

บทที่ 1

บทนำ

การป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายซึ่งเป็นหลักที่มีบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 68 ของไทยนั้น มีประเด็นที่น่าศึกษาและวิเคราะห์หลายประเด็นด้วยกัน ซึ่งมีวิทยานิพนธ์จำนวน 3 เล่มของ 2 มหาวิทยาลัยได้ศึกษาเกี่ยวกับเรื่องดังกล่าวแต่เป็นกรณีศึกษาในประเด็นที่ต่างกันดังนี้ 1) วิทยานิพนธ์นิติศาสตร์มหาบัณฑิต ของมหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต 2544 จัดทำโดย กฤษณะ กรุดกรานต์ “การป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย: ศึกษากรณีการป้องกันในเคสสถาน” 2) วิทยานิพนธ์นิติศาสตร์มหาบัณฑิต ของมหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต 2548 จัดทำโดย นรินทร์ มั่นจิตร “กรอบการใช้อำนาจรัฐตามมาตรา 83 กับการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย: ศึกษากรณีการใช้กำลังบังคับก่อให้เกิดการตาย” ซึ่งวิทยานิพนธ์เรื่องนี้เป็นการศึกษากรณีของการวิสามัญฆาตกรรม 3) วิทยานิพนธ์นิติศาสตร์มหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2536 จัดทำโดย ฤทธิ์รงค์ สมอุดร “การป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย ศึกษาเน้นหนักเฉพาะขอบเขตของการป้องกัน” วิทยานิพนธ์เรื่องนี้ศึกษากรณีขอบเขตของการป้องกันตามประมวลกฎหมายอาญา

แต่ยังไม่มีวิทยานิพนธ์เรื่องใดที่ศึกษาประเด็นการใช้อำนาจของเจ้าพนักงานตำรวจตามมาตรา 83 วรรคสาม เปรียบเทียบกับกรณีการกระทำโดยชอบด้วยกฎหมายของปัจเจกชนโดยมองการกระทำของเจ้าพนักงานตำรวจออกเป็น 2 ด้าน คือการปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมายและการปฏิบัติหน้าที่ตามคำสั่งของผู้บังคับบัญชา โดยนำพระราชบัญญัติราชทัณฑ์ พระราชบัญญัติระเบียบการตำรวจเกี่ยวกับคดีมาใช้ศึกษาประกอบด้วย ซึ่งวิทยานิพนธ์เล่มนี้ผู้ศึกษาได้ทำการศึกษาในประเด็นดังกล่าวโดยนำหลักความพอสมควรแก่เหตุและหลักความได้สัดส่วนมาพิจารณาเพื่อชี้ให้เห็นถึงปัญหาและแนวทางในการแก้ไข

1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

มนุษย์ทุกคนมีสภาพที่จะต้องรวมกันอยู่โดยธรรมชาติ แต่การที่มนุษย์อยู่รวมกันนี้หากจะปล่อยให้ทุกคนต่างทำอะไรตามอำเภอใจแล้ว ย่อมอยู่กันโดยความสงบเรียบร้อยไม่ได้เพราะต่างคนก็ต่างประพฤติในสิ่งที่จะนำความสุขและผลประโยชน์แก่ตนฝ่ายเดียวโดยไม่คำนึงถึงความเดือดร้อนของผู้อื่น ผู้ที่มีกำลังมากย่อมจะรังแกเบียดเบียนผู้ที่มีกำลังน้อย ฉะนั้นในหมู่มนุษย์ที่มี

การรวมตัวขึ้นเป็นรัฐนั้น จึงต้องมีกฎหมายเป็นเครื่องบังคับความประพฤติระหว่างกัน ผู้ใดฝ่าฝืน ก็จะมีบทบัญญัติสำหรับการลงโทษไว้ซึ่งเป็นหลักการรับรองสิทธิการป้องกันโดยทั่วไป เพื่อคุ้มครองสวัสดิภาพของประชาชน โดยมีพนักงานเจ้าหน้าที่ของรัฐเป็นผู้ดูแลให้เป็นไปตาม บทบัญญัติของกฎหมาย โดยเมื่อมีการกระทำผิดเกิดขึ้นก็จะไม่ปล่อยให้กระทำการตอบแทน แก่กันเอง ให้เป็นอำนาจของพนักงานเจ้าหน้าที่ที่จะปราบปรามลงโทษผู้กระทำความผิด แต่การปราบปรามผู้กระทำความผิด โดยลงอาญาตามที่กฎหมายบัญญัติไว้นั้นเป็นการกระทำ ภายหลังเมื่อมีความผิดได้เกิดขึ้นแล้ว ซึ่งในทางปฏิบัติมีหลายครั้งที่ประชาชนไม่ได้รับการคุ้มครอง จากรัฐได้ทันทั่วทั้งที่ กฎหมายจึงให้สิทธิแก่ประชาชนในการป้องกันในชีวิต ทรัพย์สินและสิทธิอื่นๆ ของบุคคล โดยไม่ถือว่าการกระทำความผิดเป็นความผิด เพราะการป้องกันในการกระทำต่อผู้ที่ ละเมิดกฎหมายไม่เกิดประโยชน์ที่จะลงโทษผู้กระทำการป้องกัน ไม่ว่าจะเป็นในแง่แก้ไขผู้กระทำความผิดหรือเพื่อประโยชน์ของชุมชน² กลับเป็นการช่วยรัฐในการปราบปรามผู้กระทำความผิดด้วย หลักการป้องกันชีวิต ทรัพย์สินและสิทธิอื่นๆ ของบุคคลเป็นหลักการที่นานาอารยประเทศ ให้การยอมรับว่าเป็นการกระทำโดยชอบด้วยกฎหมายผู้กระทำให้ไม่ต้องรับผิดชอบทั้งทางแพ่งและทาง อาญาในผลที่เกิดขึ้น แม้ว่าการป้องกันสามารถกระทำได้แต่กฎหมายก็จำกัดการกระทำให้อยู่ใน ขอบเขตของการป้องกัน โดยสมควรแก่เหตุโดยชอบด้วยกฎหมายดังเช่นที่บัญญัติไว้ในประมวล กฎหมายอาญามาตรา 68 ของไทย ซึ่งได้บัญญัติไว้ว่า “ผู้ใดจำเป็นต้องกระทำการใดเพื่อป้องกันสิทธิ ของตน หรือของผู้อื่นให้พ้นอันตรายซึ่งเกิดจากการประทุษร้ายอันละเมิดกฎหมายและเป็น ภัยอันตรายที่ใกล้จะถึง ถ้าได้กระทำพอสมควรแก่เหตุ การกระทำนั้นเป็นการป้องกันโดยชอบด้วย กฎหมาย ผู้นั้นไม่มีความผิด” หน้าพึงพนักงานเจ้าหน้าที่ก็สามารถที่จะทำการป้องกันตนเองตาม สมควรแก่เหตุเพื่อให้รอดพ้นจากการถูกทำร้ายได้ เมื่อการดำเนินการแต่ละขั้นตอนของเขามีเหตุผล อันสมควรปกติบุคคล ซึ่งไม่ได้เป็นผู้ก่อเหตุหรือลงมือกระทำการต่อสู้จะมีเหตุอันสมควรตาม กฎหมายในอันที่จะสามารถใช้กำลังที่เหมาะสมต่อสู้กับผู้ที่คุกคามจะทำร้ายเมื่อสิ่งปรากฏแก่เขา และตัวเขามีเหตุผลอันสมควรที่จะเชื่อได้ว่าการใช้กำลังต่อสู้จำเป็นที่จะต้องใช้เพื่อป้องกัน ตนเองหรือบุคคลอื่น ให้พ้นจากการใช้กำลังอย่างผิดกฎหมายอย่างฉับพลันทันทีของผู้คุกคามที่จะทำ ร้ายและนอกจากนั้นเขาก็มีเหตุควรเชื่อได้ว่า

1. ตัวเขาเองกำลังตกอยู่ในอันตรายที่จะเกิดขึ้นอย่างฉับพลันจากการทำร้ายของคู่กรณี
2. การใช้กำลังต่อสู้จำเป็นอย่างยิ่งในอันที่จะหลีกเลี่ยงให้พ้นจากอันตรายที่จะเกิดขึ้น³

¹ เกียรติขจร วังสวัสดิ์. (2542). *คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1*. หน้า 244.

² ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ. (2543). *กฎหมายอาญาหลักและปัญหา*. หน้า 251.

³ Black and Henry Camble. (1979). *Black' Law Dictionary*. p. 1219.

อาจถือได้ว่ามีเหตุอันสมควรที่ใช้กำลังไม่รุนแรงต่อต้านการคุกคามที่ไม่รุนแรงและการใช้กำลังรุนแรงต่อต้านการคุกคามรุนแรงถึงตาย แต่จะถือว่าไม่มีเหตุที่จะใช้ความรุนแรงต่อต้านการคุกคามที่ไม่รุนแรงถึงตาย

การใช้กำลังเพื่อป้องกันตนเองนี้หนังสือ Black's Law Dictionary ได้ให้นิยามว่าการป้องกันตนเอง (Self Defence) คือการป้องกันตนเองหรือทรัพย์สินของตนให้พ้นจากการพยายามทำร้ายของบุคคลอีกคนหนึ่ง สิทธิที่จะปกป้องเช่นนี้เป็นข้ออ้างที่จะใช้กำลังในการต่อต้านการทำร้ายต่อบุคคล โดยเฉพาะอย่างยิ่งเป็นข้ออ้างสำหรับเพื่อทำลายชีวิตผู้คนนั้นเป็นสิทธิของบุคคลที่จะใช้กำลังต่อต้านจนถึงขั้นรุนแรงถึงตายเพื่อป้องกันตนเอง ทรัพย์สิน ที่อยู่อาศัยหรือปกป้องสมาชิกในครอบครัวให้พ้นจากการกระทำโดยจงใจ องค์ประกอบสำคัญสำหรับการป้องกันตนเองก็คือว่า ผู้กระทำความผิดไม่ใช่ผู้ก่อเรื่องนั้นขึ้นก่อน และต้องเป็นภัยที่คุกคามใกล้จะเกิดอันตราย ซึ่งไม่อาจหลบหนีได้ด้วยประการใดๆ อย่างสะดวกหรือมีเหตุผลกฎหมายเรื่องการป้องกันตัวเอื้ออำนวยให้แก่การกระทำซึ่งได้กระทำโดยมีความเชื่ออย่างสมเหตุสมผลว่ามีอันตรายรุนแรงเกิดขึ้นทันทีทันใด และหากมีการบาดเจ็บเกิดขึ้นจากผู้ที่ทำกรป้องกันในการดำเนินการป้องกันตัวอย่าง มีเหตุผลสมควร บุคคลผู้ป้องกันตัวก็จะไม่มีความผิดทั้งทางแพ่งและทางอาญาแต่อย่างใด จากหลักเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนดนั้น ยังมีข้อพิจารณาในแต่ละหลักเกณฑ์อันเป็นขอบเขตที่ต้องวิเคราะห์ โดยหลักแล้วการป้องกันภัยอันตรายนั้นต้องเป็นภัยอันตรายที่เกิดขึ้นในขณะนั้นหรือใกล้จะถึงในขณะนั้น หากเป็นภัยอันตรายที่ยังอยู่ห่างไกลหรือในอนาคตก็ไม่อาจถือได้ว่าเป็นการกระทำโดยป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งคำว่า “ภัยอันตรายใกล้จะถึง” นักกฎหมายได้ให้ความหมายว่าหมายถึงภัยอันตรายที่กำลังปรากฏอยู่เฉพาะหน้าหรือเป็นภัยอันตรายที่ได้เกิดขึ้นและกำลังอยู่ต่อไปอีกเมื่อประกอบกับเจตนารมณ์ของกฎหมายเรื่องป้องกันตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 68 แล้วอาจทำให้มีความหมายไปได้ว่าการป้องกันนั้นผู้กระทำความผิดต้องเผชิญหน้า (Face to Face) ต่อภัยอันตรายที่ตนป้องกัน ซึ่งเป็นหลักการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายที่เป็นสิทธิส่วนบุคคลในการใช้สิทธิป้องกัน (ของปัจเจกชน) กรณีที่ไม่อาจพึ่งอำนาจรัฐได้ทันทั่วทั้งที่แนวคิดของ “การป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย” มีอยู่ 2 ประการคือ

1. “เพื่อป้องกันสิทธิของตน” แสดงว่าการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย เป็นอำนาจในการคุ้มครองตนเอง และ
2. “เพื่อป้องกันสิทธิของผู้อื่น” แสดงว่า การป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายเป็นหน้าที่ในการรักษากฎหมาย ซึ่งอำนาจในการคุ้มครองตนเองของบุคคลนั้นเป็นการกระทำได้เฉพาะกรณีของการป้องกัน “คุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนบุคคล” เท่านั้น

ดังนั้นบุคคลจะกระทำเพื่อป้องกันความสงบเรียบร้อยสาธารณะหรือเพื่อป้องกันระบบกฎหมายโดยรวมไม่ได้ การกระทำเพื่อป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 68 จะต้องจำกัดอยู่เฉพาะเท่าที่เกี่ยวกับ “คุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนบุคคล” เท่านั้น ฉะนั้นคุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นคุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนรวมโดยแท้จริงไม่อาจอ้างเรื่อง การป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 68 ได้⁴

จากหลักป้องกันตัวนี้ เป็นหลักกฎหมายที่วางหลักเกณฑ์ให้บุคคลทั่วไปในสังคม สามารถที่จะใช้หลักดังกล่าวในการคุ้มครองสิทธิของตนเองและผู้อื่น โดยต้องอยู่ภายใต้ขอบเขต ของการป้องกันว่าพอสมควรแก่เหตุหรือไม่เพื่อให้ผู้กระทำการป้องกันไม่ต้องรับผิดทางอาญา ซึ่งจากหลักการป้องกันดังกล่าวหากเรามองในแง่ของการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าพนักงานตำรวจ ซึ่งเป็นผู้ที่มีหน้าที่จะต้องกระทำนั้นสามารถพิจารณาได้ 2 ด้านด้วยกันกล่าวคือ 1) หน้าที่ที่จะต้อง ปฏิบัติตามกฎหมายซึ่งตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 2(16) ได้บัญญัติให้ เจ้าพนักงานตำรวจมีอำนาจและหน้าที่ในการรักษาความสงบเรียบร้อยของประชาชนและมีอำนาจ หน้าที่ในการจับกุมผู้กระทำความผิด ป้องกันปราบปรามอาชญากรรมที่เกิดขึ้น อำนาจหน้าที่นี้ถือได้ว่าเป็นหน้าที่โดยชอบด้วยกฎหมาย⁵ ซึ่งเป็นหน้าที่ที่แน่นอนและเป็นประจำของเจ้าพนักงาน ตำรวจแต่ละคนที่จะต้องปฏิบัติเมื่อพบกับเหตุการณ์การกระทำความผิด ไม่ว่าจะสวมเครื่องแบบหรือไม่ ก็ตามหรือมีหน้าที่ประจำอื่น เหตุที่เป็นดังนั้นก็เพราะว่า บุคคลใดก็ตาม เมื่อได้รับการแต่งตั้งโดย ถูกต้องให้เป็นเจ้าพนักงานตำรวจ ดังที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติข้าราชการตำรวจ พ.ศ. 2521 บุคคลนั้นย่อมเป็นข้าราชการตำรวจมีอำนาจและหน้าที่ในการสืบสวนคดีอาญา จับกุมผู้กระทำความผิด ได้ทั่วราชอาณาจักร⁶ และ 2) หน้าที่ที่จะต้องปฏิบัติตามคำสั่งของผู้บังคับบัญชา

การปฏิบัติตามอำนาจหน้าที่โดยชอบนั้นต้องประกอบไปด้วยหลักเกณฑ์ 2 ประการ คือ

1. จะต้องเป็นการปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ที่กฎหมายบัญญัติไว้
2. การปฏิบัตินั้นจะต้องปฏิบัติภายในขอบเขตแห่งหน้าที่นั้นด้วย

จากความในมาตรา 83 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาจะเห็นว่า รัฐได้ ยินยอมให้เจ้าพนักงานตำรวจของรัฐเป็นผู้บังคับใช้กฎหมายในอันที่จะรักษาความสงบเรียบร้อย ภายในรัฐนั่นเอง แต่จะต้องใช้อำนาจรัฐเพียงพอสมควรแก่เหตุเท่านั้นตามหลักความได้สัดส่วน⁷

⁴ คณิศ ณ นคร ก (2554). คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาคทั่วไป. หน้า 212.

⁵ คณิศ ณ นคร ข (2555). กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา. หน้า 23.

⁶ ร้อยตำรวจเอกหญิงดวงมณี พานนาค. (2550). การป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย: ศึกษากรณี การป้องกันโดยชอบของเจ้าพนักงาน. หน้า 3.

⁷ แหล่งเดิม. หน้า 38.

ซึ่งเป็นการรักษาคุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนรวมโดยแท้ กรณีจึงไม่อาจอ้างเรื่องการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 68 ได้ เนื่องจากการใช้อำนาจกระทำที่แตกต่างกัน ซึ่งการจับกุมผู้กระทำความผิดหากผู้ถูกจับมิได้ต่อสู้ขัดขืนการจับกุมเจ้าพนักงานตำรวจจะใช้กำลังในการจับกุมไม่ได้ ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามาตรา 83 และการใช้กำลังขั้นรุนแรงเพื่อทำการจับกุมหรือเพื่อป้องกันการหลบหนีนั้นจะกระทำไม่ได้โดยเด็ดขาด

จากอำนาจหน้าที่ของเจ้าพนักงานตำรวจดังกล่าวนี้เห็นได้ว่าการใช้อำนาจรัฐโดยเจ้าพนักงานตำรวจในการปฏิบัติหน้าที่หากมีการใช้กำลังขั้นรุนแรงที่ก่อให้เกิดความเสียหายต่อสิทธิเสรีภาพในชีวิตและร่างกายของผู้จะถูกระงับอย่างอื่นนอกเหนือจากสิทธิเสรีภาพในการเคลื่อนไหวร่างกาย เพื่อให้การจับกุมสำเร็จลุล่วงไปนั้น ต้องเป็นการใช้อำนาจที่อยู่ในขอบเขตของความสมควรแก่เหตุตามหลักความได้สัดส่วนจึงจะทำให้เจ้าพนักงานตำรวจใช้อำนาจดังกล่าวได้ โดยเมื่อเจ้าพนักงานตำรวจใช้อำนาจดังกล่าวนี้จะเกิดการป้องกัน 2 ประการซ้อนกันอยู่คือ 1) การป้องกันอำนาจรัฐ มิให้อำนาจรัฐถูกกระทบกระเทือนหรืออ่อนแอลงด้วยภัยที่เกิดจากผู้ฝ่าฝืนกฎหมายหรือกระทำความผิดก็คือ การจับกุมผู้กระทำความผิดมาดำเนินการตามมาตรการทางกฎหมาย 2) การป้องกันตนเองหรือผู้อื่น คือขณะเข้าปฏิบัติหน้าที่จับกุมผู้กระทำความผิด หากผู้กระทำความผิดต่อสู้ขัดขวางการจับกุมโดยใช้กำลังรุนแรงต่อเจ้าพนักงานตำรวจ เจ้าพนักงานตำรวจก็สามารถใช้ความรุนแรงตอบโต้เพื่อป้องกันตนเองหรือผู้อื่นให้พ้นจากภัยอันตรายซึ่งเกิดจากการประทุษร้ายอันละเมิดกฎหมายนั้นเท่านั้น

จากปัญหาที่กล่าวมาข้างต้นการที่เจ้าพนักงานตำรวจจะใช้หลักการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 68 มาเป็นข้อต่อสู้เมื่อมีความเสียหายต่อชีวิตร่างกาย อย่างอื่นเกิดขึ้นนอกเหนือจากความเสียหายต่อเสรีภาพ อันเกิดจากการปราบปรามอาชญากรรมนั้น ไม่ถูกต้อง เพราะเนื่องจากหลักการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 68 นั้นเป็นสิทธิส่วนบุคคลของปัจเจกชน แต่การใช้อำนาจของเจ้าพนักงานตำรวจในการปฏิบัติหน้าที่นั้นเป็นกรณีการป้องกันคุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนรวม จึงเป็นกรณีตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามาตรา 83 วรรคสาม “ถ้าบุคคลซึ่งจะถูกจับขัดขวางหรือจะขัดขวางการจับ หรือหลบหนีหรือพยายามจะหลบหนี ผู้ทำการจับมีอำนาจใช้วิธีหรือการป้องกันทั้งหลายเท่าที่เหมาะสมแก่พฤติการณ์แห่งเรื่องในการจับนั้น” เป็นหลักกฎหมายที่ให้อำนาจแก่เจ้าพนักงานตำรวจในการปฏิบัติหน้าที่ ซึ่งเป็นกฎหมายยกเว้นความผิดในการป้องกันคุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนรวม แต่เนื่องจากบทบัญญัติดังกล่าวใช้วิธีหรือการป้องกันทั้งหลายเท่าที่เหมาะสมแก่พฤติการณ์แห่งเรื่องในการจับผู้นั้น ประกอบกับพระราชบัญญัติระเบียบการตำรวจเกี่ยวกับคดีให้อำนาจในการจับแก่เจ้าพนักงานตำรวจสามารถใช้อาวุธได้ในกรณีที่ผู้จะถูกจับ

แสดงกริยาต่อผู้ หรือหากผู้จะถูกจับขัดขวางหรือจะขัดขวางการจับหรือหลบหนีหรือพยายามจะหลบหนีก็ให้อำนาจแก่เจ้าพนักงานตำรวจในการใช้วิธีการหรือการป้องกันทั้งหลายเท่าที่เหมาะสมแห่งเรื่องในการจับได้ ซึ่งจะเห็นได้ว่าการให้อำนาจแก่เจ้าพนักงานตำรวจในการใช้อาวุธหรือวิธีหรือการป้องกันทั้งหลายนั้นไม่ได้กำหนดว่าสามารถกระทำได้แค่ไหนเพียงไรและอย่างไรตลอดทั้งใครเป็นผู้รับผิดชอบมีอำนาจในการควบคุมสั่งการหรือตัดสินใจให้ใช้วิธีการหรือใช้อาวุธดังกล่าวได้ จึงมีปัญหาว่าบทบัญญัติของกฎหมายดังกล่าวที่ได้ใช้กันมาอย่างช้านานแล้วนี้ได้เอื้ออำนวยต่อการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าพนักงานตำรวจในการปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมายและตามคำสั่งของผู้บังคับบัญชาในการรักษาความสงบเรียบร้อยของบ้านเมือง การป้องกันการประกอบอาชญากรรมที่นับวันจะทวีความรุนแรงมากขึ้นและมีการใช้อาวุธร้ายแรงในการประกอบอาชญากรรม อีกทั้งหลักการดังกล่าวสามารถที่จะคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนที่ได้มอบอำนาจให้แก่รัฐได้อย่างแท้จริงหรือไม่อย่างไร จึงเป็นปัญหาที่ผู้ศึกษามีความสนใจที่จะทำการศึกษาค้นคว้า วิธีการ ตลอดจนขอบเขต ในการใช้อำนาจของเจ้าพนักงานตำรวจและผู้รับผิดชอบมีอำนาจในการสั่งการและควบคุมการใช้อำนาจดังกล่าว ทั้งนี้เพื่อให้เจ้าพนักงานตำรวจสามารถใช้อำนาจได้อย่างมีประสิทธิภาพและเกิดประสิทธิผลในการป้องกันปราบปรามอาชญากรรมควบคู่กับสามารถคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้อย่างแท้จริง

1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา

1. เพื่อศึกษาความหมาย ความเป็นมาของการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายและการใช้วิธีในการจับหรือป้องกันของเจ้าพนักงานตำรวจ
2. เพื่อศึกษาเปรียบเทียบระหว่างการทำโดยชอบด้วยกฎหมายตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 68 กับการใช้อำนาจของเจ้าพนักงานตำรวจตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามาตรา 83 วรรคสาม
3. เพื่อศึกษาวิเคราะห์กรณีการกระทำโดยชอบด้วยกฎหมาย กับการกระทำโดยการใช้อำนาจรัฐ ของเจ้าพนักงานตำรวจตามมาตรา 83 วรรคสาม ประกอบกับพระราชบัญญัติระเบียบการตำรวจเกี่ยวกับคดี
4. เพื่อศึกษาวิเคราะห์กรณีเจ้าพนักงานตำรวจผู้มีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามกฎหมายกับปฏิบัติตามคำสั่งของผู้บังคับบัญชาในการใช้กำลังไปบังคับใช้กฎหมายจากเขาไปหาหนัก ใครเป็นผู้ควบคุมรับผิดชอบมีอำนาจในการตัดสินใจให้ใช้กำลังดังกล่าวได้เทียบเคียงกับพระราชบัญญัติราชทัณฑ์ พ.ศ. 2479
5. เพื่อศึกษาผลที่เกิดขึ้นและแนวทางในการแก้ไข

1.3 สมมติฐานของการศึกษา

การใช้อำนาจของเจ้าพนักงานตำรวจผู้มีหน้าที่ที่จะต้องปฏิบัติตามกฎหมายในการจับหรือป้องกันการหลบหนีเป็นการกระทำโดยการใช้อำนาจรัฐตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 83 วรรคสาม ไม่ใช่เรื่องการป้องกันภัยอันตรายโดยชอบด้วยกฎหมายตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 68 ซึ่งเป็นกรณีการป้องกัน “คุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนบุคคล” เท่านั้น การป้องกันตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 68 เป็นหลักป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายที่เป็นสิทธิส่วนบุคคลในการใช้สิทธิในการป้องกันของปัจเจกชน แต่การกระทำโดยการใช้อำนาจรัฐตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 83 วรรคสามนี้เป็นการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าพนักงานตำรวจผู้มีหน้าที่ที่จะต้องปฏิบัติตามกฎหมายในการจับผู้กระทำความผิดหรือหลบหนีจากการควบคุม ซึ่งเป็นกรณีการป้องกัน “คุณธรรมทางกฎหมายซึ่งเป็นส่วนรวม” การจะใช้อำนาจเพื่อการป้องกันของเจ้าพนักงานตำรวจนี้ ต้องมีขอบเขตหรือกรอบการใช้อำนาจมากกว่าของปัจเจกชนนั้นคือขอบเขตของการใช้อำนาจของเจ้าพนักงานตำรวจต้องพิจารณาจากหลักความพอสมควรแก่เหตุที่จะได้ตัวผู้กระทำความผิดด้วย โดยการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าพนักงานตำรวจนั้นสามารถมองได้ 2 ด้านด้วยกันคือ 1) การปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าพนักงานผู้มีหน้าที่ที่จะต้องกระทำตามกฎหมาย 2) การที่เจ้าพนักงานตำรวจปฏิบัติหน้าที่ต้องทำตามคำสั่งของผู้บังคับบัญชา เช่นการที่เจ้าพนักงานตำรวจจะต้องใช้กำลังไปบังคับใช้กฎหมาย จากเขาไปหาหนักใคร่เป็นผู้มีอำนาจตัดสินใจสั่งการควบคุมและรับผิดชอบให้ใช้มาตรการจากเขาไปหาหนักใคร่ดังกล่าวได้ จึงจำเป็นอย่างยิ่งที่กฎหมายจะต้องบัญญัติหรือวางหลักเกณฑ์ในการปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวให้มีความชัดเจนเป็นขั้นตอนทั้งนี้เพื่อไม่ให้ไปกระทบถึงสิทธิเสรีภาพของประชาชนที่ได้มอบอำนาจให้รัฐเข้ามาดูแล

1.4 ขอบเขตของการศึกษา

ศึกษาเปรียบเทียบระหว่างการใช้อำนาจของเจ้าพนักงานตำรวจตามมาตรา 83 วรรคสาม กับกรณีการกระทำโดยชอบด้วยกฎหมาย โดยวิเคราะห์การกระทำโดยใช้อำนาจรัฐของเจ้าพนักงานตำรวจกับการกระทำโดยชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งจะศึกษานั่นกรณีการใช้อำนาจของเจ้าพนักงานตำรวจผู้มีหน้าที่ที่จะต้องปฏิบัติตามกฎหมายกับการใช้อำนาจของเจ้าพนักงานตำรวจผู้มีหน้าที่ที่จะต้องปฏิบัติตามคำสั่งของผู้บังคับบัญชา ในการใช้กำลังบังคับจากเขาไปหาหนักใคร่เป็นผู้มีอำนาจในการตัดสินใจสั่งการและควบคุมรับผิดชอบให้ใช้กำลังดังกล่าวได้แค่ไหนเพียงไร เช่นในการสลายม็อบ

1.5 วิธีดำเนินการศึกษา

ศึกษาโดยเปรียบเทียบหลักกฎหมายแนวคำพิพากษา พระราชบัญญัติระเบียบการตำรวจเกี่ยวกับคดี พระราชบัญญัติราชทัณฑ์ เกี่ยวกับผู้ที่มีอำนาจในการตัดสินใจสั่งการและควบคุมรับผิดชอบตลอดทั้งขั้นตอนวิธีการบังคับใช้กำลังหรืออาวุธจากเบาไปหาหนัก โดยศึกษาจากกรณีการสลายม็อบหรือการสลายการชุมนุมตามคำสั่งของผู้บังคับบัญชากับการปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมายของเจ้าพนักงานในการบังคับใช้กำลังในการจับ ตลอดทั้งการวิจัยเอกสาร บทบัญญัติกฎหมาย บทความ ตำรา วิทยานิพนธ์วารสารกฎหมาย และหนังสือที่เกี่ยวข้อง เพื่อนำมาวิเคราะห์เปรียบเทียบปัญหาที่เกิดขึ้นสรุปและเสนอแนะแนวทางแก้ไขให้ชัดเจน

1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

1. ทำให้ทราบถึงหลักการแนวคิดทฤษฎี ความหมาย ตลอดทั้งความเป็นมาของการกระทำโดยชอบด้วยกฎหมายและการใช้อำนาจโดยเจ้าพนักงานตำรวจ
2. ทำให้ทราบถึงระเบียบคำสั่งในการนำหลักการกระทำโดยชอบด้วยกฎหมายและการกระทำโดยใช้อำนาจรัฐของเจ้าพนักงานตำรวจตามพระราชบัญญัติระเบียบการตำรวจเกี่ยวกับคดีมาใช้ร่วมกับอำนาจในการจับตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามาตรา 83 วรรคสามและพระราชบัญญัติราชทัณฑ์
3. ทำให้ทราบถึงความแตกต่างระหว่างการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายกับการกระทำโดยใช้อำนาจของเจ้าพนักงานตำรวจโดยมองการกระทำของเจ้าพนักงานตำรวจเป็น 2 กรณี คือ การกระทำของเจ้าพนักงานตำรวจ ผู้มีหน้าที่ที่จะต้องปฏิบัติตามกฎหมายกับเจ้าพนักงานตำรวจ ผู้มีหน้าที่ที่จะต้องปฏิบัติตามคำสั่งของผู้บังคับบัญชาในการที่จะบังคับใช้กำลังจากเบาไปหาหนัก
4. เป็นแนวทางแก้ไขเนื่องจากกฎหมายไม่ได้บัญญัติถึงผู้ที่มีอำนาจในการตัดสินใจสั่งการและควบคุมรับผิดชอบให้ใช้กำลังหรืออาวุธไปบังคับใช้กฎหมายจากเบาไปหาหนักได้แค่ไหนเพียงไรตลอดทั้งขั้นตอนและวิธีการใช้กำลังหรืออาวุธดังกล่าวระหว่างการใช้อำนาจของเจ้าพนักงานตำรวจผู้มีหน้าที่ที่จะต้องปฏิบัติตามกฎหมายกับเจ้าพนักงานตำรวจผู้มีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามคำสั่งของผู้บังคับบัญชา

บทที่ 2

แนวคิด หลักการมีอำนาจกระทำของปัจเจกชนและการใช้อำนาจของ เจ้าพนักงานตำรวจ

แนวความคิด เหตุผลในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพในชีวิตและร่างกาย การให้อำนาจบุคคลในการป้องกัน (การป้องกันคุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนตัว) และการใช้อำนาจรัฐโดยเจ้าพนักงานตำรวจโดยมองการกระทำเป็น 2 ด้าน คือ เจ้าพนักงานตำรวจผู้มีหน้าที่ที่จะต้องปฏิบัติตามกฎหมายและปฏิบัติตามคำสั่งของผู้บังคับบัญชา ขอบเขตการใช้อำนาจและอาวุธจากเขาไปหา
หากใครเป็นผู้ควบคุมรับผิดชอบมีอำนาจในการตัดสินใจสั่งการ

2.1 แนวความคิดการมีอำนาจกระทำของปัจเจกชน

แนวความคิดการมีอำนาจกระทำของปัจเจกชนนั้นพิจารณาและศึกษาแนวคิดที่เกี่ยวข้อง 4 แนวคิด ได้แก่ แนวคิดในทางกฎหมายธรรมชาติ แนวคิดในทางอาชญาวิทยาและทัณฑวิทยา แนวคิดเรื่องรัฐไม่อาจคุ้มครองบุคคลได้ทันทั่วทั้งที่ แนวคิดในทางความถูกต้องและความไม่ถูกต้อง ซึ่งแต่ละแนวคิดมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

2.1.1 แนวคิดในทางกฎหมายธรรมชาติ

การป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย (Self Defence) คือสิ่งที่อยู่ในหลักกฎหมายธรรมชาติ (Law of Nature) ซึ่งมีอยู่ก่อนการรวมตัวกันเกิดขึ้นเป็นสังคม โดยเป็นหลักธรรมชาติที่บุคคลผู้ถูกประทุษร้ายที่จะมีสิทธิที่จะป้องกันตนเอง⁸ และท่าน Rousseau เห็นว่าเมื่อเกิดการทำความร้ายรุกรานโดยไม่ชอบธรรมแล้วสัญญาประชาคม (Social Contract) เป็นอันมิใช่บังคับไม่ได้ต้องกลับสู่สภาพธรรมชาติและต่างใช้กำลังป้องกันตนเอง⁹

⁸ Johanna Andenaes. (1965). *The General Part of The Criminal Law of Norway*. p. 153.

⁹ ปรีดี เกษมทรัพย์. (2543). *นิติปรัชญา*. หน้า 204.

2.1.2 แนวคิดในทางอาชญาวิทยาและทัณฑวิทยา

การลงโทษบุคคลผู้กระทำความผิดตามกฎหมายอาญามีวัตถุประสงค์ในประการที่สำคัญคือ การลงโทษเพื่อเป็นการปรับปรุง (Punishment as a means of Reformation)¹⁰ หมายถึง การลงโทษเพื่อการแก้ไขปรับปรุงผู้กระทำความผิดให้กลับตัวเป็นคนดี การลงโทษบุคคลผู้กระทำการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายมิได้มีประโยชน์อะไรเลย และมีได้บรรลุวัตถุประสงค์ของการลงโทษเพื่อให้ผู้นั้นกลับตัวเป็นคนดีแต่อย่างใด เพราะบุคคลผู้ใช้สิทธิป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายได้กระทำเพื่อป้องกันสิทธิของตนหรือผู้อื่นให้พ้นจากอันตรายอันเกิดจากการประทุษร้ายอันมิชอบด้วยกฎหมาย มิได้มีเจตนาชั่วร้ายในการกระทำความผิดทางอาญา โดยเฉพาะอย่างยิ่งในสายตาของกฎหมายอาญาไม่ถือว่าการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายเป็นการเลวทรามแต่ประการใด¹¹ และท่านศาสตราจารย์เอกูต์ เห็นว่าไม่ยุติธรรมด้วยที่จะไปลงโทษบุคคลซึ่งปิดป้องการรุกรานทำร้ายอันมิชอบด้วยกฎหมาย¹² และแม้จะพิจารณาในทางศีลธรรมก็หาที่ติมิได้¹³

2.1.3 แนวคิดเรื่องรัฐไม่อาจคุ้มครองบุคคลได้ทันทั่วทั้ง

นักปรัชญาหลายท่าน เช่น Cicero, Grotius, Wolff, Carara เห็นว่าเมื่อเจ้าหน้าที่บ้านเมืองไม่อาจให้ความคุ้มครองบุคคลได้อย่างทันทั่วทั้งที่บุคคลย่อมมีเหตุผลเพียงพอที่จะคุ้มครองป้องกันตนเองได้¹⁴

แนวความคิดของนักกฎหมายฝรั่งเศสทำให้เหตุผลถึงอำนาจของบุคคลในการป้องกันไว้ว่า เมื่อมีการประทุษร้ายอันมิชอบแล้ว สังคมไม่อาจเข้าขัดขวางการประทุษร้ายได้ทันทั่วทั้งที่การป้องกันตนเองย่อมเป็นการชอบเมื่อจำต้องเลือกระหว่างประโยชน์ของผู้ประทุษร้ายกับของผู้ถูกประทุษร้ายชีวิตและร่างกายของผู้ประทุษร้ายน่าจะมีคุณค่าเป็นที่ยอมรับนับถือน้อยกว่าชีวิตร่างกายของผู้ถูกประทุษร้ายและไปไกลถึงขนาดที่ว่า การป้องกันมิใช่เป็นเพียงการใช้สิทธิเท่านั้น แต่ยังเป็นการทำหน้าที่อันมีต่อสังคมอย่างหนึ่งด้วย เพราะผู้ที่ทำหน้าที่ป้องกันการประทุษร้ายอันมิชอบนั้นไม่เพียงแต่ป้องกันตนเองเท่านั้น หากได้ป้องกันสังคมจากการกระทำโดยมิชอบด้วย¹⁵

ท่านศาสตราจารย์ ดร.อุทิศ แสนโกสิก เห็นว่ารัฐทำหน้าที่ให้ความคุ้มครองประชาชนจากการประทุษร้ายด้วยการกระทำความผิด โดยรัฐบัญญัติกฎหมายห้ามมิให้มีการประทุษร้ายกัน ผู้ใด

¹⁰ สุพจน์ สุโรจน์. (2525). เอกสารการสอนชุดวิชากฎหมายอาญา 1 หน่วยที่ 1-7. หน้า 178.

¹¹ หยุด แสงอุทัย ก (2596). คำบรรยายกฎหมายอาญาสำหรับประชาชน. หน้า 291.

¹² เอกูต์. (2478). กฎหมายอาญา. หน้า 128.

¹³ วิจิตร ลุลิตานนท์. (2493). คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคต้น พ.ศ. 2487. หน้า 78.

¹⁴ แหล่งเดิม.

¹⁵ โกเมน ภัทรภิรมย์. (2524). คำอธิบายกฎหมายอาญาฝรั่งเศส. หน้า 49.

ฝ่ายหนึ่งต้องถูกรัฐลงโทษ โดยเอกชนผู้ถูกระบุร้ายจะลงโทษผู้กระทำความผิดด้วยตนเองไม่ได้ แต่เนื่องจากกฎหมายไม่มีเครื่องมือที่จะป้องกันอันตรายให้แก่ประชาชนได้ทันทั่วทั้งที่ประการหนึ่ง อีกประการหนึ่ง เมื่อเกิดความเสียหายขึ้นแล้ว บางกรณีก็ยากที่จะแก้ไขให้กลับคืนดีได้ ฉะนั้น กฎหมายจึงได้ให้อำนาจเอกชนทำการป้องกันได้โดยไม่ถือว่าเป็นความผิดเมื่อมีการรุกรานโดยมิชอบ¹⁶

2.1.4 แนวคิดในทางความถูกต้องและความไม่ถูกต้อง

เป็นเหตุผลที่มาจากภาษิตของเยอรมันที่ว่า ความถูกต้องไม่จำเป็นต้องอ่อนข้อให้กับความไม่ถูกต้อง (Das Recht braucht dem Unrecht nicht zu weichen: Right need never yield to wrong) ซึ่งในเรื่องของการป้องกันนั้นเป็นการขัดแย้งระหว่างความถูกต้อง (Recht: Right) และความไม่ถูกต้อง (Unrecht: Wrong) ผู้ใช้สิทธิในการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายจะอยู่ฝ่ายของความถูกต้อง ในขณะที่ผู้ประทุษร้ายจะอยู่ฝ่ายของความไม่ถูกต้อง¹⁷ การประทุษร้ายที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายเป็นการกระทำที่กระทบต่อคุณธรรมทางกฎหมาย (Protected Interest) ของผู้ใช้สิทธิป้องกัน ย่อมก่อให้เกิดสิทธิในการโต้ตอบการประทุษร้ายดังกล่าวขึ้นได้และสอดคล้องกับหลักความถูกต้องไม่จำเป็นต้องอ่อนข้อให้กับความไม่ถูกต้อง¹⁸ การกระทำที่ไม่ถูกต้องหรือไม่เป็นธรรม เมื่อการประทุษร้ายเกิดขึ้นบุคคลจึงไม่จำเป็นต้องยอมอ่อนข้อต่ออธรรม

การป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย เป็นการกระทำที่ถูกต้องหรือเป็นการกระทำที่เป็นธรรม ส่วน “การประทุษร้าย” เป็นการกระทำที่ตรงกันข้าม คือ เป็นการกระทำที่ไม่ถูกต้องหรือเป็นการกระทำที่ไม่เป็นธรรม ดังนั้นเมื่อมี “การประทุษร้าย” เกิดขึ้นบุคคลจึงไม่จำเป็นต้องยอมอ่อนข้อต่อ “การประทุษร้าย” เหตุนี้ความคิดเบื้องหลังของ “การป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย” ก็คือ “ธรรมไม่จำเป็นต้องยอมอ่อนข้อต่ออธรรม” (Das Recht braucht dem Unrecht nicht zu weichen)¹⁹ ความคิดในทางกฎหมาย มีอยู่ 2 ประการ คือ

- 1) อำนาจในการคุ้มครองตนเอง จากคำว่า “เพื่อป้องกันสิทธิของตน”
- 2) หน้าที่ในการรักษากฎหมาย จากคำว่า “เพื่อป้องกันสิทธิของผู้อื่น”

ดังนั้น กรณีของการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย คุณธรรมทางกฎหมายเป็นส่วนบุคคลเท่านั้น บุคคลจะกระทำเพื่อป้องกันความสงบเรียบร้อยสาธารณะหรือเพื่อป้องกันระบบ

¹⁶ อุททิศ แสนโกสีก. (2525). *กฎหมายอาญาภาค 1*. หน้า 115.

¹⁷ George P. Fletcher. (1973). *Proportionality and the Psychotic Aggressor: A Vignette in Comparative Criminal Theory*. p. 380.

¹⁸ Ibid. p. 381.

¹⁹ คณิต ณ นคร ค (2551). *กฎหมายอาญาทั่วไป*. หน้า 211.

กฎหมายไม่ได้หรืออาจกล่าวได้ว่าเป็นเหตุหนึ่งที่ทำให้ผู้กระทำความผิด²⁰ โดยหากการกระทำนั้นได้กระทำไปพอสมควรแก่เหตุแล้ว ผู้นั้นไม่มีความผิดซึ่งเป็นเหตุยกเว้นความรับผิด โดยเป็นเหตุเกี่ยวกับการมีอำนาจกระทำเพื่อป้องกันสิทธิ²¹ ซึ่งในกฎหมายได้กำหนดถึงเรื่องการป้องกันตนเองว่าบุคคลใดมิได้เป็นผู้กระทำการรุกรานสามารถต่อต้านผู้ทำการละเมิดต่อกฎหมายได้เมื่อบุคคลนั้นมีเหตุเชื่อว่ามีภัยอันตรายโดยมิชอบด้วยกฎหมาย หรือมีความจำเป็นต้องกระทำเพื่อการหลีกเลี่ยงจากอันตราย

การป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย เป็นเหตุที่ผู้กระทำความผิด²⁰ (Rechtfertigungsgründe/Justification) เหตุหนึ่งในหลายๆเหตุ

เหตุที่ผู้กระทำความผิด²⁰ (Rechtfertigungsgründe/Justification) ทุกเหตุมีองค์ประกอบที่เป็นอย่างเดียวกัน กล่าวคือ ประกอบด้วยสาระสำคัญ 3 ส่วน คือ 1) สถานการณ์ที่ก่อให้เกิดอำนาจ 2) การกระทำที่อยู่ในกรอบของอำนาจ 3) เจตจำนงในการใช้อำนาจ

ข้อสาระสำคัญในส่วนที่หนึ่ง คือ สถานการณ์ที่ก่อให้เกิดอำนาจ และข้อสาระสำคัญส่วนที่สองคือ การกระทำที่อยู่ในกรอบของอำนาจ ต่างเป็นองค์ประกอบในทางภาวะวิสัย (Objektiv/Objective) ของเหตุที่ผู้กระทำความผิด²⁰ (Rechtfertigungsgründe/Justification) สำหรับสาระสำคัญส่วนที่สาม คือ เจตจำนงในการใช้อำนาจนั้นเป็นองค์ประกอบในทางอัตวิสัย (Subjektiv/Subjective) ของเหตุที่ผู้กระทำความผิด²⁰ (Rechtfertigungsgründe/Justification)

2.2 แนวคิดการใช้อำนาจรัฐโดยเจ้าพนักงานตำรวจ

2.2.1 แนวความคิดการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพในชีวิตและร่างกาย

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

ลัทธิปัจเจกชนนิยม (Individualism) เน้นความมีอิสระและเสรีภาพของบุคคลและมองความสัมพันธ์ระหว่างคนกับรัฐว่า รัฐมีอยู่เพื่อเป็นเครื่องมือที่จะช่วยให้บุคคลในสังคมมีชีวิตมั่นคงปลอดภัย และทำให้บุคคลมีความสมบูรณ์ รัฐไม่มีความสำคัญเหนือบุคคล บุคคลมิได้มีอยู่เพื่อรัฐมนุษย์แต่ละคนมีคุณค่าในตัวเอง มนุษย์มีสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ รากฐานที่สำคัญของแนวความคิดนี้มาจากความคิดของสำนักสโตอิก (Stoic) ที่เชื่อว่ามนุษย์ในภาวะธรรมชาติสมบูรณ์นั้น เป็นอุดมคติที่สูงส่ง มนุษย์จะบรรลุสภาวะดังกล่าวได้จะต้องมีความเป็นตัวของตัวของตัวเอง รู้จักดำรงชีวิตอย่างมีเหตุผล ความมีเหตุผลจะทำให้มนุษย์รู้จักแยกแยะได้ว่าสิ่งใดเป็นความดีหรือ

²⁰ หยุด แสงอุทัย ข (2547). กฎหมายอาญา ภาค 1. หน้า 134.

²¹ จิตติ ดิงสภักดิ์. (2546). กฎหมายอาญา ภาค 1. หน้า 709.

ความชั่ว แก่นแท้ของมนุษย์อยู่ที่ความสามารถในการใช้เหตุผลซึ่งทำให้มนุษย์แตกต่างจากสัตว์โลกอื่นๆ

แนวความคิดนี้ก่อให้เกิดแนวความคิดทางเสรีนิยม หรือ Liberalism ซึ่งเป็นพื้นฐานสำคัญของอุดมการณ์ประชาธิปไตยแบบเสรีนิยม ซึ่งเชื่อว่าเสรีภาพของบุคคลเหนือกว่าอำนาจรัฐ ดังคำกล่าวของ Jean Jacques Rousseau ที่ว่าเสรีภาพเป็นเกียรติภูมิและศักดิ์ศรีของความเป็นคน รัฐไม่มีอำนาจใดๆ ที่จะทำให้คนหมดสิ้นความเป็นคนลงไปได้ในทางตรงกันข้าม แนวความคิดชุมชนนิยม (Collectivism) เห็นว่า การที่มนุษย์รวมตัวกันเป็นสังคมทำให้มนุษย์แต่ละคนไม่สามารถที่จะแยกตัวเองออกไปมีสถานะเป็นเอกเทศจากสังคมที่ตนเองเป็นสมาชิกได้ มนุษย์แต่ละคนจึงเป็นส่วนประกอบที่แยกไม่ได้จากโครงสร้างสังคมทั้งองค์ภาพ มนุษย์แต่ละคนไม่มีคุณค่าในตัวเองมนุษย์จะมีคุณค่าก็ต่อเมื่อกระทำตามสิ่งที่สังคมต้องการเท่านั้น มนุษย์ดำรงอยู่เพื่อสังคม ชุมชนนิยมเน้นความสำคัญของความมั่นคงและเสถียรภาพของสังคม ดังนั้นรัฐจึงเป็นกลไกสำคัญต่อความเป็นอยู่ของมนุษย์ในสังคม รัฐมีความชอบธรรมที่จะดำเนินการใดๆ ก็ได้ไม่ว่าจะเป็นการเข้าแทรกแซงหรือกำหนดวิถีชีวิตของบุคคลแต่ละคน ดังคำกล่าวของ Hegel ที่ว่าปัจเจกชนแสวงหาเสรีภาพของเขาได้ด้วยการเชื่อฟังอำนาจรัฐ และการบรรลุเสรีภาพเต็มที่ได้อีกการตายแทนรัฐ

จากแนวความคิดในเรื่องเสรีภาพทั้งสอง นำไปสู่การบัญญัติเรื่องสิทธิเสรีภาพไว้ในรัฐธรรมนูญตามเหตุผลทางการเมืองของประเทศต่างๆ อาจพิจารณาได้ว่ารัฐธรรมนูญของประเทศใดจะมีลักษณะเสรีประชาธิปไตยมากน้อยเพียงใด ขึ้นอยู่กับว่ารัฐธรรมนูญของประเทศนั้นมีบทบัญญัติให้สิทธิและเสรีภาพ และจำกัดสิทธิเสรีภาพประชาชนมากน้อยเพียงใด

สิทธิ (Right) คือ อำนาจที่กฎหมายรับรองให้แก่บุคคล ในการก่อให้เกิดนิติสัมพันธ์กับบุคคลอื่นในอันที่จะเรียกร้องให้บุคคลอื่นกระทำการ หรือละเว้นกระทำการเพื่อให้เกิดประโยชน์แก่ตน ก่อให้เกิดหน้าที่แก่รัฐในอันที่จะต้องปฏิบัติตามสิทธิของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ เช่น สิทธิของประชาชนในการรับรู้ข้อมูลข่าวสารสาธารณะที่อยู่ในความครอบครองหรือควบคุมดูแลของหน่วยงานรัฐ ก่อให้เกิดหน้าที่แก่รัฐ หน่วยงานรัฐในอันที่จะให้ข้อมูลข่าวสารแก่ประชาชนที่ใช้สิทธิเรียกร้องเพื่อขอรับข้อมูลข่าวสารนั้นๆ

เสรีภาพ (Liberty or Freedom) คืออำนาจที่กฎหมายรับรองให้แก่บุคคลในอันที่จะทำการที่เกี่ยวกับตนเองเป็นอำนาจที่จะกระทำในสิ่งที่ตนเองประสงค์กระทำและไม่กระทำในสิ่งที่ตนเองไม่ประสงค์จะกระทำที่กฎหมายรับรองเสรีภาพให้แก่บุคคลหนึ่งบุคคลใด ก่อให้เกิดหน้าที่ต่อบุคคลอื่นเช่นกันโดยก่อกำเนิดหน้าที่ “ละเว้น” แก่รัฐหรือบุคคลอื่นที่จะไม่กระทำการในอันที่จะเป็นอุปสรรคขัดขวางผู้ทรงเสรีภาพในอันที่จะใช้สิทธิเสรีภาพนั้นๆ เช่น เสรีภาพใน

การแสดงความคิดเห็น การพูด การพิมพ์ การโฆษณา การก่อให้เกิดหน้าที่แก่รัฐในอันที่จะละเว้นการเข้าไปแทรกแซงขัดขวางผู้ที่ใช้เสรีภาพดังกล่าว

2.2.2 สิทธิและเสรีภาพตามปณิญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (Human Rights)

สาระสำคัญในปณิญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนประกอบด้วย บทบัญญัติส่วนใหญ่เกี่ยวกับสิทธิผนวกกับเรื่องหน้าที่และการตีความรวมทั้งสิ้น 30 มาตรา สามารถจำแนกออกเป็น 2 ประเภทคือ สิทธิของพลเมืองและการเมือง (Civil and Political Rights) และสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคมและวัฒนธรรม (Economic, Social and Cultural Rights)

ปณิญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน เป็นการรับรองและคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานประการแรก คือ สิทธิส่วนบุคคล (Personal Right) อันหมายถึงสิทธิแห่งความเสมอภาค สิทธิในชีวิต อิสภาพ และความมั่นคง ฯลฯ อันปรากฏในมาตรา 3-11 ประการที่สองคือ สิทธิซึ่งเป็นของปัจเจกบุคคลในความสัมพันธ์ของเขากับกลุ่มสังคมซึ่งตนเข้าไปมีส่วนร่วม ซึ่งได้แก่ สิทธิในความเป็นส่วนตัวในชีวิตครอบครัวและในการแต่งงาน สิทธิในการมีเสรีภาพในการเคลื่อนไหวภายในรัฐชาติหรือออกนอกรัฐ สิทธิในการมีสัญชาติ ในการลี้ภัยในกรณีที่ถูกประหัตประหาร สิทธิในทรัพย์สินและในการปฏิบัติกิจของศาสนา (มาตรา 12-17) ประการที่สาม เป็นเรื่องอิสรภาพของพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ซึ่งมีการใช้เพื่อให้เกิดการก่อตั้งองค์กรแห่งรัฐบาล หรือเข้าไปมีส่วนร่วมในกระบวนการกำหนดตัดสินใจอันได้แก่เรื่องเสรีภาพในมโนธรรม ความคิดและการแสดงออก เสรีภาพในการสมาคมและรวมตัวกัน สิทธิในการลงคะแนนและสมัครรับเลือกตั้ง สิทธิในการเข้าถึงรัฐบาล และการบริหารงานสาธารณะ (มาตรา 18-21) และประการที่สี่ คือสิทธิซึ่งมีการใช้ในด้านเศรษฐกิจและสังคม นับตั้งแต่บรรดาสิทธิซึ่งแสดงออกในเรื่องที่เกี่ยวกับแรงงานและความสัมพันธ์ในการผลิต และในด้านที่เกี่ยวกับการศึกษา สิทธิในการทำงานและการประกันทางสังคม และมีอิสระในการเลือกการทำงาน มีเงื่อนไขการทำงานที่เป็นธรรม ในการได้รับค่าจ้าง อันเท่าเทียมกันสำหรับงานที่เสมอกัน สิทธิในการก่อตั้งและเข้าร่วมในสหภาพแรงงาน ในการพักผ่อนและมีเวลาว่าง ในการได้รับการดูแลสุขภาพ ในการศึกษาและสิทธิในการเข้ามีส่วนร่วมอย่างอิสระในชีวิตทางวัฒนธรรมของชุมชน (มาตรา 22-27) และประการที่ห้า ความในมาตรา 28-30 หมายถึง สิทธิใน (การมี) ระเบียบ ทางสังคมและระเบียบระหว่างประเทศ²²

หลักการที่สำคัญในการคุ้มครองสิทธิในชีวิตและร่างกาย คือ บุคคลมีสิทธิในการดำรงชีวิต ในเสรีธรรมและในความมั่นคงแห่งร่างกาย (ข้อ 3) และบุคคลใดจะถูกรังแกหรือได้รับการปฏิบัติ หรือลงทัณฑ์ซึ่งทารุณโหดร้าย ไร้มนุษยธรรม เหยียดหยามเกียรติไม่ได้ (ข้อ 5) ซึ่งบุคคล

²² จริญญา โฆษณานันท์. (2545). สิทธิมนุษยชนไร้พรมแดน: ปรัชญา กฎหมาย และความเป็นจริงทางสังคม. หน้า 288-290.

มีสิทธิได้รับการเยียวยา โดยศาลแห่งชาติซึ่งมีอำนาจเนื่องจากการกระทำใดๆ อันเป็นการละเมิดต่อสิทธิขั้นมูลฐานซึ่งตนได้รับจากรัฐธรรมนูญ หรือกฎหมาย (ข้อ 8)

สิทธิในชีวิตและร่างกายเป็นสิทธิที่มีความสำคัญที่สุดซึ่งเป็นสิทธิที่ไม่อาจจะละเมิดได้ รัฐจึงต้องป้องกันมิให้มีการทำลายชีวิต โดยกำหนดเป็นความผิดอาญา โดยเฉพาะอย่างยิ่งการทำลายชีวิตของบุคคลโดยเจ้าหน้าที่ของรัฐ ถือเป็นเรื่องเสียหายร้ายแรงอย่างยิ่งและสิทธิในความบริบูรณ์ของร่างกาย คือ รัฐต้องให้ความคุ้มครองมิให้บุคคลถูกทำร้าย ทรมาณ ไม่ว่าบุคคลอื่นหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐตลอดจนการปฏิบัติที่เป็นการลงทัณฑ์ทารุณ²³

2.2.3 สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550

รัฐธรรมนูญรับรองสิทธิและเสรีภาพในชีวิตและร่างกาย กล่าวคือ บุคคลมีเสรีภาพในการเคลื่อนไหวและงดเว้นการเคลื่อนไหวร่างกาย รัฐมีหน้าที่ให้ความคุ้มครองไม่ให้สิทธิและเสรีภาพในชีวิตและร่างกายของบุคคลถูกรบกวนจากเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือบุคคลอื่น²⁴

สิทธิ คือ ประโยชน์ที่กฎหมายรับรองและคุ้มครองให้แก่บุคคลในอันที่จะทำการเกี่ยวกับทรัพย์สินหรือบุคคลอื่น²⁵ เช่น สิทธิในทรัพย์สิน สิทธิในชีวิตร่างกาย เป็นต้น มีความหมายในทางคุ้มครองบุคคลไม่ให้ผู้อื่นล่วงละเมิดเจ้าของสิทธิ

สิทธิตามรัฐธรรมนูญจึงเป็นความสัมพันธ์ระหว่างปัจเจกบุคคลกับรัฐและสิทธิตามรัฐธรรมนูญเป็นสิทธิที่ผูกพันองค์กรผู้ใช้อำนาจอธิปไตยทั้งหลายที่จะต้องให้ความเคารพ ปกป้องและคุ้มครองสิทธิตามรัฐธรรมนูญ เพื่อให้สิทธิตามรัฐธรรมนูญมีผลในทางปฏิบัติ²⁶

เสรีภาพ คือ ภาวะที่มนุษย์ไม่อยู่ในความครอบงำของผู้อื่น มีอิสระที่จะกระทำการหรืองดเว้นกระทำการ เช่น เสรีภาพในการติดต่อสื่อสาร เสรีภาพในการเดินทาง เป็นต้น มีความหมายในทางอิสระของเจ้าของเสรีภาพ²⁷ คือ อำนาจของบุคคลในอันที่จะกำหนดตนเอง²⁸ เสรีภาพจึงหมายถึงอำนาจในการกำหนดตนเองโดยอิสระของบุคคลที่จะกระทำการใดหรือไม่กระทำการใด

²³ สุรศักดิ์ ลิขิตทิพัฒน์กุล, กษมา เจริญรักษา, วีระศักดิ์ แสงสารพันธ์ และจริยาวัดี มิตรสูงเนิน. (2547). กฎหมายด้านการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพในกระบวนการยุติธรรมที่ไม่สอดคล้องกับหลักสิทธิพื้นฐานและพันธกรณีระหว่างประเทศ รวมทั้งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (รายงานวิจัย). หน้า 7.

²⁴ มานิตย์ จุมปา. (2547). คำอธิบายรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พ.ศ. 2540). หน้า 11.

²⁵ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. (2543). สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540. หน้า 21.

²⁶ บรรเจิด สิงคะเนติ. (2547). หลักพื้นฐานของสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามรัฐธรรมนูญ. หน้า 58.

²⁷ จิรนิติ หะวานนท์. (2546). สิทธิทางวิธีพิจารณาความอาญาตามรัฐธรรมนูญ. หน้า 13.

²⁸ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. เล่มเดิม. หน้า 22.

อันเป็นอำนาจที่มีเหนือตนเอง ความแตกต่างระหว่าง “สิทธิ” และ “เสรีภาพ” จึงอยู่ที่ว่า “สิทธิ” เป็นอำนาจที่บุคคลมีเพื่อเรียกร้องให้ผู้อื่นกระทำการหรือละเว้นการกระทำอันใดอันหนึ่ง แต่ในขณะที่ “เสรีภาพ” นั้นเป็นอำนาจที่บุคคลนั้นมีอยู่เหนือตนเองในการตัดสินใจที่จะกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งหรือไม่กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งโดยปราศจากการแทรกแซงหรือครอบงำจากบุคคลอื่น เสรีภาพจึงไม่ก่อให้เกิดหน้าที่ต่อบุคคลอื่นแต่อย่างใด²⁹

สิทธิและเสรีภาพส่วนบุคคล เช่น สิทธิและเสรีภาพในชีวิตและร่างกาย ซึ่งจำแนกตามเนื้อหาโดยอาศัยการพิจารณาวัตถุประสงค์แห่งสิทธิและเสรีภาพ³⁰ เป็นสิทธิในความมั่นคงปลอดภัยในชีวิตและร่างกาย โดยรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2550 ได้บัญญัติให้ความคุ้มครองจากการใช้อำนาจรัฐ เช่น บทบัญญัติที่ว่าบุคคลย่อมมีสิทธิและเสรีภาพในชีวิตและร่างกาย ซึ่งเป็นสิทธิเสรีภาพที่สำคัญที่สุด และเป็นต้นแบบของสิทธิและเสรีภาพอื่นๆ³¹ ห้ามจับกุม คุมขัง หรือตรวจค้นตัวบุคคล เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย³² บุคคลไม่ต้องรับโทษทางอาญาเว้นแต่จะได้กระทำการอันกฎหมายที่ใช้อยู่ในเวลาที่กระทำความผิดนั้นบัญญัติเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ และโทษที่จะลงแก่บุคคลนั้นจะหนักกว่าโทษที่กำหนดไว้ในกฎหมายที่ใช้อยู่ในเวลาที่กระทำความผิดไม่ได้³³ ซึ่งเป็นการรับรองหลัก “ไม่มีความผิด ไม่มีโทษ โดยไม่มีกฎหมาย” (nullum crimen, nulla poena sine lege) และให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าผู้ต้องหาหรือจำเลยในคดีอาญาไม่มีความผิด ก่อนที่จะมีคำพิพากษาอันถึงที่สุดแสดงว่าบุคคลใดได้กระทำความผิดจะปฏิบัติต่อบุคคลนั้นเสมือนผู้กระทำความผิดไม่ได้³⁴ โดยเป็นแนวทางว่ารัฐต้องให้ความเคารพในสิทธิและเสรีภาพในชีวิตและร่างกายของบุคคล การออกกฎหมายหรือระเบียบใดๆ ต้องทำให้สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ

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

²⁹ บรรเจิด สิงคะเนติ. เล่มเดิม. หน้า 61.

³⁰ อุดม รัฐอมฤต, นพนิติ สุริยะ และบรรเจิด สิงคะเนติ. (2544). การอ้างศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ หรือการใช้สิทธิและเสรีภาพของบุคคลตามมาตรา 28 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540. หน้า 88.

³¹ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. (2542). รัฐธรรมนูญน่ารู้. หน้า 212.

³² รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550, มาตรา 31.

³³ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550, มาตรา 32.

³⁴ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550, มาตรา 33.

กระบวนการพิจารณาของเจ้าหน้าที่ของรัฐในการปฏิบัติราชการทางปกครอง สิทธิในการเสนอเรื่องราวร้องทุกข์ สิทธิในการฟ้องหน่วยงานราชการ สิทธิในการต่อต้านล้มล้างระบอบประชาธิปไตย

โดยรายงานฉบับนี้ศึกษาขอบเขตการป้องกันคุ้มครองทางกฎหมายที่เป็นส่วนตัวกับคุ้มครองทางกฎหมายที่เป็นส่วนรวมขั้นตอนการใช้อำนาจโดยใช้วิธีหรือการป้องกันของเจ้าพนักงานตำรวจซึ่งก่อให้เกิดผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพในชีวิตร่างกายอย่างอื่นนอกจากสิทธิเสรีภาพในการเคลื่อนไหวร่างกาย ตลอดทั้งใครเป็นผู้ควบคุมรับผิดชอบมีอำนาจในการตัดสินใจให้ใช้กำลังและอาวุธได้แค่ไหนเพียงไร โดยแยกการกระทำของเจ้าพนักงานตำรวจผู้มีหน้าที่เป็น 2 กรณีระหว่างการปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมายกับการปฏิบัติหน้าที่ตามคำสั่งของผู้บังคับบัญชา

สิทธิและเสรีภาพทางวิธีพิจารณาความอาญา เป็นเรื่องของกระบวนการยุติธรรมทางอาญาที่เป็นการใช้อำนาจของเจ้าพนักงานตำรวจเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อย และเอาตัวผู้กระทำความผิดมาลงโทษ ซึ่งในการใช้อำนาจของเจ้าพนักงานตำรวจในการปฏิบัติหน้าที่นั้นอาจมีผลกระทบต่อเสรีภาพของบุคคล ซึ่งจะกล่าวเฉพาะการใช้อำนาจโดยวิธีหรือการป้องกันโดยใช้กำลังหรืออาวุธไปบังคับก่อให้เกิดผลกระทบต่อเสรีภาพในชีวิตร่างกายอย่างอื่นนอกเหนือจากสิทธิเสรีภาพในการเคลื่อนไหวร่างกาย ผู้ที่มีอำนาจในการควบคุมรับผิดชอบและตัดสินใจให้ใช้กำลังอาวุธดังกล่าวได้แค่ไหนเพียงไร

สิทธิในชีวิตและร่างกาย เป็นสิทธิที่ติดตัวปัจเจกบุคคลมาตั้งแต่เกิด จึงไม่อาจพรากไปจากบุคคลนั้นได้ ซึ่งเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานจำเป็นอย่างยิ่งต่อการดำรงชีวิตอยู่ แสดงให้เห็นว่ามนุษย์เป็นอิสระที่จะกำหนดตนเองได้ตามเจตจำนงที่จนประสงค์ ทำให้บุคคลอื่นต้องเคารพสิทธิในชีวิตและร่างกายของบุคคลนั้น³⁵

ชีวิตร่างกาย คือ สรีระทั้งหมดของบุคคล การเข้าจับกุมผู้กระทำความผิด เป็นการทำให้ชีวิตร่างกายของเขาเคลื่อนไหวไม่ได้ปราศจากเสรีภาพเป็นการกระทบต่อสิทธิในร่างกาย

ชีวิตร่างกาย รวมถึง สิ่งที่อยู่นอกสรีระของคนด้วย และสิ่งที่อยู่ในร่างกาย ความหมายของชีวิตร่างกายจึงไม่ใช่เฉพาะสรีระ แต่รวมถึงสิ่งที่อยู่ข้างนอกร่างกายและสิ่งที่อยู่ในร่างกายด้วย³⁶

2.2.4 แนวคิดในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา

อาจกล่าวได้ว่า แนวความคิดของกระบวนการพิจารณาคดีอาญาในยุคปัจจุบันอยู่ระหว่างทางสองแพร่ง กล่าวคือพยายามให้ความคุ้มครองแก่ประชาชนให้มากที่สุด แต่ขณะเดียวกันก็ยังคงมีความจำเป็นที่จะต้องยอมให้รัฐได้ใช้อำนาจในการป้องกันปราบปราม

³⁵ บรรเจิด สิงคะเนติ, เล่มเดิม, หน้า 108.

³⁶ จิรนิติ หะวานนท์, เล่มเดิม, หน้า 16.

อาชญากรรมอย่างมีประสิทธิภาพโดยยอมให้รัฐผลักดันการบางประการให้แก่ประชาชนได้บ้างตามที่กล่าวมาแล้ว

แนวความคิดของ Herbert Packer เพราะได้ให้แนวคิดเกี่ยวกับแนวทางของกระบวนการพิจารณาคดีอาญาในปัจจุบันว่าเป็นอย่างไร ตามทฤษฎีของ Packer ได้ให้คำจำกัดความของการเลือกหนทางทั้งสองว่า “Models” หรืออาจเรียกภาษาไทยว่า “รูปแบบ” หมายถึง ทางที่จะคุ้มครองสิทธิของประชาชนกับทางที่รัฐจะใช้อำนาจในการควบคุมอาชญากรรมได้โดยมีประสิทธิภาพ และให้คำจำกัดความของแกนหรือจุดยืนของหนทางทั้งสองว่า “Pole” (หรืออาจเรียกภาษาไทยว่า “จุดยืน”) และให้คำจำกัดความของที่ว่างระหว่างจุดยืนทั้งสองว่า “Spectrum” (หรืออาจเรียกภาษาไทยว่า “บริเวณเหลื่อมแสง” ซึ่งหมายถึง เงื่อนไขอย่างหนึ่ง ที่ไม่ได้จำกัดเฉพาะกลุ่มของค่าหนึ่งๆ แต่สามารถแปรผันได้อย่างไม่สิ้นสุดภายใต้ความต่อเนื่อง) ได้ให้ความเห็นว่ากระบวนการพิจารณาความอาญาพอจะจัดออกเป็นรูปแบบใหญ่ๆ ได้สองรูปแบบด้วยกัน คือ Crime Control Model กับรูปแบบ Due Process Model

1) Crime Control Model หรือรูปแบบเพื่อการควบคุมอาชญากรรมนั้น ตั้งอยู่บนสมมุติฐานที่ว่า กระบวนการพิจารณาทางอาญาจะต้องมีไว้เพื่อป้องกันและปราบปรามอาชญากรรม การก่อกวนอาชญากรรม (Repression of Criminal Conduct) เป็นหน้าที่อันสำคัญที่สุดของกระบวนการพิจารณาความอาญา อาชญากรรมจะต้องได้รับการควบคุมอย่างแน่นหนา (Tight Control) เพื่อรักษาไว้ซึ่งความสงบของสังคมจุดหมายปลายทางคือประสิทธิภาพในการป้องกันและปราบปรามอาชญากรรม กระบวนการจะต้องดำเนินการให้ได้อัตราสูงในการจับกุมและลงโทษผู้กระทำผิด (The process “must produce a high rate of apprehension and conviction”) และจะต้องดำเนินการจบสิ้นด้วย (Speed and Finality) ดังนั้นการปฏิบัติการที่รวดเร็วถูกต้องและมีประสิทธิภาพของการบริหารในการค้นหาผู้กระทำผิดข้อเท็จจริงรวบรวมจริง การเสนอโดยเจ้าพนักงานตำรวจ พนักงานอัยการจะต้องอยู่ในลำดับสำคัญกว่าความล่าช้า ขาดประสิทธิภาพและขาดความถูกต้องของการพิจารณาโดยฝ่ายตุลาการ จุดสำคัญทุกขั้นตอน คือการก่อกวนอาชญากรรม (The Dominant Goal Repressing Crime)

2) Due Process Model คือ รูปแบบยึดถือการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน ถือว่าอำนาจของรัฐมักจะใช้โดยบิดเบือนอยู่เสมอ อำนาจของเจ้าพนักงานและกระบวนการของรัฐจะต้องถูกควบคุมรูปแบบนี้มุ่งต่อต้านการใช้อำนาจรัฐโดยไม่ชอบ โดยการจำกัดอำนาจของรัฐยอมต้องการให้มีประสิทธิภาพในการป้องกันปราบปรามอาชญากรรมให้ได้ผลมากที่สุด ก็ยอมใช้อำนาจเกินสมควรได้เสมอ

ในทางทฤษฎีของ Packer นี้ในนานาอารยประเทศ โดยทางทฤษฎีแล้ว อาจกล่าวได้ว่า ยอมรับใน Model หรือ Due Process Model โดยเฉพาะอย่างยิ่งในสหรัฐอเมริกา แต่ถึงกระนั้น Model นี้ก็ยังไม่มีความไม่กระจ่างในตัวเองอยู่คำว่า Due Process หมายความว่าเพียงใดนั้น ในความหมายที่ง่ายและยอมรับเป็นที่แน่นอนแล้วว่า บรรดาผู้บัญญัติกฎหมายอาญา ผู้บังคับให้เป็นไปตามกฎหมายผู้ใช้กฎหมายอาญาจะต้องเคารพกฎหมายด้วย จะไม่ยอมให้มีการฝ่าฝืนส่วนหนึ่งส่วนใดของกฎหมาย เพื่อบังคับการให้เป็นไปตามกฎหมายส่วนอื่นๆ ซึ่งความหมายว่าในการที่รัฐหรือเจ้าพนักงานของรัฐจะทำการใดๆ ก็ต้องยึดถือกฎหมายเนื้อหาของรัฐ โดยเคร่งครัดและรัฐหรือเจ้าพนักงานของรัฐนั้นก็ต้องปฏิบัติตาม

กฎหมายที่กำหนดไว้ในการใช้อำนาจนั้นด้วย แต่ปัญหาก็ยังมีต่อไปอีกถึงความเป็นไปได้ตามความเป็นจริงว่าใครจะมีอำนาจตรวจสอบการใช้อำนาจของรัฐ หรือเจ้าพนักงานของรัฐ ดังกล่าวได้อย่างมีประสิทธิภาพ ความหวังที่จะให้กฎหมายมีประสิทธิภาพเพื่อควบคุมรัฐหรือเจ้าพนักงานของรัฐในการบังคับใช้กฎหมายต่อประชาชนนั้นเป็นของยาก ทั้งในการบัญญัติและการบังคับใช้ ดังนั้น Due Process Model ของ Packer แม้จะมีข้อแตกต่างกันในแนวความคิด แต่เป้าหมายสุดท้ายก็ตรงกัน คือการเอาคนเข้าคุก หมายความว่าไม่ว่ากระบวนการพิจารณาจะเป็นอย่างไรแต่ในที่สุดก็ต้องพิสูจน์ความผิดเพื่อลงโทษนั่นเอง จึงอาจเรียกรวมๆ กันไปว่าระบบการต่อสู้ระหว่างรัฐกับผู้กล่าวหาเพราะโดยสัญชาตญาณของมนุษย์นั้นไม่ว่าจะถูกปฏิบัติอย่างไรในกระบวนการพิจารณาแต่เมื่อรู้ล่วงหน้าแล้วว่าเขาจะต้องเข้าคุก เขาก็พยายามทุกวิถีทางให้หลุดพ้นได้ จึงหลีกเลี่ยงการต่อสู้ (Battle or Fight or Duel) ระหว่างอำนาจของรัฐและประชาชนไปไม่ได้ กฎหมายว่าด้วยการดำเนินกระบวนการพิจารณาทุกประเทศยังมีช่องโหว่ให้ใช้ “กลยุทธ์” ในการต่อสู้คดี (Tactical Advantages) อยู่ไม่น้อย อาชญากรที่โชคดีและฉลาดยังมีทางหลุดพ้นการลงโทษอยู่ในสังคมของเรายังมีทนาย (Defence Counsel) มีความสามารถในการต่อสู้คดีอยู่มาก ที่อยากเป็นผู้ชนะเลิศของจำเลย (Champion of the Accused) อยู่ประกอบกับภาระอันหนัก (Work Load) ของเจ้าพนักงานต่างๆ ในกระบวนการก็ยอมทำให้ผู้กระทำหลุดพ้นสูงขึ้น

กระบวนการทางอาญาของทุกประเทศ ในปัจจุบันนี้มีจุดบกพร่องที่ยิ่งใหญ่ตรงกันอยู่ 2 ประการคือ ประการแรกการนำตัวผู้กระทำมาให้การได้ยังอยู่ในอัตราต่ำ ประการที่สองคือ ประสิทธิภาพของระบบและบุคลากรหรือองค์กรในระบบยังอยู่ในระดับที่ไม่น่าพอใจ ปัญหาการติดตามผู้กระทำความผิดนับว่าเป็นปัญหาที่แก้ไขยากที่สุด จากการสำรวจพบว่า อัตราการกระทำผิดที่ไม่รู้ถึงตำรวจ (Unreported Crime) ยังมากกว่าความผิดที่รู้ถึงตำรวจ (Reported Crime) และในจำนวนความผิดที่รู้ถึงตำรวจยังไม่อาจติดตามตัวผู้กระทำผิดหรือได้ตัวผู้กระทำผิด แต่ขาดพยานหลักฐานก็ยังมีจำนวนมากเช่นกัน จึงทำให้การติดตามตัวผู้กระทำผิดมาพิจารณาอยู่ในอัตรา

ที่ต่ำ ส่วนปัญหาของระบบหรือบุคลากรนั้น แม้จะมาทางปรับปรุงได้บ้างแต่ก็พบอุปสรรคอันสำคัญ คือ ปัญหาอาชญากรรม (Dynamic) เป็นปัญหาไม่คงที่มีการเปลี่ยนแปลงตลอดเวลา การที่จะวางข้อกำหนดหรือกฎเกณฑ์ไว้อย่างละเอียดเพื่อป้องกันการไม่สุจริตหรือปฏิบัติโดยมิชอบของเจ้าพนักงาน ก็จะมีผลเสียตามมาด้วยเช่นกัน ทางออกของปัญหานี้ที่นิยมใช้กันอยู่คือ การใช้ดุลพินิจ (Discretion) ของเจ้าพนักงาน ซึ่งเป็นสิ่งเดียวที่จะนำมาแก้ปัญหาได้และจำเป็นต้องใช้อยู่ตลอดไป เพราะมนุษย์เราจะไม่สามารถสร้างกฎเกณฑ์ใดได้ละเอียดพอที่จะแก้ปัญหาอาชญากรรมได้ John Griffiths ได้เสนอ Model ใหม่ขึ้นมาคือ Family Model³⁷ คือระบบครอบครัวและเป็นแนวความคิดที่นำมาใช้กับกระบวนการทางอาญากับเด็กอยู่ในปัจจุบันเชื่อว่าเมื่อนำ Model นี้มาใช้กับกระบวนการทางอาญาแล้วจะลดปัญหาของระบบ Battle Model ลงได้มาก อุปสรรคต่างๆ ที่มีอยู่ในปัจจุบันก็จะถูกขจัดออกไปได้มากด้วย สมมติฐาน Model นี้คือกระบวนการทางอาญานั้นไม่ควรมุ่งจะลงโทษผู้กระทำเป็นสำคัญและในทุกขั้นตอนของกระบวนการก็ไม่ได้ คือ เอาการรักษาไว้ซึ่งอำนาจของรัฐและการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนเป็นสิ่งสำคัญด้วย แต่เป็นการดำเนินการป้องกันและปราบปรามอาชญากรรมในรูปแบบการควบคุมทางสังคม (Social Control) ยึดถือลักษณะของการประนีประนอม (Compromise) เป็นแนวทาง

แต่ Griffiths ก็ได้ตั้งเงื่อนไขในการใช้ Model นี้ไว้หลายประการ เช่น ต้องเปลี่ยนทัศนคติต่อกระบวนการพิจารณาทางอาญาเสียใหม่ เพื่อไม่ให้เห็นว่าเป็นกระบวนการที่จะติดตามเอาบุคคลมาลงโทษ เพื่อไม่ให้ประชาชนมีทัศนคติว่าเมื่อถูกกล่าวหาว่ากระทำผิดอาญาแล้วมีทางรอดทางเดียวคือ การต่อสู้ เพราะแม้จะเป็นผู้บริสุทธิ์เพียงใดก็ตาม หากไม่ต่อสู้ ทางรอดแทบไม่มีเอาเลย ต้องสร้างมาตรการทางอาญาอื่นขึ้นมาให้ผู้ต้องหาหรือจำเลยมีทางเลือกและให้เห็นคุณค่าของทางเลือกนั้นด้วยเพื่อให้ประชาชนเห็นว่าการหันเข้าพึ่งกระบวนการของรัฐแล้วเขาจะได้ประโยชน์หรืออย่างน้อยก็ให้เกิดความเชื่อมั่นว่าเขาจะไม่ได้รับความลำบากมากกว่าที่เขาควรจะได้รับสาเหตุที่ทำให้ประชาชนอยากหลีกเลี่ยงกระบวนการทางอาญา เช่น ไม่อยากจับกุมไม่อยากไปเป็นพยานให้กับรัฐนั้น ส่วนหนึ่งก็มาจากความแข็งแกร่งกระด้างไม่อ่อนโยนของกระบวนการ เป็นต้นว่าความล่าช้า การถูกตำราวจ่มขู่ หรือถูกศาลคว่ำบางทีในความผิดอัตราโทษเล็กน้อย เช่น ปรับเพียงเล็กน้อยผู้ถูกกล่าวหาจะรังเกียจหรือเกรงกลัวความลำบาก เนื่องจากระบบนี้มากกว่าโทษที่ได้รับเสียอีก

ผู้เขียนเห็นว่าทั้งสาม Model คือ Crime Control Model, Due Process Model ของ Packer และ Family ของ Griffiths นี้ย่อมจะยอมรับรูปแบบใดแบบหนึ่งหรือจะปฏิเสธรูปแบบใดรูปแบบหนึ่งไม่ได้โดยเฉพาะในการจับกุมและการค้น ในหลักการที่ยอมรับในทางปฏิบัติของ

³⁷ John Griffiths. (1970). *Ideology in Criminal Procedure or A Third Model: of the Criminal Process.* pp. 30-31.

เจ้าพนักงานผู้ทำการจับและการค้น คือตำรวจนั้นก็จำเป็นที่จะต้องมีหลักเกณฑ์ควบคุมการปฏิบัติหน้าที่เพื่อคุ้มครองหรือเป็นแนวทางให้ตำรวจได้คุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน แต่การที่จะให้เจ้าพนักงานตำรวจปฏิบัติการโดยถูกต้องเสมอไปมิฉะนั้นถือเป็นความผิดนั้นก็ย่อมไม่ได้ เพราะสภาพของการปฏิบัติงานของเจ้าพนักงานตำรวจในการจับกุม หรือค้นมักจะเป็นภาระที่เร่งด่วนและขาดข้อเท็จจริงที่เพียงพอให้วินิจฉัยได้โดยถูกต้องเหมือนพนักงานอัยการหรือศาล การปฏิบัติหน้าที่ในการจับกุมการค้นของเจ้าพนักงานตำรวจจึงอาศัยดุลพินิจเป็นส่วนมาก แต่ต้องเป็นดุลพินิจที่มีเหตุผล แต่ถึงกระนั้นการใช้ดุลพินิจของปुरुชนก็ย่อมมีการผิดพลาดได้ในอัตราสูงเช่นกัน และบางครั้งก็ต้องใช้ดุลพินิจกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งที่เหมาะสมโดยที่ไม่มีบทกฎหมายรองรับ เช่น อาจจะนำบุคคลมาควบคุมตัวไว้ก่อน เพื่อป้องกันการถูกลอบทำร้าย หรือบางครั้งก็ต้องอาศัยหลักความประนีประนอม เช่น ความผิดเล็กน้อยก็จะดักเตือนโดยไม่จับกุมเป็นต้น ดังนั้นแนวความคิดของกระบวนการพิจารณาทางอาญาในขั้นการจับกุม การค้น จึงต้องอาศัยทั้ง 3 รูปแบบ คือ Crime Control Model, Due Process Model ของ Family และ Griffiths Model ควบคู่กันไปโดยที่ใช้ดุลพินิจของเจ้าพนักงานตำรวจ (Police Discretion) เป็นตัวประสานให้เกิดผลในทุกด้าน

2.3 หลักเกณฑ์การใช้อำนาจของเจ้าพนักงานตำรวจ

ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 83 วรรคสาม บัญญัติว่า

“ถ้าบุคคลซึ่งจะถูกจับขัดขวางหรือขัดขวางการจับ หรือหลบหนี หรือพยายามจะหลบหนี ผู้ทำการจับมีอำนาจใช้วิธีหรือการป้องกันทั้งหลายเท่าที่เหมาะสมแก่พฤติการณ์แห่งเรื่องในการจับผู้นั้น”

ซึ่งเป็นวิธีในการจับผู้กระทำความผิด ในการใช้วิธีหรือการป้องกันกรณีผู้ถูกจับขัดขวาง หรือ จะขัดขวาง หลบหนี หรือพยายามจะหลบหนีก็ต้องใช้เท่าที่เหมาะสมแก่พฤติการณ์แห่งเรื่อง³⁸ ในการจับบุคคลนั้น

จากบทบัญญัติ คำว่า “ผู้ทำการจับมีอำนาจใช้วิธีหรือการป้องกันทั้งหลายเท่าที่เหมาะสมแก่พฤติการณ์แห่งเรื่องในการจับผู้นั้น” ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 83 วรรคสาม นั้น ซึ่งเป็นหลักในการจับผู้กระทำความผิด มีการอธิบายหลักกฎหมาย ดังนี้

การที่จะใช้กำลังรุนแรงถึงตายแก่ผู้ต้องหา นั้น จะมีได้ก็ต่อเมื่อเกิดการต่อสู้ขัดขวางการจับกุม แล้วเจ้าหน้าที่ตำรวจใช้สิทธิในการป้องกันอันตรายที่จะเกิดขึ้นกับตนเองหรือผู้อื่น ซึ่งเป็นอันตรายใกล้จะถึงและต้องทำไปโดยพอสมควรแก่เหตุ ตามหลักกฎหมายเรื่อง “ป้องกัน”

³⁸ คณิต ฌ นคร ข เล่มเดิม. หน้า 243-244.

ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 68 เท่านั้น³⁹ หรือในเรื่องการใช้วิธีหรือการป้องกันทั้งหลายตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 83 นี้ ก็เป็นลักษณะเดียวกันกับการป้องกันสิทธิตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 68 นั่นเอง แต่การใช้สิทธิตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 83 นี้กว้างกว่าและต้องใช้มากกว่าผู้กระทำความผิด มิฉะนั้นก็จับกุมไม่ได้หรือถ้าผู้ถูกจับใช้อาวุธร้ายแรง เจ้าพนักงานก็ต้องใช้อาวุธร้ายแรง เช่นกัน นอกจากนี้ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 68 ก็ยังเป็นบทบัญญัติที่คุ้มครองเจ้าพนักงานอีกด้วย⁴⁰

เมื่อพิจารณาการอธิบายและการวางหลักเกณฑ์ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 83 วรรคสาม กล่าวได้ว่ามี 2 ความเห็น คือ

ความเห็นแรก เห็นว่า เป็นอย่างเดียวกับการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายอาญา มาตรา 68 มาตรา 83 วรรคสามแห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา เป็นการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าพนักงานตำรวจในการจับผู้กระทำความผิด จึงเป็นการป้องกันตนเองหรือผู้อื่น ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 68⁴¹

ความเห็นที่สอง เห็นว่า มาตรานี้เป็นมาตราสำคัญที่บัญญัติถึงวิธีการจับ มาตรานี้เป็น การเริ่มต้นที่ผู้จับจะต้องใช้วิธีสุภาพ แล้วใช้วิธีการจับที่รุนแรงเพิ่มขึ้นแล้วใช้กำลังกายและอาวุธ ที่เหนือกว่าเพิ่มขึ้น จนจับตัวผู้ถูกจับให้ได้แม้ในที่สุดทำให้ผู้จับตาย อันเป็นการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย หมายความว่าผู้จับจะต้องกระทำการใด เพื่อป้องกันสิทธิของตนหรือของผู้อื่นให้พ้นภัยอันตราย ซึ่งเกิดจากการประทุษร้ายอันละเมิดต่อกฎหมายและเป็นภัยอันตรายที่ใกล้จะถึงถ้าได้กระทำพอสมควรแก่เหตุ ผู้จับไม่มีความผิด⁴²

เมื่อพิจารณาตามบทกฎหมายซึ่งบัญญัติว่า “ถ้าบุคคลซึ่งจะถูกจับขัดขวางหรือจะขัดขวางการจับ หรือหลบหนี หรือพยายามจะหลบหนี ผู้ทำการจับมีอำนาจใช้วิธีหรือการป้องกันทั้งหลายเท่าที่เหมาะสมแก่พฤติการณ์แห่งเรื่องในการจับผู้นั้น” ซึ่งเมื่อพิจารณาจากบทกฎหมายดังกล่าวแล้วสามารถแยกได้ 2 กรณี คือ

- 1) ผู้ทำการจับมีอำนาจใช้วิธีทั้งหลายเท่าที่เหมาะสมแก่พฤติการณ์แห่งเรื่องในการจับผู้นั้น
- 2) ผู้ทำการจับมีอำนาจใช้การป้องกันทั้งหลายเท่าที่เหมาะสมแก่พฤติการณ์แห่งเรื่องในการจับผู้นั้น

³⁹ กิตติพงษ์ กิตยารักษ์. (2543). กระบวนการยุติธรรมบนเส้นทางของการเปลี่ยนแปลง. หน้า 105.

⁴⁰ สมพร พรหมพิตร. (2545). คดีวิสามัญฆาตกรรม. หน้า 2.

⁴¹ สุวัฒน์ ใจหาญ. (ม.ป.ป.). คำอธิบายประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา เล่ม 2. หน้า 40.

⁴² ไพฑูรย์ เนติโพธิ์. (2546). คำอธิบายกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา เล่ม 2. หน้า 301.

การปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าพนักงานตำรวจในการจับหรือป้องกันการหลบหนี ซึ่งเป็นหน้าที่ตามกฎหมายและหน้าที่ของเจ้าพนักงานตำรวจในการปฏิบัติตามคำสั่งของผู้บังคับบัญชา เช่น การสลายม็อบ สลายการชุมนุม เพื่อรักษาความสงบเรียบร้อย ควบคุม ยับยั้งและปราบปรามอาชญากรรม รวมทั้งการคุ้มครองสังคม (การป้องกันคุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนรวม)

เช่นนี้การป้องกันทั้งหลายเท่าที่เหมาะสมแก่พฤติการณ์แห่งเรื่องในการจับ หรือป้องกันการหลบหนี โดยเฉพาะในกรณีผู้กระทำความผิดจะหลบหนีจากการจับ หรือหลบหนีจากการควบคุม เจ้าพนักงานตำรวจผู้ทำการจับสามารถใช้กำลังหรืออาวุธเพื่อจับ หรือเพื่อป้องกันการหลบหนี ซึ่งเป็นการกระทำเพื่อให้ได้ตัวผู้กระทำความผิด ซึ่งเป็นข้อยกเว้นของกฎหมายเพราะโดยหลักแล้วการจับนั้นจะกระทำมิได้ ดังนี้เมื่อกฎหมายได้ให้อำนาจแก่รัฐซึ่งการใช้อำนาจรัฐดังกล่าวนี้กระทำโดยเจ้าพนักงานตำรวจ กฎหมายจึงต้องกำหนดขอบเขตตลอดทั้งผู้ที่ควบคุมรับผิดชอบมีอำนาจในการตัดสินใจให้ใช้อำนาจดังกล่าวเพื่อป้องกันมิให้เจ้าพนักงานตำรวจใช้อำนาจดังกล่าวเกินขอบเขตความพอดี

เมื่อพิจารณาตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามาตรา 83 วรรคสาม กล่าวได้ว่าการใช้วิธีหรือการป้องกันทั้งหลายนั้นเป็นสิ่งที่แตกต่างกัน โดยการใช้การป้องกันทั้งหลายเท่าที่เหมาะสมแก่พฤติการณ์แห่งเรื่องในการจับผู้นั้นไม่ใช่หลักเกณฑ์เช่นเดียวกับการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 68 ซึ่งเป็นหลักในการป้องกันภัยอันตรายของปัจเจกชนจากผู้ละเมิด แต่ในกรณีที่ผู้ทำการจับมีอำนาจใช้วิธีหรือการป้องกันทั้งหลายเท่าที่เหมาะสมแก่พฤติการณ์แห่งเรื่องในการจับผู้นั้น เป็นการป้องกันแห่งเรื่องในการจับผู้กระทำความผิดในกรณีที่บุคคลซึ่งจะถูกจับขัดขวางหรือจะขัดขวางการจับ หรือหลบหนีหรือพยายามจะหลบหนี หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งคือเป็นวิธีหรือขั้นตอนหนึ่งในการจับหรือป้องกันการหลบหนี ไม่ใช่การป้องกันการประทุษร้ายอันละเมิดต่อกฎหมายตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 68

ดังนั้นการป้องกันทั้งหลายเท่าที่เหมาะสมแก่พฤติการณ์แห่งเรื่องในการจับผู้นั้นตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามาตรา 83 วรรคสาม จึงไม่ใช่หลักเกณฑ์อย่างเดียวกับการป้องกันการประทุษร้ายอันละเมิดต่อกฎหมาย ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 68 ในกรณีที่ผู้ทำการจับมีอำนาจใช้วิธีทั้งหลายเท่าที่เหมาะสมแก่พฤติการณ์แห่งเรื่องในการจับผู้นั้นจึงเป็นวิธีหรือขั้นตอนในการจับหรือป้องกันการหลบหนีดังจะกล่าวในบทต่อไป

2.4 เจื่อนไขการใช้อำนาจของเจ้าพนักงานตำรวจ

การใช้อำนาจของเจ้าพนักงานตำรวจและการใช้อำนาจของปัจเจกชนมีความแตกต่างที่ชัดเจนทั้งแนวคิดในการมีอำนาจกระทำและการกระทำ กล่าวคือ แนวคิดการใช้อำนาจของรัฐโดยเจ้าพนักงานตำรวจซึ่งโดยหน้าที่ของเจ้าพนักงานตำรวจในการปฏิบัติหน้าที่นั้น เป็นการคุ้มครองประชาชน ปกป้องสังคมและควบคุมอาชญากรรมในสังคม แต่แนวคิดในการกระทำของปัจเจกชนนั้นเป็นการกระทำเพื่อป้องกันตนเองและบุคคลอื่นจากภัยอันตราย

การป้องกันตนเองตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 68 เป็นการกระทำเพื่อป้องกันตนเองหรือบุคคลอื่นจากภัยอันตรายในขณะนั้น หากภัยอันตรายนั้นผ่านพ้นไปแล้วปัจเจกชนผู้ป้องกันไม่สามารถที่จะอ้างการกระทำของตนหลังจากภัยอันตรายนั้นผ่านไปแล้วว่าเป็นการกระทำเพื่อป้องกันได้ ดังนั้นผู้ที่ป้องกันตนเองหรือบุคคลอื่นได้หรือไม่จะต้องพิจารณาจาก 1) ภัยอันตรายอันละเมิดต่อกฎหมาย 2) ภัยอันตรายนั้นใกล้จะถึง 3) จำต้องกระทำเพื่อป้องกันสิทธิของตนหรือของผู้อื่น และ 4) การกระทำนั้นพอสมควรแก่เหตุ

ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามาตรา 83 วรรคสาม เป็นเรื่องของการจับผู้กระทำความผิดหรือป้องกันการหลบหนี โดยผู้ทำการจับมีอำนาจใช้วิธีหรือการป้องกันทั้งหลายเท่าที่เหมาะสมแก่พฤติการณ์แห่งเรื่องในการจับผู้นั้น หรือป้องกันการหลบหนี ซึ่งการกระทำของเจ้าพนักงานตำรวจภายใต้ในสถานการณ์ เจ้าพนักงานตำรวจจะต้องใช้วิธีในการจับหรือป้องกันการหลบหนีเพื่อให้ได้ตัวผู้กระทำความผิดและในกรณีที่หากเจ้าพนักงานตำรวจได้กระทำพอสมควรแก่เหตุ การกระทำของเจ้าพนักงานตำรวจในการจับหรือป้องกันการหลบหนีก็จะไม่มีความผิด แม้ผู้จะถูกจับบาดเจ็บหรือถึงแก่ความตาย ซึ่งเป็นความเสียหายที่เกิดขึ้นหลังจากการใช้วิธีในการจับ หรือป้องกันการหลบหนีเพื่อให้ได้ตัวผู้กระทำความผิดมา กล่าวได้ว่าเป็นการใช้อำนาจที่กว้างกว่าการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 68 โดยเป็นการใช้วิธีในการจับผู้กระทำความผิดหรือป้องกันการหลบหนี ซึ่งเป็นความชอบธรรมการใช้อำนาจ

เช่นนี้เจื่อนไขการใช้อำนาจระหว่างเจ้าพนักงานตำรวจในการใช้วิธีและการป้องกันในการจับผู้กระทำความผิดจึงต่างจากการป้องกัน ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 68 ดังนั้นเจื่อนไขการใช้อำนาจของเจ้าพนักงานตำรวจในการจับหรือป้องกันการหลบหนีนั้นเป็นไปเพื่อประชาชนและสังคม

2.5 ขอบเขตการใช้อำนาจของเจ้าพนักงานตำรวจ

ขอบเขตหรือกรอบของการใช้อำนาจในการจับผู้กระทำความผิดหรือป้องกันการหลบหนีนั้น โดยหลักเกณฑ์ในการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าพนักงานตำรวจการใช้กำลังเพื่อจับผู้กระทำความผิดและป้องกันการหลบหนี โดยพิจารณาตามพฤติการณ์ เช่น สถานการณ์ ตัวบุคคลผู้จะถูกจับ และอาวุธของผู้จะถูกจับ เป็นต้น โดยจะต้องมีเหตุ คือ มีการขัดขวาง จะขัดขวาง หลบหนี จะหลบหนี ซึ่งจะกำหนดว่าการกระทำของเจ้าพนักงานตำรวจในการจับหรือป้องกันการหลบหนีนั้นเกินขอบเขตหรือไม่ รวมถึงการใช้กำลังของเจ้าพนักงานตำรวจนั้นจะต้องเป็นไปตามมาตรการจากเบาไปหนักตามหลักสากล

การใช้อำนาจของเจ้าพนักงานตำรวจนั้นจะต้องมองการปฏิบัติโดยพิจารณาเป็น 2 กรณี คือการปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมายและการปฏิบัติตามคำสั่งของผู้บังคับบัญชา เจ้าหน้าที่ตำรวจมีอำนาจใช้วิธีและการป้องกันทั้งหลายเท่าที่เหมาะสมแก่พฤติการณ์แห่งเรื่องในการจับผู้ต้องหา ในกรณีนี้ขอบเขตของการใช้อำนาจจึงขึ้นอยู่กับสถานการณ์และวัตถุประสงค์ของเจ้าพนักงานตำรวจ คือ โดยวัตถุประสงค์ของเจ้าพนักงานตำรวจในการจับหรือป้องกันการหลบหนีเพื่อให้ได้ตัวผู้กระทำความผิด ซึ่งในบางกรณีการจับผู้กระทำความผิดมีความจำเป็นที่จะต้องใช้กำลังในการจับหรืออาวุธในการจับหรือป้องกันการหลบหนี แต่การใช้กำลังในการจับหรืออาวุธในการจับหรือป้องกันการหลบหนีนั้นจะต้องพิจารณาถึงความชอบธรรมในการใช้กำลังตามกฎหมายที่กำหนดและหลักสิทธิมนุษยชน และหลักปฏิบัติสากลนั้นคือการใช้มาตรการจากเบาไปหนัก โดยกล่าวได้ว่าขอบเขตหรือกรอบของเจ้าพนักงานตำรวจนั้น เป็นการกระทำเพื่อให้ได้ตัวผู้กระทำความผิด ซึ่งเป็นการใช้อำนาจในกรอบของรัฐ แต่ขอบเขตของปัจเจกชนนั้นต้องกระทำพอสมควรกับภัยอันตรายที่เกิดขึ้น ดังนั้นขอบเขตหรือกรอบของการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ตำรวจต้องมามากกว่าขอบเขตหรือกรอบการใช้อำนาจของปัจเจกชนตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 68

การใช้อำนาจของปัจเจกชนตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 68 เป็นการป้องกันตนเองหรือบุคคลอื่น ขอบเขตของการใช้อำนาจจึงพิจารณาจากภัยอันตรายอันละเมิดต่อกฎหมายที่เกิดขึ้นในขณะนั้น แต่ขอบเขตของเจ้าหน้าที่ตำรวจพิจารณาจากความพอสมควรแก่เหตุที่จะได้ตัวผู้กระทำความผิดและการใช้กำลังในกรณีจำเป็นโดยใช้มาตรการจากเบาไปหนักตามหลักสากล

2.6 หลักความได้สัดส่วน (Principle of Proportionality)

การจำกัดสิทธิและเสรีภาพต้องกระทำเท่าที่จำเป็น ตามรัฐธรรมนูญปี 2550 มาตรา 29วรรคหนึ่ง เป็นหลักการที่เรียกร้องให้ฝ่ายนิติบัญญัติตรากฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลให้สอดคล้องกับหลักความได้สัดส่วน (Principle of Proportionality) หรือหลักความพอสมควร

แก่เหตุ (Proportionality) เป็นหลักการเพื่อจำกัดสิทธิการใช้อำนาจรัฐไม่ให้เกินไปโดยพลการหรือตามอำเภอใจ โดยกฎหมายที่ฝ่ายนิติบัญญัติตรากฎหมายขึ้น เพื่อจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคล หรือหลักกฎหมายพื้นฐานที่กำหนดความสัมพันธ์ของผู้ใช้อำนาจปกครองกับผู้ใต้อำนาจปกครองให้เกิดความสมดุลสมเหตุสมผลพอสมควรแก่กรณี⁴³

“หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง” หลักการนี้กำหนดว่า ฝ่ายปกครองจะกระทำการใดๆ ที่เป็นการละเมิดสิทธิของปัจเจกบุคคล ต้องมีกฎหมายที่ออกโดยฝ่ายนิติบัญญัติให้อำนาจไว้เสียก่อนจึงจะทำได้ หรืออาจจะเรียกว่า “ไม่มีกฎหมายไม่มีอำนาจ” แต่ในทางความเป็นจริง ฝ่ายนิติบัญญัติไม่สามารถที่จะออกกฎหมายให้มีความครอบคลุมถึงทุกการกระทำของฝ่ายปกครองได้ จึงทำได้เพียงออกกฎหมายกำหนดกรอบแห่งอำนาจให้ฝ่ายปกครองดำเนินการภายในกรอบที่กำหนด แต่ถึงจะมีกฎหมายให้อำนาจแล้ว ฝ่ายปกครองก็หาอาจกระทำการได้ตามอำเภอใจไม่ ยังคงต้องเคารพหลักการทางกฎหมายอีกหลักการหนึ่งที่เรียกว่า “หลักความได้สัดส่วน” ซึ่งประกอบไปด้วย 3 หลักการย่อยดังต่อไปนี้คือ 1. หลักสัมฤทธิ์ผลหรือหลักความเหมาะสม (Principle of Suitability) 2. หลักความจำเป็น (Principle of Necessity) 3. หลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ (Principle of Proportionality in the Narrow Sense)

1. หลักสัมฤทธิ์ผลหรือหลักความเหมาะสม (Principle of Suitability)

หลักการนี้บอกว่า ฝ่ายปกครองจะใช้มาตรการทางปกครองใด มาตรการนั้นต้องก่อให้เกิดผลดังที่ฝ่ายปกครองต้องการให้เกิด คือการใช้อำนาจให้สอดคล้องกับเจตนารมณ์ตามกฎหมาย

2. หลักความจำเป็น (Principle of Necessity)

เป็นหลักการที่เรียกร้องให้ฝ่ายปกครองเลือกมาตรการที่สามารถบรรลุวัตถุประสงค์ตามข้อแรกมาหลายๆ มาตรการ แล้วให้เลือกดูว่ามาตรการใดก่อให้เกิดผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกบุคคลน้อยที่สุด หรือทำให้รัฐเสียหายน้อยที่สุดเท่าที่จะทำได้มาตรการนั้นแหละเป็นมาตรการที่จำเป็น

3. หลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ (Principle of Proportionality in the Narrow Sense)

หลักการนี้เป็นหลักการสุดท้ายก่อนที่การกระทำทางปกครองจะมีผลไปกระทบสิทธิและเสรีภาพของเอกชน ซึ่งหลักการนี้บอกว่าให้ชั่งน้ำหนักระหว่างประโยชน์ที่ปัจเจกบุคคลต้องเสียไปกับประโยชน์สาธารณะที่จะได้รับว่ามันได้สัดส่วนกันหรือไม่ คຸ້ມໂມ໊ທີ່จะต้องลิดรอนสิทธิของคนๆ หนึ่งเพื่อให้สาธารณะได้ประโยชน์

⁴³ สุริยา ปานแป้น และ อนุวัฒน์ บุญนันท์. (2554). *คู่มือสอนกฎหมายรัฐธรรมนูญ*. หน้า 37 - 38.

คำพิพากษาศาลปกครองกลาง คดีหมายเลขดำที่ 1569/2552 คดีหมายเลขแดงที่ 1862/2552 ลงวันที่ 5 ตุลาคม 2555 กรณีศาลกลุ่มชุมชนประท้วงพันธมิตร (พธม.) เมื่อวันที่ 7 ตุลาคม 2551

ระหว่าง	{	นายชิงชัย อุดมเจริญกิจ	ผู้ฟ้องคดีที่ 1 กับพวกรวม 250 นาย
		นายกร เอี่ยมอิทธิพล	ผู้ร้องสอดที่ 1 กับพวกรวม 11 นาย
		สำนักงานตำรวจแห่งชาติ (สตง.)	ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1
		และสำนักงานกฤษฎีกา	ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2

เรื่อง คดีพิพาทเกี่ยวกับการกระทำละเมิดของหน่วยงานทางปกครองอันเกิดจากการใช้อำนาจตามกฎหมาย

คดีนี้ผู้ฟ้องคดีทั้งสองร้อยห้าสิบคนฟ้องว่าผู้ฟ้องคดีทั้งสองร้อยห้าสิบคนเป็นประชาชนผู้มีสิทธิหน้าที่ตามกฎหมายได้เข้าร่วมชุมนุมทางการเมืองโดยสงบและปราศจากอาวุธตามสิทธิที่ได้รับการรับรองตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายร่วมกับกลุ่มพันธมิตรประชาชนเพื่อประชาธิปไตยคัดค้านการแก้ไขรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช แต่เจ้าหน้าที่ของผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองได้ดำเนินการสลายการชุมนุมโดยใช้แก๊สน้ำตา วัตถุระเบิด อาวุธสงคราม และอาวุธอื่นๆยิงใส่กลุ่มผู้ชุมนุมอย่างต่อเนื่องเป็นเหตุให้ประชาชนบางรายเสียชีวิต และประชาชนจำนวนมากรวมถึงผู้ฟ้องคดีทั้งสองร้อยห้าสิบคนได้รับความเสียหายแก่ร่างกายและทรัพย์สินเนื่องจากการสลายการชุมนุมดังกล่าว อีกทั้งเจ้าหน้าที่ของผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองก็ได้แจ้งข้อกล่าวหาตามกระบวนการยุติธรรมทางอาญา มิได้แจ้งเตือนประชาชนผู้ชุมนุม ตามหลักสากลในเรื่องขั้นตอนด้วยการเจรจาต่อรองโดยไม่มีอาวุธ ซึ่งต้องใช้น้ำและแก๊สน้ำตาในการสลายการชุมนุมตามขั้นตอนจากเบาไปหนักตามลำดับ รวมทั้งวิธีการในการสลายการชุมนุมซึ่งต้องปฏิบัติอย่างเคร่งครัด แต่เจ้าหน้าที่ของผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองมิได้ปฏิบัติตามขั้นตอนและวิธีการที่ถูกต้องตามหลักสากลแต่อย่างใด กรณีจึงเป็นการกระทำทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย และเป็นการกระทำเกินกว่าเหตุ มีผลเป็นการละเมิดต่อสิทธิเสรีภาพในชีวิตและร่างกาย เสรีภาพการชุมนุมโดยสงบและปราศจากอาวุธของผู้ชุมนุมและผู้ฟ้องคดีทั้งสองร้อยห้าสิบรายและขัดต่อหลักสิทธิมนุษยชน มิได้บริหารบ้านเมืองตามหลักนิติธรรม ผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองให้การว่า การชุมนุมของผู้ฟ้องคดีกับพวกเป็นการชุมนุมโดยมีอาวุธและก่อให้เกิดความวุ่นวายในบ้านเมือง จึงไม่ใช่เป็นการชุมนุมโดยสงบและปราศจากอาวุธตามมาตรา 63 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 แต่เป็นการชุมนุมที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญจึงเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมาย ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 และที่ 2 ซึ่งเป็นผู้รักษา

ความสงบเรียบร้อยของบ้านเมืองมีอำนาจที่จะยับยั้งห้ามปรามการกระทำผิดกฎหมายของผู้ฟ้องคดีกับพวกได้ การยับยั้งห้ามปรามการกระทำผิดหรือการสลายการชุมนุมครั้งนี้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ก็ได้กระทำไปตามขั้นตอนการสลายการชุมนุมตามแบบสากลคือเจรจาต่อรองก่อน ต่อจากนั้นก็ประกาศว่าจะใช้กำลังผลักดันโดยไม่มีอาวุธ เมื่อใช้กำลังผลักดันไม่สำเร็จเพราะเจ้าหน้าที่ตำรวจถูกทำร้ายถึงบาดเจ็บและบาดเจ็บสาหัสเป็นจำนวนมาก จึงต้องใช้แก๊สน้ำตาเข้าสลายฝูงชนเป็นวิธีการสุดท้าย ส่วนเหตุที่ไม่ได้ใช้น้ำฉีดสลายการชุมนุมก่อนก็เพราะผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ไม่มีระดับเพลิงสำหรับฉีดน้ำเนื่องจากได้โอนหน่วยดับเพลิงไปสังกัดกรุงเทพมหานครทั้งหมดและก่อนเกิดเหตุผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ก็ได้ประสานไปยังกรุงเทพมหานครขอการสนับสนุนกำลังระดับเพลิงเพื่อฉีดน้ำสลายการชุมนุมแล้ว แต่กรุงเทพมหานครอ้างเหตุขัดข้อง ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 จึงไม่มีระดับเพลิงสำหรับฉีดน้ำสลายการชุมนุมในขั้นตอนนี้ เมื่อมีสถานการณ์คับขันเฉพาะหน้าเจ้าหน้าที่ตำรวจจึงต้องใช้แก๊สน้ำตายิงเข้าใส่ผู้ชุมนุมโดยยังเป็นแนวโค้งการสลายการชุมนุมดังกล่าวจึงเป็นไปโดยชอบด้วยกฎหมายแล้ว

ผู้ฟ้องคดีทั้งสองร้อยห้าสิบคดีค้านคำให้การในทำนองเดียวกับคำฟ้องและเพิ่มเติมว่า ผู้ฟ้องคดีทั้งหมดได้ใช้สิทธิตามบทบัญญัติรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ในการชุมนุมโดยสงบและปราศจากอาวุธเพื่อเรียกร้องการมีส่วนร่วมในกระบวนการพิจารณาของเจ้าหน้าที่รัฐในการปฏิบัติราชการทางปกครอง อันจะมีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพและตรวจสอบการปฏิบัติหน้าที่ของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง ซึ่งการใช้อำนาจตามกฎหมายในทางปกครองในการสั่งการและปฏิบัติการเข้าสลายการชุมนุมนั้น ควรได้กระทำโดยละมุนละม่อม แต่ปรากฏว่าเจ้าหน้าที่ซึ่งอยู่ในสังกัดผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองมีคำสั่งให้สลายการชุมนุม เป็นเหตุให้มีผู้ได้รับบาดเจ็บเป็นจำนวนกว่า 60 ราย และมีผู้ได้รับอันตรายสาหัสสาขาคือผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสอง ในฐานะเจ้าหน้าที่ผู้รักษาความสงบเรียบร้อยและคุ้มครองความปลอดภัยแก่ประชาชน ควรที่จะเปลี่ยนแปลงมาตรการในการดำเนินการต่อกลุ่มผู้ชุมนุม เพื่อมิให้เกิดความเสียหายมากขึ้นไปอีก ทั้งๆที่ทราบแล้วว่า ผลการปฏิบัติในช่วงเช้ามืดทำให้เกิดความเสียหายต่อชีวิตร่างกายของผู้ชุมนุมอย่างไร แต่ปรากฏว่าผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองและเจ้าหน้าที่ซึ่งอยู่ในสังกัดผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองยังคงใช้ความรุนแรงในการเข้าสลายการชุมนุมต่อผู้ฟ้องคดีและผู้ชุมนุมอีกตลอดทั้งวัน โดยเหตุการณ์รุนแรงเกิดขึ้นหลายครั้ง การสลายการชุมนุมดังกล่าวมิได้มีการปฏิบัติตามแผนการที่กำหนดไว้ มิใช่การสลายการชุมนุมตามหลักสากลและตามความจำเป็นของสถานการณ์ ซึ่งเมื่อพิจารณาถึงเหตุผลของการเข้าสลายการชุมนุมดังกล่าวก็มีวัตถุประสงค์เพียงเพื่อให้รัฐบาลในขณะนั้นเข้าออกรัฐสภา โดยไม่คำนึงถึงชีวิตของประชาชน ทั้งๆที่ผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองและเจ้าหน้าที่ซึ่งอยู่ในสังกัดของผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองเป็นผู้รักษาความสงบเรียบร้อยและคุ้มครองความปลอดภัยแก่ประชาชน การสลายการชุมนุมดังกล่าวมีการกระทำที่รุนแรงเกินกว่าเหตุโดยมีการใช้ปืนยิงแก๊สน้ำตาเข้าใส่

ผู้ชุมนุมจึงมิใช่การกระทำตามปกติของการสลายการชุมนุมทั่วโลก แต่เป็นการปฏิบัติการใช้อาวุธ และกำลังอย่างรุนแรงเกินกว่าเหตุเข้าสลายการชุมนุมของผู้ชุมนุมและประชาชนผู้เข้าร่วมชุมนุม อันเป็นการกระทำที่มุ่งหมายต่อชีวิตของผู้ชุมนุมขัดต่อหลักสิทธิมนุษยชนอย่างรุนแรง

คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ (ป.ป.ช.) ซึ่งแจ้งตามคำสั่งศาลว่าตามที่สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรพรรคประชาธิปัตย์ ได้มีหนังสือขอให้ดำเนินการไต่สวนข้อเท็จจริงกรณี นายสมชาย วงษ์สวัสดิ์ นายกรัฐมนตรี พลตำรวจเอก พัชรวาท วงษ์สุวรรณ ผู้บัญชาการตำรวจแห่งชาติ พลตำรวจโท สุชาติ เหมือนแก้ว ผู้บัญชาการตำรวจนครบาล กับพวก รู้เห็นเป็นใจสั่งการให้เจ้าหน้าที่ตำรวจใช้อาวุธปราบปรามประชาชนที่กำลังชุมนุมโดยสงบ ทำให้ประชาชนได้รับอันตราย คณะกรรมการ ป.ป.ช. ได้พิจารณาข้อเท็จจริงตลอดจนได้แจ้งข้อกล่าวหาให้ผู้ถูกกล่าวหาทราบและเปิดโอกาสให้ผู้ถูกกล่าวหาแต่ละรายชี้แจงข้อกล่าวหาแล้ว เห็นว่า นายสมชาย วงษ์สวัสดิ์ เมื่อครั้งดำรงตำแหน่งนายกรัฐมนตรี ซึ่งเป็นหัวหน้ารัฐบาลต้องบริหารบ้านเมืองให้ประชาชนมีความปลอดภัยในชีวิตและทรัพย์สินและเคารพสิทธิการแสดงออกของประชาชนตามรัฐธรรมนูญ กรณีที่เจ้าหน้าที่ตำรวจใช้วิธีการที่รุนแรงต่อประชาชนจนประชาชนได้รับบาดเจ็บและเสียชีวิตและเมื่อปรากฏว่ามีผู้บาดเจ็บสาหัสในการเข้าดำเนินการของเจ้าหน้าที่ตำรวจเพื่อเปิดทางเข้ารัฐสภา จนกระทั่งพลเอกชวลิต ยงใจยุทธ ได้แสดงความรับผิดชอบโดยการประกาศลาออกจากตำแหน่งรองนายกรัฐมนตรี แต่นายสมชายฯ ก็ไม่ได้สั่งการให้เจ้าหน้าที่ตำรวจผู้ได้บังคับบัญชายุติการกระทำ กลับปล่อยให้มี การกระทำที่รุนแรงขึ้นตามลำดับ จนมีผู้ได้รับบาดเจ็บและเสียชีวิต การกระทำหรือละเว้นการกระทำของนายสมชายฯ จึงมีมูลความผิดทางอาญาด้านเป็นเจ้าพนักงาน ปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบ เพื่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้หนึ่งผู้ใด ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 157 พลเอกชวลิต ยงใจยุทธ เมื่อครั้งดำรงตำแหน่งรองนายกรัฐมนตรีมีหน้าที่ในการบริหารราชการแผ่นดินลำดับถัดมาจากนายกรัฐมนตรี ได้รับมอบหมายจากนายกรัฐมนตรีและคณะรัฐมนตรีให้เป็นผู้มีอำนาจสั่งการสำนักงานตำรวจแห่งชาติ ในการกิจดำเนินการเปิดทางให้สมาชิกรัฐสภาเข้าประชุม จึงมีมูลความผิดทางอาญาด้านเป็นเจ้าพนักงานปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบ เพื่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้หนึ่งผู้ใด ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 157 พลตำรวจเอก พัชรวาท วงษ์สุวรรณ ผู้บัญชาการตำรวจแห่งชาติ เมื่อเกิดเหตุการณ์สลายการชุมนุมในช่วงเช้ามีผู้บาดเจ็บถึงขั้นขาขาดและมีบาดเจ็บแผลในร่างหลายราย สื่อมวลชนได้เสนอข่าวอยู่ตลอดเวลา พลตำรวจเอก พัชรวาทฯ เป็นผู้ที่มีหน้าที่รับผิดชอบโดยตรงที่ได้รับนโยบายของฝ่ายการเมือง ให้ไปดำเนินการเปิดทางให้สมาชิกรัฐสภาเข้าประชุม กลับเพิกเฉยไม่สั่งการให้หยุดยั้งการกระทำอันเป็นการเสี่ยงต่อการได้รับอันตรายต่อประชาชน เพื่อสนองนโยบายของฝ่ายการเมืองที่พลตำรวจเอก พัชรวาทฯ อ้างว่าไม่สามารถขัดขึ้น

ได้นั้น เป็นการไม่รับผิดชอบต่อดำเนินหน้าที่ของตนเองที่ต้องคำนึงความปลอดภัยในชีวิตของประชาชนเป็นหลักการกระทำหรือละเว้นการกระทำของพลตำรวจเอก พัชรวาทฯ ในฐานะผู้บัญชาการตำรวจแห่งชาติ จึงมีมูลความผิดทางวินัยอย่างร้ายแรง ฐานกระทำการอันได้ชื่อว่าเป็นผู้ประพฤติก้าวอย่างร้ายแรง และฐานละเว้นการกระทำใดๆ อันเป็นเหตุให้เสียหายแก่ราชการอย่างร้ายแรง ตามพระราชบัญญัติตำรวจแห่งชาติ พ.ศ. 2547 มาตรา 79(5)(6) และมีมูลความผิดทางอาญาฐานเป็นเจ้าพนักงานปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบ เพื่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้หนึ่งผู้ใด ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 157

คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ ซึ่งแจ้งข้อเท็จจริงตามคำสั่งศาลว่าแถลงการณ์ของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชน เรื่องความรุนแรงสูญเสียจากกรณีการสลายการชุมนุม วันที่ 7 ตุลาคม 2551 คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติได้รวบรวมพยานบุคคล พยานเอกสาร พยานต่างๆ และจัดทำสรุปประเด็นตามระบบรวม 4 ประเด็น ดังนี้ (1) การบาดเจ็บและเสียชีวิตของประชาชนเป็นโดยตรงมาจากการใช้แก๊สน้ำตาสลายการชุมนุมจริง (ตามรายงานฯ หน้า 90-96) (2) การใช้กำลังเจ้าหน้าที่ตำรวจและอาวุธแก๊สน้ำตาเข้าสลายฝูงชนในวันที่ 7 ตุลาคม 2551 เป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชนโดยใช้กำลังและระเบิดแก๊สน้ำตาที่ส่วนใหญ่ผลิตจากประเทศจีน ซึ่งเป็นอาวุธร้ายแรงระดมยิงและขว้างเป้าหมายคือประชาชนที่ปราศจากอาวุธร้ายแรงโดยตรง อีกทั้งเป็นการยิงและขว้างในระยะใกล้ รวมทั้งลอบยิงระเบิดแก๊สน้ำตาออกจากภายในรัฐสภาและกองบัญชาการตำรวจนครบาล โดยมีได้ปฏิบัติตามหลักการสากลในการสลายการชุมนุมและการใช้ระเบิดแก๊สน้ำตาจนเป็นเหตุให้ประชาชนได้รับบาดเจ็บสาหัสและเสียชีวิต นอกจากนั้นยังได้ระดมยิงรถพยาบาลและเจ้าหน้าที่ทางการแพทย์ที่เข้าไปให้ความช่วยเหลือผู้บาดเจ็บนั้นเป็นการปฏิบัติที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม และย่ำยีศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ (ตามรายงานหน้า 96-99) (3) การกระทำเกินความจำเป็นของเจ้าหน้าที่เข้าช่วยความผิดตามกฎหมายหรือไม่ คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติเห็นว่า การระดมยิงแก๊สน้ำตาเป็นจำนวนมากด้วยการยิงจากกองบัญชาการตำรวจนครบาลย่อมประสงค์ต่อผลหรือเล็งเห็นผลคืออาจทำให้ประชาชนได้รับบาดเจ็บ บาดเจ็บสาหัสและอาจถึงแก่ชีวิต โดยมีพยานภาพนิ่ง ภาพเคลื่อนไหว ซึ่งสื่อมวลชนและประชาชนบันทึกไว้นั้นเป็นการกระทำเกินความจำเป็นและเป็นปฏิบัติการที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรมอาจเข้าข่ายเป็นเจ้าพนักงานปฏิบัติหน้าที่หรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบเพื่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้หนึ่งผู้ใด ร่วมกันทำร้ายร่างกายผู้อื่นจนเป็นเหตุให้ได้รับอันตรายแก่กายหรือจิตใจ ได้รับอันตรายแก่กายสาหัสฆ่าและพยายามฆ่าผู้อื่นโดยไตร่ตรองไว้ก่อน (หน้า 99-100) และ (4) สำหรับบุคคลใดจะต้องรับผิดชอบต่อการสลายการชุมนุมจนเป็นเหตุให้ประชาชนได้รับบาดเจ็บและเสียชีวิตบ้างหรือไม่เพียงใด เห็นว่า นายสมชาย วงษ์สวัสดิ์ นายกรัฐมนตรีในฐานะผู้สั่งการให้มีการสลายการชุมนุมและ

พลเอก ชวลิต ยงใจยุทธ รองนายกรัฐมนตรี ผู้ได้รับมอบให้รับผิดชอบในการสลายการชุมนุมและสั่งการให้มีการสลายการชุมนุม รวมทั้งรัฐมนตรีที่อยู่ในการประชุม แต่ไม่ได้คัดค้านการใช้กำลังและระเบิดแก๊สน้ำตาสลายการชุมนุมต้องรับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดขึ้น ซึ่งถือเป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชนและละเมิดต่อกฎหมาย (หน้า100-105)

พิเคราะห์แผนปฏิบัติการกิจการผัดดันกลุ่มพันธมิตรฯ เพื่อเปิดเส้นทางให้คณะรัฐมนตรีและสมาชิกรัฐสภาเข้าประชุมรับฟังการแถลงนโยบายของนายสมชายฯ ก่อนเข้าดำรงตำแหน่งนายกรัฐมนตรีผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ซึ่งเลือกใช้แผนกรกฎ/48 โดยแบ่งการปฏิบัติเป็น 4 ขั้นตอน คือ

ขั้นตอน 1. ขั้นเตรียมการ (ก่อนเกิดเหตุ) เป็นงานด้านการข่าวการจัดเตรียมความพร้อมด้านกำลังคนและอาวุธที่จะใช้ในการส่งบำรุงฯ ขั้นตอนที่ 2 การป้องกัน (ขณะเกิดเหตุ) เมื่อมีสถานการณ์ความไม่สงบเกิดขึ้น ให้ส่งกำลังตำรวจเข้าระงับเหตุรักษาความปลอดภัยสถานที่และบุคคลสำคัญ และใช้การเจรจาต่อรองเพื่อคลี่คลายสถานการณ์จากเบาไปหาหนัก ขั้นตอนที่ 3 ขั้นการปราบปราม เมื่อการเจรจาต่อรองหรือการปฏิบัติอื่นใดไม่ได้ผล สถานการณ์กลับทวีความรุนแรงขึ้นจนถึงขั้นจะเป็นอันตรายต่อชีวิตและทรัพย์สินของประชาชนและของทางราชการ ให้ผู้บัญชาการเหตุการณ์พิจารณาสั่งให้ใช้กำลังเข้าแก้ไขสถานการณ์และรายงานให้ศูนย์ปฏิบัติการสำนักงานตำรวจแห่งชาติทราบทันที

ขั้นตอนที่ 4 การฟื้นฟูหลังเกิดเหตุและหลักการควบคุมผู้ชุมนุมมี 2 วิธี คือ 1. เจรจา และ 2. ถ้าเจรจาไม่ได้จึงใช้กำลังโดยให้เจ้าหน้าที่นำโล่และแก๊สน้ำตาติดตัวไปโดยไม่มีกระบอง และมีขั้นตอนการปฏิบัติคือ 1. ใช้กำลังผลักดันก่อน 2. หากไม่ได้ผลให้ใช้รถฉีดน้ำ 3. ใช้แก๊สน้ำตา 4. ใช้กระสุนยาง 5. ยิงปืนแก๊ว 6. ใช้อุปกรณ์อื่นแล้วเห็นว่า เจ้าหน้าที่สังกัดผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ได้รับมอบหมายให้ปฏิบัติการในการผลักดันกลุ่มพันธมิตรฯ ซึ่งชุมนุมปิดเส้นทางเข้ารัฐสภาทุกด้านเพื่อมิให้นายสมชายฯ นายกรัฐมนตรีเข้าแถลงนโยบายต่อรัฐสภา เจ้าหน้าที่ของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ต่างทราบสถานการณ์ดีว่าการชุมนุมเรียกร้องของประชาชนในขอบเขตของกฎหมายเป็นสิทธิของผู้ชุมนุมที่สามารถกระทำได้ตามรัฐธรรมนูญ การจะใช้กำลังแก้ปัญหาหรือการรักษาความสงบทุกขั้นตอน เจ้าหน้าที่ตำรวจทุกคนพึงระลึกเสมอว่าต้องปฏิบัติอย่างละมุนละม่อม ใช้การเจรจาและประชาสัมพันธ์สร้างความเข้าใจ หลีกเลี่ยงการใช้กำลังจนถึงที่สุดและหากเป็นการชุมนุมที่ผิดกฎหมาย เช่น การปิดถนน การทำลายทรัพย์สินของสาธารณะอันจะกระทบกระเทือนสิทธิเสรีภาพของประชาชนโดยทั่วไป นอกจากการใช้กำลังเข้าดำเนินการตามยุทธวิธีตำรวจและตามกฎหมายแล้ว จะต้องบันทึกภาพเหตุการณ์ชุมนุมและการดำเนินการของเจ้าหน้าที่ไว้ทุกขั้นตอน

ศาลพิเคราะห์แล้วเห็นว่าเมื่อพิจารณาบทบัญญัติในมาตรา 63 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ซึ่งบัญญัติว่า บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการชุมนุมโดยสงบและปราศจากอาวุธและมาตรา 420 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ประกอบกับพฤติการณ์แห่งคดีจากข้อเท็จจริงที่

ปรากฏจากทั้งพยานบุคคลผู้เกี่ยวข้องกับการชุมนุมและจากฝ่ายที่ได้เกี่ยวข้องกับการชุมนุม ตามรายงานผลการตรวจสอบการละเมิดสิทธิมนุษยชนของคณะกรรมการคุ้มครองสิทธิมนุษยชน แห่งชาติ (กสน.) ที่ 519/2551 วันที่ 15 ธันวาคม 2551 ต่างยืนยันสอดคล้องกันว่าเจ้าหน้าที่ตำรวจ มิได้ปฏิบัติตามหลักการมาตรฐานสากลจากเขาไปหาหนัก โดยนำแผนกรกฎ/48 มาใช้เป็นเพียงการ อ้างหลักการตามมาตรฐานสากล แต่การปฏิบัติงานจริงไม่เป็นไปตามหลักการให้ความเมตตาต่อ ผู้มีความเห็นทางการเมืองที่แตกต่างดังที่เขียนแผนปฏิบัติการไว้แต่อย่างใด พยานยืนยันว่าไม่ได้ยิน เสียงประกาศแจ้งเตือนแต่อย่างใดและไม่ปรากฏว่าเจ้าหน้าที่ตำรวจในบังคับบัญชาของผู้ถูกฟ้องคดี ที่ 1 ได้ใช้มาตรการในการควบคุมผู้ชุมนุมจากเขาไปหาหนักตามแผนที่วางไว้ และเมื่อพิจารณาผล การพิจารณาของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติและความเห็นของคณะกรรมการ ป.ป.ช. ประกอบด้วยแล้ว จึงเห็นว่าการสลายการชุมนุมของเจ้าหน้าที่ตำรวจในสังกัดผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 เป็นการกระทำโดยจงใจกระทำต่อผู้อื่นโดยผิดกฎหมายเป็นเหตุให้เกิดความเสียหายถึงแก่ชีวิต ร่างกายอันเป็นการกระทำละเมิดต่อผู้ชุมนุม

ส่วนข้ออ้างของผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองว่าเหตุที่ต้องใช้ระเบิดแก๊สน้ำตาสลายการชุมนุม เพราะผู้ชุมนุมประท้วงใช้อาวุธและปลุกระดมให้มวลชนเข้าไปทำร้ายสมาชิกรัฐสภาและปลุกระดม ให้มีการบุกกองบัญชาการตำรวจนครบาล เห็นว่าการสลายการชุมนุมมีตลอดทั้งวัน แต่ปรากฏ ข้อเท็จจริงว่าเจ้าหน้าที่ตำรวจได้รับบาดเจ็บจากการปะทะกับกลุ่มผู้ชุมนุมเพราะเหตุเจ้าหน้าที่ตำรวจ ใช้ระเบิดแก๊สน้ำตายุ่งและขว้าง รวมทั้งอาวุธปืนชนิดต่างๆ ยังทำร้ายผู้ร่วมชุมนุมได้รับอันตรายรวม 1,003 คน ส่วนเจ้าหน้าที่ตำรวจได้รับบาดเจ็บเพียง 78 นาย ประกอบกับข้อเท็จจริงว่า ผู้ร่วมชุมนุม ในวันดังกล่าวมีหลายหมื่นคนหากผู้ร่วมชุมนุมถูกยิงของปลุกระดมให้ทำร้ายตอบหรือทำลายสถานที่ ราชการ หรือบุกจับกุมตัวสมาชิกรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ดังกล่าวอ้าง ลำพังกำลังเจ้าหน้าที่ตำรวจ ประมาณ 2,500 นาย ก็ไม่อาจต้านทานมวลชนประชาชนนับหมื่นได้ ข้ออ้างในส่วนการทำลายสถานที่ ราชการ การบุกจับตัวประกันจึงเป็นเพียงข้ออ้างเพื่อให้เหมาะสมกับเหตุในการสลายชุมนุมโดยไม่ชอบด้วยรูปแบบขั้นตอนตามแผนกรกฎ/48 จึงไม่อาจรับฟังได้

ส่วนข้ออ้างว่า กลุ่มผู้ชุมนุมกระทำการอันละเมิดต่อกฎหมายและต่อผู้ขัดขวาง การปฏิบัติงานของเจ้าหน้าที่โดยใช้กำลังและอาวุธจึงต้องใช้มาตรการหนักกับผู้ชุมนุมนั้น เห็นว่า เจ้าหน้าที่มีอำนาจดำเนินคดีกับผู้ชุมนุมรวมถึงผู้ฟ้องคดีทั้งสองร้อยห้าสิบและผู้ร้องสอดที่กระทำผิด กฎหมายได้โดยชอบด้วยกฎหมายอยู่แล้ว ส่วนปฏิบัติการเพื่อหยุดยั้งการกระทำอันอ้างว่าละเมิดต่อ กฎหมายนั้น เจ้าหน้าที่ในสังกัดผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ก็ต้องปฏิบัติตามกฎหมาย ระเบียบ แผนปฏิบัติการ ที่วางไว้อย่างเคร่งครัด หากอาจลดขั้นตอนการปฏิบัติโดยใช้มาตรการที่รุนแรงเฉกเช่นการใช้ระเบิด แก๊สน้ำตาและอาวุธปืนชนิดต่างๆ ยังประทุษร้ายต่อผู้ร่วมชุมนุมโดยตรงไม่ ประกอบกับ

กรุงเทพมหานครมีหนังสือแจ้งยืนยันว่าไม่เคยได้รับการประสานจากผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 การขอรถดับเพลิงก่อนเกิดเหตุ แต่เพิ่งมาขอเมื่อเย็นวันเกิดเหตุ ปรากฏตามรายงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนอันแสดงให้เห็นถึงการไม่ปฏิบัติตามแผนที่วางไว้อย่างเป็นขั้นเป็นตอนจะโดยจงใจหรือไม่ก็ตาม ข้ออ้างในส่วนนี้ จึงไม่อาจรับฟังได้เช่นเดียวกัน

ศาลเห็นว่า คดีมี พลตำรวจเอก พัชรวาท วงษ์สุวรรณ พลตำรวจเอก วิโรจน์ พหลเวชช์ และพลตำรวจโท สุชาติ เหมือนแก้ว สังกัดผู้ถูกฟ้องคดีที่ ต่างยืนยันสอดคล้องต้องกันว่า นายสมชาย วงษ์สวัสดิ์ ในฐานะนายกรัฐมนตรี และพลเอกชวลิต ยงใจยุทธ ในฐานะรองนายกรัฐมนตรี สังกัดผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 สั่งการให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ดำเนินการผลักดันประชาชนผู้ร่วมชุมนุมปิดล้อมรัฐสภาออกไป ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 จึงต้องดำเนินการกิจดังกล่าวตามที่นายกรัฐมนตรีมอบหมาย ทั้งนี้ตามพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 มาตรา 11 บัญญัติให้นายกรัฐมนตรีในฐานะหัวหน้ารัฐบาลมีอำนาจหน้าที่ ดังนี้.. (3) บังคับบัญชาข้าราชการฝ่ายบริหารทุกตำแหน่งซึ่งสังกัดกระทรวง ทบวง กรม และส่วนราชการที่เรียกชื่ออย่างอื่นที่มีฐานะเป็นกรม ซึ่งอำนาจบังคับบัญชานี้เป็นอำนาจสูงสุดของฝ่ายบริหารที่จะสั่งการให้ข้าราชการฝ่ายบริหารทุกตำแหน่งกระทำการตามคำสั่งของผู้บังคับบัญชาสูงสุดได้ภายใต้กรอบของกฎหมาย เมื่อนายสมชายฯ และคณะรัฐมนตรีประชุมแล้วมีคำสั่งให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ดำเนินการเปิดทางที่กลุ่มพันธมิตรฯ ปิดกั้นทางเข้ารัฐสภา โดยมีรองนายกรัฐมนตรีเป็นผู้รับผิดชอบดูแลการสลายการชุมนุมครั้งนี้ จึงเป็นการสั่งการโดยมีอำนาจกระทำได้ เมื่อได้วินิจฉัยแล้วว่า เจ้าหน้าที่ตำรวจในสังกัดผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ได้กระทำละเมิดต่อกลุ่มผู้ชุมนุม รวมทั้งผู้ฟ้องคดีทั้งสองร้อยห้าสิบคน และผู้ร้องสอดแล้ว และการปฏิบัติการกิจตามที่ได้รับมอบหมายหากเจ้าหน้าที่ในสังกัดผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ได้กระทำตามคำสั่งพลตำรวจเอก พัชรวาทฯ และพลเอกชวลิตฯ ภายใต้แผนกรกฎ/48 เมื่อเกิดความเสียหายแก่ชีวิต ร่างกาย อนามัยของผู้ร่วมชุมนุม ผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองในฐานะหน่วยงานต้นสังกัดของนายสมชายฯ พลเอกชวลิตฯ และพลตำรวจเอก พัชรวาทฯ จึงต้องรับผิดชอบในผลแห่งการละเมิดอันเกิดจากการกระทำของเจ้าหน้าที่ตำรวจปฏิบัติคำสั่งและแผนปฏิบัติการกรกฎ/48

การสั่งการของสำนักงานตำรวจแห่งชาติและสำนักงานนายกรัฐมนตรี (ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1-2) ให้เจ้าหน้าที่ตำรวจปฏิบัติการเพื่อสลายการชุมนุมตามขั้นตอนแผน กรกฎ/48 เป็นการกระทำเกินกว่าเหตุอันเป็นการละเมิดตาม มาตรา 420 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ประกอบมาตรา 8, 10 พระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539

พิพากษาให้สำนักงานตำรวจแห่งชาติและสำนักงานนายกรัฐมนตรี (ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1-2) รับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนประมาณ 32 ล้านบาท

ผู้ฟ้องคดีถูกคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ (ปปช.) แจ้งข้อกล่าวหาฐานเป็นพนักงานปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่หรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 157

ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 สำนักงานตำรวจแห่งชาติ (สตง.) มีคำสั่งสำนักงานตำรวจแห่งชาติลงโทษปลดผู้ฟ้องคดีออกจากราชการ (ถูกผูกพันจากการชี้มูลของคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ)

บทที่ 3

การมีอำนาจกระทำของเอกชนและการใช้อำนาจของเจ้าพนักงานตำรวจ

การใช้อำนาจรัฐตามปกติเป็นเรื่องเจ้าพนักงานของรัฐ การบัญญัติกฎหมายให้อำนาจเจ้าพนักงานของรัฐที่จะใช้อำนาจรัฐได้นั้น เป็นไปทั้งเพื่อประโยชน์รัฐและเพื่อคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคล มีหลายกรณีและเป็นกรณีเป็นการเฉพาะเรื่องที่กฎหมายบัญญัติให้อำนาจเจ้าพนักงานของรัฐหรือพนักงานเจ้าหน้าที่ของรัฐในอันที่จะกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งตามที่กฎหมายบัญญัติซึ่งการกระทำนั้นเป็นมาตรการสุดท้ายเพื่อให้ภารกิจของรัฐมีความสมบูรณ์ การใช้อำนาจรัฐของเจ้าพนักงานของรัฐหรือของพนักงานเจ้าหน้าที่ของรัฐในกรณีต่างๆ ที่เป็นการเฉพาะเรื่องนั้น แม้จะเป็น “การกระทำที่ครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติ” (Tatbestandsmaessigkeit) เช่นการประหารชีวิต การจับ การประทุษร้ายบุคคลซึ่งจะถูกจับที่ขัดขวางการจับ การค้น การปฏิบัติการในการบังคับคดีแพ่ง เป็นต้น แต่โดยที่กฎหมายบัญญัติให้อำนาจไว้การกระทำของเจ้าพนักงานของรัฐหรือพนักงานเจ้าหน้าที่ของรัฐจึงไม่เป็นการกระทำที่ “ผิดกฎหมาย” (Rechtswidrig) เหตุต่างๆ ในกฎหมายที่ให้อำนาจนั้นจึงต่างเป็น “เหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้” (Rechtfertigungsgruende/Justification) ตามความหมายของกฎหมายอาญา⁴⁴

การจับเป็นมาตรการบังคับทางอาญา เป็นการใช้อำนาจรัฐ ซึ่งเป็นการกระทำโดยรัฐอันเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน แต่การใช้อำนาจรัฐต่อประชาชนนั้นก็เพื่อเป็นการคุ้มครองปกป้องประชาชนภายในรัฐ การที่ประชาชนมอบอำนาจให้รัฐเป็นผู้ปกครองซึ่ง จัง จาค รูสโซ (Jean Jacques Rousseau 1712-1778) กล่าวว่า มนุษย์ตามธรรมชาติมีความเท่าเทียมกัน อยู่อย่างอิสระและมีเสรีภาพตามธรรมชาติ แต่เมื่อมนุษย์ต้องการหลักประกันที่แน่นอน จึงรวมตัวกันมอบอำนาจให้แก่สังคม คือ รัฐซึ่งยอมสละสิทธิและเสรีภาพที่มีอยู่ตามธรรมชาติ แล้วยอมรับสิทธิและเสรีภาพที่มีข้อจำกัดโดยกฎหมาย

เนื่องจากประชาชนมอบอำนาจให้รัฐเป็นผู้ปกครองตน รัฐจึงสามารถที่จะบัญญัติกฎหมายในการที่จะควบคุมพฤติกรรม คุ้มครองประชาชนภายในสังคม โดยจะต้องให้ความเสมอภาคต่อประชาชนภายในสังคม และต้องเคารพต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชน ทั้งการใช้อำนาจรัฐนั้นจะต้องอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายเพื่อไม่ให้เจ้าพนักงานของรัฐใช้อำนาจเกินขอบเขต

⁴⁴ คณิต ณ นคร ง (2551). *กฎหมายความอาญาภาคทั่วไป*. หน้า 242.

บทบัญญัติของกฎหมายที่จำกัดสิทธิเสรีภาพ ตามบทบัญญัติประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาอันว่าด้วยการจับ ชัง จำคุก กักขัง ปล่อยชั่วคราว (มาตรา 77 ถึงมาตรา 119) สาระสำคัญในลักษณะนี้จึงเกี่ยวกับการกำหนดพฤติการณ์ในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพส่วนบุคคล โดยอำนาจของเจ้าพนักงาน หรือสถาบันของรัฐ เพื่อรักษาไว้ซึ่งความสงบเรียบร้อยของบ้านเมือง เป็นส่วนรวมและการกำหนดขอบเขตและวิธีการที่เจ้าพนักงานหรือสถาบันของรัฐจะพึงใช้อำนาจ นั้นเพื่อเป็นหลักประกันว่าด้วยสิทธิและเสรีภาพส่วนบุคคลจะไม่ถูกลิดรอนหรือสูญเสียไป โดยปราศจากเหตุอันควร⁴⁵

เมื่อรัฐสามารถที่จะบัญญัติกฎหมายในการคุ้มครอง และควบคุมประชาชนภายในสังคม การจับจึงเป็นมาตรการอย่างหนึ่งในการควบคุมสังคม โดยเจ้าหน้าที่ของรัฐซึ่งมีอำนาจที่จะจับ ผู้ต้องสงสัยว่าจะกระทำความผิดหรือได้กระทำความผิดมาแล้วหรือจะหลบหนีจากการควบคุม เป็นต้นโดยเป็นอำนาจตามกฎหมายที่จะกระทำได้ การจับ คือการควบคุมการเคลื่อนไหวของบุคคล โดยเจ้าพนักงานเพื่อให้การต่อข้อกล่าวหาทางอาญา ซึ่งจะต้องมีการยึดตัวบุคคลไว้ ไม่ใช่เพียง การจำกัดเสรีภาพในการเคลื่อนไหวเท่านั้น⁴⁶

การจับเป็นการกระทำเพื่อจำกัดเสรีภาพในการเคลื่อนไหวเปลี่ยนที่ทางของบุคคล ซึ่งเสรีภาพในการเคลื่อนไหวเปลี่ยนที่ทางของบุคคลนี้ หมายถึงเสรีภาพที่จะไปไหนมาไหน โดยปราศจากการถูกจำกัดเขต และเป็นส่วนหนึ่งของเสรีภาพในร่างกายตามรัฐธรรมนูญ⁴⁷

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 มาตรา 237 บัญญัติว่า “ในคดีอาญา การจับและคุมขังบุคคลใด จะกระทำมิได้ เว้นแต่มีคำสั่งหรือหมายของศาล หรือผู้นั้นได้กระทำความผิด ซึ่งหน้า หรือมีเหตุจำเป็นอย่างอื่นให้จับได้โดยไม่มีหมายตามที่กฎหมายบัญญัติ โดยผู้ถูกจับจะต้อง ได้รับการแจ้งข้อกล่าวหาและรายละเอียดแห่งการจับ โดยไม่ชักช้า กับจะต้องได้รับโอกาสแจ้งให้ ญาติหรือผู้ซึ่งผู้ถูกจับไว้วางใจทราบในโอกาสแรก และผู้ถูกจับซึ่งยังถูกควบคุมอยู่ต้องนำตัวไปศาล ภายในสี่สิบแปดชั่วโมงนับแต่เวลาที่ผู้ถูกจับถูกนำตัวไปถึงที่ทำการของพนักงานสอบสวน เพื่อศาล มีเหตุพิจารณาว่ามีเหตุที่จะขังผู้ถูกจับไว้ตามกฎหมายหรือไม่ เว้นแต่มีเหตุสุดวิสัยหรือมีเหตุจำเป็น อย่างอื่นตามกฎหมายบัญญัติ”

หมายจับหรือหมายขังบุคคลจะออกได้ต่อเมื่อ 1) มีหลักฐานอันสมควรว่าผู้นั้นน่าจะ ได้กระทำความผิดอาชญาร้ายแรงที่มีอัตราโทษตามที่กฎหมายบัญญัติ หรือ 2) มีหลักฐานอันสมควรว่า

⁴⁵ คณิง ภาไชย. (2555). กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเล่ม 1. หน้า 221.

⁴⁶ จิรนิติ หะวานนท์. เล่มเดิม. หน้า 16.

⁴⁷ คณิต ฅ นคร ข เล่มเดิม. หน้า 235.

ผู้นั้นน่าจะได้กระทำความผิดอาญาและมีเหตุอันสมควรเชื่อว่าผู้นั้นน่าจะหลบหนีหรือจะไปยุ่งเหยิงกับพยานหลักฐาน หรือก่อเหตุอันตรายประการอื่นด้วย

การจับในคดีอาญา โดยหลักแล้วกระทำไม่ได้ เว้นแต่มีความจำเป็นตามที่กฎหมายบัญญัติ วัตถุประสงค์ของการจับมีเป้าหมายหลักที่สำคัญ คือ เพื่อนำตัวผู้ที่มีหลักฐานว่าน่าจะเป็นผู้กระทำความผิดมาควบคุมหรือส่งฟ้องต่อศาล เพื่อป้องกันมิให้ผู้นั้นก่อเหตุร้ายหรือกระทำความผิดเพื่อป้องกันมิให้ผู้นั้นไปข่มขู่พยาน หรือย้ายหลักฐาน เพื่อดำเนินคดีแก่ผู้ต้องหาตามที่กฎหมายกำหนด⁴⁸

3.1 ผู้มีอำนาจจับ

ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 78 บัญญัติว่า “พนักงานฝ่ายปกครองหรือตำรวจจะจับผู้ใด โดยไม่มีหมายจับไม่ได้..” จากบทบัญญัติตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ผู้มีอำนาจจับตามที่กฎหมายกำหนด คือพนักงานฝ่ายปกครองหรือตำรวจ โดยประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 2(16) บัญญัติว่า “พนักงานฝ่ายปกครองหรือตำรวจ” หมายความว่าเจ้าพนักงานซึ่งกฎหมายให้มีอำนาจและหน้าที่รักษาความสงบเรียบร้อยของประชาชน ให้รวมทั้งพศติ เจ้าพนักงานกรมสรรพสามิต กรมศุลกากร กรมเจ้าท่า พนักงานตรวจคนเข้าเมืองและเจ้าพนักงานอื่นๆ กล่าวคือ 1) เจ้าพนักงานที่มีหน้าที่เกี่ยวกับการจับกุมผู้กระทำความผิดป้องกัน หรือปราบปรามการกระทำความผิดกฎหมาย

โดยประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาได้กำหนดถึงพนักงานฝ่ายปกครองและตำรวจที่มีอำนาจในการจับซึ่งเป็นเจ้าหน้าที่รัฐและมีอำนาจตามกฎหมายที่จะกระทำได้และนอกจากกำหนดถึงเจ้าพนักงานฝ่ายปกครองและตำรวจที่มีอำนาจจับ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญายังได้บัญญัติถึงประชาชนก็สามารถที่จะทำการจับได้เช่นกัน โดยได้บัญญัติถึงอำนาจของประชาชนในการทำการจับ คือประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 79 บัญญัติว่า “ราษฎรจะจับผู้อื่นไม่ได้เว้นแต่จะเข้าอยู่ในเกณฑ์แห่งมาตรา 82 หรือเมื่อผู้นั้นกระทำความผิดซึ่งหน้าที่และความผิดนั้นได้ระบุไว้ในบัญชีท้ายประมวลกฎหมายนี้ด้วย” และมาตรา 82 บัญญัติว่า “เจ้าพนักงานผู้จัดการตามหมายจับ จะขอความช่วยเหลือจากบุคคลใกล้เคียงเพื่อจัดการตามหมายนั้นก็ได้แต่จะบังคับให้ผู้ใดช่วยโดยอาจเกิดอันตรายแก่เขานั้นไม่ได้”

ดังนั้นผู้มีอำนาจจับตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามี พนักงานตามที่กฎหมายบัญญัติ คือ เจ้าพนักงานฝ่ายปกครองหรือตำรวจและราษฎร

⁴⁸ ณรงค์ ใจหาญ. (2547). *หลักกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา เล่ม 1*. หน้า 195.

3.2 ข้อพิจารณาในการจับ

กฎหมายได้บัญญัติถึงผู้มีอำนาจในการทำการจับได้ทั้งเจ้าพนักงานฝ่ายปกครองหรือตำรวจและราษฎร ในการทำการจับ การจับสามารถแยกพิจารณาได้ คือ การจับโดยเจ้าพนักงานฝ่ายปกครองหรือตำรวจ และการจับโดยราษฎร

3.2.1 การจับโดยเจ้าพนักงานฝ่ายปกครองหรือตำรวจ

การจับโดยเจ้าพนักงานฝ่ายปกครองหรือตำรวจนั้นมี 2 ประเภท คือ 1) การจับโดยมีหมายจับ 2) การจับโดยไม่มีหมายจับ พิจารณาได้ดังนี้

3.2.1.1 การจับโดยมีหมายจับ

ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 66⁴⁹ ได้กล่าวถึงเหตุที่จะออกหมายจับโดยมาตรา 66 เหตุที่จะออกหมายจับได้ คือ 1) เมื่อมีหลักฐานตามสมควรว่าบุคคลใดน่าจะได้กระทำความผิดอาญาซึ่งมีอัตราโทษจำคุกอย่างสูงเกินสามปี หรือ 2) เมื่อมีหลักฐานตามสมควรว่าบุคคลใดน่าจะได้กระทำความผิดอาญาและมีเหตุอันควรเชื่อว่าจะหลบหนี หรือจะไปยุ่งเหยิงกับพยานหลักฐาน หรือก่อเหตุอันตรายประการอื่น

โดยถ้าบุคคลนั้นไม่มีที่อยู่เป็นหลักแหล่ง หรือไม่มาตามหมายเรียกหรือตามนัดโดยไม่มีข้อแก้ตัวอันสมควร ให้สันนิษฐานว่าบุคคลนั้นจะหลบหนี

ตามมาตรา 66(1) ถือเอาอัตราโทษเป็นหลัก กล่าวคือ กรณีจะออกหมายจับได้เฉพาะความผิดที่มีหลักฐานว่าได้กระทำความผิดนั้นซึ่งมีระวางโทษจำคุกเกิน 3 ปีขึ้นไป

ตามมาตรา 66(2) เมื่อมีหลักฐานตามสมควร แต่ต้องมีเงื่อนไขอย่างใดอย่างหนึ่ง คือ มีเหตุอันควรเชื่อว่าจะหลบหนี หรืออาจเป็นกรณีที่กฎหมายสันนิษฐานให้ถือว่ามีความผิดจะหลบหนี คือ 1. บุคคลนั้นไม่มีที่อยู่เป็นหลักแหล่ง หรือ 2. บุคคลนั้นไม่มาตามหมายเรียกหรือตามนัดโดยไม่มีข้อแก้ตัวอันควร หรือมีเหตุอันควรเชื่อว่าจะไปยุ่งเหยิงกับพยานหลักฐาน หรือมีเหตุอันควรเชื่อว่าจะไปก่อเหตุอันตรายประการอื่น⁵⁰

บทบัญญัติที่แก้ไขใหม่ในมาตรา 66 สอดคล้องกับมาตรา 237 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย โดยกำหนดให้ต้องมีหลักฐานตามสมควรว่าต้องเป็นบุคคลที่น่าจะกระทำความผิดร้ายแรงหรือมีลักษณะที่จะหลบหนี หรือยุ่งเหยิงกับพยานหลักฐาน หรือจะก่อเหตุร้าย ส่วนมาตรา 66 ที่กำหนดให้ชัดเจนขึ้น คือ คดีร้ายแรงต้องเป็นคดีที่มีอัตราโทษอย่างสูงเกินสามปี (ซึ่งเดิมอัตรา

⁴⁹ แก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา (ฉบับที่ 22) พ.ศ. 2547. มาตรา 11.

⁵⁰ สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล. (2548). คำอธิบายพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา (ฉบับที่ 22) พ.ศ. 2547. หน้า 69-71.

โทษจำคุกเป็นเหตุขอออกหมายจับได้) ส่วนกรณีตามวรรคท้ายของมาตรา 66 ซึ่งเดิมเป็นเหตุออกหมายจับตามมาตรา 66(1) และ (3) กฎหมายกำหนดว่าเป็นกรณีสันนิษฐานว่าจะหลบหนี ซึ่งเป็นเหตุออกหมายจับได้ ตามมาตรา 66(2) นั้นเอง⁵¹

3.2.1.2 การจับโดยไม่มีหมายจับ

มาตรา 78 พนักงานฝ่ายปกครองหรือตำรวจจะจับผู้ใดโดยไม่มีหมายจับ หรือคำสั่งของศาลนั้นไม่ได้ เว้นแต่กรณี 1) เมื่อบุคคลนั้นได้กระทำความผิดซึ่งหน้าดังบัญญัติไว้ในมาตรา 80 (มาตรา 80 บัญญัติว่า ที่เรียกว่าความผิดซึ่งหน้านั้น ได้แก่ ความผิดซึ่งเห็นกำลังกระทำหรือพบในอาการใดซึ่งแทบจะไม่มีเวลาสงสัยเลยว่าเขาได้กระทำความผิดมาแล้วสดๆ อย่างไรก็ดี ความผิดอาญาดังระบุไว้ในบัญชีท้ายประมวลกฎหมายนี้ให้ถือว่าความผิดนั้นเป็นความผิดซึ่งหน้า ในกรณีเมื่อบุคคลหนึ่งถูกไล่จับตั้งผู้กระทำโดยมีเสียงร้องเอะอะหรือเมื่อพบบุคคลหนึ่งแทบจะทันทีทันใด หลังจากการกระทำความผิดในถิ่นแถวใกล้เคียงกับที่เกิดเหตุและสิ่งของที่ได้อาจจากการกระทำความผิดหรือมีเครื่องมือ อาวุธหรือวัตถุอย่างอื่นอันสันนิษฐานได้ว่าได้ใช้ในการกระทำความผิด หรือมีร่องรอยพิรุณเห็นประจักษ์ที่เสื้อผ้าหรือเนื้อตัวของผู้นั้น 2) เมื่อพบบุคคลโดยมีพฤติการณ์อันควรสงสัยว่าผู้นั้นน่าจะก่อเหตุร้ายให้เกิดอันตรายแก่บุคคลหรือทรัพย์สินของผู้อื่น โดยมีเครื่องมือ อาวุธหรือวัตถุอย่างอื่นอันสามารถอาจใช้ในการกระทำความผิด หรือ 3) เมื่อมีเหตุที่จะออกหมายจับบุคคลนั้นตามมาตรา 66(2) แต่มีความจำเป็นเร่งด่วนที่ไม่อาจขอให้ศาลออกหมายจับบุคคลนั้นได้ หรือ 4) เป็นการจับผู้ต้องหาหรือจำเลยที่หนีหรือหลบหนีในระหว่างถูกปล่อยชั่วคราวตามมาตรา 117

3.2.2 การจับโดยราษฎร

ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามาตรา 79 บัญญัติว่า “ราษฎรจะจับบุคคลอื่นไม่ได้ เว้นแต่จะเข้าอยู่ในหลักเกณฑ์แห่งมาตรา 82 หรือเมื่อผู้นั้นกระทำความผิดซึ่งหน้าและความผิดนั้นได้ระบุไว้ในบัญชีท้ายประมวลกฎหมายนี้”

ความผิดที่ระบุไว้ในบัญชีท้ายประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา กำหนดบทมาตราตามกฎหมายลักษณะอาญา ซึ่งเมื่อใช้ประมวลกฎหมายอาญาแล้วจึงเทียบความผิดดังกล่าวได้ตามบทมาตราในประมวลกฎหมายอาญา ดังนี้

ความผิดฐานประทุษร้ายต่อบรมราชตระกูล (มาตรา 107-111) ความผิดฐานกบฏภายในราชอาณาจักร (มาตรา 113-118) ความผิดฐานกบฏภายนอกราชอาณาจักร (มาตรา 119-129) ความผิดต่อทางพระราชไมตรีกับต่างประเทศ (มาตรา 130, 131) ความผิดฐานทำร้ายแก่ธงหรือเครื่องหมายของต่างประเทศ (มาตรา 135) ความผิดต่อเจ้าพนักงาน (มาตรา 138-142, 145) ความผิดฐานหลบหนีจากที่คุมขัง (มาตรา 190-191) ความผิดต่อศาสนา (มาตรา 206, 207) ความผิดฐานก่อ

⁵¹ ณรงค์ ใจหาญ, เล่มเดิม, หน้า 183-184.

การจลาจล (มาตรา 215, 216) ความผิดฐานก่อให้เกิดอันตรายแก่สาธารณชนกระทำให้สาธารณชนปราศจากความสะดวกในการไปมาและการส่งข้าวและของถึงกันและกระทำให้สาธารณชนปราศจากความสุขสบาย (มาตรา 217, 219, 230, 231, 235, 199, 237) ความผิดฐานปลอมแปลงเงินตรา (มาตรา 240, 246 และ 249) ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา (มาตรา 276-279) ความผิดฐานประทุษร้ายต่อชีวิต (มาตรา 288-290) ความผิดฐานประทุษร้ายต่อร่างกาย (มาตรา 295-298) ความผิดฐานทำให้เสื่อมเสียอิสรภาพ (มาตรา 309, 310 และ 284) ความผิดฐานลักทรัพย์ (มาตรา 334-335) ความผิดฐานวิ่งราว ชิงทรัพย์ ปล้นทรัพย์และโจรสลัด (มาตรา 336, 339, 340) และความผิดฐานกรรโชก (มาตรา 337, 339)⁵²

มาตรา 82 บัญญัติว่า “เจ้าพนักงานผู้จัดการตามหมายจับ จะขอความช่วยเหลือจากบุคคลใกล้เคียงเพื่อจัดการตามหมายนั้นก็ได้ แต่จะบังคับให้ผู้ใดช่วยโดยอาจเกิดอันตรายแก่เขาไม่ได้”

ในกรณีการจับโดยราชฎานั้น โดยหลักแล้วราชฎไม่มีอำนาจที่จะจับผู้อื่นได้ เว้นแต่จะมีกฎหมายบัญญัติไว้ให้ราชฎมีอำนาจที่จะทำการจับได้ เช่น ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 117 บัญญัติว่า “เมื่อผู้ต้องหาหรือจำเลยหนีหรือจะหลบหนี บุคคลซึ่งทำสัญญาประกันหรือเป็นหลักประกันอาจขอให้พนักงานฝ่ายปกครองหรือตำรวจที่ใกล้ที่สุดจับผู้ต้องหาหรือจำเลยนั้น ถ้ามิสามารถขอความช่วยเหลือจากเจ้าพนักงานเช่นนั้นได้ทันทั่วทั้งที่ให้มีอำนาจจับผู้ต้องหาหรือจำเลยนั้นได้เอง แล้วส่งไปยังพนักงานฝ่ายปกครองหรือตำรวจที่ใกล้ที่สุดและให้พนักงานนั้นรับจัดส่งผู้ต้องหาหรือจำเลยนั้นไปยังเจ้าพนักงานหรือศาล โดยคิดค่าพาหนะจากบุคคลนั้น” ซึ่งเป็นกรณีที่ราชฎมีอำนาจที่จะกระทำได้วิธีหนึ่งตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา

3.3 ข้อจำกัดในการจับ

การจำกัดโดยเขตอำนาจโดยพนักงานฝ่ายปกครอง ไม่ว่าจะเป็นชั้นผู้ใหญ่หรือผู้น้อย ซึ่งมีตำแหน่งหน้าที่ประจำอยู่ที่ใดท้องที่หนึ่งโดยเฉพาะ (มาตรา 2(17) (ฉ), (ญ)) คงมีอำนาจจับในเขตท้องที่นั้น แต่ถ้าเป็นตำแหน่งหน้าที่ไม่จำกัดเฉพาะท้องที่ (มาตรา 2(17) (ก), (ง)) ย่อมมีอำนาจครอบคลุมทั่วราชอาณาจักรหรือเจ้าพนักงานตำรวจมีอำนาจจับนอกเขตท้องที่ที่ตนประจำอยู่ได้ แม้ว่าจะนอกเวลาราชการหรือมิใช่เวลาปฏิบัติหน้าที่ก็มีอำนาจจับได้

การจำกัดโดยสถานที่ กรณีในที่รโหฐาน ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 81 บัญญัติว่า “จะมีหมายจับหรือไม่ก็ตาม ห้ามมิให้จับในที่รโหฐาน เว้นแต่จะได้ทำตาม

⁵² แหล่งเดิม. หน้า 195.

บทบัญญัติในประมวลกฎหมายนี้ว่าด้วยการค้นในที่รโหฐาน” ซึ่งโดยหลักต้องมีหมายค้นหรือคำสั่งให้ค้นจากศาล และต้องค้นในเวลากลางวัน เว้นแต่จะเข้าข้อยกเว้นที่สามารถค้นได้โดยไม่ต้องมีหมายตามมาตรา 92(1)-(5) และค้นได้ในเวลากลางคืนตามมาตรา 96(1)-(3) หรือในพระบรมมหาราชวัง พระราชินเวศน์ พระตำหนักหรือที่ประทับ มาตรา 81/1 บัญญัติว่า “ไม่ว่าจะมีหมายจับหรือไม่ก็ตาม ห้ามมิให้จับในพระบรมมหาราชวัง พระราชวัง วังของพระรัชทายาทหรือของพระบรมวงศ์ตั้งแต่สมเด็จพระเจ้าฟ้าขึ้นไป พระราชินเวศน์ พระตำหนักหรือในที่ซึ่งพระมหากษัตริย์ พระราชินี พระรัชทายาท พระบรมวงศ์ตั้งแต่สมเด็จพระเจ้าฟ้าขึ้นไป หรือผู้สำเร็จราชการแทนพระองค์ประทับหรือพำนักเว้นแต่ 1) นายกรัฐมนตรี หรือรัฐมนตรีที่นายกรัฐมนตรีมอบหมายอนุญาตให้จับและได้แจ้งเลขาธิการราชวัง หรือสมุหราชองครักษ์ทราบแล้ว 2) เจ้าพนักงานผู้ถวายหรือให้ความปลอดภัยแก่พระมหากษัตริย์ พระราชินี พระรัชทายาท พระบรมวงศ์ตั้งแต่สมเด็จพระเจ้าฟ้าขึ้นไป หรือผู้สำเร็จราชการแทนพระองค์ เป็นผู้จับตามกฎหมายว่าด้วยราชองครักษ์ หรือตามกฎหมาย กฎระเบียบเกี่ยวกับการให้ความปลอดภัย”⁵³

3.4 การใช้อำนาจของเจ้าพนักงานตำรวจโดยวิธีการใช้กำลังบังคับ

การจับเป็นการใช้อำนาจรัฐ ดังนั้นเมื่อเจ้าหน้าที่ตำรวจเป็นตัวแทนในการใช้อำนาจรัฐ การจับจึงเป็นมาตรการบังคับอย่างหนึ่ง และจะต้องเคารพต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนเป็นหลักเพื่อป้องกันมิให้มีการใช้อำนาจรัฐเกินขอบเขตของความพอสมควรภายใต้กฎหมายจึงได้กำหนดวิธีปฏิบัติไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 83 โดยมีรายละเอียดดังนี้

3.4.1 วิธีปฏิบัติในการจับ หรือป้องกันการหลบหนี

หลักปฏิบัติในการจับนั้น เจ้าพนักงานตำรวจจะต้องกระทำโดยละม่อม⁵⁴ โดยวิธีปฏิบัติในการจับผู้กระทำความผิดได้กำหนดไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามาตรา 83

ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามาตรา 83 วรรค 1 บัญญัติว่า

“ในการจับนั้น เจ้าพนักงานหรือราษฎรซึ่งทำการจับต้องแจ้งแก่ผู้ที่จะถูกจับนั้นว่าเขาต้องถูกจับแล้วสั่งให้ผู้ถูกจับไปยังที่ทำการของพนักงานสอบสวนแห่งท้องที่ที่ถูกจับพร้อมด้วยผู้จับ เว้นแต่สามารถนำไปที่ทำการของพนักงานสอบสวนผู้รับผิดชอบได้ในขณะนั้นให้นำไปที่ทำการของพนักงานสอบสวนผู้รับผิดชอบดังกล่าว แต่ถ้าจำเป็นก็ให้จับตัวไป”

⁵³ แก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา (ฉบับที่ 22) พ.ศ. 2547. มาตรา 17.

⁵⁴ คณิศ วนกร จ (2546). *กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา*. หน้า 243.

เจ้าพนักงานผู้จับต้องแจ้งให้ผู้ถูกจับทราบว่าเขาถูกจับเรื่องอะไร ข้อหาอะไร และผู้ทำการจับเมื่อได้แจ้งแก่ผู้ถูกจับแล้วให้นำตัวผู้ถูกจับไปยังที่ทำการของพนักงานฝ่ายปกครองหรือตำรวจพร้อมด้วยผู้จับ แต่สำหรับการจับผู้กระทำความผิดซึ่งหน้านั้นเจ้าพนักงานผู้จับไม่ต้องแจ้งแก่ผู้นั้นว่าเขาต้องถูกจับ⁵⁵ การเอาตัวผู้กระทำความผิดไปยังที่ทำการของพนักงานฝ่ายปกครองหรือตำรวจซึ่งผู้ถูกจับยอมไปกับตำรวจก็ไม่จำเป็นต้องจับตัวไปไม่ต้องใช้เครื่องพันธนาการ⁵⁶ หากเจ้าหน้าที่ตำรวจใช้วิธีที่ไม่เหมาะสมก็มีความผิดได้⁵⁷ การที่กฎหมายกำหนดให้นำตัวผู้ถูกจับไปโดยทันที แสดงถึงการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคลโดยชัดเจน คือ การเชิญตัวให้ไปสถานีตำรวจ และถ้าผู้ถูกเชิญตัวไม่ไปก็ต้องจับตัวไป และบางที่ต้องใส่กุญแจมือไปด้วยหากท่วงทีจะเกิดมีการอาละวาดขึ้น⁵⁸

ดังนั้นแสดงว่ากฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเป็นกฎหมายที่คุ้มครองสิทธิของบุคคล ด้วยการจับต้องกระทำโดยละม่อม กล่าวคือโดยปกติผู้จับจะต้องแจ้งแก่ผู้ที่จะถูกจับว่าเขาต้องถูกจับหากไม่แจ้งก็ถือว่าเป็นการกระทำโดยมิชอบด้วยกฎหมายว่าด้วยการจับ⁵⁹

การที่กฎหมายกำหนดให้ต้องมีการแจ้งแก่ผู้ที่จะถูกจับว่าเขาต้องถูกจับนี้แสดงให้เห็นถึงเนื้อหาของหลักฟังความทุกฝ่ายและแสดงถึงความเป็นเสรีนิยมของกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา เพราะกรณีอาจเป็นไปได้ว่ามีการจับผิดตัวบุคคล เช่น การจับบุคคลฝ่าฝืนแต่สำหรับการจับผู้กระทำความผิดซึ่งหน้านั้นศาลฎีกาเห็นว่าเจ้าพนักงานผู้จับไม่ต้องแจ้งแก่ผู้นั้นว่าเขาต้องถูกจับ⁶⁰ เพราะกรณีเป็นเหตุผลของเรื่องว่า การจับผิดตัวบุคคลไม่อาจเกิดขึ้นได้ การเอาตัวผู้ถูกจับไปยังที่ทำการ

⁵⁵ คำพิพากษาฎีกาที่ 319-320/2521 “...นายสิบตำรวจจับผู้ที่กำลังยิงคน ผู้นั้นไม่ยอมให้จับเกิดปล้ำกัน เป็นกรณีจับผู้กระทำความผิดซึ่งหน้า ไม่อยู่ในบังคับที่จะต้องแจ้งว่าจะจับตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 83 วรรค 1 การต่อสู้เป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 140...”

⁵⁶ สนธิ สนั่นศิลป์. (ม.ป.ป.). *คำอธิบายประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา เล่ม 2*. หน้า 84.

⁵⁷ แหล่งเดิม. หน้า 82.

⁵⁸ สัตยญา ธรรมศักดิ์ และประภาศ อวยชัย. (ม.ป.ป.). *คำอธิบายประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ภาค 1-ภาค 3*. หน้า 163.

⁵⁹ คำพิพากษาฎีกาที่ 214-215/2509 “...การที่พลตำรวจหลอกให้ ส. มาด้วย โดยอ้างว่าผู้บังคับกองเรียกให้ไปพบนั้น เป็นการปฏิบัติหน้าที่โดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย แม้ต่อมาผู้บังคับบัญชาจะสั่งให้พลตำรวจ ส. ไปหานายร้อยเวรก็ตาม ก็ไม่ถือว่า ส. ขอมไปด้วยตามสมควรใจ ดังนั้น เมื่อ ส. ขอตัวกลับแต่พลตำรวจยังคงหน่วงเหนี่ยวเอาตัวไว้จึงเป็นการปฏิบัติหน้าที่ไม่ชอบด้วยประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 78...”

⁶⁰ คำพิพากษาฎีกาที่ 512/2480 “...การจับกุมผู้กระทำความผิดซึ่งหน้าตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 80 เจ้าพนักงานผู้จับกุมไม่ต้องแจ้งแก่ผู้นั้นว่าเขาต้องถูกจับตามมาตรา 83 วรรคแรก...”

ของเจ้าพนักงานก็ต้องกระทำโดยละม่อมเช่นเดียวกัน กล่าวคือ ถ้าไม่จำเป็นจะใช้กำลังในการจับโดยตรงเลยก็ไม่ได้⁶¹

ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 83 วรรค 2 บัญญัติว่า

“ในกรณีที่เจ้าพนักงานเป็นผู้จับ ต้องแจ้งข้อกล่าวหาให้ผู้ถูกจับทราบ หากมีหมายจับให้แสดงต่อผู้ถูกจับ พร้อมทั้งแจ้งด้วยว่าผู้ถูกจับมีสิทธิที่จะไม่ให้การหรือให้การก็ได้และถ้อยคำของผู้ถูกจับนั้นอาจใช้เป็นหลักฐานในการพิจารณาคดีได้ และผู้ถูกจับมีสิทธิที่จะพบและปรึกษาทนายความหรือผู้ซึ่งจะเป็นทนายความ ถ้าผู้ถูกจับประสงค์จะแจ้งให้ญาติหรือผู้ซึ่งตนไว้วางใจทราบถึงการจับกุมที่สามารถดำเนินการได้โดยสะดวกและไม่เป็นการขัดขวางการจับหรือการควบคุมผู้ถูกจับหรือทำให้เกิดความไม่ปลอดภัยแก่บุคคลหนึ่งบุคคลใด ก็ให้เจ้าพนักงานอนุญาตให้ผู้ถูกจับดำเนินการได้ตามสมควรแก่กรณี ในการนี้ให้เจ้าพนักงานผู้จับนั้นบันทึกการจับดังกล่าวไว้ด้วย”

เป็นบทบัญญัติที่กำหนดให้เจ้าพนักงานผู้ทำการจับต้องแจ้งข้อหาและสิทธิแก่ผู้ถูกจับ กล่าวคือ 1) ต้องแจ้งข้อหาให้ผู้ต้องหาทราบ 2) หากการจับเป็นการจับตามหมาย ต้องแสดงหมายจับต่อผู้ถูกจับ 3) ต้องมีการแจ้งสิทธิแก่ผู้ถูกจับกฎหมาย คือ ผู้ถูกจับมีสิทธิที่จะไม่ให้การหรือให้การก็ได้ และถ้อยคำของผู้ถูกจับนั้นอาจใช้เป็นหลักฐานในการพิจารณาคดีได้ ผู้ถูกจับมีสิทธิที่จะพบและปรึกษาทนายความหรือผู้ซึ่งจะเป็นทนายความ ถ้าผู้ถูกจับประสงค์จะแจ้งให้ญาติ หรือผู้ซึ่งตนไว้วางใจทราบถึงการจับกุมที่สามารถดำเนินการได้สะดวก และไม่เป็นการขัดขวางการจับหรือการควบคุมผู้ถูกจับ หรือทำให้เกิดความไม่ปลอดภัยแก่บุคคลหนึ่งบุคคลใด ก็ให้เจ้าพนักงานอนุญาตให้ผู้ถูกจับดำเนินการได้ตามสมควรแก่กรณี⁶²

ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 83 วรรคสาม บัญญัติว่า

“ถ้าบุคคลซึ่งจะถูกจับขัดขวางหรือจะขัดขวางการจับหรือหลบหนีหรือพยายามจะหลบหนี ผู้ทำการจับมีอำนาจใช้วิธีหรือการป้องกันทั้งหลายเท่าที่เหมาะสมแก่พฤติการณ์แห่งเรื่องในการจับผู้นั้น”

กรณีที่ผู้ทำการจับมีอำนาจที่จะใช้วิธีหรือการป้องกันเท่าที่เหมาะสมแก่พฤติการณ์ตามมาตรา 83 วรรคสาม แยกพิจารณาตามกรณีหรือพฤติการณ์ที่เกิดขึ้น คือ

- 1) บุคคลซึ่งจะถูกจับ ขัดขวางการจับ
- 2) บุคคลซึ่งจะถูกจับ จะขัดขวางการจับ
- 3) บุคคลซึ่งจะถูกจับ หลบหนี

⁶¹ คณิต ฌ นกร ข เล่มเดิม. หน้า 332.

⁶² สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล. เล่มเดิม. หน้า 77-78.

4) บุคคลซึ่งจะถูกจับ พยายามจะหลบหนี⁶³

เมื่อเจ้าพนักงานตำรวจทำการจับผู้กระทำความผิด แต่ผู้กระทำความผิดไม่ยอมให้จับ โดยต่อสู้ขัดขวาง หรือหลบหนีการจับของเจ้าพนักงานตำรวจ เจ้าพนักงานตำรวจซึ่งปฏิบัติหน้าที่โดยชอบด้วยกฎหมายย่อมมีอำนาจใช้วิธีหรือการป้องกันทั้งหลายเท่าที่เหมาะสมแก่พฤติการณ์ โดยในระหว่างการจับนั้นอาจทำให้ผู้ถูกจับได้รับบาดเจ็บ เสื่อมเสียเสรีภาพ หรืออาจถึงแก่ความตายได้ การใช้มาตรการในการจับผู้กระทำความผิดตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 83 วรรคสาม กล่าวคือการจับกุมโดยปกติจะกระทำไม่ได้ กฎหมายจึงให้อำนาจเจ้าพนักงานตำรวจใช้วิธีการที่จำเป็นเพื่อให้การจับกุมเป็นผลขึ้นได้ วิธีการอันจำเป็นได้แก่ วิธีตอบโต้ การขัดขวางหรือจะขัดขวางการจับกุม กับวิธีการป้องกันการหลบหนี หรือจะหลบหนีการจับกุม แต่ผู้จับต้องใช้วิธีการดังกล่าวเพียงเท่าที่เหมาะสมแก่พฤติการณ์หรือนัยหนึ่งกระทำเพียงพอสมควรแก่เหตุตามความจำเป็นในการจับกุม การใช้วิธีการเกินกว่าเหตุอาจทำให้มีความผิดทางอาญาได้⁶⁴ และที่สำคัญจะต้องให้อำนาจภายใต้บทบัญญัติของกฎหมายที่จะต้องคำนึงถึงสิทธิเสรีภาพของผู้ถูกจับเป็นสำคัญด้วย

กฎหมายได้กำหนดวิธีการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าพนักงานตำรวจในกรณีที่ทำการจับ หรือป้องกันการหลบหนีและในการป้องกันอาชญากรรม ซึ่งเป็นการบังคับใช้กฎหมายโดยเจ้าพนักงานตำรวจ ได้กำหนดให้เจ้าพนักงานตำรวจสามารถอ้างเหตุในการใช้กำลังที่พอสมควรแก่เหตุในการทำการจับโดยชอบด้วยกฎหมายหรือเพื่อป้องกันการหลบหนีจากการควบคุมโดยเจ้าพนักงานตำรวจ ไม่สามารถที่จะใช้กำลังขั้นรุนแรงถึงตายในกรณีที่เป็นความผิดที่มีโทษสถานเบา⁶⁵ ซึ่งในการใช้กำลังของเจ้าพนักงานตำรวจนั้นต้องมีการเตือนก่อน⁶⁶

เมื่อรัฐมอบอำนาจให้แก่เจ้าพนักงานตำรวจในการใช้อำนาจรัฐในการจับ โดยให้เจ้าพนักงานตำรวจสามารถใช้วิธีหรือการป้องกันทั้งหลายเท่าที่เหมาะสมแก่พฤติการณ์แห่งเรื่องในการจับถ้าบุคคลซึ่งจะถูกจับขัดขวางหรือจะขัดขวางการจับ หรือหลบหนีหรือพยายามจะหลบหนี ดังนั้นเพื่อป้องกันมิให้มีการใช้อำนาจรัฐเกินขอบเขตของความพอดี กฎหมายจึงได้กำหนดขอบเขตการใช้อำนาจรัฐโดยเจ้าพนักงานตำรวจไว้ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 83 วรรคสาม ซึ่งพิจารณาได้ คือ

⁶³ สนิท สนั่นศิลป์. เล่มเดิม. หน้า 81.

⁶⁴ คณิง ภาไชย. เล่มเดิม. หน้า 244.

⁶⁵ Wayne R. La Fave and Austin W.Scott. (1972). *Criminal Law*. p. 402.

⁶⁶ The United Nation And Crime Prevention 1991. p. 130.

1) ผู้ทำการจับมีอำนาจใช้วิธีการทั้งหลายเท่าที่เหมาะสมแก่พฤติการณ์แห่งเรื่องในการจับและ

2) ผู้ทำการจับมีอำนาจใช้การป้องกันทั้งหลายเท่าที่เหมาะสมแก่พฤติการณ์แห่งเรื่องในการจับ หรือนัยหนึ่งกระทำเพียงพอสมควรแก่เหตุตามความจำเป็น การใช้วิธีการเกินกว่าเหตุอาจทำให้มีความผิดอาญาได้

การกระทำการป้องกันทั้งหลายของเจ้าพนักงานตำรวจเท่าที่เหมาะสมแก่พฤติการณ์แห่งเรื่องในการจับหากบุคคลซึ่งจะถูกจับขัดขวางหรือจะขัดขวาง หรือหลบหนี หรือพยายามจะหลบหนี ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 83 วรรคสาม ดังที่ได้กล่าวมานั้น มีความแตกต่างกับการที่ผู้ใดจำต้องกระทำการใดเพื่อป้องกันสิทธิของตน หรือของผู้อื่นให้พ้นอันตรายซึ่งเกิดจากการประทุษร้ายอันละเมิดต่อกฎหมาย และเป็นอันตรายที่ใกล้จะถึงตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 68

3.4.2 ระเบียบการตำรวจเกี่ยวกับคดี⁶⁷ ได้กำหนดไว้ ดังนี้

การจับกุมนั้นเป็นการกระทำให้ผู้ถูกจับเสียความเป็นอิสระภาพ เจ้าพนักงานตำรวจระมัดระวังใช้อำนาจจับโดยสุภาพ ในเมื่อมีความจำเป็นและให้ถูกต้องที่กฎหมายกำหนดไว้ (ข้อ 14)

การจับกุมนั้น ผู้จับจะต้องจับโดยละม่อม (โดยดี) เมื่อจำเลยหรือผู้ถูกจับไม่ได้มีการต่อสู้อย่างใดแล้ว เจ้าพนักงานตำรวจจะใช้อำนาจทำร้ายแก่เขาไม่ได้ เว้นแต่ผู้จะต้องถูกจับนั้นต่อสู้หรือแสดงกริยาต่อสู้เจ้าพนักงานตำรวจผู้จับ จึงจะมีอำนาจใช้อาวุธ เพื่อป้องกันได้โดยไม่เกินสมควร (ข้อ 35)

ถ้าบุคคลซึ่งจะถูกจับขัดขวาง หรือจะขัดขวางการจับ หรือหลบหนี หรือพยายามจะหลบหนีเจ้าพนักงานตำรวจ หรือราษฎรผู้ทำการจับมีอำนาจใช้วิธีหรือความป้องกันทั้งหลายเท่าที่เหมาะสมแก่พฤติการณ์แห่งเรื่องในการจับกุมผู้นั้น

ข้อที่เจ้าพนักงานตำรวจจับกุมคนร้ายจะควรใช้อาวุธปืนหรือไม่เพียงไรนั้น เป็นเรื่องสำคัญที่สุดในการจับกุม เพราะเหตุว่าในบางคราวถ้าไม่ใช้อาวุธบ้างแล้ว อาจทำให้การจับกุมไร้ผลหรือไม่เป็นผลดีแต่ถ้าจะใช้อาวุธโดยไม่สมควรแก่เหตุแล้ว ผลร้ายอาจเกิดแก่เจ้าพนักงานตำรวจผู้ที่ตั้งใจปฏิบัติหน้าที่โดยสุจริตได้ในการที่จะวินิจฉัยว่า การกระทำเช่นไรเป็นการสมควรแก่เหตุหรือไม่นั้นควรวินิจฉัยตามหลักดังนี้ คือ 1) อาการกริยา 2) อาวุธและความร้ายแรงของอาวุธ 3) กำลังและความจำเป็น

⁶⁷ เอกทวี ตาตะยานนท์. (2531). ระเบียบการตำรวจเกี่ยวกับคดี. หน้า 31-34.

1) อาการกิริยา จะต้องถือเอาอาการกิริยาของผู้จะต้องถูกจับเป็นสำคัญ หากผู้จะต้องถูกจับมิได้แสดงกิริยาอาการจะต่อสู้เจ้าพนักงานตำรวจแต่อย่างใดแล้ว เจ้าพนักงานตำรวจจะต้องรอให้ผู้ทำร้ายกระทำการร้ายก่อนไม่ แม้เพียงผู้ร้ายแสดงกิริยาให้ปรากฏ ได้พยายามจะต่อสู้เท่านั้นก็พอแล้ว เช่น ผู้ร้ายมีปืนอยู่ในมือ เจ้าพนักงานตำรวจบอกให้วางก็ไม่วาง กลับแสดงกิริยาจะยกปืนขึ้นยิง หรือ ทำท่าว่าจะใช้อาวุธปืนต่อสู้เจ้าพนักงานตำรวจเช่นนี้ เจ้าพนักงานตำรวจก็ใช้อาวุธปืนยิงผู้ร้ายคนนั้นก่อนได้ แม้กระสุนปืนจะถูกผู้ร้ายตาย หรือบาดเจ็บก็ไม่เป็นการเกินไปกว่าเหตุ เพราะเป็นการที่รู้กันว่าอาวุธปืนเป็นอาวุธที่ร้ายแรง หากปล่อยให้ผู้ร้ายยิงก่อน กระสุนปืนอาจถูกเจ้าพนักงานตำรวจตาย หรือบาดเจ็บสาหัสก็ได้ ประกอบกับการใช้อำนาจรัฐของเจ้าพนักงานตำรวจในการจับโดยใช้กำลังนั้นหากมีกรณีที่เกิดความเสียหายแก่ผู้จะต้องถูกจับนั้น ไม่ใช่กรณีที่เจ้าพนักงานตำรวจกระทำโดยป้องกันตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 68 เพราะเจ้าพนักงานตำรวจกระทำการในฐานะเจ้าพนักงานของรัฐไม่ใช่ในฐานะส่วนตัว (ปัจเจกชน) เป็นต้น

2) อาวุธ เมื่อผู้จะต้องถูกจับต่อสู้หรือแสดงกิริยาต่อสู้แล้ว เจ้าพนักงานตำรวจยังจะต้องระวังในเรื่องอาวุธที่จะใช้อีกอย่างหนึ่งด้วย โดยต้องเลือกใช้ให้สมควรกับการต่อสู้ เช่น ผู้จะต้องถูกจับใช้มือชก เจ้าพนักงานตำรวจอาจใช้ไม้ตะบองตีป้องกันไม่ให้ชกได้ หรือผู้จะต้องถูกจับมีไม้ตรงเข้ามาจะตีเจ้าพนักงานตำรวจ เจ้าพนักงานตำรวจจึงเอาปืนเล็กยาวตีไป 1 ที เผลอถูกที่สำคัญตายโดยไม่ตั้งใจเช่นนี้ เห็นว่ากรณีดังกล่าวไม่ใช่กรณีที่จะต้องพิจารณาว่าเกินสมควรแก่เหตุหรือไม่ แต่เป็นกรณีที่จะต้องพิจารณาว่าการกระทำความผิดของเจ้าพนักงานตำรวจในการใช้อำนาจรัฐนั้น เป็นการกระทำที่เหมาะสมแก่พฤติการณ์แห่งเรื่องในการจับหรือไม่ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 83 วรรคสาม เพราะเป็นที่ทราบกันอยู่ว่าถ้าผู้จะต้องถูกจับชกเจ้าพนักงานตำรวจ 1 ที คงไม่ถึงกับต้องบาดเจ็บล้มตาย จึงยังไม่ควรที่จะใช้อาวุธร้ายแรงมาคนเสียทั้งคน กรณีเช่นนี้เจ้าพนักงานตำรวจใช้วิธีการหรือการป้องกันที่ไม่เหมาะสมแก่พฤติการณ์แห่งเรื่องในการจับบุคคลนั้น ในเรื่องอาวุธนี้หากเป็นการจำเป็นจริงๆ แล้ว แม้ศักดิ์ของอาวุธที่ใช้จะผิดกันบ้างเล็กน้อยแต่เป็นเวลาจำเป็นหากเจ้าพนักงานตำรวจไม่ใช้อาวุธที่มีอยู่ป้องกันตัวแล้วอาจได้รับบาดเจ็บสาหัสได้ แม้เจ้าพนักงานตำรวจจะใช้อาวุธเกินไปบ้างก็ถือได้ว่าเป็นกรณีที่เหมาะสม เช่น ผู้ร้ายมีมีดตรงเข้ามาจะฟันเจ้าพนักงานตำรวจ ทั้งเจ้าพนักงานตำรวจก็จมนมอยู่เหลือที่จะแก้ไขอย่างอื่นและมีแต่อาวุธปืนพกที่อยู่ในมือ จำเป็นต้องยิงไปเช่นนี้ แม้จะถูกผู้ร้ายตายก็อาจเป็นวิธีการที่เหมาะสมแก่พฤติการณ์แห่งเรื่องในการจับนั้น แต่ทั้งนี้การที่เจ้าพนักงานตำรวจใช้อาวุธยิงนั้นเจ้าพนักงานตำรวจจะต้องยิงในตำแหน่งที่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้จะต้องถูกจับน้อยที่สุด ไม่เช่นนั้นก็จะเป็นการกระทำที่ไม่เหมาะสมแก่พฤติการณ์แห่งเรื่องในการจับนั้น

3) กำลังและความจำเป็น ในกรณีเช่น ผู้ถูกจับไม่มีอาวุธหากแต่มีพรรคพวกและมีกำลังมากกว่าเป็นอันมาก พวกกลุ่มรวมเข้าทำร้ายเจ้าพนักงานตำรวจหรือเพื่อแย่งอาวุธจนเหลือที่จะป้องกันอย่างอื่นได้ เพราะมีกำลังน้อยกว่า แม้จะใช้อาวุธเกินไปบ้างจนเป็นเหตุให้ผู้ร้ายถึงตายหรือบาดเจ็บ ก็อาจอยู่ในพฤติการณ์ที่เหมาะสมแห่งเรื่องในการจับได้หาว่าการใช้อาวุธดังกล่าวของเจ้าพนักงานตำรวจนั้นได้ใช้โดยก่อให้เกิดความเสียหายหรือกระทบต่อสิทธิของผู้จะต้องถูกจับน้อยที่สุดแม้ว่าผลแห่งการใช้วิธีหรือการป้องกันนั้นจะทำให้ผู้ต้องถูกจับได้รับบาดเจ็บสาหัสหรือถึงแก่ความตายก็ตาม เช่น พลตำรวจผู้เดียวเดินตรวจท้องที่ พบผู้ร้ายกำลังมั่วสุมกันอยู่ 4-5 คน ผู้ร้ายเหล่านั้นตรงเข้าด้อยตีตำรวจเพื่อจะแย่งอาวุธ พลตำรวจผู้นั้นเห็นเหลือกำลังจึงใช้ปืนยิงไปถูกพวกผู้ร้ายตาย พลตำรวจผู้นั้นคงไม่มีโทษ แต่ถ้ากำลังฝ่ายตำรวจมีมากกว่าพอที่จะทำการจับกุมได้โดยไม่ต้องใช้ปืนยิงแล้วควรจับกุมในทางที่ละม่อมกว่า ซึ่งยังพอจะทำได้หรือหากการยิงของพลตำรวจดังกล่าวเป็นการใช้อาวุธปืนยิงไปยังจุดสำคัญซึ่งยอมเสี่ยงเห็นว่าอาจทำให้ผู้จะต้องถูกจับได้รับอันตรายสาหัสหรือถึงแก่ความตายได้เช่นนี้ก็เป็นการใช้วิธีหรือการป้องกันที่ไม่เหมาะสมแก่พฤติการณ์ เช่น เจ้าพนักงานตำรวจมีกำลังสามารถจับได้โดยละม่อมแต่ไม่ทำ เช่น ตำรวจ 5 คน ไปจับผู้ต้องหาซึ่งต้องหว่านเป็นผู้ร้ายลักทรัพย์เพียงคนเดียว ผู้ต้องหามีไม่เป็นอาวุธเข้าต่อสู้ฝ่ายตำรวจ 5 คน มีปืนเล็กเป็นอาวุธ ถ้าหากจะช่วยกันเอาปืนตีหรือกระทุ้งให้เจ็บก็คงจะจับได้แต่หาทำไม่ กลับใช้ปืนยิงไปถูกผู้ต้องหาตายเช่นนี้ เรียกว่าไม่เหมาะสมแก่พฤติการณ์ เพราะอาจเห็นได้ง่ายว่า คน 5 คน กับคนๆ เดียวซึ่งมีไม่เป็นอาวุธเท่านั้น อาจจับกุมได้โดยสะดวกไม่มีความจำเป็นจะต้องใช้อาวุธร้ายแรงเลย

กรณีควรใช้เฉพาะในเวลาต่อสู้เพื่อทำการจับกุมเท่านั้น เมื่อเสร็จการต่อสู้หรือทำการจับกุมได้แล้ว เจ้าพนักงานตำรวจจะทำร้ายผู้ใดมิได้ หากทำร้ายจะต้องมีความผิดเสมอไป ไม่มีทางที่จะแก้ตัวเป็นอย่างอื่น (ข้อ 36) ในกรณีที่ผู้ถูกจับหลบหนีไปในระหว่างที่กำลังถูกควบคุมโดยไม่ได้ต่อสู้นั้น ไม่มีกฎหมายบทใดที่พอจะนำมาใช้เป็นหลักประกันได้ว่า จะให้ใช้อาวุธได้เพียงใด ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาก็มีบัญญัติไว้เพียงกว้างๆ ว่าผู้ทำการจับมีอำนาจใช้วิธีหรือการป้องกันทั้งหลายเท่าที่เหมาะสมแก่พฤติการณ์แห่งเรื่องในการจับผู้นั้น เพราะฉะนั้นเมื่อผู้จะถูกจับวิ่งหนีไปข้างหน้า ห้ามใช้อาวุธปืนยิง ให้พยายามวิ่งไล่จับโดยเต็มกำลัง (ข้อ 37)

การจับผู้กระทำความผิดนั้น ตามปกติมิให้ใช้อาวุธปืนยิงขู่เว้นแต่ผู้ถูกจับต่อสู้หรือเตรียมการจะต่อสู้ไม่ยอมให้จับกุมแต่โดยดีและเจ้าพนักงานตำรวจได้ขู่บังคับว่าถ้าต่อสู้จะยิง หากผู้จะถูกจับเตรียมการต่อสู้อยู่เช่นนี้แล้ว จึงให้ใช้อาวุธปืนยิงขู่ได้ แต่ต้องยิงให้สูงขึ้นไปบนท้องฟ้า ส่วนเมื่อใดจึงจะใช้อาวุธปืนยิงผู้จะต้องถูกจับได้นั้นต้องพิจารณาเป็นเรื่องๆ ไป (ข้อ 38)

เมื่อพิจารณาจากระเบียบปฏิบัติ โดยหลักการจับจะต้องกระทำโดยละม่อมหากผู้จะถูกจับไม่ได้มีการต่อสู้หรือมีกิริยาที่จะต่อสู้ หรือพยายามที่จะหลบหนีเจ้าหน้าที่ตำรวจจะใช้กำลังหรืออาวุธปืนในการจับไม่ได้ ซึ่งในบางกรณีเจ้าหน้าที่ตำรวจมีความจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องใช้กำลังหรืออาวุธในการจับหรือป้องกันการหลบหนีมิฉะนั้นก็ไม่สามารถที่จะจับหรือป้องกันการหลบหนีได้ซึ่งเป็นการเชื่อโดยสุจริตว่าการใช้กำลังหรืออาวุธนั้นเป็นกรณีที่เหมาะสมแก่พฤติการณ์แห่งเรื่องในการจับแต่หากผลจากการกระทำนั้นเป็นกรณีที่เกินกว่าเหตุ กฎหมายไม่มีหลักประกันการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ตำรวจอีกทั้งในการปฏิบัติดังกล่าวนั้นก็ไม่มีกฎหมายใดวางหลักวิธีการขั้นตอนในการปฏิบัติไว้ ตลอดทั้งผู้ที่มิอาจรับผิดชอบในการควบคุมสั่งการให้ใช้วิธีการดังกล่าวเนื่องจากการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าพนักงานตำรวจเป็นการปฏิบัติหน้าที่ที่ซ้อนกันอยู่ 2 ประการ คือ

1. หน้าที่ของเจ้าพนักงานตามกฎหมาย
2. หน้าที่ของเจ้าพนักงานตามคำสั่งของผู้บังคับบัญชา

3.4.3 พระราชบัญญัติราชทัณฑ์ พ.ศ. 2479

มาตรา 16 เจ้าพนักงานเรือนจำอาจใช้อาวุธ นอกจากอาวุธปืนแก่ผู้ต้องขังได้ในกรณีดังต่อไปนี้

1) เมื่อปรากฏว่า ผู้ต้องขังกำลังหลบหนีหรือพยายามหลบหนีและไม่มีทางจะป้องกันอย่างอื่นนอกจากใช้อาวุธ

2) เมื่อผู้ต้องขังหลายคนก่อการวุ่นวายหรือพยายามใช้กำลังเปิดหรือทำลายประตู รั้ว หรือกำแพงเรือนจำ

3) เมื่อปรากฏว่า ผู้ต้องขังจะใช้กำลังทำร้ายเจ้าพนักงานหรือผู้อื่น

มาตรา 17 เจ้าพนักงานเรือนจำอาจใช้อาวุธปืนแก่ผู้ต้องขังได้ในกรณีต่อไปนี้

1) ผู้ต้องขังไม่ยอมวางอาวุธเมื่อเจ้าพนักงานสั่งให้วาง

2) ผู้ต้องขังกำลังหลบหนี ไม่ยอมหยุดในเมื่อเจ้าพนักงานสั่งให้หยุดและไม่มีทางอื่นที่จะจับกุมได้

3) ผู้ต้องขังตั้งแต่ 3 คนขึ้นไป ก่อการวุ่นวายหรือพยายามใช้กำลังเปิดหรือทำลายประตู รั้ว หรือกำแพงเรือนจำ หรือใช้กำลังกายทำร้ายเจ้าพนักงานหรือผู้อื่นและไม่ยอมหยุดในเมื่อเจ้าพนักงานสั่งให้หยุด

ถ้ามีเจ้าพนักงานเรือนจำผู้มีอำนาจเหนือตนอยู่ในขณะนั้นด้วย จะใช้อาวุธได้ก็ต่อเมื่อได้รับคำสั่งจากเจ้าพนักงานผู้นั้นแล้วเท่านั้น⁶⁸

⁶⁸ พระราชบัญญัติราชทัณฑ์ พ.ศ. 2497.

3.5 การป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 68

ในประมวลกฎหมายอาญาเรื่องการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายได้บัญญัติไว้ คล้ายคลึงกับประเทศ Civil Law อื่นๆ โดยแสดงถึงอำนาจกระทำโดยชอบด้วยกฎหมายของผู้กระทำ เมื่อการกระทำนั้นเป็นการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย ผู้กระทำไม่มีความผิด

ประมวลกฎหมายอาญาบัญญัติเกี่ยวกับเรื่องการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายไว้ใน มาตรา 68 ว่า

“ผู้ใดจำต้องกระทำการใด เพื่อป้องกันสิทธิของตนหรือของผู้อื่น ให้พ้นจากอันตราย ซึ่งเกิดจากการประทุษร้ายอันละเมิดต่อกฎหมายและเป็นอันตรายที่ใกล้จะถึง ถ้าได้กระทำ พอสมควรแก่เหตุ การกระทำนั้นเป็นการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย ผู้นั้นไม่มีความผิด”

การป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายในประมวลกฎหมายอาญามาตรา 68 นี้มีหลักเกณฑ์ที่ คล้ายคลึงกับกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 มาตรา 50 แต่มีความแตกต่างในสาระสำคัญคือ การขยายหลักเกณฑ์ของสิทธิที่สามารถป้องกันได้จากเดิมที่ให้สิทธิป้องกันชีวิต ชื่อเสียงและ ทรัพย์สิน มาเป็นการป้องกัน “สิทธิ” ซึ่งเป็นสิทธิใดๆ ก็สามารถป้องกันได้และในประเด็นที่บ่งชี้ ว่าการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายผู้กระทำไม่มีความผิด มิใช่เป็นเพียงการกระทำที่ไม่ต้องรับ โทษเท่านั้น

3.5.1 การป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย

ถ้อยคำในมาตรา 68 ที่ว่า “เพื่อป้องกันสิทธิของตนหรือของผู้อื่น” นั้นแสดงให้เห็นถึง ความคิดในทางกฎหมายของ “การป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย” ว่ามีอยู่ 2 ประการ คือ

- 1) คำว่า “เพื่อป้องกันสิทธิของตน” แสดงว่า “การป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย” เป็น “อำนาจในการคุ้มครองตนเอง” (Selbstschutz/Self-protection) และ
- 2) คำว่า “เพื่อป้องกันสิทธิของผู้อื่น” แสดงว่า “การป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย” เป็น “หน้าที่ในการรักษากฎหมาย” (Rechtsbewahrung)⁶⁹

อย่างไรก็ตาม “อำนาจในการคุ้มครองตนเอง” (Selbstschutz/Self-protection) ของ บุคคลยังเป็นแนวความคิดนำในเรื่องของ “การป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย”

อำนาจในการคุ้มครองตนเอง (Selbstschutz/Self-protection) ของบุคคลนั้นแสดงให้เห็น เห็นว่า “การป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย” กระทำได้เฉพาะกรณีของการป้องกัน “คุณธรรมทาง กฎหมายที่เป็นส่วนบุคคล” (Individualrechtsgut) เท่านั้น บุคคลจะกระทำเพื่อป้องกันความสงบ เรียบร้อยสาธารณะ หรือเพื่อป้องกันระบบกฎหมายโดยรวมไม่ได้ และ หน้าที่ในการรักษากฎหมาย ของบุคคลในการป้องกันสิทธิของผู้อื่นก็แสดงให้เห็นว่า “การป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย

⁶⁹ คณิต ฌ นคร จ (2551). กฎหมายอาญาภาคความผิด. หน้า 212.

ต้องจำกัดอยู่เฉพาะเท่าที่เกี่ยวกับ “คุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนบุคคล” (Individualrechtsgut) เช่นเดียวกัน

การป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 68 มีสาระสำคัญอยู่ 4 ประการคือ⁷⁰ 1) มีภัยอันตรายซึ่งเกิดจากการประทุษร้ายอันละเมิดต่อกฎหมาย 2) ภัยอันตรายนั้นเป็นภัยอันตรายที่ใกล้จะถึง 3) ผู้กระทำความผิดต้องกระทำเพื่อป้องกันสิทธิของตนเองหรือของผู้อื่นให้พ้นภัยอันตรายนั้น 4) การกระทำโดยป้องกันสิทธินั้นไม่เกินขอบเขต

1) มีภัยอันตรายซึ่งเกิดจากการประทุษร้ายอันละเมิดต่อกฎหมาย

ภัยอันตราย หมายถึง ความน่ากลัวที่จะเกิดอันตราย⁷¹ โดยเป็นภัยที่เป็นความเสียหายต่อชีวิต ร่างกาย เสรีภาพ ชื่อเสียง ทรัพย์สิน ฯลฯ ซึ่งเป็นสิทธิของบุคคล

การประทุษร้าย หมายถึง การกระทำที่คุกคามสิทธิซึ่งเป็นการกระทำที่คุกคามคุณธรรมทางกฎหมาย (Rechtsgut) ทุกชนิด ที่ไม่เพียงแต่ชีวิตหรือความปลอดภัยของร่างกายเท่านั้น⁷²

ดังนั้น ภัยอันตรายที่ป้องกันได้ต้องเป็นภัยอันตรายที่เกิดขึ้นโดยละเมิดต่อกฎหมาย มิใช่ว่ามีภัยเกิดขึ้นแล้วบุคคลจะป้องกันได้เสมอไป⁷³ ดังนั้นการประทุษร้ายจึงเป็นภัยที่เกิดจากการกระทำของบุคคล สัตว์ไม่สามารถที่จะประทุษร้ายได้กรณีที่มีมนุษย์ใช้สัตว์เป็นเครื่องมือในการกระทำความผิดถือว่าเป็นการกระทำโดยมนุษย์

ละเมิดต่อกฎหมาย หมายความว่า ภัยที่ผู้กระทำไม่มีอำนาจตามกฎหมายที่จะทำได้ เทียบได้กับการกระทำโดยผิดกฎหมายในกรณีละเมิด ตามความหมายในมาตรา 420 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ฉะนั้น ในกรณีที่กระทำด้วยความจำเป็นตามมาตรา 67 ไม่ต้องรับโทษ แต่ก็ยังคงเป็นภัยที่ผิดกฎหมายซึ่งผู้รับภัยที่เกิดจากผู้กระทำด้วยความจำเป็นอาจป้องกันต่อสู้ภัยนั้นได้ แต่ถ้าภัยนั้นเกิดจากการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมายแล้ว ก็เป็นภัยที่ผู้ได้รับภัยนั้นจำเป็นต้องยอมรับ ไม่มีสิทธิที่จะป้องกันภัยอันตรายนั้นได้⁷⁴

2) ภัยอันตรายนั้นเป็นภัยอันตรายที่ใกล้จะถึง

การใช้สิทธิป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย จะต้องกระทำต่อภัยอันตรายที่ใกล้จะถึงและในถ้อยคำของมาตรา 68 ที่ว่า เป็นภัยอันตรายที่ใกล้จะถึงและจำเป็นต้องกระทำเพื่อป้องกัน แสดงถึงวาระที่เริ่มใช้สิทธิป้องกันได้ตลอดไปจนถึงวาระที่ไม่จำเป็นต้องกระทำเพื่อป้องกันต่อไป นักนิติศาสตร์จึง

⁷⁰ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, เล่มเดิม, หน้า 240.

⁷¹ หยุต แสงอุทัย ข เล่มเดิม, หน้า 180.

⁷² คณิต ณ นคร จ เล่มเดิม, หน้า 213.

⁷³ จิตติ ดิงศภัทัย, เล่มเดิม, หน้า 682.

⁷⁴ จิตติ ดิงศภัทัย, เล่มเดิม, หน้า 685.

วางหลักเกณฑ์ไว้ว่า ต้องเป็นภัยที่แท้จริงและหลีกเลี่ยงไม่ได้⁷⁵ หากภัยอันตรายยังคงอยู่ห่างไกล ผู้รับภัยย่อมมีหนทางที่จะขจัดปัดเป่าอันตรายซึ่งจะเกิดขึ้นได้ การวินิจฉัยปัญหาว่าเป็นอันตรายที่ใกล้จะถึงหรือไม่นั้นจะต้องดูจากพฤติการณ์เป็นรายเรื่องไป คงวางหลักได้กว้างๆ เพียงว่าถ้าการประทุษร้ายอันเป็นเหตุแห่งภัยอันตรายนั้นได้เกิดขึ้นแล้วและยังคงมีอยู่ไม่สิ้นสุดไปก็ดีหรือการประทุษร้ายเช่นนั้นใกล้จะเกิดขึ้นแล้ว ก็ถือว่าภัยอันตรายที่ใกล้จะถึงได้ ในกรณีภัยอันตรายเกิดขึ้นจากการกระทำโดยประมาท หากภัยอันตรายนั้นใกล้จะถึงก็ทำการป้องกันได้ แม้ว่าผู้ก่อภัยอันตรายนั้นจะยังไม่มีคามผิดเลยก็ตาม⁷⁶

มีปัญหาว่าจำเป็นหรือไม่ที่ผู้ประสบภัยจะต้องหลบหนีเสียก่อน กรณีนี้ทั้งแนวคำพิพากษา⁷⁷ และแนวความเห็นนักนิติศาสตร์⁷⁸ ถือว่าไม่มีความจำเป็นที่จะต้องหลบหนีและทั้งยังมีความเห็นว่าเป็นหน้าที่ของบุคคลที่จะต้องต่อสู้กับภัยอันละเมิดต่อกฎหมายมิให้เกิดขึ้นด้วยซ้ำไป⁷⁹

3) ผู้กระทำความผิดต้องกระทำเพื่อป้องกันสิทธิของตนเองหรือของผู้อื่นให้พ้นภัยอันตรายนั้น การกระทำเพื่อป้องกันสิทธิ ผู้กระทำความผิดต้องมีเจตนาธรรมดาและเจตนาพิเศษหรือมูลเหตุจงใจเพื่อป้องกันสิทธิ หากได้กระทำด้วยมูลเหตุจงใจอย่างอื่น เช่น เพื่อแก้แค้นตอบแทน ก็ไม่สามารถเป็นข้อแก้ตัวได้ตามมาตรา 68 นี้⁸⁰

การป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย ไม่เพียงสามารถป้องกันสิทธิของตนเองเท่านั้น ยังรวมไปถึงสิทธิของผู้อื่นด้วย ความสามารถในการป้องกันสิทธิของผู้อื่นมิได้แม้ทั้งผู้อื่นนั้นจะไม่มีคามสัมพันธ์ใดๆ กับผู้ใช้สิทธิในการป้องกันก็ตาม เพราะถือว่าเป็นหน้าที่ของพลเมืองที่จะต้องช่วยกันป้องกันภัยอันตรายที่ผิดกฎหมาย แม้เป็นภัยอันตรายแก่บุคคลอื่นก็ตาม⁸¹

การป้องกันสิทธิของผู้อื่นนี้ ต้องเป็นกรณีที่ผู้อื่นนั้นมีสิทธิป้องกันตนเองได้อยู่แล้ว ผู้กระทำจึงป้องกันแทนผู้อื่นได้ แม้ในกรณีที่ผู้อื่นนั้น “ไม่สามารถ” ป้องกันตนเองได้ แต่มี “สิทธิ” ในการป้องกันตนเอง กรณี เช่นนี้ก็มีกรณีป้องกันแทนผู้อื่นได้ เช่น กรณีที่เป็นเด็ก คนป่วยหรือคนชรา เป็นต้น แต่หากในกรณีที่ผู้อื่นหมดสิทธิในการป้องกันตนเองแล้วไม่ได้ เว้นแต่จะอ้างป้องกันโดยสำคัญผิด

⁷⁵ แหล่งเดิม. หน้า 699.

⁷⁶ เกียรติขจร วังนสวรรค์. เล่มเดิม. หน้า 250.

⁷⁷ คำพิพากษาฎีกาที่ 169/2504.

⁷⁸ จิตติ ดิงศภัทัย. เล่มเดิม. หน้า 702.

⁷⁹ แหล่งเดิม.

⁸⁰ แหล่งเดิม. หน้า 711.

⁸¹ เกียรติขจร วังนสวรรค์. เล่มเดิม. หน้า 259.

4) การกระทำโดยป้องกันสิทธิไม่เกินขอบเขต

การกระทำด้วยเจตนาพิเศษเพื่อป้องกันสิทธิจะต้องอยู่ภายในขอบเขตหากได้กระทำไปเกินขอบเขต กรณีนี้ก็ไม่ถือว่าเป็นการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย

ขอบเขตของการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายในประมวลกฎหมายอาญาจากหลักเกณฑ์ของการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายดังกล่าว ตามมาตรา 68 ประมวลกฎหมายอาญาจะต้องกระทำโดยป้องกันสิทธิไม่เกินขอบเขตแห่งการจะต้องกระทำเพื่อป้องกันตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 69 ประกอบด้วย

3.5.2 ขอบเขตของการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย

ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 69 บัญญัติว่า “ในกรณีที่บัญญัติไว้ในมาตรา 67 และมาตรา 68 นั้น ถ้าผู้กระทำได้กระทำไปเกินสมควรแก่เหตุ หรือเกินกว่ากรณีแห่งความจำเป็น หรือเกินกว่ากรณีแห่งการจำต้องกระทำเพื่อป้องกัน ศาลจะลงโทษน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดนั้นเพียงใดก็ได้ แต่ถ้าวการกระทำนั้นเกิดขึ้นจากความตื่นตื่น หรือความกลัวศาลจะไม่ลงโทษผู้กระทำก็ได้”

จากบทบัญญัติในมาตรา 69 จะเห็นได้ว่าการป้องกันที่เกินขอบเขต ซึ่งถือว่าเป็นการป้องกันที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้น มี 2 กรณีด้วยกันคือ 1) การป้องกันเกินสมควรแก่เหตุ 2) การป้องกันเกินกว่ากรณีแห่งการจำต้องกระทำเพื่อป้องกัน ดังจะกล่าวต่อไปนี้คือ

3.5.2.1 การป้องกันเกินสมควรแก่เหตุ

การป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายนั้น จะต้อง “กระทำพอสมควรแก่เหตุ” หากผู้กระทำได้กระทำไป “เกินสมควรแก่เหตุ” การกระทำก็เป็นความผิด

การป้องกันพอสมควรแก่เหตุ ประกอบด้วยหลัก 2 ประการ คือ

(1) ผู้ป้องกันได้กระทำการป้องกันสิทธิของตนเอง หรือของผู้อื่นให้พ้นภัยอันตรายนั้น ด้วยวิธีทางน้อยที่สุดเท่าที่จำต้องกระทำเรียกว่าทฤษฎี วิธีทางน้อยที่สุด และ

(2) ผู้ป้องกันได้กระทำการป้องกันโดยได้สัดส่วนกับภัยอันตราย เรียกว่า ทฤษฎีสัดส่วนหลักในข้อแรก เรียกว่า ทฤษฎี “วิธีทางที่น้อยที่สุด” หลักในข้อที่สองเรียกว่า ทฤษฎี “สัดส่วน”⁸²

หลักทั้งสองข้อนี้จะต้องพิจารณาประกอบกัน หากไม่เกินสัดส่วนแต่เกินวิธีทางน้อยที่สุดก็ถือว่าเป็นการป้องกันเกินสมควรแก่เหตุ ในทำนองเดียวกัน หากเกินสัดส่วนแม้ไม่เกินวิธีทาง

⁸² หยุด แสงอุทัย, *กฎหมายอาญา ภาค 1*, หน้า 182. และ หยุด แสงอุทัย, *ประมวลกฎหมายอาญาเรียนด้วยตนเอง*, หน้า 127 - 128.

ที่น้อยที่สุด ก็ถือว่าเป็นการป้องกันเกินสมควรแก่เหตุเช่นกัน⁸³ ซึ่งนักนิติศาสตร์ได้อธิบายให้เหตุผลไว้ ดังนี้

ก. ศาสตราจารย์ ดร.หยุด แสงอุทัย

ได้อธิบายทฤษฎีสัดส่วนและทฤษฎีวิธีทางน้อยที่สุดไว้ดังนี้

ก) ทฤษฎีสัดส่วน

พิจารณาว่าอันตรายที่จะพึงเกิดขึ้น หากไม่ป้องกันจะได้สัดส่วนกับอันตรายที่ผู้กระทำได้กระทำเนื่องจากการป้องกันนั้นหรือไม่ เช่น เขาจะตบหน้าเรา เราใช้มีดแทงเขาตายไม่ได้ เพราะการถูกตบหน้ากับความตายไม่ได้สัดส่วนกัน⁸⁴

ข) ทฤษฎีวิธีทางที่น้อยที่สุด

พิจารณาว่าถ้าผู้กระทำได้ใช้วิธีทางน้อยที่สุดที่จะทำให้เกิดอันตรายก็ถือว่าได้กระทำไปพอสมควรแก่เหตุแล้ว โดยไม่ต้องคำนึงถึงสัดส่วนระหว่างอันตรายที่จะพึงเกิดขึ้น เช่น ก. เป็นง่อยไปไหนไม่ได้ ข. จึงเขกศีรษะ ก. เล่น โดยเห็นว่า ก. ไม่มีทางกระทำตอบแทนได้เลย ก. ห้ามปรามเท่าใด ข. ที่ไม่เชื่อฟัง การที่ ก. จะป้องกันมิให้ ข. เขกศีรษะมีวิธีเดียวคือใช้มีดแทง ข. เป็นการกระทำไปพอสมควรแก่เหตุเพราะเป็นวิธีทางน้อยที่สุดที่จะป้องกันได้⁸⁵ ซึ่งศาสตราจารย์ ดร.หยุด แสงอุทัย เห็นด้วยกับทฤษฎีหลักนี้

ข. ศาสตราจารย์ จิตติ ดิงศภัทัย

มีความเห็นว่ากระทำพอสมควรแก่เหตุ กฎหมายไม่ได้บัญญัติไว้โดยชัดแจ้งจึงต้องวินิจฉัยเปรียบเทียบกับของบุคคลทั่วไปที่อยู่ในฐานะอย่างผู้ที่ตกอยู่ในภัย เช่นนั้นจะพึงกระทำโดยสมควรเพียงใด ทั้งจะต้องคำนึงถึงความฉุกเฉินที่บังกับ ผู้ต้องรับภัยอันใกล้จะถึงให้ตัดสินใจโดยฉับพลัน ซึ่งอาจจะทำให้บุคคลในภาวะเช่นนั้นมองเห็นภัยที่ร้ายแรงกว่าความเป็นจริงหรือตัดสินใจเกินเลยไปบ้าง ฉะนั้นจึงต้องคำนึงถึงความยากในการที่จะยับยั้งชั่งใจทำแต่พอดีในภาวะฉุกเฉินเช่นนั้นด้วยกล่าวโดยเฉพาะก็คือ ถ้าภัยที่เกิดขึ้นและการกระทำเพื่อป้องกันภัยนั้นไม่เกินสมควร ถือได้ว่าการป้องกันนั้นพอสมควรแก่เหตุ แต่การกระทำที่เกินสัดส่วนไปอาจถือว่าไม่เกินสมควรได้ เช่น ก. จะยิง ข. หรือทำร้าย ข. ด้วยดาบ หรือไล่ฟันแทงด้วยมีด ซึ่งอาจร้ายแรงถึงตายได้ ข. อาจป้องกันด้วยอาวุธที่ทำให้ ก. ถึงตายไม่เป็นการเกินสมควรแก่เหตุ และจากถ้อยคำของมาตรา 68 ที่ว่า “จำต้องกระทำ” ทำให้ผู้ป้องกันย่อมกระทำได้เท่าที่จำเป็นต้องกระทำเพื่อให้พ้นภัย ซึ่งหมายถึงกฎหมายให้ทำน้อยที่สุดเท่าที่จำต้องกระทำเท่านั้น จะทำไปมากกว่านั้นไม่ได้ ฉะนั้นจึงมี

⁸³ จิตติ ดิงศภัทัย, เล่มเดิม, หน้า 659 - 660.

⁸⁴ หยุด แสงอุทัย, กฎหมายอาญาภาค 1, หน้า 182.

⁸⁵ แหล่งเดิม.

ผลว่าแม้จะได้กระทำไปเกินสัดส่วนแห่งภัยที่ใกล้จะถึง ตามที่กล่าวมาแล้วถ้าทำไปเกินกว่าที่จำต้องทำ คือเกินกว่าขั้นน้อยที่สุดที่กฎหมายยอมให้ทำได้ก็ถือว่าเป็นการเกินขอบเขตของการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย และแม้ผู้ป้องกันจะกระทำอย่างน้อยที่สุดที่จำต้องกระทำ แต่ถ้าได้กระทำไปเกินสมควรแก่เหตุแห่งภัยที่ใกล้จะถึงก็ถือว่าทำเกินขอบเขตของการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย เช่น มีคนกำลังพาทรัพย์ของเราหนี ถ้าเราไม่ยิงคนนั้นเราก็ไม่มีทางอื่นที่จะป้องกันมิให้เขาพาทรัพย์ของเราหนีพ้นสูญหายไปได้ แม้เราไม่มีทางกระทำเพื่อป้องกันโดยวิธีอื่นน้อยกว่าที่จะยิงคนนั้น การที่เรายิงคนนั้นก็เพื่อป้องกันทรัพย์ของเรายังคงเป็นการเกินสมควรแก่เหตุ⁸⁶

พฤติการณ์อย่างไรที่จะเป็นการป้องกันพอสมควรแก่เหตุ หรือเกินสมควรแก่เหตุ นั้นมีแนวคำพิพากษาเป็นตัวอย่างในแต่ละกรณีดังต่อไปนี้ คือ

ก) กรณีที่ศาลฎีกาถือว่าป้องกันพอสมควรแก่เหตุ

(ก) คำพิพากษาฎีกาที่ 4544/2531⁸⁷ ผู้ตายกับพวกบุกกรุกเข้าไปในบริเวณบ้านของจำเลยในเวลากลางคืนโดยเจตนาที่จะลักทรัพย์ เมื่อจำเลยได้ยินเสียงสัญญาณป้องกันขโมยดังขึ้นจึงนำอาวุธปืนสั้นลงมามาก ก็ถูกฝ่ายผู้ตายใช้อาวุธปืนยิงก่อนในระยะใกล้ แม้กระสุนปืนไม่ถูกจำเลยก็ยังไม่เป็นการแน่นอนว่าฝ่ายผู้ตายจะยิงซ้ำอีกหรือไม่ การที่จำเลยใช้อาวุธปืนยิงไปทางกลุ่มคนร้ายซึ่งมีผู้ตายอยู่ด้วยเพียงนัดเดียวในระยะกระชั้นชิด ถูกผู้ตายถึงแก่ความตาย ดังนี้ การกระทำของจำเลยเป็นการป้องกันสิทธิในชีวิตและทรัพย์สินของตนให้พ้นอันตรายอันเกิดจากการประทุษร้ายของผู้ตายกับพวกพอสมควรแก่เหตุเป็นการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 68

(ข) คำพิพากษาฎีกาที่ 1251/2533⁸⁸ ผู้เสียหายไปพบจำเลยและพูดต่อว่า เรื่องโคของจำเลยกินต้นยางของผู้เสียหายให้จำเลยใช้เงิน จำเลยไม่ยอม ทำให้เกิดโต้เถียงกัน ผู้เสียหายว่าไม่ให้จะเอาให้ตายและชักมีดปลายแหลมเดินเข้ามาหาจำเลยในระยะประมาณ 3 วา เพื่อจะแทงจำเลย จำเลยพิจารณาขวาด้วนนั่งอยู่บนแคร่จะขยับตัวหนียอมไม่ทัน ในภาวะเช่นนี้นับว่าเป็นอันตรายซึ่งเกิดจากการประทุษร้ายอันละเมิดต่อกฎหมาย และเป็นอันตรายที่ใกล้จะถึง จำเลยยิงผู้เสียหาย 1 นัด กระสุนปืนถูกผู้เสียหายบริเวณไหล่ซ้าย ดังนี้ จำเลยกระทำพอสมควรแก่เหตุ จึงเป็นการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย

⁸⁶ จิตติ ดิงศภักย์, เล่มเดิม, หน้า 715 - 734.

⁸⁷ สำนักศึกษาอบรมกฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, หน้า 2680.

⁸⁸ บริการส่งเสริมงานตุลาการ, คำพิพากษาศาลฎีกา พ.ศ. 2533, หน้า 129 - 130.

(ค) คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2066/2533⁸⁹ ผู้ตายกับพวกรวม 3 คน ถีบประตูห้องพักของจำเลยเพื่อจะเข้าไปทำร้ายจำเลย จนกลอนประตูหลุดประตูเปิด แล้วเข้าไปทำร้ายจำเลยและจะทำร้ายภรรยาจำเลยซึ่งมีครรภ์ เป็นการกระทำที่อุกอาจและเป็นอันตรายที่เกิดจากการประทุษร้ายอันละเมิดต่อกฎหมายทั้งเป็นอันตรายที่ใกล้จะถึงการที่จำเลยใช้มีดแทงคนทั้งสาม แม้จะแทงหลายที่ก็เป็นการป้องกันพอสมควรแก่เหตุ การกระทำของจำเลยในขณะนั้นจึงไม่มีความผิด

(ง) คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2423/2533⁹⁰ โจทก์ร่วมมีเรื่องขัดแย้งกับบุตรจำเลย โดยเป็นฝ่ายไปที่บ้านจำเลยถึงแม้จำเลยค่าโจทก์ร่วมแต่ก็ยังไม่มีพฤติการณ์อื่นให้เห็นว่าจำเลยสมัครใจจะเข้าต่อสู้กับโจทก์ร่วมด้วยกำลังกายได้ความว่าโจทก์ร่วมมีรูปร่างใหญ่ แข็งแรงและหนุ่มกว่าจำเลยเข้าชกและกอดปล้ำจำเลยเป็นเวลานาน หากยังกอดปล้ำจำเลยต่อไปอาจทำให้จำเลยได้รับอันตรายแก่กายได้ จึงเป็นอันตรายซึ่งเกิดจากการประทุษร้ายอันละเมิดต่อกฎหมายและเป็นอันตรายที่ใกล้จะถึงการที่จำเลยใช้มีดแทงโจทก์ร่วม 2 ครั้ง จึงเป็นการป้องกันพอสมควรแก่เหตุ

ตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่ยกมานี้เป็นกรณีที่ผู้ทำการป้องกันเผชิญหน้ากับอันตรายและการป้องกันครบหลักเกณฑ์ของการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย

ข) กรณีที่ศาลฎีกาถือว่าป้องกันเกินสมควรแก่เหตุ

(ก) คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1579/2529⁹¹ แม้ผู้ตายกับจำเลยจะเป็นสามีภริยากัน ผู้ตายก็ไม่มีอำนาจอันชอบธรรมที่จะทำร้ายจำเลยเมื่อผู้ตายเป็นผู้ก่อเหตุ ค่าและดับจำเลยก่อนจนเป็นเหตุให้จำเลยได้รับอันตรายแก่กาย จำเลยย่อมมีสิทธิที่จะป้องกันตัวได้ การที่จำเลยใช้มีดแทงผู้ตายเพื่อยับยั้งมิให้ทำร้ายจำเลยอีก จึงเป็นการกระทำเพื่อป้องกันสิทธิตนให้พ้นจากการถูกทำร้าย แต่ขณะเกิดเหตุผู้ตายเพียงแต่ดบเตะจำเลยโดยไม่ใช้อาวุธ การที่จำเลยใช้มีดปลายแหลมแทงผู้ตายหลายครั้งจนปรากฏบาดแผลถึง 5 แผล เป็นเหตุให้ถึงแก่ความตาย ถือว่าจำเลยได้กระทำความเกินกว่ากรณีแห่งการจำต้องกระทำเพื่อป้องกัน จำเลยมีความผิดฐานฆ่าคนตายโดยเจตนาเพื่อป้องกันเกินสมควรแก่เหตุตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 288 ประกอบกับมาตรา 68, 69

(ข) คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2983/2531⁹² ก่อนเกิดเหตุผู้ตายนั่งซ้อนท้ายรถจักรยานยนต์จะกลับบ้าน ระหว่างทางพบจำเลยขี่รถจักรยานยนต์ตามมา เมื่อเข้าใกล้กันจำเลยได้ทวงหนี้ค่าสุราจากผู้ตาย ผู้ตายเรียกให้จำเลยหยุดรถเพื่อจะจ่ายเงินแต่เมื่อเข้ามาจริงๆ ผู้ตายมีลักษณะโกรธเคืองและพูดว่าต้องสั่งสอน ผู้ตายเดินเข้าไปหาจำเลยเพื่อจะทำร้ายเมื่อผู้ตายเข้ามาใกล้ประมาณ 1 วา จำเลยใช้

⁸⁹ สำนักศึกษาอบรมกฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา. หน้า 695.

⁹⁰ สำนักศึกษาอบรมกฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา. หน้า 778.

⁹¹ สำนักศึกษาอบรมกฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา. หน้า 774 - 776.

⁹² สำนักศึกษาอบรมกฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา. หน้า 1940 - 1942.

อาวุธปืนยิงผู้ตาย 1 นัด ถึงแก่ความตาย ปรากฏว่าผู้ตายเป็นคนรูปร่างสูงใหญ่ แข็งแรงดีและอ้วนกว่าจำเลย จำเลยจึงมีสิทธิป้องกันตัวไม่ให้ถูกทำร้าย แต่การป้องกันตัวของจำเลยดังกล่าวจำเลยได้ใช้อาวุธปืนซึ่งเป็นอาวุธร้ายแรงยิงผู้ตายซึ่งเชื่อว่ามีเพียงมือเปล่าเท่านั้น ดังนั้นเป็นความผิดฐานฆ่าผู้อื่นโดยป้องกันตัวเกินสมควรแก่เหตุตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 228 ประกอบด้วยมาตรา 69

(ค) คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 99/2534⁹³ เมื่อข้อเท็จจริงตามคำให้การชั้นสอบสวนของจำเลย แสดงพฤติการณ์ของผู้ตายว่า จะใช้มีดขอทำร้ายจำเลย จำเลยใช้อาวุธปืนยิงผู้ตาย จึงเป็นการกระทำโดยป้องกัน แต่ผู้ตายไม่ได้จู่โจมเข้ามาทำร้ายจำเลย จำเลยอาจจะเลือกยิงอวัยวะอื่นที่ไม่เป็นอันตรายจนถึงตายได้ จำเลยกลับยิงที่หน้าอกของผู้ตายซึ่งเป็นอวัยวะสำคัญ จึงเป็นการป้องกันเกินสมควรแก่เหตุ

ตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่ยกมานี้เป็นกรณีที่ศาลพิจารณาถึงความร้ายแรงของภยันตรายอาวุธที่ใช้ในการป้องกัน และการเลือกกระทำในการตอบโต้ภยันตราย

3.5.2.2 การป้องกันเกินกว่ากรณีแห่งการจำต้องกระทำเพื่อป้องกัน

หมายความว่า เป็นการกระทำโดยมีเจตนาพิเศษเพื่อป้องกันสิทธิต่อภยันตรายที่ยังอยู่ห่างไกลหรือต่อภยันตรายที่ผ่านพ้นไปแล้ว⁹⁴ นักนิติศาสตร์ได้ให้ความเห็นในกรณีนี้คือ

ก. ศาสตราจารย์ จิตติ ดิงศัททีย

มีความเห็นว่า ถ้าได้กระทำโดยเจตนาพิเศษเพื่อป้องกันสิทธิแล้วแม้ได้กระทำต่อภัยที่ไม่ใกล้จะถึงหรือผ่านพ้นไปแล้ว ก็ยังเป็นการกระทำเพื่อป้องกันแต่ถือว่าเป็นการกระทำที่เกินกว่ากรณีแห่งการจำต้องกระทำเพื่อป้องกัน โดยมีคำพิพากษาศาลฎีกาที่สนับสนุนคือ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2447/2527⁹⁵ (กรณีกระทำการป้องกันต่อภัยที่ยังอยู่ห่างไกล) กระบี่ของจำเลยถูกลักไปหลายครั้งคงเหลืออยู่เพียงตัวเดียว คืบเกิดเหตุเวลาประมาณ 19 นาฬิกา ผู้ตายเดินผ่านหน้าบ้านจำเลยตามทางที่มีคนเดินเป็นประจำ จำเลยยิงผู้ตายเพราะเข้าใจผิดว่าเป็นคนร้ายมาลักกระบี่มีเหตุให้จำเลยต้องป้องกันทรัพย์แต่เป็นการกระทำที่เกินกว่ากรณีแห่งการจำต้องกระทำเพื่อป้องกัน จำเลยจึงมีความผิดตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 228 ประกอบด้วยมาตรา 69 และในฎีกาที่ 529/2517⁹⁶ (กรณีกระทำการป้องกันต่อภัยที่ผ่านพ้นไปแล้ว) คนร้ายลอบวางเพลิงบ้านจำเลยในตอนกลางคืน จำเลยเห็นผู้ตายยืนอยู่หน้าบ้าน สำคัญผิดว่าเป็นคนร้ายจึงใช้ปืนยิงผู้ตายดังนี้ ถือได้ว่าจำเลยกระทำ

⁹³ สำนักศึกษาอบรมกฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา. หน้า 48 - 50.

⁹⁴ จิตติ ดิงศัททีย. เล่มเดิม. หน้า 65.

⁹⁵ สำนักศึกษาอบรมกฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา. หน้า 1708 - 1710.

⁹⁶ สำนักศึกษาอบรมกฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา. หน้า 324 - 326.

ไปเพื่อป้องกันทรัพย์สินของตน แต่ข้อเท็จจริงไม่ได้หมายความว่าผู้ตายทำอะไรแก่บ้านจำเลยไม่มีเหตุอันสมควรที่จำเลยต้องยิงผู้ตายการกระทำของจำเลยจึงเกินกว่ากรณีแห่งการจำต้องกระทำเพื่อป้องกันทรัพย์สิน

ข. ศาสตราจารย์ ดร. คณิต ฌ นคร

มีความเห็นว่าการประทุษร้ายอันเป็นเงื่อนไขที่จะป้องกันได้นั้นอาจเกิดจากการคุกคามสิทธิที่ไม่แจ่มชัดและรู้สึกได้ ฉะนั้นในกรณีที่ผู้ประทุษร้ายอยู่ในสภาพนี้ ย่อมถือว่าการป้องกันนั้นเป็นการเกินกว่ากรณีจำต้องกระทำเพื่อป้องกันได้เช่น เด็กหรือคนวิกลจริตจะประทุษร้ายเราเลี้ยงไปเสียก็ได้ ไม่จำต้องกระทำเพื่อป้องกัน แต่เราไม่เลี้ยงไป เป็นต้น⁹⁷

พฤติการณ์อย่างไรจะเป็นเรื่องการป้องกันต่อภัยที่ยังอยู่ห่างไกลหรือภัยที่ผ่านพ้นไปแล้วนั้นขึ้นอยู่กับพฤติการณ์ในแต่ละกรณีไป ซึ่งมีแนวคำพิพากษาของศาลพอเป็นแนวทางดังนี้คือ

ก) กรณีที่ศาลถือว่ากระทำการป้องกันต่อภัยที่ยังอยู่ห่างไกล

(ก) คำพิพากษาฎีกาที่ 2442/2527⁹⁸ กระบือของจำเลยถูกลักไปหลายครั้งคงเหลืออยู่ตัวเดียว คืบเกิดเหตุเวลาประมาณ 19 นาฬิกา ผู้ตายเดินผ่านหน้าบ้านจำเลยตามทางที่มีคนเดินประจำ จำเลยยิงผู้ตายเพราะเข้าใจผิดว่าเป็นคนร้ายมาลักกระบือมีเหตุให้จำเลยต้องป้องกันทรัพย์สิน แต่ก็เป็นกระกระทำที่เกินกว่ากรณีที่จะต้องกระทำเพื่อป้องกัน จำเลยจึงมีความผิดตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 288 ประกอบด้วยมาตรา 69

(ข) คำพิพากษาฎีกาที่ 200/2530⁹⁹ จำเลยกับผู้ตายไม่มีสาเหตุโกรธเคืองกัน ผู้ตายเคยสู้ของจำเลยเป็นภริยาแต่จำเลยไม่ตกลงด้วย ในวันเกิดเหตุผู้ตายเมาสุรามาก ได้หลอกลวงจำเลยว่าบุตรของจำเลยป่วยหนัก สามจำเลยให้ผู้ตายมารับจำเลย จำเลยจึงขอมั่นรถจักรยานยนต์ไปกับผู้ตายเมื่อไปถึงที่เปลี่ยผู้ตายลวนลามจำเลยด้วยการกอดปล้ำจำเลย จำเลยได้ใช้มีดแทงผู้ตาย 1 ที่ ถูกที่อวัยวะสำคัญ ซึ่งขณะนั้นจำเลยอยู่ในสภาพแต่งกายเรียบร้อย ทั้งผู้ตายก็ยังนั่งกางเกงอยู่ กรณียังไม่พอถือว่าเป็นภยันตรายที่ใกล้จะถึงสำหรับการจะถูกข่มขืนกระทำชำเราเป็นภยันตรายที่ใกล้จะถึงเฉพาะที่ผู้ตายกระทำอนาจารเท่านั้นและจำเลยอาจกระทำการใดเพื่อป้องกันโดยไม่จำเป็นต้องให้ผู้ตายถึงตายก็ได้การที่จำเลยใช้มีดแทงผู้ตายดังกล่าวจึงเป็นการป้องกันเกินสมควรแก่เหตุ

ตามคำพิพากษาฎีกาข้อ ก. เป็นกรณีที่ผู้ทำการป้องกันสำคัญคิดว่ามีภยันตรายจึงได้ทำการป้องกัน ส่วนคำพิพากษาฎีกาข้อ ข. เป็นกรณีที่ภยันตรายไม่ใกล้จะถึงและและการป้องกันไม่ได้สัดส่วนกับภยันตรายในขณะที่ทำการป้องกัน

⁹⁷ คณิต ฌ นคร จ เล่มเดิม. หน้า 33.

⁹⁸ สำนักศึกษาอบรมกฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา. หน้า 117 – 118.

⁹⁹ สำนักศึกษาอบรมกฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา. หน้า 1675 – 1677.

ข) กรณีที่ศาลถือว่ากระทำการป้องกันตัวที่ผ่านพ้นไปแล้ว

(ก) คำพิพากษาฎีกาที่ 1542/2509¹⁰⁰ จำเลยกับพวกเจ้าทรัพย์ติดตามเรือที่ถูกลักไปไปพบผู้ตายกับพวกอยู่ใกล้ๆ กับเรือที่ถูกลักนั้น ผู้ตายใช้ปืนลูกกระดยิงจำเลยแต่ไม่ถูก จำเลยยิงผู้ตายข้างหลัง 1 นัด การที่จำเลยยิงผู้ตายเมื่อผู้ตายหนีจากเรือไป 12 วา เป็นการกระทำเกินกว่ากรณีแห่งการจำต้องกระทำเพื่อป้องกัน

(ข) คำพิพากษาฎีกาที่ 2420/2530¹⁰¹ ผู้ตายใช้มีดยาวประมาณ 1 ช่วงแขน ไล่ฟันจำเลยที่ 1 จำเลยที่ 1 จึงใช้ปืนแก๊ปยิงผู้ตาย 1 นัด ขณะที่อยู่ห่างกันประมาณ 4 วา ผู้ตายวิ่งหนีไป 2 วา ก็ล้มลง จำเลยที่ 1 เอาปืนลูกซองยาวจากจำเลยที่ 2 มายิงซ้ำอีก 1 นัด แต่ไม่ถูกแล้วจำเลยทั้งสองนำผู้ตายไปทิ้งลงเหวดังนี้ เป็นพฤติการณ์ที่แสดงให้เห็นว่าจำเลยที่ 1 มีเจตนาฆ่าผู้ตายหลังจากยกยันตรายซึ่งเกิดจากการประทุษร้ายอันสะเมิดต่อกฎหมายได้ล่วงพ้นไปแล้วการกระทำของจำเลยที่ 1 เกินกว่ากรณีแห่งการจำต้องกระทำเพื่อป้องกัน

(ค) คำพิพากษาฎีกาที่ 2066/2533¹⁰² หลังจากผู้ตายวิ่งออกมาจากห้องพักของจำเลยแล้ว จำเลยติดตามออกมาและใช้มีดแทงผู้ตายอีก 3 ที่ เป็นเหตุให้ผู้ตายถึงแก่ความตาย แม้การกระทำของจำเลยดังกล่าวเป็นการกระทำที่ต่อเนื่องกระชั้นชิดกับการกระทำของจำเลยในตอนแรก ซึ่งเป็นการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย แต่เมื่อจำเลยแทงผู้ตายในขณะที่หมดโอกาสทำร้ายจำเลยแล้ว การกระทำของจำเลยในตอนนี้จึงเป็นการกระทำเกินกว่ากรณีแห่งการจำต้องกระทำเพื่อป้องกันตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 69

ตามคำพิพากษาฎีกาที่ย่อมานี้เป็นกรณีที่ในเบื้องต้นมียกยันตรายที่ใกล้จะถึงจึงให้ทำการป้องกันและต่อมาเมื่อยกยันตรายนั้นผ่านพ้นไปแล้วจึงไม่อาจอ้างการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายได้

3.6 หลักการป้องกันในกฎหมายต่างประเทศ

3.6.1 การป้องกันในระบบคอมมอนลอว์ (Common Law)

การป้องกันตามแนวทางของกลุ่มคอมมอนลอว์ (Common Law) สิ่งที่เราเรียกว่า “sedefendendo หรือ Self Defence” เดิมยึดถือกันว่าเป็นความผิดชนิดหนึ่งเพียงแต่ผู้กระทำในสิ่งเช่นนั้นสามารถอ้างแก้ตัวเพื่อยกเว้นการที่จะต้องรับโทษกล่าวคือ ในสมัยก่อนมีการมองว่าการป้องกันตัวโดยลักษณะของตัวเองแล้วไม่ใช่สิ่งที่ชอบด้วยกฎหมาย ไม่เป็น Justifiable Act

¹⁰⁰ สำนักศึกษาอบรมกฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา. หน้า 1743 – 1747.

¹⁰¹ สำนักศึกษาอบรมกฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา. หน้า 1817 – 1820.

¹⁰² สำนักศึกษาอบรมกฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา. หน้า 695 – 698.

แต่เมื่อกระทำลงไปแล้วก็ได้รับการอภัยจากความเมตตาของกฎหมาย¹⁰³ ซึ่งการส่งผลของแนวความคิดดังกล่าวยังมีอิทธิพลบางประการต่อทัศนคติที่ยังสะสมมาซึ่งมีผู้พิพากษาบางคนยังคงลังเลอยู่ที่จะยอมรับว่าเรื่องการป้องกันเป็นสิ่งที่ชอบด้วยกฎหมายอันมีผลต่อการพิจารณาในการแยกระหว่าง การชอบด้วยกฎหมายและเรื่องการยกเว้นโทษ (Justification and Excuse) ซึ่งในเรื่องนี้ในทางอเมริกาได้มีการกำหนดไว้ใน Model Penal Code S.3.04 อันแสดงให้เห็นว่าในการป้องกันไม่ใช่เป็นเรื่องการยกเว้นโทษ แต่เป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมาย¹⁰⁴

3.6.1.1 ประเทศสหรัฐอเมริกา

การศึกษาเรื่องการป้องกันในสหรัฐอเมริกาจะศึกษาโดยอาศัย Model Penal Code แบ่งแยกการป้องกันออกเป็น 3 เรื่องคือ 1) การป้องกันตนเอง 2) การป้องกันผู้อื่น 3) การป้องกันทรัพย์สิน

1) การป้องกันตนเอง

ตาม Model Penal Code ได้บัญญัติเรื่องการป้องกันตนเอง (Self Defence) ไว้ในมาตรา 3.04 มีสาระสำคัญโดยสรุปคือ บุคคลที่จะอ้างป้องกันตนเองได้จะต้องประกอบด้วยหลักเกณฑ์ 4 ประการ ดังนี้คือ

(1) การใช้สิทธิป้องกันมีความเชื่อว่าการกระทำการป้องกันเป็นความจำเป็นในการป้องกันตนเอง

(2) ความเชื่อของเขาตั้งอยู่บนพื้นฐานที่ว่ามีเหตุผลอันสมควร (Reasonable Ground)

(3) การกระทำที่ได้กระทำไปนั้นถูกเชื่อว่าเป็นการหลีกเลี่ยงภัยอันตรายในขณะนั้น (Imminent Danger)

(4) การที่ได้กระทำไปนั้นต้องไม่เกินขอบเขตไปกว่าความเชื่อว่าเป็นความจำเป็นที่จะผลักไส (Repel) ภัยอันตรายที่มีชอบด้วยกฎหมาย¹⁰⁵

ผู้ใช้สิทธิในการป้องกันจะต้องมีความเชื่อโดยมีเหตุผลอันสมควรว่ามีภัยอันตรายต่อเนื้อตัวร่างกายของเขาซึ่งเกิดจากการกระทำของอีกฝ่ายหนึ่งและผู้ป้องกันมีความจำเป็นที่จะต้องกระทำการเพื่อป้องกันในการหลีกเลี่ยงภัยอันตราย¹⁰⁶

การป้องกันตนเอง จึงต้องกระทำต่อภัยอันตรายที่มีชอบด้วยกฎหมายในกรณีที่อีกฝ่ายหนึ่งมีอำนาจกระทำโดยชอบด้วยกฎหมาย กรณีนี้ย่อมถือไม่ได้ว่ามีภัยอันตรายที่มีชอบด้วยกฎหมาย

¹⁰³ J.W.Turner. (1964). *Kenny Outline of Criminal Law*. p. 137.

¹⁰⁴ Glanville William. (1982). *The Theory of Excuse*. pp. 732, 738.

¹⁰⁵ John C.Klotter. (1982). *Criminal Law*. p. 312.

¹⁰⁶ Wayne R.la Fave and Austin W.Scott. Op.cit. p. 391.

นอกจากนี้ภัยอันตรายดังกล่าวมาแล้วจะมีขอบด้วยกฎหมาย ภัยอันตรายนั้นจะต้องเป็นภัยอันตรายใกล้จะถึง (Imminent) หรือเกิดขึ้น โดยทันใด (Immediate) ฉะนั้นภัยอันตรายในอนาคตที่ยังไม่เกิดขึ้นจึงมิใช่ภัยอันตรายที่ใกล้จะถึง¹⁰⁷

ในเรื่องความจำเป็นที่จะต้องหลบหนีภัยอันตราย (Necessity for Retreat) เรื่องนี้มีหลักการว่าเป็นนโยบายที่เข้มงวดต่อความไม่จำเป็นในการทำลายชีวิตมนุษย์และขณะเดียวกันก็เป็นนโยบายที่เข้มงวดต่อความไม่จำเป็นในการทำร้ายร่างกายผู้อื่น และในอีกทางหนึ่งเป็นนโยบายที่ไม่ต้องการให้บุคคลกลายเป็นคนจี้ฆาต¹⁰⁸

เป็นที่ยอมรับกันว่าบุคคลที่กระทำต่อผู้อื่นไม่ถึงตายหรือสาหัส (Non Deadly Force) แม้สามารถที่จะหลบหนีได้อย่างปลอดภัยแต่ก็ไม่ต้องมีความจำเป็นที่จะต้องหลบหนี¹⁰⁹ ส่วนการกระทำที่ถึงตายหรือสาหัส (Deadly Force) ในการป้องกันมีความเห็นแบ่งออกเป็น 2 แนวทาง ดังนี้¹¹⁰

(1) แนวทางแรกเป็นความเห็นจากคำพิพากษาของศาลสหรัฐอเมริกาซึ่งเป็นความเห็นส่วนใหญ่ ถือว่าผู้ใช้สิทธิป้องกันไม่จำเป็นต้องหนีก่อนที่จะใช้กำลังตอบโต้ถึงตายหรือสาหัส ต่อผู้ที่มาประทุษร้าย ซึ่งเขามีความเชื่อโดยมีเหตุผลอันสมควรว่าผู้นั้นจะเข้ามาฆ่าหรือทำร้ายร่างกายให้รับอันตรายสาหัส (Serious Bodily) แม้ผู้ใช้สิทธิในการป้องกันจะสามารถหลบหนีหรือหลีกเลี่ยงได้อย่างปลอดภัย

(2) แนวทางที่สอง เป็นความเห็นของฝ่ายข้างน้อยที่ค่อนข้างมีน้ำหนักซึ่งถือว่าเป็นความคิดแนวใหม่ ถือว่าผู้ใช้สิทธิในการป้องกันจะต้องหลบหนีหรือหลีกเลี่ยงเสียก่อน ก่อนที่จะใช้กำลังตอบโต้ถึงตายหรือสาหัส หากเขาสามารถหลบหนีได้อย่างปลอดภัยแต่ผู้ใช้สิทธิในการป้องกันไม่จำเป็นต้องหลบหนี เว้นแต่เขาจะทราบว่าเขาสามารถหลบหนีได้อย่างปลอดภัยโดยสมบูรณ์ ซึ่งในกรณีนี้เขาไม่จำเป็นต้องหลบหนีจากบ้านหรือสถานประกอบธุรกิจ เว้นแต่ผู้ก่อภัยอันตรายนั้นจะเป็นผู้ร่วมครอบครองสถานที่เช่นนั้นด้วย¹¹¹

ในกรณีการใช้สิทธิในการป้องกันแต่พลาดไปเกิดผลต่อบุคคลที่สาม ผู้ใช้สิทธิในการป้องกันจะต้องรับผิดชอบหรือไม่นั้น ในทางคอมมอนลอว์ (Common Law) ถือว่าไม่มีความผิด เว้นแต่พฤติการณ์เช่นนั้นเขาจะได้กระทำโดยประมาทเลินเล่อโดยจงใจ (Reckless) จึงจะรับผิดชอบ

¹⁰⁷ Ibid. p. 394.

¹⁰⁸ Ibid. p. 395.

¹⁰⁹ Ibid.

¹¹⁰ Ibid.

¹¹¹ Ibid. pp. 395-396.

ทำร้ายร่างกาย (Battery) หากมีเจตนาที่จะทำให้บาดเจ็บ (Merely Injures) หรือรับผิดฐานฆ่าคนตายโดยประมาท (Involuntary Manslaughter) ถ้าเขามีเจตนาฆ่า¹¹²

2) การป้องกันผู้อื่น

ตาม Model Penal Code บัญญัติเรื่องการป้องกันผู้อื่น (Protection of Other Persons or Defence of Another) ไว้ในมาตรา 3.05 มีหลักเกณฑ์พอสรุปไว้ว่า บุคคลหนึ่งสามารถที่จะกระทำโดยชอบด้วยกฎหมายในการกระทำที่พอสมควร (Reasonable Force) เพื่อป้องกันบุคคลอื่นหากเขามีความเชื่อโดยมีเหตุผลอันสมควร (Reasonably Belief) ว่าบุคคลอื่นนั้นตกอยู่ในอันตรายที่มีชอบด้วยกฎหมายต่อเนื้อตัวร่างกายเขาและเป็นอันตรายที่ใกล้จะถึง (Immediate Danger) ซึ่งเกิดจากฝ่ายตรงข้ามของบุคคลอื่นนั้น ทั้งนี้การกระทำเช่นนั้นเป็นการกระทำด้วยความจำเป็นในการหลีกเลี่ยงอันตรายเช่นนั้น ในบางมลรัฐมีกฎหมายจำกัดสิทธิในการป้องกันผู้อื่นไว้เฉพาะแต่ในกรณีที่ผู้อื่นนั้นมีความสัมพันธ์กับผู้ใช้สิทธิในการป้องกัน แต่ในบางมลรัฐถือว่าการป้องกันผู้อื่นนั้นเป็นการชอบด้วยกฎหมาย โดยไม่ต้องมีความสัมพันธ์ระหว่างผู้ใช้สิทธิในการป้องกันและผู้ที่ถูกประทุษร้าย¹¹³

ในคดีต่างๆ ของอังกฤษในตอนต้นๆ ถือว่าบุคคลหนึ่งไม่สามารถที่จะป้องกันบุคคลอีกคนหนึ่งได้ เว้นแต่จะมีความสัมพันธ์เป็นส่วนตัวกับบุคคลนั้น เช่น เป็นสามีภรรยา บุตร นายจ้าง หรือลูกจ้าง เป็นต้น บทบัญญัติของกฎหมายอเมริกา (American Statutes) ในหลายมลรัฐก็บัญญัติคล้ายคลึงกันนี้แต่ในกฎเกณฑ์รูปแบบใหม่ซึ่งถือว่าดีกว่าเดิม ถือว่ากรณีไม่จำเป็นต้องมีความสัมพันธ์ดังกล่าวก็สามารถใช้สิทธิในการป้องกันได้¹¹⁴

3) การป้องกันทรัพย์สิน

ตาม Model Penal Code บัญญัติเกี่ยวกับเรื่องการป้องกันทรัพย์สิน (Protection of Property or Defence of Property) ไว้ในมาตรา 3.06 มีหลักเกณฑ์ที่สำคัญสรุปได้คือ บุคคลสามารถกระทำการพอสมควร (Reasonable Force) ในการปกป้องทรัพย์สินของตนจากการบุกรุก (Trespass) หรือลักทรัพย์ (Theft) เมื่อเขามีความเชื่อโดยมีเหตุผลอันสมควรว่าทรัพย์สินของตนตกอยู่ในอันตรายที่ใกล้จะถึง (Immediate Danger) จากการแทรกแซงที่มีชอบด้วยกฎหมาย และการกระทำเช่นนั้นเป็นการกระทำเท่าที่จำเป็นที่จะหลีกเลี่ยงอันตราย

¹¹² Ibid. p. 396.

¹¹³ Ibid. p. 397.

¹¹⁴ Ibid.

จากหลักเกณฑ์ที่กล่าวมาแล้วทั้ง 3 เรื่องนั้น การป้องกันต้องอยู่ภายในขอบเขตของกฎหมาย ซึ่งประกอบไปด้วยหลักเกณฑ์ที่สำคัญ 2 ประการคือ¹¹⁵

- (1) ต้องเป็นการกระทำเพียงเท่านั้นที่จำเป็น (Necessary)
- (2) ต้องเป็นการกระทำเท่าที่พอสมควร (Reasonable)

การกระทำเพียงใดที่จะถือว่ามีความเหมาะสมหรือพอสมควรขึ้นอยู่กับปัจจัยน้ำหนักคุณธรรมทางกฎหมาย (Weight of Competing Interests) การพิจารณาซึ่งน้ำหนักคุณธรรมทางกฎหมายศาลจะเป็นผู้กำหนดประมาณการใช้กำลังตอบโต้ที่ได้รับอนุญาตให้ใช้เป็นรายๆ ไปโดยขึ้นอยู่กับแต่ละประเภทของคุณธรรมทางกฎหมายเป็นการซึ่งน้ำหนักคุณธรรมทางกฎหมายของผู้ประทุษร้ายและผู้ทำการป้องกันโดยถือว่า “ความชั่วของผู้ประทุษร้าย (The Culpability of the Aggressor) ถูกใช้ไปในฐานะที่เป็นเหตุผลสำหรับการทำให้คุณธรรมของผู้ประทุษร้ายลดน้อยลงเมื่อเปรียบเทียบกับคุณธรรมทางกฎหมายของผู้ใช้สิทธิในการป้องกัน ฉะนั้นผู้กระทำการประทุษร้ายผู้อื่นถือว่าเป็นการสละคุณธรรมทางกฎหมายที่คุ้มครองตนเอง การที่บุคคลผู้ซึ่งมีความชั่วไปกระทำการประทุษร้ายคุณธรรมทางกฎหมายของผู้อื่น คุณธรรมทางกฎหมายของตัวเองจะมีคุณค่าในการคุ้มครองน้อยกว่าบุคคลผู้บริสุทธิ์¹¹⁶

ขอบเขตของการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายจะเน้นถึงการอนุญาตให้ใช้กำลังตอบโต้การประทุษร้ายที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย เหมาะสมหรือไม่เพียงใด

ความหมายของการใช้กำลังตอบโต้ ที่สำคัญมี 2 ประการ คือการใช้กำลังที่ทำให้ถึงตายหรือสาหัส (Deadly Force) และการใช้กำลังที่ไม่ทำให้ถึงตายหรือสาหัส (Non-Deadly Force)

การใช้กำลังที่ทำให้ถึงตายหรือสาหัส ใน Model Penal Code มาตรา 3.11(2) อธิบายไว้ว่าผู้ใช้กำลังที่ทำให้ถึงตายหรือสาหัส มีเจตนากระทำให้เกิดผลหรือได้ทราบถึงการก่อให้เกิดความเสี่ยงในผลแห่งความตายหรือบาดเจ็บสาหัสของผู้อื่น¹¹⁷

การที่บุคคลหนึ่งกระทำการโดยมีเจตนาที่จะทำให้อีกบุคคลหนึ่งตายหรือได้รับบาดเจ็บสาหัส กรณีเช่นนี้ถือว่าบุคคลนั้นใช้กำลังที่ทำให้ถึงตายหรือสาหัส ฉะนั้นกรณีที่ยิงปืนไปยังผู้อื่นโดยมีเจตนาฆ่าหรือเจตนาทำร้ายให้รับอันตรายสาหัสซึ่งแม้ว่าความจริงแล้วผลที่เกิดขึ้นคือได้ยิงพลาดไม่ถูกตัวผู้อื่นนั้น หรือทำให้เกิดเพียงอันตรายเล็กน้อยต่อร่างกายผู้อื่น เช่นนี้ก็ถือว่าบุคคลนั้น

¹¹⁵ George P. Fletcher. (1972). *Proportionality and the Psychotic Aggressor: a vignette in Comparative Criminal Theory*. pp. 367-368.

¹¹⁶ Ibid. p. 377.

¹¹⁷ “Force which the actor uses with purpose of causing or which he knows to create a substantial risk of causing death or serious bodily harm...”

ใช้กำลังที่ทำให้ถึงตายหรือสาหัสแล้วแต่หากเป็นเพียงการขู่ที่จะฆ่าหรือทำร้ายร่างกายให้ได้รับอันตรายสาหัส แต่ปราศจากการแสดงออกซึ่งเจตนาตามคำขู่นั้นแล้ว ไม่ถือว่าเป็นการใช้กำลังที่ทำให้ถึงตายหรือสาหัส ดังนั้นบุคคลชอบที่จะขึ้นไปยังผู้ประทุษร้าย แต่ไม่ชอบที่จะใช้นิ้วเหนียวไถป้อน¹¹⁸

การใช้กำลังที่ไม่ทำให้ถึงตายหรือสาหัส หมายถึงการที่ผู้กระทำความผิดเจตนาที่จะทำให้ผู้อื่นได้รับอันตรายแต่ไม่ถึงตายหรือบาดเจ็บสาหัส

การใช้กำลังที่ไม่ทำให้ถึงตายหรือสาหัส จึงเป็นการใช้กำลังตอบโต้ที่มีระดับของความรุนแรงน้อยกว่าการใช้กำลังตอบโต้ที่ทำให้ถึงตายหรือสาหัส คือเพียงมีเจตนาให้ผู้อื่นได้รับอันตราย ไม่ใช่มีเจตนาฆ่าหรือเจตนาที่จะทำให้ได้รับอันตรายสาหัส มีข้อจำกัดการใช้น้อยกว่าการใช้กำลังที่ทำให้ถึงตายหรือสาหัส

ขอบเขตโดยทั่วไปของการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย ในสหรัฐอเมริกาจะถูกกำหนดอยู่ที่ “ความพอสมควร” (Reasonableness) ของการกระทำในการป้องกันประเภทต่างๆ อย่างไรก็ตามเป็นการใช้กำลังตอบโต้ที่พอสมควร (Reasonable Force) มีหลักกว้างๆ คือประมาณของการใช้กำลังตอบโต้ ที่ผู้ใช้สิทธิป้องกันมีความชอบด้วยกฎหมายจะใช้ได้จะต้องมีความสัมพันธ์กันอย่างสมเหตุสมผลกับภัยอันตรายที่คุกคามซึ่งเขาประสงค์จะหลีกเลี่ยง¹¹⁹

การพิจารณาว่าการกระทำของผู้ใช้สิทธิป้องกันอยู่ภายในขอบเขตหรือได้ใช้กำลังตอบโต้ที่พอสมควรหรือไม่นั้น เจตนาที่แท้จริงของผู้ประทุษร้ายไม่เป็นสาระสำคัญที่จะนำมาพิจารณาว่าปริมาณของการใช้กำลังตอบโต้เพียงใดที่ผู้ใช้สิทธิป้องกันสามารถใช้ได้ แต่การพิจารณาเรื่องการใช้กำลังตอบโต้ที่พอสมควร จะพิจารณาจากตัวของผู้ใช้สิทธิป้องกันเองว่า เขาได้กระทำภายใต้ความเข้าใจอันสมควร (Reasonable Apprehension) ในภัยอันตรายนั้นหรือไม่ ในสถานการณ์ใดสถานการณ์หนึ่งถ้าผู้ใช้สิทธิป้องกันมีความเชื่ออันสมควร (Reasonable Belief) ว่าเขาตกอยู่ในภัยอันตรายที่อาจถึงแก่ความตายหรือได้รับอันตรายสาหัส เขาสามารถใช้สิทธิป้องกันตามที่เขาเข้าใจได้ แม้ว่าเจตนาที่แท้จริงของผู้ประทุษร้ายจะมีเพียงที่จะทำให้อับอายเล็กน้อยหรือเป็นเพียงขู่เข็ญเท่านั้น ฉะนั้นจึงไม่สามารถที่จะเปรียบเทียบได้ระหว่างภัยอันตรายที่เกิดขึ้นจริงจากการกระทำของผู้ประทุษร้ายกับการใช้กำลังตอบโต้ที่ใช้ต่อต้านภัยอันตรายที่ใช้สิทธิป้องกันความสำคัญจึงอยู่ที่ภัยอันตรายที่ปรากฏต่อหน้าหรือตามความเข้าใจของผู้ใช้สิทธิป้องกันตรงนี้ต่างหากที่ใช้เปรียบเทียบกับการใช้กำลังตอบโต้ ที่ใช้ต่อต้านภัยอันตราย

¹¹⁸ Wayne R. La Fave and Austin W. Scott. Op.cit. p. 392.

¹¹⁹ Ibid.

นอกจากนี้ยังมีข้อพิจารณาอื่นๆ ประกอบที่จะแสดงให้เห็นว่าผู้มิสิทธิป้องกันได้ใช้กำลังตอบโต้ที่พอสมควรหรือไม่ ดังนี้

ก. ประเภทของภัยอันตราย (Kind of Attack)

ระดับความรุนแรงของการต่อต้านการประทุษร้ายที่มีขอบด้วยกฎหมายขึ้นอยู่กับประเภทหรือชนิดของภัยอันตราย กล่าวคือในประเภทของภัยอันตรายที่รุนแรง การโต้ตอบด้วยความรุนแรงก็จะชอบด้วยกฎหมายและไม่เกินขอบเขตใน Model Penal Code มาตรา 3.04 (2) (b) ได้จำกัดขอบเขตของการใช้กำลังตอบโต้ถึงตายหรือสาหัส ในกรณีที่ป้องกันตนเองจากความตาย (Death) อันตรายสาหัส (Serious Bodily Injury) การลักพาตัวหรือการข่มขืนกระทำชำเราโดยใช้กำลังบังคับหรือโดยขู่เชิญ (Kidnapping or Sexual Intercourse Compelled by Force or Threat) ซึ่งเป็นการยกตัวอย่างของประเภทภัยอันตรายที่รุนแรงมากในอันที่ผู้ใช้สิทธิในการป้องกันสามารถใช้กำลังตอบโต้ถึงตายหรือสาหัส ตอบโต้ได้โดยไม่ถือว่าเป็นความผิด

ข. ความแข็งแรงของสภาวะทางกายภาพของคู่กรณี (Physical Strength of Parties)

ความแตกต่างทางกายภาพของบุคคลผู้ใช้สิทธิในการป้องกันและผู้ประทุษร้ายเป็นหนึ่ง ในสถานการณ์ที่จะกำหนดว่า การป้องกันนั้นเกินสมควรหรือไม่ เช่น การใช้อาวุธที่สามารถทำร้ายคนให้ถึงตายได้ (Deadly Weapon) ในการต่อต้านผู้ประทุษร้ายที่ไม่มีอาวุธ จะถือว่าชอบด้วยกฎหมายก็ต่อเมื่อผู้ประทุษร้ายมีความอ่อนแอกว่าผู้ประทุษร้าย

การพิจารณาความแข็งแรงของสภาวะทางกายภาพในเรื่องรูปร่างเพศ ไม่สามารถที่จะสรุปได้เป็นเด็ดขาดว่ามีความเหมาะสมในทางขอบเขตการป้องกัน แต่จะต้องพิจารณาการณ์แวดล้อมอื่นๆประกอบด้วย เช่น บุคคลทุพพลภาพแต่มีกระบอกอัตโนมัติ (Loaded Automatic) ถืออยู่ในมือ กรณีนี้ถือว่าเป็นกรณีที่อันตรายและสามารถทำความเดือดร้อนได้มากกว่านักกล้ามที่แข็งแรงแต่ไม่มีอาวุธ หรือหากประทุษร้ายเป็นเด็ก การกระทำเพื่อป้องกันสิทธิย่อมทำได้น้อยกว่าประทุษร้ายที่เป็นผู้ใหญ่

ค. การกระทำและคำพูดของผู้ประทุษร้าย

การกระทำและคำพูดของผู้ประทุษร้ายก็ถูกนำมาพิจารณาว่าผู้ใช้สิทธิป้องกันมีความเข้าใจอันสมควร เกี่ยวกับภัยอันตรายที่จะเกิดขึ้นกับตัวเขาเองหรือไม่เพื่อจะนำมาสู่ปัญหาในเรื่องการใช้กำลังตอบโต้ที่พอสมควรถ้าผู้ใช้สิทธิป้องกันเข้าใจ ได้ว่ามีภัยอันตรายรุนแรงกับตัวเขา กฎหมายจึงใช้อำนาจเขาในการฆ่าผู้ประทุษร้ายดังกล่าวนี้ได้ โดยไม่ถือว่าเป็นความผิดตามกฎหมาย¹²⁰

¹²⁰ ตัวอย่างในประมวลกฎหมายอาญารัฐเท็กซัส มาตรา 1222 ในการป้องกันความผิดอุกฉกรรจ์ ฯลฯ ความผิดฐานฆ่าผู้อื่น (Homicide) จะชอบด้วยกฎหมายเมื่อได้กระทำเจตนาที่จะป้องกันความผิดฐานฆ่าคนตาย (Murder) ฆ่าข่มขืน... หากการฆ่าได้เกิดขึ้นภายในสถานการณ์ต่อไปนี้:

4) พฤติการณ์แวดล้อมกรณีอื่นๆนอกจากที่กล่าวมาแล้วพฤติการณ์แวดล้อมกรณีอื่นๆก็ต้องนำมาพิจารณาด้วย เช่น

(1) จำนวนผู้ประทุษร้าย ซึ่งมีอิทธิพลต่อขอบเขตของการใช้กำลังตอบโต้ในการป้องกัน กล่าวคือถ้ามีผู้ประทุษร้ายจำนวนมากกว่า ย่อมสามารถใช้กำลังตอบโต้ในการป้องกันได้มากจำนวนผู้ประทุษร้ายที่น้อยกว่า

(2) ความรุนแรงและความต่อเนื่องของการประทุษร้าย¹²¹

(3) ผู้ประทุษร้ายมีอาวุธหรือแสดงให้เห็นว่าอาวุธในครอบครองหรือไม่

(4) อาวุธที่ใช้ในการประทุษร้ายและลักษณะวิธีการใช้อาวุธนอกจากนี้ที่กล่าวแล้วยังมีหลักที่ต้องพิจารณาคือ ขอบเขตของการป้องกันซึ่งจะได้กล่าวในแต่ละเรื่องของการป้องกันดังนี้คือ

ก. การป้องกันตนเอง

การใช้กำลังตอบโต้ ต้องเป็นกรณีการใช้กำลังตอบโต้ที่พอสมควรดังที่ได้กล่าวมาแล้วซึ่งต้องคำนึงถึงพฤติการณ์แวดล้อมหลายๆประการประกอบกัน

ข้อจำกัดในการใช้กำลังตอบโต้ มีเพียงการใช้กำลังตอบโต้ถึงตายหรือสาหัส ได้บัญญัติไว้ใน Model Penal Code และกฎหมายของมลรัฐต่างๆทั้งนี้เนื่องจากการใช้กำลังตอบโต้ถึงตายหรือสาหัส เป็นการกระทำที่มีผลกระทบต่อสังคมสูงมาก การใช้กำลังตอบโต้ถึงตายหรือสาหัส จึงไม่สามารถที่จะอ้างว่าได้กระทำโดยชอบด้วยกฎหมายในการคุ้มครองประโยชน์ที่เล็กน้อย ข้อความคิดเกี่ยวกับศีลธรรม (Concept of Morality) ถูกกำหนดให้บุคคลยอมที่จะสูญเสียประโยชน์เล็กๆ น้อยๆ มากกว่าการแสดงออกซึ่งการใช้กำลังตอบโต้ถึงตายหรือสาหัส

ดังนั้นในกรณีที่มีภัยอันตรายเล็กน้อยการต่อต้านภัยอันตรายที่ถือว่าชอบด้วยกฎหมายก็ต้องอยู่ในระดับเล็กน้อย เช่นเดียวกัน

ในมาตรา 3.04(2)(b)(i) การใช้กำลังตอบโต้ถึงตายหรือสาหัส จะไม่ชอบด้วยกฎหมายภายใต้บทบัญญัติดังต่อไปนี้

(i) เว้นแต่ผู้กระทำจะมีความเชื่อว่าการกระทำ เช่นว่านั้น (Such Force) เป็นความจำเป็นในการป้องกันตนเองจากความตายหรือได้รับอันตรายสาหัส การข่มขืน การบังคับ ในทางมิถิมีร้ายในทางเพศ (Sodomy by Force) หรือในทางขู่สาหัส (Intimidation) หรือการลักพาตัวโดยใช้ความรุนแรง

1. ปรากฏเหตุอันสมควรจากการกระทำหรือคำพูดของบุคคลผู้ถูกฆ่าว่ามีเจตนาที่จะมากระทำความผิดฐานใดฐานหนึ่งตามที่บัญญัติไว้ข้างต้น...

¹²¹ Paul E. Dow. (1985). *Criminal Law*. p. 265.

จะเห็นว่าการใช้กำลังถึงตายหรือสาหัส จะถูกจำกัดอยู่ที่ประเภทของอันตรายที่เกิดจากการประทุษร้าย โดยเห็นว่าอันตรายจากการประทุษร้ายเหล่านี้กระทบกระเทือนต่อบุคคลและสังคมเป็นอย่างมาก การป้องกันอันตรายเหล่านี้โดยใช้กำลังถึงตายหรือสาหัส ย่อมถือว่าเป็นการสมควรและชอบด้วยกฎหมาย

การใช้กำลังไม่ทำให้ถึงตายหรือสาหัสมีเงื่อนไข 3 ประการดังนี้คือ

(ก) เขาเชื่อโดยมีเหตุอันสมควร ว่ามีผู้อื่นจะมาประทุษร้ายต่อร่างกาย (Commit a Battery) หรือกักขัง (Imprison) ของเขาโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายและความเชื่อดังกล่าวนี้เกิดจากการกระทำเพื่อของผู้อื่นนั้น

(ข) การกระทำเพื่อป้องกันนั้นจะต้องมิใช่กรณีเกินสมควร (Not Reasonable) ในอันตรายที่ตั้งใจจะป้องกัน

(ค) เขาเชื่อโดยเหตุผลอันสมควรว่า เขาไม่สามารถที่จะหลีกเลี่ยงอันตรายโดยปราศจากการกระทำเพื่อป้องกันหรือสละสิทธิพิเศษในการป้องกันนี้¹²²

ข. การป้องกันกันผู้อื่น

ตามที่ได้กล่าวมาแล้วว่าในสหรัฐอเมริกาในคำพิพากษาของศาลคดีต่างๆ ให้สิทธิของบุคคลในการช่วยเหลือผู้อื่นโดยการป้องกันโดยไม่ต้องมีความสัมพันธ์กันการป้องกันผู้อื่นจะต้องพิจารณาว่าได้กระทำไปโดยพอสมควรหรือไม่กล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือขอบเขตของการป้องกันผู้อื่นอยู่ที่การใช้กำลังตอบโต้ที่พอสมควร เช่น เดียวกับการป้องกันตนเอง นั่นเอง

ค. การป้องกันทรัพย์สิน

การป้องกันทรัพย์สินหมายความว่า การป้องกันเคหสถาน (Defence of Habitation) ด้วยการป้องกันต้องอยู่ในหลักความพอสมควรหรือการใช้กำลังตอบโต้ที่พอสมควรเช่นเดียวกัน¹²³ การป้องกันต้องไม่กระทำไปเกินกว่าความพอสมควรในการป้องกันทรัพย์สินจากการกระทำ ความผิดฐานบุกรุก (Trespass) การลักทรัพย์ (Theft) ทำให้เสียทรัพย์ (Destruction) และการจะถือว่าเป็นการสมควรในการกระทำเพื่อป้องกันทรัพย์สิน หากภัยอันตรายที่คุกคามทรัพย์สินนั้นสามารถหลีกเลี่ยงได้โดยการร้องขอให้หยุดยั้งการกระทำอันมิชอบต่อทรัพย์สินนั้น¹²⁴

ความพอสมควรในเรื่องการป้องกันทรัพย์สินมีความแตกต่างจากการป้องกันตนเองและการป้องกันผู้อื่น โดยจะต้องพิจารณาว่าทรัพย์สินที่คุ้มครองคืออะไร ประเภทของอาชญากรรม

¹²² Rollin M. Perkins. (1969). *Perkins on Criminal Law*. p. 495.

¹²³ Joseph H. Beale. (1903). *Homicide in Self Defence*. pp. 544-545.

¹²⁴ Paul E.Dow. Op.cit. p. 272.

ที่กระทำต่อทรัพย์สินนั้นคืออะไร¹²⁵ การใช้กำลังที่ทำให้ถึงตายหรือสาหัส จึงไม่สามารถที่กระทำได้ ในการป้องกันทรัพย์สินจากการกระทำความผิดฐานลักทรัพย์ (Theft) หรือทำให้เสียทรัพย์แต่การใช้กำลังที่ทำให้ถึงตายหรือสาหัส จะได้รับอนุญาตให้ใช้กรณีป้องกันความผิดอุกฉกรรจ์ที่สำคัญ (Major Felonies) ต่างๆ เช่น Burglary, Robbery หรือความผิดฐานวางเพลิง (Arson) เป็นต้น¹²⁶ เพราะถือว่าการรักษาชีวิตของมนุษย์มีความสำคัญต่อสังคมมากกว่าการคุ้มครองทรัพย์สิน¹²⁷

ในการป้องกันเคสดาน ถือว่าบุคคลผู้ถูกรายร้ายภายในบ้านของตนเองไม่มีหน้าที่ที่จะต้องหลบหนี แต่สามารถที่จะยืนยันสิทธิของตนได้ (But may stand his ground) กฎเกณฑ์นี้ ตั้งอยู่บนพื้นฐานของข้อความคิดใน Common Law ในเรื่องการรักษาความปลอดภัยในเคสดาน และกรณีถือว่าเป็นการที่ไม่ฉลาดอย่างยิ่งหากบุคคลจะต้องหลบหนีจากสถานที่อยู่ของเขาเพื่อความปลอดภัยสูงสุดของตนเอง¹²⁸ และต้องคำนึงถึงประเภทของความผิดที่ได้กระทำขึ้น ซึ่งถือได้ว่าเป็นละเมิดต่อความสงบสุขในการครอบครองเคสดาน หากเป็นประเภทของความผิดอุกฉกรรจ์ที่ได้กระทำลงในเคสดาน เช่น วางเพลิง (Arson) หรือ Burglary การป้องกันต่อการรบกวนการครอบครองเคสดานแล้ว ยังถือว่าการป้องกันความผิดอุกฉกรรจ์ด้วย หากการป้องกันได้กระทำไปเกินขอบเขตผู้ใช้สิทธิป้องกันก็ต้องมีความผิดตามที่ได้กระทำลงไปนั้น ส่วนจะได้รับโทษเพียงใดนั้นขึ้นอยู่กับดุลยพินิจของศาลในการประมวลข้อเท็จจริงต่างๆเป็นรายคดีไป

3.6.1.2 ประเทศอังกฤษ

การป้องกันมีการบัญญัติไว้ใน Criminal Law Act 1967 S.3 มีสาระสำคัญดังนี้

1) บุคคลสามารถกระทำการที่มีผลอันสมควรในสถานการณ์อย่างใดอย่างหนึ่ง เพื่อป้องกันอาชญากรรม หรือช่วยเหลือในการจับกุมผู้กระทำความผิด ซึ่งการจับกุมนั้นชอบด้วยกฎหมาย หรือช่วยเหลือการจับกุมผู้ที่กระทำการโดยมิชอบด้วยกฎหมายอื่นๆ

2) บทบัญญัติตามข้อ 1) ข้างต้นจะเข้าทำหน้าที่แทนหลักเกณฑ์ใน Common Law ทั้งหลายหากได้กระทำด้วยจุดประสงค์ตาม 1) ให้ถือว่าการกระทำนั้นชอบด้วยกฎหมาย

หลักสำคัญดังกล่าวเป็นการวางหลักเกณฑ์ทั้งในกฎหมายแพ่งและกฎหมายอาญาว่าเมื่อได้กระทำการป้องกันพอสมควรในสถานการณ์เช่นว่านั้น (Reasonable in the Circumstance) ก็ถือ

¹²⁵ Ibid. p. 273.

¹²⁶ Ibid.

¹²⁷ Wayne R. La Fave and Austin W. Scott. Op.cit. p. 400.

¹²⁸ Justin Miller. (1975). *Criminal Law*. p. 210.

ว่าเป็นการชอบด้วยกฎหมายในทุกกรณี ไม่ถือว่าเป็นการกระทำที่จะต้องรับผิดชอบในทางแพ่ง (No Civil Action) หรือการกระทำที่จะต้องดำเนินคดีในความผิดอาญา (No Criminal Proceeding)¹²⁹

Criminal Law Act 1967 ก็ไม่ได้กล่าวถึงสิทธิในการป้องกันตนเองเอาไว้แต่ในส่วนที่เป็นกฎหมาย Common Law ก็ยังคงคุ้มครองสิทธิในเรื่องการป้องกันตัวเอง ซึ่งบางครั้งก็ยากที่จะแยกจากเรื่อง Prevention of Crime เพราะบางครั้งกรณี ทั้ง 2 ก็เกิดจากข้อเท็จจริงเดียวกันหรือพร้อมกันนอกจากนั้นจุดบกพร่องของ Criminal Law Act 1967 ที่ไม่ได้ครอบคลุมเรื่อง Self Defence ไปทั้งหมดเพราะในบางกรณี เช่น ผู้ประทุษร้ายเป็นเด็กอายุต่ำกว่า 10 ปี หรือคนที่สติไม่สมประกอบ ซึ่งเป็นบุคคลที่ไม่มีความชั่ว (Schuld) ซึ่งไม่อาจถือเป็น Prevention of Crime ได้¹³⁰

โดยเหตุดังกล่าวจึงได้มีการจัดทำ Draft Criminal Code Bill โดยได้แบ่งแยกอย่างชัดเจนระหว่าง Public Defence และ Private Defence โดยใน Clause 44(1) โดยจะถือว่าบุคคลที่ได้กระทำในพฤติการณ์ที่มี หรือเชื่อว่าจะมีความจำเป็นอันเร่งด่วน (Immediately Necessary) และมีเหตุผลสมควร (Reasonable)

a) ในการป้องกันหรือหยุดยั้งอาชญากรรม หรือช่วยเหลือในการจับกุมผู้กระทำผิด หรือถูกสงสัยว่ากระทำผิด ซึ่งการจับกุมนั้นชอบด้วยกฎหมาย หรือช่วยเหลือการจับกุมผู้ที่กระทำการโดยมิชอบด้วยกฎหมายอื่นๆ

b) เพื่อจะป้องกันหรือหยุดยั้งการก่อความไม่สงบ

c) เพื่อป้องกันตนเองหรือผู้อื่นจากการกระทำที่มีชอบด้วยกฎหมายหรือก่อกวนต่อบุคคล ที่มีชอบด้วยกฎหมาย

d) เพื่อป้องกันหรือหยุดยั้งการหน่วงเหนี่ยวหรือกักขังที่มีชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งเกิดกับตนเองหรือผู้อื่น

e) เพื่อป้องกันทรัพย์สิน (แม้ว่าจะเป็นของผู้อื่น) จากการครอบครองการทำลาย หรือทำให้เสียหายโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย

f) เพื่อป้องกันหรือหยุดยั้งการบุกรุก (Trespass) ต่อตนเองและทรัพย์สินของเขา

จากข้อบัญญัติดังกล่าวเป็นการบ่งบอกอย่างชัดเจนว่าเป็นกรณี Private Defence และสามารถใช้ได้ต่อบุคคลที่ไม่ต้องรับผิดชอบจากการประทุษร้ายอันมิชอบด้วยกฎหมายด้วย¹³¹ และเรื่อง

¹²⁹ Smith & Hogan. (1988). *Criminal Law*. p. 242.

¹³⁰ Andrew Ashworth. (1991). *Principle of Criminal Law*. p. 115.

¹³¹ Ibid.

การป้องกันทรัพย์สิน (Defence of Property) ก็ครอบคลุมถึงด้วยเช่นกัน โดยถือว่าเป็นการ Prevention of Crime อย่างหนึ่ง¹³²

ในการพิจารณาเรื่องขอบเขตของการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายในอังกฤษนั้น จุดสำคัญอยู่ที่ได้กระทำไปพอสมควร (Reasonable) หรือเป็นการกระทำที่มีความเหมาะสมในทางสัดส่วน (Proportion) ในการต่อต้านภัยอันตรายที่มีชอบด้วยกฎหมาย¹³³ ซึ่งบัญญัติไว้ใน Criminal Law Act 1976 การพิจารณาคอนข้างเคร่งครัดโดยมีพื้นฐานแนวความคิดอยู่ที่ว่า บุคคลควรที่จะได้รับการดูถูกเหยียดหยาม (Insult) หรือได้รับบาดเจ็บมากกว่าที่จะต้องใช้ Extreme Force (เช่นในกรณีที่ทำให้เขาบาดเจ็บหรือตาย) โดยจะต้องพิจารณามาตรฐานทางสังคมในเรื่องความพอสมควรด้วย (Community Standard of Reasonableness) เช่น กรณีหากมีวิธีการเดียวที่จะหลีกเลี่ยงการชนหน้าด้วยการใช้ปืนยิง บุคคลนั้นต้องยินยอมให้เขาชน เป็นต้น¹³⁴ และในกรณีการฆ่าโดยอ้างป้องกันยังได้รับการพิจารณาอย่างเคร่งครัดมาก โดยจะได้รับอนุญาตให้กระทำต่อการประทุษร้ายที่อาจทำให้เกิดความตายหรือบาดเจ็บสาหัสเท่านั้น จะอ้างว่าการกระทำเพื่อป้องกันทรัพย์สินมิได้ การพิจารณาขอบเขตการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายจะต้องพิจารณาถึงสถานการณ์ทั้งหมดในแต่ละคดีไป รวมถึงธรรมชาติหรือระดับของความรุนแรงของ Force ที่ผู้กระทำเป็นผู้ใช้ ความรุนแรงของภัยอันตรายที่ประสงค์จะป้องกันและความเป็นไปได้ในการที่จะป้องกันโดยวิธีอื่น

หลักในเรื่องความพอสมควร พัฒนามาจากหลักเรื่องการชั่งน้ำหนักภัยอันตราย (Balancing of Harms) ซึ่งเป็นเรื่องที่ยุ่งยากในการพิจารณาการกำหนดค่าจำกัดความว่าอะไรคือสัดส่วนที่พอสมควรในการที่ผู้ใช้สิทธิในการป้องกันได้กระทำต่อผู้ประทุษร้าย บางครั้งก็ไม่สามารถที่จะกระทำได้ เช่น การใช้สิทธิป้องกันเพื่อหยุดยั้งการขโมยรถจะต้องกระทำเพียงใดจึงจะมีความเหมาะสมในทางสัดส่วน¹³⁵ แต่หากพิจารณาถึงการใช้กำลังที่ทำให้ถึงตายหรือสาหัส ต่อการป้องกันชีวิตหรืออาชญากรรมที่รุนแรง กฎหมายอนุญาตให้กระทำได้โดยถือว่ามีความเหมาะสมในทางสัดส่วนสามารถพิจารณาในเรื่องการชั่งน้ำหนักภัยอันตรายได้ง่ายเพราะถือว่าภัยอันตรายที่เกิดจากการประทุษร้ายและภัยอันตรายที่เกิดจากการป้องกันมีความใกล้เคียงหรือกันเท่าเทียมกัน ซึ่งมีความเหมาะสมในทางสัดส่วนหรือไม่เกินขอบเขตของการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย

¹³² Smith & Hogan. op.cit. p. 246.

¹³³ Glanville Williams. (1978). *Textbook of Criminal Law*. pp. 445-456.

¹³⁴ Ibid. p. 456.

¹³⁵ Andrew Ashworth. Op.cit. p. 115.

การพิจารณาเรื่องความพอสมควร นั้น จะใช้หลักการพิจารณาในเชิงภาวะนิสัย (Objective Test) ซึ่งหมายถึงการกระทำเพียงใดจึงจะพอสมควรในสถานการณ์เช่นนั้น ซึ่งจะทำให้การกระทำนั้นชอบด้วยกฎหมาย แต่มีใช้การพิจารณาในเชิงภาวะวิสัยโดยแท้ ดังนั้นในการพิจารณาคดีจึงมีความจำเป็นที่จะต้องพิจารณาถึงสภาวะจิตใจ (State of Mind) ของผู้ป้องกันด้วย มิใช่พิจารณาเฉพาะแต่การกระทำที่แสดงออกมาภายนอก (Objective) แต่อย่างเดียว¹³⁶ ทั้งนี้มิได้หมายความว่าความคิดของผู้ป้องกันที่ว่าการกระทำของตนพอสมควร แล้วเท่านั้นยังไม่เพียงพอวิธีการพิจารณาที่ดีที่สุดควรจะเป็นการกรณีที่พิจารณาจากบุคคลผู้ซึ่งมีเหตุมีผล ซึ่งอยู่ในสถานการณ์เช่นเดียวกันกับผู้ป้องกัน เป็นมาตรฐานการวัดว่าได้กระทำไปโดยพอสมควรหรือการกระทำไปไม่เกินขอบเขตของการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายหรือไม่¹³⁷

เมื่อการป้องกันได้กระทำไปพอสมควร ในการโต้ตอบการประทุษร้ายจะได้รับการยกเว้นความผิด แต่ในกรณีที่ได้กระทำไปเกินขอบเขตหรือเกินไปกว่าความพอสมควร (Unreasonable) ต้องรับผิดชอบตามผลของการกระทำของตนที่ได้กระทำไปแล้วนั้นเช่น ในกรณีที่จำเลยทำให้ผู้ประทุษร้ายถึงแก่ความตาย ก็จะมีความผิดฐาน Murder หรือมีความผิดฐาน Manslaughter ตาม Mens Rea ของเขา กรณีไม่ถือว่าเป็นความผิดฐาน Manslaughter ตาม Manslaughter เท่านั้น อันเนื่องมาจากการกระทำเกินไปกว่าความสมควร¹³⁸ ในอังกฤษจึงไม่มีการลดโทษให้แก่จำเลยในกรณีป้องกันเกินขอบเขต มีนักกฎหมายไม่เห็นด้วยเพราะมีเหตุผลถือว่าไม่เป็นธรรมในการที่จะลดโทษบุคคลผู้ซึ่งกระทำการโดยสุจริต (Honestly) แต่ได้กระทำโดยไม่เหมาะสมทางด้านสัดส่วน¹³⁹ แต่อย่างไรก็ตามศาลของอังกฤษยังคงถือว่าในกรณีที่ได้กระทำไปเกินขอบเขตของการป้องกันนั้นไม่ถือว่าเป็นการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายผู้กระทำจะต้องได้รับโทษในความผิดที่ตนได้กระทำลงนั้น¹⁴⁰

¹³⁶ Smith & Hogan. Op.cit. p. 241.

¹³⁷ Granville Williams. Op.cit. p. 456.

¹³⁸ Halsbury. Op.cit. p. 660.

¹³⁹ C.M.V. Clarkson and H.M. Keating. (1984). *Criminal Law: Text and Materials*. p. 241.

¹⁴⁰ Ibid. p. 242.

3.6.2 การป้องกันในระบบซีวิลลอว์ (Civil Law)

การป้องกันในกลุ่มประเทศระบบซีวิลลอว์ (Civil Law) นี้จะศึกษาหลักเกณฑ์โดยทั่วไปของประเทศฝรั่งเศส และเยอรมนี โดยจะศึกษาพอสังเขป

3.6.2.1 ประเทศฝรั่งเศส

ตามประมวลกฎหมายอาญาฉบับเดิมของฝรั่งเศส ค.ศ. 1810 มาตรา 328 บัญญัติว่า “เมื่อการฆ่า การทำร้ายร่างกายได้กระทำขึ้นโดยความจำเป็นในขณะนั้นเพื่อป้องกันตนเองหรือผู้อื่นย่อมไม่มีความผิดอุกฤษโทษหรือมรยโทษ”^{141, 142}

การกระทำเพื่อป้องกันแต่เดิมเคยเห็นกันว่าเป็นการกระทำโดยความจำเป็นอย่างหนึ่ง ผู้กระทำมิได้กระทำไปด้วยความสมัครใจแท้จริงหากแต่จำใจต้องกระทำไปโดยถูกบังคับจากการที่มีผู้มาประทุษร้าย ในด้านของจิตใจแล้วเห็นได้ว่าผู้กระทำการป้องกันมิได้มีเจตนาชั่วร้าย แม้การกระทำนั้นจะเป็นความผิดก็ควรยกเว้นโทษให้ แต่อีกแนวคิดหนึ่งเห็นว่า การกระทำเพื่อป้องกันไม่ใช่เป็นเพียงเหตุที่ทำให้ไม่ต้องรับผิดทางอาญาเท่านั้นหากแต่เป็นการกระทำโดยชอบทีเดียว บุคคลทุกคนมีสิทธิในชีวิตร่างกาย ตลอดจนทรัพย์สินของตน ผู้กระทำเพื่อป้องกันควรต้องถือว่าเป็นผู้ใช้สิทธิของตนเมื่อไม่อาจร้องขอให้รัฐปกป้องคุ้มครองหรือขัดขวางการประทุษร้ายได้ในขณะนั้น

การป้องกันตนเองจึงเป็นการกระทำที่ชอบเมื่อจำต้องเลือกระหว่างประโยชน์ของผู้ประทุษร้ายกับของผู้ถูกประทุษร้าย ชีวิตและร่างกายของผู้ประทุษร้ายน่าจะมีคุณค่าน้อยกว่าชีวิตและร่างกายของผู้ถูกประทุษร้าย และยิ่งกว่านั้นอาจไปไกลถึงกับว่าการป้องกันมิใช่เป็นเพียงการใช้สิทธิเท่านั้นแต่เป็นการทำหน้าที่อันมีต่อสังคมอย่างหนึ่งด้วย เพราะผู้ที่ทำการป้องกันประทุษร้ายอันมิชอบนั้นไม่เพียงแต่ป้องกันตนเองเท่านั้นหากแต่ได้ป้องกันสังคมอันเกิดจากการกระทำโดยมิชอบด้วย

การป้องกันไม่ได้จำกัดอยู่เฉพาะแต่การป้องกันตนเองเท่านั้น หากแต่รวมไปถึงการป้องกันบุคคลอื่นด้วย หลักเกณฑ์ในการป้องกันประกอบด้วย¹⁴³

¹⁴¹ Article 328 When the Homicide, wounding of striking was compelled by the immediate and actual necessity to defend oneself or another, no felony or misdemeanor has been committed.

¹⁴² โกเมน ภัทรภิรมย์. เล่มเดิม. หน้า 46-48.

¹⁴³ โกเมน ภัทรภิรมย์. เล่มเดิม. หน้า 46.

1) ต้องมีการประทุษร้ายต่อบุคคลหรือต่อทรัพย์สิน ต้องมีการประทุษร้ายเกิดขึ้นก่อน จึงจะมีการกระทำเพื่อป้องกันได้ แม้ว่าบทบัญญัติมาตรา 328 จะกล่าวถึงเฉพาะการประทุษร้ายต่อบุคคล (ต่อชีวิตและร่างกาย) แต่ก็เป็นที่ยอมรับกันว่า การป้องกันนั้น ย่อมมีได้แม้จะเป็นการประทุษร้ายต่อชื่อเสียง หรือสิทธิอย่างอื่น

2) ต้องเป็นการประทุษร้ายในขณะนั้น การประทุษร้ายที่จะป้องกันได้ต้องเป็นการประทุษร้ายที่เกิดขึ้นขณะนั้น ซึ่งจะปิดป้องได้ก็แต่โดยกระทำการป้องกันหากเป็นภัยอันตรายที่ผ่านพ้นไปแล้ว ก็ไม่จำเป็นต้องป้องกันต่อไป หากกระทำไปก็จะเข้าลักษณะการแก้แค้นไม่ใช่การป้องกัน ส่วนถ้าเป็นการประทุษร้ายในอนาคต ผู้ที่ถูกคุกคามนั้นชอบที่จะขอความช่วยเหลือจากเจ้าหน้าที่ได้ อย่างไรก็ตามการตีความภัยอันตรายในอนาคตนั้น ไม่ควรจะตีความเคร่งครัดจนเกินไป เพราะกรณีที่เกิดการประทุษร้ายขึ้นครั้งหนึ่งแล้ว ก็ย่อมทำให้เกรงว่าจะเกิดการประทุษร้ายขึ้นอีกได้ เช่นนี้ก็ย่อมมีสิทธิที่จะกระทำการเพื่อโต้ตอบผู้ประทุษร้ายเพื่อเป็นการป้องกันไว้ก่อนได้และเหตุผลอีกประการหนึ่ง ผู้ถูกประทุษร้ายไม่จำเป็นต้องหลบหนีเสมอไปแม้ว่าการหลบหนีนั้นจะทำให้พ้นภัยอันตรายได้ก็ตาม ผู้ประทุษร้ายย่อมมีสิทธิและในบางกรณีก็เป็นหน้าที่ที่จะต้องดำเนินการประทุษร้ายทราบใดที่การประทุษร้ายยังไม่หมดไป ผู้ถูกประทุษร้ายก็ยังเชื่อได้ว่าช่วยทำหน้าที่ป้องกันสังคมอยู่ และผู้นั้นยังอยู่ในฐานะที่กระทำเพื่อป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย¹⁴⁴

3) การประทุษร้ายต้องเป็นการละเมิดกฎหมาย การกระทำที่ชอบด้วยกฎหมายของเจ้าพนักงานตำรวจ การจับกุม การค้นบ้านผู้ต้องหาตามหมายค้น เช่นนี้มิใช่การประทุษร้ายที่จะป้องกันได้แต่หากว่า การประทุษร้ายที่มีชอบด้วยกฎหมาย ได้กระทำโดยเจ้าพนักงานตำรวจ การซ้อมผู้ต้องหาให้รับสารภาพ เช่นนี้จะป้องกันได้หรือไม่ส่วนมากเห็นว่าป้องกันได้เพราะบุคคลย่อมมีสิทธิที่จะต่อต้านการกระทำที่มีชอบด้วยกฎหมายได้ แต่แนวคำวินิจฉัยของศาลจะเป็นไปในทางที่ว่า การกระทำของเจ้าพนักงานตำรวจให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่ากระทำโดยชอบด้วยกฎหมาย ดังนั้น จึงไม่อาจอ้างการกระทำเพื่อป้องกันต่อเจ้าพนักงานตำรวจได้ นอกจากนี้หากการประทุษร้ายนั้นเกิดขึ้นจากการกระทำของผู้ที่ไม่มีความรับผิดชอบทางอาญา เช่น คนบ้า เช่นนี้ก็ถือว่าบุคคลมีสิทธิป้องกันตนเองได้เช่นเดียวกัน

4) การป้องกันตามตัวบทได้บัญญัติถึงการกระทำในการป้องกันเฉพาะการฆ่าและการทำร้ายร่างกายเท่านั้น แต่โดยเหตุผลว่าแม้การกระทำที่ร้ายแรงถึงขนาดฆ่าหรือทำร้ายร่างกายในการป้องกันยังไม่เป็นความผิดแล้วการกระทำอย่างอื่นในการป้องกันที่เบากว่า เช่น การชก การจับตัวผู้ประทุษร้ายขังไว้ หรือ ทำลายทรัพย์สินของผู้ประทุษร้ายย่อมไม่มีความผิดเช่นกัน

¹⁴⁴ แหล่งเดิม. หน้า 72.

ตามประมวลกฎหมายอาญาบับเดิม ค.ศ. 1810 บัญญัติเรื่องการป้องกันอยู่ในส่วนของภาคความผิด ต่อมาได้บัญญัติประมวลกฎหมายอาญาบับใหม่มีผลบังคับใช้ในวันที่ 1 มีนาคม ค.ศ. 1993 อยู่ในบททั่วไปในมาตรา 122-5 มีสาระสำคัญดังนี้คือ

“บุคคลที่เผชิญหน้าต่อภัยอันตรายที่มีชอบด้วยกฎหมายซึ่งมาถึงตนเองหรือผู้อื่น หากได้กระทำการในขณะที่ภัยอันตรายนั้นโดยความจำเป็นเพื่อป้องกันตนเองหรือผู้อื่น บุคคลนั้นไม่ต้องรับผิดชอบในทางอาญา เว้นแต่วิธีการที่ใช้ในการป้องกันนั้นมิได้สัดส่วนกับความร้ายแรงของความผิด

บุคคลที่กระทำการไปเพื่อยับยั้งความผิดอุกฤษโทษหรือมรยโทษที่ได้กระทำต่อทรัพย์สินของเขาในการกระทำเพื่อป้องกันถ้าได้กระทำไปด้วยความจำเป็นอย่างยิ่งเพื่อระงับยับยั้งการกระทำต่อทรัพย์สินนั้นและวิธีการที่ใช้ในการป้องกันได้สัดส่วนกับความร้ายแรงของความผิด บุคคลนั้นไม่ต้องรับผิดชอบในทางอาญาเว้นแต่ได้กระทำผิดฐานทำให้ผู้อื่นถึงแก่ความตายโดยเจตนา¹⁴⁵

ประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศสฉบับใหม่นี้เป็นการปรับปรุงการกระทำเพื่อป้องกันตามกฎหมายเดิมให้ชัดเจนยิ่งขึ้น โดยเฉพาะอย่างยิ่งในวรรคสองเป็นการบัญญัติเรื่องการป้องกันทรัพย์สินจากเดิมที่ไม่ได้บัญญัติไว้ โดยการป้องกันทรัพย์สินจะต้องได้สัดส่วนกับความร้ายแรงของความผิดแต่กฎหมายไม่อนุญาตให้ป้องกันทรัพย์สินถึงขนาดทำให้ผู้ประทุษร้ายต่อทรัพย์สินนั้นถึงแก่ความตายโดยเจตนาซึ่งเป็นการสอดคล้องกับคำอธิบายของนักกฎหมายและคำวินิจฉัยของศาล

หากผู้ใช้สิทธิป้องกันได้กระทำไปเกินสมควรแก่เหตุหรือเกินสัดส่วนความร้ายแรงของความผิด ผู้นั้นต้องมีความผิดในฐานความผิดที่ตนได้กระทำลงไป แต่ผู้กระทำอาจได้รับการลดหย่อนโทษได้เพราะเหตุบันดาลโทสะหรือเหตุลดโทษอย่างอื่น อย่างไรก็ตามการพิจารณาเรื่องสัดส่วนของการป้องกันกับความร้ายแรงของการประทุษร้ายบางกรณีทำได้ยาก เพื่อตัดปัญหา

¹⁴⁵ Art. 122-5-N'est pas pénalement responsable à ce qui devant une atteinte injustifiée envers elle-même ou autrui, accomplit, dans le même temps, un acte Commandé par la nécessité de la légitime défense d'elle-même ou d'autrui, sauf s'il y a la disproportion entre les moyens de défense employés et la gravité de l'atteinte

N'est pas pénalement responsable la personne qui, pour interrompre l'exécution d'un crime ou d'un délit contre un bien, accomplit un acte de défense, autre qu'un homicide volontaire, lorsque cet acte est strictement nécessaire au but de poursuivre dès lors que les moyens employés sont proportionnés à la gravité de l'infraction.

เหล่านี้ในบางจุดจึงได้บัญญัติข้อสันนิษฐานพิเศษกรณีป้องกันไว้ในมาตรา 329 เดิม หรือในมาตรา 122-6 ตามประมวลกฎหมายอาญาใหม่ ซึ่งมีเนื้อหาเดียวกัน คือ¹⁴⁶

“ความจำเป็นในขณะนั้นของการกระทำเพื่อป้องกันให้รวมถึงกรณีดังต่อไปนี้”

(1) ถ้าการฆ่าคนหรือทำร้ายร่างกายบาดเจ็บและไม่บาดเจ็บได้กระทำเพื่อต่อต้านการที่บุคคลได้ป็นฝ่ายหรือทำลายรั้วกำแพงหรือทางเข้าของบ้านหรืออพาร์ทเมนต์ซึ่งมีบุคคลอยู่อาศัยหรือบริเวณของบ้านหรือบริเวณอพาร์ทเมนต์ดังกล่าวในเวลากลางคืน

(2) ถ้าการกระทำนั้นเป็นการกระทำเพื่อต่อต้านการชิงทรัพย์หรือปล้นทรัพย์โดยใช้กำลังประทุษร้าย”

นักกฎหมายฝรั่งเศสมีความเห็นในมาตรานี้แตกต่างกันไปหลายอย่างแต่ส่วนใหญ่เห็นว่าเป็นข้อสันนิษฐานพิเศษในการป้องกันในทั้งสองกรณีนั้นผู้ทำการป้องกันไม่ต้องพิสูจน์ว่าการประทุษร้ายนั้นเป็นอันตรายใกล้จะถึง หรือจะเป็นภัยต่อชีวิตหรือต่อทรัพย์สิน ทั้งไม่ต้องพิสูจน์ว่าการป้องกันสมควรแก่เหตุหรือไม่เพราะกฎหมายสันนิษฐานให้แล้วว่า การป้องกันในกรณีเช่นนี้เป็นการป้องกันโดยชอบ แต่ก็ยังมีปัญหาโต้แย้งกันอยู่มากกว่า ข้อสันนิษฐานเด็ดขาดซึ่งไม่สามารถจะพิสูจน์ให้เป็นอย่างอื่นได้ หรือเป็นข้อสันนิษฐานไม่เด็ดขาด

ศาลฎีกาของฝรั่งเศสเคยวินิจฉัยว่า เจ้าของคฤหาสน์ซึ่งได้วางกับระเบิดไว้ในเขตคฤหาสน์และได้มีคนร้ายปีนกำแพงเข้าไปในเขตสวนของคฤหาสน์เพื่อจะลักปลาในตอนกลางคืน แต่ไปถูกกับระเบิดถึงบาดเจ็บสาหัส เจ้าของคฤหาสน์ ไม่มีความผิดตามมาตรา 329 นี้¹⁴⁷ ซึ่งต่อมาได้มีคำพิพากษาศาลฎีกาฝรั่งเศสลงวันที่ 19 กุมภาพันธ์ 1959 วินิจฉัยว่าข้อสันนิษฐานนี้เป็นข้อสันนิษฐานที่ไม่เด็ดขาด¹⁴⁸

¹⁴⁶ Article 329 (Art. 122-6) The circumstances of immediate ant actual necessity include the following

1. Homicide, wounding, committed, at night time, in repelling a person scaling a person scaling or breaking down fences, walls or entrances of inhabited dwelling-houses or apartments, or of their cartilage

2. Acts committed in defending oneself or another against violent burglars or pillagers.

¹⁴⁷ Req. 25 mars 1902.

¹⁴⁸ โกเมน ภัทรภิรมย์, เล่มเดิม, หน้า 50.

3.6.2.2 ประเทศเยอรมนี

ตาม German Penal Code 1975 ในส่วนของการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย (Notwehr) มาตรา 32 วางหลักเกณฑ์ของการป้องกันไว้ดังนี้¹⁴⁹

1) ผู้ใดกระทำการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายถือว่าการกระทำนั้น ไม่เป็นการผิดกฎหมาย

2) การป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย หมายความว่าความจำเป็นในการป้องกันภัยอันตรายที่มีชอบด้วยกฎหมายที่ใกล้จะถึงซึ่งเกิดกับตนเองหรือผู้อื่น

การป้องกันเป็นสิทธิของปัจเจกชนและสิทธิทางสังคม ไม่ได้ถูกจำกัดอยู่เฉพาะผู้ถูกประทุษร้ายเท่านั้น หากยังขยายไปยังบุคคลที่สามและรัฐด้วย การป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายไม่ได้เป็นสิทธิเด็ดขาดที่จะถูกนำมาใช้ได้ทุกกรณี แต่จะถูกนำมาใช้เมื่อไม่เป็นการขัดกับการกิจทางสังคม¹⁵⁰ ซึ่งจะได้สรุปหลักเกณฑ์การป้องกันในแต่ละหัวข้อดังต่อไปนี้¹⁵¹

(1) การประทุษร้าย (Angriff) หมายถึงการทำอันตราย (Verletzung) หรือก่ออันตราย (Gefährdung) ต่อประโยชน์ต่างๆ ที่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายซึ่งผลมาจากการกระทำของมนุษย์ การประทุษร้ายจำเป็นต้องมีคุณสมบัติของการกระทำ (Handlungsqualitaet) การประทุษร้ายไม่จำเป็นต้องเป็นการกระทำที่ครอบงำประกอบของความผิดตามความหมายของประมวลกฎหมายอาญาและไม่จำเป็นต้องมีเป้าหมาย

(2) ความมิชอบด้วยกฎหมาย (Rechtswidrig) การประทุษร้ายต้องเป็นการกระทำที่มีชอบด้วยกฎหมาย กล่าวคือการประทุษร้ายเป็นการทำอันตรายต่อระบบกฎหมายในทางภาวะวิสัย (Objektiv) และผู้ถูกประทุษร้ายไม่จำเป็นต้องยอมรับ ดังนั้นการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายจึงสามารถอ้างได้ไม่เพียงแต่การกระทำที่ผู้ประทุษร้ายมีความชั่ว (Schuldhaft) เท่านั้น หากรวมถึงการกระทำที่ผู้ประทุษร้ายปราศจากความชั่วด้วย เช่น คนมึนเมา คนวิกลจริต เด็ก เป็นต้น

(3) ใกล้จะถึง (Gegenwaertig) การประทุษร้ายนอกจากจะเป็นการไม่ชอบด้วยกฎหมายแล้วยังจะต้องเป็นการประทุษร้ายที่ใกล้จะถึงด้วย กล่าวคือ การประทุษร้ายที่ใกล้เกิดขึ้นโดยตรง (der Unmittelbar bevorstehen) เกิดขึ้นแล้ว (Stattfindet) หรือยังคงดำเนินอยู่ (Fortdauert)

¹⁴⁹ Notwehr (1) Wer eine tat begeht, die durch Notwehr geboten ist. Handel tnicht Rechtswidrig (2) Notwehr ist die Verteidigung, die erforderlich ist, um einen gegenwaertigen rechtswidrigen Angriff von sich oder einem anderen abzuwenden.

¹⁵⁰ สุรสิทธิ์ แสงวิโรจน์พัฒน์. (2539, ตุลาคม-ธันวาคม). “การป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายตามกฎหมายอาญาเยอรมัน.” *คูลพาท*, 4. หน้า 134.

¹⁵¹ แหล่งเดิม. หน้า 135.

การประทุษร้ายที่มีขอบด้วยกฎหมาย แม้ยังไม่ถึงขั้นพยายามกระทำความผิดหรือการประทุษร้ายดังกล่าวที่มีขอบด้วยกฎหมายได้กระทำลงจนถึงขั้นเป็นความผิดสำเร็จแล้ว หากการประทุษร้ายดังกล่าวยังไม่สิ้นสุดลง ก็ยังคงถือว่าเป็นการประทุษร้ายที่ใกล้จะถึงความหมายของภยันตรายที่จะทำการป้องกันนั้นต้องเป็นภยันตรายที่เกิดขึ้นในปัจจุบันและเกิดขึ้นแล้ว หรือยังคงดำเนินอยู่ในขณะนั้น ถ้าภยันตรายที่กำลังจะเกิดขึ้นในอนาคตหรือเกิดขึ้นสิ้นสุดสมบูรณ์แล้วในอดีต ไม่อาจที่จะเป็นการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายได้

อย่างไรเป็นการประทุษร้ายที่ใกล้จะถึง พิจารณาจากข้อเท็จจริงในทางภาวะวิสัยไม่ใช่พิจารณาจากความเห็นของผู้ถูกประทุษร้าย เช่น พนักงานป่าไม้ไม่สามารถอ้างการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย ด้วยการใช้ปืนยิงในกรณีที่เป็นผู้บุกรุกป่า (der Wilderer) และร้องตะโกนให้ผู้บุกรุกป่าทิ้งปืน แต่ผู้บุกรุกกลับหนีไปพร้อมกับปืน ถือว่าการบุกรุกยังคงมีอยู่แม้ว่าการกระทำของผู้บุกรุกป่ายังไม่ถึงขั้นพยายามกระทำความผิด เจ้าของสวนผลไม้ไม่สามารถอ้างการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายด้วยการใช้ปืนยิงหากไม่อาจยับยั้งการหลบหนีของขโมยได้โดยวิธีอื่นๆ ในกรณีที่ขโมยหลบหนีไปพร้อมกับผลไม้ที่ถูกลักโดยมีเสียงตะโกนของเจ้าของสวนผลไม้ไล่ตามหลังไป ถือว่าการประทุษร้ายต่อทรัพย์ยังคงมีอยู่แม้ว่าจะมีการนำเอาผลไม้ไปอันเป็นความผิดฐานลักทรัพย์แล้วก็ตาม¹⁵² ในทางตรงกันข้ามหากเจ้าของสวนผลไม้พบขโมยในวันรุ่งขึ้น เจ้าของสวนผลไม้ไม่สามารถอ้างการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายได้ เพราะกรณีดังกล่าวถือว่าการประทุษร้ายได้ยุติลงแล้ว ดังนั้นบรรทัดฐานของการประทุษร้ายที่ใกล้จะถึงในกรณีดังกล่าวนี้จึงต้องพิจารณาจากพื้นฐานที่ว่าสถานการณ์ยังคงเป็นเช่นเดิมหรือไม่และมีการเปลี่ยนแปลงสภาพการครอบครองภายนอกจากสถานการณ์ดังกล่าวหรือไม่¹⁵³

การพิจารณาเรื่องภยันตรายใกล้จะถึงนั้น ความมีอยู่ของภยันตรายค่อนข้างจะมีการตีความขยายขอบเขตดังที่ได้เคยมีคดีบรรทัดฐาน (Classic Case) ในปี ค.ศ. 1920 ศาลสูงของเยอรมนีได้พิจารณาคดีที่จำเลยเป็นเจ้าของสวนผลไม้ซึ่งได้ยิงขโมย 2 คน ผู้ที่กำลังถือผลไม้ขณะวิ่งหนีจนถึงแก่ความตาย จำเลยอ้างว่าได้กระทำเพื่อป้องกันทรัพย์สินของตนเอง ศาลวินิจฉัยว่าจำเลยสามารถทำได้โดยชอบด้วยกฎหมายหากเป็นวิถีทางเดียวที่จะหยุดยั้งภยันตราย นอกจากนี้แล้วศาลสูงสุดของเยอรมนีได้วินิจฉัยข้อเท็จจริงที่มีอยู่ว่าได้เกิดมีการบุกรุกเข้าในเคหสถานของครอบครัวหนึ่งหลายต่อหลายครั้ง ทำให้ไม่ได้หลับนอนและมีการให้แจ้งเหตุให้ตำรวจทราบแล้วแต่ก็ไม่สามารถป้องกันได้จำเลยจึงได้เตรียมปืนไว้เมื่อมีการบุกรุกอีกจำเลยจึงถือปืนและไล่ตามผู้บุกรุกออกไปนอกบ้าน และยังไล่ตามออกไปยังท้องถนน จำเลยร้องเตือนให้ผู้บุกรุกหยุดถ้าไม่เชื่อ

¹⁵² George p. Fletecher. (1978). *Rethinking Criminal Law*. pp. 967-968.

¹⁵³ สุรสิทธิ์ แสงวิโรจน์พัฒน์. เล่มเดิม. หน้า 139-140.

จะยิง เมื่อผู้บุกรุกไม่เชื่อจึงถูกยิง ศาลเห็นว่าจำเลยมีความชอบธรรมในการฆ่าผู้บุกรุก เนื่องจากเห็นว่าแม้ผู้บุกรุกจะหลบหนีแล้ว ลักษณะของการใกล้จะถึง (Imminent) ก็ยังมีอยู่แม้ว่าจะมีช่วงสั้นก็ตาม ศาลไม่ถือว่าการบุกรุกที่เกิดขึ้นเป็นการบุกรุกที่เกิดขึ้นต่อหน้าเท่านั้น

จากหลักที่กล่าวมาแล้วการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายมีข้อที่ต้องพิจารณาอีกดังนี้คือ

ก. คุณธรรมทางกฎหมาย (Notwehrfaehige Rechtsgueter) หมายถึงประโยชน์ต่างๆ ของผู้ถูกระบุร้ายที่ได้รับการคุ้มครองตามกฎหมาย ซึ่งไม่จำกัดเฉพาะชีวิตและร่างกายเท่านั้น หากแต่รวมถึงเสรีภาพและเกียรติ ธรรมสิทธิ์และการครอบครอง เป็นต้น คุณธรรมทางกฎหมายของรัฐหรือนิติบุคคลอื่นๆ ตามกฎหมายมหาชน สามารถถูกอ้างเพื่อใช้สิทธิป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายได้ หากเป็นคุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนเอกชน ด้วยเหตุนี้ความผิดฐานลักทรัพย์และทำให้เสียทรัพย์ซึ่งเป็นการประทุษร้ายต่อกรรมสิทธิ์สาธารณะ (Oeffentliches Eigentum) คนในสังคมทุกคนจึงสามารถอ้างสิทธิป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายได้

ก) ความจำเป็นที่จะต้องป้องกัน (Direct erforderliche verteidigung)

การตอบโต้การประทุษร้ายอันมิชอบด้วยกฎหมายและใกล้จะถึง จะถูกอ้างว่าเป็นการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายต่อเมื่อเป็นสิ่งที่จำเป็น (Oeffentlich) ซึ่งเป็นเรื่องในทางภาวะวิสัย และเป็นการพิจารณาในขณะกระทำการป้องกัน (Ex ante) เป็นการสมมุติบุคคลที่สามที่มีความระมัดระวัง (ein Besonnener dritter) และอยู่ในสภาวะอย่างเดียวกันกับผู้ประทุษร้ายขึ้นมาเป็นผู้วินิจฉัยข้อเท็จจริงต่างๆ ความจำเป็นที่จะต้องป้องกันโดยหลักการแล้วไม่ได้วางอยู่บนพื้นฐานของการชั่งน้ำหนักของความสัมพันธ์ในทางคุณค่าของสมบัติที่เกี่ยวข้อง (Eine Abwaegung des wertverhältnisses der beteiligten Gueter) กล่าวคือ ความได้สัดส่วนกันระหว่างอันตรายต่อคุณธรรมทางกฎหมายที่จะถูกระบุร้ายและการทำอันตรายต่อคุณธรรมทางกฎหมายด้วยการป้องกัน มิใช่เป็นสิ่งที่จำเป็น และจากสุภาษิตกฎหมายที่ว่าความถูกต้องไม่จำเป็นต้องอ่อนข้อให้กับความไม่ถูกต้อง ด้วยเหตุนี้ในกรณีที่เป็นที่ไม่สามารถหลีกเลี่ยงโดยใช้วิธีอื่นๆ ได้ ผู้ถูกระบุร้ายสามารถที่จะป้องกันตนเองจากการประทุษร้ายโดยวิธีที่เหลื่ออยู่ได้ และในกรณีที่ผู้กระทำการป้องกันต้องเลือกใช้วิธีที่ก่อให้เกิดความเสียหายน้อยที่สุด ผู้ทำการป้องกันต้องมีเจตนาที่จะป้องกัน (Verteidigungswillen) แม้ว่าจะมีมูลเหตุจูงใจอื่นๆ รวมอยู่ด้วยก็ต้องห้ามไม่ ถ้าขาดเจตนาที่จะป้องกันก็ไม่ใช่กรณีการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย

ข. ข้อจำกัดของการใช้สิทธิป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย (Einschraenkungendes Notwehrrechts) เป็นการพิจารณาขอบเขตการตอบโต้ต่อการประทุษร้ายซึ่งพิจารณาได้ 3 ประการ คือ

ก) การตอบโต้ต่อการประทุษร้ายของคุณธรรมทางกฎหมายที่มีคุณค่าเพียงเล็กน้อย ความได้สัดส่วนกันระหว่างอันตรายต่อคุณธรรมทางกฎหมายที่จะถูกประทุษร้ายและการทำอันตรายต่อคุณธรรมทางกฎหมายด้วยการป้องกัน ถูกนำมาเป็นบรรทัดฐานในการพิจารณาถึงสิทธิในการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายด้วยเหตุนี้หากผลของการกระทำจากการป้องกันไม่ได้สัดส่วนอย่างมากกับความเสียหายที่คุกคามถือว่าการใช้สิทธิที่มีชอบ (Missbraeuchlich) และไม่ใช้กรณีของการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย ทั้งนี้เพราะการใช้สิทธิป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายที่อยู่ภายใต้หลักกฎหมายทั่วไป กล่าวคือ การใช้สิทธิดังกล่าวไม่สามารถถูกอ้างได้หากเป็นการใช้สิทธิโดยมิชอบ (eine missbraeuchliche Ausuebung)¹⁵⁴

ข) การตอบโต้ต่อผู้วิกลจริต เด็ก ผู้มีเมมา บุคคลที่กระทำด้วยความสำคัญผิดหรือประมาท จะถูกจำกัดอยู่เฉพาะเพื่อการคุ้มครองสมบัติ (Gueterschutz) และผู้ถูกประทุษร้ายสามารถทำร้ายผู้ประทุษร้ายเพียงกรณีที่ไม้อาจหลีกเลี่ยงโดยไม่จำเป็นต้องสละประโยชน์ต่างๆ ของตนที่ถูกคุกคาม¹⁵⁵

ค) การตอบโต้ต่อการประทุษร้ายที่ถูกยั่วยุ เป็นกรณีที่บุคคลซึ่งก่อเหตุขึ้นก่อนโดยตั้งใจเพื่อให้มีการประทุษร้ายและจะได้เป็นเหตุให้ตนเองสามารถที่จะทำร้ายบุคคลอื่นโดยการอ้างป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งในกรณีดังกล่าวผู้ถูกประทุษร้ายผู้ก่อเหตุขึ้นก่อนจะต้องหลีกเลี่ยงจากการใช้กำลังประทุษร้าย และโดยทั่วไปแล้วเห็นว่าผู้ถูกประทุษร้ายไม่สามารถอ้างสิทธิป้องกัน โดยชอบด้วยกฎหมายได้¹⁵⁶

จากหลักฐานการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้นหากการป้องกันได้กระทำเกินขอบเขต หรือเกินสมควรแก่เหตุถือว่ามิใช่การป้องกันที่ชอบด้วยกฎหมาย (Notwehr) ผู้กระทำก็ต้องได้รับโทษตามความผิดที่ได้กระทำไปและไม่มีส่วนในการลดโทษแต่ประการใด แต่หากได้กระทำด้วยความตื่นเต้น ตกใจ กลัว (Emotion, Fear of Fight) ประมวลกฎหมายอาญาเยอรมันมาตรา 33 บัญญัติไว้เป็นหลักเกณฑ์ว่าผู้กระทำไม่ต้องรับโทษ¹⁵⁷

¹⁵⁴ George P. Fletcher. (1985). *The Right and Reasonable*. pp. 996-997.

¹⁵⁵ Ibid. p. 968.

¹⁵⁶ Joachim Herman. (1986). *Causing the codition of one's own Defenceee: The Multifaceted of German Law*. pp. 747-753.

¹⁵⁷ Albin Eser. (1976). *The American Journal of Comparative Law*. pp. 621-622.

บทที่ 4

วิเคราะห์ปัญหาการใช้อำนาจของเจ้าพนักงานตำรวจกับการป้องกัน โดยชอบด้วยกฎหมาย

หลักทั่วไปถือว่า เป็นการยุติธรรมที่บุคคลใดถูกทำร้ายโดยผิดกฎหมายโดยบุคคลอื่น และตนเองไม่มีโอกาสหันหน้าเข้าพึ่งกฎหมาย สามารถที่จะทำการป้องกันตนเองตามสมควรแก่เหตุ เพื่อให้รอดพ้นจากการถูกทำร้ายได้ เมื่อการดำเนินการแต่ละขั้นตอนของเขามีเหตุอันสมควรปกติ บุคคลซึ่งไม่ได้เป็นผู้ก่อเหตุหรือลงมือกระทำในการต่อสู้จะมีเหตุผลอันสมควรตามกฎหมายในอันที่จะสามารถใช้กำลังที่เหมาะสมต่อสู้กับผู้ที่คุกคามจะทำร้าย เมื่อสิ่งที่ปรากฏแก่เขาและตัวเขามีเหตุผลสมควรอันเชื่อได้ว่า การใช้กำลังต่อสู้ นั้น จำเป็นที่จะต้องป้องกันตนเองหรือบุคคลอื่นให้พ้นจากการใช้กำลังอย่างผิดกฎหมายอย่างฉับพลันทันทีของผู้คุกคามที่จะทำร้ายและใช้ได้แต่เฉพาะกรณีเพื่อป้องกันตนเองหรือผู้อื่นให้พ้นจากอันตรายซึ่งเกิดจากการประทุษร้ายอันละเมิดต่อกฎหมาย และเป็นอันตรายที่ใกล้จะถึง และได้กระทำไปพอสมควรแก่เหตุในเรื่องการป้องกันเท่านั้นซึ่งเป็นกรณีการป้องกันคุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนบุคคล (Individual-Rechtsgut) เป็นการกระทำของปัจเจกชนกระทำต่อปัจเจกชน หลักการในเรื่องการป้องกันตัวนี้ ตามหลักกฎหมายไทยก็ได้ยอมรับใช้มาเป็นเวลานานแล้ว ตั้งแต่สมัยกรุงศรีอยุธยาครั้งพระเจ้าอู่ทองเป็นกษัตริย์ ต่อมาเป็นกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 มาตรา 50 เมื่อมีการยกเลิกกฎหมายลักษณะอาญาก็เปลี่ยนมาเป็นประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. 2499 แทนในหลักกฎหมายป้องกันตัวทั่วไปตามมาตรา 68 และบทบัญญัตินี้ก็ได้นำมาจนถึงปัจจุบัน

หลักการป้องกันตัวดังกล่าวนี้ต่างกับหลักการใช้วิธีหรือการป้องกันในการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าพนักงานตำรวจซึ่งเป็นการกระทำโดยใช้อำนาจรัฐจึงไม่ใช่การกระทำในฐานะปัจเจกชน แต่เป็นการกระทำเพื่อป้องกันความสงบเรียบร้อยสาธารณะหรือเพื่อป้องกันระบบกฎหมายโดยรวม การที่เจ้าพนักงานตำรวจใช้อำนาจรัฐเพื่อจับกุมผู้กระทำความผิด ซึ่งหากผู้ถูกจับมิได้ต่อสู้ขัดขืนการจับกุม เจ้าพนักงานตำรวจจะใช้กำลังทำการจับกุมไม่ได้ ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 83 การใช้กำลังหรือวิธีการป้องกันซึ่งอาจถึงขั้นรุนแรงที่จะส่งผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพในชีวิตและร่างกายถึงขั้นรุนแรงถึงตายเพื่อทำการจับกุมหรือป้องกันการหลบหนีนั้นกระทำไม่ได้โดยเด็ดขาด หากจะใช้กำลังถึงขั้นก่อให้เกิดความเสียหายต่อชีวิต

ร่างกายได้ก็เฉพาะกรณีบุคคลซึ่งจะต้องถูกจับขัดขวางหรือจะขัดขวางการจับ หรือหลบหนีหรือพยายามจะหลบหนีเท่านั้นและจะต้องใช้วิธีหรือการป้องกันนั้นเท่าที่เหมาะสมแก่เหตุการณ์แห่งเรื่องในการจับเท่านั้นแต่วิธีหรือการป้องกันทั้งหลายของเจ้าพนักงานตำรวจในการใช้อำนาจรัฐปฏิบัติหน้าที่สามารถพิจารณาได้เป็น 2 กรณี คือหน้าที่ตามกฎหมาย กับหน้าที่ตามคำสั่งของผู้บังคับบัญชา ประกอบกับนำหลักการปฏิบัติตามพระราชบัญญัติระเบียบการตำรวจเกี่ยวกับคดีมาใช้ควบคู่ในการปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวซึ่งหลักการทั้งสองนั้นยังขาดขั้นตอนวิธีการในการใช้กำลังหรืออาวุธและผู้รับผิดชอบที่มีอำนาจในการตัดสินใจสั่งการให้ใช้กำลังหรืออาวุธดังกล่าวได้จึงก่อให้เกิดปัญหาต่างๆ ตามมามากมายและเกิดความสับสนในการอ้างกฎหมายเมื่อเกิดการกระทำที่ไปกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของผู้จะต้องถูกจับโดยการ ใช้วิธีหรือการป้องกันทั้งหลายที่ไม่เหมาะสมแก่เหตุการณ์แห่งเรื่องในการจับนั้น

4.1 การใช้กำลังรุนแรงเพื่อป้องกันตนเองหรือผู้อื่น

จากตำราประวัติศาสตร์กฎหมายไทย ไม่พบว่าในสมัยกรุงสุโขทัยเป็นราชธานี บทบัญญัติกฎหมายยอมรับการให้อำนาจแก่เจ้าพนักงานตำรวจ ในการใช้กำลังรุนแรงถึงตายแก่ผู้กระทำความผิด แต่มีหลักฐานทางประวัติศาสตร์พบว่า กฎหมายมังรายศาสตร์ ซึ่งเป็นกฎหมายของพระเจ้ามังราย กษัตริย์แห่งล้านนา และเป็นพระสหายของพ่อขุนรามคำแหงมหาราช กษัตริย์แห่งกรุงสุโขทัย ได้มีบัญญัติของกฎหมายที่กล่าวถึงความผิดร้ายแรงที่ยอมให้ฆ่าผู้กระทำความผิดได้ หากว่าผู้กระทำความผิดนั้นใช้กำลังโดยเฉพาอาวุธเข้าต่อสู้ขัดขวางการปฏิบัติงานของเจ้าพนักงานตำรวจ และถือว่าเจ้าพนักงานตำรวจนั้นไม่มีความผิดด้วยจากหลักฐานดังกล่าวนี้จึงน่าจะเชื่อว่า สมัยกรุงสุโขทัยเป็นราชธานีของไทย คงมีหลักกฎหมายเช่นนี้บัญญัติไว้ แต่หากการเปลี่ยนแปลงของบ้านเมือง ต่อมาหลักฐานทางประวัติศาสตร์และกฎหมายได้สูญหาย ถูกเผา จนไม่สามารถตรวจสอบได้

ต่อมาในสมัยกรุงศรีอยุธยาเป็นราชธานีของไทย มีหลักฐานทางประวัติศาสตร์กฎหมายพบว่ามิบบัญญัติของกฎหมายให้อำนาจแก่เจ้าพนักงานของรัฐ ในการที่จะใช้กำลังหรืออาวุธ เพื่อทำการจับกุมผู้กระทำความผิด หรือเพื่อป้องกันการหลบหนีถึงตายได้¹⁵⁸ หากผู้กระทำความผิดนั้นได้ต่อสู้หรือขัดขวางการปฏิบัติงานตามหน้าที่โดยใช้กำลังหรืออาวุธ โดยได้บัญญัติไว้ในกฎหมายลักษณะโจร บทที่ 7 ความว่า

¹⁵⁸ หลวงสุทธีวาท นฤพุฒิ. (2519). *คำบรรยายประวัติศาสตร์กฎหมายชั้นปริญญาโท พุทธศักราช 2512-2513*. หน้า 227-230.

“เพชรจำเมืองบรรดาไปเอาโจร แลโจรนั้นอยู่ละม่อม หมีได้หมี หมีได้ต่อสู้ท่านว่า ให้เอาโจรนั้นมาโดยละม่อม ถ้าผู้ไปเอาโจรให้ตาย ให้มีโทษแต่ผู้ฟันเสียในระวางเป็นเพื่อนโจร เหตุเพราะว่าท่านจะเอาโจรนั้นให้ถามเอาเพื่อนโจรก่อน แต่ถ้าโจรนั้นต่อรบผู้ไปเอาและผู้ไปเอาฟันแทงโจรนั้นตาย ท่านว่าโทษแต่ผู้ฟันแทงมิได้ เพราะมันต่อสู้จึงตายแล”

จะเห็นได้ว่า ถึงแม้กฎหมายจะให้อำนาจในการใช้กำลังรุนแรง แต่ก็มิบทจำกัดการกระทำให้อำนาจตามชอบใจได้ บทบัญญัติให้เอาตัวคนร้ายนั้นมาโดยละม่อมหากคนร้ายมิได้ต่อสู้ ชัดขวาง กลับไปฆ่าเขา ก็ต้องรับโทษเช่นเดียวกัน¹⁵⁹ กฎหมายนี้ใช้ได้ในประเทศไทยถึงสมัยกรุงรัตนโกสินทร์ตอนต้น ก็ได้มีการปรับปรุงในสมัยรัชกาลที่ 5 เพื่อให้ทันสมัย สอดคล้องกับอารยะประเทศ กฎหมายลักษณะโจรก็ถูกยกเลิกไป บทบัญญัติว่าด้วยการให้อำนาจแก่เจ้าพนักงานของรัฐในการใช้กำลังรุนแรงจนถึงตายต่อผู้กระทำความผิดขณะปฏิบัติหน้าที่ที่บัญญัติไว้ชัดเจนก็ถูกยกเลิกไป แต่กลับไปบัญญัติไว้ในกฎหมายลักษณะอาญาฉบับ ร.ศ. 127 มาตรา 50 และมาตรา 51 แทน ซึ่งกลายเป็นเรื่องของการป้องกันตัวโดยชอบด้วยกฎหมายไป ดังมีความว่า

มาตรา 50 “บุคคลที่กระทำการอย่างหนึ่งอย่างใดแต่พอสมควรแก่เหตุ โดยมีความจำเป็นเพื่อป้องกันชีวิต เกียรติยศ และชื่อเสียง หรือทรัพย์สินของตนหรือของผู้อื่นที่ดี ให้พ้นอันตรายซึ่งเกิดโดยผิดกฎหมาย ท่านว่าไม่ควรลงอาญาแก่มัน”

มาตรา 51 “การต่อสู้เจ้าพนักงานที่กระทำการตามหน้าที่นั้น ท่านว่ามีให้นับว่าเป็นการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย”

เหตุที่กฎหมายได้ยกเลิกการบัญญัติถึงการให้อำนาจแก่เจ้าพนักงานของรัฐ ใช้กำลังรุนแรงในการปฏิบัติหน้าที่ จนทำให้ผู้กระทำความผิดถึงแก่ความตายอย่างชัดเจนออกไปและไม่ได้บทบัญญัติในกฎหมายใหม่ไว้ให้ชัดเจนนั้น เนื่องด้วยไม่ประสงค์ที่จะให้เห็นอำนาจชัดเจนจนเกินไปเกรงว่าเจ้าพนักงานอาจใช้อำนาจดังกล่าวไปในทางที่มีชอบ อีกประการหนึ่งก็เนื่องมาจากเป็นกุศโลบายในการบัญญัติกฎหมายใหม่ที่ได้แยกหลักของกฎหมายสารบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับเรื่องที่มีโทษทางอาญาออกจากในส่วนของกฎหมายที่ว่าด้วยวิธีสารบัญญัติออกจากกัน

จากการปรับปรุงได้มีการแก้ไขปรับปรุงกฎหมาย โดยเฉพาะมาตรา 50 และมาตรา 51 แห่งกฎหมายลักษณะอาญาที่ได้กล่าวข้างต้นแล้ว ก็ปรากฏว่ามีคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 167/2470 ได้วินิจฉัยว่าผู้ใหญ่บ้านยิงคนร้ายตายในขณะที่คนร้ายกรูกันเข้ามาทำร้ายและต่อสู้ขัดขวางการจับกุม การกระทำนั้นเป็นการป้องกันตัวโดยชอบด้วยกฎหมาย ผู้กระทำไม่มีความผิดจะเห็นว่าหลักกฎหมายเดิมที่ให้อำนาจเจ้าพนักงานของรัฐใช้กำลังหรืออาวุธเพื่อจับกุมคนร้ายที่ต่อสู้หรือ

¹⁵⁹ เสนีย์ ปราโมช. (2510). *กฎหมายสมัยอยุธยา*. หน้า 16.

ขัดขวางการจับกุม ขณะปฏิบัติการตามหน้าที่จนถึงแก่ความตายนั้นได้ถูกยกเลิกไปและได้บัญญัติกฎหมายลักษณะอาญามาตรา 50 และมาตรา 51 ซึ่งเป็นเรื่องบทบัญญัติของเรื่องการป้องกันที่ใช้แก่บุคคลทั่วไป รวมทั้งเจ้าพนักงานของรัฐที่ปฏิบัติการตามหน้าที่ด้วย ส่วนมาตรา 51 ที่กฎหมายไม่อนุญาตให้ใช้สิทธิในการป้องกันต่อเจ้าพนักงานผู้ซึ่งกระทำตามหน้าที่นั้น มีผู้ให้คำอธิบายว่า

กฎหมายต้องมีผู้บริหารให้ราษฎรปฏิบัติการให้เป็นไปตามกฎหมาย ผู้บริหารนี้เรียกว่า “เจ้าพนักงาน” เจ้าพนักงานเป็นมือของกฎหมาย รัฐบาลบัญญัติกฎหมายไว้เพื่อประโยชน์ของประชาชน เจ้าพนักงานจึงเป็นตัวแทนรัฐบาลหรือประชาชน เพื่อสนับสนุนความศักดิ์สิทธิ์ของเจ้าพนักงาน รัฐบาลหรือประชาชน จึงสันนิษฐานในเบื้องต้นว่ากิจการทุกอย่างที่เจ้าพนักงานกระทำลงไปเป็นการถูกต้องด้วยกฎหมายเสมอและภารกิจที่เจ้าพนักงานทำนั้นเป็นงานของรัฐบาลซึ่งย่อมเป็นการชอบด้วยกฎหมาย เพราะฉะนั้นการต่อสู้ขัดขืนจึงเป็นการไม่จำเป็นและเป็นความผิดเพื่อที่จะให้การทำงานของรัฐบาลล่องไปโดยสะดวก และเพื่อจะเป็นเครื่องป้องกันแก่เจ้าพนักงาน ผู้กระทำการอันยอมจะไม่พอใจแก่ผู้ถูกกระทำ จึงจำเป็นต้องมีข้อห้ามมิให้กระทำการป้องกันหรือต่อสู้เจ้าพนักงาน ซึ่งเจ้าพนักงานหนึ่งดังกล่าวต้องกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งในขอบเขตของกฎหมาย จึงจะทำให้ผู้ต่อสู้เจ้าพนักงานอ้างป้องกันไม่ได้ แต่ในปัจจุบันที่ใช้ประมวลกฎหมายอาญาได้มาตรา 51 ออกไป โดยเห็นว่าไม่จำเป็นเพราะเมื่อเจ้าพนักงานได้กระทำการตามหน้าที่ภายใต้กรอบของกฎหมาย ถือว่าเป็นอำนาจกระทำการโดยชอบด้วยกฎหมายของเจ้าพนักงาน กรณีไม่จึงไม่มีภัยอันตรายที่ผิดกฎหมายที่จะสามารถใช้สิทธิป้องกันได้ แต่ในกฎหมายลักษณะอาญา แม้จะมีการวิพากษ์วิจารณ์กันว่าไม่จำเป็น แต่ได้มีนักกฎหมายให้เหตุผลว่ากฎหมาย ต้องการให้ความคุ้มครองแก่เจ้าพนักงาน เพราะการกระทำของเจ้าพนักงานบางครั้งอาจเกินขอบเขตไปบ้าง ซึ่งแม้จะเป็นเช่นนั้น ถ้าปรากฏว่าเป็นการที่ได้กระทำตามหน้าที่โดยสุจริตแล้ว กฎหมายไม่ยอมให้ผู้ใดต่อสู้ป้องกันได้¹⁶⁰ ซึ่งจากบทบัญญัตินี้เป็นการให้อำนาจแก่บุคคลทั่วไปที่ถูกละเมิดรวมทั้งเจ้าพนักงานของรัฐที่กระทำการเพื่อป้องกันตนเอง โดยชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น หากเจ้าพนักงานกระทำจะต้องกระทำโดยมีอำนาจ หน้าที่ เพื่อป้องกันตนเองหรือผู้อื่นและจะต้องกระทำไปพอสมควรแก่เหตุ จะกระทำเกินขอบเขตอำนาจไม่ได้เด็ดขาด

กฎหมายที่เกี่ยวกับการใช้กำลังของเจ้าพนักงานของรัฐนอกจากกฎหมายลักษณะอาญาแล้ว ยังมีบทบัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติชั้นสูตรพลิกศพ พ.ศ. 2457 ข้อ 1 ซึ่งมีความว่า “ฆาตกรรมอันเป็นวิสามันต์คือ ผู้ตายตายด้วยเจ้าพนักงานฆ่าตายในเวลากระทำการตามหน้าที่ ยกตัวอย่างเช่น เจ้าพนักงานไปจับผู้ต้องหาว่าเป็นโจรผู้ร้าย แล้วผู้ต้องหาว่าเป็นโจรผู้ร้ายนั้นตายในเวลาจับ ดังนั้นเป็นต้น เรียกว่า เหตุวิสามันต์”

¹⁶⁰ สิทธิ จุณณานนท์. (2485). กฎหมายอาญาพิสดารว่าด้วยความรับผิดชอบของบุคคลในทางอาญา. หน้า 53.

สาระสำคัญของพระราชบัญญัติฉบับนี้เป็นเรื่องของการกำหนดให้ข้าราชการพลเรือน และข้าราชการตุลาการร่วมกันทำการชันสูตรพลิกศพ เมื่อมีการตายเกิดขึ้นจากการกระทำของ เจ้าพนักงานของรัฐ ซึ่งอ้างว่าปฏิบัติตามหน้าที่ ทั้งนี้เพื่อทราบ ชื่อ ที่อยู่ อาชีพ ความประพฤติ ของผู้ตาย เหตุผล สาเหตุการตาย ที่สามารถทราบได้เท่านั้น มิได้ระบุถึงการให้ความคุ้มครองหรือ ให้อำนาจแก่เจ้าพนักงานของรัฐในการใช้กำลังหรืออาวุธ หรือยอมรับในการใช้กำลังของ เจ้าพนักงานของรัฐที่ปฏิบัติตามหน้าที่จนมีผู้ถึงแก่ความตายไว้แต่อย่างใด แต่ต่อมาไม่นาน กฎหมายฉบับนี้ถูกยกเลิกโดยพระราชบัญญัติให้ใช้ประมวลวิธีพิจารณาความอาญา พ.ศ. 2477 มาตรา 3 ความว่า

“ภายใต้บังคับแห่งบทบัญญัติมาตรา 3 ตั้งแต่วันใช้ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณา ความอาญานี้สืบไป ให้ยกเลิกมาตรา 14, 16 และ มาตรา 87 ถึง 96 ในกฎหมายลักษณะอาญา พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาความมีโทษสำหรับใช้ไปพลางก่อน ร.ศ. 115 และบรรดากฎหมาย กฎและข้อบังคับอื่นๆ ในส่วนที่มีบัญญัติไว้แล้วในประมวลกฎหมายนี้หรือซึ่งขัดแย้งกับประมวล กฎหมายนี้”

ในเรื่องการใช้กำลังรุนแรงของเจ้าพนักงานจากการศึกษาจากกฎหมายของไทย ณ ปัจจุบันที่เห็นชัดเจนว่าได้มีกฎหมายรองรับการใช้กำลังรุนแรงถึงแก่ความตายในการปฏิบัติ หน้าที่ของเจ้าพนักงานได้ปรากฏอยู่ใน พระราชบัญญัติราชทัณฑ์ พ.ศ. 2479 ซึ่งได้บัญญัติไว้ในมาตรา 16-17

มาตรา 16 เจ้าพนักงานเรือนจำอาจใช้อาวุธ นอกจากอาวุธปืนแก่ผู้ต้องขังได้ ในกรณี ดังต่อไปนี้

(1) เมื่อปรากฏว่า ผู้ต้องขังกำลังหลบหนีหรือพยายามหลบหนีและไม่มีทางจะป้องกัน อย่างอื่น นอกจากใช้อาวุธ

(2) เมื่อผู้ต้องขังหลายคนก่อการวุ่นวายหรือพยายามใช้กำลังเปิดหรือทำลายประตู รั้ว หรือกำแพงเรือนจำ

(3) เมื่อปรากฏว่า ผู้ต้องขังจะใช้กำลังทำร้ายเจ้าพนักงานหรือผู้อื่น

มาตรา 17 เจ้าพนักงานเรือนจำอาจใช้อาวุธปืนแก่ผู้ต้องขังได้ในกรณีต่อไปนี้

(1) ผู้ต้องขังไม่ยอมวางอาวุธเมื่อเจ้าพนักงานสั่งให้วาง

(2) ผู้ต้องขังกำลังหลบหนี ไม่ยอมหยุดในเมื่อเจ้าพนักงานสั่งให้หยุด และไม่มีทางอื่น ที่จะจับกุมได้

(3) ผู้ต้องขังตั้งแต่ 3 คนขึ้นไป ก่อการจู่โจม หรือพยายามใช้กำลังเปิดหรือทำลาย ประตูรั้ว หรือกำแพงเรือนจำ หรือใช้กำลังกายทำร้ายเจ้าพนักงานหรือผู้อื่น และไม่ยอมหยุดในเมื่อ เจ้าพนักงานสั่งให้หยุด

ถ้ามีเจ้าพนักงานเรือนจำผู้มีอำนาจเหนือตนอยู่ในขณะนั้นด้วย จะใช้อาวุธได้ก็ต่อเมื่อ ได้รับคำสั่งจากเจ้าพนักงานผู้นั้นแล้วเท่านั้น

จากพระราชบัญญัติราชทัณฑ์ พ.ศ. 2479 ทำให้เห็นได้ว่าเป็นกฎหมายที่มีการวาง หลักเกณฑ์ที่ให้เจ้าพนักงานของรัฐ ใช้กำลังรุนแรงถึงแก่ความตายหรือใช้อาวุธหรืออาวุธปืนได้ใน กรณีใดบ้าง ทำให้การปฏิบัติของเจ้าพนักงานในหน่วยงานราชทัณฑ์มีกฎหมายที่วางหลักเกณฑ์ใน เรื่องดังกล่าวไว้อย่างชัดเจน

จากการศึกษาหลักกฎหมายต่างประเทศ โดยเฉพาะประเทศสหรัฐอเมริกาได้มีการยอมรับให้อำนาจแก่เจ้าพนักงานตำรวจในการใช้กำลังรุนแรงถึงตายได้ เหตุที่ประเทศ สหรัฐอเมริกายอมรับให้มีการใช้กำลังถึงตายนั้น เพราะว่ารับเอาหลักกฎหมาย Common Law จากประเทศอังกฤษมาใช้ ซึ่งหลักกฎหมายดังกล่าวนี้ ยอมให้มีการใช้กำลังรุนแรงจนถึงแก่ความตาย ได้ในรายผู้กระทำความผิดกฎหมายอาญาสถานหนัก (Felony) และโทษที่มีสำหรับผู้กระทำความผิดสถานหนัก ก็ถึงตายเช่นกัน และปัจจุบันนี้ในประเทศสหรัฐอเมริกาก็ยังคงมีกฎหมายให้อำนาจแก่เจ้าพนักงาน ตำรวจใช้กำลังรุนแรงถึงตายได้แยกไปแต่ละมลรัฐ นอกจากนั้นศาลสูงสุดของประเทศยังยอมรับ หลักการดังกล่าวนี้ด้วยโดยมีปรากฏในคดี *Foley v. Connellie* 435 U.S. 291 (1978) ความใน ตอนหนึ่งว่า

“ศาลได้ยอมรับว่า เจ้าพนักงานตำรวจมีอำนาจในการจับกุม ตรวจค้นขณะเดียวกัน มีอำนาจใช้อาวุธเพื่อให้การปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวนี้สำเร็จลุล่วงไปด้วยอย่างไรก็ตามต้องยอมรับ กันว่า ในการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าพนักงานตำรวจนั้น จำต้องใช้วิจารณญาณและดุลยพินิจในการ ตัดสินใจที่เคร่งครัด เทียงตรง เพราะเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับสิทธิ เสรีภาพส่วนบุคคล”

การที่ประเทศสหรัฐอเมริกาได้ยอมรับให้เจ้าพนักงานตำรวจสามารถใช้กำลังรุนแรง ถึงตายเพื่อทำการจับกุมคนร้ายหรือป้องกันการหลบหนีของคนร้ายที่กระทำความผิดกฎหมายอาญาสถาน หนักได้ แต่ถ้าเป็นความผิดสถานเบาจะทำได้ จากการศึกษาศึกษาของ J. Paul Boutwell ที่ปรากฏใน หนังสือ *Reading Police Use of Deadly Force* พบว่าในประเทศสหรัฐอเมริกาแต่ละมลรัฐต่าง ยอมรับให้อำนาจแก่เจ้าพนักงานตำรวจใช้กำลังรุนแรงถึงตายแก่ผู้กระทำความผิดเพื่อให้ทำการจับล่อวง หรือป้องกันการหลบหนีได้ในความผิดสถานหนัก ซึ่งหากแบ่งเป็นกลุ่มแล้วจะได้ 3 กลุ่มคือ

- 1) กลุ่มที่ยึดถือหลักเกณฑ์ตามหลักกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law)
- 2) กลุ่มที่เอาหลักเกณฑ์ตามข้อ 1 มาขยายและประกาศใช้ออกมาว่าการกระทำความผิดสถานหนัก (Felony) พวกใดที่สามารถจะใช้ความรุนแรงจนถึงตาย เพื่อทำการจับกุม
- 3) กลุ่มที่นำร่างประมวลกฎหมายอาญา (The Model Penal Code) มาเป็นแบบอย่างเพื่อบัญญัติกฎหมายของรัฐตน

J. Paul Boutbell อธิบายว่า มีจำนวน 24 รัฐจากจำนวน 38 รัฐ ใช้ตัวบทกฎหมายแบบ Common Law ซึ่งจะอนุญาตให้เจ้าพนักงานตำรวจใช้กำลังรุนแรงหรืออาวุธปืนเพื่อจับกุมคนร้ายที่ต่อสู้อย่างดุเดือดโดยมีอาวุธ หรือต่อต้านการปฏิบัติการของเจ้าพนักงานตำรวจถึงตายได้ ทั้งนี้เมื่อใดที่เจ้าพนักงานตำรวจนั้นเห็นว่าเป็นการจำเป็นที่จะต้องป้องกันการทำความผิดสถานหนักหรือเพื่อจับกุมผู้กระทำความผิดหรือต้องสงสัยว่ากระทำความผิดหรือเชื่อได้ว่าผู้กระทำความผิดหรือต้องสงสัยว่าได้กระทำความผิดสถานหนักข้อใดข้อหนึ่ง

มีจำนวน 7 มลรัฐที่มีกฎหมายกำหนดประเภทของคดีที่สามารถใช้กำลังรุนแรงหรือใช้อาวุธปืนเพื่อจับกุมผู้กระทำความผิดหรือต้องสงสัยว่ากระทำความผิดหรือคนร้ายจนถึงแก่ความตายได้ แต่ก็ต้องมีเหตุผลอันสมควรแก่การที่จะทำให้การจับกุมสำเร็จลุล่วงเท่านั้น แต่ถ้าหากบุคคลผู้หนึ่งพยายามหลบหนี โดยใช้อาวุธปืนที่อาจเป็นอันตรายถึงชีวิต หรือแสดงให้เห็นว่าเขาอาจก่ออันตรายร้ายแรงต่อชีวิตหรือได้ทำร้ายร่างกายซึ่งจำเป็นจะต้องเข้าทำการจับกุมทันทีทันใด กฎหมายก็อนุญาตให้ใช้กำลังรุนแรงหรือใช้อาวุธปืนเพื่อหยุดยั้งคนร้ายจนถึงแก่ความตายได้ ตัวอย่างเช่น

บทบัญญัติกฎหมายของมลรัฐมิสซูรี ที่ให้อำนาจแก่เจ้าพนักงานตำรวจสามารถใช้กำลังรุนแรงถึงตายเพื่อทำการจับให้ลุล่วงหรือป้องกันการหลบหนีได้ ด้วยบทเช่นว่านี้ แปลเป็นภาษาไทยได้ว่า

“การทำลายชีวิตอย่างมีเหตุผลสมควรตามกฎหมาย

การทำลายชีวิตอย่างมีเหตุผลสมควรตามกฎหมายเมื่อกระทำโดยบุคคลหนึ่งบุคคลใดในกรณีใดกรณีหนึ่งดังต่อไปนี้

(1) เมื่อกระทำด้วยความจำเป็น ในการที่จะพยายามโดยวิธีทางและวิธีการตามกฎหมายที่จะจับกุมผู้กระทำความผิดสถานหนัก (Felony) หรือเมื่อกระทำการตามกฎหมายในอันที่จะรักษาความสงบ”

จากตัวบทกฎหมายนี้เอง เกิดคดีขึ้นเรื่องหนึ่งศาลได้วินิจฉัยสอดคล้องกับหลักกฎหมายนี้ คดีมีอยู่ว่ามีชายสองคนเข้าไปในสถานที่ทำงานของสนามกอล์ฟแห่งหนึ่งในเวลากลางคืน โดยใช้วิธีถอดสลักหน้าต่างเข้าไปเพื่อขโมยเงิน เมื่อกลับออกมาพบเจ้าพนักงานตำรวจ เจ้าพนักงานตำรวจตะโกนให้หยุด แต่แทนที่จะหยุดเขาทั้งสองคนกลับแยกย้ายกันวิ่งหนีกันไปคนละทาง

เมื่อเจ้าพนักงานตำรวจอีกคนเพิ่งมาถึงที่เกิดเหตุวิ่งอ้อมไปด้านหลังหน้า ก็ได้พบกับชายหนุ่มคนหนึ่งที่กำลังหลบหนี ทั้งเจ้าพนักงานตำรวจและชายหนุ่มก็ล้มลงบนทางเท้า เจ้าพนักงานตำรวจจับขาคนร้ายไว้ แต่คนร้ายก็ได้สะบัดหลุดและวิ่งหนีต่อไป เจ้าหน้าที่ตำรวจไล่ติดตามแต่ไม่ทันจึงตะโกนร้องบอกว่า “หยุดนะ ถ้าไม่หยุดจะยิง” แต่คนร้ายไม่ยอมหยุด ด้วยความเชื่อว่าจำเป็นจะต้องดำเนินการต่อไปเพื่อป้องกันการหลบหนี เจ้าพนักงานตำรวจจึงใช้อาวุธปืนยิงไป 1 นัดกระสุนปืนถูกศีรษะของหนุ่มคนร้ายถึงแก่ความตาย คณะลูกขุนได้ลงความเห็นตรงกันว่าการใช้อาวุธของเจ้าพนักงานดังกล่าว เป็นการกระทำที่มีเหตุอันสมควรภายใต้สภาวะแวดล้อมที่บีบบังคับ¹⁶¹

บทบัญญัติของมลรัฐมินิโซต้า ได้มีบทบัญญัติในเรื่องการยินยอมให้อำนาจแก่เจ้าพนักงานตำรวจผู้ใช้กฎหมายของมลรัฐ สามารถที่จะใช้กำลังรุนแรงถึงขั้นตายไว้ในกฎหมายของมลรัฐ ปรากฏดังนี้

มาตราที่ 609.066 ความว่า “ยินยอมให้ใช้กำลังรุนแรงถึงตาย โดยเจ้าพนักงานตำรวจ ผู้รักษาความสงบได้ในสาเหตุเพื่อ

(1) ป้องกันตนเองหรือผู้อื่น ให้พ้นจากอันตรายซึ่งตนเองหรือผู้อื่นอาจถึงตายหรือเป็นอันตรายแก่ร่างกายอย่างสาหัส อันจะเกิดขึ้นอย่างเห็นได้ชัด

(2) เพื่อดำเนินการจับกุมให้ลุล่วงหรือป้องกันการหลบหนีของบุคคลหนึ่ง ซึ่งเจ้าพนักงานผู้รักษาความสงบทราบหรือมีมูลเหตุที่เชื่อได้ว่า ได้ก่อหรือพยายามจะก่อการกระทำความผิดสถานหนักที่เกี่ยวกับการใช้หรือคุกคามที่จะใช้กำลังอย่างรุนแรงถึงตาย

(3) เพื่อดำเนินการจับกุมหรือป้องกันการหลบหนีของบุคคลหนึ่ง ซึ่งเจ้าพนักงานตำรวจหรือผู้รักษาความสงบทราบหรือมีมูลเหตุที่เชื่อได้ว่า ได้ก่อหรือพยายามจะก่อการกระทำความผิดสถานหนัก ถ้าเจ้าพนักงานตำรวจมีมูลเหตุเชื่อว่าบุคคลนั้นจะก่อให้เกิดความตายหรือการทำร้ายร่างกายอย่างเป็นทางการอันตรายสาหัส หากทำการจับกุมนั้นช้า¹⁶²

ในประเทศสหรัฐอเมริกา มีจำนวน 7 มลรัฐที่ใช้หลักกฎหมายแบบ Common Law ซึ่งอนุญาตให้เจ้าพนักงานตำรวจใช้กำลังถึงขั้นรุนแรงเพื่อให้ทำการจับกุมลุล่วงหรือป้องกันการหลบหนีจนถึงแก่ความตายในคดีที่มีความผิดสถานหนักได้และยังนำหลักกฎหมายนี้มาขยายโดยมีตัวบทกฎหมายกำหนดประเภทของคดีไว้ ที่ให้เจ้าพนักงานตำรวจสามารถใช้กำลังปฏิบัติการจนคนร้ายถึงแก่ความตาย แต่ทั้งนี้จะต้องมีเหตุผลเพียงพอที่สามารถจะทำการจับกุมให้ลุล่วงไป

¹⁶¹ Boutwell, Pual. (1977). “Use of Deadly Force to Arrest a Fleeing Felony-A Constitutional Challenge Part I and III.” *Washington D.C.: Police Foundation*. p. 79.

¹⁶² Bouza, Anthony V. (1982, Winter). “Myths and Hard Truths About Police Shooting.” *Law Review of University of Toledo*, 13, 13. p. 2.

นอกจากนั้นหากปรากฏว่าคนร้ายหลบหนีโดยมีอาวุธที่อาจก่ออันตรายถึงชีวิตได้หรือแสดงให้เห็นว่าคนร้ายจะก่ออันตรายร้ายแรงต่อชีวิตหรือทำร้ายผู้อื่น จำเป็นจะต้องทำการจับกุมในทันทีทันใด กฎหมายก็อนุญาตให้ใช้กำลังรุนแรงถึงตายได้ เจ้าพนักงานตำรวจของมลรัฐนี้สามารถทราบได้ชัดเจนว่าคดีไหนที่สามารถใช้กำลังรุนแรงได้ เพราะมีกฎหมายบัญญัติไว้ชัดเจนคดีเหล่านี้สรุปเป็นอักษรย่อได้ว่า MA.M.BARKER

M (Murder) คือ ฆาตกรรม A (Arson) คือ การวางเพลิง

M (Mayhem) คือ ทำร้ายร่างกาย B (Burglary) คือ ลักทรัพย์

A (Aggravated Battery) คือ การใช้อาวุธรุนแรง R (Robbery) คือ ปล้นทรัพย์

R (Rape) คือ ข่มขืนกระทำชำเรา K (Kidnapping) คือ การลักพาเด็ก

E (Extortion) คือ การขู่กรรโชก

หากมีความผิดเข้าหลักเกณฑ์แล้ว เจ้าพนักงานตำรวจสามารถใช้กำลังจนถึงตายเข้าปฏิบัติเพื่อให้การจับกุมลุล่วงหรือป้องกันการหลบหนีได้

มีอีกหลายมลรัฐใช้ร่างกฎหมายอาญา (The Model Penal Code) มาเป็นแบบอย่างในการร่างกฎหมายของรัฐตนเกี่ยวกับเรื่องนี้ โดยมีหลักว่า ในการที่เจ้าพนักงานตำรวจจะใช้ความรุนแรงถึงตายให้การจับกุมลุล่วงหรือป้องกันการหลบหนีได้นั้นจะต้องมีเหตุผลอันสมควรเชื่อก่อนว่า

ก. อาชญากรรมที่กำลังดำเนินการจับกุมนั้น เกี่ยวกับการกระทำที่ก่อให้เกิดการที่จะต้องใช้กำลังรุนแรงถึงตายเพื่อให้การจับกุมนั้นลุล่วง

ข. มีความเสี่ยงอย่างเห็นได้ชัดว่า ผู้กำลังจะถูกจับกุมนั้นจะฆ่าหรือทำร้ายร่างกายเป็นอันตรายอย่างสาหัสต่อผู้หนึ่งผู้ใด หากการจับกุมนั้นล่าช้าไป

จะเห็นว่าหลักการนี้ไม่มีการคำนึงถึงคดีใดสถานหนักหรือคดีใดสถานเบาที่จะสามารถใช้กำลังขึ้นรุนแรงได้ แต่หันมามุ่งถึงความจำเป็นที่จะให้เกิดความสมดุลของผลประโยชน์ คือความจำเป็นที่จะต้องทำการจับกุมผู้กระทำความผิดและรักษาความปลอดภัยให้เจ้าพนักงานตำรวจผู้ปฏิบัติการตามหน้าที่นั้นๆ โดยคำนึงถึงคุณค่าของชีวิตมนุษย์เป็นสำคัญ

4.2 ปัญหาการประทุษร้ายและภัยอันตรายที่ใกล้จะถึง

การใช้สิทธิโดยชอบด้วยกฎหมาย ตามมาตรา 68 องค์ประกอบข้อหนึ่งที่สำคัญคือ จะต้องกระทำต่อภัยอันตรายที่ใกล้จะถึง และถ้อยคำของมาตรา 68 ที่ว่าเป็นภัยอันตรายที่ใกล้จะถึงและจำต้องกระทำเพื่อการป้องกัน แสดงถึงวาระที่เริ่มใช้สิทธิป้องกันได้ตลอดไปจนถึงวาระที่ไม่จำต้องกระทำเพื่อป้องกันต่อไป นักนิติศาสตร์จึงวางหลักเกณฑ์ไว้ว่า “ต้องเป็นภัยที่แท้จริงและ

หลีกเลี่ยงไม่ได้ หากภัยอันตรายยังคงอยู่ห่างไกล ผู้รับภัยย่อมมีหนทางที่จะขจัดปิดเป่าอันตรายซึ่งจะเกิดขึ้นได้ การที่จะวินิจฉัยปัญหาว่าเป็นภัยอันตรายที่ใกล้จะถึงหรือไม่นั้นจะต้องดูพฤติการณ์เป็นรายเรื่องไป” คงวางหลักกว้างๆ ไว้เพียงว่าถ้าการประทุษร้ายอันเป็นเหตุแห่งภัยอันตรายนั้นได้เกิดขึ้นแล้วและยังคงมีอยู่ไม่สิ้นสุดไปก็ดี หรือการประทุษร้ายเช่นนั้นใกล้จะเกิดขึ้นแล้ว ก็ถือได้ว่ามีภัยอันตรายที่ใกล้จะถึง ในกรณีภัยอันตรายเกิดขึ้นจากการกระทำโดยประมาท หากภัยอันตรายนั้นใกล้จะถึงก็ทำการป้องกันได้ แม้ว่า ผู้ก่อภัยนั้นจะยังไม่มี ความผิด จากหลักเรื่องต้องมีภัยอันตรายใกล้จะถึง จึงจะใช้หลักการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายมาข่มขืนความรับผิดชอบ หากเรามองในแง่ของปัจเจกชนที่ใช้หลักดังกล่าวอาจเพียงพอที่จะให้ความคุ้มครองปัจเจกชนที่ถูกคุกคามและใช้สิทธิที่กฎหมายให้ไว้มาเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้น เมื่อเขาไม่สามารถขอความช่วยเหลือจากเจ้าหน้าที่ของรัฐได้ แต่หากในการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าพนักงานตำรวจแล้ว โดยเฉพาะในการจับหรือป้องกันการหลบหนีซึ่งเป็นผู้พิทักษ์สันติราษฎร์เพื่อควบคุม ชัยยังและปราบปรามอาชญากรรม รวมทั้งคุ้มครองสังคม ในการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าพนักงานตำรวจใช้อำนาจรัฐการใช้วิธีหรือการป้องกันทั้งหลายเท่าที่เหมาะสมแก่พฤติการณ์แห่งเรื่องในการจับในกรณีที่ถูกจับขัดขวาง หรือจะขัดขวางการจับ หรือหลบหนี หรือพยายามจะหลบหนีนั้นเจ้าพนักงานตำรวจผู้ทำการจับ หรือป้องกันการหลบหนีใช้อำนาจได้เฉพาะการหยุดยั้งการขัดขืนหรือการหลบหนีของผู้ถูกจับเท่านั้น ส่วนการป้องกันสิทธิตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 68 เป็นการพิจารณาและให้อำนาจเจ้าพนักงานตำรวจในการใช้กำลังเพื่อป้องกันภัยให้แก่ตนเองเมื่อผู้ถูกจับต่อสู้เจ้าพนักงานตำรวจอันมีลักษณะที่น่าจะก่อให้เกิดภัยอันตรายแก่ชีวิตของผู้จับ เจ้าพนักงานตำรวจสามารถใช้กำลังเพื่อป้องกันสิทธิของตนได้ตามหลักสัดส่วนและวิธีทางน้อยที่สุดซึ่งถือเป็นการป้องกันที่ชอบด้วยกฎหมายโดยคำนึงถึงภัยที่จะเกิดแก่ผู้ป้องกันเป็นแนวทางในการพิจารณาว่าได้กระทำไปพอสมควรแก่เหตุหรือไม่ กฎหมายไทยให้อำนาจผู้จับที่จะใช้กำลังแก่ผู้ถูกจับเท่าที่จำเป็นเพื่อจับผู้นั้นให้ได้หรือป้องกันมิให้หนี และหากมีกรณีที่ถูกจับต่อสู้และประทุษร้ายแก่เจ้าพนักงานตำรวจ การที่เจ้าพนักงานตำรวจจะใช้กำลังรุนแรงได้ต่อเมื่อมีพฤติการณ์แสดงให้เห็นว่าผู้ถูกจับกำลังจะประทุษร้ายแก่ผู้จับ ซึ่งพฤติการณ์ดังกล่าวอาจไม่ถึงขั้นที่แสดงว่ากำลังลงมือฆ่าเจ้าพนักงานตำรวจผู้จับก็เพียงพอที่จะถือว่าเป็นภัยอันตรายที่ใกล้จะถึงซึ่งเจ้าพนักงานตำรวจผู้จับสามารถนำหลักเรื่อง การป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายมาใช้ได้แล้ว

4.3 การใช้อำนาจของเจ้าพนักงานตำรวจในการบังคับใช้กำลัง

ในความหมายทั่วไปคำว่า “จับ” นั้น หมายถึง การกุมหรือกักตัวบุคคลหนึ่งๆ และตามความหมายนี้ หากจะถามว่าบุคคลถูกจับแล้วหรือยังคำตอบมิได้ขึ้นอยู่กับว่าการนั้นเชื่อว่าเป็นการจับโดยชอบด้วยกฎหมายแล้วหรือยัง แต่ต้องพิจารณาว่าบุคคลนั้นๆ ถูกพรากเสรีภาพในการเคลื่อนไหวของเขาไปแล้วหรือยัง ทว่าในความหมายของกฎหมาย การจับ ซึ่งเป็นขั้นตอนหนึ่งในวิธีพิจารณาความอาญานั้นเป็นการที่บุคคลหนึ่งซึ่งมีอำนาจตามกฎหมาย เอาอีกบุคคลหนึ่งควบคุมไว้กักไว้ หรือขังไว้ เพื่อเอาค่าให้การของเขาหรือเพื่อป้องกันการกระทำความผิดอาญาเพิ่มเติม ตามความหมายนี้องค์ประกอบอันสำคัญแห่งการจับ จักต้องประกอบด้วยเจตนาที่จะจับโดยอาศัยอำนาจหน้าที่และประกอบด้วยการหน่วงเหนี่ยวหรือกักขังบุคคลไว้โดยประการที่กฎหมายบัญญัติซึ่งในลักษณะนี้เป็นที่รับรู้กันว่า บุคคลนั้นๆ ถูกจับ

หลักกฎหมายของประเทศไทย ไม่มีบทบัญญัติกฎหมายใดที่มีการบัญญัติถึงการให้เจ้าพนักงานตำรวจสามารถใช้กำลังรุนแรงในการปฏิบัติหน้าที่ หรือขั้นตอนของการใช้กำลังนั้น ตลอดทั้งขั้นตอนและวิธีการในการใช้กำลังหรืออาวุธดังกล่าวซึ่งหน้าที่ที่สำคัญของเจ้าพนักงานตำรวจคือ การป้องกันและปราบปรามอาชญากรรม แต่พบว่ามีเพียงพระราชบัญญัติราชทัณฑ์ พ.ศ. 2479 ที่ได้บัญญัติถึงหลักในการอนุญาตให้เจ้าหน้าที่เรือนจำ สามารถใช้อาวุธได้ในกรณีใดได้บ้าง โดยกำหนดระดับความร้ายแรงของการกระทำผิดของผู้ต้องขังที่อยู่ภายในเรือนจำว่า เจ้าหน้าที่เรือนจำมีขอบเขตที่จะใช้อาวุธร้ายแรงได้แก่ไหนนั้น โดยดูจากระดับของการกระทำผิดที่เกิดขึ้นจากการศึกษาหลักกฎหมายและแนวคำพิพากษาของศาลฎีกา ไม่ปรากฏว่ามีการยอมรับให้เจ้าพนักงานตำรวจใช้กำลังรุนแรงถึงตายเพื่อให้การจับกุมลุล่วงหรือเพื่อป้องกันการหลบหนีได้แต่อย่างใด โดยถ้าบุคคลซึ่งจะถูกจับขัดขวาง หรือจะขัดขวางการจับ หรือหลบหนี หรือพยายามจะหลบหนี ผู้ทำการจับมีอำนาจใช้วิธีหรือการป้องกันทั้งหลายเท่าที่เหมาะสมแก่พฤติการณ์แห่งเรื่องในการจับนั้นเป็นการที่กฎหมายให้อำนาจรัฐโดยเจ้าพนักงานตำรวจในการให้เจ้าพนักงานตำรวจใช้วิธีการที่จำเป็นเพื่อให้การจับกุมเป็นผลขึ้นได้ (เนื่องจากการจับกุมโดยปกติข้างต้นกระทำไม่ได้) วิธีการอันจำเป็นได้แก่วิธีตอบโต้การขัดขวางหรือจะขัดขวางการจับกุม กับวิธีป้องกันการหลบหนีหรือจะหลบหนีการจับกุม แต่ผู้จับต้องใช้วิธีหรือการป้องกันดังกล่าวเพียงเท่าที่เหมาะสมแก่พฤติการณ์หรืออีกนัยหนึ่งกระทำเพียงพอสมควรแก่พฤติการณ์ตามความจำเป็น การใช้วิธีการเกินกว่าพฤติการณ์อาจทำให้มีความผิดอาญาได้การปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าพนักงานตำรวจเพื่อจับกุมผู้กระทำความผิด หากผู้ถูกจับมิได้ต่อสู้ขัดขืนการจับกุม เจ้าพนักงานตำรวจจะใช้กำลังทำการจับกุมไม่ได้ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามาตรา 83 วรรคสาม และการใช้กำลังถึงขั้นรุนแรงถึงตายเพื่อทำการจับกุมหรือเพื่อป้องกันการหลบหนีนั้นกระทำไม่ได้โดยเด็ดขาด หากจะใช้กำลัง

ที่อาจกระทบต่อสิทธิเสรีภาพในชีวิตและร่างกายของผู้จะถูกจับหรืออาจใช้กำลังถึงตายได้ก็แต่เฉพาะกรณีเพื่อป้องกันตนเองหรือผู้อื่นให้พ้นจากอันตรายซึ่งเกิดจากการประทุษร้ายอันละเมิดต่อกฎหมาย และเป็นอันตรายอันใดก็จะถึง และได้กระทำไปพอสมควรแก่เหตุในเรื่องการป้องกันตามหลักการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายตามมาตรา 68 เท่านั้น (เป็นการป้องกันคุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนบุคคล) ซึ่งเป็นคนละกรณีกับการป้องกันในกรณีที่ผู้จะถูกจับขัดขวาง หรือจะขัดขวางการจับ หรือหลบหนี หรือพยายาม จะหลบหนี ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 83 วรรคสาม ที่กฎหมายกำหนดให้อำนาจรัฐแก่เจ้าพนักงานตำรวจเพื่อหยุดยั้งเท่านั้น ซึ่งเป็นการกระทำเพื่อป้องกันความสงบเรียบร้อยสาธารณะหรือเพื่อป้องกันระบบกฎหมายโดยรวม ซึ่งการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าพนักงานตำรวจนั้นสามารถพิจารณาได้ 2 ประการ ดังนี้

4.3.1 การใช้อำนาจของเจ้าพนักงานตำรวจตามกฎหมาย

การใช้อำนาจของเจ้าพนักงานตำรวจตามกฎหมายนั้นเป็นการที่รัฐให้อำนาจแก่เจ้าพนักงานตำรวจในการปฏิบัติหน้าที่เพื่อประโยชน์รัฐและเพื่อคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคล การจับเป็นมาตรการบังคับทางอาญาเป็นการใช้อำนาจรัฐภายใต้บทบัญญัติของกฎหมายโดยประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาที่ได้กำหนดให้พนักงานฝ่ายปกครองและตำรวจมีอำนาจในการจับซึ่งเป็นเจ้าหน้าที่รัฐและมีอำนาจตามกฎหมายที่จะกระทำได้แม้ว่าการกระทำดังกล่าวนั้นจะไปกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของผู้จะต้องถูกจับแต่ในการจับดังกล่าวนี้เจ้าพนักงานตำรวจจะต้องกระทำโดยละม่อมคือให้กระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของผู้จะต้องถูกจับน้อยที่สุดเฉพาะแต่สิทธิและเสรีภาพของบุคคลในการเคลื่อนไหวร่างกายโดยกระทำตามขั้นตอนที่กฎหมายบัญญัติให้อำนาจไว้เท่านั้น ซึ่งหากผู้จะต้องถูกจับขัดขวางหรือจะขัดขวางการจับหรือหลบหนีหรือพยายามจะหลบหนีผู้ทำการจับมีอำนาจใช้วิธีหรือการป้องกันทั้งหลายเท่าที่เหมาะสมแก่พฤติการณ์แห่งเรื่องในการจับนั้น ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 83 วรรคสาม ประกอบพระราชบัญญัติระเบียบการตำรวจเกี่ยวกับคดี เจ้าพนักงานตำรวจต้องระมัดระวังใช้อำนาจจับโดยสุภาพ ในเมื่อมีความจำเป็นและให้ถูกต้องที่กฎหมายกำหนดไว้ (ข้อ 14) การจับนั้นผู้จับจะต้องจับโดยละม่อม (โดยดี) เมื่อผู้จะต้องถูกจับต่อสู้หรือแสดงกริยาต่อสู้เจ้าพนักงานผู้จับมีอำนาจใช้อาวุธเพื่อป้องกันได้โดยไม่เกินสมควร (ข้อ 35) ซึ่งเป็นกรณีการใช้อำนาจของเจ้าพนักงานตำรวจในการจับตามกฎหมายบัญญัติ จะเห็นได้ว่ากฎหมายเพียงแต่ได้บัญญัติให้อำนาจเจ้าพนักงานตำรวจไว้เท่านั้นมิได้กำหนดวิธีการหรือขั้นตอนในการใช้กำลังโดยใช้วิธีหรือการป้องกันทั้งหลายเท่าที่เหมาะสมแก่พฤติการณ์แห่งเรื่องในการจับในกรณีที่ผู้จะต้องถูกจับต่อสู้ขัดขวางการใช้อำนาจของเจ้าพนักงานตำรวจในการจับนั้น

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1337/2517 จำเลยเป็นเจ้าพนักงานตำรวจทำหน้าที่รักษาความสงบอยู่ในงานวัด ได้เข้าไปจับกุม น. เพราะมีคนแจ้งว่า น. มีอาวุธปืนแล้วกำลังจะก่อเหตุร้ายในวงร่ำวง น. สลัดหลุดจนจำเลยล้มลงพอจำเลยลุกได้ก็ใช้ปืนยิงไปทาง น. ซึ่งกำลังวิ่งหนี โดย น.มิได้ใช้อาวุธปืนยิงจำเลยก่อน กระสุนปืนที่ยิงพลาดไปถูก ส. ซึ่งอยู่ใกล้วงร่ำวง ถึงแก่ความตาย ดังนี้ ถือไม่ได้ว่าเป็นการใช้วิธีการที่เหมาะสมแก่พฤติการณ์แห่งการจับ หรือเป็นการกระทำเพื่อป้องกันตัวจำเลย จำเลยจึงมีความผิดฐานฆ่า ศ. โดยเจตนา ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 288, 60

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3243/2528 ขณะที่ ร.ต.ต.ขาว ควบคุมตัวเขียว ผู้ต้องหาในข้อหาไม่ยื่นทำความเคารพเพลงสรรเสริญพระบารมี ซึ่งเป็นความผิดมีโทษตามพระราชบัญญัติวัฒนธรรมแห่งชาติ พ.ศ. 2485 จะนำขึ้นรถยนต์ไปสถานีตำรวจเพื่อดำเนินคดี จำเลยได้เข้าโอบกอดตัว ร.ต.ต.ขาวไว้ และพวกของจำเลยอีก 2 คน ได้ช่วยยื้อแย่งเอาตัวเขียวขึ้นรถยนต์หลบหนีไป ดังนี้ ถือว่าเขียวถูกควบคุมตามอำนาจของเจ้าพนักงานผู้มีอำนาจสืบสวนคดีอาญา ตามที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 1 (12), 191 แล้ว การกระทำของจำเลยจึงเป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 136, 140, 191

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 238/2481 ตำรวจ 2 คนเข้าจับผู้ร้ายลักลอบจับสัตว์น้ำในเขตหวงห้าม ผู้ถูกจับไม่ยอมให้จับเกิดปลุกปล้ำกัน ผู้ใหญ่บ้านเข้าช่วยจับโดยใช้ไม้เท้าตีศีรษะผู้ถูกจับ 1 ที่ มีรอยแตกจึงจับได้เป็นการใช้กำลังพอสมควรแก่เหตุและพฤติการณ์แห่งเรื่องในการจับ ผู้ใหญ่บ้านไม่มีความผิด

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1530/2482 แม้เจ้าพนักงานจะมีอำนาจจับและควบคุมผู้กระทำความผิดก็ต้องใช้วิธีการจับและควบคุมภายในขอบเขตของกฎหมาย เขาเพียงทำผิดตามพระราชบัญญัติรถยนต์และจราจร ตนเป็นตำรวจสั่งให้จับและใส่กุญแจมือ ถ้าจับมิให้ประกัน โดยเจตนาจะ让他ได้รับความอับยศและปราศจากอิสระ ดังนี้ย่อมเป็นมูลความผิดตามกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 มาตรา 270 ฐานทำให้เสื่อมเสียอิสรภาพได้ (ปัจจุบันประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 310)

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 738/2491 ผู้ใหญ่บ้านกับผู้ช่วย จับผู้ร้ายสำคัญเรื่องปล้นทรัพย์ได้แล้ว ผู้ร้ายหลบหนีระหว่างควบคุม ผู้ใหญ่บ้านเกรงว่าจะมีความผิด จึงสั่งให้ผู้ช่วยยิงผู้ร้ายไป 1 นัด ผู้ร้ายถึงแก่ความตาย ดังนั้นถือว่ากระทำความผิดของผู้ใหญ่บ้านกับผู้ช่วยนั้นเป็นการปฏิบัติหน้าที่ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 83 วรรคสอง (ปัจจุบันคือ วรรคสาม) แต่หากกระทำเกินกว่าเหตุหรือเกินไปกว่าที่กฎหมายอนุญาตให้ทำได้ จึงมีความผิดฐานฆ่าคนตายโดยเจตนา โดยป้องกันเกินกรณีแห่งการจำต้องกระทำเพื่อป้องกัน

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 241-242/2504 พนักงานตำรวจร้องขอให้ราษฎรช่วยจับกุมผู้กระทำความผิดซึ่งหน้า ผู้กระทำความผิดไม่ยอมให้จับและใช้ปืนยิงด้วย ราษฎรซึ่งอยู่ในฐานะช่วยเจ้าพนักงานกระทำการจับกุมย่อมมีอำนาจตาม มาตรา 83 การที่ราษฎรใช้ปืนยิงเพื่อป้องกันตนเอง และป้องกันมิให้ผู้กระทำความผิดหลบหนีการจับกุมเป็นการป้องกันที่เหมาะสมแก่พฤติการณ์แห่งเรื่องในการจับกุม

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 406/223 ผู้ตายยิงปืนมาทางจำเลยที่ 1 ก่อน จำเลยยิงผู้ตายที่หันหลังวิ่งหนีไม่แน่ใจว่าผู้ตายจะหันหลังกลับมายิงจำเลยอีกหรือไม่ ภัยอันตรายที่จะเกิดจากผู้ตายจึงยังไม่หมดไป และจำเลยที่ 1 ช่วยเจ้าพนักงานมีอำนาจจะจับผู้ตายซึ่งกระทำความผิดซึ่งหน้าได้ ผู้ตายถูกยิงอวัยวะสำคัญถึงแก่ความตายทันที เห็นได้ว่ามีเจตนาฆ่า เป็นการใช่วิธีการหรือความป้องกันทั้งหลายไม่เหมาะสมแก่พฤติการณ์แห่งเรื่องในการจับผู้ตาย และเป็นการป้องกันเกินกว่าเหตุแห่งการจำต้องกระทำเพื่อป้องกันตัวตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 69

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 699/2502 ตำรวจผู้จับจำต้องยิงขงล้อที่รถยนต์ของคนร้ายจนยางแตก เพื่อให้รถหยุดจะจับกุม ตำรวจผู้จับไม่มีความผิดฐานทำให้เสียทรัพย์เพราะเป็นการกระทำที่เหมาะสมแก่พฤติการณ์แห่งเรื่องในการจับ ตาม วิ.อาญา มาตรา 83 วรรค 3 เพราะฉะนั้นแม้การที่ใช้ปืนยิงไปที่ยางล้อรถยนต์จนยางแตก จะครบองค์ประกอบของความผิดฐานทำให้เสียทรัพย์ ตำรวจผู้จับก็ไม่ต้องรับผิด เพราะมีกฎหมายยกเว้นความผิด กฎหมายยกเว้นความผิดในที่นี้คือ วิ.อาญา มาตรา 83 วรรค 3 ที่ให้อำนาจกระทำแก่เจ้าพนักงานในการใช้วิธีหรือการป้องกันทั้งหลายเท่าที่เหมาะสมแก่พฤติการณ์แห่งเรื่องในการจับผู้ขึ้น

4.3.2 การใช้อำนาจของเจ้าพนักงานตำรวจในการปฏิบัติตามคำสั่งของผู้บังคับบัญชา

เจ้าพนักงานตำรวจนั้นนอกจากมีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามกฎหมายแล้วยังมีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามคำสั่งของผู้บังคับบัญชาซึ่งสั่งการโดยชอบด้วยกฎหมายซึ่งในการปฏิบัติตามคำสั่งของผู้บังคับบัญชาตามกฎหมายนี้ก็มีกฎหมายรองรับการกระทำความผิดกล่าวไว้คือ

ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 70 ซึ่งบัญญัติว่า “ผู้ใดกระทำความผิดตามคำสั่งของเจ้าพนักงาน แม้คำสั่งนั้นจะมีชอบด้วยกฎหมาย ถ้าผู้กระทำความผิดมีหน้าที่หรือเชื่อโดยสุจริตว่ามีหน้าที่ต้องปฏิบัติตาม ผู้นั้นมีความผิดแต่กฎหมายไม่เอาโทษ เว้นแต่จะรู้ว่าคำสั่งนั้นเป็นคำสั่งซึ่งมิชอบด้วยกฎหมาย” ก่อนนี้กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 มาตรา 52 ได้บัญญัติว่า “ผู้ใดกระทำความผิดตามคำสั่งอันชอบด้วยกฎหมาย ท่านว่าผู้นั้นไม่ควรรับอาญา” ที่ว่ากระทำความผิดตามคำสั่งอันชอบด้วยกฎหมายนั้น คือการที่กระทำการเป็นตามต้องตามพระราชกำหนดกฎหมายที่ใช้อยู่ในเวลานั้นและบุคคลกระทำการตามคำสั่งของเจ้าพนักงานฝ่ายทหารก็ดี พลเรือนก็ดี อันตนมีหน้าที่ที่จะต้องฟังบังคับบัญชา แม้ว่าคำสั่งนั้นจะผิดกฎหมาย ถ้าปรากฏว่าผู้รับคำสั่งไปกระทำการ กระทำโดยเชื่อว่าชอบด้วยกฎหมาย โดยเหตุผลอันสมควร ท่านก็ให้ถือว่าผู้รับคำสั่งไปกระทำการนั้นไม่ควรรับอาญาเหมือนกัน

สำหรับข้อแก้ตัวเพื่อมิให้ต้องรับโทษในการปฏิบัติตามคำสั่งอันมิชอบด้วยกฎหมาย ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 70 นั้นประกอบด้วย 1. ต้องมีคำสั่งของเจ้าพนักงาน 2. ผู้กระทำตามคำสั่งต้องมีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามคำสั่งนั้น หรือมิฉะนั้นต้องเชื่อโดยสุจริตว่ามีหน้าที่ต้องปฏิบัติตาม และ 3. ผู้กระทำตามคำสั่งต้องไม่รู้ว่า คำสั่งนั้นเป็นคำสั่งที่มิชอบด้วยกฎหมาย

1. คำสั่งของเจ้าพนักงานนั้นหมายความว่า ต้องเป็นคำสั่งของเจ้าพนักงาน มิใช่คำสั่งของนายจ้างหรือญาติพี่น้อง คำว่าเจ้าพนักงานนั้น หมายถึง “ผู้ปฏิบัติหน้าที่ราชการโดยได้รับการแต่งตั้งตามกฎหมาย”¹⁶³ คำว่าคำสั่งนั้นหมายถึง คำบงการซึ่งผู้รับคำสั่งจะปฏิบัติตาม มิฉะนั้นอาจมีความผิดตามกฎหมาย หรือทางวินัย ฉะนั้น คำแนะนำซึ่งผู้รับคำแนะนำจะเชื่อฟังหรือไม่ก็ได้ จึงไม่ถือเป็นคำสั่ง แต่คำสั่งนั้นจะเป็นลายลักษณ์อักษรหรือวาจาก็ได้ (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1135/2508 ดำรวจจับคนตามคำสั่งของเจ้าพนักงาน แม้จะสั่งด้วยวาจามิได้ออกหมายจับ ซึ่งถือปฏิบัติกันมาว่าไปจับได้ ดำรวจยอมไม่ต้องรับโทษตามมาตรา 70)

2. ผู้กระทำตามคำสั่งต้องมีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามคำสั่งนั้น หรือเชื่อโดยสุจริตว่ามีหน้าที่ต้องปฏิบัติตาม หมายความว่า ผู้กระทำนั้นมีหน้าที่ตามกฎหมาย ระเบียบข้อบังคับที่จะต้องปฏิบัติตามคำสั่งของเจ้าพนักงานนั้น ซึ่งถ้าขัดขืนย่อมมีความผิดตามกฎหมาย หรือผิดทางวินัย เช่น สารวัตรกำนันมีหน้าที่ต้องฟังบังคับบัญชาของนายอำเภอ (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 29/2481) เป็นต้น เพียงแต่เป็นผู้ได้บังคับบัญชาอย่างเดียวหาใช่จะต้องมีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามคำสั่งของผู้บังคับบัญชาเสมอไปไม่ เช่น เป็นคำสั่งที่ให้ปฏิบัติการอันใดที่มีได้เป็นหน้าที่ของผู้ได้บังคับบัญชา เป็นต้น นอกจากนี้แม้ความจริงผู้ใดจะไม่มีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามคำสั่งนั้น แต่หากผู้นั้นเชื่อโดยสุจริต กล่าวคือ สำคัญผิดโดยมีเหตุผลอันควรว่าตนมีหน้าที่ต้องปฏิบัติตาม ไม่ว่าจะเป็นสำคัญผิดในข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมาย ก็เป็นข้อแก้ตัวได้เช่นกัน (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1601/2509 จำเลยเข้าใจว่า คำสั่งของผู้ทำการแทนผู้กำกับที่สั่งให้จำเลยไปจับกุมโจทก์เป็นคำสั่งที่ชอบด้วยกฎหมาย กรณีต้องด้วยมาตรา 70)

3. ที่ว่าผู้กระทำตามคำสั่งต้องไม่รู้ว่าคำสั่งนั้นเป็นคำสั่งที่มิชอบด้วยกฎหมาย หมายความว่า ในการกระทำตามคำสั่งของเจ้าพนักงานซึ่งตนมีหน้าที่หรือเชื่อโดยสุจริตว่าตนมีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามนั้น ตนต้องไม่รู้ด้วยว่าคำสั่งนั้นผิดกฎหมาย หากตนรู้ว่าเป็นคำสั่งที่ผิดกฎหมาย ย่อมมิได้รับยกเว้นโทษ การจะพิสูจน์ให้รู้ว่าผู้ใดรู้คำสั่งใดชอบด้วยกฎหมายหรือไม่นั้น เป็นข้อเท็จจริงอย่างหนึ่ง ซึ่งเป็นหน้าที่ของโจทก์จะต้องนำสืบพิสูจน์ว่าผู้กระทำตามคำสั่งนั้นเป็นผู้รู้ความจริงอันนี้ ความจริงคำสั่งใดจะชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ย่อมเป็นปัญหาข้อกฎหมาย แต่การที่จะรู้ว่าผู้ใดรู้ คำสั่งใดชอบด้วยกฎหมายหรือไม่นั้น ย่อมเป็นปัญหาข้อเท็จจริง ความไม่รู้ว่าคำสั่ง

¹⁶³ จิตติ ดิงศกัทธิย์. คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา. หน้า 954.

นั่นเป็นคำสั่งที่มีชอบด้วยกฎหมาย ต้องเป็นเรื่องที่ผู้กระทำความผิดคำสั่งไม่รู้จริงๆ เพียงแต่ควรต้องรู้เท่านั้นหาเพียงพอไม่ ฉะนั้นหากโจทก์ประสงค์จะให้จำเลยผู้กระทำความผิดคำสั่งของเจ้าพนักงานต้องรับโทษ จึงต้องนำสืบให้เห็นชัดแจ้งว่าจำเลยได้รู้จริงๆ ว่า คำสั่งของเจ้าพนักงานนั้นมีชอบด้วยกฎหมาย หากโจทก์นำสืบพิสูจน์มิได้ ก็ต้องถือว่าจำเลยมิได้รู้ว่าคำสั่งนั้นมีชอบด้วยกฎหมาย

หลักเกณฑ์การไม่ต้องรับโทษ เพราะกระทำความผิดคำสั่งของเจ้าพนักงานมีอยู่ดังกล่าว ฉะนั้นทหารหรือตำรวจผู้ปฏิบัติตามคำสั่งของผู้บังคับบัญชาซึ่งเป็นเจ้าพนักงานในเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นเมื่อเร็วๆ นี้จะต้องรับโทษเพียงใดหรือไม่นั้น จึงต้องขึ้นอยู่กับหลักเกณฑ์ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 70 แห่งประมวลกฎหมายอาญาดังกล่าวแล้ว

พระราชบัญญัติตำรวจแห่งชาติ พ.ศ. 2547 หมวด 5 วินัยและการรักษาวินัย

มาตรา 78 การกระทำความผิดวินัยอย่างร้ายแรงได้แก่การไม่รักษาวินัยตามที่บัญญัติเป็นข้อปฏิบัติและข้อห้ามในเรื่องดังต่อไปนี้

(2) ต้องปฏิบัติตามคำสั่งของผู้บังคับบัญชาซึ่งสั่งในหน้าที่ราชการ โดยชอบด้วยกฎหมายและระเบียบของทางราชการ โดยไม่ขัดขึ้นหรือหลีกเลี่ยง แต่ถ้าเห็นว่าการปฏิบัติตามคำสั่งนั้นจะทำให้เสียหายแก่ราชการหรือจะเป็นการไม่รักษาประโยชน์ของทางราชการจะเสนอความเห็นเป็นหนังสือทันทีเพื่อให้ผู้บังคับบัญชาทบทวนคำสั่งนั้นก็ได้และเมื่อได้เสนอความเห็นแล้ว ถ้าผู้บังคับบัญชายืนยันให้ปฏิบัติตามคำสั่งเดิมผู้อยู่ใต้บังคับบัญชาต้องปฏิบัติตาม เช่น

กรณีการประท้วงหรือการชุมนุมก่อม็อบ เมื่อเจ้าพนักงานตำรวจได้รับคำสั่งให้สลายการชุมนุมดังกล่าว เจ้าพนักงานตำรวจก็จะใช้อำนาจตามกฎหมายในการรักษาความสงบเรียบร้อยของบ้านเมืองเข้าไปสลายการชุมนุมดังกล่าว แต่หากว่ามีกรณีที่ผู้ชุมนุมเข้าขัดขวางและไม่ยอมสลายการชุมนุมและเกิดการปะทะกันดังนี้ กรณีนี้ถือว่าเจ้าพนักงานตำรวจมีอำนาจในการจับกุมผู้ชุมนุมประท้วงดังกล่าวได้ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 83 วรรคสาม โดยใช้วิธีการหรือการป้องกันทั้งหลายเท่าที่เหมาะสมแห่งเรื่องในการจับนั้น การป้องกันในที่นี้หมายถึงการป้องกันการหลบหนีหรือการขัดขวางการจับกุมดังกล่าว ซึ่งจะเห็นได้ว่าเป็นวิธีการที่กว้างและปราศจากขั้นตอนวิธีการในการปฏิบัติอีกทั้งขาดผู้ที่ได้รับผิดชอบสั่งการในการกระทำดังกล่าวทำให้เกิดเหตุการณ์ปะทะที่บานปลายและเกิดผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชน

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 387/2512 จำเลยเป็นเจ้าพนักงานตำรวจติดตามจับกุมคนร้ายตามคำสั่งผู้บังคับบัญชา แม้จำเลยจะมีได้ปฏิบัติตามกฎหมายว่าด้วยการจับ การค้น ถ้าผู้ตายซึ่งเป็นผู้จะถูกจับไม่ยินยอม ผู้ตายไม่เพียงแต่มีความผิดฐานต่อสู้ขัดขวางเจ้าพนักงานเท่านั้น ไม่มีสิทธิหรืออำนาจอันชอบธรรมอันใดที่ผู้ตายจะใช้อาวุธมีดแทงทำร้ายจำเลย เพราะจำเลยผูกพันกับผู้ตายขอจับตัวยังไม่ทันลงมืออะไรลงไป ผู้ตายใช้มีดแทงจำเลย 2 ครั้ง ครั้งแรกมีดบาดมือจำเลย จำเลยเอาปืนยิงขู่

1 นิด ผู้ตายหาหุคยังไม กลับใช้มีดแทงจำเลยที่หน้าท้องบาดเจ็บสาหัส จนจำเลยตกจากแคร่ และผู้ตายยังได้คร่อมจำเลยจะจ้วงแทงอีก พฤติการณ์ดังกล่าวนี้ หากจำเลยไม่ใช้อาวุธยังผู้ตาย ผู้ตายคงใช้มีดแทงจำเลยจนถึงแก่ความตายแน่นอน การกระทำของจำเลยจึงเป็นการป้องกันชีวิตของตนพอสมควรแก่เหตุตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 68

4.3.3 ผู้มีอำนาจในการควบคุมรับผิดชอบ

การที่บุคคลผู้ถูกจับขัดขวางหรือหลบหนี ผู้ทำการจับมีอำนาจใช้กำลังเพื่อป้องกันมิให้เขาขัดขวาง หรือหลบหนีได้ ซึ่งการป้องกันในที่นี้หมายถึงการป้องกันเพื่อมิให้ผู้จะต้องถูกจับนั้นหลบหนีหรือขัดขวางการจับกุมเท่านั้นและต้องกระทำพอสมควรแก่เหตุโดยในกรณีที่ผู้ทำการจับมีอำนาจใช้การป้องกันทั้งหลายเท่าที่เหมาะสมแก่พฤติการณ์แห่งเรื่องในการจับผู้นั้น เป็นการใช้กำลังเพื่อป้องกันมิให้ผู้ถูกจับขัดขวางหรือหลบหนีซึ่งเป็นการกระทำเพื่อหยุดยั้งเท่านั้นมิใช่การใช้กำลังเพื่อป้องกันเช่นเดียวกับการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 68 แต่การใช้กำลังป้องกันตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามาตรา 83 วรรค 3 เป็นการให้อำนาจเฉพาะการหยุดยั้งการขัดขืนหรือการหลบหนีของผู้จะถูกจับเท่านั้น

ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามาตรา 83 วรรค 3 บัญญัติว่า “ผู้ทำการจับมีอำนาจใช้วิธีหรือการป้องกันทั้งหลายเท่าที่เหมาะสมแก่พฤติการณ์แห่งเรื่องในการจับผู้นั้น” ซึ่งเป็นวิธีในการจับหรือป้องกันการหลบหนี เมื่อเจ้าพนักงานตำรวจผู้ทำการจับหรือป้องกันการหลบหนีจำเป็นที่จะต้องใช้วิธีหรือการป้องกันทั้งหลายในการจับหรือป้องกันการหลบหนีนั้น โดยมี 2 ความเห็น คือ

ความเห็นแรก เห็นว่า การใช้วิธีหรือการป้องกันทั้งหลายเท่าที่เหมาะสมแก่พฤติการณ์แห่งเรื่องในการจับผู้นั้น เป็นอย่างเดียวกับการป้องกันตนเองหรือบุคคลอื่น ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 68 ซึ่งกระทำเพื่อป้องกันสิทธิของตน หรือของผู้อื่นให้พ้นจากอันตราย¹⁶⁴

ความเห็นที่สองเห็นว่า มาตรานี้เป็นมาตราสำคัญที่บัญญัติถึงวิธีการจับ มาตรานี้เป็นการเริ่มต้นที่ผู้จับจะต้องใช้วิธีสุภาพ แล้วใช้วิธีการจับที่รุนแรงเพิ่มขึ้นแล้วใช้กำลังกายหรืออาวุธที่เหนือกว่าเพิ่มขึ้น จนจับตัวผู้ถูกจับให้ได้แม้ในที่สุดทำให้ผู้ถูกจับตาย อันเป็นการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย หมายความว่าผู้จับจะต้องกระทำการใด เพื่อป้องกันสิทธิของตน หรือของผู้อื่นให้พ้นอันตราย ซึ่งเกิดจากการประทุษร้าย อันละเมิดด้วยกฎหมายและเป็นอันตรายที่ใกล้จะถึงถ้าได้กระทำพอสมควรแก่เหตุ ผู้จับไม่มีความผิด¹⁶⁵

¹⁶⁴ กิตติพงษ์ กิตยารักษ์. เล่มเดิม. หน้า 105.

¹⁶⁵ ไพฑูรย์ เนติโพธิ์. เล่มเดิม. หน้า 301.

จากการศึกษาพบว่าประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 83 นี้เป็นเรื่องการใช้อำนาจรัฐโดยเจ้าพนักงานตำรวจในการใช้วิธีการป้องกันในกรณีที่ผู้จะถูกจับขัดขวาง หรือจะขัดขวางการจับ หรือหลบหนี หรือพยายามจะหลบหนี ซึ่งต่างกับการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 68 ที่ให้อำนาจแก่ปัจเจกชนในการป้องกันสิทธิของตนเองหรือผู้อื่นจากอันตรายที่เกิดจากการประทุษร้ายอันละเมิดต่อกฎหมายและเป็นอันตรายที่ใกล้จะถึง

เมื่อพิจารณาตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 83 บรรทัดสาม สามารถแยกได้คือ

1. ผู้ทำการจับมีอำนาจใช้วิธีทั้งหลายเท่าที่เหมาะสมแก่พฤติการณ์แห่งเรื่องในการจับผู้นั้นและ
2. ผู้ทำการจับมีอำนาจใช้การป้องกันทั้งหลายเท่าที่เหมาะสมในพฤติการณ์แห่งเรื่องในการจับผู้นั้น

กรณีที่ผู้ทำการจับมีอำนาจใช้วิธีทั้งหลายเท่าที่เหมาะสมในพฤติการณ์แห่งเรื่องในการจับนั้น เป็นวิธีในการจับหรือป้องกันการหลบหนี โดยกฎหมายได้กำหนดถึงเจ้าพนักงานผู้มีอำนาจในการจับตามกฎหมายรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2540 และตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา

การใช้วิธีทั้งหลายเท่าที่เหมาะสมแก่พฤติการณ์แห่งเรื่องในการจับ เป็นการใช่วิธีในการจับหรือป้องกันการหลบหนีเท่าที่เหมาะสมแก่พฤติการณ์แห่งเรื่องในการจับ ภายใต้สถานการณ์เช่นนั้น โดยหน้าที่ของเจ้าพนักงานตำรวจเป็นผู้คุ้มครองสังคม ปกป้องประชาชนภายในสังคมจากอันตราย และโดยอำนาจของเจ้าพนักงานตำรวจจะมีมากน้อยเพียงใดนั้นกฎหมายจะกำหนดไว้ว่าสามารถที่จะทำได้ภายใต้ขอบเขตแค่ไหน เพียงใด เมื่อประชาชนเป็นผู้มอบอำนาจให้แก่อำนาจรัฐเป็นผู้ดูแล คุ้มครอง ปกป้องประชาชน ซึ่งในการดูแล คุ้มครอง ปกป้องประชาชนของรัฐนั้น รัฐสามารถที่จะใช้อำนาจโดยผ่านตัวแทนของรัฐ คือ เจ้าพนักงานตำรวจซึ่งเป็นเจ้าหน้าที่ที่รัฐมอบอำนาจให้ ดังนั้น เมื่อเจ้าพนักงานตำรวจทำการจับหรือป้องกันการหลบหนีจึงเป็นการกระทำในอำนาจรัฐด้วยความชอบธรรม และเป็นการทำตามหน้าที่กฎหมายกำหนดให้สามารถที่จะกระทำได้ ทั้งนี้ต้องเคารพต่อสิทธิของผู้จะถูกจับเป็นสำคัญและจะต้องอยู่ภายใต้ขอบเขตของกฎหมายโดยคำนึงถึงสิทธิและเสรีภาพในชีวิตร่างกายของผู้ที่ถูกจับเป็นสำคัญกล่าวคือเจ้าพนักงานตำรวจจะใช่วิธีหรือการป้องกันในการจับในกรณีที่ผู้จะถูกจับขัดขวางหรือจะขัดขวาง หลบหนีหรือพยายามหลบหนี โดยใช้กำลังหรือวิธีการซึ่งอาจก่อให้เกิดความเสียหายไปกระทบต่อสิทธิเสรีภาพในชีวิตและร่างกายของผู้จะถูกจับนอกเหนือจากสิทธิเสรีภาพในการเคลื่อนไหวร่างกายของผู้ที่ถูกจับไม่ได้

ในกรณีเจ้าพนักงานตำรวจผู้ทำการจับมีความจำเป็นที่จะต้องใช้อาวุธในการจับหรือป้องกันการหลบหนีภายใต้สถานการณ์เช่นนั้น ซึ่งขั้นตอนก่อนที่จะเจ้าพนักงานตำรวจผู้ทำการจับ

สามารถที่จะใช้อาวุธได้นั้น คือ ในกรณีที่เจ้าพนักงานตำรวจผู้ทำการจับหรือป้องกันการหลบหนี จะต้องแสดงตัวเป็นเจ้าพนักงานตำรวจหรือเจ้าพนักงานผู้มีอำนาจก่อน เว้นแต่มีกรณีที่เกิดขึ้นโดยฉุกละหุก ก่อนที่จะใช้อาวุธปืน เจ้าพนักงานตำรวจผู้ทำการจับจะต้องมีการส่งสัญญาณเพื่อให้หยุดการกระทำนั้น เช่น การร้องเตือนการยิงปืนขึ้น เป็นต้น ซึ่งเมื่อได้แสดงตัวว่าเป็นเจ้าพนักงานตำรวจ และมีการเตือนแล้วจะต้องใช้เวลาเพียงพอเพื่อให้บุคคลนั้นได้ ปฏิบัติตามคำเตือนที่เจ้าพนักงานตำรวจร้องเตือน มิใช่เจ้าพนักงานตำรวจใช้กำลังได้ทันที เว้นแต่มีกรณีที่เกิดขึ้นโดยฉุกละหุกและเจ้าพนักงานตำรวจผู้ทำการจับมีความจำเป็นที่จะต้องใช้อาวุธปืนในขณะนั้น เพราะหากล่าช้าอาจมีผลต่อชีวิตของเจ้าพนักงานตำรวจหรือบุคคลอื่น โดยสถานการณ์มีความจำเป็นที่จะต้องใช้อาวุธปืนเท่านั้นและการใช้อาวุธปืนในกรณีนี้ผู้ศึกษาเห็นว่าจะต้องไม่ใช่การใช้อาวุธที่ไปละเมิดต่อสิทธิเสรีภาพในชีวิตและร่างกายของผู้จะถูกจับเว้นแต่เสรีภาพในการเคลื่อนไหวร่างกายเท่านั้นประกอบกับการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าพนักงานตำรวจนั้นจะต้องมีผู้ควบคุมรับผิดชอบสั่งการในการใช้วิธีหรือการป้องกันดังกล่าวว่าให้กระทำได้แค่ไหนเพียงไรภายใต้ขั้นตอนและวิธีการตามที่กฎหมายกำหนด

ในการใช้กำลังในการจับกุมของเจ้าพนักงานตำรวจนี้เป็นการใช้อำนาจของเจ้าพนักงานตำรวจตามกฎหมายและเป็นการใช้อำนาจของเจ้าพนักงานตำรวจในการปฏิบัติตามคำสั่งของผู้บังคับบัญชา แต่เนื่องจากในหลักกฎหมายเองนั้นมิได้มีการบัญญัติถึงขั้นตอนและแนวทางการรวมทั้งระดับของการใช้กำลังของเจ้าพนักงานตำรวจในการจับกุมผู้ที่จะต้องถูกจับที่ขัดขวางหรือจะขัดขวางการจับหรือหลบหนีหรือพยายามจะหลบหนีไว้ ตลอดทั้งมิได้กำหนดถึงบุคคลที่เป็นผู้รับผิดชอบผู้มีอำนาจในการตัดสินใจสั่งการให้ใช้อำนาจโดยการบังคับใช้กำลังดังกล่าวอย่างเช่น พระราชบัญญัติราชทัณฑ์ พ.ศ. 2479 จึงทำให้ไม่มีผู้มีอำนาจในการควบคุมรับผิดชอบในการที่เจ้าพนักงานตำรวจได้ใช้กำลังเพื่อการจับกุม ดังนั้นเมื่อมีการใช้กำลังเพื่อการจับกุมโดยเจ้าพนักงานตำรวจเกิดขึ้น ศาลจึงเป็นผู้ที่จะพิจารณาว่าเป็นการกระทำที่เหมาะสมแก่พฤติการณ์แห่งเรื่องในการจับผู้หนีหรือไม่

จากหลักแนวคิดการยอมรับและแนวคำพิพากษาของศาลไทยที่เป็นอยู่ในปัจจุบันนั้น หลักการป้องกัน ในกรณีการใช้อำนาจรัฐ ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 83 วรรคสาม โดยตีความความหมายของคำว่าป้องกัน (การใช้อำนาจรัฐ) เช่นเดียวกับการป้องกันภัยอันตรายซึ่งเกิดจากการประทุษร้ายอันละเมิดต่อกฎหมาย ซึ่งเป็นกรณีที่กฎหมายให้อำนาจแก่ปัจเจกชน ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 68 ผู้ศึกษาเห็นว่าเป็นการจำกัดอำนาจของเจ้าพนักงานตำรวจในการปฏิบัติหน้าที่อีกทั้งเป็นการตีความกฎหมายโดยไม่คำนึงถึงบริบทของกฎหมายเป็นสำคัญ

บทที่ 5

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

5.1 บทสรุป

ทฤษฎีกระบวนการยุติธรรมทางอาญามีรูปแบบที่สำคัญอยู่ 2 รูปแบบ คือ 1) ทฤษฎีการดำเนินคดีอาญาในรูปแบบกระบวนการนิติธรรม (The Due Process Model) เป็นรูปแบบของการดำเนินคดีอาญาที่ให้ความสำคัญในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน เพื่อเป็นหลักประกันแก่บุคคลโดยมุ่งให้การดำเนินการทุกขั้นตอนของกระบวนการยุติธรรมต้องเป็นธรรม และถูกต้องตามกฎหมาย 2) การดำเนินคดีอาญาในรูปแบบการควบคุมอาชญากรรม (Crime Control Model) เป็นรูปแบบการดำเนินคดีที่ให้ความสำคัญในการควบคุมอาชญากรรมที่เน้นถึงประสิทธิภาพการบังคับใช้กฎหมายของกระบวนการยุติธรรมเพื่อเป็นหลักประกันแก่สังคมส่วนรวมเพื่อให้เกิดความสงบเรียบร้อยภายในบ้านเมือง ซึ่งจะเห็นว่าเป้าหมายของกระบวนการยุติธรรมทั้งสองทฤษฎีมีลักษณะที่ขัดแย้งกัน การที่เน้นเป้าหมายอันใดอันหนึ่งมากเกินไป อาจเกิดผลกระทบต่อ การดำเนินคดี ซึ่งกระบวนการยุติธรรมทางอาญาที่ดีนั้นรัฐต้องมีหน้าที่ต้องนำหลักการบริหารกระบวนการยุติธรรมทางอาญาทั้งสองรูปแบบมาผสมผสานกันอย่างลงตัว การที่รัฐได้มอบอำนาจในการบังคับใช้กฎหมายแก่เจ้าพนักงานตำรวจนั้นในการที่จะป้องกันและปราบปรามอาชญากรรมเพื่อก่อให้เกิดความสงบสุขภายในบ้านเมือง รัฐต้องสร้างกฎหมายขึ้นมาคุ้มครองทั้งผู้ที่ต้องถูกบังคับโดยกฎหมาย คือ ประชาชนในสังคมและต้องคุ้มครองผู้บังคับใช้กฎหมาย คือ เจ้าพนักงานตำรวจ และเมื่อเป็นการกระทำโดยใช้อำนาจรัฐเพื่อป้องกันมิให้มีการใช้อำนาจรัฐเกินขอบเขตของความพหุสิทธิมนุษยชน จึงต้องกำหนดวิธีปฏิบัติไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 83 เรื่องการจับ เพื่อมิให้มีการละเมิดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนในการที่เจ้าพนักงานตำรวจบังคับใช้กฎหมาย ซึ่งจากหลักดังกล่าวเป็นหน้าที่ของเจ้าพนักงานตำรวจที่จะต้องคุ้มครองปกป้องไม่ให้ประชาชนได้รับอันตรายในชีวิตและร่างกาย แต่ในบางครั้งเจ้าพนักงานตำรวจก็ไม่สามารถที่จะปกป้องความเดือดร้อนของประชาชนได้อย่างทันทีทันใด ในทางประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 68 ได้สร้างหลักของเรื่องการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย มาให้ประชาชนใช้ในการที่เกิดภัยอันตรายเกิดขึ้นและไม่สามารถขอความช่วยเหลือจากรัฐได้นั้นคือกฎหมายได้สร้างหลักการคุ้มครองให้แก่ประชาชนซึ่งเป็นหลักการป้องกันที่ใช้ระหว่างปัจเจกชน

จากบทบัญญัติประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 83 วรรคสาม เป็นวิธีในการจับตัวผู้กระทำความผิดหรือป้องกันการหลบหนี โดยหลักในการจับนั้นจะต้องกระทำโดยละม่อม ซึ่งเป็นการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของบุคคลในทางหนึ่ง ปัญหาที่เกิดขึ้นในทางปฏิบัติเมื่อเจ้าพนักงานตำรวจใช้กำลังในการจับกุมและก่อให้เกิดผล เช่น ผู้ถูกจับถึงแก่ความตายหรือบาดเจ็บ เมื่อคดีสู่การพิจารณาของศาล ศาลจะใช้หลักกฎหมายเรื่องการป้องกันโดยชอบตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 68 นำมาวินิจฉัยอย่างเคร่งครัดว่าการใช้กำลังของเจ้าพนักงานตำรวจนั้นเกินกว่าเหตุหรือไม่ โดยที่หลักกฎหมายเรื่องการป้องกันโดยชอบเป็นหลักกฎหมายที่สร้างขึ้นมาเพื่อป้องกันการใช้สิทธิในการป้องกันของปัจเจกชน ในกรณีที่ไม้อาจพึ่งอำนาจรัฐได้ทันทั่วที่ได้ ดังนั้นผู้ศึกษาเห็นว่าในการจับกุมผู้กระทำความผิด “ผู้กระทำการจับมีอำนาจใช้วิธีหรือการป้องกันทั้งหลายเท่าที่เหมาะสมแก่พฤติการณ์แห่งการจับผู้นั้น” เป็นวิธีการจับโดยเจ้าพนักงานตำรวจเพื่อจับกุมผู้กระทำความผิดหรือป้องกันการหลบหนี ในบางกรณีอาจต้องมีการใช้กำลังหรืออาวุธและอาจเป็นกรณีที่อันตรายได้ผ่านพ้นไปแล้ว เป็นต้น ซึ่งในการใช้วิธีการป้องกันตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามาตรา 83 วรรคสาม (การใช้อำนาจรัฐ) นั้นเป็นการใช้วิธีการป้องกันเพื่อหยุดยั้งการหลบหนีหรือการขัดขวางการจับของผู้จะถูกจับเท่านั้นหากการหลบหนีหรือจะหลบหนี การขัดขวางหรือจะขัดขวางของผู้จะถูกจับนั้นไม่ได้กระทำโดยการใช้กำลังประทุษร้ายต่อเจ้าพนักงานตำรวจ เจ้าพนักงานตำรวจก็ใช้วิธีได้ภายใต้ขอบเขตแห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามาตรา 83 เท่านั้น แต่หากเป็นกรณีที่ผู้จะถูกจับหันกลับมาใช้กำลังประทุษร้ายต่อเจ้าพนักงานผู้ทำการจับกุม เจ้าพนักงานผู้ทำการจับกุมก็สามารถที่จะใช้หลักการป้องกันของปัจเจกชนตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 68 ซึ่งผู้ศึกษาเห็นว่าในการวินิจฉัยคดีของศาลก็เช่นเดียวกัน คือ ควรที่จะแยกหลักการพิจารณาออกตามสถานการณ์ที่เกิดขึ้น เพราะเนื่องจากขอบเขตของการใช้อำนาจรัฐกับการป้องกันของปัจเจกชนนั้นไม่เหมือนกัน หากนำหลักการป้องกันของปัจเจกชนมาใช้ในการวินิจฉัยการใช้อำนาจรัฐในทุกกรณีโดยไม่คำนึงถึงสถานการณ์ที่เกิดขึ้นและอันตรายที่จะเกิดแก่เจ้าพนักงานตำรวจผู้ทำการจับในการใช้อำนาจรัฐแล้ว ก็จะทำให้การบังคับใช้กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามาตรา 83 นั้น ไม่อาจบรรลุตามวัตถุประสงค์ของกฎหมายได้

ส่วนการใช้อำนาจของเจ้าพนักงานตำรวจ แม้จะเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐในการป้องกันปราบปรามอาชญากรรม เพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยของสังคม คุ้มครองชีวิตทรัพย์สิน ร่างกายของประชาชน ภายในสังคมและดำรงซึ่งความศักดิ์สิทธิ์ของกฎหมายถือเป็นหน้าที่ที่สำคัญที่สุดในการปฏิบัติงานของเจ้าพนักงานตำรวจ เพราะเป็นหน้าที่ที่ซ้อนกันอยู่ 2 ประการคือ การปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมายและการปฏิบัติหน้าที่ตามคำสั่งของผู้บังคับบัญชาในการป้องกันความเสียหายต่อประชาชนและป้องกันความเสียหายของรัฐแต่จากการที่เจ้าพนักงานตำรวจมีหน้าที่ที่จะต้องปฏิบัติ

ตามกฎหมายและปฏิบัติตามคำสั่งของผู้บังคับบัญชาในการป้องกันความเสียหายต่อประชาชนและป้องกันความเสียหายของรัฐนั้นพบว่าไม่มีกฎหมายหรือบทบัญญัติใดที่ชัดเจนกำหนดขั้นตอนหรือวิธีการปฏิบัติในการใช้กำลังหรืออาวุธดังกล่าวในการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าพนักงานตำรวจได้ในขั้นตอนใดบ้างตลอดทั้งเจ้าพนักงานตำรวจผู้มีอำนาจรับผิดชอบในการสั่งการตัดสินใจให้ใช้กำลังหรืออาวุธได้แค่ไหนเพียงไร มีเพียงแต่หลักกฎหมายที่วางกรอบให้อำนาจแก่เจ้าพนักงานตำรวจในการปฏิบัติหน้าที่ที่เห็นได้ชัดคือ ในเรื่องอำนาจในการจับของเจ้าพนักงานตำรวจตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 83 วรรคสาม ที่วางหลักเกณฑ์ไว้อย่างกว้างๆ ว่า “ถ้าบุคคลซึ่งจะถูกจับขัดขวางหรือจะขัดขวางการจับหรือหลบหนี หรือพยายามจะหลบหนี ผู้ทำการจับมีอำนาจใช้วิธีการป้องกันทั้งหลายเท่าที่เหมาะสมแก่พฤติการณ์แห่งเรื่องในการจับผู้นั้น” เป็นบทบัญญัติที่ให้อำนาจแก่เจ้าพนักงานตำรวจผู้ทำการจับมีอำนาจใช้วิธีหรือการป้องกันทั้งหลายเท่าที่เหมาะสมแก่พฤติการณ์แห่งเรื่องในการจับผู้นั้นในกรณีที่บุคคลซึ่งจะถูกจับขัดขวางหรือจะขัดขวางการจับ หรือหลบหนีหรือพยายามจะหลบหนี ซึ่งเป็นหลักการใช้อำนาจรัฐโดยเจ้าพนักงานตำรวจ การใช้กำลังเพื่อจับตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 83 วรรคสาม เป็นการให้อำนาจเฉพาะการหยุดยั้งการขัดขึ้นหรือการหลบหนีของผู้ถูกจับเท่านั้น ซึ่งการใช้วิธีการป้องกันดังกล่าวนี้จะกระทำโดยใช้กำลังซึ่งอาจไปกระทบต่อสิทธิเสรีภาพในชีวิตและร่างกายของผู้จะถูกจับนอกเหนือจากสิทธิเสรีภาพในการเคลื่อนไหวร่างกายการใช้อำนาจของเจ้าพนักงานตำรวจซึ่งเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐในการป้องกันปราบปรามอาชญากรรม เพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยของสังคม ค้ำครองชีวิต ทรัพย์สินร่างกายของประชาชนภายในสังคมและดำรงซึ่งความศักดิ์สิทธิ์ของกฎหมาย การที่เจ้าพนักงานทำการจับจะใช้วิธีใดจึงจะเหมาะสมนั้น จะต้องพิจารณาจากผู้ที่จะถูกจับเป็นสำคัญ ภายใต้สถานการณ์เช่นนั้น และจะต้องเคารพต่อสิทธิและเสรีภาพของผู้จะถูกจับเป็นหลัก

โดยหลักในการจับนั้นทั้งกฎหมายและระเบียบการตำรวจเกี่ยวกับคดีได้กำหนดไว้เพียงว่าให้กระทำโดยละม่อมแม้ว่าหลักการดังกล่าวนี้จะเป็นหลักการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคลในทางหนึ่งแต่ก็เป็นกรหลีกเลียงไม่ได้หากเกิดกรณีการหลบหนีหรือพยายามหลบหนี หรือขัดขวางการจับกุมดังกล่าวขึ้นเมื่อเจ้าพนักงานใช้วิธีการหรือการป้องกันโดยการบังคับใช้กำลังในการจับกุมดังกล่าวผลที่ตามมาคือความเสียหายต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนตลอดทั้งความเสียหายต่อทรัพย์สินหรือชีวิตร่างกาย ปัญหาที่เกิดขึ้นในทางปฏิบัติเมื่อเจ้าพนักงานตำรวจใช้วิธีการหรือการป้องกันทั้งหลายโดยการใช้กำลังหรืออาวุธในการจับกุมเพื่อหยุดยั้งหรือป้องกันการขัดขวางหรือหลบหนีดังกล่าวโดยใช้อำนาจเกินขอบเขตเนื่องจากไม่มีกฎหมายกำหนดวิธีการขั้นตอนในการใช้กำลังหรืออาวุธดังกล่าวว่าสามารถกระทำได้แค่ไหนเพียงไรและใครเป็นผู้ที่มี

อำนาจในการตัดสินใจให้ใช้กำลังหรืออาวุธดังกล่าวได้ตลอดถึงเป็นผู้รับผิดชอบหากการใช้กำลังหรืออาวุธดังกล่าวเกินกว่าพฤติการณ์แห่งเรื่องในการจับนั้น

ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามาตรา 83 วรรคสาม บัญญัติว่า “ผู้ทำการจับมีอำนาจใช้วิธีหรือการป้องกันทั้งหลายเท่าที่เหมาะสมแก่พฤติการณ์แห่งเรื่องในการจับผู้นั้น” ซึ่งเป็นวิธีในการจับหรือป้องกันการหลบหนี มีสองกรณี คือ 1) ผู้ทำการจับมีอำนาจใช้วิธีทั้งหลายเท่าที่เหมาะสมแก่พฤติการณ์แห่งเรื่องในการจับผู้นั้น และ 2) ผู้ทำการจับมีอำนาจในการป้องกันทั้งหลายเท่าที่เหมาะสมแก่พฤติการณ์แห่งเรื่องในการจับผู้นั้นเป็นการป้องกันเพื่อหยุดยั้งการขัดขวางหรือการหลบหนีเท่านั้น

เมื่อพิจารณาการใช้วิธีและการป้องกันทั้งหลายเท่าที่เหมาะสมแก่พฤติการณ์แห่งเรื่องในการจับผู้นั้น ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามาตรา 83 วรรคสาม จึงกล่าวได้ว่า มีหลักเกณฑ์ที่กว้าง แตกต่างจากการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 68 โดยการใช้วิธีทั้งหลายเท่าที่เหมาะสมแก่พฤติการณ์แห่งเรื่องในการจับเป็นการใช้วิธีในการจับหรือป้องกันการหลบหนี เป็นการให้อำนาจเฉพาะการหยุดยั้งการขัดขืนหรือการหลบหนีของผู้ถูกจับเท่านั้นโดยการจะใช้วิธีใดจึงจะเหมาะสมนั้นจะต้องอยู่ภายใต้สถานการณ์เช่นนั้น แต่ถ้าหากเกินกว่ากรณีเจ้าพนักงานตำรวจก็มีความผิดได้ การใช้กำลังหรืออาวุธอาจทำให้ผู้จะถูกจับถึงตายได้นั้น ตามพฤติการณ์ที่เกิดขึ้นก็เพื่อให้ได้ตัวผู้กระทำความผิด หรือกล่าวได้ว่าการใช้วิธีในการจับเป็นการใช้วิธีที่พอสมควรที่จะให้ได้ตัวผู้กระทำความผิดกับเหตุที่เกิดขึ้นจึงต่างกับการป้องกันสิทธิตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 68 ที่เป็นการพิจารณาและให้อำนาจแก่ปัจเจกในการใช้กำลังเพื่อป้องกันภัยให้แก่ตนเองหรือผู้อื่น ซึ่งในกรณีดังกล่าวหากการฝ่าฝืนมีลักษณะที่น่าจะก่อให้เกิดอันตรายและเป็นอันตรายที่ใกล้จะถึงก็สามารถใช้กำลังเพื่อป้องกันสิทธิของตนได้ตามหลักสัดส่วนและวิธีทางน้อยที่สุด ซึ่งถือเป็นการป้องกันที่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งแนวทางปฏิบัติของศาลไทยก็พิจารณาถึงหลักสัดส่วนของภัยที่จะเกิดแก่ผู้ป้องกันเป็นแนวทางในการพิจารณาว่าได้กระทำไปพอสมควรแก่เหตุหรือไม่ แต่ก็ยังมีความสับสนในการปรับใช้กฎหมายระหว่างการใช้อำนาจรัฐกับการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายของปัจเจกชน ทั้งในทางปฏิบัติ เจ้าพนักงานตำรวจใช้อำนาจรัฐก็ยังมี ความสับสนระหว่างการใช้อำนาจรัฐกับการกระทำโดยการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย

การใช้กำลังหรืออาวุธในการจับหรือป้องกันการหลบหนี ภายใต้สถานการณ์เช่นนั้น เจ้าพนักงานตำรวจผู้ทำการจับมีความจำเป็นอย่างยี่งที่จะต้อง ใช้กำลังหรืออาวุธในการจับหรือป้องกันการหลบหนี ซึ่งจะมีขั้นตอนต่างๆ ก่อนที่จะมีการใช้กำลังหรืออาวุธ เช่นการต่อรองกับผู้กระทำความผิด การยิงปืนขู่ การเตือน เป็นต้น การใช้กำลังเพื่อจับตามประมวลกฎหมายวิธี

พิจารณาความอาญามาตรา 83 วรรคสาม เป็นการให้อำนาจแก่เจ้าพนักงานตำรวจผู้จับเฉพาะการหยุดยั้งการขัดขืนหรือการหลบหนีของผู้ถูกจับเท่านั้น แต่ขั้นตอนหรือวิธีการในการใช้อำนาจของเจ้าพนักงานตำรวจในการบังคับใช้กำลังหรืออาวุธนั้นเป็นขั้นตอนการปฏิบัติซึ่งไม่มีบทบัญญัติหรือกฎหมายใดๆ วางหลักเกณฑ์ขั้นตอนในการปฏิบัติดังกล่าวไว้ตลอดทั้งกำหนดถึงบุคคลที่เป็นผู้รับผิดชอบมีอำนาจในการตัดสินใจสั่งการให้ใช้อำนาจโดยการบังคับใช้กำลังดังกล่าว อย่างเช่นพระราชบัญญัติราชทัณฑ์ พ.ศ. 2479 ซึ่งได้วางหลักเกณฑ์และวิธีการปฏิบัติตลอดทั้งผู้รับผิดชอบและมีอำนาจในการตัดสินใจสั่งการให้ใช้กำลังและอาวุธดังกล่าวที่ไว้อย่างชัดเจนทำให้การปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าพนักงานอยู่ภายใต้ขอบเขตที่กฎหมายกำหนดและเป็นการป้องกันสิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้อย่างแท้จริง

5.2 ข้อเสนอแนะ

1) ควรมีการกำหนดวิธีการหรือขั้นตอนก่อนๆ ที่จะมีการใช้อำนาจโดยการบังคับใช้กำลังหรืออาวุธให้ชัดเจนเพื่อให้เจ้าพนักงานตำรวจผู้ทำการจับสามารถที่จะปฏิบัติได้อย่างเหมาะสม และถูกต้องตามขั้นตอนตลอดทั้งกำหนดบุคคลผู้รับผิดชอบมีอำนาจในการตัดสินใจออกคำสั่งควบคุมการใช้กำลังดังกล่าวเช่นเดียวกับพระราชบัญญัติราชทัณฑ์ พ.ศ. 2479 และควรมีการฝึกอบรม ฝึกฝน เจ้าพนักงานตำรวจในการตัดสินใจ และการใช้อาวุธปืนเพื่อให้เกิดความเหมาะสมมากขึ้น ภายใต้สถานการณ์เช่นนั้น

2) ในการวินิจฉัยของศาลควรพิจารณาว่าการใช้อำนาจรัฐโดยเจ้าพนักงานตำรวจโดยการใช้กำลังนั้น เป็นการใช้กำลังแก่ผู้ถูกจับเท่าที่จำเป็นเพื่อจับผู้นั้นให้ได้หรือป้องกันมิให้หนี หรือเป็นกรณีที่ผู้ถูกจับต่อสู้และประทุษร้ายแก่เจ้าพนักงานตำรวจผู้จับ ซึ่งหากมีพฤติการณ์ที่แสดงให้เห็นว่าผู้ถูกจับกำลังจะประทุษร้ายแก่ผู้จับ ซึ่งพฤติการณ์ดังกล่าวอาจไม่ต้องถึงขั้นที่แสดงว่ากำลังลงมือ เพราะในหลักป้องกันของปัจเจกชนนั้นถือว่ามิใช่อันตรายที่ใกล้จะถึงก็เพียงพอแล้ว ทั้งนี้เพื่อนำมาสู่การปรับใช้กฎหมายว่าการกระทำของเจ้าพนักงานตำรวจนั้นเป็นการกระทำโดยใช้อำนาจรัฐโดยหลักความได้สัดส่วนกับหลักความพอสมควรแก่เหตุตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 83 วรรคสาม หรือเป็นกรณีการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายของปัจเจกชนตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 68

3) การใช้กำลังตอบโต้เพื่อจับผู้ประทุษร้ายมีลักษณะที่ฉุกเฉินและต้องอาศัยพฤติการณ์แห่งคดีเป็นเรื่องๆ ไป จึงควรที่จะวางหลักเกณฑ์ขั้นตอนการใช้กำลังตอบโต้ให้ชัดเจนโดยอาศัยมาตรการจากเขาไปหนักตามหลักสากล เพื่อเป็นหลักเกณฑ์แก่ผู้ปฏิบัติและเพื่อให้การใช้ดุลพินิจของศาลเป็นไปในแนวทางเดียวกัน

4) เนื่องจากขณะนี้ยังไม่มีกฎหมายหรือกฎระเบียบใดบัญญัติในเรื่องมาตรการเชิงตรวจสอบในขั้นตอนการใช้กำลังแก่ผู้ถูกจับของเจ้าพนักงานตำรวจอันเป็นการปฏิบัติตามคำสั่งของผู้บังคับบัญชา เมื่อเจ้าพนักงานตำรวจได้ปฏิบัติตามคำสั่งของผู้บังคับบัญชาแล้ว ผู้ที่จะมาตรวจสอบจึงเป็นศาล ดังนั้นจึงควรมีการออกมาตรการการตรวจสอบคำสั่งของผู้บังคับบัญชาเพื่อให้ผู้ที่ควบคุมรับผิดชอบในการที่เจ้าพนักงานตำรวจปฏิบัติตามคำสั่งจากผู้บังคับบัญชานั้น

บรรณานุกรม

บรรณานุกรม

ภาษาไทย

หนังสือ

- กรมหลวงราชบุรีดิเรกฤทธิ์. (ม.ป.ป.). *กฎหมายอาญาเล่ม 1*. กรุงเทพฯ: สำนักนายกรัฐมนตรี.
กิตติพงษ์ กิตยารักษ์. (2543). *กระบวนการยุติธรรมบนเส้นทางของการเปลี่ยนแปลง*. กรุงเทพฯ:
วิญญูชน.
- เกียรติจักร วัจนะสวัสดิ์. (2549). *คำอธิบายกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา: ว่าด้วยการดำเนินคดี
ในขั้นตอนก่อนการพิจารณา*. กรุงเทพฯ: จีรรัชการพิมพ์.
- _____. (2551). *คำอธิบายกฎหมายอาญาภาค 1*. กรุงเทพฯ: พลสยาม พรินต์ติ้ง.
- โกเมน ภัทรภิรมย์. (2524). *คำอธิบายกฎหมายอาญาฝรั่งเศส*. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- คณิต ณ นคร. (2555). *กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา*. กรุงเทพฯ: วิญญูชน.
- _____. (2554). *กฎหมายอาญาภาคทั่วไป*. กรุงเทพฯ: วิญญูชน.
- คณิง ภาไชย. (2555). *กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเล่ม 1*. กรุงเทพฯ: เดือนตุลา.
- จรัญ โฆษณานันท์. (2545). *สิทธิมนุษยชนไร้พรมแดน: ปรัชญา กฎหมาย และความเป็นจริง
ทางสังคม*. กรุงเทพฯ: บี.เจ.เพลท โปรเซสเซอร์.
- จิตติ ดิงศักดิ์. (2555). *กฎหมายอาญา ภาค 1*. กรุงเทพฯ: จีรรัชการพิมพ์.
- จิรนิติ หะวานนท์. (2546). *สิทธิทางวิธีพิจารณาความอาญาตามรัฐธรรมนูญ*. กรุงเทพฯ: วิญญูชน.
- ณรงค์ ใจหาญ. (2547). *หลักกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเล่ม 1*. กรุงเทพฯ: เดือนตุลา.
- บรรเจิด สิงคะเนติ. (2547). *หลักพื้นฐานของสิทธิและเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตาม
รัฐธรรมนูญ*. กรุงเทพฯ: เดือนตุลา.
- บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. (2542). *รัฐธรรมนูญน่ารู้*. กรุงเทพฯ: วิญญูชน.
- ปรีดี เกษมทรัพย์. (2543). *นิติปรัชญา*. กรุงเทพฯ: รุ่งเรืองศาสน์การพิมพ์.
- มานิตย์ จุมปา. (ม.ป.ป.). *คำอธิบายรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (2540)*. กรุงเทพฯ:
วี.เจ.พรินต์ติ้ง.
- วรพจน์ วิสสุตพิชญ์. (2543). *สิทธิและเสรีภาพรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540*.
กรุงเทพฯ: วิญญูชน.
- สง่า ลีนะสมิตร. (ม.ป.ป.). *กฎหมายอาญาภาค 1*. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยรามคำแหง.

- สนิท สนั่นศิลป์. (ม.ป.ป.). คำอธิบายประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา เล่ม 2. กรุงเทพฯ: สุตรไพศาล.
- สัญญา ธรรมศักดิ์และประภาศน์ อวยชัย. (ม.ป.ป.). คำอธิบายประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ภาค 1 ถึง ภาค 3 มาตรา 1-171. กรุงเทพฯ: กรุงเทพมหานครพิมพ์.
- สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล. (2548). คำอธิบายพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา (ฉบับที่ 22) พ.ศ. 2547. กรุงเทพฯ: เดือนตุลา.
- สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล, กษมา เดชรักษา, วีระศักดิ์ แสงสารพันธ์ และจริยาดี มิตรสูงเนิน. (2547). กฎหมายด้านการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพในกระบวนการยุติธรรมที่ไม่สอดคล้องกับหลักพื้นฐานและพันธกรณีระหว่างประเทศ รวมทั้งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (รายงานการวิจัย). กรุงเทพฯ: สำนักกิจการยุติธรรม
- เสนีย์ ปราโมช. (2510). กฎหมายสมัยอยุธยา. กรุงเทพฯ: ศิวพร.
- สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา. (2550). รวมคำบรรยายเนติบัณฑิตยสภา ภาคหนึ่ง สมัยที่ 60. กรุงเทพฯ: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา.
- หยุด แสงอุทัย. (2538). ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป. กรุงเทพฯ: รุ่งเรืองศาสน์การพิมพ์.
- _____. (2523). กฎหมายอาญา ภาค 1. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- _____. (2515). ประมวลกฎหมายอาญาเรียนด้วยตนเอง. กรุงเทพฯ: แสงสุทธิการพิมพ์.
- อุททิศ แสนโกสิก. (2525). กฎหมายอาญาภาค 1. กรุงเทพฯ: เรือนแก้วการพิมพ์.
- เอกทวี ตาตะยานนท์. (2531). ระเบียบการตำรวจเกี่ยวกับคดี ฉบับรวมเล่ม. กรุงเทพฯ: สุตรไพศาลการพิมพ์.
- เอดูต์. (ม.ป.ป.). กฎหมายอาญา. กรุงเทพฯ: อักษรนิติ.

วิทยานิพนธ์

- กฤษณะ กรุดกรานต์. (2544). การป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย: ศึกษากรณีการป้องกันในเคหาสน (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท). กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต.
- นรินทร์ มั่นจิตร. (2548). กรอบการใช้อำนาจรัฐตามมาตรา 83 กับการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย: กรณีการใช้อำนาจบังคับก่อให้เกิดการตาย (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท). กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต.

ฤทธิ์รงค์ สมอัคร. (2536). *การป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย ศึกษาเน้นหนักเฉพาะขอบเขตของการป้องกัน* (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท). กรุงเทพฯ: กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

ดวงมณี พานนาค. (2550). *การป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย: ศึกษากรณีการป้องกันโดยชอบของเจ้าพนักงาน*. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยรามคำแหง

เอกสารอื่นๆ

รายงานประชุมอนุกรรมการตรวจพิจารณาแก้ไขประมวลกฎหมายอาญา ครั้งที่ 114/2483 วันที่ 16 สิงหาคม 2483.

รายงานการประชุมอนุกรรมการตรวจพิจารณาแก้ไขประมวลกฎหมายอาญา ครั้งที่ 141/119/2483 วันที่ 16 สิงหาคม 2483.

บรรยายอบรม หลักสูตรพนักงานสอบสวนผู้ชำนาญการรุ่นที่ 32.

ภาษาต่างประเทศ

BOOKS

Andrew Ashworth. (1991). *Principle of Criminal Law*. Oxford: Clarendon Press.

George P. Fletcher. (1972). *Proportionality and Psychotic Aggressor: a Vignette in Comparative Criminal Theory*. Boston: Little Brown.

_____. (1978). *Rethinking Criminal Law*. Boston: Little Brown.

Glanville Willimams. (1978). *Textbook of Criminal Law*. London: Steven & Sons.

Halsbury's. (1976). *Law of England Vol. II*. London: Butterworths.

Paul E. Dow. (1985). *Criminal Law*. California: Brooks/Cole Publishing Co.

Smith & Hogan. (1988). *Criminal Law*. London Edinburgh: Butterworth.

Wayne R. La Fave and Austin W. Scott. (1972). *Criminal Law*. Min: West Publishing Co.,

ARTICLE

John Griffiths. (1970). Wideology in Criminal Procedure or A Third Model of the Criminal Process." *The Yale Law Journal*, 79. pp. 30-31.