

### บทที่ 3

#### นิติโทษกรรมตามกฎหมายต่างประเทศ

ในบทนี้ ผู้เขียนจะทำการศึกษาลักษณะกฎหมายนิติโทษกรรมตามกฎหมายต่างประเทศ เพื่อนำมาเป็นข้อมูลในการศึกษาในเชิงกฎหมายเปรียบเทียบกับกฎหมายไทย โดยระบบกฎหมายที่จะนำมาเปรียบเทียบนี้นั้นจะใช้ระบบกฎหมายซีวิลลอว์ และระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ โดยในการศึกษาลักษณะกฎหมายในนิติโทษกรรมนี้ ผู้เขียนจะอธิบายถึงหลักเกณฑ์โดยสังเขปของหลักความรับผิดชอบเพื่อละเมิดอันเกิดจากการกระทำของตนเองก่อน ทั้งนี้เพื่อให้เกิดความเข้าใจถึงบริบทของนิติโทษกรรมอันเป็นข้อต่อสู้ของความรับผิดชอบเพื่อละเมิด ผู้เขียนจะเริ่มศึกษากฎหมายของประเทศในระบบซีวิลลอว์ก่อนเนื่องจากเป็นประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายเหมือนกับประเทศไทย แล้วจึงศึกษากฎหมายของประเทศในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ต่อไปตามลำดับ

#### 1 หลักกฎหมายนิติโทษกรรมในระบบกฎหมายซีวิลลอว์

ตามที่ได้กล่าวมาแล้วในบทที่ผ่านมา ระบบกฎหมายซีวิลลอว์ (Civil Law) มีที่มาจากกฎหมายโรมัน กฎหมายของอนารยชน และกฎหมายศาสนา จนในที่สุดความคิดต่างๆ ได้ถูกสังเคราะห์โดยนักนิติศาสตร์ภายใต้บริบทของแนวความคิดกฎหมายธรรมชาติ (Natural Law School) ก่อให้เกิดประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสขึ้น แนวความคิดดังกล่าวได้เผยแพร่ออกไปในประเทศต่างๆ ของยุโรป<sup>1</sup> ต่อมาแนวความคิดกฎหมายธรรมชาติเริ่มเสื่อมลง ในช่วงเวลาดังกล่าวประเทศเยอรมันได้จัดทำประมวลกฎหมายของตนเองขึ้นบ้าง<sup>2</sup> ได้เผยแพร่ไปยังประเทศต่างๆ ใน

---

<sup>1</sup> ประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสใช้ระบบ Institutional System แบ่งออกเป็น 3 ส่วน บุคคล (personae) ทรัพย์สิน (res) และลักษณะต่างๆ ของการเปลี่ยนแปลงกรรมสิทธิ์ (actiones) กล่าวคือ ตัวอย่างประมวลกฎหมายที่ใช้ระบบ ดังกล่าวเช่น ประมวลกฎหมายแพ่งออสเตรีย (ABGB) ประมวลกฎหมายแพ่งอิตาลีฉบับปี 1942 เป็นต้น

<sup>2</sup> ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน (BGB) ใช้ระบบ Pandectic System แบ่งออกเป็น 5 ส่วน กล่าวคือ หลักทั่วไป หนี้ ทรัพย์สิน ครอบครัว และมรดก ตัวอย่างประมวลกฎหมายที่ใช้ระบบ ดังกล่าวเช่น ประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่น ประมวลกฎหมายอิตาลีฉบับปี 1942 และประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย เป็นต้น

ยุโรปเช่นเดียวกับประมวลกฎหมายของฝรั่งเศส อีกทั้งยังไปถึงประเทศในทวีปเอเชีย ตัวอย่างเช่น ประเทศญี่ปุ่น เป็นต้น อย่างไรก็ตามแม้ประเทศต่างๆจะรับเอาแนวความคิดของทั้งสองประเทศมากก็ตาม ผู้เขียนพบว่าแต่ละประเทศเหล่านั้นก็ได้มีการพัฒนาแนวความคิดของตนขึ้นมาทำให้เกิดความแตกต่างกันไป ดังนั้นผู้เขียนจึงขออธิบายหลักเกณฑ์นิรโทษกรรมในแต่ละประเทศดังต่อไปนี้

## 1.1 ความรับผิดเพื่อละเมิดของกฎหมายฝรั่งเศส

### 1.1.1 หลักเกณฑ์ความรับผิดเพื่อละเมิดของประเทศฝรั่งเศส

ความรับผิดเพื่อละเมิด (La responsabilité délictuelle) ในกฎหมายฝรั่งเศสได้ถูกบัญญัติไว้เพียง 5 มาตราเท่านั้นโดยมาตรา 1382 ของประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส<sup>3</sup> เป็นหลักทั่วไปว่าด้วยความรับผิดเพื่อละเมิดอันเกิดจากการกระทำของตนเองโดยมีมาตรา 1383 เป็นบทขยายความดังนี้

มาตรา 1382 บัญญัติว่า<sup>4</sup> “การกระทำใดๆของมนุษย์อันเป็นเหตุทำความเสียหายแก่ผู้อื่นหรือ ย่อมบังคับบุคคลผู้กระทำความเสียหายโดยความผิดของเขานั้น ให้ค่าทดแทนความเสียหาย”

มาตรา 1383 บัญญัติว่า<sup>5</sup> “ทุกคนต้องรับผิดชอบในความเสียหายซึ่งเขาได้กระทำขึ้นไม่เพียงจงใจ แต่ต้องรับผิดชอบในความประมาทเลินเล่อของเขาด้วย”

จากบทบัญญัติมาตราดังกล่าวข้างต้นนี้เราสามารถแยกองค์ประกอบความรับผิดทางละเมิดที่สำคัญของกฎหมายฝรั่งเศสได้ 3 ประการ คือ

#### 1.1.1.1 ความเสียหาย (La préjudice or dommage)

ในเบื้องต้นจะมีความรับผิดทางละเมิดได้ ต้องมีความเสียหายเกิดขึ้น<sup>6</sup> ดังที่บัญญัติไว้ในมาตรา 1382 บัญญัติไว้ระบบกฎหมายฝรั่งเศสได้แบ่งความเสียหายออกเป็น 2 ประเภทกล่าวคือ

<sup>3</sup> George A. Bermann and Etienne Picard, *Introduction to French Law*, (The Netherlands : Kluwer Law International, 2008), p.247.

<sup>4</sup> Article 1382 “All human conduct of any kind which causes harm to another requires the person by whose fault it occurred to redress it”

<sup>5</sup> Article 1383 “Everyone is responsible not only for the harm which he has cause by his conduct but also by his negligence or imprudence”

ความเสียหายในกองทรัพย์สิน (Préjudice matériel) และความเสียหายนอกกองทรัพย์สินหรือความเสียหายในทางศีลธรรม (Préjudice moral) โดยความเสียหายดังกล่าวมีเงื่อนไขที่ต้องพิจารณาดังต่อไปนี้

ความเสียหายนั้นต้องเป็นความเสียหายเกิดขึ้นจริงที่แน่นอนเท่านั้น ความเสียหายที่ไม่แน่นอน (Préjudice incertain) ได้แก่<sup>7</sup> ความเสียหายซึ่งอาจเกิดขึ้นก็ได้หรือไม่อาจเกิดขึ้นก็ได้ โดยศาลและนักนิติศาสตร์ฝรั่งเศสถือว่าความเสียหายที่ไม่แน่นอนนี้ ยังไม่เพียงพอที่จะเรียกร้องให้รับผิดชอบละเมิดได้ อีกทั้งความเสียหายนั้นต้องเป็นความเสียหายแก่ใจที่ผู้ฟ้องร้องเอง เป็นความเสียหายแก่ตนโดยเฉพาะ (Personnel) มิใช่ความเสียหายแก่ผู้อื่นผู้ใดที่ไม่ใช่ใจที่

#### 1.1.1.2 ความผิด (La Faute)

ความผิดเป็นรากฐานของความรับผิดในทางแพ่งของกฎหมายฝรั่งเศสที่สำคัญ ในประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสไม่มีการนิยามศัพท์ของคำว่า “ความผิด” ไว้แต่อย่างไรก็ตามแนวคำสอน กล่าวว่า ความผิด หมายถึง สิ่งที่กฎหมายห้าม โดยกฎหมายนั้นอาจเป็นตวับทกฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษรอย่างชัดเจนหรือเป็นจารีตประเพณีก็ได้ โดยความผิดตามกฎหมายฝรั่งเศสอาจแบ่งได้เป็น ความผิดโดยจงใจและความผิดโดยไม่จงใจหรือประมาทเลินเล่อ อย่างไรก็ตามสถานการณ์อาจเป็นเหตุที่อ้างว่าการกระทำของตนเองไม่ผิดก็ได้แม้จะเกิดความเสียหายก็ตามสถานการณ์ดังกล่าวก็คือ การกระทำที่เป็นนิรโทษกรรม (Faits justificatifs)

#### 1.1.1.3 ความสัมพันธ์ระหว่างความผิดและความเสียหายนั้น (Relation de cause à effet la faute et le préjudice)

นอกจากเรื่องความเสียหายและความผิดแล้วความรับผิดเพื่อละเมิดของฝรั่งเศสต้องปรากฏถึงความสัมพันธ์แห่งเหตุและผลระหว่างความผิดและความเสียหายนั้น โดยความสัมพันธ์พิจารณาจาก

---

<sup>6</sup> ในหลักกฎหมายวิธีพิจารณาคดีของฝรั่งเศสเมื่อไม่มีความเสียหายเพื่อบังคับให้ใช้ค่าสินไหมทดแทนแล้ว ก็ไม่มีการกระทำละเมิด ไม่จำเป็นต้องวินิจฉัยหลักเกณฑ์ข้ออื่นอีกต่อไปหากมาฟ้องศาลก็ต้องยกฟ้องโดยอ้างเหตุว่าไม่เกี่ยวข้องด้วยประโยชน์ก็ไม่ใช่การฟ้องร้อง (pas d'intérêt pas d'action)

<sup>7</sup> ฌีต เศรษฐบุตร, หลักกฎหมายแพ่งลักษณะละเมิด, พิมพ์ครั้งที่ 6 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2550), น.73.

บทบัญญัติในมาตรา 1382 ถึง 1386 ของประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสนั้นมิได้มีการให้ความหมายของเรื่องความสัมพันธ์แห่งเหตุและผลระหว่างความผิดและความเสียหายไว้ แต่อย่างไรก็ดีนักนิติศาสตร์ฝรั่งเศสก็อธิบายโดยใช้หลากหลายทฤษฎีในการอธิบายองค์ประกอบในเรื่องนี้ กล่าวคือ ทฤษฎีแรกคือเงื่อนไข หลักทฤษฎีนี้คือ เงื่อนไขแต่ละอันที่ทำให้เกิดผล เป็นเหตุที่มีน้ำหนักเท่ากันทั้งสิ้น โดยไม่มีการแบ่งแยกเหตุว่าเหตุใกล้หรือไกล หนักหรือเบา และถ้าในเงื่อนไขต่างๆ เหล่านี้มีการกระทำของคนเข้าไปเกี่ยวข้องเป็นเงื่อนไขอยู่ด้วย ก็ถือเอาเลยว่า ผู้กระทำนั้นเป็นเหตุให้เกิดผล แม้ว่าจะมีเหตุอื่นอยู่ด้วยก็ตาม ส่วนทฤษฎีที่สอง ทฤษฎีมูลเหตุที่เหมาะสมคือการดูว่าเหตุอย่างนี้เหมาะที่จะก่อให้เกิดผลอย่างนั้นหรือไม่ ซึ่งต้องพิจารณาจากตัวผู้กระทำ และลักษณะการกระทำว่าสามารถก่อให้เกิดผลเช่นนั้นได้หรือไม่

แต่อย่างไรก็ดี<sup>8</sup> จำเลยสามารถโต้แย้งองค์ประกอบเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างเหตุและผลได้โดยการอ้างเรื่อง เหตุภายนอก (Causes étrangères) เพื่อทำให้ตนเองหลุดพ้นจากความรับผิดชอบเพื่อละเมิด โดยเหตุภายนอกนั้นก็คือ เรื่องเหตุสุดวิสัยหรือเหตุบังเอิญ (Force majeure or Cas fortuit) การกระทำของบุคคลภายนอก หรือความผิดของผู้เสียหายเอง เป็นต้น

### 1.1.2 หลักเกณฑ์นิรโทษกรรมของประเทศฝรั่งเศส

ตามกฎหมายฝรั่งเศสโดยหลักเกณฑ์เรื่องการทำที่เป็นนิรโทษกรรมนั้นนักกฎหมายฝรั่งเศสได้อธิบายในองค์ประกอบเรื่อง ความผิด (La Faute) ว่าหากจำเลยสามารถพิสูจน์ได้ว่าการกระทำดังกล่าวเป็นการกระทำที่เป็นนิรโทษกรรมย่อมไม่เป็นความผิด ดังนั้นจึงไม่เกิดความรับผิดเพื่อละเมิดดังนั้นย่อมไม่ต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนแต่อย่างใด

การกระทำที่เป็นนิรโทษกรรม (Faits justificatifs) นั้นปรากฏว่าระบบกฎหมายละเมิดฝรั่งเศสนั้นมีหลากหลายรูปแบบไม่ว่าเรื่องการกระทำป้องกัน การกระทำโดยจำเป็น การกระทำตามคำสั่ง การใช้กำลังป้องกันสิทธิ ซึ่งไม่มีตัวบทกฎหมายเป็นลายลักษณ์อักษรกล่าวไว้โดยชัดแจ้งแต่อย่างใดเป็นเรื่องซึ่งนักนิติศาสตร์และศาลฝรั่งเศสได้อาศัยหลักกฎหมายอาญาประกอบกับ

---

<sup>8</sup> F.H.Lawson, and the other, Amos and walton's introduction to Frech Law, 3<sup>rd</sup> ed. (Oxford : Charendon Press, 1967), p.214.

หลักกฎหมายทั่วไปมาเป็นพื้นฐานในการปรับใช้<sup>9</sup> และสรุปหลักเกณฑ์เป็นแนวทางไว้โดยมีรายละเอียดดังนี้

#### 1.1.2.1 การป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย (La légitime défense)

การกระทำที่เป็นการป้องกัน (La légitime défense) นั้นศาลได้นำหลักกฎหมายดังกล่าวมาจากประมวลกฎหมายอาญา (Code pénal)<sup>10</sup> ของฝรั่งเศสโดยประมวลกฎหมายอาญาได้บัญญัติหลักเกณฑ์ในเรื่องการกระทำป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายไว้ในมาตรา 122-5 และ 122-6 โดยมาตรา 122-5 เป็นหลักเกณฑ์ทั่วไปของเรื่องการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย ส่วนมาตรา 122-6 นั้นเป็นบทสันนิษฐานเรื่องการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย กล่าวคือ

มาตรา 122-5 บัญญัติว่า<sup>11</sup> “บุคคลใดๆ ที่เผชิญหน้าต่อภัยอันตรายที่มีชอบด้วยกฎหมายคุกคามตนเองหรือผู้อื่น หากได้กระทำการในขณะที่มีภัยอันตรายนั้นโดยความจำเป็นเพื่อป้องกันตนเองหรือผู้อื่น บุคคลนั้นไม่ต้องรับผิดชอบในทางอาญา เว้นแต่วิธีการที่ใช้ในการป้องกันนั้นมีได้สัดส่วนกับความร้ายแรงของภัยอันตราย

บุคคลใดๆ ที่กระทำป้องกันเพื่อยับยั้งภัยอันตรายต่อทรัพย์สินของตน หากการกระทำดังกล่าวได้กระทำไปด้วยความจำเป็นอย่างยิ่งเพื่อระงับยับยั้งการกระทำต่อทรัพย์สินนั้น และวิธีการที่

---

<sup>9</sup> W Van Gerven, P Larouche, J Lever, Cases Materials and Text on National, Supranational and International Tort Law, (Oxford: Hart publishing, 2000), p 352/2, see also Raymond Yongs, English, French and German Comparative law, (London. Sydney : Cavendish Publishing Limited, 1998), pp.472-475.

<sup>10</sup> ตัวบทประมวลกฎหมายอาญาของฝรั่งเศสฉบับที่แปลเป็นภาษาอังกฤษ ผู้เขียนนำมาจาก <http://www.legifrance.gouv.fr>

<sup>11</sup> Article 122-5 “A person is not criminally liable if, confronted with an unjustified attack upon himself or upon another, he performs at that moment an action compelled by the necessity of self-defence or the defence of other person, except where the means used are proportionate to the seriousness of the attack.

A person is not criminally liable if, to the interrupt the commission of the a felony or a misdemeanor against property , he perform an act of the defence other than willful murder, where the is strictly necessary for the intended objective the means used are proportionate to the gravity of the offence”

ใช้ในการป้องกันได้สัดส่วนกับความร้ายแรงของความผิด บุคคลนั้นไม่ต้องรับผิดในทางอาญาเว้นแต่การกระทำความผิดนั้นเป็นการทำให้ผู้อื่นถึงแก่ความตาย”

การป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย (La légitime défense) ของประเทศฝรั่งเศสเรานำหลักในกฎหมายอาญามาอนุโลมปรับใช้ในกฎหมายแพ่งได้โดยอาจสามารถแยกองค์ประกอบได้ดังนี้<sup>12</sup>

ก) ภัยอันตรายต้องเป็นการกระทำอันละเมิดต่อกฎหมาย (An unjustified attack) การกระทำที่ชอบด้วยกฎหมายของเจ้าพนักงาน เช่น การจับกุม การค้นบ้านผู้ต้องหาตามหมายค้น การกระทำเช่นนี้มีภัยอันตรายอันละเมิดต่อกฎหมายที่จะกระทำการตอบโต้หรือจะป้องกันได้ กรณีตัวอย่าง เช่นกรณีในมาตรา 73 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของฝรั่งเศส ที่ให้อำนาจในการจับผู้กระทำความผิดได้ ผู้กระทำความผิดไม่มีสิทธิที่จะตอบโต้ได้

ข) การกระทำนั้นต้องจำเป็น (Necessary) เพื่อป้องกันตนเองหรือผู้อื่น เพราะการกระทำป้องกันเป็นข้อยกเว้นหลักการห้ามเอกชนที่จะบังคับใช้กฎหมายโดยตนเอง (nul ne peut se faire justice soi-même) เพราะรัฐเท่านั้นเป็นผู้มีอำนาจใช้ได้ ดังนั้นการกระทำป้องกันจึงใช้เมื่ออยู่ในสถานการณ์ที่จำเป็นต้องกระทำเท่านั้น

ค) ต้องมีการภัยอันตรายต่อบุคคลหรือทรัพย์สินของตนเองหรือของผู้อื่น ภัยอันตรายดังกล่าวต้องเกิดขึ้นอย่างแท้จริงหรืออย่างน้อยที่สุดก็ใกล้จะมาถึง (Actual or at least imminent) หากเป็นเรื่องการคุกคามทั่วไปหรือความเสี่ยงที่จะถูกคุกคามตามธรรมดาแล้วนั้นย่อมไม่สามารถที่จะกระทำการป้องกันล่วงหน้า (premature defense) ได้ เช่นเดียวกับภัยอันตรายที่ผ่านพ้นไปแล้วย่อมไม่จำเป็นต้องป้องกัน หากกระทำอาจเป็นการกระทำในลักษณะแก้แค้นไม่ใช่การป้องกันย่อมไม่สามารถอ้างเพื่อหลุดพ้นความรับผิดเพื่อละเมิดได้

สำหรับประเด็นการสำคัญผิด (Mistake) ว่ามีเหตุที่ต้องป้องกัน (เชื่อว่าภัยอันตรายต่อตนเองแต่แท้จริงแล้วไม่มีเหตุ) กรณีดังกล่าวจะสามารถยกเป็นข้อต่อสู้เพื่อไม่ต้องรับผิดได้หรือไม่ กฎหมายฝรั่งเศสยอมรับว่ากรณีดังกล่าวสามารถอ้างได้ แต่ต้องเป็น การสำคัญผิดที่สมเหตุสมผล (Raisonnement croire)

ง) การกระทำที่พอสมควรแก่เหตุ<sup>13</sup> (A proportionate response) การกระทำป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายต้องเป็นการกระทำที่พอสมควรแก่เหตุดังนั้นหากการกระทำตอบโต้ไปโดย

<sup>12</sup> Catherine Elliott, French Criminal Law, (Devon : Willan Publishing, 2001), pp.109-111.

เกินสมควรแก่เหตุย่อมไม่สามารถแก้ตัวได้ เช่น กรณีหากบุคคลหนึ่งตอบโต้การถูกตบหน้าโดยการฆ่าผู้กระทำย่อมเป็นสิ่งที่เห็นได้ชัดชัดเจนว่าเป็นการกระทำที่ไม่พอสมควรแก่เหตุย่อมไม่เป็นการป้องกันที่ชอบด้วยกฎหมายโดยการกระทำใดจะเป็นการกระทำที่พอสมควรแก่เหตุนั้นศาลย่อมเป็นผู้พิจารณาพิพากษาตามแต่ละคดีๆไป

การป้องกันทรัพย์สิน (Defence of property) ในวรรคสองของมาตรา 122-5 มีหลักการเดียวกันกับการป้องกันบุคคลในวรรคแรกเพียงแต่ประเด็นที่น่าสนใจอยู่ในองค์ประกอบเรื่องการกระทำที่พอสมควรแก่เหตุซึ่งกฎหมายบัญญัติว่าการป้องกันทรัพย์สินนั้นจะวางหลักการไว้เคร่งครัดว่าการป้องกันดังกล่าวต้องไม่เป็นการฆ่าหรือทำร้ายบุคคลจนได้รับบาดเจ็บสาหัส โดยปัญหาในเรื่องนี้ผู้เขียนพบว่าศาลฝรั่งเศสเคยมีคำพิพากษาดัดสินไว้ คือกรณีการวางกับดักเพื่อป้องกันทรัพย์สินของตนเองซึ่งได้เคยมีคดีเกิดขึ้นโดยมีข้อเท็จจริง<sup>14</sup> ว่าเจ้าของบ้านได้วางกับดัก (booby-trapped) ไว้ในตู้อาหารเพื่อจัดการกับขโมย (burglar) ศาลตัดสินว่าการกระทำดังกล่าวไม่เป็นการป้องกันที่ชอบด้วยกฎหมาย

นอกจากนี้ในระบบกฎหมายอาญาของฝรั่งเศสได้บัญญัติข้อสันนิษฐานไม่เด็ดขาด (Rebuttable presumption) ของการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายไว้ ตามปกติแล้วภาระการพิสูจน์ (Burden of proof) จะตกแก่จำเลยที่ต้องนำสืบให้ศาลเห็นตามองค์ประกอบของการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย ต่อมานักกฎหมายฝรั่งเศสประสงค์ที่จะคุ้มครองปัจเจกบุคคลในสถานการณ์เฉพาะที่อันตราย ดังนั้นจึงบัญญัติหลักกฎหมายขึ้นมาเพื่อเปลี่ยนภาระการพิสูจน์ให้ตกอยู่ฝ่ายโจทก์ ดังต่อไปนี้

มาตรา 122-6 บัญญัติว่า<sup>15</sup> “บุคคลได้รับสันนิษฐานว่ากระทำการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย หากว่า

<sup>13</sup> Christian Dadomo, Susan Farran, French substantive law, (London: Sweet & Maxwell, 1997), p.221.

<sup>14</sup> คดี Court of Troyes, May 24, 1977.

<sup>15</sup> Article 122-6 “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 inhabited place committed by breaking in, violence or deception;

1) เพื่อที่จะต่อต้านผู้ที่เข้ามาเคสสถานในเวลากลางคืนโดยบุคคลดังกล่าวได้คุกคามหรือใช้กำลังทำลายสิ่งกีดขวางเข้ามา

2) การกระทำนั้นเป็นการกระทำเพื่อต่อต้านผู้ที่เข้ามาชิงทรัพย์หรือการปล้นทรัพย์โดยใช้กำลังประทุษร้าย”

สำหรับการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายของฝรั่งเศสนั้นผู้เขียนพบว่ามีตัวอย่างคำพิพากษาที่น่าสนใจ คือ

คดี Baumberger V Wadoux Cass.civ.2e, 22 April 1992<sup>16</sup>

ข้อเท็จจริงในคดีนี้ จำเลยและคู่หมั้นของจำเลยอยู่ในรถคันหนึ่ง ข้อเท็จจริงปรากฏต่อศาลว่าบริเวณนั้นเป็นที่เปลี่ยวและขณะเกิดเหตุเวลาสามนาฬิกาไม่มีรถยนต์คันใดจะผ่านมานอกจากเวลาเช้าแล้วจึงจะมีรถผ่านเข้ามาในบริเวณนั้น ชายหนุ่มสามคนซึ่งมีลักษณะเมาสุราอย่างชัดเจนเดินเข้ามาเข้าใกล้คู่หมั้นของจำเลย เมื่อจำเลยเห็นได้ชายทั้งสาม จำเลยจึงชักเอาปืนขึ้นมาขู่ชายทั้งสามไม่ให้เข้ามาใกล้คู่หมั้นจำเลย แต่หนึ่งในสามของชายกลุ่มนั้นยังคงเดินเข้าไปหาคู่หมั้นจำเลย จำเลยจึงใช้ปืนยิงเข้าไปที่ชายคนนั้นทำให้ชายดังกล่าวได้รับบาดเจ็บที่ตา ในคดีอาญานั้นศาลตัดสินว่าจำเลยไม่ผิด แต่ในทางแพ่งโจทก์ผู้เสียหายนำคดีมาฟ้องโดยอ้างว่าจำเลยกระทำละเมิดต่อโจทก์ตามมาตรา 1384 (1) ประมวลกฎหมายแพ่งเนื่องจากจำเลยเป็นผู้ครอบครองปืน

ศาลชั้นต้นตัดสินให้จำเลยรับผิดชอบหนึ่งในสามส่วนของความเสียหายที่เกิดขึ้น ต่อมาศาลอุทธรณ์ได้แก้ไขให้จำเลยรับผิดชอบหนึ่งในสี่ส่วนของความเสียหายที่เกิดขึ้น ต่อมาคดีขึ้นสู่การพิจารณาของศาลฎีกาได้กลับคำพิพากษาของศาลชั้นล่างทั้งสองศาล โดยศาลฎีกาได้ให้เหตุผลว่าการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายย่อมไม่ต้องขอใช้กำลังใหม่ทดแทนหากเป็นการกระทำที่จำเป็นจากหลักการดังกล่าวประกอบกับศาลอาญาได้ตัดสินว่าจำเลยได้ใช้อาวุธในการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายจึงไม่ต้องขอใช้กำลังใหม่ทดแทน

#### 1.1.2.2 การกระทำโดยจำเป็น (L'état nécessité)

ระบบกฎหมายฝรั่งเศสนั้นนอกจากการกระทำโดยป้องกันอันเป็นเหตุให้ผู้กระทำไม่ต้องรับผิดชอบในกฎหมายอาญาแล้ว ในกฎหมายอาญาฝรั่งเศสยังถือว่าผู้ใดกระทำการใดๆโดยความ

2) to defence himself against the perpetrators of theft or pillage carried out with violence.”

<sup>16</sup> W Van Gerven, P Larouche, J Lever , *supra* note 9, pp.352/15-352/16.

จำเป็นย่อมไม่ต้องรับผิดทางอาญาด้วย แต่เดิมนั้นประมวลกฎหมายอาญาของฝรั่งเศสฉบับเก่าไม่ได้บัญญัติเรื่องการกระทำโดยจำเป็นเนื่องจากยึดหลักการที่ว่า “ความจำเป็นไม่ต้องมีกฎหมาย” (Nécessité n'a pas de loi) แต่ต่อมาเมื่อฝรั่งเศสสร้างประมวลอาญฉบับใหม่มองเห็นความสำคัญของหลักการดังกล่าว บัญญัติเรื่องการกระทำที่เป็นโดยความจำเป็นไว้โดยบัญญัติไว้ในมาตรา 122-7 กล่าวคือ

มาตรา 122-7 บัญญัติว่า<sup>17</sup> “บุคคลใดๆ ย่อมไม่ต้องรับผิดหากว่าอยู่ภายใต้สถานการณ์ที่เกิดภัยอันตรายโดยปัจจุบันหรือฉุกเฉินแก่ตนเองหรือผู้อื่น บุคคลดังกล่าวได้กระทำการโดยจำเป็นเพื่อที่จะป้องกันบุคคลหรือทรัพย์สิน แต่บุคคลดังกล่าวจะอ้างไม่ได้หากว่าได้กระทำไปโดยเกินสมควรแก่เหตุกับภัยอันตรายที่เกิดขึ้น”

ตามมาตราดังกล่าวเราอาจแยกองค์ประกอบเรื่อง การกระทำโดยจำเป็น ได้ดังนี้

ก) จะต้องเป็นกรณีมีภัยอันตรายที่เกิดขึ้นแก่บุคคลหรือทรัพย์สินและภัยอันตรายนั้นเกิดโดยปัจจุบันหรือโดยฉุกเฉินหรือใกล้จะถึง และไม่มีทางหลีกเลี่ยงได้โดยประการอื่น

ข) เป็นการกระทำที่จำเป็นเพื่อป้องกันบุคคลหรือทรัพย์สินและการกระทำความดังกล่าวต้องสามารถที่จะต้องขจัดภัยอันตรายดังกล่าวได้

ค) เป็นการกระทำที่พอสมควรแก่เหตุ การกระทำโดยจำเป็นนั้นเป็นเรื่องความขัดแย้งกันของประโยชน์ที่กฎหมายให้ความคุ้มครองโดยเปรียบเทียบประโยชน์ที่บุคคลได้ปกป้องกับประโยชน์ที่บุคคลผู้นั้นกระทำต่อ การกระทำที่จะหลีกเลี่ยงนั้นย่อมต้องมีขนาดความเสียหายมากกว่าการกระทำเพื่อหลีกเลี่ยงภัยนั้น หากน้อยกว่าอาจเป็นการละเมิดได้ แต่อย่างไรก็ดีปัญหาเรื่องการกระทำต่อสิ่งที่มีคุณค่าเท่าเทียมกันกับสิ่งที่ปกป้องนั้นยังเป็นปัญหาที่ได้เถียงกันอยู่

ในกฎหมายละเมิดก็นำหลักการเรื่องความจำเป็นมาพิจารณาปรับใช้เช่นเดียวกัน ในเรื่องการกระทำโดยความจำเป็นตามกฎหมายฝรั่งเศสนั้นเมื่อเปรียบเทียบกับเรื่องการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายมีความแตกต่างกัน กล่าวคือ การป้องกันนั้นต้องกระทำแก่บุคคลหรือทรัพย์สินที่ก่อให้เกิดภัยอันตราย ส่วนในเรื่องการกระทำโดยจำเป็นนั้น ภัยมาจากทางอื่นผู้กระทำมีความจำเป็นต้องหลีกเลี่ยงภัยนั้น ได้กระทำต่อบุคคลหรือทรัพย์สินที่ไม่ใช่ต้นเหตุที่ก่อให้เกิดภัยอันตราย

---

<sup>17</sup> Article 122-7 “A person is not criminally liable if confronted with a present or imminent danger to himself, another person 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.”

นั้น ดังนั้นนักนิติศาสตร์ฝรั่งเศสได้เถียงกันว่า การกระทำโดยจำเป็นเป็นเหตุยกเว้นความรับผิดเพื่อละเมิดหรือไม่ นักนิติศาสตร์ฝรั่งเศสหลายท่านได้อธิบายเรื่องนี้ไว้ ดังต่อไปนี้

Boris Starck, Henri Roland & Laurent Boyer ได้อธิบายไว้ว่า “การกระทำโดยความจำเป็นคือ สถานการณ์ที่บุคคลหนึ่งกระทำการอันก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้อื่นเพื่อหลีกเลี่ยงภัยอันตรายต่อตนเองหรือผู้อื่น เช่น การขับรถชนประตู่ร้านค้าทั้งนี้เพื่อหลีกเลี่ยงการชนกับคนเดินถนน หรือ บุคคลต้องยิงสุนัขดุร้ายที่กำลังจะกัดตนด้วยปืนไรเฟิลเพราะไม่มีวิธีอื่นที่จะหลีกเลี่ยงได้ กรณีที่กล่าวมานี้ทั้งหมดล้วนไม่มีความผิดเกิดขึ้น ส่งผลให้ไม่ก่อให้เกิดความรับผิดเพื่อละเมิดตามมาตรา 1382 เพราะวิญญูชน (a bonus familias) ก็ย่อมกระทำได้เช่นกรณีดังกล่าว

ทั้งนี้การยกเว้นดังกล่าวต้องปรากฏว่า คุณค่าของสิ่งที่เสียหายที่เกิดขึ้นดังกล่าว้นั้นน้อยกว่าสิ่งที่บุคคลนั้นประสงค์จะป้องกัน เช่น บุคคลหนึ่งเข้าไปในเคหสถานของผู้อื่นเพื่อรื้อเพื่อป้องกันเพลิง ในทางกลับกันบุคคลก็ไม่สามารถที่จะฆ่าบุคคลอื่นเพื่อรักษาชีวิตของตนเอง”<sup>18</sup>

Francois Terré, Philippe Simler & Yves Lequette ได้อธิบายว่า “กรณีการกระทำโดยความจำเป็นเป็นตัวอย่างที่ชัดเจนว่า กรณีดังกล่าวนี้เป็นข้อต่อสู้ให้หลุดพ้นจากความรับผิดในความเสียหายที่เกิดขึ้น ในบางกรณีบุคคลอาจกระทำให้เกิดความเสียหายแก่สิ่งหนึ่งเพื่อหลีกเลี่ยงไม่ให้ความเสียหายอย่างร้ายแรงเกิดแก่อีกสิ่ง ตัวอย่างคลาสสิก เช่น ผู้ขับรถจักรยานยนต์ชนประตู่ทั้งนี้เพื่อหลีกเลี่ยงการชนกับคนเดินถนน เป็นต้น”<sup>19</sup>

ประเด็นต่อมา การกระทำโดยความจำเป็น (L'état nécessité) ทำให้หลุดพ้นจากความรับผิดทั้งหมดเลยหรือไม่ การอธิบายในเรื่องนี้ผู้เชี่ยวชาญทฤษฎีประกอบอธิบายว่า หากมีเด็กตกน้ำ มารดาได้พยายามหาทางช่วยเหลือแต่ไม่มีทางใด จึงได้หักกิ่งไม้ที่ปลูกอยู่ที่ริมตลิ่งมาโยนให้เด็กเกาะรอดชีวิตมาได้ ดังนี้ การกระทำของมารดาเด็กที่ได้หักกิ่งไม้ของเจ้าของจะมีความรับผิดต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนหรือไม่

---

<sup>18</sup> Boris Starck, Henri Roland & Laurent Boyer, *Obligations 1.Responsabilité délictuelle* (4<sup>th</sup> ed.,1991), §§ 300-301. cited by James Gordley, Arthur T. Von Mehren *An Introduction to the comparative study of private law Readings, Cases, Materials* (Cambridge ; Cambridge university press, 2006), pp.224-225.

<sup>19</sup> Francois Terré, Philippe Simler & Yves Lequette, *Droit civil Les obligations* (7<sup>th</sup> ed.,1999), §704. cited by James Gordley, Arthur T. Von Mehren, *ibid* p.225.

กรณีความรับผิดเพื่อละเมิด หากเราพิจารณาในองค์ประกอบเรื่องความผิดโดยอาศัยหลักการทางภาวะวิสัย (in abstracto) โดยเอาบุคคลที่ใช้ความระมัดระวังมาเปรียบเทียบกับอยู่ในสถานการณ์เช่นเดียวกับมารดาเด็ก จะเห็นว่าบุคคลจะใช้ความระมัดระวังนั้นก็ก็จะกระทำเช่นเดียวกับมารดาเด็กนั่นเองจึงไม่เป็นละเมิด แต่อย่างไรก็ดีนักนิติศาสตร์ฝรั่งเศส คือ Henri Lalou เห็นว่า<sup>20</sup> “การวินิจฉัยยกความรับผิดทางละเมิดไปเช่นนี้ ย่อมจะไม่ทำความยุติธรรมให้แก่ผู้เสียหายเลย ฉะนั้นมารดาเด็กผู้ที่ได้เลือกแล้วที่จะเอาภัยทางที่กว่าน้อยนั้นควรจะต้องรับผิดใช้ค่าสินไหมทดแทนแก่ผู้เสียหายดังกล่าวจึงจะถูกต้อง

ส่วนความรับผิดกรณีอื่นที่ใช้ความรับผิดเพื่อละเมิด นักนิติศาสตร์ คือ ท่าน Mazeaud เห็นว่า แม้มารดาที่ช่วยเด็กในกรณีอุทกภัย ไม่มีความรับผิดทางละเมิดนั้นหาได้หมายความว่า เขาหลุดพ้นจากการฟ้องร้องทางอื่น กล่าวคือ เจ้าของต้นไม้ยอมฟ้องร้องเรียกทางลามิควรได้ (action de in rem verso or gestion d' affaires) เป็นการให้ความยุติธรรมแก่เขาแล้ว

คดี Cour de cassation, 2e ch.civ., 26 November<sup>21</sup>

ข้อเท็จจริงในคดีนี้ปรากฏว่า สุนัขสองตัวที่ดุร้ายเข้ามากัดสุนัขของจำเลยพันธุ์ Spaniel โดยกัดอย่างรุนแรงและไม่สามารถที่จะยับยั้งได้ หลังจากที่จำเลยพยายามหาเจ้าของสุนัขทั้งสองและขอความช่วยเหลือเจ้าหน้าที่ตำรวจ แต่ไม่พบและไม่มีทางใดที่จะหยุดความดุร้ายของสุนัขทั้งสองตัวนั้น นอกจากใช้ปืนไรเฟิลฆ่าสุนัขทั้งสองตัว ดังนั้นการที่จำเลยฆ่าสุนัขดังกล่าว ศาลชั้นต้นมองว่าการกระทำของจำเลยไม่มีความผิด

คดี Tribunal d'instance, Charolles, 13 March 1970, JCP 1970.J.16354<sup>22</sup>

ข้อเท็จจริงในคดีนี้ปรากฏว่า ขณะโจทก์นาย Géraud Bonnot กำลังขับรถอยู่ จำเลยคือ นาย Fernand Pras ได้ขับรถบรรทุกซึ่งเป็นของนายจ้างจำเลย (Société Café Boca) ขนจากการพิจารณาของศาลเหตุการณ์ดังกล่าวเกิดจาก จำเลยจำเป็นต้องเลี้ยวซ้ายอย่างกะทันหันเพื่อที่จะหลีกเลี่ยงการชนกับผู้หญิงคนหนึ่งที่ข้ามถนนมาทางขวาอย่างที่ว่าจำเลยไม่คาดคิดทำให้ชนกับรถของโจทก์ ดังนั้นศาลจึงมีความเห็นว่า กรณีนี้ไม่สามารถที่จะกล่าวโทษต่อจำเลยได้ เพราะจำเลยพยายามที่จะช่วยเหลือหญิงคนดังกล่าวในวิธีการที่เขาจะกระทำได้ ดังนั้นการกระทำของ

<sup>20</sup> จี๊ด เศรษฐบุตร, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 7, น. 135.

<sup>21</sup> James Gordley, Arthur T. Von Mehren, *supra* note 18, p.226.

<sup>22</sup> *Ibid.*

จำเลยไม่มีความผิดตามมาตรา 1382 Civil Code จึงไม่ต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนในความเสียหายที่เกิดขึ้นแต่อย่างใด

### 1.1.2.3 การกระทำตามคำสั่งที่ชอบด้วยกฎหมาย (Ordre de la loi ou d' un supérieur)

ในเรื่องการกระทำตามคำสั่งที่ชอบด้วยกฎหมายของระบบกฎหมายฝรั่งเศสกรณีนั้น อาจมีได้ มีการแยกประเด็นนี้เป็นหลากหลายกรณี กล่าวคือ การกระทำหน้าที่ตามกฎหมาย (Ordre de la loi) การกระทำที่กฎหมายอนุญาต (Permission de la loi) การกระทำตามคำสั่งที่ชอบด้วยกฎหมาย (Commandement de l' autorité légitime) โดยหลักการในเรื่องดังกล่าวปรากฏในกฎหมายอาญาของฝรั่งเศสในมาตราที่ 122-4 ซึ่งเป็นหลักการที่กฎหมายละเมิดก็ได้ นำมาปรับใช้กล่าวคือ

มาตรา 122-4 บัญญัติว่า<sup>23</sup> “บุคคลใดๆ ย่อมไม่ต้องรับผิดชอบหากว่าได้กระทำภายใต้อำนาจจากบทบัญญัติของกฎหมายที่ให้อำนาจกระทำได้

บุคคลใดๆ ย่อมไม่ต้องรับผิดชอบหากว่าได้กระทำตามคำสั่งที่ชอบด้วยกฎหมายยกเว้นกรณีที่คำสั่งนั้นจะไม่ชอบด้วยกฎหมายโดยชัดแจ้ง”

ตามกฎหมายอาญานั้น การกระทำหน้าที่ตามกฎหมายหรือการกระทำที่กฎหมายอนุญาต (Ordre/Permission de la loi) และการกระทำตามคำสั่งที่ชอบด้วยกฎหมาย (Commandement de l' autorité légitime)<sup>24</sup> ย่อมไม่เกิดความรับผิดทางอาญาขึ้นได้ สำหรับในทางละเมิดนั้นการกระทำต่างๆ จะทำให้พ้นความรับผิดหรือไม่ตามความเห็นของนักกฎหมายฝรั่งเศสแล้วถือว่า ควรพิจารณาตามหลักการวินิจฉัยภาวะวิสัย (in abstracto) ว่าบุคคลที่ใช้ความระมัดระวังจะกระทำได้เช่นจำเลยหรือไม่

สำหรับการกระทำหน้าที่ตามกฎหมายหรือการกระทำที่กฎหมายอนุญาต (Ordre/Permission de la loi) บัญญัติอยู่ในวรรค 1 หากบุคคลซึ่งปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมายต้อง

---

<sup>23</sup> Article 122-4 “A person is not criminally liable who performs an act prescribed or authorized by legislative or regulatory provisions

A person is not criminally liable who performs an action commanded by lawful authority, unless the action is manifestly unlawful.”

<sup>24</sup> การกระทำใดๆ อาจจะเป็นการกระทำหน้าที่ตามกฎหมายหรือการกระทำที่กฎหมายอนุญาต และการกระทำตามคำสั่งที่ชอบด้วยกฎหมายพร้อมกันหรืออย่างใดอย่างหนึ่งก็ได้

ใช้ความระมัดระวัง ฉะนั้นหากเกิดมีความเสียหายขึ้นเนื่องจากกรณีดังกล่าว ผู้กระทำไม่จำเป็นต้องรับผิดชอบ ตัวอย่างที่กฎหมายบัญญัติให้บุคคลมีอำนาจกระทำการได้ เช่น

มาตรา 73 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา (Code de procédure pénale)<sup>25</sup> ซึ่งบัญญัติว่า<sup>26</sup> “ในกรณีของความผิดที่กระทำโดยซึ่งหน้าไม่ว่าความผิดดังกล่าวนั้นจะเป็นความผิดที่อุกฉกรรจ์หรือไม่อุกฉกรรจ์ก็ตามหากว่าเป็นความผิดที่อาจถูกจำคุกได้ บุคคลใดๆย่อมมีอำนาจที่จะจับกุมผู้กระทำความผิดนั้นและส่งสถานตำรวจซึ่งมีอำนาจที่ใกล้ที่สุด”

สำหรับในเรื่องนี้ผู้เขียนพบว่ามีคำพิพากษาของศาลฝรั่งเศสได้เคยวินิจฉัยเรื่องการกระทำที่มีกฎหมายอนุญาตแม้ผู้กระทำจะก่อให้เกิดความเสียหาย แต่ได้รับการยกเว้นความรับผิดชอบเพื่อละเมิด คือ

คดี Caisse régionale d'assurance mutuelle agricole contre les accidents des Alpes-Maritimes V. Follis Cass.civ.2e, 10 June 1970.<sup>27</sup>

คดีนี้มีข้อเท็จจริงว่า จำเลยซึ่งเป็นหญิงสาวคนหนึ่งถูกผู้ชายที่เป็นคนร้ายกระทำอนาจารแก่ตน คนร้ายเมื่อกระทำความผิดแล้วได้พยายามหนีโดยใช้รถยนต์เป็นพาหนะ แต่หญิงสาวดังกล่าวก็เริ่มติดตามคนร้ายโดยใช้รถขับตามไป ต่อมาเพื่อจะทำให้รถของคนร้ายหยุดเพื่อจับคนร้ายให้ได้ จำเลยจึงขับรถเข้าไปชนรถของคนร้ายทำให้รถคนร้ายหยุด หญิงสาวได้เข้าไปแจ้งตำรวจดังนั้นคนร้ายดังกล่าวจึงถูกจับ ปรากฏว่าชายคนร้ายกลับมาฟ้องหญิงสาวว่ากระทำละเมิดตน แต่อย่างไรก็ดีโดยในคดีนี้ศาลมองว่าการกระทำของจำเลยนั้นเป็นการกระทำที่กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของฝรั่งเศส (Code de procédure pénale) มาตรา 73 ได้ให้อำนาจในการจับคนร้ายที่กระทำผิดซึ่งหน้าไว้ แม้จำเลยจะก่อให้เกิดความเสียหาย也不需要รับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนตามมาตรา 1382 แต่อย่างใด

<sup>25</sup> ตัวบทประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาฝรั่งเศสฉบับที่แปลเป็นภาษาอังกฤษ ผู้เขียนนำมาจาก The French Code of Criminal Procedure Translated by Gerald L.Kock, (London : Sweet & Maxwell Limited, 1964)

<sup>26</sup> Article 73 “In the case of a flagrant felony of a flagrant misdemeanor punishable by imprisonment, every person has power to apprehend the perpetrator and to take him before the nearest officer of the judicial police”

<sup>27</sup> W Van Gerven, P Larouche, J Lever, *supra* note 9, pp.352/5-352-6.

ส่วนการกระทำตามคำสั่งที่ชอบด้วยกฎหมาย (Commandement de l' autorité légitime) บัญญัติอยู่ในวรรค 2 องค์ประกอบในข้อนี้ คือ คำสั่งต้องมาจากอำนาจโดยชอบด้วยกฎหมาย (A legitimate authority) และเป็นอำนาจของรัฐไม่ใช่เอกชน องค์การของรัฐนั้นต้องมีอำนาจในการออกคำสั่งนั้นด้วย อีกทั้งเจ้าหน้าที่ที่รับคำสั่งต้องมีหน้าที่ในขอบเขตของเรื่องที่สั่งให้ปฏิบัติและต้องใช้ความระมัดระวังในการปฏิบัติด้วย ข้อที่ต้องระวังก็คือ คำสั่งเจ้าหน้าที่แตกต่างกับคำอนุญาตของเจ้าหน้าที่ หากเจ้าหน้าที่เพียงอนุญาตเท่านั้นหากเกิดความเสียหายขึ้นผู้กระทำละเมิดยังคงต้องรับผิดชอบได้เช่นกัน

ขอยกเว้น บุคคลที่ปฏิบัติตามคำสั่งจะต้องรับผิดชอบ หากคำสั่งนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย โดยแจ้งชัด (Obviously illegal orders) แนวความคิดดังกล่าวเป็นแนวทางที่ประนีประนอมของนักกฎหมายฝรั่งเศส<sup>28</sup> คำถามว่า ตัวอย่าง คำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายโดยแจ้งชัดนั้น เช่น คำสั่งที่ให้สังหารนักโทษโดยไม่ผ่านกระบวนการตามปกติ คำสั่งให้เจ้าหน้าที่ตำรวจทรมานผู้ต้องสงสัยให้รับสารภาพ หรือคำสั่งให้กระทำการใดๆ อันละเมิดต่อสิทธิมนุษยชนอย่างร้ายแรง เป็นต้น

#### 1.1.2.4 การช่วยตนเอง (Justice privée ; Self-Help)

การช่วยตนเอง (Justice privée) ในระบบกฎหมายฝรั่งเศส จากการค้นคว้าตำราของผู้เขียนพบว่าเรื่องดังกล่าวนักกฎหมายฝรั่งเศสไม่ค่อยยอมรับหลักการเรื่องดังกล่าวมากนักยกเว้นบางกรณีซึ่งมีขอบเขตจำกัดมากๆ<sup>29</sup> ซึ่งแตกต่างจากระบบกฎหมายในตระกูลเยอรมันที่มักจะบัญญัติหลักเกณฑ์ดังกล่าวไว้หลายกรณี จากการค้นคว้าของผู้เขียนพบว่า การช่วยตนเองในระบบกฎหมายฝรั่งเศส คือ เรื่องการตัดกิ่งหรือรากต้นไม้ของเพื่อนบ้านที่เข้ามาในบ้านของตนตามมาตรา 637 ประมวลกฎหมายแพ่ง<sup>30</sup>

<sup>28</sup> ความคิดนักกฎหมายฝรั่งเศสเกี่ยวกับคำสั่งที่มีชอบด้วยกฎหมายมีสองกระแส แนวความคิดแรกคือ l'obéissance passive มองว่า กฎหมายยืนยันให้เจ้าหน้าที่ได้บังคับบัญชาต้องปฏิบัติตามคำสั่งโดยเคร่งครัดโดยไม่มีการตั้งคำถามต่อความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งดังกล่าว แนวความคิดที่สองคือ les baïonnettes intelligentes มองว่า เจ้าหน้าที่จำเป็นต้องตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งก่อนที่จะปฏิบัติตามเสมอ.

<sup>29</sup> J.Limpens, R.Kruithof and A.Meinerzhagen-Limpens Liability for one's own act, in A.Tunc (ed), *International Encyclopedia of Comparative Law Vol.XI, Chapter 2* (Tübingen : Mohr, 1979), p.91.

<sup>30</sup> *Ibid.*p.92.and see also Raymond Yongs, *supra* note 9, p.477.

## 1.2 ความรับผิดเพื่อละเมิดของกฎหมายเยอรมัน

### 1.2.1 หลักเกณฑ์ความรับผิดเพื่อละเมิดของประเทศเยอรมัน

กฎหมายลักษณะละเมิด (Delictual) ในประเทศเยอรมันนั้นเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายลักษณะหนี้ (Law of Obligation : Schuldverhältnisse) บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งของเยอรมัน (Bürgerliches Gesetzbuch ; BGB)<sup>31</sup> ตั้งแต่มาตรา 823-853 โดยได้บัญญัติไว้ทั้งหมด 30 มาตราโดยหลักเกณฑ์ทั่วไปของความรับผิดเพื่อละเมิดอันเกิดจากการกระทำของตนเองนั้น กฎหมายเยอรมันได้บัญญัติไว้ในมาตรา 823 คือ

มาตรา 823 บัญญัติว่า<sup>32</sup> “บุคคลใดจงใจหรือประมาทเลินเล่อทำต่อบุคคลอื่นโดยมิชอบด้วยกฎหมายทำให้เขาเสียหายถึงแก่ชีวิต ร่างกาย อนามัย เสรีภาพ ทรัพย์สิน หรือสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใด จำต้องชดเชยค่าสินไหมทดแทนสำหรับความเสียหายอันเนื่องมาจากการกระทำนั้น”

จากมาตราข้างต้นเราสามารถแยกองค์ประกอบหลักเกณฑ์ความรับผิดเพื่อละเมิดอันเกิดจากการกระทำของตนเอง (Liability for one's own act) ตามมาตรา 823 ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันได้เป็น 4 องค์ประกอบได้ดังต่อไปนี้<sup>33</sup>

#### 1.2.1.1 การละเมิดต่อสิทธิหรือประโยชน์อย่างหนึ่งอย่างใด

องค์ประกอบแรก การกระทำต้องเป็นการล่วงละเมิดสิทธิหรือประโยชน์อย่างหนึ่งอย่างใด โดยสิทธิดังกล่าวกฎหมายคุ้มครอง โดยสิทธิที่กฎหมายเยอรมันคุ้มครองนั้นคือ ชีวิต (Life) ร่างกายและสุขภาพ (Body and Health) เสรีภาพ (Liberty) ทรัพย์สิน (Property) สิทธิอย่างหนึ่งอย่างใด (sonstiges Recht)

---

<sup>31</sup> ตัวบทบัญญัติประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันผู้เขียนฉบับที่แปลเป็นภาษาอังกฤษนั้น สืบค้นมาจาก [www.gesetze-im-internet.de/englisch\\_bgb](http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb)

<sup>32</sup> Article 823 “A person who , willfully or negligently , unlawfully injures the life , body , health , freedom , property or any other right of another is bound to compensate him for any damage arising therefrom”

<sup>33</sup> Markesinis, B.S, The German Law of Obligations : volume2:The Law of Tort : A Comparative Introduction, 3<sup>rd</sup> ed. (London:Clarendon Press,1997), p 36.

### 1.2.1.2 ความเสียหายนั้นเกิดจากการกระทำโดยมิชอบด้วยกฎหมาย (Objective unlawfulness หรือ Rechtswidrigkeit)

องค์ประกอบข้อนี้เป็นหลักเกณฑ์ในระบบกฎหมายเยอรมันซึ่งไม่เหมือนระบบกฎหมายฝรั่งเศส เนื่องจากระบบกฎหมายเยอรมันนั้นได้มีการแยกองค์ประกอบความผิด (Subjective culpability หรือ Fault : Verschulden) ออกจากองค์ประกอบความมิชอบด้วยกฎหมาย (Objective unlawfulness หรือ Rechtswidrigkeit) ซึ่งเป็นต้นแบบของระบบกฎหมายในระบบคู่ ในขณะที่กฎหมายฝรั่งเศสยังคงรวมเป็นองค์ประกอบเดียวกันซึ่งเรียกว่าเป็นระบบเดียว

โดยนักกฎหมายเยอรมันนั้นได้ให้ความหมายของคำว่า “Unlawfulness หรือ Rechtswidrigkeit” นั้นหมายความว่า การกระทำที่ฝ่าฝืนหรือล่วงละเมิดปทัสฐานทางกฎหมาย (Legal Norm) ซึ่งไม่ต้องถึงกับต้องมีกฎหมายกำหนดว่าเป็นความผิดโดยชัดแจ้ง โดยนักกฎหมายสำนักความคิดดั้งเดิมและตามแนวคำพิพากษาของศาลได้เห็นว่า องค์ประกอบเรื่องความมิชอบด้วยกฎหมายนั้นจะเกิดขึ้นโดยอัตโนมัติเมื่อสิทธิที่คุ้มครองตามมาตรา 823 วรรคหนึ่ง ได้ถูกทำล่วงละเมิดตัวอย่างเช่น การขับรถยนต์จากรoadหรือการทำลายทรัพย์สินของโจทก์ เป็นการมองว่าการกระทำนำไปสู่ผลคือความไม่ชอบด้วยกฎหมาย หรือพูดอีกอย่างหนึ่งขึ้นอยู่กับผลของอันตราย (Erfolgsunrecht)

สิ่งที่ทำให้การกระทำที่ก่อให้เกิดความเสียหายเป็นการกระทำที่มิชอบด้วยกฎหมายได้นั้น คือ ข้อต่อสู้ที่มิชอบด้วยกฎหมาย (Rechtfertigungsgrund) ข้อต่อสู้ดังกล่าวจะทำให้การกระทำหรืองดเว้นกระทำใดๆอันก่อให้เกิดความเสียหายต่อบุคคลอื่นเป็นการกระทำที่ไม่ผิดกฎหมาย ข้อต่อสู้ดังกล่าวที่สำคัญได้แก่ การป้องกันตนเอง (Notwehr, § 227 BGB § 32 StGB) , การกระทำโดยจำเป็น (Notstand, §§ 228, 904 BGB และ § 34 StGB) , การช่วยเหลือตนเอง (Selbsthilfe, §§ 229-231) , การใช้อำนาจตามที่กฎหมายอนุญาต (Gesetzliche Ermächtigung) ตัวอย่างเช่น เรื่องอำนาจของบิดามารดาในการที่จะลงโทษบุตรที่อยู่ในความดูแลของตน (Züchtigungsrecht)

### 1.2.1.3 การกระทำความผิดเป็นการกระทำที่น่าตำหนิ (Subjective culpability หรือ Fault : Verschulden)

หลักเกณฑ์เรื่องนี้เป็นองค์ประกอบทางจิตใจโดยองค์ประกอบนี้ประกอบด้วยสองส่วน<sup>34</sup> คือ จงใจ (Intentionally : Vorsatz) และประมาทเลินเล่อ (Negligence : Fahrlässigkeit)

<sup>34</sup>Pierre Widmer, Unification of tort law : Fault, (Hague : Kluwer Law international , 2005), p 106.

การกระทำโดยจงใจเป็นสถานะทางจิตของบุคคลที่รู้ตัวอยู่และตั้งใจที่จะดำเนินการกระทำให้เกิดความเสียหายนั้น (dolus directus) หรืออย่างน้อยที่สุดรับรู้ว่าจะเกิดความเสียหายที่อาจเกิดขึ้นได้จากการกระทำที่เขาตั้งใจกระทำหรือการงดเว้นการกระทำของเขา (dolus eventualis)

ส่วนในเรื่องประมาทเลินเล่อนั้น กฎหมายเยอรมันนั้นได้มีการแบ่งแยกประมาทเลินเล่อไว้หลายระดับตัวอย่าง เช่น ประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง (Gross negligence: Grobe Fahrlässigkeit) ประมาทเลินเล่อธรรมดา (Ordinary negligence: Mittlere Fahrlässigkeit) และประมาทเลินเล่อเล็กน้อย (Light negligence: Leichte Fahrlässigkeit) ตามมาตรา 276 ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันได้ให้ความหมายคำว่าประมาทเลินเล่อ หมายถึงการที่บุคคลใดไม่ได้ระมัดระวังตามปกติในชีวิตประจำวันในสิ่งที่วิญญูชน (Reasonable man) จะกระทำโดยในการตัดสินใจจะสมมติบุคคลขึ้นมาตัดสินว่าวิญญูชนจะกระทำหรือไม่กระทำการดังกล่าว มาตรฐานความระมัดระวังจะเป็นภาวะวิสัย หากจำเลยอยู่ในกลุ่มอาชีพใดในการพิสูจน์ความผิดต้องใช้มาตรฐานเช่นเดียวกับสมาชิกของกลุ่มอาชีพนั้น

#### 1.2.1.4 ความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล (Causation)

หากบุคคลใดกระทำโดยมิชอบด้วยกฎหมายโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่ออันทำให้สิทธิที่กฎหมายคุ้มครองตามมาตรา 823 วรรคหนึ่งให้เกิดความเสียหาย บุคคลดังกล่าวย่อมต้องรับผิดชอบในค่าสินไหมทดแทนในความเสียหายที่ผู้เสียหายได้รับจากการกระทำที่บุคคลดังกล่าวกระทำ สิ่งที่จะจำกัดความรับผิดชอบในค่าสินไหมทดแทนนั้นได้ คือ ค่าสินไหมทดแทนที่ต้องชดใช้นั้นต้องมีความเกี่ยวพันระหว่างกระทำของผู้กระทำและความเสียหายที่ผู้เสียหายได้รับด้วย

#### 1.2.2 หลักเกณฑ์นิรโทษกรรมของประเทศเยอรมัน

หลักเกณฑ์เรื่องการกระทำที่เป็นนิรโทษกรรมนั้นกฎหมายเยอรมันได้นำมาอธิบายในส่วนองค์ประกอบของความรับผิดเรื่องละเมิดในเรื่อง การกระทำที่ผิดกฎหมาย (Unlawfulness หรือ Rechtswidrigkeit)<sup>35</sup> โดยอธิบายว่าหากการกระทำใดทำให้เกิดความเสียหายต่อสิทธิที่กฎหมายให้การคุ้มครองไว้ตาม มาตรา 823 วรรคหนึ่งย่อมเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมาย อย่างไรก็ตามสิ่งที่จะทำให้การกระทำนั้นไม่เป็นการกระทำที่ผิดกฎหมายได้นั้น คือ ข้อต่อสู้ที่กฎหมายได้รับรองไว้ (Rechtfertigungsgründe) นักกฎหมายเยอรมันนั้นได้อาศัยนิติวิธีในการนำเอาบทบัญญัติตั้งซึ่งอยู่ในบรรพที่ 1 เรื่อง หลักทั่วไป (General Principles) ในส่วนที่ 6 (Six Section) ว่าด้วยเรื่อง

<sup>35</sup> B.S. Markesinis, *supra* note 33, p.68.

การใช้สิทธิ (Exercise of Rights) การป้องกัน (Self-defense) การช่วยเหลือตนเอง (Self-help) §§ 226-231 ประกอบกับนำหลักกฎหมายในบางกรณีของประมวลกฎหมายอาญาของเยอรมัน (Strafgesetzbuch ; StGB) มาปรับใช้เพื่ออธิบายถึงการกระทำที่เป็นนิรโทษกรรม ดังต่อไปนี้

### 1.2.2.1 การป้องกันตนเอง (Selbstverteidigung or Notwehr)

นิรโทษกรรมประเภทแรกของกฎหมายเยอรมัน คือ การป้องกันตนเองหรือการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายตามกฎหมายเยอรมันนั้น<sup>36</sup> มีความคิดพื้นฐานมาจากสุภาษิตกฎหมายที่ว่า “ความถูกต้องไม่จำเป็นต้องอ่อนข้อให้กับความไม่ถูกต้อง (Das Recht braucht dem Unrecht nicht zu weichen)” ด้วยเหตุนี้บุคคลสามารถตอบโต้ต่อการประทุษร้ายที่มีชอบด้วยกฎหมายและที่ใกล้จะถึงได้ แต่อย่างไรก็ตามการตอบโต้ดังกล่าวย่อมต้องมีขอบเขตซึ่งขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงเป็นกรณีๆไป โดยสรุปแล้วการที่เยอรมันมองว่าปัจเจกชนสามารถอ้างสิทธิป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายมาจากเหตุผล 2 ประการ คือ

ประการแรก การป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย ถือเป็นสิทธิของปัจเจกชนแต่ละคน ที่มีอยู่ตามธรรมชาติในอันที่จะยืนยันความเป็นตัวของตนเองด้วยการปกป้องตนเองและบุคคลบางคนจากการถูกประทุษร้ายโดยมิชอบด้วยกฎหมายจากบุคคลอื่น

ประการที่สอง การป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย ถือเป็นสิทธิทางสังคมเนื่องจากระบบกฎหมายไม่จำเป็นต้องอ่อนข้อให้กับความไม่ถูกต้อง การป้องกันตนเองของผู้ถูกประทุษร้ายนั้นเป็นการแสดงให้เห็นถึงการป้องกันเพื่อให้เกิดความสงบสุขโดยทั่วไปแก่สังคมในกรณีที่ปราศจากการช่วยเหลือจากรัฐ

การป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย (Self-defence : Notwehr) ในประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ซึ่งบัญญัติไว้ในมาตรา 227

มาตรา 227 การป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย<sup>37</sup>

(1) การป้องกันซึ่งเกิดขึ้นโดยการป้องกันตนเอง มิใช่การกระทำที่มีชอบด้วยกฎหมาย

<sup>36</sup> สุรสิทธิ์ แสงวิโรจน์พัฒน์. “การป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายตามกฎหมายอาญาเยอรมัน”, ดุลพาน, ปีที่ 43 เล่มที่ 4 ):น.133-134 (ตุลาคม-ธันวาคม 2539)

<sup>37</sup> Article 227 [Self-defense]

(1) An act required for the purposes of self-defense is not unlawful

(2) Self-defense is that defense which is necessary in order to repel an actual unlawful attack upon oneself or another.

(2) การป้องกันตนเองคือการป้องกันซึ่งจำเป็นต้องกระทำเพื่อป้องกันการทำความร้ายที่มีชอบด้วยกฎหมายอย่างแท้จริงให้พ้นจากตนเองหรือบุคคลอื่น

การกระทำป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายนั้นใน<sup>38</sup>กฎหมายอาญาของเยอรมันก็ได้บัญญัติไว้เช่นเดียวกัน โดยในประมวลกฎหมายอาญาของเยอรมัน (StGB : Strafgesetzbuch)<sup>39</sup> ค.ศ. 1975 ได้บัญญัติหลักเกณฑ์การป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายไว้ในมาตรา 32 ซึ่งบัญญัติว่า

มาตรา 32 การป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย<sup>40</sup>

(1) ผู้ใดจำเป็นต้องกระทำการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายการกระทำนั้นไม่เป็นความผิด

(2) การป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายนั้น หมายถึง ความจำเป็นที่จะต้องป้องกันตนเองหรือบุคคลอื่นจากการประทุษร้ายอันมิชอบด้วยกฎหมายและที่ใกล้จะถึง

จากบทบัญญัติเรื่องการป้องกันทั้งในกฎหมายแพ่งและกฎหมายอาญาเยอรมันนั้นมีส่วนที่คล้ายคลึงกันมากทั้งในแง่รูปแบบและเนื้อหา ในด้านรูปแบบนั้นบทบัญญัติในกฎหมายทั้งสองจะแบ่งออกเป็นสองอนุมาตรา โดยในอนุมาตราแรกจะวางหลักการว่าการกระทำป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายนั้นไม่เป็นการกระทำที่ผิดกฎหมาย ส่วนอนุมาตราที่สองจะอธิบายถึงการกระทำการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายมีความหมายและองค์ประกอบอย่างไรบ้าง ในด้านเนื้อหานี้ในบทบัญญัติของกฎหมายทั้งสองนั้นใช้คำว่า“Notwehr”ซึ่งมีความหมายเพียงการป้องกันตนเอง (Self-defence) แต่อนุมาตราสองมาตรา 227 ของประมวลกฎหมายแพ่ง (BGB) และมาตรา 32 ประมวลกฎหมายอาญา (StGB) นั้นมีความหมายรวมถึงการกระทำป้องกันทรัพย์สิน (Defence of Property) และการป้องกันผู้อื่น (Defence of Other : Nothilfe) ขอบเขตของการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายของทั้งสองมาตราจึงคล้ายคลึงกัน

---

<sup>38</sup>Cohn, E.J, Manual of German Law volume I, (London : Butterworth & Co, 1909), p 92

<sup>39</sup> ตัวบทประมวลกฎหมายอาญาของเยอรมันฉบับแปลเป็นภาษาอังกฤษ ผู้เขียนนำมาจาก The German Penal Code as amended as of December 19,2001 translated by Stephen Thaman (New York : William S.Hein & Co, 2002)

<sup>40</sup> Article 32. Self-defense

(1) Whoever commits an act in self-defense does act unlawfully.

(2) Self-defense is that defense which is required in order to prevent a present unlawful attack on oneself or on another.

สำหรับหลักเกณฑ์การป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายนั้น นักนิติศาสตร์เยอรมันได้นำหลักเกณฑ์ในเรื่องการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายในกฎหมายอาญามาปรับใช้ในกฎหมายแพ่งด้วยสามารถแยกองค์ประกอบได้ดังต่อไปนี้<sup>41</sup>

ก) สถานการณ์ที่ป้องกันได้ ย่อมเกิดขึ้นเมื่อมีการประทุษร้ายอันละเมิดต่อกฎหมาย และการประทุษร้ายอันละเมิดต่อกฎหมายนั้นเป็นภัยอันตรายที่ใกล้จะถึง ซึ่งเป็นการประทุษร้ายอันละเมิดต่อกฎหมายและภัยอันตรายที่ใกล้จะถึงที่เกิดขึ้นนี้กระทบต่อสิทธิที่กฎหมายได้รับรองไว้ตามมาตรา 823 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน

การประทุษร้าย (Angriff) หมายถึง การทำอันตราย (Verletzung) หรือการก่ออันตราย (Gefährdung) และเป็นการกระทำของมนุษย์ที่เป็นการคุกคามสิทธิของบุคคลที่กฎหมายได้รับรองและคุ้มครองไว้<sup>42</sup> การที่พิจารณาว่าการกระทำใดเป็นประทุษร้ายที่สามารถยกขึ้นเป็นข้อกล่าวอ้างในเรื่องป้องกันนั้นได้นั้น ต้องพิจารณาว่าขณะกระทำได้มีข้อเท็จจริงที่ปรากฏภายนอกกว่ามี “การประทุษร้าย” (Actual Attack) จริงหรือไม่ แต่มิใช่พิจารณาจากจิตใจของผู้กระทำการป้องกันว่ามีการประทุษร้ายเกิดขึ้นแล้ว

ความมิชอบด้วยกฎหมาย (Rechtswidrig) การประทุษร้ายตามที่กล่าวข้างต้นนั้นต้องเป็นการกระทำที่มิชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งหมายถึง<sup>43</sup> การประทุษร้ายเป็นการทำอันตรายต่อระบบกฎหมายในทางภาวะวิสัยและผู้ถูกกระทำไม่จำเป็นต้องยอมรับ เราสามารถแปลความว่าถ้าการประทุษร้ายดังกล่าวเป็นการกระทำที่ผู้ถูกประทุษร้ายจำเป็นต้องยอมรับการกระทำดังกล่าวก็ย่อมไม่เป็น “การประทุษร้ายอันละเมิดต่อกฎหมาย” ดังนั้นผู้ถูกประทุษร้ายจึงต้องจ่ายอมรับต่อการกระทำประทุษร้ายดังกล่าว กรณีการประทุษร้ายที่ผู้กระทำมีสิทธิที่จะกระทำได้โดยชอบด้วยกฎหมาย เช่น สิทธิที่จะลงโทษของบิดามารดา ไม่เป็นการกระทำอันละเมิดต่อกฎหมาย หรือ การกระทำที่เกิด

<sup>41</sup> คณิต ณ นคร, กฎหมายอาญาภาคทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 2. (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2547), น. 183-189.

<sup>42</sup> สิทธิ (Rechtgut) ที่กฎหมายได้รับรองและคุ้มครองไว้ปรากฏในมาตรา 823 ประมวลกฎหมายแพ่งของเยอรมัน (BGB) วรรคหนึ่งประกอบด้วยสิทธิ 5 ประการ คือ ชีวิต (Life) ร่างกาย และสุขภาพ (Body and Health) เสรีภาพ (Liberty) ทรัพย์สิน (Property) สิทธิอย่างหนึ่งอย่างใด (sonstiges Recht)

<sup>43</sup> สุรสิทธิ์ แสงวิโรจน์พัฒน์, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 36, น.137.

จากสิทธิที่สามารถป้องกันได้ ดังนั้นจึงไม่อาจอ้างการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายต่อการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายได้

ภยันตรายที่ใกล้จะถึง (Gegenwaertig) นอกจากการประทุษร้ายนั้นต้องเป็นการอันกระทำโดยมิชอบด้วยกฎหมายแล้วต้องเป็นการกระทำประทุษร้ายภยันตรายที่ใกล้จะถึงด้วยหรือโดยความหมายอีกนัยหนึ่งก็คือ ภยันตรายที่เป็นปัจจุบัน ซึ่งอาจได้มีผู้ให้นิยามคำดังกล่าวได้ดังนี้ กล่าวคือ<sup>44</sup> การประทุษร้ายใกล้ที่จะเกิดขึ้นโดยตรง (der unmittelbar bevorsteht) เกิดขึ้นแล้ว (stattfindet) หรือยังคงดำเนินอยู่ (fortdauert) ดังนั้นสถานการณ์ที่จะสามารถป้องกันได้ย่อมเกิดขึ้นทันทีที่เมื่อมีภยันตรายที่ใกล้จะถึงเกิดขึ้น

ข) การกระทำที่เป็นการป้องกัน การกระทำดังกล่าวต้องพอสมควรแก่เหตุ การกระทำใดจะเป็นการกระทำที่พอสมควรแก่เหตุหรือไม่นั้น ต้องพิจารณาจากสถานการณ์หรือเหตุการณ์ทั้งหมด ซึ่งต้องพิจารณาทั้งในด้านการประทุษร้ายและในด้านป้องกันโดยเฉพาะอย่างยิ่งพิจารณาความร้ายแรงของการประทุษร้าย อันตรายของผู้ประทุษร้าย และความต้องการที่จะกระทำการป้องกันตลอดจนเครื่องมือที่ใช้ในการป้องกันนั้น

ความพอสมควรแก่เหตุของการป้องกันนั้นต้องพิจารณาในทางภาวะวิสัย โดยพิจารณาในขณะใดขณะหนึ่งเท่านั้น กล่าวคือ พิจารณาเป็นกรณีๆ ไปว่า ถ้าวิญญูชนตกอยู่ในภาวะที่ถูกประทุษร้ายเช่นนั้นแล้วเขาจะตัดสินใจอย่างไร ถ้าคงตัดสินใจเช่นเดียวกันแล้วผู้กระทำการป้องกันก็ถือว่าเป็นการกระทำที่พอสมควรแก่เหตุแล้ว เมื่อบุคคลกระทำพอสมควรแก่เหตุแล้วย่อมไม่เป็นการกระทำที่มิชอบด้วยกฎหมายตามมาตรา 227 (1) จึงไม่มีหนี้ที่จะต้องจ่ายค่าสินไหมทดแทนตามมาตรา 823 แต่ประการใด แต่หากผู้กระทำได้กระทำเกินกว่าขอบเขตที่สามารถกระทำได้ย่อมเป็นการกระทำที่ไม่พอสมควรแก่เหตุ (Notwehrexzeß) ย่อมต้องรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทน ตัวอย่างคดีการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายที่น่าสนใจ คือ

คดี BGH, 23 September 1975 NJW 1976, 41<sup>45</sup>

ข้อเท็จจริงในคดีนี้มีอยู่ว่า ผู้ตายซึ่งเป็นสามีของโจทก์ที่หนึ่งและเป็นบิดาของโจทก์ที่สองและที่สามได้เข้าร่วมงานเลี้ยงแห่งหนึ่งและถูกจำเลยใช้อาวุธปืนยิงจนเสียชีวิต เหตุการณ์ดังกล่าวเกิดขึ้นเนื่องจาก จำเลยได้ถ่มน้ำลายใส่เพื่อนของโจทก์และได้ออกจากงานเลี้ยงไปพร้อมกับเพื่อนอีกสองคน ในขณะที่โจทก์ได้เรียกเพื่อนอีกสองคนมาแล้ววิ่งตามไป เกิดการต่อสู้กันโจทก์

<sup>44</sup> เฟิงอ้าง, น.139.

<sup>45</sup> W Van Gerven, P Larouche, J Lever, *supra* note 9, pp.352/19-21.

ถูกยิงเสียชีวิต จำเลยให้การต่อสู้ว่า การกระทำของตนเป็นการป้องกันตนเองเพราะผู้ตายและเพื่อนอีกสองคนได้เข้ามาทำร้ายจำเลย จำเลยจึงต้องใช้ปืนยิงเตือนจึงเป็นเหตุให้เกิดขึ้น ศาลชั้นล่างได้ปฏิเสธข้อต่อสู้ของจำเลยและตัดสินให้จำเลยรับผิดคดีใช้ค่าสินไหมทดแทน ศาลฎีกา (BGH) ได้ตัดสินกลับคำตัดสินของศาลล่าง

ศาลฎีกามองว่า กรณีดังกล่าวนั้นการที่จำเลยใช้ปืนยิงมานั้นเป็นวิธีการอย่างแรกที่สามารถจะป้องกันตัวเองของจำเลยได้ ดังนั้นศาลฎีกามองว่ากรณิดังกล่าวเป็นกรณีการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายจำเลยไม่ต้องคดีใช้ค่าสินไหมทดแทนแต่อย่างใด

ประเด็นที่น่าสังเกตในเรื่องการป้องกันตามกฎหมายเยอรมันนี้ แม้จะใช้คำเดียวกันก็ตามแต่การแปลความของนักกฎหมายในเรื่องการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายในกฎหมายแพ่งและกฎหมายอาญาตามกฎหมายเยอรมันนั้นในบางกรณีอาจแตกต่างกัน การกระทำหนึ่งอาจเป็นการกระทำที่มีชอบด้วยกฎหมายอันเป็นผลให้ผู้กระทำต้องคดีใช้ค่าสินไหมทดแทนตามกฎหมายแพ่งแต่การกระทำเดียวกันนั้นอาจจะไม่ถูกลงโทษตามกฎหมายอาญาก็ได้ เช่น การกระทำป้องกันโดยผู้กระทำนั้นสำคัญผิด (Erroneously) ว่ามีเหตุที่ต้องป้องกันอาจจะต้องคดีใช้ค่าสินไหมทดแทนเพราะการกระทำดังกล่าวเป็นการกระทำที่มีชอบด้วยกฎหมายแต่ในทางกลับกันในกฎหมายอาญาผู้กระทำการดังกล่าวอาจไม่ถูกลงโทษตามกฎหมายอาญาก็ได้ซึ่งเรื่องดังกล่าวเรียกว่า “PutativNotwehr”<sup>46</sup>

#### 1.2.2.2 การกระทำโดยจำเป็น (Notstand)

การกระทำโดยความจำเป็นตามกฎหมายเยอรมัน<sup>47</sup>นี้ปรากฏภายใต้พื้นฐานของหลักการซึ่งน้ำหนักคุณธรรมทางกฎหมาย (Rechtgüterabwägung) หรือในอีกชื่อหนึ่งที่เรียกว่า หลักการกระทำความชั่วที่น้อยกว่า (Lesser evils) โดยหลักการข้างต้นนั้นพัฒนามาจากรากฐานความคิดทางปรัชญาที่ว่าการกระทำเป็นเรื่องที่อยู่เหนืออุปถัมภ์สถาน หรือเหนือกว่ากฎเกณฑ์ที่กำหนดไว้ที่เรียกว่า “Transcendental Norm” ซึ่งทำให้เกิดหลักการซึ่งน้ำหนักคุณธรรมทางกฎหมายซึ่งมีหลักการดังต่อไปนี้<sup>48</sup>

<sup>46</sup>Ernest J. Schuster, *The Principle of German Civil Law*. (Oxford : Clarendon Press, 1907), p 76.

<sup>47</sup> กุสุมา จินดาทิพย์, “ความจำเป็นที่กฎหมายยอมรับ,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิตคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2531), น.10-11.

<sup>48</sup> เฟิงอ้วง, น.14.

ประการแรก การละเมิดหลักเกณฑ์หรือปทัสถานอันเป็นข้อห้ามต้องได้รับการรับรองว่าเป็นไปเพื่อรักษาประโยชน์ที่มากกว่า กล่าวคือ จะมีภัยอันตรายที่เป็นองค์ประกอบอยู่สองอย่างคือ ภัยอันตรายแรกที่ต้องหลีกเลี่ยงกับภัยอันตรายที่สองภัยอันตรายที่ต้องยอมรับ การกระทำดังกล่าวจะเป็นการชอบธรรมเมื่อประโยชน์ของภัยอันตรายที่ต้องหลีกเลี่ยงมีมากกว่าประโยชน์ในภัยอันตรายที่ต้องยอมรับ

ประการที่สอง การละเมิดหลักเกณฑ์หรือปทัสถานอันเป็นข้อห้ามดังกล่าวต้องเป็นวิธีการที่น้อยที่สุดเท่าที่จะทำได้สำหรับการหลีกเลี่ยงภัยที่จะคุกคาม เพราะถ้ามีวิธีที่มีเหตุผลอื่นๆที่จะเลือกแล้วไม่ยอมกระทำ การละเมิดหลักเกณฑ์หรือปทัสถานอันเป็นข้อห้ามนั้นจะถือว่าไม่ชอบธรรม แม้ภัยอันตรายที่ต้องหลีกเลี่ยงจะเป็นประโยชน์มากกว่าก็ตาม

นักนิติศาสตร์เยอรมันได้พัฒนาแนวคิดการกระทำโดยจำเป็นจากหลักการดังกล่าวโดยมีจุดประสงค์คุ้มครองประโยชน์ทางสังคมที่มีน้ำหนักมากกว่าโดยความคิดดังกล่าวได้ปรากฏในประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน 2 มาตรา คือ มาตรา 228 และ 904 ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน

มาตรา 228 บัญญัติว่า<sup>49</sup> “บุคคลใดทำบุบสลายหรือทำลายทรัพย์สินของบุคคลอื่นเพื่อที่จะบำบัดป้องกันภัยอันตรายซึ่งเกิดจากตัวทรัพย์สินนั้นเองให้พ้นจากตัวเองหรือผู้อื่นยอมมิใช่การกระทำอันมิชอบด้วยกฎหมาย ถ้าการทำให้บุบสลายหรือทำลายนั้นจำเป็นเพื่อบำบัดป้องกันภัยอันตรายและความเสียหายไม่เกินสมควรแก่เหตุอันตราย แต่หากบุคคลกระทำเกินสมควรแก่เหตุอันตรายย่อมต้องชดเชยค่าสินไหมทดแทน”

ในมาตรา 228 นี้ผู้เขียนพบว่านักนิติศาสตร์เยอรมันบางท่านได้จัดว่ามาตรานี้เป็นการกระทำป้องกันรูปแบบหนึ่งคือการป้องกันอันตรายต่อตัวทรัพย์สิน (Self-defense against things)<sup>50</sup> แต่นักนิติศาสตร์อีกส่วนหนึ่งกลับมองว่าในมาตรานี้คือการกระทำโดยจำเป็น

---

<sup>49</sup> Article 228 “If a person damages or destroys a thing belonging to another in order to ward off from himself or from another a danger threatened by the thing, he does not act unlawfully , if such injury or destruction is necessary to ward off the danger, and the damage is not out of proportion to the danger. If the danger was caused by the fault of the person so acting, he is liable to make compensation.”

<sup>50</sup> E.J.Cohn, *supra* note 38, p.92.

(Necessity) รูปแบบหนึ่ง<sup>51</sup> เท่านั้นโดยนักนิติศาสตร์กลุ่มหลังเรียกว่า การกระทำโดยจำเป็นในเชิงป้องกัน (Defensive necessity ; Defensiver/Passiver Notstand)

องค์ประกอบของมาตรานี้คือ การทำให้บุบสลายหรือทำลายทรัพย์สินของบุคคลอื่น การกระทำตามมาตรานี้ต้องเป็นการกระทำต่อทรัพย์สิน (Notstand) เท่านั้นหากเป็นการป้องกันอันกระทำต่อมนุษย์อาจเป็นการกระทำป้องกัน (Notwehr) ตามมาตรา 227 แทน

บุคคลต้องกระทำเพื่อที่จะบำบัดปัดป้องภัยอันตรายซึ่งเกิดจากตัวทรัพย์สินนั่นเองให้พ้นจากตัวเองหรือผู้อื่น หลักสำคัญคือภัยอันตรายต้องเกิดจากตัวทรัพย์สิน (Notstandsverteidigung) โดยทรัพย์สินดังกล่าวอาจเป็นสิ่งที่ไม่มีชีวิตหรืออาจเป็นสิ่งที่มีชีวิต เช่น พวกสัตว์ต่างๆที่ดุร้ายเข้ามาทำร้ายเรา เราย่อมป้องกันตนเองได้ การทำให้บุบสลายหรือทำลายนั้นจำเป็นเพื่อบำบัดปัดป้องภัยอันตรายและความเสียหายไม่เกินสมควรแก่เหตุอันตราย ถ้าบุคคลกระทำเกินสมควรแก่เหตุอันตราย ก็ต้องชดใช้ค่าเสียหาย กรณีใดจะเป็นกรณีพอสมควรแก่เหตุหรือไม่นั้นย่อมอนุโลมหลักการในการพิจารณาเช่นเดียวกับมาตรา 227 ดังที่อธิบายมาแล้วในข้างต้น

หากการกระทำดังกล่าวเข้าเงื่อนไขทั้งหมดตามที่กล่าวมาแล้ว การกระทำดังกล่าวย่อมไม่เป็นการกระทำที่ผิดกฎหมาย (Unlawfully) ย่อมไม่เข้าองค์ประกอบของความรับผิดชอบตามมาตรา 823 จึงไม่ต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทน

ตัวอย่าง หากนาย ก. ฆ่าสุนัขที่ดุร้ายซึ่งกำลังกัดสุนัขของตนอยู่เป็นการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย แต่หากนาย ก. ฆ่าม้าแข่งซึ่งมาจากฟาร์มใกล้เคียงโดยเข้ามาทำลายแปลงดอกไม้ที่นาย ก. ได้ปลูกไว้ การกระทำดังกล่าวไม่เป็นการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายเนื่องจาก การกระทำของนาย ก. เกินสมควรแก่เหตุเพราะความเสียหายที่เกิดแก่เจ้าของม้านั้นมีมากกว่าที่นาย ก. สูญเสียอันเกิดจากการม้าเข้าไปทำลายแปลงดอกไม้

นอกจากมาตรา 228 แล้วการกระทำโดยความจำเป็น (Notstand) อีกมาตราหนึ่งในประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน คือ

มาตรา 904 บัญญัติว่า <sup>52</sup>“เจ้าของทรัพย์สินไม่มีสิทธิที่จะห้ามมิให้บุคคลอื่นรบกวนสิทธิของตน ถ้าหากการรบกวนนั้นจำเป็นเพื่อจะหลีกเลี่ยงภัยอันตรายที่ใกล้จะถึงและอาจทำให้เกิด

<sup>51</sup> Raymond Yongs, *supra* note 9, pp 474-475.

<sup>52</sup> Article 904 [Necessity] “The owner of property has no right to forbid another to use it where this is necessary to avert an immediate danger, provided that the

ความเสียหายมากกว่าความเสียหายที่จะเกิดขึ้น อย่างไรก็ตามเจ้าของทรัพย์สินย่อมมีสิทธิที่จะเรียกให้จัดการแก้ไขความเสียหายนั้นให้คืนสู่สภาพเดิม”

จุดแตกต่างมาตรานี้กับมาตรา 228 คือ สิ่งที่ถูกทำลายหรือทำให้เสียหายนั้นไม่ต้องเป็นสิ่งก่อให้เกิดภัยอันตราย (Notstandsangriff) นักนิติศาสตร์เยอรมันเรียกกรณีดังกล่าวว่า การกระทำโดยจำเป็นในเชิงรุก (Aggressive necessity ; Aggressiver Notstand)

องค์ประกอบของการกระทำโดยจำเป็นตามมาตรานี้ คือ เจ้าของทรัพย์สินไม่มีสิทธิที่จะห้ามมิให้บุคคลอื่นใช้ทรัพย์สินของเขาถ้าหากจำเป็นต้องใช้ทรัพย์สินนั้นเพื่อจะหลีกเลี่ยงภัยอันตรายที่ใกล้จะถึงและความเสียหายที่อาจเกิดขึ้นจากภัยอันตรายมากกว่าความเสียหายที่จะเกิดขึ้นจากการใช้ทรัพย์สินนั้น อย่างไรก็ตามในมาตรานี้ผู้กระทำการไม่หลุดพ้นเหมือนในมาตรา 228 แต่อย่างไรก็ดี กฎหมายยอมให้เจ้าของทรัพย์สินย่อมมีสิทธิที่จะเรียกให้ผู้ที่ใช้ทรัพย์สินจัดการแก้ไขความเสียหายนั้นให้คืนสู่สภาพเดิมได้

คดี Reichsgericht, 29 April 1926, RGH 113,301<sup>53</sup>

ข้อเท็จจริงในคดีนี้ปรากฏว่า ในคืนระหว่างวันที่ 14-15 ของเดือนมิถุนายนปีค.ศ.1923 ลูกเรือทอร์ติโดเยอรมันที่ชื่อว่า T151 ได้รับคำสั่งจากกัปตันของตนให้ปฏิบัติการช่วยเหลือกู้ภัย ดังนั้นลูกเรือจึงต้องทิ้งสมอเรือเพื่อจะสามารถปฏิบัติการกิจได้ แต่การกระทำดังกล่าวทำให้สายเคเบิลของโจทก์เสียหาย ดังนั้นโจทก์จึงฟ้องรัฐบาลเยอรมันเป็นจำเลย โดยอาศัยมาตรา 904 BGB กรณีดังกล่าวศาลได้พิจารณาแล้วเห็นว่า การกระทำของจำเลยที่ทิ้งสมอลงไปนั้นย่อมรู้ว่าสมอจะลงไปที่พื้นทะเลและล่วงรู้ถึงความเป็นไปได้ที่อาจก่อให้เกิดความเสียหายแก่สายเคเบิลของโจทก์ แม้จำเลยได้พยายามหลีกเลี่ยงก็ตามแต่ก็ไม่สำเร็จ ซึ่งการกระทำของจำเลยดังกล่าวเกี่ยวข้องกับภารกิจของกองทัพเรือ ซึ่งเป็นกรณีที่จำเป็นต้องกระทำ ดังนั้น กรณีดังกล่าวจึงเป็นการกระทำโดยความจำเป็นตามมาตรา 904 แล้ว

### 1.2.2.3 การกระทำที่กฎหมายให้อำนาจ (Gesetzliche Ermächtigung)

ตามระบบกฎหมายเยอรมัน บุคคลที่ใช้อำนาจตามกฎหมายหรือตามคำสั่งโดยยอมสามารถยกเป็นข้อต่อสู้ให้ไม่ต้องรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทน ตัวอย่างบุคคลที่ปฏิบัติตามกฎหมายให้อำนาจ เช่น ทหาร เจ้าหน้าที่ของรัฐ หรือแม้กระทั่งบุคคลธรรมดาหากกฎหมายได้ให้

---

imminent harm to out of all proportion to the harm the use of his property would cause the owner. The owner may demand compensation for the loss suffered by him.”

<sup>53</sup> James Gordley, Arthur T. Von Mehren, *supra* note 18, p.232.

อำนาจ<sup>54</sup> ไว้ตัวอย่างเช่น การจับกุมคนร้ายซึ่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา (StPO)<sup>55</sup> ได้บัญญัติไว้

มาตรา 127 บัญญัติว่า<sup>56</sup> “1) บุคคลอาจถูกจับได้หากพบว่าได้กระทำความผิดหรือพบติดตามบุคคลที่กระทำความผิดดังกล่าว บุคคลใดๆ ย่อมได้รับอนุญาตให้จับกุมชั่วคราวเขาแม้ไม่มีคำสั่งศาล หากปรากฏมีเหตุผลให้สงสัยจะหลบหนีหรือหากไม่สามารถระบุตัวบุคคลโดยสำนักงานอัยการหรือเจ้าหน้าที่ตำรวจได้ทันที”

โดยปรกติแล้วเจ้าหน้าที่กระทำการตามกฎหมายหรือคำสั่ง หากเกิดความเสียหายย่อมหลุดพ้นจากความรับผิดที่เกิดขึ้น มีข้อยกเว้นกรณีอาจจะไม่หลุดพ้นจากความรับผิดก็ได้ ตัวอย่างเช่น การปฏิบัติตามดังกล่าวจะเป็นการกระทำที่ความผิดอาญาหรือล่วงละเมิดต่อสิทธิมนุษยชน (Human dignity) อย่างร้ายแรง ตัวอย่างคดีที่น่าสนใจ คือ

คดี BGH, 24 June 1953 BGH, 24 June 1953 NJW, 1953, 1428.<sup>57</sup>

คดีดังกล่าวมีข้อเท็จจริงว่า ในค.ศ.1944 จำเลยได้กล่าวหาบุคคลต่อเจ้าหน้าที่ตำรวจลับ (Gestapo) เพราะบุคคลดังกล่าวถูกกล่าวหาว่า พวกไม่รักชาติ (Unpatriotic) และเป็นภัยต่อความมั่นคงของรัฐ อันเนื่องมาจากกฎหมายฉบับหนึ่งที่เรียกว่า กฎหมายความปลอดภัยเพื่อป้องกันประชาชน (Security regulation for the protection of the people) ทำให้บุคคลดังกล่าวถูกตำรวจลับจับกุมไป ปัญหาที่ศาลวินิจฉัยในกรณีนี้ คือ การกระทำความผิดดังกล่าวนั้นเป็นการกระทำที่มีชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ ศาลชั้นต้นวินิจฉัยว่าเป็นการกระทำที่มีชอบด้วยกฎหมาย ศาลสูงได้พิพากษายืน

<sup>54</sup> Michael Bohlander, Principle of German Criminal Law, (Oxford : Hart Publishing, 2009), p.98.

<sup>55</sup> ตัวบทประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเยอรมันฉบับที่แปลเป็นภาษาอังกฤษนั้นนำมาจาก [http://www.gesetze-im-internet.de/englisch\\_stpo/index.html](http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_stpo/index.html)

<sup>56</sup> “1) If a person is caught in the act or is being pursued, any person shall be authorized to arrest him provisionally, even without judicial order, if there is reason to suspect flight or if his identity cannot be immediately established. The establishment of the identity of a person by the public prosecution office or by officials in the police force shall be governed.”

<sup>57</sup> W Van Gerven, P Larouche, J Lever ,*supra* note 9, pp.352/10-352-11.

โดยคำพิพากษาของศาลสูงของเยอรมันตอนหนึ่งได้ให้เหตุผลไว้ว่า “เมื่อพิจารณาอย่างรอบคอบแล้ว กฎหมายที่ออกโดยองค์กรตำรวจลับนี้ได้กระทำต่อบุคคลซึ่งกฎหมายนี้ถือว่าเป็นศัตรูแห่งรัฐ ขัดต่อหลักสิทธิมนุษยชนอันเป็นหลักการพื้นฐานที่สำคัญของระบบกฎหมาย โดยในสถานกักกันบุคคลที่ถูกกล่าวหาว่าเป็นศัตรูแห่งรัฐนี้ได้ถูกกระทำเยี่ยงสิ่งของโดยปราศจากความเคารพในความเป็นมนุษย์ของเขาอันเป็นการขัดต่อกฎหมายโดยสิ้นเชิง ดังนั้นศาลเห็นว่าการกระทำของจำเลยที่กล่าวหาบุคคลใดบุคคลหนึ่งให้แก่ตำรวจลับจึงเป็นการกระทำที่มีชอบด้วยกฎหมาย” ดังนั้นการกระทำของจำเลยเป็นการกระทำละเมิด ศาลจึงพิพากษาให้จำเลยชดเชยค่าสินไหมทดแทนต่อโจทก์

#### 1.2.2.4 การใช้กำลังเพื่อป้องกันสิทธิ (Selbsthilfe)

การใช้กำลังป้องกันสิทธิของตนเองนั้นกฎหมายเยอรมันได้วางหลักการทั่วไปตามมาตรา 229-231 ซึ่งอยู่ในบทกฎหมายหลักทั่วไปซึ่งนำไปใช้กับบทบัญญัติในส่วนละเมิดด้วย ในเรื่องการใช้กำลังป้องกันสิทธินั้นก็พบว่าในระบบกฎหมายเยอรมันนั้นได้มีการนำหลักการในเรื่องการช่วยตัวเองไปบัญญัติไว้ในเรื่องเฉพาะอื่นๆ ด้วยเช่นกันซึ่งมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

##### มาตรา 229 การช่วยตนเอง<sup>58</sup>

“บุคคลใดโดยมุ่งหมายที่จะช่วยตนเอง ได้เอาทรัพย์สินไปเสียหรือทำลายหรือทำให้บุบสลายทรัพย์สินนั้น หรือโดยความมุ่งหมายที่จะช่วยตัวเอง ได้จับลูกหนี้ที่ต้องสงสัยว่าจะหลบหนีหรือการขัดขวางการต่อสู้คดีขึ้นของลูกหนี้ต่อการกระทำที่ลูกหนี้จำต้องรับ ไม่ถือว่าเป็นการกระทำอันมิชอบด้วยกฎหมาย ถ้าหากว่ากรณีดังกล่าวไม่อาจขอความช่วยเหลือได้จากเจ้าหน้าที่ได้ทันท่วงทีได้ และถ้าหากไม่ได้ทำในทันใดก็ยังมีอยู่ด้วยการที่จะได้สมดังสิทธินั้นจะต้องประวิงไปมากหรือถึงแก่สาบสูญไปได้”

---

<sup>58</sup> Article 229 [Self-help] "If a person for the purpose of self-help destroys or damages a thing, or for the purpose of self-help apprehends a person who is obligated and who is suspected of intending flight or overcomes the resistance of the person obligated to an act which the latter is bound to permit, he does not act unlawfully if official help is not obtainable in a reasonable time, and there is danger that if he does not act immediately the realization of the claim will be frustrated or seriously impeded"

มาตรา 230 ข้อจำกัดการช่วยตนเอง<sup>59</sup>

- (1) การช่วยตนเองนั้นจะต้องไม่กระทำเกินกว่าจำเป็น ต้องบำบัดป้องภัยอันตราย
- (2) ในกรณียึดทรัพย์ ถ้าการกระทำเท่าที่จำเป็นไม่เป็นผล ก็ให้ขออนุญาตต่อศาลให้ทำ

การยึด

(3) ในกรณีการจับลูกหนี้ ตราบใดที่ลูกหนี้ยังไม่ถูกปล่อยอีก ให้ยื่นกักขังลูกหนี้เป็นการระมัดระวังล่วงหน้า ต่อศาลท้องที่ที่มีการจับกุมได้ทำขึ้น และจะต้องนำตัวลูกหนี้มายังศาลโดยไม่ชักช้า

(4) ถ้าคำขอดังกล่าวถูกหน่วยงานหนึ่งยื่นทำให้เนิ่นช้าไปหรือถูกปฏิเสธ ให้คืนทรัพย์ที่ถูกยึด และการปล่อยตัวบุคคลที่ถูกจับกุมต้องกระทำโดยไม่ชักช้า

มาตรา 231 การล้าลึงผิดในเรื่องการช่วยตนเอง<sup>60</sup>

"บุคคลใดกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งดังระบุไว้ในมาตรา 229 โดยหลงสันนิษฐานไปว่า มีเหตุจำเป็นที่จะกระทำโดยชอบด้วยกฎหมาย จำต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่ง ถึงแม้ว่าการหลงพลาดไปนั้นจะมีใช่เป็นความประมาทเลินเล่อของตน"

---

<sup>59</sup> Article 230 [Limits of self-help]

(1) Self-help must not be carried further than is necessary to ward off the danger.

(2) In case of the seizure of thing, unless compulsory execution is carried out, arrestment of the object shall be sought.

(3) In the case of the arrest of the person obligated, unless he again set at liberty, leave for the precautionary detention of his person shall be applied for the District Court in whose district the arrest took place; the person obligated shall be brought the Court without delay

(4) If the application to the Court is delayed or rejected, the restitution of the thing seized and the liberation of the person arrested shall take place without delay.

<sup>60</sup> Article 231 [Mistake of self-help] "If a person does any of the acts specified in § 229 under the erroneous assumption that the necessary conditions exist to the render his act lawful, he is liable to compensate the other party, even if the error was not due to negligence."

การใช้กำลังเพื่อป้องกันสิทธิตามกฎหมายเยอรมันนั้นเป็นบทบัญญัติทั่วไปสามารถปรับใช้ได้ แต่อย่างไรก็ดีระบบกฎหมายเยอรมันยังกำหนดรูปแบบเฉพาะของการช่วยตนเองเช่นกัน โดยบัญญัติอยู่ในกฎหมายลักษณะทรัพย์ กล่าวคือ<sup>61</sup>

ตามประมวลกฎหมายแพ่งมาตรา 858 วางหลักว่าบุคคลใดๆย่อมมีสิทธิที่จะช่วยตนเองเพื่อที่จะป้องกันหรือคุ้มครองสิทธิของตนได้ (right of self-help) หากว่ามีบุคคลอื่นเข้ามาล่วงละเมิดโดยมิชอบด้วยกฎหมาย (verbotene Eigenmacht) เช่น การแย่งหรือรบกวนการครอบครองโดยมิชอบด้วยกฎหมาย

มาตรา 859 วางหลักว่าผู้ครอบครองถูกรบกวนการครอบครองทรัพย์โดยปกติสุขจากการกระทำที่มิชอบด้วยกฎหมาย บุคคลดังกล่าวอ้างใช้สิทธิช่วยเหลือตนเองได้โดยการใช้กำลังเพื่อที่จะเอาสิ่งหาทรัพย์ที่ตนครอบครองคืนจากผู้ที่เอาไปโดยมิชอบด้วยกฎหมายซึ่งหน้า (in flagranti delicto) ตามมาตรา 859 (2) ส่วนอสังหาริมทรัพย์บุคคลใดถูกแย่งการครอบครองโดยมิชอบด้วยกฎหมายสามารถใช้กำลังเพื่อแย่งการครอบครองในทันทีได้เพื่อกลับเข้าไปครอบครองทรัพย์ดังกล่าว ตามมาตรา 859 (1),(3)

### 1.3 ความรับผิดเพื่อละเมิดของกฎหมายสวิส

#### 1.3.1 หลักเกณฑ์ความรับผิดเพื่อละเมิดของประเทศสวิส

กฎหมายละเมิดของประเทศสวิสเซอร์แลนด์ประกอบด้วยกฎหมายหลายส่วนประกอบกันแต่หลักทั่วไปของความรับผิดเพื่อละเมิดนั้นถูกบัญญัติไว้ในบทบัญญัติทั่วไปจัดให้เป็นส่วนหนึ่งของหนี้เช่นเดียวกับระบบกฎหมายของประเทศสวิตเซอร์แลนด์โดยบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายลักษณะหนี้<sup>62</sup> (The Swiss Federal Code of Obligation) โดยความรับผิดเพื่อละเมิดบัญญัติไว้ในส่วนที่สองของประมวลกฎหมายลักษณะหนี้เริ่มตั้งแต่มาตรา 41 จนกระทั่งถึงมาตรา 61

ในส่วนความรับผิดเพื่อละเมิดในกฎหมายสวิสนั้นได้ถูกบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายลักษณะหนี้ โดยหลักเกณฑ์ทั่วไปของความรับผิดเพื่อละเมิดนั้นได้ถูกบัญญัติไว้ในมาตรา 41 กล่าวคือ

<sup>61</sup>Ernest.J. Schuster, *supra* note 46, p 375.

<sup>62</sup> ตัวบทประมวลกฎหมายลักษณะหนี้ของสวิสฉบับที่แปลเป็นภาษาอังกฤษนั้นนำมาจาก The Swiss Federal Code of Obligations translated by Simon L.Goren (Colorado : Fred B.Rothman & Co, 1987)

มาตรา 41 บัญญัติว่า<sup>63</sup> ผู้ใดทำความเสียหายให้แก่บุคคลอื่น ในลักษณะที่เป็นการผิดกฎหมาย จะเป็นโดยตั้งใจหรือประมาทเลินเล่อก็ดี ต้องชดเชยความเสียหายนั้น

ถ้าบุคคลใดใช้สิทธิโดยไม่สุจริตทำให้เกิดความเสียหายต่อบุคคลอื่นย่อมต้องชดเชยค่าสินไหมทดแทนเช่นเดียวกัน”

จากมาตราดังกล่าวความรับผิดเพื่อละเมิดตามกฎหมายละเมิดสวिसนั้นมืองค์ประกอบดังต่อไปนี้

### 1.3.1.1 การกระทำที่น่าตำหนิ (Fault)

การกระทำที่น่าตำหนิ หมายถึง การกระทำที่บกพร่องต่อหน้าที่อันควรตามกฎหมาย (Duty of diligence) โดยอาจเป็นการกระทำหรือเป็นการงดเว้นการกระทำ (Omission) ก็ได้ในเรื่องการงดเว้นการกระทำโดยหลักทั่วไปแล้วบุคคลย่อมไม่มีหน้าที่ที่จะต้องทำอะไร แต่ถ้าเป็นการละเว้นซึ่งกฎหมายบังคับให้ต้องมีหน้าที่ต้องกระทำแล้ว ผู้งดเว้นการกระทำอาจเป็นผู้กระทำละเมิดตามมาตรา 41 นี้ได้

นอกจากต้องมีการกระทำแล้วผู้กระทำละเมิดต้องกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อด้วย (Intentionally or negligently) ในเรื่องจงใจนั้นหมายถึง<sup>64</sup> การที่ผู้กระทำรู้ถึงผลความเสียหายของการกระทำของตนและยังปรารถนาให้เกิดผลดังกล่าวหรือหากแม้ผู้กระทำไม่ปรารถนาแต่อย่างน้อยก็ได้เพิกเฉยต่อผลที่อาจเกิดขึ้นได้

ส่วนความประมาทเลินเล่อนั้น ผู้กระทำมิได้จงใจก่อให้เกิดความเสียหายแต่หากมิได้ใช้ความระมัดระวังที่เหมาะสมภายใต้สถานการณ์ที่จะหลีกเลี่ยงความเสียหายดังกล่าว โดยหลักเกณฑ์ที่ใช้ในการพิจารณาเป็นหลักเกณฑ์ในทางภาวะวิสัย (Objective standard) โดยศาลจะพิจารณาการกระทำของจำเลยเปรียบเทียบกับกระทำของวิญญูชนภายใต้สถานการณ์

---

<sup>63</sup> Article 41 [Liability in general] “Every person who causes damage to another in an unlawful manner, be it willfully or be it negligently or imprudently, is liable for compensation

Every person who, contra bonos mores, willfully causes damage to another is also liable for compensation”

<sup>64</sup> Dennis Campbell, International personal injury compensation, (London: Sweet & Maxwell, 1996), pp.605-606.

เดียวกัน ส่วนระดับของความประมาทเลินเล่อนั้นมีการแบ่งแยกระดับกันไว้เพื่อประโยชน์ในการที่ศาลใช้ดุลพินิจกำหนดค่าเสียหายแก่โจทก์ตามมาตรา 44 วรรค 2 ประมวลกฎหมายลักษณะหนี้

### 1.3.1.2 ความเสียหาย (Loss or Damage)

กฎหมายสวิสมีได้บัญญัติประเภทสิทธิที่คุ้มครองไว้เพียงแต่บัญญัติไว้เป็นการทั่วไปกว้างๆเท่านั้นจึงเป็นหน้าที่ของศาลที่จะปรับใช้เอง ซึ่งคล้ายคลึงกับบทบัญญัติของประเทศฝรั่งเศส แต่แตกต่างกับประเทศเยอรมันที่กำหนดประเภทของสิทธิที่กฎหมายคุ้มครองไว้ชัดเจนเนื่องจากมองว่าหากบัญญัติไว้เป็นการทั่วไปจะเป็นการให้อำนาจแก่ศาลมากเกินไป<sup>65</sup> ทำให้กฎหมายสวิสมีความยืดหยุ่นในการปรับใช้กฎหมายเช่นเดียวกับกฎหมายฝรั่งเศส

อย่างไรก็ดีโดยหลักแล้วนอกจากกรณีพิเศษในเรื่องค่าเสียหายอันมิใช่ตัวเงินแล้ว ค่าเสียหายที่จะเรียกร้องตามกฎหมายนั้นต้องเป็นความเสียหายที่เป็นตัวเงิน คำว่า“ความเสียหาย” ตามมาตรานี้ หมายถึง การลดน้อยถอยลงในทรัพย์สิน คือ การทำให้ทรัพย์สินเสียหายหรือบอบสลาย หรือเสื่อมราคาไป หรือทำให้เขาเสียประโยชน์อันเขาพึงจะได้ โดยความเสียหายที่เกิดขึ้นเราอาจแยกแยะความเสียหายออกเป็นประเภทต่างๆได้เพื่อประโยชน์ในการพิจารณาคดี<sup>66</sup> ตัวอย่างเช่น ความเสียหายที่เกิดขึ้นแท้จริง (damnum emergens) กับ ความเสียหายที่อาจเกิดขึ้นได้ (lucrum cessans) หรือความเสียหายที่เกิดแก่ตัวบุคคล (bodily damage) กับ ความเสียหายที่เกิดแก่ตัวทรัพย์สิน (material damage) และความเสียหายทางเศรษฐกิจ (Economic loss) อย่างไรก็ตาม ความเสียหายที่สามารถเรียกร้องค่าเสียหายได้จะต้องเข้าเงื่อนไข คือ ความเสียหายดังกล่าวต้องคำนวณได้ตามสมควร กล่าวคือ เป็นความเสียหายที่ได้เกิดขึ้นและสามารถคำนวณค่าเสียหายได้ ซึ่งการพิสูจน์ความเสียหายดังกล่าวเป็นหน้าที่ของโจทก์ในการนำสืบให้ศาลทราบ แต่หากไม่สามารถพิสูจน์ถึงความเสียหายที่เกิดขึ้นแท้จริงได้อย่างน้อยก็ต้องสามารถกะประมาณค่าเสียหายได้ โจทก์จึงจะมีสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายซึ่งเป็นหน้าที่ของศาลเป็นผู้กำหนดตามสมควร

<sup>65</sup> Ivy Williams, The Source of Law in the Swiss Civil Code, (Remak Verlag, Zurich: Switzerland, 1976), p.93.

<sup>66</sup> F.Dessemontet,T.Ansay, Introduction to Swiss Law, 3<sup>rd</sup> ed. (Hague : Kluwer Law International, 2004), p.148.

### 1.3.1.3 การกระทำที่มีขอบด้วยกฎหมาย (Unlawfulness)

ความมีขอบด้วยกฎหมาย (Unlawfulness)<sup>67</sup> เป็นถ้อยคำกว้างที่ศาลสวิสต้องปรับใช้และตีความ ซึ่งจากแนวทางที่ผ่านมาแล้วศาลได้ตีความเรื่องความมีขอบด้วยกฎหมายเป็นสองมุมมองกล่าวคือ

(ก) การกระทำดังกล่าวมีขอบด้วยกฎหมายโดยเป็นการกระทำที่ผิดหน้าที่ทั่วไป อย่างหนึ่งอย่างใดที่กฎหมายกำหนดไว้ (General legal duty) กล่าวคือ อาจเป็นการล่วงละเมิดสิทธิเด็ดขาดของบุคคลใดบุคคลหนึ่งหรืออาจเป็นการฝ่าฝืนต่อกฎเกณฑ์ที่กำหนดไว้เพื่อป้องกันผู้เสียหายซึ่งอาจจะบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรหรือมิได้บัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรของกฎหมายของมลรัฐหรือสหพันธรัฐไม่ว่ากฎหมายนั้นจะเป็นกฎหมายมหาชนหรือเอกชนก็ตาม

(ข) แม้การกระทำจะเป็นการฝ่าฝืนหน้าที่โดยทั่วไปที่กฎหมายกำหนดในทางใดทางหนึ่งตามที่ได้กล่าวมาแล้วก็ตามแต่ในบางกรณีภายใต้สถานการณ์พิเศษสามารถอ้างเพื่อให้หลุดพ้นความรับผิดได้ กรณีสถานการณ์ดังกล่าวข้างต้น คือ หลักความยินยอมของผู้เสียหาย (Volenti non fit iniuria) ซึ่งบัญญัติไว้ตามมาตรา 44 วรรค 1 สถานการณ์พิเศษอีกกลุ่มหนึ่งที่จำเลยสามารถอ้างเพื่อให้ตนพ้นจากความรับผิดเพื่อละเมิดได้นั้น คือ เรื่องการใช้สิทธิของตนหรือการกระทำที่เป็นนิรโทษกรรมนั่นเองซึ่งพบว่าการแบ่งออกเป็นหลายประเภท ดังนั้นในประเด็นส่วนนี้ผู้เขียนจะขออธิบายเป็นหัวข้อใหม่ในส่วนต่อไป

### 1.3.1.4 ความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล (Causation)

การที่จำเลยต้องรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อความเสียหายอย่างใดๆก็ตามจะต้องปรากฏความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำของจำเลยและผลที่เกิดขึ้น ปัญหาดังกล่าวจำเป็นต้องพิจารณา 2 ขั้นตอนกล่าวคือ ข้อพิจารณาประการแรกหากไม่มีการกระทำนั้นๆแล้วผลย่อมไม่เกิด (conditio sine qua non) หมายถึง การกระทำของจำเลยเป็นผลให้เกิดเหตุดังกล่าวเป็นข้อพิจารณาในประเด็นปัญหาเรื่องข้อเท็จจริง

ข้อพิจารณาประการต่อมา การกระทำใดๆที่ก่อให้เกิดเหตุนั้นต้องเป็นเหตุที่เหมาะสม (Proximate cause) เนื่องจากความไม่เป็นธรรมที่จะให้บุคคลต้องรับผิดหากการกระทำของตนเกี่ยวพันกับความเสียหายที่เกิดขึ้นจึงต้องมีการจำกัดความรับผิดไว้ว่าต้องเป็นเหตุที่เหมาะสมเท่านั้น เป็นข้อพิจารณาในประเด็นปัญหาเรื่องข้อกฎหมายโดยศาลจะเป็นผู้ใช้และตีความเพื่อ

<sup>67</sup> Ibid. pp.149-150.

ความยุติธรรมแก่กรณี อย่างไรก็ตามแม้เป็นเหตุที่เหมาะสมแต่ก็อาจจะถูกตัดโดยเหตุอื่นได้<sup>68</sup> เช่น เหตุสุดวิสัย (Force majeure) การกระทำของบุคคลภายนอก (Fault of a third party) เป็นต้น

### 1.3.2 หลักเกณฑ์นิรโทษกรรมของประเทศสวิตเซอร์แลนด์

การกระทำที่เป็นนิรโทษกรรมในกฎหมายสวิตเซอร์แลนด์นั้นปรากฏในกฎหมายละเมิด ปรากฏในมาตรา 52 และมาตรา 57 ประมวลกฎหมายลักษณะหนี้ หากจำเลยสามารถพิสูจน์ได้ว่า มีสถานการณ์เข้าองค์ประกอบการกระทำนิรโทษกรรมย่อมเป็นไม่เป็นการกระทำที่มีชอบด้วยกฎหมาย (Unlawfulness) อันเป็นองค์ประกอบหนึ่งของความรับผิดเพื่อละเมิดตามที่อธิบายข้างต้น เมื่อเป็นดังนั้นแล้วจำเลยย่อมไม่มีความรับผิดเพื่อละเมิดที่ต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนแก่โจทก์หรือหากจะรับผิดก็รับผิดโดยจำกัดเท่านั้น การกระทำที่เป็นนิรโทษกรรมตามมาตรา 52 และมาตรา 57 นั้นเมื่อพิจารณาแล้วพบว่า มีประเภทของการกระทำที่เป็นนิรโทษกรรมดังต่อไปนี้

#### 1.3.2.1 การป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย (Legitimate Defence)

การป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายนั้นกฎหมายของสวิตได้บัญญัติเรื่องดังกล่าวไว้ใน มาตรา 52 วรรค 1 ในส่วนกฎหมายลักษณะละเมิด ซึ่งบัญญัติว่า

มาตรา 52 วรรค 1 บัญญัติว่า<sup>69</sup> "ในการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย ผู้กระทำการป้องกันไม่ต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่ตัวบุคคลหรือต่อทรัพย์สินของผู้เป็นต้นเหตุให้ต้องป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย"

หลักเกณฑ์การป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายของสวิตตามมาตรานี้พบว่ามี การบัญญัติไว้กว้างๆ ก็นความรวมถึงการป้องกันตนเอง การป้องกันทรัพย์สิน และการป้องกันผู้อื่นไว้ทั้งหมดและการกระทำการป้องกันดังกล่าวอาจกระทำต่อบุคคลหรือทรัพย์สินก็ได้แต่บุคคลหรือทรัพย์สินนั้นต้องเป็นต้นเหตุที่ทำให้ต้องป้องกัน ซึ่งผลของการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายย่อมทำให้ผู้กระทำไม่ต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนแก่ผู้เสียหาย

ประเด็นเรื่องหลักเกณฑ์ การป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายนั้นมีหลักเกณฑ์ใดบ้างเมื่อสังเกตจากบทบัญญัติพบว่าไม่ได้บัญญัติหลักเกณฑ์ไว้อย่างชัดเจน อย่างไรก็ตามก็ตีหลักเรื่องการ

<sup>68</sup> Dennis Campbell, *supra* note 64, p.604.

<sup>69</sup> Article 52 [Self-defense] "A person acting in justifiable self-defense is not liable to compensation for damage caused to the person or the property of the aggressor"

ป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายนั้นถือว่าเป็นหลักทั่วไปที่สามารถนำมาปรับใช้ได้ทุกประเภทกฎหมาย<sup>70</sup> ดังนั้นผู้เขียนจึงเห็นว่ากรณีดังกล่าวสามารถนำหลักเรื่องป้องกันในกฎหมายอาญามาใช้อนุโลมได้ หลักเกณฑ์การป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายคือ การกระทำที่ได้ตอบภัยอันตรายอันมิชอบด้วยกฎหมายอันเกิดจากบุคคลใดบุคคลหนึ่งได้กระทำขึ้น โดยการกระทำนั้นอาจกระทำต่อตัวบุคคลหรือต่อทรัพย์สินของผู้ก่อให้เกิดภัยอันตรายนั้นได้ อย่างไรก็ตามการกระทำดังกล่าวต้องพอสมควรแก่เหตุโดยพิจารณาจากระดับความรุนแรงของการป้องกันกับภัยอันตรายอันเป็นเหตุให้ป้องกัน

### 1.3.2.2 การกระทำโดยความจำเป็น (Necessity)

การกระทำโดยความจำเป็นนั้นกฎหมายของสวิสก็บัญญัติไว้เช่นกันโดยบัญญัติไว้ในมาตราเดียวกับเรื่องการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย ตามมาตรา 52 วรรค 2

มาตรา 52 วรรค 2 บัญญัติว่า<sup>71</sup> “ศาลอาจกำหนดค่าสินไหมทดแทนให้ตามสมควรเพื่อให้ผู้ก่อให้เกิดความเสียหายแก่ทรัพย์สินของบุคคลอื่น ในการที่จะให้ตนเองหรือผู้อื่นพ้นภัยหรือความเสียหายอันใกล้จะถึงเป็นผู้ชำระ”

ประเด็นเรื่องหลักเกณฑ์ของการกระทำโดยจำเป็นในกฎหมายสวิสก็เช่นเดียวกับเรื่องการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย กฎหมายไม่ได้บัญญัติหลักเกณฑ์ไว้ชัดเจนมากนัก และจากการค้นคว้าของผู้เขียนไม่พบว่ามีคำอธิบายในทางตำราให้นำหลักการเรื่องการกระทำโดยจำเป็นในกฎหมายอาญามาใช้แต่ประการใด หลักการเรื่องนี้จึงต้องสรุปจากบทบัญญัติข้างต้น กล่าวคือ

ก) การกระทำโดยความจำเป็นเป็นการก่อให้เกิดความเสียหายแก่ทรัพย์สินของผู้อื่นซึ่งไม่ใช่บุคคลที่ก่อให้เกิดภัยอันตราย หากกระทำเป็นเรื่องการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย อย่างไรก็ตามกฎหมายสวิสนั้นกำหนดเฉพาะกระทำต่อทรัพย์สินเท่านั้นดังนั้นกระทำต่อบุคคลย่อมไม่เข้าเงื่อนไขการกระทำโดยจำเป็น

ข) เป็นการกระทำเพื่อจะให้ตนเองหรือผู้อื่นพ้นภัยหรือความเสียหายอันใกล้จะถึง

<sup>70</sup> F.Dessemontet,T.Ansay, *supra* note 66, pp.253-254.

<sup>71</sup> Article 52 Clause 2 [Necessity]“The court determines at its discretion the compensation payable by a person infringing the right of property of a third party in order to avert imminent damage or danger from himself or other”

ค) เมื่อเข้าเงื่อนไขดังกล่าวทั้งสองข้อข้างต้นศาลจะเป็นผู้พิจารณาค่าสินไหมทดแทนความเสียหายตามสมควรแก่ผู้เสียหาย เป็นการให้อำนาจแก่ศาลเป็นผู้พิจารณาเป็นที่น่าสนใจแตกต่างจากกฎหมายของประเทศเยอรมันและฝรั่งเศส

อย่างไรก็ดีเรื่องการกระทำโดยความจำเป็นนั้นผู้เขียนได้พบว่ามีความเกี่ยวข้องกับกฎหมายลักษณะทรัพย์สินของสวิสซึ่งบัญญัติอยู่ในประมวลกฎหมายแพ่ง (Swiss Civil Code) ในมาตรา 701 ดังต่อไปนี้

มาตรา 701 บัญญัติว่า<sup>72</sup> “หากบุคคลใดเพื่อจะหลีกเลี่ยงอันตรายที่ใกล้จะถึงหรือที่เกิดขึ้นแล้วจากตนเองหรือผู้อื่นสามารถที่จะล่วงละเมิดเข้าไปในที่ดินของผู้อื่น โดยผู้นั้นไม่อาจขัดขวางได้หากว่าการล่วงละเมิดนั้นมีความเสียหายเล็กน้อยเมื่อเปรียบเทียบกับความเสียหายที่จะเกิดขึ้นจากการอันตรายที่หลีกเลี่ยง

อย่างไรก็ตามเจ้าของที่ดินซึ่งได้รับความเสียหาย ย่อมสามารถที่จะเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนได้ตามควร”

### 1.3.2.3 การป้องกันสิทธิของตนเอง (Personal defense or Self-help)

การใช้กำลังป้องกันสิทธิของตนเองนั้นกฎหมายสวิสบัญญัติรายละเอียดไว้ในมาตรา 52 วรรค 3 เป็นหลักทั่วไป แต่อย่างไรก็ดีในเรื่องการใช้กำลังเพื่อป้องกันสิทธิในระบบกฎหมายสวิสนั้นพบว่ามีบทบัญญัติที่มีลักษณะเฉพาะอีก คือ มาตรา 57 แห่งประมวลกฎหมายลักษณะหนี้โดยมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

ก) การป้องกันสิทธิของตนเอง ตามมาตรา 52 วรรค 3 ประมวลกฎหมายหนี้สวิสบัญญัติว่า<sup>73</sup> “บุคคลใดซึ่งใช้กำลังเพื่อคุ้มครองสิทธิของตนไม่ต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทน ถ้า

---

<sup>72</sup> Article 701 [Swiss Civil Code] “Where a person can ward off some impending damage or existing danger from himself or from others only by trespassing on the land of another person, the latter is bound to suffer the trespass, provided the infringement of his right trifling in comparison with the damage or danger to be warded off

Where the owner of the land has suffered damage thereby, he claim reasonable compensation”

<sup>73</sup> Article 52 Clause 3 [Self-help] “A person who, in order to protect his lawful interests, resorts to trespass shall not be liable, provided that in the circumstance legal

พฤติการณ์จะขอความช่วยเหลือจากเจ้าหน้าที่ได้ทันเวลาที่นั้นทำไม่ได้ และไม่มีวิธีอื่นใดที่จะบำบัด บำบัดป้องกันให้สิทธิของตนต้องสูญเสียไปหรือประวิงไปมาก”

ข) สิทธิของผู้ครอบครองสัตว์ที่จับสัตว์ของผู้อื่น ตามมาตรา 57 ประมวลกฎหมายนี้ สืบบัญญัติว่า<sup>74</sup> “ผู้ครอบครองสัตว์ที่ชอบที่จะจับสัตว์ของผู้อื่นอันทำความเสียหายในอสังหาริมทรัพย์นั้นและยึดไว้เป็นประกันค่าสินไหมทดแทนอันพึงต้องให้แก่ตนได้ และถ้าเป็นการจำเป็นโดยพฤติการณ์ แม้ล่าสัตว์นั้นก็ชอบที่จะกระทำได้

แต่ผู้นั้นต้องบอกกล่าวแก่เจ้าของสัตว์โดยไม่ชักช้า ถ้าและหาตัวเจ้าของไม่ได้ ผู้ที่จับสัตว์ไว้ต้องจัดการตามสมควรเพื่อสืบหาเจ้าของ”

มาตราดังกล่าวเป็นรูปแบบหนึ่งของการใช้กำลังป้องกันสิทธิของตนเอง (Self-help) โดยมาตราดังกล่าวกำหนดรูปแบบและหลักการโดยเฉพาะไว้ กล่าวคือ

ก) กฎหมายได้กำหนดให้สิทธิแก่ผู้ครอบครองสัตว์มีสิทธิจับสัตว์ที่ทำความเสียหายในอสังหาริมทรัพย์ได้ ผู้ครอบครองสัตว์นั้น โดยหลักน่าจะหมายถึงเจ้าของกรรมสิทธิ์ แต่อย่างไรก็ตามถ้อยคำที่กฎหมายบัญญัติไว้กว้างๆ ดังนั้นบุคคลที่ครอบครองอสังหาริมทรัพย์อาจไม่ใช่เจ้าของกรรมสิทธิ์หรือสังหาริมทรัพย์ดังกล่าวก็ได้แต่อาจจะเป็นบุคคลที่ยึดถือไว้แทนเจ้าของ เช่น ผู้เช่าอสังหาริมทรัพย์ หรือ คนใช้ซึ่งเจ้าของให้เช่าอสังหาริมทรัพย์ ดังกล่าวเป็นต้น ซึ่งสิทธิดังกล่าวย่อมเกิดขึ้นภายใต้เงื่อนไขว่าสัตว์ดังกล่าวต้องเป็นสัตว์ที่มีบุคคลอื่นเจ้าของได้ทำความเสียหายในอสังหาริมทรัพย์นั้น ดังนั้นต้องเกิดความเสียหายขึ้นในอสังหาริมทรัพย์ก่อนหากไม่เกิดความเสียหายย่อมไม่สามารถใช้สิทธิตามมาตรานี้ได้

---

intervention was unobtainable within sufficient time and that trespass alone could protect frustration of his interest or material impediments to their exercise”

<sup>74</sup> Article 57 [Seizure of the animal] “In order to secure compensation which may be due to them, possessors of land are entitled to seize and take charge of animal owned by another person which do damage to the property and, where circumstances justify it, even to kill them

They shall, however, without delay notify the owner of such animal. Where they shall take the necessary measures to ascertain him.”

ข) เมื่อเข้าใจเงื่อนไขดังกล่าวในข้อ ก) แล้วผู้ครอบครองสังหาริมทรัพย์นั้นก็ย่อมมีสิทธิที่จะยึดสัตว์ไว้เป็นประกันค่าสินไหมทดแทนในความเสี่ยงภัยนั้นอีกทั้งการยึดสัตว์ไว้ยังเป็นหลักฐานถึงความเสียหายดังกล่าวเกิดจากสัตว์นั้นด้วย

ตามมาตรานี้กฎหมายกำหนดว่าถ้าความจำเป็นโดยพฤติการณ์สามารถฆ่าสัตว์ดังกล่าวได้ คำว่า“ความจำเป็นโดยพฤติการณ์” ผู้เขียนเห็นว่าความจำเป็นดังกล่าวน่าจะพิจารณาเป็นกรณีๆไป เช่น หากสัตว์ที่เข้ามาทำความเสียหายในอสังหาริมทรัพย์เป็นสัตว์ที่ดุร้ายยากต่อการจับอีกทั้งยังทำความเสียหายเพิ่มขึ้นต่อไป เจ้าของอสังหาริมทรัพย์ไม่มีวิธีการอื่นที่จะหยุดยั้งได้ ย่อมถือว่าเป็นความจำเป็นโดยพฤติการณ์ที่จะฆ่าสัตว์นั้นได้

ค) กฎหมายไม่เพียงแต่กำหนดสิทธิแก่ผู้ครอบครองอสังหาริมทรัพย์ดังกล่าวเท่านั้นแต่ยังกำหนดหน้าที่ว่าต้องบอกกล่าวแก่เจ้าของสัตว์โดยไม่ชักช้ากรณีข้างตนยอมเป็นกรณีที่รู้ตัวเจ้าของสัตว์ดังกล่าว แต่หากไม่รู้ตัวเจ้าของสัตว์กฎหมายบัญญัติให้ผู้ที่ยึดสัตว์ต้องจัดการตามสมควรเพื่อสืบหาเจ้าของ เช่น การปิดประกาศหรือประกาศทางหนังสือพิมพ์ เป็นต้น อนึ่งเมื่อพบเจ้าของสัตว์นั้นแล้วผู้ครอบครองอสังหาริมทรัพย์ย่อมเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนจากความเสียหายที่เกิดจากสัตว์ได้ อนึ่งเจ้าของจะเอาสัตว์นั้นไปโดยไม่ยอมใช้ค่าสินไหมทดแทนนั้นไม่ได้เพราะผู้ครอบครองอสังหาริมทรัพย์มีสิทธิยึดสัตว์นั้นไว้โดยชอบด้วยกฎหมาย

## 1.4 ความรับผิดเพื่อละเมิดของกฎหมายออสเตรีย

### 1.4.1 หลักเกณฑ์ความรับผิดเพื่อละเมิดของกฎหมายออสเตรีย

ความรับผิดเพื่อละเมิดของกฎหมายออสเตรียบัญญัติอยู่ในประมวลกฎหมายแพ่งออสเตรีย (Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch; ABGB)<sup>75</sup> ซึ่งหลักทั่วไปความรับผิดเพื่อละเมิด (Schadensersatzrecht) อยู่ในมาตรา 1295 บัญญัติว่า<sup>76</sup>

<sup>75</sup> ตัวบทประมวลกฎหมายแพ่งออสเตรียฉบับแปลเป็นภาษาอังกฤษนำมาจาก The General civil code of Austria. Translated from the German edition of august 1, 1966 Revised and brought up to date and annotated by Paul L. Baeck, (New York: Oceana Publications INC, 1972)

<sup>76</sup> Article 1295 “1) A person is entitled to demand indemnification for the demand from a person causing an injury by his fault; the demand may have been caused either by the violation of a contractual duty or without regard to the contract.

“(1) บุคคลใดย่อมมีสิทธิเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนเพื่อความเสียหายซึ่งบุคคลอื่นได้ก่อให้เกิดความเสียหายนั้นขึ้นโดยความผิดของบุคคลดังกล่าว โดยความเสียหายนั้นอาจเกิดจากการล่วงละเมิดหน้าที่อันเกิดจากสัญญาหรือโดยปราศจากสัญญาก็ตาม

(2) บุคคลใดจงใจก่อให้เกิดความเสียหายต่อบุคคลอื่นโดยการกระทำที่ฝ่าฝืนต่อศีลธรรมอันดีของประชาชนย่อมต้องรับผิดชอบเช่นเดียวกัน อย่างไรก็ตามหากความเสียหายดังกล่าวเกิดจากการใช้สิทธิตามกฎหมาย บุคคลผู้ที่ใช้สิทธิจะรับผิดชอบเฉพาะกรณีการใช้สิทธิดังกล่าวเป็นที่แจ้งชัดว่ามีจุดประสงค์ที่จะก่อให้เกิดความเสียหายต่อบุคคลอื่น”

จากมาตราดังกล่าวเราสามารถแยกองค์ประกอบหลักเกณฑ์ความรับผิดเพื่อละเมิดของกฎหมายออสเตรียได้เป็นหลักเกณฑ์ดังต่อไปนี้

#### 1.4.1.1 ความผิด (Verschulden)

ความผิดเป็นองค์ประกอบแรกในการพิจารณาว่าผู้กระทำความผิดมีความรับผิดในการชดเชยค่าสินไหมทดแทนหรือไม่ โดยมีหลักพื้นฐานว่า บุคคลที่กระทำให้เกิดความเสียหายนั้นน่าตำหนิหรือไม่ ตามมาตรา 1294 ได้บัญญัติหลักการไว้ว่า การกระทำความผิดกล่าวถึงใจ (Malice) หรือประมาทเลินเล่อ (Negligence)

ตามประมวลกฎหมายแพ่งออสเตรียได้นิยามคำว่า จงใจ หมายถึง การเข้าใจหรือตั้งใจ (Knowingly or Purposely) กระทำให้เกิดความเสียหายต่อผู้อื่น (dolus directus) หรืออย่างน้อยผู้กระทำคาดเห็นว่าการกระทำของตนนั้นจะทำให้เกิดความเสียหายไม่ว่าตัวเขาจะต้องการหรือไม่ก็ตาม (dolus indirectus) ส่วนการกระทำโดยประมาทเลินเล่อ หมายความว่า ผู้กระทำนั้นขาดความระมัดระวังตามมาตรฐาน โดยในระบบกฎหมายออสเตรียนี้ ได้แบ่งประมาทเลินเล่อออกเป็นหลายลักษณะ ส่วนหน้าที่ในการระมัดระวังและมาตรฐานในการระมัดระวัง ซึ่งระบบกฎหมายออสเตรียได้นิยามไว้ในมาตรา 1299 และมาตรา 1300

---

2) A person who intentionally injures another in manner in violation of public morals is liable therefore ; however, if the injury was caused in the exercise of legal right, the person causing it shall be liable therefore only when the exercise of this right obviously has the purpose to cause damage to the other.

#### 1.4.1.2 ความมิชอบด้วยกฎหมาย (Rechtswidrigkeit)

องค์ประกอบความมิชอบด้วยกฎหมายเป็นองค์ประกอบหนึ่งของความรับผิดเพื่อละเมิดของกฎหมายออสเตรีย แม้ว่าในส่วนบทบัญญัติของกฎหมายจะไม่ปรากฏถ้อยคำดังกล่าวเลยก็ตาม แต่นักนิติศาสตร์ออสเตรียได้พัฒนาหลักเกณฑ์ดังกล่าวขึ้นมา โดยให้ความหมายว่าความมิชอบด้วยกฎหมายนั้นการกระทำที่ล่วงละเมิดต่อ กฎเกณฑ์ของกฎหมาย (Statutory rule) ความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน (Public morals) สิทธิที่กฎหมายคุ้มครองไว้ (Legally protected right) อย่างไรก็ตามการกระทำมิชอบด้วยกฎหมายทุกกระทำอาจจะมีใช้การกระทำที่เป็นละเมิดเฉพาะการกระทำที่ก่อให้เกิดความเสียหายเท่านั้น และโดยหลักแล้วความเสียหายต่อเกี่ยวข้องโดยตรงกับการกระทำความผิดดังกล่าวด้วย

นอกจากนั้นการกระทำบางครั้งก็ก่อให้เกิดความเสียหายต่อสิทธิที่กฎหมายคุ้มครอง อันเป็นข้อเท็จจริงเบื้องต้น (prima facie evidence) ว่าอาจจะเกิดความรับผิดเพื่อละเมิด แต่หากข้อเท็จจริงเข้าลักษณะการกระทำบางกรณี ตัวอย่างเช่น การป้องกันตนเอง (Notwehr) หรือการกระทำโดยความจำเป็น (Notstand) นักนิติศาสตร์ออสเตรียมองว่าการกระทำนั้นไม่เป็นการกระทำที่มิชอบด้วยกฎหมายแต่อย่างใด ดังนั้นจึงไม่ต้องชดเชยค่าสินไหมทดแทน การกระทำเหล่านี้เรียกว่า การกระทำนิรโทษกรรม (Rechtfertigungsgründe)

#### 1.4.1.3 ความเสียหาย (Schaden)

ประมวลกฎหมายแพ่งออสเตรียได้นิยามความหมายของ ความเสียหาย นั้นได้บัญญัติไว้ในมาตรา 1293 ว่าหมายถึง ทุกๆ สิ่งที่เสียหายหรือสูญเสียที่เกิดขึ้นแก่บุคคล ทรัพย์สินหรือสิทธิใดๆ ของบุคคลอื่น โดยอาจจะเป็นสิ่งที่จับต้องได้หรือจับต้องไม่ได้ก็ได้ และความเสียหายเหล่านี้ต้องเกิดการกระทำอันมิชอบด้วยกฎหมายหรือการงดเว้นกระทำการ อย่างไรก็ตามแม้ว่าหลักทั่วไปของความรับผิดเพื่อละเมิดจะมีได้ระบุถึงความเสียหายต่อสิทธิใดๆ อย่างชัดเจนดังเช่นกฎหมายเยอรมัน นักนิติศาสตร์และศาลก็เป็นผู้นิยามความหมายคล้ายคลึงกับในระบบกฎหมายฝรั่งเศส อิตาลี และสวิตเซอร์แลนด์

#### 1.4.1.4 ความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล

ผลของความเสียหายที่เกิดขึ้นต้องเกี่ยวข้องกับการกระทำ หลักเกณฑ์ที่นักนิติศาสตร์ออสเตรียนำมาพิจารณาถึงความเสียหายยังจะเกิดขึ้นหรือไม่หากไม่มีการกระทำนั้นเกิดขึ้น หากคำตอบคือไม่ การกระทำความผิดดังกล่าวสันนิษฐานได้ว่าก่อให้เกิดความเสียหาย แต่อย่างไรก็ดีไม่ใช่ว่าผลของการกระทำทุกๆ การกระทำที่ตามมาจะก่อให้เกิดความรับผิดเพื่อละเมิด เฉพาะผลที่คาด

เห็น (Voraussehbar) เท่านั้นและผลนั้นต้องไม่ไกลกว่าเหตุ (adäquate) จึงจะทำให้ผู้กระทำต้องรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนเนื่องจากการกระทำละเมิดนั้น

#### 1.4.2 หลักเกณฑ์นิรโทษกรรมของกฎหมายออสเตรีย

การกระทำนิรโทษกรรม (Ground of Justification or Rechtfertigungsgründe) ตามกฎหมายออสเตรีย<sup>77</sup> ได้มองว่าการกระทำเหล่านี้ไม่ใช่การกระทำที่ผิดกฎหมายจึงไม่ก่อให้เกิดความมิชอบด้วยกฎหมาย อันเป็นองค์ประกอบข้อหนึ่งของความรับผิดชอบแต่อย่างใด หลักเกณฑ์ของการกระทำนิรโทษกรรมตามกฎหมายออสเตรีย นั้น จากการค้นคว้าของผู้เขียนพบว่าหลักกฎหมายดังกล่าวปรากฏอยู่ในประมวลกฎหมายแพ่งออสเตรียโดยกระจายอยู่ในส่วนต่างๆ ของประมวล และอีกส่วนหนึ่งได้นำหลักเกณฑ์กฎหมายอาญามาปรับใช้อนุโลมในบางเรื่อง เช่นเดียวกับระบบกฎหมายประเทศอื่นๆ ผู้เขียนขอสรุปนิรโทษกรรมที่ปรากฏในกฎหมายออสเตรีย ปรากฏดังต่อไปนี้

##### 1.4.2.1 การป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย (Notwehr)

การป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายตามกฎหมายออสเตรียนั้นนักนิติศาสตร์มองว่าเป็นส่วนหนึ่งของการช่วยตนเอง (Self-help) ส่วนหลักเกณฑ์การป้องกันไม่พบว่ามีบทบัญญัติไว้เฉพาะเป็นลายลักษณ์อักษรอย่างชัดเจน นักนิติศาสตร์ออสเตรียได้อาศัยการตีความเอาหลักเกณฑ์เรื่องการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายในประมวลกฎหมายอาญามาใช้แทนซึ่งหลักเกณฑ์เรื่องดังกล่าวปรากฏอยู่ในมาตรา 3 ของประมวลกฎหมายอาญาออสเตรีย (StGB) และนำหลักทั่วไปของหลักกฎหมายการช่วยตนเองในมาตรา 19 มาปรับใช้ประกอบกัน

มาตรา 19 บัญญัติว่า<sup>78</sup> “บุคคลใดที่ตระหนักว่าสิทธิของตนกำลังถูกล่วงละเมิดสิทธิทำให้สิ้นไปในทันทีก่อนที่จะรับการเยียวยาจากรัฐ บุคคลซึ่งไม่ได้รับการช่วยเหลือจากรัฐย่อมจะรับ

<sup>77</sup> Willibald Posch, International Encyclopedia of law : Tort law supplement 6 Austria Retrieved August 15,2009,from <http://www.ielaws.com/tort06austria.pdf>

<sup>78</sup> Article 19 “Any person who feels that his rights have been infringed is free to present a complaint before the proper legal authority. Any person who disregards such legal authority is individually responsible for employing an arbitrary remedy or for exceeding the limits of self-defence in case of peril”

ผิดโดยส่วนตัวสำหรับการใช้สิทธิเยียวยาโดยพลการสำหรับกรณีเกินสมควรแก่เหตุในการป้องกันตนเองภายใต้ภัยอันตราย”

การกระทำเพื่อป้องกันชีวิต อนามัย ร่างกาย เสรีภาพหรือทรัพย์สินของตนเองหรือผู้อื่นจากภัยอันตรายที่ใกล้จะถึงอันเกิดจากการกระทำที่มีขอบด้วยกฎหมายของบุคคล อีกทั้งวิธีการในการป้องกันนั้นต้องพอสมควร (Reasonable) ภายใต้สถานการณ์และความจำเป็นที่จะหลีกเลี่ยงความเสียหายที่อาจเกิดขึ้นจากการอันตรายโดย หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งว่า การกระทำต้องพอเหมาะพอควรเมื่อเปรียบเทียบกับความร้ายแรงของภัยอันตรายที่เป็นเหตุให้ป้องกันและไม่เกินสมควรแก่เหตุ (proportionate and not excessive) ขอบเขตที่กล่าวมานี้ นักกฎหมายออสเตรเลียให้เหตุผลว่า มาจากหลักการที่ว่า กฎหมายย่อมไม่ยอมรับวิธีการที่ไม่ชอบธรรม (Recht braucht dem Unrecht nicht zu weichen) ดังนั้นแม้กฎหมายยอมรับการป้องกันแต่ก็ไม่ได้ยอมรับโดยปราศจากขอบเขตใดๆเลย ดังนั้นหากการป้องกันเกินสมควรแก่เหตุผู้กระทำต้องรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนในส่วนนั้น แต่หากการกระทำภายใต้ขอบเขต การกระทำดังกล่าวย่อมชอบด้วยกฎหมายผู้กระทำย่อมหลุดพ้นจากความรับผิดชอบทั้งหมด

สำหรับในประเด็นเรื่องการสำคัญผิดว่ามีเหตุที่ต้องป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายนักกฎหมายออสเตรเลียพิจารณาว่าผู้กระทำไปโดยประมาทหรือไม่ หากว่าวิญญูชนนั้นยอมตกใจกลัวและตื่นเต้นดังเช่นผู้กระทำ เขาย่อมไม่ประมาทจึงไม่ต้องรับผิดชอบแต่อย่างใด ตัวอย่างคดีที่ศาลออสเตรเลียที่เคยตัดสินประเด็นนี้ไว้ คือ

คดี OGH 23 June 1966, JBI p320.<sup>79</sup>

ข้อเท็จจริงในคดีนี้มีอยู่ว่า ในตอนเกิดเหตุโจทก์ดื่มสุราจนเมามายจึงไม่สามารถควบคุมตนเองได้ จำเลยทั้งสองซึ่งเป็นเจ้าหน้าที่ตำรวจได้เข้าควบคุมตัวโจทก์โดยถูกแจ้มือแล้วพาเข้าไปในสถานที่คุมขัง ขณะที่โจทก์เข้าไปในสถานที่ดังกล่าว จำเลยคนหนึ่งได้เข้าไปถอดกุญแจมือ ส่วนจำเลยอีกคนหนึ่งยืนคุมเชิงโดยมีปืนพกอยู่ด้วย เมื่อจำเลยถอดกุญแจมือทั้งสองข้างออก โจทก์สะบัดมือออกอย่างรวดเร็ว ขณะเดียวกันโจทก์ก็สังเกตเห็นปืนพกของจำเลยอีกคน จึงได้ตะโกนว่า “อย่ายิง” จำเลยที่ยืนคุมเชิงก็ตะโกนว่า หยุด พร้อมทั้งยิงปืน ทำให้โจทก์ได้รับบาดเจ็บ โจทก์จึงฟ้องให้จำเลยรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนต่อโจทก์ จำเลยได้ให้การปฏิเสธโดยอ้างว่าตนเองป้องกันตนเองโดยชอบด้วยกฎหมาย ศาลฎีกา (OGH) พิพากษาว่าเจ้าหน้าที่ตำรวจนั้น

<sup>79</sup> Christian Von Bar, *The Common European Law of Torts Volume II*, (Oxford : Clarendon Press, 2000), p.499.

สำคัญผิดเนื่องจากการตีความท่าทางของผู้อื่นผิดไม่สามารถอ้างเป็นข้อต่อสู้ได้ อีกทั้งการกระทำของโจทก์ยังไม่พอสมควรแก่เหตุ ดังนั้นจำเลยต้องรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนต่อโจทก์

#### 1.4.2.2 การกระทำโดยความจำเป็น (Notstand)

กฎหมายลักษณะละเมิดของออสเตรียได้บัญญัติเรื่องการกระทำโดยความจำเป็นไว้อย่างชัดเจนเช่นเดียวกับระบบกฎหมายอื่นๆ โดยอยู่ในมาตรา 1306a มาตราเดียวและไม่มีการแบ่งแยกชนิดของการกระทำโดยความจำเป็นแต่อย่างใด ดังต่อไปนี้

มาตรา 1306a บัญญัติว่า<sup>80</sup> “ในกรณีที่มีเหตุฉุกเฉิน บุคคลใดกระทำให้เกิดความเสียหายโดยประสงค์หลีกเลี่ยงภัยอันตรายที่คุกคามอันใกล้มาถึงอันจะเกิดแก่ตนเองหรือผู้อื่น ศาลจะเป็นผู้พิจารณาจำนวนค่าสินไหมทดแทนที่เหมาะสม โดยสิ่งที่นำศาลนำมาพิจารณาในการพิจารณาค่าสินไหมทดแทน คือ ความรุนแรงของความเสียหายและภัยอันตรายที่เกิดขึ้นและคุณค่าของทรัพย์สินที่เจ้าของทรัพย์สินเสียหายกับบุคคลที่เสียหาย”

#### 1.4.2.3 การช่วยตนเอง (Self-Help)

การช่วยตนเองหรือการป้องกันให้สมดังสิทธิ (Self-help; Self-protection) นั้นตามกฎหมายแพ่งออสเตรียนั้น บัญญัติหลักทั่วไปในมาตรา 19 โดยบัญญัติไว้ในลักษณะกว้างๆแต่อย่างไรก็ดี การช่วยตนเองตามกฎหมายออสเตรียปรากฏบทบัญญัติที่เป็นบทบัญญัติเฉพาะอีกหลายกรณี ตัวอย่างเช่น กรณีการป้องกันสิทธิครอบครองของตนเองจากการล้วงละเมิด

---

<sup>80</sup> Article 1306a “If in a case of emergency a person causes damages in order to avoid an immediately threatening danger to himself or another , a court must decide whether and in what amount such damage should be satisfied; in making such a determination the judge take to consideration : whether or not the injured person himself has desisted from avoiding the danger out of regard to an injury which might occur to another person ; the relation between the severity of damage and the danger ; and, the amount of property owned by the injuring and the injured party”

มาตรา 344 บัญญัติว่า<sup>81</sup> “สิทธิในการครอบครองย่อมหมายความว่าสิทธิในการป้องกันการครอบครองของตนด้วย หากว่าในเวลาดังกล่าวไม่สามารถที่จะขอให้เจ้าหน้าที่รัฐช่วยเหลือได้ ย่อมสามารถที่จะใช้กำลังขับไล่ที่เหมาะสม ยิ่งไปกว่านั้น”

กรณีการยึดทรัพย์ของผู้เช่าที่ย้ายออกโดยยังไม่ชำระค่าเช่าให้ครบ

มาตรา 1101 (2) บัญญัติว่า “หากผู้เช่าย้ายออกโดยยังมิได้ชำระค่าเช่าหรือมีการย้ายสังหาริมทรัพย์ออกโดยมิได้ให้ประกันค่าเช่าไว้ เจ้าของที่ให้เช่าย่อมมีสิทธิที่จะยึดสังหาริมทรัพย์เพื่อประกันความเสี่ยงของตนได้ แต่เจ้าของต้องร้องต่อศาลภายในสามวันเพื่อที่จะจัดแจ้งว่าสิ่งของนั้นเป็นประกันการชำระหนี้หรือต้องคืนสังหาริมทรัพย์แก่ผู้เช่า”

กรณีจับและยึดสัตว์ของผู้อื่นที่เข้ามาทำให้เกิดความเสียหายในอสังหาริมทรัพย์

มาตรา 1321 บัญญัติว่า<sup>82</sup> “หากผู้ใดที่พบสัตว์เลี้ยงของผู้อื่นอยู่ในที่ดินของตนไม่อาจฆ่าสัตว์ดังกล่าวได้ด้วยเหตุผลดังกล่าวเพียงอย่างเดียว เจ้าของที่ดินจำต้องขับไล่สัตว์นั้นออกจากที่ดินของตนโดยการกระทำที่พอสมควรก่อน แต่หากเจ้าของที่ดินได้รับความเสียหายอันเกิดจากสัตว์ เจ้าของที่ดินย่อมมีสิทธิที่จะจับและยึดสัตว์ดังกล่าวเท่าที่พอเพียงเพื่อประกันความเสียหายที่เกิดขึ้น อย่างไรก็ตามผู้ใดที่จับและยึดไว้ต้องแจ้งต่อเจ้าของสัตว์นั้นภายในเวลาหนึ่งสัปดาห์หรือแจ้งต่อศาล หากผู้จับและยึดมิได้เป็นเช่นนั้น บุคคลดังกล่าวต้องคืนสัตว์ที่ได้จับและยึดไว้”

---

<sup>81</sup> Article 344 “The right of possession includes the right to protect possession and, if timely judicial assistance be unavailable, to drive off force with suitable force (see Article 19.) In addition, the public authority must preserve the public peace and the criminal court must punish public acts of violence.”

<sup>82</sup> Article 1321 “A person who finds cattle which belong to other on his own soil and ground is not entitled to kill them for this reason alone. He may drive them away with adequate force, or if he has suffered damage from them he may exercise a right of private restraint over as many head of cattle as are sufficient to compensate him. However, he must come to an arrangement with the owner of the cattle within one week or institute an action in court; in default thereof, he must return the restrained cattle.”

มาตรา 1322 บัญญัติว่า<sup>83</sup> “ผู้ที่จับและยึดสัตว์นั้นย่อมต้องส่งคืนสัตว์แก่เจ้าของหากว่าเจ้าของสัตว์ดังกล่าวได้ให้หลักประกันอื่นอันเหมาะสมแทน”

## 1.5 ความรับผิดเพื่อละเมิดของกฎหมายอิตาลี

### 1.5.1 หลักเกณฑ์ความรับผิดเพื่อละเมิดของกฎหมายอิตาลี

ความรับผิดเพื่อละเมิด (Civilly illicit acts) ตามกฎหมายอิตาลีนับบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งอิตาลี<sup>84</sup> ตั้งแต่มาตรา 2043- 2059 จำนวนทั้งหมด 16 มาตราโดยหลักทั่วไปของความรับผิดเพื่อละเมิดจากการกระทำของตนเองนั้นบัญญัติไว้ในมาตรา 2043 ดังต่อไปนี้

มาตรา 2043 บัญญัติว่า<sup>85</sup> “การกระทำโดยฉ้อฉล จงใจหรือประมาทเลินเล่ออันทำให้เกิดความเสียหายอันมิชอบธรรมต่อบุคคลอื่น บุคคลผู้กระทำการดังกล่าวย่อมต้องชดเชยค่าสินไหมทดแทน” จากมาตราดังกล่าวสามารถแยกองค์ประกอบความรับผิดได้ดังต่อไปนี้<sup>86</sup>

#### 1.5.1.1 การกระทำที่น่าตำหนิ (colpevolezza)

องค์ประกอบข้อแรก ต้องปรากฏข้อเท็จจริงว่ามีการกระทำ การกระทำนั้นหมายความว่า การกระทำ (Act) ยังรวมถึงการงดเว้นการกระทำ (Omission) ด้วย โดยการงดเว้นต้องเป็นการบกพร่องต่อหน้าที่ที่ตนเองมี<sup>87</sup> ความเสียหายที่เกิดขึ้นต้องเป็นผลมาจากข้อเท็จจริงอันเกิดจากการ

---

<sup>83</sup> Article 1322 “The restrained cattle must also be returned if the owners give another suitable security.”

<sup>84</sup> ตัวบทประมวลกฎหมายแพ่งอิตาลีฉบับแปลเป็นภาษาอังกฤษนำมาจาก The Italian civil code translated by Mario Beltramo and others (New York: Oceana Publications INC, 1969.)

<sup>85</sup> Article 2043 “Any fraudulent, malicious, or negligent act that causes a justified injury to another obliges the person who has committed the act to pay damages.”

<sup>86</sup> G. Leroy Certoma, *The Italian legal system*, (London : Butterworths, 1985), pp.365-367.

<sup>87</sup> Guido Alpa and Vincenzo Zeno-Zencovich, *Italian Private Law*, (Abingdon : Routledge Cavendish, 2007), p. 254.

กระทำของจำเลย โดยจำเลยต้องมีความสามารถที่จะรู้และเข้าใจถึงกระทำของตนได้ ดังนั้นจึงไม่รวมการกระทำที่เกิดในช่วงตนเองไม่ได้สติ (State of unconsciousness) หรือ ในช่วงที่ขาดความสามารถในการตัดสินใจ (Lack the power of discernment) ยกเว้นกรณีจำเลยยอมตนให้ตนอยู่ในสภาพเช่นนั้น

นอกจากนี้สำหรับองค์ประกอบในเรื่องนี้ยังมีองค์ประกอบในทางอัตวิสัย กล่าวคือ บุคคลจะรับผิดชอบในความเสียหายต้องกระทำโดยจงใจ (Dolo : Intentional) หรือประมาทเลินเล่อ (Culpa : negligent) ซึ่งในประมวลกฎหมายแพ่งมิได้บัญญัติหลักการในเรื่องดังกล่าวไว้ ดังนั้นจึงอาศัยหลักการในประมวลกฎหมายอาญามาปรับใช้โดยอนุโลม

#### 1.5.1.2 ความเสียหายอันมิชอบด้วยกฎหมาย (Unjust Damage)<sup>88</sup>

การกระทำของจำเลยนั้นต้องก่อให้เกิดความเสียหายต่อสิทธิที่กฎหมายคุ้มครองไว้ (a legally protected interest) ส่วนสิทธิใดบ้างนั้นตามหลักเกณฑ์ความรับผิดชอบทั่วไปของความรับผิดชอบเพื่อละเมิดของกฎหมายอิตาลีนั้นไม่ได้บัญญัติไว้ ซึ่งแตกต่างจากกฎหมายเยอรมันที่มีการบัญญัติถึงประเภทของสิทธิที่คุ้มครองไว้แต่หากแต่สำหรับกฎหมายอิตาลีนั้นการพิจารณาว่าสิทธิใดควรที่จะได้รับความคุ้มครอง (Deserving of property) เป็นหน้าที่ของศาลที่จะตัดสินใจเป็นคดีๆ ไปว่าสิทธิใดจะได้รับการคุ้มครองหรือไม่ซึ่งเป็นแนวความคิดเดียวกับกฎหมายฝรั่งเศส<sup>89</sup>

นอกจากข้างต้น ความเสียหายดังกล่าวต้องเป็น ความเสียหายที่มิชอบด้วยกฎหมาย (Danno ingiusto) เกิดจากการกระทำโดยมิชอบด้วยกฎหมายนั้น (Wrongful) ซึ่งตามกฎหมายอิตาลีมีการอธิบายว่าหมายถึงความถึง การกระทำที่ล่วงสิทธิ (contra iure) โดยปราศจากสิทธิ (non iure)<sup>90</sup>

#### 1.5.1.3 ความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล

ความรับผิดชอบเพื่อละเมิดในกฎหมายอิตาลีเช่นเดียวกับประเทศอื่นๆ กล่าวคือ การที่ผู้กระทำละเมิดจะมีความรับผิดชอบต่อผู้เสียหายนั้น ต้องมีความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำกับความเสียหายขึ้น ความสัมพันธ์นี้จะเป็นตัวแบ่งความเสียหายที่ต้องชดใช้และความเสียหายที่ไม่ต้อง

<sup>88</sup> Unjust damage (Danno ingiusto) เป็นแนวคิดเฉพาะในระบบกฎหมายอิตาลี เกิดขึ้นจากการร่างประมวลกฎหมายแพ่งในปี ค.ศ.1942

<sup>89</sup> Guido Alpa and Vincenzo Zeno-Zencovich, *supra* note 87, p.254.

<sup>90</sup> *Ibid*, p.259.

คดี<sup>91</sup> มาตรา 2043 หลักทั่วไปของความรับผิดชอบมิได้บัญญัติหลักการในการพิสูจน์ดังกล่าว นักกฎหมายอิตาลีจึงนำกฎหมายอื่นมาช่วยในการปรับใช้ เพื่อหาแนวทางที่เหมาะสมในการตัดสิน

### 1.5.2 หลักเกณฑ์นิรโทษกรรมของกฎหมายอิตาลี

นิรโทษกรรมตามกฎหมายอิตาลี หมายถึง<sup>92</sup> โดยในทางทฤษฎีแล้ว การกระทำนิรโทษกรรมไม่เป็นการกระทำนิรโทษกรรมแต่อย่างใด เนื่องจากขาดองค์ประกอบ ในส่วนของประกอบความเสียหายที่มีชอบด้วยกฎหมาย ตัวอย่างเช่น<sup>93</sup> ความเสียหายอันเกิดจากการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย แม้ผู้กระทำจะก่อให้เกิดความเสียหายแก่สิทธิ (contra ius) ซึ่งกฎหมายให้การคุ้มครองแต่กระทำไปโดยมีสิทธิ (iure or rightful) จึงไม่เป็นความเสียหายที่มีชอบด้วยกฎหมาย ดังนั้นไม่ก่อให้เกิดความรับผิดเพื่อละเมิด ผลคือ ผู้กระทำไม่ต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนแต่อย่างใด ผู้เขียนพบว่าในส่วนกฎหมายละเมิดนั้น ในประมวลกฎหมายแพ่งนั้นได้บัญญัติหลักการดังกล่าวไว้ใน 2 มาตรา คือ การป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายตามมาตรา 2044 และการกระทำโดยจำเป็นตามมาตรา 2045 นอกจากนี้ผู้เขียนพบว่าการปรับใช้นิรโทษกรรมตามกฎหมายอิตาลีนั้นยังมีการนำหลักเกณฑ์ในกฎหมายอาญา (Italian Penal Code)<sup>94</sup> มาใช้ประกอบด้วยซึ่งมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

#### 1.5.2.1 การป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย (Difesa Legittima)

การป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายของกฎหมายอิตาลีนั้นบัญญัติไว้ในมาตรา 2044 ซึ่งมีหลักเกณฑ์การป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย (Difesa Legittima) ของกฎหมายอิตาลีในประมวลกฎหมายแพ่งมาตรานี้ไม่ได้มีการบัญญัติไว้ชัดเจนแต่บัญญัติเพียงหลักเกณฑ์กว้างๆไว้ว่าเมื่อบุคคลใดกระทำตามมาตรานี้ย่อมไม่ต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทน ส่วนในเรื่องหลักเกณฑ์การปรับใช้นั้นผู้เขียนพบว่านักนิติศาสตร์อิตาลีได้นำหลักเกณฑ์การป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายมาตรา

<sup>91</sup> Ibid, p.257.

<sup>92</sup> Jeffrey S.lena, Ugo Mattei, *Introduction to Italian Law*, (Hague : Kluwer Law international, 2002), p.221.

<sup>93</sup> Christian Von Bar, *supra* note 76, p.506.

<sup>94</sup> ตัวบทประมวลกฎหมายอาญาอิตาลีฉบับแปลเป็นภาษาอังกฤษนำมาจาก The Italian penal code. Translated by Edward M. Wise.(Littleton, Colo: Fred B. Rothman, 1978)

52 ของประมวลกฎหมายอาญาช่วยในการปรับใช้ตามแนวคำพิพากษาของศาลอิตาลี (Cassation decision no. 4487 of 1976) ได้เคยตัดสินวางหลักไว้<sup>95</sup>

มาตรา 2044 บัญญัติว่า<sup>96</sup> “บุคคลใดกระทำให้เกิดความเสียหายเนื่องจากการใช้สิทธิในการป้องกันตนเองหรือการป้องกันผู้อื่นโดยชอบด้วยกฎหมาย บุคคลดังกล่าวย่อมไม่ต้องรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทน”

มาตรา 52 ประมวลกฎหมายอาญาอิตาลี บัญญัติว่า<sup>97</sup> “บุคคลใดๆ กระทำการอันจำเป็นเพื่อป้องกันอันตรายอันที่เกิดขึ้นโดยมิชอบด้วยกฎหมายย่อมไม่ถูกลงโทษ หากว่าการกระทำนั้นพอสมควรแก่เหตุ”

หลักเกณฑ์โดยสังเขปของการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย คือ<sup>98</sup> การกระทำอันก่อให้เกิดความเสียหายนั้นก็เพื่อป้องกันตนเองหรือผู้อื่นจากอันตรายที่แท้จริงอันเกิดจากการกระทำที่มีชอบด้วยกฎหมายของโจทก์ และการตอบโต้ที่ชอบด้วยกฎหมายนั้นต้องพอสมควรโดยเปรียบเทียบกับความร้ายแรงของอันตรายที่เป็นเหตุให้ป้องกัน

### 1.5.2.2 การกระทำโดยจำเป็น (Stato di necessità)

การกระทำโดยความจำเป็นนั้นนักนิติศาสตร์อิตาลีนั้นมองว่ามีฐานความคิด<sup>99</sup> มาจากการที่ผู้กระทำจำต้องกระทำแม้รู้ว่าการกระทำก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้อื่น แต่ต้องกระทำเพื่อส่วนรวม เพื่อตนเองหรือผู้อื่นแล้วแต่กรณี ทั้งนี้เพื่อหลีกเลี่ยงอันตราย จึงจำต้องเสียสละประโยชน์ของผู้อื่น ตามกฎหมายอิตาลีนั้นบัญญัติไว้ในมาตรา 2045 ซึ่งบัญญัติไว้ดังต่อไปนี้

<sup>95</sup> Guido Alpa and Vincenzo Zeno-Zencovich, *supra* note 87, p.257.

<sup>96</sup> Article 2044 “The person who causes injury in the exercise of self-defence or the legitimate defence of another is not liable for injury”

<sup>97</sup> Article 52 Italian Penal Code “Anyone who has committed an act having been compelled to do so by the necessity of the defending his own or another’s right against the present danger of wrongful injury shall not be punishable, provide the defence is proportionate to the injury”

<sup>98</sup> Jeffrey S.lena, Ugo Mattei, *supra* note 92, pp.221-222.

<sup>99</sup> Guido Alpa, *Trattato di Civile IV : la Responsabilità Civile* (Giuffrè : Milano, 1999), p.342. อ้างใน ศนันท์กรณ (จำปี) โสติพิพันธุ์, *คำอธิบายกฎหมายลักษณะละเมิดจัดการงานนอกสั่ง ลากมีควรได้*, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2552), น.283.

มาตรา 2045 บัญญัติว่า<sup>100</sup> “หากบุคคลใดกระทำการให้เกิดความเสียหายเนื่องจากจำเป็นที่จะต้องป้องกันอันตรายอันใกล้จะถึงอันอาจก่อให้เกิดอันตรายสาหัสแก่ตนเองหรือผู้อื่น และภัยอันตรายดังกล่าวต้องไม่เกิดจากความสมัครใจของเขาเองอีกทั้งภัยอันตรายนั้นไม่สามารถหลีกเลี่ยงได้ ผู้เสียหายย่อมมีสิทธิที่จะได้รับค่าสินไหมทดแทนตามสมควรได้โดยศาลจะเป็นผู้กำหนดให้”

ส่วนในประมวลกฎหมายอาญาอิตาลีก็บัญญัติหลักเกณฑ์ในเรื่องการกระทำโดยความจำเป็นไว้เช่นกัน กล่าวคือ

มาตรา 54 ประมวลกฎหมายอาญาอิตาลี บัญญัติว่า<sup>101</sup> “บุคคลใดกระทำการโดยความจำเป็นที่จะต้องป้องกันอันตรายอันอาจก่อให้เกิดอันตรายสาหัสแก่ตนเองหรือผู้อื่น และภัยอันตรายดังกล่าวต้องไม่เกิดจากความสมัครใจของเขาเองอีกทั้งภัยอันตรายนั้นไม่สามารถหลีกเลี่ยงได้ ผู้กระทำย่อมไม่ถูกลงโทษ หากการกระทำดังกล่าวได้สัดส่วนกับภัยอันตรายที่เกิดขึ้น”

เมื่อเราพิจารณามาตราทั้งสองข้างต้นแล้วพบว่า เนื้อความในบทบัญญัติแทบจะเหมือนกันเลยแต่ผลในทางกฎหมายทั้งสองกับต่างกัน (ในทางอาญาไม่ต้องรับโทษแต่ในทางแพ่งให้ศาลเป็นผู้กำหนดค่าทดแทน) เหตุผลมาจากหลักการพื้นฐานการกระทำโดยความจำเป็นมาจากการดุลยภาพประโยชน์ที่ขัดกัน กฎหมายแพ่งมองว่าเป็นการไม่ยุติธรรมที่จะทิ้งให้ผู้เสียหายเป็นฝ่ายเสียผลประโยชน์ของตนเท่านั้นโดยให้ยอมรับผลความเสียหายที่เกิดขึ้น แต่ก็อาจมากเกินไปที่จะให้ผู้กระทำให้เกิดความเสียหายต้องชดเชยค่าสินไหมทดแทนที่เกิดขึ้น ดังนั้นกฎหมายอิตาลีในมาตรานี้จึงได้บัญญัติให้อำนาจแก่ศาลในการกำหนดค่าสินไหมทดแทนตามสมควรแก่ผู้เสียหาย

---

<sup>100</sup> Article 2045 “If a person who commits an act which causes injury was compelled by the necessity of saving himself or other from present danger of serious injury, and the danger was neither voluntarily caused by him nor otherwise avoidable, the person injured is entitled to compensation in an amount equitably established by the judge”

<sup>101</sup> Article 52 Italian Penal Code “Anyone who has committed an act having been compelled to do so by the necessity of saving himself or other from the present danger of serious bodily harm, a danger not voluntarily caused by him, nor otherwise avoidable, shall not be punishable, provided the act is proportionate to the danger”

แทน ตัวอย่างการกระทำโดยจำเป็นที่นักนิติศาสตร์อิตาลียกไว้เช่น<sup>102</sup> บุคคลใดๆ เบรกหรือเลี้ยวรถอย่างกะทันหันทำให้รถของตนชนกับรถคันอื่นทั้งนี้ก็เพื่อหลีกเลี่ยงการชนกับรถคันที่อาจเกิดขึ้นอย่างรุนแรงกว่า เป็นต้น

## 1.6 ความรับผิดเพื่อละเมิดของกฎหมายญี่ปุ่น

### 1.6.1 หลักเกณฑ์ความรับผิดเพื่อละเมิดของประเทศญี่ปุ่น

ประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่น (The Civil Code of Japan) แบ่งออกเป็น 5 บรรพ บทบัญญัติเรื่องความรับผิดทางละเมิด (Unlawful Act) บัญญัติในส่วนที่สามในบรรพเรื่องหนี้ (Law of Obligation) ประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่นได้วางหลักเรื่องละเมิดไว้ 16 มาตรา กล่าวคือ ตั้งแต่มาตรา 709 และ 710 ซึ่งเป็นหลักทั่วไปในเรื่องความรับผิดเพื่อละเมิดจนกระทั่งถึงมาตรา 724 โดยประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่นมาตรา 709 และ 710 ได้วางหลักเกณฑ์ทั่วไปของความรับผิดเพื่อละเมิดไว้ซึ่งจะเห็นว่างดงามมีความคล้ายคลึงกับบทบัญญัติความรับผิดเพื่อละเมิดตามกฎหมายฝรั่งเศส<sup>103</sup> แต่อย่างไรก็ตามผู้เขียนพบว่าการอธิบายในส่วนองค์ประกอบของความรับผิดเพื่อละเมิดนั้นจะอธิบายคล้ายคลึงกับแนวทางกฎหมายละเมิดของเยอรมัน กล่าวคือ

มาตรา 709 บัญญัติว่า<sup>104</sup> “ผู้ใดจงใจหรือประมาทเลินเล่อสิทธิของผู้อื่น จำเป็นต้องใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการละเมิดนั้น”

มาตรา 710 บัญญัติว่า<sup>105</sup> “ผู้ที่ต้องรับผิดชดใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อความเสียหายตามบทบัญญัติมาตราก่อน จำต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทน แม้ความเสียหายนั้นมิใช่ตัวเงิน และไม่ว่าค่าเสียหายนั้นจะกระทำต่อร่างกาย เสรีภาพ ชื่อเสียง หรือสิทธิในทรัพย์สินของผู้อื่นก็ตาม”

<sup>102</sup> Guido Alpa and Vincenzo Zeno-Zencovich, *supra* note 87, p.257.

<sup>103</sup> Hiroshi Oda, *Japanese Law*, 2<sup>nd</sup> ed (London : Butterworth & co., 1999), p.195.

<sup>104</sup> Article 709 “A person who violates intentionally or negligently the right of another is bound to make compensation for damage arising therefore”

<sup>105</sup> Article 710 “A person who is liable in compensation for damages in accordance with the provisions of the preceding Article shall make compensation therefore even in respect of a non-pecuniary damage, irrespective of whether such injury was to the person, liberty or reputation of another or to his property”

จากบทบัญญัติทั้งสองมาตราดังกล่าวเราสามารถแยกองค์ประกอบของความรับผิดเพื่อละเมิดตามกฎหมายญี่ปุ่นได้ดังต่อไปนี้<sup>106</sup>

#### 1.6.1.1 ความผิด (Fault)

ผู้กระทำต้องมีความผิด (Fault) ความผิดอันเป็นองค์ประกอบแรกของความรับผิดเพื่อละเมิดตามกฎหมายญี่ปุ่นนี้เป็นองค์ประกอบส่วนอัตวิสัย ผู้กระทำต้องมีความผิด นั่นคือ ผู้กระทำนั้นได้กระทำโดยจงใจ (willfulness : intention) การกระทำโดยจงใจนี้ หมายถึง การที่ผู้ก่อเหตุจริงถึงการกระทำละเมิดของตน ส่วนประมาทเลินเล่อ (negligently) หมายถึงการกระทำของบุคคลซึ่งไม่รู้ข้อเท็จจริงเพราะเขานั้นหาได้ใช้ความระมัดระวังซึ่งเขาควรจะมี ส่วนระดับความระมัดระวังกฎหมายญี่ปุ่นได้ใช้มาตรฐานวิญญูชนในการพิจารณาถึงระดับความระมัดระวังของบุคคล โดยการนำเอามาตรา 400 ในส่วนบทบัญญัติทั่วไปในกฎหมายลักษณะหนี้มาปรับใช้

#### 1.6.1.2 การกระทำมิชอบด้วยกฎหมาย (Unlawful act)

การกระทำนั้นต้องเป็นการกระทำมิชอบด้วยกฎหมาย (Unlawful act) องค์ประกอบในเรื่องนี้กฎหมายญี่ปุ่นนำแนวความคิดมาจากกฎหมายเยอรมันได้ การกระทำโดยมิชอบด้วยกฎหมายได้มีการอธิบายเช่นเดียวกับกฎหมายเยอรมันว่าเป็นการกระทำล่วงละเมิดสิทธิของบุคคลอื่นโดยมิชอบด้วยกฎหมาย (An act which violates the right of another person is and act which is contrary to the command of the law)<sup>107</sup> แต่การกระทำใดๆย่อมไม่เป็นการกระทำที่มิชอบด้วยกฎหมายแม้ว่าจะมีการล่วงละเมิดสิทธิของบุคคลอื่นเนื่องจากเป็นกรณีการใช้สิทธิป้องกันโดยชอบธรรมหรือเป็นการกระทำที่หลีกเลี่ยงภัยอันตรายที่สามารถหลีกเลี่ยงได้ ซึ่งก็คือ เรื่องการกระทำที่เป็นนิรโทษกรรมซึ่งกฎหมายญี่ปุ่นบัญญัติไว้เพียงมาตราเดียวคือ มาตรา 720 ซึ่งผู้เขียนจะกล่าวในส่วนต่อไป นอกจากนั้นยังมีการกระทำที่กฎหมายบัญญัติอนุญาตให้กระทำได้แม้เกิดความเสียหายย่อมไม่ต้องรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนแต่อย่างใด

<sup>106</sup> J.E De Becker, *Annotated code of Japan*, Volume II (London : Butterworth & Co, 1909), p 282-283 ,see also Hiroshi Oda, *supra note* 103, pp.197-203.

<sup>107</sup> *Ibid*, p 272.

### 1.6.1.3 ความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล (Causation)

องค์ประกอบความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลอาจ สรุปได้ว่าความเสียหายที่บุคคลที่กระทำละเมิดต้องชดใช้ต้องความเสียหายที่เกิดจากการกระทำละเมิดนั้น และความเสียหายดังกล่าวต้องเป็นความเสียหายตามธรรมดาที่เกิดขึ้นได้ (Adequate) เนื่องจากการกระทำใดๆ อาจจะก่อให้เกิดผลความเสียหายตามมาไม่มีที่สิ้นสุดดังนั้นหากให้ผู้กระทำละเมิดรับผิดชอบโดยไม่มีขอบเขตย่อมไม่เป็นธรรมกับ กฎหมายบัญญัติอนุญาตให้ความเสียหายตามธรรมดาย่อมเกิดขึ้นได้จากการกระทำนั้นเท่านั้นที่จะเรียกค่าสินไหมทดแทนได้

ในเรื่องภาระการพิสูจน์ความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำละเมิดและความเสียหายที่เกิดขึ้นนั้นเป็นหน้าที่ของโจทก์ที่จะต้องมีหน้าที่พิสูจน์ถึงความเกี่ยวพันดังกล่าว

### 1.6.1.4 ความเสียหาย (A violation of a right)

การกระทำที่ผิดกฎหมายนั้นต้องทำให้เกิดความเสียหายแก่สิทธิของบุคคลอื่น (A violation of a right) โดยสิทธิดังกล่าวมาตรา 710 ได้ขยายความว่าไม่จำเป็นต้องเป็นสิทธิในทรัพย์สิน (Property right) เสมอไปแต่หากยังหมายรวมถึงสิทธิในตัวบุคคลด้วย (Right of personal status) เช่น เนื้อตัวร่างกายของบุคคล (Body) เสรีภาพ (Liberty) เกียรติยศ (Honour) หรือ ชื่อเสียง (Reputation) รวมทั้งสิทธิตามกฎหมายมหาชนด้วย<sup>108</sup>

เมื่อบุคคลใดกระทำให้สิทธิที่กล่าวมาข้างต้นของผู้อื่นเสียหายย่อมต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนแก่ผู้เสียหาย โดยมาตรฐานตามปกติของการเยียวยาความเสียหายนั้นย่อมขึ้นอยู่กับพฤติการณ์เป็นกรณีๆ ไป แต่ความเสียหายนั้นไม่จำเป็นต้องชดใช้ในรูปจำนวนเงินเสมอไป บางกรณี เช่น การหมิ่นประมาททำให้เกียรติยศหรือชื่อเสียงบุคคลอื่นเสียหาย หากบุคคลที่กระทำได้ลงคำขอโทษในหนังสือพิมพ์ย่อมเป็นวิธีการเยียวยาความเสียหาย

## 1.6.2 หลักเกณฑ์นิรโทษกรรมของประเทศญี่ปุ่น

การกระทำที่เป็นนิรโทษกรรมในกฎหมายญี่ปุ่นนั้นปรากฏว่าบัญญัติไว้ในกฎหมายลักษณะละเมิดโดยอยู่ในมาตรา 720 เพียงมาตราเดียว เมื่อพิจารณาแล้วพบว่าในมาตราดังกล่าวมีการบัญญัติการกระทำที่เป็นนิรโทษกรรมไว้ 2 ประเภtdังต่อไปนี้

<sup>108</sup> J.E De Becker, The principles and practice of the civil code japan, Volume I (London : Butterworth & Co, 1921), p. 433.

### 1.6.2.1 การป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย (Justifiable defence)

การป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายตามกฎหมายญี่ปุ่นบัญญัติไว้ในมาตรา 720 วรรค 1 กล่าวคือ

มาตรา 720 วรรค 1 บัญญัติว่า<sup>109</sup> “บุคคลใดหากจำเป็นต้องก่อให้เกิดความเสียหายเพื่อป้องกันสิทธิของตนหรือบุคคลภายนอกให้พ้นจากการกระทำอันมิชอบด้วยกฎหมายของผู้อื่น ย่อมไม่ต้องรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อความเสียหายนั้น แต่ทั้งนี้ไม่ตัดสิทธิของผู้เสียหายในอันที่จะเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนจากผู้ที่กระทำการอันมิชอบด้วยกฎหมายนั้น”

จากมาตราข้างต้นนี้ การกระทำป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายตามกฎหมายญี่ปุ่นนั้นครอบคลุมถึงกรณีการป้องกันตนเองและผู้อื่นรวมทั้งการป้องกันทรัพย์สินด้วยเช่นเดียวกับหลายประเทศที่บัญญัติในลักษณะทั่วไปครอบคลุมทุกกรณีเช่นกัน อย่างไรก็ตามกฎหมายญี่ปุ่นมิได้บัญญัติหลักเกณฑ์ไว้อย่างชัดเจนซึ่งผู้เขียนเห็นว่าประเทศญี่ปุ่นน่าอาศัยการตีความของนักนิติศาสตร์และศาลเช่นเดียวกับประเทศอื่นที่กล่าวมาแล้วหรืออาจนำหลักเกณฑ์ในประมวลกฎหมายอาญา<sup>110</sup> มาปรับใช้

มาตรา 36 ประมวลกฎหมายอาญาญี่ปุ่น บัญญัติว่า<sup>111</sup> “การกระทำใดที่จำเป็นเพื่อที่จะป้องกันสิทธิของตนเองหรือผู้อื่นเพื่อปกป้องภัยอันตรายอันใกล้จะถึงและมิชอบด้วยกฎหมายย่อมไม่ถูกลงโทษ

---

<sup>109</sup> Article 720 “A person who has unavoidably committed a harmful act in order to protect the right of himself or third person against an unlawful act of another is not bound to compensate the damage caused ; but this does not prevent the injured party from demanding compensation for damage against the person who committed the unlawful act”

<sup>110</sup> ตั๋วบทประมวลกฎหมายอาญาญี่ปุ่นฉบับแปลเป็นภาษาอังกฤษนำมาจาก Ministry of justice The constitution of Japan and criminal statutes ,1957

<sup>111</sup> The Criminal Code of Japan ,Article 36 [Self-defence] “An act unavoidably done to protect the right of oneself or any other person against imminent and unjust infringement is not punishment

Punishment for an act exceeding the limits defence may be reduced or remitted according to the circumstances”

การลงโทษในกรณีการป้องกันเกินสมควรแก่เหตุย่อมถูกลดหรือบรรเทาลงได้โดยพิจารณาจากพฤติการณ์ในคดี”

ดังนั้นการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายตามกฎหมายญี่ปุ่นหลักเกณฑ์สรุปได้ดังต่อไปนี้<sup>112</sup>

ก) ผู้กระทำความผิดอยู่ในภยันตรายที่ใกล้มาถึงซึ่งไม่ชอบธรรม (Imminent and unjust infringement) ภยันตรายที่ใกล้จะถึงหมายความว่า ความเสี่ยงหรือการคุกคามต่อสิทธิที่กฎหมายคุ้มครอง ดังนั้นการป้องกันย่อมไม่ใช่กรณีการคุกคามที่ผ่านไปแล้วหรือการคุกคามที่จะไม่เกิดในอนาคตอันใกล้ ส่วนภยันตรายที่ไม่ชอบธรรม (Unjust) มีความหมายเช่นเดียวกับไม่ชอบด้วยกฎหมาย (illegal)

ข) การกระทำดังกล่าวป้องกันที่จะไม่ให้เกิดความเสียหายต่อสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดของตนเองหรือบุคคลอื่น (Right of one's self or any other person)

ค) ผู้กระทำการป้องกันต่อภยันตรายซึ่งไม่สามารถหลีกเลี่ยงได้ (Unavoidable necessity) และภยันตรายที่จะป้องกันตามวรรคนี้ต้องเกิดจากการกระทำของบุคคล<sup>113</sup> เท่านั้น

ปัญหาเรื่องความรับผิดชอบของผู้กระทำต้องพิจารณาเปรียบเทียบขนาดของความเสียหายที่ผู้กระทำการป้องกันก่อให้เกิดขึ้น กับขนาดความเสียหายที่จะเกิดขึ้นจากการกระทำอันมิชอบด้วยกฎหมายของผู้อื่น ว่าการกระทำดังกล่าวพอสมควรแก่เหตุหรือไม่ ซึ่งกรณีปัญหาดังกล่าวเป็นปัญหาข้อเท็จจริงในแต่ละคดี ซึ่งศาลย่อมต้องใช้ดุลยพินิจเป็นกรณีๆไป หากปรากฏว่าผู้กระทำการป้องกันได้กระทำไปโดยพอสมควรแก่เหตุ การกระทำดังกล่าวย่อมไม่เป็นการกระทำที่มิชอบด้วยกฎหมายแต่อย่างใด ดังนั้นย่อมไม่ก่อให้เกิดความรับผิดในทางละเมิดขึ้น บุคคลผู้กระทำการป้องกันย่อมไม่ต้องรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนแต่อย่างใด

#### 1.6.2.2 การกระทำโดยจำเป็น (Necessity or Averting Imminent Danger)

การกระทำโดยความจำเป็น<sup>114</sup> เป็นนิรโทษกรรมอีกประเภทหนึ่งที่ระบบกฎหมายญี่ปุ่นบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งมาตรา 720 วรรค 2 ลักษณะบทบัญญัติจะคล้ายกับในเรื่อง

<sup>112</sup> Shigemitsu dando, *The Criminal Law of Japan : The General Part*, (New York : William S. Hein & Co., Inc., 2005), pp.114-120.

<sup>113</sup> J.E De Becker, *supra note* 106, p. 451.

<sup>114</sup> Shigemitsu dando, *supra note* 112, pp. 123-128.

ป้องกันที่บัญญัติไว้อย่างกว้างๆ การปรับใช้จะนำหลักเกณฑ์เรื่องเดียวกันในกฎหมายอาญามาปรับใช้ กล่าวคือ

มาตรา 720 วรรค 2 บัญญัติว่า<sup>115</sup>“บทบัญญัติในวรรคก่อนให้นำไปใช้ด้วยในกรณีที่ทรัพย์สินของบุคคลอื่นถูกทำลายหรือทำให้เสียหาย เพื่อหลีกเลี่ยงอันตรายที่เกิดจากทรัพย์สินนั้น”

มาตรา 37 ประมวลกฎหมายอาญาญี่ปุ่น บัญญัติว่า<sup>116</sup>“การกระทำที่ไม่สามารถหลีกเลี่ยงได้เพื่อจะหลีกเลี่ยงอันตรายอันเกิดจากชีวิต บุคคล เสรีภาพ ทรัพย์สินของตนเองหรือผู้อื่นย่อมไม่ต้องรับโทษ ทั้งนี้ความร้ายแรงของการกระทำต้องไม่เกินสมควรแก่เหตุกว่าความร้ายแรงที่พยายามจะหลีกเลี่ยง”

จากการพิจารณาทั้งสองมาตราข้างต้นแล้ว ประเด็นแรก หลักเกณฑ์วรรคสองนี้นั้นเป็นกรณีที่แตกต่างจากวรรคแรกเรื่องการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายเพราะอันตรายอันเกิดแก่ตัวทรัพย์สินไม่ใช่ภัยอันตรายที่เกิดขึ้นจากตัวบุคคล โดยทรัพย์สินนั้นอาจเป็นสิ่งของหรือสัตว์ก็ได้ ส่วนประเด็นที่สองกรณีการกระทำโดยจำเป็นตามกฎหมายแพ่งนั้นมีหลักเกณฑ์ดังต่อไปนี้

ผู้กระทำตกอยู่ในภัยอันตรายอันเกิดแก่ชีวิต ร่างกาย เสรีภาพ หรือทรัพย์สินของตนเองหรือผู้อื่น และจำเป็นต้องกระทำเพื่อหลีกเลี่ยงอันตรายที่เกิดขึ้น ทั้งนี้การกระทำในเรื่องนี้เป็นการทำให้บุบสลายหรือเสียหายต่อทรัพย์สินของผู้อื่นเพื่อเป็นการหลีกเลี่ยงอันตรายอันเกิดจากทรัพย์สินนั้น ทั้งนี้ต้องไม่เกินสมควรแก่เหตุ

หากผู้กระทำกระทำโดยพอสมควรแก่เหตุย่อมไม่มีความรับผิดชอบในการชดเชยค่าสินไหมทดแทนเช่นเดียวกันเพราะเป็นการกระทำที่ชอบธรรมในการช่วยตนเองหรือป้องกันสิทธิของตน ตัวอย่างเช่น บุคคลย่อมสามารถฆ่าสุนัขของผู้อื่นที่วิ่งเข้ามาและพยายามกัดตน เขาย่อมไม่ต้องชดเชยค่าสินไหมทดแทนให้แก่เจ้าของสุนัขนั้น แต่อย่างไรก็ตามกฎหมายกำหนดเงื่อนไขไว้ว่าระดับความเสียหายที่เกิดขึ้นนั้นต้องไม่เกินความจำเป็นที่จะหลีกเลี่ยงอันตรายดังกล่าว เช่น ใน

<sup>115</sup> Article 720 Clause 2 “The provisions of the preceding Paragraph apply correspondingly in case a thing belonging to another person has been injured or destroyed in order to avert imminent danger threatening from it”

<sup>116</sup> The Criminal Code of Japan ,Article 37 (1)“An act unavoidably done to avert an imminent danger to the life, person, liberty or property of one’s self or any other person is not punishable, but only if the harm produced by such act does not exceed the harm which was sought to be averted”

ตัวอย่างข้างต้นหากผู้ชั่งกล่าวเป็นลูกสุนัขแม้จะเข้ามาใกล้ก็ยังไม่ทำให้เป็นอันตรายถึงชีวิต เราสามารถที่จะเตะให้ไปพ้นทางเสียได้แต่กลับฆ่ามันเสียเป็นกรณีที่เกิดจากขอบเขตแห่งภัยอันตรายที่ตนจำเป็นต้องหลีกเลี่ยง กรณีนี้ผู้กระทำต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้นสมควรแก่เหตุ

ภาพรวมของหลักกฎหมายหลักเกณฑ์ความรับผิดชอบเพื่อละเมิดจากการกระทำของตนเองในกลุ่มซีวิลลอว์ (Civil Law) ผู้เขียนพบว่า นั้นมีการแบ่งออกเป็นสองกลุ่มประเทศ กล่าวคือ

กลุ่มประเทศที่มีหลักเกณฑ์แบบเยอรมัน (Germanic-based legal systems) กลุ่มประเทศเหล่านี้จะมีการแยกองค์ประกอบองค์ประกอบความผิด (Subjective culpability หรือ Fault : Verschulden) ออกจากองค์ประกอบความมิชอบด้วยกฎหมาย (Objective unlawfulness หรือ Rechtswidrigkeit) ดังนั้นประเทศเหล่านี้จะมีองค์ประกอบความรับผิดชอบเพื่อละเมิดจากการกระทำของตนเองเป็น 4 องค์ประกอบ<sup>117</sup> ตัวอย่างประเทศเหล่านี้เช่น ประเทศเยอรมัน ญี่ปุ่น สวิตเซอร์แลนด์ และรวมทั้งประเทศไทยด้วย

กลุ่มประเทศที่มีหลักเกณฑ์แบบฝรั่งเศส (French-based legal systems) ประเทศเหล่านี้จะไม่มีการแบ่งแยกองค์ประกอบความมิชอบด้วยกฎหมายออกมาเป็นอีกองค์ประกอบหนึ่ง แต่ยังคงอธิบายความมิชอบด้วยกฎหมายอยู่ในองค์ประกอบเรื่องความผิด (Fault) ดังนั้นประเทศเหล่านี้จะแบ่งองค์ประกอบความรับผิดชอบเพื่อละเมิดจากการกระทำของตนเองเป็น 3 องค์ประกอบ<sup>118</sup>

นอกจากนั้นยังปรากฏประเทศที่พยายามสร้างหลักเกณฑ์ความรับผิดชอบเพื่อละเมิดของตนเองแตกต่างจากกลุ่มประเทศทั้งสองข้างต้นเป็นการเฉพาะขึ้นมามากขึ้น เช่น ประเทศอิตาลี ที่สร้างหลักเกณฑ์ ความเสียหายที่มิชอบด้วยกฎหมาย (Unjust Damage) ขึ้นมา<sup>119</sup>

ผู้เขียนพบความแตกต่างของทั้งสองกลุ่มประเทศในประเด็นเรื่องนิรโทษกรรม แม้ว่าทั้งสองกลุ่มประเทศจะมีการยอมรับแนวคิดเรื่องนิรโทษกรรมเช่นเดียวกัน แต่หากกลุ่มประเทศแรกนั้นพบว่าไม่มีบทบัญญัติเรื่องนิรโทษกรรมออกมาเฉพาะอย่างชัดเจน ส่วนกลุ่มประเทศหลังนั้นพบว่า

<sup>117</sup> หลักเกณฑ์ความรับผิดชอบของกลุ่มประเทศนี้ประกอบด้วย ความผิด (Fault) , ความมิชอบด้วยกฎหมาย (Unlawfully) , ความเสียหาย (Damage) , ความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล (Causation).

<sup>118</sup> หลักเกณฑ์ความรับผิดชอบของกลุ่มประเทศนี้ประกอบด้วย ความผิด (Fault) , ความเสียหาย (Damage) , ความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล (Causation).

<sup>119</sup> หลักเกณฑ์ความรับผิดชอบของประเทศอิตาลี ความผิด (Fault) , ความเสียหายที่มิชอบด้วยกฎหมาย (Unjust Damage) , ความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล (Causation).

มิได้มีการบัญญัติเรื่องนิรโทษกรรมออกมาเป็นบทบัญญัติเฉพาะเหมือนกลุ่มแรกแต่จะให้การตีความองค์ประกอบเรื่อง ความผิด (Fault) อันเป็นส่วนหนึ่งขององค์ประกอบความรับผิดเพื่อละเมิดแทน

## 2. หลักเรื่องนิรโทษกรรมในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์

กฎหมายลักษณะละเมิด (Tort Law) ของระบบกฎหมายคอมมอนลอว์นั้น มีพัฒนาการมาจากระบบหมายที่เรียกว่า Writ โดยออกหมายเรียกในคดีต่างๆ โดยเรียกว่า Trespass of Writ<sup>120</sup> เพื่อกำหนดรูปแบบการดำเนินคดีในประเทศอังกฤษ โดยระบบเหล่านี้มีพัฒนาการมาตั้งแต่สมัยกลางเป็นต้นมา อันเป็นรากฐานของกฎหมายละเมิดและสัญญาของอังกฤษในปัจจุบัน<sup>121</sup>

ดังนั้นตามกฎหมายอังกฤษจึงไม่มีอธิบายโดยทั่วไปว่าละเมิดคืออะไร<sup>122</sup> ความรับผิดเพื่อละเมิดตามกฎหมายอังกฤษจึงมีหลักเกณฑ์แตกต่างกันออกไปตามประเภทของละเมิดแต่ละชนิดซึ่งมีความเป็นเอกเทศไม่ขึ้นแก่กัน ดังนั้นเมื่อการกระทำละเมิดในแต่ละประเภทจะมีองค์ประกอบที่แตกต่างกันไปจึงมีข้อแก้ตัวต่างกันไปด้วย และมีวัตถุประสงค์ที่จะป้องกันผลประโยชน์เฉพาะอย่างจากการถูกล่วงละเมิดในรูปแบบต่างๆกันไป

### 2.1 ความรับผิดเพื่อละเมิดในกฎหมายของประเทศอังกฤษ

#### 2.1.1 หลักเกณฑ์ความรับผิดเพื่อละเมิดของกฎหมายอังกฤษ

จากที่กล่าวมาแล้วว่าหลักเกณฑ์ความรับผิดเพื่อละเมิดของกฎหมายอังกฤษไม่มีหลักเกณฑ์ความผิดทั่วไปเหมือนกับประเทศในระบบกฎหมายซีวิลลอว์ หลักเกณฑ์การกระทำ

<sup>120</sup> D.J. Ibbetson, *A Historical Introduction to the Law of Obligation*, (New : Oxford Press, 2001), pp.40-41.

<sup>121</sup> สุนัย มโนมัยอุดม, *ระบบกฎหมายอังกฤษ*, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2552), น.69.

<sup>122</sup> เพชรน้อย สรรคบุรานุรักษ์, “ความมิชอบด้วยกฎหมายในละเมิด : ศึกษาในแง่ประวัติศาสตร์และกฎหมายเปรียบเทียบ,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2533) น.55.

ละเมิดตามกฎหมายอังกฤษนั้น จึงแบ่งเป็นประเภท โดยประเภทการกระทำละเมิดที่สำคัญ ได้แก่ กลุ่มการกระทำละเมิดต่อบุคคล (Trespass to person) เช่น Battery หรือ Assault กลุ่มการกระทำละเมิดต่อทรัพย์สิน (Trespass to property) และ การกระทำโดยประมาทเลินเล่อ (Negligence) นอกจากนี้ยังปรากฏการกระทำละเมิดกรณีเฉพาะอื่นๆอีก

## 2.1.2 หลักเกณฑ์นิรโทษกรรมในกฎหมายของประเทศอังกฤษ

ความรับผิดชอบเพื่อละเมิดในระบบกฎหมายอังกฤษเป็นการกระทำที่เป็นการล่วงละเมิดหรือการผิดหน้าที่โดยที่ไม่มีอำนาจหรือข้อแก้ตัวตามกฎหมาย หลักเกณฑ์นิรโทษกรรมในกฎหมายอังกฤษนั้นยอมรับว่าเป็นหนึ่งในเหตุที่ทำให้ไม่ต้องรับผิดชอบหรือรับผิดชอบโดยจำกัดชนิดหนึ่งเช่นเดียวกับเรื่องความยินยอมของผู้เสียหาย (Consent) ผู้เสียหายมีส่วนผิด (Contributory negligence) หรือข้อต่อสู้ในกรณีอื่นๆ ซึ่งอาจถูกเรียกรวมกันว่า ข้อต่อสู้ (General Defence)

สำหรับระบบกฎหมายของอังกฤษนั้นแนวความคิดเรื่องนิรโทษกรรมมีพัฒนาการจากหลัก “Judge-made law” และทฤษฎีกฎหมายต่างๆ จนมีการยอมรับหลักการว่าในบางสถานการณ์ผู้เสียหายไม่จำเป็นต้องไปที่ศาลเพื่อที่จะฟ้องร้องแต่อย่างใด แต่ตนเองสามารถที่กระทำการโดยตนเองเพื่อป้องกันหรือสงวนสิทธิของตนเองจากการละเมิดนั้นได้โดยลำพัง (take the law into his own hands) โดยถ้อยคำที่เรียกนี้มีอยู่หลากหลาย กล่าวคือ

คำว่า การเยียวยาด้วยตนเอง (Self-redress) หรือ การช่วยเหลือตนเอง (Self-help) . ในหนังสือ Halsbury's Laws of England ได้อธิบายความหมายคำดังกล่าวไว้ว่า<sup>123</sup> กรณีเฉพาะที่กฎหมายยอมรับสิทธิที่จะเยียวยาตนเองจากการกระทำความผิดใดๆโดยไม่ต้องร้องขอต่อศาล ตัวอย่างเช่น สิทธิในการใช้กำลังภายใต้ขอบเขตของกฎหมายเพื่อป้องกันบุคคล ทรัพย์สินหรือคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินของตนโดยการช่วยเหลือตนเอง นอกจากนั้นยังมีกรณีอื่นๆ อีกตัวอย่างเช่น การกระทำละเมิดโดยล่วงละเมิดต่อทรัพย์สิน ผู้ครอบครองทรัพย์สินที่เกิดการกระทำละเมิดเกิดขึ้น ย่อมมีสิทธิตามกฎหมายคอมมอนลอว์เพื่อจัดการล่วงละเมิดนั้นได้ ซึ่งคล้ายคลึงกับกรณีมีบุคคลอื่นเข้ามาสร้างสิ่งปลูกสร้างในที่ดินของผู้อื่น เจ้าของที่ดินย่อมมีสิทธิที่จะทำลายสิ่งก่อสร้างดังกล่าวเพื่อเป็นการจัดการบุกรุก สิทธิของเจ้าของที่จะเอาสิ่งของหรือทรัพย์สินจากบุคคลใดที่ครอบครองสิ่งของหรือทรัพย์สินนั้นโดยมิชอบด้วยกฎหมาย หรือสิทธิที่จะจับสัตว์ที่เข้ามาในที่ดินของตนเพื่อประกันค่าเสียหายที่เกิดจากสัตว์เหล่านั้นได้ทำได้

<sup>123</sup> Lord of Hailsham of St.Marylebone (ed), Halsbury's Laws of England Vol.45, 4<sup>th</sup> ed (London : Butterworth, 1985), pp.577-578.

บางครั้งเราอาจพบว่าการกระทำนิรโทษกรรมมีการเรียกแบบอื่นอีก ตัวอย่างเช่น วิธีการบังคับพิเศษ (Extra-judicial remedies)<sup>124</sup> การกระทำโดยชอบธรรม (Justifiable Acts) เป็นต้น สำหรับการกระทำนิรโทษกรรมในระบบกฎหมายอังกฤษ ผู้เขียนพบว่าการยอมรับรูปแบบของการกระทำนิรโทษกรรมในหลายรูปแบบ ผู้เขียนได้ศึกษาและสรุปรายละเอียดดังต่อไปนี้

### 2.1.2.1 การกระทำป้องกัน (Defences or Private Defence)

ในระบบกฎหมายอังกฤษมีหลักกฎหมายอันเกิดจากคำพิพากษา (Common law) ยอมรับสิทธิการป้องกันตนเองมานานนับศตวรรษ ว่าบุคคลสามารถกระทำการโดยพอสมควรแก่เหตุ (Reasonable force) เพื่อป้องกันบุคคลหรือทรัพย์สินได้ (Defence person or property) การป้องกันในระบบกฎหมายอังกฤษสามารถแบ่งออกการป้องกันเป็นประเภทใหญ่ได้ 2 ประเภท คือ การป้องกันบุคคล (Defence of person) และการป้องกันทรัพย์สิน (Defence of property)

#### ก) การป้องกันบุคคล (Defence of person)

กฎหมายอังกฤษยอมรับว่าบุคคลสามารถการป้องกันตนเอง (Self-Defence or Private Defence) และการป้องกันผู้อื่น (Defence of other person) บุคคลผู้ที่ถูกฟ้องว่ากระทำละเมิดต่อบุคคลอื่นอาจอ้างข้อต่อสู้ให้หลุดพ้นจากข้อกล่าวหาว่าตนเองกระทำไปเพื่อป้องกันตนเองหรือผู้อื่นได้ อย่างไรก็ดีการยกข้อต่อสู้ดังกล่าวได้อยู่ภายใต้เงื่อนไขที่กฎหมายได้กำหนดไว้หลายประการ กล่าวคือ การกระทำเพื่อป้องกันภัยอันตรายที่มีชอบด้วยกฎหมาย (Unlawful Force) ภัยอันตรายนั้นต้องเป็นการอันมิชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น เช่น นาย B บุกรุกเข้ามาในบ้านนาย A เพื่อมาทำร้ายร่างกาย A ดังนั้น A จึงใช้ไม้ตีเพื่อป้องกันตนเอง จากตัวอย่างเห็นว่าการบุกรุกและเข้ามาจะทำร้าย A ของ B เป็นการกระทำที่มีชอบด้วยกฎหมาย ดังนั้น A ย่อมใช้สิทธิป้องกันตนเองได้ สิ่งที่น่าสนใจ คือ หลักกฎหมายอังกฤษไม่ได้จำกัดว่าภัยอันตรายอันมิชอบด้วยกฎหมายนั้นต้องมาจากบุคคลเท่านั้น แต่ภัยอันตรายอาจจะมาจากสัตว์หรือสิ่งของก็ได้

สำหรับกรณีที่ผู้กระทำป้องกันสำคัญผิด ตัวอย่างเช่น หาก A เข้าใจโดยสำคัญผิด (Mistakenly) ว่า B จะเข้ามาทำร้ายตน A จึงใช้ไม้ตี B กรณีดังกล่าว A จะอ้างว่ากระทำโดยป้องกันเพื่อหลุดพ้นจากความรับผิดในความเสียหายที่เกิดแก่ B ได้หรือไม่ ปัญหาดังกล่าวได้ศาลอังกฤษเคยตัดสินคดีที่มีประเด็นดังกล่าว โดยศาลวางหลักว่ากรณีดังกล่าวสามารถมีได้ คือ

<sup>124</sup> John Salmond, *The Law of Torts : A Treatise on the English Law of Liability for Civil Injuries*, 5<sup>th</sup> ed (London : Sweet & Maxwell Ltd., 1920), p.174.

คดี Ashley V Chief Constable of Sussex Police<sup>125</sup>

คดีนี้มีข้อเท็จจริงมีว่า ในกลางคืนของวันที่ 15 มกราคม ค.ศ.1998 จำเลย คือ เจ้าหน้าที่ตำรวจเชอร์วู้ด ได้บุกเข้าไปในห้องที่ต้องสงสัยว่ามีการเสพยาเสพติดกันและผู้เสพครอบครองอาวุธอยู่ด้วย ขณะที่เจ้าหน้าที่กำลังเข้าไปในห้อง นายแอสลีย์ ได้วิ่งเข้ามาหาจำเลยในทันที จำเลยเข้าใจว่านายแอสลีย์ประสงค์เข้ามาทำร้าย ดังนั้นจึงใช้ปืนยิงทำให้นายแอสลีย์เสียชีวิต ข้อเท็จจริงภายหลังปรากฏว่าผู้ตายไม่มีอาวุธแต่อย่างใด พ่อของนายแอสลีย์ได้ฟ้องเจ้าหน้าที่ตำรวจทั้งคดีแพ่งและคดีอาญา ในคดีแพ่งมีประเด็นหนึ่ง จำเลยได้อ้างข้อต่อสู้ว่า จำเลยป้องกันตนเองโดยสำคัญผิด (Mistakenly) คดีนี้ ศาลวินิจฉัยว่า<sup>126</sup> การป้องกันตนเองโดยสำคัญผิดนั้นตามกฎหมายแพ่งนั้นไม่เพียงพอ ผู้กระทำความผิดต้องเชื่อโดยสุจริตว่ามีภัยอันตรายแล้ว (Honest belief) ดังเช่นกฎหมายอาญาแล้ว แต่การเชื่อดังกล่าวต้องสมเหตุสมผลด้วย (Reasonable) กรณีดังกล่าวจำเลยเชื่อโดยสมเหตุสมผลว่ามีภัยอันตรายอยู่จริง ดังนั้นจำเลยสามารถอ้างป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายได้

ข) การกระทำนั้นพอสมควรแก่เหตุ (reasonable force) หลักเกณฑ์ในการวินิจฉัยการป้องกันบุคคลการกระทำดังกล่าวต้องกระทำไปพอสมควรแก่เหตุ นั้นต้องเป็นเรื่องข้อเท็จจริงในแต่ละคดี<sup>127</sup> อาจสรุปหลักการเบื้องต้นการกระทำที่พอสมควรแก่เหตุ คือ การที่บุคคลที่จะใช้กำลังที่จำเป็น (necessary) และได้สัดส่วนกับภัยอันตรายที่มีระดับความร้ายแรงที่เท่าเทียมกัน (Proportions) ดังนั้นภัยอันตรายที่มีระดับความร้ายแรงที่ธรรมดา (Ordinary violence) ย่อมปิดป้องไปด้วยการกระทำโดยธรรมดาที่ได้สัดส่วนกัน การกระทำที่ตอบโต้โดยการใช้อาวุธที่มีอันตรายถึงตาย (Deadly weapon) ย่อมจะใช้ได้ในกรณีที่ภัยอันตรายนั้นอาจทำให้ผู้กระทำการป้องกันเสียชีวิต (Deadly attack) ได้เท่านั้น เช่น หาก A เข้าไปจะชกหน้า B ดังนั้น A จึงใช้ดาบที่อยู่ในมือฟันตัดแขนของ B ขาดกรณีนี้การกระทำของ A ไม่ได้สัดส่วนกับภัยอันตรายที่เกิดขึ้น A ยกเอาการป้องกันเป็นข้อต่อสู้ของตนไม่ได้ คดีที่ศาลอังกฤษตัดสินว่าหลักเกณฑ์ไว้หลายคดี กล่าวคือ

<sup>125</sup> Ashley V Chief Constable of Sussex Police [2007] 1 WLR 398, at [78], [173], [206].

<sup>126</sup> Kirsty Horsey and Erika Rackley, Tort Law, (Oxford : Oxford University Press Inc, 2009), p.405.

<sup>127</sup> John Frederic.Clerk, and William Harry Barber Lindsell, Clerk & Lindsell on Torts, 18<sup>th</sup> ed (London : Sweet & Maxwell, 2000), p.1669.

คดี Lane V Holloway<sup>128</sup>

คดีนี้มีข้อเท็จจริงว่า โจทก์อายุ 64 ปีเป็นคนสวนที่เกษียณอายุแล้ว และจำเลยเป็นชายอายุ 23 ปีทั้งสองคนเป็นเพื่อนบ้านกัน แต่ความสัมพันธ์ของทั้งสองไม่ค่อยดีเนื่องจากโจทก์มักจะทำเสียงดังก่อความรำคาญแก่บ้านจำเลยเสมอๆ ในคืนหนึ่งขณะที่โจทก์เข้ากลับมาจากผับและยืนคุยกับเพื่อนบ้านที่ลานบ้าน จำเลยและภริยาจำเลยได้ตะโกนด่าโจทก์จากนั้นทั้งสองฝ่ายจึงตอบโต้กัน ในที่สุดจำเลยก็ลงมือเข้ามาใกล้โดยคุกคามโจทก์ ดังนั้นโจทก์จึงผลักไหล่ของจำเลย จากนั้นจำเลยตอบโต้โดยชกเข้าที่ตาโจทก์จนโจทก์ต้องเข้าไปรักษาตัวที่โรงพยาบาล โจทก์นำคดีมาฟ้องต่อศาล

คดีนี้ในศาลชั้นต้นตัดสินว่าจำเลยกระทำละเมิดต่อโจทก์ต้องจ่ายค่าเสียหายแก่โจทก์ ต่อมาจำเลยอุทธรณ์ในคดีนี้มีประเด็นว่า การกระทำของจำเลยพอสมควรแก่เหตุหรือไม่ ซึ่งผู้พิพากษาได้ให้ความเห็นว่า “จำเลยเป็นชายอายุ 23 ปีเปรียบเทียบกับโจทก์ซึ่งเป็นชายอายุถึง 64 ปี ย่อมเห็นได้ชัดว่าใครอ่อนแอกว่า ดังนั้นไม่สมารถที่จะปฏิเสธได้ ว่ากระทำความผิดเป็นการป้องกันต่อโจทก์เพราะการที่โจทก์หมิ่นประมาทภริยาจำเลยเนื่องจากการกระทำของจำเลยไม่ได้สัดส่วนกับภัยที่คุกคาม

คดี Cross V Kirkby<sup>129</sup>

คดีนี้มีข้อเท็จจริงว่า จำเลยเป็นเจ้าของไร่ ส่วนโจทก์และพวกเป็นกลุ่มต่อต้านการไล่สัตว์ (Hunt Sabotage) โจทก์ได้เข้ามาขัดขวางการล่าสัตว์ในที่ดินของจำเลย จำเลยจึงพยายามขับไล่โจทก์และพวกออกจากที่ดินจนเกิดการต่อสู้กัน จำเลยได้พยายามถอยหนี โจทก์ติดตามไปและได้ใช้ไม้เบสบอลตีพวกมาตีจำเลย แต่จำเลยกลับแย้งไม้เบสบอลดังกล่าวได้และตีโจทก์กลับไปหนึ่งครั้ง ผลปรากฏว่าทำให้โจทก์บาดเจ็บ โจทก์จึงได้ฟ้องให้จำเลยชดเชยค่าสินไหมทดแทนต่อโจทก์ ศาลตัดสินว่ากรณีดังกล่าวจำเลยสามารถอ้างว่าป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย

### ข) การป้องกันบุคคลอื่น (Defence of another person)

แต่เดิมนั้นระบบกฎหมายอังกฤษแม้ได้วางแนวคำพิพากษาไว้อย่างชัดเจนว่าบุคคลใดๆย่อมสามารถป้องกันบุคคลอื่นได้ แต่มีเงื่อนไขว่าต้องปรากฏว่ามีความสัมพันธ์กันระหว่างผู้กระทำการป้องกันหรือจำเลยกับบุคคลที่ถูกป้องกันด้วย ตัวอย่างความสัมพันธ์ดังกล่าว เช่น

<sup>128</sup> Lane V Holloway [1968] 1 QB 379, [1967] 3 WLR 1003, [1967] 3 ALL ER 129.

<sup>129</sup> Cross V Kirkby The Time, April 5, 2000, CA.

ความสัมพันธ์ระหว่างนายจ้าง-ลูกจ้างซึ่งลูกจ้างสามารถที่จะป้องกันนายจ้างของตนได้ เช่นเดียวกับความสัมพันธ์ระหว่างคนในครอบครัวเดียวกันบุตรสามารถป้องกันบิดามารดาของตนได้ ภรรยาสามารถป้องกันภยันตรายที่เกิดแก่สามีของตนหรือหัวหน้าครอบครัวสามารถที่จะป้องกันภยันตรายให้กับบุคคลในครอบครัวได้เช่นกัน ส่วนการป้องกันผู้อื่นนี้จะขยายไปที่บุคคลอื่น (Stranger) ที่ตนเองไม่รู้จักรู้จักให้พ้นจากภยันตรายได้หรือไม่ นั่น สำหรับหลักการดังกล่าวยังไม่ค่อยเป็นที่ยอมรับเท่าที่ควรและหากมีการยอมรับก็ค่อนข้างถูกปรับใช้อย่างจำกัด สถานการณ์ดังกล่าว เช่น พนักงานรักษาความปลอดภัยในรถไฟสามารถป้องกันภยันตรายอันเกิดแก่ผู้โดยสารรถไฟ<sup>130</sup>

แต่ในปัจจุบันหลักการแบ่งแยกดังกล่าวไม่มีต่อไปแล้ว ดังนั้นบุคคลทุกคนย่อมสามารถป้องกันบุคคลอื่นที่ตนไม่รู้จักรู้จักก็ตาม หลักการดังกล่าวปรากฏในกฎหมายอาญาของอังกฤษ ปรากฏว่ามีกฎหมายบัญญัติหลักการไว้ใน Criminal Law Act 1967 มาตรา 3 บัญญัติว่า<sup>131</sup> “บุคคลใดๆย่อมสามารถใช้กำลังที่พอสมควรแก่เหตุภายใต้สถานการณ์เพื่อป้องกันอาชญากรรม หรือก่อให้เกิด ช่วยเหลือเพื่อให้จับกุมโดยชอบด้วยกฎหมายต่อ ผู้กระทำความผิด ผู้ต้องสงสัยว่าได้กระทำความผิด หรือผู้กระทำความผิดที่ลอยนวลอยู่”

สิ่งที่สำคัญคือการป้องกันนั้นต้องพอสมควรแก่เหตุเท่าไรเป็นการพอสมควรแก่เหตุ นั้นย่อมพิจารณาจากหลักการป้องกันตนเองข้างต้น<sup>132</sup>

### ค) การป้องกันทรัพย์สิน Protection of Property

กฎหมายอังกฤษสามารถให้บุคคลใดใช้กำลังได้พอสมควร (Reasonable force) เพื่อป้องกันทรัพย์สินของตนได้ไม่ว่าทรัพย์สินนั้นจะเป็นสังหาริมทรัพย์หรืออสังหาริมทรัพย์ (Land or

<sup>130</sup> John Murphy, *Street on Torts*, 11<sup>th</sup> ed. (New York : Oxford University Press Inc, 2005), p 92.

<sup>131</sup> Criminal Law Act 1967 Article 3 “a person may use such force as is reasonable in the circumstances in the prevention of crime, or in effecting or assisting in the lawful arrest of offenders or suspected offender or of persons unlawfully at large”

<sup>132</sup> อย่างไรก็ดีประเด็นการกระทำกำลังที่พอสมควรแก่เหตุนี้มีนักนิติศาสตร์อังกฤษ คือ John Murphy ความเกี่ยวพันกันในเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างผู้ป้องกันและผู้ถูกป้องกันด้วย ถ้าทั้งสองคนมีความสัมพันธ์ที่ใกล้ชิดกันย่อมสามารถใช้กำลังได้มากกว่าผู้ที่ไม่มีความสัมพันธ์กัน เลย see also John Murphy, *supra* note 130, p.92.

Chattels) ที่ตนครอบครอง (Possession) ไม่ว่าจะเป็นเจ้าของทรัพย์สินนั้นหรือไม่ก็ตาม<sup>133</sup> ทั้งนี้สิ่งที่สำคัญคือผู้ป้องกันทรัพย์สินต้องพิสูจน์ว่าตนมีการครอบครอง ศาลอังกฤษได้เคยพิพากษาประเด็นเรื่องบุคคลที่จะป้องกันทรัพย์สินตนเองได้ต้องมีการครอบครองทรัพย์สิน ตัวอย่างเช่นในคดี Holmes v. Bagge<sup>134</sup> ก็ปัดันที่มคริสเกตผู้ที่น่าตัวใจที่ออกจากสนามโดยใช้กำลังนั้นไม่สามารถโต้แย้งได้ว่าเป็นการป้องกันทรัพย์สิน (eject a trespasser) ได้เพราะกับตันคนดังกล่าวไม่ใช่ผู้ครอบครองทรัพย์สินนั้น จากที่ผู้เขียนค้นคว้าตำราในกฎหมายอังกฤษการป้องกันทรัพย์สินตามกฎหมายอังกฤษนั้นค่อนข้างมีความสลับซับซ้อนดังนั้นจึงขอสรุปดังต่อไปนี้

ประการแรก การป้องกันทรัพย์สินโดยหลักแล้ว ผู้จะกระทำการป้องกันต้องเรียกร้องให้ผู้กระทำการละเมิดหยุดการกระทำของตน แต่หลักการดังกล่าวมีข้อยกเว้นบางกรณี เช่นการบุกรุกเข้ามาในที่ดินโดยใช้กำลัง (Violent trespass) การที่บุคคลใดๆ เข้ามาในที่ดินโดยการใช้อำนาจเข้ามาบุคคลผู้ครอบครองที่ดินย่อมจะต่อต้านการบุกรุกดังกล่าวโดยการใช้อำนาจทั้งนี้ไม่จำเป็นต้องเรียกร้องให้บุคคลดังกล่าวหยุดการกระทำดังกล่าวก่อน (request of desist) หลักการดังกล่าวปรากฏชัดเจนในคดี Green v. Goddard<sup>135</sup> โดยท่านผู้พิพากษาในคดีนี้ได้กล่าวว่า “ย่อมเป็นสิ่งที่ชอบธรรมที่ตอบโต้กำลังต่อกำลัง หากบุคคลหนึ่งได้ทำลายประตูเข้ามาหาเราโดยถืออาวุธ (vi et armis) เข้ามาแล้วเราไม่จำเป็นต้องขอร้องให้เขาออกไปแต่เราสามารถที่จะใช้กำลังเราขับไล่เขาออกได้ทันที การกระทำเช่นนี้เป็นการใช้ความรุนแรงตอบโต้กับความรุนแรงในทางกลับกันหากบุคคลใดเข้ามาโดยปราศจากอาวุธ เราจำเป็นต้องขอร้องให้เขาออกไปก่อนที่จะใช้กำลังขับไล่เขาออกไปได้ หรืออย่างน้อยจนกระทั่งเขาผู้นั้นใช้ความรุนแรง<sup>136</sup>”

ประการที่สองขอขอบเขตการกระทำเพื่อป้องกันทรัพย์สินนั้น แม้กฎหมายอังกฤษจะอนุญาตให้บุคคลใดๆ ป้องกันทรัพย์สินของตนได้ แต่อย่างไรการกระทำนั้นก็ต้องมีเงื่อนไขว่าการกระทำใดๆ ที่มีจุดประสงค์เพื่อป้องกันทรัพย์สินนั้นต้องกระทำไปพอสมควร ไม่กระทำให้บุคคลบาดเจ็บสาหัสหรือเสียชีวิต (Molliter manus imposuit) การกระทำที่พอสมควรอาจกระทำได้เพียงทำให้บุคคลบาดเจ็บเล็กน้อยเท่านั้น ในเรื่องนี้ศาลอังกฤษได้เคยตัดสินวางหลักไว้ดังต่อไปนี้

<sup>133</sup> Sir Percy Henry Winfield, *Winfield and Jolowitz on Tort*, 14<sup>th</sup> ed. by W.V.H. Roger. (London : Sweet & Maxwell, 1994), p. 748.

<sup>134</sup> Holmes v. Bagge (1853) 1 E & B 782

<sup>135</sup> Green v. Goddard (1704) 2 Salk.641.

<sup>136</sup> John Frederic.Clerk Lindsell, William Harry Barber, *supra note* 127,p.1669.

คดี Collins v. Renison<sup>137</sup>

คดีนี้โจทก์ฟ้องต่อศาลว่าจำเลยกระทำความผิดต่อโจทก์โดยการกระทำร้ายร่างกาย (Assault) กล่าวคือ จำเลยผลักบันไดที่โจทก์ยืนอยู่ดังนั้นโจทก์ล้มลงไปที่พื้นจนทำให้บาดเจ็บ จำเลยได้แก้ต่างว่าการที่จำเลยกระทำเพราะจำเลยเป็นเจ้าของสวนและโจทก์ได้เข้ามาตั้งบันไดที่สวนของจำเลยเพื่อที่จะไปตอกตะปูเพื่อซ่อมแซมบ้านของโจทก์ จำเลยได้เข้าไปห้ามปรามโจทก์และขอให้ลงจากบันไดนั้นแล้วแต่โจทก์ยืนกรานที่จะกระทำ ดังนั้นจำเลยจึงโยกบันไดดังกล่าวเนื่องจากบันไดดังกล่าวเขาจึงทำให้ล้มลง โจทก์จึงตกลงมาที่พื้นดิน ในคดีนี้ศาลเห็นว่า การกระทำเพื่อป้องกันการครอบครองทรัพย์สินตามคดีนี้ไม่ได้สัดส่วนกับภัยอันตรายที่เกิดขึ้นดังนั้นจำเลยจึงไม่สามารถที่จะอ้างว่าป้องกันการทรัพย์สินตนเองเพื่อพ้นความรับผิดชอบได้

การป้องกันทรัพย์สินนี้ ประเด็นที่น่าสนใจต่อมาคือ การป้องกันโดยใช้ กลไกกับดัก (Traps) หรือเครื่องมือใดๆ แม้การป้องกันทรัพย์สินนั้นกฎหมายอังกฤษมองว่าอาจใช้เครื่องมือใดๆ ได้ที่จะป้องกันทรัพย์สินของตน<sup>138</sup> แต่ได้วางเงื่อนไขว่า ไม่ว่าพฤติการณ์ใดที่บุคคลที่กระทำเพื่อป้องกันทรัพย์สินตนเองโดยใช้การติดตั้งกับดักหรือสิ่งอื่นใด จะทำให้บุคคลอื่นบาดเจ็บสาหัสหรือเสียชีวิตไม่ได้ ทั้งนี้เป็นไปตามหลักการในคดีที่ได้เคยตัดสินไว้คือ

คดี Bird v. Holbrook<sup>139</sup>

คดีนี้มีข้อเท็จจริงว่า จำเลยเป็นเจ้าของสวนดอกไม้ ปรากฏว่ามีขโมยเข้ามาขโมยดอกทิวลิปของจำเลยไปเสมอๆ ดังนั้นเพื่อต้องการป้องกันมิให้ดอกไม้ในสวนของจำเลยถูกลักขโมยไปอีกในอนาคตจำเลยจึงได้ติดตั้งปืนกลไก (Spring gun) ไว้ ต่อมาโจทก์เป็นเด็กชายวัย 19 ปีเข้าไปค้นหานกที่ตนล่าได้ซึ่งบังเอิญบินหนีเข้ามาในสวนนั้น โดยเด็กชายคนนั้นไม่ทราบว่ามี การติดตั้งปืนกลไกไว้ จนในที่สุดเด็กชายคนดังกล่าวถูกปืนดังกล่าวยิงจนได้รับบาดเจ็บ คดีนี้ศาลได้ตัดสินว่าจำเลยไม่สามารถที่จะอ้างว่าเป็นการป้องกันทรัพย์สินของตนเองได้ เนื่องจากการป้องกัน

<sup>137</sup> Collins v. Renison King's Bench (1754) 138; 96 E.R. 830 cited by Tony Weir, *A Casebook on Tort*, 9<sup>th</sup> ed. (London : Sweet & Maxwell, 2000), pp. 404-405.

<sup>138</sup> เครื่องมือหรือกับดักในที่นี้อาจเป็นวัตถุที่ไม่มีชีวิต เช่น การปักเศษแก้ว (glass) หรือ สิ่งแหลมคม (spike) ไว้บนกำแพงเพื่อป้องกันขโมย หรืออาจเป็นสิ่งมีชีวิต เช่น สุนัขเฝ้ายาม (Watch-dogs) ตามกฎหมายว่าด้วยสัตว์ ค.ศ. 1967 มาตรา 5(3)

<sup>139</sup> Bird v. Holbrook (1825) 130 Eng. Rep.911 (C.P.)

ทรัพย์สินของจำเลยโดยการใช้ปืนอัตโนมัตินี้ก่อให้เกิดอันตรายสาหัสแก่โจทก์ ดังนั้นจำเลยต้องรับผิดชอบใช้ค่าเสียหายแก่โจทก์

นอกจากนั้นการป้องกันทรัพย์สินยังมีความหมายอื่นอีก เช่น การกลับเข้าไปครอบครองที่ดิน (Re-entry on land) ในกรณีเมื่อบุคคลเข้ามาแย่งที่ดินซึ่งเราครอบครองอยู่ เรามีสิทธิเข้าไปยึดครองได้ดังเดิม ถ้าเป็นการกระทำได้โดยสงบปราศจากการใช้กำลัง หรือกรณีการติดตามทรัพย์สินของตน (Recaption of chattels) เมื่อบุคคลใดเอาทรัพย์สินของเราได้โดยมิชอบเรามีสิทธิที่จะพากลับคืนมาได้ ถ้าจำเป็นก็อาจใช้กำลังได้พอสมควรแก่เหตุกฎหมายยอมรับให้กระทำได้

### 2.1.2.2 การกระทำโดยความจำเป็น (Necessity)

การกระทำโดยจำเป็นนั้นในระบบกฎหมายอังกฤษยอมรับว่าสามารถกระทำได้เช่นเดียวกับระบบกฎหมายของประเทศอื่น ในกฎหมายอังกฤษการกระทำโดยจำเป็นนี้บางกรณีคล้ายคลึงกับการกระทำป้องกันทรัพย์สิน (Defence of Property) แต่สิ่งที่พอจะจำแนกได้ คือ การกระทำโดยจำเป็นต้องเป็นการกระทำต่อสิ่งที่มีไม่ใช่เป็นผู้เป็นต้นเหตุก่อให้เกิดภัยอันตรายที่ต้องหลีกเลี่ยงหรือบุคคลภายนอกนั้นเอง

พื้นฐานความคิดของการกระทำโดยความจำเป็นนั้น ท่าน Sir Percy Henry Winfield ได้อธิบายว่าการกระทำโดยความจำเป็นนี้มีพื้นฐานมาจากหลักคิดที่ว่า “เรื่องดังกล่าวคือการผสมผสานของหลักความเอื้อเฟื้อเผื่อแผ่และการดำรงไว้ซึ่งผลประโยชน์ของส่วนรวมและการคุ้มครองตนเอง (Its basis is a mixture of charity, the maintenance of the public good and self-protection)”<sup>140</sup> การกระทำโดยความจำเป็นนี้ปรากฏว่าในอดีตศาลอังกฤษได้ตัดสินวางหลักไว้ในระบบกฎหมายหมายจารีตประเพณีไว้หลายกรณี ดังเช่น

คดี Mouse's Case<sup>141</sup> คดีนี้ถือว่าเป็นคดีวางหลักเรื่องการกระทำโดยจำเป็นที่มีชื่อเสียงมากของอังกฤษซึ่งเป็นคดีโบราณโดยศาลในคดีนี้ตัดสินว่าเป็นการชอบที่ผู้โดยสารเรือเดินสมุทรได้โยนสิ่งค้ำบนเรือที่บรรทุกมาเพื่อทำให้เรือมีน้ำหนักเบาขึ้นเพื่อให้เรือรอดพ้นจากพายุซึ่งกำลังพัดมาจนอาจทำให้เรือจมได้ ดังนั้นผู้ที่โยนสินค้าลงไม่ต้องชดใช้ค่าเสียหายแก่เจ้าของสินค้าดังกล่าว

<sup>140</sup> Sir Percy Henry. Winfield, *supra* note 133, p. 751.

<sup>141</sup> Mouse's Case, 77 Eng Rep.(1608)

จากคดีต่างๆที่กล่าวมาแล้วทำให้ให้นักกฎหมายอังกฤษแบ่งการกระทำโดยจำเป็นออกเป็น 2 ประเภท<sup>142</sup> คือ กรณีแรกการกระทำโดยจำเป็นเพื่อประโยชน์ของสาธารณะ (Public necessity) กล่าวคือ เป็นเรื่องที่บุคคลเข้าไปล่วงละเมิดต่อสิทธิของผู้อื่นเนื่องจากประโยชน์ของส่วนรวม (Public interest) อีกประเภทหนึ่งคือ การกระทำโดยจำเป็นเพื่อประโยชน์ของเอกชน (Private necessity) กฎหมายอังกฤษก็ยอมรับว่าสามารถกระทำได้เช่นกัน แต่นักนิติศาสตร์ของอังกฤษก็มองว่าการกระทำกรณีเพื่อประโยชน์ของเอกชน กฎหมายเข้มงวดมากกว่ากรณีแรก<sup>143</sup>

คดีตัวอย่างเรื่องนี้ ศาลอังกฤษได้เคยตัดสินไว้ คือ

คดี Greyvensteyn v Hattingh<sup>144</sup> ศาลอังกฤษได้ตัดสินว่าเป็นการชอบด้วยกฎหมายที่เจ้าของที่ดินหนึ่งสามารถที่จะเปียงเบนฝูงตักแตนออกจากที่ดินของตนเองไปในที่ดินของคนอื่นได้

คดี Cope v Sharpe<sup>145</sup> ศาลอังกฤษตัดสินว่าการที่จำเลยเข้าไปล่วงละเมิดที่ดินของโจทก์โดยการบุกรุกเข้าไปเพื่อที่จะป้องกันเพลิงไหม้เข้ามาในที่ของเจ้านายจำเลยสามารถกระทำได้แม้ความเสียหายจะยังไม่ได้เกิดขึ้นแก่ทรัพย์สินนั้นก็ตามแต่ความเสี่ยงภัยนั้นมีอยู่จริงแล้วเป็นภัยอันตรายที่ใกล้จะถึง และวิญญูชนภายใต้สถานการณ์เช่นนั้นย่อมกระทำตามที่จำเลยกระทำ การกระทำของจำเลยย่อมเป็นการชอบธรรมแล้ว

การกระทำโดยจำเป็นตามกฎหมายอังกฤษนั้นมีพื้นฐานแนวความคิดมาจากทฤษฎีความชั่วร้ายที่น้อยกว่า (Theory of lesser evils) กล่าวคือ เป็นการกระทำภายใต้สถานการณ์ที่บุคคลจำเป็นต้องเรียกกระทำในระหว่างการกระทำที่ชั่วร้ายสองสิ่งเนื่องจากมีปัจจัยจากภายนอกในการที่ทำให้บุคคลต้องเลือกกระทำสิ่งที่ชั่วร้ายน้อยกว่าเพื่อหลีกเลี่ยงภัยอันตรายที่มีประโยชน์มากกว่าดังนั้นกฎหมายยอมรับให้กระทำได้ ดังนั้นการกระทำโดยจำเป็นนั้นเราสามารถแบ่งองค์ประกอบได้ดังต่อไปนี้

---

<sup>142</sup> การแบ่งประเภทการกระทำโดยความจำเป็นนั้น มีการแบ่งที่แตกต่างออกไป ตัวอย่างเช่น กรณีแรก Protection of the realm กรณีที่สอง Protection of the person กรณีที่สาม Protection of property see also John Lawthwaite and John S.Hodgson, Tort law Textbook, 3<sup>rd</sup> ed (Oxford : Oxford University Press, 2004), p.53.

<sup>143</sup> R.F.V Heuston, R.A Buckley, Salmond and Heuston on the Law of Tort, 21<sup>st</sup> ed. (London : Sweet & Maxwell, 1996), p 468.

<sup>144</sup> Greyvensteyn v Hattingh (1911) AC 335

<sup>145</sup> Cope v Sharpe (1912) K.B. 496

ประการแรก ผู้กระทำต้องตกอยู่ภายใต้ภัยอันตราย โดยภัยอันตรายนั้นต้องไม่ใช่เป็นภัยอันตรายที่เขาก่อให้เกิดขึ้นเองหรือเป็นผลมาจากความประมาทเลินเล่อของเขาเอง ประการต่อมา กรณีดังกล่าวกระทำไปโดยความจำเป็นที่ไม่สามารถหลีกเลี่ยงได้ และประการสุดท้าย ผู้กระทำต้องพิสูจน์ให้ได้ว่าตนเองได้กระทำไปพอสมควรแก่เหตุแล้วภายใต้สถานการณ์นั้น โดย การพิจารณาองค์ประกอบนี้ต้องมีการชั่งคุณค่าสิ่งที่ป้องกันและสิ่งที่จะต้องทำลาย ซึ่งประเด็นเรื่องนี้นักกฎหมายอังกฤษเห็นพ้องกันว่า ความปลอดภัยของมนุษย์ย่อมมีคุณค่าเหนือกว่าคุณค่าของทรัพย์สินมรดก ดังนั้นการกระทำใดๆ เพื่อปกป้องชีวิตมนุษย์ให้พ้นจากภัยอันตรายย่อมจะทำลายหรือทำให้บุปสลายต่อทรัพย์สินของผู้อื่นได้เสมอ ตัวอย่างคดีที่สำคัญ คือ

คดี Southport Corporation V Esso Petroleum<sup>146</sup>

คดีนี้มีข้อเท็จจริงว่า จำเลยเป็นเจ้าของเรือลำหนึ่งได้ปล่อยน้ำมันลงทะเลขณะที่เรือดังกล่าวแล่นอยู่นอกชายฝั่ง เหตุที่ต้องปล่อยน้ำมันดังกล่าวมาจากการที่จำเลยกลัวว่าเรือดังกล่าวจะจมและทำให้ลูกเรือทั้งเสียชีวิต คราบน้ำมันดังกล่าวได้ลอยเข้าไปและสร้างความเสียหายต่อบริเวณชายฝั่งซึ่งเป็นที่ดินของโจทก์ โจทก์ได้ฟ้องจำเลยว่าได้กระทำละเมิดต่อทรัพย์สินของโจทก์ (Trespass to Land) จำเลยได้ให้การปฏิเสธโดยอ้างว่ากระทำโดยความจำเป็น<sup>147</sup>

ศาลได้วินิจฉัยคดีนี้ว่า จำเลยสามารถอ้างการกระทำโดยความจำเป็นได้ (Necessity) โดยท่านผู้พิพากษา Devlin ได้ให้เหตุผลไว้ว่า “หากนำสิ่งทั้งสองมาเปรียบเทียบกันแล้ว ความปลอดภัยของชีวิตมนุษย์ย่อมอยู่เหนือกว่าคุณค่าของทรัพย์สินใดๆ ดังนั้นการกระทำโดยความจำเป็นที่จะรักษาชีวิตมนุษย์ย่อมถูกพิจารณายอมรับในทุกกรณี แม้ว่าการกระทำดังกล่าวจะล่วงละเมิดต่อทรัพย์สินของผู้อื่นก็ตาม”<sup>148</sup>

<sup>146</sup> Southport Corporation V Esso Petroleum [1953] 2 All ER 1204.[1956] AC 218.

<sup>147</sup> Nicholas J. McBride and Roderick Bagshaw, Tort Law, 3<sup>rd</sup> ed. (Harlow : Pearson Longman, 2008), p.366.

<sup>148</sup> Chris Turner and Sue Hodge, Unlocking Torts, 2<sup>nd</sup> ed (London : Hodge Education, 2007), pp.294-295.

คดี Rigby V Chief Constable of Northampton shire<sup>149</sup>

ในคดีนี้มีข้อเท็จจริงมีอยู่ว่า ชายหนุ่มโรคจิตไปบุกเข้าไปในร้านขายปืนและได้นำปืนจากร้านดังกล่าว คนร้ายดังกล่าวโดนตำรวจล้อมไว้ ต่อมาตำรวจตัดสินใจใช้ แก๊สน้ำตายิงเข้าไปในร้านดังกล่าวเพื่อให้คนร้ายดังกล่าวออกมาจากร้านนั้น ในที่สุดตำรวจสามารถจับชายหนุ่มคนดังกล่าวได้สำเร็จ แต่การยิงของตำรวจครั้งนี้ทำให้ร้านดังกล่าวเสียหาย ดังนั้นเจ้าของร้านจึงได้ฟ้องตำรวจให้รับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทน แต่ตำรวจได้ให้การต่อสู้ว่า กรณีดังกล่าวกระทำไปโดยความจำเป็น ศาลในคดีนี้ตัดสินว่า จากข้อเท็จจริงกรณีดังกล่าวเป็นที่เห็นชัดว่า คนร้ายนั้นเป็นอันตรายต่อสาธารณะดังนั้นข้ออ้างของตำรวจว่ากระทำโดยความจำเป็นย่อมสามารถอ้างได้ อีกทั้งในคดีนี้จำเลยไม่ได้พิสูจน์ให้เห็นว่าตำรวจได้กระทำการโดยประมาทเลินเล่อแต่อย่างใด ดังนั้นตำรวจจึงไม่ต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้น

การจำกัดขอบเขตของการกระทำโดยความจำเป็น ศาลอังกฤษได้ปฏิเสธข้อต่อสู้ของจำเลยว่าได้กระทำโดยความจำเป็นในหลายคดีด้วยกันเพราะศาลมองว่ากรณีดังกล่าวถูกกล่าวอ้างในทางที่ผิด (Abuse)<sup>150</sup> คดีตัวอย่างที่สำคัญ ตัวอย่างเช่น

คดี Southwark London Borough Council v Williams<sup>151</sup>

ในคดีนี้มีข้อเท็จจริง จำเลยเป็นคนไร้บ้านได้เข้าไปในที่ดินของผู้อื่นที่ไม่มีคนอยู่ โจทก์เป็นเจ้าของที่ดินได้ฟ้องจำเลยว่าได้กระทำละเมิดต่อทรัพย์สิน จำเลยได้ให้การแย้งว่าตนเองกระทำไปเพราะความจำเป็น ในคดีนี้ศาลได้ปฏิเสธข้ออ้างของจำเลย ท่านผู้พิพากษาคือ Lord Denning M.R ได้ให้เหตุผลว่า<sup>152</sup> “หากยอมให้ผู้ไร้บ้านคนใดคนหนึ่งอ้างการกระทำจำเป็นเพื่อปฏิเสธว่าไม่ได้กระทำละเมิดดังกล่าว ผลที่อาจตามมาทำให้ไม่มีบ้านใดที่ปลอดภัย เพราะเมื่ออนุญาตให้อ้างการกระทำโดยความจำเป็นย่อมเป็นการยากที่จะจำกัดขอบเขตได้ (If homeless were once admitted as defence to trespass, no one's house could be safe. Necessity would open a door which no man could shut) เพราะอาจจะไม่ใช่กรณีที่จำเป็นจริงๆ เท่านั้น แต่อาจมี

<sup>149</sup> Rigby V Chief Constable of Northampton shire [1985] 2 All ER 985.

<sup>150</sup> Steve Hedley, *Tort*, 6<sup>th</sup> ed (New York : Oxford University Press Inc, 2008), p.182.

<sup>151</sup> Southwark London Borough Council v William [1971] 1Ch 734.

<sup>152</sup> Paula Giliker and Silas Beckwith, *Tort*, 3<sup>rd</sup> ed (London : Sweet & Maxwell, 2008), p.377.

คนที่คิดว่าเขามีความจำเป็น ดังนั้นศาลต้องสร้างบรรทัดฐานทางกฎหมายที่ชัดเจนที่จะปฏิเสธข้ออ้างดังกล่าว”

คดี Monsanto v Tilly<sup>153</sup>

ในคดีนี้มีข้อเท็จจริงว่า จำเลยและพวกเป็นกลุ่มต่อต้านพืชตัดแต่งทางพันธุกรรม (GM) ส่วนโจทก์ คือ บริษัท Monsanto เป็นองค์ธุรกิจที่ได้รับอนุญาตจากกระทรวงสิ่งแวดล้อมของอังกฤษให้ปลูกพืชตัดแต่งทางพันธุกรรม (GM) ได้ จำเลยและพวกได้ร่วมกันบุกเข้าไปในไร่ข้าวโพดของโจทก์และได้ทำลายต้นข้าวโพดในไร่ดังกล่าว โจทก์ได้นำคดีมาฟ้องต่อศาลว่าจำเลยและพวกว่าการกระทำละเมิดต่อทรัพย์สินของโจทก์ จำเลยให้การต่อสู้ว่าการกระทำโดยความจำเป็น (Public Necessity) เพราะพืชตัดแต่งทางพันธุกรรมเป็นภัยอันตรายต่อสาธารณะ ศาลได้พิจารณาแล้วปฏิเสธข้อต่อสู้ของจำเลย โดยศาลได้ให้เหตุผลว่า<sup>154</sup> “เจตนาที่แท้จริงของจำเลยและพวกคือต้องการนำประเด็นดังกล่าวออกสู่สาธารณะ และกรณีนี้มิใช่การกระทำโดยความจำเป็นเพราะมิใช่กรณีจำเป็นที่ต้องปิดป้องภัยอันตรายอันใกล้จะถึงซึ่งเกิดแก่ชีวิตหรือทรัพย์สิน อีกทั้งรัฐ (กระทรวงสิ่งแวดล้อม) เป็นผู้มีหน้าที่รับผิดชอบต่อผลประโยชน์ของสาธารณะนั้นอยู่แล้ว” ดังนั้นจำเลยและพวกจึงต้องชดเชยค่าสินไหมทดแทนแก่โจทก์

การกระทำโดยจำเป็นนั้นมีประเด็นปัญหาว่าในระบบกฎหมายอังกฤษการกระทำดังกล่าวต้องชดเชยค่าเสียหายในความเสียหายที่เกิดขึ้นหรือไม่ ปัญหานี้พบว่า<sup>155</sup> ความเห็นของนักนิติศาสตร์อังกฤษมองว่าหากการกระทำใดเป็นการกระทำโดยจำเป็นแล้วก็ตาม แต่ผู้เสียหายอาจสามารถเรียกร้องค่าทดแทนความเสียหาย (Restitution) ในความเสียหายที่ได้กระทำขึ้นได้ กล่าวคือ<sup>156</sup> หากบุคคลใดได้กระทำโดยความจำเป็นตามที่กฎหมายอนุญาตแล้วย่อมเป็นการยุติโดยชัดแจ้งว่าการกระทำนั้นไม่เป็นการกระทำที่ผิดกฎหมายย่อมไม่มีความเสียหายที่จะเรียกร้องได้ แต่สิทธิที่จะเรียกร้องนั้นอาจจะมีอยู่ตามกฎหมายภายใต้กฎหมายอื่น เช่นกฎหมายว่าด้วยการคืนทรัพย์สินหรือความรับผิดชอบเหมือนสัญญา (Law of restitution or quasi-contract)

<sup>153</sup> Monsanto v Tilly [2001] Env LR 313.

<sup>154</sup> Paula Giliker and Silas Beckwith, *supra* note 152, p.377.

<sup>155</sup> W Van Gerven, P Larouche, J Lever, *supra* note 9, p. 352/25.

<sup>156</sup> Sir Percy Henry Winfield, *supra* note 133, pp. 747-755.

### 2.1.2.3 การกระทำโดยช่วยตนเอง (Self-help)

การกระทำโดยช่วยตนเอง (Self-Help) ในระบบกฎหมายอังกฤษนั้นมองว่าภายใต้สถานการณ์บางอย่างบุคคลอาจไม่จำเป็นต้องไปฟ้องคดีต่อศาลเมื่อถูกกระทำละเมิดแล้วเท่านั้น แต่หากจะใช้สิทธิเพื่อที่จะช่วยเหลือตนเองได้เนื่องจากกฎหมายยอมให้กระทำได้ ดังคำกล่าวของนักนิติศาสตร์ชาวอังกฤษชื่อดังคือท่าน Pollock ได้กล่าว<sup>157</sup> “ไม่เพียงการเยียวยาความเสียหายเท่านั้นแต่หากเรายังสามารถป้องกันไม่ให้ความเสียหายเกิดขึ้น ไม่เพียงสั่งให้หยุดการกระทำละเมิดหรือชดเชยค่าสินไหมทดแทนเท่านั้น แต่หากเราสามารถยับยั้งไม่ให้เกิดการกระทำละเมิดเกิดขึ้นได้” แต่อย่างไรก็ดีกรณีดังกล่าวนี้เสี่ยงที่จะเกิดความไม่สงบในสังคมดังนั้นการช่วยตนเองต้องกระทำภายใต้ขอบเขตอย่างเคร่งครัดเท่านั้น จากการศึกษาตำราในกฎหมายอังกฤษผู้เขียนพบว่าการช่วยตนเองตามกฎหมายอังกฤษนั้นสามารถแบ่งออกได้หลากหลายรูปแบบได้ดังต่อไปนี้<sup>158</sup>

#### ก. การระงับนิวแซนซ์ (Abatement of nuisances)

การระงับนิวแซนซ์นั้นเป็นรูปแบบหนึ่งของการช่วยตนเอง คำว่า Abatement นั้นมาจากคำศัพท์ในภาษาฝรั่งเศสว่า abatre หมายถึง การระงับ โดยสิทธิดังกล่าวเป็นสิทธิโดยชอบธรรมของเจ้าของที่ดินหรือบุคคลอื่นที่อาศัยสิทธิของเจ้าของที่ดินซึ่งสามารถระงับนิวแซนซ์ที่เกิดขึ้นแก่ที่ดินของตนได้ ตัวอย่างสถานการณ์ที่เราสามารถที่จะระงับนิวแซนซ์ได้นั้น เช่น หากเรามีสิทธิที่จะข้ามที่ดินของผู้อื่นได้แต่เรากลับพบว่ามีการกีดขวางอยู่เราสามารถที่จะนำสิ่งนั้นออกพ้นทางเพื่อให้เราผ่านไปได้

สำหรับหลักเกณฑ์โดยสังเขป<sup>159</sup> คือ โดยหลักแล้วก่อนที่จะบุคคลใดจะเข้าไประงับนิวแซนซ์เราจำเป็นต้องบอกกล่าวต่อเจ้าของที่ดินนั้นๆเสียก่อนที่จะกระทำการเพื่อระงับนิวแซนซ์ แต่มีบางกรณีที่เราสามารถระงับโดยไม่จำเป็นต้องบอกกล่าวก่อน เช่น กรณีที่เราสามารถระงับนิวแซนซ์

<sup>157</sup> P.A.London, Pollock's law of Tort, 15<sup>th</sup> ed. (London : Stevens & Sons Limited, 1951), pp.135-136.

<sup>158</sup> ประเภทของ Self-help มีโดยหลักแล้วจะแบ่งเป็น 2 ประเภท คือ การระงับนิวแซนซ์ (Abatement of nuisances) และ การจับหรือยึดสิ่งหามทรัพย์ที่เข้ามาทำความเสียหายในที่ดินของตน (Distress Damage Feasant) แต่บางครั้งอาจรวมถึงกรณีการกลับเข้าไปครอบครองที่ดิน (Re-entry on land) และกรณีการติดตามสิ่งหามทรัพย์ของตน (Recaption of chattels) see also C.D. Baker, Tort, 6<sup>th</sup> ed (London : Sweet & Maxwell, 1996), pp.93-96.

<sup>159</sup> Simon Deakin, Angus Johnston and Basil Markesinis, Markesinis and Deakin's Tort Law, 6<sup>th</sup> ed (Oxford : Clarendon, 2003), pp.449-450.

โดยไม่ต้องเข้าไปในที่ดินของผู้อื่น กรณีการตัดรากหรือกิ่งไม้ของผู้อื่นที่ยื่นเข้ามาในที่ดินของตนเอง หรือกรณีที่เป็นสถานการณ์ฉุกเฉินไม่สามารถที่จะมีเวลาที่จะบอกกล่าวก่อนได้เพราะหากล่าช้า อาจทำให้เกิดความเสียหายที่ร้ายแรงต่อทรัพย์สินหรือชีวิต

### ข. การจับหรือยึดสังหาริมทรัพย์ที่เข้ามาทำความเสียหายในที่ดินของตน (Distress Damage Feasant)

การจับหรือยึดสังหาริมทรัพย์ (Chattel) ที่เข้ามาทำความเสียหายในที่ดินของผู้อื่นโดยมิชอบด้วยกฎหมายเป็นอีกรูปแบบหนึ่งของการช่วยตนเองที่ระบบกฎหมายอังกฤษได้วางหลักไว้ในคำพิพากษา (Common law) หลักกฎหมายดังกล่าวเรียกว่า Distress Damage Feasant หลักกฎหมายปรากฏว่าตั้งแต่สมัยโบราณเริ่มตั้งแต่ในยุคกลาง<sup>160</sup> ปรากฏชัดว่ากฎหมายโบราณของอังกฤษอนุญาตให้บุคคลผู้เป็นเจ้าของที่ดินสามารถที่จะฆ่าสัตว์ที่พบว่าได้เข้ามาในที่ของตนได้แต่ต่อมาหลักกฎหมายดังกล่าวได้พัฒนาว่าเจ้าของที่ดินดังกล่าวไม่สามารถที่จะฆ่าสัตว์นั้นได้แต่มีสิทธิที่จะจับหรือยึดนั้นไว้จนกว่าเจ้าของจะได้นำค่าเสียหายมาไถ่คืนไป เช่น ผู้เป็นเจ้าของบ้านไม้จำเป็นต้องคืนสุนัขให้แก่เจ้าของที่ทำให้ทรัพย์สินตนเสียหายจนกว่าจะได้รับค่าเสียหายในความเสียหายนั้นเป็นต้น องค์ประกอบของหลักกฎหมาย Distress Damage Feasant มีรายละเอียดดังต่อไปนี้<sup>161</sup>

องค์ประกอบข้อแรกคือ สังหาริมทรัพย์ (อาจเป็นสิ่งมีชีวิตหรือไม่มีชีวิตก็ได้) ที่จะจับหรือยึดนั้นต้องอยู่บนที่ดินโดยมิชอบด้วยกฎหมาย (Object's presence must be wrongful) กล่าวคือ สังหาริมทรัพย์นั้นไม่ได้เข้ามาในที่ดินจากการอนุญาตหรือความยินยอมของเจ้าของที่ดิน<sup>162</sup>

องค์ประกอบข้อที่สองคือ สังหาริมทรัพย์ดังกล่าวต้องทำให้เกิดความเสียหายอันแท้จริงในที่ดิน (Actual damage) เพราะการกระทำตามหลักกฎหมายนี้ก็เพื่อที่จะประกันการได้รับค่าสินไหมทดแทนความเสียหายจากความเสียหายที่เกิดขึ้นหากไม่มีความเสียหายเกิดขึ้นบุคคลผู้เป็นเจ้าของที่ดินก็ย่อมไม่สามารถจับหรือยึดไว้ได้

องค์ประกอบที่สามคือ สังหาริมทรัพย์ที่จะจับหรือยึดนั้นต้องยังคงอยู่ในที่ดินที่เกิดความเสียหายนั้น หากสังหาริมทรัพย์นั้นได้ออกไปแล้วเจ้าของที่ดินไม่สามารถจะจับหรือยึดได้

<sup>160</sup> Glanville Williams and B.A. Hepple, *Foundation of the Law of Tort* 2<sup>nd</sup> (London : Butterworths, 1984), pp.11-12.

<sup>161</sup> R.F.V Heuston, R.A Buckley, *supra* note 143, pp.577-578.

<sup>162</sup> Nicholas J.Mcbride and Roderick Bagshaw, *supra* note 147, p.352.

เช่นเดียวกันกรณีที่สังหาริมทรัพย์สิ่งนั้นได้ออกไปแล้วเข้ามาในที่ดินอีกครั้งหนึ่งหากมิได้ก่อความเสียหายย่อมไม่สามารถจับหรือยึดไว้ได้

สำหรับสิ่งของที่ยึดไว้แล้วนั้น เจ้าของที่ดินมีเพียงสิทธิที่จะยึดหน่วงไว้จนกว่าจะได้รับ การชดเชยค่าสินไหมทดแทนตามควรแก่เหตุ เจ้าของไม่มีสิทธิประการอื่นเช่น สิทธินำสังหาริมทรัพย์ นั้นไปขายหรือการนำเอาสังหาริมทรัพย์นั้นออกให้เช่า นอกจากการยึดสังหาริมทรัพย์นั้นไว้ ตัวอย่างคดีสมัยใหม่ที่นำหลักกฎหมายดังกล่าวไปปรับใช้

คดี Arthur V. Anker<sup>163</sup>

คดีนี้มีข้อเท็จจริงว่า จำเลยเป็นผู้ดูแลสถานที่จอดรถของเอกชน โจทก์เป็นเจ้าของ มอเตอร์ไซด์ซึ่งเข้ามาจอดโดยไม่ได้รับอนุญาต ดังนั้นจำเลยจึงได้เข้ามาล็อกล้อรถโจทก์ ต่อมา โจทก์กลับเข้ามาเพื่อเอารถของโจทก์ก็พบว่ารถของตนถูกล็อกไว้ อีกทั้งจำเลยไม่ยอมปลดล็อกให้ ยกเว้นโจทก์จะจ่ายค่าปรับมาก่อน สุดท้ายทั้งสองก็ตกลงกันไม่ได้ โจทก์ได้ใช้เครื่องมือตัดที่ล็อกล้อ และฟ้องว่าจำเลยกระทำล่วงละเมิดต่อทรัพย์สิน (รถ) ของโจทก์ จำเลยให้การต่อสู้โดยหนึ่งในข้อต่อสู้ ของจำเลยอ้างว่า อาศัยอำนาจตามหลักกฎหมาย Distress Damage Feasant ศาลได้พิจารณา ข้อต่อสู้ดังกล่าวได้ปฏิเสธโดยให้เหตุผลไว้หลายประเด็น กล่าวคือ ประเด็น ความเสียหาย ศาลได้ มองว่ากรณีจะอ้างใช้สิทธิได้นั้นต้องเกิดความเสียหายที่แท้จริง (Actual Damage) ขึ้นในกรณี ดังกล่าวไม่ปรากฏว่าเกิดความเสียหายเช่นนั้น

อย่างไรก็ดีหลักกฎหมายจากคำพิพากษา (Common Law) ในเรื่องนี้พบว่าในส่วน เกี่ยวกับการจับหรือยึดสัตว์ที่เข้ามาทำความเสียหายในที่ดิน (Distress Damage Feasant) นั้น ปรากฏว่าได้ถูกแทนที่ด้วยกฎหมายลายลักษณ์อักษรแทนแล้ว คือ กฎหมายว่าด้วยสัตว์ ค.ศ.1971 (The Animal Acts 1971)<sup>164</sup> กฎหมายดังกล่าวได้วางหลักในเรื่องความรับผิดชอบเกิดจากสัตว์ไว้ ของเจ้าของสัตว์ไว้โดยการกำหนดให้เจ้าของรับผิดชอบโดยปราศจากความผิด (Liability without fault) หลักทั่วไปเกี่ยวกับความรับผิดชอบเกิดจากสัตว์ของตนบุกรุกที่ดินของผู้อื่น บัญญัติไว้ในมาตรา 4 โดยมีหลักการโดยสังเขปว่า หากสัตว์ของบุคคลใดได้หลุดเข้าไปในที่ดินที่เป็นกรรมสิทธิ์หรืออยู่ใน การครอบครองของบุคคลอื่น โดยสัตว์ดังกล่าวได้ก่อให้เกิดความเสียหายในที่ดินหรือทรัพย์สินบน

<sup>163</sup> Arthur V Anker [1996] 2 WLR 602.

<sup>164</sup> Article 7(1) "The right to seize and detain any animal by way of distress damage feasant is hereby abolished"

ที่ดินนั้น เจ้าของสัตว์ต้องรับผิดชอบใช้ค่าเสียหายดังกล่าว ในเรื่องส่วนที่เกี่ยวกับการกระทำนิรโทษกรรมมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

สิทธิและหน้าที่ของเจ้าของที่ดินในการจับหรือยึดสัตว์ของผู้อื่น ที่เข้ามาทำให้เกิดความเสียหายตามปรากฏในมาตรา 7 (2)-(3)<sup>165</sup> โดยมีหลักการโดยสังเขป คือ หากสัตว์เข้ามาก่อให้เกิดความเสียหายในที่ดินและไม่สามารถที่จะควบคุมสัตว์นั้นได้ ผู้ครอบครองที่ดินย่อมมีอำนาจที่จะเข้าไปจับหรือกักขังสัตว์นั้นได้ เมื่อจับไว้แล้วผู้จับย่อมต้องดำเนินการระบวนการตามที่กฎหมายกำหนด กล่าวคือ ภายใน 48 ชั่วโมงหลังจากที่ได้จับสัตว์นั้นไว้แล้วต้องแจ้งต่อตำรวจในท้องที่นั้นๆ หากผู้จับรู้ว่าเจ้าของสัตว์นั้นคือผู้ใดก็ให้แจ้งกับผู้นั้นแทน นอกจากนั้นหากไม่มีผู้ใดเข้ามาไถ่สัตว์นั้นคืนไป ผู้ที่จับย่อมมีสิทธิที่จะนำสัตว์ดังกล่าวขายในตลาดหรือเปิดการประมูลสัตว์นั้นได้ทันที นอกจากนี้ผู้เป็นเจ้าของสัตว์ยังต้องรับผิดชอบในค่าใช้จ่ายอันสมควรจากการที่บุคคลอื่นดูแลสัตว์นั้นไว้ในระหว่างที่ยังไม่สามารถส่งคืนเจ้าของได้ หรือในระหว่างกักตัวสัตว์นั้นไว้เพื่อติดตามหาเจ้าของหรือค่าใช้จ่ายในการสืบหาตัวเจ้าของ

ข.2 สิทธิในการฆ่าสุนัขที่เข้ามาก่อให้เกิดความเสียหายในปศุสัตว์ สิทธิดังกล่าวได้บัญญัติไว้ในมาตรา 9<sup>166</sup> โดยมีหลักการโดยสังเขปว่า การฆ่าหรือทำให้สุนัขบาดเจ็บถือว่าเป็นการ

---

<sup>165</sup> Article 7 (2) “Where any livestock on to any land and is not then under control of any person the occupier of the land may detain it, subject to subsection (3) of this section, unless ordered to return it by a court

(3) Where any livestock is detain in pursuance of this section the right to detain it ceases—

(a) at the end of a period of forty-eight hours. Unless within that period notice of the detention has been given to the officer in charge of the police station and also, if the person detaining the livestock knows to whom it belong, to that person; or

(b) when such amount is tendered to the person detaining the livestock as is sufficient to satisfy any claim he may have under section 4 of this Act in respect of the livestock...”

<sup>166</sup> Article 9 (1) “In any civil proceeding against a person (in this section referred to as the defendant) killing or causing injury to a dog it shall be a defence to prove—

ป้องกัน หากผู้กระทำได้พิสูจน์ได้ว่า การกระทำความผิดดังกล่าวทำเพื่อคุ้มครองปศุสัตว์โดยบุคคลที่กระทำความผิดนั้นคุ้มครองปศุสัตว์ เมื่อบุคคลได้กระทำความผิดแล้วกฎหมายยังกำหนดให้ภายใน 48 ชั่วโมง หลังจากการฆ่าหรือทำให้สุนัขบาดเจ็บต้องมีหน้าที่แจ้งต่อตำรวจในท้องถิ่นนั้นๆ ด้วย

ในมาตราดังกล่าวในอนุมาตราสาม<sup>167</sup> ยังกำหนดข้อสันนิษฐานว่าในกรณีใดกรณีหนึ่งดังต่อไปนี้ให้ถือว่ากระทำความผิดหรือทำร้ายสุนัขเป็นไปเพื่อคุ้มครองปศุสัตว์ตามข้างต้น กล่าวคือ

กรณีแรก สุนัขนั้นทำให้สัตว์หวาดกลัวหรืออาจจะทำให้สัตว์หวาดกลัว และไม่มีวิธีการที่เหมาะสมวิธีอื่นแล้วที่จะป้องกันได้

กรณีที่สอง สุนัขนั้นทำให้สัตว์กลัวแล้วแต่ยังคงอยู่ในบริเวณใกล้ปศุสัตว์ดังกล่าว โดยสัตว์นั้นไม่อยู่ภายใต้การควบคุมของบุคคลใดหรือไม่มีทางที่จะหาตัวเจ้าของสัตว์นั้นได้

#### 2.1.2.4 การกระทำตามที่กฎหมายให้อำนาจให้กระทำ (Statutory Authority)

ระบบกฎหมายอังกฤษยอมรับการกระทำตามที่กฎหมายให้อำนาจเป็นนิรโทษกรรมประเภทหนึ่งด้วย โดยสามารถที่จะยกเป็นข้อต่อสู้ได้ไม่ว่าจะถูกฟ้องว่าได้กระทำความผิดต่อร่างกาย (Assault, Battery and False imprisonment) หรือต่อทรัพย์สิน (Trespass to property) หากสามารถพิสูจน์ว่าได้การกระทำของตนเป็นไปตามที่กฎหมายให้อำนาจให้กระทำย่อมไม่ต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนแต่อย่างใด

---

(a) that the defendant acted for the protection of my livestock and was a person entitle to act for the protection of the livestock; and

(b) that the within forty-eight hours of the killing or injury notice thereof was given by the defendant to the officer in the charge of police station.”

<sup>167</sup> Article 9 (3) “Subject to subsection 4 of the section, a person killing or causing injury to a dog shall be deemed for the purposes of the section to act for the protection of any livestock if, either—

(a) the dog is worrying or is to worry the livestock and there are no other reasonable means of ending or preventing the worrying; or

(b) the dog has been worrying livestock, has not left the vicinity and is not under the control of any person and there are no practicable means of ascertaining to whom belong.”

สิ่งสำคัญสิ่งแรกของนิรโทษกรรมประเภทนี้ นักกฎหมายอังกฤษได้อธิบายว่า<sup>168</sup> ต้องพิจารณาก่อนว่ากฎหมายดังกล่าวให้อำนาจหรือไม่ (อาศัยการตีความบทบัญญัติ) หากกฎหมายได้ให้อำนาจกระทำ (Absolute Statutory Authority) ผู้กระทำย่อมอ้างให้หลุดพ้นจากความรับผิดชอบต่อความรับผิดเพื่อละเมิดได้ ไม่เพียงแต่การกระทำเกิดจากกฎหมายนั้น (The act itself) แต่รวมถึงผลของการกระทำที่เกี่ยวข้องด้วย (all the necessary consequences of the act) อย่างไรก็ตามแม้กฎหมายให้อำนาจให้กระทำได้ยังมีขอบเขตประการอื่นอีกที่ต้องปฏิบัติ เช่น การกระทำความผิดดังกล่าวต้องไม่ประมาทเลินเล่อจนก่อความเสียหาย หรือ การกระทำตามกฎหมายนั้นต้องทำโดยสุจริต (Good Faith) ตัวอย่างคดีที่สำคัญ คือ

คดี Allen v. Gulf Oil Refining Ltd<sup>169</sup>

คดีนี้มีข้อเท็จจริงว่า จำเลยเป็นบริษัทกำจัดคราบน้ำมันที่เกิดจากการรั่วไหลบริเวณชายฝั่งของประเทศอังกฤษ ในการปฏิบัติงาน (การก่อสร้างอุปกรณ์) ดังกล่าวของโจทก์ก่อให้เกิดการสั่นสะเทือน เสียงดังและมีกลิ่นรบกวน (Vibration, Noise and Smell) ต่อโจทก์ โจทก์จึงได้นำคดีมาฟ้องต่อศาลว่าจำเลยกระทำละเมิด (Nuisance) และให้จำเลยชดเชยค่าสินไหมทดแทน จำเลยให้การต่อสู้ว่าการกระทำของจำเลยนั้นกระทำตามที่กฎหมาย (Gulf Oil Refining Act 1965) ให้อำนาจโจทก์กระทำได้ ดังนั้นโจทก์ไม่ต้องรับผิด คดีดังกล่าวขึ้นสู่ศาลสูงสุดของอังกฤษ (House of Lords) ประเด็นแห่งคดีที่ศาลวินิจฉัย คือ การกระทำของจำเลยเป็นการกระทำที่กฎหมายให้อำนาจหรือไม่ ศาลได้วินิจฉัยว่ากฎหมายดังกล่าวได้ให้อำนาจจำเลยสร้างอุปกรณ์กำจัดคราบน้ำมัน (Building of the refinery) รวมถึงกระบวนการอันเกี่ยวเนื่องเพื่อการกำจัดคราบน้ำมัน (Operation and use) ดังนั้นจำเลยไม่ต้องชดเชยค่าสินไหมทดแทนต่อโจทก์

คดี Tate & Lyle Ltd. v. Greater London Council<sup>170</sup>

คดีนี้มีข้อเท็จจริงว่า จำเลยได้สร้างท่าเรือข้ามฝากแม่น้ำ Thames บริเวณ Woolwich ซึ่งการสร้างท่าเรือรูปแบบดังกล่าวก่อให้เกิดชายตลิ่งบริเวณใกล้เคียงพังทลายลง โจทก์เป็นผู้ได้รับความเสียหายได้มาฟ้องจำเลยให้ชดเชยค่าสินไหมทดแทนแก่โจทก์ จำเลยให้การต่อสู้ว่า การกระทำดังกล่าวกฎหมายให้อำนาจให้กระทำได้ ศาลมองว่า กรณีการสร้างท่าเรือแม้กฎหมายจะให้อำนาจ

<sup>168</sup> Alan Pannett, Law of Torts, 7<sup>th</sup> ed (London : Pitman, 1995), pp.241-243.

<sup>169</sup> Allen v. Gulf Oil Refining Ltd [1981] AC 1001, [1981] 2 WLR 188, [1981] 1 All ER 353.

<sup>170</sup> Tate & Lyle Ltd. v. Greater London Council [1983] 2 AC 509 (HL).

ให้กระทำได้ แต่ข้อเท็จจริงในคดีแสดงว่าหากจำเลยสร้างท่าเรือแบบอื่นจะไม่ก่อให้เกิดความเสียหายดังกล่าว อีกทั้งกฎหมายที่ให้อำนาจโจทก์สร้างก็ไม่ได้ยกเว้น หลักการหรือข้อควรปฏิบัติที่เหมาะสมและความระมัดระวังต่อทรัพย์สินของผู้อื่น ดังนั้นกรณีนี้จำเลยต้องรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนแก่โจทก์

นอกจากนั้นผู้เขียนยังพบกฎหมายเฉพาะที่ให้อำนาจกระทำการแก่เจ้าพนักงานในการปฏิบัติงานอีกหลายฉบับ ตัวอย่างเช่น

กรณีเจ้าหน้าที่สังคมสงเคราะห์ (Social Worker) มีอำนาจเข้าไปในเคหสถานใดๆที่เด็กที่ต้องการความช่วยเหลืออยู่ โดยการออกหมาย (Warrant) มาจากเจ้าหน้าที่ของรัฐ ตาม The Children Act 1989

กรณีเจ้าหน้าที่ตรวจสิ่งแวดล้อมหรือเจ้าหน้าที่ท้องถิ่น (Environment Agency or Local Authorities) มีอำนาจเข้าไปในสถานที่ใดๆเพื่อที่จะป้องกันและรักษาสิ่งแวดล้อมตามอำนาจที่ตนมีตาม The Environment 1995

กรณีเจ้าหน้าที่ตำรวจ (Police Officer) อำนาจในการจับและตรวจค้นตัวบุคคล (Lawful arrest, detention and stop and search) ตาม Criminal Evidence Act 1984 และ Criminal Justice and Police Act 2001<sup>171</sup> หรือเข้าทรัพย์สินของผู้อื่นตรวจค้นสถานที่หรือปฏิบัติการใดๆตาม Criminal Evidence Act 1984 หรือ Public Order Act 1986<sup>172</sup>

แต่ทั้งนี้ทำภายใต้ขอบเขตของกฎหมายและพอสมควรแก่เหตุ มิฉะนั้นย่อมต้องรับผิดชอบ (แม้จะมีอำนาจกระทำตามกฎหมาย) สำหรับประเด็นการกระทำตามคำสั่งโดยชอบด้วยกฎหมายตามระบบกฎหมายอังกฤษนั้นไม่ยอมรับว่าเรื่องดังกล่าวเป็นข้อต่อสู้ไม่ให้รับผิดชอบ อีกทั้งผู้ที่สั่งให้ผู้อื่นกระทำให้เกิดความเสียหายอาจต้องรับผิดชอบในฐานะผู้ร่วมกระทำละเมิด (Joint Tortfeasor)<sup>173</sup>

---

<sup>171</sup> Michael A. Jones, Textbook on Torts, 8<sup>th</sup> ed (New York : Oxford University Press, 2008), pp.533-534.

<sup>172</sup> Vivienne Harpwood, Modern Tort law, 7<sup>th</sup> ed (Abingdon : Routledge Cavendish, 2009), pp.236-237.

<sup>173</sup> W Van Gerven, P Larouche, J Lever , *supra* note 9, p.352/4

## 2.2 ความรับผิดเพื่อละเมิดตามกฎหมายสหรัฐอเมริกา (American Law)

ระบบกฎหมายสหรัฐอเมริกาเป็นระบบกฎหมายที่มีความซับซ้อนเนื่องจากการที่ประเทศสหรัฐอเมริกา มีการปกครองในรูปแบบ สหพันธรัฐ ดังนั้นกฎหมายในแต่ละรัฐจึงมีความแตกต่างกัน การศึกษาประเด็นในเรื่องนี้โดยจะต้องเข้าไปศึกษาหลักกฎหมายในแต่ละรัฐไปจึงค่อนข้างยุ่งยากและอาจทำให้ขาดมุมมองในภาพรวมของกฎหมายสหรัฐ ดังนั้นผู้เขียนจึงขอเขียนถึงภาพรวมของกฎหมายสหรัฐอเมริกาโดยการศึกษาจากความเห็นของนักกฎหมายที่ได้รับการยอมรับประกอบกับหลักเกณฑ์ของ The Restatement of the Law of Tort (Second) ; Rest.2d of Torts ซึ่งจัดทำโดยสถาบันกฎหมายอเมริกา (The American Law Institute)<sup>174</sup>

### 2.2.1 หลักเกณฑ์ความรับผิดเพื่อละเมิดในกฎหมายอเมริกา

หลักเกณฑ์ความรับผิดเพื่อละเมิดตามระบบกฎหมายอเมริกาได้รับเอาพื้นฐานความรับผิดเพื่อละเมิดมาจากระบบกฎหมายอังกฤษซึ่งเป็นแม่แบบของระบบกฎหมายจารีตประเพณี และได้พัฒนาขึ้นให้มีลักษณะที่เฉพาะขึ้นทั้งนี้เนื่องจากได้การพัฒนาอันเกิดจาก Restatement ของสถาบันกฎหมายอเมริกา

### 2.2.2 หลักเกณฑ์การกระทำที่เป็นนิรโทษกรรมในกฎหมายอเมริกา

แม้กฎหมายละเมิดของสหรัฐอเมริกาจะได้รับอิทธิพลมาจากกฎหมายละเมิดของอังกฤษ แต่ในส่วนนิรโทษกรรมตามกฎหมายสหรัฐผู้เขียนพบว่าถ้อยคำที่สื่อถึงการกระทำที่เป็นนิรโทษกรรมนั้น นักกฎหมายมิได้ใช้ถ้อยคำเหมือนในระบบกฎหมายอังกฤษในการสื่อความหมายการกระทำที่เป็นนิรโทษกรรม<sup>175</sup> เสียทั้งหมด กล่าวคือ แต่เดิมในช่วงแรกนักกฎหมายอเมริกา

<sup>174</sup> The American Law Institute ( ALI) สถาบันกฎหมายของอเมริกาได้ถูกตั้งขึ้นเมื่อปี ค.ศ.1923 มีหน้าที่ในการส่งเสริมมีการทำให้ระบบกฎหมายจารีตของอเมริกามีความชัดเจนและเข้าใจง่ายขึ้นเพื่อรองรับต่อการเปลี่ยนแปลงทางสังคมที่เกิดขึ้น

<sup>175</sup> ผู้เขียนพบว่านักกฎหมายอเมริกาบางท่านใช้คำว่า “Self-Help” สื่อความหมายของการกระทำนิรโทษกรรมทั้งหมดเช่นเดียวกับของประเทศอังกฤษ ในขณะที่เดียวกันนักกฎหมายอเมริกาบางท่านคือ ใช้ถ้อยคำกว้างๆว่า “Defenses in intentional interference with person and property” ในการอธิบายนิรโทษกรรม แทน

อธิบาย การกระทำนิรโทษกรรมคล้ายคลึงกับที่นักกฎหมายอังกฤษ<sup>176</sup> แต่ต่อมาในช่วง ต้นคริสต์ศตวรรษที่ 20 ระบบกฎหมายอเมริกันพัฒนาหลักความคิดอันสำคัญขึ้นมาคือ การบัญญัติ Restatement of the Law of Tort ขึ้นมาซึ่ง Restatement ได้บัญญัติศัพท์กฎหมายใหม่ขึ้นมาคือ คำว่า เอกสิทธิ์ (Privilege)<sup>177</sup> เพื่อใช้แทนข้อต่อสู้ของจำเลยซึ่งครอบคลุมความหมายการกระทำนิรโทษกรรมเข้าไปด้วย ดังนั้นนักกฎหมายอเมริกาในยุคหลังส่วนใหญ่ไม่ว่าจะเป็น William L Prosser, Fowler V. Harper, Fleming James JR, Edward J. Kionka, Francis H. Bohlen. จึงใช้ คำว่า “เอกสิทธิ์” ในการสื่อความหมายการกระทำที่เป็นนิรโทษกรรมแทนแนวความคิดเดิมที่รับมาจากระบบกฎหมายอังกฤษ

ท่าน William L Prosser ได้อธิบายว่าการกระทำนิรโทษกรรมไว้ว่า<sup>178</sup> “แม้การกระทำใดๆของจำเลยจะเป็นการกระทำที่จงใจล่วงละเมิดต่อสิทธิของโจทก์ ซึ่งโดยปรกติแล้วบุคคลที่กระทำต้องรับผิดชอบในผลของความเสียหายที่เกิดขึ้น แต่บุคคลดังกล่าวอาจจะไม่มีความรับผิดชอบเพราะการกระทำดังกล่าวเป็นเอกสิทธิ์ (Even though the defendant has intentionally invaded the interest of the plaintiff, so that under ordinary circumstances liability would result, he may not be liable because his conduct is privileged) แม้ในความเข้าใจโดยทั่วไปของคำว่า “เอกสิทธิ์” จะหมายถึง ความคุ้มกันต่างๆ (Immunity) แต่ในที่นี้คำดังกล่าวนั้นถูกใช้ในบริบทที่เกินกว่าความหมายธรรมดา (more common usage) เนื่องจากถูกกำหนดให้หมายถึง การกระทำของจำเลยใดๆก็ตามอันเกี่ยวข้องกับประโยชน์ของสังคมที่สำคัญซึ่งจำเลยต้องป้องกัน แม้การกระทำดังกล่าวจะก่อให้เกิดความเสียหายเกิดขึ้นกับโจทก์ แต่กฎหมายอนุญาตให้กระทำได้อันเนื่องมาจากสิทธิของตัวเองหรือจำเป็นเพื่อประโยชน์ของสาธารณชน หรือบรรทัดฐานอันสำคัญที่ยอมรับให้กระทำการดังกล่าวได้

จากการค้นคว้าของผู้เขียนการกระทำนิรโทษกรรม (Privilege) ตามกฎหมายอเมริกา นั้นประกอบด้วยกรกระทำหลากหลายประเภทและแบ่งแยกแตกต่างกันไปตามแนวทางของนัก

<sup>176</sup> Edwin A Jaggard, Handbook of the Law of Torts Voll, (St Paul, Minn : West Publishing Co, 1895)

<sup>177</sup> ดูรายละเอียด The Restatement of the Law of Tort (Second) § 10

<sup>178</sup> William L Prosser, Handbook of the law of torts, 4<sup>th</sup> (St Paul, Minn ; West Publishing Co, 1971), p 98.

กฎหมายแต่ละท่าน แต่เพื่อง่ายต่อการทำความเข้าใจผู้เขียนจะขอสรุปการกระทำนิโทษกรรมตามกฎหมายอเมริกาเป็นประเภทต่างๆดังต่อไปนี้

### 2.2.2.1 การป้องกัน (Defenses)

#### ก.การป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย (Self-Defense or Private defense)

การป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายในระบบกฎหมายอเมริกานั้นยอมรับเรื่องดังกล่าวว่าเป็นสิทธิที่สำคัญของมนุษย์ดังคำกล่าวของผู้พิพากษาท่านหนึ่งของสหรัฐในกลางศตวรรษที่ 19 ที่กล่าวว่า<sup>179</sup> “การป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายนั้นเป็นสิทธิโดยธรรมชาติของมนุษย์ทุกคนที่ไม่สามารถโอนกันให้แก่กันได้ สิทธิดังกล่าวไม่สามารถถูกขจัดและล่องละเมิดโดยกฎหมายของมนุษย์หรือสถาบันทางสังคมใดๆ เพราะสิทธิดังกล่าวไม่ได้ขึ้นอยู่กับกฎหมายเกณฑ์ของสังคมมนุษย์ แต่หากได้รับมาจากสิ่งซึ่งสูงกว่านั้น สิ่งที่เกิดขึ้นมาโดยธรรมชาติพร้อมกับความเป็นมนุษย์ของเรา”

หลักเกณฑ์การป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย ส่วนใหญ่นักกฎหมายอเมริกาจะเห็นตรงกันถึงหลักเกณฑ์ว่า สิทธิการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายนั้น สามารถใช้ได้ สถานการณ์ที่ตกอยู่ในภัยอันตรายอันจำเป็นที่จะต้องตอบโต้ด้วยกำลังแก่บุคคลผู้เป็นต้นเหตุแห่งภัยอันตราย ดังที่ปรากฏใน Rest.2d of Torts ดังต่อไปนี้

#### หลักเกณฑ์ทั่วไปการป้องกันตนเองโดยชอบด้วยกฎหมาย (Self-defense)

§ 63 บัญญัติว่า<sup>180</sup> “(1) ผู้กระทำซึ่งมีสิทธิในการใช้กำลังที่พอสมควรแก่เหตุ โดยมีได้ตั้งใจหรือโดยประการอื่นใดที่จะก่อให้เกิดความตายหรืออันตรายสาหัส เนื่องจากเพื่อป้องกันตนเองจากการทำอันตรายหรือการละเมิดหรือกรณีอื่นอันเกิดแก่ร่างกาย ซึ่งบุคคลดังกล่าวเข้าใจโดยสมเหตุสมผลว่าจะมีบุคคลอื่นจงใจมากระทำละเมิดต่อตนเอง”

ข้อต่อสู่การป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายย่อมขึ้นโดยปรกตินำมาใช้กับข้อกล่าวอ้างของโจทก์ว่าจำเลยกระทำละเมิดต่อโจทก์โดยจงใจ (Intentional torts) แต่อย่างไรก็มีการแปล

<sup>179</sup> Fowler V. Harper, Fleming James JR, *The Law of Torts (Volume 1)*, (Boston : Little Brown and Company, 1956), p xxxvii.

<sup>180</sup> § 63 “An actor is privileged to use reasonable force, not intended or likely to cause death or serious bodily harm, to defend himself against unprivileged harmful or offensive contact or other bodily harm which he reasonably believes that another is about to inflict intentionally upon him.”

ความให้ขยายว่าสามารถปรับใช้กับการประมาทเลินเล่อได้เช่นกัน (Rest.2d of Torts § 64) โดยข้อต่อสู้นี้เป็นหน้าที่ของฝ่ายจำเลยต้องนำสืบข้อเท็จจริงอันเป็นมูลเหตุแห่งการป้องกัน ซึ่งจะรับฟังได้หรือไม่นั้น เป็นปัญหาของคณะลูกขุน (Jury's question) เป็นผู้ตัดสินในประเด็นดังกล่าวที่ถกเถียงกัน กล่าวคือประเด็นแรก จำเลยในคดีได้กระทำการเช่นใด ประเด็นต่อมาบุคคลที่กระทำการป้องกันควรจะกระทำการเช่นใด<sup>181</sup>

ภยันตรายอันเป็นเหตุกระทำการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย ต้องเป็นภยันตรายที่ใกล้จะถึงและยังคงมีอยู่ไม่ได้สิ้นสุดลงแล้ว หากภยันตรายดังกล่าวสิ้นสุดไปแล้วย่อมไม่มีสิทธิใช้กำลังเพื่อป้องกัน อีกทั้งสิทธิการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายไม่รวมถึงการกระทำการแก้แค้น (Act of revenge or retaliation) ส่วนเรื่องการล่อลวงละเมิดโดยวาจาโดยการดูหมิ่นนั้น<sup>182</sup> (Insult, Verbal threats or opprobrious language) จะสามารถเป็นเหตุแห่งการป้องกันตนเองได้หรือไม่นั้น กรณีนี้ศาลมองว่ากรณีดังกล่าวยังไม่สามารถอ้างเป็นมูลเหตุของการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายได้ ยกเว้นกรณีการล่อลวงละเมิดโดยวาจาดังกล่าวจะเกิดพร้อมกับพฤติการณ์ทางกายภาพที่คุกคาม (an actual threat of physical violence) ย่อมสามารถป้องกันตนเองได้

นอกจากนั้น นักกฎหมายอเมริกันเห็นพ้องต้องกันว่า<sup>183</sup> ภยันตรายอันเป็นเหตุให้เกิดสิทธิป้องกันตนเองนั้น ไม่จำเป็นว่าภยันตรายนั้นต้องเกิดขึ้นจริง (Real danger) เพียงแต่ผู้กระทำการป้องกันเข้าใจหรือเชื่ออย่างสมเหตุสมผล (reason belief) ว่าตนเองจะถูกทำร้าย (ในความเป็นจริงไม่มีเหตุดังกล่าว) สามารถอ้างว่าตนเองป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายได้ เช่น การเข้าใจว่าคู่กรณีจริงเข้ามาหาเพื่อจะทำร้ายตน หรือ กรณีล้วงกระเป๋าทำทางคล้ายจะหยิบปืนมา (แต่ความจริงในกระเป๋าไม่มีปืน) เขาไม่จำเป็นต้องให้คู่กรณีเริ่มทำร้ายหรือยิงเขาก่อนถึงจะป้องกันตนเองได้ เพราะหากต้องรอเช่นนั้นอาจเป็นกรณีที่สายเกินไป (perhaps it will come too late afterwards) ข้ออ้างของจำเลยเข้าใจหรือเชื่ออย่างสมเหตุสมผล (The reasonableness of defendant's belief)ว่าจะเกิดภยันตรายต่อตนนั้นจะรับฟังได้หรือไม่จะถูกตัดสินโดยคณะลูกขุนเช่นเดียวกัน

<sup>181</sup> Clarence Morris, Morris on Tort, (New York : The Foundation Press Inc, 1953), p.35.

<sup>182</sup> William L Prosser, John W.Wade and Victor E. Schwartz, Cases and Materials on Torts, 7<sup>th</sup> ed (New York : The Foundation Press Inc, 1982), p.114.

<sup>183</sup> William L Prosser, *supra* note 178, p.109 , Fowler V.Harper, Fleming Jame JR. *supra* note 179, p.239.

โดยจะใช้หลักเกณฑ์ทางภาวะวิสัยในการตัดสินว่า ภายใต้สถานการณ์เช่นนั้นวิญญูชนจะกระทำการดังเช่นจำเลยหรือไม่ ทั้งนี้จะนำเอาภูมิหลังต่างๆ เช่น ความสัมพันธ์ระหว่างคู่กรณีมาพิจารณาด้วย<sup>184</sup>

#### คดี Courvoisier Vs Raymond<sup>185</sup>

ข้อเท็จจริงในคดีนี้ จำเลยชื่อนาย Courvoisier นั้นเป็นเจ้าของร้านเพชร ในคืนหนึ่งขณะที่เขากำลังนอนหลับอยู่บนชั้นสองของร้านดังกล่าว นาย Courvoisier เขาพบว่ามียุคคลหนึ่งกำลังจะบุกกรุกเข้ามาในร้านของเขา ดังนั้นเขาจึงรีบไปหยิบปืนที่เขาถืออยู่แล้วลงไปที่ยืนล่างทันทีเมื่อลงไปแล้วเขาได้ยิงปืนขึ้นฟ้าเพื่อเป็นการเตือนต่อผู้บุกรุก ผลปรากฏว่าผู้บุกรุกได้หลบหนีไปและขว้างของแข็งและหินเข้ามาในร้าน ขณะเดียวกันมีเสียงตะโกนของเจ้าหน้าที่ Raymond ไม่ให้ยิง โดยอ้างว่าตนเองเป็นตำรวจ แต่นาย Courvoisier กลับไม่เชื่อตามที่ตำรวจคนนั้นกล่าวอ้างและคิดว่าเจ้าหน้าที่ เป็นหนึ่งในผู้บุกรุก ดังนั้นจึงยิงไปใส่เจ้าหน้าที่ Raymond โดยเข้าใจว่าการกระทำของตนเองเป็นการป้องกัน (Self-defense)

เจ้าหน้าที่ Raymond จึงฟ้องนาย Courvoisier ให้รับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนในความเสียหายที่เกิดขึ้นจากเหตุดังกล่าว โดยอ้างว่านาย Courvoisier กระทำการโดยประมาท ส่วนนาย Courvoisier จำเลยได้ต่อสู้ว่าสถานการณ์ดังกล่าวทำให้ตัวเขาเองเชื่อว่าชีวิตของตนตกอยู่ในอันตรายดังนั้นการที่ยิงปืนออกไปก็เพื่อป้องกันตนเองเท่านั้น ในการพิจารณาของศาลชั้นต้นตัดสินให้โจทก์ชนะคดี จำเลยจึงอุทธรณ์

คดีขึ้นสู่ศาลสูง มีประเด็นที่จำเลยอุทธรณ์ปัญหาว่า ขณะที่ตนเองยิงปืนตนเชื่อว่ากระทำต่อผู้บุกรุก ในการพิจารณาของศาลสูง ได้พิจารณาว่าในสถานการณ์ที่เกิดความวุ่นวายบุคคลย่อมกระทำการเพื่อป้องกันตนเองได้ แม้ผลจะเกิดแก่บุคคลภายนอก (Innocent victim) ก็ตาม หากเขาเชื่อโดยสุจริตว่าเขาตกอยู่ในอันตรายถึงแก่ชีวิต การที่จำเลยใช้ปืนยิงโจทก์ เพราะเชื่อว่าโจทก์เป็นผู้บุกรุกที่จะทำอันตรายตน แม้เป็นการสำคัญผิดแต่เกิดขึ้นจากสถานการณ์ที่วิญญูชนเชื่อว่าจะเกิดอันตรายแก่ตน นอกจากนั้นศาลยังได้ให้เหตุผลเพิ่มเติมว่ากรณีดังกล่าวจำเลยยากที่จะระบุว่าใครไม่ใช่ผู้บุกรุกหรือใครเป็นผู้บุกรุก และโจทก์มิได้แสดงตนโดยแจ้งชัดว่าเป็นเจ้าหน้าที่ตำรวจ ดังนั้นศาลตัดสินกลับคำพิพากษาของศาลชั้นต้น จำเลยจึงไม่ต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทน

<sup>184</sup> Edward J.Kionka, Torts in a Nutshell : Injuries to Person and Property, 3<sup>rd</sup> ed (St Paul, Minn ; West Publishing Co, 1999), p.185.

<sup>185</sup> Courvoisier Vs Raymond 23 Colo. 113, 47 P.284 (1896)

### ขอบเขตของการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย

การป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย ขอบเขตที่สำคัญคือ ต้องกระทำโดยพอสมควรแก่เหตุ (Reasonable force) การกระทำเช่นไรเป็นการกระทำที่พอสมควรนั้นเป็นปัญหาของคณะลูกขุนเช่นกัน โดยหลักการเบื้องต้นตามกฎหมายสหรัฐ การกระทำตอบโต้เพื่อป้องกันตนเองจะไม่เป็นการกระทำที่พอสมควรแก่เหตุ หากการกระทำไปนั้นจะก่อให้เกิดอันตรายสาหัสหรือถึงแก่ชีวิต ยกเว้นกรณีบุคคลที่ป้องกันตนเองเชื่อว่าตนเองตกอยู่ในภัยอันตรายอันอาจทำให้ได้รับอันตรายสาหัสหรือถึงแก่ชีวิตและไม่มีหนทางอย่างอื่นที่ปลอดภัยนอกจากการตอบโต้ด้วยความรุนแรงเช่นเดียวกัน<sup>186</sup>

ดังนั้นเราสามารถแบ่งตามการประทุษร้ายออกเป็น 2 กรณี กล่าวคือ การประทุษร้ายอันไม่อาจทำให้เกิดอันตรายสาหัสแก่ร่างกายหรือถึงแก่ชีวิต (Force Not Threatening Death or Serious Bodily Harm) และการประทุษร้ายอันอาจทำให้เกิดอันตรายสาหัสแก่ร่างกายหรือถึงแก่ชีวิต (Force Threatening Death or Serious Bodily Harm) การแบ่งแยกว่าการประทุษร้ายเป็นแบบใดย่อมต้องใช้ข้อเท็จจริงในแต่ละกรณีเป็นตัวตัดสิน เช่น อาวุธที่ใช้หากการประทุษร้ายใช้อาวุธปืนอันมีประสิทธิภาพอาจทำให้ถึงแก่ชีวิตได้ ผู้กระทำการป้องกันย่อมสามารถป้องกันตนเองในระดับที่ทำให้เกิดอันตรายสาหัสหรือถึงแก่ชีวิตได้ หลักการในเรื่องนี้ปรากฏใน Rest.2d of Torts § 65

§ 65 บัญญัติว่า<sup>187</sup>“(1) บุคคลสามารถยอมมีสิทธิป้องกันตนเองโดยการตอบโต้ด้วยกำลังต่อบุคคลอื่นที่จงใจหรือโดยประการอื่นที่คล้ายคลึงกันอันจะก่อให้เกิดอันตรายถึงแก่ชีวิตหรืออันตรายสาหัสต่อร่างกาย ภายใต้งื่อนไขว่าผู้กระทำเชื่อโดยสมเหตุสมผลว่า

<sup>186</sup> William L Prosser, *supra* note 178, p.110.

<sup>187</sup> § 65 “(1) Subject to the statement in Subsection (3), an actor is privileged to defend himself against another by force intended or likely to cause death or serious bodily harm, when he reasonably believes that

(a) the other is about to inflict upon him an intentional contact or other bodily harm, and that

(b) he is thereby put in peril of death or serious bodily harm or ravishment, which can safely be prevented only by the immediate use of such force.

(a) บุคคลภายนอกที่เกี่ยวข้องได้ล่วงละเมิดต่อเขาโดยประสงค์ต่อชีวิตหรืออันตรายอย่างอื่นต่อร่างกาย อีกทั้ง

(b) ด้วยเหตุที่เขาจึงตกอยู่ในภยันตรายที่ร้ายแรงถึงแก่ชีวิตหรืออันตรายสาหัสหรือการล่วงละเมิดทางเพศ ซึ่งเขาสามารถคุ้มครองตนเองได้โดยการใช้กำลังตอบโต้ในทันทีทันใด”

ปัญหาที่น่าสนใจของการป้องกันตามระบบกฎหมายอเมริกัน ที่ปรากฏว่านักกฎหมายได้ถกเถียงกัน และยังไม่ได้รับข้อยุติ กรณีการป้องกันตนเองตอบโต้ด้วยกำลังอันอาจก่อให้เกิดภยันตรายสาหัสต่อร่างกายหรือถึงแก่ชีวิต หากปรากฏว่าในขณะที่ผู้กระทำจะป้องกันตนเองนั้นมีหนทางที่ผู้กระทำสามารถหลีกเลี่ยงภยันตรายนั้นได้ ตัวอย่างเช่น อาจวิ่งหนีผู้จะมาประทุษร้ายไปเสีย แต่ผู้ป้องกันกลับไม่เลือกหนทางหนีก่อน กลับใช้กำลังตอบโต้ผู้ที่กำลังจะมาประทุษร้าย กรณีนี้สามารถอ้างข้อต่อสู้เรื่องการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายได้หรือไม่ สำหรับปัญหานี้ นักกฎหมายอเมริกันมีความเห็นต่อเรื่องดังกล่าวเป็น 2 ทาง กล่าวคือ<sup>188</sup>

ความเห็นของนักกฎหมายกลุ่มแรก หากปรากฏข้อเท็จจริงว่า ผู้จะกระทำการป้องกันสามารถหนีได้อย่างปลอดภัย บุคคลผู้นั้นจำเป็นต้องเลือกทางที่จะหนีก่อน จนกระทั่งปรากฏว่าไม่สามารถหนีได้อย่างปลอดภัยได้ เขาย่อมไม่มีความจำเป็นที่จะต้องหนีอีกต่อไปและจะสามารถป้องกันตนเองได้ เหตุผลของนักกฎหมายเหล่านี้ให้ความสำคัญแก่ สังคมมนุษย์ที่มีความศิวิไลซ์ (Civilized Community) ดังนั้นศักดิ์ศรีโดยส่วนตัวของบุคคลไม่สามารถใช้เป็นข้ออ้างที่จะฆ่าหรือทำร้ายคนหนึ่งคนใดให้บาดเจ็บ

ความเห็นของนักกฎหมายกลุ่มที่สอง แม้ปรากฏข้อเท็จจริงว่า ผู้กระทำสามารถหนีได้อย่างปลอดภัยแต่ไม่เลือกหนทางดังกล่าว เลือกที่จะใช้กำลังตอบโต้เพื่อป้องกันตนเอง นักกฎหมายกลุ่มนี้มองว่ากรณีดังกล่าวสามารถอ้างการป้องกันตนเองได้ โดยให้เหตุผลถึงเกียรติยศและศักดิ์ศรีของปัจเจกบุคคล ทำให้เขาสามารถยืนหยัดเผชิญกับการประทุษร้ายและตอบโต้โดยกำลังที่อาจทำให้ผู้ที่ประทุษร้ายกับเราถึงแก่ชีวิตก็ตาม

ในเรื่องการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายในระบบกฎหมายอเมริกามีความสลับซับซ้อนขึ้นไปอีก เนื่องจากักกฎหมายอเมริกันได้มีการพัฒนาทฤษฎี His/Her Castle<sup>189</sup> ขึ้นมา

<sup>188</sup> William L. Prosser, *supra* note 178, pp.110-111.

<sup>189</sup> Castle Doctrine นักกฎหมายอเมริกันได้แปลความมาจาก ข้อความตอนหนึ่งในตำรากฎหมายคอมมอนลอว์ที่เก่าแก่ของ William Blackstone ชื่อว่า “Commentaries on the

โดยมีหลักการว่า “บ้านย่อมเปรียบเสมือนป้อมปราการของเจ้าของบ้าน (A man's home is his castle)” ดังนั้นเจ้าของย่อมสามารถป้องกันตนเองภายในบ้านของตนได้โดยการตอบโต้ได้โดยไม่ต้องจำเป็นต้องหลบหนีแต่ประการใด แม้ปรากฏข้อเท็จจริงว่าเจ้าของบ้านดังกล่าวสามารถที่จะหลบหนีได้อย่างปลอดภัยก็ตามโดยการตอบโต้ดังกล่าวอาจทำให้ผู้บุกรุกถึงแก่ความตายได้<sup>190</sup>

เหตุผลพื้นฐานของหลักการนี้ท่าน William L. Prosser ได้กล่าวว่า เหตุผลเบื้องหลังหลักการดังกล่าว คือ ความรู้สึกเกี่ยวกับสัญชาตญาณของมนุษย์ว่าบ้านเป็นสถานที่ที่ไม่อาจล่วงละเมิดได้และเป็นสิ่งที่ไม่สมควรอย่างยิ่งที่จะยอมให้ผู้บุกรุกไล่ล่าเจ้าของบ้านที่ละห้องๆ ในบ้านของเขาเอง หลักเกณฑ์ต่างๆ ที่กล่าวมาแล้วนั้นถูกสังเคราะห์ออกมาเป็นหลักเกณฑ์ดังที่ปรากฏหลักเกณฑ์ใน Rest.2d of Torts § 65 (2)-(3)

§ 65 บัญญัติว่า<sup>191</sup> “(2) เอกสิทธิ์ในการกระทำที่ปรากฏในวรรคที่ 1 ยังคงอยู่แม้ว่าผู้กระทำเข้าใจโดยถูกต้องหรือเชื่อโดยสมเหตุสมผลว่าตนเองสามารถปลอดภัยโดยการหลีกเลี่ยงความจำเป็นอันจะทำให้ป้องกันตนเองโดย

---

Law of England” ในเล่มที่ 4 ตอนที่ 16.มาสร้างหลักเกณฑ์ดังกล่าว ซึ่งสามารถนำมาปรับใช้ได้ทั้งกฎหมายแพ่ง (ในส่วนกฎหมายละเมิด) และกฎหมายอาญา

<sup>190</sup> Fowler V. Harper, Fleming James JR, *supra* note 179, p.244.

<sup>191</sup> § 65 (2) “The privilege stated in Subsection (1) exists although the actor correctly or reasonably believes that he can safely avoid the necessity of so defending himself by

(a) retreating if he is attacked within his dwelling place, which is not also the dwelling place of the other, or

(b) permitting the other to intrude upon or dispossess him of his dwelling place, or

(c) abandoning an attempt to effect a lawful arrest.

(3) The privilege stated in Subsection (1) does not exist if the actor correctly or reasonably believes that he can with complete safety avoid the necessity of so defending himself by

(a) retreating if attacked in any place other than his dwelling place, or in a place which is also the dwelling of the other, or

(a) สามารถที่จะหนีได้หากการประทุษร้ายนั้นเกิดขึ้นภายในที่อยู่อาศัยของตัวเอง ซึ่งไม่ใช่ที่อยู่อาศัยของบุคคลอื่น หรือ

(b) การยอมให้บุคคลภายนอกเข้ามาหรือแย่งการครอบครองในที่อยู่อาศัยของตนเอง

(c) การละทิ้งโอกาสที่จะเข้าจับกุมผู้จะกระทำละเมิด

(3) เอกสิทธิในการกระทำที่ปรากฏในวรรคที่ 1 ไม่มีอยู่หากว่าผู้กระทำเข้าใจโดยถูกต้องหรือเชื่อโดยสมเหตุสมผลว่าตนเองสามารถปลอดภัยโดยการหลีกเลี่ยงความจำเป็นอันจะทำให้ป้องกันตนเองโดย

(a) สามารถที่จะหนีได้หากการประทุษร้ายนั้นเกิดขึ้นในที่อื่นนอกจากที่อยู่อาศัยของตัวเอง หรือในที่อยู่อาศัยของบุคคลอื่น

(b) ละทิ้งการใช้สิทธิใดๆหรือเอกสิทธิ์นอกเหนือจากเอกสิทธิ์ของเขาต่อการป้องกันการล่วงละเมิดหรือการแย่งการครอบครองในที่อยู่อาศัยของเขา หรือโอกาสในการเข้าจับกุมโดยชอบด้วยกฎหมาย”

การป้องกันต่อผู้ที่กระทำซึ่งมีเอกสิทธิ์ที่จะกระทำได้ (Defense against Privileged Action) โดยหลักแล้วดังกล่าวไม่สามารถกระทำป้องกันโดยการตอบโต้การกระทำดังกล่าวได้ด้วย ตัวอย่างเช่น นาย A กระทำละเมิดต่อนาย B นาย B สามารถป้องกันตนเองได้โดยใช้กำลังปิดป้องการกระทำละเมิดดังกล่าว กรณีนี้นาย A ไม่มีสิทธิปิดป้องหาก นาย B ได้ใช้กำลังพอสมควรแก่เหตุ

แต่มีข้อยกเว้นกรณีเดียว คือ เอกสิทธิในการกระทำดังกล่าวนั้นเกิดจากการสำคัญผิดอันเหตุผลอันสมควร ตัวอย่างเช่น นาย A ก่อให้นาย B เกิดความเข้าใจว่านาย A พยายามกระทำละเมิดต่อนาย B โดยการกระทำความกล่าวของนาย A ไม่ได้ตั้งใจให้เกิดเหตุสงสัยนั้นและก็ไม่มีเหตุผลที่นาย A จะต้องกระทำละเมิด ดังนั้นในขณะที่นาย B ใช้ปิดป้องกำลังที่พอสมควรปิดป้องการล่วงละเมิดของ A (ซึ่ง B เชื่อว่ามีแต่ความจริงนั้นไม่มี) นาย A สามารถใช้กำลังป้องกันตนเองเพื่อปิดป้องอันตรายจากการกระทำของ B ได้ หลักการดังกล่าวปรากฏใน Rest.2d of Torts § 72

§ 72 บัญญัติว่า<sup>192</sup>“บุคคลใดๆย่อมไม่มีเอกสิทธิ์ที่จะป้องกันเขาเองต่อการกระทำโดยใช้กำลังหรือการจำกัดซึ่งบุคคลอื่นมีเอกสิทธิ์ที่จะกระทำได้ในการที่จะล่วงละเมิดสิทธิต่อบุคคล

(b) relinquishing the exercise of any right or privilege other than his privilege to prevent intrusion upon or dispossession of the dwelling place or to effect a lawful arrest.

<sup>192</sup> § 72 “The actor is not privileged to defend himself against any force or

ดังกล่าว ยกเว้นกรณีเอกสิทธิ์ของบุคคลอื่นนั้นอยู่บนพื้นฐานของการสำคัญผิดโดยสมเหตุสมผลถึงข้อเท็จจริงอันเป็นเหตุให้ป้องกันแต่ต้องไม่ใช่เพราะเป็นความผิดของผู้กระทำการป้องกัน”

### ผลของการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย

กรณีกระทำไปโดยพอสมควรแก่เหตุและผลเกิดแก่บุคคลที่เป็นต้นเหตุแห่งการป้องกัน กรณีนี้ผู้กระทำย่อมไม่มีความผิดดังนั้นจึงไม่จำเป็นต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนแต่อย่างใด (Defendants not guilty of fault are held not liable) สำหรับกรณีกระทำไม่พอสมควรแก่เหตุหรือเกินสมควรแก่เหตุ (Unreasonable or Excessive Force) บุคคลที่ก่อให้เกิดความเสียหายดังกล่าวต้องรับผิดชอบชดใช้ค่าสินไหมทดแทนในส่วนที่ความเสียหายอันเกิดส่วนที่เกินสมควรแก่เหตุเท่านั้น

ประเด็นที่น่าสนใจคือ กรณีผลของการป้องกันเกิดแก่บุคคลภายนอก (Injury to Third Person) โดยอุบัติเหตุ (Accidentally) ผู้กระทำป้องกันนั้นจะต้องรับผิดชอบชดใช้ค่าสินไหมทดแทนหรือไม่ หลักเกณฑ์ที่นำมาปรับใช้คือ หลักเกณฑ์กระทำโดยประมาทเลินเล่อ (Negligence) หากการกระทำดังกล่าวไม่ปรากฏว่า กระทำด้วยความประมาทและได้กระทำพอสมควรตามความจำเป็นภายใต้สถานการณ์นั้นๆแล้ว ผู้กระทำการดังกล่าวไม่ต้องรับผิดชอบชดใช้ค่าสินไหมทดแทนแต่ประการใด แต่กรณีผลเกิดแก่บุคคลภายนอกนั้นสิ่งสำคัญคือต้องเกิดโดยอุบัติเหตุ แต่ถ้าเกิดโดยความจงใจ (Intentionally) ให้เกิดเหตุดังกล่าวขึ้น เช่น บุคคลที่จะป้องกันตนเองจับร่างของบุคคลอื่นเป็นโล่รับลูกปืนที่ยิงมา เป็นต้น กรณีดังกล่าวไม่สามารถอ้างได้ หากกระทำไปต้องรับผิดชอบชดใช้ค่าสินไหมทดแทน

### ข.การป้องกันบุคคลอื่น (Defense of third Person)

หลักเกณฑ์ต่างๆการป้องกันบุคคลอื่นนั้นโดยหลักนำมาจากหลักเกณฑ์การป้องกันตนเองมาปรับใช้โดยอนุโลม ประเด็นปัญหาต่อมา คือ ผู้กระทำการป้องกันต้องมีความสัมพันธ์กับผู้ได้รับการป้องกันด้วยหรือไม่นั้น ตามระบบกฎหมายจารีตประเพณีแต่เดิมนั้น กำหนดความสัมพันธ์ไว้ด้วย<sup>193</sup> เช่น ผู้เป็นหัวหน้าครอบครัวสามารถป้องกันบุคคลในครอบครัวของตนเองได้ ต่อมาได้ขยายไปถึงคนในครอบครัวคนใดก็สามารถมีสิทธิป้องกันได้ ลูกจ้างมีสิทธิที่จะป้องกัน

---

confinement which the other is privileged for any purpose to inflict upon the actor except where the other's privilege is based upon a reasonable mistake of fact not caused by the fault of the actor.”

<sup>193</sup> Henderson Jr A Jame and Pearson N. Richard, The Tort Process, 3<sup>rd</sup> ed (Boston : Little Brown and Company, 1988), p.99.

นายจ้างของตน แต่ในปัจจุบันนักกฎหมายอเมริกันปฏิเสธการจำกัดดังกล่าว โดยยอมให้บุคคลสามารถป้องกันคนแปลกหน้าคนใดก็ตามหากพบว่าจำเป็นต้องป้องกัน

สำหรับในเรื่องนี้นักกฎหมายยังมีความเห็นที่ไม่ลงรอยกันในประเด็นเรื่อง การสำคัญผิดถึงความจำเป็นที่แท้จริงในการใช้กำลังเพื่อป้องกันบุคคลอื่น

ความเห็นแรกมองประเด็นดังกล่าวว่า การที่บุคคลเข้าใช้กำลังป้องกันบุคคลภายนอกนั้นย่อมต้องรับความเสี่ยงจากการสำคัญผิดของตนเองด้วย หมายความว่า หากความจำเป็นในการป้องกันบุคคลอื่นไม่เกิดขึ้นจริง แต่เขากลับใช้กำลังเพื่อป้องกันบุคคลภายนอกไป (กล่าวอีกนัยหนึ่ง คือ ดูว่าบุคคลภายนอกที่ป้องกันมีสิทธิในการป้องกันตนเองหรือไม่) ความเสียหายที่เกิดขึ้นบุคคลที่กระทำลงไปย่อมต้องรับผิดชอบ

ความเห็นกลุ่มที่สองมองว่ากรณีดังกล่าวหากผู้กระทำได้สำคัญผิดเพราะมีเหตุผลอันควรเชื่อว่าจะต้องกระทำ ผู้นั้นไม่ต้องรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อความเสียหายที่เกิดขึ้น นักกฎหมายกลุ่มนี้ให้เหตุผลว่า เจตนาเพื่อป้องกันบุคคลอื่นนั้นของผู้กระทำ นั้นเป็นสิ่งที่ต้องนำมาพิจารณาด้วย ดังนั้นกรณีนี้จึงไม่ต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทน ความเห็นดังกล่าวได้รับการยอมรับและบัญญัติไว้ใน Rest.2d of Torts § 76

§ 76 บัญญัติว่า<sup>194</sup> “บุคคลใดๆสามารถมีเอกสิทธิ์ในการป้องกันบุคคลอื่นได้จากการล่วงละเมิดต่อร่างกายหรือชีวิตหรือการล่วงละเมิดอื่นๆอันเกิดขึ้นแก่สิทธิส่วนตนของบุคคลภายใต้องค์ประกอบและวิธีการเดียวกับการที่เขาจะใช้เอกสิทธิ์ป้องกันตนเอง หากว่าผู้กระทำเข้าใจโดยถูกต้องหรือมีเหตุอันควรเชื่อว่

- (a) ภายใต้สถานการณ์ที่ยอมให้บุคคลภายนอกมีเอกสิทธิ์ในการป้องกัน และ
- (b) การแทรกแซงเช่นนั้นเป็นสิ่งที่จำเป็นในการคุ้มครองสิทธิของบุคคลภายนอก”

---

<sup>194</sup> § 76 “The actor is privileged to defend a third person from a harmful or offensive contact or other invasion of his interests of personality under the same condition and by the same means as those under and by which he is privileged to defend himself if the actor correctly or reasonably believes that

(a) the circumstances are such as to give the third person a privilege of self-defense, and

(b) his intervention is necessary for the protection of the third person”

### ค.การป้องกันทรัพย์สิน (Defense of Property)

สิทธิในการป้องกันทรัพย์สินนั้นมีพื้นฐานความคิดเพื่อคุ้มครองสิทธิประโยชน์ของบุคคลใดๆที่จะครอบครองทรัพย์สินโดยปราศจากการรบกวนและสามารถใช้ประโยชน์จากทรัพย์สินนั้นได้ โดยการป้องกันทรัพย์สินนั้นจากการล่วงบุกรุกจะสามารถกระทำได้เฉพาะกรณีที่ไม่มีเวลาที่จะขอความช่วยเหลือจากรัฐได้เท่านั้น อีกทั้งการป้องกันทรัพย์สินก็มีขอบเขตที่จะสามารถกระทำได้ หากกระทำเกินกว่าขอบเขตนี้นับว่าก่อให้เกิดความรับผิดได้เช่นกัน

### หลักเกณฑ์ทั่วไปของการป้องกันทรัพย์สิน (Defense of Property)

บุคคลที่สามารถใช้สิทธิป้องกันทรัพย์สินนี้ คือ เจ้าของทรัพย์สินหรือบุคคลใดก็ตามที่ครอบครองทรัพย์สินนั้นอยู่ซึ่งอาจไม่ใช่เจ้าของทรัพย์สินก็ได้ เช่น คนรับใช้ (Servant) บุคคลทำความสะอาด (Janitor) ผู้ดูแล (Custodian) หรือภรรยาเจ้าของทรัพย์สิน (Wife of Owner) เป็นต้น บุคคลที่กล่าวมาแล้วจะป้องกันทรัพย์สินแทนเจ้าของทรัพย์สินได้ต้องปรากฏความจำเป็น (Apparent necessity) ถึงเหตุแห่งการป้องกันทรัพย์สินและก็เป็นเช่นเดียวกับกรณีการป้องกันตนเองสิทธิในการป้องกันทรัพย์สินนั้นไม่ได้ขึ้นอยู่กับความจำเป็นอันแท้จริงของสถานการณ์แต่หากพิจารณาว่าวิญญูชนภายใต้สถานการณ์เช่นนั้นจะกระทำอย่างไร<sup>195</sup>

ผู้เขียนพบว่านักกฎหมายอเมริกันได้กำหนดขั้นตอนของการใช้กำลังเพื่อป้องกันทรัพย์สินไว้โดยว่าหลักการว่า การใช้กำลังใดๆก็ตามเพื่อป้องกันทรัพย์สินจะเป็นการกระทำที่พอสมควรแก่เหตุได้ต่อเมื่อผู้กระทำจะได้เรียกร้องให้ผู้ล่วงละเมิดหยุดการกระทำก่อน ซึ่งหลักดังกล่าวก็มีข้อยกเว้นว่าไม่จำเป็นต้องปฏิบัติหากปรากฏว่า ผู้จะป้องกันทรัพย์สินไม่มีเวลาที่จะเรียกร้อง หรือเป็นที่แน่ชัดว่าผู้ล่วงละเมิดจะไม่ปฏิบัติตาม หลักเกณฑ์การป้องกันทรัพย์สิน ปรากฏใน Rest.2d of Torts § 77

§ 77 บัญญัติว่า<sup>196</sup> “ผู้กระทำที่ใช้เอกสิทธิ์โดยกระทำพอสมควรแก่เหตุ โดยไม่จงใจหรือโดยประการอื่นอันคล้ายคลึงกันอันจะก่อให้เกิดความตายหรืออันตรายสาหัสทั้งนี้เพื่อป้องกันหรือขจัดการล่วงละเมิดที่เกิดขึ้นแก่ที่ดินหรือสังหาริมทรัพย์ของผู้กระทำ หากว่า

<sup>195</sup> William L. Prosser, *supra* note 178, p.114.

<sup>196</sup> § 77 “An actor is privileged to use reasonable force, not intended or likely to cause death or serious bodily harm, to prevent or terminate another's intrusion upon the actor's land or chattels, if

(a) the intrusion is not privileged or the other intentionally or negligently causes the actor to believe that it is not privileged, and

(b) the actor reasonably believes that the intrusion can be prevented or

(a) การล้วงละเมิดนั้นเป็นการกระทำที่ไม่มีเอกสิทธิ์หรือการกระทำอื่น ๆ อันเกิดจากความจงใจหรือประมาทเลินเล่อเป็นผลให้ผู้กระทำเชื่อว่าการกระทำนั้นไม่มีเอกสิทธิ์ และ

(b) ผู้กระทำเข้าใจโดยสมเหตุสมผลว่าการล้วงละเมิดนั้นสามารถที่จะป้องกันหรือขจัด การล้วงละเมิดนั้นได้โดยการใช้กำลังเท่านั้น และ

(c) ผู้กระทำได้เรียกร้องให้บุคคลดังกล่าวหยุดการล้วงละเมิด แต่เขายังคงเพิกเฉยต่อข้อเรียกร้องนั้น หรือผู้จะกระทำการป้องกันเข้าใจโดยสมเหตุสมผลว่าการเรียกร้องดังกล่าวจะไร้ผล หรือความเสียหายอันแท้จริงจะเกิดขึ้นก่อนที่การเรียกร้องจะสามารถกระทำได้”

### ขอบเขตของการกระทำป้องกันทรัพย์สิน

ขอบเขตของการป้องกัน คือ ต้องกระทำโดยกำลังที่พอสมควร (Reasonableness) ซึ่งคำถามว่าเพียงใดจะเป็นการพอสมควรนั้นเป็นปัญหาข้อเท็จจริงที่คณะลูกขุน (Jury) จะเป็นผู้ตัดสิน สำหรับในประเด็นนี้ผู้เขียนพบว่านักกฎหมายอเมริกาได้วางหลักไว้อย่างชัดเจน คุณค่าของร่างกายหรือชีวิตมนุษย์นั้นมีคุณค่าเหนือกว่าสิทธิในทรัพย์สินใดๆ ดังนั้นบุคคลที่จะป้องกันทรัพย์สินของตนนั้นย่อมไม่มีสิทธิถึงขนาดที่จะใช้กำลังอันจะก่อให้เกิดอันตรายสาหัสต่อร่างกายหรือชีวิตเพื่อป้องกันการล้วงละเมิดต่อทรัพย์สินไม่ว่าจะเป็นที่ดินหรือสังหาริมทรัพย์อย่างอื่น ยกเว้นกรณีการล้วงละเมิดดังกล่าวเกิดขึ้นแก่ตัวผู้ป้องกันด้วย (กรณีดังกล่าวย่อมเป็นการป้องกันตนเอง) ดังที่ปรากฏใน Rest.2d of Torts § 79

§ 79 บัญญัติว่า<sup>197</sup> “การจงใจล้วงละเมิดต่อบุคคลอื่นอันเกิดความเสียหายต่อร่างกายหรือประการอื่นใดโดยวิธีการใดๆ ที่จงใจหรือประการอื่นใดที่คล้ายคลึงกันอันก่อให้เกิดอันตรายถึง

---

terminated only by the force used, and

(c) the actor has first requested the other to desist and the other has disregarded the request, or the actor reasonably believes that a request will be useless or that substantial harm will be done before it can be made.”

<sup>197</sup> § 79 “The intentional infliction upon another of a harmful or offensive contact or other bodily harm by a means which is intended or likely to cause death or serious bodily harm, for the purpose of preventing or terminating the other's intrusion upon the actor's possession of land or chattels, is privileged if, but only if, the actor reasonably believes that the intruder, unless expelled or excluded, is likely to cause death or serious bodily harm to the actor or to a third person whom the actor is

แก่ชีวิตหรืออันตรายสาหัสต่อร่างกาย การกระทำได้ดังกล่าวเพื่อป้องกันหรือขจัดการล่วงละเมิดของบุคคลอื่นอันเกิดขึ้นแก่การครอบครองในที่ดินหรือสังหาริมทรัพย์ของผู้กระทำ การกระทำได้ดังกล่าวอาจเป็นการกระทำที่มีเอกสิทธิ์ หากว่าผู้กระทำเชื่อโดยสมเหตุสมผลว่าผู้บุกรุกอาจทำให้ผู้กระทำ การป้องกันได้รับอันตรายถึงแก่ชีวิตหรือเกิดแก่บุคคลผู้ที่กระทำการป้องกัน”

สำหรับการป้องกันทรัพย์สินโดยใช้เครื่องมือหรือกลไกอื่นเพื่อป้องกันทรัพย์สินสามารถกระทำ ได้หรือไม่เพียงใด ในเรื่องนี้ Francis H.Bohlen และ John J.Burn<sup>198</sup> ได้อธิบายไว้ว่า การป้องกัน ทรัพย์สินสามารถใช้เครื่องมือหรือกลไกเพื่อป้องกันทรัพย์สินได้ สำหรับจะกระทำได้เพียงใดนั้น ท่าน ทั้งสองได้วางหลักไว้อย่างน่าสนใจว่า“จำเลยไม่อาจกระทำโดยอ้อมได้ในสิ่งที่ตัวเขากระทำการ โดยตรงไม่ได้ดังนั้น การใช้สิทธิป้องกันทรัพย์สินโดยใช้เครื่องมือหรือกลไกที่อาจก่อให้เกิดอันตรายได้ เท่าใดนั้นต้องไม่เกินกว่าการกระทำได้โดยตรง (The defendant may not do indirectly what he could not do directly. The privilege to protect property by dangerous mechanical device is no greater than that of defense by personal act)” ดังนั้นการใช้เหล็กดัดที่มีปลาย แหลม (Barbed wire) หรือรั้วลวดหนาม (Spiked railings) ซึ่งเป็นสิ่งที่ไม่ก่อให้เกิดอันตรายสาหัส แก่ร่างกาย ย่อมสามารถติดตั้งอุปกรณ์ดังกล่าวเพื่อป้องกันทรัพย์สินได้ ในทางตรงกันข้ามหากเป็น กรณี ปืนอัดในมิติ (spring gun) หรือเครื่องมืออย่างอื่นที่อาจทำให้ถึงแก่ชีวิต (man-killing device) โดยติดตั้งเพื่อป้องกันพวกลักเล็กขโมยน้อย (petty thief) ย่อมไม่มีสิทธิที่จะกระทำได้ ซึ่ง หลักการที่กล่าวมาแล้วนั้นถูกบัญญัติไว้ใน Rest.2d of Torts § 84 และ 85 ดังต่อไปนี้

§ 84 บัญญัติว่า<sup>199</sup>“ผู้กระทำการป้องกันมีเอกสิทธิ์ที่จะกระทำการได้ โดยการกระทำ ดังกล่าวมิจุดประสงค์เพื่อเป็นการป้องกันการครอบครองในที่ดินหรือสังหาริมทรัพย์จากการล่วง

---

privileged to protect.”

<sup>198</sup> Francis H.Bohlen and John J.Burn, “The Privilege to protect property by dangerous barriers and mechanical device, ”Yale Law Journey, 525, Vol.35, p.527 (March 1926)

<sup>199</sup> § 84 “The actor is so far privileged to employ, for the purpose of protecting his possession of land or chattels from intrusion, a device not intended or likely to cause death or serious bodily harm that he is not liable for bodily harm done thereby to a deliberate intruder, if

(a) the use of such a device is reasonably necessary to protect the land or

ละเมิดใดๆ โดยอุปกรณ์หรือเครื่องมือใดๆซึ่งไม่ก่อให้เกิดอันตรายถึงแก่ชีวิตหรืออันตรายสาหัสแก่ร่างกาย บุคคลดังกล่าวย่อมไม่ต้องรับผิดในอันตรายต่อร่างกายที่ได้กระทำไปต่อผู้ล่วงละเมิด หากด้วยเหตุดังต่อไปนี้

(a) การใช้อุปกรณ์หรือเครื่องมือใดๆ ที่จำเป็นตามสมควรเพื่อป้องกันที่ดินหรืออสังหาริมทรัพย์จากการล่วงละเมิดและ

(b) การใช้อุปกรณ์ตามธรรมดาที่เหมาะสมภายใต้สถานการณ์ดังกล่าว

(c) อุปกรณ์ดังกล่าวต้องเป็นสิ่งที่ใช้การเพื่อการป้องกัน หรือการจัดการโดยระมัดระวังอย่างสมเหตุสมผลเพื่อให้ผู้บุกรุกรู้ถึงการป้องกันดังกล่าว”

§ 85 บัญญัติว่า<sup>200</sup> “ผู้กระทำมีสิทธิที่จะใช้อุปกรณ์ซึ่งก่อให้เกิดหรืออาจก่อให้เกิดความตายหรืออันตรายสาหัสต่อร่างกายโดยมีจุดประสงค์เพื่อป้องกันที่ดินหรืออสังหาริมทรัพย์จากการล่วงละเมิด บุคคลดังกล่าวย่อมไม่ต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนในความเสียหายดังกล่าว หากว่าถ้าผู้กระทำอยู่ในเหตุการณ์นั้นและสามารถกระทำการดังกล่าวเพื่อป้องกันทรัพย์สินได้”

#### ผลของการกระทำป้องกันทรัพย์สิน

ผลของการป้องกันทรัพย์สินนั้นคล้ายคลึงกับกรณีของการป้องกันตนเองดังที่กล่าวมาแล้ว คือ หากการป้องกันดังกล่าวเป็นการกระทำที่พอสมควร บุคคลผู้กระทำย่อมไม่ต้องรับผิดชดใช้ค่าสินไหมทดแทนแก่ผู้ได้รับความเสียหาย แต่ในทางกลับกันหากกระทำเกินกว่าเหตุผู้ป้องกันทรัพย์สินย่อมต้องรับผิดชดใช้ค่าสินไหมทดแทนในส่วนที่เกินกว่าเหตุนั้น คดีตัวอย่างของการป้องกันทรัพย์สินที่สำคัญที่ได้วินิจฉัยโดยอาศัยหลักเกณฑ์ดังที่ได้กล่าวมาแล้ว คือ

---

chattels from intrusion, and

(b) the use of the particular device is reasonable under the circumstances, and

(c) the device is one customarily used for such a purpose, or reasonable care is taken to make its use known to probable intruders.”

<sup>200</sup> § 85 “The actor is so far privileged to use a device intended or likely to cause serious bodily harm or death for the purpose of protecting his land or chattels from intrusion that he is not liable for the serious bodily harm or death thereby caused to an intruder whose intrusion is, in fact, such that the actor, were he present, would be privileged to prevent or terminate it by the intentional infliction of such harm”.

คดี Katko Vs Briney<sup>201</sup>

ข้อเท็จจริงในคดีนี้ โจทก์ได้ฟ้องจำเลยให้ชดเชยค่าสินไหมทดแทนในความเสียหายที่จำเลยทำให้โจทก์ได้รับบาดเจ็บสาหัสแก่ร่างกายจากปืนอัตโนมัติ ซึ่งป็นดั่งกล่าวจำเลยนั้นได้ติดตั้งไว้ในบ้านในไร่ของจำเลย โดยที่จำเลยมิได้อาศัยในบ้านหลังดังกล่าวแล้ว ทั้งนี้โจทก์และพวกได้บุกรุกเข้าไปในบ้านเพื่อประสงค์จะขโมยข้าวและที่ใส่ผลไม้ ในศาลชั้นต้นคณะลูกขุนได้ตัดสินให้โจทก์ชนะและให้จำเลยจ่ายค่าสินไหมทดแทนในความเสียหายตามความเป็นจริง 20,000 \$ และค่าเสียหายเชิงลงโทษ 10,000 \$

จำเลยได้อุทธรณ์คำพิพากษา ข้อเท็จจริงปรากฏในศาลสูงว่า ในปีที่ผ่านมาจำเลยได้ตีไม้กระดานปิดประตูและหน้าต่างเพื่อป้องกันการบุกรุก พร้อมทั้งติดป้าย “ห้ามบุกรุก (NO TRESPASS)” บนที่ดินมาเป็นเวลาหลายปีก่อนที่จะเกิดเหตุ ต่อมาในวันที่ 11 ค.ศ. 1967 นั้น จำเลยได้ติดตั้งปืนอัตโนมัติ (Spring Gun) ในห้องนอนที่อยู่ทางทิศเหนือ ทั้งนี้จำเลยตระหนักถึงความร้ายแรงของปืนดังกล่าว แต่ที่จำเลยกระทำไปนั้นก็เพื่อป้องกัน เตียนนอนเหล็ก โดยติดตั้งให้ลากล้องปืนหันเข้าหาประตูห้องโดยตั้งกลไกให้ปืนยิงออกเมื่อเปิดประตูห้องเข้ามา โดยแต่เดิมจำเลยได้ติดตั้งให้ปืนเล็งไปถึงห้องของผู้บุกรุก แต่ภรรยาจำเลยได้หักท้วงจำเลยจึงเปลี่ยนเป็นการเล็งที่ขาแทน จำเลยได้อธิบายว่า การที่จำเลยทำไปนั้นเพราะเขาโมโหและเหนื่อยหน่ายกับการรบกวนดังกล่าว (การขโมย) แต่เขาไม่ได้ตั้งใจทำร้ายใคร ข้อเท็จจริงปรากฏต่อศาลอีกว่า ปืนดังกล่าวไม่สามารถเห็นได้จากข้างนอก และ ไม่มีการเตือนถึงเรื่องดังกล่าวแต่อย่างใด เมื่อโจทก์ได้เข้ามาบ้านดังกล่าวโดยการรัศกระดานที่ปิดหน้าต่างบานหนึ่งออก และได้เข้าไปในบ้าน โดยได้เปิดเข้าไปในห้องนอนดังกล่าวทำให้ปืนยิงเข้าถูกบริเวณขาขวาของโจทก์ ทำให้โจทก์คลานออกไปที่รถมอเตอร์ไซด์ของตนและขับไปที่โรงพยาบาล ปรากฏว่าโจทก์เข้ารับการรักษา 40 วัน ผลการรักษาปรากฏว่าโจทก์ต้องทุพพลภาพถาวร เนื่องจากมีบาดแผลร้ายแรงและต้องตัดส่วนหนึ่งของขาออก

ศาลในคดีนี้เห็นว่า เจ้าของสถานที่ไม่สามารถที่จะกระทำอันจงใจหรือเจตนาทำให้ผู้บุกรุกบาดเจ็บโดยวิธีการที่อาจจะเป็นการเอาชีวิตรหัสหรือก่อให้เกิดอันตรายสาหัสแก่ร่างกาย เพราะฉะนั้นบุคคลที่เป็นเจ้าของสถานที่ย่อมไม่สามารถที่จะติดตั้ง ปืนอัตโนมัติ หรือกลไกที่มีอันตรายอันอาจจะเป็นการเอาชีวิตรหัสหรือก่อให้เกิดอันตรายสาหัสต่อร่างกายได้ เพื่อประสงค์จะทำอันตรายแก่ผู้บุกรุก แม้ข้อเท็จจริงจะปรากฏว่าผู้บุกรุกจะเข้ามาโดยละเมิดต่อกฎหมายก็ตามก็ไม่

<sup>201</sup> Katko V Briney 183 N.W.2d 657;1971 Iowa Supremecourt.1971.183N.W.2d

สามารถเปลี่ยนหลักการข้างต้นได้ อย่างไรก็ตามผู้พิพากษาได้มองว่า การติดตั้งปืนอัตโนมัตินั้นสามารถจะใช้ได้ในกรณีที่ผู้บุกรุกกระทำความผิดที่ร้ายแรง (Felony) ที่อาจถูกลงโทษโดยการประหารชีวิต หรือ กรณีที่ผู้บุกรุกจะก่อให้เกิดภัยอันตรายแก่ชีวิตมนุษย์ ดังนั้นเมื่อศึกษาและพิจารณาอย่างรอบคอบในข้อโต้แย้งของจำเลยแล้ว ข้อโต้แย้งฟังไม่ขึ้น ศาลตัดสินยืนตามคำพิพากษาศาลล่าง

นอกจากการป้องกันทรัพย์สิน (Defense of property) ดังที่กล่าวมาแล้ว ระบบกฎหมายสหรัฐได้ยอมรับการป้องกันทรัพย์สินยังมีรูปแบบอื่นๆอีกซึ่งมีดังต่อไปนี้

กรณีการติดตามทรัพย์สินของตน (Recaption of chattels) เมื่อบุคคลใดถูกแย่งเอาสิ่งหาทรัพย์สิน (dispossession of his chattels) ของตนไปโดยมิชอบ เจ้าของทรัพย์สินมีสิทธิที่จะพาลับคืนมาได้ โดยหลักกฎหมายดังกล่าวพัฒนาเนื่องจากความจำเป็นในการเยียวยาที่รวดเร็วและมีประสิทธิภาพเนื่องจากกระบวนการของกฎหมายตามปกติจะช้าและค่อนข้างยุ่งยาก แต่อย่างไรก็ตามการกระทำดังกล่าวอาจก่อให้เกิดความวุ่นวายในสังคม ดังนั้นกฎหมายจึงกำหนดขอบเขตไว้ กล่าวคือ ทรัพย์สินดังกล่าวต้องถูกแย่งการครอบครองโดยมิชอบด้วยกฎหมาย รวมทั้งกรณีการเอาทรัพย์สินนั้นไปโดยการฉ้อฉล (Fraud) หากจำเป็นก็อาจใช้กำลังได้พอสมควรแก่เหตุกฎหมายยอมรับให้กระทำได้แต่ทั้งนี้ต้องไม่ก่อให้เกิดอันตรายสาหัสต่อร่างกายหรือถึงแก่ชีวิต

นอกจากนั้น การป้องกันทรัพย์สินนี้ยังหมายความรวมถึง การควบคุมตัวบุคคลไว้เพื่อตรวจสอบ (Temporary Detention for investigation) เช่น กรณีเจ้าของร้านขายสินค้าหากเขามีเหตุอันควรเชื่อได้ว่า ลูกค้าคนหนึ่งลักสินค้าของเขาไปโดยไม่มีการจ่ายเงิน กรณีนี้เจ้าของร้านมีทางเลือกสองทางคือ ทางหนึ่งปล่อยลูกค้านั้นไปพร้อมกับสินค้าของตนเองทั้งที่ไม่ได้จ่ายเงิน กับอีกทางหนึ่งควบคุมตัวลูกค้านั้นเพื่อตรวจสอบ โดยต้องกระทำพอสมควรแก่เหตุและภายในระยะเวลาอันสั้น แต่แม้กฎหมายสหรัฐให้อำนาจเข้าควบคุมตัวได้ แต่ทั้งนี้เจ้าของร้านก็ต้องยอมรับความเสี่ยงภัยหากลูกค้านั้นไม่ได้กระทำจริงๆ เจ้าของร้านก็ต้องรับผิดชอบแม้การเข้าใจผิดนั้นจะเกิดจากการเข้าใจผิดโดยสุจริตก็ตาม

การกลับเข้าไปครอบครองที่ดิน (Forcible entry on land) หลักกฎหมายในกรณีนี้ระบบกฎหมายสหรัฐอเมริกานำมาจากระบบกฎหมายจารีตประเพณีอังกฤษ กล่าวคือ เมื่อบุคคลใดเข้ามาแย่งที่ดินซึ่งเราครอบครองอยู่ เรามีสิทธิเข้าไปยึดครองได้ดังเดิม ถ้าเป็นการกระทำได้โดยสงบปราศจากการใช้กำลัง การป้องกันทรัพย์สิน ในกรณีนี้ยังเป็นที่ถกเถียงกันอยู่ว่าทำได้หรือไม่อย่างไร

### 2.2.2.2 การกระทำโดยความจำเป็น (Necessity)

การกระทำโดยความจำเป็น หมายถึง บุคคลใด ๆ กระทำการเพื่อป้องกันภัยอันตรายอันก่อให้เกิดความเสียหายอันมาจากเหตุธรรมชาติหรือเหตุอื่น ๆ ที่ไม่เกี่ยวข้องกับการกระทำของโจทก์ อันเป็นสิ่งที่ทำให้การกระทำโดยความจำเป็นแตกต่างกับการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย เพราะการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย เป็นการกระทำเพื่อต่อต้านภัยอันตรายที่ก่อโดยโจทก์ แต่การกระทำโดยความจำเป็นก่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลที่ไม่เกี่ยวข้องทั้งนี้เพื่อประสงค์จะหลีกเลี่ยงจากภัยอันตรายจากเหตุอื่น ทั้งนี้การกระทำโดยความจำเป็นของโจทก์ก็เพื่อจะรักษาประโยชน์ที่มากกว่า อย่างไรก็ตามเอกสิทธิ์ของโจทก์ก็อาจมีข้อจำกัดได้ในบางกรณี<sup>202</sup>

หลักเกณฑ์พื้นฐานของการกระทำโดยความจำเป็นนั้นระบบกฎหมายสหรัฐอเมริกาได้รับเอาแนวความคิดพื้นฐานมาจากระบบกฎหมายอังกฤษ กล่าวคือ ระบบกฎหมายสหรัฐอเมริกาแบ่งการกระทำโดยความจำเป็น (Necessity) ออกเป็น 2 ลักษณะ กล่าวคือ

#### การกระทำโดยความจำเป็นเพื่อประโยชน์สาธารณะ (Public Necessity)

การกระทำป้องกันภัยอันตราย โดยการกระทำโดยความจำเป็นนี้อาจมีหลากหลาย เช่น การเข้าไปในที่ดินของผู้อื่นเพื่อใช้ประโยชน์ ใช้สังหาริมทรัพย์ของผู้อื่นอันอาจทำให้ทรัพย์ดังกล่าวเสียหาย หรือแม้กระทั่งการทำลายทรัพย์นั้น แต่ทั้งนี้การกระทำดังกล่าวต้องเป็นไปเพื่อป้องกันภัยอันตราย โดยภัยอันตรายในที่นี้ หมายถึง ภัยอันตรายอันเกิดแก่สังคม ชุมชน หรือบุคคลจำนวนมาก และเป็นเรื่องเกี่ยวกับผลประโยชน์ของสาธารณะ (Public interest) ตัวอย่างภัยอันตรายดังกล่าวก็เช่น อัคคีภัยครั้งใหญ่ในเมือง (Conflagration) ไข้หวัดที่ไล่กัดประชาชนบนถนนสาธารณะ การระบาดของโรคติดต่ออันร้ายแรง (Pestilence) เป็นต้น สำหรับหลักเกณฑ์ในเรื่องนี้ The Restatement of the Law of Tort (Second) ได้วางหลักไว้ใน

§ 196 บัญญัติว่า<sup>203</sup> “เอกสิทธิ์อย่างหนึ่งที่สามารถเข้าไปในที่ดินซึ่งผู้อื่นครอบครองอยู่สามารถกระทำได้ หากว่าผู้กระทำการเชื่ออย่างสมเหตุสมผลว่ามันเป็นการอันจำเป็นเพื่อประสงค์ที่จะหลีกเลี่ยงภัยอันตรายสาธารณะอันใกล้จะถึง”

เอกสิทธิ์ของการกระทำโดยความจำเป็นในเรื่องนี้ ผู้กระทำสามารถทำลายหรือเข้าไปในที่อยู่อาศัยหรือสิ่งปลูกสร้างอย่างอื่นไม่ว่าจะเป็นรั้วกำแพงหรือสถานที่ส่วนบุคคลใดๆ

<sup>202</sup> William L. Prosser, *supra* note 178, p.125.

<sup>203</sup> § 196 “One is privileged to enter land in the possession of another if it is, or if the actor reasonably believes it to be, necessary for the purpose of averting an imminent public disaster”

นอกจากนั้นยังหมายรวมถึงการนำสิ่งซึ่งเป็นอันตรายออกไปจากพื้นที่ การปรับพื้นดินโดยการขุดเป็นคู การสร้างหรือทำลายเขื่อนกั้นน้ำหรือการกระทำอย่างอื่นบนที่ดินที่จำเป็นตามสมควร แม้กระทั่งเขาอาจที่จะใช้กำลังที่พอสมควรแก่เหตุต่อบุคคลใดๆ หากปรากฏว่าเป็นการชอบด้วยเหตุผลที่ผู้กระทำจำเป็นที่จะต้องทำเพื่อสามารถใช้เอกสิทธิ์ให้บรรลุผลได้<sup>204</sup>

ผู้ที่สามารถใช้เอกสิทธิ์ในเรื่องนี้ได้กำหนดให้ บุคคลธรรมดา (Private person) ก็สามารถกระทำได้หากเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐ (Public official) ย่อมสามารถกระทำได้เช่นกันแต่ต้องไปพิจารณาถึงกฎหมายเฉพาะที่ให้อำนาจซึ่ง Rest.2d of Torts มีบัญญัติไว้ใน § 211 แต่หากเจ้าหน้าที่รัฐไม่สามารถใช้อำนาจตามกฎหมายเฉพาะนั้นได้เนื่องจากไม่เข้าเงื่อนไขที่กฎหมายให้อำนาจไว้ เจ้าหน้าที่รัฐคนนั้นอาจใช้สิทธิได้หลักเกณฑ์นี้ได้<sup>205</sup>

ขอบเขตการใช้เอกสิทธิ์ในกรณีนี้ ผู้กระทำต้องกระทำในวิธีการที่พอสมควรแก่เหตุ (reasonable manner) ผู้กระทำการต้องใช้ความระมัดระวังที่พอสมควรที่จะหลีกเลี่ยงการกระทำที่ไม่จำเป็นอันก่อให้เกิดความเสียหายแก่ทรัพย์สินหรือบุคคล อย่างไรก็ตามความแรงด่วนของกรณีจะถูกนำมาพิจารณาการกระทำด้วย หากกรณีเกิดภัยอันตรายขึ้นมาเจ้าหน้าที่รัฐได้เข้ามาควบคุมสถานการณ์แล้ว การที่บุคคลธรรมดาบุคคลใดบุคคลหนึ่งได้ใช้เอกสิทธิ์โดยการริเริ่มของตัวเองโดยปรกติแล้วย่อมเป็นการกระทำที่ไม่พอสมควรแก่เหตุไม่สามารถอ้างเอกสิทธิ์นี้ได้ แต่บุคคลดังกล่าวอาจอ้างเอกสิทธิ์ได้หากไม่มีเจ้าหน้าที่ของรัฐเข้ามาควบคุมสถานการณ์หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐซึ่งมีหน้าที่ในเรื่องดังกล่าวได้ปฏิเสธที่จะเข้ามาจัดการโดยไม่มีเหตุอันสมควร กรณีการกระทำบุคคลธรรมดาเพื่อที่จะหลีกเลี่ยงภัยอันตรายอันเกิดแก่สาธารณะย่อมเป็นการกระทำที่พอสมควรแก่เหตุ<sup>206</sup>

ผลของการกระทำโดยความจำเป็นเพื่อประโยชน์ของสาธารณะ โดยหลักแล้วหากกระทำโดยพอสมควรแก่เหตุ ผู้กระทำย่อมไม่ต้องรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนแก่ผู้เสียหายแต่อย่างใด

<sup>204</sup> Restatement of the Law of Tort (Second) § 196 cmt.b,f (1965).

<sup>205</sup> Restatement of the Law of Tort (Second) § 196 cmt.c (1965).

<sup>206</sup> Restatement of the Law of Tort (Second) § 196 cmt.e (1965).

คดี Surocco Vs Geary<sup>207</sup>

ข้อเท็จจริงในคดีนี้มีอยู่ว่า โจทก์ฟ้องจำเลยคือ นาย Geary เป็นเจ้าหน้าที่ของ มลรัฐ San Francisco ได้เข้าไปทำลายสิ่งปลูกสร้างของโจทก์ โดยจำเลยได้อ้างว่าการกระทำของจำเลยก็เพื่อระงับเพลิงไหม้ครั้งใหญ่ ในการพิจารณาคดีปรากฏข้อเท็จจริงว่าเกิดเพลิงไหม้ครั้งใหญ่จริง และสิ่งปลูกสร้างที่อยู่ก่อนสิ่งปลูกสร้างของจำเลยได้ถูกเพลิงเผาไหม้แล้ว ประเด็นหลักที่ศาลพิจารณาคือ การที่บุคคลใดได้เข้าไปรื้อถอนหรือทำลายบ้านของผู้อื่นด้วยเจตนาสุจริต (in Good Faith) เพื่อประสงค์จะรักษา สิ่งปลูกสร้างที่อยู่ใกล้เคียงและหยุดยั้งการลุกลามของเพลิง ภายใต้อสถานการณ์ที่จำเป็นอันเนื่องมาจากเหตุเพลิงไหม้ครั้งใหญ่ กรณีเช่นนี้ผู้กระทำความผิดต้องรับผิดชอบเป็นส่วนตัวหรือไม่

ในคดีนี้ศาลได้ยอมรับหลักการ การกระทำโดยความจำเป็น โดยอ้างอิงมาจากหลักกฎหมายจารีตประเพณีที่ได้วางหลักกันมาแต่เดิมไม่ว่าเป็นคดี Mouse Case หรือ อีกทั้งศาลยังอธิบายว่าเรื่องดังกล่าวอยู่บนหลักการ “ความจำเป็นก่อให้เกิดเอกสิทธิ์แก่เอกชน (Necessitas inducit privilegium quod jura privata)” ดังนั้นเมื่อปรากฏข้อเท็จจริงถึงความจำเป็น จำเลยจึงสามารถกระทำได้ ประเด็นปัญหาต่อมา คือ ใครเป็นผู้ตัดสิน ความจำเป็นที่จะต้องทำลายทรัพย์สิน ในกรณีนี้เป็นเรื่องยากที่จะยุติได้ เพราะเป็นเรื่องที่เกี่ยวกับผลประโยชน์ และบุคคลใดย่อมหวังที่จะรักษาทรัพย์สินของตนมากกว่าทรัพย์สินของบุคคลอื่นเสมอ ซึ่งในทุกกรณีของการกระทำโดยความจำเป็นคนที่ตัดสินใจยอมเป็นผู้กระทำการ แต่อย่างไรหากการทำลายสิ่งปลูกสร้างดังกล่าวปราศจากความจำเป็นอันแท้จริงแล้ว ก็ย่อมไม่เป็นที่สงสัยเลยว่าการกระทำดังกล่าวเป็นละเมิด ผู้กระทำความผิดต้องรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทน แต่คดีนี้ศาลพิจารณาแล้วเห็นว่าการเข้าทำลายบ้านของจำเลยนั้นเป็นสิ่งที่จำเป็นต้องกระทำ ดังนั้นจำเลยจึงไม่ต้องรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทน

คดี Wegner Vs. Milwaukee Mutual Ins. Co.<sup>208</sup>

ข้อเท็จจริงในคดีนี้ ผู้ต้องสงสัยซึ่งกระทำความผิดแรงร้ายได้เข้าไปหลบซ่อนในบ้านของโจทก์ คือ นาย Wegner เจ้าหน้าที่ตำรวจนครบาลได้ใช้แก๊สน้ำตาเข้าเข้าไปในบ้านดังกล่าวก่อนการกระทำเช่นนั้นก่อให้เกิดความเสียหายอย่างมากแก่บ้านของโจทก์ ดังนั้นโจทก์จึงได้ฟ้องต่อศาล

<sup>207</sup> Surocco Vs Geary 3 Cal.69, 58 Am.Dec. 385 (1853)

<sup>208</sup> Wegner Vs. Milwaukee Mutual Ins, Co. 479 N.W.2d 38 (Minn. 1991)

ให้รัฐ<sup>209</sup> ให้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนในความเสียหายที่เกิดขึ้น รัฐได้ต่อสู้ว่าการกระทำของตำรวจเป็นการชอบด้วยกฎหมายเนื่องจากใช้อำนาจตามกฎหมาย คดีดังกล่าวศาลได้ตัดสินว่า รัฐไม่ต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนแก่โจทก์ จากหลักการ การกระทำความจำเป็นเพื่อประโยชน์สาธารณะ (Public Necessity) ดังนั้นโจทก์นาย Wegner จึงได้อุทธรณ์คดีดังกล่าวขึ้นสู่ศาลสูงสุดของมลรัฐ

ศาลสูงได้พิจารณาประเด็นที่ว่า รัฐต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่โจทก์ซึ่งเป็นเจ้าของบ้านหรือไม่ คดีนี้ผู้พิพากษาได้ตัดสินว่า รัฐต้องจ่ายค่าสินไหมทดแทนต่อเจ้าของบ้านภายใต้รัฐธรรมนูญแห่งมลรัฐมิเนโซต้าว่า การนำทรัพย์สินของเอกชนไปใช้เพื่อประโยชน์สาธารณะ ไม่ว่าการกระทำของตำรวจจะพอสมควรแก่เหตุหรือไม่ก็ตาม โดยกล่าวว่าเพื่อความเป็นธรรมและความยุติธรรมแก่ผู้ที่ต้องเสียหายเพื่อความเสียหายที่โจทก์ต้องเสียหายเพื่อส่วนรวม แต่ทั้งนี้เจ้าหน้าที่ตำรวจก็ต้องรับผิดชอบโดยส่วนตัวแต่อย่างใด รัฐเป็นผู้จ่ายค่าสินไหมทดแทนดังกล่าว

#### การกระทำโดยความจำเป็นเพื่อประโยชน์ของเอกชน (Private Necessity)

§ 197 บัญญัติว่า<sup>210</sup> “เอกสิทธิ์อย่างหนึ่งเข้าไปหรืออยู่บนที่ดินซึ่งผู้อื่นครอบครองอยู่ ย่อมกระทำได้อหากมีเหตุผลอันสมควรปรากฏความจำเป็นที่จะต้องป้องกันความเสียหายอย่างร้ายแรงต่อ

(a) ผู้กระทำ ที่ดินหรือสิ่งหาริมทรัพย์ของตัวผู้กระทำ หรือ

---

<sup>209</sup> โจทก์ฟ้องโดยอ้างว่า จำเลย (รัฐ) ได้นำทรัพย์สินของโจทก์ไปใช้เพื่อประโยชน์ของสาธารณะดังนั้นจำเลยต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนแก่โจทก์

<sup>210</sup> § 197 “(1) One is privileged to enter or remain on land in the possession of another if it is or reasonably appears to be necessary to prevent serious harm to

(a) the actor, or his land or chattels, or

(b) the other or a third person, or the land or chattels of either, unless the actor knows or has reason to know that the one for whose benefit he enters is unwilling that he shall take such action.

(2) Where the entry is for the benefit of the actor or a third person, he is subject to liability for any harm done in the exercise of the privilege stated in Subsection (1) to any legally protected interest of the possessor in the land or connected with it, except where the threat of harm to avert which the entry is made is caused by the tortious conduct or contributory negligence of the possessor.”

(b) บุคคลภายนอกหรือที่ดินหรือสิ่งหามทรัพย์ของเขา ยกเว้นกรณีที่เขากระทำหรือมีเหตุที่จะรู้ได้ว่าบุคคลซึ่งเป็นผู้ได้รับประโยชน์จากการกระทำของเขา ไม่ต้องการให้กระทำการดังกล่าว

ในกรณีเข้าไปเพื่อประโยชน์ของตนเองหรือบุคคลอื่น บุคคลที่กระทำการย่อมต้องรับผิดชอบสำหรับความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการกระทำที่ใช้เอกสิทธิ์ตาม § 197(1) ต่อสิทธิที่ได้รับควบคุมครองตามกฎหมายของผู้ครอบครองที่ดินหรือสิ่งอื่นที่เกี่ยวข้อง ยกเว้นกรณียกเว้นตราอยู่ที่หลีกเลี่ยงจะเกิดจากการกระทำละเมิดหรือผู้ครอบครองจะมีส่วนผิดอยู่ด้วย”

คดี Ploof Vs Putnam<sup>211</sup>

ข้อเท็จจริงในคดีนี้มีอยู่ว่า ในวันที่ 13 พฤศจิกายน ค.ศ.1904 นั้น จำเลยซึ่งเป็นเจ้าของเกาะแห่งหนึ่งในทะเลสาบ Champlain และยังมีท่าเทียบเรือบนเกาะดังกล่าวด้วย ซึ่งอยู่ในความดูแลของลูกจ้างของจำเลย ส่วนโจทก์นั้นเป็นเจ้าของเรือ (Sloop) ซึ่งเดินเรืออยู่ในทะเลสาบนั้น ในช่วงเกิดเหตุโจทก์และภริยาพร้อมกับบุตรอีกสองคนได้อยู่บนเรือลำดังกล่าวปรากฏว่า เกิดพายุที่รุนแรงผ่านเข้ามาอย่างกะทันหัน จนอาจทำให้ตัวโจทก์และครอบครัวรวมทั้งเรือและทรัพย์สินบนเรืออยู่ในอันตรายได้ โจทก์จึงตัดสินใจบังคับเรือให้เข้าเทียบท่าของจำเลยเพื่อหลีกเลี่ยงอันตรายนั้น แต่จำเลยโดยลูกจ้างของจำเลยได้ขัดขวางไม่ให้เรือของโจทก์เทียบตาดังกล่าวได้ สุดท้ายด้วยความรุนแรงของพายุทำให้เรือของโจทก์เกยตื้น โจทก์ ภริยาโจทก์และลูกทั้งสองได้รับบาดเจ็บ และทรัพย์สินของโจทก์เสียหายดังนั้น โจทก์จึงฟ้องจำเลยให้รับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทน ศาลตัดสินให้โจทก์ชนะคดี

คดีดังกล่าวขึ้นไปสู่ศาลสูงสุดของมลรัฐ Vermont โดยเริ่มแรกศาลได้กล่าวถึง หลักการความจำเป็น (Doctrine of Necessity) นั้นมาปรับใช้กับการใช้กำลังเพื่อคุ้มครองชีวิตของมนุษย์ หากบุคคลหนึ่งถูกประทุษร้ายและตกอยู่ในอันตรายต่อชีวิต เขาอาจจะวิ่งหนีเข้าไปในที่ดินของผู้อื่นเพื่อหนีจากการประทุษร้าย หรือบุคคลใดอาจทำลายทรัพย์สินของบุคคลอื่นเพื่อรักษาชีวิตของเขาให้ปลอดภัยได้ จากข้อเท็จจริงในคดีนี้ปรากฏถึงความจำเป็นอันเกิดจากอันตรายของพายุที่พัดมาอย่างรุนแรง จำเลยไม่สามารถปฏิเสธถึงความจำเป็นของโจทก์ที่ต้องนำเรือเข้ามาเทียบท่าเรือของจำเลย ทั้งนี้เพื่อรักษาเรือของครอบครัวของโจทก์ที่อยู่บนเรือได้ ศาลจึงพิพากษายืนให้โจทก์ชนะคดี

<sup>211</sup> Ploof Vs Putnam 81 Vt.471, 71 A. 188.

คดี Vincent Vs Lake Erie Transportation Co.<sup>212</sup>

ข้อเท็จจริงในคดีนี้มีอยู่ว่าเรือชื่อว่า Reynolds ซึ่งเป็นของจำเลยแล่นเข้ามาที่ท่าเรือของโจทก์ที่เมือง Duluth ในวันที่ 27 พฤศจิกายน ค.ศ. 1905 เพื่อเข้ามาขนถ่ายสินค้า ขณะที่กำลังขนถ่ายกันอยู่นั้นมีพายุได้ก่อตัวขึ้นทางเหนือ โดยเวลาประมาณ สี่ทุ่ม การขนถ่ายสินค้าได้เสร็จสิ้นลงปรากฏว่าพายุดังกล่าวได้ทวีความรุนแรงขึ้นมาก ดังนั้นเรือดังกล่าวจึงไม่ออกจากท่าจนกว่าพายุดังกล่าวจะได้สงบลง โดยลูกเรือได้ใช้เชือกยึดเรือไว้กับท่าเรือของโจทก์ แต่เนื่องจากความรุนแรงของพายุทำให้เรือกระแทกกับท่าเรือของโจทก์ทำให้ท่าเรือของโจทก์เกิดความเสียหาย ดังนั้นโจทก์จึงมาฟ้องเรียกค่าเสียหายจากจำเลย ศาลได้ตัดสินให้จำเลยชดเชยค่าสินไหมทดแทนจำนวน \$ 500 จำเลยอุทธรณ์

คดีดังกล่าวขึ้นไปศาลสูงได้ตัดสินว่า ยืนตามคำพิพากษาของศาลชั้นต้น โดยศาลได้ให้เหตุผลไว้ การกระทำโดยความจำเป็น โดยการนำทรัพย์สินของบุคคลหนึ่งไปใช้หรือก่อให้เกิดความเสียหายแก่ทรัพย์สินใดๆ เพื่อประโยชน์ของเอกชน (Private Necessity) จำเป็นต้องจ่ายค่าทดแทนตามข้อเท็จจริงในคดี หากเรือ Reynolds ได้แล่นเข้ามาที่บริเวณท่าเรือเมื่อพายุเริ่มก่อตัวและด้วยแรงของพายุดังกล่าวทำให้เรือชนกับท่าเรือของโจทก์กรณีเป็นการกระทำโดยธรรมชาติ (Force of Nature) กรณีนี้โจทก์ย่อมไม่มีสิทธิได้รับค่าทดแทน แต่ข้อเท็จจริงในคดีนี้ จำเลยได้เข้ามาแล้วเกิดพายุ ดังนั้นจำเลยจึงผูกเชือกยึดเรือไว้กับท่าเรือโจทก์ หากไม่กระทำเช่นนั้นเรือย่อมได้รับความเสียหายจากความรุนแรงของพายุ กรณีจึงเป็นการหลีกเลี่ยงความเสียหายอันอาจเกิดแก่เรือจำเลยโดยถ่ายทอด (Deliberately) ไปที่ท่าเรือซึ่งเป็นทรัพย์สินของโจทก์แทน แม้ว่าการกระทำดังกล่าวจะเหมาะสมกับสถานการณ์ จำเลยก็ต้องชดเชยค่าทดแทนแก่โจทก์

### 2.2.2.3 การช่วยตนเอง (Self-Help)

การช่วยตนเอง (Self-help) นั้นในระบบกฎหมายสหรัฐอเมริกา นั้น ผู้เขียนพบว่าในประเด็นนี้นักกฎหมายอเมริกันไม่ค่อยนิยมแยกหลักกฎหมายดังกล่าวออกมาเป็นหลักเกณฑ์อย่างชัดเจนเช่นเดียวกับระบบกฎหมายอังกฤษ บางครั้งผู้เขียนพบว่านักกฎหมายอเมริกาอาจรวมการกระทำที่เป็นการช่วยตนเองเข้ากับการกระทำความผิดอื่นเช่น การป้องกันทรัพย์สิน หลักกฎหมายในเรื่องการช่วยตนเองนั้นผู้เขียนจึงสรุปมาดังต่อไปนี้

<sup>212</sup> Vincent Vs Lake Erie Transportation Co. 109 Minn. 456, 124 N.W.221 (1910)

### ก.การเข้าระงับนิวแซนซ์ (Abatement of Nuisance)

การระงับนิวแซนซ์นั้นเป็นรูปแบบหนึ่งของการช่วยตนเอง หมายถึง การระงับ โดยสิทธิ ดังกล่าวเป็นสิทธิโดยชอบธรรมของเจ้าของที่ดินหรือบุคคลอื่นที่อาศัยสิทธิของเจ้าของที่ดินซึ่งสามารถระงับนิวแซนซ์ที่เกิดขึ้นไม่ว่าจะเกิดแก่เอกชนหรือสาธารณะได้ ตัวอย่างสถานการณ์ที่เราสามารถที่จะระงับนิวแซนซ์ได้นั้น เช่น หากเรามีสิทธิที่จะข้ามที่ดินของผู้อื่นได้แต่เรากลับพบว่า มีสิ่งกีดขวางอยู่เราสามารถที่จะนำสิ่งนั้นออกพ้นทางเพื่อให้เราผ่านไปได้

โดยหลักแล้วก่อนที่จะบุคลใดจะเข้าไประงับนิวแซนซ์เราจำเป็นต้องบอกกล่าวต่อเจ้าของที่ดินนั้นๆเสียก่อนที่จะกระทำการเพื่อระงับนิวแซนซ์แต่อย่างไรก็ตามมีบางกรณีที่เราสามารถระงับโดยไม่จำเป็นต้องบอกกล่าวก่อน เช่น กรณีที่เราสามารถระงับนิวแซนซ์โดยไม่ต้องเข้าไปในที่ดินของผู้อื่น กรณีที่เป็นสถานการณ์ฉุกเฉินไม่สามารถที่จะมีเวลาที่จะบอกกล่าวก่อนได้เพราะหากล่าช้าอาจทำให้เกิดความเสียหายที่ร้ายแรงต่อทรัพย์สินหรือชีวิต

### ข.การยึดสังหาริมทรัพย์ (Distress)

การยึดสังหาริมทรัพย์ที่เข้ามาในที่ดินของตนเองนั้น<sup>213</sup> ระบบกฎหมายสหรัฐอเมริกาได้รับหลักการดังกล่าวมาจากหลักกฎหมายจารีตประเพณีโบราณของอังกฤษ (Common Law) ซึ่งเรียกว่า “Distress Damage Feasant” โดยหลักพื้นฐานเจ้าของที่ดินมีสิทธิที่จะจับหรือยึดสัตว์ที่เข้ามาทำให้เกิดความเสียหายในที่ดินดังกล่าวได้ จนกว่าเจ้าที่ดินจะได้รับชดใช้ค่าเสียหายจากเจ้าของสัตว์ดังกล่าว เงื่อนไขที่สำคัญอีกประการหนึ่งคือ

ในปัจจุบันปรากฏว่ามีกฎหมายเฉพาะ (Statute) กำหนดหลักเกณฑ์เพิ่มเติมผู้ที่จับหรือยึดสัตว์ดังกล่าวต้องประเมินความเสียหายและทำการยึดเท่าที่จำเป็นเท่านั้น นอกจากนั้นยังกำหนดให้ผู้จับสัตว์ไว้ต้องแจ้งต่อเจ้าของสัตว์ด้วย แต่หากการแจ้งดังกล่าวไม่เป็นผล (เจ้าของไม่มาไถ่สัตว์คืน) ผู้จับสัตว์นั้นสามารถนำไปขายได้ สิ่งที่สำคัญคือ กรณีดังกล่าวต้องมีกฎหมายให้สามารถขายได้หากไม่มีกฎหมายบัญญัติให้อำนาจ แต่ฝ่าฝืนขายไปผู้กระทำการย่อมรับผิดชอบชดใช้ค่าสินไหมทดแทนต่อเจ้าของสัตว์ สิ่งที่สำคัญอีกประการหนึ่งของการใช้สิทธิดังกล่าวคือ สัตว์ดังกล่าวต้องอยู่บนที่ดินของผู้ที่จะใช้สิทธิด้วย และ สิทธิของผู้จับย่อมหมดไปถ้าหากสัตว์ที่จะจับหรือยึดหนีหลุดรอดไปได้ นอกจากนี้ในระหว่างที่สัตว์นั้นอยู่ในการครอบครองของผู้จับจนกว่าเจ้าของสัตว์จะได้นำค่าเสียหายที่เพียงพอมาชดใช้ ผู้จับกระทำทำอันตรายต่อสัตว์นั้นมิได้อีกทั้งยังต้องดูแลและให้อาหารต่อสัตว์ดังกล่าวอีกด้วย แต่หากสัตว์ดังกล่าวตายโดยเขามีได้ประมาณเลื้อยของเขา ย่อมไม่ต้องรับผิดชอบชดใช้ค่าสินไหมทดแทน แต่อย่างไรก็ดีบางครั้งมีกฎหมายเฉพาะที่กำหนด หลักการ

<sup>213</sup> Fowler V. Harper, Fleming Jame JR, *supra* note 179, pp. 200-202.

เฉพาะขึ้นมา ตัวอย่างเช่น การกำหนดช้อยกเว้นสำหรับเจ้าของที่ดินที่มีรั้วติดกัน เจ้าของที่ดินผู้หนึ่งไม่ดูแลรั้วในที่ดินของตนเองปล่อยให้ชำรุดบกพร่องทำให้สัตว์ของเจ้าของที่ดินที่อยู่ติดกัน เดินเข้าไปในที่ดินของอีกฝ่าย กรณีดังกล่าวไม่สามารถใช้สิทธิจับหรือยึดสัตว์ดังกล่าวได้

#### 2.2.2.4 การกระทำตามอำนาจของกฎหมาย (Authority of Law)

การกระทำตามอำนาจของกฎหมายนั้นในระบบกฎหมายอเมริกันนั้นเป็นข้อต่อสู้อย่างหนึ่งไม่ต้องขอใช้คำสั่งใหม่ทดแทนความเสียหายอันเกิดแก่ตัวบุคคลหรือทรัพย์สินที่เกี่ยวข้องกับการกระทำดังกล่าว ปัญหาที่ยากที่ต้องพิจารณาในเรื่องนี้คือ ประเด็นแรก คือ กฎหมายที่ให้อำนาจนั้นคือกฎหมายอะไร กฎหมายนั้นมีผลใช้บังคับกับกรณีดังกล่าวหรือไม่ ประเด็นที่สองผลของการกระทำที่สำคัญถึงอำนาจตามกฎหมายแต่ผู้กระทำสุจริตใจ ผลจะเป็นอย่างไร

ในระบบกฎหมายสหรัฐได้แบ่งแยกการกระทำตามอำนาจของเจ้าหน้าที่ที่มีอยู่ตามกฎหมายออกเป็น 2 แบบ กล่าวคือ<sup>214</sup>

การกระทำที่ต้องตัดสินใจหรือใช้ดุลพินิจ (Discretionary Act) การกระทำดังกล่าวเป็นการกระทำที่กฎหมายให้อำนาจเจ้าหน้าที่ตัดสินใจหรือใช้ดุลพินิจที่จะใช้อำนาจหรือตัดสินใจว่าจะกระทำการบางใด ตัวอย่างเช่น การปิดถนนสาธารณะ (Public Street) วิธีการและขั้นตอนตำรวจจะต้องเป็นผู้ใช้วิจารณญาณเองโดยซื่อสัตย์และสุจริต เป็นต้น

การกระทำที่ปฏิบัติตามคำสั่ง (Ministerial Act) การกระทำที่กฎหมายกำหนดให้เจ้าหน้าที่ใช้ดุลพินิจได้เพียงเล็กน้อยหรือไม่ใช้ดุลพินิจเลย การกระทำดังกล่าวไม่อ้างเป็นข้อต่อสู้ได้หากกระทำการดังกล่าวไม่เหมาะสมหรือเกินกว่าขอบเขตอำนาจที่มีอยู่ ตัวอย่างของการกระทำประเภทนี้เช่น การจับกุมบุคคลโดยมีหมาย (Arrest under warrant) ตำรวจต้องจับบุคคลที่มีชื่อหรือรูปพรรณสัณฐานที่ปรากฏตามหมายดังกล่าวเท่านั้น

#### ก.การปฏิบัติตามกฎหมาย (Legal process)

§ 211 บัญญัติว่า<sup>215</sup> “การกระทำตามหน้าที่หรือตามอำนาจที่ได้รับหรือเกิดจากพระราชบัญญัติทำให้มีสิทธิที่จะเข้าไปในที่ดินซึ่งผู้อื่นครอบครองอยู่เพื่อประสงค์ที่จะแสดงหรือใช้

<sup>214</sup> Edward J.Kionka, *supra* note 184, p.195.

<sup>215</sup> § 211 “A duty or authority imposed or created by legislative enactment carries with it the privilege to enter land in the possession of another for the purpose of performing or exercising such duty or authority in so far as the entry is reasonably necessary to such performance or exercise, if, but only if, all the requirements of the

สิทธิตามหน้าที่หรืออำนาจเนื่องจากเป็นกรณีที่เหมาะสมและจำเป็นเพื่อที่จะกระทำตามหน้าที่และใช้อำนาจตามกฎหมาย”

การกระทำตามคำสั่งที่เป็นคำสั่งที่ชอบด้วยกฎหมาย หรือตามหน้าที่ที่กฎหมายให้อำนาจไว้ เมื่อเจ้าหน้าที่กระทำตามแล้วก็ย่อมไม่เป็นการกระทำละเมิด จึงไม่ต้องรับผิดชอบละเมิด แต่ทั้งนี้หากผู้กระทำการต้องกระทำไปโดยพอสมควรหากกระทำไปเกินสมควรหรือเจตนาอันไม่สุจริตแล้ว ผู้กระทำก็อาจต้องรับผิดชอบละเมิดตามการกระทำของตนที่ได้กระทำไป

### ข.กรณีการจับกุม (Arrest)

การจับกุมตามระบบกฎหมายสหรัฐอเมริกาขึ้นตามการกระทำตามกฎหมายอย่างหนึ่ง ซึ่งเป็นข้อต่อสู้ให้ผู้กระทำไม่ต้องรับผิดชอบใช้กำลังใหม่ทดแทนเพื่อละเมิด แต่หากผู้กระทำไม่อาจอ้างข้อต่อสู้ดังกล่าวได้ก็ต้องรับผิดชอบได้แล้วแต่กรณี เช่น การรับผิดชอบทำร้ายร่างกาย หรือการละเมิดต่อเสรีภาพหรืออาจจะเป็นการละเมิดทั้งสามอย่างเลยก็ได้<sup>216</sup> การจับกุมนี้มีความหมายกว้างไม่เพียงจะหมายถึง บุคคลคนใดคนหนึ่งเท่านั้น แต่ยังหมายความรวมถึง การเข้ายึดทรัพย์สินอย่างใดอย่างหนึ่งตามกฎหมายด้วย (Seizure of property under a writ of attachment)<sup>217</sup> ผู้เขียนพบว่ายังการจับกุมตามระบบกฎหมายอเมริกันแบ่งออกเป็น 2 กรณี

ก) การจับกุมโดยมีหมายจับ (Arrest under warrant) กรณีดังกล่าวนักกฎหมายอเมริกันมองว่า การกระทำดังกล่าวเข้าลักษณะ การกระทำที่ปฏิบัติตามคำสั่ง (Ministerial Act) ดังนั้นผู้กระทำจะไม่ต้องรับผิดชอบหากได้กระทำตามหน้าที่อย่างเหมาะสม แต่หากเขากระทำไปเกินขอบเขตอำนาจที่เขาอยู่ย่อมต้องรับผิดชอบใช้กำลังใหม่ทดแทนหากเกิดการกระทำละเมิด

ปัญหาว่า การกระทำอย่างไรจึงเป็น “การกระทำตามหน้าที่อย่างเหมาะสม” นั้น หลักการพื้นฐาน คือ ต้องจับบุคคลตรงกับหมาย (Fair on it Face) ซึ่งหมายความว่า จับตามชื่อหรือรูปพรรณสัณฐานที่ระบุมาในหมาย ประกอบกับการจับกุมต้องกระทำในเวลาที่เหมาะสมและหากต้องใช้กำลังต้องกระทำแต่พอสมควร อีกทั้งการเข้าจับกุมบุคคลใดๆ ในเคหสถานต้องได้รับหมายค้นแยกต่างหากจากหมายจับ หากเจ้าหน้าที่ใดไม่ปฏิบัติตามหลักการในข้างต้นอาจต้องรับผิดชอบในการกระทำของเขาเอง

---

enactment are fulfilled”

<sup>216</sup> การทำร้ายร่างกาย คือ Assault หรือ Battery ส่วนการกักขังอันมิชอบด้วยกฎหมาย คือ False imprisonment

<sup>217</sup> William L Prosser, *supra* note 178, p.127.

สำหรับความผิดพลาดใดๆของกระบวนการแม้จะส่งผลกระทบต่ออำนาจของหมายนั้น ไม่ก่อให้เกิดความรับผิดชอบเจ้าหน้าที่นั้น เช่น อำนาจของศาล (Jurisdiction) ที่เป็นออกหมายแม้ปรากฏภายหลังว่าไม่มีอำนาจออกหมายดังกล่าว หรือ หมายที่นำมาจับนั้นมิได้กระทำตามขั้นตอนที่ถูกต้องตามกฎหมาย กรณีเหล่านี้ไม่ก่อให้เกิดความรับผิดแก่เจ้าหน้าที่ผู้จับกุมแต่อย่างใด เพราะเจ้าหน้าที่ไม่จำเป็นต้องใช้วิจารณญาณในการตรวจสอบความถูกต้องของกระบวนการออกหมาย (ซึ่งไม่สามารถดูได้จากข้อความในหมายดังกล่าว)

สำหรับกรณีไม่ตรงกับหมาย ต้องพิจารณาว่าเจ้าหน้าที่โดยทั่วไปสามารถระบุได้หรือไม่ว่าหมายดังกล่าวไม่สามารถใช้บังคับได้ เพราะโดยธรรมดาแล้วเจ้าหน้าที่ต้องรู้เกี่ยวกับรายละเอียดพื้นฐานของหมายที่ขอด้วยกฎหมาย (Superficial characteristics of a valid warrant) เช่น ชื่อของบุคคลที่จะจับกุม ฐานความผิดที่ผู้จะถูกจับกุมได้กระทำให้ไป และข้อความพื้นฐานของหมายจับ

ข) กรณีการจับกุมโดยไม่มีหมายจับ (Arrest without warrant) การจับกุมกรณีนี้ค่อนข้างมีความซับซ้อนและแตกต่างการจับกุมโดยมีหมาย (Arrest under warrant) กรณีมีหมายผู้ที่กระทำความผิดต้องเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐซึ่งได้รับการอบรมและฝึกฝนกันมาอย่างดีแล้ว ดังนั้น ปัญหาความซับซ้อนอาจไม่ยุ่งยาก แต่ในขณะที่กรณีที่กล่าวถึงในข้อนี้เจ้าหน้าที่เข้าจับกุมอาจเป็นได้ทั้งกรณีเจ้าหน้าที่ของรัฐ (Public Officers) หรือ กรณีบุคคลธรรมดาเป็นผู้จับ (Private Citizen) ซึ่งตามปกติแล้วย่อมจะไม่ใช่ว่าเจ้าหน้าที่จับผู้กระทำความผิดโดยตรง โดยบุคคลธรรมดานั้นอาจเป็นบุคคลที่เจ้าหน้าที่ของรัฐได้ร้องขอให้เข้าช่วยจับกุม หรือ บุคคลธรรมดานั้นมิได้รับการร้องขอแต่ได้กระทำการด้วยตนเอง ซึ่งกรณีดังกล่าวอาจก่อให้เกิดปัญหา

ปัญหาการจับกุมโดยไม่มีหมายนี้ ความเห็นในทางทฤษฎีนักกฎหมาย<sup>218</sup>มองว่าเป็นการประนีประนอมของหลักการสิทธิเสรีภาพ (Interest in personal liberty) ของบุคคลที่ต้องได้รับการคุ้มครองตามกฎหมาย กับหลักการจับกุมผู้กระทำความผิด (Interest in apprehension of criminal) อันเป็นไปตามนโยบายของกฎหมายที่ป้องกันไม่ให้สังคมเกิดภาวะไม่มีชื่อไม่มีแป (protect society against lawlessness) โดยส่งเสริมให้มีการจับกุมผู้กระทำความผิดมาลงโทษ และป้องปรามไม่ให้มีการกระทำความผิดขึ้นซ้ำอีก แต่อย่างไรก็ดีเพื่อให้หลักการทั้งสองดำเนินไปด้วยกันได้ดังนั้นก็จะต้องมีการผสมผสานหลักการทั้งสองทั้งนี้เพื่อประโยชน์ของสังคมที่สามารถปราบปรามผู้กระทำความผิดและคุ้มครองสิทธิของบุคคลแต่ละคน

<sup>218</sup> Fowler V. Harper, Fleming Jame JR, *supra* note 179, p.275.

กรณีแรก บุคคลธรรมดาเป็นผู้จับ ปัญหาขอบเขตของการจับกุมกรณีดังกล่าวจึงค่อนข้างซับซ้อนและยุ่งยาก ประเด็นแรก คือ บุคคลธรรมดาจะสามารถจับผู้กระทำความผิดใดได้บ้าง ระบบกฎหมายสหรัฐอเมริกาได้วางเงื่อนไขของการจับกุมผู้กระทำความผิดโดยไม่มีหมายไว้ คือ ผู้จับเห็นผู้ที่จะถูกจับได้กระทำความผิดอันร้ายแรง (Felony) เช่น การฆ่าคนตาย หรือ การข่มขืน หรือการก่อความวุ่นวายให้เกิดแก่สาธารณะ (Breaches of the peace) เท่านั้น จึงสามารถจับได้ อีกทั้งผู้จับต้องยอมรับความเสี่ยงหากปรากฏข้อเท็จจริงมาว่ามีได้กระทำความผิดข้างต้น ผู้จับอาจถูกฟ้องละเมิดได้เช่นกัน

สำหรับผู้ที่มีเหตุอันควรสงสัยได้ว่ากระทำความผิดนั้นมายังเป็นประเด็นถกเถียงกันว่า บุคคลธรรมดาจะสามารถจับกุมได้ไหม บางมลรัฐยอมให้สามารถกระทำได้โดยอาศัยกฎหมายเฉพาะที่ให้อำนาจไว้ แต่ในบางรัฐกลับไม่ยอมให้กระทำได้ แต่อย่างไรก็ดีหากบุคคลที่ถูกสงสัยมิได้กระทำความผิด

สำหรับกรณีที่เจ้าหน้าที่เป็นคนจับ ตามหลักการแล้วย่อมสามารถจับได้ในทุกกรณีที่บุคคลธรรมดาสามารถกระทำได้ นอกจากนั้นยังสามารถจะกระทำการในกรณีอื่นอีก กล่าวคือ เจ้าหน้าที่จะสามารถจับกุมผู้ที่กระทำความผิดไม่ร้ายแรง (Misdemeanor) ที่ตนเองเห็นได้ และยังสามารถจับกุมตัวผู้ต้องสงสัยว่าได้กระทำความผิดได้อีกด้วย

ขอบเขตของการจับกุมไม่ว่าจะมีหมายหรือไม่ก็ตาม ผู้จับกุมต้องกระทำการโดยพอสมควรกว่าเหตุ โดยหลักแล้วการจับกุมนั้นไม่สามารถจะใช้กำลังที่อาจทำให้ได้รับอันตรายสาหัสหรือถึงแก่ชีวิตได้ ยกเว้นกรณีที่ผู้ถูกจับกุมจะตอบโต้จนอาจทำให้เกิดความไม่ปลอดภัยต่อตัวของผู้จับกุมเท่านั้น ในทางกลับกันหากการจับกุมไม่ชอบด้วยกฎหมาย (Unlawful arrest) ผู้จะถูกจับกุมย่อมสามารถที่จะขัดขืนได้เช่นกัน แต่ต้องกระทำภายใต้ขอบเขตดังที่กล่าวมาเช่นเดียวกัน

ภาพรวมของหลักกฎหมายนิรโทษกรรมในกลุ่มประเทศคอมมอนลอว์ หลักเกณฑ์นิรโทษกรรมในกฎหมายอังกฤษนั้นยอมรับว่าเป็นหนึ่งในเหตุที่ทำให้ไม่ต้องรับผิดหรือรับผิดโดยจำกัดชนิดหนึ่ง โดยอาศัยพัฒนาการจากหลัก “Judge-made law” และทฤษฎีกฎหมายต่างๆ จนมีการยอมรับว่าเป็นข้อต่อสู้ สำหรับระบบกฎหมายอเมริกาได้รับเอาพื้นฐานความรับผิดชอบเพื่อละเมิดมาจากระบบกฎหมายอังกฤษมาใช้ทำให้หลักเกณฑ์นิรโทษกรรมคล้ายคลึงกับอังกฤษและต่อมาได้พัฒนาขึ้นให้มีลักษณะที่เฉพาะขึ้นทั้งนี้เนื่องจากการพัฒนาอันเกิดจาก Restatement of Law