

บทที่ 2

ความเป็นมาทางประวัติศาสตร์กฎหมายสากล

ในบทนี้ผู้เขียนจะกล่าวถึงความมาทางประวัติศาสตร์สากลของการกระทำที่เป็นนิรโทษกรรม (Justifiable Acts) เสียก่อน โดยนับยุคประวัติศาสตร์มนุษย์เริ่มรวมตัวกันก่อเกิดเป็นสังคมจนกระทั่งถึงพัฒนาจนเป็นอาณาจักรซึ่งมีความเจริญทางอารยธรรมในแต่ละส่วนของโลกไม่ว่าจะเป็นอารยธรรมเมโสโปเตเมีย อารยธรรมของจีน อารยธรรมของกรีกและโรมัน แหล่งอารยธรรมเหล่านี้ล้วนก่อเกิดความเจริญมากมายในหลายด้านแก่โลกปัจจุบัน ในส่วนกฎหมายก็เช่นเดียวกันแหล่งอารยธรรมต่างๆของโลกล้วนแล้วแต่ปรากฏร่องรอยของระบบกฎหมายขึ้นสำหรับในที่นี้ผู้เขียนจะขอหยิบยกถึงประวัติศาสตร์ของกฎหมายยุโรปเนื่องจากกฎหมายของยุโรปเป็นรากฐานที่สำคัญของระบบกฎหมายซีวิลลอว์ (Civil Law) หรือระบบประมวลกฎหมายที่ใช้กันแพร่หลายในปัจจุบันอีกทั้งยังมีผลกระทบต่อระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) ซึ่งเป็นระบบกฎหมายที่สำคัญอีกระบบด้วย

1. ระบบกฎหมายโรมัน (Roman Law)

ระบบกฎหมายโรมันเป็นระบบกฎหมายที่มีความเจริญมาก เนื่องจากระบบกฎหมายดังกล่าวเกิดและมีวิวัฒนาการขึ้นจนเสื่อมลงกินเวลายาวนานถึง 13 ศตวรรษโดยนับตั้งแต่กำเนิดของกรุงโรม (Rome) ประมาณปี 753 BC จนถึง 565 AD ในระหว่างช่วงเวลา 13 ศตวรรษดังกล่าวเป็นช่วงที่ยาวนานมาก นักกฎหมายโรมันจึงได้แบ่งยุคในการศึกษาแตกต่างกัน ผู้เขียนขอแบ่งยุคตามท่านศาสตราจารย์ ดร. ประชุม โฉมฉาย ซึ่งแบ่งประวัติศาสตร์กฎหมายโรมันออกเป็น 3 ยุค โดยเน้นการเปลี่ยนแปลงด้านระบบปกครองเป็นหลัก ดังต่อไปนี้¹

1.1 ยุคโบราณหรือราชาธิปไตย (Monarchy)

ยุคนี้เป็นยุคที่เริ่มจากปี 753 BC จนกระทั่งถึงปี 509 BC การที่ยุคนี้นับว่าปกครองด้วยระบบราชาธิปไตย กฎหมายต่างๆที่มีมาจากพระมหากษัตริย์ทั้งหมดเรียกว่า Lex Regia หรือ

¹ ประชุม โฉมฉาย, วิวัฒนาการของกฎหมายโรมัน, (กรุงเทพมหานคร: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2546), น.16-18.

Lages Regia กฎหมายละเมิดโรมันได้เริ่มพัฒนาอย่างช้าๆ จากจารีตประเพณีที่ยอมรับการแก้แค้นระหว่างเอกชน (revenge) กล่าวคือ แต่เดิมนั้นเมื่อคนโรมันมาอยู่รวมกันเป็นสังคมก็เกิดมีการกระทบกระทั่งล่วงล้ำสิทธิกันบ้างตามธรรมชาติของการอยู่ร่วมกัน เช่น การแย่งชิงทรัพย์ การทำร้ายร่างกายซึ่งกันและกัน ซึ่งโดยปรกติแล้วผู้ถูกแย่งชิงทรัพย์หรือผู้ถูกทำร้ายก็ต้องหาทางแก้แค้นทดแทนเอาเอง จนเผ่าจะไม่เข้าไปเกี่ยวข้องกับเพราะเป็นเรื่องส่วนตัวของคู่อริ และยอมรับกันว่าผู้ถูกทำร้ายมีสิทธิที่แก้แค้นที่จะกระทำตอบได้

แต่ต่อมาสังคมขยายขนาดและเริ่มเป็นปึกแผ่นมากขึ้น การปล่อยให้สมาชิกในสังคมทำการแก้แค้นทดแทนกันเอาเองอย่างไม่มีที่สิ้นสุดย่อมก่อให้เกิดความวุ่นวายขึ้น นอกจากนั้นการกระทำบางอย่างที่มีลักษณะอุกอาจ เช่น การใช้กำลังหรืออาวุธ (Vi et armis) ก่อให้เกิดความวุ่นวายและความเสียหายต่อผู้อื่นย่อมมีผลเป็นการคุกคามต่อความสงบเรียบร้อยของชุมชนและทำลายต่ออำนาจของผู้ปกครองอีกด้วย ดังนั้นผู้ปกครองจึงต้องวางมาตรการควบคุมเพื่อรักษาความสงบสุขของชุมชนนั้น หรืออีกนัยยะหนึ่งเป็นการรักษาสถานภาพของตนเอง โดยการวางกฎหมายห้ามการกระทำใดๆ อันเป็นการใช้กำลังหรืออาวุธก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้อื่น หากผู้ใดฝ่าฝืนจะถูกลงโทษทางร่างกายอย่างรุนแรงเพื่อเป็นเยี่ยงอย่างแก่ผู้อื่นไม่ให้กระทำการเช่นนั้นอีก กฎหมายละเมิดในยุคต้นก็มีลักษณะเช่นนี้ซึ่งเรียกว่า “ตาต่อตา ฟันต่อฟัน”(Lex Talionis) หรือกฎหมายว่าด้วยการแก้แค้นซึ่งยอมรับการลงโทษผู้กระทำละเมิดด้วยการกระทำอย่างเดียวกันกับการลงโทษนั่นเอง อย่างไรก็ตามกฎหมายโรมันในยุคนี้ส่วนใหญ่จะมีได้มีการบันทึกไว้ มีแต่ขุนนางหรือพระที่ท่องจำได้ สำหรับในยุคนี้ผู้เขียนพบว่ายังไม่ปรากฏแนวความคิดนิรโทษกรรมแต่อย่างใด

1.2 ยุคสาธารณรัฐ (Republic)

ยุคสาธารณรัฐ (Res Publica) นี้เป็นยุคที่เริ่มจากปี 509 BC เป็นต้นมาจนถึงยุคของจักรพรรดิโรมันในปี 31 BC การปกครองสมัยนี้² มีการปกครองแบบประชาธิปไตย ดังนั้นประมุขของรัฐไม่ใช่พระมหากษัตริย์อีกต่อไปหากเป็นคนธรรมดาที่ได้รับเลือกขึ้นไป เรียกว่า กงสุล (Consul) มี 2 คนใช้อำนาจบริหารสูงสุดของประเทศ (imperium) แต่เนื่องจากในสมัยดังกล่าวประมุขของรัฐมีภารกิจหลายอย่าง จึงจำเป็นต้องมีผู้ช่วย ซึ่งตำแหน่งดังกล่าวมี 3 ตำแหน่ง กล่าวคือ Praetor เป็นผู้ช่วยกงสุลในด้านการบริหารกฎหมายเอกชน (Ius civile) ตำแหน่งต่อมาคือ

² ประชุม โฉมฉาย, เพิ่งอ้าง, น.19-22.

Censor เป็นผู้มีหน้าที่สำรวจสำมะโนประชากร และตำแหน่งสุดท้ายคือ Curulis Aedilis เป็นผู้ดูแลควบคุมบัญชีตลาดค้าขาย และงานโยธการไม่ว่าการขุดถนน และงานอื่นๆ ที่เกี่ยวข้อง

ในสมัยสาธารณรัฐนี้กฎหมายเอกชน (Ius civile) ได้มีการพัฒนามาก โดยอาศัยการวิวัฒนาการของการสร้างหลักกฎหมายของไพรทอร์³ (Ius Honorarium) นอกจากนั้น ผู้ช่วยทั้งสามของกงสุลนี้มีนักนิติศาสตร์เป็นที่ปรึกษาอีกเป็นจำนวนมาก และทางแก้ปัญหาต่างที่เกิดขึ้นยังปรากฏในการประกาศนโยบายของผู้บริหาร (Editum⁴) ซึ่งสิ่งเหล่านี้ช่วยให้เกิดการพัฒนาวินิจฉัยนิติศาสตร์ให้เจริญก้าวหน้ามากขึ้นอย่างมาก

ในยุคนี้โรมมีความเจริญรุ่งเรืองขึ้นมากพร้อมๆ กับการที่ชนชั้นขุนนาง (Patrician) เริ่มแยกตัวออกจากชนชั้นธรรมดา (Plebesian) มากขึ้น และความแตกต่างที่เกิดขึ้นระหว่างชนชั้นได้นำมาสู่ความขัดแย้งส่งผลให้ชนชั้นธรรมดาเริ่มเรียกร้องให้ตนมีบทบาทในการบริหารบ้านเมืองมากขึ้นและเรียกร้องให้มีการบันทึกกฎหมายไว้แทนที่จะใช้ความจำซึ่งอาจถูกบิดเบือนได้ง่าย ผลของการเรียกร้องดังกล่าวทำให้มีการบันทึกกฎหมายไว้เป็นลายลักษณ์อักษรในปี 450 BC โดยได้นำเอาจารีตประเพณีที่เป็นกฎหมายโรมันในขณะนั้นมาจารึกลงในแผ่นทองแดง 12 แผ่นแล้วตั้งไว้กลางตลาดในที่สาธารณะกลางเมืองเพื่อให้ประชาชนทุกคนได้รู้ เรียกกฎหมายที่บันทึกในแผ่นทองแดงนี้ว่า กฎหมายสิบสองโต๊ะ (The XII Tables).⁵

กฎหมายสิบสองโต๊ะ (The XII Tables) นั้นอาจนับได้ว่าเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรฉบับแรกที่รัฐบัญญัติขึ้นเพื่อแทรกแซงการแก้แค้นระหว่างเอกชนด้วยกัน โดยการกำหนดให้ชดเชยค่าเสียหายแทน และกำหนดให้ความรับผิดชอบเพื่อละเมิดดังกล่าวเป็นบ่อเกิดแห่งหนี้อย่างหนึ่ง (Obligations delicto) ผู้เขียนพบว่ากฎหมายสิบสองโต๊ะนั้นปรากฏแนวความคิดเรื่องนิรโทษกรรมขึ้นเป็นครั้งแรก โดยหลักเกณฑ์ดังกล่าวปรากฏรายละเอียดดังต่อไปนี้

³ แต่เดิมไพรทอร์ (Prætor) มีตำแหน่งเดียวแต่ต่อมา ในปี 242 ก่อนคริสตกาล ได้มีการเพิ่มตำแหน่งอีกหนึ่งตำแหน่งแล้วแยกออกเป็น Prætor Urbanus ดูแลคดีระหว่างพลเมืองโรมัน Prætor Peregrinus ดูแลคดีพิพาทกับคนต่างชาติ

⁴ ประชุม โคมฉาย, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 1, น.22.

⁵ บริติช เกษมทรัพย์, กฎหมายแพ่ง : หลักทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 5 (กรุงเทพมหานคร: ห้างหุ้นส่วนจำกัด ภาพพิมพ์, 2526), น.107.

กฎหมายสิบสองโต๊ะในโต๊ะที่สอง บทที่สี่ ได้บัญญัติว่า⁶ “ผู้ใดลักทรัพย์เวลาค่ำคืน และถูกฆ่าจากการกระทำนั้น การฆ่าดังกล่าวชอบด้วยกฎหมาย”

กฎหมายสิบสองโต๊ะในโต๊ะที่สอง บทที่หก ได้บัญญัติว่า⁷ “ถ้าหากเป็นการลักทรัพย์ในตอนกลางวัน ไม่ว่าพวกเขาจะเป็นเสรีชนหรือเป็นทาส ไม่ว่าบรรลุนิติภาวะหรือยังเป็นผู้เยาว์หากพวกเขาต่อสู้โดยใช้อาวุธหรือสิ่งอื่นใด บุคคลเจ้าของทรัพย์ย่อมสามารถป้องกันตนเองหรือทรัพย์ของตนได้โดยการฆ่าขโมยดังกล่าว ซึ่งการกระทำดังกล่าวไม่ก่อให้เกิดความรับผิดชอบแต่อย่างใด”

จากบทบัญญัติข้างต้นเราเห็นว่ากฎหมายยอมให้เจ้าของทรัพย์มีสิทธิที่จะฆ่าขโมยในสองกรณีด้วยกัน กล่าวคือ⁸ กรณีแรก ขโมยที่เข้ามาลักทรัพย์ในตอนกลางคืนและถูกจับได้ (Si nox furtum faxsit) กรณีที่สอง ขโมยที่เข้าลักทรัพย์และต่อสู้เจ้าทรัพย์โดยใช้อาวุธ (Luci si se telo defendit) หลักเกณฑ์ข้างต้นนั้นผู้เขียนพบว่า การที่กฎหมายโรมันบัญญัติเช่นนี้เนื่องจากการดำเนินคดีละเมิดตามกฎหมายสิบสองโต๊ะนั้นมีแนวความคิดยอมให้เอกชนดำเนินการลงโทษเอง (Private penal action) โดยถือว่า การกระทำนั้นเป็นการช่วยตนเอง (Self-Help) อย่างหนึ่ง⁹

นอกจากนั้นกฎหมายสิบสองโต๊ะบัญญัติสิทธิของเจ้าของที่ดินในการจับหรือยึดสัตว์ที่เข้ามาทำให้ที่ดินเสียหายไว้ กล่าวคือ

⁶ Tab.II Law IV “Where anyone commits a theft by night, and having been caught in the act is killed, he is legally killed”

⁷ Tab.II Law VI “When any person commit a theft during the day and in the light, whether they be freeman or slaves, of full age or minor, an attempt to defend themselves with weapons, or with any kind of implements; and the party against whom the violence is committed raises the cry of thief, and calls upon other person, if are any present, to come to his assistance; and this is done, and the thieves are killed by him in the defence of his person and property, it is legal, and no liability attaches to the homicide”

⁸ Reinhard Zimmermann, The Law of Obligations Roman Foundations of the Civilian Tradition, (Cape Town : Juta & Co, Ltd , 1992), pp.937-938.

⁹ Nicholas Barry, An Introduction to the Roman Law (New York: Oxford Press, 1962), p.209.

กฎหมายสิบสองโต๊ะในโต๊ะที่เจ็ด บทที่หนึ่งได้บัญญัติว่า¹⁰ “สัตว์สี่เท้าของใครเข้าไปทำให้ที่ดินของเขาเสียหาย เขาจะจับยึดสัตว์นั้นไว้เป็นของเขาได้ เว้นแต่เจ้าของจะเสียหายจะเสียค่าไถ่ถอนกลับคืนมาตามค่าเสียหาย”

ในส่วนนี้ผู้เขียนตั้งข้อสังเกตว่าแม้ยุคสาธารณรัฐหลักเกณฑ์นิรโทษกรรมปรากฏในระบบกฎหมายโรมันแล้ว แต่ก็ยังคงมีความคลุมเครือไม่ชัดเจนนัก ประกอบกับหลักเกณฑ์ดังกล่าวยังคงปะปนกับกฎหมายอาญาอยู่มาก

นอกจากกฎหมายสิบสองโต๊ะแล้ว ในยุคดังกล่าวแล้ว ยังปรากฏรากฐานของกฎหมายละเมิดที่สำคัญคือกฎหมายรัฐบัญญัติ¹¹ ที่เรียกว่า Lex Aquilia¹² โดยกฎหมายฉบับนี้ได้กำหนดความรับผิดในการฆ่าหรือการทำลายทรัพย์สินของผู้อื่น การกระทำข้างต้นเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย (to be done injuria) คือ การกระทำโดยจงใจ แต่ต่อมาก่อนเข้าสู่ยุคคลาสสิก นักกฎหมายได้ยอมรับหลักการเรื่องประมาท (Culpa) และถือว่าการฆ่าและการทำให้เสียทรัพย์โดยประมาทก็ต้องรับผิด การก่อให้เกิดความเสียหายในระยะแรกต้องเกิดจากการกระทำโดยตรง แต่ก็มีได้เคร่งครัดนัก และต่อมาในยุคคลาสสิกก็ได้มีการขยายความรวมไปถึงการกระทำโดยอ้อม¹³ หลักกฎหมายดังกล่าวต่อมาจะพัฒนาการของความรับผิดละเมิดที่น่าสนใจซึ่งผู้เขียนจะขอลงกล่าวในส่วนต่อไป

¹⁰ Tab.VII Law I “If a quadruped cause injury to anyone, let the owner tender him the estimated amount to the damage; and if he unwilling to accept it, the owner shall, by the way of reparation, surrender the animal that caused the injury”

¹¹ ที่มาของกฎหมายรัฐบัญญัติในสมัยสาธารณรัฐก็คือ สภาประชาชน (Comitia) และสภาของคนธรรมดา (concilium plebis) ดู ประชุม โฉมฉาย, หลักกฎหมายโรมันเบื้องต้น, (กรุงเทพมหานคร ; คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2541), น.31.

¹² รัฐบัญญัติ Lex Aquilia ตราขึ้นในปีประมาณ 287 ก่อนคริสต์ศักราช มีความสำคัญมากต่อกฎหมายละเมิดยุคหลังของโรมัน โดยได้รับการพัฒนาเป็นการกระทำละเมิดที่อย่างหนึ่งในยุคต่อมา เรียกว่า “Damnum iniuria datum”

¹³ Konrad Zweiger, An introduction to comparative law V.II, (Amsterdam ; North-Holland Pub.,1977), p.265.

1.3 ยุคจักรวรรดิ (Empire)

หลังจากความวุ่นวายในการแย่งชิงอำนาจช่วงปลายสมัยสาธารณรัฐในท้ายที่สุด ยุคจักรวรรดิก็เริ่มต้นโดยการปกครองของจักรพรรดิออกุสตุส ออกเตเวีย (Augustus Octavius) ในประมาณปี 27 BC และยุคดังกล่าวจะสิ้นสุดในปี 565 AD โดยช่วงต้นของยุคจักรวรรดิ (ช่วง 2 ศตวรรษแรกของคริสต์ศักราช) นี้อาจเรียกอีกอย่างว่า ยุคคลาสสิก (Classical Period) ซึ่งเป็นยุคทองของกฎหมายโรมันและวิชานิติศาสตร์ได้พัฒนาขึ้นอย่างมากมาจนเป็นที่มาของความรู้กฎหมายโรมันที่ศึกษาในปัจจุบัน¹⁴

ในด้านการปกครองนั้นในช่วงแรกของจักรวรรดิโรมัน (Roman Empire) สามารถแพร่ขยายอาณาเขต ได้กว้างขวางมากกว่าสมัยก่อนๆ ทำให้เกิดปัญหาในเรื่องการปกครองไม่ทั่วถึง ดังนั้นในยุคของจักรพรรดิไดโคลีเซียน (Diocletian) ได้แบ่งแยกออกการปกครองออกเป็นสองอาณาจักร คือ โรมันตะวันออก (Eastern Roman Empire) และโรมันตะวันตก (Western Roman Empire)

ต่อมาชนเผ่าเยอรมัน (German Tribes) ได้เข้ามารุกรานชายแดนจักรวรรดิโรมันตะวันตกพร้อมกับความอ่อนแอภายในของโรมันตะวันตกเองทำให้เกิดความเสื่อมโทรมอย่างรวดเร็ว และในที่สุดอาณาจักรโรมันตะวันตกก็แตกสลายไปโดยการรุกรานของอนารยชน แต่อย่างไรก็ตามอาณาจักรโรมันตะวันออกซึ่งมีศูนย์กลางอยู่ที่กรุงคอนสแตนติโนเปิล (Constantinople) ยังคงอยู่ และอ้างตนเป็นจักรวรรดิโรมันที่สอง (Byzantine Empire) ในระยะนี้กฎหมายโรมันได้กระจัดกระจายสูญหายไปบ้างแล้ว

เมื่อพระเจ้าจัสติเนียน (Justinian) ทรงขึ้นครองราชย์ในระหว่างปี 483-565 AD ซึ่งในทางประวัติศาสตร์ถือว่ายุคดังกล่าวคือ ยุคหลังคลาสสิก (Post-Classical Period) พระองค์ทรงได้เริ่มรวบรวมชำระสะสางกฎหมายโรมันทันที โดยพระองค์ทรงบัญชาให้นักนิติศาสตร์สังคายนากฎหมายโรมัน จัดรวบรวมบันทึกและข้อเขียนทางนิติศาสตร์มาจัดทำเป็นประมวลกฎหมาย โดยในการนี้ได้ตั้งคณะกรรมการจัดทำประมวลกฎหมายขึ้นมีแม่กองชื่อ Tribonianus และกรรมการรวม 11 คน การสังคายนาใช้เวลา 6 ปี (ระหว่างปี 529-535 AD) เรียกชื่อประมวลกฎหมายนี้ว่า

¹⁴ ประชุม โฉมฉาย, หลักกฎหมายโรมันเบื้องต้น, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: โครงการตำราและวารสารนิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2546), น.38.

“Corpus Juris Civilis”¹⁵ ซึ่งในภายหลังต่อมาได้มีการรื้อฟื้นกฎหมายขึ้นมาในยุโรป ก็ถือเอาประมวลกฎหมายฉบับนี้เป็นหลักสำคัญในการศึกษา

จากการค้นคว้าของผู้เขียนพบว่าตาม Corpus Juris Civilis ได้แบ่งป่อเกิดแห่งหนี้ ออกเป็น 4 ประเภท¹⁶ ในส่วนกฎหมายลักษณะละเมิด (Delict) อยู่ในส่วนหนี้ที่เกิดจากการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย (Obligaciones ex delicto) ตามขอบเขตของกฎหมายแพ่งโรมัน (ius Civile) สามารถแบ่งออกเป็น 4 ประเภท กล่าวคือ การลักทรัพย์ (Furtum), การปล้นทรัพย์ (Rapina), การทำให้เสียทรัพย์ (Damnum iniuria datum) และ การทำร้ายร่างกาย (iniuria)

สำหรับในส่วนแนวความคิดการกระทำที่เป็นนิรโทษกรรมนั้น ผู้เขียนพบว่าปรากฏในกฎหมายโรมันเช่นกันโดยปรากฏอย่างชัดเจนมากกว่าในสมัยที่ผ่านมาซึ่งก็น่าจะเป็นเพราะมีการบัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษรที่ชัดเจน โดยพบว่าได้มีการอธิบายแทรกในส่วนการกระทำละเมิดต่างๆ ข้างต้นว่า แม้การกระทำให้เกิดความเสียหายแต่ผู้กระทำไม่จำเป็นต้องชดเชยค่าเสียหายแต่อย่างใด ซึ่งเพื่อก่อให้เกิดความเข้าใจโดยง่ายในเบื้องต้นผู้เขียนจะขออธิบายประกอบของการกระทำละเมิดของโรมันแต่ละประเภทโดยสังเขปก่อนจากนั้นจะอธิบายถึงแนวคิดนิรโทษกรรมที่ปรากฏอยู่ ซึ่งมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

1) การลักทรัพย์

การลักทรัพย์ (Furtum) ความจริงแล้วในความหมายอย่างกว้างของ Furtum หมายความว่า¹⁷ การดำเนินการอันไม่สุจริตเกี่ยวกับทรัพย์ของผู้อื่น โดยมุ่งหวังที่จะได้ทรัพย์นั้น

¹⁵ Corpus Juris Civilis หรือ ร่างกายของกฎหมายแพ่ง ประกอบด้วยงานเขียน 4 ประการด้วย มูลบทนิติศาสตร์ (Institutions) ประมวลหลักกฎหมาย (Pandect or Digesta) รวมกฎหมายเก่า (Codex) รวมกฎหมายใหม่ (Novelis)

¹⁶ ป่อเกิดแห่งหนี้ 4 ประการตาม Corpus Juris Civilis ได้แก่ หนี้อันเกิดจากสัญญา (Obligaciones ex contractu) หนี้อันเกิดจากการกระทำกึ่งสัญญา (Obligaciones quasi contractu) หนี้ที่เกิดจากการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย (Obligaciones ex delicto) และ สิ้นสุดท้ายหนี้อันเกิดจากการกระทำกึ่งไม่ชอบด้วยกฎหมาย (Obligaciones quasi ex delicto) ซึ่งแต่เดิมระบบกฎหมายโรมันก็มีการแบ่งแยกอยู่แล้วแต่อาจแตกต่างกันบางในรายละเอียด

¹⁷ ประชุม โฉมฉาย, กฎหมายเอกชนเปรียบเทียบเบื้องต้น : จารัตโรมันและแอองโก ลแซกซอน, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร : โครงการตำราและวารสารนิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2551), น.154.

หรือนำมาใช้หรือครอบครอง การลักทรัพย์จึงเป็นความหมายอย่างแคบของ Furtum การกระทำละเมิดลักษณะนี้ของกฎหมายโรมัน โดยต้องเป็นการลักทรัพย์ไปจากผู้อื่นโดยไม่ใช้กำลัง โดยเราสามารถสรุปองค์ประกอบของการกระทำละเมิดประเภทนี้ได้ดังต่อไปนี้¹⁸

องค์ประกอบทางวัตถุ คือ contractatio rei หมายถึง การเข้าไปเกี่ยวข้องกับทรัพย์ของบุคคลอื่น ด้วยการ amotio กล่าวคือ การเข้าครอบครองและเอาทรัพย์นั้นไปจากสถานที่ที่ทรัพย์อยู่เดิม

องค์ประกอบด้านบุคคล คือ dolus malus หมายถึง เจตนาที่ไม่สุจริต คือรู้ว่าการเข้าครอบครองทรัพย์นั้นขัดต่อเจตนาของเจ้าของ และ animus lucri facien หมายถึง เจตนาที่จะถือเอาประโยชน์จากทรัพย์ของผู้อื่น

2) การปล้นทรัพย์ (Rapina or vi bona rapta)

การปล้นทรัพย์ (Rapina or vi bona rapta) นี้นวมถึงการลักทรัพย์โดยวิธีการรุนแรงหรือการใช้กำลังด้วย แม้จะเป็นการกระทำโดยคนเดียวก็ตาม ความผิดประเภทนี้กฎหมายกำหนดค่าปรับไว้ 4 เท่า การดำเนินคดีของการกระทำละเมิดลักษณะนี้มีลักษณะผสมระหว่างแพ่งและอาญา โดยส่วนใหญ่องค์ประกอบของการกระทำละเมิดประเภทนี้ของโรมันจะคล้ายคลึงกับการลักทรัพย์ ส่วนในเรื่องแนวความคิดนิรโทษกรรมนั้น ผู้เขียนพบว่าในทางตำราไม่มีการอ้างอิงถึงแต่ก็น่าจะสันนิษฐานได้ว่าคงคล้ายคลึงกับการลักทรัพย์

3) การล่วงละเมิดสิทธิรวมทั้งการบุกรุก

การทำร้าย (Injuria) หากพิจารณาในความหมายอย่างกว้างแล้ว คำว่า “iniuria” จะหมายถึง ความมิชอบด้วยกฎหมาย หรือ การกระทำที่ปราศจากสิทธิที่จะกระทำได้ (unlawfulness or the absence of right) อย่างไรก็ตามกฎหมายโรมันในสมัยคลาสสิก (Classical period) มีความหมายจำเพาะมากกว่านั้น หากพิจารณาจากการแปลคำดังกล่าวเป็นภาษาอังกฤษ จะหมายถึง การดูหมิ่นหรือหมิ่นประมาทหรือการทำให้เสียศักดิ์ศรี (insult) หรือการทำร้ายอย่าง

¹⁸ ศนันท์กรณ (จำปี) โสติพันธุ์. คำอธิบายกฎหมายลักษณะละเมิด จัดการงานนอกสั่ง ลามิควรได้ พร้อมด้วยคำอธิบายในส่วนพระราชบัญญัติว่าด้วยความรับผิดชอบละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. ๒๕๓๙ และพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาไม่เป็นธรรม พ.ศ. ๒๕๔๐, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2552), น.45.

รุนแรง แต่คำภาษาอังกฤษทั้งสองมิได้สื่อสาระสำคัญของคำดังกล่าวในระบบกฎหมายโรมัน (Roman idea) ทั้งหมด เนื่องจากความหมายของคำดังกล่าวในสมัยโรมันครอบคลุมถึงความหมายของการกระทำใดๆที่ไม่คำนึงถึงสิทธิหรือสภาพของบุคคลอื่น (Personality) ดังนั้นการละเมิดลักษณะนี้ของกฎหมายโรมัน นอกจากหมายถึงการทำร้ายร่างกาย (physical assaults) แต่ยังรวมถึงการหมิ่นประมาทผู้อื่นโดยวาจาหรือลักษณะอักษร (oral or written) การทำลายชื่อเสียงเกียรติยศของผู้อื่น (dignity or reputation) หรือการไม่คำนึงถึงสิทธิของมหาชนหรือสิทธิเอกชน (public or private rights) ของผู้อื่น หากการกระทำข้างต้นโดยจงใจ (willfully) ย่อมเป็นการล่วงละเมิดสิทธิ (iniuria) องค์ประกอบของการกระทำละเมิดลักษณะนี้เราอาจพอสรุปได้ดังต่อไปนี้¹⁹

การกระทำที่ดูหมิ่น (The insulting act) โจทก์ต้องพิสูจน์ให้ได้ว่าการกระทำของจำเลยนั้นเป็นการพฤติการณ์ดูหมิ่น ซึ่งตัวอย่างของบทคัดย่อ (Digest) ที่ได้ให้ไว้พบว่าค่อนข้างกว้างขวางมากรวมหลายกรณีไว้ด้วยกัน

ตัวอย่างของ การกระทำละเมิดประเภทนี้ เช่น การกระทำการขัดขวางมิให้ผู้อื่นเคลื่อนไหวอิสระในสถานที่สาธารณะหรือการมิให้ตกปลาในทะเลหรือน่านน้ำสาธารณะอื่นใดโดยไม่มีอำนาจตามกฎหมายที่จะกระทำได้ (Without lawful justification) การเข้าแทรกแซงการใช้ทรัพย์สินของผู้อื่น การเข้าไปในบ้านหรือที่ดินของผู้อื่นโดยเจ้าของมิได้ยินยอม การหมิ่นประมาทสตรี การหลอกลวงให้เขาชำระหนี้ให้ การทำลายความเชื่อถือของบุคคล หรือแม้แต่การหมิ่นประมาทบุคคลที่ตายไปแล้วหรือให้ร้ายเกี่ยวกับการตายของเขา ก็ถือเป็นการละเมิดต่อทายาทแล้ว เป็นต้น

การกระทำที่ดูหมิ่นนั้นต้องเป็นการกระทำที่มีขอบด้วยกฎหมาย (Insult must be unjustifiable) การกระทำนั้นจะไม่เป็นการกระทำที่ดูหมิ่นหากการกระทำดังกล่าวชอบด้วยกฎหมาย (Justifiable) ดังนั้นกรณียอมไม่เป็นการหมิ่นประมาทหากสิ่งที่พูดออกไปเป็นเรื่องจริง กรณีการกระทำจะไม่เป็นอนาจารหากกระทำต่อโสเภณีหรือหญิงแต่งกายด้วยเสื้อผ้าน้อยชิ้น

การกระทำนั้นเป็นการกระทำที่จงใจ (Intention) การกระทำละเมิดประเภทนี้ต้องการกระทำที่จงใจ ดังนั้นจึงไม่รวมถึงกรณีประมาท ดังนั้นโจทก์จึงจำเป็นต้องพิสูจน์ว่าจำเลยจงใจทำการต่อโจทก์ แต่อย่างไรก็ดีในบางกรณีโจทก์อาจจะฟ้องผู้การกระทำได้ แม้การกระทำดังกล่าวไม่มี

¹⁹ Adreaw Borkowski and Paul du Plessi, *Textbook on Roman Law*, .3rd (New York : Oxford Press , 2005), pp.340-342.

ผลโดยตรงมาถึงตน แต่หากมีผลในทางอ้อม เช่น กรณีกระทำต่อเด็กที่อยู่ในความดูแลของตนหรือ ภรรยาของตนตามหลักการ Paterfamilias เป็นต้น

4) การกระทำละเมิดอันทำให้เสียหาย

กรณีสุดท้ายของการกระทำละเมิดตามกฎหมายโรมัน คือ การก่อให้เกิดความเสียหายต่อทรัพย์สิน (Damnum iniuria datum) สาเหตุสำคัญของการกระทำละเมิดลักษณะนี้คือ ความเสียหาย (Damnum) ในขณะที่การกระทำละเมิด (iniuria) สาเหตุสำคัญอยู่ที่การดูหมิ่นการทำให้เสียศักดิ์ศรี (insult) อีกทั้งการกระทำละเมิดอันทำให้เสียหายนี้ยังแตกต่างกับละเมิดลักษณะอื่นในกฎหมายโรมัน กล่าวคือ ความเสียหายมาจากการกระทำที่น่าตำหนิ (Culpable conduct ; iniuria datum) ซึ่งหมายความว่าอาจเป็นการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อก็ได้ แต่การกระทำละเมิดลักษณะอื่นๆ ต้องเป็นการกระทำละเมิดโดยจงใจ (wrongful intent) เท่านั้น และเนื่องจาก iniuria (องค์ประกอบหนึ่งของ Damnum iniuria datum) มีความหมายกว้างโดยต้องอาศัยการพิจารณาจากบริบท แต่ไม่ใช่ว่าความสูญเสีย (Damnum) ทุกอย่างจะสามารถฟ้องคดีได้ทั้งหมดและขอบเขตของละเมิดชนิดนี้สามารถที่จะเข้าใจได้ดีโดยการศึกษาจากพัฒนาการในทางประวัติศาสตร์²⁰

เริ่มแรกเดิมที่เคยกฎหมายนี้มีที่มาจากกฎหมายสิบสองโต๊ะกำหนดให้การกระทำทำให้เสียหายเป็นกฎหมายเฉพาะเรื่อง (specific forms of damage) แต่ต่อมาได้มีการพัฒนาขึ้นมาเป็นรัฐบัญญัติที่ชื่อว่า Lex Aquilia ซึ่งรัฐบัญญัติฉบับนี้ได้บัญญัติถึงการกระทำละเมิด 2 บท กล่าวคือ

บทที่ 1 บัญญัติว่า บุคคลผู้ซึ่งกระทำการโดยมิชอบด้วยกฎหมาย (โดยปราศจากมูลเหตุอันชอบด้วยกฎหมาย) การฆ่าทาสหรือสัตว์สี่เท้า (pauperies) บุคคลดังกล่าวจะต้องเสียค่าเสียหายให้แก่เจ้าของเป็นจำนวนมูลค่าสูงสุดของทาสหรือสัตว์นั้นที่มีชีวิตอยู่ในปีก่อนที่จะถูกฆ่า

บทที่ 3 บัญญัติว่า ในกรณีไม่เข้าหลักเกณฑ์ในบทที่ 1 ถ้าบุคคลใดกระทำการโดยมิชอบด้วยกฎหมายก่อความเสียหายแก่ผู้อื่นโดยการเผา ทำลาย หรือทำให้เสียหาย (urere frangere rumpere) แก่ทรัพย์สินของผู้อื่น บุคคลนั้นต้องรับผิดชอบใช้ค่าเสียหายเป็นจำนวนเท่ากับมูลค่าสูงสุดของทรัพย์สินนั้นในช่วง 30 วันสุดท้ายนับแต่เกิดการเสียหายหรือทำลายนั้น

²⁰ Barry Nicholas ,*supra* note 9, p.218.

หลังจากนั้นความรับผิดตาม Lex aquilia นี้ต่อมาได้พัฒนามาเป็นเรื่อยมาจนเป็น Damnum iniuria datum ในสมัยคลาสสิก ซึ่งได้กำหนดหลักเกณฑ์อย่างกว้างดังต่อไปนี้²¹

การกระทำ (Act) หมายถึง การใช้กำลัง ซึ่งมีที่มาจากคำว่า เผล ทำลาย ทำให้เสียหาย (urere frangere rumpere) และคำว่า “ฆ่า (occidere)” ซึ่งต่อมายังได้ถูกพัฒนาโดยให้ถูกหมายความว่ารวมถึงการก่อให้เกิดความเสียหายทางกายภาพโดยตรงอื่นๆด้วย นอกจากนี้หลักการฟ้องคดียังได้พัฒนาโดย Prætor จากแต่เดิมการกระทำที่ก่อให้เกิดความเสียหายโดยตรงเท่านั้นที่จะฟ้องได้ แต่ต่อมาอนุญาตให้การก่อความเสียหายโดยอ้อมก็ถูกฟ้องได้

การกระทำที่มีขอบด้วยกฎหมาย (Iniuria) หมายความว่า การกระทำข้างต้นจะต้องเป็นการกระทำโดยไม่มีอำนาจตามกฎหมายที่จะอ้างได้ (non-iure ; without justification) ผู้กระทำจะต้องรับผิดชอบสำหรับการกระทำโดยที่ไม่มีอำนาจเว้นแต่จะแสดงได้ว่าเป็นการกระทำที่ขอบด้วยกฎหมาย เช่น การกระทำป้องกันตนเอง การกระทำด้วยความจำเป็น หรือการกระทำที่ได้รับอำนาจตามกฎหมายหรือกล่าวอีกนัยหนึ่งว่าการกระทำเหล่านี้คือ การกระทำนิรโทษกรรมในความหมายของนักกฎหมายปัจจุบัน ซึ่งในเรื่องนี้ผู้เขียนจะขอยกไปกล่าวโดยละเอียดในส่วนต่อไป สำหรับองค์ประกอบข้อนี้ในยุคคลาสสิก

ความเสียหาย (Damnum) นักกฎหมายยุคคลาสสิกกำหนดให้ความเสียหายต้องเกิดขึ้นจริงด้วย ไม่ใช่มีแต่การทำความเสียหายโดยไม่ปรากฏความเสียหายที่แท้จริง

ผู้เสียหายต้องเป็นเจ้าของทรัพย์สินที่ถูกกระทำละเมิด อย่างไรก็ตามหลักเกณฑ์นี้มีได้ถูกใช้อย่างเคร่งครัดนัก ได้เปิดโอกาสให้ผู้มีสิทธิใช้ทรัพย์สินของผู้อื่นฟ้องคดีในรูปแบบของ actio utilis นอกจากนั้นกรณีที่บุคคลที่เป็นเสรีชนถูกทำร้ายร่างกายโดยประมาทก็เปิดโอกาสให้ฟ้องได้ในลักษณะเดียวกัน

สำหรับแนวความคิดเรื่องการกระทำที่เป็นนิรโทษกรรมนั้น ผู้เขียนพบว่าแนวคิดดังกล่าวตามกฎหมายโรมันที่อธิบายในส่วนละเมิดลักษณะนี้²² กฎหมายโรมันได้มีปรากฏไว้ใน Digesta หรือ Pandectae²³ ผู้เขียนจะขออธิบายเป็นเรื่องๆดังต่อไปนี้

²¹ Ibid, pp.219-222.

²² Reinhard Zimmermann, *supra* note 8, p.998.

²³ ผู้เขียนนำ Digest (Pandects) ฉบับที่แปลเป็นภาษาอังกฤษมาจาก The Civil Code Including The Twelve Tables, The Institutes of Gaius, The Rules of Ulpian, The

1.3.1 การป้องกันตนเอง (Self-Defence)

ในกฎหมายโรมันนั้น นิรโทษกรรมประเภทแรกที่เราพบคือ การป้องกันตนเอง (Self-defence) กฎหมายโรมันยอมรับการป้องกันตนเองเนื่องจากมองว่า กรณีดังกล่าวเป็นเหตุผลตามธรรมชาติที่บุคคลใดๆ จะสามารถป้องกันตนเองให้พ้นจากภัยอันตรายได้ ดังความเห็นของนักกฎหมายท่านต่างๆ ที่ได้ให้ไว้ดังต่อไปนี้

Ulpianis ,On the Edict, Book LXI. ได้บัญญัติว่า²⁴ “คัสซิอุสกล่าวว่าบุคคลสามารถใช้กำลังป้องกันการประทุษร้ายด้วยกำลัง เพราะนั่นเป็นสิทธิที่กฎหมายยอมรับ เพราะฉะนั้นเขายอมที่จะป้องกันการใช้กำลังประทุษร้ายโดยการโต้ตอบด้วยกำลัง”

Gaius, On the Edict, Book XVIII. ได้บัญญัติว่า²⁵ “หากเราได้มาทาสของบุคคลอื่นซึ่งเป็นโจรและได้ประทุษร้ายต่อเราในขณะนั้น เราย่อมหลุดพ้นจากความรับผิดชอบใดๆ เพราะเรื่องดังกล่าวเป็นเหตุผลของธรรมชาติที่จะยอมให้บุคคลละเมิดต่อกฎหมายได้”

Paulus, On Sabinus, Book X. ได้บัญญัติว่า²⁶ “บุคคลใดกระทำให้เกิดความเสียหายเพราะเขาไม่สามารถที่จะหลีกเลี่ยงได้ เขาย่อมไม่ผิด เพราะกฎหมายทุกบท หลักกฎหมายทุกเรื่องยอมให้บุคคลป้องกันการใช้กำลังประทุษร้ายด้วยกำลังได้...”

Opinions of Paulus, The Enactment of Justinian, and The Constitutions of Leo Translated from the original Latin By S.P.Scott. (New York ; AMS press, 1973)

²⁴ Dig.43.16.1.27 “Cassius says that one can repel force with force; for this right is conferred by the Law of Nature. Hence he holds that it is clear that armed aggression can be repelled by arms.”

²⁵ Dig 9.2.4pr “Therefore, if I kill your slave who is a thief and is attacking me at the time, I shall be free from liability, for nature reason permits be done in violation of law.”

²⁶ Dig 9.2.45.4 “Where parties commit damage because they could not otherwise protect themselves, they are guiltless; for all laws and all legal principle permit persons to repel force by force. But if I throw a stone at an adversary for the purpose of defending myself, and I do not hit him but do hit passer-by, I will be liable under the Lax aquilia; for you only permitted to strike a person who is attacking you, and this solely

อย่างไรก็ดีแม้ระบบกฎหมายโรมันยอมรับหลักการป้องกันตนเองได้แต่นักกฎหมายโรมันได้มีการกำหนดขอบเขตของการป้องกันตนเองไว้เช่นกัน ขอบเขตแรกการป้องกันตนเองต้องกระทำตอบโต้การประทุษร้ายอันมิชอบด้วยกฎหมาย (Unlawful attack) ทั้งนี้หากการกระทำดังกล่าวกระทบบุคคลภายนอก (innocent passer) บุคคลที่ป้องกันก็ต้องรับผิดชอบภายใต้กฎหมาย Lex Aquilia ตัวอย่างเช่น²⁷ A ถูก B กำลังจะประทุษร้ายดังนั้น A จึงป้องกันตัวเองโดยขว้างหินไปใส่ B แต่หากหินดังกล่าวไปถูก C บุคคลภายนอกที่ผ่านทางมา ดังนั้น A ต้องรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนแก่ C เนื่องจากการกระทำของ A นั้นเป็นการกระทำที่มีชอบด้วยกฎหมาย

นอกจากขอบเขตข้างต้นแล้ว การกระทำป้องกันเพื่อโต้ตอบภัยอันตรายอันใกล้จะเกิดขึ้น (imminent) การกระทำในกรณีที่ภัยอันตรายนั้นได้สิ้นสุดไปแล้วย่อมไม่เป็นการชอบด้วยกฎหมาย เนื่องจากการกระทำดังกล่าวเป็นการแก้แค้น (act of revenge) มากกว่าการป้องกันตนเอง ดังที่กล่าวไว้ว่า²⁸ “การกระทำเพื่อป้องกันตนเองเท่านั้นไม่ใช่การกระทำที่มีจุดประสงค์เพื่อแก้แค้น” หากฝ่าฝืนกระทำไปย่อมต้องรับผิดชอบตามกฎหมาย

และขอบเขตสุดท้ายนอกจากปรากฏว่าภัยอันตรายนั้นต้องเป็นการที่มีชอบด้วยกฎหมายและเป็นภัยอันตรายที่ใกล้จะถึง การกระทำเพื่อป้องกันตนเองต้องกระทำโดยพอสมควรแก่เหตุหรือไม่เกินขอบเขต มุมมองของผู้จะกระทำการป้องกันนั้นไม่สามารถนำมาพิจารณาได้ เช่น หากผู้ป้องกันเข้าใจว่ามีภัยร้ายแรงมากกว่าที่เกิดขึ้นจริงจึงได้ตอบโต้โดยเกินสมควรแก่เหตุย่อมเป็นการมิชอบด้วยกฎหมาย เป็นต้น สำหรับในเรื่องขอบเขตของการป้องกันนี้ กฎหมายโรมันได้บัญญัติไว้หลายกรณี ผู้เขียนจะขอยกตัวอย่างโดยสังเขป ตัวอย่างเช่น หากบุคคลหนึ่งถูกประทุษร้ายต่ออาจถึงแก่ชีวิต บุคคลดังกล่าวย่อมสามารถที่จะฆ่าบุคคลที่เข้ามาประทุษร้ายได้ แต่หากไม่มีพฤติการณ์ดังกล่าวย่อมไม่อาจที่จะฆ่าบุคคลที่มาประทุษร้ายได้ ดังปรากฏใน

where you do so in defending yourself, and not where it is done for the purpose of revenge ”

²⁷ Dig 9.2.45.4 “...But if I throw a stone at an adversary for the purpose of defending myself, and I do not hit him but do hit passer-by, I will be liable under the Lax aquilia; for you only permitted to strike a person who is attacking you...”

²⁸ D 9.2.45.4 “...and this solely where you do so in defending yourself, and not where it is done for the purpose of revenge...”

Ulpianus, On the Edict, Book XVIII ได้บัญญัติว่า²⁹ “หากบุคคลใดได้ฆ่าบุคคลที่เข้ามาขอขมอยทรรพ์แล้วต่อสู้ด้วยอาวุธ เขาย่อมไม่ถือว่าได้กระทำโดยผิดกฎหมาย เช่นเดียวกับบุคคลใดได้ฆ่าขโมยเนื่องจากหวาดกลัวในพลอดภย ย่อมเป็นที่กระจ่างแจ้งว่าการกระทำของเขาไม่ต้องรับผิดชอบภายใต้กฎหมาย แต่หากเขาสามารถที่จะจับขโมยดังกล่าวได้ แต่กลับฆ่าขโมยนั้นเสีย ความเห็นที่ถูกต้องคือ เขาได้กระทำผิดกฎหมาย และทำให้เขาต้องรับผิดชอบตามกฎหมาย (Lax cornelia)”

Afenus, Digest, Book II. ได้บัญญัติว่า³⁰ “ผู้ที่ดูแลร้านค้าซึ่งมีโคมไฟแขวนอยู่ข้างถนนในเวลากลางคืน หากมีผู้ผ่านทางเข้ามาลักโคมไฟนั้นไป ทำให้ผู้ดูแลร้านค้าติดตามไปเพื่อต้องการโคมไฟนั้นคืนและสามารถจับขโมยดังกล่าวที่กำลังจะหนีได้ ขโมยดังกล่าวจึงใช้เหล็กที่เก็บได้ซึ่งถืออยู่ในมือฟาดไปที่ผู้ดูแลร้านนั้นเพื่อให้ปล่อยตนเองหนีไป ทำให้เกิดการต่อสู้กันที่รุนแรงมากขึ้น ดังนั้นผู้ดูแลร้านจึงต้องไปที่ดวงตาของขโมยผู้ที่ขโมยโคมไฟนั้น ปัญหาดังกล่าวหากถามความเห็น

²⁹ Dig 9.2.5pr “Where, however, anyone kill another who attacking him with a weapon, he is not be held to have killed him unlawfully ; and where any one kills a thief through fear of death, there is on doubt that he is not liable under the Lax aquilia. But if he is able to seize him, and prefer to kill him, the better opinion is that he commit an unlawful act, and therefore he will also be liable under the Lax cornelia”

³⁰ Dig.9.2.52.1 “The keeper of the shop placed his lantern on a stone in a street at night, and a passer-by took it away the shopkeeper followed him and demanded the lantern , and detained the party as he trying to escape. The latter began to strike the shopkeeper with a whip which he held in his hand and to which iron was attached, in order to compel him to release his hold. The struggle having become more serious, the shopkeeper knocked out the eye of the party who had taken away his lantern, and he asked for the opinion whether he could not considered not to have inflicted unlawful damage, as he has first struck with a whip? I answered that unless he had knocked out his eye designedly he would not to be considered to have caused unlawful damage, because the party who first struck him with the whip was to blame; but is has not first been beaten, but had fought with the party who trying to take the lantern from him, the shopkeeper must be held to be responsible for the act ”

ว่า การกระทำดังกล่าวของผู้ดูแลร้านค้านั้นจะถูกพิจารณาว่าเป็นการกระทำที่จะล่วงละเมิดอันก่อให้เกิดความเสียหายที่มีขอบด้วยกฎหมายหรือไม่ สำหรับการทำความร้าย เราสามารถตอบได้ว่าการที่ผู้ดูแลร้านค้าต่อไปที่ตาของชโมยโดนงใจ เขาไม่ถูกพิจารณาว่าได้ล่วงละเมิดอันก่อให้เกิดความเสียหายอันมีขอบด้วยกฎหมาย เพราะชโมยเป็นคนที่เริ่มจู่โจมโดยฟาดเหล็กต่อเขาก่อน ชโมยย่อมเป็นคนผิด แต่กรณีจะต่างไปถ้าแค่พบบุคคลที่จะมาขโมยคอมพิวเตอร์จากเจ้าของร้าน หากเขากระทำเหมือนข้างต้นผู้ดูแลร้านย่อมต้องรับผิดชอบในการกระทำนั้น”

1.3.2 การกระทำโดยความจำเป็น (Necessity)

การกระทำโดยความจำเป็นนั้น เป็นนิรโทษกรรมอย่างที่สองที่ระบบกฎหมายโรมันได้กล่าวถึงไว้ ผู้เขียนพบว่านักกฎหมายโรมันได้กล่าวถึงเรื่องดังกล่าวไว้อย่างชัดเจน โดยส่วนใหญ่ที่พบมักจะเป็นกรณีเกี่ยวกับอัครคิภย์³¹ ตัวอย่างเช่น ถ้านาย C ทำให้บ้านของเพื่อนบ้านพังลงเป็นการตัดทางเพลิงไหม้จะลุกลามมาเพื่อรักษาบ้านของตน กรณีดังกล่าวนาย C ย่อมมิใช่การป้องกัน (Self-defence) เนื่องจากไม่มีภัยอันตรายอันมีขอบด้วยกฎหมายอันเกิดจากเพื่อนบ้านหรือบ้านของเขา แต่การกระทำของนาย C ก็ไม่ต้องรับผิดชอบใดๆเนื่องจากหลักการที่นักกฎหมายในสมัยปัจจุบันเรียกว่า “การกระทำโดยความจำเป็น (Necessity)”³² ซึ่งเรื่องดังกล่าวเห็นได้ชัดเจนว่าต้องเป็นกรณีที่พิเศษจริงๆ จึงจะได้รับการยอมรับว่าสามารถกระทำได้ สถานการณ์ที่นักกฎหมายโรมัน (Roman Lawyer) ได้อธิบายถึงการกระทำโดยความจำเป็น ตัวอย่างเช่น

Ulpianus, On Edict, Book LXXI ได้บัญญัติว่า³³ “ข้อสงสัยของ Gallus เกี่ยวข้องข้อยกเว้นอื่นที่เกี่ยวข้อง ตัวอย่างเช่น ภายใต้สถานการณ์ที่จะประสงค์เพื่อป้องกันการลุกลามของ

³¹ Reinhard Zimmermann, *supra* note 8, p.1000.

³² การกระทำโดยความจำเป็น (Necessity) ในระบบกฎหมายโรมันนั้นยังไม่ปรากฏเป็นหลักการทั่วไป (Doctrine) นักกฎหมายโรมันเพียงแต่หาหลักเกณฑ์แก้ไขปัญหาคือเป็นเรื่องๆ (one by one) ไปมากกว่า หลักการทั่วไปนั้นจะถูกพัฒนาในยุคกลาง ซึ่งผู้เขียนจะขออธิบายในส่วนต่อไป

³³ Dig 43.24.7.4 “Gallus doubt whether still another exception may be interposed for example, where for the purpose of preventing a fire from spreading I demolish the house of my neighbor, and proceedings are instituted against me either under the interdict Quod vi aut clam, or for the reparation of wrongful damage. Gullus is

เพลิงไหม้ เราจำเป็นที่จะต้องทำลายบ้านของเพื่อนบ้านของเรา ทำให้เพื่อนบ้านดังกล่าวฟ้องเรียกค่าชดเชยความเสียหายอันมิชอบด้วยกฎหมาย กรณี Gallus ยังไม่แน่ใจเรื่องดังกล่าว ยกเว้นจะสามารถนำมาใช้กับกรณีดังกล่าวได้

ขณะเดียวกันนักกฎหมายโรมันคือ Servius ได้อธิบายเรื่องดังกล่าวว่า การทำลายบ้านของเพื่อนบ้านเพื่อต้องการที่จะหลีกเลี่ยงจากภัยอันตรายเพลิงไหม้ที่ลุกลามมาอันจะเกิดแก่บ้านของตนนั้นสามารถกระทำได้ แต่จะต้องปรากฏว่าเพลิงไหม้ได้ลุกลามมาส่วนหนึ่งส่วนใดของบ้านของเพื่อนบ้านแล้วถ้ามิฉะนั้นต้องรับผิดชอบใช้ค่าเสียหายแก่เพื่อนบ้านดังกล่าว ดังที่ปรากฏว่า³⁴

Ulpianus, On Edict, Book LXXI ได้บัญญัติว่า “หากเจ้าหน้าที่เป็นผู้กระทำการดังกล่าวแล้ว ช้อยกเว้นดังกล่าวย่อมสามารถนำมาปรับใช้ได้ แต่หากเป็นนครธรรมดากระทำแล้วย่อมไม่ได้รับอนุญาตในการทำลายบ้านในกรณีนี้ได้ อย่างไรก็ตาม หากได้กระทำการอันรุนแรงนั้น และไฟไม่ได้ลุกลามมาถึงจุดดังกล่าว ความเสียหายดังกล่าวย่อมต้องถูกชดเชยโดยประมาณ แต่ถ้าหากไฟลุกลามไปถึงจุดดังกล่าว บุคคลดังกล่าวย่อมหลุดพ้นจากความรับผิด”

ความเห็นของนักกฎหมายอีกท่านหนึ่งที่มีความเห็นคล้ายคลึงกัน คือ Celsus โดยนักกฎหมายท่านนี้ยอมรับหลักการการกระทำโดยความจำเป็นข้างต้น แต่มีมุมมองแตกต่างกันเล็กน้อยเนื่องจากมิได้ตัดสินจากพื้นฐานของข้อเท็จจริงเบื้องต้นของสถานการณ์ แต่หากพิจารณาถึงมุมมองของเจ้าของบ้านที่กำลังจะถูกเพลิงไหม้ เขาสามารถจะทำลายบ้านของเพื่อนบ้านได้โดยมิต้องคำนึงถึงว่าเพลิงไหม้จะลุกลามมาถึงจุดนั้นหรือไม่ เพียงแต่เจ้าของบ้านมีความหวาดกลัวต่อภัยที่สมเหตุสมผล (reasonable fear) ก็สามารถทำลายบ้านดังกล่าวเพื่อป้องกันเพลิงได้ ดังที่ปรากฏใน

uncertain whether the exception, if you have not done this to prevent the spread of the fire, ought to be employed”

³⁴ Dig 43.24.7.4 “Servius says that if a magistrate directed this to be done, the exception ought to be granted, but a private individual should not be permitted to demolish the house. If, however, any act was committed by violence, or clandestinely, and the fire did not extend to that point, the amount of the simple damages should be estimated, but if it did reach that point, the party in question should be released from liability.”

Ulpianus, Disputations, Book IX. ได้บัญญัติว่า³⁵ “กรณีใดที่ความเสียหายอันมิชอบด้วยกฎหมายจะถูกพิจารณาตามกฎหมาย Lex Aquilia สิ่งนั้นต้องยอมรับว่าเป็นความเสียหายอันมิชอบด้วยกฎหมายคือ เป็นการกระทำที่มีชอบอันก่อความเสียหายขึ้น ยกเว้นกรณีการกระทำภายใต้สถานการณ์บังคับจากเหตุที่ไม่อาจขัดขึ้นได้ ซึ่ง Celsus ได้ยกตัวอย่างว่า บุคคลใดทำลายบ้านที่ติดอยู่เพื่อจะควบคุมไฟไม่ให้ลุกลามต่อไป สำหรับสถานการณ์ดังกล่าวเขาอาจกล่าวได้ว่าไม่มีการกระทำภายใต้กฎหมาย Lex Aquilia เพราะบุคคลที่ทำลายบ้านที่ไฟจะลามมาถึงนั้นยอมเข้าใจว่าบ้านของเขาอาจจะถูกไฟลามมาถึงก็ได้ และไม่ว่าไฟจะมาถึงหรือจะถูกดับไปก่อนหน้านั้นแล้ว Celsus เห็นว่าไม่มีการกระทำใดที่จะบังคับภายใต้กฎหมาย Lex Aquilia”

นอกจากนี้ยังมีความเห็นของนักกฎหมายที่มีมุมมองที่ยอมรับการกระทำโดยความจำเป็นในขอบเขตที่กว้างมากกว่านักกฎหมายคนอื่นๆ คือ Ulpianus ได้กล่าวไว้ใน

³⁵ Dig 9.2.49.1 “Where it is stated that wrongful damage can be prosecuted under Lex aquilia, this must be understood to mean that wrongful damage was committed when wrong was don together with damage, unless the act was committed under the compulsion of overpowering force ; as Celsus states with reference to the party who destroyed an adjoining house for the purpose of controlling a fire ; for in this instance he say that no action will lie under the Lex Aquilia, because the man destroyed the adjoining house being impelled by a just apprehension that the fire might reach his premises, and whether the fire did so or whether it was previously extinguished, he thinks that an action under the Lex Aquilia cannot be brought.”

Ulpianus, On the Edit, Book LVI ได้บัญญัติว่า³⁶ “สิ่งที่ Prætor กล่าวเกี่ยวข้องกับ การก่อให้เกิดความเสียหายนั้นจะปรับใช้เฉพาะกรณีที่ความเสียหายเกิดขึ้นจากการกระทำที่ไม่ ชอบด้วยกฎหมาย หากไม่มีการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ย่อมไม่สามารถนำหลักเกณฑ์มา ใช้ได้ กล่าวคือ หากมีจุดประสงค์ที่ป้องกันตนเองจากเพลิงไหม้โดยการทำลายบ้านของเพื่อน บ้านเรา กรณีนี้เพื่อนบ้านเราจะสามารถฟ้องเราหรือทาสของเราได้หรือไม่ ? สำหรับกรณีนี้ข้าพเจ้า เห็นว่า การกระทำเพื่อป้องกันบ้านของตนเอง ย่อมเป็นที่แน่นอนว่าเรามีได้กระทำไม่ชอบด้วย กฎหมาย ดังนั้นสิ่งที่ Labeo เข้าใจข้าพเจ้าเห็นว่าไม่ถูกต้อง คำถามว่าการกระทำดังกล่าวสามารถ ปรับใช้กับ Aquilia Law ได้หรือไม่ ข้าพเจ้าเห็นว่าไม่สามารถปรับใช้ได้ สำหรับการกระทำของ บุคคลใดๆที่ประสงค์จะป้องกันตนเองเขาย่อมจะมีได้กระทำการอันมิชอบด้วยกฎหมาย Celsus ก็ มีความเห็นเช่นเดียวกัน”

นอกจากเรื่องอรรถศัณัยแล้ว เรายังพบการกระทำโดยความจำเป็นในระบบกฎหมายโรมัน ในกรณีอื่นๆ อีก ตัวอย่างเช่น กรณีการทิ้งสินค้าลงทะเลจุดประสงค์เพื่อหลีกเลี่ยงภัยอันตรายอัน กำลังจะเกิดขึ้น³⁷ ดังที่ปรากฏใน

The Same, On Sabinus, Book XLI ได้บัญญัติว่า³⁸ “หากบุคคลใดโยนสินค้าของผู้อื่น ลงทะเลเนื่องจากประสงค์จะป้องกันตนเองจากภัยอันตราย บุคคลดังกล่าวย่อมไม่ต้องรับผิดชอบ

³⁶ Dig 47.9.3.7 “What the Prætor says with reference to causing damage only applies where the damage has been committed maliciously, for if malice is absent, the Edit will not be available. Hence, how must what Labeo stated be understood, namely if; for the purpose of the protecting myself from fire, which has broken out, I demolish a building belonging to my neighbor, should an action be granted against me, and my slaves ? For, as I did this for the purpose of the protecting my own house, I certainly am free from malice. Therefore I think that what Labeo said is not true. But can an action be brought under the Aquilian Law ? I do not think it can, for anyone who desires to protect himself does not act unjustly when he cannot do otherwise. Celsus, also, was of the same opinion.”

³⁷ หลักการการกระทำโดยความจำเป็นในกรณีนี้จะถูกพัฒนาในระบบกฎหมาย พาณิชยนาวี (Maritime law) ต่อไป.

การกระทำใดๆที่เกิดขึ้น อย่างไรก็ตามหากบุคคลกระทำการโดยปราศจากเหตุผล เขาย่อมต้องรับผิดชอบในผลของการกระทำภายใต้หลักกฎหมายละเมิด และหากเขากระทำด้วยเจตนาประสงค์ร้าย เขาย่อมรับผิดชอบต่อการกระทำนั้นด้วยเช่นกัน”

และสุดท้ายกรณีการบังคับเรือเพื่อหลีกเลี่ยงภัยอันตรายที่อาจทำให้เรืออับปางได้ (ซึ่งไม่ใช่ความผิดของตน) โดยอาจทำให้เรือบุคคลอื่นเสียหายจากการกระทำดังกล่าว ดังที่ปรากฏใน³⁹

Ulpianus, On the Edit, Book XVIII ได้บัญญัติว่า⁴⁰ “Lebeo กล่าวว่าหากเรือลำใดถูกลมพัดจนทำให้ไปติดกับเชือกของเรือลำอื่นที่ทอดสมออยู่ ผู้เดินเรือจึงต้องตัดเชือกนั้นทั้งเนื่องจากเรือไม่สามารถหลุดพ้นออกจากที่นั่นได้นอกจากการตัดเชือกดังกล่าว ไม่มีการกระทำล่วงละเมิดเกิดขึ้น”

โดยสรุปแล้วแนวคิดเรื่องการทำโดยความจำเป็นนั้นปรากฏร่องรอยว่านักกฎหมายโรมันยอมรับหลักการดังกล่าวว่าการกระทำดังกล่าวมิใช่เป็นการกระทำที่มีชอบด้วยกฎหมาย แต่นักกฎหมายโรมันยังไม่ได้สังเคราะห์ออกมาเป็นหลักเกณฑ์ทั่วไปยังคงเป็นหลักการลักษณะเฉพาะเป็นกรณีๆไป และที่สำคัญในสมัยนั้นนักกฎหมายโรมันยังไม่ปรากฏหลักเกณฑ์การชั่งน้ำหนักของคุณค่าสิ่งที่ป้องกันกับสิ่งที่จะถูกทำลาย⁴¹ ตัวอย่างเช่น การทำลายแปลงดอกไม้ของเพื่อนบ้านเพื่อป้องกันเพลิงไหม้ลุกลามมาถึงบ้านของตน ทั้งนี้คุณค่าของแปลงดอกไม้ย่อมน้อยกว่าเมื่อ

³⁸ Dig 19.5.4 pr “Where any one throws merchandise belonging to another in to the sea for the purpose of the saving his own, he will not be liable to any action. If, however, he does this without any reason, he will be liable to an action in furtum ; and if he should do so with malicious intent, he will be liable be an action on that ground.”

³⁹ W.W. Buckland and Arnold D.Mcnair, Roman Law and Common Law A comparison in outline, 2nd (Cambridge : The University Press ,1952), p.373.

⁴⁰ Dig 9.2.29.3 “Labeo also says, that where a ship is impelled by the force of the wind against cables attached to the anchors of another ship, and the sailors cut the cables; and the ship cannot be extricated in any other way but by cutting the cables, no action should be granted.”

⁴¹ หลักการการกระทำโดยจำเป็น (Necessity) ในระบบกฎหมายปัจจุบันนั้นจำเป็นอย่างยิ่งต้องเปรียบเทียบถึงคุณค่าของสิ่งที่เราป้องกันและสิ่งที่เราทำลายด้วยเสมอ

เปรียบเทียบกับบ้านของตน ดังนั้นเราสามารถอ้างว่าการกระทำของตนเป็นการกระทำโดยความจำเป็นได้

1.3.3 การกระทำของเจ้าหน้าที่ของรัฐ (Actions of a magistrate)

การกระทำนิรโทษกรรมสุดท้ายที่พบในกฎหมายโรมัน คือ⁴² การกระทำของเจ้าหน้าที่รัฐ (a³edil)⁴³ อาจทำให้เกิดความเสียหายแก่เอกชนคนใดคนหนึ่งได้ อันก่อให้เกิดคำถามว่าเจ้าหน้าที่ต้องชดใช้ค่าเสียหายหรือไม่ นักกฎหมายโรมันมองว่ากรณีดังกล่าวหากกระทำภายใต้หน้าที่ที่ต้องกระทำจะไม่ก่อความรับผิดชอบแต่อย่างใด เช่น กระทำการใดๆก็ตามเพื่อความจำเป็นที่จะรักษาถนนหนทางหรืออำนวยความสะดวกได้อย่างปลอดภัย อาจทำให้ทรัพย์สินของประชาชนคนใดคนหนึ่งเสียหาย เจ้าหน้าที่รัฐไม่ต้องรับผิดชอบชดใช้ค่าเสียหายภายใต้ Lex aquilia นอกจากนั้นหลักการเดียวกันนี้ยังนำไปปรับใช้กับเจ้าหน้าที่อื่นด้วยกรณีที่กระทำตามหน้าที่ของตนแล้วก่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่น ดังที่ปรากฏใน

Ulpianus, On the Edict, Book LVII ได้บัญญัติว่า⁴⁴ “การกระทำภายใต้กฎหมายย่อมเป็นที่ยอมรับว่าไม่เป็นการประสงค์ที่จะก่อให้เกิดความเสียหาย เช่นเดียวกับการดำเนินกระบวนการทางกฎหมายย่อมไม่เป็นการล่วงละเมิด”

นอกจากนั้นใน Ulpianus, On Edict, Book LVII. บทต่อมายังบัญญัติว่า⁴⁵ “บุคคลใดถูกจับเนื่องจากการไม่เชื่อฟังประกาศของพรეტอร์ บุคคลดังกล่าวไม่อยู่ในฐานะที่จะสามารถยกเหตุดังกล่าวขึ้นฟ้องร้องสำหรับความเสียหายอันเกิดขึ้นนั้นได้”

⁴² Reinhard Zimmermann, *supra* note 8, p.998.

⁴³ เจ้าหน้าที่รัฐ (a³edilis) ในสมัยโรมันนั้น ผู้ดำรงตำแหน่งดังกล่าวมีหน้าที่ตรวจตราและดูแลอาคาร ปกติผู้ดำรงตำแหน่งมี 4 คน 2 คนมาจากชนชั้นธรรมดา (a³ediles plebeii) และอีก 2 คนมาจากขุนนาง (a³ediles curules)

⁴⁴ Dig 47.10.13.1 “He who has recourse to a public law is not understood to do so for the purpose of causing injury, for the execution of the law does not inflict injury.”

⁴⁵ Dig 47.10.13.2 “Where anyone is arrested for not having obeyed the decree of the Prætor, he is not position to bring suit for the injury founded on the order of Prætor”

อย่างไรก็ดีไม่ได้หมายถึงเจ้าหน้าที่จะต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่ตนก่อขึ้นทุกกรณีไปแน่นอนว่าหากเจ้าหน้าที่ดังกล่าวกระทำการโดยเกินกว่าขอบเขตของอำนาจที่ตนมีหรือกระทำการโดยไม่เหมาะสมนั้นก็ย่อมทำให้เจ้าหน้าที่ดังกล่าวรับผิดชอบตาม Lex Aquilia หรืออาจเป็นการละเมิดลักษณะลักทรัพย์ (Actio in furtum) ได้ ผู้เขียนพบกรณีดังกล่าวข้างต้นดังต่อไปนี้

Ulpianus, On Edict, Book XVIII ได้บัญญัติว่า⁴⁶ “เจ้าหน้าที่ท้องถิ่นใดกระทำให้เกิดความเสียหายอันมิชอบด้วยกฎหมาย ย่อมต้องรับผิดชอบภายใต้กฎหมาย Lex Aquilia ในกรณีที่เจ้าหน้าที่ดังกล่าวได้ยึดสัตว์ไว้ตามอำนาจหน้าที่ของตน แต่กลับปล่อยให้สัตว์เหล่านั้นตายด้วยความหิวเนื่องจากมิได้ให้อาหารแก่สัตว์เหล่านั้น การกระทำดังกล่าวย่อมเป็นการลักทรัพย์ (in furtum) ยิ่งไปกว่านั้นหากเจ้าหน้าที่ดังกล่าวจัดเก็บทรัพย์สินภายใต้กระบวนการของกฎหมาย แต่มิได้กระทำและทำให้ทรัพย์สินดังกล่าวนั้นเสื่อมสภาพหรือเสียหายไป กรณีดังกล่าวก็ต้องรับผิดชอบภายใต้กฎหมาย Lex Aquilia ด้วยเช่นกัน ซึ่งโดยแท้จริงแล้วสามารถกล่าวได้ว่ากระบวนการจับหรือยึดนั้นต้องสอดคล้องกับกฎหมาย อย่างไรก็ตามหากเจ้าหน้าที่กระทำการที่รุนแรงต่อบุคคลที่ขัดขืนหรือต่อสู้ เจ้าหน้าที่ย่อมไม่มีความรับผิดชอบภายใต้กฎหมาย Lex Aquilia ”

1.3.4 การช่วยเหลือตนเอง (Self-Help)

ในระบบกฎหมายโรมันนั้นพบว่าปรากฏหลักการการช่วยเหลือตนเองไว้เช่นกัน จากการค้นคว้าของผู้เขียนพบว่าการช่วยเหลือตนเองตามกฎหมายโรมันนั้นอธิบายแตกต่างกับการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย และการกระทำโดยความจำเป็นที่มองว่าเป็นข้อยกเว้นความรับผิดชอบเพื่อละเมิดตามกฎหมายโรมัน แต่สำหรับการช่วยเหลือตนเอง (Self-Help) นักกฎหมายโรมันมองว่าเป็นหนึ่งใน

⁴⁶ Dig 9.2.29.7 “Municipal magistrates who have committed wrongful damage can be held liable under the Lex Aquilia ; for where any of them has taken cattle of yours in execution, and allows them to die of hunger, by not permitting you to give them food an action in factum should be granted. Moreover, where he thinks that he is levying an execution in accordance with law, but does not actually do so, and stores the property worn out and ruined, it is held that the Lex aquilia will apply; and this, indeed, can also be stated where the execution was levied in compliance with the law. Where, however, a magistrate committed violence against a party who was resisting, he would not be liable under the Lex aquilia,”

หลักกฎหมายวิธีพิจารณาความ หลักกฎหมายดังกล่าวคือ *Legis Actio Per pignoris capionem*⁴⁷ หลักกฎหมายนี้ยอมให้เจ้าหนี้สามารถที่จะเข้ายึดทรัพย์สินของลูกหนี้เพื่อประกันการชำระหนี้โดยไม่ต้องผ่านขั้นตอนหรือกระบวนการตามปกติของระบบศาลตามกฎหมายโรมัน โดยขั้นตอนของหลักกฎหมายการช่วยตนเองนี้จะเกี่ยวกับการใช้รูปแบบของการประกาศต่อหน้าพยาน (*certa verba*) ทำให้สามารถที่จะยึดทรัพย์สินนั้นเป็นหลักประกัน (*pignoris capio*) ได้ทุกเวลา แม้ว่าลูกหนี้จะไม่ได้อยู่ด้วย

หลักกฎหมายนี้นักกฎหมายโรมันคือ Gaius ได้อธิบายไว้ในงานเขียน *The Institutes of Gaius* ว่า⁴⁸ บางรูปแบบปรากฏในกฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษร แต่บางรูปแบบก็ปรากฏในจารีตประเพณี โดยหลักกฎหมายนี้แต่ดั้งเดิมค่อนข้างปรับใช้อย่างจำกัด กรณีที่นำมาปรับใช้ให้เห็นตัวอย่างได้ชัดเจน คือ กรณีการใช้หลักกฎหมายกับบุคคลที่ซื้อสัตว์โดยประสงค์จะนำสัตว์ดังกล่าวไปบูชาแด่ยังมิได้จ่ายราคาของสัตว์นั้นครบ (G.4.28) หรือ กรณีจารีตประเพณีที่ยอมให้ใช้หลักกฎหมายนี้กับกรณีของทหารสามารถบังคับสิทธิของตนเกี่ยวกับการจ่ายค่าจ้างของพวกเขา (G.4.27) เป็นต้น แต่อย่างไรก็ดีบุคคลที่ยึดทรัพย์ไว้เป็นประกันได้แล้ว ไม่สามารถที่จะขายหรือกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งอันทำให้ทรัพย์สินนั้นหลุดไปโดยผู้ยึดต้องยึดไว้จนกว่าจะได้สิ่งชดใช้หนี้ (อันเป็นเหตุให้ยึดทรัพย์นั้นไว้)

2. ระบบกฎหมายยุคกลาง (Medieval Age)

หลังจากสมัยจักรพรรดิจัสติเนียนแล้ว ยุโรปกำลังจะเข้าสู่ยุคกลางตอนต้น ในบริเวณอาณาจักรโรมันตะวันตก (Western Empire Roman) เดิม ในระยะเวลาดังกล่าวถูกอนารยชนเผ่าเยอรมัน (Barbarian Tribes) ต่างๆ เข้ามาครอบครองแล้ว ปรากฏว่าอนารยชนเหล่านั้นยอมรับเอากฎหมายของอาณาจักรโรมันไปใช้ประกอบกับกฎหมายจารีตประเพณีของตนที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษรที่มีอยู่ใช้ในชนเผ่าอยู่แล้ว จนกลายเป็นระบบกฎหมายที่มีลักษณะเฉพาะของตนเองขึ้นมา

⁴⁷ George Mousourakis, *The Historical and Institutional Context of Roman Law*, (Gower House : Ashgate Publishing Limited , 2003), pp 138-139.

⁴⁸ G.4.26“Pignoris Capio was employed in some instances through custom and in other by virtue of law.”

จากการค้นคว้าของผู้เขียนพบว่ากฎหมายของอนารยชนเผ่าเยอรมันนั้นแต่เดิมปรากฏอยู่ในรูปกฎหมายจารีตประเพณี (The Customary Law of Germanic Tribes) หลักการเกี่ยวกับเรื่องละเมิดปรากฏว่ายังคงใช้หลักการแก้แค้น (Faida) หากบุคคลใดถูกกระทำละเมิดจนถึงแก่ความตาย ตามจารีตแล้วครอบครัวของผู้เสียหายสามารถสังหารผู้กระทำละเมิดหรือแม้กระทั่งครอบครัวของผู้นั้นได้ (The victim's kinship groups was permitted to wreak retribution upon the slayer himself or his family)⁴⁹ แต่ต่อมาอนารยชนเหล่านี้เริ่มมีการพัฒนาขึ้นมาเป็นอาณาจักร มีศูนย์กลางการปกครองทำให้ปรากฏแนวความคิดของกฎหมายลักษณะละเมิดโดยมีการยอมรับแนวความคิดเรื่องการใช้ระบบค่าสินไหมทดแทนแทนระบบการใช้สิทธิแก้แค้นที่มีมาแต่เดิมเรียกว่า Wergeld or Wergild⁵⁰ หลักเกณฑ์ในกฎหมายละเมิดในสมัยนี้ก็ปรากฏแนวความคิดนิรโทษกรรมเช่นกัน ดังต่อไปนี้

2.1 กฎหมายของอนารยชน (Barbarians Law)

2.1.1 อนารยชนบูกันเดียน (Burgundian)⁵¹

กฎหมายของอนารยชนกลุ่มนี้เรียกว่า “The Burgundian Code (Lex Gondobada)” ได้ปรากฏแนวความคิดการกระทำละเมิด หลักการนิรโทษกรรม ปรากฏในกฎหมายของอนารยชนนี้เช่นกัน กล่าวคือ

การป้องกันตนเอง (Self-defense) ภายใต้กฎหมาย Lex Gondobada นี้การป้องกันตนเองมิได้เป็นข้อยกเว้นความรับผิดชอบทั้งหมดเหมือนในกฎหมายปัจจุบัน⁵² เพียงแต่ยกเว้นความรับ

⁴⁹ M Stuart Madden, “Paths of Western Law After Justinian,” London Law Review, Vol. 2, (2006), Retrieved August 15, 2009, from <http://ssrn.com/abstract=918516>

⁵⁰ Wergeld or Wergild หมายถึง คุณค่าของชีวิตของบุคคลที่ถูกตีค่าเป็นจำนวนเงิน (the value of a person's life reduced to a money amount) โดยปรกติแล้วมักจะจ่าย Wergeld ให้กับครอบครัวของเหยื่อที่ถูกกระทำละเมิด

⁵¹ บูกันเดียนเป็นชนเผ่าเยอรมัน (Germanic tribes) สาขาหนึ่งที่อาศัยบริเวณชายแดนของอาณาจักรโรมันตะวันตกเดิมโดย ในประวัติศาสตร์แล้วอนารยชนเผ่านี้มีส่วนช่วยเป็นผู้ป้องกันอาณาจักรโรมันจากอนารยชนเผ่าอื่นๆ ที่เข้ามารุกรานอาณาจักรโรมัน บูกันเดียนมีความเจริญพอสมควรเนื่องจากรับเอาวัฒนธรรมจากจักรวรรดิโรมันตะวันตกมาใช้ด้วย

ผิดบางส่วนให้เท่านั้น กล่าวคือ หากบุคคลป้องกันตนเองโดยการใช้ความรุนแรงต่อบุคคลที่เข้ามากระทำละเมิด ผู้ป้องกันยังต้องรับผิดชอบค่าสินไหมทดแทนจำนวนครึ่งหนึ่งของจำนวนที่ต้องจ่ายจากความรับผิดที่ต้องรับผิดชอบ เช่น หากบุคคลใดป้องกันตัวเองโดยทำให้ฟันของผู้จะกระทำละเมิดต่อนัก ซึ่งตามปกติบุคคลต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนเป็นจำนวน 10 Soladi (หากไม่มีเหตุป้องกัน) แต่หากเป็นการกระทำป้องกันจะต้องจ่ายเพียงครึ่งเดียวเท่านั้น

ในส่วนการบุกรุกเข้าไปในบ้านหรือที่ดินของผู้อื่นนั้น Lex Gondobada บัญญัติให้เป็น การกระทำละเมิดและต้องจ่ายค่าเสียหายให้แก่เจ้าของบ้านหรือที่ดินนั้น นอกจากนี้ยังบัญญัติถึง มาตรการการป้องกันทรัพย์สินไว้ด้วย กล่าวคือ ใน Lex Gondoba (First Constitution)s XXVII para 8 ได้กำหนดความรับผิดของบุคคลที่เข้าไปในไร่องุ่น (Vineyard) ในตอนกลางวันต้องจ่าย ค่าเสียหายเป็นจำนวน 3 soladi ในขณะที่เดียวกันสำหรับการบุกรุกเข้ามาในตอนกลางคืน เจ้าของ สามารถตอบโต้ผู้เข้ามาบุกรุกซึ่งเข้าในในยามวิกาลเพื่อขโมยผลองุ่น โดยการฆ่าผู้บุกรุกเพื่อ ป้องกันไร้วินัยของตนได้ โดยการกระทำดังกล่าวย่อมไม่ต้องชดใช้ค่าเสียหายต่อครอบครัวหรือเจ้านาย ของผู้บุกรุกแต่อย่างใด⁵³

นอกจากนั้น Lex Gondobada ได้กำหนดความรับผิดโดยเคร่งครัดแก่เจ้าของม้าหรือ สัตว์อื่น ๆ ที่ใช้ในการเกษตรกรรมทำให้เกิดความเสียหายแก่ผู้อื่น เช่นเดียวกับกฎหมายของอนารย ชนเผ่าเยอรมันอื่นๆ นอกจากนี้ในบางกรณียังอนุญาตให้ฆ่าสัตว์ที่เข้ามาก่อให้เกิดความเสียหาย ได้ กล่าวคือ ใน Lex Gondoba (First Constitutions) XXIII para4 กรณีที่สุกรเข้าไปทำความ เสียหายในไร่องุ่นหรือพื้นที่เพาะปลูก ทั้งที่เจ้าของสุกรถูกเตือนสองครั้งแล้วว่าสุกรเข้ามาทำความ เสียหายในที่ดินของผู้อื่น เจ้าของที่ดินซึ่งทรัพย์สินเสียหายสามารถที่จะฆ่าสัตว์นั้นแล้วนำเนื้อสัตว์ นั้นมาใช้ประโยชน์ต่อตนเองได้

2.1.2 อนารยชนลอมบาร์ม (Lombards)⁵⁴

อนารยชนกลุ่มนี้เริ่มก่อตัวขึ้นเป็นอาณาจักรหลังจากการล่มสลายของอาณาจักรโรมัน ตะวันตก (Roman Western Empire) และอนารยชนออสโตรโกธิค (Ostrogothic) กฎหมายของอ

⁵² M Stuart Madden, *supra* note 49, p 394.

⁵³ M Stuart Madden, *supra* note 49, p 397.

⁵⁴ อนารยชนลอมบาร์ม (Lombards) อนารยชนกลุ่มนี้ถือเป็นอนารยชนเยอรมันกลุ่ม แรกที่เข้าครอบครองพื้นที่อาณาจักรโรมันตะวันตกอย่างแท้จริง (บริเวณตอนเหนือของประเทศ อิตาลีปัจจุบัน)

นารายชนกลุ่มนี้ได้ถูกเขียนเป็นภาษาลาตินเรียกว่า “Rothair's Edicts” (Rothair เป็นชื่อของกษัตริย์องค์หนึ่งของ Lombards) นอกจากนั้นผู้นำของ นารายชนกลุ่มนี้ยังเรียกนักกฎหมายโรมันเข้ามาช่วยผู้พิพากษาของตนในการตัดสินคดีความด้วย

สำหรับกฎหมายลักษณะละเมิดของลอมบาร์มยังคงไม่มีการแบ่งแยกอย่างชัดเจนกับกฎหมายอาญา ในเบื้องต้นหากใครกระทำความผิดโดยมิชอบด้วยกฎหมายทำให้ผู้อื่นเสียชีวิต กฎหมายลอมบาร์มได้ยอมรับหลักการทั่วไปของนารายชนเผ่าเยอรมันเรื่อง Wergeld เกี่ยวกับคุณค่าชีวิตของผู้ตายซึ่งผู้กระทำความผิดต้องจ่ายให้กับครอบครัวของเหยื่อ สำหรับแนวความคิดเรื่องนิรโทษกรรม การกระทำป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย เป็นนิรโทษกรรมประเภทแรกที่พบ โดยกฎหมายของลอมบาร์ม กล่าวยอมรับว่า บุคคลสามารถป้องกันตนเองโดยการฆ่าบุคคลคนบ้า (Mad man) ได้โดยไม่ก่อให้เกิดความรับผิดชอบใดๆ อย่างไรก็ตามการกระทำดังกล่าวต้องปรากฏเหตุที่ต้องป้องกันด้วย (Rothair's Edit No.323)⁵⁵

ในส่วนนิรโทษกรรมประเภทอื่นที่พบ การจับสัตว์ที่เข้ามาก่อให้เกิดความเสียหายแก่ที่ดินของผู้อื่นตาม Rothair's Edit No.342 หากเจ้าของที่ดินที่พบว่าสัตว์ของผู้อื่นเข้ามาทำความเสียหายบนทรัพย์สินของเขา เจ้าของที่ดินย่อมสามารถที่จะจับสัตว์นั้นไว้ได้ หากเจ้าของสัตว์ดังกล่าวไม่มารับคืนเจ้าของที่ดินดังกล่าวย่อมสามารถยึดสัตว์นั้นไว้ได้จนกว่าข้อพิพาทจะถูกตัดสิน หรือ เจ้าของที่ดินจะนำสัตว์นั้นไปแสดงที่หน้าประตูโบสถ์ (การกระทำดังกล่าวเป็นประกาศต่อสาธารณะที่ใช้กันในยุคกลาง) ทั้งนี้เพื่อเป็นการประกาศต่อสาธารณชนว่าตนได้จับสัตว์ของผู้อื่นไว้ หากเจ้าของไม่มารับไป ผู้พบสัตว์นั้นย่อมสามารถที่จะเก็บสัตว์นั้นได้

2.2 ยุคกฎหมายศาสนา (Canon Law)

หลังจากยุโรปเข้าสู่ยุคกลางแล้ว การที่นารายชนเผ่าต่างๆ เข้ารุกรานปรากฏว่ายุโรปในสมัยนั้นแยกออกเป็นรัฐเล็กๆ ต่างๆ มากมายไม่มีศูนย์กลางเช่นสมัยอาณาจักรโรมันอีกต่อไป ดังนั้นกฎหมายในสมัยนี้จึงปรากฏออกมาเป็นลักษณะของแต่ละอาณาจักรความเจริญในยุโรปตกต่ำลง การศึกษากฎหมายก็ตกต่ำถึงขีดสุดเช่นเดียวกัน ความรู้กฎหมายตกอยู่ในแวดวงของนักบวชในคริสต์ศาสนา ทำให้อิทธิพลของศาสนาได้เข้ามาปรุงแต่งในระบบกฎหมายมากจนกลายเป็นระบบกฎหมายที่เรียกว่า ระบบกฎหมายศาสนา (Canon Law) ได้ก่อเกิดพัฒนาความคิดทางกฎหมายอย่างยิ่งต่อยุโรปสมัยต่อมา

⁵⁵ M Stuart Madden, *supra* note 49, p 410.

นักคิดคนสำคัญ คือ⁵⁶ Saint Thomas Aquinas โดยนับเป็นนักปราชญ์คนสำคัญของคริสเตียนในช่วงปลายสมัยกลาง (คริสต์ศักราช 1225-1274) งานเขียนที่สำคัญอันมีชื่อเสียงของเซนต์โทมัส อไควนัส คือ Summa Theologiæ⁵⁷ จากที่ผู้เขียนได้ศึกษางานเขียนดังกล่าวแล้วพบว่าเซนต์โทมัส อไควนัสได้อธิบายเกี่ยวกับการกระทำนิรโทษกรรมบางกรณีไว้อย่างชัดเจนภายใต้กรอบความคิดของคริสต์ศาสนา กล่าวคือ

2.2.1 การป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย (Self-defence)

การป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายได้อธิบายเรื่องดังกล่าวปรากฏอยู่ใน II-II Q.66, Article.7. Thomas Aquinas ได้กล่าวว่า “ไม่มีสิ่งใดที่จะขัดขวางผลที่จะเกิดจากการกระทำใดการกระทำหนึ่งอันจะเกิดผลสองทางได้ คือ ผลทางหนึ่งที่เกิดขึ้นโดยความตั้งใจ แต่ในขณะเดียวกันอาจเกิดผลขึ้นนอกเหนือจากความตั้งใจ การกระทำที่จะนำมาพิจารณานั้นเราจะใช้ผลของการกระทำโดยความตั้งใจเท่านั้นไม่พิจารณาผลที่เกิดขึ้นโดยไม่ตั้งใจ ซึ่งได้อธิบายแล้วในข้างต้น

เมื่อพิจารณาแล้วการป้องกันตนเองอาจเกิดผลสองประการได้เช่นกัน กล่าวคือ ผลประการแรกคือการรักษาชีวิตของตนไว้ได้ แต่ผลนอกเหนือจากนั้นคือการฆ่าผู้กระทำละเมิด อย่างไรก็ตามการกระทำที่จะป้องกันชีวิตของตนเองย่อมไม่เป็นการผิดกฎหมาย เพราะเป็นไปตามธรรมชาติที่สิ่งมีชีวิตย่อมรักษาดูแลตนเองให้มีชีวิตได้นานที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้ และด้วยความตั้งใจที่ชอบดังกล่าวทำให้การกระทำย่อมไม่เป็นการมิชอบด้วยกฎหมาย สำหรับการกระทำไม่พอสมควรแก่เหตุ หากบุคคลใดป้องกันตนเองได้ใช้ความรุนแรงโดยเกินสมควร มันย่อมเป็นการกระทำที่มีชอบด้วยกฎหมาย”

⁵⁶ ปรีดี เกษมทรัพย์, นิติปรัชญา, พิมพ์ครั้งที่ 6 (กรุงเทพมหานคร: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2546), น.152-153.

⁵⁷ The Summa Theologica of St. Thomas Aquinas translated by Fathers of the English Dominican Province, Second and Revised Edition, 1920 Retrieved August 15,2009, from <http://www.newadvent.org/summa/3.htm>

2.2.2 การกระทำโดยความจำเป็น (Necessity)

ในงานเขียนเรื่องนี้ปรากฏอยู่ใน⁵⁸ II-II Q.64, Article.7. Thomas Aquinas ได้กล่าวว่า “ระดับชั้นและการจัดสรรของทรัพย์สินนั้นเป็นสิ่งที่อยู่บนพื้นฐานของกฎหมายมนุษย์แต่ก็ไม่สามารถปฏิเสธข้อเท็จจริงถึงความจำเป็นของมนุษย์ที่ต้องการเยียวยาไม่ว่าวิธีใดก็ตาม... ดังนั้นหากความจำเป็นนั้นเป็นที่เห็นโดยชัดแจ้งและฉุกเฉิน นั่นคือสิ่งที่ชี้ชัดได้ว่าความจำเป็นต้องได้รับการเยียวยาโดยวิธีการใดก็ตาม (กรณีดังกล่าวเช่น เมื่อบุคคลประสบกับภัยอันตรายอันใกล้จะถึงและไม่มีทางอื่นที่เป็นไปได้ที่จะเยียวยา) ดังนั้นมันเป็นสิ่งที่ชอบด้วยกฎหมายสำหรับกรณีบุคคลใดต้องช่วยเหลือตัวเขาเนื่องจากความจำเป็นโดยการใช้ทรัพย์สินของบุคคลอื่นไม่ว่าโดยเปิดเผยหรือโดยลับ กรณีดังกล่าวย่อมไม่เป็นการขโมยหรือลักทรัพย์”

2.3 ยุคกฎหมายธรรมชาติ (Natural Law)

ในยุคกฎหมายธรรมชาติถือเป็นจุดหักเหที่สำคัญของหลักเกณฑ์ความรับผิดชอบเพื่อละเมิด แต่เดิมเราจะเห็นได้ว่านับตั้งแต่กฎหมายโรมันจนกระทั่งถึงยุคกฎหมายศาสนายังไม่ปรากฏหลักทั่วไปว่าด้วยความรับผิดชอบเพื่อละเมิดแต่อย่างใดหากเป็นความรับผิดชอบย่อยๆแยกออกจากกันไปตามประเภทและชนิดของการกระทำละเมิดนั้นๆ

อย่างไรก็ดีหลักเกณฑ์ทั่วไปว่าด้วยความรับผิดชอบเพื่อละเมิดได้เกิดขึ้นในช่วงปลายของสมัยกลางประมาณศตวรรษที่ 17-18 จากแนวความคิดของกฎหมายธรรมชาติ (Natural Law) โดยเฉพาะนักกฎหมายธรรมชาติคนสำคัญ 2 คน ท่านแรก คือ Hugo Grotius โดยงานเขียนที่สำคัญคือหนังสือที่ชื่อว่า *Inleiding tot de Hollandshe Rechts-geleerteyd* หรือ *Introduction to the jurisprudence of Holland*⁵⁹ อีกเล่มหนึ่งคือ *De Jure Belli Ac Pacis Libri Tres* หรือ *The Law of War and Peace*⁶⁰ ในส่วนนักกฎหมายธรรมชาติสำคัญอีกท่านหนึ่งคือ Jean Domat

⁵⁸ James Gordley, *An Introduction to the comparative study of private law Readings, Cases, Materials*, (London ; Cambridge university press, 2006), p.215.

⁵⁹ Hugo Grotius, *The jurisprudence of Holland Volumes1*, Translated with brief notes and a commentary by Robert warden lee.2nd (Oxford ; Clarendon Press, 1977)

⁶⁰ Hugo Grotius, *De Jure Belli Ac Pacis Libri Tres* Volume Two Translated by Francis W.Kelsey (Oxford ;The Clarendon Press, 1925) Retrieved August 18,2009, from <http://www.archive.org/details/dejurebelliacpac013020mbp>

แนวความคิดของท่านถือว่ามีบทบาทสำคัญต่อประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสอย่างสูงงานเขียนที่สำคัญ คือ Civil law In Its Natural order⁶¹ จากการค้นคว้างานเขียนของนักกฎหมายทั้งสองท่านพบว่าปรากฏแนวความคิดนิรโทษกรรมเช่นกันซึ่งผู้เขียนจะขอนำเสนอแยกแยะเป็นประเภทดังต่อไปนี้

2.3.1 การป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย (Self-defence)

แนวความคิดเรื่องการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายพบว่านักกฎหมายอย่าง Hugo Grotius ยอมรับอย่างชัดเจนว่าการป้องกันตนเองสามารถกระทำได้นหากบุคคลใดบุคคลหนึ่งประสบภัยอันตรายจนถึงแก่ชีวิตและไม่มีทางอื่นที่จะหลีกเลี่ยงได้ การป้องกันตนเองสามารถที่จะกระทำได้ และการกระทำดังกล่าวก็ไม่ใช่เป็นการมิชอบด้วยกฎหมายแต่อย่างใด ดังที่ปรากฏดังต่อไปนี้

Hugo Grotius ได้กล่าวไว้ใน Book III Chapter XXXIII ว่าด้วยเรื่อง การกระทำมิชอบต่อชีวิตมนุษย์ (Of wrongs against a man's life) ดังต่อไปนี้⁶²

หัวข้อที่ 7 หากบุคคลใดปราศจากความประมาทเลินเล่อได้กระทำการที่ชอบด้วยกฎหมายในสถานการณ์ที่ชอบด้วยกฎหมายและในวิถีทางที่ถูกกฎหมาย (“...has done a lawful thing in a lawful place and in a lawful way...”) ซึ่งบางครั้งอาจทำให้เกิดความเสียหายเกิดขึ้นจากเหตุดังกล่าว หรือ หากบุคคลใดบุคคลหนึ่งพบว่าเขาตกอยู่ในสถานการณ์ความจำเป็นต้องป้องกันตัวเขาเอง ภรรยาและลูกของเขา หรือทรัพย์สินของเขาจากภัยอันตรายและทำให้ต้องฆ่าบุคคลใดบุคคลหนึ่ง การกระทำดังกล่าวเราเรียกว่า การกระทำป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย

สิ่งที่เป็นประเด็นที่น่าสนใจอย่างยิ่ง คือ Hugo Grotius ได้พยายามแยกองค์ประกอบ การป้องกันตนเองให้มีความชัดเจนขึ้นกว่ายุคกฎหมายที่ผ่านมา (ซึ่งมักจะกล่าวโดยคลุมเครือไม่ชัดเจน) โดยองค์ประกอบที่ฮิวโก โกรเธียร์แยกได้พอจะสรุปได้ดังต่อไปนี้⁶³

⁶¹ Jean Domat, *Civil law in its natural order*, Translated by William strahan (Colorado : Fred.B.Rothman & Co, 1980)

⁶² Hugo Grotius, *supra* note 58, p 475.

⁶³ Hugo Grotius, *supra* note 59, pp 172-175.

องค์ประกอบแรกการต่อสู้เพื่อป้องกันชีวิตของตนสามารถกระทำได้ในกรณีที่ประทุษร้ายอย่างแท้จริง (War in the defence life is permissible only against an actual assailant)

องค์ประกอบที่สองการต่อสู้เพื่อป้องกันชีวิตของตนสามารถกระทำได้ในกรณีที่ภัยอันตรายอันเกิดจากการประทุษร้ายนั้นเกิดอย่างใกล้จะถึงและเป็นสิ่งที่จะเกิดขึ้นอย่างแน่นอนไม่ใช่การคาดหมายเท่านั้น (War in the defence of life is permissible only when the danger is immediate and certain, not when it is merely assumed)

องค์ประกอบที่สามการต่อสู้เพื่อป้องกันไม่เพียงแต่ป้องกันชีวิตของตนเท่านั้นหากแต่ยังหมายถึงสิ่งอื่นด้วยไม่ว่าจะเป็นการป้องกันร่างกาย (Limb) ทรัพย์สิน (property) หรือ การป้องกันบุคคลอื่น โดย Hugo Grotius ได้อธิบายไว้ใน Book III Chapter XXXIII ว่าด้วยเรื่อง การกระทำมิชอบต่อชีวิตมนุษย์ (Of wrongs against a man's life) ⁶⁴ในหัวข้อที่ 9 การป้องกันทรัพย์สินจากขโมยที่เข้ามาในตอนกลางคืนหรือกรณีป้องกันภริยาของตนต่อบุคคลใดบุคคลหนึ่งที่เข้ามาทำร้ายกรณีดังกล่าวย่อมเป็นการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย สุดท้ายกรณีพ่อยอมฆ่าบุคคลที่เข้ามาทำร้ายลูกสาวของตนเองได้ โดยทั้งหมดนี้ย่อมไม่ก่อให้เกิดความรับผิดชอบแต่อย่างใด

การป้องกันทรัพย์สินยังปรากฏใน Book III Chapter XXXIV ว่าด้วยเรื่อง การกระทำมิชอบต่อร่างกายมนุษย์ (Of wrongs against the body) ว่า ⁶⁵หัวข้อที่ 4 การป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายหรืออุบัติเหตุใดๆที่ปราศจากการประมาทเลินเล่อในกรณีการฆ่าย่อมเป็นการหลุดพ้นจากความรับผิด ดังนั้นถ้าหากบุคคลใดเข้ามาทำร้ายเจ้าของบ้านในบ้านของตน เจ้าของบ้านตอบโต้กลับทำให้บุคคลดังกล่าวได้รับบาดเจ็บ เจ้าของบ้านย่อมไม่ต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทน

2.3.2 การกระทำโดยความจำเป็น (Necessity)

การกระทำโดยความจำเป็นนี้ ปรากฏร่องรอยความคิดมาตั้งแต่สมัยโรมัน แม้ว่าสมัยต่อมาจะมีแนวคิดที่จะยอมรับหลักการกระทำโดยความจำเป็นในบริบทแนวความคิดของกฎหมายศาสนา แต่อย่างไรก็ตามแนวความคิดที่กล่าวมาแล้วยังไม่ปรากฏหลักเกณฑ์ที่เป็นหลักทั่วไปแต่อย่างใด หลักทั่วไปของการกระทำโดยความจำเป็น (The Doctrine of Necessity) ได้ถูกพัฒนา

⁶⁴ Hugo Grotius, *supra* note 58, p 475

⁶⁵ *Ibid.*

จากนักกฎหมายธรรมชาติให้หลักการมีความชัดเจนมากขึ้น โดยอ้างอิงงานเขียนในสมัยก่อนๆ โดยเฉพาะอย่างยิ่งแนวความคิดของเซนต์โทมัส อควีนาสพัฒนาขึ้น⁶⁶

นักกฎหมายธรรมชาติคนสำคัญ ฮิวโก โกรเธียร์ ได้อธิบายไว้ว่า⁶⁷ การที่บุคคลโดยทั่วไปจะสามารถใช้ทรัพย์สินของผู้อื่นอาจเป็นกรณีที่แปลกประหลาด เพราะตามปกติแล้วทรัพย์สินย่อมเป็นสิทธิเฉพาะตัวของเจ้าของทรัพย์สินที่จะใช้ทรัพย์สินนั้นๆ แต่บางกรณีบุคคลทั่วไปอาจเข้าไปใช้ทรัพย์สินของผู้อื่นได้ กรณีดังกล่าวเป็นข้อยกเว้น เจ้าของทรัพย์สินต้องยอมให้บุคคลอื่นใช้ทรัพย์สินนั้นหากบุคคลอื่นมีความจำเป็นอย่างยิ่งยวด (Extreme necessity) โดยฮิวโก โกรเธียร์ได้อธิบายโดยแยกองค์ประกอบของการกระทำโดยความจำเป็นดังต่อไปนี้

กรณีสิทธิใช้ทรัพย์สินของผู้อื่นหากมีความจำเป็น ย่อมสามารถกระทำได้หากไม่มีทางอื่นใดที่จะหลีกเลี่ยงการใช้ทรัพย์สินนั้น (That the right, in case of necessity, to use things belonging to other, hold when the necessity is in no way avoidable)

กรณีสิทธิใช้ทรัพย์สินของผู้อื่นหากมีความจำเป็นสามารถกระทำได้ ยกเว้นกรณีเจ้าของทรัพย์สินนั้นมีความจำเป็นเช่นเดียวกัน (That the right, in case of necessity, to use things belonging to other, hold except when the possessor has equal need)

บุคคลที่ใช้ทรัพย์สินของผู้อื่นในกรณีความจำเป็นย่อมมีหน้าที่ต้องคืนทรัพย์สินที่ใช้นั้นด้วยหากสามารถกระทำได้ (That there is, further, an obligation to restore the things of another used in the case of necessity, whenever restoration shall be possible)

นักกฎหมายธรรมชาติคนสำคัญอีกท่านหนึ่งก็คือ Jean Domat ได้ยอมรับการกระทำโดยความจำเป็นเช่นกัน โดยยกตัวอย่างไว้ในไว้ใน Book II Title VIII Section IV หัวข้อที่ 1592⁶⁸ หัวข้อดังกล่าวเกี่ยวกับความเสียหายที่กระทำเพื่อหลีกเลี่ยงจากอันตราย (Damage done to avoid a Danger) บางครั้งอาจเกิดเหตุการณ์ที่บุคคลหนึ่งกระทำโดยความตั้งใจให้เกิดความเสียหายแต่บุคคลดังกล่าวไม่ต้องชดเชยความเสียหายที่ตนได้กระทำไป เช่น ในกรณีที่เกิดไฟไหม้และไม่สามารถที่จะดับไฟได้จึงต้องทำลายบ้านลงเพื่อป้องกันบ้านหลังอื่นๆ เป็นต้น

⁶⁶ Franz Wieacker, *A history of private law in Europe*, Translated by Tony Weir (Oxford ;The Clarendon Press, 1995), p 231.

⁶⁷ Hugo Grotius, *supra* note 59, pp 193-195.

⁶⁸ Jean Domat, *supra* note 60, p.619.

2.3.3 การช่วยตนเอง (Self-Help)

การช่วยตนเองนั้นเป็นหลักกฎหมายที่ปรากฏว่าตั้งแต่สมัยโรมัน หลักเกณฑ์ดังกล่าวปรากฏในระบบกฎหมายยุคต่อมาเช่นกัน ซึ่งผู้เขียนพบว่ามักจะอยู่ในลักษณะเฉพาะเป็นกรณีไปที่ปรากฏอย่างชัดเจน เช่น การจับหรือยึดสัตว์ที่ก่อให้เกิดความเสียหายในอสังหาริมทรัพย์ ที่ปรากฏอย่างชัดเจนมาตั้งแต่ยุคกฎหมายโรมันและกฎหมายจารีตของอนารยชนเผ่าเยอรมัน แต่ประเด็นที่น่าสนใจในส่วนนี้คือ หลักกฎหมายการช่วยตนเอง (Self-Help) ตามหลักเกณฑ์กฎหมายสมัยใหม่⁶⁹ นั้นประกอบด้วย หลักเกณฑ์ทั่วไปและหลักเกณฑ์เฉพาะเรื่อง การจับหรือยึดสัตว์ดังที่กล่าวมานั้นเป็นเพียงหลักเกณฑ์เฉพาะเรื่องหรือกล่าวอีกนัยยะหนึ่งว่าเป็นเพียงส่วนหนึ่งของการช่วยตนเองเท่านั้น ดังนั้นประเด็นที่น่าสนใจคือหลักเกณฑ์ทั่วไปการช่วยตนเองมาจากหลักความคิดใด ซึ่งผู้เขียนค้นคว้าพบร่องรอยของหลักกฎหมายดังกล่าว โดยผู้เขียนขอสรุปแนวคิดดังกล่าวดังต่อไปนี้

แนวความคิดการช่วยตนเอง (Self-help) มาจากแนวคิดหลักกฎหมาย⁷⁰ในเรื่องการยึดสังหาริมทรัพย์ของผู้อื่นโดยเอกชน (Private Distrain : Pigneratio) หมายถึง วิธีการเพื่อที่จะให้ตนได้รับความเป็นธรรมโดยการกระทำของตนเอง (Means of taking justice into one's own hands) เข้ายึดทรัพย์ของผู้อื่นเพื่อไว้เป็นประกันซึ่งกรณีดังกล่าว (โดยไม่ได้ตกลงให้ประกันตามสัญญากันไว้ก่อน) แต่กฎหมายยอมรับหลักการที่จะให้ยึดสังหาริมทรัพย์ของบุคคลซึ่งอาจเป็นลูกหนี้ไว้เป็นหลักประกันได้

หลักกฎหมาย Private Distrain เจ้านี้ย่อมได้รับอนุญาตในการเข้าไปยึดสังหาริมทรัพย์ของลูกหนี้โดยไม่ต้องได้รับการอนุญาตจากศาล จากหลักฐานที่ปรากฏในอดีตแสดงให้เห็นว่าการยึดดังกล่าวต้องมีกระบวนการที่แน่นอน เช่น การปรากฏพยาน (presence of witnesses) หรือกระบวนการอื่นใดขึ้นอยู่กับจารีตของท้องถิ่นนั้น การยึดทรัพย์เพื่อเป็นประกันกรณีนี้ย่อมเป็นหลักทั่วไปเช่นเดียวกับการยึดประกันในกรณีที่ทำสัญญาให้ประกันเอาไว้

⁶⁹ การช่วยตนเอง (Self-Help) กฎหมายเยอรมันวางหลักเกณฑ์ทั่วไปไว้ใน § 229-231 หลักเกณฑ์เฉพาะ § 859 กฎหมายสวิสเซอร์แลนด์วางหลักเกณฑ์ทั่วไปไว้ใน § 52 para 3 หลักเกณฑ์เฉพาะ § 57 กฎหมายออสเตรเลียวางหลักเกณฑ์ทั่วไปไว้ใน § 19 หลักเกณฑ์เฉพาะ §§ 344, 1101, 1321.

⁷⁰ Jean Brissaud, A history of French private law, Translated by Rapelje Howell (New York : Augustus M. Kelley Pub., 1968), pp.586-590.

นอกจากนั้นหลักฐานว่าในอดีตนั้น เมื่อเจ้าหนี้เข้ายึดทรัพย์อย่างใดอย่างหนึ่ง พร้อมกันนั้นในเวลาเดียวกันก็สามารถครอบครองและเป็นเจ้าของทรัพย์นั้นได้เลย อย่างไรก็ตามปรากฏมาภายหลังว่ามีจารีตของฟิวดัล (feudal customs) ที่ยอมให้ขายของที่ยึดไว้ได้ บางกรณียอมให้เจ้าหนี้คนดังกล่าวเป็นผู้ขายเอง แต่ส่วนใหญ่การขายมักจะต้องขายผ่านกระบวนการของส่วนกลาง

หลังจากผ่านไปยุคหนึ่งกระบวนการดังกล่าวปรากฏว่ามีการใช้ในทางที่ผิดแล้ว ก่อให้เกิดความวุ่นวาย จึงทำให้บางช่วงเวลาของยุคกลางหลักกฎหมาย Pignoratium ได้ถูกห้ามนำมาใช้ แต่ด้วยจารีตประเพณีที่มีความเข้มแข็งกว่ากฎหมายทำให้ยังคงการยอมรับจารีตดังกล่าวปรากฏอยู่ ต่อมาภายหลังหลักการดังกล่าวได้เปลี่ยนแปลงไป โดยกลายมาเป็นเอกสิทธิ์ (privilege) โดยหลักการอยู่บนพื้นฐานของสถานะของเจ้าหนี้ (Status of the creditor) ที่มักเป็นกษัตริย์หรือขุนนาง (King and noble) ที่สามารถจะเข้ายึดทรัพย์เพื่อเป็นประกันได้

และสุดท้ายหลักการในเรื่องดังกล่าวได้พัฒนาให้สามารถนำหลักกฎหมายดังกล่าวไปปรับใช้กับบุคคลภายนอก (Strangers) กรณีการยึดทรัพย์บุคคลภายนอกนี้ปรากฏว่ามีจารีตที่ปฏิบัติกันมาอย่างยาวนานว่าสามารถนำมาใช้ได้แม้ไม่ปรากฏการตกลงให้กระทำหรือไม่มีคำสั่งจากศาล มีตัวอย่างให้เห็นชัดเจน เช่น

กรณีผู้ให้เช่าที่ดินในระบบฟิวดัลหรือเจ้าของที่ดินปล่อยที่ให้ผู้เช่า ผู้ให้เช่าสามารถที่จะยึดสังหาริมทรัพย์ที่ปรากฏว่าอยู่ในบ้านดังกล่าวของผู้เช่าเหล่านั้นไว้ได้หากไม่ได้จ่ายค่าเช่า (non-payment of the rent) หรือกรณีของเจ้าของโรงแรมมีสิทธิที่จะยึดทรัพย์ของนักเดินทางที่เข้ามาพักแล้วไม่จ่ายค่าเช่า (right of the innkeeper)

กรณีการจับหรือยึดสัตว์ที่เข้ามาทำให้อสังหาริมทรัพย์เสียหาย (Distrain on the domestic animal damage-feasant) หลักเกณฑ์ดังกล่าวปรากฏอย่างเด่นชัดมากในยุคของกฎหมายจารีตประเพณี (Customary law) ของอนารยชนเผ่าเยอรมันในยุคกลางตอนต้น ต่อมาในสมัยกลางในช่วงหลังก็ยอมรับหลักเกณฑ์ดังกล่าวเช่นกัน⁷¹ เช่น ในประเทศเยอรมันเจ้าของที่ดินมีสิทธิที่จะจับหรือยึดสัตว์นั้นได้ (Schüttung) ไม่เพียงเพื่อเป็นประกันความเสียหายที่เกิดขึ้นแต่หากยังเป็นหลักฐานของการที่สัตว์ก่อให้เกิดความเสียหายอีกด้วย ซึ่งในสมัยต่อมาหลักการดังกล่าวปรากฏว่ามีกฎหมายลายลักษณ์อักษรคือ Prussian statute concerning agricultural and forest police of April 1, 1880 ยอมรับหลักการดังกล่าวไว้เช่นกัน

⁷¹ Rudolph Huebner, History of Germanic private law, Translated by Francis S. Philbrick (Boston : Little brown and company, 1918), p.442.

จากหลักเกณฑ์ในเรื่องนี้ตามปกติแล้วเจ้าของที่ดินสามารถฆ่าสัตว์นั้นได้หรือกระทำอื่นใดที่เหมาะสม ในเรื่องนี้ Hugo Grotius ได้กล่าวไว้ใน Book III Chapter XXXVIII ว่าด้วยเรื่องการกระทำมิชอบ (Of wrongs by construction of law) ยังปรากฏว่า⁷² หัวข้อที่ 11 ว่าหากพบว่าสัตว์ที่มีเจ้าของอยู่ในที่ดินของบุคคลอื่น เจ้าของที่ดินอาจสามารถยึดไว้ได้ โดยอาจยึดได้ตามราคาของสัตว์นั้นจนกระทั่งความเสียหายจะถูกชดใช้หรือมีการให้ประกันความเสียหายไว้และหากจำเป็นเจ้าของที่ดินสามารถขายสัตว์นั้นแล้วนำเงินที่ได้มาเยียวยาตนเองได้

แต่อย่างไรก็ตามหลักเกณฑ์ในระยะต่อมากลับบัญญัติห้ามมิให้เจ้าของที่ดินมีสิทธิฆ่าสัตว์แต่สามารถยึดสัตว์นั้นไว้ได้ Jean Domat ได้กล่าวไว้ใน Book II Title VIII Section II เกี่ยวกับเรื่องความเสียหายอันเกิดจากสัตว์ (Of Damages Done by Living Creatures) หัวข้อที่ 1563⁷³ บุคคลหนึ่งบุคคลใดต้องไม่ใช้ความรุนแรงอันจะทำให้สัตว์ของบุคคลอื่นที่เข้ามาหาอาหารในที่ดินของตนหรือเข้ามาทำให้เกิดความเสียหายอื่นใดบาดเจ็บ เพียงแต่ไล่สัตว์เหล่านั้นออกไปโดยใช้วิธีการใดๆ แต่หากบุคคลกระทำให้สัตว์ตามที่กล่าวมาข้างต้นบาดเจ็บแล้ว เขาย่อมต้องชดใช้ค่าเสียหาย ข้อที่น่าสังเกตจะเห็นว่าสิ่งที่นักกฎหมายทั้งสองข้างต้นกล่าวแตกต่างกัน เหตุผลเพราะกฎหมายดังกล่าวอยู่ในรูปจารีตประเพณี บางพื้นที่อาจคำนึงถึงสัตว์ที่มีคุณค่าทางเศรษฐกิจสูง เช่น สัตว์ในปศุสัตว์หรือม้า จึงมีการห้ามให้ฆ่าสัตว์ดังกล่าวแต่บางพื้นที่ไม่คำนึงหลักการดังกล่าวจึงยอมให้ฆ่าสัตว์นั้นได้

นอกจากจารีตเกี่ยวกับการยึดทรัพย์ซึ่งเป็นสังหาริมทรัพย์เท่านั้น ผู้เขียนยังพบร่องรอยของกฎหมายในยุคกลางยังปรากฏในเรื่องการเข้าจับกุมลูกหนี้ในกรณีที่ถูกหนี้ไม่ชำระหนี้ตามที่ตนเองมีหนี้อยู่⁷⁴ เจ้าหนี้สามารถเข้ามาจับลูกหนี้ไว้เสียได้ ดังตามทีสุภาวชิตรัตน์ว่า “หากใครไม่สามารถจ่ายหนี้ด้วยเงินของตนได้ก็ต้องใช้ตัวเขาจ่ายแทน (He who cannot pay with his purse pays with his skin)” พบว่ามีจารีตดังกล่าวในสมัยกลางปรากฏในหลายพื้นที่ของยุโรป ตัวอย่างเช่น ในเยอรมันแคว้น Saxony⁷⁵ ประมวลกฎหมาย (EG, § 89) ยอมรับสิทธิการจับกุมตัว

⁷² Hugo Grotius, *supra* note 58, p. 485.

⁷³ Jean Domat, *supra* note 60, p. 608.

⁷⁴ ประมวลกฎหมายเยอรมัน (BGB) ได้บัญญัติเรื่องสิทธิเจ้าหนี้ที่จะจับลูกหนี้ไว้เช่นกัน §§ 229-230.

⁷⁵ Rudolph Huebner, *supra* note 70, p. 450.

ลูกหนี้ได้ (Personalpfändung) ซึ่งหลักการในเรื่องนี้มีความสัมพันธ์กับหลักการช่วยตนเอง (Self-Help) ในประมวลกฎหมายเยอรมันในปัจจุบัน (§§ 229-230)

กล่าวโดยสรุปจากสิ่งที่ผู้เขียนกล่าวมาข้างต้นจะพบว่าตั้งแต่สมัยโรมันแนวความคิดนิรโทษกรรมก็ปรากฏให้เห็นถึงร่องรอยมาตลอดและต่อเนื่องมาถึงอนารยชนเผ่าเยอรมัน ที่เข้ามาครอบครองพื้นที่ของอาณาจักรโรมันตะวันตกเดิม จนกระทั่งเข้าสู่ยุคกลางที่อิทธิพลของศาสนาคริสต์เข้ามาปรุงแต่งหลักเกณฑ์ แต่หลักเกณฑ์ความรับผิดชอบเพื่อละเมิดยังไม่ปรากฏหลักทั่วไปโดยความรับผิดชอบเพื่อละเมิดยังคงแยกออกเป็นกรณีย่อยๆ ดังนั้นแนวความคิดนิรโทษกรรมจึงกระจายอยู่ในละเมิดชนิดต่างๆ ต่อมาหลังจากแนวความคิดเพื่อละเมิด กฎหมายธรรมชาติก่อให้เกิดหลักทั่วไปว่าด้วยความรับผิดชอบละเมิด แนวความคิดนิรโทษกรรมได้รับการอธิบายและแยกแยะองค์ประกอบโดยนักกฎหมายในช่วงนี้ สุดท้ายความคิดของกฎหมายธรรมชาติส่งผลให้เกิดการร่างประมวลกฎหมาย (Codification) ในยุโรปจนก่อให้เกิดการจัดทำประมวลกฎหมายแพ่งฉบับแรกคือ ประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส อันเป็นจุดเริ่มต้นยุคกฎหมายในปัจจุบันซึ่งผู้เขียนจะขออธิบายในบทต่อไป

