

ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย

เล่ม ๑

ร. แลงกาท



ราคา ๕๑.๐๐ บาท

ปก : มานิต แสงวัฒนรัตน์

ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย

เล่ม ๑

พิมพ์ครั้งที่ ๑ (ท.ว.พ.) พ.ศ. ๒๕๒๖

จำนวนพิมพ์ ๓,๐๐๐ ฉบับ

ลิขสิทธิ์เป็นของมูลนิธิโครงการตำราสังคมศาสตร์และมนุษยศาสตร์

ISBN 974-07-5254-3

บริษัทสำนักพิมพ์ ไทยวัฒนาพานิช จำกัด

๕๙๙ ถนนไมตรีจิต กรุงเทพมหานคร

เป็นผู้แทนจำหน่าย



ที่ ทม. ๐๗/๐๑/๗๒๕

มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

๑๙ กุมภาพันธ์ ๒๕๖๓

เรื่อง อนุญาตให้พิมพ์หนังสือประวัติศาสตร์กฎหมายไทย

เรียน ประธานกรรมการมูลนิธิโครงการตำราสังคมศาสตร์และมนุษยศาสตร์

อ้างถึง หนังสือมูลนิธิโครงการตำราสังคมศาสตร์และมนุษยศาสตร์ ที่โครงการตำรา ๐๐๑๑/
๒๕๖๓ ลงวันที่ ๒๙ มกราคม ๒๕๖๓

ตามหนังสือมูลนิธิโครงการตำราสังคมศาสตร์และมนุษยศาสตร์ ที่อ้างถึง ขอ
อนุญาตมหาวิทยาลัยนำหนังสือชุดประวัติศาสตร์กฎหมายไทย (กฎหมายเอกชน) ซึ่งแต่ง
โดย ร. แลงการ์ด และจัดพิมพ์โดยมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ จำนวน ๔ เล่ม ไปพิมพ์เพื่อ
ประโยชน์ในทางวิชาการ ความแจ้งแล้ว นั้น

มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ยินดีให้ความร่วมมือ โดยอนุญาตให้มูลนิธิโครงการ
ตำราสังคมศาสตร์และมนุษยศาสตร์ จัดพิมพ์หนังสือชุดประวัติศาสตร์กฎหมายไทย (กฎ-
หมายเอกชน) แต่งโดย ร. แลงการ์ด ได้

จึงเรียนมาเพื่อโปรดทราบ.

ขอแสดงความนับถืออย่างสูง

(ศาสตราจารย์ ประภาศน์ อวยชัย)

อธิการบดี

สำนักงานอธิการบดี

โทร. ๒๒๒๓๘๔๔, ๒๒๒๓๘๔๖

ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย

เล่ม ๑

โดย

ร. แลงกัต

ชาญวิทย์ เกษตรศิริ วิกัลย์ พงศ์พนิตานนท์

บรรณาธิการ



มูลนิธิโครงการตำรา

สังคมศาสตร์และมนุษยศาสตร์

กรุงเทพมหานคร ๒๕๒๖

รายนามคณะกรรมการบริหาร
มูลนิธิโครงการตำราสังคมศาสตร์และมนุษยศาสตร์

นายเสน่ห์ จามริก	ประธานกรรมการ
นางเพ็ชรี สุมิตร	รองประธาน
นางสาวกุสุมา สนิทวงศ์ ณ อยุธยา	กรรมการ
นายธวัชชัย ยงกิตติกุล	กรรมการ
นางสาวสดชื่น ชัยประสาธน์	กรรมการ
นายสุเทพ สุนทรเกษม	กรรมการ
นายบรรณิณี เศรษฐบุตร	กรรมการ
นายสุลักษณ์ ศิวรักษ์	กรรมการ
นายวิทยา สุจริตธนาวิรักษ์	กรรมการ
นางอารี สันหนึ่ง	กรรมการ
นางอมรา พงศาพิชญ์	กรรมการ
นางสาวศุภลักษณ์ เลิศแก้วศรี	กรรมการ
นายเฉลิม ทองศรีพงศ์	กรรมการและที่ปรึกษากฎหมาย
นายบดินทร์ อัคราณินชัย	กรรมการและที่ปรึกษากฎหมาย
นายเกริกเกียรติ พิพัฒน์เสวีธรรม	กรรมการและเหรัญญิก
นายชาญวิทย์ เกษตรศิริ	กรรมการและเลขานุการ
นายรังสรรค์ ฐานะพรพันธุ์	กรรมการและผู้จัดการ

มูลนิธิโครงการตำราสังคมศาสตร์และมนุษยศาสตร์

เลขที่ ๔๑๓/๓๘ ถนนอรุณอมรินทร์ บางกอกน้อย กรุงเทพฯ ๑๐๗๐๐

คำแถลงของมูลนิธิโครงการตำราฯ

โครงการตำราสังคมศาสตร์และมนุษยศาสตร์ ก่อตั้งขึ้นเมื่อ พ.ศ. ๒๕๐๙ ด้วยความร่วมมือร่วมใจกันเองเป็นส่วนบุคคล ในหมู่ผู้มีความรักในภารกิจบริหารการศึกษาจากสถาบันต่าง ๆ เมื่อเริ่มดำเนินงาน โครงการตำราฯ มีฐานะเป็นหน่วยงานหนึ่งของสมาคมสังคมศาสตร์แห่งประเทศไทย ก่อนที่จะมีฐานะเป็นมูลนิธิเมื่อต้นปี พ.ศ. ๒๕๒๑ ทั้งนี้ โดยได้รับความร่วมมือด้านทุนทรัพย์จากมูลนิธิร็อกกี้เฟลเลอร์ เพื่อใช้จ่ายในการดำเนินงานขั้นต้น เป้าหมายเบื้องต้นของมูลนิธิโครงการตำราฯ ก็คือ ส่งเสริมให้มีหนังสือตำราภาษาไทยที่มีคุณภาพดีโดยเฉพาะในทางวิชาสังคมศาสตร์และมนุษยศาสตร์ ทั้งนี้เพราะต่างก็เห็นพ้องต้องกันในระยะนั้นว่า คุณภาพของหนังสือตำราภาษาไทยระดับอุดมศึกษาแขนงวิชาดังกล่าวยังไม่สูงพอ ถ้าส่งเสริมให้มีหนังสือเช่นนี้เพิ่มขึ้น ย่อมมีส่วนช่วยยกระดับมาตรฐานการศึกษาในชั้นมหาวิทยาลัยไปโดยปริยาย อีกทั้งยังอาจช่วยการสร้างสรรค์ปัญญา ความคิดริเริ่ม และความเข้าใจอันถูกต้องในเรื่องที่เกี่ยวข้องกับสังคม วัฒนธรรม เศรษฐกิจ และการเมืองโดยส่วนรวม

พร้อมกันนี้ มูลนิธิโครงการตำราฯ ก็มีเจตนารมณ์อันแน่วแน่ที่จะทำหน้าที่เป็นแหล่งชุมนุมผลงานเขียนของนักวิชาการต่าง ๆ ทั้งในและนอกสถาบัน เพื่อให้ผลงานวิชาการที่มีคุณภาพได้เป็นที่รู้จักและเผยแพร่ออกไปโดยทั่วถึง ทั้งในหมู่ผู้สอน ผู้เรียนและผู้สนใจงานวิชาการ การดำเนินงานของมูลนิธิโครงการตำราฯ มุ่งขยายความเข้าใจและความร่วมมือของบรรดานักวิชาการออกไปในวงกว้างยิ่ง ๆ ขึ้นด้วย ไม่ว่าจะเป็นด้านการกำหนดนโยบายสร้างตำรา การเขียน การแปล และการใช้ตำรานั้น ๆ ซึ่งจะเป็นเครื่องส่งเสริมและกระชับความสัมพันธ์อันพึงปรารถนา ตลอดจนความเข้าใจอันดีต่อกันในวงวิชาชีพที่เกี่ยวข้อง

นโยบายพื้นฐานของมูลนิธิโครงการตำราฯ คือ ส่งเสริมและเร่งรัดให้มีการจัดพิมพ์หนังสือตำราทุกประเภท ทั้งที่เป็นงานแปลโดยตรง งานแปล-เรียบเรียง งานถอดความ งานรวบรวม งานแต่งและงานวิจัย ในช่วงแรก ๆ เราได้เน้นส่งเสริมงานแปลเป็นหลัก ขณะเดียวกันก็ได้ส่งเสริมให้มีการจัดพิมพ์ตำราประเภทอื่น ๆ ด้วย นับแต่ได้ก่อตั้งโครงการตำราฯ มาจนกระทั่งถึงปัจจุบัน โดยความร่วมมืออย่างดียิ่งของนักวิชาการหลายสถาบัน

สามารถส่งเสริม—กลั่นกรอง—ตรวจสอบ—และจัดพิมพ์หนังสือตำราภาษาไทยระดับอุดมศึกษาที่มีคุณภาพตามเป้าหมาย เจตนารมณ์ และนโยบาย ได้ครบทุกประเภท และมีเนื้อหาครอบคลุมสาขาวิชาต่างๆ ถึง ๘ สาขาดังต่อไปนี้ คือ ๑) สาขาวิชาภูมิศาสตร์ ๒) สาขาวิชาประวัติศาสตร์ ๓) สาขาวิชาเศรษฐศาสตร์ ๔) สาขาวิชารัฐศาสตร์ ๕) สาขาวิชาสังคมวิทยาและมานุษยวิทยา ๖) สาขาวิชาปรัชญา ๗) สาขาจิตวิทยา ๘) สาขาวิชาภาษาและวรรณคดี นอกจากนี้เรายังมีโครงการผลิตตำราสาขาวิชาอื่นๆ เพิ่มขึ้นด้วย เช่น สาขาวิชาศิลปะ ซึ่งกำลังอยู่ในขั้นดำเนินการ และยังได้ขยายงานให้มีการแต่งตำราเป็น “ชุด” ต่อ ซึ่งมีเนื้อหาครบเกี่ยวกับระหว่างหลายสาขาวิชา เช่น “ชุดชีวิตและงาน” ของบุคคลที่น่าสนใจ ดังที่ได้จัดพิมพ์เผยแพร่ไปแล้วบ้างแล้ว

ปัจจุบันมูลนิธิโครงการตำราฯ ยังคงมีเจตนารมณ์อันแน่วแน่ที่จะขยายงานของเราต่อไปอย่างไม่หยุดยั้ง แม้ว่าจะประสบอุปสรรคนานัปการ โดยเฉพาะอุปสรรคด้านทุนรอน เพราะกิจการของเรามีใช้กิจการแสวงหาผลกำไร หากมุ่งประสงค์ให้นักศึกษาและประชาชนได้มีโอกาสซื้อหาหนังสือตำราในราคาย่อมเยาพอสมควร

คณะกรรมการทุกสาขาวิชาของมูลนิธิโครงการตำราฯ ยินดีน้อมรับคำแนะนำและคำวิพากษ์วิจารณ์จากผู้อ่านทุกท่าน และปรารถนาอย่างยิ่งที่จะให้ทุกท่านได้เข้ามามีส่วนร่วมในมูลนิธิโครงการตำราฯ ไม่ว่าจะเป็นการสนับสนุนแนะนำอยู่ห่างๆ ช่วยแต่ง แปล เรียบเรียง หรือรวบรวมตำราสาขาวิชาต่างๆ ให้เรา หรือเข้ามาช่วยบริหารงานร่วมกับเรา

ประธานกรรมการ

มูลนิธิโครงการตำราสังคมศาสตร์และมนุษยศาสตร์



ร. แดงกาด

คำนำ

ร. แลงกาดี กับประวัติศาสตร์กฎหมายไทย

ชาญวิทย์ เกษตรศิริ

วิภักดิ์ พงศ์พนิตานนท์

ถ้าเราจะเริ่มต้นด้วยคำถามที่ว่า เมืองไทยเข้าสู่ยุคสมัยใหม่เมื่อใด คำตอบก็คือเมื่อเริ่มมีการปฏิรูปประเทศ การปฏิรูปนี้เริ่มตั้งแต่สมัยรัชกาลที่ ๔ (พ.ศ. ๒๓๙๔-๒๔๑๑) และมาเห็นผลชัดเจนในสมัยรัชกาลที่ ๕ (พ.ศ. ๒๔๑๑-๒๔๕๓) โดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อมีการปฏิรูปการปกครองแผ่นดิน พ.ศ. ๒๔๓๕ การปฏิรูปดังกล่าวเป็นผลมาจากการคุกคามของลัทธิอาณานิคมจากตะวันตก โดยเฉพาะจากอังกฤษและฝรั่งเศสที่คุกคามอธิปไตยของไทย ผลของการปฏิรูปก่อให้เกิดการรวมอำนาจการปกครองที่สถาบันกษัตริย์ กับที่รัฐบาลส่วนกลางในกรุงเทพฯ อย่างไม่เคยปรากฏมาก่อน

ในสมัยที่การปฏิรูปการปกครองขึ้นสู่จุดสุดยอดนั้น สมเด็จพระปิยมหาราชานุภาพ (พ.ศ. ๒๔๐๕-๒๔๖๘) ทรงเป็นมันสมองสำคัญของขบวนการปฏิรูป ดังจะเห็นได้จากบทบาทของพระองค์ในการปฏิรูปการศึกษา และการดำรงตำแหน่งเสนาบดีมหาดไทยเป็นท่านแรก ในการปฏิรูปซึ่งส่วนหนึ่งหมายถึงการทำให้เมืองไทยทันสมัยตามแบบตะวันตกนั้น น่าสนใจว่า กระบวนการที่จะสร้างอนาคต มีส่วนสัมพันธ์กับการทำความเข้าใจอดีตอย่างมาก ดังนั้น ในขณะที่สมเด็จพระปิยมหาราชฯ ทรงพยายามวางรูปแบบบางอย่างที่เมืองไทยควรจะต้องเปลี่ยนแปลงและเป็นไป ก็ทรงสนใจความเป็นมาของเมืองไทยในอดีตอย่างลึกซึ้ง ซึ่งก็หมายความว่าทรงให้ความสนใจต่อประวัติศาสตร์อย่างมาก

เมื่อกล่าวถึงบุคคลชั้นนำทางด้านการศึกษาของไทยเกี่ยวกับอดีต จึงเป็นสิ่งที่จะละเลยมิได้ในการกล่าวถึงสมเด็จพระปิยมหาราชฯ และในขณะเดียวกันก็ละเลยไม่ได้ที่จะต้องกล่าวถึงชาวต่างประเทศบางท่านที่เข้ามาร่วมงานในด้านต่างๆ ดังเช่น ยอร์ช เซเดส์ ซึ่งเป็นผู้หนึ่งที่บุกเบิกความรู้เกี่ยวกับประวัติศาสตร์ไทยสมัยใหม่

ในสมัยของการปฏิรูปนั้น รัฐบาลไทยนับตั้งแต่รัชกาลที่ ๔ เป็นต้นมา ได้อาศัยความรู้และสติปัญญาของชาวต่างประเทศเป็นจำนวนมากที่จ้างเข้ามาในฐานะที่ปรึกษา ดัง

เช่นรัชกาลที่ ๔ ทรงจ้างที่ปรึกษาชาวต่างประเทศถึง ๘๐ กว่าคน ให้เข้ามาทำงานทางด้านการทหาร การทำเรือ การภาษีอากร การตำรวจ ตลอดจนการเข้ามาสอนหนังสือภาษาอังกฤษให้กับโอรสและธิดา ในสมัยรัชกาลที่ ๕ ก็ทรงดำเนินนโยบายเช่นนี้ และเพิ่มจำนวนและอำนาจของที่ปรึกษาชาวต่างประเทศขึ้นอีก ส่วนใหญ่จะทรงจ้างชาวอังกฤษให้ทำงานด้านการคลังและการศึกษา ชาวเดนมาร์กทำงานทางด้านกิจการทหาร ชาวเยอรมันทำงานด้านไปรษณีย์และการรถไฟ ชาวอเมริกัน ชาวเบลเยียม ทำงานด้านกฎหมาย เป็นต้น^(๑)

นโยบายการจ้างที่ปรึกษาชาวต่างประเทศนี้ดำเนินเรื่อยมา ทั้งในรัชกาลที่ ๖ (พ.ศ. ๒๔๕๓-๒๔๖๘) และรัชกาลที่ ๗ (พ.ศ. ๒๔๖๘-๒๔๗๘) ถึงแม้จะมีจำนวนลดลงตามลำดับ ทั้งนี้เพราะบรรดาโอรสและเชื้อพระวงศ์ ตลอดจนขุนนางชั้นนางจำนวนไม่น้อยได้ไปศึกษาจากประเทศตะวันตกกลับมา

ร. แลงการ์ดเป็นผู้หนึ่งในบรรดาที่ปรึกษาทางกฎหมาย ที่ได้รับจ้างเข้ามาทำงานในเมืองไทยตั้งแต่สมัยรัชกาลที่ ๖ คือเข้ามาใน พ.ศ. ๒๔๖๗ อยู่เมืองไทยทั้งหมด ประมาณ ๑๖ ปี กลับออกไปเมื่อ พ.ศ. ๒๔๘๓ ซึ่งเป็นสมัยรัฐบาลของจอมพล ป. พิบูลสงคราม และเมืองไทยกำลังจะเข้าสู่สงครามโลกครั้งที่ ๒

ร. แลงการ์ดเห็นเมืองไทยในช่วงประวัติศาสตร์การเมืองที่สำคัญมาก ท่านผ่าน ๓ รัชกาล เห็นเมืองไทยตั้งแต่ยังเป็นประเทศสยาม จนเกิดการเปลี่ยนแปลงการปกครอง ๒๔๗๕ จนกระทั่งการก่อตั้งมหาวิทยาลัยวิชาธรรมศาสตร์และการเมือง พ.ศ. ๒๔๗๗ ไปจนถึงการปกครองแบบรัฐบาลเผด็จการทหารบกของจอมพล ป. พิบูลสงคราม ท่านอยู่ในสมัยของนโยบายลัทธิ (เชื้อ) ชาตินิยม (ต่อต้านคนจีน) ของรัฐบาล นโยบายการต่างประเทศที่ต่อต้านฝรั่งเศสและสนับสนุนญี่ปุ่น ไปจนถึงการเปลี่ยนประเทศสยามให้เป็นประเทศไทย ท่านถึงได้ออกจากเมืองไทยไป

ร. แลงการ์ดเป็นที่ปรึกษาชาวต่างประเทศผู้หนึ่งในกระบวนการปฏิรูปของไทยดังกล่าว และท่านก็ทำบทบาทคล้ายๆ กับ ยอร์ช เซเดส์ ในแง่หนึ่งที่ว่า ช่วยชุดค้นอดีตของไทยจากทางด้านเอกสารกฎหมาย ท่านเป็นผู้ตรวจสอบ กฎหมายตราสามดวง (ในนามของมหาวิทยาลัยวิชาธรรมศาสตร์และการเมือง) เป็นผู้จัดพิมพ์เอกสารชั้นสำคัญนั้นเมื่อ พ.ศ. ๒๔๘๒ กฎหมายตราสามดวง ฉบับที่ท่านจัดพิมพ์นี้กลายเป็นฉบับมาตรฐานไปในที่สุด และการพิมพ์ของเราุ่นหลังๆ ก็ใช้ต้นฉบับนี้ของท่าน

ร. แลงการ์ดเป็นชาวฝรั่งเศส เกิดที่อาร์เจนส์ ทางภาคตะวันออกเฉียงเหนือของฝรั่งเศสที่ติดกับเบลเยียมและเยอรมนี เมื่อ พ.ศ. ๒๔๓๕ (ซึ่งตรงกับปีการปฏิรูปการปกครองแผ่นดินในสมัยรัชกาลที่ ๕) ท่านศึกษาที่ปารีสและได้ประกาศนียบัตรทางด้านภาษาตะวันออกเมื่ออายุ ๒๗ ปี พออายุได้ ๓๒ ปี ใน พ.ศ. ๒๔๖๗ ท่านก็เข้ามาทำงานในฐานะที่ปรึกษาทางกฎหมายในเมืองไทย ไม่ทราบว่าท่านรู้ภาษาไทยก่อนมาเมืองไทยหรือไม่ แต่ที่แน่นอนคือเมื่อเข้ามาอยู่เมืองไทยแล้วท่านคงเชี่ยวชาญภาษาไทยมาก คงอ่านได้คล่องแคล่วจนสามารถตรวจสอบ กฎหมายตราสามดวง ได้ดังกล่าวข้างต้น

ในช่วงที่อยู่เมืองไทยนั้น ท่านให้ความสนใจต่อสังคมไทยอย่างลึกซึ้ง ดังจะเห็นได้จากบทความภาษาฝรั่งเศสและอังกฤษเกี่ยวกับเมืองไทยมากมายมหาศาล ที่ลงพิมพ์ในวารสารของสยามสมาคม โดยเริ่มจากเรื่องพระราชประวัติทางศาสนาของรัชกาลที่ ๔ (“La vie religieuse du roi Mongkut,” J.S.S., 20, 1926)^(๒) ผลงานชิ้นสำคัญของ ร. แลงการ์ดอีกชิ้นหนึ่ง (ก่อนที่เราจะพูดถึง ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย และ กฎหมายตราสามดวง) นั่นก็คือหนังสือหนา ๓๙๕ หน้า เกี่ยวกับเรื่องทาสในกฎหมายเก่าของไทย ซึ่งพิมพ์เมื่อ พ.ศ. ๒๔๗๔ (*L’Esclavage, Privé Dans Le Vieux Droit Siamois*, Paris: Loviton, 1931) หนังสือเล่มนี้เป็นการศึกษาเรื่องทาสอย่างละเอียดตั้งแต่กำเนิดของทาส กฎหมายเก่าเกี่ยวกับทาส จนถึงการเลิกทาสในสมัยรัชกาลที่ ๕ โดยศึกษาจากกฎหมายต่างๆ ที่ประกาศใน พ.ศ. ๒๔๑๗, ๒๔๔๒, ๒๔๔๘ เป็นต้น

น่าเชื่อว่าการศึกษาเกี่ยวกับระบบทาสของไทยอย่างแท้จริงนั้น ยังไม่มีใครศึกษาได้ละเอียดถี่ถ้วนเท่า ร. แลงการ์ด^(๓) และก็เป็นที่น่าเสียใจว่าหนังสือเล่มนี้ของท่านก็ยังมีได้รับการแปลเป็นภาษาไทย

ร. แลงการ์ดมิได้เป็นแต่ นักปราชญ์เกี่ยวกับเรื่องเมืองไทยเท่านั้น ท่านจัดเป็นปราชญ์ระดับนานาชาติ กล่าวคือ มีผลงานวิชาการหลายชิ้นเกี่ยวกับอินโดจีน มอญ พม่า และหนังสือสำคัญหนา ๓๐๕ หน้า ที่พิสูจน์ความสามารถของท่าน คือ *The Classical Law of India* ซึ่งมหาวิทยาลัยคาลิฟอร์เนีย เบิร์คเลย์ จัดพิมพ์เมื่อ พ.ศ. ๒๕๑๖

เนื่องจากแลงการ์ดเป็นนักกฎหมาย และท่านก็ได้ปริญญาเอกทางกฎหมายจากปารีส เมื่อ พ.ศ. ๒๔๗๕ ดังนั้น ท่านจึงได้เข้ามาทำงานในตำแหน่งที่ปรึกษาทางกฎหมายของรัฐบาลไทย โดยการติดต่อผ่านสถานทูตฝรั่งเศสและกระทรวงการต่างประเทศของฝรั่งเศส และท่านก็เข้ามาในช่วงที่เมืองไทยกำลังยกเลิกกฎหมายเดิม (คือ กฎหมายตรา

สามดวง และกฎหมายต่างๆ ในสมัยต้นรัตนโกสินทร์ก่อนการปฏิรูป) และกำลังยกร่างประมวลกฎหมายต่างๆ อยู่

สาเหตุที่ทำให้ไทยต้องมีการปฏิรูปทางกฎหมาย และร่างกฎหมายขึ้นมาใหม่แทนของเดิมนั้น มีภูมิหลังทางประวัติศาสตร์ดังนี้ กล่าวคือ ใน พ.ศ. ๒๓๙๘ นั้น รัฐบาลของรัชกาลที่ ๔ ต้องยอมทำสนธิสัญญาไม่เสมอภาคกับอังกฤษ ทั้งนี้เพื่อหลีกเลี่ยงการเผชิญหน้ากับการคุกคามของลัทธิอาณานิคม สนธิสัญญาบาวริง (ค.ศ. ๑๘๕๕) นี้มีข้อใหญ่ใจความ ๒ ประการ คือ หนึ่ง ยกเลิกการผูกขาดการค้ากับต่างประเทศของไทยซึ่งเคยทำผ่านพระคลังสินค้า คนอังกฤษสามารถติดต่อค้าขายได้โดยเสรีตามนโยบาย “การค้าเสรี” ของอังกฤษ ภาษีขาเข้าจะเก็บได้ไม่เกิน ๓ เปอร์เซ็นต์ ยกเว้นฝิ่น โลหะ ทองและเงินไม่ต้องเสียภาษีขาเข้า ส่วนภาษีขาออกนั้นเก็บได้ครั้งเดียว สอง ไทยยอมให้อังกฤษมีสิทธิสภาพนอกอาณาเขต ซึ่งหมายความว่าคนในบังคับอังกฤษมิต้องขึ้นศาลไทย แต่ขึ้นศาลกงสุลของตนแทน

หลังจากสนธิสัญญาบาวริงที่ไม่เสมอภาคนี้แล้ว ไทยได้ลงนามในสนธิสัญญาประเภทเดียวกันกับอีกหลายประเทศ คือ สหรัฐอเมริกา (ค.ศ. ๑๘๕๖), ฝรั่งเศส (ค.ศ. ๑๘๕๖), เดนมาร์ก (ค.ศ. ๑๘๕๘), โปรตุเกส (ค.ศ. ๑๘๕๙), เนเธอร์แลนด์ (ค.ศ. ๑๘๖๐), เยอรมนี (ค.ศ. ๑๘๖๒), สวีเดน (ค.ศ. ๑๘๖๘), นอร์เว (ค.ศ. ๑๘๖๘), เบลเยียม (ค.ศ. ๑๘๖๘), อิตาลี (ค.ศ. ๑๘๖๘), ออสเตรีย-ฮังการี (ค.ศ. ๑๘๖๙), สเปน (ค.ศ. ๑๘๗๐), ญี่ปุ่น (ค.ศ. ๑๘๙๘), รัสเซีย (ค.ศ. ๑๘๙๙)^(๔) ซึ่งหมายความว่า ไทยต้องถูกกระทบกระเทือนด้านอธิปไตยทางเศรษฐกิจและการศาลของตนเองอย่างยิ่ง ถึงแม้จะรักษาอธิปไตยทางการเมืองไว้ได้ก็ตาม

ข้ออ้างอันหนึ่งของการที่ต่างประเทศมีสิทธิสภาพนอกอาณาเขต ก็คือ กฎหมายของไทยนั้นล้าหลังและป่าเถื่อน ดังนั้น เมื่อเกิดคดีขึ้น ชาวต่างประเทศก็ขึ้นศาลกงสุลของตน ทำให้ขบวนการยุติธรรมของไทยต้องตกอยู่ในภาวะที่ “สุดแสนจะทันทานได้” จึงมีการเรียกรื้ออธิปไตยทางการศาลคืนโดยการเจรจาเป็นขั้นๆ

ในสมัยรัชกาลที่ ๕ มีการชำระกฎหมายใหม่ โดยมีกรมหลวงราชบุรีดิเรกฤทธิ์เป็นประธาน และใน พ.ศ. ๒๔๕๑ ก็มีการประกาศ “ประมวลกฎหมายลักษณะอาญา”

ในการร่างกฎหมายใหม่นี้ใช้เวลานานมาก คือ นับตั้งแต่สมัยรัชกาลที่ ๕ จนถึงรัชกาลที่ ๗ ในสมัยสมบูรณาญาสิทธิราชย์ จนกระทั่งภายหลังการเปลี่ยนแปลงการปกครอง

๒๔๗๕ จึงประกาศใช้ประมวลกฎหมายต่าง ๆ ได้ค่อนข้างสมบูรณ์ จุดหัวเลี้ยวหัวต่อที่สำคัญก็คือ ในสมัยรัชกาลที่ ๖ ภายหลังสงครามโลกครั้งที่ ๑ สหรัฐอเมริกายินยอมที่จะปรับปรุงสนธิสัญญาใหม่ แต่มีข้อแม้ว่าไทยจะต้องประกาศใช้ประมวลกฎหมายอาญา ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ตลอดจนประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาและแพ่งเสียก่อน กล่าวโดยย่อคือให้ไทยจัดการกับขบวนการยุติธรรมของตนเสียใหม่

เมื่อเป็นเช่นนั้นในสมัยสมบูรณาญาสิทธิราชย์ก็มีประกาศใช้ “ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์” ขึ้น ในสมัยรัชกาลที่ ๖ พ.ศ. ๒๔๖๖ มีการประกาศใช้ “บรรพ ๑ ว่าด้วยกฎหมายทั่วไป” และ “บรรพ ๒ ว่าด้วยลักษณะหนี้” (ต่อมาใน พ.ศ. ๒๔๖๘ ได้ประกาศใช้บรรพ ๑ และ ๒ ใหม่แทนของเก่า) ครั้น พ.ศ. ๒๔๖๗ มีการประกาศใช้ “บรรพ ๓ ว่าด้วยเอกเทศสัญญา” (ต่อมาใน พ.ศ. ๒๔๗๒ ได้ประกาศใช้บรรพ ๓ ใหม่) ในสมัยรัชกาลที่ ๗ พ.ศ. ๒๔๗๕ ประกาศใช้ “บรรพ ๔ ว่าด้วยลักษณะทรัพย์สิน”

ครั้นสมัยหลังการเปลี่ยนแปลงการปกครอง ๒๔๗๕ รัฐบาลของคณะราษฎรได้ประกาศเมื่อ พ.ศ. ๒๔๗๗ เพื่อใช้ “บรรพ ๕ ว่าด้วยครอบครัว” กับ “บรรพ ๖ ว่าด้วยมรดก” (สำหรับบรรพ ๕ นั้น ได้ประกาศใช้ของใหม่เมื่อ พ.ศ. ๒๕๑๓) ในเวลาเดียวกันก็ประกาศใช้ “ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา” กับ “ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง” อีกด้วย

ในการร่างกฎหมายใหม่ทั้งหมดนี้ได้นำกฎหมายต่างประเทศ เช่น ของฝรั่งเศส สวิต ญี่ปุ่น เยอรมัน อิตาลี อังกฤษ อเมริกา เบลเยียม เนเธอร์แลนด์ ฯลฯ มาประกอบการร่างด้วย^(๕) นอกเหนือจากการมีที่ปรึกษาชาวต่างประเทศเข้ามาช่วยดังกล่าวแล้วข้างต้นซึ่งอาจกล่าวได้ว่ากฎหมายใหม่ของไทยนั้นได้อิทธิพลจากต่างประเทศมาก โดยเฉพาะอย่างยิ่งอิทธิพลจากประเทศในภาคพื้นทวีปยุโรป และก็น่าสนใจไม่น้อยที่การร่างกฎหมายไทยครั้งนี้ใช้ภาษาอังกฤษในการร่างอยู่ด้วยและนำมาถอดเป็นภาษาไทยทีหลัง

ร. แลงการ์ดเข้ามาทำหน้าที่ที่ปรึกษาทางกฎหมายในสภาพของการเปลี่ยนแปลงช่วงนี้ คือ เข้ามาใน พ.ศ. ๒๔๖๗ เมื่อเมืองไทยได้ประกาศ “ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ ๑ และ ๒” ไปแล้ว ดังนั้น ร. แลงการ์ดก็อยู่มาในสมัยของการประกาศ บรรพ ๓-๖ ตลอดจนประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา-ความแพ่ง

ดังที่กล่าวแล้วข้างต้นว่า ร. แลงการ์ดเป็นนักกฎหมายสมัยใหม่ที่ทำให้ความสนใจต่อกฎหมายโบราณมาก ดังนั้นเมื่อเข้ามาอยู่ได้ไม่นานเท่าไรก็เริ่มศึกษา กฎหมายตราสามดวง

ทันที โดยทำทีละเล็กทีละน้อย ดังจะเห็นได้จากงานของ ร. แลงการ์ด เล่มหนึ่งที่สามารถค้น
มาศึกษาในการเขียนคำนำครั้งนี้ได้ คือ **Lois Siamois Code de 1805 A.D.** ซึ่งเขียน
เป็นภาษาฝรั่งเศส และมีภาษาไทยประกอบอยู่ด้วย หนังสือเล่มนี้ใหญ่โตมโหฬารมาก
(ขนาดสยามรัฐราชศัพท์) แต่หนาเพียง ๓๐ กว่าหน้า พิมพ์โดยโรงเรียนอัสสัมชัญ เมื่อ
พ.ศ. ๒๔๗๓ และเป็นงานที่ ร. แลงการ์ดทำร่วมกับ ย. เบอร์เนย์ (ซึ่งเป็นที่ปรึกษาทางกฎ
หมายจากฝรั่งเศสเช่นกัน) ในกลุ่มฝรั่งเศสเดียวกันนี้ยังมี ร. กียอง, ช. เลเวลส์ และ ร.
เดอะ ปลองตาโรส อีกด้วย (J. Berney, R. Guilan, S. Lévêques, R. De Plantarose)

ในการทำงานศึกษากฎหมายเก่าของไทยนี้ ร. แลงการ์ดทำงานละเอียดในลักษณะ
ของคนที่นั่งแกะศิลาจารึกแบบ ยอร์ช เซเดส์ มหาอำมาตย์หรือ ประเสริฐ อนุคร
เป็นต้น ร. แลงการ์ด นำกฎหมายเก่าฉบับพิมพ์ครั้งต่างๆ เช่น ฉบับพิมพ์ของนายโหมด
อมาตย์กุล (พระยากระสาปน์) พ.ศ. ๒๓๙๒ ฉบับพิมพ์ของหมอบรัดเลย์ พ.ศ. ๒๔๐๖
และฉบับพิมพ์ของกรมหลวงราชบุรีฯ พ.ศ. ๒๔๔๔ (แลงการ์ดใช้ตัวย่อเรียกว่า ฉบับ ม,
บ และ ร) นำเอา “พระอัยการเบ็ดเสร็จ” ของแต่ละฉบับมาเทียบเคียงกันอย่างละเอียด
ดังนั้น จึงสามารถศึกษาได้ลึกซึ้ง และในที่สุดก็พบว่าบรรดาฉบับต่างๆ นั้นมีข้อผิดพลาด
ในการพิมพ์ เมื่อเป็นเช่นนี้ก็จะเห็นได้ว่า ร. แลงการ์ด เริ่ม “ชำระ” กฎหมายเก่า (ซึ่งต่อ
มารู้จักกันในนาม กฎหมายตราสามดวง) ไปทีละเล็กทีละน้อยตั้งแต่สมัยก่อนการเปลี่ยน
แปลงการปกครอง ๒๔๗๕ แล้ว

ดังนั้น เมื่อมีการตั้งมหาวิทยาลัยวิชาธรรมศาสตร์และการเมือง นายปรีดี พนมยงค์
ในตำแหน่งผู้ประศาสน์การ (ตำแหน่งผู้ประศาสน์การนี้เมื่อสิ้นสมัยของนายปรีดี พนมยงค์
แล้ว เปลี่ยนเรียกว่าอธิการบดี) ได้เชิญแลงการ์ดเป็นอาจารย์สอนวิชาประวัติศาสตร์กฎหมาย
ไทยระดับปริญญาโท และนี่ก็เป็นเหตุให้ ร. แลงการ์ดได้เขียน ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย
(เป็นภาษาไทย) และจัดพิมพ์ กฎหมายตราสามดวง (ฉบับมาตรฐาน)

กฎหมายตราสามดวง เป็นกฎหมายที่รวบรวมขึ้นในสมัยรัชกาลที่ ๑ เมื่อ พ.ศ.
๒๓๔๗ ทั้งนี้เพื่อใช้เป็นกฎหมายสำหรับขบวนการยุติธรรมของสมัยรัตนโกสินทร์ กฎ
หมายตราสามดวง นี้รวบรวมกฎหมายที่ตกทอดมาตั้งแต่สมัยอยุธยา ตลอดจนกฎหมาย
ต่างๆ ที่ประกาศออกมาในสมัยรัชกาลที่ ๑ จากการที่ต้นฉบับหลวงมีตราราชสีห์ คชสีห์
และบัวแก้ว ประทับไว้ จึงเป็นเหตุให้เรียกกันว่า กฎหมายตราสามดวง

ก่อนหน้าที่แลงกาต์จะจัดพิมพ์ใน พ.ศ. ๒๔๘๒ นั้น ได้มีการพิมพ์มาแล้วอย่างน้อย ๓ ครั้ง ครั้งแรกในสมัยรัชกาลที่ ๓ พ.ศ. ๒๓๙๒ นายโหมต อมาตยกุล ได้คัดลอกต้นฉบับมาจัดพิมพ์ แต่ถูกทางราชสำนักยึดไปเผาเสียเกือบหมด ทั้งนี้อาจจะเป็นเพราะถือว่าบรรดาวิชาความรู้เป็นของศักดิ์สิทธิ์ และเป็นที่หวงห้ามอยู่ในบรรดาชนชั้นสูง ผู้ปกครองก็ได้ ซึ่งนี่ก็เป็นวิธปฏิบัติของราชสำนักโบราณทั่วไป แต่ว่าอิทธิพลของความคิดสมัยใหม่ตลอดจนการเริ่มแพร่หลายของเครื่องพิมพ์ได้ทำลายความคิดแบบเก่าลงไปได้ และในสมัยรัชกาลที่ ๔ หมอบริดเลย์ มิชชันนารีชาวอเมริกัน ได้จัดพิมพ์ขึ้นอีกใน พ.ศ. ๔๒๐๖ เข้าใจว่าเพราะผู้พิมพ์เป็นชาวต่างประเทศ ดังนั้น ราชสำนักจึงมิได้ยึดไปเผา ในขณะที่เดียวกันความคิดแบบโบราณก็เริ่มเปลี่ยนไปบ้างแล้วในสมัยนั้น พอถึงสมัยรัชกาลที่ ๕ กรมหลวงราชบุรีฯ ทรงจัดพิมพ์ขึ้นอีกเป็นครั้งที่ ๓ ใน พ.ศ. ๒๔๔๔^(๖)

นายปรีดี พนมยงค์ กล่าวว่า เนื่องจากมีการประกาศใช้ประมวลกฎหมายต่าง ๆ ใหม่ ดังนั้น กฎหมายตราสามดวง จึงมีประโยชน์ในฐานะทางประวัติศาสตร์กฎหมาย และได้ดำริที่จะให้มีการจัดพิมพ์ขึ้น ซึ่ง “ใช้จะเป็นประโยชน์แต่จะเพาะนักนิติศาสตร์เท่านั้นก็หาไม่ ยังเป็นคุณแก่นักประวัติศาสตร์.....นักโบราณคดีและนักศึกษาศึกษาโบราณประเพณีของสยามก็เช่นกัน ย่อมได้ประโยชน์จากบทกฎหมายต่าง ๆ ประโยชน์อีกข้อหนึ่งได้แก่ประโยชน์ในทางภาษาศาสตร์และวรรณคดี” อีกด้วย^(๗)

ในการจัดพิมพ์ฉบับมาตรฐานครั้งนี้ แลงกาต์ได้ตรวจต้นฉบับหลวงอย่างถี่ถ้วน เนื่องจากได้พบว่าบรรดาฉบับก่อนหน้านั้นมิได้รับการรักษาต้นฉบับเท่าไรโดยเคร่งครัด ทั้งนี้เนื่องจากผู้จัดพิมพ์แต่ก่อนมิได้มุ่งที่จะรักษาความเป็นประวัติศาสตร์ของเอกสารนั้นไว้ ความผิดพลาดในการพิมพ์นั้นมิมีมาตั้งแต่ฉบับของนายโหมต อมาตยกุล และเมื่อหมอบริดเลย์พิมพ์ก็คงความผิดพลาดนั้นไว้อีก ส่วนฉบับของกรมหลวงราชบุรีฯ ก็ได้พิมพ์ครบถ้วนตามฉบับหลวงอีกเช่นกัน^(๘) ดังนั้น จึงถือได้ว่า กฎหมายตราสามดวง ฉบับของมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ เป็นฉบับที่สมบูรณ์ที่สุดที่เรามีอยู่ในปัจจุบัน ในการพิมพ์ครั้งหลัง ๆ ขององค์การคำของคุรุสภา (พ.ศ. ๒๕๐๕, ๒๕๑๕ และของกรมศิลปากร ๒๕๒๑) ก็ได้ยึดต้นฉบับของ ร. แลงกาต์ เป็นบรรทัดฐาน

การจัดพิมพ์ กฎหมายตราสามดวง นี้ เป็นสิ่งยืนยันความสามารถของแลงกาต์ได้เป็นอย่างดี ทั้งในด้านการเป็นที่ยอมรับและเชื่อถือให้จัดพิมพ์กฎหมายเก่าให้ถูกต้อง ซึ่งผู้ที่สามารถทำงานชนิดนี้ได้ต้องเป็นผู้มีความรู้ดี นอกจากในเรื่องกฎหมาย ประวัติศาสตร์

ซึ่งเป็นเรื่องทั่วไปแล้ว ผู้จัดพิมพ์ยังต้องมีความรู้ภาษาไทยอย่างแตกฉานด้วย ทั้งนี้ กฎหมายตราสามดวง ในฉบับหลวงเขียนโดยอาลักษณ์หลายคน ต่างคนต่างเขียน คำๆ เดียวกันใช้พยัญชนะ สระ หลายรูป และภาษาในกฎหมายเก่าบางคำก็เข้าใจยาก เป็นต้น เกี่ยวกับเรื่องความรู้ภาษาไทยของแลงกาด์นั้น คงมีความสันทัดในการอ่านและพูด (แต่อาจจะมิได้หมายถึง การเขียน ก็ได้) บางคนกล่าวว่าแลงกาด์พูดภาษาไทยได้ตั้งแต่ก่อน มาอยู่เมืองไทย แต่บางคนก็กล่าวว่ามีมาหัดพูดภาษาไทยเมื่อเข้ามาทำงานในเมืองไทยแล้ว แต่อย่างไรก็ตาม อาจารย์นิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ในปัจจุบัน ซึ่งเคยเป็นนักศึกษาศรีวิชัยโทในสมัยนั้น แม้จะไม่รู้จักคุ้นเคยกับแลงกาด์นัก ยืนยันว่าแลงกาด์สามารถพูดภาษาไทยได้เป็นอย่างดี

สำหรับ ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย งานเขียนสำคัญที่สุดของ ร. แลงกาด์ ในภาษาไทยนั้น ประกอบด้วยหนังสือ ๔ เล่ม คือ “เล่มหนึ่ง : ขอบข่ายเบื้องต้น” “เล่มสอง : ละมุด” “เล่มสาม : สัญญา” “เล่มสี่ : กฎหมายที่ดิน” เล่มหนึ่งและเล่มสองพิมพ์ทั้งหมด ๓ ครั้ง (พ.ศ. ๒๔๗๘, ๒๔๘๒ และ ๒๔๙๑) ในการพิมพ์ครั้งแรก เล่มหนึ่งและเล่มสองพิมพ์รวมเล่มกัน เล่มสามพิมพ์ ๒ ครั้ง (พ.ศ. ๒๔๘๐ และ ๒๔๙๑) เล่มสี่พิมพ์ ๒ ครั้ง (พ.ศ. ๒๔๘๓ และ พ.ศ. ๒๔๙๑)

ดังนั้น หนังสือทั้ง ๔ เล่มนี้ก็พิมพ์ครั้งสุดท้ายเมื่อ พ.ศ. ๒๔๙๑ โดยโรงพิมพ์มหาวิทยาลัยวิชาธรรมศาสตร์และการเมือง นายอภัย แก้วเทศ เป็นผู้พิมพ์และผู้โฆษณา ในการจัดพิมพ์ครั้งหลังนี้ของมูลนิธิโครงการตำราสังคมศาสตร์และมนุษยศาสตร์ได้ยึดต้นฉบับพิมพ์ พ.ศ. ๒๔๙๑ ทั้งหมด

แต่อย่างไรก็ตาม บรรณาธิการได้ตรวจแก้ไขในส่วนของ เล่มสาม : สัญญา ทั้งนี้ เพราะเหตุผลดังนี้ ในการพิมพ์เล่มหนึ่ง—สอง พ.ศ. ๒๔๗๘ และเล่มสาม พ.ศ. ๒๔๘๐ นั้น พิมพ์ก่อนที่แลงกาด์จะพิมพ์ กฎหมายตราสามดวง เมื่อ พ.ศ. ๒๔๘๒ ครั้นเมื่อพิมพ์กฎหมายตราสามดวง แล้ว แลงกาด์ได้แก้ไขมาตรากฎหมายในเล่มหนึ่ง—สองเสียในการพิมพ์ครั้งที่สอง พ.ศ. ๒๔๘๒ โดยเปลี่ยนจากการอ้างมาตราตามฉบับกรมหลวงราชบุรีฯ มาเป็นตามฉบับธรรมศาสตร์ แต่แลงกาด์มิได้มีเวลาแก้ไขมาตรากฎหมายที่อ้างไว้ใน การพิมพ์เล่มสาม ซึ่งมาพิมพ์ครั้งที่สองใน พ.ศ. ๒๔๙๑ ดังนั้น ครั้งนี้บรรณาธิการจึงได้แก้ไข มาตราของเล่มสามนี้ให้ตรงกับมาตราใน กฎหมายตราสามดวง ฉบับมาตรฐานของแลงกาด์ และธรรมศาสตร์ทั้งหมด ในการพิมพ์ครั้งนี้พยายามยึดต้นฉบับ พ.ศ. ๒๔๙๑ ไว้ จะมีแก้ไข

ไขกัด้งที่กล่าวมาแล้วนั้น กับการแก้ไขคำผิดบ้างเล็กน้อย อย่างไรก็ตาม ตัวสะกดการันต์ ส่วนใหญ่ก็คงไว้ตามต้นฉบับเดิม

ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย ของแลงกาตั้น เป็นหนังสือที่ดีที่สุดเล่มหนึ่งเกี่ยวกับอดีตของไทย และใช้เป็นตำราเรียนชั้นปริญญาโทของมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์อยู่ในระหว่าง พ.ศ. ๒๔๗๘ จนกระทั่งหลัง พ.ศ. ๒๔๙๑ ไม่เท่าไรก็เลิกวางไป หลังจากนั้นก็มีตำราแบบนั้นขึ้นมาแทนโดยนักวิชาการของไทยเอง เช่น พระยานิติศาสตร์ไพศาล (ของทางธรรมศาสตร์) หรือของพระวรภักดีพิบูลย์ (ม.ล. นภา ชุ่มสาย ของทางจุฬาฯ) เป็นต้น แต่ถ้าเราจะพิจารณาจากเนื้อหาในส่วนที่เป็นการค้นคว้าอดีตของไทยอย่างแท้จริงแล้ว จะเห็นได้ว่า งานของ ร. แลงกาตั้นมีความลึกซึ้ง กว้างขวาง และเป็นวิชาการอย่างยอดเยี่ยม มีลักษณะที่เป็นตำรามากกว่า “คำบรรยาย” อย่างรวบรัด ดังจะเห็นได้ว่า แม้เมื่อ จิตร ภูมิศักดิ์ ต้องการวิเคราะห์ “สังคมศักดินา” ของไทย ใน โหมมหนักศักดินาไทย (พ.ศ. ๒๕๐๐) นั้น ก็ได้อาศัยงานของแลงกาตั้นอย่างมาก (ถึงแม้ว่าการตีความเรื่องกรรมสิทธิ์ที่ดินของ ร. แลงกาตั้นและจิตร ภูมิศักดิ์ จะแตกต่างกันด้วยปัญหาทางอุดมการณ์ก็ตาม

หนังสือชุดนี้เมื่อพิจารณาสำนวนภาษา พบว่า เล่มหนึ่ง : ข้อความเบื้องต้น และ เล่มสอง : ละเมิด ที่พิมพ์เป็นครั้งแรก พ.ศ. ๒๔๗๘ มีความแตกต่างจากเล่มสามและเล่มสี่ กล่าวคือ สองเล่มแรก แลงกาตั้นใช้สรรพนามแทนตัวว่า “ข้าพเจ้า” อยู่ตลอดเล่ม และเมื่อมีการแก้ไขพิมพ์เป็นครั้งที่สองนั้น ที่แก้ไขคือศัพท์บางคำเพื่อให้สละสลวยขึ้น เช่น ใช้คำว่า “สละ” แทน “ทิ้ง” หรือ “รับทราบให้รู้ตัว” แก้เป็น “สังวร” หรือ “ความจงนจนทาง” แก้เป็น “ความจงนสนเท่ห์” เป็นต้น นอกจากนี้ก็เป็นคำผิดที่ตกไปและคำที่พิมพ์ผิด และที่น่าสนใจ คือ การแก้ไขข้อความในฉบับละเมิด โดยยังคงเนื้อหาไว้ แต่เปลี่ยนที่ของประโยคใหม่

ใน เล่มสาม : สัญญา นั้นมีผู้แปลระบุไว้ คือ นายเสนอ สุขะนันท์ ส่วนเล่มสี่ : กฎหมายที่ดิน ไม่มีชื่อผู้แปล ในเล่มที่สี่พบคำว่า “อาจารย์ผู้สอน” ในหน้า ๕๕ และ “ท่านอาจารย์” ในหน้า ๕๖ ซึ่งหมายถึงแลงกาตั้น ถ้าแลงกาตั้นเขียนเองก็ไม่จำเป็นต้องใช้สรรพนามนี้ ดังนั้น จึงอาจเป็นไปได้ว่าหนังสือชุดนี้ทั้งหมด ร. แลงกาตั้น เขียนเป็นภาษาฝรั่งเศสก่อน แล้วมีคนแปลเป็นภาษาไทย และแลงกาตั้นก็อาจจะตรวจสอบภาษาไทยนั้นอีกทีหนึ่ง

ร. แลงกาตั้นทำงานในเมืองไทยจนถึงปี ๒๔๘๓ จึงเดินทางออกไป ในช่วงเวลาที่แลงกาตั้นเดินทางออกจากประเทศไทยนี้ พอดีเกิดวิกฤติการณ์ระหว่างไทยกับฝรั่งเศส ซึ่ง

ขยายเป็นสงครามเกี่ยวกับดินแดน เสียมเรียบ พระตะบอง ในกัมพูชา และดินแดนฝั่ง
ขวาของแม่น้ำโขงในลาว ทำให้คนฝรั่งเศสต้องออกจากประเทศไทยไป (แต่แลงการ์ดออกไป
ไปด้วยสาเหตุนี้ด้วยหรือไม่ยังไม่ทราบชัด)

เมื่อแลงการ์ดออกไปแล้ว วิชาประวัติศาสตร์กฎหมายไทยยังมีหนังสือทั้ง ๔ เล่ม
ของท่านใช้ประกอบการเรียนของนักศึกษาปริญญาโทของธรรมศาสตร์อยู่ แต่ในปี พ.ศ.
๒๔๙๒ (ภายหลังการรัฐประหาร ๒๔๙๐ ซึ่งทำให้กลุ่มทหารบกของจอมพล ป. พิบูล-
สงครามขึ้นมามีอำนาจแทนกลุ่มของนายปรีดี พนมยงค์) ได้มีการเปลี่ยนแปลงหลักสูตร
ในมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ แบ่งเป็นคณะต่างๆ ซึ่งคณะนิติศาสตร์มีพระยานิติศาสตร์-
ไพศาล เป็นคณบดี และเป็นอาจารย์วิชาประวัติศาสตร์กฎหมายไทยอีกด้วย ดังนั้นใน พ.ศ.
๒๔๙๔ จึงมีหนังสือ ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย ของพระยานิติศาสตร์ไพศาลพิมพ์ขึ้นมา

หนังสือ (ในรูปคำสอน) โหมนี้คงใช้แทนของแลงการ์ดไปโดยปริยาย และไม่มีการ
พิมพ์งานของแลงการ์ดอีกหลังจากนั้น ซึ่งเป็นเรื่องน่าเสียดายอย่างยิ่ง เพราะในส่วนที่เกี่ยว
กับประวัติศาสตร์ของกฎหมายแล้ว ถ้าหากจะลองเปรียบเทียบต้นฉบับกันดู ก็ยังไม่มีผู้ใด
ค้นคว้าได้ละเอียด ลึกซึ้ง และกว้างขวางเท่ากับของแลงการ์ดดังที่ได้กล่าวมาแล้ว ลักษณะ
งานของแลงการ์ดเป็นงานที่หนักแน่นทางวิชาการอย่างแท้จริง ไม่ฉาบฉวย มีการดูประเด็น
ปัญหาในมุมกว้าง วางพื้นฐานการวิเคราะห์ไว้เพื่อการค้นคว้าต่อ มีการศึกษาลักษณะของ
กฎหมายในแง่ของความเคลื่อนไหว มีการทำเชิงอรรถและอ้างอิงเอกสารอื่นๆ ในขณะที่
ตำรารุ่นหลังดูประเด็นเป็นคำบรรยายอย่างง่าย ๆ ขาดการอ้างอิง และดูจะสรุปประเด็น
ชนิดที่ไม่กระตุ้นให้เกิดการสืบต่อค้นคว้าอีกต่อไป เมื่อเป็นเช่นนี้ก็หมายความว่าการศึกษา
ด้านนี้ได้สะดุดหยุดลงอย่างน่าเสียดาย

หลังจาก ร. แลงการ์ดออกจากประเทศไทยไป ท่านเป็นศาสตราจารย์ทางกฎหมาย
ในเวียดนามระหว่าง พ.ศ. ๒๔๙๔-๒๔๙๘ และยังคงดำรงตำแหน่งที่ปรึกษาทางกฎหมายให้
กับรัฐบาลกัมพูชาใน พ.ศ. ๒๔๙๘ อีกด้วย

ถึงแม้ท่านจะไปอยู่เวียดนาม แต่ก็ไม่ได้ละเลยการศึกษาค้นคว้าเกี่ยวกับประวัติ
ศาสตร์กฎหมายไทย ยังมีงานเขียนด้านนี้ออกมาอย่างสม่ำเสมอ มีบทความที่ตีพิมพ์ที่
เวียดนามที่เกี่ยวกับเมืองไทยอีก และเมื่อปี พ.ศ. ๒๔๙๓ แลงการ์ดได้เดินทางมาบรรยาย
เรื่อง Evolution of the Conception of Law in Burma and Siam ที่สยามสมาคม
อีกด้วย ในปี พ.ศ. ๒๕๐๔ แลงการ์ดทำงานในตำแหน่ง directeur d'études ที่ Ecole

Pratique des Hautes Etudes (Section 6), Sorbonne กรุงปารีส ในช่วงหลังนี้ งานค้นคว้าและงานเขียนของท่านเป็นเรื่องเกี่ยวกับกฎหมายอินโดจีนและอินเดีย งานสำคัญชิ้นหนึ่งในช่วงนี้ที่พิมพ์ออกมา คือ The Classical Law of India ดังที่กล่าวมาแล้ว ร. แลงการ์ด ถึงแก่กรรมเมื่อวันที่ ๗ พฤษภาคม พ.ศ. ๒๕๑๕ ที่กรุงปารีส

ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย ของ ร. แลงการ์ด ๔ เล่มนี้ เป็นงานค้นคว้าทางวิชาการที่สมบูรณ์แบบที่สุดเล่มหนึ่ง ทั้งนี้ผู้เขียนได้ค้นคว้าและตรวจสอบเอกสารเก่าอย่างละเอียดถี่ถ้วน เป็นการทางานวิชาการจากหลักฐานขั้นต้นมากกว่าการพึ่งหลักฐานชั้นรองแต่เพียงอย่างเดียว ดังที่เราเห็นในงานประเภทเดียวกันของท่าน ถ้าจะกล่าวโดยย่อ งานของแลงการ์ดชุดนี้มีจุดเด่นอยู่ ๒ ประการ คือ หนึ่ง เป็นงานทางวิชาการที่สะท้อนให้เห็นการใช้หลักฐานเอกสารเก่าอย่างมีประสิทธิภาพ การวิเคราะห์จากเอกสารเก่าทำในมุมมองกว้างด้วยการวางพื้นฐานเปรียบเทียบและตัวอย่างจากสังคมอื่นๆ และเป็นกาวิเคราะห์ที่เบ็ดเสร็จให้มีการค้นคว้า ตั้งคำถาม และสร้างเสริมวิชาการต่อไปอีก มิได้เป็นการพูดถึงปัญหาที่มีลักษณะหยุดนิ่ง หรือทำให้เกิดการยุติตายตัวทางวิชาการแต่อย่างใด

สอง งานของแลงการ์ดเป็นพื้นฐานของการเข้าใจสังคมไทยในอดีตอย่างดี มีลักษณะของการปูพื้นเพื่อการศึกษาสังคมและเศรษฐกิจของไทย ฉะนั้น งานนี้ก็น่าจะเป็นบันไดขั้นแรกขั้นหนึ่งของนักวิชาการไทยปัจจุบัน ที่พยายามเฝ้หาแนวทางในการศึกษาประวัติศาสตร์สังคมและเศรษฐกิจ เพื่อหลีกเลี่ยงประวัติศาสตร์การเมือง (ประเภทคับแคบ)

ในหนังสือเล่มหนึ่ง : ข้อความเบื้องต้น นั้น ร. แลงการ์ดได้ปูพื้นฐานการศึกษาประวัติศาสตร์กฎหมายโดยวางแนวทางแบบการศึกษาด้านอารยธรรม กล่าวคือ ปูพื้นอย่างกว้างๆ ให้เห็นประวัติความเป็นมาของกฎหมายจากสังคมเด่นๆ ของโลก เช่น บาบิโลน อียิปต์ กรีก จีน อินเดีย และโรมัน วิธีการปูพื้นในแนวอารยธรรมเช่นนี้ เราจะพบในงานเขียนเกี่ยวกับประวัติศาสตร์กฎหมายในรุ่นหลังๆ อยู่อีกมากทีเดียว ซึ่งเป็นลักษณะของการเข้าสู่ปัญหาและการศึกษาในวงกว้าง แล้วตีวงให้แคบลงมาเฉพาะสังคมใดสังคมหนึ่ง

เมื่อตีวงแคบลงมาสู่สังคมไทย แลงการ์ดก็ทำการสำรวจหลักฐานเก่าที่มีของไทย (ในสมัยของท่าน) เช่น การศึกษาศิลาจารึกสมัยสุโขทัย จากนั้นก็พิจารณาหลักฐานทางด้านกฎหมายของอยุธยาและต้นรัตนโกสินทร์ (กฎหมายตราสามดวง) ตลอดจนกฎหมายในสมัยรัชกาลที่ ๔ และ ๕

ในด้านประวัติของกฎหมายไทยนี้ แลงการ์ดพยายามชี้ให้เห็นอิทธิพลของเขมรและมอญ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีแม่บทกฎหมายที่สำคัญที่ไทยได้จากรวมคือ พระธรรมศาสตร์ โดยชี้ว่ากฎหมายไทยนั้นไม่น่าจะได้อิทธิพลโดยตรงจากฮินดู แต่ถึงแม้อิทธิพลมอญ (ธรรมสถัตัม หรือ ธรรมลัทธา ของมอญนี้ แลงการ์ดใช้ตัวสะกดทั้งสองแบบปะปนกันไป ซึ่งเข้าใจว่าคงเกิดจากปัญหาคนแปลคนละคนกัน หรือไม่ก็เป็นปัญหาการพิมพ์) จะปรากฏอยู่ในไทยแต่แรกก็ตาม แต่แลงการ์ดก็พยายามแยกความแตกต่างของพระธรรมศาสตร์ของไทย กับ ธรรมสถัตัม (หรือธรรมลัทธา) ของมอญ

ประเด็นนี้ของ ร. แลงการ์ดน่าสนใจ กล่าวคือ ในการศึกษาเกี่ยวกับอดีตทางด้านอิทธิพลความคิดและวัฒนธรรมนั้น นักวิชาการส่วนใหญ่มักมองหาคำตอบเกิดของวัฒนธรรมของไทยจากอินเดีย แต่ในข้อเท็จจริงทางประวัติศาสตร์แล้วเราจะเห็นว่า ทางเดินของอารยธรรมอินเดีย (ไม่ว่าจะเป็นศาสนา ปรัชญา การเมือง เช่น สถาบันกษัตริย์) นั้น มิได้เดินเข้าสู่สังคมไทยโดยตรง แต่เป็นการเดินผ่านเขมรและมอญ แล้วจึงมาถึงไทย น่าเสียดายที่ว่า ร.แลงการ์ดยังมีได้สืบสาวให้ลึกลงไปถึงอิทธิพลของลังกาที่เป็นผู้สืบทอดวัฒนธรรมทางศาสนาและการเมืองของอินเดีย (ในยุคที่พุทธศาสนาเสื่อม) ก่อนที่ลังกาจะเผยแพร่ไปสู่มอญ พม่า ไทย เขมร (เหมือนดังที่มีผู้กล่าวว่า การทำความเข้าใจไขว่คว้าให้ได้ต้นส่วนหนึ่งคือการศึกษาลังกา) แต่นี่ก็เป็นงานที่จะต้องเรียกร้องจากนักประวัติศาสตร์โดยตรง มิใช่จากนักกฎหมายอย่างแลงการ์ด

ในส่วนสุดท้ายของหนังสือเล่มหนึ่ง แลงการ์ดจับลงด้วยการแบ่งยุคสมัยของประวัติศาสตร์กฎหมายไทยออกเป็น ๔ สมัยด้วยกัน คือ สมัยอยุธยา สมัย ๓ รัชกาลแรกของรัตนโกสินทร์ (ซึ่งหมายถึงสมัยสยามเดิม) สมัยรัชกาลที่ ๔ และต้นรัชกาลที่ ๕ (ซึ่งเป็นสมัยหัวเลี้ยวหัวต่อของการเปลี่ยนจากสมัยสยามเดิมสู่การปฏิรูป) และสมัยประมวลกฎหมาย (อันเป็นสมัยที่เห็นการปฏิรูปได้ชัดเจน อันเป็นผลมาจากอิทธิพลของตะวันตก)

จะเห็นได้ว่าในแง่ของประวัติศาสตร์ของกฎหมายไทยนั้น ร. แลงการ์ดจะให้ความสำคัญต่อ ๓ สมัยแรกมาก เพราะนั่นถือเป็นประวัติศาสตร์ของกฎหมายในระยะที่ท่านกำลังศึกษาอยู่ แต่เมื่อถึงสมัยสุดท้าย คือ สมัยประมวลกฎหมาย แลงการ์ดจะให้ความสำคัญต่อสมัยนี้ไว้ในงานเขียนของท่านน้อย อันอาจเนื่องจากว่าสมัยสุดท้ายนั้น เป็น “ปัจจุบัน” ของท่าน ผู้ที่ต้องการศึกษาศาสตร์สมัยสุดท้ายนี้ (ซึ่งกลายเป็นประวัติศาสตร์ของคนยุคปัจจุบันของเราขณะนี้) จะต้องค้นคว้าเพิ่มเติมจากงานอื่น ๆ

ในประเด็นที่กล่าวไว้ว่า งานของ ร. แลงการ์ด เป็นพื้นฐานของความเข้าใจสังคมในอดีตของไทยอย่างตื้นนั้น จะเห็นได้ว่าในหนังสือ เล่มสอง : ละเมิด และ เล่มสาม : สัญญา (รวมทั้งเล่มสี่ : กฎหมายที่ดิน ที่จะกล่าวถึงภายหลังนั้น) จะช่วยให้เราพอสร้างภาพของสังคมในอดีตได้ เช่น ในเรื่อง “ละเมิด” ซึ่งแลงการ์ดให้ความสำคัญมากกว่า “สัญญา” นั้น ท่านชี้ให้เห็นถึงความสัมพันธ์ของบุคคลในสังคม จากทฤษฎีการมองเป็นวิวัฒนาการ กล่าวคือ ท่านชี้ให้เห็นว่าการละเมิด อันทำให้เกิดความเสียหายในสมัยศักดินาบรรพที่มึ่หลักของการชดใช้ “ตาต่อตา ฟันต่อฟัน” นั้น กลายมาเป็นการที่รัฐเข้ามาจัดการเรื่องนี้อย่างไร คือ ในรูปของการปรับ (ที่เรียกว่า “สินไหม” และ “พินัย”) นั้น เป็นลักษณะเด่นมากที่เราจะเห็นได้จากสังคมอยุธยา ซึ่งสะท้อนให้เห็นอำนาจของส่วนกลางของรัฐ คือ กษัตริย์ ซึ่งมีลักษณะของการรวมอำนาจที่ศูนย์กลางของอยุธยาและรัตนโกสินทร์อย่างมากมาก่อนแล้ว

แลงการ์ดเป็นนักกฎหมายที่ให้ความสำคัญทางด้านนิติศาสตร์ (ว่าด้วยรากฐานของศัพท์) มาก ฉะนั้น ท่านจึงเน้นถึงความสำคัญที่จะเข้าใจบางคำจากกฎหมายเก่า เช่น ละเมิด ซึ่งเป็นกรละเมิดพระราชอาญา มากกว่าการละเมิดทางแพ่งที่เราเข้าใจกันในปัจจุบัน การเน้นความสำคัญด้านนี้จะช่วยให้การศึกษาสังคมอยู่ในลักษณะเคลื่อนไหวตลอดเวลา (ด้วยการเปรียบเทียบ) แทนที่จะมองสังคมในลักษณะหยุดนิ่ง โดยถือว่าคำหนึ่งนั้นมีความหมายเหมือนกันหมดทุกยุคทุกสมัย

ความสนใจด้านนี้ของแลงการ์ด ทำให้ท่านพยายามชี้ให้เห็นประเด็นเล็กน้อยบางประเด็น เช่น การชี้ว่าคำบางคำทางกฎหมาย เช่น ประบัติ (ซึ่งแปลว่า “ทำให้ทรัพย์สินของผู้อื่นสูญหาย หรือยกยอกทรัพย์สินของผู้อื่น”) หรือ โฉนด (ซึ่งแปลว่า “หนังสือ”) นั้น เป็นคำเขมรที่ไทยยืมมาใช้ พิจารณาอย่างเผินๆ ก็จะเห็นว่าก๊ตที่ทราบรากศัพท์ แต่ทว่าพิจารณาให้ลึกกลงไปแล้ว แลงการ์ดได้แย้มให้เห็นถึงลักษณะอันหลากหลายของสังคมในอดีต เป็นลักษณะของสังคมในรูป “อาณาจักร” ที่มีพื้นฐานอยู่กับความหลากหลายแตกต่างกันมากกว่ารูปของสังคม “รัฐชาติ” ในสมัยใหม่ ที่พยายามผลักดันสิ่งที่เรียกว่า “เอกภาพ” ในสังคมไทย ทั้งๆ ที่ความเป็นจริงแล้วสังคมไทยวางพื้นฐานอยู่กับความหลากหลายแตกต่างกัน และก็อยู่กันได้มาเป็นเวลานาน มากกว่าเอกภาพหรือความเหมือนกันด้วยซ้ำไป

ใน เล่มสาม : สัญญา แลงการ์ดชี้ให้เห็นว่า ในอดีต สิ่งที่เรียกว่าสัญญานั้นมีน้อย^{๕๕} หนึ่งเพราะสภาพของสังคมขาดการค้าขายและธุรกิจ การค้าขายขนาดใหญ่ เช่น การค้ากับต่างประเทศก็เป็นสิ่งผูกขาดโดยกษัตริย์ ดังนั้น ทางด้านกฎหมายเรื่อง “สัญญา” จึงมีอยู่

เบาบาง แต่กระนั้นก็ตาม สัญญาที่มีอยู่ก็ทำให้เราทราบถึงสภาพสังคมที่เกี่ยวกับภารกิจเงิน (อัตราดอกเบี้ย) การขายฝากทาส—สินค้า—อสังหาริมทรัพย์ (บ้านและที่ดิน) ตลอดจน การเช่า “สำเภา” ไปทำการค้ากับต่างประเทศได้

ร. แลงการ์ดทิ้งมรดกที่สำคัญทางการศึกษาดีต่อไทยไว้ในหนังสือ เล่มสี่ : กฎหมาย ที่ดิน ประเด็นว่าด้วย “ที่ดิน” นี้กลายเป็นประเด็นถกเถียงของคนรุ่นหลังนี้มาก ไม่ว่าจะ มาจากทัศนคติอนุรักษนิยม เสรีนิยม สังคมนิยม หรือตลอดจนมาร์กซิสต์ ในขณะที่นัก คิดนักเขียนส่วนหนึ่งพากันขบประเด็น “ที่ดิน” อยู่นั้น ร. แลงการ์ดได้เปิดประเด็นนี้ไว้ หลายสิบปีแล้ว และก็ได้รับสรุปไว้บางประการว่า ในอดีตนั้น ที่ดินเป็นของพระเจ้าแผ่นดิน ประชาชนซื้อขายกันไม่ได้ และสิทธิในที่ดินก็เบาบาง ผูกพันอยู่กับการครอบครองด้วย

ตามทฤษฎีของแลงการ์ด ท่านได้ตีวงกว้างในการศึกษาประเด็นที่ดินจากสังคม ไทยนอกเหนือประเทศไทยไปอีก และก็พบว่าสังคมที่มีลักษณะดั้งเดิมของไทยที่ยังหลง เหลืออยู่ในลาวและตังเกี๋ยนั้น ที่ดินเป็นของประมุข ประมุขจะจัดสรรแบ่งให้ประชาชน เป็นระยะ ๆ ไป แต่เมื่อสังคมไทย (ในประเทศไทย) เข้าสู่ยุคสุโขทัยและอยุธยาแล้วนั้น การที่ประมุขเรียกที่ดินคืนแล้วแบ่งให้ใหม่เป็นระยะ ๆ ได้หมดไปแล้ว แต่ประมุข (ซึ่ง ตอนนี้จะเรียกว่าพระมหากษัตริย์ หรือพระเจ้าแผ่นดินก็ตาม) ยังจะยืนยันสิทธิของตนตาม นิติชนัย ดังนั้น จึงเห็นได้ว่าตั้งแต่สมัยต้นอยุธยา มีการประกาศยืนยันว่าที่ดินเป็นของ พระมหากษัตริย์ และประชาชนก็จะซื้อขายกันไม่ได้ (ซึ่งในทางพฤตินัย เราจะเห็นอีกว่า กฎหมายเช่นนี้เป็นหมันไปตามกาลเวลา)

ความละเอียดถี่ถ้วนของแลงการ์ด ทำให้ท่านแจกแจงประเด็นของกรรมสิทธิ์เหนือ ที่ดินต่อไปอีก คำว่า “กรรมสิทธิ์” อย่างที่เราเข้าใจกันในการมีที่ดินในปัจจุบันนั้น หาได้ เก่าแก่มากมายนักไม่ คำนี้ใช้ในความหมายสมัยใหม่ คือตั้งแต่ พ.ศ. ๒๔๔๔ ในสมัยรัชกาล ที่ ๕ ซึ่งมีการออก “โฉนดแผนที่” มีการรังวัดที่ดินกันอย่างแน่นอนโดยเริ่มทำในมณฑล อยุธยา กรุงเทพฯ นครชัยศรี ฯลฯ แลงการ์ดสะท้อนภาพความเปลี่ยนแปลงของคุณค่า ของที่ดินอย่างชัดเจน ในเมื่อที่ดินเริ่มมีราคาขึ้นในสมัยรัชกาลที่ ๔ อันตรงกับการเปลี่ยนแปลงทางเศรษฐกิจครั้งใหญ่ของสมัยนั้น ที่มีการเพาะปลูกข้าวจำนวนมาก เพื่อส่งเป็น สินค้าขายออกหลักของประเทศ และการกว้านซื้อที่ดิน การมีเจ้าที่ดินขนาดใหญ่ก็เริ่มจาก สมัยนี้ ดังนั้น เมื่อมองย้อนกลับไป คำว่า “โฉนด” ก็มีความหมายแตกต่างกันตามเวลา และสภาพของสังคม ในขั้นต้นความหมายเก่าก็เป็นไปในแง่ของจุดประสงค์ในการเก็บภาษี ที่ดินของรัฐบาล มากกว่าจะเป็นเอกสารยืนยัน “กรรมสิทธิ์” ในสมัยใหม่

ในอดีต สิทธิในที่ดิน มีลักษณะเบาบางและไม่มั่นคง และผูกพันกับการครอบครอง ซึ่งหมายความว่าประชาชนทั่วไปไม่มีสิทธิในที่ดินก็ต่อเมื่อตนทำกินอยู่บนที่ดินนั้น ถ้าย้ายออกไปเกินกำหนดเวลาหนึ่งก็สามารถขาดสิทธิได้ และสิทธิเหนือที่ดินนี้รัฐบาล (พระมหากษัตริย์) สามารถจะเรียกคืนเมื่อไรก็ได้ (ดังจะเห็นได้จากเรื่องที่ว่า ภิรบชาบาตร)

ร. แลงการ์ด ได้ชี้ให้เห็นถึงวิวัฒนาการของที่ดินตั้งแต่ก่อนสุโขทัยและอยุธยาเรื่อยมา ดังนั้น หลักการต่างๆ ที่ปรากฏในกฎหมายก็มีการเปลี่ยนแปลงเรื่อยมาด้วย ถึงแม้จะมีกฎหมายของรัฐบาลห้ามการซื้อขายที่ดินในหมู่ประชาชนก็ตาม ทั้งหลักฐานต่างประเทศ (เช่น ลาลูแบร์ พ.ศ. ๒๒๓๑ ในสมัยพระนารายณ์ฯ) และหลักฐานกฎหมายไทยที่ออกมาในสมัยปลายอยุธยา ก็ชี้ให้เห็นมาตรการนั้นเป็นหมันไป มีการเริ่มซื้อขายที่ดินกันบ้าง แม้จะไม่มากก็ตาม แต่จะมาเห็นชัดในสมัยรัชกาลที่ ๔

น่าเชื่อว่าหากเราจะให้ความสนใจต่องานชิ้นนี้ของ ร. แลงการ์ดแล้ว เราก็คงสามารถจะมีพื้นฐานของการศึกษาเข้าใจสังคมในอดีตของเราได้มากขึ้น ดังนั้น หนังสือชุดนี้ของแลงการ์ด คงจะมีประโยชน์ครอบคลุมการศึกษาในรูปลักษณะใหม่หลายสาขา ไม่ว่าจะเป็นประวัติศาสตร์กฎหมายตามแนวคิดศาสตร์ที่ท่านตั้งใจเขียนขึ้นมาโดยตรง หรือก้าวเลยไปสู่ประวัติศาสตร์ทั้งทางด้านสังคมและเศรษฐกิจที่เรากำลังเฝ้ามองกัน หรือทางด้านรัฐศาสตร์ ภาษาศาสตร์ วรรณคดี หรือข้ามไปยังสาขาใหม่ๆ เช่น สังคมวิทยา มานุษยวิทยา ก็ตาม ในการจัดพิมพ์ครั้งนี้ทางมูลนิธิโครงการตำราสังคมศาสตร์และมนุษยศาสตร์ต้องขอขอบคุณผู้มีรายนามต่อไปนี้ คือ ศาสตราจารย์ วิจิตร ลุฬิตานนท์ ศาสตราจารย์ จิตติ ดิงศภักย์ กิตติศักดิ์ ปรกติ สุเนตร ชุตินทรานนท์ สุภาภรณ์ จรัสวัฒน์ และสายชล วรรณรัตน์ ที่มีส่วนช่วยในการนำผลงานทางวิชาการที่สำคัญที่สุดชิ้นหนึ่งกลับมาสู่มหาชนอีกครั้ง

มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

กันยายน ๒๕๒๔

- (๑) M.B. Hooker, **A Concise Legal History of Southeast Asia**, Oxford: Clarendon Press, 1978, pp. 183-85; and see also Frank C. Darling, "The Evolution of Law in Thailand," **Review of Politics**, 32: 1970, pp. 197-218, see also Walter F. Vella, **The Impact of the West on Government in Thailand**, Berkeley: University of California Press, 1955, chapter 1.
- (๒) โปรดดูประวัติย่อของ ร. แลنگกาต์ และผลงานเขียนของท่านทำยบพหน้า ซึ่งคัดมาจาก Robert Lingat, **The Classical Law of India**, Berkeley: University of California Press, 1973, pp. 278-89.
- (๓) ลองเปรียบเทียบงานของแลงกาต์ชิ้นนี้ กับ การมองประเด็นเรื่องทาสใน พระยานิติศาสตร์ไพศาล, ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย, คำสอนชั้นปริญญาตรี พ.ศ. ๒๕๐๑-๐๒, พิมพ์ครั้งที่ ๖, ๒๕๐๒, หน้า ๙๑-๙๒.
- (๔) James C. Ingram, **Economic Change in Thailand 1850-1970**, Stanford: Stanford University Press, 1971, pp. 33-35.
- (๕) ดิเรก ชัยนาม, "วิวัฒนาการกฎหมายไทย," **ตุลหาญ**, ๑๓:๑, หน้า ๗-๒๖ และพระยานิติศาสตร์ฯ, อ้างแล้ว, หน้า ๑๑๔-๓๒ ส่วนรายละเอียดของการร่างกฎหมายใหม่ทั้งหมดนั้น ควรดูจาก พัชรินทร์ เปี่ยมสมบูรณ์, "การปฏิรูปกฎหมายของประเทศไทย ตั้งแต่ พ.ศ. ๒๔๑๑-๒๔๗๘," **วิทยานพนธ์แผนกประวัติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย**, ๒๕๑๗ และในด้านประวัติศาสตร์ของกฎหมายอยุธยา ควรดูผลงานซึ่งไม่สู้เป็นระบบนักของ ม.ร.ว. เสนีย์ ปราโมช, "กฎหมายสมัยอยุธยา," **รวมปาฐกถางานอนุสรณ์อยุธยา ๒๐๐ ปี**, เล่ม ๑, องค์การคำของคุรุสภา, ๒๕๑๐, หน้า ๔๐-๔๔.
- (๖) พระยานิติศาสตร์ไพศาลกล่าวว่า ความจริงยังมีการพิมพ์อีกครั้งหนึ่งก่อนหน้าฉบับของกรมหลวงราชบุรีฯ ซึ่งหลวงดำรงธรรมสาร ผู้พิพากษาศาลอาญาจัดพิมพ์ขึ้นภายใต้ชื่อ กฎหมายเก่าใหม่ แต่มิได้กล่าวว่าพิมพ์ขึ้นเมื่อปีใด พระยานิติศาสตร์ฯ, อ้างแล้ว, หน้า ๙๔.

- (๗) “คำนำของผู้ประศาสน์การมหาวิทยาลัย”, มหาวิทยาลัยวิชาธรรมศาสตร์และการเมือง, ประมวลกฎหมายรัชกาลที่ ๑ จุลศักราช ๑๑๖๖ พิมพ์ตามฉบับหลวงตรา ๓ ดวง, ๓ เล่ม, ๒๔๘๑-๘๒.
- (๘) ดู “คำปรารภ” ของ ร. แลงกาด์ และ ย. เบอ์เนย์ ใน **Lois Siamois Code De 1805 A.D.**, Bangkok: Imprimerie de l' Assomption, 1930.
และดู “คำนำ” ของผู้ประศาสน์การมหาวิทยาลัย” กับ “คำนำของผู้จัดพิมพ์” ประมวลกฎหมายรัชกาลที่ ๑, อังแล้ว.

มหาวิทยาลัยวิชาธรรมศาสตร์และการเมือง

คำสอนชั้นปริญญาโท

พุทธศักราช ๒๔๗๘

พิมพ์ครั้งที่ ๓

เล่ม ๑

ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย

(กฎหมายเอกชน)

ข้อความเบื้องต้น

โดย

ร. แลงการ์ด

เนติบัณฑิตพิเศษ

ดอกเตอร์กฎหมายฝรั่งเศส

คำนำ

ในการพิมพ์คำสอนปี พ.ศ. ๒๕๗๘ เป็นครั้งที่ ๒ นี้ ข้าพเจ้าได้ตรวจแก้คำผิด และตัดตอนที่ไม่มีประโยชน์ออกเสีย ก็ได้เรียงข้อความในตอนที่ ๒ บทที่ ๑ ของคำสอนเรื่องละเมิดตามลำดับใหม่ แต่เนื้อความยังอยู่เช่นเดิม

อนึ่ง ในโอกาสนี้ ได้เปลี่ยนบรรดาเลขมาตราในประมวลกฎหมายรัชกาลที่ ๑ ซึ่งยกอ้างในคำสอนให้ถูกต้องกับลำดับเลขมาตราในฉบับพิมพ์ของมหาวิทยาลัย

ร. แลงการ์ด

สารบัญ

บทนำทั่วไป

ข้อความทั่วไปซึ่งว่าด้วยความผันแปรเป็นมาของกฎหมาย	๑
ประโยชน์ของการสอนประวัติศาสตร์กฎหมาย	๓
ข้อความรู้โดยสังเขปเกี่ยวกับกฎหมายของชาติสำคัญ ๆ ที่ให้กำเนิดแก่อารยธรรม	๕
คุณค่าอันเป็นพิเศษของกฎหมายโรมัน	๑๐

ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย

ข้อความเบื้องต้น

บทที่ ๑

การหาหลักฐานเพื่อประกอบ การศึกษาประวัติศาสตร์กฎหมายไทย

- | | |
|--|----|
| ๑. ลายจารึก | ๑๔ |
| ๒. เอกสารสมัยกรุงศรีอยุธยา | ๑๖ |
| ๓. ประมวลกฎหมายจุลศักราช ๑๑๖๖ (พ.ศ. ๒๓๔๗-๒๓๔๘) | ๑๗ |
| ๔. ตั๋วบทกฎหมายภายหลังการประมวลกฎหมายรัชกาลที่ ๑ | ๓๐ |
| ๕. หนังสือรวบรวมคำพิพากษา | ๓๒ |

บทที่ ๒

กำเนิดเดิม

- | | |
|-------------------------------|----|
| ๑. จารีตประเพณีเดิมของไทย | ๓๓ |
| ๒. อิทธิพลของกฎหมายเขมรและมอญ | ๓๓ |
| ๓. อิทธิพลของกฎหมายฮินดู | ๓๗ |
| ๔. การกำเนิดของกฎหมายไทย | ๔๑ |

บทที่ ๓

การแบ่งต่างๆ อย่างทั่วไป

- | | |
|---|----|
| ๑. การแบ่งสมัยสำคัญๆ ในประวัติศาสตร์กฎหมายไทย | ๔๗ |
| ๒. การแบ่งกฎหมายอย่างเก่าและการแบ่งในคำสอนนี้ | ๕๒ |

ประวัติศาสตร์กฎหมาย

บทนำทั่วไป

ข้อความทั่วไปซึ่งว่าด้วยความผันแปรเป็นมาของกฎหมาย

๑. กฎหมายหรืออภินัยหนึ่งซึ่งรวมแห่งข้อบังคับทั้งหลาย ซึ่งใช้บังคับแก่กิจการต่าง ๆ ของมนุษย์ทางชุมชนนั้น ใช้ว่าเป็นสิ่งที่กำหนดแต่งตั้งขึ้นตามอำเภอใจของผู้เป็นประมุขในชุมชนโดยอิสระนั้นหาไม่. เมื่อพิเคราะห์ดูประวัติศาสตร์หรือความผันแปรเป็นมาของกฎหมาย จะเห็นได้ว่าข้อบังคับที่ประกอบรวมเรียกว่ากฎหมายนี้ ได้เป็นผลเกิดขึ้นโดยตรงจากอาการที่มนุษย์ได้เข้ามารวบรวมอาศัยกันอยู่เป็นชุมชนเพื่อดำเนินชีวิต. ข้อบังคับที่ว่านี้ได้ค่อย ๆ เกิดขึ้นทีละน้อย ๆ ตามลำดับเป็นลำดับ, สำหรับวางระเบียบความเกี่ยวพันอันมากหลายระหว่างมนุษย์ในชุมชนให้ค่อย ๆ เข้ารูปเรียบร้อยเห็นได้แน่นอนชัดเจน. ข้อบังคับเหล่านี้แสดงให้บุคคลทราบว่าตนสามารถจะกระทำการอันใดได้บ้าง โดยมีเป็นการรบกวนเสรีภาพของเพื่อนมนุษย์คนอื่น ๆ. กับอีกทางหนึ่งแสดงให้บุคคลทราบว่า ตนมีอำนาจที่จะห้ามมิให้ผู้อื่นก่อเหตุใด ๆ อันจะพึงทำให้ตนต้องได้รับความเสื่อมเสียโดยมิเป็นธรรม. ตามที่กล่าวมาโดยรวบรัดนี้พอจะเห็นได้แล้วว่า กฎหมายไม่ใช่สิ่งไกล, คือที่รวมแห่งข้อยอมและข้อห้ามซึ่งเป็นวิถีทางทำให้บุคคลที่ดำเนินชีวิตอยู่ในชุมชนแห่งใดแห่งหนึ่ง สามารถชวนช่วยประกอบกิจการต่าง ๆ เพื่อความเจริญก้าวหน้าของตนได้โดยอิสระ, กับทั้งโดยมิให้เป็นการกระทบกระเทือนต่อเสรีภาพของผู้อื่นอยู่ในชุมชนเช่นเดียวกับตนด้วย.

๒. ในสมัยดั้งเดิม, แรก ๆ ที่มนุษย์เข้ามารวบรวมอยู่เป็นชุมชน กฎหมายยังมิได้กระทำขึ้นเป็นลายลักษณ์อักษร คงเป็นแต่เพียงจารีตประเพณี กล่าวคือ ยังคงรวมอยู่ในขนบธรรมเนียม, ซึ่งเป็นสิ่งที่ค่อย ๆ เกิดขึ้นทีละน้อย ๆ เป็นลำดับโดยลำดับ เนื่องจากผลของการที่มนุษย์ดำเนินชีวิตอยู่ในระหว่างกันตามสภาพของตนที่มีความจำเป็นจะต้องอาศัยอยู่เป็นหมู่เป็นเหล่า. โดยอาการที่ในชั้นเดิมกฎหมายเป็นแต่เพียงจารีตประเพณีนี้เองที่เป็นทางทำให้เราสามารถเข้าใจได้ถึงเหตุที่ทำให้กฎหมายมีลักษณะต่าง ๆ กันตามประเทศชาติและสมัย. เหตุที่กล่าวนี้ก็คือจารีตประเพณีซึ่งถือเอาว่าเป็นกฎหมายนั้น เป็นเสมือน

เงาหรือสิ่งจำลองของนิสัยและความศรัทธาของบุคคล ย่อมจะผิดเพี้ยนต่างกันไปตามชาติ, ตามภูมิประเทศที่ตั้งของชุมชน, ตามเหตุการณ์ต่าง ๆ ทางประวัติศาสตร์ ฯลฯ ณ ปัจจุบันนี้ในชุมชนบางแห่ง, ซึ่งยังอยู่ในชั้นชุมชนสมัยแรก, เป็นที่สังเกตเห็นได้ว่า กฎหมายของชุมชนเหล่านั้นคงยังได้แก่จารีตประเพณี, ไม่ได้มีการขีดเขียนตราขึ้นไว้เป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษร. แต่โดยมากมนุษย์ที่อยู่รวมกันเป็นชุมชนย่อมรู้สึกโดยเร็วว่า ควรประกาศเปิดเผยให้รู้แน่ชัดถึงข้อบังคับบางประการ เพื่อให้สมาชิกในชุมชนนั้น เคารพปฏิบัติตามจารีตประเพณีอันถือว่าเป็นกฎหมายนั้นอย่างเคร่งครัด, หรือเพื่อให้ทราบถึงจารีตประเพณีให้ชัดเจนขึ้น, หรือเพื่อกำหนดลงไปให้แน่นอนถึงจารีตประเพณีนั้น. การกระทำเช่นนี้เป็นขั้นแรกแห่งกฎหมายลายลักษณ์อักษร, เป็นขั้นแรกแห่งการที่เกิดมีบทกฎหมายตามความเข้าใจกันในปัจจุบันนี้. ในชุมชนสมัยนี้ผู้ทรงอำนาจอธิปไตยแห่งชุมชนจะกระทำการแต่เพียงเพื่อควบคุม, เพื่ออำนวยให้ความสงบเรียบร้อย มีอยู่มั่นคงในระหว่างสมาชิกของชุมชนเท่านั้น. ในขณะที่กล่าวนี้ บทกฎหมายลายลักษณ์อักษร ยังคงเป็นแต่เพียงอุปกรณ์ของจารีตประเพณี, และต้องอาศัยยึดเอาจารีตประเพณีเป็นหลัก ในอันที่จะได้รับอำนาจความศักดิ์สิทธิ์ให้เป็นที่ได้รับความเคารพปฏิบัติตาม. ตามที่ได้กล่าวนี้ เป็นขั้นหนึ่งแห่งความเป็นมาในกฎหมาย ซึ่งประชาชาติในบางแห่งแม้ประชาชาติที่สำคัญๆ ยังคงอยู่ในขั้นนี้ ณ ปัจจุบันสมัยหรือเพิ่งจะคล้อยจากขั้นนี้ไปเป็นเวลาไม่นานเท่าใด.

๓. แต่ตามธรรมชาติความคิดของมนุษย์ย่อมดำเนินต่อไปเรื่อยๆ ไปหาอยู่คงที่ไม่ว่าทั้งนี้ก็เพราะความเกี่ยวพันต่างๆ ระหว่างมนุษย์ ยิ่งวันก็ยิ่งยุ่งยากโดยปรากฏขึ้นภายในลักษณะแปลกๆ ใหม่ ๆ เสมอมากขึ้น. กฎหมายอันเป็นข้อบังคับของความเกี่ยวพันระหว่างมนุษย์ จึงจะต้องได้รับความปรับปรุงให้ลงรูปเข้าได้กับความเกี่ยวพันที่กล่าวนี้, เพื่อจะได้นำมาใช้ให้เป็นผลสมกับความต้องการใหม่ๆ, อันเป็นเหตุให้เกิดความเกี่ยวพันนั้นๆ. ก็แต่ว่า จารีตประเพณีซึ่งมนุษย์ในชุมชนสมัยแรกใช้เป็นข้อบังคับความเกี่ยวพันระหว่างกันนั้น เป็นแต่เพียงข้อบังคับซึ่งจะใช้ได้แต่ในกรณีความเกี่ยวพันจะเฉพาะเป็นรายเรื่อง. จารีตประเพณีอย่างหนึ่งก็ใช้เฉพาะแก่กรณีความเกี่ยวพันอย่างหนึ่ง, ถ้ามีกรณีความเกี่ยวพันอีกอย่างหนึ่งเกิดขึ้น ก็ต้องใช้จารีตประเพณีอีกอย่างหนึ่ง. อาการเช่นนี้ย่อมจะขัดต่อความสะดวกอย่างยิ่งในเมื่อความเกี่ยวพันระหว่างมนุษย์ได้ยิ่งเกิดขึ้นแปลกๆ ใหม่ ๆ และยิ่งทวีจำนวนมากขึ้น. ฉะนั้นจึงจำเป็นต้องเกิดมีความคิดที่จะละวิธีวางข้อบังคับไว้สำหรับบังคับแก่กรณีเป็นรายเรื่อง และหาวิธีใหม่คือวิธีวางข้อบังคับอย่างกว้าง สามารถใช้บังคับแก่กรณีที่มี

ลักษณะเข้าอยู่ในประเภทเดียวกัน, อันเป็นวิธีให้หลักสำหรับแก้ปัญหาที่เกิดขึ้นใหม่ได้ผลสะดวกดี. จารีตประเพณีเป็นข้อบังคับที่ค่อยเปลี่ยนแปลงไปช้าๆ ต้องใช้เวลานาน และมักจะมีผลบังคับอยู่ตามเดิม, อาศัยเหตุนี้ จึงเกิดมีความจำเป็นที่จะต้องดำเนินให้ออกหน้าจารีตประเพณีไป. ความเกี่ยวพันของมนุษย์ที่เกิดขึ้นใหม่อย่างรวดเร็ว ไม่ยอมค่อยๆ ดำเนินตามหลังจารีตประเพณีอันเคลื่อนไปอย่างช้าๆ, ยิ่งกว่านั้นบางทีจะต้องเข้าทำการแก้ไขจารีตประเพณีเอาเสียเองโดยตรง จะมัวรอคอยให้ค่อยเปลี่ยนแปลงไปตามลำพังไม่ได้, และที่ยิ่งขึ้นไปอีก บางทีต้องทำการจัดตั้งบทบัญญัติขึ้นใหม่ที่เดียว เพื่อจะได้ใช้ให้เหมาะกับความเกี่ยวพันที่เกิดขึ้นใหม่ระหว่างบุคคล. ในความพยายามเพื่อที่จะจัดกฎหมายให้เป็นระเบียบมีข้อบังคับอย่างกว้างดังกล่าวนั้น เพื่อทำให้กฎหมายมีความเหมาะสมลงรูปกันได้ดีกับความเกี่ยวพันต่างๆ อันซับซ้อนของมนุษย์, และเพื่อทำให้กฎหมายบริบูรณ์ใช้ได้ผลครบถ้วนดี แนวความคิดของมนุษย์ได้ถูกชักจูงไปในแนวทางอันเป็นแนวของความคิดที่มนุษย์ทั้งปวงไม่ว่าจะเป็นชนชาติใดย่อมดำเนินไป และต้องเข้าเผชิญหน้ากับปัญหาอันยากทำนองเดียวกันด้วย, ฉะนั้นจึงไม่ควรนึกประหลาดเลยในเมื่อเราได้เห็นว่า ในระยะแห่งความเจริญของกฎหมายขึ้นนี้ ถึงแม้ว่าผู้ชนจะได้มีประเพณีแตกต่างกันก็ดี แต่ส่วนหลักกฎหมายนั้นถือตามทำนองเดียวกันทุกประเทศหรือตามทำนองอันเป็นระบอบเดียวกัน. ในบรรดาประเทศที่ได้บัญญัติกฎหมายขึ้นเป็นทำนองไปในทางวิทยาศาสตร์สำเร็จแล้ว กฎหมายย่อมมีลักษณะคล้ายคลึงกันอย่างน่าพิศวง.

ประโยชน์ของการสอนประวัติศาสตร์กฎหมาย

๔. เรื่องการที่กฎหมายมาจากจารีตประเพณีประการหนึ่ง และมาจากความคิดความเห็นของมนุษย์ เพื่อสนองความต้องการแห่งชุมชนมนุษย์อีกประการหนึ่ง ดังที่ได้กล่าวมาข้างต้นนี้ทำให้เข้าใจถึงประโยชน์ที่จะได้รับจากการสอนประวัติศาสตร์กฎหมาย. ประโยชน์ดังว่านั้นมีอยู่สองประการ.

๑. ในข้อที่กฎหมายเป็นเงาของจารีตประเพณี, ประวัติศาสตร์กฎหมายของประเทศหนึ่งย่อมเป็นข้อความรู้ในทางประวัติศาสตร์อันจะขาดเสียไม่ได้สำหรับผู้มีวัฒนธรรมอันดี. ประวัติศาสตร์กฎหมายจะทำให้บุคคลรู้จักระเบียบต่างๆ แห่งชุมชนของตนในอดีต, และการวิวัฒนาการของระเบียบต่างๆ แห่งชุมชนของตนนั้น. กล่าวคือให้รู้จักความก้าวหน้าในทางขนบธรรมเนียมประเพณี และอารยธรรมของชาติของตนเองทีเดียว. สำหรับนักนิติศาสตร์ วิชานี้ย่อมสอนให้หยั่งรู้มูลรากของระเบียบต่างๆ แห่งชุมชนใน

ปัจจุบัน, และฉะนั้นจึงช่วยทำให้มีความเข้าใจในระเบียบต่าง ๆ เหล่านี้ดีขึ้น. แต่เป็นที่เสียดายอย่างยิ่งที่ในประเทศไทยนี้ ผู้ฝึกไต่ทางประวัติศาสตร์กฎหมายยังมีน้อยที่สุด ประกอบกับทั้งที่จะค้นคว้าหาหลักฐานเพื่อได้ความรู้แน่นอนถึงกฎหมายโบราณของไทย ก็เป็นการที่กระทำได้ด้วยความยากลำบากด้วย จึงเป็นเหตุให้คำสอนของข้าพเจ้าในปีนั้น ไม่บรรยายถึงประวัติศาสตร์กฎหมายไทยโดยครบถ้วน แต่เป็นที่หวังอยู่ว่า ในปีต่อไป ชาวไทยคงมีความเอาใจใส่ทางประวัติศาสตร์กฎหมายยิ่งขึ้น และคงจะมีการค้นคว้ามากขึ้นด้วย. ฉะนั้นการสอนวิชาลักษณะประวัติศาสตร์กฎหมายไทยจึงคงจะขยายตัวเจริญขึ้นเป็นลำดับ.

๕. ๒. การศึกษาประวัติศาสตร์กฎหมายยังมีประโยชน์ที่ทำให้เรารู้สึกถึงวิธีต่าง ๆ ทางกฎหมายที่มนุษย์ได้คิดประดิษฐ์ขึ้นในอดีตกาล เพื่อแก้ความยุ่งยากให้ทุเลาลงหรือเพื่อตอบสนองความต้องการอันเกิดขึ้นเนื่อง ๆ ในชุมชน. เป็นที่ทราบกันอยู่แล้วว่าการสอนกฎหมายนั้นใช้จะมุ่งแต่เพียงอบรมบุคคลผู้มีหน้าที่ใช้กฎหมาย เช่น ผู้ที่จะเป็นทนายความหรือผู้พิพากษา เป็นต้น ให้คุ้นเคยมีความรู้ความเข้าใจในการใช้กฎหมายเท่านั้นก็หาไม่, ยังต้องมีจุดมุ่งหมายจะอบรมบุคคลให้เป็นพลเมืองที่สามารถจะหยั่งรู้ถึงคุณค่าของระเบียบแห่งชุมชนนั้น และจะช่วยให้ระเบียบต่าง ๆ แห่งชุมชนนั้นสมบูรณ์ยิ่งขึ้นอีกด้วย ฉะนั้นจึงน่าจะเข้าใจได้ดีว่าประวัติศาสตร์กฎหมายนั้นเป็นเสมือนเครื่องเพิ่มเติมอันสำคัญจะขาดเสียไม่ได้ เป็นคลังความรู้แห่งบรรดานักนิติศาสตร์ที่แท้จริง. โดยอาศัยประวัติศาสตร์กฎหมายนี้เอง นักนิติศาสตร์จึงสามารถรู้ถึงความมานะบากบั่นแห่งความคิดของมนุษย์ในอันที่จะรวบรวมจัดลำดับชั้นเชิง ทำกฎหมายให้เป็นวิทยานหนึ่งขึ้น กับทั้งยังได้รู้อีกด้วยว่า ในระหว่างใช้ความมานะบากบั่นอยู่นั้น ความคิดของมนุษย์ต้องตกอยู่ในความหลงเขว ต้องเตาตันคั่นคลำ, บางคราวก็ประสบความสำเร็จ และบางคราวก็ประสบความไม่สมหวัง. โดยอาศัยการเรียนรู้อันงานนี้ นักนิติศาสตร์จึงได้เห็นการณที่เกิดขึ้นเป็นความจริงทั้งในทางดีและทางเสีย. อันเป็นการณซึ่งบางทีกว่าจะผลิตผลให้เห็นก็ต้องใช้เวลาดังหลายศตวรรษ, การณที่เกิดขึ้นตามจริงนี้แหละที่นักนิติศาสตร์จะพึงรับเอามาเป็นข้อคำนึงสำหรับออกความคิดเห็นเพื่อเป็นทางยังประโยชน์ให้เกิดแก่ประเทศชาติของตน.

๖. หากจะถือเอาประโยชน์จากประวัติศาสตร์กฎหมายตามที่ได้กล่าวมานี้, เราจะเห็นได้ว่า เพียงการเรียนประวัติศาสตร์ของกฎหมายจะเพาะถิ่นหนึ่งประเทศหนึ่งนั้นหาเพียงพอจะอำนวยประโยชน์ให้ตั้งประสงค์ไม่ ต่อเมื่อนำเอาประวัติศาสตร์กฎหมายบรรดาที่มีอยู่ในโลกมากล่าวถึงนั้นแหละ ความประสงค์มุ่งหมายของเราจึงจะสำเร็จลงได้, เพราะประวัติศาสตร์แห่งกฎหมายนั้น ๆ จะได้ทำให้เรามองเห็นความคล้ายคลึงใกล้เคียง

แห่งวิธีแก้ไขปัญหาต่าง ๆ ของชุมชนในทางกฎหมายในสาขากฎหมายสาขาหนึ่ง ๆ ซึ่งปรากฏอยู่ในกฎหมายของประเทศต่าง ๆ. แต่ส่วนสภาพแห่งวิชากฎหมายหรือนิติศาสตร์ ณ ปัจจุบันนี้ยังอยู่ห่างไกลจากขีดอันสมบูรณ์พอที่เราจะทำการรวมพิเคราะห์ดังกล่าวมานี้ได้, เราจึงจำเป็นต้องนำเอาแต่เพียงกฎหมายแห่งชุมชนที่สำคัญ ๆ แห่งใดแห่งหนึ่งที่เคยมีชื่อเสียงมาแล้วในโลก มาพิเคราะห์ศึกษา, ในแนวความคิดเช่นนี้แล้วตามธรรมดา มักจะได้มีการเลือกเอากฎหมายโรมันมาเป็นวัตถุแห่งการศึกษา, ทั้งนี้เชื่อว่าจะเป็นแต่เฉพาะในประเทศที่ได้รับอิทธิพลของกฎหมายโรมันโดยตรงเท่านั้นก็หาไม่, แม้ประเทศอื่น ๆ ซึ่งเห็นห่างต่อวัฒนธรรมของโรมัน เช่น อังกฤษ, สหพันธรัฐอเมริกา, ญี่ปุ่นและรัสเซีย การศึกษากฎหมายโรมันก็เป็นที่ยกกระทำกันอยู่. ในต่อไปนี้จะได้อธิบายให้ทราบเป็นพิเศษว่าเพราะเหตุใด ความนิยมเลือกการศึกษากฎหมายโรมันจึงได้มีน้ำหนักมาก.

ข้อความรู้โดยสังเขปเกี่ยวกับกฎหมาย ของชนชาติสำคัญ ๆ ที่ให้กำเนิดแก่อารยธรรม

๗. นอกจากกฎหมายโรมันยังมีกฎหมายที่สำคัญๆ อยู่อีกไม่น้อยที่ได้เคยมีอิทธิพลอยู่เหนือส่วนใหญ่ของโลก, และยิ่งกว่านั้นกฎหมายอื่นก็ได้มีกำเนิดมาก่อนกฎหมายโรมันพร้อมทั้งได้มีเอกสารหลักฐานตกมาถึงเรามากกว่ากฎหมายโรมันอีกด้วย.

กรุงบาบิโลน นครหลวงของประเทศคาลเด (Chaldée) และศูนย์กลางของอารยธรรมโบราณที่สุดแห่งหนึ่งของโลก, ในระยะ ๑๕๐๐ ปีเศษก่อนพุทธกาล กรุงบาบิโลนได้มีกฎหมายที่ได้เข้าสู่ขั้นแห่งความเปลี่ยนแปลงก้าวหน้ามาเป็นอันมากแล้ว มีอาทิในส่วนที่เกี่ยวกับกฎหมายว่าด้วยสัญญา กฎหมายพาณิชย์และการจัดวางระเบียบ การเครดิต เรารู้จักกฎหมายนี้ได้โดยมากจากประมวลกฎหมายของฮัมมูราบี (Hammourabi) อันมีชื่อเสียงเป็นที่รู้จักกันมาก ที่เรียกกันว่าประมวลกฎหมายฮัมมูราบีนั้น คือแท่งศิลาสูง ๒.๒๕ เมตร และมีฐานล่างกลมวัดโดยรอบได้ ๑.๙๐ เมตร แท่งศิลานี้จารึกนี้ได้มีผู้พบในซากของนครซุส (Suse) เมื่อ พ.ศ. ๒๔๔๕ แท่งศิลานี้มีจารึกภาพพระอาทิตย์เจ้า ที่ชาวกรุงบาบิโลนถือว่าเป็นพระเจ้าแห่งความยุติธรรม กำลังมีโองการแก่เจ้าแห่งกรุงบาบิโลนถึง "บัญญัติแห่งความเที่ยงธรรม" ซึ่งมีตัวบทแกะสลักอยู่รอบแท่งศิลานั้น โบราณวัตถุนี้ได้สร้างขึ้นในระหว่างปีที่ ๔๐ และ ๔๓ ของรัชกาลพระเจ้าฮัมมูราบี กษัตริย์สำคัญของกรุงบาบิโลน กล่าวคือ ในราว ๑๕๕๐ ปีก่อนพุทธศักราช นับว่าเป็นหลักฐานของกฎหมายเก่าแก่ที่สุดที่เรารู้จัก แท่งศิลานี้จารึกตามที่เป็นอยู่ในทุกวันนี้อยู่ในสภาพที่จะให้เราสามารถ

อ่านบทกฎหมายที่จารึกอยู่ได้ ๒๕๐ มาตรา ซึ่งคิดรวมได้ประมาณราว ๓๖๐๐ บรรทัด บทกฎหมายในมาตราเหล่านี้บัญญัติถึงลักษณะต่างๆ เรียงลำดับกันไปดังนี้ คือ การทำเสน่ห์ยาแฝดและใช้คุณ—การดำพะยาน—การบนพะยาน—การยกเลิกคำพิพากษา โดยผู้ที่ได้ตัดสินทำคำพิพากษานั้นเอง—การลัทธ์พริชชะนิตต่างๆ—ฐานะและหน้าที่ของอำมาตย์ข้าราชการ—การเพาะปลูก—การยืมมีดอกเบี้ย—สัญญาตัวแทนค้าต่างๆ—การจำหน่ายสุราเมรัย—หนี้และการเรียกร้องข้อบังคับชำระหนี้—สัญญาฝากทรัพย์—ครอบครัว—การทำร้ายร่างกาย—แพทย์ช่างสถาปัตยกรรมและคนเรือ—สัตว์ ทาษและทรัพย์สำหรับภิกษุกรรม ตามที่ระบุมานี้เห็นได้ว่าตัวบทกฎหมายที่ปรากฏอยู่บนแท่งศิลาจารึกนี้ หากได้มีลักษณะเป็นประมวลกฎหมายตามนัยที่เราเข้าใจอยู่ ณ ปัจจุบันนี้ไม่ กล่าวคือหาได้เป็นการรวบรวมกฎหมายของประเทศกาลเด้อย่างเป็นระเบียบไม่ แต่เป็นเพียงการรวบรวมคำตัดสินของกษัตริย์และประกาศราชโองการเกี่ยวกับเรื่องต่างๆ ซึ่งล้วนแต่เป็นที่มิมีลักษณะผิดแผกแตกต่างซึ่งกันและกันอยู่มากๆ การเรียงลำดับเรื่องเหล่านี้เป็นการเรียงลำดับอย่างเคร่งครัด และแสดงให้เห็นแต่เพียงบทบัญญัติของกฎหมายอันขาดกะตอนกะแท่นไม่ติดต่อบริบูรณ์ นอกจากนี้ยังมีเอกสารแสดงให้รู้ถึงวิธีทำนิติกรรมต่างๆ อีกมาก ซึ่งแสดงให้เห็นความผันแปรเปลี่ยนแปลงเรื่อยตลอดมาเป็นระยะเวลาหลายศตวรรษ และเรายังมีประชุมบทจารีตประเพณีของชาวอัสซีเรียน ซึ่งมีผู้รวบรวมไว้ในระหว่างปี ๘๕๐ กับปี ๖๕๐ ก่อนพุทธกาล ตามจารีตประเพณีเหล่านี้ไม่ได้แสดงให้เห็นความเจริญก้าวหน้าของกฎหมาย แต่กลับแสดงให้เห็นว่ากฎหมายในสมัยหลังนี้มีความเจริญล้ำหลังกว่ากฎหมายในสมัยเก่าเสียอีก

๘. ประเทศอียิปต์ ได้มีเอกสารในทางกฎหมายที่เจริญดีก่อนสมัยกรุงโรมมานานเหมือนกัน แต่ว่าบรรดาบัญญัติกฎหมายได้ไปหยุดอยู่แต่เพียงรวบรวมบัญญัติต่างๆ เข้าไว้ โดยมีได้คิดจัดลำดับทำกฎหมายอียิปต์ทั้งหมด หรือแต่บางส่วนให้มีความสัมพันธ์เกี่ยวโยงเป็นระเบียบอันหนึ่งอันเดียวกัน กฎหมายได้แสดงออกเป็นบทบัญญัติที่ชัดและจำกัดความแคบมาก ไม่ให้โอกาสที่จะตีความหมายออกตามหลักแห่งเหตุผลหรืออาศัยใช้เป็นสมุฏฐานสำหรับตัดแปลงให้เป็นบทบัญญัติขึ้นใหม่ได้ นักโบราณคดีในประเทศอียิปต์ยังไม่ได้พบตำรากฎหมายแม้แต่ฉบับเดียว หรือหนังสือที่ผู้แต่งได้พยายามที่จะจัดกฎหมายให้เป็นหมวดหมู่ หรือแบ่งแยกประเภทไว้ประการใดเลย เพราะเหตุนี้กฎหมายอียิปต์จึงไม่ได้แสดงให้เห็นปรากฏอิทธิพลแต่อย่างใดเหนือกฎหมายของชุมชนคนอื่น ๆ ข้างเคียง

ประเทศกรีก ก็เช่นเดียวกัน ได้มีบัญญัติกฎหมายที่สำคัญๆ มาก่อนกรุงโรม แต่ในประเทศกรีกนี้ถือกันว่ากฎหมายเป็นส่วนหนึ่งของวิชาสุนทรพจน์หรือของธรรมจรรยา

หาได้เลยแยกออกมาเป็นวิชา มีความเป็นอยู่ตามลำพังต่างหากไม่ ยิ่งกว่านั้นพวกกรีก
ใฝ่ใจอยู่เฉพาะแต่ในเรื่องจิตตาวาระเบียบทางการเมืองเสียมากกว่า ผู้บัญญัติกฎหมายของ
กรีกจะเอาใจใส่กับระเบียบต่างๆ ของชุมชนในส่วนที่เกี่ยวกับเอกชน ก็จะเพาะเพื่อปรับ
ปรุงให้เหมาะแก่ความคิดเห็นในเรื่องรัฐตามแง่ปรัชญาเท่านั้น เพราะเหตุนี้แม้ประเทศกรีก
ได้เป็นประเทศอันมีอารยธรรมอันสูงก็ดี กฎหมายเอกชนกรีกจึงคงอยู่ในชั้นซึ่งออกจะล้า
หลัง อนึ่ง ส่วนสิ่งที่ดีเป็นที่น่าถือตามและสามารถอำนวยผลได้อย่างดี ซึ่งนักปราชญ์
กฎหมายกรีกได้ค้นคว้าจิตตาวาระนั้น นักนิติศาสตร์โรมันได้รวบรวมรับเอาไว้ในกฎหมาย
โรมันโดยสิ้นเชิง

๙. ยังมีกฎหมายของประเทศผู้ก่อกำเนิดอารยธรรมอันสำคัญอีกสองประเทศ ที่เรา
จะผ่านเลยไปโดยไม่กล่าวถึงบ้างนั้นหาได้ไม่ กฎหมายของประเทศทั้งสองนี้อย่างน้อยใน
ชั้นต้นดูเป็นเรื่องที่เราจะต้องทำการศึกษาค้นคว้าไม่น้อยไปกว่ากฎหมายโรมัน ตามที่
กล่าวมานี้ข้าพเจ้าหมายถึงกฎหมายของประเทศจีนและอินเดีย

ประเทศจีน ได้เจริญรุ่งเรืองมาเป็นร้อยๆ ปีก่อนที่กรุงโรมจะได้สร้างขึ้น แต่ว่า
หลักฐานที่แน่นอนอันจะพึงอาศัย ใช้ค้นคว้าสำหรับศึกษากฎหมายจีนนั้น เมื่อพูดตามส่วน
ความเก่าแก่ของประเทศแล้วมีอายุไม่สู้หน้านัก ประมวลกฎหมายจีนที่เรารู้จักเป็นฉบับ
แรกได้มีกำเนิดขึ้นในราว พ.ศ. ๑๔๐๐ ประมวลกฎหมายฉบับนี้ว่าด้วยกฎหมายอาญาโดย
จะเพาะแต่อย่างเดียวและแบ่งออกเป็น ๖ ภาค สองร้อยปีต่อมาได้มีการเพิ่มเติมบทบัญญัติ
ขึ้นในประมวลกฎหมายนี้อีก ๓ ภาค ในทั้งสามภาคนี้มีอยู่ภาคหนึ่งซึ่งกล่าวถึงระเบียบ
แห่งชุมชนในทางกฎหมายแพ่ง คือกล่าวถึงกฎหมายว่าด้วยการล้มระโนครวัซึ่งมีบท
บัญญัติอันว่าด้วยการสมรสรวมอยู่ ประมวลกฎหมายฉบับนี้ได้เรียกกันว่า “ประมวลแก้
ภาค” ประมวลนี้คงได้ใช้เป็นเค้าโครงเดิมของการร่างประมวลกฎหมายที่สำคัญๆ ของจีน
ในเวลาต่อมา ประมวลที่สำคัญที่สุดที่เกิดขึ้นในเวลาต่อมา นี้ คือฉบับที่ได้จัดทำขึ้นใน
พ.ศ. ๑๑๙๗ ในสมัยราชวงศ์ถังอันเป็นราชวงศ์ใหญ่ราชวงศ์หนึ่งของจีน เค้าโครงและส่วน
ใหญ่แห่งข้อบังคับในประมวลกฎหมายฉบับนี้ กษัตริย์ในราชวงศ์ต่อๆ มาได้รับเอามาปรับ
ปรุงถือตามเป็นลำดับมา อาศัยเหตุที่ชนชาติจีนมีอุปนิสัยสงวนรักษามนุษยธรรมนิยมเดิม
ของตนมิให้เสื่อมสูญ บรรดาประมวลกฎหมายที่เกิดขึ้นในสมัยของราชวงศ์ต่างๆ จึงยังมี
บทบัญญัติติดต่อกันมา พร้อมด้วยพื้นเพอันกลมเกลียวแน่นแฟ้นเกือบครบถ้วนไม่ขาดตก
มาจนถึงสมัยปัจจุบันนี้ การแก้ไขอยู่แต่เล็กน้อย. กฎหมายของจีนเหล่านี้ได้มีรัศมีแผ่ออก
ไปโดยรอบอย่างไพศาล มีอิทธิพลอยู่เหนือกฎหมายของญวน เกาหลี และญี่ปุ่น เป็นต้น.

ชนชาติแมนจูซึ่งได้มามีอำนาจขึ้นในประเทศจีนเมื่อ พ.ศ. ๒๑๘๖ ตลอดมาจนถึง พ.ศ. ๒๔๕๕ ได้ประกาศใช้ประมวลกฎหมายฉบับใหม่ขึ้นในปี พ.ศ. ๒๑๘๙.ประมวลกฎหมายฉบับนี้ได้ชำระและพิมพ์ขึ้นครั้งสุดท้ายเมื่อ พ.ศ. ๒๔๓๓ เป็นงานใหญ่โตทางกฎหมายโดยกลุ่มครอบครัวบรรดาข้าราชการของรัฐบาลและของเอกชนทุกๆแผนก^(๑) แต่ว่าในประมวลกฎหมายนี้เช่นเดียวกันกับในประมวลฉบับก่อนๆ ผู้บัญญัติกฎหมายจีนเดินตามแนวความคิดเห็นโดยเฉพะเหมาะแก่สภาพความคิดเห็นเป็นพิเศษของจีนอย่างหนึ่ง, คือสำหรับชนชาติจีนเป็นที่ถือกันว่ากฎหมายนั้นย่อมจะต้องปะปน แยกออกไม่ได้จากการลงโทษทางอาญา. กฎหมายกับอาญาต้องคู่กันไป อีกนัยหนึ่งก็คือกฎหมายได้แก่วิธีการบังคับกำหนดโทษอันจำเป็นต้องจัดขึ้น เพื่อให้บรรดาผู้ที่ไม่ได้เป็นสมาชิกของประชาคมจีน มีคนต่างด้าว เป็นต้น อยู่ในความเรียบร้อยอย่างกวาดขัน. ส่วนพลเมืองจีนที่ดี, ชาวจีนที่แท้จริงนั้นไม่จำเป็นต้องมีบทกฎหมายสำหรับบังคับควบคุมประพฤติของเขา เพราะเขาดำเนินชีวิตตามจารีตประเพณีอันมีอยู่แต่ดีก็ตามชั่วก็ตามและเป็นข้อบังคับแห่งธรรมชาติ. แต่ธรรมชาตินั้นล้วนเป็นวัตถุแห่งปรัชญาวิทยา ๆ นั้นเองจึงสอนให้ชาวจีนรู้ถึงข้อบังคับแห่งธรรมชาติว่าเป็นอย่างไร ฉะนั้นปรัชญาวิทยาจึงอยู่ในฐานะที่ใช้เป็นกฎหมายได้ หรือทำให้กฎหมายไม่มีประโยชน์เสียเลย เนื่องจากแนวความคิดอันนี้ประมวลกฎหมายจีนจึงมีลักษณะอันสำคัญเป็นประมวลกฎหมายอาญา, และหากจะมีลักษณะพาดพิงกล่าวถึงกฎหมายเอกชนบ้างก็ต่อเมื่อบทบัญญัติของกฎหมายเอกชนที่นำมากล่าวไว้ นั้นจำเป็นต้องประกอบด้วยการลงโทษทางอาญา จริงอยู่ กฎหมายของชุมชนชนต่าง ๆ ในสมัยโบราณย่อมจะมีลักษณะเป็นกฎหมายอาญาทั้งสิ้น, แต่ถึงกระนั้นสำหรับในกฎหมายจีน ลักษณะอันเป็นกฎหมายอาญาได้มีปรากฏเด่นชัดยิ่งกว่าในกฎหมายของชุมชนอื่นใดทั้งสิ้น. ทั้งนี้ก็เพราะลักษณะอันนี้ได้ประกอบเป็นส่วนหนึ่งแห่งระบอบกฎหมายของจีน และเป็นแห่งแห่งความคิดเห็นอันหนึ่งของชนชาติจีนด้วย ดังนั้น ในประมวลกฎหมายฉบับสุดท้ายของจีนที่กล่าวข้างบนนี้ในส่วนที่เกี่ยวกับลักษณะอันนี้มีข้อความเพียงเล็กน้อยกล่าวถึงการกู้เงินโดยคิดดอกเบี้ยเกินอัตรา, การขายและใช้ทรัพย์สินของที่ได้นำมาฝากไว้ การพบของตกของหายเท่านั้น ในบรรพสุดท้ายของประมวลกฎหมายฉบับนี้ซึ่งมีลักษณะเป็นกฎหมายอาญาโดยแท้ มีมาตราหนึ่งกล่าวถึงการวางเพลิงโดยประมาท. นอกจากมาตรานี้ในประมวลกฎหมายจีนฉบับนี้ก็มีได้มีการกล่าวถึงหลักเกณฑ์ควรใช้ในเรื่องความรับผิดชอบเพื่อละเมิดอีกเลย. บทบัญญัติแทบทั้ง

(๑) ประมวลกฎหมายนี้ บาดหลวงกี บูลแลส์ (Guy Boulais) ได้แปลออกเป็นภาษาฝรั่งเศส โดยให้ชื่อว่า *Manuel du Code Chinois*.

หมดยุคเกี่ยวกับกฎหมายเอกชนมีลักษณะเป็นจารีตประเพณีและไม่ได้รวบรวมอยู่ในบทกฎหมายลายลักษณ์อักษร. บทบัญญัตินี้ได้เกิดขึ้นตามหลักเกณฑ์ต่างๆ ที่เพิ่งเล็งไปในทางปรัชญา, ธรรมจรรยาและสมาคมยิ่งกว่าในทางนิติศาสตร์. อาศัยพฤติการณ์เช่นกล่าวนี้จึงทำให้เราเข้าใจว่าชนชาติจีนมิได้เคยมีความเข้าใจลึกซึ้งแจ่มแจ้ง พอจะพิเคราะห์กฎหมายไปในแง่ที่เป็นวิทยาอันหนึ่งเลย. ในสมัยโบราณของจีนมิได้เคยปรากฏว่ามีตำราอันเกี่ยวกับวิชากฎหมายสักเล่มเดียว จีนไม่เคยแยกกฎหมายออกเป็นส่วนหนึ่งต่างหาก เพราะฉะนั้นเมื่อมาถึงสมัยนี้ จีนได้รู้สึกถึงความจำเป็นที่จะต้องจัดการทำให้ระเบียบต่างๆ แห่งชุมชนของตนมีลักษณะที่คล้ายสมสมัยแห่งอารยธรรมปัจจุบัน. และเพื่อการนี้จีนจำต้องหันเข้าฟังหลักการใหม่ๆ ซึ่งล้วนเป็นหลักการที่ตนมิเคยเข้าใจมาแต่ก่อนๆ เลย. ผู้มีบุ๋นก็ทำนองเดียวกันกับจีน จำต้องละทิ้งกฎหมายเก่าของตนซึ่งเป็นเพียงกฎหมายของจีนที่ได้ทำการลอกคัดเอามาใช้เท่านั้นเมื่อหันไปหาแบบแผนของกฎหมายอย่างใหม่มาจากที่อื่น

๑๐. กฎหมายฮินดู กฎหมายฮินดูแตกต่างกับกฎหมายจีนมากและควรจะมีการศึกษาเป็นส่วนหนึ่งต่างหากในประวัติศาสตร์กฎหมาย. ทั้งนี้ก็โดยกฎหมายฮินดูมีความสำคัญอยู่ทั้งในส่วนคุณค่าในตัวเองและในอิทธิพลที่แผ่ไพศาลออกไปในกฎหมายของประเทศอื่นๆ กฎหมายฮินดูนี้ใช้อยู่ในประเทศอินเดียตลอดมาจนทุกวันนี้, และได้แผ่ออกใช้แต่เนิ่นในโบราณกาลในอินโดจีนและในอินโดนีเซีย (Indonesia) ศิลปินในประเทศจัมปา ครั้งศตวรรษที่ ๑๗ แห่งพุทธศักราชแสดงยืนยันว่าคัมภีร์มนูธรรมศาสตร์ได้ใช้อยู่ในประเทศจัมปาในสมัยนั้น. ประมวลกฎหมายประเทศชวาฉบับเก่าที่สุดที่เราได้มาก็อาศัยบัญญัติขึ้นตามหลักเกณฑ์ในกฎหมายฮินดู เช่นเดียวกับบรรดาประมวลกฎหมายเก่าของมอญและพม่า. หนังสือฮินดูในเชิงนิติศาสตร์มีอยู่มากและมีอายุนับถอยหลังขึ้นไป ถึงสมัยซึ่งเมื่อกล่าวตามส่วนแล้วนับว่าเก่าแก่ยิ่งยี่หมื่นนาน. แม้ถึงว่าจะไม่นานเท่าที่เชื่อถือกันมาก่อนๆ ก็ดี. ตำรากฎหมายที่เก่าที่สุดซึ่งตกมาถึงเราคือธรรมสูตรของเกาตม (Gautama) ธรรมสูตรฉบับนี้ตาม ผล ของการค้นคว้าครั้งหลังที่สุดคาดว่าได้แต่งขึ้นในระหว่างหนึ่งศตวรรษก่อนพุทธศักราชกับศตวรรษแรกแห่งพุทธศักราช. ธรรมสูตรของอาปัสตมบุ (Apástambha) และเพาธยาน (Baudháyana) ซึ่งตีพิมพ์ที่ตกทอดมายังเรามีอยู่ครบบริบูรณ์เช่นเดิมนี้ ได้มีอายุนับถอยหลังขึ้นไปในราวพุทธศักราช ๑๕๐. ประมวลกฎหมายฮินดูที่มีชื่อเสียงที่สุดในบรรดาประมวลกฎหมายด้วยกันของฮินดู ซึ่งเรียกว่ามานูธรรมศาสตร์, คือคัมภีร์มนูธรรมศาสตร์นี้มีอายุมาไม่ก่อน พ.ศ. ๓๕๐, แต่ว่าเป็นประมวลกฎหมายที่ได้สืบเนื่องมาจากธรรมสูตรที่มีอายุแก่กว่ามาก. นอกจากนี้ยังควรจะต้องกล่าวถึง

ตำราของวิษณุ (Visnusmṛti) ซึ่งมีมาก่อนคัมภีร์มनुธรรมศาสตร์ และตำราของยาชภูวาลุกย (Yājñavalkya) อันได้แต่งภายหลังตีมนุธรรมศาสตร์ไม่นานเท่าไร กับตำราของนารท (Nārada) และพฤทสุปตี (Bṛhaspati) ด้วย. หนังสือหลักฐานเหล่านี้กับคำอธิบายอันมีผู้แต่งขึ้นสืบเนื่องแต่โบราณกาลจนถึงปัจจุบันนี้ เป็นเหตุให้กฎหมายเก่าของฮินดูเป็นกฎหมายแห่งยุคโบราณกฎหมายหนึ่ง, ที่อำนาจหลักฐานให้เราสามารถศึกษาค้นคว้าได้โดยสะดวก. กฎหมายฮินดูในยุคต้นๆ เป็นบัญญัติที่มีลักษณะสำคัญหนักไปในทางศาสนา. เช่น เป็นบทจารีตอันกำหนดหน้าที่ทางศาสนาของคหบดี, กำหนดข้อปฏิบัติสำหรับพรหมมณ, กำหนดการอันเกี่ยวกับศีลจาระต่างๆ ฯลฯ มากกว่าอย่างอื่น. ฉะนั้นการศึกษากฎหมายในหมู่พวกฮินดู จึงถือกันเสมอมาว่าเป็นสาขาหนึ่งของการเรียนพระเวทในคัมภีร์มनुธรรมศาสตร์เป็นต้น เริ่มด้วยตำนานกำเนิดของโลก และในบรรดามาตราของคัมภีร์นี้ กว่าครึ่งหนึ่งเป็นบัญญัติในทางศาสนา. คัมภีร์นี้แบ่งเป็น ๑๒ บรรพ และใน ๑๒ บรรพนั้นมีตัวบทกฎหมายที่แท้จริงคือกฎหมายอาญาและกฎหมายแพ่งอยู่เพียง ๒ บรรพ คือ บรรพ ๘ และ บรรพ ๙ เท่านั้น. อีกประการหนึ่งนักนิติศาสตร์ฮินดู มุ่งที่จะวางหลักแห่งอุดมคติของชุมชนมนุชน ที่เป็นไปในเชิงศาสนามากยิ่งขึ้นกว่าจะจัดรวบรวมประมวลกฎหมายให้เป็นระเบียบมีความเกี่ยวข้องติดต่อกัน แต่ก็โดยเหตุนี้เอง กฎหมายฮินดูมีลักษณะเป็นบัญญัติที่ตึงชันไว้เพื่อใช้ได้ทั่วไป ไม่ตกอยู่ในข้อจำกัดบังคับใดๆ ของจารีตประเพณีในประเทศฮินดูโดยจะเพาะ อาศัยลักษณะอันนี้กฎหมายฮินดูจึงได้เป็นที่นิยมแพร่ไพศาลไปในภาคตะวันออกไกล. นอกจากนั้นประเทศอินเดียได้มีนักนิติศาสตร์ที่แท้จริง ซึ่งได้อุทิศตนเพื่อความรู้ในวิชากฎหมายเป็นพิเศษ ได้จัดวิชากฎหมายให้เป็นแบบระเบียบ และทำให้ความรู้แผนกนี้เจริญขึ้น. เมื่อยกกฎหมายโรมันออกเสียแล้ว เราคงไม่พบประเทศชาติใดที่ได้พยายามจัดให้กฎหมายเป็นวิทยาศาสตร์ขึ้นยิ่งกว่าประเทศฮินดูเลย. ความพยายามนี้ไม่ไร้ผล เพราะในต่อไปเมื่อข้าพเจ้าจะบรรยายถึงกฎหมายเก่าของไทย ท่านจะได้เห็นว่ากฎหมายเก่าของไทยนี้ได้มีร่องรอยของกฎหมายฮินดูปรากฏอยู่ทุกขณะ^(๑)

คุณค่าอันเป็นพิเศษของกฎหมายโรมัน

๑๑. ในบรรดากฎหมายโบราณทั้งหลาย กฎหมายโรมันมีคุณค่าพิเศษซึ่งเป็นผลที่เนื่องมาจากเหตุในทางต่าง ๆ กัน.

(๑) สำหรับให้นักศึกษาได้แนวความคิดเกี่ยวกับกฎหมายฮินดู ควรอ่านหนังสือของ Julius Jolly: *Recht und Sitte* แปลเป็นภาษาอังกฤษชื่อว่า *Hindu Law and Custom* (Calcutta, 1928).

๑. ในทางประวัติศาสตร์กฎหมาย, กฎหมายโรมันได้มีอายุสืบเนื่องติดต่อกมาเป็นระยะเวลาานาน, คือ ๑๓ ศตวรรษ เริ่มตั้งแต่สร้างกรุงโรม (๒๑๑ ปีก่อนพุทธศักราช) จนถึงปีที่พระเจ้าจักรพรรดิราชยูสตินิอานุส (Justinianus) ล้มพระชนม์แล้ว (พ.ศ. ๑๑๐๘). ในยุคต้น ๆ กฎหมายโรมันไม่มีลักษณะแตกต่างกับบรรดากฎหมายของชุมชนอื่นที่มีอยู่ในครั้งโบราณ. แต่ว่าเป็นกฎหมายที่ได้รับการเพิ่มเติมและแก้ไขให้สมบูรณ์ขึ้นเป็นลำดับอยู่เนืองนิจ. เมื่อแรกเริ่มทีเดียวชาวโรมันมีอำนาจอยู่แต่ภายในนครย่อย ๆ นครหนึ่งเท่านั้น แต่ครั้งแล้วก็ได้ค่อย ๆ แผ่อกที่ละเล็กทีละน้อยจนเกือบคลุมครอบคลุมตลอดทั่วทวีปยุโรปกับส่วนหนึ่งของภาคบูรพาพิศวัตย์. อาศัยเหตุที่กรุงโรมได้มีหลักฐานอันเป็นเอกสารที่เกี่ยวกับวิชากฎหมายอยู่มากหลาย. เราจึงสามารถสืบสาวติดตามทราบถึงความเจริญในเชิงระเบียบต่าง ๆ ทางชุมชนแห่งชาวโรมันได้ดีกว่าของชนอื่น ๆ ในสมัยโบราณ.

๒. ในทางคุณค่าที่มีอยู่ในตัวเองนั้น กฎหมายโรมันมีคุณค่าสูงกว่ากฎหมายของชาติใด ๆ ในสมัยโบราณทั้งสิ้น โดยปราศจากข้อที่จะพึงโต้เถียงได้. ชาวโรมันมีนิสัยเป็นนิติศาสตร์โดยแท้ เป็นชนชาติที่สามารถจัดกฎหมายเป็นวิทยาระยะอันหนึ่ง แยกออกต่างหากจากศาสนาและธรรมจรรยาได้ ไม่มีกฎหมายชาติใดที่ถูกจัดให้เข้าระเบียบและมีแบบแผนทางดำเนินได้เป็นอย่างดีถึงขีดขั้นสูงเช่นกฎหมายโรมัน. ชาวโรมันเป็นชนชาติแรกที่ได้เข้าจัดการบ้านเมืองของชนชาติอื่น ๆ ที่ตนได้รับชนะให้อยู่ราบรื่นเรียบร้อย. ฉะนั้นกฎหมายโรมันได้ค่อย ๆ ผ่อนผันหันเข้าลู่รูปกับสภาพแห่งความเป็นอยู่ของชนชาติต่าง ๆ ที่มีการดำเนินชีวิตผิดแผกแตกต่างกันอย่างมาก ๆ ได้และกลายเป็นกรอบ, เป็นข้อบังคับทั่วไปที่อาจใช้ได้แก่นุชนัยชาติโดยไม่จำกัดหมู่จำกัดเหล่า โดยเหตุนี้จึงได้ถือกันว่ากฎหมายโรมันนั้นเป็นแบบของวิทยาศาสตร์กฎหมายหรือนิติศาสตร์, คุณค่าอันเลิศนี้ได้ทำให้กฎหมายโรมันได้ขนานนามว่าเป็น “คัมภีร์แห่งสติปัญญา” (ratio scripta)

๓. เมื่อจักรพรรดิโรมันได้สูญสิ้นไปแล้ว แต่กฎหมายโรมันยังคงอยู่. ประการแรก เพราะว่ากฎหมายโรมันเป็นกฎหมายที่ใช้บังคับแก่ชนชาติต่าง ๆ ที่ได้ตกอยู่ใต้อำนาจของกรุงโรม. และอีกประการหนึ่งเพราะว่ากฎหมายโรมันเป็นต้นแบบของกฎหมายตั้งได้กล่าวแล้วข้างต้น, กฎหมายของนานาประเทศในยุโรปจึงตกอยู่ในอิทธิพลของกฎหมายโรมันซึ่งได้ซึมซาบแทรกซึมเข้าไป กฎหมายโรมันเป็นประดุจกฎหมายกลางของบรรดาประเทศในยุโรป, และโดยจะเพาะกฎหมายของบรรดาประเทศที่ตั้งอยู่ในคอนติเนนตอันเป็นประเทศที่กฎหมายโรมันได้แทรกซึมซาบเข้าไปมาก. แนวความคิดในเชิงกฎหมาย

ของประเทศเหล่านั้นส่วนที่เกี่ยวกับหนี้และกรรมสิทธิ์ เป็นต้น ไม่ผู้จะมีความแตกต่างกันกับแนวความคิดเห็นของนักนิติศาสตร์โรมันแต่อย่างใด. ฉะนั้นในเมื่อพิจารณาในแง่ที่ได้รับเอาหลักกฎหมายของประเทศยุโรปมาเป็นแนวเค้าโครงในการร่างกฎหมายไทย, เราอาจกล่าวได้ว่ากฎหมายโรมันได้เป็นมูลรากอย่างห่างๆ ของกฎหมายไทยปัจจุบัน, เช่นเดียวกับที่ได้เป็นมาแล้วแก่กฎหมายญี่ปุ่นและจีน อันเป็นกฎหมายที่ได้รับเอากฎหมายคอนติเนนต์ของยุโรปเป็นหลักเช่นเดียวกับกฎหมายไทย.

ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย

ข้อความเบื้องต้น

การทบทวนหลักฐานเพื่อประกอบ การศึกษาประวัติศาสตร์กฎหมายไทย

๑๒. ข้อแรกที่พึงจะต้องกระทำ ในเมื่อเราจะศึกษาประวัติศาสตร์กฎหมายของ ประเทศหนึ่งประเทศใดหนึ่ง ก็คือรวบรวมบรรดาหลักฐานซึ่งสามารถจะช่วยให้เราทราบได้ ถึงข้อบังคับและระเบียบต่าง ๆ ซึ่งชุมชนในประเทศนั้นได้ปฏิบัติกันในอดีต ในบรรดา หลักฐานที่สำคัญที่สุด ตามธรรมดาย่อมจะได้แก่ตัวบทกฎหมาย ซึ่งยังคงเหลือตกทอดมา จากสมัยโบราณ กับคำพิพากษาของศาลหรือเอกสารหลักฐานต่าง ๆ ของนิติกรรมในทาง ปฏิบัติและหนังสือตำราที่นักนิติศาสตร์ได้เรียบเรียงขึ้นไว้ด้วย. หลักฐานเหล่านี้เป็นหลัก ฐานโดยตรงซึ่งยอมให้ประกอบเป็นเครื่องช่วยให้เราทำการค้นคว้า เพื่อศึกษาประวัติศาสตร์ กฎหมายได้. แต่หลักฐานของประวัติศาสตร์กฎหมายหาได้มีอยู่แต่เพียงเท่าที่กล่าวนี้เท่านั้น ไม่. ในเมื่อเราหาหลักฐานโดยตรงไม่ได้ หรือในกรณีที่เราหาหลักฐานอันพึงพอใจไม่ได้ เรา ก็จำเป็นต้องหาสิ่งอื่นแทนหรือเพิ่มเติมโดยอาศัยการสืบสวนเก็บเอาข้อความรู้มาจากหลัก ฐานโดยอ้อมชนิดต่างๆ ซึ่งจะให้ความรู้แก่เราโดยทางอ้อมได้ถึงจารีตประเพณีและบท กฎหมายในอดีต. ในบรรดาหลักฐานโดยอ้อมเหล่านี้ได้แก่พงศาวดารหรือจดหมายเหตุ ต่าง ๆ กับหนังสือที่เรียบเรียงขึ้นในเชิงวรรณคดีกับหนังสือที่ชาวต่างประเทศเรียบเรียงขึ้น.

บรรดาหลักฐานที่กล่าวแล้วนี้ ไม่ว่าจะมิต้นเหตุที่เกิดขึ้นมาเป็นอย่างใดก็ตาม เราจะ นำเอามาใช้เป็นประโยชน์ประกอบการศึกษาประวัติศาสตร์กฎหมายได้ ก็ต่อเมื่อได้ทำการ ตรวจสอบดูอย่างละเอียดถี่ถ้วนเสียก่อนแล้ว. เช่น ถ้าเป็นเรื่องหลักฐานโดยตรงเช่นตัวบท กฎหมายหรือคำพิพากษาของศาล ฯลฯ จำเป็นที่จะต้องตรวจดูให้รู้แน่ว่าวันที่ปรากฏอยู่ใน หลักฐานนั้นเป็นวันอันถูกต้อง และข้อความของหลักฐานนั้นเป็นข้อความที่แท้จริงไม่ คลาดเคลื่อน. ถ้าเป็นเรื่องหลักฐานโดยอ้อม การตรวจสอบทำนองเดียวกันนี้ก็จะต้อง กระทำขึ้นเช่นกัน. และถ้าเป็นจดหมายเหตุรายงานเขียนขึ้นโดยความรู้ชาวต่างประเทศ การสอบสวนก็จำจะต้องมีเพิ่มขึ้นไปอีกกว่าบุคคลผู้เป็นชาวต่างประเทศที่เรียบเรียงนั้น ได้

ทำการเรียบเรียงโดยอาศัยความรู้ที่ได้รับมาจากหลักฐานอันแน่นอน หรือว่าผู้แต่งได้กระทำ แต่เพียงเล่าเรื่องราวที่ตนได้ฟังการบอกเล่าอันไม่มีความแน่นอนที่ควรเชื่อถือ. ควรจะต้องสอบสวนให้รู้ว่าบุคคลนั้นเป็นผู้ควรเชื่อถือฟังได้และเป็นผู้มีภูมิความรู้ควรแก่การที่จะกระทำการวิจารณ์ระบียบต่าง ๆ ของชุมชนชนที่ตนกล่าวถึงนั้นได้โดยไม่ผิดพลาด. การวิจารณ์หลักฐานต่าง ๆ นี้สำหรับนักประวัติศาสตร์แล้วถือว่าเป็นงานชั้นที่ยากที่สุด, ไม่ต่างอะไรกันนักกับการซึ่งน้ำหนักพะยาน สำหรับผู้พิพากษาที่ทำการพิจารณาคดี.

ในส่วนที่เกี่ยวกับประวัติศาสตร์กฎหมายไทย เราอาจจะแบ่งหลักฐานต่าง ๆ ซึ่งจะพึงค้นหาได้ในขณะนี้ออกเป็นห้าจำพวก คือ ๑. ลายจารึก, ๒. เอกสารต่าง ๆ นับถอยหลังขึ้นไปจนถึงสมัยอยุธยา, ๓. ประมวลบทกฎหมายที่ได้จัดทำขึ้นเมื่อ พ.ศ. ๒๓๔๗-๒๓๔๘, ๔. ตำบทยกกฎหมายที่เกิดขึ้นภายหลังการประมวลบทกฎหมาย พ.ศ. ๒๓๔๗-๒๓๔๘, ๕. หนังสือรวบรวมคำพิพากษา.

๑. ลายจารึก

๑๓. ลายจารึกซึ่งสลักอยู่บนศิลานั้นมีคุณค่าดีกว่าหลักฐานที่เป็นเอกสารเขียนด้วยลายมือ, เพราะโดยมากแล้วเป็นสิ่งที่จะทำให้เราทราบถึงตัวบทกฎหมายได้อย่างแน่นอน ไม่คลาดเคลื่อนโดยเหตุที่เป็นสิ่งถาวรมั่นคง. ข้อความที่ปรากฏในลายจารึกมักจะไม่ค่อยถูกเปลี่ยนแปลง คัดเขียนใหม่เช่นข้อความในเอกสารที่เขียนด้วยลายมือ ในสมัยโบราณผู้บัญญัติกฎหมายย่อมจัดให้จารึกบทบัญญัติที่ตนได้ตั้งขึ้นนั้นลงไว้บนแท่งศิลา มีตัวอย่างปรากฏอยู่ในประเทศบาบิโลน (ศิลาจารึกของพระเจ้าฮัมมูราบี) แลในประเทศโรมัน (กฎหมาย ๑๒ แผ่น เป็นอาทิ), ทั้งนี้ก็เพราะเป็นวิธีที่ดีชนิดหนึ่งสำหรับการโฆษณาเผยแผ่กฎหมายซึ่งทุกคนจำเป็นจะต้องรู้ไว้ กับทั้งยังเป็นวิธีทำให้เป็นที่มั่นใจได้ว่าจะต้องมีการเคารพต่อกฎหมายนั้น, และผดุงสันติความสงบเรียบร้อยให้มีในหมู่ประชาชน ทั้งนี้ก็โดยเหตุว่าการโฆษณานี้ทำให้พลเมืองทั้งหลายได้รับทราบให้รู้ตัวไว้โดยชัดเจนจนถึงโทษานุโทษอันตนจะพึงได้รับ ถ้าหากตนขัดขึ้นฝ่าฝืนบทกฎหมายนั้น ๆ

ในประเทศไทยวิธีการสลักจารึกบทกฎหมายเช่นกล่าวนั้นได้เคยเป็นที่ปฏิบัติมาแล้วตั้งแต่ครั้งกรุงสุโขทัยเป็นราชธานี, ดังปรากฏจากศิลาจารึกแห่งหนึ่งซึ่งค้นพบเมื่อเดือนตุลาคม พ.ศ. ๒๔๗๓ แลบัดนี้นำมาเก็บรักษาไว้ ณ พิพิธภัณฑ์สถานกรุงเทพฯ. ลายจารึกนี้ได้สลักลงไว้บนแท่งศิลามีฐานกว้าง ๐.๖๖ เมตร และสูง ๑.๕๐ เมตร, แท่งศิลานี้มีลายจารึกอยู่ทั้งสองด้าน ด้านหนึ่งบรรจุกฎาว่าห้าสิบบรรทัด ซึ่งอ่านได้ชัดบ้างไม่ชัดบ้าง ลาย

จารึกของแท่งศิลานี้ยังไม่ได้จัดการลอกคัดพิมพ์ขึ้นให้เห็นได้แพร่หลาย และจนกระทั่งบัดนี้ก็ยังคงเป็นแต่เพียงอยู่ในระหว่างการอ่านและแปลอย่างผืน ๆ เท่านั้น ซึ่งยังหาทำให้นักประวัติศาสตร์กฎหมายในปัจจุบันนี้ได้รับประโยชน์จากลายจารึกนี้ให้สมเท่ากับที่ควรจะได้รับไม่^(๑) ด้านหน้าของแท่งศิลาจารึกนี้เป็นตอนที่สิ้นเดือนปีเขียนอยู่และบรรจุข้อความอันเกี่ยวกับพงศาวดารกรุงสุโขทัย. เป็นที่น่าเสียดายที่ด้านนี้บังเอิญเป็นด้านที่ชำรุดที่สุด จึงสามารถอ่านได้แต่เพียงส่วนของประโยคต่าง ๆ แลคำโดดเดี่ยวบางคำอย่างกะท่อนกะแท่นเท่านั้น. เจ้าหน้าที่แห่งพิพิธภัณฑสถานเข้าใจว่าปีที่ปรากฏอยู่ในด้านหน้าของแท่งศิลานี้ คือ ปีกัดสัน ๑๒๖๖ (มหาศักราช) ที่ซึ่งตรงกับปีวอก พ.ศ. ๑๘๘๗ ถ้าเป็นเช่นนั้นศิลาจารึกแท่งนี้ก็จะมียุคนับถอยหลังขึ้นไปได้ถึงรัชกาลของพระยาเลอไทย, โอรสของขุนรามคำแหง. แต่การอ่านรายนี้ยังไม่ได้ยุติจากการโต้แย้งคัดค้าน โดยตัวอักษรที่ใช้ในลายจารึกนั้นดูมีลักษณะที่ส่อให้เห็นว่า เป็นตัวอักษรที่ปรากฏขึ้นภายหลังตัวอักษรซึ่งใช้ในลายจารึกในรัชกาลของพระยาฤๅไทยหรือลิไทย. ผู้ทรงเรียบเรียงหนังสือไตรภูมิเป็นโอรสและสืบราชสมบัติต่อจากพระยาเลอไทยเอง. ฉะนั้นในระหว่างที่กำลังรอฟังการชี้ขาดของบรรดานักโบราณคดี. เราจึงไม่ควรถือเอาเป็นแน่นอนในเรื่องวันของศิลาจารึกนี้. แต่ถึงอย่างไรก็ดีมีทางที่จะคิดได้เสมอว่าศิลาจารึกนี้คงมีอายุถอยขึ้นจนถึงสมัยที่อาณาจักรสุโขทัยยังมีกษัตริย์ปกครองอยู่. แต่ทว่ากษัตริย์องค์ที่ให้จารึกศิลานี้จะเป็นเพียงกษัตริย์องค์หนึ่งซึ่งขึ้นอยู่แก่อาณาจักรอยุธยาก็เป็นได้. ถ้าหากการเป็นดังนี้ศิลาจารึกนี้ก็คงจะไม่มีค่าเท่าที่เข้าใจกันในชั้นแรก แต่อย่างไรก็ดี ถึงจะไม่มีค่าเท่ามากดังคาด ศิลาจารึกซึ่งได้ตกทอดมายังเราวันนี้ ก็ยังมีคุณค่ามากในทางประวัติศาสตร์กฎหมายไทย. เพราะเป็นหลักฐานทางกฎหมายที่มีความเก่าแก่ที่สุดในบรรดาหลักฐานที่เราถืออยู่กันเวลานี้ ทั้งยังได้รักษาให้เราเห็นตัวบทกฎหมายเก่าได้โดยแท้จริง ตามที่ได้เคยเป็นอยู่ในดั้งเดิม.

๑๔. ข้อความที่เขียนอยู่ในลายศิลาจารึกนี้ คือ บทบัญญัติต่าง ๆ แห่งกฎหมายประเภทอาญา อันมีจุดมุ่งหมายเป็นสำคัญในการที่จะแสดงถึงกรณีทีบุคคลจะถูกถือว่าต้องรับผิดชอบต่อผู้เสียหาย เพราะการละเมิดกฎหมายที่เกิดขึ้นจากอีกบุคคลหนึ่ง ซึ่งตนได้เข้าไป

(๑) หลังจากที่คำสอนนี้เขียนเสร็จแล้ว นายพันเอก พระยาพหลพลพยุหเสนา ได้พิมพ์จารึกฉบับนี้เพื่อแจกในงานทอดกฐินพระราชทาน ณ วัดชนะสงคราม ปี ๒๔๗๘. (จารึกหลักนี้ คือ หลักที่ ๓๙, "ศิลาจารึกกฎหมายลักษณะโจรสมัยสุโขทัย" ตูรายละเอียดใน ประชุมศิลาจารึกภาคที่ ๓, กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์สำนักนายกรัฐมนตรี, ๒๕๐๘, หน้า ๒๘-๒๙, ๒๕๒๔)

มีความติดต่อกันอยู่ด้วย. กล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือบัญญัติเหล่านี้ได้กล่าวถึงกรณีต่าง ๆ อันจะต้องถือว่าเป็นการสมรู้ตามความเข้าใจกันอย่างกว้างมาก ซึ่งเคยเป็นที่เข้าใจอยู่ในครั้งโน้น, เช่น กล่าวถึงกรณีที่บุคคลผู้หนึ่งได้รับเอาทาสผู้หลบหนีมาไว้กับตนเสียโดยไม่ส่งคืนไปให้นาย หรือช่วยให้ความสะดวกแก่ทาสในการที่จะหลบหนีไป หรือกรณีที่บุคคลผู้หนึ่งได้สมัครใจยอมปล่อยให้ผู้ร้ายลักทรัพย์ที่หนีมาหลบซ่อนอยู่กับตนหนีไป หรือมิได้เข้าช่วยเหลือทำการจับกุมผู้ร้ายนั้น หรือกรณีที่บุคคลผู้หนึ่งได้ยอมให้อีกบุคคลหนึ่งทำการลักทรัพย์ ฯลฯ. ในทางที่กลับกัน บทบัญญัติในลายศิลาจารึกนี้ได้กล่าวถึงกรณีที่บุคคลซึ่งเข้าเกี่ยวข้องกับผู้กระทำผิดอาจได้รับความคุ้มครองรอดจากการจะถูกฟ้องร้อง, กับยังกล่าวถึงกรณีที่บุคคลนั้นจะมีสิทธิในรางวัลเพื่อการที่ได้เข้าช่วยจับกุมตัวผู้กระทำผิดด้วย. ตามที่กล่าวนี้ย่อมเป็นที่เห็นได้ว่าบทกฎหมายในลายศิลาจารึกนั้น บัญญัติตั้งแต่เพียงส่วนหนึ่งของกฎหมายอาญาเท่านั้น อันเป็นส่วนที่กฎหมายสมัยปัจจุบันบัญญัติความไว้เพียงไม่กี่มาตราแน่ แต่ในสมัยโบราณเรื่องสมรฐ์มีความสำคัญอยู่มากในทางปฏิบัติ ดังปรากฏตามกฎหมายครั้งกรุงศรีอยุธยาซึ่งยังมีทำนองคล้ายกับที่กล่าวมานี้เป็นจำนวนมาก. ในเมื่อข้อความในลายศิลาจารึกจะได้เป็นที่รู้จักกันดียิ่งขึ้นแล้ว ข้าพเจ้าเชื่อว่าเราอาจได้รับผลที่เป็นที่น่าพึงพอใจมาก เนื่องจากการที่จะทำการเทียบเคียงระหว่างบทบัญญัติที่ปรากฏในลายศิลาจารึกนี้ กับบทบัญญัติที่ปรากฏอยู่ในบทกฎหมายเก่าอื่นๆ ของประเทศไทย. อนึ่งลายศิลาจารึกที่กล่าวถึง ณ บัดนี้ยังมีประโยชน์โดยที่เป็นการแสดงให้เห็นเราทราบบ้างเออเพิ่มเติมต่อไปถึงข้อต่างๆ ในกฎหมายครั้งสุโขทัย ซึ่งตามที่เราจะได้เห็นในต่อไปนี้ ว่ามีความสำคัญอยู่มากในการศึกษาประวัติศาสตร์กฎหมายไทย.

ศิลาจารึกอื่น ๆ นอกจากนั้น, ที่พบในประเทศไทย, ได้กล่าวถึงข้อความรู้เกี่ยวกับทางกฎหมาย ไม่มากเท่าศิลาจารึกแห่งนี้ แต่กระนั้นเราจะละเลยไม่เอาใจใส่เสียค้นหาได้ไม่ เพราะเราอาจเก็บสะสมรวบรวมเอาความรู้ที่มีค่าได้อยู่ทั้งในส่วนที่เกี่ยวกับกฎหมายมหาชน ทั้งในส่วนที่เกี่ยวกับกฎหมายเอกชนจากลายศิลาจารึกต่างๆ เหล่านี้.

๒. เอกสารสมัยกรุงศรีอยุธยา

๑๕. เอกสารเขียนด้วยมือแห่งสมัยกรุงศรีอยุธยานั้นคงเหลืออยู่น้อยที่สุด. ที่เป็นอย่างนี้ก็เพราะกรุงศรีอยุธยาถูกข้าศึกปล้นทำลายเสียอย่างร้ายแรงใน พ.ศ. ๒๓๑๐ อันเป็นเหตุให้เอกสารเขียนด้วยมือซึ่งเก็บรักษาไว้ในหอสมุดหลวงต้องพินาศไปเป็นส่วนใหญ่. อีกประการหนึ่งเอกสารเขียนด้วยมือนั้นมักจะเก็บไว้ได้คงทนอยู่นานไม่ใคร่ได้, ย่อมจะชำรุด

เสียไปโดยเร็วเนื่องจากความชื้นของอากาศ และคนโบราณไม่ทราบวิธีที่จะเก็บรักษาเช่นในปัจจุบันนี้. นอกจากนี้สำหรับเอกสารที่เกี่ยวกับกฎหมายยังมีเหตุเฉพาะอีกเหตุหนึ่งซึ่งทำให้เอกสารชนิดนี้ต้องสูญไป คือการประมวลบทกฎหมายซึ่งได้กระทำขึ้นในรัชกาลของพระบาทสมเด็จพระพุทธยอดฟ้าฯ. ประมวลกฎหมายในครั้งนั้นทำให้เอกสารที่บรรจุด้วยบทกฎหมายเก่าแต่ครั้งก่อนนั้นกลายเป็นสิ่งที่ไร้ประโยชน์. โดยที่ตัวบทกฎหมายนั้นได้สิ้นความสำคัญสำหรับศาล ยิ่งกว่านั้นเราจะได้เห็นในต่อไปว่า เมื่อได้มีการประมวลรวบรวมบทกฎหมายเก่าขึ้นแล้ว ได้มีประกาศว่ากฎหมายเก่าใด ๆ นอกจากที่ได้ประมวลขึ้นแล้วนั้นห้ามมิให้นำมาใช้อ้างในศาลเป็นอันขาด ฉะนั้นจึงได้เกิดมีการไม่ค่อยจะเอาใจใส่กันในเรื่องที่จะสงวนรักษาเอกสารที่บรรจุบทกฎหมายเก่า ๆ ไว้. และบางทีอาจเป็นไปได้ว่ากลับมีการทำลายเอกสารนั้น ๆ เสียด้วยความตั้งใจอีกด้วยซ้ำ เพื่อจะไม่ให้บทกฎหมายเก่ามาปะปนสับสนกับบทกฎหมายที่ได้ตรวจชำระรวบรวมประมวลขึ้นไว้.

หอพระสมุดวชิรญาณ ได้เอกสารที่เป็นหลักฐานทางกฎหมายซึ่งแน่ใจว่ามีอายุอยุ่หลังขึ้นไปถึงสมัยกรุงศรีอยุธยาไว้แต่เพียงสองฉบับเท่านั้น คือเป็นพระราชกฤษฎีกาในแผ่นดินสมเด็จพระเพทราชา ปีขาล พ.ศ. ๒๒๔๒ ซึ่งพบที่เมืองพัทลุง, พระราชกฤษฎีกาสองฉบับนี้เขียนด้วยสันดินสอดำบนกระดาษข่อย มีข้อความอันเดียวกันทั้งสองฉบับจะฉบับหนึ่งเขียนเป็นภาษาไทย อีกฉบับหนึ่งเขียนเป็นภาษาเขมร ตัวบทของกฎหมายฉบับนี้ยังมีได้คัดลอกเอาออกพิมพ์ แต่บทกฎหมายจะฉบับนี้ไม่สู้มีประโยชน์เท่าใดนักสำหรับประวัติศาสตร์กฎหมาย. เพราะเป็นบทบัญญัติที่เกี่ยวกับวัดในเมืองพัทลุง คือจัดให้สังกัดคนเป็นข้าพระสำหรับทำการในวัดนั้น ๆ และห้ามมิให้ใช้ในราชการ เป็นต้น

๑๖. อนึ่ง เมื่อ พ.ศ. ๒๔๗๖ ราชบัณฑิตยสภาพิมพ์ตัวบทของกฎสิบเอ็ดข้อ โดยให้ชื่อหนังสือพิมพ์นั้นว่า “พระราชกำหนดเก่าครั้งกรุงศรีอยุธยา” กฎสิบเอ็ดข้อนี้ได้ตรารขึ้นเป็นลำดับในระหว่างระยะเวลาตั้งแต่ พ.ศ. ๒๒๖๓ ถึง ๒๓๐๕ กล่าวคือ ระยะเวลาสิบห้าปีแห่งตอนปลายสมัยกรุงศรีอยุธยา แต่ต้นฉบับของกฎสิบเอ็ดข้อที่หอพระสมุดวชิรญาณจัดการพิมพ์ไว้นี้ จะว่ามีอายุนับถอยขึ้นไปถึงสมัยกรุงศรีอยุธยานั้นหาหนัดไม่, ตรงกันข้ามกลับมีสภาพซึ่งแสดงให้เห็นที่น่าเชื่อว่า เป็นแต่เพียงสำเนาซึ่งได้คัดลอกเมื่อสมัยกรุงรัตนโกสินทร์นี้เอง นอกจากนี้กฎสิบเอ็ดข้อนี้ ยังได้ปรากฏอยู่อย่างครบถ้วนรวมกับบรรดาตัวบทกฎหมายที่ได้ชำระรวบรวมในรัชกาลที่ ๑ แห่งกรุงรัตนโกสินทร์ คือจัดเข้าสมทบอยู่ในพระราชกำหนดเก่า. ฉะนั้นการที่พิมพ์กฎสิบเอ็ดข้อนี้ขึ้นก็ไม่สู้มีประโยชน์เท่าใดนัก แต่ทว่าตัวบทของกฎสิบเอ็ดข้อที่พิมพ์ขึ้นนี้หาได้เหมือนกันทีเดียวกับตัวบท

ที่ปรากฏอยู่ในพระราชกำหนดเก่า ซึ่งรวบรวมไว้ในประมวลกฎหมายครั้งรัชกาลที่ ๑ ไม่โดยข้อความในกฎที่พิมพ์ขึ้นในครั้งหลังนี้แตกต่างออกไปในส่วนย่อยบางประการ. ดังนั้นการจึงอาจเป็นได้ว่ากฎที่หอพระสมุทวารมณฑลได้พิมพ์ขึ้นนี้มีความเป็นอันเดียวกันกับกฎในพระราชกำหนดเก่า ซึ่งมีอยู่ก่อนการประมวลกฎหมายในรัชกาลที่ ๑ และถ้าหากว่ากรณีเป็นจริงเช่นนี้แล้ว เราจะได้เลยมีโอกาสทราบได้ถึงวิธีการที่บทกฎหมายต่างๆ แห่งกรุงศรีอยุธยาได้มารับการตรวจชำระแก้ไขเมื่อรัชกาลที่ ๑ แห่งกรุงรัตนโกสินทร์อีกด้วย. แต่การที่จะทราบได้เช่นนี้ก็คงจะไม่สู้สำคัญอันใด เรายังมีความหวังอยู่เสมอว่า การค้นคว้าในอนาคตคงจะนำเราให้พบตัวบทกฎหมายเก่าอื่น ๆ เพิ่มเติมอีก เพราะเป็นการเชื่อได้ว่ากฎที่ว่าบทกฎหมายเก่าจะได้พินาศสูญไปพร้อมกันหมดโดยไม่มีที่ใดเหลืออยู่บ้างเลย ถ้ามีผู้ไปค้นคว้าในหัว เมืองอันอยู่ไกลจากกรุงศรีอยุธยาและที่พะม่าข้าศึกไม่ได้ไปถึงด้วย ก็น่าจะได้พบกฎหมายหรือเอกสารทางกฎหมายที่ถอยขึ้นไปจนถึงสมัยกรุงศรีอยุธยา ดังที่เราได้เห็นมาแล้ว ในการค้นพบพระราชกฤษฎีกาของพระเพทราชาที่เมืองพัทลุง

๑๗. สำหรับในระหว่างนี้เราอาจแก้ไขเรื่องที่ยังค้นไม่พบเอกสารกฎหมายเก่า ซึ่งสาปสูญไปเกือบหมดสิ้นได้โดยอาศัยการพิเคราะห์ค้นคว้าในหนังสือต่างๆ ซึ่งชาวต่างประเทศเรียบเรียงขึ้นไว้พลางก่อน, มีหนังสือที่ชาวยุโรปซึ่งเข้ามาพำนักอยู่ในประเทศไทย ในสมัยกรุงศรีอยุธยาแต่ไว้เป็นอาทิ ราชบัณฑิตยสภาได้พิมพ์คำแปลจดหมายเหตุและรายงานต่างๆ ซึ่งพวกผู้แทนของบริษัทฝรั่งส่งไปยังตัวการที่กรุงปารีส ในรัชกาลของสมเด็จพระนารายณ์ ก็ยังได้มีการพิมพ์จดหมายโต้ตอบของพ่อค้าชาวฮอลันดาและชาวอังกฤษซึ่งเข้ามาตั้งอยู่ในกรุงศรีอยุธยา ในหลักฐานต่างๆ เหล่านี้มีข้อความซึ่งเกี่ยวกับการพาณิชย์และฐานะในทางเศรษฐกิจของประเทศไทยในครั้งนั้น ซึ่งนักประวัติศาสตร์กฎหมายไม่ควรจะละเลยผ่านไปเสีย.

นอกจากนี้ยังมีหนังสือกล่าวความทั่วไปต่างๆ ซึ่งชาวยุโรปผู้สังเกตเหตุการณ์ได้เขียนขึ้นก็มี อาทิเช่นพวกบาดหลวงและพวกทูต โดยผู้เขียนมีประสงค์จะแนะนำให้ชนร่วมชาติของตนรู้จักประเทศไทย หนังสือที่ควรแก่ความเอาใจใส่ที่สุดและมีประโยชน์ที่สุดสำหรับนักประวัติศาสตร์กฎหมาย ก็คือหนังสือที่พิมพ์ขึ้นในกรุงปารีส ค.ศ. ๑๖๙๑ (พ.ศ. ๒๒๓๔) ชื่อมองเดอลูแบร์ (Simon de la Loubère) เป็นผู้เรียบเรียง เป็นหนังสือสองเล่มชุดชื่อว่า "Du Royaume de Siam"* ผู้เรียบเรียงหนังสือนี้ พระเจ้าหลุยส์ที่ ๑๔

* ไปรอดู สันต์ ท. โกมลบุตร (แปล) จดหมายเหตุลาลูแบร์ฉบับสมบูรณ์ ก้าวหน้า, ๒๕๑๐-ปก. ๒๕๒๔.

พระเจ้าแผ่นดินฝรั่งเศส ทรงส่งมายังราชสำนักของสมเด็จพระนารายณ์ ณ ประเทศไทย ในฐานะเอกอัครราชทูตผู้มีอำนาจเต็ม เมื่อเดือนมีนาคม ค.ศ. ๑๖๘๗ (พ.ศ. ๒๒๒๙) เดอลาลูแบร์อยู่ประเทศไทยเป็นเวลาเพียง ๙๙ วัน คือตั้งแต่วันที่ ๒๗ กันยายน พ.ศ. ๒๒๓๐ ถึงวันที่ ๓ มกราคม พ.ศ. เดียวกัน แต่ท่านผู้นี้เป็นผู้มีความรู้สูงและเอาใจใส่สืบเสาะ และรู้จักแสวงหาความรู้จากหลักฐานที่ตีๆ จึงเป็นเหตุให้ข้อความต่าง ๆ ที่เขียนแนะนำให้ความรู้ไว้ในหนังสือของท่านนั้น โดยมากเป็นข้อความที่แน่นอนและตรงกับความจริง อนึ่ง เนื่องจากเดอลาลูแบร์เป็นนักนิติศาสตร์ด้วย ฉะนั้นโดยเหตุนี้ ท่านจึงได้เอาใจใส่ในระเบียบการทางกฎหมายของประเทศไทยยิ่งกว่าผู้แต่งหนังสืออื่น ๆ ในหนังสือของท่านผู้นี้เองที่เราจะสามารถพบข้อชี้แจงต่าง ๆ ที่เกี่ยวกับกฎหมายมหาชนและเอกชนในสมัยกรุงศรีอยุธยา.

๓. ประมวลบทกฎหมาย

จุลศักราช ๑๑๖๖ (พ.ศ. ๒๓๔๙-๒๓๕๔)

๑๘. ณ บัดนี้ข้าพเจ้าจะกล่าวถึงตัวบทกฎหมายต่าง ๆ ซึ่งได้ออกประกาศใช้ในสมัยกรุงรัตนโกสินทร์.

หลังจากที่กรุงศรีอยุธยาได้ถูกข้าศึกทำลายยับเยินลง และนครหลวงของประเทศไทยได้ย้ายลงมาตั้ง ณ กรุงเทพฯ แล้ว บทกฎหมายที่ใช้กันอยู่ในครั้งนั้น ก็ยังต้องอาศัยเอกสารกฎหมายต่าง ๆ ที่เหลือรอดพ้นมาได้จากการทำลายนั้นอยู่อีกเป็นเวลานาน และเป็นที่น่าว่าเอกสารกฎหมายเหล่านี้จะได้ลือกคัดกันเนื่อง ๆ มา เพื่อสนองความต้องการของศาล. เอกสารที่ว่านี้คงบรรจุไว้แต่เพียงส่วนน้อยของตัวบทกฎหมายที่ได้ใช้อยู่ในขณะกรุงศรีอยุธยาเสียแก่ข้าศึก ตามพระราชกำหนดใหม่ข้อที่ ๒๘ กล่าวว่าบทกฎหมายเก่าครั้งกรุงศรีอยุธยาได้สูญไปมาก, ในบทกฎหมายเก่าหรือสืบส่วนจะมีคงเหลืออยู่ก็แต่เพียงส่วนเดียวเท่านั้น เพื่อแก้ไขกำจัดความบกพร่องอันนี้ พระบาทสมเด็จพระพุทธยอดฟ้าฯ ได้ทรงทำการวินิจฉัยต่าง ๆ ในทางกฎหมายไว้ โดยทรงอาศัยมูลอำนาจอธิปไตยของพระองค์เองบ้าง ทรงอาศัยหลักฐานที่ได้จากการสืบสวนฟังคำบอกเล่าของผู้เฒ่าผู้แก่ มีอาทิ ผู้ที่เคยอยู่ในคณะตุลาการศาลแต่ครั้งเดิม ๆ มาบ้าง อย่างไรก็ตามก็ดี กฎหมายสมัยกรุงรัตนโกสินทร์ในครั้งนั้น ยังคงอาศัยบทกฎหมายต่าง ๆ ของกรุงศรีอยุธยาเป็นบรรทัดฐานสำคัญอยู่ แต่มีข้อที่ควรสังเกตว่า กฎหมายครั้งกรุงศรีอยุธยานั้น อย่างน้อยก็ได้มีบางส่วนที่มีความกลมเกลียวตรงกันกับความคิดเห็นจารีตประเพณีและความต้องการใหม่ๆ ที่ได้เกิด

มีขึ้นในสมัยกรุงรัตนโกสินทร์นั้น บรรดาบัญญัติของกฎหมายที่เห็นกันว่าถูกต้องดีแล้วในครั้งก่อนโน้น ครั้นมาในครั้งนี้ผู้ที่มีความคิดสุขุมละเอียดดียิ่งขึ้นอาจเห็นไปว่าบัญญัตินั้น ๆ เกิดขัดไม่ถูกต้องกับหลักความยุติธรรมก็ได้ ความไม่ถูกต้องกันระหว่างบทกฎหมายลายลักษณ์อักษรเดิม กับความคิดเห็นในชั้นใหม่ครั้งนั้นได้เป็นที่ปรากฏขึ้น มีอาทิในคดีฟ้องหย่าเรื่องหนึ่งซึ่งอำแดงบ่อมฟ้องหย่าขาดจากนายบุญศรีช่างเหล็กหลวง นายบุญศรีได้ต่อสู้คดีไม่ยอมให้มีกรบงคับให้หย่า โดยอ้างว่าอำแดงบ่อมภรรยาของตนได้ทำชู้กับนายราชาอรรด แต่ศาลได้พิพากษาให้การสมรสขาดจากกันได้ตามที่อำแดงบ่อมฟ้อง โดยอาศัยการพิจารณาคดีตามบัญญัติแห่งบทกฎหมายบทหนึ่งซึ่งมีความว่า “ชายหาผิดมิได้ หญิงขอหย่าทำนว่าเป็นหญิงหย่าชาย หย่าได้” นายบุญศรีได้นำเอาคดีขึ้นทูลเกล้าฯ ถวายฎีกาต่อสมเด็จพระเจ้าแผ่นดิน พระองค์ทรงเห็นด้วยตามฎีกา ว่าความจริงคำพิพากษาของศาลนั้นเป็นการขัดกับหลักความยุติธรรม พระองค์ทรงสงสัยจะบัญญัติกฎหมายที่ศาลได้ยกขึ้นไว้ว่า จะเป็นฉบับที่ผิดพลาดคลาดเคลื่อน จึงมีพระบรมราชโองการให้เทียบข้อความในฉบับกฎหมายที่ศาลยกมาใช้กับข้อความในฉบับกฎหมายอีกสองฉบับ ซึ่งฉบับหนึ่งรักษาไว้หอสมุดของหลวง อีกฉบับหนึ่ง ณ ข้างที่ แต่การเทียบนี้ก็คงทำให้เห็นว่าตัวบทในเอกสารกฎหมายทั้งสามฉบับนั้น มีความถูกต้องตรงกันมิได้คลาดเคลื่อนต่างกันแต่อย่างใด ดังนี้ จึงทำให้เป็นที่เห็นว่ามิพบัญญัติของกฎหมาย ที่มีได้เป็นการเหมาะสมกับสภาพของจารีตประเพณีที่มีอยู่ในครั้งนั้น.

เนื่องจากการร้องถวายฎีกาของนายบุญศรี พระบาทสมเด็จพระเจ้าแผ่นดิน จึงมีพระราชโองการตรัสให้จัดการตรวจชำระสะสางโดยทั่วไปซึ่งบรรดาบทกฎหมายทั้งปวงที่มีอยู่ในหอหลวงนั้น เมื่อจุลศักราช ๑๑๖๖ (พ.ศ. ๒๓๘๗) พระองค์ได้ทรงมอบหน้าที่การตรวจชำระบทกฎหมายในครั้งนั้นแก่กรรมการคณะหนึ่งรวม ๑๑ นาย เป็นอาลักษณ์ ๔ นาย ลูกขุน ๓ นาย และราชบัณฑิต ๔ นาย

๑๙. เพื่อประกอบการศึกษาประวัติศาสตร์กฎหมาย เป็นการจำเป็นที่จะต้องทราบให้แน่ชัดถึงอำนาจหน้าที่ของผู้ตรวจชำระบทกฎหมายว่าบุคคลเหล่านี้ ได้รับอำนาจให้ทำการปรับปรุงหรือตัดทอนลงเช่นใดบ้างแก่ตัวบทกฎหมาย ซึ่งตนได้รับมอบหมายมาให้ทำการตรวจในประกาศพระราชปรารภ ซึ่งปรากฏอยู่ในเบื้องต้นของกฎหมายฉบับหลวงทุกฉบับที่ได้จัดทำขึ้นเนื่องจากการตรวจชำระครั้งนั้น และซึ่งในต่อมาก็ได้คิดมาไว้ในเบื้องต้นของฉบับพิมพ์ มีข้อความกล่าวถึงแนวซึ่งกำหนดไว้ให้แก่คณะกรรมการเป็นเนื้อความดังนี้ “ให้กรรมการชำระพระราชกำหนดบทพระไอยการอันมีอยู่ในหอหลวง ตั้งแต่พระ

ธรรมศาสตร์ไปให้ถูกถ้วนตามบาติและเนื้อความ มิให้ผิดเพี้ยนซ้ำกันได้ จัดเป็นหมวดเป็นเหล่าเข้าไว้ แล้วทรงชำระตัดแปลงซึ่งบทอันวิปลาดนั้นให้ชอบโดยยุติธรรมไว้。”

พิเคราะห์ตามข้อความสำคัญตอนนั้นแล้วจะเห็นได้ว่า คณะกรรมการมีหน้าที่สำคัญในอันที่จะจัดวางลำดับด้วยทฤษฎีที่มีอยู่แล้ว ให้เข้าระเบียบ กับตัดทอนส่วนที่ซ้ำกันออก และเลือกตัดเอาส่วนที่บัญญัติความขัดแย้งกันทิ้งเสีย งานของคณะกรรมการนี้จึงหาได้เป็นแต่เพียงหาทางที่จะซ่อมแซมเติมส่วนที่ขาดตกบกพร่องของตัวบทเดิมให้ครบถ้วนเท่านั้นไม่ ยังจะต้องแก้ไขบทกฎหมายให้ดีขึ้นด้วย ในขั้นแรกก็คือจัดทำให้มีทางสำหรับค้นหาด้วยทฤษฎีได้ง่าย เพื่อความสะดวกแก่ศาล ในอันที่จะค้นคว้านำเอามาพิเคราะห์ประกอบการพิจารณาบรรดคดี อีกประการหนึ่งก็คือจัดการสะสางเกี่ยวแก่เนื้อความในตัวบทกฎหมายนั้นทีเดียว เพื่อตัดทอนส่วนที่มีความขัดแย้งกันอันทำให้เกิดความงุนงงสับสนแก่ศาล ในการที่จะนำเอาบทกฎหมายมาปรับกับคดีให้ถูกต้อง. อำนาจของคณะกรรมการมีอยู่เพียงเท่านี้ แต่สมเด็จพระเจ้าแผ่นดินหาได้ทรงมีความผูกพันว่า จำจะต้องทรงรับเอางานที่คณะกรรมการได้จัดทำขึ้นแล้วนั้น โดยจะทรงแก้ไขอย่างใดมิได้ก็หาไม่ พระองค์ยังทรงสงวนไว้ซึ่งสิทธิที่จะทรงแก้ไขในเนื้อความของตัวบทกฎหมายที่ชำระสะสางแล้วได้อีก ตามที่จะได้ทรงเห็นว่าเป็นการจำเป็นเพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรม

ดังนี้ จึงเป็นที่ถือได้แน่นอน ปราศจากข้อที่จะพึงโต้แย้งใด ๆ ว่าด้วยทฤษฎี ซึ่งเราได้รับมาเนื่องจากการตรวจชำระในรัชกาลที่ ๑ นั้นหาอาจถือได้ไม่ว่า เป็นการลอกคัดที่ถูกต้องตรงตัวบทกฎหมายเดิมซึ่งเหลือรอดมาจากการพินาศยับเยินของกรุงศรีอยุธยา และทั้งมิใช่เพียงแต่เป็นการจัดวางตัวบทกฎหมายเดิมให้เข้าในระเบียบใหม่ด้วย. เป็นการเห็นว่าได้มีการตัดทอนและเพิ่มเติมในตัวบทกฎหมายเก่า เนื่องจากการเปลี่ยนแปลงในจารีตประเพณี และในความคิดเห็นของประชาชน แต่ทว่าการเปลี่ยนแปลงที่เพิ่มขึ้นในตัวบทกฎหมายเก่านั้น โดยมากหาได้มีเครื่องแสดงไว้ให้ทราบไม่ว่า ได้มีการเปลี่ยนแปลงไปเช่นใดบ้าง. เนื่องจากเหตุนี้จึงเป็นการพันวิสัยที่จะรับรองยืนยันว่าในส่วนบัญญัติของกฎหมายในเรื่องนั้นเรื่องนี้ ตัวบทกฎหมายได้ตกทอดมาถึงเรา โดยมีได้มีการเปลี่ยนแปลงแก้ไขให้ผิดเพี้ยนไปจากที่เป็นอยู่แต่ครั้งดั้งเดิม. ถ้าหากเราจะถือความเฉียบขาดจริง ๆ แล้ว เราจำจะต้องถือว่าบรรดาบทกฎหมายที่ตกทอดมายังเรา โดยผ่านการประมวลบทกฎหมายเมื่อ พ.ศ. ๒๓๔๗ นั้น ย่อมเป็นบทกฎหมายซึ่งจะพึงเริ่มใช้กันนับตั้งแต่ที่กล่าวนี้เท่านั้นและไม่ก่อนขึ้นไป.

๒๐. แต่อย่างไรก็ดี เป็นการสมควรที่จะทำการสังเกตุไว้บางประการซึ่งจะทำให้การถืออย่างเฉียบขาดดังกล่าวข้างต้นนั้นมีทางผ่อนผันลงได้บ้าง กล่าวคือ

๑. โดยถือเอาว่าวันปีในประกาศพระราชปรารภดังกล่าวมาข้างบนนี้เป็นวันเดียวกันกับที่คณะกรรมการได้เริ่มงาน คือวันที่ ๓๑ มกราคม พ.ศ. ๒๓๔๗ ในชั้นแรกเราจะสังเกตเห็นได้ว่าคณะกรรมการได้ปฏิบัติงานของตนเสร็จเร็วมาก เพราะตามระเบียบหลวงซึ่งได้ตกทอดมายังเรานั้นปรากฏว่าจะมีบทที่เขียนเสร็จก่อน อาลักษณ์ได้ทานแล้วเมื่อวันที่ ๓ กันยายน พ.ศ. ๒๓๔๘ คิดเป็นเวลาประมาณ ๗ เดือนหลังจากวันเริ่มงาน และจะมีบทที่เขียนครั้งสุดท้าย อาลักษณ์ได้ทานแล้วเมื่อวันที่ ๑๖ ธันวาคม พ.ศ. ๒๓๔๘ คิดเป็นเวลาไม่ถึง ๑๑ เดือนหลังจากวันเริ่มงาน เพราะเหตุคณะกรรมการได้ใช้เวลาอันรวดเร็วสำหรับตรวจชำระกฎหมายนี้เองจึงได้ทำให้ยังมีบทกฎหมายที่ซ้ำ ๆ กัน และขัดกันอยู่ในบรรดาบทกฎหมายที่ได้รับรวบรวมประมวลขึ้นไว้ แม้คณะกรรมการจะได้มีปรารภที่จะปฏิบัติตามพระราชประสงค์ให้เป็นที่ยอมรับอย่างดีที่สุด เราอาจที่จะสันนิษฐานได้ว่า คณะกรรมการไม่ได้มีเวลาพอที่จะทำการสะสางบทกฎหมายเท่าได้บริบูรณ์ เช่น จะเห็นได้จากการที่ได้มีบทบัญญัติของกฎหมายส่วนมาก ซึ่งตามที่ควรแล้ว น่าจะจัดให้รวมเข้าอยู่ในบทกฎหมายลักษณะต่าง ๆ ที่ได้จัดแบ่งลักษณะไปตามมูลคดีในพระธรรมนูญ แต่คณะกรรมการก็ยังปล่อยให้บทบัญญัตินั้น ๆ แยกย้ายอยู่กระจัดกระจายและให้มีชื่อเรียกเอาง่าย ๆ โดยหาได้เป็นชื่อที่มีความหมายตรงกับวัตถุประสงค์ของเนื้อหาความในบทบัญญัตินั้นนั้นไม่ คือเรียกกันว่ากฎหมายสืบหกข้อ, พระราชบัญญัติ, พระราชกำหนดเก่า, พระราชกำหนดใหม่เหล่านี้. เราอาจจะลงความเห็นถือเอาได้ว่าบทกฎหมายเก่าซึ่งคณะกรรมการชุดนี้ได้ตรวจชำระนั้น ได้เคยแบ่งออกเป็นลักษณะต่าง ๆ มาแล้วก่อนสมัยกรุงรัตนโกสินทร์ และคณะกรรมการมิได้แก้ไขวิธีการแบ่งลักษณะที่เป็นมาแล้วนั้นแต่อย่างใด คงปล่อยให้ เป็นไปเช่นเดิม อันเป็นวิธีการแบ่งซึ่งมีกำเนิดมาแต่สมัยกรุงศรีอยุธยา

๒๑. ๒. อนึ่งเราต้องสังเกตอีกว่าพระบาทสมเด็จพระพุทธยอดฟ้าฯ หาได้ทรงถือว่าบรรดาบทกฎหมายซึ่งได้ออกประกาศใช้โดยพระมหากษัตริย์พระองค์ก่อน ๆ มาในสมัยกรุงศรีอยุธยาอันอาจเป็นบทกฎหมายที่ขัดต่อหลักความยุติธรรมไม่ แต่ทรงพระราชดำริว่าการที่บทกฎหมายได้กลายมาเป็นบัญญัติอันไม่ยุติธรรมนั้นก็เพราะบทกฎหมายเดิมถูกเปลี่ยนแปลงให้ทรามลง โดยบุคคลที่ได้มีหน้าที่รักษาบทกฎหมายนั้นเป็นคนโลภหลงหาความละเอียดแก่บาปมิได้ จึงได้ตัดแปลงแต่งตามชอบใจเพื่อประโยชน์ของตน ฉะนั้นในเมื่อทรงให้จัดการแก้กฎหมายเก่านี้สมเด็จพระเจ้าแผ่นดินจึงคงทรงมีแต่พระราชประสงค์

ที่จะกลับมาสู่ธรรมเนียมประเพณีเดิม ที่จะรื้อฟื้นให้ตัวบทกฎหมายคงดำรงอยู่ในสถานะดั้งเดิมอันแท้จริงสืบไปเท่านั้น. เหมือนดังเช่นเหตุการณ์ที่ได้เคยเกิดมีมาแล้วแก่พระคัมภีร์ไบเบิล ซึ่งในทำนองเดียวกันได้เคยถูกพวกทฤษฎีไม่มีจิตต์คิดละอายเปลี่ยนแปลงแก้ไขทรมาลง และซึ่งต้องถูกตรวจชำระสะสางใหม่หมดจนสิ้นเชิงโดยการสังคายนาเมื่อ พ.ศ. ๒๓๓๑. ในพระราชดำริของพระบาทสมเด็จพระพุทธยอดฟ้าฯ และในความคิดเห็นของชนในสมัยเดียวกันกับพระองค์นั้น ถือว่าบรรดาสิ่งที่ตกทอดสืบมาโดยธรรมเนียมประเพณีกับหลักความยุติธรรมนั้นย่อมเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันจะแยกจากกันมิได้ แม้ชาวโรมันเองก็เห็นว่าจารีตประเพณีนั้น “เป็นบ่อเกิดอันบริสุทธิ์แห่งความยุติธรรม” ในบทต่อไปข้าพเจ้าจะได้มีโอกาสกล่าวถึงฐานะแห่งความคิดเห็นเช่นว่านี้อีกโดยพิสดาร. การถือกันดังนี้ได้ดำรงอยู่ในนานาประเทศแห่งตะวันออกไกลเป็นเวลานานกว่าในประเทศยุโรปและทำให้เราเข้าใจได้ถึงวิธีตั้งกฎหมายในประเทศไทยตั้งข้าพเจ้าจะได้อธิบายภายหลัง แต่สำหรับเราในชั้นปัจจุบันนี้ก็ทราบดีว่าความรู้ความเข้าใจในเรื่องความยุติธรรมนี้อาจแปรเปลี่ยนไปได้ตามประเทศและตามยุค เราจึงไม่ตกเข้าไปอยู่ความหลงตามมูลเหตุที่พระบาทสมเด็จพระพุทธยอดฟ้าฯ ได้ทรงเข้าพระราชหฤทัยในขณะที่ทรงจัดให้มีการชำระสะสางบทกฎหมายในรัชกาลของพระองค์ เราคงเชื่ออย่างมั่นคงว่าการตรวจชำระกฎหมายในครั้งนั้นเป็นการเปลี่ยนแปลงแก้ไขอันแท้จริงของบทกฎหมายที่มีมาแต่เก่าก่อนอันจำเป็นต้องมีขึ้นเนื่องจากความผันแปรเปลี่ยนแปลงในจารีตประเพณีและความคิดเห็นของชุมชนคนไทยตามลำดับเวลา แต่อย่างไรก็ดี เราจะต้องเชื่อโดยปราศจากความสงสัยอีกว่าพระบาทสมเด็จพระพุทธยอดฟ้าฯ ได้ทรงถือเอาอย่างเคร่งครัดถึงความสำคัญของจารีตประเพณีดั้งเดิม เพราะฉะนั้นโดยเหตุเหล่านี้เราอาจลงความสันนิษฐานได้ว่าพระองค์มิได้ทรงคิดที่จะปฏิวัติระเบียบในกฎหมายเก่าแต่อย่างใด. โดยมากพระองค์คงเป็นแต่เพียงทรงแก้ไขเล็ก ๆ น้อย ๆ ในส่วนย่อยของกฎหมายเก่าโดยเราไม่สามารถจะยืนยันให้แน่นอนลงไปว่าพระองค์ได้ทรงเปลี่ยนแปลงแก้ไขบทอะไรไปบ้างก็จริงอยู่ แต่เราคงถือได้เสมอว่าการประมวลบทกฎหมายเมื่อ พ.ศ. ๒๓๔๗ ถึง ๒๓๔๘ นั้น หากได้เป็นการตัดทอนเด็ดขาดระหว่างกฎหมายในครั้งนั้นกับกฎหมายเก่าดั้งเดิมในอดีตไม่ บทกฎหมายในครั้งนั้นคงดำเนินต่อมาตามหลักที่มีอยู่ในกฎหมายแต่ครั้งดั้งเดิมโดยมาก. อาศัยเหตุนี้จึงเป็นที่หวังว่าโดยการใช้ความระมัดระวังอย่างเต็มความสามารถและโดยการเปรียบเทียบตัวบทกฎหมายต่าง ๆ อย่างละเอียดถี่ถ้วนแล้ว เราอาจค้นพบแนวทางดำเนินที่เป็นหลักใหญ่ ๆ ของกฎหมายในสมัยกรุงศรีอยุธยาได้

๒๒. ๓. ในที่สุด ในประมวลกฎหมายของพระบาทสมเด็จพระพุทธยอดฟ้าฯ นี้มีบทกฎหมายบางเรื่องตกทอดมายังเราพร้อมด้วยคำปรารภ ซึ่งแสดงวันที่บทกฎหมายนั้น ๆ ออกประกาศใช้ และบางครั้งก็บรรยายถึงเหตุการณ์ซึ่งเป็นเหตุให้มีการประกาศใช้บทกฎหมายนั้น ๆ ด้วยวันต่าง ๆ ในบทกฎหมายที่กล่าวถึงนี้ เราจะรับถือเอาง่าย ๆ โดยไม่พิเคราะห์ให้ถ่องแท้นั้นไม่ได้ เพราะบทกฎหมายเหล่านี้ได้ถูกลอกคัดมาหลายทอดหลายครั้ง โอกาสที่ข้อความจะต้องคลาดเคลื่อนผิดพลาดมีเป็นอันมาก ฉะนั้นจึงเป็นการจำเป็นที่จะต้องค้นพิเคราะห์ให้ทราบถึงความถูกต้องของวันในบทกฎหมายเหล่านี้ในเมื่อสามารถจะกระทำเช่นนั้นได้โดยอาศัยวิธีซึ่งบรรยายไว้ในหนังสือวิชาพิเศษ เช่น หนังสือโหราศาสตร์ เป็นต้น. เรื่องวันในกฎหมายนี้สำหรับบทกฎหมายบางฉบับมีปัญหายุ่งยากเกิดขึ้น กล่าวคือ บทกฎหมายลักษณะอาช. ลักษณะกัญหน้. ลักษณะวิวาท และลักษณะเบ็ดเสร็จเหล่านี้มิได้ลงวันซึ่งเป็นปีแห่งพุทธศักราช หรือมหาศักราช หรือจุลศักราช พระเจ้าบรมวงศ์เธอ สมเด็จพระกรมพระยาดำรงราชานุภาพ ได้ทรงให้ความเห็นว่าศักราชที่ใช้ในบทกฎหมายเหล่านี้เป็นศักราชใหม่ชนิดหนึ่งซึ่งทรงเรียกว่าศักราชกฎหมาย อันเป็นศักราชที่เริ่มขึ้นภายหลังมหาศักราช ๓๐๐ ปีพอดี (คือ ๙๒๑ ปีภายหลังพุทธศักราช) ข้าพเจ้าไม่มีโอกาสจะทำการโต้แย้งอย่างพิสดารได้ในที่นี้ ขอกล่าวแต่เพียงว่าความสันนิษฐานของพระเจ้าบรมวงศ์เธอ กรมพระยาดำรงราชานุภาพในข้อนี้ยังหาปราศจากความได้เถียงไม่ เพราะเมื่อได้พิเคราะห์ดูให้รอบคอบแล้วจะเห็นได้ว่าตามบทบัญญัติอันบรรจุอยู่ในบรรดาบทกฎหมายที่ใช้ศักราชอันแปลกนั้น แสดงในตัวเองว่าบทกฎหมายเหล่านี้มีอายุถอยหลังขึ้นไปในสมัยโบราณไกลกว่าสมัยที่พระเจ้าบรมวงศ์เธอ สมเด็จพระกรมพระยาดำรงราชานุภาพทรงคาดหมายไว้. แต่จะเป็นอย่างไรก็ตามในเรื่องวันซึ่งปรากฏอยู่ในคำปรารภของบทกฎหมายต่าง ๆ เราไม่ควรถือเป็นหลักสำคัญสำหรับประวัติศาสตร์กฎหมาย เราอาจถือเอาได้ว่าวันในคำปรารภของบทกฎหมายนั้นเป็นวันที่เกิดมีเหตุการณ์ซึ่งบรรยายไว้ในคำปรารภเท่านั้น ฉะนั้นวันที่ปรากฏอยู่ในคำปรารภจึงมีประโยชน์บางประการ ซึ่งเราจะปฏิเสธเสียมิได้สำหรับการศึกษาประวัติศาสตร์กฎหมาย เพราะวันเหล่านี้อาจช่วยเป็นที่ทราบชัดว่า ในยุคใดของประวัติศาสตร์ปัญหาเรื่องนั้นเรื่องนี้ได้เกิดขึ้น และในยุคใดมีการเริ่มทำบทกฎหมายขึ้นสำหรับเรื่องนั้นเรื่องนี้ แต่ในส่วนที่เกี่ยวกับบทบัญญัติของกฎหมาย เช่น มาตราในกฎหมายนั้นก่อนที่เราจะรับรองว่าได้เกิดขึ้นตามวันที่ปรากฏอยู่ในคำปรารภนั้น จำเป็นที่เราจะต้องสอบสวนด้วยความระมัดระวังอย่างถี่ถ้วน ทั้งนี้ก็โดยเราต้องไม่ลืมว่าการตรวจชำระบทกฎหมายเก่าแก่มิได้กระทำขึ้นแต่ละเฉพาะในรัชกาลที่ ๑ แห่งกรุงรัตนโกสินทร์ครั้งเดียวเท่านั้น. ในสมัย

กรุงศรีอยุธยา การตรวจชำระบทกฎหมายเก่าทำนองเดียวกันนี้ก็ ได้เคยมีขึ้นแล้วหลายครั้ง หลายคราว ซึ่งบางคราวของการตรวจชำระยังคงปรากฏร่องรอยให้เห็นได้อยู่จนทุกวันนี้ ดังเช่นที่พระเจ้าบรมวงศ์เธอ สมเด็จพระมหาธรรมราชาธิราชนุภาพเองก็ได้ทรงชี้ไว้ให้ในหนังสือ ซึ่งพระองค์ได้ทรงพระนิพนธ์ขึ้น ชื่อว่า “ตำนานกฎหมายเมืองไทย” เรามีเหตุผลต่างๆ อยู่ครบครันที่จะนำให้คิดว่า การตรวจชำระสะสางกฎหมายในคราวต่างๆ เหล่านี้คงทำให้มีการแก้ไข, การตัดแปลง, การเพิ่มเติมซึ่งล้วนแต่จะทำให้ตัวบทกฎหมายเดิมต้องผิดเพี้ยนไปบ้างไม่มากก็น้อย. การเปลี่ยนแปลงต่างๆ ที่ได้เกิดขึ้นแก่บทกฎหมายในสมัยก่อน ที่มาถูกเปลี่ยนแปลงซ้ำขึ้นอีกในรัชกาลที่ ๑ แห่งกรุงรัตนโกสินทร์นั้นเป็นการที่เราจะค้นคว้าให้ทราบว่าเป็นมาอย่างไร ได้ยากยิ่งขึ้นไปเสียกว่าที่เราจะค้นให้ทราบถึงการเปลี่ยนแปลงในครั้งรัชกาลที่ ๑ อีก โดยลักษณะการเช่นนี้ เราจึงตกอยู่ในฐานะที่จะปลงใจเชื่อได้โดยยากว่า บทมาตราที่บรรจุอยู่ในกฎหมายเก่านั้นจะคงรักษาลักษณะดั้งเดิมแท้จริงของบทบัญญัติเหมือนเมื่อขณะได้ประกาศออกใช้ในครั้งแรก เมื่อการมาเป็นเสียดังนี้ บรรดาวันซึ่งลงไว้ในคำปรารภตอนต้นของกฎหมาย จึงไม่เป็นหลักฐานที่จะพึงยึดถือได้แน่นอนเด็ดขาดสำหรับการวางลำดับบทบัญญัติต่างๆ ของกฎหมายตามลำดับเวลาที่บทกฎหมายนั้นๆ ออกประกาศใช้.

๒๓. เพื่อสรุปความ ข้าพเจ้าขอกล่าวว่า การประมวลกฎหมายในรัชกาลที่ ๑ แห่งกรุงรัตนโกสินทร์นั้น ทำให้สงวนรักษาที่ชุมนุมบทกฎหมายเก่าซึ่งส่วนมากได้มีอายุถอยขึ้นไปถึงสมัยกรุงศรีอยุธยา แต่ทว่าวันที่บทกฎหมายเหล่านี้ ได้ออกประกาศใช้ที่แน่นอนจริงนั้นเราไม่สามารถจะทราบได้ นอกจากวันที่ปรากฏในคำปรารภของกฎหมายบางฉบับอันเป็นวันที่เหตุการณตามทีบรรยายในคำปรารภนั้นได้เกิดขึ้นเท่านั้น. ทั้งนี้ก็เพราะบทกฎหมายเก่าตามที่ได้ออกประกาศใช้ในครั้งแรกนั้น ได้ถูกเปลี่ยนแปลงแก้ไขเรื่อยๆ มาในทุกครั้งที่มีการตรวจชำระบทกฎหมายนั้น นับแต่วันซึ่งบทกฎหมายนั้นๆ ได้ออกประกาศใช้จนถึงคราวตรวจชำระในรัชกาลที่ ๑ นี้. ข้าพเจ้าหวังว่าโดยอาศัยความพยายามค่อยดำเนินงานด้วยความพากเพียรแล้ว เราคงสามารถที่จะทราบลงไปได้แน่ อย่างน้อยก็เพียงบางส่วนถึงการเปลี่ยนแปลงแก้ไขที่ได้กระทำไปในรัชกาลที่ ๑ เนื่องจากการตรวจชำระและรวบรวมประมวลบทกฎหมายในรัชกาลนี้. และเมื่อทราบถึงการเปลี่ยนแปลงนี้แล้ว เราคงสามารถที่จะย้อนหลังขึ้นไปค้นคว้าถึงฐานะของกฎหมายที่มีอยู่ในสมัยก่อนหน้าสมัยนี้ กล่าวคือ ถอยขึ้นไปศึกษาถึงกฎหมายในตอนปลายแห่งสมัยกรุงศรีอยุธยาที่ก่อนเสียกรุงแก่พม่า แต่สำหรับการศึกษาถึงกฎหมายในสมัยกรุงศรีอยุธยาตอนเก่าถอยขึ้นไปอีกนั้น นอกจาก

เหตุการณ์ซึ่งบรรยายไว้ในคำปราชญ์ของบทกฎหมายบางฉบับแล้ว เราก็มีแต่เพียงได้อาศัยวิเคราะห์ดูลักษณะเก่าแก่มากหรือน้อยแห่งบทบัญญัติของกฎหมายนั้นๆ เพื่อทราบถึงสมัยต่างๆ ที่กฎหมายนั้นๆ ได้เกิดขึ้น. วิธีทำนองนี้ก็จะเป็นเรื่องร้อยคำเงื่อนไขที่क्रमเคลื่อนหาความแน่นอนได้ยาก แต่สำหรับข้าพเจ้าแล้วเห็นว่าเมื่อไม่มีวิธีอื่นดีไปกว่า นักประวัติศาสตร์กฎหมายก็ได้แต่อาศัยวิธีนี้สำหรับทำการค้นคว้าให้พอเกิดผลบ้าง.

๒๔. ฉบับนี้จะบรรยายเรื่องสภาพที่บทกฎหมายในประมวลกฎหมายเมื่อครั้งรัชกาลที่ ๑ นั้นได้ตกทอดมายังเรา ตามประกาศแสดงพระราชปรารภในการประมวลกฎหมายเราทราบว่า เมื่อบทกฎหมายต่างๆ ได้รับการตรวจชำระแล้วจากคณะกรรมการและพระบาทสมเด็จพระเจ้าแผ่นดินนั้น ได้เขียนเป็นฉบับหลวงมีจำนวนสามชุด และแยกเก็บรักษาไว้ในสถานที่สามแห่ง คือ ชุดหนึ่งรักษาไว้ ณ ห้องเครื่อง ชุดหนึ่ง ณ หอหลวง และอีกชุดหนึ่ง ณ ศาลหลวงสำหรับลูกขุน ฉบับหลวงทั้งสามชุดนี้ได้ประทับตราพระราชสีห์ พระคชสีห์และบัวแก้วอันเป็นตราประจำตำแหน่งของสมุหนายก สมุหพระกลาโหม และเจ้าพระยาพระคลังเรียงตามลำดับกัน ตราทั้งสามนี้ปิดไว้เป็นสำคัญ เพื่อแสดงถึงความแท้จริงแห่งบทกฎหมายประการหนึ่ง และเพื่อทำให้ตัวบทกฎหมายที่ออกประกาศใช้นั้นมีอำนาจอย่างครบบริบูรณ์ทั้งในส่วนที่จะใช้บังคับในอาณาเขตต์ และในส่วนที่จะให้เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจฝ่ายปกครองเชื่อถือรับฟังได้อีกประการหนึ่ง ในตอนสุดท้ายแห่งประกาศนี้มีข้อความกล่าวห้ามมิให้ลูกขุนเชื่อฟังบทกฎหมายอื่น ซึ่งมีได้ปรากฏอยู่ในฉบับหลวงทั้งสามนี้ ข้อห้ามอันนี้มีแดบงคับไพศาลมาก เพราะเท่ากับเป็นการให้ยกเลิกโดยเด็ดขาดซึ่งบรรดาบทกฎหมายที่มีได้ปรากฏอยู่ในประมวลกฎหมายใหม่นี้ ฉบับกฎหมายทุกฉบับแม้จะมีอายุมาแต่สมัยกรุงศรีอยุธยา และมีลักษณะเป็นบทกฎหมายที่ถูกต้องแท้จริงอย่างใดก็ตาม ก็ไม่มีน้ำหนักก่อนจะอ้างในศาลได้, นอกจากจะเป็นที่พิสูจน์เห็นได้ว่า บทกฎหมายนั้นได้นำเอามาบัญญัติไว้ในประมวลใหม่ตามฉบับเดิม ไม่มีผิดเพี้ยน พุทธติการณอันนี้ชี้ให้เห็นถึงเหตุที่บุคคลมีฉบับกฎหมายเขียนด้วยมือเก่าๆ มิได้ใช้ความระวังรักษาให้ดี และเหตุที่ฉบับเขียนด้วยมือเก่าๆ ได้ตกทอดมาถึงเราเป็นจำนวนน้อยมากดังที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น อีกประการหนึ่งเราอาจกล่าวได้ว่าการออกประกาศให้ใช้ประมวลกฎหมายฉบับนี้ ได้ทำให้กฎหมายสมัยกรุงศรีอยุธยาถึงที่สุดลงโดยสิ้นเชิง และเกิดสมัยอีกสมัยหนึ่งสำหรับประวัติศาสตร์กฎหมายไทย. ในที่สุดโดยอาศัยแต่เพียงลักษณะการที่ได้ยกเลิกกฎหมายเดิมโดยสิ้นเชิงนี้ ก็เป็นที่พอแสดงให้เห็นได้แล้วว่างานตรวจชำระ และรวบรวมบทกฎหมายเมื่อ พ.ศ. ๒๓๔๗-๒๓๔๘ นั้น หาใช่แต่การเก็บเอาบทกฎหมายที่กระจัดกระจายมารวบรวมเข้า

ไว้ในที่แห่งเดียวกันเท่านั้นไม่ แต่เป็นงานที่ใกล้เคียงเข้าไปมากกับงานประมวลกฎหมายครั้งแรกๆ ในยุโรป.

จะบัญญัติกฎหมายฉบับหลวงทั้งสามชุดซึ่งได้ทำขึ้นในรัชกาลที่ ๑ นั้นมิได้ตกมาถึงเราโดยครบถ้วน ทั้งนี้ก็โดยจะฉบับหลวงซึ่งรวบรวมขึ้นนี้ชุดหนึ่ง ๆ มีอยู่ด้วยกัน ๔๑ ฉบับ แต่ว่าที่ตกมาถึงเรารวมทั้ง ๓ ชุดมีเพียง ๘๐ ฉบับเท่านั้น ซึ่งในเวลานี้ส่วนหนึ่งของจะบัญญัติกฎหมายฉบับหลวงเหล่านี้ เก็บไว้ ณ กระทรวงยุติธรรม และอีกส่วนหนึ่ง ณ หอสมุดวชิรญาณ แต่เป็นเคราะห์ดีที่เราได้จะฉบับหลวงอย่างน้อยฉบับหนึ่งในสามฉบับเดิม เว้นไว้แต่พระอัยการพรมศักดิ์และพระอัยการทาส สำหรับบทกฎหมายสองฉบับนี้เหลือแต่ฉบับรองทรง. ฉบับรองทรงนี้เป็นชุดฉบับรองลงมา ซึ่งที่จริงก็เขียนโดยอลักษณ์ พวกเดียวกันกับพวกที่เขียนชุดฉบับหลวง ผิดกันในข้อที่ฉบับรองทรงใหม่ ได้มีตราปิดไว้เท่านั้น^(๑)

เมื่อยกไม่กล่าวถึงบทกฎหมายสองฉบับนี้แล้ว ก็เป็นอันว่าเราสามารถพบเห็นตัวบทกฎหมายตามที่ได้ชำระขึ้นในปีพุทธศักราช ๒๓๔๗—๒๓๔๘ ตามต้นฉบับที่อลักษณ์เขียนขึ้น เราจะเห็นในต่อไปว่าการศึกษาที่เราสามารถอ่านบทกฎหมายในฉบับหลวงได้เช่นนี้หาเป็นการไร้ประโยชน์สำหรับการศึกษาของเราไม่

๒๕. จนกระทั่งรัชกาลที่สามแห่งกรุงรัตนโกสินทร์ ประชาชนได้รู้จักประมวลกฎหมายของรัชกาลที่ ๑ นี้ ก็แต่โดยอาศัยสำเนาซึ่งเข้าใจว่ามีผู้ลอกคัดมาจากฉบับรองทรงในรัชกาลที่ ๓ หมอสอนศาสนาชาวอเมริกันได้นำเอาเครื่องพิมพ์หนึ่งสือไทยเข้ามายังกรุงรัตนโกสินทร์เป็นครั้งแรก เมื่อ พ.ศ. ๒๓๙๒ นายโหมต อมาตยกุล (ต่อมาเลื่อนเป็นพระยากระสาป) ได้แสวงหาสำเนาของประมวลกฎหมายรัชกาลที่ ๑ มาได้ครบ ๑ ชุด จึงเริ่มพิมพ์ขึ้นโดยไม่ได้รับอนุญาตจากทางราชการ จะพิมพ์ขึ้นจะเป็นหนังสือสองเล่มชุด แต่

(๑) นักศึกษาผู้ประสงค์จะทราบให้ละเอียดถึงฐานะปัจจุบันของจะฉบับหลวงและฉบับรองทรงซึ่งทำขึ้นในรัชกาลที่ ๑ นั้น ขอให้ไปดูบทประพันธ์ของนาย ย. บุรณีย์ ชื่อว่า “In ventaire des Manuscrits Juridiques Siamois” ในหนังสือแห่งสมาคมการค้าว่าประเทศไทย เล่ม ๒๓ ภาค ๓ (Journal of the Siam Society, vol. XXIII, part 3, 1929)

หมายเหตุ เมื่อ พ.ศ. ๒๔๘๒ รัฐบาลทหารของจอมพล ป. พิบูลสงคราม ได้เปลี่ยนชื่อ “สยาม” เป็น “ประเทศไทย” ดังนั้น “สยามสมาคม” ก็พลอยเปลี่ยนชื่อตามสมัยนิยมไปชั่วคราวว่า “สมาคมการค้าว่าประเทศไทย” — บก. ๒๕๒๔

พอนำเอาเล่มที่หนึ่งออกขายก็มีพระราชโองการให้รับเสียสิ้น และให้เอาไปเผา ในทุกวันนี้ มีบางฉบับเหลือเช่นมีอยู่หนึ่งเล่มที่ได้ตกมาเป็นสมบัติของหอสมุดแห่งชาติ.

ความพยายามของนายโหมด ได้เป็นที่กลับริอพี่น้องในรัชกาลที่ ๔ โดยหมอสอนศาสนาชาวอเมริกัน ต.บ. บรัดเลย์ หมอผู้นี้ได้พิมพ์หนังสือเล่มที่ ๑ ขึ้นเมื่อ พ.ศ. ๒๔๐๕ และต่อมาปีหนึ่งก็ได้พิมพ์เล่มที่สองขึ้น จะนับพิมพ์ขึ้นนี้บรรจุกฎหมายทุกเรื่องแห่งประมวลกฎหมายในรัชกาลที่ ๑ ก็ยังมีตัวบทกฎหมายเพิ่มเติมขึ้นอีกเรื่องหนึ่ง คือ กฎหมายลักษณะโจรห้าเส้น อันเป็นบทกฎหมายในรัชกาลที่ ๓ ในการพิมพ์นี้ หมอบรัดเลย์ได้ใช้สำเนาของนายโหมดเป็นต้นฉบับ ที่ว่านี้ก็เพราะได้รับความจากการเปรียบเทียบระหว่างฉบับพิมพ์ของนายโหมดกับฉบับพิมพ์ของหมอบรัดเลย์ กล่าวคือในฉบับพิมพ์ทั้งสองฉบับนี้ ได้มีตัวบทกฎหมายที่ไม่ครบบริบูรณ์เรื่องหนึ่งพิมพ์ไว้ท้ายกฎหมายลักษณะลักพา ตัวบทที่ไม่ครบนี้ปรากฏว่าเป็นตอนต้นของบทกฎหมายลักษณะหนึ่ง ซึ่งเรียกว่ามูลคดีวิวาท บทกฎหมายลักษณะนี้ได้พิมพ์ไว้อย่างครบบริบูรณ์ในตอนต้นของกฎหมายเล่มสองหมอบรัดเลย์. การซ้ำกันนี้ เนื่องมาจากมูลเหตุอย่างเดียวกัน คือ เกิดจากการที่ผู้เขียนซึ่งลอกคัดสำเนาประมวลกฎหมายรัชกาลที่ ๑ ให้แก่นายโหมดนั้นเห็นว่ายังมีหน้าสมุดเหลือว่างอยู่ ภายหลังที่ได้คัดลักษณะลักพาแล้ว จึงได้เริ่มเขียนลักษณะมูลคดีวิวาทต่อท้ายลงไปอีก แต่ครั้นแล้วหน้าสมุดได้หมดลงเสียก่อนที่ตัวบทกฎหมายลักษณะนี้จะจบลงจึงเป็นอันได้ทั้งค้างไว้ ครั้งเมื่อนำเอามาใช้เป็นสำเนาในการพิมพ์ ผู้พิมพ์ก็ไม่ได้ใช้ความระมัดระวังว่า ตอนที่ขาดด้านอยู่นั้นเป็นแต่เพียงตอนต้นของลักษณะมูลคดีวิวาท จึงได้ให้ต่อติดท้ายตัวบทของลักษณะลักพา ซึ่งกฎหมายทั้งสองลักษณะนี้มีได้มีความเกี่ยวข้องกันแต่อย่างใด.

ต่อจากการพิมพ์ของหมอบรัดเลย์แล้ว ก็ได้มีการพิมพ์ประมวลกฎหมายรัชกาลที่ ๑ เกิดขึ้นอีกหลายครั้ง. หนังสือราชกิจจานุเบกษาก็ได้พิมพ์ออกโฆษณา ส่วนมากของกฎหมายเก่าเหล่านี้เป็นตอนๆ ติดต่อกันเป็นลำดับ ระหว่าง พ.ศ. ๒๔๑๘ กับ ๒๔๒๑ ต่อมาใน พ.ศ. ๒๔๓๘ หลวงดำรงธรรมสาร (มี) ผู้พิพากษาศาลพระราชอาญา ได้พิมพ์หนังสือสองเล่ม ชื่อ “กฎหมายเก่าใหม่” อันเป็นหนังสือประชุมบทกฎหมาย, นอกจากตัวบทกฎหมายในฉบับพิมพ์ของหมอบรัดเลย์แล้วยังบรรจุกฎหมายใหม่และประกาศซึ่งใช้อยู่ในขณะพิมพ์หนังสือนั้นอีกด้วย. ประโยชน์อันเป็นสาระสำคัญที่ได้จากการรวบรวมบทกฎหมายขึ้นนี้ ก็คือโดยการนำเอาบทกฎหมายต่าง ๆ อันมีวัตตอันเดียวกันเข้ามาวางไว้รวมกัน ย่อมจะทำให้เห็นภาพรวมของกฎหมายที่เกี่ยวกับกรณีใดกรณีหนึ่งได้โดยง่าย และโดยเหตุ

นี้จะช่วยให้ความสะดวกแก่การตรวจค้นบทกฎหมายทั้งหลายซึ่งกำลังใช้อยู่. ต่อมาเมื่อ พ.ศ. ๒๔๔๔ กรมหลวงราชบุรีดิเรกฤทธิ์ทรงจัดพิมพ์บทกฎหมายขึ้นอีกเป็นหนังสือ ๒ เล่ม โดยทรงเขียนคำอธิบายเพิ่มเติมด้วย. บทกฎหมายที่พระองค์พิมพ์ขึ้นครั้งนี้ ทรงตัดเอาบทที่ยกเลิกไม่ใช้แล้วออกเสีย. อนึ่ง ในตอนท้ายแห่งเล่มที่ ๑ ของหนังสือนี้ พระองค์ได้ทรงจัดพิมพ์ส่วนเพิ่มเติมขึ้นอีก ชื่อกฎหมายลิลิตและกรมศักดิ์สำเร็จ อันเป็นหนังสือที่ได้เรียบเรียงขึ้นแต่ครั้ง พ.ศ. ๒๓๔๔ ซึ่งเป็นย่อแห่งหลักสำคัญของกฎหมายสำหรับเป็นคู่มือของศาล. หนังสือฉบับนี้เป็นตำรากฎหมายเก่าที่สุดซึ่งเราได้รับมา. เนื่องจากที่เป็นหนังสือซึ่งแต่งขึ้นก่อนการประมวลกฎหมายในรัชกาลที่ ๑ จึงอาจจะนำมาใช้เป็นประโยชน์ได้เป็นพิเศษ สำหรับประกอบการศึกษาประวัติศาสตร์กฎหมาย. นอกจากนี้ยังเป็นหนังสือที่ให้แนวความคิดแก่เรา เกี่ยวแก่หนังสือคู่มือกฎหมายหรือตำราซึ่งเคยใช้อยู่ในสมัยกรุงศรีอยุธยา.

๒๖. บทกฎหมายในฉบับพิมพ์ตามที่กล่าวมานี้ รวมทั้งที่อยู่ในราชกิจจานุเบกษาด้วยนั้น ผู้จัดพิมพ์มิได้นำเข้าตรวจสอบกับฉบับกฎหมายฉบับหลวงที่จัดทำขึ้นในรัชกาลที่ ๑ คงเป็นแต่เพียงพิมพ์ลอกคัดต่อมาจากตัวบทกฎหมายตามที่หมอบรัดเลย์ได้พิมพ์ขึ้นเท่านั้น ด้วยเหตุนี้นอกจากฉบับพิมพ์ของหลวงดำรงธรรมสารแล้ว ในฉบับพิมพ์อื่นๆ ผู้อ่านจะได้พบตอนต้นของลักษณะมูลคดีวิวาหเข้ามาติดต่อกำยกฎหมายลักษณะลักพาอยู่ด้วย ดังเช่นในฉบับพิมพ์ของหมอบรัดเลย์. ในฉบับพิมพ์ของหมอบรัดเลย์นอกจากการผิดพลาดตอนนั้นแล้ว ยังมีตอนอื่นๆ อีกหลายแห่งซึ่งผิดมากยิ่งขึ้นไปกว่าตอนนี้อีก. ถ้าหากเราทำการเปรียบเทียบฉบับของหมอบรัดเลย์กับฉบับกฎหมายฉบับหลวงในรัชกาลที่ ๑ แล้ว เราจะเห็นได้ว่าฉบับของหมอบรัดเลย์เต็มไปด้วยที่ผิดพลาดมากมาย ซึ่งโดยเหตุที่มีการผิดๆ ดังนี้เอง จึงบางครั้งได้ทำให้ผู้อ่านกฎหมายเก่าในฉบับพิมพ์ไม่สามารถจะเข้าใจได้โดยถนัด จนพากันหลงติกฎหมายเก่าว่ามีข้อความเข้าใจยาก หรือมีฉะนั้นบางครั้งก็เลยพาให้เข้าใจความผิดไปที่เดียว. ความผิดพลาดในฉบับพิมพ์ของหมอบรัดเลย์นี้ ได้ตกทอดไปยังฉบับพิมพ์อื่นๆ ในรุ่นหลังอีกมาก เว้นไว้แต่นานๆ ครั้งที่มีผู้จัดพิมพ์ได้พบเห็นเข้าและแก้ไขเอาเอง อาศัยเหตุตามที่กล่าวนี้ ผลจึงมีว่า ถ้าหากปรารถนาจะทำการพิเคราะห์ค้นเอาความแท้จริงแห่งตัวบทกฎหมาย อันเป็นสิ่งที่พึงจำต้องกระทำ ขาดเสียมิได้ในการศึกษาประวัติศาสตร์กฎหมายแล้ว เพื่อความรอบคอบควรจะไปค้นพิเคราะห์ให้มากที่สุดเท่าที่จะทำได้ จากฉบับกฎหมายฉบับหลวง ณ หอพระสมุดวชิรญาณ หรือ ณ กระทรวงยุติธรรม.

๒๗. ในระหว่างปีหลังๆ มานี้ ได้มีผู้รู้สึกถึงคุณประโยชน์ในการที่จะนำเอาตัวบทกฎหมายตามที่เขียนอยู่ในฉบับหลวงออกโฆษณาเผยแพร่แก่ประชาชน ในตอนปลายปี พ.ศ. ๒๔๗๑ นาย ย. บุรณีย์ ได้พิมพ์ตัวบทกฎหมายลักษณะมรดกในหนังสือแห่งสมามการค้นคว้าประเทศไทย*ไว้ถูกต้องตามฉบับหลวงฉบับเดียวที่ตกมาถึงสมัยเรา สองปีต่อมา หลวงประดิษฐมนูธรรม ได้จัดการจำลองฉบับกฎหมายฉบับหลวงแก่ฉบับ บรรดาฉบับหลวงทั้งหลายที่ตกมาถึงสมัยเรา ด้วยวิธีถ่ายภาพและพิมพ์ลงในหนังสือ “ประชุมกฎหมาย” เล่มที่หนึ่ง, เกือบจะเป็นในขณะเดียวกัน ได้มีการพิมพ์กฎหมายลักษณะเบ็ดเสร็จขึ้น โดยลอกคัดตัวบทตามฉบับหลวงที่ยังเหลืออยู่ฉบับเดียว. ในที่สุดราชบัณฑิตยสภาก็ได้เริ่มเอาใจใส่ในกิจจะธุระเรื่องนี้บ้างเหมือนกัน และเมื่อ พ.ศ. ๒๔๗๔ ก็ได้จัดพิมพ์ลอกคัดกฎหมายลักษณะอาญาหลวง และลักษณะอาญาราชฎีจากฉบับกฎหมายฉบับหลวงที่เก็บไว้ในหอพระสมุดวชิรญาณ. โดยอาศัยการพิมพ์เผยแพร่ทำนองนี้ในยุคนั้นตัวบทกฎหมายที่ถูกต้องแท้ของกฎหมายเก่าจึงเริ่มจะปรากฏให้เห็นที่ทราบได้ดีกว่าในสมัยที่ล่วงมามากขึ้น. การกระทำเช่นนี้ควรจะได้รับ ความชมเชยเป็นอย่างมากและควรเอาใจช่วยขอให้ความเคลื่อนไหวในการพิมพ์โฆษณาทำนองนี้ดำเนินสืบหน้าต่อไป เพราะการทราบถึงตัวบทแท้จริงของกฎหมายเก่า นั้น เป็นขั้นต้นอันจำเป็นของการศึกษาประวัติศาสตร์กฎหมายไทย. (๑)

๔. ตัวบทกฎหมายภายหลังการประมวลกฎหมายรัชกาลที่ ๑

๒๘. ประมวลกฎหมาย พ.ศ. ๒๓๔๗—๒๓๔๘ หาได้บรรจุแต่เพียงบทกฎหมาย ซึ่งตรวจชำระสะสางจากบรรดาบทกฎหมายเก่าที่ได้รับมาจากสมัยกรุงศรีอยุธยาเท่านั้นไม่ยั้งรวบรวมเอาบทกฎหมายที่ได้ประกาศใช้โดยพระบาทสมเด็จพระพุทธยอดฟ้าฯ ซึ่งมีอยู่จนถึงเวลานั้นด้วย. จำนวนหนึ่งแห่งบทกฎหมายจำพวกหลังนี้ได้เป็นที่ปรากฏให้เห็นว่าแทรกคั่นอยู่ในระหว่างกฎหมายเก่าหลายแห่ง แต่ส่วนมากได้แยกรวมไว้ต่างหากในพระราชบัญญัติกฎหมายพระสงฆ์และพระราชกำหนดใหม่. เนื่องจากเหตุที่การชำระกฎหมาย

* หมายถึง สยามสมาคม ในปัจจุบัน — บก. ๒๕๒๔

(๑) หลังที่คำสอนนี้เขียนเสร็จแล้ว มหาวิทยาลัยวิชาธรรมศาสตร์และการเมืองได้จัดการพิมพ์กฎหมายเก่าอีกครั้ง ๑ ให้ถูกต้องตามฉบับหลวง เป็นหนังสือ ๓ เล่ม โดยให้ชื่อว่าประมวลกฎหมายรัชกาลที่ ๑ จ.ศ. ๑๑๖๖ พิมพ์เสร็จในปี ๒๔๘๒ (หมายถึง กฎหมายตราสามดวง — บก. ๒๕๒๔)

ได้กระทำเพียงเมื่อสี่ปีก่อนที่พระบาทสมเด็จพระพุทธยอดฟ้าฯ สวรรคต จึงเป็นที่ถือได้ว่ากฎหมายเกือบทั้งหมดในรัชกาลที่ ๑ นี้ได้รวบรวมเข้าไว้ในประมวลกฎหมายนี้.

ตัวบทกฎหมายในรัชกาลที่ ๑ ที่ได้ออกประกาศใช้ภายหลัง พ.ศ. ๒๓๔๘ และตัวบทกฎหมายในสองรัชกาลต่อมาได้มีปรากฏเป็นฉบับเขียน ซึ่งบัดนี้เก็บรักษาไว้ ณ หอพระสมุดวชิรญาณ. บัญชีรายชื่อบทกฎหมายเหล่านี้ ได้ลงพิมพ์ในหนังสือรายเดือนนิติสาส์น เล่มปี พ.ศ. ๒๔๗๓ เดือนตุลาคม ตัวบทกฎหมายเหล่านี้มีเป็นจำนวนน้อยที่สุดและไม่สู้มีประโยชน์นัก^(๑) อนึ่ง ข้าพเจ้าได้กล่าวมาแล้วข้างต้นว่า ในฉบับพิมพ์ของหมอบรัดเลย์ฯ ได้นำเอากฎหมายลักษณะโจรทำเส้นอันเป็นกฎหมายในรัชกาลที่ ๓ พิมพ์เพิ่มเติมเข้าไว้ด้วย

๒๙. ครั้นมาในรัชกาลที่ ๔ ประเทศไทยเข้าสู่ยุคที่จะรับการเปลี่ยนแปลงตามอารยธรรมปัจจุบัน และจัดการขยายฐานะทางเศรษฐกิจของประเทศซึ่งให้เป็นโอกาสเกิดมีบัญญัติกฎหมายขึ้นมากหลายและน่าสนใจสำหรับการศึกษาศาสตร์กฎหมาย ส่วนเล็กน้อยส่วนหนึ่งของกฎหมายในรัชกาลนี้ ได้ปรากฏอยู่ในฉบับแรกๆ ของราชกิจจานุเบกษา ซึ่งได้เริ่มต้นมีขึ้นใน พ.ศ. ๒๔๐๑ และหยุดชะงักไปในตอนกลางของปีต่อมา. เมื่อ พ.ศ. ๒๔๓๔ รัฐบาลได้จัดรวบรวมบทกฎหมายในครั้งรัชกาลที่ ๔ ซึ่งยังใช้อยู่ในขณะพิมพ์ขึ้นนั้นเพื่อเป็นประโยชน์แก่กาล. ในที่สุดระหว่าง พ.ศ. ๒๔๖๔ กับ ๒๔๖๙ ราชบัณฑิตยสภาได้จัดพิมพ์ตัวบทกฎหมายทั้งหมดบรรดาที่ได้ออกประกาศใช้ในรัชกาลที่ ๔ ขึ้นเป็นหนังสือ ๙ เล่ม ให้ชื่อว่า "ประชุมประกาศรัชกาลที่ ๔"

ตั้งแต่รัชกาลที่ ๕ เป็นต้นมา การพิมพ์ได้เจริญขึ้นเป็นลำดับและกลายเป็นวิธีสามัญสำหรับโฆษณาประกาศต่าง ๆ ทางราชการ. หนังสือราชกิจจานุเบกษาได้กลับมาขึ้นใหม่อีกใน พ.ศ. ๒๔๑๗ และหลังจากที่ได้หยุดชะงักไปอีกครั้ง ช่วงเวลาอันเล็กน้อยก็ได้มีออกโดยสม่ำเสมอต่อมาราบเท่าทุกวันนี้. และถึงแม้ว่าในขณะนั้นยังหาได้เป็นที่ถือกันไม่ว่าบทกฎหมายทั้งปวงนั้น จำต้องได้มีการประกาศใช้ปรากฏอยู่ในราชกิจจานุเบกษาก่อนจึงจะมีผลใช้บังคับเป็นกฎหมายได้ก็ดี, แต่ความจริงบทกฎหมายต่างๆ ซึ่งออกประกาศใช้ตั้งแต่ พ.ศ. ๒๔๑๗ โดยมากก็ลงพิมพ์อยู่ในหนังสือราชกิจจานุเบกษานี้ทุกฉบับ ครั้นมาใน พ.ศ. ๒๔๓๖ ขุนหลวงพระยาไกรสี (เปล่ง) เมื่อยังเป็นหลวงรัตนัญญัติได้ลงมือรวบรวมกฎหมาย และประกาศซึ่งได้ออกประกาศใช้มาตั้งแต่ต้นรัชกาลที่ ๕ มาพิมพ์

(๑) หลักที่คำสอนนี้เขียนเสร็จแล้ว นายร้อยตำรวจโทเสถียร ลายลักษณ์ ได้พิมพ์บทกฎหมายเหล่านี้ในหนังสือ "ประชุมกฎหมายประจำศก" เล่ม ๓ และ ๔

ขึ้น หนังสือชุมนุมกฎหมายชุดนี้ ซึ่งมักเรียกกันว่ากฎหมายไกรสีได้มาหยุดลงเมื่อ พ.ศ. ๒๔๔๒ รวมเป็นหนังสือ ๗ เล่ม. ตั้งแต่ พ.ศ. ๒๔๓๙ หลวงดำรงธรรมสาร (มี) ก็ได้จัดพิมพ์ตัวบทกฎหมายขึ้นบ้างเหมือนกัน เป็นหนังสือซึ่งบรรจุกฎหมายที่ออกประกาศใช้ในปีที่ล่วงไปแล้ว หนังสือนี้พิมพ์ออกปีละ ๑ ครั้ง การพิมพ์หนังสือประชุมกฎหมายออกปีละครั้งทำนองนี้ได้เป็นที่ปฏิบัติกันสืบมาจนบัดนี้.

๕. หนังสือรวบรวมคำพิพากษา

๓๐. คำพิพากษาของศาลก่อนสมัยรัชกาลที่ ๕ ขึ้นไป มิได้ตกทอดมาถึงเราเลย ในระหว่าง พ.ศ. ๒๔๑๘ กับ ๒๔๒๖ หนังสือราชกิจจานุเบกษาได้พิมพ์คำพิพากษาบางฉบับของศาลลูกขุนเพื่อเป็นบรรทัดฐานแก่ศาลล่าง. คำพิพากษาเหล่านี้แม้ว่ามีจำนวนน้อย และเป็นคำพิพากษาที่มีขึ้นในสมัยไม่เก่าแก่หนักก็ตาม แต่ก็มีประโยชน์ในทางประวัติศาสตร์กฎหมาย เพราะคำพิพากษาเหล่านี้ได้ประกอบเป็นหลักฐานเกือบทั้งหมดเท่าที่เราได้รับมาสำหรับแสดงให้เห็นธรรมเนียมประเพณีที่ศาลเก่าเคยปฏิบัติตาม.

ครั้งแรกที่มีหนังสือรวบรวมคำพิพากษาขึ้นนั้น เป็นเวลาหลังจากที่ได้มีการเปลี่ยนแปลงอย่างใหญ่ทางการศาลและการปกครองในรัชกาลที่ ๕ เมื่อ พ.ศ. ๒๔๓๕ ขุนหลวงพระยาไกรสี (เปล่ง) ได้ออกหนังสือรายปักษ์ชื่อว่า "ธรรมศาสตร์วินิจฉัย" ขึ้น เป็นหนังสือพิมพ์การเมือง, การกฎหมาย, และการศาลด้วย หนังสือนี้ลงพิมพ์คดีและคำพิพากษาที่น่าใฝ่ใจ และได้ถึงที่สุดลงใน พ.ศ. ๒๔๓๙ ต่อมาใน พ.ศ. ๒๔๔๐ ได้มีหนังสือรายปักษ์ออกอันเป็นหนังสือประชุมคำพิพากษาโดยจะเพาะชื่อว่า "ธรรมศาสตร์สมัย" มีอายุอยู่จนถึง พ.ศ. ๒๔๔๓ หนังสือนี้ลงพิมพ์คำพิพากษาที่สำคัญๆ ของศาลต่างๆ ในกรุงเทพฯ และหัวเมือง พร้อมกับลงพิมพ์คำฟ้องกับเอกสารประกอบฟ้อง และคำให้การพะยานตามสำนวนคดีด้วย เมื่อ พ.ศ. ๒๔๔๔ กรมหลวงราชบุรีฯ ได้ทรงรวบรวมคำพิพากษา ที่ทรงเลือกคัดแล้วของศาลฎีกาตั้งแต่ พ.ศ. ๒๔๔๑ พิมพ์เป็นหนังสือขึ้นให้ชื่อว่า "ฎีกาบางเรื่อง" เพื่อประโยชน์ของนักเรียนกฎหมาย. หนังสือชุดนี้ผู้เจ้าของได้ทรงจัดพิมพ์ใหม่หลายครั้ง และทรงเติมหมายเหตุความเห็นซึ่งบางครั้งก็เป็นความเห็นที่กว้างขวางพิสดารมาก หนังสือนี้มีอายุจนถึง พ.ศ. ๒๔๕๓ จัดว่าเป็นหนังสือที่ให้ผลประโยชน์สำหรับค้นคว้าให้ทราบถึงความเปลี่ยนแปลงผันแปรของกฎหมายไทยในยุคปัจจุบัน. หนังสือประชุมคำพิพากษาที่ออกในเวลาต่อๆ มา ได้ดำเนินทำนองเดียวกับหนังสือฎีกาบางเรื่องนี้ คือ รวบรวมเอาแต่คำพิพากษาของศาลฎีกามาลงเท่านั้น หนังสือเหล่านี้เป็นที่รู้จักกันแพร่หลายมากแล้ว จึงไม่จำเป็นจะต้องนำมากล่าวไว้ ณ ที่นี้.

บทที่ ๒

เค้ามูลเดิม

๑. จารีตประเพณีเดิมของไทย

๓๑. ก่อนที่ได้มามีที่ตั้งหลักแหล่งในประเทศไทยนี้ ไทยเคยมีประวัติสืบสาวมาอย่างยืดยาวแล้ว. เมื่อราว พ.ศ. ๑๓๐๐ ได้ตั้งอาณาจักรที่มีกำลังเข้มแข็งอาณาจักรหนึ่งชื่อว่าน่านเจ้า อันตั้งอยู่ในดินแดนซึ่งในปัจจุบันนี้เป็นที่ตั้งของมณฑลยูนนานแห่งประเทศจีน อาณาจักรไทยเดิมนี้ได้รักษาความเป็นอิสระอยู่จนถึงยุคที่พวกมองโกลได้เข้ามาปกครองประเทศจีน. อาศัยเหตุนี้จึงนำสันนิษฐานว่าไทยเคยมีกฎหมายที่เจริญและมีระเบียบทางชุมชนมุขมนตรี ซึ่งมีความเหมาะสมกับตนแล้ว. แต่เรื่องกฎหมายของไทยก่อนสมัยที่ได้มายึดเอาลุ่มแม่น้ำเจ้าพระยาเป็นภูมิภาคแล้ว เรารู้ได้แต่เพียงเงาๆ เลือนๆ เท่านั้น เพราะกฎหมายของไทยในครั้งนั้นเป็นที่แน่ว่าคงจะเป็นแต่จารีตประเพณีเท่านั้น. ความรู้ที่เราพอจะได้รับเกี่ยวกับกฎหมายไทยในครั้งนั้น เราได้อาศัยรายงานของข้าราชการจีนซึ่งได้เรียบเรียงขึ้นภายหลังที่ได้ยุบเอาอาณาจักรน่านเจ้าลงเป็นมณฑลของประเทศจีนแล้ว. ฉะนั้นจึงเป็นการยากมากที่จะชี้ได้ว่าเมื่อมีการจัดทำกฎหมายขึ้นในกรุงศรีอยุธยาได้มีบัญญัติใดบ้างที่เป็นส่วนของจารีตประเพณีเดิมของไทยตกทอดเข้ามาอยู่. แต่อย่างไรก็ดีสำหรับบางเรื่อง เราอาจที่จะพอได้เห็นแนวของจารีตประเพณีเดิมของไทยได้บ้างโดยอาศัยเปรียบเทียบระหว่างกฎหมายไทยในประเทศไทยกับจารีตประเพณี ซึ่งยังเป็นที่ถือกันอยู่ปัจจุบันนี้ในหมู่ชนมุขมนตรีเชื้อชาติไทยซึ่งอยู่ในประเทศอินโดจีน. อาทิจารีตประเพณีซึ่งเป็นที่ปฏิบัติถืออยู่ในหมู่ชาวไทยในดงเกี่ยวเหนือ. บรรดาชนมุขมนตรีเชื้อชาติไทยที่กล่าวถึงนี้เจริญล้ำหลังกว่าชาวไทยในประเทศไทยมาก ด้วยเหตุนี้จึงยังคงรักษาจารีตประเพณี ซึ่งสืบย่อนถอยหลังขึ้นไปได้จนถึงสมัยก่อนเวลาที่ชนเชื้อชาติไทยดั้งเดิมต้องแตกแยกพลัดจากกัน แต่งานที่เกี่ยวกับการค้นหาจารีตประเพณีเช่นนี้ เป็นงานที่ค่อนข้างงานค้นคว้าของวิชาว่าด้วยมนุษยชาติต่างๆ มากกว่าจะเป็นงานโดยแท้ของวิชาประวัติศาสตร์กฎหมาย.

๒. อิทธิพลของกฎหมายเขมรและมอญ

๓๒. ในขณะที่ไทยเริ่มละทิ้งภูมิภาคเดิมของตนซึ่งตั้งอยู่ทางทิศใต้ของประเทศจีนในระหว่าง พ.ศ. ๑๕๐๐ กับ ๑๗๐๐ และอพยพลงมาตั้งถิ่นฐานอยู่ในลุ่มแม่น้ำเจ้าพระยาดินแดนซึ่งเป็นประเทศไทยปัจจุบันนี้แบ่งออกเป็นสองราชอาณาจักร ทั้งสองราชอาณาจักร

นี้ชนชาติมอญเป็นผู้สถาปนาขึ้น ราชอาณาจักรหนึ่งตั้งอยู่ทางทิศเหนือชื่อว่าราชอาณาจักร
ทริภุญชัย แรกตั้งขึ้นเมื่อราว พ.ศ. ๑๒๐๐ นครหลวงตั้งอยู่ ณ ที่ซึ่งในปัจจุบันเรียกว่า
ลำพูน, อีกราชอาณาจักรหนึ่งตั้งอยู่ทางทิศใต้ในแถบซึ่งเป็นที่ตั้งจังหวัดลพบุรีและสุพรรณ-
บุรีปัจจุบัน ราชอาณาจักรนี้คือราชอาณาจักรทวารวดี แรกตั้งขึ้นตั้งหลายศตวรรษมาแล้ว
ก่อนหน้าราชอาณาจักรทริภุญชัย ราชอาณาจักรทวารวดีได้ตกเข้าไปอยู่ในอำนาจของ
เขมรราว พ.ศ. ๑๕๕๐ แต่ส่วนราชอาณาจักรทริภุญชัยสามารถต้านทานอำนาจของเขมรอยู่
ได้.

การรุกรานของไทยเข้ามาในดินแดนลุ่มแม่น้ำเจ้าพระยานี้ หาได้เป็นการที่ทำสำเร็จ
ครั้งเดียวทันทีทันใด เช่นการจู่โจมเข้ายึดบ้านเมืองของศัตรูไม่. พวกไทยได้ค่อยอพยพ
บุกรุกเข้ามาตั้งถิ่นฐานติดต่อกับชนชาติในสอง อาณาเขตที่กล่าวข้างต้นนี้อยู่เป็นเวลาหลาย
ศตวรรษ และเมื่อเป็นดังนี้ ก็เป็นธรรมดาอยู่เองที่จารีตประเพณีของไทยต้องผันแปร
เปลี่ยนแปลงไปบ้างโดยการติดต่อเป็นเวลานานๆ กับชนที่ต่างชาติกันกับตน. ครั้งต่อๆ มา
เมื่อไทยค่อยมีจำนวนมากและกำลังแข็งพอ ก็ได้จัดตั้งเป็นอาณาเขตต่างๆ สำหรับตนโดย
จะเพาะขึ้นบ้าง. อาณาเขตต์ของไทยในครั้งนี้มีคืออาณาเขตต์สุโขทัย, เชียงใหม่ และ
อยุธยา.

๓๓. ราชอาณาจักรอยุธยาได้ก่อกำเนิดขึ้นโดยการเข้ายึดเอาราชอาณาจักรทวารวดี
เก่าของมอญ, ราชอาณาจักรทวารวดีนี้แม้ได้ตกเข้าไปอยู่ในอำนาจของเขมรมาก่อนหน้า
ที่ไทยเข้ายึดเป็นเวลานานกว่าสามศตวรรษแล้วก็ดี แต่ก็ยังรักษาอารยธรรมดั้งเดิมของ
ตน คือ อารยธรรมของมอญไว้อีกได้. ลายจารึกและโบราณวัตถุต่างๆ ยังแสดงให้เห็นว่า
แม้ราชอาณาจักรนี้อยู่ในความปกครองของเขมร พลเมืองก็ยังมั่นคงอยู่ในพระพุทธศาสนา
ลัทธิหินยาน ซึ่งเป็นศาสนาดั้งเดิมของมอญ และต่างกับเขมรที่นับถือศาสนาพราหมณ์หรือ
พระพุทธศาสนาเถรวาท. มอญเป็นชาติที่มีความเจริญรุ่งเรืองมากตั้งแต่สมัยเก่าแก่
ไกลมาแล้ว คำเงื่อนของอารยธรรมมอญนี้สืบเนื่องมาจากอารยธรรมฮินดู. ชนชาติมอญ
ได้เคยตั้งราชอาณาจักรรามัญเทศทางทิศใต้ของประเทศพม่าบัดนี้ โดยมีนครหลวงชื่อว่า
หงสาวดี เมื่อพระพุทธศาสนาในอินเดียเสื่อมโทรมเสียแล้ว เมืองหงสาวดีนี้เกิดเป็นศูนย์กลาง
ใหญ่แห่งการสั่งสอนพระศาสนาฝ่ายหินยาน. ในเมื่อ พ.ศ. ๑๖๐๐ กษัตริย์แห่งสุโขทัย
พระเจ้าอู่รุทธีได้ราชอาณาจักรรามัญเทศ แต่การที่ราชอาณาจักรนี้ถูกข้าศึกตีไว้ได้ใน
อำนาจนั้น หาได้ทำให้อารยธรรมของมอญเสื่อมโทรมไปไม่. การกลบปรากฎว่ามอญได้
กลายมาเป็นผู้อบรมสั่งสอนผู้ที่มีชัยข้านะตีได้อาณาเขตต์ตนเสียอีก และโดยอาศัยชนชาติ

มอญนี้เองที่ราชอาณาจักรสุทกมาลัยมาเป็นศูนย์กลางของการสั่งสอนพุทธศาสนาขึ้นอีกบ้าง. ในที่สุด, ซึ่งพอได้ถึงสมัยที่ไทยได้ตั้งอาณาจักรแรกๆ ของตนขึ้นในลุ่มแม่น้ำเจ้าพระยา มอญแห่งราชอาณาจักรรามัญญเทศก็ฉวยโอกาสที่ฐานะอันยุ่งยากคับขัน ได้บังเกิดขึ้นแก่กษัตริย์แห่งสุทกมาลัยเพื่อประกาศตนเป็นอิสระโดยความมยุยงส่งเสริมของพระเจ้าวเรรุ (ฟ้ารั่ว) ซึ่งต่อมาตั้งตนเป็นกษัตริย์ในเมืองเมาะตะมะ (พ.ศ. ๑๘๓๐) โดยเหตุต่างๆ ที่กล่าวมานี้ย่อมจะเห็นได้ว่าไม่เป็นการน่าพิศวงอย่างไรที่ไทยได้ตกอยู่ในอิทธิพลแห่งอารยธรรมของมอญเป็นอย่างมาก.

๓๔. อีกประการหนึ่ง ย่อมไม่เป็นที่สงสัยอีกเช่นเดียวกันถึงเรื่องที่ไทยได้ตกอยู่ในอิทธิพลแห่งอารยธรรมของเขมร ซึ่งขึ้นสู่ขีดอันเด่นที่สุดเมื่อศตวรรษที่ ๑๖ แต่ตามที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้นว่าราชอาณาจักรทวารวดียังคงรักษาอารยธรรมเดิมของมอญอยู่ แม้ว่าได้ตกอยู่ในปกครองของเขมรแล้ว โดยเหตุนี้ในชั้นเดิมทีเดียวคงเป็นว่าอิทธิพลของมอญได้มีน้ำหนักดีกว่าอิทธิพลของเขมรในการที่จะมีอยู่เหนือไทย อารยธรรมของเขมรนั้นดูเหมือนจะเริ่มมีอิทธิพลก็เมื่อราชอาณาจักรกรุงศรีอยุธยาได้ตั้งขึ้นแล้ว และโดยจะเพาะภายหลังที่ได้ช่วยข้านะเขมรแล้ว. แต่นั้นมาพระเจ้าแผ่นดินกรุงศรีอยุธยาถือพระองค์เสมือนหนึ่งว่าทรงสืบเนื่องมาจากมหากษัตริย์เขมร และทรงรับเอาวิธีการปกครองบ้านเมืองของเขมรมาใช้ในประเทศไทย ด้วยเหตุนี้ศาสนานิกายฐานว่าอิทธิพลของเขมรได้ปรากฏอยู่ในกฎหมายมหาชนเสียมาก ส่วนในกฎหมายเอกชนนั้นคงมีแต่เพียงเล็กน้อย.

อิทธิพลของมอญนี้ ตรงกันข้าม ได้มีส่วนในการจัดระเบียบและในการเจริญขยายตัวของกฎหมายเอกชนของไทยเป็นอันมาก ทั้งนี้ก็เพราะมอญต่างกับเขมร โดยเป็นชาติที่นับถือศาสนาเดียวกันกับไทย ฉะนั้นจึงเป็นธรรมดาอยู่เองที่ความคิดเห็นและจารีตประเพณีของมอญ จะต้องมีกำลังหนุนเหนี่ยวอยู่มาก เหนือความคิดเห็นและจารีตประเพณีของไทย นอกจากนี้มอญยังมีกฎหมายที่วิวัฒนาการแปรมามาก ความเจริญทางกฎหมายของมอญนี้ปรากฏพระยานอยู่ในบรรดาคัมภีร์ที่เรียกกันว่า ธรรมสัทถัม คัมภีร์ชนิดนี้ เล่มแรกซึ่งปรากฏชื่อขึ้นเรียบเรียงขึ้นเมื่อ พ.ศ. ๑๗๑๗ โดยพระเถระธรรมวิลาส เป็นผู้เรียบเรียง อีกเล่มหนึ่งนั้น พระเจ้าวเรรุที่ได้ออกพระนามแล้วเป็นผู้ทรงสั่งให้เรียบเรียง แต่คงจะเป็นที่แน่นอนนอกจากคัมภีร์สองเล่มที่เราได้มานี้มีเล่มต้นอื่นอยู่อีกซึ่งไม่ได้ตกทอดมายังเรา พระธรรมศาสตร์ซึ่งปรากฏในตอนต้นของประมวลกฎหมายที่จัดทำขึ้นในรัชกาลที่ ๑ นั้น กล่าวไว้ชัดแจ้งว่าเป็นคำแปลของคัมภีร์เล่มหนึ่ง ที่เรียบเรียงขึ้นไว้เป็นภาษามอญในรามัญญเทศ เป็นที่เชื่อได้ในทุกทางว่า คัมภีร์พระธรรมศาสตร์นี้เดิมเป็น

ธรรมสถัตถัมของบรรดาประชาชนมอญ ซึ่งมีภูมิลำเนาอยู่ในแคว้นกรุงศรีอยุธยา และพระมหากษัตริย์กรุงศรีอยุธยาทรงรับรองถือเอา คัมภีร์นี้ตั้งแต่สมัยดั้งเดิมมาแล้ว เพื่อใช้เป็นหลักในการบัญญัติกฎหมาย.

๓๕. ข้อความที่กล่าวมาแล้วนี้ ยังมีได้เป็นที่รับรองจากนักโบราณคดีบางท่าน พระเจ้าบรมวงศ์เธอ สมเด็จพระเจ้าน้องยาเธอ เจ้าฟ้ากรมพระยาพิชัยดาบหัก ทรงเห็นว่าพระธรรมศาสตร์แห่งกฎหมายไทยเพิ่งได้นำเข้ามาในประเทศไทย เมื่อรัชกาลของสมเด็จพระมหาธรรมราชาธิราช (พระศรีสรรเพชญ์ พ.ศ. ๒๑๑๒—๒๑๒๗) เท่านั้น กล่าวคือในสมัยที่ราชอาณาจักรกรุงศรีอยุธยาอยู่ในฐานะเป็นเสมือนมณฑลหนึ่งของพม่า นายดับลิว. เอ. อาร์. วูด (Mr. W.A.R. Wood) ก็ได้แสดงความเห็นพ้องเป็นทำนองเดียวกันนี้ ไว้ในหนังสือของท่านชื่อว่า “History of Siam” ยังมีผู้เขียนเรื่องประวัติศาสตร์กฎหมายไทยอีกบางท่านซึ่งมีความเห็นเกือบไปไกลกว่านี้ โดยเห็นคล้อยไปในทางที่ว่าพระธรรมศาสตร์แห่งกฎหมายไทยนี้ ถ้าไม่ทั้งหมดอย่างน้อยต้องมีบางส่วน ซึ่งไทยได้รับเอามาจากธรรมสถัตถัมของพม่าในสมัยที่ไม่นานมากนัก ซึ่งบางทีอาจจะเป็นในเวลาที่ได้ทำประมวลกฎหมายในรัชกาลที่ ๑ นั้นก็เป็นได้

สำหรับข้าพเจ้าเห็นว่าควรรับรองถือเอาความเห็นนี้ไม่ได้ ทั้งนี้ก็เพราะข้าพเจ้าเห็นว่าดูเหมือนท่านนักโบราณคดีเหล่านี้ ได้ลืมนึกว่าตามข้อความในพระธรรมศาสตร์แห่งกฎหมายไทยก็กล่าวอยู่แล้วว่าพระธรรมศาสตร์นี้ได้นำมาจากรามัญเทศ และฉบับที่ไทยได้มานี้ก็ได้แต่งไว้เป็นภาษามอญด้วย และที่รามัญเทศนี้ได้สันนิษฐานว่าเป็นประเทศเอกราชเสียแล้วในสมัยของสมเด็จพระมหาธรรมราชาธิราช และอารยธรรมของมอญได้เสื่อมโทรมไปเสียนานแล้วก่อนถึงสมัยนี้ ในสมัยที่กล่าวนี้ในประเทศพม่า ธรรมสถัตถัมได้มีขึ้นแล้วแต่เขียนเป็นภาษาบาลีและภาษาพม่า หากเขียนเป็นภาษามอญไม่ อื่นๆ ถ้าหากจะคิดไปว่าพระธรรมศาสตร์ได้นำเข้ามาใช้ในสมัยกรุงศรีอยุธยา เนื่องจากการที่พม่าเข้ามาตีได้อาณาเขตต์แล้วก็จะเป็นที่เข้าใจได้ยาก, ทำให้เกิดความฉงนมากทีเดียวว่า เหตุใดไทยซึ่งอยู่ในปกครองของพม่าแล้วจึงได้ไปรับเอาธรรมสถัตถัมซึ่งเขียนเป็นภาษามอญมาใช้, และจะยิ่งเป็นที่เข้าใจยากหนักขึ้นไปอีก ถึงการที่ว่าเหตุใดไทยจึงมิได้ละทิ้งคัมภีร์ธรรมสถัตถัมนี้เสีย ถ้าหากพม่าเป็นผู้นำเข้ามา ในเมื่อตนกลับได้อิสสระภาพคืนมาแล้ว เพราะคัมภีร์นี้ย่อมเป็นเสมือนเครื่องประจานของการตกอยู่ในอำนาจของพม่า แต่ตรงกันข้าม ความสงสัยข้องใจทั้งปวงจะสิ้นไปหมด ถ้าหากเรารับรองว่าคัมภีร์พระธรรมศาสตร์ได้เป็นที่รู้จักในหมู่ไทยยุคก่อนยุคที่ได้ตั้งกรุงศรีอยุธยาเป็นราชธานี.

๓๖. พระเจ้าบรมวงศ์เธอ สมเด็จพระกรมพระยาดำรงฯ เองก็ได้ทรงชี้แจงวางข้อสังเกตไว้, คล้อยตามความเห็นของพระเจ้าบรมวงศ์เธอ พระมหาสมณกรมพระยาวชิรญาณวโรรส, ถึงความเกี่ยวเนื่องกันอย่างใกล้ชิดในทางภาษาระหว่างคาถาในพระธรรมศาสตร์ของกฎหมายไทย และคาถาคำมนัสการในหนังสือไตรภูมิพระร่วง ซึ่งพระเจ้าลิไทยเป็นผู้เรียบเรียง, โดยเป็นทำนองว่าพระองค์เองก็มีได้ทรงปฏิเสธเด็ดขาดถึงการที่จะมีความเห็นว่าเป็นพระธรรมศาสตร์ได้เข้ามาสู่ถิ่นฐานของไทยตั้งแต่สมัยกรุงสุโขทัย ยิ่งสำหรับในเวลาปัจจุบันนี้แล้ว การจะเป็นไปไม่ได้ทีเดียวในอันที่จะมีความสงสัย, ไม่เชื่อว่าคัมภีร์จำพวกธรรมสัจธรรมได้ตกถึงพวกไทยแต่ครั้งสมัยสุโขทัย. เพราะตามความในศิลาจารึกของกรุงสุโขทัย ที่กล่าวมาแล้วตอนต้นแห่งคำสอนนี้ ได้มีอยู่หลายแห่งที่ผู้จารึกกฎหมายลงบนศิลาจารึกนั้น อ่างอาศัยหลักเกณฑ์ในคัมภีร์ธรรมสัจธรรม และแม้ถึงว่าคัมภีร์ธรรมสัจธรรมที่ผู้จารึกกฎหมายสุโขทัยอ้างถึงนี้ จะไม่ใช่ฉบับเดียวกับฉบับที่ปรากฏอยู่ในตอนต้นแห่งกฎหมายไทยก็ดี แต่ยังคงเป็นหลักอันมั่นคงอยู่เสมอที่แสดงว่าเป็นเวลาช้านานมาแล้ว ก่อนการรุกรานของพม่าเข้ามาในประเทศไทย ได้เคยมีคัมภีร์จำพวกธรรมสัจธรรมฉบับหนึ่งซึ่งได้เป็นที่ถือว่าเป็นคำมูลที่มาแห่งกฎหมายในราชอาณาจักรสุโขทัย เหตุฉะนั้นจึงเป็นการควรที่จะยึดถือเอาได้ว่า น่าจะได้มีคัมภีร์จำพวกธรรมสัจธรรมฉบับหนึ่งแล้วเหมือนกันที่เคยใช้เป็นคำมูลที่มาของการบัญญัติบทกฎหมายในราชอาณาจักรกรุงศรีอยุธยา อันเป็นอาณาจักรที่ใกล้เคียงกับราชอาณาจักรสุโขทัยด้วย ยิ่งกว่านั้น บางทีคัมภีร์ธรรมสัจธรรมฉบับที่กล่าวไว้ในศิลาจารึกครั้งกรุงสุโขทัยนั้น อาจจะเป็นฉบับเดียวกันกับฉบับที่ชนชาติไทยในอาณาจักรกรุงศรีอยุธยาปรับไว้ใช้เพื่อเป็นคำมูลที่มาแห่งกฎหมายของตน กล่าวคือ อาจจะเป็นฉบับเดียวกันกับคัมภีร์พระธรรมศาสตร์นั่นเอง แต่ข้อนี้เป็นแต่การสันนิษฐาน ยังหาหลักฐานมั่นคงไม่ได้ นอกจากความใกล้ชิดเชิงสำนวนความระหว่างคาถาในพระธรรมศาสตร์และหนังสือไตรภูมิ ตามที่พระเจ้าบรมวงศ์เธอ สมเด็จพระกรมพระยาดำรงฯ ทรงยกขึ้นให้เห็นแล้ว เรายังอาจชี้ให้เห็นเพิ่มเติมต่อไปอีกถึงความเกี่ยวข้องอันใกล้ชิดที่มีอยู่ระหว่างอาณาจักรสุโขทัยและรามัญญเทศ หลังจากที่ราชวงศ์กษัตริย์แห่งอาณาจักรสุโขทัยได้สิ้นลงแล้ว กล่าวคือ ตามพงศาวดารของประเทศพม่าแล้วว่า พระเจ้าวราเชษฐนั้นก่อนที่จะได้ตั้งตัวเป็นกษัตริย์ในเมืองเมาะตะมะเคยเป็นขุนนางรับราชการอยู่ที่กรุงสุโขทัย และซ้ายังได้ทำการอภิเษกสมรสกับราชธิดาของกษัตริย์สุโขทัยด้วย ฉะนั้นโดยเหตุนี้เราอาจถือว่าคัมภีร์ธรรมสัจธรรมที่ใช้ในสุโขทัยนั้น มาจากรามัญญเทศเช่นเดียวกับคัมภีร์พระธรรมศาสตร์ในกฎหมายของไทย และบางทีอาจจะเป็นคัมภีร์ฉบับเดียวกันเสียด้วย.

๓. อิทธิพลของกฎหมายฮินดู

๓๗. ตามที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น มอญแห่งรามัญญเทศได้รับอารยธรรมมาจากอินเดีย และโดยอาศัยมอญเป็นสื่อกลาง อิทธิพลของฮินดูนี้จึงได้มาปรากฏอีกทอดหนึ่งในกฎหมายของไทย.

ดร. อี. ฟอร์ชัมเมอร์ (Dr. E. Forchhammer) ได้แสดงความเห็นว่า ระหว่าง พ.ศ. ๑๑๐๐ กับ ๑๓๐๐ ทางทิศใต้ของอินเดีย ได้มีสำนักนักนิติศาสตร์พุทธศาสนิกสำนักหนึ่ง ซึ่งได้เรียบเรียงคัมภีร์จำพวกธรรมสัทธัมขึ้นในภาษามคธ ตามแบบคัมภีร์ธรรมศาสตร์ของฮินดู คัมภีร์ธรรมสัทธัมเหล่านี้ ในสองศตวรรษต่อมาได้ตกทอดมายังมอญในรามัญญเทศ ซึ่งตั้งอยู่ ณ ผังทะเลตรงข้าม^(๑) แต่ถ้าจะกล่าวตามที่แท้แล้ว, คัมภีร์จำพวกธรรมสัทธัมฝ่ายพระพุทธศาสนาซึ่งตกทอดมายังเรานั้น ได้เกิดขึ้นในรามัญญเทศทั้งหมด และยังไม่ได้พบเลยในประเทศอินเดีย. โดยเหตุนี้จึงอาจสันนิษฐานได้อีกเช่นกันว่าคงเป็นมอญเองที่ได้เป็นผู้ต้นคิดในเรื่องคัมภีร์จำพวกธรรมสัทธัมฝ่ายพระพุทธศาสนา แต่อย่างไรก็ดี เราจะต้องไม่ลืมว่านักนิติศาสตร์ผู้นับถือพระพุทธศาสนา จะเป็นคนชาติฮินดูหรือชาติมอญก็ตาม ซึ่งได้แต่งคัมภีร์จำพวกธรรมสัทธัมนี้ได้พอใจแต่เพียงดำเนินตามแนวความคิดในคัมภีร์จำพวกเดียวกันนี้ของนักนิติศาสตร์ฮินดูเท่านั้น, ผู้แต่งคัมภีร์จำพวกธรรมสัทธัม ได้ทำการเปลี่ยนแปลงแก้ไขอย่างมากในการเรียบเรียงคัมภีร์จำพวกนี้ เพื่อปรับให้เหมาะสมกับความต้องการของชุมชนในประเทศของตน ซึ่งมีความแตกต่างออกไปจากชุมชนฮินดู. เช่นตามความคิดเห็นของฮินดูนั้น ถือว่าคัมภีร์กฎหมายจะต้องศึกษาต่อเนื่องกันไปกับการศึกษาพระเวท และเป็นคัมภีร์ที่บรรยายถึงอุดมคติของปวงชนที่นับถือศาสนาพราหมณ์, แต่ฝ่ายผู้แต่งคัมภีร์ธรรมสัทธัมฝ่ายพระพุทธศาสนาซึ่งโดยมากมักจะเป็นนักพรต ได้เริ่มงานด้วยยุบตัดทอนความในคัมภีร์กฎหมายของอินเดีย ซึ่งมีลักษณะไปในการทำงานของลัทธิพราหมณ์ออกเสีย เพื่อให้ลัทธิของตนได้กับความเชื่อถือในพระพุทธศาสนา. ผู้แต่งคัมภีร์เหล่านี้ย่อมจะหยิบเลือกเฟ้นเอาส่วนที่มีลักษณะเป็นกฎหมายแท้ ๆ อันเป็นส่วนที่อาจจะนำเอาไปปรับเข้าได้ง่ายกับชุมชนที่ต่างศาสนาความเชื่อถือ. คัมภีร์ธรรมสัทธัมคัมภีร์แรก ๆ ที่เราได้ไว้นั้น มีเช่น คัมภีร์มนุธรรมสัทธัมของพระเจ้าวาเรรุ เป็นคัมภีร์ที่ผู้เรียบเรียงได้เลือกเฟ้นเอาลักษณะที่น้อมไปในทางศาสนาออกจนเกือบหมดสิ้น ในกาลต่อมานัก

(๑) "The Jardine prize" Rangoon, 1855 นักศึกษาที่ประสงค์จะทราบให้กว้างขวางออกไปถึงอิทธิพลของกฎหมายฮินดูในกฎหมายมอญและพะม่า ขอให้ไปอ่านหนังสือนี้

นิติศาสตร์มอญและผู้สืบต่อจากนักนิติศาสตร์มอญนี้ คือ นักนิติศาสตร์พะม่าได้แต่งคัมภีร์กฎหมาย ซึ่งมีบรรจุความที่มีลักษณะโน้มไปในทางพระพุทธศาสนา มาก โดยถือเอาตามแนวความคิดหรือหลักต่างๆ อันปรากฏอยู่ในคัมภีร์ของบรรดาอาจารย์ผู้มีชื่อเสียงในทางบรรยายขยายความในพระพุทธศาสนา เช่น คัมภีร์ของพระพุทธโฆษาจารย์ อันเป็นคัมภีร์ที่พุทธศาสนิกชนในประเทศพะม่านั้นถือเทียบเท่ากับพระไตรปิฎก ฉะนั้น จึงน่าเชื่อว่ามอญเป็นผู้ที่เ้ากำเนิดโดยแท้แก่กฎหมายซึ่งดำเนินตามแนวพระพุทธศาสนา ด้วยเหตุนี้ แม้เป็นความจริงว่าในคัมภีร์จำพวกธรรมสัดถัมม์ ที่แต่งขึ้นในรามัญญเทศและในพะม่าจะได้มีข้อความหลายประการที่เป็นเช่นเดียวกันกับในคัมภีร์ธรรมศาสตร์ฮินดูก็ดี เราก็ยังหาควรที่จะถือว่าคัมภีร์ของมอญเป็นคัมภีร์เดียวกันกับคัมภีร์ของฮินดูไม่.

๓๘. ที่ว่าเช่นนี้ ก็ต้องถือตลอดมาจนถึงในกฎหมายเก่าของไทยด้วย กล่าวคือ คัมภีร์จำพวกธรรมสัดถัมม์ที่รับเอาเข้ามาไว้ในกฎหมายเก่าของไทยนั้น ถ้าหากเราถือว่าเป็นคัมภีร์ธรรมศาสตร์ของมนุหรือคัมภีร์ธรรมศาสตร์อื่นๆ ของฮินดูแล้วนั่นเอง ก็จะเป็นการผิดหลงอย่างมาก. คัมภีร์ธรรมศาสตร์ในกฎหมายไทยนั้นเป็นคัมภีร์มอญโดยแท้จริง หาใช่คัมภีร์ฮินดูไม่. และถ้าหากในชั้นแรก เราจะนำเอาคัมภีร์ธรรมศาสตร์ในกฎหมายไทยไปเปรียบกับคัมภีร์ธรรมศาสตร์ของฮินดูก่อน แล้วเปรียบเทียบกับคัมภีร์ธรรมสัดถัมม์มอญและพะม่า จะเห็นได้ชัดเจนว่าพระธรรมศาสตร์ในกฎหมายไทยใกล้เคียงไปทางคัมภีร์พวกหลังนี้มากกว่าทางพวกแรก.

อุทาหรณ์ เช่น ประวัติของโลกซึ่งมีบรรยายไว้ตอนต้นของพระธรรมศาสตร์ในกฎหมายไทยนั้น ผิดกันกับที่มีบรรยายอยู่ในคัมภีร์ธรรมศาสตร์ของฮินดู ที่เป็นดังนี้ก็เพราะว่านักนิติศาสตร์มอญที่เป็นผู้ถือพระพุทธศาสนาเป็นผู้นำเอาประวัติเรื่องนี้เข้ามาในคัมภีร์ธรรมสัดถัมม์ของตน โดยรับเอามาจากอรรถกถาพระไตรปิฎก มีคัมภีร์วิสุทธิมรรคเป็นต้น คัมภีร์ธรรมสัดถัมม์ของพะม่าจะบันทึกชื่อ Manu Kyay ซึ่ง D. Richardson แปลเป็นภาษาอังกฤษนี้กล่าวถึงประวัติโลกซึ่งมีใจความคล้ายคลึงกันอย่างไรใกล้ชิดที่สุดกับประวัติโลก ที่มีอยู่ในพระธรรมศาสตร์ของกฎหมายไทย

ความคล้ายคลึงระหว่างพระธรรมศาสตร์ในกฎหมายไทย กับคัมภีร์ธรรมสัดถัมม์ของมอญและพม่ายังปรากฏให้เห็นได้อีก โดยที่ส่วนหนึ่งแห่งคำศัพท์กฎหมายที่ใช้ในกฎหมายไทยนั้นมีได้อยู่ในคัมภีร์กฎหมายฮินดูเลย. แต่ตรงกันข้ามกลับปรากฏมีอยู่ในคัมภีร์กฎหมายของมอญและพะม่า ตัวอย่างเช่น ในเรื่องที่มีบัญญัติกฎหมายไทยแบ่ง

ทรัพย์สินออกเป็นวิญญูณกทรัพย์และอวิญญูณกทรัพย์นั้น. การแบ่งทำนองนี้ไม่ปรากฏอยู่ในบรรดาคัมภีร์กฎหมายของฮินดูๆ กล่าวถึงการแบ่งทรัพย์สินเช่นเดียวกับในกฎหมายปัจจุบันคือ แบ่งทรัพย์สินเป็นสิ่งหามิทรัพย์สินและอสังหามิทรัพย์สิน แต่ฝ่ายคัมภีร์กฎหมายของมอญและพะม่านั้นกลับปรากฏว่าแบ่งทรัพย์สินอย่างในกฎหมายไทยนี้ คือแบ่งเป็นวิญญูณกทรัพย์และอวิญญูณกทรัพย์.

๓๙. ข้าพเจ้าจะยกตัวอย่างของความคล้ายคลึง ระหว่าง พระธรรมศาสตร์ในกฎหมายไทยกับคัมภีร์ธรรมสัทธัมของมอญและพะม่าอีกอย่างหนึ่งเป็นตัวอย่างที่สุดท้ายซึ่งจะแสดงให้เห็นคล้ายคลึงอย่างเด่นชัดเป็นพิเศษ. ผู้กล่าวถึงประวัติกฎหมายไทยบางท่านได้ชี้ไว้ให้เห็นข้อสังเกตว่า ในคัมภีร์ธรรมศาสตร์ของมอญแบ่งทาสออกเป็นเจ็ดจำพวกซึ่งผู้บัญญัติกฎหมายไทยได้นำมาระบุไว้ในตอนต้นของกฎหมายฉบับแรกว่าด้วยเรื่องทาสและผู้กล่าวถึงประวัติกฎหมายไทยเหล่านี้เลยยึดเอาเรื่องนี้มาเป็นข้ออ้างว่ากฎหมายฮินดูเป็นเค้าเงื่อนที่มาของกฎหมายไทยโดยตรง. จริงอยู่. ในคัมภีร์ธรรมศาสตร์ของมอญนั้นมีการระบุทาสไว้เป็นเจ็ดจำพวก. แต่ในกฎหมายของมอญและพะม่าก็ได้แบ่งทาสออกเป็นเจ็ดจำพวกเหมือนกัน นับตั้งแต่คัมภีร์มณูธรรมสัทธัมของพระเจ้าวาเรอูเป็นต้นมา แต่ทว่าทาสเจ็ดจำพวกตามกฎหมายมอญและพะม่านั้น ได้วางลำดับไว้ในระเบียบต่างกับคัมภีร์ธรรมศาสตร์ของมอญ ลำดับที่คัมภีร์กฎหมายมอญและพะม่าได้เรียงจำพวกทาสไว้ั้น เป็นลำดับที่ปรากฏอยู่ในกฎหมายไทย. ฉะนั้นในที่นี้ กฎหมายไทยจึงเป็นแต่เพียงรับเอาตามกฎหมายของมอญมาโดยตรง มิได้ดัดแปลงแต่อย่างใด แต่ยังมีข้อสังเกตต่อไปอีก กล่าวคือต่อจากการระบุทาสเจ็ดจำพวกนี้แล้ว กฎหมายไทยได้ระบุบุคคลหกจำพวกซึ่งถือเอาเป็นทาสมิได้ การระบุอย่างที่สองนี้มีได้ปรากฏอยู่ในกฎหมายฮินดู ทั้งในคัมภีร์ธรรมศาสตร์ของมอญและคัมภีร์กฎหมายอื่นๆ ด้วย แต่ถ้าเราไปพลิกดูในคัมภีร์กฎหมายของมอญและพะม่าก็กลับพบการระบุที่สองนี้เขียนต่อจากการระบุที่หนึ่ง เช่นเดียวกับกับกฎหมายไทยที่เดียว ข้อคล้ายคลึงเช่นนี้ย่อมเป็นเหตุให้ยืนยันโดยจะได้เถียงไม่ได้ว่า การแบ่งแยกชั้นในกฎหมายเก่าของไทยอันเกี่ยวข้องกับชนิตต่าง ๆ ของทาส และบุคคลที่จะถือเอาเป็นทาสไม่ได้นั้น ได้มีเค้ามูลสืบมาจากคัมภีร์กฎหมายของมอญโดยตรง หาใช่สืบมาจากคัมภีร์ของฮินดูไม่.

๔๐. การที่ยกอุทาหรณ์ต่าง ๆ ไว้ข้างต้นนี้ ก็โดยมีความประสงค์จะให้สังเกตว่าเราจะพึงต้องเข้าใจอย่างไรในเมื่อมีการกล่าวถึงอิทธิพลของกฎหมายฮินดูเหนือกฎหมายของไทย ลักษณะการที่อิทธิพลของกฎหมายฮินดูได้มีอยู่เหนือกฎหมายไทยนั้นก็แต่โดยทาง

อ้อม, กล่าวคือโดยอาศัยกฎหมายมอญเป็นสื่อกลาง แต่ที่ว่านี้หาถึงกับจะทำให้ประโยชน์ของการมีความรู้ในกฎหมายฮินดูลดน้อยลงสำหรับนักประวัติศาสตร์กฎหมายไทยไม่. เพราะกฎหมายฮินดูนั้นจะอย่างไรเสียก็ดี ก็ยังอยู่ในฐานะที่เป็นเค้ามูลขั้นต้นดั้งเดิมของคัมภีร์ธรรมศาสตร์มอญอยู่ และโดยเหตุนี้จึงเป็นต้นเค้าเก่าของกฎหมายไทยด้วย. หลักร่าง ๆ เป็นจำนวนมากในกฎหมายฮินดูนั้น นักนิติศาสตร์มอญรับเอามาโดยไม่ได้อัดแปลงแก้ไขอย่างใดเลย และได้ตกทอดเลยมาโดยบริบูรณ์ครบถ้วนยังกฎหมายไทยด้วย. เนื่องจากเหตุนี้ เราจึงอาจถือเอาได้ว่า กฎหมายฮินดูนั้นเป็นเสมือนเครื่องประสานสัมพันธ์ทั่วไปซึ่งความเกี่ยวเนื่องให้มีระหว่างกฎหมายเก่าของไทยกับกฎหมายในบรรดาประเทศที่ได้รับประโยชน์โดยตรงหรือโดยอ้อมจากอารยธรรมของฮินดู ทำนองเดียวกับที่กฎหมายโรมันได้เป็นมาแล้วสำหรับกฎหมายของนานาประเทศในตะวันตก. อนึ่ง กฎหมายเก่าของมอญนั้นตามที่ได้ตกทอดมายังเรายังขาดตกบกพร่องมาก การที่เราได้รู้จักกฎหมายของมอญนี้โดยมากก็โดยอาศัยคัมภีร์ธรรมศาสตร์มอญของพะม่า ซึ่งเป็นที่แน่ว่าคงจะรักษาถือตามแนวความคิดของพวกนักนิติศาสตร์มอญ แต่ว่าจารีตประเพณีและบทกฎหมายของพะม่าเองได้ค่อยแทรกซึมเข้าไปรวมปะปนอยู่ในคัมภีร์เหล่านี้ด้วย โดยเหตุนี้ ในการค้นคว้าจึงเป็นการจำเป็นที่ต้องอาศัยกฎหมายฮินดูเพื่อทราบถึงเหตุผล อันจะพึงทำให้เราเข้าใจได้ถึงหลักที่ปรากฏอยู่ในกฎหมายไทยบางประการ ซึ่งทั้งนี้ไม่ควรถือเลยว่าเป็นการขัดแย้งกับแนวความคิดในเรื่องอิทธิพลของกฎหมายมอญเหนือกฎหมายไทย ดังข้าพเจ้าได้กล่าวมาข้างต้น. ผลแห่งการค้นคว้าเช่นว่านี้ข้าพเจ้าจะได้แสดงให้เห็นต่อไปตามโอกาสที่มีขึ้นในการบรรยายวิชาลักษณะนี้.

๔. การกำเนิดของกฎหมายไทย

๔๑. เช่นเดียวกับกับกฎหมายของชนชาติทั้งหลาย กฎหมายของชนชาติไทยในขั้นดั้งเดิม ได้แก่จารีตประเพณีอย่างเดียวกัน กล่าวคือ เป็นกฎหมายที่มีสมุฏฐานทั้งหมดอยู่ที่ข้อบังคับ ซึ่งมีได้เขียนเป็นลายลักษณ์อักษร และเป็นข้อบังคับที่เกิดขึ้นโดยอาศัยความเคยชินของบรรดาสมาชิกในชุมชนคนไทยในทางปฏิบัติติดต่อหนุนเนื่องกันมาตั้งแต่สมัยที่เก่าแก่อกนอกพ้นความสามารถที่จะจดจำจารึกได้. จารีตประเพณีนี้คงเป็นที่มาอันสำคัญของกฎหมายอยู่ตลอดมาจนถึงในสมัยปัจจุบันนี้ด้วย.

อนึ่ง ในอาณาจักรต่าง ๆ ของชนชาติไทยตั้งแต่สมัยเริ่มราชอาณาจักรอยุธยา และบางที่อาจจะตั้งแต่เริ่มราชอาณาจักรสุโขทัยด้วย ได้เคยมีแนวความคิดบางอย่างเป็นพิเศษ

ซึ่งมีลักษณะโน้มไปในระเบียบมหาชนมากกว่าทางระเบียบเอกชนเกิดขึ้น แต่เป็นแนวความคิดที่มีส่วนเป็นปัจจัยสำคัญในการเจริญขยายตัวของกฎหมายไทย ฉะนั้นข้าพเจ้าจึงเห็นเป็นการสมควรที่จะกล่าวไว้บ้าง ณ ที่นี้. แนวความคิดเหล่านี้ว่าด้วยคุณค่าของคัมภีร์กฎหมาย ซึ่งมีข้อความคัมภีร์ธรรมศาสตร์ (หรือธรรมสวดถัมในภาษาบาลี) อันมีคำมูลเนื่องมาจากฮินดูตามที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น. ในความคิดของฮินดู, ตามที่ข้าพเจ้าได้กล่าวมาบ้างแล้ว, เป็นที่ถือกันว่าวิชากฎหมายต้องศึกษาในลำดับต่อจากการศึกษาไสยศาสตร์. กฎหมายเป็นอันหนึ่งอันเดียวกับธรรมะ กล่าวคือ เป็นกฎซึ่งควบคุมระเบียบทั้งปวงในโลกและซึ่งอยู่เป็นอิสระไม่ตกอยู่ในอำนาจแห่งเจตนาของมนุษย์ใด วิชากฎหมายจึงเป็นวิชาว่าด้วยธรรมะอันเป็นวิชาที่สำคัญให้มนุษย์รู้สึกถึงหลักต่างๆ ซึ่งมนุษย์จะต้องใช้เป็นหลักค้ำหนึ่งถือตามความประพฤติของตน ถ้าหากว่าตนปรารถนาจะได้รับบุญกุศล และไม่ประสงค์จะก่อความผิดร้ายแก่ระเบียบของโลก, ดังนั้นจึงเป็นอันว่า คัมภีร์ธรรมศาสตร์หาใช้ตำรากฎหมายธรรมดาไม่ แต่เป็นคัมภีร์ซึ่งผู้ทรงบุญฤทธิเป็นเจ้าหรือฤทธิผู้มีฤทธิอำนาจสูงกว่าธรรมดาเป็นผู้แต่งขึ้น ผู้มีฤทธิเหล่านี้โดยอาศัยความติดต่อกันของระหว่างตนกับพระเจ้าองค์ต่างๆ ตนจึงได้รับความดลบันดาลใจให้รู้ถึงกฎซึ่งจะพึงใช้เป็นทางทำให้ความเป็นระเบียบเรียบร้อยมีขึ้นในระหว่างมนุษย์ โดยเหตุนี้ข้อบังคับที่มีอยู่ในคัมภีร์ธรรมศาสตร์ จึงใช้บังคับได้ไม่แต่จะเพาะแก่บุคคลซึ่งมีหน้าที่อำนาจความยุติธรรมเท่านั้น แต่ย่อมใช้ได้แก่กษัตริย์ ผู้ซึ่งมีหน้าที่สำคัญที่จะต้องรักษาระเบียบเรียบร้อยให้ดำรงอยู่ในระหว่างพลเมือง เพื่อปฏิบัติตามหน้าที่เช่นนั้น กษัตริย์จึงต้องคำนึงถือเอาตามหลักที่วางไว้ในคัมภีร์ธรรมศาสตร์.

๔๒. ความคิดความเข้าใจเหล่านี้ได้แพร่หลายอยู่ในทุกประเทศซึ่งได้รับอารยธรรมจากฮินดู มีอาทิ ในรามัญเทศ, กับประเทศซึ่งได้รับอารยธรรมฮินดูมาโดยอาศัยมอญ เป็นสื่อกลาง มีเป็นต้นคือประเทศพม่า สุโขทัย และกรุงศรีอยุธยา ข้าพเจ้าได้กล่าวมาแล้ว ถึงอาการที่อิทธิพลของพระพุทธศาสนา ได้ทำให้คัมภีร์ธรรมศาสตร์ที่ได้เข้ามาใช้ในในประเทศนั้น ค่อยๆ เปลี่ยนแปลงไปจนลักษณะที่เป็นไปในทางศาสนาพราหมณ์ลบล้างเสีย ค่อยกลายมาเป็นคัมภีร์กฎหมายฝ่ายพระพุทธศาสนา ในคัมภีร์ธรรมศาสตร์ของฮินดูหมดและกล่าวว่า มนุษย์นั้นตามลำดับขั้นของพระเจ้าในศาสนาพราหมณ์ เป็นบุตรของพระพรหมาสวยาม์ภู ผู้เป็นพระเจ้าสูงสุด แต่ครั้งมาในคัมภีร์ธรรมสวดถัมฝ่ายพระพุทธศาสนา มนุษย์กลายเป็นมนตรีที่ปรึกษาของกษัตริย์ทรงนามพระมหาสมมุติราชา กษัตริย์องค์นี้คือ พระโพธิสัตว์มาเสวยพระชาติเป็นพระเจ้าแผ่นดิน ด้วยเหตุที่มนุษย์ในคัมภีร์ธรรมสวดถัมฝ่าย

พระพุทธศาสนามีได้เป็นพระเจ้าตั้งเช่นในคัมภีร์ของฮินดู ผู้แต่งคัมภีร์จึงต้องสมมตินิยายที่มนุษย์เป็นฤๅษีแล้ว ได้บุญฤทธิ์สามารถเหาะไปอ่านบทกฏหมายอันจารึกไว้ ณ กำแพงจักรวาลได้. ตามที่กล่าวมานี้แม้ความจะเปลี่ยนรูปเรื่องไปแล้ว แต่วัตถุประสงค์ของนิยายในคัมภีร์ธรรมศาสตร์ฝ่ายศาสนาพราหมณ์และใน คัมภีร์ธรรมศาสตร์ฝ่ายพระพุทธศาสนาจะเป็นเช่นเดียวกัน. กล่าวคือ ได้แก่ความประสงค์ของผู้รจนาคัมภีร์ในอันที่จะยกย่องว่าบรรดาบัญญัติในคัมภีร์ธรรมศาสตร์นั้น มีค่ามูลที่มานับสูงนอกเหนือเจตนาของมนุษย์ย่อมจะพึงเป็นที่ต้องเชื่อฟังนับถือตามของบรรดามนุษย์ ทั้งกษัตริย์ผู้ปกครองและพลเมืองผู้อยู่ในความปกครองด้วย.

๔๓. ตามที่กล่าวมานี้ จะเป็นที่เห็นได้ว่า คัมภีร์ธรรมศาสตร์มหาใช้ประมวลกฎหมายโดยแท้จริงทีเดียวไม่ แต่หากเป็นชุมนุมของข้อบังคับหลักเกณฑ์อย่างทั่วไป ซึ่งมนานักสูงยิ่งกว่ามนานักของบทกฏหมายธรรมดา หากจะทำการเปรียบเทียบก็ควรจะเทียบได้คล้ายกับ ๆ มานักข้อบังคับที่เรียกกันในปัจจุบันนี้ว่ารัฐธรรมนูญ แต่ที่ว่าแดนแห่งการใช้บังคับของคัมภีร์ธรรมศาสตร์นี้ได้ไพศาลกว้างขวางกว่ารัฐธรรมนูญอีก เพราะคัมภีร์นี้กล่าวถึงทั้งในส่วนที่เกี่ยวกับกฎหมายเอกชนและกฎหมายมหาชน คัมภีร์นี้ถือกันว่าเป็นประหนึ่งประมวลอันย่อของหลักความยุติธรรม ซึ่งเอามาจัดวางลงเป็นข้อกำหนดเพื่อประโยชน์สุขแก่มนุษย์ ซึ่งโดยมากแล้วยังมีมาอยู่ด้วยวาระคะโทษะโมหะในโลภีสมบัตินี้ จึงมักมองไม่ใคร่เห็นหลักความยุติธรรมนั้นโดยถนัด.

โดยเหตุนี้ ธรรมศาสตร์จึงไม่ขัดขวางลบล้างจารีตประเพณี เพราะจารีตประเพณีเกิดขึ้นจากความเคยชินในทางปฏิบัติ และออกข้อบังคับตามกรณีต่าง ๆ โดยเฉพะ แต่ทว่าธรรมศาสตร์มีหน้าหนักเหนือจารีตประเพณี โดยคอยควบคุมวางขอบเขตแก่จารีตประเพณีและเป็นเครื่องทำให้ผู้บัญญัติกฎหมายและศาลได้มีหลักทั่วไป ซึ่งจะเป็หนทางให้สามารถตีความหมายของจารีตประเพณี และเพิ่มเติมในส่วนที่จารีตประเพณียังบกพร่องด้วย.

การวิเคราะห์ดังนี้ทำให้เราเข้าใจได้ถึงอาการที่กฎหมายได้เจริญขยายตัวในประเทศไทยและทราบถึงอาการที่บทกฏหมายได้ถูกรวบรวมประมวลขึ้นในครั้งโบราณตั้งที่การตรวจชำระบทกฏหมายในรัชกาลที่ ๑ แห่งกรุงรัตนโกสินทร์ได้แสดงให้เห็นสภาพของการรวบรวมประมวลกฎหมายเป็นครั้งสุดท้าย.

๔๔. ในประเทศไทยในครั้งโบราณ พระมหากษัตริย์มิได้ทรงบัญญัติกฎหมายขึ้นอย่างแท้จริง พระราชภาระอันสำคัญของพระองค์ คือทำให้ความสงบเรียบร้อยมีอยู่แก่บรรดาประชาชนโดยแน่นอนและมั่นคงสม่ำเสมอ ในฐานะเช่นนี้พระองค์จึงต้องคอยทรงสอดส่องควบคุมระวางให้การอำนวยความสะดวกเป็นไปด้วยดี และทรงรับหน้าที่เป็นผู้พิพากษาสูงสุด เพื่อพิจารณาชี้ขาดในข้อพิพาทโต้เถียงซึ่งเกิดขึ้นระหว่างพลเมือง และในฐานะเช่นนี้อีกเหมือนกัน พระองค์มีพระราชอำนาจที่จะวางข้อกำหนดลงโทษานุโทษแก่บรรดาผู้ที่ทำลายความสงบเรียบร้อยของประเทศได้ ทั้งวางข้อบังคับเพื่อจัดระเบียบการศาลและการพิจารณาพิพากษาอรรถคดีด้วย กล่าวโดยสรุปอีกนัยหนึ่งก็คือ พระองค์ทรงจัดกระทำทุกอย่างทุกวิธี เพื่อให้พลเมืองตั้งอยู่ในความสงบเรียบร้อย และปฏิบัติให้ถูกต้องตามจารีตประเพณี แต่พระราชกรณียกิจทั้งหลายตามที่กล่าวมานี้คงเป็นเพียงการกระทำอันเป็นผิวภายนอกของกฎหมาย หรือการบริหารให้การเป็นไปตามกฎหมายเท่านั้น ส่วนแก่นเนื้อแท้ของกฎหมาย กล่าวคือ ข้อบังคับอันจำเป็นต้องให้มีการเคารพปฏิบัติตามนั้น พระมหากษัตริย์หาทรงแต่งตั้งขึ้นไม่ เพราะในครั้งนั้นถือกันว่า กฎหมายย่อมอยู่ในเงารัตนประเพณีและในคัมภีร์ธรรมสัจถัมโดยสิ้นเชิง พระมหากษัตริย์ทรงเป็นผู้ป้องกันและให้ความอุปถัมภ์ค้ำชูจารีตประเพณีและธรรมสัจถัม แต่กระนั้นลักษณะการที่เป็นดังนี้ ก็หาได้เป็นอุปสรรคมิให้พระองค์ทรงเป็นอธิปัตย์ที่ทรงอำนาจเด็ดขาดเต็มที่ และทรงสามารถจัดทำกรทุกอย่างตามความพอพระราชหฤทัย ฉะนั้น จึงเป็นอันว่า พระองค์ทรงมีความเป็นอิสระเต็มที่ในอันที่จะทรงวินิจฉัยชี้ขาด หรือบัญญัติในการเป็นไปในทางที่ขัดที่ตรงกันข้ามกับธรรมสัจถัม หรือกับจารีตประเพณีอันมีอยู่แล้วนั้นได้ แต่พระราชวินิจฉัยชี้ขาดหรือราชโองการนี้ จะพึงมีก็แต่อำนาจในเชิงบังคับด้วยกำลังเท่านั้น หากมีอำนาจในเชิงบทกฎหมายไม่ แต่ตรงกันข้าม ในเมื่อพระราชโองการราชวินิจฉัยชี้ขาดของพระมหากษัตริย์เป็นการถูกต้องตรงกับหลักความยุติธรรม. กล่าวคือ ตรงกับธรรมสัจถัมแล้ว พระราชโองการย่อมเข้าประกอบรวมอยู่ในธรรมสัจถัม และมีอำนาจเช่นเดียวกับธรรมสัจถัม พระราชวินิจฉัยและพระราชโองการเช่นว่านี้เรียกชื่อว่าราชศาสตร์ กล่าวคือ วิชาว่าด้วยราชอำนาจที่พระมหากษัตริย์ทรงใช้ถูกต้องตามธรรม. ธรรมศาสตร์กับราชศาสตร์นี้ ย่อมคอยประกอบทำความครบถ้วนบริบูรณ์ให้แก่กันและกัน ทั้งนี้ก็เพราะว่าถึงแม้ธรรมศาสตร์จะมีคุณภาพสูงกว่าราชศาสตร์ และเป็นมูลรากให้ราชศาสตร์ได้อาศัยใช้อ้างอิงก็จริง แต่ก็อาจตกเป็นตัวหนังสือที่เป็นหมันตายด้านได้ ถ้าหากพระมหากษัตริย์มิ

ได้ทรงเป็นพระราชธุระจัดให้บทบัญญัติในธรรมศาสตร์นั้นได้รับการเคารพปฏิบัติตาม โดยวิธีการต่าง ๆ ที่พระองค์มีอำนาจจะทรงใช้ได้.

๔๕. ในประเทศพม่า พระราชวินิจฉัยของมหากษัตริย์ที่ได้รับความยกย่องว่าเป็นผู้ทรงอำนาจความยุติธรรมเป็นอย่างดีนั้น ได้เก็บรวบรวมขึ้นเป็นหนังสือประชุมราชวินิจฉัยแยกออกต่างหากจากคัมภีร์จำพวกธรรมสัทถัม ทั้งนี้ก็เพื่อใช้เป็นแบบแกมมหากษัตริย์พระองค์หลัง ๆ และแก่ศาล ประชุมราชวินิจฉัยนี้ได้ตกทอดมายังสมัยเรามาจนนับ. แต่โดยมากแล้ว ราชวินิจฉัยนี้ได้ค่อย ๆ เก็บเอาเข้าไปรวมไว้ในธรรมสัทถัมและกลายเป็นบทมาตราเข้าเรียงลำดับและปะปนอยู่ในข้อความของธรรมสัทถัม หรือมิฉะนั้นก็เข้าร่วมเป็นอันหนึ่งอันเดียวกับธรรมสัทถัม.

พฤกติกการณ์ทำนองที่เกิดขึ้นในประเทศพม่านี้ ได้มีขึ้นในประเทศไทยเหมือนกัน เช่นตามประมวลกฎหมายรัชกาลที่ ๑ ประชุมกฎหมายที่เรียกว่า พระราชบัญญัติพระราชกำหนดเก่าและพระราชกำหนดใหม่ ซึ่งแยกอยู่ต่างหากมิได้รวมอยู่กับบทกฎหมายทั่วไปนั้นก็อาจถือได้ว่ามีลักษณะเป็นราชศาสตร์บางประการ แต่พระราชวินิจฉัยที่เก่าแก่ที่สุดนั้นย่อมได้เข้าร่วมสมทบอยู่เป็นอันหนึ่งอันเดียวกับพระธรรมศาสตร์ ซึ่งเมื่อเวลาล่วงมานานเข้า พระธรรมศาสตร์นั้นจึงได้เปลี่ยนแปลงตัดทอนร่อยหรอไป ปรากฏแต่โครงร่างกับเนื้อความที่ขาดกระต่อนกระแต่นอยู่. ธรรมเนียมอันเป็นที่ถือกันว่าพระราชโองการจะมีอำนาจใช้บังคับเป็นกฎหมายได้ก็ต่อเมื่อได้มีมูลรากอิงอยู่ในจารีต ประเพณีหรือในธรรมสัทถัมนั้น ได้มีน้ำหนักมั่นคงมากจนแม้เมื่อกรุงศรีอยุธยาได้เสียแก่ข้าศึกแล้วก็ดี, ธรรมเนียมนี้ก็ยังคงดำรงอยู่ ดังเราได้เห็นมาแล้วว่าพระบาทสมเด็จพระพุทธยอดฟ้าฯ มิได้ทรงถือว่าพระองค์มีพระราชอำนาจที่จะแก้ไขเปลี่ยนแปลงบทกฎหมายเก่า ส่วนบทกฎหมายบางเรื่องก็แก้ไขในรัชสมัยของพระองค์นั้นก็โดยทรงดำริว่า บทกฎหมายเก่านั้นๆ ได้คลาดเคลื่อนเสื่อมทรามไป เพราะผู้มีจิตต์ทุจจริตดัดแปลงให้ทรามลง พระองค์ทรงมีพระราชหฤทัยว่า บทกฎหมายเก่านั้น ถ้าหากดำรงคงอยู่ในฐานะดั้งเดิมมิได้ถูกคนทุจจริตเปลี่ยนแปลงแล้ว ย่อมจะเป็นบัญญัติที่ถูกต้องตรงกับหลักความยุติธรรม ทั้งนี้ก็เพราะว่ากฎหมายนั้นๆ ได้มีมูลรากตั้งอยู่ในจารีตประเพณีและธรรมสัทถัม. พระองค์จึงได้ทรงถือว่างานตรวจชำระบทกฎหมายเก่านั้น เปรียบได้เสมือนกับงานสังคายนาคัมภีร์พระไตรปิฎก. กล่าวคือ คงเป็นแต่เพียงการฟื้นฟูบทบัญญัติเก่าให้กลับสู่สภาพอันแท้จริงตามเดิมเท่านั้น. และในเมื่อพระองค์ทรงมีพระราชโองการแก่คณะกรรมการตรวจชำระกฎหมายให้ตรวจสรรเสริญบทกฎหมายให้ถูกต้องตามบาลี และเนื้อความนั้นตามความประกาศพระราชปราชญ์ ก็ดูเป็นที่ว่า

พระองค์ทรงมุ่งหมายถึงการแบ่งกฎหมายออกเป็นมูลคดีและสารคดี กล่าวคือบทบัญญัติในพระธรรมนูญและบทบัญญัติในราชศาสตร์ ฉะนั้น การชำระกฎหมายตอนนี้ ก็เท่ากับเป็นการจัดวางพระราชกฤษฎีกาและพระราชบัญญัติต่าง ๆ เข้าไว้ให้ถูกต้องตามลำดับหัวข้อแห่งพระธรรมนูญ.

๔๖. เราทราบแล้วว่าบทกฎหมายเก่านั้น แม้ในสมัยกรุงศรีอยุธยาก็ได้เคยมีการตรวจชำระระสรวางทำนองเดียวกันกับการตรวจชำระในรัชกาลที่ ๑ แห่งสมัยรัตนโกสินทร์มาแล้วหลายครั้ง คำปรารภในกฎหมายสิบหกข้อก็ยังแสดงให้เห็นเราพอทราบเป็นเค้าถึงวิธีการตรวจชำระในกฎหมายที่ได้กระทำในรัชกาลของพระมหากษัตริย์พระองค์หนึ่งในตอนปลายสมัยกรุงศรีอยุธยา ซึ่งเข้าใจว่าแผ่นดินสมเด็จพระเจ้าอู่ทองพร (เจ้าฟ้าดอกมะเตือ). ในคำปรารภนี้ปรากฏว่าพระมหากษัตริย์พระองค์นี้มีพระบรมราชโองการแก่ลูกขุนให้จัดการย่อเนื้อความในพระราชกฤษฎีการวม ๓๖ ข้อของพระเจ้าแผ่นดิน ๒ พระองค์ ก่อนหน้าที่จะมาถึงรัชสมัยของพระองค์ โดยการพิเคราะห์งานชำระบทกฎหมายครั้งนั้นเราสังเกตพบขึ้นหนึ่งแห่งความผันแปรเปลี่ยนแปลงอันทำให้เนื้อความแห่งพระราชกฤษฎีกาเดิมกลายมาด้วยความย่อลงมาเป็นบทมาตราของกฎหมายขึ้น ซึ่งในกาลต่อมาจะได้ประมวลเข้าอยู่ภายใต้หัวข้อต่าง ๆ ของพระธรรมนูญ. พระเจ้าบรมวงศ์เธอสมเด็จพระมหาจักรพรรดิทรงมีความเห็นว่าการตรวจชำระกฎหมาย ซึ่งมีสืบมาเป็นลำดับนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อจะช่วยให้กิจการหน้าที่ของศาลสะดวกยิ่งขึ้น. โดยการตรวจชำระกฎหมายย่อมเป็นการระสรวางคัดเลือกเอาแต่บทกฎหมายซึ่งยังใช้ได้อยู่. ทั้งนี้ย่อมจะทำให้จะนับกฎหมายมีจำนวนน้อยลงไม่ทับถมทวิสับสน ถ้าหากไม่ทำเสียเช่นนี้แล้วในไม่ช้าไม่นานการที่ศาลจะไปค้นคว้าหาฉบับ ซึ่งบรรจุตัวบทกฎหมายอันตรงกับความต้องการนั้นจะทำได้ด้วยยากมาก ความเห็นที่ยกมานี้มีน้ำหนักฟังได้เป็นความจริง แต่ในเมื่อเราพิจารณาใคร่ครวญอย่างถี่ถ้วนแล้ว เราจะเห็นว่าเหตุแท้จริงที่ทำให้มีการตรวจชำระกฎหมายได้เนื่องมาจากลักษณะที่ว่า พระธรรมนูญและราชศาสตร์ทั้งสองนี้ต่างก็มีส่วนหน้าที่จะเพาะของตนในการก่อกำเนิดให้แก่กฎหมาย ดังข้าพเจ้าจะได้อธิบายต่อไปนี้คือ

๔๗. สำหรับ คัมภีร์พระธรรมนูญนั้น โดยสภาพนั้นเองย่อมเป็นสิ่งที่ไม่รู้จักเปลี่ยนแปลง และมีความดำรงคงทนตลอดไปไม่รู้สุดสิ้นยกเลิก แต่ส่วนพระราชวินิจฉัยและพระราชโองการของพระมหากษัตริย์นั้นตรงกันข้าม. คงเป็นแต่เพียงคำสั่ง อาจเพิกถอนได้เสมอ และตามหลักแล้วจะมีผลใช้บังคับได้ก็แต่เพียงในรัชสมัยของพระมหากษัตริย์ผู้ทรงประกาศพระบรมราชโองการนั้นเท่านั้น พฤตติการณบางอย่างที่เกี่ยวข้องเนื่องใน

พระราชพิธีบรมราชาภิเษก เช่น พุทธศักราชที่ข้าราชการของพระมหากษัตริย์พระองค์ที่เพิ่งเสด็จสวรรคตล่วงลับไปนั้น หากจะสามารถคงดำรงตำแหน่งรับราชการต่อไปอีกได้ ก็โดยพระมหากษัตริย์พระองค์ใหม่ทรงโปรดให้แต่งตั้งรับราชการสืบไป พุทธศักราชนั้นเป็นต้นแสดงให้เห็นว่า ในชั้นดั้งเดิมอำนาจของพระมหากษัตริย์ในประเทศไทยย่อมรวมบังคับพร้อมพระชนมชีพของพระองค์ และไม่แตกทอดสืบไปยังพระมหากษัตริย์พระองค์ใหม่ที่เสด็จขึ้นครองราชบัลลังก์แทนพระองค์ แต่พระมหากษัตริย์พระองค์ใหม่จำเป็นต้องได้รับการแต่งตั้งใหม่ คือ พระราชพิธีบรมราชาภิเษก โดยเหตุนี้พระองค์ย่อมทรงเริ่มรัชกาลของพระองค์ ด้วยพระหัตถ์อันเป็นอิสสระ มิต้องทรงอยู่ในความผูกมัดใดๆ จากพระราชโองการของพระองค์ก่อน. การสะกดหยุดลงอันเนื่องจากการเปลี่ยนรัชชกาลนี้ได้ผลผลิตออกไปไกลมาก จะทำให้แม้คดีต่างๆ ที่ว่ากล่าวกันค้างอยู่ในศาลทั้งหลายก็เป็นอันยกเลิกร้างไป (ดูกฎหมายลักษณะตระลาการ มาตรา ๑๑๐)^(๑) โดยการสวรรคตของพระมหากษัตริย์นี้เอง พระบรมราชโองการต่างๆ ที่พระองค์ได้ทรงประกาศไว้ในระหว่างดำรงพระชนม์อยู่นั้น จึงเป็นอันล่วงสมัยตกไปใช้ไม่ได้เสียเลย การที่พระราชโองการของพระมหากษัตริย์ขาดความยืนยันเช่นนี้เป็นเหตุให้เกิดข้อขัดข้องไม่สะดวกในการปกครอง เพราะพระราชโองการอาจเป็นข้อบังคับอันมีประโยชน์สำหรับแผ่นดินต่อไป ฉะนั้นจึงจำเป็นต้องหาวิธีที่จะทำให้พระราชโองการมีความมั่นคงขึ้นใช้บังคับได้เนื่องนิตย์ ภายหลังรัชชกาลที่พระราชโองการนั้นๆ ได้ออกประกาศแล้ว วิธีที่จะทำเช่นนี้ก็มิมีอยู่แต่อย่างเดียวคือ การเอาพระราชโองการนั้นประกอบสมทบเข้าไว้เสียในธรรมสัตถัม เพื่อการอันนี้ก็มิเพียงจะพิเคราะห์ดูถึงความถูกต้องตรงกันของพระราชโองการนั้นๆ กับหลักอันกล่าวไว้ในธรรมสัตถัม ถ้าหากเห็นว่าพระราชโองการนั้นลงกันกับธรรมสัตถัม ก็เป็นอันว่าจะจัดเข้ารวมในไว้ธรรมสัตถัมได้ โดยเอาเนื้อความในพระราชโองการแต่งเป็นบทมาตราอันบัญญัติความทั่วไป และจัดลำดับให้เข้าไปอยู่ตามหมวดหมู่ของพระราชโองการอื่นๆ ลักษณะเดียวกัน ซึ่งได้นำมาจัดวางไว้แต่ก่อนๆ แล้ว โดยอาการเช่นนี้พระราชโองการของพระมหากษัตริย์พระองค์หนึ่งจึงตกทอดต่อมาเป็นที่ใช้ได้ ในรัชสมัยของพระมหากษัตริย์พระองค์ที่ดำรงราชย์สืบต่อมาได้โดยไม่มีความขัดข้องประการหนึ่งว่าเป็นบทบัญญัติในธรรมสัตถัม การตรวจชำระสละวางที่ได้กระทำสืบๆ มาหลายครั้งหลายคราแก่บทกฎหมายไทยในรัชสมัยต่างๆ กันนั้น ก็ย่อมมีวัตถุประสงค์เป็นทำนองดังกล่าวมาข้างต้นนี้ แต่ย่อมจะเป็นอยู่เองตามธรรมดาว่า

(๑) การอ้างบทมาตราในกฎหมายเก่านั้นได้อ้างตามเลขลำดับในฉบับพิมพ์ของมหาวิทยาลัยวิชาธรรมศาสตร์และการเมือง

สำหรับพระมหากษัตริย์ที่มีความมั่นคงเป็นปึกแผ่น และกอบปรัด้วยอำนาจเข้มแข็งแล้ว พระราชโองการของพระมหากษัตริย์ในราชวงศ์นั้นย่อมจะได้รับการพิเคราะห์ตรวจชำระว่า ถูกต้องตรงกันกับธรรมเนียมสืบทอดไป การพิเคราะห์ตรวจชำระในกรณีเช่นนี้ ย่อมกระทำกันพอเป็นพิธีตามทางทฤษฎีเท่านั้น แต่ถึงกระนั้นพฤติการณ์เช่นนี้ ก็ยังคงเป็นที่ชี้ให้เห็นถึงเค้ามูลดั้งเดิมและปัจจัยอันแท้จริงที่ทำให้เกิดมีการตรวจชำระบทกฎหมายในรัชสมัยต่างๆ นั้นว่ามีใช้เนื่องมาจากเหตุอื่น นอกจากน้ำหนักของธรรมเนียมซึ่งดีกว่าของราชศาสตร์นั้นเท่านั้น

๔๘. เมื่อพูดโดยสรุปรวบรัดแล้ว ก็อาจจะกล่าวได้ว่าที่มาอันดั้งเดิมของกฎหมายไทยนั้นเมื่ออยู่สองชนิดเท่านั้น คือ ชนิดหนึ่งที่มาซึ่งเป็นลายลักษณ์อักษร และอีกชนิดหนึ่งซึ่งมิได้เป็นลายลักษณ์อักษร ชนิดหลังนี้ได้แก่จารีตประเพณี ส่วนชนิดแรกได้แก่ คัมภีร์ธรรมศาสตร์ ครั้นเมื่อเวลาค่อยๆ ล่วงมาก็ได้มีการนำเอาพระราชโองการของพระมหากษัตริย์ ซึ่งถูกต้องลงรอยกันกับจารีตประเพณีและหลักในธรรมศาสตร์เข้ามาเพิ่มเติมสมทบกับบทบัญญัติเดิมแห่งคัมภีร์ธรรมศาสตร์ การประมวลเอาเข้าสมทบนี้ได้เป็นไปในทำนองซึ่งตามที่เป็นอยู่เนื่อง ๆ แล้วมักจะเป็นการพันวิสัยที่จะแยกพิเคราะห์ในบรรดาบทกฎหมายที่ตกมาถึงยุคเราให้รู้ว่า บทใดเป็นบทอันแท้จริงของธรรมศาสตร์มาแต่เดิมและบทใดได้นำเข้ามาเพิ่มเติมในภายหลัง แต่ควรสังเกตว่าในกฎหมายเก่ายังพบบทบัญญัติหลายแห่ง ซึ่งแม้จะได้ปรากฏอยู่เป็นมาตราทำนองบทกฎหมาย แต่โดยส่วนรวมความที่ได้แต่งข้อบัญญัติเหล่านี้เป็นที่ให้เห็นว่า ข้อบัญญัติเหล่านี้ยังสงวนรักษาเค้าของกรณีโดยเฉพะ ซึ่งเป็นเหตุให้เกิดข้อบัญญัตินั้นขึ้น เราจึงอาจสันนิษฐานได้ว่าข้อบัญญัติเหล่านี้เป็นส่วนเพิ่มเติมเข้ามาเพื่อขยายความในกฎหมายเดิมหรือธรรมศาสตร์ โดยพระมหากษัตริย์ได้ทรงกระทำในฐานะที่ทรงเป็นผู้ตีความในคัมภีร์ธรรมศาสตร์ ส่วนข้อบัญญัติดั้งเดิมของธรรมศาสตร์นั้นเราอาจสังเกตได้จากลักษณะที่ข้อบัญญัตินั้น ๆ อ้างว่ามนัสตราจารย์เป็นผู้กล่าวไว้ หรือจากลักษณะที่ข้อบัญญัตินั้น ๆ แสดงหลักกฎหมายใหญ่ๆ ไม่จำกัดจะพะเหตุดังการณี่เรื่องใดเรื่องหนึ่ง แต่อย่างไรก็ดี มีบทบัญญัติอีกเป็นจำนวนมากซึ่งเรายังไม่สามารถที่จะทำการชี้ขาดยืนยันอย่างใดลงไปได้.

ในที่สุดเราไม่ควรลืมว่า นอกจากกฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษรแล้วยังมีจารีตประเพณีอยู่อีก ซึ่งเป็นที่มาแห่งกฎหมายอันสำคัญอยู่เหมือนกัน แต่จารีตประเพณีนี้หาได้รวบรวมทำเป็นประมวลขึ้นโดยครบถ้วนสิ้นเชิงไม่ หากปรากฏขึ้นเป็นดับกฎหมายบ้าง

นั้นก็เป็นแต่เพียงโดยเหตุบังเอิญ ในเมื่อมีปัญหาข้อโต้เถียงบางประการเกิดขึ้นเกี่ยวข้องกับ
 วัตถุประสงค์ประเพณีนั้น โดยเหตุนี้จึงมีส่วนใหญ่ของกฎหมายเก่าส่วนหนึ่งซึ่งได้หลุดลอด
 ไปมิเป็นที่รู้ได้แก่เราในปัจจุบันนี้หรือหากเราจะรู้ได้บ้างก็เป็นแต่เพียงโดยทำนองที่ไม่ครบ
 บริบูรณ์.

บทที่ ๓

การแบ่งต่างๆ ทั่วไป

๑. การแบ่งสมัยสำคัญๆ ในประวัติศาสตร์กฎหมายไทย

๔๙. ประวัติศาสตร์กฎหมายไทยนั้นควรแบ่งออกเป็นสี่สมัย คือ ๑) สมัยกรุงศรีอยุธยา ๒) สมัยสามราชกาลแรกแห่งกรุงรัตนโกสินทร์ ๓) สมัยรัชกาลที่ ๔ และต้นรัชกาลที่ ๕ ๔) สมัยประมวลกฎหมาย

สมัยกรุงศรีอยุธยา เมื่อพิเคราะห์ตามสภาพปัจจุบันแห่งความรู้ที่เราค้นคว้าเอามาได้ จะเห็นว่าออกจะเป็นการเร็วเกินไปที่จะพยายามจัดแบ่งกฎหมายในกรุงศรีอยุธยา ออกเป็นสมัยต่างๆ กันได้ หลักฐานอันสำคัญที่ใช้ประกอบการค้นคว้าถึงกฎหมายในกรุงศรีอยุธยานั้นก็คือ ชุมนุมบทกฎหมายที่ได้ประมวลในรัชกาลที่ ๑ แห่งกรุงรัตนโกสินทร์ โดยการประมวลนี้ยังสงวนรักษาทกฎหมายเก่าไว้เป็นจำนวนมาก แต่ตามที่ได้อธิบายมาแล้ว บรรดากฎหมายเก่าที่ได้ตกทอดมาถึงรัชกาลที่ ๑ แห่งกรุงรัตนโกสินทร์นั้น ได้ถูกเปลี่ยนแปลงแก้ไขและเพิ่มเติมมาแล้วตามลำดับระยะเวลาของสมัยต่างๆ เรื่อยๆ มา โดยเหตุนี้ควรถือเอาบทกฎหมายเก่าเหล่านี้เป็นบทกฎหมายซึ่งใช้อยู่ในขณะที่กรุงศรีอยุธยาเสียแก่ข้าศึกเท่านั้น อีกประการหนึ่งในบางครั้งคงจะเป็นการยากพอสมควรแก่สติปัญญาเราที่จะแยกพิเคราะห์ในประมวลกฎหมายรัชกาลที่ ๑ นั้นว่า ส่วนใดเป็นเนื้อแท้ของกฎหมายเก่าและส่วนใดเป็นส่วนที่กรรมการผู้ทำการตรวจชำระได้นำเอามาสวมเข้าไว้ใหม่ อาศัยเหตุตั้งบรรยายมานี้จึงเป็นอันว่าในชั้นแรกที่ประวัติศาสตร์กฎหมายไทยยังไม่เจริญนี้เราต้องพอใจแต่เพียงในกาที่เราสามารถได้ความรู้ถึงสภาพกฎหมายตามที่เป็นอยู่ก่อนการชำระตราลงในรัชกาลที่ ๑ คือตามที่เป็นอยู่ในตอนสุดท้ายแห่งกรุงศรีอยุธยาเท่านั้น แต่ถึงกระนั้นก็ควรกล่าวเพิ่มว่า สำหรับกฎหมายเก่าบางเรื่อง, โดยอาศัยหลักฐานและวิธีพิเคราะห์ดูความเก่าใหม่ในบทกฎหมายตามที่กล่าวมาแล้วข้างต้น เราคงสามารถดำเนินการพิเคราะห์

ไปอีกจนอาจรู้ถึงความวิวัฒนาการของกฎหมายในอดีตกาลตามลำดับได้บ้าง ต่อเมื่อไร การค้นคว้าโดยอาศัยร่องรอยเค้าเงื่อนทำนองที่กล่าวนี้ ได้เจริญก้าวหน้าไปอย่างเพียงพอ ในสาขากฎหมายสาขาต่าง ๆ แล้ว เมื่อนั้นเราจึงจะสามารถพิเคราะห์เห็น ได้ชัดถึงระยะต่าง ๆ แห่งความวิวัฒนาการของกฎหมายไทยในสมัยกรุงศรีอยุธยาชัดเจน.

สมัยสามรัชกาลแรกแห่งกรุงรัตนโกสินทร์

๕๐. สมัยกรุงศรีอยุธยา ได้มีระยะเวลายาวมาจนถึงรัชกาลที่ ๑ แห่งกรุงรัตนโกสินทร์ โดยรวมเอารัชกาลของพระเจ้าตากสินเข้าไว้ด้วย ในรัชกาลที่ ๑ นั้นจัดว่าเป็นยุคที่มีกฎหมายใหม่ออกใช้มาก. แต่ทว่ากล่าวตามหลักบรรดากฎหมายเหล่านี้ดำเนินตามแนวทางใหญ่ ๆ ของกฎหมายในสมัยกรุงศรีอยุธยา หรือมิฉะนั้นก็เพียงแต่ช่วยสนับสนุนเร่งรัดความวิวัฒนาการของกฎหมายซึ่งได้เริ่มต้นก่อขึ้นตั้งแต่สมัยกรุงศรีอยุธยาแล้ว แต่หากยังมีได้ปรากฏตัวออกมาถึงขั้นเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษร โดยเหตุว่าตั้งแต่เมื่อได้มีการตรวจชำระบทกฎหมายในกรุงศรีอยุธยาเป็นคราวที่สุด ซึ่งได้มีขึ้นเป็นเวลาช้านานไกลมาแล้ว ก็มีได้มีการตรวจชำระบทกฎหมายขึ้นอีกจนมาถึงในรัชกาลที่ ๑ นี้ บทกฎหมายใหม่ที่ออกในครั้งรัชกาลที่ ๑ นี้ บางบทแทรกเข้ามาปะปนอยู่กับกฎหมายเก่าหรือเป็นการแก้ไขบทกฎหมายเก่าโดยตรง เนื่องจากการชำระสะสาง เมื่อ พ.ศ. ๒๔๓๗-๒๔๓๘ นั้น บางบทก็รวบรวมเป็นประชุมกฎหมายพิเศษเติมต่อท้ายประมวลกฎหมายเดิม เช่นพระราชบัญญัติและพระราชกำหนดใหม่ ในรัชกาลที่ ๒ และที่ ๓ นอกจากบทกฎหมายใหม่ไม่กี่ยุคสมัย และที่สำคัญก็คือกฎหมายโจรทำเส้นแล้ว ก็กล่าวได้ว่าไม่มีกฎหมายออกเพิ่มเติมจากที่ได้มีอยู่เดิมแล้วอีกเลย กฎหมายในสองรัชกาลนี้ได้เป็นกฎหมายเดียวกันกับกฎหมายในรัชกาลที่ ๑ อาจกล่าวได้ว่าตั้งแต่ได้เริ่มสร้างกรุงมาจนถึงขณะนั้น แนวความคิดเชิงกฎหมายในกรุงรัตนโกสินทร์ย่อมเป็นเช่นเดียวกับแนวความคิดในกรุงศรีอยุธยา.

สมัยรัชกาลที่ ๔ และต้นรัชกาลที่ ๕

๕๑. มาในรัชกาลที่ ๔ ความเป็นไปต่างๆ ได้เปลี่ยนยุคเปลี่ยนสมัยไปอย่างตรงกันข้ามกับที่เป็นมาในสามรัชกาลต้น ประเทศไทยได้เปิดรับแนวความคิดเห็นของประเทศทางตะวันตกโดยอาการผลผลิตรวดเร็วดังนี้. จึงทำให้ประเทศไทยเกิดความต้องการที่จะกระทำตนให้ทันเทียมสมัยแห่งอารยธรรมของตะวันตก. ได้เป็นที่เข้าใจกันตั้งแต่ขณะนั้นมาว่า ความคิดความเห็นเกี่ยวกับระเบียบแบบแผนต่างๆ ในทางกฎหมายนั้นมิใช่เป็นการคงที่ตายตัว แต่เป็นการที่อาจจะเปลี่ยนแปลงไปตามศีลธรรมของประเพณี และความก้าว

หน้าในอารยธรรม ฉะนั้น เมื่อมาในสมัยนี้ กฎหมายของไทยจึงเปลี่ยนรูปโครงไปบ้าง โดยถือเอาหลักความยุติธรรมเป็นสำคัญแทนข้อบัญญัติแห่งพระธรรมศาสตร์ในการก่อกำเนิดกฎหมาย. ณ สมัยนี้พระมหากษัตริย์เริ่มทรงใช้อำนาจบัญญัติกฎหมายโดยแท้จริง. ได้เกิดมีความตระหนักแน่แก่พระทัยว่ากฎหมายเก่าและจารีตประเพณีเดิมนั้น จำเป็นจะต้องได้รับการปรับปรุงแก้ไขใหม่ จึงได้เกิดมีบัญญัติกฎหมายขึ้นมากหลายเพื่อแก้บทกฎหมายเก่าและจารีตประเพณีเดิม โดยกฎหมายใหม่นี้อาศัยหลักความยุติธรรมแต่อย่างเดียวเท่านั้น หรืออ้างถึงการที่จะต้องตอบสนองความต้องการอย่างใหม่ที่มีขึ้นในชุมชน. ส่วนกฎหมายเอกชนโดยฉะเพาะนั้น การปรับปรุงแก้ไขอย่างสำคัญได้เกิดมีขึ้นแก่กฎหมายว่าด้วยครอบครัวในเรื่องสิทธิของสามีและบิดา มีอยู่เหนือภรรยาและบุตรเป็นต้น และแก่กฎหมายว่าด้วยสัญญา มีอาทิในเรื่องสัญญาซื้อขายและสัญญาขายฝาก. ความเคลื่อนไหวในการเปลี่ยนแปลงกฎหมายนี้ได้ดำเนินต่อมาในรัชกาลของพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าฯ ในตอนต้นแห่งรัชกาลนี้มีบทกฎหมายอันแสดงการเปลี่ยนแปลงนี้เป็นสำคัญชัดเจนฉบับหนึ่ง คือพระราชบัญญัติพิทักษ์เกษียณอายุลูกทาสลูกไทย บทกฎหมายนี้เป็นขั้นแรกของการที่จะดำเนินไปสู่การยกเลิกเรื่องทาสอันเคยเป็นลักษณะสำคัญในกฎหมายเก่า การเปลี่ยนแปลงกฎหมายในรัชกาลของพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าฯ นั้น เป็นไปในการทำนงที่เป็น การปรับปรุงแก้ไขฉะเพาะส่วนใดส่วนหนึ่งเป็นส่วนๆ ไป แต่การเปลี่ยนแปลงในรัชกาลของพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าฯ นั้น เป็นการเปลี่ยนแปลงพร้อมกันไปในทุกส่วนอย่างครบบริบูรณ์ในเชิงกฎหมาย ซึ่งจะเป็นปัจจัยให้ค่อยๆ มีการยกเลิกวิธีการอย่างเก่าของกฎหมายเสียโดยสิ้นเชิง โดยอาการดั่งนี้เอง เราก็ได้ดำเนินมาถึงสมัยการประมวลกฎหมาย.

สมัยการประมวลกฎหมาย

๕๒. สมัยนี้อาจเริ่มนับได้ตั้งแต่ พ.ศ. ๒๔๓๔ อันเป็นปีที่ได้จัดตั้งและวางระเบียบการของกระทรวงยุติธรรมขึ้น. นับแต่นั้นเป็นต้นมากฎหมายเก่าได้รับการตรวจชำระสะสางโดยสิ้นเชิง การตรวจชำระนี้มีได้กระทำตั้งในสมัยรัชกาลที่ ๑ ซึ่งเป็นแต่เพียงการแก้ไขตัวบทกฎหมายเดิมให้ดีขึ้น แต่การตรวจชำระในครั้งนี้เป็นการให้ยกเลิกกฎหมายเก่าออกไปเป็นชุดๆ ที่เดียว และออกบัญญัติกฎหมายใหม่ขึ้นแทนบทกฎหมายเก่า ในบรรดาวิธีการยกเลิกกฎหมายเก่าเสียเป็นชุดๆ เช่นนี้ เราอาจให้ตัวอย่างได้ มีอาทิ คือตารางต่อท้ายพระราชบัญญัติลักษณะพะยาน ร.ศ. ๑๑๓ (พ.ศ. ๒๔๓๗) และประกาศบอกเลิกกฎหมาย ลงวันที่ ๒๙ พฤศจิกายน ร.ศ. ๑๑๗ (พ.ศ. ๒๔๔๑) ที่ออกตามความในพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาความแพ่ง ร.ศ. ๑๑๕ (พ.ศ. ๒๔๓๙) ประกาศฉบับหลังนี้ได้ยกเลิก

กฎหมายเก่าเสียมากกว่า ๒๕๐ บท ในขณะที่เดียวกันนี้ได้มีการบัญญัติกฎหมายใหม่เพื่อให้ข้อบกพร่องต่าง ๆ ในกฎหมายเก่าบริบูรณ์ขึ้น เช่น ในเรื่องเกี่ยวกับกรรมสิทธิ์เหนือสิ่งหาวิมทรัพย์สิน เป็นต้น การเปลี่ยนแปลงต่าง ๆ ของกฎหมายเหล่านี้จะได้นำมาบรรยายในบทของคำสอนซึ่งกล่าวถึงสาขากฎหมายที่ได้รับการเปลี่ยนแปลงปรับปรุงนั้น.

ส่วนการประมวลกฎหมายอย่างแท้จริงนั้น กล่าวจะเพาะส่วนกฎหมายเอกชนเพิ่งเริ่มตั้งต้นขึ้นในรัชกาลที่ ๖ แต่สมัยที่ ๔ ซึ่งกำลังกล่าวถึงอยู่นี้อาจเรียกได้ว่าเป็นสมัยของการทำประมวลกฎหมายทั้งสมัย เพราะการเปลี่ยนแปลงปรับปรุงกฎหมายในสมัยนี้แม้การเปลี่ยนแปลงซึ่งพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าฯ ได้ทรงเริ่มต้นไว้ ก็มีวัตถุประสงค์หมายให้ตระเตรียมงานร่างประมวลกฎหมายทั้งสิ้น โดยมีลักษณะเป็นการเลือกคัดเอาส่วนที่เก่าแก่พ้นสมัยออกเสียจากกฎหมายไทยให้สิ้นเชิง ข้าพเจ้าจะไม่กล่าวถึงประวัติของการประมวลกฎหมาย เพราะเชื่อว่าเป็นที่ทราบอยู่ดีแล้วแก่บรรดานักศึกษา และถ้าหากจะกล่าวก็จะเป็นตอนที่ไม่มีข้อยุ่งยากนักสำหรับวิชาลักษณะนี้^(๑) เนื่องจากการจัดทำประมวลกฎหมายนั้น กฎหมายเก่าของไทยค่อยถึงที่สุดลงเป็นตอน ๆ โดยถูกยกเลิกจนสิ้นเชิงในเมื่อการประมวลกฎหมายสำเร็จครบบริบูรณ์แล้ว. ในคำสอนนี้จะกล่าวถึงบทบัญญัติของกฎหมายเก่า ซึ่งผู้ร่างประมวลกฎหมายพิจารณาเห็นว่าควรนำเข้ามาใช้ในประมวลนั้น และซึ่งเป็นเหตุให้กฎหมายไทยในปัจจุบัน ยังคงสงวนรักษาลักษณะอันผิดแผกกับกฎหมายชนชาติอื่น.

๓. การแบ่งกฎหมายอย่างเก่าและการแบ่งในคำสอนนี้

๕๓. กฎหมายเก่าของไทยตามที่ได้ตกทอดมาถึงเรา โดยทางการชำระพระสงฆ์ในรัชกาลที่ ๑ นั้น มิใช่เป็นชุมนุมบทกฎหมายที่สืบสนปะปนกันโดยมิได้จัดเรียงตามลำดับอันหนึ่งอันใดเลย ตรงกันข้ามถ้าเสียไม่กล่าวถึงบทกฎหมายบางเรื่อง ซึ่งความจริงก็มีจำนวนมากอยู่ที่เรียกชื่อว่า พระราชบัญญัติ, กฎสามสิบหกข้อ, พระราชกำหนดเก่า, พระราชกำหนดใหม่ อันเป็นบทกฎหมายซึ่งล้วนแต่เพิ่งตราขึ้นในเวลาอันไม่สู้ช้านานมานักแล้ว ปรากฏว่าบทบัญญัติของกฎหมายเก่าจัดแบ่งแยกไว้ ตามความใกล้ชิดติดต่อกันของบทบัญญัตินั้นๆ เป็นลักษณะต่างๆ เช่น ลักษณะภูษี, ลักษณะวิวาท, ลักษณะรับฟ้อง, ลักษณะ

(๑) ขอให้นักศึกษาที่ประสงค์จะทราบเรื่องนี้อ่านหนังสือของ นาย ร. กียอง ชื่อว่า “*La Codification au Siam*” หนังสือนี้ได้แปลออกเป็นภาษาไทยเมื่อ พ.ศ. ๒๔๗๒ ให้ชื่อว่า “การตรวจชำระและร่างประมวลกฎหมายในกรุงสยาม”

ผู้เมีย ฯลฯ การแบ่งกฎหมายเป็นลักษณะเช่นนี้เป็นที่เห็นว่า ทำได้เป็นผลเนื่องจากการตรวจชำระกฎหมายในรัชกาลที่ ๑ ไม่ เพราะตามข้อความในประกาศพระราชปรารภแห่งการประมวลกฎหมายในรัชกาลที่ ๑ นี้ปรากฏว่า พระบาทสมเด็จพระพุทธยอดฟ้าฯ มีพระราชโองการแก่กรรมการผู้มีหน้าที่ตรวจชำระบทกฎหมายว่าให้จัดดำเนินการตรวจชำระ “ตั้งแต่พระบรมมหาราชวังไป” ซึ่งทั้งนี้ย่อมเป็นที่ชี้ให้เห็นได้แล้วว่า พระบรมมหาราชวังนี้ได้ปรากฏอยู่แล้วเป็นตอนต้นในลำดับกฎหมายเก่าที่ได้ตกทอดมาจากสมัยกรุงศรีอยุธยา จนสมัยกรุงรัตนโกสินทร์, และโดยเหตุนี้เองนำสันนิษฐานว่า ในชุมนุมกฎหมายเก่านั้น บทกฎหมายคงจะได้แบ่งออกเป็นลักษณะต่างๆ อยู่แล้วด้วยอีกประการหนึ่ง เนื่องจากการที่คณะกรรมการผู้รับหน้าที่ชำระกฎหมายได้ทำการตรวจชำระภายในเวลาอันรวดเร็วตามที่ได้ชี้มาแล้วข้างต้น จึงเป็นที่เห็นว่า คณะกรรมการคงจะไม่มีเวลาเพียงพอสำหรับดำเนินงานแบ่งแยกหมวดหมู่ของบทกฎหมายและเรียงเป็นลำดับใหม่ทั้งหมดได้ อันเป็นงานที่จะต้องกินเวลามาก

๕๔. การแบ่งแยกออกเป็นลักษณะต่างๆ นี้มีเค้ามูลเดิมอยู่ในธรรมลัทธิ ซึ่งมีนักนิติศาสตร์มอญเรียบเรียงขึ้น โดยนักนิติศาสตร์มอญนั้นได้รับเอาการแบ่งนี้มาจากคัมภีร์ธรรมศาสตร์ของฮินดูอีกทอดหนึ่งก่อนแล้ว. นักนิติศาสตร์ฮินดูมิได้จัดวางลำดับในกฎหมายโดยทำนองเดียวกับศาสตราจารย์กฎหมายปัจจุบัน ในทุกวันนี้การสอนวิชากฎหมายมีวัตถุประสงค์มุ่งหมายเป็นการจะทำให้ผู้รู้วาระแบบแผนต่างๆ ในทางกฎหมายนั้นดำเนินอยู่เช่นใด สติธิต่างๆ เกิดขึ้นได้อย่างไร แดนของการใช้สติธิต่างๆ นี้มีเพียงไร สติธิมีเงื่อนไขอะไรบ้าง ระบุสืบลงอย่างไร ฯลฯ ดังนั้นการสอนวิชากฎหมายจึงเป็นการบรรยายอย่างมีแบบแผนรูปโครงโดยครบถ้วนของบรรดาหลักและข้อบังคับทั้งปวง ซึ่งใช้บังคับแก่กิจการงานความประพฤติของบุคคล แต่นักนิติศาสตร์ฮินดูได้มีความเพ่งเล็งไปในอีกแง่หนึ่งต่างกับที่ศาสตราจารย์กฎหมายปัจจุบันนี้เพ่งเล็ง คือ เพ่งเล็งไปในแง่ของการเป็นผู้พิพากษาบรรดคดี ฉะนั้นนักนิติศาสตร์ฮินดูจึงได้เอาใจใส่ที่จะวางวิธีแก้ปัญหานั้นๆ ซึ่งอาจจะเกิดขึ้นได้จากการที่บุคคลผู้หนึ่งใช้สติธิของตนต่อบุคคลผู้อื่นเท่านั้น เช่น นักนิติศาสตร์ฮินดูไม่ได้มุ่งเข้าพิเคราะห์สัญญาซื้อขายโดยรอบคอบ แต่จะพิเคราะห์ก็แต่ปัญหาต่างๆ อันอาจเกิดขึ้นได้ระหว่างผู้ซื้อและผู้ขาย มีอาทิเช่น การที่ผู้ขายเอาทรัพย์สินของผู้อื่นมาขาย หรือเช่นเดียวกัน นักนิติศาสตร์ฮินดูจะพิจารณาเรื่องราวการยกให้ก็เพื่อวางกฎเกณฑ์ในกรณีที่ผู้ให้จะมีสติธิเรียกเอาทรัพย์สินที่ยกให้คืนมาจากผู้รับให้เท่านั้น หรือเช่นเดียวกันอีก นักนิติศาสตร์ฮินดูจะพิเคราะห์ในเรื่องราวกรรมสิทธิเหนืออสังหาริมทรัพย์ ก็เพื่อวางข้อบังคับแก่กรณีที่มีการโต้แย้ง

เรื่องปักปันเขตต์ที่ดิน กล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ นักนิติศาสตร์อินเดียได้แยกพีเคระะห์สิทธิ์ออกจากต่างหากจากการร้องฟ้องเพื่อให้สิทธินั้นมิผล โดยเหตุนี้เองนิติศาสตร์ในประเทศไทยจึงถือได้ว่าเท่ากับเป็นศิลปะที่ทำให้นักนิติศาสตร์สามารถแก้ปัญหาข้อพิพาทต่างๆ ได้ และวัตถุประสงค์มุ่งหมายอันแรกของนิติศาสตร์ตามทำนองนี้ก็คือการแยกพีเคระะห์ และจัดลำดับชั้นของเหตุอันเป็นเค้ามูลแห่งข้อพิพาททั้งสิ้น โดยเพิ่งเล็งไปในแง่นี้ผู้แต่งคัมภีร์มनुธรรมศาสตร์จึงได้แบ่งการศึกษากฎหมายออกเป็น ๑๘ หมวด โดยผู้แต่งเรียกว่ามารค (คือมรรค) ตามต้นเหตุแห่งการพิพาทต่างๆ ซึ่งอาจจะเกิดขึ้นได้ การแบ่งของมनुธรรมศาสตร์นี้ผู้แต่งคัมภีร์ธรรมศาสตร์ในยุคต่อมา ก็ได้นิยมถือตาม มีอาทิเช่นคัมภีร์ของนารท

ในการจัดบทกฎหมายเข้าเป็นหมวดหมู่ นักนิติศาสตร์มอญก็ได้ใช้วิธีเดียวกันนี้ ในคัมภีร์ธรรมสัทถัมของมอญและพะมาซึ่งเหลือตกทอดมายังเรานั้น ได้มีการแบ่งกฎหมายเช่นเดียวกับ คัมภีร์ของมनु คือ จำแนกต้นเหตุที่จะให้เกิดเป็นคดีข้อพิพาทขึ้นได้ไว้ ๑๘ ประการด้วยกัน ซึ่งผู้แต่งคัมภีร์เรียกว่า “มูล” (คือมูลอรรถ) แต่นักนิติศาสตร์มอญหาได้เพียงแต่ลอกคัดเอาการแบ่งแยกหมวดหมู่ในกฎหมายเดิมตาม คัมภีร์ฮินดูมาโดยตรงง่าย ๆ เท่านั้นไม่ ประการหนึ่งนักนิติศาสตร์มอญแต่งคัมภีร์เป็นภาษาบาลี ชื่อแห่งต้นเหตุหรือมูลที่ให้เกิดข้อพิพาทในคัมภีร์ธรรมสัทถัมจึงต้องเป็นภาษาบาลี ในการตั้งชื่อนี้นักนิติศาสตร์มอญมิได้เอาโวหารในภาษาสันสกฤตของคัมภีร์ฮินดูมาแปลงเป็นโวหารในภาษาบาลีเท่านั้น แต่ได้ตั้งชื่อใหม่ทีเดียว อีกประการหนึ่งในธรรมสัทถัมมอญและพะมานั้น ส่วนใหญ่ของการแบ่งกฎหมายตามมูลต่างๆ ที่ให้เกิดข้อพิพาทได้สืบเค้ามาจากคัมภีร์ฮินดูก็จริงอยู่ แต่กระนั้นการแบ่งแยกนี้ก็มิมีลักษณะอันผิดแปลกต่างกันไปกับคัมภีร์ฮินดูหลายประการ เช่น ลำดับแห่งมูลเหตุที่จะให้เกิดข้อพิพาทนั้นตามที่ปรากฏใน คัมภีร์ธรรมสัทถัม ก็ผิดกันกับลำดับในคัมภีร์ฮินดู และเป็นลำดับที่ผู้แต่งคัมภีร์ธรรมสัทถัมต่างคนได้เรียบเรียงขึ้นเอง จึงแตกต่างกันไปทุกคัมภีร์ด้วย อนึ่ง มูลเหตุที่ให้เกิดข้อพิพาทบางประการ ซึ่งมีในธรรมศาสตร์ฮินดูก็มีได้ปรากฏอยู่ในคัมภีร์ธรรมสัทถัมของมอญ และมีมูลเหตุใหม่เข้ามาใช้แทนตั้งนี้ย่อมแสดงให้เห็นว่า นักนิติศาสตร์มอญซึ่งได้แต่งธรรมสัทถัมขึ้นเพื่อใช้ในประเทชมอญและพะมา มิได้ตกอยู่ในการถูกชักจูงให้คล้อยตามหลักและแนวความคิดของฮินดูเสมอไป ทั้งนี้ย่อมเป็นที่เข้าใจได้อยู่เอง เพราะนักนิติศาสตร์มอญจำต้องรับเอากฎหมายฮินดูมาปรับให้ลุลงรูปกับความต้องการและศีลธรรมประเพณีแห่งประเทศบ้านเมืองของตน ซึ่งแม้ว่าได้รับอารยธรรมมาจากอินเดียก็จริง แต่การเจริญขยายตัวของอารยธรรมนี้ขึ้นในบ้านเมืองของตนนั้น ก็เป็นไปตามทำนองแห่งลักษณะพิเศษอันมีโดยจะเพาะของชาติตนด้วย

๕๕. คัมภีร์พระธรรมศาสตร์, ซึ่งปรากฏอยู่ในตอนต้นแห่งประมวลกฎหมายรัชกาลที่ ๑ ของไทยนั้น ยิ่งแตกต่างห่างจากคัมภีร์ธรรมศาสตร์ของฮินดูออกไปไกลกว่าที่ธรรมสถัถัมของมอญและพม่า ซึ่งตกมาถึงเราได้มีความแตกต่างห่างอยู่แล้วนั้นอีก ในประการแรกก็คือแทนที่มูลคดีจะมีเพียง ๑๘ ประการ ธรรมสถัถัมของไทยมีถึง ๒๙ ประการ อันเป็นการแตกต่างกับจำนวนมูลคดีที่มีสืบเนื่องตลอดมาเป็นนิจในธรรมสถัถัมทั้งหลาย ในประการต่อมาก็คือนอกจากมูลคดี ๒๙ ประการ อันเป็นต้นเหตุให้เกิดข้อพิพาทโต้แย้งในระหว่างบุคคลแล้ว ธรรมสถัถัมของไทยยังกล่าวถึงมูลคดีอีก ๑๐ ประการ อันเป็นมูลเฉพาะสำหรับผู้พิพากษาตุลาการ ในการแบ่งตอนที่สองนี้รวบรวมเอาปัญหาว่าด้วยคุณวุฒิซึ่งตุลาการจะพึงต้องมีเพื่ออำนาจความยุติธรรมให้เป็นไปด้วยดีกับปัญหาอันเกี่ยวกับอำนาจของศาล ปัญหาอันเกี่ยวกับการรับฟ้อง และการพิจารณาฟ้องคดี และปัญหาอันเกี่ยวกับจำนวนค่าสินไหมที่เรียกเอาและค่าปรับเป็นพินัยที่จะพึงบังคับเอาในคดีต่าง ๆ ด้วย ทั้งนี้กฎหมายในฐานะที่เป็นศิลปแห่งการพิพากษาคดี จึงแบ่งออกเป็นประเภทใหญ่ ๆ สองประเภท คือ มูลคดีสำหรับผู้พิพากษาและตุลาการ (เอกขทสฺสมูลอรรถา) ซึ่งมีอยู่ ๑๐ ประการ และมูลคดีวิวาทอันบังเกิดคดีความระหว่างบุคคล (วิวาทมูลอรรถา) ซึ่งมีอยู่ ๒๙ ประการ การแบ่งอย่างใหม่นี้ควรถือว่าเป็นความเจริญอันแท้จริงที่คืบหน้าต่อมาจากการแบ่งอย่างแต่ก่อน เพราะเป็นการกันเอาไว้เสียต่างหากซึ่งบรรดาปัญหาที่แต่ก่อนปะปนอยู่กับปัญหาซึ่งเป็นข้อพิพาทในระหว่างคู่ความ อันเป็นการรวมปะปนอยู่โดยไม่ถูกต้องสมควร ปัญหาที่ปะปนอยู่นี้ คือ ปัญหาซึ่งเกี่ยวข้องกับการจัดระเบียบทางศาลและการพิจารณาคดีในโรงศาล ปัญหาเหล่านี้ไม่เกี่ยวกับเนื้อความในคดีแต่เกี่ยวกับการดำเนินคดีทุกเรื่อง เพราะฉะนั้นจึงควรมีบทบัญญัติพิเศษเพื่อตัดปัญหาเหล่านี้ไว้ต่างหากแบ่งออกจากบทบัญญัติอันมีอยู่เพื่อตัดสินเนื้อความ โดยเหตุนี้เองในการสอนกฎหมายในปัจจุบันจึงได้มีการแยกสอนปัญหาเรื่องการจัดระเบียบทางศาลและการพิจารณาพิพากษาคดีไว้เป็นส่วนหนึ่งต่างหาก ตามทำนองการแบ่งกฎหมายในพระธรรมศาสตร์นี้เอง.

รายชื่อมูลคดีสำหรับผู้พิพากษาตุลาการ ๑๐ ประการ และมูลคดีวิวาท ๒๙ ประการตามที่ปรากฏอยู่ในพระธรรมศาสตร์เวลานี้ คงเป็นแต่เพียงสารบัญของคัมภีร์ธรรมสถัถัมเดิมฉบับที่รับรองใช้กันในประเทศไทย เพราะนำสันนิษฐานว่าคัมภีร์เดิมนั้นมิได้ขยับยั้งอยู่แต่ระบุรายชื่อแห่งมูลคดีเท่านั้น แต่ยังบรรยายเสนอวิธีแก้ปัญหานั้น ๆ อันเกี่ยวกับมูลคดีนั้น ๆ ตามลำดับแห่งมูลคดีในสารบัญโดยอ้างว่า ปัญหาข้อนี้ข้อนั้น มโนสาธารจารย์เคยแก้ไว้เช่นนั้นเช่นนั้น ชื่อแห่งมูลคดีตามที่ปรากฏอยู่ในพระธรรมศาสตร์ จึงคงเป็นแต่ชื่อแห่ง

บรรพต่าง ๆ ในคัมภีร์เดิม ความสันนิษฐานนี้มีเค้าเงื่อนอยู่ในบทบัญญัติของกฎหมายไทยหลายบท และยิ่งปรากฏอยู่ในพงศาวดารบรรดาคัมภีร์ธรรมสัทธัมในพะม่าเป็นหลักฐานด้วย ธรรมสัทธัมมอญเก่า ๆ เช่นมนุธรรมสัทธัมของพระเจ้าวาเรอ์ก็จัดตั้งขึ้นในทำนองดังกล่าวนี้เอง ในกาลต่อมาพระราชกฤษฎีกาต่าง ๆ ซึ่งพระมหากษัตริย์ออกประกาศโดยคำนึงถือตามหลักในพระธรรมศาสตร์ ได้จัดเป็นบทมาตราแล้วเข้รวบรวมอยู่ในพระธรรมศาสตร์ตามที่ได้อธิบายมาแล้วโดยผู้ชำระกฎหมายนำเอาเนื้อความในพระราชกฤษฎีกานั้น ๆ มาแทรกไว้ในบทเดิมแห่งพระธรรมศาสตร์ โดยเหตุนี้พระราชกฤษฎีกาเหล่านี้จึงย่อมเรียบเรียงอยู่ตามมูลคดีแห่งพระธรรมศาสตร์เป็นหมู่เป็นเหล่าที่เรียกว่าลักษณะ ครั้นเวลาล่วงมาบทกฎหมายใหม่เช่นนี้ได้ค่อยเพิ่มมากขึ้น ๆ อย่างที่บดถมซับซ้อน จึงจำเป็นต้องแบ่งประชุมบทกฎหมายออกเป็นหนังสือหลายเล่ม แต่ละเล่ม ๆ ของหนังสือเหล่านี้ได้บรรจบบทเดิมของพระธรรมศาสตร์บทเดียวกันมี หลายบทก็มี พร้อมกับสาขาคดีหรือที่เราได้เรียกมาข้างต้นว่าราชศาสตร์ กล่าวคือ พระราชกฤษฎีกาอันอยู่ติดต่อกับบทเดิมแห่งพระธรรมศาสตร์ด้วย ดังนั้นแหละเป็นเหตุให้กฎหมายเก่าของไทยที่ตกทอดมายังเราได้แบ่งแยกเป็นลักษณะตามมูลคดีในพระธรรมศาสตร์ มิได้กระจัดกระจายเช่นตั้งกฎหมายเก่าของบางประเทศ

๕๖. การแบ่งกฎหมายตามมูลคดีนี้ ข้าพเจ้าได้กล่าวมาแล้วว่าหาได้เป็นการไร้ค่าเสียทีเดียวไม่ ความจริงเป็นเสมือนวิธีทำประมวลกฎหมายวิธีหนึ่งซึ่งนักประวัติศาสตร์กฎหมายควรเอาใจใส่อยู่ อนึ่ง การแยกเป็นมูลคดีสำหรับผู้พิพากษาศาลการและมูลคดีวิวาทนั้นเป็นการแบ่งแยกที่มีคุณค่าอย่างน่าพอใจตามที่กล่าวมาแล้ว แต่การแบ่งมูลคดีขอยละเสียลง ไปอีกนั้นเมื่อพิเคราะห์ดูลำดับของ มูลคดีตามที่เรียงกันอยู่ในพระธรรมศาสตร์นั้น กลับทำให้สังเกตได้ว่ามีข้อหลายข้อซึ่งภายในสายตาของนักนิติศาสตร์ปัจจุบันคงจะปรากฏเป็นข้อที่ไม่สมเหตุผล ตัวอย่างเช่น เราคงเข้าใจได้ยากกว่าทำไมมูลคดีซึ่งเกี่ยวกับสัญญาจึงไม่อยู่ติดต่อกันและกัน แต่ได้แตกแยกห่างจากกัน กล่าวคือ สัญญากุ้ย้มจัดเป็นคดีที่ ๑ ตามลำดับมูลคดีในพระธรรมศาสตร์ สัญญาซื้อขายเป็นมูลคดีที่ ๗ สัญญาฝากทรัพย์เป็นมูลคดีที่ ๒๔ สัญญาเช่าทรัพย์เป็นมูลคดีที่ ๒๖ โดยระหว่างมูลคดีที่เกี่ยวกับสัญญานี้มีมูลคดีอื่น ๆ ซึ่งมีได้เกี่ยวกับสัญญาเลยมาแทรกเข้าอยู่ เราย่อมจะเข้าใจได้ยากเช่นเดียวกันว่า ทำไมไม่มีฎาซึ่งเกี่ยวกับการอุทธรณ์คำพิพากษาจึงได้จัดไว้ในประเภทมูลคดีวิวาท และไม่ใช้ในประเภทมูลคดีสำหรับผู้พิพากษาศาลการ เป็นการประหลาดอยู่

กล่าวโดยสรุป ระเบียบที่ใช้วางลำดับมูลคดีในพระธรรมนูญนั้น สำหรับเราในปัจจุบันนี้ เห็นว่าออกจะเป็นการจัดเอาตามใจชอบเสียมากกว่าการจัดโดยอาศัยหลักเกณฑ์.

๕๗. ควรสังเกตว่าผู้บัญญัติกฎหมายไทย หรือถ้าจะกล่าวให้ถูกแท้ อำมาตย์ผู้ซึ่งมีหน้าที่ชำระกฎหมาย กล่าวคือ จัตววงบทบัญญัติของพระมหากษัตริย์ตามมูลคดีซึ่งตัวบทบัญญัตินั้นเกี่ยวเนื่องถึง หาได้ถือว่าตนจำเป็นต้องเรียบเรียงบทกฎหมายตามลำดับการแบ่งแยกในพระธรรมนูญไม่ อำมาตย์เหล่านี้ได้รวบรวมมูลคดีหลายมูลอันพระธรรมนูญได้แยกออกเป็นลักษณะต่าง ๆ กัน เข้าอยู่ในบทกฎหมายเรื่องเดียวหรือแม้ในลักษณะเดียว เช่น กฎหมายลักษณะวิวาท รวมมูลคดีซึ่งปรากฏอยู่ในประการที่ ๑๒ (พรหมจักษุสา) และประการที่ ๒๐ (ถานาวิตถิกุมพลากรณ) แห่งมูลคดีวิวาท กฎหมายที่ในฉบับรับรองทรงรัชกาลที่ ๑ มีชื่อว่า พระอัยการพรมศักดิ์ (คือกรมศักดิ์ในฉบับพิมพ์) ก็รวมมูลคดีวิวาทมูลหนึ่ง (ประการที่ ๒๓ อคฺขมาปนาย) เข้าไว้กับมูลคดีแห่งผู้พิพากษาและตุลาการมูลหนึ่ง (ประการที่ ๙ ทณฺโฑ) กฎหมายที่มีชื่อว่าพระอัยการเบตเสด (คือเบตเส็จ) รวมลักษณะต่าง ๆ ซึ่งตามการเรียงลำดับลักษณะกฎหมายในพระธรรมนูญนั้น ลักษณะของกฎหมายต่าง ๆ เหล่านี้แยกย้ายกันอยู่ในที่ต่าง ๆ กัน กฎหมายลักษณะเบตเส็จนี้รวมเอามูลคดีซึ่งต่างกัน (ภคฺชฺทเหตุยํ ประการที่ ๒๖ และดาวกาลิกํ ประการที่ ๒๗) เข้าไว้เป็นลักษณะเดียว (ลักษณะเข้ายืม) กฎหมายซึ่งมีชื่อว่าพระอัยการอาญาหลวง รวมเอามูลคดีวิวาทประการที่ ๒, ๑๕, ๑๖ และ ๑๗ เป็นลักษณะเดียว มูลคดีวิวาทประการที่ ๑๕ (ราชฎฺฎฺฐ) นี้ปรากฏขึ้นซ้ำอีกในพระอัยการขบตถิก โดยรวมอยู่กับมูลคดีประการที่ ๑๔ (สํคามโทส) ตัวอย่างที่ยกมานี้แสดงให้เห็นว่า แม้สำหรับนักนิติศาสตร์ในสมัยกรุงศรีอยุธยาเองก็ออกจะเป็นที่รู้สึกอยู่ว่าการแบ่งหมวดหมู่บทกฎหมายในพระธรรมนูญนั้นไม่ค่อยจะลงตรงกันเหมาะเจาะกับความเป็นอยู่จริงในทางกฎหมายทุกประการ.

อนึ่ง ยังมีบทบัญญัติบางบท ซึ่งไม่สามารถจะนำเอาไปจัดเข้าไว้ในมูลใดแห่งมูลคดีซึ่งระบุไว้ในพระธรรมนูญ เช่น ตำแหน่งนาพลเวื่อน ตำแหน่งนาทหารหัวเมือง กฎหมายพิสูจนน้ำลุยเพลิง กฎมณเฑียรบาล แต่เหตุที่บทกฎหมายเหล่านี้มิได้จัดให้เข้าอยู่ในลักษณะใดลักษณะหนึ่งแห่งมูลคดีในพระธรรมนูญนั้น บางทีก็เนื่องจากการที่บทกฎหมายเหล่านี้มีลักษณะซึ่งแปลกเป็นพิเศษอยู่บ้าง จะให้ลงรอยกันได้กับลักษณะใดลักษณะหนึ่งได้ไม่ถนัด.

๕๘. อนึ่ง มีกฎหมายบางลักษณะในประมุขกฎหมายเก่าซึ่งมิได้ปรากฏอยู่ในบรรดามูลคดีในพระธรรมนูญหรือซึ่งหากจะปรากฏอยู่ก็ได้มีชื่อเป็นภาษาบาลีต่างออกไป เช่นในพระอัยการเบตเสด ปรากฏวลักษณะหนึ่งคือลักษณะตู้ทรัพย์ (อพุตุตพุกขลขุณ) ^(๑) ซึ่งเป็นลักษณะที่ไม่ปรากฏอยู่ในบรรดามูลคดีวิวาทในพระธรรมนูญเลย ในกฎหมายฉบับเดียวกันนี้ลักษณะที่ว่าด้วยการยกให้นั้นออกชื่อในภาษาบาลีว่า ทินุทธนลขุณ แต่ชื่อในพระธรรมนูญมีว่า ประสูต ทานคณนเปเนว เช่นเดียวกันในลักษณะว่าด้วยการพะนันขันต่อ ได้มีชื่อว่า อพุตุตลขุณ แต่ชื่อในพระธรรมนูญมีว่า อุกุขบุปติจารชุต ตัวอย่างต่าง ๆ ที่ยกมากล่าวในตอนท้ายนี้ทำให้เกิดมีปัญหาที่สำคัญขึ้นปัญหาหนึ่งซึ่งจำเป็นต้องวินิจฉัย แม้จะเป็นปัญหาอันไม่เกี่ยวกับการแบ่งกฎหมายโดยตรงก็ดี กล่าวคือ มีข้อสงสัยขึ้นว่า เหตุใดชื่อบาลีซึ่งมิได้มีอยู่ในพระธรรมนูญจึงปรากฏขึ้นในบทกฎหมายได้ การที่มากันพบชื่อแปลก ๆ ขึ้นเช่นนี้จะมิเป็นการขัดกันกับข้อความที่กล่าวไว้ในคำสอนว่าการแบ่งกฎหมายออกเป็นลักษณะนั้นได้แบ่งตามมูลคดีในพระธรรมนูญเดิมหรือ แต่ข้าพเจ้าเห็นว่าหาเป็นเหตุให้เกิดความสงสัยไม่ เพราะว่าเมื่อพิจารณาไปในที่สุดแล้วกฎหมายลักษณะที่มีชื่อเป็นภาษาบาลีต่างออกไปจากชื่อในพระธรรมนูญนี้มีจำนวนเพียงเล็กน้อย ชื่อที่เกิดขึ้นมีใหม่นี้เป็นคำอีกคำหนึ่งซึ่งมีความหมายอย่างเดียวกับชื่อที่ใช้เรียกอยู่ในพระธรรมนูญ จึงอาจใช้แทนชื่อเดิมได้ ผู้แต่งพระธรรมนูญเองก็อาจจะได้เรียกมูลคดีเป็นชื่อสองชื่อได้ ไม่เป็นการนำพิศวงเลย อีกประการหนึ่งเราอาจคิดไปได้อีกหนึ่งที่ว่า ขณะที่ทำการตรวจชำระกฎหมายคราวต่าง ๆ ในประเทศไทยดังที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น คัมภีร์ธรรมนูญซึ่งเป็นที่ใช้อยู่ในขณะนั้นอาจจะมีอยู่หลายฉบับด้วยกัน ต่างฉบับก็จะมี ความต่างกันอยู่บ้าง สารบัญมูลคดีในพระธรรมนูญจึงอาจจะได้คัดเอามาจากฉบับหนึ่ง และชื่อต่าง ๆ ซึ่งปรากฏอยู่ในตัวบทกฎหมายอาจจะได้คัดมาจากฉบับอื่น จึงเป็นเหตุให้เกิดมีชื่อต่าง ๆ หรือการอาจจะเป็นว่าสารบัญมูลคดีในพระธรรมนูญตามที่ เป็นอยู่ในเวลานี้ ก็อาจจะไม่เป็นสารบัญเดิม คือสารบัญเดิมอาจจะถูกเปลี่ยนแปลงได้บ้าง โดยผู้เรียงใหม่นิยมใช้คำที่ใช้กันในชั้นเดิม แต่ส่วนบทกฎหมายยังมีคำเดิมติดต่อยู่ ก็อาจจะเป็นได้เหมือนกัน.

๕๙. เนื่องจากเหตุเหล่านี้ การแบ่งกฎหมายตามทำนองในคัมภีร์พระธรรมนูญ จึงไม่ควรจะนำมาใช้ในปัจจุบัน แม้เพื่อสอนกฎหมายเก่า อนึ่งถ้าหากจะศึกษากฎหมาย

(๑) น่าจะเป็นอนุตตพุกขลขุณ

เก่า โดยแบ่งการศึกษาเป็นลักษณะ ๆ ตามการแบ่งแยกในพระธรรมศาสตร์นั้น ก็น่ากลัวว่าจะเป็นการทำให้เกิดความฉงนงงเวียนแก่นักศึกษา โดยเหตุที่นักศึกษาคุ่นเสียแล้วกับการแบ่งแยกกฎหมายตามวิธีสอนกฎหมายในปัจจุบันนี้ ซึ่งต่างกันมากกับการแบ่งลักษณะกฎหมายอย่างเก่าด้วยอีกประการหนึ่ง เพราะฉะนั้นในการสอนวิชาลักษณะนี้ จะละทิ้งวิธีแบ่งเป็นลักษณะ ๆ ตามในพระธรรมศาสตร์เสียอย่างสิ้นเชิง และจะพยายามจัดเอาบทบัญญัติต่าง ๆ ของกฎหมายเก่ามาวางลำดับเป็นระเบียบให้เข้าในกรอบของการสอนกฎหมายตามทำนองการสอนในปัจจุบัน โดยจะไม่คำนึงถึงลักษณะหรือมูลคดีที่กล่าวถึงในบทบัญญัติเหล่านั้นเลย ดังนั้นความแตกต่างระหว่างความคิดเห็นอย่างเก่าและอย่างใหม่ในการจัดการตั้งระเบียบแบบแผนในทางกฎหมายเรื่องเดียวกัน จึงจะได้ปรากฏอย่างแจ่มแจ้ง ทั้งเหตุผลที่ได้ทำให้กฎหมายเก่าต้องเลิก หรือแก้ไขเปลี่ยนแปลงนั้นก็คงจะปรากฏชัดเจนด้วย.

ในคำสอนนี้ ซึ่งมีวัตถุประสงค์อยู่ที่แต่ในวงกฎหมายเอกชน ข้าพเจ้าจะดำเนินตามวิธีแบ่งชนิดที่แบ่งกฎหมายออกเป็นสามภาค อันเป็นการแบ่งที่สืบเค้ามูลมาจากกฎหมายโรมันและยังนิยมกันอยู่ทั่วไปจนในปัจจุบันนี้ ในภาคที่หนึ่ง กล่าวถึงเรื่องบุคคล กล่าวคือฐานะของคนต่างด้าว การเป็นทาส และครอบครัว เป็นต้น ในภาคที่สองศึกษาถึงเรื่องทรัพย์สิน กล่าวคือ ทรัพย์สินสิทธิหนี้และระบอบรับมรดก ในภาคที่สามศึกษาถึงการร้องฟ้องเพื่อให้มีการบังคับตามสิทธิ กล่าวคือ ระเบียบจัดตั้งศาล การพิจารณาคดีและวิธีพิสูจน์.

ในส่วนที่เกี่ยวกับสาขากฎหมายสาขาหนึ่ง ๆ ในบรรดาสาขากฎหมายเหล่านี้ควรจะแสดงถึงการผันแปรของกฎหมาย นับแต่สมัยเดิมเริ่มแรกมาจนถึงสมัยเรา ตามสมัยทั้งสี่ในประวัติศาสตร์กฎหมาย ซึ่งข้าพเจ้าได้กล่าวมาแล้วในตอนต้นแห่งบทนี้.

ในเวลานี้ ตำราอันว่าด้วยกฎหมายเอกชนของไทยในอดีตกาลมีอยู่เป็นจำนวนมากเล็กน้อย ทั้งการค้นคว้าเสาะแสวงหาหลักฐานเรื่องประวัติศาสตร์กฎหมายไทยนั้นก็เป็นการยากด้วย โครงการสอนวิชาลักษณะประวัติศาสตร์นี้ จึงต้องเป็นการค่อย ๆ สอนไปตามผลแห่งการค้นคว้าที่จะมีขึ้น สำหรับปีนี้ ข้าพเจ้าจะนำเอาแต่เพียงระบอบกฎหมายเรื่องละเมิดตามกฎหมายเก่าของไทยมาบรรยายเท่านั้น ต่อไปเมื่อคำสอนนี้ได้แบ่งครบบริบูรณ์แล้ว ตอนที่ว่าด้วยละเมิดนี้ก็จะเพียงเป็นส่วนหนึ่งของลักษณะที่ ๒ (อันเป็นลักษณะที่ว่าด้วยหนี้ต่าง ๆ) ในภาค ๒ แห่งคำสอนนี้ ซึ่งกล่าวถึงทรัพย์สิน.

๖๐. ณ ที่นี้ข้าพเจ้าจะขอกล่าวไว้เสียก่อน เพื่อจะได้ไม่ต้องไปกล่าวในภายหลังอีกว่า ข้าพเจ้ามิได้หมายมั่นที่จะขบลงไปให้เด็ดขาดถึงปัญหาต่าง ๆ ซึ่งกฎหมายเก่าของไทยทำให้เกิดขึ้น บรรดาความเห็นซึ่งข้าพเจ้าได้ยกมาแสดงแล้วข้างต้นนี้ และซึ่งจะแสดงในคำสอนนี้ต่อไปโดยมากก็เป็นแต่ข้อสันนิษฐาน ซึ่งข้าพเจ้าพร้อมอยู่ที่จะสละเสีย หรือที่จะแก้ไขเพิ่มเติมได้ เมื่อมีผู้ชี้ให้เห็นข้อสันนิษฐานอื่นที่ดีขึ้นไปกว่า ฉะนั้น ข้าพเจ้าจึงขอชักชวนบรรดานักศึกษาผู้มีความเอาใจใส่เป็นพิเศษในประวัติศาสตร์กฎหมายไทย อย่าให้รับเอาความเห็นของข้าพเจ้าโดยไม่ได้ไตร่ตรองให้เห็นชอบแท้แก่ใจเสียก่อน ตรงกันข้ามข้าพเจ้าขอให้ให้นักศึกษาทุกคนพึงพิจารณา และออกความเห็นโต้แย้งในระหว่างกันและกันถึงความมั่นคงแน่นอนแห่งความเห็นที่ข้าพเจ้าแสดงไว้นั้น และถ้าหากมีความสงสัยในความเห็นส่วนตัวของข้าพเจ้า แล้วก็ขอได้ชี้แจงให้ข้าพเจ้าทราบ ประวัติศาสตร์กฎหมายของเราในขณะนี้ยังมีได้มีการศึกษาค้นคว้ากันอย่างจริงจัง จนถึงกับได้ผลอันพึงพอใจแล้ว ฉะนั้น ถ้าหากเราจะร่วมกันทำการค้นคว้าและเมื่อได้ความรู้อย่างใดขึ้นมาก็นำมาแสดง เพื่อโต้แย้ง คัดค้านหรือสนับสนุนความเห็นของกันและกันเช่นนี้แล้ว ในไม่ช้าก็จะเป็นที่ปรากฏแก่เราว่า เราได้รับผลเป็นความรู้ในวิชาประวัติศาสตร์กฎหมายซึ่งแม้จะยังถือเอาว่าเป็นความรู้ที่แน่นอนวางความเชื่อให้เด็ดขาดลงไปนั้นมิได้ก่อนก็ตาม แต่ก็ยังอาจเป็นความรู้ที่สามารถทำให้ความพอใจให้แก่เราไปชั่วคราวหนึ่งก่อนได้ จนกว่าจะค้นพบความรู้ที่แท้จริงแน่นอนสืบไป.

มรรค ๑๘ ในมนุธรรมศาสตร์

๑.	ฤทธาทาน	ไม่ชำระหนี้
๒.	นิกุเชป	ฝากทรัพย์
๓.	อสุวามิ วิภุระยะ	ขายของๆ ผู้อื่น
๔.	สมุภุย สมุตถานัน	ถือหุ้นส่วนกัน
๕.	ทตตสุยานปกรุม	เรียกของที่ให้แล้วคืน
๖.	เวตตสุยาทาน	ไม่ชำระเงินค่าจ้าง
๗.	สมุวิทาทะ วยติภุระมะ	ไม่ปฏิบัติตามสัญญา
๘.	ภุระยวิภุระยานุศย	เพิกถอนการซื้อขาย
๙.	วิวิทาทะ สุวามิปาลโยะ	ข้อเถียงระหว่างเจ้าของสัตว์และผู้เลี้ยงสัตว์
๑๐.	สีมาวิวิทาทะรุม	ข้อเถียงเรื่องเขตต์
๑๑.	ปารุชฺเช	กระทำโดยพลการ
๑๒.	ทาณฺศาวาจิกะ	ด่าตี
๑๓.	สุเตย	ลักทรัพย์
๑๔.	สาหส	ฆ่าฟันแทง
๑๕.	สุตฺริสุมฺครหน	ทำชั่ว
๑๖.	สุตฺริปฺปฺรุม	หน้าที่และสิทธิระหว่างผัวเมีย
๑๗.	วิภาค	แบ่งทรัพย์
๑๘.	ทฺยุตมาหฺวย	เล่นการพนัน

มุลคดีในพระธรรมศาสตร์และในบทกฎหมายสอบกัน

มุลคดีแห่งผู้พิพากษา ๑๐

๑.	อินุทภาโส	หลักอินทภาษ	อยู่ในกฎหมายลักษณะอินทภาษ
๒.	ธมฺมานุญโธ	การประทับฟ้องโดยสมควร แก่กระทรวง	ธรรมเนียม
๓.	สกุขิ	เรื่องพะยาน	พะยาน
๔.	สกุขิเจทโก	เรื่องตัดพะยาน	รับฟ้อง
๕.	อณฺณมณฺญปฏฺฐิภาโส	เรื่องแก้ต่างว่าต่าง	รับฟ้อง
๖.	ปฏฺฐิภาณเจทโก	เรื่องตัดสำนวน	รับฟ้อง
๗.	อฏฺฐกาโห	เรื่องรับฟ้อง	รับฟ้อง
๘.	อฏฺฐกุโฏ	เรื่องประวิงความ	รับฟ้อง
๙.	ทณฺโฑ	เรื่องทอดซึ่งอาญาและสิน ไหมพินัย	กรรมศักดิ์
๑๐.	โจทกเจทโก	เรื่องตัดฟ้อง	รับฟ้อง

มุลคดีวิวาท ๒๕

๑.	อิญฺนธฺนั	ลักษณะวิวาทด้วย กัณฑ์ถือสินกัน	อยู่ในกฎหมาย ลักษณะกัณฑ์	
๒.	รณฺโณธนโจรหารั	ลักฉ้อบังประบัต ผลัดเปลี่ยนพระ ราชทรัพย์	อาญาหลวง	โดยไม่ออกชื่อใน ภาษามครและรวม กับมูลคดี วิวาท ที่ ๑๗
๓.	อธมฺมทายชฺช วิภตฺตภาคั	แบ่งปันมฤตกมิได้ เป็นธรรม	มฤตก	
๔.	ปรสฺสุสทานคณฺหมปฺ เนา	ให้ทรัพย์แก่ท่าน แล้วกลับคืน	เบ็ดเสร็จ	โดยมีชื่อภาษา มครว่า ธนลกฺขณฺ

๕.	ภตติก	ลักษณะวิวาทด้วย เป็นลูกจ้างทำน แฉวนทำนไป	เบ็ดเสร็จ	โดยไม่ออกชื่อ ภาษามคธ
๖.	อกุขปฏิจารฐ	เป็นนักเลงเล่นเบี้ย เล่นสะกาเป็นต้น	เบ็ดเสร็จ	โดยมีชื่อภาษามคธ ว่าอมุตพุกฤทษณ์
๗.	ภณพจกเกยยาวิภย	ชื่อชายกัน	เบ็ดเสร็จ	โดยไม่ออกชื่อ ภาษามคธ
๘.	อواهر	โจร	โจร	
๙.	เขตตาทิฐาน	ที่บ้านที่นา	เบ็ดเสร็จ	
๑๐.	อารามนาทิจาน	ที่ไร่ที่สวนและ ป่าฝั่ง	อยู่ในกฎหมาย ลักษณะเบ็ดเสร็จ	
๑๑.	ทาสทาส	ทาส	ทาส	
๑๒.	ปหรณจขุสา	ตบตีต่่าและสบ ประมาท	วิวาท	
๑๓.	ชายมุบติกสุสวิ ปตุติเกทา	อริภรณผัวเมีย	ผัวเมีย	
๑๔.	สงคามโทสา	การรณรงสงคราม	ขบถศึก	} รวมกันเป็น ลักษณะเดียว
๑๕.	ราชทฎฐ	ขบถต่อแผ่นดิน	ขบถศึก	
๑๖.	ราชาน	ล่วงพระราชบัญญัติ	อาญาหลวง	
๑๗.	สุกาทิวิวาทปตุโต	พระราชทรัพย์อากร ขนอนตลาด	อาญาหลวง	รวมกับมูลคดี วิวาทที่ ๒
๑๘.	ปรมปเสโยท	ข่มเหง	อาญาหลวง	
๑๙.	อิตยกาโร	กระหนาบคาบเกี่ยว ให้เป็นเสนียดแก่กัน	เบ็ดเสร็จ	
๒๐.	ฐานาวิติกกุมม พลากรณ	บุกรุก	วิวาท	
๒๑.	ปตุตาทิอาทาคม นาสเหว	พามุตรทำนไป	ลักพา	
๒๒.	เหตุปฏิจจรภรณ	ความสาเหตุ	เบ็ดเสร็จ	

๒๓.	อคุษาปนาย	ขาดค่าตามเก็ยณ	กรรมศักดิ์	โดยไม่ออกชื่อใน ภาษามคธ } รวมกันเป็น ลักษณะเข้ายืม
๒๔.	ธนูปนิกุขา	อายุชายหญิง ลักษณะวิวาทด้วย ฝากทรัพย์ไว้	เบ็ดเสร็จ	
๒๕.	อาถพุพนิกา	กระทำกตยาคม	เบ็ดเสร็จ	
๒๖.	ภณูทเทยย์	เช่าของท่านไป	เบ็ดเสร็จ	
๒๗.	ดาวตาลีก็	ยืมของท่านไป	เบ็ดเสร็จ	
๒๘.	คณีวิภาจ	ปันหมู่ชา	บานแผนก	
๒๙.	ปญจุทรนุด	อุทธรณ	อุทธรณ	

มหาวิทยาลัยวิชาธรรมศาสตร์และการเมือง

คำสอนชั้นปริญญาโท

พุทธศักราช ๒๔๗๘

พิมพ์ครั้งที่ ๓

เล่ม ๒



ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย

(กฎหมายเอกชน)

ละเมียด

โดย

ร. แลงกัต

สมาชิกพิเศษเนติบัณฑิตสภา

ต็อกเตอร์กฎหมายฝรั่งเศส

สารบัญ

บทที่ ๑

ข้อความทั่วไปในเรื่องละเมิด

๑. กำเนิดแห่งบัญญัติอันว่าด้วยการละเมิด	๗/๒
๒. การแทรกแซงของรัฐ	๘๐
๓. สิทธิแก่กัน	๘๘
๔. ความรับผิดชอบร่วมกันทั้งครอบครัวและหมู่เหล่า	๙๑

บทที่ ๒

ลักษณะอันสามัญแก่การละเมิดทุกชนิด

ลักษณะสำคัญของเงินปรับ	๑๐๓
เจตนาร้าย	๑๐๕
เหตุร้ายแรงที่ประกอบเข้ามาในการละเมิด	๑๐๘
การพยายาม	๑๑๐
บุคคลที่ไม่ต้องมีความรับผิดชอบ	๑๑๑
ผู้สมคบและผู้สมรู้	๑๑๒
การละเมิดกระทำระหว่างสมาชิกในครอบครัวเดียวกัน	๑๑๔
อายุความของการฟ้องร้องเรียกสินไหม	๑๑๖
ความตายของผู้เสียหายหรือของผู้ละเมิด	๑๑๗

บทที่ ๓

การละเมิดที่กระทำต่อตัวบุคคล

๑. การด่าและการทำร้ายร่างกาย	๑๑๙
๒. การฆ่าคนตาย	๑๒๓
๓. การสบประมาท	๑๒๖

สารบัญ

บทที่ ๔

การละเมิดซึ่งกระทำต่อทรัพย์สิน

๑. การลักทรัพย์	๑๒๗
การลักพา	๑๒๙
๒. การละเมิดเกี่ยวกับสิทธิกรรม	๑๒๙
การลักทรัพย์ที่เกี่ยวกับสิทธิกรรม	๑๓๐
ความเสียหายซึ่งสัตว์เลี้ยงได้ทำให้เกิดขึ้นแก่พืชผล	๑๓๑
การเสียหายซึ่งเกิดขึ้นแก่สัตว์เลี้ยงโดยสัตว์เลี้ยงของผู้อื่น ได้ทำขึ้น	๑๓๓
การละเมิดอย่างอื่นเกี่ยวกับสิทธิกรรม	๑๓๕
๓. ชาญู้	๑๓๗
๔. การข่มขืนชำเรา	๑๔๒
๕. การประบัตินและการมกได้	๑๔๓

บทที่ ๕

การเปลี่ยนแปลงระบอบการในเรื่องละเมิดให้แก่ผู้
แนวความคิดของกฎหมายปัจจุบัน

การเปลี่ยนแปลงในรัชกาลที่ ๕ จนถึงการประกาศใช้ กฎหมายลักษณระบอบ ร.ศ. ๑๒๗	๑๔๕
การงานของศาลและของอาจารย์กฎหมาย	๑๕๐
กฎหมายลักษณระบอบ ร.ศ. ๑๒๗ และบทกฎหมายต่าง ๆ ที่เกิดขึ้นภายหลัง	๑๕๔

ละเมิด

๑. ในกฎหมายเก่าของไทย เช่นเดียวกับในกฎหมายของชุมชนุมนชนต่างๆ ในปัจจุบัน เหตุการณ์ที่เป็นมูลให้เกิดหนี้จะจัดแบ่งออกได้เป็นมูลใหญ่ๆ ที่สำคัญได้สองมูล คือ ละเมิดและสัญญา

ละเมิดได้แก่การอันไม่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งบุคคลผู้หนึ่งได้ก่อให้เกิดขึ้นเป็นที่เสียหายแก่อีกบุคคลหนึ่ง และซึ่งเป็นมูลให้เกิดหนี้ผูกพันผู้ก่อนอื่นที่จะต้องใช้จ่ายเงินจำนวนหนึ่งให้เพื่อประโยชน์แก่ผู้ต้องความเสียหายนั้น ละเมิดต่างกับสัญญา โดยเหตุที่มีได้เกิดจากความตกลงตรงกันแห่งเจตนาระหว่างบุคคลที่เป็นเจ้าหนี้และลูกหนี้ ละเมิดเป็นพฤติการณ์ที่ถือกันว่าเป็นการอันไม่ชอบด้วยกฎหมาย ฉะนั้นจึงยอมทำให้ผู้ที่เป็นต้นเหตุก่อขึ้นจะต้องได้รับโทษอย่างใดอย่างหนึ่ง โดยที่เวลานี้ก็คือความผูกพันในหนี้อันทำให้ผู้ก่อต้องตกเป็นลูกหนี้มีหน้าที่ชำระเงินจำนวนหนึ่งซึ่งตามธรรมดาตามกฎหมายเก่าเรียกว่าสินไหม.

๒. ในกฎหมายเก่าของไทยมิได้มีโทษพิเศษ ซึ่งจะพึงใช้ได้อย่างทั่วไปสำหรับเรียกเหตุการณ์อันเป็นมูลแห่งหนี้สินนี้ สำหรับเราในเวลานี้มีคำอยู่คำหนึ่งในกฎหมายปัจจุบัน คือ คำว่า “ละเมิด” คำนี้ไม่ใช่เป็นของใหม่ เป็นคำที่มีอยู่ในกฎหมายเก่าแล้ว แต่กฎหมายเก่าใช้คำนี้ในความหมายที่ต่างกับที่เข้าใจกันอยู่ในปัจจุบัน คือ ในกฎหมายเก่า คำละเมิดนี้หมายถึงแต่เพียงการอันไม่ชอบด้วยกฎหมายชนิดหนึ่งเท่านั้น ซึ่งได้แก่เรื่องที่เป็นการฝ่าฝืนพระราชโองการ คือละเมิดพระราชอาญา ผลของการนี้ทำให้บุคคลที่เป็นผู้ก่อขึ้นต้องเสียเงินจำนวนหนึ่งทำนองสินไหม แต่ผิดกันอยู่ในข้อสำคัญโดยที่เงินซึ่งเสียให้ไปนั้นไม่ใช่ให้ให้แก่เอกชนผู้ที่ต้องเสียหายเพราะการนั้น แต่ให้ตกได้แก่ท้องพระคลังหลวง ซึ่งถ้าหากจะเปรียบกับในสมัยเราเวลานี้แล้วก็เปรียบได้กับค่าปรับซึ่งเป็นโทษทางอาญาชนิดหนึ่ง ฉะนั้นจะเห็นได้ว่าเหตุการณ์ที่ถือว่าเป็นละเมิดในกฎหมายเก่านั้นเป็นการกระทำผิดต่อกฎหมายอาญา และผู้กระทำจะต้องมีโทษตามวิธีบังคับของกฎหมายอาญา ละเมิดตามกฎหมายเก่าหาเป็นมูลของหนี้ชนิดหนึ่งดังเช่นละเมิดในกฎหมายปัจจุบันไม่.

กรมหลวงราชบุรีดิเรกฤทธิ์ได้ทรงให้ชื่อเหตุการณ์ที่กฎหมายจัดว่าเป็นมูลของหนี้ดังเช่นกฎหมายปัจจุบันเรียกว่าละเมิดนั้นว่า “ประทุษร้ายทางแพ่ง” และชื่อนี้ได้เป็นที่ใช้สืบมาตราบจนถึงเวลาที่ออกประกาศใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ชื่อนี้มีความหมายชัดเจนดีกว่าคำว่า “ละเมิด” และไม่ทำให้เกิดมีความหลงเข้าใจปะปนระหว่างการอันไม่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งเป็นมูลของหนี้ตามกฎหมายกับการที่เรียกว่าเป็นละเมิดในกฎหมาย

เก่าซึ่งเป็นความผิดทางอาญาโดยเฉพาะ นอกจากนั้นคำว่า “ประทุษร้ายทางแพ่ง” ยังทำให้เห็นได้ชัดถึงลักษณะสำคัญของเหตุการณ์ต่าง ๆ ที่กฎหมายบัญญัติว่าเป็นเหตุการณ์ที่ทำให้ผู้ก่อต้องตกอยู่ในความผูกพันของหนี้ กล่าวคือ แสดงให้เห็นชัดว่าเหตุการณ์เหล่านี้ต้องมิลักษณะเป็นการผิดกฎหมายประการหนึ่ง และต้องมิลักษณะเป็นเหตุให้บุคคลผู้หนึ่งได้รับความเสียหายด้วยอีกประการหนึ่ง แต่ทว่าคำนี้ ผู้ตั้งได้เพ่งเล็งถึงเหตุการณ์เหล่านี้มีผลทำให้ผู้เสียหายมีสิทธิเรียกค่าเสียหายทางแพ่งได้เท่านั้น โดยผู้ตั้งมีความประสงค์ที่จะแยกผลของเหตุการณ์เหล่านี้ในทางอาญาออกต่างหาก แต่ในกฎหมายเก่า การแยกผลแห่งการกระทำผิดเป็นผลในทางแพ่งและผลในทางอาญานั้น ยังไม่ได้แบ่งไว้ชัดเจน ตามที่ข้าพเจ้าจะได้อธิบายโดยพิสดารในภายหลัง โดยเหตุนี้คำว่าประทุษร้ายทางแพ่งนี้จึงไม่เหมาะไม่ควรใช้ในการสอนกฎหมายเก่า.

ส่วนประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มิได้ใช้คำ “ประทุษร้ายทางแพ่ง” แต่ได้เลือกเอาคำว่า “ละเมิด” ซึ่งมีอยู่ในกฎหมายเก่าแล้วนั้นมาใช้ แต่ในการนำเอามาใช้นี้ประมวลกฎหมายใหม่ได้ให้คำนี้มีความหมายเสียใหม่ต่างออกไปจากที่มีอยู่ในกฎหมายเก่า ในคำสอนวิชาลักษณะนี้ ข้าพเจ้าจึงจะใช้คำว่า “ละเมิด” นี้ด้วยเหมือนกัน โดยให้คำ “ละเมิด” นี้มีความหมายตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ หาใช่ตามความในกฎหมายเก่าไม่.

ควรสังเกตว่า ความหมายอย่างใหม่ของคำว่า “ละเมิด” ที่เป็นการมุ่งหมายของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (มาตรา ๔๒๐) นั้น แม้จะคล้ายคลึงกันกับวิเคราะหาคำศัพท์ที่ข้าพเจ้าได้วางไว้ข้างบนนี้ก็จริง แต่ก็ต้องไม่ลืมว่าบทบัญญัติต่าง ๆ ทั้งปวงอันเกี่ยวกับละเมิดในกฎหมายเก่านั้นหาได้ตรงกันกับบรรดาบทบัญญัติในกฎหมายปัจจุบันนี้ทีเดียวไม่. ความแตกต่างกันนี้ได้เนื่องมาจากความวิวัฒนาการเปลี่ยนแปลงของความคิดเห็นในเชิงกฎหมายในเวลาต่อมา. ทุกวันนี้ ละเมิดจะมีผลแต่เพียงให้เกิดมีการใช้สิทธิฟ้องร้องทางแพ่งสำหรับเรียกให้ทดแทนความเสียหายซึ่งเนื่องมาจากการละเมิดนั้นแต่อย่างเดียวนั้น. ต่อเมื่อการที่เป็นการละเมิดนั้นมีลักษณะเป็นการอันฝ่าฝืนกฎหมายอาญาเจือปนอยู่ด้วยอีกประการหนึ่งแล้ว เมื่อนั้นละเมิดจึงจะทำให้เกิดมีการใช้สิทธิฟ้องร้องทางอาญาอีกทางหนึ่งเพื่อว่ากล่าวลงอาญาแก่ผู้กระทำผิด, แต่ในส่วนที่เป็นการฟ้องร้องทางอาญานี้ มูลละเมิดไม่ทำให้เกิดประโยชน์แต่อย่างใดแก่บุคคลผู้ต้องความเสียหายอีก. ในกฎหมายเก่า สิทธิฟ้องร้อง, ซึ่งเกิดจากเหตุการณ์ที่เราเรียกว่าละเมิดนั้น, ตามธรรมดาย่อมให้ประโยชน์แก่ผู้ถูกละเมิดได้ดีกว่าการใช้สิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายในปัจจุบันนี้. จริงอยู่แม้ในกฎหมาย

ถ้ามีกรณีบางกรณีดังที่เราจะเห็นในต่อไป ที่ผู้ถูกละเมิดมีสิทธิเรียกเอาสินไหมในกรณี เช่นนั้น ได้เพียงเท่ามูลค่าของความเสียหายที่เกิดขึ้นจริง แต่ก็เป็นกรณีพิเศษซึ่งไม่ค่อยจะเกิดเสมอไปนักทำนองเป็นข้อยกเว้นเท่านั้น ส่วนที่เป็นอยู่ทั่วไปเป็นพื้นแล้ว เงินสินไหมอันจะเรียกเอาได้นั้นกฎหมายเก่าได้วางอัตราไว้ล่วงหน้าก่อนแล้ว โดยเหตุนี้สินไหมจึงใกล้เคียงเข้าไปในทางเป็นค่าปรับมากกว่าเป็นค่าทดแทนความเสียหาย อีกประการหนึ่งสินไหมยิ่งใกล้เคียงเข้าไปในทางเป็นค่าปรับยิ่งขึ้นอีก โดยพฤติการณ์ที่สินไหมนี้ย่อมเป็นที่ถกกันเสมือนเป็นโทษทางอาญาอย่างหนึ่งซึ่งใช้ลงแก่ผู้กระทำละเมิด โดยเหตุที่การละเมิดนั้นมีลักษณะเป็นการผิดกฎหมาย ในฐานะเช่นนั้นสินไหมย่อมจะเรียกให้สูงยิ่งขึ้นไปกว่ามูลค่าของความเสียหายเป็นธรรมดา ตามที่กล่าวนี้ข้าพเจ้าจะได้กลับมาอธิบายขยายความให้แจ่มแจ้งอีกในเบื้องหน้า เท่าที่นำมากล่าวไว้บ้างในขณะนี้โดยมีประสงค์จะยกขึ้นแสดงเพื่อให้นักศึกษาเข้าใจถึงลักษณะของละเมิดตามกฎหมายเก่าของไทยโดยสังเขปก่อน.

๓. ในกฎหมายเก่าของไทย ละเมิดเป็นเรื่องที่มีความสำคัญยิ่งกว่าสัญญามาก เหตุที่เป็นดังนี้มีอยู่คือ ประการแรก, ในสมัยกรุงศรีอยุธยาและในต้นสมัยกรุงรัตนโกสินทร์ ความเกี่ยวข้องติดต่อทางพาณิชย์ระหว่างเอกชนยังไม่ค่อยจะกว้างขวางใหญ่โตนัก การงานต่าง ๆ ในทางพาณิชย์มีวงแคบมาก และยิ่งกิจการในทางอุตสาหกรรมด้วยแล้วเกือบจะไม่มีเสียเลย การค้าขายที่กระทำออกไปภายนอกประเทศได้ตกอยู่ในความผูกขาดตัดตอนของพระเจ้าแผ่นดินเกือบทั้งสิ้น เอกชนจะเข้าทำสัญญากันบ้างก็แต่เพียงมุ่งหมายจะทำให้ความต้องการโดยเอกเทศเป็นส่วนตัวของตนและของครอบครัวแห่งตนสำเร็จไปเท่านั้น เมื่อพิจารณาฐานะในทางเศรษฐกิจของบ้านเมืองในสมัยนั้นแล้ว เราย่อมจะพึงเห็นได้โดยง่ายว่าความเป็นไปในเชิงกฎหมายในส่วนที่เกี่ยวกับเรื่องสัญญานั้นต้องคงอยู่ในขั้นเริ่มต้น ยังไม่มีความเจริญขยายตัวไปเพียงใด สัญญาที่แพร่หลายทำกันเสมอในครั้งนั้นซึ่งพอจะอ้างได้เป็นแบบของสัญญาอื่นก็คือสัญญากู้ยืม กับสัญญาอุปการะของสัญญากู้ยืมซึ่งใช้สำหรับเป็นเครื่องประกัน ทำความมั่นใจให้ผู้ให้ยืมในอันที่จะได้รับใช้เงินคืนเท่านั้น แต่ส่วนความเป็นไปในเชิงกฎหมายที่เกี่ยวกับเรื่องละเมิดมีวัตถุประสงค์มุ่งหมายที่จะให้ประกันความมั่นคงแก่บุคคลทุกคนในวงการชนวนขายประกอบกิจการงานของตน และที่ทำให้บุคคลทุกคนต่างมีความเคารพไม่ทำการรุกรานล่วงล้ำเข้าไปในวงแห่งสิทธิของผู้อื่นโดยไม่ชอบนั้น จึงย่อมเป็นเรื่องที่สำคัญ มักจะเป็นมูลเหตุให้บุคคลเข้ามาเกี่ยวข้องกันในงานกฎหมายได้มาก โดยเหตุนี้ กฎหมายในครั้งนั้นจึงมีบทบัญญัติเกี่ยวกับเรื่องละเมิดมากกว่าเรื่องสัญญา

นอกจากเหตุผลพิเศษ ที่ทำให้เรื่องละเมิดเป็นมูลหนี้สำคัญกว่าเรื่องสัญญาในกฎหมายเก่าของไทยดังกล่าวแล้ว ยังมีเหตุอีกประการหนึ่งอันเป็นเหตุที่มีอยู่สามัญทั่วไปในกฎหมายของทุกประเทศในโบราณกาล ซึ่งรวมทั้งกฎหมายไทยด้วย คือตามกฎหมายของทุกประเทศในครั้งนั้นมักถือกันว่า การฝ่าฝืนบทกฎหมายหรือจารีตประเพณีใดๆ ย่อมเป็นความผิดซึ่งผู้ฝ่าฝืนต้องมีโทษ ในครั้งโบราณนั้นได้เป็นที่ถือกันว่า บทบัญญัติทั้งหลายของกฎหมายหรือจารีตประเพณีนั้น เป็นสิ่งที่จำเป็นต้องเคารพปฏิบัติตามโดยเคร่งครัดเฉียบขาด ถ้ามีบุคคลใดมาล่วงละเมิดขัดขืนต่อบัญญัตินั้นๆ แล้ว ผู้นั้นก็สมควรจะต้องรับโทษเพื่อชำระแก้ความผิดซึ่งได้กระทำแล้ว แนวความคิดเห็นทำนองนี้มีปรากฏอยู่ในกฎหมายจีนและฮินดู ตามที่ข้าพเจ้าได้กล่าวมาแล้วในตอนต้นแห่งคำสอนนี้และยังปรากฏอยู่ในกฎหมายเก่าของฝรั่งเศส อังกฤษ เยอรมันด้วยอีก ฉะนั้นจึงไม่เป็นการประหลาดที่ได้ปรากฏอยู่ในกฎหมายไทยด้วย แต่สำหรับประเทศไทยนี้ต่างกับกับประเทศต่างๆ ในยุโรป โดยที่กฎหมายไทยยังรักษาความคิดเห็นทำนองแก่นี้ตลอดมาจนถึงเวลาซึ่งเพิ่งล่วงไปเมื่อเร็ว ๆ นี้เอง เมื่อพิจารณาหัดดูในกฎหมายเก่าแล้วจะเห็นว่า เกือบทุกครั้งไปที่มีความฝ่าฝืนบทบัญญัติบทใดบทหนึ่งขึ้นแล้วจะเห็นว่าผู้ฝ่าฝืนจะต้องรับโทษ เมื่อเป็นเช่นนี้ทุกๆ ครั้งที่มีการฝ่าฝืนบทกฎหมาย หรือจารีตประเพณีเป็นเหตุให้เกิดมีความเสียหายแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งแล้ว โทษที่ผู้ทำการฝ่าฝืนกฎหมายจะพึงได้รับในสมัยนั้น ตามธรรมดาที่ย่อมได้แก่การบังคับให้ผู้นั้นชำระสินไหมให้แก่ผู้เสียหาย ตามทำนองนี้กฎหมายเอกชนเก่าของไทยเกือบทั้งหมด ได้ตั้งอยู่ในระบอบของเรื่องละเมิด แม้ในเรื่องสัญญาเองการที่ไม่ชำระหนี้ซึ่งเกิดขึ้นโดยอาศัยมูลสัญญานั้น โดยมากแล้วก็มักจะถือว่าเป็นการละเมิดดุจเดียวกันและเป็นเหตุให้เรียกสินไหมอันมีลักษณะคล้ายค่าปรับได้ แทนที่จะให้เป็นแต่เพียงการเรียกเอาค่าสินไหมทดแทนอย่างกฏหมายปัจจุบันนี้อุญาตให้เรียก อนึ่ง ถึงแม้ในปัจจุบันนี้ก็ยังปรากฏมีคดีเกิดขึ้นเสมอ ซึ่งโจทก์มักฟ้องในทางอาญาหาว่าจำเลยฉ้อโกงยักยอก บุกรุก เป็นต้น ซึ่งความจริงคดีนั้นมีมูลในทางแพ่งเท่านั้น ในครั้งก่อนความหลงปะปนระหว่างทางแพ่งและทางอาญาเช่นนี้ ได้เกิดขึ้นแม้แก่ผู้บัญญัติกฎหมายเอง ฉะนั้นเราจึงอาจเข้าใจได้ง่ายถึงเหตุที่ในกฎหมายเก่าของไทย มีบทบัญญัติว่าด้วยเรื่องละเมิดเป็นจำนวนมากมาย ถึงกับเหตุที่เรื่องละเมิดเป็นระบอบสำคัญในกฎหมายเก่าด้วย

การที่เรื่องละเมิดมีความสำคัญอยู่เช่นนี้ จึงเป็นเหตุๆ หนึ่งซึ่งทำให้ข้าพเจ้าเริ่มสอนประวัติศาสตร์กฎหมายไทยด้วยกล่าวถึงเรื่องละเมิดก่อนเรื่องอื่น การศึกษาเรื่องละเมิดนี้จะแบ่งออกเป็น ๕ บท บทที่ ๑ จะเป็นบทที่กล่าวถึงข้อความทั่วไปเกี่ยวกับเค้า

เงื่อนไขแห่งมูลหนี้ เรื่องละเมิดกับแนวความคิดลัทธิธรรมนิยมทำนองโบราณที่สุด ซึ่งมีร่องรอยปรากฏอยู่ในกฎหมายเก่าของไทยอันว่าด้วยเรื่องละเมิด บทที่ ๒ จะเป็นบทที่แสดงถึงลักษณะสามัญอันมีอยู่ทั่วไปแก่การละเมิดทุกอย่าง บทที่ ๓ ในบทนี้จะกล่าวโดยจะเพาะถึงการละเมิดต่างๆ ที่กระทบกระเทือนแก่บุคคล บทที่ ๔ เป็นบทจะเพาะสำหรับการบรรยายถึงการละเมิดที่กระทบกระเทือนแก่ทรัพย์สิน บทที่ ๕ อันเป็นบทสุดท้ายในบทนี้จะมีการแสดงให้เห็นว่า โดยอาการอย่างใดกฎหมายไทยจึงได้ดำเนินมาสู่ความคิดอย่างใหม่ ซึ่งถือว่าการละเมิดมีลักษณะโดยจะเพาะแต่ในทางแพ่งเท่านั้น.

บทที่ ๑

ข้อความทั่วไปในเรื่องละเมิด

๑. กำเนิดแห่งบัญญัติอันว่าด้วยการละเมิด

๔. บัญญัติของเรื่องละเมิดนี้นักประวัติศาสตร์กฎหมาย ได้สันนิษฐานกันว่าเป็นระยะหนึ่งแห่งประวัติศาสตร์ของกฎหมายอาญา หรือระยะหนึ่งแห่งความเปลี่ยนแปลงผันแปร ซึ่งตามธรรมชาติของชนชาติทุกหมู่เหล่าย่อมผ่านเข้ามาก่อนที่จะมาสู่ความรู้ความเข้าใจอย่างปัจจุบันนี้ในเรื่องกฎหมายอาญา ความเปลี่ยนแปลงผันแปรนี้ดำเนินตามลำดับที่จะนำมาบรรยายต่อไปนี้ กล่าวคือ

ในชั้นเดิมผู้ได้รับความเสียหายเนื่องจากการกระทำอันมิชอบของผู้อื่นมีอำนาจที่จะทำการแก้แค้น โดยกระทำให้บุคคลผู้เป็นตัวก่อการอันมิชอบนั้นต้องได้รับความเสียหายทำนองเดียวกันเท่านั้นที่ได้รับมาแล้วเป็นการตอบแทน ที่กล่าวนี้คือเรียกกันอย่างชาวยุโรปว่ากฎหมายตาลิโอ (Lex talionis) อันเป็นกฎหมายที่บัญญัติถึงการแก้แค้นตอบแทนกัน “ตาต่อตา ฟันต่อฟัน” ในชั้นนี้จารีตประเพณีกำหนดถึงกรณีละเมิดต่างๆ ซึ่งในกรณีเช่นนั้นผู้ถูกละเมิดเสียหายอาจเข้าทำการตอบแทนได้โดยตนไม่ต้องเกรงว่าจะได้รับการแก้แค้นจากผู้ละเมิดเป็นการตอบแทนการกระทำของตนอีก.

ผู้เสียหายซึ่งมีสิทธิทำการแก้แค้นนั้น อาจจะสละไม่ทำการแก้แค้นตามที่ตนมีสิทธิอยู่ก็ได้ ตนอาจจะให้ภยยกโทษโดยเรียกเอาค่าทำขวัญ ซึ่งตนกับผู้ที่ก่อความเสียหายจะได้ปรองดองตกลงกันดังนี้ เราย่อมเห็นว่าค่าทำขวัญอาจใช้แทนการแก้แค้นได้ แต่ทั้งนี้ต้อง

เป็นเรื่องว่าบุคคลแต่ละฝ่ายได้มีประสงค์เช่นนั้นเพื่อผองผืนแก่กัน, โดยบุคคลผู้เป็นฝ่ายรุกรานยังไม่ได้ตกอยู่ในฐานะเป็นลูกหนี้โดยแท้จริง และบุคคลผู้ฝ่ายตั้งเสียหายยังไม่ถูกผูกพันให้ต้องรับเอาค่าทำขวัญด้วย.

ครั้นเมื่อหมู่บ้านได้ค่อยรวบรวมเข้าเป็นปึกแผ่น และรัฐได้ค่อยมีความมั่นคงขึ้น จึงได้เกิดมีการพยายามหาทางห้ามกัน มิให้มีการแก้แค้นระหว่างบุคคลต่อบุคคล และระหว่างครอบครัวต่อกัน อันเป็นเหตุที่ทำให้ความสงบราบคาบของประชาชนต้องได้รับความกระทบกระเทือนเนื่องนี้ จึงมีข้อบังคับเกิดขึ้นให้บุคคลผู้ต้องความเสียหายละเลิกการทำตอบแทนแก้แค้นเสีย และมีการกำหนดจำนวนเงินค่าทำขวัญที่ผู้ต้องเสียหายจำจะต้องพอใจรับเอาสำหรับการละเมิดเรื่องหนึ่ง ๆ ซึ่งเกิดขึ้นแก่ตน และซึ่งบุคคลผู้กระทำละเมิด จะต้องถูกบังคับให้จำต้องชำระให้ตามจำนวนนั้น ตกมาในตอนนั้นผู้กระทำละเมิดได้กลายเป็นลูกหนี้อันแท้จริงของผู้ต้องความเสียหาย โดยอาการเช่นนี้ หนี้จึงได้เกิดขึ้นและตามทักกล่าวนี้คือบัญญัติในเรื่องละเมิดนั่นเอง.

ในที่สุดเมื่อรัฐรู้สึกว่าตนมีความมั่นคงเพียงพอ จึงได้วางกำหนดการลงโทษไม่แต่เพียงสำหรับผู้กระทำผิด ซึ่งมุ่งร้ายต่อรัฐ เช่น การขบถ การคบคิดประทุษร้ายต่ออาณาจักร ฯลฯ เท่านั้น แต่หากยังวางบทบัญญัติลงโทษสำหรับความผิดที่มุ่งต่อเอกชนอีกด้วย เช่น การฆ่าคนตาย การลักทรัพย์ การทำร้ายร่างกายเป็นอาทิ มาในยุคนั้นบัญญัติในเรื่องละเมิดจึงได้ถูกเลิกเพิกถอนไป ลักษณะการเช่นนี้คือการที่ปรากฏอยู่ในประชาชนชาติต่าง ๆ ณ ปัจจุบันนี้.

ความเป็นมาของชนชาติต่าง ๆ ย่อมจะตกอยู่ในการวิวัฒนาการเปลี่ยนแปลงเป็นระยะ ๆ มา ดังเช่นที่ได้กล่าวไว้ข้างบนนี้ แต่ความเร็วหรือช้าของการวิวัฒนาการที่มีชนชาติต่าง ๆ นี้ ย่อมจะไม่เสมอเหมือนกันอยู่เองเป็นธรรมดา ชนชาติบางเหล่าได้รู้จักดำเนินความคิดไปได้เร็วจนสามารถเข้าใจได้ในเวลาอันไม่ช้าว่า สิทธิที่จะลงอาญาแก่ผู้กระทำความผิดนั้น เป็นสิทธิของรัฐแต่ผู้เดียว และส่วนตัวผู้ได้รับความเสียหายจากการทำความผิดนั้น คงมีแต่เพียงสิทธิที่จะเรียกร้องให้ทดแทนความเสียหายนั้นเท่านั้น ชนชาติอีกบางเหล่าซึ่งเป็นส่วนมาก ได้คงมีความคิดอย่างโบราณอยู่นาน คือ เห็นว่าเอกชนผู้ได้รับความเสียหายอาจจะเรียกเงินปรับเอาจากผู้กระทำความเสียหายให้แก่ตนโดยมิชอบนั้น ได้สูงเกินกว่าจำนวนมูลค่าของความเสียหายอันแท้จริงที่ตนได้รับ โดยถือว่าการที่เรียกเอาเช่นนี้เป็นการลงโทษผู้ทำละเมิดซึ่งมาทำการล่วงเกินแก่ตน ในที่สุดยังมีชนชาติอีกเป็นจำนวนมากซึ่งได้ใช้วิธี

ทั้งสองดังกล่าวนี้ควบกันไป คือ มอบให้รัฐเป็นผู้ใช้สิทธิลงอาญาแก่ผู้กระทำความผิดที่ร้ายแรง แต่ส่วนความผิดอื่นนอกนั้นคงให้เอกชนผู้ได้รับความเสียหายจากความผิดนั้น มีอำนาจจัดการเรียกเงินปรับได้เอง.

๕. ชาวโรมันได้เป็นชนชาติที่มีกฎหมายดำเนินตามวิธีหลังนี้ ในกรุงโรมได้มีหลักอยู่เสมอว่า ผู้ได้รับความเสียหายจากการละเมิดย่อมมีสิทธิจะเรียกให้ผู้ทำละเมิดชำระเงินปรับให้แก่ตนตามอัตราที่กฎหมายวางไว้ เช่น ในกรณีทำร้ายร่างกายมีบาดเจ็บหรือไม่มีบาดเจ็บ ผู้ได้รับความเสียหายอาจจะเรียกร้องเอาเงินจำนวนหนึ่งที่กฎหมายสิบสองแผ่นได้กำหนดอัตราไว้ตามความหนักเบาของการละเมิดนั้น ๆ ในกรณีลักทรัพย์ นอกจากการเรียกร้องให้ทดแทนความเสียหายซึ่งมีลักษณะเป็นทางแพ่งอย่างแท้ เช่น การเรียกให้ส่งทรัพย์ที่ถูกลักไปนั้นคืน แล้วผู้เสียหาย คือ เจ้าทรัพย์ยังมีสิทธิจะเรียกเอาเงินปรับจากผู้ทำละเมิดลักทรัพย์นั้น ได้อีก เงินปรับที่เรียกเอานี้มีจำนวนเป็นสองสามหรือสี่เท่าของมูลค่าแห่งทรัพย์ที่ถูกลัก แต่ครั้งในต่อมารัฐก็ค่อย ๆ ดำเนินการเข้ารับเป็นธุระจัดการปราบปรามลงโทษผู้ทำการละเมิดเสียเอง และจัดให้มีการลงอาญาทางร่างกายแก่ผู้ทำละเมิดแทนการให้ผู้เสียหายเรียกเอาเงินค่าปรับอย่างแต่ก่อน สภาดังกล่าวนี้^{๕๖}ได้มีขึ้นแก่กรณีฆ่าคนตายโดยเจตนาตั้งแต่สมัยแรกของกฎหมายโรมัน ส่วนเรื่องลักทรัพย์นั้นกฎหมายโรมันได้ให้ผู้เสียหายเลือกเอาว่า จะสมัครใช้สิทธิเรียกร้องเอาเงินปรับอย่างเดิม หรือจะฟ้องร้องต่อบ้านเมืองให้ลงอาญาทางร่างกายแก่คนร้ายลักทรัพย์ก็ได้ ส่วนในเรื่องทำร้ายร่างกายโดยตีทวนและการบุกรุกเคหสถานนั้น กฎหมายโรมันได้ให้ยกเลิกสิทธิเรียกร้องเอาเงินปรับของผู้เสียหายเสียอย่างเด็ดขาด และให้รัฐแต่ผู้เดียวที่จะมีสิทธิลงอาญาแก่ผู้กระทำความผิด เนื่องจากที่ได้มีการดำเนินเช่นนี้ในกฎหมายโรมัน จึงได้เป็นที่ปรากฏว่าในระหว่างเวลาที่กำลังเจริญขยายตัวขึ้นเป็นลำดับนั้น กฎหมายโรมันได้บัญญัติเอาการละเมิดเป็นจำนวนมากหลายชนิดมาให้มีลักษณะเป็นความผิดทางอาญาเสีย และรัฐได้เข้าเป็นธุระจัดการลงอาญาแก่ผู้ทำความผิดนั้นเสียเอง แต่ทว่าก็ยังคงมีการอันเป็นผิดกฎหมายอีกบางอย่าง ซึ่งมีผลเป็นการทำให้ผู้เสียหายจากการอันนั้น อาจเรียกเอาเงินปรับจากผู้เป็นต้นเหตุก่อการนั้น ๆ ได้อยู่อีก จวบจนกระทั่งถึงกาลอวสานของจักรพรรดิโรมัน หนึ่ง ในชั้นดีกดาบรพของกฎหมายโรมันก็ยังมิร่องรอยแสดงให้เห็นเป็นเค้าได้ถึงสิทธิแก้แค้นอย่างโบราณ เช่น ในกรณีที่มีการทำร้ายร่างกายถึงแขนหรือขาพิการ ตามกฎหมายสิบสองแผ่นบัญญัติว่า ผู้ต้องบาดเจ็บมีสิทธิที่จะทำให้ผู้ซึ่งมาทำละเมิดให้ตนบาดเจ็บนั้น ต้องบาดเจ็บไปเช่นเดียวกันกับตน เว้นไว้แต่ผู้เสียหายและผู้ทำละเมิดจะได้ตกลงกันโดยสมัครใจให้มีการไถ่โทษได้ ในกรณี

ลัทธิทรัพย์สินซึ่งเจ้าทรัพย์จับตัวคนร้ายได้ในขณะกระทำการลักนั้นก็เช่นเดียวกันอีก เจ้าทรัพย์อาจลงโทษทางร่างกายแก่คนร้ายได้ ซึ่งโทษนั้น ถ้าหากคนร้ายได้เข้าชิงเอาทรัพย์ด้วยมีอาวุธหรือเข้าทำการลักในเวลาค่ำคืน ก็อาจถึงกับฆ่าคนร้ายนั้นเสียได้ ถ้าหากคนร้ายไม่ได้ถูกเจ้าทรัพย์ทำอันตรายถึงตายในขณะนั้น คนร้ายนั้นก็จะต้องตกเป็นทาสของเจ้าทรัพย์ เราอาจกล่าวโดยสรุปได้ว่า กฎหมายโรมันได้แสดงให้เห็นตัวอย่างของชั้นต่าง ๆ แห่งความวิวัฒนาการเปลี่ยนแปลง ซึ่งกฎหมายของชนชาติต่าง ๆ จะต้องผ่านมาก่อนที่จะมาถึงชั้นที่มีการแยกออกได้อย่างชัดเจนแน่นอน ระหว่างกฎหมายอาญาและกฎหมายแพ่ง.

๖. กฎหมายฮินดู ตามที่ปรากฏอยู่ในคัมภีร์ธรรมศาสตร์ออกจะเป็นกฎหมายที่อยู่ในขั้นที่ก้าวหน้าเจริญกว่ากฎหมายโรมัน ในกฎหมายฮินดูนั้นนอกจากที่จะไม่มีร่องรอยแสดงให้เห็นเค้าของสิทธิแก่คนแล้ว ยังกลับปรากฏว่าแม้การละเมิดที่ทำความเสียหายให้แก่เพียงแก่เอกชนโดยจะเพาะเท่านั้น รัฐก็ยังเข้ารับเป็นธุระจัดการลงโทษผู้ทำละเมิดเสียเองแทนเอกชนผู้เสียหายทุก ๆ กรณี กฎหมายฮินดูบัญญัติให้ผู้กระทำการอันเป็นผิดกฎหมายต้องรับโทษเป็นทางอาญา ซึ่งตามที่เป็นอยู่เนื่อง ๆ แล้วโทษทางอาญานี้จึงจะต้องมีโทษทางศาสนาเพิ่มเติมอีก ความมุ่งหมายอันสำคัญของผู้แต่งคัมภีร์ธรรมศาสตร์นั้นคือ กำหนดถึงโทษต่าง ๆ ซึ่งกษัตริย์ผู้ประสงค์จะอำนวยความยุติธรรมเป็นอย่างดี จะพึงทรงใช้ลงแก่ผู้ทำความผิดเพื่อให้เป็นการลดล้างความผิดนั้น การลงโทษผู้ทำผิดนั้นจะไม่ให้ผลประโยชน์โดยตรงอย่างใดแก่ผู้ถูกละเมิดเสียหายเลย สิทธิของผู้เสียหายจะถูกจำกัดลงแต่เพียงให้ได้รับการทดแทนความเสียหายอันที่มีขึ้นแก่ตนเท่านั้น ทำนองเดียวกับที่เป็นอยู่ในกฎหมายเรื่องละเมิดในปัจจุบันนี้ เช่น ในการฆ่าคนตายโดยเจตนา ผู้ทำความผิดจะถูกลงอาญาทางร่างกายหนักหรือเบาตามแก่กรณีความผิด แต่ไม่มีการบัญญัติบังคับว่าผู้ฆ่าคนตายนั้นจะต้องใช้สินไหมอย่างใดให้ญาติของผู้ตาย ส่วนในเมื่อการลงโทษเป็นการเรียกเอาเงินปรับจากผู้ทำความผิด เงินที่เรียกมานั้นก็จะตกได้แก่รัฐทั้งหมด โดยไม่ได้มีการแบ่งส่วนให้แก่ผู้เสียหายเพราะความผิดนั้นเลย เช่น การดำหรือการหมิ่นประมาทในเมื่อไม่เป็นการที่ร้ายแรง ผู้ทำความผิดในเรื่องเช่นนี้จะต้องถูกลงอาญาแต่เพียงปรับและเงินที่เรียกเป็นค่าปรับมาได้นี้จะตกเป็นของรัฐทั้งหมด^(๑) สำหรับการลักทรัพย์ในบางกรณีก็เช่นเดียวกันอีก คนร้ายที่ลักทรัพย์จะถูกลงโทษปรับเป็นจำนวนหลายเท่าของมูลค่าแห่งทรัพย์ที่ตนลักไป เงินค่าปรับนี้ย่อมจะตกได้แก่รัฐทั้งหมด เจ้าทรัพย์จะได้รับการแต่เพียง

(๑) ให้ดูมูรธรรมศาสตร์ บรรพ ๘ มาตรา ๒๖๗ ถึง ๒๖๙— นารทบรรพ ๑๕—๑๖ มาตรา ๑๕ ถึง ๑๗ เป็นต้น

ทรัพย์สินที่ถูกลักไปคืนมาเท่านั้น^(๑) ส่วนในกรณีที่ทำร้ายร่างกายบาดเจ็บนั้น ผู้แต่งคดีมีส่วนมากเป็นแต่เพียงกำหนดจำนวนค่าปรับซึ่งจะตกแก่รัฐไว้ โดยไม่กล่าวว่าผู้ถูกบาดเจ็บจะเรียกค่าทำขวัญอย่างไรได้บ้าง นอกจากจะเรียกให้ผู้ทำร้ายตนออกค่าใช้จ่ายในการรักษาบาดเจ็บเท่านั้น^(๒) แต่ทว่าในกรณีนี้เอง กาดูยาน กล่าวว่าจะจะมีการกำหนดค่าทำขวัญให้แก่บุคคลที่ถูกทำร้ายบาดเจ็บนั้นเป็นจำนวนเท่ากับจำนวนของค่าปรับที่รัฐจะเรียกเอาขึ้นด้วย^(๓) มนูกได้วางหลักการไว้ตามที่ตนเองนี้เหมือนกันว่า บุคคลซึ่งโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อได้ทำให้ทรัพย์สินของบุคคลอื่นเสียหาย จำจะต้องทดแทนความเสียหายนั้นและต้องชำระค่าปรับถวายแก่กษัตริย์เป็นจำนวนเท่ากับมูลค่าของความเสียหายนั้น^(๔) หลักการของกาดูยานและของมนูกนี้เป็นเรื่องที่น่าสนใจอยู่ โดยเหตุที่มีลักษณะคล้ายกับเรื่องปรับเป็นสินไหมถึงพินัยกิจในกฎหมายเก่าของไทย แต่หลักการที่ว่านี้จะมีปรากฏอยู่ที่แต่ในคัมภีร์ของกาดูยานและของมนูกจะเฉพาะในตอนที่กำลังกล่าวถึงกรณีที่ทำร้ายร่างกายบาดเจ็บ และกรณีทำความเสียหายให้แก่ทรัพย์สินเท่านั้น นอกจากนี้แล้วเราจะไม่พบหลักการทำนองนี้ในที่อื่นอีกเลย เพราะตามหลักทั่วไปในกฎหมายฮินดูเท่าที่ปรากฏอยู่ในคัมภีร์ธรรมศาสตร์นั้น ได้เป็นที่ถือกันว่าค่าปรับจะต้องเป็นโทษทางอาญาโดยจะเฉพาะ จะนำเอาไปเป็นค่าทดแทนความเสียหายให้แก่ผู้เสียหายไม่ได้

อนึ่ง เมื่อพูดกันตามที่แท้จริงแล้วโทษต่าง ๆ ที่กล่าวไว้ในคัมภีร์ธรรมศาสตร์นั้น โดยมากเป็นโทษลงแก่ร่างกาย และมีลักษณะคล้ายคลึงกับโทษในสมัยโบราณ คือ โทษนั้นมีชนิดต่าง ๆ มากหลายและมีความรุนแรงมาก โทษปรับจะพึงมีก็แต่ในกรณีที่เป็นการผิดอย่างเบา ๆ ส่วนวิธีกำหนดจำนวนเงินปรับนั้นผู้แต่งคัมภีร์ธรรมศาสตร์ได้ใช้เกณฑ์ทำนองเดียวกับที่ใช้อยู่ในกฎหมายไทยสำหรับกำหนดสินไหม เช่น ตามธรรมดาจำนวนเงินปรับเปลี่ยนแปลงไปตามศักดิ์หรือตระกูลของผู้เสียหายหรือของผู้ทำละเมิด^(๕) สำหรับในกรณีลักทรัพย์นั้นข้าพเจ้าเคยกล่าวมาแล้วว่า ค่าปรับนั้นย่อมเปลี่ยนแปลงไปตามมูลค่าของวัตถุที่ถูก

(๑) ให้นุธรรมศาสตร์ บรรพ ๘ มาตรา ๑๑๙ ถึง ๓๓๓ เป็นต้น

(๒) ให้นุธรรมศาสตร์ บรรพ ๘ มาตรา ๒๘๗ เป็นต้น

(๓) ปรากฏอยู่ในหนังสือวาทรมยูชะ บทที่ ๑๖ หมวด ๒ มาตรา ๖

(๔) มนุธรรมศาสตร์ บรรพ ๘ มาตรา ๒๘๘

(๕) ให้นุธรรมศาสตร์บรรพ ๘ มาตรา ๒๖๗ ถึง ๒๗๐, ๒๗๖, ๒๗๗, ๓๓๖ ถึง ๓๓๘

ลักตามทำนองในกฎหมายไทย แต่ขอเตือนให้ระลึกไว้ว่าตามกฎหมายไทยนั้น ค่าปรับย่อมจะแบ่งออกเป็นสองภาคเท่ากันและจะตกได้แก่ผู้เสียหายภาคหนึ่ง, ตกได้แก่รัฐภาคหนึ่ง แต่ส่วนในกฎหมายฮินดูนั้นค่าปรับตกเป็นของรัฐทั้งหมด ฉะนั้นแม้กฎหมายฮินดูจะได้แตกต่างกับกฎหมายของประเทศต่าง ๆ ในปัจจุบันก็จริง โดยเหตุที่ชุมชนชนชาติฮินดูได้มีความเป็นไปพิเศษแปลกกับชุมชนต่าง ๆ ในปัจจุบันนี้ กับอีกประการหนึ่ง โดยเหตุที่บทบัญญัติของกฎหมายฮินดูมีอายุเก่าแก่โบราณ คนละยุคคนละสมัยกับปัจจุบันนี้ แต่กระนั้นเราก็ยังอาจกล่าวได้เสมอว่า นักนิติศาสตร์ฮินดูในสมัยนั้นได้มีแนวความคิดในเรื่องละเมิดนี้กำหนดมาจนถึงขั้นความคิดความเข้าใจ ซึ่งเป็นที่รับรองใช้กันอยู่ในเวลานี้แล้ว คือ พวกนักนิติศาสตร์ฮินดูได้มีความเห็นว่า รัฐมีหน้าที่จะต้องจัดการลงอาญาแก่ผู้กระทำความผิด ไม่ใช่เป็นอำนาจของผู้เสียหายจะดำเนินการลงโทษแก่ผู้กระทำความผิดเสียเอง ผู้เสียหายจะมีก็แต่เพียงสิทธิได้รับการทดแทนความเสียหายที่เกิดขึ้นเท่านั้น.

การที่ในคัมภีร์ธรรมศาสตร์ของฮินดูเกือบจะมีได้มีปรากฏถึงเรื่องละเมิดอย่างโบราณเช่นที่เป็นอยู่ในกฎหมายโรมันและกฎหมายเก่าของไทยนั้น ไซ้ว่าจะเป็นเรื่องละเมิดอย่างโบราณนี้ ชนชาติฮินดูไม่รู้จักเอาเสียเลยทีเดียวก็หาไม่ ความจริงนั้นการกลับตรงข้าม คือมีหลักฐานพอจะทำให้สันนิษฐานได้ว่า ในสมัยคัมภีร์พระเวทอันเป็นสมัยเก่าแก่ก่อนหน้าที่จะมีการแต่งคัมภีร์ธรรมศาสตร์ชุดแรก ๆ นั้นหลายร้อยปี การฆ่าคนตายโดยเจตนาได้เป็นที่ถือกันว่าเป็นการกระทบกระเทือนต่อเอกชนโดยจะเพาะ และมีผลให้ครอบครัวของผู้ถูกฆ่านั้นมีสิทธิบังคับให้ผู้ฆ่าใช้ค่าทำขวัญได้ซึ่งคิดเป็นวัว ๑๐๐ ตัว ยิ่งกว่านี้เมื่อไม่ผู้ฆ่ามานานักนี้เอง ในบางภาคของประเทศอินเดียยังมีปรากฏอัตรากำหนดจำนวนค่าทำขวัญที่จะต้องมีการชำระให้แก่กัน ในกรณีที่เกิดมีการทำร้ายถึงชีวิตต่อบุคคลหรือต่อสัตว์พาหนะ จำนวนค่าทำขวัญเช่นว่านี้เปลี่ยนแปลงไปตามอายุ หรือเพศของบุคคลหรือสัตว์ที่ตาย บางที่ค่าทำขวัญนี้คิดให้แก่กันเป็นที่ดิน^(๑) เรื่องต่าง ๆ เหล่านี้แสดงให้เห็นว่าความจริงกฎหมายฮินดูหาได้เป็นกฎหมายที่มีความเจริญมากมาแต่โบราณ ดังเช่นที่เราพึงคาดเห็นจากในบรรดาคัมภีร์ธรรมศาสตร์ไม่ ความเป็นมาอันแท้จริงนั้นกลับเป็นว่านอกจากบัญญัติในคัมภีร์เหล่านี้ ซึ่งผู้บัญญัติกฎหมายฮินดูใช้เป็นแบบแล้ว ยังมีจารีตประเพณีอีกมาก ซึ่งในจารีตประเพณีเหล่านี้ได้มีปรากฏแนวความคิดอย่างโบราณที่ถือว่า ผู้ทำละเมิดย่อมจะต้องใช้ค่าไถให้แก่ผู้ถูกละเมิด เพื่อเป็นการไถ่ความผิดลวงเกินที่ตนได้กระทำไป

(๑) ดู J. Jolly, *Hindu Law and Custom* (Calcutta, 1928) หน้า ๒๘๔-๒๘๕.

แต่ทว่าบรรดาจารีตประเพณีที่ว่านี้ล้วนแต่เป็นบัญญัติที่ใช้เฉพาะในวงเขตต์ของท้องถิ่นต่างๆ และไม่ได้รับความสนับสนุนยกย่องจากผู้แต่งคัมภีร์ธรรมศาสตร์ โดยเหตุนี้เองจึงคงไม่ได้รับความรู้จักกว้างขวางแต่อย่างใดเรื่องประเพณีเหล่านี้.

๗. บัดนี้ถ้าเราจะดำเนินการศึกษาต่อไปจนถึงกฎหมายมอญและกฎหมายเก่าของพะม่า ดังเช่นที่ปรากฏอยู่ในคัมภีร์ธรรมสถัถัมซึ่งนักนิติศาสตร์ที่นับถือพุทธศาสนาได้แต่งไว้ เราจะเห็นว่าในส่วนที่เกี่ยวกับละเมิด กฎหมายของมอญและพะม่ามีความแตกต่างอย่างมากกับกฎหมายฮินดู ประการหนึ่งผู้แต่งคัมภีร์ธรรมสถัถัมได้ละเว้นไม่บัญญัติถึงโทษต่างๆ ที่มีลักษณะเป็นไปในทางศาสนา เช่นที่นักนิติศาสตร์ฮินดูได้บัญญัติไว้เพื่อใช้ลงโทษแก่ผู้กระทำความผิดสำหรับปลงล้างมลทินความผิดเสียแล้ว นี้ก็ย่อมเป็นข้อที่เข้าใจได้ง่าย เพราะโทษนั้นเป็นโทษทางศาสนาพราหมณ์ ซึ่งผู้แต่งคัมภีร์ธรรมสถัถัมเป็นพุทธศาสนิกชนย่อมจะต้องละเว้นเป็นธรรมดา แต่ผู้แต่งคัมภีร์ธรรมสถัถัมก็ยังดำเนินทางไกลจากนัยแห่งคัมภีร์ธรรมศาสตร์ฮินดู อีกประการหนึ่ง คือ ยังละทิ้งการลงอาญาแก่ร่างกายเสียเกือบหมด อันเป็นวิธีการที่รัฐจะพึงใช้สำหรับปราบปรามการทำความผิด ฉะนั้นในการละเมิดทั้งปวงกฎหมายมอญและพะม่าจึงคงเป็นแต่เพียงบัญญัติให้มีการทำโทษด้วยวิธีใช้ค่าปรับ ซึ่งผู้ทาละเมิดจะพึงต้องใช้ให้แก่ผู้ถูกละเมิดเสียหาย เช่นในมนุธรรมสถัถัมของพระเจ้าวาเรอ มิได้มีบทใดซึ่งบัญญัติว่าผู้ร้ายที่ฆ่าคนตายโดยเจตนาจะต้องถูกลงอาญาทางร่างกาย เช่นโทษจำคุกหรือประหารชีวิต คงมีแต่เพียงโทษใช้ค่าทำขวัญให้แก่ผู้เสียหายเท่านั้น และจำนวนค่าทำขวัญนี้ย่อมเปลี่ยนแปลงไปได้สุดแล้วแต่ศักดิ์หรือความมั่นคงของผู้เสียหาย ดังเช่นการฆ่าสมณพราหมณ์ด้วยเจตนา ค่าปรับจะต้องเป็นจำนวนร้อยบาท เหยียญทอง การฆ่าผู้เป็นแม่ทัพตาย ค่าปรับจะต้องเป็นทาส ๔๐๐ คน การฆ่าขุนนางข้าราชการชั้นเอกตายลง ค่าปรับจะต้องชำระเป็นทาสมีจำนวน ๓๐๐ คน การฆ่าขุนนางข้าราชการชั้นจัตวาตายลง ค่าปรับจะต้องเป็นทาส ๘๐ คน ฯลฯ^(๑) สำหรับในเรื่องชายชู้ก็เช่นเดียวกันอีก มีการกำหนดค่าปรับไว้เป็นจำนวน ๓๐ บาทเหยียญเงิน ถ้าเป็นการละเมิดทำชู้กันระหว่างราษฎร, ถ้าเป็นการทำกับหญิงภริยาของขุนนางข้าราชการ ผู้ละเมิดมาทำชู้จะต้องใช้ค่าปรับเป็นทาสจำนวน ๒๐ คนแก่สามีของหญิง ถ้าเป็นการทำชู้กับภริยาของเสนาบดี ค่าปรับที่ต้องชำระจะต้องเป็นทาสมีจำนวน ๔๐ คน^(๒) สำหรับ

(๑) มนุธรรมสถัถัม ของพระเจ้าวาเรอ มาตรา ๑๕๒

(๒) มนุธรรมสถัถัม ของพระเจ้าวาเรอ มาตรา ๕๓

การทำร้ายร่างกายบาดเจ็บ การด่า การกล่าวความที่เป็นหมิ่นประมาท เหล่านี้ก็เช่นเดียวกันอีก ย่อมทำให้มีการเรียกเอาค่าปรับได้สูงหรือต่ำสุดแล้วแต่ศักดิ์ของผู้เสียหาย^(๑) การละเมิดที่จะให้ผลเป็นการลงโทษทางร่างกาย ก็ต่อเมื่อผู้ทำละเมิดนั้นเป็นบุคคลชั้นต่ำ กระทำต่อบุคคลซึ่งมีศักดิ์สูง การที่ต้องมีการลงโทษทางร่างกายเช่นนี้ ก็เพราะว่าบุคคลในชั้นต่ำนั้นย่อมไม่มีทรัพย์สินพอจะให้เป็นค่าทำขวัญได้ จึงจำเป็นต้องเอาตัวมาลงโทษหามาแทน^(๒) บรรดาคัมภีร์ธรรมสัจธรรมซึ่งได้แต่งขึ้นในประเทศพะม่า ภายหลังธรรมเนียมของพระเจ้าวเรอูนัน ได้ดำเนินตามหลักทำนองเดียวกับ คัมภีร์กฎหมายฉบับนี้ กล่าวคือถือหลักว่ารัฐย่อมจะไม่แทรกเข้าเกี่ยวข้องในการพิพาทระหว่างเอกชน ค่าปรับที่เรียกเอามาได้เนื่องจากเกิดการละเมิดขึ้น ย่อมจะตกเป็นสิทธิของเอกชนผู้ถูกละเมิดเสียหายโดยสิ้นเชิง และนอกจากการต้องชำระค่าทำขวัญตั้งแต่วันนี้แล้ว ผู้ทำละเมิดไม่ต้องรับโทษอย่างอื่นอีก เมื่อเกิดมีการละเมิดขึ้น รัฐจะกระทำหน้าที่ที่แต่เพียงคอยช่วยให้ประกันความมั่นคงแก่ผู้ถูกละเมิดในอนาคตที่จะได้ชำระค่าทำขวัญที่เขา มีสิทธิจะได้รับ เหมือนดังเช่นรัฐย่อมคอยช่วยเหลือให้เจ้าหน้าที่บรรณาการรับชำระหนี้เท่านั้น ตามที่กล่าวนี้จะเห็นได้ว่ากฎหมายของมอญและพะม่ายังมีความเจริญล้ำหลังมากกว่ากฎหมายของฮินดู และแม้กฎหมายชาวโรมันในสมัยดึกดำบรรพ์เสียอีก กฎหมายที่ปรากฏในธรรมสัจธรรมของมอญและพะม่า เป็นกฎหมายซึ่งอยู่ในขั้นหนึ่งแห่งความวิวัฒนาการเปลี่ยนแปลงของกฎหมายอาญา ซึ่งในขั้นนี้กฎหมายได้ถือแล้วว่าผู้ถูกละเมิดเสียหายไม่มีสิทธิที่จะแก้แค้นเสียแล้วก็จริงอยู่ แต่กฎหมายเป็นแต่เพียงบังคับผู้ทำละเมิดให้ใช้ค่าทำขวัญเป็นค่าไถ่โทษที่ทำผิดไปนั้นให้แก่ผู้ถูกละเมิดตามจำนวนซึ่งจารีตประเพณีได้กำหนดไว้ และบังคับผู้ถูกละเมิดให้ต้องพอใจในค่าทำขวัญนั้นเท่านั้นเอง โดยสภาพการเช่นนี้ กฎหมายเรื่องละเมิดจึงมีลักษณะเป็นกฎหมายแพ่งโดยสิ้นเชิง ส่วนในเรื่องการละเมิดที่ทำความกระทบกระเทือนให้แก่ความสงบเรียบร้อยของชุมชนนั้น ยังไม่ปรากฏว่ารัฐได้รับภาระจัดการปราบปรามเองแต่อย่างใด.

๘. สำหรับกฎหมายไทยในสมัยต้น ๆ ก็น่าสันนิษฐานว่า ในส่วนที่เกี่ยวกับเรื่องละเมิดนั้น คงจะอยู่ในขั้นเดียวกับธรรมเนียมของมอญและพะม่า เมื่อสอบกันแล้วปรากฏว่าในกฎหมายเก่าของไทยก็มีบทบัญญัติอยู่บางบท ซึ่งมีใจความอย่างเดียวกันกับบทบัญญัติในคัมภีร์ธรรมสัจธรรมของมอญและพะม่าทีเดียว แต่ควรสังเกตว่า แม้กฎหมาย

(๑) มนุธรรมสัจธรรม ของพระเจ้าวเรอูนัน หมวด ๑๕ และ ๑๖

(๒) มนุธรรมสัจธรรม ของพระเจ้าวเรอูนัน มาตรา ๑๖๔ ถึง ๑๖๖

เก่าของไทยจะพึงจัดเข้าไว้ในชั้นเดียวกันกับธรรมเนียมของมอญและพม่า เพราะถือหลักอันเดียวกันก็ดี แต่ความจริงบทบัญญัติในกฎหมายเก่าของไทย โดยมากก็มักจะแตกต่างกับบทบัญญัติในธรรมเนียมของมอญและพม่า มิได้ลงรอยความกัน เช่นค่าปรับสำหรับการละเมิดชะนิลเดียวกัน หรือวิธีกำหนดค่าปรับนั้น มักจะหาที่เหมือนกันเป็นอย่างเดียวได้ยากในระหว่างกฎหมายไทยกับกฎหมายมอญและพม่า การที่เป็นดังนี้ก็เพราะข้อบังคับต่าง ๆ อันว่าด้วยการกำหนดค่าปรับที่จะพึงใช้แก่กรณีละเมิดนั้น มีบ่อเกิดเนื่องจากจารีตประเพณี และข้าพเจ้าก็ได้เคยกล่าวมาแล้วในข้างต้นของคำสอนนี้ว่า จารีตประเพณีของชนชาติหนึ่งย่อมจะแตกต่างกันมากกับจารีตประเพณีของอีกชนชาติหนึ่ง แม้ถึงว่าชนชาติเหล่านั้นจะได้เข้าสู่ชั้นแห่งความเจริญในทางกฎหมายเป็นชั้นเดียวกันอยู่แล้วก็ตาม ด้วยเหตุนี้จึงไม่เป็นที่น่าประหลาดอันใดในการที่บทบัญญัติของกฎหมายไทยในส่วนที่เกี่ยวกับเรื่องละเมิดอันเป็นเรื่องที่ต้องอาศัยดำเนินตามศีลธรรมประเพณีของชุมชนนั้นเป็นสำคัญนี้ จะพึงแตกต่างกับบทบัญญัติของกฎหมายมอญและพม่า แม้กฎหมายนี้จะมีเค้ามูลอันเดียวกันกับกฎหมายไทยก็ตาม.

อีกประการหนึ่งมีหลักฐานพอเชื่อได้ว่าตั้งแต่ต้นนานมาแล้ว ซึ่งบางที่อาจจะตั้งแต่ตอนต้นสมัยกรุงศรีอยุธยาเอง กฎหมายไทยได้ให้อำนาจแก่รัฐให้แทรกเข้าไปเกี่ยวข้องกับเรื่องละเมิดได้ยิ่งกว่าที่กฎหมายมอญและพม่าได้ให้อำนาจแก่รัฐไว้ แต่ในเรื่องให้อำนาจแก่รัฐนี้กฎหมายไทยก็ยังหาได้เดินไปไกลเหมือนดังกฎหมายฮินดูไม่ คือยังไม่ถือตามนัยแห่งคัมภีร์ธรรมศาสตร์ ว่ารัฐแต่ผู้เดียวมีอำนาจลงโทษ อันมีลักษณะเป็นโทษทางอาญาแก่ผู้ทำผิด กฎหมายไทยยังยอมให้เอกชนผู้เสียหายมีอำนาจเรียกเอาค่าปรับเป็นการไถ่โทษความผิดตามแนวความคิดของกฎหมายเก่าอยู่บ้าง ข้าพเจ้าจะเริ่มบรรยายเป็นหมวดแรกถึงวิธีที่รัฐเข้าแทรกแซงในเรื่องละเมิดนี้แล้ว จะบรรยายถึงบทบัญญัติในกฎหมายเก่าที่แสดงร่องรอยเค้าเงื่อนแห่งสิทธิแก่แก่นตามแนวความคิดในสมัยที่คำบรรพหัตถ์หมวดหนึ่ง ต่อไปจากนี้ จะอธิบายถึงลักษณะอันเป็นพิเศษของความรับผิดชอบเพื่อละเมิดในกฎหมายเก่า อันเป็นความรับผิดชอบ ซึ่งไม่มีลักษณะเป็นการระหว่างเอกชนต่อเอกชน ดังเช่นที่เป็นอยู่ในปัจจุบันนี้ แต่หากเป็นความผิดซึ่งมีอยู่ในระหว่างครอบครัวต่อครอบครัว หมู่ต่อหมู่ อีกหมวดหนึ่ง.

๒. การแทรกแซงของรัฐ

๙. นำเชื่อว่า แม้ตั้งแต่สมัยที่สถาปนากรุงศรีอยุธยา ไทยได้มีจารีตประเพณีอยู่แล้ว ห้ามผู้ต้องความเสียหายเนื่องจากการกระทำอันเป็นผิดนั้น มิให้จัดการแก้แค้นโดย

อาการอย่างใดอย่างหนึ่งลงไปแก่ผู้กระทำผิดด้วยผลการตนเอง และตามอำเภอใจนั้นเป็นอันขาด ทั้งนี้ก็เพราะว่ามีบทบัญญัติเป็นจำนวนมากในกฎหมายเก่า ซึ่งห้ามราษฎรในพระราชอาณาจักร มิให้เข้าใช้กำลังลงโทษบุคคลผู้อื่นที่ได้กระทำความเสียหายให้แก่ตนนั้นเสียเอง ตนจะต้องนำเอาการละเมิดที่ทำให้ตนเสียหายนี้ไปฟ้องร้องยังโรงศาลตามระเบียบเสมอไป และถ้าหากผู้ใดฝ่าฝืนบทบัญญัติดังกล่าวนี้ กฎหมายเก่าบัญญัติให้ต้องรับโทษ ซึ่งบางครั้งก็เป็นโทษหนักและรุนแรง (เพื่อเป็นตัวอย่างขอให้ดูใจ มาตรา ๓๘, ๖๖, ๑๓๑, ๑๓๗ และ ๑๔๐ อาญาหลวงมาตรา ๒๘, ๙๗, ๑๐๒ และ ๑๒๖ อาญาราชฎูรมาตรา ๑, ๒, ๓, ๔, ๖) บทบัญญัติเหล่านี้บางบทยังรักษาลักษณะบางประการอันแสดงให้เห็นชัดเจนถึงความเก่าแก่ของบทบัญญัตินั้น ๆ ซึ่งตามวันในคำปราชญ์อาจจะมีอายุมาตั้งแต่รัชกาลของสมเด็จพระรามาธิบดีที่ ๑ ผู้สร้างอาณาจักรอยุธยาขึ้นก็ได้ พระองค์คงจะมีความใฝ่พระราชหฤทัยเป็นเบื้องแรก ในอันที่จะทรงจัดให้ความสงบเรียบร้อยมีอยู่อย่างมั่นคงในราชอาณาจักรไทยนี้ โดยวิธีบัญญัติห้ามมิให้มีการคิดทำร้ายแก่แค้นกันและกัน อันยอมเป็นเหตุให้เกิดมีการวุ่นวายเนื่อง ๆ อนึ่ง นอกจากนั้นบางทีพระองค์อาจมีพระราชประสงค์ที่จะปราบปรามเสียให้ราบคาบถึงที่สุด ซึ่งบรรดากระแสนกระสายแห่งความเป็นป่วนอันได้บังเกิดขึ้นแล้ว ในโอกาสแห่งยุคที่บ้านเมืองเกิดระส่ำระสาย ก่อนหน้าที่จะได้มีการตั้งราชอาณาจักรอยุธยาขึ้นด้วยก็เป็นได้ แต่จะเป็นอย่างไรก็ตาม การที่มีบทบัญญัติห้ามมิให้ทำการแก้แค้นแก้กันเช่นนี้เป็นจำนวนมากหลาย และการที่บทบัญญัติเหล่านี้ลงโทษแก่ผู้ฝ่าฝืนอย่างรุนแรงทั้งสองประการนี้ ย่อมจะเป็นเครื่องทำให้เห็นว่าชาวไทยมีนิสัยที่จะทนรับความผิดที่ข่มเหงไม่ได้ และจะต้องคิดแก้แค้นทดแทนเสมอไป อันเป็นนิสัยที่จะพึงตัดแก้ได้ด้วยยาก.

ตามกฎหมายในสมัยกรุงศรีอยุธยาถือว่าการแก้แค้น ซึ่งผู้เสียหายได้กระทำตอบแก่ผู้กระทำผิดซึ่งเป็นเหตุให้ตนเสียหายนั้น เป็นการกระทบกระเทือนหมิ่นพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ เช่นการที่บุคคลผู้ซึ่งถูกโจรปล้นได้เข้าทำร้ายโจรถึงแก่ตายลง โดยโจรไม่ได้ต่อสู้ป้องกันอย่างใดนั้น ต้องมีโทษ (โจรมาตรา ๑๓๗) หรือบุคคลที่ถูกทาสของผู้อื่นมาลักเอาทรัพย์สินของตน ถ้าตนจับเอาตัวทาสนั้นไว้เสียโดยผลการ บุคคลผู้ที่ถูกลักทรัพย์สินนั้นย่อมมีความผิด (โจรมาตรา ๑๓๐) ยิ่งกว่านั้น กฎหมายเก่าถือว่าเป็นความผิดอีกเหมือนกัน สำหรับการที่นายหรือเจ้านั้นได้เข้าจับเอาตัวทาสหรือลูกหนี้ซึ่งได้หลบหนีไป และคว่ำหน้าเอาตัวมาคุมไว้ยังบ้านตนโดยผลการ หรือการที่เจ้าของได้มาพบทรัพย์สินของตน เช่นสัตว์ เรือ เกวียน ซึ่งได้หายไปและเข้าจับเอาคืนมายังบ้านของตนโดยผลการ

ในเรื่องเหล่านี้กฎหมายบังคับว่านายกิติ เจ้าหนี้กิติ หรือเจ้าของกิติ จะต้องมอบอายุต์ตัว ทาย หรือลูกหนี้ หรือสัตว์ หรือสิ่งของนั้น ๆ ไว้แก่บุคคลซึ่งผู้เป็นนาย เจ้าหนี้ หรือเจ้า ของได้ไปพบทนาย หรือลูกหนี้ หรือสัตว์ หรือสิ่งของนั้นอยู่ หรืออายุต์ไว้แก่ตราลาการ แล้วภายหลังจึงจะเรียกเอาผู้คน หรือทรัพย์สินเหล่านั้นคืนมาโดยร้องขอในทางศาล (อาญา ราชฎร มาตรา ๑, ๒ และ ๔ - ทาย ตามข้อความในคำปรารภของศักราช ๑๓๘๗) ยิ่งกว่า นั้นอีก การที่ผู้เสียหายบังคับเอาสินไหมโดยผลการตนเอง ก็เป็นที่ถือว่าเป็นการกระทำผิด เหมือนกัน การกำหนดจำนวนเงินที่ผู้ละเมิดจะชำระเป็นหนี้ที่ของศาลที่จะต้องกำหนด หนี้ใช้หนี้ที่ของผู้เสียหายไม่ (ตราลาการ มาตรา ๑๕) ในที่สุดสำหรับบุคคลผู้ซึ่งเคยต้อง โทษมาแล้ว ฐานเข้าจัดการต่าง ๆ เอาโดยผลการตนเอง มิได้ร้องขอกล่าวกันในทางศาล ให้ชอบด้วยระเบียบแบบแผนนั้น หากไปกลับกระทำความผิดซ้ำฐานเดียวกันนี้อีก บุคคล นั้นในการรับโทษครั้งต่อมาทุก ๆ ครั้ง ก็จะต้องถูกเพิ่มโทษฐานไม่เซ็ดหลาบ ให้หนักเพิ่มขึ้นไปทุกครั้ง (อาญาหลวง มาตรา ๙๗ และ ๑๐๒) บทบัญญัติสุดท้ายนี้เป็นเครื่องแสดง ให้เห็นชัดถึงอุปสรรคความขัดข้อง ซึ่งพระมหากษัตริย์ต้องทรงประสพในการที่จะกำราบ ปราบปรามมิให้ราษฎรใช้กำลังทำการแก้แค้นตอบแทนซึ่งกันและกัน^(๑)

๑๐. น่าเชื่อได้ว่า วิธีการที่ยอมให้ผู้เสียหายเรียกเงินสินไหมได้แทนการแก้แค้นนั้น เป็นเรื่องที่เคยปฏิบัติกันนานมาแล้ว ก่อนสมัยตั้งกรุงศรีอยุธยา กล่าวคือ จำนวนค่าสินไหมที่ผู้ละเมิดต้องใช้ในกรณีละเมิดต่าง ๆ นั้น ในชั้นแรกจาวีตประเพณีเองได้ค่อย ๆ วาง กำหนดลงไป ในกาลต่อมาพระมหากษัตริย์ได้ทรงเปลี่ยนแปลงแก้ไขอัตราค่าสินไหมซึ่ง จารึตประเพณีได้กำหนดไว้แล้ว แต่วิธีเรียกเงินเป็นค่าทำขวัญแทนการแก้แค้นนั้น พระ มหากษัตริย์หาได้เป็นผู้ตั้งขึ้นไม่ เพราะเป็นวิธีที่ย่อมเกิดขึ้นเองต่อเมื่อมนุษย์มารวมกันเข้า เป็นหมู่เป็นเหล่า โดยไม่ว่าชุมชนมนุษยชาติใด ถ้าจะคงไว้วิธีให้สมาชิกในชุมชนุมชนทำการ แก้แค้นกันอยู่เรื่อย ๆ เพื่อตอบแทนการละเมิดที่เกิดขึ้นในระหว่างกันแล้ว ชุมชนมนุษยชนนั้น

(๑) ให้สังเกตว่าในกฎหมายลักษณะอาญาหลวงมาตรา ๙๗ นั้น เป็นบทที่ซ้ำกันกับมาตรา ๑๐๒ กฎหมายบทหลังนั้นจะเป็นบทที่พระบรมไตรโลกนาถได้ทรงบัญญัติเพิ่มขึ้นในกฎหมายลักษณะอาญา หลวงฉบับเดิม พระมหากษัตริย์พระองค์นี้เองจึงเป็นพระองค์แรกที่ทรงพระราชดำริให้มีการเพิ่ม โทษฐานไม่เซ็ดหลาบแก่ผู้ที่ใช้สิทธิแก้แค้นโดยผลการ การที่ต้อคงคิดให้มีวิธีเพิ่มโทษเช่นนี้ชี้ให้เห็นว่า ตั้งแต่สร้างกรุงศรีอยุธยามาจนถึงรัชกาลนี้ (พ.ศ. ๑๙๑๑-๒๐๑๑) การใช้กำลังแก้แค้นตอบแทนยัง คงมีอยู่เสมอมา โดยแม้จะได้มีกฎหมายออกห้ามแล้วในเวลาเริ่มตั้งกรุงศรีอยุธยารัชสมัยพระรามาธิบดีที่ ๑

ยอมจะตั้งอยู่ในความสงบไม่ได้ โดยเหตุนี้จึงนำสันนิษฐานได้ว่า แม้ตั้งแต่ก่อนสร้างกรุงศรีอยุธยาแล้ว การใช้สิทธิแก่แก่นั้นได้เลิกเสียนานแล้ว และใช้กันภายในรูปของการเรียกเงินเป็นค่าทำขวัญ โดยบุคคลที่ถูกละเมิดเสียหายเป็นผู้เรียกร้องเอาจากผู้ละเมิด ตามจำนวนที่จารีตประเพณีได้กำหนดวางลงไว้แล้ว เว้นเสียแต่ในบางกรณีพิเศษ เช่น ในกรณีฆ่าคนตายซึ่งยังปฏิบัติกันอยู่ตามเดิม ดังจะได้พรรณานต่อไป ครั้นเมื่อตั้งกรุงศรีอยุธยาขึ้นแล้ว พระเจ้าแผ่นดินก็ได้ทรงเข้าแทรกเกี่ยวข้องกับในข้อพิพาทต่าง ๆ ที่เกิดขึ้นในระหว่างเอกชนตามกล่าวมาแล้ว แต่การเข้าแทรกเกี่ยวข้องกับพระเจ้าแผ่นดินในเรื่องละเมิดนี้ หาได้เป็นไปตามทำนองเดียวกับที่เป็นอยู่ในกฎหมายปัจจุบันไม่ คือ ในเวลานี้พระเจ้าแผ่นดิน หรือรัฐแทรกเข้ามาเพื่อประสงค์จะเพาะแต่จะลงโทษผู้กระทำผิดละเมิดกฎหมายเท่านั้น ในสมัยเก่าพระเจ้าแผ่นดินมีพระราชประสงค์ที่จะแทรกเข้ามาเพื่อจะดำเนินการให้ผู้ถูกละเมิดได้รับประโยชน์ ตามที่จารีตประเพณีได้ให้ผู้นั้นมีสิทธิจะได้รับ ฉะนั้นคำพิพากษาที่ต้องมีขึ้นมีผลสำคัญแต่เพียงบังคับให้ผู้ละเมิดใช้ค่าทำขวัญแก่ผู้ถูกละเมิดตามประเพณีเดิมเท่านั้น แต่พระเจ้าแผ่นดินอาจจะให้ลงโทษเพิ่มเติมแก่ผู้ทำละเมิดได้ในฐานที่พระองค์ทรงเป็นผู้พิทักษ์ความสงบสุขให้แก่ประชาชน.

๑๑. เหตุใดพระเจ้าแผ่นดินจึงได้ทรงเข้าเกี่ยวข้องกับแทรกแซงในข้อพิพาทได้เถียงกันระหว่างเอกชน. ประการแรกเป็นแต่ความสันนิษฐาน ยังไม่มีหลักฐานพอให้เชื่อเป็นความจริงได้ คือ เมื่อก่อนการตั้งอาณาจักรอยุธยา ชาวไทยได้แยกออกเป็นก๊กเล็ก ๆ และต่างก๊กก็มีหัวหน้าปกครอง โดยมีอำนาจเกือบจะเป็นอิสระในก๊กนั้น ๆ การที่มีหลายก๊กนี้คงจะเป็นเหตุที่ทำให้ข้อพิพาทอาจฝ่าฝืนข้อบังคับของกฎหมายเรื่องละเมิดได้อย่างสะดวก เพราะเช่นว่าถ้าฝ่ายผู้ทำละเมิดได้เป็นคนอยู่ในก๊กที่มีกำลังอำนาจมากกว่าก๊กที่ผู้ถูกละเมิดนี้สังกัดอยู่ ผู้ถูกละเมิดนี้จะเรียกเอาค่าทำขวัญซึ่งตนมีสิทธิจะได้จากผู้ทำละเมิด ก็ย่อมจะทำได้ด้วยลำบาก เพราะผู้นี้อาจจะอาศัยกำลังอำนาจแห่งก๊กของตนมาขู่ เพื่อปิดพัวหลีกเลียงการชำระค่าทำขวัญ ที่กล่าวนี้เป็นเรื่องระหว่างคู่พิพาทที่อยู่ต่างก๊กกัน ถ้าคู่พิพาทอยู่ในก๊กเดียวกัน การเรียกค่าทำขวัญก็อาจจะไม่เรียบริบร้อยไปได้อีกเหมือนกัน เพราะอาจจะเห็นว่าหัวหน้าได้ใช้อำนาจของตนโดยไม่ชอบ เพื่อหาผลประโยชน์ให้ตนเองหรือให้แก่ฝ่ายที่ตนโปรดปราน โดยวิธีบังคับเรียกเอาค่าทำขวัญเกินไปกว่าในอัตราที่จารีตประเพณีวางกำหนดไว้ เนื่องจากเหตุนี้ พระเจ้าแผ่นดินกรุงศรีอยุธยาจึงได้ทรงใส่พระราชหฤทัยเป็นข้อแรกที่จะตัดอำนาจของหัวหน้าก๊ก มิให้ทำการขัดขวางต่อจารีตประเพณีได้โดยบัญญัติกฎหมาย

ให้คู่พิพาทจำต้องนำเอาข้อพิพาทมาฟ้องร้องยังศาล และห้ามเด็ดขาดมิให้ใช้กำลังหักโหมบังคับเอาค่าทำขวัญจากกันโดยพลการ.

ข้อสันนิษฐานประการต่อมาก็คือ อาจจะได้เกิดมีการรู้สึกกันขึ้นแต่เห็นว่า วิธีเรียกค่าทำขวัญที่จารีตประเพณีได้วางไว้นั้น ออกจะไม่เป็นสิ่งที่เพียงพอเสียแล้ว สำหรับทำความมั่นคงให้แก่ความสงบเรียบร้อยของประเทศ ในขั้นแรกก็เห็นได้ง่ายก่อน ก็คือเงินปรับที่จารีตประเพณีให้เรียกเอาได้นั้น แม้ในบางกรณีถึงจะมีจำนวนมาก แต่จำนวนเงินอันมากมายนั้นก็ยังเป็นโทษอันไม่มีความรุนแรงเพียงพอ เพื่อปราบปรามความผิดได้ อนึ่งการละเมิดนั้นมิได้ทำความเสียหายให้แต่จะเพาะผู้ถูกละเมิดโดยตรงเท่านั้น แต่ยังเลยไปทำความเสียหายแก่ชุมชนชน คือ ก่อความกระทบกระเทือนให้แก่ความสงบเรียบร้อยของชุมชนชนอีกด้วย ยิ่งในเมื่อการละเมิดนั้นรุนแรงร้ายกาจ อากาศที่ความสงบเรียบร้อยของชุมชนชนถูกกระทบกระเทือน ก็ยิ่งจะเห็นได้ชัด เงินปรับซึ่งผู้ถูกละเมิดเรียกเอาจากผู้ทำละเมิดนั้นมีวัตถุประสงค์มุ่งหมายแต่เพียงจะทดแทนความเสียหายให้แก่ผู้ถูกละเมิด เพื่อจะได้ทำความให้อาฆาตคุมแค้นที่ผู้ที่มีต่อผู้ทำละเมิดระงับสงบลง แต่หาได้เลยไปทดแทนความเสียหายของชุมชนชน ซึ่งเนื่องจากความสงบเรียบร้อยได้ถูกรบกวนกระทบกระเทือนดังกล่าวแล้วนั้นไม่ ก็เมื่อเอกชนผู้ถูกละเมิดเสียหายมีสิทธิจะเรียกให้ผู้ทำละเมิดทดแทนความเสียหายได้ รัฐก็ย่อมมีสิทธิลงโทษผู้ทำละเมิดได้บ้าง เพื่อผลคงป้องกันให้ความสงบเรียบร้อยของประชาชนดำรงมั่นคง โทษที่รัฐจะลงนี้เป็นโทษที่ลงเพิ่มเติมจากการบังคับให้ชำระค่าทำขวัญแก่บุคคลผู้ถูกละเมิด เป็นโทษที่ได้ส่วนสัมพันธ์กับเจตนาทุกจริตของผู้กระทำผิดและความหนักเบาของความผิด ในทางที่ทำความปั่นป่วนกระทบกระเทือนให้แก่ความสงบเรียบร้อยของประชาชน และไม่ใช่ได้ส่วนสัมพันธ์กับความเสียหายที่เกิดแก่บุคคลผู้ถูกละเมิดโดยตรง การที่พระเจ้าแผ่นดินได้ทรงวางบทบัญญัติให้ผู้ถูกละเมิดต้องนำข้อพิพาทไปฟ้องร้องยังศาลเช่นนี้ จึงเปิดโอกาสให้พระองค์ทรงบัญญัติโทษเพิ่มเติมขึ้นได้ โดยอาศัยพระราชอำนาจของพระองค์ในฐานะที่ทรงเป็นประมุข มีพระราชภาระจัดการให้ประชาชนตั้งอยู่ในความเคารพ ไม่ล่วงเกินสิทธิของกันและกัน ทั้งเป็นวิธีให้ผู้ถูกละเมิดมีส่วนช่วยด้วยในการลงโทษผู้ทำละเมิดเพื่อประโยชน์แก่ชุมชนชนด้วย เมื่อเป็นเช่นนั้น การแทรกแซงเข้าเกี่ยวข้องของพระองค์นี้ จึงหาได้มีประโยชน์แต่เพียงให้ผู้เสียหายได้รับเงินสินไหมเท่านั้นไม่ แต่ยังมีประโยชน์แก่การที่จะยังความสงบสุขมั่นคงให้ยั่งยืนอยู่ในชุมชนด้วย.

สรุปความว่าการแทรกแซงของพระเจ้าแผ่นดินนี้ เนื่องมาจากมูลเหตุสองประการ คือ ทรงมีพระราชประสงค์ที่จะให้ผู้ถูกละเมิดได้รับค่าทำขวัญตามสมควร อันเป็นความประสงค์ใหญ่ในเมืองต้นประการหนึ่ง กับมีพระราชประสงค์ที่จะปราบปรามการอันเป็นประนีประนอมต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชนมิให้เกิดมีขึ้นใหม่ได้อีกประการหนึ่ง พระเจ้าแผ่นดินได้ทรงแทรกแซงเข้ามาในการละเมิดระหว่างเอกชน ด้วยมีพระราชประสงค์ ๒ ประการเช่นนี้ตลอดมาจนถึงในสมัยกฎหมายปัจจุบัน กฎหมายปัจจุบันนี้แยกลักษณะทางอายุของการละเมิดออกไว้ต่างหากจากลักษณะทางแพ่ง การแทรกแซงของพระเจ้าแผ่นดินจึงมีวัตถุประสงค์มุ่งหมายแต่เพียงอย่างเดียว คือ ที่จะปราบปรามการอันกระทบต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน และมีได้เกี่ยวข้องกับการเรียกค่าสินไหมทดแทนสำหรับเอกชนผู้ถูกละเมิดอย่างแต่เดิม.

๑๒. วิธีที่รัฐแทรกแซงเข้ามาเกี่ยวในเรื่องละเมิดตามที่ปรากฏในกฎหมายไทยมีอยู่สองอย่าง คือวิธีอย่างหนึ่ง จำนวนเงินปรับ ซึ่งแต่ก่อน ๆ ตกเป็นของผู้ถูกละเมิดเสียหายทั้งหมดนั้นต้องตกไปให้แก่พระคลังหลวงส่วนหนึ่งอันเรียกว่าพินัย. ตั้งแต่ขณะนั้นไปเงินปรับที่เรียกเอามาได้จากผู้กระทำละเมิดตามอัตราที่จารีตประเพณีวางไว้แล้ว จึงจะต้องแบ่งระหว่างผู้ถูกละเมิดกับรัฐ น่าเชื่อว่าในตอนต้น ๆ การที่ชักเอาส่วนหนึ่งของเงินปรับมาให้แก่รัฐนั้น ก็เสมือนหนึ่งว่าเป็นค่าธรรมเนียมให้แก่รัฐในการที่เข้ามาช่วยเหลือผู้ถูกละเมิดเพื่อเรียกร้องเอาเงินปรับมาจากผู้ทำละเมิด. แต่ครั้นเมื่อเวลาล่วงต่อมาเงินพินัยที่เป็นส่วนได้แก่รัฐนั้น ถือกันว่าเป็นค่าปรับที่จะต้องบังคับเอาแก่ผู้ทำละเมิด เพื่อเป็นการลงโทษที่ตนได้เป็นต้นเหตุก่อความให้เกิดความไม่สงบเรียบร้อยในชุมชนมนุษย์. แต่แม้กระนั้นแล้ว, ในต่อมาไม่ช้าก็ได้เกิดมีการเห็นกันขึ้นอีกว่า เงินปรับนั้นหาเป็นโทษที่เพียงพอแก่การปราบปรามความผิดไม่ เพราะในการกำหนดเงินปรับนี้ได้พุ่งเล็งถึงผู้ถูกละเมิดเสียหาย และไม่ได้พุ่งเล็งถึงการกระทบกระเทือนบ้านป่วนที่เกิดขึ้นแก่ชุมชนมนุษย์. โดยเหตุนี้จึงต้องคิดให้มีการลงโทษทางร่างกาย ให้หนักเบาตามน้อยตามความรุนแรงของการกระทบกระเทือนที่มีแก่ชุมชนมนุษย์เป็นพิเศษนอกจากออกไปจากโทษปรับ การเพิ่มให้ลงโทษทางร่างกายขึ้นนี้เป็นวิธีสำคัญที่แสดงให้เห็นชัดถึงการเข้าแทรกแซงของรัฐเข้ามาในเรื่องละเมิดอีกอย่างหนึ่ง. โดยวิธีนี้เอง กฎหมายอาญาอันแท้จริงจึงได้บังเกิดขึ้นเป็นสาขาพิเศษแห่งกฎหมาย และขยายขยายเจริญขึ้นทีละน้อยเป็นลำดับ แต่สำหรับในประเทศไทย กฎหมายอาญาที่เกิดขึ้นนี้หาได้ยกเลิกวิธีการเรียกเงินปรับ เพื่อลงโทษเป็นส่วนตัวอันเป็นวิธีดั้งเดิมเข้ามาได้เป็นมา

ในกรุงโรมไม่ แต่หากได้เจริญขยายตัวคู่ขนานกันไปกับวิธีลงโทษเดิมนั้น และได้เป็นเสมือนอนุปรภพของวิธีนี้.

๑๓. ครั้นเมื่อการวิวัฒน์เปลี่ยนแปลง ตามที่กล่าวมาข้างต้นนี้ถึงที่สุดลง ก็ได้เป็นที่ปรากฏว่า การละเมิดกล่าวคือการกระทำอันไม่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งก่อให้เกิดความเสียหายแก่เอกชนนั้นได้แบ่งออกเป็นสองจำพวกตามความสำคัญมากน้อยของการเอาใจใส่ของรัฐเพื่อลงโทษปราบปราม คือ แบ่งเป็น

๑. การละเมิดซึ่งถือกันว่าเป็นการกระทบกระเทือนต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน ผู้ทำละเมิดนอกจากจะถูกปรับเป็นพินัยและสินไหมให้แก่รัฐและผู้เสียหายแล้วยังจะต้องถูกลงโทษทางร่างกายอีก ซึ่งย่อมมีความหนักหรือเบาสุดแต่กรณี.

๒. การละเมิดซึ่งถือกันว่าเป็นแต่เพียงทำความเสียหายให้เฉพาะแต่ผู้ถูกละเมิดเท่านั้น ผู้กระทำละเมิดจะถูกบังคับให้ชำระแต่เพียงเงินปรับโดยรัฐยอมแบ่งเอาส่วนหนึ่งแห่งเงินปรับนี้ไปในฐานะเป็นค่าธรรมเนียมมากกว่าในฐานะเป็นค่าปรับแท้ ๆ.

เส้นเขตต์แบ่งระหว่างการละเมิดสองจำพวกนี้ไม่ค่อยจะมีความแน่นอนนัก. กฎหมายลักษณะวิवाद มาตรา ๔๓ มุ่งจะวางหลักอันจะพึงใช้ได้ทั่วไป ในกรณีที่เกี่ยวข้องละเมิดทำร้ายร่างกายบาดเจ็บเพื่อให้ศาลวินิจฉัยได้ว่า กรณีใดควรลงโทษอาญา กรณีใดควรลงแค่เพียงโทษปรับ ตามบทบัญญัติในมาตรานี้ ถ้าหากการทำร้ายบาดเจ็บเกิดขึ้นจากการวิวาททำร้ายกันและกัน ถือว่าเป็นการละเมิดทำความเสียหายให้เป็นส่วนเอกชน คล้ายกับการที่ข้างต่อข้างเข้าต่อกัน หรือควายเข้าต่อหากัน การละเมิดทำร้ายเช่นนี้จะมีผลแต่เพียงให้บังคับเรียกเอาเงินค่าปรับตามที่กฎหมายกำหนดไว้เท่านั้น. ในเรื่องเช่นนี้รัฐจะแทรกเข้ามาเกี่ยวข้อง ก็เพื่อให้ผู้บาดเจ็บมีความแน่ใจในอนาคตจะได้รับชำระค่าทำขวัญอันตนมีสิทธิจะได้รับตามประเพณีเดิม แต่ทว่าถ้าหากการกระทำร้ายบาดเจ็บได้มีขึ้นในขณะที่มิได้มีการวิวาทต่อสู้กัน ผู้ทำละเมิดได้เข้าทำร้ายเอาฝ่ายเดียวด้วยเจตนา โดยทางฝ่ายผู้เสียหายมิได้ก่อเหตุยั่วแต่อย่างใด ในกรณีเช่นนี้จะถือว่าการกระทำร้ายนั้นได้กระทบกระเทือนต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน. การละเมิดกลายเป็นความผิดอาญา และมีผลให้ผู้ทำละเมิดต้องรับโทษทางร่างกายหนักหรือเบาสุดแต่กรณี หลักในการละเมิดทำร้ายบาดเจ็บตามบทบัญญัติแห่งลักษณะวิवादมาตรา ๔๓ นี้ ศาลได้ใช้เนื่อง ๆ ตลอด

มาจนถึงเวลาที่กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. ๑๒๗ ได้ยกเลิกกฎหมายลักษณะวิวาทเสีย^(๑) นอกจากในเรื่องทำร้ายร่างกายบาดเจ็บแล้ว ในเรื่องละเมิดกรรมอื่น ๆ เช่น การละเมิดที่กระทำต่อทรัพย์สิน กฎหมายเก่าหาได้วางหลักสำหรับใช้เป็นเกณฑ์ในการแยกจำพวกการละเมิดไว้อีกไม่ ฉะนั้นจึงเพื่อจะทราบว่าการละเมิดกรรมใดบ้าง ผู้ทำละเมิดจะต้องมีโทษทางอาญาด้วย และกรรมใดบ้างไม่ต้องมีโทษทางอาญาด้วย ศาลจึงจำเป็นต้องไปตรวจพิเคราะห์ดูเอาที่ตัวบทอันบัญญัติถึงการละเมิดกรรมนั้น ๆ ตามแนวโครงการแห่งคำสอนนี้ไม่ได้กำหนดว่า จะอธิบายถึงการที่โทษทางอาญาค่อย ๆ มีขึ้นเพิ่มเติมแก่การละเมิดเป็นลำดับมา กับทั้งจะไม่บรรยายถึงความวิวัฒนาการเปลี่ยนแปลงในเชิงความคิดอันเกี่ยวกับสภาพของเรื่องโทษด้วย เพราะการศึกษาเรื่องละเมิดนี้ก็ศึกษาเฉพาะแต่ส่วนที่การละเมิดเป็นมูลให้เกิดหนี้ขึ้น เพื่อประโยชน์แก่บุคคลผู้ได้รับความเสียหาย โดยไม่เพ่งเล็งถึงเรื่องละเมิดในแง่กฎหมายอาญาอีกฐานหนึ่ง.

ข้าพเจ้าจะขอชี้ให้เห็นแต่เพียงว่า การลงโทษทางร่างกายนั้น ในเวลาต่อมา กฎหมายไทยยอมให้ผู้กระทำผิดได้โทษได้ด้วยเงินจำนวนหนึ่ง ตามอัตราที่กำหนดไว้ในตอนท้ายกฎหมายลักษณะกรรมศักดิ์ วิธีการไต่โทษทางร่างกายนี้ เป็นการที่กลับเข้ารอยเดิม คือ นำเอาวิธีปฏิบัติดั้งเดิม ซึ่งยอมให้ผู้กระทำผิดหลุดพ้นจากการต้องลงโทษตามประเพณีแก่กันได้ ด้วยนำเอาเงินมาใช้ให้แก่ผู้ต้องความเสียหาย ที่ยอมให้มี การไต่โทษได้เช่นนั้น ก็เป็นเพราะในขณะนั้นได้ล้มกันไปแล้วว่า โทษทางร่างกายที่รัฐได้ตั้งขึ้นนั้น เป็นโทษที่ใช้ลงเพิ่มเติมสินไหมและพินัย เนื่องจากโทษปรับเป็นสินไหมพินัยดั้งเดิมนั้น งามมีความรุนแรงเพียงพอที่จะปราบปรามการกระทำผิดได้ไม่. การกลับปล่อยให้ผู้กระทำผิดได้โทษที่รัฐลงเสียได้เช่นนั้น ก็เป็นเสมือนกับในครั้งตั้งค่าบรรพที่ยอมให้ผู้ทำร้ายหลุดพ้นจากการจะถูกแก้แค้นได้ ด้วยนำเงินมาให้แก่ผู้ถูกทำร้ายเสีย โดยเหตุที่มีวิธีไต่โทษได้เกิดขึ้นเช่นนี้เอง การบัญญัติลงโทษทางร่างกายจึงกลับไม่มีผล เมื่อการเป็นเช่นนั้น จึงได้มีบทบัญญัติกฎหมายขึ้นใหม่บางบท ซึ่งบัญญัติไว้เด็ดขาดว่า โทษที่ใช้ลงตามบทบัญญัตินั้น ๆ จะมีการไต่ไม่ได้เป็นอันขาด และซ้ำยังมีบทบัญญัติบางบทที่กำหนดให้เปลี่ยนโทษปรับตามบทนั้น ๆ เป็นโทษเขียนเสียอีกด้วย ในกรณีนี้ผู้กระทำผิดอันจะต้องโทษปรับนั้นเป็นบุคคลที่มีความสมบูรณ์มั่งคั่งในทรัพย์สินเป็นต้น (ขบถศีก มาตรา ๕๕).

(๑) ให้อำนาจของลูกขุน พ.ศ. ๒๔๒๑ ซึ่งลงพิมพ์ไว้ในราชกิจจานุเบกษา จุลศักราช ๑๒๔๐ หน้า ๘๔-๘๕ เป็นต้น และคำอธิบายได้มาตรา ๔๓ กฎหมายลักษณะวิวาท ในกฎหมายฉบับพิมพ์ของกรมหลวงราชบุรีดิเรกฤทธิ์

๓. สิทธิแก้แค้น

๑๔. กรณีที่กฎหมายเก่าของไทยยอมให้ผู้ถูกละเมิดทำการแก้แค้นได้ด้วยตนเอง ก็มีบ้าง แต่ควรนับว่าเป็นข้อยกเว้น กรณีเช่นนี้โดยมากเป็นการป้องกันตัว อันเป็นเหตุยกเว้นความผิด ซึ่งมีอยู่แม้ในกฎหมายสมัยปัจจุบันนี้ เช่นเจ้าบ้านจะจับโจรซึ่งเข้าไปในบ้านเรือนของตน โจรต่อสู้เจ้าบ้าน ๆ ฟันแทงโจรตายตั้งนี้ยอมไม่มีความผิด (โจรมาตรา ๑๓๗) แต่การที่ยอมให้บิดามารดาทำร้ายชายที่ลอบมาหาบุตรของตนยังเรือนตนได้ (ผู้เมียมาตรา ๘๑) นี้เป็นเรื่องที่มีสมมุติฐานเนื่องมาจากแนวความคิดในเรื่องแก้แค้น ที่จริงในชั้นเดิมที่เตียวตู่เหมือนบิดามารดาจะมีอำนาจฆ่าชายที่ลอบมาหาบุตรของตนเสียด้วยซ้ำไป เพราะตามมาตรา ๘๒ แห่งกฎหมายลักษณะผู้เมียนั้น ห้ามมิให้บิดามารดาของหญิงกระทำเช่นนั้นได้อีก ซึ่งคล้ายกับเป็นการเพิกถอนอำนาจที่เคยมีมาก่อน ในต่อม่ออีกชั้นหนึ่ง กฎหมายห้ามมิให้บิดามารดาของหญิงทำร้ายให้บาดเจ็บสาหัสแก่ชายที่ลอบมาหาบุตรของตน บิดามารดายังคงมีอำนาจทำร้ายไม่ถึงสาหัส ความคิดในเรื่องแก้แค้นได้มาเป็นสมมุติฐานเช่นเดียวกันอีกในเรื่องที่ปล่อยให้สามีมียอำนาจฆ่าชายที่มาทำชู้ด้วยภริยาของตนตามที่จะได้อธิบายโดยพิศดารในภายหลัง แต่กรณีที่แสดงให้เห็นชัดถึงร่องรอยแห่งสิทธิแก้แค้นในกฎหมายเก่า คือ กรณีฆ่าคนตาย.

๑๕. ตามพระราชกำหนดฉบับหนึ่ง ออกประกาศในรัชกาลของพระเจ้าบรมโกศ^(๑) ปรากฏว่าในกรณีมีผู้ร้ายฆ่าคนตายนั้น ตามประเพณีที่ปฏิบัติกันมานานแล้วยอมที่จะต้องส่งตัวผู้ร้ายที่จับได้นั้นให้แก่หัวหน้าครอบครัว (เจ้าภาพ) ของผู้ที่ถูกทำร้ายตายลงนั้น เพื่อให้หัวหน้าครอบครัวนั้นฆ่าผู้ร้ายนั้นตายเสียตกลงตามกัน คำว่า “ให้ฆ่าเสียตกลงตามกัน” นี้ที่พบอยู่ในพระราชกำหนดฉบับนี้ ปรากฏมีอยู่ในบทบัญญัติกฎหมายเก่าอีกหลายแห่งและแม้ในปัจจุบันนี้ก็ยังใช้กันเสมอ ๆ คำนี้เตือนใจให้เราย้อนไปรำลึกถึงเรื่องประเพณีโบราณที่บัญญัติให้ลงโทษผู้กระทำผิดด้วยการกระทำอย่างเดียวกันกับที่ผู้ผิดได้กระทำขึ้น (Lex talionis) อันเป็นเรื่องแก้แค้นกันเห็นได้ชัด ๆ แต่อย่างไรก็ดี แม้ในพระราชกำหนดนี้จะได้กล่าวถึงความไว้ชัดเจนว่า หัวหน้าครอบครัวได้เคยมีอำนาจให้ฆ่าคนร้ายให้ตายตกลงตามกันได้ ความจริงก็คงจะมีได้มุ่งหมายให้ครอบครัวของผู้ตายลงมือจัดการฆ่าคนร้ายเสียเอง ทั้งนี้ก็เพราะมีบทบัญญัติอื่น ๆ ซึ่งออกประกาศใช้ก่อนรัชกาล

(๑) พระราชกำหนดเก่าข้อ ๑๑ ลงวันอังคาร ขึ้น ๕ ค่ำ เดือน ๗ ปีกุน จุลศักราช ๑๑๐๕ ตรงกับวันที่ ๒๗-๒๘ พฤษภาคม ๒๒๘๖

ของพระเจ้าบรมโกษ (มีอาทิวาท มาตรา ๒๐ และโจรมาตรา ๒๖) ทั้งมีหนังสือที่เดอลาลูแบร์เรียบเรียงขึ้นเป็นหลักฐานประกอบด้วย^(๑) แสดงเป็นการแน่นอนว่าในสมัยกรุงศรีอยุธยา นั้น นักโทษที่ถูกพิพากษาให้ต้องโทษประหารชีวิตนั้น จะถูกประหารชีวิตได้ก็แต่เมื่อได้รับพระราชานุญาตแล้ว ดังนั้นเราจึงย่อมจะลงสันนิษฐานได้ว่า ตามข้อความในพระราชกำหนดพระเจ้าบรมโกษนี้คงจะมีความหมายแต่เพียงว่า ให้นำเอาตัวคนร้ายไปใส่จะเพาะหน้าญาติผู้เป็นหัวหน้าครอบครัวของผู้ตาย เพื่อจะให้ออกคำชี้ขาดเป็นคนแรกถึงการที่จะให้จัดการเป็นประการใดแก่คนร้ายนั้น ถ้าญาติผู้ชี้ขาดว่าให้ประหารชีวิต ก็จะต้องส่งตัวคนร้ายนั้นให้แก่เพชรฆาต และถูกประหารชีวิตตามพระราชโองการซึ่งพระเจ้าแผ่นดินจะได้ทรงมีมาให้จัดการประหารชีวิตคนร้ายนั้นได้ แต่ถ้าญาติของผู้ตายยกโทษไม่ยอมทำอันตรายแก่ชีวิตของคนร้ายและพอใจแต่เพียงเป็นต้นว่าให้บังคับคนร้ายช่วยชำระค่าใช้จ่ายต่าง ๆ ในการทำศพผู้ตาย ในกรณีเช่นนี้ก็ต้องปล่อยตัวคนร้ายไปให้พ้นจากโทษตามวิธีปฏิบัติที่ปรากฏเห็นได้ชัดว่าญาติของผู้ตายหาได้หมดสิทธิแก่แผ่นดิน แต่ทว่าการใช้สิทธินี้จะพึงเป็นไปได้ก็แต่โดยอาศัยความช่วยเหลือจากอำนาจของบ้านเมือง ส่วนพระราชานุญาตของพระเจ้าแผ่นดินที่ให้ประหารชีวิตได้นั้น ถ้าหากพระเจ้าแผ่นดินไม่พระราชทานพระราชานุญาตแล้ว ก็เป็นเหตุให้ญาติของผู้ตายหมดโอกาสที่จะใช้สิทธิแก่แผ่นดินให้เป็นผลสำเร็จได้ก็จริงอยู่ แต่ถึงกระนั้นก็ควรสังเกตไว้ว่าการที่พระเจ้าแผ่นดินทรงแทรกเข้ามาขัดขวางการใช้สิทธิแก่แผ่นดินโดยไม่พระราชทานพระราชานุญาตให้ประหารชีวิตคนร้ายนี้ จะเกิดขึ้นก็แต่ในระยะเวลาที่สอง หลังจากที่ญาติของผู้ตายได้แสดงความจำนงชี้ขาดของตนเป็นคนแรกแล้ว พระราชโองการของพระเจ้าแผ่นดินในกรณีนี้จึงหาควรถือไม่ว่าเป็นอันใช้แทนคำชี้ขาดของญาติผู้ตายได้ทีเดียว หากเป็นแต่เพียงการอนุญาตตามคำชี้ขาดของญาติของผู้ตายซึ่งมีสิทธิจะทำการแก่แผ่นดินเท่านั้น เพราะเป็นธรรมดาอยู่เองที่ในเมื่อจะมีการปลดชีวิตพลเมืองของพระองค์ลงคนหนึ่ง พระองค์ย่อมจะต้องเป็นผู้ที่มีอำนาจเด็ดขาดในการจะยอมให้กระทำเช่นนั้นหรือหาไม่.

อนึ่ง พระราชกำหนดฉบับที่กล่าวข้างบนนี้ยังกล่าวความให้เราทราบอีกว่าในสมัยรัชกาลพระเจ้าบรมโกษ ญาติของผู้ตายโดยเกรงกลัวว่าตนจะกระทำที่เป็นบาปเป็นอกุศลกรรมก็มักจะไม้ออกคำชี้ขาดให้ลงโทษประหารชีวิตแก่คนร้าย และพอใจแต่ก็เพียงจะบังคับให้คนร้ายนั้นบวชเป็นภิกษุอยู่ในพระอารามเสีย หรือมิฉะนั้นก็ให้ช่วยออกค่าใช้จ่าย

(๑) หนังสือ *Du Royaume de Siam*, เล่ม ๑ หน้า ๒๖๕

จ่ายในการทำศพ เป็นการทำบุญให้แก่ผู้ตาย เมื่อญาติของผู้ตายโดยมากทำเสียดังนี้ ก็เป็นอันว่าคนร้ายนั้นย่อมจะไม่ต้องรับโทษทัณฑ์อย่างใด และย่อมจะกระทำความผิดได้ต่อไปอีก สถานการณ์เช่นนี้จัดว่าเป็นอันตรายมากอยู่ จึงเพื่อจะกำจัดให้สูญสิ้นไป พระเจ้าบรมโกษจึงได้ออกพระราชกำหนดฉบับนี้เอง บัญญัติว่าตั้งแต่บัดนี้ไปในภายหน้า จะไม่ยอมให้อำนาจจัดการกับคนร้ายฆ่าคนตายนั้น ตกอยู่ในมือของญาติของผู้ตายโดยเด็ดขาด เช่นแต่ก่อน แต่จะต้องส่งตัวคนร้ายฆ่าคนตายทุกคนไปให้จำไว้ในคุกจนกว่าจะสิ้นชีวิตตามเหตุผลที่กล่าวไว้ในพระราชกำหนดของพระเจ้าบรมโกษนี้ ส่อให้เห็นว่าแม้ในโอกาสนี้พระเจ้าแผ่นดินก็ยังมิได้มีพระราชประสงค์ที่จะเพิกถอนสิทธิของญาติผู้ตายโดยสิ้นเชิง ความจริงพระองค์มีพระราชประสงค์ แต่เพียงจะป้องกันแก่ไขมิให้เกิดอันตรายขึ้น ได้จากการที่ญาติของผู้ตายยอมปล่อยคนร้ายไปเสีย เพราะญาติเหล่านั้นมักจะไม้ออกคำชี้ขาดให้ประหารชีวิต แม้คนร้ายนั้นได้ฆ่าสมาชิกในครอบครัวของตนก็ดี ครั้นเมื่อญาติไม่กล้าออกคำชี้ขาดให้ฆ่าคนร้ายเช่นนั้นแล้ว ก็ต้องปล่อยให้คนร้ายนั้นให้เป็นอิสระไปโดยไม่สามารถจะทำโทษผู้ร้ายอย่างอื่นได้ เพราะราษฎรย่อมไม่มีที่สำหรับจงจำให้กักขังผู้ร้ายได้อย่างมั่นคง ฉะนั้นในกรณีที่ญาติของผู้ตายไม่สามารถใช้สิทธิแก้แค้นของตน พระเจ้าแผ่นดินจึงต้องเข้าบ่อนักโทษอันจะพึงเกิดขึ้นจากการปล่อยคนร้ายเสีย นั้น โดยทรงบัญญัติให้จำคุกคนร้ายนั้นไว้เสียจนตลอดชีวิต ซึ่งโทษนั้นพระองค์แต่ผู้เดียวมีกำลังและอำนาจพอที่จะลงโทษได้ ในขณะที่พระเจ้าแผ่นดินได้ทรงจัดการไปเช่นนี้ก็เท่ากับว่า พระองค์ทรงกระทำการตีความในเจตนามุ่งหมายของญาติของผู้ถูกฆ่าตาย ซึ่งไม่ประสงค์จะโหดร้ายถึงกับจะลงโทษให้ปลิดชีวิตของคนร้าย แต่ถ้าหากได้ลงโทษอย่างอื่นที่เบาลงมากก็จะพอสาสมกับความคุมแค้นได้ ประกอบกับทั้งจะได้เป็นประโยชน์ห่วงเหินยวคนร้ายไว้ อย่าให้มีโอกาสไปรบกวนทำลายความปลอดกลัยมั่นคงของประเทศ โดยเหตุผลนี้จึงเห็นว่าตามพระราชกำหนดฉบับนี้พระเจ้าบรมโกษคงไม่มีพระราชดำริที่จะให้ยกเลิกประเพณีเดิมเสียเป็นเด็ดขาด

ต่อมาในตอนต้นรัชกาลที่ ๑ แห่งกรุงรัตนโกสินทร์ มีพระราชบัญญัติว่าด้วยกรณีฆ่าคนตายออกอีกฉบับหนึ่ง^(๑) ตามพระราชบัญญัตินี้ปรากฏว่าบทบัญญัติในพระราชกำหนดของพระเจ้าบรมโกษนั้นกลายเป็นหมันไป และฝ่ายบ้านเมืองกลับปล่อยให้ญาติของผู้ถูกฆ่ามีอำนาจชี้ขาดว่าผู้ร้ายจะต้องโทษประหารชีวิตหรือไม่ตามเดิม ซึ่งเป็นเหตุให้ผู้ร้ายทำเวรเช่นแต่ก่อน พระเจ้าแผ่นดินต้องทรงจัดการอีกครั้งหนึ่ง แต่ว่ามาในสมัยนี้

(๑) พระราชบัญญัติข้อ ๓ จุลศักราช ๑๑๔๘ ศกนักษัตรชษสวจุจร อาสุขมาเสกาพมเขพหุ มติถึย โสรวาร ซึ่งตรงกับวันที่ ๑๗ ตุลาคม พ.ศ. ๒๓๒๘.

พระบาทสมเด็จพระพุทธยอดฟ้าทรงตราบทบัญญัติที่เดินไปไกลกว่าบทบัญญัติของพระเจ้าบรมโกศอีก คือ มีพระราชโองการว่า เมื่อผู้ร้ายฆ่าคนตายลง พิจารณาเป็นสัจให้ลงโทษประหารชีวิตทุกราย โดยไม่ต้องไปสืบถามฝ่ายญาติของผู้ตายเลย ในครั้งนั้นพระราชวินิจฉัยชี้ขาดของพระเจ้าแผ่นดินจึงยอมใช้แทนคำชี้ขาดของเจ้าทุกข์เสียทีเดียว โดยบทบัญญัติของพระบาทสมเด็จพระพุทธยอดฟ้านี้เอง เรื่องสิทธิแก่แก่กันในกรณีฆ่าคนตายก็เป็นอันถึงที่สุดสูญสิ้นลง ตามที่กล่าวมานี้เราจะพึงเห็น ได้ว่าการที่จะเพิกถอนเอาสิทธิแก่แก่กันในกรณีเช่นนี้มาเสียได้โดยสิ้นเชิงนี้ต้องใช้เวลานานเพียงใด คือ ต้องยืดขยายเวลามาจนถึงสมัยกรุงรัตนโกสินทร์นี้เอง แต่ส่วนในกฎหมายโรมันนั้นรัฐได้เข้าจัดการลงโทษผู้ฆ่าแทนครอบครัววงศ์ญาติของผู้ตายมาเสียตั้งแต่สมัยแรกของกฎหมายแล้ว. การที่กฎหมายเก่าของไทยยังให้สิทธิแก่ญาติของผู้ถูกฆ่าในอันที่จะลงโทษผู้ฆ่าให้ตายเสียตกไปตามกันตามแนวความคิดดั้งเดิมนั้น ชะรอยก็เพราะกรณีฆ่าคนตายนั้นเป็นการรุนแรงร้ายกาจมาก ญาติของผู้ตายรู้สึกอาฆาตผูกใจเจ็บอย่างยิ่ง จึงต้องปล่อยให้ลงโทษถึงประหารชีวิตก็อาจจะไม่ได้ ส่วนในกรณีอื่นนอกจากกรณีฆ่าคนตายโดยเจตนา ผู้ถูกละเมิดเสียหายย่อมมีอำนาจเรียกร้องจากผู้ละเมิดได้ก็แต่เงินจำนวนหนึ่ง ซึ่งเรียกว่าสินไหมเท่านั้น อันเป็นจำนวนเงินที่กฎหมายวางอัตราเป็นกำหนดแน่นอนไว้ดังจะเห็นกันในต่อไป.

๔. ความรับผิดชอบร่วมกันทั้งครอบครัวและหมู่เหล่า

๑๖. ในชุมชนชนสมัยดึกดำบรรพ์ มนุษย์ดำเนินชีวิตอยู่ในความเกี่ยวเนื่องติดต่อกับชุมชนชนอย่างใกล้ชิดสนิทที่สุด ชีวิตของสมาชิกคนหนึ่ง ๆ เกือบจะเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันกับชีวิตของหมู่เหล่าคือตกอยู่ในบังคับแห่งกฎเกณฑ์ ซึ่งเนื่องมาจากความต้องการของหมู่เหล่ามากกว่าที่เนื่องมาจากความต้องการส่วนตัวของบุคคลผู้นั้น การรวบรวมกันอยู่เป็นหมู่เหล่าของมนุษย์นั้น ได้มีเกลียวสัมพันธ์กันอย่างสนิทแน่นมาก ทุกสิ่งทุกอย่างในหมู่มนุษย์ชั้นดั้งเดิมนั้น ผู้หามาได้ย่อมนำมาวางในกองกลาง ให้เป็นสิ่งที่จะพึงใช้และรับประทานได้ร่วมกัน ซึ่งทั้งนี้แหละจะเพาะแต่ส่วนที่เป็นทรัพย์สิน เช่น นา สัตว์เลี้ยง เครื่องมือ โภชนาหาร ฯลฯ เท่านั้นไม่ แม้ริ้วแรงสำหรับประกอบการงานของบุคคลแต่ละคนก็ยังเป็นสิ่งที่มีมนุษย์ในชุมชนชนครั้งโบราณ นำมารวมเป็นวัตถุในกองกลางด้วย.

โดยพฤติการณ์ทำนองนี้เอง จึงขณะเมื่อบุคคลผู้หนึ่งซึ่งอยู่ในหมู่มนุษย์หมู่หนึ่งทำความเสียหายให้แก่อีกบุคคลหนึ่ง ซึ่งอยู่ในอีกหมู่หนึ่ง ความเสียหายที่เกิดแก่บุคคลหลังนี้ ก็ถือว่าเป็นความเสียหายของหมู่ซึ่งบุคคลนี้เป็นสมาชิกอยู่เอง สมาชิกในหมู่นั้นจึง

เกิดความความอาฆาตแค้นเคืองทุกคนพร้อมกับผู้เสียหายโดยตรง และถือว่าบรรดาสมาชิกในหมู่ที่บุคคลผู้ทำละเมิดรวมอยู่นั้น มีความรับผิดชอบต่อดนทุกคนด้วย โดยอาการกิริยาทั้งสองฝ่ายเป็นเช่นนี้ การแก้แค้นนั้นแทนที่จะเป็นการวิวาทระหว่างผู้ทำความเสียหาย กับผู้ได้รับความเสียหายสองคนเท่านั้นจึงกลายเป็นการวิวาทระหว่างหมู่กับหมู่, ครอบครัวกับครอบครัว และเป็นชนวนให้เกิดเป็นการรุมฟุ้งกันระหว่างหมู่กับหมู่ โดยเหตุการณ์ที่เป็นไปเช่นนี้เองที่สิทธิแก้แค้น มีอันตรายร้ายแรงมากแก่ความสงบเรียบร้อยในชุมชน และจะนั้นเมื่อสมาคมของมนุษย์ค่อยขยายใหญ่ขึ้น โดยรวมเอาหมู่มนุษย์หลาย ๆ หมู่มาสมานกลมเกลียวเข้ากันขึ้นแล้ว จึงเกิดความรู้สึกที่จะต้องเลิกวิธีแก้แค้นประหัตประหารกันนี้เสีย ในจารีตประเพณีซึ่งเป็นกฎหมายของชุมชนหรือสมาคมมนุษย์ในชั้นเดิม ๆ จึงได้มีบัญญัติไว้ให้ใช้ค่าทำขวัญหรือเงินปรับแทนการแก้แค้น การชำระค่าทำขวัญนี้ย่อมต้องตกอยู่ในความรับผิดชอบของหมู่ทั้งหมู่ เช่นเดียวกับการแก้แค้นซึ่งได้เคยกระทำแก่หมู่ทั้งหมู่เหมือนกัน, การรับผิดชอบจึงหาได้ตกอยู่แก่ผู้ทำละเมิดคนเดียวเท่านั้นไม่ ลักษณะการดังนี้คือที่เรียกกันว่า ความรับผิดชอบร่วมกันทั้งหมู่เหล่าแห่งบรรดาสมาชิกในหมู่.

ในเวลาต่อมา เมื่อประชาชาติใหญ่ ๆ ได้มีกำเนิดขึ้นโดยรวมเอาหมู่มนุษย์มากมาย หมู่เหล่าเข้ามาอยู่ในอำนาจปกครองบังคับบัญชาของประมุขคนเดียว การถือก๊กถือหมู่จึงค่อย ๆ เสื่อมลง สมาชิกในหมู่หนึ่งอาจจะแยกออกไปจากหมู่ของตนได้โดยสะดวกและขยับขยายกิจการงานของตนได้ โดยอาการที่เป็นอิสระยิ่งขึ้น, ความกว้างขวางไพศาลของประชาชาตินี้ ได้ทำให้มนุษย์ผู้เป็นสมาชิกมองเห็นทางที่จะขยับขยายกิจการงานของตนได้กว้างกว่าในสมัยที่ตนเป็นเพียงสมาชิกอยู่ในหมู่เล็ก ๆ อย่างแต่เดิม นับตั้งแต่เกิดมีประชาชาติอันกว้างใหญ่เช่นนี้ ความชวนชววยในกิจการงานของเอกชนก็ได้แยกออกต่างหากจากกิจการของฝ่ายหมู่เหล่าชาติยิ่งขึ้น การวิวัฒนาการเปลี่ยนแปลงทำนองนี้ได้ทำให้นวนความคิดในเรื่องความรับผิดชอบจะเพาะบุคคลบังเกิดขึ้นแทนที่ความรับผิดชอบร่วมทั้งหมู่เหล่า และความรับผิดชอบร่วมทั้งหมู่เหล่านั้นค่อยได้สาปสูญสิ้นไป.

๑๗. แต่การวิวัฒนาการเปลี่ยนแปลงที่ทำให้สมาคมมนุษย์มองเห็นแนวความคิดในเรื่องความรับผิดชอบจะเพาะบุคคลได้อย่างแน่นอนลงไปเช่นปัจจุบันนี้นั้น ได้กินเวลานานมาก และขั้นของความเปลี่ยนแปลงก็ได้มีมากมายจนกว่าจะบรรลุถึงขั้นที่สุดนี้ได้ ในกรุงโรมแม้ในสมัยโบราณที่สุดเท่าที่สืบได้ สิทธิเรียกร้องซึ่งเนื่องมาจากการละเมิดนั้น ผู้ที่จะสามารถใช้ได้ก็มีแต่ผู้ถูกละเมิดผู้เดียว และจะใช้ต่อใครอื่นไม่ได้นอกจากผู้ทำละเมิดผู้เดียว ดังนี้ จึงแสดงให้เห็นว่าตามกฎหมายโรมัน แม้สมาชิกในครอบครัวจะต้องถูกผูก

พันเกี่ยวข้องกับอยู่ต่อกันและกันอย่างสนิทแนบแน่นมากกว่าครอบครัวในกฎหมายปัจจุบันบ้างก็ดี แต่ครอบครัวของชาวโรมันก็ทำได้ตกอยู่ในความผูกพันที่จะต้องรับผิดชอบในการละเมิดซึ่งสมาชิกคนหนึ่งกระทำลงไม่ว่า ส่วนกฎหมายของไทยในสมัยกรุงศรีอยุธยาการกลับเป็นตรงกันข้าม คือ มีร่องรอยเค้าเงื่อนอยู่เป็นอันมากที่แสดงให้เห็นว่าในชั้นเดิมชนชาติไทยถือกันว่าสมาชิกในครอบครัว หรือในหมู่เหล่าต้องร่วมกันรับผิดชอบเนื่องจากการกระทำของสมาชิกผู้หนึ่งผู้ใด ต่อครอบครัวหรือหมู่เหล่าอีกฝ่ายหนึ่ง วิธีให้รับผิดชอบเช่นนี้ได้คงมีสืบมาช้านานจนตราบถึงขณะเริ่มยุคปัจจุบัน การที่กฎหมายโรมันและกฎหมายไทยมีความวิวัฒนาการต่างกันเช่นนี้ เพราะเนื่องจากความแตกต่างกันระหว่างกรุงโรมและกรุงศรีอยุธยาในทางปกครอง, คือ การปกครองในกรุงโรมเป็นไปตามระบอบประชาธิปไตย และในกรุงศรีอยุธยาเป็นไปตามระบอบสมบูรณาญาสิทธิราช แม้ในสมัยที่กรุงโรมมีกษัตริย์ปกครอง แต่การปกครองก็คงดำเนินไปตามระบอบประชาธิปไตย ซึ่งทำให้พลเมืองมีอิสระอยู่มาก ตามวิธีปกครองของประเทศไทยในสมัยกรุงศรีอยุธยานั้น พลเมืองแบ่งออกเป็นหมู่ๆ ให้อยู่ในอำนาจของหัวหน้า ซึ่งมีลำดับชั้นหลั่นลดกัน และหัวหน้าเหล่านี้มีประมุขซึ่งมีอำนาจเหนือที่สุดผู้หนึ่ง คือ พระเจ้าแผ่นดิน พลเมืองทุกคนต่างต้องถูกเรียกเข้ามารับราชการตามระยะเวลาที่กำหนดไว้เป็นตอนๆ โดยพลเมืองทุกคนตั้งแต่เกิดมาต้องสังกัดประจำอยู่ที่กรมหนึ่งในทบวงการเมือง มีชื่อลงทะเบียนในบัญชีอันเรียกว่าหางว่าว ไม่สู้จะมีชื่อของหลักหนึ่ราชการได้ วิธีปกครองแบบนี้พระเจ้าบรมวงศ์เธอสมเด็จพระนเรศวรมหาราชทรงเปรียบเทียบกับคล้ายกันกับการปกครองอย่างทหาร ตามที่กล่าวมานี้แสดงให้เห็นชัดถึงเหตุที่ทำให้บุคคลในสมัยกรุงศรีอยุธยาไม่ค่อยจะมีหนทางที่จะดำเนินกิจการส่วนตัวให้กว้างขวางขึ้น โดยส่วนมากแห่งเวลาของตนๆ จะต้องอุทิศเอาไปทำประโยชน์ให้แก่หมู่เหล่าที่ตนประจำอยู่เสีย อนึ่ง ตามฐานะของประเทศในทางเศรษฐกิจ ตามที่ได้ยกมากล่าวไว้ในตอนต้นของบทนี้แล้ว ก็แสดงให้เห็นชัดว่าชาวไทยผู้เป็นพลเมืองครั้งกรุงศรีอยุธยานั้นไม่สู้จะมีโอกาสมากนัก ที่จะขยับขยายกิจการของตนในทางนี้ด้วย อีกประการหนึ่ง โดยเหตุผลต่างๆ ดังปรากฏมาแล้วนี้เป็นอันกล่าวได้ว่า แม้เมื่ออาณาจักรอยุธยาได้ขยายตัวเจริญขึ้นตามลำดับเวลาแล้ว ตัวเอกชนผู้ประกอบเป็นพลเมืองอยู่ในอาณาจักรนั้นยังคงมีความสัมพันธ์ติดต่อกับหมู่เหล่าของตนอย่างแนบชิดจนถึงชีวิตของเอกชนนั้นเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันกับชีวิตของหมู่เหล่าเช่นแต่เดิมอีกต่อมาเป็นเวลานาน เพราะเหตุนี้เองความรับผิดชอบร่วมกันทั้งหมู่เหล่าก็คงมีอยู่ตลอดสมัยกรุงศรีอยุธยา.

๑๘. ในคำสอนนี้ จะต้องกล่าวถึงความรับผิดชอบของหมู่เหล่าในทางแพ่งเท่านั้น แต่ไม่ควรลืมว่า ในสมัยเก่ากฎหมายอาญาไม่ได้แยกให้แตกต่างจากกฎหมายแพ่งอย่างชัดเจน โดยเหตุนี้ในชั้นเดิมหมู่เหล่า กล่าวคือ บรรดาสมาชิกทุกคนย่อมจะต้องรับผิดชอบทางอาญาด้วย ในเมื่อสมาชิกคนใดคนหนึ่งไปกระทำการละเมิด แต่การให้หมู่เหล่าต้องรับผิดชอบในทางอาญาเช่นนี้ ก็ได้มีการแก้ไขให้ผ่อนเบาลงแต่เนิ่นนาน ตามบทบัญญัติในกฎหมายครั้งกรุงศรีอยุธยาตามที่ตกมาถึงสมัยเรา ย่อมถือหลักว่าบรรดาสมาชิกของหมู่เหล่า อาทิ เช่น สมาชิกของครอบครัวจะพึงถูกลงโทษทางอาญาก็ต่อเมื่อ ได้ความว่าสมาชิกเหล่านั้นได้มีส่วนเป็นผู้สมรู้ด้วยผู้ทำละเมิด, ในกรณีที่ผู้กระทำความผิดได้หลบหนีไป ญาติมีหน้าที่ต้องนำสืบจับตัวให้จงได้แล้วส่งมอบให้แก่ผู้มีอำนาจหน้าที่ฝ่ายบ้านเมือง ถ้าส่งตัวผู้กระทำความผิดไม่ได้ พวกญาติต้องไปทำทานบน โดยมีผู้ประกันรับรองเอาไว้สำหรับกรณีที่จะสืบพบเข้าในภายหลังว่า พวกญาติได้สมรู้เป็นใจกับผู้ทำละเมิด หรือช่วยให้โอกาสหนี จะได้บังคับให้ญาตินั้นรับผิดชอบ (ให้ดูโจรมาตรา ๓๗, ๓๘, ๔๓, ๑๓๑ และ ๑๕๓ เป็นต้น)

๑๙. ส่วนความรับผิดชอบร่วมกันทั้งครอบครัวในทางแพ่งนั้น คงมีอยู่ต่อมาอีกเป็นเวลานานกว่าความรับผิดชอบในทางอาญา เพราะยังมีร่องรอยปรากฏชัดอยู่ในบทกฎหมายหลายบท เช่น เมื่อทาสคนหนึ่งฆ่าคนตายลงและหนีไป, บรรดาญาติของทาสผู้นั้นจะต้องช่วยกันออกค่าใช้จ่ายในการทำศพของผู้ตายนั้น (โจรมาตรา ๑๓๑) หรือเช่นเมื่อมีการลักพระราชทรัพย์และผู้ลักได้หลบหนีไปจับตัวไม่ได้ ญาติของผู้ลักจะต้องใช้พระราชทรัพย์นั้นคืนแทน และความรับผิดชอบในการใช้คืนทรัพย์นี้จะต้องเป็นไปตามชั้นแห่งลำดับญาติสนิทและห่าง (อาญาหลวง มาตรา ๑๒๓) ในที่สุดยังมีบทกฎหมายอันเป็นตัวอย่างชัดเจนแจ่มแจ้งอีกบทหนึ่ง ทั้งเป็นบทอันวางหลักที่ใช้ได้กว้างที่สุดด้วย คือ มาตรา ๓๘ แห่งกฎหมายลักษณะโจร บทบัญญัติในมาตรานี้ยกเลิกความรับผิดชอบทางอาญาของบรรดาสมาชิกในครอบครัว และบัญญัติอย่างชัดเจนถึงความรับผิดชอบของบรรดาสมาชิกเหล่านั้นในทางแพ่ง มาตรานี้มีความดังนี้ “พี่น้องลูกหลานตนเป็นโจร แลโจรอยู่ด้วยพ่อแม่พี่น้อง ลูกหลาน ตายาย ลูกเมีย พ่อตาแม่ยาย แลเขาทั้งนี้อยู่บ้านเดียวเรือนเดียวด้วยโจร และโจรนั้นหนี ท่านว่าให้เอาผู้ซึ่งอยู่ด้วยนั้นมาถามหาโจร ว่ารู้เห็นแห่งที่โจรไป โจรเคยล่านักอยู่ที่ใด แลให้ช่วยเสาะแสวงหาโจรนั้นจงได้ ถ้าแลถามมันว่ามีรู้แห่งที่โจรหนีไปอยู่ ท่านว่าให้เอาเขาซึ่งโจรอยู่ด้วยนั้นมาให้มีผู้จำแลเอาบนเขาไว้ ถ้ามีผู้โจทว่ารู้เห็นด้วยโจรแลรู้ที่อยู่โจร แลถ้าเป็นดังจากรู้เห็นด้วยโจรจริง ท่านว่ามันอำพรางโจรไว้ ให้ลงโทษและบาดไหมหุดจโจรนั้นแล ถ้าคงว่ามีรู้เห็นด้วยโจรมิรู้แห่งที่โจรอยู่จริง ท่านว่าให้เอาแต่พ่อแม่พี่น้องลูก

เมื่อโจรอันสนิทนั้นมาจำไว้กว่าจะได้โจร ถ้าแลมิได้โจรท่านว่าให้มันผู้ต้องจำนั้นใช้แต่ทุนสิน อย่าให้ใช้สินใหม่พินัยเลย” ทีเคราะห์บทบัญญัตินี้ จะเห็นว่าในสมัยกรุงศรีอยุธยาครอบครัวจะพึงรับผิดชอบในการละเมิดที่สมาชิกคนหนึ่งไปกระทำลงนั้นก็ต่อเมื่อสมาชิกผู้ทำละเมิดนั้นได้อาศัยอยู่เรือนเดียวกันกับญาติในครอบครัวนั้นประการหนึ่ง และอีกประการหนึ่ง บรรดาญาติพี่น้องในครอบครัวมีหน้าที่ก็แต่เพียงให้ส่งทรัพย์ที่ถูกลัก ไปนั้นคืน หรือใช้ราคาให้แทน โดยเหตุนี้จึงเป็นอันว่าครอบครัวจะมีความรับผิดชอบในการละเมิด ก็แต่เมื่อการละเมิดนั้นเป็นการที่กระทำแก่ทรัพย์สิน และไม่ใช่ว่าเป็นการกระทำแก่เนื้อตัวบุคคล เช่น การทำร้ายร่างกายบาดเจ็บ เป็นต้น สำหรับการละเมิดในกรณีหลังนี้ผู้ทำละเมิดเป็นผู้รับผิดชอบแต่ผู้เดียว.

การจำกัดวงความรับผิดชอบของครอบครัวให้แคบเข้าเช่นนี้ ส่อให้เห็นว่า ครอบครัวของชาวไทยในสมัยกรุงศรีอยุธยามีได้มีความแน่นแฟ้น สมาชิกในครอบครัวมิได้มีความผูกพันอยู่กับครอบครัวสนิทแน่นเหมือนกับที่เป็นมาในสมัยเดิม ๆ ถ้าหากเราค้นคว้าศึกษาถึงเรื่องครอบครัวของชาวไทยแล้ว, จะได้ความว่าในสมัยกรุงศรีอยุธยา ครอบครัวมิได้ตั้งเป็นหมู่คณะที่กว้างใหญ่ไพศาลเหมือนเช่นในกฎหมายเก่าของประเทศอื่นบางประเทศ มีกรุงโรม เป็นต้น บุตรเมื่อทำการสมรสและออกไปตั้งบ้านเรือนแยกอยู่ต่างหากจากบ้านเรือนของบิดามารดาแล้ว ก็ได้เป็นผู้มีอิสระ และเป็นคนปกติหรือหัวหน้าครอบครัวขึ้นในครอบครัวสมัยนั้นโดยมากแล้วจึงคงมีแต่บิดามารดา และบุตรซึ่งยังไม่มายุถึงขั้นที่จะทำการสมรสได้ มีบทบัญญัติในกฎหมายเก่าเป็นจำนวนมากซึ่งกำหนดให้ภริยาและบุตรต้องรับผิดชอบในทางแพ่งและอาญาในการละเมิดซึ่งคหบดีได้กระทำลง (ให้ดูโจร มาตรา ๒๘, ๕๔, ๕๕ และ ๘๐—กฎศีกา มาตรา ๔๓—พระราชกำหนดเก่าข้อ ๑๒ เป็นต้น) แต่การที่ภริยาและบุตรต้องรับผิดชอบ ที่นี้ ก็หาใช่ในฐานะที่เป็นสมาชิกของครอบครัวไม่ แต่หากกฎหมายถือว่าบุคคลเหล่านี้เป็นส่วนหนึ่งแห่งกองทรัพย์สินของคหบดีผู้ทำละเมิด เช่นเดียวกับพวกทาส หรือสัตว์เลี้ยง ซึ่งถือว่าเป็นทรัพย์สินรวมประกอบอยู่ในกองทรัพย์สินของบุคคลนั้น เพราะฉะนั้นในที่นี้เราจึงต้องระวังที่จะไม่ถือเอาบทบัญญัติที่อ้างมาว่าเป็นร่องรอยของความรับผิดชอบของครอบครัวซึ่งยังคงเหลือตกค้างอยู่ ที่แท้แล้วบทเหล่านี้เนื่องมาจากแนวความคิดเรื่องอำนาจของสามีเหนือภริยา และเรื่องอำนาจของบิดาเหนือบุตร ซึ่งในเวลานั้น ถือกันว่าอำนาจของสามีและบิดามีลักษณะคล้ายกันกับกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สิน ฉะนั้นเรื่องความรับผิดชอบของภริยาและบุตร ในการละเมิดของคหบดีนี้ ควรไปศึกษากันในเมื่อกล่าวถึงครอบครัว

การที่ครอบครัวชาวไทย อันเป็นหมู่คณะที่เกิดขึ้นโดยธรรมชาติมิได้มีความแน่นแฟ้นเป็นปึกแผ่นไพศาล ต้องแตกแยกออกเช่นนั้น น่าสันนิษฐานว่าคงจะเนื่องมาจากวิถีการปกครองในครั้งกรุงศรีอยุธยา ซึ่งทำให้พลเมืองเป็นเสมือนผู้ที่ถูกเกณฑ์เป็นทหารประจำอยู่ในกองทัพเสมอไป เพราะฉะนั้นถ้าหากว่าจะปล่อยให้บรรดาสมาชิกในครอบครัวรวบรวมกันอยู่ในความผูกพันอันกระชับแน่น ภายใต้อำนาจของคหบดีแล้ว ครอบครัวทุก ๆ ครอบครัวก็จะเป็นหมู่คณะอิสระที่แยกกันเป็นหมู่ ๆ อำนาจของบ้านเมืองจะแทรกเข้ามาควบคุมและบังคับบัญชาสมาชิกในครอบครัว เสมือนทหารในกองทัพก็ย่อมจะทำได้ด้วยยาก โดยเหตุนี้อำนาจของคหบดีจึงได้ถูกตัดออกเสียบางประการ เพื่อมิให้ขัดกันกับอำนาจบังคับบัญชาของหัวหน้าในทางการปกครอง ซึ่งมีอยู่เหนือสมาชิกในครอบครัวอาศัยเหตุผลดังกล่าวมานี้ สมาชิกในครอบครัวอันเป็นหมู่เหล่าเดิมจึงจะรวบรวมเป็นปึกแผ่นแน่นแฟ้นไม่ได้ และแยกออกจากกันไปรวบรวมขึ้นใหม่เป็นหมู่เหล่าในทางการปกครองแทน.

๒๐. แต่ความคิดความเข้าใจในเรื่องความรับผิดชอบเพื่อละเมิดหาได้เปลี่ยนแปลงไป เพราะเหตุนี้ไม่ ความรับผิดชอบของครอบครัวนี้ได้มีการเพิ่มเติมหรือเปลี่ยนแปลงไป กลายเป็นความรับผิดชอบของหมู่ซึ่งบุคคลผู้ทำละเมิดได้สังกัดอยู่ในนั้น ในต่อไปนี้จะได้อธิบายเกี่ยวกับความรับผิดชอบของหมู่

ดูเหมือนว่าความคิดความเข้าใจในเรื่องความรับผิดชอบของหมู่ในประเทศไทยนี้ ได้มีความวิวัฒนาการเปลี่ยนแปลงไปอย่างตรงกันข้ามกับความวิวัฒนาการเปลี่ยนแปลงของความรับผิดชอบของครอบครัว กล่าวคือ แทนที่ความคิดความเข้าใจเกี่ยวกับความรับผิดชอบของหมู่จะค่อยจางอ่อนลง และแดนแห่งการใช้บังคับของหลักเรื่องความรับผิดชอบเช่นนี้จะจำกัดตัวเข้ากลับได้รับความสนับสนุนแน่นแฟ้นและมีความชัดเจนแน่นอนยิ่งขึ้นทุกที่เป็นลำดับ เพิ่งจะมามีการทอดทิ้งสูญสิ้นไปก็เมื่ออย่างเข้าสมัยปัจจุบันนี้เอง.

ตามบรรดาบทบัญญัติอันว่าด้วยความรับผิดชอบของหมู่ ปรากฏว่าบทเก่าแก่ที่สุดยังมีความบกพร่องอยู่มาก และหาได้บัญญัติให้หมู่มีหน้าที่ต้องทดแทนความเสียหายแต่อย่างใดไม่ บทบัญญัติที่ว่านี้มีอยู่ในกฎหมายลักษณะโจร (มาตรา ๑๕, ๑๖, ๑๑๔ และ ๑๓๖) ตามข้อใจความเหล่านี้รวมบังคับแต่เพียงว่า เมื่อเกิดการปล้นกัณฑ์ หรือเมื่อเกิดฆ่าคนตาย หรือทำร้ายสัตว์เลี้ยงให้สิ่งตายกัณฑ์ ถ้าการกระทำผิดเหล่านี้เกิดขึ้นในอาณาเขตต์ของหมู่ใด ให้สมาชิกทุกคนในหมู่นั้น มีหน้าที่ช่วยกันค้นหาสืบจับผู้กระทำผิดให้จงได้ หน้าที่นี้ตก

อยู่เป็นพิเศษแก่ผู้ซึ่งอยู่ข้างเคียงกับผู้ถูกละเมิดเสียหาย คือจะต้องช่วยต่อสู้ป้องกันโจรที่ มาปล้นสดมภ์ และถ้าหากเพื่อนข้างเคียงนั้นละเลยหน้าที่ของตนเสียก็จะต้องถูกถือว่าเป็น ผู้สมรู้และถูกลงโทษในฐานะนี้ (มาตรา ๑๓๖) นอกจากนี้พวกเพื่อนบ้านนี้ หน้าที่ช่วยต่อสู้ และติดตามโจรยังคงอยู่แก่บรรดาผู้ซึ่งอาศัยอยู่ในอาณาเขตต์ในระยะ ๓ เส้น ๑๕ วาโดยรอบ จากที่ซึ่งการกระทำผิดได้เกิดขึ้น ถ้าหากบุคคลผู้อยู่ในระยะที่กำหนดไว้นี้มิได้ชวนชวย ปฏิบัติหน้าที่ของตนตามกฎหมาย ตนจะต้องถูกลงโทษทวนด้วยลวดหนึ่ง เป็นจำนวน มากน้อยที่สุดแล้วแต่ระยะที่ตนอยู่ห่างมากหรือน้อยจากที่ที่เกิดเหตุ (มาตรา ๑๕) อนึ่ง กฎหมายลักษณะโจรยังบัญญัติให้ทำการซักถามด้วยวิธีทรมานแก่บรรดาชาวบ้าน ซึ่งอยู่ใน เขตต์ของบริเวณดังกล่าวมานี้ เสียภายในสามวันนับแต่เหตุการณ์ได้เกิดขึ้น ถ้าบุคคลเหล่านี้ ปฏิเสธไม่รับว่าได้มีส่วนร่วมอยู่ด้วยในการกระทำผิดรายนั้น ก็ให้ทำหนังสือทนายมนไว้ เพื่อว่าจะได้ใช้เป็นทางให้ ได้ตัวผู้ถูกซักถามนี้มาลงโทษ ในกรณีที่มีความปรากฏขึ้นในภายหลังว่าผู้นี้ได้เป็นผู้สมรู้ด้วยในการกระทำผิด (มาตรา ๑๖ และ ๑๑๔) เมื่อก้าวโดยสรุป รวมความ กฎหมายลักษณะโจรนี้เป็นแต่เพียงบัญญัติว่า ให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่า บรรดา ผู้ที่อยู่ใกล้เคียงกับที่เกิดเหตุความผิด และภายในเขตต์ของบริเวณที่กำหนดไว้นั้น ย่อม เป็นผู้มีส่วนรู้เห็นด้วยในการกระทำผิดรายนั้น แต่ก็หาได้ถือลงโทษโดยเด็ดขาดแน่นอนทีเดียว ไม่ว่าบุคคลเหล่านั้นจะต้องรับผิดชอบในทางอาญาหรือในทางแพ่ง แต่อย่างไรก็ดี บท บัญญัติของกฎหมายลักษณะโจรนี้ได้เป็นมูลอันแรกที่ทำให้เกิดความรับผิดชอบทางแพ่งขึ้น

๒๑. พระราชกำหนดในแผ่นดินพระเจ้าท้ายสระ จะบับหนึ่ง^(๑) แสดงให้เห็นถึงความก้าวหน้าอย่างมาก ในเรื่องแนวความคิดอันเกี่ยวกับความรับผิดชอบของหมู่เหล่า พระราชกำหนดนี้บัญญัติว่าในกรณีปล้นทรัพย์นั้น เมื่อจับตัวคนร้ายไม่ได้ก็ให้ชาวบ้านในหมู่ที่เกิด การปล้นพร้อมด้วยหัวหน้าของตน คือ ผู้รักษาเมืองหรือผู้รั้งและกรมการ ใช้ทุนทรัพย์ ที่ถูกคนร้ายปล้นเอาไปนั้น เป็นการชดใช้ความเสียหายให้แก่เจ้าทรัพย์ อนึ่งถ้าในการปล้น นั้นคนร้ายได้ฆ่าเจ้าทรัพย์ตาย บรรดาบุคคลผู้ต้องรับผิดชอบดังกล่าวแล้วจะต้องใช้ค่าสินไหม ตามอัตราในกฎหมาย คือ จำเมืองเสียกึ่งหนึ่งของค่าสินไหม ผู้รักษาเมืองเสียหนึ่งในสี่ และชาวบ้านหนึ่งในสี่เหมือนกัน บทบัญญัติบทนี้กล่าวถึงความรับผิดชอบของหมู่อย่างชัดเจน บริบูรณ์ทีเดียว ทั้งในทางแพ่งและทางอาญา ฉะนั้นจึงนำสันนิษฐานว่าการบัญญัติให้รับผิดชอบ

(๑) พระราชกำหนดเข้าข้อ ๔ ลงวันอังคารเดือน ๘ แรม ๙ ค่ำ ปีกุน จุลศักราช ๑๐๙๓ ตรงกับ วันที่ ๒๖ กรกฎาคม พ.ศ. ๒๒๗๔ แต่วันซึ่งกล่าวนี้ไม่แน่นอน เพราะวันที่ ๒๖ กรกฎาคม พ.ศ. ๒๒๗๔ นี้เป็นวันพฤหัสบดี หาใช่วันอังคารไม่

ตามวิธีนี้ คงไม่ได้เกิดมีขึ้นทีเดียวครบบริบูรณ์เช่นนี้ในรัชกาลของพระเจ้าท้ายสระ แต่หากมีทางไหนคิดว่าบทบัญญัติบทนี้คงจะเป็นผลของความวิวัฒนาการมาเป็นแน่ นับตั้งแต่ได้เกิดมีบทบัญญัติแห่งกฎหมายลักษณะโจร ดังพิเคราะห์มาแล้วข้างต้น มาจนถึงขณะที่พระราชกำหนดนี้ได้ออกประกาศขึ้น คงจะได้มีบทบัญญัติต่าง ๆ อันว่าด้วยความผิดของหมู่นี้ออกประกาศมาใช้เป็นลำดับ แต่หากบทบัญญัติเหล่านี้ถูกยกเลิกสูญหายไปเสีย จึงไม่มีหลักฐานแสดงให้เราเห็นถึงขั้นต่าง ๆ แห่งกฎหมายในเรื่องความรับผิดชอบของหมู่ที่ใช้พลางในระหว่างนั้น

สืบสองปีต่อมา ในรัชกาลของพระเจ้าบรมโกศ มีพระราชกำหนดว่าด้วยความรับผิดชอบของหมู่นี้ออกมาอีกฉบับหนึ่ง ซึ่งมีความสำคัญกว่าพระราชกำหนดของพระเจ้าท้ายสระมาก^(๑) บทกฎหมายที่ออกใหม่นี้วางข้อบังคับใหม่และชัดยิ่งขึ้น เรื่องความรับผิดชอบของชาวบ้านซึ่งพำนักอาศัยอยู่ในเขตต์ของบริเวณ ๓ เส้น ๑๕ วา จากที่เกิดเหตุผิด และจัดเอาบทบัญญัติในพระราชกำหนดของพระเจ้าท้ายสระมาสมทบเข้ากับบทบัญญัติในกฎหมายลักษณะโจรด้วย ในกรณีที่จับตัวคนร้ายไม่ได้ เนื่องจากความเลินเล่อไม่เอาใจใส่ของเจ้าหน้าที่ฝ่ายบ้านเมืองและชาวบ้าน ความรับผิดชอบจะต้องแบ่งออกเป็นสามส่วนเท่ากันระหว่างนครบาล ชาวบ้านและเจ้าทรัพย์ ที่ว่าเจ้าทรัพย์จะต้องรับผิดชอบด้วยส่วนหนึ่งในสามส่วนแห่งทรัพย์ที่ถูกปล้นไปนั้น ก็คือตนจะต้องสละส่วนนี้ ตนไม่มีสิทธิจะได้รับชดใช้ เพราะตามพระราชกำหนดนี้ถือว่าตนมีความผิดที่มีไต่ระวังระไวในการป้องกันทรัพย์ของตน ส่วนชาวบ้านที่ต้องรับผิดชอบใช้ค่าเสียหายเท่ากัน ๑ ใน ๓ ส่วนแห่งทรัพย์ที่ถูกปล้นไปให้แก่เจ้าทรัพย์นั้น พระราชกำหนดนี้วางวิธีแบ่งหน้าที่ชำระไว้ดังนี้ คือ ผู้ที่อยู่ในเขตต์บริเวณ ๑ เส้นจากที่เกิดเหตุ ต้องใช้กึ่งหนึ่งของส่วนที่ตกอยู่ในความรับผิดชอบของบรรดาชาวบ้าน ผู้ที่อยู่ในเขตต์ ๒ เส้นต้องใช้ ๑ ใน ๓ ของส่วนที่กล่าวแล้ว ผู้ที่อยู่ในเขตต์ ๓ เส้น ๑๕ วา ต้องใช้ส่วนที่เหลือ กล่าวคือ ๑ ใน ๖ ของส่วนที่บรรดาชาวบ้านจะต้องรับผิดชอบ ข้อบังคับใหม่ซึ่งปรากฏอยู่ในพระราชกำหนดนี้มีข้อ ๔ ข้อ คือ (๑) เจ้าทรัพย์ผู้เสียหาย, เนื่องจากที่ได้เป็นสมาชิกอยู่ในหมู่ด้วย, ต้องมีส่วนอยู่ด้วยในการรับผิดชอบของหมู่และรับใช้ราคาทรัพย์คืนแต่เพียงโดยส่วนเท่านั้น (คือ ๒ ใน ๓ ส่วนของราคาทรัพย์ที่ถูกปล้น) (๒) ความรับผิดชอบของชาวบ้านในหมู่โดยจะเพาะเป็นอันยกเลิก และให้ชาวบ้านในเขตต์บริเวณ ๓ เส้น ๑๕ วา รับผิดชอบแทน ตามบทบัญญัติที่เกิดขึ้นใหม่นี้จะเห็นว่าค่าเสียหายที่เจ้าทรัพย์จะรับนั้น

(๑) พระราชกำหนดเก่า ข้อ ๑๑ ลงวันอังคารเดือน ๗ ขึ้น ๕ ค่ำ ปีมุน จุลศักราช ๑๑๐๕ ตรงกับวันที่ ๒๗-๒๘ พฤษภาคม พ.ศ. ๒๒๘๖

ลดน้อยลงก็จริง แต่บทบัญญัติใหม่นี้ ได้ขยายเขตต์แห่งบริเวณอันจะทำให้บุคคลผู้อาศัยนั้น ต้องรับผิดชอบกว้างออกไป ย่อมจะทำให้บุคคลที่ต้องรับผิดชอบมีจำนวนมากขึ้น โดยทำนองนี้แม้ถึงว่าผู้ถูกละเมิดเสียหาย จะถูกจำกัดให้มีสิทธิได้รับชำระเงินค่าทำขวัญลดลงบ้างก็จริง แต่ตนก็มีโอกาสในอันจะได้รับชำระเงินนี้ได้แน่นอนยิ่งขึ้นกว่าแต่ก่อน (๓) ตามความในบทบัญญัติใหม่นี้ดูเหมือนว่าบรรดาชาวบ้านจะต้องรับผิดชอบใช้ค่าเสียหาย ก็ต่อเมื่อตนมิได้เข้ามีส่วนร่วมช่วยเหลือด้วยในการติดตามสืบจับตัวผู้ร้าย แต่ความข้อนี้เป็นข้อที่ยังคลุมเคลือน่าสงสัยอยู่มาก และข้าพเจ้ามีความเห็นเอนไปในทางที่ว่าการที่คนร้ายหนีรอดไปจับตัวไม่ได้ในที่นั้น ก็เป็นเหตุเพียงพอแล้วที่จะให้บรรดาชาวบ้านในบริเวณ ๓ เส้น ๑๕ วา ต้องรับผิดชอบใช้ค่าทำขวัญ (๔) ในที่สุด บทบัญญัติในพระราชกำหนดของพระเจ้าบรมโกษที่กล่าวนี้ ในตอนท้ายได้ให้ยกเลิกความรับผิดชอบทางอาญาของชาวบ้านเสีย เว้นไว้แต่ในเมื่อได้สวนแล้ว ได้ความว่าชาวบ้านเหล่านั้นเป็นผู้เห็นด้วยโจรในการกระทำผิดนั้น ถ้าไม่สู้เห็นด้วยชาวบ้านจึงไม่ต้องเสียเงินปรับแทนผู้เป็นโจร แต่บทบัญญัตินี้จะหมายความว่าความถึงสินไหมในกรณีที่เจ้าทรัพย์ถูกทำร้ายฆ่าตายด้วยหรือ ไม่นั้นหาทราบไม่ เพราะความในด้นบทนี้ไม่กล่าวถึงกรณีนี้.

๒๒. เมื่อถึงสมัยกรุงรัตนโกสินทร์แล้ว ก็ยังปฏิบัติในเรื่องเกี่ยวกับความรับผิดชอบของหมู่เหล่าตามทำนองวิธีเดียวกันกับที่เป็นอยู่ในกฎหมายสมัยกรุงศรีอยุธยาอยู่อีก เช่น เนื่องจากการกระทำสงครามกับพม่าที่บ้านเมืองยังไม่สงบเรียบร้อย มีโจรผู้ร้ายทำลายแก่พระเจดีย์และพระพุทธรูปหลาย ๆ ราย โดยผู้ร้ายนั้นชุดคันหาทรัพย์สมบัติ ซึ่งคาดว่าฝังซ่อนอยู่ในพระเจดีย์และพระพุทธรูปนั้น ๆ เพื่อปราบปรามการกระทำอันชั่วร้ายนี้ให้สิ้นไป พระบาทสมเด็จพระพุทธยอดฟ้าจุฬาโลก จึงทรงออกพระราชกำหนดฉบับหนึ่งในต้นรัชกาลของพระองค์ ซึ่งบังคับให้ชาวบ้านราษฎรทั้งหลายที่อยู่ในบริเวณใกล้เคียงกับที่มีผู้เจาะจงชุดบูชาสถานเหล่านี้ ต้องมีหน้าที่ร่วมมือกันสืบเสาะจับกุมเอาตัวผู้กระทำผิด^(๑) ชาวบ้านผู้ใดฝ่าฝืนข้อบังคับนี้จะถูกลงโทษทางอาญา บทกฎหมายนี้ความจริงก็เป็นแต่เพียงเอาหลักในเรื่องการปล้นทรัพย์ตามที่ปรากฏอยู่ในกฎหมายสมัยกรุงศรีอยุธยาขยายไปใช้ในกรณีพิเศษอีกเรื่องหนึ่ง.

มาในรัชกาลของพระบาทสมเด็จพระนั่งเกล้าเจ้าอยู่หัว มีกฎหมายออกประกาศใช้ฉบับหนึ่ง ซึ่งมีความสำคัญกว่าพระราชกำหนดในรัชกาลที่ ๑ ที่กล่าวมานี้มาก คือ

(๑) พระราชกำหนดใหม่ ข้อ ๒๓ ลงวันจันทร์ เดือน ๑๒ แรม ๕ ค่ำ ปีมะเส็ง จุลศักราช ๑๑๔๕ ตรงกับวันที่ ๒๑ พฤศจิกายน พ.ศ. ๒๓๒๘

กฎหมายลักษณะโจรห้าเส้น^(๑) กฎหมายลักษณะนี้ได้แก้ไขบทบัญญัติในพระราชกำหนดของพระเจ้าบรมโกศในบางประการดังต่อไปนี้ (๑) บทบัญญัตินี้ให้ขยายเขตต์แห่งบริเวณที่บุคคลซึ่งพำนักอยู่ในเขตต์นั้น จะต้องมีความรับผิดชอบให้ไกลออกไปอีก คือตั้งแต่ออกกฎหมายฉบับนี้ ชาวบ้านราษฎรซึ่งอยู่ในระยะทาง ๕ เส้น จากสถานที่เกิดการปล้นจะต้องรับผิดชอบ ด้วยเหตุนี้กฎหมายฉบับนี้จึงได้มีชื่อว่า โจรห้าเส้น ส่วนวิธีกำหนดบริเวณหรือวัดระยะทางนั้น มาตรา ๑๕ แห่งกฎหมายลักษณะโจรออกจะกล่าวความไว้แต่คลุมๆ ไม่ชัดเจน ในกฎหมายลักษณะโจรห้าเส้นนี้จึงมีข้อความกล่าวถึงวิธีกำหนดวัดระยะทางไว้ชัดเจนละเอียดละออดี เช่น มีกล่าวถึงวิธีที่จะวัดระยะทางในเมื่อมีคลอง หรือกำแพงกั้นขวางอยู่ระหว่างสถานที่ที่เกิดเหตุกับบ้านของชาวบ้านราษฎร ซึ่งจะถูกบังคับให้ต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดจากการปล้นนั้น (๒) ในกฎหมายฉบับนี้มีความชัดว่า ชาวบ้านราษฎรภายในบริเวณแห่งความรับผิดชอบจะต้องรับผิดชอบทุกครั้งต่อเมื่อจับคนร้ายไม่ได้ แม้ถึงว่าชาวบ้านเหล่านั้นจะได้ใช้ความพยายามจนสุดความสามารถแล้วก็ตาม ในการที่จะติดตามสืบจับคนร้าย (๓) กฎหมายใหม่นี้คงจะรักษารูปบังคับในพระราชกำหนดของพระเจ้าบรมโกศ ที่ให้ผู้เป็นเจ้าของทรัพย์ต้องมีส่วนรับผิดชอบด้วย ในการที่ทรัพย์ของตนถูกปล้นคือตนจะต้องสละ ๑ ใน ๓ ส่วนแห่งค่าเสียหายตามเดิม แต่ในล้นความรับผิดชอบของนครบาลตามพระราชกำหนดเก่านั้น กฎหมายนี้ได้ให้ยกเลิกเสีย โดยให้เหตุผลว่า นครบาลไม่ได้มีบ้านเรือนอยู่ใกล้กับสถานที่เกิดการกระทำผิด ฉะนั้นจึงเป็นอันว่าตามกฎหมายใหม่นี้จะมีแค่ชาวบ้านราษฎรเท่านั้น ที่มีหน้าที่ต้องรับผิดชอบใช้ค่าเสียหาย (๔) วิธีกำหนดจำนวนเงินซึ่งชาวบ้านราษฎรในเขตต์ ๕ เส้นจะต้องเสียนั้น หาได้ดำเนินเหมือนดังในกฎหมายเดิมไม่ กล่าวคือ ในกฎหมายเดิมให้คิดคำนวณตามระยะใกล้ไกลและมูลค่าของทรัพย์ที่ถูกปล้น ตามกฎหมายใหม่นี้เปลี่ยนให้คำนวณแต่เพียงตามศักดิ์ของผู้จะต้องรับผิดชอบอย่างเดียว คือ ถ้าชาวบ้านผู้ใดมีศักดินา ๑๕ ไร่จนถึง ๑๕๐ ไร่ ผู้นั้นต้องเสีย ๕ ตำลึง ถ้าผู้ใดมีศักดินาตั้งแต่ ๒๐๐ ถึง ๑๐,๐๐๐ ไร่ ผู้นั้นต้องชำระเงินตามจำนวนค่าปรับอันจะพึงเรียกเอาในเมื่อผู้นั้นไปทำละเมิด (ตามความหมายของค่าละเมิดนี้ในกฎหมายเก่า) อัตราค่าของปรับฐานละเมิดนี้ย่อมเพิ่มขึ้นตามศักดินา. สำหรับพวกชาวบ้านที่ดำนานา ๑๐ ไร่ลงมา พวกนี้ไม่ต้องถูกเรียกให้ออกช่วยใช้เงินแต่อย่างใด แต่ต้องถูกเขียน

(๑) บทกฎหมายฉบับนี้ลงประกาศ จุลศักราช ๑๑๙๙ เดือน อาสาฬห (เดือน ๘) ขึ้น ๑๔ ค่ำ วันอาทิตย์ ตรงกับวันที่ ๑๖ กรกฎาคม พ.ศ. ๒๓๙๐ ตูกฎหมายเก่าฉบับพิมพ์ของหมอบรัดเลย์ เล่ม ๒ หน้า ๓๐-๔๔.

คณะ ๑๕ ที่แทน โทษเขียนนี้ตามธรรมดาอย่าอมจะไล่ได้ ในเมื่อผู้ต้องโทษมีทางจะทำเช่นนั้นได้ กฎหมายโจรห้าเส้นนี้ได้รับบัญญัติดีกว่า ถ้าชาวบ้านในรังวัด คือ ที่อยู่ในเขตต์ ๕ เส้น อันเป็นเขตต์แห่งความรับผิดชอบนั้นถูกคนร้ายทำร้ายต้องบาดเจ็บ ชาวบ้านที่ถูกทำร้ายนี้ไม่ต้องถูกบังคับให้ใช้ค่าเสียหายเลย ข้อบังคับนี้ปรากฏมีอยู่แล้วในมาตรา ๑๕ ของกฎหมายลักษณะโจร (๕) โดยเหตุที่จำนวนเงินซึ่งชาวบ้านผู้ต้องรับผิดชอบต้องชำระนั้น หาได้คำนวณตามความเสียหายที่เกิดขึ้นจริงอย่างไรในกฎหมายเก่าไม่ การจึงอาจจะเป็นว่าบางที่ผลรวมทั้งหมดของจำนวนเงินซึ่งบรรดาชาวบ้านได้ออกใช้นั้น อาจเกินมูลค่าของความเสียหาย ซึ่งเจ้าทรัพย์มีสิทธิจะได้รับก็ได้ (คือ ๒ ใน ๓ ส่วนของค่าเสียหายที่แท้จริง) หรืออาจจะต่ำกว่าก็ได้ หากจำนวนเงินที่ชาวบ้านออกใช้นั้นต่ำกว่าค่าเสียหายที่ควรจะได้รับ ตระลาการก็จะได้ให้จ่ายเงินของแผ่นดินมาใช้ให้จนเพียงพอกับที่ควรจะได้ แต่ถ้าจำนวนเงินที่ชาวบ้านออกใช้นั้นสูงกว่าค่าเสียหายที่จะพึงตกได้แก่เจ้าทรัพย์แล้ว ส่วนที่เกินนั้นจะได้อส่งไปยังพระคลังหลวงในที่สุด ในกรณีที่ภายหลังได้สืบจับตัวคนร้ายมาได้ ซึ่งเป็นเหตุให้บรรดาชาวบ้านในรังวัดอย่าอมจะไม่ต้องมีความรับผิดชอบแต่อย่างใด เช่นนี้ ตระลาการก็จะได้จัดการคืนเงินส่วนที่ชาวบ้านแต่ละคนได้ออกไปนั้นกลับไปให้แก่ชาวบ้านทุกราย

กฎหมายลักษณะโจรห้าเส้นนี้ แสดงให้เห็นสภาพที่สุดุดำของบทบัญญัติในเรื่องรับผิดชอบหมู่ในประเทศไทย และเป็นบทกฎหมายอันน่าสนใจ ควรที่จะค้นคว้าศึกษาโดยใกล้ชิดยิ่งขึ้นไปกว่าที่ได้กระทำมาแล้วนี้ เพราะเป็นบทกฎหมายที่ทำให้เราสามารถติดตามศึกษาถึงความวิวัฒนาการเปลี่ยนแปลงของแนวความคิด ในส่วนที่เกี่ยวกับเรื่องความรับผิดชอบของหมู่ได้อย่างสิ้นเชิง คือ เมื่อพิจารณาบทบัญญัติในกฎหมายนี้แล้วเห็นได้ว่า กฎหมายนี้ในบางข้อบางประการ อาศัยหลักกฎหมายในสมัยเก่าอีก อาทิเช่น กฎหมายนี้กลับไปบัญญัติความให้ข้อพิพาทในทางแพ่ง และข้อพิพาทในทางอาญาปะปนกันเสียอีกมากกว่าแต่ก่อน เช่น การที่กฎหมายนี้บังคับให้ชาวบ้านในรังวัดต้องช่วยกันออกเงิน ให้แก่ผู้ที่ถูกคนร้ายปล้นทรัพย์นั้น ก็มีวัตถุประสงค์เพียงแต่ให้รวมจำนวนเงินเพื่อใช้ทดแทนความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่ผู้ถูกปล้นทรัพย์ แลโดยเหตุนี้เอง แม้ชาวบ้านจะได้พยายามจนเต็มความสามารถแล้วในการติดตามสืบจับคนร้าย ก็ยังคงจำต้องช่วยออกใช้เงินเหมือนกัน ทั้งนี้ย่อมแสดงให้เห็นชัดอยู่แล้วว่า การออกใช้ส่วนของตนนี้ ชาวบ้านแต่ละคนมีหน้าที่จะต้องออกใช้ในฐานที่ตนมีความรับผิดชอบในทางแพ่ง เพื่อให้เจ้าทรัพย์ได้รับทดแทนความเสียหาย แต่ส่วนการที่ตนพยายามสืบจับตัวคนร้ายนั้น เป็นไปเพื่อจับตัวมาลงโทษทางอาญา เป็นส่วนหนึ่งต่างหาก ไม่เกี่ยวข้องกับการทดแทนความเสียหายซึ่งเป็นเรื่องทางแพ่ง แต่เมื่อ

การที่ชาวบ้านต้องออกใช้ส่วนของตนนี้เป็นเรื่องทางแพ่ง แล้วเหตุไฉนจึงชาวบ้านผู้ต่ำนา ๑๐ ไร่ลงมา ซึ่งไม่ถูกบังคับให้ช่วยออกใช้เงินเนื่องจากความยากจนกลับถูกบัญญัติให้ต้องรับโทษเข็ญซึ่งเป็นโทษทางอาญา ดังนี้ย่อมเป็นการนำเอากฎหมายอาญามาปะปนคละกับกฎหมายแพ่งในบทบัญญัติบทเดียวกัน โดยจะหาเหตุผลแต่อย่างใดอธิบายไม่ได้เลย กับยังมีประการหนึ่ง ที่หาเหตุผลอธิบายได้ยากดจเดียวกัน คือว่าเหตุใดผลรวมทั้งหมดแห่งจำนวนเงินที่ชาวบ้านในรังวัดต้องออกใช้นั้น ในบางครั้งจึงมีจำนวนสูงกว่าค่าเสียหาย ที่ผู้เป็นเจ้าของทรัพย์ควรจะได้รับอีกเล่า จนถึงกับต้องส่งส่วนที่เหลือนั้นเข้าไปพระคลังหลวง. แต่อย่างไรก็ดี แม้จะมีข้อบกพร่องถอยหลังเข้าคลองอยู่บ้างดังกล่าวนี้ก็ดี กฎหมายลักษณะโจรทำเสี้ยนนี้ก็ยังมีส่วนที่แสดงความเจริญก้าวหน้าอยู่ไม่น้อย เช่น ในการกำหนดส่วนของสินไหมค่าทำขวัญ ที่ชาวบ้านในรังวัดจะต้องออกนั้น ก็มีวิธีคำนวณที่ยุติธรรมดีกว่าในครั้งก่อน โดยกำหนดให้ชาวบ้านผู้ที่ยังมีศักดิ์นาสูงต้องยังออกใช้เงินเป็นจำนวนสูงขึ้น การกำหนดเช่นนี้จึงถือเอากำลังทรัพย์สมบัติของผู้ถูกเรียกให้ใช้หนี้ของหมู่่นั้นเป็นเกณฑ์ อันเป็นการกำหนดที่เหมาะสมกับหนี้ชนิดนี้ ในที่สุดมีวิธีการอย่างใหม่เกิดขึ้นอีกอย่างหนึ่ง ซึ่งเราควรพิจารณาดูเป็นพิเศษ คือ ในกรณีที่จำนวนเงินที่ชาวบ้านให้ออกทั้งหมดเมื่อรวมเข้าแล้ว ยังไม่พอแก่ค่าเสียหายซึ่งเจ้าของทรัพย์ควรจะได้รับนั้น กฎหมายอนุญาตให้ตระลาการมีอำนาจสั่งให้เอาเงินหลวงออกเพิ่มเติมจนครบเพียงพอแก่จำนวนที่ควรจะได้รับได้. การที่มีบทบัญญัติเช่นนี้ก็เพื่อให้ความรับผิดชอบของเอกชนตั้งอยู่ในขอบเขตที่สมควร ฉะนั้นเมื่อยังขาดอยู่เท่าใดรัฐก็ยอมช่วยใช้ให้เสียเอง ไม่กลับไปบังคับให้ผู้掏出เงินส่วนรับผิดชอบของตนแล้วนั้นต้องออกเพิ่มเติมอีก เพราะจะเป็นการบังคับกดขี่ให้ต้องรับผิดชอบมากเกินไป. แต่กระนั้นก็ดี วิธีการที่รัฐเข้าช่วยใช้ค่าเสียหายเพิ่มเติมให้แก่ผู้ถูกลดหนี้เช่นนี้ นับว่าเป็นขั้นแรกแห่งความรับผิดชอบต่อรัฐ ซึ่งในกาลข้างหน้าหากกฎหมายไทยจะได้ดำเนินตามทำนองนี้ต่อไป ก็อาจจะได้แพร่หลายขยายขึ้นตามลำดับ จนเป็นเหตุให้รัฐค่อยๆ ยอมมารับผิดชอบแทนหมู่โดยสิ้นเชิง ดังมีตัวอย่างปรากฏอยู่ในกฎหมายของบางประเทศในปัจจุบันนี้เอง.

เมื่อมาในรัชกาลของพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว การสืบสวนจับกุมผู้ร้ายนั้นตกเป็นหน้าที่ของรัฐแต่ฝ่ายเดียว โดยมีการจัดวางระเบียบขึ้นไว้สำหรับเรื่องนี้เป็นอย่างดี บุคคลที่มีได้เป็นตัวการในการกระทำความผิดจะต้องรับผิดชอบด้วยความผิดนั้นก็ต่อเมื่อเป็นที่ปรากฏว่า บุคคลนั้นเป็นผู้สมรู้ด้วยกับผู้ร้าย ถ้านอกจากนี้แล้วก็ไม่มีเหตุอันใดที่จะมาทำให้เขาต้องรับผิดชอบอีกเลย โดยลักษณะการทำนองนี้จึงเป็นอันว่า

ความรับผิดชอบร่วมกันทั้งหมดในกฎหมายเก่าต้องสูญไปอย่างไม่มีเชื้อเหลือทีเดียว ฉะนั้นกฎหมายลักษณะโจรห้าเส้นพร้อมกับบทบัญญัติต่างๆ ซึ่งได้ศึกษามาแล้วในหมวดนี้ ประกาศลงวันที่ ๒๕ พฤศจิกายน ร.ศ. ๑๑๗ (พ.ศ. ๒๔๔๑) ได้ยกเลิกไปหมด.

บทที่ ๒

ลักษณะอันสามัญแก่การละเมิดทุกชนิด

ก่อนที่จะอธิบายถึงบรรดาการละเมิดจะเพาะอย่าง ซึ่งกฎหมายเก่าของไทยได้กล่าวถึง ข้าพเจ้าจะอธิบายในบทนี้ถึงปัญหาบางอย่างซึ่งอาจจะเกิดขึ้นได้แก่การละเมิดทั้งหลาย ไม่เลือกว่าอย่างใด.

ลักษณะสำคัญของเงินปรับ

๒๓. กล่าวตามหลักทั่วไป, ละเมิดคือการทำให้บุคคลซึ่งก่อการนี้มีหน้าที่ชำระเงินจำนวนหนึ่ง เรียกว่าสินไหม เพื่อประโยชน์แก่บุคคลซึ่งต้องเสียหายเพราะการนี้, แต่ก็มิบางกรณีซึ่งความจริงมีจำนวนไม่สู้มากนัก ที่หน้าที่ของผู้ก่อการละเมิดไม่ใช่เป็นการชำระเงิน แต่หากเป็นการอย่างอื่น เช่นเป็นการทำกิจการอย่างหนึ่งขึ้น ดังตัวอย่างที่จะยกมาให้เห็นจากบทที่ ๑๕๔ แห่งกฎหมายลักษณะเบ็ดเสร็จ, โดยบัญญัติว่า บุคคลที่ทำลายการงานอันผู้อื่นทำขึ้นไว้จำต้องทำการงานนั้นให้กลับคืนดีดังเดิม กับบทบัญญัติในบทที่ ๑๕๐ ของกฎหมายลักษณะเดียวกัน มีความว่าบุคคลซึ่งตามบทนี้จะต้องรับผิดชอบในการที่โคหรือกระบือของตนไปทำอันตรายให้เกิดบาดเจ็บแก่โคหรือกระบือของผู้อื่น จำจะต้องมีหน้าที่รักษาโคหรือกระบือที่บาดเจ็บนี้ แต่ถึงแม้กฎหมายจะบัญญัติให้ผู้ทำละเมิด มีหน้าที่ต้องทำการแทนที่จะต้องชำระสินไหมดังในสองมาตราแล้วก็ตาม ถ้าหากผู้ทำละเมิดไม่ปฏิบัติตามหน้าที่ทำการตามนั้น กฎหมายก็กลับมาบัญญัติให้ผู้ทำละเมิดมีหน้าที่ต้องชำระเป็นเงินอีก (ให้ดูเบ็ดเสร็จ บทที่ ๑๖๕ ด้วย)

เงินสินไหมนั้น ในเบื้องต้นเป็นเงินที่เรียกเอาเพื่อใช้เป็นค่าทดแทนความเสียหายที่เกิดขึ้น โดยเหตุนี้สินไหมจึงตรงกันกับที่เรียกกันในกฎหมายปัจจุบันนี้ว่า ค่าสินไหมทดแทน และเนื่องจากที่เป็นค่าทดแทนความเสียหายเช่นนั้น จำนวนของสินไหมจึงย่อมเปลี่ยนแปลงไปตามความเสียหายมากหรือน้อยที่เกิดขึ้นแก่ผู้ถูกละเมิด ดังที่เราจะได้เห็นต่อไป

หลักที่กล่าวนี้ดูเหมือนจะเป็นหลักที่กฎหมายลักษณะกรรมคดีดำเนินตามอยู่ในบทที่ ๒๑ ซึ่งมีความดังนี้ “ราษฎรหาความแก่กันด้วยเนื้อความประการใด ๆ ก็ดี จะปรับผู้แพ้นั้น ถ้าหากันมีทนายให้เอาทนายตั้งใหม่ ถ้าหากทนายมีได้ ให้เอารูปความนั้นตั้งปรับใหม่” เช่นในกรณีทนาย การคำนวณสินไหมจะต้องอาศัยถือเอามูลค่าของทรัพย์สินที่ถูกลักเป็นเกณฑ์สำหรับคำนวณ, ในกรณีทำร้ายร่างกายบาดเจ็บ สินไหมจะต้องคำนวณโดยพิเคราะห์ถึงความบาดเจ็บมากหรือน้อยที่ได้รับและศักดิ์ของผู้ต้องบาดเจ็บ.

ที่ว่าสินไหมเป็นจำนวนเงินเพื่อทดแทนความเสียหาย ซึ่งเกิดจากการละเมิดนั้น ความจริงสินไหมหาได้เป็นแต่เพียงค่าทดแทนความเสียหายเท่านั้นไม่ ตามธรรมดาสินไหมมักจะเงินซึ่งมีจำนวนสูงกว่ามูลค่าของความเสียหายอันเกิดขึ้นจริง ที่เป็นดังนั้นก็โดยมีเหตุตั้งได้อธิบายมาแล้วว่า ตามสภาพเดิมสินไหมเป็นจำนวนเงินซึ่งผู้ถูกละเมิดยอมรับแทนที่จะใช้สิทธิแก้แค้นลงโทษแก่ผู้ทำละเมิด และก็เป็นธรรมดาอยู่เอง เพื่อเป็นการตอบแทนกับที่ตนสละสิทธิแก้แค้น, ผู้เสียหายย่อมจะเรียกเอาค่าไถ่โทษให้เป็นจำนวนสูงกว่ามูลค่าของความเสียหายที่ได้รับจริง จำนวนของสินไหมที่เรียกเอาในกรณีละเมิดต่าง ๆ นี้ ในเวลาต่อมาก็ค่อย ๆ ตั้งขึ้นเป็นอัตราที่แน่นอนโดยจารีตประเพณี, และอัตรานี้ได้เขียนเป็นลายลักษณ์อักษรใช้เป็นกฎหมาย แต่อัตราของสินไหมนี้แม้ในเวลาทีออกเป็นกฎหมายแล้ว ก็ยังมีลักษณะเป็นค่าไถ่โทษเหมือนในสมัยดั้งเดิมอยู่อีก คือสินไหมย่อมมีจำนวนสูงกว่ามูลค่าของความเสียหายดังกล่าวแล้ว ในการที่จำนวนสินไหมเกินค่าเสียหายเลยไปนั้น ก็ถือได้ว่าสินไหมนี้เป็นโทษที่ชั่งแก่ผู้ทำละเมิด และมีลักษณะเป็นโทษทางอาญา ทำนองเดียวกับโทษที่เรียกว่าโทษปรับในกฎหมายปัจจุบัน โดยเหตุที่สินไหมเป็นโทษทางอาญา หาใช่เพียงแต่ค่าทดแทนความเสียหายไม่ ฉะนั้นในการกำหนดจำนวนเงินที่เป็นสินไหมจึงต้องอาศัยพิเคราะห์ ถือเอาเกณฑ์ความหนักเบาของความผิดเป็นสำคัญด้วย กล่าวคือ ต้องพิเคราะห์ถึงเจตนาและความรับผิดชอบอันแท้จริงของผู้ทำละเมิด หลักการทำงานที่กล่าวนี้ได้เคยเป็นที่เข้าใจกันและปรากฏขึ้นในกฎหมายที่ละเล็กที่ละน้อยเป็นลำดับ พร้อมกับความเจริญก้าวหน้าของธรรมเนียมประเพณีในชั้นเดิมทีเดียว เมื่อบุคคลผู้หนึ่งได้ก่อให้เกิดความเสียหายแก่อีกบุคคลหนึ่งแล้ว ผู้ก่อความเสียหายจะต้องใช้สินไหมให้แก่ผู้ได้รับความเสียหาย โดยไม่ต้องพิจารณาว่าผู้ก่อความเสียหายจะได้มีเจตนาร้ายอย่างไรหรือไม่ ครั้นเมื่อเวลาล่วงต่อมาเกิดมีการรู้สึกกันว่าผู้ทำละเมิดก่อความเสียหายจะพึงถูกลงโทษได้ ก็ต่อเมื่อตนได้มีเจตนามุ่งที่จะทำผิด หรือตนได้ทราบอยู่ดีแล้วว่าตนจะต้องมีความรับผิดชอบ ฉะนั้นผู้ก่อละเมิดควรใช้สินไหมเพียงเท่ามูลค่าของ

ความเสียหาย แต่ทว่าการแยกลักษณะทางอาญาและลักษณะทางแพ่งของการที่เป็นละเมิด ออกให้ชัดเจนแน่นอนเช่นนั้น ยังหาได้เป็นผลสำเร็จดีไม่ ฉะนั้นกฎหมายในกรุงศรีอยุธยา มักจะมีลักษณะเป็นทั้งอาญา และเป็นทั้งแพ่งชดกันอยู่ในตัวเอง เช่น ในบางกรณีผู้ก่อการละเมิดมิได้มีเจตนาร้าย คือ ไม่ควรรับโทษทางอาญา แต่ยังคงต้องรับผิดชอบในทางแพ่ง กฎหมายถือว่าเป็นเหตุให้ความรับผิดชอบของผู้ละเมิดในทางแพ่งนั้นเองต้องถูกลดลงด้วย ในกรณีอันกลับกัน เมื่อผู้ก่อการละเมิดมีเจตนาร้ายแต่ผู้ถูกละเมิดไม่ได้รับความเสียหายอย่างใด คือ ผู้ก่อละเมิดควรรับโทษทางอาญาแต่ไม่ควรรับผิดชอบในทางแพ่ง การมีเจตนาร้ายนี้ ก็ยังทำให้ต้องมีการใช้สินไหมให้แก่ผู้ถูกละเมิด ดังแนวความคิดเดิม.

กล่าวโดยสรุป, ถ้าจะพิจารณาหลักฐานใหม่ตามหลักในกฎหมายปัจจุบันนี้แล้วก็จะเห็นว่า สินไหมนี้มีลักษณะเป็นทั้งค่าสินไหมทดแทนทางแพ่งและค่าปรับทางอาญา ในขั้นต้นที่เดียวการเรียกเอาสินไหมได้มีจุดมุ่งหมายจะให้เป็นการทดแทนความเสียหาย ซึ่งผู้ถูกละเมิดได้รับ และความจริงก็มีในบางกรณีที่สินไหมคงเป็นแต่เพียงค่าสินไหมทดแทนเท่านั้นจริงๆ แต่ทว่าโดยทั่วไปแล้ว การเรียกสินไหมมีจุดประสงค์จะให้เป็นการลงโทษผู้ทำละเมิดด้วยอีกโสดหนึ่ง และก็มีในบางกรณี, ซึ่งแม้จะเป็นจำนวนน้อย, ที่ปรากฏว่าสินไหมล้วนมีลักษณะเป็นโทษแต่อย่างเดียว, ในกรณีเช่นนี้สินไหมเป็นเงินปรับที่กฎหมายให้ตกให้แก่ผู้ถูกละเมิดโดยผู้เสียหายได้รับความเสียหายแต่อย่างใด.

ส่วนในเรื่องวิธีกำหนดจำนวนสินไหมหรือเงินปรับนั้น ย่อมกำหนดโดยใช้สองวิธีต่างกัน คือบางที่กฎหมายวางจำนวนไว้แน่นอนตายตัวก่อนแล้ว หรือมิฉะนั้นก็เป็นจำนวนที่อาจเปลี่ยนแปลงได้มากน้อยต่างๆกัน ตามแต่องค์ประกอบต่างๆที่ทำให้เกิดเป็นการละเมิดขึ้น แต่โดยเสมอไปแล้ว จำนวนสินไหมเหล่านี้กฎหมายได้กำหนดไว้ล่วงหน้าแล้ว ตามที่กล่าวนี้ได้แก่วิธีปรับใหม่ตามอัตราพิภค ซึ่งสันนิษฐานว่าเป็นวิธีเดิม, และบางที่ก็ปรากฏมีอีกวิธีหนึ่ง, คือ จำนวนสินไหมเปลี่ยนไปตามรูปเรื่องของการละเมิดเป็นรายๆ สุดแต่มูลค่าของความเสียหายอันเกิดขึ้นแท้จริง ตามวิธีนี้จึงต้องปฏิบัติเหมือนดังในกฎหมายปัจจุบันนี้ คือ ต้องเริ่มด้วยการคำนวณความเสียหายก่อนที่จะสามารถวางกำหนดจำนวนสินไหมได้ วิธีนี้น่าสันนิษฐานว่าเป็นวิธีที่เกิดขึ้นภายหลังวิธีตั้งอัตราพิภค.

เจตนาร้าย

๒๔. ในกฎหมายเรื่องละเมิดสมัยปัจจุบันนี้ จะมีการเรียกให้ทดแทนความเสียหายก็ต่อเมื่อปรากฏว่าทางฝ่ายผู้ทำละเมิดนั้นได้มีการจงใจ หรือประมาทเลินเล่อ (มาตรา ๔๒๐

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์) ในกฎหมายครั้งโบราณ, บทบัญญัติในเรื่องละเมิดหาได้เป็นทำนองนี้ไม่ กล่าวคือ การทดแทนความเสียหายนี้จะต้องมีขึ้นเสมอไป แม้ถึงว่าการอันเป็นละเมิดนั้นจะเกิดขึ้นจากความไม่จงใจเจตนาก็ตาม ต่อเมื่อเป็นที่ปรากฏว่ามีความเกี่ยวเนื่องติดต่อกันโดยตรงระหว่างความเสียหายที่ผู้ถูกละเมิดได้รับการกระทำของผู้ละเมิดแล้วก็เป็นอันเรียกให้ทดแทนความเสียหายได้, กฎหมายในกรุงศรีอยุธยาเท่าที่ตกทอดมาถึงเรายังแสดงให้เห็นเค้าเงื่อนแห่งความคิดเห็นอย่างโบราณอยู่ แต่ในกรณีที่ทางฝ่ายผู้ทำละเมิดมิได้มีความประมาทเลินเล่อ หรือมีเจตนาอันเป็นผิดกฎหมายอย่างใด กฎหมายย่อมลดจำนวนเงินสินไหมลงเพียงเท่ากับความเสียหาย หรือบางทีต่ำกว่าความเสียหายอีก แต่อย่างไรก็ดี ความรับผิดชอบจะต้องมีอยู่เสมอ จะยกเสียที่เดียวนั้นหาได้ไม่.

บทบัญญัติของกฎหมายซึ่งเดินตามหลักดังกล่าวมานี้อย่างน่าพิศวงมีบทหนึ่ง ก็คือบทบัญญัติในบทที่ ๑๕๓ แห่งกฎหมายลักษณะเบ็ดเสร็จซึ่งมีความว่า เมื่อบุคคลผู้หนึ่งขณะหากไม่อยู่ และตัวขวานหลุดจากด้ามไปถูกบุคคลอีกผู้หนึ่งถึงแก่ความตาย เช่นนี้บุคคลผู้ทำให้เขาตายโดยไม่เจตนายอมไม่ต้องรับผิดชอบใช้สินไหมอย่างใด. จะเป็นก็แต่เพียงช่วยครอบครัวของผู้ตายออกเงินค่าทำบุญอุทิศกุศลไปให้แก่ผู้ตาย เงินที่ต้องออกช่วยนี้กฎหมายไม่กำหนดไว้ให้ชัดเจนว่าจะต้องใช้เงินเท่าไร ซึ่งทำให้เชื่อว่าเงินนี้จะไม่ใช้เป็นค่าทดแทนความเสียหาย แต่หากจะเป็นเงินที่ใช้ให้เพื่อชำระล้างมลทินในทางศาสนามากกว่า แต่ถ้าเป็นที่ปรากฏว่าขวานได้หลุดจากมือของบุคคลผู้ตกไม้ทั้งตัวขวานและทั้งด้ามไปถูกอีกคนหนึ่งตาย ดังนั้นผู้ทำให้เขาตายโดยไม่เจตนาจะต้องใช้ค่าตัวของผู้ตาย การที่มาตรานี้มีบทบัญญัติแตกต่างกับในกรณีคล้ายกันเช่นนี้ น่าสันนิษฐานว่าเพราะกฎหมายเพิ่งเล็งถึงความสัมพันธ์เกี่ยวเนื่องระหว่างการกระทำของผู้ถือขวานกับความมรณะแก่ผู้ถูกรับขวานเป็นเกณฑ์ คือ สำหรับในกรณีแรกถือว่าความเกี่ยวเนื่องดังว่านั้น มีอยู่น้อยกว่าในกรณีหลัง แต่ถึงแม้ในกรณีหลังนี้ การทำให้คนตายก็คงเป็นไปโดยไม่เจตนาเช่นในกรณีแรก ซึ่งถ้าเป็นในกฎหมายสมัยเราแล้ว ก็จะไม่ทำให้เกิดการรับผิดชอบในทางแพ่งอย่างไร.

มาตรา ๑๑๕ แห่งกฎหมายลักษณะโจร บัญญัติว่าขณะที่มีการติดตามไล่คนร้ายลักทรัพย์ไปในเวลากลางคืน ถ้าชาวบ้านคนหนึ่งในหมู่บ้านที่ไล่คนร้ายไปนั้น ได้ถูกอันตรายถึงแก่ชีวิตลงโดยบังเอิญ เนื่องจากถูกหอกหรือดาบของชาวบ้านอีกคนหนึ่ง ซึ่งช่วยไล่คนร้ายไปด้วย ผู้ซึ่งถืออาวุธนั้นทำให้บุคคลตายลงโดยอาการบังเอิญนี้ ย่อมจะถูกปรับไหมฐานฆ่าคนตายด้วยไม้ กล่าวคือ ให้ลดจำนวนเงินปรับไหมลงมา เพราะผู้ถืออาวุธนั้นไปถูกเขาตายนั้นมิได้มีเจตนาร้าย ยังมีบทบัญญัติของกฎหมายลักษณะโจรนี้อีกบทหนึ่ง

ซึ่งมีความใกล้เคียงกันกับบทที่กล่าวแล้ว คือ ในกรณีที่บุคคลหนึ่งได้ประสบอันตรายถึงแก่ชีวิตโดยบังเอิญ เพราะถูกเครื่องมือใช้สอยสำหรับทำงาน เช่น มีดพร้าสิ่วหรือขวานที่อีกบุคคลถือมาตั้น มาตรา ๑๒๗ แห่งกฎหมายลักษณะโจรนี้ ได้บัญญัติให้ผู้ทำให้นตายนั้น ต้องถูกปรับใหม่เท่ากับ ๑ ใน ๓ ของเงินปรับในกรณีที่ฆ่าคนตายโดยเจตนา บทบัญญัติในมาตรา ๑๑๕ และมาตรา ๑๒๗ ทั้งสองมาตรานี้ ได้มีความเป็นทำนองเดียวกันว่าสินไหมที่เรียกเอามานั้นให้ให้แก่ญาติของผู้ตาย เพื่อเป็นค่าใช้จ่ายในการทำศพ.

บทบัญญัติอันกินความกว้างกว่าบทอื่น ๆ เกี่ยวกับเรื่องเจตนาของผู้ทำละเมิดนี้ ก็คือบทที่ ๑๕๒ แห่งกฎหมายลักษณะเบ็ดเสร็จ ซึ่งใช้ได้ไม่เฉพาะแต่ในกรณีที่ฆ่าคนตายเท่านั้น แต่ยังใช้แก่กรณีทำร้ายร่างกายบาดเจ็บ ซึ่งเกิดขึ้นโดยผู้กระทำบาดเจ็บ มิได้มีเจตนาจะทำร้าย มาตรานี้บัญญัติว่าการปรับใหม่ในกรณีที่ผู้กระทำร้าย ไม่มีเจตนาทำร้ายนี้ ให้ลดลงเป็นเพียง ๒ ใน ๓ ของสินไหมที่จะพึงเรียกเอา ตามธรรมดาในการทำร้ายโดยเจตนา หรือเพียง ๑ ใน ๓ หรือกึ่งหนึ่งของ ๑ ใน ๓ นี้ คือ เท่ากับ ๑ ใน ๖ ของสินไหมธรรมดา สุดแต่จะพิเคราะห์เหตุการณเป็นรายเรื่องไป บทบัญญัติในมาตรา ๑๒๗ แห่งกฎหมายลักษณะโจร ก็ได้ดำเนินตามหลักอันเดียวกันกับหลักในบทที่ ๑๕๒ ลักษณะเบ็ดเสร็จนี้.

รวมความตามที่ได้บรรยายมานี้ จะเห็นได้ว่าผู้ที่ทำละเมิดไม่มีเจตนา นั้น หากได้ทำให้เขาพ้นความรับผิดชอบที่เดียวไม่ การที่ขาดเจตนาทำร้ายจะมีผลเพียงให้ลดเงินปรับลงได้บ้างเท่านั้น.

๒๕. แต่ยังมีบทบัญญัติบทหนึ่ง ซึ่งถ้าเราจะอ่านแต่เพียงเผินๆ ก็ดูเหมือนว่า จะมีความขัดกันกับบทบัญญัติในกฎหมายลักษณะเบ็ดเสร็จ และลักษณะโจรที่เพิ่งอ้างมาข้างต้นนี้ คือ ตามกรณีปรากฏในคำปรารภเบื้องต้นกฎหมายลักษณะกรรมศักดิ์ จุลศักราช ๙๕๕ (พ.ศ. ๒๓๓๖) เราจะเห็นว่า อำแดงอุ่น ซึ่งทำให้บุตรของอีเกิดผู้เป็นทาสถึงแก่ความตายด้วยความเลินเล่อ นั้น ได้ถูกปรับใหม่เป็นจำนวนเท่ากับเหมือนกันในกรณีที่ฆ่าคนตายด้วยเจตนา โดยความประมาทขาดเจตนาของอำแดงอุ่น หากได้ทำให้ลดจำนวนปรับใหม่ลงได้ตามทำนองที่กล่าวมาแล้วไม่ อนึ่งตามมาตรา ๒ ของกฎหมายลักษณะกรรมศักดิ์นี้, บัญญัติว่า "อนึ่งมิได้แก่ลั้งให้ตายก็ดี และทำให้ตายด้วยหาพิการณาก็ดี" ผู้ที่ทำให้ตายนั้นต้องถูกปรับเช่นเดียวกันกับผู้ที่ทำให้ตายโดยเจตนา เมื่อเป็นดังนี้ จึงมีปัญหาเกิดขึ้นว่าทำอย่างไรเราจึงจะปรับให้บทบัญญัติของกฎหมายลักษณะกรรมศักดิ์นี้ลงรูปกัน ได้กับบทบัญญัติของกฎหมายลักษณะเบ็ดเสร็จและลักษณะโจร ตามที่ได้พิเคราะห์มาแล้วข้างต้น.

สำหรับข้าพเจ้าแล้ว เห็นว่า ถ้าจะพิจารณาตามหลักในกฎหมายเดิมแล้ว อำแดงอุ้นคงจะไม่ต้องตกเป็นผู้รับผิดชอบในความตายของเด็ก เพราะในระหว่างการที่เด็กตายกับการที่อำแดงอุ้นปล่อยเด็กไว้ตามลำพังนั้น มิได้มีการเกี่ยวเนื่องเป็นเหตุเป็นผลกันโดยตรง คืออำแดงอุ้นไม่ได้เอาเด็กไปทิ้งหรือเสือกผลักใส่หรือสัมผัสเด็กแต่อย่างใด จึงเป็นเรื่องที่ต่างกับเรื่องที่กฎหมายลักษณะเบ็ดเสร็จและลักษณะโจรกล่าวไว้ เพราะตามเรื่องในกฎหมายทั้งสองนี้ ผู้ถูกละเมิดได้ตายลงโดยถูกเครื่องมือหรืออาวุธซึ่งผู้ทำละเมิดได้ถืออยู่จริงนี้ จึงเห็นว่าพระราชวินิจฉัยของสมเด็จพระนเรศวร ตามที่ปรากฏอยู่ในคำปรารภของกฎหมายลักษณะกรมศกดิ์ พ.ศ. ๒๑๓๖ นี้ น่าจะได้นำเอาความคิดความเห็นอย่างใหม่ในเชิงกฎหมายอีกอย่างหนึ่งมาใช้ คือ การที่ถือว่าเรื่องตวันทำการ, เช่นเรื่องเดินเล่อละเลยของอำแดงอุ้นนั้น อาจจะเป็นปัจจัยให้มีการละเมิดเกิดขึ้นได้ เช่นเดียวกันกับเรื่องทำการโดยตรงเหมือนกัน และน่าเชื่อว่า คงจะเป็นในสมัยเดียวกันนี้เอง ที่ได้มีบทบัญญัติเพิ่มเติมขึ้นไว้ ในมาตรา ๒ ของกฎหมายลักษณะกรมศกดิ์เกี่ยวพาดพิงไปถึงเรื่องทำให้คนตายโดยประมาทด้วย ฉะนั้นจึงเป็นอันว่า พระราชวินิจฉัยที่ปรากฏในคำปรารภและความในมาตรา ๒ ตอนท้ายของกฎหมายลักษณะกรมศกดิ์ เป็นสิ่งที่แสดงถึงความก้าวหน้าอีกขั้นหนึ่งของบัญญัติในเรื่องความรับผิดชอบเพื่อละเมิด และเป็นสิ่งที่ได้มีสมุฏฐานเนื่องมาจากแนวความคิดในเรื่องละเมิด ที่นับว่าเจริญก้าวหน้าขึ้นแล้ว แต่ส่วนมาตราในกฎหมายลักษณะเบ็ดเสร็จและลักษณะโจรนั้น ยังอาศัยแนวความคิดในสมัยดึกดำบรรพ์ ซึ่งถือว่าบุคคลจะมีความรับผิดชอบ ก็ต่อเมื่อได้ทำการอย่างใดอย่างหนึ่งขึ้นโดยไม่แยกว่าเป็นการที่ทำขึ้นโดยเจตนาหรือไม่เจตนา ส่วนเรื่องตวันทำการนั้นยังไม่ถือว่าเป็นการละเมิดอันจะพึงทำให้บุคคลต้องรับผิดชอบ.

เหตุร้ายแรงที่ประกอบเข้ามาในการละเมิด

๒๖. ในกฎหมายปัจจุบัน เหตุร้ายแรงที่ประกอบเข้ามาในการละเมิด ย่อมมีผลทำให้ความรับผิดชอบทางอาญาของผู้ละเมิดเพิ่มขึ้น กล่าวคือ ทำให้ผู้ละเมิดต้องรับโทษหนักขึ้น แต่หาผลกระทบไปถึงความรับผิดชอบทางแพ่งด้วยไม่ ความรับผิดชอบในส่วนแพ่งนี้คงเป็นแต่เพียงการต้องทดแทนความเสียหายที่ผู้ถูกละเมิดได้รับจริงเท่านั้น.

แต่ในส่วนกฎหมายครั้งโบราณนั้น ความรับผิดชอบทางอาญาและความรับผิดชอบทางแพ่งหาได้แยกออกจากกันให้เป็นที่ชัดเจนไม่ ดังกล่าวมาแล้ว ฉะนั้นเมื่อความผิดล่วงละเมิดร้ายได้มีเหตุร้ายแรงประกอบเข้ามา ความผิดร้ายนั้นก็ย่อมเป็นปัจจัยนำให้ผู้ถูกละเมิดเสีย

หายมีความคุ้มครองมากขึ้น และเป็นเหตุให้ผู้เสียหายนี้เรียกร้องเอาค่าทำขวัญให้สูงขึ้น จนสมกับความอาฆาตแค้นเคือง เพราะในชั้นเดิมนั้นค่าทำขวัญนี้ผู้เสียหายเรียกจากผู้ทำละเมิด เพื่อเป็นค่าไถ่ให้ตนงดเว้นไม่ใช้สิทธิแก้แค้นตอบแทนผู้ละเมิด โดยเหตุนี้จึงย่อมถือกันว่า ผู้เสียหายมีสิทธิเรียกค่าทำขวัญได้สูงกว่าในกรณีละเมิดธรรมดา ซึ่งไม่มีลักษณะร้ายแรงประกอบ.

ในกฎหมายเก่าของไทย มีบทบัญญัติอยู่เป็นจำนวนมากที่บัญญัติให้การละเมิด ซึ่งมีเหตุร้ายแรงประกอบเข้ามานั้นมีผลเรียกเอาสินไหมเป็นจำนวนสูงได้ ข้าพเจ้าจะนำมากล่าวให้เห็นแต่บางบทเป็นตัวอย่าง เช่น มาตรา ๗ ของกฎหมายลักษณะวิวาท บัญญัติว่าคู่วิวาทฝ่ายหนึ่งหลังจากได้เลิกการวิวาทกันแล้ว ได้ถืออาวุธไปลอบทำร้ายอีกฝ่ายหนึ่ง ณ ถนนหนทางหรือตลาดแห่งใดแห่งหนึ่งเช่นนี้ ผู้ลอบทำร้ายจะต้องถูกปรับใหม่เป็นจำนวนสองเท่าของจำนวนสินไหมที่จะต้องใช้ในกรณีละเมิดทำร้ายธรรมดา ในกรณีละเมิดด้วยคำคำหรือการทำร้ายร่างกายบาดเจ็บ ซึ่งประกอบด้วยการบุกรุกก็เช่นเดียวกันอีก มาตรา ๔๐ บัญญัติให้ผู้ละเมิดใช้สินไหมเพิ่มขึ้นเป็นทวีคูณ ตามมาตรา ๑๘ แห่งกฎหมายลักษณะอาญาราชฎาก็ได้มีบทบัญญัติไว้ในหลักทำนองนี้อีกว่า บุคคลผู้ที่จ้างคนอื่นให้ไปทำร้ายอีกบุคคลหนึ่งเพื่อให้ถึงตาย แม้ผู้ที่ถูกทำร้ายจะไม่ถึงตายเป็นแต่เพียงถูกบาดเจ็บเท่านั้น ก็ให้ปรับใหม่เท่าตาย ฐานศักดิ์เหล็กตามบทบัญญัติในมาตรา ๑๒๗ กฎหมายลักษณะโจรที่กล่าวอ้างมาแล้ว กรณีก็เป็นเช่นเดียวกันอีก คือบุคคลที่ถืออาวุธไปต้องบุคคลอื่นตายโดยไม่เจตนา ถ้าอาวุธนั้นเป็นที่ต้องห้ามมิให้ถือในเวลาที่บ้านเมืองมิได้เกิดศึกจลาจล ผู้ทำให้คนตายโดยไม่เจตนา นั้นจะต้องถูกปรับใหม่เป็นทวีคูณ.

แต่กรณีมีอยู่หลายกรณี ที่กฎหมายเก่าถือหลักเช่นเดียวกับกับกฎหมายสมัยปัจจุบัน คือ เหตุร้ายแรงซึ่งประกอบเข้ามาในการละเมิดนั้น ย่อมมีผลแต่เพียงเพิ่มโทษที่ลงทางร่างกาย หรือเกิดมีโทษปรับเป็นพินัยขึ้นเพิ่มเติม โดยไม่มีผลเพิ่มจำนวนสินไหมค่าทำขวัญที่จะตกเป็นของผู้เสียหาย กรณีที่กฎหมายถือหลักเช่นนี้มีอยู่ในเรื่องทำร้ายร่างกายบาดเจ็บ แต่ไม่กรณีนี้ มีอาทิในเมื่อการทำร้ายนั้นได้กระทำแก่บุคคลซึ่งได้ถูกมัดอยู่ (อาญาราชฎา มาตรา ๙) แต่หลักเช่นนี้เป็นที่ใช้เสมอ ๆ ในเรื่องลักทรัพย์ ดังเราจะได้เห็นในต่อไป.

อาศัยตามที่กล่าวมานี้จึงเห็นได้ว่า ในส่วนที่เกี่ยวกับบัญญัติในเรื่องเหตุร้ายแรงที่ประกอบเข้ามาในการละเมิดนี้ กฎหมายเก่าตกอยู่ในสมัยหัวต่อโดยยังดำเนินตามหลักกฎหมายอย่างโบราณบ้าง และตามหลักกฎหมายสมัยปัจจุบันบ้าง คือ สำหรับการละเมิด

ที่กระทำต่อเนื้อตัวบุคคล, เหตุร้ายแรงที่ประกอบเข้ามาในการละเมิดเป็นเหตุที่จะให้เพิ่มจำนวนค่าทำขวัญได้ ซึ่งเป็นหลักกฎหมายอย่างโบราณ แต่สำหรับการละเมิดที่กระทำต่อทรัพย์สินนั้น เหตุร้ายแรงที่ประกอบเข้ามาในความผิด กลับเป็นเหตุให้เพิ่มโทษทางอาญาแทนให้เพิ่มค่าทำขวัญทางแพ่ง ซึ่งเป็นหลักกฎหมายสมัยปัจจุบัน ความผิดแยกกันเช่นนี้ อาจจะไม่เนื่องมาได้จากเหตุสองทาง คือ บางที่อาจเป็นเพราะบทบัญญัติซึ่งว่าด้วยความผิดที่กระทำต่อเนื้อตัวบุคคลนั้น ได้มีขึ้นตั้งแต่สมัยที่ความคิดเห็นในเชิงกฎหมายยังเป็นอย่างแบบโบราณ หรือบางที่อาจเป็นเพราะความรู้สึกโกรธแค้นอาฆาตของผู้เสียหายในกรณีละเมิดซึ่งกระทำต่อเนื้อตัว ย่อมมีอารมณ์รุนแรงมากกว่าในกรณีละเมิดซึ่งกระทำแก่ทรัพย์สิน.

การพยายาม

๒๗. ในปัจจุบันนี้การพยายามจะเป็นเหตุ ก็แต่ให้มีการลงโทษเป็นทางอาญาเท่านั้น ส่วนการเรียกให้ทดแทนความเสียหายนั้น จะเกิดขึ้นโดยอาศัยเรื่องการพยายามเป็นปัจจัยไม่ได้ เพราะผู้ทำความผิดเพียงฐานพยายามยังไม่ได้ทำการสำเร็จลงดังเจตนาของตน, จึงยังหาได้มีความเสียหายเกิดขึ้นไม่ แม้ในกฎหมายเก่าก็มีบทบัญญัติ ซึ่งกำหนดให้การพยายามมีโทษเพียงทางอาญาเหมือนกัน (ให้ดูโจร ๖๕ และ ๗๐ สำหรับการพยายามทำร้ายร่างกาย, โจร ๗๒ สำหรับการพยายามลักทรัพย์ เป็นต้น)

แต่การปะปนระหว่างลักษณะทางอาญาและลักษณะทางแพ่งของการละเมิดในกฎหมายเก่านี้ เป็นเหตุให้กฎหมายครั้งกรุงศรีอยุธยา มีบทบัญญัติหลายบทซึ่งยังคงดำเนินตามแนวความคิดในสมัยโบราณ ซึ่งในสมัยนั้นรัฐยังไม่ได้รับเป็นธุระจัดการปราบปรามการกระทำผิดระหว่างเอกชน, เอกชนจะต้องจัดการลงโทษแก่ผู้ทำผิดด้วยตนเอง การพยายามทำความผิดแม้จะยังไม่ทำให้เกิดความเสียหายขึ้นอย่างแท้จริง แต่ก็แสดงให้เห็นว่าบุคคลผู้พยายามมีเจตนาร้ายต่อบุคคลผู้ซึ่งจะต้องเสียหายถ้าหากการละเมิดเกิดขึ้นสำเร็จ ฉะนั้นการพยายามจึงเป็นปัจจัยให้บุคคลหลังนี้รู้สึกแค้นเคืองผู้พยายามทำร้ายตนได้ แม้จะไม่มากเท่าเมื่อการละเมิดได้กระทำลงจนสำเร็จก็ตาม เมื่อเป็นดังนี้ผู้ที่ถูกเขาพยายามทำร้ายก็ย่อมมีสิทธิที่จะเรียกเงินสินไหมได้ เงินสินไหมนี้กฎหมายไทยในบางกรณีกำหนดเป็นจำนวนเงินซึ่งมีอัตราวางไว้ตายตัว (ให้ดูโจร ๘๕ เป็นต้น) แต่โดยมากค่าสินไหมที่ต้องใช้ในการพยายามนั้น มักจะเป็นส่วนหนึ่งของสินไหมซึ่งจะต้องชำระถ้าหากการละเมิดได้เกิดขึ้นสำเร็จ เช่น ในกรณีพยายามทำร้ายร่างกายบาดเจ็บ ค่าสินไหมจะลดจากในกรณี

ที่การทำร้ายได้เกิดสำเร็จลงมาเป็นเพียง ๓ ใน ๔ หรือเพียงกึ่งหนึ่ง สุดแล้วแต่ว่าการพยายามนั้นเป็นการที่กระทำขึ้นแล้ว แต่ผิดพลาดไปหรือว่าเป็นแต่เพียงเจตเจ้ออาวุธขึ้นเท่านั้น ถ้าหากผู้จะทำร้ายนั้นเป็นแต่เพียงกล่าวถ้อยคำขู่เข็ญว่าจะทำร้าย ค่าสินไหมก็จะลดลงเพียงเสมอ ๑ ใน ๔ ของค่าสินไหมอันจะพึงมี ถ้าเป็นกรณีที่ทำร้ายได้เกิดขึ้นจริง (วิวาท ๓๑) กรณีเป็นเช่นเดียวกันอีกสำหรับการพยายามทำความผิดฐานลักพา กฎหมายลักษณะลักพามาตรา ๑ บัญญัติถึงขั้นต่างๆ ตามลำดับที่ผู้ทำความผิดฐานลักพาจะต้องผ่านเพื่อไปสู่ความผิดสำเร็จ ในขณะที่ความผิดยังไม่สำเร็จลงไป ผู้พยายามทำความผิดจะต้องถูกปรับใหม่ มากน้อยตามแต่ว่าตนได้พยายามทำการใกล้เข้าไปยังจุดสำเร็จมากน้อยเพียงไร ยิ่งใกล้เข้าไปมาก สินไหมก็จะยิ่งมากขึ้น เช่น ถ้าผู้ลักพาถูกจับในขณะที่เตรียมพร้อมจะพาเอาทาสเด็กหรือหญิงมีสามีหนีไป ค่าปรับใหม่จะเท่ากับครึ่งหนึ่งของค่าตัวบุคคลที่ตนลักพาไป, ถ้าผู้ลักพาได้พาเอาทาสหนีไปและเอาซ่อนไว้ในบ้านเรือนของตนยังไม่ทันพาหนี ค่าปรับใหม่จะมีจำนวนเท่ากับค่าตัวทาส ถ้าผู้ลักพาได้พาทาสหนีออกไปนอกเมือง หรือพาหนีข้ามไปยังอีกฝั่งปากลำน้ำ ค่าปรับใหม่จะเท่ากับหนึ่งเท่าครึ่งของค่าตัวทาส

จากตัวอย่างเหล่านี้เราสังเกตเห็นได้ว่า ในการกำหนดค่าปรับใหม่นั้น กฎหมายมุ่งถึงอาการความเป็นไปของการทำความผิดว่า ได้เคลื่อนที่ใกล้ขีดความสำเร็จเข้าไปเพียงใด มากกว่าที่จะมุ่งถึงเจตนาร้ายของผู้พยายามทำความผิด โดยเจตนาร้ายนั้นแม้ว่าความผิดจะสำเร็จหรือไม่สำเร็จก็ตามที่ ย่อมมีอยู่เสมอเหมือนกัน เมื่อพูดอย่างรวมความแล้ว เราอาจกล่าวได้ว่า ในการกำหนดค่าสินไหมเพราะการพยายาม, กฎหมายเก่าของไทยถือหลักคล้ายกันกับหลักกำหนดจำนวนค่าปรับใหม่ในกรณีที่เป็นความผิดสำเร็จแล้ว ซึ่งเราได้เห็นแล้วว่าในกรณีเช่นนี้ การกำหนดค่าปรับใหม่จะต้องถือตามเกณฑ์ความร้ายแรงของความเสียหาย ตามทำนองนี้เอง กฎหมายลักษณะลักพายังบัญญัติความอีกว่า บุคคลที่ลักพาเอาทาสเด็กหรือหญิงมีสามีไปเช่นนี้ ถ้าหากนำเอาผู้ที่ตนลักพาไปนั้นมาคืนให้แก่นายหรือบิดามารดาหรือสามีแล้ว ก็ย่อมจะไม่ต้องถูกปรับใหม่เลย (ลักพา ๒)

บุคคลที่ไม่ต้องมีความรับผิดชอบ

๒๘. ตามกฎหมายสมัยโบราณ บุคคลทุกคน จะต้องมีความรับผิดชอบในการกระทำของตน, การแก้แค้นย่อมจะเป็นที่ตอบแทนให้แก่บุคคลผู้ละเมิดโดยไม่เลือกว่าบุคคลผู้นั้นจะรู้สึกในความผิดและชอบของการที่ตนได้กระทำไปนั้นหรือไม่ ในหมู่

ชนชาติบางหมู่การแก้แค้นได้กระทำกันแม้แก่สัตว์เดียวิจจำน ที่ เป็นเหตุให้เกิดความเสียหาย ในต่อมาเมื่อการแก้แค้นได้ยกเลิกไปแล้ว และใช้วิธีชำระค่าทำขวัญแทน แนวความคิด ในการแก้แค้นอย่างไม่เลือกว่าผู้ทำความผิดจะรู้จักผิดชอบหรือไม่นั้นก็ยังคงมีอยู่ตามเดิม และย่อมจะเรียกเอาค่าทำขวัญได้จากผู้ที่ทำการละเมิดลงไป แม้ผู้นั้นจะไม่ว่าการนั้น เป็นความผิดหรือไม่ แต่ในกาลต่อมาได้เป็นที่รู้สึกกันว่า การที่จะลงโทษบุคคลผู้ซึ่งไม่ มีเจตนาร้ายและไม่รู้ผิดและชอบนั้น ย่อมเป็นการไม่ยุติธรรมจึงได้มีการยกเสียมให้บุคคล เช่นว่านี้ต้องรับผิดชอบต่อไป แต่ให้ผู้ที่ปกครองบุคคลเหล่านั้นรับผิดชอบแทน โดยให้มีหน้าที่ทด แทนความเสียหายทั้งหมดหรือเพียงบางส่วน เช่น บิดามารดาจำต้องรับผิดชอบในการละเมิด ซึ่งบุตรได้กระทำขึ้น เจ้าของสัตว์จำต้องรับผิดชอบในความเสียหายซึ่งสัตว์ได้ไปก่อขึ้น แต่ ความรับผิดชอบนั้นหาได้เป็นความรับผิดชอบเต็มครบถ้วนไม่ ทั้งนี้ก็เพราะทางฝ่ายผู้ทำละเมิด มิได้มีเจตนาร้าย ตามที่กล่าวนี้คือชั้นแห่งความวิวัฒน์เชิงกฎหมายในสมัยกรุงศรีอยุธยา นั้นเอง.

ตามมาตรา ๑๐ ของกฎหมายลักษณะวิวาท เมื่อเด็กอายุ ๗ ขวบลงมา หรือคน ชราอายุ ๗๐ ปีขึ้นไป ดำผู้อื่นหรือทำร้ายร่างกายแก่ผู้อื่นมีบาดเจ็บ เด็กและคนชรา นั้น ไม่ต้องถูกปรับเป็นสินไหมพินัย มีหน้าที่ที่แก้แต่เพียงไปขอขมาผู้ที่ตนได้ทำละเมิดล่วงเกิน เท่านั้น ในเรื่องเด็กทำละเมิด กฎหมายลักษณะวิวาทมาตรา ๑๐ นี้ใช้ได้แต่ในกรณีที่เด็ก ดำหรือทำร้ายร่างกายผู้ใหญ่เท่านั้น เพราะตามมาตรา ๑๑ ของกฎหมายลักษณะเดียวกัน นี้บัญญัติว่า ถ้าในขณะที่เด็กอายุ ๗ ขวบเล่นกัน เด็กคนหนึ่งถูกเด็กอีกคนหนึ่งทำให้บาด เจ็บ บิดามารดาของเด็กคนหนึ่งจะต้องช่วยออกค่ายารักษาบาดเจ็บ ถ้าเด็กที่ถูกบาด เจ็บนั้นถึงตาย บิดามารดาของเด็กอีกคนหนึ่งนั้นต้องช่วยออกค่าใช้จ่ายในการปลงศพ โดยใช้เงินให้เป็นจำนวนเท่ากับค่าตัวของเด็กที่ตาย.

สำหรับคนวิกลจริตก็เช่นเดียวกัน กฎหมายลักษณะวิวาทมาตรา ๑๕ บัญญัติว่า ไม่ต้องมีความรับผิดชอบในการละเมิดของตน แต่ถ้าคนวิกลจริตนี้ไปทำร้ายเขาให้ถึงตาย บิดามารดาญาติพี่น้องต้องถูกปรับใหม่เป็นจำนวนเท่ากับกึ่งหนึ่งของค่าตัวผู้ตาย.

ผู้สมทบและผู้สมรู้

๒๙. แนวความคิดในกฎหมายเก่าของไทยย่อมเป็นเช่นเดียวกับแนวความคิดใน กฎหมายสมัยโบราณของชาติอื่น ๆ คือ พยายามที่จะบัญญัติให้มีบุคคลเป็นจำนวนมาก ๆ ด้วยกันเข้ามาเป็นผู้รับผิดชอบทั้งทางแพ่งและทางอาญาในบรรดาความผิด การเดินเลื่อผล

ตัวเพียงเล็กน้อย ก็อาจเป็นเรื่องที่กฎหมายในครั้งนั้นถือว่ามิได้ลักษณะเป็นการสมรู้ด้วยในการทำความผิด และทำให้ผู้เดินเล่านั้นต้องเข้าเสี่ยงต่อการถูกแก้แค้น ต้องเข้ารับผิดแทนตัวบุคคลผู้ละเมิด ตามบทบัญญัติในกฎหมายไทย จัดผู้สมรู้ไว้เป็นหลายชนิดหลายจำพวก การศึกษาบทบัญญัติเหล่านี้เป็นเรื่องที่เข้าอยู่ในการสอนประวัติศาสตร์กฎหมายอาญา ซึ่งนอกออกไปจากวงคำสอนนี้ ฉะนั้นในที่นี้จะยกพิเคราะห์บทกฎหมายเรื่องการสมรู้เพียงแต่บางบท พอให้นักศึกษาเข้าใจในเรื่องความรับผิดชอบทางแพ่งของผู้สมรู้ยิ่งขึ้น.

บุคคลซึ่งเป็นผู้ยยงส่งเสริมให้ทำละเมิด ย่อมจะต้องถูกปรับไหมเหมือนหนึ่งว่าเป็นตัวการทำละเมิด ผู้ที่ให้ความรู้, ช่วยดูฤกษ์ยามสำหรับไปทำการละเมิด หรือผู้ซึ่งให้อุปการะแก่ผู้ที่จะไปทำละเมิดไม่ว่าโดยวิธีใด ๆ ย่อมเป็นที่ถือเช่นเดียวกันว่าเป็นตัวการในการทำละเมิด (โจร ๘๕ และ ๑๒๙)

ในแนวความคิดอันเดียวกันนี้ เป็นที่ถือว่าบุคคลซึ่งมีอำนาจจะห้ามปรามผู้กระทำความผิดมิให้ลงมือกระทำผิดได้ แต่ตนมิได้ห้ามปรามย่อมจะต้องรับผิดชอบเหมือนดังว่าตนได้ทำละเมิดเอง เช่นเป็นต้นว่า นายปล่อยให้ทาสใช้ถ้อยคำตำผู้อื่นหรือใช้กำลังทำร้ายผู้อื่นต่อหน้าตน ต้องรับผิดชอบเหมือนดังตนเป็นตัวการ (วิวาท ๑๓ กับให้ดูอาญาหลวง ๑๒๑ ตอนท้ายด้วย)

กรณีเป็นเช่นเดียวกันอีก สำหรับผู้ที่ช่วยเหลือให้ผู้กระทำความผิดหนีรอดไป โดยช่วยให้ที่หลบซ่อน, ช่วยหาช่องทางให้หนีไปไกลต่อไปอีก หรือโดยเข้าทำการขัดขวางระหว่างผู้ทำความผิดกับผู้มาติดตามจับตัว เหล่านี้ย่อมต้องเข้ารับผิดแทนที่ตัวการทำละเมิด (โจร ๘๕ และ ๑๒๙)

กฎหมายถือว่าเป็นตัวการทำความผิดเช่นเดียวกันอีก สำหรับบุคคลที่รับฝากหรือรับซื้อสิ่งของที่ถูกลักมาโดยตนควรรู้อยู่ว่าของนั้นได้มาโดยไม่ชอบ หรือผู้ที่เข้าครอบครองสิ่งของที่คนร้ายลักมาและได้ทอดทิ้งไว้ โดยตนมิได้บอกกล่าวแก่เจ้าหน้าที่ (โจร ๘๕, ๑๐๓, ๑๐๖ และ ๑๒๙)

กฎหมายจะปรับไหมเสมอว่าเป็นตัวการทำความผิดอีกเหมือนกัน สำหรับผู้ซึ่งได้พบสัตว์ตายหน้าบ้านหรือหน้ารั้วบ้าน โดยมีคนร้ายฆ่าสัตว์นั้น แต่ตนมิได้แจ้งเรื่องเจ้าหน้าที่ปกครองในแขวงให้ทราบ และกลับซุกซ่อนเอาทรากรสัตว์นั้นไว้เสีย (โจร ๑๑๔)

สรุปความว่าตามกฎหมายเก่า ผู้สมรู้ต้องรับผิดชอบแทนตัวการโดยสิ้นเชิง แต่ถ้าหากว่าเมื่อจับตัวการได้ บางครั้งผู้สมรู้จะถูกปรับไหมแต่กึ่งหนึ่งของสินไหมซึ่งปรับเอาแต่ตัวการ (โจร ๒๑)

ถ้าผู้สมรู้เป็นแต่เพียงไปอยู่ด้วยในเวลาทำละเมิด หรือเพียงแต่ยุยงตัวการให้ทำละเมิด โดยมีได้เข้าช่วยเหลือด้วยตนเองอย่างไร สินไหมย่อมจะลดลงเป็นเพียงกึ่งหนึ่งของสินไหมที่ตัวการจะต้องใช้ (สำหรับการทำร้ายร่างกาย ให้ดูวิพาท ๘, สำหรับการชกให้ดูอาญาหลวง ๓๔)

ในกรณีที่มีตัวการหลายคนสมคบร่วมกันทำละเมิด กฎหมายเก่าบัญญัติแตกต่างกับกฎหมายปัจจุบัน โดยมีได้ให้บรรดาตัวการที่ร่วมกันทำละเมิดนั้นร่วมกันรับผิดชอบต่อผู้เสียหาย ตัวการแต่ละคนจะถูกบังคับให้ใช้สินไหมจะเพาะส่วนของตนเท่านั้น ฉะนั้น ถ้าหากมีตัวการที่ร่วมกันทำความผิดเหล่านั้น บางคนหนีรอดไป สินไหมที่เป็นส่วนของตัวการที่หนีไปนั้นก็เป็นอย่างนั้นว่า ผู้เสียหายจะไม่ได้รับชำระ (สำหรับการลักทรัพย์ ให้ดูโจร ๘๗, สำหรับการทำร้ายร่างกาย ให้ดูรับฟ้อง ๕๖)

การละเมิดกระทำการระหว่างสมาชิกในครอบครัวเดียวกัน

๓๐. ตามหลักในกฎหมายโบราณ ระหว่างสมาชิกในครอบครัวเดียวกัน การเรียกค่าทำขวัญจะเกิดขึ้นไม่ได้ เพราะทั้งผู้ละเมิดและผู้เสียหายมีกองทรัพย์สินกองเดียวกัน. ในกรณีเช่นนี้ตกเป็นธุระของหัวหน้าครอบครัว ที่จะใช้อำนาจของตนเพื่อลงโทษผู้ละเมิดเข้าพเจ้าได้เคยอธิบายข้างต้นแล้วถึงเหตุที่ครอบครัวในสมัยที่กรุงศรีอยุธยา มิได้เป็นครอบครัวหมู่ญาติที่กว้างขวาง และไม่มีความผูกมัดอันมั่นคงเช่นในสมัยดั้งเดิม. ฉะนั้นเรื่องกรรมสิทธิ์ร่วมอันแท้จริงในทรัพย์สินของครอบครัว จะพึงมีก็แต่จะเพาะในระหว่างบิดามารดากับบุตร ซึ่งยังอาศัยรวมอยู่กับบิดามารดาเท่านั้น แต่ถึงอย่างไรก็ดี ในบทบัญญัติเรื่องละเมิดนี้ ยังมีเค้าเงื่อนที่แสดงให้เห็นร่องรอยของระบอบครอบครัวในสมัยดึกดำบรรพ์

เช่น ในมาตรา ๑๔๖ กฎหมายลักษณะโจร มีบทบัญญัติว่า มิให้มีการเรียกค่ารับใหม่ในการที่ญาติติดกันไปนี้ลักษณะทรัพย์ของกันและกัน คือ ลูกเขยกับพ่อตาแม่ยาย, ลูกสะใภ้กับพ่อผัวแม่ผัว, ลูกกับพ่อแม่, น้ากับหลาน, ลุงตาม้าอยู่กับหลาน, พี่กับน้อง. ในกรณีเช่นนี้ ผู้ลี้จะต้องถูกบังคับแต่เพียงให้ลงคืนทรัพย์ที่ได้ลักไป. บทบัญญัติของกฎหมายนี้เป็นคำที่ทำให้ล้าลึกได้อย่างชัดเจน ถึงสมัยที่ครอบครัวของชาวไทยยังเป็นบึกแผ่นไพศาล เพราะกฎหมายนี้ระบุถึงญาติซึ่งในสมัยกรุงศรีอยุธยาหาได้รวมอยู่ในครัวเรือนเดียวกันแล้วไม่

กฎหมายลักษณะวิวาทมาตรา ๕ ก็เช่นเดียวกันอีก ระบุถึงญาติ ซึ่งในระหว่างญาติเหล่านี้จะเรียกค่าทำขวัญเพื่อละเมิดค่าตีแก่กันได้แต่ในกรณีที่มีการทำร้ายร่างกายบาดเจ็บถึงสาหัสเท่านั้น คือ ระหว่างพ่อตาแม่ยายกับลูกเขย พ่อผัวแม่ผัวกับลูกสะใภ้ เมียหลวงกับเมียน้อย, ปู่ ย่า ตา ยาย ลุง อาว์ บ้า น้า กับหลาน, พี่หรือน้องฝ่ายผัวกับพี่หรือน้องฝ่ายเมีย, ถ้าหากการละเมิดทำร้ายร่างกายในระหว่างญาติเหล่านี้มิได้ถึงสาหัส ผู้ละเมิดจะถูกบังคับแต่เพียงให้ตอบแทนเครื่องขมานำมาขอมาโทษเสีย.

นอกจากนี้ กฎหมายลักษณะกรรมศักดิ์สิทธิ์ที่ ๑๕ ถึง ๑๙ วางอัตราปรับใหม่จะเพาะไว้สำหรับกรณี ค่า, ทำร้ายร่างกายบาดเจ็บ และทำให้คนตายซึ่งเกิดขึ้นระหว่างพี่กับน้อง อัตราจะเพาะนี้ต่ำกว่าอัตราธรรมดา (คือกึ่งหนึ่งในเมื่อศักดิ์คณาของผู้ถูกละเมิดอยู่ใน ๓๐ ถึง ๔๐๐ ไร่)

บทบัญญัติในกฎหมายลักษณะวิวาท และกฎหมายลักษณะกรรมศักดิ์ที่อ้างมานี้ มีความขัดกันอยู่ เช่น การที่บุคคลผู้หนึ่งทำร้ายพี่หรือน้องฝ่ายเมียหรือฝ่ายผัวของตน จะไม่ต้องถูกปรับใหม่แต่อย่างใดเลย (เว้นไว้แต่ในกรณีทำร้ายบาดเจ็บสาหัส) แต่ถ้าหากบุคคลนั้นทำร้ายพี่หรือน้องของตนเอง ตนจะถูกปรับใหม่ให้ทำขวัญกึ่งหนึ่งของสินไหมธรรมดา ย่อมเป็นที่เข้าใจได้ยาก น่าสันนิษฐานว่าบทบัญญัติในเรื่องนี้ ตามที่ตกทอดมาถึงเราเป็นแต่เพียงบางส่วนของบทบัญญัติแห่งกฎหมายหลายฉบับ ซึ่งประกาศใช้ในสมัยต่าง ๆ กัน ไม่ใช่บทบัญญัติที่ครบบริบูรณ์.

อนึ่ง มาตรา ๓๒ กฎหมายลักษณะวิวาทกำหนดให้ลงโทษอย่างหนักแก่ผู้ที่ทำร้ายบาดเจ็บแก่บิดามารดาหรือปู่ย่าตายาย ถ้าการทำร้ายนั้นถึงสาหัส ผู้ร้ายจะต้องถูกประหารชีวิต ประกอบด้วยโทษประจานต่าง ๆ ตามลักษณะฉกรรจ์แห่งความผิดนั้น ถ้าบาดเจ็บที่ทำร้ายไม่สาหัส ผู้ทำร้ายจะต้องรับโทษทางร่างกาย ในเรื่องดังกล่าวนี้เป็นที่เห็นได้ว่า รัฐได้เข้าใช้อำนาจลงโทษผู้กระทำความผิดแทนหัวหน้าครอบครัวแล้ว.

สำหรับเรื่องละเมิดระหว่างผัวเมีย มีบทบัญญัติในกฎหมายลักษณะวิวาทว่า ผัวเมียวิวาทกันและฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งทำร้ายอีกฝ่ายหนึ่งถึงตายลง ให้ลงโทษผู้ชำนั้นเช่นเดียวกับคนอื่น ซึ่งมีใช้เป็นผัวเมียทำร้ายกัน ถ้าการทำร้ายถึงตายนั้นเป็นการกระทำโดยไม่เจตนา ก็ให้ปรับใหม่ผู้ทำให้ตายนั้นเช่นเดียวกับเป็นคนอื่นทำร้ายกันอีกเหมือนกัน แต่ให้สินไหมตกไปเป็นของพระคลังหลวงทั้งหมด (วิวาท ๑๗) เรื่องนี้ก็แสดงให้เห็นว่า การเรียกเอาสินไหมค่าทำขวัญจะมีในระหว่างผัวเมียไม่ได้ เพราะมีกองทัพสินเป็นอันหนึ่ง

อันเดียวกัน ทำนองเดียวกับผู้เป็นญาติกันดังกล่าวมา เพราะฉะนั้นสินไหมที่กฎหมายให้เรียกในกรณีทำให้ตายโดยไม่เจตนา จึงได้ตกเป็นของพระคลังหลวงจนสิ้นเชิง อันทำให้สินไหมกลายเป็นเงินปรับ, เป็นโทษทางอาญาไป.

อายุความของการฟ้องเรียกสินไหม

๓๑. ในกรณีทำร้ายร่างกายบาดเจ็บ ผู้เสียหายจะต้องมาแสดงบาดเจ็บที่ตนได้รับต่อเจ้าหน้าที่ของบ้านเมือง (คือ นายพระอำรรงหรือภูคาช) เสียภายในเวลา ๓ ถึง ๔ วัน (วิวาท ๒๑ รับฟ้อง ๑๘ ตระลาการ ๗๑) ในกรณีฆ่าคนตาย เจ้าหน้าที่จะต้องออกไปดูยังที่เกิดเหตุ (วิวาท ๒๑) ส่วนการฟ้องร้องเรียกสินไหมเพื่อการค่า หรือการทำร้ายร่างกายบาดเจ็บจะต้องกระทำเสียในระยะเวลา ๑๕ วัน (รับฟ้อง ๑๑ พระราชกำหนดใหม่ ข้อ ๒๘)

สำหรับการลักทรัพย์ กฎหมายลักษณะรับฟ้องมาตรา ๑๑ บัญญัติว่า ถ้าเป็นกรณีลักทรัพย์ซึ่งมีโทษเพียงปรับใหม่ และเป็นกรณีที่กฎหมายให้มีการยอมความกันได้แล้ว จะต้องฟ้องร้องภายในเวลาสามเดือน^(๑) โดยเหตุที่ในกรณีลักทรัพย์ นอกจากการเรียกสินไหมแล้ว มักมีโทษอาญาเพิ่มอีก จึงเป็นอันว่า บทบัญญัติของกฎหมายรับฟ้องบทนี้หาโอกาสใช้ได้น้อย นำสันนิษฐานว่าบทบัญญัติบทนี้จะมีเค้าเนื่องมาจากบัญญัติในกฎหมายที่เก่าแก่ ซึ่งในครั้งนั้นในกรณีลักทรัพย์ โดยมากยังเป็นที่ถือกันว่าเป็นการละเมิดระหว่างเอกชนโดยจะเพาะ ไม่มีผลกระทบถึงความสงบเรียบร้อยของชุมชน มาตรา ๑๖ ของกฎหมายลักษณะรับฟ้องนี้บัญญัติดีกว่า สิทธิฟ้องร้องเรียกสินไหมของเจ้าทรัพย์ที่ถูกคนร้ายลักทรัพย์นั้น จะต้องใช้เสียในระยะเวลาหนึ่งเดือน นับแต่วันที่ตนได้รับทรัพย์คืน อายุความหนึ่งเดือนนี้จึงดูเหมือนว่าจะเป็นอายุความธรรมดาในกรณีลักทรัพย์ นอกจากนี้ มาตรา ๑๑ ยังบัญญัติถึงการที่อายุความสลดหยุดลง เมื่อเจ้าทรัพย์ป่วยไข้หรือต้องไปราชการ, ในเมื่ออายุความสลดหยุดลงดังนี้ ผู้เสียหายยังมีโอกาสใช้สิทธิฟ้องร้องของตนได้อีกภายใน ๑ เดือน นับจากวันที่ตนหายป่วยหรือตนได้กลับจากราชการ เหตุทำให้อายุความสลดหยุดลงนี้น่าจะได้ใช้ในกรณีลักทรัพย์ทุกกรณี.

ในกฎหมายเก่านี้นี้ ควรสังเกตว่าระยะเวลาที่ผู้เสียหายจะต้องเรียกร้องเพื่อเอาสินไหมค่าทำขวัญนั้นออกจะสั้นอยู่.

(๑) ระยะเวลาของอายุความเรื่องนี้ ผู้ร่างกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. ๑๒๗ ได้นำเอามาบัญญัติไว้ในมาตรา ๘๐ ซึ่งว่าด้วยความผิดต่อส่วนตัว.

ความตายของผู้เสียหายหรือของผู้ละเมิด

๓๒. ตามมาตรา ๕๘ กฎหมายลักษณะตระลาการ ถ้าคู่ความฝ่ายใดตายลงในระหว่างคดีอันว่ากล่าวถึงการเรียกค่าปรับใหม่ คือระหว่างคดีอันเกี่ยวกับเรื่องละเมิดดังนี้ ห้ามมิให้ตระลาการบังคับให้มีการชำระสินไหมให้แก่ทายาทของคู่ความฝ่ายที่ชนะคดี ตามบทบัญญัติบทนี้ดูเหมือนว่าสิทธิฟ้องร้องในคดีละเมิดย่อมระงับลงโดยความตายของผู้เสียหายหรือของผู้ละเมิด

แต่ตามมาตรา ๒๐ กฎหมายลักษณะวิวาท ในกรณีทำร้ายร่างกายบาดเจ็บ เมื่อผู้เสียหายได้ตายลงต่อมาจากระยะเวลา ๑๕ วันนับแต่วันที่ถูกทำร้าย แม้ว่าความตายนั้น กฎหมายถือว่าเป็นไปตามธรรมดาไม่ใช่เนื่องจากถูกทำร้ายก็ดี แต่ความตายของผู้ถูกละเมิดก็ทำให้สิทธิฟ้องร้องระงับไปไม่ สิทธินี้ย่อมผ่านตกทอดไปยังทายาท

หนึ่งในมาตราเดียวกันนี้ มีบทบัญญัติว่า แม้ผู้ทำละเมิดฐานฆ่าคนตายถูกตัดสินประหารชีวิตแล้ว ก็ยังจะต้องใช้สินไหมและพินัยอยู่อีก เงินปรับเป็นสินไหมพินัยนี้จะได้เรียกชำระเอาจากทรัพย์สินของผู้ฆ่าซึ่งรวมทั้งบุตรภริยาด้วย.

ในที่สุดสำหรับเรื่องลัทธิทรัพย์สิน กฎหมายลักษณะโจร มาตรา ๑๑ มีบทบัญญัติที่ขัดกับนัยแห่งบทบัญญัติข้างต้นนี้ คือ ในกรณีที่ผู้ละเมิดลัทธิทรัพย์สินถูกตัดสินให้ประหารชีวิตแล้ว ก็จะไม่ต้องถูกบังคับให้ใช้สินไหมและพินัย จะถูกยึดทรัพย์ก็แต่เพียงเพื่อใช้มูลค่าของทรัพย์ที่ตนลักมาเท่านั้น.

เป็นที่สันนิษฐานได้ว่าบทบัญญัติต่าง ๆ ดังกล่าวมานี้ ได้เกิดขึ้นในสมัยต่าง ๆ กัน ในชั้นเดิมความตายของผู้ถูกละเมิดหรือของผู้ละเมิดทำให้สิทธิฟ้องร้องในคดีละเมิดระงับลงไม่ ครอบคลุมวิญญูเข้าเป็นผู้รับช่วงสิทธิหรือหน้าที่ของผู้ที่ตายไป มาตรา ๒๐ กฎหมายลักษณะวิวาท เป็นร่องรอยที่แสดงให้เห็นเค้าของสภาพแห่งการรับช่วงสิทธิหรือหน้าที่นี้ ในต่อมาก็คงถือกันว่าเงินปรับเป็นโทษซึ่งใช้ลงแก่ผู้ละเมิด จึงมีแนวความคิดเปลี่ยนไปว่า ถ้าผู้ละเมิดตายลงก็ไม่มีความผิดอันใดที่จะเรียกเงินค่าปรับได้ การเป็นดังนี้ปรากฏอยู่ในบทบัญญัติแห่งมาตรา ๑๑ กฎหมายลักษณะโจร ในที่สุดมาในอีกสมัยหนึ่งถือกันว่า ผู้ถูกละเมิดแต่ผู้เดียวควรมีสิทธิรับเงินปรับได้ เพราะเขาแต่ผู้เดียวเป็นผู้ซึ่งได้รับความเสียหาย แนวความคิดทำนองนี้ ได้เป็นหลักที่บทบัญญัติในมาตรา ๕๘ กฎหมายลักษณะตระลาการดำเนินตาม

สรุปความว่า ตามกฎหมายครั้งกรุงศรีอยุธยา สิ้นไหมมีลักษณะเป็นทั้งโทษปรับ และค่าทดแทนความเสียหาย บทบัญญัติบางบทมักจะเพ่งเล็งถึงลักษณะที่เป็นโทษ แต่บางบทมักจะเพ่งเล็งถึงลักษณะที่เป็นค่าเสียหาย ดังนั้นจึงเป็นเหตุให้มีบทบัญญัติอันขัด ๆ กัน อยู่ตามที่ไต่ยกขึ้นมาพิจารณาเห็น

ในคำสอนบทนี้ ได้กล่าวถึงลักษณะสามัญอันมีอยู่แก่บรรดาการละเมิดทุกอย่าง ในบทต่อไปจะได้แสดงถึงการละเมิดจะเพาะอย่างตามที่ปรากฏอยู่ในกฎหมายไทย และจะแสดงถึงวิธีคำนวณจำนวนสินไหมที่จะพึงเรียกเอาในเมื่อเกิดมีการละเมิดจะเพาะอย่าง นั้น ๆ แต่โดยเหตุที่การละเมิดนั้นมีอยู่เป็นจำนวนมากหลายด้วยกัน ดังที่ได้กล่าวแล้ว ถ้าจะบรรยายโดยละเอียดเป็นรายเรื่องไปก็ย่อมจะกินเวลามากโดยไม่ได้รับผลประโยชน์นัก ฉะนั้น ในสองบทต่อไปนี้จะได้อธิบายถึงการละเมิดที่สำคัญ ๆ เท่านั้น คือ ในบทแรกจะ อธิบายถึงการละเมิดชนิดที่กระทำต่อตัวบุคคล และอีกบทหนึ่งจะได้อธิบายถึงการละเมิด ชนิดที่กระทำต่อทรัพย์สิน

บทที่ ๓

การละเมิดที่กระทำต่อตัวบุคคล

๓๓. การละเมิดชนิดนี้ที่สำคัญก็คือ การทำร้ายร่างกายและการฆ่าคนตายซึ่งเป็นการกระทำต่อเนื้อตัวของบุคคล แต่นอกจากนี้กฎหมายก็ยังถือว่าเป็นเสมือนการละเมิด ต่อบุคคลอีก คือการทำให้บุคคลเสื่อมเสียชื่อเสียง เช่น การด่าและการสบประมาท

ในเรื่องละเมิดที่กระทำต่อตัวบุคคล จะอธิบายถึงแต่เพียงความรับผิดชอบทางแพ่งของบุคคลผู้ละเมิด ส่วนการกล่าวถึงวิธีบังคับอาญาของการละเมิดนี้ เป็นวัตถุประสงค์ของประวัติศาสตร์กฎหมายอาญาซึ่งอยู่นอกขอบของการสอนนี้

บทบัญญัติของกฎหมายเกี่ยวกับการละเมิดชนิดนี้ โดยมากปรากฏอยู่ในกฎหมาย ลักษณะวิวาท และในบทกฎหมายซึ่งเคยเรียกกันว่าลักษณะกรมศักดิ์ อันเป็นชื่อซึ่งเริ่มใช้เรียกอยู่ในขณะบังคับกฎหมายที่หมอบรัดเลย์พิมพ์ขึ้น นอกจากนี้แล้วยังมีปรากฏอยู่ในบทกฎหมายอื่นซึ่งจะไต่ยกมาอ้างในภายหลัง

กฎหมายลักษณะวิวาทลงปีสี่ปี (มะเส็ง) ๓๒๖๙ ซึ่งไม่เป็นทั้งพุทธศักราช มหาศักราชหรือจุลศักราช และจะเป็นศักราชอะไรก็ทราบไม่ได้ สมเด็จพระเจ้าบรมวงศ์

เชอกรมพระยาดำรงราชานุภาพได้ทรงมีความเห็นว่า บทกฎหมายนี้เป็นกฎหมายในรัชกาลของพระเจ้าบรมโกษ แต่เมื่อพิเคราะห์ลักษณะอันเก่าแก่ของบทบัญญัติในบทกฎหมายนี้แล้ว ก็เป็นที่น่าสันนิษฐานว่าจะมีอายุทยอยหลังขึ้นไปไกลกว่ารัชกาลของพระเจ้าบรมโกษ

ส่วนกฎหมายลักษณะกรรมศักดิ์ หรือถ้าจะเรียกตามชื่อที่มีอยู่ในกฎหมายจะบัญญัติในบทกฎหมายที่ ๑ กรุงรัตนโกสินทร์ว่า พระอัยการกรรมศักดิ์นั้น ความจริงในบทกฎหมายนี้มีกฎหมายสองฉบับรวมกันอยู่ ซึ่งอาศัยมูลคดีในพระธรรมศาสตร์อันต่างกัน กฎหมายจะบับหนึ่งมีคำปรารภลงปีจุลศักราช ๙๕๕ ตรงกับพุทธศักราช ๒๓๓๖ แต่เมื่อพิเคราะห์ตามเนื้อความในคำปรารภนั้นก็เป็นที่เห็นได้ว่า ในปีตามที่ลงในคำปรารภนั้นพระมหากษัตริย์คงเป็นแต่เพียงทรงแก้ไขอัตราค่าทำขวัญสำหรับกรณีฆ่าคนตายให้มากขึ้น เนื่องจากเกิดมีคดีเรื่องอ้ำแดงอุ้นดังกล่าวมาแล้ว กับบางที่จะได้ทรงบัญญัติให้ถืออีกด้วยการทำให้คนตายโดยประมาทเส้นเลือดก็เป็นเหตุให้เรียกสินไหม ค่าทำขวัญได้เป็นจำนวนเท่ากับในการทำให้คนตายโดยเจตนาดังกล่าวมาแล้ว เมื่อเป็นเช่นนี้จึงเห็นว่าในปี พ.ศ. ๒๓๓๖ นั้นคงเป็นแต่เพียงแก้ไขหรือเพิ่มเติมบทกฎหมายเดิมเท่านั้น หาได้ตั้งบทกฎหมายใหม่ที่เดิยวไม่ ส่วนกฎหมายอีกจะบับหนึ่งมีคำปรารภปรากฏอยู่ในบทที่ ๑๑ คำปรารภนี้มีได้ลงวันเดือนปี แต่ตามเนื้อความน่าสันนิษฐานว่าคำปรารภนี้ ทั้งอัตราค่าสินไหมและบทบัญญัติซึ่งเกี่ยวเนื่องโดยตรงกับคำปรารภนี้ด้วย ได้เกิดขึ้นก่อนคำปรารภที่ลงจุลศักราช ๙๕๕ หลายปี อื่นๆ ในกฎหมายลักษณะกรรมศักดิ์นี้ปรารภมีบทบัญญัติใหม่เข้ามาเพิ่มเติมคือบทที่ ๒๓ บทบัญญัติใหม่นี้ออกประกาศให้ใช้แต่ปี พ.ศ. ๒๒๙๗^(๑) ดังนั้นจึงเป็นที่เห็นได้ว่ากฎหมายลักษณะกรรมศักดิ์นี้ เป็นบทกฎหมายที่ได้รับความแก้ไขปรับปรุงมามากในยุคต่างๆ กัน จึงจะทำให้กำหนดปีของบทกฎหมายนี้ทั้งบัพว่าเป็นปีใดปีหนึ่งลงไปไม่ได้

เงินปรับสำหรับบรรดาการละเมิดซึ่งจะกล่าวในบทนี้ ย่อมจะแบ่งเป็นของรัฐกึ่งหนึ่ง เป็นของผู้ถูกละเมิดกึ่งหนึ่ง ดังเช่นได้อธิบายมาแล้วข้างต้น.

๑. การค่าและการทำร้ายร่างกาย

๓๔. ความจริงในหมวดนี้ จะต้องมีการกล่าวถึงการละเมิดเป็นสองอย่างต่างกัน คือ การทำอย่างหนึ่ง การทำร้ายร่างกายอีกอย่างหนึ่ง แต่เห็นว่าควรจะรวมกล่าวไปเสียด้วยกัน เพราะมีหลักอยู่หลายอย่างที่ใช้ได้เหมือนกันแก่การละเมิดทั้งสองอย่างนี้.

(๑) ที่เป็นปี พ.ศ. ๒๒๙๗ เพราะบทบัญญัตินี้มีปรากฏชื่ออยู่ในพระราชกำหนดเก่าข้อ ๖๔ โดยลงวันเดือนปีครบถ้วน.

การคำนวณเงินปรับสำหรับการละเมิดทั้งสองอย่างนี้ออกจะยากยิ่ง สืบสนอยู่ เพราะต้องพิเคราะห์ถึง (๑) สภาพของการละเมิด กล่าวคือ ความร้ายแรงของความเสียหายที่ได้รับ (๒) ศักดิ์ของผู้เสียหาย และบางครั้งศักดิ์ของผู้ละเมิดด้วย (๓) สภาพของวัตถุที่ผู้ละเมิดใช้ทำร้ายผู้ถูกละเมิดในเมื่อเป็นกรณีทำร้ายร่างกาย ดังนั้นเพื่อช่วยให้หน้าที่ของศาลสะดวกขึ้น จึงได้มีการจัดตั้งอัตราเงินปรับไว้สำหรับศาล และนำออกประกาศพร้อมด้วยบทกฎหมาย เช่น อัตราอันปรากฏอยู่ในกฎหมายลักษณะกรรมศักดิ์ระหว่างมาตรา ๑๙ และ ๒๐ โดยอัตราที่เพิ่มขึ้นตามหลักและข้อบังคับในกฎหมาย เมื่อมีคดีที่จะต้องกำหนดเงินปรับมาสู่ศาล ๆ จะกระทำแต่เพียงไปตรวจดูในอัตราที่เพิ่มขึ้นนั้น เพื่อทราบได้ทันทีถึงจำนวนเงินปรับที่จะต้องเรียกเอาในกรณีเช่นนั้น ๆ.

บัดนี้ จะอธิบายถึงวิธีการซึ่งเป็นที่ใช้ในกฎหมาย เพื่อตั้งอัตราของเงินปรับนี้.

ในชั้นต้น ต้องเริ่มด้วยตั้งอัตราฐานซึ่งใช้เป็นอัตราของเงินปรับที่จะเรียกเอาจากบุคคลที่มีศักดิ์นา ๕ ไว้ คือ บุคคลซึ่งอยู่ในชั้นต่ำที่สุดของบรรดาชั้นในชุมชนชน อัตราฐานนี้จะคำนวณได้โดยอาศัยเลขสามจำนวน ซึ่งนำเอามาจากจำนวนข้อธรรมในพระพุทธรศาสนา คือ เลข ๑๐ หมายถึงกุศลธรรม ๑๐ ประการ เลข ๑ หมายถึงจิตต์ (เจตนา) และเลข ๕ หมายถึงปัญญาอินทรีย์ (อายุตนะภายในทั้งห้า)

สำหรับการละเมิดด้วยคำด่า อัตราของค่าปรับใหม่จะต้องทำตามเกณฑ์ดังนี้ คือ ให้บวก ๑ (จิตต์) เข้ากับ ๑๐ (ทศกุศลกรรม) จะได้ผลลัพธ์ ๑๑ เป็นอัตราปรับใหม่ละเมิดด้วยคำด่า การทำร้ายร่างกายนั้นแบ่งออกเป็น ๙ ฐาน (ชั้น) ตามความร้ายแรงของบาดเจ็บ ซึ่งผู้ถูกละเมิดได้รับนับตั้งแต่เข้าจนกระทั่งถึงบอด สำหรับอัตราปรับในฐานที่ ๑ ให้ตั้ง ๕ (ปัญญาอินทรีย์) ลงแล้วเอา ๕ คูณ, สำหรับในฐานที่ ๒ (ฟก) ให้ตั้ง ๕ เช่นเดิมแล้วคูณด้วย ๖, สำหรับฐานที่ ๓ (ช้ำดำ) ให้คูณด้วย ๗ และเพิ่มตัวคูณขึ้นดังนี้เรียงไปตามลำดับฐาน จนถึงฐานที่ ๙ (บอด) ซึ่งตัวคูณจะต้องเพิ่มขึ้นเป็น ๒๑ ผลคูณทุก ๆ ชั้นนี้เมื่อได้เท่าใดให้คูณด้วยเลข ๑,๐๐๐ (ซึ่งเป็นจำนวนเลขที่หมายถึงความรู้สึกโกรธแค้น, โกรธา) อีกครั้งหนึ่ง ผลลัพธ์ซึ่งได้เป็นที่สุดนี้จะเป็นจำนวนเบี่ยที่ผู้ละเมิดจะต้องชำระ คือ ๑๑,๐๐๐ (ด่า), ๒๕,๐๐๐ (ช้ำ), ๓๐,๐๐๐ (ฟก), ๓๕,๐๐๐ (ช้ำดำ), ๔๐,๐๐๐ (ชับ) ฯลฯ จนถึง ๑๐๕,๐๐๐ เบี่ย (บอด).

๓๕. นำเชื่อว่า ในชั้นเดิมการแลกเปลี่ยนจำนวนเบี่ยปรับลงเป็นจำนวนเงินเหรียญคงจะได้คำนวณตามอัตราแลกเปลี่ยน ซึ่งเป็นที่ใช้อยู่ในขณะมีคำพิพากษาให้ผู้ละเมิด

ใช้เบี้ยปรับ แต่มูลค่าของเบี้ยที่จะคิดเป็นเงินนั้นย่อมขึ้นลงเปลี่ยนไปได้มาก ๆ สุดแล้วแต่ยุคสมัย ในตอนต้นสมัยกรุงศรีอยุธยาเบี้ย ๘๐๐ เท่ากับเงิน ๑ เฟื้อง ในตอนปลายเงิน ๑ เฟื้องคิดเป็นเบี้ยได้เพียง ๔๐๐ เบี้ย แต่ในตอนกลางของสมัยกรุงศรีอยุธยา มูลค่าของเบี้ยต่อเงิน ๑ เฟื้องขึ้นลงอยู่ในระหว่าง ๒๐๐, ๑,๐๐๐ และ ๑,๖๐๐ สุดแล้วแต่จำนวนเบี้ยที่เข้ามาสู่ตลาดจะมากหรือน้อย เนื่องจากการแลกเปลี่ยนเบี้ยเป็นเงินเหรียญไม่มีความแน่นอนในยุคสมัยต่าง ๆ กันดังนี้ จำนวนค่าปรับใหม่ต่าง ๆ ซึ่งแม้จะมีอัตราวางไว้ในกฎหมายแล้วก็ยังเปลี่ยนแปลงไปได้อีก สุดแล้วแต่ยุคสมัย จึงมาในคราวหนึ่งซึ่งไม่ทราบว่าจะเมื่อใด เพื่อทำให้อาการขึ้น ๆ ลง ๆ ไม่แน่นอนนี้ถึงที่สุดลงเสียที่ได้มีการกำหนดเด็ดขาดถึงเรื่องอัตราแลกเปลี่ยนเบี้ยปรับใหม่ว่า เบี้ยจำนวน ๑,๐๐๐ เบี้ยให้คิดเป็นเงิน ๑ เฟื้องเสมอ ๆ แม้อัตราเบี้ยในตลาดจะเป็นเท่าไรก็ตาม อัตรานี้ได้ใช้ตลอดจนถึงสมัยกรุงรัตนโกสินทร์.

จำนวนเบี้ยปรับซึ่งคำนวณให้ข้างบนนี้ ใช้สำหรับบังคับเอาแก่บุคคลซึ่งมีศักดิ์นา ๕ ไร่ สำหรับผู้มีศักดิ์นา ๑๐ ไร่ จำนวนเพิ่มขึ้นเป็นสองเท่า สำหรับผู้มีศักดิ์นา ๑๕ ไร่ ก็เพิ่มขึ้นเป็นสามเท่า สำหรับผู้มีศักดิ์นา ๒๐ ไร่ก็เพิ่มขึ้นเป็นสี่เท่า และเพิ่มขึ้นดังนี้เรื่อยไปจนถึงผู้มีศักดิ์นา ๔๐๐ ไร่ (กรมศักดิ์ ๑๓) สำหรับบุคคลที่มีศักดิ์นาสูงกว่า ๔๐๐ ไร่ก็ได้มีวิธีคำนวณเป็นพิเศษต่างออกไปอีก เช่น เบี้ยปรับใหม่สำหรับการดำ ต้องเพิ่มขึ้น ๑๒,๐๐๐ เบี้ยเสมอไปทุก ๆ ๑๐๐ ไร่ของศักดิ์นาที่สูงขึ้น อนึ่ง ถ้าผู้ละเมิดหรือผู้เสียหาย ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีศักดิ์นา ๔๐๐ ไร่ หรือสูงกว่า ๔๐๐ ไร่ การคำนวณเบี้ยปรับใหม่จะต้องถือเอาศักดิ์นาของฝ่ายที่สูงกว่าเป็นเกณฑ์ (วิบาท ๑) (๑)

๓.๖ ในที่สุด ในกรณีทำร้ายร่างกายบาดเจ็บ จำนวนเบี้ยปรับใหม่มักจะเปลี่ยนแปลงไปตามสภาพแห่งวัตถุที่ผู้ละเมิดได้ใช้ การปรับใหม่ที่ปรับตามจำนวนเบี้ยข้างบนนี้จะใช้ได้แต่ในกรณีที่ผู้ละเมิดไม่ใช้อาวุธอย่างใดเลยในการทำร้าย, ใช้แต่มือเท่านั้น ถ้าหากผู้ละเมิดได้ใช้วัตถุที่เป็นไม้ทำร้าย เบี้ยปรับใหม่จะเพิ่มขึ้นอีกกึ่งหนึ่ง ถ้าได้ใช้วัตถุที่เป็นเหล็กไม่มีคม จำนวนเบี้ยปรับใหม่จะเป็นสองเท่า ถ้าได้ใช้วัตถุที่เป็นเหล็กมีคม จำนวนเบี้ยปรับใหม่จะเป็นสี่เท่า (กรมศักดิ์ ๑๙ และ ๒๐ วิบาท ๒๘) อนึ่ง บทที่ ๒๓ ถึง ๒๘ แห่งกฎหมายลักษณะวิบาท กล่าวถึงกรณีทำร้ายร่างกายบางชนิด ซึ่งกฎหมายให้เทียบเท่ากับกรณีทำร้ายบาดเจ็บด้วยมือหรือด้วยไม้หรือด้วยเหล็ก.

(๑) ให้อรรถาธิบายไว้ที่บทบัญญัติบทนี้ในคำพิพากษาของศาลพระราชอาญา ลงวันที่ ๒๖ เมษายน พ.ศ. ๒๔๔๐ ธรรมศาสตร์สมัย เล่ม ๑ หน้า ๒๕๙-๒๖๒

ในกรณีทำร้ายบาดเจ็บสาหัส เช่น ทำให้หูขาดทั้งสองข้าง ตาบอดทั้งสองข้าง ข้อ
มือหักทั้งสองข้าง ฯลฯ จำนวนเบี้ยปรับใหม่จะเพิ่มเป็นสี่เท่า ถ้าเพียงแต่หูขาดข้างหนึ่ง
วินข้างหนึ่ง หรือลิ้นแหว่งเท่านั้น จำนวนเบี้ยปรับใหม่จะเป็นสามเท่า ถ้าซ้ำวมทั้งตัว
หนังตาขาดวิน จมูกแหว่ง ฯลฯ หรือถ้าเป็นแผลเสียโฉม จำนวนเบี้ยปรับใหม่จะเป็นสอง
เท่า (วิวาท ๓๐)

ถ้าผู้ถูกละเมิดได้ถูกตีหรือมีบาดเจ็บหลายแห่งตาม ร่างกายโดยผู้ละเมิดคนเดียว
การปรับใหม่จะปรับได้เพียงกระทงเดียว คือ ปรับตามบาดแผลที่ร้ายแรงที่สุด ในบรรดาที่
ได้รับนั้น โดยถือเอาบาดแผลที่ร้ายแรงที่สุดนั้นขึ้นตั้งเป็นเกณฑ์สำหรับคำนวณเบี้ยปรับใหม่
(วิวาท ๑)

ถ้าคู่ความทั้งสองฝ่าย ในคดีละเมิดต่างหากกันและกันว่าต่างฝ่ายต่างทำบาดเจ็บ
แก่กัน ก็ให้มีการหักกลบลบกันระหว่างสินไหมที่จะเรียกเอาแก่ทั้งสองฝ่าย ถ้าสินไหม
ที่จะปรับเอาแก่ฝ่ายสูงเมื่อหักแล้วยังเหลืออยู่อีก ก็ให้ฝ่ายที่สูงนั้นชำระสินไหมส่วนที่ยัง
เหลืออยู่ (วิวาท ๑, ๓ และ ๑๔)^(๑) แต่ข้อบังคับอันนี้ จะใช้ได้ก็แต่เพียงในกรณีที่บุคคล
วิวาทกันซึ่งทั้งสองฝ่ายต่างมีความประสงค์ที่เข้าทำร้ายกันและกัน ถ้าฝ่ายบุคคลที่ถูกบาด
เจ็บนั้นได้ทำร้ายตอบไปบ้างเพื่อป้องกันตน ต่อการที่บุคคลอีกฝ่ายหนึ่งได้เข้ามาทำร้ายตน
ก่อน บาดแผลที่ตนก่อขึ้นนั้นหาเป็นเหตุให้เกิดสินไหม ซึ่งจะเข้าหักกลบลบกับสินไหม
ที่ตนจะได้รับจากฝ่ายที่มาทำร้ายตนไม่^(๒)

ตามกฎหมายลักษณะวิวาท บทที่ ๓๕ การด่าจะเป็นเหตุให้ผู้ด่าต้องถูกปรับก็ต่อ
เมื่อเป็นการด่าต่อหน้าผู้ถูกด่า ถ้าหากเป็นแต่เพียงด่าลับหลังแล้ว มีผู้อื่นนำมาบอกแก่ผู้
ถูกด่าอีกต่อหนึ่งดังนี้แล้ว ย่อมไม่เป็นเหตุให้ผู้ด่าต้องถูกปรับใหม่แต่อย่างใด (ดูทฤษฎี ๘๗
ด้วย)

(๑) ตัวอย่างของวิธีหักกลบลบกันนี้ ปรากฏอยู่ในคำชี้ขาดของลูกขุน พ.ศ. ๒๔๒๑ ลงพิมพ์ใน
ราชกิจจานุเบกษา จุลศักราช ๑๒๔๐ หน้า ๓๕๒, ๓๕๙, ๓๖๘ และในคำพิพากษาของศาลแพ่งส่วนสุภาวดี
รวบรวมอยู่ในหนังสือธรรมศาสตร์สมัย เล่ม ๑ หน้า ๒๑๒-๒๑๓, ๔๙๕-๔๙๗, เล่ม ๒ หน้า ๒๗๖-
๓๐๐, ๗๓๙-๗๔๐, ๘๑๗-๘๒๐, เล่ม ๓ หน้า ๓๒๓-๓๒๕, ๔๔๔-๔๔๖

(๒) ให้ดูคำชี้ขาดของลูกขุน พ.ศ. ๒๔๒๑ ลงพิมพ์ในราชกิจจานุเบกษา จุลศักราช ๑๒๔๐ หน้า
๒๐-๒๑

๓๗. ตามที่กล่าวมานี้เป็นหลักการใหญ่ ๆ ของวิธีกำหนดจำนวนเบี้ยปรับซึ่งเป็นที่ปฏิบัติถือตามในสมัยกรุงศรีอยุธยา ในตอนปลายของสมัยนี้และในตอนต้นของสมัยกรุงรัตนโกสินทร์ วิธีกำหนดจำนวนเงินปรับดังกล่าวมาข้างบนนี้ได้รับการเปลี่ยนแปลงแก้ไขไปบ้าง เป็นต้นในกรณีละเมิดด้วยค่าต่ำ คือมาในสมัยนั้นเป็นที่รู้สึกกันว่า เมื่อผู้ถูกละเมิดมีศักดิ์ต่ำ จำนวนเบี้ยปรับใหม่ตามอัตราที่กฎหมายกำหนดไว้จะน้อยเกินไป ฉะนั้น เมื่อมาในปี ๒๒๙๗ พระเจ้าบรมโกศทรงพระราชบัญญัติว่า ในกรณีที่ถูกคนต่ำนา ๑๕๐ ไร่ลงมาถูกละเมิดด้วยค่าต่ำ สิ้นใหม่จะต้องมีจำนวนอันตายตัวเสมอไป คือ ๑๑๐,๐๐๐ เบี้ย (๑๓ บาท ๓ สลึง) (พระราชกำหนดเกล้า ข้อ ๖๔ และกรมศักดิ์ บทที่ ๒๓) แต่ในเมื่อบุคคลซึ่งถูกต่ำมีศักดิ์นาสูงอยู่บ้างก็ได้กลับเป็นที่เห็นกันว่า หาเป็นการสมควรแก่เกียรติยศของผู้ถูกละเมิดไม่ ในอันที่จะรับเงินค่าทำขวัญ. การแก้ไขเปลี่ยนแปลงกฎหมายเดิมในข้อนี้ เพิ่งมาสำเร็จในรัชกาลที่ ๑ แห่งกรุงรัตนโกสินทร์ เมื่อ พ.ศ. ๒๓๓๖ โดยมีพระราชบัญญัติว่าในกรณีละเมิดด้วยค่าต่ำ ซึ่งกระทำต่อข้าราชการศักดินา ๔๐๐ ไร่ หรือสูงกว่านี้ ผู้ละเมิดจะไม่ถูกปรับใหม่แต่จะถูกลงโทษทางร่างกายแทน คือ ถูกเขี่ยน ๕๐ ที แล้วตัดปาก เสียเป็น^(๑) ดังนี้จึงเห็นได้ว่าในกรณีต่ำข้าราชการนี้ การปรับอันเป็นประโยชน์แก่ผู้ถูกละเมิดเป็นที่ยกเลิกแล้ว และกรณีนี้กลายเป็นความผิดทางอาญาอย่างเดียว

มาในรัชกาลที่ ๔ มีพระราชโองการห้ามมิให้ศาลรับฟ้องคดีซึ่งกล่าวหาว่าต่ำกัน พระราชโองการห้ามนี้มีได้ออกเป็นลายลักษณ์อักษร แต่ศาลก็ได้ถือตามเรื่อยตลอดมาตั้งแต่นั้นมาการละเมิดด้วยค่าต่ำ จึงเป็นแต่เหตุอันหนึ่งซึ่งทำให้ลดสินไหมลงแก่จำเลยได้สำหรับกรณีทำร้ายร่างกายบาดเจ็บในเมื่อจำเลยได้ถูกใจทักต่ำตนก่อน^(๒)

๒. การฆ่าคนตาย

๓๘. ผู้ที่ทำให้ผู้อื่นถึงแก่ความตาย นอกจากที่จะต้องรับโทษทางอาญาแล้ว ยังจะต้องชำระเงินปรับอีก ซึ่งส่วนหนึ่งของเงินปรับนี้จะตกได้แก่รัฐ และอีกส่วนหนึ่งจะตกได้แก่ญาติของผู้ตาย.

(๑) พระราชบัญญัติข้อ ๑๖ จุลศักราช ๑๑๕๕ เดือน กัทรบพ (เดือน ๑๐) ขึ้น ๑๐ ค่ำ วันอาทิตย์ ๑๔-๑๕ กันยายน พ.ศ. ๒๓๓๖

(๒) ให้อรรถาธิบายได้มาตรา ๑ กฎหมายลักษณะวิวาท ของกรมหลวงราชบุรี

เงินปรับนี้ตามหลักมีจำนวนเท่ากับ ๒ เท่าค่าตัวผู้ที่ตาย ซึ่งเท่ากับว่าผู้ละเมิดต้องชำระค่าตัวผู้ตายสองหน หนหนึ่งชำระให้แก่รัฐ อีกหนหนึ่งชำระให้แก่ญาติ อาจถือได้ว่าการที่ต้องชำระค่าตัวผู้ที่ตายให้แก่รัฐนั้นคงเพื่อที่จะทดแทนชุมมนุชชน ต่อการที่ชุมมนุชชนต้องสูญเสียสมาชิกไปคนหนึ่ง.

ราคาแห่งชีวิตของบุคคลนั้นได้มีกำหนดไว้ในอัตราสองแห่ง อัตราหนึ่งใช้สำหรับชาย อีกอัตราหนึ่งใช้สำหรับหญิง อัตราที่ว่านี้ปรากฏอยู่ในบทที่ ๔ และ ๕ แห่งลักษณะกฎหมายกรมศักดิ์ ตามคำปรารภของกฎหมายลักษณะนี้ ปรากฏว่าอัตราทั้งสองแห่งนี้ตั้งขึ้นในปี พ.ศ. ๒๑๓๖ ในรัชกาลของสมเด็จพระนเรศวร แต่ตามคำปรารภนี้เองปรากฏอีกด้วยว่า แม้ก่อนสมัยนี้ก็มิ้อตราอื่นอยู่ก่อนแล้ว ซึ่งกำหนดค่าตัวของบุคคลเป็นเบี้ย และกำหนดค่าตัวไว้ในอัตราที่ต่ำกว่าอัตราหลังนี้มาก ดังนั้นจึงเป็นที่เห็นได้ว่าวิธีปรับตามค่าตัวของบุคคลนี้เป็นวิธีที่ใช้มานานก่อนแผ่นดินสมเด็จพระนเรศวรเป็นแน่.

ในอัตราค่าตัวของบุคคลนี้ ปรากฏว่าชายซึ่งมีอายุเท่ากับหญิงย่อมมีค่าตัวสูงกว่าหญิง ค่าตัวนี้ย่อมเปลี่ยนแปลงไปตามอายุของบุคคล และจะสูงขึ้นเป็นลำดับจนถึงขั้นอายุที่บริบูรณ์ (คือ อายุ ๔๐ ปี สำหรับชาย และ ๓๑ ปี สำหรับหญิง) และครั้นแล้วจะลดลงเป็นลำดับในเมื่อบุคคลมีอายุเข้าขั้นชรา^(๑)

อีกประการหนึ่งค่าตัวย่อมเปลี่ยนแปลงไปตามศักดิ์นาของผู้ถูกละเมิดอีกด้วย สำหรับบุคคลซึ่งมีศักดิ์นา ๕ ไร่ ค่าตัวเท่ากับ ๑ เท่าครึ่งของค่าตัวที่ปรากฏในอัตรา ค่าตัวของบุคคลซึ่งมีศักดิ์นา ๑๐ ไร่ย่อมเท่ากับ ๒ เท่าของค่าตัวในอัตรา ผู้ที่มีศักดิ์นา ๔๐๐ ไร่ ค่าตัวย่อมเท่ากับ ๑๐ เท่าของค่าตัวในอัตรา กฎหมายลักษณะกรมศักดิ์บทที่ ๑๔ ถึง ๑๘ บัญญัติถึงวิธีหาตัวเลข ซึ่งจะใช้เป็นตัวคูณสำหรับคูณค่าตัวในอัตรา เพื่อทราบถึงค่าตัวของบุคคลซึ่งมีศักดิ์นาขึ้นใดชั้นหนึ่ง.

นอกจากนี้ กฎหมายลักษณะกรมศักดิ์บทที่ ๙ และ ๑๐ ยังมีอัตราค่าตัวพิเศษสำหรับไพร่หลวงซึ่งมีลายสักหมายหมู่กรมไว้ อัตรานี้ตั้งขึ้นด้วยอาศัยหลักอันต่างกันกับหลักในอัตราทั่วไป ซึ่งกล่าวมาแล้ว ค่าตัวตามอัตราที่สูงกว่าและไม่เปลี่ยนแปลงไปตามอายุของบุคคล ย่อมจะคงตัวอยู่ตลอดเวลาที่ไพร่หลวงนั้นประจำการอยู่.

(๑) อัตราค่าตัวที่คล้ายกันนี้มีอยู่ในกฎหมายเก่าของพะม่าเหมือนกัน ให้ดูธรรมศาสตร์โดยสังเขป ในตอนท้ายแห่งหนังสือของบาดหลวงซังแยร์มาโน หน้า ๒๒๐ เป็นต้น

๓๓. ถ้าบุคคลที่ถูกทำร้ายถึงตาย เป็นผู้ซึ่งพิการหรือกำลังป่วยเจ็บอยู่แล้ว ค่าตัวในอัตราทั่วไปย่อมลดลงตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา ๖ ถึง ๘ แห่งกฎหมายลักษณะกรรมศักดิ์ เช่น ผู้ที่ถูกทำร้ายถึงตายนั้นเป็นคนตาพิการหนึ่งข้างหรือหูหนวก ค่าตัวจะลดลงหนึ่งในหก ถ้าเป็นคนที่มือพิการหนึ่งข้าง ค่าตัวจะลดลงหนึ่งในสี่ ถ้าเป็นคนที่ตาพิการทั้งสองข้าง ค่าตัวจะลดลงหนึ่งในสาม ฯลฯ

ถ้าการทำร้ายเป็นการกระทำแก่หญิงมีครรภ์ และเป็นเหตุให้ทารกในครรภ์ตาย ค่าตัวของทารกในครรภ์นั้นย่อมเท่ากับครึ่งหนึ่งของค่าตัวของมารดา (วิวาท ๑๘๑ เบ็ดเสร็จ ๑๖๖)

ได้กล่าวไว้ข้างต้นแล้วว่า จำนวนเงินปรับนั้น ตามหลักย่อมเท่ากับสองเท่าของค่าตัวของผู้ตาย แต่จะต้องพิจารณาถึงสภาพของวัตถุที่ผู้ฆาใช้ทำร้ายอีกด้วย คือ อาจจะเป็นการใช้มือ ใช้อาวุธ หรือใช้วัตถุที่เป็นเหล็กทำร้ายก็ได้ ถ้าผู้ฆาใช้วัตถุที่เป็นไม้หรือเหล็กทำร้าย จะถูกปรับใหม่เพิ่มขึ้นเช่นเดียวกับในกรณีทำร้ายร่างกาย (วิวาท ๒๐ และ ๒๙) กรณีและเหตุทำให้คนตายบางกรณี ถือว่าเป็นกรณีที่ประกอบด้วยเหตุร้ายแรง มีผลทำให้ผู้ละเมิดถูกปรับใหม่เป็นทวีคูณ (เบ็ดเสร็จให้ดูหัวเมีย ๙๒ โจร ๑๒๗ และ ๑๕๙)

นอกจากนี้ ถ้าผู้ถูกทำร้ายถึงตายมีศักดิ์น้าต่ำกว่า ๔๐๐ ไว้ ผู้ละเมิดนอกจากจะถูกปรับตามอัตราที่กล่าวข้างต้นแล้ว ยังจะต้องถูกปรับใหม่เพิ่มเติมอีกเรียกว่า “ใหม่ปลุกตัว” เพื่อเป็นส่วนช่วยค่าใช้จ่ายในการทำศพ (วิวาท ๒๐ และ ๒๙ โจร ๖๖) กฎหมายไม่กล่าวไว้ในที่ใดเลยว่า ใหม่ปลุกตัวนี้จะต้องเป็นจำนวนเท่าใด ตามคำชี้ขาดของศาลลูกขุนในต้นรัชกาลที่ ๕ ปรากฏว่าใหม่ปลุกตัวนี้ได้กำหนดให้เท่ากับค่าตัวของผู้ตายตามอัตราค่าคนในกฎหมายลักษณะกรรมศักดิ์^(๑)

ผู้ที่ทำให้ผู้อื่นถึงตายนั้น จะถูกปรับใหม่ฐานทำให้คนตายก็ต่อเมื่อผู้ถูกทำร้ายนั้นตายลงภายในระยะเวลา ๑๕ วัน นับแต่วันที่การละเมิดได้เกิดขึ้น ถ้าผู้ถูกทำร้ายตายลงภายหลังระยะเวลานี้ ผู้ละเมิดจะถูกปรับใหม่แต่เพียงฐานทำร้ายร่างกายบาดเจ็บ (วิวาท ๒๐) บทบัญญัติของกฎหมายว่าด้วยเรื่องนี้ได้กล่าวไว้ข้างต้นแล้ว.

(๑) ใ้ดูคำชี้ขาดของลูกขุน จุลศักราช ๑๒๓๙ (พ.ศ. ๒๔๒๐) ลงพิมพ์ในราชกิจจานุช.ศ. ๑๒๔๐ หน้า ๓๙-๔๐ และ ๘๔-๘๕ เป็นต้น.

๓. การสบประมาท

๔๐. การสบประมาทต่างกับการด่า โดยเหตุว่าคำสบประมาทอาจเป็นคำที่กล่าวตามจริง ตามหลักการหมิ่นประมาทจะมีผลให้ผู้ละเมิดต้องถูกปรับใหม่ก็ต่อเมื่อคำที่กล่าวนั้น ไม่ถูกต้องกับความจริง^(๑) ตามธรรมเนียมใหม่ในกรณีหมิ่นประมาทย่อมกำหนดตามคำตัวของผู้ถูกหมิ่นประมาท หาได้กำหนดตามอัตราที่ตั้งขึ้นไว้สำหรับการละเมิดด้วยคำด่าไม่.

เช่น ตามกฎหมายลักษณะวิวาทมาตรา ๓๗ เมื่อบุคคลผู้หนึ่งถูกคำด่าสบประมาทว่าตนได้ทำชู้ด้วยแม่หรือด้วยพ่อ หรือด้วยลูก หรือด้วยหลานของตน บุคคลผู้หนึ่งมีสิทธิจะได้อำนาจข้อยุติเป็นจำนวนเท่ากับกึ่งหนึ่งของคำตัวของตน แต่ถ้การณกลับปรากฏว่าตนได้ทำดังนั้นจริง ผู้ที่กล่าวคำนั้นไม่ต้องถูกโทษ แต่ผู้ที่ถูกคำนั้นจะต้องรับโทษตามที่กฎหมายกำหนดไว้ กฎหมายลักษณะเบ็ดเสร็จฉบับที่ ๑๕๗, ๑๕๙ และ ๑๖๐ มีบทบัญญัติที่คล้ายคลึงทำนองนี้สำหรับกรณีที่ถูกบุคคลผู้หนึ่งถูกกล่าวอ้างว่าเป็นพอมดู้จักทำคุณอาถรรพ์ แต่บทบัญญัติที่วางนี้มีความต่างกับบทบัญญัติในกฎหมายลักษณะวิวาทมาตรา ๓๗ โดยเหตุที่สืบใหม่ตามกฎหมายลักษณะเบ็ดเสร็จนี้ มิได้กำหนดตามคำตัวของผู้ที่ถูกหมิ่นประมาทดังเช่นตามกฎหมายลักษณะวิวาท แต่ให้กำหนดตามคำตัวของผู้หมิ่นประมาทเอง และให้มีจำนวนเท่าคำตัวนี้.

กฎหมายลักษณะวิวาทมาตรา ๓๗ ยังบัญญัติต่อไปถึงกรณีที่คำหมิ่นประมาท แม้จะเป็นคำที่กล่าวตามความจริงก็ไม่ใช่เหตุให้ผู้กล่าวหมิ่นความรับผิดชอบได้ คงเป็นแต่เพียงทำให้จำนวนสินไหมลดลงมาบ้างเท่านั้น คือกรณีที่ผู้หมิ่นประมาทกล่าวว่า เขาเป็นชู้ตนก่อน หรือเขาเป็นข้าตนก่อน ในกรณีเช่นว่านี้ ถ้าคำกล่าวนั้นไม่เป็นความจริง ผู้ถูกหมิ่นประมาทอาจเรียกสินไหมได้เป็นจำนวนกึ่งหนึ่งของคำตัวของตน แต่ถ้าเป็นความจริงก็ยังมีสิทธิเรียกสินไหมได้กึ่งหนึ่งของจำนวนสินไหมที่ตนจะได้รับ ถ้าหากคำกล่าวนั้นไม่เป็นความจริง คือ เท่ากับ ๑ ใน ๔ ของคำตัวของตน ที่มีบัญญัติไว้เช่นนี้ก็เพราะคำกล่าวหาเขาเช่นนี้ แม้จะเป็นความจริงก็ย่อมทำให้ผู้ถูกกล่าวหาได้รับความอายอดสู.

(๑) บทบัญญัติทำนองเดียวกันนี้มีอยู่ในมนุธรรมสัทธัม ของพระเจ้าวเรฎ มาตรา ๑๔๘ และ

บทที่ ๔

การละเมิดซึ่งกระทำต่อทรัพย์สิน

๔๑. การละเมิดชนิดนี้มีตัวอย่างอยู่ในเรื่องลักทรัพย์ แต่นอกจากการลักนี้ การกระทบกระเทือนต่าง ๆ ที่ทำความเสียหายให้แก่ทรัพย์สินของผู้อื่นก็ล้วนเข้าอยู่ในการละเมิดชนิดนี้ด้วย เช่น การทำลายทรัพย์สินสิ่งของ, การทำให้บุบสลาย, การทำให้ผลเสียหาย การทำให้สัตว์เลี้ยงตายหรือมีบาดเจ็บ, การวางเพลิง ฯลฯ เนื่องจากบทบัญญัติในกฎหมายเก่า ซึ่งกล่าวถึงกรณีละเมิดชนิดนี้มีอยู่เป็นจำนวนมาก อันเกี่ยวกับการเลี้ยงชีพในทางกสิกรรมโดยเฉพาะ ข้าพเจ้าจึงจะกล่าวถึงการละเมิดที่เกี่ยวกับกสิกรรมนี้เป็นหมวดพิเศษต่อไปจึงจะกล่าวถึงเรื่องชายชู้และการข่มขืนข้าเรา ซึ่งอาจถือได้ว่าเป็นการละเมิดต่อสิทธิของสามี หรือของบิดามารดาของหญิง และในที่สุดจะอธิบายถึงการละเมิดบางอย่าง ซึ่งกระทบต่อสิทธิของเจ้าน้ำหรือของลูกน้ำ.

เมื่อยกไม่กล่าวถึงเรื่องชายชู้และข่มขืนข้าเรา ซึ่งมีบทบัญญัติอยู่ในกฎหมายลักษณะหัวเมียแล้ว บทบัญญัติเกี่ยวกับการละเมิดต่อทรัพย์สินปรากฏอยู่เกือบทั้งหมดในกฎหมายลักษณะโจร และลักษณะเบ็ดเสร็จ. ในกฎหมายลักษณะโจรนั้นมีกฎหมายสองฉบับรวมอยู่ด้วยกัน ฉบับหนึ่งลงพุทธศักราช ๑๙๐๓ และอีกฉบับหนึ่งลงพุทธศักราช ๑๙๑๐ ซึ่งทั้ง ๒ ปีนี้ตกอยู่ในรัชกาลของพระรามาธิบดีที่ ๑ ลักษณะอันเก่าแก่ของกฎหมายทั้งสองฉบับนี้ ทำให้น่าสันนิษฐานว่า จะเป็นบทกฎหมายซึ่งอยู่ในจำพวกมีอายุนานที่สุด ในบรรดากฎหมายสมัยกรุงศรีอยุธยา ซึ่งตกทอดมาถึงเรา แต่จะถือว่าบทบัญญัติทั้งปวงในกฎหมายทั้งสองนี้ได้มีอายุนานเท่า ๆ กันนั้นยังหาได้ไม่ เพราะมีเหตุที่ทำให้ น่าเชื่อว่า ได้มีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงบทบัญญัติในหลายมาตราของกฎหมายทั้งสองฉบับนี้ ในคราวที่มีการตรวจชำระบทกฎหมายในสมัยกรุงศรีอยุธยา และในรัชกาลที่ ๑ แห่งกรุงรัตนโกสินทร์.

ส่วนกฎหมายลักษณะเบ็ดเสร็จนั้น เป็นบทกฎหมายที่รับเอาบทบัญญัติชนิดต่าง ๆ และที่มีอายุต่าง ๆ กันมารวมเข้าไว้ บทบัญญัติบางบทเป็นที่เห็น ได้อย่างชัดเจนว่ามีอายุนานมาก แต่ส่วนบางบทได้เกิดมีขึ้นในสมัยซึ่งไม่สู้เก่านัก.

๑. การลักทรัพย์

๔๒. ตามหลักทั่วไป, ผู้ลักทรัพย์จะต้องถูกปรับใหม่เป็นจำนวนสองเท่าของมูลค่าแห่งวัตถุที่ถูกลัก ในจำนวนค่าปรับนี้จะได้มีการหักเอาเงินจำนวนหนึ่ง. ซึ่งเท่ากับมูลค่า

ของทรัพย์สินที่ถูกถักนั้นออก เพื่อส่งให้แก่เจ้าทรัพย์สิน ส่วนที่เหลือจะได้แบ่งให้แก่เจ้าทรัพย์สิน กิ่งหนึ่งและท้องพระคลังกิ่งหนึ่ง (โจร ๖๑)^(๑) ซึ่งในที่สุดก็เป็นอันว่า เจ้าทรัพย์สินมีสิทธิได้รับค่าทำขวัญเป็นจำนวนหนึ่งเท่าครึ่งของค่าแห่งทรัพย์สินที่ถูกถัก. นอกจากนี้ต้องเสียสินไหม ดังกล่าวนี้แล้ว ผู้ลักทรัพย์สินยังจะต้องโทษทางร่างกายอีก เป็นโทษหนักหรือเบาสุดแล้วแต่เหตุร้ายแรงที่มีประกอบการลัก แต่แม้ผู้ลักจะถูกลงโทษทางร่างกายเช่นนั้นแล้ว การปรับใหม่เป็นสองเท่าของมูลค่าแห่งทรัพย์สินที่ถูกถักก็ยังคงมีอยู่เช่นนั้นไม่เปลี่ยนแปลง (ดูโจร ๙ และอาญาหลวง ๓๔ สำหรับเรื่องกรรโชก-โจร ๕๖ สำหรับเรื่องตัดช่องย่องเบา-โจร ๘๓ สำหรับเรื่องลักทรัพย์สินของบุคคลที่ไปราชการ-โจร ๙๖ สำหรับกรณีผู้ลักให้เจ้าทรัพย์สินกินยา เมื่อเมา เพื่อสะกดกแก่การลัก-โจร ๑๑๒ สำหรับเรื่องฉ้อ) ถ้าการลักประกอบด้วยเหตุ ฉกรรจ์ร้ายแรงมาก เช่น คุมสมิครพรคพวกเข้าปล้น หรือเข้าชิงทรัพย์สินโดยมีอาวุธหรือลัก ข้างมา เป็นต้น กฎหมายมีบทบัญญัติแตกต่างออกไป ในกรณีเช่นนั้น โทษที่ลงแก่ร่างกาย ซึ่งโดยมากมักจะเป็นโทษประหารชีวิต มีผลให้ผู้ต้องโทษไม่ต้องใช้สินไหม เจ้าทรัพย์สินจะมีสิทธิได้รับก็แต่เพียงราคาทรัพย์สินที่ถูกถักเท่านั้น (โจร ๑๑ และ ๗๔).

ในกรณีพิเศษบางกรณี ค่าปรับใหม่มีจำนวนเป็น ๓ เท่าหรือ ๔ เท่าของมูลค่าแห่งทรัพย์สินที่ถูกถัก เช่น กรณีลักทรัพย์สินของหลวง (โจร ๑๑ และ ๘๒) หรือลักทรัพย์สินที่ อุทิศถวายแก่วัดในพุทธศาสนา (โจร ๕๐) เป็นอาทิ.

การกำหนดมูลค่าของทรัพย์สินที่ถูกถักนั้น ให้ถือเอาตามราคาซื้อขายทรัพย์สินนั้นในตลาด โดยพิจารณาให้สันนิษฐานตามรูปพรรณของทรัพย์สินที่ปรากฏในคำแจ้งความตราสินของเจ้าทรัพย์สิน (โจร ๑๔๓). ถ้าเจ้าทรัพย์สินไม่ได้แจ้งความตราสินไว้อย่างใด ค่าปรับใหม่จะต้องคิดเพียงเท่ามูลค่าของทรัพย์สินที่ติดตามเอาคืนมาได้เท่านั้น (โจร ๒๘) ถ้าเจ้าทรัพย์สินได้แจ้งความตราสินทรัพย์สินที่ถูกถักไปนั้นผิดจากความจริง โดยแจ้งให้สูงกว่าความเสียหายที่ตนได้รับแท้จริง เจ้าทรัพย์สินนั้นจะมีผิดฐานมากได้ดังจะได้ศึกษาในต่อไป และเมื่อมีความผิดดังนี้ เจ้าทรัพย์สินจะได้รับแต่ต้นสินที่ถูกถักจริงคืน ส่วนสินไหมทั้งหมดจะตกเป็นของท้องพระคลัง (โจร ๑๗).

ในที่สุดมีข้อที่ต้องสังเกตว่า กฎหมายเก่ามีหลักเช่นเดียวกับในกฎหมายสมัยปัจจุบัน ที่ถือว่าการลักทำเป็นเหตุให้ได้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินไม่ เหตุนี้เจ้าทรัพย์สินจึงไม่หมด

(๑) ให้อุตัวอย่างทำนองนี้เรื่องหนึ่งในคำชี้ขาดของลูกขุน ซึ่งลงพิมพ์ไว้ในราชกิจจานุเบกษา จ.ศ. ๑๒๔๐ หน้า ๑๐๘-๑๐๙

กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ถูกลัก และคงมีสิทธิ์อยู่เสมอที่จะเรียกคืนทรัพย์สินได้ ซึ่งไม่แต่เพียงจากผู้ลักหรือจากทายาทของผู้ลัก (โจร ๑๑, ๕๔ และ ๕๕) หรือจากผู้ที่ได้ทรัพย์สินโดยทางอันไม่สุจริต (โจร ๓๔, ๑๔๘ และ ๑๔๙) แต่หากยังเรียกได้ แม้จากผู้รับโอนทรัพย์สินโดยสุจริตอีกด้วย (โจร ๑๐๖, ๑๐๙, ๑๑๑ และ ๑๕๕) บทบัญญัติซึ่งเกี่ยวกับการซื้อขายทรัพย์สินที่ถูกลักนั้น จะต้องเอาไว้ไปกล่าวต่อเนื่องกับการอธิบายถึงเรื่องการซื้อขาย.

การลักพา

๔๓. การลักพาเอาบุคคลผู้หนึ่ง ซึ่งอยู่ภายใต้อำนาจของผู้อื่นไป เช่นทาส, หญิงมีสามี, เด็ก ตามกฎหมายเก่าย่อมถือว่าเป็นการลักอย่างหนึ่ง ซึ่งมีบทบัญญัติกล่าวถึงมากหลาย บัญญัติเรื่องลักพานี้โดยมากแล้ว มักจะเกี่ยวเนื่องพัวพันอยู่ในกฎหมายอาญาบ้าง, ในกฎหมายว่าด้วยครอบครัวบ้าง, ในกฎหมายว่าด้วยเรื่องทาสบ้าง ซึ่งจะได้อธิบายเมื่อถึงคราวที่จะกล่าวถึงกฎหมายสาขาต่าง ๆ เหล่านี้ สำหรับที่นี้จะกล่าวแต่เพียงว่า ตามหลักแล้วการลักพาจะมีผลให้เรียกสินไหมได้เท่ากับสินไหมในกรณีลักทรัพย์สินธรรมดา กล่าวคือสินไหมมีจำนวนเท่ากับสองเท่าค่าตัวบุคคลที่ถูกลักพาไป นาย สามีและบิดามารดามีสิทธิได้รับ ๓ ใน ๔ ของเงินปรับ คือ ได้กึ่งหนึ่งของเงินปรับในฐานะที่เป็นคุณค่าตัวของบุคคลที่ถูกลักพาไป กับอีก ๑ ใน ๔ ของเงินปรับในฐานะที่เป็นสินไหม ส่วนอีก ๑ ใน ๔ อันเหลือนั้นตกได้แก่พระคลังในฐานะที่เป็นพินัย (ลักพา ๑ และ ๒๙)

๒. การละเมิดเกี่ยวกับกสิกรรม

๔๔. ในกฎหมายลักษณะโจรและลักษณะเบ็ดเสร็จ มีบทบัญญัติจะเพาะไว้สำหรับความเสียหายซึ่งมีผู้ก่อขึ้นแก่ทรัพย์สินที่เกี่ยวกับกสิกรรม มีพืชผล, เครื่องมือในการกสิกรรม สัตว์เลี้ยง สัตว์พาหนะ เป็นต้น บทบัญญัติของกฎหมายซึ่งว่าด้วยการละเมิดต่อทรัพย์สินอันเกี่ยวกับกสิกรรมนี้มีลักษณะที่สื่อให้เห็นว่าเป็นบทบัญญัติเก่าแก่มาก และทั้งย่อมาคัยหลักพิเศษด้วย.

การที่มีบทบัญญัติไว้โดยจะเพาะ สำหรับการละเมิดต่อทรัพย์สินอันเกี่ยวกับกสิกรรม เช่นนี้ ในกฎหมายของไทย ก็เพราะส่วนมากของชาวไทยอาศัยกสิกรรมเป็นการทำมาหาเลี้ยงชีพ ฉะนั้นจึงจำเป็นที่จารีตประเพณีจะต้องมีบทบัญญัติต่าง ๆ ขึ้นแต่เนิ่น สำหรับใช้บังคับในเมื่อเกิดการละเมิดซึ่งทำให้กสิกรได้รับความเสียหาย กฎหมายลายลักษณ์อักษรซึ่งตกทอดมายังเรา น่าจะได้รับการร่องรอยแห่งบทบัญญัติในจารีตประเพณีเก่าไว้บ้าง.

การลักทรัพย์ที่เกี่ยวกับภสิกรรม

๔๕. เรื่องลักทรัพย์ที่เข้าอยู่ในจำพวกนี้ต่างกับเรื่องลักทรัพย์อย่างธรรมดาในประการที่สำคัญสองประการ คือ ประการหนึ่ง มูลค่าของทรัพย์ที่เกี่ยวกับภสิกรรมซึ่งถูกลักนั้น กฎหมายกำหนดไว้เอง กับอีกประการหนึ่ง เงินปรับใหม่ในกรณีละเมิดเช่นนี้หาได้เป็นจำนวนสองเท่าแห่งมูลค่าของทรัพย์ที่ถูกลักเสมอไปไม่ โดยเงินปรับใหม่จะต้องคำนวณตามวิธีต่างๆ ซึ่งเปลี่ยนไปตามแต่กรณี ในบางครั้งเงินปรับใหม่จะตกเป็นของผู้เสียหายทั้งหมด ไม่ต้องมีการแบ่งส่วนส่งไปเข้าท้องพระคลัง.

เช่น ในกรณีลักโคหรือกระบือ กฎหมายลักษณะโจร มาตรา ๘๐ กำหนดค่าตัวของสัตว์ไว้ตามเพศของสัตว์และตามชั้นอายุของสัตว์ที่ละเมได้แล้วหรือยังต้องตามแม่อยู่. ถ้าสัตว์ที่ถูกลักไปนั้น ได้กลับคืนมาให้แก่เจ้าของ เงินปรับใหม่จะเท่ากับ ๒ เท่าครึ่งของราคาสัตว์ ถ้าไม่ได้ตัวคืนมาเป็นปรับใหม่จะเป็น ๓ เท่าครึ่งของราคาสัตว์ เงินปรับใหม่จะต้องแบ่งเป็นสินไหมกึ่งพินัยกึ่ง (๑)

กฎหมายลักษณะเดียวกันนี้ ในมาตรา ๑๒๐ บัญญัติถึงการลักต้นผลไม้ โดยแบ่งออกเป็นสามประเภท คือ ๑. ต้นทุเรียน ๒. ต้นผลไม้อื่น นอกจากทุเรียน แต่เป็นไม้ที่ต้องเสียอากร. ๓. ต้นไม้ซึ่งไม่ต้องเสียอากร เงินปรับใหม่ในกรณีลักต้นผลไม้เหล่านี้ได้กำหนดไว้เป็นสามชั้นสำหรับต้นไม้ในประเภทหนึ่งๆ โดยถือเอาเกณฑ์ที่ว่าต้นผลไม้ซึ่งถูกลักกันนั้นเป็นต้นเล็ก, ต้นใหญ่แต่ยังไม่เคยมีผล (ต้นโกรน) หรือต้นใหญ่และมีผลแล้ว จำนวนของเงินปรับใหม่นั้น กฎหมายกำหนดไว้แน่นอนแล้ว และดูเหมือนว่า ผู้เสียหายจะได้รับไปทั้งหมด ไม่ต้องแบ่งเป็นพินัยเข้าท้องพระคลัง (๒) ถ้าต้นผลไม้เล็กเพียงปลูก

(๑) ให้อุทธรณ์อย่างการใช้มาตรา ๘๐ นี้ ในคำชี้ขาดของลูกขุน พ.ศ. ๒๔๒๑ ราชกิจจานุเบกษา จ.ศ. ๑๒๔๐ หน้า ๑๑๕-๑๑๗

(๒) บทบัญญัติในมาตรา ๑๒๐ กฎหมายลักษณะโจรกล่าวไว้แต่เพียงว่า “ให้ไหมต้นละ...” แต่ในคำชี้ขาดของศาลลูกขุน ลงวันพฤหัสบดีที่ แรม ๑ ค่ำ บัซาล จุลศักราช ๑๒๔๐ (วันที่ ๘ มกราคม พ.ศ. ๒๔๒๑) ซึ่งมีการใช้มาตรานี้ ปรากฏว่าผู้เสียหายได้รับแต่เพียงครึ่งหนึ่งของสินไหมที่กฎหมายกำหนดไว้ ส่วนอีกครึ่งหนึ่งนั้นลูกขุนส่งให้ส่งเข้าท้องพระคลัง. ที่เป็นดังนี้จะเห็นเพราะลูกขุนได้ดำเนินตามนัยแห่งคำตัดสินอันมีอยู่เรื่อยๆ มาแต่สมัยเก่า หรือว่าจะเห็นเพราะลูกขุนในคดีเรื่องนี้ ให้พลั้งเผลอโดยติดเป็นนิสัย เมื่อจะสั่งให้ปรับก็มักจะสั่งให้แบ่งเงินปรับเป็นสินไหมกึ่งพินัยกึ่งพร้อมกันไปทีเดียว ก็เป็นการยากที่จะคาดคะเนในขณะนี้ว่าเป็นเพราะเหตุใดลูกขุนจึงได้ชี้ขาดไว้ดังนี้. เราจะได้เห็นในต่อไปว่า ศาลฎีกาเคยพิพากษาไว้ในคดีอันเกี่ยวกับบทมาตราที่มีความคล้ายคลึงกันกับมาตรา ๑๒๐ นี้ ว่าให้สินไหมเป็นของผู้เสียหายทั้งหมด ซึ่งน่าจะเป็นคำพิพากษาที่ถูกต้องกับบทบัญญัติในเรื่องนี้ด้วย.

ไว้ปีเดียวกันไม่ต้องมีการปรับใหม่ แต่ต้องให้ผู้ลี้ภัยปลุกต้นใหม่ใช้แทน.

มาตรา ๑๒๑ และ ๑๒๒ ของกฎหมายลักษณะโจรนี้ กำหนดจำนวนเงินปรับใหม่ สำหรับการลักขโมก มะพร้าว กล้วย และอ้อย.

มาตรา ๑๒๔ กำหนดจำนวนเงินปรับสำหรับการลักจับปลาในละหาน ห้วยหนอง คลอง บึงบาง ซึ่งมีเจ้าของรับทำอากร ในกรณีนี้เงินปรับใหม่ต้องแบ่งเป็นของท้าวพระคลัง กิ่งหนึ่ง ที่กฎหมายบัญญัติดังนี้เห็นจะเป็นเพราะสถานที่ซึ่งมีปลานั้นเป็นของหลวง.

กฎหมายลักษณะเบ็ดเสร็จบทที่ ๒๑, ๒๒ และ ๒๓ กำหนดจำนวนเงินปรับใหม่ ในกรณีลักขโมก โดยกำหนดอัตราเงินปรับไว้เป็นห้าชั้นตามระยะแห่งความเจริญเติบโตของ ข้าว หรือตามระยะของกิจการที่ได้กระทำสำเร็จไปมากน้อยเพียงใด. เงินปรับใหม่นั้นให้ คำนวณตามจำนวนข้าวซึ่งคิดเป็นกำหรือพ่อน โดยกฎหมายกำหนดราคาของกำหนึ่งหรือ พ่อนหนึ่งไว้เอง แต่ถ้าเป็นข้าวซึ่งนำเอาเข้าที่เก็บแล้ว เงินปรับใหม่จะกลับต้องคิดเป็น สองเท่ามูลค่าของข้าวตามราคาสดในตลาดตามวิธีคำนวณเงินปรับในการลักทรัพย์ธรรมดา อื่นๆ ถ้าข้าวที่ถูกลักไปนั้นมีจำนวนมาก ผู้ลี้ภัยจะต้องถูกโทษทางอาญาเพิ่มจากการต้องชำระ เงินปรับใหม่อีก.

กฎหมายลักษณะเดียวกันนี้ บทที่ ๒๔ กำหนดจำนวนเงินปรับใหม่ในกรณีลัก เครื่องมือทำนาไว้ด้วย คือ แอก, ไถ, คราด.

ความเสียหายซึ่งสัตว์เลี้ยงได้ทำให้เกิดชนแก่พืชผล

๔๖. ความเสียหายซึ่งสัตว์เลี้ยง เช่น ช้าง ม้า โค กระบือ ทำให้มีแก่พืชผลนี้ เป็นเหตุให้เกิดข้อพิพาทกันขึ้นเนื่อง ๆ ระหว่างเจ้าของนากับเจ้าของสัตว์ ฉะนั้น เรื่องเช่นนี้ จึงมีกล่าวไว้โดยละเอียดในบทกฎหมายเก่า มีอาทิ ในตอนต้น ๆ ของกฎหมายลักษณะเบ็ดเสร็จ ผู้บัญญัติกฎหมายไม่แต่เพียงจะกำหนดความรับผิดชอบซึ่งจะมีแก่เจ้าของสัตว์ แต่ยังกำหนดหน้าที่ซึ่งเจ้าของนาจะต้องปฏิบัติเกี่ยวกับสัตว์ที่เข้าไปในนาของตน เพื่อแบ่ง เบาทำให้ข้อโต้เถียงซึ่งมักจะกลายเป็นมูลให้เกิดวิวาทนั้นระงับลงเสียได้โดยละม่อม.

กฎหมายลักษณะเบ็ดเสร็จ บทที่ ๑ บัญญัติถึงกรณีที่สัตว์หลุดออกไปเองและเข้าไปกินข้าวในไร่นาของผู้อื่น ถ้าเป็นครั้งแรกเจ้าของสัตว์ยังไม่ต้องรับผิดชอบแต่อย่างใด และ เจ้าของนามีหน้าที่จะต้องคืนสัตว์ให้ไป ถ้าเจ้าของนาปฏิเสธไม่ยอมคืนสัตว์ให้แก่เจ้าของ สัตว์ซึ่งมาขอรับคืนนั้น เจ้าของนาจะต้องถูกปรับใหม่เป็นจำนวนกึ่งค่าของสัตว์นั้น ถ้า

เป็นครั้งที่สองที่สัตว์หลุดไปเช่นนี้ เจ้าของสัตว์จะต้องใช้ค่าข้าวที่สัตว์กินหรือทำให้เสียหาย นอกจากนั้นยังมีหน้าที่จะต้องตั้งเครื่องให้วิ่งเวรเจ้าทุ่ง เมื่อปฏิบัติดังนี้แล้วก็มีสิทธิจะได้รับสัตว์คืนไปได้ ถ้าเจ้าของสัตว์ไม่เรียกร้องเอาสัตว์คืน เจ้าของนาคงเอาสัตว์นั้นไว้ โดยไม่ต้องรับผิดชอบในการที่สัตว์นั้นจะสูญหายไป แต่จะต้องยอมส่งคืนในเมื่อเจ้าของสัตว์มาทวงถามเอา การที่กฎหมายบัญญัติเช่นนี้ เป็นร่องรอยซึ่งแสดงให้เห็นถึงการที่ในดั้งเดิมได้ถือกันว่า เจ้าของนามีสสิทธิที่จะเอาสัตว์ไว้เป็นกรรมสิทธิ์ของตนเสียได้เพื่อทดแทนความเสียหาย และเพื่อเป็นโทษแก่เจ้าของสัตว์ด้วย แต่การที่ถือเช่นนี้ในต่อมากลายมาเป็นเพียงให้เจ้าของนามีสสิทธิยึดหนวงสัตว์ไว้จนกว่าจะได้รับชำระค่าทำขวัญ ตามจำนวนที่จารีตประเพณีกำหนดไว้ แต่ให้สังเกตว่าในต้วบทกฎหมายลักษณะเบ็ดเสร็จบทที่ ๑ นั้นมีคำว่า เจ้าของสัตว์จะต้องขอ “ไถ่” สัตว์กับเจ้าของนา การที่กฎหมายกล่าวดังนี้เป็นการเหมือนดังหนึ่งว่า เจ้าของนาได้มีกรรมสิทธิ์ในสัตว์นั้นขึ้น ซึ่งเป็นร่องรอยแห่งบัญญัติเดิม ถ้าสัตว์หลุดไปทำความเสียหายแก่พืชผลในนาเป็นครั้งที่สาม เจ้าของสัตว์จะต้องถูกปรับไหม ตามจำนวนที่กฎหมายวางกำหนดไว้ เงินปรับไหมนี้ย่อมเปลี่ยนไปตามระยะแห่งความเจริญเติบโตของข้าว (มี ๔ ระยะ) แต่นอกนั้นไม่เกี่ยวข้องกับความร้ายแรงของการเสียหายที่มีขึ้น อนึ่ง เงินปรับไหมนี้ยังต้องคำนวณตามชนิดสัตว์และเพศของสัตว์อีกด้วย ซึ่งเป็นเรื่องที่ทำให้หน้าคิดว่าการที่กฎหมายบัญญัติเช่นนี้ จะเป็นเค้าที่เหลืออยู่จากการที่ถือกันในครั้งดั้งเดิมว่า สัตว์นี้เองต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่มันเป็นต้นเหตุ นอกจากต้องใช้เงินปรับดังกล่าวแล้ว เจ้าของสัตว์ยังจะต้องใช้ราคาข้าวที่เสียหายไปให้เจ้าของนาอีกด้วย.

กฎหมายลักษณะเบ็ดเสร็จ บทที่ ๒ และ ๓ บัญญัติถึงกรณีที่เจ้าของสัตว์ได้นำสัตว์เข้าไปในนาของผู้อื่น กรณีนี้ก็เช่นเดียวกับกรณีแรก คือเจ้าของสัตว์ต้องใช้ค่าข้าวที่เสียหายให้แก่เจ้าของนาและต้องใช้เงินปรับ เงินปรับในกรณีนี้สูงกว่าในกรณีแรก แต่การคำนวณเงินปรับคงเดินแบบเดียวกัน กล่าวคือไม่คำนวณตามความร้ายแรงของการเสียหายที่มีขึ้นจริง แต่ย่อมคำนวณตามระยะแห่งความเจริญเติบโตของข้าว (มีเพียง ๒ ระยะ) และตามชนิดสัตว์และเพศของสัตว์.

มาตรา ๔ วางหลักการเรียกสินไหม ในเมื่อความเสียหายเกิดขึ้นจากสัตว์เลี้ยงทิ้งฝูง.

๔๗. บทที่ ๕ บัญญัติถึงความรับผิดชอบที่จะมีแก่เจ้าของนา ในเมื่อเจ้าของนาได้ทุบตี หรือทำให้สัตว์มีบาดเจ็บ ถ้าเป็นแต่เพียงตี ตนกก็หมดสิทธิเรียกค่าทดแทนความเสียหาย ถ้านกทำให้สัตว์พิการต้องรับเวรสัตว์นั้นไว้และใช้ราคาสัตว์ให้แก่เจ้าของ ส่วนเจ้าของสัตว์ จะต้องใช้ราคาข้าวที่สัตว์ได้กิน ถ้าเจ้าของนาฆ่าสัตว์ต้องใช้ราคาสัตว์และหมดสิทธิได้รับ ค่าทดแทนความเสียหาย การณ์จะเป็นเช่นเดียวกันอีก ถ้าเจ้าของนาได้ทำให้สัตว์พิการ หรือทำให้ตายด้วยใช้อาวุธยิง ฟัน แทะ สัตว์ แต่นอกจากนี้ยังจะต้องถูกโทษปรับเป็น ทางอาญาเพิ่มอีกด้วย.

บทที่ ๘ บัญญัติอนุญาตให้เจ้าของนาฆ่าหมูซึ่งเข้ามากินข้าว ในเมื่อผู้เลี้ยงหมูไม่ได้ จัดการขังไว้ในเล้า แต่เจ้าของนาก็ต้องใช้ความระมัดระวังบางประการเหมือนกัน เช่น ถ้านกได้กองข้าวไว้ในที่ซึ่งมีไต้ล้อมรั้วและสัตว์ได้กินข้าวนั้น ดังนี้ ตนกยอมไม่มีสิทธิที่จะ เรียกร้องแต่อย่างใด หรือเช่นเดียวกัน ถ้าหากบุคคลใดทำนาใกล้บ้าน ใกล้ทางและมีไต้ ล้อมรั้ว ถ้าถูกสัตว์ทำให้ข้าวเสียหายตนกก็ไม่มีสิทธิที่จะเรียกร้องอย่างใด.

บทที่ ๑๓ บัญญัติถึงการที่บุคคลขับเกวียนลัดนาของผู้อื่น ในเมื่อข้าวกำลังมีรวง เจ้าของนามีสหิระจะเอาโคหรือกระบือเทียมเกวียนนั้นไว้เป็นกรรมสิทธิ์เสียตัวหนึ่ง และนอก จากนี้ยังมีสิทธิเรียกเอาเงินปรับเป็นจำนวนเท่ากับค่าของขาเกวียน ตามบทที่ ๓๔ ถ้าความเสียหายเกิดขึ้นจากการที่ไถนาล้ำเข้าไปในนาของผู้อื่น เจ้าของนาผู้เสียหายมีอำนาจยึดโค ที่เทียมไถไว้เป็นกรรมสิทธิ์ได้ตัวหนึ่ง และยังมีสิทธิเรียกเอาเงินปรับเป็นจำนวนเท่ากับค่า ของคันไถ บทบัญญัติของกฎหมายทำนองนี้เนื่องมาจากแนวความคิดในครั้งตั้งเดิมอย่าง เดียวกันกับที่เป็นต้นเค้าของบัญญัติในบทที่ ๑, ๒ และ ๓ แห่งกฎหมายลักษณะเบ็ดเสร็จจ ดิงกล่าวข้างต้น กล่าวคือ เงินปรับใหม่นั้นยอมคำนวณโดยถือเอาสัตว์ หรือวัตถุที่เป็น ต้นเหตุทันทีของการเสียหายขึ้นตั้งเป็นเกณฑ์.

การเสียหายซึ่งเกิดขึ้นแก่สัตว์เลี้ยงโดยสัตว์เลี้ยงของผู้อื่น ได้ทำเช่น

๔๘. ตามในท้องถื่นชนบทนั้นมักจะมีเหตุเกิดขึ้นบ่อยๆ ที่สัตว์เลี้ยง เช่น ข้าง โคน กระบือ เกิดเข้าต่อสู้ทำอันตรายแก่กันและกัน จนสัตว์ข้างหนึ่งถูกบาดเจ็บหรือตายลง จึงเกิดมีปัญหาคือความรับผิดชอบจะเป็นอย่างไรบ้างแก่เจ้าของ ในเมื่อสัตว์ของตนไปทำ อันตรายแก่สัตว์ของผู้อื่น เรื่องข้อพิพาทรูปทำนองนี้มีกล่าวไว้ในกฎหมายลักษณะเบ็ดเสร็จ บทที่ ๑๔๒, ๑๔๓, ๑๔๔, ๑๔๖, ๑๔๘ และ ๑๕๐ ข้อพิพาทที่บทเหล่านี้กล่าวถึงเป็นกรณี ฉะเพาะอย่างไม่แสดงหลักที่จะใช้ได้ทั่วไป แต่ถึงกระนั้นอาจค้นเอาแนวความคิดอย่าง

ทั่วไปบางอย่างจากกรณีจะเพาะอย่างเหล่านี้ได้ ซึ่งเป็นแนวความคิดที่ลงกันกับแนวความคิดในกฎหมายปัจจุบัน กล่าวคือ

๑) เจ้าของสัตว์จะต้องรับผิดชอบในเมื่อตนเองได้ยู่ให้สัตว์ต่อสู้กัน เหตุผลที่ทำให้กฎหมายวางบัญญัติเช่นนี้ เห็นได้ไม่ยาก คือ กฎหมายถือว่า สัตว์ย่อมอยู่ในอำนาจของเจ้าของ สุดแล้วแต่เจ้าของจะใช้ให้ทำอะไรก็จะต้องอนุโลมตามเจตนาของเจ้าของ ควรสังเกตไว้ก็อย่างหนึ่งว่า ในกรณีเช่นนี้กฎหมายบัญญัติให้นายต้องรับผิดชอบในการกระทำของคนใช้ด้วย (บทที่ ๑๔๔, ๑๔๖ และ ๑๔๘)

๒) เจ้าของสัตว์จะต้องรับผิดชอบต่อกัน ถ้าการต่อสู้ระหว่างสัตว์เกิดขึ้นได้เพราะความประมาทเลินเล่อของตน เช่น การที่เจ้าของได้วางข้างตกมันไว้ใกล้กับข้างของผู้อื่น (๑๔๒) หรือเจ้าของวางข้างตกมันไว้ โดยไม่ได้บอกเจ้าของอีกคนหนึ่งให้ทราบ (๑๔๓) เช่นเดียวกัน ในกรณีที่โคหรือกระบือมีนิสัยชอบไล่ขวิดคนตัวอื่น ๆ ถ้าเจ้าของโคหรือกระบือตัวนั้นละเลยไม่เอาใจใส่ผูกโคหรือกระบือของตน ปล่อยให้ไปทำร้ายโคหรือกระบือของผู้อื่น เจ้าของจะต้องรับผิดชอบ (๑๔๖) เช่นเดียวกันอีก สำหรับผู้ขี่โคให้เดินเข้าไปในที่ซึ่งไกลหนทาง และผ่านเข้าไปใกล้โคอีกตัวหนึ่ง ซึ่งเจ้าของลามาไว้ เป็นโอกาสให้โคของตนชนโคที่เขาลามาไว้วันนั้นตาย ผู้ขี่โคต้องรับผิดชอบ (๑๕๐).

๓) ถ้าปรากฏว่าเจ้าของสัตว์ไม่ได้มีผิด หรือไม่ได้ประมาทเลินเล่อแต่อย่างใด เจ้าของสัตว์ก็ไม่ต้องรับผิดชอบ เช่น เมื่อเจ้าของวางข้างตกมันไว้ในที่ซึ่งไกลกับข้างของผู้อื่น โดยบอกให้ผู้ขี่ทราบแล้ว หรือโดยคนไม่ทราบว่ามีข้างของผู้อื่นอยู่ด้วย ดังนั้นถ้าข้างตกมันทำอันตรายแก่ข้างอีกตัวหนึ่งนั้น เจ้าของข้างตกมันไม่ต้องรับผิดชอบ (๑๔๓) ในเรื่องที่โคหรือกระบือชนกันก็เหมือนกันอีก ถ้าเจ้าของโคหรือกระบือฝ่ายหนึ่งไม่ได้ยู่ให้สัตว์ชนกัน เจ้าของไม่ต้องรับผิดชอบ (๑๔๖) หรือในเมื่อมีผู้ลามาโคไว้ที่ทางเดิน และถูกโคอีกตัวหนึ่งซึ่งมีผู้ขี่มาตามทางนั้นชนตาย เจ้าของโคตัวหลังนี้ไม่ต้องรับผิดชอบ (๑๔๘) หรือในเมื่อโคที่ผูกไว้ในทุ่งนาขาดไปชนกันเอง เจ้าของโคทั้งสองฝ่ายก็ไม่ต้องรับผิดชอบเช่นกัน (๑๔๘).

๔๙. บทบัญญัติในมาตราซึ่งอ้างมา อาจจะเป็นที่ใช้ได้ในกฎหมายปัจจุบัน เพราะได้กำหนดให้เจ้าของสัตว์จะได้รับผิดก็ต่อเมื่อตนเป็นผู้ผิดหรือเป็นผู้ประมาทเลินเล่อ แต่มีบทบัญญัติในบางมาตราซึ่งดำเนินตามแนวความคิดในสมัยโบราณขัดกับแนวความคิดในสมัยปัจจุบันนี้ คือ ตามบทบัญญัติที่ว่านี้ กฎหมายในครั้งนั้นให้พิเคราะห์ความรับผิดชอบของเจ้าของ โดยถือเอาความผิดของสัตว์นั่นเองเป็นเกณฑ์ เช่น ในกรณีที่สัตว์ซึ่งเจ้าของต่างคน

ต่างปล่อยไว้ ถ้าสัตว์ตัวหนึ่งเข้าทำอันตรายแก่อีกตัวหนึ่งเอาข้างเดียวจนถึงตาย ส่วนสัตว์ที่ตายนี้ไม่ได้ต่อสู้แต่อย่างใด ดังนี้ผู้ที่เป็นเจ้าของสัตว์ตัวที่เข้าทำร้ายสัตว์ผู้อื่นนั้นต้องรับผิดชอบ (๑๔๖) (๑) อนึ่งในกรณีที่สัตว์ทำอันตรายแก่สัตว์ผู้อื่นนั้น โดยมากกฎหมายบังคับให้ผู้ที่เป็นเจ้าของสัตว์ตัวที่เข้าทำร้ายสัตว์ของผู้อื่นตายนั้นต้องใช้ราคาสัตว์ แต่มีกรณีที่กฎหมายบัญญัติให้เจ้าของสัตว์ตัวที่ไปทำร้ายสัตว์อื่นนั้น ส่งสัตว์ของตนให้แก่ผู้ที่เจ้าของสัตว์ตัวที่ถูกทำร้ายถึงตายหรือบาดเจ็บ และแลกเอาสัตว์ที่ตายหรือบาดเจ็บนั้นมา (๑๔๒ และ ๑๔๖) (๒) การทดแทนความเสียหายเป็นวัตถุโดยตรงทำนองนี้ เป็นวิธีที่เป็นมานานแก่กว่าวิธีให้ใช้ค่าทำขวัญเป็นเงิน ซึ่งอาจสันนิษฐานได้ว่าเป็นร่องรอยเดิมของสภาพแห่งกฎหมายในชั้นที่ยังถือว่าสัตว์ต้องมีความรับผิดชอบในการกระทำของมัน เพราะฉะนั้น เมื่อเจ้าของมอบสัตว์ของตนให้แก่ผู้เสียหายแล้ว ผู้เสียหายจะไต่ถามเงินไม่ใช้สิทธิแก่แก่นต่อผู้เป็นเจ้าของสัตว์.

การละเมิดอย่างอื่นเกี่ยวกับภักสิกรรม

๕๐. เรื่องกรณีละเมิดเกี่ยวกับภักสิกรรม ซึ่งกฎหมายลักษณะเบ็ดเสร็จบัญญัติให้ผู้ละเมิดต้องถูกปรับใหม่มนั้น ยังมีกรณีอื่นอีกมากหลาย เช่น ผู้ที่ทำความเสียหายให้แก่ผู้อื่นดังต่อไปนี้ จะต้องถูกปรับเป็นจำนวนเงินต่าง ๆ ตามที่กฎหมายกำหนดไว้ คือ ผู้ที่ตัดต้นไม้ให้โค่นลงไปที่บ้นข้าวในนาผู้อื่นเสียหาย (๑๕) ผู้ที่ถอนข้าวในนาของผู้อื่น (๑๗) ผู้ที่ทำการจับปลาในนาผู้อื่น (๑๘) ผู้ที่ถ่ายอาจมรดข้าวในนาหรือในพ้อมหรือในแกวียนของผู้อื่น (๑๙) ผู้ที่ถ่อเรือรดเข้าไปในนาทำให้ข้าวลู่แหลก (๒๐) ผู้ที่ลอบไขน้าออกเสียจากนาของผู้อื่น (๒๑) ผู้ที่ลอบระบายน้ำในนาของผู้อื่นให้เข้าไปอยู่ในนาของตน (๒๒) ผู้ที่ทำให้นาของผู้อื่นแห้ง โดยไขเอาน้ำออกเสียหมด (๓๐ และ ๓๑) ผู้ที่ขุดดินในนาของผู้อื่นและลักเอาดินที่ขุดขึ้นนั้นไป (๓๒) ผู้ที่ไปชิงไถนาของผู้อื่นกำลังไถอยู่ (๓๓ และ ๓๔) ผู้ที่เข้าไถนาในนาของผู้อื่นซึ่งเขาได้ปลูกข้าวลงไว้แล้ว (๓๕ และ ๓๖) ผู้ที่เข้าไปกัดข้าวในนา

(๑) ให้อุบายใช้มาตราในคำชี้ขาดของลูกขุน พ.ศ. ๒๔๒๑ ลงพิมพ์ในราชกิจจานุเบกษา จุลศักราช ๑๒๔๐ หน้า ๓๙๐ ในกฎหมายเก่าของพะม่าก็มีบทบัญญัติอย่างเดียวกันนี้ คือ ใน Manu Kyay หน้า ๑๑๘ (มาตรา ๖)

(๒) มีตัวอย่างอยู่ในคำชี้ขาดของลูกขุน ซึ่งอ้างมาแล้วข้างต้นนี้ กับในคำชี้ขาดที่ได้ลงพิมพ์ในราชกิจจานุเบกษา จุลศักราช ๑๒๔๐ หน้า ๓๔๙ บทบัญญัติทำนองเดียวกับในกฎหมายไทยที่กำลังกล่าวถึงอยู่นี้ มีอยู่ในธรรมศาสตร์มณูและพะม่า อาทิในมนูธรรมศาสตร์มณูของพระเจ้าวาเรอ มาตรา ๑๑๐ Manu Kyay หน้า ๕๖ และ ๑๑๘ (มาตรา ๖)

ของผู้อื่น (๓๗) ผู้ที่เข้าคราดกลบรอยไถนาของผู้อื่น (๔๐) ผู้ที่เข้าพูนโคกหรือปลูกห่าง
ในนาของผู้อื่น (๔๑) ฯลฯ

ในกรณีต่างๆ เหล่านี้เกือบทุกกรณีเจ้าของนาผู้เสียหายมีสิทธิที่จะได้รับเงินปรับใหม่
ซึ่งมีจำนวนตามที่กฎหมายกำหนดไว้ และมีสิทธิขอยุ่แต่เพียงเท่านั้น แต่ในบางกรณีก็ยังมีสิทธิ
ที่จะเรียกให้ผู้ละเมิดทดแทนความเสียหายที่ตนได้รับอีกโสดหนึ่ง ในบางกรณีซึ่งมีอยู่เป็น
ส่วนน้อย เงินปรับใหม่นั้นต้องแบ่งออกเป็นสินไหมกึ่งพินัยกึ่ง แต่โดยมากแล้วไม่ต้อง
แบ่งเป็นพินัย ผู้เสียหายย่อมจะได้รับเงินปรับไปเป็นของตนทั้งหมดแต่ผู้เดียว ที่เป็นเช่นนี้
ก็เพราะในเรื่องละเมิดทำนองนี้ย่อมถือกันว่าเป็นการพิพาทกันในระหว่างเอกชน ไม่เป็น
เหตุร้ายเพียงพอให้กระทบกระเทือนความสงบเรียบร้อยของประชาชน เพราะฉะนั้น การ
เข้าแทรกแซงของรัฐเพื่อเข้ามาเป็นธุระจัดการในเรื่องเช่นนี้ จึงไม่ค่อยรู้สึกว่าเป็นมาก
นักเหมือนดังในเรื่องละเมิดอื่นๆ^(๑)

ก่อนที่จะจะจบเรื่องละเมิดเกี่ยวกับกิจกรรมนี้ ควรกล่าวถึงข้ออีกข้อหนึ่ง คือ เราได้
พบกรณีละเมิดบางกรณี ที่ผู้เสียหายมีแต่เพียงสิทธิเรียกค่าทดแทนความเสียหายอย่างเดียว
เท่านั้น เช่น ในกรณีที่ความเสียหายได้เกิดขึ้นแก่สัตว์ เพราะสัตว์ของผู้อื่นมาทำให้เกิด
ขึ้นเป็นต้น นอกจากกรณีนี้ยังมีกรณีอื่นซึ่งกฎหมายบัญญัติทำนองเดียวกัน เช่น ในกรณีที่
ข้าวของผู้เสียหาย ได้ถูกไฟที่ลามมาจากไฟซึ่งเจ้าของนาข้างเคียงเผาข้าว ในนาของเขานั้น
กฎหมายลักษณะเบ็ดเสร็จบทที่ ๔๔ บัญญัติให้ผู้ละเมิดต้องใช้ข้าวอันเสียหายเท่านั้น (๒) ใน

(๑) ในเรื่องแบ่งเงินปรับเป็นสินไหมกึ่งพินัยกึ่ง สำหรับกรณีละเมิดที่กล่าวถึงอยู่นี้ มีการ
ขัดแย้งกันอยู่ระหว่างคำพิพากษาของศาลฎีกาและคำชี้ขาดของลูกขุน ในคำพิพากษาลงวันที่ ๒๗
พฤศจิกายน ๒๔๙๓ (ฎีกาที่ ๒๙๔/๑๑๙ ฎีกาบางเรื่องเล่ม ๑ หน้า ๑๐๔-๑๐๖) ศาลฎีกาได้ตัดสินว่า
เงินปรับใหม่ ๑๑๐.๐๐๐ เบี้ยที่กฎหมายลักษณะเบ็ดเสร็จกำหนดไว้สำหรับกรณีรุกเข้าไปทำนาอื่นจะต้อง
ตกได้แก่ผู้เสียหายทั้งหมด แต่ก็มีคำชี้ขาดของลูกขุนใน พ.ศ. ๒๔๘๑ อยู่หลายฉบับซึ่งในคำชี้ขาดนี้
ได้มีการใช้มาตรา ๓๗ และ ๓๙ ของกฎหมายลักษณะเบ็ดเสร็จ ตามคำชี้ขาดเหล่านี้ทุกฉบับเงินปรับ
๑๑๐.๐๐๐ เบี้ยได้แบ่งออกเป็นสินไหมกึ่งพินัยกึ่ง (ให้ดูคำชี้ขาดของลูกขุน ลงพิมพ์ในราชกิจจานุเบกษา
จุลศักราช ๑๒๔๐ หน้า ๓๘๘ และจุลศักราช ๑๒๔๑ หน้า ๒๗, ๔๔ และ ๔๗ เป็นต้น) คำพิพากษา
ของศาลฎีกาน่าจะถูกต้องตามข้อความบทบัญญัติแห่งกฎหมายลักษณะเบ็ดเสร็จ ในเรื่องละเมิดที่กล่าว
ถึงอยู่นี้มากกว่าคำพิพากษาของลูกขุน ให้ดูฟุตโน้ตข้างต้นเกี่ยวกับกฎหมายลักษณะโจร มาตรา ๒๐
ประกอบ.

(๒) แต่ควรสังเกตในกรณีเดียวกันนี้เอง คือในกรณีที่เจ้าของนาเผาที่ของตน ถ้าไฟลามออก
ไหม้กล้วยหรืออ้อยของผู้อื่นซึ่งปลูกอยู่ในที่ข้างเคียง กฎหมายลักษณะโจร มาตรา ๑๒๓ กลับกำหนด
เงินปรับไว้เป็นจำนวนตายตัว ตามรายชื่อที่เสียหายตามวิธีธรรมดา.

กรณีเกี่ยวเนื่องต่อกันกระทบกัน ถ้าเกี่ยวเนื่องเบาไม่หลักเกี่ยวหนัก จนเป็นเหตุให้เกี่ยว
กระทบกันแล้ว กฎหมายลักษณะเบ็ดเสร็จบทที่ ๑๑๗ บัญญัติว่า เจ้าของเกี่ยวเบาต้องใช้
ค่าเสียหายที่เกิดขึ้นแก่เจ้าของเกี่ยวหนัก ความในบทบัญญัติเรื่องเกี่ยวกระทบกันนี้ควร
เปรียบเทียบกับความในบทบัญญัติแห่งบทที่ ๑๑๗ กฎหมายลักษณะเดียวกัน ซึ่งว่าด้วยกรณี
ที่เรือโดนกัน บทที่ ๑๑๗ นี้กับบทบัญญัติอื่นๆ ที่อ้างมานี้ เดินในแนวความคิดทำนอง
เดียวกัน คือ ถือว่าคุณค่าจะพึงต้องรับผิดชอบก็ต่อเมื่อตนได้ก่อความเสียหายให้แก่ผู้อื่นโดย
เจตนา หรือต่อเมื่อความเสียหายนั้นเกิดขึ้นเพราะความผิดหรือความประมาทเลินเล่อของ
ตน ตามหลักในกฎหมายปัจจุบัน แต่แนวความคิดอันเป็นหลักกฎหมายดังว่านี้ ในกฎ
หมายเก่าของไทยเช่นเดียวกับกฎหมายเก่าของชาติอื่น มีชนชาติโรมันเป็นอาทิไม่ได้มี
ปรากฏให้เห็นที่ชัดแจ้งในบทใด ทั้งไม่ได้เป็นที่นำออกใช้เป็นบรรทัดฐานอันสม่ำเสมอด้วย
พึงออกมาใช้เป็นบทกฎหมายแต่ในสมัยปัจจุบัน ดังจะอธิบายในบทที่ ๕.

๓. ราชรัฐ

๕๑. เหตุที่จัดเอาเรื่องราชรัฐไว้ในบรรดาการละเมิด ซึ่งมีผลกระทบต่อรรถพรัสนั้น
ก็เพราะในกฎหมายเก่าของไทยนั้น ถือว่าภริยาเป็นเสมือนอรรถพรัอยู่ในการสมรสของสามี
ฉะนั้นจึงอาจกล่าวได้ว่าการทำชู้เท่ากับเป็นการละเมิดต่อความเสียหาย ให้แก่สิทธิของสามี
เหนือภริยา แต่ควรสังเกตด้วยว่า ในการวางบทบัญญัติเพื่อปราบปรามเรื่องราชรัฐนี้ แม้ผู้
บัญญัติกฎหมายเก่ายึดเอาแนวความคิดอย่างดั้งเดิมนี้เป็นหลักอันสำคัญก็จริง แต่ก็ยังได้
อาศัยแนวความคิดอย่างอื่นเป็นหลักอีกด้วยเหมือนกัน แม้ว่าจะไม่เป็นหลักที่มีความสำคัญ
เท่า เช่น การที่ในกฎหมายเก่ามีบทบัญญัติให้ลงโทษทางอาญาในเรื่องราชรัฐนั้นก็เป็นที่แสดง
ให้เห็นว่า ผู้บัญญัติกฎหมายเก่ามีความเข้าใจแต่เนิ่นเหมือนกัน ถึงสภาพของการสมรสที่
เกี่ยวข้องกับชุมชนชน และได้พยายามที่จะป้องกันการสมรสนี้ ต่อการที่บุคคลภายนอก
อาจมาทำความกระทบกระเทือนให้ การที่กฎหมายบัญญัติให้ชายที่มากทำชู้กับหญิงภริยา
ของผู้อื่น ต้องถูกปรับเป็นสินไหมพินัย จึงหาใช่เพราะกฎหมายถือว่าการทำชู้ เป็นเพียง
การกระทบกระเทือนต่อสิทธิของสามีเท่านั้นไม่ แต่เพราะกฎหมายยังถืออีกว่าเป็นการ
กระทบกระเทือนต่อการสมรส ซึ่งกฎหมายต้องการจะคุ้มครองเพื่อยังประโยชน์ให้แก่
ชุมชนชนด้วย ปัญหาเรื่องสภาพของการสมรสในกฎหมายเก่านี้ จะต้องเอาไปศึกษา
กันใหม่เมื่อกล่าวถึงระบอบครอบครัว สำหรับ ณ ที่นี้จะกล่าวถึงแต่เพียงเรื่องราชรัฐในข้อที่
เป็นมูลให้เกิดมีการเรียกสินไหมเพื่อประโยชน์แก่สามี.

๕๒. ได้กล่าวมาแล้วว่า เรื่องชายชู้^๑อยู่ในจำพวกกรณีที่กฎหมายไทยยอมให้ผู้เสียหายใช้สิทธิแก้แค้นได้เพราะกฎหมายยอมให้สามีที่ภริยาเป็นผู้ทำชู้ด้วย ซ้ำชายชู้เสียได้โดยไม่ต้องรับโทษแต่อย่างใด (ผิวเมีย ๙, ๑๑ และ ๙๕) แต่ก็ได้ปล่อยให้สามีทำการแก้แค้นได้โดยอำเภอใจไม่ กฎหมายวางเกณฑ์ไว้หลายประการ คือ ประการแรกสามีจะต้องจับชายชู้ได้ในขณะที่กำลังทำชู้กับภริยาของตน ถ้าตนฆ่าหรือทำร้ายบาดเจ็บแก่ชายชู้ซึ่งผู้อื่นบอกเล่าแก่ตนว่า ได้มาทำชู้กับภริยาของตนโดยตนมิใช่เป็นผู้ที่จับได้เองในขณะที่ทำชู้กัน ตนย่อมมีโทษฐานฆ่าคนตายหรือฐานทำร้ายร่างกายบาดเจ็บสุดแต่กรณี (ผิวเมีย ๑๒) ประการต่อมา สามีซึ่งจับภริยาได้ในขณะกำลังทำชู้ ถ้าจะฆ่าชายชู้ตนจะต้องฆ่าภริยาเสียด้วย หรืออย่างน้อยก็ต้องแสดงให้เห็นว่าตนตั้งใจที่จะฆ่าภริยา แต่ในกรณีที่สามีฆ่าชายชู้คนเดียว กฎหมายบัญญัติแต่เพียงว่าให้เอาภริยาเป็นคนหลง ซึ่งสื่อให้เห็นว่าสามียอมไม่มีโทษ ถ้าสามีฆ่าแต่ภริยาคนเดียว ตนจะต้องถูกปรับใหม่ตามศักดิ์เป็นพินัยหลวง (ผิวเมีย ๘, ๙ และ ๑๑) ประการที่สุด ถ้าสามีจับภริยาและชายชู้ได้แล้วและมีได้ฆ่าในทันที กฎหมายจะให้ตนได้รับเพียงเงินปรับตามจำนวนที่กฎหมายกำหนดไว้ โดยแม้ถึงตนจะเห็นว่าเงินจำนวนนั้นไม่พอเพียงก็ตามที่ ทั้งนี้ก็เพราะในกรณีเช่นนี้ควรถือว่าตนได้สละสิทธิแก้แค้นโดยเด็ดขาดแล้ว (ผิวเมีย ๑๓) เมื่อพิเคราะห์บทบัญญัติต่างๆ เหล่านี้แล้ว จะเห็นว่าในสมัยกรุงศรีอยุธยาสิทธิแก้แค้นของสามีย่อมอยู่ในขอบเขตอันจำกัดมาก และยิ่งจะจำกัดมากไปกว่าในกฎหมายสมัยปัจจุบันของบางประเทศเสียอีก ตามกฎหมายเก่าที่ไม่ลงโทษแก่สามีซึ่งชายชู้หนีอาจจะอ้างเหตุผลได้เป็นสองทาง คือ อาจจะถือว่าการกระทำของสามีเป็นการใช้สิทธิแก้แค้นตามที่กล่าวมาแล้วก็ได้ หรืออาจจะถือว่าการกระทำของสามีเข้าอยู่ในประเภทการที่จะพึงอ้างขึ้นเป็นข้อแก้ตัวได้โดยชอบก็ได้

แต่ในเรื่องชายชู้ประวัติศาสตร์กฎหมายไทยแสดงตัวอย่างแห่งการกลับสู่แนวความคิดในครั้งเก่าแก่โบราณอย่างน่าพิศวงอยู่ คือ ในปีที่แรกแห่งรัชกาลที่ ๑ กรุงรัตนโกสินทร์ฯ มีพระราชกำหนดฉบับหนึ่งซึ่งกลับมาวิธีฟื้นฟูสิทธิแก้แค้นของสามีขึ้นอย่างแบบเก่า^(๑) บทบัญญัติในพระราชกำหนดฉบับนี้มีว่า ให้ตระลาการส่งตัวชายชู้และหญิงภริยาซึ่งได้ความว่าได้ทำชู้นั้น ให้แก่สามีเพื่อสามีจะได้ฆ่าบุคคลทั้งสองนี้เสียด้วยมือของตนเอง ในเมื่อสามีพิเคราะห์เห็นว่าเป็นการควร, กฎหมายห้ามแต่เพียงมิให้สามีทรมานหญิงและชายนี้ และให้ตระลาการอยู่ด้วยในขณะที่สามีจะทำการประหารชีวิต, ตามกฎหมาย

(๑) พระราชกำหนดใหม่ ข้อ ๓๗ วันศุกร์ เดือน ๑๒ แรม ๑๐ ค่ำ ปีกุน จุลศักราช ๑๑๙๔ ตรงกับวันที่ ๒๙ พฤศจิกายน พ.ศ. ๒๓๒๕.

ฉบับนี้จะมีการเรียกเงินปรับได้ก็ต่อเมื่อสามี่ได้สละสิทธิไม่ทำการประหารชีวิตชายชู้และภริยา ตามที่กล่าวนี้จะเห็นได้ชัดว่าการที่กฎหมายยอมให้สามี่ฆ่าชายชู้และภริยาเช่นนั้นเป็นการใช้สิทธิแก้แค้นโดยตรง หากเข้าอยู่ในประเภทการที่กฎหมายยอมให้ยกขึ้นเป็นข้อแก้ตัวโดยชอบเหมือนดังในครั้งเดิมไม่ เหตุที่ทำให้พระบาทสมเด็จพระพุทธยอดฟ้าฯ ทรงรื้อฟื้นเอาการปฏิบัติอย่างโหดร้ายเช่นนี้ขึ้นมาใช้อีก ก็โดยทรงมีพระราชประสงค์ที่จะปราบปรามความผิดฐานชายชู้ ให้เข้มงวดกวัดขันยิ่งขึ้นไปกว่าที่แล้วๆ มา เราอาจประหลาดใจในการที่พระบาทสมเด็จพระพุทธยอดฟ้าฯ ในเรื่องการปราบปรามการชู้นี้มีได้ทรงพอพระราชหฤทัย ในอันที่จะได้ทรงบัญญัติให้มีโทษทางร่างกายหนักยิ่งขึ้นไปกว่าแต่ก่อนเท่านั้น แต่ทั้งนี้อาจจะเป็นเพราะในสมัยนั้นยังถือกันว่าเรื่องชายชู้นั้นออกไปในทางเป็นเรื่องระหว่างเอกชนมากกว่าที่จะเป็นเรื่องกระทบกระเทือนถึงส่วนได้เสียของชุมชนุมชน พระองค์จึงทรงพระราชดำริว่า เรื่องนี้ไม่ใช่พระราชภาระที่จะทรงจัดการลงโทษแทนสามี่เสียโดยสิ้นเชิง ถ้าจะบัญญัติให้สามี่มีสิทธิแก้แค้นได้ยิ่งกว่าแต่ก่อนจึงจะเป็นทางอันสมควรแก่เหตุเช่นนี้

๕๓. ในเมื่อชายชู้ไม่ได้ถูกสามี่ฆ่าก็ย่อมจะต้องถูกปรับใหม่เป็นเงินจำนวนหนึ่ง ซึ่งแบ่งออกให้แก่สามี่กึ่งหนึ่งเป็นสินไหม และให้แก่ท้องพระคลังกึ่งหนึ่งเป็นพินัย จำนวนเงินปรับนั้นมีกำหนดไว้ในอัตรา ซึ่งตั้งต้นขึ้นเป็นพิเศษสำหรับภริยาและเมิดทำชู้ อัตรานี้ได้เพิ่มให้สูงขึ้นในรัชกาลของพระเจ้าบรมโกศ และได้ใช้อัตราที่สูงขึ้นนี้แทนอัตราเดิมอัตราที่เปลี่ยนแปลงใหม่นี้ปรากฏอยู่ในพระราชกำหนดเก่าข้อ ๖๕^(๑) ส่วนอัตราเดิมนั้นมิได้ปรากฏมาถึงสมัยเรา แต่น่าสันนิษฐานได้ว่าแม้ตามอัตราเดิม การคำนวณจำนวนเงินปรับก็คงเดินแบบเดียวกันกับอัตราใหม่ คือ จำนวนตามศกัตดินาของบุคคลเป็นเกณฑ์ ตามอัตราใหม่นี้จำนวนเงินปรับจะยิ่งมากขึ้นตามศกัตดินาของสามี่ที่ยังสูงขึ้น เช่น เงินปรับจะมีจำนวนเป็น ๓๐ ชั่ง สำหรับเจ้าพระยานาหมื่นเอกอุ, ๔ ชั่ง สำหรับบุคคลที่มีศกัตดินา ๕๐๐ ไร่ลงมาถึง ๔๐๐ ไร่, ๓ ชั่ง สำหรับบุคคลที่มีศกัตดินา ๔๐๐ ไร่ลงมาถึง ๓๐๐ ไร่, ๒ ชั่ง สำหรับบุคคลที่มีศกัตดินา ๒๐๐ ไร่ลงมาถึง ๕ ไร่ พระราชกำหนดฉบับนี้หาได้เพียงแต่จะเพิ่มให้อัตราเดิมสูงขึ้นเท่านั้นไม่ ยังได้นำเอาข้อบังคับใหม่อีกอย่างหนึ่งมาบัญญัติไว้อีกด้วย คือ สำหรับบุคคลซึ่งมีศกัตดินาสูงกว่า ๔๐๐ ไร่ ให้เงินปรับส่วนที่เป็นพินัยตกได้แก่สามี่อีกด้วย ฉะนั้นจึงเป็นอันว่าถ้าสามี่มีศกัตดินาสูงกว่า ๔๐๐ ไร่เช่นนี้ ตนย่อมมีสิทธิรับ

(๑) พระราชกำหนดเก่าข้อ ๖๕ ลงวันจันทร์ เดือนแปด ขึ้น ๑ ค่ำ ปีมุจ จุลศักราช ๑๑๑๗ ตรงกับวันที่ ๙ มิถุนายน พ.ศ. ๒๒๕๘

เงินปรับได้ทั้งหมด นอกจากนี้ เมื่อพิเคราะห์ตามตัวบทในพระราชกำหนดก่านี้แล้ว ดูเหมือนว่าในเมื่อสามีและชายชู้มีศักดิ์ต่างกัน เงินปรับจะต้องคำนวณตามศักดิ์ที่สูงกว่ากันในระหว่างบุคคลทั้งสองฝ่ายนี้ แต่เรื่องนี้เพิ่งได้มาปรากฏชัดเจนขึ้นในพระราชกำหนดใหม่ข้อ ๓๗ ของพระบาทสมเด็จพระพุทธยอดฟ้าฯ ซึ่งได้อ้างมาข้างต้นแล้ว ฉะนั้น เรื่องปรับตามศักดิ์ที่สูงนี้ อาจจะได้เป็นที่ปฏิบัติกันโดยแน่นอนสม่าเสมอก็ต่อเมื่อมาในรัชกาลที่หนึ่งแห่งกรุงรัตนโกสินทร์นี้เท่านั้นก็เป็นได้.

เงินปรับใหม่ที่กฎหมายกำหนดอัตราไว้นี้ จะพึงใช้ก็แต่สำหรับหญิงภริยาที่ทำชู้ขึ้นเป็นเมียกลางเมืองหรือภริยาหลวงเท่านั้น ถ้าเป็นเมียกลางนอกหรือภริยาน้อย เงินปรับนี้จะลดลงมาจากอัตราเสีย ๑ ใน ๕ ถ้าเป็นเมียกลางทาสีหรือทาสภริยา เงินปรับจะลดออก ๒ ใน ๕ (ผู้เมียตอนต้น) ถ้าเป็นภริยาที่สามที่ทั้งร้าง เงินปรับจะลดลงจากอัตรากึ่งหนึ่ง (ผู้เมีย ๕๖)

เงินปรับจะมีจำนวนสูงขึ้นในบางกรณี คือจะมีจำนวนเป็นสองเท่า ถ้าการเป็นชู้ได้เกิดขึ้นในขณะที่สามีไปราชการ (ผู้เมีย ๓) จะมีจำนวนเป็นสี่เท่า ถ้าสามีไปในงานสงคราม หรือไปซื้อเมืองปดลอมเมือง (คือส่งเป็นทูตหรือเป็นสายในต่างประเทศ) (ผู้เมีย ๖๓) ถ้าชายชู้ที่สามจับได้ในเวลาทำชู้ได้เข้าทำร้ายเอาสามีบาดเจ็บ เงินปรับใหม่จะมีจำนวนเป็นสองเท่า (ผู้เมีย ๑๖) สิ้นใหม่จะมีจำนวนเพิ่มขึ้นเป็นสองเท่าเช่นเดียวกับอีกถ้าหญิงภริยาได้ทำชู้เป็นครั้งที่สองกับชายชู้คนเดียวกัน (ผู้เมีย ตอนต้น)

ถ้าชายชู้เข้าใจโดยสุจริตว่า หญิงที่มาสวมคร่วมกับตนนั้นเป็นหญิงที่ไม่มีสามี ตนจะไม่ต้องมีความรับผิดชอบแต่อย่างใด แต่การเข้าใจโดยสุจริตว่าหญิงไม่มีสามีนี้จะต้องพึงอ้างขึ้นใช้ได้ก็ต่อเมื่อหญิงได้หนีสามีไปอยู่ต่างเมือง คนละเมืองกับที่สามีอยู่ (ผู้เมีย ๒๙)^(๑) ฉะนั้น ถ้าหญิงมิได้หนีสามีไปต่างเมืองหรือหนีสามีแล้ว แต่ยังอยู่เมืองเดียวกัน ชายที่มาทำชู้กับหญิงนั้นต้องมีผิด จะพิสูจน์ว่าตนได้ประพฤติโดยสุจริตโดยเชื่อว่า หญิงนั้นมิได้มีสามีหาได้ไม่ ศาลไม่ควรพึงอาศัยเหตุนี้จึงเป็นที่สันนิษฐานได้ว่า ในชั้นเดิมการเป็นชู้ย่อมเป็นเหตุให้เรียกเงินปรับได้เสมอไป ไม่ว่าเจตนาของผู้เป็นชายชู้จะเป็นเช่นใด ซึ่งทั้งนี้ย่อมตรงกันกับแนวความคิดในสมัยโบราณตามที่ได้กล่าวมาแล้ว

(๑) คำว่า “ต่างเมือง” และ “๑๖ หัวเมือง” ในมาตรานี้ ควรดูพระราชบัญญัติข้อ ๒ จุลศักราช ๑๑๔๕ (พ.ศ. ๒๓๒๖)

ชายที่ไปทำชู้กับหญิงภริยาผู้อื่นจะไม่ต้องมีความรับผิดชอบ ถ้าหากว่าหญิงนั้นเคยทำชู้มาแล้วสองครั้ง (ฝ่าเมีย ๕) หรือเป็นหญิงนครโสเภณีและมีได้เกิดมีบุตรด้วยสามี ดังนี้ ชายผู้เป็นสามีก็ย่อมจะไม่ได้รับค่าทำขวัญจากชายที่มากทำชู้กับภริยาของตน (พระราชบัญญัติข้อ ๑๔)^(๑)

บรรดาบุคคลที่เป็นผู้ชู้ก้อในการทำชู้ หรือช่วยให้ความสะดวกในการทำละเมิด เช่นนี้ ย่อมจะต้องถูกปรับใหม่เป็นจำนวนเท่ากับกึ่งหนึ่งของเงินปรับตามอัตราบรรดาฐานชายชู้ ผู้สมรู้เป็นใจด้วยผู้ชู้ก้อจะถูกปรับเป็นจำนวนเท่ากับกึ่งหนึ่งของค่าปรับใหม่ ผู้ชู้ก้อ คือ เท่ากับ ๑ ใน ๔ ของเงินปรับตามอัตราบรรดาฐานชายชู้ (ฝ่าเมีย ๔ และ ๒๑ - ลักพา ๘)

๕๔. สามีจะต้องฟ้องร้องว่ากล่าวความผิดฐานชายชู้ภายในระยะเวลา ๓ เดือน นับตั้งแต่วันที่ตนได้ทราบถึงความผิดของภริยา (รับฟ้อง ๑๑)

สิทธิร้องฟ้องของสามีนี้เป็นสิทธิระงับเฉพาะตัว ถ้าสามีไม่อยู่ในขณะที่ความผิดฐานชายชู้เกิดขึ้น ญาติของสามีจะจัดการได้แต่เพียงแจ้งความผิดนั้นได้ต่อศาล สามีแต่ผู้เดียวเท่านั้น ในเมื่อตนกลับมาซึ่งจะมีอำนาจชี้ขาดว่า ควรจะฟ้องร้องว่ากล่าวภริยาและชายชู้หรือหาไม่ (ฝ่าเมีย ๑๔)^(๒) บทบัญญัตินี้มีข้อยกเว้นอยู่ข้อเดียว คือ ในกรณีที่การทำชู้ได้เกิดขึ้นบนเรือนที่ศพของสามียังตั้งอยู่ (ฝ่าเมีย ๓๐) ในกรณีนี้ค่าปรับใหม่จะมีจำนวนคงตัวเป็นเบี้ยปรับ ๑๐ แส่นเสมอไป (คือ ๑๒๕ บาท) และตกได้ทั้งหมดแก่ญาติของสามี ซึ่งมีหน้าที่จัดการศพ

ตามมาตรา ๑๙ กฎหมายลักษณะฝ่าเมีย เมื่อชายชู้ไม่สามารถชำระค่าปรับใหม่ให้แก่สามีของหญิงได้ ตนอาจยอมเป็นทาสของสามีได้ เรื่องนี้เป็นแบบหนึ่งของการชำระหนี้ในกฎหมายเก่า ซึ่งใช้กันไม่เฉพาะแต่สำหรับชำระหนี้ที่เกิดจากมูลละเมิดชายชู้หรือมูลละเมิดชนิดอื่นเท่านั้น แต่ยังใช้ทั่วไปเพื่อชำระหนี้มูลใด ๆ มาตรา ๑๙ นี้ยังบัญญัติต่อไปว่าชายชู้ซึ่งตกเป็นทาสเช่นนี้จะหลุดพ้นจากการเป็นทาสไปเมื่อสามีได้ตายลง

(๑) พระราชบัญญัติฉบับนี้ลงจุลศักราช ๑๑๕๔ (พ.ศ. ๒๓๓๕) แต่ได้ท้าวความไปถึงบทบัญญัติซึ่งเชื่อว่าจะมีอายุมาตั้งแต่สมัยกรุงศรีอยุธยา

(๒) บทบัญญัติอย่างเดียวกันนี้ได้ปรากฏอยู่ในธรรมศาสตร์ของมอญและพะม่า เป็นต้น ในมนุธรรมศาสตร์ของพระเจ้าวเรรุ มาตรา ๕๒ และ Manu Kyay หน้า ๑๗๑

ข้อบัญญัตินี้ต่างกับบทบัญญัติทั่วไป เพราะตามธรรมดาแล้ว ลูกหนี้ซึ่งยอมเป็นทาสของเจ้าหนี้เพื่อชำระหนี้ของตนย่อมจะไม่หลุดพ้นจากการเป็นทาส โดยเหตุที่เจ้าหนี้ได้ตายลง ข้อบัญญัติในมาตรา ๑๙ นี้จึงแสดงให้เห็นลักษณะเฉพาะตัวแห่งสิทธิฟ้องร้องของสามีในเรื่องละเมิดฐานขายชู้อย่างชัดเจน

เงินปรับนั้นสามีจะไม่ได้ ถ้าหากว่าตนยังคงเลี้ยงเอาภริยาไว้ต่อไป ทั้งนี้เพราะการให้ภริยายังคงอยู่กับตนต่อไปอีกเป็นการแสดงว่ายกโทษให้ ไม่คิดที่จะแก้แค้นจึงยอมไม่มีค่าทำขวัญเกิดขึ้น นอกจากนี้ถ้ากฎหมายปล่อยให้สามีรับเงินปรับในเมื่อสามียังคงรับเอาภริยาที่เคยทำชู้แล้วไว้กับตนอีก ย่อมเป็นเหตุให้สามีภริยาคู่นั้นรับผลประโยชน์ได้จากการกระทำอันน่าอายออดสูของภริยา ซึ่งเป็นเรื่องที่กฎหมายไทยถือว่าเป็นการขัดต่อศีลธรรม ฉะนั้นในกรณีเช่นนี้จึงได้ให้เงินปรับตกได้แก่ท้องพระคลังเสียทั้งหมด (ผิวเมีย ตอนต้น และ ๑๕)

เราได้เห็นแล้วข้างต้นว่า ถ้าสามีจับภริยาในขณะที่ทำชู้และได้ฆ่าภริยาตายแต่ไม่ได้ฆ่าชายชู้ สามีย่อมหมดสิทธิในค่าปรับใหม่ ในกรณีเช่นนี้ เงินปรับซึ่งชายชู้ต้องชำระมีจำนวนเพิ่มขึ้นเป็นสองเท่าของอัตราธรรมดา และตกได้แก่ท้องพระคลังทั้งหมด (ผิวเมีย ๑๑)

๔. การข่มขืนชำเรา

๕๕. การละเมิดฐานขายชู้เป็นเหตุให้มีการเรียกเงินปรับใหม่เพื่อประโยชน์แก่สามีฉันใด การละเมิดข่มขืนชำเราหญิงซึ่งยังมิได้สมรส ก็เป็นเหตุให้เรียกเงินปรับใหม่เพื่อประโยชน์แก่บิดามารดา หรือผู้ปกครองหญิงเป็นทำนองเดียวกัน เงินปรับนี้ถ้าชายที่มาข่มขืนชำเราเป็นผู้ที่มีภริยาแล้ว จะมีจำนวนเท่ากับกึ่งหนึ่งของเงินปรับที่จะพึงเรียกเอาในกรณีละเมิดฐานขายชู้ แต่ถ้าเป็นชายโสดจะมีจำนวนเพียง ๑ ใน ๔ (ผิวเมีย ๗๘ และ ๗๙)

ในเมื่อการข่มขืนชำเราได้กระทำแก่เด็กไม่รู้อายุถึงสา เงินปรับใหม่จะเพิ่มขึ้นเป็นสองเท่าของเงินปรับใหม่ฐานขายชู้ ทั้งนี้โดยไม่เกี่ยวกับการปรับซึ่งอาจจะเพิ่มขึ้นได้อีกโสดหนึ่งต่างหาก ในเมื่อผู้ข่มขืนได้ทำร้ายร่างกายหญิงให้บาดเจ็บด้วยในเวลาข่มขืนชำเรา (ผิวเมีย ๘๐)^(๑)

(๑) มาตราฉบับเดิมใช้ได้แต่จะเพราะกรณีที่ผู้ข่มขืนชำเราเป็นชายที่มีภริยาแล้ว เพิ่งมาแก้ไขปรับปรุงใหม่ ในรัชกาลที่ ๑ ทั้งนี้เป็นที่เห็นได้จากพระราชบัญญัติข้อ ๑๗ จุดศักราช ๑๔๕๖ (พ.ศ. ๒๓๓๗) พระราชบัญญัติฉบับนี้ได้กำหนดอายุเด็กไม่รู้อายุถึงสาไว้ ๑๒ ขวบ เป็นอย่างสูง.

ในการข่มขืนชำเราหญิงหม้าย เงินปรับมีจำนวนเท่ากับ ๔ ใน ๕ ของค่าปรับใหม่
ฐานชายู้ (ผู้เมีย ๗๑)

ในทุกกรณีที่ได้กล่าวมาข้างต้นนี้ ถ้าเป็นแต่เพียงพยายาม ผู้ละเมิดยังทำการลงไป
ไม่สำเร็จ ค่าปรับใหม่จะลดลงมาเป็นเพียงกึ่งหนึ่ง

๕. การประบัตินและการมัดได้

ตามที่ได้กล่าวมาแล้วในเบื้องต้นว่า ผู้บัญญัติกฎหมายเก่านิยมวางบทบัญญัติให้
ดำเนินตามระบอบการของเรื่องละเมิด ฉะนั้นการที่เราจะขอชำระบุถึงการละเมิดเฉพาะ
อย่างให้ครบทุกชนิดแล้ว ย่อมจะเป็นการที่พ้นวิสัยและไร้ประโยชน์ด้วย ข้าพเจ้าจึงจะ
กล่าวโดยสังเขปถึงการละเมิดอีกสองชนิดเท่านั้น คือ การประบัตินและการมัดได้ ซึ่ง
เป็นการละเมิดที่มีความเกี่ยวพันอย่างสำคัญเข้าไปในเรื่องสัญญา

การประบัติน

๕๖. คำ “ประบัติน” นี้มาจากภาษาเขมร เดิมหมายความว่าทำให้ทรัพย์สินของผู้อื่น
สูญหาย หรือขยอกทรัพย์สินของผู้อื่น ในกฎหมายเก่าของไทยซึ่งใช้คำนี้อยู่บ่อย ๆ คำนี้
หมายความถึงการทุกอย่างที่ลูกหนี้ทำขึ้นโดยทุจริต เพื่อจะมีให้เจ้าหนี้ได้รับชำระหนี้ที่ตน
เป็นหนี้อยู่ เช่นบุคคลตั้งตอไปนี้ถือว่าเป็นผู้ละเมิดฐานประบัติน คือผู้กู้ยืมเงินที่ปฏิเสธ
ว่าไม่ได้รับเงิน (กัณฑ์ ๕๓ และ ๕๖) ลูกหนี้ที่ต่อสู้โดยไม่มมูลความจริงว่าได้ชำระเงินกู้
ให้แก่เจ้าหนี้ของตนแล้ว (กัณฑ์ ๕๗) ผู้ซื้อที่ปฏิเสธไม่ยอมชำระราคาโดยอ้างอย่างปราศ
จากความจริงว่าตนยังไม่ได้รับของที่ซื้อ (เบ็ดเสร็จ ๑๑๒) ผู้ขายซึ่งปฏิเสธไม่ยอมส่งสิ่ง
ของที่ตนได้ขายแล้ว โดยอ้างอย่างปราศจากความจริงว่าตนยังไม่ได้ชำระราคา (เบ็ดเสร็จ
๑๑๓) ผู้ที่เป็นหุ้นส่วนกับผู้อื่นเก็บเอาส่วนแบ่งทุนและกำไร อันควรจะเป็นของหุ้นส่วน
คนอื่นไว้เสีย (เบ็ดเสร็จ ๑๑๕) ฯลฯ

ความแตกต่างระหว่างละเมิดฐานประบัตินกับละเมิดฐานลักนั้น คือ ผู้ประบัตินได้
เข้ายึดถือทรัพย์สินของผู้อื่นไว้โดยความยินยอมของเจ้าของ แต่ตนพยายามที่จะทำให้ผู้อื่น
นั้นไม่ได้ชำระหนี้ ซึ่งเขามีสิทธิควรจะได้รับ

ละเมิดฐานประบัติน ตามธรรมดา เป็นเหตุให้เรียกเงินปรับได้เป็นจำนวนสอง
เท่าของจำนวนเงิน ซึ่งลูกหนี้ได้บิดพริ้วไม่ยอมชำระให้แก่เจ้าหนี้ ในจำนวนเงินที่เป็นค่า

ปรับใหม่จะต้องแบ่งเอาออกเสียส่วนหนึ่ง ซึ่งเท่ากับเงินที่ลูกหนี้ไม่ยอมชำระเพื่อส่งให้แก่เจ้าหนี้ ส่วนที่ยังเหลืออยู่นั้นต้องแบ่งให้เจ้าหนี้รับไปครึ่งหนึ่ง และพระคลังหลวงรับไปครึ่งหนึ่ง

มกัได๋

๕๗. ละเมิดฐานมกัได๋นี้ มีลักษณะคล้ายกับละเมิดฐานประบัตสิน แต่หมายถึงการกระทำของเจ้าหนี้แทนที่จะหมายถึงการกระทำของลูกหนี้ การมกัได๋ ได้แก่การใด ๆ ซึ่งบุคคลกระทำขึ้นเพื่ออ้างโดยปราศจากมูลความจริงว่าตนเป็นเจ้าหนี้ผู้อื่น หรือตนเป็นเจ้าหนี้ในหนี้อันมีจำนวนสูงกว่าจำนวนหนี้ที่แท้จริง เช่น บุคคลตั้งต่อไปในกฎหมายเก่าถือว่ามีความผิดฐานมกัได๋ คือ ผู้ที่ถูกคนร้ายลักทรัพย์ไปแจ้งความทำตราสืบว่า ทรัพย์ได้ถูกลักไปเป็นจำนวนมากกว่าที่ได้ถูกลักไปแท้จริง (โจร ๑๗) ผู้ที่ถูกทำร้ายบาดเจ็บไปแจ้งความว่า ตนได้รับบาดเจ็บมีบาดแผลมากกว่าที่ได้ถูกบาดเจ็บจริง (วิวาท ๒๒) ผู้ที่ให้กู้ยืมเงินเรียกร้องเอาเงินอีกในเมื่อลูกหนี้ได้ชำระใช้คืนเสร็จสิ้นไปแล้ว (ทาส ๔๗ กู้หนี้ ๖๕) ผู้ที่ขายทรัพย์สิ่งของเรียกเอาเงินราคาทรัพย์อีก ในเมื่อผู้ซื้อได้ชำระให้แล้ว (เบ็ดเสร็จ ๑๑๒) ผู้ที่ให้ยืมเงินเรียกร้องเอาดอกเบี้ยซึ่งมิได้มีการตกลงไว้ในสัญญาว่าให้เรียกเอาได้ (กู้หนี้ ๖๖) ฯลฯ

ละเมิดฐานมกัได๋นี้ ตามธรรมดาเป็นเหตุให้เรียกเงินปรับได้เท่ากับจำนวนเงินซึ่งเรียกร้องเอาเกินไปโดยมิชอบ หรือเป็นเหตุให้ลดจำนวนหนี้ลงเสียเท่ากับจำนวนนี้^{๑)}

เรื่องการละเมิดฐานมกัได๋และฐานประบัตสินนี้ จะต้องกล่าวถึงซ้ำอีกในคำสอนประวัติศาสตร์กฎหมายไทยตอนว่าด้วยสัญญา เพราะเป็นเรื่องที่ทำให้เข้าใจได้ถึงลักษณะแห่งการผูกพันระหว่างคู่สัญญาในกฎหมายเก่า การที่นำเอาบัญญัติว่าด้วยละเมิดประบัตสินและมกัได๋มากล่าวไว้โดยสังเขป ณ ที่นี้ ก็เพราะความจริงการละเมิดฐานประบัตสินและมกัได๋นั้น มีขอบเขตกว้างกว่าเรื่องสัญญา และอาจเกิดขึ้นได้ในระหว่างบุคคลที่ไม่เป็นคู่สัญญาตามที่เห็นได้จากตัวอย่างที่ได้ยกมาอ้างข้างบนนี้บางตัวอย่าง

^{๑)} ให้อูตัวอย่างของคดีเรื่องมกัได๋นี้ ในคำพิพากษาของศาลอุทธรณ์ ลงวันที่ ๒๒ ตุลาคม พ.ศ. ๒๔๓๙ ซึ่งศาลฎีกาได้พิพากษาเป็นตามโดยคำพิพากษา ลงวันที่ ๒๐ เมษายน พ.ศ. ๒๔๔๐ ธรรมศาสตร์สมัย เล่ม ๒ หน้า ๒๗๗-๒๘๑

บทที่ ๕

การเปลี่ยนแปลงระบอบการในเรื่องละเมิดเข้าสู่แนวความคิด
ของกฎหมายในปัจจุบัน

๔๘. ใน ๔ บทข้างต้นนี้ ได้บรรยายถึงประวัติศาสตร์ของกฎหมายไทยในส่วนที่เกี่ยวกับละเมิดเป็นลำดับมา จนถึงตอนปลายแห่งรัชกาลที่ ๔ ระบอบการของกฎหมายไทยตามที่ได้บรรยายมาแล้ว มีลักษณะเป็นระบอบที่ปล่อยให้ความรับผิดชอบทางอาญาและความรับผิดชอบทางแพ่งของบุคคลปะปนอยู่ ความปะปนกันนี้มีลักษณะที่แสดงให้เห็นชัดได้สองประการ ๑) ความรับผิดชอบของผู้ละเมิดในทางแพ่งนั้นเป็นเช่นเดียวกับในทางอาญา คือ จะเกิดขึ้นได้ก็แต่จะเพาะในกรณีที่มีบทกฎหมายได้บัญญัติไว้โดยจะเพาะ ๒) หนี้ซึ่งเกิดขึ้นผูกพันผู้ละเมิด ตามธรรมดาแม้จะได้แก่เงินจำนวนหนึ่งซึ่งมีลักษณะเป็นทั้งค่าปรับทางอาญา และค่าสินไหมทดแทนทางแพ่งด้วย

ณ บัดนี้ควรอธิบายโดยสังเขปถึงอาการที่กฎหมายไทยดำเนินมาเพื่อสู่แนวความคิดความเข้าใจอย่างสมัยปัจจุบันในเรื่องละเมิด กล่าวคือ ๑) ความเข้าใจที่ว่าการละเมิดย่อมมีขึ้นทุกครั้ง ในเมื่อบุคคลผู้หนึ่งได้ทำความเสียหายให้แก่ผู้อื่นโดยความผิดของตน และ ๒) ความเข้าใจที่ว่าผู้ถูกละเมิดไม่มีสิทธิที่จะเรียกร้องเอาเงินจากผู้ละเมิดเกินไปกว่ามูลค่าแห่งความเสียหายที่ตนได้รับเนื่องจากการละเมิด แต่ตนมีสิทธิเสมอที่จะเรียกเอาเงินเป็นค่าทดแทนความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่ตนได้จนครบ

การเปลี่ยนมาสู่แนวความคิดเห็นอย่างใหม่นี้ ได้สำเร็จลงด้วยความพยายามชวนช่วยร่วมกันของผู้บัญญัติกฎหมาย ศาลและอาจารย์ผู้สอนวิชากฎหมาย

การเปลี่ยนแปลงในรัชกาลที่ ๕ จนถึงประกาศใช้กฎหมายลักษณะ
อาญา ร.ศ. ๑๒๗.

๔๙. ในระยะเวลา ๓๐ ปีแรกแห่งรัชกาลที่ ๕ ระบอบการในเรื่องละเมิดตามที่ได้กล่าวมาข้างต้น มิได้มีการเปลี่ยนแปลงอันสำคัญเท่าใดนัก คำชี้ขาดของลูกขุนซึ่งลงพิมพ์ไว้ในราชกิจจานุเบกษาก็แสดงตัวอย่างของการใช้บทกฎหมายเก่าตามบทบัญญัติเดิม

อย่างที่อยู่หลาย ๆ เรื่อง ในระยะเวลาตอนนั้นได้มีบทกฎหมายเกี่ยวกับเรื่องละเมิดแต่ฉบับเดียว และเป็นบทกฎหมายที่ไม่สำคัญ คือ พระราชกำหนด ลงวันที่ ๗ มิถุนายน พ.ศ. ๒๔๒๐ ซึ่งตราขึ้นเนื่องจากคำทูลเกล้าถวายฎีกาของอำแดงขาว^(๑) บทกฎหมายนี้ใช้ได้เฉพาะสำหรับบุคคลซึ่งได้รับตราเครื่องราชอิสริยาภรณ์ นพรัตนราชวราภรณ์ ข้างเผือกสยาม หรือมงกุฎสยาม และบัญญัติไว้ว่าประการหนึ่งถ้าบุคคลซึ่งได้รับตราเครื่องราชอิสริยาภรณ์ดังกล่าวแล้ว ต้องคำพิพากษาให้ใช้สินไหมและพินัยแล้ว จะได้รับยกเว้นไม่ต้องใช้พินัย และอีกประการหนึ่ง ถ้ามีคำพิพากษาให้มีการใช้สินไหมและพินัยขึ้นในคดีซึ่งบุคคลที่ได้รับตราเครื่องราชอิสริยาภรณ์ดังกล่าวแล้ว เป็นฝ่ายชนะนั้นก็ให้ศาลสั่งให้ส่งพินัยนั้นให้แก่บุคคล เพิ่มสินไหมขึ้นอีก แทนที่จะให้ส่งแก่พระคลังมหาสมบัติ ความจริงพระราชกำหนดฉบับนี้ บัญญัติความถอยหลังไปสู่กฎหมายสมัยเก่ามากกว่าที่จะเป็นการก้าวหน้า เพราะได้เห็นมาแล้วว่าอย่างน้อย ในส่วนที่เกี่ยวกับภละเมิดฐานกล่าวคำค่าเป็นต้น กฎหมายในตอนปลายสมัยกรุงศรีอยุธยาและในรัชกาลที่ ๑ กรุงรัตนโกสินทร์ โดยมากย่อมอาศัยหลักว่า เมื่อผู้ละเมิดฐานนี้เป็นบุคคลที่มีศักดิ์นาสูงแล้ว จะต้องเรียกเงินค่าปรับใหม่ได้สูงขึ้น และถ้าหากบุคคลผู้มั่งคั่งมีศักดิ์นาสูงนี้เป็นฝ่ายถูกละเมิด ก็ให้เปลี่ยนเงินสินไหมเป็นโทษทางร่างกายแทน.

๖๐. การเปลี่ยนแปลงในแนวความคิดเรื่องละเมิดให้เข้ารูปอย่างที่เป็นอยู่ในปัจจุบันนี้ เพิ่งได้เริ่มมีขึ้นก็ต่อเมื่อได้มีการตั้งกระทรวงยุติธรรมและจัดระเบียบการศาลต่าง ๆ ในตอนต้นการเปลี่ยนแปลงนี้เป็นไปอย่างไม่มีผู้สังเกตสำคัญนัก และมุ่งไปในทางที่จะแก้ไขเปลี่ยนแปลงแต่บทกฎหมายที่ขัดกับความคิดความเห็นในยุคนั้นอย่างเหลือที่จะทนให้คงอยู่ต่อไปได้ ในเวลานั้นความเอาใจใส่ในการเปลี่ยนแปลงกฎหมายเก่า มีหนักไปในทางจะแก้ไขกฎหมายอาญา โดยกฎหมายอาญาเก่าออกจะไม่เหมาะสมกับสมัยและจารีตประเพณีเสียแล้วจำต้องมีการแก้ไขโดยรีบด่วน มีอาทิกฎหมายเกี่ยวกับวิธีพิจารณาอาญา และระบอบการในเรื่องการลงอาญา เหล่านี้จำจะต้องรีบแก้ไขก่อนบทกฎหมายอื่น. งานอันสำคัญชิ้นนี้ เป็นงานแรกทีพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัวทรงเอาพระราชหฤทัยฝักใฝ่ให้สำเร็จเสียก่อน แต่ส่วนการเรียกเงินสินไหมให้แก่ผู้เสียหายเพราะ

^(๑) พระราชกำหนดลงวันพฤหัสบดี เดือน ๗ แรม ๑๑ ค่ำ ปีฉลูจุลศักราช ๑๒๓๙ ลงพิมพ์ในราชกิจจานุเบกษา จุลศักราช ๑๒๓๙ หน้า ๑๑๔-๑๑๕ บทกฎหมายนี้ไม่ปรากฏอยู่ในประชุมกฎหมายที่ขุนหลวงพระยาไกรศรีรวบรวม

ถูกละเมิดนั้น ยังเห็นว่าเป็นธรรมดาอยู่แล้ว ฉะนั้นจึงยังรักษาระบอบการอย่างเก่าในเรื่อง ละเมิดไว้พลาง ๆ โดยเพียงแต่ทำการแก้ไขแต่บางอย่างที่จำเป็นที่เดียว

ประกาศลงวันที่ ๒๙ พฤศจิกายน ร.ศ. ๑๑๗ (พ.ศ. ๒๔๔๑) ต่อกษัตริย์พระราชบัญญัติกระบวนวิธีพิจารณาความแพ่ง ร.ศ. ๑๑๕ ได้ให้ยกเลิกบทบัญญัติ ซึ่งกำหนดถึงความรับผิดชอบทางแพ่งของครอบครัวและของหมู่เหล่า กับบทบัญญัติซึ่งมีข้อความอันเป็นเค้าเงื่อนเนื่องมาจากสิทธิแก่กันอย่างโบราณ ในกรณีละเมิดฐานฆ่าคนตายและฐานชายชูด้วย ตามที่กล่าวนี้เป็น การแก้ไขเปลี่ยนแปลงที่สำคัญที่สุด เนื่องจากประกาศฉบับนี้ นอกจากนั้นแล้ว ประกาศลงวันที่ ๒๙ พฤศจิกายน พ.ศ. ๒๔๔๑ ได้แก้ไขกฎหมายว่าด้วย ละเมิดก็แต่จะเพาะในสองประการดังต่อไปนี้คือ ๑) ให้ยกเลิกความในมาตรา ๑ ของกฎหมายลักษณะวิวาท ที่ว่าด้วยการแบ่งแยกระหว่างบุคคลที่มีศักดิ์นาต่ำกว่า ๔๐๐ ไร่ กับบุคคลที่มีศักดิ์นาเท่าหรือสูงกว่า ๔๐๐ ไร่ นับแต่ประกาศฉบับนี้แล้ว ในกรณีวิวาท เรื่องดำหรือทำร้ายร่างกาย เมื่อผู้ละเมิดและผู้ถูกละเมิดมีศักดิ์นาต่างกัน เงินปรับไหมจะต้องคำนวณตามศักดิ์ที่สูงกว่าเสมอไป ๒) ประกาศฉบับนี้ได้ยกเลิกมาตรา ๒๐ กฎหมายลักษณะวิวาท ซึ่งบัญญัติความว่า ในกรณีที่บุคคลผู้ถูกทำร้ายตายลงหลังจากการวิวาท เงินค่าปรับไหมซึ่งจะเรียกเอาในฐานทำให้บุคคลตายนั้นจะพึงเรียกได้ก็ต่อเมื่อผู้ถูกทำร้ายได้ตายลงในระยะเวลา ๑๕ วันนับแต่วันที่เกิดวิวาท ถ้าหากตายเมื่อพ้นระยะเวลานั้นแล้ว ค่าปรับไหมย่อมจะลดลง ให้เรียกได้แต่เพียงค่าปรับไหมฐานทำร้ายร่างกายบาดเจ็บเท่านั้น ถือตามกฎหมายเก่าต้องถืออย่างเด็ดขาดว่าเมื่อผู้ถูกทำร้ายตายลงพ้นกว่า ๑๕ วัน ดังนี้ ผู้ตายหาได้ตายลงเพราะพิษบาดแผลที่ถูกทำร้ายไม่ ฉะนั้นในเมื่อให้ยกเลิกบทบัญญัติในมาตรานี้ ผู้บัญญัติกฎหมายมีประสงค์จะปล่อยให้ศาลมีดุลยพินิจชี้ขาดว่า การตายนั้น เนื่องจากการทำร้ายของคู่วิวาทอีกฝ่ายหนึ่งจริงหรือไม่เท่านั้น แต่โดยเหตุนี้เอง การฆ่าคนตายแทนที่จะเป็นเพียงการละเมิดระหว่างเอกชนดังที่เป็นมาแต่ก่อนเนื่อง ๆ กลายมาเป็นความผิดทางอาญาไปหมดในทุกกรณี และเป็นเหตุให้ผู้ละเมิดต้องรับโทษทางร่างกาย และตามที่จะได้เห็นในต่อไป โทษทางร่างกายนี้ในไม่ช้าศาลย่อมถือว่า เป็นโทษเพียงพอ จึงยกเงินค่าปรับตามกฎหมายเก่าเสียทั้งในส่วนที่เป็นสินไหมและในส่วนที่เป็นพินัย ในที่สุดจึงเห็นได้ว่า การที่ประกาศลงวันที่ ๒๙ พฤศจิกายน พ.ศ. ๒๔๔๑ ให้ยกเลิกมาตรา ๒๐ แห่งกฎหมายลักษณะวิวาทนั้น เป็นเหตุให้กรณีฆ่าคนตายค่อย ๆ จะกลายเป็นมุล

หนังสือเสียแล้ว แต่เป็นมูลทางคดีอาญาดังเช่นในปัจจุบัน^(๑) นอกจากที่กล่าวนี้แล้ว ประกาศลงวันที่ ๒๙ พฤศจิกายน พ.ศ. ๒๔๔๑ ก็ไม่ได้แก้ไขกฎหมายเรื่องละเมิดแต่อย่างใดอีก ที่เห็นว่าสำคัญควรนำมากล่าว ณ ที่นี้

๖๑. การที่ผู้บัญญัติกฎหมายในสมัยนั้นยังไม่ค่อยคิดที่จะละทิ้งวิธีที่กำหนดเงินปรับใหม่ไว้เป็นจำนวนตายตัวให้แก่ผู้ถูกละเมิดเสียหายนั้น เห็นได้ชัดจากพระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณี ร.ศ. ๑๑๙ (วันที่ ๔ เมษายน พ.ศ. ๒๔๔๒) คือ ผู้ร่างพระราชกำหนดนี้มุ่งหมายจะแก้ไขบทบัญญัติ ซึ่งว่าด้วยความผิดฐานข่มขืนทำชำเรา เพราะรู้สึกว่าการบัญญัติเก่านั้น กำหนดโทษอย่างมากไม่เพียงพอจะปราบปรามความผิดฐานนี้ได้ ผู้ร่างพระราชกำหนดใหม่นี้จึงบัญญัติให้การข่มขืนเป็นความผิดซึ่งเป็นเหตุให้ผู้ต้องรับโทษทางร่างกาย (จำคุกและเชือด) แต่ก็ยังคงบัญญัติให้มีการปรับเป็นสินไหมอีกใสดหนึ่งให้แก่ผู้เสียหายดังในกฎหมายเก่าอยู่อีก^(๒) กล่าวคือ ตามพระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณี ร.ศ. ๑๑๙ มีบทบัญญัติให้ผู้ข่มขืนใช้เงินให้แก่เจ้าทุกข์เป็นจำนวน ๑,๐๐๐ บาทอย่างสูง ในฐานะเป็นเงินทำขวัญ อัตราอย่างสูงนี้จะลดลงมาครึ่งหนึ่งในกรณีที่เป็นแต่เพียงพยายาม และลดลงมาเป็นจำนวน ๓๐๐ บาทสำหรับผู้สมรู้ ดังนี้เป็นที่เห็นได้ชัดว่าเงินค่าทำขวัญที่เกิดขึ้นแทนเงินสินไหมนี้ไม่ต่างอะไรกับเงินสินไหมที่มีอยู่เดิม คือ มีลักษณะเป็นทั้งค่าปรับทางอาญา และค่าสินไหมทดแทนทางแพ่ง

ยังมีกฎหมายอีกฉบับหนึ่ง คือ พระราชกำหนดลักษณะหมิ่นประมาท ร.ศ. ๑๑๘ ออกในวันเดียวกันกับพระราชกำหนดข่มขืนล่วงประเวณี (วันที่ ๔ เมษายน พ.ศ. ๒๔๔๒)

(๑) แม้ก่อนมีประกาศลงวันที่ ๒๙ พฤศจิกายน พ.ศ. ๒๔๔๑ นี้แล้ว ศาลอาญาเคยวินิจฉัยว่า มาตรา ๒๐ กฎหมายลักษณะวิวาทนี้ ได้ถูกพระราชบัญญัติข้อ ๓ ซึ่งได้ศึกษามาแล้วข้างต้นยกเลิกไปตั้งแต่รัชกาลที่ ๑ กรุงรัตนโกสินทร์ (คำพิพากษาลงวันที่ ๒๖ มิถุนายน พ.ศ. ๒๔๔๐ ธรรมศาสตร์สมัยเล่ม ๑ หน้า ๔๑๓-๔๒๐) แต่ศาลอุทธรณ์หรือศาลฎีกาจะได้รับความเห็นอย่างใดบ้างในการที่ศาลอาญาได้ตีความในกฎหมายเช่นนี้เป็นที่ทราบไม่ได้ เพราะไม่ปรากฏว่ามีการอุทธรณ์คดีเรื่องนี้.

(๒) เรื่องการลงโทษทางอาญาแก่ผู้ข่มขืนชำเราในกฎหมายฉัวมัย ได้มีบทบัญญัติซึ่งกำหนดโทษไว้ไม่เพียงพอที่จะปราบปรามความผิดนี้ได้ ศาลเองมีความรู้สึกดังนี้ก่อนที่พระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณีออกประกาศใช้ จึงได้นำเอาพระราชบัญญัติข้อ ๑๗ จุลศักราช ๑๑๕๖ ซึ่งลงโทษหนักแก่ผู้ข่มขืนเด็กไม่รู้เพียงสาอายุ ๑๒ ขวบลงมาใช้นั้นมาใช้ แม้ในกรณีที่เด็กผู้ข่มขืนมีอายุกว่า ๑๒ ขวบ ถ้าหากเป็นที่ปรากฏว่าเด็กนั้นยังคงไม่รู้เพียงสเช่นเดียวกับเด็กที่มีอายุต่ำกว่า ๑๒ ขวบ อาทิให้ดูคำพิพากษาของศาลอาญาลงวันที่ ๒๕ ตุลาคม พ.ศ. ๒๔๔๐ ธรรมศาสตร์สมัย เล่ม ๒ หน้า ๔๖๓-๔๖๖

กฎหมายฉบับใหม่นี้แก้ไขบัญญัติในกฎหมายลักษณะวิวาทและลักษณะเบ็ดเสร็จ ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการละเมิดฐานกล่าวคำด่าและฐานสบประมาท โดยบัญญัติโทษอันมีลักษณะเป็นโทษทางอาญา (คือจำคุกและปรับ) เท่านั้น ในกรณีละเมิด ซึ่งอยู่ภายในบังคับแห่งบทกฎหมายนี้ ผู้ถูกละเมิดจึงหมดสิทธิเสียแล้วที่จะเรียกเงินค่าปรับจากผู้ละเมิด แต่ตามมาตรา ๑๓ ของพระราชกำหนดลักษณะหมิ่นประมาท ร.ศ. ๑๑๙ นี้ มีบัญญัติไว้ว่า ถ้าผู้ละเมิดขอขมาต่อผู้เสียหาย และขอใช้ค่าทำขวัญซึ่งจะมีจำนวนไม่เกินกว่าค่าปรับอันกฎหมายกำหนดอัตราอย่างสูงไว้ ๑,๐๐๐ บาท และถ้าผู้เสียหายยอมตกลงด้วยกับผู้ละเมิดดังกล่าวนี้แล้ว ข้อพิพาทก็จะเป็นอันระงับลงได้เด็ดขาด ในที่นี้อาจจะสังเกตเห็นได้อีกถึงการเกี่ยวข้องกับระหว่างจำนวนของค่าปรับทางอาญา และจำนวนค่าทำขวัญทางแพ่ง อันเป็นผลเนื่องมาจากการประปนซึ่งยังคงมีอยู่ระหว่างทางอาญาและทางแพ่ง.

แต่มีประกาศลักษณะฉ้อ ลงวันที่ ๒๕ กันยายน ร.ศ. ๑๑๙ (พ.ศ. ๒๔๔๓) ซึ่งบัญญัติให้การจ้อเป็นความผิดทางอาญา ก่อนหน้าประกาศฉบับนี้การจ้อโดยธรรมดาย่อมเข้าอยู่ในลักษณะเป็นละเมิดฐานประบัตินหรือฐานหมักได้ ซึ่งมีผลให้เรียกเงินปรับใหม่ดังเห็นมาแล้ว ประกาศฉบับนี้ดำเนินตามหลักที่แยกลักษณะของความผิดออกเป็นลักษณะทางอาญาและลักษณะทางแพ่งอย่างเด็ดขาด คือ บุคคลที่ศาลพิจารณาคดีความจริงว่าเป็นผู้จ้อแล้วจะต้องถูกลงโทษตามกฎหมายอาญา (คือจำคุกและปรับอย่างสูงซึ่งเท่าของมูลค่าแห่งความเสียหาย) ส่วนบุคคลที่เสียหายนั้น มาตรา ๖ บัญญัติไว้แต่เพียงว่า ให้มีสิทธิเรียกเอาทรัพย์สินหรือเงินจำนวนที่ตนต้องเสียไปโดยถูกการทุจริตหลอกลวง ดังนี้ จึงเป็นอันว่าผู้เสียหายไม่ได้รับแบ่งส่วนจากเงินปรับใหม่คู่กันไปกับพระคลังหลวงเช่นในครั้งก่อนอีกต่อไปแล้ว ตนคงได้รับแต่เพียงค่าทดแทนความเสียหายเป็นทางแพ่งเหมือนทุกวันนี้เท่านั้น เหตุที่ประกาศลักษณะฉ้อ พ.ศ. ๒๔๔๓ มีหลักการเช่นเดียวกับกฎหมายในสมัยปัจจุบันนี้ ย่อมอธิบายได้ง่ายคือบทบัญญัติในประกาศฉบับนี้ผู้ร่างกฎหมายได้นำเอามาจากกฎหมายอังกฤษโดยตรง^(๑)

กล่าวโดยสรุป ในระยะต้นๆ ของรัชกาลที่ ๕ นี้ การแก้ไขกฎหมายเก่าย่อมต้องเริ่มด้วยแก้บทกฎหมายอันสำคัญๆ เสียก่อน ส่วนบทกฎหมายอันว่าด้วยเรื่องละเมิดนั้นไม่สำคัญนัก จึงคงใช้ตามเดิม เว้นแต่บทบัญญัติบางบทที่จำเป็นต้องแก้ไขหรือยก

(๑) นักศึกษาซึ่งประสงค์จะหาความเข้าใจแจ่มแจ้งขึ้นไปอีกในประกาศลักษณะฉ้อ พ.ศ. ๒๔๔๓ นี้ ขอให้ไปอ่านคำอธิบายของกรมหลวงราชบุรีฯ ใน “พระราชบัญญัติในปัจจุบัน” เล่ม ๒ หน้า ๖๙๘ และต่อไป.

เล็กเพราะขัดต่อสมัยอย่างเหลือเกิน แต่ในระยะเดียวกันนี้ ผู้พิพากษาในศาลและอาจารย์ผู้สอนวิชากฎหมาย ต่างก็ได้อุตสาหักเพียรช่วยกันนำเอาความคิดอย่างใหม่เข้ามาใช้เป็นหลักแทนกฎหมายเก่าแก่ที่จะทำได้

การทำงานของศาลและของอาจารย์กฎหมาย

๒๒. ศาลซึ่งตั้งขึ้นใหม่ตามประกาศตั้งกระทรวงยุติธรรม ร.ศ. ๑๑๐ (วันที่ ๒๕ มีนาคม พ.ศ. ๒๔๓๔) มิได้เป็นศาลที่ฝังตัวมัดแต่ดำเนินตามแบบอย่างในสมัยโบราณดังเช่นศาลลูกขุน ผู้พิพากษาที่นั่งพิจารณาความในศาลเหล่านี้ โดยมากเป็นนักนิติศาสตร์ ซึ่งได้รับการศึกษามาจากยุโรป ฉะนั้นเรื่องย่อมน่าจะมีความไม่โจอย่างรุนแรงในอันที่จะนำเอาความคิดความเห็นในเชิงกฎหมายอย่างปัจจุบันที่เป็นอยู่ในยุโรป เข้ามาสู่ในกฎหมายไทย ด้วยเหตุนี้บรรดาศาลที่ตั้งขึ้นใหม่จึงไม่ค่อยจะเคร่งครัดต่อการดำเนินตามบทบัญญัติของกฎหมายในเมื่อเห็นว่าออกจะมีลักษณะเก่าแก่พื้นสมัย และมักจะตีความในบทกฎหมายเก่าๆ ไปตามแนวความคิดเห็นอย่างใหม่ โดยอาการเช่นกล่าวนี้ศาลจึงสามารถเปลี่ยนแปลงกฎหมายไปได้มาก ในขณะที่ตัวบทกฎหมายเองยังไม่ได้แก้ไขแต่อย่างใด ฉะนั้นจะแสดงโดยสังเขปถึงการเปลี่ยนแปลงอย่างสำคัญๆ ของศาล จนกระทั่งถึงสมัยที่ออกประกาศใช้กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. ๑๒๗

สำหรับการละเมิดซึ่งเป็นความผิดทางอาญา กล่าวคือ การใด ๆ ที่มีบทบัญญัติให้ลงโทษอาญาแก่บุคคลที่ทำการเช่นนั้น ศาลอาญาในกรุงเทพฯ มักจะเลิกการเรียกสินไหมและพินัยเสีย ในเมื่อได้พิพากษาให้ผู้ละเมิดรับโทษจำคุกแล้ว ส่วนผู้ถูกละเมิดนั้นศาลจะให้ได้รับแต่เพียงค่าทดแทนเท่ากับมูลค่าของความเสียหายที่ได้รับจริงเท่านั้น ไม่ยอมให้เรียกเกินขึ้นไปกว่านี้ได้ เช่นในคดีลักทรัพย์ เจ้าทรัพย์ไม่ได้รับเงินปรับเป็นจำนวนสองเท่าของมูลค่าแห่งทรัพย์ที่ถูกลักตามบทบัญญัติในกฎหมายลักษณะโจร จะได้รับก็แต่เพียงทรัพย์ที่ผู้ลักเอาไปนั้นคืนมา หรือได้รับใช้ราคาทรัพย์แทนเท่านั้น^(๑) ในกรณีฆ่าคนตายที่ผู้ฆ่าถูกลงโทษจำคุก ศาลอาญาไม่บังคับให้มีการใช้สินไหมและค่าปลุกตัวให้แก่ญาติของผู้ตาย ตามที่กฎหมายบัญญัติไว้^(๒) การณ์เป็นเช่นเดียวกับที่กล่าวแล้วนี้อีกในกรณีข่มขืน

(๑) ให้อาติ คำพิพากษาลงวันที่ ๘ สิงหาคม พ.ศ. ๒๔๔๐ ธรรมศาสตร์สมัย เล่ม ๒ หน้า ๑๑๓-๑๑๔ (ในคำพิพากษานี้มีการใช้มาตรา ๕๖ กฎหมายลักษณะโจร)

(๒) ให้อาติ คำพิพากษาของศาลอาญา ลงวันที่ ๒๖ มิถุนายน พ.ศ. ๒๔๔๐ ซึ่งได้อ้างแล้วข้างต้น (หน้า ๒๓๙) และคำพิพากษาของศาลเดียวกัน ลงวันที่ ๒๘ พฤศจิกายน พ.ศ. ๒๔๔๐ ธรรมศาสตร์สมัย เล่ม ๒ หน้า ๕๑๘-๕๒๒

ทำของเรา^(๑) แต่จะเพาะในกรณีทำร้ายร่างกายบาดเจ็บ ศาลยังคงบังคับให้ใช้สินไหมชดเชย
โสดหนึ่งต่างหากจากการลงโทษจำคุกจำเลย แต่สินไหมที่เรียกนี้มีลักษณะเป็นค่าทดแทน
ความเสียหายทางแพ่งเท่านั้น เพราะประการแรกศาลจะเรียกให้ก็ต่อเมื่อผู้เสียหายร้องขอ
ขึ้นมา และอีกประการหนึ่งศาลคงไม่เรียกพินัยอันเป็นค่าปรับทางอาญา ซึ่งเคยเรียกคู่กับ
สินไหมโดยถือว่าการต้องใช้พินัยนั้นถูกลบล้างไปแล้ว เพราะการต้องโทษจำคุก^(๒)

๖๓. สำหรับกรณีวิวาททำร้ายร่างกายต่อกันและกัน ในสมัยนี้ยังไม่เป็นคดีอาญา
และคงถือกันว่าเป็นเรื่องเกี่ยวกับส่วนตัวเสียของเอกชนโดยจะเพาะตามเดิม จึงยังใช้บท
บัญญัติในกฎหมายเก่ามีลักษณะวิวาทเป็นต้นอยู่ มิได้เปลี่ยนแปลงอย่างใด เว้นไว้แต่บท
บัญญัติ ซึ่งถูกประกาศลงวันที่ ๒๕ พฤศจิกายน พ.ศ. ๒๔๔๑ มาแก้ไขดังกล่าวมาแล้ว
ศาลแพ่งส่วนสุภาวดีซึ่งในสมัยนี้ เป็นศาลที่มีอำนาจพิจารณาพิพากษาฐานวิวาทด้วย มีคำ
พิพากษาซึ่งไม่สู้แตกต่างกันเท่าใดนักกับคำพิพากษาของศาลลูกขุนแต่ก่อน^(๓) แต่อย่างไรก็
ดี แม้ก่อนการประกาศใช้กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. ๑๒๗ แล้ว การฟ้องร้องคดีฐาน
วิวาทกันในกรุงเทพ ฯ ออกจะเสื่อมลงเป็นลำดับ ยังนิยมฟ้องร้องกันก็แต่ในหัวเมือง เหตุ
อย่างหนึ่งก็คือเรื่องวิวาทที่มีจำนวนลดน้อยลงเช่นนี้ คือเนื่องมาจากการที่พระราชบัญญัติ
วิธีพิจารณาความแพ่ง ร.ศ. ๑๑๕ (พ.ศ. ๒๔๓๙) ได้ยกเลิกวิธีบังคับชำระหนี้โดยจับเอา
ตัวบุคคลมาบังคับ ก่อนพระราชบัญญัติฉบับนี้ เมื่อลูกหนี้ถูกศาลพิพากษาให้ชำระหนี้
แล้ว หากไม่สามารถจะชำระหนี้ได้ อาจถูกเอาตัวขายลงเป็นทาสหรือส่งไปอยู่ในคุกจน
กว่าจะชำระหนี้ให้เสร็จ เนื่องด้วยเหตุนี้ ในกรณีละเมิดทำร้ายร่างกายบาดเจ็บ ซึ่งผู้
ละเมิดถูกศาลพิพากษาให้ชำระสินไหมให้แก่ผู้ถูกละเมิด ผู้ละเมิดย่อมมีความกลัวที่จะ
ต้องถูกจำคุกหรือถูกขายตัวลงเป็นทาส ตนจึงใช้ความพยายามจนเต็มความสามารถใน
การที่จะรวบรวมเงินให้พอเพื่อชำระสินไหมให้แก่ผู้ถูกละเมิด ถ้าผู้ละเมิดไม่สามารถจะ
ชำระสินไหมได้จริง ๆ ผู้ถูกละเมิดก็ยังคงอาจได้รับความพอใจจากการที่ผู้ละเมิดต้องรับโทษ
เป็นทาสหรือต้องจำคุกแทน ครั้นเมื่อพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาความแพ่งออกประกาศ

(๑) ให้ดูอาทิ คำพิพากษาของอาญา ลงวันที่ ๒๕ ตุลาคม พ.ศ. ๒๔๔๐ ซึ่งได้อ้างมาแล้ว
ข้างต้น (หน้า ๒๔๐)

(๒) ให้ดูคำพิพากษาฎีกาที่ ๒๒๔/๑๑๙ ลงวันที่ ๑๙ กันยายน พ.ศ. ๒๔๔๓ ในฎีกาบางเรื่อง
เล่ม ๑ หน้า ๖๒-๖๔ และที่ ๕๑๓/๑๓๓ ลงวันที่ ๒๒ สิงหาคม พ.ศ. ๒๔๔๗ ในฎีกาบางเรื่องเล่ม
๓ หน้า ๓๑๕-๓๒๐

(๓) อาทิให้ดูคำพิพากษาซึ่งอ้างมาข้างต้น บทที่ ๓ หมวด ๑

แล้ว เจ้าหนี้ในเงินสินไหมจะกลายมามีฐานะเช่นเดียวกับเจ้าหนี้สามัญอื่น ๆ คือ เมื่อผู้ละเมิดไม่ชำระสินไหมให้แก่ตน ตนจะมีทางทำได้อีกแต่เพียงดำเนินการยึดทรัพย์สินของผู้ละเมิด ฉะนั้น ฌ บัดนี้ ถ้าหากเจ้าหนี้ในเงินสินไหมเห็นว่าผู้ละเมิดไม่มีทรัพย์สินที่จะชำระสินไหมให้แก่ตนได้ หรือเห็นว่าน่าจะมีช่องบิดพลิ้วไม่ชำระให้แก่ตนได้แล้ว เจ้าหนี้ก็ไม่ตั้งใจที่จะใช้สิทธิฟ้องร้องเรียกสินไหม และมีกัจจะงดการฟ้องคดีซึ่งจะไม่ทำให้ตนได้ผลอย่างใด นั้นเสีย เหตุการณ์ทำนองที่กล่าวนี้ทำให้การฟ้องคดีฐานวิวาทลดลงไปได้มิใช่น้อย^(๑)

๖๔. ส่วนการละเมิดที่ไม่มีบทบัญญัติลงโทษอาญานอกจากกรณีวิวาทนั้น อาทิ เช่น การละเมิดที่มีกล่าวอยู่ในกฎหมายลักษณะเบ็ดเสร็จตามธรรมดาแล้ว ศาลยังคงดำเนินตามกฎหมายเก่า คือ พิพากษาให้ผู้ละเมิดรับสินไหมตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ แต่ในปี พ.ศ. ๒๔๔๗ ศาลฎีกาพิพากษาว่า บุคคลผู้เสียหายอาจเรียกเอาค่าสินไหมทดแทนได้ครบถ้วนตามความเสียหายที่ตนต้องประสบจริงแทนเงินสินไหมซึ่งกฎหมายกำหนดไว้เป็นอัตราตายตัว^(๒) เหตุที่ศาลพิพากษาเช่นนี้ ก็เพราะในกรณีละเมิดส่วนมากเงินสินไหมนั้น กลับตกต่ำกว่าความเสียหายที่ผู้ถูกละเมิดได้รับจริง แต่นั้นมา หากศาลฎีกาจะพิพากษาให้ผู้ถูกละเมิดคงได้รับเงินปรับเป็นสินไหมอย่างกฎหมายเก่าอยู่อีก ก็ต่อเมื่อผู้ถูกละเมิดนี้ไม่ได้สืบให้ศาลเห็นได้ว่าความเสียหายที่ตนได้รับจริงนั้น มีมูลค่าสูงเท่ากับจำนวนเงินที่ตนเรียกร้องขึ้นมา^(๓) ยิ่งกว่านั้นยังมีคำพิพากษาของศาลฎีกาจะบับหนึ่ง ในคดีที่โจทก์อ้างมาตรา ๑๑๓ กฎหมายลักษณะเบ็ดเสร็จ เรียกร้องเอาเงินเป็นจำนวนสองเท่าของจำนวนเงินที่ตนได้มอบให้ไปแก่จำเลย โดยหาว่าจำเลยไม่ได้ส่งสิ่งของให้แก่โจทก์ตามที่ติดตกลงกัน ศาลฎีกาฟังข้อเท็จจริงตามที่โจทก์หาแล้ว พิพากษาให้จำเลยใช้แต่เพียงจำนวนเงินที่ตนได้รับไปจากโจทก์คืนให้แก่โจทก์เท่านั้น โดยไม่ได้ยกเอากฎหมายลักษณะเบ็ดเสร็จ มาตรา ๑๑๓ ที่โจทก์อ้างขึ้นกล่าวเลย ถือเสียเหมือนดังว่ากฎหมายบทนี้ไม่ได้

(๑) เรื่องการฟ้องคดีฐานวิวาทมีจำนวนเบาบางลงนี้ ได้เป็นที่รู้สึกกันมาตั้งแต่ พ.ศ. ๒๔๔๐ แล้ว ดังที่ปรากฏในรายงานของพระยาประชาภิกรจักร อธิบดีศาลแพ่ง ลงวันที่ ๒๗ ตุลาคม พ.ศ. ๒๔๔๐ ลงพิมพ์ในธรรมศาสตร์สมัย เล่ม ๒ หน้า ๓๑๘-๓๓๓

(๒) คำพิพากษาฎีกาที่ ๑๑๗/๑๒๓ วันที่ ๒๓ พฤษภาคม พ.ศ. ๒๔๔๗ ฎีกาบางเรื่อง เล่ม ๓ หน้า ๖๑-๖๔ พร้อมด้วยความเห็นของกรมหลวงราชบุรีฯ

(๓) คำพิพากษาฎีกา ๓๔๖/๑๒๓ วันที่ ๑๕ กรกฎาคม พ.ศ. ๒๔๔๗ ฎีกาบางเรื่อง เล่ม ๓ หน้า ๒๑๔-๒๑๘ พร้อมด้วยความเห็นของกรมหลวงราชบุรีฯ

เป็นที่ใช้กันเสียแล้วในเวลานั้น^(๑) แต่ในสมัยเดียวกันนั้นก็กลับปรากฏมีคำพิพากษาของศาลเป็นจำนวนมาก ซึ่งยังคงกำหนดค่าเสียหายเป็นเงินปรับสินไหมตามระบอบเก่าอย่างเคร่งครัดในคดีที่โจทก์มีบทบัญญัติในกฎหมายเก่าแสดงให้ศาลเห็นว่าอาจปรับกับคดีของตนได้โดยตรง^(๒)

อุทาหรณ์ที่ยกมานี้ แสดงให้เห็นว่า คำพิพากษาของศาลในขณะนั้นยังไม่ค่อยเป็นที่แน่นอนนัก และบางครั้งก็เป็นคำพิพากษาซึ่งอาจขัดต่อความยุติธรรมเสียด้วยซ้ำ แต่อย่างไรก็ดี เราย่อมสังเกตเห็นว่าคำพิพากษาของศาลนี้ ดำเนินใกล้เข้าสู่หลักที่ว่าผู้เสียหาย เพราะการละเมิดทุกกรณี มีสิทธิจะได้รับค่าทดแทนครบถ้วนตามความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่ตนจริง การที่มีคำพิพากษาของศาลที่ขัดกันอยู่ดังกล่าวมานี้ ก็เนื่องมาจากเหตุที่ยังมีกฎหมายเก่าซึ่งยังใช้อยู่ในขณะนั้น ขัดกันกับความคิดเห็นอย่างใหม่ ฉะนั้นจึงเป็นการยากแก่ศาลที่จะนำเอาบทกฎหมายที่รู้สึกว่าจะเก่าพ้นสมัยแล้วนั้นมาใช้ปรับแก่คดีที่เกิดขึ้น.

๖๕. ความคิดเห็นเชิงกฎหมายอย่างใหม่ที่ว่านี้ มีโรงเรียนกฎหมายเป็นอาทิ ได้ทำการเผยแพร่ให้เป็นที่รู้จักกันกว้างขวางแพร่หลายออกไป ในคำสอนของกรมหลวงราชบุรีฯ เมื่อพุทธศักราช ๒๔๔๒ ได้ทรงอธิบายกฎหมายเรื่องละเมิดไว้บ้างบางส่วน โดยทรงเรียกเรื่องละเมิดนั้นว่า “ประทุษร้ายทางแพ่ง”^(๓) คำอธิบายของพระองค์มิได้อาศัยสมมุติฐานจากบทบัญญัติในกฎหมายเก่าซึ่งยังคงใช้อยู่ในขณะนั้น มีบทบัญญัติในกฎหมายลักษณะวิวาท ลักษณะโจร หรือลักษณะเบ็ดเสร็จเป็นต้น พระองค์ทรงให้คำอธิบายในเรื่องละเมิดไปตามแนวความคิดเชิงกฎหมายอย่างปัจจุบัน คือ ตามแนวความคิดว่าความผิดทุกอย่าง ย่อมทำให้ผู้ที่ก่อความผิดนั้น ต้องมีหน้าที่ผูกพันในอันจะต้องทดแทน

(๑) คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๑๐๒๕/๑๒๓ วันที่ ๑๔ มีนาคม พ.ศ. ๒๔๔๗ ฎีกาบางเรื่องเล่ม ๓ หน้า ๕๗๔-๕๗๖

(๒) อาทิต์คำพิพากษาของศาลอุทธรณ์ ลงวันที่ ๒๒ ตุลาคม พ.ศ. ๒๔๓๙ ซึ่งศาลฎีกาให้พิพากษายืนตาม ในคำพิพากษาลงวันที่ ๒๐ เมษายน พ.ศ. ๒๔๔๐ ธรรมศาสตร์สมัย เล่ม ๒ หน้า ๒๗๗-๒๗๘ อันเป็นคำพิพากษาในคดีเรื่องมัทได้ และคำพิพากษาของศาลแพ่งเมืองปราจีนบุรี ลงวันที่ ๒๙ พฤษภาคม พ.ศ. ๒๔๔๐ ซึ่งศาลอุทธรณ์และศาลฎีกาได้พิพากษายืนตาม (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๖๓/๑๑๗ วันที่ ๗ ตุลาคม พ.ศ. ๒๔๔๑) ธรรมศาสตร์สมัย เล่ม ๔ หน้า ๑๐๙๑-๑๑๒๖ อันเป็นคำพิพากษาในคดีเรื่องประบัดสิน

(๓) ตูเล็คเซอร์ของพระเจ้าฟัยซาเชอกรมหลวงราชบุรีดิเรกฤทธิ์ พิมพ์ใหม่ พุทธศักราช ๒๔๖๘ หน้า ๑๘๒-๑๘๖

ความเสียหายที่ตนเป็นต้นเหตุให้มีขึ้นเพราะความผิดของตนนั้น เราได้เห็นมาแล้วว่า แนวความคิดอันนี้เชื่อว่ากฎหมายเก่าจะไม่รู้จักเสียเลยก็ทีเดียวก็ไม่ แต่ทว่าในกฎหมายเก่าแนวความคิดอันนี้ ไม่ได้แสดงไว้ให้เป็นลายลักษณ์อักษรและไม่ได้ใช้เป็นหลักอย่างทั่วไป ฉะนั้น คำสอนของกรมหลวงราชบุรีฯ ในเรื่องละเมิดนั้น แสดงความก้าวหน้าอย่างสำคัญในกฎหมายไทย เพราะตามคำสอนนั้นเป็นที่ถือว่าในทุกกรณีที่บุคคลได้ก่อความเสียหายให้แก่ผู้อื่นเพราะความผิดของตน ตนจะต้องใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่ผู้เสียหายนั้นเสมอ แม้ถึงว่าการที่เป็นเหตุให้เกิดความเสียหายนั้นจะไม่ได้เข้าในบทบัญญัติบทหนึ่งบทใดแห่งกฎหมายที่ใช้อยู่ในขณะนั้นก็ตาม ในส่วนที่เกี่ยวกับจำนวนค่าทดแทนความเสียหาย กรมหลวงราชบุรีฯ ยังทรงแยกออกไปเป็นสินไหมและค่าป่วยการ สินไหมได้แก่จำนวนเงินที่กฎหมายกำหนดอัตราไว้ และค่าป่วยการนั้นได้แก่ค่าทดแทนที่คำนวณตามความเสียหายที่เกิดขึ้นจริงแก่ผู้ถูกละเมิด ฉะนั้น ตามคำสอนของกรมหลวงราชบุรีฯ ในปี พ.ศ. ๒๔๔๒ ดูเหมือนว่ายังแบ่งกรณีละเมิดออกเป็นสองประเภท ๆ หนึ่งคือกรณีละเมิดที่มีบทกฎหมายวางอัตราค่าสินไหมไว้ ในกรณีละเมิดประเภทนี้ผู้ถูกละเมิดมีสิทธิเรียกร้องได้ก็เพียงแต่ค่าสินไหม ซึ่งกฎหมายบ่งจำนวนไว้ และมีกรณีละเมิดอีกประเภทหนึ่ง คือ กรณีที่ไม่มีบทกฎหมายกล่าวถึง ในกรณีละเมิดประเภทหลังนี้ ผู้ถูกละเมิดมีสิทธิเรียกร้องให้ผู้ละเมิดใช้ค่าป่วยการ คือค่าสินไหมทดแทนตามความเสียหายที่เกิดขึ้นจริง แต่ได้เห็นมาแล้วว่าภายในเวลาอันไม่ช้าศาลฎีกาได้ยอมให้บุคคลผู้เสียหายเรียกร้องเอาค่าสินไหมทดแทนได้ในทุกกรณี แทนที่จะให้เรียกสินไหมตามอัตราที่กฎหมายวางไว้ คำอธิบายของกรมหลวงราชบุรีฯ ดังกล่าวข้างต้นนั้น ได้มีผลอันสำคัญในการนำเอาความคิดในเรื่องละเมิดอย่างปัจจุบันเข้ามาสู่ประเทศไทย กรมหลวงราชบุรีฯ ได้ทรงพยายามจนสำเร็จในการที่จะทำให้นโยบายความคิดอย่างใหม่ในเรื่องละเมิดนี้เป็นเรื่องที่น่าสนใจ ชี้มทราบแก่บรรดานักนิติศาสตร์และผู้พิพากษาตุลาการ ก่อนเวลาที่บทกฎหมายจะได้รับแนวความคิดอันนี้มาปรากฏขึ้นเป็นบทบัญญัติ

กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. ๑๒๗ และบทกฎหมายที่เกิดขึ้นภายหลัง

๖๖. กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. ๑๒๗ ออกประกาศใช้ตั้งแต่วันที่ ๒๒ กันยายน พ.ศ. ๒๔๕๑ สมัยที่ประกาศให้ใช้กฎหมายลักษณะอาญานี้ เป็นสมัยที่เริ่มเปลี่ยนแปลงแก้ไขกฎหมายอย่างใหญ่ ตามมาตรา ๓ บัญญัติให้บรรดาบทกฎหมายเก่าที่มีลักษณะเป็นกฎหมายอาญาถูกยกเลิกทั้งสิ้น และยังได้ระบุให้ยกเลิกกฎหมายลักษณะวิอาชและ

ลักษณะโจร พร้อมกับพระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณี ร.ศ. ๑๑๘ พระราชกำหนดลักษณะหมิ่นประมาท ร.ศ. ๑๑๘ และประกาศลักษณะน้อ ร.ศ. ๑๑๘ ด้วย มาตรา ๘๗ ของกฎหมายลักษณะอาญานี้ วางหลักแยกความแตกต่างระหว่างลักษณะทางอาญาและทางแพ่งของความผิด ตั้งแต่บัดนี้ไป สำหรับการละเมิดทุกกรณีซึ่งเป็นการฝ่าฝืนต่อกฎหมายอาญา บุคคลที่ต้องการความเสียหายย่อมมีสิทธิฟ้องร้องอย่างหนึ่ง ซึ่งต่างกับสิทธิฟ้องร้องทางอาญา และเป็นสิทธิฟ้องร้องของผู้เสียหายนี้โดยจะเพาะ เพื่อเรียกเอาค่าทดแทนความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่ตน

ระบอบการอย่างเก่าของเรื่องละเมิด ยังคงเหลือตกค้างอยู่ก็แต่จะเพาะการละเมิดซึ่งมีลักษณะเป็นการละเมิดทางแพ่งจริง ๆ อันมีบัญญัติอยู่ในกฎหมายลักษณะเบ็ดเสร็จ. แต่บทบัญญัติของกฎหมายที่ว่าด้วยละเมิดทางแพ่งนั้น ได้เป็นที่รู้สึกกันว่า เป็นข้อบังคับที่ไม่เพียงพอเพื่อแก้ปัญหาใหม่ๆ ที่เกิดขึ้นในโรงศาลเสียแล้ว เนื่องจากความเจริญของประเทศบ้านเมืองในทางเศรษฐกิจ มีเรื่องละเมิดเกิดขึ้นซึ่งไม่ได้เข้าอยู่ในขอบเขตแห่งกฎหมายเก่าเนื่อง ๆ (เช่น เกิดมีความเสียหายอย่างใหม่ขึ้นซึ่งเนื่องมาจากการใช้เครื่องจักร เป็นต้น) เมื่อเกิดเรื่องเช่นนั้นขึ้นแล้ว ศาลจึงจำเป็นต้องค้นหาหลักเพื่อพิพากษาคดีนั้นออกไปจากหลักที่มีอยู่ในบทกฎหมายเก่า ส่วนคดีที่จะนำเอากฎหมายลักษณะเบ็ดเสร็จมาใช้บังคับปรับได้นั้น จึงได้ลดเหลือน้อยลงทุกที่เป็นลำดับ ทั้งบุคคลที่ได้รับความเสียหายภายในเวลาอันไม่ช้าก็ได้สังเกตเห็นว่า ถ้าตนเรียกเอาค่าทดแทนความเสียหายแล้ว ตนจะได้รับผลประโยชน์ดีกว่าเรียกเอาสินไหมตามจำนวนเงินที่กฎหมายกำหนดอัตราไว้ตายตัว โดยเหตุผลต่างๆ ดังกล่าวมานี้ จึงเป็นอันว่าหลักกฎหมายใหม่ในเรื่องละเมิดเป็นราย ๆ ศาลเองได้ค่อยตั้งขึ้นตามอรรถคดีที่มีมาเป็นลำดับ โดยไม่มีสมมุติฐานในกฎหมายลายลักษณ์อักษร หลักกฎหมายใหม่นี้โดยมากศาลได้นำเอามาจากกฎหมายของยุโรป มีกฎหมายอังกฤษเป็นต้น ณ ที่นี้จะไม่บรรยายถึงคำพิพากษาอันเกิดมีขึ้นเป็นบรรทัดฐานตามลำดับจนถึงปัจจุบันนี้ เพราะจะเป็นการเข้าไปสู่การสอนถึงกฎหมายในปัจจุบันไป ทั้งจะไม่พิจารณาถึงปัญหาที่ว่าบทบัญญัติเรื่องละเมิด อันมีอยู่ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ ๒ ฉบับเดิม ซึ่งประกาศใช้เมื่อวันที่ ๑ มกราคม พ.ศ. ๒๔๖๗ (มาตรา ๑๘๖ ถึง ๒๐๓) ก็ดี หรือจะบัญญัติระใหม่ที่ประกาศใช้เมื่อวันที่ ๑ มกราคม พ.ศ. ๒๔๖๘ (มาตรา ๔๒๐ ถึง ๔๕๒) ก็ดี ได้เป็นแต่เพียงรับเอาหลักต่างๆ ที่เคยใช้ในโรงศาลมาแล้วนั้นมารวบรวมไว้ หรือได้แก้ไขเพิ่มเติมอย่างไรบ้าง ขอกล่าวแต่ว่า เนื่องจากการประกาศใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นี้ บทบัญญัติทั้ง

หลายว่าด้วยละเมิดได้นำเอามารวบรวมประมวลขึ้นไว้ครบถ้วนหมดแล้ว โดยเหตุนี้บทบัญญัติในกฎหมายลักษณะเบ็ดเสร็จจึงย่อมถูกยกเลิกไปจนสิ้นเชิง ตามความในมาตรา ๓ ของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

ระบอบการอย่างเดิมของเรื่องละเมิด ซึ่งยังเหลือตกค้างเป็นที่ใช้อยู่ในสมัยเรานี้มีอยู่เพียงกรณีเดียว คือ การละเมิดฐานชายชู ซึ่งมีบัญญัติอยู่ในกฎหมายลักษณะผิดเมียและในพระราชกำหนดเก่าข้อ ๖๕ แล้ว ฉะนั้น กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. ๑๒๗ ก็น่าจะประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ ๑ ถึงบรรพ ๔ ก็น่าจะมีได้บัญญัติแก้ไขเรื่องละเมิดฐานชายชูนี้แต่อย่างใด การปรับใหม่ฐานชายชูที่ว่านี้เพิ่งจะถูกยกเลิกโดยพระราชบัญญัติยกเลิกการปรับใหม่ตามศักระดัดนา ลงวันที่ ๙ กุมภาพันธ์ พ.ศ. ๒๔๗๕^(๑) เมื่อการปรับใหม่ในเรื่อง ละเมิดฐานชายชูเป็นอันถูกยกเลิกไปเสียอีกตั้งนั้นแล้ว ระบอบการของเรื่องละเมิดตามกฎหมายเก่าซึ่งได้ศึกษาประวัติมาแล้วนี้ ก็เป็นอันถึงที่สุดลงโดยสิ้นเชิง

(๑) อาจถือได้ว่าข้อความในพระราชกำหนดเก่าข้อ ๖๕ อย่างน้อยก็บางส่วนขัดต่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา ๒๒ จึงถูกยกเลิกแต่ในวันประกาศรัฐธรรมนูญนี้เองด้วยอีกทางหนึ่ง

ROBERT LINGAT*

Life

Born at Charleville (Ardennes) in 1892.

Diplôme of the École des Langues Orientales Vivantes, Paris, 1919.

Doctorate in Law (with the Paul Deschanel Prize), Paris, 1932.

Legal Adviser, Bangkok, 1924-1940.

Lecturer in the History of Siamese Law at the University of Moral and Political Sciences, Bangkok, 1935-1939.

Professor in the Faculty of Law of Indo-China, 1941-1955.

'Conseiller légiste' (Law Member) to the Government of Cambodia, 1945.

'Directeur d'études' (Professor) at the École Pratique des Hautes Études (Section 6), Sorbonne, Paris, 1961—

Died at Paris, 7 May, 1972.

Works

1. *Buddhism*

La vie religieuse du roi Mongkut, *J.S.S.*, 20 (1926), 129-48.

History of Wat Saket, *J.S.S.*, 23 (1930), 125-34.

History of Wat Mahādhātu, *J.S.S.*, 24 (1930), 1-27.

History of Wat Pavaraniveça, *J.S.S.*, 26 (1933), 73-102.

Le culte du Bouddha d'éreeraude, *J.S.S.*, 27 (1934), 9-38.

La double crise de l'Église bouddhique au Siam (1767-1851), *Cahiers d'histoire mondiale*, 4/2 (Neuchatel) (1958), 402-425.

Le Wat Rājapratīṣṭha, *Artibus Asiae, Felicitation Volume*, 24 (Ascona, 1961), 314-23.

Les suicides religieux au Siam, *Felicitacion Volumes of Southeast-Asian Studies*, I (Bangkok, 1965), 71-5.

Encore *ayāya sambodhim*, à propos de l'inscription gréco-araméenne d'Asoka J.A., 255 (1968), 195-8.

2. *History of Siam*

Chronique du Siam. Cent cinquantième anniversaire de Bangkok, *B.E.F.E.O.*, 333 (1933), 536-48.

Les trois Bangkok Records, *J.S.S.*, 28 (1935), 203-13.

* จากหนังสือ Robert Lingat, *The Classical Law of India*, Berkeley, University of California Press, 1973.

Une lettre de Véret sur la Révolution siamoise de 1688, *T'oung Pao*, 31 (1935), 330-362.

3. Siamese Law

Note sur la revision des lois siamoises en 1805, *J.S.S.*, 23 (1929), 1-9.

L'esclavage privé dans le vieux droit siamois. xi, 395 pp. (Paris, 1931).

La succession des Bhikku (in Siamese), *Pramuon k'adi* (Bangkok) (1932), 633-52.

La responsabilité collective au Siam, *Rev. hist. de droit français et étranger*, 1936, 523-39.

Histoire du droit siamois (droit privé) (in Siamese), 3 vols. 102, 253, and 139 pp. (Bangkok, 1935-40).

Code du 1^{er} règne [de la dynastie de Bangkok], C.S. 1166, 3 vols. (University of Moral and Political Sciences, Bangkok, 1938-39).

Effect de la pabbajjâ sur le mariage (in Siamese), 29 pp. (Bangkok, 1939).

Le régime des biens entre époux en Thaïlande, *Rev. Indochinoise juridique et économique* (Hanoï), 1943, 63 pp.

Les Ordalies au Siam, *L'Éducation* (Saigon), 1949, 19 pp.

Les origines du prêt à intérêt au Siam, *Rev. hist. de droit français et étranger*, 1950, 213-35.

La condition des étrangers au Siam au XVII^e siècle, *Recueils de la Société Jean Bodin*, IX, *L'Étranger* (Brussels, 1958), 255-66.

Le statut de la femme au Siam, *Recueils de la Société Jean Bodin*, XI, *La Femme* (Brussels, 1959), 275-92.

Le délit de voisinage maléfique dans le vieux droit siamois, *J.A.*, 249 (1961), 63-84.

La preuve dans l'ancien droit siamois, *Recueils de la Société Jean Bodin*, XVIII, *La Preuve* (Brussels, 1964), 397-418.

Siam (Thaïlande). In J. Gilissen, ed., *Introduction Bibliographique à l'histoire du droit et à l'ethnologie juridique (Bibliographical Introduction to Legal History and Ethnology)*. Sec. E/9 (Brussels, 1965), 17 pp.

4. Indochinese Law

Vinaya et droit laïque, *B.E.F.E.O.*, 37 (1937), 415-76.

Evolution of the conception of Law in Burma and Siam, *J.S.S.*, 38 (1950), 8-31.

La conception du droit dans l'Indochine hînayâniste, *B.E.F.E.O.*, 44 (1951), 163-87.

Les régimes matrimoniaux du Sud-Est de l'Asie. Essai de droit comparé indochinois. Tome I, Les régimes traditionnels 176 pp. (Paris, 1952); *Tome II, Les droits codifiés*. 195 pp. (Paris, 1965).

Pour un droit comparé indochinois. 14 pp. (Saigon, 1955).

5. *Hindu Law*

L'influence hindoue dans l'ancien droit siamois. In R. Lingat and Denise, Paulme, *Conférences 1936. Études de sociologie et d'ethnologie juridiques pub. sous la direction de René Maunier*25 (Paris, 1937), 1-29.

L'influence juridique de l'Inde au Champa et au Cambodge d'après l'épigraphie, *J.A.*, 237 (1949), 273-90.

The Buddhist Manus or the Propagation of Hindu law in Hinayanist Indochina, *Annals of the Bhandarkar Oriental Research Institute* 30 (1949) (appeared in 1950), 284-97.

Dharma et temps, à propos de Manu, 1.85-86, *J.A.*, 249 (1961), 487-95; in English under the title 'Time and the Dharma', *Contributions to Indian Sociology*, 6 (The Hague) (1962), 7-16.

Les quatre pieds du procès, *J.A.*, 250 (1962), 489-503.

Les Sources du Droit dans le Système Traditionnel de l'Inde, 323 pp. (The Hague, 1967).

6. *Book Reviews*

Reviews appeared in *J.S.S.*, *B.E.F.E.O.*, *J.A.*, *Rev. hist. de droit*, *T'oung Pao*, *Recueil de jurisprudence Penant*, and *Artibus Asiae*.

ISBN 974-07-5254-3



พิมพ์ที่บริษัทโรงพิมพ์ ไทยวัฒนาพานิช จำกัด ๘๙๑ ถนนพระราม ๑ กรุงเทพมหานคร
นางบุญพริ้ง ต. สุวรรณ ผู้พิมพ์ผู้โฆษณา พ.ศ. ๒๕๒๖