

บทที่ 2

การนำกฎหมายสารบัญญัติมาบังคับใช้ในคดีแพ่งและพาณิชย์ของศาล

ในการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลนั้น ไม่ว่าจะเป็นคดีประเภทใดก็ตาม ศาลย่อมมีหน้าที่พิจารณาพิพากษาเพื่อให้เกิดความเป็นธรรมแก่คู่ความทุกฝ่ายตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายให้มากที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้ แต่การที่คู่ความฝ่ายใดจะเป็นฝ่ายชนะคดีทั้งหมด หรือบางส่วน หรือแพ้คดี มีปัจจัยหลายประการที่เกี่ยวข้อง ไม่ว่าจะเป็นข้อเท็จจริงต่างๆ ที่เกี่ยวข้องอันเป็นเงื่อนไขแสดงความสมบูรณ์แห่งสิทธิ หรือขอบเขตแห่งสิทธิของคู่ความ และบทกฎหมายสารบัญญัติอันเป็นหลักเกณฑ์ของกฎหมายที่จะใช้ในการวินิจฉัยถึงสิทธิ หน้าที่ และความรับผิดชอบของคู่ความแต่ละฝ่าย นอกจากนี้ บทกฎหมายวิธีสบัญญัติ ก็เป็นอีกปัจจัยหนึ่งที่สำคัญที่มีผลต่อการแพ้ชนะของคู่ความในคดี เนื่องจากบทกฎหมายวิธีสบัญญัติ เป็นกฎหมายที่กำหนดหลักเกณฑ์วิธีการในการดำเนินคดีในศาล เริ่มตั้งแต่การเสนอข้อหา ข้ออ้างที่อาศัยเป็นหลักแห่งข้อหา และคำขอบังคับเป็นคำฟ้องเพื่อตั้งรูปคดีแสดงถึงการโต้แย้งสิทธิ และทางที่ควรได้รับการเยียวยาแก้ไข การยื่นคำให้การของจำเลยเพื่อโต้แย้งข้อหาตามคำฟ้อง จนเกิดเป็นประเด็นข้อพิพาทซึ่งมีทั้งข้อกฎหมายและข้อเท็จจริง การนำเสนอพยานหลักฐาน หลักเกณฑ์ในการพิจารณาและการทำคำพิพากษาของศาล ตลอดจนหลักเกณฑ์ในการอุทธรณ์ ฎีกา และการบังคับคดี อันเป็นการแสดงให้เห็นว่าแม้คู่ความจะมีสิทธิ หน้าที่ และความรับผิดชอบตามบทกฎหมายสารบัญญัติอย่างไรแล้ว แต่การที่คู่ความจะได้รับความคุ้มครองตามสิทธิ หน้าที่ และความรับผิดชอบนั้น จะต้องคำนึงถึงบทกฎหมายวิธีสบัญญัติอันเป็นเป็นหลักเกณฑ์ในการดำเนินคดีในศาลด้วย ซึ่งปัจจัยทั้งสามประการดังกล่าวนี้ หากคู่ความมีครบถ้วน หรือปฏิบัติได้ครบถ้วนถูกต้อง ศาลก็จะสามารถนำมาวินิจฉัยปัญหาข้อพิพาทในคดีได้ตรงตามเนื้อหาอันจะทำให้คู่ความได้รับความเป็นธรรมตามเนื้อหาและตรงกับความจริงมากที่สุด¹

ด้วยเหตุดังกล่าวข้างต้น ในการพิจารณาว่าปัญหาข้อกฎหมายใดเป็นปัญหาข้อกฎหมายที่ศาลสามารถยกขึ้นวินิจฉัยได้เองในคดีรับขนของทางทะเลนั้น จำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องรู้จักคำจำกัด

¹ ปริญา ตีพิมพ์ ธัชพันธ์ ประพจน์นิสาร, “กระบวนการพิจารณาคดีในศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ : พินิจวิเคราะห์เรื่องอำนาจพิจารณา (Jurisdiction) ด้านการค้าระหว่างประเทศและข้อสังเกตเกี่ยวกับคดีการค้าระหว่างประเทศที่ขึ้นสู่ศาลฎีกา,” วารสารกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ, น. 285-287 (2546).

ความของคำว่า “ปัญหาข้อกฎหมาย” นอกจากนี้ ในการนำกฎหมายสารบัญญัติมาใช้บังคับกับคดีนั้น นอกจากจะต้องพิจารณาจากตัวบทของกฎหมายสารบัญญัตินั้นเองแล้ว สิ่งสำคัญที่ต้องพิจารณาอีกประการหนึ่ง ได้แก่ กฎหมายวิธีสบัญญัติ กล่าวคือ ระบบวิธีพิจารณาความ และบทบาทในการแสวงหาข้อเท็จจริงของศาล ซึ่งเป็นกฎหมายที่ว่าด้วยการนำกฎหมายสารบัญญัติมาบังคับใช้กับคดีของศาล ทั้งนี้ เนื่องจากการพิจารณาว่าปัญหาข้อกฎหมายใดเป็นปัญหาข้อกฎหมายที่ศาลสามารถยกขึ้นวินิจฉัยได้เอง ไม่อาจวิเคราะห์ได้จากกฎหมายสารบัญญัติเพียงประการเดียว เพราะในการบังคับใช้กฎหมายสารบัญญัติจะต้องอยู่ภายใต้กฎเกณฑ์ของกฎหมายวิธีสบัญญัติ ซึ่งในที่นี้ได้แก่ กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง โดยเหตุที่การนำกฎหมายสารบัญญัติมาบังคับใช้ในคดีรับขนของทางทะเลต้องศึกษาจากกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งนั้น ก็เนื่องมาจากว่าคดีรับขนของทางทะเลเป็นคดีแพ่งและพาณิชย์ประเภทหนึ่ง ซึ่งการรับขนของทางทะเลถือว่าเป็นส่วนหนึ่งของการค้าระหว่างประเทศ² เนื่องจากโดยสภาพแล้ว เมื่อมีการซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศ ก็จะมีการขนส่งสินค้าจากประเทศหนึ่งไปยังอีกประเทศหนึ่ง ซึ่งวิธีการขนส่งสินค้าที่ได้รับความนิยมมากที่สุดก็คือการขนส่งสินค้าทางทะเล เพราะมีความสะดวก และประหยัด

ทั้งนี้ หลักเกณฑ์ที่เกี่ยวข้องกับการนำกฎหมายสารบัญญัติมาบังคับใช้ในคดีของศาลนั้น ได้แก่ หลักเกณฑ์ในการพิจารณาและการทำคำพิพากษา รวมถึงบทบาทของศาลในการแสวงหาข้อเท็จจริงในคดีแพ่งและพาณิชย์ทั่วไปของศาล โดยจะทำการศึกษาถึงหลักการพื้นฐานในกฎหมายวิธีพิจารณาความเกี่ยวกับการนำกฎหมายสารบัญญัติมาบังคับใช้ อันได้แก่ หลักความประสงค์ของคู่ความ (Principle of Party Disposition) ซึ่งจะได้กล่าวถึงเกี่ยวข้องกับบทบาทของศาลในการนำกฎหมายมาบังคับใช้ในคดีอย่างไร และจะกล่าวถึงรูปแบบการดำเนินกระบวนการพิจารณาทั้งกระบวนการพิจารณาระบบกล่าวหา (Accusatory System) และกระบวนการพิจารณาระบบไต่สวน (Inquisitorial System) อันเป็นหลักการพื้นฐานที่สำคัญเพื่อนำมาวิเคราะห์ว่าบทบาทของศาลเกี่ยวกับการบังคับใช้กฎหมายในกระบวนการพิจารณาทั้งสองแบบว่ามีความเหมือนหรือแตกต่างกันอย่างไร

นอกจากนี้ เนื่องจากระบบกฎหมายใหญ่ๆ ในโลก แบ่งได้เป็น ระบบคอมมอนลอว์ (Common Law) และระบบซีวิลลอว์ (Civil Law) ซึ่งศาลในแต่ละระบบนั้นมีวิธีการนำกฎหมายมา

² อรรถนิติ ดิษฐอำนาจ, “บทที่ 11: การรับขนของทางทะเล”, คู่มือการศึกษาวิชากฎหมายการค้าระหว่างประเทศ, (กรุงเทพมหานคร : สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2546), น. 248.

บังคับใช้แตกต่างกัน อันเนื่องมาจากนิติวิธีในกฎหมายของทั้งสองระบบที่มีความแตกต่างกัน ประกอบกับบทบาทของศาลในคดีแพ่งนั้นอยู่ภายใต้รูปแบบวิธีพิจารณาความ 2 รูปแบบ คือ กระบวนการพิจารณาระบบกล่าวหา และกระบวนการพิจารณาระบบไต่สวน ดังนั้น จึงควร ทำการศึกษาว่าบทบาทของศาลในการนำกฎหมายสารบัญญัติบังคับใช้ในกระบวนการพิจารณา ทั้งสองระบบนั้นเหมือนหรือแตกต่างกันอย่างไร รวมถึงการบังคับใช้กฎหมายของศาล หรือการยกข้อกฎหมายมาปรับใช้กับคดีของศาลในกลุ่มประเทศที่ใช้ระบบ Common Law และ Civil Law รวมถึงประเทศไทย เพื่อนำไปสู่การวิเคราะห์ถึงการนำกฎหมายสารบัญญัติมาบังคับใช้ในคดีรับชน ของทางทะเล ว่าปัญหาข้อกฎหมายใดในคดีรับชนของทางทะเลที่เป็นปัญหาข้อกฎหมายที่ศาล สามารถยกขึ้นวินิจฉัยได้เอง

2.1 นิยาม

2.1.1 ความหมายของคำว่า “ปัญหาข้อเท็จจริง”

คำว่า “ข้อเท็จจริง” มาจากการรวมคำว่า “ข้อความจริง” กับ “ข้อความเท็จ” เป็น “ข้อเท็จจริง” ซึ่งหมายความว่า มีข้อเท็จอย่างหนึ่ง ข้อจริงอย่างหนึ่ง ซึ่งคู่ความทั้งสองฝ่ายจะต้อง นำสืบพยานเพื่อให้ศาลวินิจฉัยและพิพากษาคดีต่อไป³

คำว่า “ปัญหาข้อเท็จจริง” หมายถึง ข้อพิพาทหรือปัญหาข้อโต้แย้งระหว่างคู่กรณีหรือ คู่ความในคดีที่วินิจฉัยได้โดยไม่ต้องพิจารณาด้วยบทกฎหมายประกอบ อันเป็นปัญหาเกี่ยวกับ ความมีอยู่หรือไม่มีอยู่ของเหตุการณ์ใดเหตุการณ์หนึ่ง หรือการกระทำใดๆ หรือวัตถุสิ่งหนึ่งสิ่งใด หรือสภาวะการณ์ที่เป็นนามธรรมอย่างใดอย่างหนึ่ง⁴

2.1.2 ความหมายของคำว่า “ปัญหาข้อกฎหมาย”

คำว่า “ข้อกฎหมาย” หมายถึง ข้อที่กล่าวอ้างถึงข้อบังคับแห่งความประพฤติดั้งประชาชน ในสังคมจะต้องเคารพและปฏิบัติตาม หรือกล่าวอีกนัยหนึ่ง ข้อกฎหมายนั้นเป็นสิ่งที่คู่ความยกขึ้น

³ หม่อมหลวงสุพรรณ อิศรเสนา, กฎหมายว่าด้วยข้อเท็จจริง, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์ นิติบรรณการ, 2543), น.ค่านำ.

⁴ จรัญ ภักดีธนากุล, “วิชาพยานหลักฐาน”, ใน รวมคำบรรยายภาคสอง สมัยที่ 59 เล่มที่ 1, (กรุงเทพมหานคร : สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2549), น. 90-91.

กล่าวอ้างเพื่อให้ศาลวินิจฉัย ข้อกฎหมายจึงเป็นคำกล่าวอ้างในคดีเพื่อให้ศาลนำไปปรับกับข้อเท็จจริงในคดีนั้น⁵ ซึ่งคำว่า “ข้อกฎหมาย” มีความใกล้เคียงกับคำว่า “ปัญหาข้อกฎหมาย”

ส่วนคำว่า “ปัญหาข้อกฎหมาย” คือ การที่คู่ความแต่ละฝ่ายต่างกล่าวอ้างข้อกฎหมายขึ้นมา ซึ่งการโต้เถียงกันในการตีความในกฎหมายนี้เองที่เรียกว่า “ปัญหาข้อกฎหมาย” ซึ่งศาลจะกำหนดเป็นประเด็นข้อพิพาทในชั้นที่สองสถานและวินิจฉัยชี้ขาดต่อไปโดยที่คู่ความไม่ต้องนำสืบ นอกจากนี้ ปัญหาข้อกฎหมายยังหมายถึง การที่ศาลวินิจฉัยคดีโดยอาศัยบทบัญญัติของกฎหมายโดยไม่จำเป็นที่คู่ความจะต้องโต้เถียงกันในข้อกฎหมายก็ได้⁶

2.1.3 ความแตกต่างระหว่าง “ปัญหาข้อกฎหมาย” และ “ปัญหาข้อเท็จจริง”

การแยกแยะว่าปัญหาใดเป็นปัญหาข้อเท็จจริง ปัญหาใดเป็นปัญหาข้อกฎหมาย บางครั้งก็มีความยุ่งยากที่จะชี้ชัดลงไปได้ ซึ่งจะเห็นได้จากยังคงมีการโต้แย้งขึ้นมาสู่การวินิจฉัยของศาลฎีกาอยู่เสมอไม่รู้จบสิ้น อย่างไรก็ตามข้อกฎหมายและข้อเท็จจริงมักจะมี ความเกี่ยวพันกันและเกิดควบคู่กัน การที่ศาลจะเลือกหาข้อกฎหมายได้นั้น ข้อเท็จจริงจะต้องเป็นที่ยุติเสียก่อน หากกรณียังมีการโต้เถียงกันในข้อเท็จจริง หรือยังมีปัญหาข้อเท็จจริงอยู่ ศาลจะต้องวินิจฉัยปัญหาข้อเท็จจริงเสียก่อนแล้วจึงปรับบทกฎหมายกับข้อเท็จจริงนั้น ข้อกฎหมายและผลของการชี้ขาดข้อกฎหมายจึงขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริง ถ้าข้อเท็จจริงเปลี่ยนไป ข้อกฎหมายก็ย่อมเปลี่ยนไปด้วย โดยปัญหาข้อเท็จจริงจะมีจุดคาบเกี่ยวกับเรื่องปัญหาข้อกฎหมายตรงที่ว่า หากวัตถุที่โต้แย้งกันหรือสภาวะการณ์ที่โต้แย้งกันว่ามีอยู่หรือไม่เป็นกฎหมายหมวดใดหมวดหนึ่ง ปัญหาข้อเท็จจริงนี้ก็จะแปรสภาพเป็นปัญหาข้อกฎหมาย⁷

⁵ ประมวล สุวรรณศร, คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยานหลักฐาน, พิมพ์ครั้งที่ 8 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2526), น.24.

⁶ จรัญ ภักดีธนากุล, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 4, น. 88-90.

⁷ เพ็ญอ้าง, น. 90.

2.2 หลักกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง เกี่ยวกับการนำกฎหมายสารบัญญัติมาบังคับใช้ในคดี

2.2.1 หลักความประสงค์ของคู่ความหรือคู่พิพาท (Principle of Party Disposition)

หลักความประสงค์ของคู่ความหรือคู่พิพาท มีแนวความคิดว่า ขอบเขตและเนื้อหาสาระของการโต้แย้งกันในคดีรวมทั้งวิธีการสืบพยานเป็นเรื่องที่คู่ความจะกำหนด โดยศาลจะต้องถูกจำกัดกรอบในการพิจารณาตัดสินเฉพาะสิ่งที่คู่ความนำเสนอต่อศาลเท่านั้น

หลักความประสงค์ของคู่ความหรือคู่พิพาทนี้จะสอดคล้องหรือคู่กันกับกระบวนการพิจารณาแบบกล่าวหาที่ว่า คู่ความเป็นผู้ตัดสินใจเลือกว่าควรจะนำคดีมาสู่ศาลหรือไม่ และคู่ความจะเป็นผู้กำหนดขอบเขตของคดี รวมทั้งทิศทางหรือความเป็นไปของกระบวนการพิจารณา เป็นผู้เลือกว่าจะดำเนินกระบวนการพิจารณาต่อไปจนศาลมีคำพิพากษาหรือถอนคดีออกไป ส่วนศาลต้องวางตัวเป็นกลางโดยเคร่งครัดและไม่มีบทบาทในเชิงรุกในกระบวนการพิจารณา

อย่างไรก็ตาม เป็นเรื่องธรรมดาอยู่เองที่คู่ความและคู่พิพาทยังต้องถูกจำกัดขอบเขตในกรณีที่เป็นเรื่องเกี่ยวข้องกับเรื่องความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือในเรื่องที่อยู่นอกความประสงค์ของคู่กรณี ซึ่งหากรัฐยินยอมให้เอกชนมีอำนาจในเรื่องดังกล่าวก็จะก่อให้เกิดความเสียหายต่อสังคมส่วนรวมเป็นอย่างมาก โดยในกรณีของคู่ความนั้น ไม่สามารถที่จะขอให้ศาลมีคำพิพากษาตามยอมหรือมีคำทำในเรื่องที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน เช่น ในเรื่องสถานภาพของบุคคลตามกฎหมายครอบครัว ซึ่งยังมีปัญหาอยู่ว่าข้อพิพาทใดบ้างที่เกี่ยวข้องด้วยความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน⁸

2.2.2 หลักความประสงค์ของคู่ความกับข้อกฎหมายในคดี

ประเทศต่างๆ ในยุโรปตะวันตกจะมีระบบกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งซึ่งมีลักษณะที่สำคัญประการหนึ่งคือ อำนาจของศาลจะถูกจำกัดโดยสิทธิต่างๆ ในการดำเนินกระบวนการพิจารณาของคู่ความ หรือโดยหลักที่เรียกว่า “หลักความประสงค์ของคู่ความ” กล่าวคือ การที่จะมีการดำเนินคดีแพ่งในศาลหรือไม่เป็นเรื่องของเอกชนไม่ใช่ของรัฐ แม้ถึงว่าในกฎหมายเอกชนจะมีพื้นฐานของความยุติธรรมรวมอยู่ด้วย และการที่นิติสัมพันธ์ทางแพ่งจะไม่ได้รับการชี้ขาดตัดสินโดยศาลจะมีข้อจำกัดเกี่ยวกับความยุติธรรมอยู่ก็ตาม แต่โดยทั่วไปแล้วเอกชนไม่อาจถูกบังคับให้

⁸ วรณชัย บุญบำรุง, หลักและทฤษฎีของอนุญาโตตุลาการเปรียบเทียบกับกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2548), น. 58-60.

ต้องดำเนินการทางศาลให้เป็นไปตามที่กฎหมายสารบัญญัติได้กำหนดไว้⁹ การตัดสินใจดำเนินคดีหรือไม่ดำเนินคดีในศาลเป็นเรื่องของ “อำนาจเอกชน” (Privatautonomie)⁹ โดยแท้ และกฎหมายก็ยอมรับอำนาจแห่งเอกชนนั้น

เนื่องจากศาลไม่มีอำนาจหน้าที่ที่จะเริ่มต้นคดีแพ่งด้วยลำพังตนเอง คดีแพ่งจะเกิดขึ้นได้ก็แต่โดยโจทก์ (ผู้ฟ้องคดี) เป็นผู้กำหนดเรื่อง หรือ “สภาพแห่งข้อหา” และกำหนดความต้องการ หรือ “คำขอบังคับ” ดังนั้น “ข้อหา” ในวิธีพิจารณาความแพ่งจึงเป็นวัตถุแห่งคดีที่โจทก์ต้องเสนอต่อศาล และเฉพาะเรื่องและความต้องการที่โจทก์ได้กำหนดมาเท่านั้นที่ศาลจะมีอำนาจพิจารณาพิพากษาต่อไปได้¹⁰

เมื่อพิจารณามาตรา 172 วรรคสอง¹¹ แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งแล้วจะเห็นว่า กฎหมายบังคับให้โจทก์ต้องกำหนดสภาพแห่งข้อหาและคำขอบังคับให้ชัดแจ้ง โดยโจทก์จะกำหนดสภาพแห่งข้อหาและคำขอบังคับตามอำเภอใจของตนไม่ได้ และโจทก์จะต้องกำหนดทั้งสองอย่างพร้อมกันมาในคำฟ้อง โจทก์จะกำหนดเพียงสภาพแห่งข้อหา หรือคำขอบังคับอย่างใดอย่างหนึ่งเพียงอย่างเดียวไม่ได้

ส่วนในด้านการบังคับใช้กฎหมายของศาลนั้น เมื่อโจทก์ได้กำหนดเรื่องและความต้องการของตนมาอย่างไร ศาลก็ต้องผูกมัดตาม “สภาพแห่งข้อหา” และ “คำขอบังคับ” ของโจทก์อย่างนั้น โดยทั่วไปศาลจะพิพากษาหรือสั่งในเรื่องอื่นหรือกำหนดให้มากกว่าที่ขอไม่ได้¹²

นอกจากนี้ในบางประเทศ เช่น ฝรั่งเศส ได้มีการยอมรับหลักความประสงค์ของคู่ความในการจำกัดการนำกฎหมายสารบัญญัติมาบังคับใช้ของศาลไว้เป็นกรณีพิเศษอีกด้วย กล่าวคือ คู่ความสามารถตกลงกันให้ศาลใช้กฎหมายที่คู่ความได้กำหนดเพื่อบังคับใช้กับคดีของตน และห้ามมิให้ศาลนำกฎหมายอื่นมาบังคับใช้ได้ และยิ่งไปกว่านั้น คู่ความยังสามารถตกลงกันมอบหมายให้

⁹ คณิต ธิ นคร, กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งภาคการดำเนินคดี, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2548), น. 162.

¹⁰ นันทศักดิ์ บัวงาม, “การนำกฎหมายสารบัญญัติมาบังคับในคดีแพ่ง : บทบาทของศาลและคู่ความในการปรับใช้ข้อกฎหมายของศาล”, (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2550), น. 33-35.

¹¹ มาตรา 172 วรรคสอง แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง บัญญัติว่า “คำฟ้องต้องแสดงโดยแจ้งชัดซึ่งสภาพแห่งข้อหาของโจทก์และคำขอบังคับทั้งข้ออ้างที่อาศัยเป็นหลักแห่งข้อหาเช่นนั้น”

¹² โปรดดู มาตรา 142 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง

ศาลวินิจฉัยชี้ขาดเสมือนกับเป็นผู้ชี้ขาดข้อพิพาทฐานละตามความเป็นธรรม (amiable composituer หรือ honest broker ในภาษาอังกฤษ)¹³ โดยไม่ต้องคำนึงถึงบทบัญญัติของศาลในการบังคับใช้กฎหมายได้¹⁴

2.2.3 รูปแบบกระบวนการพิจารณาคดี

กระบวนการพิจารณาเป็นเรื่องขอบเขตระหว่างบทบาทของศาลและคู่ความโดยเฉพาะในเรื่องการดำเนินการและเนื้อหาของกระบวนการพิจารณา ซึ่งแบ่งออกเป็น 2 รูปแบบสำคัญ ได้แก่ กระบวนการพิจารณาแบบกล่าวหา และกระบวนการพิจารณาแบบไต่สวน โดยมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

2.2.3.1 กระบวนการพิจารณาแบบกล่าวหา

กระบวนการพิจารณาแบบกล่าวหานี้ถือกำเนิดขึ้นจากประเทศอังกฤษ แล้วต่อมาได้ถูกนำไปใช้ในประเทศอาณานิคมของอังกฤษ เช่น ประเทศสหรัฐอเมริกา ออสเตรเลีย นิวซีแลนด์ สิงคโปร์ เป็นต้น¹⁵ โดยกระบวนการพิจารณาแบบกล่าวหา เป็นกระบวนการพิจารณาที่มีรูปแบบที่ใกล้เคียง หรือสัมพันธ์กับ “หลักความประสงค์ของคู่ความหรือคู่พิพาท” โดยเป็นกระบวนการพิจารณาตั้งแต่สมัยดั้งเดิมที่มนุษย์อยู่รวมตัวกันเป็นสังคม และเป็นกระบวนการพิจารณาที่เน้นบทบาทและสิทธิของคู่ความในการดำเนินกระบวนการพิจารณา ซึ่งคู่ความไม่เพียงแต่กำหนดขอบเขตของข้อเท็จจริงเท่านั้น แต่ยังมีบทบาทสำคัญในการดำเนินกระบวนการพิจารณา รวมทั้งการรวบรวม

¹³ มาตรา 12 วรรคสี่ แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งฝรั่งเศส กำหนดให้คู่ความสามารถตกลงมอบหมายให้ศาลวินิจฉัยชี้ขาดคดีเสมือนกับเป็น “ผู้ชี้ขาดข้อพิพาทตามความเป็นธรรม” กล่าวคือชี้ขาดคดีตามหลักยุติธรรม (equity) โดยไม่ต้องคำนึงถึงบทบัญญัติของกฎหมายที่ใช้บังคับกับคดี แต่การตกลงกันดังกล่าวจะสามารถทำได้ต่อเมื่อมีคดีพิพาทเกิดขึ้นแล้ว และเมื่อศาลได้อำนาจวินิจฉัยชี้ขาดแล้วคู่ความมีสิทธิที่จะอุทธรณ์คำพิพากษานั้นได้ เว้นแต่คู่ความจะได้แสดงเจตนายกเลิกสิทธิดังกล่าว อย่างไรก็ตาม คู่ความไม่สามารถตกลงให้ดำเนินการดังกล่าวกับคดีที่ต้องนำกฎหมายที่มีลักษณะเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนมาใช้บังคับได้ ซึ่งเมื่อนำมาเปรียบเทียบกับประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของไทยไม่ปรากฏว่ามีบทบัญญัติในทำนองนี้แต่ประการใด

¹⁴ นันทศักดิ์ บัวงาม, อ่างแล้ว เชิงอรรถที่ 10, น. 37.

¹⁵ กาญจนา ปัญจกิจไพบูลย์, “ศาลกับการมีส่วนค้นหาข้อเท็จจริงในคดีแพ่ง,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2545), น. 14.

พยานหลักฐาน กระบวนการพิจารณาแบบนี้ มักมีลักษณะเป็นกระบวนการพิจารณาด้วยวาจาโดยเปิดเผย และมีการดำเนินการโต้แย้งต่อสู้ซึ่งกันและกันระหว่างคู่ความ และเป็นกระบวนการพิจารณาที่มักให้ความสำคัญกับพยานหลักฐานตามที่กฎหมายกำหนด และห้ามมิให้ศาลตัดสินคดีตามความเชื่อส่วนตัวของตน โดยศาลซึ่งมีบทบาทเชิงรับในการดำเนินคดีจะเป็นผู้ทำหน้าที่ตัดสินว่าคู่ความฝ่ายใดเป็นผู้ชนะคดี ทำนองเดียวกับกรรมการของการแข่งขันกีฬา¹⁶

กระบวนการพิจารณาแบบกล่าวหานั้น ถือเป็นหน้าที่ของคู่ความแต่ละฝ่ายที่จะต้องนำเสนอข้อเท็จจริงและตรวจสอบข้อเท็จจริงกันเอง โดยที่ศาลจะถือโดยเคร่งครัดว่าจะไม่เข้าไปยุ่งเกี่ยวกับการดำเนินคดีของทั้ง 2 ฝ่าย ศาลจะซักถามพยานเพียงเพื่อให้เกิดความชัดเจนหรือเพื่อความเป็นธรรมเท่านั้น ศาลจะไม่ซักถามพยานในเรื่องอื่นๆ นอกเหนือจากที่คู่ความนำสืบ และเนื่องจากศาลต้องวางตัวเป็นกลางโดยเคร่งครัด ศาลจึงมีดุลพินิจเกี่ยวกับการดำเนินคดีน้อย การดำเนินคดีต้องเป็นไปตามกฎเกณฑ์ของการพิจารณาและสืบพยาน ซึ่งศาลจะพิจารณาเฉพาะพยานหลักฐานที่คู่ความนำเสนอต่อศาล หรือเฉพาะสิ่งที่คู่ความกล่าวอ้างเท่านั้น¹⁷

นอกจากนี้ กระบวนการพิจารณาแบบกล่าวหา ยังถือว่าเป็นหน้าที่ของคู่ความแต่ละฝ่ายจะต้องเสนอพยานหลักฐานของตนและศาลจะพิจารณาเฉพาะพยานหลักฐานที่คู่ความเสนอต่อศาลเท่านั้น โดยสันนิษฐานว่าคู่ความจะนำเสนอพยานหลักฐานที่ดีที่สุด ซึ่งจะเป็นการส่งเสริมให้คู่ความเสนอพยานหลักฐานได้อย่างเต็มที่ โดยทั่วไปศาลจะไม่เรียกพยานหลักฐานมาสืบเอง เว้นแต่ในกรณีที่มีความจำเป็น และศาลจะเรียกพยานมาสืบเองได้ก็โดยความยินยอมของคู่ความเท่านั้น

2.2.3.2 กระบวนการพิจารณาแบบไต่สวน

กระบวนการพิจารณาแบบไต่สวนเป็นระบบการพิจารณาคดีของประเทศในภาคพื้นยุโรป หรือประเทศที่ใช้ระบบประมวลกฎหมาย ซึ่งกระบวนการพิจารณาแบบไต่สวนมีวิวัฒนาการเกิดขึ้นหลังจากกระบวนการพิจารณาแบบกล่าวหา โดยกระบวนการพิจารณาดังกล่าวมักจะเป็นที่นิยมใช้ในช่วงที่รัฐมีอำนาจมาก และกระบวนการพิจารณาที่เน้นบทบาทของศาลในการดำเนินกระบวนการพิจารณาเป็นสำคัญ ศาลซึ่งมีบทบาทเชิงรุกมีอำนาจที่จะริเริ่มดำเนินกระบวนการพิจารณาต่างๆ ได้ด้วยตนเองโดยไม่ต้องให้คู่ความร้องขอ และศาลไม่ถูกจำกัดให้พิจารณาเฉพาะข้อเท็จจริงที่คู่ความเสนอต่อศาลแต่มีอำนาจที่จะพิจารณาค้นหาความเป็นจริงเพื่อพิจารณา

¹⁶ วรณชัย บุญบำรุง, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 8, น. 61.

¹⁷ ไสยณ รัตนกร, คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยาน, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2547), น. 2-3.

พิพากษาคดีให้ถูกต้องตามความเป็นจริงเท่าที่สามารถจะกระทำได้ด้วย กระบวนการแบบนี้มักจะมีลักษณะเป็นกระบวนการพิจารณาด้วยเอกสาร และในสมัยก่อนมักเป็นการพิจารณาโดยลับ โดยไม่ค่อยมีการดำเนินการโต้แย้งต่อสู้คดีกันระหว่างคู่ความ เนื่องจากศาลจะเป็นผู้ใช้ดุลพินิจของตนว่าพยานหลักฐานใดน่าเชื่อถือ โดยอาจจะไม่จำเป็นต้องพิจารณาเฉพาะพยานหลักฐานตามที่กฎหมายกำหนดไว้ก็ได้ซึ่งอยู่กับความเชื่อถือของศาลเป็นสำคัญ¹⁸

2.2.3.3 วิเคราะห์เปรียบเทียบกระบวนการพิจารณาทั้งสองรูปแบบ

ไม่มีประเทศใดในโลกที่น่ากระบวนการพิจารณาแบบกล่าวหา หรือกระบวนการพิจารณาแบบไต่สวนมาใช้เพียงอย่างเดียวอย่างหนึ่ง หากเป็นแต่เพียงว่าประเทศใดจะเน้นรูปแบบใดเป็นหลักมากกว่ากัน โดยฝ่ายสนับสนุนกระบวนการพิจารณาแบบกล่าวหาจะมีเหตุผลว่า เนื่องจากคดีแพ่งเป็นเรื่องสิทธิประโยชน์ส่วนตัวของคู่ความ ซึ่งสอดคล้องกับหลักความประสงค์ของคู่ความ ส่วนฝ่ายสนับสนุนกระบวนการพิจารณาแบบไต่สวนมีเหตุผลว่า ตามหลักความยุติธรรมจะต้องมีความรวดเร็ว ศาลจึงควรมีบทบาทในการควบคุมการดำเนินกระบวนการพิจารณาไม่ให้คู่ความพยายามประวิงคดี และต้องมีความถูกต้องของคำพิพากษาด้วย

เมื่อกระบวนการพิจารณาทั้งสองแบบต้องยึดถือในหลักความประสงค์ของคู่ความ ดังนั้น ในส่วนข้อกฎหมายในคดีคู่ความจึงเป็นผู้มีส่วนเป็นผู้กำหนดด้วยไม่ว่าจะโดยทางตรงหรือโดยทางอ้อม กล่าวคือ โดยทางตรง ได้แก่ การอ้างข้อกฎหมายไว้ในคำคู่ความอย่างชัดแจ้งเพื่อให้ศาลนำมาใช้วินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาท ส่วนโดยทางอ้อมนั้น ได้แก่ การที่คู่ความบรรยายข้อเท็จจริงมาในคำคู่ความอันเป็นการกำหนดกรอบหรือขอบเขตวัตถุแห่งคดีเพื่อให้ศาลถูกจำกัดขอบเขตในการยกข้อกฎหมายมาบังคับใช้กับคดี¹⁹

กระบวนการพิจารณาทั้งสองรูปแบบต่างมีข้อเด่นและข้อด้อยเช่นเดียวกัน โดยกระบวนการพิจารณาแบบกล่าวหาแม้จะมีข้อดีในเรื่องที่ศาลวางตัวเป็นกลางและคู่ความมีอิสระค่อนข้างมากในการดำเนินกระบวนการพิจารณา แต่อาจมีปัญหามิฉะนั้นที่คู่ความดำเนินกระบวนการพิจารณาไปในทางที่ไม่สุจริต ทำให้เกิดการได้เปรียบทางเชิงกระบวนการพิจารณาหรือทำให้เกิดการประวิงคดี ส่วนกระบวนการพิจารณาแบบไต่สวนนั้น อาจทำให้เกิดปัญหาทางด้านความเป็นกลางของศาล²⁰ ศาลจึงต้องระมัดระวังในเรื่องการวางตัวให้มาก

¹⁸ วรณชัย บุญบำรุง, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 8, น. 61-62.

¹⁹ นันทศักดิ์ บัวงาม, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 10, น. 46-47.

²⁰ วรณชัย บุญบำรุง, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 8, น. 62-64.

อย่างไรก็ตาม กระบวนการพิจารณาแบบไต่สวนก็มีข้อเด่นในเรื่องการป้องกันมิให้คู่ความสามารถประวิงคดีได้ เนื่องจากศาลสามารถควบคุมกระบวนการพิจารณาได้ อันส่งผลให้คู่ความต้องต่อสู้คดีและแพ้ชนะกันในทางเนื้อหาอย่างแท้จริง ไม่ใช่การแพ้ชนะในทางกฎหมายวิธีพิจารณาความหรือแพ้ชนะกันในทางเทคนิค

2.3 การนำกฎหมายสารบัญญัติมาบังคับใช้ในคดีของศาล

การบังคับใช้กฎหมายของศาล หรือการยกข้อกฎหมายมาปรับใช้กับคดีของศาลนั้น นับเป็นบทบาทที่สำคัญยิ่งของศาล ซึ่งจำเป็นที่จะต้องศึกษาก่อนที่นำไปสู่การศึกษาถึงการตีความกฎหมาย หรือการปรับบทกฎหมายของศาลต่อไป โดยในที่นี้จะแบ่งแยกออกเป็น การบังคับใช้กฎหมายของศาลในประเทศที่ใช้ระบบกฎหมาย Common Law การบังคับใช้กฎหมายของศาลในประเทศที่ใช้ระบบกฎหมาย Civil Law ได้แก่ ประเทศฝรั่งเศส และการบังคับใช้กฎหมายของศาลไทย ดังนี้

2.3.1 การบังคับใช้กฎหมายของศาลในประเทศที่ใช้ระบบ Common Law

การบังคับใช้กฎหมายของศาลในประเทศที่ใช้ระบบกฎหมาย Common Law นั้น คู่ความมีภาระหน้าที่ในการนำกฎหมายไปใช้ปรับแก้คดีมากกว่าศาล โดยคู่ความจำต้องระบุข้อเท็จจริงที่พิพาทกันมาในคำคู่ความ²¹ ส่วนข้อกฎหมายไม่มีบทบัญญัติใดบังคับว่าต้องระบุมาในคำคู่ความด้วย มีเพียงให้บรรยายถึงกฎหมายพื้นฐานที่จะใช้เยียวยาความเสียหายเท่านั้น ส่วนการกำหนดชื่อเรื่องแห่งคดี คู่ความก็จำต้องกำหนดกรอบชื่อเรื่องของกฎหมายที่จะใช้บังคับแก้คดีเพื่อเยียวยาความเสียหาย เช่น เป็นคดีเรื่องสัญญา หรือละเมิด หรือทั้งเรื่องสัญญาและเรื่องละเมิด²² เป็นต้น

²¹ J.R. Lewis, Civil and Criminal Procedure, (London : Sweet & Maxwell, 1968) p.44, see also Michael Zander, Cases and Materials on the English Legal System, Third Edition, (London : Weidenfeld and Nicolson, 1980), p. 56.

²² Neil Andrews, The Adversarial Principle : Fairness and Efficiency : Reflection on the Recommendation of the Woolf Report. In reform of Civil Procedure Essays on 'Access to Justice'. Edited by A.A.S. Zuckerman and Ross Cranston. (Oxford : Clarendon Press, 1995), p. 171.

เมื่อมาถึงขั้นวินิจฉัยชี้ขาดคดีของศาลในประเทศที่ใช้ระบบกฎหมาย Common Law ศาลจะมีบทบาทที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายอยู่ 2 ประการ ได้แก่ การกำหนดกฎหมายที่จะใช้บังคับกับคดี และการปรับบทกฎหมายเข้ากับข้อเท็จจริง ซึ่งตามกฎหมายอังกฤษที่เป็นแม่แบบของระบบกฎหมาย Common Law นั้น กฎหมายที่จะนำมาบังคับใช้ส่วนใหญ่มักจะเป็นคำพิพากษาในคดีก่อนๆ (the rule of precedent) และเพื่อที่จะกำหนดว่ากรณีใดจึงจะเป็นคำพิพากษาที่ศาลจะนำมาบังคับใช้แก่คดี ศาลจำเป็นต้องเปรียบเทียบข้อเท็จจริงในคดีและข้อเท็จจริงในคำพิพากษาในคดีที่ได้ตัดสินผ่านมาแล้ว²³ นอกจากนี้ ศาลจะนำกฎหมายมาบังคับใช้ในคดีได้ภายใต้ขอบเขตเนื้อหาสาระแห่งคำฟ้อง หรือภายใต้ขอบเขตแห่งวัตถุคดี (the subject matter of the suit) กล่าวคือ ศาลไม่สามารถตัดสินหรือพิพากษาคดีได้หากปราศจากการเสนอประเด็นแห่งคดีของคู่ความ และศาลจะพิพากษาคดีโดยให้เหตุผลนอกจากประเด็นแห่งคดี หรือนอกจากคำขอเยียวยาความเสียหายของคู่ความไม่ได้²⁴

2.3.2 การบังคับใช้กฎหมายของศาลในประเทศที่ใช้ระบบ Civil Law

ประเทศฝรั่งเศสเป็นประเทศที่ใช้ระบบกฎหมาย Civil Law ซึ่งมีบทบัญญัติเรื่องบทบาทของศาลเกี่ยวกับข้อกฎหมายไว้โดยเฉพาะอยู่ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งฝรั่งเศสในส่วนบทบัญญัติทั่วไป หมวด 5 มาตรา 12 โดยแนวความคิดในการบังคับใช้กฎหมายของศาลในประเทศฝรั่งเศสนั้น ผู้พิพากษามีหน้าที่ที่จะต้องค้นหากฎหมายที่จะนำมาปรับใช้แก่คดี และนำกฎหมายนั้นมาปรับกับข้อเท็จจริงในคดี ผู้พิพากษาจะต้องเป็นผู้สั่งการว่าจะนำกฎหมายใดมาบังคับใช้แก่คดี โดยคู่ความจะเป็นผู้เสนอข้อเท็จจริงต่อศาล และศาลจะทำการพิจารณาพิพากษาคดีโดยการวินิจฉัยข้อเท็จจริงในคดีตามบทบัญญัติของกฎหมายนั้น²⁵

ตามมาตรา 12 วรรคหนึ่ง²⁶ แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งฝรั่งเศส ได้วางหลักไว้ว่า “ศาลวินิจฉัยชี้ขาดคดีตามกฎหมายที่ใช้บังคับคดีนั้น” หลักการนี้เป็นการมอบอำนาจ

²³ ธนกร วรปรัชญากุล, “หลักและความคิดพื้นฐานของระบบประมวลกฎหมายและระบบคอมมอนลอว์ในทัศนะของนักกฎหมายยุโรป”, บทบัญญัติ เล่ม 60 ตอน 4, น. 231 (2547).

²⁴ Rene David, English Law and French Law : A Comparison in Substance, (London : Steven & Sons), p. 59.

²⁵ ธนกร วรปรัชญากุล, “บทบาทของผู้พิพากษาฝรั่งเศสในการค้นหาความจริงตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง”, บทบัญญัติ เล่ม 59 ตอน 3, น. 11 (กันยายน 2546).

²⁶ The first sub-article of Article 12 provides

ให้แก่ศาลในการที่จะพิจารณำบังคับใช้กฎหมายกับข้อเท็จจริงต่างๆ ในคดี แม้ว่าคู่ความจะไม่ได้ร้องขอให้บังคับตามกฎหมายนั้นก็ตาม และศาลเองก็ไม่ถูกจำกัดว่าจะต้องเลือกใช้กฎหมายเฉพาะที่คู่ความกล่าวอ้างให้บังคับใช้หรือถูกจำกัดตามข้อเรื่องของคดีที่คู่ความกำหนดเท่านั้น นอกจากนี้ ศาลมีอำนาจที่จะบังคับใช้กฎหมายทุกเรื่องแม้ว่ากฎหมายนั้นจะไม่เกี่ยวข้องด้วยความสงบเรียบร้อยของประชาชนก็ตาม หรือแม้กระทั่งการบังคับใช้กฎหมายต่างประเทศ หรือจารีตหรือขนบธรรมเนียมประเพณี

มาตรา 12 วรรคสอง²⁷ แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งฝรั่งเศส ได้วางหลักต่อไปว่า ศาลมีอำนาจที่จะกำหนดลักษณะของกฎหมายที่จะบังคับใช้กับข้อพิพาทคดี (la qualification) หรือในกรณีที่คู่ความแต่ละฝ่ายได้กำหนดเรื่องของคดีมาเรื่องเดียวหรือหลายเรื่องก็ตาม ศาลก็ยังมีอำนาจที่จะแก้ไขให้ถูกต้องได้ การกำหนดข้อเรื่องของคู่ความไม่มีผลผูกมัดศาลแต่ประการใด ตัวอย่างเช่น กรณีที่โจทก์ฟ้องเป็นคดีเรื่องสัญญาซื้อขาย ศาลก็อาจพิจารณาว่าตามข้อเท็จจริงเป็นเรื่องการปิดบังทำเป็นสัญญาซื้อขายได้

อย่างไรก็ตาม อำนาจของศาลตามมาตรา 12 วรรคหนึ่งดังกล่าวข้างต้น ถูกจำกัดภายใต้หลักเกณฑ์ที่ว่า การบังคับใช้กฎหมายที่ศาลยกขึ้นเองจะต้องไม่มีผลทำให้เป็นการเปลี่ยนแปลงประเด็นข้อพิพาทแห่งคดี และการที่ศาลยกข้อกฎหมายขึ้นวินิจฉัยเองนั้นสามารถใช้บังคับเฉพาะกับข้อเท็จจริงที่ปรากฏอยู่ในคดีเท่านั้น

ในส่วนประเด็นข้อพิพาทแห่งคดี²⁸ (Subject matter of the litigation) เกิดขึ้นจากข้อหาและข้อต่อสู้ รวมตลอดถึงพยานหลักฐานต่างๆ ของคู่ความ ซึ่งมาตรา 5²⁹ แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งฝรั่งเศส ได้วางหลักไว้ว่า ศาลจะต้องตัดสินตามข้อหาในคำฟ้องทุกข้อและ

“The judge settles the dispute in accordance with the rules of law applicable thereto.”

²⁷ The second sub-article of Article 12 provides

“He must give or restore their proper legal definitions to the disputed facts and deeds notwithstanding the denominations given by the parties.”

²⁸ มีนักกฎหมายบางท่านใช้คำว่า “วัตถุแห่งคดี” รายละเอียด โปรดดู วรรณชัย บุญบำรุง, “หลักทั่วไปของการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีแพ่งของฝรั่งเศส”, วารสารนิติศาสตร์, เล่มที่ 1 ปีที่ 30, น. 96 (มีนาคม 2543).

²⁹ Article 5 provides

“The judge must rule upon all what is claimed and only upon what is claimed.”

เท่าที่ได้มีการกล่าวหาหรือประเด็นข้อพิพาทเท่านั้น หากศาลตัดสินเกินไปกว่าข้อหาที่ปรากฏในคดีแล้ว (ultra petita) ก็ถือว่าเป็นการละเมิดสิทธิของคู่ความ ซึ่งได้มีคำพิพากษาวางแนวมาโดยตลอดว่า ศาลไม่มีอำนาจจะแก้ไขประเด็นแห่งคดี หรือคำขอได้ตามอำเภอใจ³⁰ แต่หลักดังกล่าวก็มีข้อยกเว้นที่ว่า ศาลมีอำนาจที่จะมีคำพิพากษาในปัญหาที่คู่ความไม่ได้ขอให้ศาลวินิจฉัยได้ เช่น เป็นปัญหากฎหมายที่มีเหตุผลมาจากเรื่องความสงบเรียบร้อยของประชาชน หรือประโยชน์สาธารณะ หรือความจำเป็นในทางปฏิบัติ เป็นต้น³¹

ในส่วนของการบังคับใช้เฉพาะข้อเท็จจริงที่ปรากฏอยู่ในคดีมาจากหลักการที่ว่า เป็นหน้าที่ของคู่ความที่จะต้องกล่าวอ้างข้อเท็จจริงที่เกี่ยวข้องเพื่อสนับสนุนข้อกล่าวอ้างหรือข้อต่อสู้ของตน โดยเป็นสิทธิของคู่ความแต่ละฝ่ายที่สามารถเสนอข้อเท็จจริงทุกอย่างซึ่งตนเห็นว่าจำเป็น โดยศาลไม่มีอำนาจปฏิเสธที่จะไม่รับฟัง (แต่ทั้งนี้ต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขเกี่ยวกับการรับฟังคำคู่ความและพยานหลักฐานด้วย) และเป็นหน้าที่ของคู่ความแต่ละฝ่ายที่ต้องดำเนินการโดยไม่สามารถที่จะดำหนิ หรืออ้างว่าศาลไม่ยอมใช้ดุลพินิจในการค้นหาข้อเท็จจริงของคดีได้เลย ดังนั้น ศาลจึงไม่มีอำนาจที่จะชี้ขาดตัดสินคดีโดยอาศัยข้อเท็จจริงที่ไม่ได้อยู่ในการต่อสู้คดี

นอกจากนี้ อำนาจของศาลตามมาตรา 12 วรรคหนึ่งและวรรคสอง อาจถูกจำกัดได้ตามมาตรา 13 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งฝรั่งเศส โดยมาตรา 13 กำหนดให้คู่ความสามารถที่จะตกลงร่วมกันในการที่จะจำกัดขอบเขตอำนาจของศาลตามมาตรา 12 วรรคหนึ่งและวรรคสอง ได้ โดยคู่ความสามารถตกลงกันให้ศาลใช้กฎหมายที่คู่ความได้กำหนดเพื่อบังคับใช้กับคดีของคู่ความ และห้ามมิให้ศาลวินิจฉัยชี้ขาดคดีโดยนำกฎหมายอื่นมาใช้บังคับ นอกจากนี้ ยังสามารถบังคับให้ศาลวินิจฉัยชี้ขาดตามเรื่องของคดีที่คู่ความตกลงกันได้ อย่างไรก็ตาม คู่ความสามารถตกลงให้ดำเนินการดังกล่าวได้เฉพาะคดีที่คู่ความมีเจตนารมณ์ หรือความประสงค์โดยอิสระในสิทธิของตน (la libre disposition de leurs droits) และข้อตกลงในเรื่องดังกล่าวจะต้องเป็นข้อตกลงที่เห็นได้ชัดเจนอีกด้วย ลำพังเพียงแต่คำแถลงของคู่ความทั้งสองฝ่ายตรงกัน มิได้หมายความว่าจะมีข้อตกลงตามมาตรา 12 วรรคสาม³²

³⁰ วรรณชัย บุญบำรุง, ธนกร วรปรัชญากุล, สิริพันธ์ พลรบ, หลักและทฤษฎีกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง เล่ม 2, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2549), น. 51-53.

³¹ วรรณชัย บุญบำรุง, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 28, น. 97-98.

³² นันทศักดิ์ บัวงาม, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 10, น. 83.

2.3.3 การบังคับใช้กฎหมายของศาลในประเทศไทย

ประเทศไทยไม่มีบทบัญญัติชัดเจนเกี่ยวกับการบังคับใช้กฎหมายของศาลดังเช่นประเทศฝรั่งเศส แต่เมื่อศึกษาจากแนววินิจฉัยในคำพิพากษากฎีกา อาจทำให้ทราบถึงขอบเขตการบังคับใช้กฎหมายของศาลได้ ดังนี้

2.3.3.1 การกล่าวอ้างกฎหมายที่จะใช้บังคับกับคดีของคู่ความ

การที่โจทก์นำคดีขึ้นสู่ศาลโดยทำเป็นคำฟ้อง และจำเลยได้ให้การต่อสู้คดีโดยการทำคำให้การนั้น โจทก์และจำเลยจะต้องกล่าวอ้างกฎหมายที่จะใช้บังคับกับคดีหรือไม่ มีความเห็นแตกต่างกันไป 2 ฝ่าย ดังนี้

ฝ่ายหนึ่ง เห็นว่า แม้การที่ศาลรับรู้กฎหมายได้เองก็มีได้หมายความว่าคู่ความจะต้องกล่าวอ้างเสียเลย เป็นเพียงแต่ว่าคู่ความมีต้องนำสืบพิสูจน์ถึงกฎหมายเหล่านั้นเท่านั้น ซึ่งจะได้เห็นได้จากมาตรา 183 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ที่ให้ศาลกำหนดข้อกฎหมายหรือข้อเท็จจริงที่คู่ความฝ่ายหนึ่งยกขึ้นอ้างแต่คู่ความอีกฝ่ายหนึ่งไม่รับไว้เป็นประเด็นข้อพิพาท และมาตรา 225 กับมาตรา 249 ที่กำหนดให้คู่ความต้องยกข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมายในชั้นอุทธรณ์หรือฎีกา

ส่วนอีกฝ่ายหนึ่ง เห็นว่า คำฟ้องเพียงแต่แสดงโดยชัดแจ้งซึ่งสภาพแห่งข้อหาและคำขอบังคับทั้งข้ออ้างที่อาศัยเป็นหลักแห่งข้อหาเช่นนั้นก็ใช้ได้แล้ว เป็นหน้าที่ของศาลที่จะต้องนำกฎหมายมาบังคับใช้กับคดีเอง ส่วนคำให้การจำเลยนั้น การที่จำเลยปฏิเสธฟ้องโจทก์ไม่ว่าจะเป็นข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมาย จำเลยไม่จำเป็นต้องปฏิเสธโดยอ้างบทกฎหมายไว้ในคำให้การ ซึ่งเป็นไปตามนัยคำพิพากษากฎีกา³³ ดังนี้

คำพิพากษากฎีกาที่ 7767/2543 วินิจฉัยว่า “การฟ้องคดีแพ่ง โจทก์เพียงแสดงโดยชัดแจ้งซึ่งสภาพแห่งข้อหาของโจทก์และคำขอบังคับ ทั้งข้ออ้างที่อาศัยเป็นหลักแห่งข้อหาเช่นนั้นเท่านั้น หากจำต้องอ้างบทกฎหมายที่กำหนดให้จำเลยต้องรับผิดชอบตามฟ้องมาด้วยไม่”

คำพิพากษากฎีกาที่ 1062/2537 วินิจฉัยว่า “คดีแพ่งไม่จำเป็นต้องยกบทกฎหมายขึ้นกล่าวอ้าง เพียงแต่บรรยายข้อเท็จจริงและมีคำขอบังคับเป็นการเพียงพอแล้ว ส่วนบทกฎหมายใดจะใช้บังคับกับคดี ย่อมเป็นหน้าที่ของศาลที่จะยกมาปรับแก้คดีเอง”

³³ เพิ่งอ้าง, น. 84-86.

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 879/2509 วินิจฉัยว่า “จำเลยได้กล่าวอ้างข้อเท็จจริงในการต่อสู้คดีไว้ชัดแจ้งแล้ว การจะปรับเข้าบทกฎหมายใด ย่อมตกเป็นหน้าที่ของศาลที่จะยกมาใช้เอง”

สำหรับผู้เขียนเห็นว่า การนำกฎหมายมาบังคับใช้กับคดีนั้นเป็นหน้าที่ของศาล กล่าวคือ หากคู่ความได้กล่าวอ้างโดยชัดแจ้งซึ่งข้อเท็จจริงและคำขอบังคับแล้ว ศาลต้องเป็นผู้ปรับข้อเท็จจริงเข้ากับบทกฎหมายเอง เนื่องจากตามมาตรา 172³⁴ แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งนั้น กำหนดให้ คำฟ้องต้องแสดงโดยแจ้งชัดซึ่งสภาพแห่งข้อหาและคำขอบังคับทั้งข้ออ้างที่อาศัยเป็นหลักแห่งข้อหาเช่นว่านั้น ประกอบกับมาตรา 177 นั้น กำหนดให้คำให้การต้องแสดงเหตุแห่งการยอมรับหรือปฏิเสธโดยชัดแจ้ง ซึ่งมีได้กำหนดให้จำเลยต้องยกข้อกฎหมายขึ้นประกอบคำให้การแต่ประการใด ซึ่งกรณีจะแตกต่างจากคดีอาญา ซึ่งมาตรา 158 (5) แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ที่โจทก์ต้องระบุกฎหมายที่ขอบังคับอย่างชัดเจน อย่างไรก็ตาม หน้าที่ของศาลในการค้นหาข้อกฎหมายมาปรับเข้ากับข้อเท็จจริงในคดีนั้น ต้องอยู่ภายใต้ข้อจำกัดตามกฎหมายบางประการที่ทำให้ศาลไม่อาจยกข้อกฎหมายปรับเข้ากับข้อเท็จจริงในคดีได้ เช่น ในกรณีที่การวินิจฉัยคดีเป็นการนอกฟ้องหรือนอกประเด็นที่พิพาท เป็นต้น ซึ่งผู้เขียนจะได้กล่าวต่อไป

นอกจากนี้ หากคู่ความได้กล่าวอ้างข้อกฎหมายที่จะบังคับใช้กับคดีไว้ ศาลก็มีอำนาจในการที่จะหยิบยกข้อกฎหมายมาปรับเข้ากับข้อเท็จจริงของคดีได้โดยไม่ถูกผูกมัดตามข้อกฎหมายที่คู่ความได้กล่าวอ้าง³⁵ ทั้งนี้ โดยมีแนวคำพิพากษาศาลฎีกาวินิจฉัยไว้ ดังนี้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1011/2545 วินิจฉัยว่า “โจทก์บรรยายฟ้องว่า ที่ดินของโจทก์และจำเลยอยู่ติดกัน โจทก์ใช้ทางพิพาทเข้าออกที่ดินของโจทก์มานานกว่า 10 ปี ไม่มีบุคคลใดคัดค้านทางดังกล่าวจึงเป็นทางภาระจำยอม ต่อมาจำเลย

³⁴ มาตรา 172 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง บัญญัติว่า

“ภายใต้บังคับบทบัญญัติมาตรา 57 ให้โจทก์เสนอข้อหาของตนโดยทำคำฟ้องเป็นหนังสือยื่นต่อศาลชั้นต้น

คำฟ้องต้องแสดงโดยแจ้งชัดซึ่งสภาพแห่งข้อหาของโจทก์และคำขอบังคับ ทั้งข้ออ้างที่อาศัยเป็นหลักแห่งข้อหาเช่นว่านั้น

ให้ศาลตรวจคำฟ้องนั้นแล้วสั่งให้รับไว้ หรือให้ยกเสีย หรือให้คืนไป ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 18”

³⁵ นันทศักดิ์ บัวงาม, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 10, น. 86-88.

ได้รื้อเสาไว้แนวเขตเดิมแล้วนำมาปักไว้ในทางพิพาท ทำให้ทางพิพาทแคบลง เป็นเหตุให้โจทก์ใช้รถยนต์ผ่านที่ดินเข้าออกที่ดินของโจทก์ไม่ได้ตามปกติ ขอให้จำเลยรื้อถอนเสาไว้ออกไป แม้โจทก์จะระบุในคำฟ้องผิดพลาดว่า เป็นทางภาระจำยอม ก็ไม่ใช่สาระสำคัญถึงขนาดที่จะทำให้คำฟ้องเสียไป ส่วนทางพิพาทที่ถูกต้องจะเป็นทางอะไรนั้น เป็นหน้าที่ของศาลจะต้องปรับบทกฎหมายเข้ากับข้อเท็จจริงเอง เมื่อทางพิจารณาได้ความว่าเป็นทางสาธารณะ ศาลมีอำนาจวินิจฉัยว่าทางพิพาทเป็นทางสาธารณะได้”

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2223/2539 วินิจฉัยว่า “เมื่อโจทก์ชำระหนี้แก่ธนาคารแทนจำเลยตามที่จำเลยขอรับรองโดยจำเลยรับจะชำระเงินคืนโจทก์ และธนาคารผู้เป็นเจ้าหนี้ของจำเลยก็ยอมรับชำระหนี้แล้ว จำเลยจึงต้องใช้เงินคืนโจทก์ตามข้อสัญญาที่โจทก์และจำเลยได้ตกลงกันไว้ ส่วนที่โจทก์บรรยายฟ้องว่า โจทก์อยู่ในฐานะผู้ค้าประกันอันจะรับช่วงสิทธิมาฟ้องไล่เบี้ยจำเลยได้นั้น เป็นเพียงการสำคัญผิดในฐานะของโจทก์ซึ่งมิใช่ข้อสาระสำคัญ เพราะโจทก์ได้บรรยายไว้ในคำฟ้องอย่างละเอียดชัดเจนว่าโจทก์ได้ชำระเงินกู้ที่ค้างชำระแทนจำเลย และขอให้ศาลบังคับจำเลยชำระหนี้ที่โจทก์ชำระแทนไปดังกล่าวแก่โจทก์ เมื่อคำฟ้องและทางนำสืบของโจทก์แสดงให้เห็นโดยชัดแจ้งถึงข้อเท็จจริงที่ปรากฏอย่างใดแล้ว ย่อมเป็นหน้าที่ของศาลที่จะปรับบทกฎหมายให้ถูกต้องว่าโจทก์มีสิทธิเรียกให้จำเลยชำระเงินคืนในฐานใดตามกฎหมาย”

2.3.3.2 ข้อจำกัดการนำกฎหมายมาบังคับใช้กับคดีของศาล

ในคดีแพ่งและพาณิชย์นั้น แม้ว่าศาลจะมีอำนาจนำกฎหมายมาบังคับใช้กับข้อเท็จจริงได้เองโดยไม่ต้องถูกผูกมัดให้บังคับเฉพาะกฎหมายที่คู่ความได้ยกขึ้นกล่าวอ้างก็ตาม แต่อำนาจของศาลดังกล่าวก็มีข้อจำกัดอยู่ว่า การบังคับใช้กฎหมายที่ศาลยกขึ้นเองนั้นจะต้องไม่มีผลเป็นว่าศาลสามารถที่จะแก้ไขเปลี่ยนแปลงประเด็นข้อพิพาทแห่งคดีได้ และการยกข้อกฎหมายขึ้นเองนั้นสามารถบังคับใช้เฉพาะกับข้อเท็จจริงที่ปรากฏอยู่ในคดีเท่านั้น จะนำมาปรับใช้นอกเหนือคำขอของคู่ความมิได้

ประเด็นข้อพิพาทแห่งคดี เกิดขึ้นจากข้อหาและข้อต่อสู้รวมตลอดถึงพยานหลักฐานต่างๆ ของคู่ความ อันเป็นกรอบในการพิจารณาพิพากษาคดีของศาล ซึ่งจะเห็นได้จากหลักเกณฑ์ในการทำคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาล ที่จะต้องมีรูปแบบและเนื้อหาถูกต้องตามที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง โดยในด้านของรูปแบบนั้น คำ

พิพากษาหรือคำสั่งของศาลจะต้องมีรูปแบบตามบทบัญญัติในมาตรา 141 ส่วนในด้านเนื้อหา นั้นจะต้องอยู่ในกรอบตามที่กฎหมายกำหนดไว้ในมาตรา 142 ที่กำหนดหลักเกณฑ์ให้คำพิพากษา หรือคำสั่งต้องไม่นอกเหนือไปจากประเด็นข้อพิพาท หรือคำขอของคู่ความ ซึ่งในที่นี้จะศึกษา เฉพาะหลักเกณฑ์ในการทำคำพิพากษาของศาลในด้านของเนื้อหา อันจะนำไปสู่การวิเคราะห์ หลักเกณฑ์ที่ศาลใช้ในการยกปัญหาข้อกฎหมายในพระราชบัญญัติการรับชนของทางทะเล พ.ศ. 2534 ขึ้นวินิจฉัยได้เอง

(1) หลักเกณฑ์ในการทำพิพากษาของศาล

หลักเกณฑ์ในการทำคำพิพากษาของศาลในคดีแพ่งและพาณิชย์ทั่วไปนั้นปรากฏอยู่ในมาตรา 142³⁶ แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ซึ่งวางหลักไว้ว่า การที่

³⁶ มาตรา 142 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง บัญญัติว่า

“คำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลที่ชี้ขาดตัดสินคดีต้องตัดสินตามข้อหาในคำฟ้องทุกข้อ แต่ห้ามมิให้พิพากษาหรือทำคำสั่งให้สิ่งใดๆ เกินไปกว่าหรือนอกจากที่ปรากฏในคำฟ้องเว้นแต่

(1) ในคดีฟ้องเรียกสงฆ์หรือทรัพย์ ให้พึงเข้าใจว่าเป็นประเภทเดียวกับฟ้องขอให้ขับไล่ จำเลย ถ้าศาลพิพากษาให้โจทก์ชนะคดี เมื่อศาลเห็นสมควร ศาลจะมีคำสั่งให้ขับไล่จำเลยก็ได้ คำสั่งเช่นนี้ให้ใช้บังคับตลอดถึงวงศ์ญาติทั้งหลายและบริวารของจำเลยที่อยู่บนอสังหาริมทรัพย์ นั้น ซึ่งไม่สามารถแสดงอำนาจพิเศษให้ศาลเห็นได้

(2) ในคดีที่โจทก์ฟ้องเรียกทรัพย์ใดๆ เป็นของตนทั้งหมด แต่พิจารณาได้ความว่าโจทก์ ควรได้แต่ส่วนแบ่ง เมื่อศาลเห็นสมควร ศาลจะพิพากษาให้โจทก์ได้รับแต่ส่วนแบ่งนั้นก็ได้

(3) ในคดีที่โจทก์ฟ้องขอให้ชำระเงินพร้อมด้วยดอกเบี้ยจนถึงวันฟ้อง เมื่อศาล เห็นสมควร ศาลจะพิพากษาให้จำเลยชำระเงินพร้อมด้วยดอกเบี้ยจนถึงวันที่ได้ชำระเสร็จตามคำ พิพากษาก็ได้

(4) ในคดีที่โจทก์ฟ้องเรียกค่าเช่าหรือค่าเสียหายอันต่อเนื่องกันจนถึงวันฟ้อง เมื่อศาล เห็นสมควร ศาลจะพิพากษาให้ชำระค่าเช่าและค่าเสียหายเช่นนี้จนถึงวันที่ได้ชำระเสร็จตามคำ พิพากษาก็ได้

(5) ในคดีที่อาจยกข้อกฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนขึ้นอ้างได้ นั้น เมื่อศาลเห็นสมควร ศาลจะยกข้อเหล่านั้นขึ้นวินิจฉัยและพิพากษาคดีไปได้

(6) ในคดีที่โจทก์ฟ้องขอให้ชำระเงินพร้อมดอกเบี้ยซึ่งมิได้มีข้อตกลงกำหนดอัตรา ดอกเบี้ยกันไว้ เมื่อศาลเห็นสมควร โดยคำนึงถึงเหตุสมควร และความสุจริตในการรู้ความหรือการ

ศาลจะยกข้อกฎหมายของศาลที่จะนำมาบังคับใช้ในคดีจะต้องไม่ทำให้ประเด็นข้อพิพาทแห่งคดีเปลี่ยนแปลงไป และห้ามมิให้พิพากษาหรือทำคำสั่งให้สิ่งใดๆ เกินไปกว่าหรือนอกจากที่ปรากฏในคำฟ้อง ซึ่งหมายความว่า ศาลจะต้องตัดสินคดีตามข้อหาในคำฟ้องทุกข้อ และไม่พิพากษาเกินไปกว่าหรือนอกจากที่ปรากฏในคำฟ้อง อันเป็นการจำกัดอำนาจของศาลนั่นเอง

บทบัญญัติในมาตรา 142 นี้ เป็นการวางหลักเกณฑ์ในการทำคำพิพากษาที่สำคัญ กล่าวคือ ในการทำคำพิพากษานั้นจะต้องมีกรอบอำนาจของศาลที่ชัดเจนและศาลจะต้องปฏิบัติหน้าที่ภายในกรอบที่กฎหมายกำหนด เพื่อให้คู่ความได้ทราบล่วงหน้าว่าอำนาจของศาลในการทำคำพิพากษานั้นมีอยู่เพียงใด โดยกรอบที่กฎหมายกำหนดไว้เป็นหลักในการทำคำพิพากษาตามมาตรา 142 วรรคแรก มีหลักการสำคัญ 2 ประการ ดังนี้

- (1.1) ศาลต้องวินิจฉัยชี้ขาดตามประเด็นแห่งคดี
- (1.2) ศาลต้องพิพากษาหรือทำคำสั่งไม่เกินคำขอ

(1.1) ศาลต้องวินิจฉัยชี้ขาดตามประเด็นแห่งคดี

“ประเด็นแห่งคดี” ที่ศาลต้องวินิจฉัยนั้น พิจารณาจากคำฟ้องของโจทก์ว่ากล่าวอ้างสภาพแห่งข้อหา ข้ออ้างอันอาศัยเป็นหลักแห่งข้อหา และคำขอท้ายฟ้องว่ามีอย่างไร ทั้งนี้เป็นไปตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 172³⁷ และจำเลยกล่าวอ้างเหตุใดขึ้นต่อสู้ในคำให้การ ซึ่งศาลจะต้องวินิจฉัยไปตามข้ออ้างและเหตุเหล่านั้น ศาลจะวินิจฉัยนอกเหนือจากข้ออ้างในคำฟ้อง หรือเหตุแห่งการปฏิเสธที่กำหนดในคำให้การไม่ได้

ทั้งนี้ ข้ออ้างที่ปรากฏในคำฟ้องหรือคำให้การ ศาลต้องได้กำหนดไว้เป็นประเด็นข้อพิพาทไว้ในวันชี้สองสถาน หรือในวันสืบพยานในกรณีที่ไม่มีกรณีสองสถาน ศาลจึงจะสามารถ

ดำเนินคดี ศาลจะพิพากษาให้จำเลยชำระดอกเบี้ยในอัตราที่สูงขึ้นกว่าที่โจทก์มีสิทธิได้รับตามกฎหมาย แต่ไม่เกินร้อยละสิบห้าต่อปี นับแต่วันฟ้องหรือวันอื่นหลังจากนั้นก็ได้”

³⁷ มาตรา 172 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง บัญญัติว่า

“ภายใต้บังคับบทบัญญัติมาตรา 57 ให้โจทก์เสนอข้อหาของตนโดยทำคำฟ้องเป็นหนังสือยื่นต่อศาลชั้นต้น

คำฟ้องต้องแสดงโดยแจ้งชัดซึ่งสภาพแห่งข้อหาของโจทก์และคำขอบังคับ ทั้งข้ออ้างที่อาศัยเป็นหลักแห่งข้อหาเช่นนั้น

ให้ศาลตรวจคำฟ้องนั้นแล้วสั่งให้รับไว้ หรือให้ยกเสีย หรือให้คืนไป ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 18”

วินิจฉัยประเด็นดังกล่าวได้ ในกรณีที่คำฟ้องหรือคำให้การกำหนดประเด็นข้อพิพาทชัดเจน การพิจารณาว่าคำพิพากษานั้นเป็นการนอกฟ้อง นอกประเด็นหรือไม่ก็สามารถทำได้โดยง่าย³⁸ หรือข้อเท็จจริงใดเป็นที่ยุติแล้วก็ไม่เป็นประเด็นข้อพิพาทที่ศาลจำต้องวินิจฉัย ข้ออ้างหรือคำฟ้องหรือข้อต่อสู้ใดที่จำเลยยกขึ้นต่อสู้ไว้ในคำให้การ หากต่อมา มีการสละข้อต่อสู้นั้นไป หรือศาลไม่ได้กำหนดเป็นประเด็นข้อพิพาทไว้ ก็ต้องถือว่าข้ออ้างหรือคำให้การส่วนนั้นไม่เป็นประเด็นที่ศาลจะต้องวินิจฉัยอีกต่อไป

หากประเด็นใดที่มีได้มีการกล่าวอ้างไว้ในคำฟ้อง หรือมีแต่จำเลยมิได้ต่อสู้ในประเด็นดังกล่าว แม้ศาลจะกำหนดเป็นประเด็นข้อพิพาทไว้ ก็ไม่ถือว่าเป็นประเด็นข้อพิพาทที่ศาลสามารถวินิจฉัยได้ เพราะเป็นประเด็นข้อพิพาทที่เกิดขึ้นโดยไม่ชอบ

(1.2) ศาลต้องพิพากษาหรือทำคำสั่งไม่เกินคำขอ

นอกจากคำพิพากษาของศาลจะต้องมาจากการวินิจฉัยไม่เกินประเด็นแห่งคดีแล้ว ศาลจะต้องพิพากษาไม่เกินคำขออีกด้วย โดยหลัก “คำขอ” จะพิจารณาจากคำขอท้ายฟ้องของโจทก์ ศาลจะพิพากษาเกินกว่าที่โจทก์ขอมาในคำฟ้องไม่ได้ แม้ในทางพิจารณา ศาลจะพิจารณาได้ตามความตามนั้นก็ตาม

นอกจากนี้ หากสิ่งที่โจทก์ขอมาในคำฟ้องเป็นสิ่งที่ไม่สามารถปฏิบัติได้ ศาลก็จะไม่พิพากษาให้ เพราะคำพิพากษาของศาลมีหลักสำคัญประการหนึ่ง คือ ต้องปฏิบัติได้³⁹ เช่น โจทก์ฟ้องขอให้ศาลแสดงว่าที่พิพาททั้งหมดเป็นสิทธิแก่โจทก์ แต่ในชั้นพิจารณาได้ความว่าที่พิพาทเป็นของโจทก์และน้องสาวเป็นคนละครึ่ง โดยแบ่งกันครอบครองเป็นสัดส่วน เมื่อน้องสาวโจทก์ไม่ได้มอบอำนาจให้โจทก์ฟ้องและส่วนของโจทก์ก็ไม่ปรากฏในแบบที่พิพาทว่ามีเขตเพียงใด ศาลย่อมไม่พิพากษา หรือแสดงสิทธิให้แก่โจทก์ (คำพิพากษาฎีกาที่ 68/2486)

อย่างไรก็ตาม การที่ศาลมีคำสั่ง หรือคำพิพากษาตามที่กฎหมายสารบัญญัติให้ดุลพินิจ หรือให้อำนาจไว้ไม่ถือว่าเป็นการทำคำสั่ง หรือคำพิพากษาเกินคำขอ เช่น ระหว่างโจทก์อุปสมบทเป็นพระภิกษุ จำเลยพยายามถ่ายอินทรีพียุสหลายรายการไปจากโจทก์ และอยู่กินฉันสามีภริยากับ พ. โดยเปิดเผยในระหว่างที่จำเลยยังคงเป็นภริยาโจทก์ และการที่จำเลยมิได้ดูแลเอาใจใส่โจทก์เท่าที่ควรในขณะที่โจทก์อุปสมบทเป็นพระภิกษุ ล้วนเป็นการทำการปฏิบัติต่อการ

³⁸ อุดม เฟื่องฟู, คำอธิบายกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ภาค 1, (กรุงเทพมหานคร : สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2543), น.127-129.

³⁹ ปิติกุล จีระมงคลพาณิชย์, คำอธิบายกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ภาค 1-ภาค 2, พิมพ์ครั้งที่ 1, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2544), น. 284.

เป็นสามีภริยากันอย่างร้ายแรง และมีได้ให้ความช่วยเหลืออุปการะเลี้ยงดูอีกฝ่ายหนึ่งตามสมควร โจทก์จึงฟ้องหย่าจำเลยได้ และเมื่อศาลพิพากษาให้โจทก์และจำเลยหย่าขาดจากการสมรสแล้ว ศาลย่อมมีอำนาจกำหนดค่าอุปการะเลี้ยงดูบุตรผู้เยาว์ได้ แม้ไม่มีคู่ความฝ่ายใดยกขึ้นกล่าวอ้าง ไม่เป็นการพิพากษาเกินคำขอ (คำพิพากษาฎีกาที่ 3494/2547)

กรณีที่ศาลพิพากษาเกินคำฟ้องหรือคำขอหรือไม่ มีคำพิพากษาฎีกาที่น่าสนใจ ดังนี้

คำพิพากษาฎีกาที่ 6826/2544 “คดีนี้โจทก์มีคำขอท้ายฟ้องให้จำเลย ชดใช้ราคาสินค้าเป็นเงินไทย ที่ศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่าง ประเทศกลาง พิพากษาให้จำเลยชำระเป็นเงินต่างประเทศ เป็นการพิพากษา นอกจากที่ปรากฏในคำฟ้องจึงไม่ถูกต้อง และเห็นสมควรแก้ไข ปัญหาดังกล่าว เป็นปัญหาข้อกฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน ศาลฎีกา แผนกคดีทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศมีอำนาจยกขึ้นวินิจฉัย แม้ไม่มีคู่ความฝ่ายใดอุทธรณ์”

คำพิพากษาฎีกาที่ 1618/2538 “คำว่าสภาพแห่งข้อหาที่บัญญัติไว้ใน ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 172 วรรคสอง หมายถึงเหตุหรือ สิทธิของโจทก์ที่ขอให้ศาลบังคับเอาแก่จำเลยว่าโจทก์มีสิทธิหรือเหตุผลอย่างไร เหนือจำเลย เมื่อโจทก์บรรยายฟ้องว่าจำเลยที่ 1 ข่ายรถยนต์พิพาท และส่งมอบ รถแก่โจทก์โดยชำระราคาครบถ้วนแล้วจำเลยทั้งสองร่วมกันกระทำความเสียหาย แก่โจทก์ โดยปรากฏต่อมาว่าจำเลยที่ 2 เป็นผู้ซื้อเป็นเจ้าของในเอกสารคู่มือจดทะเบียนรถทำให้โจทก์ไม่สามารถจดทะเบียนรถเป็นชื่อของโจทก์ จึงขอให้เพิกถอนชื่อจำเลยที่ 2 ออกแล้วใส่ชื่อโจทก์แทน เป็นการบรรยายโดยแจ้งชัดซึ่งสภาพ แห่งข้อหาและคำขอบังคับทั้งข้ออ้างที่อาศัยเป็นหลักแห่งข้อหาแล้ว หากจำต้อง บรรยายว่าจำเลยทั้งสองร่วมกันกระทำอย่างไร ให้มีรายละเอียดกว่านี้ไม่ เพราะ เป็นเรื่องที่โจทก์นำสืบในชั้นพิจารณาได้ พิพากษาให้จำเลยที่ 2 ไปดำเนินการ ถอนชื่อออกจากทะเบียนรถยนต์พิพาท หากไม่ปฏิบัติตามให้ถือเอาคำพิพากษา แทนการแสดงเจตนา ไม่เป็นการพิพากษาเกินคำขอ”

คำพิพากษาฎีกาที่ 2061/2529 “โจทก์ฟ้องขอให้เปิดทางจำเป็นเรียก ค่าเสียหายฐานละเมิดจำเลย และจำเลยร่วมต่อสู้ว่าทางพิพาทไม่ใช่ทางจำเป็น จำเลยมีสิทธิปิดทางพิพาท การกระทำของจำเลยไม่เป็นละเมิด ประเด็นแห่งคดี

ไม่มีเรื่องค่าทดแทนอันเกิดจากการใช้ทางจำเป็นเลย จำเลยร่วมขอที่จะว่ากล่าวเอาแต่โจทก์ ในเรื่องค่าทดแทนอีกคดีหนึ่งต่างหาก ที่ศาลพิพากษาให้โจทก์เสียค่าทดแทนในการใช้ทางพิพาทให้แก่จำเลยร่วมเจ้าของที่ดิน จึงเป็นการนอกประเด็นแห่งคดีไม่ชอบด้วยมาตรา 142”

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1856/2528 “ศาลชั้นต้นกำหนดประเด็นข้อพิพาทไว้เพียงประเด็นเดียวว่า หนังสือสัญญาที่โจทก์นำมาฟ้อง เป็นสัญญาปลอมหรือไม่ ดังนี้ เมื่อศาลอุทธรณ์ฟังว่า หนังสือสัญญากู้ดังกล่าวไม่ใช่สัญญาปลอมแล้ว จะวินิจฉัยว่าเป็นการแปลงหนี้ใหม่ตามสัญญากู้ไม่สมบูรณ์ เพราะไม่ระบุจำนวนเงิน โจทก์นำบุคคลมาสืบเพิ่มเติมข้อความในสัญญากู้ต้องห้ามมิให้รับฟังหาได้ไม่ เพราะเป็นการวินิจฉัยนอกประเด็นข้อพิพาท”

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 341/2526 “คดีแพ่งเมื่อคำฟ้องของโจทก์บรรยายข้อเท็จจริงชัดแจ้งแล้ว ศาลมีหน้าที่ยกตัวบทกฎหมายขึ้นปรับแก้คดีเอง โจทก์บรรยายข้อเท็จจริงให้เห็นว่าจำเลยที่ 1 เป็นข้าราชการ มีหน้าที่ขบถยนต์ของจำเลยที่ 2 ซึ่งเป็นนิติบุคคลตามกฎหมาย ย่อมแปลได้ว่าจำเลยที่ 1 เป็นผู้แทนของจำเลยที่ 2 จำเลยที่ 2 ซึ่งเป็นนิติบุคคล จึงต้องร่วมรับผิดชอบด้วยกับจำเลยที่ 1 ซึ่งเป็นผู้แทนในมูลละเมิดที่จำเลยที่ 1 ได้กระทำไปตามมาตรา 76 ดังนั้น การที่ศาลวินิจฉัยให้จำเลยที่ 2 ร่วมรับผิดชอบกับจำเลยที่ 1 จึงไม่เป็นการวินิจฉัยนอกฟ้อง”

(2) ข้อยกเว้นของหลักเกณฑ์ในการทำคำพิพากษา

ข้อยกเว้นของหลักเกณฑ์ในการทำคำพิพากษามีทั้งหมด 6 กรณีด้วยกัน ตามมาตรา 142 (1) – (6) แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ซึ่งในที่นี้จะขอล่าวเฉพาะข้อยกเว้นที่เกี่ยวข้องโดยตรงกับปัญหาเรื่องข้อกฎหมายในคดีรับขนของทางทะเลที่ศาลสามารถยกขึ้นวินิจฉัยได้เองที่ผู้เขียนกำลังทำการศึกษาอยู่นี้ ได้แก่ ข้อยกเว้นตามมาตรา 142 (5)⁴⁰ ซึ่งวางหลักไว้ว่า ในกรณีที่ศาลเห็นสมควร ศาลอาจยกข้อกฎหมายอันเกี่ยวข้องด้วยความสงบเรียบร้อยของ

⁴⁰ มาตรา 142 (5) แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง บัญญัติว่า

“คำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลที่ชี้ขาดตัดสินคดีต้องตัดสินตามข้อหาในคำฟ้องทุกข้อ แต่ห้ามมิให้พิพากษาหรือทำคำสั่งให้สิ่งใดๆ เกินไปกว่าหรือนอกจากที่ปรากฏในคำฟ้องเว้นแต่... (5) ในคดีที่อาจยกข้อกฎหมายอันเกี่ยวข้องด้วยความสงบเรียบร้อยของประชาชนขึ้นอ้างได้นั้น เมื่อศาลเห็นสมควร ศาลจะยกข้อเหล่านั้นขึ้นวินิจฉัยและพิพากษาคดีไปก็ได้”

ประชาชนขึ้นวินิจฉัยและพิพากษาคดีได้เองแม้คู่ความมิได้ร้องขอ หรือการวินิจฉัยจะเป็นการนอกประเด็นที่พิพาทก็ตาม

ข้อยกเว้นของหลักเกณฑ์การทำคำพิพากษาของศาลมีหลักอยู่ว่า กรณีที่ศาลจะยกขึ้นวินิจฉัยได้เองต้องเป็นกรณีที่เป็นข้อกฎหมายเท่านั้น ข้อเท็จจริงต่างๆ ที่ยุติไปแล้วไม่ว่าเป็นประการใดๆ ศาลจะยกขึ้นมาพิจารณาไม่ได้ และที่สำคัญปัญหาข้อกฎหมายนั้นต้องได้มาจากข้อเท็จจริงที่ถูกต้องตามวิธีพิจารณาคดีเท่านั้น

ปัญหาข้อกฎหมาย คือ ข้อเท็จจริงที่ยุติไปในทางใดทางหนึ่ง เหลือเพียงแต่ว่าผลตามกฎหมายของข้อเท็จจริงที่ยุตินั้นเป็นอย่างไร ศาลอาจวินิจฉัยไปได้เลยโดยอาศัยความรู้ทางกฎหมายของศาลเอง ไม่จำเป็นต้องอาศัยพยานหลักฐาน⁴¹

การกล่าวอ้างข้อเท็จจริงส่วนใดส่วนหนึ่งมาให้ศาลวินิจฉัยเพื่อฟังไปอย่างหนึ่งอย่างใดนอกเหนือจากที่ศาลได้ฟังไว้แล้ว หรือกรณีที่มีการกล่าวอ้างข้อเท็จจริงมาเพื่อให้บิดเบือนผลเป็นข้อกฎหมาย ไม่ใช่ข้อกฎหมายแต่เป็นข้อเท็จจริง

นอกจากนี้ ข้อกฎหมายที่ศาลสามารถยกขึ้นวินิจฉัยได้เอง ต้องเป็นข้อกฎหมายอันเกี่ยวข้องด้วยความสงบเรียบร้อยของประชาชน ซึ่งความหมายของคำว่า “ความสงบเรียบร้อยของประชาชน” นั้น มิได้มีการบัญญัติไว้ชัดเจน อย่างไรก็ตาม นักกฎหมายบางท่านได้อธิบายถึงความหมายของคำว่า “ความสงบเรียบร้อยของประชาชน” ไว้ดังนี้

- พระยาเทพวิฑูร⁴² ได้อธิบายไว้ว่า

“การที่จะวินิจฉัยว่าบทบัญญัติข้อใดจะต้องด้วยลักษณะที่เรียกว่าเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนนั้น ปัญหาข้อนี้จะวางหลักโดยเฉียบขาดหาได้ไม่ กฎหมายซึ่งเกี่ยวข้องกับผลประโยชน์ของมหาชนโดยทั่วไป ไม่ใช่เกี่ยวแก่คู่กรณีโดยเฉพาะแล้ว นับอยู่ในพวกที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน ที่ว่ากฎหมายเกี่ยวข้องกับผลประโยชน์มหาชนนั้น คือกฎหมายทั้งหลายซึ่งนับเนื่องอยู่ในพวกที่เรียกว่า กฎหมายมหาชน แม้ในกฎหมายที่อยู่ในพวกกฎหมายเอกชนก็ยังมีบทที่นับว่าเกี่ยวข้องกับผลประโยชน์ของมหาชนอยู่มาก มีอาทิเช่น บทบัญญัติเกี่ยวกับสภาพและความสามารถของ

⁴¹ ธาณี สิงหนาท, คู่มือการศึกษพยานหลักฐานคดีแพ่งและคดีอาญา, พิมพ์ครั้งที่ 5, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์พลสยาม, 2549), น.1.

⁴² พระยาเทพวิฑูร (บุญช่วย วณิกกุล), คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 1-2 มาตรา 1 ถึง 240, (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์ไทยพิทยา, 2502), น. 407-408.

บุคคล บทบัญญัติว่าด้วยครอบครัวและอำนาจในครอบครัว บทบัญญัติในเรื่อง
ทรัพย์สินหรือเกี่ยวกับเศรษฐกิจ บทบัญญัติเพื่อป้องกันผลประโยชน์ของ
บุคคลภายนอก เหล่านี้เป็นต้น”

- ท่านศาสตราจารย์ ดร.จิต เศรษฐบุตร⁴³ ได้อธิบายไว้ว่า

“ความสงบเรียบร้อยของประชาชน คือ ข้อห้ามซึ่งสังคมบังคับแก่เอกชน
เพื่อสังคมจะได้ดำรงอยู่ได้เพื่อคุ้มครองปกป้องรักษาเอกชนซึ่งอยู่ในสังคมนั้นเอง”

ทั้งนี้ วิธีแยกแยะว่าข้อกฎหมายใดเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน โดย
หลักก็คือพิจารณาว่า ข้อกฎหมายดังกล่าวเป็นข้อกฎหมายในส่วนที่เกี่ยวกับกฎหมายมหาชนหรือ
กฎหมายเอกชน หากข้อกฎหมายดังกล่าวเกี่ยวข้องกับกฎหมายมหาชน ก็เป็นข้อกฎหมายอันเกี่ยว
ด้วยความสงบเรียบร้อยของประชาชน⁴⁴

ในกรณีที่ข้อกฎหมายนั้นเป็นข้อกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายเอกชน ก็ต้อง
พิจารณาต่อไปอีกว่า บทบัญญัติของกฎหมายเอกชนนั้น เปิดโอกาสให้คู่กรณีตกลงกันเป็นอย่าง
อื่นหรือไม่ หากบทบัญญัติดังกล่าวไม่เปิดโอกาสให้คู่ความตกลงยกเว้นกันเป็นอย่างอื่น ข้อ
กฎหมายนั้นก็เป็นข้อกฎหมายอันเกี่ยวด้วยความสงบเรียบร้อยของประชาชน ที่ศาลสามารถยกขึ้น
วินิจฉัยได้เอง เมื่อศาลเห็นสมควร ยกตัวอย่างเช่น เรื่องแบบของนิติกรรมตามประมวลกฎหมาย
แพ่งและพาณิชย์นั้น คู่ความไม่สามารถตกลงยกเว้นกันเป็นอย่างอื่นได้ เช่นนี้เป็นปัญหาข้อ
กฎหมายอันเกี่ยวด้วยความสงบเรียบร้อยของประชาชน

แต่หากบทบัญญัติของกฎหมายเอกชนนั้น เปิดโอกาสให้คู่กรณีตกลงกันเป็น
อย่างอื่นได้ ข้อกฎหมายดังกล่าวก็ไม่เป็นข้อกฎหมายอันเกี่ยวด้วยความสงบเรียบร้อยของ
ประชาชน ศาลไม่อาจยกข้อกฎหมายดังกล่าวขึ้นวินิจฉัยเองได้ หากคู่ความมิได้ยกขึ้นกล่าวอ้างไว้
ในคำฟ้อง หรือคำให้การ ยกตัวอย่างเช่น บทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์
ลักษณะเช่าซื้อ บัญญัติว่า หากมิได้ตกลงกันไว้เป็นอย่างอื่น ถ้าผิดนัดสองงวดให้ถือว่าผิดสัญญา
เช่าซื้อ เช่นนี้คู่ความอาจตกลงยกเว้นเปลี่ยนแปลงว่า การผิดนัดเพียงงวดเดียว ถือเป็นการผิด
สัญญาเช่าซื้อก็ได้

นอกจากนี้ หลักในการพิจารณาว่าข้อกฎหมายใดเป็นข้อกฎหมายอันเกี่ยวด้วย
ความสงบเรียบร้อยของประชาชนหรือไม่ ก็ต้องพิจารณาจากบทบัญญัติของกฎหมายวิธีพิจารณา

⁴³ จิต เศรษฐบุตร, คำอธิบายหลักกฎหมายแพ่งลักษณะนิติกรรมและหนี้, (คณะกรรมการ
บริหารทางวิชาการ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2538), น. 16.

⁴⁴ อุดม เฟื่องฟู, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 38, น. 127-129.

ความนั้นว่าได้กำหนดหลักเกณฑ์ไว้หรือไม่ และหากคู่ความ หรือศาลไม่ปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ดังกล่าวจะทำให้ผลของคดีเปลี่ยนแปลงไปหรือไม่ หากทำให้ผลของคดีเปลี่ยนแปลงไปแล้ว ปัญหาข้อกฎหมายวิธีพิจารณาความนั้น ก็เป็นปัญหาข้อกฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน เช่น เรื่องอำนาจฟ้อง ฟ้องซ้ำ ฟ้องซ้อน เป็นต้น แต่การฟ้องเคลือบคลุมไม่ใช่ปัญหาข้อกฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน เนื่องจากคำฟ้องของโจทก์นั้น จำเลยจะเข้าใจได้ดีหรือไม่ก็อยู่ที่ตัวจำเลย หากจำเลยเข้าใจแล้วศาลจะไม่เข้าใจไม่ได้

ผู้เขียนขอยกตัวอย่างคำพิพากษาที่น่าสนใจเกี่ยวกับกรณีที่ศาลยกข้อกฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนขึ้นวินิจฉัยเอง มีดังนี้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4933/2541 “ปัญหาสิทธิในการบังคับคดี เป็นปัญหาเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน แม้คู่ความมิได้ฎีกาขึ้นมา ศาลฎีกาก็มีอำนาจยกขึ้นวินิจฉัย”

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1514/2538 “การนำสืบพยานบุคคลเพื่อเปลี่ยนแปลงแก้ไขข้อความในสัญญาซื้อขาย ต้องห้ามมิให้รับฟังตามมาตรา 94 (ข) แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง เป็นข้อกฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน ซึ่งศาลเห็นสมควรยกขึ้นวินิจฉัยได้ตามมาตรา 142 (5)”

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 383/2538 “ปัญหาว่าคำให้การของจำเลยก่อให้เกิดประเด็นข้อพิพาทหรือไม่ เป็นปัญหาข้อกฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน แม้ไม่มีคู่ความฝ่ายใดอุทธรณ์ฎีกา ศาลเห็นสมควรหยิบยกขึ้นวินิจฉัยได้”

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5480/2533 “ปัญหาว่าฟ้องของโจทก์เป็นฟ้องซ้ำหรือไม่ เป็นปัญหาข้อกฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน เมื่อศาลเห็นสมควรยกขึ้นวินิจฉัยได้ดังที่บัญญัติไว้ในมาตรา 142 (5) ทั้งข้อเท็จจริงปรากฏในสำนวนความตามที่คู่ความนำสืบถูกต้องตามวิธีพิจารณา ศาลจึงยกขึ้นวินิจฉัยได้ว่าเป็นฟ้องซ้ำหรือไม่”

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2300/2527 “กำหนดระยะเวลาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1375 เป็นระยะเวลาให้สิทธิฟ้องเรียกคืนการครอบครองที่ดิน ไม่ใช่เรื่องอายุความ เพราะอายุความนั้นเป็นเรื่องขณะฟ้องสิทธิเรียกร้องยังมีอยู่ แต่ไม่ใช่สิทธินั้นบังคับเสียภายในระยะเวลาที่กฎหมายกำหนด จึงขาดอายุความห้ามมิให้ฟ้องร้อง แต่ระยะเวลาตามมาตรา 1375 นั้น เมื่อไม่

ฟ้องภายในกำหนด 1 ปี ก็หมดสิทธิครอบครองที่พิพาท อำนาจฟ้องของโจทก์ที่จะเรียกคืนการครอบครองจึงไม่มี โจทก์มีสิทธิฟ้องหรือไม่เป็นปัญหาข้อกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน ศาลยกขึ้นอ้างเองได้ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 142 (5) จำเลยไม่ต้องยกขึ้นต่อสู้”

อย่างไรก็ตาม หากพิจารณาจากตัวบทมาตรา 142 (5) แล้ว จะเห็นได้ว่า แม้ศาลจะสามารถยกข้อกฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนขึ้นวินิจฉัยได้เองโดยที่คู่ความไม่จำเป็นต้องร้องขอก็ตาม แต่ศาลอาจยกข้อกฎหมายดังกล่าวขึ้นวินิจฉัยหรือไม่ก็ได้เนื่องจากบทบัญญัตินี้ ไม่ใช่เป็นบทบังคับให้ศาลต้องปฏิบัติตาม แต่เป็นบทบัญญัติที่เปิดโอกาสให้ศาลใช้ดุลพินิจที่จะยกข้อกฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยขึ้นวินิจฉัย “เมื่อศาลเห็นสมควร” เท่านั้น โดยมีผู้ให้ความเห็นเกี่ยวกับดุลพินิจในการที่จะยกปัญหาข้อกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนขึ้นวินิจฉัยเองโดยศาลว่า ข้อสำคัญต้องดูที่ผล ถ้ายกขึ้นมาแล้วจะเกิดความสงบหรือไม่ ถ้ายกขึ้นมาแล้วกลายเป็นว่าเป็นการก่อความไม่สงบขึ้นก็ไม่น่าใช้ดุลพินิจที่จะยกขึ้นมา⁴⁵ ยกตัวอย่างเช่น

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 989/2533 “การที่จำเลยฎีกาว่าโจทก์ไม่มีอำนาจฟ้อง โดยมีได้ให้การต่อสู้ไว้ในคำให้การนั้น แม้เป็นปัญหาข้อกฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน เมื่อศาลฎีกาไม่เห็นสมควรวินิจฉัยตามนัยแห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 142 (5) ศาลฎีกาไม่รับวินิจฉัย”

อนึ่ง หากคดีอยู่ระหว่างการพิจารณาของศาลอุทธรณ์ หรือศาลฎีกา ศาลอุทธรณ์ หรือศาลฎีกาย่อมสามารถยกปัญหาข้อกฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนขึ้นวินิจฉัยได้ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 142 (5) ประกอบกับมาตรา 246 หรือมาตรา 247 แล้วแต่กรณี ยกตัวอย่างเช่น

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 7032/2545 “สัญญาค้ำประกันที่จำเลยที่ 2 ทำกับโจทก์ระบุว่า จำเลยที่ 2 ยอมเข้าค้ำประกันการชำระหนี้ตามสัญญากู้เบิกเงินเกินบัญชีของจำเลยที่ 1 จำนวน 400,000 บาท และสัญญาจำนองที่ดินของจำเลยที่ 2 ระบุว่าจำเลยที่ 2 ตกลงจำนองที่ดินเป็นประกัน 400,000 บาท จำเลยที่ 2 จึงมีความรับผิดชอบตามสัญญาค้ำประกันและสัญญาจำนองในต้นเงิน 400,000 บาท การที่ศาลล่างทั้งสองให้จำเลยที่ 2 รับผิดชอบร่วมกับจำเลยที่ 1 ในต้นเงิน 441,718.25 บาท จึงเป็นการพิพากษาให้จำเลยที่ 2 รับผิดชอบมากกว่าที่จะต้องรับ

⁴⁵ อุดม เพ็ชรพุ้ง, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 38, น. 231.

ผิดตามกฎหมาย ปัญหานี้เป็นปัญหาอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน แม้คู่ความมิได้ฎีกา ศาลฎีกามีอำนาจยกขึ้นวินิจฉัยได้และแก้ไขให้ถูกต้องได้ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 142 (5) ประกอบด้วยมาตรา 246 และมาตรา 247”

ในกรณีที่คู่ความยกปัญหาข้อกฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนขึ้นมาในชั้นอุทธรณ์ หรือฎีกา โดยที่มิได้มีการว่ากล่าวกันมาในศาลชั้นต้น หรือศาลอุทธรณ์แล้วแต่กรณีมาก่อน ตามที่ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 225 วรรคสอง⁴⁶ และมาตรา 249 วรรคสอง⁴⁷ ให้อำนาจไว้เช่นนี้ กรณีดังกล่าว อาจเกิดปัญหาได้ว่า จำเป็นหรือไม่ที่ศาลอุทธรณ์ หรือศาลฎีกาแล้วแต่กรณี จะต้องยกปัญหาข้อกฎหมายอันเกี่ยวกับความ

⁴⁶ มาตรา 225 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง บัญญัติว่า

“ข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมายที่จะยกขึ้นอ้างในการยื่นอุทธรณ์นั้นคู่ความจะต้องกล่าวไว้โดยชัดแจ้งในอุทธรณ์และต้องเป็นข้อที่ได้ยกขึ้นว่ากันมาแล้วโดยชอบในศาลชั้นต้น ทั้งจะต้องเป็นสาระแก่คดีอันควรได้รับการวินิจฉัยด้วย

ถ้าคู่ความฝ่ายใดมิได้ยกปัญหาข้อใดอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนขึ้นกล่าวในศาลชั้นต้นหรือคู่ความฝ่ายใดไม่สามารถยกปัญหาข้อกฎหมายใดๆ ขึ้นกล่าวในศาลชั้นต้น เพราะพฤติการณ์ไม่เปิดช่องให้กระทำได้ หรือเพราะเหตุเป็นเรื่องที่ไม่ปฏิบัติตามบทบัญญัติว่าด้วยกระบวนการพิจารณาชั้นอุทธรณ์ คู่ความที่เกี่ยวข้องย่อมมีสิทธิที่จะยกขึ้นอ้างซึ่งปัญหาเช่นนั้นได้”

⁴⁷ มาตรา 249 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง บัญญัติว่า

“ข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมายที่จะยกขึ้นอ้างในการยื่นฎีกานั้นคู่ความจะต้องกล่าวไว้โดยชัดแจ้งในฎีกา และต้องเป็นข้อที่ได้ยกขึ้นว่ากันมาแล้วโดยชอบในศาลชั้นต้นและศาลอุทธรณ์ ทั้งจะเป็นสาระแก่คดีอันควรได้รับการวินิจฉัยด้วย การวินิจฉัยว่าข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมายที่เป็นสาระแก่คดีข้อใดไม่ควรได้รับการวินิจฉัยจากศาลฎีกา ให้กระทำโดยความเห็นชอบของรองประธานศาลฎีกาซึ่งประธานศาลฎีกามอบหมาย แต่ทั้งนี้ไม่กระทบถึงอำนาจของประธานศาลฎีกาตามมาตรา 140 วรรคสอง

ถ้าคู่ความฝ่ายใดมิได้ยกปัญหาข้อใดอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนขึ้นกล่าวในศาลชั้นต้นหรือศาลอุทธรณ์หรือคู่ความฝ่ายใดไม่สามารถยกปัญหาข้อกฎหมายใดๆ ขึ้นกล่าวในศาลชั้นต้นหรือศาลอุทธรณ์ เพราะพฤติการณ์ไม่เปิดช่องให้กระทำได้หรือเพราะเหตุเป็นเรื่องที่ไม่ปฏิบัติตามบทบัญญัติว่าด้วยกระบวนการพิจารณาชั้นฎีกา คู่ความที่เกี่ยวข้องย่อมมีสิทธิที่จะยกขึ้นอ้างซึ่งปัญหาเช่นนั้น”

สงบเรียบร้อยของประชาชนขึ้นวินิจฉัยให้ หรือเป็นดุลพินิจของศาลอุทธรณ์ หรือศาลฎีกาที่จะยกปัญหาข้อกฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนขึ้นวินิจฉัยหรือไม่ก็ได้

ตามแนวคำพิพากษาเดิมนั้นถือว่า ศาลอุทธรณ์หรือฎีกาอาจใช้ดุลพินิจไม่รับวินิจฉัยได้ ยกตัวอย่างคำพิพากษาศาลฎีกาในเรื่องนี้ เช่น

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 989/2533 “การที่จำเลยฎีกาว่าโจทก์ไม่มีอำนาจฟ้องโดยมิได้ให้การต่อสู้ไว้ในคำให้การนั้น แม้เป็นปัญหาข้อกฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน เมื่อศาลฎีกาไม่เห็นสมควรวินิจฉัยตามนัยประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 142 (5) ศาลฎีกาไม่รับวินิจฉัย”

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3123/2528 “จำเลยได้ยกปัญหาเรื่องอำนาจฟ้องขึ้นต่อสู้ไว้ในคำให้การ แต่ในชั้นที่สองสถาน ศาลชั้นต้นมิได้กะประเด็นข้อนี้ไว้จำเลยมิได้โต้แย้ง ถือได้ว่าจำเลยได้สละประเด็นข้อนี้แล้ว เท่ากับไม่ได้มีการว่ากล่าวประเด็นนี้ในศาลชั้นต้น แม้จำเลยอาจยกปัญหาข้อนี้ขึ้นอุทธรณ์ได้โดยถือว่าเป็นปัญหาข้อกฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน ก็เป็นข้อกฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน ซึ่งไม่มีฝ่ายใดยกขึ้นว่ากล่าวในศาลชั้นต้น เมื่อเห็นสมควรศาลอุทธรณ์ก็อาจยกขึ้นวินิจฉัยได้เองเช่นกัน หากศาลอุทธรณ์เห็นว่า ข้อกฎหมายดังกล่าวไม่สมควรได้รับวินิจฉัยแล้ว แม้จำเลยจะได้อุทธรณ์ขึ้นไปด้วย ก็ไม่มีเหตุผลที่ศาลอุทธรณ์จะต้องวินิจฉัยให้อีก”

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2004/2527 “เมื่อคดีไม่มีประเด็นว่า ข้อตกลงเกี่ยวกับสภาพการจ้างขัดต่อกฎหมายหรือมีผลใช้บังคับหรือไม่ การที่คู่ความอุทธรณ์ดังกล่าวจึงเป็นอุทธรณ์นอกประเด็น แม้จะเป็นปัญหาอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน เมื่อศาลฎีกาไม่เห็นสมควรจะยกขึ้นวินิจฉัย ก็ไม่วินิจฉัยให้”

ต่อมาได้มีคำพิพากษาศาลฎีกาที่วินิจฉัยออกมาตามแนวที่ว่าปัญหาที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนนั้น ถ้าคู่ความยกขึ้นมาในชั้นอุทธรณ์หรือฎีกาแล้ว ศาลอุทธรณ์หรือศาลฎีกาจะใช้ดุลพินิจไม่รับวินิจฉัยไม่ได้ ยกตัวอย่างคำพิพากษาศาลฎีกาในเรื่องนี้ เช่น

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4008/2539 “ที่จำเลยที่ 2 ฎีกาในข้อกฎหมายว่าโจทก์ไม่มีอำนาจฟ้องเพราะผู้รับมอบอำนาจโจทก์ที่มาฟ้องจำเลยที่ 2 เป็นคดีนี้ได้เคยฟ้องจำเลยที่ 2 ในมูลหนี้รายเดียวกันกับคดีนี้มาครั้งหนึ่งแล้วในคดีแพ่งหมายเลขแดงที่ 4025/2536 ของศาลชั้นต้น โดยในการฟ้องคดีดังกล่าวผู้รับมอบ

อำนาจได้อาศัยหนังสือมอบอำนาจตามเอกสารหมายเลข ๑.๒ ซึ่งเป็นหนังสือมอบอำนาจเฉพาะคดีฟ้องจำเลยที่ ๒ ไปแล้ว ผู้รับมอบอำนาจจึงไม่สามารถนำมาใช้ฟ้องคดีนี้ได้อีก นอกเสียจากจะได้รับมอบอำนาจใหม่เท่านั้น จำเลยที่ ๒ ได้ให้การต่อสู้มาและยกปัญหาและยกปัญหาเรื่องอำนาจฟ้องดังกล่าวซึ่งเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนขึ้นตั้งเป็นประเด็นไว้ในคำแก้อุทธรณ์ การที่ศาลอุทธรณ์ไม่วินิจฉัยให้จึงเป็นการไม่ชอบ พิจารณาคำแล้วเห็นว่า จำเลยที่ ๒ ได้ยกปัญหาเรื่องอำนาจฟ้องตามที่ฎีกามาซึ่งเป็นปัญหาเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนขึ้นว่ากล่าวมาแล้วโดยชอบในศาลชั้นต้นและศาลอุทธรณ์ แม้จำเลยที่ ๒ จะมีได้อุทธรณ์โดยตรงแต่ได้ยกปัญหาเรื่องอำนาจฟ้องเป็นประเด็นไว้ในคำแก้อุทธรณ์ คดีจึงมีประเด็นตามคำแก้อุทธรณ์ ซึ่งศาลอุทธรณ์ต้องวินิจฉัยให้เมื่อศาลอุทธรณ์ไม่วินิจฉัยประเด็นข้อนี้ ศาลฎีกาเห็นสมควรวินิจฉัยไปทีเดียว”

ทั้งนี้ มีผู้ให้ความเห็นว่า ในกรณีที่คู่ความยกปัญหาข้อกฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนขึ้นมาในชั้นอุทธรณ์ หรือฎีกาตามที่ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา ๒๒๕ วรรคสอง และมาตรา ๒๔๙ วรรคสอง ให้อำนาจไว้เช่นนี้ ก็เป็นกรณีที่มิใช่ข้อยกเว้นตามคำฟ้องอุทธรณ์ฎีกา หรือคำแก้อุทธรณ์ฎีกา ในส่วนที่เกี่ยวกับปัญหาข้อกฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนแล้วจึงเป็นกรณีที่น่าจะต้องพิจารณาตามมาตรา ๑๔๒ วรรคแรก คือต้องตัดสินตามข้อหาในคำฟ้องทุกข้อจะใช้ดุลพินิจไม่ได้^{๔๘} โดยมีแนวคำพิพากษาศาลฎีกาดังนี้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๒๔๐๕/๒๕๓๘ “แม้จำเลยมิได้ให้การว่าเช็คพิพาทมีการรวมดอกเบี้ยเกินอัตราตามกฎหมายทบต้นไว้ด้วยเช็คพิพาทจึงเป็นโมฆะทั้งฉบับแต่ท้ายคำให้การก็มีคำขอให้ยกฟ้องโจทก์ในส่วนดอกเบี้ยนี้ด้วย ทั้งเป็นปัญหาอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน จำเลยย่อมมีสิทธิยกขึ้นอ้างในชั้นอุทธรณ์หรือฎีกาได้ และศาลอุทธรณ์หรือศาลฎีกาต้องวินิจฉัยให้ การที่ศาลอุทธรณ์ไม่รับวินิจฉัยให้จึงไม่ชอบ และศาลฎีกาเห็นสมควรวินิจฉัยคดีไปโดยไม่จำต้องย้อนสำนวนไปให้ศาลอุทธรณ์พิจารณาพิพากษาใหม่”

สำหรับผู้เขียนเห็นว่า ในกรณีที่คู่ความยกปัญหาข้อกฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนขึ้นมาในชั้นอุทธรณ์ หรือฎีกาตามที่ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา ๒๒๕ วรรคสอง และมาตรา ๒๔๙ วรรคสอง ให้อำนาจไว้เช่นนี้ ก็เป็นกรณีที่มิ

^{๔๘} อุดม เพ็ญพุ่ม, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ ๓๘, น. ๒๐๘.

ข้อยกเว้นตามคำฟ้องอุทธรณ์ฎีกา หรือคำแก้อุทธรณ์ฎีกา ในส่วนที่เกี่ยวกับปัญหาข้อกฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนแล้วจึงเป็นกรณีที่น่าจะต้องพิจารณาตามมาตรา 142 วรรคแรก คือต้องตัดสินตามข้อหาในคำฟ้องทุกข้อ ศาลอุทธรณ์หรือศาลฎีกาจะใช้ดุลพินิจไม่ได้ โดยผู้เขียนเห็นว่า ปัญหาข้อกฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนนั้น เป็นปัญหาที่มีผลกระทบต่อผลประโยชน์ของประชาชนโดยส่วนรวม แม้ในศาลชั้นต้น หากคู่ความมิได้ยกขึ้นว่ากล่าวกันมาก่อน ศาลก็อาจใช้ดุลพินิจยกขึ้นวินิจฉัยได้เอง ดังนั้น เมื่อคู่ความได้ยกปัญหาข้อกฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนขึ้นว่ากล่าวขึ้นมาในชั้นอุทธรณ์หรือชั้นฎีกา ตามที่มาตรา 225 วรรคสอง และมาตรา 249 วรรคสอง แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งให้อำนาจไว้ ศาลก็ไม่น่าที่จะใช้ดุลพินิจไม่ยกขึ้นวินิจฉัยได้

อนึ่ง ศาลอุทธรณ์ หรือศาลฎีกาจะยกปัญหาข้อกฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนขึ้นวินิจฉัยโดยที่มิได้มีการว่ากล่าวกันมาในศาลชั้นต้น หรือศาลอุทธรณ์แล้วแต่กรณีมาก่อน ตามที่ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 225 วรรคสอง และมาตรา 249 วรรคสอง ให้อำนาจไว้ได้ก็ต่อเมื่อปัญหาข้อกฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนนั้น เกิดจากข้อเท็จจริงในกระบวนการพิจารณาโดยชอบ มิใช่ข้อเท็จจริงนอกประเด็นนอกสำนวนที่ยกมากล่าวอ้างขึ้นใหม่ในชั้นอุทธรณ์และฎีกา ยกตัวอย่างเช่น

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 539/2532 “ผู้ร้องยื่นคำร้องขอให้ตั้ง ท. ทายาทตามพินัยกรรมเป็นผู้จัดการมรดกของผู้ตาย ผู้คัดค้านยื่นคำร้องคัดค้านยอมรับว่า พินัยกรรมพิพาทเป็นพินัยกรรมที่สมบูรณ์เพียงแต่ข้อความที่ถูกขีดฆ่าและต่อเติมไม่สมบูรณ์ ศาลชั้นต้นจึงได้กำหนดประเด็นข้อพิพาทว่า พินัยกรรมส่วนที่มีการขีดฆ่า และเพิ่มข้อความสมบูรณ์ถูกต้องหรือไม่ เมื่อสืบพยานเสร็จ ผู้คัดค้านยื่นคำแถลงว่า ลายมือชื่อในช่องผู้ทำพินัยกรรมเป็นลายมือชื่อปลอม พินัยกรรมพิพาทเป็นพินัยกรรมปลอมทั้งฉบับ คำแถลงของผู้คัดค้านจึงเป็นการกล่าวอ้างนอกประเด็นไม่มีปัญหาที่ศาลชั้นต้นจะต้องวินิจฉัยและการที่ผู้คัดค้านอุทธรณ์ในประเด็นดังกล่าวจึงเป็นการอุทธรณ์ในปัญหาที่มิได้ว่ากล่าวกันในศาลชั้นต้น

ข้อกฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนที่ศาลฎีกาจะยกขึ้นวินิจฉัยนั้น ต้องเกิดจากข้อเท็จจริงในกระบวนการพิจารณาโดยชอบ มิใช่ข้อเท็จจริงนอกประเด็นนอกสำนวนที่ยกมากล่าวอ้างขึ้นใหม่ในชั้นอุทธรณ์และฎีกา”

เมื่อพิจารณาจากคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 539/2532 ดังที่กล่าวข้างต้น ผู้เขียนมีข้อสังเกตว่า การที่คู่ความจะสามารถยกปัญหาข้อกฎหมายอันเกี่ยวข้องกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนขึ้นมาในชั้นอุทธรณ์ หรือฎีกา โดยที่มิได้มีการว่ากล่าวกันมาในศาลชั้นต้น หรือศาลอุทธรณ์แล้วแต่กรณีมาก่อน ตามที่ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 225 วรรคสอง และมาตรา 249 วรรคสอง ให้อำนาจไว้ได้นั้น ข้อที่ยกขึ้นว่ากล่าวต้องมีความเกี่ยวข้องกับประเด็นข้อพิพาทในศาลชั้นต้น หรือศาลอุทธรณ์ด้วย

2.3.3.3 บทสรุปการบังคับใช้กฎหมายในคดีของศาลในประเทศไทย

เมื่อพิจารณาจากแนวคำวินิจฉัยของศาลฎีกา และกฎหมายที่เกี่ยวข้องแล้ว จะพบว่า หลักเกณฑ์การนำกฎหมายมาบังคับใช้ในคดีของศาลไทยนั้น ศาลมีอำนาจที่จะหยิบยกข้อกฎหมายมาบังคับใช้กับข้อเท็จจริงของคดี โดยไม่ถูกผูกมัดตามข้อกฎหมายที่คู่ความได้กล่าวอ้าง กล่าวคือ หากคู่ความกล่าวอ้างข้อเท็จจริงต่อศาลแล้ว ศาลจะกล่าวอ้างว่าไม่มีกฎหมายที่จะนำมาบังคับใช้กับคดีเพื่อเป็นเหตุผลที่จะไม่วินิจฉัยคดีดังกล่าวไม่ได้ แต่ศาลต้องปรับข้อกฎหมายเข้ากับข้อเท็จจริงในคดีนั้น อย่างไรก็ตาม ข้อเท็จจริงที่ศาลจะรับฟังมาวินิจฉัยจะต้องเป็นข้อเท็จจริงในกระบวนการพิจารณา หากเป็นข้อเท็จจริงที่ปรากฏจากพยานหลักฐานนอกเหนือจากประเด็นไม่เกี่ยวกับคู่ความที่จะต้องนำสืบหรือข้อเท็จจริงที่มีได้ปรากฏในสำนวน ศาลจะรับฟังมาวินิจฉัยไม่ได้เพราะเป็นข้อเท็จจริงนอกกระบวนการพิจารณาต้องห้ามตามมาตรา 87⁴⁹ แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง

ทั้งนี้ กระบวนการพิจารณาคดีแพ่งและพาณิชย์ของไทยในปัจจุบัน ในทางปฏิบัติเป็นที่ยอมรับกันว่า ศาลไทยเรายังไม่ได้รับบทบาทที่กฎหมายให้ไว้มากนัก โดยปกติศาลจะวางตัวเป็นกลาง ไม่เข้าไปสอดแทรกถามพยานโดยไม่จำเป็น ศาลจะไม่เรียกพยานมาสืบเอง โดยเฉพาะในคดีแพ่งศาลจะไม่เข้าไปช่วยถามพยานให้ฝ่ายใดเลย แม้ว่าหากพิจารณาจากประมวลกฎหมายวิธี

⁴⁹ มาตรา 87 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง บัญญัติว่า

“ห้ามมิให้ศาลรับฟังพยานหลักฐานใดเว้นแต่

(1) พยานหลักฐานนั้นเกี่ยวข้องกับข้อเท็จจริงที่คู่ความฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดในคดีจะต้องนำสืบ และ

(2) คู่ความฝ่ายที่อ้างพยานหลักฐานได้แสดงความจำนงค์ที่จะอ้างถึงพยานหลักฐานนั้นดังที่บัญญัติไว้ในมาตรา 88 และ 90 แต่ถ้าศาลเห็นว่า เพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรม จำเป็นจะต้องสืบพยานหลักฐานอันสำคัญซึ่งเกี่ยวกับประเด็นข้อสำคัญในคดี โดยฝ่าฝืนต่อบทบัญญัติของอนุमतรานี้ให้ศาลมีอำนาจรับฟังพยานหลักฐานเช่นนั้นได้”

พิจารณาความแฟ่งแล้ว รูปแบบกระบวนการพิจารณาของศาลไทยจะค่อนข้างไปในทางระบบไต่สวนก็ตาม แต่เนื่องจากประเทศไทยได้รับอิทธิพลจากระบบกฎหมาย Common Law เมื่อครั้งกรมหลวงราชบุรีดิเรกฤทธิ์เสด็จศึกษาวิชากฎหมาย ณ ประเทศอังกฤษ ทำให้รูปแบบกระบวนการพิจารณาของไทยค่อนข้างไปในทางลักษณะของระบบพิจารณาแบบกล่าวหา ซึ่งเป็นรูปแบบกระบวนการพิจารณาของประเทศที่ใช้ระบบกฎหมาย Common Law อีกทั้งประมวลจริยธรรมข้าราชการตุลาการก็ได้บัญญัติไว้ในข้อ 9 ว่า “ผู้พิพากษาพึงระลึกว่า การนำพยานหลักฐานเข้าสืบและการซักถามพยานควรเป็นหน้าที่ของคู่ความและทนายความแต่ละฝ่ายที่จะกระทำ ผู้พิพากษาพึงเรียกพยานหลักฐาน หรือซักถามพยานด้วยตนเองก็ต่อเมื่อจำเป็น เพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรม หรือมีกฎหมายบัญญัติไว้ให้ศาลเป็นผู้กระทำเอง”⁵⁰ ศาลไทยจึงไม่มีบทบาทเข้าไปค้นหาข้อเท็จจริงเพื่อนำมาปรับใช้กับคดีได้เอง

นอกจากนี้ ยังมีข้อจำกัดในการบังคับใช้กฎหมายอีกประการหนึ่ง ได้แก่ การบังคับใช้กฎหมายต้องอยู่ภายใต้กรอบในการดำเนินกระบวนการพิจารณาของศาลและคู่ความในคดีแฟ่งและพยานชี้ทั่วไป กล่าวคือ ศาลต้องตัดสินตามข้อหาหรือข้อพิพาทในคำคู่ความทุกข้อ และศาลจะวินิจฉัยคดีนอกเหนือไปจากประเด็นข้อพิพาทหรือคำขอของคู่ความมิได้ โดยการกำหนดกรอบของคดีเท่ากับเป็นการปิดกั้นไม่ให้ศาลและคู่ความดำเนินกระบวนการพิจารณาในเรื่องอื่นที่มีได้เสนอเข้ามาในคดี หรืออาจกล่าวได้อีกนัยหนึ่งว่า ศาลไม่อาจยกปัญหาข้อกฎหมายใดขึ้นวินิจฉัยโดยที่คู่ความมิได้กล่าวอ้างได้ เพราะแม้หากคู่ความกล่าวอ้างข้อเท็จจริงใดโดยที่ไม่นำพยานหลักฐานเข้าสืบ ศาลก็ไม่อาจเรียกพยานหลักฐานมาสืบเองได้ เพราะฉะนั้น ในกรณีที่คู่ความมิได้กล่าวอ้างข้อเท็จจริงใด ศาลย่อมไม่อาจยกข้อกฎหมายขึ้นวินิจฉัยเพื่อให้เป็นคุณแก่คู่ความได้ เว้นแต่เป็นปัญหาข้อกฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน หรือเพื่อความเป็นธรรม ซึ่งผู้เขียนจะได้กล่าวโดยละเอียดถึงความสัมพันธ์ในการนำข้อกฎหมายมาบังคับใช้ในคดีแฟ่งและพยานชี้ทั่วไปของศาล กับการนำพระราชบัญญัติการรับชนของทางทะเล พ.ศ. 2534 มาบังคับใช้ในคดีรับชนของทางทะเลของศาล ต่อไปในปีที่ 3 และจะทำการวิเคราะห์ต่อไปในปีที่ 4 ว่าปัญหาข้อกฎหมายใดในพระราชบัญญัติการรับชนของทางทะเล พ.ศ. 2534 บ้างที่เป็นปัญหาข้อกฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน ที่ศาลสามารถยกปัญหาดังกล่าวขึ้นวินิจฉัยได้เอง

⁵⁰ โสภณ รัตนกร, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 17, น. 9-10.