

บทที่ 2

แนวความคิดในเรื่องสิทธิดำเนินการทางศาล

การใช้สิทธิดำเนินการทางศาล¹ (action) เป็นวิธีการเยียวยาทางศาลซึ่งกฎหมายได้อนุญาตให้ประชาชนดำเนินการในกรณีที่ไม่สามารถระงับข้อพิพาทกันได้ เนื่องจากโดยหลักแล้วรัฐห้ามประชาชนที่จะตัดสินความเพื่อบังคับตามสิทธิของตนด้วยตนเอง หลักเกณฑ์ในเรื่องนี้ตามสุภาษิตกฎหมายเรียกว่า “*Decretum Divi Marci*” โดยประชาชนไม่สามารถที่จะบังคับการให้เป็นไปตามสิทธิของตนเองได้ แต่จะต้องใช้วิธีการเยียวยาตามที่รัฐจัดหาให้ในฝรั่งเศสสมัยก่อนมีคำกล่าวว่า “ไม่มีผู้ใดที่จะสามารถตัดสินข้อพิพาทด้วยตนเองได้” (*nul ne peut faire justice à soi-même* หรือ *no one can make law an his own*) อย่างไรก็ตาม ข้อห้ามของหลักการดังกล่าวก็ยังมิชอบเขตจำกัด โดยในบางกรณีกฎหมายได้รับรองให้ประชาชนสามารถบังคับตามสิทธิเพื่อยุติความเสียหายได้ด้วยตนเองซึ่งเรียกว่าหลัก self-help เช่น กรณีเจ้าของกรรมสิทธิ์มีสิทธิที่จะบังคับไม่ให้บุคคลอื่นมารบกวนสิทธิของตนได้ด้วยตนเอง แต่การป้องกันสิทธิดังกล่าวจะต้องกระทำอย่างเหมาะสม หรือกรณีที่เจ้าของที่ดินมีสิทธิที่จะตัดกิ่งไม้ของเจ้าของที่ดินข้างเคียงที่ยื่นล้ำเข้ามา หรือสิทธิของเจ้าของที่ดินที่จะจับสัตว์เลี้ยงของคนอื่นที่เข้ามากินพืชผลในที่ดินของตนและขายสัตว์นั้นเพื่อมาชำระค่าเสียหายที่เกิดขึ้น การใช้สิทธิดำเนินการทางศาลจึงเป็นสิทธิของประชาชนหรือเป็นหลักประกันที่รัฐจัดหาให้ในการที่จะร้องขอต่อศาลเพื่อให้มีการเคารพสิทธิ

¹โปรดดูบทความของ วรณชัย บุญบำรุง, การใช้สิทธิดำเนินการทางศาลหรือการฟ้องในคดีแพ่ง, วารสารนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย , ฉบับที่ 2, ปีที่ 33 , น. 220-269. (ผู้แต่งได้เรียบเรียงข้อมูลส่วนใหญ่จาก Yvon DESDEVEISE, Action en Justice, Juris classeur, 1996, Fasc.125 et 126-1 ถึง 126-3; Walther J. HABSCHEID, Droit Judiciaire privé Suisse, 2éd., 1981, Genève, pp.231-234; Henri MOTULSKY, Droit processuel, Montchrestien, Paris, 1973, pp.53-74; Jean VINCENT, La justice et ses institutions, Daloz, 4 éd., 1996, pp.653-677; Jean-Louis BERGEL, Théorie générale du droit, Dalloz, 1989, pp.307-308; Raymond MARTIN, Théorie générale du process (droit processuel), EJT, 1984, pp.74-95 และ Arwed BLOMEYER, International Encyclopedia of Comparative Law, Vol.XXL:Civil Procedure chapter 4 : Type of Relief Available (Judicial Remedies), Martinus Nijhoff Publishers, 1982).

ประโยชน์ของตน ซึ่งการคุ้มครองหรือการเยียวยาทางศาลนี้ไม่ได้เป็นประโยชน์เฉพาะกับโจทก์ผู้ฟ้องคดีเท่านั้น แต่ยังเป็นประโยชน์กับจำเลยผู้ต่อสู้คดีที่จะได้รับความคุ้มครองจากการฟ้องคดีที่ไม่มีมูลด้วย และในปัจจุบันการใช้สิทธิดำเนินการทางศาลไม่ได้มีเฉพาะเพื่อคุ้มครองประโยชน์ของปัจเจกชนเท่านั้น แต่ยังมีกรณีที่เป็นการฟ้องคดี เพื่อปกป้องผลประโยชน์ส่วนรวมโดยนิติบุคคลต่างๆ ด้วย

1.ลักษณะทั่วไปของการดำเนินการทางศาล

การใช้สิทธิดำเนินการทางศาลอาจให้คำจำกัดความหรือความหมายได้ว่าเป็นสิทธิหรือ อำนาจตามกฎหมายที่บุคคลสามารถร้องขอต่อศาลเพื่อการบังคับตามสิทธิของตน ดังนั้น จุดมุ่งหมายของการใช้สิทธิดำเนินการทางศาลในคดีแพ่ง คือให้ศาลมีคำพิพากษาซึ่งในคำพิพากษาจะระบุถึงสิทธิปัจเจกชน (subjective right) ของคู่ความตามกฎหมายสารบัญญัติโดยสิทธิตามกฎหมายสารบัญญัตินั้นจะมีผลต่อการใช้สิทธิดำเนินการทางศาล กล่าวคือการทำที่จะสามารถได้รับการเยียวยาทางศาล (judicial remedies) ได้จะต้องเป็นกรณีที่มีความจำเป็นที่จะต้องได้รับการเยียวยาดังกล่าว ดังนั้นในกรณีที่มีการใช้สิทธิดำเนินการทางศาลโดยไม่ชอบหรือไม่สุจริตแล้ว ผู้กระทำการดังกล่าวจะต้องรับผิดชอบในความเสียหายจึงสมควรที่จะทำความเข้าใจในแง่ทฤษฎีเกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างสิทธิในการใช้สิทธิดำเนินการทางศาลกับสิทธิของปัจเจกชนหรือสิทธิตามกฎหมายสารบัญญัติ ดังเช่นในปัญหาที่ว่าสิทธิดำเนินการทางศาลเป็นสิทธิเดียวกันกับสิทธิพื้นฐานหรือสิทธิตามกฎหมายสารบัญญัติหรือเป็นคนละสิทธิกัน หรือปัญหาที่ว่าสิทธิตามกฎหมายสารบัญญัติเป็นเงื่อนไขประการหนึ่งของสิทธิในการใช้สิทธิดำเนินการทางศาลหรือไม่

1.1 ทฤษฎีการใช้สิทธิดำเนินการทางศาล

การใช้สิทธิดำเนินการทางศาลมาจากแนวความคิดที่ว่าศาลควรจะบรรเทาทุกข์เฉพาะผู้ที่จำเป็นต้องได้รับการเยียวยาเท่านั้น โดยในระบบกฎหมายโรมันและยุโรปตอนกลาง รวมทั้งประเทศสังคมนิยมบางประเทศได้รับแนวความคิดดังกล่าวมาใช้บางประเทศได้กำหนดไว้ชัดเจนในประมวลกฎหมาย เช่น ฝรั่งเศส อิตาลี บราซิล เวเนซุเอลา บัลกาเรีย โปแลนด์ แนวความคิด

ดังกล่าวใช้บังคับกับทั้งการฟ้องคดีของโจทก์และการต่อสู้คดีของจำเลย ในขณะที่แนวความคิดนี้ไม่เป็นที่รู้จักในทฤษฎีกฎหมายของระบบ Anglo-American

ตามกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งโรมันนั้นไม่ได้แยกความแตกต่างระหว่างสิทธิปัจเจกชนตามกฎหมายสารบัญญัติ (right) กับอำนาจหรือสิทธิในการจะได้รับความคุ้มครองจากศาลในสิทธิปัจเจกชนดังกล่าว (action) ออกจากกัน โดยบุคคลผู้เป็นเจ้าของสิทธิปัจเจกชนเท่านั้นที่จะเป็นผู้มีสิทธิที่จะดำเนินการทางศาล และในทางกลับกันก็เช่นเดียวกัน จึงเป็นความคิดเกี่ยวกับสิทธิปัจเจกชนในแง่วิธีพิจารณาความอันเป็นการมองในด้านปฏิบัติเป็นหลัก การใช้สิทธิดำเนินการทางศาลเป็นการผสมรวม ระหว่างสิทธิปัจเจกชนกับสิทธิทางวิธีพิจารณาเข้าด้วยกัน ความคิดเกี่ยวกับสิทธิปัจเจกชนโดดๆ ตามความเข้าใจในปัจจุบันจึงไม่ปรากฏอยู่ในกฎหมายโรมัน ทั้งนี้เนื่องจากกฎหมายโรมันมีที่มาจากคำตัดสินของผู้พิพากษา ไม่ใช่มาจากผู้บัญญัติกฎหมาย ดังเช่นกฎหมายสิบสองโต๊ะส่วนใหญ่ก็เป็นการรวบรวมหลักเกณฑ์คำตัดสินของศาล (actions judiciaires) ทำนองเดียวกับที่มาของระบบกฎหมาย Common Law ของอังกฤษ ซึ่งในสมัยเดิมกฎหมายสารบัญญัติของอังกฤษมีที่มาจากคำพิพากษาของศาล สิทธิของปัจเจกชนจึงจะมีได้เฉพาะกรณีมีสิทธิที่จะใช้สิทธิดำเนินการทางศาลหรือตามคำกล่าวที่ว่า “Ubi remedium, ibi jus” (ซึ่งแปลความได้ว่า “ไม่มีการเยียวยาก็ไม่มีสิทธิ” (no remedy, no right) ไม่ได้อาศัยหลักเกณฑ์ทั่วไปที่เป็นนามธรรมแต่อย่างใด กระบวนการดังกล่าวที่ศาลได้ตัดสินคดีซ้ำกันหลายครั้งจึงกลายเป็น “แนวคำพิพากษา” (precedent) นั่นเอง ในสมัยต่อมาเมื่อหลักเกณฑ์ต่างๆ เริ่มมีที่มาจากกฎหมายลายลักษณ์อักษร ไม่ใช่มีที่มาจากศาล สิทธิของปัจเจกชนก็เริ่มผูกติดอยู่กับหลักเกณฑ์ดังกล่าวและสิทธิดังกล่าวก่อให้เกิดอำนาจหรือสิทธิในทางศาล² ผู้ที่จะได้รับการคุ้มครองทางศาล คือ ผู้ที่มีสิทธิเรียกร้องตามกฎหมายสารบัญญัติ

Savigny³ เห็นด้วยกับแนวความคิดที่ว่า สิทธิที่จะดำเนินการทางศาลเป็นส่วนหนึ่งของสิทธิตามกฎหมายสารบัญญัติ สิทธิตามกฎหมายสารบัญญัติที่ถูกฝ่าฝืนจะกลายมาเป็นสิทธิดำเนินการทางศาลต่อบุคคลอื่น แนวความคิดนี้ยังแพร่หลายในอิตาลีจนถึงช่วงต้นศตวรรษที่ 20

²ในปัจจุบันดูเหมือนจะมีเพียงสวีเดนเท่านั้นที่นักกฎหมายยังถือว่าการเยียวยาทางศาลเป็นที่มาของสิทธิตามกฎหมายสารบัญญัติ

³Van Savigny, *System des heutigen römischen Rechts* V (Berlin 1841) 2-3 อ้างจาก วรรณชัย บุญบำรุง, อ้างจาก Awed BLOMEYER, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 1, p.6.

Chiovenda⁴ มีความเห็นแตกต่างไปจากแนวความคิดดังกล่าว โดยเห็นว่าการใช้สิทธิดำเนินการทางศาลแตกต่างจากสิทธิตามกฎหมายสารบัญญัติ โดยการใช้สิทธิดำเนินการทางศาลเป็นเสมือนการแก้ไขเปลี่ยนแปลงความสัมพันธ์ทางกฎหมายของผู้ทรงสิทธิหรือเป็นเสมือนเครื่องมือสนับสนุนทางกฎหมายโดยความช่วยเหลือของกระบวนการทางศาล ต่อมาจากแนวความคิดของ Windscheid ซึ่งได้เขียนตำรา ในปี ค.ศ.1856 ชื่อ "Die action des rmschen Rechts vom Standpunkt des havtigen Rechts" และได้รับการพัฒนาแนวความคิดโดย Wach นักกฎหมายวิธีพิจารณาความชาวเยอรมัน นักกฎหมายก็ได้แยกหลักเกณฑ์ของสิทธิในเนื้อหา (droit de fond) หรือสิทธิตามกฎหมายสารบัญญัติ กับหลักเกณฑ์ของสิทธิทางวิธีพิจารณาออกจากกันตามแนวความคิดนี้ซึ่งเป็นที่ยอมรับกันอย่างแพร่หลายในหลายประเทศ ในปัจจุบันเห็นว่าสิทธิดำเนินการทางศาลมีที่มาจากกฎหมายมหาชนที่รัฐได้มอบให้กับประชาชน นอกจากนี้นักกฎหมายเยอรมันและนักกฎหมายสวิสที่ใช้ภาษาเยอรมัน ยังเลิกใช้คำว่า "actio" ซึ่งเป็นภาษาลาติน ในขณะที่นักกฎหมายอื่นๆ ในกลุ่มประเทศที่รับอิทธิพลของกฎหมายโรมัน เช่น ฝรั่งเศส ยังคงใช้คำดังกล่าว โดยภาษาฝรั่งเศสเรียก "action en justice"

ตามกฎหมายฝรั่งเศสปัจจุบันนั้นสิทธิเอกชนตามกฎหมายสารบัญญัติต่างๆ จึงมีรูปแบบของการใช้สิทธิดำเนินการทางศาลที่เป็นลักษณะเดียวกัน โดยแต่เดิมมานั้นทฤษฎีเรื่องการให้สิทธิดำเนินการทางศาลไม่มีปรากฏเช่นเดียวกัน ตามทฤษฎีสัมัยเก่าได้นำเรื่องการให้สิทธิดำเนินการทางศาลไปผูกติดกับสิทธิตามกฎหมายสารบัญญัติไว้ด้วยกันอย่างใกล้ชิด เช่น Demolombe กล่าวว่า "ในที่สุดแล้วการใช้สิทธิดำเนินการทางศาล ก็คือการใช้สิทธิตามกฎหมายสารบัญญัติได้รับการดำเนินการนั่นเอง" กรณีจึงเท่ากับเป็นการขยายขอบเขตของสิทธิตามกฎหมายสารบัญญัติออกไป นอกจากนี้ Garsonnet และ Cezar-Bru ยังสรุปด้วยว่า "ไม่มีกรณีที่มีแต่สิทธิตามกฎหมายสารบัญญัติโดยปราศจากเรื่องการให้สิทธิดำเนินการทางศาล" (il n'y a pas de droit sans action) "กรณีมีแต่การใช้สิทธิดำเนินการทางศาลเพื่อสิทธิตามกฎหมายสารบัญญัติเท่านั้น" (il n'y a qu'une action pour un droit) หรือ "การใช้สิทธิดำเนินการทางศาลเป็นส่วนหนึ่งของสิทธิตามกฎหมายสารบัญญัติ" (l' action participe du droit)⁵ จนกระทั่งนัก

⁴Chiovenda, *L'azione nel sistema dai diritti* (1903) อ้างจาก วรรณชัย บุญบำรุง, อ้างจาก Arwed BLOMEYER, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 1*, p.6.

⁵GARSONNET et Cezar-Bru, *Traité de procédure civile*, t. 1 3^e ed ., 1925, nl 352-354 ,อ้างจาก วรรณชัย บุญบำรุง, อ้างจาก Yvon DESDEVISES, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 1*, fasc,125, p. 4.

กฎหมายมหาชนได้หยิบยกขึ้นพิจารณาเพื่อความเข้าใจในเรื่องของการเกิดขึ้นและดำเนินการขอรับความช่วยเหลือทางกระบวนการยุติธรรมในคดีปกครอง และต่อมาได้มีการกำหนดความหมายไว้อย่างชัดเจนไว้ในกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งโดยกำหนดไว้ในลักษณะที่ 2 เรื่อง "การใช้สิทธิดำเนินการทางศาล" (action) ของ บรรพ 1 (บทบัญญัติทั่วไปซึ่งใช้บังคับกับทุกศาลคดีแพ่ง) ตามมาตรา 30 ถึงมาตรา 32-1 ซึ่งแสดงให้เห็นว่าผู้ร่างกฎหมายประสงค์ที่จะกำหนดแนวความคิดและลักษณะของการใช้สิทธิดำเนินการทางศาลเอาไว้เฉพาะ

1.2 ข้อแตกต่างระหว่างสิทธิตามกฎหมายสารบัญญัติ (right) กับการใช้สิทธิดำเนินการทางศาล (action)

ความคิดเรื่องการใช้สิทธิดำเนินการทางศาลนั้นไม่ว่าจะเป็นการใช้สิทธิดำเนินการทางศาลในคดีแพ่ง คดีอาญา หรือคดีปกครองก็ตาม จะมีลักษณะบางอย่างที่คล้ายคลึงกันและมีข้อแตกต่างกันในบางเรื่อง สำหรับในคดีแพ่งนั้น การหาคำจำกัดความในเรื่องนี้สามารถทำได้โดยการศึกษาถึงความเกี่ยวพันระหว่างการใช้สิทธิดำเนินการทางศาลกับการใช้สิทธิตามกฎหมายสารบัญญัติการใช้สิทธิดำเนินการทางศาลมีจุดประสงค์ที่จะบังคับใช้สิทธิตามกฎหมายสารบัญญัติเป็นจริงเป็นจัง

การให้คำจำกัดความหรือลักษณะความหมายของเรื่องการใช้สิทธิดำเนินการทางศาลนั้นเป็นปัญหาที่วิพากษ์วิจารณ์ในทฤษฎีสันนิษฐานใหม่กันมายาวนาน นักวิชาการต่างๆ พยายามอธิบายว่า การใช้สิทธิดำเนินการทางศาลเป็นอำนาจของปัจเจกชนที่จะขอความช่วยเหลือจากกระบวนการยุติธรรมในการที่จะให้มีการเคารพซึ่งสิทธิและประโยชน์ของตนตามกฎหมาย ทั้งนี้ไม่ว่าสิทธิตามกฎหมายสารบัญญัตินั้นจะมีอยู่จริงหรือไม่ก็ตาม ในขณะที่นักวิชาการอีกฝ่ายหนึ่งซึ่งเป็นแนวความคิดในช่วงแรกๆ ก็มีความเห็นว่าการที่ใช้สิทธิทางศาลได้นั้นจะต้องมีสิทธิตามกฎหมาย สารบัญญัติด้วยเสมอ

การใช้สิทธิดำเนินการทางศาลเป็นเครื่องมือในการบังคับใช้สิทธิตามกฎหมายสารบัญญัติหรือสิทธิทางแพ่งเป็น "สิทธิที่จะนำคดีมาสู่ศาล" (le droit d'accès devant la justice) โดยเสนอข้อกล่าวอ้างหรือข้อต่อสู้ต่อศาล หรืออาจจะเรียกว่า "สิทธิที่จะขอความช่วยเหลือจากศาล" (le droit de recours au juge) นั่นเอง ดังคำกล่าวของสุภาษิตกฎหมายโรมันที่ว่า "*ubi jus, ibi remedium*" พอจะแปลความได้ว่า "ที่ไหนมีสิทธิที่นั่นมีการเยียวยา" (where there is a right, there is remedy)

ตามมาตรา 30 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งฝรั่งเศส ได้ให้คำจำกัดความ ของการใช้สิทธิดำเนินการทางศาลว่า “การใช้สิทธิดำเนินการทางศาลเป็น “สิทธิ” สำหรับผู้ที่ได้ กล่าวอ้างข้อกล่าวหาเพื่อที่ศาลจะได้พิจารณาในเนื้อหาของข้อกล่าวอ้างดังกล่าว และเพื่อที่ศาลจะได้ชี้ขาดตัดสินว่าข้อกล่าวหาอันนั้นมีมูลหรือไม่ สำหรับคู่ความฝ่ายตรงข้ามการใช้สิทธิดำเนินการทางศาลเป็น “สิทธิ” ในการโต้แย้งข้อกล่าวหาดังกล่าวว่ามีมูลหรือไม่”⁶ จากบทบัญญัติดังกล่าวจึงเป็นการยืนยันว่าการใช้สิทธิดำเนินการทางศาลเป็น “สิทธิ” อย่างหนึ่งของโจทก์ จำเลย และผู้ร้องสอด และเป็นสิทธิที่แตกต่างหากจากสิทธิตามกฎหมายสารบัญญัติที่คู่ความได้กล่าวอ้างหรือต่อสู้คดีกัน

เหตุผลสำคัญประการหนึ่งของการที่แยกเรื่องสิทธิในการใช้สิทธิดำเนินการทางศาลออกจากสิทธิตามกฎหมายสารบัญญัติ ก็คือ การที่ศาลจะรับคำฟ้องไว้พิจารณาได้นั้นเป็นคนละเรื่อง กับการที่ศาลจะตัดสินคดีให้ชนะคดีตามคำฟ้องหรือไม่ การใช้สิทธิดำเนินการทางศาลจึงต้องประกอบด้วย 2 องค์ประกอบในการที่จะชนะคดี คือ เป็นสิทธิที่จะรับไว้พิจารณาได้ และเป็นสิทธิที่มีเหตุผลหรือมีมูล (fondement) ข้อพิจารณาที่แสดงให้เห็นได้อย่างชัดเจนถึงความแตกต่างของเรื่องทั้งสองนั้น อาจแยกพิจารณาได้ 2 เรื่อง ดังนี้

(1) ตามทฤษฎีกฎหมายวิธีพิจารณาความสมัยใหม่เห็นว่า ในบางกรณีนั้นอาจจะมีเพียงสิทธิตามกฎหมายสารบัญญัติโดยปราศจากสิทธิที่จะใช้สิทธิทางศาล หรือกลับกันอาจมีเพียงเรื่องสิทธิที่จะใช้สิทธิทางศาลโดยไม่มีสิทธิตามกฎหมายสารบัญญัติ (actions sans droit) ได้เช่นกัน

ผู้ทรงสิทธิตามกฎหมายสารบัญญัติที่อาจจะไม่มีสิทธิที่จะดำเนินการทางศาลนั้นเป็นกรณีที่เกิดขึ้นได้น้อยมาก ซึ่งตัวอย่างที่เห็นได้ชัด ได้แก่ เรื่อง “หนี้โดยธรรม” (natural obligations) ซึ่งเป็นหนี้ที่ไม่สามารถบังคับตามกฎหมายให้ชำระหนี้ได้ในกรณีที่ลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ แต่การที่ลูกหนี้ได้ชำระหนี้แล้วโดยสมัครใจก็จะถือว่าเป็นการชำระหนี้และไม่สามารถที่จะเรียกคืนได้⁷ ดังนั้นในกรณีนี้ก็ไม่สามารถฟ้องร้องต่อศาลขอให้บังคับให้ลูกหนี้ชำระหนี้ได้

⁶ “ART.30.-L'action est le droit, pour l'auteur d'une prétention, d'être entendu sur le fond de celle-ci afin que le juge la dise bien ou mal fondée.

Pour l'adversaire, l'action est le droit de discuter le bien-fondé de cette prétention.”

⁷ จิตติ ดิงศภัทิย์ เรียกหนี้ยดังกล่าวว่า “หนี้ธรรมดา” ในขณะที่ศาสตราจารย์เสนีย์ ปราโมช เรียกว่า “หนี้ในธรรม” ซึ่งตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของไทยแม้จะไม่ได้

นักกฎหมายฝรั่งเศสได้ยกตัวอย่างกรณีตามมาตรา 1965 และมาตรา 1967 ประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสที่กำหนดว่า ผู้ชนะในการเล่นเกม (jeu) หรือการพนันขันต่อ (pari) ไม่สามารถฟ้องให้มีการชำระหนี้ได้แม้ว่าตนจะมีสิทธิตามหนี้ดังกล่าวก็ตาม แต่หากได้มีการชำระหนี้ดังกล่าวก็ถือว่าเป็นการชำระหนี้อย่างหนึ่ง ไม่ใช่เรื่องการให้แต่อย่างใด ซึ่งหลักการดังกล่าว นักกฎหมายบางคน⁸ เห็นว่าเป็นไปตามภาษีกฎหมายที่ว่า “*Nemo auditur propriam turpitudinem suam allegans*” อันเป็นหลักว่าด้วยการห้ามไม่ให้มีการเรียกร้องให้ชำระหนี้อันเกิดจากสัญญาที่เป็นโมฆะเพราะขัดต่อศีลธรรมหรือจารีตประเพณีอันดีจากบทบัญญัติดังกล่าว จึงสังเกตได้ว่าสิทธิตามหนี้ของผู้ชนะการพนันดังกล่าวไม่สามารถที่จะขอให้ศาลบังคับตามสิทธิได้

นอกจากนี้ ผู้ทรงสิทธิตามหนี้ที่มีเงื่อนไข (créance à terme) หรือหนี้ที่มีเงื่อนไข (créance sous condition suspensive) แม้จะเป็นเจ้าของสิทธิแต่ก็ยังไม่สามารถที่จะฟ้องคดีให้ชำระหนี้ดังกล่าวได้เช่นกัน

จากตัวอย่างดังกล่าวจะสังเกตได้ว่า สิทธิตามกฎหมายสารบัญญัติในบางกรณีอาจจะไม่ก่อให้เกิดสิทธิดำเนินการทางศาล ซึ่งกรณีต่างๆ ดังกล่าวเกิดจากความไม่สมบูรณ์ในตัวของสิทธิตามกฎหมายสารบัญญัตินั้นเอง

(2) สำหรับกรณีมีสิทธิในการดำเนินการทางศาลโดยไม่มีสิทธิตามกฎหมายสารบัญญัตินั้นต่างกับกรณีแรกเนื่องจากกรณียังเป็นที่น่าสงสัยว่าจะมีกรณีดังกล่าวได้หรือไม่ (ทั้งนี้ต้องไม่พิจารณากรณีเรื่องการใช้อำนาจของอัยการในคดีแพ่งบางเรื่องซึ่งเป็นอีกเรื่องหนึ่งต่างหาก) โดยอาจจะเห็นได้จากการที่ในบางกรณีศาลได้รับฟ้องของโจทก์ไว้พิจารณา แต่พิพากษายกฟ้องเพราะคดีไม่มีมูล กรณีนี้จะเห็นได้ว่าสิทธิการฟ้องคดีเกิดขึ้นแล้วแต่ไม่มีสิทธิตามกฎหมายสารบัญญัติ

นอกจากนี้ ยังมีตัวอย่างกรณีการใช้สิทธิฟ้องคดีเกี่ยวกับเรื่องการแข่งขันทางการค้าโดยไม่สุจริต (l'action en concurrence déloyale) ซึ่งต่างจากกรณีการฟ้องคดีเกี่ยวกับเรื่องการปลอมแปลงสินค้า (l'action en contrefaçon) ในส่วนที่ว่าเป็นกรณีที่ไม่มีเรื่องสิทธิที่ถูกละเมิดโดย Roubier ได้อธิบายว่า การฟ้องคดีการปลอมแปลงสินค้าเป็นการใช้สิทธิขอให้บังคับกรณีมีการฝ่า

กำหนดหลักการไว้โดยชัดแจ้ง แต่ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ก็มีบทบัญญัติที่รองรับหลักการไว้ในตัวอย่างต่างๆ เช่น หนี้ขาดอายุความ (มาตรา 193/28) หนี้ที่ขาดหลักฐาน หนี้ตามหน้าที่ศีลธรรมหรือตามควรแก่อัธยาศัยในสมาคม (มาตรา 480/3).

⁸ Marty et Raynaud, Droit civil, t.1, 2^eed., n° 275 (อ้างจาก วรณชัย บุญบำรุง, อ้างจาก Yvon DESDEVISES, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 1, fasc.125, n° 11):-

ผิดตามสิทธิของเจ้าของสินค้า (right) แต่การฟ้องคดีการแข่งขันทางการค้าโดยสุจริตนั้นเป็น บทลงโทษกรณีมีการฝ่าฝืน “หน้าที่” (duty)⁹ และผู้ได้รับความเสียหายจากการแข่งขันทางการค้า โดยไม่สุจริตรวมทั้งผู้ที่ได้รับความเสียหายจากอุบัติเหตุทางรถยนต์ยังอาจอธิบายได้ในแง่ที่ว่า บุคคลดังกล่าวมีสิทธิฟ้องคดีต่อศาลโดยที่ก่อนหน้านี้บุคคลดังกล่าวไม่ได้มีสิทธิปัจเจกชนมาก่อน แต่อย่างไรก็ตาม แต่เป็นการกล่าวหาว่าบุคคลอื่นได้ฝ่าฝืนหน้าที่ทางศีลธรรม (moral duty) ที่จะทำ ให้คนอื่นได้รับความเดือดร้อน

ข้อสังเกตดังกล่าวยังสามารถใช้ได้กับคดีอาญาที่พนักงานอัยการผู้ฟ้องคดีไม่ได้อ้าง สิทธิปัจเจกชน (subjective right) ในการฟ้องจำเลยแต่อย่างไรก็ตาม การฟ้องคดีอาญาเป็นคดีละเมิด กับสิทธิที่จะลงโทษการฝ่าฝืนกฎหมายซึ่งเกิดขึ้นจากเรื่องประโยชน์ของรัฐเช่นเดียวกับกรณีที่ ประชาชนได้ฟ้องให้ยกเลิกคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

ตามทฤษฎีกฎหมายปัจจุบันยังมีข้อสังเกตอีกว่า “สาเหตุหรือมูลเหตุ” ของสิทธิในการ ฟ้องคดี กับสิทธิตามกฎหมายสารบัญญัติยังแตกต่างกันอีกด้วย โดยในขณะที่สิทธิตามกฎหมาย สารบัญญัติที่มาจากนิติกรรมหรือนิติเหตุ แต่สาเหตุที่มาของการใช้สิทธิดำเนินการทางศาลนั้นต้อง ค้นหาเอาจากความขัดแย้งหรือการโต้แย้งระหว่างโจทก์และจำเลย ซึ่งเกิดขึ้นมาจากสิทธิตาม กฎหมายสารบัญญัติ

ในปัจจุบันนักวิชาการส่วนใหญ่ยังได้ประจักษ์ด้วยว่าสิทธิตามกฎหมายสารบัญญัติ อาจได้รับการคุ้มครองโดยการใช้สิทธิดำเนินการทางศาลได้หลายวิธีตัวอย่างเช่น เมื่อผู้ขาย ทรัพย์สินไม่ได้รับชำระเงินจากผู้ซื้อ ผู้ขายอาจฟ้องต่อศาลขอให้ผู้ซื้อชำระเงินค่าสิ่งของรวมทั้ง ค่าเสียหายและดอกเบี้ยที่เกิดจากการชำระหนี้ล่าช้า หรืออาจฟ้องขอเลิกสัญญาซื้อขายรวมทั้ง เรียกเร่งค่าเสียหายก็ได้ ในส่วนของผู้ซื้อก็เช่นเดียวกัน ผู้ซื้ออาจยื่นคำให้การต่อสู้ฟ้องของโจทก์ได้ หลายวิธีเช่นเดียวกัน

นอกจากนี้ ในส่วนที่เกี่ยวกับการขัดกันของกฎหมายระหว่างประเทศนั้น การใช้สิทธิ ดำเนินการทางศาลตามหลักต้องพิจารณาตามกฎหมายของประเทศที่ศาลได้ทำการพิจารณาใน ขณะที่สิทธิตามกฎหมายสารบัญญัติเป็นไปตามกฎหมายต่างประเทศ

⁹ Roubier, Le droit et l'action, distinction entre l'action en contrefaçon et l'action en concurrence déloyale, Rev. trim. Dr. civ, 1952, p.1615. (อ้างจาก วรณชัย บุญ บำรุง, อ้างจาก Yvon DESDEVISES, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 1, fasc.125, n° 18).

2. ลักษณะและรูปแบบของการฟ้องคดี (Type of Judicial Remedies)

เพื่อแสดงให้เห็นความแตกต่างระหว่างสิทธิในการดำเนินการทางศาลกับสิทธิตามกฎหมายสารบัญญัติ เราควรที่จะศึกษาลักษณะและรูปแบบของการฟ้องคดีจะทำให้เราสามารถเห็นถึงข้อแตกต่างกันได้อย่างชัดเจนขึ้น

โดยที่สิทธิในการฟ้องคดีเกิดมาจากข้อขัดแย้งหรือข้อโต้แย้งกันของสิทธิตามกฎหมายสารบัญญัติ จึงทำให้เกิดสิทธิในการฟ้องคดีขึ้น ซึ่งเมื่อพิจารณาจากลักษณะของสิทธิหรือความคุ้มครองทางกฎหมาย (Rechtsschutz) ตามที่กฎหมายกำหนดไว้ การที่ผู้ฟ้องคดีแพ่งจะใช้สิทธิเรียกร้องขอความคุ้มครองจากศาลหรือโดยคำพิพากษาของศาล เราสามารถใช้สิทธิฟ้องคดีได้เป็น 2 ลักษณะ คือ 1) การฟ้องเพื่อขอบรรเทาความเสียหาย (Repressive Remedies) กับ 2) การฟ้องเพื่อป้องกันความเสียหาย (Preventive Remedies)

2.1 การฟ้องเพื่อขอบรรเทาความเสียหาย (Repressive Remedies)

การฟ้องคดีเพื่อบรรเทาความเสียหาย ซึ่งเป็นรูปแบบความคุ้มครองทางศาลที่พบได้บ่อยที่สุด เป็นการชดเชยความเสียหายให้กับการละเมิดสิทธิทางกฎหมาย การละเมิดสิทธิกฎหมายสามารถเกิด จากการกระทำหรือการงดเว้นกระทำการ หลักที่ว่าความเสียหายต่อสิทธิปัจเจกชนซึ่งเป็นสาเหตุของการฟ้องคดีพบได้โดยทั่วไปในหลักกฎหมายอังกฤษที่ว่า

- ที่ใดมีสิทธิ ที่นั่นมีความเสียหาย หรือ " Where there is a right, there is a remedy" (*Ibi jus, ibi remedium*) ¹⁰

- ไม่มีประโยชน์ที่จะคิดถึงสิทธิ โดยปราศจากการเยียวยา, เมื่อมีความต้องการสิทธิ ต้องมีความต้องการการเยียวยา (Indeed it is a vain thing to imagine a right without remedy ; for want of right and want of remedy are reciprocal

จากการที่กฎหมายสารบัญญัติได้กำหนดผลทางกฎหมายจากการละเมิดกฎหมายทำให้สามารถแบ่งประเภทของการฟ้องคดีต่อศาลเป็น 3 ประเภท คือ 1) การฟ้องคดีเพื่อให้ดำเนินการ (Action for Performance) 2) การฟ้องให้จำหน่ายทรัพย์เป็นตัวแทนในหลักประกันใน

¹⁰ Halsbury (ed.3) I sub Action no. 10-13.

ทรัพย์สิน (The Realization of Security Interests in Property) 3) การฟ้องเปลี่ยนแปลงแก้ไขความสัมพันธ์ทางกฎหมาย (Action for Judicial Modification of Legal Relationships)

2.1.1 การฟ้องให้กระทำการ (Action for Performance)

การฟ้องคดีเพื่อให้กระทำการ (Action for performance) การฟ้องคดีในลักษณะนี้เป็นการฟ้องในลักษณะที่โจทก์ขอให้ศาลบังคับให้จำเลยกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งตามที่จำเลยมีหน้าที่ต้องกระทำการ ซึ่งต้องถูกบังคับโดยหมายบังคับคดีของศาล อย่างไรก็ตามไม่จำเป็นว่าต้องมีคำสั่งให้กระทำการในการฟ้องคดีประเภทนี้ในทุกกรณี ในบางกรณีอาจไม่จำเป็นต้องมีคำสั่งให้กระทำการโดยศาลก็ได้

ดังนั้น จึงจำเป็นที่จะต้องแยกความแตกต่างตามลักษณะการกระทำการ ซึ่งได้แก่ การปฏิบัติการชำระหนี้ด้วยเงิน การโอนกรรมสิทธิ์และสิทธิครอบครองในสังหาริมทรัพย์หรืออสังหาริมทรัพย์ การกระทำการหรืองดเว้นกระทำการ ออกเป็นดังนี้

2.1.1.1 สิทธิเรียกร้องเกี่ยวกับตัวเงิน

สิทธิเรียกร้องที่เป็นตัวเงิน (Monetary Claims) สิทธิเรียกร้องดังกล่าวนี้ เป็นผลมาจากการได้รับคำพิพากษาของศาลโดยตรงที่เรียกว่า "Condemnatio est Pecuniaria"¹¹ สิทธิเรียกร้องที่เป็นตัวเงินลำดับต้น ได้แก่ ในเรื่องที่เกี่ยวข้องกับสัญญา หรือสิทธิโดยชอบด้วยกฎหมายที่จะได้รับการชำระเงิน หรือสิทธิเรียกร้องในลำดับถัดมา เช่น ความเสียหายเป็นจำนวนเงินที่แน่นอนที่เป็นผลมาจากการละเมิดสิทธิโดยชอบด้วยกฎหมายของโจทก์

ข้อกล่าวอ้างถึงสิทธิดังกล่าวนี้ในศาลนั้นขึ้นอยู่กับหลักเกณฑ์ตามกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง และต้องเป็นสิทธิที่ถูกกำหนดไว้ในกฎหมายสารบัญญัติ¹²

(1) การเรียกร้องให้ชำระเงินบางส่วน (The Complaint for Partial Payment)

ในระบบกฎหมายในภาคพื้นยุโรป ลาตินอเมริกา และประเทศสังคมนิยม ยินยอมให้เจ้าหนี้สามารถที่จะสละสิทธิเรียกร้องของเขาโดยการฟ้องคดีเพื่อเรียกร้องการชำระหนี้บางส่วน เหตุผลสำคัญของการฟ้องคดีเพื่อชำระหนี้บางส่วนนี้ คือ การฟ้องคดีให้ชำระหนี้ทั้งหมดมีโอกาสที่การบังคับคดีจะประสบผลสำเร็จได้น้อย การฟ้องคดีเพื่อเรียกร้องหนี้บางส่วนต้องปรากฏสถานการณ์ที่เหมาะสมในการเรียกร้องค่าเสียหายโดยสันนิษฐานไว้ก่อนว่าเกิดความเสียหายขึ้นแล้ว แต่มีบางกรณีที่ความเสียหายจากการกระทำของผู้ทละเมิดเกิดขึ้นภายหลังการได้ข้อยุติในเรื่องความเสียหายดังกล่าวแล้ว ความเสียหายที่เกิดขึ้นภายหลังนี้ก็สามารถที่จะเรียกร้องได้

¹¹ Gaius, Inst. IV 48.

¹² On a suit before maturity, see infra s. 108 ss.

ดังนั้น การยอมรับการเรียกร้องให้ชำระเงินบางส่วนจึงไม่ได้ถูกนำมาเป็นข้อพิจารณาถึงปัญหาในกลุ่มประเทศยุโรปตอนกลาง โรมัน และในกลุ่มประเทศสังคมนิยม¹³

การยอมรับเรื่องการฟ้องคดีที่ว่านี้ อาจนำไปสู่ข้อพิจารณาในเรื่องที่เกี่ยวกับเขตอำนาจศาล โดยเจ้าหนี้อาจจะเลือกที่จะแยกมูลเหตุแห่งการฟ้องคดีของเจ้าหนี้เพื่อที่จะยังคงไว้ภายในข้อจำกัดเขตอำนาจศาลของศาลล่าง เพื่อที่จะแก้ปัญหาเหล่านี้หลายเขตปกครองเล็กๆ ในสวิสเซอร์แลนด์ได้กำหนดทุนทรัพย์ของการฟ้องคดีในเรื่องเขตอำนาจศาลตามจำนวนทุนทรัพย์ทั้งหมดสำหรับการเรียกร้องความเสียหายนั้น ในกรณีนี้ศาลล่างอาจจะเสียเขตอำนาจในการพิจารณาคดีสำหรับการฟ้องเรียกเงินคืนบางส่วน¹⁴ เช่นเดียวกับคดีในฝรั่งเศส¹⁵ ดังนั้น โจทก์ผู้ได้รับความเสียหายไม่สามารถนำคดีไปฟ้องที่ศาลล่างสำหรับความเสียหายทางทรัพย์สินได้โดยลำพัง ในขณะที่ใช้สิทธิเรียกร้องสำหรับความเสียหายส่วนบุคคลเก็บไว้ภายหลัง ถ้าสิทธิเรียกร้องทั้งสองเพิ่มไปมากกว่าข้อจำกัดเขตอำนาจศาลของศาลล่าง¹⁶

ประเทศในกลุ่มสแกนดิเนเวียยอมรับในหลักการของการฟ้องคดีในข้อเรียกร้องบางส่วน ซึ่งโดยหลักแล้ว เจ้าหนี้จะไม่สามารถที่จะฟ้องคดีลูกหนี้ของตนในการเรียกร้องให้ชำระหนี้หลายครั้งหลายคราวในมูลเหตุแห่งการฟ้องคดีเดียวกัน นอกจากเจ้าหนี้จะสามารถพิสูจน์ได้ในสิทธิเรียกร้องในหนี้บางส่วนนั้น ณ เวลาขณะนั้น หรือลูกหนี้สามารถแสดงให้เห็นว่าความสามารถที่จะชำระความเสียหายเฉพาะในหนี้บางส่วนนั้น ดังนั้นหากปราศจากข้อเท็จจริงที่กล่าวข้างต้นแล้ว การฟ้องคดีนั้นต้องถูกปฏิเสธโดยศาล โดยศาลไม่สามารถจะรับฟ้องไว้ได้หรือคดีไม่มีมูล

ภายใต้หลักการความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันของมูลเหตุในการฟ้องคดี ในบางกรณีอาจจะก่อให้เกิดข้อสงสัยได้ ภายใต้กฎหมายสวีเดน กรณีของการฟ้องเรียกค่าเสียหายในกรณีที่คู่กรณีฝ่ายที่ได้รับความเสียหายอันเกิดจากกรณียนต์ อาจจะแยกฟ้องคดีโดยแยกความเสียหายเป็น

¹³GERMANY: Blomeyer, Erkenntnisverfahren 224; AUSTRIA : Petschek and Stigel 287; SWITZWRLAND: Guldener 149. As for ROMAN law และโปรดดูเนื้อหาต่อมา ; for SOCIALIST law Stalev (ed.2, 1970) 247, 275 on BULGARIAN practice.

¹⁴Guldener 114 with references. Contra in GERMANY where legal provisions are lacking, Stein and Janas (-Schumann and Leipold) I (ed. 18, 1968) no. III 4c preceding § 253.

¹⁵Cour Paris 8 April 1967. D.S. 1967. Som. 80.

¹⁶ For details see J.C.I.Proc.Civ. II (Paris, loose-leaf) Fasc. 301 (6,1974) no. 145, 147; Solus and Perrot II 488.

ความเสียหายที่เกิดแก่รถยนต์ การรักษาพยาบาล และการสูญเสียรายได้¹⁷ ในขณะที่ Ekelof ได้ชี้ให้เห็นว่า มูลเหตุแห่งการฟ้องคดีเดียวกันไม่สามารถแบ่งแยกฟ้องได้ในกรณีที่การฟ้องคดีที่เรียกค่าเสียหายเฉพาะในเรื่องค่ายาในส่วนค่ารักษาพยาบาลของหมอจะถูกห้าม

ระบบกฎหมายแองโกล - อเมริกา หลักการนี้เป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วไปในระบบกฎหมาย นี้ ซึ่งค่อนข้างตรงกันข้ามกับทัศนคติของประเทศในกลุ่มประเทศแถบภาคพื้นยุโรป หลักการสองประการที่ถูกปฏิบัติตามมาหลายปี คือ *Interest rei publicae ut sit finis litium* และ *memme debet-vexari bis pro una et eadem causa*¹⁸

ในกรณีที่โจทก์ได้ฟ้องคดีในมูลเหตุของการฟ้องคดีบางส่วน และโจทก์ชนะคดี ศาลจะมี คำพิพากษารวมถึงมูลเหตุแห่งการฟ้องคดีทั้งหมด แต่ถ้าจำเลยเป็นฝ่ายชนะคดี มูลเหตุแห่งการฟ้องคดีนั้นจะตกไป ซึ่งเป็นไปตามหลักการ “rule against splitting a (single) cause of action”¹⁹

ในประเทศสหรัฐอเมริกา²⁰ มีความเห็นที่สนับสนุนหลักการในเรื่องความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันของมูลเหตุในการฟ้องคดีอยู่มากมาย²¹ หลักการที่เคร่งครัดที่สุด คือ การอนุญาตให้แยกมูลเหตุแห่งการฟ้องคดีในสถานการณ์ที่แน่นอนเพื่อประโยชน์ในการฟ้องคดี ประการที่สอง คือ หลักการเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันของการละเมิดต่อหน้าที่ทางกฎหมาย ได้แก่ ละเมิด ผิดสัญญา เพื่อที่ว่าผลของการละเมิดจะได้ถูกกล่าวอ้างมาในกระบวนการพิจารณาคดีในคดีเดียว ทั้งนี้เนื่องจากความแตกต่างของสิทธิที่ถูกละเมิดภายใต้กฎหมายสารบัญญัติ การกระทำละเมิดเพียง

¹⁷ Ekelöf III 93.

¹⁸ ENGLAND : see Holdsworth, A History of English Law IX (ed.3 London 1944) 154; *Brunsdon v. Humphrey*, supra n. 264; UNITED STATES : *United States v. Throckmorton*, supra n. 264.

¹⁹ James § 11.9 p. 550. For the importance of pleas and counterclaims of the defendant see infra s. 118 ss., 126 ss.

²⁰ For ENGLAND see Halsbury (ed.3) XV sub Estoppel no. 365, the cause of action must be “the same” The decisions mentioned, *The National Bolivian Navigation Co. v. Wilson* (1880), 5 App.Cas.176, 198 (H.L.), and *Payana Reena Saminathan v. Pana Lama Palaniappa*, [1914] A.C. 618, 624-625 (P.C.), chiefly refer to alternative competing claims.

²¹ On the following James § 11.10 pp. 553, 554.

ครั้งเดียวอาจจะเป็นการละเมิดต่อสิทธิตามกฎหมายสารบัญญัติหลายสิทธิ ซึ่งอาจจะก่อให้เกิดการฟ้องคดีเป็นจำนวนมาก²²

ทฤษฎีต่างๆ ที่เห็นด้วยกับหลักความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันของมูลเหตุแห่งการฟ้องคดีนี้ไม่สามารถทำให้การร่วมกันของข้อเรียกร้องหลายอย่างสามารถกระทำได้ หลักการในทางปฏิบัติที่เป็นที่เข้าใจกันของมูลเหตุแห่งการฟ้องคดีนั้น ควรจะถูกอธิบายแยกกันมาในฟ้องว่าเป็นเรื่องของละเมิด หรือเป็นเรื่องของการผิดสัญญา

ก) การใช้สิทธิเรียกร้องเรื่องละเมิด สิทธิเรียกร้องสำหรับความเสียหายในเรื่องละเมิดนี้เกิดจากเหตุการณ์ใดเหตุการณ์หนึ่งที่ทำให้เกิดความเสียหายขึ้น ความเสียหายที่เกิดขึ้นนี้รวมถึงความเสียหายเท่าที่มีอยู่ในขณะนั้น และความเสียหายในอนาคต²³ การเรียกร้องความเสียหายทางทรัพย์สินและความเสียหายในสิทธิส่วนตัวจะถูกกล่าวอ้างมาในการฟ้องคดีเดียว กล่าวคือในคดีหนึ่งจำเลยอาจจะถูกพิพากษาให้รับผิดชอบเพื่อชดเชยค่าเสียหายเป็นจำนวนทั้งหมด รวมถึงความเสียหายในอนาคตด้วย การเปลี่ยนแปลงแก้ไขคำพิพากษาจะกระทำได้เฉพาะพิสูจน์ความเสียหายในอนาคตนั้นว่าเป็นจำนวนที่มากกว่าหรือน้อยกว่าประมาณการที่ได้ตัดสินไว้แน่นอนแล้ว

กฎเกณฑ์นี้ได้สร้างภาระหน้าที่ที่ค่อนข้างยากแก่ศาล โดยเฉพาะอย่างยิ่งในเรื่องความเสียหายในอนาคตที่เกี่ยวข้องกับการเรื่องความเสียหายส่วนบุคคลในเรื่องของความสามารถในการหารายได้ ความเสียหายจะต้องถูกประเมินค่า แต่ไม่สามารถคำนวณจากเงินได้ประจำปีได้ เนื่องจากมีปัจจัยอื่นเข้ามาเกี่ยวข้องด้วย²⁴ เช่น เงินได้จากจำนวนปีของการทำงานที่หากไม่ได้รับบาดเจ็บ

²² E.g., *Hunterfly Realty Corp. v. State*, 74 Misc.2d 345, 346 N.Y.S.2d 455 (N.Y. Ct. of Claims 1973): During the construction of roads on the land of the plaintiff, a 10000 year-old Mastadon skeleton was uncarthed and brought to the municipal museum. The compensation claim for appropriation of land and conversion of personal property are separate claims, since they interfere with different rights, (Even externally, one could assume two civil offenses).

²³ ENGLAND : *Darley Main Colliery Co. v. Mitchell* (1886), 11 App.Cas. 127, 144 (H.L.) per Lord Braniwell ; UNITED STATES : see *Baltimore Steamship Co. v. Phillips*, 274 U.S. 316, 47 S.Ct 600, 71 L.Ed. 1068, 1072 (1927) ; *Silent Automatic Sales Corp. v. Stayton*, 45 F.2d 476 (8 Cir. 1930) ; *Coll v. Sherry*, 148 A.2d 481 (N.J. 1959) ; *McNichols v. Weiss*, 12 A.D.2d 646, 208 N.Y.S.2d 721 (1960).

²⁴ In addition to this *McGregor* (supra n. 275) s. 119.

จะต้องมีรายได้ ความแตกต่างของมูลค่าในจำนวนเสียหายซึ่งเป็นจำนวนเงินที่ได้จ่ายออกในทันที ในขณะเดียวกัน ความคาดหวังในการเจริญเติบโตในหน้าที่การงานของเด็กหนุ่มควรที่จะถูกนำมา คำนวณด้วย²⁵

ในกรณีของการแบ่งแยกข้อพิพาททั้งในกรณีของความเสียหายที่เกี่ยวข้องกับ ทรัพย์สิน และความเสียหายที่เกี่ยวข้องกับสิทธิส่วนบุคคลนั้น ในประเทศอังกฤษจะถือว่าการกระทำ ของฝ่ายจำเลยละเมิดต่อสิทธิที่แยกออกจากกัน กล่าวคือมีการกระทำผิดสองอย่างเกิดขึ้น²⁶ ในทางตรงกันข้ามในประเทศสหรัฐอเมริกา²⁷ ศาลแห่งรัฐส่วนใหญ่ยังคงยืนยันในความเป็นอันหนึ่ง อันเดียวกันของมูลเหตุแห่งการฟ้องคดี โดยการกระทำเพียงหนึ่งเดียวสามารถก่อให้เกิดมูลเหตุใน การเรียกร้องค่าเสียหายแล้ว²⁸

ข) การใช้สิทธิเรียกร้องเรื่องการผิดสัญญา ในทุกสัญญาก่อให้เกิดสิทธิเรียกร้อง ค่าเสียหาย แต่เจ้าหนี้ต้องกล่าวอ้างถึงความเสียหายที่ได้รับทั้งหมดมาในขณะที่ยื่นฟ้องคดี²⁹ ใน ครั้งเดียว³⁰ โดยเฉพาะในเรื่องที่มีการผิดนัดชำระหนี้ของลูกหนี้ในการที่จะชำระหนี้ในเรื่องสัญญา

²⁵ See also McGregor (ibidem) s. 213-317.

²⁶ *Brunsdon v. Humphrey* (1884), *supra* n. 264, cited and distinguished in *Derrick v. Williams*, [1932] 2 All E.R. 559, 566 (C.A.).

²⁷ See also Annotation Hursh, Simultaneous injury to person and property as giving rise to single cause of action : 62 A.L.R.2d 977-1009 (1958); Moore I B § 0.410[2] p. 1168 (1974); James § 11.11 p. 557-560.

²⁸ *Cormire v. Highway Trucking Co.*, 312 S.W.2d 406 (Tex. Civ.App. 1958); *Millers Mutual Fire Ins.Co. of Texas v. Mitchell*, 392 S.W.2d 704 (1965); *Schmidt v. Henke*, 222 N.W.2d 114 (Neb. 1974); *State, ex rel. Home Service Oil Co. v. Hess*, 485 S.W.2d 616 (Mo. App.1972); *Richard v. Travelers Ins.Co.*, 323 So.2d 176 (La. App. 1975) However, a minority has adopted the ENGLISH position, Hursh (*supra* n. 288) 1001 ss.

²⁹ Only up to the suit, See also, *Whitley Construction Company v. J.E. Whitley*, 134 Ga.App.245, 213 S.E.2d 909 (1975); a supplement for subsequent damages is not required.

³⁰ UNITED STATES : James § 11.12 p. 563-564; Corbin 3A § 689; Restatement of Judgements (1942) § 62 comment h.

ซื้อขายแบบผ่อนชำระ³¹ หรือสัญญาเช่า ช้อยกเว้นในหลักการข้างต้น คือ ในกรณีที่สัญญานั้นสามารถแบ่งแยกได้³² ซึ่งได้แก่กรณีของการผ่อนชำระหนี้ในแต่ละงวดหรือในกรณีของตราสารที่เปลี่ยนมือได้³³

(2) การปฏิบัติการชำระหนี้ในสัญญาทางการเงิน (Specific Performance of Contractual Monetary Obligations)

การฟ้องคดีที่เกี่ยวกับสิทธิเรียกร้องทางการเงินได้รับการยอมรับในกลุ่มประเทศภาคพื้นยุโรป กลุ่มประเทศสแกนดิเนเวีย และกลุ่มประเทศลาตินอเมริกา ในระบบกฎหมายอังกฤษยังคงมีความแตกต่างในเรื่องดังกล่าว ดังตัวอย่างในเรื่องของข้อสัญญาจะให้ยืมและสิทธิเรียกร้องจากข้อสัญญาเพื่อประโยชน์ของบุคคลที่สาม

(2.1) ข้อสัญญาจะให้กู้ยืมเงิน ตามกฎหมาย Common Law ผู้รับค้ำประกันสัญญาไม่สามารถมีผลประโยชน์ได้เสียในการฟ้องคดีเพื่อบังคับในสิทธิเรียกร้องที่เป็นตัวเงินตามค้ำประกันสัญญา³⁴ ในกรณีที่ผู้ให้กู้ยืมได้ปฏิเสธการชำระเงินตามสัญญา กรณีจะถือได้ว่าผู้ให้กู้ยืมปฏิบัติผิดค้ำประกันสัญญา และจะต้องชดใช้เฉพาะค่าเสียหายที่เกิดขึ้นจากการไม่ปฏิบัติตามค้ำประกันสัญญา³⁵ เช่น ในกรณีของผู้กู้ได้รับสิทธิประโยชน์ในการกู้ที่น้อยลง หลักเอ็คควิตี้ (equity) ได้ให้สิทธิที่จะได้รับการปฏิบัติการชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจง (Specific Performance) เช่น การได้รับคำพิพากษาเพื่อชดเชยความเสียหายเพิ่มขึ้น ในกรณีของการที่ลูกหนี้ไม่ได้รับการชดเชย ผลประโยชน์อย่างเต็มที่จากความเสียหายอันเกิดจากการผิดค้ำประกันสัญญานั้น ดังนั้นคำพิพากษาในกรณีของข้อสัญญาจะให้กู้ยืมจึงน่าจะเป็นไปได้ ถ้าเป็นกรณีที่ผู้กู้ไม่ได้รับสิทธิประโยชน์จากที่อื่นๆ อีก³⁶

³¹ Since Hunt's Case, Owen 42, 74 E.R. 886 (Exch.Ch. 1588), the action of assumpsit is granted for suing upon the agreed installments, since the action of debt was only possible upon the maturity of the entire price.

³² Corbin 3A § 698; Restatement of Judgments (1942) § 62 comment i.

³³ Restatement of Judgments, ibidem.

³⁴ See Halsbury (ed. 3) I sub Action no. 46.

³⁵ Larios v. Bonany y Gürety (1873), L.R. 5 P.C. 346, 345; Western Wagon and Property Co. v. West, [1892] 1 Ch. 271; Loan Investment Corp. of Australia v. Bonner, [1970] N.Z.L.R. 724 (P.C.).

³⁶ See also Lawson 252-253 and Pettit 439-440.

(2.2) ข้อสัญญาเพื่อประโยชน์ของบุคคลที่สาม คำตัดสินคดีของ House of Lords ได้ขยายขอบเขตของการปฏิบัติการชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจง (Specific Performance) ออกไปอย่างกว้างขวาง เดิมทีสัญญาเพื่อประโยชน์ของบุคคลที่สามไม่เป็นที่รู้จักกันในระบบ Common Law ของอังกฤษ³⁷ บุคคลที่สามไม่มีสิทธิบังคับในข้อเรียกร้องนั้นๆ³⁸ ในขณะที่ผู้ให้คำมั่นสัญญามีสิทธิเพียงสามารถใช้สิทธิเรียกร้องจากการปฏิบัติการชำระหนี้ที่บกพร่องต่อบุคคลที่สามเท่านั้น บุคคลที่สามนั้นไม่มีสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายในนามของตนเอง หรือมีสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายที่กำหนดให้พอเป็นพิธีเท่านั้น³⁹ ต่อมาได้มีคำตัดสินของ House of Lords⁴⁰ ซึ่งได้เปลี่ยนแปลงแนวความคิดในเรื่องดังกล่าว มีข้อเท็จจริงว่า ลูกได้อินสิทธิในธุรกิจของเขาให้แก่หลานชายโดยได้มีข้อกำหนดไว้ว่า จะต้องจ่ายค่าที่ปรึกษาให้แก่ตน 6 ปอนด์ต่อสัปดาห์ และต้องจ่ายเงินช่วยเหลือแก่ภรรยาของตน 5 ปอนด์ต่อสัปดาห์ ถ้าภรรยาของเขาได้เข้ามาช่วยในธุรกิจภายหลังการตายของเขา ภรรยาได้เรียกร้องในเงินจำนวนที่ได้ระบุไว้ในข้อกำหนดดังกล่าว โดยฟ้องคดีเพื่อให้ปฏิบัติการชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจง (Specific Performance) ซึ่งศาลก็ได้มีคำตัดสินให้สิทธิในข้อเรียกร้องดังกล่าว กรณีจึงเป็นการสร้างกฎหมาย (new substantive right)⁴¹ โดยคำพิพากษาของศาล Common Law ซึ่งทำให้หลักการดังกล่าวนี้มีความใกล้เคียงกันระหว่าง ระบบกฎหมายของอังกฤษ และภาคพื้นยุโรป

2.1.1.2 ข้อเรียกร้องที่เกี่ยวกับกรรมสิทธิ์ (The Claim Obligatio Dandi)

The Claim Obligatio Dandi เป็นการให้สิทธิเรียกร้องเพื่อให้มีการโอนหรือส่งมอบกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์และอสังหาริมทรัพย์ ตัวอย่างในกรณีของผู้ซื้อทรัพย์ในสังหาริมทรัพย์และในอสังหาริมทรัพย์ เป็นตัวอย่างที่สำคัญในการฟ้องคดีในลักษณะนี้ ความสามารถในการฟ้องและความสามารถในการบังคับคดีในลักษณะนี้เป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วไป ทั้งในระบบกฎหมายภาคพื้นยุโรป สแกนดิเนเวีย และสังคมนิยม⁴² นอกจากนี้จะมีข้อยกเว้นกำหนดไว้โดยเฉพาะ ในทางตรงกันข้าม การฟ้องคดีเพื่อให้ปฏิบัติ การชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจง (Action for Specific Performance) ในกลุ่มประเทศ Anglo-America ในทางทฤษฎีแล้วถือเป็นข้อยกเว้นของหลัก

³⁷ Differently in the UNITED STATES : Restatement of Contracts (1932) § 138.

³⁸ Scruttons, Ltd. v. Midland Silicones, Ltd., [1962] A.C. 446, 467 (H.L.).

³⁹ See also Pettit 68-70 with additional references.

⁴⁰ See also Hanbury 55-57; Pettit 68 ss. ; Lawson 254-257.

⁴¹ Lawson 256.

⁴² See Eörsi, this Encyclopedia vol. VII ch. 16 s. 196-207.

ดังกล่าวที่ว่าความเสียหายเท่านั้นที่เป็นผลโดยตรงจากการไม่ปฏิบัติตามชำระหนี้ นอกจากนี้แล้ว ถือเป็นดุลพินิจของศาลในการให้สิทธิเยียวยา

2.1.1.3 ข้อเรียกร้องให้ส่งมอบการครอบครอง (The Claim for Delivery of Possession)

สิทธิเรียกร้องให้ส่งมอบการครอบครองเกิดจากสิทธิตามกฎหมายสารบัญญัติที่แตกต่างกัน นอกจากสิทธิตามสัญญาแล้วมีในเรื่องละเมิด (Tort) จัดการงานนอกสั่ง (Negotiorum Gestio) ลาภมิควรได้ (Unjust Enrichment) สิทธิเรียกร้องให้ส่งมอบการครอบครองนี้เป็นที่ยอมรับในกลุ่มประเทศยุโรปตอนกลาง สแกนดิเนเวีย และกลุ่มประเทศ Romanic แม้แต่ในกลุ่มประเทศ Anglo-American

ในประเทศอังกฤษ ผู้ถือกรรมสิทธิ์สามารถที่จะเรียกคืนทรัพย์สินจากบุคคลผู้ครอบครองโดยมิชอบได้⁴³ ในขณะเดียวกันก็ยินยอมให้มีการฟ้องคดีต่อผู้เช่าภายหลังสัญญาเช่าหมดอายุ ผู้เช่าก็มีสิทธิดังกล่าวนี้ต่อบุคคลอื่นผู้ครอบครองทรัพย์สินโดยมิชอบได้ด้วย เช่นเดียวกับในประเทศสหรัฐอเมริกา⁴⁴

ข้อยุ่งยากอยู่ที่การเรียกคืนการครอบครองในสังหาริมทรัพย์ ในประเทศอังกฤษ ยินยอมให้มีการฟ้องคดีในลักษณะดังกล่าวในเรื่องละเมิด (Tort) เท่านั้น ในกรณีของการฟ้องคดีเกี่ยวกับการบุกรุก (Trespass) คดียักยอกทรัพย์สินที่เก็บได้ (Trover) การเบียดบังเอาทรัพย์สินของผู้อื่น (Conversion) จะถูกอนุญาตให้มีการเรียกคืน ในรูปแบบค่าเสียหายเท่านั้น การฟ้องคดีเพื่อเรียกคืนทรัพย์สินที่ถูกยึดหน่วงไว้โดยมิชอบ (Detinue) ได้อนุญาตให้สิทธิจำเลยในการในการซื้อคืนได้ อย่างไรก็ตาม ศาลเอ็คควิตี้ (Equity) ได้เข้ามาช่วยโดยใช้วิธีการปฏิบัติการชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจง (Specific Performance)⁴⁵ ภายหลังการแก้ไขกฎหมายเมื่อปี ค.ศ.1854 ศาลได้ตัดสินสิทธิของจำเลยในการซื้อคืนสินค้านี้ได้⁴⁶ ในสหรัฐอเมริกาสิทธิที่จะเรียกคืนทรัพย์สินได้รับการรองรับโดยบทบัญญัติของรัฐต่างๆ อย่างกว้างขวาง⁴⁷

⁴³ On the following Lawson 235-242.

⁴⁴ Rosenberg and Weinstein 126-127

⁴⁵ Pusey v. Pusey (1684), 1 Vern. 272, 23 E.R. 465 (heirloom); Hanbury 38,39.

⁴⁶ Common Law Procedure Act, 1854 (17 & 18 Vict., c. 125); Pettit 430 at n. 1.

⁴⁷ See also Rosenberg and Weinstein 115-116

ในประเทศสหรัฐอเมริกามีการใช้สิทธิที่เรียกว่า "specific substitution" ซึ่งไม่มีการใช้ อยู่ในอังกฤษแล้ว⁴⁸ ยกตัวอย่างเช่น จำเลยได้ใช้กลฉ้อฉลหลอกให้โจทก์โอนหุ้นของบริษัทให้แก่ จำเลย และต่อมาจำเลยได้โอนหุ้นต่อไปให้กับผู้ซื้อ และผู้ซื้อหุ้นได้ซื้อหุ้นโดยสุจริต (*bona fide*) โจทก์จะไม่สามารถได้รับหุ้นคืนในตลาดได้ ในกรณีนี้ถ้าจำเลยเป็นเจ้าของหุ้นประเภทเดียวกับ โจทก์ จำเลยจะต้องถูกสั่งให้โอนหุ้นคืนแก่โจทก์ในหมายเลขหุ้นเดิมที่ได้รับจากโจทก์⁴⁹ ซึ่งถือว่าเป็นการปฏิบัติการชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจง (Specific Performance)

2.1.1.4 ข้อเรียกร้องเกี่ยวกับการใช้สิทธิเรียกร้องให้กระทำการโดยเฉพาะเจาะจงอื่นๆ (The Claim for Specific Performance of Other Actions)

การบังคับคดีของสิทธิเรียกร้อง ในรูปแบบการฟ้องคดีประเภทอื่นๆ โดยใช้มาตรการ บังคับผ่านขั้นตอนของคำพิพากษาของศาลและขั้นตอนการบังคับคดีได้รับการยอมรับโดยทั่วไป เช่น การปฏิบัติการชำระหนี้โดยบุคคลที่สามด้วยค่าใช้จ่ายของลูกหนี้

หนี้ที่สามารถถูกชำระหนี้แทนกันได้ (Fungible Obligations) ทั้งในกลุ่มประเทศ ภาคพื้นยุโรป สแกนดิเนเวีย และกลุ่มประเทศโรมันได้ยอมรับหลักการที่ว่าเจ้าหนี้สมควรที่จะได้รับการเยียวยาทางกฎหมายมากเท่าที่จะเป็นไปได้ สำหรับการปฏิบัติการชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจง (specific performance) จะต้องได้รับการพิจารณาในกรณีที่เจ้าหนี้มีสิทธิได้รับการชำระหนี้แทน จากบุคคลที่สาม

การกระทำที่มีลักษณะเฉพาะตัว (Personal Performance) ในกรณีที่ข้อเรียกร้องให้ กระทำการจะสำเร็จได้ด้วยการกระทำของฝ่ายลูกหนี้คนเดียวไม่สามารถกระทำแทนโดยบุคคล ที่สามได้นั้น เจ้าหนี้จะไม่สามารถเรียกร้องที่จะได้รับการปฏิบัติการชำระหนี้ หากลูกหนี้คนนั้น ปฏิเสธที่จะชำระหนี้แก่เจ้าหนี้ ดังนั้นมาตรการบังคับจึงถูกนำมาเป็นมาตรการบังคับให้ลูกหนี้ ปฏิบัติการชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ มาตรการบังคับที่ว่านี้ เช่น ในเรื่องของค่าปรับหรือดอกเบี้ยที่ถูก กำหนดให้ลูกหนี้ชำระจนกว่าจะปฏิบัติการชำระหนี้เสร็จสิ้น หรือมาตรการกักขังอาจจะถูกนำมาใช้ เป็นมาตรการทางเทคนิคได้ด้วย

ในฝรั่งเศส มาตรการเรื่องค่าปรับถูกนำมาใช้ในกรณีของการไม่ปฏิบัติการชำระหนี้ ของลูกหนี้ ลูกหนี้อาจจะถูกคำพิพากษาให้ชำระเงินจำนวนหนึ่งแก่เจ้าหนี้เงินจำนวนนี้ไม่ได้

⁴⁸ Laivson 241.

⁴⁹ Sher v. Sandler, 90 N.E.2d 536, 540 (Mass. 1950)

เกี่ยวข้อง กับจำนวนค่าเสียหายที่เจ้าหนี้เรียกร้อง⁵⁰ ต่อมาในประเทศเนเธอร์แลนด์และประเทศอาร์เจนตินาก็ได้เดินตามแนวทางนี้⁵¹

มาตรการบังคับในเรื่องค่าปรับนี้ จะพบได้ในกลุ่มประเทศยุโรปตอนกลาง สแกนดิเนเวีย ในประเทศบราซิล และชิลี⁵² แม้แต่ในประเทศสหรัฐอเมริกา แต่เงินค่าปรับนี้จะต้องนำส่งให้แก่วัสดุไม่ได้ส่งให้กับเจ้าหนี้

มาตรการบังคับให้ลูกหนี้ปฏิบัติตามชำระหนี้โดยการกักขัง พบได้ในกลุ่มยุโรปตอนกลาง และสแกนดิเนเวีย⁵³ ชิลี และเม็กซิโก⁵⁴ ในอิตาลีจะใช้มาตรการนี้เฉพาะในเรื่องของข้อพิพาทที่เกี่ยวกับกฎหมายแรงงานเท่านั้น⁵⁵ ในเรื่องที่นายจ้างจะถูกห้ามไม่ให้เข้าไปแทรกแซงในกิจกรรมของสหภาพแรงงาน หากนายจ้างไม่เชื่อฟัง มีโทษจำคุก 3 เดือน⁵⁶

มาตรการบังคับโดยการจำคุกได้ถูกนำมาใช้ในประเทศแองโกล-อเมริกัน เป็นมาตรการลงโทษผู้ละเมิดอำนาจศาลให้ปฏิบัติตามชำระหนี้ แต่มาตรการนี้จะใช้ได้ต้องไม่ไปกระทบต่อสิทธิในการงานส่วนตัว (personal service)

⁵⁰ Law no. 72-626 of 5 July 1973, fJo 9 July p.7187 (modified by Law no. 75-596 of 9 July 1975, Jo 10 July p.7076) art. 5. See on this matter also this Encyclopedia vol. VII ch.16 s. 24-29.

⁵¹ NETHERLAND : CCProc. Art. 611a; ARGENTINA : CCProc. Art. 513 par. 2, 37 with CC art. 666 bis (Ley 17.711 – Reforma del Código civil of 22 April 1968, ADLA XXVIII-B 1799) ; see Stoll (supra n. 326) s.118ss.

⁵² BRAZIL : CCProc. art. 644, 287; CHILE : CCProc. art. 543.

⁵³ GERMANY : CCProc. § 888; AUSTRIA : Code on Enforcement of Judgments (Exekutionsordnung) of 27 May 1896 (RGBl. No. 79/1896) § 354. In several federal law punishment due to contempt of a judgment : Crim.C art. 292; Habscheid 530-531. for SCANDINAVIA see infra n. 507.

⁵⁴ CHILE : CCProc. art. 543; MEXICO : CCProc. art. 517 par. 1.

⁵⁵ Law on Workers (supra m. 332) art. 28 par. 4.

⁵⁶ See also Prosperetti (-Ramacci) sub Profili di diritto penale art. 28.

ดังนั้น โดยหลักแล้ว ในทุกคำสั่งทางกฎหมายจะกระทำได้อาจไม่ต้องไม่ไปกระทบต่อการงานส่วนตัว ในฝรั่งเศสก็ได้ยอมรับว่าในมาตรการบังคับต่อลูกหนี้ที่ต้องไม่กระทบต่อสิทธิส่วนตัวมากเกินไป⁵⁷

2.1.2 การฟ้องให้จำหน่ายทรัพย์สินเป็นตัวแทนเงินในหลักประกันที่เป็นทรัพย์สิน (The Realization of Security Interests in Property)

จะต้องมีคำฟ้องลักษณะพิเศษสำหรับการจำหน่ายทรัพย์สินเป็นตัวแทนเงินในทรัพย์สินไม่ว่าจะเป็นอสังหาริมทรัพย์และสังหาริมทรัพย์ที่เป็นหลักประกันของทรัพย์สิน ซึ่งเราเรียกการฟ้องคดีในลักษณะนี้ว่า “การฟ้องคดีให้บังคับหนี้ (actions to enforce a liability) โดยทางทฤษฎีการฟ้องให้บังคับหนี้ นั้นแตกต่างจากการฟ้องเพื่อบังคับ ให้กระทำการ (actions to enforce a performance) ในแง่ที่ว่าคำฟ้องแรกเป็นการบังคับเอาหลักประกันแห่งหนี้ตามลำดับแห่งสิทธิของเจ้าหนี้ ในขณะที่คำฟ้องหลังเป็นการ บังคับเอาบกongทรัพย์สินทั้งหมดของลูกหนี้

ทั้งนี้ การจำหน่ายทรัพย์สินเป็นตัวแทนเงินในหลักประกัน จะมีความแตกต่างกันขึ้น อยู่กับว่าหลักประกันนั้นเป็นทรัพย์สินประเภทใด

กรณีอสังหาริมทรัพย์⁵⁸ สำหรับระบบกฎหมายของประเทศในแถบยุโรปตอนกลาง สแกนดิเนเวีย และประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายโรมัน การบังคับจำนองจะต้องมีคำพิพากษาของศาลหรือหมายบังคับคดี (instrument permitting execution) ด้วย ในประเทศอังกฤษการไม่ชำระหนี้ก็อาจทำให้ลูกหนี้ต้องสูญเสียกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่จำนองได้ แต่ลูกหนี้ก็อาจจะขอชำระหนี้เพื่อไถ่ถอนทรัพย์สินจำนองออกมาได้ ตรงกันข้ามกับในประเทศสหรัฐอเมริกา การบังคับจำนองเอาทรัพย์สินหลุดจะนำไปสู่ขายตามคำสั่งศาลต่อไป สำหรับในประเทศไทยการบังคับจำนองต้องอาศัยการฟ้องคดีและคำพิพากษาของศาล⁵⁹

กรณีสังหาริมทรัพย์⁶⁰ สำหรับระบบกฎหมายในแถบยุโรปกลาง สแกนดิเนเวีย และประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายโรมัน การบังคับจำนองต้องทำโดยคำสั่งศาล แต่ก็ยังมีวิธีอื่นตามที่กำหนดไว้ในกฎหมายพาณิชย์ (Commercial Law) ในระบบกฎหมายแองโกล-อเมริกัน เจ้าหนี้สามารถขายทอดตลาดทรัพย์สิน จำนองได้เองโดยไม่ต้องให้ศาลสั่ง (out-of-court sale) หรือจะเลือกขายตามคำสั่งศาลก็ได้ ในสหรัฐอเมริกาโดยส่วนใหญ่แล้วสิทธิที่จะขายทรัพย์สินจำนองได้เองมักจะถูกระงับไว้

⁵⁷ Catala and Terré, *Procédure civile et voies d'exécution* (Paris 1965) 441.

⁵⁸ Details in this Encyclopedia vol. VI ch. 13.

⁵⁹ มาตรา 728 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย.

⁶⁰ Details *ibidem* ch. 12.

ในสัญญา โดยทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันอาจถูกขายออกไปได้เมื่อมีการผิดนัดชำระหนี้ และมีหนังสือบอกกล่าวให้ลูกหนี้ทราบภายในเวลาอันสมควร การขายทรัพย์สินจำนำอาจขายต่อบุคคล โดยเฉพาะ หรือขายทอดตลาดก็ได้⁶¹ สำหรับในประเทศไทยการบังคับจำนำสามารถนำทรัพย์สินออกขายทอดตลาดได้เอง โดยไม่ต้องอาศัยคำสั่งศาลเพราะทรัพย์สินที่จำนำอยู่ในความครอบครองของผู้รับจำนำแล้ว⁶²

2.1.3 การฟ้องเพื่อให้ศาลเปลี่ยนแปลงความสัมพันธ์ทางกฎหมาย (The Action for Judicial Modification of Legal Relationship)

2.1.3.1 หลักการทั่วไปของการดำเนินการเพื่อให้มีการเปลี่ยนแปลงความสัมพันธ์ทางกฎหมายโดยทั่วไป

ประเด็นสำคัญในการพิจารณาถึงเนื้อหาของการฟ้องคดีเพื่อเปลี่ยนแปลงความสัมพันธ์ทางกฎหมาย อยู่ที่การไม่สามารถแยกความเกี่ยวข้องกันของกฎหมายสารบัญญัติกับกฎหมายวิธีสบัญญัติออกจากกันได้ แนวคิดของการเปลี่ยนแปลงความสัมพันธ์ทางกฎหมายนั้นเริ่มต้นจากการพิจารณาในเนื้อหาตามกฎหมายสารบัญญัติ โดยต้องอาศัยการดำเนินการตามเนื้อหาในกฎหมายวิธีสบัญญัติ

โดยทั่วไป กฎหมายสารบัญญัติจะกำหนดว่า กรณีใดบ้างที่ความสัมพันธ์ทางกฎหมายของเอกชน จะสามารถเปลี่ยนแปลงได้ด้วยการแสดงเจตนาของคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหรือทั้งสองฝ่าย ซึ่งที่จริงแล้วคู่สัญญามีสิทธิที่จะแก้ไขเปลี่ยนแปลงความสัมพันธ์ทางกฎหมายร่วมกันได้ ไม่ว่าโดยข้อสัญญาหรือโดยการดำเนินการทางกฎหมาย ซึ่งเรียกว่า "right of disposition" โดยคู่สัญญาสามารถจะยกเลิกข้อตกลงหรือสัญญาที่ได้แสดงเจตนารับผิดในคำเสียหายของการละเมิดได้ แต่สิทธินี้ก็มีข้อจำกัดคือต้องไม่ขัดแย้งกับประโยชน์สาธารณะ (public interest) แต่ในกรณีที่กฎหมายได้กำหนดว่าการสมรสไม่สามารถสิ้นสุดลงด้วยการตกลงกันเองระหว่างคู่สมรส แต่จะต้องมีเหตุแห่งการหย่าตามกฎหมายด้วย กฎหมายวิธีสบัญญัติจะเข้ามามีบทบาท เพราะผู้ที่ต้องการหย่าจะต้องอาศัยการฟ้องคดีเข้ามาเพื่อให้ศาลได้พิจารณาเพื่อมีคำพิพากษาต่อไป และเมื่อศาลมีคำพิพากษาแล้วเท่านั้นจึงจะทำให้การสมรสสิ้นสุดลงได้ คำพิพากษาของศาลในกรณีเช่นว่านี้ เรียกว่า คำพิพากษาให้เปลี่ยนแปลงความสัมพันธ์ทางกฎหมาย (Judgement in Modification of Legal Relationship) ตรงกับภาษาเยอรมันว่า "Gestaltungsurteil" หรือในภาษาฝรั่งเศสว่า "Jugement constitutif"

⁶¹ UCC § 9-504 (3).

⁶² มาตรา 764 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย.

ในบางกรณี กฎหมายสารบัญญัติก็ยินยอมให้มีการเปลี่ยนแปลงความสัมพันธ์ทางกฎหมายฝ่ายเดียวได้โดยการแสดงเจตนาของคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง เช่น ความเป็นโมฆะของสัญญา การไม่ชำระหนี้ตามสัญญาต่างตอบแทน หรือการใช้สิทธิเลิกสัญญาในกรณีที่ข้อกำหนดในสัญญาให้สิทธิในการเลิกสัญญาได้ ในกรณีเช่นว่านี้คู่สัญญาใช้สิทธิที่เรียกว่าสิทธิในการเปลี่ยนแปลงความสัมพันธ์ทางกฎหมาย (Right to Modify Legal Relations) แต่ในบางกรณีที่การแสดงเจตนาเปลี่ยนแปลงความสัมพันธ์ทางกฎหมายได้เกิดเป็นข้อโต้แย้งขึ้น ซึ่งจะทำให้เป็นข้อพิพาทและต้องตัดสินโดยการพิจารณาตัดสินของศาล ตราบใดที่ยังไม่มีคำพิพากษาถึงที่สุด สถานะทางกฎหมายของคู่สัญญาก็จะอยู่ในภาวะที่ไม่แน่นอน ซึ่งอาจจะส่งผลเสียหายตามมาหากการพิจารณาเนิ่นช้าออกไป ตัวอย่างเช่น เมื่อหุ้นส่วนคนหนึ่งได้แสดงเจตนาเลิกห้างหุ้นส่วน จะมีปัญหาว่าในระหว่างที่ยังไม่เสร็จสิ้นกระบวนการพิจารณาห้างหุ้นส่วนนั้นยังคงตั้งอยู่หรือได้เลิกไปแล้ว ความไม่แน่นอนนี้ทำให้ห้างหุ้นส่วนต้องหยุดการดำเนินการทั้งหลายเอาไว้ จะเห็นได้ว่าการที่ห้างหุ้นส่วนจะเลิกได้ก็โดยคำพิพากษาของศาลให้เปลี่ยนแปลงความสัมพันธ์ทางกฎหมายเท่านั้น ผลก็คือผู้เป็นหุ้นส่วนทำได้เพียงยื่น คำร้องเพื่อขอให้มีการเลิกห้างหุ้นส่วน หรือมีสิทธิฟ้องคดีเพื่อเปลี่ยนแปลงแก้ไขความสัมพันธ์ทางกฎหมายเท่านั้น แต่ไม่มีสิทธิที่จะเปลี่ยนแปลงแก้ไขความสัมพันธ์ทางกฎหมาย

ด้วยความแตกต่างกันของระบบกฎหมาย การนำความแตกต่างของแนวคิดเรื่อง "การฟ้องคดี เพื่อให้มีการเปลี่ยนแปลงความสัมพันธ์ทางกฎหมาย" (The Action for Judicial Modification of Legal Relationship) และ "คำพิพากษาให้เปลี่ยนแปลงความสัมพันธ์ทางกฎหมาย" (Judgement in Modification of Legal Relationship) มาศึกษา จึงอาจเป็นประโยชน์ได้

ระบบกฎหมายของประเทศยุโรปตอนกลางและประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายโรมัน แนวคิดทั้งสองแนวคิดดังกล่าว มีจุดกำเนิดที่เกี่ยวข้องกันและเป็นที่รับรู้กันในช่วงศตวรรษที่ 19 ในปี ค.ศ. 1885 นักกฎหมายชาวเยอรมัน Wach⁶³ ได้เริ่มพัฒนาแนวคิดเรื่องคำพิพากษาก่อให้เกิดผลเป็นการเปลี่ยนแปลงความสัมพันธ์ทางกฎหมาย (Judge to effectuate changes in legal relationship (Bewirkungsurteil))⁶⁴ ขึ้นเป็นครั้งแรกในปี ค.ศ. 1903 Kisch ก็ได้นำเสนอคำอธิบาย

⁶³ Wach 115 ss.

⁶⁴ The term " Rechtsgestaltungsklage" was coined

เนื้อหาของกฎหมายดังกล่าวและนับแต่นั้นมาแนวคิดดังกล่าวก็ได้รับการยอมรับ และนำไปใช้ใน ประเทศแถบยุโรปตอนกลาง⁶⁵

ลักษณะพิเศษของคำพิพากษาให้เปลี่ยนแปลงความสัมพันธ์ทางกฎหมายได้ยืนยันใน ข้อเท็จจริงที่ว่า ตัวคำพิพากษานั้นเองที่มีผลต่อการเปลี่ยนแปลงความสัมพันธ์ทางกฎหมาย ซึ่ง ส่วนใหญ่แล้วการเปลี่ยนแปลงความสัมพันธ์ทางกฎหมายเป็นเรื่องที่กำหนดไว้ในกฎหมายสาร บัญญัติ ด้วยเหตุนี้ เราสามารถแบ่งคำพิพากษาประเภทนี้ออกจากคำพิพากษาประเภทอื่นได้ดังนี้

ก) คำพิพากษาให้เปลี่ยนแปลงความสัมพันธ์ทางกฎหมาย (The judgement in modification of legal relationships) . แตกต่างจากคำพิพากษาให้กระทำการ (Judgement for permanence) ในแง่ที่ว่า คำพิพากษาประเภทแรกไม่ได้ก่อให้เกิดหน้าที่ให้จำเลยต้องปฏิบัติการ ชำระหนี้ แต่ทำให้เกิดการเปลี่ยนแปลงต่อสิทธิทางกฎหมาย แต่คำพิพากษาให้กระทำการ (Judgement for permanence) ก็อาจทำให้เกิดการเปลี่ยนแปลงต่อสิทธิทางกฎหมายได้ เช่น การ ขยายอายุความ หรือการก่อให้เกิดสิทธิบังคับคดี⁶⁶ แต่ผลเหล่านี้ก็ไม่ได้เป็นผลโดยตรงตามที่ กำหนดไว้ในคำพิพากษา อย่างไรก็ดี เรื่องการบังคับตามคำพิพากษาไม่ใช่สิ่งที่ทำให้คำพิพากษา สองประเภทนี้แตกต่างกันเพราะแม้แต่คำพิพากษาให้เปลี่ยนแปลงความสัมพันธ์ทางกฎหมายใน บางกรณีก็ยังคงต้องมีมาตรการบังคับคดีเพื่อให้คดีบรรลุผลตามคำพิพากษา⁶⁷

ข) คำพิพากษาให้เปลี่ยนแปลงความสัมพันธ์ทางกฎหมายแตกต่างจากคำพิพากษา แสดงสิทธิ (declaratory judgement) กล่าวคือ คำพิพากษาแสดงสิทธิจะพิจารณาว่าสถานะทาง กฎหมายใดที่มีผลผูกพันทางกฎหมาย ในขณะที่คำพิพากษาให้เปลี่ยนแปลงความสัมพันธ์ทาง กฎหมายจะเปลี่ยนสถานะทางกฎหมาย และกำหนดเพียงลักษณะของการเปลี่ยนแปลงที่ผูกพัน ทางกฎหมายได้ ตัวอย่างเช่น คำพิพากษาให้ยกเลิกการสมรส คำพิพากษาว่าเป็นบุตรที่ไม่ชอบ ด้วยกฎหมาย หรือคำพิพากษาว่าไม่เป็นทายาทแห่งกองมรดก ในกรณีเช่นนี้คำพิพากษามีผล

⁶⁵ GERMANY : BGH 7 Nov. 1957, BGHZ26, 25, 30; Blomeyer, Erkenntnisverfahren § 38; AUSTRIA : Fasching III no. 20, 24-26 preceding § 226; SWITZERLAND : Guldener 211-213; Habscheid 230-231

⁶⁶ Because of this effect Schlosser, Gestaltungsklagen und Gestaltungsurteile (Bielefeld 1966) 107 ss. Considers the action for performance as being an action for the modification of legal relations.

⁶⁷ E.g. in AUSTRIA : Fasching (supra n. 358) 513 ; see infra ch.10.

ย้อนหลังให้ระงับความสัมพันธ์ตั้งแต่เวลาที่เกิดความสัมพันธ์ทางกฎหมายจนถึงเวลาที่มีคำพิพากษา

คำฟ้องเพื่อให้เปลี่ยนแปลงแก้ไขความสัมพันธ์ทางกฎหมายยังเป็นการยืนยันถึงสิทธิ ตามกฎหมายสารบัญญัติที่จะสามารถแก้ไขเปลี่ยนแปลงความสัมพันธ์ทางกฎหมาย ในกรณี ที่คู่สัญญาไม่มีสิทธิที่จะแก้ไขเปลี่ยนแปลงความสัมพันธ์ทางกฎหมายได้เอง (ไม่ว่าฝ่ายเดียว หรือสอง ฝ่าย) การฟ้องคดีจึงมีความจำเป็นเพื่อแก้ไขเปลี่ยนแปลงความสัมพันธ์ทางกฎหมาย บางครั้งเป็น ที่เข้าใจว่าเป็นข้อจำกัดอำนาจในการแก้ไขเปลี่ยนแปลงของคู่สัญญาฝ่ายเดียว⁶⁸

พัฒนาการของกฎหมายเยอรมันนี้ได้มีการนำไปใช้ในอิตาลี⁶⁹ และจากอิตาลี แนว ความ คิดดังกล่าวก็ได้ถูกระบุไว้ในระบบกฎหมายละตินอเมริกัน⁷⁰

ในฝรั่งเศส เป็นที่รับรู้กันว่าแนวคิดของคำพิพากษาก่อตั้งสิทธิ (jugement constitutif) มีความแตกต่างกับแนวคิดของคำพิพากษาแสดงสิทธิ (jugement déclaratif)⁷¹ ยิ่งไปกว่านั้นมีความ เห็นที่น่าสนใจว่าการกระทำทางศาลจริง ๆ แล้วคือการรับรองว่าการเปลี่ยนแปลง ความสัมพันธ์ทางกฎหมายได้เกิดขึ้นแล้วซึ่งทำให้มีผลบังคับได้ทางกฎหมาย⁷²

ในระบบกฎหมายสแกนดิเนเวีย สิทธิที่จะเปลี่ยนแปลงความสัมพันธ์ทางกฎหมาย และคำพิพากษาให้เปลี่ยนแปลงความสัมพันธ์ทางกฎหมายแทบจะไม่ได้มีการนำมาใช้บ่อยครั้ง

⁶⁸ Thus in GERMANY : Bötticher, *Besinnung auf das Gestaltungsrecht und das Gestaltungsklagerecht* : Festschrift Dölle I (Tübingen 1963) 41-77, 54 ss.; Blomeyer, *Rechtsschutzanspruch* 61,73; but there are diverging opinions. In AUSTRIA : Fasching (supra n. 358) 511 ss.

⁶⁹ *Processo di accertamento costitutivo*; fundamental Carnelutti, *Istituzioni* 37 ss. From the case law e.g. Cass. 23 July 1964 no.1986, *Giust.it.* 1965 I 123.

⁷⁰ SPAIN : Guasp, *Comentarios* art. 62 p. 336-337 (pretensión constitutive) ; PORTUGAL : CCProc. art.4 par.2 (acção constitutive) ; ARGENTINA : Alsina I 359-360; BRAZIL : Pontes de Miranda III and IV passim ; COLOMBIA : Devis Echandía I no. 121p.408 ss.; MEXICO : Pallares, *Derecho* 156; URUGAY : Couture no.46, 201.

⁷¹ Above all her Boyer, *Les effets des jugements à l'égard des tiers* : *Rev. trim.dr.civ.* 1951, 163-207; cf. also Mazeaud, *De la distinction des jugements declaratives et des jugements constitutifs de droits* : *ibidem* 1929, 1-56, 23 ss., 50 ss.

⁷² Vincent no.84 following scelle.

เนื่องจากการแสดงเจตนาให้เปลี่ยนแปลงความสัมพันธ์ทางกฎหมาย เช่น หนังสือบอกกล่าวเลิกสัญญาถือว่าเป็นข้อเท็จจริงซึ่งมีผลให้เกิดการเปลี่ยนแปลงทางกฎหมายแล้ว นอกจากนี้ในระบบกฎหมายนี้ยังปฏิเสธแนวคิดเรื่องคำพิพากษาให้เปลี่ยนแปลงความสัมพันธ์ทางกฎหมายโดยถือว่าคำพิพากษาเป็นเพียงข้อเท็จจริงที่ทำให้เกิดผลทางกฎหมาย⁷³ และเป็นผลให้เกิดการเปลี่ยนแปลงตามมา แม้แต่ในคดีที่ต้องอาศัยแต่เฉพาะคำพิพากษานั้นจึงจะมีผลเปลี่ยนแปลงความสัมพันธ์ทางกฎหมาย อย่างเช่น การหย่า ประเทศในกลุ่มนี้ก็ไม่ได้กำหนดให้ต้องมีวิธีการพิเศษในกระบวนการพิจารณาแต่อย่างใด

ระบบกฎหมายแองโกล-อเมริกัน มีการแบ่งประเภทคำพิพากษาออกเป็นประเภทต่าง ๆ ได้แก่ คำพิพากษาเกี่ยวกับบุคคล (*in personam*) เกี่ยวกับทรัพย์สิน (*in rem*) และกึ่งทรัพย์สิน (*Quasi in rem*) แต่ไม่มีแนวคิดเรื่องคำพิพากษาให้เปลี่ยนแปลงความสัมพันธ์ทางกฎหมายประเภทของคำพิพากษาที่เกี่ยวกับสถานะของบุคคล (*personal status*) หรือการหย่า (*a divorce*) ซึ่งถูกจัดไว้เป็นคำพิพากษาประเภทที่เกี่ยวกับบุคคล อย่างไรก็ตามในอังกฤษได้มีการพัฒนาประเภทของคำพิพากษาโดยพิจารณาว่าคำพิพากษานั้นต้องมีการบังคับตามคำพิพากษาต่อไปหรือไม่⁷⁴ คำพิพากษาเกี่ยวกับการซึ่งพิจารณาเรื่องสถานะในทรัพย์สินหรือบุคคลไม่เพียงแต่เป็นการประกาศสถานะของบุคคลหรือสิ่งใดโดยเฉพาะ แต่ยังทำให้สิ่งนั้นเป็นเช่นนั้นจริง ๆ ตามที่ได้ตัดสิน ตัวอย่างเช่น คำพิพากษาให้หย่าขาด คำสั่งพิทักษ์ทรัพย์เด็ดขาด ในขณะที่คำพิพากษาของศาลสูงในสหรัฐอเมริกาในมลรัฐต่าง ๆ มีความเห็นสอดคล้องต้องกันในการใช้แนวคิดที่เรียกว่าคำพิพากษาหรือคำสั่งที่มีผลบังคับเสร็จเด็ดขาดในตัวเอง (*self-executing judgment*) ซึ่งหมายความว่า คำพิพากษาหรือคำสั่งนั้นมีผลสำเร็จในตัวเอง โดยไม่ต้องมีการบังคับตามคำพิพากษานั้นอีก⁷⁵

⁷³ Gomard 178; Bratholm and Hov 24; Ekelöf II 109; Olivecrona 76.

⁷⁴ Halsbury (ed.3) XXII subJudgments and orders no.1675.

⁷⁵ *Feinberg v. doe.* 92 P.2d 640, 642 (Cal. 1939); see also *In re Dabney's Estate*, 232 P2d 481, 485 (Cal. 1951); *Haddick v. District Court*, 145 N.W. 934, 944 (Iowa 1914); *Archer v. Board of Education*, 104 N.W.2d 621, 625 (Iowa 1960) on the self-executing order; *Mckee v. Board of Elections*, 117 S.W.2d 755,756 (Tenn. 1938) on the dismissal of an official through a judgment. See also 49 C.J.S. sub Judgments § 8 in fine (1947).

ประเทศสังคมนิยมในแถบยุโรปส่วนใหญ่ ได้มีการรับรู้แนวคิดเรื่องคำพิพากษาให้เปลี่ยนแปลงความสัมพันธ์ทางกฎหมายทั้งในทางทฤษฎีและทางปฏิบัติ ทั้งในกรณีที่คู่สัญญาไม่สามารถเปลี่ยนแปลงความสัมพันธ์ทางกฎหมายได้เอง (เช่น การหย่า) และกรณีที่สามารถเปลี่ยนแปลงได้เอง เช่น การเลิกสัญญา⁷⁶ ในประเทศต่างๆ เหล่านี้ คำพิพากษาให้เปลี่ยนแปลงความสัมพันธ์ทางกฎหมายแสดงให้เห็นถึงการมีอยู่ของ "สิทธิที่จะเปลี่ยนแปลงความสัมพันธ์ทางกฎหมาย" ซึ่งเป็นสิทธิระหว่างคู่สัญญาไม่ใช่สิทธิของโจทก์ที่มีต่อศาลหรือรัฐ⁷⁷ สิทธินี้อาจได้รับการรับรองโดยคำพิพากษาของศาล คำพิพากษาของศาลที่ให้เปลี่ยนแปลงความสัมพันธ์ทางกฎหมายแสดงให้เห็นถึงการรับรู้สิทธิของโจทก์โดยผ่านอำนาจรัฐ ดังนั้น คำพิพากษาของศาลจึงเป็นทั้งการรับรองสิทธิและการทำให้สิทธินั้นมีผลในเวลาเดียวกัน

สำหรับอดีตสหภาพโซเวียต เห็นว่าไม่มีความจำเป็นที่ต้องมีการแบ่งแยกลักษณะการฟ้องคดีเพื่อเปลี่ยนแปลงแก้ไขความสัมพันธ์ทางกฎหมายออกมาเป็นลักษณะการฟ้องคดีอีกประเภทหนึ่ง เนื่องจากยอมรับลักษณะการฟ้องคดี (action) เป็น 2 ประเภท คือ

1) การฟ้องคดีเพื่อให้กระทำการ (coercive relief) ⁷⁸ เป็นการขอให้ศาลสั่งให้จำเลยกระทำการงดเว้นกระทำการ

2) การฟ้องคดีเพื่อให้ศาลแสดงสิทธิ (declaratory relief)⁷⁹ เป็นการขอให้ศาลรับรองสิทธิของโจทก์ ซึ่งไม่ต้องใช้กระบวนการในการบังคับคดี

แนวความคิดของการฟ้องคดีเพื่อแก้ไขเปลี่ยนแปลงความสัมพันธ์ทางกฎหมาย ศาลจะยอมรับเพียงการแสดงสิทธิ (declaratory) ถึงความมีอยู่ของความสัมพันธ์ทางกฎหมาย (สิทธิ

⁷⁶ Siedlecki 150 ss.; Sztajgr 136; Stoenescu and Porumb III; Névai and Szilbereky 253; Poznic 260-263; Juhart 262; Siljanovski and Stalev I 260-263; Stalev 164-167. Expressly GERMAN DEMOCRATIC REPUBLIC ; CCProc. § 10.

⁷⁷ See supra n. 370 and especially Juhart 262; Stalev 164-165.

⁷⁸ <http://www.uow.edu.au/law/Classes2006/llb300/Week5Overheads.pdf>

⁷⁹ preventive and anticipatory remedy whereby a person asks the court to declare his rights or duties under a contract or law. There is no breach of contract or violation of law but there is a genuine controversy thereunder. What makes this special civil action distinct is that the court only makes a declaration about the rights or duties of the parties, but no executory process follows.

หน้าที่) หรือการเปลี่ยนแปลงสิทธิและหน้าที่ดังกล่าวตามกฎหมายสารบัญญัติ แต่ศาลไม่มีหน้าที่ที่จะสร้าง (create) สิทธิและหน้าที่ดังกล่าวขึ้น⁸⁰

ในขณะที่ Gurvish เห็นว่า การดำเนินการทางศาลเพื่อเปลี่ยนแปลงความสัมพันธ์ทางกฎหมายเป็นสิ่งที่แตกต่างจากการดำเนินการทางศาลทั้ง coercive relief และ declaratory relief (โดยอ้างถึง RSFSR CC art.6)⁸¹ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการเปลี่ยนแปลงความสัมพันธ์ทางกฎหมายบางอย่างจะกระทำได้อย่างไรเฉพาะมีคำพิพากษาของศาล และในกรณีดังกล่าวถือว่าศาลเป็นผู้ที่ทำให้เกิดการเปลี่ยนแปลง (effectuate) ความสัมพันธ์ทางกฎหมายนั้นๆ ขึ้น โดยศาลไม่ได้ทำหน้าที่เพียงรับรอง (recognize) สิทธิเท่านั้น การเปลี่ยนแปลงความสัมพันธ์ทางกฎหมายที่ต้องอาศัยคำพิพากษาศาล เช่น การขอให้ยกเลิกสัญญาซื้อขายเนื่องจากความบกพร่องของสินค้า หรือกรณีที่บุคคลภายนอกขอให้ศาลปล่อยทรัพย์สินให้หลุดพ้นจากการบังคับคดี หรือร้องขัดทรัพย์สิน (action to protest) หรือการฟ้องหย่า⁸²

นอกจากนี้ ยังมีกรณีที่การเปลี่ยนแปลงความสัมพันธ์ทางกฎหมายไม่ได้เกิดขึ้นจากการโต้แย้งระหว่างบุคคล หรือเป็นเรื่องที่โจทก์นำคดีขึ้นสู่ศาลหรืออนุญาโตตุลาการเพื่อขอให้คำสั่งเปลี่ยนแปลงความสัมพันธ์ทางกฎหมายดังกล่าว แต่เป็นเรื่องที่ศาลเห็นว่าจำเป็นต้องมีคำสั่งด้วยเหตุผลบางประการ เช่น คำสั่งเกี่ยวกับเด็กที่เป็นผลมาจากการหย่า รวมทั้งคำสั่งของอนุญาโตตุลาการที่เรียกว่า "precontractual disputes" ซึ่งจะเกิดขึ้นในกรณีที่คู่สัญญาไม่สามารถตกลงกันในประเด็นดังกล่าวได้ โดยอนุญาโตตุลาการจะมีคำสั่งโดยคำนึงถึงประโยชน์ทางเศรษฐกิจด้วย คำสั่งของอนุญาโตตุลาการดังกล่าวมีผลแทนที่ข้อสัญญาของคู่สัญญาเดิมที่เรียกว่า "act of economic administration"⁸³

⁸⁰ See also Dobrovolskiĭ 171-174, 186; Chechina and Chechot 157 n. 1 ; ĩudel'son 246-247. ในบางกรณีมีการเรียกการฟ้องคดีเพื่อแก้ไขเปลี่ยนแปลงความสัมพันธ์ทางกฎหมายว่าเป็นการฟ้องคดีเพื่อให้กระทำการ ไม่เรียกว่าการฟ้องคดีเพื่อให้ศาลแสดงสิทธิ เช่น ในกรณีการฟ้องคดีเพื่อให้เพิ่มอุปการะเลี้ยงดูที่ได้พิพากษาไว้ในคดีก่อน, โปรดดู Chapurskiĭ pp.168-169.

⁸¹ Gurvich, Grazhdanskiĭ prot'sess, p. 126-127.

⁸² *Ibid.*

⁸³ Stalev 167, 652-660. From this point of view the action based on HUNGARIAN CC§ 241 demanding to change the terms of a contract, or to cancel it altogether, due to changed circumstances cannot be qualified as a real action to modify

อาจสรุปได้ว่าการแบ่งแยกลักษณะของสิทธิระหว่าง 1) สิทธิที่จะเปลี่ยนแปลงความสัมพันธ์ทางกฎหมาย (right to modify legal relationships) 2) สิทธิที่จะนำคดีขึ้นสู่ศาลเพื่อเปลี่ยนแปลงความสัมพันธ์ทางกฎหมาย (right to bring an action to modify legal relationships) และ 3) คำสั่งศาลที่มีผลเป็นการเปลี่ยนแปลงความสัมพันธ์ทางกฎหมาย (judgment in modification of legal relationships) เป็นการแสดงในเห็นถึงความแตกต่างของกฎหมายสารบัญญัติและกฎหมายวิธีสบัญญัติ

สิทธิที่จะเปลี่ยนแปลงความสัมพันธ์ทางกฎหมาย (right to modify legal relationships) อาจกระทำได้โดยการแสดงเจตนาฝ่ายเดียวนี้ซึ่งเป็นสิทธิที่กฎหมายสารบัญญัติกำหนดไว้คู่สัญญาสามารถที่จะเปลี่ยนแปลงนิติสัมพันธ์ได้โดยการแสดงเจตนาฝ่ายเดียว กรณีดังกล่าวเป็นข้อยกเว้นจากในเรื่องสัญญาซึ่งจะต้องเกิดจากความตกลงกันของทั้งสองฝ่าย ซึ่งการจะเข้าข้อยกเว้นดังกล่าวได้นั้น จะขึ้นอยู่กับข้อกำหนดที่ระบุไว้ในสัญญา หรือตามกฎหมาย

คำพิพากษาที่มีผลเป็นการเปลี่ยนแปลงความสัมพันธ์ทางกฎหมาย (judgment in modification of legal relationships) แตกต่างจากคำพิพากษาที่ให้กระทำการหรืองดเว้นกระทำการ (performance judgement) และคำพิพากษาที่รับรองสิทธิต่าง ๆ (declaratory judgment) เพราะเป็นเรื่องที่คำสั่งศาลดังกล่าวก่อให้เกิดการเปลี่ยนแปลงความสัมพันธ์ทางกฎหมาย บางประเด็นไม่อยู่ในอำนาจของคู่สัญญาที่จะเปลี่ยนแปลงความสัมพันธ์ทางกฎหมายได้ แต่จะต้องดำเนินการโดยนำคดีขึ้นสู่ศาลเท่านั้น

2.1.3.2 ลักษณะการดำเนินการเพื่อให้มีการเปลี่ยนแปลงความสัมพันธ์ทางกฎหมาย

ความสัมพันธ์ทางกฎหมายสามารถแบ่งออกได้เป็นความสัมพันธ์ทางกฎหมายที่บุคคลสามารถเปลี่ยนแปลงเองได้ และความสัมพันธ์ทางกฎหมายที่อยู่นอกอำนาจของบุคคลที่จะเปลี่ยนแปลง เช่น เรื่องของครอบครัว หรือสถานภาพของบุคคล⁸⁴

ในส่วนของความสัมพันธ์ทางกฎหมายที่บุคคลสามารถเปลี่ยนแปลงได้เองนั้น ซึ่งสามารถแก้ไขได้เองฝ่ายเดียว แบ่งเป็น

- 1) affirmative nature เช่น การแบ่งอสังหาริมทรัพย์ และการทำสัญญาซื้อขาย
- 2) negative nature เช่น การเลิกกิจการ การขอลดค่าปรับตามที่กำหนดไว้ในสัญญา

a legal relationship (cantra : Névai and Szilbereky 253). The judgment is rather an act of economic administration than of justice.

⁸⁴ This Encyclopedia vol. IV, esp. ch, p. 2-6.

มีกรณีตัวอย่างอยู่ 4 กรณี เพื่อใช้ในเปรียบเทียบลักษณะการดำเนินการเพื่อให้เปลี่ยนแปลงความสัมพันธ์ทางกฎหมายคือ 1) การเปลี่ยนแปลงความสัมพันธ์ทางกฎหมายที่เกิดจากสัญญาที่บกพร่อง (defects in legal transaction) 2) การไม่ปฏิบัติตามสัญญา (nonperformance of bilateral contracts) 3) ความชำรุดบกพร่องของสินค้า (defect in goods delivered) และ 4) การเลิกห้างหุ้นส่วน บริษัท (dissolution of firm)

1) สัญญาที่บกพร่อง (defects in legal transaction) ในประเทศส่วนใหญ่จะสามารถที่จะยกเลิกสัญญาที่บกพร่องได้โดยการแสดงเจตนาเพียงฝ่ายเดียว⁸⁵

ฝรั่งเศส การดำเนินการในลักษณะดังกล่าวนี้ เรียกว่า nul ne peut faire justice à soi-même จะต้องฟ้องต่อศาลเพื่อมีคำพิพากษา (action en nullité) มีอยู่ 3 กรณี คือ

- สัญญาที่ทำโดยผู้เยาว์ หรือคนไร้ความสามารถซึ่งผู้ที่ปกครองดูแลบุคคลดังกล่าวสามารถที่จะนำคดีขึ้นสู่ศาลเพื่อขอให้ยกเลิกนิติกรรมดังกล่าว ได้⁸⁶

- สัญญาที่ทำโดยปราศจากความยินยอม

- สัญญาที่เกิดจากการล่อลวง คุกบีบบังคับ หรือถูกกลั่นแกล้ง⁸⁷

ออสเตรีย ถือตามแนวของกฎหมายฝรั่งเศส โดยเฉพาะอย่างยิ่งในประเด็นสัญญาที่ทำโดยปราศจากความยินยอมในกรณีนี้ การนำคดีขึ้นสู่ศาลจะมีได้กระทำให้ศาลมีคำพิพากษาเปลี่ยนแปลงความสัมพันธ์ทางกฎหมายเท่านั้น⁸⁸ แต่จะฟ้องเพื่อขอให้ศาลมีคำสั่งให้จำเลยกระทำการบางอย่างอันเป็นผลมาจากการยกเลิกสัญญา ดังนั้นการฟ้องคดีเพื่อยกเลิกสัญญาที่สร้างขึ้นโดยปราศจากความยินยอมจึงไม่ได้เป็นการฟ้องคดีเพื่อขอให้ศาลมีคำพิพากษาเปลี่ยนแปลงความสัมพันธ์ทางกฎหมายเพียงอย่างเดียว แต่จะฟ้องเพื่อให้กระทำการด้วย⁸⁹ (Action for Performance)

⁸⁵ This Encyclopedia vol. VII ch.11.

⁸⁶ Ibidem; Zweigert and Kötz II 21-23.

⁸⁷ See also e.g. FRANCE CC art 1110 (mistake), 1111 ss. (threat), 1116 (deceit). ITALY : CC art. 1427 with art. 1428 ss. (mistake), 1434 (threat), 1439 (deceit). See generally this Encyclopedia vol. VII ch.11.

⁸⁸ Ehrenzweig I 1 § 640 p.268; Klang and Gschnitzer (-Gschnitzer) IV 1 § 870 no. VIC; Fasching III § 706 no.18, and idem (supra n. 358) 514, 515.

⁸⁹ Fasching, ibidem.

2) การไม่ปฏิบัติตามสัญญาต่างตอบแทน (nonperformance of bilateral contracts)

หลักการทั่วไปแล้วในสัญญาต่างตอบแทน หากไม่มีการปฏิบัติตามสัญญา คู่สัญญาฝ่ายที่เสียหายมีสิทธิบอกเลิกสัญญาได้ ในกฎหมายฝรั่งเศสในกรณีนี้จะต้องฟ้องคดีต่อศาลเพื่อให้ศาลมีคำพิพากษา ในขณะเดียวกันอาจขอให้ศาลมีคำพิพากษาในเรื่องอื่นที่เกี่ยวข้องกับการเลิกสัญญาด้วย⁹⁰ เช่น ในเรื่องค่าเสียหาย ในขณะเดียวกันจำเลยก็สามารถฟ้องแย้งกลับเพื่อให้โจทก์กระทำการตามสัญญาได้เช่นเดียวกัน นอกจากนี้คู่สัญญาสามารถตกลงที่จะให้ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีสิทธิเลิกสัญญาได้โดยทำเพียงแจ้งให้อีกฝ่ายหนึ่งทราบเท่านั้น หลักการของประเทศฝรั่งเศสนี้ยังเป็นแบบอย่างให้กับกฎหมายในกลุ่มประเทศที่รับอิทธิพลระบบกฎหมายโรมัน(Romantic) ด้วย ยกเว้น ประเทศโปรตุเกส โดยเฉพาะในประเทศบัลแกเรียและโปแลนด์ที่กำหนดให้มีการฟ้องคดีเพื่อเลิกสัญญา (ในกรณีของโปแลนด์นั้นทำได้เฉพาะ สัญญาที่เกี่ยวกับสิทธิในสังหาริมทรัพย์เท่านั้น)⁹¹

3) ความชำรุดบกพร่องของสินค้า (defect in goods delivered)

ฝรั่งเศส ในกรณีของการผิดสัญญาของผู้ขายในกรณีของสินค้าที่ชำรุดบกพร่อง⁹² กฎหมายฝรั่งเศสกำหนดให้สิทธิผู้ซื้อที่มีทางเลือก 2 ทาง คือ ขอเลิกสัญญา หรือขอลดราคา (CC art. 1644) แต่จะต้องทำภายในอายุความในเรื่องดังกล่าวซึ่งค่อนข้างสั้นมากด้วยบทบัญญัติดังกล่าวนี้ ทำให้แปลความได้ว่าผู้ซื้อที่มีสิทธิที่จะนำคดีขึ้นฟ้องต่อศาลได้ (A right to bring an action leading to a court) เพื่อเลิกสัญญาหรือขอลดราคาสินค้าลงเพื่อให้ศาลมีคำพิพากษา ซึ่งกฎหมายในประเทศที่รับอิทธิพลระบบกฎหมายโรมัน (Romantic) ก็ถือตามแนวทางนี้

เยอรมนี ศาลอนุญาตให้ผู้ซื้อสามารถที่จะฟ้องขอให้คืนเงินได้จากกรณีของสินค้าบกพร่อง (CC.s.462,465) ซึ่งการกระทำในลักษณะนี้ถือว่าเป็นการฟ้องคดีเพื่อเปลี่ยนแปลงความสัมพันธ์ทางกฎหมายโดยปริยาย⁹³

⁹⁰ Action en resolution du contrat, CC art. 1184 par.2. In detail, see this Encyclopedia vol. VII ch.16 s.147-148.

⁹¹ POLAND : Siedlecki 150, 151; BULGARIA : Stalev 165 (only for contracts relating to property rights in immovables).

⁹² See also this Encyclopedia vol. VIII ch.3.

⁹³ Bötticher, Die Wandlung als Gestaltungsakt (Heidelberg 1938) ; MünchLomm. (-Westermann) III § 462 no. 4, 5. วิเคราะห์โดย Blomyeyer, Der "Anspruch"

4) การเลิกห้างหุ้นส่วน บริษัท (dissolution of firm)

โดยส่วนใหญ่แล้ว สามารถกระทำได้อำมีเหตุผลจำเป็น (important reason) และก็สามารถนำคดีขึ้นสู่ศาลเพื่อขอให้ศาลมีคำสั่งให้เลิกห้างหุ้นส่วนบริษัทได้⁹⁴

บทสรุป การเปลี่ยนแปลงความสัมพันธ์ทางกฎหมายมักจะมาคู่กับสิทธิในการเรียกร้องค่าเสียหาย แต่ในบางกรณีการเปลี่ยนแปลงความสัมพันธ์ทางกฎหมายไม่ได้ก่อให้เกิดการเรียกร้องใด ๆ การป้องกันความไม่แน่นอนในผลทางกฎหมายก็สามารถทำได้โดยขอให้ศาลมีคำสั่งเรื่องดังกล่าวซึ่งก็เป็นเพียงคำพิพากษาแสดงสิทธิ (declaratory judgment) เท่านั้น

นอกจากนี้ คำสั่งศาลก็อาจจะจำเป็นเพื่อความยุติธรรม เพราะในบางกรณีการเปลี่ยนแปลงทางกฎหมายจะมีผลเมื่อศาลมีคำสั่ง เช่น การเลิกกิจการ

2.2 การฟ้องเพื่อป้องกันความเสียหาย (Preventive Remedies)

การฟ้องคดีเพื่อให้ดำเนินการเป็นมาตรการหนึ่งที่มีลักษณะเป็นการบรรเทาผลกระทบที่เกิดจากการละเมิดสิทธิตามที่กฎหมายกำหนด แต่ในกรณีที่จะเกิดความเสียหายขึ้นในอนาคตก็อาจมีคำร้องขอให้ศาลมีมาตรการบังคับเพื่อป้องกันได้ ทั้งนี้ เพื่อป้องกันความเสียหายที่อาจเกิดขึ้นในอนาคต รูปแบบของการฟ้องคดีเพื่อป้องกันความเสียหายแบ่งได้เป็น 3 ลักษณะ ได้แก่

2.2.1 คำร้องเพื่อให้ศาลมีคำพิพากษาแสดงสิทธิ (Action for Declaratory Judgement)

คำร้องเพื่อให้ศาลมีคำพิพากษาคือคำพิพากษาของศาล ซึ่งประกาศว่า สถานภาพทางกฎหมายของการกระทำต่างๆ ได้รับการรับรองสิทธิหรือไม่ คำพิพากษาแสดงสิทธิของบุคคลนั้นแตกต่างไปจากคำพิพากษาซึ่งกำหนดแนวทางปฏิบัติโดยชัดแจ้ง (an execution judgment) หรือคำพิพากษาเชิงบังคับ (coercive judgment) ซึ่งมีอำนาจเต็มที่จะทำการ เพื่อให้เกิดผลตามคำตัดสินในกรณีของคำพิพากษาซึ่งวางแนวปฏิบัติโดยชัดแจ้งนั้น ศาลจะกำหนดสิทธิต่างๆ ของคู่ความอันเนื่องมาจากคำพิพากษา แล้วจึงมีคำสั่งให้จำเลยกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง หากคำสั่งดังกล่าวถูกละเลย ศาลก็อาจใช้บังคับที่มีอำนาจบังคับให้จำเลยยอมปฏิบัติตาม โดยการปรับหรือ

auf Wandlung oder Minderung : AcP 151 (1950/51) 97-121 และ Erman, ZU den Rechten des Strückkäufer aus Mängeln der Sache : JZ 1961, 41-47.

⁹⁴ For details see Buxbaum, this Encyclopedia vol. XIII ch.3 s.38 ss.

ยึดทรัพย์สิน หรือจำคุก ในขณะที่คำร้องเพื่อให้ศาลมีคำพิพากษาแสดงสิทธิมุ่งที่จะทำให้ประจักษ์ ซึ่งความสัมพันธ์ในทางกฎหมายระหว่างคู่ความ ก็ได้รวมคำสั่งอันใดเลยซึ่งจำเลยจะต้องถูกบังคับ ให้ปฏิบัติตาม เช่น ศาลอาจมีคำพิพากษารับรองกรรมสิทธิ์ของโจทก์เหนือทรัพย์สิน หรือรับรองว่า บุคคลนั้นๆเป็นคนสัญชาติอังกฤษ กล่าวอีกอย่างหนึ่งก็คือ Declaration นั้นทำหน้าที่เพียงแต่ วินิจฉัยสถานะทางกฎหมายระหว่างคู่ความ

คำพิพากษาของศาลให้แสดงสิทธิ อาจแบ่งเป็น ๒ ลักษณะ ได้แก่ Positive Action คำร้องเพื่อให้ศาลมีคำพิพากษาแสดงสิทธิ ในเรื่องกรรมสิทธิ์หรือความสัมพันธ์ตามกฎหมาย เช่น สิทธิที่เกิดจากสัญญา Negative Action คำร้องเพื่อให้ศาลมีคำสั่งว่าจำเลยไม่มีสิทธิในการกระทำการบางอย่าง ในลักษณะที่เป็นการป้องกันการละเมิดสิทธิ เช่น ข้อโต้แย้งเรื่องกรรมสิทธิ์ (ซึ่งใน บางครั้งจะใกล้เคียงกับคำร้องเพื่อให้งดเว้นการกระทำการบางอย่าง (an injunctive action)⁹⁵

ความชอบด้วยกฎหมายของคำพิพากษาของศาลให้แสดงสิทธิ (Admissibility of the Action for Declaration Judgement) การร้องขอให้คำพิพากษาให้แสดงสิทธิในเรื่องต่างๆ นั้น ได้เริ่มมีการนำมาใช้ในศตวรรษที่ 19 เท่านั้น แต่ในปัจจุบันสิทธิในการร้องขอให้คำพิพากษาให้ แสดงสิทธินั้นจะกำหนดไว้ในกฎหมายสารบัญญัติเพื่อรับรองการร้องขอให้ศาลมีคำพิพากษาแสดง สิทธิ⁹⁶ เช่น ประเทศสวีเดน นอร์เวย์ ไม่รวมประเทศเดนมาร์ก ในประเทศกรีซ ได้ถูกกำหนดไว้ใน CC Proc.art.71 ในกลุ่มประเทศที่ได้รับอิทธิพลจากโรมัน เช่น โปรตุเกส⁹⁷ และบราซิล (CC Proc.art.4) ส่วนระบบกฎหมายของประเทศแองโกล-อเมริกัน นั้นในปัจจุบันได้มีการกำหนดชัดแจ้งไว้ในกฎหมายเช่นเดียวกัน แต่อย่างไรก็ตาม แต่เดิมศาลสูงของประเทศสหรัฐอเมริกาได้ พิจารณาว่า การจัดทำคำพิพากษาของศาลอาจเป็นการขัดต่อรัฐธรรมนูญเนื่องจากไม่มีกฎหมาย ให้อำนาจศาล แต่ในท้ายที่สุดศาลสูงก็เห็นว่าการมีคำพิพากษาเป็นดุลพินิจของศาลที่จะสามารถ กระทำได้ และต่อมาได้ออกกฎหมายเกี่ยวกับคำพิพากษาของศาลให้แสดงสิทธิในระดับรัฐที่เป็น

⁹⁵ Details in Stoll, Typen der Feststellungsklage aus der Sicht des bürgerlichen Rechts: Festschrift Bötticher (Berlin 1969) 341-368, whom I follow in my presentation.

⁹⁶ BG 19 June 1951, BGE 77 II 344; BG 7 June 1966, BGE 92 II 107, 108. See in detail Guldener, Bundesprivatrecht und kantonales Zivilprozessrecht : ZSR 80 (1961) II 1-66.

⁹⁷ CCProc. art.4 par.2lit. a.

federal rule เป็นครั้งแรกเมื่อปี ค.ศ. 1922 เรียกว่า The Uniform Declaratory Judgments Act ซึ่งได้ใช้เป็นต้นแบบกฎหมายแพร่หลายกว่า 50 มลรัฐ

ศาลอาจมีคำพิพากษาแสดงสิทธิในเรื่องดังต่อไปนี้

(1) เรื่องเกี่ยวกับสิทธิตามที่กฎหมายกำหนด (A Specific Legal Relationship) เช่น ในระบบกฎหมายแองโกล-อเมริกันกำหนดให้ความสัมพันธ์ทางกฎหมาย ต้องปรากฏว่าเป็นข้อโต้แย้งที่ต้องใช้สิทธิทางศาล (Judicial Controversy)⁹⁸ ในกรณีของประเทศสหราชอาณาจักร (England) การฟ้องเกี่ยวกับเรื่องการทำของแพทย์ว่าเป็นการกระทำผิดจรรยาบรรณแพทย์หรือไม่ ศาลจะไม่รับฟ้องเนื่องจากเห็นว่าจรรยาบรรณแพทย์เป็นเพียงเรื่องมารยาทของแพทย์ ไม่ใช่กฎหมายที่สามารถนำมาฟ้องคดีได้ แต่ในอังกฤษ (Great Britain) มีการวินิจฉัยคดีลักษณะเดียวกัน⁹⁹ หรือกรณีในประเทศสหรัฐอเมริกา ผู้ผลิตกล่องกระดาษบรรจุนมฟ้องศาลขอให้มีคำพิพากษาวากฎ (Ordinance) ที่ห้ามการจำหน่ายนมที่บรรจุในกล่องกระดาษเป็นโมฆะ¹⁰⁰ ในคดีดังกล่าวศาลมีคำสั่งไม่รับคำร้องเนื่องจากเห็นว่าไม่มีการร้องขอให้ศาลมีคำสั่งดำเนินการอย่างไร และเห็นว่ากฎดังกล่าวไม่มีผลกระทบโดยตรงต่อผู้ร้องไม่ปรากฏความเสียหาย (Pecuniary Damage) ที่ชัดเจน หรือเป็นประเด็นโต้แย้งที่ยังห่างไกล (Abstract Legal Relationship) เพราะจะทำให้มีผลกระทบต่อการมีคำวินิจฉัยของศาล

(2) สิทธิตามกฎหมายที่จะเกิดขึ้นในอนาคต (Future Legal Relationship) มีกรณีต้องพิจารณาว่าศาลสามารถมีคำพิพากษาเกี่ยวกับสิทธิตามกฎหมายที่จะเกิดขึ้นในอนาคตได้หรือไม่ ซึ่งที่ผ่านมานั้น ศาลจะมีคำพิพากษาในกรณีสิทธิตามกฎหมายที่เกิดขึ้นแล้วเท่านั้น ส่วนกรณีที่คาดการณ์ว่าอาจเกิดขึ้นในอนาคตนั้นศาลจะไม่มีคำพิพากษาให้ เช่น การฟ้องหย่าในอนาคต การเรียกค่าเสียหายที่อาจมีในอนาคตเมื่อผิดสัญญา ในระบบกฎหมายของแองโกล-อเมริกัน¹⁰¹ เห็นว่าคำร้องเกี่ยวกับสิทธิตามกฎหมายในอนาคตก็สามารถขอให้ศาลมีคำพิพากษาได้

⁹⁸ ENGLAND : Halsbury (ed.3) XXIII sub Judgments and Orders no.1610; UNITED STATES : Borchard 19 ss.

⁹⁹ Dickson v. Pharmaceutical Society of Great Britain, [1967] 2 All E.R. 558, 565 (C.A.); cf. also Gregory v. London Borough of Camden, [1966] 2 All E.R. 196 (Q.B.) (loss of amenities).

¹⁰⁰ Ex-Cell-O Corp. v. City of Chicago, 115 F.2d 627 (7 Cir. 1940); cf., Rosenberg and Weinstein 160.

¹⁰¹ ENGLAND : Zamir 201-207; UNITED STATES : Borchard 410-424.

หากเห็นว่าข้อโต้แย้งนั้นจะเกิดขึ้นแน่นอนไม่ใช่เป็นเพียงข้อสมมุติอาจเกิดขึ้นได้ (Sufficiently crystallized)¹⁰² เช่น การฟ้องของผู้เช่าเพื่อให้ได้สิทธิการต่อสัญญาในอนาคตซึ่งในปัจจุบันการให้ศาลมีคำพิพากษาเกี่ยวกับสิทธิในอนาคตสามารถทำได้โดยมีข้อจำกัด โดยผู้ร้องขอต้องแสดงให้เห็นว่ามีความเป็นไปได้อย่างสมเหตุสมผลที่อาจเกิดการกระทบสิทธิของผู้ร้องในอนาคต (a practical certainty of occurrence) มิใช่เป็นเพียงความคาดเดาว่าจะเกิดการกระทบสิทธิตามที่กฎหมายกำหนดเท่านั้น เช่นในกรณีของประเทศเยอรมันที่มีการฟ้องเพื่อคุ้มครองสิทธิผู้บริโภคที่จะเกิดขึ้นในอนาคตกับสาธารณะก็สามารถทำได้

(2) การวินิจฉัยเกี่ยวกับข้อเท็จจริง (Determination of Fact) อำนาจของศาลในการวินิจฉัยข้อกฎหมายอาจต้องอาศัยการวินิจฉัยข้อเท็จจริง แต่โดยหลักศาลสามารถวินิจฉัยข้อเท็จจริงเพื่อประโยชน์ในการวินิจฉัยข้อกฎหมายเท่านั้นโดยวินิจฉัยข้อเท็จจริงอย่างมีข้อจำกัด แต่เดิมในประเทศอังกฤษศาลจะปฏิเสธการพิพากษาที่เกี่ยวกับข้อเท็จจริงล้วนๆ ในประเทศสหรัฐอเมริกาศาลจะพิพากษาข้อเท็จจริงล้วนๆ ได้¹⁰³ เช่น บริษัทประกันภัยให้ศาลวินิจฉัยว่าจำเลยเข้าหลักเกณฑ์เป็นผู้ไม่ต้องจ่ายเบี้ยประกันภัยหรือไม่ คำวินิจฉัยจะมีเพียงว่าจำเลยเป็นผู้ทุพพลภาพถาวรหรือไม่ ซึ่งจะทำให้ได้รับยกเว้นไม่ต้องจ่ายเบี้ยประกันภัย ซึ่งศาลสูงเห็นว่าเป็นข้อโต้แย้งที่ศาลอาจวินิจฉัยได้

(4) การวินิจฉัยข้อเท็จจริงที่กระทบต่อสถานะ (Determination of Facts Affecting Status) เช่น การเป็นผู้ตาย การแต่งงาน การหย่า ซึ่งจะกระทบถึงสิทธิตามกฎหมาย ของผู้เกี่ยวข้องศาล ศาลย่อมสามารถวินิจฉัยสถานะของบุคคลได้¹⁰⁴

(5) การวินิจฉัยคุณลักษณะทางกฎหมายของสิ่งของ (Determination of Legal Characteristics of Things) เช่น การวินิจฉัยว่าที่ดินดังกล่าวเป็นหลุมฝังที่เลิกใช้แล้วหรือไม่ ซึ่งจะมีกระทบต่อการใช้ประโยชน์ในที่ดินแปลงดังกล่าว หรือการชี้ว่าบริเวณที่ดินดังกล่าวเป็นเขต

¹⁰² Borchard 419; James § 1.10 p.29. For ENGLAND cf., Howard v. Pickford Tool Co. Ltd., [1951] 1 K.B. 417 (C.A.); for the UNITED STATES : Aetna Life Ins.Co. v. Haworth, 300 U.S. 277, 240, 241 (1937).

¹⁰³ Butler v. Hudson, [1953] 2 Q.B. 407, 420 (C.A.) per Evershed, M.R.; on this in detail Zamir 311-315.

¹⁰⁴ RSFSR CCProc. art.247-251; see for this proceeding the treatises Chechina and Chehot 277-284; Gurvich, Grazhdanskiĭ protsess 253-255; Kleinman, Grazhdanskiĭ protsess 255-257; I'udelson 282-287; and especially Kallistratova.

เหมืองแร่หรือไม่ เนื่องจากต้องนำมาวินิจฉัยเรื่อง ค่าจ้างแรงงานขั้นต่ำของพนักงานในเหมืองแร่ หรือวินิจฉัยที่ดินดังกล่าวอยู่ในเขตการปกครอง หรือไม่ซึ่งจะกระทบต่อการเรียกเก็บภาษี เป็นต้น

(6) การวินิจฉัยถึงการกระทำที่จะเกิดกฎหมาย (Determination of Occurrence of a Wrongful Act) เช่น มีการละเมิดสิทธิทางปัญญา หรือแบบผลิตภัณฑ์หรือไม่ หรือกรณีที่แม้ผู้กระทำความผิดทางอาญาได้เสียชีวิตลง แต่การวินิจฉัยการกระทำความผิดทางอาญาก็ยังมีความจำเป็นเพื่อประโยชน์ในการเรียกร้องค่าเสียหายทางแพ่ง¹⁰⁵ เป็นต้น

(7) การวินิจฉัยความถูกต้องของเอกสาร (Determination of the Authenticity of a document) ศาลอาจวินิจฉัยความมีอยู่จริงของเอกสารได้

เหตุผลความจำเป็นในการร้องขอให้มีการพิพากษา (Plaintiff's Interest in the Declaratory) โดยโจทก์ต้องแสดงสิทธิประโยชน์ของโจทก์ที่อาจกระทบกระเทือนจากการกระทำของจำเลย คู่กรณีไม่สามารถมาศาลเพียงเพื่อขอคำแนะนำทางกฎหมายเท่านั้น¹⁰⁶ ดังนั้นโจทก์จึงต้องแสดงประโยชน์ของโจทก์ที่จะได้รับเพื่อให้ศาลมีคำพิพากษาดังกล่าว

2.2.2 วิธีการคุ้มครองชั่วคราว (The Preventive (Injunctive) Action)

ศาลสามารถสั่งให้จำเลยงดเว้นกระทำการหรือหยุดการกระทำบางอย่าง โดยศาลอาจจัดให้มีการไต่สวนและมีคำสั่งฉุกเฉินได้ คดีที่นิยมให้ศาลมีคำสั่งชั่วคราว เช่น คดีเกี่ยวกับการคุ้มครองผู้บริโภค คดีเกี่ยวกับการคุ้มครองสิ่งแวดล้อม กรณีของคดีเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อมความจำเป็นในการร้องขอการคุ้มครองกิลดน้อยลง เนื่องจากมีระบบเกี่ยวกับใบอนุญาตเข้ามาใช้บังคับแทน ในบางประเทศผู้ขอการขอคุ้มครองชั่วคราวต้องแสดงให้เห็นปรากฏการณ์การละเมิดกฎหมาย และการละเมิดดังกล่าวอาจเกิดขึ้นซ้ำอีก แต่ในบางประเทศก็ไม่จำเป็นต้องปรากฏการณ์การละเมิดกฎหมายขึ้นแล้วเพียงแต่ปรากฏการคุกคามสิทธิของผู้ร้อง

ประสิทธิภาพของวิธีการคุ้มครองชั่วคราวนั้นขึ้นอยู่กับมาตรการบังคับให้เป็นไปตามคำสั่งศาลเมื่อจำเลยไม่ปฏิบัติตามให้เป็นไปตามวิธีการคุ้มครองชั่วคราว เช่น การปรับหรือการกักขังเมื่อไม่ปฏิบัติตามคำสั่งศาล ซึ่งประเทศส่วนใหญ่ก็มีมาตรการบังคับดังกล่าว ในหลายประเทศจะมีกฎหมายรับรองสิทธิของประชาชนในการร้องขอคุ้มครองชั่วคราวในกฎหมายสารบัญญัติโดยกฎหมายอาจกำหนดไว้ชัดเจนถึงกรณีที่สามารถขอคุ้มครองชั่วคราวได้บ้าง บางประเทศจะกำหนดไว้

¹⁰⁵ BULGARIAN CCPProc. art. 231; see Stalev 160-161. Declaratory actions for other facts are inadmissible.

¹⁰⁶ Clearly Cardozo, J. in *Self-Insurers' Ass'n v. State Industrial Commission*, 119 N.E. 1027 (N.Y.C.A. 1918) against advisory opinions.

ใน กฎหมายวิธีสบัญญัติ หรือบางกรณีอาจกำหนดไว้ในสัญญาก็ได้ แต่อย่างไรก็ตาม ในบางประเทศศาลอาจมีคำสั่งศาลเพื่อคุ้มครองนอกเหนือไปจากที่กฎหมายกำหนดได้สำหรับกรณีที่ปรากฏว่าอาจมีความเสียหายจำนวนมากเกิดขึ้นเพื่อป้องกันมิให้เกิดความเสียหายแท้จริง ทั้งนี้ ศาลอาจไม่ออกคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวให้หากความเสียหายที่จำเลยจะได้รับมากกว่าประโยชน์ของการคุ้มครองชั่วคราว

2.2.3 คำร้องขอให้กระทำการในอนาคต (The Action for Future Performance)

โดยปกติคำร้องขอให้กระทำการมักเกิดกับกรณีที่สิทธิตามกฎหมายได้เกิดขึ้นแล้ว แต่บางกรณีก็อาจมีความจำเป็นต้องยื่นคำร้องขอให้ศาลมีคำสั่งให้จำเลยกระทำการอย่างใดในอนาคตก็ได้แม้สิทธิตามกฎหมายยังไม่ถึงกำหนด แต่ผลของคำพิพากษาจะใช้ได้ต่อเมื่อสิทธิตามกฎหมายนั้นถึงกำหนดแล้ว เช่น กรณีที่ลูกหนี้เป็นหนี้ที่ต้องชำระแบ่งเป็นงวด ซึ่งถ้าไม่ชำระงวดใดงวดหนึ่งเจ้าหนี้ต้องรอฟังแต่ละงวดด้วยยอมไม่สะดวก¹⁰⁷ (The Action for A Recurring Performance) จึงอาจขอให้ศาลมีคำสั่งถึงงวดที่ยังไม่ถึงชำระด้วยก็ได้ หรือการขอให้เหตุการณ์ในอนาคตเกิดขึ้นจริงจะเกิดความเสียหายมากกว่าคำร้องขอให้กระทำการอย่างหนึ่งในอนาคต (The Action for A Single Future Performance) เป็นกรณีที่กฎหมายกำหนดให้โจทก์สามารถทำคำร้องได้ เช่น ในประเทศเยอรมัน กรณีสัญญาฝ่ายเดียวเพื่อให้ส่งมอบเงินหรืออาคารซึ่งเจ้าหนี้สามารถนำคดีให้ศาลพิจารณาได้แม้หนี้ยังไม่ถึงกำหนดชำระเพื่อมิให้ลูกหนี้ผิดนัดชำระหนี้ และหากลูกหนี้ไม่ได้ผิดใจทักก็จะเป็นผู้เสียค่าใช้จ่ายในการดำเนินคดี ซึ่งในคดีดังกล่าวเจ้าหนี้ที่มีเหตุผลเพียงพอว่าลูกหนี้อาจผิดนัดชำระหนี้โดยการกระทำของลูกหนี้ เช่นเดียวกับในประเทศสวิสเซอร์แลนด์ สแกนดิเนเวีย ส่วนในประเทศออสเตรเลีย ประเทศกลุ่มโรมัน หรือแองโกล-อเมริกัน ไม่สามารถดำเนินการได้ในคดีลักษณะเดียวกันแต่สามารถดำเนินการได้โดยมีคำร้อง Summary form of relief เท่านั้น

3.บทสรุป

หากพิจารณาจากแนวความคิดในเรื่องการใช้สิทธิดำเนินการทางศาลจากที่กล่าวมาข้างต้นแล้ว ตามแนวความคิดในปัจจุบันสามารถที่จะแยกแยะความสัมพันธ์ทางกฎหมายระหว่าง

¹⁰⁷ E.g. GERMANY : CC § 843 par. 1; AUSTRIA : CC § 406 par. 2 (alimonies); SWITZERLAND : CO art. 42 par. 2. Comparative survey by McGregor, this Encyclopedia vol. XI ch.9 s.48 ss.

สิทธิตามกฎหมายสารบัญญัติและการมีสิทธิในการดำเนินการทางศาลได้ ผลตามมาคือจะทำให้เห็นความแตกต่างระหว่างกฎหมายทั้งสองประเภทดังกล่าวได้ กล่าวคือ

1. พิจารณาในแง่ของตัวสิทธิเอง สิทธิตามกฎหมายสารบัญญัตินั้น เป็นสิทธิที่กฎหมาย กำหนดความคุ้มครองปัจเจกชนว่า บุคคลคนนั้นจะได้รับความคุ้มครองทางกฎหมายเพียงไร และประการใดบ้าง ส่วนสิทธิในการดำเนินการทางศาลนั้นเป็นสิทธิอีกประเภทหนึ่ง ซึ่งเป็นสิทธิที่รัฐจัดหาให้เพื่อคุ้มครองให้สิทธิตามกฎหมายสารบัญญัติได้รับการบังคับให้เป็นจริงเป็นจังขึ้นมาได้ สิทธิในการดำเนินการทางศาลนี้ดังลักษณะและรูปแบบของการฟ้องคดีในลักษณะต่างๆ ที่กล่าวถึง แสดงให้เห็นผลที่เกิดขึ้นจากสิทธิในการดำเนินการทางศาลเพื่อบังคับตามสิทธิในกฎหมายสารบัญญัติ จึงถือได้ว่าเป็นสิทธิที่แยกออกมาจากสิทธิตามกฎหมายสารบัญญัติ

2. พิจารณาในแง่ของมูลเหตุหรือสาเหตุ สิทธิตามกฎหมายสารบัญญัติมีที่มาจากนิติกรรม หรือนิติเหตุ ในขณะที่สาเหตุที่ก่อให้เกิดสิทธิในการใช้สิทธิดำเนินการทางศาลได้นั้นเกิดจากข้อโต้แย้ง หรือขัดแย้งระหว่างโจทก์และจำเลยตามสิทธิที่กำหนดไว้ในกฎหมายสารบัญญัติ

3. พิจารณาในแง่การพิจารณาสิทธิในการดำเนินการทางศาล ต้องพิจารณาจากเงื่อนไขที่ ก่อให้เกิดสิทธิในการฟ้องคดี ซึ่งศาลจะใช้เป็นหลักในการวินิจฉัยคดีว่าคดีนั้นสามารถที่จะรับฟ้องไว้พิจารณาได้หรือไม่ ส่วนสิทธิตามกฎหมายสารบัญญัติศาลจะนำมาใช้เป็นหลักวินิจฉัยว่าคดีนั้นมีมูลหรือไม่มีมูลซึ่งเป็นคนละเรื่องกัน

ข้อพิจารณาที่ว่าสิทธิในการดำเนินการทางศาลเกิดจากข้อขัดแย้งหรือข้อโต้แย้งเกี่ยวกับสิทธิในกฎหมายสารบัญญัตินี้ เราเรียกว่า “เงื่อนไขให้อำนาจดำเนินคดี” ซึ่งเป็นการยืนยันในหลักการที่ว่าบุคคลผู้มีสิทธิตามกฎหมายสารบัญญัติทุกๆ คนจะสามารถใช้สิทธิฟ้องคดีได้ จะต้องเกิดข้อโต้แย้งขึ้นก่อน จึงจะสามารถใช้สิทธิฟ้องคดีได้ หรือกล่าวในอีกด้านหนึ่งได้ว่าสิทธิในการฟ้องคดีเป็นสิทธิเพื่อบังคับให้สิทธิตามกฎหมายสารบัญญัติในกรณีที่เกิดข้อโต้แย้งขึ้นได้รับการบังคับเป็นจริงเป็นจังขึ้นมาได้ ซึ่งจะได้ทำการศึกษาเปรียบเทียบถึงเงื่อนไขดังกล่าวระหว่างของไทยกับต่างประเทศว่ามีลักษณะเหมือนหรือแตกต่างกันอย่างไร ในบทต่อไป