

การป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย : ศึกษาขอบเขตที่เหมาะสมของการ  
ใช้สิทธิในการป้องกันล่วงหน้า



ปกรณ์ ปาศิริ

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต  
สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ปรีดี พนมยงค์  
มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์

พ.ศ. 2557

**A Lawful Defense : Study of Appropriate Boundary for  
Preventive Self-Defense**



**NARONGRIT PASIRI**

**A Thesis Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements  
for the Degree of Master of Laws**

**Department of Law**

**Pridi Banomyong Faculty of Law, Dhurakij Pundit University**

**2014**

หัวข้อวิทยานิพนธ์	การป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย : ศึกษาขอบเขตที่เหมาะสมของการใช้สิทธิในการป้องกันล่วงหน้า
ชื่อผู้เขียน	ณรงค์ฤทธิ์ ปาศิริ
อาจารย์ที่ปรึกษา	รองศาสตราจารย์อัจฉริยา ชูตินันท์
สาขาวิชา	นิติศาสตร์
ปีการศึกษา	2556

### บทคัดย่อ

วิทยานิพนธ์เล่มนี้มีจุดมุ่งหมาย เพื่อทำการศึกษาเรื่องการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย: ศึกษาขอบเขตที่เหมาะสมของการใช้สิทธิในการป้องกันล่วงหน้า เพื่อให้ทราบถึงความเป็นมาและสภาพปัญหาของการป้องกันล่วงหน้า โดยศึกษาแนวความคิด ทฤษฎีและหลักประกันขั้นพื้นฐานในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคล เหตุผล องค์ประกอบของหลักการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายตามประมวลกฎหมายอาญาตลอดจนคำพิพากษาของศาลฎีกาของประเทศไทย

จากการศึกษาพบว่า การป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายอาญาตามมาตรา 68 ในประมวลกฎหมายไทยที่ใช้อยู่ในปัจจุบัน ยังไม่มีข้อสันนิษฐานที่ให้อำนาจในการป้องกันล่วงหน้าได้ จากคำพิพากษาเป็นหลักการสมมุติหรือหลักการบังเอิญของศาลในการลงโทษผู้กระทำความผิด หลักกฎหมายอาญาเกี่ยวกับการป้องกันล่วงหน้าในต่างประเทศพบว่า สามารถใช้สิทธิในการป้องกันล่วงหน้าได้ ถ้ามีสภาพอันไม่ก่อให้เกิดอันตรายรุนแรงถึงขั้นต้องเสียชีวิต หรือไม่ก่อให้เกิดการบาดเจ็บสาหัส อาทิในประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศฝรั่งเศสให้อำนาจบุคคลใช้สิทธิการป้องกันตนเองล่วงหน้าได้โดยชอบด้วยกฎหมาย

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้จึงได้เสนอแนะแนวทางในการป้องกันล่วงหน้าในภาวะการณ์ปัจจุบัน ซึ่งเศรษฐกิจ การเมือง และสังคมได้เปลี่ยนแปลงไป โดยควรกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการใช้สิทธิป้องกันล่วงหน้าของบุคคลโดยชอบด้วยกฎหมายไว้ในมาตรา 68 ภายใต้เงื่อนไขสองประการ

ประการแรกเมื่อพฤติการณ์ปรากฏถึงลักษณะภัยอันตรายที่รุนแรงและถูกคุกคามอย่างต่อเนื่องที่เกิดขึ้นเป็นประจำ สถานที่นั้นโจรขโมยหุขุมและเกิดเหตุขึ้นบ่อยครั้งในเวลากลางคืน โดยมีป้ายประกาศเตือนพร้อมติดรูปถ่ายประกอบ สามารถอ้างป้องกันล่วงหน้าได้ในเวลากลางคืน

และประการที่สองเมื่อเหตุการณ์ปรากฏถึงลักษณะภัยอันตรายที่รุนแรงและถูกคุกคามอย่างต่อเนื่อง โดยอาศัยสถานการณ์และโอกาสที่ประชาชนกำลังตื่นกลัวจากภัยอันตรายนั้น สามารถป้องกันสิทธิล่วงหน้าได้ตลอด 24 ชั่วโมง เช่น ภัยจาก 3 จังหวัดภาคใต้ ไฟไหม้ น้ำท่วมและสึนามิ



Thesis Title                    A Lawful Defense : Study Of Appropriate Boundary For Preventive  
Self-Defense  
Author                            Narongrit Pasiri  
Thesis Advisor                Assoc. Prof. Achariya Chutinun  
Department                    Law  
Academic Year                2013

### **ABSTRACT**

The aim of this thesis is to study Lawful Defense, focusing on the appropriate boundary for Preventive Self-Defense, so as to know history and problem of application of Preventive Self-Defense. In order to achieve the goal, concepts, theories and fundamental rights concerning protection of rights and liberties, grounds for and elements of Lawful Defense according to Thai Penal Code, along with judgements of Thai Supreme Court will be studied.

It is found from the study that Lawful Defense according to Section 68 of Thai Penal Code applied at the moment, does not provide any circumstances where Preventive Self-Defense is acceded; and that the Preventive Self-Defense found in judgements is Assumption Principle or Accident Principle that judges use in convicting the offender. Under the provisions of criminal laws relating to Preventive Self-Defense of other countries; right to Preventive Self-Defense is granted in the case that the defense does not cause lethal harm or grievous injury. In the United States of America and the French Republic, people are lawfully entitled to enjoy their rights to Preventive Self-Defense.

In this thesis, Preventive Self-Defense to be used in current situation, where economic, politic and society changed, is, therefore, proposed. The criterion and measures for lawful exercise of right to Preventive Self-Defense, including the two followings, should be set in Section 68.

First, under circumstance that danger which is severe regularly and continuously threatens: at the place where thefts usually commit crimes at night; having provided a warning notice attached with photos, one can claim that what he conducted at night is Preventive Self-Defense.

Second, under circumstance that danger which is severe and continuously threatens is arisen either during the incident that public is panic or by taking an advantage of public panic; one can claim that what he conducted at anytime of the day or night is Preventive Self-Defense. The incident are, for example, South Thailand insurgency, fire, flood and Tsunami.

## กิตติกรรมประกาศ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ตั้งแต่ได้ทำการศึกษาจนกระทั่งสำเร็จเป็นรูปเล่มดังที่ปรากฏ ผู้เขียนได้รับความกรุณาเป็นอย่างยิ่งจากรองศาสตราจารย์อัจฉริยา ชูตินันท์ ที่รับเป็นอาจารย์ที่ปรึกษา พร้อมทั้งให้คำแนะนำในการจัดทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้มาโดยตลอด ท่านอาจารย์ได้เสียสละเวลาอันมีค่าไม่ว่าจะเป็นแนวคิด หลักการ และทฤษฎีในการศึกษาครั้งนี้ติดตามความคืบหน้าในการทำวิทยานิพนธ์จนกระทั่งวิทยานิพนธ์เสร็จสมบูรณ์ จึงขอกราบขอบพระคุณท่านอย่างสูงที่ให้ความเมตตากรุณาและให้โอกาสแก่ผู้เขียน

ในโอกาสนี้ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณศาสตราจารย์ ดร.สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล ที่กรุณาเป็นประธานกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ และให้คำแนะนำในการจัดทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ขอขอบพระคุณผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ปกป้อง ศรีสนิท และอาจารย์ ดร.สุรสิทธิ์ แสงวิโรจน์พัฒนา ที่กรุณาเป็นกรรมการวิทยานิพนธ์และให้คำแนะนำ ซึ่งแนะและให้ความรู้เพิ่มเติมในการจัดทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้

ผู้เขียนขอขอบพระคุณศาสตราจารย์ ดร.ธีระ ศรีธรรมรักษ์ ผู้อำนวยการบัณฑิตวิทยาลัยที่ท่านได้กรุณาให้คำปรึกษาโอกาสโดยเฉพาะให้กับผู้เขียน ขอขอบคุณพี่ๆ น้องๆ บัณฑิตศึกษา สาขาวิชานิติศาสตร์ และฝ่ายวิทยานิพนธ์ ขอขอบคุณพี่ๆ เพื่อนๆ โดยเฉพาะพี่สุรพล บริสุทธิ์ ที่ให้คำปรึกษา ค้นหา และแนะนำ จนทำให้วิทยานิพนธ์นี้เสร็จสมบูรณ์

ท้ายที่สุดนี้ผู้เขียนขอขอบคุณครอบครัวของผู้เขียน โดยเฉพาะคุณอภิญา ปาศิริ ภริยา และคุณรังสิยา พุคยาภรณ์ น้องสาวของข้าพเจ้าที่คอยให้กำลังใจเสมอมา

ณรงค์ฤทธิ์ ปาศิริ

## สารบัญ

	หน้า
บทคัดย่อภาษาไทย .....	ฅ
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ .....	จ
กิตติกรรมประกาศ.....	ช
บทที่	
1. บทนำ .....	1
1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา.....	1
1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา.....	6
1.3 สมมติฐานของการศึกษา.....	6
1.4 ขอบเขตของการศึกษา.....	7
1.5 วิธีดำเนินการศึกษา .....	7
1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ .....	7
2. ความเป็นมาของหลักเรื่องการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย.....	9
2.1 แนวความคิดการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพในชีวิตและร่างกาย .....	9
2.1.1 สิทธิและเสรีภาพตามปรัชญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน.....	11
2.1.2 สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 .....	12
2.2 หลักกษัตริย์ที่ใกล้จะถึง .....	13
2.2.1 ความหมายของคำว่ากษัตริย์อันใกล้จะถึง.....	14
2.2.2 กรณีกษัตริย์ใกล้จะถึงบุคคล .....	16
2.2.3 กรณีกษัตริย์ใกล้จะถึงทรัพย์.....	17
2.2.4 กรณีกษัตริย์ใกล้จะถึงสิทธิ.....	21
2.3 หลักการกระทำพอสมควรแก่เหตุ .....	36
2.3.1 ทฤษฎีสวนสัตว์.....	37
2.3.2 ทฤษฎีวิธีทางน้อยที่สุด.....	47
2.4 การป้องกันในเคหสถานโดยสำคัญผิด.....	57
2.4.1 สำคัญผิดว่ามีการประทุษร้ายที่ละเมิดกฎหมาย.....	58
2.4.2 การป้องกันโดยสำคัญผิดในความร้ายแรงของกษัตริย์ .....	59



สารบัญ (ต่อ)

บทที่	หน้า
3. การป้องกันตนเองของต่างประเทศ.....	61
3.1 กฎหมายว่าด้วยการป้องกันล่วงหน้าของประเทศสหรัฐอเมริกา .....	61
3.2 กฎหมายว่าด้วยการป้องกันตนเองของประเทศอังกฤษ.....	67
3.3 กฎหมายว่าด้วยการป้องกันตนเองของประเทศฝรั่งเศส .....	72
3.4 กฎหมายว่าด้วยการป้องกันตนเองของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี .....	77
4. วิเคราะห์เปรียบเทียบเกี่ยวกับการป้องกันภัยอันตรายล่วงหน้าของไทยและ ต่างประเทศ .....	83
4.1 การป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายในประเทศไทย.....	83
4.1.1 ประวัติหลักกฎหมายไทยเรื่องการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย.....	83
4.1.2 ลักษณะของการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย.....	86
4.1.3 องค์ประกอบของการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย.....	87
4.2 วิเคราะห์คำพิพากษากรณีที่ไม่ถือเป็นการป้องกันภัยอันตรายไว้ล่วงหน้ากับ กรณีถือเป็นการป้องกันภัยอันตรายล่วงหน้า .....	101
4.2.1 วิเคราะห์คำพิพากษาที่ไม่ถือเป็นการป้องกันภัยอันตรายไว้ล่วงหน้า .....	101
4.2.2 วิเคราะห์คำพิพากษาที่ถือเป็นการป้องกันภัยอันตรายล่วงหน้า .....	111
4.3 วิเคราะห์ปัญหาเกี่ยวกับการป้องกันภัยอันตรายล่วงหน้า.....	114
4.3.1 วิเคราะห์การป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายตามประมวลกฎหมายอาญา กับการป้องกันภัยอันตรายไว้ล่วงหน้า .....	115
4.3.2 วิเคราะห์ปัญหาเกี่ยวกับการป้องกันภัยอันตรายไว้ล่วงหน้า .....	116
4.3.3 วิเคราะห์เปรียบเทียบการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายตามกฎหมาย ของประเทศไทยกับประเทศฝรั่งเศส .....	118
5. บทสรุปและข้อเสนอแนะ.....	121
5.1 บทสรุป.....	121
5.2 ข้อเสนอแนะ .....	123
บรรณานุกรม.....	124
ประวัติผู้เขียน .....	132

# บทที่ 1

## บทนำ

### 1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

ในสังคมมนุษย์ มี “ระเบียบสังคม” อันเป็นหลักเกณฑ์เกี่ยวกับความประพฤติที่มีมาตั้งแต่ดั้งเดิมอยู่แล้วเป็นจำนวนมาก และระเบียบสังคมก็เป็นเครื่องมือควบคุมความประพฤติของมนุษย์ แต่การใช้ระเบียบสังคมเป็นเรื่องของความสมัครใจของแต่ละบุคคล โดยปราศจาก สภาพบังคับจากภายนอก ระเบียบสังคมอย่างเดียวยังไม่เพียงพอที่จะทำให้มั่นใจได้ว่าสังคมจะมีความสงบ และมีความเป็นระเบียบเรียบร้อยอย่างแท้จริง เหตุนี้จึงจำเป็นต้องมีกฎหมายเข้ามาเสริม แม้ว่ากฎหมายทุกลักษณะจะมีสภาพในเชิงบังคับอยู่ด้วยแต่กฎหมายอาญาเป็นกฎหมายที่มีสภาพ ในเชิงที่บังคับที่รุนแรงที่สุด และหากว่ากฎหมายอาญาไม่สามารถประกันความมั่นคง และ ความปลอดภัยของสังคมได้เมื่อใดสภาวะการจลาจลในบ้านเมืองก็จะเกิดขึ้นตามมาเมื่อนั้น

การใช้กฎหมายอาญาเพื่อเป็นเครื่องมือคุ้มครองการอยู่ร่วมกันของมนุษย์ในสังคม แต่อย่างไรก็ดีต้องกระทำเฉพาะเท่าที่จำเป็นที่ไม่อาจหลีกเลี่ยงได้เท่านั้น เพราะหากมีการบัญญัติกฎหมายอาญาขึ้นใช้อย่างพร่ำเพรื่อแล้ว สิทธิและเสรีภาพของบุคคลจะถูกกระทบกระเทือนจนเกินความจำเป็นอันไม่สอดคล้องกับหลักประชาธิปไตย กฎหมายอาญาจึงไม่เพียงแต่มุ่งจะจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลเท่านั้น แต่กฎหมายอาญาจะต้องเป็นหลักประกันสิทธิและเสรีภาพของตนด้วย การลงโทษหรือการใช้กฎหมายอาญาในการปราบปรามการกระทำผิดจะต้องกระทำเพื่อให้เกิดความรู้สึกต่อทั้งผู้กระทำความผิดและบุคคลทั่วไป กล่าวคือต้องกระทำเพื่อให้ผู้กระทำความผิดเองเห็นว่าสังคมไม่ยอมรับการกระทำของเขา และในขณะเดียวกันก็ต้องกระทำเพื่อเตือนบุคคลทั่วไปด้วยว่า ถ้ามีการกระทำเช่นนั้นเกิดขึ้นอีกก็จะต้องมีการลงโทษเช่นเดียวกัน

ทั้งนี้หลักการป้องกันชีวิต ทรัพย์สิน และสิทธิอื่น ๆ ของบุคคล เป็นหลักการที่ทุก ๆ ประเทศให้การยอมรับว่าเป็นการกระทำโดยชอบด้วยกฎหมาย ผู้กระทำไม่ต้องรับผิดชอบทั้งทางแพ่งและทางอาญาในผลที่เกิดขึ้นตามที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญามาตรา 68 และประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 44 แม้ว่าการป้องกันสามารถกระทำได้แต่กฎหมายก็จำกัดการกระทำให้อยู่ภายในขอบเขตของการป้องกัน

<sup>1</sup> คณิศ ฌ นคร. (2556). *กฎหมายอาญาภาคทั่วไป*. หน้า 61.

ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 68 ได้กำหนดหลักเกณฑ์และองค์ประกอบของการกระทำโดยป้องกันไว้ 4 ประการคือ

1. มีภัยอันตรายที่เกิดจากการประทุษร้ายอันละเมิดต่อกฎหมาย
2. ภัยอันตรายนั้นเป็นภัยอันตรายที่ใกล้จะถึง
3. ผู้กระทำต้องกระทำ เพื่อป้องกันสิทธิของตนหรือของผู้อื่นให้พ้นจากภัยอันตรายนั้น
4. การกระทำโดยป้องกันสิทธินั้น ไม่เกินขอบเขต

โดยหลักแล้วการป้องกันภัยอันตรายนั้นต้องเป็นภัยอันตรายที่เกิดขึ้นในขณะนั้นหรือ ใกล้จะถึงในขณะนั้น หากเป็นภัยอันตรายที่ยังอยู่ห่างไกลหรือในอนาคตก็ไม่อาจถือได้ว่าเป็นการกระทำโดยป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งคำว่า “ภัยอันตรายใกล้จะถึง” มีกฎหมายที่ได้ให้ความหมายว่า หมายถึง ภัยอันตรายที่กำลังปรากฏอยู่เฉพาะหน้าหรือเป็นภัยอันตรายที่ได้เกิดขึ้นและกำลังเกิดขึ้นอยู่ต่อไป<sup>2</sup> เมื่อประกอบกับเจตนารมณ์ของหลักกฎหมายเรื่องป้องกันแล้วอาจทำให้ตีความหมายได้ว่าการป้องกันนั้นผู้กระทำต้องเผชิญหน้า (Face to face) ต่อภัยอันตรายที่ตนป้องกัน แต่ในความเป็นจริงมีบางกรณีที่เกิดขึ้นผู้กระทำการป้องกันมิได้กระทำต่อภัยอันตรายที่กำลังเกิดขึ้นหรือใกล้จะเกิดขึ้นในขณะนั้น แต่เป็นการกระทำการป้องกันภัยอันตรายที่ยังไม่เกิดขึ้น เพียงแต่มีความเชื่อว่าจะเกิดขึ้นในไม่ช้าหรืออาจจะเกิดขึ้น เรียกว่าการกระทำไว้เพื่อเป็นการป้องกันภัยอันตรายไว้ล่วงหน้า ทั้งนี้ตามแนวคำพิพากษาของศาลไทยได้มีการวางหลักเกณฑ์ไว้โดยอาศัยหลักสมมุติและหลักบังเอิญ กล่าวคือศาลจะพิจารณาโดยสมมุติว่าผู้กระทำนั้นอยู่ในเหตุการณ์ที่ต้องกระทำการเพื่อป้องกันแล้วจะสามารถป้องกันได้หรือไม่ และหากบังเอิญว่าผู้ได้รับผลร้ายนั้น เป็นผู้ที่จะมาประทุษร้าย ศาลก็จะวินิจฉัยว่ามีภัยอันตรายที่ใกล้จะถึงสามารถป้องกันได้ แต่ในทางกลับกันหากบังเอิญว่าผู้ได้รับผลร้ายไม่ใช่ผู้ที่จะมาประทุษร้าย ศาลจะวินิจฉัยว่า ไม่มีภัยอันตรายอันละเมิดต่อกฎหมายหากการป้องกันอยู่ในเหตุการณ์ที่ไม่สามารถป้องกันได้

การใช้สิทธิและอำนาจของประชาชนในการป้องกันตนเองล่วงหน้า การมีการแก้ไขปรับปรุงในเรื่องของการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย ตามมาตรา 68 ดังกล่าวให้เหมาะสมกับสังคมในปัจจุบันตลอดจนความเป็นธรรมในสังคม กล่าวคือ อย่างในกรณีของ 3 จังหวัดภาคใต้ของไทย ซึ่งเกิดเหตุการณ์รุนแรงครั้งแล้วครั้งเล่า อาทิเช่น การเผาโรงเรียน การปล้นอาวุธจากค่ายทหาร การทำร้ายผู้บริสุทธิ์ ซึ่งคนของรัฐและหน่วยงานของรัฐมีไม่เพียงพอจึงไม่สามารถหยุดยั้งสถานการณ์ดังกล่าวได้ ถึงแม้ว่าปัจจุบันหน่วยงานของรัฐจะได้มีการเจรจากับผู้กระทำความผิดกฎหมายหรือผู้ก่อการร้าย ดังนั้นประชาชนจึงต้องทำการป้องกันตนเองควบคู่กันไปด้วยในหลายวิธี

<sup>2</sup> แหล่งเดิม. หน้า 185.

เพื่อป้องกันตนเองตามสิทธิ รัฐจึงสมควรให้ประชาชนใน 3 จังหวัดภาคใต้สามารถป้องกันตนเองได้ โดยการพกพาอาวุธปืนได้และโดยการกระทำดังกล่าวไม่ผิดกฎหมาย อาจทำให้สถานการณ์ดังกล่าวลดน้อยลง และเมื่อไหร่สถานการณ์กับมาสู่ภาวะปกติเราสามารถยกเลิกการพกพาอาวุธปืนดังกล่าวได้ ซึ่งเป็นวิธีการป้องกันตนเองหรือผู้อื่นล่วงหน้าต่อชีวิตร่างกาย

คำพิพากษาของศาลที่ถือว่าไม่เป็นการป้องกันอันตรายไว้ล่วงหน้า เช่น คำพิพากษาฎีกาที่ 32/2510 ซึ่งพิจารณาข้อเท็จจริงว่า เมื่อระหว่างวันที่ 27 กุมภาพันธ์ 2508 ถึงวันที่ 28 กุมภาพันธ์ 2508 เวลากลางคืนและกลางวันติดต่อกัน จำเลยมีเจตนาทำร้ายผู้อื่นได้รับบาดเจ็บถึงตายได้จึงลวดไ้รอบ ๆ บ้าน แล้วปล่อยกระแสไฟฟ้า ซึ่งมีกำลังดัน 220 โวลต์ ในวันที่ 28 กุมภาพันธ์ 2508 เวลาประมาณ 05.00 ถึง 06.30 นาฬิกา เด็กหญิงพวง ดวงดี ได้ไปกระทบถูกลวดซึ่งจำเลยปล่อยกระแสไฟฟ้ดังกล่าวนั้น แล้วกระแสไฟฟ้าที่จำเลยปล่อยมาตามสายลวดดังกล่าวได้แล่นเข้าสู่ร่างกาย เด็กหญิงพวง ดวงดี เป็นเหตุให้ได้รับอันตรายถึงแก่ความตาย ศาลพิพากษาว่า การกระทำของจำเลยเป็นความผิดฐานทำให้คนตายโดยไม่เจตนา พิพากษาให้จำเลยมีความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 290 และการกระทำของจำเลยดังกล่าวหาเป็นการป้องกันทรัพย์สิน แต่อย่างไรก็ตาม

ตามคำพิพากษาของศาลไม่ปรากฏว่า บ้านของจำเลยเป็นแหล่งโจรผู้ร้ายชุกชุม และไม่มี การประกาศเตือนล่วงหน้าว่าจะมีการปล่อยกระแสไฟฟ้ารอบรั้วบ้าน การกระทำของจำเลยจึงไม่มีเหตุการณณ์เผชิญหน้าหรืออันตรายที่ใกล้จะถึง ทำให้การกระทำของจำเลยไม่เป็นไปพอสมควรแก่เหตุ

หากพิจารณาสถานการณ์ที่ป้องกันได้ ย่อมเกิดขึ้นเมื่อมี “การประทุษร้ายอันละเมิดต่อกฎหมาย” และการประทุษร้ายละเมิดต่อกฎหมายนั้นเป็น “อันตรายที่ใกล้จะถึง” ส่วนบุคคล จึงทำให้ต้องพิจารณาว่าเด็กมีการประทุษร้ายอันละเมิดต่อกฎหมายหรือไม่ หากไม่มีจะอ้างป้องกันได้หรือไม่ ซึ่งกฎหมายไทยสามารถอ้างป้องกันได้ เพราะเป็นคุณธรรมทางกฎหมายส่วนบุคคลทุกชนิด เป็นคุณธรรมทางกฎหมายที่ป้องกันได้ทั้งสิ้น และเมื่อพิจารณาต่อไปว่า เป็นอันตรายที่ใกล้จะถึงหรือไม่ ซึ่งในกรณีนี้ไม่เป็นอันตรายที่ใกล้จะถึง และการวินิจฉัยสถานการณ์ที่ป้องกันได้หรือไม่ ก็ต้องดูจากภาวะวิสัย คือความเป็นจริงที่เป็นประจักษ์ต่อสายตา รับรู้ และสัมผัสได้ด้วยตัวของผู้นั้นเอง ซึ่งเมื่อเปรียบเทียบกับในคดีนี้ ทำให้ไม่สามารถอ้างป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายได้เลย

แต่อย่างไรก็ดี ในปัจจุบันมีโจรผู้ร้ายชุกชุม ถ้าเกิดการประทุษร้าย และการกระทำดังกล่าวเป็นการกระทำอันละเมิดต่อกฎหมาย ก็ย่อมมีสิทธิอ้างป้องกันตนเองได้ และการกระทำดังกล่าวเป็นอันตรายที่ใกล้จะถึง กล่าวคือเป็นอันตรายที่ปรากฏอยู่เฉพาะหน้า หรือได้เริ่มเกิดขึ้นแล้ว รวมตลอดถึงอันตรายที่ยังปรากฏอยู่ต่อไป ดังนั้นหากจำเลยมีบ้านตั้งอยู่โดดเดี่ยว และมีคนร้ายเข้า

มาลัทธิภัยเป็นประจำ จำเลยจึงใช้ลวดขึงบนรั้วบ้าน พอเวลากลางคืนก็ปล่อยให้ไฟฟ้าเดินตามลวดนั้น ต่อมากนรั้วได้ปีนรั้วจะเข้าไปลักทรัพย์และถูกไฟฟ้าดูดได้รับอันตรายแก่กาย ดังนี้ต้องถือว่า เป็นภยันตรายที่ใกล้จะถึง เป็นกรณีที่ภยันตรายเกิดขึ้นอยู่เป็นประจำ ย่อมถือเป็นการใช้สิทธิป้องกันล่วงหน้าได้โดยชอบด้วยกฎหมาย

สำหรับภยันตรายในอนาคตที่เป็นที่คาดหมายว่าจะเกิดขึ้นในไม่ช้า หรือการป้องกันล่วงหน้า นั้น เท่ากับเป็นภยันตรายปัจจุบัน เพราะเมื่อมีการกระทำผิดต่อทรัพย์ของผู้ป้องกัน เกิดขึ้นเป็นประจำหรือบ่อยครั้ง เช่นนี้ ย่อมเป็นการเหลือวิสัยที่จะให้ผู้ป้องกันและคนในครอบครัว ผลัดเปลี่ยนกันทำหน้าที่เวรยาม และถึงแม้ว่าจะจะเป็นภยันตรายในอนาคตตามปกติทั่วไป แต่ในสภาพเช่นนั้นก็ต้องอนุมานว่าเป็นภยันตรายในปัจจุบัน ทั้งนี้การป้องกันล่วงหน้า ซึ่งเศรษฐกิจของบ้านเมืองไม่ดี มีโจรขโมยชุกชุม บ้านเรือนส่วนมากถูกลักทรัพย์ในเคหสถานในเวลากลางคืนเป็นประจำ ประกอบกับเจ้าหน้าที่ของรัฐมีน้อย ไม่สามารถควบคุมเหตุการณ์ดังกล่าวได้ทันทั่วถึง ประชาชนจึงสามารถป้องกันตนเองก่อนได้ โดยการปล่อยกระแสไฟฟ้า และมีการประกาศเตือนล่วงหน้า เหตุการณ์ดังกล่าว ย่อมเป็นภยันตรายใกล้จะถึงได้สามารถอ้างป้องกันล่วงหน้าได้

เหตุการณ์ความรุนแรงใน 3 ภาคใต้ของไทยควรสร้างกับดักสนามไฟฟ้าไว้ในบริเวณที่คนปกติไม่เข้าไปได้หลากหลายวิธี อาทิค่ายทหาร สถานที่สำคัญ ๆ หรือจะใช้สปริงกันอย่างเช่นในประเทศอเมริการวมทั้งการปล่อยกระแสไฟฟ้าและอื่น ๆ หรือในกรณีของปัญหาในการเผาโรงเรียน เราสามารถป้องกันตนเองได้โดยมีอำนาจและใช้สิทธิในการป้องกันของการกระทำนั้น โดยการปล่อยกระแสไฟฟ้าตามรั้วของบริเวณโรงเรียน หรือกับดักสนามไฟฟ้าก็สามารถป้องกันการวางเพลิงจากผู้กระทำผิดได้ จึงสมควรที่จะป้องกันตนเองและผู้อื่นล่วงหน้าได้ ตอนนี้สื่อก็ได้พูดถึงสนามไฟฟ้ากันบ้างแล้ว เพื่อนำมาปรับปรุงในเรื่องของการป้องกันล่วงหน้า แต่จะต้องมีกฎเกณฑ์ในการกระทำดังกล่าวให้เหมาะสมกับสถานการณ์ที่ได้เกิดขึ้น และอาจจะทำให้สถานการณ์ดีขึ้นกว่าปัจจุบัน ที่มีแต่การเจรจาระหว่างผู้กระทำความผิดกับหน่วยงานของรัฐ ผลออกมาตรงข้ามกับการเจรจา กล่าวคือ เกิดเหตุการณ์รุนแรงต่อเนื่องมาโดยตลอดทุก ๆ วัน โดยไม่ได้มีการพูดถึงการป้องกันตนเองและผู้อื่นล่วงหน้าเลย

คำพิพากษาฎีกาที่ 1923/2519 ในตำบลที่เกิดเหตุมีคนรั้วชุกชุม และมีการลักทรัพย์เกิดขึ้นเป็นประจำ ในเวลากลางคืนของเดือนมีนาคม 2518 จำเลยเคยถูกคนรั้วลักเครื่องยนต์สูบน้ำและอุปกรณ์อื่น ๆ ไป จำเลยเลยจึงลวดและปล่อยกระแสไฟฟ้า ผู้ตายกับพวกบุกกรุกเข้าไปในโรงเก็บเครื่องยนต์สูบน้ำในเวลาวิกาล เพื่อเจตนาลักทรัพย์ผู้ตายไปถูกเส้นลวดที่ปล่อยกระแสไฟฟ้าถึงแก่ความตาย ในมือผู้ตายมีเหล็กไขควง 1 อัน จึงนับได้ว่าภยันตรายที่เกิดแก่ทรัพย์สินของจำเลย ใกล้

จะถึงแล้ว ถ้าจำเลยมาพบเห็นเข้าจำเลยย่อมมีสิทธิทำร้ายผู้ตายกับพวก เพื่อป้องกันทรัพย์สินของจำเลยได้ จำเลยไม่มีความผิด การป้องกันล่วงหน้าตามคำพิพากษาอ้างป้องกันล่วงหน้าได้

ในสภาวะบ้านเมืองในปัจจุบัน ประกอบกับเจ้าหน้าที่บ้านเมืองและหน่วยงานของรัฐมีจำนวนน้อยไม่สามารถปกป้องทรัพย์สินของมีค่าและชีวิตของเราได้ คนที่มีประสบการณ์โดย ถูกกระทำผิดทางอาญามาแล้วหลาย ๆ ครั้ง จึงจำเป็นที่จะต้องมีการป้องกันล่วงหน้าไว้เพื่อป้องกันชีวิตและทรัพย์สินของผู้ถูกกระทำผิดทางอาญา เช่น ในบริเวณดังกล่าวมีการลักทรัพย์ ปล้นทรัพย์บ่อยครั้งมาก ๆ ผู้กระทำความผิดทางอาญากระทำความผิดอย่างเหิมเกริมไม่เกรงกลัวต่อความผิดต่อกฎหมายต่ออาญาของแผ่นดินเราจึงจำเป็นที่จะต้องมีการป้องกันล่วงหน้าโดยการปล่อยกระแสไฟฟ้าตามรั้วบ้านซึ่งสูงกว่าทั่ว ๆ ไปและมีค่าเดือนว่าบริเวณรั้วดังกล่าวมีการปล่อยกระแสไฟฟ้าและมีรูปภาพแสดงของกระแสไฟฟ้าประกอบ น่าจะกระทำได้และเป็นสิทธิแก่ผู้ถูกกระทำผิดทางอาญาได้ ทั้งนี้แนวคิดการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายของต่างประเทศได้มีประเทศต่าง ๆ ได้ปรับปรุงกฎหมายอาญาของประเทศตนเองเพื่อใช้กฎหมายอาญาเป็นเครื่องมือในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนให้มีประสิทธิภาพมากขึ้น เช่น ในสหรัฐอเมริกาได้ปรับปรุงกฎหมาย โดยมีวิธีการป้องกันล่วงหน้าหลากหลายวิธี เช่น สปริงกัน การปล่อยกระแสไฟฟ้าและอื่น ๆ ซึ่งถ้าหากเรานำกรณีดังกล่าวมาใช้กับประเทศไทย ในกรณีสามารถป้องกันล่วงหน้าโดยมีอำนาจกระทำได้ เช่น การปล่อยกระแสไฟฟ้าตามรั้วของบริเวณ โรงเรียนหรือสนามไฟฟ้าก็จะสามารถป้องกันการถูกล้วงของผู้กระทำความผิดได้ และสามารถลดการกระทำดังกล่าวได้ เพื่อนำมาปรับปรุงในเรื่องการก่อการร้ายในภาคใต้

เจ้าหน้าที่ซึ่งมีไม่เพียงพอกับประชาชน ตลอดจนถึงงบประมาณของแผ่นดินมีไม่เพียงพอกับการที่จะนำมาใช้ในการป้องกันทั้งของตนเองและสาธารณะ ประกอบกับกฎหมายอาญาของประเทศไทยยังไม่เอื้ออำนวยต่อการปรับใช้กับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นอย่างมีหลักเกณฑ์อ้างอิงตัวบทกฎหมายได้

ดังนั้น ในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จึงมุ่งศึกษาเกี่ยวกับการกระทำไว้เพื่อเป็นการป้องกันภัยอันตรายล่วงหน้า โดยจะทำการศึกษาวิเคราะห์กฎหมายอาญาของไทยและต่างประเทศ รวมทั้งวิเคราะห์คำพิพากษาของศาลกับสถานการณ์ที่จะต้องกระทำเพื่อเป็นการป้องกันสิทธิในชีวิตทรัพย์สินตลอดจนสิทธิของบุคคล ทั้งนี้เนื้อหาและหลักเกณฑ์ที่เหมาะสมในการใช้สิทธิของบุคคลในการป้องกันล่วงหน้าได้โดยชอบด้วยกฎหมาย สอดคล้อง และเหมาะสมกับสังคมไทยและก่อให้เกิดความเป็นธรรมต่อสังคม

## 1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา

1. เพื่อศึกษาถึงแนวคิด ทฤษฎี และหลักประกันขั้นพื้นฐานในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคล รวมทั้งแนวคิด หลักการ และเหตุผลในการให้อำนาจบุคคลในการใช้สิทธิป้องกันตนเองได้โดยชอบด้วยกฎหมาย

2. เพื่อศึกษาและวิเคราะห์ถึงองค์ประกอบของหลักการป้องกัน โดยชอบด้วยกฎหมายตามประมวลกฎหมายอาญาของประเทศไทย ตลอดจนคำพิพากษาของศาลฎีกาที่ตีความเรื่องสถานการณ์ที่ป้องกันได้จำกัดเพียงภัยอันตราย ที่จวนจะถึงตัวหรือปรากฏอยู่เฉพาะหน้าเท่านั้น การป้องกันล่วงหน้าตามประมวลกฎหมายอาญาของไทยจึงไม่เป็นเหตุที่บุคคลจะใช้สิทธิป้องกันได้โดยชอบกฎหมาย

3. เพื่อศึกษาถึงและวิเคราะห์เปรียบเทียบองค์ประกอบ หลักการ และเหตุผลของหลักการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย ตลอดจนขอบเขตในเรื่องภัยอันตรายอันใกล้จะถึงกับสถานการณ์ที่บุคคลจะใช้สิทธิป้องกันตนเองได้โดยชอบด้วยกฎหมาย ตามกฎหมายไทยและต่างประเทศ

4. เพื่อศึกษาหาแนวทางในการพัฒนาและปรับปรุงประมวลกฎหมายอาญาในเรื่องการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย โดยกำหนดหลักเกณฑ์และขอบเขตกรณีของการป้องกันล่วงหน้า ให้เป็นสถานการณ์ที่บุคคลใช้สิทธิป้องกันได้โดยชอบด้วยกฎหมาย ตามพฤติการณ์สภาวะแวดล้อมและลักษณะของสังคมไทยอย่างเหมาะสมและเป็นธรรม ตลอดจนคุ้มครองความปลอดภัยของสังคม

## 1.3 สมมุติฐานของการศึกษา

การกระทำเพื่อเป็นการป้องกันภัยอันตรายล่วงหน้าจะต้องคงอยู่บนหลักเรื่องการป้องกันซึ่งประมวลกฎหมายอาญาของประเทศไทยเกี่ยวกับเรื่องการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย ยังไม่เอื้ออำนวยต่อการปรับใช้กับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นอย่างมีหลักเกณฑ์และเหมาะสมกับลักษณะของสังคมไทย

จากการศึกษากฎหมายอาญาต่างประเทศ โดยเฉพาะในประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศฝรั่งเศสมีการกำหนดขอบเขตการใช้สิทธิป้องกันล่วงหน้าได้โดยชอบด้วยกฎหมาย เพื่อความเหมาะสมกับปัญหาของสังคมไทยในปัจจุบัน จึงควรมีการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติในประมวลกฎหมายอาญาของไทยในเรื่องป้องกันภัยอันตรายล่วงหน้าภายใต้เงื่อนไขประการแรกเมื่อพฤติการณ์ปรากฏถึงลักษณะภัยอันตรายที่รุนแรงและถูกคุกคามอย่างต่อเนื่องที่เกิดขึ้นเป็นประจำ สถานที่นั้น โจรขโมยชุกชุมและเกิดเหตุขึ้นบ่อยครั้งในเวลากลางคืน โดยมีป้ายประกาศเตือนพร้อมรูปถ่ายประกอบ สามารถกระทำได้ในเวลากลางคืนหรือประการที่สองเมื่อพฤติการณ์ปรากฏถึงลักษณะภัยอันตรายที่รุนแรงและถูกคุกคามอย่างต่อเนื่อง โดยอาศัยสถานการณ์และโอกาสที่

ประชาชนกำลังตื่นกลัวจากภัยอันตรายนั้น สามารถป้องกันสิทธิล่วงหน้าได้ตลอด 24 ชั่วโมง เช่นภัยจาก 3 จังหวัดภาคใต้ ไฟไหม้ น้ำท่วมและสึนามิ อันเป็นข้อสันนิษฐานของกฎหมาย อันทำให้เกิดความเป็นธรรมต่อทุกฝ่ายตลอดจนเพื่อคุ้มครองสังคม

#### 1.4 ขอบเขตของการศึกษา

ศึกษาเฉพาะกรณีการกระทำไว้เพื่อเป็นการป้องกันภัยอันตรายไว้ล่วงหน้า โดยศึกษาถึงบทกฎหมาย แนวคำพิพากษาของทั้งของประเทศไทยและต่างประเทศทั้งในระบบ Common Law และระบบ Civil Law เพื่อนำมาพิจารณาในเรื่องการกระทำไว้เพื่อเป็นการป้องกันภัยอันตรายไว้ล่วงหน้ามีความหมายและขอบเขตเพียงใด และเป็นการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ หากเป็นการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย จะนำมาปรับปรุงแก้ไขกับประมวลกฎหมายอาญาอย่างไร

#### 1.5 วิธีดำเนินการศึกษา

เป็นการศึกษาแบบวิจัยเอกสาร (Documentary Research) โดยศึกษารวบรวมข้อมูลจากเอกสารทั้งภาษาไทยและภาษาต่างประเทศ ตั๋วบทกฎหมายที่เกี่ยวข้องข้อตกลงระหว่างประเทศ ตำราวิชาการ วิทยานิพนธ์ บทความ วารสาร เอกสารประกอบการสัมมนา ตลอดจนข้อมูลทางอินเทอร์เน็ต เพื่อเป็นแนวทางในการศึกษาวิเคราะห์ปัญหาต่อไป

#### 1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

1. ทำให้ทราบถึงแนวคิด ทฤษฎี และหลักประกันพื้นฐานในการคุ้มครองสิทธิ และเสรีภาพของบุคคล รวมทั้งแนวคิด หลักการ และเหตุผลในการให้อำนาจบุคคลใช้สิทธิป้องกันตนเองได้โดยชอบด้วยกฎหมาย

2. ทำให้ทราบถึงองค์ประกอบของหลักการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายตามประมวลกฎหมายอาญาของประเทศไทย ตลอดจนคำพิพากษาของศาลฎีกาที่ตีความเรื่องสถานการณ์ที่ป้องกันได้ มีขอบเขตของภัยอันตรายจนถึงตัว หรือปรากฏอยู่เฉพาะหน้าเท่านั้น การป้องกันล่วงหน้าจึงไม่เป็นเหตุที่บุคคลจะใช้สิทธิป้องกันตนเองได้โดยชอบด้วยกฎหมาย

3. ทำให้ทราบถึงองค์ประกอบ หลักการและเหตุผลของหลักการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย ตลอดจนขอบเขตในเรื่องภัยอันตรายอันใกล้จะถึงกับสถานการณ์ที่บุคคลจะใช้สิทธิป้องกันตนเองได้โดยชอบด้วยกฎหมาย ตามกฎหมายของต่างประเทศและกฎหมายไทย



4. ทำให้ทราบถึงแนวทางแก้ไขปรับปรุงประมวลกฎหมายอาญาของไทยโดยหลักเกณฑ์และขอบเขตกรณีของการป้องกันล่วงหน้าให้เป็นสถานการณ์ที่บุคคลใช้สิทธิป้องกันได้โดยชอบด้วยกฎหมาย ตามพฤติการณ์สภาวะแวดล้อมและลักษณะของสังคมไทยอย่างเหมาะสมและ เป็นธรรมชาติลดจนคุ้มครองความปลอดภัยของสังคม



## บทที่ 2

### แนวคิดหลักเรื่องการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย

ในบทนี้จะได้ศึกษาถึงแนวความคิดการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพในชีวิตร่างกายและตามกฎหมายรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 หลักทฤษฎีเกี่ยวกับการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งประกอบไปด้วยหลักกษัตริย์ที่ใกล้ชิดหรือหลักทฤษฎี Face To Face และหลักการการกระทำพอสมควรแก่เหตุ หรือหลักทฤษฎี Proportionality ตลอดจนการวินิจฉัยความรับผิดชอบทางอาญาของประเทศไทยและต่างประเทศ และศึกษาถึงหลักการป้องกันในกฎหมายของต่างประเทศอื่น ได้แก่ ระบบคอมมอนลอว์ (Common Law) และระบบซีวิลลอว์ (Civil Law) และศึกษาหลักการป้องกันตามประมวลกฎหมายอาญาของไทย

#### 2.1 แนวความคิดการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพในชีวิตและร่างกาย

การคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพในชีวิตและร่างกาย ได้รับอิทธิพลของปรัชญาการเมืองที่สำคัญ 2 ประการ คือ ลัทธิปัจเจกชนนิยม (Individualism) และลัทธิชุมชนนิยม (Collectivism)

ลัทธิปัจเจกชนนิยม (Individualism) เน้นความมีอิสระและเสรีภาพของบุคคลและมอบความสัมพันธะระหว่างคนกับรัฐว่า รัฐมีอยู่เพื่อเป็นเครื่องมือที่จะช่วยให้บุคคลในสังคมมีชีวิตที่มั่นคงปลอดภัย และทำให้บุคคลมีความสมบูรณ์ รัฐไม่มีความสำคัญเหนือบุคคล บุคคลมิได้มีอยู่เพื่อรัฐ มนุษย์แต่ละคนมีคุณค่าในตัวเอง มนุษย์มีสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ รากฐานที่สำคัญของแนวความคิดนี้มาจากความคิดของสำนัก สโตอิก (Stoic) ที่เชื่อว่า มนุษย์ในภาวะธรรมชาติสมบูรณ์นั้น เป็นอุดมคติที่สูงส่ง มนุษย์จะบรรลุสภาวะดังกล่าวได้จะต้องมีความเป็นตัวของตัวเอง รู้จักดำรงชีวิตอย่างเป็นเหตุผล ความมีเหตุผลจะทำให้มนุษย์รู้จักแยกแยะได้ว่าสิ่งใดเป็นความดีหรือความชั่ว แก่นแท้ของมนุษย์อยู่ที่ความสามารถในการใช้เหตุผลซึ่งทำให้มนุษย์แตกต่างจากสัตว์โลกอื่น ๆ<sup>3</sup>

<sup>3</sup> อูระ หวังอ้อมกลาง. (2547, เมษายน). สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ ความเป็นจริงและในทางปฏิบัติ. รวมบทความทางวิชาการ ชุดที่ 3: “ศาลรัฐธรรมนูญกับการพัฒนาประชาธิปไตยในระบบนิติรัฐ” ในโอกาสการสถาปนาศาลรัฐธรรมนูญครบรอบ 6 ปี. หน้า 474.

แนวความคิดนี้ก่อให้เกิดแนวความคิดทางเสรีนิยม หรือ Liberalism ซึ่งเป็นพื้นฐานสำคัญของอุดมการณ์ประชาธิปไตยแบบเสรีนิยม ซึ่งเชื่อว่าเสรีภาพของบุคคลเหนือกว่าอำนาจรัฐ ส่วนแนวความคิดชุมชนนิยม (Collectivism) เห็นว่า การที่มนุษย์รวมตัวกันเป็นสังคม ทำให้มนุษย์แต่ละคนไม่สามารถที่จะแยกตัวเองออกไปมีสถานะเป็นเอกเทศจากสังคมที่ตนเองเป็นสมาชิกได้ มนุษย์แต่ละคนจึงเป็นส่วนประกอบที่แยกไม่ได้จากโครงสร้างสังคมทั้งองค์ภาพ มนุษย์แต่ละคนไม่มีคุณค่าในตัวเอง มนุษย์จะมีคุณค่าก็ต่อเมื่อกระทำตามสิ่งที่สังคมต้องการเท่านั้น มนุษย์ดำรงอยู่เพื่อสังคม ชุมชนนิยมเน้นความสำคัญของความมั่นคงและเสถียรภาพของสังคม ดังนั้น รัฐจึงเป็นกลไกสำคัญต่อความเป็นอยู่ของมนุษย์ในสังคม รัฐมีความชอบธรรมที่จะดำเนินการใด ๆ ก็ได้ไม่ว่าจะเป็นการเข้าแทรกแซงหรือกำหนดวิถีชีวิตของบุคคลแต่ละคน

จากแนวความคิดในเรื่องเสรีภาพทั้งสอง นำไปสู่การบัญญัติเรื่องสิทธิเสรีภาพไว้ในรัฐธรรมนูญตามเหตุผลทางการเมืองของประเทศต่าง ๆ อาจพิจารณาได้ว่ารัฐธรรมนูญของประเทศใดจะมีลักษณะเสรีประชาธิปไตยมากน้อยเพียงใด ขึ้นอยู่กับว่ารัฐธรรมนูญของประเทศนั้น ๆ มีบทบัญญัติให้สิทธิและเสรีภาพ และจำกัดสิทธิเสรีภาพประชาชนมากน้อยเพียงใด

สิทธิ คืออำนาจที่กฎหมายรับรองให้แก่บุคคล ในการก่อให้เกิดนิติสัมพันธ์กับบุคคลอื่นในอันที่จะเรียกร้องให้บุคคลอื่นกระทำการ หรือละเว้นกระทำการเพื่อให้เกิดประโยชน์แก่ตน ก่อให้เกิดหน้าที่แก่รัฐในอันที่จะต้องปฏิบัติตามสิทธิของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ เช่น สิทธิของประชาชนในการรับรู้ข้อมูลข่าวสารสาธารณะที่อยู่ในความครอบครองหรือควบคุมดูแลของหน่วยงานรัฐ ก่อให้เกิดหน้าที่แก่รัฐ หน่วยงานของรัฐในอันที่จะให้ข้อมูลข่าวสารแก่ประชาชนที่ใช้สิทธิเรียกร้องเพื่อขอรับข้อมูลข่าวสารนั้น ๆ

เสรีภาพ คือ อำนาจที่กฎหมายรับรองให้แก่บุคคลในอันที่จะทำการที่เกี่ยวกับตนเองเป็นอำนาจที่จะกระทำในสิ่งที่ตนเองประสงค์กระทำและไม่กระทำในสิ่งที่ตนเองไม่ประสงค์จะกระทำ การที่กฎหมายรับรองเสรีภาพให้แก่บุคคลหนึ่งบุคคลใด ก่อให้เกิดหน้าที่ต่อบุคคลอื่นเช่นกัน โดยก่อให้เกิดหน้าที่ “ละเว้น” แก่รัฐหรือบุคคลอื่นที่จะไม่กระทำการในอันที่จะเป็นอุปสรรคขัดขวางผู้ทรงเสรีภาพในอันที่เขาจะใช้สิทธิเสรีภาพนั้น ๆ เช่น เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น การพูด การพิมพ์ การโฆษณา การก่อให้เกิดหน้าที่แก่รัฐในอันที่จะละเว้นการเข้าไปแทรกแซงขัดขวางผู้ที่ใช้เสรีภาพดังกล่าว

### 2.1.1 สิทธิและเสรีภาพตามปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (Human Rights)

ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน เป็นการรับรองและคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานประการแรก คือ สิทธิส่วนบุคคล (Personal Right) อันหมายถึงสิทธิแห่งความเสมอภาค สิทธิในชีวิต อิสรภาพ และความมั่นคง ฯลฯ อันปรากฏในมาตรา 3-11 ประการที่สอง คือ สิทธิซึ่งเป็นของปัจเจกบุคคลในความสัมพันธ์ของเขากับกลุ่มสังคมซึ่งตนเข้าไปมีส่วนร่วม ซึ่งได้แก่ สิทธิในความเป็นส่วนตัวในชีวิตครอบครัวและการแต่งงาน สิทธิในการมีเสรีภาพในการเคลื่อนไหวภายในรัฐหรือออกนอกรัฐ สิทธิในการมีสัญชาติ ในการลี้ภัยในกรณีที่ถูกประหัตประหาร สิทธิในทรัพย์สิน และในการปฏิบัติกิจของศาสนา (มาตรา 12-17) ประการที่สาม เป็นเรื่องอิสรภาพของพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ซึ่งมีการใช้เพื่อให้เกิดการก่อตั้งองค์กรแห่งรัฐบาล หรือเข้าไปมีส่วนร่วมในกระบวนการกำหนดตัดสินใจอันได้แก่เรื่องเสรีภาพในมโนธรรม ความคิดและการแสดงออก เสรีภาพในการสมาคมและรวมตัวกัน สิทธิในการลงคะแนนและสมัครรับเลือกตั้ง สิทธิในการเข้าถึงรัฐบาล และการบริหารงานสาธารณะ (มาตรา 18-21) และประการที่สี่ คือสิทธิซึ่งมีการใช้ในด้านเศรษฐกิจและสังคม นับตั้งแต่บรรดาสิทธิซึ่งแสดงออกในเรื่องที่เกี่ยวกับแรงงานและความสัมพันธ์ในการผลิต และในด้านที่เกี่ยวกับการศึกษา สิทธิในการทำงานและ การประกันทางสังคม และมีอิสระในการเลือกการทำงาน มีเงื่อนไขการทำงานที่เป็นธรรม ในการได้รับค่าจ้างอันเท่าเทียมกันสำหรับงานที่เสมอกัน สิทธิในการก่อตั้งและเข้าร่วมในสหภาพแรงงาน ในการพักผ่อน และมีเวลาว่าง ในการได้รับดูแลรักษาสุขภาพ ในการศึกษา และสิทธิในการเข้ามีส่วนร่วมอย่างอิสระในชีวิตทางวัฒนธรรมของชุมชน (มาตรา 22-27) และประการที่ห้า ความในมาตรา 28-30 หมายถึง สิทธิใน (การมี) ระเบียบ ทางสังคมและระเบียบระหว่างประเทศ<sup>4</sup>

หลักการที่สำคัญในการคุ้มครองสิทธิในชีวิตและร่างกาย คือ บุคคลมีสิทธิในการดำรงชีวิต ในเสรีธรรมและในความมั่นคงแห่งร่างกาย (ข้อ 3) และบุคคลใดจะถูกทรมาน หรือได้รับการปฏิบัติ หรือลงทัณฑ์ซึ่งทารุณ โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม เหยียดหยามเกียรติไม่ได้ (ข้อ 5) ซึ่งบุคคลมีสิทธิได้รับการเยียวยา โดยศาลแห่งชาติซึ่งมีอำนาจเนื่องจากการกระทำใด ๆ อันเป็นการละเมิดต่อสิทธิ ขั้นมูลฐานซึ่งตนได้รับจากรัฐธรรมนูญ หรือกฎหมาย (ข้อ 8) ดังนั้นสิทธิในชีวิตและร่างกาย เป็นสิทธิที่มีความสำคัญที่สุดซึ่งเป็นสิทธิที่ไม่อาจละเมิดได้ รัฐจึงต้องป้องกันมิให้มีการทำลายชีวิต โดยกำหนดเป็นความผิดอาญา

<sup>4</sup> จรัญ โฆษณานันท์. (2545). สิทธิมนุษยชนไร้พรมแดน ช ปรัชญา กฎหมาย และความเป็นจริง ทางสังคม. หน้า 288-290.

### 2.1.2 สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550

รัฐธรรมนูญรับรองสิทธิและเสรีภาพในชีวิตและร่างกาย กล่าวคือ บุคคลมีเสรีภาพในการเคลื่อนไหวและงดเว้นการเคลื่อนไหวร่างกาย รัฐมีหน้าที่ให้ความคุ้มครองไม่ให้สิทธิและเสรีภาพในชีวิตและร่างกายของบุคคลถูกรบกวนจากเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือบุคคลอื่น<sup>5</sup>

สิทธิตามรัฐธรรมนูญจึงเป็นความสัมพันธ์ระหว่างปัจเจกบุคคลกับรัฐ และสิทธิตามรัฐธรรมนูญเป็นสิทธิที่ผูกพันองค์กรใช้อำนาจรัฐทั้งหลายที่จะต้องให้ความเคารพ ปกป้อง และคุ้มครองสิทธิตามรัฐธรรมนูญ เพื่อให้สิทธิตามรัฐธรรมนูญมีผลในทางปฏิบัติ<sup>6</sup>

สิทธิและเสรีภาพส่วนบุคคล เช่น สิทธิและเสรีภาพในชีวิตและร่างกาย ซึ่งจำแนกตามเนื้อหาโดยอาศัยการพิจารณาวัตถุประสงค์แห่งสิทธิและเสรีภาพ<sup>7</sup> เป็นสิทธิในความมั่นคงปลอดภัยในชีวิตและร่างกาย โดยรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2550 ได้บัญญัติให้ความคุ้มครองจากการใช้อำนาจรัฐ เช่น บทบัญญัติที่ว่าบุคคลย่อมมีสิทธิและเสรีภาพในชีวิตและร่างกาย ซึ่งเป็นสิทธิเสรีภาพที่สำคัญที่สุดและเป็นต้นแบบของสิทธิและเสรีภาพอื่น ๆ<sup>8</sup> ห้ามจับกุม คุมขัง หรือตรวจค้นตัวบุคคล เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย บุคคลไม่ต้องรับโทษทางอาญา เว้นแต่จะได้กระทำการอันกฎหมายที่ใช้อยู่ในเวลาที่กระทำนั้นบัญญัติเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ และโทษที่จะลงแก่บุคคลนั้นจะหนักกว่าโทษที่กำหนดไว้ในกฎหมายที่ใช้อยู่ในเวลาที่กระทำความผิดไม่ได้ ซึ่งเป็นการรับรองหลัก “ไม่มีความผิด ไม่มีโทษ โดยไม่กฎหมาย” (nullum crimen, nulla poena sine lege) และให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าผู้ต้องหาหรือจำเลยในคดีอาญาไม่มีความผิด ก่อนที่จะมีคำพิพากษาอันถึงที่สุดแสดงว่าบุคคลใดได้กระทำความผิดจะปฏิบัติต่อบุคคลนั้นเสมือนผู้กระทำความผิดไม่ได้ โดยเป็นแนวทางว่ารัฐต้องให้ความเคารพในสิทธิและเสรีภาพในชีวิตและร่างกายของบุคคล การออกกฎหมายหรือระเบียบใด ๆ ต้องทำให้สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ

สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 มีดังนี้ การรับรองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ความเสมอภาค สิทธิเสรีภาพในชีวิตและร่างกาย สิทธิที่ไม่ถูกบังคับใช้กฎหมายอาญาย้อนหลัง สิทธิได้รับการสันนิษฐานในคดีอาญาว่าเป็นผู้บริสุทธิ์ สิทธิได้รับข้อมูลในกิจกรรมที่จะมีผลกระทบต่อคุณภาพ สิ่งแวดล้อม สุขอนามัย คุณภาพชีวิต สิทธิมีส่วนร่วมใน

<sup>5</sup> มานิตย์ จุมปา. (2547). คำอธิบายรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พ.ศ. 2540). หน้า 11.

<sup>6</sup> บรรเจิด สิงคะเนติ. (2547). หลักพื้นฐานของสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามรัฐธรรมนูญ. หน้า 58.

<sup>7</sup> อุคม รัฐอมฤต นพนิธิ สุริยะและบรรเจิด สิงคะเนติ. (2544). การอ้างศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ หรือการใช้สิทธิและเสรีภาพของบุคคลตามมาตรา 28 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540. หน้า 88.

<sup>8</sup> บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. (2542). รัฐธรรมนูญหน้ารู้. หน้า 212.

กระบวนการพิจารณาของเจ้าหน้าที่ของรัฐในการปฏิบัติราชการทางปกครอง สิทธิในการเสนอเรื่องราวร้องทุกข์ สิทธิในการฟ้องหน่วยงานราชการ สิทธิในการต่อต้านลัทธิระบอบประชาธิปไตย

สิทธิและเสรีภาพทางวิธีพิจารณาความอาญา เป็นเรื่องของกระบวนการยุติธรรมทางอาญาที่เป็นการใช้อำนาจรัฐเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อย และเอาตัวผู้กระทำความผิดมาลงโทษ อันอาจมีผลกระทบต่อเสรีภาพของบุคคล ซึ่งจะกล่าวเฉพาะสิทธิในชีวิตร่างกายเท่านั้น ทั้งนี้สิทธิในชีวิตและร่างกาย เป็นสิทธิที่ติดตัวปัจเจกบุคคลมาตั้งแต่เกิด จึงไม่อาจพรากไปจากบุคคลนั้นได้ ซึ่งเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานจำเป็นอย่างยิ่งต่อการดำรงชีวิตอยู่ แสดงให้เห็นว่ามนุษย์เป็นอิสระที่จะกำหนดตนเองได้ตามเจตจำนงที่ตนประสงค์ทำให้บุคคลอื่นต้องเคารพสิทธิในชีวิตและร่างกายของบุคคลนั้น<sup>9</sup>

## 2.2 หลักกษัตริย์ที่ใกล้จะถึง หรือหลักทฤษฎี Face to face

จากการศึกษาในเรื่องของการป้องกัน โดยชอบด้วยกฎหมายในเรื่องเกี่ยวกับความหมายนั้น ได้มีนักวิชาการและผู้ทรงคุณวุฒิทางด้านกฎหมายได้ร่างและอธิบายความหมาย ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 68 ในปี พ.ศ. 2483 อาทิเช่น หลวงจรัญเนติศาสตร์ ซึ่งเป็นกรรมการในการร่างได้ให้ความหมายโดยการเสนอว่า “เฉพาะหน้า” นายเดือน บุนนาค ซึ่งเป็นกรรมการและเลขานุการ ได้ให้ความหมายในเรื่องดังกล่าวโดยเสนอว่า “เผชิญหน้า” พระยาลัดพลีธรรมประคัลภ์ ได้เสนอให้ใช้อย่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่า “อันใกล้จะถึง” แต่ในที่สุดในที่ประชุม ในการร่าง ได้มีมติในที่ประชุมได้เสนอคำว่า “อันใกล้จะถึง”

เมื่อพิจารณาแล้วจะเห็นได้ว่า เจตนารมณ์ของผู้ร่างกฎหมายจะเห็นได้ว่า “กษัตริย์ที่ใกล้จะถึง” ที่ปรากฏตามกฎหมายในปัจจุบัน มีความหมายใกล้เคียงกับคำว่า “เผชิญหน้า” ซึ่งอาจจะใช้แทนกันได้ จึงอาจตีความได้ว่า หลักสำคัญของการป้องกันก็คือ ผู้กระทำการป้องกันควรที่จะเผชิญหน้ากับเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นซึ่งเป็นกษัตริย์นั้น

ความหมายของกษัตริย์ที่ใกล้จะถึงตามกฎหมายอาญา ได้มีนักวิชาการด้านกฎหมายหลายท่าน ได้อธิบายและให้ความหมายพอสรุปได้ดังนี้

กษัตริย์ที่ใกล้จะถึง หมายถึง กษัตริย์นั้น จะต้องเกิดจากการประทุษร้ายอันละเมิดต่อกฎหมาย เป็นกษัตริย์ที่จวนหรือเกือบจะถึงตัวผู้<sup>10</sup> หากกษัตริย์ในอนาคตอันอยู่ห่างไกลหรือในอดีตที่ผ่านไปแล้ว ไม่ถูกเงินก็ไม่เกิดสิทธิป้องกันได้<sup>11</sup> ไม่ถือว่าเป็นกษัตริย์ที่ใกล้จะถึง

<sup>9</sup> บรรเจิด สิงคะเนติ. เล่มเดิม. หน้า 108.

<sup>10</sup> พัฒน์ นิยมกฤษ. (2548). คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา. หน้า 106.

<sup>11</sup> Perkins, *supranote*, p. 994.

ศาสตราจารย์ ดร.คณิต ณ นคร อธิบายว่า “การประทุษร้าย” การกระทำของมนุษย์ที่เป็น การคุกคามสิทธิของบุคคล “การประทุษร้าย” ที่ป้องกันได้ต้องเป็น “การประทุษร้ายที่เป็นอันตราย ที่ใกล้จะถึง”<sup>12</sup>

“อันตรายที่ใกล้จะถึง” หมายถึงอันตรายที่ปรากฏอยู่เฉพาะหน้า หรือเป็นอันตรายที่ ได้เกิดขึ้นแล้ว รวมตลอดถึงอันตรายที่ยังปรากฏอยู่ต่อไปอีก<sup>13</sup>

#### 2.2.1 ความหมายของคำว่าอันตรายอันใกล้จะถึง<sup>14</sup>

ความหมายของคำว่าอันตรายมาจากคำว่า “ภัย” แปลว่า ภัย หรือความกลัวว่าจะเกิด อันตราย<sup>15</sup> หากแต่สนใจว่าผู้กระทำป้องกันมีความกลัวภัยเพียงใด หรือระดับของการกลัวอยู่ใน ระดับใดเพื่อกำหนดมาตรการที่ตอบโต้ให้ได้สัดส่วน ดังนั้น กรณีความกลัวภัยนี้จะมีแค่ไหน เพียงใดนั้น ไม่อาจตอบโต้แต่ขึ้นอยู่กับความกลัวในจิตใจของแต่ละบุคคล<sup>16</sup> ความหมายของคำว่า ภัยอันตรายในกฎหมายเรื่องการป้องกันจึงต่างจากคำว่าอันตราย เพราะภัยอันตรายมีความกลัวอยู่ใน จิตใจของบุคคลเป็นภัยที่ใกล้จะถึงและจำต้องกระทำเพื่อป้องกัน แสดงถึงวาระที่เริ่มใช้สิทธิป้องกัน ได้ตลอดไป จนถึงวาระที่ไม่จำต้องกระทำเพื่อป้องกันต่อไป และต้องเป็นภัยที่แท้จริงและหลีกเลี่ยง ไม่ได้ (Actuelle et inevitable) เช่น ลุยน้ำข้ามคลองเข้าไปพินิจเลยถึงในบ้านแม้จำเลยจะเห็นผู้ตาย อยู่ก่อนและอาจหลบหนีไปได้<sup>17</sup> แต่ไม่มีความจำเป็นที่ผู้มีสิทธิครอบครองเคหสถานของตนโดย ชอบจะต้องหนีผู้กระทำผิด ดังนั้น การที่จำเลยใช้ปืนยิงผู้ตาย 1 นัด ขณะผู้ตายอยู่ห่างจากโรงจำเลย 6 สอกถึง 2 วา นั้นถือว่าเป็นภัยอันตรายใกล้จะถึง<sup>18</sup> หรือเข้ามาในรั้วบ้านแล้ว<sup>19</sup> หรือเข้ามาถึง ห้องนอน<sup>20</sup> มายืนที่ข้างรั้วเวลามีต สุนัขเห่า<sup>21</sup> เข้ามาจุดบุตรสาวของนายคำถึงในบ้าน<sup>22</sup> เข้ามาใน

<sup>12</sup> คณิต ณ นคร. (2556). *กฎหมายอาญาภาคทั่วไป*. หน้า 242.

<sup>13</sup> แหล่งเดิม. หน้า 185.

<sup>14</sup> สุเนติ คงเทพ. (2556). *การป้องกันในเคหสถาน*. หน้า 148-179.

<sup>15</sup> พระมหาไพโรจน์ ปัญญาชิโร. (ม.ป.ป.). *พจนานุกรมบาลี-ไทย นามศัพท์*.

<sup>16</sup> ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ. (2556). *คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคทั่วไป*. หน้า 155-156.

<sup>17</sup> Bouzat & Pinate: no.286, p. 271, 1 Vidal n.203 p. 362. อ้างอิงใน จิตติ ดิงศกัทธิย์. *ดั่งถ้อยคำของ กฎหมายลักษณะอาญาว่า “หลีกเลี่ยงไม่ได้.”* หน้า 609.

<sup>18</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 169/2504. สืบค้นเมื่อ 25 มีนาคม 2555, จาก [www.deka2007.supremecourt.or.th](http://www.deka2007.supremecourt.or.th)

<sup>19</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 261/2511. สืบค้นเมื่อ 25 มีนาคม 2555, จาก [www.deka2007.supremecourt.or.th](http://www.deka2007.supremecourt.or.th)

<sup>20</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 654/2476. สืบค้นเมื่อ 25 มีนาคม 2555, จาก [www.deka2007.supremecourt.or.th](http://www.deka2007.supremecourt.or.th)

<sup>21</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1619/2537. สืบค้นเมื่อ 25 มีนาคม 2555, จาก [www.deka2007.supremecourt.or.th](http://www.deka2007.supremecourt.or.th)

<sup>22</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1069/2503. สืบค้นเมื่อ 25 มีนาคม 2555, จาก [www.deka2007.supremecourt.or.th](http://www.deka2007.supremecourt.or.th)

เรือนของจำเลยเวลากลางคืน<sup>23</sup> ชุมนอยู่บริเวณรั้ว<sup>24</sup> แต่หากคาดคิดจากสถานการณ์ที่เกิดขึ้นว่าจะมี ภัยอันตราย<sup>25</sup> ยังไม่ถือว่าภัยอันตราย กล่าวคือต้องมีภัยอันตรายเกิดขึ้นจริง

ดังนั้น คำว่าภัยที่ใกล้จะถึงนั้นไม่อาจนิยามได้อย่างชัดเจนว่ากรณีเช่นใดเป็นภัยอันตราย อันใกล้จะถึง แต่ภัยอันใกล้จะถึงนั้นมีความหมายอยู่ในตัวว่าไม่จำเป็นที่จะต้องมีการเกิดขึ้นแก่ตัว ผู้ที่จะต้องประสบเสียก่อน การป้องกันเป็นการกระทำเพื่อมิให้ภัยนั้นเกิดขึ้นจริงแก่ผู้ต้องประสบ ตามที่ผู้ก่อภัยนั้นประสงค์ ซึ่งหากผู้ก่อภัยกระทำสำเร็จย่อมเป็นผิดกฎหมาย<sup>26</sup> ซึ่งหากภัยยังอยู่ใน อนาคตห่างไกล ไม่ฉุกเฉินก็ไม่เกิดสิทธิป้องกันได้<sup>27</sup> หากตีความจากมาตรา 68 ในข้อความที่ว่า “จำต้องกระทำ” มาใช้คู่กับคำว่า ภัยใกล้จะถึงแล้วจะทำให้ได้ความกระจ่างขึ้นกล่าวคือ ถ้ามีภัย เกิดขึ้นในขณะที่ อันเป็นภัยซึ่งอาจเกิดขึ้นแก่ตนได้แล้ว ก็ย่อมป้องกันได้ตั้งแต่นั้น<sup>28</sup> คำว่า จำต้องกระทำนั้นคือภัยใกล้จะถึงโดยขนาดที่จะอยู่เฉยต่อไปไม่ได้ จำต้องกระทำการอย่างใดอย่าง หนึ่งลงไปเพื่อป้องกัน<sup>29</sup> การใช้สิทธิป้องกันเริ่มตั้งแต่เมื่อภัยอันตรายนั้นใกล้จะถึง รวมตลอดถึง ระยะเวลาที่ภัยอันตรายนั้นได้มาถึงตัวผู้รับภัยแล้ว ก่อนที่ภัยอันตรายนั้นสิ้นสุดลง<sup>30</sup> ดังนั้น ผู้ต้อง ประสบภัยย่อมกระทำการป้องกันได้ตลอดเวลาที่ยังมีภัยอยู่<sup>31</sup> สำหรับกฎหมายของสหรัฐอเมริกาที่ บัญญัติทำนองเดียวกับของไทยคือ เมื่อผู้อยู่ในเคหสถานมีความเชื่อ โดยเหตุผลอันสมควรว่ามี ภัยอันตรายต่อเนื้อตัวร่างกายของตนและผู้อยู่อาศัยมีความจำเป็นที่จะต้องกระทำการเพื่อป้องกันใน

<sup>23</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 492/2479. สืบค้นเมื่อ 25 มีนาคม 2555, จาก [www.deka2007.supremecourt.or.th](http://www.deka2007.supremecourt.or.th)

<sup>24</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2089/2542. สืบค้นเมื่อ 25 มีนาคม 2555, จาก [www.deka2007.supremecourt.or.th](http://www.deka2007.supremecourt.or.th)

<sup>25</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5664/2540 จำเลยเกรงว่าผู้ตายจะชักปืนออกมายิงตน ซึ่งเป็นสถานการณ์ที่ จำเลยคาดคะเนเอาแม้จำเลยจะเชื่ออย่างแน่นแฟ้นก็ตาม แต่เมื่อไรที่ผู้ตายยังไม่ชักปืนออกมาภัยก็ยังไม่ มี จำเลยยัง ผู้ตายก่อน ถือว่ายังไม่มีการอันตรายแต่แตกต่างจากแนวคิดของเยอรมัน ซึ่งมีข้อเท็จจริงที่คล้ายกันกับกรณีนี้คือ เจ้า พนักงานป่าไม้พบผู้บุกรุกป่า (Der Wilderer) จึงได้ร้องตะ โคนให้ผู้นั้นทิ้งปืน แต่ผู้บุกรุกนั้นก็กลับหนีไปพร้อมปืน ถือว่าการประทุษร้ายยังคงมีอยู่แม้ว่าการกระทำของผู้บุกรุกป่ายังไม่ถึงขั้นพยายามกระทำผิด RG53} 132 (133) Hans-Heinrich Jescheck, Lehrbuch des Strafrechts: Allgemeiner Teil, 4 Auflage (Duncker & Humblot: Berlin, 1988), pp. 301-302. อ้างถึงใน สุรสิทธิ์ แสงวิโรจน์พัฒน์. (2539, ตุลาคม – ธันวาคม). “การป้องกันโดยชอบด้วย กฎหมาย ตามกฎหมายเยอรมัน.” *คูลพาท*, 4 (43). หน้า 139.

<sup>26</sup> จิตติ ดิงศกัทธิย์. (2536). *กฎหมายอาญา ภาค 1*. หน้า 609-610.

<sup>27</sup> ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ. (2549). *ประมวลกฎหมายอาญา ฉบับอ้างอิง*. หน้า 155.

<sup>28</sup> จิตติ ดิงศกัทธิย์. เล่มเดิม. หน้า 610.

<sup>29</sup> แหล่งเดิม. หน้า 612.

<sup>30</sup> เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์. เล่มเดิม. หน้า 355.

<sup>31</sup> จิตติ ดิงศกัทธิย์. เล่มเดิม. หน้า 613.



การหลีกเลี่ยงภัยอันตรายดังกล่าว และต้องกระทำต่อภัยอันตรายที่มีขอบด้วยกฎหมาย และภัยอันตรายนั้นจะต้องใกล้จะถึง (Imminent)<sup>32</sup> หรือเกิดขึ้น โดยทันใด (immediate) ฉะนั้น ภัยอันตรายในอนาคตที่ยังไม่เกิดขึ้นจึงมิใช่ภัยอันตรายที่ใกล้จะถึง ทั้งใน Common Law และ statutory ในเรื่องการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย (Self-defense) ต้องเป็นกรณีที่น่ากลัว (ผู้ใช้สิทธิในการป้องกัน) มีความเชื่อว่ามีความจำเป็นต้องใช้สิทธิในการป้องกันและความเชื่อดังกล่าวนี้อาจจะต้องสมเหตุสมผล (Reasonable ground) ด้วย

### 2.2.2 กรณีภัยอันตรายใกล้จะถึงบุคคล

กรณีภัยอันตรายอันใกล้จะถึงตัวบุคคลที่อยู่ในเคหสถานกับกรณีภัยอันตรายที่ใกล้จะถึงตัวบุคคลที่อยู่นอกเคหสถานจะมีความแตกต่างกัน กล่าวคือ ตามหลักกฎหมายเรื่องการป้องกันดังที่กล่าวแล้วว่าภัยอันตรายอันใกล้จะถึงนั้นเป็นกรณีที่ผู้กระทำความผิดต้องกระทำและการป้องกันเป็นสิทธิในการกระทำมิใช่หน้าที่จะทำให้ผู้มีสิทธิตกอยู่ในความเสี่ยง เช่น กรณีที่อยู่นอกเคหสถานต้องเป็นกรณีที่เห็นได้อย่างชัดเจนว่าต้องภัยอันตรายอันใกล้จะถึงอย่างแท้จริง เช่น ผู้ตายมาพบขอแบ่งวัวจากจำเลย จำเลยไม่ยอมแบ่งและชวนให้ไปตกลงกันที่บ้านผู้ใหญ่บ้าน หรือที่บ้านกำนันแต่ผู้ตายไม่ยอมไปกลับชักปืนออกมาจากเอวจำเลยยอมเข้าใจว่าผู้ตายจะใช้ปืนนั้นยิงจำเลยอันเป็นภัยอันตรายซึ่งเกิดจากการประทุษร้ายอันละเมิดต่อกฎหมายและเป็นภัยอันตรายที่ใกล้จะถึง การที่จำเลยใช้ปืนยิงผู้ตายไป 1 นัด และผู้ตายถึงแก่ความตายจึงเป็นการป้องกันสิทธิของตนพอสมควรแก่เหตุ การกระทำของจำเลยเป็นการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายจำเลยไม่มีความผิด แต่ถ้าเพียงแต่เห็นผู้ก่อภัยทำกริยาคล้ายจะชักอาวุธออกมาทำร้ายเท่านั้น ยังไม่ถึงว่าภัยอันตรายใกล้จะถึงแต่หากพฤติการณ์ทำนองเดียวกันนี้เกิดขึ้นในเคหสถานแล้วก็ถือว่าภัยอันตรายใกล้จะถึงในเคหสถานแล้ว เช่น ผู้ตายมาสุราร้องทำทนายจำเลยให้มาต่อสู้กัน จำเลยไม่สู้ ผู้ตายก็ถือมีดดาบปลายแหลมลุยน้ำข้ามคลองเข้าไปฟันจำเลยถึงในบ้าน แม้จำเลยจะเห็นผู้ตายอยู่ก่อนและอาจหลบหนีไปได้ แต่ไม่มีความจำเป็นที่ผู้มีสิทธิครอบครองเคหสถานของตนโดยชอบ จะต้องหนีผู้กระทำความผิด ดังนั้น การที่จำเลยใช้ปืนยิงผู้ตาย 1 นัด ขณะผู้ตายอยู่ห่างจากโรงจำเลย 6 สอกถึง 2 วา นั้น ถือว่าเป็นการกระทำเพื่อป้องกันชีวิตพอสมควรแก่เหตุ<sup>33</sup> สำคัญผิดว่าเป็นคนร้ายมาปล้นและเข้ามาในรั้วบ้านแล้วจึงยังเป็นการป้องกันตัวและทรัพย์สิน<sup>34</sup> สำคัญผิดว่าคนร้ายเข้ามาถึงห้องนอน จับฝ่าลำแพนตะค่อม ๆ อยู่คงจะมาทำร้ายหรือลักทรัพย์สินเป็นการใกล้ชิดพอที่จะป้องกันได้โดยไม่ต้องไล่ถาม หรือรอให้แสดงกริยาจะทำร้าย

<sup>32</sup> Wayne R. La Fave, and Autin W. Scott. (1972). *Criminal Law*. p. 391.

<sup>33</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ 169/2504. สืบค้นเมื่อ 25 มีนาคม 2555, จาก [www.deka2007.supremecourt.or.th](http://www.deka2007.supremecourt.or.th)

<sup>34</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ 261/2511. สืบค้นเมื่อ 25 มีนาคม 2555, จาก [www.deka2007.supremecourt.or.th](http://www.deka2007.supremecourt.or.th)

เสียก่อน<sup>35</sup> อันธพาลมีมีคนบุกรุกเข้ามาถูคนบุตรสาวของนายคำถึงในบ้าน ดังนั้น นายคำจึงป้องกันได้ ไม่ต้องรอให้ผู้บุกรุกเข้ามาถึงตัว ซึ่งจะไม่มีทางต่อสู้ได้ทันทันที<sup>36</sup> ผู้ตายเข้ามาในเรือนของจำเลย เวลากลางคืน จำเลยเข้าใจว่าเป็นคนร้ายจึงจួយมีดข้างที่นอนฟันผู้ตาย ผู้ตายผลະหนี จำเลยได้ตาม ฟันซ้ำอีกสองที ผู้ตายหนีลงไปได้ไปขาดใจตายในบริเวณรั้วบ้าน ผู้ตายกับจำเลยไม่เคยรู้จักกันมาก่อน และในคืนนั้นมีพวกของผู้ตายมายืนคอยอยู่ข้างล่างด้วยคนหนึ่ง ตัดสินว่าเป็นการป้องกัน พอสวมควรแก่เหตุ โดยคดีนี้ศาลเห็นว่าผู้ตายเข้าไปเวลามืดและขณะจำเลยหลับ จำเลยย่อมตกใจและ ยากที่จะพิจารณาว่าควรหรือไม่ควรเพียงใดและรู้ไม่ได้ว่าผู้ตายมีพวกและอาวุธอย่างไร การที่ฟัน ซ้ำ<sup>37</sup> ก็กระทำบนเรือนนั่นเองยังไม่ขาดระยะและเป็นที่มีคดีด้วย จำเลยไม่อาจรู้ได้ว่าผู้ตายจะหนีหรือมี ชั้นเชิงอย่างไร เมื่อผู้ตายลงเรือนไปแล้วจำเลยก็ไม่ตามไปฟันซ้ำ อันเป็นการเน้นย้ำให้เห็นว่าหากผู้ อยู่อาศัยตกอยู่ในความเสี่ยยอมทำให้ป้องกันได้แต่อย่างไรก็ตาม หากผู้อยู่อาศัยยังไม่ตกอยู่ในความ เสี่ยยอมทำให้ป้องกันได้แต่อย่างไรก็ตามหากผู้อยู่อาศัยยังไม่ตกอยู่ในความเสี่ยยอมเพียงพอแล้ว ก็ยังไม่พอฟังว่าภัยใกล้จะถึงตัวบุคคลในเคสดาน เช่น มีคนมายืนที่ข้างรั้วเวลามืด สุนัขเห่า ถามไม่ ตอบจึงยิงตาย เพราะเข้าใจว่าเป็นผู้ร้ายมาลักทรัพย์เป็นความผิดฐานฆ่าคนโดยป้องกันเกินสมควร แก่เหตุ ดังนั้น คำว่าภัยอันตรายอันใกล้จะถึงตัวบุคคลจึงเป็นกรณีที่บุคคลที่อยู่อาศัยในเคสดานตก อยู่ในความเสี่ยยอมมากกว่ากรณีปกติ เพราะไม่รู้ว่ามีมาดีหรือมาร้าย หากผู้รุกร้าเข้ามาในเขต เคสดานนั้น จะต้องรู้จักผิดชอบชั่วดีมีหน้าที่ต้องเคารพสิทธิผู้อยู่อาศัย ทั้งนี้เพราะผู้อยู่อาศัยใน เคสดานนั้นกฎหมายควรจะต้องคุ้มครองให้เป็นสถานที่พิเศษซึ่งหลักกฎหมายทั้งฝรั่งเศส สหรัฐอเมริกาที่ถือหลักเดียวกันนี้

### 2.2.3 กรณีภัยอันตรายใกล้จะถึงทรัพย์

จากหลักทฤษฎีสัดส่วนที่กล่าวไว้ในบทที่ 2 ว่า การที่จะวินิจฉัยความสมควรแก่เหตุโดย เปรียบเทียบ “ภัยที่เกิดขึ้น” (ภัยที่ก่อ) กับ “ผลจากการกระทำเพื่อป้องกัน”<sup>38</sup> ด้วยเหตุที่การป้องกัน ต่อทรัพย์สินแต่เพียงลำพังนั้นยังไม่มีเหตุผลเพียงพอที่กฎหมายจะยอมอนุญาตให้ใช้กำลังถึงตายได้<sup>39</sup>

<sup>35</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ 654/2476. สืบค้นเมื่อ 25 มีนาคม 2555, จาก [www.deka2007.supremecourt.or.th](http://www.deka2007.supremecourt.or.th)

<sup>36</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ 1069/2503. สืบค้นเมื่อ 25 มีนาคม 2555, จาก [www.deka2007.supremecourt.or.th](http://www.deka2007.supremecourt.or.th)

<sup>37</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ 492/2479. สืบค้นเมื่อ 25 มีนาคม 2555, จาก [www.deka2007.supremecourt.or.th](http://www.deka2007.supremecourt.or.th)

<sup>38</sup> จิตติ ดิงศภัทย์. เล่มเดิม. หน้า 634.

<sup>39</sup> แต่อย่างไรก็ตามหลักการนี้ไม่ใช่หลักที่ถูกต้องเสมอไป ดังนั้นตามแนวความคิดเห็นของท่าน ศาสตราจารย์ เกียรติจร วัจนะสวัสดิ์ คู เกียรติจร วัจนะสวัสดิ์, *อ้างแล้ว เชนงรรถที่ 70*, น. 368. ท่านจึงให้มีการ เปรียบเทียบระหว่างภัยอันตรายที่เกิดจากการกระทำของผู้ก่อภัยเปรียบเทียบกับภัยอันตรายที่เกิดการกระทำของผู้ ป้องกันมาเปรียบเทียบกัน หรือผู้เขียนเขียนด้วยถ้อยคำสั้น ๆ ว่าภัยที่ถูกก่อ กับภัยที่เกิดขึ้น ไม่ใช่ดูที่ผลร้าย (ผล

นอกจากนั้นยังมีเหตุผลอันเกี่ยวข้องกับภัยที่ก่อขึ้น โดยผู้ประทุษร้าย ประเภทที่เป็นภัยที่เกิดขึ้นจากความผิดอย่างอื่นอันมิใช่ความผิดต่อเนื้อตัวร่างกาย เช่น ภัยที่เกิดแก่ทรัพย์สิน ชื่อเสียงหรือเสรีภาพ จะเทียบสัดส่วนกับภัยก่อประเภทการทำร้ายร่างกายเพื่อป้องกันย่อมทำไม่ได้กฎหมายบางประเทศฝรั่งเศสจึงบัญญัติป้องกันทรัพย์สินไว้เป็นพิเศษ ในมาตรา 122-5 โดยยอมให้มีการป้องกันทรัพย์สินได้ ภายหลังจากที่ศาลได้พัฒนาหลักกฎหมายในเรื่องการป้องกันทั่วไปมาสู่เรื่องการป้องกันทรัพย์สิน ในคดีที่คนร้ายได้เข้าไปลักทรัพย์ โดยเข้าไปจับปลาในที่คนจำเลย แล้วถูกกับดักจนขาด<sup>40</sup> ซึ่งในกฎหมายป้องกันทรัพย์สินของฝรั่งเศสจะกำหนดขอบเขตในเรื่องป้องกันทรัพย์สินที่เข้มงวดมากกว่าการใช้กำลังป้องกันบุคคล โดยกำหนดให้มีการตอบโต้อย่างเคร่งครัด เพียงเท่าที่จำเป็นเพื่อคุ้มครองป้องกันการประทุษร้าย โดยผู้กระทำป้องกันจะต้องเตือนอย่างปกติทั่วไป แก่ผู้ที่จะถูกกระทำเสียก่อนลงมือกระทำ ส่วนในเรื่องความได้สัดส่วนแห่งภัยนั้น<sup>41</sup> กฎหมายมาตรานี้มีหลักการฆ่าคนตายโดยเจตนาเพื่อคุ้มครองทรัพย์สินจะมีไม่ได้ การป้องกันจะใช้เพียงเฉพาะเพื่อเกี่ยวกับ

---

ของภัย) ที่เกิดจากผลผลิตของการกระทำป้องกัน เพราะหากเช่นนั้นแล้วจะทำให้กฎหมายการกระทำป้องกันเป็นหมิ่นหมั่นที่ เพราะภัยที่เกิดขึ้นจริงต่อผู้ป้องกันสิทธิไม่รู้ว่าเกิดขึ้นที่แท้จริงเพียงใด คงยอมให้เขาใช้ความเป็นตัวเขา หรือความเป็นมนุษย์ที่มีเหตุผลที่ตกอยู่ในสภาวะแห่งภัยเช่นนั้นเป็นผู้คาดคะเนเอาในใจขณะนั้นว่าภัยควรจะเกิดขึ้นแก่ตนเพียงใด แล้วถึงเลือกใช้วิธีการกับการกระทำลงมือป้องกันภัยตามความคิดเห็นของคนทั่ว ๆ ไป ว่าควรทำเช่นไร เมื่อเป็นเช่นนั้น ด้วยเหตุนี้เองประมวลกฎหมายอาญาอินเดีย มาตรา 100 และ 103 ถึงได้บัญญัติว่า ถ้าคาดหมายว่าภัยนั้นจะถึงอันตรายสาหัส ผู้รับภัย (ผู้ป้องกัน) กระทำการป้องกัน โดยการฆ่าผู้ก่อภัยนั้นได้ จิตติ ดิงสกี. เล่มเดิม. หน้า 634.

<sup>40</sup> Reg, 25 Mar 1902, S., 1903. 1.5 note Lyon-Caen, D. 1902. I. 356, affaire de fraville.

<sup>41</sup> มาตรา 122-7 บัญญัติว่าบุคคลไม่จำเป็นต้องรับผิดหากว่าต้องประสพกับภัยอันตราย โดยถูกเงิน ในขณะที่แก่ตนเองหรือผู้อื่น หรือทรัพย์สิน เว้นเสียแต่มาตรการที่ใช้ไม่ได้สัดส่วนกับภัยอันตรายที่เกิดขึ้น A person is not criminally liable if confronted with a present or imminent danger to himself, another person or property, he performs an act necessary to ensure the safety of the person or property, except where the means used are disproportionate to the seriousness of the threat. [http://195.83.177.9/upl/pdf/code\\_33.pdf](http://195.83.177.9/upl/pdf/code_33.pdf). ดังนั้น ความหมายของการตอบโต้ที่มีความได้สัดส่วนแห่งภัย (A proportionate response) หมายถึงการตอบโต้จะต้องสอดคล้อง (bear) กับความสัมพันธ์กันกับระดับความรุนแรงของการประทุษร้าย (Intensity of the attack) เช่น เมื่อมีเสียงปืนดังขึ้นผู้ประทุษร้ายได้หยุดการประทุษร้ายดังนี้ การป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายก็ยุติไม่อาจใช้ได้อีกต่อไป Crim. 4 aOut 1949, R.S.C. 1950, 47 obs. Magnoil ยกตัวอย่างเช่นมีคดีที่เป็นคดีบรรทัดฐาน (one case) กล่าวคือ ข้อเท็จจริงในคดีมีว่า คนกลุ่มหนึ่งปืนข้ามผนังกันห้องเข้ามาข้างใน เจ้าของทรัพย์สินได้พยายามต่อสู้โดยการยิงเข้าไปในความมืด โดยที่เจ้าทรัพย์มองไม่เห็นตัวคนร้าย (shooting without visibility into the darkness) หนึ่งในคนร้ายถูกยิงได้รับบาดเจ็บ ศาลฝรั่งเศสวินิจฉัยว่า เจ้าของทรัพย์สินไม่อาจอ้างป้องกันได้ เนื่องจากเจ้าทรัพย์ (ได้ใช้ความระมัดระวัง) ใช้กำลังเกินขอบเขต T. Corr. Mayenne. 6 Mars. 1957, D 1957.458 note Pageaud. หาก

ความผิดร้ายแรงที่เขาประทุษร้ายต่อทรัพย์สินเท่านั้น จะไม่ใช่กับความผิดไม่ร้ายแรง<sup>42</sup> สำหรับแนวคำพิพากษาของศาลไทยเกี่ยวกับการป้องกันทรัพย์นั้น ถือหลักถ้าผู้ป้องกันทำร้ายผู้ลักทรัพย์ไม่ถึง

การตอบโต้มันไม่ได้สัดส่วนกับภัยถือว่าผู้ป้องกันต้องรับผิดชอบ เช่น จำเลยได้ถูกขโมยสิ่งของไป จำเลยโกรธก็ตอบโต้ด้วยการตีผู้รุกรานด้วยสั้นรองเท้าสั้นสูงเป็นเหตุให้เขาได้รับบาดเจ็บที่เส้นประสาทตาซ้าย ศาล Cour de cassation วินิจฉัยว่า การตอบโต้เช่นนี้เป็นการตอบโต้ที่ไม่ได้สัดส่วนแห่งภัย Crim. 6 dec 1995 Dr.pen, 1996.comm.98. ในกรณีป้องกันทรัพย์สินตามกฎหมายฝรั่งเศส ดังนั้นการกระทำป้องกันต้องมีขอบเขต คือต้อง ได้สัดส่วนกับภัยอันตรายที่เกิดขึ้นและกฎหมายเคร่งครัดกับกรณีการป้องกันทรัพย์สิน [http://fr.jurispedia.org/index.php/1%C3%A9gitime\\_d%C3%A9fense\\_\(fr\)](http://fr.jurispedia.org/index.php/1%C3%A9gitime_d%C3%A9fense_(fr)). เพราะกฎหมายมองว่าชีวิตร่างกายของผู้ประทุษร้ายเมื่อเทียบกับทรัพย์สินแล้วชีวิตย่อมสำคัญกว่าทรัพย์ และมีคำพิพากษาเกี่ยวกับคดีลัทธิฆาตในสวนเช่นเดียวกับคดีที่เกิดในเยอรมัน (ข้อเท็จจริงแห่งคดีนี้ คือมีเด็กสองคน เข้าไปขโมยผลแอปเปิ้ลในสวนของจำเลย ซึ่งเป็นคนพิการนั่งอยู่ในรถเข็น เมื่อจำเลยเห็นเด็กทั้งสองคนดังกล่าวจำเลยจึงใช้ปืนยิงเด็กทั้งสองที่กำลังผละหนีกคนหนึ่งตาย อีกคนได้รับบาดเจ็บ ศาลชั้นต้นพิจารณาว่า ยิ่งและฆ่าคนที่ขโมยแอปเปิ้ล ในขณะที่กำลังวิ่งหนี ถ้าหากว่าเป็นหนทางเดียวที่จะหยุดยั้งการขโมยได้เป็นการกระทำที่ถูกต้องแล้ว คำพิพากษาของศาลเยอรมันปี 1920 judgment of the supreme Court, September 20, 1920, 55 RGST 82) [would justify shooting and killing an apple thief on the run if that was the only way to stop him See George P. Fletcher, *supra note 89*, p. 871. แต่ฝรั่งเศสให้ความสำคัญกับชีวิตมากกว่าคือ คดีในฝรั่งเศสเจ้าของสวนผลไม้ถูกคนร้ายเข้ามาลักผลไม้เจ้าของสวนพบเข้าจึงใช้ปืนยิงคนร้ายตาย อ้างว่าเพื่อป้องกันทรัพย์ ศาลฝรั่งเศสพิพากษาว่าเป็นการกระทำที่ตอบโต้เกินสัดส่วนแห่งภัย เป็นการป้องกันเกินสมควรแก่เหตุ ส่วนคดีลัทธิฆาตไม้ที่มีลักษณะการกระทำทำนองเดียวกันในเยอรมันให้ผลที่ต่างกัน แม้ว่าเจ้าของสวนผลไม้จะยิงเด็กด้วยเจตนาฆ่าและคดีนี้เกี่ยวข้องกับการประทุษร้ายต่อทรัพย์สินเท่านั้น ทั้งยังเป็นทรัพย์สินที่มีค่าน้อยอีกด้วย ทั้งนี้เพราะในเยอรมันยอมรับหลักทฤษฎีเขตแดนหรือทฤษฎีการตอบโต้อัตโนมัติของบุคคล (Autonomy) George P. Fletcher, *Ibid*, p. 871. อันเป็นทฤษฎีที่ปฏิเสธความได้สัดส่วนแห่งภัย โดยยอมรับหลักแห่งเขตแดนอิสระ (Autonomy) เพราะว่าเขตแดนอิสระแห่งปัจเจกชนกับความได้สัดส่วนแห่งภัยนั้นไม่อาจเข้ากันได้กับหลักการอื่น ทั้งในประมวลกฎหมายอาญาในมาตรา 53 เดิม บัญญัติว่า การกระทำการป้องกันให้ผลโดยชอบด้วยกฎหมาย (Legitimizing effect) เฉพาะเพียงเท่าที่จำเป็นต้องป้องกัน (Required: Geboten) ซึ่งกฎหมายดังกล่าวไม่ได้บัญญัติทฤษฎีความได้สัดส่วนที่ชัดเจนลงไป ซึ่งในทางปฏิบัติการตีความของศาลเยอรมันที่อ้างอิงหลักในกฎหมายที่ว่าผู้กระทำจำเป็นต้องป้องกันหรือจำต้องกระทำนั้นจะอ้างอิงกับคำว่าชอบธรรม Right ที่พบในกฎหมายเยอรมัน น่าจะใกล้เคียงกับคำว่าเหตุอันควร (Reasonable) หรือสมควรแก่เหตุ ในกฎหมาย Anglo-American law สิทธิหรือความชอบธรรมตามกฎหมายเยอรมันมีความสมบูรณ์ (Right as absolute) ซึ่งกฎหมายเยอรมันกล่าวว่าความชอบธรรมไม่เคยหลีกเลี่ยงให้ความไม่ชอบธรรม (Right need never yield to wrong) ได้แสดงออกถึงความหมายแห่งความเป็นคนที่มีเขตแดนอิสระในสังคมวิไลซ์ สำหรับการกระทำที่ได้สัดส่วนแห่งภัยในฝรั่งเศสนั้นมีความหมายเดียวกับการป้องกันสมควรแก่เหตุ อ้างถึงใน โทเมนัททริมย์, เล่มเดิม. น. 51. อันมีแนวทางคล้าย ๆ กับระบบคอมมอนลอว์.

<sup>42</sup> Catherine Elliott. Op.cit. p. 112.

บาดเจ็บ ศาลวินิจฉัยว่าไม่เกินสมควรแก่เหตุ ถ้าทำร้ายถึงอันตรายสาหัส หรือโดยเจตนาถือเป็นการเกินสมควรแก่เหตุ ตัวอย่าง คนร้ายขึ้นเรือนลักทรัพย์ได้แล้ววิ่งหนี เจ้าทรัพย์วิ่งไล่ไปทัน จึงใช้มีดแทงคนร้ายหนึ่งทีคนร้ายตาย ศาลฎีกาตัดสินใจว่าเจ้าทรัพย์แทงคนร้ายในเวลากระชั้นชิดที่วิ่งไล่กันมา ถือว่าไม่มีเจตนาฆ่าเพราะแทงเพียงทีเดียว คงมีความผิดฐานทำร้ายผู้อื่นเป็นเหตุให้ถึงแก่ความตาย เป็นการป้องกันทรัพย์เกินสมควรแก่เหตุ<sup>43</sup> ซึ่งกรณีนี้จะเห็นได้ว่า ภัยที่มีอยู่ที่มีการประทุษร้ายต่อความปลอดภัยของคนที่อยู่ในเคหสถานหมดไปตั้งแต่เมื่อตอนที่คนร้ายลักทรัพย์สำเร็จและลงไปจากเรือนแล้ว ภัยที่มีอยู่ก็เพียงแต่ภัยที่เกิดขึ้นต่อทรัพย์แท้ ๆ เท่านั้น เมื่อเขาแทงคนร้ายคงเป็นแต่ป้องกันทรัพย์เกินสมควรแก่เหตุ เพราะสิทธิในตัวทรัพย์ กับสิทธิในการมีชีวิตอยู่เป็นคนละระดับกันของความชอบธรรมแห่งสิทธิ แต่ถ้าคนร้ายต่อสู้หรือมีอาวุธ หรือกระทำในพฤติการณ์และเวลาที่น่าจะมีอาวุธต่อสู้ การป้องกันย่อมมีลักษณะเป็นการป้องกันชีวิตและร่างกายด้วย<sup>44</sup> ดังนั้นจึงต้องนำหลักวินิจฉัยในเรื่องการป้องกันชีวิตในร่างกายมาพิจารณาประกอบ สำหรับในส่วนของเคหสถานก็เช่นเดียวกัน หากคนอยู่ในเคหสถานนั้นด้วย หากแต่การป้องกันตัวทรัพย์คือเคหสถานอย่างเดียวไม่ หากแต่ป้องกันสิทธิหรือเสรีภาพในการอยู่ในเคหสถานอย่างสงบด้วย นอกเหนือจากการป้องกันชีวิตร่างกายของคนที่อยู่อาศัยในเคหสถาน ซึ่งเมื่อเทียบคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1908/2494 กับคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 308/2485 จะเห็นความแตกต่างของคำวินิจฉัยของศาลที่เกี่ยวกับสิทธิในเคหสถานคือ ผู้ป้องกันสิทธิยังผู้ที่เข้าไปลักโคในรื้อบ้านถึงสองชั้น ตายในที่มืดเวลายามเศษ แม้ปรากฏว่าผู้ร้ายไม่มีอาวุธก็เป็นการป้องกันสมควรแก่เหตุ หากมองผิวเผินจะเห็นว่าเป็นเพียงการป้องกันทรัพย์เช่นเดียวกัน แต่แท้จริงแล้วเป็นการป้องกันความปลอดภัยในชีวิตร่างกายของบุคคลที่อยู่อาศัยในเคหสถาน เมื่อเทียบสิทธิในตัวทรัพย์กับสิทธิในการมีชีวิตอยู่ของคนร้ายจะต่างระดับชั้นของคุณธรรมกัน กรณีนี้เป็นการป้องกันสิทธิในเคหสถานโดยแท้ ซึ่งจะคล้าย ๆ กับคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 943/2508 ที่เป็นการป้องกันทั้งสิทธิในเคหสถานและชีวิตด้วย คือ “คนร้ายจูงกระบือไปจากใต้ถุนเรือนจำเลย เมื่อเวลา 24 นาฬิกา จำเลยร้องถาม คนร้ายหันป้อนมาทางจำเลย จำเลยจึงยิงปืนไปจากบนเรือน 2 นัด ถูกคนร้ายตาย จำเลยเคยถูกลักกระบือมาแล้วครั้งหนึ่งและหมู่บ้านนั้นก็มีการลักกระบือกันเสมอ ดังนั้นการกระทำของจำเลยเป็นการป้องกันสิทธิของตนให้พ้นภัยอันตรายพอสมควรแก่เหตุ ไม่มีความผิด” ดังนั้นหากมีการรุกล้ำเขตแดนเคหสถานแล้วก่อกวนอันตรายต่อตัวทรัพย์แท้ ๆ อย่างชัดเจน เช่นเดินเข้ามาลักทรัพย์แล้วถือวิ่งหนีออกไป หรือ ถือค้อนมาทุบประตูรื้อบ้านอย่างเดียวน

<sup>43</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1908/2494. สืบค้นเมื่อ 25 มีนาคม 2555, จาก [www.deka2007.supremecourt.or.th](http://www.deka2007.supremecourt.or.th)

<sup>44</sup> จิตติ ดิงศกัณฑ์. เล่มเดิม. หน้า 636.

ประจักษ์ชัดแล้วหันหลังวิ่งไปเช่นนี้ถือว่าเป็นอันตรายต่อทรัพย์สินอย่างเดียวนับว่าเป็นอันตรายต่อความมั่นคงปลอดภัยต่อผู้อยู่อาศัยในเคหสถาน

#### 2.2.4 กรณีภัยอันตรายใกล้จะถึงสิทธิ

สำหรับการประทุษร้ายต่อสิทธิบางประเภทเช่น เกียรติยศชื่อเสียงก็นับว่าเป็นการก่ออันตรายต่อสิทธิของบุคคล เช่นนี้ไม่ใช่กรณีที่เป็นการประทุษร้ายทางร่างกายอย่างแท้จริงหากแต่เป็นการประทุษร้ายในทางศีลธรรมเท่านั้น เช่นนี้จะกระทำการป้องกันตนเองหรือผู้อื่น ได้หรือไม่ ซึ่งตามกฎหมายลักษณะอาญาไทย ร.ศ. 127 และในประมวลกฎหมายอาญา ว่าสามารถทำการป้องกันชีวิตและการป้องกันเกียรติยศชื่อเสียงได้ว่าสิทธิทุกอย่างสามารถป้องกันได้ ทั้งนี้ตามกฎหมายไทยนั้นคุ้มครองสิทธิทุกชนิดที่สามารถป้องกันได้ ซึ่งมีตัวอย่างคำพิพากษาศาลฎีกาที่รับรองแนวคิดนี้เช่นคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4471/2536 ผู้จะถูกข่มขืนใช้สิทธิป้องกันถึงตายได้ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3861/2547 ภริยาโดยชอบด้วยกฎหมายมีสิทธิป้องกันมิให้หญิงอื่นมามีความสัมพันธ์ฉันชู้สาวกับสามีของตน หากกำลังร่วมประเวณี การป้องกันการทำชู้ด้วยภรรยา เป็นการประทุษร้ายต่อเกียรติยศและชื่อเสียงมีอำนาจใช้กำลังกระทำร้ายเพื่อป้องกันได้ แต่ในประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศสมีถ้อยคำที่กำกวม (Equivoque) ซึ่งในทางทฤษฎีเห็นว่ามีความหมาย<sup>45</sup>ที่

<sup>45</sup> คำพิพากษาที่ 1466 ปี 131 (2455) กรรมการศาลฎีกาได้ประชุมปรึกษาสำนวนนี้ตลอดโดยถ้อยคำแล้วทางพิจารณาถึงความตามที่กล่าวไว้ข้างต้น เห็นว่าบทลักษณะตัวเมียนั้นท่านได้ดำริห์ถึง (การล่วงประเวณีถือเคร่งครัดว่า เป็นการชั่วร้ายอย่างลักษณะตัวเมียมาตรา 9 ไม่เรียกว่าทำเกินกว่าเหตุ) แลได้นำมาประมวลลงไว้แล้วในลักษณะอาญาหมวด 4 ว่าด้วยเหตุควรถูกอาญา ลดหย่อนผ่อนอาญานั้นแน่นอนแท้ ข้อวินิจฉัยจึงมีว่า คดีนี้จะเข้าบทใดในหมวด 4 นี้เป็นเบื้องต้น มาตรา 50 มีใจความว่า บุคคลใดกระทำการเพราะความจำเป็น จะต้องป้องกันให้พ้นภัยอันตรายซึ่งชีวิต เกียรติยศ หรือทรัพย์สินของตนหรือของผู้อื่น แลการกระทำลงแล้วนั้นพอสมควรแก่เหตุที่เขาจ้องประทุษร้ายนั้น ท่านว่าไม่ควรลงอาญาดังนี้ คดีจะต้องพิเคราะห์ว่า มีเหตุจำเป็นเกิดขึ้นหรือไม่ เพราะป้องกันภัยอันตรายหรือไม่ แลการที่กระทำลงแล้วนั้นพอสมควรแก่เหตุซึ่งเกิดขึ้นหรือไม่ คดีนี้จำเลยมาพบนายกทำชู้กับภรรยาของตนนี้ เป็นเหตุจำเป็นเกิดขึ้นโดยฉุกเฉิน แลจำเลยผู้เป็นสามีจำเป็นต้องป้องกันเกียรติยศชื่อเสียงของตนเองด้วย ของเมียด้วยดังนี้มีปรากฏแท้ เมื่อศาลนี้พิเคราะห์ข้อเท็จจริงแห่งการที่จำเลยได้กระทำลงนั้นว่า จะเป็นการพอสมควรแก่เหตุที่เกิดขึ้น โดยความจำเป็นฉุกเฉินหรือไม่ ก็มีความเห็นพร้อมกันว่า จำเลยทำนั้นพอสมควร ไม่เหลือเกิน คดีจึงเข้าบท 50 ประมวลกฎหมาย ท่านว่าอย่าให้เอาโทษแก่เขาเลย คำวินิจฉัยของกรรมการครั้งนี้ อาศัยข้อเท็จจริงจำเพาะคดี ซึ่งพิเคราะห์ว่าทำมิได้เกินสมควรแก่เหตุ จำเป็นต้องป้องกันภัยอันตรายซึ่งเกิดฉุกเฉินขึ้นนั้น คำพิพากษาศาลอุทธรณ์ข้าหลวงพิเศษปกครองมาชอบแล้วให้ยกฎีกาอัยการ โจทย์เสีย ปลอ่ยตัวจำเลยไปทันที และจากการค้นของผู้เขียนพบว่าคำพิพากษาศาลฎีกา 307/122 ตัดสินไว้เป็นบรรทัดฐานว่า ผู้ฆ่าผู้ตายไม่มีโทษเช่นเดียวกับคำพิพากษานี้. อ้างถึงใน นายเชียง, ฎีกาบรรทัดฐานขบวนอาญา เล่ม 1, (ร.ศ. 127 ถึง 131), หน้า 361-364.

คุ้มครองในทำนองเดียวกันไม่ว่าเป็นการล่วงละเมิดก่อกวนตรายในทางกายภาพหรือก่อกวนตรายในทางศีลธรรม หากว่าเป็นการก่อกวนตรายในทางศีลธรรมที่เป็นเรื่องหลักแล้วก็สามารถใช้สิทธิป้องกันได้ แต่อย่างไรก็ตามหากตีความกฎหมายฝรั่งเศสอย่างเคร่งครัดแล้ว จะเห็นว่า การประทุษร้ายต่อศีลธรรมลำดับรองที่เป็นเรื่องเล็กน้อย คือการประทุษร้ายต่อเกียรติ การประทุษร้ายต่อเสรีภาพ การดูหมิ่นเป็นสิ่งที่ไม่อาจถูกพิจารณาได้ว่าเป็นการประทุษร้ายต่อสิ่งที่กฎหมายให้อำนาจตอบโต้ด้วยการกระทำป้องกันได้<sup>46</sup> อย่างไรก็ตามการตีความขยายขอบเขตของการป้องกันตามประมวลกฎหมายอาญาของฝรั่งเศสประสบความสำเร็จ<sup>47</sup> เช่น คำพิพากษาของศาลฝรั่งเศสว่า การดูหมิ่นไม่อาจอ้างการตอบโต้ด้วยการประทุษร้ายต่อบุคคลได้ (ถือว่าไม่ได้สัดส่วน)<sup>48</sup> แต่การตอบโต้กรณีดูหมิ่น จะเป็นการตอบโต้ที่มีความชอบธรรมเมื่อได้กระทำการตอบโต้ด้วยการดูหมิ่นหรือหมิ่นประมาท กล่าวคือ ตอบโต้ทำนองเดียวกัน<sup>49</sup> ทั้งนี้แท้จริงแล้วการพิจารณาว่าสิ่งที่สามารถป้องกันได้หรือไม่ ไม่ใช่มองแต่เพียงสิ่งที่เป็นวัตถุที่กฎหมายต้องการคุ้มครองเท่านั้น (l'objet de l'agression) หากแต่ต้องพิจารณาความได้สัดส่วนประกอบด้วย (Proportionnalité de la defense)<sup>50</sup> นักกฎหมายฝรั่งเศสบางท่านเห็นว่า การกระทำป้องกันเป็นทั้งการประทุษร้ายต่อความประพฤติที่ถูกต้องตามทำนองคลองธรรม (Contre la pudeur) ทั้งในบางกรณีก็เป็นก่อกวนตรายต่อศีลธรรม

<sup>46</sup> En France, la solution est encore équivoque. La jurisprudence assimile au danger physique le danger moral surtout dans le cas où la moralité d'un mineur est atteinte. Si l'on s'en tient aux termes de la loi, les violences légères, qui ne constituent qu'un outrage à l'honneur, les injures, la diffamation, la calomnie, ne peuvent pas être considérées comme une attaque justificative, see PRADEL (Jean), Droit pénal, Tome I: Introduction générale en Droit pénal général, Paris, Cujas, Collection: Référence Droit, 5ème édit., 1986, n°298. p. 845, quoted in Surasak Lakasitwatsnakul, Op.cit. p. 101.

<sup>47</sup> See MERLE (Roger), VITU (André), Traité de droit criminel, problèmes généraux de la science criminelle, droit pénal général, Paris, Cujas, 5ème édit., 1984, p. 116. n° 423, quoted in Surasak Likasitwatanakul. Op.cit. p. 101.

<sup>48</sup> “une injure ne saurait légitimer des violences contre les personnes, Cass.crim. 24 Nov. 1899: D.P. 1901, 1, 373, quoted in Surasak Likasitwatanakul. Op.cit.

<sup>49</sup> mais serait justifié la riposte ayant pris la forme d'injure ou de diffamation, Cass.crim.23 juin 1964: Bull.crim., n°207 and see DELMAS SAINT-HILAIRE (Jean-Pierre), “La crise de la légisime défense dans la doctrine contemporaine”, R.I.C.P. T., 1975, p. 6, n°113, quoted in Surasak Likasitwatanakul. Op.cit. p. 101.

<sup>50</sup> Surasak Likasitwatanakul. Op. cit. p. 101.

ด้วย<sup>51</sup> อย่างไรก็ตามหากเรายอมรับให้มีสิทธิในการป้องกันทรัพย์สินได้แต่ทำไมเราไม่ยอมรับให้ป้องกันเกียรติยศชื่อเสียงได้ด้วยเพราะการทำลายเกียรติยศชื่อเสียงนั้นเมื่อถูกทำให้เสียหายไปแล้วก็เรียกให้กลับคืนไม่ได้เช่นกันซึ่งจะต่างจากทรัพย์สินที่ยังหาสิ่งทดแทนได้<sup>52</sup> ดังนั้นการประทุษร้ายต่อเกียรติยศชื่อเสียงไม่ตกอยู่ในขอบเขตของเรื่องการป้องกัน สำหรับการประทุษร้ายต่อศีลธรรมก็สามารถที่จะป้องกันได้ หากเรื่องนั้นเกี่ยวข้องกับศีลธรรมโดยตรงเช่นมารดาทุบตีลูกสาวที่ประพฤตินิสิตศีลธรรมกับบุตรชายอายุ 16 ปี ของตน<sup>53</sup> อย่างไรก็ตามแม้ด้วยทงจะบัญญัติชัดเจนว่าเป็นการประทุษร้ายต่อบุคคล ชีวิตร่างกาย และการตีความเคร่งครัดว่าไม่อาจกระทำการป้องกันต่อการประทุษร้ายต่อเกียรติยศชื่อเสียง แต่ก็เป็นที่ยอมรับกันว่า การกระทำการป้องกันย่อมมิได้ในกรณีข่มขืนกระทำชำเรา<sup>54</sup> เพราะนอกจากการกระทำการประทุษร้ายต่อชื่อเสียงแล้วยังประทุษร้ายต่อเสรีภาพและร่างกายด้วยประการที่สองต้องมีการประทุษร้ายในขณะนั้นหรือโดยฉุกเฉิน (Actual or imminent attack) การประทุษร้ายที่สามารถป้องกันได้ต้องเป็นการประทุษร้ายในขณะนั้น การใช้สิทธิป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายจะใช้ได้เมื่อต้องเป็นการประทุษร้ายที่แท้จริงในขณะนั้นและโดยฉุกเฉิน (Actual or imminent attack) ยกตัวอย่าง ถ้าหากบุคคลได้ถูกข่มขู่คุกคามแต่ผู้รุกรานข่มขู่คุกคามนั้นอยู่ที่อื่น ไม่ได้อยู่ที่นั้น (the aggressor is hold back by others on the scene) ส่วนกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกาจากการศึกษาพบว่า การป้องกันที่อยู่อาศัยตามหลักกฎหมายคอมมอนลอว์นั้นเป็นเกียรติยศด้วย<sup>55</sup> เพราะจะไม่ถูกมองว่าเป็นคนขลาด ดังนั้นคนจึงสามารถยื่นหยัดต่อสู้ได้โดยไม่ต้องถอยหนีแม้ว่าอาจใช้กำลังถึงตายก็ตามหากจำเป็นต้องกระทำเพื่อปกป้องเกียรติยศหรือสิ่งที่ต้องได้รับการเคารพ (Protect his proprietary and dignitary interests in his home)<sup>56</sup> ต่อมาเมื่อมีการ

<sup>51</sup> BOUZAT (Pierre), *Traité de droit pénal et de criminologie: Tome I Droit pénal général*, Paris, Dalloz, 2ème édit., 1970, p. 882, n°285, Surasak Likasitwatanakul. Op.cit.

<sup>52</sup> Surasak Likasitwatanakul. Op.cit. p. 101.

<sup>53</sup> Crim.24 nov.1899, D.1901, I, 373.

<sup>54</sup> Trib.Pol.valence, 19 mai 1960.271, note L. Huguency; obs, Légal, R.S.C., 1962.321.

<sup>55</sup> โทเมน ภัทกริมย์. เล่มเดิม. หน้า 49.

<sup>56</sup> ซึ่งคำว่า Dignitary นั้นมีรากที่มาจากความมีเกียรติที่มาจากเคารพยกย่องพระที่มีตำแหน่งในทางคริสตศาสนา ดังนั้นความหมายของคำว่า dignitary ตามกฎหมายคอมมอนลอว์ หมายถึง บุคคลที่อยู่ในตำแหน่งพระสอนศาสนาคริสต์ ซึ่งได้รับการนับถือหรือมีเกียรติ in common law, a person holding an ecclesiastical benefice or dignity, which gave him some pre-eminence above mere priests and canons. To this class exclusively belonged all bishops, deans, archdeacons, etc; but it now includes all the prebendaries and canons of the church see Black's Law Dictionary, 6<sup>th</sup> ed. (St.Paul, Minn: West Publishing Co., 1990) p'456. แต่ในความหมายปัจจุบันนั้นรวมไปถึงประโยชน์ในทางชื่อเสียงของบุคคล เจ้าของผลประโยชน์มักจะอ้างถึงใน



บัญญัติกฎหมายในหลัก Castle เห็นว่า กรณีการรุกรานเคหสถานก็มีมุมมองในเรื่องความเสี่ยงหรือความกลัวต่อภัยที่จะเกิดขึ้นต่อเกียรติซึ่งเหตุผลที่นำมาอธิบายกรณีนี้ก็คือ การป้องกันการถูกข่มขืน การลักพาตัว เป็นต้น ซึ่งกรณีเช่นนี้นั้นสามารถใช้กำลังป้องกันถึงตายโดยไม่มีข้อโต้แย้ง แม้ว่าไม่มีการก่ออันตรายถึงตายหรือบาดเจ็บสาหัสเกิดขึ้นกับผู้อยู่อาศัยก็ตาม<sup>57</sup> โดยนำหลักทฤษฎี Choice-of-evils theory กับ forfeiture theory<sup>58</sup> มาใช้ในการอธิบายว่าเป็นทางเลือกให้คนตัดสินใจระหว่างความชั่วร้ายที่เกิดขึ้นสองทางเลือกคือการที่ผู้กระทำความผิดทำให้คนร้ายข่มขืน (และมีความเสี่ยงว่าถูกข่มขืนแล้วฆ่าก็ได้) กับทางเลือกที่ต้องทำให้คนร้ายต้องถูกฆ่าตายทางเลือกใดจะชั่วร้ายกว่ากัน (เนื่องจากคนร้ายต้องถูกริบสิทธิในการมีชีวิต) ซึ่งเมื่อพิจารณาไปถึงตัวผู้เสียหายที่ตกอยู่ในสถานะเช่นนั้นแล้วเขามีสิทธิที่จะต่อสู้ขัดขืนด้วยการใช้กำลัง ซึ่งอาจถึงตายซึ่งหลักการป้องกันในยานพาหนะก็เทียบเคียงมาจากกรณีการลักพาตัวหรือพาไปข่มขืนเช่นกัน โดยเห็นว่าการป้องกันเกียรติยศ หรือการได้รับการเคารพในกรณีนี้เป็นการกระทำที่ได้สัดส่วนและเป็นความถูกต้องชอบธรรมแล้ว (Proportional and justified)<sup>59</sup> ทั้งนี้มองว่าหากยอมรับการกระทำของผู้รุกราน

---

ความหมายว่าผลประโยชน์ที่อยู่ในความครอบครองของบุคคลที่อยู่ในบ้านเรือนของตนที่เกิดขึ้นแตกต่างหากจากสิทธิที่ยึดโยงกับผลประโยชน์ในทรัพย์สิน หรือเรียกอีกคำหนึ่งว่าผลประโยชน์ที่ได้รับการยอมรับนับถือในเกียรติยศ “Dignitary interests” คำว่า Dignitary interests ยังใช้ในความหมายที่เกี่ยวกับผลประโยชน์เฉพาะตัวของบุคคลที่เกิดขึ้นที่ไม่ใช่อยู่นอกเหนือการคุ้มครองของรัฐธรรมนูญ หากแต่อำนาจสูงสุดของความสามารถของบุคคลในการผูกขาดควบคุมสถานที่แห่งเดียวในโลกอันเป็นสถานที่ที่มีความชัดเจนที่สุดคือที่เป็นของเขา... ในความหมายที่เป็นสถานที่เกี่ยวข้องกับการตัดสินใจของเจ้าของที่นั่น การกระทำอย่างน้อยที่สุดสามารถรับรู้ได้ถึง การรุกรานจากภายนอกแม้ว่าการรุกรานที่ไม่เป็นการก่ออันตรายต่อความปลอดภัยต่อการอยู่อาศัยจะมีความผิดขั้นลหุโทษ Christine Catalfamo, “Stand Your Ground: Florida’s Castle Doctrine For The Twenty-First Century,” *Rutger Journal of Law & Public Policy*, Vol. 4, No. 3 (Fall 2007), <http://www.kristianstout.com/jlpp/journal/vol4no3/STUDENTNOTESFULLISSUE2.pdf>, 25 September 2011, p. 506.

<sup>57</sup> Christine Catalfamo, “Stand Your Ground: Florida’s Castle Doctrine For The Twenty-First Century,” *Rutger Journal of Law & Public Policy*, volume 4 (fall 2007), <http://www.kristianstout.com/jlpp/journal/vol4no3/STUDENTNOTESFULLISSUE2.pdf>, 25 September 2011, p. 506.

<sup>58</sup> Wayne R Lafave & Austin W. Scott, Jr., *Criminal Law*, 2nd ed. (1986), p. 456 and See Judith Fabricant, “Homicide in Response to a Threat of Rape: A Theoretical Examination of the Rule of Justification,” *GOLDEN GATE U.L. REV.* 945, pp. 946-947 (1981) (“Anglo-American law has consistently recognized the right of a woman to defend herself against rape, even by killing her assailant.”)

<sup>59</sup> เหตุผลที่สำคัญที่ไม่เห็นด้วยกับแนวคิดที่ให้มีการใช้กำลังป้องกันถึงตายในการป้องกันเกียรติยศ ชื่อเสียงคือ ประการแรก คือว่าความเห็นดังกล่าวจะปรับใช้กับหลักทฤษฎีทั้งสองคือ Choice-of-evils theory กับ forfeiture theory ได้น้อยกว่ากรณีการใช้ทฤษฎีหลักเขตแดนอิสระเพราะทั้งสองทฤษฎีจะต้องมีองค์ประกอบของ

เคหสถานก็อาจถูกลักพาตัวหรือถูกข่มขืน<sup>60</sup> หรืออาจจะกล่าวได้ว่าเสรีภาพที่ไม่ให้ใครถูกข่มขืนหรือถูกลักพาตัวนั้นเทียบได้กับชีวิต<sup>61</sup> การไม่ให้เข้าไปในเคหสถานจึงเป็นการป้องกันเกียรติยศชื่อเสียงในเบื้องต้น เช่น ผู้หญิงอยู่บ้านตามลำพังมีชายแปลกหน้าขอเข้าไปหลบพายุ หญิงปฏิเสธไม่ให้เข้าได้ เพราะอาจทำให้ตนต้องถูกข่มขืนต่อเกียรติยศได้ เพราะชายหญิงอยู่ในเคหสถานกันตามลำพัง อาจทำให้ถูกครหาว่าชู้สาว หรือเมื่อเข้าไปแล้วหญิงอาจตกอยู่ในความเสี่ยงที่ถูกข่มขืนได้แม้ว่าตอนแรกไม่คิดร้ายก็ตาม นอกเหนือจากนั้นคือยังได้นำหลักเรื่องความเป็นส่วนตัวของบุคคลที่อยู่ในเคหสถาน ที่ว่าบ้านคือ “...บ่อเกิดแห่งความเป็นส่วนตัวอันที่ผู้ใช้ทำกิจกรรมส่วนตัว ที่รอดพ้นจากการอยากรู้อยากเห็นจากสายตาและการได้ยินของคนแปลกหน้ารวมทั้งสายตาของรัฐด้วย...(รัฐจะเข้าไปต้องมีเหตุอันควร) เมื่อผู้กระทำผิดได้แสวงหาหนทางที่จะบุกรุกเข้าไปยังเคหสถานของบุคคล เช่นนี้ หาใช่แต่เพียงการบุกรุกล่วงละเมิดต่อตัวทรัพย์สินแต่เพียงลำพังไม่ ตามกฎหมายคอมมอนลอว์คำว่า การโจมตีป้อมปราการที่หลบภัย (Fortress) อันเป็นบ่อเกิดแห่งความมั่นคงปลอดภัย และความเป็นส่วนตัวในที่อยู่อาศัยของบุคคลที่ถูกทำให้เป็นอันตราย (Jeopardized)<sup>62</sup>

ความได้สัดส่วน Proportionality ประการที่สองแม้ว่าการใช้กำลังซึ่งอาจถึงตายจะได้สัดส่วนกับการพยายามข่มขืนหรือถูกลักพาตัว ทั้งสองกรณีนี้เกี่ยวข้องกับการก่อกวนอันตรายคุกคามในทางกายภาพโดยตรงต่อผู้กระทำแต่ก็ไม่ใช่หมายความว่า จะเป็นการตอบโต้ต่ออันตรายที่ได้สัดส่วนกับการบุกรุกที่ไม่ได้มีการก่อกวนชนิดที่รุนแรงในบ้านของผู้กระทำ ตามคำกล่าวที่ว่า “เราไม่อาจกล่าวได้ว่าผลประโยชน์ที่ยังคงมีอยู่ของคนในการปกป้องทรัพย์สินของตนจากผู้บุกรุกเข้ามาในบ้านสามารถเทียบได้กับผลประโยชน์ที่ใช้ปกป้องการถูกข่มขืนหรือการถูกลักพาตัว” Sanford H. Kadish, “Respect for Life and Regard for Rights in the Criminal Law.” p. 888. ประการที่สาม เหตุผลของความเป็นส่วนตัวที่เทียบกับการริบสิทธิในชีวิตของผู้บุกรุก เมื่อเทียบกันแล้วการละเมิดความเป็นส่วนตัวของผู้อื่นเป็นเพียงความรับผิดชอบทางแพ่งไม่ใช่การกระทำความผิดอาญาร้ายแรง คือเหมือนกับการกระทำที่ไม่มีโทษทางอาญาแต่เอาโทษประหารชีวิตมาใช้ The Fourth Amendment does not, of course, apply to intrusions by private persons. See *Burdeau v. McDowell*. 256 U.S. 465 (1921), <http://supreme.justia.com/us/256/465/>, 19 JUNE 2011.

<sup>60</sup> David J. Jacobs, “Privilege for the Use of Deadly Force Against a Residence-Intruder: A Comparison of the Jewish Law and the United States Common Law,” 63 TEMP. L. REV. 31, p. 36 (1990).

<sup>61</sup> เกี่ยวกับเสรีภาพที่ไม่ให้ถูกข่มขืนเทียบได้กับชีวิตนั้น Jacobs กล่าวว่าตามหลักกฎหมายชาวยิวยอมให้ชายคู่หมั้นของหญิงฆ่าคนที่ข่มขืนหญิงคู่หมั้นของตนได้ หรือกรณีเคหสถานเช่นกันเจ้าของเคหสถานมีสิทธิในการป้องกันเคหสถานด้วยการฆ่าผู้บุกรุกได้.. Suggesting that, under Talmudic law, there is an analogy between the privilege to kill held by a betrothed woman who is threatened with rape and the privilege to kill held by a resident whose house is threatened by an intruder See David J. Jacobs. Op. cit. p. 36.

<sup>62</sup> Sanford H. Kadish, *Criminal Law and Its Processes: Cases and Materials*. p. 888.

ดังนั้น จึงกล่าวได้ว่าภยันตรายอันใกล้จะถึงสิทธิตามกฎหมายไทยนั้นผู้มีสิทธิสามารถใช้สิทธิป้องกันได้ ส่วนการกระทำจะเป็นการป้องกันสมควรแก่เหตุหรือไม่เป็นอีกตอนหนึ่งแยกต่างหาก

ปัญหาว่ากรณีเคสดานนั้นมีความหมายขอบเขตที่ภัยใกล้จะถึงเพียงใด เห็นว่าเคสดานเป็นทรัพย์สินพิเศษที่ปกป้องคุ้มครองตัวบุคคล อันมีประวัติศาสตร์การให้อำนาจผู้อยู่ในเคสดานสามารถปกป้องคุ้มครองความปลอดภัยของคนในเคสดานมาตั้งแต่ครั้งบุพกาลกฎหมายไทยให้ความคุ้มครองความปลอดภัยของคนในเขตแดนเคสดานตามพระไอยการลักษณะวิวาทตีค่ากัน<sup>63</sup> และกฎหมายพระไอยการลักษณะโจรซึ่งกฎหมายพระไอยการลักษณะโจร มาตรา 95 บัญญัติว่า “95 มาตราหนึ่ง คนตีคืบกันกินเล้าเมามายหมีรู้จักผิดชอบ เข้าบ้านท่านผิดเวลา ทำหมีรู้ว่าคนร้ายคนดี ท่านไล่ฟันแทงต้องบาทเจ็บก็ตีถึงตายก็ตี ท่านว่าเป็นกรรมของมันเอง ท่านมิให้มีโทษแก่ผู้ฟันแทงนั้นเลย ถ้าหมีตายให้บอกแก่กระลาการในพระนครบาลให้พิจารณา ถ้าเป็นสัจว่าหมีเป็นผู้ร้าย ท่านให้บอกแก่เจ้าไพร่เจ้าที่อนาพญาบานนั้นคืนแลฯ”<sup>64</sup> ต่อมามีการบัญญัติกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 และประมวลกฎหมายอาญาแล้ว แนวคำพิพากษาเห็นว่าหากล่วงล้ำอาณาเขตเคสดานแล้วถือว่าภยันตรายใกล้จะถึงเช่นลุน้ำข้ามคลองเข้าไปฟันจำเลยถึงในบ้าน แม้จำเลยจะเห็นผู้ตายอยู่ก่อนและอาจหลบหนีไปได้ แต่ไม่มีความจำเป็นที่ผู้มีสิทธิครอบครองเคสดานของตนโดยชอบจะต้องหนีผู้กระทำผิด ดังนั้น การที่จำเลยใช้ปืนยิงผู้ตาย 1 นัด ขณะผู้ตายอยู่ห่างจากโรงจำเลย 6 สอกถึง 2 วา นั้นถือว่าเป็นภยันตรายใกล้จะถึง<sup>65</sup> หรือเข้ามาในรั้วบ้านแล้ว<sup>66</sup> หรือเข้ามาถึงห้องนอน<sup>67</sup> มายิ่นที่ข้างรั้วเวลามีค สุนัขเห่า<sup>68</sup> เข้ามาจุดบุตรสาวของนายคำถึงในบ้าน<sup>69</sup> เข้ามาในเรือนของจำเลยเวลากลางคืน<sup>70</sup> ปืนขึ้นไปถึงระเบียงเรือน<sup>71</sup> อยู่ในเขตรั้วบ้านของจำเลยในเวลาวิกาล<sup>72</sup> ถอดกลอนเข้าไปในรั้วบ้านสุนัขในบ้านเห่า<sup>73</sup> นั่งอยู่ข้างต้นไม้ห่างบันไดเรือนราว 1 สอก<sup>74</sup>

<sup>63</sup> Joshua Dressler. (1995). *Understanding Criminal Law*. pp. 238-239.

<sup>64</sup> ประดิษฐ์ สิงห์ทัศน. เล่มเดิม. หน้า 1.

<sup>65</sup> กฎหมายตราสามดวง. เล่มเดิม. หน้า 263-417.

<sup>66</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 169/2504. สืบค้นเมื่อ 25 มีนาคม 2555, จาก [www.deka2007.supremecourt.or.th](http://www.deka2007.supremecourt.or.th)

<sup>67</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 261/2511. สืบค้นเมื่อ 25 มีนาคม 2555, จาก [www.deka2007.supremecourt.or.th](http://www.deka2007.supremecourt.or.th)

<sup>68</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 654/2476. สืบค้นเมื่อ 25 มีนาคม 2555, จาก [www.deka2007.supremecourt.or.th](http://www.deka2007.supremecourt.or.th)

<sup>69</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1619/2537. สืบค้นเมื่อ 25 มีนาคม 2555, จาก [www.deka2007.supremecourt.or.th](http://www.deka2007.supremecourt.or.th)

<sup>70</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1069/2503. สืบค้นเมื่อ 25 มีนาคม 2555, จาก [www.deka2007.supremecourt.or.th](http://www.deka2007.supremecourt.or.th)

<sup>71</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 492/2479. สืบค้นเมื่อ 25 มีนาคม 2555, จาก [www.deka2007.supremecourt.or.th](http://www.deka2007.supremecourt.or.th)

<sup>72</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 11/2487. สืบค้นเมื่อ 25 มีนาคม 2555, จาก [www.deka2007.supremecourt.or.th](http://www.deka2007.supremecourt.or.th)

<sup>73</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 416/2515. สืบค้นเมื่อ 25 มีนาคม 2555, จาก [www.deka2007.supremecourt.or.th](http://www.deka2007.supremecourt.or.th)

ขับรถเล่นเข้ามาบริเวณที่ขนาบในนาทุ่งซึ่งมิใช่ถนนสาธารณะที่ใช้สัญจรทั่วไป ในยามวิกาลเวลาประมาณ 2 นาฬิกา แล้วชนรถจักรยานยนต์ของจำเลยซึ่งจอดอยู่หน้าขนาบ<sup>75</sup> ปีนเข้าบ้านจำเลยทางช่องลม<sup>76</sup> ผู้ตายกับพวกถือสิ่งของคล้ายอาวุธปืนเดินเข้ามาหาจำเลยในเขตนาทุ่งของจำเลยในเวลาค่ำคืน จำเลยร้องห้ามให้วางสิ่งของดังกล่าว แล้วผู้ตายกับพวกกลับจู่โจมเข้ามาใกล้ประมาณ 2-3 เมตร<sup>77</sup> ผู้ตายกับพวกรวม 3 คน ถีบประตูห้องพักของจำเลยเพื่อจะเข้าไปทำร้ายจำเลยจนกลอนประตูหลุด ประตูเปิด<sup>78</sup> ถือไม้เป็นอาวุธไปที่บ้านจำเลย และร้องทำร้ายจำเลยออกมาตีกัน เจ้าบ้านใช้ปืนยิงไม้ใช้สมัครใจวิวาทเป็นภัยใกล้จะถึง<sup>79</sup> ผู้ตายกับพวกบุกกรุกเข้าไปในบ้านของจำเลยในเวลากลางคืนโดยเจตนาที่จะลักทรัพย์<sup>80</sup> กรณีเหล่านี้หากเทียบกับการป้องกันการไปยังไม่ถือว่าเป็นภัยอันตรายอันใกล้จะถึง กรณีภัยอันตรายใกล้จะถึงตัวบุคคลแล้วว่าหากมีอาภักปกริยาไม่ชัดเจนก็ยังไม่ถือว่าภัยใกล้จะถึง เช่น เพียงแต่เห็นเอามือล้วงกระเป๋าอย่างไม่แน่ว่าชักอาวุธออกมาหรือไม่ เป็นต้น แต่กรณีภัยอันตรายใกล้ถึงเคหสถานนั้นจะต่างกันดังตัวอย่างข้างต้น จึงเห็นได้ว่าคำว่าภัยอันตรายอันใกล้จะถึงในเคหสถานมีความหมายที่แตกต่างจาก ความหมายของคำว่าภัยอันตรายอันใกล้จะถึงในความหมายทั่วไปเพราะการเข้ามายังเคหสถานนั้น เป็นการเข้ามาในอาณาเขตแห่งสิทธิในความปลอดภัย สิทธิที่จะอยู่อย่างสงบ เป็นต้น อันก่อให้เกิดความเสี่ยงแก่ผู้อยู่อาศัย ซึ่งหลักกฎหมาย Castle Doctrine ของประเทศสหรัฐอเมริกาที่อ้างเหตุผลนี้เช่นกัน<sup>81</sup> ดังนั้นเมื่อผู้อื่นไม่เคารพสิทธินี้ผู้อยู่อาศัยย่อมมีอำนาจในการปลดเปลื้องการล่วงล้ำนี้ได้ ในหลักกฎหมายโบราณเช่นหลักกฎหมายของ Hammurabi ก็วางหลักเช่นเดียวกันโดย วางหลักว่าหากเข้ามา

<sup>74</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 112/2497. สืบค้นเมื่อ 25 มีนาคม 2555, จาก [www.deka2007.supremecourt.or.th](http://www.deka2007.supremecourt.or.th)

<sup>75</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 613/2486. สืบค้นเมื่อ 25 มีนาคม 2555, จาก [www.deka2007.supremecourt.or.th](http://www.deka2007.supremecourt.or.th)

<sup>76</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2550/2553. สืบค้นเมื่อ 25 มีนาคม 2555, จาก [www.deka2007.supremecourt.or.th](http://www.deka2007.supremecourt.or.th)

<sup>77</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3869/2546. สืบค้นเมื่อ 25 มีนาคม 2555, จาก [www.deka2007.supremecourt.or.th](http://www.deka2007.supremecourt.or.th)

<sup>78</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5758/2537. สืบค้นเมื่อ 25 มีนาคม 2555, จาก [www.deka2007.supremecourt.or.th](http://www.deka2007.supremecourt.or.th)

<sup>79</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2066/2533. สืบค้นเมื่อ 25 มีนาคม 2555, จาก [www.deka2007.supremecourt.or.th](http://www.deka2007.supremecourt.or.th)

<sup>80</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 182/2532. สืบค้นเมื่อ 25 มีนาคม 2555, จาก [www.deka2007.supremecourt.or.th](http://www.deka2007.supremecourt.or.th)

<sup>81</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4544/2531. สืบค้นเมื่อ 25 มีนาคม 2555, จาก [www.deka2007.supremecourt.or.th](http://www.deka2007.supremecourt.or.th)

ในเคสดานถือว่าภัยใกล้จะถึง<sup>82</sup> ซึ่งหลักการเดียวกับหลักกฎหมายของชาวเอเชน<sup>83</sup> กฎหมาย 12 โติ๊ะ<sup>84</sup> ของโรมันถือว่าภัยใกล้จะถึง<sup>85</sup> นอกจากนั้นคัมภีร์ Biblical ก็มีหลักการคล้าย ๆ กันว่า

---

<sup>82</sup> การเพิ่มความเสี่ยงแก่ผู้อยู่อาศัย (Increased Vulnerability of Defender) กล่าวคือเมื่อมีการบุกรุกเข้าไปในเคสดานได้ก่อความเสี่ยงต่ออันตรายที่เพิ่มสูงขึ้นแก่ผู้อยู่อาศัย หรืออาจกล่าวได้ว่าจะมีความเสี่ยงสูงสูงกว่าการที่คนเดินอยู่บนถนน ทั้งนี้เพราะบ้านใช้เป็นที่พักผ่อนหลับนอน และเป็นสถานที่ที่เจ้าของให้ความไว้วางใจในความปลอดภัย (Let down her defenses) ดังนั้น หากกฎหมายยังยินยอมปล่อยให้เข้ามาได้โดยไม่ยอมให้ใช้มาตรการยับยั้งที่ได้ผลอย่างทันทั่วทั้งบ้านก็ไม่ต่างจากถนนที่ใช้หลักกฎหมายป้องกันธรรมดา ดังนั้น ภายใต้เงื่อนไขแห่งข้อเท็จจริงดังกล่าวแม้จะมีอันตรายเพียงไม่มากทบทบัญญัติของกฎหมายก็ยังยินยอมให้ใช้กำลังป้องกันซึ่งอาจถึงตายได้ด้วยเหตุผลของการเพิ่มความเสี่ยงแก่เจ้าของเคสดานนั่นเอง ดังนั้นถ้อยคำของศาลที่กล่าวเปรียบเทียบว่าบ้านเป็นปราสาท (“home is a castle”) จึงหมายถึงการป้องกันความเสี่ยงต่ออันตรายนั่นเอง ซึ่งถ้อยคำที่มักจะหยิบยกมาประกอบการอธิบายมาตลอด คือ ถ้อยคำในคำพิพากษาที่กล่าวไว้ว่าบ้านเรือนของคนคือปราสาทของเขาอันเป็นที่หลบภัยให้รอดพ้นจากการประทุษร้ายและการรุกราน และแม้ถึงว่าชีวิต (ของผู้รุกราน) เป็นสิ่งล้ำค่าและได้รับการยอมรับโดยกฎหมาย...ถ้าหากว่าคนร้ายเข้าไปในบ้านของเขาเพื่อปล้น ฆ่า เช่นนี้เจ้าบ้านหรือคนใช้ก็ตามฆ่าคนร้ายหรือคนใช้ก็ตามฆ่าคนร้ายเพื่อป้องกันตัวเองและบ้านของตน ก็จะไม่เป็นความผิดอาญาร้ายแรงและก็ไม่ต้องเสียค่าเสียหายใด ๆ เลย Please see *Semayne’s Case*, 77 Eng. Rep. 194, 195 (K.B. 1604); see also *People v. Eatman*, 91 N.E. 387, 390 (111, 1950) (stating “a man’s habitation is one place where he may rest secure in the knowledge that he will not be disturbed by persons coming within”); MODEL PENAL CODE s. 3.06 commentary at 92 (1985) (explaining that the defense of premises Doctrine derived “from the notion that every Englishman’s home was his last retreat from a hostile world and that, driven from it, he was largely defenseless”); See William Blackstone, *Commentaries* (1822 p. 223-224 and Edmond Coke, *Third Institute* (1644), pp. 220-21 (defensive deadly force permitted where “sleep has disarmed the owner and rendered his castle defenseless”). quoted in Stuart P. Green, *Op.cit.* p. 30. ดังนั้น จากคำกล่าวนี้จะเห็นได้ว่าฝาผนังบ้านเป็นที่ปกป้องภัยจากภายนอก เมื่อฝาผนังบ้านแตกหรือถูกทำลายคนที่อยู่อาศัยในปราสาทก็ได้รับอันตรายเป็นพิเศษ ภายใต้หลักทฤษฎีนี้ (Castle Doctrine) นั่นคือถ้า ภายใต้ข้อสันนิษฐานที่ว่าเมื่อก่อให้เกิดความเสี่ยงขึ้นในเคสดาน เจ้าของบ้านก็มีสิทธิใช้กำลังป้องกันได้โดยไม่ต้องคำนึงว่าผู้รุกรานจะประสงค์ต่อทรัพย์สินหรือประสงค์ต่อการประทุษร้ายเจ้าบ้านหรือไม่ข้อสำคัญแต่เพียงว่าขณะกระทำการป้องกันโดยใช้กำลังซึ่งอาจถึงตายนั้นเจ้าของต้องอยู่ในเคสดาน Please see George P. Fletcher, “Proportionality and the Psychotic Aggressor: Aggressor: A Vignette in Comparative Criminal Theory,” *Israel Law Review* 8, p. 378 (1973). คำว่าหากบุกรุกผ่านที่คุ้มครองบุคคลเข้ามาแล้วจะทำให้ผู้อยู่อาศัยประบางนั้น และทำให้ผู้อยู่อาศัยมีเหตุอันควรกลัวอันทำให้ผู้นั้นสามารถใช้กำลังป้องกันซึ่งอาจถึงตายได้ ซึ่งในขณะนั้นความจริงแล้วหากมองไปที่ผู้ถูกฆ่าตายไปแล้วไม่พบอาวุธไม่พบสิ่งที่ใช้ทำให้ผู้อยู่อาศัยถึงตายได้เช่นนี้หากพิเคราะห์อย่างผิวเผิน ย้อนไปตรงจุดเวลาเกิดเหตุก็จะพบว่าข้อสมมติฐานว่ามีภัยในเคสดานจะไม่ต่างกันกับเมื่ออยู่บนถนนเลย แต่ข้อนี้ตัวอย่างของ Robinson สามารถอธิบายได้ดีคือ บีเป็นคนพิการนั่งอยู่บนรถเข็น เช่นนี้ก็เป็นกรณี บีเป็นคนอ่อนแอประบางต่อการทำร้ายของเอ

ถ้าโจรพังประตูบ้านเข้ามาในเวลากลางคืนและเจ้าบ้านซึ่งอยู่ในบ้านฆ่าโจรตายไม่มีความผิดฐานฆ่าคน โดยไม่ตั้งใจฆ่า ซึ่งแนวคัมภีร์นี้ถูกตีความขยายความออกไปว่าคนสามารถป้องกันทรัพย์สิน

เมื่อเอากำลังเข้ามาประทุษร้าย บี จึงยิง เอ ตาย เช่นนี้ สามารถนำหลักที่ผู้กระทำจำต้องกระทำมาอธิบายเหตุยกเว้นผิดได้ แต่ก็ไม่ใช่หมายความว่าจำเป็นต้องนำหลักความได้สัดส่วนมาอธิบายว่าเป็นกรณีที่ต้องได้สัดส่วน”...because the requirement of necessity is satisfied does not mean that the rule of proportionality is also satisfied. The same reasoning applies to a homeowner in his dwelling...” See Paul Robinson, *Criminal Law Defenses* (St.Paul, Minn.: West, 1984), p. 77. เช่นเดียวกัน หาก ก. เป็นง่อย ไปไหนไม่ได้ ข. จึงเขกศีรษะเล่นโดยเห็นว่า ก. ไม่มีทางกระทำตอบแทนได้เลย ก. ห้ามปรามเท่าใด ข. ก็ไม่เชื่อฟัง ถ้าการที่ ก. จะป้องกันไม่ให้ ข. เขกศีรษะมีวิธีเดียวคือใช้มีดแทง ข. ดังนั้นเป็นการกระทำที่สมควรแก่เหตุ ดู หุุด แสงอุทัย, คำอธิบายกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127. พิมพ์ครั้งที่ 6 (กรุงเทพมหานคร: บริษัท สำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด, 2548), น.25. ดังนั้น กรณีของเคสดานนั้นเมื่อใช้กำลังป้องกันถึงตายเพราะผู้กระทำจำต้องกระทำแม้แท้จริงแล้วจะไม่มีภัยถึงตายต่อตัวบุคคลที่อยู่ในเคสดานก็ตาม ก็เป็นการป้องกันที่สมควรแก่เหตุ

<sup>83</sup> ถ้าผู้ใดพังหรือทำลายทางเข้ามาในบ้านเพื่อลักทรัพย์ผู้นั้นต้องถูกประหาร “If any one break a hole into a house (break in to steal), he shall be put to death before that hole and be buried. “ผู้ใดทำผิดฐานปล้นทรัพย์ (ในเคสดาน) และถูกจับได้เขาต้องถูกประหาร “If any one is committing a robbery and is caught, then he shall be put to death” Please see Charles F. Horne, “The Code of Hammurabi,” trans L. W. King, <http://www.fordham.edu/halsall/ancient/hamcode.asp>, 15 January 2008.

<sup>84</sup> Under the law of Athens, a thief taken flagrante delicto, at night, could be killed with impunity. See Potter, *Antiquities of Greece*, 1, 24, 126, [http://www.constitution.org/sps/sps01\\_1.htm](http://www.constitution.org/sps/sps01_1.htm) เมื่อบุคคลใด ๆ กระทำผิดเป็นโจรไม่ว่าในเวลากลางวันหรือกลางคืน ไม่ว่าจะเป็นอิสระชนหรือ ทาส หรือผู้ที่บรรลุนิติภาวะแล้วหรือผู้เยาว์ หากโจรนี้ได้พยายามป้องกันตนเองโดยใช้อาวุธ หรือมีดต่อสู้ขัดขืน และฝ่ายที่ต่อสู้กับโจรได้เรียกคนอื่นมาช่วยเหลือ และฆ่าโจรตายในการป้องกันตนเองหรือป้องกันทรัพย์ การกระทำเช่นนี้ไม่ต้องมีความรับผิดชอบในความผิดฆ่าคนตาย. When any persons commit a theft during the day and in the light, whether they be freemen or slaves, of full age or minors, and attempt to defend themselves with weapons, or with any kind of implements; and the party against whom the violence is committed raises the cry of thief, and calls upon other persons, if any are present, to come to his assistance, and this is done, and the thieves are killed by him in the defence of his person and property, it is legal, and no liability attaches to the homicide, [http://www.constitution.org/sps/sps01\\_1.htm](http://www.constitution.org/sps/sps01_1.htm) ทั้งนี้ เพราะกฎหมายมองว่าเป็นการเพิ่มความเล็งและก่ออันตรายแก่ผู้อยู่อาศัยนั่นเอง

<sup>85</sup> Law of the Twelve Tables บัญญัติขึ้นในราว 449 ปีก่อนคริสตกาล ก็ได้มีการประกาศใช้ ตามที่รู้จักกันดีว่ากฎหมาย 12 โต๊ะ ซึ่งสลักไว้เป็นแผ่นโลหะวางไว้บนโต๊ะจำนวน 12 โต๊ะ เพื่อให้พลเมืองอ่านที่รู้จักกันในนาม Solonian Constitution, [http://en.wikipedia.org/wiki/Twelve\\_Tables](http://en.wikipedia.org/wiki/Twelve_Tables).

ในบ้านของตนได้<sup>86</sup> สำหรับการป้องกันเคสดานนั้นหลักกฎหมายในศาสนาของชาวยิว (Mosaic Law) ยอมให้บุคคลและครอบครัวป้องกันตนเองจากการประทุษร้ายทางอาญาได้ (Criminal attack) โดยในคัมภีร์กล่าวไว้ว่าเจ้าของบ้านผู้ที่ฆ่าโจรที่ลักทรัพย์ในเคสดานในเวลากลางคืนตาย (burglar) ถ้าหากว่าพบโจรในขณะที่กำลังพังทำลายบ้านเข้ามาและได้ทูปตืออย่างแรงจนโจรตายเช่นนี้จะไม่เป็นผิดทำให้คนอื่นนองเลือด<sup>87</sup> เช่นเดียวกับแนวคิดในอังกฤษในยุคต้น Bracton<sup>88</sup> ที่เห็นว่าเมื่อมีการลักขโมยเข้ามาถือว่าเป็นภัยอันตรายที่ใกล้จะถึงสิทธิในความปลอดภัยของคนที่อยู่ในเคสดานแล้ว โดยได้กล่าวถึงการป้องกันในเคสดานว่า สามารถฆ่าโจรได้ไม่ว่าจับได้ในเวลากลางวันหรือกลางคืน<sup>89</sup> นอกจากนี้แม้ไม่ใช่กรณีที่เป็นโจรลักทรัพย์ในเคสดานโดยตรง หากแต่กระทำผิดลักทรัพย์ (Burglar) ในบริเวณที่อยู่อาศัย “Cartilage” หรือบริเวณที่มีที่ล้อม (Enclosure) ที่อยู่อาศัยก็ยังคงบังคับใช้กฎหมายนี้ด้วย ในทุกเวลาระหว่าง 9 P.M. ถึง 6 A.M. (21.00 นาฬิกาถึง 6.00 นาฬิกา) หากอยู่ภายใต้เงื่อนไขนี้ (ยังไม่ทันลงมือลักทรัพย์ในเคสดาน) หรือฆ่าเพื่อป้องกันโจรหลบหนี ทั้งนี้เพราะภัยใกล้จะถึงเคสดานนั่นเอง ความจำเป็นที่จะต้องฆ่าโจรจะหมดสิ้นไปเมื่อโจรยอมสยบ คือไม่สู้ ไม่หลบหนีหรือให้จับกุมแล้ว<sup>90</sup> เพราะภัยหมดไปแล้ว ทำนองเดียวกับกฎหมายไทย พระไอยการลักษณะโจรมาตรา 137 ว่า โจรเข้าบ้านผิดเวลา แลเข้าบ้านเจ้าที่นั่งค้อมมองในรั้วในบ้าน แลจับโจร ๆ ต่อสู้รบเจ้าบ้าน ๆ ฟันแทงโจรตาย ท่านว่าโจรนั้นตายเสีย แลถ้าโจรนั้นมิได้สู้แทงโจรมิบาดเจ็บเล่นหนีกี่ดี มิได้เล่นหนีอยู่กับที่ก็ดี ให้จับเอาไปอย่างฆ่าฟันโจรนั้นตาย ถ้าฟันแทงโจรนั้นตาย

<sup>86</sup> Where anyone commits a theft by night, and having been caught in the act is killed, he is legally killed, [http://www.constitution.org/sps/sps01\\_1.htm](http://www.constitution.org/sps/sps01_1.htm) “เมื่อคนใด ๆ กระทำการลักทรัพย์ในเวลากลางคืนและถูกฆ่าตายในขณะที่จับได้ว่ากระทำความผิด การฆ่านั้นชอบด้วยกฎหมายแล้ว เพราะโจรอาจฆ่าเจ้าทรัพย์ได้ตลอดเวลาตนเอง

<sup>87</sup> See Sanhedrin 72a, see generally Nachum Amsel, “Self-Defense, in The Jewish Encyclopedia of Moral and Ethical” Issues 252 (1994), quoted in Stuart P. Green.

<sup>88</sup> If a thief be found breaking up, and be smitten that he die, there shall be no blood shed for him. Exodus 22: 2. (Since homes were made of clay walls, a burglar might enter by tunnelling through a wall).

<sup>89</sup> Henry of Bracton หรือ Henry de Bracton ที่รู้จักกันในชื่อ Henrici Bracton เป็นนักกฎหมายชาวอังกฤษมีชีวิตอยู่ในช่วง ปี ค.ศ. 1210 ถึงปี ค.ศ. 1268 และเป็นผู้เขียนตำราเรื่อง De Legibus et Consuetudinibus Angliae หรือ Won the Laws and Customs of England” อันเป็นตำราที่มีการผสมผสานหลักกฎหมายโรมันเข้ากับหลักกฎหมายอังกฤษซึ่งเขียนก่อน Coke เสียอีก See [http://en.wikipedia.org/wiki/Henry\\_de\\_Bracton](http://en.wikipedia.org/wiki/Henry_de_Bracton).

<sup>90</sup> Qui Latronem occiderit, non tenetur, nocturnum vel diurnum, si aliter periculum evadere non possit, Bracton, De Legibus et Consuetudinibus Angliae, III, 155. 36. [http://constitution.org/sps/sps01\\_1.htm](http://constitution.org/sps/sps01_1.htm)

ให้ลงโทษแก่ผู้ทำ<sup>91</sup> ที่มองว่าภัยหมดแล้วเช่นเดียวกัน หรือ ได้พบพูดคุยกันแล้วพร้อมร้องบอกว่า ไม่ใช่ขโมย (แม้ถือมีดเข้าไปในบ้าน) ถือว่าภัยหมดแล้ว<sup>92</sup> ดังนั้น หากภัยอันตรายผ่านพ้นไปแล้วหรือ เกิดภัยอันตรายขึ้นแล้ว ก็ไม่จำเป็นต้องป้องกัน หากกระทำถือว่าเป็นการแก้แค้น<sup>93</sup> และผู้ประทุษร้าย ไม่จำเป็นต้องหนีแม้ว่าการหนีสามารถเลี่ยงภัยได้ก็ตามเพราะการป้องกันเป็นสิทธิการป้องกันสังคมด้วย<sup>94</sup> การป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายจึงมีช่วงระยะเวลาแห่งการป้องกันคือการป้องกันจะยุติลง (Cease to exist) เมื่อการคุกคามได้ยุติลงแล้ว ซึ่งกฎหมายของประเทศฝรั่งเศสถือหลักเดียวกันนี้ เช่น เมื่อ ผู้รุกราน (Aggressor) เห็นปืนของผู้ใช้สิทธิป้องกัน (Defendant's gun) ผู้รุกรานได้ยกมือขึ้นแล้ว เช่นนี้ถือว่าการคุกคามต่อสิทธิยุติลงแล้ว<sup>95</sup> การป้องกันนั้นไม่สามารถที่จะป้องกันถึงเหตุที่จะเกิดในอนาคตได้โดยไม่มี การเริ่มประทุษร้ายเกิดขึ้นเสียก่อน ผู้กระทำป้องกันจำเป็นต้องกระทำป้องกันโดย ไม่อาจเลี่ยงภัยได้ (Necessite...strictement necessaire)<sup>96</sup>

ทั้งนี้แนวความคิดว่าเมื่อเข้ามาในเขตเคหสถานถือว่าภัยใกล้ถึงและเคหสถานเป็นเขต แดนพิเศษที่กฎหมายให้การรับรองคุ้มครองนี้ได้รับการยอมรับอย่างกว้างขวาง<sup>97</sup> แนวคิดนี้ได้

<sup>91</sup> Fleta says: "Quicumque enim furem nocturnum interfecerit, non teneatur, & qui invasorem domus suae, se ipsum & hospitium suum saltem octa hora defendendo interfecerit, iuste interficit."... "Si necessitas evitabilis fuerit inevitabitur, and poenam homicidii non tenebitur, eo quod felonice non occidit," Dleta, Commentarius Juris Anglicanae, I, XXII, 14. [http://www.constitution.org/sps/sps01\\_1.htm](http://www.constitution.org/sps/sps01_1.htm).

<sup>92</sup> กฎหมายตรา 3 ควง. เล่มเดิม. หน้า 317.

<sup>93</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 8173/2544 จำเลยฝ่าเครื่องวิดน้าอยู่ในเวลากลางคืนเห็นคนถือตะเกียงถือมีด เดินผ่านบ้านมารดาจำเลยไป จำเลยสังเกตเห็นอยู่ตลอด เพราะมีทรัพย์สินหายบ่อย จำเลยมาชุมนุมอยู่ที่ชายคลองสักพัก หนึ่ง ผู้เสียหายเดินถือตะเกียงเข้าไปได้ถุนบ้านมารดาจำเลยและดับตะเกียง จำเลยเดินไปดักคนที่ถือตะเกียง ด้านหน้าและตะโกนถามว่าใคร ผู้เสียหายก็พูดว่าไม่ใช่ขโมย เหตุที่ทำให้จำเลยเข้าใจผิดว่าผู้เสียหายเป็นคนร้ายเข้ามาลักทรัพย์จึงหมดไปแล้ว ไม่มีภัยอันตรายที่จำเลยจำเป็นต้องกระทำเพื่อป้องกันอีกการที่จำเลยใช้อาวุธปืนยิงผู้เสียหาย 1 นัด ถูกบริเวณไหล่ซ้าย จึงไม่เป็นการกระทำเพื่อป้องกัน จำเลยมีความผิดฐานพยายามฆ่าตามมาตรา 288 ประกอบมาตรา 80 ในกฎหมายฝรั่งเศสถือหลักเดียวกันเช่นเมื่อผู้รุกราน (Aggressor) เห็นปืนของผู้ใช้สิทธิ ป้องกัน (defendant's gun) ผู้รุกราน ได้ยกมือขึ้นแล้วเช่นนี้ถือว่าการคุกคามต่อสิทธิยุติลงแล้ว Please see Crim. 20 Oct. 1993, Dr.pén, 1993, 34.

<sup>94</sup> เนื่องจากการกระทำป้องกันเป็นการกระทำหน้าที่บังคับใช้กฎหมายของสังคมเพราะรัฐบกพร่องที่ ไม่อาจเข้าช่วยเหลือได้ทันทั่วทั้งหากกระทำเกินเลยไปก็จะเป็นการล่วงละเมิดต่อกฎหมายของสังคมเสียเอง

<sup>95</sup> Pierre Bouzat et Jenn pinatet, "Traité de Droit Pénal et de Criminologie" Deuxième Edition (1970), p. 361. อ้างถึงใน โกเมน กัทกริมย์. เล่มเดิม. หน้า 49.

<sup>96</sup> Crim. 20 Oct 1993, Dr.pén 1993, 34.

<sup>97</sup> Crim 27, juin 1927, S. 1929. I. 356.



นำมาใช้พัฒนาเป็นหลัก Caslte<sup>98</sup> ในประเทศสหรัฐอเมริกา<sup>99</sup> ซึ่งจะเห็นได้ว่าแนวคิดหลัก Caslte Doctrine หรือบางทีเรียกว่า stand one's ground หรือยืนสู้ในที่ที่ดินมีสิทธิ และหลังประกาศเอกราช ในปี 1776 ก็ได้รับรองไว้ในรัฐธรรมนูญด้วย<sup>100</sup> ทั้งรับรองโดยคำพิพากษาของศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกาในปี ค.ศ. 1895 ในคดี Beard v. United States ว่าเมื่อล้ำแดนเข้ามาในเคหสถานถือว่า ยันตรายใกล้จะถึง ในคดี<sup>101</sup> Alberty v. United States การฆ่าในกรณีป้องกันเคหสถานอันได้

<sup>98</sup> ดังจะเห็นได้จากคำกล่าวของ William Pitt ได้กล่าวไว้ในปี 1763 ว่า “The poorest man may in his cottage bid defiance to all the forces of the crown. It may be frait-its roof may shake-the wind may blow through it-the storm may enter-the rain may enter-but the King of England cannot enter.” กระจงจากที่อยู่ในกระท่อมของตนทำทนายอำนาจทั้งปวงของกษัตริย์อังกฤษ แม้ว่กระท่อมหลังน้อยจะโยกโอนเอนเหมือนจะล้มยามต้องสายลม แม้สายฝน หรือพายุ จะพัดผ่านเข้าไปในกระท่อมได้ก็ตามแต่กษัตริย์ของอังกฤษจะเข้าไปไม่ได้ Please see William Pitt, “the first Earl of Chatham,” <http://phrases.org.uk/meanings/an-englishmans-home-is-his-castle.html>. 19 June 2011.

<sup>99</sup> Les premiers châteaux étaient construits en bois souvent sur une élévation de terre (motte castrale ou féodale), puis en pierre afin de résister aux nouvelles armes de guerre On les châteaux forts. See châteaux-Wikipédia, [fr.wikipedia.org/wiki/Château](http://fr.wikipedia.org/wiki/Château). <http://fr.wikipedia.org/wiki/Ch%C3%A2teau>, 15 October 2011. คือมีแนวคิดมาจากป้อมปราการเพื่อใช้เป็นที่หลบภัยจากการรุกราน ในยุคดั้งเดิมเรียกกันว่า châteaux forts ดังนั้นปราสาทคือการเรียกทรัพย์สินหนึ่งที่เป็นที่อยู่อาศัย ซึ่งปราสาทถูกสร้างขึ้น เพื่อใช้ปกป้องเจ้านายนอกจากนั้นยังเป็นสัญลักษณ์แห่งอำนาจของเจ้าของปราสาทที่อยู่ในป้อมปราการของตน Un châteaux est à l'origine une construction médiévale destinée à protéger le seigneur et à symboliser son autorité au sein du fief (stronghold) See châteaux-Wikipédia, [fr.wikipedia.org/wiki/Château](http://fr.wikipedia.org/wiki/Château), <http://fr.wikipedia.org/wiki/Ch%C3%A2teau>, 15 October 2011.

<sup>100</sup> ซึ่งมีคำกล่าวของ Henry W. Grady ตั้งแต่ยุคปี ค.ศ. 1800 ว่า “Exalt the citizen. As the state is the unit of government he is the unit of the State. Teach him that his home is his castle, and his sovereignty rests beneath his hat.” ยกระดับของความเป็นพลเมืองเหมือนกับยกระดับหนึ่งรัฐคือหนึ่งการปกครอง พลเมืองก็เป็นหนึ่งในระดับรัฐ บอกเขาว่าบ้านของเขาคือปราสาทของเขา และมีอำนาจปกคลุมเหนือที่อยู่อาศัยของเขา Please see Joel Chandler Harris's biography of Henry W. Grady, <http://phrases.org.uk/meanings/an-englishmans-home-is-his-castle.html>. 19 June 2011.

<sup>101</sup> โดยมีการแก้ไขรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวกับเคหสถานนั้นคือครั้งที่ 3 และที่ 4 ซึ่งครั้งที่ 3 แก้ในปี 1789 (September 5, 1789) ว่า ไม่มีทหารคนใดไม่ว่าในยามสงบหรือสงครามจะเข้าไปยังเคหสถานของบุคคลใด ๆ โดยปราศจากความยินยอมไม่ได้เว้นแต่ต้องด้วยกรณีที่บัญญัติไว้ในกฎหมาย No soldier shall, in time of peace be quartered in any house, without the consent of the owner, nor in time of war, but in manner to be prescribed by law. Third Amendent to the United States Constitution, [http://en.wikipedia.org/wiki/Third\\_Amendment\\_to\\_the\\_United\\_States\\_Constitution](http://en.wikipedia.org/wiki/Third_Amendment_to_the_United_States_Constitution) แก้ไขรัฐธรรมนูญครั้งที่ 4 สิทธิของพลเมืองจะต้องได้รับการคุ้มครองความปลอดภัยในเคหสถาน ร่างกาย เอกสารการค้นการยึด โดยไม่มีเหตุอันควรจะกระทำมิได้เว้นเสียแต่หมายค้นซึ่งได้

กระทำลงในเคสดังกล่าวนั้นเป็นภัยอันตรายอันใกล้จะถึง (ไม่อาจหลีกเลี่ยงได้)<sup>102</sup> ในคดี *State v. Thomas* ศาลพิพากษาว่า คนที่อยู่ในบ้านเรือนของตนพร้อมที่จะถอยหนีแต่ไม่มีที่ใดที่จะทำให้เขาหนีไปได้อย่างปลอดภัย (“[A] person in her own home has already retreated ‘to the wall, ‘as there is no place to which she can further flee in safety.”) และสิทธิในการป้องกันเกิดมาจากการจำต้องกระทำและต้องตัดสินใจเมื่ออยู่ในระดับที่จะไม่มีความจำเป็นที่มากกว่านั้นอีกแล้ว<sup>103</sup> และในคดี *State v. Quarles* ศาลพิพากษาว่าการใช้กำลังถึงตายในกรณีป้องกันตัวในเคสดังกล่าวจะมีเหตุยกเว้นผิดเมื่อคนนั้นไม่สามารถหลีกเลี่ยงการประทุษร้ายได้หรือหลีกเลี่ยงการใช้กำลังถึงตายได้<sup>104</sup> ซึ่งหลัก

---

ออกให้คืนได้เมื่อมีเหตุอันควร ทั้งนี้การออกหมายนั้นได้มีพยานสาบานตนยืนยันระบุนิติฐานะที่จะค้นและตัวบุคคลรวมทั้งสิ่งของที่จับกุมได้ The right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures, shall not be violated, and no Warrants shall issue, but upon probable cause, supported by Oath or affirmation, and particularly describing the place to be searched, and the persons or things to be seized. Fourth Amendment to the United States Constitution, [http://en.wikipedia.org/wiki/Fourth\\_Amendment\\_to\\_the\\_United\\_States\\_Constitution](http://en.wikipedia.org/wiki/Fourth_Amendment_to_the_United_States_Constitution) ซึ่งเป็นเพราะในช่วงยึดครองของอังกฤษ สิทธิในความเป็นพลเมืองอเมริกันถูกล่วงละเมิดเป็นอันมากดังจะเห็นได้จากคดีที่มีชื่อเสียงที่เกิดขึ้นในปี 1760 (ก่อนประกาศเอกราชในปี 1776) เป็นคดีที่เกี่ยวกับการบุกเข้าไปในบ้านของ John Entick โดยไม่มีหมายค้น กล่าวคือ มีการบุกเข้าไปในบ้านของ John Entick เพื่อยึดเอกสารที่มีข้อความเขียนโจมตีนโยบายของรัฐบาลและเขียนโจมตีกษัตริย์อังกฤษ ทั้งนี้ได้มีการออกหมายตามหลังมาหลังจากบุกเข้าไปในบ้านของ John Entick ดังกล่าวแล้ว ต่อมาเมื่อมีการฟ้อง John Entick เป็นจำเลยในความผิดเกี่ยวกับความมั่นคงของรัฐ ศาลในคดีนี้พิพากษาว่าเอกสารที่ยึดได้จากบ้านของจำเลยนั้น เป็นการยึดโดยไม่ชอบ กล่าวคือหมายนั้นได้ออกมาเพื่อให้มีการตรวจยึดเอกสารที่บ้านของจำเลยแต่ไม่ใช่ให้กระทำการพิชิตอาญาโดยการบุกกรุกบ้านจำเลยเสียก่อน กรณีดังกล่าวถือว่าเป็นหมายที่ไม่มีเหตุอันควร กล่าวคือหมายนั้นตกไปใช้ไม่ได้อีกเมื่อบุกกรุกก่อนค้น Fourth Amendment to the United States Constitution, [http://en.wikipedia.org/wiki/Fourth\\_Amendment\\_to\\_the\\_United\\_States\\_Constitution](http://en.wikipedia.org/wiki/Fourth_Amendment_to_the_United_States_Constitution).

<sup>102</sup> *Beard v. United States*, 158 U.S.550 (1895), <http://supreme.justia.com/us/158/550/case.html>, 18 June 2008.

<sup>103</sup> *Alberty v. United States*, 162 U.S. 499, 505, 509 (1896), [http://www.chanrobles.com/usa/us\\_supremecourt/162/499/3](http://www.chanrobles.com/usa/us_supremecourt/162/499/3), October 2011.

<sup>104</sup> [t]he right of self defense is born of necessity and should terminate when the necessity is no more,” See *State v. Thmas*, 673 N.E.2d 1339, 1343 (Ohio 1997), Lester B. Orfield, “The Dearsay Rule in Federal Criminal Cases—Part One,” *Fordham L.Rev.* 32, 499 (1964), <http://ir.lawnet.fordham.edu/flr/vol32/iss3/3>, October 2011.

คดีนี้ได้นำมาใช้ในระบบกฎหมายไทยได้รับมาใช้ด้วย<sup>105</sup> โดยสรุปหลักการอันสำคัญของกฎหมายในหลัก Common Law ในแบบของประเทศสหรัฐอเมริกาคือสามารถป้องกันในเคสดานได้เมื่อ “มีเหตุอันควรเชื่อว่าการใช้กำลังนั้นผู้กระทำจำเป็นต้องใช้” เพื่อป้องกันการเข้ามาในเคสดานของตน โดยมีขอบด้วยกฎหมายและ โดยฉุกเฉิน ทั้งนี้เพราะหากมีการรุกร้าเข้ามาในเขตเคสดานย่อมเพิ่มความเสี่ยงภัยต่อ ชีวิต ร่างกาย เสรีภาพมากกว่ากรณีที่อยู่ ณ สถานที่อื่น ๆ ดังได้กล่าวแล้ว ส่วนในประมวลกฎหมายอาญา Model Penal Code บัญญัติว่าบุคคลอาจใช้กำลังอาจถึงตายแก่ผู้บุกรุกหากตนเชื่อว่า 1) ผู้บุกรุกได้เข้ามาแย่งการครอบครองเคสดานจากตน 2) ผู้บุกรุกไม่อาจอ้างสิทธิในการครอบครองเคสดานนั้นได้ และ 3) กำลังเช่นนั้นจำเป็นต้องใช้โดยฉุกเฉินเพื่อป้องกันการเข้าแย่งการครอบครอง<sup>106</sup> ส่วนกฎหมายฝรั่งเศสการป้องกันเคสดานเดิมมีกฎหมายบัญญัติไว้ในมาตรา 329 ว่า ความจำเป็นในขณะนั้นของการกระทำเพื่อป้องกันให้รวมถึงกรณีต่อไปนี้ด้วยคือ 1. ถ้าการฆ่าคนหรือทำร้ายร่างกายบาดเจ็บหรือไม่บาดเจ็บได้กระทำเพื่อต่อต้านการที่บุคคลได้ปีนป่ายหรือทำลายรั้วกำแพงหรือทางเข้าของบ้านหรือพาร์ทเมนท์ ซึ่งบุคคลอยู่อาศัยหรือบริเวณของบ้านหรือพาร์ทเมนท์ดังกล่าวในเวลากลางคืน 2. ถ้าการกระทำนั้นเป็นการกระทำเพื่อต่อต้านการชิงทรัพย์หรือปล้นทรัพย์โดยกำลังประทุษร้าย อันเป็นหลักยกเว้นการพิสูจน์ว่าภัยใกล้จะถึงหรือจะเป็นภัยต่อชีวิตทรัพย์สิน ทั้งยกเว้นไม่ต้องพิสูจน์ว่าการป้องกันนั้นสมควรแก่เหตุหรือไม่ เพราะกฎหมายสันนิษฐานไว้แล้วว่าการป้องกันในเคสดานเป็นการป้องกันโดยชอบ ดังคดีตัวอย่างที่มีคนลักปลาในบ่อปลาและถูกกับดักข้างต้น<sup>107</sup> และมีตัวอย่างอีกคือ มารดาได้ยิงชายหนุ่มซึ่งเป็นคนข้างบ้านที่ได้ปีนกำแพงรั้วเข้ามาหาลูกสาวในเวลากลางคืนเพื่อเอาจดหมายรักไปวางไว้ที่หน้าต่างห้องนอนของหญิงสาว<sup>108</sup> และคดีที่บิดาใช้ให้บุตรชายฆ่าคนรักของบุตรสาวที่ปีนรั้วเข้ามาหาบุตรสาวในตอน

<sup>105</sup> State v. Quarles, 504 A.2d 473, 476 (R.I. 1986), [http://academic.cengage.com/resiurce\\_uploads/downloads/0534629911\\_26040.pdf](http://academic.cengage.com/resiurce_uploads/downloads/0534629911_26040.pdf), 3 October 2011.

<sup>106</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 169/2504 ผู้ตายบุกรุกเข้าไปจะทำร้ายจำเลยจนถึงบ้านของจำเลยไม่มีความจำเป็นอย่างไรที่จำเลยผู้มีสิทธิครอบครองเคสดานของตน โดยชอบด้วยกฎหมายจะต้องหนีผู้กระทำผิดกฎหมาย.

<sup>107</sup> ในยุคกลางการตีความการป้องกันเคสดานแคบลง โดยกฎหมายกำหนดว่าบุคคลอาจใช้กำลังป้องกันอาจถึงตายได้หากว่าตนมีเหตุอันควรเชื่อว่าจะต้องใช้ คือ 1) บุคคลอื่นได้เจตนาเข้ามาในเคสดาน โดยมีขอบด้วยกฎหมายและโดยฉุกเฉิน 2) ผู้บุกรุกมีเจตนาทำร้ายต่อตนหรือบุคคลอื่นที่เป็นผู้อยู่อาศัยนั้น หรือกระทำผิดอาญาในระดับร้ายแรงในเคสดานนั้น และ 3) จำต้องใช้กำลังถึงตายเพื่อผลักไสการบุกรุกนั้น <http://www.texasnesis.com/lawschool/study/outlines/html/crim/crim04.htm>.

<sup>108</sup> Cour de cassation du 25 mars 1902, [http://fr.jurispedia.org/index.php/L%C3%A9gitime\\_d%C3%A9fense\\_\(fr\)](http://fr.jurispedia.org/index.php/L%C3%A9gitime_d%C3%A9fense_(fr)).

กลางคืน<sup>109</sup> ทั้งสองคดีศาลอุทธรณ์ยกฟ้องทั้งหมด<sup>110</sup> ต่อมาได้มีการแก้ไขบทบัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับการป้องกันเคสดานให้ชัดเจนขึ้นในมาตรา 122-6 โดยบัญญัติว่า บุคคลจะถูกสันนิษฐานว่าได้กระทำการป้องกันตนเองถ้าหากว่าได้กระทำการดังต่อไปนี้ 1. กระทำการขับไล่ผู้บุกรุกสถานที่อยู่สถานที่อยู่อาศัยในเวลากลางคืนอันเป็นการบุกรุกโดยทุบทำลายที่อยู่อาศัยเข้ามา หรือโดยการประทุษร้าย หรือ โดยใช้วิธีการหลอกลวง 2. เพื่อป้องกันตนเองจากการลักทรัพย์เคสดานหรือปล้นทรัพย์<sup>111</sup> ภาระการพิสูจน์ Burden of proof ตามกฎหมายฝรั่งเศสหลักทั่วไป ผู้กระทำการป้องกัน (จำเลย) จะต้องพิสูจน์ว่า เงื่อนไขแห่งการใช้สิทธิป้องกันนั้นเป็นที่ยอมรับได้ (the conditions of the defense have been satisfied) ตามประเด็นความได้สัดส่วนแห่งภัย (Proportionality) แต่ฝ่ายอัยการจะต้องพิสูจน์ว่าการตอบโต้ไม่ได้สัดส่วนแห่งภัย แต่ต่อมาคณะกรรมการร่างกฎหมายของฝรั่งเศสได้หาวิธีการเสริมการปกป้องคุ้มครองปัจเจกชน โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ณ ภาวะที่ตกอยู่ในภัยอันตราย โดยการแก้ไขหลักการเดิมโดยหลักการภาระการพิสูจน์ไปยังฝ่ายอัยการ (Reversing this burdens of proof) โดยบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญามาตรา 122-126 เพื่อให้มีความกระจำจชัดเจนยิ่งขึ้น โดยกำหนดว่า บุคคลที่ถูกตั้งสมมุติฐานว่าได้กระทำการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย เมื่อผู้นั้นได้กระทำการดังต่อไปนี้ เพื่อขับไล่ผู้บุกรุกโดยใช้กำลังหรือโดยลวงละเมิดหรือโดยทุจริตเข้าไปในเคสดานที่อยู่อาศัยในเวลากลางคืน เพื่อป้องกันตนเองให้พ้นจากการลักทรัพย์โดยใช้กำลังประทุษร้าย (Authors of theft) หรือการปล้นโดยใช้กำลังประทุษร้าย A person is presumed to have acted in a state of legitimate defense whe they carry ort the act. 1. To repel, at night, an entrance by force, violence of fraud into inhabited premises, 2. To defense themselves against the authors of theft or looting executed with force)<sup>112</sup> จะเห็นได้ว่าเกี่ยวกับเรื่องการป้องกันเคสดานที่อยู่อาศัยในเวลากลางคืน และลักทรัพย์โดยใช้กำลังประทุษร้าย (Authors of theft) หรือการปล้นโดยใช้กำลังประทุษร้าย เป็นกรณียกเว้นหลักทั่วไปที่สันนิษฐานไว้ก่อนว่า จำเลยกระทำการป้องกันโดยไม่ชอบ แต่หากกรณีป้องกันในเคสดานเป็นข้อสันนิษฐานไว้ก่อนว่า จำเลยกระทำการป้องกันในเคสดานโดยชอบ หากผู้กระทำการป้องกันได้กระทำการตามเงื่อนไขแห่งข้อเท็จจริงดังกล่าว กฎหมายฝรั่งเศสก็จะเพิ่มภาระการพิสูจน์ให้พนักงานอัยการพิสูจน์ว่าผู้กระทำ

<sup>109</sup> Cour d' assises d' Eur, 18 dec.1857.

<sup>110</sup> Cour d' assises de la Moselle, 27 fev 1858.

<sup>111</sup> โกลเมน ภัทรภิรมย์. เล่มเดิม. หน้า 52.

<sup>112</sup> A person is presumed to have acted in a state of self-defence if he performs an action 1° to repulse at night an entry to an inhaited place committed by breaking in, violence or deception; 2° to defend himself against the perpetrators of theft or pillage carried out with viokence, [http://195.83.177.9/upl/pdf/code\\_33.pdf](http://195.83.177.9/upl/pdf/code_33.pdf).

ไม่ได้กระทำการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย (Not acting in a state of legitimate defense) ตามกฎหมายฝรั่งเศสการป้องกัน การทำรัฐไม่อาจป้องกันได้เช่นเดียวกับกรณีของไทย เช่น กรณีที่ชายที่ได้เข้าไปในบ้านของหญิงเพื่อพบกับผู้รัก สามิของหญิงมาพบเข้า ก็ได้ใช้ปืนยิงฆ่าผู้รักตายหรือบาดเจ็บ ในกรณีเช่นนี้ ตามกฎหมายฝรั่งเศสไม่ยอมรับว่าใช้สิทธิป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายได้ แต่อย่างไรก็ตามพนักงานอัยการก็ไม่อาจพิสูจน์หักล้างข้อสมมติฐานได้ว่าจำเลยผู้เป็นสามีไม่ใช่สิทธิป้องกัน ในเคสสถาน (ปัญหามีเพียงแต่ว่าเกินหรือไม่เกินสัดส่วนหรือไม่) ต่อมาในปี 1959 ปัญหาแนวความคิดตามข้อสมมติฐานที่ว่าไม่อาจพิสูจน์หักล้างได้ (Irrebuttable) ศาล Cour de cassation ได้พิพากษาคลับหลักเดิมและวางหลักใหม่ว่า ข้อสมมติฐานนี้ถูกพิสูจน์หรือนำสืบหักล้างได้ (Presumption was rebuttable)<sup>113</sup> ต่อมาคณะกรรมการร่างก็ได้แก้ไขปัญหานี้โดยวางหลักไว้ในประมวลกฎหมายอาญาฉบับใหม่ที่สามารถพิสูจน์หักล้างได้<sup>114</sup> ดังนั้นที่กฎหมายฝรั่งเศสสันนิษฐานว่าการกระทำป้องกันในเคสสถานเป็นการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายไว้ก่อนนั้นเป็นเพราะกฎหมายมองเห็นว่าหากมีการรุกรานเข้ามาในเขตเคสสถานย่อมเพิ่มความเสี่ยงภัยต่อชีวิต ร่างกาย เสรีภาพมากกว่ากรณีที่อยู่ ณ สถานที่อื่น ๆ

สำหรับผู้เขียน ในเรื่องภยันตรายที่ใกล้จะถึง ผู้เขียนเห็นว่า ภยันตรายที่ใกล้จะถึงนี้จะต้องเกิดขึ้นจากการประทุษร้ายอันละเมิดต่อกฎหมาย และเป็นภยันตรายที่เกิดขึ้นเฉพาะหน้า ตรายใดที่ภยันตรายยังไม่ผ่านพ้นไป ผู้ป้องกันก็สามารถป้องกันตนเองและผู้อื่นได้ตามกฎหมาย จนกว่าภยันตรายในเรื่องนั้น ๆ จะได้ผ่านพ้นไปแล้ว

### 2.3 หลักการกระทำพอสมควรแก่เหตุ หรือหลักทฤษฎี Proportionality

ตามหลักแนวความคิดนี้ได้ให้ความเห็นเกี่ยวกับการกระทำไว้เพื่อการกระทำไปพอสมควรแก่เหตุ พอสรุปได้ดังนี้

การกระทำพอสมควรแก่เหตุ หมายถึง ถ้าผู้กระทำได้กระทำให้เกินสมควรแก่เหตุก็เป็นกรณีที่ผู้กระทำไม่มีอำนาจทำได้ ส่วนการกระทำเพียงใดจึงจะถือว่าได้กระทำให้พอสมควรแก่เหตุนั้นมีทฤษฎีที่สำคัญ ๆ อยู่ 2 ทฤษฎี<sup>115</sup>

<sup>113</sup> Catherine Elliott. Op.cit. p. 113.

<sup>114</sup> Crim 19 fev 1959 D. 1959.

<sup>115</sup> Crim. 11 juit. 1844, S. 1844, I, 1777.

### 2.3.1 ทฤษฎีความได้สัดส่วน<sup>116</sup>

ทฤษฎีสัดส่วนนี้ จะต้องพิจารณาว่าอันตรายที่จะพึงเกิดขึ้น ถ้าหากจะไม่ป้องกัน จะได้สัดส่วนกับอันตรายที่ผู้กระทำได้กระทำเนื่องจากการป้องกันนั้นหรือไม่ ตัวอย่างเช่น คนเขาจะตบหน้าเรา เราจะใช้มีดแทงเขาตายไม่ได้ เพราะความเจ็บอันเนื่องจากการถูกตบหน้า เมื่อเอามาเทียบกับความตายแล้วไม่ได้สัดส่วนสักกัน ฉะนั้นจึงถือว่า การเอามีดมาแทงเขาตายนี้ เป็นการกระทำไปเกินสมควรแก่เหตุ ผู้กระทำจึง ไม่มีอำนาจทำได้<sup>117</sup> หากผู้ป้องกันได้กระทำการป้องกันโดยได้สัดส่วนกับภัยอันตรายถือว่าเป็นการป้องกันพอสมควรแก่เหตุ<sup>118</sup> คำว่า “เหตุ” หมายความว่าภัยที่ใกล้จะเกิดแก่ผู้กระทำและผู้กระทำได้กระทำไปไม่เกินสมควรแก่ภัยนั้น<sup>119</sup> คือการเปรียบเทียบภัยนั้นกับผลของการที่ผู้รับภัยได้กระทำไป จะต้องได้สัดส่วนสักกัน ถ้าภัยที่เกิดขึ้นและการกระทำเพื่อป้องกันภัยนั้นได้สัดส่วนไม่เกินสมควรกันตามปกติ ก็ถือว่าการป้องกันนั้นพอสมควรแก่เหตุ เช่นการป้องกันยับยั้งเกินสัดส่วน<sup>120</sup> สิ่งที่จะต้องนำมาพิจารณาในการชั่งน้ำหนัก คือ ระดับของกำลังที่แต่ละฝ่ายใช้ (Strengths) ซึ่งเกี่ยวข้องกับปัจจัยหลายอย่าง เช่น อาวุธ พฤติกรรมของผู้ล่วงละเมิด ชนิดของกำลังที่ใช้ เป็นต้น<sup>121</sup> สิ่งที่จะต้องนำมาใช้ในการชั่งน้ำหนักก็คือ “โอกาสที่จะเกิดภัยขึ้น” (โอกาสที่จะ

<sup>116</sup> เกียรติจักร วัจนะสวัสดิ์. (2551). *คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1*. หน้า 405-409.

<sup>117</sup> สุเนติ คงเทพ. เล่มเดิม. หน้า 43-73

<sup>118</sup> หยุด แสงอุทัย. (2523). *กฎหมายอาญา ภาค 1*. หน้า 137.

<sup>119</sup> จิตติ ดิงศภัทย์. (2536). *กฎหมายอาญา ภาค 1*. หน้า 624.

<sup>120</sup> แหล่งเดิม. หน้า 625.

<sup>121</sup> นายคำมิมิตยวาทศิลป์ ไล่จ้วงแทงจำเลย ห่าง 1 วา ทรียาจำเลยกั้นกลาง คำแทงไม่สะดวก จำเลยยิง 7 นัด ถูกที่สำคัญ 4 นัด ถูกทรียาจำเลยที่ต้นขา 1 นัด นายคำตาย หากยิง 2-3 นัด ก็ยอมจะพอยับยังผู้ตายได้ เป็นการป้องกันเกินกว่าเหตุ ดู คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1428/2520, สืบค้นเมื่อ 25 มีนาคม 2555, จาก [www.deka2007.supremecourt.or.th/](http://www.deka2007.supremecourt.or.th/) ผู้ตายซึ่งมีอาการมีเมาสุราใช้มีดฟันจำเลยก่อนแต่ไม่ถูกหากจำเลยเพียงใช้ปืนที่พกติดตัวออกมาขู่หรือยิงผู้ตายก็ไม่น่าจะกล้าฟันทำร้ายจำเลยอีกต่อไป การที่จำเลยใช้อาวุธปืนยิงผู้ตายที่บริเวณลำคอช่วงบน แม้ยิงเพียงนัดเดียว ก็เกินสมควรแก่เหตุ ดู คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 223/2540, สืบค้นเมื่อ 25 มีนาคม 2555, จาก [www.deka2007.supremecourt.or.th/](http://www.deka2007.supremecourt.or.th/) จำเลยกับพวกเกิดวิวาทชกต่อยกับโจทก์ร่วมและพวกในวงสุราน้ำบ้านโจทก์ร่วม มีผู้ห้ามที่เล็กกัน จำเลยพกปืนกลับมาที่วงสุราอีก แต่ถูกโจทก์ร่วมคันตัวจนหนีกลับบ้าน การที่โจทก์ร่วมกับพวกตามไปถึงได้ถุนบ้านจำเลย จึงเป็นเพราะอยากหาเรื่องกับจำเลย เป็นการตามไปคุกคามจะทำร้ายจำเลยถึงในบ้าน จำเลยใช้ปืนยิงโจทก์ร่วมกับพวกจึงเป็นการป้องกันตัว แต่โจทก์ร่วมกับพวกไม่มีอาวุธอะไร หากจำเลยยิงปืนเพียงนัดเดียวก็น่าจะเป็นเหตุให้หลบหนีได้แล้ว แต่จำเลยยิงปืนถึง 4 นัด กระสุนปืนถูก ว. ถึงแก่ความตาย และถูกโจทก์ร่วมได้รับบาดเจ็บ การกระทำของจำเลยจึงเป็นการป้องกันเกินสมควรแก่เหตุ มีความผิด ป.อ. มาตรา 288, 69 ดู คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 805/2528, สืบค้นเมื่อ 25 มีนาคม 2555 จาก, [www.deka2007.supremecourt.or.th](http://www.deka2007.supremecourt.or.th).

เกิดขึ้นไม่ดีขึ้น (Occurrence of the evil) นอกจากนั้นยังต้องนำเรื่องความเป็นไปได้ที่ผู้ถูกประทุษร้าย มีโอกาสที่จะได้รับการชดเชยความเสียหายเพื่อความเสียหายที่เขาหลีกเลี่ยงไม่ใช้กำลังป้องกัน<sup>122</sup> และการพิจารณาซึ่งน้ำหนักนั้น ให้พิจารณาผู้ล่วงละเมิดสิทธิแต่ละคนไป โดยพิจารณาแยกออกจากกัน โดยคนเหล่านั้นอาจจะละเมิดสิทธิร่วมกันได้ แต่ผู้ถูกประทุษร้ายจะกระทำการประทุษร้ายต่อผู้ล่วงละเมิดสิทธิเท่าที่จำเป็นต้องป้องกันเท่านั้น<sup>123</sup> เนื่องจากมีผู้ประทุษร้ายหลายคน และในแต่ละคนก็มีความผิดเป็นส่วนของตน (Own' aggressor's guilt) ทั้งแต่ละคนก็ล่วงละเมิดต่อการบังคับใช้กฎหมายของสังคมอย่างเป็นอิสระต่อกัน ดังนั้น การที่จะชั่งน้ำหนักเปรียบเทียบก็เปรียบเทียบเป็นคน ๆ ไป ยกตัวอย่าง เช่น คำกับแดงร่วมกันบุกรุกบ้านนางเขียว เมื่อนางเขียวต่อสู้คำแต่เพียงคำพั้งที่ชักมีดอกออกมาจะแทงนางเขียว แต่แดงห้าม ในระหว่างนั้น นางเขียวจึงใช้ปืนยิงคำตาย เช่นนี้ นางเขียวจะยิงแดงด้วยไม่ได้เพราะแดงเพียงแต่ประทุษร้ายต่ออาณาเขตการครอบครองหรือเขตแดนอิสระแห่งเคหสถานเท่านั้น ไม่ได้ก่อภัยอันตรายต่อความปลอดภัยในชีวิตร่างกายของตัวบุคคล ดังนั้นปัญหาที่สำคัญของทฤษฎีนี้คือปัญหาในการชั่งน้ำหนักของความได้สัดส่วนแต่เมื่อพิจารณาที่ผู้ล่วงละเมิดสิทธิเป็นฝ่ายถูกช่วยทำให้เกิดบันดาลโทสะขึ้น กลับให้ผู้ถูกประทุษร้ายต้องยับยั้งและทนรับความเจ็บปวด จึงเห็นได้ว่าราคาแห่งการป้องกันนั้นสูงมากและราคา "Price" นั้น จะถูกตรวจสอบจากสังคมทั้งหมด แต่ว่าหากมองในมุมมองของผู้ถูกประทุษร้ายแล้วจะเป็นราคาที่สมควรจ่าย (Reasonable price to pay) ทั้งนี้เพราะเมื่อคนถูกช่วยระดับการควบคุมตนเองได้จะลดลงตามปกติวิสัยของมนุษย์ แต่การตอบโต้ของผู้กระทำป้องกันยังต้องถูกสังคมตรวจสอบ การกระทำให้ได้สัดส่วนจึงถูกควบคุมโดยกฎหมาย แต่เมื่อเกิดเหตุการณ์ประทุษร้ายต่อผู้ถูกประทุษร้าย ณ สถานการณ์ที่เกิดขึ้นจริงเวลานั้น ความได้สัดส่วนทั้งปวงจะสูญสิ้นลง และมันเป็นไปตามธรรมชาติอย่างปกติของการเห็นแก่ตัวอย่างสูงสุด เวลานั้นไม่ต่างอะไรกับการที่เขาอยู่บนกองเพลิง<sup>124</sup> และหากยอมให้สังคมเข้าตรวจสอบเท่ากับยอมให้สิทธิที่สำคัญกว่า (สิทธิของผู้ที่เป็นฝ่ายชอบธรรม) ตกไปอยู่ในมือของการตัดสินใจของพลเมือง และหากยอมเช่นนั้นก็จะกลายเป็นการยอมให้ผู้ถูกประทุษร้ายสละสิทธิก็จะทำให้ความผิดมีอำนาจที่เหนือกว่าความถูกต้องเข้าไปแทรกแซงสถานการณ์การตัดสินใจเพียงเสี้ยววินาทีว่าจะให้เกิดผลร้ายกับผู้กระทำป้องกันหรือไม่ อันจะทำให้การกระทำป้องกันไร้ความหมาย<sup>125</sup> จึงเห็นได้ว่าการพิจารณาความได้สัดส่วนค่อนข้างมี

<sup>122</sup> W.R. LaFave and A. W. Scott, Jr. (1986). *Substantive Criminal Law*, vol. 1. p. 653.

<sup>123</sup> M. Gorr. (1990). "Private Defense," *Law and Philosophy* 9. p. 261.

<sup>124</sup> Paul H. Robinson. (1984). *Criminal Law Defenses*, vol.2. p. 70.

<sup>125</sup> "[A]ll proportion is lost... And certainly it is the nature of extreme self-lovers, as they will set an house and fire, and it were but to roast eggs" Francis Bacon. Op.cit.

ปัญหา คำนึงการทดสอบจากการซึ่งนำหน้ากว่าได้สัดส่วนหรือไม่นั้น จะต้องผ่านการทดสอบจากรูปแบบสองประการ คือ

ประการแรก คือการพิจารณาไปในทางปฏิเสธ กล่าวคือ ต้องตั้งสมมติฐานเสียก่อนว่า ถ้าไม่ใช่กำลังผู้ถูกประทุษร้ายจะไม่ได้รับภัยอันตราย กล่าวคือหากสมมติฐานเป็นจริงต้องปฏิเสธการใช้กำลังป้องกันเนื่องจากไม่ได้สัดส่วน (the first the negative formulation-negating defensive force that is out of (all) proportion)

ประการที่สอง ต้องพิจารณาว่ามีเหตุอันควรหรือไม่ กล่าวคือต้องพิจารณาว่าการกระทำนั้นต้องมีการใช้วิธีการที่มีความเหมาะสม หรือสมควรแก่เหตุ (The second is the requirement for reasonable or appropriate) หากไม่ได้ตามนี้ก็ต้องปฏิเสธ โดยที่แบบทดสอบทั้งสองประการนั้น มีความสัมพันธ์ซึ่งกันและกัน (Correlation) ดังนั้น ความได้สัดส่วนแห่งภัยจึงมีความสัมพันธ์อย่างมากกับความมีเหตุอันควรกับการกระทำการป้องกันหรือไม่ และเกี่ยวข้องกับเรื่องผลประโยชน์ที่เป็นนามธรรมของผู้ถูกประทุษร้าย ดังนั้น หากการกระทำนั้นได้มีการพิจารณาแล้วว่าภัยที่มีการก่อขึ้นไม่ร้ายแรงพอกับภัยที่ผู้ป้องกันมอบให้แก่ผู้ล่วงละเมิดสิทธิหรือผู้ก่อภัยเช่นนี้แล้ว หากผู้ป้องกันยังฝืนตอบโต้โดยการมอบภัยที่มากกว่าให้ไปก็จะเกิดการกระทำที่ไม่ชอบธรรมไม่สมควรแก่เหตุ ผู้ป้องกันก็ต้องรับผิดชอบ<sup>126</sup> ดังนั้นจึงให้มีการเปรียบเทียบระหว่างภัยอันตรายที่เกิดจากการกระทำของผู้ก่อภัย กับภัยอันตรายที่เกิดจากการกระทำของผู้ป้องกันมาเปรียบเทียบกัน ภัยที่ถูกก่อ กับภัยที่เกิดขึ้น ไม่ใช่ดูที่ผลร้าย (ผลของภัย) ที่เกิดจากผลผลิตของการกระทำป้องกัน เพราะหากเช่นนั้นแล้ว จะทำให้กฎหมายการกระทำป้องกันเป็นหมันทันที เพราะภัยที่เกิดขึ้นจริงต่อผู้ป้องกันสิทธิไม่รู้ว่าจะเกิดขึ้นที่แท้จริงเพียงใด คงยอมให้เขาใช้ความเป็นตัวเขา หรือความเป็นมนุษย์ ที่มีเหตุผลที่ตกอยู่ใน

<sup>126</sup> แต่อย่างไรก็ตามเมื่อมีการกระทำโดยปราศจากการควบคุมของสังคมก็จะก่อให้เกิดการลิดรอนต่อผลประโยชน์ของส่วนรวมด้วย กล่าวคือ ในที่สุดผลร้ายก็จะย้อนกลับมาสู่ตัวคนนั่นเอง นอกเหนือจากการส่งผลร้ายต่อรัฐต่อสังคม จึงเห็นได้ว่าข้อพิจารณาของหลักความได้สัดส่วน ควรจะต้องพิจารณาไปที่ประโยชน์หรือสิทธิของผู้กระทำป้องกัน ด้วยการซึ่งนำหน้าถึงผลประโยชน์ของผู้กระทำ แต่ผู้กระทำป้องกันจึงไม่อาจใช้สิทธิได้อย่างเด็ดขาด โดยใช้คำพิพากษาของตนเอง แต่สังคมจะยอมให้เพียงช่วงเวลาที่จะเกิดภัยหรืออย่างช้าที่สุดก่อนภัยสิ้นสุด ดังนั้นแนวคิดในการใช้ดุลพินิจว่าการกระทำนั้นได้สัดส่วนหรือไม่จึงได้นำหลักการซึ่งนำหน้าถึงผลประโยชน์มาพิจารณาด้วย ซึ่งการซึ่งนำหน้าถึงผลประโยชน์นั้น จะพิจารณาจากภัยอันตรายที่คาดหวังกว่าจะเกิดต่อผลประโยชน์อันชอบด้วยกฎหมายของผู้ถูกประทุษร้าย ถ้าหากว่าผู้กระทำไม่ได้ใช้กำลังป้องกัน แล้วซึ่งนำหน้าถึงเปรียบเทียบกับภัยอันตรายที่คาดว่าจะเกิดขึ้นกับผู้ประทุษร้าย ถ้าหากว่าผู้กระทำได้ใช้กำลังป้องกันเกิดขึ้นจริง ดังนั้น ในการพิจารณาความได้สัดส่วนจึงขึ้นอยู่กับทางเลือก อันเป็นทางเลือกที่ดีที่สุดเท่าที่ทำได้ (Best possible good) (ซึ่งเป็นทางเลือกที่มักจะถูกพิจารณาว่าเป็นทางเลือกแห่งความชั่วร้ายที่น้อยกว่า (a choice that is usually considered as the lesser evil) ซึ่งเป็นส่วนที่ใช้เป็นสิ่งที่สนับสนุนทฤษฎีนี้, Boaz Sangero. Op.cit. p. 167.



สภาวะแห่งภัยเช่นนั้นเป็นผู้คาดคะเนเอาในใจขณะนั้นว่าภัยควรจะเกิดขึ้นแก่ตนเพียงใด แล้วถึงเลือกใช้วิธีการกับการกระทำ ลงมือป้องกันภัยตามความคิดเห็นของคนทั่ว ๆ ไป ว่าควรทำเช่นไร เมื่อเป็นเช่นนั้นด้วยเหตุนี้เองประมวลกฎหมายอาญาอินเดีย มาตรา 100 และ 103 ถึงได้บัญญัติว่า ถ้าคาดหมายว่าภัยนั้นจะถึงอันตรายสาหัส ผู้รับภัย (ผู้ป้องกัน) กระทำการป้องกัน โดยการฆ่าผู้ก่อภัยนั้นได้<sup>127</sup> นอกจากนั้นยังมีเหตุผลอันเกี่ยวข้องกับภัยที่ก่อขึ้น โดยผู้ประทุษร้าย ประเภทที่เป็นภัยที่

<sup>127</sup> ดังนั้น ควรพิจารณาหลักความได้สัดส่วนอย่างมีความยืดหยุ่น กล่าวคือ หากเปรียบเทียบกันเฉพาะแต่ระหว่างความคาดหวังกว่าจะเกิดอันตรายทางกายภาพต่อผู้ล่วงละเมิดสิทธิ (ผู้ประทุษร้าย) กับผู้ถูกประทุษร้ายเท่านั้น เช่นนี้แล้ว ความแข็งกระด้างในการพิจารณาหลักความได้สัดส่วน จะต้องเกิดขึ้นอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ ดังนั้น ความคาดหวังกว่าจะเกิดการบาดเจ็บต่อผู้ถูกประทุษร้ายจะต้องมีมากกว่าความคาดหวังกว่าจะเกิดการบาดเจ็บแก่ผู้ล่วงละเมิดสิทธิ (ผู้ประทุษร้าย) นั่นคือเพื่อที่จะปรับระดับการได้รับบาดเจ็บ (อันเป็นการกระทบกระเทือนต่อผลประโยชน์โดยชอบด้วยกฎหมายของผู้ที่ไม่ได้กระทำความผิด) ก็จะต้องให้ความสำคัญกับประโยชน์ของบริสุทธิ์ให้ได้รับความคุ้มครองมากกว่า (it is required that the interest that actor save should be more important) ทั้งนี้เพื่อจุดประสงค์แห่งความปลอดภัยนั่นเอง (rescue) อันเป็นเจตนารมณ์ของหลักกฎหมายป้องกัน ซึ่งการพิจารณาจะแตกต่างกันออกไป ขึ้นอยู่กับความผิดของผู้ล่วงละเมิดสิทธิ กล่าวคือ เมื่อผู้ล่วงละเมิดสิทธิ (ผู้ประทุษร้าย) ได้ล่วงละเมิดทั้งเขตแดนอิสระของผู้ประทุษร้ายและผู้ถูกประทุษร้ายและล่วงละเมิดการบังคับใช้กฎหมายของสังคมทั้งสองอย่างแล้ว กรณีเช่นนี้ก็จะนำผลประโยชน์โดยชอบด้วยกฎหมายของทั้งสองฝ่าย คือทั้งผู้ล่วงละเมิดกับของผู้ถูกประทุษร้ายมาชั่งน้ำหนัก (are placed on the scales) ก็จะมีฝ่ายหนึ่งที่มีน้ำหนักของผลประโยชน์ที่มากกว่า ซึ่งก็คือว่า เขตแดนอิสระแห่งปัจเจกชน (ผู้ถูกประทุษร้าย) กับความผิดของผู้ล่วงละเมิดสิทธิ ประทุษร้าย) จะเป็นตัวกำหนดกฎหมายและเหตุผลที่ใช้ในการกำหนดการลดลงของคุณค่าของผลประโยชน์ของผู้ล่วงละเมิดสิทธิ; ดู Boaz Sangero, *supra* note 26, p. 168 ดังนี้ เพื่อให้เกิดความเป็นธรรมในการบังคับใช้กฎหมายในเรื่องการกระทำป้องกัน หนทางที่จะนำไปสู่ความได้สัดส่วนด้วยเหตุผลสองประการ คือ ประการแรก จะต้องพยายามให้เกิดความได้สัดส่วนอย่างแท้จริง อย่างเช่น การชั่งน้ำหนักทั้งสองฝ่าย (ผู้ล่วงละเมิดสิทธิ และผู้ถูกประทุษร้าย) เพื่อให้เกิดแนวโน้มไปสู่การมีเหตุอันชอบธรรมในการกระทำการป้องกัน ในขณะที่นำทั้งเรื่องเขตแดนอิสระของผู้ประทุษร้าย ความผิดของผู้ล่วงละเมิดสิทธิ และการบังคับใช้กฎหมายของสังคม มาชั่งน้ำหนักเปรียบเทียบกันเหล่านี้เป็นนามธรรม แต่ก็นำมาชั่งเพื่อให้เห็นภาพชัดเจนขึ้น; ดู M. Gorr. Op.cit. p. 257 ประการที่สอง เพื่อให้เกิดความสมเหตุสมผล ในการนำปัจจัยที่เป็นนามธรรมทั้งสามปัจจัยดังกล่าว (เขตแดนอิสระ, ความผิดของผู้ล่วงละเมิดสิทธิ, การบังคับใช้กฎหมายของสังคม) มาเป็นส่วนหนึ่งของการชั่งน้ำหนักเปรียบเทียบกับอันตรายในทางกายภาพของผู้ประทุษร้าย และขณะเดียวกันก็นำปัจจัยเหล่านี้ใช้พิจารณาประกอบเพื่อให้เกิดกับความยืดหยุ่นขององค์ประกอบเรื่องความได้สัดส่วน กล่าวคือ เป็นการชั่งน้ำหนักเปรียบเทียบกันระหว่างอันตรายที่ปรากฏในทางกายภาพ กับปัจจัยแห่งผลประโยชน์ทางนามธรรม ทั้งสามปัจจัยดังกล่าวมาชั่งน้ำหนักเปรียบเทียบกัน (weighing on the scales' both the physical and the abstract interests in each specific case) แต่อันตรายในทางกายภาพของผู้ประทุษร้ายจะปรากฏให้เห็นเป็นประจักษ์ เมื่อได้กระทำการประทุษร้ายต่อผู้อื่น ซึ่งเมื่อปรากฏอันตรายชัดเจนขึ้นมาเช่นนี้แล้วก็ให้นำไปชั่งเปรียบเทียบกับทั้งสามปัจจัยที่กล่าวถึงข้างต้น (เขตแดนอิสระความผิดของผู้ละเมิดสิทธิ การบังคับใช้

เกิดขึ้นจากความผิดอย่างอื่นอันมิใช่ความผิดต่อชีวิต เนื้อตัวร่างกาย เช่น ภัยที่เกิดแก่ทรัพย์สิน ชื่อเสียง หรือเสรีภาพ จะเทียบสัดส่วนกับภัยประเภทที่เกิดแก่ชีวิต ร่างกายไม่ได้ ด้วยเหตุนี้กฎหมายของประเทศฝรั่งเศสจึงบัญญัติกรณีป้องกันทรัพย์สินไว้เป็นพิเศษ ในมาตรา 122-5 แม้กฎหมายจะยอมให้มีการป้องกันทรัพย์สินได้แต่เคร่งครัดในเรื่องสัดส่วนมาก โดยหลักป้องกันทรัพย์สินเกิดจากการพัฒนาหลักกฎหมายโดยศาล กล่าวคือศาลได้พัฒนาหลักกฎหมายในเรื่องการป้องกันทั่วไปมาสู่เรื่องการป้องกันทรัพย์สินในคดีที่คนร้ายได้เข้าไปลักทรัพย์ โดยเข้าไปจับปลาในที่ดินจำเลย แล้วถูกกับดักจนขาขาด<sup>128</sup> นอกจากนั้นยังมีคดีที่ศาลฝรั่งเศสเคยวินิจฉัยลงโทษเจ้าของสวนผลไม้ซึ่งใช้ปืนยิงผู้ที่เข้ามาลักผลไม้ในสวนถึงแก่ความตาย เพราะป้องกันเกินสมควรแก่เหตุ เพราะอาศัยหลักทฤษฎีสัดส่วน ซึ่งคดีนี้มีข้อเท็จจริงคล้ายกันกับกรณีคดีที่เกิดขึ้นในเยอรมัน คือ มีเด็กเข้าไปลักเอาผลไม้ในสวนของจำเลย<sup>129</sup> เมื่อจำเลยเห็นจำเลยจึงยิงเด็กตาย<sup>130</sup> แต่กรณีของเยอรมัน ศาลสูงสุดเยอรมันพิพากษายกฟ้อง<sup>131</sup> ซึ่งจะเห็นได้ว่ากรณีการป้องกันทรัพย์สินตามกฎหมายฝรั่งเศสนั้นทั้งศาลและกฎหมายเคร่งครัดอย่างมาก<sup>132</sup> โดยกฎหมายใช้คำว่า *Strictement necessaire* ซึ่งมีหลัก

---

กฎหมายของสังคม) ซึ่งนักตำราได้เขียนเรื่องนี้ไว้อย่างน่าฟังว่า “There is no doubt that in the case of private defence it is permitted to cause an injury to the aggressor that is greater than that which was expected if this is the only way in which to repel his illegal attack and to prevent the expected damage...what, if so, is the significance of the requirement that the accused should not cause damage that is not proportionate to the damage that he wished to prevent?...it is forbidden to cause too great an injury to the aggressor beyond that which he was about to cause...the life and body of the aggressor are not forsaken”; Please see Arnold Enker, “Duress, Self-Defence and Necessity in Israeli Law,” *Israel Law Review* 30, p. 89 (1996).

<sup>128</sup> จิตติ ดิงศกัทธิย์. เล่มเดิม. หน้า 634.

<sup>129</sup> Reg, 25 Mar 1902, S, 1903. I.5 note Lyon-Caen, D. 1902. I. 356, affaire de fraville.

<sup>130</sup> กรณีลักทรัพย์คือลักมะพร้าวในสวน ทำนองเดียวกับลักแอปเปิ้ลในสวนคำพิพากษาศาลสูงสุดเยอรมัน วันที่ 20 กันยายน 1920. Please see George P. Fletcher, *Rethinking Criminal Law* (Boston: Little, Brown, 1978), p. 871. กล่าวคือ มีขโมยขึ้นลักมะพร้าวในสวนของก. อีกคืนหนึ่ง ก. ได้ถือปืนไปกับ ข. พบ ก. และพรรคพวกขึ้นต้นมะพร้าว ปลิดมะพร้าวตกไว้ได้ต้น ก. ยิง ก. พก ก. พก ก. หนีไปเรื่อย ๆ ภายหลัง ค. ตาย ดูคำพิพากษาที่ 802 ปี 127 ขุนศรีบุพพธรรมเขตร, คำพิพากษากรรมการฎีกาบางเรื่อง ปี 127 เล่มปี 128 ม, หน้า 249-252.

<sup>131</sup> โกเมน ภัทรภิรมย์. (2524). *คำอธิบายกฎหมายอาญาฝรั่งเศส* (เอกสารประกอบการบรรยายชั้นปริญญาโท คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์). หน้า 51.

<sup>132</sup> เมื่อตรวจประมวลกฎหมายอาญานับปี 1871 ของเยอรมัน มาตรา 53 บัญญัติว่าการกระทำการป้องกันให้ผลโดยชอบด้วยกฎหมาย (Legitimizing effect) เฉพาะเพียงเท่าที่จำเป็นต้องป้องกัน (Required: Geboten) ซึ่งกฎหมายดังกล่าวไม่ได้บัญญัติทฤษฎีความได้สัดส่วนที่ชัดเจนลงไป อันก่อให้เกิดข้อถกเถียงกันว่า

กฎหมายเกี่ยวกับการป้องกันทรัพย์สินว่า บุคคลไม่ต้องรับผิดทางอาญา หากว่าผู้กระทำการ ยับยั้งการกระทำผิดอาญาเกี่ยวกับทรัพย์สิน การกระทำนั้นเป็นป้องกันโดยชอบ เว้นแต่การป้องกันนั้น เป็นการฆ่าผู้อื่นโดยไม่เจตนา ผู้กระทำจำต้องกระทำอย่างแท้จริง (Strictement necessaire) โดยวิธีการกระทำป้องกันจะต้องไม่เกินสัดส่วนแห่งภัยร้ายแรงที่เกิดขึ้น<sup>133</sup> กล่าวคือ ยังวางหลักความได้ สัดส่วนแห่งภัยไว้ แต่กรณีการป้องกันทรัพย์สินโดยใช้กำลังถึงตายนั้น ผู้ป้องกันจะต้องจำต้องกระทำ อย่างยิ่ง<sup>134</sup> สำหรับกฎหมายแม่แบบของประเทศสหรัฐอเมริกาได้ผ่อนคลายนัยหลักความได้สัดส่วนลง<sup>135</sup> เพราะเห็นว่าหากเคร่งครัดมากจะทำให้การป้องกันไร้ผล ประชาชนไม่อาจใช้สิทธิป้องกันได้ทันทางที่ อันเป็นหลักทฤษฎีสิทธิของผู้ถูกระบุร้ายที่ใช้นับต่อรัฐ (The right of person Attacked Against the state to Resist Aggression) ดังกล่าวและหลักในทฤษฎีนี้ได้ขยายอาณาเขตไปเป็นแนวทาง เดียวกับหลักทฤษฎี เขตแดนอิสระด้วย<sup>136</sup>

ในกรณีที่การกระทำไม่ได้สัดส่วนก็ไม่อาจอ้างเหตุป้องกันได้ เพราะเห็นว่าหากภัยอันตรายที่เกิดขึ้นนั้น ไม่ได้ สัดส่วนเทียบได้กับผลประโยชน์ defense is not “required” if the likely harm is disproportionate to the likely benefit...แต่นักกฎหมายเยอรมันก็อธิบายว่าความจริงแล้วหลักความได้สัดส่วนผูกมัดอยู่กับทฤษฎีการตอบโต้ อัตโนมัตินของบุคคล (Autonomy); See George P. Fletcher. Op.cit. p. 871. เนื่องจากนักกฎหมายเยอรมันมองว่า การป้องกันเป็น “ความถูกต้อง” “right” จึงสามารถใช้กำลังป้องกันได้อย่างสูงสุด (the maximum protection to all legal right)... German system is not ‘flat’ as is the Angle-American system (which is based on the (criteria of reasonability).

<sup>133</sup> จำเลยได้ถูกชื้อแย่งสิ่งของ จำเลยโกรธ จำเลยจึงตอบโต้ด้วยการตีผู้รุกรานด้วยสั้นรองเท้าสั้นสูง เป็น เหตุให้ผู้เสียหายได้รับบาดเจ็บที่เส้นประสาทตาข้างซ้าย ศาล our de casation วินิจฉัยว่าการตอบโต้เช่นนี้เป็นการ ตอบโต้ที่ไม่ได้สัดส่วนแห่งภัย ผู้กระทำยังคงต้องรับผิด Crim. 6 dec 1995 Dr.pen, 1996. comm.98.

<sup>134</sup> Legitime defense des biens: N’est pas penalement responsable la personne qui, pour interrompre l’execution d’un crime au d’un delit contre un bien, accomplit un acte de fefense, autre qu’un homicide involontaire, lorsque cet acte est strictement necessaire au but poursuivi des lors que les moyens employs sont poroportionnes a la gravite de l’infraction, [http://www/wingshun.fr/documents/legitime defense.pdf](http://www/wingshun.fr/documents/legitime%20defense.pdf), 15 January 2011.

<sup>135</sup> Catherine Elliott. (2001). *French Criminal Law*. p. 112.

<sup>136</sup> ไม่ต้องสงสัยเลยหากเมื่อยอมรับให้มีการกระทำป้องกันอันเป็นสาเหตุให้เกิดการบาดเจ็บที่มากที่สุด ผู้ถูกระบุร้ายได้คาดหวังไว้ ที่เป็นเช่นนี้เพราะหากว่ามันเป็นแต่เพียงหนทางเดียวที่จะผลักไสการประทุษร้ายที่ มิชอบด้วยกฎหมาย และเพื่อปกป้องอันตรายที่คาดว่าจะเกิดแก่ตน...ซึ่งหากว่าเป็นภัยอันตรายตามคาด เพราะว่าสิ่ง สำคัญที่ขาดไม่ได้สำหรับการกระทำป้องกัน คือ จะต้องไม่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้กระทำป้องกันแม้ถึงว่าเป็น การกระทำที่ไม่ได้สัดส่วนกับความเสียหายที่เข้าพึงปรารถนาที่จะป้องกันก็ตาม... ถ้าจะห้ามได้ ก็ห้ามแต่เพียง ไม่ให้เกิดความบาดเจ็บแก่ผู้ล่วงละเมิดสิทธิ (ผู้ประทุษร้าย) มากจนเกินไป นอกเหนือไปจากสิ่งที่เขา

นอกเหนือจากปัญหาการชั่งน้ำหนักของความได้สัดส่วนดังกล่าวแล้ว ยังต้องพิจารณาที่ ส่วนของการกระทำทางจิตใจของผู้กระทำป้องกันด้วยเนื่องจากหลักเรื่องป้องกันคือผู้กระทำต้องมี เจตนาพิเศษเพื่อป้องกันสิทธิ แต่การเทียบสัดส่วนตามทฤษฎีนี้เป็นการคาดคะเนจากผู้กระทำ ป้องกันว่าจะเกิดภัยอันตรายมากน้อยเพียงใด และนำมาตรการป้องกันด้วยวิธีการต่าง ๆ เพื่อยับยั้ง ภัย ดังนั้น การป้องกันตามทฤษฎีนี้จึงเพ่งเล็งที่ “จิตใจของผู้กระทำป้องกันในขณะนั้น”<sup>137</sup> เป็นสำคัญ และ การกระทำของผู้ป้องกันนั้นมีเหตุชักจูงใจ “เพื่อป้องกันสิทธิ” ดังนั้น จึงต้องนำเรื่องเกี่ยวกับ เจตนาที่ผลที่เกิดขึ้นจากการกระทำของผู้กระทำมาพิจารณาด้วย กล่าวคือ

ประการแรก กรณีที่ผลในบั้นปลายของการกระทำโดยอ้างป้องกันเกิดขึ้นนอกเหนือ เจตนา เช่น ความตาย ตามมาตรา 290 หรืออันตรายสาหัสตามมาตรา 297 ในกรณีเช่นนี้การวินิจฉัย เรื่องสัดส่วนแห่งภัยนั้น ให้นำภัยอันตรายที่ผู้ก่อภัยได้ก่อขึ้น และการกระทำของผู้ป้องกันมา เปรียบเทียบกัน โดยจะต้องไม่นำผลในบั้นปลายที่เกิดขึ้น นอกเหนือจากเจตนาของผู้ป้องกันมา คำนึงถึง กล่าวคือ หากผลที่เกิดขึ้นแล้ว แต่เป็นผลนอกเจตนา พิจารณาเฉพาะเท่าที่ทำโดยเจตนา เท่านั้น ว่าเกิดสมควรแก่เหตุหรือไม่ ผลที่มีได้เจตนาไม่ควรนำมาพิจารณาให้ต้องรับผิดชอบตัวอย่าง

---

(ผู้ถูกประทุษร้าย) ได้กะประมาณไว้ว่าจะเกิดอันตราย (แต่ไม่); Please see Arnold Enker, *supra* note 88, p. 88 อันเป็นถ้อยคำที่บ่งบอกถึงความหมายของความได้สัดส่วนเป็นอย่างดีว่าแม้สังคมจะตรวจสอบการกระทำของ ผู้กระทำป้องกันก็ตาม แต่ก็ยังคงปล่อยให้ผู้กระทำได้กระทำได้หากคาดหวังว่าจะเกิดภัย ดังนั้น ในบทบัญญัติทาง กฎหมายของมลรัฐต่าง ๆ ในสหรัฐอเมริกา หรือแม้แต่ใน MPC จึงมีข้อความว่า ผู้กระทำป้องกัน “เชื่อว่า” ดู Boaz Sangero, *supra* note 26, p. 189 และ ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ (2550). *คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาคทั่วไป*. หน้า 156. เรื่องนี้คงต้องพิจารณาจากจิตใจของผู้ป้องกันในสภาพเช่นนั้น... ดังนั้นในความจริงแล้วเป็นไปได้เลยที่จะ กำหนดการชั่งน้ำหนักผลประโยชน์ให้เที่ยงตรงชัดเจนแน่นอนลงไปเลย เข้าไปในทฤษฎีความได้สัดส่วน

<sup>137</sup> มีคดีที่เดินตามแนวนี้คือ จำเลยพกปืน Revolver โดยไม่มีใบอนุญาต เมื่อจำเลยถูกก่อแวนโดยกลุ่ม วัยรุ่น 4 คน ซึ่งทั้ง 4 คนไม่มีอาวุธ วัยรุ่นคนหนึ่งเข้ามาเรียกเงินจากจำเลย 5 ดอลลาร์ จำเลยจึงยิงเอา โดยนัดแรกยิง ถูกอกวัยรุ่นคนหนึ่ง นัดที่สองถูกหลังวัยรุ่นคนที่สอง นัดที่สามถูกแขนซ้าย นัดที่สี่ ยิงไปทางวัยรุ่นอีกคนที่กำลัง ขยับตัวหนี (Slightly further away) ในลักษณะที่ยิงพร้อม ๆ กัน (Vollwy) เป็นผลให้ถูก ถูกวัยรุ่นคนหนึ่งที่ถูกกระดู กสันหลังและเป็นอัมพาต อีกคนถูกที่ศีรษะสมองถูกทำลาย จำเลยถูกฟ้องว่า พยายามฆ่าคนจำนวนหลายคน (Massacre) เพื่อแก้แค้น (Revenge) ไม่ใช่เป็นการป้องกัน โดยใช้อาวุธปืนที่ไม่มีใบอนุญาต เป็นการกระทำโดย ปราศจากภัยอันตรายที่เกิดขึ้นในขณะนั้น (Immediacy of danger) (เพราะจำเลยยังคงยิงต่อไปทั้งที่ภัยอันตรายได้ผ่าน พ้นไปแล้ว ทั้งไม่ได้สัดส่วนแห่งภัย โดยที่วัยรุ่นดังกล่าวได้พยายามวิ่งหนีแล้ว แต่จำเลยยังยิง แต่ศาลในคดีนี้ พิพากษายกฟ้องจำเลยทุกข้อกล่าวหา เว้นแต่ลงโทษเพียงข้อหาครอบครองอาวุธปืนโดยมิชอบเท่านั้น โดย พิพากษาขึ้นตามคำพิพากษาศาลชั้นต้น. อ้างถึงใน George P. Fletcher. (1988). *A Crime of Self-Defense Bernhard Goetz and the Law on Trial* (The University of Chicago Press: Chicago), pp. 1-16.

แดงยกมือขึ้นทำท่าจะชก คำจึงชกแดงไป 1 ที แดงล้มลงสลบและตายในเวลาต่อมาแม่แดงจะตาย และการกระทำของคำจะครบองค์ประกอบของความผิดตามมาตรา 290 แต่ความตายของแดงเป็นผลที่เกิดขึ้นนอกเหนือเจตนาของคำ<sup>138</sup> การกระทำของคำต่อแดง จึงถือว่าแดงได้สัดส่วนกัน<sup>139</sup> ทั้งนี้ เพราะจิตใจของผู้กระทำป้องกัน มีเพียงทำร้ายได้ตอบ เมื่อทำร้ายได้ตอบเช่นนี้ภัยที่ก่อก็คือ สิทธิในความปลอดภัยในร่างกาย ภัยที่ผู้ป้องกันประสงค์ (จิตใจ) จะให้เกิด คือ สิทธิในความปลอดภัยในร่างกาย เช่นเดียวกันเมื่อผู้ประทุษร้ายตาย ก็เป็นเรื่องผลกรรมตา ตกเป็นบาปเคราะห์ของผู้ที่สมัครใจเข้าเสี่ยงภัยเอง กรณีทำร้ายร่างกายรับอันตรายสาหัสตามมาตรา 297 ก็เช่นเดียวกัน ในการวินิจฉัยเรื่องสัดส่วนให้น่ายกอันตรายของผู้ก่อภัยและการกระทำของผู้ป้องกันมาเปรียบเทียบกัน โดยไม่ต้องคำนึงถึงผลตามมาตรา 297 ซึ่งเกิดขึ้นนอกเหนือเจตนาของผู้กระทำโดยป้องกันนั้น ตัวอย่างเช่น แดงจะชกคำ คำป้องกันโดยการชกไปที่แดง ปรากฏว่าคำชกถูกใบหน้าของแดง โดยถูกบริเวณเบ้าตา ทำให้ตาบวม อีกสามวันต่อมาแดงตาบอด เช่น นี้ถือว่าไม่เกินสัดส่วน<sup>140</sup> กรณีนี้ก็เช่นกัน เมื่อมองที่จิตใจของผู้กระทำป้องกัน เห็นได้ว่ามีเพียงเจตนาทำร้ายเพื่อตอบโต้ภัยที่ก่อ คือ “การบีบคอจนหน้าแดง” ผู้ป้องกันตอบโต้โดยการเหวี่ยงที่เปิดขวดออกไป 1 ที ทำให้ผู้ประทุษร้ายตาบอด ภัยที่ก่อคือ ความปลอดภัยในร่างกาย ภัยที่เกิดก็คือความปลอดภัยในร่างกายเช่นกัน แต่ถ้าหากข้อเท็จจริงในคดีดังกล่าว ผู้กระทำป้องกันหมายมุ่งจะให้ผู้ประทุษร้ายตาบอด ไม่ว่าจะโดยเจตนาประสงค์ต่อผลหรือเล็งเห็นผล ถือได้ว่าเป็นการกระทำโดยเจตนาของผู้ป้องกัน ถือว่าเกินสัดส่วนแห่งภัย แต่ทั้งนี้ต้องดูสถานการณ์ข้อเท็จจริงขณะนั้นประกอบดังกล่าวแล้วข้างต้นว่า คดีนี้ผู้กระทำป้องกันอยู่ใน “สถานการณ์ฉุกเฉิน” จึงไม่ทำให้มองไปได้เลยว่าเขาตั้งใจให้ตาบอด

<sup>138</sup> ทวีเกียรติ มินะกะนิษฐ. เล่มเดิม. หน้า 156.

<sup>139</sup> เมื่อพิจารณาไปที่ความคาดหวังของผู้ประทุษร้ายแล้ว หากพบว่าผู้ถูกประทุษร้ายได้กระทำการประทุษร้ายต่อผู้ล่วงละเมิดสิทธิตามความเหมาะสมแห่งภัยแล้ว เช่น เมื่อผู้ประทุษร้ายต่อหน้าผู้ถูกประทุษร้ายได้ ต่อ และตอบโต้ แต่ปรากฏว่าผู้ล่วงละเมิดสิทธิถึงตาย โดยเหตุที่ถึงตายเนื่องจากกระโหลกบาง ‘thin skull’ โดยที่ผู้ประทุษร้ายไม่ทราบมาก่อน เช่นนี้ถือว่า น้ำหนักแห่งภัยที่เกิดไม่มากเกินไป “there is not much point” เช่นนี้แล้ว ถือว่าได้สัดส่วนแล้ว เพราะผลที่เกิดขึ้นอยู่นอกเหนือความคาดหวังของผู้ถูกประทุษร้าย. อ้างถึงใน Boaz Sangere. (2006). *Self-defence in criminal law*. p. 174.

<sup>140</sup> เกียรติจักร วัจนะสวัสดิ์. (2536). *คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1*. หน้า 376. และ คำพิพากษาศาลฎีกา ที่ 1646/2514 ผู้ตายเมาสุราเข้าไปพุดต่อว่าพวกของจำเลย แล้วเป็นปากเสียงกันขึ้น จำเลยจึงเข้าไปจะดึงพวกของจำเลยขึ้นรด ผู้ตายได้ยกมือขึ้นทำท่าจะชกจำเลย จำเลยจึงชกผู้ตายไป 1 ที ถูกผู้ตายล้มลงสลบและถึงแก่ความตายในเวลาต่อมา ดังนั้นถือว่ากรกระทำของจำเลยเป็นการป้องกันโดยชอบ.

ประการที่สอง กรณีที่ผลไม่เกิดขึ้นหรือเกิดแต่ไม่ร้ายแรงตามเจตนาของผู้ป้องกัน ในการวินิจฉัยเรื่องสัดส่วนนั้น น่าจะต้องนำอันตรายที่ก่อ กับอันตรายที่เกิดจากการกระทำของผู้ป้องกันมาเปรียบเทียบกันโดยไม่ต้องคำนึงถึงผล เพราะการที่ผลไม่เกิดหรือเกิดขึ้นไม่ร้ายแรงตรงตามเจตนาของผู้กระทำนั้น น่าจะถือว่าเป็นเพียงเหตุบังเอิญเท่านั้น ด้วยเหตุนี้หากแดงจะทำร้ายค่า โดยไม่มีอาวุธ ค่าป้องกัน โดยการใช้ปืนยิงแดง แม้ยังไม่ถูกหรือถูกแดงแต่มีบาดแผลเล็กน้อย ค่าก็น่าจะมีความผิด โดยถือว่าเป็นการพยายามฆ่าแดง แต่เป็นการป้องกันเกินสมควรแก่เหตุ เพราะเป็นการเกินสัดส่วน<sup>141</sup>

ดังนั้น หากจิตใจของผู้กระทำการป้องกันมีความประสงค์เช่นใด ย่อมถูกนำมาใช้เป็นตัววัดความได้สัดส่วนแห่งภัยด้วย เช่น ผู้ป้องกันใช้ปืนยิง (โดยตั้งใจให้ถึงชีวิต) แต่ยังไม่ถูก หรือยิงถูกแต่มีบาดแผลเล็กน้อย ดังนั้นถือว่าเกินสัดส่วน จากหัวข้อนี้จะเห็นได้ว่า การที่จะวินิจฉัยความสมควรแก่เหตุ โดยเปรียบเทียบ “ภัยที่เกิดขึ้น” (ภัยที่ก่อ) กับ “ผลจากการกระทำเพื่อป้องกัน” ไม่เป็นหลักที่ถูกต้องเสมอไป<sup>142</sup> สำหรับแนวคำพิพากษาของศาลไทยเกี่ยวกับการป้องกันทรัพย์นั้น ถือหลักถ้าผู้ป้องกันทำร้ายผู้ลักทรัพย์ไม่ถึงบาดเจ็บ ศาลวินิจฉัยว่าไม่เกินสมควรแก่เหตุ ถ้าทำร้ายถึงอันตรายสาหัส หรือโดยเจตนาถือเป็นการเกินสมควรแก่เหตุ<sup>143</sup> ตัวอย่าง คนร้ายขึ้นเรือนลักทรัพย์ได้แล้ววิ่งหนี เจ้าทรัพย์วิ่งไล่ไปทัน จึงใช้มีดแทงคนร้ายหนึ่งที คนร้ายตาย ศาลฎีกาตัดสินว่า เจ้าทรัพย์แทงคนร้ายในเวลากระชั้นชิดที่วิ่งไล่กันมา ถือว่าไม่มีเจตนาฆ่าเพราะแทงเพียงทีเดียว คงมีความผิดฐานทำร้ายผู้อื่นเป็นเหตุให้ถึงแก่ความตาย เป็นการป้องกันทรัพย์เกินสมควรแก่เหตุ ซึ่งกรณีนี้จะเห็นได้ว่า ภัยที่มีอยู่ที่มีการประทุร้ายต่อสิทธิในเคหสถานหมดไปตั้งแต่เมื่อตอนที่คนร้ายลักทรัพย์สำเร็จและลงจากเรือนไปแล้ว ภัยที่มีอยู่ก็เพียงแต่ภัยที่เกิดขึ้นต่อทรัพย์แท้ ๆ เท่านั้น เมื่อเขาแทงคนร้ายคงเป็นแต่ป้องกันทรัพย์เกินสมควรแก่เหตุ เพราะสิทธิในตัวทรัพย์ กับสิทธิในการมีชีวิตอยู่เป็นคนละครดับกันของความชอบธรรมแห่งสิทธิ แต่ถ้าคนร้ายต่อสู้หรือมีอาวุธหรือกระทำในพฤติการณ์และเวลาที่น่าจะมีอาวุธต่อสู้ การป้องกันย่อมมีลักษณะเป็นการป้องกันชีวิตและ

<sup>141</sup> แหล่งเดิม. หน้า 376. อ้างถึงใน คำพิพากษาศาลอาญาที่ 1010/2510 “โจทก์ร่วมกับพวกคัมสุราที่ร้านของจำเลยจนมีเมาแล้วสั่งสุราอีก ภริยาจำเลยบอกว่าสุราหมด โจทก์ร่วมได้ลุกขึ้นไปหยิบขวดสุราของจำเลยที่โต๊ะซงกาแพ ภริยาจำเลยเข้าแย่ง โจทก์ร่วมได้ทำร้ายภริยาจำเลยพวกของโจทก์ร่วมตีบีบคอจำเลยจนหน้าแดง จำเลยควานไปพบเหล็กเปิดขวดแล้วเหวี่ยงไป 1 ที ในขณะที่ชุลมุนอยู่ ไปถูกนัยน์ตาโจทก์ร่วมได้รับบาดเจ็บสาหัสถึงตาบอด การกระทำของจำเลยเช่นนี้เป็นการป้องกันพอสมควรแก่เหตุ ไม่เป็นความผิด.”

<sup>142</sup> เกียรติจร วังนะสวัสดิ์. เล่มเดิม. หน้า 377.

<sup>143</sup> จิตติ ดิงศภัทย์. เล่มเดิม. หน้า 634.

ร่างกายด้วย<sup>144</sup> ดังนั้นจึงต้องนำหลักวินิจฉัยในเรื่องการป้องกันชีวิตในร่างกายมาพิจารณาประกอบ สำหรับในส่วนของเคสดานก็เช่นเดียวกัน หากแต่การป้องกันตัวทรัพย์สินคือเคสดานอย่างเดียวไม่ นอกเหนือจากการป้องกันชีวิตร่างกายของคนที่อยู่อาศัยในเคสดาน แล้วยังมีเรื่องการป้องกันสิทธิ หรือเสรีภาพในการอยู่ในเคสดานอย่างสงบด้วย (เช่น ป้องกันการถูกข่มขืน) ซึ่งเมื่อเทียบคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1908/2494 ดังกล่าวข้างต้น (กรณีคนร้ายขึ้นเรือนเจ้าทรัพย์และเจ้าทรัพย์แทงคนร้ายในขณะที่ไล่หลังคนร้ายถือเป็นการป้องกันทรัพย์สินเกินสมควรแก่เหตุ) กับคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 308/2485 จะเห็นความแตกต่างของคำวินิจฉัยของศาลที่เกี่ยวกับสิทธิในเคสดาน คือ ผู้ป้องกันสิทธิของผู้ที่เข้าไปลักโคในรื้อบ้านถึงสองชั้น ตายในที่มีเวลายามเศษ แม้ปรากฏว่าผู้ร้ายไม่มีอาวุธก็เป็นการป้องกันสมควรแก่เหตุ ซึ่งหากดูผิวเผินจะเห็นได้ว่าเป็นการป้องกันทรัพย์สินเช่นเดียวกันแต่กรณีหลังนี้เห็นได้ว่าคนร้ายได้ลวงล้ำเข้ามาในเขตเคสดานโดยฝ่าด่านรั้วข้ามแดนมาถึงสองชั้น อันเป็นการแสดงให้เห็นว่าคนร้ายได้ก่อให้เกิดความเสียหายในชีวิตร่างกายแก่ผู้อาศัยอย่างมากขึ้นในเคสดาน เพราะไม่ชัดเจนว่าคนร้ายจะมีอาวุธใดประสงค์ต่อโค หรือประสงค์ต่อคนที่อยู่ในเคสดาน<sup>145</sup> ดังนั้น ผู้อยู่ในเคสดานก็ไม่ต้องเสี่ยง<sup>146</sup> ที่หลักทฤษฎีนี้ถือหลักสัดส่วนเคร่งครัด เพราะเมื่อเทียบสิทธิในทรัพย์สินกับสิทธิในการมีชีวิตอยู่ของคนร้ายจะต่างระดับชั้นของคุณธรรมกัน แต่กรณีนี้เป็นการป้องกันตัวทรัพย์สินในเคสดานโดยแท้ ซึ่งกรณีจะแตกต่างจากคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 943/2508 ที่เป็นการป้องกันทั้งสิทธิในเคสดานและชีวิตด้วยคือ “คนร้ายจูงกระบือไปจากใต้ถุนเรือนจำเลย เมื่อเวลา 24 นาฬิกา จำเลยร้องถาม คนร้ายหันป้อนมาทางจำเลย

<sup>144</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1908/2494. สืบค้นเมื่อ 25 มีนาคม 2555, จาก [www.deka2007.supremecourt.or.th](http://www.deka2007.supremecourt.or.th)

<sup>145</sup> จิตติ ดิงศักดิ์. เล่มเดิม. หน้า 636.

<sup>146</sup> และหากเชื่อว่ามีภัยแนวคำพิพากษาของไทยก็ถือหลักการนี้มาตลอดเช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 8079/2549 จำเลยและผู้เสียหายมีสาเหตุขึ้นข้อหมองใจกันจนต่างฝ่ายต่างหวาดระแวงว่าอีกฝ่ายจะมาทำร้ายตนตามพฤติการณ์แห่งคดีแห่งคดีที่ผู้เสียหายเรียกชื่อจำเลยและชักอาวุธปืนออกมาจากเอว วิญญูชนเช่นจำเลยยอมเข้าใจได้ว่าผู้เสียหายจะใช้อาวุธปืนนั้นยิงจำเลยถือได้ว่าเป็นภัยอันตรายซึ่งเกิดจากการประทุษร้ายละเมิดต่อกฎหมายและเป็นภัยอันตรายที่ใกล้จะถึง ตาม ป.อ.มาตรา 68 แล้ว การที่จำเลยหยิบอาวุธมีดพร้าที่วางอยู่พื้นถนนซึ่งเป็นของบุคคลอื่นฟันทำร้ายผู้เสียหายไปเพียงครั้งเดียวแล้ววิ่งหลบหนีไป จึงเป็นการกระทำเพื่อป้องกันพอสมควรแก่เหตุ เป็นการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย จำเลยจึงไม่มีความผิด และยังมีคำพิพากษาศาลฎีกาที่ยืนยันว่าเคสดานนั้นผู้อยู่อาศัยมีสถานะพิเศษเช่นคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 7940/2551 กล่าวว่า บ้านและบริเวณบ้านของจำเลยถือว่าเป็นเคสดานที่ประชาชนทั่วไปย่อมเห็นว่าเป็นที่ปลอดภัยไม่ควรถูบุคคลอื่นรุกล้ำเข้ามากระทำการอันไม่ชอบด้วยกฎหมาย จำเลยไม่จำเป็นต้องหลบหนีและมีสิทธิที่จะป้องกันสิทธิของตนเพราะจำเลยเป็นผู้สุจริตหาต้องถูกบังคับให้ไปเสียจากเคสดานของจำเลยซึ่งมีสิทธิที่จะอยู่อาศัยและเคลื่อนไหวโดยอิสระ หากจำเลยจำต้องหนีแล้วเสรีภาพของจำเลยก็จะถูกระงับกระเทือน.

จำเลยจึงยิงปืนไปจากบนเรือน 2 นัด ถูกคนร้ายตาย จำเลยเคยถูกลักกระบือมาแล้วครั้งหนึ่งและหมู่บ้านนั้นก็มีการลักกระบือกันเสมอ ดังนี้ การกระทำของจำเลยเป็นการป้องกันสิทธิของตนให้พ้นภัยอันตรายพอสมควรแก่เหตุ “ไม่มีความผิด”

จากการศึกษาพบว่าแนวคำวินิจฉัยของศาลไทยค่อนข้างเคร่งครัดในหลักความได้สัดส่วนเช่นเดียวกับศาลฝรั่งเศส ส่วนศาลเยอรมันมักเคร่งครัดไปที่ทฤษฎีเขตแดนอิสระของผู้ประทุษร้ายมากกว่า ทั้งนี้กฎหมายเยอรมันกับอเมริกา จะมีมุมมองต่างกัน โดยอเมริกามองว่าการพิจารณาว่าการป้องกันจะสามารถยกเว้นผิดได้ต้องเป็นเรื่องเหตุอันควร แต่เยอรมันมองว่าการป้องกันต้องถือหลักความถูกต้องไม่จำเป็นต้องอ่อนข้อให้กับความไม่ถูกต้อง

หลักความได้สัดส่วนนอกจากห้ามมิให้มีการใช้กำลังป้องกันเกินขีดที่คาดว่าจะเป็นภัยจะเกิดขึ้นแก่ตนแล้ว ยังห้ามมิให้มีการแก้แค้นอีกด้วย โดยในทฤษฎีนี้ได้อธิบายถึงสาระสำคัญที่ว่าผู้ถูกประทุษร้ายจะต้องใช้กำลังป้องกันไม่ให้เกินเลยไปกว่าภัยที่ตนคาดหวัง ก็คือมองที่จิตใจของผู้กระทำในสภาพขณะนั้นว่าสามารถทำได้เพียงใดแก่ไหน โดยนำปัจจัยเรื่องการล่วงละเมิดสิทธิในเขตแดนอิสระของผู้ถูกประทุษร้าย ปัจจัยการบังคับใช้กฎหมายของสังคม และความผิดของผู้ประทุษร้ายมาชั่งน้ำหนักเทียบเคียงกัน แต่ไม่อาจบอกได้ว่าเพียงใดเหมาะสม เพราะภัยที่คาดว่าจะเกิดกับภัยที่เกิดอาจไม่ตรงกันทีเดียว เพียงแต่ระดับของน้ำหนักจะพุ่งไปที่วัตถุประสงค์แห่งการป้องกันถือให้ความสำคัญกับสิทธิของผู้บริสุทธิ์มากกว่า

### 2.3.2 ทฤษฎีวิถีทางน้อยที่สุด

ตามทฤษฎีนี้ถือว่า ถ้าผู้กระทำได้ใช้วิถีทางน้อยที่สุดที่จะทำให้อันตราย ก็ถือว่าผู้กระทำได้กระทำไปพอสมควรแก่เหตุแล้ว ตัวอย่างเช่น ก. เป็นง่อยไปไหนไม่ได้ ข. จึงเชกศรีษะ ก. เล่นโดยเห็นว่า ก. ไม่มีทางกระทำตอบโต้ได้เลย ก. ห้ามปรามเท่าใด ข. ก็ไม่เชื่อฟัง ถ้าการที่ ก. จะป้องกันมิให้ ข. เชกศรีษะมีวิธีเดียวคือใช้มีดแทงข. ต้องถือว่าการที่ ก. ใช้มีดแทง ข. นี้เป็นการกระทำไปพอสมควรแก่เหตุ เพราะเป็นวิถีทางน้อยที่สุดที่จะป้องกันได้<sup>147</sup> ซึ่งทฤษฎีวิถีทางน้อยที่สุดเป็นทฤษฎีที่ถูกต้อง<sup>148</sup> กว่าทฤษฎีสัดส่วน เพราะการป้องกันเป็นการกระทำต่อผู้ที่ก่อให้เกิดภัยอันตรายอันเป็นการละเมิดต่อกฎหมาย และผู้กระทำไม่ควรจะต้องทนทานต่อภัยอันตรายดังกล่าว ถ้าหากผู้กระทำได้ใช้วิถีทางน้อยที่สุด ซึ่งเขาพึงทำได้ในภาวะเช่นนั้นเพื่อป้องกันอันตรายแล้ว ควรจะถือว่าเขาได้กระทำไปพอสมควรแก่เหตุแล้ว และเขามีอำนาจทำได้...” อันเป็นแนวคิดที่เน้นย้ำหลักทฤษฎีเขตแดนอิสระที่ถือคติตามหลักกฎหมายโบราณที่ว่า กฎหมายจะไม่ยอมหลีกทาง

<sup>147</sup> ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ. เล่มเดิม. หน้า 156.

<sup>148</sup> หยุต แสงอุทัย. เล่มเดิม. หน้า 137.



ให้กับการไม่ปฏิบัติตามกฎหมาย (Law does not yield to Lawlessness)<sup>149</sup> แนวความคิดนี้ท่านศาสตราจารย์หยูค จึงได้พัฒนาหลักทฤษฎีวิถีทางน้อยที่สุดขึ้นและเห็นว่าเป็นทฤษฎีที่ถูกต้อง โดยได้อธิบายไว้ในตำรากฎหมายลักษณะอาญาของท่าน<sup>150</sup> โดยอธิบายว่า ปัญหาที่ว่าอย่างไรจะเป็นการกระทำพอสมควรแก่เหตุ นั้น มีความเห็นอยู่สองประการ กล่าวคือ

ความเห็นประการที่หนึ่ง มีว่า ถ้าผลเสียหายที่ผู้กระทำจะได้รับหากไม่ป้องกัน ได้ส่วนสัมพันธ์กับผลเสียหายที่เกิดขึ้นโดยการป้องกัน ถือว่าเป็นการป้องกันตามสมควรแก่เหตุ ตัวอย่างเช่น ก. ไปลักผลไม้ในสวนของ ข. ข. เอาปืนยิง ก. มีบาดเจ็บต้องถือว่า ข. กระทำเกินสมควรแก่เหตุ เพราะการเสียผลไม้มือของ ข. ไม่ได้ส่วนสัมพันธ์กับการบาดเจ็บของ ก. ข. ต้องทนยอมให้ ก. เอาผลไม้ไปดีกว่าที่จะทำให้ ก. บาดเจ็บ

ความเห็นประการที่สอง มีว่า ถ้าผู้กระทำได้กระทำการลงไปอันเป็นวิถีทางที่ก่อให้เกิดผลเสียหายน้อยที่สุดอันจะพึงทำได้ในพฤติการณ์เช่นนั้นแล้ว ถือว่าเป็นการกระทำพอสมควรแก่เหตุ ตัวอย่างเช่น ในกรณีที่ ข. เอาปืนยิง ก. ดังกล่าวข้างต้น ถ้า ข. เอาปืนยิงขู่ ก. ก็ไม่ฟัง กลับนี้กว่าตน

<sup>149</sup> แหล่งเดิม.

<sup>150</sup> Albin Eser. (1976). "Justification and Excuse." *American Journal of Comparative Law* 24, (4). p. 631. ตามตัวอย่างที่ Classic ในคำพิพากษาของศาลเยอรมันปี 1920 ข้อเท็จจริงแห่งคดีนี้ คือมีเด็กสองคน เข้าไปขโมยแอปเปิ้ลในสวนของจำเลยซึ่งเป็นคนพิการนั่งอยู่ในรถเข็น เมื่อจำเลยเห็นเด็กทั้งสองคนดังกล่าวจำเลยจึงใช้ปืนยิงเด็กทั้งสองที่กำลังผลัดกัน คนหนึ่งตาย อีกคนได้รับบาดเจ็บ ศาลชั้นต้นพิพากษาว่า ยิงและฆ่าคนที่ขโมยแอปเปิ้ล ในขณะที่กำลังวิ่งหนี ถ้าหากว่าเป็นหนทางเดียวที่จะหยุดยั้งการขโมยได้ เป็นการกระทำที่ถูกต้องแล้ว และศาลสูงสุดของเยอรมันพิพากษาขึ้นให้ยกฟ้องเจ้าของสวนผลไม้ที่วัยรุ่น 2 คนที่เข้ามาขโมยผลไม้ของเจ้าของสวน (มีคนหนึ่งได้รับบาดเจ็บ) โดยในคำพิพากษาศาลได้กล่าวอ้างอิงถึงว่า ความถูกต้องชอบธรรมจะต้องไม่ยอมอ่อนข้อให้กับความไม่ถูกต้อง (Right must never yield to wrong) เพราะการที่มีการประทุษร้ายโดยมิชอบต่อสิทธิ แม้ว่าได้มีการกระทำความผิดถึงขั้นความผิดสำเร็จแล้วแต่หากการประทุษร้ายดังกล่าวยังไม่สิ้นสุดลงยังถือว่ามิถยันตราภัยจะถึงอยู่ ดังนั้น แม้ว่ากล่าวกันว่าทฤษฎีนี้ปฏิเสธความได้สัดส่วนแห่งภัย แต่ความจริงแล้วหลักความได้สัดส่วนผูกมัดอยู่กับทฤษฎีการตอบโต้อัตโนมัติของบุคคล (Autonomy) หากตรวจพบบัญญัติในกฎหมายอาญาระบบที่ 1871 ของเยอรมันในมาตรา 53 บัญญัติว่า การกระทำการป้องกันให้ผลโดยชอบด้วยกฎหมาย (Legitimizing effect) เฉพาะเพียงเท่าที่จำเป็นต้องป้องกัน (Required: Geboten) ซึ่งกฎหมายดังกล่าวไม่ได้บัญญัติทฤษฎีความได้สัดส่วนที่ชัดเจนลงไป อันก่อให้เกิดข้อถกเถียงกันว่า ในกรณีที่การกระทำไม่ได้สัดส่วนก็ไม่อาจอ้างเหตุป้องกันได้ เพราะเห็นกันว่าหากภัยอันตรายที่เกิดขึ้นนั้น ไม่ได้สัดส่วนเทียบได้กับผลประโยชน์ และนักกฎหมายเยอรมันอธิบายว่า สิทธิหรือความชอบธรรมตามกฎหมายเยอรมันมีความสมบูรณ์ (Right as absolute) ซึ่งหลักกฎหมายเยอรมันกล่าวว่า ความชอบธรรมไม่เคยหลีกเลี่ยงให้ความไม่ชอบธรรม (Right need never yield to wrong) ได้แสดงออกถึงความหมายแห่งความเป็นคนที่มีเขตแดนอิสระในสังคมวิไลซ์ (Express the significant to being antonymous person in civil society); see George P. Fletcher. Op.cit. p. 871.

เหนียวยังไม่เข้าและยังลักผลไม้ต่อไป การที่ ข. จะยิง ก. เป็นวิถีทางเดียวที่จะป้องกันการลักผลไม้ได้ ต้องถือว่า ข. ได้กระทำพอสมควรแก่เหตุ เพราะ ข. ไม่มีหน้าที่อันใดตามกฎหมายที่จะทานทนต่อการลักผลไม้นั้น

ความเห็นของท่านศาสตราจารย์หยุดเห็นว่าทฤษฎีวิธีทางน้อยที่สุดเป็นทฤษฎีที่ถูกต้องคือ เมื่อมีภัยอันตรายที่ผิดกฎหมายเกิดขึ้น กฎหมายต้องยอมให้ป้องกันคนได้ในตัวอย่างข้างบนนี้ การที่ ข. ควรจะยอมให้ ก. ลักผลไม้เป็นหน้าที่ในทางศีลธรรม ซึ่ง ข. ไม่ควรถึงกับยิง ก. แต่ถ้า ข. ไม่คำนึงถึงศีลธรรมแล้ว ก็ควรจะถือว่าเขาได้กระทำการป้องกันอันชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งเขามีอำนาจทำได้ตามมาตรานี้

ซึ่งหากดูผิวเผินแล้วทฤษฎีนี้ดูเหมือนไร้เมตตา แต่เมื่อพิจารณาแล้ว เป็นเพราะผู้กระทำไม่มีทางเลือก ไม่มีทางหลบ การยิงเตือนของเจ้าของสวนผลไม้ ถือว่ามีศีลธรรมแล้ว แต่หากไม่ฟังก็ต้องยิง เพราะผู้กระทำมีหนทางเดียวที่ลึกลับออกไป ซึ่งการใช้วิธีการยิงดังกล่าวนี้ก่อให้เกิดผลเสียหายน้อยที่สุดแล้ว (แม้ผลที่เกิดขึ้นอาจถึงตายก็ตาม) ดังนั้น คำว่าวิถีทางน้อยที่สุดไม่ได้แปลว่าทำน้อยที่สุดและไม่ได้ดูที่ผลของการป้องกัน<sup>151</sup> ซึ่งทฤษฎีส่วนนี้สอดคล้องกับทฤษฎีวิธีทางน้อยที่สุดนั้น อาจไม่ต้องพิจารณาประกอบกันก็ได้ เนื่องจากบางกรณีที่ไม่ได้สัดส่วนแห่งภัยก็อาจเป็นการป้องกันสมควรแก่เหตุได้ ถ้าเป็นการป้องกันด้วยวิถีทางน้อยที่สุด<sup>152</sup> ซึ่งท่านศาสตราจารย์หยุดแสวงอุทัย ได้ยกตัวอย่างว่า เด็กอายุ 7 ปี ถูกรักจะเข้ามาทำร้ายเรา เช่นนี้ เราเดินเลี่ยงเสียได้ เด็กก็ทำอะไรเราไม่ได้ เราก็ไม่มีความจำเป็นต้องกระทำการป้องกัน หรือภัยที่เกิดจากกรณีนี้เจ้าของสวนผลไม้ถูกคนลักผลไม้เจ้าของสวนหลีกเลี่ยงโดยยิงเตือนก็ไม่ฟัง จึงยิงเอา และการกระทำป้องกันดังกล่าวถือว่าเป็นการกระทำป้องกันโดยใช้ทฤษฎีวิธีทางน้อยที่สุด เพราะการป้องกันผู้กระทำไม่จำเป็นต้องทานทนต่อภัยอันตรายอันละเมิด การป้องกันเป็นทั้งขจัดปิดป้อง (Defensive) และตอบโต้ (Offensive)<sup>153</sup> ดังนั้นกรณีนี้เด็กอายุเกือบ 7 ปี ถูกรักจะเข้ามาจะแทงคนเป็นอัมพาตทั้งตัว กระดิกได้แต่นิ้วชี้อย่างเดียว จึงกระดิกนิ้วเหนียวไถป็นที่วางอยู่ข้างตัวยังถูกเด็กตาย ตามทฤษฎีนี้ถือว่าเป็นวิถีทางน้อยที่สุดแล้ว หรือคนเป็นอัมพาตนี้มีวิชาพิเศษ หากชี้นิ้วไปที่ใครแล้วต้องตาย หากเขาไม่มีทางเลือกเพื่อป้องกันชีวิต เขาจึงชี้นิ้วไปที่เด็กแล้วเด็กตาย อย่างนี้ถือว่าผู้กระทำการป้องกันว่าจะใช้มาตรการใดยับยั้งภัยให้ได้ผล คำว่ามาตรการอาจเป็นวิธีการใดก็ได้เพื่อให้ภัยหยุด เช่นนี้ก็เป็นกรกระทำด้วยวิถีทางน้อยที่สุดแล้ว คือจำต้องกระทำเท่าที่ยับยั้งภัย ดังนั้นหากผู้กระทำมีความเชื่อว่าจะเกิดภัยอันจำต้องกระทำเพื่อป้องกันนั้นแล้ว และวิธีการที่จะหลีกเลี่ยงภัยดังกล่าวมีอยู่อย่างไร

<sup>151</sup> หยุด แสงอุทัย. (2548). *คำอธิบายกฎหมายลักษณะอาญา* ร.ศ. 127. หน้า 163.

<sup>152</sup> คณิต ณ นคร. (2551). *กฎหมายอาญาภาคทั่วไป*. หน้า 218.

<sup>153</sup> ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ. เล่มเดิม. หน้า 157; and see also Joshua Dressler. Op. cit. p. 200.

ซึ่งหากความเชื่อดังกล่าวเกิดขึ้นเพราะความสำคัญผิดก็ยังคงเป็นเหตุยกเว้นโทษได้อยู่ และถ้าความสำคัญผิดเกิดขึ้นโดยประมาทผู้กระทำคงต้องรับผิดชอบไปตามนั้น<sup>154</sup> เช่นสำคัญผิดว่าเป็นคนร้ายเข้ามาลักหรือทำร้าย รู้หรือไม่ว่ามีอาวุธร้ายแรงอะไรหรือไม่ จึงฟันด้วยมีดได้ถูกศีรษะด้านหลัง 1 ที ตาย<sup>155</sup> ยิ่งคนด้วยสำคัญผิดว่ามาปล้น<sup>156</sup>

### 2.3.2.1 ต้องมีการจำต้องกระทำ<sup>157</sup>

การจำต้องกระทำคือ ต้องมีความจำเป็นที่ผู้ถูกประทุษร้ายต่อสู้กับผู้กระทำการประทุษร้ายเพื่อหลีกเลี่ยงผู้ล่วงละเมิดสิทธิให้พ้นไป<sup>158</sup> ผู้กระทำจำต้องกระทำ ณ สถานการณ์บังคับที่ ต้องเผชิญหน้าอยู่กับภยันตราย<sup>159</sup> “การจำต้องกระทำ”<sup>160</sup> คือการกระทำที่ประกอบด้วยหลักการสามประการคือ

<sup>154</sup> คณิต ณ นคร. เล่มเดิม. หน้า 219.

<sup>155</sup> แหล่งเดิม.

<sup>156</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ 51/2512. อ้างถึงใน จิตติ ดิงศภัทย์. เล่มเดิม. หน้า 637.

<sup>157</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ 261/2511, 155//2512, 621/2513 และ 1378/2517 อ้างถึงใน จิตติ ดิงศภัทย์. เล่มเดิม. หน้า 637.

<sup>158</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 8919/2552 การกระทำที่จะเป็นการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายและไม่เป็นความผิดตาม ป.อ. มาตรา 68 นั้น จะต้องเป็นเรื่องที่ผู้นั้นจำต้องกระทำนั้นเพื่อป้องกันสิทธิของตนหรือของผู้อื่นให้พ้นภยันตรายซึ่งเกิดจากการประทุษร้ายอันละเมิดต่อกฎหมายและเป็นภยันตรายที่ใกล้จะถึงคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1049/2553 ผู้ตายจะใช้ไม้ตีจำเลย นับเป็นภยันตรายที่ใกล้จะถึงและไม่มีทางหลีกเลี่ยงได้ การที่จำเลยหันกลับมาชกผู้ตายซึ่งอยู่ในระยะประชิดเพื่อป้องกันตัวแม้จะเป็นการชกโดยแรงแต่ก็เป็นชกเพียงครั้งเดียวและเมื่อจำเลยชกผู้ตายล้มลงจำเลยก็ไม่ได้ชกผู้ตายซ้ำอีก การกระทำของจำเลยเป็นการป้องกันพอสมควรแก่เหตุและไม่เกินกว่ากรณีแห่งการจำต้องกระทำเพื่อป้องกัน ไม่เป็นความผิดตาม ป.อ. มาตรา 68.

<sup>159</sup> Boaz Sangero. Op.cit. p. 145.

<sup>160</sup> ดังนั้น ณ เวลานั้น ปัจจัยแห่งการบังคับใช้กฎหมายของสังคม (Social-legal order) จะต้องทำงานเพื่อให้เกิดความเป็นธรรมในการบังคับใช้การป้องกันของสังคม (Private defence) กล่าวคือบุคคลผู้ถูกประทุษร้ายหรือบุคคลผู้ซึ่งได้เข้ามาช่วยเหลือ ณ เวลานั้น คือ ผู้ที่ทำหน้าที่แทนรัฐ (Replace the government) ในการปกป้องคุ้มครองผลประโยชน์อันชอบด้วยกฎหมาย ณ สถานการณ์ที่อยู่ในระหว่างการเสี่ยงภัย (at stake) แต่สถานการณ์จะแตกต่างกัน

หากว่าสถานการณ์นั้นยังขาดเหตุอันจำต้องกระทำ (Absence of necessity) โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ณ สถานการณ์ที่ยังไม่จำเป็นต้องมีการบังคับใช้กฎหมาย (อย่างเช่น การร้องขอให้ทางการมีการบังคับใช้กฎหมาย) เช่นนี้หากกระทำก็ไม่ใช่การปกป้องคุ้มครองผลประโยชน์โดยชอบด้วยกฎหมายที่ตกอยู่ในอันตราย (the legitimate interest that is endangered) เพราะหากก่อความรุนแรงประทุษร้ายต่อผู้ล่วงละเมิดสิทธิหรือผู้ประทุษร้าย (Aggressor) ซึ่งอีกด้านหนึ่งก็เป็นการก่อให้เกิดอันตรายต่อการบังคับใช้กฎหมายของสังคมเช่นกัน (Liable to

ประการแรก คือ การกระทำอันเป็นการผลักไส (Repel) ผู้ประทุษร้าย (ล่วงละเมิดสิทธิ) ซึ่งจำต้องมีทั้งในเชิงคุณภาพและเชิงปริมาณ (Qualitatively and quantitatively) ในเชิงคุณภาพก็คือ หาทางเลือกที่ดีที่สุด (Taking notice of the other existing alternative) ในเชิงปริมาณก็คือ การใช้มาตรการในการใช้กำลังป้องกัน (Taking notice of the measure of the defensive force) เพื่อความสะดวกแก่การเข้าใจในมุมมองเชิงคุณภาพ จะอธิบายอย่างง่าย ๆ ว่า หากเพียงแต่ใช้มือตอยหนึ่งครั้ง ก็มีความเพียงพอที่จะขับไล่ผู้ประทุษร้ายให้พ้นออกไปได้แล้ว การยิงเขาก็ไม่จำเป็นอีกต่อไป เช่น ก. ยกมือจะชก ข. แต่ ข.ยกมือกำหมัดชก ก. หนึ่งครั้ง ก.วิ่งหนี ดังนั้นการใช้ปืนจึงไม่จำเป็นต้องกระทำอีก แต่หากพอ ข. กำหมัดทำท่าจะชก ก. ก็ชกมีดออกมา ข. จำต้องใช้ปืนยิง ก. ทันที ซึ่งเป็นการกระทำเชิงคุณภาพ เช่นนี้ ทางเลือกที่ดีที่สุดในขณะที่นั้นถ้า ข. มีให้เลือกทางเดียวคือปืน ข. ต้องเลือกปืน เพราะปืนเป็นทางเลือกที่ทำให้ตนไม่ต้องเสี่ยงกับการบาดเจ็บสาหัสหรืออาจตาย แต่หากว่า ณ เวลานั้น (ในขณะที่ ก. ชกมีดออกมา) ข. มีอาวุธอยู่สามอย่างคือ หมายเลข 1 มีปืนแม่เหล็กไฟฟ้าที่มีประสิทธิภาพสูงมากหากยิงถูกตัวคนแล้วจะทำให้ผู้ถูกปลั่งแม่เหล็กลี้มลงทั้งยืน แต่ไม่ตายเพียงแต่ทำให้สลบไปชั่วยามเท่านั้น หมายเลข 2 ปืนพก .357 ยิงคนตาย หมายเลข 3 มีดพกสั้น สมมุติว่า ข. มีความไวในการหยิบเครื่องมือที่ใช้ป้องกันตัว หมายเลข 1 ถึง 3 ได้เร็วพอ ๆ กัน เช่นนี้ ข. ไม่จำเป็นต้องเลือกเครื่องมือใด ๆ เลยหากหยิบได้อาวุธชนิดใดก็ใช้ตามนั้น<sup>161</sup> สมมุติว่าสถานการณ์นั้นอยู่ในความมืด และในกระเป๋าของ ข. มีเครื่องมือ สามอย่างดังกล่าว และเป็นภัยที่ใกล้จะถึง ข. ไม่มีโอกาสเลือกเลย ข. ได้ล้วงไปในกระเป๋าดังกล่าวหยิบได้ปืน ข. จึงใช้ปืนยิง ก.ตาย ดังนั้นก็ถือว่า ข. ได้กระทำโดยวิธีทางที่น้อยที่สุดเช่นเดียวกัน และ หากว่า ข. หยิบได้ทั้งข. จึงใช้มีดแทง ก. ถึง 100 ครั้ง ก. ถึงหยุดใช้มีดแทงได้ตอบ ข. เช่นนี้ก็ถือว่า ข. จำต้องกระทำโดยวิธีทางน้อยที่สุดเพื่อยับยั้งภัย ดังนั้น การกระทำการป้องกันในเชิงคุณภาพจะไม่สนใจว่าจะเกิดภัยต่อผู้ก่อภัยมากน้อยเพียงใด เพียงแต่สนใจว่า จะใช้วิธีใดระงับหรือยุติภัยด้วยวิธีทางน้อยที่สุด ส่วนในมุมมองเชิงปริมาณ การชกตอยเพียงครั้งเดียวมีประสิทธิภาพเพียงพอที่จะไล่ผู้ประทุษร้ายออกไปได้ การชกตอยเป็นโหล ๆ ก็ไม่จำเป็นอีก (A series of a dozen such blows) กล่าวคือจากตัวอย่างข้างต้นหาก ข. ชก ก. เพียงครั้งเดียว ก. วิ่งหนี เช่นนี้ก็ไม่จำเป็นต้องชก ก. อีก แต่หากกำหมัดจะชก ก. ชกมีด การที่ ข. ใช้ปืนยิง ก. หนึ่งนัด ก.ลี้มลงที่พื้นแล้วปริมาณของกำลังที่จำต้องใช้เพียงพอแล้ว แต่หาก ก. เป็นคนแข็งแรงมาก

---

harm the social-legal order) กล่าวคือสมมุติว่า มีตำรวจปรากฏตัวอยู่ในเวลานั้น ณ สถานการณ์ที่ตกอยู่ในความเสี่ยง (at stake) แต่ยังไม่ถึงขั้นที่จำต้องกระทำ ตำรวจก็มีความชอบธรรมอย่างสูงที่จะปกป้องคุ้มครองการบังคับใช้กฎหมายของสังคม ซึ่งปกป้องการบังคับใช้กฎหมายของสังคมในกรณีที่ยังไม่จำต้องกระทำควรจะเป็นของทางการ ไม่ใช่เป็นของพลเมือง เพราะหากขาดเหตุจำต้องกระทำก็ไม่อาจอ้างป้องกันได้.

<sup>161</sup> Boaz Sangero. Op.cit. p. 145.

เช่น เป็นมนุษย์เดียว ยิงนัดเดียวไม่ประสีประสาต่อ ก. เลย ข. ยิงนัดที่สอง ก.ยังคงเดินถือมีด เข้ามาอีก ข. จึงยิงนัดที่สามแต่ ก. ยังเข้ามาอีก รวมแล้ว ข. ต้องยิง ก. ถึง 100 นัด ก.ถึงหยุดที่จะฆ่า ข. เช่นนี้ การยิง 100 นัด คือระดับกำลังเชิงปริมาณที่จำต้องใช้ ซึ่งทั้งเชิงคุณภาพและเชิงปริมาณต้องไปด้วยกันเนื่องจากผู้กระทำป้องกันไม่มีทางเลือกในเวลาฉุกเฉินนั่นเองเพราะหากเขาหยิบได้ปืนแม่เหล็กเขายังเพียงครั้งเดียวก็ยุติภัยได้ทันทีแต่หากเขาหยิบได้ปืนเขาจึงยิงหลายนัดถึงหยุดภัยลงได้

ซึ่งอาจกล่าวได้ว่า ความจำเป็นในเชิงคุณภาพ คือ ต้องมีการกระทำที่ควรจะเป็นไปในทางที่เพื่อป้องกันผลที่เกิดขึ้นอันเป็นผลที่ไม่สามารถป้องกันโดยวิธีอื่น ๆ ได้ (The result that cannot be prevented in another way) ส่วนความจำเป็นในเชิงปริมาณคือ (Qualitative necessity) การกระทำที่ได้กระทำลงไปต้องไม่เกินไปกว่าเหตุจำเป็นที่ต้องกระทำ (Did no more than it was reasonably necessary)<sup>162</sup>

ประการที่สอง หากมีผลจากการกระทำป้องกันเกิดขึ้นจะต้องถูกทดสอบว่า การกระทำนั้นมีความจำต้องกระทำหรือไม่ หากว่าใช่ย่อมหมายความว่า การกระทำนั้นย่อมเป็นไปตามสมมติฐานว่าจำต้องกระทำ เช่น ความตายของผู้ประทุษร้าย เกิดจากผู้ถูกประทุษร้ายยิงเอา ซึ่งต้องทดสอบสมมติฐานว่า การยิงนั้นมีความจำเป็นต้องกระทำหรือไม่ ส่วนของความตายที่เกิดขึ้นนั้น หากเป็นเรื่องบังเอิญก็ถือว่าเป็นการใช้กำลังไม่เกินขอบเขต<sup>163</sup>

ประการที่สาม ความจำต้องกระทำนั้นไม่ควรถูกตีความในวงแคบและอัปลักษณ์ กล่าวคือ การพิจารณาแต่เพียงว่าผู้กระทำมีทางเลือกอื่นในการจับไล่ผู้ประทุษร้าย ก็เป็นอันเพียงพอแล้วที่ไม่เข้าลักษณะของกรณี “จำต้องกระทำ” โดยลิมพิจารณาเรื่องสิทธิอันชอบธรรมของบุคคล เพราะการกระทำป้องกันเป็นสิทธิ และไม่ควรถือความว่า เด็กชายเข้มพิช ที่พิการแขนด้วนทั้งสองข้าง ควรหยุดไปโรงเรียน หรือไปหาที่เรียนแห่งใหม่ หรือไปฟ้องคุณครู เป็นต้น เพราะการกระทำ

<sup>162</sup> แต่หากถือตามหลักทฤษฎีสัดส่วน ข. ต้องเลือกอาวุธที่ก่ออันตรายน้อยที่สุดคือปืนแม่เหล็กไฟฟ้าดูคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4955/2528 การที่จำเลยใช้มีดโต้ฟันผู้เสียหาย ซึ่งเป็นเด็กเข้าไปลักทรัพย์ในบ้านของจำเลยในเวลากลางคืน 1 ที ทำให้เกิดบาดแผลถาวรยาว 6 เซนติเมตร ทะโหลกศีรษะได้บาดแผลแตกเป็นแนวยาวไปตามบาดแผลยาว 5 เซนติเมตร แสดงว่าจำเลยฟันโดยแรงขณะผู้เสียหายเพิ่งโผล่ออกมาจากใต้แคร่ ในสภาพที่ผู้เสียหายซ่อนตัวอยู่ใต้แคร่ซึ่งอยู่ในเขตจำกัด จำเลยอาจจะใช้วิธีการอื่นที่จะสกัดกั้นไม่ให้ผู้เสียหายออกมาและเรียกร้องให้ผู้อื่นมาช่วยจับผู้เสียหายไว้ได้ ทั้งที่ทางที่จะสังเกตได้ทันทีว่าผู้โผล่ออกมาเป็นใคร จะเกิดภัยแก่จำเลยเพียงใดหรือไม่ ดังนั้น การกระทำของจำเลยเป็นการป้องกันเกินสมควรแก่เหตุ.

<sup>163</sup> Andrew Ashworth, “Self Defense and the right to Life,” CLI, 32, 282, p’ 300 (1975). ความแตกต่างในความจำเป็นในเชิงปริมาณ (Qualitative necessity) กับความจำเป็นในเชิงปริมาณ (Quantitative necessity) ปรากฏอยู่ในกฎหมาย Common law ของอังกฤษ นอกจากนั้นยังปรากฏอยู่ในประมวลกฎหมายอาญาของอิสราเอล มาตรา 22.

ของเด็กชายเข้มพิชเป็นทางเลือกที่ดีที่สุดเวลานั้นแล้วสำหรับแขนด้วนทั้งสองข้าง<sup>164</sup> และการใช้เข็มพิชเป้าไปถูกนายโตถึงตายก็เป็นผลที่เกิดขึ้นจากการล่วงละเมิดเขตแดนอิสระของผู้อื่น โดยนายโตเองที่ผลักดันให้เขาต้องถูกผลักไสออกไปจากสิทธิในชีวิตของเขา

ดังนั้นในกรณีของการป้องกันในเคสดานนั้น พิจารณาในเชิงคุณภาพ คือหาทางเลือกที่ดีที่สุดสถานการณ์ที่อยู่ในเคสดาน คือไม่ต้องถอยหนี หรือไม่ต้องหนีออกจากเคสดาน และต้องมีสิทธิป้องกันในเคสดานได้โดยใช้ทั้งมาตรการในเชิงปริมาณและมาตรการในเชิงเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์แห่งการป้องกัน

#### 2.3.2.2 ต้องมีภัยอันตรายโดยฉุกเฉิน (Immediacy)

ภัยอันตรายที่คาดว่าจะเกิดแก่ผลประโยชน์อันชอบด้วยกฎหมายของบุคคลที่ถูกประทุษร้ายในขณะนั้น (Immediate) หรือกรณีเคสดานผู้บุกรุกได้รุกรานเขตแดนเคสดานเข้ามาแล้ว กล่าวคือเมื่อรุกรานเข้ามาในเขตเคสดานหรือเขตบ้านถือว่าภัยอันตรายนั้นใกล้จะถึงหรือมีกรณีฉุกเฉินที่ผู้กระทำได้ป้องกันได้<sup>165</sup> ดังนั้นสาระสำคัญของข้อจำกัดกระทำคือต้องมี “ความฉุกเฉิน” (The Immediating Requirement) คือ ถ้าไม่มีภัยอันตรายโดยฉุกเฉินการใช้กำลังป้องกันก็ไม่จำเป็นต้องมี เพราะหากว่าการกระทำอย่างอื่นไม่ใช่การกระทำที่รุนแรงเกิดขึ้นเฉพาะหน้า ก็ต้องขอความช่วยเหลือการบังคับใช้กฎหมายจากการใช้กฎหมายอื่น ๆ จากทางการ ซึ่งภัยอันตรายที่เกิดขึ้นในขณะนั้น (Immediacy) เป็นองค์ประกอบพื้นฐานที่สำคัญที่สุดที่จะต้องมีในกรณีของการป้องกัน (Private defense) กล่าวคือ ถ้าหากว่าไม่มีภัยอันตรายเกิดในขณะนั้น (Absence of immediate danger) ก็ไม่ต้องมีเหตุที่ต้องใช้กำลังป้องกัน เพราะมีวิธีการอื่นที่ไม่ต้องใช้ความรุนแรงอันเป็นทางเลือกประการแรก และในที่สุดก็ร้องขอความช่วยเหลือหน่วยงานของรัฐได้หลายวิธีอยู่แล้ว<sup>166</sup>

<sup>164</sup> Boaz Sangero. Op.cit. p. 145 ซึ่งเรื่องทำนองนี้ศาลสูงของอิสราเอลได้ให้เหตุผลไว้ในคำพิพากษาว่า ‘the natural way to prevent this was to take the stick out of his hand Since the complainant refused to handover the stick, twisting his wrist, in order to force to give it up, did not exceed the extend of force that was required for this purpose. The breakage itself was not caused intentionally, but was the random result of the action of the appellant.’

<sup>165</sup> หยุด แสงอุทัย. เล่มเดิม. หน้า 144-145.

<sup>166</sup> เขตเคสดานอาจมีระยะถึงอาณาเขตที่ดินหากถือว่าล่วงล้ำเข้ามาในลักษณะที่ภัยใกล้จะถึงเคสดาน เช่น เข้ามาทำพิธีปล้นเคสดาน ซึ่งถือว่าเริ่มลงมือแล้วแม้สถานที่ทำพิธีจะห่างเขตเคสดานถึง 3 เส้น (120 เมตร) ก็ตาม เช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1873/2497 คดีเกิดเหตุเด็กชายเอื้อมกับเด็กชายปลืมนำคบไฟเข้าไปเผาไร่ต่อในที่ดินของนายทิมบิดาเลี้ยงจำเลย ห่างเรือนนายทิมประมาณ 3 เส้น จำเลยสำคัญผิดว่าเป็น โจรมาทำพิธีจะเข้าปล้นเรือนนายทิมจึงใช้ปืนยิงถูกเด็กชายเอื้อมตาย การกระทำของจำเลยเป็นการป้องกันทรัพย์เกินแก่เหตุหาใช่เป็นความผิดฐานฆ่าคนโดยประมาทไม่.

ซึ่งกฎหมายฝรั่งเศสใช้คำว่ามีการประทุษร้ายโดยฉุกเฉินหรือมีการประทุษร้ายอย่างฉับพลันในขณะนั้น<sup>167</sup> และผู้กระทำจำเป็นต้องมีความจำเป็นที่จำเป็นต้องกระทำอย่างแท้จริง (“Necessite actuelle”) และต้องมีภัยอันตรายโดยฉุกเฉิน หรืออย่างน้อยที่สุดก็กำลังมีภัยเกิดอยู่<sup>168</sup> สำหรับกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 ของไทยยังไม่ชัดเจนว่าลักษณะของภัยอันตรายโดยฉุกเฉินเป็นอย่างไร โดยบัญญัติแต่เพียงว่า จำต้องกระทำป้องกันชีวิต (“la defense nescessaire de la vie...”)<sup>169</sup> และในประมวลกฎหมายอาญาก็เช่นเดียวกัน ส่วนกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกาต้องเป็นภัยอันตรายโดยฉุกเฉิน โดยเฉพาะ (Immediacy) หรือต้องมีความเป็นปัจจุบันทันที<sup>170</sup> ดังนั้นคำว่า “ต้องมีภัยอันตรายเกิดขึ้นในขณะนั้น” เป็นถ้อยคำมาตรฐานที่มีความหมายชัดเจนในคำจำกัดความของ Private defence ในประมวลกฎหมายอาญาของหลาย ๆ ประเทศ<sup>171</sup> และแม้ว่าในระบบกฎหมายส่วนน้อยที่ไม่ปรากฏข้อความภัยอันตรายที่เกิดขึ้นในขณะนั้นอย่างชัดเจน แต่ศาลก็มักจะตีความว่า ข้ออ้างเหตุที่จำต้องกระทำนั้นจะต้องมีภัยอันตรายที่เกิดขึ้นในขณะนั้นโดยฉุกเฉิน นอกจากนั้นทั้งในกฎหมายของชาวผิว และกฎหมายคอมมอนลอว์โบราณของอังกฤษ (Old English common law) ก็มีองค์ประกอบที่ขาดไม่ได้คือ ต้องภัยอันตรายที่เกิดขึ้นในขณะนั้น (Immediacy) ซึ่งข้อที่จำต้องภัยอันตรายเกิดขึ้นในขณะนั้นมาจากส่วนหนึ่งของข้อที่จำต้องกระทำและภัยอันตรายต้องเกิดขึ้นในขณะนั้น นอกจากเรื่องจำต้องกระทำแล้วในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ ได้มีหลักเรื่องการหลีกเลี่ยง (Retreat) หรือ

<sup>167</sup> Sanford H. Kadish and Stephen J. Schulhofer, *Criminal Law and its Processes: Cases and Materials*. 7th ed. (New York: Oxford University Press, 2001), p. 101.

<sup>168</sup> Le fondement de cette condition c’est que “seule une attaque immédiate ou très prochaine met la personne visée dans l’impossibilité de se placer sous la protection des lois ou des autorités publiques...” See MERLE (Roger), VITU (André), *Traité de droit criminel, problèmes généraux de la science criminelle, droit pénal général*, Paris, Cujas, 5ème édit, 1984, p. 116 n°421 quoted in Surasak Likasitwatanakul, “Les Causes De Justification En Droit Compare Franco-Thaiandais,” (Universite Des Sciences Sociales De Toulouse (Toulouse I), These pour le Doctorat en droit (nouveau régime des arrêtes du 5 juillet 1984 et du 23 novembre 1988), présentée et soutenue publiquement le 21 juin 1990), p. 105.

<sup>169</sup> Dans le droit positif français, l’article 328 du Code de 1810 exige une “nécessité actuelle” de la défense, et postule “le caractère immédiat, ou tout au moins l’imminence de l’agression” See MERLE (Roger), VITU (André), *Traité de droit criminel, problèmes généraux de la science criminelle, droit pénal général*, Paris, Cujas, 5ème édit, 1984, p. 70 quoted in Surasak Likasitwatanakul. *Op.cit.* p. 106.

<sup>170</sup> SANGOUDHAI (Yut), *Droit pénal* (Bangkok, Thammasat University Press, 2ème, édit, 2492), p. 70 quoted in Surasak Likasitwatanakul. *Op.cit.* p. 106.

<sup>171</sup> Boaz Sangero. *Op.cit.* p. 274.

การถอยหนี (Duty to retreat) มาอธิบายว่าเป็นส่วนประกอบของความฉุกเฉินด้วยคือ เห็นว่า การหลีกเลี่ยงจะทำให้พลังของผู้ประทุษร้ายลดลง ซึ่งก็จะไม่มีภัยอันตรายโดยฉุกเฉินเกิดขึ้นนั่นเอง ดังนั้นผู้ถูกประทุษร้ายก็ไม่จำเป็นต้องใช้กำลังป้องกันอีก เช่นนี้แล้วเหตุจำเป็นต้องกระทำก็ไม่ได้ดำรงอยู่ต่อไป ทั้งการใช้กำลังป้องกันก็จะสิ่งที่เกินความจำเป็น<sup>172</sup> อย่างเช่น คดีที่เกี่ยวข้องกับการป้องกันทรัพย์สินหรือกรณีบุกรุกผู้ครอบครองที่ดินได้เดือน การเดือนถือว่าการหลีกเลี่ยงแล้ว แต่มีหลักว่าการเดือนหรือหลีกเลี่ยงนั้น จะต้องไม่ทำให้เกิดภัยกับผู้ถูกประทุษร้าย กล่าวคือ หากว่ากระทำแล้วมันจะนำไปสู่ภัยอันตรายที่ร้ายแรงมากยิ่งขึ้น ก็ไม่จำเป็นต้องหลีกเลี่ยง ซึ่งหลักการหลีกเลี่ยงนี้น่าจะปรับใช้กับหลักทฤษฎีนี้ได้บางส่วนเช่นผู้ป้องกันสิทธิทราบว่าผู้รุกรานเป็นเด็ก หรือเป็นคนวิกลจริต ดังตัวอย่างเด็ก อายุ 7 ปี ใช้มีดแทงเราเราเลี่ยงได้กรณีนี้เราต้องฝืนทน เพราะการป้องกันเป็นสิทธิของตนเอง และการรุกรานเป็นการละเมิดสิทธิหรือเขตแดนความเป็นอิสระของผู้อื่น หากว่าจำเป็นต้องกระทำแล้วผู้กระทำก็สามารถกระทำป้องกันได้เสมอ โดยไม่ต้องดูผลที่เกิดขึ้นจากการกระทำป้องกัน<sup>173</sup>

โดยสรุป ในการบังคับใช้กฎหมายในทางปฏิบัติของไทยได้มีการรวมกันของหลักความได้สัดส่วนกับวิถีทางน้อยที่สุด โดยอยู่ในร่มเงาของคำว่าสมควรแก่เหตุ ดังที่ศาสตราจารย์ ดร. เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์ และท่านศาสตราจารย์จิตติ ดิงศภัทย์ มีความเห็นสำหรับหลักการทั้งสองประการนี้ต้องพิจารณาประกอบกัน ซึ่งจะเห็นได้จากที่ท่านอธิบายว่าประกอบด้วยหลักสองประการ คือ ได้สัดส่วนและด้วยวิถีทางน้อยที่สุด ดังความเห็นของท่านดังนี้<sup>174</sup>

“...หลักทั้งสองข้อนี้จะต้องพิจารณาประกอบกัน หากไม่เกินสัดส่วนแต่เกิดวิถีทางน้อยที่สุด ก็ถือว่าเป็นการป้องกันเกินสมควรแก่เหตุ ในทำนองเดียวกันหากเกินสัดส่วน แม้ไม่เกินวิถีทางน้อยที่สุด ก็ถือว่าเป็นการป้องกันเกินสมควรแก่เหตุเช่นกัน...”

<sup>172</sup> เช่น มาตรา 68 แห่งประมวลกฎหมายอาญาไทย ใน มาตรา 17 แห่งประมวลกฎหมายอาญาของจีน ปี 1979 มาตรา 5 แห่งประมวลกฎหมายอาญาอาร์เจนตินา 1921 มาตรา 48 แห่งประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน 1902 มาตรา 8 แห่งประมวลกฎหมายอาญา อิตาลีสหภาพโซเวียต มาตรา 271-มาตรา 273 แห่งประมวลกฎหมายอาญาของรัฐควีนแลนด์ (ออสเตรเลีย); Please see Boaz Sangero. Op.cit. p. 147.

<sup>173</sup> Boaz Sangero, *Ibid*, ตามกฎหมายของชาวยิว (Jewish law) ผู้ไล่ตาม (Rodef-the aggressor) จำต้องได้รับคำเตือนเสียก่อนที่จะฆ่าเขา ซึ่งในกฎหมายสมัยใหม่ ศาลสูงสุดของอิสราเอลก็ได้วางหลักว่า ‘Firing warning shots into the sky before shooting a person: คดี Ahmed and sheikh V. the state of Isael.

<sup>174</sup> Vgl. Hans-Heinrich Jescheck, Lehrbuch des Strafrecht: Allgemeiner Teil, S294 f, อ้างอิงใน คณิต ณ นคร. เล่มเดิม. หน้า 219. และยกตัวอย่างทำนองเดียวกับของท่านศาสตราจารย์หยุด แสงอุทัย ว่า นายหนึ่งซึ่งเป็นอัมพาตเดินไม่ได้เป็นผู้เฝ้าสวนผลไม้ นายสองได้มาลักเก็บผลไม้ไปต่อหน้าต่อตาอย่างโจ่งแจ้ง แม้นายหนึ่งจะไล่จับยังชุกก็ไม่เป็นผล นายหนึ่งจึงยิงนายสองถึงแก่ความตาย.



การรวมเข้ากันขององค์ประกอบในข้ออันจำต้องกระทำไว้ด้วยกับเรื่องสัดส่วนแห่งภัยที่จะเกิดจุดอ่อนขึ้น เพราะจะทำให้มีวิธีคิดและการตีความในเรื่องการใช้และตีความกฎหมายอยู่ในวงแคบ เช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1619/2537 เวลาตีสองสุนัขอ่า จำเลยเห็นโจทก์เข้ามาในบ้านสำคัญผิดว่าเป็นคนร้ายจึงใช้มีดฟัน โดยปรากฏชัดเจนว่าโจทก์มีอาวุธอะไร และจะประทุษร้ายจำเลยอย่างไร เป็นการป้องกันเกินกว่ากรณีจำต้องกระทำ<sup>175</sup> ดังนั้นควรให้ความสำคัญและทำความเข้าใจกับองค์ประกอบจากส่วน “ความฉุกเฉิน” กับส่วน “จำต้องกระทำ” ซึ่งจะอธิบายถึงความจำเป็นเชิงปริมาณกับเชิงคุณภาพได้ชัดเจน และจะทำให้เข้าใจ ความหมายของคำว่าจำต้องกระทำในทฤษฎีวิถีทางน้อยที่สุดได้ดียิ่งขึ้น ซึ่งในตัวอย่างคำพิพากษาศาลฎีกาไทย ที่ยอมรับหลักวิถีทางน้อยที่สุดเช่น ผู้ตายเข้าไปลุดคร่าลูกสาวจำเลยซึ่งเป็นหญิงถึงในบ้าน และกำลังจะพาบุตรของจำเลยออกจากบ้านไป จำเลยจึงใช้ปืนยิงผู้ตายถึงแก่ความตาย เมื่อจำเลยไม่มีทางเลือกที่จะป้องกันด้วยวิธีอื่น การกระทำของจำเลยจึงเป็นการป้องกันพอสมควรแก่เหตุ เนื่องจากเหตุสถานเป็นสถานที่หลบภัยที่ผู้กระทำไม่มีหน้ำที่ต่อหลีกเลี่ยงหนีไปไหนดังที่อธิบายไว้ ดังนั้นทฤษฎีนี้จึงสามารถนำมาอธิบายเกี่ยวกับการป้องกันในเหตุสถานได้ดีกว่าทฤษฎีเรื่องส่วนสัดส่วน<sup>176</sup> สำหรับระบบกฎหมาย Anglo-American ก็เช่นเดียวกันกับของไทย คือมีแนวโน้มที่จะรวมเอาข้อที่จำต้องกระทำเข้าร่วมไว้อยู่ในร่มชายคาเดียวกันกับ เรื่องความได้สัดส่วนแห่งภัย ให้เป็นเนื้อเดียวกันกับเหตุอันควร<sup>177</sup> โดยศาลวางหลักเน้นไปที่ความมีเหตุอันควร (Sufficient of the requirement of reasonability) อันเป็นการ ส่งอิทธิพลต่อ “ข้อที่จำต้องกระทำ” ซึ่งเป็นหลักการสำคัญที่ต้องมีอยู่ในระบบกฎหมาย อันจะส่งผลกระทบต่อ การวินิจฉัยการบังคับใช้กฎหมายโดยคณะลูกขุนและศาลเช่นกัน<sup>178</sup>

การกระทำพอสมควรแก่เหตุอีกนัยหนึ่ง หมายถึง อย่างไม่เป็นการกระทำพอสมควรแก่เหตุกฎหมายไม่ได้บัญญัติไว้โดยชัดแจ้ง จึงเป็นกรณีที่ศาลต้องวินิจฉัยโดยเปรียบเทียบตามระดับ

<sup>175</sup> จิตติ ดิงศภัทย์. เล่มเดิม. หน้า 659-660; และ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์.

<sup>176</sup> ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ. *ประมวลกฎหมายอาญา ฉบับอ้างอิง*. หน้า 159.

<sup>177</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 555/2530 ต. มีมีดปลุกปล้ำหญิง หญิงจัดขึ้น มีดหลุดมือหญิงแย่งได้ เหยิงไปถูกต. ไม่ร้ายแรง ต.เมานีออกไปจมน้ำตาย.

<sup>178</sup> ในระบบกฎหมายอเมริกันนั้น ได้กลมกลืนความได้สัดส่วนเข้ากับความจำต้องกระทำ “Necessity” ให้อยู่ในร่มเงาของความหมายของคำว่า เหตุอันควร (Reasonability) ซึ่งการกลมกลืนกันดังกล่าว ได้ส่งผลกระทบต่อให้เกิดจุดอ่อนของทฤษฎีความได้สัดส่วน ทั้งมีการกล่าวถึงเรื่องการจำต้องกระทำกันน้อยมาก รวมไปถึงการให้เหตุผลในคำพิพากษาของศาลหรือแม้แต่ลูกขุนจะไม่ค่อยกล่าวถึงว่าจำต้องกระทำหรือไม่ โดยกล่าวแต่เพียงว่ามีเหตุอันสมควรหรือไม่ และส่วนใหญ่แล้ววิเคราะห์มาจากการกระทำที่ได้สัดส่วนหรือไม่เท่านั้น การกลมกลืนกันดังกล่าวก่อให้เกิดการถ่วงร่อนองค์ประกอบของหลักความที่จำต้องกระทำหรือหลักทฤษฎีวิถีทางน้อยที่สุดอย่างสำคัญ ซึ่งมีคติหลายคติที่เป็นตัวอย่างของการถ่วงร่อน แต่ในระบบกฎหมายสหรัฐอเมริกา.

ของบุคคลทั่วไป ที่อยู่ในฐานะอย่างผู้ที่ตกอยู่ในภัยเช่นนั้น จะพึงกระทำโดยสมควรเพียงใด ทำนองเดียวกับกรณีวินิจฉัยความสามารถถึงผลในทางเจตนา หรือความระวางที่จะต้องมีในเรื่องประมาท ทั้งจะต้องคำนึงถึงความฉุกเฉินที่บังคับผู้ต้องรับภัยอันใกล้จะถึงให้ตัดสินใจในฉับพลัน ซึ่งอาจจะทำให้บุคคลในสภาวะเช่นนั้นมองเห็นภัยนั้นร้ายแรงกว่าความเป็นจริงหรือตัดสินใจกระทำเกินเลยไปบ้างก็ได้<sup>179</sup> ทั้งนี้การกระทำที่เป็นการป้องกัน ต้องเป็นการกระทำที่พอสมควรแก่เหตุ

การกระทำใดจะเป็นการกระทำที่พอสมควรแก่เหตุหรือไม่ ต้องพิจารณาจากสถานการณ์หรือเหตุการณ์ทั้งหมด กล่าวคือ ต้องพิจารณาทั้งในด้านการประทุษร้ายและในด้านการป้องกัน โดยเฉพาะอย่างยิ่งต้องพิจารณาความร้ายแรงของการประทุษร้าย อันตรายของผู้ประทุษร้าย และความต้องการที่จะกระทำการป้องกันตลอดจนเครื่องมือที่ใช้ในการป้องกันนั้น

ความพอสมควรแก่เหตุของการป้องกันต้องพิจารณาในทางภาวะวิสัย (Objektiv) และพิจารณาในขณะใดขณะหนึ่งเท่านั้น กล่าวคือ ต้องพิจารณาเป็นกรณี ๆ ไป ว่าถ้าบุคคลอื่นตกอยู่ในภาวะที่ถูกประทุษร้ายเช่นนั้นแล้วเขาจะตัดสินใจอย่างไร ถ้าเขาคงจะต้องตัดสินใจเช่นเดียวกันแล้ว กรณีก็ต้องถือว่าการกระทำที่เป็นการป้องกันนั้นเป็นการกระทำที่พอสมควรแก่เหตุ<sup>180</sup>

สำหรับผู้เขียน ในเรื่องของการกระทำพอสมควรแก่เหตุ จะต้องดูตามสถานการณ์และเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นในขณะนั้น ถึงแม้ว่าจะเป็นกรณีก่อนล่วงหน้า ถ้าดูว่าเหมาะสมว่าในขณะนั้นผู้ถูกประทุษร้ายจะทำอย่างไร และผู้ถูกประทุษร้ายส่วนมากกระทำเช่นเดียวกันก็ถือได้ว่าเป็นการกระทำพอสมควรแก่เหตุ

## 2.4 การป้องกันในเคสดานโดยสำคัญผิด

หลักเกณฑ์การป้องกันตามกฎหมายอาญา และลักษณะความสำคัญผิดตามมาตรา 62 แห่งประมวลกฎหมายอาญา จะเห็นได้จากมาตรานี้ว่า ถ้าข้อเท็จจริงใดถ้ามีอยู่จริงจะทำให้การกระทำไม่มีความผิด แม้ข้อเท็จจริงนั้นจะไม่มีอยู่จริง แต่ผู้กระทำสำคัญผิดว่ามีอยู่จริง ผู้กระทำย่อมไม่มีความผิด ข้อเท็จจริงที่ทำให้การกระทำไม่มีความผิดในกรณีป้องกันตามมาตรา 68 แห่งประมวลกฎหมายอาญา แต่เราจะอ้างว่ากระทำโดยป้องกันโดยอาศัยมาตรา 68 มาตราเดียวไม่ได้ ต้องนำมาตรา 62 วรรคแรกมาประกอบกับมาตรา 68 มาแก้ตัวให้พ้นผิดได้

<sup>179</sup> จิตติ ดิงศกัทธิย์. (2546). *กฎหมายอาญา ภาค 1*. หน้า 752-753.

<sup>180</sup> คณิศ ฌ นกร. (2556). *กฎหมายอาญาภาคทั่วไป*. หน้า 247.

#### 2.4.1 สำคัญผิดว่ามีการประทุษร้ายที่ละเมิดกฎหมาย

หมายความว่า การสำคัญผิดว่ามีการประทุษร้ายต่อตนหรือผู้อื่น ซึ่งเป็นความผิดต่อกฎหมายและตนเองหรือผู้อื่น ไม่มีหน้าที่ต้องทนยอม แต่ลักษณะความสำคัญผิด ซึ่งมีผลต่ออำนาจในการตัดสินใจของผู้ป้องกันในกรณีเคสดาน ซึ่งจะมีปัญหาต่อการตอบโต้ ตัวอย่างคำพิพากษาฎีกาที่ 51/2512

สามีนอนอยู่ชั้นบนของเรือน ภริยานอนอยู่ชั้นล่าง ต่างคนก็หลับไปแล้ว ต่อมาสุนัขเห่า ภริยาจึงตื่นไปแอบฝาคูณรายที่ห้องนอนของสามี สามีตื่นภายหลัง มองเห็นคนอยู่ที่ฝาคูณตะค่อม ๆ เข้าใจว่าเป็นคนร้ายเพราะมืด จึงหยิบมีดฟันไป 1 ที ภริยาถึงแก่ความตาย ดังนี้ถือว่าเป็นภยันตรายที่ใกล้จะถึง สามีมีสิทธิป้องกันได้โดยไม่ต้องพุดจาไต่ถาม หรือรอให้ผู้นั้นแสดงกิริยาว่าจะเข้ามาประทุษร้ายก่อน และสามีไม่รู้ว่าคนที่เข้าใจว่าเป็นคนร้ายจะมีอาวุธร้ายแรงหรือไม่ สามีฟันไปที่เดียว ถือได้ว่ากระทำไปพอสมควรแก่เหตุ และยังไม่พอถือว่า การกระทำของสามีเกิดขึ้นด้วยความสำคัญผิดในข้อเท็จจริงโดยประมาท ตามมาตรา 62 วรรค 2

ศาลฎีกาให้เหตุว่าเกิดเหตุคดีนี้เวลา 20 นาฬิกา จำเลยนอนอยู่ชั้นบน ผู้ตายนอนอยู่ชั้นล่างของเรือนต่างหลับกันแล้ว มีเสียงสุนัขเห่า ผู้ตายตื่นไปแอบฝาลำแพนคูณรายที่ห้องนอนของจำเลยซึ่งมืด จำเลยตื่นไปเห็นคนยืนอยู่ที่ฝาลำแพน เข้าใจว่าเป็นคนร้ายจึงหยิบมีดที่วางอยู่ใกล้ ๆ ฟันไป ถือได้ว่าเป็นภยันตรายที่ใกล้จะถึงตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 68 แล้ว จึงมีสิทธิป้องกันได้โดยไม่ต้องพุดจาไต่ถาม หรือรอให้ผู้นั้นแสดงกิริยาว่าจะเข้ามาประทุษร้ายก่อน และเห็นว่าจำเลยไม่รู้ว่าคนที่เข้าใจเป็นคนร้ายนั้นจะมีอาวุธร้ายแรงหรือไม่ จำเลยฟันไปที่เดียว ถือได้ว่ากระทำไปพอสมควรแก่เหตุแล้ว และยังไม่พอถือว่า การกระทำของจำเลยเกิดขึ้นด้วยความสำคัญผิดในข้อเท็จจริงโดยประมาท ดังที่บัญญัติไว้ในมาตรา 62 วรรค 2

พิพากษาให้ยกฟ้อง

เมื่อพิจารณาคำพิพากษาฎีกาที่ 51/2152 จะเห็นได้ว่า ศาลได้วินิจฉัยตามหลักองค์ประกอบ เรื่องการป้องกันได้เป็นระบบ และที่สำคัญแสดงให้เห็นว่า อำนาจของการป้องกันในเคสดานสมควรมีสิทธิในการป้องกันมากกว่าการป้องกันโดยทั่วไปเพื่อให้เหมาะสมกับ เหตุการณ์ โดยศาลจะต้องพิจารณาเสมือนวิญญูชนโดยทั่วไป ก็อาจเกิดความสับสน อำนาจในการตอบโต้ภยันตรายเพื่อให้ทันต่อเหตุการณ์เป็น ไปได้ยาก เพราะถ้าเหตุเกิดในเวลากลางคืน ซึ่งยากต่อการเข้าใจพฤติกรรมของคนร้าย

แต่ก็มีปัญหาว่าผู้กระทำการป้องกันต่อภยันตราย ซึ่งอีกฝ่ายได้กระทำการป้องกันโดยสำคัญผิดและผู้กระทำการป้องกันนั้น ไม่รู้ถึงเหตุนี้ จะเป็นการป้องกันโดยสำคัญผิด หรือป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย ในชั้นแรกต้องพิจารณาว่าภยันตรายที่เกิดจากการที่ผู้อื่นกระทำการป้องกัน

โดยสำคัญผิดเป็นภยันตรายที่ละเมิดต่อกฎหมายหรือไม่ ถ้าเป็นภยันตรายที่ละเมิดต่อกฎหมาย เพราะเป็นภยันตรายที่เกิดจากการกระทำของคน โดยรู้สำนึกและไม่ถือเป็นการใช้อำนาจตามกฎหมายเหมือนกับการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย แต่ที่กฎหมายให้เป็นเหตุยกเว้นความผิด เพราะเห็นว่าผู้กระทำความผิดเจตนากระทำผิด ไม่ใช่ถือว่าเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมาย ดังนั้น แม้ผู้กระทำจะไม่รู้ถึงเหตุที่อีกฝ่ายหนึ่งได้ป้องกัน โดยสำคัญผิดก็ไม่ถือเป็นการสำคัญผิดว่ามีเหตุป้องกัน เพราะความจริงเป็นภยันตรายที่ละเมิดตามที่เข้าใจ การป้องกันของผู้กระทำต่อฝ่ายที่ได้ป้องกัน โดยสำคัญผิด จึงเป็นการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย<sup>181</sup>

การป้องกันโดยสำคัญผิดเป็นเหตุที่ผู้กระทำไม่ต้องรับผิด เพราะตัวผู้กระทำไม่มีเจตนากระทำผิด จึงไม่ต้องพิจารณาว่าผู้อื่นนั้นมีสิทธิป้องกันตนเองหรือไม่ การที่ลงโทษบุคคลที่สำคัญผิดว่ามีข้อเท็จจริงในเหตุป้องกันผู้อื่น จึงเท่ากับลงโทษบุคคลซึ่งไม่ได้กระทำความผิดเป็นการขัดต่อหลักกฎหมายอาญา

#### 2.4.2 การป้องกันโดยสำคัญผิดในความร้ายแรงของภยันตราย

ภยันตรายที่ละเมิดกฎหมายมีอยู่แต่น้อยกว่าที่ผู้กระทำการป้องกันสำคัญผิด เช่น ภยันตรายมีเพียงทำร้าย แต่ผู้กระทำเข้าใจว่ามีภยันตรายถึงชีวิต และต้องถือว่ามีข้อเท็จจริงที่เป็นภยันตรายแก่ชีวิตตามที่เข้าใจ ทั้งนี้จะมีผลในการพิจารณาว่า ผู้กระทำได้กระทำการป้องกันพอสมควรแก่เหตุหรือไม่ โดยจะต้องนำเอาภยันตรายตามที่ผู้กระทำเข้าใจว่า จะเกิดมาเทียบสัดส่วนกับภยันตรายที่ผู้กระทำตั้งใจกระทำต่อผู้อื่นในการป้องกัน ไม่ใช่เอาภยันตรายความเป็นจริง

สำหรับภยันตรายซึ่งเกิดจากการประทุษร้ายที่ละเมิดต่อกฎหมายนั้น เป็นภยันตรายที่ใกล้จะถึงหรือไม่นั้น ถือเป็นเรื่องประกอบอำนาจกระทำ ไม่ใช่พฤติการณ์ที่ก่อให้เกิดอำนาจกระทำ ดังนั้น ปัญหาเกี่ยวกับเรื่องความสำคัญผิดในเหตุนี้จึงไม่มี

ผู้กระทำการป้องกันโดยสำคัญผิดในข้อเท็จจริงในเหตุป้องกันตามที่กล่าวมาข้างต้น ต้องกระทำการป้องกันที่พอสมควรแก่เหตุตามหลักป้องกัน โดยถือเอาภยันตรายที่จะเกิดแก่ผู้ป้องกันตามที่ผู้ป้องกันเข้าใจมาเปรียบเทียบกับภยันตรายที่เกิดจากการป้องกันว่าพอสมควรแก่เหตุหรือไม่ ถ้าพอสมควรแก่เหตุผู้กระทำไม่มีความผิด แต่ถ้าเกินสมควรแก่เหตุ ผู้กระทำมีความผิดโดยถือเป็นการป้องกันโดยสำคัญผิดเกินกรณีแห่งการจำต้องกระทำ หรือกระทำเกินสมควรแก่เหตุ ซึ่งศาลอาจลดโทษให้ต่ำกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้เพียงไรก็ได้ หรือจะไม่ลงโทษเลย ถ้าเห็นว่าได้กระทำเพราะความตื่นเต้น ตกใจ กลัว ก็ได้แล้วแต่ดุลพินิจ

<sup>181</sup> ฌรงค์ ใจหาญ. (2527). ความสำคัญผิดในเหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้. หน้า 89. อ้างถึงใน กฤษณะ กรุดกรานต์. (2544). การป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย ศึกษาในกรณีการป้องกันในเคสดาน. หน้า 45.

สรุปตามแนวความคิดของศาลฎีกาไทย ความสำคัญผิดต้องเป็นความรู้สึกลึกลับของ วิทยุชน ว่าผู้ป้องกันเผชิญหน้ากับผู้ทีตนสำคัญผิด โดยคิดว่าเป็นคนร้ายโดยสุจริตใจจริง โดย พิจารณาจากเหตุพฤติการณ์ของผู้ที่เข้ามาในบ้านเรือนเป็นมูลเหตุสำคัญประการหนึ่งที่ทำให้ ผู้ป้องกันเกิดความสำคัญผิด ดังนี้ คือ

ก. มีลักษณะการกระทำออกอาจเยี่ยงคนร้าย ผู้ที่เข้ามาในเคหสถาน กระทำการออกอาจ ผิดกับคนปกติ ทำให้เกิดการระแวงสงสัย เช่น การปีนฝาเรือนและรื้อฝาเรือนเข้าไป หรือพากันล้อม บ้านไว้หรือพากันยิงปืน เหล่านี้เป็นต้น

ข. ผู้ป้องกันในเคหสถานได้ร้องถามแล้วไม่มีการตอบกลับ หรือบุกรุกเข้าไปใน เคหสถานหรือเขตเคหสถานเงียบ ๆ ไม่แสดงตัว หรือบอกกล่าวให้เจ้าของบ้านทราบว่าใครเป็นใคร และมาทำอะไร เป็นเหตุทำให้ผู้ป้องกันในเคหสถานเกิดความสำคัญผิดได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง เจ้าหน้าทีตำรวจ แม้ว่าจะมีหมายจับ หมายค้น โดยชอบด้วยกฎหมาย ก็ต้องร้องบอกกล่าว หรือ แสดงตัวให้คนอยู่ในเคหสถานทราบว่าป็นเจ้าหน้าที่ตำรวจ และไม่กระทำการออกอาจโดยถือว่าเป็น เจ้าพนักงาน

ค. มีการกระทำอันผิดวิสัยของปกติชน เป็นเหตุให้เจ้าของบ้านสำคัญผิดได้ เช่น ผู้อาศัยในเคหสถานเห็นกลุ่มหนึ่งเข้าไปลักลอบจับปลาในเขตเคหสถาน จึงใช้ปืนยิงชู่ 1 นัด คนเหล่านั้นบางคนกลัววิ่งสวนทางไปทางเสียงปืน ย่อมเป็นเหตุที่ทำให้ผู้ป้องกันในเคหสถานคิดว่า คนเหล่านั้นเป็นคนร้ายที่จะเข้ามาทำร้ายได้ เพราะกลัววิ่งสวนทางปืนเข้าไปหาคนยิงปืน เมื่อมีเหตุ อันควรที่เกิดความสำคัญผิดคิดว่าผู้ที่เข้าไปในเคหสถานหรือบริเวณเขตเคหสถานเป็นคนร้าย ดังกล่าวแล้ว และผู้ป้องกันได้กระทำการป้องกันพอสมควรแก่เหตุ ก็ถือได้ว่าเป็นการป้องกันชีวิต และทรัพย์สินโดยชอบด้วยกฎหมาย

## บทที่ 3

### กฎหมายว่าด้วยการป้องกันในต่างประเทศ

หลักการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายเป็นหลักกฎหมายทั่วไปที่เกิดขึ้นมานานแล้ว เป็นเวลานับศตวรรษ โดยกฎหมายของต่างประเทศต่าง ๆ อนุญาตให้บุคคลใช้กำลังตามเหตุที่เหมาะสม ในการป้องกันตนเอง โดยมีหลักเกณฑ์อยู่ 3 ประการ

ประการแรกป้องกันตนเองจากการโจมตี ประการที่สองป้องกันบุคคลอื่นจากการโจมตี และประการที่สามป้องกันทรัพย์สินของตนเอง

สำหรับกฎหมายต่างประเทศที่ได้ศึกษาแนวทางเกี่ยวกับการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย และรวบรวมข้อมูลเกี่ยวกับกฎหมายในการป้องกันอันตรายไว้ล่วงหน้าของต่างประเทศ ในประเทศสหรัฐอเมริกา นั้น การป้องกันล่วงหน้าสามารถกระทำได้ ถ้ามีสภาพอันไม่ก่อให้เกิดอันตรายรุนแรงถึงขั้นต้องเสียชีวิต หรือไม่ก่อให้เกิดการบาดเจ็บสาหัส

#### 3.1 กฎหมายว่าด้วยการป้องกันอันตรายล่วงหน้าของประเทศสหรัฐอเมริกา<sup>182</sup>

ในสหรัฐอเมริกา หลักกฎหมายเรื่องการป้องกันของมลรัฐต่าง ๆ อาศัย Model Penal Code เป็นแม่แบบในการร่าง โดยแบ่งการป้องกันเป็น 3 กรณีคือ การป้องกันตัวเอง (Self defense) การป้องกันผู้อื่น (Defence of another) และการป้องกันทรัพย์สิน (Defence of property)

สำหรับปัญหาเกี่ยวกับการกระทำไว้เพื่อเป็นการป้องกันอันตรายไว้ล่วงหน้าใน Model Penal Code เท่าที่ได้ศึกษาในเบื้องต้นนี้ไม่พบว่าได้มีการวางหลักเกณฑ์ในเรื่องนี้ไว้แต่อย่างใด อย่างไรก็ตามก็ได้มีแนวคำวินิจฉัยของศาลที่มีประเด็นที่เกี่ยวข้องกับเรื่องดังกล่าวอยู่บ้าง โดยข้อเท็จจริงในคดีดังกล่าวเป็นเรื่องการป้องกันทรัพย์สินและเคหสถาน (Dwelling) ซึ่งมีข้อเท็จจริงคล้ายกับคดีที่ศาลฎีกาของไทยได้ตัดสินไว้หลาย ๆ คดี เช่น ข้อเท็จจริงที่เกี่ยวข้องกับปัญหาในการกระทำไว้เพื่อเป็นการป้องกันอันตรายไว้ล่วงหน้าที่ได้มีการลงพิมพ์ไว้ในหนังสือ New York Times ฉบับลงวันที่ 5 ตุลาคม ปี 1986 Column 1 L 37 มาให้พิจารณากันดังข้อความต่อไปนี้

<sup>182</sup> เอกพล ปริมา. (2542). การป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย: ศึกษาเฉพาะกรณีการกระทำไว้เพื่อเป็นการป้องกันอันตรายไว้ล่วงหน้า. หน้า 65-73.

หลังจากที่ร้านขายของชำแห่งหนึ่งได้ถูกลักทรัพย์ไปถึง 8 ครั้งตั้งแต่ได้ทำการเปิดมาปีกว่าและในสองสัปดาห์หลังสุดก็ถูกลักทรัพย์ไปถึง 4 ครั้ง นาย Prentic F. Rasheed เจ้าของร้านก็ตัดสินใจที่จะจับขโมยด้วยตนเอง ในสัปดาห์ที่ผ่านมาเขาจึงติดตั้งกับดักโดยใช้กระแสไฟฟ้าไว้ในเพดานของร้าน (Electric booby trap) วันอังคารต่อมา กับดักไฟฟ้าก็ช็อตชายผู้หนึ่งซึ่งเข้าไปในร้าน ตอนกลางคืนถึงแก่ความตาย ขณะที่ปีนออกมาพร้อมกับทรัพย์สินขโมย วันต่อมา นาย Rasheed ก็ถูกตำรวจของรัฐ Miami จับกุมในข้อหาฆ่าผู้อื่นตายโดยไม่เจตนา ข้อเท็จจริงจากการเปิดเผยของนาย Calhoun เจ้าของร้านตัดผ้าซึ่งอยู่ห่างออกไป 50 หลาได้กล่าวเสริมว่าพวกเขาารู้สึกเห็นใจต่อ Prentic เพราะแม้ว่าพวกเขาได้เสริมลูกกรงเหล็กที่หน้าต่างและประตูของที่อยู่อาศัยแล้วก็ตาม แต่ก็ไม่สามารถจะหยุดการลักทรัพย์ได้ด้วยเหตุเพราะการป้องกันที่ได้ผลชะงัดไม่มีอยู่ในที่นี้ (Miami) ส่วนนาย Rasheed ก็ได้กล่าวว่าเขารู้สึกเสียใจกับเหตุการณ์ครั้งนี้และกล่าวต่อไปว่าการติดตั้ง Booby trap เขาได้ปล่อยกระแสไฟฟ้าเข้าไปเพียง 110 โวลท์ เพราะเพียงแค่อุปกรณ์ที่จะฝากรอยแผลแก่ผู้เป็นขโมยเท่านั้น ส่วนชายที่ตายมีชื่อว่า Odell Hicks วัย 27 ปี ซึ่งอาศัยถัดจากร้านของนาย Rasheed ไปอีกหนึ่งช่วงตึก และพบว่าผู้ตายเป็นผู้ที่มีประวัติอาชญากรรมติดตัวมากตามที่ตำรวจกล่าว คือตั้งแต่ปี 1976 ถึง 1981 ก็ต้องจำคุกในข้อหาลักทรัพย์ ข่มขืน โดยใช้กำลัง และล่าสุดคือ บุกรุกทะเลสาบ

กรณีดังกล่าวเป็นเรื่องที่น่าเห็นใจเจ้าของร้านอย่างยิ่งที่จำต้องทำเช่นนั้น เพราะอาศัยอำนาจของรัฐก็ไม่สามารถที่จะช่วยเหลือได้

เรื่องของการป้องกันกันอันตรายไว้ล่วงหน้า ได้เคยมีคำพิพากษาของศาลวางแนวทางไว้ ซึ่งเป็นเรื่องการวางปืนสปริงหรือกลไกประชิดอื่น ๆ (Spring guns and other traps) โดยทั่วไปแล้วไม่มีการอนุญาตให้มีสิทธิพิเศษใด ๆ ในการใช้ปืนสปริงหรือกลไกประชิดต่าง ๆ โดยจุดมุ่งหมายที่จะทำลายผู้กระทำความผิด การติดตั้งปืนสปริงภายในที่อยู่อาศัยเพื่อป้องกันโจรผู้ร้ายในขณะที่ไม่มีคนอยู่ในที่อาศัยดังกล่าวซึ่งก่อให้เกิดอันตรายแก่ชีวิตของผู้ที่จะโจรกรรมนั้นจะเป็นการชอบด้วยกฎหมายต่อเมื่อมีสิทธิเช่นนั้นและมีความจำเป็นที่ต้องปกป้องการก่ออาชญากรรมร้ายแรง (Felony) ซึ่งไม่มีทางอื่นใดที่จะป้องกันได้เช่นนั้น

กรณีที่ไม่มีใครอยู่ในที่อาศัย ศาลวางหลักไว้ว่าสิทธิที่จะฆ่าขโมยโดยการใช้นปืนสปริงก็ไม่สามารถจะทำได้ และถ้าผู้ตายไม่ใช่โจรผู้ร้ายแต่เป็นเพียงผู้เดินทางที่เข้ามาอาศัยหลบฝนเท่านั้น สิทธิดังกล่าวย่อมไม่อาจเกิดขึ้นได้เลย สรุปได้ว่าการใช้นปืนสปริงจะชอบหรือไม่ต้องพิจารณาโดยการสมมติว่าถ้าผู้ใช้สิทธิป้องกันเผชิญกับเหตุการณ์นั้น เขามีสิทธิที่จะยิงผู้ร้ายด้วยตัวเองได้หรือไม่ หากผู้นั้นมีสิทธิที่จะกระทำการป้องกันได้ถ้าเขาอยู่ในที่เกิดเหตุ การกระทำนั้นเป็นการป้องกันโดยชอบ ส่วนการใช้นปืนสปริงเพื่อการปกป้องทรัพย์สินไม่ใช่เพื่อป้องกันบุคคลผู้อาศัยในเคหสถาน หากทำให้มีใครเสียชีวิตเพราะปืนสปริงนั้นถือว่าเป็นการฆาตกรรม การใช้นปืนสปริง

ในกรณีดังกล่าวจะชอบด้วยกฎหมายต่อเมื่อผู้บุกรุกมีลักษณะที่จะทำอันตรายต่อชีวิตหรือร่างกายของผู้อยู่อาศัยด้วย ถ้าพฤติกรรมต่าง ๆ ของผู้ประกอบอาชญากรรมไม่มีเหตุเพียงพอที่ก่อให้เกิดความกลัวว่าจะทำร้ายร่างกายให้สาหัสก็ไม่มีเหตุผลอันใดที่จะทำลายชีวิตของมนุษย์ด้วยกัน<sup>183</sup> แต่ถ้าผู้ที่เข้ามาในหมู่บ้านไม่ใช่ผู้ก่ออาชญากรรม เช่น เด็กเล็ก ๆ พนักงานผู้ที่จะมาดับเพลิงในสถานที่ เช่นนั้น ตำรวจผู้มีหน้าที่ต้องตรวจตราเพื่อจะดูแลความปลอดภัย หรือแม้กระทั่งผู้บุกรุกโดยไม่ชอบ แต่ไม่ได้มีเจตนาที่จะมาขโมยทรัพย์สินเหล่านี้ไม่ถือว่าเป็นการกระทำโดยชอบหรือยกเว้นโทษให้เนื่องจากการฆาตกรรมได้<sup>184</sup>

การใช้กำลังตอบโต้ได้ถึงตายหรือสาหัส ไม่ได้รับการอนุญาตให้ใช้สำหรับการป้องกันทรัพย์สิน (ต่างหากจากการป้องกันการโจรกรรม) ไม่อาจจะอ้างสิทธิในการป้องกันได้ และผลในความตายที่เกิดขึ้นไม่ใช่สิ่งที่จะถือว่าเป็นการชอบหรือยกเว้นโทษให้ ในที่สุดก็มีการออกกฎหมายสาระบัญญัติหลายฉบับห้ามอย่างกว้าง ๆ ว่าการใช้สิ่งประดิษฐ์กลไกเพื่อมุ่งหมายหรือเพื่อก่อให้เกิดความตายหรือบาดเจ็บสาหัสไม่อาจทำได้ซึ่งในทางปฏิบัติดูเหมือนว่าผลความรับผิดชอบในทางอาญาเนื่องจากข้อเท็จจริงที่ผู้บุกรุกได้รับอันตรายจากการป้องกันที่ใช้เครื่องมือที่เรียกว่า Non deadly device เพื่อป้องกันทรัพย์สินนั้น ไม่มีเลย และถ้าดูจาก Model Penal Code section 3.06(5) ซึ่งบัญญัติไว้ว่า

“Use of device to protect property The justification afforded by this section extends to use of a device for the purpose of protecting property if

(a) the device is not designed to cause of known to create a substantial risk of causing death or serious boldly harm

<sup>183</sup> ถอดความจากคดี United States V. William 25 Fed. Cas. 1319 No. 15 2059 (c.c.d.c. 1882)

State v. Barr II Wash481, 489, 39 p. 1080, 1082 (2895)

State v. Marfaudille 48 133 Ohio st. 1938

Simpson V. State Wash (1975).

State v. Schilders So. 2d 203 (Fla. 1981)

Falco v. State 59 Als. 1, 14 (1887)

<sup>184</sup> โปรดดูจากคดีดังต่อไปนี้

Commonwealth v. Keith 46 Berks 137 (Pa. Co. 1954)

(ต่อ)

State v. Green 118 s.c. 276110 Se. 145 (1921)

Pierce v. Commonwealth 135 V. 635 115 s. e. 686 (1933)



(b) the use of particular device to protect the property from entry of trespass is reasonable under the circumstance an the actor believes them to be; and

(c) the device is one customerrily used for such a purpose or reasonable care is taken known to probable intruders the fact that it is used”

จากบทบัญญัติดังกล่าวจะเห็นได้ว่ากลไกประดิษฐ์เพื่อปกป้องเฉพาะทรัพย์สินนั้นมีได้ถ้าไม่ใช่เป็นการออกแบบให้มีลักษณะเป็นอันตรายอันถึงแก่ชีวิตหรือให้ได้รับการบาดเจ็บสาหัส นอกจากนี้ในการออกกฎหมายใหม่ ๆ ซึ่งพัฒนามาจากคดีทั้งหลายในการใช้ปืนสปริงหรือกับดักต่าง ๆ ในรูปแบบอื่นใดเพื่อปกป้องที่อยู่อาศัยหรือทรัพย์สินอื่น ๆ ได้มีการวางแนวทางการใช้สิทธิในสิ่งที่มีลักษณะดังกล่าวไว้โดยเคร่งครัด คือต้องไม่ให้มีอันตรายที่ก่อให้เกิดแก่ชีวิตหรือบาดเจ็บสาหัสหรือมีละนั้นก็ไม่ต้องใช้เอาเสียเลย<sup>185</sup>

นอกจากนี้ยังมีกรณีที่เกี่ยวข้องกับกับดักและสุนัขเฝ้ายาม (Spikes and guard dogs) เพื่อป้องกันผู้บุกรุกอันมีลักษณะเป็นการป้องกันไว้ก่อนจะชอบด้วยกฎหมายต่อเมื่อไม่มีลักษณะที่จะทำให้เกิดอันตรายอย่างสาหัส และต้องเป็นสิ่งที่เห็นได้อย่างชัดเจนในเวลากลางวันโดยจะต้องใช้ให้เหมาะสมกับพฤติการณ์การวางกับดักหรือสัตว์ดุร้าย อาจจะถูกว่าสมเหตุผลถ้าใช้กับผู้ที่เข้ามาลักทรัพย์ แต่อาจเป็นการเกินกว่าเหตุถ้าผู้บุกรุกเข้ามาเป็นการบุกรุกธรรมดาเท่านั้น ในกรณีการใช้สุนัขเฝ้าบ้านหรือทรัพย์สินก็เช่นเดียวกัน จะถือว่าไม่ชอบด้วยกฎหมายถ้าสุนัขที่ฝึกให้สกัดผู้บุกรุกโดยการรับคอบหอย นอกจากนี้การใช้สุนัขเช่นว่านั้นยังต้องอยู่ภายใต้การควบคุมดูแลอย่างเข้มงวดเว้นแต่จะเป็นสุนัขเฝ้ายามที่ใช้ภายในบริเวณบ้านส่วนตัวหรือท้องทุ่งกสิกรรมของเอกชน (Private home or agricultural land) สุนัขเฝ้ายามซึ่งใช้กันมากในต่างประเทศเป็นสุนัขที่ถูกฝึกมาให้สามารถที่จะทำร้ายคนให้ถึงแก่ความตายได้

มีกรณีเกิดขึ้นในคดี *People v. Ceballos*<sup>186</sup> ข้อเท็จจริงมีว่า Don Ceballos ถูกศาลพิพากษาโดยความเห็นของคณะลูกขุนว่า ได้ทำร้ายร่างกายโดยใช้อาวุธร้ายแรง ซึ่งคดีนี้จำเลยได้อุทธรณ์ คำพิพากษาโดยคัดค้านว่าพฤติกรรมของเขาชอบด้วยกฎหมาย เพราะผู้ที่ได้รับบาดเจ็บนั้นพยายาม ที่จะลักทรัพย์ในขณะที่โดนยิงโดยปืนกับดักในโรงเก็บของที่บ้านของจำเลย ซึ่งข้อเท็จจริงมีว่า

<sup>185</sup> State V. Plumee 177 La. 687, 149 so. 425 (1933) O.R.S. (or) 166. 320 (1979) Simpson v. State ibid. Iowa Criminal Code 704.4 (1978) Schmidt v. State 159 Wis. 1, 1490 N.W. (1914)

<sup>186</sup> Supreme Court of California 12 Cal 3d 470, 526 p. 2d 241, 116 Cal. Rptr. 233(1974)

จำเลยอาศัยโดยลำพังที่ San Anselmo โดยบางครั้งจำเลยก็นอนในโรงเก็บของซึ่งมีทรัพย์สินประมาณ 2,000 เหรียญเก็บอยู่ในเดือนมีนาคม 1970 ปรากฏว่าเครื่องไม้เครื่องมือบางอย่างถูกขโมยไปในวันที่ 12 พ.ค. 1970 จำเลยสังเกตเห็นร่องรอยจัดแ่งจำเลยจึงนำปืนพกขนาด .22 Caliber ไปติดตั้งไว้โดยทำเป็นกลไกให้ปืนลั่นแม้ประตูจะถูกเปิดเพียงเล็กน้อยก็ตาม ในที่สุดความเสียหายก็เกิดแก่เด็กชายวัย 16 ปี ซึ่งเข้าไปกับเพื่อน โดยที่ไม่มีเด็กคนใดพกพาอาวุธไปเลยขณะที่จำเลยไม่อยู่บ้านและใช้ชะแสงจัดประตูจึงถูกกระสุนปืนเข้าที่ใบหน้า ในการสอบสวนของตำรวจ เด็กผู้ที่ได้เขาไปยอมรับว่าเขาตั้งใจที่จะเข้าไปในโรงเก็บของจริงเพื่อค้นหาเครื่องเสียงของจำเลยเนื่องจากเขามีหน้าที่ต้องชดใช้แก่เพื่อน และวิธีที่จะใช้หนี้ก็คือการนำทรัพย์สินไปขายไม่ปรากฏว่าตั้งใจจะไปขโมยในครั้งนี้แต่อย่างใด

จำเลยอ้างว่า ถ้าเขาเจอเด็กด้วยตัวเองเขาก็มีสิทธิที่จะยิงได้โดยคดีนี้จำเลยอ้างคดี United States v. William ที่จำเลยมีสิทธิที่จะกระทำต่อกรนั้นแล้วก็จะทำได้โดยชอบด้วยกฎหมาย ในคดีนี้ศาลก็ได้อธิบายว่าในอเมริกาการใช้สิ่งที่มีกลไกทำให้ถึงตายไว้ภายในบ้านและเกิดมีการตายหรือบาดเจ็บเพราะสิ่งประดิษฐ์เช่นนั้นแล้วก็มีคามผิด แต่การยอมรับเป็นการยกเว้นหลักว่าแม้จะเกิดการตาย หรือบาดเจ็บเพราะสิ่งประดิษฐ์เหล่านั้นได้ ถ้าการบุกรุกซึ่งถ้ามีการเผชิญหน้ากันแล้วเขามีสิทธิที่จะปลิดชีวิตหรือทำให้ผู้บุกรุกได้รับบาดเจ็บได้โดยตัวของเขาเอง ซึ่งเขาก็สามารถทำได้โดยวิธีใดก็ได้ (may do directly what which he is privileged to do directly) แต่ถ้าจะให้สิ่งประดิษฐ์นั้นทำลายชีวิตของบุคคลนั้นเป็นเสมือนมัจจุราชเงิบที่สามารถทำลายทั้งผู้บริสุทธิ์ได้พอ ๆ กับผู้ก่ออาชญากรรมโดยไม่มีการเตือนใด ๆ การคร่าชีวิตมนุษย์ในกรณีเช่นนี้ หรือกรณีทำให้บาดเจ็บสาหัสก็ที่ดีต้องถือเป็นการกระทำที่ป่าเถื่อนและไม่เป็นมนุษยธรรม

ดังนั้นเมื่อพฤติกรรมของผู้ที่เข้ามาไม่มีเหตุสมควรที่จะกลัวว่าต้องก่ออันตรายอย่างรุนแรงจึงไม่มีเหตุที่จะต้องใช้อาวุธอันอาจทำให้ถึงแก่ความตายได้ คดีนี้เท่ากับการวางหลักในทางกลับกันว่า การป้องกันล่วงหน้านั้นใช้ได้ถ้ามีสภาพอันจะไม่ก่อให้เกิดอันตรายรุนแรงถึงขั้นต้องถึงแก่ชีวิต หรือไม่ก่อให้เกิดการบาดเจ็บสาหัส เมื่อจำเลยไม่ได้อยู่ในที่อาศัยดังกล่าวก็ไม่อาจจะมีเหตุผลใด ๆ ที่จะกลัวว่าจะมีอันตรายถึงชีวิตหรือตนจะได้รับบาดเจ็บสาหัส ประกอบกับผู้เข้ามาไม่ได้มีลักษณะหรือมีพฤติกรรมที่จะต่อถึงอันตรายอันอาจจะเป็นภัยแก่ชีวิตหรือร่างกายให้บาดเจ็บสาหัสต่อจำเลยแต่อย่างใด จึงเห็นว่าจำเลยยังไม่มีสิทธิที่จะใช้กลไกประดิษฐ์ที่มีอนุภาพร้ายแรงเพื่อปกป้องที่อยู่อาศัยจากการบุกรุกหรือลักทรัพย์ในกรณีที่ไม่มีความจำเป็น

ในคดี Bishop v. State<sup>187</sup> ข้อเท็จจริงคดีนี้ก็คือ จำเลยคือ Robert C. Bishop คิดจะป้องกันการบุกรุกเข้ามาในรถพ่วงที่ใช้อยู่อาศัย (Trailer) ซึ่งปรากฏว่าได้มีการบุกรุกเกิดมาหลายครั้งแล้ว ด้วยการวางกับดักโดยใช้ปืนสปริงแล้วใช้ปืน Rifle mauser ขนาด 8 ม.ม. ซึ่งมีอำนาจร้ายแรงผูกโกปิ่นแล้วโยนไปยังลูกบิดประตูเป็นกลไก ปากกระบอกปืนหันมาส่องทางประตูหลังจากนั้นได้มีผู้เข้ามาในรถ Trailer ของจำเลยซึ่งข้อเท็จจริงปรากฏว่าผู้ที่เข้ามานั้นเป็นคนที่รู้จักกันกับจำเลยและได้รับความบาดเจ็บและตายในเวลาต่อมาเนื่องจากเลือดแข็งตัวท่วมปอดไม่สามารถที่จะสูดซึบได้ (Pulmonary embolism) คดีนี้จำเลยอ้างว่าการใช้ปืนสปริงของเขาชอบด้วยกฎหมายโดยอ้าง OCGA S. 16 3 23 (ซึ่งเป็นกฎหมายในรูป Statute ของแต่ละมลรัฐ) ซึ่งกำหนดไว้ว่า

“อย่างไรก็ตาม การกระทำที่ก่อให้เกิดหรือมุ่งหมายจะให้เกิดความตายหรืออันตรายสาหัส จะมีได้หากมีเหตุสมควรเชื่อว่าการบุกรุกได้มีจุดมุ่งหมายหรือเข้ามาเพื่อทำหรือพยายามกระทำความผิดที่รุนแรง (Felony) และการใช้กำลังเข้าต่อต้านเช่นนั้นมีความจำเป็นเพื่อป้องกันอาชญากรรมดังกล่าว”

นอกจากนั้นจำเลยยังแย้งต่อว่าถ้าเป็นกรณีที่เขาต้องเผชิญเหตุการณ์เช่นนี้ด้วยตัวเองโดยที่ผู้ที่เข้ามาไม่ส่งเสียงบอกกล่าวล่วงหน้าก็มีเหตุสมควรเชื่อได้ว่าการก่ออาชญากรรมขึ้น ดังนั้นเขาจึงสามารถใช้กำลังตอบโต้ถึงตายหรือสาหัสได้ แต่คณะผู้พิพากษาเห็นว่าภายใต้พฤติกรรมเช่นนั้นเป็นไปได้ที่จำเลยจะเห็นว่าเหตุสมควรที่จะทำลายชีวิตของเด็ก ๆ พนักงานดับเพลิงหรือตำรวจได้ด้วย แม้ว่าเหตุดังกล่าวเขาได้ประสบเองก็ตามจำเลยก็ย่อมตระหนักได้ดีว่าไม่มีความจำเป็นการใช้กำลังตอบโต้ถึงตายหรือสาหัสแก่บุคคลเช่นนั้นซึ่ง Spring gun ของจำเลยมีความเมตตากรุณาเช่นนั้นไม่ จึงพิพากษาขึ้นให้ลงโทษจำเลยในข้อหาฆ่าผู้อื่นตายโดยเจตนา (Malice murder)

จะเห็นได้ว่าโดยหลักแล้วการป้องกันจะต้องเป็นการป้องกันภัยอันตรายที่เกิดขึ้นในขณะนั้น (Imminent danger) ทำให้มีปัญหามาในทางปฏิบัติว่าถ้าไม่มีลักษณะที่เป็น Immediate แล้วก็ไม่ถือว่าภัยอันตรายที่ใกล้จะถึง ไม่สามารถอ้างการป้องกันได้ ดังตัวอย่างในคดี State v. Hundley (639 P. 2d 475 (Kan. 1985) ภรรยาได้รับความทุกข์ทรมานจากพฤติกรรมโหดร้ายทารุณของสามีอยู่ตลอดเวลา ไม่ว่าจะชกจนฟันทักหลายต่อหลายครั้ง จมูกหักหลายครั้งพยายามทำร้ายโดยการขวักนัยน์ตาหรือกระทั่งจะตัดคอ และสามีเคยเอาน้ำเปล่าใส่ไว้ในอินซูลินเมื่อใช้แล้วจะมีอาการถึงขั้นโคมานับครั้งไม่ถ้วน ทำให้ภรรยามีความหวาดกลัวว่าสักวันหนึ่งอาจได้รับอันตรายถึงแก่ชีวิตได้ และได้พบบินคิดตัวไว้นกกระทิงวันหนึ่งภรรยาได้หนีออกจากบ้านเพื่อหลบหนีการถูกทารุณ เมื่อสามีทราบก็ขู่ว่าจะไปฆ่าสามีได้บุกเข้าไปในโรงแรมที่ภรรยาไปอยู่ขณะที่ภรรยาอยู่ในห้องน้ำสามี

<sup>187</sup> Supreme Court of Georgia 257 Ga 136, 356 SE. 2d 503 (1987).

ได้ใช้กำลังประทุษร้ายโดยการโขนขวานที่ลับของกรรยาโดยไม่ปราณี จนทำให้เกิดบาดแผลแล้ว ใช้กำลังข่มขืน หลังจากนั้นสามิได้สั่งให้กรรยาออกไปซื้อบุหรีให้ในขณะที่สามิถือขวดเบียร์อยู่ ซึ่งในอดีตกรรยาเคยถูกสามิทำร้ายร่างกายโดยใช้ขวดเบียร์ตีมาแล้ว กรรยาจึงชักปืนออกมาจาก กระเป๋าดึงออกมาแล้วจะถูการทำร้ายโดยใช้ขวดเบียร์อีก สามิได้ตะคอกว่า มึงตายแน่ กรรยาจึงได้ ตัดสินใจใช้ปืนยิงสามิถึงแก่ความตาย ศาลสูงของมลรัฐตัดสินจำคุกกรรยาโดยเห็นว่ากรรยาใช้เวลา ถึง 5 นาทีในการตัดสินถ้ากรรยาได้ออกไปซื้อบุหรีก็มีโอกาสที่จะหลบหลีกภัยอันตรายได้แล้ว ไม่ถือ ว่าเป็นการป้องกันภัยอันตรายที่มีในขณะนั้น

ตัวอย่างในคดี State v. Norman (378 S.E.2d 8, 9 (N.C. 1989)) เป็นกรณีที่กรรยาได้รับความทนทุกข์ทรมานต่อเนื่องอยู่ตลอดเวลาและได้ตัดสินใจฆ่าสามิมขณะที่สามิหลับอยู่ โดยเห็นว่าเป็น วิถีทางเดียวที่เธอจะมีชีวิตรอดอยู่ต่อไป ศาลเห็นว่าไม่อาจอ้างการป้องกันได้เนื่องจากไม่ได้เป็น ภัยอันตรายที่เกิดขึ้นในขณะนั้น ไม่เป็นภัยอันตรายซึ่งหน้า

สรุป การกระทำไว้เพื่อเป็นการป้องกันภัยอันตรายไว้ล่วงหน้าในสหรัฐอเมริกา ได้ว่าการ กระทำไว้เพื่อเป็นการป้องกันภัยอันตรายไว้ล่วงหน้านั้นใช้ได้ ถ้ามีสภาพอันจะไม่ก่อให้เกิดอันตราย รุนแรงถึงขั้นต้องถึงแก่ชีวิต หรือไม่ก่อให้เกิดการบาดเจ็บสาหัสเมื่อผู้ป้องกันไม่ได้อยู่ในที่อาศัย ดังกล่าวก็ไม่อาจจะมีเหตุผลใด ๆ จะกล่าวว่าจะมีอันตรายถึงชีวิตหรือคนจะได้รับบาดเจ็บสาหัส ประกอบกับผู้ที่เข้ามาไม่ได้มีลักษณะหรือมีพฤติกรรมที่จะสื่อถึงอันตรายอันอาจจะเป็นภัยแก่ชีวิต หรือร่างกายให้บาดเจ็บสาหัสต่อผู้กระทำให้แต่อย่างใด จึงเห็นว่าผู้กระทำให้ยังไม่มีสิทธิที่จะใช้กลไก ประดิษฐ์ที่มีอาวุธร้ายแรงเพื่อปกป้องที่อยู่อาศัยจากการบุกรุกหรือลักทรัพย์ ในกรณีที่ไม่มีผู้ใด ในที่อยู่อาศัยนั้นเลย

### 3.2 กฎหมายว่าด้วยการป้องกันตนเองของประเทศอังกฤษ<sup>188</sup>

ในประเทศอังกฤษได้มีคำถามที่ถูกถามบ่อย ๆ ในการศึกษากฎหมายเกี่ยวกับหลักเกณฑ์ ความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายกับการป้องกันตนเอง ในกรณีที่มีการคุกคามโดยละเมิดต่อกฎหมาย โดยผู้ถูกโจมตีจะสามารถตอบโต้หรือป้องกันตนเองได้มากน้อยเพียงใด ซึ่ง British Self Defence Governing Body ได้ศึกษาแนวทางการตีความกฎหมายเมื่อปี ค.ศ. 2005 และได้เสนอรายงานเมื่อวันที่ 14 มกราคม ค.ศ. 2007 ว่าบุคคลอาจมีความจำเป็นในการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย หากเป็นการป้องกันหรือพยายามป้องกันตนเอง ป้องกันผู้อื่น หรือป้องกันทรัพย์สินจากการกระทำ ความผิดซึ่งเกิดขึ้น โดยทันทีทันใดและบุคคลได้กระทำไปเพื่อป้องกันจากการกระทำซึ่งเป็น

<sup>188</sup> เอกพล ปริมา. เล่มเดิม. หน้า 21-25.

อาชญากรรมนั้น<sup>189</sup> ทั้งนี้ ตามความในมาตรา 3 (1) of the Criminal Law Act 1967 กำหนดให้บุคคลมีสิทธิใช้เหตุผลที่เหมาะสมในการป้องกันตนเอง เนื่องจากตกอยู่ในสถานการณ์ที่มีการประกอบอาชญากรรมหรือมีการกระทำความผิดเพื่อหยุดยั้งมิให้มีการกระทำความผิด นอกจากนั้น ในปี ค.ศ. 2004 ได้มีการศึกษาแนวทางในการป้องกันตนเอง โดย The Law Commission Report on Partial Defences to Murder แห่งประเทศอังกฤษ ได้เสนอแนวทางปรับปรุงกฎหมายเพื่อให้เหมาะสมกับสถานการณ์ทางสังคม เนื่องจากมีผู้หญิงและเด็กตกเป็นเหยื่ออาชญากรรมทางเพศมากขึ้น จึงควรมีแนวทางในการป้องกันตนเอง โดยแนวคิดในการป้องกันตนเองตามหลักกฎหมายอังกฤษต้องมีเหตุผลที่เหมาะสมซึ่งบุคคลซึ่งอยู่ในสภาวะการณ์ต้องป้องกันตนเองหรือผู้อื่นจากการเกี่ยวกับการป้องกันตนเองโดยชอบด้วยกฎหมายของประเทศอังกฤษตาม Draft Criminal Code Bill โดยได้แบ่งแยกอย่างชัดเจนระหว่างการป้องกันซึ่งกระทำโดยรัฐ หรือ Public defence และการกระทำโดยเอกชนหรือ Private defence โดยใน Clause 44 โดยบุคคลจะป้องกันตนเองได้ต้องพฤติการณ์หรือเชื่อว่าจะมีความจำเป็น (Necessary) และพอสมควรแก่เหตุ (Reasonable)<sup>190</sup> สรุปได้ดังนี้

(a) การป้องกันหรือหยุดยั้งอาชญากรรม หรือช่วยเหลือในการจับกุมผู้กระทำความผิด หรือถูกสงสัยว่ากระทำความผิด ซึ่งการจับกุมนั้นชอบด้วยกฎหมาย หรือช่วยเหลือการจับกุมผู้ที่กระทำการโดยมิชอบด้วยกฎหมายอื่น ๆ

(b) เพื่อป้องกันหรือหยุดยั้งการก่อความไม่สงบ

(c) เพื่อป้องกันตนเองหรือผู้อื่นจากการกระทำที่มีชอบด้วยกฎหมาย หรือ ภัยอันตรายต่อบุคคล ที่มีชอบด้วยกฎหมาย

(d) เพื่อป้องกันหรือหยุดยั้งการหน่วงเหนี่ยวหรือกักขังที่มีชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งเกิดกับตนเองหรือผู้อื่น

(e) เพื่อป้องกันทรัพย์สิน (แม้ว่าจะเป็นผู้อื่น) จากการครอบครอง การทำลายหรือทำให้เสียหายโดยมิชอบด้วยกฎหมาย

(f) เพื่อป้องกันหรือหยุดยั้งการบุกรุกต่อทรัพย์สินของตนเอง

<sup>189</sup> Eric Baskind LL.B. (Hons). *The Law Relating to Self Defence British Self Defence Governing Body 2005*.

<sup>190</sup> *The Law Commission A CRIMINAL CODE FOR ENGLAND AND WALES*. Retrieved March 25, 2012, from [http://www.lawlink.nsw.gov.au/lawlink/clrd/ll\\_clrd.nsf/vwFiles/webchedule%208.pdf/\\$file/web-Schedule%208.pdf](http://www.lawlink.nsw.gov.au/lawlink/clrd/ll_clrd.nsf/vwFiles/webchedule%208.pdf/$file/web-Schedule%208.pdf)

จากบทบัญญัติดังกล่าวเป็นการชี้ให้เห็นอย่างชัดเจนของ Private defence โดยบุคคลที่ไม่ต้องรับผิดชอบจากการประทุษร้ายอันมิชอบด้วยกฎหมาย และได้ครอบคลุมถึงการป้องกันทรัพย์สิน (Defence of property) ด้วยเพราะเป็นการป้องกันการก่อให้เกิดอาชญากรรมอย่างหนึ่ง (Prevention of crime) นอกจากนี้ หากพิจารณาเกี่ยวกับขอบเขตของป้องกัน โดยชอบด้วยกฎหมายตามกฎหมายอังกฤษนั้น ได้เน้นย้ำความสำคัญของการกระทำพอสมควรแก่เหตุ (Reasonable) หรือเป็นการกระทำที่ได้สัดส่วนความเป็นไปได้ (Proportion) เพื่อต่อต้านภัยอันตรายที่กระทำโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่ง Criminal Law Act 1967 ได้พิจารณาถึงพื้นฐานแนวความคิดว่า บุคคลควรที่จะได้รับการดูถูกเหยียดหยาม (Insult) หรือได้รับบาดเจ็บมากกว่าที่จะต้องใช้ Extreme force (เช่น ในกรณีทำให้เขาบาดเจ็บหรือตาย) โดยจะต้องพิจารณามาตรฐานทางสังคมในเรื่องความพอสมควรแก่เหตุด้วย (Community standard of reasonableness) เช่นกรณีหากมีวิธีการเดียวที่จะหลีกเลี่ยงการตบหน้าด้วยการใช้ปืนยิง บุคคลนั้นต้องยินยอมให้เขาตบหน้า เป็นต้น และกรณีการฆ่าโดยอ้างว่าป้องกันต้องได้รับพิจารณาอย่างเคร่งครัดมาก และจะได้รับความยินยอมให้มีการกระทำประทุษร้ายที่อาจทำให้เกิดความตายหรือบาดเจ็บสาหัสเท่านั้นจะอ้างว่ากระทำการเพื่อป้องกันทรัพย์สินมิได้ การพิจารณาขอบเขตการป้องกัน โดยชอบด้วยกฎหมายจะต้องพิจารณาถึงสถานการณ์ทั้งหมดใน แต่ละคดี ๆ ไป รวมไปถึงธรรมชาติหรือระดับของความรุนแรงของ Force ที่ผู้กระทำเป็นผู้ใช้ ความรุนแรงของภัยอันตรายที่ประสงค์จะป้องกันและความเป็นไปได้ในการที่จะป้องกันโดยวิธีอื่น

หลักการเกี่ยวกับความพอสมควรแก่เหตุ<sup>191</sup> ได้พัฒนามาจากหลักเรื่องการชั่งน้ำหนักภัยอันตราย (Balancing of harms) ซึ่งเป็นเรื่องที่ยุ้งยากในการพิจารณาการกำหนดค่าจำกัดความว่าแนวคิดเรื่องการกระทำไว้เพื่อเป็นการป้องกันภัยอันตรายล่วงหน้าในประเทศอังกฤษมีอยู่ว่าผู้ครอบครองอาคารสถานที่อาจใช้สิทธิในการป้องกันเท่าที่จำเป็นและพอสมควรแก่กรณีเพื่อป้องกันผู้บุกรุก หรือผู้ที่มีเหตุอันควรเชื่อได้ว่าเป็นผู้บุกรุก โดยการใช้สิ่งที่เป็นการป้องกันล่วงหน้าที่เป็นกับดัก (Man trap) ใด ๆ ก็ตาม มีการยกเว้นให้ใช้ได้ในช่วงยามวิกาล (Between sunset and sunrise) คดีเกี่ยวกับการป้องกันล่วงหน้าครั้งแรกเกิดขึ้นในปี 1820 ซึ่งข้อเท็จจริงมีการใช้ปืนสปริงในคดี Lott v. Wilkers<sup>192</sup> โดยจำเลยติดตั้งปืนสปริงไว้แล้วทำให้ผู้บุกรุกได้รับบาดเจ็บ ในคดีนี้ศาล king's bench ได้ยกฟ้องโจทก์ เมื่อปรากฏหลักฐานแสดงให้เห็นว่าโจทก์ได้สังเกตเห็นปืนสปริงอยู่ก่อนแล้ว ต่อมาในคดี Bird v. Holbrook<sup>193</sup> ศาล Common pleas ก็ได้ตัดสินไปในแนวเดียวกันกับคดีแรกแม้ว่าโจทก์ในคดี Bird จะไม่ได้สังเกตเห็นการติดตั้งปืนสปริงก็ตาม และในคดีนี้ผู้พิพากษา

<sup>191</sup> เอกพล ปริมา. เล่มเดิม. หน้า 73-77.

<sup>192</sup> Barn and Ald. 304, 106 Eng. Rep. 674 (K.B. 1820).

<sup>193</sup> Bing 628, 130 Eng. Rep. 911(C.P. 1828).

Best ซึ่งเป็นองค์คณะในการตัดสินคดี Lott มีความเห็นว่าความแตกต่างในเรื่องการสังเกตเห็นน่าจะเป็นตัวที่สามารถทำให้คดีทั้งสองแยกจากกันได้ โดยเฉพาะในคดีหลังโจทก์ได้รับบาดเจ็บโดยปืนสปริงขณะที่กำลังค้นหาถุงเป็ดของเขาเองในสวนของเพื่อนบ้าน ซึ่งคดีหลังโจทก์ก็ควรที่จะได้รับการตัดสินที่เป็นคุณ

หลังจากนั้นรัฐสภาที่มีส่วนเข้าเกี่ยวข้องกับการโต้แย้งเรื่อง Spring gun โดยมีการผ่านพระราชบัญญัติที่เกี่ยวกับเรื่องดังกล่าวในคดีอาญา (7&8 Geo. 4, c. 18(1827)) แต่อย่างไรก็ตามแม้ว่าจะได้ออกกฎหมายเช่นนั้นก็ตามแต่ก็ยังมีการบัญญัติเป็นข้อยกเว้นให้ใช้ปืนสปริงดังกล่าวได้ในยามวิกาล (Dusk and dawn) ในเคหะสถานเพื่อป้องกันอาชญากรรมในระดับรุนแรง (Felony) ได้

มีตัวอย่างในเรื่อง Pre-emptive strike ในคดี Attony-General's Reference (No. 2 of 1983) (1984) Q. B. 456 Court of Appeal<sup>194</sup> เป็นกรณีที่ร้านของจำเลยในเมือง Toxfeth เคยได้รับความเสียหายจากการก่อการจลาจล จำเลยกลัวว่าจะได้รับความเสียหายจากการโจมตีเช่นนี้อีกในอนาคตเขาจึงทำระเบิดเพลิง (Petrol bombs) ขึ้น โดยตั้งใจว่าจะใช้ขับไล่ผู้ที่มาโจมตีร้านของเขาอีก เขาถูกฟ้องว่ากระทำความผิดต่อกฎหมายเกี่ยวกับวัตถุระเบิด ค.ศ.1983 มาตรา 4 ว่าเป็นการทำระเบิดเพลิงขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์ไม่ชอบด้วยกฎหมาย จำเลยให้การว่าทำระเบิดขึ้นเพื่อวัตถุประสงค์ในการป้องกันตนเองซึ่งถูกขู่ว่าจะปล่อยจำเลยพ้นข้อหา อัยการอุทธรณ์ความเห็นต่อศาล ซึ่งในประเด็นปัญหาว่าจำเลยจะอ้างว่ากระทำเพื่อป้องกันตนเองได้หรือไม่ เมื่อถูกฟ้องเกี่ยวกับกฎหมายวัตถุระเบิด

Lord Lane C. J. ได้โต้แย้งคำพิพากษาศาลชั้นต้นว่า กรณีนี้จำเลยอ้างว่ากระทำเพื่อป้องกันตนเองไม่ได้เพราะการกระทำเพื่อป้องกันทำได้เฉพาะกรณีที่มีภัยอันตรายเกิดขึ้นแล้วจริง ๆ เท่านั้น Mr. Hill แย้งว่ากรณีนี้ไม่มีพยานหลักฐานสำหรับการคาดการณ์ล่วงหน้าว่าจะมีภัยอันตรายเกิดขึ้น และได้สรุปว่าการกระทำดังกล่าวเท่ากับยอมให้คนตัดสินการกระทำที่มีชอบของเขาในอนาคตที่เขากับหลักป้องกันตนเองและป้องกันทรัพย์สินของตน โดยชอบด้วยกฎหมาย การกระทำที่จะเป็นการป้องกันตนเองและทรัพย์สินของตนเองได้ตามกฎหมายจะต้องเป็นกรณีที่มีภัยอันตรายเกิดขึ้นแล้วจริง ๆ และต้องอยู่บนหลักที่ว่าภัยอันตรายนั้นไม่อาจหลีกเลี่ยงได้ กรณีนี้หากยอมให้จำเลยอ้างป้องกันได้ เพื่อไม่ต้องรับผิดชอบตามกฎหมายที่ถูกฟ้องเท่ากับว่าเรายอมให้บุคคลกำหนดความคุ้มครองตนเองจากการกระทำที่มีชอบ คือการเตรียมการที่จะก่อความรุนแรงในอนาคตได้ และกรณีตามข้อเท็จจริงนี้จำเลยสามารถป้องกันตนเองได้โดยการขอความช่วยเหลือจากตำรวจหรือโดยการจ้ำงยามหรือวิธีอื่นได้โดยไม่ต้องใช้ระเบิดเพลิง

<sup>194</sup> D.W. Elliott & Michael J. Allen. (1989). *Case Book on Criminal law*. p. 337.

ในคดี R. V. Fegan (1972) N. 180 Lord Mac Dermott C.J. กล่าวว่า “การใช้อาวุธปืนป้องกันการครอบครองจากการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้น อาจเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมายแต่ต้องมีมาตรการกระทำที่มุ่งจะป้องกันภัยอันตรายซึ่งเพียงแต่คิดหรือคาดว่าจะเกิดขึ้นเท่านั้น ภัยที่ไม่ชอบนั้นจะต้องสมเหตุสมผลและคาดหมายได้ว่าต้องเกิดขึ้นอย่างแน่นอน และต้องเป็นภัยที่ใกล้จะถึงและต้องไม่ใช่ภัยอันเกิดขึ้นตามปกติ (คนทั่วไปไม่ถือว่าเป็นภัย) การกระทำเพื่อป้องกันที่ชอบด้วยกฎหมายนั้นต้องอยู่ภายใต้ขอบเขตจำกัดไม่เหมือนกับกรณีที่กฎหมายยอมให้ป้องกันได้กับภัยอันตรายที่ได้เกิดขึ้นจริง ๆ แล้ว”

การตัดสินในคดีนี้ ประเด็นแรกที่ต้องพิจารณาคือคำว่า “วัตถุประสงค์ที่ชอบด้วยกฎหมาย” (Lawful objective) จำเลยในคดีนี้กล่าวว่าเขาตัดสินใจที่จะใช้ระเบิดเพลิงเพื่อป้องกันภัยที่จะเกิดแก่สถานการค้าของเขาจากการจลาจลเพียงเหตุผลเดียว ลูกขุนจึงต้องพิจารณาว่าจำเลยทำระเบิดขึ้นเพื่อป้องกันทรัพย์สินและตัวเองจากภัยที่จะเกิดขึ้นอย่างสมเหตุสมผลหรือไม่ ข้อเท็จจริงที่ว่าขณะที่ทำระเบิดนั้นเขามีวัตถุประสงค์ที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายจนกระทั่งถือว่าเป็นความผิดต่อกฎหมายเกี่ยวกับวัตถุประสงค์ไม่จำเป็นต้องนำมาพิจารณาเกี่ยวข้อง วิธีการที่เขาทำเพื่อจะให้บรรลุตามวัตถุประสงค์สำหรับการป้องกัน (คือการทำระเบิดโดยฝ่าฝืนกฎหมาย) ไม่ชอบด้วยกฎหมาย แต่ข้อเท็จจริงที่ว่าเขาจะไม่สามารถใช้วิธีการป้องกันตนเองอย่างนั้นได้หากเขาไม่ทำผิดต่อกฎหมายนี้ จึงไม่ทำให้วัตถุประสงค์ในการทำระเบิดของจำเลยไม่ชอบด้วยกฎหมาย

ในการวินิจฉัยของศาล ภัยอันตรายจากการคุกคามจะถูกสมมติขึ้นให้เหมือนกับที่จำเลยคาดว่ามันจะเกิดขึ้น และสมมติว่าเป็นภัยอันตรายที่ใกล้จะถึง สิ่งที่ผู้พิพากษาจะต้องพิจารณาก่อนที่จะให้ลูกขุนชี้ขาดคือ ความสมเหตุสมผลของวิธีการป้องกันภัยนั้น

ในคำตัดสินของผู้พิพากษา สิ่งที่เป็นปัญหาไม่ใช่ประเด็นว่าจำเลยจะป้องกันตนเองได้หรือไม่ แต่อยู่ที่ว่าการเตรียมการไว้ล่วงหน้าสำหรับที่จะป้องกันตนเองทำได้หรือไม่ การป้องกันตนเองจะเป็นผลต่อเมื่อเป็นการป้องกันในทันทีทันใด บุคคลผู้ตกอยู่ในภัยอันตรายย่อมกำหนดวิธีการคุ้มครองตนเอง (Writing his own immunity) จากภัยอันตรายที่มีชอบที่จะเกิดในอนาคตได้ เขาไม่ถูกจำกัดขอบเขตในการป้องกันความเสียหายเพียงแค่นี้ให้เรียกตำรวจช่วยเหลือเมื่อมีภัยอันตราย เขามีสิทธิที่จะป้องกันตนเองได้ถ้ามีเหตุฉุกเฉินเกิดขึ้น แม้ว่าการกระทำนั้นจะเป็นการกระทำผิดต่อผู้อื่น หมายความว่าเราสามารถกระทำต่อผู้อื่น โดยมิชอบได้เพื่อหลีกเลี่ยงภัยอันตรายที่เกิดแก่เขาโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายแต่มีข้อสังเกตอยู่ว่าแม้ว่าบุคคลจะทำระเบิดเพลิงโดยมีวัตถุประสงค์ที่ชอบด้วยกฎหมายได้ก็ตาม แต่ถ้าเขายังครอบครองมันอยู่หลังจากอันตรายผ่านพ้นไปแล้วการกระทำนั้นย่อมจะไม่ชอบอีกต่อไป แต่พฤติการณ์ที่จะแสดงให้เห็นว่าบุคคลอาจทำระเบิดเพลิงขึ้นด้วยวัตถุประสงค์เพื่อป้องกันนั้นยากที่จะเห็นได้



ด้วยเหตุผลเหล่านี้ ศาลอุทธรณ์จึงพิพากษาว่าข้อต่อสู้ของจำเลยที่ถูกฟ้องตามพระราชบัญญัติเกี่ยวกับวัตถุประสงค์ ค.ศ. 1883 ที่ว่าเขาผลิตมันขึ้นด้วยวัตถุประสงค์ที่ชอบด้วยกฎหมายจะได้รับการยอมรับก็ต่อเมื่อเขาสามารถแสดงให้คณะลูกขุนพอใจได้ว่ามีความเป็นไปได้ตามวัตถุประสงค์ในการป้องกันตนเอง ป้องกันครอบครัวของเขาต่อภัยอันตรายที่ใกล้จะถึงและเกิดขึ้นจริง และเขาได้กระทำการป้องกันไปตามวิธีการที่เขาเชื่อว่าจะป้องกันได้ และการกระทำนั้นไม่เกินสมควรแก่กรณีความจำเป็นและพิพากษายืน

จากคดีจะเห็นได้ว่าการทำระเบิดเพลิงขึ้นเพื่อไว้ป้องกันภัยในอนาคตนั้นทำได้ (ไม่ผิดพระราชบัญญัติวัตถุประสงค์) แต่อยู่ภายใต้เงื่อนไขที่ว่าภัยในอนาคตนั้นมีความเป็นไปได้ที่จะเกิดขึ้นและใกล้จะถึงและไม่เกินสมควรแก่ความจำเป็น และน่าจะป้องกันได้เฉพาะภัยลักษณะนี้เคยเกิดขึ้นมาแล้วครั้งหนึ่ง ถ้าภัยลักษณะนี้ยังไม่เคยเกิดไม่แน่ใจว่าศาลจะยอมให้อ้างป้องกันได้

จากที่กล่าวมาแล้วอาจสรุปได้ว่าการกระทำไว้เพื่อเป็นการป้องกันภัยอันตรายล่วงหน้าในอังกฤษ กฎหมายอนุญาตให้ผู้ครอบครองอาคารสถานที่สามารถใช้สิทธิป้องกันเท่าที่จำเป็นพอสมควรแก่กรณี เพื่อป้องกันผู้บุกรุกหรือผู้ที่มีเหตุอันควรเชื่อได้ว่าเป็นผู้บุกรุก โดยการใช้อาวุธเป็นการป้องกันล่วงหน้าที่เป็นกับดักใด ๆ เพื่อป้องกันอาชญากรรมในระดับรุนแรง

### 3.3 กฎหมายว่าด้วยการป้องกันตนเองของประเทศฝรั่งเศส

ตามประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศสปัจจุบันหรือ CODE PENAL ฉบับแก้ไขเมื่อ 9 ตุลาคม 2002 มาตรา 122-1 to 122-8 ได้กำหนดรายละเอียดเกี่ยวกับข้อยกเว้นไม่ต้องรับผิดไว้ส่วนประมวลกฎหมายอาญาฉบับเดิมของฝรั่งเศส ค.ศ. 1810 มาตรา 328 บัญญัติว่า “เมื่อการฆ่าการทำร้ายร่างกายได้กระทำขึ้นด้วยความจำเป็นในขณะนั้น เพื่อป้องกันตนเองหรือผู้อื่น ย่อมไม่มีความผิดออกฤทธิ์หรือมฤตโทษ”<sup>195</sup> ทั้งนี้การกระทำเพื่อป้องกันแต่เดิมเคยเห็นกันว่า เป็นการกระทำโดยความจำเป็นอย่างหนึ่ง ผู้กระทำมิได้กระทำไปด้วยความสมัครใจแท้จริงหากแต่จำใจต้องกระทำไปโดยถูกบังคับจากการที่มีผู้มาประทุษร้าย ในด้านของจิตใจแล้วเห็นได้ว่าผู้กระทำการป้องกันการมิได้มีเจตนาชั่วร้าย แม้การกระทำนั้นจะเป็นความผิดก็ควรยกโทษให้ แต่อีกแนวคิดหนึ่งเห็นว่าการกระทำเพื่อป้องกันไม่ใช่เป็นเพียงเหตุที่ทำให้ไม่ต้องรับผิดทางอาญาเท่านั้น หากแต่เป็นการกระทำโดยมิชอบที่เดียว บุคคลทุกคนมีสิทธิในชีวิต ร่างกาย ตลอดจนทรัพย์สินของตนผู้กระทำเพื่อ

<sup>195</sup> โกเมน ภัทรภิรมย์. (2524). คำอธิบายกฎหมายอาญาฝรั่งเศส (เอกสารประกอบการบรรยายชั้นปริญญาโท คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์). หน้า 46-49.

ป้องกันควรต้องถือว่าเป็นผู้สิทธิของตนเมื่อไม่อาจร้องขอให้รัฐปกป้องคุ้มครองหรือขัดขวางการประทุษร้ายได้ในขณะนั้น<sup>196</sup>

การป้องกันตนเองจึงเป็นการกระทำที่ชอบเมื่อจำต้องเลือกเอาระหว่างประโยชน์ของผู้ประทุษร้ายกับของผู้ถูกประทุษร้าย ชีวิตและร่างกายของผู้ประทุษร้ายน่าจะมีคุณค่าน้อยกว่าชีวิตและร่างกายของผู้ถูกประทุษร้าย และยิ่งกว่านั้นอาจไปไกลถึงกับว่าการป้องกันมิใช่เป็นเพียงการใช้สิทธิเท่านั้นแต่เป็นการทำหน้าที่อันมีต่อสังคมอย่างหนึ่งด้วย เพราะผู้ที่ทำการป้องกันการประทุษร้ายอันมิชอบนั้นไม่เพียงแต่ป้องกันตนเองเท่านั้น หากแต่ไม่ป้องกันสังคมอันเกิดจากการกระทำโดยมิชอบด้วย

การป้องกันไม่ได้จำกัดอยู่เฉพาะแต่การป้องกันตนเองเท่านั้น หากแต่รวมไปถึงการป้องกันบุคคลอื่นด้วย หลักเกณฑ์ในการป้องกันประกอบด้วย<sup>197</sup>

1. ต้องมีการประทุษร้ายต่อบุคคลหรือต่อทรัพย์สิน ต้องมีการประทุษร้ายเกิดขึ้นก่อนจึงจะมีการกระทำเพื่อป้องกันได้ แม้ว่าบทบัญญัติมาตรา 328 จะกล่าวถึงเฉพาะการประทุษร้ายต่อบุคคล (ต่อชีวิตและร่างกาย) แต่ก็เป็นที่ยอมรับกันว่า การป้องกันนั้น ย่อมมิได้แม้จะเป็นการประทุษร้ายต่อชื่อเสียง หรือสิทธิอย่างอื่น

2. ต้องเป็นการประทุษร้ายในขณะนั้น การประทุษร้ายที่จะป้องกันได้ต้องเป็นการประทุษร้ายที่เกิดขึ้นขณะนั้น ซึ่งปิดป้องได้ก็แต่โดยกระทำการป้องกันหากเป็นภัยอันตรายที่ผ่านพ้นไปแล้ว ก็ไม่จำเป็นต้องป้องกันต่อไป หากกระทำไปก็จะเข้าลักษณะการแก้แค้นไม่ใช่การป้องกัน ส่วนถ้าเป็นการประทุษร้ายในอนาคต ผู้ที่ถูกคุกคามนั้นชอบที่จะขอความช่วยเหลือจากเจ้าหน้าที่ได้ อย่างไรก็ตาม การตีความภัยอันตรายในอนาคตนั้น ไม่ควรจะตีความเคร่งครัดจนเกินไป เพราะกรณีที่เกิดการประทุษร้ายขึ้นครั้งหนึ่งแล้ว ก็ย่อมทำให้เกรงว่าจะเกิดการประทุษร้ายขึ้นอีกได้ เช่นนี้ก็ย่อมมีสิทธิที่จะกระทำการเพื่อโต้ตอบผู้ประทุษร้ายเพื่อเป็นการป้องกันไว้ก่อนได้ และเหตุผลอีกประการหนึ่ง ผู้ถูกประทุษร้ายไม่จำเป็นต้องหลบหนีเสมอไป แม้ว่าการหลบหนีนั้นจะทำให้พ้นภัยอันตรายได้ก็ตาม ผู้ถูกประทุษร้ายย่อมมีสิทธิและในบางกรณีก็เป็นหน้าที่ที่จะต่อต้านการประทุษร้าย ตราบใดที่การประทุษร้ายยังไม่หมดไป ผู้ถูกประทุษร้ายก็ยังเชื่อได้ว่าช่วยทำหน้าที่ป้องกันสังคมอยู่ และผู้นั้นยังอยู่ในฐานะที่กระทำเพื่อป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย<sup>198</sup>

<sup>196</sup> เอกพล ปริมา. เล่มเดิม. หน้า 27-28.

<sup>197</sup> แหล่งเดิม. หน้า 46.

<sup>198</sup> ฤทธิรงค์ สมอุตร. เล่มเดิม. หน้า 72.

3. การประทุษร้ายต้องเป็นการละเมิดกฎหมาย การกระทำที่ชอบด้วยกฎหมายของเจ้าพนักงาน การจับกุม การค้นบ้านผู้ต้องหาตามหมายค้น เช่นนี้มีใช้การประทุษร้ายที่จะป้องกันได้ แต่หากว่า การประทุษร้ายที่มีชอบด้วยกฎหมาย ได้กระทำโดยเจ้าพนักงาน การซ้อมผู้ต้องหาให้รับสารภาพ เช่นนี้จะป้องกันได้หรือไม่ ส่วนมากเห็นว่า ป้องกันได้ เพราะบุคคลย่อมมีสิทธิที่จะต่อต้านการกระทำที่มีชอบด้วยกฎหมายได้ แต่แนวคำวินิจฉัยของศาลจะเป็นไปในทางที่ว่า การกระทำของเจ้าพนักงานให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่ากระทำโดยชอบด้วยกฎหมาย ดังนั้น จึงไม่อาจอ้างการกระทำเพื่อป้องกันต่อเจ้าพนักงานได้ นอกจากนี้หากการประทุษร้ายนั้นเกิดขึ้นจากการกระทำของผู้ที่ไม่มี ความรับผิดชอบทางอาญา เช่น คนบ้า เช่นนี้ก็ถือว่าบุคคลมีสิทธิป้องกันตนเองได้เช่นเดียวกัน

การป้องกันตามบทบัญญัติได้กล่าวถึงการกระทำในการป้องกันเฉพาะการฆ่าและ การทำร้ายร่างกายเท่านั้น แต่โดยเหตุผลว่าแม้การกระทำที่ร้ายแรงถึงขนาดฆ่าหรือทำร้ายร่างกายในการป้องกันยังไม่เป็นความผิดแล้วการกระทำอย่างอื่นในการป้องกันที่เบากว่า เช่น การชก การจับตัว ผู้ประทุษร้ายขังไว้ หรือทำลายทรัพย์สินของผู้ประทุษร้ายย่อมไม่เป็นการผิดเช่นกัน

ตามประมวลกฎหมายอาญาลบเดิม ค.ศ. 1810 บัญญัติเรื่องการป้องกันอยู่ในส่วนของ ภาควิชาความผิด ต่อมาได้บัญญัติประมวลกฎหมายอาญาลบใหม่มีผลบังคับใช้ในวันที่ 1 มีนาคม ค.ศ. 1993 อยู่ในบททั่วไปในมาตรา 122-5 มีสาระสำคัญดังนี้คือ

“บุคคลที่เผชิญหน้าต่อภัยอันตรายที่มีชอบด้วยกฎหมายซึ่งมาถึงตนเองหรือผู้อื่น หากได้ กระทำการในขณะที่มีภัยอันตรายนั้น โดยความจำเป็นเพื่อป้องกันตนเองหรือผู้อื่น บุคคลนั้นไม่ต้อง รับผิดชอบในทางอาญา เว้นแต่วิธีการที่ใช้ในการป้องกันนั้นมิได้สัดส่วนกับความร้ายแรงของความผิด

บุคคลที่กระทำการไปเพื่อยับยั้งความผิดอกุศล โทษ หรือมฆโทษ ที่ได้กระทบต่อ ทรัพย์สินของเขาในการกระทำเพื่อป้องกันถ้าได้กระทำไปด้วยความจำเป็นอย่างยิ่ง เพื่อระงับยับยั้ง การกระทำต่อทรัพย์สินนั้น และวิธีการที่ใช้ในการป้องกันได้สัดส่วนกับความร้ายแรงของความผิด บุคคลนั้นไม่ต้องรับผิดชอบในทางอาญา เว้นแต่ได้กระทำผิดฐานทำให้ผู้อื่นถึงแก่ความตายโดยเจตนา”

ตามประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศสฉบับใหม่ หรือ CODE PENAL ฉบับแก้ไขเมื่อ 9 ตุลาคม ค.ศ. 2002 มาตรา 122-1 to 122-8 นี้ได้ปรับปรุงการกระทำเพื่อป้องกันตามกฎหมายเดิมให้ ชัดเจนยิ่งขึ้น สรุปได้ดังนี้

1. มาตรา 122-1 บุคคลไม่มีความผิด เมื่อบุคคลนั้นได้กระทำการตามหน้าที่หรือได้ กระทำภายใต้ความไม่รู้สึกรู้สีกตัว หรือเป็นโรคจิตจนไม่สามารถควบคุมตัวเองได้

2. มาตรา 122-2 บุคคลไม่ต้องรับผิดชอบทางอาญาเมื่อกระทำภายใต้การต่อสู้ขัดขวาง ในการป้องกันตนเอง เนื่องจากถูกบังคับจนไม่สามารถหลีกเลี่ยงได้

3. มาตรา 122-3 บุคคลไม่ต้องรับผิดทางอาญา หากเขาได้กระทำไปโดยเชื่อว่าเขามีสิทธิตามกฎหมายที่สามารถกระทำได้ โดยไม่สามารถหลีกเลี่ยงได้

4. มาตรา 122-4 บุคคลไม่ต้องรับผิดทางอาญา หากบุคคลนั้นได้กระทำไปโดยมีอำนาจตามกฎหมาย หรือตามคำสั่งของเจ้าพนักงาน โดยชอบด้วยกฎหมาย

5. มาตรา 122-5 บุคคลไม่ต้องรับผิดทางอาญา ถ้าได้กระทำไป เนื่องจากมีการเผชิญหน้าจากการโจมตีโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย และได้กระทำไปในทันทีทันใดนั้น เพื่อป้องกันตนเองหรือผู้อื่นจากอันตรายหรือจากการกระทำโดยเจตนาและเป็นการกระทำพอสมควรแก่เหตุ และได้สัดส่วนกับความผิด

6. มาตรา 122-6 บุคคลสามารถอ้างว่าป้องกันตนเอง

1) ถ้าได้กระทำในเวลากลางคืน เนื่องจากมีการปีนเข้าไปในสถานที่อยู่อาศัย

2) การกระทำเพื่อป้องกันการกระทำความผิดเกี่ยวกับการลักทรัพย์หรือชิงทรัพย์ หรือปล้นทรัพย์โดยใช้กำลังประทุษร้าย

7. มาตรา 122-7 บุคคลไม่ต้องรับผิดทางอาญา ถ้าได้กระทำไปเพื่อป้องกันซึ่งเป็นการกระทำในทันทีทันใด หรืออันตรายที่ใกล้จะถึงต่อตนเองหรือผู้อื่นหรือต่อทรัพย์สิน จึงได้กระทำไปเพื่อป้องกันตนเองหรือทรัพย์สินนั้น และเป็นการกระทำที่ได้สัดส่วนกับระดับภัยที่ได้คุกคาม

8. มาตรา 122-8 ได้กำหนดข้อยกเว้น สำหรับการกระทำตามหมวดนี้ ได้แก่ การกระทำทำความผิดเล็ก ๆ น้อย ๆ

การกระทำต่อเด็กอายุต่ำกว่า 18 ปี หรือผู้สูงอายุใช้ป้องกันในสถานกักกันหรือ สถานฝึกอบรม เอาไปใช้ไม่ได้ รวมทั้งจะนำไปเป็นข้ออ้างเพื่อจะลงโทษแก่เด็กซึ่งมีอายุ 13-18 ปีไม่ได้

จะเห็นได้ว่ามาตรา 122-6 ได้มีบทบัญญัติเรื่องการป้องกันทรัพย์สินจากเดิมที่ไม่ได้บัญญัติไว้ โดยการป้องกันทรัพย์สินจะต้องได้สัดส่วนกับความร้ายแรงของความผิดแต่กฎหมายไม่อนุญาตให้ป้องกันทรัพย์สินถึงขนาดทำให้ผู้ประทุษร้ายต่อทรัพย์สินนั้นถึงแก่ความตายโดยเจตนาซึ่งเป็นการสอดคล้องกับคำอธิบายของนักกฎหมายและคำวินิจฉัยของศาล หากผู้ใช้สิทธิป้องกันได้กระทำไปเกินสมควรแก่เหตุหรือเกินสัดส่วนความร้ายแรงของความผิด ผู้นั้นต้องมีความผิดในฐานะความผิดที่ตนได้กระทำลงไป แต่ผู้กระทำอาจได้รับการลดหย่อนโทษได้ นักกฎหมายฝรั่งเศสมีความเห็นในมาตรานี้แตกต่างกันไปหลายอย่าง แต่ส่วนใหญ่เห็นว่าเป็นข้อสันนิษฐานพิเศษในการป้องกัน ในทั้งสองกรณีนั้นผู้ทำการป้องกันไม่ต้องพิสูจน์ว่าการประทุษร้ายนั้นเป็นอันตรายใกล้จะถึงหรือจะเป็นภัยต่อชีวิต หรือต่อทรัพย์สิน ทั้งไม่ต้องพิสูจน์ว่าการป้องกันนั้นสมควรแก่เหตุหรือไม่ เพราะกฎหมายสันนิษฐานให้แล้วว่า การป้องกันในกรณีเช่นนี้เป็นการป้องกันโดยชอบแต่ก็ยังมีปัญหาโต้แย้งกันอยู่มากกว่า ข้อสันนิษฐานนี้เป็นข้อ

สันนิษฐานเด็ดขาด ซึ่งไม่สามารถจะพิสูจน์ให้เป็นอย่างอื่นได้ หรือเป็นข้อสันนิษฐานไม่เด็ดขาด ทั้งนี้ ศาลฎีกาของฝรั่งเศสเคยวินิจฉัยว่า เจ้าของคฤหาสน์ซึ่งได้วางกับระเบิดไว้ในเขตคฤหาสน์ และได้มีคนร้ายปีนกำแพงเข้าไปในเขตสวนของคฤหาสน์เพื่อจะลักปลานในตอนกลางคืน แต่ไปถูกกับระเบิดถึงบาดเจ็บสาหัส เจ้าของคฤหาสน์ไม่มีความผิดตามมาตรา 329 นี้ (Req.25 mars 1902) ซึ่งต่อมาได้มีพิพากษาศาลฎีกาฝรั่งเศสลงวันที่ 19 กุมภาพันธ์ 1959 วินิจฉัยว่าข้อสันนิษฐานนี้เป็นข้อสันนิษฐานที่ไม่เด็ดขาด

ปัญหาเรื่องการกระทำไว้เพื่อเป็นการป้องกันภัยอันตรายไว้ล่วงหน้า ศาลฎีกาฝรั่งเศสเคยวินิจฉัยไว้ว่า ถ้าหากการประทุษร้ายหรือภัยอันตรายนั้นเป็นภัยอันตรายในอนาคตผู้ที่ถูกภัยอันตรายนั้น คุกคามชอบที่จะแจ้งให้เจ้าหน้าที่ทราบและขอความคุ้มครองได้ ความกลัวว่าจะได้รับอันตรายไม่เป็นเหตุให้ป้องกันภัยอันตรายไว้ล่วงหน้าได้

อย่างไรก็ตามนักกฎหมายฝรั่งเศสมีความเห็นว่า ภัยอันตรายในอนาคตนั้นไม่ควรตีความให้เคร่งครัดจนเกินไปนัก เพราะเมื่อมีการประทุษร้ายไปครั้งหนึ่งแล้วก็ย่อมทำให้เกรงว่าจะเกิดการประทุษร้ายขึ้นอีกได้ และเพื่อจะหลีกเลี่ยงการประทุษร้ายที่จะเกิดขึ้นอีกก็ย่อมมีสิทธิที่จะกระทำการโต้ตอบผู้ประทุษร้ายเพื่อเป็นการป้องกันไว้ก่อนได้ กล่าวคือ ตราบใดที่การประทุษร้ายยังไม่หมดไปผู้ถูกประทุษร้ายก็ยังได้ชื่อว่าช่วยทำหน้าที่ป้องกันสังคมอยู่ และผู้นั้นยังอยู่ในฐานะที่จะกระทำการเพื่อป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย<sup>199</sup> นอกจากนี้ตามประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศส ยังมีบทกฎหมายที่พอจะเทียบเคียงเกี่ยวกับการกระทำไว้เพื่อเป็นการป้องกันภัยอันตรายไว้ล่วงหน้าอยู่ในมาตรา 329 เป็นการแก้ปัญหาคอขวดของการป้องกันในเรื่องวิธีที่ใช้ในการป้องกันและเรื่องภัยอันตรายใกล้จะถึง เป็นข้อสันนิษฐานพิเศษในกรณีป้องกันโดยบัญญัติไว้ว่า

“ความจำเป็นในขณะนั้นของการกระทำเพื่อป้องกันให้รวมถึงกรณีต่อไปนี้ด้วย คือ

1. ถ้าการฆ่าหรือการทำร้ายร่างกายบาดเจ็บหรือไม่บาดเจ็บได้กระทำเพื่อต่อต้านการที่บุคคลได้ปีนป่าย หรือทำลายรั้วกำแพงหรือทางเข้าออกของบ้าน หรืออพาร์ทเมนต์ซึ่งมีบุคคลอยู่อาศัย หรือบริเวณของบ้านหรืออพาร์ทเมนต์ดังกล่าวในเวลากลางคืน
2. ถ้าการกระทำนั้นเป็นการกระทำเพื่อต่อต้านการชิงทรัพย์หรือปล้นทรัพย์โดยใช้กำลังประทุษร้าย”<sup>200</sup>

นักกฎหมายฝรั่งเศสมีความเห็นเกี่ยวกับมาตรานี้แตกต่างกัน แต่ส่วนใหญ่เห็นว่าเป็นข้อสันนิษฐานพิเศษในการป้องกัน ซึ่งในกรณีทั้งสองที่บัญญัติไว้ผู้นั้นผู้ทำการป้องกันไม่ต้องพิสูจน์

<sup>199</sup> แหล่งเดิม. หน้า 46-49.

<sup>200</sup> แหล่งเดิม. หน้า 49-50.

ว่าการประทุษร้ายนั้นเป็นภัยที่ใกล้จะถึง หรือจะเป็นอันตรายต่อชีวิตหรือต่อทรัพย์สิน ทั้งไม่ต้องพิสูจน์ว่าการป้องกันนั้นสมควรแก่เหตุหรือไม่ เพราะกฎหมายสันนิษฐานให้แล้วว่าการป้องกันเช่นนี้เป็นการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย ศาลฎีกาฝรั่งเศสได้เคยวินิจฉัยว่าเจ้าของคฤหาสน์ซึ่งได้วางกับระเบิดไว้ในเขตคฤหาสน์และมีคนร้ายปืนกำแพงเข้าไปในเขตสวนของคฤหาสน์เพื่อจะลักปลาในตอนกลางคืน แต่ไปถูกกับระเบิดเข้าบาดเจ็บสาหัสเช่นนี้ศาลเห็นว่าไม่มีความผิดโดยอ้างมาตรา 329

อย่างไรก็ตามยังมีความเห็นอีกแนวหนึ่งโต้แย้งว่า ข้อสันนิษฐานตามมาตรา 329 ดังกล่าว ไม่น่าเป็นข้อสันนิษฐานเด็ดขาดที่ไม่สามารถจะพิสูจน์ให้เห็นเป็นอย่างอื่นได้ หรืออีกนัยหนึ่งก็คือเป็นข้อสันนิษฐานไม่เด็ดขาด ซึ่งต่อมาได้มีคำพิพากษาศาลฎีกาฝรั่งเศสวินิจฉัยว่า ข้อสันนิษฐานนี้ต้องเป็นข้อสันนิษฐานไม่เด็ดขาด คู่กรณีสามารถนำสืบหักล้างได้ว่าการกระทำเพื่อป้องกันนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมายเพราะยังไม่มียันตรายที่ใกล้จะถึง และไม่เป็นการสมควรแก่เหตุ

จากหลักกฎหมายในมาตรา 329 และแนวคำวินิจฉัยของศาลฎีกาฝรั่งเศสดังกล่าว พอสรุปได้ว่า กฎหมายอาญาฝรั่งเศสได้ยอมรับแนวความคิดเกี่ยวกับการกระทำไว้เพื่อเป็นการป้องกันอันตรายไว้ล่วงหน้าในระดับหนึ่ง กล่าวคือมิใช่บุคคลจะใช้สิทธิป้องกันได้ทุกกรณี การใช้สิทธิป้องกันล่วงหน้าถูกจำกัดอยู่เฉพาะตามที่กฎหมายกำหนดเท่านั้น ซึ่งเมื่อเข้าหลักเกณฑ์ตามที่กฎหมายกำหนดจะสันนิษฐานไว้ก่อนว่าเป็นการกระทำเพื่อป้องกันทั้งสิ้น แต่ข้อสันนิษฐานดังกล่าวอีกฝ่ายนำมาสืบหักล้างได้ว่ามิใช่ภัยอันตรายที่ใกล้จะถึงอันจะใช้สิทธิป้องกันได้

### 3.4 กฎหมายว่าด้วยการป้องกันตนเองของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี<sup>201</sup>

ตาม Penal Code of the Federal Republic of Germany ในส่วนของการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย (Title Four Necessary Defense And Necessity) ในมาตรา 32 ถึงมาตรา 35 โดยมาตรา 32 วางหลักเกณฑ์ถึงความจำเป็นในการป้องกันไว้ดังนี้<sup>202</sup>

(1) ผู้ใดมีความจำเป็นในการกระทำการป้องกันถือว่ากระทำนั้นไม่เป็นการผิดกฎหมาย

(2) ความจำเป็นในการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย หมายความว่าความจำเป็นในการป้องกันอันตรายที่มีชอบด้วยกฎหมายที่ใกล้จะถึงซึ่งเกิดกับตนเองหรือผู้อื่น

<sup>201</sup> เอกพล ปริมา. เล่มเดิม. หน้า 32-37.

<sup>202</sup> Notwehr (1) Wer eine tat be geht, die durch Notwehr geboten ist, handelt nicht rechtswidrig (2) Notwehr ist dir Verteidigung, die erforderlich ist, um einen gegenwaertigen rechtswidrigen Angriff von sich oder einem anderen abz uwenden.

ส่วนมาตรา 33 เป็นการป้องกันเกินความจำเป็น ซึ่งกำหนดให้บุคคลถ้าได้กระทำไปโดยผิดกฎหมายแต่ได้กระทำไปเพราะสำคัญผิด ความกลัวหรือตกใจกลัว บุคคลนั้นไม่ต้องรับโทษ และความจำเป็นในมาตรา 34 ได้กำหนดแนวทางการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย ถ้าใครก็ตามต้องเผชิญหน้ากับภัยอันตรายโดยผิดกฎหมายและใกล้ถึงแก่ชีวิต ส่วนใดของร่างกาย เสรีภาพ เกียรติยศ หรือกระทำการอื่นใด จึงได้กระทำไปเนื่องจากไม่สามารถหลีกเลี่ยงด้วยประการอื่นใดได้ ถ้าการกระทำนั้นพอสมควรแก่เหตุและได้สัดส่วนกับระดับอันตรายของภัยคุกคามนั้น การกระทำนั้นได้รับการคุ้มครองตามกฎหมาย นอกจากนี้ ตามมาตรา 35 ยังได้กำหนดเหตุยกเว้นโทษสำหรับการกระทำเพื่อป้องกัน โดยสรุปได้ว่าใครก็ตามที่ต้องเผชิญหน้าหรือเชื่อว่ากำลังเผชิญหน้ากับภัยอันตรายโดยผิดกฎหมายและใกล้ถึงแก่ชีวิต ส่วนใดของร่างกาย เสรีภาพ เกียรติยศ หรือกระทำการอื่นใดแก่ตัวเองหรือผู้อื่น โดยไม่สามารถหลีกเลี่ยงได้ จึงได้กระทำไปเพื่อป้องกันภัยดังกล่าวโดยพอสมควรแก่เหตุ ผู้นั้นไม่มีความผิด รวมทั้งได้กำหนดบทสันนิษฐานตามกฎหมายว่ามีเหตุใดบ้างที่ไม่ต้องลงโทษและลงโทษน้อยกว่ากฎหมายกำหนดตามอนุมาตราต่าง ๆ ของมาตรา 49

การป้องกันเป็นสิทธิของปัจเจกชนและสิทธิทางสังคม ไม่ได้ถูกจำกัดอยู่เฉพาะผู้ถูกประทุษร้ายเท่านั้นหากยังขยายไปยังบุคคลที่สามและรัฐด้วย การป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายไม่ได้เป็นสิทธิเด็ดขาดที่จะถูกนำมาใช้ได้ทุกกรณี แต่จะถูกนำมาใช้เมื่อไม่เป็นการขัดกับภารกิจทางสังคม<sup>203</sup> ซึ่งจะได้สรุปหลักเกณฑ์การป้องกันในแต่ละหัวข้อดังต่อไปนี้<sup>204</sup>

1) การประทุษร้าย (Angriff) หมายถึงการทำอันตราย (Verletzung) หรือก่ออันตราย (Gefährdung) ต่อประโยชน์ต่าง ๆ ที่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายซึ่งเป็นผลมาจากการกระทำของมนุษย์ การประทุษร้ายจำเป็นต้องมีคุณสมบัติของการกระทำ (Handlungssqualitaet) การประทุษร้ายไม่จำเป็นต้องเป็นการกระทำที่ครบองค์ประกอบของความผิดตามความหมายของประมวลกฎหมายอาญาและไม่จำเป็นต้องมีเป้าหมาย

2) ความมิชอบด้วยกฎหมาย (Rechtswidrig) การประทุษร้ายต้องเป็นการกระทำที่มิชอบด้วยกฎหมาย กล่าวคือการประทุษร้ายเป็นการทำอันตรายต่อระบบกฎหมายในทางภาวะวิสัย (Objektiv) และผู้ถูกประทุษร้ายไม่จำเป็นต้องยอมรับ ดังนั้นการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายสามารถอ้างได้ไม่เพียงแต่การกระทำที่ผู้ประทุษร้ายมีความชั่ว (Schuldhaft) เท่านั้น หากรวมถึงการกระทำที่ผู้ประทุษร้ายปราศจากความชั่วด้วย เช่น คนมีนเมา คนวิกลจริต เด็ก เป็นต้น

<sup>203</sup> สุรสิทธิ์ แสงวิโรจน์พัฒน์. (2539, ตุลาคม-ธันวาคม). “การป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายตามกฎหมายอาญาเยอรมัน.” *ศุลพาหะ*. หน้า 134.

<sup>204</sup> แหล่งเดิม. หน้า 135.

3) ใกล้เคียงถึง (Gegenwaertig) การประทุษร้ายนอกจากจะเป็นการไม่ชอบด้วยกฎหมายแล้วยังต้องเป็นการประทุษร้ายที่ใกล้เคียงถึงด้วย กล่าวคือ การประทุษร้ายที่ใกล้เคียงเกิดขึ้นโดยตรง (der unmittelbar bevorsteht) เกิดขึ้นแล้ว (Stattfindet) หรือยังคงดำเนินอยู่ (Fortdauert) การประทุษร้ายที่มีชอบด้วยกฎหมายแม้ยังไม่ถึงขั้นพยายามกระทำความผิดหรือการประทุษร้ายที่มีชอบด้วยกฎหมายได้กระทำความผิดจนถึงขั้นเป็นความผิดสำเร็จแล้ว หากการประทุษร้ายดังกล่าวยังไม่สิ้นสุดลง ก็ยังคงถือว่าเป็นการประทุษร้ายที่ใกล้เคียงถึง ความหมายของภัยอันตรายที่จะทำการป้องกันนั้นต้องเป็นภัยอันตรายที่เกิดขึ้นในปัจจุบันและเกิดขึ้นแล้ว หรือยังคงดำเนินอยู่ในขณะนั้น ถ้าภัยอันตรายที่กำลังจะเกิดขึ้นในอนาคตหรือเกิดขึ้นสิ้นสุดสมบูรณ์แล้วในอดีต ไม่อาจที่จะเป็นการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายได้<sup>205</sup>

อย่างไรเป็นการประทุษร้ายที่ใกล้เคียงถึง พิจารณาจากความรู้สึกของผู้ป้องกันตน หากพิจารณาจากภาวะวิสัยแล้ว ผู้กระทำการป้องกันจะทำอะไรไม่ได้ เพราะตนไม่รู้ว่าภาวะวิสัยเช่นนั้นเป็นอย่างไร แท้จริงต้องดูที่จิตใจ และผู้กระทำการป้องกันเป็นสำคัญ หากดูตามภาวะวิสัยจะไม่ถูกต้อง เช่น ก.จะยิง ข. โดยที่ไม่รู้ว่า ข. กำลังจะยิง ก. หากพิจารณาตามภาวะวิสัยแล้ว ก.มีอำนาจป้องกันเพราะภาวะเช่นนั้น ก. กำลังจะถูกยิง แต่หากดูจากความรู้สึกของ ก. แล้ว ก. ไม่รู้ถึงภาวะวิสัยว่า ข.กำลังจะยิงตนก็ไม่ใช่การป้องกัน ไม่ใช่พิจารณาจากความเห็นของผู้ถูกระทุษร้าย เช่น พนักงานป่าไม้สามารถอ้างการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายด้วยการใช้ปืนยิงในกรณีที่เป็นผู้บุกรุกป่า และร้องตะโกนให้ผู้บุกรุกทิ้งปืน แต่ผู้บุกรุกปากลับหนีไปพร้อมกับปืนถือว่าการบุกรุกยังคงมีอยู่แม้ว่าการกระทำของผู้บุกรุกยังไม่ถึงขั้นพยายามกระทำความผิด เจ้าของสวนผลไม้ไม่สามารถอ้างการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายด้วยการใช้ปืนยิงหากไม่อาจยับยั้งการหลบหนีของขโมยได้โดยวิธีอื่น ในกรณีที่ขโมยหลบหนีไปพร้อมกับผลไม้ที่ถูกลักโดยมีเสียงตะโกนของเจ้าของสวนผลไม้ไล่ตามหลังไป ถือว่าการประทุษร้ายต่อทรัพย์สินยังคงมีอยู่แม้ว่าจะมีการนำเอาผลไม้ไปอันเป็นความผิดสำเร็จฐานลักทรัพย์แล้วก็ตาม<sup>206</sup> ในทางตรงข้ามหากเจ้าของสวนผลไม้พบขโมยในวันรุ่งขึ้น เจ้าของสวนผลไม้ไม่สามารถอ้างการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายได้ เพราะกรณีดังกล่าวถือว่าการประทุษร้ายได้ยุติลงแล้ว ดังนั้นบรรทัดฐานของการประทุษร้ายที่ใกล้เคียงถึงในกรณีดังกล่าวนี้จึงต้องพิจารณาจากพื้นฐานที่ว่าสถานการณ์ยังคงเป็นเช่นเดิมหรือไม่ และมีการเปลี่ยนแปลงสภาพการครอบครองภายนอกสถานการณ์ดังกล่าวหรือไม่<sup>207</sup>

<sup>205</sup> Manual of German Law, H. M. Stationary office, 1952.

<sup>206</sup> George p. Fletcher. Op. cit. pp. 967-968.

<sup>207</sup> สุรสิทธิ์ แสงวิโรจน์พัฒน์. เล่มเดิม. หน้า 139-140.



การพิจารณาเรื่องภัยอันตรายใกล้จะถึงนั้น ความมียู่ของภัยอันตรายค่อนข้างจะมีการตีความขยายขอบเขตดังที่ได้เคยมีคดีบรรทัดฐาน (Classic case) ในปี ค.ศ. 1920 ศาลสูงของเยอรมนีได้พิจารณาคดีที่จำเลยเป็นเจ้าของสวนผลไม้ ซึ่งได้ยิงขโมย 2 คน ผู้ที่กำลังถือผลไม้ขณะวิ่งหนีจนถึงแก่ความตาย จำเลยอ้างว่าได้กระทำเพื่อป้องกันทรัพย์สินของตนเอง ศาลวินิจฉัยว่าจำเลยสามารถทำได้โดยชอบด้วยกฎหมาย หากเป็นวิถีทางเดียวที่จะหยุดยั้งภัยอันตราย นอกจากนี้แล้วศาลสูงของเยอรมนีได้วินิจฉัยข้อเท็จจริงที่มีอยู่ว่า ได้เกิดมีการบุกรุกเข้าไปในเคหสถานของครอบครัวหนึ่งหลายต่อหลายครั้ง ทำให้ไม่ได้หลับนอนและมีการแจ้งเหตุให้ตำรวจทราบแล้ว แต่ก็ไม่สามารถป้องกันได้จำเลยจึงได้เตรียมปืนไว้ เมื่อมีการบุกรุกอีกจำเลยจึงถือปืนและไล่ตามผู้บุกรุกออกไปนอกบ้าน และยังไล่ตามออกไปยังท้องถนน จำเลยร้องเตือนให้ผู้บุกรุกหยุดถ้าไม่เชื่อจะยิง เมื่อผู้บุกรุกไม่เชื่อจึงถูกยิง ศาลเห็นว่าจำเลยมีความชอบธรรมในการฆ่าผู้บุกรุกเนื่องจากเห็นว่า แม้ผู้บุกรุกจะหลบหนีแล้วลักษณะของการใกล้จะถึง (Imminent) ก็ยังมีอยู่ แม้ว่าจะมีช่วงคั่นก็ตามศาลไม่ถือว่า การบุกรุกที่เกิดขึ้นเป็นการบุกรุกที่เกิดขึ้นต่อหน้าเท่านั้น<sup>208</sup>

จากหลักที่กล่าวมาแล้วการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายมีข้อที่ต้องพิจารณาอีกดังนี้คือ

ก) คุณธรรมทางกฎหมาย (Notwehrfahige Rechtsgüter) โดยประโยชน์ต่าง ๆ ของผู้ถูกประทุษร้ายที่ได้รับการคุ้มครองตามกฎหมาย ซึ่งไม่จำกัดเฉพาะชีวิตและร่างกายเท่านั้น หากแต่รวมถึงเสรีภาพและเกียรติ ธรรมสิทธิ์และการครอบครอง เป็นต้น คุณธรรมทางกฎหมายของรัฐหรือนิติบุคคลอื่น ๆ ตามกฎหมายมหาชน สามารถถูกอ้างเพื่อใช้สิทธิป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายได้ หากเป็นคุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนเอกชน ด้วยเหตุนี้ความผิดฐานลักทรัพย์และทำให้เสียทรัพย์ซึ่งเป็นการประทุษร้ายต่อกรรมสิทธิ์สาธารณะ (Oeffentliches Eigentum) คนในสังคมทุกคนจึงสามารถอ้างสิทธิป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายได้

ข) ความจำเป็นที่จะต้องป้องกัน การตอบโต้การประทุษร้ายอันมิชอบด้วยกฎหมายและใกล้จะถึง จะถูกอ้างว่าเป็นการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายต่อเมื่อเป็นสิ่งที่จำเป็น ซึ่งเป็นเรื่องในทางภาวะวิสัยและเป็นการพิจารณาในขณะที่กระทำการป้องกัน (Ex ante) เป็นการสมมติบุคคลที่สามที่มีความระมัดระวัง และอยู่ในสภาวะอย่างเดียวกันกับผู้ถูกประทุษร้ายขึ้นมาเป็นผู้วินิจฉัยข้อเท็จจริงต่าง ๆ ความจำเป็นที่จะต้องป้องกันโดยหลักการแล้วไม่ได้วางอยู่บนพื้นฐานของการชั่งน้ำหนักของความสัมพันธ์ในทางคุณค่าของสมบัติที่เกี่ยวข้อง กล่าวคือ ความได้สัดส่วนกันระหว่างอันตรายต่อคุณธรรมทางกฎหมายที่จะถูกประทุษร้ายและการทำอันตรายต่อคุณธรรมทางกฎหมาย

<sup>208</sup> Danielle R. Dubin. (1995). *A women's for help: why The United States should apply Germany's model of self-dense for the battered woman*, 2:235 ILSA Journal of Int'l & Comparative Law. 235, 262.

ด้วยการป้องกัน ไม่ใช่เป็นสิ่งจำเป็น และจากสภานิติบัญญัติหมายความว่าความถูกต้องไม่จำเป็นต้องอ่อนข้อให้กับความไม่ถูกต้อง ด้วยเหตุนี้ในกรณีที่ทำเป็นที่ไม่สามารถหลีกเลี่ยงโดยใช้วิธีอื่น ๆ ได้ ผู้ถูกประทุษร้ายสามารถที่จะป้องกันตนเองจากการประทุษร้ายโดยวิธีที่เหลื่ออยู่ได้ และในกรณีที่ผู้กระทำการป้องกันมีวิธีการที่จะตอบโต้ต่อการประทุษร้ายหลายวิธี แต่ให้ผลที่เหมือนกันผู้กระทำการป้องกันต้องเลือกใช้วิธีที่ก่อให้เกิดความเสียหายน้อยที่สุด ผู้ทำการป้องกันมีเจตนาที่จะป้องกันแม้ว่าจะมีมูลเหตุจูงใจอื่น ๆ รวมอยู่ด้วยก็หาต้องห้ามไม่ ถ้าขาดเจตนาที่จะป้องกันก็ไม่ใช่กรณีการป้องกันโดยชอบกฎหมาย

ค) ข้อจำกัดของการใช้สิทธิป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย เป็นการพิจารณาถึงขอบเขตของการตอบโต้ต่อการประทุษร้าย ซึ่งพิจารณาได้ 3 ประการ คือ

1) การตอบโต้ต่อการประทุษร้ายของคุณธรรมตามกฎหมายที่มีคุณค่าเพียงเล็กน้อยความได้สัดส่วนกันระหว่างอันตรายต่อคุณธรรมตามกฎหมายที่จะถูกประทุษร้ายและการทำอันตรายต่อคุณธรรมตามกฎหมายด้วยการป้องกัน ถูกลำมาเป็นบรรทัดฐานในการพิจารณาถึงสิทธิในการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย ด้วยเหตุนี้ หากผลของการกระทำจากการป้องกันไม่ได้สัดส่วนอย่างมากกับความเสียหายที่คุกคาม ถือว่าเป็นการใช้สิทธิที่มีชอบ และไม่ใช้กรณีของการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย ทั้งนี้เพราะว่าการใช้สิทธิป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายก็อยู่ภายใต้หลักกฎหมายทั่วไป กล่าวคือ การใช้สิทธิดังกล่าวไม่สามารถถูกอ้างได้หากเป็นการใช้สิทธิโดยมิชอบ<sup>209</sup>

2) การตอบโต้ต่อผู้วิกลจริต เด็ก ผู้มีนเมา ผู้กระทำด้วยความสำคัญผิดหรือกระทำโดยประมาท จะถูกจำกัดอยู่เฉพาะเพื่อการคุ้มครองทรัพย์สิน และผู้ถูกประทุษร้ายสามารถทำร้ายผู้ประทุษร้ายเพียงกรณีที่ไม่อาจหลีกเลี่ยงโดยไม่จำเป็นต้องสละประโยชน์ต่าง ๆ ของคนที่ถูกคุกคาม<sup>210</sup>

3) การตอบโต้ต่อการประทุษร้ายที่ถูกขู่ขู่ เป็นกรณีที่บุคคลซึ่งก่อเหตุขึ้นก่อนโดยตั้งใจเพื่อให้มีการประทุษร้ายและจะได้เป็นเหตุให้ตนเองสามารถที่จะทำร้ายบุคคลอื่น โดยการอ้างการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งในกรณีดังกล่าวผู้ถูกประทุษร้ายซึ่งเป็นผู้ก่อเหตุขึ้นก่อนจะต้องหลีกเลี่ยงจากการใช้กำลังประทุษร้าย และโดยทั่วไปแล้วเห็นว่าผู้ถูกประทุษร้ายไม่สามารถอ้างสิทธิป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายได้

<sup>209</sup> George P. Fletcher. (1985). "The Right and Reasonable." 98 Harvard Law Review 949, 996-997.

<sup>210</sup> Ibid. p. 968.

ตามประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน การป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย (No twehr) ถือว่าเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมาย (Justification) หากการป้องกันเกินขอบเขตผู้กระทำต้องรับผิดชอบที่ได้กระทำลงไป เว้นแต่จะได้กระทำไปด้วยความตื่นตื่น ตกใจ หรือกลัว

การป้องกันนั้นต้องเป็นการป้องกันการประทุษร้ายที่คุกคามคุณธรรมทางกฎหมาย การประทุษร้ายนั้นจะต้องละเมิดกฎหมาย (Unlawful) และภัยอันตรายนั้นจะต้องเกิดขึ้นในปัจจุบัน และดำเนินอยู่ในขณะนั้น ภัยอันตรายที่กำลังจะเกิดขึ้นในอนาคตหรือเกิดขึ้นสิ้นสุดสมบูรณ์แล้ว ในอดีต ไม่สามารถที่จะอ้างการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายได้ การป้องกันภัยอันตรายไว้ล่วงหน้า ไม่อาจที่จะอ้างเป็นการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายได้<sup>22</sup> การตีความตามตัวบทกฎหมายอาญาเยอรมันค่อนข้างเคร่งครัด การกระทำไว้เพื่อเป็นการป้องกันภัยอันตรายไว้ล่วงหน้าจึงแทบจะไม่ปรากฏอยู่ในแนวคิดของกฎหมายอาญาเยอรมัน นอกจากการตีความขยายขอบเขตเรื่องความมีอยู่ของภัยอันตรายและภัยอันตรายใกล้จะถึง

จะเห็นได้ว่าในต่างประเทศโดยเฉพาะในระบบ Common Law การกระทำไว้เพื่อเป็นการป้องกันภัยอันตรายไว้ล่วงหน้านั้นอาจจะกระทำได้ โดยต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขที่มีลักษณะเป็นข้อยกเว้น แต่ในระบบ Civil Law ค่อนข้างจะเคร่งครัดในการที่จะไม่อนุญาตให้มีการกระทำ นอกเหนือจากที่ได้บัญญัติไว้เป็นการเฉพาะเรื่องดังกล่าวในกฎหมายฝรั่งเศส

## บทที่ 4

### วิเคราะห์เปรียบเทียบการป้องกันอันตรายล่วงหน้าของไทยกับต่างประเทศ

ศึกษาเกี่ยวกับการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายในประเทศไทย ประวัติหลักกฎหมายของไทยในเรื่องของการป้องกัน โครงสร้างความคิดทางกฎหมายอาญาของไทย ลักษณะของการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายตลอดจนองค์ประกอบของการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย การวิเคราะห์ปัญหาเกี่ยวกับการป้องกันอันตรายไว้ล่วงหน้าเกี่ยวกับคำพิพากษาสำคัญในเรื่องของการป้องกันตามหลักกฎหมาย

#### 4.1 การป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายในประเทศไทย

การป้องกันเป็นสิทธิที่บุคคลสามารถอ้างการกระทำเพื่อยกเว้นความผิดทางอาญาเป็นหลักชั้นสำคัญเรื่องหนึ่งที่อยู่ใน โครงสร้างความคิดทางอาญา โดยมีสาระสำคัญดังนี้

##### 4.1.1 ประวัติหลักกฎหมายไทยเรื่องการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย

###### 1) สมัยกรุงศรีอยุธยา

ปรากฏหลักฐานตามกฎหมายตราสามดวงลักษณะต่าง ๆ ดังนี้

###### ก. กฎหมายลักษณะวิวาท

กฎหมายที่เกี่ยวกับการป้องกันอยู่ในมาตรา 40 ซึ่งบัญญัติว่า “การวิวาทคำตีกันแลบันดาลโกรธพาพวกผู้คนเข้าไทยพี่น้องพ้องพันธุ้ ญาติลูกหลานถือไม้ ค้อน ก้อนอิฐ ก้อนหิน และเครื่องสรรพศาสตราวุธ รุกไปตีค่าไปฟันแทง ท่านถึงที่แดนที่บ้านเรือนท่าน เข้าบ้านบาดเจ็บ ให้ไหมทวิคูณ พวกไปด้วยมิได้ลงมือให้ไหมถึงต้นเหตุลงทุกคน ถ้าเข้าบ้านตีผู้รูกนั้นบาดเจ็บไซ้ให้ยกบาดเจ็บผู้รูกนั้นเสีย ถ้าเข้าบ้านตีฟันแทงผู้รูกถึงตายจะเอาโทษเจ้าบ้านเจ้าเรือนนั้นมิได้เพราะมันสำหาวทงศักดิ์รูกที่รูกแดนท่าน ท่านว่าตายเสียอย่าให้คนทั้งคู่เยี่ยงอย่างกัน<sup>211</sup>

มาตรานี้เจ้าบ้านสามารถใช้สิทธิในการป้องกันผู้บุกรุกโดยการป้องกันตัวได้ โดยไม่มีความผิดหรือกฎหมายไม่เอาโทษนั่นเอง

<sup>211</sup> ราชบุรีดิเรกฤทธิ์, กรมหลวง. (2513). *กฎหมายเล่ม 1* (พิมพ์ในงานอนุสรณ์พระราชทานเพลิงศพ พลโทอัมพร ศรีชัยยันต์). หน้า 53.

ข. กฎหมายลักษณะผัวเมีย

มาตรา 9 บัญญัติว่า “หญิงใดทำชู้เหนือผัวผัวจับชายชู้ได้มีทันพิจารณาบันดาลโทษตีค่าฟันแทงชายชู้ที่ตายไซ้ให้พิจารณาถ้าเป็นสัจว่าชายชู้ทำชู้ด้วยเมียมันจริง มิให้มีโทษชายเจ้าเมียนั้นเลย”

มาตรานี้ให้อำนาจผัวฆ่าชู้ได้ โดยไม่มีความผิดเช่นกัน โดยกระทำในขณะที่กระทำชู้ เพราะในสมัยนั้นการมีชู้ถือได้ว่าผิดประเพณีอย่างร้ายแรง

มาตรา 102 บัญญัติว่า “ชายขอลูกสาวท่าน ถึงหลบฝาก ยังแต่จะทำงานและพ่อแม่ให้ชายฝากบำเรอห์ และทำกินอยู่ด้วยกันเป็น 2, 3 ปี และพ่อแม่หญิงให้ชายอยู่ด้วยกันไซ้ ท่านว่าเป็นเมียมีสิทธิแก่เจ้าผัวเหมือนเมียทำงาน ถ้าแลผู้ใดทำชู้ด้วยเมียดังนี้ ณ ถิ่นถานใดก็ดี แลชายเจ้าผัวฟันแทงชายหญิงซึ่งทำชู้ด้วยกันตายทั้งสองไซ้ ท่านว่าอย่าเอาโทษแก่ชายผู้ฟันแทงเลย เพราะผู้ตายทำนอกประเพณีแผ่นดินท่าน”

มาตรานี้ การอยู่กินกันแต่ยังมีได้เป็นสามีภริยาโดยถูกต้องตามกฎหมายนั้น เรียกว่าเป็นหรร (หลบฝาก) โดยต้องให้พ่อแม่ฝ่ายหญิงยินยอมเท่านั้น โดยให้ฝ่ายชายรับเลี้ยงดู (บำเรอห์) กฎหมายจึงจะถือว่าเป็นภริยาโดยชอบด้วยกฎหมาย ดังนั้นหากมีการคบชู้ กฎหมายให้ฝ่ายชายมีสิทธิฆ่าชู้ และหญิงได้โดยไม่มีความผิด เพราะถือว่าผู้ตายทำนอกประเพณีแผ่นดิน

มาตรา 116 บัญญัติว่า “ชายให้สู่ขอลูกสาวท่านถึงหลบฝาก แลหญิงมีชู้ด้วยชายอื่นก็ดี ตามชายอื่นไปก็ดี ท่านว่าให้ชายผู้สู่ขอคิดเอาเงินค่าขันหมากแต่แรกมาสู่ขอเท่าถึงขันหมากหมั้น เอาหนึ่งเป็นสอง ถ้าชายผู้สู่ขอเห็นหญิงทำชู้ด้วยชายอื่น ฟันแทงหญิงชายบาดเจ็บถึงตายไซ้ ท่านว่าชายผู้นั้นสู่ขอนั้นละเมิด ให้ลงโทษตามพระอัยการผู้ร้ายฟันแทงโดยบาดเจ็บถึงตายนั้น”

มาตรานี้ ชายไปสู่ขอหญิง แต่ยังมีได้เป็นสามีภริยาโดยถูกต้อง ชายก็ไม่มีความผิดในตัวของหญิงที่จะห้ามมิให้หญิงมีชู้ ชายมีสิทธิฟ้องเรียกค่าสินสอดคืน 2 เท่า ๆ นั้น หากชายทำร้ายหรือฆ่าชายขอมมีความผิด

ค. กฎหมายลักษณะโจร

มาตรา 64 บัญญัติว่า “ผู้ร้ายไปฟันแทงท่าน แลเขาต้องฆ่าฟันแทงผู้ร้ายนั้นตายก็ดี บาดเจ็บก็ดี ท่านมิให้มีโทษแก่ผู้ฆ่าฟันนั้นเลย ถ้าผู้ร้ายฟันแทงเขาต่อ ผู้นั้นบาดเจ็บ ท่านให้ลงโทษแก่ผู้ร้ายนั้นด้วยลวดหนั่ง โดยขนาด” มาตรานี้ให้อำนาจต่อการกระทำที่ผิดกฎหมายหรือการอันมิชอบของผู้กระทำผิด แม้ถึงความตายก็ไม่ต้องรับโทษ

มาตรา 95 บัญญัติว่า “คนตีคบคนกินเหล้าเมามายมีรู้จักกับผิดชอบเข้าริ้วบ้านท่าน ผิดเวลา ท่านมีรู้ว่าคนร้ายก็ดี ท่านไล่ฟันแทงต้องบาดเจ็บก็ดี ถึงตายก็ดี ท่านว่าเป็นกรรมของมันเอง ท่านมิให้มีโทษแก่ผู้ฟันแทงนั้นเลย...”

มาตรานี้เป็นการป้องกันสิทธิของเจ้าบ้านในเคหสถานมิให้ผู้ใดมารบกวน

มาตรา 137 บัญญัติว่า “โจรเข้าบ้านผิดเวลา และเจ้าบ้านที่นั่งด้อมมองในรั้วบ้านแลจับโจร ๆ ต่อสู้รบเจ้าบ้าน ๆ ฟืนแทงโจรตาย ท่านว่าโจรนั้นตายเสีย ถ้าแลโจรนั้นมีได้ต่อสู้ ฟืนแทงโจรมีบาดเจ็บแค้นหนึ่ก็ดี ให้จับเอาเป็นอย่าให้ฆ่าฟืนโจรนั้นตาย ถ้าฟืนแทงโจรนั้นตายให้ลงโทษแก่ผู้ทำ อนึ่ง โจรปล้นสะกดสดมภ์ก็ยกเบาลักทรัพย์สินสิ่งแลเจ้าทรัพย์สินฟืนแทงโจรตาย ๆ เสียเปล่า ถ้าแลผู้ใดมิได้กระทำตามพระราชบัญญัติ ให้ลงโทษในระวางละเมิดพระราชอาญาท่าน”

มาตรานี้ในกรณีโจรเข้าบ้าน ให้เจ้าบ้านมีสิทธิจับกุมได้ ในกรณีโจรต่อสู้ขัดขวางเจ้าบ้านมีสิทธิป้องกันโดยฆ่าโจรได้แต่ตรงกันข้าม ถ้าโจรยอมให้จับกุมโดยมิได้ต่อสู้เจ้าบ้านฆ่าโจรตาย เจ้าบ้านมีความผิด เพราะกระทำไปเกินสมควรแก่การกระทำนั้น

## 2) สมัยใช้กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127

กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 กำหนดหลักเกณฑ์ในเรื่องการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย ดังนี้

มาตรา 50 บัญญัติว่า “บุคคลที่กระทำการอย่างหนึ่งอย่างใดแต่พอสมควรแก่เหตุ โดยมีความจำเป็นเพื่อป้องกันชีวิตแลชื่อเสียงหรือทรัพย์ของตัวเองก็ดี หรือของผู้อื่นก็ดี เพื่อให้พ้นภัยอันตรายที่ผิดกฎหมาย ท่านว่าไม่ควรลงอาญาแก่มัน”

มาตรา 51 บัญญัติว่า “การต่อสู้เจ้าพนักงานที่กระทำการตามหน้าที่นั้นท่านว่ามีให้นับว่าเป็นการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย”

การป้องกันตามลักษณะอาญามาตรา 50 นี้ มีหลักเกณฑ์แตกต่างจากประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 68 เพราะกฎหมายลักษณะอาญาให้คำจำกัดความแก่ชีวิต เกียรติยศ ทรัพย์สินแลชื่อเสียงเท่านั้น แต่ตามประมวลกฎหมายอาญาให้ใช้คำว่า “เพื่อป้องกันสิทธิ” กฎหมายอาญารองการป้องกันสิทธิจึงกว้างกว่ากฎหมายลักษณะอาญา

ส่วนมาตรา 51 กฎหมายไม่อนุญาตให้ใช้สิทธิในการป้องกันต่อเจ้าพนักงานซึ่งได้กระทำตามหน้าที่ เพราะเจ้าพนักงานเป็นตัวแทนรัฐและประชาชน เพื่อสนับสนุนความศักดิ์สิทธิ์ของเจ้าพนักงานที่กระทำไปย่อมถูกต้องด้วยกฎหมายเสมอ และเพื่อให้การปฏิบัติหน้าที่เป็นไปด้วยความสะดวก จึงต้องห้ามมิให้กระทำการป้องกันหรือต่อสู้เจ้าพนักงาน ปัจจุบันมาตรา 51 นี้ ถูกยกเลิกแล้ว

## 3) ในสมัยปัจจุบันใช้ประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. 2499

ประมวลกฎหมายอาญากำหนดหลักเกณฑ์ในเรื่องของการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายดังนี้ มาตรา 68 บัญญัติว่า “ผู้ใดจำต้องกระทำการใด เพื่อป้องกันสิทธิของตนหรือของผู้อื่นให้พ้นจากอันตรายซึ่งเกิดจากการประทุษร้ายอันละเมิดต่อกฎหมายและเป็นอันตรายที่ใกล้จะถึง

ถ้าได้กระทำพอสมควรแก่เหตุ การกระทำนั้นเป็นการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย ผู้นั้นไม่มีความผิด”

ในหลักเกณฑ์ของการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายมีสาระสำคัญดังนี้

1. มีอันตรายซึ่งเกิดจากการประทุษร้ายอันละเมิดต่อกฎหมาย
2. ภัยอันตรายนั้นเป็นภัยอันตรายที่ใกล้จะถึง
3. ผู้กระทำจำต้องกระทำการใดเพื่อป้องกันสิทธิของตนหรือของผู้อื่นให้พ้นภัยอันตรายนั้น
4. การกระทำโดยป้องกันสิทธินั้นไม่เกินขอบเขต

#### 4.1.2 ลักษณะของการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย

มาตรา 68 บัญญัติเกี่ยวกับ “การป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย” ว่า

“มาตรา 68 ผู้ใดจำต้องกระทำการใดเพื่อป้องกันสิทธิของตน หรือของผู้อื่นให้พ้นภัยอันตรายซึ่งเกิดจากการประทุษร้ายอันละเมิดต่อกฎหมาย และเป็นภัยอันตรายที่ใกล้จะถึง ถ้าได้กระทำพอสมควรแก่เหตุ การกระทำนั้นเป็นการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย ผู้นั้นไม่มีความผิด”

ถ้อยคำในมาตรา 68 ที่ว่า “เพื่อป้องกันสิทธิของตนหรือของผู้อื่น” แสดงให้เห็นความคิดในทางกฎหมายของ “การป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย” ว่ามีอยู่ 2 ประการ คือ

(1) คำว่า “เพื่อป้องกันสิทธิของตน” แสดงว่า “การป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย” เป็น “อำนาจในการคุ้มครองตนเอง” (Selbstschutz) และ

(2) คำว่า “เพื่อป้องกันสิทธิของผู้อื่น” แสดงว่า “การป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย” เป็น “หน้าที่ในการรักษากฎหมาย” (Rechtbewährung)

“อำนาจในการคุ้มครองตนเอง” ของบุคคลนี้แสดงให้เห็นว่า การป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายกระทำได้เฉพาะกรณีของการป้องกัน “คุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนบุคคล” (Individualrechtsgut) เท่านั้น บุคคลจะกระทำเพื่อป้องกันความสงบเรียบร้อยสาธารณะ (öffentliche Ordnung) หรือเพื่อป้องกันระบบกฎหมาย (Rechtsordnung) โดยรวมไม่ได้ และ “หน้าที่ในการรักษากฎหมาย” ของบุคคลในการป้องกันสิทธิของผู้อื่นก็แสดงให้เห็นว่า การป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายต้องจำกัดอยู่เฉพาะเท่าที่เกี่ยวกับ “คุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนบุคคล” เช่นเดียวกัน เพื่อป้องกันสิทธิของผู้อื่น ผู้อื่นในที่นี้กฎหมายมิได้จำกัดว่าต้องเป็นบุคคลธรรมดา นิติบุคคลก็เป็นผู้อื่นในความหมายของการป้องกันและนิติบุคคลนี้ไม่จำกัดว่าจะต้องเป็นนิติบุคคลในทางกฎหมายแพ่งแต่รวมถึงนิติบุคคลในทางกฎหมายมหาชนด้วย

#### 4.1.3 องค์ประกอบของการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย

“การป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย” สามารถแยกองค์ประกอบได้แก่<sup>1</sup> สถานการณ์ที่ป้องกันได้ การกระทำที่เป็นการป้องกัน และการกระทำเพื่อป้องกัน

##### 4.1.4.1 สถานการณ์ที่ป้องกันได้

“สถานการณ์ที่ป้องกันได้” ย่อมเกิดขึ้นเมื่อมี “การประทุษร้ายอันละเมิดต่อกฎหมาย” และการประทุษร้ายอันละเมิดต่อกฎหมายนั้นเป็น “ภัยอันตรายที่ใกล้จะถึง” ซึ่งการประทุษร้าย อันละเมิดต่อกฎหมายเป็นภัยอันตรายที่ใกล้จะถึงที่เกิดขึ้นนั้นกระทบต่อสิทธิหรือ “คุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนบุคคล” (Individualrechtsgut)

##### 1) การประทุษร้าย

“การประทุษร้าย” คือ การกระทำของมนุษย์ที่เป็นการคุกคามสิทธิของบุคคล

“การประทุษร้าย” ไม่จำเป็นจะต้องเกิดจาก “การกระทำโดยกระทำ” (Handelndes Akt/ commission) แต่อาจเกิดจาก “การกระทำโดยการงดเว้น” (Unterlassung/Omission) การที่จักต้องกระทำเพื่อป้องกันผลก็ได้<sup>212</sup> อาทิเช่น

(1) นายหนึ่งนั่งกีดขวางทางเข้าโรงจอดรถยนต์ ทำให้นายสองไม่อาจนำรถยนต์เข้าจอดในโรงจอดรถยนต์ของตนได้

(2) มารดาไม่ให้นมแก่บุตรที่ยังเป็นเด็กอ่อน ทำให้บุตรประสบความอดอยาก ในกรณีเช่นนี้บุคคลที่สามอาจบังคับให้มารดาต้องยอมให้นมแก่บุตรได้ การกระทำของบุคคลที่สามเช่นนี้เป็นการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายได้

การที่จะพิจารณาว่าการกระทำใดเป็น “การประทุษร้าย” ที่สามารถหยิบยกขึ้นเป็นข้อกล่าวอ้างในเรื่องการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายได้นั้น จะต้องพิจารณาขณะกระทำการและต้องพิจารณาจากปัจจัยในทางภาววิสัย (Objektiv/Objective) กล่าวคือ ต้องพิจารณาจากข้อเท็จจริงที่ปรากฏภายนอกว่ามี “การประทุษร้าย” จริง ไม่ใช่พิจารณาจากส่วนจิตใจของผู้ป้องกันว่าได้มี “การประทุษร้าย” แล้ว

“การประทุษร้าย” ไม่จำเป็นจะต้องเป็นการกระทำที่มีเจตจำนงกำกับเท่านั้น กล่าวคือ ไม่จำเป็นจะต้องเป็นการกระทำโดยเจตนา ทั้งเจตนาประสงค์ต่อผลและเจตนายอมเล็งเห็นผล การกระทำโดยประมาทก็อาจเป็น “การประทุษร้าย” ได้ อาทิเช่น

นายหนึ่งขี่จักรยานผ่านพื้นถนนที่มีน้ำมันเครื่องราดครูดอยู่โดยไม่ทราบ รถจักรยานจึงลื่นไถลและจะชนนายสอง ดังนี้ การกระทำของนายหนึ่งก็เป็น “การประทุษร้าย”

<sup>212</sup> Vgl. Etwa Harro Otto, Grundkurs Strafrecht: Allgemeine Strafrechtslehre, § 8 Rundnummer 18, S. 107.



การกระทำที่ผู้กระทำได้กระทำไปโดยที่ผู้กระทำเป็นผู้ที่ปราศจาก “ความชั่ว” (Schuld) ก็อาจเป็น “การประทุษร้าย” ที่สามารถหยิบยกขึ้นกล่าวอ้างในเรื่องของ “การป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย” ได้ อาทิเช่น

นายหนึ่งเป็นนักวิกลจริตได้ใช้มีดดาบจะฟันนายสอง ดังนี้ การกระทำของนายหนึ่งก็เป็น “การประทุษร้าย”

การกระทำของสัตว์โดยลำพังหรือเหตุการณ์อันเป็นภัยธรรมชาติไม่เป็น “การประทุษร้าย” เว้นแต่มนุษย์จะได้เข้าไปเกี่ยวข้องด้วย เป็นต้นว่า การยุสุนัขให้กัดผู้อื่น

## 2) การประทุษร้ายอันละเมิดต่อกฎหมาย

ก่อนอื่นพึงสังเกตว่าถ้อยคำในบทบัญญัติมาตรา 68 นั้น กฎหมายไม่ได้ใช้คำว่า “ผิดกฎหมาย” แต่ใช้คำว่า “ละเมิดต่อกฎหมาย” ซึ่งมีความหมายที่กว้างกว่า

“การประทุษร้ายอันละเมิดต่อกฎหมาย” ในเรื่องการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายจึงไม่จำเป็นต้องเป็นการกระทำที่ “ผิดกฎหมาย” แต่หมายรวมถึงการกระทำที่ไม่สามารถหยิบยกเอา “เหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้” ขึ้นกล่าวอ้างได้ด้วยเหตุนี้ “การป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย” ต่อ “การป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย” จึงเกิดขึ้นไม่ได้ อาทิเช่น

นายหนึ่งใช้ไม้ตีทำร้ายนายสอง นายสองจึงได้ตีตอบโต้ การกระทำของนายสองเป็นการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายได้ ดังนี้ นายสามจะทำร้ายนายสองโดยอ้างเรื่องการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายไม่ได้

การกระทำที่เกิดขึ้นสืบเนื่องจากสิทธิที่จะหยุดยั้งการกระทำ เช่น สิทธิที่จะให้การศึกษาอบรมและดูแลของบิดามารดา ไม่เป็นการกระทำอันละเมิดต่อกฎหมาย อาทิเช่น

การเขียนติบัตรของบิดา ไม่เป็นการละเมิดต่อกฎหมาย

การกระทำที่เกิดจากสิทธิที่สามารถป้องกันได้ ก็ไม่เป็นการกระทำอันละเมิดต่อกฎหมายที่จะอ้างเป็นเหตุในเรื่องป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย อาทิเช่น

นายหนึ่งตีทำร้ายนายสอง นายสองจึงทำการป้องกัน ดังนี้ นายหนึ่งจะอ้างการป้องกันต่อนายสองไม่ได้

## 3) สิทธิที่ป้องกันได้

คำว่า “สิทธิ” ที่ตามบัญญัติไว้ในมาตรา 68 นั้น ก็คือ “คุณธรรมทางกฎหมาย” (Rechtsgut) นั่นเอง

“สิทธิ” หรือ “คุณธรรมทางกฎหมาย” (Rechtsgut) ที่ป้องกันได้นั้น ในกฎหมายของบางประเทศมีข้อจำกัด เช่น กฎหมายอาญาออสเตรเลียจำกัด “สิทธิ” หรือ “คุณธรรมทางกฎหมาย” ที่ป้องกันได้เฉพาะในเรื่องชีวิต อนามัย ความปลอดภัยของร่างกายเสรีภาพ และทรัพย์สินเท่านั้น

แต่ตามกฎหมายของไทยเราในเรื่อง “การป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย” ไม่ได้จำกัด “สิทธิ” หรือ “คุณธรรมทางกฎหมาย” (Rechtsgut) ที่จะป้องกันได้ไว้ ฉะนั้น ตามกฎหมายของไทยเรา “คุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนบุคคล” (Individualrechtsgut) ทุกชนิดเป็นคุณธรรมทางกฎหมาย (Rechtsgut) ที่ป้องกันได้ทั้งสิ้น รวมทั้งเกียรติ ความอับอายในทางเพศ และศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์<sup>213</sup> และอื่น ๆ

“คุณธรรมทางกฎหมาย” (Rechtsgut) ของนิติบุคคลในทางกฎหมายเอกชนก็เป็น “คุณธรรมทางกฎหมาย” (Rechtsgut) ที่ป้องกันได้

“คุณธรรมทางกฎหมาย” (Rechtsgut) ของรัฐหรือของนิติบุคคลในทางมหาชนก็เป็น “คุณธรรมทางกฎหมาย” (Rechtsgut) ที่ป้องกันได้ถ้า “คุณธรรมทางกฎหมาย” (Rechtsgut) เหล่านี้เป็น “คุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนบุคคล” (Individualrechtsgut) เหตุนี้ การป้องกันกรรมสิทธิ์ของรัฐในความผิดฐานลักทรัพย์หรือความผิดฐานทำให้เสียทรัพย์จึงมีได้ อาทิเช่น

นายหนึ่งเห็นนายสองกำลังจะทุบทำลายรถยนต์ของทางราชการ นายหนึ่งจึงได้ร้องห้าม แต่นายสองก็ไม่ยอมหยุด นายหนึ่งจึงตีทำร้ายนายสองจนล้มคว่ำไป

“คุณธรรมทางกฎหมาย” (Rechtsgut) ที่เป็น “คุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนรวม” (Universalrechtsgut) โดยแท้ไม่อาจนำมาเป็นเหตุอ้างในเรื่องการป้องกัน โดยชอบด้วยกฎหมายได้ อาทิเช่น

นายหนึ่งเป็นผู้ใช้ถนนคนหนึ่งได้ชกต่อยทำร้ายนายสองซึ่งเดินออกจากร้านอาหารในลักษณะที่เมาสุราอย่างมากเพื่อที่จะมีให้ขับรถยนต์ของนายสองเองในขณะที่อยู่ในสภาพเช่นนั้น

ในกรณีที่การกระทำใดการกระทำหนึ่งตามปกติเป็นการกระทำที่กระทบต่อ “คุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนรวม” (Universalrechtsgut) ถ้าการกระทำนั้นกระทบต่อบุคคลเป็นส่วนตัวด้วย “การป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย” ก็เกิดขึ้นได้ อาทิเช่น

1) นายหนึ่งเห็นนายสองซึ่งเมาสุรามากจนไม่สามารถจะบังคับรถให้ปลอดภัยได้กำลังจะขับรถยนต์ จึงได้ห้ามปรามนายสองแต่นายสองไม่เชื่อฟัง นายหนึ่งจึงตีทำร้ายนายสองล้มคว่ำไป ดังนี้ เป็นการป้องกันความปลอดภัยของท้องถิ่นซึ่งเป็นคุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนรวม การกระทำของนายหนึ่งจึงไม่เป็นการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย

<sup>213</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา 4.

2) กรณีทำนองเดียวกับตัวอย่างที่ (1) แต่ปรากฏว่าในรถยนต์นั้นนอกจากมีบุตรสาว นายสองซึ่งมีอายุน้อยอยู่แล้วยังมีเพื่อนของบุตรสาวซึ่งเป็นบุตรของเพื่อนบ้านอีกสองคนอีกด้วยซึ่ง ทั้งหมดจะไม่ปลอดภัยในการขับรถยนต์ในขณะที่ผู้ขับเมาสุราจนไม่สามารถบังคับรถให้ปลอดภัยได้ ดังนี้ กรณีเป็นการป้องกันสิทธิของผู้อื่น และเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมาย

### 3) ภัยอันตรายที่ใกล้จะถึง

ภัยอันตราย หมายความว่า ภัยที่เป็นความเสียหายต่อชีวิต ร่างกาย เสรีภาพ ชื่อเสียง ทรัพย์สิน ซึ่งเป็นสิทธิส่วนบุคคล<sup>214</sup> ซึ่งเป็นภัยอันตรายที่เกิดจากการประทุษร้ายอันละเมิดต่อ กฎหมาย หมายความว่า ภัยที่ผู้กระทำไม่มีอำนาจตามกฎหมายที่จะกระทำได้ หากผู้ก่อภัยมีอำนาจ ทำได้โดยชอบด้วยกฎหมาย ผู้รับภัยไม่มีสิทธิที่จะอ้างป้องกัน เช่น แดงใช้ปืนยิงในหมู่บ้านโดยใช่ เหตุ อันเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมาย ตำรวจมาจับแดงอันเป็นการปฏิบัติหน้าที่โดยชอบด้วย กฎหมาย แดงวิ่งหนีตำรวจ ตำรวจไล่ตามเพื่อจับกุม โดยใช่ปืนยิงขู่มิใช่ยิง โดยมีเจตนาฆ่าแม้จะมี ภัยอันตรายต่อแดงแต่ภัยอันตรายนั้นไม่ได้เกิดจากการละเมิดต่อกฎหมายเนื่องจากเจ้าพนักงานตำรวจมี อำนาจที่จะกระทำได้ เพราะฉะนั้นการที่แดงยิงตำรวจ แดงจะอ้างป้องกันไม่ได้ ภัยอันตรายอันละเมิด ต่อกฎหมายนั้น ไม่จำเป็นต้องถึงขั้นผิดกฎหมาย เช่น ไม่จำเป็นต้องถึงขั้นลงมือเสียก่อนจึงจะป้องกันได้ เพราะเพียงเอามือล้วงกระเป๋าทำท่าจะล้วงปืนขึ้นมายิง หรือคนร้ายหลบอยู่ใต้ถุนบ้าน ไม่รู้ว่ามืออาวุธ อะไร ถือว่าเป็นภัยอันตรายใกล้จะถึงอ้างป้องกันได้<sup>215</sup> โดยผู้ป้องกันมีเหตุเชื่อว่า 1) มีภัยอันตรายอัน ละเมิดต่อกฎหมาย 2) มีความจำเป็นต้องใช้กำลังเพื่อหลีกเลี่ยงภัยอันตรายนั้น<sup>216</sup> และทั้งนี้ต้องขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงในขณะทำการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย<sup>217</sup>

ภัยที่เกิดจากการละเมิดต่อกฎหมาย หมายความว่า เป็นภัยที่เกิดจากการกระทำของบุคคล เท่านั้น โดยการประทุษร้าย ดังนั้นสัตว์ หรือสิ่งไม่มีชีวิตจะกระทำการใด ๆ ให้เป็นการละเมิดต่อกฎหมายไม่ได้ แต่เมื่อสัตว์ของผู้อื่นเข้ามาทำความเสียหายแก่ทรัพย์สิน และหากผู้กระทำได้ฆ่าสัตว์ นั้นเสีย ผู้กระทำนั้นก็เป็นการป้องกันทรัพย์สินได้ เช่น เจ้าของช้างต้องรับผิดชอบในกรณีที่ควบคุมดูแลช้าง ไม่ดี ปล่อยให้ช้างของตนซึ่งตกมัน ใช้งาแทงนายแดง แม้มีภัยอันตรายที่ป้องกันได้ ผู้ป้องกันต้องไม่มี ส่วนผิดในการก่อการภัยอันตรายนั้น คือ ผู้ป้องกันต้องถูกกระทำฝ่ายเดียวจึงจะได้กระทำให้เพื่อ ป้องกันสิทธิของตน

<sup>214</sup> เกียรติจิกร วัจนะสวัสดิ์. (2546). *คำอธิบายกฎหมายอาญาภาค 1*. หน้า 338.

<sup>215</sup> ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ. (2547). *กฎหมายอาญา หลักและปัญหา*. หน้า 261.

<sup>216</sup> Wayne R, La Fave and Austin W, Scott. Op. cit. p. 391.

<sup>217</sup> Rollin M, Perkins. Ronald N, Boyce. (1977). *Criminal law and Procedure: The Foundation*.

ในกรณีที่สมัครใจเข้าวิวาทต่อสู้กันจะอ้างป้องกันไม่ได้เช่นเดียวกัน<sup>218</sup> การวิวาท หมายถึงการสมัครใจเข้าต่อสู้ทำร้ายกัน ในระหว่างคู่วิวาทถ้าฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดจะกระทำการโต้ตอบ โดยอ้างป้องกันไม่ได้ เพราะมีส่วนผิดในการสมัครใจเข้าวิวาทต่อกัน เช่น จำเลยได้เถียงกับผู้ตาย แล้วสมัครใจเข้าวิวาท ผู้ตายและผู้เสียหายมีอาวุธในมือจะเข้าทำร้ายจำเลย จำเลยยิงผู้ตายและผู้เสียหายจำเลยอ้างป้องกันไม่ได้

การสมัครใจเข้าวิวาทต่อสู้กันนั้น ถ้าขาดตอนไปแล้วสิทธิในการป้องกันกลับคืนมา ดังเดิม เช่นจำเลยกับผู้ตายทะเลาะวิวาทชกต่อยกัน จำเลยไม่มีอาวุธเมื่อมีคนห้าม จำเลยก็หยุดวิวาทกับผู้ตาย ผู้ตายวิ่งไปหยิบไม้ จำเลยวิ่งหนีขึ้นไปบนกุฏิของ ส. แสดงว่าจำเลยไม่มีเจตนาที่จะวิวาทกับผู้ตายอีกแล้ว ฉะนั้นการที่ผู้ตายถือไม้ขึ้นไปตีจำเลยบนกุฏิของ ส. ไม่เป็นการกระทำที่ต่อเนื่องจากการวิวาทครั้งแรก แต่ถือได้ว่าผู้ตายก่อเหตุขึ้นใหม่ที่จะทำร้ายจำเลย จำเลยจึงมีสิทธิที่จะกระทำการโต้ตอบกลับมาโดยอ้างป้องกันได้

การกระทำต่อภัยที่ผ่านพ้นไปแล้ว เช่น หลังจากผู้ตายวิ่งออกมาจากห้องพักของจำเลยแล้ว จำเลยติดตามออกมาและใช้มีดแทงผู้ตายอีก 3 ครั้ง เป็นเหตุให้ผู้ตายถึงแก่ความตาย แม้การกระทำของจำเลยดังกล่าวเป็นการกระทำต่อเนื่องกระชั้นชิดกับการกระทำของจำเลยในตอนแรก ซึ่งเป็นการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย แต่เมื่อจำเลยแทงผู้ตายในขณะที่หมดโอกาสทำร้ายจำเลยแล้ว การกระทำของจำเลยในตอนนี้เป็นกระทำเกินกว่ากรณีแห่งการจำต้องกระทำเพื่อป้องกันตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 69

ส่วนภยันตรายที่ใกล้จะถึงนั้น หากภยันตรายนั้นยังอยู่ห่างไกล ผู้ที่จะรับภัยย่อมมีหนทางที่จะหลีกเลี่ยงภยันตรายเพราะหากภยันตรายยังไม่ใกล้จะถึงย่อมไม่อาจที่จะกระทำการเพื่อป้องกันได้ ภยันตรายใกล้จะถึงหมายถึงภยันตรายนั้นกำลังปรากฏอยู่เฉพาะหน้า หรือเป็นอันตรายได้เกิดขึ้นแล้ว และกำลังเกิดต่อไป โดยผู้ป้องกันเชื่อว่าเป็นภัยที่ใกล้จะถึง หรือเป็นภัยที่เกิดขึ้นโดยทันที ต้องเป็นภัยที่แท้จริงและหลีกเลี่ยงไม่ได้ ซึ่งไม่จำเป็นต้องให้ภยันตรายนั้นเกิดขึ้นแก่ตัวผู้จะต้องประสบภัยเสียก่อน โดยเหตุที่เกิดขึ้นนั้นต้องอยู่ในลักษณะหากไม่กระทำการเพื่อป้องกันแล้วจะต้องเกิดภัยอย่างแน่นอน<sup>219</sup> โดยเหตุที่เกิดขึ้นนั้นต้องอยู่ในลักษณะหากไม่กระทำการเพื่อป้องกันแล้วจะต้องเกิดภัยอย่างแน่นอน ดังนั้นถ้าภัยยังอยู่ห่างไกล ไม่ฉุกเฉินก็ไม่เกิดสิทธิป้องกัน ซึ่งถ้าภัยผ่านพ้นไปแล้วก็ไม่เป็นภยันตรายใกล้จะถึง<sup>220</sup> เช่น ผู้เสียหายเมาสุราหาเรื่องเข้าชกจำเลยก่อน จำเลยจึงชกสวน

<sup>218</sup> สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา. (2547). “รวมคำบรรยายเนติบัณฑิต ภาคหนึ่ง.” สมัยที่ 57 เล่มที่ 14. หน้า 323.

<sup>219</sup> จิตติ ดิงศกัทธิย์. (2546). กฎหมายอาญา ภาค 1. หน้า 734.

<sup>220</sup> ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ. (2547). กฎหมายอาญา หลักและปัญหา. หน้า 261.

เป็นการป้องกันพอสมควรแก่เหตุ จำเลยเพียงแต่เกรงว่าผู้ตายจะชักปืนออกมายิงทั้งที่ยังไม่มีพฤติการณ์ที่จะส่งว่าผู้ตายจะชักปืนออกมายิงจำเลยไม่ปรากฏว่ามีอาวุธ ถือว่ายังไม่มีภัยอันตรายที่จำเลยจะต้องป้องกันแต่อย่างใด หรือกรณีที่ผู้ตายกับพวกถือสิ่งคล้ายอาวุธเดินเข้ามาหาในเวลากลางคืน จำเลยร้องห้ามไว้ให้วางสิ่งของดังกล่าว ผู้ตายกับพวกจู่โจมเข้ามาใกล้ประมาณ 2-3 เมตร ทำให้เข้าใจได้ว่าจะเข้ามาทำร้ายถือว่าเป็นภัยอันตรายใกล้จะถึง จำเลยจึงยิงไปทางผู้ตายกับพวกเป็นการป้องกันพอสมควรแก่เหตุ

“ภัยอันตรายที่ใกล้จะถึง” หมายถึง ภัยอันตรายที่ปรากฏอยู่เฉพาะหน้า หรือเป็นภัยอันตรายที่ได้เริ่มเกิดขึ้นแล้ว รวมตลอดถึงภัยอันตรายที่ยังปรากฏอยู่ต่อไปอีก โดยนัยแห่งความหมายดังกล่าว “ภัยอันตรายที่ใกล้จะถึง” ก็คือ ภัยอันตรายที่เป็นปัจจุบัน<sup>221</sup> หรือเป็นภัยอันตรายโดยตรง<sup>222</sup> อาทิเช่น

นายหนึ่งมีบ้านซึ่งตั้งอยู่โดดเดี่ยว และมีคนร้ายเข้ามาลักทรัพย์เป็นประจำ นายหนึ่งจึงได้ใช้ลวดขึงบนรั้วบ้าน ครั้นเวลากลางคืนก็ปล่อยให้ไฟฟ้าให้เดินตามลวดนั้นด้วย ต่อมานายสองคนร้ายได้ปีนรั้วจะเข้าไปลักทรัพย์และถูกไฟฟ้าดูดได้รับอันตรายแก่กาย ดังนี้ต้องถือว่าเป็น “ภัยอันตรายที่ใกล้จะถึง” หรือเป็น “ภัยอันตรายปัจจุบัน” หรือเป็น “ภัยอันตรายโดยตรง” เพราะกรณีเป็นภัยอันตรายที่เกิดขึ้นเป็นประจำ

สถานการณ์ที่ป้องกันได้ย่อมเกิดขึ้นในทันทีที่ภัยอันตรายที่ใกล้จะถึงเกิดขึ้นจากการประทุษร้าย

สำหรับภัยอันตรายในอนาคตที่เป็นที่คาดหมายว่าจะเกิดในไม่ช้านั้น ในทางตำรามีความเห็นสองความเห็น กล่าวคือ เห็นว่าแท้จริงเป็นอันตรายปัจจุบันความเห็นหนึ่ง แต่อีกความเห็นหนึ่งเห็นว่าเป็นภัยอันตรายที่ทำนองเดียวกับภัยอันตรายในปัจจุบัน อาทิเช่น

บ้านของนายหนึ่งตั้งอยู่โดดเดี่ยว ปรากฏว่ามีคนร้ายเข้าไปลักทรัพย์เป็นประจำ เพื่อป้องกันทรัพย์ของตนนายหนึ่งจึงได้ใช้สายไฟฟ้าขึงทับบนหลังรั้วบ้าน พอตกลงกลางคืนก็ได้ปล่อยให้ไฟฟ้าให้เดินตามสายไฟฟ้านั้น คืนเกิดเหตุคนร้ายซึ่งได้ปีนรั้วจะเข้าไปลักทรัพย์ได้ถูกไฟดูดได้รับอันตรายแก่กาย

หากภัยอันตรายนั้นยังอยู่ห่างไกล ผู้ที่จะรับภัยย่อมมีหนทางที่จะหลีกเลี่ยงภัยอันตรายที่จะเกิดขึ้นได้ และถ้าภัยอันตรายนั้นผ่านพ้นไปแล้วก็ไม่สามารถอ้างป้องกันได้ ถ้าเพียงแต่เห็นว่าผู้ก่อภัย

<sup>221</sup> กฎหมายเยอรมันให้ความหมายของการป้องกันไว้ในประมวลกฎหมายแพ่ง มาตรา 227 และใช้คำว่า “ปัจจุบัน” (Gegenwärtig).

<sup>222</sup> ประมวลกฎหมายอาญาออสเตรีย มาตรา 3 ให้ความหมายของการป้องกันไว้และใช้คำว่า “ปัจจุบัน หรือโดยตรง” (Gegenwärtig oder unmittelbar).

ทำกริยาค้ายจะชักอาวุธออกมาทำร้ายยังไม่ถือว่าเป็นภยันตรายใกล้จะถึง โดยผู้ก่อภัยยังไม่ได้ชักอาวุธออกมา เพียงแต่ทำกริยาค้ายจะชักอาวุธออกมา ถือว่าภยันตรายนั้นยังอยู่ห่างไกล

กรณีที่ภยันตรายยังมีอยู่ เช่น ถูกตีแล้วจะตีซ้ำอีก หรือ ผู้ตายใช้ปืนยิงไปยังบ้านของจำเลย ขณะทานข้าวถูกกริยาฟุบลงไป จึงคว้ามืดโคลงจากบ้านเพื่อฟันผู้ตาย ผู้ตายยิงปืนขึ้นอีกหนึ่งนัดแต่ไม่ถูก จำเลยจึงฟันไปผู้ตายยกแขนรับแล้วหันหลังขึ้นหลังบ้าน จำเลยจึงฟันซ้ำจนปืนหลุดจากมือ แสดงว่าปืนยังอยู่ในมือของผู้ตายตลอดเวลา ภยันตรายจึงยังคงมีอยู่ จำเลยมีสิทธิป้องกันตัวได้ แดงซักมีจะแทงดำ คำมีสิทธิป้องกันได้ แม้ดำจะแย่งมีดจากมือแดง ได้ก็ไม่ได้หมายความว่าภยันตรายนั้นได้ผ่านพ้นไปหรือสิ้นสุดลงไปแล้ว เพราะแดงรูปร่างใหญ่ แล้วดำรูปร่างเล็ก ดำยังหาซ้ายพิการ เพราะฉะนั้น โอกาสที่แดงจะแย่งมีดคืนมีมากกว่า และน่าเชื่อได้ว่าถ้าได้มีดคืนจะแทงดำตาย เพราะฉะนั้นการที่ดำแทงแดงอ้างป้องกันได้

ดังนั้น พิจารณาตามความเห็นที่หนึ่งกรณีเป็นภยันตรายที่ใกล้จะถึงหรือภยันตรายปัจจุบัน เพราะเมื่อมีการกระทำผิดต่อทรัพย์สินหนึ่งเกิดขึ้นบ่อย ๆ เช่นนี้ย่อมเป็นการเหลือวิสัยที่จะให้นายหนึ่งและคนในครอบครัวผลัดเปลี่ยนกันทำหน้าที่เวรยาม และหากพิจารณาตามความเห็นที่สองแม้จะเห็นว่าเป็นภยันตรายในอนาคตตามปกติทั่วไป แต่ในสภาพเช่นนั้นก็ต้องอนุโลมว่าเป็นภยันตรายปัจจุบัน

#### 4) การวินิจฉัยสถานการณ์ที่ป้องกันได้

การที่จะวินิจฉัยว่าสถานการณ์ใดเป็นสถานการณ์ที่ป้องกันได้หรือไม่นั้นต้องวินิจฉัยสถานการณ์นั้นในทางภาวะวิสัย (Objektiv/Objective) ไม่ใช่วินิจฉัยจากความคิดของผู้ถูกระบุร้ายอาทิเช่น

ช่วงเวลาเกิดเหตุในละแวกบ้านจำเลยมีโจรผู้ร้ายชุกชุม และก่อนเกิดเหตุจำเลยถูกคนร้ายเข้ามาลักทรัพย์ การที่ผู้ตายเข้าไปในบ้านจำเลยในยามวิกาลโดยปราศจากเหตุสมควร ย่อมทำให้จำเลยสำคัญคิดว่าผู้ตายเป็นคนร้ายและจำเลยไม่อาจรู้ได้ว่าผู้ตายมีอาวุธหรือไม่ เพราะในห้องที่เกิดเหตุมืดและเป็นเวลากะทันหัน ถ้าเป็นคนร้ายซึ่งจะมาทำร้ายจำเลยจริงแล้ว การที่จะให้จำเลยรออยู่จนกว่าคนร้ายจะแสดงกริยาทำร้ายแล้ว จำเลยอาจได้รับอันตรายก่อนที่จะทำการป้องกันได้ทันทั่วทั้งที่

เจตจำนงที่จะประทุษร้ายที่มีได้ยื่นยื่นออกไปสู่ภายนอกโดยการกระทำยังไม่เป็นการประทุษร้ายตามกฎหมาย

ในกรณีที่เป็นการผิดที่มีสภาพต่อเนื่อง เช่น ความผิดฐานทำให้ผู้อื่นปราศจากเสรีภาพ ในร่างกายตามมาตรา 310 การประทุษร้ายย่อมเป็นการประทุษร้ายที่ใกล้จะถึงอยู่ตลอดเวลาที่มีสภาพ

ละเมิดต่อกฎหมายยังคงมีอยู่ กรณีตามมาตรา 310 ก็คือตราบเท่าที่ผู้อื่นยังถูกหน่วงเหนี่ยวหรือกักขังอยู่

ภยันตรายที่ใกล้จะถึงกับความผิความสำเร็จไม่ใช่เรื่องเดียวกัน กล่าวคือ แม้กรณีจะเป็นความผิจะสำเร็จแล้ว แต่อาจยังเป็นภยันตรายที่ใกล้จะถึงที่สามารถที่จะกระทำการป้องกันได้อยู่ก็ได้

#### 4.1.4.2 การกระทำที่เป็นการป้องกัน

“การกระทำที่เป็นการป้องกัน” ต้องเป็นการกระทำที่พอสมควรแก่เหตุ การป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย จะต้องกระทำพอสมควรแก่เหตุหากผู้กระทำได้ กระทำไปเกินสมควรแก่เหตุ การกระทำนั้นเป็นความผิ การดูว่าการกระทำขนาดไหนเพียงใดจึงจะถือว่าพอเพียงในการป้องกันสิทธิโดยพิจารณาลักษณะของภัย พิจารณาได้ 2 ประการ คือการกระทำพอสมควรแก่เหตุ และการกระทำที่เท่าที่จำต้องกระทำ

การกระทำที่พอสมควรแก่เหตุนั้นกฎหมายไม่ได้บัญญัติไว้โดยชัดแจ้ง จึงต้องวินิจฉัยโดยบุคคลผู้อยู่ในฐานะอย่างผู้ที่ตกอยู่ในภัยเช่นนั้น จะต้องคำนึงถึงความฉุกเฉินที่บังคับผู้ต้องรับภัยอันใกล้จะถึงให้ตัดสินใจโดยฉับพลัน และต้องคำนึงถึงความยากในการยับยั้งชั่งใจ ในสถานการณ์เช่นนั้น ซึ่งการใช้กฎหมายสำคัญอยู่ที่เรื่องการกระทำที่พอสมควรแก่เหตุหรือเกินสมควรแก่เหตุ<sup>223</sup> ซึ่งมีทฤษฎี 2 ทฤษฎี ดังนี้

1. ทฤษฎีวิธีทางน้อยที่สุด ที่จะทำได้มีละนั้นจะไม่พ้นภัย<sup>224</sup> หมายความว่าผู้กระทำต้องใช้มาตรการที่มีอยู่น้อยในการกระทำเพื่อให้พ้นภัย ซึ่งหากไม่ใช่มาตรการดังกล่าวแล้วจะไม่มีทางพ้นจากภยันตรายนั้นได้ หากมีวิธีการหลายอย่างในอันที่จะทำให้พ้นจากภยันตราย ผู้กระทำจะต้องเลือกใช้วิธีการขั้นต่ำสุด กล่าวคือ ต้องใช้วิธีการที่ก่อภยันตรายแก่ผู้ก่อภัยน้อยที่สุด หากใช้วิธีการอื่น ๆ อาจต้องถือว่าเป็นการป้องกันที่เกินสมควรแก่เหตุ<sup>225</sup> คือ มีทางเลือกอยู่น้อยและเพื่อให้พ้นจากภยันตรายขณะนั้นจึงจำเป็นที่จะต้องใช่วิธีถึงตายได้ ถือว่าผู้กระทำได้กระทำไปพอสมควรแก่เหตุ เช่น จำเลยพิการขาขวาด้านนั่งอยู่บนแคร่จะขยับตัวหนียอมไม่ทัน จำเลยยิงผู้เสียหาย 1 นัดจึงเป็นการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย หรือมีคนเอาไม้มาตี จำเลยไม่มีสิ่งที่จะมาป้องกันตัวได้เลยนอกจากมิดจงแทงสวนไป หรือ ผู้ตายถูกรถจกยานของจำเลยจนล้มลงแล้วเข้าชกต่อยจำเลยโดยไม่ทราบสาเหตุ จำเลยมีรูปร่างเล็กไม่มีทางสู้แรงปะทะ หรือหนีรอดไปได้ จึงใช้มีแทงไป 1 ที พอดีถูกอวัยวะสำคัญ เป็นการป้องกันพอสมควรแก่เหตุ เมื่อข้อเท็จจริงตามคำให้การในชั้นสอบสวนของ

<sup>223</sup> อุทธีรงค์ สมอุดร. (2536). การป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย: ศึกษาเฉพาะกรณีชอบเขตการป้องกัน. หน้า 137.

<sup>224</sup> ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ. (2547). ประมวลกฎหมายอาญาฉบับอ้างอิง. หน้า 146.

<sup>225</sup> เกียรติจักร วัจนะสวัสดิ์. (2546). คำอธิบายกฎหมายอาญาภาค 1. หน้า 368.

จำเลย แสดงพฤติกรรมการของผู้ตายว่าจะใช้มีดขอทำร้าย จำเลยใช้อาวุธยิงผู้ตาย จึงเป็นการกระทำโดยป้องกัน แต่ถ้าผู้ตายไม่ได้จู่โจมเข้ามาทำร้ายจำเลยอาจเลือกก่อวินาศกรรมอื่นที่ไม่เป็นอันตรายจนถึงตาย จำเลยยกกลับยิงที่หน้าอกของผู้ตายซึ่งเป็นอวัยวะสำคัญจึงเป็นการป้องกันเกินสมควรแก่เหตุ

2. ทฤษฎีเทียบสัดส่วนแห่งภัย หากภัยที่มีมาอาจถึงตายก็สามารถตอบโต้ถึงตายได้โดยไม่คำนึงว่าจะใช้อาวุธหรือวิธีอย่างไร คือ พิจารณาว่าอันตรายที่จะเกิดขึ้นถ้าหากได้ป้องกัน จะได้สัดส่วนกับอันตรายที่ผู้กระทำได้กระทำเนื่องจากการป้องกันนั้นหรือไม่ โดยได้กำหนดในเรื่องความพอสมควรแก่เหตุ คือ ถ้าภัยอันตรายนั้นไม่ถึงตายผู้ตายก็ไม่อาจกระทำให้อีกฝ่ายถึงตายได้ แต่ถ้าภัยอันตรายนั้นอาจทำให้ถึงตาย ผู้กระทำก็มีอำนาจกระทำให้ถึงตายได้ คือ ความพอสมควรแก่เหตุ<sup>226</sup> เช่น ใช้กำลังลากหญิงเข้าป่าข้างทางจะบ่มชี้นกระทำฆ่าเราและบุงจะฆ่า หญิงจึงใช้มีดแทงไปหลายที่จนตาย เป็นการป้องกันพอสมควรแก่เหตุ ผู้ตายก่อภัยคดตีทำร้ายและเตะโดยไม่ใช้อาวุธ ผู้ป้องกันใช้มีดแทงที่ช่องท้องแม้เพียง 1 ครั้ง ผู้ก่อภัยตาย ถือว่าเกินสมควรแก่เหตุ หากเป็นวิถีทางน้อยที่สุดเพื่อให้พ้นภัย ถือว่าเป็นการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย

การกระทำเท่าที่จำต้องกระทำ กรณีที่จำต้องกระทำกับภัยที่ใกล้จะถึง ตามปกติย่อมเป็นปัญหาอันเดียวกันถ้าภัยยังไม่ใกล้จะถึง ก็ยังไม่มีกรณีจำต้องกระทำเพื่อป้องกัน แต่หลักการกระทำเท่าที่จำต้องกระทำมีความหมายได้อีกประการหนึ่ง แม้ภัยใกล้จะถึงการป้องกันก็จะกระทำเกินกว่าที่จำต้องกระทำเพื่อป้องกันไม่ได้ คือ ถ้าภัยยังไม่ใกล้จะถึง หรือภัยนั้นสิ้นสุดผ่านพ้นไปแล้ว การที่จำต้องกระทำเพื่อป้องกันยังไม่มีหรือ ไม่มีภัยจะป้องกันอีกแล้ว การกระทำนั้นก็ไม่ได้ออกเว้นความผิด แม้จะอ้างป้องกันเกินสมควรแก่เหตุก็ได้ แต่ถ้าเป็นภัยใกล้จะถึง การที่จำต้องกระทำเพื่อป้องกันมีแล้ว หากกระทำเกินกว่าเหตุที่จำต้องกระทำเพื่อป้องกัน อาจได้รับการลดหย่อนโทษลงได้บ้างเป็นหลักที่บัญญัติขึ้นมาใช้ตามมาตรา 53 เดิม แต่มาตรา 69 บัญญัติเปลี่ยนไป โดยเพิ่มข้อความว่ากระทำเกินกว่ากรณีแห่งการจำต้องกระทำเพื่อป้องกันขึ้นอีก การวินิจฉัยจึงเปลี่ยนไปจากเดิมในส่วนนี้ ดังนั้นถ้าใดกระทำโดยเจตนาพิเศษเพื่อป้องกันสิทธิแล้ว แม้ภัยจะไม่ใกล้จะถึงหรือผ่านพ้นไปแล้ว ก็ยังเป็นการกระทำเพื่อป้องกัน แต่เกินกว่ากรณีแห่งการจำต้องทำ<sup>227</sup> ดังนั้นการกระทำเพื่อป้องกันสิทธิ ผู้ป้องกันย่อมกระทำได้เท่าที่จำต้องป้องกันเพื่อให้พ้นภัยอันตรายนั้น คือ จะป้องกันมากกว่าภัยนั้นไม่ได้ ซึ่งจะต้องคำนึงถึงเหตุการณ์ในขณะนั้น

<sup>226</sup> Wayne R. La Fave, and Austin W. Scott. Op. cit. p. 391.

<sup>227</sup> จิตติ ดิงศกัทธิย์. (2546). *กฎหมายอาญา ภาค 1*. หน้า 773.



ผู้กระทำการป้องกันจำต้องหลีกเลี่ยงที่ไม่ใช้กำลังถึงตายเว้นแต่อยู่ในที่อยู่อาศัย หรือ สถานที่ประกอบธุรกิจ<sup>228</sup> ซึ่งสามารถทำได้โดยไม่ต้องหลีกเลี่ยงจากอันตรายนั้น<sup>229</sup> เพราะที่อยู่อาศัยนั้นเป็นสิทธิพิเศษโดยไม่ต้องหลีกเลี่ยง โดยเป็นการคุ้มครองที่อยู่อาศัยของตน (Castle doctrine)<sup>230</sup> โดยเป็นการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายในความหมายอย่างกว้างซึ่งเป็นอำนาจตามกฎหมาย ผู้ถูกรุกรานไม่จำต้องหนี เช่น ผู้ตายถือมีดปลายแหลมลุยน้ำข้ามคลองจะเข้าไปฟันจำเลยถึงในบ้านแม้จำเลยจะเห็นผู้ตายก่อนและอาจหลบหนีไปได้ แต่ก็ไม่มีผลจำเป็นที่ผู้มีสิทธิครอบครองเคหสถานของตนโดยชอบจะหนีผู้กระทำผิดกฎหมาย ในกรณีที่มีการป้องกันโดยสำคัญผิด ถ้าผู้นั้นมีความเชื่อว่าจะต้องใช้กำลังในการป้องกันโดยเชื่ออย่างสุจริตว่าภัยอันตรายเกิดขึ้นนั้นก็ยกเว้นความผิดได้<sup>231</sup>

การป้องกันโดยพลาด หากกระทำโดยชอบด้วยกฎหมายพลาดไปถูกบุคคลที่ 3 ก็ถือว่าเป็นการป้องกันอยู่และผู้ใช้สิทธิโดยชอบด้วยกฎหมายไม่มีความผิด ในสถานการณ์เช่นนั้น เช่น มีคนจะเข้ามาทำร้ายจึงยิงปืนลงพื้นยับยั้งไม่ให้ผู้นั้นเข้ามาทำร้าย แต่กระสุนกระแทบพื้นแผ่กระจายไปถูกผู้อื่น เมื่อการกระทำดังกล่าวเป็นการกระทำโดยชอบด้วยกฎหมาย ผู้กระทำก็ไม่มีความผิดฐานพยายามฆ่าหรือทำร้ายร่างกายผู้อื่น

จากการศึกษาในเรื่องการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย ผู้กระทำไม่จำต้องหลีกเลี่ยงจากภัยอันตรายอันละเมิดต่อกฎหมาย ซึ่งเป็นภัยอันตรายใกล้จะถึงเพื่อป้องกันสิทธิของตนหรือของผู้อื่นให้พ้นจากภัยอันตรายนั้น และการกระทำนั้นเป็นการกระทำที่พอสมควรแก่เหตุ ผู้กระทำไม่มีความผิด โดยผู้กระทำไม่จำต้องหลีกเลี่ยง ซึ่งเป็นการกระทำเพื่อป้องกันสิทธิของตนหรือผู้อื่น

กรณีการกระทำใดจะเป็นการกระทำที่มีความตายเกิดขึ้น โดยการกระทำของเจ้าพนักงานซึ่งอ้างว่าปฏิบัติตามหน้าที่ โดยหลักเกณฑ์การอธิบายว่าพฤติการณ์ใดจะเป็นป้องกันหรือไม่ ก็โดยพิจารณาจากสถานการณ์ในการจับของเจ้าพนักงานตำรวจตามประมวลกฎหมาย วิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 83 วรรคสาม คือ ถ้าบุคคลซึ่งจะถูกจับขัดขวาง หรือจะขัดขวางการจับ หรือหลบหนี หรือพยายามจะหลบหนี ผู้ทำการจับมีอำนาจใช้วิธีหรือการป้องกันทั้งหลายเท่าที่เหมาะสมแก่พฤติการณ์แห่งเรื่องในการจับนั้น ซึ่งเป็นวิธีการจับเพื่อให้ได้ตัวผู้กระทำความผิด

<sup>228</sup> Wayne R. La Fave, and Austin W. Scott. Op. cit. p. 391.

<sup>229</sup> กฤษณะ กฤตกรานต์. (2544). การป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย: ศึกษากรณีการป้องกันในเคหสถาน. หน้า 31.

<sup>230</sup> Thomas J. Gardner, Terry M. Anderson. (2003). *Criminal law. Belmont: Thomson \ Wadsworth*. p. 107.

<sup>231</sup> Wayne R. La Fave, and Austin W. Scott. Op. cit. p. 396.

“การกระทำที่พอสมควรแก่เหตุ” คือ การกระทำที่อันเนื่องจากการตัดสินใจในทางภาวะวิสัยที่เป็นการสมควรต้องตัดสินใจเช่นนั้น อันจะทำให้การประทุษร้ายนั้นยุติลง และในการตัดสินใจนั้นได้กระทำภายใต้การเลือกเอาซึ่งวิธีการที่เหมาะสม ที่จะทำให้ความสูญเสียเกิดขึ้นน้อยที่สุดต่อผู้ประทุษร้าย

“ความพอสมควรแก่เหตุ” พิจารณาจาก “การกระทำที่เป็นการป้องกัน” ไม่ใช่พิจารณาที่ผลของการป้องกัน อาทิเช่น

จำเลยไปทวงเงินที่ผู้ตายเป็นหนี้อยู่ ผู้ตายกลับต่อจ่าเลยและติดตามเข้าไปทำร้ายซ้ำเติมอีก จำเลยอายุเพียง 19 ปี รูปร่างเล็กและเตี้ยกว่าผู้ตาย ไม่มีทางสู้แรงผู้ตายได้ จึงได้ใช้มีดแทงไป 1 ที่ บังเอิญมีไปถูกที่สำคัญเข้าผู้ตายถึงแก่ความตายดังนี้ เป็นการป้องกันตัวพอสมควรแก่เหตุ<sup>232</sup>

การกระทำใดจะเป็นการกระทำที่พอสมควรแก่เหตุหรือไม่นั้น จึงต้องพิจารณาจากสถานการณ์หรือเหตุการณ์ทั้งหมด กล่าวคือ ต้องพิจารณาทั้งในด้านการประทุษร้ายและในด้านการป้องกัน โดยเฉพาะอย่างยิ่งต้องพิจารณาความร้ายแรงของการประทุษร้าย อันตรายของผู้ประทุษร้าย และความต้องการที่จะกระทำการป้องกันตลอดจนเครื่องมือที่ใช้ในการป้องกันนั้นด้วย

ความพอสมควรแก่เหตุของการป้องกันต้องพิจารณาในทางภาวะวิสัย (Objektiv/Objective) และพิจารณาในขณะใดขณะหนึ่งนั้นเท่านั้น กล่าวคือ ต้องพิจารณากันเป็นกรณี ๆ ไปว่า ถ้าบุคคลอื่นตกอยู่ในภาวะที่ถูกประทุษร้ายเช่นนั้นแล้วเขาจะตัดสินใจอย่างไรถ้าเขาคงจะต้องตัดสินใจเช่นเดียวกันแล้ว กรณีก็ต้องถือว่าการกระทำที่เป็นการป้องกันนั้นเป็นการกระทำที่พอสมควรแก่เหตุ อาทิเช่น

นายสุจริตอายุ 18 ปี ซึ่งเป็นคนเรียบร้อยมากและตกเป็นเหยื่อกลางของการก่อวินาศกรรมของนายอันทพานักเรียนโรงเรียนเดียวกันเนื่อง ๆ หลายครั้งถูกนายอันทพารังแกจนได้รับอันตรายแก่กาย แต่ก็ยังฝืนทน วันเกิดเหตุขณะถูกทำร้ายนายสุจริตได้ใช้เหล็กฆูดซาร์ฟรยนต์ซึ่งตนพกติดตัวมาแทงนายอันทพาลเป็นเหตุให้นายอันทพาลถึงแก่ความตาย ปราบกฏการณ์นี้เกิดขึ้นต่อหน้าเพื่อนนักเรียนหลายคน ซึ่งเพื่อนนักเรียนก็ไม่มีความคิดที่จะช่วยเหลือนายสุจริตแต่ประการใด

การกระทำที่เป็นการป้องกันไม่จำเป็นจะต้องเป็นการกระทำที่เป็นการ “ขจัดปิดป้อง (Defensive) เท่านั้น แต่อาจเป็นการกระทำที่เป็นไปในทาง “ตอบโต้” (Offensive) ก็ได้

การกระทำที่เป็นการป้องกันนั้น โดยหลักแล้วไม่ใช่การกระทำที่เป็นการชั่งน้ำหนักของคุณค่าระหว่างความพอสมควรแก่เหตุกับการกระทำอันเป็นการป้องกัน เหตุนี้การกระทำอันเป็นการ

<sup>232</sup> ฎีกาที่ 598/2502 (หน้า 765), ฎีกาที่ 425/2503 (หน้า 479) และฎีกาที่ 1069/2503 (หน้า 1129).

ป้องกันกรรมสิทธิ์จากการลักทรัพย์อาจเป็นการกระทำที่มีผลถึงชีวิตได้ ถ้ากรณีจำเป็นต้องกระทำ โดยไม่มีหนทางหลีกเลี่ยงอื่น อาทิเช่น

นายหนึ่งซึ่งเป็นอัมพาตเดินไม่ได้เป็นผู้เฝ้าสวนผลไม้ นายสองไม่มาลักเก็บผลไม้ไปต่อหน้าต่อตาอย่างโจ่งแจ้ง แม้นายหนึ่งจะ ได้ใช้ปืนยิงขู่ก็ไม่เป็นผล นายหนึ่งจึงยิงนายสองถึงแก่ความตาย

ในกรณีที่ในการป้องกันเกิดผลที่รุนแรงและผลดังกล่าวเป็นผลที่ผู้กระทำการป้องกัน มิได้ประสงค์ให้เกิดขึ้น ผลที่หนักขึ้นนี้ไม่ทำให้การกระทำที่เป็นการป้องกันนั้นเปลี่ยนแปลงไปเป็นอย่างอื่น

โดยที่การกระทำที่เป็นการป้องกันเป็นการกระทำที่กระทำเพื่อคุ้มครองสิทธิจากการประทุษร้าย กรณีจึงต้องเป็นการกระทำที่ได้คำนึงถึงผู้ประทุษร้ายด้วย มิใช่คำนึงถึงแต่เฉพาะสิทธิของผู้กระทำความผิดเดียว เหตุนี้ผู้ป้องกันจึงต้องเลือกเครื่องมือที่จะใช้ในการกระทำการป้องกันที่มีลักษณะอันตรายและที่เป็นอันตรายน้อยที่สุด

#### 4.1.4.3 การกระทำเพื่อป้องกัน

การกระทำที่เป็นการป้องกันเป็นการกระทำ “เพื่อป้องกัน”

เมื่อการกระทำที่เป็นการป้องกันเป็นการกระทำเพื่อป้องกันแล้ว แม้ในการกระทำนั้น จะได้มีเหตุจูงใจอื่นรวมอยู่ด้วย เช่น ความเกลียดชัง โทสะ หรือความแค้น ก็ไม่ทำให้การกระทำที่เป็นการป้องกันนั้นเสียไป

การวิวาททำร้ายร่างกายซึ่งกันและกันไม่อาจอ้างว่าเป็นการกระทำเพื่อป้องกันได้ ทั้งนี้ เพราะในกรณีวิวาททำร้ายร่างกายกันและกันนี้เจตจำนงในการประทุษร้ายกับเจตนาป้องกันได้ รวมเข้าเป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน

จากการศึกษาในเรื่องการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย ผู้กระทำให้ไม่ต้องหลีกเลี่ยงจากภัยอันตรายอันละเมิดต่อกฎหมาย ซึ่งเป็นภัยอันตรายใกล้จะถึงเพื่อป้องกันสิทธิของตนหรือของผู้อื่นให้พ้นจากภัยอันตรายนั้น และการกระทำนั้นเป็นการกระทำที่พอสมควรแก่เหตุ ผู้กระทำให้ไม่มี ความผิด โดยผู้กระทำให้ไม่ต้องหลีกเลี่ยง ซึ่งเป็นกรกระทำเพื่อป้องกันสิทธิของตนหรือผู้อื่น

กรณีการกระทำใดจะเป็นการกระทำที่มีความตายเกิดขึ้น โดยการกระทำของ เจ้าพนักงานซึ่งอ้างว่าปฏิบัติราชการตามหน้าที่ โดยหลักเกณฑ์การอธิบายว่าพฤติการณ์ใดจะเป็น ป้องกันหรือไม่ ก็โดยพิจารณาจากสถานการณ์ในการจับของเจ้าพนักงานตำรวจตามประมวล กฎหมาย วิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 83 วรรคสาม คือ ถ้าบุคคลซึ่งจะถูกจับขัดขวาง หรือ จะขัดขวางการจับ หรือหลบหนี หรือพยายามจะหลบหนี ผู้ทำการจับมีอำนาจใช้วิธีหรือการป้องกัน ทั้งหลายเท่าที่เหมาะสมแก่พฤติการณ์แห่งเรื่องในการจับนั้น ซึ่งเป็นวิธีการจับเพื่อให้ได้ตัวผู้กระทำความผิด

#### 4.1.4.4 กรณีผู้ทำกรจับมีอำนาจใช้การป้องกันทั้งหลายในการจับ

ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 83 วรรคสาม บัญญัติว่า “ถ้าบุคคลซึ่งจะถูกจับขัดขวางหรือจะขัดขวางการจับ หรือหลบหนี หรือพยายามจะหลบหนี ผู้ทำกรจับมีอำนาจใช้วิธีหรือการป้องกันทั้งหลายเท่าที่เหมาะสมแก่พฤติการณ์แห่งเรื่องในการจับตัวผู้นั้น” โดยเป็นวิธีในการจับผู้กระทำความผิด ซึ่งในการใช้วิธีหรือการป้องกันกรณีผู้ถูกจับขัดขวางหรือ จะขัดขวางหลบหนี หรือพยายามจะหลบหนีก็ต้องใช้เท่าที่เหมาะสมแก่พฤติการณ์แห่งเรื่อง<sup>233</sup> ในการจับบุคคลนั้น

จากบทบัญญัติ คำว่า “ผู้ทำกรจับมีอำนาจใช้วิธีหรือการป้องกันทั้งหลายเท่าที่เหมาะสมแก่พฤติการณ์แห่งเรื่องในการจับผู้นั้น” ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 83 วรรค 3 นั้น ซึ่งเป็นวิธีปฏิบัติในการจับผู้กระทำความผิด มีการอธิบายหลักกฎหมาย ดังนี้

การที่จะใช้กำลังรุนแรงถึงตายแก่ผู้ต้องหานั้น จะมีได้ก็ต่อเมื่อเกิดการต่อสู้ขัดขวางการจับกุม แล้วเจ้าหน้าที่ตำรวจใช้สิทธิในการป้องกันภัยอันตรายที่จะเกิดขึ้นกับตนเองหรือผู้อื่น ซึ่งเป็นภัยอันตรายใกล้จะถึงและต้องทำไปโดยพอสมควรแก่เหตุ ตามหลักกฎหมายเรื่อง “ป้องกัน” ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 68 เท่านั้น<sup>234</sup> หรือ ในเรื่องการใช้วิธีหรือการป้องกันทั้งหลายตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 83 นี้ ก็เป็นลักษณะเดียวกันการป้องกันสิทธิตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 68 นั่นเอง แต่การใช้สิทธิตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 83 นี้กว้างกว่า และต้องใช้มากกว่าผู้กระทำความผิดนั้นที่จับกุมไม่ได้ หรือถ้าผู้ถูกจับใช้อาวุธร้ายแรง เจ้าพนักงานก็ต้องใช้อาวุธร้ายแรง เช่นกัน นอกจากนี้ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 68 ก็ยังเป็นบทบัญญัติที่คุ้มครองเจ้าพนักงานอีกด้วย<sup>235</sup>

เมื่อพิจารณาการอธิบายและการวางหลักเกณฑ์ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 83 วรรค 3 กล่าวได้ว่ามี 2 ความเห็น คือ

ความเห็นแรก เห็นว่า เป็นอย่างเดียวกับกรป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายตามกฎหมายอาญา มาตรา 68 แม้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 83 วรรค 3 เป็นการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าพนักงานในการจับผู้กระทำความผิด จึงเป็นการป้องกันตนเองหรือผู้อื่น ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 68<sup>236</sup>

ความเห็นที่สอง เห็นว่า มาตรานี้เป็นมาตราสำคัญที่บัญญัติถึงวิธีการจับมาตรานี้เป็นกรเริ่มต้นที่ผู้จับจะต้องใช้วิธีสุภาพแล้วใช้วิธีการจับที่รุนแรงเพิ่มขึ้นแล้วใช้กำลังกายและอาวุธที่

<sup>233</sup> คณิต ณ นคร. (2546). *กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา*. หน้า 243-244.

<sup>234</sup> กิตติพงษ์ กิตยารักษ์. (2543). *กระบวนการยุติธรรมบนเส้นทางของการเปลี่ยนแปลง*. หน้า 105.

<sup>235</sup> สมพร พรหมพิตร. (2545). *คดีวิสามัญฆาตกรรม*. หน้า 2.

<sup>236</sup> สุวัฒน์ ใจหาญ. (ม.ป.ป.). *คำอธิบายประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาล่ม 2*. หน้า 40.

เหนือกว่าเพิ่มขึ้น จนจับตัวผู้ถูกจับให้ได้แม้ในที่สุดทำให้ผู้ถูกจับตาย อันเป็นการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย หมายความว่าผู้จับจะต้องกระทำการใดเพื่อป้องกันสิทธิของตน หรือของผู้อื่น ให้พ้นภัยอันตราย ซึ่งเกิดจากการประทุษร้าย อันละเมิดด้วยกฎหมายและเป็นภัยอันตรายที่ใกล้จะถึง ถ้าได้กระทำพอสมควรแก่เหตุ ผู้จับไม่มีความผิด<sup>237</sup>

เมื่อพิจารณารามบทกฎหมายซึ่งบัญญัติว่า “ถ้าบุคคลซึ่งจะถูกจับขัดขวางหรือจะขัดขวางการจับ หรือหลบหนี หรือพยายามจะหลบหนี ผู้ทำการจับมีอำนาจใช้วิธีหรือการป้องกันทั้งหลายเท่าที่เหมาะสมแก่พฤติการณ์แห่งเรื่องในการจับผู้นั้น” ซึ่งเมื่อพิจารณาจากบทกฎหมายแล้วสามารถแยกได้ 2 กรณี คือ

1. ผู้ทำการจับมีอำนาจใช้วิธีทั้งหลายเท่าที่เหมาะสมแก่พฤติการณ์แห่งเรื่องในการจับผู้นั้น
2. ผู้ทำการจับมีอำนาจใช้การป้องกันทั้งหลายเท่าที่เหมาะสมแก่พฤติการณ์แห่งเรื่องในการจับผู้นั้น

การปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าพนักงานตำรวจในการจับ หรือป้องกันการหลบหนี ซึ่งเป็นผู้พิทักษ์สันติราษฎร์เพื่อควบคุม ยับยั้งและปราบปรามอาชญากรรม รวมทั้งการคุ้มครองสังคม เมื่อนำหลักเรื่องการป้องกัน โดยชอบด้วยกฎหมาย ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 68 มาเป็นหลักเกณฑ์ในการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าพนักงานซึ่งเป็นผู้ใช้อำนาจรัฐในการใช้วิธีหรือการป้องกัน เจ้าพนักงานผู้ทำการจับ หรือป้องกันการหลบหนี ซึ่งกล่าวได้ว่าเป็นการบังคับใช้กฎหมายในทางหนึ่งจึงไม่เหมาะสมเป็นอย่างยิ่งเมื่อนำหลักเกณฑ์การป้องกันตนเองโดยชอบด้วยกฎหมายมาเป็นหลักเกณฑ์ในการกำหนดปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าพนักงานตำรวจในการจับ หรือป้องกันการหลบหนี เพราะในการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าพนักงานตำรวจในการจับ หรือป้องกันการหลบหนีนั้นมีความเสี่ยงมากกว่าบุคคลธรรมดาจึงไม่ควรที่จะนำชีวิตไปเสี่ยงต่ออันตรายที่กำลังจะเกิดขึ้น โดยต้องรอให้ภัยอันตรายนั้นเกิดขึ้นก่อนแล้วจึงจะใช้กำลังหรืออาวุธได้

เช่นนี้ การป้องกันทั้งหลายเท่าที่เหมาะสมแก่พฤติการณ์แห่งเรื่องในการจับ หรือป้องกันการหลบหนี โดยเฉพาะในกรณีผู้กระทำความผิดจะหลบหนีจากการจับ หรือหลบหนีจากการควบคุม เจ้าพนักงานผู้ทำการจับสามารถใช้กำลังหรืออาวุธเพื่อจับ หรือเพื่อป้องกันการหลบหนี ซึ่งเป็นการกระทำเพื่อให้ได้ตัวผู้กระทำความผิด จึงเป็นการป้องกันในความหมายอย่างกว้าง เพื่อเจ้าหน้าที่ตำรวจทำการจับจะบรรลุถึงวัตถุประสงค์และหน้าที่ของเจ้าพนักงาน ภายใต้สถานการณ์เช่นนั้น

<sup>237</sup> ไพฑูรย์ เนติโพธิ์. (2546). คำอธิบายกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา เล่ม 2. หน้า 301.

ศาลประเทศสหรัฐอเมริกาวินิจฉัยว่าหลักการใช้กำลังจับกุมไม่ใช่หลักป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย ไม่ใช่เจ้าพนักงานจะใช้กำลังได้ต่อเมื่อเป็นการป้องกันตัว เจ้าพนักงานของรัฐทำหน้าที่ป้องกันปราบปรามอาชญากรรมไม่จำเป็นต้องเอาชีวิตเข้าไปเสี่ยงจนถึงขนาดที่ว่าจะต้องให้ผู้ร้ายชกปืนก่อนแล้วถึงจะยิง เจ้าพนักงานยิงก่อนได้ถ้าเห็นว่ามีเหตุอันสมควรเชื่อว่าผู้ร้ายจะกระทำอันตรายและไม่ได้มีหลักเกณฑ์ว่าจะต้องเป็นกัณฑ์อันตรายใกล้จะถึงด้วย ต้องทำความเข้าใจให้ดีว่าหลักเรื่องการ ใช้กำลังเข้าทำการจับกุมจนกระทั่งเป็นเหตุให้คนร้ายถึงแก่ความตายไม่ใช่หลักเรื่องการป้องกัน แต่เป็นหลักเรื่องความเป็นไปได้ที่คนร้ายจะทำอันตรายต่อเจ้าพนักงานหรือผู้อื่น ซึ่งการทำอันตรายนั้นไม่จำเป็นว่าจะต้องทำให้เขาถึงตาย บาดเจ็บสาหัส (Tennessee v. Garner, 472 U.S.1, 1985) โดยในคดีนี้ Garner ได้มีกริยาท่าทางว่าจะทำร้ายซึ่งเป็นอันตรายต่อเจ้าพนักงานตำรวจหรือผู้อื่น เจ้าพนักงานตำรวจจึงไม่มีความผิด

ดังนั้น การป้องกันทั้งหลายเท่าที่เหมาะสมแก่พฤติการณ์แห่งเรื่องในการจับผู้ร้ายนั้น จึงไม่ใช่หลักเกณฑ์อย่างเดียวกันกับการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 68 ในกรณีที่ผู้ทำการจับมีอำนาจใช้วิธีทั้งหลายเท่าที่เหมาะสมแก่พฤติการณ์แห่งเรื่องในการจับผู้ร้ายนั้น จึงเป็นวิธีหรือขั้นตอนในการจับหรือป้องกันการหลบหนี

#### 4.2 วิเคราะห์คำพิพากษากรณีที่ไม่ถือเป็นการป้องกันกัณฑ์อันตรายไว้ล่วงหน้ากับกรณีที่ไม่ถือเป็นการป้องกันกัณฑ์อันตรายไว้ล่วงหน้า

หลักเกณฑ์เรื่องการป้องกันตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 68 การป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย ต้องเป็นการป้องกันกัณฑ์อันตรายที่ใกล้จะถึง ดังนั้น เมื่อมีข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการกระทำไว้เพื่อป้องกันกัณฑ์อันตรายไว้ล่วงหน้าเกิดขึ้น จึงมีปัญหาว่าการกระทำดังกล่าวเป็นการใช้สิทธิป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายหรือไม่

ในวิทยานิพนธ์นี้ จะศึกษาและวิเคราะห์แนวคำพิพากษาของศาลฎีกาเกี่ยวกับการกระทำไว้เพื่อเป็นการป้องกันกัณฑ์อันตรายล่วงหน้าว่าศาลใช้หลักกฎหมายใดปรับวินิจฉัย เป็นหลักการป้องกันตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 68 หรือไม่ และหลักดังกล่าวถูกต้องเหมาะสมเพียงใด ดังจะได้พิจารณาต่อไปนี้

##### 4.2.1 วิเคราะห์คำพิพากษาของศาลที่ถือว่าไม่เป็นการป้องกันกัณฑ์อันตรายไว้ล่วงหน้า

###### 4.2.1.1 วิเคราะห์คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 32/2510

คำพิพากษาศาลฎีกาดังกล่าวพิจารณาข้อเท็จจริงว่า เมื่อระหว่างวันที่ 27 กุมภาพันธ์ 2508 ถึงวันที่ 28 กุมภาพันธ์ 2508 เวลากลางคืนและกลางวันติดต่อกัน จำเลยนี้มีเจตนาจะทำร้ายผู้อื่นให้ได้รับบาดเจ็บถึงตายได้จึงลวดไ้รอบ ๆ บ้าน แล้วปล่อยกระแสไฟฟ้าซึ่งมีกำลังดัน 220 โวลต์

ในวันที่ 28 กุมภาพันธ์ 2508 เวลาประมาณ 5.00 ถึง 6.30 นาฬิกา เด็กหญิงพวง ดวงดี ได้ไปกระทบ ลูกหวดซึ่งจำเลยปล่อยกระแสไฟฟ้าดังกล่าวนั้น แล้วกระแสไฟที่จำเลยปล่อยมาตามสายลวด ดังกล่าวได้แล่นเข้าสู่ร่างกายเด็กหญิงพวง เป็นเหตุให้เด็กหญิงพวงได้รับอันตรายถึงแก่ความตาย ในขณะนั้นเอง การกระทำของจำเลยดังกล่าวข้างต้นนั้นเป็นการเจตนาฆ่าคนตาย และเด็กหญิงพวง ได้ถึงแก่ความตายสมดังเจตนาของจำเลย เหตุเกิดที่ตำบลบางบัวทอง อำเภอบางบัวทอง จังหวัด นนทบุรี จำเลยนำปลั๊ก 1 อัน สายลวด 1 สาย ลวดสังกะสี 1 ขด มามอบให้พนักงานสอบสวน ขอให้ ลงโทษตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 288 และขอให้รับของกลาง

ศาลชั้นต้นวินิจฉัยว่าการกระทำของจำเลยเป็นความผิดฐานทำให้คนตายโดยไม่เจตนา จึงพิพากษาว่าจำเลยมีความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 290 ให้จำคุกมีกำหนด 6 ปี ค่าเบิก ความของจำเลยในฐานะพยานมีประโยชน์แก่การพิจารณา จึงบรรเทาโทษให้ตามมาตรา 78 หนึ่งใน สาม คงให้จำคุกไว้มีกำหนด 4 ปี ของกลางริบและศาลอุทธรณ์วินิจฉัยว่าจำเลยได้ชิงลวดไว้ใน บริเวณบ้านของจำเลย และปล่อยกระแสไฟฟ้าให้แล่นไปตามลวดนั้น ซึ่งช่างไฟฟ้าว่าลวดที่จำเลย ชิงไว้่นั้นเป็นลวดเส้นเดียวและเล็ก ตามปกติเป็นอันตรายน้อยไม่ถึงแก่ชีวิต เว้นแต่คนที่ไปถูก สายไฟฟ้านั้นจะยืนอยู่ที่และหรือตัวคนนั้นจะเปียกน้ำ จึงจะเป็นอันตรายถึงแก่ชีวิตได้ การกระทำ ของจำเลยเป็นความผิดฐานทำให้คนตายโดยไม่เจตนา และการกระทำของจำเลยดังกล่าวหาเป็นการ ป้องกันทรัพย์สินแต่อย่างใดไม่จึงพิพากษายืน

การที่ศาลชั้นต้นสั่งรับฎีกาของจำเลยเฉพาะในข้อที่ฎีกาว่าการกระทำของจำเลยเป็นการ ป้องกันหรือไม่ ซึ่งเป็นปัญหาข้อกฎหมาย ส่วนฎีกาในข้ออื่นเป็นปัญหาข้อเท็จจริง ไม่รับเป็นฎีกา และศาลฎีกาได้ตรวจพิจารณาแล้ว เห็นว่าคดีนี้มีปัญหาข้อกฎหมายขึ้นมาสู่ศาลฎีกาเพียงข้อเดียวว่า การกระทำของจำเลยเป็นการกระทำเพื่อป้องกันสิทธิของตนหรือไม่ ซึ่งศาลฎีกาจะต้องฟัง ข้อเท็จจริงตามที่ศาลอุทธรณ์ได้วินิจฉัยมาแล้วจากพยานหลักฐานในสำนวน และในกรณีเช่นคดีนี้ ศาลจะต้องพิจารณาเสมือนว่าถ้าจำเลยอยู่ในที่เกิดเหตุในขณะที่เกิดเหตุจำเลยจะมีสิทธิกระทำร้ายเพื่อ ป้องกันสิทธิของตนหรือไม่ ในคดีนี้ผู้ตายเรียนหนังสืออยู่ที่วัดละหารซึ่งจำเลยเป็นครูอยู่ ผู้ตายเป็น เด็กหญิงและเป็นหลานของจำเลย และมีบ้านอยู่ติดกันกับบ้านจำเลย เวลาจวนสว่างผู้ตายได้ เข้าไป ในเขตรั้วบ้านจำเลย จำเลยย่อมมีสิทธิทำร้ายผู้ตาย เมื่อจำเลยชิงลวดไว้ในบริเวณบ้านจำเลยและ ปล่อยกระแสไฟฟ้าให้แล่นไปตามลวดนั้น และผู้ตายมาถูกสายไฟฟ้าของจำเลยเข้าถึงแก่ความตาย จึงถือไม่ได้ว่าการกระทำของจำเลยดังกล่าวเป็นการป้องกันสิทธิของตนโดยชอบด้วยกฎหมาย ศาลชั้นต้นและศาลอุทธรณ์พิพากษามาชอบแล้ว ฎีกาของจำเลยฟังไม่ขึ้น<sup>238</sup>

<sup>238</sup> สำนักงานส่งเสริมงานตุลาการ. คำพิพากษาฎีกาปี 2510. หน้า 1-4.

จากคำพิพากษาศาลฎีกาดังกล่าวจะเห็นได้ว่า ศาลได้วินิจฉัยตามหลักของการป้องกัน โดยชอบด้วยกฎหมายที่ว่า

1. การประทุษร้ายอันละเมิดต่อกฎหมาย
2. การเป็นภัยอันตรายที่ใกล้จะถึง
3. การกระทำเพื่อป้องกัน และ
4. ความพอสมควรแก่เหตุ

ตามคำพิพากษาของศาล ไม่ปรากฏข้อเท็จจริงว่าบ้านของจำเลยเป็นแหล่งโจรผู้ร้ายชุกชุมและไม่มีการประกาศเตือนล่วงหน้าว่าจะมีการปล่อยกระแสไฟฟ้ารอบรั้วบ้าน การกระทำของจำเลยจึงไม่มีเหตุการณณ์เผชิญหน้าหรือภัยอันตรายที่ใกล้จะมาถึงซึ่งสอดคล้องกับ หลัก Face To Face ที่ว่าภัยอันตรายนั้นจะต้องเกิดจากการประทุษร้ายอันละเมิดต่อกฎหมาย เป็นภัยอันตรายที่จวนหรือเกือบจะถึงตัวผู้หนึ่ง เป็นภัยอันตรายที่ปรากฏอยู่เฉพาะหน้าหรือ เป็นภัยอันตรายที่ได้เกิดขึ้นแล้วรวมตลอดถึงภัยอันตรายที่ยังปรากฏอยู่ต่อไปอีก ทำให้การกระทำของจำเลยไม่เป็นไปพอสมควรแก่เหตุ ตามหลัก Proportionality ที่ว่าถ้าผู้กระทำได้กระทำไปเกินสมควรแก่เหตุก็เป็นกรณีที่ผู้กระทำไม่มีอำนาจกระทำได้ ส่วนการกระทำเพียงใดจึงจะถือว่าได้กระทำไปพอสมควรแก่เหตุ ซึ่งการกระทำของจำเลยใช้เส้นลวดขนาดเล็กในเวลากลางคืนไม่สามารถมองเห็นและไม่มีการประกาศเตือนล่วงหน้าการกระทำของจำเลยจึงเกินสมควรแก่เหตุจึง ไม่สอดคล้องกับหลัก Face to Face และหลัก Proportionality ดังกล่าวทั้งสอง การวินิจฉัยของศาลที่ให้จำเลยมีความผิดจึงชอบด้วยหลักการทางกฎหมายดังกล่าวแล้ว

สถานการณ์ที่ป้องกันได้ ย่อมเกิดขึ้นเมื่อมี “การประทุษร้ายอันละเมิดต่อกฎหมาย” และการประทุษร้ายอันละเมิดต่อกฎหมายนั้นเป็น “ภัยอันตรายที่ใกล้จะถึง” ซึ่งการประทุษร้ายอันละเมิดต่อกฎหมายเป็นภัยอันตรายที่ใกล้จะถึงที่เกิดขึ้นนั้นกระทบต่อสิทธิหรือ คุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนบุคคลได้ดังนี้

1. การประทุษร้าย
2. การประทุษร้ายอันละเมิดต่อกฎหมาย
3. สิทธิที่ป้องกันได้
4. ภัยอันตรายที่ใกล้จะถึง
5. การวินิจฉัยสถานการณ์ที่ป้องกันได้

ในคำพิพากษาศาลฎีกานี้เด็กมีการกระทำการประทุษร้ายหรือไม่ การประทุษร้ายหมายถึงการกระทำที่ไม่ถูกต้องหรือการกระทำที่ไม่เป็นธรรม เด็กนั้นไม่มีการประทุษร้าย การกระทำดังกล่าวเป็นการประทุษร้ายอันละเมิดต่อกฎหมายหรือไม่ เด็กไม่มีการประทุษร้ายอันละเมิดต่อ



กฎหมาย ในกรณีดังกล่าวจึงมีสิทธิที่จะป้องกันได้หรือไม่ มีสิทธิป้องกันได้เพราะตามกฎหมายของ ไทยเราคุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนบุคคลทุกชนิดเป็นคุณธรรมทางกฎหมายที่ป้องกันได้ ทั้งสิ้น เป็นภัยอันตรายที่ใกล้จะถึงหรือไม่ ภัยอันตรายใกล้จะถึงหมายถึง ภัยอันตรายที่ปรากฏอยู่เฉพาะ หน้า หรือเป็นภัยอันตรายที่ได้เริ่มเกิดขึ้นแล้ว รวมตลอดถึงภัยอันตรายที่ปรากฏอยู่ต่อไปอีก ในกรณีนี้ ไม่เป็นภัยอันตรายที่ใกล้จะถึง และการวินิจฉัยสถานการณ์ที่ป้องกันได้หรือไม่ การวินิจฉัยว่า สถานการณ์ใดเป็นสถานการณ์ที่ป้องกันได้หรือไม่ นั้นต้องวินิจฉัยสถานการณ์นั้นทางทฤษฎี คำ ว่าทฤษฎีหมายถึง ความเป็นจริงที่เห็นประจักษ์ด้วยตา รับรู้ และสัมผัสได้ด้วยตัวของผู้นั้นเอง สรุปโดยรวมในกรณีนี้ไม่สามารถอ้างป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายได้เลย

สำหรับผู้เขียนลักษณะภัยอันตรายที่รุนแรงและถูกคุกคามอย่างต่อเนื่องที่เกิดขึ้น เป็นประจำ

1. โจรขโมยชุกชุม
2. เกิดขึ้นเป็นประจำ
3. ในเวลากลางคืน
4. มีการประกาศเตือนว่ามีการปล่อยกระแสไฟฟ้าและมีรูปภาพประกอบ

ในฎีกาดังกล่าว ไม่ได้มีโจรขโมยชุกชุม หรือเกิดเหตุการณ์ขึ้นเป็นประจำและในเวลากลางคืน ไม่ได้มีประกาศเตือนว่ามีการปล่อยกระแสไฟฟ้าและมีรูปภาพประกอบ ดังนั้นฎีกานี้จึงไม่สามารถกระทำการป้องกันล่วงหน้าโดยชอบด้วยกฎหมายได้

ดังนั้นการป้องกันล่วงหน้าซึ่ง มีโจรขโมยชุกชุม บ้านเรือนส่วนมากถูกลักทรัพย์ในเคหะสถานในเวลากลางคืนเป็นประจำ ประกอบกับเจ้าหน้าที่ของรัฐมีน้อย ไม่สามารถควบคุมเหตุการณ์ดังกล่าวได้ทันทั่วทั้งที่ ประชาชนจึงสามารถป้องกันตนเองก่อนได้ โดยการปล่อยกระแสไฟฟ้า และมีการประกาศเตือนล่วงหน้า เหตุการณ์ดังกล่าวก็ย่อมเป็นภัยอันตรายที่ใกล้จะถึงได้ และการที่ผู้กระทำการป้องกันหรือจำเลยกระทำการดังกล่าวย่อมมีสิทธิที่จะอ้างป้องกันล่วงหน้าได้

#### 4.2.1.2 วิเคราะห์คำพิพากษาฎีกาที่ 1999/2511

คำพิพากษาฎีกาดังกล่าวพิจารณาข้อเท็จจริงว่า เมื่อระหว่างวันที่ 9 กรกฎาคม 2507 เวลา กลางคืนหลังเที่ยงถึงวันที่ 10 กรกฎาคม 2507 เวลากลางวัน วันและเวลาใดในสำนวนการสอบสวน ไม่ปรากฏชัด จำเลยกระทำโดยประมาทเป็นเหตุให้นายปอ แซ่จ้ง ถึงแก่ความตาย โดยจำเลยได้ใช้เส้นลวดที่ไม่มีวัตุดิบใด ๆ ห่อหุ้มจึงทางด้านบนของรั้วไม้โรงภาพยนตร์ของจำเลยทางด้านทิศใต้ ใกล้ทางเดินของบุคคลทั่วไป เพื่อป้องกันมิให้คนข้ามรั้วเข้าไปลอบดูภาพยนตร์ทางรูฝาโรงภาพยนตร์ในระดับที่คนยืนพื้นดินเอื้อมจับถึง แล้วปล่อยกระแสไฟฟ้าไปตามเส้นลวดดังกล่าว ขณะที่ภาพยนตร์กำลังฉาย จำเลยกระทำโดยปราศจากความระมัดระวังมิได้คิดถึงเลยว่าบุคคลอื่นที่

มิได้ป็นขำรื้ออาจเข้าไปจับต้องเส้นลวดดังกล่าวแล้วเข้า และอาจเกิดอันตรายแก่ผู้นั้นจนถึงชีวิตได้ เพราะเส้นลวดที่จำเลยจึงปล่อยกระแสไฟฟ้าดังกล่าวอยู่ในระดับต่ำที่คนยืนกับพื้นดินก็เอื้อมจับถึง ทั้งใกล้กับทางที่บุคคลโดยทั่วไปเดินผ่านไปมาอยู่เสมอ อาจเข้าไปทำธุระใด ๆ ที่ริมรั้วดังกล่าวแล้ว เผลอเอื้อมมือไปจับถูกเส้นลวดดังกล่าวเข้าได้ และการระมัดระวังมิให้เกิดอันตรายเช่นดังกล่าวนี้ จำเลยก็ทำได้โดยจึงลวดเส้นดังกล่าวให้สูง ยืนพื้นดินเอื้อมจับไม่ถึง กับให้ไกลพ้นระดับตรงขั้วเข้าไปข้างในจะได้ปลอดภัยแก่บุคคลทั่วไปอย่างเด็ดขาด แต่จำเลยหาได้ทำไม่ จึงเป็นเหตุให้นายปอ แซ่จ้ง ซึ่งเข้าไปยืนถ่ายปัสสาวะที่ริมรั้วตรงบริเวณที่จำเลยจึงเส้นลวดแล้วปล่อยกระแสไฟฟ้า ดังกล่าวเอื้อมมือไปจับส่วนบนของรั้วนี้มือเลยไปถูกเส้นลวดดังกล่าวเข้า กระแสไฟฟ้าจึงแล่นเข้าสู่ร่างกายของนายปอ แซ่จ้ง ถึงแก่ความตาย เหตุเกิดที่ตำบลเด่นชัย กิ่งอำเภอเด่นชัย จังหวัดแพร่ ขอศาลพิพากษาลงโทษจำเลยตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 291 และสั่งริบเส้นลวดของกลาง ทั้งนี้ศาลชั้นต้นพิจารณาแล้ว พิพากษาว่าจำเลยมีความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 291 ลงโทษจำคุกจำเลยไว้มีกำหนด 3 ปี เส้นลวดของกลางคืนเจ้าของและศาลอุทธรณ์พิจารณาแล้ว เห็นว่า ไม่ปรากฏพยานหลักฐานในสำนวนว่า จำเลยเป็นผู้ต่อสายไฟฟ้าเพื่อให้กระแสไฟฟ้าผ่านไปตามเส้นลวดดังกล่าวหรือใช้ให้ใครทำ ยังไม่พอฟังว่าจำเลยเป็นผู้กระทำโดยประมาทเป็นเหตุให้นายปอ แซ่จ้ง ถึงแก่ความตาย พิพากษากลับคำพิพากษาศาลชั้นต้นให้ยกฟ้องโจทก์ ปล่อยจำเลยและศาลฎีกาตรวจพิจารณาสำนวน ฟังแถลงการณ์และประชุมปรึกษาแล้ว โจทก์นำสืบว่า จำเลยเป็นเจ้าของโรงพยาบาลนครเด่นชัยเมื่อประมาณ 10 ปีเศษมาแล้ว จำเลยเคยใช้นายประศาสน์ มีเจริญ ลูกจ้างของจำเลยจึงลวดหนามบนรั้วไม้ที่ล้อมโรงพยาบาลนครเด่นชัยเพื่อกันคนป็นรั้วเข้าไป แล้วเอาลวดธรรมดาซึ่งด้วยเพราะลวดหนามไม่พอ จึงทางด้านตะวันออกและด้านใต้ อีก 2 ด้านไม่ได้จึงเพราะไม่มีรั้วใช้ลวดหนาม 2 ชั้น คือชั้นบนและชั้นกลาง ส่วนชั้นล่างใช้ลวดธรรมดา ติดกับปลายไม้รั้วระหว่างทั้ง 3 ชั้นนี้ มีลวดโยงติดต่อกันหมด จำเลยเคยใช้นายประศาสน์ใช้สายไฟต่อจากสายไฟฟ้าในโรงพยาบาลนครไปติดกับลวดที่จึงบนรั้ว เพื่อให้กระแสไฟฟ้าเดินผ่านลวดกันคนป็นคุณภาพนคร ในวันที่ 10 กรกฎาคม 2507 เวลา 8.00 นาฬิกา นายแพทย์สมพงษ์ ศรีอำไพ และร้อยตำรวจเอกพิพัฒน์ คูวิเชียร ไปชั้นสูตรพลิกศพนายปอ แซ่จ้ง ซึ่งอยู่ที่พื้นดินติดเสารั้วไม้โรงพยาบาลนครของจำเลย ที่นี้มือศพเป็นรอยไหม้เกรียมเป็นลักษณะกำเส้นลวดกระแสไฟฟ้ามา นายแพทย์สมพงษ์ ศรีอำไพ และร้อยตำรวจเอกพิพัฒน์ พนักงานสอบสวนสันนิษฐานว่า ผู้ตายถูกกระแสไฟฟ้าดูด เพราะมีกระแสไฟฟ้าผ่านเนื้อรั้วตามเส้นลวดที่ปล่อยจากโรงพยาบาลนครของจำเลย เส้นลวดติดอยู่บนรั้วไม้ ซึ่งสูงขนาดคนธรรมดาขึ้นเอื้อมมือเกาะได้

จำเลยนำสืบว่า โรงพยาบาลนครเด่นชัยเป็นของจำเลยจริง แต่มีเจ้าหน้าที่ประจำอยู่แล้ว สำหรับไฟฟ้ามีนายประศาสน์เป็นผู้ควบคุมและมีผู้ช่วย จำเลยไม่เคยเข้าไปเกี่ยวข้อง ใครเอาเส้นลวด

ไปชิงไว้บนรั้ว จำเลยไม่ทราบ เส้นลวดนี้ไม่มีกระแสไฟฟ้าผ่าน คืบวันเกิดเหตุมีผู้ขอเช่า โรงภาพยนตร์ฉายภาพยนตร์ไทย โดยมีเจ้าหน้าที่มาพร้อมทางโรงภาพยนตร์ไม่ได้เกี่ยวข้องกับ

ศาลฎีกาได้พิจารณาพยานโจทก์จำเลยแล้ว ในเบื้องต้นข้อเท็จจริงฟังได้ว่า นายปอแซ่จั่ง ซึ่งเข้าไปยื่นถ่ายปัสสาวะที่ริมรั้วแล้วเอื้อมมือ ไปถูกเส้นลวดเป็นเหตุให้กระแสไฟฟ้าจากโรงภาพยนตร์ของจำเลยแล่นเข้าสู่ร่างกายถึงแก่ความตาย ตามวันเวลาที่โจทก์ฟ้อง

ในประเด็นที่ว่า จำเลยได้ใช้เส้นลวดซึ่งทางด้านบนของรั้วไม้โรงภาพยนตร์ของจำเลย ทางด้านใต้เพื่อป้องกันมิให้คนข้ามรั้วเข้าไปลอบดูภาพยนตร์หรือไม่นั้น โจทก์มีพยานคือนาย ประศาสน์ มีเจริญ เบิกความว่า เมื่อประมาณ 10 ปีเศษมาแล้ว จำเลยเคยใช้พยานจึงและจำเลยเคยใช้ พยานต่อสายไฟจากสายไฟฟ้าใน โรงภาพยนตร์ไปติดกับลวดที่ชิงไว้ เพื่อให้กระแสไฟฟ้าเดินผ่าน ลวดกันคนป็นดูภาพยนตร์แต่เจ้าหน้าที่ไฟฟ้าไปตรวจพบสั่งให้เลิกการกระทำนั้น พยานจึงปลด สายไฟดังกล่าวออก โจทก์นำสืบอีกว่าเมื่อปลาย พ.ศ. 2505 นายสมจิต พิลา เคยถูกกระแสไฟฟ้าจาก ลวดหนามของโรงภาพยนตร์ของจำเลยดูเอาครั้งหนึ่งแล้ว จำสืบตำรวจ พมผดุง พบเห็นเข้าช่วย ใช้ไม้จัดตัวนายสมจิตออกจากลวดหนาม จึงไม่ถึงแก่ความตาย แม้กระนั้นนายสมจิต พิลา ก็ยังมี บาดแผลโลหิตไหล หลังจากนั้นประมาณ 20 นาที นายสมจิตกลับไปแล้ว จำเลยมาพบจำสืบตำรวจ พมผดุงบอกว่านี่เป็นไฟฟ้าแรงต่ำไม่มีอันตราย จำสืบตำรวจรายงานเหตุการณ์ทั้งนี้ให้ ผู้บังคับบัญชาทราบแล้วในวันรุ่งขึ้น โจทก์นำสืบต่อไปอีกว่า ใน พ.ศ. 2506 เด็กชายศรีเจริญ บุญมี ถูกไฟฟ้าหน้าเวทีของโรงภาพยนตร์ของจำเลยดูเอา มีแผลที่นิ้วมือ ข้อเท็จจริงน่าจะเชื่อว่าจำเลยซึ่งเป็นเจ้าของโรงภาพยนตร์ได้ใช้วิธีป้องกันคนลอบเข้าไปดูภาพยนตร์ โดยวิธีใช้กระแสไฟฟ้าแล่นไป ตามสายลวดไฟฟ้าที่ต่อจากสายไฟฟ้าใน โรงภาพยนตร์เพื่อให้กระแสไฟฟ้าเดินผ่านลวดกันคนป็นดู ภาพยนตร์ ดังที่เจ้าหน้าที่ไฟฟ้าไปตรวจพบจึงสั่งให้เลิก แต่แล้วก็มีเหตุการณ์เช่นนั้นเกิดขึ้นใน เรื่องนี้อีก พยานจำเลยนำสืบปิดความรับผิดชอบไปให้ลูกจ้างของจำเลย ซึ่งไม่น่าเชื่อเพราะผลประโยชน์ จากโรงภาพยนตร์เป็นของจำเลยโดยตรง พยานจำเลยไม่สามารถหักล้างพยานโจทก์ จาก พยานหลักฐานตามที่โจทก์นำสืบมานี้ฟังได้ว่าจำเลยใช้เส้นลวดที่ไม่มีวัตถุใด ๆ ห่อหุ้มซึ่งทาง ด้านบนรั้วไม้โรงภาพยนตร์ของจำเลยทางด้านใต้ เพื่อป้องกันมิให้คนข้ามรั้วเข้าไปลอบดูภาพยนตร์ ทางรูฝาโรงภาพยนตร์แล้วปล่อยกระแสไฟฟ้าไปตามเส้นลวดนั้น ซึ่งเป็นกระแสไฟฟ้า 220 โวลต์ จำสืบตำรวจ พมผดุง เบิกความเป็นพยานโจทก์ว่าเคยมีเด็กถูกกระแสไฟฟ้าที่ลวดหนามบริเวณ เดียวกันนี้แต่ไม่ถึงแก่ความตาย สรุปข้อเท็จจริงดังกล่าวนี้ ศาลฎีกาได้วินิจฉัยโดยที่ประชุมใหญ่ว่า จำเลยมิได้เจตนาฆ่า แต่เจตนาทำร้ายผู้อื่นจนเป็นเหตุให้ผู้อื่นถึงแก่ความตายตามประมวลกฎหมาย

อาญา มาตรา 290 หาใช่ว่าจำเลยกระทำโดยประมาท และการกระทำนั้นเป็นเหตุให้ผู้อื่นถึงแก่ความตายตามมาตรา 291 ที่โจทก์ฟ้องนั้นไม่<sup>239</sup>

จากคำพิพากษาฎีกาดังกล่าวจะเห็นได้ว่า ศาลได้วินิจฉัยตามหลักในเรื่องของการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายที่ว่า

1. การประทุษร้ายอันละเมิดต่อกฎหมาย
2. การเป็นภัยอันตรายที่ใกล้จะถึง
3. การกระทำเพื่อป้องกัน และ
4. ความพอสมควรแก่เหตุ

ตามคำพิพากษาของศาลฎีกาดังกล่าวไม่ปรากฏข้อเท็จจริงว่าบริเวณโดยรอบโรงพยาบาลนครของจำเลยมีคนลักลอบคูปภาพยนตร์ของจำเลยอยู่เสมอ แม้ว่าเป็นกรณีละเมิดต่อจำเลยทำให้จำเลยอาจสูญเสียรายได้จากการรับจ้างฉายภาพยนตร์อยู่บ้างก็ตาม แต่การกระทำของจำเลยไม่ได้สัดส่วนกับการที่จำเลยปล่อยกระแสไฟฟ้าบริเวณลอบรั้วโรงพยาบาลดังไม่เป็นภัยอันตรายที่ใกล้จะมาถึงตามหลัก Face To Face และการกระทำของจำเลยเป็นการกระทำเกินสมควรแก่เหตุตามหลัก Proportionalityที่ว่าถ้าผู้กระทำได้กระทำไปเกินสมควรแก่เหตุก็เป็นกรณีที่ผู้กระทำไม่มีอำนาจกระทำได้ ส่วนการกระทำเพียงใดจึงจะถือว่าได้กระทำไปพอสมควรแก่เหตุ การแอบคูปภาพยนตร์จะต้องถึงฆ่ากันเลยหรือ การกระทำของจำเลยในส่วนนี้จึงเป็นการกระทำเกินสมควรแก่เหตุจึงไม่ได้สัดส่วนสอดคล้องกับหลัก Proportionality ดังกล่าว การวินิจฉัยของศาลที่ให้จำเลยมีความผิดจึงชอบด้วยกฎหมายแล้ว

#### 4.2.1.3 วิเคราะห์คำพิพากษาฎีกาที่ 6490/2548

คำพิพากษาฎีกาดังกล่าวปรากฏข้อเท็จจริงว่า เวลากลางวันจำเลยปล่อยกระแสไฟฟ้าขนาด 220 โวลต์ ไปตามสายไฟฟ้าที่ ต่อกับเส้นลวดสื่อไฟฟ้า โดยมีเจตนาทำร้ายผู้อื่น เป็นเหตุให้เด็กชายนรินทร์ถูกเส้นลวดดังกล่าวกระแสไฟฟ้าดูดถึงแก่ความตาย ขอให้ลงโทษจำเลยตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 290 จำเลยให้การปฏิเสธ โดยศาลชั้นต้นพิพากษาว่า จำเลยมีความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 290 วรรคแรก ประกอบด้วยมาตรา 69 จำคุก 4 ปี จำเลยให้การในชั้นจับกุมชั้นสอบสวนและเบิกความรับข้อเท็จจริงเป็นประโยชน์แก่การพิจารณา มีเหตุบรรเทาโทษ ลดโทษให้ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 78 หนึ่งในสี่ คงจำคุก 3ปี จำเลยอุทธรณ์ต่อมาศาลอุทธรณ์ภาค 8 พิพากษาแก้เป็นว่า ให้ลงโทษจำคุก 1 ปี ลดโทษให้ตาม ป.อ. มาตรา 78 หนึ่งในสี่ คงจำคุก 9 เดือน นอกจากที่แก้ให้เป็นไปตามคำพิพากษาศาลชั้นต้น จำเลยฎีกา

<sup>239</sup> สำนักงานส่งเสริมงานตุลาการ. คำพิพากษาฎีกาปี 2511. หน้า 2107-2112.

โดยผู้พิพากษาซึ่งพิจารณาและลงชื่อในคำพิพากษาศาลชั้นต้นอนุญาตให้ฎีกาในปัญหาข้อเท็จจริงและศาลฎีกาได้ตรวจพิจารณาตามฎีกาของจำเลยว่าการกระทำของจำเลยเป็นการป้องกันสิทธิของตนเกินสมควรแก่เหตุหรือไม่ เห็นว่า แม้ขณะเกิดเหตุผู้ตายจะเข้าไปบริเวณบ่อปลากัดของจำเลยเพื่อลักปลากัดซึ่งถ้าจำเลยพบเห็นเข้าจำเลยย่อมมีสิทธิทำร้ายผู้ตายที่พอสมควรแก่เหตุเพื่อป้องกันทรัพย์สินของจำเลยได้ แต่กระแสไฟฟ้าที่จำเลยปล่อยผ่านเส้นลวดที่ล้อมรอบบ่อปลากัดย่อมเป็นอันตรายร้ายแรงโดยสภาพซึ่งสามารถทำให้ผู้อื่นถึงแก่ความตายได้ ส่วนทรัพย์สินของจำเลยเป็นเพียงปลากัดมีมูลค่าไม่มากเท่าใดนัก การปล่อยกระแสไฟฟ้าเข้าเส้นลวดกับการป้องกันทรัพย์สินของจำเลยย่อมไม่ใช่อันเดียวกัน การกระทำของจำเลยจึงเป็นการป้องกันสิทธิของตนเกินสมควรแก่เหตุตาม ป.อ. มาตรา 69 ที่จำเลยฎีกาว่า จำเลยได้คิดป้ายเตือนว่าเดินกระแสไฟฟ้าว่าได้เดินกระแสไฟฟ้าโดยคิดไว้ที่ปากทางเข้าบ้านตามภาพถ่ายนั้น ปรากฏว่าจากคำเบิกความของเด็กชายโพนมผู้พบศพผู้ตายเป็นคนแรก สิบตำรวจโทเปี่ยมศักดิ์ผู้จับกุมจำเลยและพันตำรวจตรีสัญญา พนักงานสอบสวนซึ่งได้ออกไปตรวจสอบสถานที่เกิดเหตุว่าในบริเวณที่เกิดเหตุไม่มีป้ายเตือนแต่อย่างใด ทั้งในชั้นสอบสวนจำเลยก็ให้การว่า ญาติของจำเลยเพิ่งจะนำป้ายมาติดภายหลังเกิดเหตุแล้วตามคำให้การของผู้ต้องหา ข้อเท็จจริงรับฟังไม่ได้ว่าจำเลยได้คิดป้ายเตือนไว้ จำเลยจึงมีความผิดฐานมิได้มีเจตนาฆ่าแต่ทำร้ายผู้ตายจนเป็นเหตุให้ผู้ตายถึงแก่ความตายตาม ป.อ.มาตรา 290 วรรคแรก ประกอบด้วยมาตรา 69 ส่วนที่จำเลยฎีกาขอให้รื้อการลงโทษนั้น เห็นว่า ศาลอุทธรณ์ภาค 8 วางโทษจำคุกและไม่รื้อการลงโทษจำคุกให้จำเลยนั้น เหมาะสมตามพฤติการณ์แห่งรูปคดีแล้ว ไม่มีเหตุที่ศาลฎีกาจะเปลี่ยนแปลงแก้ไข ฎีกาของจำเลยทุกข้อฟังไม่ขึ้น<sup>240</sup>

จากคำพิพากษาดังกล่าวจะเห็นได้ว่า ศาลได้วินิจฉัยตามหลักของการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายที่ว่า

1. การประทุษร้ายอันละเมิดต่อกฎหมาย
2. การเป็นภัยอันตรายที่ใกล้จะถึง
3. การกระทำเพื่อป้องกัน และ
4. ความพอสมควรแก่เหตุ

ตามคำพิพากษาดังกล่าวไม่ปรากฏข้อเท็จจริงว่าบ้านของจำเลยเป็นแหล่งโจรผู้ร้ายชุกชุมและไม่มีการประกาศเตือนว่าจะมีการปล่อยกระแสไฟฟ้ารอบบริเวณดังกล่าว ซึ่งกระทำของจำเลยจึงไม่มีเหตุการณ์เผชิญหน้าหรือหลัก Face To Face ที่ว่าภัยอันตรายนั้นจะต้องเกิดจากการ

<sup>240</sup> ระบบสืบค้นคำพิพากษาและคำสั่งคำร้องศาลฎีกา. สืบค้นเมื่อ 25 มีนาคม 2555, จาก

ประทุษร้ายอันละเมิดต่อกฎหมาย เป็นอันตรายที่จวนหรือเกือบจะถึงตัวผู้นั้น เป็นอันตรายที่ปรากฏอยู่เฉพาะหน้า หรือเป็นอันตรายที่ได้เกิดขึ้นแล้วรวมตลอดถึงอันตรายที่ยังปรากฏอยู่ต่อไปอีก การกระทำของจำเลยจึงไม่เป็นอันตรายที่ใกล้จะถึง ส่วนการกระทำดังกล่าวของจำเลยเกิดขึ้นภายหลัง และการกระทำของจำเลยไม่เป็นไปพอสมควรแก่เหตุตามหลัก Proportionality ที่ว่า ถ้าผู้กระทำได้กระทำไปเกินสมควรแก่เหตุก็เป็นกรณีที่ผู้กระทำไม่มีอำนาจกระทำได้ ส่วนการกระทำเพียงใดจึงจะถือว่าได้กระทำไปพอสมควรแก่เหตุ การกระทำของจำเลยในส่วนนี้ต้องมีการประกาศเตือนล่วงหน้าก่อน ซึ่งไม่ปรากฏข้อเท็จจริงว่าจำเลยประกาศเตือนล่วงหน้าแล้ว จึงเป็นการกระทำเกินสมควรแก่เหตุจึงไม่ได้สัดส่วนและไม่สอดคล้องกับหลัก Proportionality ดังกล่าว การวินิจฉัยของศาลที่ให้จำเลยมีความผิดในการป้องกันล่วงหน้าจึงชอบด้วยกฎหมายแล้ว

#### 4.2.1.4 วิเคราะห์คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 191/2549

คำพิพากษาศาลฎีกาดังกล่าวปรากฏข้อเท็จจริงว่า เมื่อวันที่ 29 เมษายน 2545 ถึงวันที่ 30 เมษายน 2545 เวลากลางวันและกลางคืนต่อเนื่องกัน จำเลยมิได้มีเจตนาฆ่าได้ทำร้ายเด็กชายคณิตหรือบอม เพิ่มขึ้น ซึ่งเข้าไปลักแดงโมโนไรต์แดงโมของจำเลย โดยจำเลยได้ต่อและปล่อยกระแสไฟฟ้าจากบ้านพักของจำเลยตรงผ่านรั้วลวดหนาม ซึ่งเป็นตัวนำไฟฟ้าล้อมรอบไรต์แดงโมของจำเลยให้เด็กชายคณิตหรือบอมไปสัมผัสรั้วลวดหนามและถูกกระแสไฟฟ้าที่จำเลยปล่อยผ่านลวดหนามดังกล่าว และเนื่องจากกระแสไฟฟ้างดังกล่าวมีแรงเคลื่อนสูง 220 โวลต์ จึงเป็นเหตุให้เด็กชายคณิตหรือบอมถึงแก่ความตายเนื่องจากกระแสไฟฟ้างดังกล่าวทันที ขอให้ลงโทษตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 290 จำเลยให้การรับสารภาพ

ศาลชั้นต้นพิพากษาว่า จำเลยมีความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 290 จำคุก 4 ปี จำเลยให้การรับสารภาพเป็นประโยชน์แก่การพิจารณา มีเหตุบรรเทาโทษ ลดโทษให้กึ่งหนึ่งตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 78 คงจำคุก 2 ปี โทษจำคุกให้รอการลงโทษมีกำหนด 2 ปี โดยกำหนดเงื่อนไขเพื่อคุมประพฤติจำเลย ให้จำเลยไปรายงานตัวต่อพนักงานคุมประพฤติดำเนินการ 12 ครั้ง ในระยะเวลา 2 ปี ให้จำเลยกระทำกิจกรรมเพื่อบริการสังคมและสาธารณประโยชน์ตามที่พนักงานคุมประพฤติและจำเลยเห็นสมควรเป็นเวลา 42 ชั่วโมง ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 56

#### โจทก์อุทธรณ์

การที่ศาลอุทธรณ์ภาค 9 พิพากษาแก้เป็นว่า ให้ลงโทษจำคุกจำเลย 3 ปี ลดโทษกึ่งหนึ่งตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 78 คงจำคุกมีกำหนด 1 ปี 6 เดือน ไม่รอการลงโทษให้จำเลย นอกจากที่แก้ให้เป็นไปตามคำพิพากษาศาลชั้นต้น จำเลยฎีกา

ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า “ในเบื้องต้นเห็นว่า เมื่อโจทก์บรรยายฟ้องไว้โดยชัดแจ้งว่าเด็กชาย คณิตหรือบอม เข้าไปลักแดงโมโนไรซ์ของจำเลย และจำเลยได้ต่อและปล่อยกระแสไฟฟ้าจาก บ้านพักผ่านรั้วลวดหนาม เป็นเหตุให้เด็กชายคณิตซึ่งสัมผัสรั้วลวดหนามถูกกระแสไฟฟ้าดูดจนถึง แก่ความตายและจำเลยให้การรับสารภาพ ข้อเท็จจริงจึงรับฟังเป็นยุติได้ตามคำฟ้องของโจทก์ ดังนี้ การที่ผู้ตายกระทำการประทุษร้ายอันละเมิดต่อกฎหมายต่อทรัพย์สินของจำเลยจำเลยจึงมีสิทธิที่จะ ป้องกันทรัพย์สินของตนได้ แต่การที่จำเลยต่อและปล่อยกระแสไฟฟ้าซึ่งมีแรงเคลื่อนสูงถึง 220 โวลต์ ที่สามารถทำให้ผู้คนให้ถึงแก่ความตายได้ ทั้งที่ทรัพย์สินของจำเลยมีสิทธิกระทำการ ป้องกันคือแดงโมมีราคาไม่สูงมาก ย่อมถือได้ว่าเป็นการกระทำที่เกินสมควรแก่เหตุหรือเกินกว่า กรณีแห่งการจำต้องกระทำตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 69 ซึ่งศาลจะลงโทษน้อยกว่าที่ กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดนั้นเพียงใดก็ได้ ปัญหานี้เป็นปัญหาข้อกฎหมายที่เกี่ยวกับความ สงบเรียบร้อย แม้จำเลยจะให้การรับสารภาพ และมีได้ยกปัญหาดังกล่าวขึ้นอุทธรณ์ฎีกา แต่ศาลฎีกา ยกปัญหาดังกล่าวขึ้นวินิจฉัยเองได้ ส่วนที่จำเลยฎีกาขอให้รอกการลงโทษนั้นเห็นว่า การกระทำของ จำเลยเป็นการกระทำที่ร้ายแรงทั้งที่จำเลยสามารถใช้วิธีการอื่นในการปกป้องพืชผลของตนได้โดย ไม่จำเป็นต้องใช้วิธีรุนแรงเช่นนั้น แม้จำเลยจะได้พยายามเยียวยาความเสียหายให้แก่บิดาของผู้ตายโดย ชดใช้เงินบางส่วนก็ตาม ที่ศาลอุทธรณ์ภาค 9 พิพากษาลงโทษจำคุกจำเลยโดยไม่รอกการลงโทษนั้น ศาลฎีกาเห็นพ้องด้วย ฎีกาของจำเลยฟังไม่ขึ้น”

พิพากษาแก้เป็นว่า จำเลยมีความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 290 วรรคแรก ประกอบมาตรา 69 ส่วนโทษให้เป็นไปตามคำพิพากษาศาลอุทธรณ์ภาค 9<sup>241</sup>

จากคำพิพากษาศาลได้วินิจฉัยตามหลักของการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย

1. การประทุษร้ายอันละเมิดต่อกฎหมาย
2. การเป็นภัยอันตรายที่ใกล้จะถึง
3. การกระทำเพื่อป้องกัน และ
4. ความพอสมควรแก่เหตุ

ตามคำพิพากษาของศาลฎีกาดังกล่าวไม่ปรากฏข้อเท็จจริงว่าบ้านของจำเลยเป็นแหล่ง โจรผู้ร้ายชุกชุมและไม่มีการประกาศเตือนว่าจะมีการปล่อยกระแสไฟฟ้ารอบบริเวณดังกล่าว ซึ่ง การกระทำของจำเลยจึงไม่เป็นเหตุการณณ์เผชิญหน้า หรือหลัก Face To Face ที่ว่าภัยอันตรายนั้น จะต้องเกิดจากการประทุษร้ายอันละเมิดต่อกฎหมาย เป็นภัยอันตรายที่จวนหรือเกือบจะถึงตัวผู้ขึ้น

<sup>241</sup> ระบบสืบค้นคำพิพากษาและคำสั่งคำร้องศาลฎีกา. สืบค้นเมื่อ 25 มีนาคม 2555, จาก

เป็นอันตรายที่ปรากฏอยู่เฉพาะหน้าหรือ เป็นอันตรายที่ได้เกิดขึ้นแล้วรวมตลอดถึงอันตรายที่ยังปรากฏอยู่ต่อไปอีก และการกระทำของจำเลยในส่วนนี้ถือไม่ได้ว่าเป็นอันตรายที่ใกล้จะถึงแล้ว ในส่วนของการกระทำพอสมควรแก่เหตุตามหลัก Proportionality ที่ว่าถ้าผู้กระทำได้กระทำไปเกินสมควรแก่เหตุก็เป็นกรณีที่ผู้กระทำไม่มีอำนาจกระทำได้ เนื่องจากข้อเท็จจริงพื้นที่ปลูกแดงโมเป็นทุ่งโล่งไม่มีรั้วรอบขอบชิด การที่เด็กเข้ามาลักแดงโมจึงกระทำได้โดยง่ายประกอบทรัพย์สินที่ลัก ซึ่งมีราคาไม่แพงการกระทำความผิดของจำเลยจะถึงฆ่ากันเลยหรือ การกระทำความผิดของจำเลยจึงเป็นการกระทำเกินสมควรแก่เหตุจึงไม่ได้สัดส่วนและไม่สอดคล้องกับหลัก Proportionality ดังกล่าว การวินิจฉัยของศาลที่ให้จำเลยมีความผิดในเรื่องของการป้องกันล่วงหน้าจึงชอบด้วยกฎหมายแล้ว

#### 4.2.2 วิเคราะห์คำพิพากษาของศาลที่ถือว่า เป็นการป้องกันอันตรายไว้ล่วงหน้า

##### 4.2.2.1 วิเคราะห์คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1923/2519

โจทก์ฟ้องว่า เมื่อระหว่างวันที่ 2 ถึงวันที่ 3 มีนาคม 2518 เวลากลางคืนติดต่อกัน จำเลยบังอาจต่อกระแสไฟฟ้าแรงสูงผ่านเส้นลวดซึ่งจึงรอบโรงเก็บของของจำเลย เป็นเส้นลวดคู่กันให้กระแสไฟฟ้าแรงสูงเดินผ่าน เพื่อทำร้ายบุคคลใดบุคคลหนึ่งทีไปปะทะกับเส้นลวด ทำให้กระแสไฟฟ้าแล่นผ่านเข้าไปในร่างกายของบุคคลนั้น จนเกิดอันตรายแก่กาย โดยจำเลยไม่มีเจตนาฆ่า ตามวันเวลาดังกล่าวนายมาโนชเดินไปปะทะเส้นลวดที่จำเลยปล่อยกระแสไฟฟ้าไว้ทำให้กระแสไฟฟ้าเข้าไปในร่างกายนายมาโนช เป็นเหตุให้นายมาโนชถึงแก่ความตายโดยจำเลยไม่มีเจตนาฆ่าให้ตาย ขอให้ลงโทษจำเลยตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 290 และขอริบลวดของกลาง

จำเลยให้การว่า นายมาโนชถึงแก่ความตายโดยถูกกระแสไฟฟ้าที่จำเลยต่อไว้กับเส้นลวดซึ่งรอบโรงเก็บของของจำเลยจริง ผู้ตายกับพวกอีก 3 คนเข้าไปในสวนเพื่อลักทรัพย์สินของจำเลยในโรงเก็บของ แล้วถูกกระแสไฟฟ้าถึงแก่ความตายการกระทำของจำเลยเป็นการป้องกันทรัพย์สินของจำเลยพอสมควรแก่เหตุ

ศาลชั้นต้นพิจารณาแล้ววินิจฉัยว่า ผู้ตายจะเข้าไปลักทรัพย์สินในโรงเก็บของของจำเลยแล้วไปถูกสายไฟฟ้าที่จำเลยขึงไว้เพื่อป้องกันทรัพย์สินของจำเลย เป็นความผิดของผู้ตายเอง จำเลยไม่มีความผิด พิพากษายกฟ้องโจทก์

โจทก์อุทธรณ์

ศาลอุทธรณ์พิพากษายืน

โจทก์ฎีกาว่า การกระทำของจำเลยไม่เป็นการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย

วินิจฉัยว่า ในกรณีเช่นนี้ ศาลจะต้องพิจารณาเสมือนว่า ถ้าจำเลยอยู่ในที่เกิดเหตุในขณะที่เกิดเหตุ จำเลยจะมีสิทธิกระทำความผิดเพื่อป้องกันสิทธิของตนหรือไม่ ศาลฎีกาเห็นว่า โรงเก็บของอยู่



ในบริเวณสวนของจำเลย มีรั้วต้นพุทธรักษาปลูกเป็นแนวเขต จำเลยเก็บของอันมีค่าเช่นเครื่องยนต์ สูบน้ำและอุปกรณ์อื่น ๆ ไว้ทรัพย์สินที่จำเลยเก็บไว้ในโรงเก็บของเคยถูกคนร้ายลักไป ในตำบลที่เกิดเหตุมีคนร้ายชุกชุม จำเลยจึงเอาเส้นลวดขึงที่โรงเก็บของและปล่อยกระแสไฟฟ้าจากบ้านไว้เพื่อป้องกันคนร้าย ผู้ตายกับพวกอีก 3 คนบุกกรุกเข้าไปที่โรงเก็บของในเวลาวิกาลโดยเจตนาจะลักทรัพย์ ในมือผู้ตายมีเหล็กไขควง 1 อัน แต่ผู้ตายไปถูกเส้นลวดที่ปล่อยกระแสไฟฟ้าไว้ถึงแก่ความตายเสียก่อน มิฉะนั้นผู้ตายกับพวกย่อมลักทรัพย์ของจำเลยไปได้ นับได้ว่าภัยอันตรายที่จะเกิดแก่ทรัพย์สินของจำเลยใกล้จะถึงแล้ว ถ้าจำเลยไปพบเห็นเข้า จำเลยย่อมมีสิทธิทำร้ายผู้ตายกับพวกเพื่อป้องกันทรัพย์สินของจำเลยได้ ดังนั้นการกระทำของจำเลยจึงเป็นการป้องกันสิทธิของตนโดยชอบด้วยกฎหมายและพอสมควรแก่เหตุ จำเลยไม่มีความผิด คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 32/2510 ที่โจทก์อ้างมา ข้อเท็จจริงไม่ตรงกับคดีนี้<sup>242</sup>

จากคำพิพากษาดังกล่าวจะเห็นได้ว่า ศาลได้วินิจฉัยตามหลักในเรื่องของการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายที่ว่า

1. การประทุษร้ายอันละเมิดต่อกฎหมาย
2. การเป็นภัยอันตรายที่ใกล้จะถึง
3. การกระทำเพื่อป้องกัน และ
4. ความพอสมควรแก่เหตุ

ข้อเท็จจริงตามคำพิพากษาปรากฏว่า โรงเก็บของจำเลยเป็นแหล่งที่มีโจรผู้ร้ายชุกชุมแต่จำเลยไม่ได้มีประกาศเตือนว่า จะมีการปล่อยกระแสไฟฟ้าที่โรงเก็บของจำเลยซึ่งมีเครื่องยนต์สูบน้ำและอุปกรณ์เป็นทรัพย์สินอันมีค่า การกระทำของจำเลยจึงมีเหตุการณ์เผชิญหน้าหรือ หลัก Face To Face ที่ว่าภัยอันตรายนั้นจะต้องเกิดจากการประทุษร้ายอันละเมิดต่อกฎหมาย เป็นภัยอันตรายที่จวนหรือเกือบจะถึงตัวผู้นั้น เป็นภัยอันตรายที่ปรากฏอยู่เฉพาะหน้าหรือ เป็นภัยอันตรายที่ได้เกิดขึ้นแล้วรวมตลอดถึงภัยอันตรายที่ยังปรากฏอยู่ต่อไปอีก การกระทำดังกล่าวของจำเลยจึงเป็นภัยอันตรายที่ใกล้จะถึงแล้วและการกระทำของจำเลยเป็นไปพอสมควรแก่เหตุตามหลัก Proportionality ซึ่งการนี้จำเลยใช้ลวดและปล่อยกระแสไฟฟ้าโดยมิได้มีการประกาศเตือนล่วงหน้า การกระทำของจำเลยจึงเกินสมควรแก่เหตุ แม้เป็นทรัพย์สินคือเครื่องสูบน้ำและอุปกรณ์อื่น ๆ ของจำเลยจะมีราคาแพง ประกอบกับบริเวณดังกล่าวเป็นแหล่งที่โจรขโมยชุกชุม การกระทำดังกล่าวของจำเลยยังไม่ได้สัดส่วนกันตามหลัก Proportionality เนื่องจากการกระทำดังกล่าวกระทำคามผิดหรือไม่

<sup>242</sup> ระบบสืบค้นคำพิพากษาและคำสั่งคำร้องศาลฎีกา. สืบค้นเมื่อ 25 มีนาคม 2555, จาก

จะพิจารณาจากมูลค่าของทรัพย์สินที่ป้องกันไม่น่าถูกต้องและเป็นการเลือกปฏิบัติ เนื่องจากพิจารณาตามฐานะเศรษฐกิจของประชาชนไม่ได้ ดังนั้นถ้ากรณีนี้มีการประกาศเตือนล่วงหน้าจำเลยย่อมมีสิทธิป้องกันล่วงหน้าได้ ดังนั้นการกระทำของจำเลยจึงเกินสมควรแก่เหตุ การวินิจฉัยของศาลที่ให้จำเลยไม่มีความผิดผู้เขียนจึงไม่เห็นพ้องด้วย

คำพิพากษาศาลฎีกาดังกล่าวในทัศนะของผู้เขียน ถ้าเกิดขึ้นในเหตุการณ์ปัจจุบันในเรื่องของการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายตามทฤษฎีหลักกษัตริย์ที่ใกล้จะถึง มีองค์ประกอบสำคัญในเรื่องของสถานการณ์ที่ป้องกันได้

สถานการณ์ที่ป้องกันได้ ย่อมเกิดขึ้นเมื่อมี “การประทุษร้ายอันละเมิดต่อกฎหมาย” และการประทุษร้ายอันละเมิดต่อกฎหมายนั้นเป็น “กษัตริย์ที่ใกล้จะถึง” ซึ่งการประทุษร้ายอันละเมิดต่อกฎหมายเป็นกษัตริย์ที่ใกล้จะถึงที่เกิดขึ้นนั้นกระทบต่อสิทธิหรือ คุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนบุคคลได้ดังนี้

1. การประทุษร้าย
2. การประทุษร้ายอันละเมิดต่อกฎหมาย
3. สิทธิที่ป้องกันได้
4. กษัตริย์ที่ใกล้จะถึง
5. การวินิจฉัยสถานการณ์ที่ป้องกันได้

ในคำพิพากษาดังกล่าวมีโจทก์โมฆะชุกชุมเกิดการกระทำประทุษร้ายขึ้น กล่าวคือการกระทำของมนุษย์ที่เป็นการคุกคามสิทธิของผู้อื่นตรงนี้ กรณีเป็นโจทก์หรือคนร้ายก็เท่ากับมีการประทุษร้ายกล่าวคือเป็นการกระทำที่ไม่ถูกต้องหรือการกระทำที่ไม่เป็นธรรมแล้ว และการกระทำดังกล่าวเป็นการกระทำอันละเมิดต่อกฎหมายเพราะจะเข้ามาลักทรัพย์ได้แก่เครื่องสูบน้ำและอุปกรณ์ทรัพย์สินอันมีค่าอื่น ๆ ก็เท่ากับเป็นการละเมิดต่อกฎหมายแล้ว จำเลยจึงมีสิทธิที่จะอ้างป้องกันตนเองได้ตามกฎหมายของไทยเรา “คุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนบุคคล” ทุกชนิดเป็นคุณธรรมทางกฎหมายที่ป้องกันได้ทั้งสิ้น และการกระทำดังกล่าวเป็นกษัตริย์ที่ใกล้จะถึง กล่าวคือเป็นกษัตริย์ที่ปรากฏอยู่เฉพาะหน้า หรือเป็นกษัตริย์ที่ได้เริ่มเกิดขึ้นแล้ว รวมตลอดถึงกษัตริย์ที่ยังปรากฏอยู่ต่อไป กษัตริย์ที่ใกล้จะถึงก็คือ กษัตริย์ที่เป็นปัจจุบัน ดังนั้นการที่จำเลยมีโรงเก็บของซึ่งตั้งอยู่โดดเดี่ยว และมีคนร้ายเข้ามาลักทรัพย์เป็นประจำ จำเลยจึงได้ใช้ลวดขึงลอบ ๆ โรงเก็บของในบริเวณดังกล่าว ครั้นเวลากลางคืนก็ปล่อยให้ไฟให้เดินตามลวดนั้นด้วยต่อมามีคนร้ายได้ปีนเข้าไปลักทรัพย์และถูกไฟฟ้าดูดได้รับอันตรายแก่กาย ดังนี้ต้องถือว่าเป็นกษัตริย์ที่ใกล้จะถึง หรือเป็นกษัตริย์ปัจจุบัน หรือเป็นกษัตริย์โดยตรงแล้ว เพราะกรณีเป็นกษัตริย์ที่เกิดอยู่เป็นประจำ สถานการณ์ที่ป้องกันได้ย่อมเกิดขึ้นในทันทีที่กษัตริย์ที่ใกล้จะถึง

เกิดขึ้นจากการประทุษร้าย สำหรับภัยอันตรายในอนาคตที่เป็นที่คาดหมายว่าจะเกิดขึ้นในไม่ช้าหรือ การป้องกันล่วงหน้านั้นเท่ากับเป็นภัยอันตรายปัจจุบันหรือทำนองเดียวกับภัยอันตรายในปัจจุบัน เพราะเมื่อมีการกระทำผิดต่อทรัพย์สินของผู้ป้องกันเกิดขึ้นบ่อย ๆ เช่นนี้ย่อมเป็นการเหลือวิสัยที่จะให้ผู้ป้องกันและ คนในครอบครัวพลัดเปลี่ยนกันทำหน้าที่เวรยาม และหากพิจารณาตามความเห็นแม้ จะเห็นว่าเป็นภัยอันตรายในอนาคตตามปกติทั่วไป แต่ในสภาพเช่นนั้นก็ต้องอนุโลมว่าเป็นภัยอันตราย ในปัจจุบัน

ดังนั้นการป้องกันล่วงหน้าซึ่งเศรษฐกิจของบ้านเมืองไม่ดี มีโจรขโมยชุกชุม บ้านเรือน ส่วนมากถูกลักทรัพย์ในเคหสถานในเวลากลางคืนเป็นประจำ ประกอบกับเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือ ตำรวจมีน้อยไม่สามารถควบคุมเหตุการณ์ดังกล่าวได้ ประชาชนจึงสามารถป้องกันตนเองก่อนได้ โดยการปล่อยกระแสไฟฟ้าจะต้องมีการแปลงกระแสไฟฟ้าจาก 220 โวลต์เป็น 110 โวลต์ก่อน และ มีการประกาศเตือนในบริเวณดังกล่าว เหตุการณ์ดังกล่าวก็ย่อมเป็นภัยอันตรายที่ใกล้จะถึงได้และการ ที่ผู้กระทำการป้องกันหรือจำเลยกระทำการดังกล่าวย่อมมีสิทธิที่จะอ้างป้องกันล่วงหน้าได้

#### 4.3 วิเคราะห์ปัญหาเกี่ยวกับการป้องกันภัยอันตรายล่วงหน้า

การวางหลักในเรื่องการกระทำไว้เพื่อเป็นการป้องกันภัยอันตรายไว้ล่วงหน้าใน สหรัฐอเมริกา และ สหประชาชาติ ซึ่งเป็นประเทศที่อยู่ในระบบ Common Law นั้น มีหลักและเงื่อนไข คือ การวางระบบป็นสปริงหรือกลไกประติมากรรมอื่น โดยทั่วไปแล้วไม่มีการอนุญาตให้มีสิทธิพิเศษใด ๆ ในการใช้ปืนสปริงหรือกลไกประติมากรรมอื่น ๆ โดยมีจุดมุ่งหมายที่จะทำลายผู้กระทำความผิด ซึ่งจะเป็นการ ชอบด้วยกฎหมายก็ต่อเมื่อมีสิทธิ เช่นนั้น และมีความจำเป็นต้องป้องกันการก่ออาชญากรรมร้ายแรง ซึ่งไม่มีทางอื่นใดที่จะป้องกันได้ หรือกล่าวโดยสรุปก็คือ การใช้ปืนสปริงหรือกับดักใด ๆ จะชอบ หรือไม่ต้องพิจารณาโดยสมมติว่า ถ้าผู้ใช้สิทธิป้องกันเผชิญกับเหตุการณ์นั้น เขามีสิทธิที่จะยิงผู้ร้าย ด้วยตัวของเขาเองได้หรือไม่ หากผู้นั้นมีสิทธิที่จะกระทำการป้องกันได้ ถ้าเขาอยู่ในที่เกิดเหตุ การป้องกันนั้นก็เป็น การป้องกันโดยชอบ

ส่วนการใช้ปืนสปริงเพื่อการป้องกันทรัพย์สินไม่ใช่เพื่อป้องกันบุคคลผู้อยู่อาศัยใน เคหสถาน หากทำให้มีคนเสียชีวิตเพราะปืนสปริงถือว่าการฆาตกรรม

แนวคำพิพากษาของศาลไทยยอมรับว่าหากมีการรุกล้ำเคหสถานแล้วสิทธิใน ความปลอดภัยในเคหสถานนั้นสามารถป้องกันได้เพราะบุคคลภายนอกมีหน้าที่เคารพเพราะการ ป้องกันเป็นสิทธิ แต่แนววินิจฉัยของศาลส่วนใหญ่ยังคงถือหลักภัยใกล้จะถึงตัวบุคคลมากกว่าภัย ใกล้จะถึงสิทธิในเคหสถาน ทำให้แนววินิจฉัยโน้มเอียงไปทางหลักทฤษฎีสักส่วนเป็นส่วนใหญ่ ที่ต้องให้คนอยู่ในเคหสถานต้องมีหน้าที่ขังน้ำหนักเพื่อประเมินภัยอันตรายในช่วงเลี้ยววินาที ซึ่งเป็น

เรื่องยาก อย่างเช่นกำหนดให้ต้องดูให้ตีว่ามาดีหรือมาร้าย เอาอาวุธอะไรมาต้องไปตามเสียก่อนเป็นต้น แต่ความจริงแล้วหากเข้ามาในสิทธิความปลอดภัยในเคสสถาน ผู้อื่นมีหน้าที่ต้องเคารพ เพราะผู้อยู่อาศัยไม่ทราบว่ามีมาดีหรือมาร้าย ทั้งนี้แนวคำพิพากษาของกฎหมายต่างประเทศทั้งสหรัฐอเมริกาและฝรั่งเศส จะมีการบัญญัติกฎหมายแยกต่างหากจากกรณีการป้องกันทั่วไปอย่างชัดเจน เพื่อคุ้มครองความปลอดภัยของคนที่อยู่ในเคสสถาน

ทั้งนี้แนวคำพิพากษาของศาลไทยได้ยึดตามแบบอย่างของศาลในระบบ Common Law โดยมีหลักสมมติ และหลักบังเอิญ กล่าวคือจะสมมติให้ผู้ทำการป้องกันเผชิญหน้ากับเหตุการณ์ที่เกิดขึ้น ถ้าผู้ถูกกระทำไม่ใช่คนร้ายศาลจะวินิจฉัยว่าไม่มีภัยอันตราย อันละเมิดต่อกฎหมายที่จะทำให้ผู้ป้องกันอ้างสิทธิป้องกันได้ ในกรณีที่ผู้ถูกกระทำเป็นคนร้าย ศาลยอมรับว่ามีภัยอันตราย อันละเมิดต่อกฎหมายและเป็นภัยอันตรายที่ใกล้จะถึงสามารถอ้างการป้องกันได้ถ้าผลที่เกิดกับวิธีการป้องกันได้สัดส่วนกัน

จะเห็นได้ว่าศาลไทยยังคงต้องยึดหลักเกณฑ์ ตามมาตรา 68 อยู่ ปัญหาที่เกิดขึ้นคือการกระทำไว้เพื่อเป็นการป้องกันภัยอันตรายไว้ล่วงหน้า ผู้กระทำไม่มีโอกาสรู้ได้ว่า ผู้ที่จะเข้ามาได้รับอันตรายจากการป้องกันไว้ล่วงหน้านั้นจะเป็นคนร้ายหรือไม่ และการกระทำนั้นจะพอสมควรแก่เหตุหรือไม่ อันเป็นความสำคัญของหลักการเผชิญหน้า (Face to Face) ภัยอันตรายเพราะจะได้รู้ถึงการตอบโต้ต่อภัยอันตรายที่พอสมควรแก่เหตุ แต่อย่างไรก็ตามเมื่อการกระทำไว้เพื่อเป็นการป้องกันภัยอันตรายไว้ล่วงหน้าเป็นสิ่งจำเป็นสำหรับสังคมในปัจจุบัน จึงเป็นปัญหาว่ามีวิธีการใด ๆ รองรับให้การกระทำดังกล่าวให้เป็นเรื่องที่แน่นอน ไม่ขึ้นอยู่กับดวงของแต่ละคน เพื่อให้เกิดความมั่นใจแก่ ผู้ที่จะใช้สิทธิป้องกัน และเพื่อให้แนวทางการวินิจฉัยของศาลอยู่บนพื้นฐานของหลักกฎหมายที่ชัดเจน เกิดความเป็นธรรมทั้งผู้กระทำและผู้ที่ได้รับผลร้ายนั้น

4.3.1 วิเคราะห์การป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายตามประมวลกฎหมายอาญากับการป้องกันภัยอันตรายไว้ล่วงหน้า

การป้องกันภัยอันตรายไว้ล่วงหน้า จะสามารถทำหลักเกณฑ์ตามมาตรา 68 มาปรับใช้กับการกระทำไว้เพื่อเป็นการป้องกันภัยอันตรายล่วงหน้าได้หรือไม่ เพียงใด ซึ่งในกรณีนี้จำเป็นต้องพิจารณาในเรื่อง “ภัยอันตรายใกล้จะถึง” ว่าสามารถปรับเข้ากับการกระทำดังกล่าวได้หรือไม่ อย่างไร

ภัยอันตรายที่ใกล้จะถึงนั้น ในกรณีที่เกิดจากการกระทำโดยเจตนาไม่จำเป็นจะต้องถึงขั้นลงมือหรือพยายามตามมาตรา 80 แม้จะอยู่ในขั้นเตรียมซึ่งผู้ก่อภัยอันตรายนั้นยังไม่มีความคิดหากใกล้จะถึงผู้ที่จะรับภัยอันตรายนั้นมีสิทธิที่จะทำการตอบโต้ไปโดยอ้างป้องกันได้หลักในเรื่องนี้อยู่ตรงที่ว่า หากภัยอันตรายนั้นได้เกิดขึ้นแล้วและเป็นการกระทำโดยละเมิดต่อกฎหมาย โดย

ผู้ก่อให้เกิดขึ้นตราขายไม่มีอำนาจที่จะกระทำได้ แม้ยัยนตราขายนั้นจะยังไม่เกิดแต่ใกล้จะเกิดผู้ที่รับยัยนตราขายนั้น ก็กระทำโต้ตอบโดยอ้างป้องกันได้<sup>243</sup>

ช่วงระยะเวลาในการใช้สิทธิป้องกัน หลักเกณฑ์ในมาตรา 68 ที่ว่าเป็นยัยนตราขายที่ใกล้จะถึงและจำต้องกระทำเพื่อป้องกันนั้น แสดงถึงวาระที่เริ่มใช้สิทธิป้องกัน ได้ตลอดไปจนถึงวาระที่ไม่จำต้องกระทำเพื่อป้องกันต่อไป คือเริ่มตั้งแต่เมื่อยัยนตราขายนั้นใกล้จะถึง รวมตลอดถึงระยะเวลาที่ยัยนตราขายนั้นได้มาถึงตัวผู้รับยัย แล้วจนกระทั่งถึงระยะเวลาที่ยัยนตราขายนั้นสิ้นสุดในลักษณะที่ยังไม่เด็ดขาด ซึ่งนักนิติศาสตร์เห็นว่าต้องเป็นยัยที่แท้จริงและหลีกเลี่ยงไม่ได้ เพราะถ้ายัยนั้นได้ผ่านพ้นหรือจบสิ้นลงแล้วก็หมดสิทธิที่จะป้องกันต่อไป ในกรณีที่ยัยนตราขายสามารถจะหลบหนีให้พ้นยัยนตราขายนั้นได้แม้ไม่หลบหนีแต่กระทำการโต้ตอบต่อผู้ก่อยัยนตราขาย สร้างป้องกันได้ ตามหลักที่ว่าผู้รับยัยไม่จำต้องหลบหนียัยนตราขาย

จึงอาจสรุปได้ว่า “ใกล้จะถึง” หมายถึง ยัยนตราขายที่กำลังปรากฏอยู่เฉพาะหน้า หรือเป็นยัยนตราขายที่ได้เกิดขึ้น และกำลังเกิดอยู่ต่อไปอีก กรณีใดจะถือว่าเป็นยัยนตราขายใกล้จะถึงนั้นต้องพิจารณาข้อเท็จจริง ตามพฤติการณ์เป็นรายเรื่องไป

เมื่อศึกษาถึงหลักการและเหตุผลของการกระทำไว้เพื่อเป็นการป้องกันยัยนตราขายไว้ล่วงหน้า เปรียบเทียบกับหลักการป้องกันในเรื่องยัยนตราขายใกล้จะถึง ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 68 แล้วอาจกล่าวได้ว่าถ้าหากตีความตามตัวอักษรโดยเคร่งครัดตามแบบอย่างของระบบ Civil Law ตลอดจนเจตนารมณ์ของการบัญญัติกฎหมายแล้ว การกระทำไว้เพื่อเป็นการป้องกันยัยนตราขายไว้ล่วงหน้า ไม่อาจอ้างได้ว่าเป็นการป้องกันตามกฎหมาย

#### 4.3.2 วิเคราะห์ปัญหาเกี่ยวกับการป้องกันยัยนตราขายไว้ล่วงหน้า

จากการศึกษาพบว่า คำพิพากษาของศาลและแนวคิดของนักกฎหมายหลายท่านเห็นว่าการกระทำไว้เพื่อเป็นการป้องกันยัยนตราขายไว้ล่วงหน้า นั้น เป็นการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งอาจจะก่อให้เกิดปัญหาทางกฎหมายบางประการ ได้แก่

4.3.2.1 ผู้กระทำการไว้เพื่อเป็นการป้องกันยัยนตราขายไว้ล่วงหน้าจะทราบได้อย่างไรว่าผู้ที่ได้รับผลร้ายจากการป้องกันจะเป็นผู้ที่ก่อยัยนตราขายอันละเมิดต่อกฎหมาย เมื่อไม่อาจทราบได้ล่วงหน้าว่าผู้ที่มาก่อยัยนตราขายนั้นจะกระทำการร้ายแรงเพียงใด โอกาสที่การป้องกันยัยนตราขายไว้ล่วงหน้าจะได้สัดส่วนกับยัยนตราขายที่จะเกิดขึ้นจึงเป็นไปได้ยาก เพราะการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายยังต้องอาศัยพฤติการณ์ต่าง ๆ ประกอบอีกหลายประการ จึงเป็นการยากที่การป้องกัน

<sup>243</sup> เกียรติจักร วัจนะสวัสดิ์. คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1. หน้า 244.

ภัยอันตรายไว้ล่วงหน้า จะครบองค์ประกอบเป็นการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายตามมาตรา 68 ถ้าไม่เผชิญหน้ากับภัยอันตรายนั้น

4.3.2.2 การป้องกันจะกระทำได้ที่ต่อเมื่อมีภัยอันตรายเกิดขึ้นและเป็นภัยอันตรายซึ่งเกิดจากการประทุษร้าย อันละเมิดต่อกฎหมายภัยอันตรายนั้นต้องมีอยู่ในปัจจุบันหรือเป็นภัยอันตรายที่ใกล้จะถึง มีลักษณะที่เกิดขึ้นทันทีทันใด โดยที่ผู้กระทำการป้องกันไม่มีเวลาในการเตรียมตัวหลบหลีกภัยอันตรายนั้นได้ทันทั่วถึง แต่การกระทำไว้เพื่อเป็นการป้องกันภัยอันตรายไว้ล่วงหน้าในขณะที่ผู้ทำการป้องกันได้กระทำการใด ๆ อันมีลักษณะเป็นการป้องกันภัยอันตรายไว้ล่วงหน้ายังไม่มีภัยอันตรายที่จะทำให้เกิดสิทธิในการป้องกันเกิดขึ้นได้ แต่ภัยอันตรายนั้นเป็นภัยอันตรายที่จะเกิดขึ้นในอนาคตซึ่งมีลักษณะเป็นภัยอันตรายที่ไม่แน่นอน จึงไม่อาจถือว่าเป็นภัยอันตรายที่ใกล้จะถึง สิทธิของผู้ป้องกันยังไม่ถูกรบกวนโดยมิชอบด้วยกฎหมาย อันจะอ้างการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายได้

4.3.2.3 การกระทำโดยชอบด้วยกฎหมายต้องกระทำต่อผู้ก่อภัยอันตรายอันละเมิดต่อกฎหมาย แต่การกระทำไว้เพื่อเป็นการป้องกันภัยอันตรายไว้ล่วงหน้าผู้กระทำการป้องกันไม่สามารถรู้ได้เลยว่าสิ่งที่เขาได้กระทำไปเพื่อป้องกันสิทธิของตนเองหรือผู้อื่นนั้นจะไม่เกิดผลร้ายต่อผู้ก่อภัยอันตรายอันละเมิดต่อกฎหมายหรือไม่ แต่ข้อเท็จจริงแล้วประชาชนผู้บริสุทธิ์อาจได้รับผลร้ายนั้นเพราะความรู้เท่าไม่ถึงการณ์ เพราะผู้กระทำไม่ได้อยู่ในเหตุการณ์จึงไม่สามารถแยกแยะได้ว่าบุคคลใดเป็นผู้ก่อภัยอันตรายอันละเมิดต่อกฎหมาย หรือว่าเป็นประชาชนผู้บริสุทธิ์

4.3.2.4 การป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย จะต้องกระทำไปพอสมควรแก่เหตุ และ ต้องได้สัดส่วนกับภัยอันตรายที่จะเกิดขึ้นด้วย แต่การกระทำไว้เพื่อเป็นการป้องกันภัยอันตรายไว้ล่วงหน้าผู้กระทำการป้องกันไม่สามารถรู้ได้เลยว่าการป้องกันที่ได้กระทำไว้กับภัยอันตรายที่จะได้รับจากผู้ก่อภัยอันตรายนั้น ได้สัดส่วนกันหรือไม่ และเป็นวิถีทางที่น้อยที่สุดหรือไม่ แต่โดยส่วนใหญ่แล้วผลที่เกิดขึ้นจากการป้องกันภัยอันตรายนั้นจะมีความรุนแรงมากกว่าผลของการกระทำที่ผู้กระทำได้กระทำการป้องกันในขณะที่เกิดภัยเสมอ เพราะผู้กระทำไว้เพื่อเป็นการป้องกันภัยอันตรายไว้ล่วงหน้านั้นมีเวลาคิด ตระเตรียม คำนวณวิธีการต่าง ๆ ที่จะขจัดภัยอันตรายที่จะมีขึ้นในอนาคตได้อย่างมีประสิทธิภาพ และประสิทธิผล

อย่างไรก็ตาม ศาลก็ได้เข้ามามีบทบาทในการผดุงความยุติธรรมในกรณีดังกล่าวโดยตีความปรับใช้กฎหมาย คือขยายเจตนาในการป้องกันของผู้กระทำการไว้เพื่อเป็นการป้องกันภัยอันตรายไว้ล่วงหน้า โดยขยายจากเจตนาเริ่มแรกที่ได้ลงมือกระทำการป้องกัน จนถึงเวลาที่เกิดเหตุมีผู้ได้รับผลร้ายจากการกระทำนั้น ถือว่ามีเจตนาตลอดระยะเวลาที่กระทำนอกจากการขยายเจตนาป้องกันแล้ว ยังต้องประกอบด้วยเงื่อนไขที่ผู้ที่ได้รับผลร้ายจากการกระทำการป้องกันนั้น ต้องเป็นคนที่มาประทุษร้ายต่อสิทธิด้วยตลอดจนวิธีการที่เหมาะสมและได้สัดส่วน

ดังนั้น การกระทำไว้เพื่อเป็นการป้องกันภัยอันตรายล่วงหน้า จะถือเป็นการป้องกันหรือไม่จึงขึ้นอยู่กับโอกาสความเป็นไปได้ ถ้าผู้ได้รับผลร้ายไม่ใช่คนร้าย ผู้กระทำการดังกล่าวย่อมมีความผิดแล้วแต่กรณีของความร้ายแรง ส่วนผู้ที่ไม่ใช่คนร้ายก็อาจจะได้รับผลร้ายจากการกระทำนั้น จึงควรมีการสร้างหลักประกันในการกระทำดังกล่าวเพื่อความเป็นธรรมแก่ทุกฝ่าย

4.3.3 วิเคราะห์เปรียบเทียบการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายตามกฎหมายของประเทศไทยกับประเทศฝรั่งเศส

ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 68 ได้บัญญัติเกี่ยวกับ การป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายว่า “ผู้ใดจำต้องกระทำการใดเพื่อป้องกันสิทธิของตน หรือของผู้อื่นให้พ้นภัยอันตรายซึ่งเกิดจากการประทุษร้ายอันละเมิดต่อกฎหมาย และเป็นภัยอันตรายที่ใกล้จะถึง ถ้าได้กระทำพอสมควรแก่เหตุ การกระทำนั้นเป็นการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย ผู้นั้นไม่มีความผิด”

จากหลักกฎหมายดังกล่าวข้างต้น ได้มีการแยกองค์ประกอบของการกระทำโดยป้องกันไว้ 4 ประการ คือ

1. มีภัยอันตรายที่เกิดจากการประทุษร้ายอันละเมิดต่อกฎหมาย
2. ภัยอันตรายนั้นเป็นภัยอันตรายที่ใกล้จะถึง
3. ผู้กระทำต้องกระทำเพื่อป้องกันสิทธิของตนหรือของผู้อื่นให้พ้นจากภัยอันตรายนั้น
4. การกระทำโดยป้องกันสิทธินั้นไม่เกินขอบเขต

จะเห็นได้ว่า หลักเกณฑ์เรื่องการป้องกันตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 68 การป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย ต้องเป็นการป้องกันภัยอันตรายที่ใกล้จะถึงเท่านั้น ดังนั้น เมื่อมีข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการกระทำไว้เพื่อป้องกันภัยอันตรายไว้ล่วงหน้าเกิดขึ้น จึงมีปัญหาว่า การกระทำดังกล่าวเป็นการใช้สิทธิป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายหรือไม่

ทั้งนี้ หากพิจารณาเปรียบเทียบกับกฎหมายอาญาของประเทศฝรั่งเศสแล้ว จะมีความแตกต่างกันอย่างไร และจะสามารถนำกฎหมายอาญาของประเทศฝรั่งเศสมาปรับใช้กับกฎหมายอาญาของประเทศไทยได้หรือไม่

ตามประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศส ฉบับเดิม ค.ศ. 1810 บัญญัติเรื่องการป้องกันอยู่ในส่วนของภาคความผิด ต่อมาได้บัญญัติประมวลกฎหมายอาญาฉบับใหม่ มีผลบังคับใช้ในวันที่ 1 มีนาคม ค.ศ. 1993 อยู่ในบททั่วไปในมาตรา 122-5 มีสาระสำคัญดังนี้ คือ

“บุคคลที่เผชิญหน้าต่อภัยอันตรายที่มีขอบด้วยกฎหมาย ซึ่งมาถึงตนเองหรือผู้อื่น หากได้กระทำการในขณะที่มีภัยอันตรายนั้น โดยความจำเป็นเพื่อป้องกันตนเองหรือผู้อื่น บุคคลนั้นไม่ต้องรับผิดชอบในทางอาญา เว้นแต่วิธีการที่ใช้ในการป้องกันนั้นมิได้สัดส่วนกับความร้ายแรงของความผิด

บุคคลที่กระทำการไปเพื่อยับยั้งความผิดอุกฤษโทษ หรือ มัชยโทษ ที่ได้รับกระทบต่อทรัพย์สินของเขาในการกระทำเพื่อป้องกันถ้าได้กระทำไปด้วยความจำเป็นอย่างยิ่ง เพื่อระงับยับยั้งการกระทำต่อทรัพย์สินนั้น และวิธีการที่ใช้ในการป้องกันได้สัดส่วนกับความร้ายแรงของความผิด บุคคลนั้นไม่ต้องรับผิดชอบในทางอาญาเว้นแต่ได้กระทำผิดฐานทำให้ผู้อื่นถึงแก่ความตายโดยเจตนา”

การป้องกันอันตรายในเคสดานของประเทศฝรั่งเศส ภัยอันตรายที่ประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศส กำหนดให้มีข้อสันนิษฐานเป็นพิเศษในการป้องกันอันตรายในกรณีต่อต้านการที่บุคคลได้ป็นปาย หรือทำลายรั้วกำแพง หรือทางเข้าของบ้าน หรืออพาร์ทเมนต์ และภัยอันตรายที่เกิดจากการชิงทรัพย์ หรือการปล้นทรัพย์ โดยใช้กำลังประทุษร้าย ตัวอย่างแนวคำพิพากษาศาลฎีกาฝรั่งเศสวินิจฉัยไว้ว่า มารดาของหญิงสาวผู้หนึ่งได้ใช้ให้ยามยิงชายหนุ่มข้างบ้านซึ่งป็นกำแพงเข้ามาในตอนกลางคืน เพื่อเอาจดหมายรักไปวางไว้ที่หน้าต่างห้องนอนของหญิงสาว (Cour d' Assises d' Eur, 18 dec. 1857) และในคดีที่บิดาได้ให้บุตรชายฆ่าคนรักของบุตรสาวซึ่งป็นรั้วเข้ามาหาบุตรสาวในตอนกลางคืน (Cour d' assies d' la Moselle, 27 Feb. 1858) โดยทั้งสองคดีศาลฎีกาได้ตัดสินปล่อยจำเลยทั้งหมด ตามมาตรา 122-6 และในมาตรา 122-5 ก็ได้กำหนดถึงการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย ได้กำหนดข้อสันนิษฐานพิเศษในกรณีการป้องกันล่วงหน้า โดยผู้กระทำการป้องกันไม่ต้องพิสูจน์ว่าการป้องกันพอสมควรแก่เหตุหรือไม่

ประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศส มาตรา 329 กำหนดข้อสันนิษฐานพิเศษในกรณีการป้องกันในเคสดาน โดยผู้กระทำการป้องกันไม่ต้องพิสูจน์ว่า การประทุษร้ายนั้นเป็นภัยใกล้จะถึง หรือ จะเป็นภัยต่อชีวิต หรือต่อทรัพย์สิน ทั้งไม่ต้องพิสูจน์ว่า การป้องกันนั้นสมควรแก่เหตุหรือไม่ เพราะกฎหมายสันนิษฐานให้แล้วว่า การป้องกันตามบทบัญญัติมาตรานี้เป็นการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย แต่ตามประมวลกฎหมายอาญาไทย และ Model Penal Code ในประเทศสหรัฐอเมริกา ไม่มีบทบัญญัติที่เป็นข้อสันนิษฐานเช่นที่กล่าวนี้ จึงไม่สามารถปรับใช้ได้ในการป้องกันในเคสดานได้ชัดเจน โดยจะสังเกตเห็นได้จากแนวคำพิพากษาของศาลฎีกาไทย จะพิจารณาคดีในการป้องกันในเคสดานเคร่งครัดในองค์ประกอบของการป้องกันในการพิสูจน์ว่าเป็นการพิสูจน์ว่าเป็นการประทุษร้าย ที่มีภัยใกล้จะถึงหรือไม่ และได้กระทำไปพอสมควรแก่เหตุหรือไม่

ในการป้องกันล่วงหน้านั้นมีแง่คิดว่ากฎหมายให้ทำได้เพียงใด เพราะปกติสิทธิที่จะป้องกันนั้นจะเกิดได้ก็ต่อเมื่อมีการกระทำที่เกิดจากการประทุษร้ายอันละเมิดต่อกฎหมายอยู่ตรงหน้าและจำต้องกระทำเพื่อให้พ้นภัยอันตรายที่ใกล้จะถึง หากไม่มีภัยอันตรายก็ไม่แน่ว่าจะมีสิทธิป้องกันตามมาตรา 68 ได้ เพราะการยอมให้มีการป้องกันล่วงหน้าได้ เท่ากับยกเลิกหลักที่ว่าต้องมีภัยอันตรายที่ใกล้จะถึงอันเป็นสาระสำคัญของอำนาจป้องกัน โดยเปิดโอกาสให้มีการเตรียมการ



ประทุษร้ายผู้อื่นไว้ล่วงหน้าได้ โดยขณะเกิดเหตุอาจไม่มีการประทุษร้ายอันละเมิดต่อกฎหมายเกิดขึ้นเลยก็ได้ และขณะเตรียมการก็ไม่มีการยั้งตราภัยที่ใกล้จะถึง<sup>244</sup>

แต่อย่างไรก็ตามกฎหมายน่าจะยอมให้ป้องกันตนเองได้โดยถือว่าเป็นการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย ภายใต้เงื่อนไขที่ว่าผู้ที่ถูกป้องกันนั้นเป็นผู้ก่อภัยอันละเมิดต่อกฎหมายการกระทำไว้ล่วงหน้าก่อนยั้งตราภัยนั้นจะมาถึงก็ได้ ในกรณีนี้จะต้องมิใช่เป็นการเข้าไปหาภัยยั้งตราภัยนั้น แต่เป็นเพียงป้องกันไว้ล่วงหน้าก่อนที่ภัยยั้งตราภัยจะเกิดขึ้นเท่านั้น เพราะฉะนั้นแม้จะทำการไว้ล่วงหน้าก็ย่อมอ้างป้องกันได้เช่นกัน

ทั้งนี้ภัยยั้งตราภัยในอนาคตนั้นไม่ควรจะตีความให้เคร่งครัดจนเกินไปนัก เพราะว่าเมื่อมีการประทุษร้ายไปครั้งหนึ่งแล้วก็ย่อมจะทำให้เกรงว่าจะเกิดการประทุษร้ายขึ้นอีกได้ และเพื่อหลีกเลี่ยงการประทุษร้ายที่จะเกิดขึ้นอีกนี้ก็ย่อมมีสิทธิที่จะกระทำการโต้ตอบผู้ประทุษร้ายเพื่อเป็นการป้องกันไว้ก่อน ผู้นั้นก็ยังอยู่ในฐานะที่กระทำเพื่อป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย แต่อย่างไรก็ตาม การที่จะยอมให้ป้องกันตนเองได้ก็ควรจะใช้วิธีการเบื้องต้นก่อน เพื่อให้ผู้กระทำการพิจารณาว่ามีภัยยั้งตราภัยอันเกิดจากการประทุษร้ายและใกล้จะถึงหรือไม่เสียก่อน แล้วจึงดูว่าสมควรจะใช้วิธีการใดเพื่อป้องกันตนเองให้เหมาะสมและจำเป็นแก่พฤติการณ์ในขณะนั้นได้

---

<sup>244</sup> เอกพล ปริมา. (2527). การป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย: ศึกษาเฉพาะกรณีการกระทำไว้เพื่อเป็นการป้องกันภัยยั้งตราภัยไว้ล่วงหน้า. หน้า 85.

## บทที่ 5

### บทสรุปและข้อเสนอแนะ

#### 5.1 บทสรุป

ในเรื่องของการป้องกัน โดยชอบด้วยกฎหมายนั้น ประเทศไทยและต่างประเทศ มีกฎหมายในเรื่องดังกล่าวมานานแล้ว แต่ยังไม่มีความชัดเจนที่จะแก้ไขกฎหมายในเรื่องของการป้องกันให้เหมาะสมกับเหตุการณ์และสถานการณ์ในสภาวะปัจจุบัน ซึ่งเศรษฐกิจ การเมือง และ สังคมที่เปลี่ยนแปลงไปเป็นจำนวนมากไม่ว่าจะประชากรหรือสังคม อย่างเช่น จำนวนประชากรมีมากขึ้นและในสังคมก็จะต้องมีระเบียบ โดยเฉพาะกับกฎหมายจะต้องมีการปรับปรุงแก้ไขให้เหมาะสมกับเหตุการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไปตลอดเวลา ซึ่งในประเทศไทยเรานั้น ในปัจจุบันเรื่องของ เศรษฐกิจฝืดเคือง ข้าราชการมากแพง สินค้าประเภทต่าง ๆ สูงขึ้น จำพวกน้ำมัน สินค้าอุปโภค บริโภค ขึ้นราคา การกินอยู่ของประชาชนลำบากมากขึ้น การตกงานของประชาชนเพิ่มขึ้นจำนวน มากทำให้เกิดปัญหาของอาชญากรรมเกิดขึ้นไม่ว่าจะเป็นเรื่อง ลักทรัพย์ ชิงทรัพย์ ฆังทรัพย์ ปล้นทรัพย์หรือแม้กระทั่งเหตุการณ์ก่อการร้ายใน 3 จังหวัดชายแดนภาคใต้ของไทย ซึ่งหน่วยงาน ของรัฐ ไม่สามารถช่วยเหลือประชาชน ดังกล่าวได้เลยหรือแม้กระทั่งเจ้าหน้าที่ของรัฐที่มี ไม่เพียงพอกับจำนวนประชากร ที่มีอัตราการเพิ่มขึ้นอย่างรวดเร็วของจำนวนประชากร

ในการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย หรือการป้องกันล่วงหน้า นั้น ประเทศไทยก็ สามารถที่จะกระทำได้อย่างที่ขอบเขตของกฎหมาย โดยเฉพาะหลักกษัตริย์ที่ใกล้ชิดถึง อย่างการ ปลดออกกระแสไฟฟ้าตามเส้นลวดหรือการปลดออกกระแสไฟฟ้าบนรั้วบ้านซึ่งกระแสไฟฟ้างดังกล่าว จะต้องมีการแปลงกระแสไฟฟ้าจาก 220 โวลต์เป็น 110 โวลต์ ซึ่งการกระทำดังกล่าวถือได้ว่าเป็น การกระทำวิธีทางที่น้อยที่สุดในเรื่องของการกระทำพอสมควรแก่เหตุด้วย โดยในการนี้เจ้าของบ้าน จะต้องสร้างกำแพงสูงขึ้นไปกว่าเดิมอีกประมาณ 50 เซนติเมตรอย่างน้อยเด็กที่อ่านหนังสือไม่ออก หรืออ่านคำเตือนไม่ได้ จะไม่สามารถปีนกำแพงสูงดังกล่าวได้ และการปลดออกกระแสไฟฟ้า จะต้อง มี คำเตือนว่า “มีการปลดออกกระแสไฟฟ้า” ในการป้องกันเกี่ยวกับชีวิต ร่างกาย ตลอดจนทรัพย์สินของ ผู้อยู่อาศัย จึงสามารถกระทำการป้องกันล่วงหน้าดังกล่าวได้ ทั้งนี้ได้มีคำพิพากษาเกี่ยวกับการ ป้องกันล่วงหน้าเอาไว้ได้แก่ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1923/2519 จำเลยเก็บของไว้ในโรงเก็บของในสวน ของจำเลยตำบลที่เกิดเหตุมีคนร้ายชุกชุม ผู้ตายกับพวกบุกกรุกเข้าไปในเวลาวิกาลโดยเจตนาลักทรัพย์

ถูกเส้นลวดที่จำเลยจึงปล่อยกระแสไฟฟ้าไว้ที่โรงเก็บของถึงแก่ความตาย จำเลยมีสิทธิทำร้ายผู้ตายกับพวกเพื่อป้องกันทรัพย์สินได้ เพราะถึงแม้ว่าจะเป็นเรื่องการป้องกันในอนาคตซึ่งยังไม่เกิด แต่ก็เคยเกิดขึ้นบ่อย ๆ ทรัพย์สินหรือของมีราคาในภูิกานี้คือเครื่องสูบน้ำหายไปบ่อยมาก แต่ไม่มีใครช่วยเหลือผู้ป้องกันทรัพย์สินดังกล่าวได้เลย เจ้าหน้าที่ของรัฐก็ไม่สามารถจับตัวผู้กระทำผิดได้ การกระทำของจำเลยจึงเป็นการป้องกันสิทธิของตนเอง และเป็นการกระทำพอสมควรแก่เหตุจึงไม่มีความผิด ภูิกาดังกล่าวใช้ได้กับเหตุการณ์ในปัจจุบันได้

หลักของการป้องกันการกระทำพอสมควรแก่เหตุ และมีเหตุอีก 2 เหตุ กล่าวคือ 1. การกระทำที่ได้สัดส่วนและ 2. การกระทำที่ป้องกันตนเองไปในทางที่น้อยที่สุด การที่ขโมยจะเข้ามาทำร้ายชีวิต ร่างกาย หรือ การลักทรัพย์ในเคหสถานในเวลากลางคืน การกระทำดังกล่าวถือได้ว่าเป็นการป้องกันพอสมควรแก่เหตุ ในเรื่องเกี่ยวกับชีวิต ร่างกาย ตลอดจนทรัพย์สินแล้ว และการกระทำดังกล่าวจึงได้สัดส่วนในการป้องกันตนเองและผู้อื่นแล้ว ปัจจุบันศาลฎีกาได้พิพากษาในแนวของหลักการการกระทำพอสมควรแก่เหตุ กล่าวคือ ถ้าราคาทรัพย์สินของการป้องกันล่วงหน้ามีราคาสูง การป้องกันล่วงหน้าดังกล่าวจำเลยหรือผู้เสียหายสามารถที่จะอ้างป้องกันล่วงหน้าในทรัพย์สินนั้นได้

ในสภาวะการณ์ปัจจุบันไม่ว่าเศรษฐกิจ การเมือง และสังคม มีการเปลี่ยนแปลงไปเป็นจำนวนมาก เช่นประชากรมีจำนวนมากขึ้น ที่อยู่อาศัยอยู่กันแบบแออัดหนาแน่นและมีการย้ายที่อยู่เป็นจำนวนมาก อาชญากรรมเกิดขึ้นเป็นจำนวนมากเช่นกันดูได้จากสถิติของอาชญากรรม การป้องกันล่วงหน้าโดยการปล่อยกระแสไฟฟ้าเพื่อเป็นการป้องกันเกี่ยวกับชีวิต ร่างกาย ตลอดจนทรัพย์สินที่มีราคาแพง การกระทำการป้องกันล่วงหน้าในคำพิพากษาฎีกาในปัจจุบันมีการเปลี่ยนแนวทางวินิจฉัยตามคำพิพากษา และถือหลักการของการกระทำพอสมควรแก่เหตุ กล่าวคือถ้าทรัพย์สินในการป้องกันมีราคาแพงมากหรือสูงค่ามาก การป้องกันล่วงหน้าโดยการปล่อยกระแสไฟฟ้าแรงสูงหรือการปล่อยกระแสไฟฟ้าตามเส้นลวดจึงสามารถกระทำได้และการกระทำดังกล่าวพอสมควรแก่เหตุ แต่ถ้าทรัพย์สินมีราคาน้อยก็เป็นเกินสมควรแก่เหตุ

ปัจจุบันได้มีโจร ผู้บุกรุกหรือคนร้ายในเคหสถานในเวลากลางคืนและเหตุอื่น ๆ ซึ่งจากสถิติในสภาวะการณ์ปัจจุบันมีจำนวนการก่ออาชญากรรมสูงขึ้นจึงควรมีการกระทำที่เป็นการป้องกันล่วงหน้าได้ เพราะการกระทำดังกล่าวเป็นสิทธิที่ผู้เสียหายสามารถป้องกันตนเองและทรัพย์สินของตนเองได้ ดังนั้นผู้กระทำการป้องกันล่วงหน้า จึงมีสิทธิในการป้องกันตนเองหรือผู้อื่น และทรัพย์สินของตนเองตลอดจนสิทธิอื่น ๆ ได้ และจะช่วยให้เจ้าหน้าที่ของรัฐ ซึ่งมีอยู่น้อยกว่าจำนวนประชากรที่มีจำนวนมากสามารถทำงานได้มากขึ้นในระดับหนึ่ง หรือการเกิดอาชญากรรมชนิดที่กระทำต่อชีวิต ร่างกายและทรัพย์สินหรือการลักทรัพย์ในเคหสถานในเวลากลางคืนจะได้

ลดน้อยลงได้ จากการป้องกันล่วงหน้าดังกล่าว ทั้งนี้หากต้องมีการคอยพิจารณาว่าการป้องกันล่วงหน้าเป็นการกระทำพอสมควรแก่เหตุหรือไม่ ไม่น่าจะเหมาะสมกับสถานการณ์ปัจจุบัน

## 5.2 ข้อเสนอแนะ

5.2.1 เห็นสมควรปรับปรุงแก้ไขประมวลกฎหมายอาญามาตรา 68 โดยกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการในการใช้สิทธิป้องกันล่วงหน้าของบุคคลโดยชอบด้วยกฎหมาย ภายใต้เงื่อนไขดังต่อไปนี้

ลักษณะภัยอันตรายที่รุนแรงและถูกคุกคามอย่างต่อเนื่องที่เกิดขึ้นเป็นประจำ

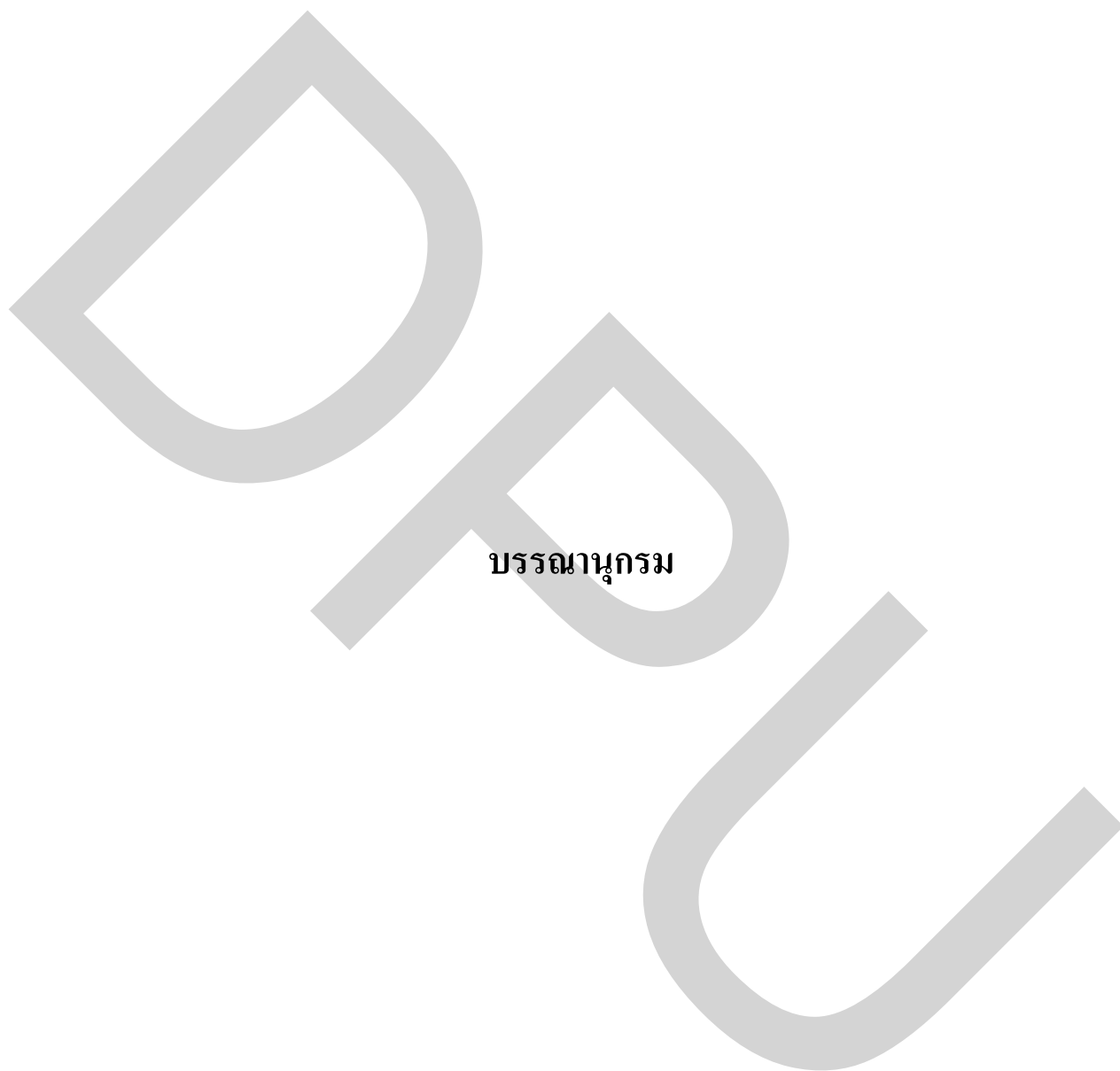
สถานที่นั้นมีโจรขโมยชุกชุมและเหตุเกิดขึ้นบ่อยครั้งในเวลากลางคืน หากได้ดำเนินการจัดให้มีการประกาศเตือนว่ามีการปล่อยกระแสไฟฟ้าบนรั้วบ้านดังกล่าว การดำเนินการในเคหสถานหรือสถานที่คุ้มครองทรัพย์สินของตนเอง โดยการปล่อยกระแสไฟฟ้าต้องกระทำบริเวณเหนือรั้วบ้าน และป้ายประกาศเตือนล่วงหน้าต้องเห็นชัดเจนทุกด้านของรั้ว โดยในการนี้เจ้าของบ้านจะต้องสร้างกำแพงสูงขึ้นกว่าเดิมอีกประมาณ 50 เซนติเมตร อย่างน้อยเด็กที่อ่านหนังสือไม่ออกหรืออ่านคำเตือนไม่ได้ จะไม่สามารถปีนกำแพงสูงดังกล่าวได้โดยมีรูปภาพแสดงให้เห็นด้วยและให้รวมถึงฟาร์มของเกษตรกรตลอดจนค่ายทหารและสถานที่สำคัญ

5.2.2 ลักษณะภัยอันตรายที่รุนแรงและถูกคุกคามอย่างต่อเนื่อง โดยอาศัยสถานการณ์และโอกาสที่ประชาชนกำลังตื่นกลัวจากภัยอันตรายนั้น อาทิ 3 จังหวัดชายแดนภาคใต้ ไฟไหม้ น้ำท่วม และสึนามิ เป็นต้น

สำหรับในกรณีของ 3 จังหวัดชายแดนภาคใต้ของไทยได้แก่จังหวัดปัตตานี ยะลาและนราธิวาส สถานการณ์ภัยอันตรายที่ถูกคุกคามอย่างต่อเนื่องและเกิดขึ้นเป็นประจำ

5.2.2.1 กำหนดเกี่ยวกับลักษณะการบุกรุกเข้าไปในเคหสถานของผู้อื่นในเวลากลางคืน โดยทำอันตรายสิ่งกีดกันสำหรับคุ้มครองบุคคลหรือทรัพย์สินหรือโดยผ่านสิ่งเช่นว่านั้นเข้าไปด้วยประการใด ๆ หรือ โดยเข้าทางช่องทาง ซึ่งได้ทำขึ้นโดยไม่ประสงค์ให้เป็นทางคนเข้า เมื่อได้รับผลร้ายจากการกระทำการไว้เพื่อเป็นการป้องกันภัยอันตรายไว้ล่วงหน้าด้วยวิธีการที่เหมาะสมแล้วผู้กระทำอ้างป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายได้

5.2.2.2 กำหนดให้ในกรณีที่มีโจรผู้ร้ายชุกชุมแล้วมีการวางกับดักไว้ในที่ที่คนปกติไม่เข้าไปเพื่อจะพบเจ้าของบ้านในทางนั้น แม้ผลร้ายจะเกิดแก่ผู้บริสุทธิ์ ผู้ป้องกันก็ไม่ควรมีความผิด



**ปฐ**

## บรรณานุกรม

### ภาษาไทย

#### หนังสือ

กิตติพงษ์ กิตยารักษ์. (2543). *กระบวนการยุติธรรมบนเส้นทางของการเปลี่ยนแปลง* (พิมพ์ครั้งที่ 2).

กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์. (2549). *คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1* (พิมพ์ครั้งที่ 9). กรุงเทพฯ:

จรัสการพิมพ์.

\_\_\_\_\_. (2551). *คำอธิบายกฎหมายอาญา มาตรา 59-106*. กรุงเทพฯ: สำนักศึกษามบรมกฎหมาย  
แห่งเนติบัณฑิตยสภา.

\_\_\_\_\_. (2551). *คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1*. กรุงเทพฯ: พลสยามพรีนติ้ง.

โกเมน ภัทรภิรมย์. (2524). *คำอธิบายกฎหมายอาญาฝรั่งเศส* (เอกสารประกอบการบรรยาย

ชั้นปริญญาโท คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์). กรุงเทพฯ.

คณะกรรมการกลุ่มปรับปรุง ชูวิชากฎหมายอาญาสำหรับรัฐศาสตร์. (2548). *กฎหมายอาญา*

*สำหรับรัฐศาสตร์*. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช.

คณิต ณ.นคร. (2546). *กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา*. กรุงเทพฯ.

\_\_\_\_\_. (2551). *กฎหมายอาญาภาคทั่วไป* (พิมพ์ครั้งที่ 3). กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

\_\_\_\_\_. (2556). *กฎหมายอาญาภาคทั่วไป* (พิมพ์ครั้งที่ 5). กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

จรัญ โฆษณานันท์. (2545). *สิทธิมนุษยชนไร้พรมแดน: ปรัชญา กฎหมายและความเป็นจริง*

*ทางสังคม* (พิมพ์ครั้งที่ 1). กรุงเทพฯ: บี.เจ.เพลท โปรเซสเซอร์.

จิตติ ดิงศภัทย์. (2536). *กฎหมายอาญา ภาค 1*. กรุงเทพฯ: สำนักศึกษามบรมกฎหมายแห่ง

เนติบัณฑิตยสภา.

\_\_\_\_\_. (2546). *กฎหมายอาญาภาค 1* (พิมพ์ครั้งที่ 10). กรุงเทพฯ: จรัสการพิมพ์.

\_\_\_\_\_. *คำถ้อยคำของกฎหมายลักษณะอาญาว่า “หลีกเลี่ยงไม่ได้”*

ณรงค์ ใจหาญ. (2526). *ความสำคัญผิดในเหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจทำได้*. กรุงเทพฯ.

ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ. (2549). *กฎหมายอาญาหลักและปัญหา* (พิมพ์ครั้งที่ 7). กรุงเทพฯ: นิติธรรม

\_\_\_\_\_. (2556). *คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคทั่วไป* (พิมพ์ครั้งที่ 13). กรุงเทพฯ: วิญญูชน

- บรรเจิด สิงคะเนติ. (2547). *หลักพื้นฐานของสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามรัฐธรรมนูญ* (พิมพ์ครั้งที่ 2). กรุงเทพฯ: เดือนตุลา.
- บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. (2538). *กฎหมายเล่ม 2*. กรุงเทพฯ.
- \_\_\_\_\_. (2542). *รัฐธรรมนูญหน้ารู้*. กรุงเทพฯ.
- ประทีป ทัดอิตตานนท์. (2548). *คำอธิบายกฎหมายอาญาภาค 1*. กรุงเทพฯ: พลสยามปริ้นติ้ง.
- พระมหาไพโรจน์ ปัญญาชิโร. (ม.ป.ป.). *พจนานุกรมบาลี-ไทย นามศัพท์*.
- พัฒน์ เนียมกฤษกร. (2548). *คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา*. กรุงเทพฯ: นิติบรรณาการ.
- ไพฑูรย์ เนติโพธิ์. (2546). *คำอธิบายกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา เล่ม 2* (พิมพ์ครั้งที่ 1).
- ภูมิชัย สุวรรณดี, รศ.มานิตย์ จุมปา, ชตาพร พิศลบุตร โต๊ะวิเศษกุล. (2549). *ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป*. กรุงเทพฯ: นิติธรรม.
- ราชบุรีดิเรกฤทธิ์, กรมหลวง. (2513). *กฎหมายเล่ม 1*. พิมพ์ในงานอนุสรณ์พระราชทานเพลิงศพ พลโทอัมพร ศรีชัยยันต์. กรุงเทพฯ: สำนักนายกรัฐมนตรี.
- สง่า ลีนะสมิต. (2531). *กฎหมายอาญา 1*. กรุงเทพฯ: ประชาชนจำกัด.
- สนิท สนั่นศิลป์. (2547). *คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา*. กรุงเทพฯ: สุตรไพศาล.
- สมพร พรหมพิทาธร. (2545). *คดีวิสามัญฆาตกรรม* (พิมพ์ครั้งที่ 3). กรุงเทพฯ: นิติธรรม.
- \_\_\_\_\_. (2547). *กฎหมายอาญาลับชาวบ้าน*. กรุงเทพฯ: นิติธรรม.
- สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล. (ม.ป.ป.). *ความรับผิดชอบอาญาของนิติบุคคล: การศึกษาทางกฎหมายเปรียบเทียบเฉพาะที่เกี่ยวกับประเทศไทย*.
- สุวัฒน์ชัย ใจหาญ. (ม.ป.ป.). *คำอธิบายประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา เล่ม 2*. กรุงเทพฯ: การพิมพ์พระนคร.
- แสวง บุญเฉลิมวิภาส. (2539). *หลักกฎหมายอาญา* (พิมพ์ครั้งที่ 1). กรุงเทพฯ: เดือนตุลา.
- \_\_\_\_\_. (2544). *หลักกฎหมายอาญา*. กรุงเทพฯ: วิญญูชน.
- หยุด แสงอุทัย. (2523). *กฎหมายอาญา ภาค 1*. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- \_\_\_\_\_. (2540). *กฎหมายอาญา ภาค 1* (พิมพ์ครั้งที่ 17) กันยายน 2540 (แก้ไขเพิ่มเติม). กรุงเทพฯ.
- \_\_\_\_\_. (2548). *คำอธิบายกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127* (พิมพ์ครั้งที่ 6). กรุงเทพฯ: วิญญูชน.
- อุระ หวังอ้อมกลาง. (2547, เมษายน). *สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ ความเป็นจริงและในทางปฏิบัติ. รวมบทความทางวิชาการ ชุดที่ 3: “ศาลรัฐธรรมนูญการพัฒนาระชาธิปไตยในระบบนิติรัฐในโอกาสการสถาปนาศาลรัฐธรรมนูญครบรอบ 6 ปี*. กรุงเทพฯ: พี.เพรส.

### บทความ

- ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ. (2542). “ข้อคิดทางอาญาที่น่าพิจารณา.” *วารสารนิติศาสตร์*, 4(29). หน้า 641-642.
- มานิตย์ จุมปา. (2547). *คำอธิบายรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พ.ศ. 2540)* (พิมพ์ครั้งที่ 6). กรุงเทพฯ: วิ.เจ.พรินต์ติ้ง.
- \_\_\_\_\_. (2550, 29 ธันวาคม). “อาชญากรรม: ข้อมูลเตือนภัยภาคประชาชน.” คมชัดลึก.
- สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา. (2547). “รวมคำบรรยายเนติบัณฑิต ภาคหนึ่ง.” สมัยที่ 57 เล่มที่ 14. หน้า 323.
- สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล. (2527). “การกระทำโดยจำเป็น: เหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้ตามกฎหมายอาญาฝรั่งเศส.” *วารสารนิติศาสตร์*, 17.
- \_\_\_\_\_. (2539, ตุลาคม-ธันวาคม). “การป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายตามกฎหมายอาญาเยอรมัน.” *คุลพาห*, 4. หน้า 134.
- หยุด แสงอุทัย. (2483). “การวินิจฉัยปัญหาคดีอาญา.” *บทบัญญัติเล่มที่ 11*. หน้า 214, 229
- อุดม รัฐอมฤต นพินธิ สุริยะ และบรรเจิด สิงหะเนติ. (2544). *การอ้างศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ หรือการใช้สิทธิและเสรีภาพของบุคคลตามมาตรา 28 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540*.

### วิทยานิพนธ์

- กฤษณะ กรตุกรานต์. (2544). *การป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย: ศึกษากรณีการป้องกันในเคสสถาน (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท)*. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต.
- ฤทธิ์รงค์ สมอุดร. (2536). *การป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย: ศึกษาเน้นหนักเฉพาะกรณีขอบเขตของการป้องกัน (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท)*. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- สุนติ คงเทพ. (2556). *การป้องกันในเคสสถาน (วิทยานิพนธ์ดุษฎีบัณฑิต)*. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- เอกพล ปริมา. (2542). *การป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย: ศึกษาเฉพาะกรณีการกระทำไว้เพื่อเป็นการป้องกันอันตรายไว้ล่วงหน้า (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท)*. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.



**สารสนเทศจากสื่ออิเล็กทรอนิกส์**

คำพิพากษาฎีกาที่ 169/2504. สืบค้นเมื่อ 25 มีนาคม 2555, จาก [www.deka2007.supremecourt.or.th](http://www.deka2007.supremecourt.or.th)

คำพิพากษาฎีกาที่ 1908/2494. สืบค้นเมื่อ 25 มีนาคม 2555, จาก [www.deka2007.supremecourt.or.th](http://www.deka2007.supremecourt.or.th)

คำพิพากษาฎีกาที่ 261/2511. สืบค้นเมื่อ 25 มีนาคม 2555, จาก [www.deka2007.supremecourt.or.th](http://www.deka2007.supremecourt.or.th)

คำพิพากษาฎีกาที่ 654/2476. สืบค้นเมื่อ 25 มีนาคม 2555, จาก [www.deka2007.supremecourt.or.th](http://www.deka2007.supremecourt.or.th)

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1069/2503. สืบค้นเมื่อ 25 มีนาคม 2555, จาก

[www.deka2007.supremecourt.or.th](http://www.deka2007.supremecourt.or.th)

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 11/2487. สืบค้นเมื่อ 25 มีนาคม 2555, จาก

[www.deka2007.supremecourt.or.th](http://www.deka2007.supremecourt.or.th)

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 112/2497. สืบค้นเมื่อ 25 มีนาคม 2555, จาก

[www.deka2007.supremecourt.or.th](http://www.deka2007.supremecourt.or.th)

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1428/2520. สืบค้นเมื่อ 25 มีนาคม 2555, จาก

[www.deka2007.supremecourt.or.th](http://www.deka2007.supremecourt.or.th)

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1619/2537. สืบค้นเมื่อ 25 มีนาคม 2555, จาก

[www.deka2007.supremecourt.or.th](http://www.deka2007.supremecourt.or.th)

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 169/2504. สืบค้นเมื่อ 25 มีนาคม 2555, จาก

[www.deka2007.supremecourt.or.th](http://www.deka2007.supremecourt.or.th)

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 182/2532. สืบค้นเมื่อ 25 มีนาคม 2555, จาก

[www.deka2007.supremecourt.or.th](http://www.deka2007.supremecourt.or.th)

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2066/2533. สืบค้นเมื่อ 25 มีนาคม 2555, จาก

[www.deka2007.supremecourt.or.th](http://www.deka2007.supremecourt.or.th)

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2089/2542. สืบค้นเมื่อ 25 มีนาคม 2555, จาก

[www.deka2007.supremecourt.or.th](http://www.deka2007.supremecourt.or.th)

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 223/2540. สืบค้นเมื่อ 25 มีนาคม 2555, จาก

[www.deka2007.supremecourt.or.th](http://www.deka2007.supremecourt.or.th)

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2550/2553. สืบค้นเมื่อ 25 มีนาคม 2555, จาก

[www.deka2007.supremecourt.or.th](http://www.deka2007.supremecourt.or.th)

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 261/2511, สืบค้นเมื่อ 25 มีนาคม 2555, จาก

[www.deka2007.supremecourt.or.th](http://www.deka2007.supremecourt.or.th)

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 261/2511. สืบค้นเมื่อ 25 มีนาคม 2555, จาก

[www.deka2007.supremecourt.or.th](http://www.deka2007.supremecourt.or.th)

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3869/2546. สืบค้นเมื่อ 25 มีนาคม 2555, จาก

[www.deka2007.supremecourt.or.th](http://www.deka2007.supremecourt.or.th)

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 416/2515. สืบค้นเมื่อ 25 มีนาคม 2555, จาก

[www.deka2007.supremecourt.or.th](http://www.deka2007.supremecourt.or.th)

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4544/2531. สืบค้นเมื่อ 25 มีนาคม 2555, จาก

[www.deka2007.supremecourt.or.th](http://www.deka2007.supremecourt.or.th)

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 492/2479. สืบค้นเมื่อ 25 มีนาคม 2555, จาก

[www.deka2007.supremecourt.or.th](http://www.deka2007.supremecourt.or.th)

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 492/2479. สืบค้นเมื่อ 25 มีนาคม 2555, จาก

[www.deka2007.supremecourt.or.th](http://www.deka2007.supremecourt.or.th)

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5758/2537. สืบค้นเมื่อ 25 มีนาคม 2555, จาก

[www.deka2007.supremecourt.or.th](http://www.deka2007.supremecourt.or.th)

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 613/2486. สืบค้นเมื่อ 25 มีนาคม 2555, จาก

[www.deka2007.supremecourt.or.th](http://www.deka2007.supremecourt.or.th)

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 654/2476. สืบค้นเมื่อ 25 มีนาคม 2555, จาก

[www.deka2007.supremecourt.or.th](http://www.deka2007.supremecourt.or.th)

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 805/2528. สืบค้นเมื่อ 25 มีนาคม 2555, จาก

[www.deka2007.supremecourt.or.th](http://www.deka2007.supremecourt.or.th).

ระบบสืบค้นคำพิพากษาและคำสั่งศาลฎีกา. สืบค้นเมื่อ 25 มีนาคม 2555. จาก

<http://www.deka2007.supermecourt.or.th/deka/web/docdetail.jsp> 20 ต.ค. 2008.

## กฎหมาย

ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา.

ประมวลกฎหมายอาญา.

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550.

สำนักงานส่งเสริมงานตุลาการ. คำพิพากษาศาลฎีกาปี 2510. หน้า 1-4.

สำนักงานส่งเสริมงานตุลาการ. คำพิพากษาศาลฎีกาปี 2511, หน้า 2107-2112.

## เอกสารอื่นๆ

รายงานการประชุมคณะอนุกรรมการตรวจพิจารณาแก้ไขประมวลกฎหมายอาญา  
ครั้งที่ 113/71/2483 วันอังคารที่ 13 สิงหาคม 2483.

## ภาษาต่างประเทศ

## BOOKS

Boaz Sangere. (2006). *Self-defence in criminal law*. Oxford and Portland. Oregon: Hart.

Catherine Elliott. (2001). *French Criminal Law*. Oregon: Wilan.

D. W. Elliott & Michael J. Allen. (1989). *Case Book on Criminal law*. London: sweet & Maxwell.

Eric Baskind LL.B Hons. (2005). *The Law Relating to Self Defence British Self Defence Governing Body*.

George P. Fletcher. (1988). *A Crime of Self-Defense Bernhard Goetz and the Law on Trial*. The University of Chicago Press: Chicago.

Johannes Andenaes. (1965). *The General Part of The Criminal Law of Norway, Trans. Thomas P. Oge*. London: sweet & Magwell.

Joshua Dressler. (1995). *Understanding Criminal Law, 2nd ed*. NY: Mathew Bender/Irwin.

M. Gorr. (1990). "Private Defense," *Law and Philosophy* 9.

Paul H. Robinson. (1984). *Criminal Law Defenses (vol.2)*. St.Paul: West.

Rollin M, Perkins, Ronald N, Boyce. (1977). *Criminal law and Procedure: The Foundation*.

Thomas J. Gardner, Terry M. Anderson. (2003). *Criminal law*. Belmont: Thomson \ Wadsworth,

W.R. LaFave & A, W. Scott, Jr. (1986). *Substantive Criminal Law*. St.Paul: West.

Wayne R. La Fave & Autin W. Scott. (1972). *Criminal Law* . St. Paul Minn: West.

## ARTICLES

Albin Eser. (1976). "Justification and Excuse." *American Journal of Comparative Law*, 24(4), p. 631.

Danielle R. Dubin. (1995). "A women's for help: why The United States should apply Germany's model of self-defense for the battered woman." 2:235 *ILSA Journal of Int'l & Comparative Law*, 235, p. 262.

George P. Fletcher. (1985). "The Right and Reasonable." 98 *Harvard Law Review* 949. pp. 996-997.

## ELECTRONIC SOURCES

*Alberty v. United States*, 162 U.S. 499, 505, 509 (1896). Retrieved March 25, 2012, from [http://www.chanrobles.com/usa/us\\_supremecourt/162/499/3](http://www.chanrobles.com/usa/us_supremecourt/162/499/3)

*Beard v. United States*, 158 U.S. 550 (1895). Retrieved March 25, 2012, from <http://supreme.justia.com/us/158/550/case.html>

*Châteaux-Wikipedia, fr.wikipedia.org/wiki/Château*. Retrieved March 25, 2012, from <http://fr.wikipedia.org/wiki/Château>

*Cour de cassation du 25 mars 1902*. Retrieved March 25, 2012, from [http://fr.jurispedia.org/index.php/L'agitime\\_d'agense\\_\(fr\)](http://fr.jurispedia.org/index.php/L'agitime_d'agense_(fr)).

*Eric Baskid The Law Relating to Self Defence*. Retrieved March 25, 2012, from [www.bsddb.co.uk/index.php?Information](http://www.bsddb.co.uk/index.php?Information)

*Fordham L.Rev.* 32, 499 (1964). Retrieved March 25, 2012, from <http://ir.lawnet.fordham.edu/flr/vol32/iss3/3>

*Legifrance*. Retrieved March 25, 2012, from [http://195.83.177.9/upl/pdf/code\\_33.pdf](http://195.83.177.9/upl/pdf/code_33.pdf)

Wikipedia. *Fourth Amendment to the United States Constitution*. Retrieved March 25, 2012, from [http://en.wikipedia.org/wiki/Fourth\\_Amendment\\_to\\_the\\_United\\_States\\_Constitution](http://en.wikipedia.org/wiki/Fourth_Amendment_to_the_United_States_Constitution)

Wikipedia. *Henry de Bracton*. Retrieved March 25, 2012, from [http://en.wikipedia.org/wiki/Henry\\_de\\_Bracton](http://en.wikipedia.org/wiki/Henry_de_Bracton)

Wikipedia. *Twelve Tables*. Retrieved March 25, 2012, from

[http://en.wikipedia.org/wiki/Twelve\\_Tables](http://en.wikipedia.org/wiki/Twelve_Tables)

Retrieved March 25, 2012, from <http://phrases.org.uk/meanings/an-englishmans-home-is-his-castle.html>

*An Englishman's home is his castle*. Retrieved March 25, 2012, from

<http://www.taxisnesis.com/lawschool/study/outlines/html/crim/crim04.htm>

*THE LAWS OF THE TWELVE TABLES*. Retrieved March 25, 2012, from

[http://www.constitution.org/sps/sps01\\_1.htm](http://www.constitution.org/sps/sps01_1.htm)

Kristianstout. Retrieved March 25, 2012, from

<http://www.kristianstout.com/jlpp/journal/vol4no3/STUDENTNOTESFULLISSUE2.pdf>

*LA LÉGITIME DÉFENSE*. Retrieved March 25, 2012, from

[http://www.wingshun.fr/documents/legitime defense.pdf](http://www.wingshun.fr/documents/legitime%20defense.pdf)

Joel Chandler Harris's biography of Henry W. Grady. Retrieved March 25, 2012, from

<http://phrases.org.uk/meanings/an-englishmans-home-is-his-castle.html>

*State v. Quarles, 504 A.2d 473, 476 (R.I. 1986)*. Retrieved March 25, 2012, from

[http://academic.cengage.com/resiurce\\_uploads/downloads/0534629911\\_26040.pdf](http://academic.cengage.com/resiurce_uploads/downloads/0534629911_26040.pdf)

*The Code of Hammurabi, trans L. W. King*. Retrieved March 25, 2012, from

<http://www.fordham.edu/halsall/ancient/hamcode.asp>.

*The Fourth Amendment does not, of course, apply to intrusions by private persons. See Burdeau*

*v. McDowell, 256 U.S. 465 (1921)*. Retrieved March 25, 2012, from

<http://supreme.justia.com/us/256/465>

*The Law Commission A CRIMINAL CODE FOR ENGLAND AND WALES*. Retrieved March 25, 2012, from

[http://www.lawlink.nsw.gov.au/lawlink/clrd/ll\\_clrd.nsf/vwFiles/webchedule%208.pdf](http://www.lawlink.nsw.gov.au/lawlink/clrd/ll_clrd.nsf/vwFiles/webchedule%208.pdf/$file/web-Schedule%208.pdf)

*Under the law of Athens, a thief taken flagrante delicto, at night, could be killed with impunity.*

*See Potter, Antiquities of Greece, l, 24, 126*. Retrieved March 25, 2012, from

[http://www.constitution.org/sps/sps01\\_1.htm](http://www.constitution.org/sps/sps01_1.htm)

## ประวัติผู้เขียน

ชื่อ-นามสกุล

นายณรงค์ฤทธิ์ ปาศิริ

ประวัติการศึกษา

พ.ศ. 2532 นิติศาสตรบัณฑิต

มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต

ตำแหน่งและสถานที่ทำงานปัจจุบัน

พ.ศ. 2533 อบรมสภานายความ รุ่น 5

ประกอบธุรกิจส่วนตัว