

บทที่ 2

แนวความคิดสมัยโรมัน

2.1 แนวความคิดเรื่องละเมิด

ละเมิดมีลักษณะพิเศษหลายประการแตกต่างจากเรื่องสัญญาประการสำคัญคือ เหตุผลในทางประวัติศาสตร์ในระยะเริ่มแรกยอมให้มีการแก้แค้น (revenge) กันได้และในระยะเวลาต่อมาเกิดการแทรกแซงของกฎหมายถ้าเราย้อนกลับไปดูกฎหมายโบราณ(primitive law) เราจะพบแนวความคิดเกี่ยวกับความรับผิดชอบในทางศีลธรรม(moral culpability)อันเป็นพื้นฐานของความรับผิดชอบบุคคลย่อมต้องรับผิดชอบเพราะเขาได้กระทำการอันเป็นการละเมิดและเพราะเขาได้กระทำการประทุษร้ายพัฒนาการในทางความคิดเกี่ยวกับความรับผิดชอบเป็นไปอย่างช้าๆแต่ในทางประวัติศาสตร์ได้รับรองพื้นฐานของความรับผิดชอบเช่นนี้ในกฎหมายว่าด้วยสัญญามีกรณีที่บุคคลอาจจะต้องรับผิดชอบสำหรับความเสียหายแม้ว่าเราไม่อาจที่จะตำหนิเขาได้แต่ในทางกฎหมายละเมิดแล้วย่อมมีองค์ประกอบในทางศีลธรรม(moral culpability)ประกอบอยู่ด้วยเสมอบุคคลย่อมต้องรับผิดชอบสำหรับการฉ้อฉล(fraudulent)ความประมาทเลินเล่อ(negligence)หรือด้วยเจตนาร้าย (malicious)¹

ในสมัยโรมันแนวความคิดเรื่องละเมิดถือว่าเป็นหนึ่งเรียกว่าหนึ่งตามกฎหมายละเมิด(*obligations ex delicto*)ละเมิดในกฎหมายโรมันมักใช้กับความผิดที่รุนแรงมากโดยเฉพาะกฎหมายสมัยเก่าสามารถใช้หลักการแก้แค้นได้วิวัฒนาการของกฎหมายโรมันมุ่งไปสู่การจ่ายค่าสินไหมทดแทนก็จริงแต่บังเอิญในสมัยโรมันวิวัฒนาการดังกล่าวยังไม่จบสิ้นลง หลักนิติศาสตร์ที่สำคัญข้อหนึ่ง² คือ *alterum non laeder* (ไม่ทำร้ายผู้อื่นหรือทำให้ผู้อื่นเสียหาย)อันเป็นหลักพื้นฐานที่ได้จากพระเจ้าจัสติเนียนน่าจะตรงกับหลักการไม่ใช้ความรุนแรงต่อกัน(mutual non –

¹William warwick Buckland, A manual of Roman Private law (Cambridge : At the University Press,1957), p. 318.

²ประชุม โฉมฉาย, กฎหมายเอกชนเปรียบเทียบเบื้องต้น : จารีตโรมันและแอ่งไกล แซกซอน, (กรุงเทพฯ: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์: โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2551), น. 27.

violence) แต่ถ้าดูมีลักษณะเป็นลบไปน่าจะเรียกหลัก(เป็นบวก)ได้ว่าการอยู่ร่วมกันโดยสันติ (peaceful co- existence) อันน่าจะเป็นหลักเดียวกับ *salus populi suprema lex* (สวัสดิการของประชาชนเป็นกฎหมายสูงสุด)อันได้มาจาก Marcus Tullius Cicero นักนิติศาสตร์ชื่อดังผู้มีชื่ออยู่ในสมัยเดียวกับ Gaius Iulius Caesar อันกินความรวมไปถึง *salus reipublicae suprema lex* (สวัสดิการของรัฐเป็นกฎหมายสูงสุด)ในสังคมประชาธิปไตยสวัสดิการของประชาชนย่อมมาก่อน คำขวัญของคนโรมันคือ *Pro bono Publico* (เพื่อสาธารณประโยชน์) หรือเพื่อสวัสดิภาพของสังคม (for the public good)

หลักนิติศาสตร์ในเรื่องนี้ตามกฎหมายละเมียดนั้น³ อนุโลมมาจากหลักศีลธรรมเดิมที่ว่า *alterum non laedere* (จงอย่าทำร้ายผู้อื่นหรือทำให้ผู้อื่นเสียหาย) เป็นรากฐานของกฎหมายละเมียดและกฎหมายอาญาหลักข้อนี้กับหลักอีก 2 ข้อคือ *honeste vivere* (จงดำรงชีวิตอยู่โดยชอบอันใกล้เคียงกับหลักสัมมาอาชีวะของชาวพุทธ) และ *suum cuique tribuere* (จงให้แก่ทุกคนในสิ่งที่เขาควรจะได้ หรือ render unto Caesar the things that are Caesar's หรือให้ความเป็นธรรมในการกระจายหรือการแจกแจงหรือ distributive justice) รวมเป็น 3 หลักนิติศาสตร์พื้นฐาน (*iuris praecepta*) ซึ่งจัดติเนียนถือว่าสำคัญที่สุดในทางนิติศาสตร์ส่วนกฎหมายเป็นเรื่องกฎเกณฑ์ซึ่งได้มาจากหลักดังกล่าว จากหลักข้อ 1 คือ *alterum non laedere* ทำให้ได้หลักย่อยอีกหลักหนึ่งคือ *sic utere tuo ut alienum non laedas* (จงใช้ทรัพย์สินของท่านในลักษณะที่ไม่ทำความเสียหายแก่ทรัพย์สินของผู้อื่น) อันเป็นพื้นฐานของกฎหมายน้ำระหว่างประเทศซึ่งครอบคลุมพฤติกรรมของประเทศเหนืออำนาจมีผลต่อประเทศได้น้ำ

ภาวितिที่มีชื่อเสียงมากของกฎหมายโรมันคือ *sic utere tuo ut alienum non laedas* หมายความว่าบุคคลอาจก่อความเสียหายต่อทรัพย์สินของผู้อื่นเมื่อกฎหมายอนุญาตให้ทำได้ และเขาไม่สามารถก่อความเสียหายเมื่อกฎหมายห้ามไม่ให้ก่อความเสียหายเช่นนั้น⁴

³ เฟิงอ้าง, น.156.

⁴ Francis M. Burdick, *The law of tort* 3 ed., (Banks and Company Albany N.Y. 1913), p. 33.

ในสมัยก่อนละเมิดแยกออกจากลักษณะอาญาได้ยากเพราะละเมิดมีลักษณะทางอาญาปนอยู่ด้วย⁵ ถ้าหลายคนร่วมกันกระทำละเมิดทุกคนต้องรับผิดชอบร่วมกันอย่างเต็มที่มิใช่มาแบ่งความรับผิดชอบเพราะละเมิดมีลักษณะทางอาญาปนอยู่ด้วย ตัวอย่างของละเมิดคือการดำเนินการอันไม่สุจริตเกี่ยวกับทรัพย์สินของผู้อื่น (*furtum*) (อันเป็นความผิดทางอาญาด้วย) การละเมิดสิทธิของผู้อื่นรวมทั้งการบุกรุก (*iniuria*) การปล้นทรัพย์ (*rapina*) และการทำให้เสียทรัพย์ (*damnum iniuria datum*) ละเมิด 4 อย่างนี้มาจาก Gaius ถ้ากฎหมายมิได้บัญญัติไว้ (เช่น *lex Aquilia* (ศตวรรษที่ 3 ก่อนคริสต์ศักราช)) ก็ไม่เป็นละเมิดจึงเป็นเอกเทศละเมิดเหมือนเอกเทศสัญญาโรมัน

ละเมิดโรมันมีลักษณะสำคัญดังนี้⁶

1. เป็นการกระทำผิดโดยจงใจหรือละเว้นการกระทำโดยจงใจการกระทำผิดโดยจงใจนั้นมีต่อบุคคล ครอบครัวหรือทรัพย์สินของบุคคลนั้น (*delicta privata*) ทำให้เกิดหนี้ต้องจ่ายค่าสินไหมทดแทน

2. การกระทำผิดจะต้องมีลักษณะที่ว่าภายใต้กฎหมายโบราณมีความยินยอมได้มีการแก้แค้น (*vindicta*) กันได้

3. การกระทำผิดรุนแรงถึงขั้นอาญา (*actiones poenales*)

4. ในกรณีที่ผู้กระทำละเมิดตั้งแต่ 2 คนขึ้นไปแต่ละคนย่อมรับผิดชอบเป็นจำนวนเต็ม และการจ่ายค่าสินไหมทดแทนโดยคนๆ เดียวไม่อาจทำให้คนอื่นปลอดจากหนี้ได้ฉะนั้น ผู้เสียหายสามารถเรียกค่าสินไหมทดแทนเต็มจำนวนจากผู้กระทำละเมิดทุกคน

ความหมายของความคิดที่เกี่ยวข้องกับหนี้ที่เกิดจากการกระทำโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายในกฎหมายโรมัน : *crimina* และ *delicta*⁷

⁵ ทำให้นักนิติศาสตร์ไทยบางท่านไม่มั่นใจพอที่จะใช้คำว่า ละเมิด เพราะหนี้ที่เกิดจากการกระทำโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย *obligationes ex delicto* ของกฎหมายโรมันนั้นโดยพัฒนาการแล้วมีความสัมพันธ์ที่ใกล้ชิดระหว่างการทำที่ก่อให้เกิดความรับผิดชอบแพ่งและความรับผิดทางอาญาที่ค่อนข้างจะแยกออกจากกันได้ยาก โปรดดู ศนันท์กรณ (จำปี) โสติพันธุ์, คำอธิบายกฎหมายลักษณะละเมิด จัดการงานนอกสั่ง ลามิควรได้, (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2550), น. 35.

⁶ ประชุม โฉมฉาย, อรรถกถา สังฆปริณายก 2, น. 154.

⁷ ศนันท์กรณ (จำปี) โสติพันธุ์, คำอธิบายกฎหมายลักษณะละเมิด จัดการงานนอกสั่ง ลามิควรได้, (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2550), น. 35-36.

ในกฎหมายโรมันแยกการกระทำซึ่งตามสำนึกของคนในสังคมอาจถูกลงโทษออกเป็น 2 กลุ่มด้วยกันคือ

1. การกระทำความผิดต่อมหาชนหรือที่เรียกว่า *crimina* ซึ่งเป็นการกระทำที่รบกวนความสงบสุขของสังคมโดยรัฐต้องเข้ามาแทรกแซงเพื่อลงโทษและ

2. การกระทำความผิดต่อเอกชนหรือที่เรียกว่า *delictum* และ *maleficium* ซึ่งเป็นการกระทำที่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่เอกชนบางคนเป็นส่วนตัวและบุคคลนั้นเท่านั้นจึงมีสิทธิได้ตอบ ซึ่งการโต้ตอบในแต่ละยุคสมัยจะแตกต่างกันดังนี้

ก. ในยุคก่อนประวัติศาสตร์ การโต้ตอบทำได้โดยเสรีปราศจากการควบคุมโดยการแก้แค้นทดแทน

ข. ในยุคต่อมา ใช้ระบบตาต่อตาฟันต่อฟัน

ค. ยุคต่อมา ใช้การตกลงกัน

ง. ที่สุดแล้วการโต้ตอบเป็นไปตามที่กฎหมายกำหนดในลักษณะของโทษปรับที่ผู้พิพากษาจะเป็นผู้กำหนดตามข้อเรียกร้องของผู้เสียหาย

สิ่งที่ยังหลงเหลืออยู่คือการลงโทษซึ่งส่วนหนึ่งอาจจะเป็นเงินแต่ไม่เคยเลยที่จะมีความมุ่งหมายให้เป็นการเยียวยาให้กองทรัพย์สินของผู้เสียหายกลับคืนสู่ฐานะเดิม

ดังนั้นการแยกระหว่าง *crimina* และ *delicta* ตามกฎหมายโรมัน⁸ จึงเป็นเพียงการแยกที่ว่า

1. การลงโทษทางอาญาหรือ *crimina* อยู่ในขอบเขตของกฎหมายมหาชนส่วนการลงโทษทางแพ่งหรือ *delicta* อยู่ในขอบเขตของกฎหมายเอกชน

2. โทษที่ลงโทษทางอาญาจะใช้วิธีการฟ้องร้องเป็นคดีอาญา(criminal prosecution)ส่วนการลงโทษทางแพ่งอาจเกิดได้ 2 ทางคือ

2.1 การฟ้องเรียกค่าสินไหมทดแทนเป็นเงินค่าปรับ(delictual claim)อันเป็นการลงโทษโดยเงินนี้จะจ่ายให้กับผู้เสียหายวิธีคิดจึงมิได้พิจารณาบนฐานของความเสียหายที่แท้จริงเพราะมุ่งหมายที่จะลงโทษผู้ก่อความเสียหายเป็นสำคัญ

2.2 การฟ้องเรียกทรัพย์สิน(in rem) หากคืนไม่ได้ก็ฟ้องให้บังคับชำระหนี้ตามราคาทรัพย์สิน(in personam)

⁸Barry Nicholas, An Introduction to Roman law (Oxford : Clarendon Press,1962), p. 207. อ้างใน เพ็ญอักษร, น. 36.

ความเป็นมาทางประวัติศาสตร์ของหนี้ที่เกิดจากการกระทำโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ตามกฎหมายโรมัน⁹ ความเป็นมาทางประวัติศาสตร์ของหนี้ที่เกิดจากการกระทำโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายตามกฎหมายโรมันนั้นอาจพิจารณาได้ตามยุคดังนี้

ยุคโบราณ

ในยุคโบราณการแยกระหว่างการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายที่กระทบต่อส่วนรวมหรือเรียกว่า *crimina* ออกจากการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายที่กระทบต่อบุคคลบางคนเป็นส่วนตัวหรือเรียกว่า *delicta* นั้นยังไม่อาจแยกได้ชัดเจนจุดในการแยกจึงอยู่ที่ระบบของการพิจารณาคดีว่าเป็นระบบของการพิจารณาคดีแบบมหาชน(*ordo iudiciorum publicum*) ซึ่งการกล่าวหาอาจเกิดจากพลเมืองคนใดคนหนึ่งก็ได้ที่มีคุณสมบัติตามที่กำหนดและทำเพื่อประโยชน์ส่วนรวมโทษที่ลงอาจเป็นโทษปรับหรือโทษที่มีต่อเนื้อตัวร่างกายก็ได้หรือเป็นระบบของการพิจารณาคดีแบบเอกชน (*ordo iudiciorum privatum*) ซึ่งผู้เสียหายเป็นผู้ฟ้องและโทษที่ลงอาจเป็นเงิน หรือโทษปรับที่ต้องจ่ายให้ผู้เสียหาย

การลงโทษในยุคนี้เกิดขึ้นหลายรูปแบบด้วยกันคือ

(ก) *sacertas* อันหมายถึงการที่ผู้กระทำการอันไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้นทำให้พระเจ้าโกรธ ดังนั้นโดยหลักของกฎหมายศาสนา(*canon law*) ที่ปกครองสังคมโรมันโบราณอยู่บุคคลนั้นจึงกลายเป็นของพระเจ้าไปโดยอัตโนมัติบุคคลใดๆ ในสังคมจะฆ่าเขาเมื่อไรก็ได้โดยไม่ต้องผ่านกระบวนการพิจารณาและบุคคลที่ฆ่าเขาก็ไม่ต้องรับผิดชอบใดๆ ทั้งทางแพ่งและอาญาตัวอย่างของการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายที่อาจถูกลงโทษด้วยวิธีนี้ได้แก่การลักทรัพย์ยามวิกาล เป็นต้น

(ข) *vindicta* อันเป็นลักษณะของการแก้แค้นที่ผู้เสียหายกระทำโต้ตอบบุคคลที่กระทำการอันไม่ชอบด้วยกฎหมายต่อตนในช่วงแรกการแก้แค้นปราศจากขอบเขตดังนั้นแม้เพียงถูกทำร้ายเล็กน้อยผู้เสียหายอาจแก้แค้นด้วยการทำร้ายผู้ที่ทำร้ายตนให้บาดเจ็บสาหัสได้ต่อมาการแก้แค้นทดแทนนี้อยู่ในกรอบ 2 ประการคือประการแรกเป็นไปตามกำลังของบุคคลที่จะแก้แค้นประการที่สองการแก้แค้นถูกควบคุมโดยความรู้สึกผิดชอบชั่วดีของคนในสังคมดังนั้นการแก้แค้นทดแทนจะเกิดกับการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายที่ไม่รุนแรงมากท้ายที่สุดการแก้แค้นทดแทนต้องได้สัดส่วนกับการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายในลักษณะของตาต่อตาฟันต่อฟัน เช่นถ้าทำให้

⁹ ศนันท์กรณ (จำปี) โสติพันธุ์, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 7, น. 37.

ผู้เสียหายแขนขาข้างหนึ่งผู้เสียหายแก้แค้นได้ด้วยการทำให้ผู้ที่ทำตนแขนขาข้างหนึ่งนั้นให้แขนขาหนึ่งข้างบ้าง เป็นต้น

ยุคสาธารณรัฐ

การลงโทษเป็นแบบ *poena* ซึ่งเป็นกรณีที่ผู้กระทำการอันไม่ชอบด้วยกฎหมายเกรงว่าจะถูกแก้แค้นทดแทนจึงยื่นข้อเสนอขอทำข้อตกลง (*pactio*) อันเป็นการแก้ข้อพิพาทโดยสันติโดยขอชดใช้เป็นทรัพย์สินแทนหากผู้เสียหายตกลงผู้กระทำการที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายก็จะหลุดพ้นจากการถูกแก้แค้นการตกลงกันช่วงแรก ๆ สามารถตกลงกันได้โดยอิสระต่อมาผู้เสียหายมีสิทธิเรียกเงินชดเชยเท่าใดก็ได้โดยผู้กระทำการที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายไม่อาจปฏิเสธได้หากต้องการหลุดพ้นจากการถูกแก้แค้น ท้ายที่สุดการตกลงดังกล่าวมีผลทางกฎหมายโดยกฎหมายบังคับให้ผู้ก่อความเสียหายต้องชดใช้เป็นเงินจำนวนหนึ่งต่อผู้เสียหายและเป็นจำนวนที่กฎหมายกำหนดเท่านั้น ยิ่งกว่านั้นในยุคสาธารณรัฐยังเกิดพัฒนาการของหนี้ที่เกิดจากการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายด้วยการดำเนินงานของผู้พิพากษา (*praetors*) ที่เรียกว่าเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายตามกฎหมายที่เกิดจากคำพิพากษาหรือเรียกว่า *ius honorarium* ที่มีลักษณะของการลงโทษทางอาญาทำนองเดียวกับหนี้ที่เกิดจากการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายตามกฎหมายแพ่งโรมัน (*ius civile*)

ยุคคลาสสิก

ยุคนี้หนี้ที่เกิดจากการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายไม่ว่าทั้งตามกฎหมายแพ่งโรมันหรือตามกฎหมายของผู้พิพากษาก็ตามล้วนถูกลงโทษเป็นเงินทั้งสิ้นโดยเรียกจากผู้กระทำการที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายด้วยกระบวนการพิจารณาในระบบของการฟ้องร้องของเอกชนและด้วยวิธีการฟ้องร้องที่เรียกว่า *cognitio* หนี้ที่เกิดจากการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายระงับลงด้วยวิธีการตกลงกันหรือ *pactio* เท่านั้น อย่างไรก็ตามหนี้ตามกฎหมายละเมิดอีกอย่างหนึ่งในสมัยโรมันเรียกว่าหนี้ตามกฎหมายเสมือนละเมิด (*obligationes quasi ex delicto*) หลักนิติศาสตร์ในเรื่องนี้ก็เหมือนหนี้ตามกฎหมายละเมิดคือมาจากหลัก *alterum non laedere* ตาม *Institutiones* ของจัสติเนียนมี 4 อย่างคือ¹⁰

1. *dejectum vel effusum* (ของทิ้งขว้างหรือตกหล่น) จากโรงเรือนไปยังสถานที่อันมีคนสัญจรไปมาเป็นประจำบุคคลผู้อยู่ในโรงเรือนต้องรับผิดชอบเพื่อการกระทำเสมือนละเมิดโดย

¹⁰ ประชุม โฉมฉาย, อ้างแล้ว เชิงบรรณที่ 2, น.158.

ต้องใช้ค่าสินไหมทดแทนเป็น 2 เท่าของความเสียหายที่เกิดขึ้นอย่างไรก็ดีผู้อยู่ในโรงเรือนมีสิทธิได้ เบี้ยเอาแก่บุคคลผู้ก่อให้เกิดความเสียหายดังกล่าวได้

2. *positum vel suspensum* (การวางหรือห้อย) อันเป็นการที่ผู้อยู่ในโรงเรือนวาง แหวน หรือห้อยเหนือทางสาธารณะซึ่งวัตถุอันอาจทำให้เกิดการเสียหายหรือบาดเจ็บแก่ผู้สัญจรไป มาผู้อยู่ในโรงเรือนต้องเสียค่าปรับแม้จะไม่มีบาดเจ็บหรือเสียหายเกิดขึ้นอันเป็นความรับผิดชอบ โดยเคร่งครัดไม่ต้องนำสืบความประมาทเลินเล่อแต่ถ้าเกิดการบาดเจ็บเสียหายหรือล้มตายก็ กลายเป็นเรื่อง *dejectum vel effusum* โดยการฟ้องคดี *actio de effusis vel eiectis* (คดีทิ้ง ขว้างของหรือตกหล่น) เช่นเดียวกัน

3. การกระทำฉ้อฉลหรือลักทรัพย์ของลูกจ้างของผู้รับขนส่งของโดยสาร(*nauta*) เจ้าสำนักโรงแรม (*caupo*) หรือคอกม้า (*stabularius*) นายจ้างต้องรับผิดชอบยิ่งไปกว่านั้นเจ้าสำนัก โรงแรมต้องรับผิดชอบเพื่อการกระทำผิดของแขกอาศัยอีกด้วยตามปกติค่าสินไหมทดแทนเป็น 2 เท่า ของความเสียหายที่เกิดขึ้นจึงมีลักษณะอาญา

4. การที่ผู้พิพากษาตัดสินคดีโดยฉ้อฉลหรือเกินขอบเขตแห่งอำนาจหรือโดยไม่รู้ กฎหมายเรือน เรียกว่า *iudex qui litem suam fecerit* (ผู้พิพากษาที่ทำคดีให้เป็นของตน)

ดูเหมือนการกระทำเสมือนละเมิดมีลักษณะพิเศษถือเป็นหนึ่งอันดับสอง (*second-order*) ในขั้นต้นต้องดูก่อนว่ามีละเมิดหรือไม่ส่วนใหญ่ก็เป็น *iniuria* (การละเมิดสิทธิของคนเสรี เช่นทำให้เขาบาดเจ็บหรือตายเนื่องจาก *eiectum* เช่นกระถางต้นไม้หล่นถูกคนตาย *furtum* และ *damnum iniuria datum* (ทำให้เสียทรัพย์) เช่นทำทาสคนอื่นตายเพราะ *positum* โดยไม่ต้องดูว่า มีเจตนาหรือไม่ (เพราะอาจประมาทเลินเล่อหรือมีความรับผิดชอบโดยเคร่งครัด) โอกาสที่จะมีการ กระทำเข้าข่ายนี้สูง (*open-ended*) โดยเฉพาะเหตุจากความรับผิดชอบโดยเคร่งครัดและไม่ต้องดูว่าใคร กระทำเพราะเป็นการรับผิดชอบในการกระทำของบุคคลอื่นอีกด้วย

ดังได้กล่าวแล้วว่าละเมิดในสมัยโรมันมีลักษณะอาญาปนอยู่ด้วย ตัวอย่างของละเมิด คือการดำเนินการอันไม่สุจริตเกี่ยวกับทรัพย์สินของผู้อื่น(*furtum*) การละเมิดสิทธิของผู้อื่นรวมทั้ง การบุกรุก(*iniuria*) การปล้นทรัพย์(*rapina*) และการทำให้เสียทรัพย์(*damnum iniuria datum*) คำว่า *obligationes ex delicto* หรือหนี้ที่เกิดจากการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายตามกฎหมาย โรมันนั้น เกิดเฉพาะในขอบเขตของกฎหมายแพ่งโรมัน (*ius civile*) และมีเพียง 4 ประเภทเท่านั้น ส่วนการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายอื่นๆ ซึ่งเกิดจากการดำเนินงานของผู้พิพากษาหรือ *praetores* ไม่จัดอยู่ในบ่อเกิดแห่งหนึ่งประเภทนี้โดย Gaius จัดให้อยู่ในกลุ่มสุดท้ายของบ่อเกิด แห่งนี้คือหนี้ที่เกิดจากกรณีอื่นๆ นอกเหนือจากสัญญาและหนี้ที่เกิดจากการกระทำโดยไม่ชอบ

ด้วยกฎหมายเรียกว่า *varie causarum figurae* ส่วนจัสติเนียนจัดให้อยู่ในกลุ่มของหนี้ที่เกิดจากการกระทำเสมือนละเมิดหรือกึ่งไม่ชอบด้วยกฎหมายเรียกว่า *obligationes quasi ex delicto* แต่ไม่ว่าหนี้ที่เกิดจากการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายตามกฎหมายแพ่งโรมันหรือตามการดำเนินงานของผู้พิพากษาก็ตามก็มีลักษณะของการลงโทษทางอาญามากกว่าการเยียวยาทางแพ่ง ดังนั้น วิทยานิพนธ์ฉบับนี้ผู้เขียนจะขอกล่าวถึงการละเมิดในกฎหมายโรมัน 2 ประการ คือ *iniuria* และ *damnum iniuria datum* ซึ่งเห็นว่าเกี่ยวข้องกับหลักกฎหมายตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1337

2.2 การทำละเมิดฐานทำให้เสียทรัพย์ (*damnum iniuria datum*)

ชื่อเต็มๆของการกระทำละเมิดชนิดนี้คือ *damnum iniuria datum* หมายถึงความเสียหายอันเกิดจากการกระทำโดยผิดกฎหมาย (contrary to law) แต่บ่อยครั้งปรากฏภายใต้ชื่อสั้นๆว่า *damnum iniuria* หรือ *damni iniuriae* ในขณะที่แก่นหรือสาระสำคัญของละเมิด *iniuria* คือการดูหมิ่นหรือการทำให้เสียศักดิ์ศรี (insult) แก่นหรือสาระสำคัญของ *damnum iniuria datum* คือความสูญเสีย (*damnum*) และในขณะที่ *iniuria* ต้องเป็นการกระทำละเมิดอื่นๆ และต้องเป็นการกระทำโดยจงใจหรือเจตนาที่จะกระทำละเมิด (wrongful intent) แต่สำหรับ *damnum iniuria datum* ความสูญเสียหรือความเสียหายอาจจะเป็นสาเหตุมาจากการกระทำอันน่าตำหนิ (*iniuria datum*) ไม่ว่าจะเป็นการกระทำโดยจงใจหรือเพียงแต่ประมาทเลินเล่อก็ตามและเนื่องจาก *iniuria* มีความหมายกว้างโดยอาจพิจารณาจากบริบท (context) แต่ไม่ใช่ว่าความสูญเสีย (*damnum*) ทุกอย่างจะสามารถฟ้องคดีได้ทั้งหมดและขอบเขตของละเมิดชนิดนี้สามารถที่จะเข้าใจได้ดีโดยศึกษาจากพัฒนาการในทางประวัติศาสตร์ (historical development)¹¹

กรณีเป็นเรื่องของการก่อความเสียหายต่อทรัพย์สิน (damage to property) ของผู้อื่น หรือทาสของบุคคลอื่นแรกเริ่มเดิมทีกฎหมายสิบสองโต๊ะกำหนดกรณีของการทำให้เสียทรัพย์เป็นกฎหมายเฉพาะเรื่อง (specific forms of damage) ต่อมาในกฎหมาย *lex Aquilia* ได้กำหนดหลักเกณฑ์ของการทำให้เสียทรัพย์อย่างกว้างๆ ในกฎหมายสิบสองโต๊ะได้ครอบคลุมเกี่ยวกับการทำความเสียหายต่อทรัพย์สินที่เป็นสังหาริมทรัพย์ (movable property) และการทำความเสียหายต่ออสังหาริมทรัพย์ (immovable property) การกระทำผิดดังกล่าวมีลักษณะเป็นพิเศษเฉพาะ

¹¹ Barry Nicholas, *An Introduction to Roman law* (Oxford : Clarendon Press, 1962), p. 218.

เรื่องเฉพาะราวเช่นเกี่ยวกับความผิดที่กระทำต่อประชาชนที่ประกอบอาชีพกสิกรรม การทำลายพืชผลของบุคคลอื่นหรือการปล่อยปละละเลยให้สัตว์เข้าไปกินหญ้าของบุคคลอื่นก็อาจจะถูกลงโทษได้ (การลงโทษเป็นการบวงสรวงเทพธิดา *Ceres* ซึ่งเป็นเทพธิดาแห่งพืชพันธุ์ธัญญาหาร (the goddess of corn)) เว้นแต่ผู้กระทำความผิดอยู่ภายใต้อายุของวัยหนุ่มสาวซึ่งในกรณีเช่นนี้เขาก็อาจจะถูกเปลี่ยนดีหรือบุคคลผู้ซึ่งวางเพลิงต่อที่อยู่อาศัยของบุคคลอื่นหรือการกองพืชพันธุ์แล้วก่อให้เกิดไฟไหม้ถ้าหากการกระทำเช่นนั้นเป็นการกระทำโดยจงใจสำหรับการกระทำโดยมิชอบด้วยกฎหมายโดยการตัดต้นไม้ของบุคคลอื่นจะถูกปรับเป็นจำนวน 25 asses สำหรับต้นไม้แต่ละต้น

สำหรับความเสียหายที่เกิดขึ้นโดยการกระทำของสัตว์สี่เท้า (*pauperies*) จะถูกกำหนดไว้เป็นกรณีพิเศษซึ่งหลักเกณฑ์กำหนดว่าผู้เสียหายมีสิทธิได้รับค่าสินไหมทดแทนหรือมอบสัตว์นั้นให้แก่ผู้เสียหายหลักในข้อนี้จะเห็นได้ว่าได้นำมาประยุกต์ใช้กับในกรณีของการกระทำละเมิดโดยทาสและเด็กซึ่งอยู่ภายใต้อำนาจด้วย¹²

ร่องรอยในทางประวัติศาสตร์ของกฎหมายเกี่ยวกับความเสียหายต่อทรัพย์สินและบทบัญญัติของกฎหมาย *Lex Aquilia* กฎหมาย *Lex Aquilia* บัญญัติว่า¹³

¹² H.F. Jolowicz, Historical introduction to the study of Roman law (Cambridge : At the University Press, 1954), p. 173.

¹³ Willis and Oliver s, Roman law Examination Guide for Bar and University : Question and answer (London Butterworth and Co. ,1929), p. 245. *Lex Aquilia* enacted that

1. Anyone who wrongfully (without cause or excuse recognized by law) killed a slave or a four-footed animal coming within the description of cattle belonging to another person, should be liable to pay to the owner the highest value which the object slave had borne during the previous year (chapter 1)

2. Anyone unlawfully doing damage to any property, other than the killing of a slave or cattle by burning, breaking or destroying should be liable to pay to the owner damages computed on the value during the preceding thirty days of the object injured or destroyed (chapter 3)

1. บุคคลผู้ซึ่งกระทำการโดยมิชอบด้วยกฎหมาย (โดยปราศจากมูลหรือเหตุอันชอบด้วยกฎหมาย) ฆ่าทาสหรือสัตว์สี่เท้า (four-footed animal) ซึ่งเข้ามาอยู่ในฝูงปศุสัตว์ของบุคคลอื่นจะต้องรับผิดชอบในการจ่ายค่าสินไหมทดแทนให้แก่เจ้าของในจำนวนที่สูง (highest value) ซึ่งทาสหรือสัตว์สี่เท้ามีชีวิตอยู่ในปีก่อนการฆ่า (บทที่ 1)

2. บุคคลใดกระทำการโดยมิชอบด้วยกฎหมายก่อให้เกิดความเสียหายต่อทรัพย์สินของบุคคลอื่นนอกเหนือจากการฆ่าทาสหรือวัวโดยการเผา (burning) การทำให้เสียหาย (breaking) หรือการทำลาย (destroying) (urere, frangere, rumpe) จะต้องรับผิดชอบในการจ่ายค่าเสียหายให้แก่เจ้าของในจำนวนที่สูงภายใน 30 วันนับแต่เกิดการเสียหายหรือทำลาย (บทที่ 3)

ซึ่งเป็นการบัญญัติขึ้นมาโดยกฎหมายและถ้าจำเลยไม่ยอมรับผิดชอบอาจต้องรับผิดชอบในจำนวนค่าเสียหายที่เพิ่มขึ้น (double damages) *Lex Aquilia* รากฐานและโครงสร้างของการละเมิดถูกบัญญัติไว้โดยบทบัญญัติ 2 บทนี้ บทแรกของกฎหมายนี้คือการควบคุมการฆ่าทาสและวัวและถูกกำหนดให้ใช้ค่าปรับเป็นจำนวนที่สูงมากที่ทาสหรือวัวนั้นมีชีวิตอยู่ในปีก่อนการฆ่าหรือวัวนั้นตาย

Barry Nicholas¹⁴ กล่าวว่าจุดมุ่งหมายหรือวัตถุประสงค์ของวิธีการดำเนินเงินค่าปรับเช่นนี้อาจจะเป็นไปได้ที่ต้องการคุ้มครองใจทักจากความเสี่ยงหรือความไม่แน่นอนของทาสหรือวัวที่ถูกฆ่าในราคาท้องตลาด (market values) Nicholas ตั้งข้อสังเกตต่อไปว่าในบทที่ 3 ของกฎหมาย *Lex Aquilia* ถือเป็นบททั่วไปมากกว่าและมีความสำคัญมากซึ่งบัญญัติว่าในกรณีที่ไม่วางในบังคับของบทที่ 1 ถ้าบุคคลใดก่อให้เกิดความเสียหายแก่ทรัพย์สินของผู้อื่นโดยการเผาไฟ การทำให้เสียหายหรือทำลายทรัพย์สินของผู้อื่นจะต้องรับผิดชอบสำหรับความเสียหายซึ่งเขาเป็นสาเหตุก่อให้เกิดความเสียหายนั้นขึ้นมาอย่างช้าที่สุดภายใน 30 วันนับแต่การทำลายเช่นนั้น

อย่างไรก็ดีในช่วงเวลา 400 ปี ระหว่างการออกกฎหมาย 12 โต๊ะ (ประมาณปี 450 ก่อนคริสต์ศักราช) จนถึงปลายสมัยประชาธิปไตยมีรัฐบัญญัติ (*leges*) เพียงประมาณ 50 ฉบับเท่านั้นที่เกี่ยวกับกฎหมายเอกชนส่วนที่เหลือของกฎหมายเอกชนพัฒนามาจากความคิดของนักนิติศาสตร์ต่างๆ ทั้งสิ้น รัฐบัญญัติสำคัญก็คือ *Lex Aquilia* ซึ่งตราขึ้นในปีประมาณ 287 ก่อนคริสต์ศักราช ตามข้อเสนอของอควิลุสซึ่งเป็นทริบูนของคนธรรมดาโดยผ่านสภาประชาชนธรรมดาตามกฎหมายนี้ได้ตราขึ้นในช่วงระยะเวลาการต่อสู้ช่วงชิงอำนาจกันระหว่างชนชั้นธรรมดาและชนชั้นขุนนาง (อย่างไรก็ดี Lee, 1956:393 ไม่เชื่อว่ารัฐบัญญัติฉบับนี้ตราในปี 287 ก่อน ค.ศ.) เพราะฉะนั้นจึงมี

¹⁴ Barry Nicholas, *supra* note 11, p. 218.

ฐานะเป็น *plebiscitum* และมีผลอย่างมากต่อกฎหมายละเมิด(Curzon , 1966 : 167)เพราะมีบทลงโทษผู้ซึ่งทำให้ทาสผู้อื่นและวัวผู้อื่นเสียชีวิตโดยต้องเสียค่าชดเชยเท่ากับมูลค่าสูงสุดที่ทาสหรือวัวนั้นได้มีมาในปีก่อนวิทยานิพนธ์ของผู้เขียน(ท่านศาสตราจารย์ ดร.ประชุม โฉมฉาย, chomchai, 1956)ให้ความเห็นว่าที่เป็นเช่นนี้เพราะทาสและวัวเป็นทรัพย์สินเศรษฐกิจสำคัญกฎหมายจึงให้มีการชดเชยการละเมิดอย่างรุนแรงนอกจากนี้ในช่วงเวลาระหว่างกฎหมาย12โต๊ะกับตอนปลายสมัยประชาธิปไตยมีรัฐธรรมนูญที่สำคัญอีกฉบับหนึ่งคือเล็กซ์ ไอบูเตีย(*Lex Aebutia*) ซึ่งตราขึ้นในปีประมาณ120ก่อนคริสต์ศักราชเปิดโอกาสให้ไพรตอร์นคร(*praetor urbanus*)ใช้วิธีพิจารณาความแบบคำฟ้องหรือสรุปคำฟ้องคล่องตัว(*formulary system*)กับคดีแพ่งระหว่างคนโรมันด้วยกันซึ่งไม่เคร่งครัดเหมือนระบบเดิมที่เรียกว่า*legis actiones* ซึ่งอาจทำให้คู่ความถูกยกฟ้องได้ง่าย ๆ ถ้าใช้รูปคดี(*actio*) ที่พลัดไประบบใหม่ซึ่งสร้างขึ้นโดยอาศัย*Lex Aebutia* ทำให้กฎหมายโรมันพัฒนาไปอย่างมากจากประกาศนโยบายของไพรตอร์ (*edicta*)¹⁵

การฟ้องคดี *actio e lege Aquilia* ยังเป็นการพิจารณาเกี่ยวกับความผิดทางอาญา แม้ว่าในหลายๆกรณีเป็นการให้มากกว่าค่าสินไหมทดแทนและการกระทำตามกฎหมาย *lex Aquilia* ไม่จำเป็นต้องเป็นการกระทำโดยจงใจเพียงแต่ความประมาทเลินเล่อเพียงเล็กน้อยก็ถือว่าเพียงพอแล้วแต่จะต้องเป็นการกระทำในเชิงบวก(*positive act*) ดังนั้นเพียงแต่การละเลย (*omission*)แล้วก่อให้เกิดความเสียหายจึงไม่อยู่ในความหมายของกฎหมายนี้ จริงๆแล้วยังมีกรณีเพียงแต่เป็นการละเลยหน้าที่ ตัวอย่างเช่นบุคคลมีหน้าที่ป้องกันไฟไหม้เพิกเฉยเสียแล้วไฟลุกลามไปไหม้บ้านเพื่อนบ้าน เช่นนี้ย่อมถือว่ามีกรกระทำในทางบวกครั้งก่อนๆ อันเท่ากับเป็นการสันนิษฐานถึงความรับผิดชอบ(*assumption of responsibility*)สำหรับการกระทำของจำเลยต้องก่อให้เกิดความเสียหายขึ้นปกติย่อมเป็นที่เห็นได้ชัดแจ้งแต่บางกรณีก็เป็นการยากเช่นกันถ้าเป็นการกระทำโดยประมาทเลินเล่อไม่ใช่การกระทำโดยจงใจและใจทักไม่ได้มีส่วนผิด(*contributory negligence*)นอกจากนี้ยังมีปัญหาเกี่ยวกับการกระทำของบุคคลที่สามที่เป็นเหตุแทรกแซงอันเป็นเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล(*causation*)หรือเหตุที่เกิดขึ้นใหม่(*new cause*) Buckland ยกตัวอย่างว่าถ้า A ทำร้ายร่างกาย B ต่อมา C ใช้มีดแทง B และทำให้ B ถึงแก่

¹⁵ประชุม โฉมฉาย, หลักกฎหมายโรมันเบื้องต้น, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพฯ : โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอนคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ : โรงพิมพ์เดียนตุลา, 2549), น. 31.

ความตาย A เป็นคนทำร้ายแต่ไม่ใช่การฆ่า B ไม่ว่าการกระทำของ A จะเป็นการจงใจหรือประมาทเลินเล่อก็ตาม¹⁶

เข้าใจกันว่ากฎหมาย *lex Aquilia* ไม่ได้ครอบคลุมเกี่ยวกับความเสียหายเช่นนี้ทั้งหมด และ *praetor* ได้ขยายหลักข้อนี้ออกไปเพื่อสร้างระบบของการบรรเทาความเสียหายขึ้นเพื่อให้เกิดความยุติธรรมเรียกว่าการฟ้องตามกฎหมาย *actio utilis e lege Aquilia* หลักการสำคัญของ *praetor* ที่ขยายออกไปคือ

(a) กฎหมายอนุญาตให้ฟ้องได้เพียงแค่เจ้าของทรัพย์สิน (*herus, dominus*) แต่ *praetor* อนุญาตให้บุคคลซึ่งเป็นผู้ทรงทรัพย์สิน (*ius in rem*) ฟ้องคดีได้ด้วยเช่นผู้ทรงสิทธิเก็บกิน (*usufructuary* และผู้ครอบครองโดยสุจริต (*a bona fide possessor*) หรือผู้รับจำนำ (*pledgee*)

(b) *praetor* อนุญาตให้ฟ้องคดีในกรณีที่ไม่ใช่ *corpore corpori* เช่น การขว้างปาสิ่งของไปในทะเลหรือมีการวางยาพิษแก่สัตว์สี่เท้า (*corpore non corpori*) หรือประตูออกมาได้ถูกเปิดออกและสัตว์สี่เท้าหลุดออกไปและเกิดการสูญหาย (*nec corpore nec corpori*)¹⁷

อนึ่ง *damnum iniuria datum* การชำระค่าสินไหมทดแทนสามารถที่จะกำหนดโดยคำนวณจากพื้นฐานของความเสียหายที่เป็นตัวเงินที่แท้จริง (*actual pecuniary loss*) แต่ในขณะที่การละเมิด *iniuria* ค่าเสียหายโดยทั่วไป (*general damages*) อาจได้รับค่าสินไหมทดแทนความเสียหายเพื่อเป็นการปลอบใจ (*solatium*) สำหรับความเสียหายต่อความรู้สึก (*injured feelings*) ของโจทก์และการกำหนดค่าสินไหมทดแทนสำหรับความเสียหายเพื่อเป็นการปลอบใจให้แก่โจทก์ เช่นนี้เป็นการลงโทษสำหรับพฤติกรรมหรือการกระทำของจำเลยอีกด้วย¹⁸ อันแสดงให้เห็นถึงหน้าที่ที่เกิดจากการกระทำโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายตามกฎหมายโรมันโดยพัฒนาการแล้วมีความสัมพันธ์ที่ใกล้ชิดระหว่างการกระทำที่ก่อให้เกิดความรับผิดชอบแพ่งและความรับผิดชอบอาญาที่ค่อนข้างแยกออกจากกันได้ยาก

นักกฎหมายพยายามที่จะบรรเทาความแข็งกระด้างของกฎหมายเกี่ยวกับการกระทำละเมิดโดย *damnum iniuria datum* ยิ่งไปกว่านั้นโดยการเข้าแทรกแซงของ *praetor* ผู้ที่ยอมให้ฟ้องร้องคดีได้โดยการเทียบเคียงของกฎหมาย (*actio utilis*) ในกรณีความเสียหายนั้นเป็นสาเหตุ

¹⁶William warwick Buckland, *supra* note 1, p. 328.

¹⁷*Ibid*, p. 327.

¹⁸Willis and Oliver's, *supra* note 13, p. 250.

โดยอ้อมด้วยเหตุนี้ นักกฎหมายจึงต้องเผชิญหน้ากับข้อแตกต่างระหว่างความเสียหายโดยตรง (direct damage) ที่การฟ้องร้องคดีมีอยู่บนพื้นฐานของการฟ้องร้องโดยตรง (*actio directa*) และความเสียหายโดยอ้อม (indirect damage) ที่การฟ้องร้องคดีมีอยู่บนพื้นฐานของการฟ้องร้องโดยอ้อม (*actio utilis*) อันเป็นการเยียวยาความเสียหายตามสมควร¹⁹

Digest ได้เก็บรักษาตัวอย่างในหลายๆ กรณีที่มีการโต้เถียงกันตัวอย่างเช่น ถ้าหมอตำแย (midwife) ได้ให้ยาแก่ทาสที่เป็นผู้หญิง (slave – woman) แล้วผู้หญิงคนนั้นตายลงเป็นสิ่งที่ยอมรับได้โดยการตีความ (interpretation) ซึ่งเท่ากับเป็นการฆ่า ถ้าหมอตำแยจัดการให้ยาด้วยมือของตนเองและเป็นความเสียหายโดยตรง (direct damage) และต้องฟ้องโดยรูปคดีโดยตรง (*actio directa*) ตรงกันข้ามถ้าหมอตำแยให้ทาสที่เป็นผู้หญิงนำไปรับประทานเองทาสเกิดตายย่อมเป็นความเสียหายโดยอ้อม (indirect damage) และต้องฟ้องคดีโดยรูปคดีโดยอ้อม (*actio utilis*) ที่เห็นได้ชัดเจนโดยเฉพาะตัวอย่างสุดท้าย อันเป็นประเด็นสำคัญคือความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล (causation) และความรับผิดชอบของบุคคลที่สามที่ความเสียหายอาจเกี่ยวพันโดยอ้อมกับการกระทำซึ่งไม่ก่อให้เกิดความรับผิดชอบภายใต้การฟ้องคดีแบบ *actio utilis* Nicholas ยกตัวอย่างว่า ยิ่งกว่านั้นการกระทำที่เป็นสาเหตุของความเสียหายผู้กระทำอาจมีความรับผิดชอบหรือไม่ ตัวอย่างเช่น ในกรณีที่ชายคนหนึ่งขณะเล่นกีฬาอยู่ได้ตีลูกบอลอย่างแรงและลูกบอลไปถูกมือของช่างตัดผม (barber) ซึ่งกำลังโกนหนวดของทาสอยู่และไปถูกคอหอยของทาสคนนั้นตาย เป็นต้น²⁰

Nicholas ตั้งคำถามว่าข้อแตกต่างระหว่างการกระทำและการละเลย (omissions) ซึ่งแน่นอนว่าการละเลยไม่สามารถก่อให้เกิดความรับผิดชอบภายใต้กฎหมายแต่อาจเพียงพอสำหรับการฟ้องคดีโดยอ้อม (*actio utilis*) หรืออย่างไร²¹

โดยสรุปอาจกล่าวได้ว่าการกระทำละเมิดโดย *damnum iniuria datum* (การทำให้เสียทรัพย์) กรณีเป็นเรื่องการก่อความเสียหายต่อทรัพย์สินหรือทาสของบุคคลอื่นแรกเริ่มเดิมทีกฎหมายสิบสองโต๊ะกำหนดกรณีของการทำให้เสียทรัพย์เป็นกฎหมายเฉพาะเรื่องต่อมาใน *lex Aquilia* จึงได้กำหนดหลักเกณฑ์ของการทำให้เสียทรัพย์อย่างกว้างๆ โดยจะต้องมีหลักเกณฑ์ดังนี้

1. เป็นความเสียหายต่อตัวทรัพย์

¹⁹ Barry Nicholas, *supra* note 11, pp. 219 – 222.

²⁰ *Ibid*, p. 220.

²¹ *Ibid*, p. 222.

2. เป็นความเสียหายที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย
3. ผู้ก่อความเสียหายมีความผิด ความผิดอาจเกิดจากการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อและแม้จะประมาทเลินเล่อเพียงเล็กน้อยก็ตาม
4. มีความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและความเสียหายที่เกิดขึ้น (causation)

2.3 การละเมิดสิทธิของผู้อื่นรวมทั้งการบุกรุก (*iniuria*)

iniuria หมายถึงการกระทำที่เป็นการละเมิดสิทธิของผู้อื่นในสมัยแรกเริ่มคำว่า *iniuria* หมายความว่า เป็นการกระทำที่ปราศจากความชอบด้วยกฎหมาย (without justification) ผู้กระทำจะต้องรับผิดชอบสำหรับการกระทำโดยปราศจากความชอบด้วยกฎหมายเว้นแต่จะแสดงได้ว่าเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมาย (justification) ตัวอย่างเช่นการป้องกันตนเอง (self-defence) ความจำเป็น (necessity) หรือเป็นการกระทำโดยอาศัยอำนาจตามกฎหมาย (lawful authority) แต่ในชั้นแรกต้องแสดงให้เห็นได้ว่าความเสียหายเช่นนั้นไม่สามารถหลีกเลี่ยงให้พ้นโดยวิธีการอย่างใดได้ และความเสียหายเช่นนั้นไม่ใช่เป็นความผิดของผู้กระทำเองและไม่ว่ากรณีจะเป็นเช่นใดก็ตาม กฎหมายโรมันในสมัยยุคทอง (classical period) *iniuria* มีค่าเท่ากับหรือเหมือนกับ *dolus* และเป็นหน้าที่ของโจทก์ที่จะต้องพิสูจน์สิ่งใดสิ่งหนึ่งที่กล่าวอ้าง²²

iniuria เป็นคำที่มีความหมายกว้างเป็นสิ่งที่แสดงถึงความไม่ชอบด้วยกฎหมาย (unlawfulness) หรือความบกพร่องแห่งสิทธิ (absence of a right) อย่างไรก็ดีกฎหมายโรมันในสมัยยุคทอง (classical period) มีความหมายพิเศษมากกว่านั้น ถ้าถูกแปลโดยคำในภาษาอังกฤษคำเดียวหมายถึงการดูหมิ่นหรือการหมิ่นประมาทหรือการทำให้เสียศักดิ์ศรี (insult) หรือการทำร้ายอย่างรุนแรง (outrage) แต่คำในภาษาอังกฤษทั้งสองคำนี้ไม่ได้แสดงความหมายตามนัยเกี่ยวกับความคิดในกฎหมายโรมัน (Roman idea) ที่จะครอบคลุมสิทธิทั้งหมดหรือสิทธิเกี่ยวกับสภาพบุคคล (personality) ดังนั้นจึงไม่เพียงการหมิ่นประมาทด้วยคำพูดหรือการเขียนและการไม่มีสิทธิดังกล่าวแต่รวมไปถึงการสบประมาทหรือการดูหมิ่นอื่นๆ การทำให้เสียศักดิ์ศรีอันรวมไปถึงสิทธิในทางมหาชนหรือสิทธิในทางเอกชนด้วย (public or private right) ย่อมเป็นการกระทำละเมิดต่อสิทธิของผู้อื่นเช่นเดียวกันตัวอย่างเช่น การกีดขวางโดยปราศจากความชอบด้วยกฎหมายมิให้ผู้อื่นเคลื่อนไหวอย่างเป็นอิสระในที่สาธารณะนอกจากนี้ *iniuria* อาจหมายถึงการรบกวนเกี่ยวกับการใช้ทรัพย์สินของผู้อื่น (interfere with his use of his property) หรือการเข้าไปในบ้านของผู้อื่นโดย

²² *Ibid*, p. 222.

ปราศจากอำนาจ(unauthorized)หรือการเข้าไปในที่ดินของผู้อื่นโดยไม่มีอำนาจ(บุกรุก)นอกจากนี้ *iniuria* รวมไปถึงการหมิ่นประมาทผู้หญิงด้วย²³

iniuria เป็นการกระทำละเมิดโดยจงใจหรือเจตนาที่จะก่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลหรือชื่อเสียงของผู้อื่น (wrongful intent) การสบประมาทอาจเป็นการกระทำโดยตรงหรือโดยทางอ้อมแล้วก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้อื่นหรือสมาชิกในครอบครัวของผู้อื่นก็ได้ ตัวอย่างเช่น ถ้า A หมิ่นประมาทลูกสะใภ้ของ B ลูกสะใภ้ของ B สามียของเธอ พ่อของเธอและนาย B มีสิทธิฟ้อง A ว่าเป็นการกระทำละเมิด *iniuria* ได้²⁴

กฎหมายโรมันในสมัยยุคทอง(classical period) *iniuria* เป็นผลที่เกิดจากการกระทำ (result) อย่างไรก็ดีมีข้อสังเกตจากพัฒนาการของ *praetorian* และนักนิติศาสตร์กฎหมายสิบสองโต๊ะได้บัญญัติเพียงแต่การพยายามทำร้ายร่างกาย (physical assaults) ในสมัยแรกเริ่มคือการแก้แค้นและค่าปรับสำหรับในกรณีที่ทำให้บาดเจ็บอย่างร้ายแรงและการจ่ายเงินที่ถูกกำหนดไว้สำหรับการบาดเจ็บเล็กน้อยเล็กน้อย สมัยต่อมาในยุคหลังสาธารณรัฐการแก้แค้น(retaliation) ได้ถูกยกเลิกไปเพราะเป็นเรื่องที่ล้าสมัยและทำให้ค่าปรับคงที่หมดความหมายไปด้วยมีการอธิบายไว้อย่างน่าสนใจเกี่ยวกับเรื่องราวของโรมันผู้ซึ่งได้สร้างการละเล่นแนวตลกขบขันสำหรับตัวเขาเองว่าเขาเดินไปพร้อมกับทาสคนหนึ่งและกระเป๋ใส่เงินตบหน้าของบุคคลซึ่งเป็นที่เคารพนับถือและทาสพยายามที่จะเสนอเงินค่าปรับให้เป็นจำนวน 25 asses โดยเหตุนี้เอง *praetor* ได้เข้ามาเกี่ยวข้องโดยบัญญัติไม่ให้มีการฟ้องคดีเรียกค่าปรับในลักษณะคงที่ต่อไป แต่ให้มีการฟ้องเรียกค่าเสียหายได้ส่วนการเยียวยาในกรณีอื่นๆได้ถูกนำมาใช้ในกรณีที่เป็นการกระทำโดยเฉพาะเจาะจง(specific act)ก่อนที่จะสิ้นสุดยุคสาธารณรัฐนักนิติศาสตร์ได้เริ่มงานที่มีลักษณะเฉพาะเกี่ยวกับการตีความ(interpretation)และการวางหลักทั่วไป²⁵

กฎหมายสิบสองโต๊ะกำหนดเงินค่าปรับสำหรับการทำให้เสียหายแก่แขนขาหรือการทำให้ทุพพลภาพหรือเรียกว่า *membram raptum* คือการแก้แค้น(retaliation)เว้นแต่คู่กรณีสามารถตกลงในเรื่องของค่าสินไหมทดแทนกันได้การทำให้กระดูกแตก(bones broken)หรือเรียกว่า *os fractum* จำนวน 300 asses ในกรณีของคนเสรี(free man)และ150 asses ในกรณีของทาส สำหรับความเสียหายอย่างอื่นจะถูกปรับจำนวน 25 asses จำนวนค่าปรับ *praetor* จากลักษณะ

²³ *Ibid*, p. 216.

²⁴ Willis and Oliver's, *supra* note 13, p. 250.

²⁵ Barry Nicholas, *supra* note 11, pp. 216-217.

และสภาพแวดล้อมของความเสียหายและตำแหน่งของบุคคลซึ่งได้รับความเสียหายถ้าโจทก์ยินยอมที่จะลดค่าเสียหายสำหรับการกระทำเช่นนั้นผู้พิพากษาอาจแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้แต่ในกรณีของ *atrox iniuria praetor* ได้กำหนดจำนวนเงินค่าเสียหายไว้สูงสุดตามแบบแผนหรือกฎเกณฑ์ที่แน่นอน (formula)²⁶

ต่อมา *praetor* รวมเอา 3 รูปแบบนี้เข้าด้วยกันและใช้วิธีการดำเนินคดีแบบ *actio iniuriarum aestimatoria* กล่าวคือเป็นการฟ้องร้องเพื่อกำหนดค่าเสียหายฐานทำร้ายร่างกายโดย *aestimatoria* จะกำหนดการลงโทษเป็นเงินต่อมา *praetor* พัฒนาไปสู่การทำร้ายผู้อื่นด้วยคำพูดทำให้เขาเสียชื่อเสียงที่ปัจจุบันเรียกว่าหมิ่นประมาท (defamation)

H.F. Jolowicz กล่าวว่า²⁷ ความน่าจะเป็นไปได้ทั้งหมดเมื่อตรวจดูเพียงแต่การทำร้ายร่างกายไม่ทำให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงไม่น่าจะเป็นไปได้ที่โรมันในศตวรรษที่ 5 ก่อนคริสตกาลจะมีความอ่อนไหวอย่างมากต่อความเสียหายเช่นนี้และถ้าเราจินตนาการว่า *iniuria* มีรูปแบบที่แตกต่างกันหลายประการของวิธีการทำร้ายร่างกายต่อสิทธิส่วนบุคคลซึ่งถูกครอบคลุมในกฎหมายสมัยต่อมาจึงไม่น่าจะเป็นไปได้ที่การลงโทษโดยใช้วิธีการปรับที่เหมือนกันจริงๆ แล้วยังมีหลักฐานว่ากฎหมายสิบสองโต๊ะลงโทษสำหรับการร้องเพลงซึ่งเกี่ยวกับการหมิ่นประมาทและเป็น การก่อความวุ่นเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน (disturbance of the public peace) มากกว่า ไม่ใช่การกระทำละเมิดในทางแพ่ง (private delict) ยิ่งไปกว่านั้นความแตกต่างระหว่างกฎหมายสิบสองโต๊ะและในเวลาต่อมาเนื่องจากกฎหมายในสมัยต่อมาเพียงแต่เป็นการกระทำโดยจงใจ (intentional act) สามารถที่จะฟ้องว่าเป็นการทำร้ายร่างกายผู้อื่น (*iniuriae*) แต่ในกฎหมายสิบสองโต๊ะอาจเป็นไปได้ว่ารวมถึงความเสียหายที่ไม่ได้กระทำโดยจงใจต่อบุคคลอื่น (unintentional injuries) ด้วย

อนึ่ง *delictum* โรมันถือว่ามาจากกฎหมายเอกชนโรมันเคร่งครัด (*ius civile*) และในสมัยยุคทองมีเพียง 3 อย่างคือการลักทรัพย์ (รวมทั้งปล้นทรัพย์) ทำให้เสียทรัพย์ และ *iniuria* คือการละเมิดศักดิ์ศรีของผู้อื่นในขณะเดียวกันก็มีละเมิดบางอย่างซึ่งมาจากประกาศนโยบายของ *praetor* มักจะจัดรวมเข้าเป็นละเมิดแต่ที่มาคือประกาศนโยบายของ *praetor* มีบางท่านนำไปเปรียบเทียบกับละเมิดในทาง equity ของอังกฤษซึ่งทำให้ไขว้เขวเพราะการพิจารณา *delictum* โรมันมิได้อยู่ภายใต้อำนาจของศาลที่แยกออกไปพิเศษเช่น equity ที่อังกฤษแต่อย่างใดอย่างไรก็ดี

²⁶ Willis and Oliver's, *supra* note 13, p. 251.

²⁷ H. F. Jolowicz, *supra* note 12, pp.174 – 175.

การก่อความเสียหายโดยประมาทเลินเล่อถือเป็นละเมิดทั้งในกฎหมายโรมันและกฎหมายอังกฤษ ยกเว้นใน *iniuria* เพราะความรับผิดจะเกิดขึ้นต่อเมื่อเป็นเพราะ *dolus* (จงใจทำความเสียหาย) นอกจากนี้ในกฎหมายอังกฤษเจตนาที่จะทำให้ผู้อื่นเสียหาย (*malice*) เป็นองค์ประกอบของละเมิด บางอย่างก็จริงแต่มีละเมิดบางอย่างเช่น trespass และการหมิ่นประมาท (*defamation*) ที่ผู้กระทำ รับผิดโดยเคร่งครัดคือแม้ทำไปโดยไม่มีเจตนาร้ายหรือประมาทเลินเล่อก็ยังคงรับผิด²⁸

²⁸ ประชุม โฉมฉาย, อ่างแล้ว เจริญรทที่ 2, น. 157.