

บทที่ 6

วิเคราะห์ปัญหาและหลักเกณฑ์การใช้และตีความบทบัญญัติเรื่องนิโทษกรรมตาม ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

1 วิเคราะห์ความหมายของคำว่านิโทษกรรมในระบบกฎหมายไทย

ในปัญหาเบื้องต้นผู้เขียนพบว่าเรื่องนิโทษกรรมในระบบกฎหมายไทยนั้นปรากฏพบคำว่า “นิโทษกรรม” ทั้งในระบบกฎหมายแพ่งกับระบบกฎหมายอื่นๆ ด้วยเช่นกัน ซึ่งในระบบกฎหมายอาญาก็มีการใช้คำว่า “นิโทษกรรม” เช่นเดียวกันกับที่ระบบกฎหมายแพ่งใช้ ดังนั้นผู้เขียนจะวิเคราะห์และเปรียบเทียบเพื่อให้เกิดความชัดเจนในระบบกฎหมายไทยว่านิโทษกรรมในระบบกฎหมายแพ่งมีความหมายที่แท้จริงอย่างไรและมีความสัมพันธ์กับนิโทษกรรมในกฎหมายอาญาหรือไม่

ผู้เขียนพบว่านิโทษกรรมทางอาญาในระบบกฎหมายไทยนั้นในบางครั้งแล้วกฎหมายนิโทษกรรมในทางอาญานั้นอาจมีผลถึงความรับผิดชอบทางแพ่งได้เช่นกัน โดยจากการศึกษาพบว่าพระราชบัญญัตินิโทษกรรมหลายฉบับมีบทบัญญัติในกฎหมายดังกล่าวบัญญัติให้ผู้กระทำความผิดพ้นจากความผิดและความรับผิดชอบโดยสิ้นเชิง ตัวอย่างเช่น

มาตรา 3 ของพระราชบัญญัตินิโทษกรรมแก่ผู้กระทำรัฐประหาร พ.ศ.2490¹ บัญญัติว่า “บรรดาการกระทำทั้งหลายทั้งสิ้นของบุคคลใดๆก่อนการใช้พระราชบัญญัตินี้เนื่องในการกระทำรัฐประหารเพื่อเลิกใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2490 หากเป็นการผิดกฎหมายใดๆ ก็ให้ผู้กระทำพ้นจากความผิดและความรับผิดชอบโดยสิ้นเชิง และการใดๆที่ได้กระทำตลอดจนบรรดาประกาศและคำสั่งใดๆที่ได้ออกสืบเนื่องในการกระทำรัฐประหารที่กล่าวมาแล้ว ให้ถือว่าเป็นการชอบด้วยกฎหมายทุกประการ”

จากบทบัญญัติข้างต้นจะเห็นได้ว่าตามกฎหมายนี้ทำให้ความรับผิดในทางแพ่งสิ้นสุดลงกล่าวคือ แม้เป็นการกระทำที่ก่อให้เกิดความเสียหายใดๆต่อสิทธิของบุคคลอื่นย่อมไม่ต้องรับผิด

¹ มาตรา 3 พระราชบัญญัตินิโทษกรรมแก่ผู้กระทำรัฐประหาร พ.ศ.2490 เป็นต้นแบบของบทบัญญัตินิโทษกรรมความรับผิดในทางแพ่งของพระราชบัญญัติเกี่ยวกับการนิโทษกรรมฉบับอื่นต่อมาภายหลัง

ใดๆเลยเพราะมีกฎหมายบัญญัตินิรโทษกรรมไว้ กรณีนี้จึงเป็นประเด็นปัญหาว่าบทบัญญัตินิรโทษกรรมทางอาญาเหล่านี้เป็นสิ่งที่ได้ศึกษาในวิทยานิพนธ์เรื่องนี้หรือไม่ โดยจากการศึกษาแล้ว ผู้เขียนเห็นว่ากรณีดังกล่าวไม่ใช่สิ่งเดียวกับเรื่องนิรโทษกรรมที่ศึกษาในที่นี้ เนื่องจากผู้เขียนเห็นว่าแม้บทบัญญัติมาตรา 3 พระราชบัญญัตินิรโทษกรรมแก่ผู้กระทำรัฐประหาร พ.ศ.2490 ดังกล่าวแม้จะทำให้ไม่ต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนเช่นเดียวกับบทบัญญัตินิรโทษกรรมตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ก็ตาม แต่หากว่าบทบัญญัติในนิรโทษกรรมในทางอาญา (มาตรา 3 พระราชบัญญัตินิรโทษกรรมแก่ผู้กระทำรัฐประหาร พ.ศ.2490) นั้นกรณีดังกล่าวได้มีความรับผิดชอบเพื่อละเมิดเกิดขึ้นแล้วหรือกล่าวอีกนัยยะหนึ่ง คือ การกระทำความผิดได้ครบองค์ประกอบของความรับผิดชอบเพื่อละเมิดแล้ว แต่ภายหลังมีกฎหมายนิรโทษกรรมออกมาทำให้ผู้กระทำละเมตินั้นหลุดพ้นความรับผิดชอบเพื่อละเมิดไปทำให้ไม่ต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนต่อผู้เสียหาย ซึ่งบทบัญญัติของกฎหมายฉบับนี้ผู้เขียนเห็นว่าเป็นเรื่องที่ต้องพิจารณานอกเหนือไปจากองค์ประกอบของความรับผิดชอบเพื่อละเมิดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ไปแล้ว

เมื่อเปรียบเทียบกับเรื่องนิรโทษกรรมตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์แล้ว ผู้เขียนเห็นว่านิรโทษกรรมในเรื่องนี้นั้นเป็นเรื่องข้อต่อสู้ของจำเลยที่จะขอยกเว้นหรือลดหย่อนความรับผิดชอบเพื่อละเมิดเป็นการพิจารณาภายในองค์ประกอบของความรับผิดชอบเพื่อละเมิด 4 องค์ประกอบดังที่ผู้เขียนอธิบายในบทที่กล่าวมาแล้ว ในส่วนองค์ประกอบในเรื่อง ความมิชอบด้วยกฎหมาย (Unlawful) อีกทั้งนิรโทษกรรมตามกฎหมายอาญา คือ การลบล้างความผิดที่ได้กระทำซึ่งมีผลย้อนหลังไป เมื่อเรานำมาเปรียบเทียบกับกฎหมายแพ่งแล้วพบว่ากฎหมายแพ่งไม่มีบัญญัติให้ว่าย้อนหลังแต่อย่างใด ดังนั้นผู้เขียนจึงสรุปในประเด็นนี้ว่านิรโทษกรรมตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์จึงเป็นคนละสิ่งกับพระราชบัญญัตินิรโทษกรรมที่มีผลทำให้หลุดพ้นจากความรับผิดชอบเพื่อละเมิด ดังเช่นในมาตรา 3 พระราชบัญญัตินิรโทษกรรมแก่ผู้กระทำรัฐประหาร พ.ศ.2490

2. วิเคราะห์ที่มาของบทบัญญัติเรื่องนิรโทษกรรมตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย

ในเบื้องต้นผู้เขียนขอกล่าวถึงแนวความคิดกฎหมายลักษณะละเมิดในระบบกฎหมายต่างประเทศเสียก่อน ทั้งนี้เพราะเป็นสิ่งสำคัญที่จะทำให้เข้าใจประเด็นปัญหาที่มาของบทบัญญัติเรื่องนิรโทษกรรมของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย สำหรับประเทศไทยนั้นผู้เขียน

พบว่าได้ยอมรับแนวความคิดตามระบบความรับผิดชอบเพื่อละเมิดแบบประเทศเยอรมัน (Germanic-based legal systems) อย่างชัดเจน ดังนั้นระบบกฎหมายไทยมีการอธิบายหลักเรื่องความมิชอบด้วยกฎหมาย (Unlawfulness) ออกมาเป็นองค์ประกอบหนึ่งต่างหากจากองค์ประกอบในเรื่องความผิด (Fault) และประเทศไทยมีการบัญญัตินิรโทษกรรมออกมาเป็นบทบัญญัติไว้อย่างชัดเจน ซึ่งเป็นลักษณะเฉพาะที่แตกต่างจากประเทศที่มีระบบความรับผิดชอบเพื่อละเมิดแบบประเทศฝรั่งเศส (French-based legal systems) ที่มักจะไม่มีการบัญญัติเรื่องนิรโทษกรรมแต่อย่างใด

ประเด็นปัญหาต่อมา จากบทบัญญัติเรื่องนิรโทษกรรม (Justifiable Acts) ตามมาตรา 449-452 ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ประเทศไทยนั้นผู้เขียนได้กล่าวมาแล้วในบทที่ 2 ว่าด้วยเรื่องประวัติความเป็นมาในการร่างพบว่ากรรมการร่างกฎหมายของประเทศไทยได้อ้างอิงว่ามีที่มาจากบทบัญญัติในกฎหมายของต่างประเทศดังต่อไปนี้

บทบัญญัติมาตรา 449 ของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยสรุปได้ว่ามีที่มาจากประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันมาตรา 227 ประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่นมาตรา 720 และประมวลกฎหมายหนี้สวิสมาตรา 52 กรณีนี้ผู้เขียนศึกษาพบว่ารูปแบบบทบัญญัติของไทยค่อนข้างคล้ายคลึงกับบทบัญญัติสวิสและญี่ปุ่นมากกว่าประเทศเยอรมัน

แต่อย่างไรก็ตามสิ่งที่ผู้เขียนตั้งข้อสงสัยตามกฎหมายละเมิดญี่ปุ่นก็ดี กฎหมายเยอรมันก็ดีหรือกฎหมายสวิสไม่ได้บัญญัติถึงการกระทำตามคำสั่งที่ชอบด้วยกฎหมายไว้เลย² แต่ในมาตรา 449 กลับพบว่าการบัญญัติเรื่องดังกล่าวไว้ กรณีนี้จากการศึกษาของผู้เขียนสันนิษฐานว่าการที่ร่างบทบัญญัติในส่วนการกระทำตามคำสั่งที่ชอบด้วยกฎหมายนั้นน่าจะนำแนวความคิดมาจากกฎหมายฝรั่งเศสก็เป็นได้

เหตุผลที่ผู้เขียนตั้งสมมติฐานเช่นนั้นเนื่องจากช่วงเวลาที่ร่างประมวลกฎหมายของประเทศไทยนั้นนักกฎหมายฝรั่งเศสมีส่วนสำคัญอย่างมาก ในการร่างกฎหมายจึงไม่น่าแปลกที่นักกฎหมายฝรั่งเศสได้นำแนวคิดในเรื่องการกระทำตามคำสั่งโดยชอบด้วยกฎหมายตามระบบกฎหมายฝรั่งเศสมาบัญญัติไว้ในกฎหมายของไทย ซึ่งแนวความคิดในเรื่องนี้ปรากฏตั้งแต่ต้นในร่างแรกของกฎหมายละเมิดซึ่งเดิมเรียกว่า “มิฉากรรม” ได้มีการบัญญัติไว้แล้ว กล่าวคือ

² ไพบูลย์ ปุณณพันธ์, กฎหมายเปรียบเทียบไทยและประมวลกฎหมายนานาประเทศ ภาค 1 ความทั่วไป และ ภาค 2 ลักษณะละเมิด, พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2546), น.144.

มาตรา 130 บัญญัติว่า “บุคคลผู้กระทำการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายก็ดีถ้ากระทำตามคำสั่งอันชอบด้วยกฎหมายก็ดี ก่อให้เกิดประทุษแก่ผู้อื่น ท่านว่าผู้นั้นมิได้ทำมิฉฉากรรม และไม่ต้องรับผิดชอบใช้ค่าทดแทน

ผู้ถูกระทุษอาจเรียกค่าทดแทนจากบุคคลผู้ก่อการให้ต้องกระทำการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย ถ้าบุคคลผู้ก่อการนั้นผิดนั้นแล้วแต่เรื่อง”

สำหรับเหตุที่ไม่มีการอ้างอิงว่ามาจากกฎหมายฝรั่งเศสนั้นผู้เขียนสันนิษฐานว่าการกระทำนิรโทษกรรม (Faits justificatifs) ในส่วนการกระทำตามคำสั่งที่ชอบด้วยกฎหมาย (Ordre de la loi ou d' un supérieur) นั้นมาจากกฎหมายฝรั่งเศสสันนิษฐานว่ามาจากการที่นักกฎหมายฝรั่งเศสที่เป็นผู้ร่างประมวลกฎหมายไม่ได้อ้างอิงไว้ ดังนั้นเมื่อเวลาผ่านไปนักกฎหมายไทยจึงไม่สามารถค้นคว้าหาที่มาของบทบัญญัติดังกล่าวได้เนื่องจากเรื่องนี้นักกฎหมายฝรั่งเศสอาศัยการตีความเรื่อง ความผิด (Fault) มาใช้ทำให้จึงไม่มีบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรแต่อย่างใด

ประเด็นที่ผู้เขียนตั้งข้อสังเกตต่อไปในมาตรา 449 คือ บทบัญญัติในวรรคสองของมาตรา 449 ของไทยพบว่าเราได้้นำแนวความคิดมาจากมาตรา 720 ในประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่นในส่วนท้ายของมาตราดังกล่าวที่กล่าวว่า “แต่ทั้งนี้ไม่ตัดสิทธิของผู้เสียหายในอันที่จะเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนจากผู้ทีกระทำการอันมิชอบด้วยกฎหมายนั้น (but this does not prevent the injured party from demanding compensation for damage against the person who committed the unlawful act) ซึ่งในเรื่องนี้กลับไม่พบในกฎหมายของเยอรมันและสวิสแต่อย่างใด แต่ในเรื่องนี้ผู้เขียนยังไม่พบเหตุผลหรือหลักการใดที่กฎหมายญี่ปุ่นได้บัญญัติไว้เป็นเช่นนี้

บทบัญญัติมาตรา 450 ได้รับการอ้างอิงว่ามีที่มาจากประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันมาตรา 228 ผู้เขียนได้ศึกษาบทบัญญัติดังกล่าวพบว่ามาตรา 228 ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันนั้นมีวรรคเดียว เมื่อเปรียบเทียบกับแล้วพบว่ามาตรา 228 มีสาระสำคัญคือ กรณีบุคคลทำให้บุบสลายหรือทำลายทรัพย์สินใดสิ่งหนึ่งของผู้อื่นเพื่อที่จะบำบัดป้องภัยอันตรายที่เกิดจากตัวทรัพย์สินนั้นเอง ผู้เขียนจึงเห็นว่ามาตรา 228 เป็นที่มาของมาตรา 450 วรรค 3 ของไทยส่วนในมาตรา 450 วรรค 1 และวรรค 2 นั้นไม่ปรากฏในมาตรา 228 จึงเป็นปัญหว่าบทบัญญัติทั้งสองวรรคดังกล่าว นั้น ประเทศไทยได้นำแนวความคิดมาจากประเทศใดหรือเป็นหลักการใหม่ที่กรรมการร่างกฎหมายในสมัยนั้นคิดขึ้นเอง

ในเรื่องนี้จากการศึกษาข้อมูลผู้เขียนพบว่าบทบัญญัติในกฎหมายญี่ปุ่นและกฎหมายสวิสที่มีการกล่าวอ้างว่าเป็นต้นแบบในการร่างก็ไม่ได้บัญญัติไว้ในทำนองเดียวกับกฎหมายไทยที่มีการแบ่งแยกเป็นเรื่องการกระทำโดยจำเป็นอันเนื่องจากภัยสาธารณะและภัยเอกชน จากการ

ค้นคว้าและวิเคราะห์ข้อมูลผู้เขียนจึงขอตั้งข้อสันนิษฐานว่าการแยกกรณีการกระทำโดยความจำเป็นทั้งสองแบบนี้มีเหตุผลมาจากสมมติฐานดังต่อไปนี้

ข้อสันนิษฐานแรกผู้เขียนเห็นว่ามาจากแนวความคิดในระบบกฎหมายอังกฤษซึ่งระบบคอมมอนลอว์ (Common Law) ซึ่งมีการแยกการกระทำโดยความจำเป็นออกเป็นสองประเภท คือ การกระทำโดยความจำเป็นเพื่อประโยชน์สาธารณะ (Public necessity) และการกระทำโดยความจำเป็นเพื่อประโยชน์เอกชน (Private necessity) ซึ่งมีความคล้ายคลึงกับบทบัญญัติของกฎหมายไทยมาก ทั้งนี้เหตุผลที่ผู้เขียนสันนิษฐานเช่นนี้เพราะอาจจะเป็นผลมาจากแนวความคิดของกฎหมายละเมิดอังกฤษที่เคยมีอิทธิพลต่อกฎหมายไทยในช่วงตอนก่อนและระหว่างการร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยดังที่ผู้เขียนได้อธิบายมาแล้วในบทที่ 4

ข้อสันนิษฐานที่สองผู้เขียนเห็นว่าในประเด็นดังกล่าวเป็นไปได้ว่าอาจจะมาจากมาตรา 904 ในประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน (BGB)

มาตรา 904 บัญญัติว่า ³“เจ้าของทรัพย์สินไม่มีสิทธิที่จะห้ามมิให้บุคคลอื่นรบกวนสิทธิของเขาถ้าการรบกวนนั้นจำเป็นเพื่อจะหลีกเลี่ยงภัยอันตรายที่ใกล้จะถึงและอาจทำให้เกิดความเสียหายมากกว่าความเสียหายที่จะเกิดขึ้น อย่างไรก็ตามเจ้าของทรัพย์สินย่อมมีสิทธิที่จะเรียกให้ผู้กระทำการแก้ไขความเสียหายนั้นให้คืนสู่สภาพเดิม”

จากบทบัญญัติข้างต้นนั้นบัญญัติเป็นไปในแนวทางเดียวกับมาตรา 450 วรรค 1, 2 ของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย แต่ส่วนที่แตกต่างคือมีการแบ่งเป็นภัยสาธารณะหรือภัยเอกชนในประเด็นนี้ผู้เขียนเห็นว่าอาจจะเป็นการปรับแต่งบทบัญญัติของผู้ร่างกฎหมายในสมัยนั้นให้บทบัญญัติมีความชัดเจนและสอดคล้องกับสังคมไทยมากขึ้นซึ่งผู้เขียนเห็นว่าข้อสันนิษฐานนี้น่าจะมีน้ำหนักมากกว่าข้อแรกเพราะกรรมการผู้ยกร่างบทบัญญัติเป็นนักกฎหมายชาวฝรั่งเศสดังนั้นมีความเป็นไปได้สูงที่จะนำกฎหมายเยอรมันซึ่งอยู่ในระบบประมวลกฎหมายเช่นเดียวกันมาใช้

บทบัญญัติมาตรา 451 ได้รับการอ้างอิงว่ามีที่มาจากประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน มาตรา 229, 230, 231 ประมวลกฎหมายว่าด้วยหนี้ของสวิสมาตรา 52 บทบัญญัติตามมาตรา 451

³ 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 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.”

ของประมวลกฎหมายแพ่งพาณิชย์ของไทยมีบทบัญญัติอยู่สามวรรค ในวรรคแรกนั้นเมื่อเราเปรียบเทียบบทบัญญัติที่นำมาวางนั้นน่าจะนำแบบมาจากประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันมาตรา 229 และประมวลกฎหมายหนี้ของสวิสมาตรา 52 ส่วนมาตรา 230 ของประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันนั้นในส่วนวรรคที่หนึ่งน่าจะเป็นต้นร่างในมาตรา 451 วรรค 2 ของกฎหมายไทยแต่วรรคอื่นของมาตรา 230 นั้นกฎหมายไทยไม่นำมาบัญญัติด้วยทั้งนี้เป็นเจตนาของผู้ร่างกฎหมายที่ไม่ต้องการให้บทบัญญัติมาตรา 451 ของไทยนั้นกว้างถึงขนาดอนุญาตให้สามารถจับกุมลูกหนี้ได้ดังที่ผู้เขียนได้กล่าวมาแล้วในรายละเอียดร่างประมวลกฎหมายในบทก่อนหน้านี้ ส่วนในมาตรา 231 ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันนั้นเป็นต้นแบบมาตรา 451 วรรค 3 ของไทย

มาตรา 452 ได้รับการอ้างอิงว่ามีที่มาจากประมวลกฎหมายว่าด้วยหนี้ของสวิสมาตรา 57 บทบัญญัติในมาตรานี้ผู้เขียนพบว่าคัดลอกแปลมาจากบทบัญญัติกฎหมายสวิสมาทุกถ้อยคำ

3. วิเคราะห์ปัญหาและหลักเกณฑ์การใช้การตีความบทบัญญัติเรื่องนิรโทษกรรมตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เปรียบเทียบกับกฎหมายต่างประเทศ

3.1 ความหมายของคำว่า นิรโทษกรรม ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

ความหมายของคำว่านิรโทษกรรมในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยตามมาตรา 449 ถึง 452 นั้นการกระทำที่เป็นนิรโทษกรรมตามประมวลกฎหมายแพ่งพาณิชย์ของไทยเป็นการกระทำให้เกิดความเสียหายแก่กฎหมายบัญญัติว่าไม่ต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนหรือรับผิดชอบใช้โดยจำกัด แต่อย่างไรก็ตามเหตุผลที่ไม่ต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทน นั้นยังเป็นปัญหาทางทฤษฎีถกเถียงกันว่าเพราะเหตุใด ซึ่งผู้เขียนศึกษาความเห็นของนักนิติศาสตร์ไทยพบว่าสามารถแบ่งกลุ่มความคิดได้ดังต่อไปนี้

ความเห็นของนักนิติศาสตร์ไทยกลุ่มแรก คือ ท่านศาสตราจารย์ ม.ร.ว. เส็นีย์ ปราโมช, ท่านศาสตราจารย์ ดร.วารี นาสกุล, ท่านอาจารย์เพ็ง เพ็งนิตติ, ท่านรองศาสตราจารย์ ดร. ศนันท์ กรณ์ (จำปี) โสติพิพันธุ์, ท่านอาจารย์สมพร พรหมนิตาธร ท่านรองศาสตราจารย์ ดร. สุมาลี วงษ์วิจิต นักนิติศาสตร์ทั้งหลายเหล่านี้มองว่า การกระทำนิรโทษกรรมต้องเป็นการกระทำที่ครอบคลุมประกอบของความรับผิดชอบเพื่อละเมิดแล้วจากนั้นจึงนำบทบัญญัติเรื่องนิรโทษกรรมมาปรับใช้ ดังนั้นหากไม่ครอบคลุมเรื่องละเมิดย่อมไม่จำเป็นต้องนำบทบัญญัติเรื่องนิรโทษกรรมมาปรับใช้เลย

ความเห็นของนักนิติศาสตร์ไทยกลุ่มที่สอง คือ ท่านศาสตราจารย์จิตติ ติงศภัทย์ ท่านศาสตราจารย์ไพจิตร ปุญญพันธ์ มองว่าเพราะการกระทำดังกล่าวแม้เกิดความเสียหายแต่ไม่เป็นการกระทำที่เป็นละเมิดเพราะการกระทำดังกล่าวไม่เป็นการกระทำที่มีชอบด้วยกฎหมายแต่อย่างไรจึงไม่ครบองค์ประกอบเรื่องละเมิด นอกจากนั้นยังมีท่านศาสตราจารย์ ดร.ปรีดี เกษมทรัพย์ ท่านได้อธิบายตามแนวความคิดของกฎหมายเยอรมันมองว่ากรณีดังกล่าวเป็นเรื่องการใช้สิทธิตามกฎหมาย ซึ่งมีความหมายโดยนัยว่า การกระทำดังกล่าวไม่เป็นการกระทำละเมิดเช่นกัน⁴

ความเห็นของนักนิติศาสตร์ไทยกลุ่มที่สาม คือ ท่านอาจารย์ประจักษ์ พุทธิสมบัติและท่านศาสตราจารย์ ศักดิ์ สนองชาติ ท่านทั้งสองได้มองเรื่องนี้โดยประนีประนอมจากความเห็นของแนวคิดสองแนวคิดข้างต้นโดยมองว่านิรโทษกรรมมีทั้งเป็นเรื่องการกระทำที่เป็นละเมิดแต่กฎหมายมีเหตุผลที่จะให้จำเลยได้รับการยกเว้นไม่ต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนหรือเป็นเรื่องการกระทำที่ไม่เป็นละเมิดเลยจึงไม่ต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทน

สำหรับปัญหาดังกล่าวโดยความเห็นของผู้เขียนนี้สอดคล้องกับความเห็นของนักนิติศาสตร์กลุ่มที่สองดังที่อธิบายข้างต้น เหตุผลของข้อสันนิษฐานของผู้เขียนนั้น ผู้เขียนขออธิบายดังต่อไปนี้

ก) แม้ว่าคำว่า “นิรโทษกรรม” แปลได้ความว่า การกระทำที่ไม่มีโทษ ซึ่งหมายความว่า การกระทำเป็นความผิดแต่กฎหมายไม่เอาโทษ หรือหากแปลความตามบริบทของกฎหมายละเมิดก็สามารถแปลความได้ว่า การกระทำที่เป็นละเมิดแต่กฎหมายยกเว้นให้ไม่ต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทน ก็ตาม แต่หากเราพิจารณาย้อนกลับไปในช่วงร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ในเรื่องการร่างกฎหมายนั้นร่างเป็นภาษาอังกฤษก่อน จากนั้นแปลออกมาให้เป็นภาษาไทย ชื่อของบทบัญญัตินี้ใช้ถ้อยคำว่า “นิรโทษกรรม” โดยเทียบมาจากคำภาษาอังกฤษว่า “Justifiable Acts” เมื่อพิจารณาแล้ว ผู้เขียนเห็นว่าไม่น่าจะสอดคล้องกับความหมายที่แท้จริงของถ้อยคำกฎหมายในภาษาอังกฤษ กล่าวคือ คำว่า “Justifiable Acts” มาจากคำสองคำ คือ “Justification” อันแปลว่า ความชอบธรรม กับคำว่า “Acts” แปลว่า การกระทำ รวมทั้งสองคำก็น่าจะแปลความได้ว่า การกระทำที่ชอบธรรม ซึ่งเมื่อนำไปเปรียบเทียบกับกฎหมายต่างประเทศที่ประเทศไทยใช้เป็นต้นแบบในการร่างประมวลพบว่าจะใช้ถ้อยคำเรียกสิ่งเดียวกันนี้คล้ายคลึงกับความหมาย “การกระทำที่ชอบธรรม” ตัวอย่างเช่น Grounds of justification, Faits justificatifs หรือ Rechtfertigungsgründe

⁴ ปรีดี เกษมทรัพย์, กฎหมายแพ่ง : หลักทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 5 (กรุงเทพมหานคร : ห้างหุ้นส่วนจำกัด ภาพพิมพ์, 2526), น. 97.

เป็นต้น ดังนั้นหากแปลว่า “Justifiable Acts” คือ การกระทำที่ชอบธรรม ก็ย่อมจะเห็นอย่างชัดเจนว่าการกระทำดังกล่าวไม่ใช่การกระทำที่เป็นละเมิดอย่างแน่นอน ทั้งนี้เพราะการกระทำละเมิดต้องเป็นการกระทำที่มีชอบด้วยกฎหมาย (Unlawful act) เท่านั้น

แต่อย่างไรก็ดีการที่ผู้ร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์แปลคำว่า “Justifiable Acts” เป็นคำว่า “นิรโทษกรรม” ทำให้เกิดความสับสนต่อความหมายของคำว่า “นิรโทษกรรม” เพราะถ้อยคำภาษาไทยดังกล่าวมิใช่ในกฎหมายอื่นๆ ไม่ว่าจะเป็นกฎหมายมหาชน อาญา หรือกฎหมายระหว่างประเทศ โดยถ้อยคำนิรโทษกรรมในกฎหมายเหล่านี้มาจากภาษาอังกฤษ “Amnesty” ซึ่งเห็นได้จากหนังสือศัพท์นิติศาสตร์ อังกฤษ-ไทย ไทย-อังกฤษ ฉบับราชบัณฑิตยสถานได้เทียบคำว่า “นิรโทษกรรม” คำเดียวเป็นภาษาอังกฤษสองคำว่า⁵ Amnesty และ Justifiable Acts ทั้งๆที่คำภาษาอังกฤษทั้งสองคำมีความหมายแตกต่างกัน ดังนั้นผู้เขียนเห็นว่ากรณีดังกล่าวอาจเกิดข้อผิดพลาดในการแปลทำให้ความหมายของถ้อยคำที่ใช้ในภาษาไทยขัดกับความหมายของถ้อยคำภาษาอังกฤษที่ผู้ร่างประสงค์

ข) ในเรื่องประเด็นการร่างบทบัญญัติเรื่องนิรโทษกรรมผู้เขียนได้ไปศึกษาร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยก่อนที่จะเป็นประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ในปัจจุบัน ผู้เขียนพบว่าบทบัญญัติในเรื่องนิรโทษกรรมแต่เดิมนั้นบัญญัติไว้ว่านิรโทษกรรมนั้นไม่เป็นการกระทำที่เป็นละเมิดแต่อย่างใด ผู้เขียนขอยกตัวอย่างบทบัญญัติเหล่านั้น เช่น

ในร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ฉบับปี พ.ศ.2466 นั้นปรากฏว่า

มาตรา 194 บัญญัติว่า“ในการเพื่อยื้อเอาโดยลำพังตนนั้น บุคคลจะทำลายทรัพย์ก็ดี จะทำให้นับสลายก็ดี ถ้าเข้าถือเอาทรัพย์อันหนึ่งอันใดก็ดี ท่านว่าจะต้องกระทำได้แต่โดยละม่อม และทำได้ต่อเมื่อจะขอให้ศาลฎาเจ้าหน้าที่ช่วยไม่ได้ทันท่วงที และเห็นว่าถ้ามิได้ทำในทันใด ภัยมีอยู่ด้วยการที่จะได้สมดังสิทธิที่อ้างนั้นจะต้องประวิงไปมากฤาถึงแก่สาบสูญไปได้ บุคคลทำพร้อมด้วยองค์ดังกล่าวมานี้หาเป็นทำละเมิดมิได้”

มาตรา 196 บัญญัติว่า“บุคคลใดเมื่อกระทำการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายก็ดี การกระทำคำสั่งอันชอบด้วยกฎหมายก็ดี หากก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้อื่น ท่านไม่จัดว่าผู้นั้น ละเมิด และไม่ต้องที่จะใช้ค่าสินไหมทดแทน

⁵ ราชบัณฑิตยสถาน, ศัพท์นิติศาสตร์ อังกฤษ-ไทย ไทย-อังกฤษ ฉบับราชบัณฑิต, พิมพ์ครั้งที่ 6 (กรุงเทพมหานคร: นานมีบุ๊คพับลิเคชั่น, 2549), น. 569.

ผู้เสียหายอาจเรียกค่าสินไหมทดแทนจากผู้เป็นต้นเหตุให้ต้องป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย ฎาจากบุคคลผู้ให้คำสั่งโดยละเมิดนั้นก็ได้”

มาตรา 197 บัญญัติว่า“ถ้าบุคคลทำบุบสลายฎาทำลายทรัพย์สินหนึ่งสิ่งใดเพื่อบำบัดปัดป้องภัยอันตรายซึ่งมีมาเป็นสาธารณะโดยฉุกเฉิน ผู้นั้นหากระทำละเมิดมิได้ และจะไม่ต้องใช้ค่าสินไหมทดแทน หากว่าการบุบสลายอันทำไปนั้นไม่เกินสมควรแก่เหตุภัยอันตราย

ถ้าบุคคลทำบุบสลายหรือทำลายทรัพย์สินหนึ่งสิ่งใด เพื่อจะบำบัดปัดป้องภัยอันตรายอันมีต่อเอกชนโดยฉุกเฉิน ผู้นั้นจะต้องจัดทำคืนค่าทรัพย์สินที่บุบสลายทำลายไปนั้น

ถ้าบุคคลหรือทำลายทรัพย์สินหนึ่งสิ่งใด เพื่อที่จะป้องกันสิทธิของตนฎาของบุคคลอื่นจากภัยอันตรายอันมีมาอย่างฉุกเฉิน เพราะตัวทรัพย์สินนั้นเองเป็นเหตุ บุคคลเช่นนี้หาได้ทำละเมิดมิได้ และจะไม่ต้องใช้ค่าสินไหม หากว่าการบุบสลายอันทำลงนั้นไม่เกินสมควรแก่เหตุและภัยอันตรายนั้นไม่ได้เกิดขึ้นเพราะความผิดของบุคคลนั้นเองด้วย”

สำหรับเหตุผลที่ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ในฉบับปัจจุบันไม่มีถ้อยคำดังกล่าวผู้เขียนพบว่าเนื่องมาจากการปรับปรุงร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ฉบับปี พ.ศ. 2466 มาเป็นประมวลกฎหมายแพ่งฉบับปัจจุบันนั้นได้มีแก้ไขถ้อยคำและมีการตัดถ้อยคำดังกล่าวออกไป⁶

ค) เมื่อเราเปรียบเทียบกับระบบกฎหมายต่างประเทศที่เราอ้างอิงมาใช้เป็นต้นแบบในการร่างบทบัญญัติว่าด้วยหลักทั่วไปของความรับผิดเพื่อละเมิดและนิรโทษกรรมของไทย คือ ระบบกฎหมายเยอรมัน นั้นนิรโทษกรรมนั้นถูกอธิบายในส่วนขององค์ประกอบเรื่อง ความมิชอบด้วยกฎหมาย (Unlawfully) โดยนักนิติศาสตร์เยอรมันมองว่านิรโทษกรรม (Rechtfertigungsgrund) ไม่เป็นการกระทำที่มิชอบด้วยกฎหมายแต่อย่างใด⁷ ดังนั้นทำให้องค์ประกอบของความรับผิดเพื่อละเมิดไม่ครบจึงไม่เกิดความรับผิดส่งผลให้ผู้กระทำไม่ต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนแต่อย่างใด หลักการดังกล่าวเหมือนกับแนวความคิดของประเทศอื่นๆที่เป็นต้นแบบในการร่างประมวลกฎหมายไทยไม่ว่าประเทศญี่ปุ่นและสวิตเซอร์แลนด์ ดังนั้นจึงไม่น่าเป็นไปได้ว่านิรโทษกรรมเป็นการกระทำที่เป็นละเมิดแต่กฎหมายยกเว้นความรับผิดให้แก่ผู้กระทำ

⁶ ดูรายละเอียด, รายงานประชุมของคณะกรรมการร่างกฎหมายฉบับ วันที่ 26 ตุลาคม พุทธศักราช 2468

⁷ E.J.Cohn, Manual of German Law volume I, (London : Butterworth & Co, 1909), pp.154-155.

ง) ผู้เขียนเห็นว่าหากเป็นไปตามความเห็นเรื่องของนักนิติศาสตร์ไทยที่เห็นว่าการกระทำที่เป็นละเมิดแล้วนั้นย่อมขัดต่อตรรกะทางกฎหมายในการปรับใช้กับปัญหาบางประการได้ ซึ่งผู้เขียนจะขอยกอุทาหรณ์เพื่อให้เข้าใจได้ง่าย

สมมติ นาย ก.เป็นเจ้าของบ้านหลังหนึ่งซึ่งมีบ้านติดอยู่กับบ้านของนาย ข. ต่อจากบ้านของนาย ข. ไปเป็นชุมชนขนาดใหญ่มีบ้านเรือนประชาชนอยู่เป็นจำนวนมาก ต่อมา บ้านนาย ก. ถูกเพลิงไหม้อย่างหนักประกอบกับมีลมพัดแรงอย่างมากซึ่งมีแนวโน้มว่าเพลิงไหม้ดังกล่าวจะลุกลามมาที่บ้าน ข. และต่อไปยังบ้านเรือนของประชาชนจำนวนมากที่อยู่ถัดไป ทางเดียวที่จะหยุดยั้งอัคคีภัยนี้ได้ คือ การเข้าไปรื้อกำแพงและบ้านของนาย ข. ส่วนหนึ่งเสียเพื่อเป็นการตัดเส้นทางไฟนั้น นาย ค. ซึ่งเป็นพลเมืองดีก็เข้าไปช่วยเพื่อที่จะระงับเหตุ หากปรากฏว่านาย ค. เมื่อเข้าไปที่บ้านเพื่อที่จะเข้าไปรื้อบ้านของนาย ข. นั้นนาย ข. เห็นนาย ค. เข้ามารื้อบ้านของตนจึงใช้ไม้ที่อยู่ใกล้เคียวตีนาย ค. จึงบาดเจ็บ ปัญหาคือ เมื่อนาย ค. ฟ้องนาย ข. ว่ากระทำละเมิดตนเรียกร้องค่าสินไหมทดแทน นาย ข. ต้องสู้ว่าตนกระทำเพื่อป้องกันทรัพย์สินของตนจึงได้รับการนิรโทษกรรมไม่ต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทน กรณีเป็นปัญหาว่านาย ข. ต้องรับผิดชอบหรือไม่

อุทาหรณ์เรื่องนี้เป็นกรณีอธิบายความหมายของนิรโทษกรรมได้ดี ผู้เขียนขออธิบายเรื่องละเอียดดังต่อไปนี้ หากเราใช้ความหมายนิรโทษกรรมตามความหมายของนักนิติศาสตร์กลุ่มแรกว่านิรโทษกรรมเป็นการกระทำที่เป็นละเมิดแล้วแต่กฎหมายบัญญัติไม่ให้ต้องรับผิด คำตอบตามอุทาหรณ์นี้ คือ การกระทำของนาย ค. แม้เป็นการกระทำให้ทรัพย์สินเสียหายเพื่อป้องกันภัยอันตรายอันมีมาโดยสาธารณะตามมาตรา 450 วรรค 1 แต่อย่างไรก็ตามการกระทำของนาย ค. ยังคงเป็นการกระทำของละเมิดอยู่นั่นเอง ดังนั้นเมื่อเป็นการกระทำที่เป็นละเมิดย่อมเป็นภัยอันตรายที่มีขอบด้วยกฎหมาย นาย ข. ย่อมมีสิทธิที่จะป้องกันทรัพย์สินของตนได้ตามมาตรา 449 เมื่อกระทำพอสมควรแก่เหตุย่อมไม่ต้องรับผิดชอบชดใช้ค่าสินไหมทดแทนแต่อย่างใด กรณีนี้ผู้เขียนตั้งข้อสังเกตว่าการที่นาย ค. เข้าไปในบ้านนาย ข. ก็เพื่อระงับอัคคีภัยไม่ให้เกิดความเสียหายที่ร้ายแรงแก่ประชาชนจะเห็นว่าเป็นเจตนาที่ดี แต่กฎหมายกลับไม่คุ้มครองการกระทำของนาย ค. แต่อย่างใดกลับกันกฎหมายกลับให้สิทธิแก่นาย ข. ที่จะป้องกันทรัพย์สินของตนเองได้ทั้งที่พิจารณาตามหลักเหตุผลแล้วนาย ข. ควรที่จะเสียสละประโยชน์ส่วนตนเพื่อรักษาประโยชน์ของส่วนรวมมากกว่า

ในทางกลับกันหากเราใช้ความหมายนิรโทษกรรมตามนักนิติศาสตร์กลุ่มที่สองนั้นน่าจะมีสอดคล้องกับตรรกะทางกฎหมายมากกว่า คือ นิรโทษกรรมไม่เป็นการกระทำที่เป็นละเมิด ดังนั้นการกระทำของนาย ค. จึงไม่ใช่ภัยอันตรายอันมีขอบด้วยกฎหมายนาย ข. ย่อมไม่มีสิทธิที่จะ

ป้องกันได้ ต้องปล่อยให้ นาย ค.กระทำเพื่อระงับภัย การที่ นาย ข.ไปใช้ไม้ตี นาย ค.จึงไม่ใช่การป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายเป็นการกระทำที่เป็นละเมิดย่อมต้องชดเชยค่าสินไหมทดแทนแก่นาย ค.กรณีนี้น่าจะชอบด้วยเหตุผลมากกว่าเพราะเป็นการคุ้มครองผู้ที่มีเจตนาที่ดีในการช่วยเหลือส่วนรวม แต่อย่างไรก็ดีการกระทำของ นาย ค.ย่อมมีขอบเขต คือ ต้องกระทำพอสมควรแก่เหตุ เท่านั้นมิฉะนั้นก็ย่อมต้องรับผิดชอบชดเชยค่าสินไหมทดแทนในส่วนนั้น

จากเหตุผลข้างต้นทั้งหมด ผู้เขียนเห็นว่าความหมายที่แท้จริงของนิรโทษกรรมในทางแพ่ง หมายความว่า “หลักเกณฑ์ข้อต่อสู้ของจำเลยเพื่อปฏิเสธความรับผิดชอบหรือเพื่อขอลดหย่อนความรับผิด โดยผู้กล่าวอ้างต้องพิสูจน์ข้อเท็จจริงว่ากระทำของตนอันทำให้บุคคลอื่นเสียหายนั้นไม่เป็นการกระทำที่มีชอบด้วยกฎหมายเนื่องจากเหตุที่กฎหมายบัญญัติไว้”

สำหรับประเด็นเรื่องความหมายของการกระทำนิรโทษกรรมนี้ ระบบกฎหมายไทย จำเป็นจะต้องบัญญัตินิยามความหมายของนิรโทษกรรมไว้เลยเหมือนกรณีการบัญญัตินิยามความหมายของคำว่า “นิติกรรม” ดังเช่นในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์หรือไม่ ผู้เขียนเห็นว่าเรื่องดังกล่าวมีข้อสงสัยเกิดหลายประการ สำหรับมุมมองในด้านดี การบัญญัติความหมายของคำว่า “นิรโทษกรรม” แน่ช่นว่าย่อมจะทำให้มีความชัดเจนว่าหมายถึงอะไร ทำให้ไม่เกิดความสับสนกับความหมายของนิรโทษกรรมของกฎหมายอาญา ก่อให้เกิดความชัดเจนในระบบกฎหมายไทย แต่สำหรับผู้เขียนเห็นว่าการเขียนคำนิยามความหมายของคำใดๆ นั้นต้องเข้าใจก่อนว่าสิ่งที่นิยามคืออะไร ในกรณีการกระทำนิรโทษกรรมตามกฎหมายไทยนั้นตามที่อธิบายข้างต้นแล้วนั้น ผู้เขียนมีความเห็นว่า นักกฎหมายไทยยังมีความเห็นที่ไม่ลงรอยกัน ดังนั้นอาจยังไม่สามารถจำกัดความหมายได้อย่างถ่องแท้ ประเด็นต่อเนื่องตามมาหากเรายังไม่เข้าใจความหมายที่แท้จริง การเขียนนิยามอาจจะทำให้ความหมายของถ้อยคำดังกล่าวแคบลงได้ และทำให้แจ้งกระด้างขาดความยืดหยุ่นในการปรับใช้หลักกฎหมาย และอาจขัดขวางการพัฒนาหลักกฎหมายนิรโทษกรรมในอนาคตก็เป็นได้ ดังนั้นผู้เขียนเห็นว่ากรบัญญัตินิยามความหมายไม่น่าจะเป็นสิ่งที่จำเป็นสำหรับระบบกฎหมายไทย

⁸ ตัวอย่างเช่น หลักกฎหมายเรื่องความยินยอม (Consent) ในบางประเทศเช่นเยอรมันและออสเตรียยอมรับว่าเป็นหนึ่งในการกระทำนิรโทษกรรมเช่นกัน แต่ในระบบกฎหมายไทย นักนิติศาสตร์มิได้รับการจัดให้เรื่องดังกล่าวเป็นการกระทำที่เป็นนิรโทษกรรมแต่อย่างใด

3.2 หลักเกณฑ์การใช้การตีความนิรโทษกรรมตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

หลักการทั่วไปในการใช้การตีความนิรโทษกรรม

แม้หลักกฎหมายนิรโทษกรรมจะบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งอย่างชัดเจนในมาตรา 449-452 หลักเกณฑ์การใช้และการตีความบทบัญญัตินิรโทษกรรมมีลักษณะที่หลากหลาย บางกรณีเป็นบทบัญญัติวางหลักไว้เฉยๆ ไม่ได้บัญญัติหลักเกณฑ์ในเรื่องนั้นๆ ไว้อย่างชัดเจนแต่ได้อาศัยหลักเกณฑ์ในกฎหมายอาญามาอนุโลมปรับใช้แทนตัวอย่าง เช่น การป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย หรือการกระทำตามคำสั่ง เป็นต้น แต่บางกรณีก็เป็นบทบัญญัติในส่วนแพ่งที่มีหลักเกณฑ์อย่างชัดเจนจึงไม่ต้องนำเอาหลักเกณฑ์กฎหมายอาญามาปรับใช้ ดังนั้นหากมีการตีความบทบัญญัติเรื่องนิรโทษกรรมออกไปนั้นย่อมจะเกิดปัญหาขึ้นแน่นอน คือ ในส่วนนิรโทษกรรมที่ไม่ปรากฏหลักเกณฑ์ในกฎหมายอาญา เช่น การป้องกันให้สมดังสิทธิ จะไม่มีหลักเกณฑ์ในการปรับใช้หรือแม้แต่นิรโทษกรรมที่สามารถนำหลักเกณฑ์ในกฎหมายอาญามาปรับใช้ได้ก็อาจมีปัญหาเช่นกันเพราะในส่วนกฎหมายแพ่งบัญญัติหลักเกณฑ์นอกเหนือจากอาญาไว้ ตัวอย่างเช่น ในกรณีที่บุคคลป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายแต่ผลของการกระทำพลาดไปถูกบุคคลภายนอกที่มีผู้ใช้เป็นต้นเหตุ หากไม่มีบทบัญญัติในมาตรา 449 วรคสองนั้นจะบุคคลภายนอกไม่มีสิทธิในสามารถเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนตามที่วรรคนี้กำหนดไว้ ดังนั้นผู้เสียหายอาจไม่ได้รับการชดใช้ค่าสินไหมทดแทน (ผู้เสียหายต้องฟ้องโดยอาศัยหลักทั่วไปของความรับผิดชอบเพื่อละเมิดตามมาตรา 420)

ผู้เขียนเห็นว่าสิ่งสำคัญที่ต้องคำนึงถึงเสมอ คือ การกระทำที่เป็นนิรโทษกรรมนั้นเป็นข้อต่อสู้ของจำเลยที่ใช้อ้างเพื่อทำให้ไม่ต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนได้ เหตุผลที่มีการใช้บทบัญญัติเรื่องนิรโทษกรรมก็เพื่อให้เกิดความยุติธรรมแก่จำเลย แต่เราก็ต้องไม่ลืมความมุ่งหมายที่สำคัญของกฎหมายละเมิด คือ การชดใช้ค่าสินไหมทดแทนแก่ผู้เสียหายซึ่งบทบัญญัตินิรโทษกรรมนี้เหมือนเป็นการมองมุมกลับที่จะไม่ต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทน ดังนั้นผู้เขียนเห็นว่าการใช้และการตีความบทบัญญัติเรื่องนิรโทษกรรมของไทยนั้นที่เหมาะสมควรจะเป็นไปโดยเคร่งครัดทั้งนี้เพื่อให้ไม่ขัดต่อเจตนารมณ์ของกฎหมายละเมิด

ในส่วนต่อไปซึ่งผู้เขียนอธิบายหลักการเฉพาะในการใช้การตีความนิรโทษกรรมแต่ละประเภทโดยจะนำประเด็นการใช้การตีความของไทยที่เป็นปัญหาประกอบกับคำพิพากษาของศาลฎีกาไทยที่น่าสนใจมาวิเคราะห์วิจารณ์ถึงการปรับใช้บทบัญญัตินิรโทษกรรมของไทยเปรียบเทียบ

การปรับใช้ในกฎหมายต่างประเทศไม่ว่าจะเป็นประเทศที่เป็นต้นแบบในการร่างประมวลกฎหมายของไทยและประเทศที่มีได้เป็นต้นแบบ

หลักการเฉพาะในการใช้การตีความนิรโทษกรรม

3.2.1 การป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย

ผู้เขียนพบว่าการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายเป็นประเภทของนิรโทษกรรมที่ทุกประเทศยอมรับไว้ ซึ่งบางก็บัญญัติไว้ในกฎหมายลักษณะละเมิดเลยเช่นเดียวกฎหมายไทย ประเทศญี่ปุ่น ประเทศสวิตเซอร์แลนด์ และประเทศอิตาลี ซึ่งบางประเทศกลับบัญญัติไว้ในบทกฎหมายทั่วไป เช่น ประเทศเยอรมัน จากนั้นนำมาปรับใช้ในองค์ประกอบความมิชอบด้วยกฎหมาย (Unlawfully) แต่กลับกันบางประเทศ เช่น ประเทศฝรั่งเศสกลับไม่มีการบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรแต่อาศัยการใช้การตีความของนักนิติศาสตร์และศาลในทางทฤษฎีแทน

หลักเกณฑ์ในการปรับใช้ในเรื่องการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายนั้นพบว่าในกฎหมายไทย แม้มีบัญญัติไว้ในกฎหมายละเมิดแต่ยังคงนำหลักการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายมาจากหลักเกณฑ์ในมาตรา 68 ประมวลกฎหมายอาญา⁹ มาปรับใช้ ซึ่งแต่เดิมก่อนที่จะมีประมวลกฎหมายอาญาฉบับปัจจุบัน (พ.ศ.2500) ผู้เขียนเห็นว่าผู้ร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ในเรื่องนี้ก็ประสงค์ให้นำหลักเกณฑ์ในกฎหมายอาญามาใช้เช่นกัน¹⁰ เพียงแต่เป็นกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127 มาตรา 50¹¹ ซึ่งเนื้อความคล้ายคลึงกับประมวลกฎหมายอาญาฉบับปัจจุบัน มาตรา 68 การใช้วิธีวิธีเช่นเดียวกันนี้ก็พบในต่างประเทศไม่ว่าจะเป็นประเทศเยอรมัน สวิตเซอร์แลนด์

⁹ นักนิติศาสตร์ไทยมีความเห็นเป็นเอกฉันท์ที่จะนำเอามาตรา 68 ประมวลกฎหมายอาญามาอนุโลมปรับใช้

¹⁰ ข้อสันนิษฐานของผู้เขียนนั้นมาจากการค้นคว้างานเขียนวิชาการในช่วงนั้น ดู ปรีดี พนมยงค์, บันทึกข้อความสำคัญประกอบด้วยอุทาหรณ์และคำแนะนำแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ 2 (ตอนที่ 2), (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์นิติสาส์น, 2473), น.266.

¹¹ กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127 มาตรา 50 บัญญัติว่า “บุคคลที่กระทำการอย่างหนึ่งอย่างใด แต่พอสมควร โดยมีความจำเป็นเพื่อป้องกันชีวิต เกียรติยศ และชื่อเสียง หรือทรัพย์สินของตัวเองก็ดี หรือบุคคลอื่นก็ดี เพื่อให้พ้นอันตรายซึ่งเกิดโดยผิดกฎหมาย ท่านว่าไม่ควรลงอาญาแก่มัน”

ฝรั่งเศสและอิตาลี¹² แม้แต่ในกฎหมายคอมมอนลอร์นั้นพบว่าหลักกฎหมายของการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายก็ได้รับอิทธิพลมาจากกฎหมายอาญามาพอสมควร

แต่อย่างไรก็ตามแม้กฎหมายแพ่งในประเทศต่างๆจะนำหลักเกณฑ์ในกฎหมายอาญามาใช้ก็ตามแต่ก็มีได้หมายความว่าความเหมือนกันในทุกประเด็น ตัวอย่าง เช่น กรณีสำคัญผิดว่ามีเหตุที่กระทำการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายได้ กล่าวคือ ในกฎหมายอาญาอาจไม่ลงโทษหากบุคคลสำคัญผิดว่ามีเหตุที่จะกระทำการป้องกันแต่ในทางแพ่งอาจต้องรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนได้

ในระบบกฎหมายเยอรมันและอังกฤษมองว่าการกระทำป้องกันโดยผู้กระทำนั้นสำคัญผิด (Erroneously) ว่ามีเหตุที่จำต้องป้องกันอาจจะต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนเพราะการกระทำดังกล่าวเป็นการกระทำที่มีชอบด้วยกฎหมาย แต่ในทางกลับกันในกฎหมายอาญาผู้กระทำการดังกล่าวอาจไม่ถูกลงโทษตามกฎหมายอาญาก็ได้ซึ่งเรื่องดังกล่าวเรียกว่า “PutativNotwehr”¹³ ในประเด็นนี้ผู้เขียนพบว่าในส่วนของกฎหมายแพ่งไทยยังไม่มีบทบัญญัติในเรื่องนี้

ประเด็นต่อมาเรื่องการกระทำโดยการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายแล้วมีผลกระทบต่อบุคคลภายนอกที่มีสาเหตุแห่งการป้องกันนั้น ตัวอย่างเช่น¹⁴ นาย ก.ถูกพวกโจรทำร้าย นาย ก.จึงยิงพวกโจร (โดยไม่ประมาท) แต่พลาดไปถูกนาย ข. ผู้ที่ผ่านมาบาดเจ็บ ปัญหาดังกล่าวแน่นอนว่าตามหลักกฎหมายมาตรา 449 วรรค 2 นาย ข.ย่อมต้องฟ้องโจรเท่านั้น สำหรับนาย ก. ไม่สามารถฟ้องได้¹⁵

¹² ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน (BGB) มาตรา 227 อนุโลมมาตรา 32 ของประมวลกฎหมายอาญา (StGB) มาใช้, ประมวลกฎหมายลักษณะหนึ่งของสวิสเซอร์แลนด์ มาตรา 52 วรรค 1 อนุโลมมาตรา ของประมวลกฎหมายอาญามาใช้, ประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสมาตรา 1382 องค์ประกอบเรื่องความผิด อนุโลมนำมาตรา 122-5 ประมวลกฎหมายอาญามาใช้, ประมวลกฎหมายแพ่งอิตาลีมาตรา 2044 อนุโลมมาตรา 52 ของประมวลกฎหมายอาญาอิตาลีมาใช้

¹³ Ernest J. Schuster, *The Principle of German Civil Law*, (Oxford : Clarendon Press, 1907), p 76.

¹⁴ ตัวอย่างอุทธรณ์มาตรา 449 ของกรมร่างกฎหมาย ดู มานวราชเสวี.พระยา, *อุทธรณ์สำหรับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ ๑-๒ ฉบับกรมร่างกฎหมาย*, (2533), น.163.

¹⁵ ผู้เขียนเห็นว่ากรณีมาตรา 449 วรรค 2 นั้นเจตนารมณ์ 2 ประการ กล่าวคือ

ปัญหาต่อมาจากตัวอย่างข้างต้น นาย ก.ถูกพวกโจรทำร้าย นาย ก.จึงยิงพวกโจร แต่พลาดไปถูกนาย ข. โดยประมาท นาย ข.จะสามารถฟ้องต่อศาลอ้างว่านาย ก.กระทำละเมิดต่อตน โดยประมาทเกินสมควรหรือไม่ อีกทั้งนาย ข.จะอาศัยอำนาจตามมาตรา 449 วรรค 2 มาฟ้องโจรได้หรือไม่

สำหรับปัญหานี้ผู้เขียนเห็นว่า ผู้ป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายนั้นจะหลุดพ้นความรับผิดชอบได้นั้นผู้กระทำไม่เพียงต้องกระทำพอสมควรแก่เหตุแต่จะต้องกระทำโดยระมัดระวังเหมาะสมกับสถานการณ์หรือกล่าวอีกนัยยะหนึ่งคือ ไม่ประมาทเกินสมควร ดังนั้นหากผู้กระทำการ คือ นาย ก.ประมาทเกินสมควรย่อมต้องรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนต่อนาย ข. ส่วนนาย ข. จะสามารถฟ้องโจรตามมาตรา 449 วรรค 2 ได้หรือไม่ ประเด็นนี้ผู้เขียนเห็นว่า นาย ข. ไม่มีสิทธิฟ้องโจร เนื่องจาก การที่จะใช้อำนาจตามมาตรา 449 วรรค 2 นั้นต้องเป็นการกระทำป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายเสียก่อน แต่กรณีนี้นาย ก. กระทำโดยประมาทดังนั้นจึงไม่ใช่การป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย ข. จึงไม่มีสิทธิในมาตรา 449 วรรค 2 ที่จะฟ้องโจรแต่อย่างใด¹⁶

สิ่งที่ผู้เขียนตั้งข้อสังเกต คือ หลักเกณฑ์การป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายมีองค์ประกอบหลายประการไม่ว่าองค์ประกอบ ภายนอกภายในก็ถึง หรือ กระทำไปโดยพอสมควรแก่เหตุ ฯลฯ ทำให้บางครั้งอาจจะทำให้จำเลยมีความยากลำบากในการพิสูจน์พยานหลักฐานเพื่อให้ศาลเชื่อว่าตนเองได้กระทำการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย ในขณะที่โจทก์สามารถพิสูจน์หักล้างในองค์ประกอบข้อใดข้อหนึ่งของการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย ข้อต่อสู้ดังกล่าวย่อมตกไป และบางกรณีในการยกข้อต่อสู้หลักกฎหมายการป้องกัน อาจจะต้องพิจารณาอย่างถี่ถ้วนว่าเป็นดีต่อจำเลยหรือไม่ ตัวอย่างเช่น นาย ก.มีเหตุวิวาทและทำร้ายนาย ข.ซึ่งเคยมีเหตุวิวาทมาก่อนหน้านั้นแล้ว ในการพิจารณาคดี จำเลยอาจยกข้อต่อสู้ได้ 2 กรณี กรณีแรกเรื่อง

ประการแรกประสงค์จะคุ้มครองผู้กระทำการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายดังนั้นจึงบัญญัติให้ผู้กระทำไม่ต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนแต่ประการใด

ประการที่สอง การเยียวยาผู้เสียหาย เพราะจะเป็นไม่กรณีที่ไม่ชอบธรรมหากให้ผู้เสียหายซึ่งเป็นผู้บริสุทธิ์ต้องรับเคราะห์ไป ดังนั้นกฎหมายจึงบัญญัติมาตรการพิเศษมาเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้น กล่าวคือ ให้ผู้เสียหายไปฟ้องต่อผู้เป็นต้นเหตุแทน

¹⁶ ส่วนปัญหาว่าโจรจะต้องรับผิดชอบไหม กรณีผู้เขียนมีความเห็นว่า โจรอาจมีความรับผิดชอบหากการประทุษร้ายของตนทำให้นาย ก. เสียหาย แต่หากนาย ก. ไม่เสียหาย โจรก็ไม่ต้องรับผิดชอบในทางแพ่งแต่อย่างใด (ในทางอาญาอาจรับผิดชอบในฐานะพยายามกระทำความผิด)

ป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย หรือ กรณีที่สองยกข้อต่อสู้ว่าต่างฝ่ายได้สมัครใจเข้าวิวาทกัน เมื่อพิจารณาแล้วการพิสูจน์ข้อต่อสู้ว่าป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายนั้นยากกว่าสมัครใจเข้าต่อสู้ ดังนั้น หากกรณีดังกล่าวจำเลยก็น่าจะใช้ข้อต่อสู้ว่าสมัครใจเข้าวิวาทเพราะมีโอกาสที่นายจำเลยจะโน้มน้าวศาลให้รับฟังมากกว่า จากเหตุผลข้างต้นเหล่านี้อาจเป็นสาเหตุให้หลักเกณฑ์นิรโทษกรรมในส่วนการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายไม่ค่อยได้หยิบมาใช้เป็นข้อต่อสู้ในคดีแพ่งซึ่งผู้เขียนจะเสนอแนวทางข้อเสนอแนะในบทต่อไป

สำหรับในส่วนของคำพิพากษาศาลฎีกาไทย ในส่วนการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย มีหลายฉบับด้วยกัน จากการค้นคว้าของผู้เขียนเห็นว่าประเด็นเรื่องการป้องกันทรัพย์มีคำพิพากษาที่น่าสนใจเกี่ยวกับการใช้และการตีความของศาล ในเบื้องต้นผู้เขียนขออธิบายข้อเท็จจริงก่อนกล่าวคือ

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 684/2538¹⁷ ข้อเท็จจริงปรากฏในคดีว่าผู้ตายเป็นบุตรชายของโจทก์ได้เคยเข้ามาลักทรัพย์ในโรงงานจำเลยหลายครั้งแล้ว วันเกิดเหตุผู้ตายจะกำแพงอิฐบล็อกแล้วเข้าไปในโรงงานของจำเลยเป็นเหตุให้เหยียบถูกเส้นลวดที่ต่อเข้ากับกระแสไฟฟ้าซึ่งคนงานของจำเลยเป็นคนทำไว้ ทำให้ผู้ตายถูกกระแสไฟฟ้าช็อตถึงแก่ความตาย ศาลมองว่าการกระทำของจำเลยได้กระทำการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย จำเลยย่อมได้รับนิรโทษกรรมไม่ต้องรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนแก่โจทก์

จากคำพิพากษข้างต้น¹⁸ ด้วยความเคารพท่านผู้พิพากษาที่ได้วินิจฉัยในคดีนี้ ผู้เขียนมีความเห็นที่แตกต่างจากแนวทางการใช้และการตีความของศาล โดยผู้เขียนเห็นว่าการกระทำของโจทก์จะอ้างว่าเป็นการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายไม่ได้ ผู้เขียนขอสรุปเหตุผลสนับสนุนความเห็นซึ่งมีรายละเอียดต่อไปนี้

¹⁷ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 684/2538 (สงเสริมฯ), น.75.

¹⁸ ท่าน ศิริชัย วัฒนโยธิน เขียนหมายเหตุท้ายฎีกาดังกล่าวโดยท่านได้อ้างว่าคำพิพากษานี้ได้ตัดสินตามแนวคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1923/2519 จำเลยจัดสิ่งของไว้ในโรงเก็บของในส่วนของจำเลย บริเวณดังกล่าวมีคนร้ายชุกชุม ผู้ตายและพวกรุกเข้าไปในยามวิกาลโดยเจตนาจะลักทรัพย์ แต่ถูกเส้นลวดที่จำเลยปล่อยกระแสไฟฟ้าไว้ในโรงเก็บถึงแก่ความตาย ศาลวินิจฉัยว่าจำเลยมีสิทธิทำร้ายผู้ตายกับพวกเพื่อป้องกันทรัพย์สินได้ การกระทำของจำเลยเป็นการป้องกันพอสมควรแก่เหตุ ไม่มีความผิด

ประเด็นแรก คำพิพากษาดังกล่าวเป็นกรณีการป้องกันทรัพย์สินเป็นเหตุให้ผู้บุกรุกเสียชีวิต สิ่งที่เรายอมรับในสังคมปัจจุบัน คุณค่าของชีวิตมนุษย์ย่อมเป็นสิ่งที่ไม้อาจนำไปเปรียบเทียบกับคุณค่าของทรัพย์สินได้เลยไม่ว่ากรณีใดๆ ดังนั้นคุณค่าของชีวิตมนุษย์ย่อมสูงกว่าทรัพย์สินเสมอไม่ว่าทรัพย์สินราคาใดๆ อีกทั้งหากพิจารณาความเสียหายที่จะเกิดขึ้นแก่จำเลยแล้ว คือ ทรัพย์สินที่ถูกลักนั้นจำเลยย่อมเสาะหาเพิ่มเติมได้ในภายหลัง ในทางกลับกันผู้ตายต้องสูญเสียชีวิตทุกสิ่งทุกอย่างหมดไปไม่มีโอกาสกลับคืนมาได้อีก ดังนั้นจากเหตุผลดังกล่าวการป้องกันทรัพย์สินย่อมจะไม่สามารถที่จะทำร้ายชีวิตมนุษย์ได้ ซึ่งหลักการดังกล่าวได้รับยอมรับอย่างชัดเจนในประเทศคอมมอนลอว์ไม่ว่าจะเป็นสหรัฐอเมริกาหรืออังกฤษ¹⁹ เช่นเดียวกับประเทศในกลุ่มซีวิลลอว์อย่างฝรั่งเศส²⁰

ประเด็นที่สอง พฤติการณ์ในการป้องกันทรัพย์สินสูญหายของจำเลยมีมาตรการที่รุนแรงอย่างยิ่งและไม่มีการแจ้งเตือนผู้บุกรุกแต่อย่างใด²¹ ทั้งนี้ตามข้อเท็จจริงที่ปรากฏในคดีจำเลยมีวิธีการป้องกันทรัพย์สินของจำเลยได้หลายวิธี เช่น อาจสร้างรั้วที่แข็งแรงเพิ่มเติมขึ้น จัดเวรยามตรวจตรามากกว่าเดิม หรือหากจำเลยจะใช้กระแสไฟฟ้าแล้ว จำเลยอาจดัดแปลงเป็นกระแสไฟฟ้าที่ต่ำกว่านี้ซึ่งทำให้บาดเจ็บแต่ไม่ถึงกับเป็นอันตรายแก่ชีวิต ย่อมจะชอบด้วยเหตุผลมากกว่านี้

ในเรื่องนี้ผู้เขียนพบแนวคำพิพากษาศาลฎีกาฉบับใหม่ในส่วนคดีอาญาที่สนับสนุนแนวความคิดดังกล่าว²² ของผู้เขียนด้วย

¹⁹ ประเทศอังกฤษโปรดดูคดี Bird v. Holbrook ส่วนประเทศสหรัฐอเมริกาโปรดดูคดี Katko v. Briney ศาลวางหลักไว้อย่างชัดเจนว่าการป้องกันทรัพย์สินไม้อาจทำให้มนุษย์บาดเจ็บสาหัสหรือถึงแก่ชีวิตได้

²⁰ ประเทศฝรั่งเศสในคดี Court of Troyes, May 24, 1977.

²¹ กรณีดังกล่าวตามหลักกฎหมายในประเทศอังกฤษและสหรัฐอเมริกาแล้วกำหนดให้มีการแจ้งเตือนไม่ให้บุกรุก (No Trespass)

²² คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 191/2549 ข้อเท็จจริงปรากฏว่าผู้ตายเป็นเด็กชาย ค เข้าไปลักแดงโมโนไรซ์ของจำเลย และจำเลยได้ต่อและปล่อยกระแสไฟฟ้าจากบ้านผ่านรั้วลวดหนาม เป็นเหตุให้เด็กชาย ค ซึ่งสัมผัสลวดหนามถูกกระแสไฟดูดจนถึงแก่ความตาย ศาลวินิจฉัยในคดีนี้ว่าแม้การที่ผู้ตายจะเข้าไปลักแดงโมโนไรซ์ของจำเลย อันถือได้ว่าผู้ตายได้กระทำประทุษร้ายอันละเมิดต่อกฎหมายต่อทรัพย์สินของจำเลยก็ตาม จำเลยย่อมมีสิทธิป้องกันทรัพย์สินของตนเองได้ แต่การที่จำเลยต่อและปล่อยกระแสไฟฟ้าซึ่งมีแรงเคลื่อนสูงถึง 220 โวลต์ อันอาจทำให้คนถึงแก่ความตายได้ ทั้งที่

สุดท้ายนี้ขอสรุปความเห็นของผู้เขียนว่าบรรทัดฐานตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 684/2538 นั้นไม่อาจอ้างเป็นบรรทัดฐานได้เนื่องจากขัดต่อหลักการและเหตุผลดังที่กล่าวมาแล้วข้างต้น ผลของคำพิพากษาในความเห็นของผู้เขียนนั้น จำเลยไม่น่าจะสามารถอ้างนิรโทษกรรมตามมาตรา 449 จึงต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนแก่โจทก์ได้ แต่อย่างไรก็ดีเมื่อปรากฏพฤติการณ์ว่าผู้ตายมีส่วนผิดศาลก็ยอมปรับลดค่าสินไหมทดแทนได้คำพิพากษานี้ น่าจะชอบด้วยหลักกฎหมายและก่อให้เกิดความยุติธรรมแก่ทั้งสองฝ่าย

3.2.2 การกระทำตามคำสั่งที่ชอบด้วยกฎหมาย

การกระทำตามคำสั่งที่ชอบด้วยกฎหมายนั้นผู้เขียนพบว่าต้นแบบการร่างกฎหมายลักษณะละเมิดของไทยอย่างประเทศเยอรมัน สวิสเซอร์แลนด์ หรือญี่ปุ่นไม่มีประเทศใดที่บัญญัติเรื่องดังกล่าวเป็นลายลักษณ์อักษรไว้อย่างชัดเจน จึงเกิดคำถามว่าแล้วประเทศไทยได้รับแนวความคิดหลักกฎหมายในเรื่องนี้มาจากที่ใด ซึ่งในการวิเคราะห์ที่มาของหลักเกณฑ์นิรโทษกรรมในแต่ละประเภทข้างต้น ผู้เขียนได้สันนิษฐานว่าบทบัญญัติกรณีนี้ประเทศไทยน่าจะได้รับความคิดมาจากกฎหมายฝรั่งเศส โดยในระบบกฎหมายละเมิดของฝรั่งเศสหลักกฎหมายดังกล่าวอาศัยการปรับใช้โดยอนุโลมจากกฎหมายอาญามาใช้เช่นเดียวกับกฎหมายไทย²³

ซึ่งก่อนหน้านี้ในบทกฎหมายต่างประเทศผู้เขียนก็พบว่า ในหลักกฎหมายฝรั่งเศสนั้นขอบเขตของหลักกฎหมายรวมถึงการกระทำหน้าที่ตามกฎหมาย (Ordre de la loi) การกระทำที่กฎหมายอนุญาต (Permission de la loi) การกระทำตามคำสั่งที่ชอบด้วยกฎหมาย (Commandement de l' autorité légitime) ด้วย และเมื่อผู้เขียนย้อนกลับมาพิจารณาบทบัญญัติของไทยพบว่าความคิดในทางวิชาการเกี่ยวกับขอบเขตของหลักกฎหมายในเรื่องนี้นักนิติศาสตร์ไทยยังเห็นไม่ลงรอยกันนักว่าขอบเขตของคำสั่งชอบด้วยกฎหมายนั้นมีกรณีใดบ้าง

ประเด็นปัญหานี้คือ การกระทำตามคำสั่งที่ชอบด้วยกฎหมายนั้นมีความหมายครอบคลุมเพียงใด จากการศึกษาผู้เขียนตั้งสมมติฐานว่า กรณีการกระทำตามคำสั่งอันชอบด้วย

ทรัพย์สินที่จำเลยมีสิทธิป้องกันนั้นมีราคาไม่สูงมากนัก การกระทำของจำเลยย่อมเป็นการกระทำที่เกินสมควรแก่เหตุ

²³ กฎหมายไทยการกระทำตามคำสั่งที่ชอบด้วยกฎหมายเป็นส่วนหนึ่งของมาตรา 449 อนุโลมนำมาตรา 70 ประมวลกฎหมายอาญามาปรับใช้ ,ตามประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส มาตรา 1382 องค์ประกอบเรื่องความผิด อนุโลมนำมาตรา 122-4 ประมวลกฎหมายอาญามาใช้

กฎหมายมาตรา 449 วรรค 1 ประกอบด้วย 3 กรณี คือ คำสั่งที่ชอบด้วยกฎหมาย, คำสั่งที่มีชอบด้วยกฎหมายแต่เชื่อโดยสุจริตว่าเป็นคำสั่งที่ชอบด้วยกฎหมาย และสุดท้ายการกระทำที่กฎหมายให้อำนาจไว้ ซึ่งเหตุผลของผู้เขียนมีดังต่อไปนี้

ประการแรก ผู้เขียนพบว่างานเขียนวิชาการในช่วงเวลาดังกล่าวแสดงให้เห็นถึงเจตนาของผู้ร่างกฎหมายว่าในส่วนหลักเกณฑ์คำสั่งที่ชอบด้วยกฎหมายตามมาตรา 449 ประสงค์ให้อ้างอิงกับมาตรา 52 กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127 (เหมือนกับการป้องกันอ้างอิงจากมาตรา 50) เพราะขณะนั้นยังไม่มีกร่างประมวลกฎหมายอาญารบปัจจุบัน²⁴ ตัวอย่างงานเขียนดังกล่าวเช่น

อุทธรณ์มาตรา 449 ฉบับกร่างกฎหมาย ในส่วนของการกระทำตามคำสั่งอันชอบด้วยกฎหมาย คือ²⁵อุทธรณ์ ข. พลตำรวจนครบาลจับ ก. ตามคำสั่งอันมิชอบด้วยกฎหมายของ ค. ผู้เป็นนาย เมื่อสันนิษฐานว่า ข. ได้กระทำตามคำสั่งที่ชอบด้วยกฎหมาย (ดังคำอธิบายไว้ในกฎหมายลักษณะอาญามาตรา 52) แล้ว ข. หาได้กระทำละเมิดไม่และ ก.จะเรียกค่าสินไหมทดแทนได้แต่จาก ค.อีกตัวอย่างหนึ่งเป็นของท่านศาสตราจารย์ ดร.ปรีดี พนมยงค์ ท่านได้อธิบายไว้ว่า²⁶“เรื่องการทำตามคำสั่งอันชอบด้วยกฎหมาย ให้เทียบดูกฎหมายลักษณะอาญามาตรา 52”

ประการที่สอง หากเราพิจารณาโครงสร้างของบทบัญญัติมาตรา 449 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์และมาตรา 52 ของกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127 มีโครงสร้างคล้ายคลึงกันจนเหมือนกับผู้ร่างประสงค์ให้เหมือนกัน กล่าวคือ

มาตรา 449 วรรค 1 บัญญัติว่า “บุคคลใดเมื่อกระทำการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายก็ดี กระทำตามคำสั่งอันชอบด้วยกฎหมายก็ดี หากก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้อื่นไว้ร้ ท่านว่าบุคคลนั้นหาต้องรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนไม่”

มาตรา 52 วรรค 1 บัญญัติว่า “ผู้ใดกระทำตามคำสั่งอันชอบด้วยกฎหมาย ท่านว่าผู้นั้นไม่ควรรับอาญา”

²⁴ กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127 (พ.ศ.2452) ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (พ.ศ.2468) ส่วนประมวลกฎหมายอาญารบปัจจุบัน (พ.ศ.2500) ดังนั้นเป็นไปได้ที่ผู้ร่างประมวลกฎหมายแพ่งจะอ้างอิงประมวลกฎหมายอาญารบปัจจุบันได้

²⁵ มานวราชเสวี, พระยา อ้างแล้ว *เชิงอรรถที่* 14, น. 163.

²⁶ ปรีดี พนมยงค์, อ้างแล้ว *เชิงอรรถที่* 10, น. 266.

สิ่งที่ผู้เขียนอยากจะตั้งข้อสังเกตคือ ทั้งมาตรา 52 และมาตรา 449 ใช้คำว่า “กระทำตามคำสั่งอันชอบด้วยกฎหมาย” ทั้งสองมาตราซึ่งดูเหมือนกับผู้ร่างประสงค์ให้เป็นเช่นนั้นเพื่อให้ใช้หลักในกฎหมายอาญา มาปรับใช้ในกฎหมายแพ่ง ส่วนคำดังกล่าวจะหมายความว่าความเช่นนั้น คำตอบจะอยู่ในวรรค 2 ของมาตรา 52 กล่าวคือ

มาตรา 52 วรรค 2 บัญญัติว่า “ที่ว่ากระทำการตามคำสั่งอันชอบด้วยกฎหมาย ท่านให้อธิบายไว้ดังนี้ คือ

(1) การกระทำเป็นการต้องตามพระราชกำหนดกฎหมายที่ใช้อยู่ในเวลานั้น

(2) บุคคลกระทำการตามคำสั่งของเจ้าพนักงานฝ่ายทหารก็ดี พลเรือนก็ดี อันตนมีหน้าที่ที่จะต้องฟังบังคับบัญชา แม้ว่าคำสั่งนั้นจะผิดกฎหมาย ถ้าปรากฏว่าผู้รับคำสั่งนั้นไปกระทำโดยเชื่อว่าชอบด้วยกฎหมายโดยมีเหตุผลอันสมควร ท่านให้ถือว่าผู้รับคำสั่งไปกระทำการนั้น ไม่ควรรับอาญาเหมือนกัน”

ซึ่งเมื่อพิจารณามาตรา 52 วรรค 2 แล้วพบว่า “กระทำตามคำสั่งอันชอบด้วยกฎหมาย” ประกอบด้วย 3 กรณี คือ การกระทำที่กฎหมายให้อำนาจไว้ตามอนุมาตราหนึ่ง ส่วนอนุมาตราที่สองคือคำสั่งที่ชอบด้วยกฎหมาย คำสั่งที่มีชอบด้วยกฎหมายแต่เชื่อโดยสุจริตว่าเป็นคำสั่งที่ชอบด้วยกฎหมาย เมื่อเปรียบเทียบกับเนื้อความในมาตรา 70 ประมวลกฎหมายอาญาปัจจุบัน พบว่ามาตรา 70 ก็นิยามเฉพาะคำสั่งที่มีชอบด้วยกฎหมายแต่เชื่อโดยสุจริตว่าเป็นคำสั่งที่ชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น

ประการที่สามนอกจากเหตุผลทั้งสองข้างต้นแล้วผู้เขียนยังพบว่ามีคำพิพากษาศาลฎีกาที่ได้ตีความตามมาตรา 449 วรรค 1 ให้รวมถึงการกระทำตามที่กฎหมายให้อำนาจดังเช่นข้อสมมติฐานของผู้เขียนที่กล่าวมาแล้วด้วย กล่าวคือ

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 535/2521²⁷ อ. ผู้ต้องขังคนหนึ่งยิงตำรวจตายเพื่อจะหลบหนีจากห้องขังของศาล จำเลยที่ 1 กับพวกซึ่งเป็นตำรวจได้ล้อมห้องขังดังกล่าวไว้ ขณะนั้นมีผู้ต้องขังอื่นอยู่ในห้องขังรวม 6 คน ต่อมาจำเลยที่ 1 ได้ใช้ปืนยิงเข้าไปในห้องขังเพื่อให้ถูก อ. แต่กระสุนพลาดไปถูก ร. ผู้ต้องขังอีกคนหนึ่งถึงแก่ความตาย ศาลตัดสินว่า การกระทำของจำเลยที่ 1 ไม่ใช่วิธีหรือการป้องกันเท่าที่เหมาะสมแก่พฤติการณ์แห่งเรื่องในการจับกุมผู้พยายามจะหลบหนีตามประมวล

²⁷ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 535/2521 สืบค้นมาจากระบบค้นหาคำพิพากษาศาลฎีกา <http://www.deka2007.supremecourt.or.th>

กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 83 วรรค 2 คดีไม่มีเหตุปฏิเสธความรับผิดชอบได้ จำเลยต้องชดเชยค่าสินไหมทดแทนให้โจทก์

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 7632/2537²⁸ ผู้ต้องขังก่อเหตุร้ายขึ้นในเรือนจำแล้วจับผู้ต้องขังด้วยกันเป็นตัวประกัน โดยผู้ต้องขังที่ก่อการได้มีระเบิดมืออยู่ด้วยพร้อมทั้งข่มขู่ว่าจะขว้างใส่จำเลย ซึ่งเป็นเจ้าหน้าที่ราชทัณฑ์ ผู้บังคับบัญชาเรือนจำได้มีคำสั่งให้เตรียมการอย่างระมัดระวังไม่ให้เจ้าหน้าที่ยิงสุมเข้าไปเพื่อความปลอดภัยของตัวประกัน แต่อย่างไรก็ดีการที่ผู้ต้องขังทุเรศขึ้น ทำท่าจะขว้างมาที่จำเลยและพวก จึงต้องมีคำสั่งให้จำเลยปฏิบัติอย่างจับพลัน ผลปรากฏว่าระเบิดมือดังกล่าวระเบิดส่งผลให้ตัวประกันตาย จำเลยถูกฟ้องให้รับผิด ศาลตัดสินว่า จำเลยไม่ต้องรับผิดเนื่องจาก พระราชบัญญัติราชทัณฑ์ พ.ศ.2479 มาตรา 17 (1)(3), 21 เจ้าหน้าที่เรือนจำไม่ต้องรับผิดในผลการกระทำของตนทั้งในทางแพ่งและทางอาญาต่อเมื่อได้กระทำโดยสุจริตและการกระทำนั้นเป็นไปตามเงื่อนไขที่ระบุไว้ไม่ว่าผู้ถูกกระทำจะเป็นผู้ต้องขังหรือบุคคลอื่นก็ตาม

ดังนั้นผู้เขียนสรุปว่า ขอบเขตการกระทำตามคำสั่งอันชอบด้วยกฎหมาย มาตรา 449 วรรค 1 ประกอบด้วย 3 กรณี คือ กรณีแรก การกระทำที่กฎหมายให้อำนาจไว้ในขณะที่กระทำ กรณีที่สอง การกระทำตามคำสั่งที่ชอบด้วยกฎหมายกรณีสุดท้าย การกระทำตามคำสั่งที่มีชอบด้วยกฎหมายแต่เชื่อโดยสุจริตว่าเป็นคำสั่งที่ชอบด้วยกฎหมาย

ประเด็นต่อมาผู้เขียนวิเคราะห์ในส่วนของประกอบในประเด็นที่น่าสนใจ ในกรณีแรก การกระทำตามคำสั่งไม่ว่าจะเป็นคำสั่งโดยชอบด้วยกฎหมายหรือคำสั่งที่มีชอบแต่ผู้กระทำเชื่อโดยสุจริตว่าชอบด้วยกฎหมาย นักนิติศาสตร์ไทยเห็นอย่างเอกฉันท์ว่า คำสั่งนั้นต้องมาจากเจ้าพนักงานรัฐเท่านั้น²⁹ เหตุใดมิใช่บิดามารดา ผู้ปกครอง หรือนายจ้าง ประเด็นคือทำไมต้องเป็นคำสั่งของเจ้าหน้าที่เท่านั้น ในส่วนนี้ผู้เขียนเห็นว่า เหตุผลน่าจะมาจากนิตินโยบาย (Public Policy) ตามปกติแล้วเจ้าพนักงานรัฐจะเป็นผู้ใช้อำนาจรัฐทั้งนี้ก็เพื่อประโยชน์ของสาธารณะหรือเพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของบุคคล แต่ในบางครั้งในการกระทำใดๆ เพื่อให้ภารกิจต่างๆ ที่กล่าวมานั้นลุล่วงสมบูรณ์ไปได้ อาจก่อให้เกิดความเสียหายแก่เอกชนก็ได้ ดังนั้นกฎหมายจึงมีความประสงค์ที่จะคุ้มครองต่อผู้ปฏิบัติงานจึงได้บัญญัติหลักการในเรื่องนี้ขึ้นมา ในทางตรงข้ามคำสั่งเกิดจากเอกชนไม่ว่าจะเป็นบิดามารดาสั่งบุตร ผู้ปกครองสั่งผู้อยู่ใต้ปกครอง หรือนายจ้างสั่งลูกจ้าง

²⁸ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 7632/2537 สืบค้นมาจากระบบค้นหาคำพิพากษาศาลฎีกา <http://www.deka2007.supremecourt.or.th>

²⁹ บุคคลที่ปฏิบัติตามคำสั่งอาจเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐ หรือ บุคคลธรรมดาก็ได้

กรณีเหล่านี้เป็นเรื่องของประโยชน์ของปัจเจกบุคคลจึงไม่มีเหตุผลใดๆที่จะกฎหมายจะต้องบัญญัติคุ้มครองไว้³⁰

แม้ผู้กระทำความผิดตามคำสั่งที่ชอบด้วยกฎหมายแต่มิได้หมายความว่าทุกกรณีจะหลุดพ้นความรับผิด ผู้เขียนเห็นว่าผู้กระทำจะต้องกระทำสุจริต (Good faith) และกระทำโดยพอสมควรแก่เหตุภายใต้ขอบเขตของกฎหมายให้อำนาจด้วย มิฉะนั้นจะไม่สามารถอ้างนิรโทษกรรมเป็นข้อต่อสู้ได้ทำให้ต้องรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทน

ตัวอย่างเช่น ในกรณีการจับกุมผู้ต้องสงสัยของเจ้าพนักงานตำรวจและผู้ต้องสงสัยขัดขึ้น ตามหลักกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา³¹ กำหนดให้เจ้าพนักงานตำรวจต้องกระทำการป้องกันเท่าที่เหมาะสมแก่พฤติการณ์แห่งเรื่องในการจับกุมผู้พยายามจะหลบหนีตาม กรณีดังกล่าวจะสามารถอ้างนิรโทษกรรมได้หรือไม่ ผู้ปฏิบัติต้องกระทำโดยพอสมควรแก่เหตุจึงจะสามารถอ้างนิรโทษกรรมได้

สำหรับการกระทำตามคำสั่งที่ชอบด้วยกฎหมายนั้น มีประเด็นที่น่าพิจารณาว่ากรณีหากผู้ที่กล่าวอ้างเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐจะมีความสัมพันธ์กับพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 อย่างไร กรณีนี้ผู้เขียนเห็นว่า มาตรา 449 มิได้กำหนดว่าผู้ที่อ้างได้ต้องเป็นเอกชนเท่านั้น ดังนั้นเจ้าหน้าที่รัฐสามารถที่จะอ้างกระทำตามคำสั่งเป็นนิรโทษกรรมได้ ไม่ว่าจะเป็นการกระทำที่กฎหมายให้อำนาจไว้ในขณะที่กระทำ การกระทำตามคำสั่งที่ชอบด้วยกฎหมาย การกระทำตามคำสั่งที่มีชอบด้วยกฎหมายแต่เชื่อโดยสุจริตว่าเป็นคำสั่งที่ชอบด้วยกฎหมาย³²

³⁰ ผู้เขียนเห็นว่ากรณีเหล่านี้ก็ต้องไปพิจารณาหลักกฎหมายละเมิดพื้นฐาน เช่น หากนายจ้างสั่งลูกจ้างกระทำละเมิด ลูกจ้างก็รู้ว่าการกระทำดังกล่าวเป็นการละเมิด กรณีนี้ลูกจ้างและนายจ้างต้องร่วมกันรับผิดชอบตามมาตรา 432 แต่ถ้าลูกจ้างไม่ทราบว่าการกระทำตามคำสั่งของนายจ้างเป็นการกระทำละเมิด กรณีลูกจ้างอ้างไม่ต้องรับผิดชอบหากสามารถพิสูจน์ได้ว่าตนเองไม่ได้ “จงใจ” ได้

³¹ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามาตรา 83 วรรค 2 บัญญัติว่า “ถ้าบุคคลซึ่งจะถูกจับขัดขวางหรือจะขัดขวางการจับ หรือหลบหนี หรือพยายามจะหลบหนี ผู้ทำการจับมีอำนาจใช้วิธีการหรือการป้องกันทั้งหลายเท่าที่เหมาะสมแก่พฤติการณ์แห่งเรื่องในการจับนั้น”

³² กระบวนการศาลในคดีละเมิดตามพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 แตกต่างกับคดีละเมิดทั่วไป (อาจจะอยู่ในอำนาจของศาลปกครองหรือศาลยุติธรรม) ดังนั้นการต่อสู้ด้วยหลักกฎหมายนิรโทษกรรมก็ย่อมเป็นไปตามกระบวนการของนั้นๆ

สำหรับคำพิพากษาในนิรโทษกรรมเรื่องนี้ ผู้เขียนขอยกคำพิพากษาดับหนึ่งซึ่งเป็นตัวอย่างของการปรับใช้ในเรื่องการกระทำตามคำสั่งอันชอบด้วยกฎหมาย คือ

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2151-2152/2516³³ ซึ่งมีประเด็นที่น่าสนใจ ผู้เขียนขออธิบายข้อเท็จจริงในคดีนี้ โจทก์ฟ้องว่าจำเลยและพวกได้กระทำความผิดต่อโจทก์โดยได้ร่วมกันสร้างทำนบกั้นน้ำทำให้น้ำท่วมนาข้าวโจทก์เสียหาย แต่การที่จำเลยสร้างทำนบกั้นน้ำนั้นเพื่อให้ราษฎรมีน้ำใช้ในการทำนาโดยกระทำความผิดเนื่องจากได้รับคำสั่งของนายอำเภอให้ทำ โดยความปรากฏต่อศาลว่าจำเลยกับพวกได้กระทำให้โดยสุจริตและเชื่อว่าเป็นคำสั่งอันชอบด้วยกฎหมาย และไม่ปรากฏข้อเท็จจริงว่าที่จำเลยกระทำให้เพื่อกลับแลโจทก์ ดังนี้ศาลจึงวินิจฉัยว่าจำเลยหาต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนแก่โจทก์ไม่ ในส่วนนี้ผู้เขียนเห็นว่าศาลวินิจฉัยต้องตามหลักกฎหมาย

แต่อย่างไรก็ดีในท้ายคำพิพากษาดับนี้ศาลได้วินิจฉัยว่า “แต่โจทก์อาจเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนจากบุคคลผู้ให้คำสั่งโดยละเมิดนั้นได้ตามบทบัญญัติในมาตราดังกล่าว”กรณีนี้ผู้เขียนตั้งข้อสังเกตว่าผู้เสียหายนั้นไม่อาจเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนจากผู้ออกคำสั่งคือ นายอำเภอได้เพราะคำสั่งดังกล่าวนี้มีใช้คำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย(คำสั่งที่ชอบด้วยกฎหมาย) แม้จะก่อให้เกิดความเสียหายแก่โจทก์ก็ไม่ใช่ละเมิด

กรณีที่ผู้เขียนเห็นว่าจะสามารถเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนได้นั้นต้องเป็นกรณีที่ผู้ออกคำสั่งออกคำสั่งโดยมิชอบด้วยกฎหมาย (คำสั่งโดยละเมิด) แต่ผู้ปฏิบัติกลับเชื่อโดยสุจริตว่าเป็นคำสั่งที่ชอบด้วยกฎหมายและตนมีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามคำสั่งนั้น ดังนั้นกฎหมายให้การคุ้มครองผู้ปฏิบัติที่สุจริตจึงกำหนดบทบัญญัตินิรโทษกรรมยกเว้นหรือลดหย่อนความรับผิดให้แก่ผู้ปฏิบัติ ส่วนความเสียหายอันเกิดขึ้นนั้นกฎหมายวางหลักเกณฑ์ให้ผู้เสียหายสามารถเรียกร้องต่อผู้ออกคำสั่งได้

3.2.3 การกระทำโดยความจำเป็น

ในเรื่องการกระทำโดยความจำเป็นนั้นผู้เขียนพบว่าเรื่องดังกล่าวมักบัญญัติอยู่ในทุกประเทศเช่นเดียวกับเรื่องการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายไม่ว่าจะเป็นประเทศเยอรมัน ประเทศ

³³ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2151-2152/2516 สืบค้นมาจากระบบค้นหาคำพิพากษาศาลฎีกา <http://www.deka2007.supremecourt.or.th>

ฝรั่งเศส ประเทศสวิตเซอร์แลนด์ ประเทศญี่ปุ่น ประเทศออสเตรเลียและประเทศอิตาลี³⁴ นอกจากนั้น กฎหมายอังกฤษ สหรัฐอเมริกาซึ่งเป็นประเทศในกลุ่มคอมมอนลอว์ (Common Law) ก็ปรากฏ หลักกฎหมายการกระทำโดยจำเป็นด้วยเช่นกัน

ในเรื่องหลักเกณฑ์การปรับใช้ในเรื่องนี้ผู้เขียนพบว่าค่อนข้างหลากหลายมากกว่าการ ป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย บางประเทศก็นำหลักเกณฑ์กฎหมายอาญามาอนุโลมปรับใช้ เช่น ในประเทศฝรั่งเศส บางประเทศมีบัญญัติไว้ในหลักเกณฑ์ในกฎหมายแพ่งอย่างชัดเจนโดยไม่ต้อง อาศัยหลักเกณฑ์กฎหมายอาญามาปรับใช้ เช่น ในระบบกฎหมายเยอรมัน สวิตเซอร์แลนด์และ อิตาลี เป็นต้น

สำหรับการกระทำโดยความจำเป็นในระบบกฎหมายไทยนั้น จากการค้นคว้าผู้เขียน นั้นไม่พบว่านักนิติศาสตร์ไทยได้นำหลักเกณฑ์การกระทำโดยความจำเป็นตามประมวลกฎหมาย อาญามาปรับใช้ในกฎหมายแพ่งแต่อย่างใด ซึ่งน่าจะเป็นเพราะประเทศไทยนำต้นแบบบทบัญญัติ ในเรื่องนี้มาจากระบบกฎหมายเยอรมันซึ่งมีบทบัญญัติในกฎหมายแพ่งชัดเจนอยู่แล้ว³⁵

ประเด็นที่น่าสนใจต่อมาในเรื่องผลของการกระทำโดยจำเป็น คือ การกระทำโดยจำเป็นนั้น เป็นเหตุให้หลุดพ้นจากการชดใช้ค่าสินไหมทดแทนหรือไม่ ในเรื่องนี้ผู้เขียนศึกษาพบว่ากฎหมาย ต่างประเทศส่วนใหญ่จะอยู่ในกลุ่มที่มองว่าหากกระทำความผิดขององค์ประกอบการกระทำโดยจำเป็น แล้วยอมหลุดพ้นจากการชดใช้ค่าสินไหมทดแทนประเทศที่ใช้แนวคิดนี้คือ กลุ่มประเทศฝรั่งเศส และประเทศเยอรมัน³⁶ แต่อย่างไรก็ตามในปัจจุบันก็มีประเทศที่บัญญัติกฎหมายให้อำนาจศาล

³⁴ กฎหมายเยอรมัน อยู่ในประมวลกฎหมายแพ่ง (BGB) มาตรา 228 และ 904, ประเทศฝรั่งเศส อนุโลมนำมาตรา 122-7 ประมวลกฎหมายอาญามาใช้, ประเทศสวิตเซอร์แลนด์ อยู่ในประมวลกฎหมายลักษณะนี้ มาตรา 52 วรรค 2, ประเทศญี่ปุ่น อยู่ในประมวลกฎหมายแพ่ง มาตรา 720 วรรค 2 และประเทศอิตาลี อยู่ในประมวลกฎหมายแพ่งมาตรา 2045.

³⁵ อีกเหตุผลหนึ่งระบบกฎหมายอาญาในสากล มีการแบ่งการกระทำโดยความจำเป็น ออกเป็นสองประเภท คือ ความจำเป็นที่เป็นเหตุยกเว้นโทษ (Excusable necessity) กับ ความ จำเป็นที่ชอบด้วยกฎหมาย (Justifiable necessity) ในประมวลกฎหมายอาญาไทยมีการบัญญัติ หลักการ ความจำเป็นที่เป็นเหตุยกเว้นโทษเท่านั้น ตามมาตรา 67 ประมวลกฎหมายอาญาไทย

³⁶ อย่างไรก็ตามก็อาจมีการชดใช้ค่าทดแทนแต่การชดใช้นี้ไม่ได้อยู่ภายใต้กฎหมายลักษณะ ละเมิดแต่อย่างใด

เป็นผู้กำหนดชดใช้ค่าทดแทนตามสมควร ให้แก่ผู้เสียหาย เช่น ประเทศอิตาลีและประเทศสวิตเซอร์แลนด์³⁷ ทั้งนี้ประเทศเหล่านั้นมองว่าก็เพื่อความเป็นธรรมแก่ผู้เสียหาย

ระบบกฎหมายเยอรมันอันเป็นต้นแบบของการกระทำโดยความจำเป็นตามระบบกฎหมายไทย โดยกฎหมายเยอรมันได้แบ่งเรื่องของการกระทำโดยความจำเป็นออกเป็นสองประเภท กล่าวคือ การกระทำโดยความจำเป็นในเชิงป้องกัน (Defensiver/Passiver Notstand) ตามมาตรา 228 และการกระทำโดยความจำเป็นในเชิงรุก (Aggressiver Notstand) ตามมาตรา 904 สำหรับในระบบกฎหมายไทยตามข้อสันนิษฐานของผู้เขียนมาตรา 450 นั้นปรากฏว่าได้รวมทั้งสองมาตราของกฎหมายเยอรมันมารวมเป็นมาตราเดียวโดยเป็นที่ชัดเจนว่ามาตรา 228 เยอรมันถูกบัญญัติเป็นมาตรา 450 วรรคสาม ส่วนมาตรา 450 วรรค 1 และ 2 ของไทยผู้เขียนเห็นว่ามาจากการปรับแต่งบทบัญญัติของกรรมการร่างกฎหมายในสมัยนั้น

สำหรับประเด็นต่อมากการกระทำโดยความจำเป็นนั้น กรณียานตรายที่มีมาต่อสาธารณะ มาตรา 450 วรรค 1 กำหนดให้ไม่ต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทน จากการศึกษาของผู้เขียนพบว่าผลของกรณีดังกล่าวอาจแตกต่างกันไปหากอยู่ในบริบทของกฎหมายเฉพาะอื่นๆ ตัวอย่างเช่น เรือชนส่งสินค้าทางทะเล Z ได้ชนส่งสินค้าของ A, B, C และ D ขณะเดินเรืออยู่พบว่าพายุกำลังพัดมาที่เรือ ความรุนแรงของพายุก่อทำให้เรือล่มได้แน่นอน ซึ่งอาจจะทำให้ลูกเรือเสียชีวิตและสินค้าสูญหายทั้งหมด กับต้นเรือ Z ได้สั่งให้ลูกเรือทิ้งสินค้าของ A เพื่อให้น้ำหนักเรือเบาสามารถแล่นหนีพายุได้ ปัญหาคือ หาก นาย A มาฟ้องต่อศาลให้กับต้นรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทน หากพิจารณาตามกฎหมายแพ่ง การกระทำดังกล่าวเข้ากรณียานตรายที่มีมาต่อสาธารณะ มาตรา 450 วรรค 1 ผลไม่ต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทน

³⁷ Swiss Obligation Code 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”

Italian Civil Code 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”

ในทางตรงกันข้ามหากข้อเท็จจริงกรณีนี้เกิดขึ้นและนำกฎหมายพาณิชย์นาวี (Maritime Law) มาใช้ ผลในทางกฎหมายจะแตกต่างออกไป ตามหลักกฎหมาย (General average)³⁸ กล่าวคือ จากตัวอย่างเดิมนาย A จะได้รับการเยียวยา โดยนาย B, C และ D จะต้องมาเฉลี่ยจ่ายเงินเพื่อความเสียหายของ A เพราะถือว่าบุคคลดังกล่าวได้ประโยชน์จากการทิ้งสินค้าของ A

สำหรับเหตุผลที่ทำให้ผลทางกฎหมายแตกต่างกัน ทั้งที่นำข้อเท็จจริงเดียวกันมาปรับใช้ กรณีผู้เขียนเห็นว่า เหตุผลเนื่องจากลักษณะเฉพาะของกฎหมายนั้นๆ กรณีนี้สามารถระบุตัวผู้ได้รับประโยชน์จากการกระทำดังกล่าวได้อย่างชัดเจน แต่ในกรณีของกฎหมายแพ่งเหตุการณ์อาจจะไม่ได้เกิดบนเรือ เช่น ไฟไหม้บ้าน นาย Z จำเป็นต้องรื้อบ้านนาย A เพื่อตัดทางไฟไม่ให้ลุกลามสู่ชุมชน ปัญหาคือ ใครได้รับประโยชน์จากการกระทำดังกล่าว (เพื่อนำเอาบุคคลเหล่านั้นมาเฉลี่ยเงินชดเชยค่าเสียหายให้ A) แน่นอนว่าบ้านใกล้เคียง (อาจจะเป็น B, C, และ D ได้รับประโยชน์แน่นอน) แต่ปัญหา คือ บ้านนาย K หรือ L ที่อยู่ห่างไกลออกไปจะได้รับประโยชน์หรือไม่ ดังนั้น กฎหมายแพ่งจึงยากที่จะระบุตัวผู้ได้รับประโยชน์ได้ (แตกต่างกับกรณี เรือ เพราะหากเรือล่มสินค้าของทุกคนบนเรือเสียหายหมดอย่างไม่ต้องสงสัย) ดังนั้นอาจจะเป็นด้วยเหตุผลนี้ หากเป็นกรณีย่นตรายที่มีมาต่อสาธารณะ มาตรา 450 วรรค 1 บัญญัติให้ผลทางกฎหมายคือ ไม่ต้องรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทน

การกระทำโดยความจำเป็นมาตรา 450 พบว่ากรณีดังกล่าวอาจจะทับซ้อนกับการกระทำตามคำสั่งโดยชอบด้วยกฎหมาย ตัวอย่างเช่น หาก ก เป็นเจ้าพนักงานดับเพลิงทำลายทรัพย์สินของผู้อื่นเพื่อสกัดการลุกลามของเพลิงไหม้นั้น กรณีดังกล่าวก็เข้ากรณีย่นตรายที่มีมาต่อสาธารณะ มาตรา 450 วรรค 1 และยังเข้าการกระทำตามคำสั่งของกฎหมาย (กฎหมายที่ให้อำนาจให้กระทำ)³⁹ เช่นกัน

การกระทำโดยความจำเป็นตามมาตรา 450 วรรค 2 หากบุคคลกระทำเพื่อจะบำบัดปัดป้องภัยแก่เอกชน กฎหมายบัญญัติให้ผู้กระทำจะต้องใช้คืนทรัพย์สิน (Restitution) ปัญหาถ้าทรัพย์สินนั้นถูกทำลายไปแล้ว ตัวอย่างเช่น หากสุนัขจะมากัด ก. ก.ได้นำไม้เท้าของ ข.มาใช้ตีสุนัข

³⁸ หลักกฎหมายดังกล่าวปรากฏในระบบกฎหมายไทย คือ พระราชบัญญัติ รับขนส่งทางทะเล พ.ศ.2539 มาตรา 26

³⁹ พระราชบัญญัติป้องกันและบรรเทาสาธารณภัย พ.ศ.2550 มาตรา 24, 25, และ

ตัวดังกล่าวเพื่อไม่ให้มากดดันทำให้ไม่เท่าหักไป ปัญหาแล้วจะใช้คืนทรัพย์ได้อย่างไร กรณีผู้เขียนเห็นว่าแม้ตัวบทจะใช้คำว่า “จะต้องใช้ทรัพย์นั้น” หมายความว่า ถ้าคืนทรัพย์ไม่ได้ก็ต้องใช้ราคาทรัพย์แทน ดังนั้นจากกรณีตัวอย่างนาย ก.ต้องใช้ราคาไม้เท้าแก่นาย ข.แทน

ปัญหาอีกอย่างหนึ่งที่น่าสนใจ คือ กรณีบุคคลกระทำเพื่อจะบำบัดป้องกันภัยแก่เอกชน หากผู้กระทำโดยความจำเป็นดังกล่าวเป็นบุคคลภายนอกไม่ใช่ผู้ที่ตกอยู่ในภยันตราย จากตัวอย่างข้างต้น หากสุนัขจะมากัด ก. ค เพื่อนนาย ก.ได้นำไม้เท้าของ ข.มาใช้ตีสุนัขตัวดังกล่าว เพื่อไม่ให้มากัด ก.ทำให้ไม้เท้าหักไป ปัญหาจะเกิดขึ้นคือ หากนาย ข มาเรียกตามมาตรา 450 วรรค 2 ให้นาย ค.คืนทรัพย์หากคืนไม่ได้ก็ให้ใช้ราคา กรณีนี้นาย ค.ต้องจ่ายไปเมื่อพิจารณาจากเหตุผลแล้วดูจะไม่ใช่ธรรมกับนาย ค.เพราะกระทำเพื่อประโยชน์ของนาย ก ซึ่งกรณีนี้ผู้เขียนเห็นว่าอาจต้องปรับเข้ากับหลักกฎหมายจัดการงานนอกสั่งตามมาตรา 395 และมาตรา 401

สำหรับในเรื่องนี้ผู้เขียนค้นคว้าคำพิพากษาศาลฎีกาไทยพบว่าคำพิพากษาของศาลไทยในประเด็นเรื่องการกระทำโดยความจำเป็นตามมาตรา 450 วรรค 1 แต่ที่น่าสนใจคือ ในประเด็นเรื่องการกระทำโดยความจำเป็นตามมาตรา 450 วรรค 2 กลับไม่มีคำพิพากษาศาลฎีกาเลยแม้แต่ฉบับเดียว ส่วนมาตรา 450 วรรค 3 นั้นผู้เขียนพบว่าคำพิพากษาที่น่าสนใจ คือ

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3347/2516⁴⁰ ข้อเท็จจริงในคดีนี้ปรากฏว่าม้าเพศผู้ของโจทก์ได้ตามม้าเพศเมียของจำเลยเข้าไปในใต้ถุนบ้านจำเลยเนื่องจากติดสัด แต่ม้าจำเลยขัดขึ้นและได้เตะม้าของโจทก์เป็นเหตุให้ขาของจำเลยบริเวณดังกล่าวเสียหายยอมถือว่าเป็นภยันตรายที่มาโดยฉุกเฉิน เมื่อจำเลยเห็นเหตุการณ์ดังกล่าวจำเลยจึงได้ร้องขอให้พวกของจำเลยเข้ามาช่วยกันไล่โดยจำเลยและพวกร่วมกันใช้ไม้ตีม้าของโจทก์ ศาลมองว่าแม้การกระทำของจำเลยจะเป็นการกระทำที่จำเป็นเพื่อป้องกันสิทธิของจำเลย ซึ่งจำเลยควรจะใช้ไม้ตีเท่าที่จะไล่ม้าของโจทก์ออกไปจากเขตบ้านของจำเลยเท่านั้น โดยศาลพิจารณามองในแง่ความได้สัดส่วนแห่งภัย แต่จำเลยและพวกกลับร่วมกันใช้ไม้ตีม้าของโจทก์จนตาย จึงเป็นการกระทำที่เกินสมควรแก่เหตุยอมไม่ได้รับนิรโทษกรรม ดังนั้นการที่ศาลจึงวินิจฉัยให้จำเลยและพวกต้องร่วมกันรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนแก่โจทก์

ประเด็นในเรื่องนี้ที่น่าสนใจ คือ ในคำพิพากษานี้ศาลปรับใช้หลักกฎหมายในกรณีการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายตามมาตรา 449 ผู้เขียนอยากตั้งข้อสังเกตว่า การที่ม้าของโจทก์เข้าไปติดสัดม้าของจำเลยนั้นไม่ได้เป็นการกระทำอันมิชอบด้วยกฎหมาย แต่เป็นภยันตรายที่เกิดขึ้น

⁴⁰ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3347/2516 (เนติฯ), น.2098.

โดยธรรมชาติเพราะม้าของโจทก์เป็นต้นเหตุ ดังนั้นไม่น่าจะปรับใช้มาตรา 449 แต่ควรปรับใช้ตาม มาตรา 450 วรรค 3 มากกว่า หรือหากมองอีกด้านหนึ่งอาจจะปรับเข้ากับกรณีมาตรา 452 ก็ได้

3.2.4 การป้องกันให้สมดังสิทธิ

หลักกฎหมายการป้องกันให้สมดังสิทธินั้น (Self-Help) นั้นเป็นข้อยกเว้นหลักการที่ไม่ให้เอกชนบังคับใช้กฎหมายโดยตนเอง (Take the law into his own hand) ซึ่งจะมีได้เฉพาะกฎหมายบัญญัติไว้อย่างชัดเจน โดยในระบบประมวลกฎหมาย (Civil law) กลุ่มที่มีระบบความรับผิดชอบเพื่อละเมิดแบบประเทศเยอรมัน (Germanic-based legal systems) มักจะมีการบัญญัติหลักกฎหมายในกรณีอย่างชัดเจน⁴¹ เช่น สวิสเซอร์แลนด์ ญี่ปุ่น เป็นต้น นอกจากนั้นเมื่อเปรียบเทียบกับระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) ผู้เขียนพบว่าประเทศในกลุ่มหลังได้มีการยอมรับการป้องกันให้สมดังสิทธิไว้หลากหลายรูปแบบ เช่น การระงับนิวแซนซ์ (Abatement of nuisances) การจับหรือยึดสิ่งรบกวนที่เข้ามาทำความเสียหายในที่ดินของตน (Distress Damage Feasant) เป็นต้น ซึ่งในเรื่องนี้ผู้เขียนเห็นว่ากฎหมายของอังกฤษและสหรัฐอเมริกาจะมีความชัดเจนมากกว่าบทบัญญัติในประเทศซีวิลลอว์ไม่ว่าจะเป็นประเทศไทยหรือเยอรมัน

ในการร่างกฎหมายมาตรา 451 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยได้ยึดกฎหมายเยอรมันเป็นต้นแบบ ดังนั้นแนวทางการตีความของกฎหมายไทยแม้โดยส่วนใหญ่จะอ้างอิงบทบัญญัติของประเทศเยอรมันมาเกือบทั้งหมด แต่การปรับใช้และการตีความนั้นไม่สามารถตีความขอบเขตของมาตราดังกล่าวเท่ากับกฎหมายเยอรมันได้ เหตุผลเนื่องจากความประสงค์ของกรรมการร่างกฎหมาย⁴² สิ่งที่น่าสังเกตอีกประการของผู้เขียน คือ ผู้ร่างกฎหมายไทยนั้นได้นำหลักกฎหมายในเรื่องนี้กรณียกทั่วไปมาเท่านั้น ทั้งๆที่ในระบบกฎหมายเยอรมันนั้นหลักกฎหมายในเรื่องนี้มีทั้งกรณียกทั่วไปและหลักเฉพาะเรื่อง

⁴¹ ในขณะที่ กลุ่มที่มีระบบความรับผิดชอบเพื่อละเมิดแบบประเทศฝรั่งเศส (French-based legal systems) มักจะไม่ยอมรับหลักกฎหมายในเรื่องนี้มาใช้ รายละเอียดโปรดอ่านในส่วนของหลักกฎหมายนิรโทษกรรมต่างประเทศ

⁴² ผู้เขียนพบว่ากรณียกบทบัญญัตินิรโทษกรรมในมาตรานี้ มีการถกเถียงเรื่องหลักการกันหลายครั้ง จนผู้ร่างตัดสินใจว่าจะร่างไว้กว้างๆเปิดโอกาสให้ศาลเป็นผู้ปรับใช้และกำหนดขอบเขตเอง (แต่มีให้กว้างเท่ากับหลักกฎหมายในเรื่องดังกล่าวของเยอรมัน) ดู รายงานการประชุมกรรมการชำระประมวลกฎหมายวันที่ 29 กันยายน พ.ศ. 2465

จากการศึกษาของผู้เขียนในส่วนองค์ประกอบของการป้องกันให้สมดังสิทธิตามมาตรา 451 นั้นมีองค์ประกอบด้วยหลายข้อ แต่หากมองในภาพรวมแล้วเราสามารถแยกได้เป็น 2 ส่วน⁴³ คือ ส่วนที่แรกเรียกว่า องค์ประกอบที่เป็นเงื่อนไขเบื้องต้น (Preconditions) เราอาจกล่าวได้ว่าเป็นมูลเหตุให้เกิดการป้องกันให้สมดังสิทธิขึ้น กล่าวคือ

ประการแรก ผู้กระทำต้องมีสิทธิตามกฎหมายที่ควรจะได้รับผลอย่างหนึ่งอย่างใด

ประการที่สอง การใช้กำลังเพื่อป้องกันสิทธิของตนแต่เฉพาะที่จำเป็นเพื่อบำบัดปัดป้องภัยอันตราย

ประการที่สาม ตามพฤติการณ์ไม่อาจขอศาลหรือเจ้าหน้าที่ช่วยเหลือได้ทันเวลาที่

ประการสุดท้าย ถ้ามิได้กระทำในทันใด การที่ตนจะได้สมดังสิทธิจะต้องประวิงไปมากหรือถึงแก่สาบสูญ

ในส่วนนี้กฎหมายวางกฎเกณฑ์ไว้อย่างเคร่งครัดว่าต้องปรากฏองค์ประกอบเงื่อนไขการใช้กำลังป้องกันให้สมดังสิทธิ หากผู้กระทำหลงสำคัญผิดไปไม่สามารถอ้างเป็นข้อต่อสู้ได้ ต้องรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนในความเสียหายที่เกิดขึ้น (ผู้จะใช้กำลังป้องกันสิทธิต้องเสี่ยงภัยเอาเอง)

ส่วนที่สองการกระทำป้องกันสิทธิเท่าที่จำเป็น กล่าวคือ แม้จะปรากฏองค์ประกอบอันเป็นเงื่อนไขข้างต้น แต่หากผู้ป้องกันสิทธิกระทำเกินจำเป็น กรณีดังกล่าวก็ย่อมต้องรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทน

จากการศึกษาตัวอย่างคดีที่ปรับใช้ในต่างประเทศ ผู้เขียนพบว่ามีกรณีปรับใช้กับคดีเกี่ยวกับที่ดิน ส่วนใหญ่มักจะเกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างเจ้าของที่ดินซึ่งอยู่ติดกันมักจะมีเหตุพิพาทกันเสมอ ตัวอย่างเช่น เอาสิ่งกีดขวางมาวางขวางทางออกของเจ้าของที่ดินอื่น หรือการก่อความเดือดร้อนรำคาญให้กับเจ้าของที่ดินข้างเคียง เช่น การจุดไฟเผาขยะทำให้ควันลอยฟุ้งไปที่ดินข้างเคียง เจ้าของที่ดินติดกันจำเป็นต้องเข้ามาดับไฟ ซึ่งจากการศึกษากฎหมายต่างประเทศพบว่าหลักกฎหมาย Self-help ของประเทศอังกฤษจะวางหลัก Abatement of nuisances ไว้อย่างชัดเจน สำหรับในกฎหมายไทยแล้วผู้เขียนเห็นกรณีดังกล่าวก็สามารถปรับใช้กับหลักกฎหมายป้องกันให้สมดังสิทธิได้โดยปรับใช้ร่วมกับมาตรา 1337

⁴³ Christian Von Bar, *The Common European Law of Torts Volume II*, (Oxford : Clarendon Press, 2000), pp.511-512.

ผู้เขียนเข้าไปค้นคว้าคำพิพากษาศาลฎีกาในประเด็นดังกล่าวพบว่าคำพิพากษาค่อนข้างน้อย⁴⁴ แต่อย่างไรก็ตามผู้เขียนพบว่ามีคำพิพากษา 2 ฉบับที่เป็นคดีเกี่ยวกับที่ดินซึ่งสนใจ กล่าวคือ

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 116/2513⁴⁵ โจทก์และจำเลยมีที่ดินอยู่ติดกันต่อมาโจทก์ได้สร้างตึกเต็มเนื้อที่ของโจทก์ และได้สร้างทางเท้าและคันหินบนทางเท้าล้ำเข้าไปในที่ดินของจำเลย ต่อมาจำเลยบอกกล่าวให้โจทก์รื้อถอนทางเท้าและคันหินออกไปจากที่ดินตน โจทก์ไม่ยอมรื้อถอน จำเลยจึงรื้อถอนเสียเอง ข้อต่อสู้ของจำเลยประเด็นหนึ่งที่จำเลยยกขึ้นมา คือ การกระทำของจำเลยได้รับนิรโทษกรรม

ปรากฏว่าศาลวินิจฉัยว่า ข้อโต้แย้งดังกล่าวของจำเลยฟังไม่ขึ้นเพราะนิรโทษกรรมตามมาตรา 451 นั้นมีหลักเกณฑ์ว่า “ตามพฤติการณ์ไม่อาจขอศาลหรือเจ้าหน้าที่ช่วยเหลือได้ทันทั่วทั้ง”ตามข้อเท็จจริงในคดีนี้แม้ปรากฏว่าจำเลยนั้นถูกโจทก์รบกวนกรรมสิทธิ์ในที่ดินก็จริง แต่พฤติการณ์ยังพอที่จะใช้สิทธิในการฟ้องศาลตามกระบวนการธรรมดาได้ ดังนั้นการกระทำของจำเลยย่อมไม่เป็นเข้ามาตรามาตรา 451 แต่อย่างใด ดังนั้นการที่ศาลวินิจฉัยว่ากรณีดังกล่าวจำเลยก็ชอบที่จะใช้สิทธิในทางศาลไม่มีอำนาจรื้อถอนโดยพลการ การที่จำเลยไปรื้อถอนเองย่อมเป็นการกระทำที่เป็นละเมิดต่อโจทก์จึงต้องรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนจึงชอบด้วยเหตุผลแล้ว

คำพิพากษาต่อไปคือ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1498-1499/2529⁴⁶ ข้อเท็จจริงปรากฏต่อศาลว่า เดิมโจทก์และจำเลยมีข้อพิพาทเรื่องทางสาธารณะกันมาก่อนแล้ว ต่อมาจำเลยได้ทำรั้วปิดกั้นทางพิพาทที่เป็นทางสาธารณะ เป็นเหตุให้โจทก์ใช้ทางพิพาทเข้าออกบ้านของโจทก์ไม่ได้ ก่อให้เกิดความเสียหายแก่โจทก์ ศาลเห็นว่ากรณีที่โจทก์รื้อรั้วที่ปิดกั้นออกไป เพื่อให้โจทก์ยังคงสามารถใช้สิทธิในทางพิพาทได้ จึงเป็นการป้องกันสิทธิโดยชอบด้วยกฎหมาย แม้จะก่อให้เกิดความเสียหายต่อจำเลย โจทก์ก็ไม่ต้องรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทน

ข้อพิจารณาที่น่าสนใจ คือ ผลของคำพิพากษาคดีนี้แตกต่างผลคำพิพากษาแรก ทั้งๆที่ข้อเท็จจริงทั้งสองกรณีคล้ายคลึงกัน ดังนั้นน่าจะใช้กระบวนการทางศาลตามปกติ ประเด็นนี้ผู้เขียนเห็นว่าในคำพิพากษาคดีหลังนั้น โจทก์มีสิทธิที่จะใช้ทางสาธารณะดังกล่าวเพื่อเข้าบ้านของ

⁴⁴ ผู้เขียนเห็นว่าเหตุผลที่นักนิติศาสตร์ไทยไม่ค่อยนำหลักกฎหมายนี้มาใช้ หรือ อาจจะปรับใช้และตีความโดยเคร่งครัด อาจจะเป็นเพราะเกรงกลัวว่าหากยินยอมให้เอกชนบังคับสิทธิกันเองแล้ว จะไม่ใช่วิธีการตามกระบวนการศาลตามปกติอันจะก่อให้เกิดความวุ่นวายขึ้นในสังคม

⁴⁵ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 116/2513 (เนติฯ), น.114.

⁴⁶ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1498-1499/2529 (เนติฯ), น.742.

โจทก์แต่การที่จำเลยเข้ามาทำรั้วขวางกั้นทำให้สิทธิของโจทก์ถูกจำเลยรบกวนขัดสิทธิของตนซึ่งตามพฤติการณ์การใช้กระบวนการทางศาลปรกติย่อมไม่ทันการเพราะโจทก์ต้องเข้าบ้านทุกวัน หากใช้กระบวนการทางศาลย่อมล่าช้าอันทำให้โจทก์เดือดร้อน แตกต่างกับกรณีแรกที่เป็นกรณีทางทำและคันดินรูก้ำ ดังนั้นกรณีหลังการที่โจทก์ใช้กำลังเพื่อให้สมดังสิทธิโดยการรื้อรั้วนั้นย่อมเป็นการชอบตามมาตรา 451 แล้ว

คดีอีกกลุ่มนอกจากเรื่องที่ดินซึ่งมักจะนำหลักกฎหมายการป้องกันให้สมดังสิทธิมาปรับใช้ คือ คดีเกี่ยวกับการติดตามสังหาริมทรัพย์ของตนเองจากผู้ที่ยังเอาไปโดยมิชอบด้วยกฎหมาย โดยการปรับใช้กฎหมายนี้จะไปเกี่ยวข้องกับสิทธิติดตามทรัพย์ตามมาตรา 1336 ซึ่งในกรณีนี้พบว่าไม่มีคำพิพากษาฎีกาเพียงแต่มีการอธิบายในทางทฤษฎีเท่านั้น

สำหรับในกฎหมายต่างประเทศระบบกฎหมายอังกฤษและสหรัฐอเมริกาถือว่าหลักเกณฑ์กรณีนี้ไว้อย่างชัดเจน โดยเรียกการป้องกันให้สมดังสิทธิรูปแบบเฉพาะเรียกว่า Recaption of chattels และนอกจากนั้นหลักกฎหมาย Self-help ของทั้งสองประเทศยังรวมถึงกรณีการควบคุมตัวบุคคลไว้เพื่อตรวจสอบ (Temporary Detention for investigation) เช่น กรณีเจ้าของร้านขายสินค้าหากเขามีเหตุอันควรเชื่อได้ว่า ลูกค้าคนหนึ่งลักสินค้าของเขาไปโดยไม่มีการจ่ายเงิน ควบคุมตัวลูกค้านั้นเพื่อตรวจสอบ โดยต้องกระทำพอสมควรแก่เหตุและภายในระยะเวลาอันสั้นได้ แต่ทั้งนี้เจ้าของร้านก็ต้องยอมรับความเสี่ยงภัยหากลูกค้าดังกล่าวไม่ได้กระทำจริงๆ เจ้าของร้านก็ต้องรับผิดชอบแม้การเข้าใจผิดนั้นจะเกิดจากความเข้าใจผิดโดยสุจริตก็ตาม

3.2.5 การจับหรือยึดสัตว์ที่เข้ามาทำให้อสังหาริมทรัพย์เสียหาย

การจับหรือยึดสัตว์ที่เข้ามาทำให้อสังหาริมทรัพย์เสียหายตามมาตรา 452 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยนั้นมีที่มาจากประมวลกฎหมายว่าด้วยหนี้ของสวิสมาตรา 57 ซึ่งผู้เขียนพบว่าคัดลอกแปลมาจากบทบัญญัติกฎหมายสวิสมาทุกถ้อยคำ แต่เมื่อเปรียบเทียบกับประเทศอื่นซึ่งอยู่ระบบกฎหมายซีวิลลอว์ (Civil Law) พบว่าไม่มีการบัญญัติไว้ไม่ว่าจะเป็นประเทศฝรั่งเศส เยอรมัน สวิสเซอร์แลนด์ และญี่ปุ่น ทั้งนี้ผู้เขียนเห็นว่าที่ไม่ปรากฏหลักกฎหมายเรื่องนี้อาจเป็นเพราะเรื่องดังกล่าวอาจอยู่ในรูปกฎหมายจารีตประเพณี (Customary Law) ของแต่ละท้องถิ่น⁴⁷

⁴⁷ ดังที่ผู้เขียนอธิบายว่าหลักกฎหมายดังกล่าวมีที่มาจากจารีตประเพณีของอนารยชนที่เคยปกครองยุโรปสมัยยุคกลางตอนต้น แล้วพัฒนามาเป็นจารีตประเพณี บางแห่งนำมาบัญญัติ

เมื่อเปรียบเทียบกับกฎหมายของประเทศในกลุ่มกฎหมายคอมมอนลอว์ไม่ว่าจะเป็นประเทศอังกฤษหรือสหรัฐอเมริกาพบว่าหลักกฎหมายที่คล้ายคลึงกับเรื่องการจับหรือยึดสังหาริมทรัพย์ที่เข้ามาทำความเสียหายในที่ดินของตนคือ หลักกฎหมาย “Distress Damage Feasant” แต่หลักกฎหมายดังกล่าวนั้นไม่จำเป็นต้องเป็นสัตว์แต่หากเป็นสิ่งของก็ได้ นอกจากนั้นในระบบกฎหมายอังกฤษยังมีกฎหมายเฉพาะในเรื่องนี้คือ พระราชบัญญัติว่าด้วยสัตว์ (The Animal Acts 1971)

หลักกฎหมายในมาตรานี้บัญญัติให้ผู้ครองอสังหาริมทรัพย์ชอบที่จะจับสัตว์ของผู้อื่นอันเข้ามาทำความเสียหายในอสังหาริมทรัพย์นั้น และยึดไว้เป็นประกันค่าสินไหมทดแทนอันพึงจะต้องใช้แก่ตนได้ และถ้าเป็นการจำเป็นโดยพฤติการณ์ แม้จะฆ่าสัตว์นั้นเสียก็ชอบที่จะทำได้

องค์ประกอบที่สำคัญทำให้ผู้ครองอสังหาริมทรัพย์มีอำนาจตามมาตรา 452 คือ ต้องปรากฏว่าสัตว์ของผู้อื่นนั้นต้องเข้ามาทำความเสียหายในอสังหาริมทรัพย์⁴⁸ โดยความเสียหายต้องเกิดขึ้นในอสังหาริมทรัพย์ แต่อาจเกิดแก่อสังหาริมทรัพย์ที่อยู่ในอสังหาริมทรัพย์หรือตัวอสังหาริมทรัพย์นั่นเองก็ได้ โดยทรัพย์เหล่านั้นต้องอยู่ในความรับผิดชอบของผู้ครองอสังหาริมทรัพย์ ผู้เขียนเห็นว่าในประเด็นสำคัญที่ต้องตีความให้ชัดเจนในส่วนองค์ประกอบ “ความเสียหาย” หมายความว่าอย่างไร ความเสียหายที่เกิดขึ้นตามมาตรา 452 ต้องเป็นรูปธรรมแล้วหรือไม่ ตัวอย่างเช่น หากสุนัขวิ่งเข้าไปในที่ดินแล้วไปทำลายแปลงต้นไม้ที่ปลูกไว้ แน่หนอนว่ากรณีดังกล่าวย่อมเป็นที่ชัดเจนว่า เกิดความเสียหายขึ้นแล้ว แต่หากสุนัขดังกล่าววิ่งเข้าไปเฉยๆ และก่อความรำคาญให้กับเจ้าของอสังหาริมทรัพย์กรณีดังกล่าวจะถือว่าผู้ครองอสังหาริมทรัพย์นั้นเกิดความเสียหายขึ้นหรือไม่

ผู้เขียนได้ไปศึกษาประเด็นดังกล่าวพบว่านักนิติศาสตร์ไทยส่วนใหญ่มีความเห็นในประเด็นนี้ค่อนข้างที่จะมองว่ากรณีความเสียหายที่เกิดขึ้นดังกล่าวต้องเกิดอย่างเป็นรูปธรรมเท่านั้น สำหรับผู้เขียนเห็นว่ากรณีหากแปลความว่าตามมาตรา 452 ต้องเกิดความเสียหายอย่างเป็นรูปธรรมเสียก่อนจึงจะสามารถจับหรือยึดสัตว์นั้นได้ อาจทำให้การปรับใช้มาตรานี้ได้ยาก ดังนั้นผู้เขียนเห็นว่า “ความเสียหาย” ตามมาตรา 452 ควรจะตีความว่า หากสัตว์เข้ามาในอสังหาริมทรัพย์

ไว้ในประมวลกฎหมายของตน เช่น ประมวลกฎหมายลักษณะหนี้ของสวิส ประมวลกฎหมายแพ่งของออสเตรีย

⁴⁸ ผู้เขียนเห็นว่าการป้องกันสิทธิก่อนที่จะเกิดความเสียหายนั้นอาจจะทำได้ต้องไปพิจารณาดูตามมาตรา 449 หรือ 450 แล้วแต่กรณี

แล้วมาก่อความรำคาญ กรณีนี้ก็ถือว่าผู้ครองอสังหาริมทรัพย์ได้รับความเสียหายแล้วเพราะถือว่าเป็นการรบกวนการครอบครองโดยปกติสุขแล้ว

ในประการต่อมาในส่วนที่ว่า “ถ้าเป็นการจำเป็นโดยพฤติการณ์ แม้จะฆ่าสัตว์นั้นเสียก็ชอบที่จะทำได้” หมายความว่าอย่างไร กรณีผู้เขียนเห็นว่า ความในมาตรานี้หมายถึง พฤติการณ์ที่จำเป็นให้ฆ่าเพราะไม่สามารถที่จะจับโดยวิธีใดๆได้อีกและสัตว์ดังกล่าวยังทำลายทรัพย์สินในอสังหาริมทรัพย์อยู่ ซึ่งกรณีจำต้องวินิจฉัยเป็นกรณีๆไป แต่ทั้งนี้ผู้ครองอสังหาริมทรัพย์ก็ไม่จำเป็นที่จะต้องฆ่าสัตว์ในทุกกรณี เพราะบางกรณีอาจเป็นไปได้ว่าทำร้ายสัตว์เพื่อให้สัตว์หวาดกลัวแล้วหนีไปแทน

เมื่อเปรียบเทียบกับกฎหมายต่างประเทศ ผู้เขียนพบว่าในประเทศนี้ ประมวลกฎหมายแพ่งของประเทศออสเตรเลีย (ABGB) บัญญัติหลักการห้ามฆ่าสัตว์เพียงเพราะเข้ามาในที่ดินของตนไว้ชัดเจน กล่าวคือ มาตรา 1321 บัญญัติว่า ⁴⁹“หากผู้ใดที่พบสัตว์เลี้ยงของผู้อื่นอยู่ในที่ดินของตนไม่อาจฆ่าสัตว์ดังกล่าวได้ด้วยเหตุผลดังกล่าวเพียงอย่างเดียว เจ้าของที่ดินจำต้องขับไล่สัตว์นั้นออกจากที่ดินของตนโดยการกระทำที่พอสมควรก่อน” ซึ่งผู้เขียนเห็นสอดคล้องกับบทบัญญัติดังกล่าว

นอกจากนั้นการจับและยึดสัตว์ไว้ตามมาตรา 452 จำเป็นจะต้องจับในอสังหาริมทรัพย์ที่เกิดความเสียหาย หากสัตว์ได้ออกจากอสังหาริมทรัพย์ไปแล้วจะสามารถจับสัตว์นั้นได้หรือไม่ ปัญหาที่ผู้เขียนเห็นว่าเจ้าของอสังหาริมทรัพย์จะไม่สามารถจับและยึดสัตว์นั้นได้⁵⁰ ตัวอย่างเช่น สัตว์เข้ามาก่อให้เกิดเสียหายในอสังหาริมทรัพย์ แต่ก่อนที่จะถูกจับได้หนีออกไปเสียก่อน กรณีแม้ผู้ครองอสังหาริมทรัพย์ไปพบภายหลังจากนั้น (ขาดตอนไปแล้ว) ผู้ครองไม่สามารถจับได้⁵¹ เนื่องจาก

⁴⁹ Article 1321 “A person who finds cattle which belong to other on his own soil and ground is not entitle to kill them for this reason alone. He may drive them away with adequate force...”

⁵⁰ อย่างไรก็ตามมีนักนิติศาสตร์ที่มองว่าแม้สัตว์จะออกไปจากอสังหาริมทรัพย์แล้ว ผู้ครองอสังหาริมทรัพย์ก็สามารถจับได้ โปรดดู ไพจิตร บุญญพันธุ์, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะละเมิด, พิมพ์ครั้งที่ 11, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติบรรณาการ, 2550), น. 267.

⁵¹ อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนเห็นว่ากรณีดังกล่าวผู้ครองอสังหาริมทรัพย์สามารถฟ้องให้บุคคลได้รับผิดอันเกิดจากสัตว์ตามมาตรา 433 ได้ แต่จะใช้อำนาจจับหรือยึดสัตว์ตามมาตรา 452 ไม่ได้เท่านั้น

ผู้เขียนเห็นว่ากรณีมาตรา 452 นี้เจตนารมณ์ในการจับสัตว์ ประการแรกเพื่อเป็นหลักฐานในเบื้องต้น ประการที่สองเพื่อเป็นประกันค่าสินไหมทดแทน ดังนั้นการจับสัตว์ที่ได้ออกจากอสังหาริมทรัพย์ดังกล่าวแล้ว ย่อมไม่สมกับเจตนารมณ์ของกฎหมายที่ให้เป็นหลักฐานในเบื้องต้นได้อีกทั้งอาจก่อให้เกิดความพิพาทตามมาได้ กรณีข้างต้นอาจมีข้อยกเว้นในกรณีที่เจ้าของอสังหาริมทรัพย์ได้ไล่จับสัตว์ที่มาก่อความเสียหาย และสัตว์หนีออกไปนอกอสังหาริมทรัพย์ แม้จะจับสัตว์ได้ในขณะที่อยู่นอกอสังหาริมทรัพย์ก็สามารถกระทำได้

ประเด็นต่อมาถ้ามีหากสัตว์หลายตัวเข้ามาทำให้อสังหาริมทรัพย์เสียหาย ตัวอย่างเช่น ฝูงไก่เข้ามาหาอาหารในที่ดินของนาย ก. ทำให้แปลงต้นไม้ที่นาย ก. ปลูกไว้เสียหาย นาย ก. สามารถจับสัตว์ไว้ทั้งหมดหรือไม่ กรณีผู้เขียนเห็นว่าสามารถจับได้ทั้งหมด แต่ถ้าหากไม่ทราบว่ามีสัตว์ตัวใดที่ทำให้เกิดความเสียหาย กรณีผู้ครอบครองอสังหาริมทรัพย์จะจับไว้พอสมควรเพื่อประกันค่าเสียหายได้เท่านั้น ซึ่งก็เมื่อเปรียบเทียบกับกฎหมายต่างประเทศพบว่าสอดคล้องกับมาตรา 1321 ประมวลกฎหมายแพ่งของออสเตรเลีย ซึ่งบัญญัติว่า⁵² “...แต่หากเจ้าของที่ดินได้รับความเสียหายอันเกิดจากสัตว์ เจ้าของที่ดินย่อมใช้สิทธิที่จะจับและยึดสัตว์ดังกล่าวเท่าที่พอเพียงเพื่อประกันความเสียหายที่เกิดขึ้น...”

สำหรับในคำพิพากษาในมาตราดังกล่าวผู้เขียนพบว่าตั้งแต่ร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาจนกระทั่งปัจจุบันนี้มีเพียงคดีเดียวซึ่งขึ้นสู่การพิจารณาของศาลฎีกาไทย คือ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 144/2492⁵³ ผู้เขียนได้ศึกษาในคำพิพากษาดังกล่าวนี้เห็นว่าแม้จะมีเพียงฉบับเดียวแต่เป็นคำพิพากษาที่วิเคราะห์หลักเกณฑ์ในมาตรานี้ไว้อย่างน่าสนใจอีกทั้งความเห็นในการตีความของศาลชั้นต้น อุทธรณ์ และศาลฎีกาแตกต่างกันด้วย

เบื้องต้นผู้เขียนขออธิบายข้อเท็จจริงในคดีนี้โดยย่อว่าโจทก์เป็นเจ้าของไร่ผลไม้แห่งหนึ่งสุกรของจำเลยมักจะเข้ามากินผลไม้ในไร่ของโจทก์จนเสียหาย เมื่อวันหนึ่งเมื่อโจทก์เห็นเหตุการณ์ดังกล่าวจึงใช้ปืนยิงสุกรของจำเลยตาย ในคดีนี้ศาลชั้นต้นวินิจฉัยว่าการที่โจทก์เจ้าของไร่ยิงสุกรนั้นเป็นการชอบด้วยกฎหมายที่จะกระทำได้ เพราะโจทก์ถูกรบกวนบ่อยๆ ไม่มีทางอื่นใดที่จะกระทำได้นอกจากการฆ่าสัตว์นั้น

⁵² Article 1321 “...he is suffered damage from them he may exercise a right of private restraint over as many head of cattle as are sufficient to compensate him...”

⁵³ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 144/2492 (เนติฯ), น.131.

ต่อมาในศาลอุทธรณ์เห็นว่ากรณีดังกล่าวการที่โจทก์เจ้าของไร่ยิงสุกรจนตายด้วยโทสะ ไม่ใช่เพื่อการจับ และไม่ปรากฏข้อเท็จจริงในคดีว่ามีพฤติการณ์แห่งคดีซึ่งจำเป็นอย่างไรที่จะต้องฆ่าสุกรนั้น ดังนั้นศาลเห็นว่าการกระทำของโจทก์ย่อมไม่ได้รับนิรโทษกรรมตามมาตรา 452 ป.พ.พ. จำเลยต้องรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนแก่โจทก์

สุดท้ายในชั้นศาลฎีกาวินิจฉัยประเด็นปัญหาดังกล่าวอย่างชัดเจนว่า “จำเลยเจ้าของไร่ จะต้องรับผิดชอบหรือไม่นั้นย่อมต้องพิจารณาตามมาตรา 452 ป.พ.พ. ซึ่งศาลเห็นว่าการที่จำเลยจะใช้สิทธิในการฆ่าสัตว์ที่เข้ามาทำความเสียหายนั้นจะต้องเป็นเรื่องจำเป็นโดยพฤติการณ์ ในคดีนี้ ปรากฏว่าสุกรตัวนี้เป็นสุกรบ้านไม่ดุร้ายมีทางที่จะจับกุมโดยละม่อมได้ไม่จำเป็นที่จะต้องฆ่า ดังนั้นการกระทำของจำเลยย่อมไม่ได้รับนิรโทษกรรมตามมาตรา 452 จึงต้องรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนแก่โจทก์”

แต่อย่างไรก็ดีเมื่อข้อเท็จจริงปรากฏแก่ศาลว่า การที่สุกรเข้ามาในไร่ของจำเลย เนื่องจากโจทก์เจ้าของสุกรมักจะปล่อยปละละเลยให้สุกรเข้าไปในไร่ของจำเลยบ่อยๆ ศาลมองว่า โจทก์มีส่วนผิดอยู่ด้วยดังนั้นศาลจึงเห็นสมควรให้ปรับลดค่าสินไหมทดแทนลงตามนัยมาตรา 438 ประกอบมาตรา 442 กรณีนี้ผู้เขียนตั้งข้อสังเกตว่าแม้การกระทำใดจะไม่เข้าองค์ประกอบเรื่องนิรโทษกรรมก็ตามแต่ก็ไม่ได้หมายความว่าจำเลยจะต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนเต็มจำนวนหากปรากฏว่า โจทก์มีส่วนผิดดังเช่นกรณีนี้ที่โจทก์มีส่วนก่อให้เกิดเหตุเพราะศาลไทยอาจจะนำมาตรา 442 มาปรับลดค่าสินไหมทดแทน ซึ่งผู้เขียนเห็นด้วยกับแนวทางการตีความกฎหมายเช่นนี้เพื่อให้เกิดความยุติธรรมให้เกิดขึ้นทั้งในส่วนโจทก์และจำเลย

