บทที่ 2

ข้อความคิดและทฤษฎีพื้นฐาน

ในการนำกฎหมายสารบัญญัติมาบังคับใช้กับคดีนั้น จำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องรู้จักคำจำกัดความของ "กฎหมาย" กับ "ข้อกฎหมาย" ข้อความคิดเกี่ยวกับบ่อเกิดของกฎหมาย นิติวิธีในทัศนคติต่อบ่อเกิดของกฎหมาย ตลอดจนถึงหลักวิธีพิจารณาความแพ่งเกี่ยวกับการนำกฎหมายสารบัญญัติมาบังคับใช้กับคดีของศาล เพื่อจะได้นำมาเป็นหลักในการวิเคราะห์กับสภาพปัญหาดังที่ได้กล่าวไว้ในบทที่ 1 และเป็นพื้นฐานในการทำความเข้าใจเนื้อหาส่วนต่างๆในบทต่อๆไป ซึ่งรายละเอียดข้อความคิดและทฤษฎีพื้นฐานมีดังต่อไปนี้

1.นิยาม

1.1 ความหมายของ "กฎหมาย" กับ "ข้อกฎหมาย"

กฎหมายเป็นสิ่งที่ให้ความหมายแน่นอนตายตัวได้ยาก นักกฎหมายได้พยายามให้คำกัดความของกฎหมายมาตั้งแต่ในอดีต แต่จนบัดนี้ก็ยังไม่มีใครให้คำจำกัดความที่แน่นอนตายตัวได้ มีผู้ชี้ให้เห็นว่าคำจำกัดความของกฎหมายเกือบจะมีมากเท่าๆกับจำนวนนักทฤษฎี[1] อย่างไรก็ตาม คำว่า "กฎหมาย" จำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องเป็นประโยคในทางนามธรรม และนักกฎหมายหรือนักทฤษฎีผู้ให้คำจำกัดความมีอิสระที่จะเลือกให้ความหมายในทางนามธรรมได้ ผู้เขียนขอยกตัวอย่างการให้คำจำกัดความของสำนักความคิดที่มีชื่อเสียง 3 สำนัก โดยย่อดังนี้

แนวความคิดสำนักกฎหมายธรรมชาติ (Natural Law School) เห็นว่า กฎหมายเป็นพลังแห่งธรรมชาติ เป็นจิตใจและเหตุผลของผู้ทรงภูมิปัญญา เป็นมาตรฐานชั่งน้ำหนักความ

---

[1] Ronald L. Akers And Richard Hawkins, Law and Control in Society, (Prentice-Hall, 1975) p.15.

ยุติธรรมและความอยุติธรรม กฎหมายมิใช่สิ่งอื่นใดนอกจากการสร้างสรรค์ความมีเหตุมีผลและเป็นงานของเหตุผลอันเป็นส่วนหนึ่งของกฎอันเป็นนิรันดร[2]

แนวความคิดสำนักประวัติศาสตร์ (Historical School) มีความเห็นว่า กฎหมายเกิดจากจิตวิญญาณของประชาชาติ (Volksgeist)[3] หมายถึง ความรู้สึกผิดชอบชั่วดีที่มีอยู่ในชนชาติใดชาติหนึ่งซึ่งเกิดขึ้นแต่ดั้งเดิมเริ่มต้นของชนชาติและวิวัฒนาการไปตามกาลเวลา Savigny ซึ่งอยู่ในสำนักนี้กล่าวว่า "มีการเชื่อมโยงทางโครงร่างระหว่างกฎหมายและธรรมชาติกับบุคลิกภาพของประชาชนเพื่อสอดประสานเป็นหนึ่งเดียว คือ ความเชื่ออันเป็นสามัญของประชาชน มีความรู้สึกลึกซึ้งภายในใจอย่างเดียวกันถึงความจำเป็นที่จะต้องมีระเบียบกฎเกณฑ์ซึ่งรวมเอาความคิดทั้งหมดเกี่ยวกับโครงร่างที่เกิดขึ้นโดยบังเอิญและโดยการบังคับด้วย"[4] แนวความคิดของสำนักนี้เชื่อว่าเราไม่อาจเข้าใจกฎหมายของแต่ละชาติได้หากไม่ศึกษาถึงสภาพของสังคมและประวัติศาสตร์ของชาตินั้นๆ กฎหมายไม่ใช่ผลของคำบงการ ไม่ใช่เกิดจากนิสัยของประชาชนแต่เกิดจากสัญชาตญาณที่รักความดี

แนวความคิดสำนักกฎหมายบ้านเมือง (Legal Positivism) เห็นว่า กฎหมายเป็นคำสั่งของรัฐาธิปัตย์[5] กล่าวคือ เป็นแนวความคิดที่ถือว่ากฎหมายเป็นระเบียบข้อบังคับเกี่ยวกับความประพฤติซึ่งประชาชนต้องปฏิบัติตาม เป็นกฎที่มีตัวตนอยู่โดยแท้จริงมิใช่เพียงแต่กฎนี้ควรจะมีหรือควรจะเป็น กฎดังกล่าวจะเป็นกฎหมายก็ต่อเมื่อได้ผ่านวิธีการของการออกกฎหมายอันเป็นที่ยอมรับในสังคม ถ้ากฎหมายนั้นผ่านวิธีการโดยชอบแล้วก็สมบูรณ์เป็นกฎหมายโดยไม่ต้องคำนึงว่าจะยุติธรรมหรือไม่ นักกฎหมายที่มีชื่อเสียงของสำนักนี้คือ John Austin ซึ่งเห็นว่ากฎหมายเป็นคำสั่งหรือคำบังคับบัญชาประเภทหนึ่ง และคำบังคับบัญชานี้เองจะปรากฏอยู่ในสิ่งที่เราเรียกว่าอำนาจสูงสุดซึ่งหมายถึงอำนาจที่จะบังคับการให้เป็นไปตามความประสงค์ กฎหมายบ้านเมืองจะ

---

[2]รายละเอียดโปรดดู ปรีดี เกษมทรัพย์, นิติปรัชญา, พิมพ์ครั้งที่ 4, (กรุงเทพมหานคร: บริษัทโรงพิมพ์เดือนตุลา จำกัด, 2541) น.306-309.

[3] *เพิ่งอ้าง*, น.309-310.

[4] Carl Joachim, The Philosophy of Law in Historical Perspective, (Chicago :The University of Chicago Press,1963) p.139.

[5] ปรีดี เกษมทรัพย์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 2* น.304.

เกิดขึ้นโดยบุคคลผู้มีอำนาจอธิปไตยหรือองค์กรที่มีอำนาจอธิปไตยที่จะใช้บังคับแก่สมาชิกของสังคม

จากคำจำกัดความของสำนักกฎหมายต่างๆจะเห็นได้ว่ามองกฎหมายในแง่มุมที่ต่างกันตามแนวความคิดและความเชื่อที่ไม่เหมือนกัน แต่ละสำนักก็ให้คำจำกัดความเพียงส่วนเดียวในคำจำกัดความเกี่ยวกับกฎหมายทั้งหมดซึ่งล้วนแต่มีความสำคัญ ทั้งสนใจที่จะเน้นในบางจุดแต่ก็มองข้ามหรือไม่ได้เน้นในจุดอื่น แต่โดยทั่วไปแล้วก็ยอมรับตรงกันว่ากฎหมายเป็นกฎเกณฑ์หรือหลักที่เกี่ยวกับความประพฤติของมนุษย์ที่แสดงออกมาภายนอก ผิดกับหลักศีลธรรมที่บังคับควบคุมไปถึงความนึกคิดและจิตใจ ลำพังความคิดชั่วร้ายที่ยังไม่แสดงออกมาด้วยการกระทำอาจถือว่าผิดศีลธรรมแต่ก็ไม่ถือว่าผิดกฎหมาย ที่สำคัญกฎหมายมีสถาบันผู้ทำหน้าที่ประกาศใช้ ทำหน้าที่แปลความ ทำหน้าที่บังคับให้เป็นไปตามกฎหมาย กฎหมายจึงเป็นกฎเกณฑ์ที่เป็นแบบแผนความประพฤติของมนุษย์ในสังคมซึ่งมีกระบวนการบังคับอย่างจริงจังหรือที่เรียกว่า "มีกระบวนการบังคับที่เป็นกิจลักษณะ"[6]กล่าวคือ กฎหมายต้องมีลักษณะเป็นกฎเกณฑ์ที่เป็นแบบแผน มีการบังคับอย่างจริงจังแน่นอน และใช้ได้เป็นการทั่วไปกับมนุษย์ทุกคนที่อยู่ในสังคม

ส่วนคำจำกัดความที่ว่ากฎหมายเป็นคำสั่งของรัฐาธิปัตย์นั้น เป็นคำจำกัดความที่ไม่ครอบคลุมทั่วไปและทำให้กฎหมายเป็นเรื่องของอำนาจ เป็นเรื่องของความประสงค์ซึ่งหาความแน่นอนมิได้[7] ดังนั้น จึงไม่ควรที่จะสรุปว่ากฎหมายเป็นคำสั่งของผู้มีอำนาจสูงสุดในแผ่นดิน เพราะเป็นคำจำกัดความที่ยังไม่ครอบคลุมกฎหมายทุกชนิดทุกประเภทซึ่งสังคมยอมรับนับถือและปฏิบัติตาม เช่น กฎหมายประเพณี หลักกฎหมายทั่วไป

ส่วนคำว่า "ข้อกฎหมาย" หมายถึง ข้อที่กล่าวอ้างถึงข้อบังคับแห่งความประพฤติซึ่งประชาชนในสังคมจะต้องเคารพและปฏิบัติตาม[8] หรือกล่าวอีกนัยหนึ่ง ข้อกฎหมายนั้นเป็นสิ่งที่

---

[6] ปรีดี เกษมทรัพย์, กฎหมายแพ่ง: หลักทั่วไป, (กรุงเทพมหานคร: ห้างหุ้นส่วนจำกัดภาพพิมพ์, 2526) น.13.

[7] เพิ่งอ้าง, น.15.

[8] ยิ่งศักดิ์ กฤษณะจินดา และวุฒิพงษ์ เวชยานนท์, คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยาน, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร : ห้างหุ้นส่วนจำกัดพิมพ์อักษร, 2541) น.84.

คู่ความยกขึ้นกล่าวอ้างเพื่อให้ศาลวินิจฉัย หรือศาลเป็นผู้หยิบยกขึ้นวินิจฉัย ข้อกฎหมายจึงเป็นคำกล่าวอ้างในคดีเพื่อให้ศาลนำไปปรับกับข้อเท็จจริงในคดีนั้น[9]

ความหมายของคำว่า "ข้อกฎหมาย" จึงเป็นเรื่องในทางคดีที่คู่ความเป็นผู้หยิบยกบทบัญญัติแห่งกฎหมายขึ้นกล่าวอ้างเพื่อให้ศาลวินิจฉัยชี้ขาด หรือเป็นเรื่องที่ศาลเป็นผู้หยิบยกบทกฎหมายขึ้นบังคับใช้กับคดีเอง นอกจากนี้คำว่า "ข้อกฎหมาย" ยังมีความใกล้เคียงกับคำว่า "ปัญหาข้อกฎหมาย" ซึ่งจะได้กล่าวถึงต่อไป

1.2 ความหมายของ "ปัญหาข้อกฎหมาย" กับ "ปัญหาข้อเท็จจริง"

ในทางคดีนั้น ข้ออ้างตามคำฟ้องและข้อเถียงตามคำให้การซึ่งก่อให้เกิดประเด็นแห่งคดีนั้น อาจเป็นข้ออ้างหรือข้อเถียงเกี่ยวกับข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายก็ได้ ซึ่งจะเกี่ยวพันกับศาลในการวินิจฉัยชี้ขาดคดี ดังนั้นจึงต้องแยกข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายออกจากกัน ในสมัยก่อนเราเคยใช้ลูกขุนเป็นผู้ชี้ขาดปัญหาข้อเท็จจริง และให้ผู้ปรับเป็นผู้ปรับบทกฎหมายก็ย่อมต้องมีการแยกข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายเช่นกัน[10]

ดังที่ได้ทราบแล้วว่า "ข้อกฎหมาย" เป็นสิ่งที่คู่ความกล่าวอ้างเพื่อให้ศาลวินิจฉัย เมื่อคู่ความแต่ละฝ่ายต่างกล่าวอ้างข้อกฎหมายขึ้นมาจึงเป็นการโต้เถียงกันในการตีความในกฎหมาย[11]ซึ่งการโต้เถียงกันในการตีความบทกฎหมายของคู่ความดังกล่าวเรียกว่า "ปัญหาข้อกฎหมาย" ซึ่งศาลจะกำหนดเป็นประเด็นข้อพิพาทในชั้นชี้สองสถานและวินิจฉัยชี้ขาดต่อไปโดยที่คู่ความมิต้องนำสืบ นอกจากนี้ ปัญหาข้อกฎหมายยังหมายถึง การที่ศาลวินิจฉัยคดีโดยอาศัยบทบัญญัติของกฎหมาย[12]โดยไม่จำเป็นที่คู่ความจะต้องโต้เถียงกันในข้อกฎหมายก็ได้

---

[9] ประมูล สุวรรณศร, คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยานหลักฐาน, พิมพ์ครั้งที่ 8 (กรุงเทพมหานคร :สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2526) น.24.

[10] โสภณ รัตนากร, คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยาน, พิมพ์ครั้งที่ 7 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2547) น.50.

[11] แอล ดูปลาตร์ และนายวิจิตร์ ลุลิตานนท์ กฎหมายลักษณะพยานและจิตตวิทยา คำสอนภาค 4 ชั้นปริญญาตรี พ.ศ.2477 น.6

[12] จักรพงษ์ เล็กสกุลไชย, คำอธิบายประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ภาค 1 ถึง ภาค 3, พิมพ์ครั้งที่ 8 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2548) น.161-162,313.

ปัญหาข้อกฎหมายอาจแบ่งออกได้เป็น

(1) ปัญหาการตีความกฎหมาย[13] หรือ การแปลความกฎหมาย[14]

เป็นอำนาจของศาลโดยเฉพาะในอันที่จะวินิจฉัย แปล หรือตีความในตัวบทกฎหมาย ซึ่งปรากฏเฉพาะหน้าศาลว่ากฎหมายนั้นๆซึ่งมีข้อความดังนั้น มีความหมายอย่างไร มาตรา 4 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บัญญัติว่า "กฎหมายนั้น ต้องใช้ในบรรดากรณีซึ่งต้องด้วยบทบัญญัติใดๆแห่งกฎหมายตามตัวอักษร หรือตามความมุ่งหมายของบทบัญญัตินั้นๆ" มาตรานี้เป็นการชี้ให้เห็นว่า ศาลมีอำนาจตีความในกฎหมายตามความมุ่งหมายของบทบัญญัติได้ด้วย เพราะในบางกรณีแม้ว่าจะมีบทบัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษรไว้แล้วแต่อาจมีข้อความซึ่งเข้าใจได้เป็นหลายนัย ศาลก็จำต้องเป็นผู้ตีความในกฎหมายนั้น หรือแปลความในกฎหมายนั้น จึงเป็นปัญหาข้อกฎหมาย

(2) ปัญหาที่เกี่ยวกับการตีความคำพิพากษา คำคู่ความ

ได้แก่ ปัญหาการตีความคำพิพากษาศาลอุทธรณ์ (คำสั่งคำร้องศาลฎีกาที่ 351/2502) การแปลรายงานกระบวนพิจารณาของศาลโดยไม่มีพยานหลักฐานอื่นสนับสนุน (คำพิพากษาฎีกาที่ 860/2478) การตีความในคำฟ้อง (คำพิพากษาฎีกาที่ 953/2482)

การแปลข้อความในเอกสาร เช่น สัญญา เป็นปัญหาข้อกฎหมาย แต่ถ้าการแปลเอกสารหรือสัญญาใดต้องพิจารณาคำพยานบุคคลประกอบด้วยในเรื่องเจตนาของคู่สัญญาว่าเป็นประการใด เพราะถ้อยคำในสัญญาขัดกัน ดังนี้ เป็นเรื่องที่ต้องสืบพยานก่อน ศาลจะวินิจฉัยเองโดยพิจารณาเพียงเอกสารเท่านั้นมิได้ ย่อมเป็นปัญหาข้อเท็จจริง

(3) การนำบทกฎหมายปรับกับข้อเท็จจริง

การพิจารณาคดีในศาลนั้น คู่ความมีแต่หน้าที่นำพยานมาสืบเพื่อเสนอข้อเท็จจริงต่อศาลว่าเรื่องราวที่เกิดขึ้นนั้นสมจริงตามข้อกล่าวหาหรือข้อต่อสู้ของตนหรือไม่เท่านั้น ส่วนปัญหาที่ว่าถ้าข้อเท็จจริงสมตามที่ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งอ้างแล้ว คู่ความจะมีความรับผิดชอบตามกฎหมาย

---

[13] ธานินทร์ กรัยวิเชียร,คำอธิบายประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง,พิมพ์ครั้งที่ 2 เล่ม1 (กรุงเทพมหานคร: สหกรณ์ออมทรัพย์กระทรวงยุติธรรม จำกัด, 2521) น.90.

[14] โอสถ โกศิน, คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยานหลักฐาน, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร: หอรัตนชัยการพิมพ์, 2538) น.26.

เพียงใดนั้น ตกเป็นหน้าที่ของศาล คือศาลมีหน้าที่ปรับบทกฎหมายกับข้อเท็จจริงที่พิจารณาได้ความแล้วชี้ขาดต่อไปว่าคู่ความฝ่ายหนึ่งจะเป็นผู้ต้องรับผิด

ในทางคดีแพ่ง โจทก์มีหน้าที่ต้องนำสืบตามฟ้องและประเด็นที่ตั้งขึ้นมา ส่วนในตอนที่ได้ความจริงแล้ว จำเลยจะมีความรับผิดชอบเพียงไรเป็นหน้าที่ของศาลที่จะไปปรับบทกฎหมายในทางแพ่ง[15] จึงเป็นปัญหาข้อกฎหมาย เช่น โจทก์ฟ้องว่าจำเลยขับรถยนต์ชนโจทก์เป็นละเมิด เรียกค่าเสียหาย เมื่อโจทก์สืบได้ความสมฟ้องแล้ว มิใช่ว่าจำเลยจะต้องรับผิดโดยแน่นอนเด็ดขาด แต่เป็นเรื่องที่ศาลจะต้องนำข้อเท็จจริงนั้นมาปรับกับบทบัญญัติในเรื่องละเมิดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์อีกชั้นหนึ่งว่าการกระทำนั้นครบองค์ประกอบเป็นละเมิดหรือไม่ หน้าที่ของศาลในตอนนี้เป็นปัญหาข้อกฎหมาย[16]

จะเห็นได้ว่าการทำความเข้าใจระหว่างคำว่า "ข้อกฎหมาย" กับคำว่า "ปัญหาข้อกฎหมาย" จึงมีความสำคัญมาก เนื่องจากคำสองคำนี้มีความใกล้เคียงกัน อาจทำให้เกิดการสับสนได้ ซึ่งวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะทำการศึกษาเฉพาะบทบาทของศาลกับการนำกฎหมายสารบัญญัติมาบังคับใช้ แต่มิได้ศึกษาถึงบทบาทของศาลเกี่ยวกับการตีความกฎหมาย การแปลความกฎหมาย และการปรับบทกฎหมาย อันเป็นส่วนหนึ่งของ "ปัญหาข้อกฎหมาย" ดังนั้น การรับรู้ถึงความแตกต่างดังกล่าวย่อมทำให้เข้าใจถึงวัตถุประสงค์ของการทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ได้ดียิ่งขึ้น

---

[15] ตามพระราชบัญญัติลักษณะพยาน ร.ศ.113 เรียกว่า "ประเด็นหารือบท" ซึ่งคำนี้มีที่มาจากมาตรา 27 แห่งพระราชบัญญัติลักษณะพยาน ร.ศ.113 ที่บัญญัติความไว้ว่า "ถ้าข้อหาใดในคำฟ้อง เป็นข้อความที่อ้างบทกฎหมาย พระราชบัญญัติหมายประกาศใดๆอันเกี่ยวข้องต้องด้วยมูลวิวาทในระหว่างโจทก์จำเลยซึ่งไม่จำเป็นจะต้องสืบพยานอื่นๆมาประกอบความจริง แลฝ่ายจำเลยมิรับในคำให้การว่าบทกฎหมายซึ่งโจทก์อ้างมาในข้อหานั้นถูกต้อง กลับต่อสู้อ้างบทกฎหมายอื่นๆนอกจากที่โจทก์อ้างมานั้นมาโต้แย้งบทที่อ้างมานี้อีกก็ดี ฤาข้อหาข้อใดข้อหาหนึ่งในฟ้องซึ่งศาลพิเคราะห์ดูเห็นว่าเป็นข้อความซึ่งทุ่มเถียงกันด้วยบทกฎหมาย จำเลยมิรับว่าถูกต้อง กลับให้การโต้แย้งต่างๆ ไม่จำเป็นต้องสืบพยานมาประกอบเอาความจริงควรจะวินิจฉัยว่าฝ่ายใดถูกฝ่ายใดผิดได้แล้วก็ดี ก็ให้ศาลเก็บความในข้อหาแลคำให้การอันทุ่มเถียงกันด้วยบทกฎหมายนั้น เรียงลงในคำชี้สองสถาน ให้เรียกว่าข้อประเด็นซึ่งควรหาฤาบทที่จะไม่ต้องสืบพยานอื่นมาประกอบเอาความจริง นอกจากวินิจฉัยตามกฎหมายนั้น"

[16] โอสถ โกศิน,*อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 14* น.26.

ส่วนความหมายของ "ปัญหาข้อเท็จจริง" นั้น ก่อนอื่นต้องเข้าใจเสียก่อนว่าข้อเท็จจริงมีความหมายว่าอย่างไร

คำว่า "ข้อเท็จจริง" มาจากคำว่า "ข้อความจริง" โดยมีการบัญญัติถ้อยคำนี้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 2[17] กับคำว่า "ข้อความเท็จ" มีบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญา เช่น ผู้ใดแจ้งข้อความอันเป็นเท็จ ...[18] เมื่อเอาคำว่า "ข้อความจริง" กับ "ข้อความเท็จ" ทั้งสองคำมารวมกันจึงเป็นคำว่า "ข้อเท็จจริง" ซึ่งมีความหมายว่า มีข้อเท็จอย่างหนึ่ง ข้อจริงอย่างหนึ่งซึ่งคู่ความทั้งสองฝ่ายจะต้องนำสืบพยานเพื่อให้ศาลวินิจฉัยและพิพากษาคดีต่อไป[19]

สำหรับประเด็นข้อเท็จจริงคู่ความอาจแถลงรับกันได้ ข้อเท็จจริงที่รับกันก็เป็นอันยุติไม่ต้องสืบพยานกันอีก คงสืบพยานกันเฉพาะข้อเท็จจริงในประเด็นที่ยังไม่รับกัน ประเด็นข้อเท็จจริงที่ไม่รับกันซึ่งเป็นประเด็นข้อพิพาทนี้มักจะเรียกกันสั้นๆว่าเป็น "ปัญหาข้อเท็จจริง" ดังนั้นปัญหาข้อเท็จจริงจึงหมายถึง ข้อพิพาทหรือปัญหาข้อโต้แย้งระหว่างคู่กรณีหรือคู่ความในคดีที่เกี่ยวกับความมีอยู่หรือไม่มีอยู่ของเหตุการณ์ใดเหตุการณ์หนึ่งหรือการกระทำใดๆหรือวัตถุสิ่งใดสิ่งหนึ่ง หรืออาจกล่าวอีกนัยหนึ่งได้ว่า ปัญหาข้อเท็จจริง คือ ปัญหาที่วินิจฉัยได้โดยไม่จำต้องพิจารณาตัวบทกฎหมายประกอบ ซึ่งมีอยู่ด้วยกัน 3 ลักษณะ[20]ได้แก่

1.ปัญหาข้อพิพาทโต้แย้งเกี่ยวกับการกระทำของบุคคลว่าบุคคลใดกระทำการอย่างใดหรือไม่

2.ปัญหาพิพาทกันเกี่ยวกับเหตุการณ์เกิดขึ้นหรือการมีอยู่หรือการสิ้นสุดไปของเหตุการณ์อย่างใดอย่างหนึ่งว่ามีอยู่หรือไม่ อย่างไร

3.ปัญหาที่พิพาทกันเกี่ยวกับความมีอยู่หรือไม่มีอยู่ของวัตถุสิ่งใดสิ่งหนึ่ง หรือสภาวการณ์ที่เป็นนามธรรมอย่างใดอย่างหนึ่ง

---

[17] เช่น มาตรา 237

[18] มาตรา 137

[19] หม่อมหลวงสุพร อิศรเสนา, กฎหมายว่าด้วยข้อเท็จจริง, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2543), น.คำนำ.

[20] จรัญ ภักดีธนากุล, "วิชาพยานหลักฐาน", ใน รวมคำบรรยายภาคสอง สมัยที่ 54 เล่มที่ 2, (กรุงเทพมหานคร: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2544) น.260-261.

การแยกแยะว่าปัญหาใดเป็นปัญหาข้อเท็จจริง ปัญหาใดเป็นปัญหาข้อกฎหมายบางที ก็มีความยุ่งยากที่จะชี้ชัดลงไปได้ จะเห็นได้จากยังคงมีการโต้แย้งขึ้นมาสู่การวินิจฉัยของศาลฎีกา อยู่เสมอไม่รู้จักจบสิ้น อย่างไรก็ตามข้อกฎหมายและข้อเท็จจริงมักจะมีความเกี่ยวพันและเกิด ควบคู่กัน การที่ศาลจะเลือกหาข้อกฎหมายได้นั้นข้อเท็จจริงจะต้องยุติเสียก่อน กรณีที่ยังมีการ โต้เถียงกันในข้อเท็จจริง หรือยังมีปัญหาข้อเท็จจริงอยู่ ศาลจะต้องวินิจฉัยปัญหาข้อเท็จจริง เสียก่อนแล้วจึงปรับบทกฎหมายกับข้อเท็จจริงนั้น ข้อกฎหมายและผลของการชี้ขาดข้อกฎหมาย จึงขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริง ถ้าข้อเท็จจริงเปลี่ยนไป ข้อกฎหมายก็ย่อมเปลี่ยนไปด้วย

2.ข้อความคิดว่าด้วยบ่อเกิดของกฎหมาย

เนื่องจากการนำกฎหมายสารบัญญัติมาบังคับใช้ในคดีนั้น ศาลจำเป็นที่จะต้องทราบ ว่าจะหากฎหมายจากแหล่งใดมาใช้ได้บ้างอันอยู่บนพื้นฐานทางทฤษฎีกฎหมายที่ว่าด้วยบ่อเกิด ของกฎหมาย ฉะนั้นจำเป็นอย่างยิ่งที่ต้องอาศัยความรู้พื้นฐานทางทฤษฎีมาช่วยในการอธิบาย โดยข้อหัวนี้เป็นการนำเสนอว่าศาลจะหากฎหมายจากแหล่งใดมาใช้วินิจฉัยชี้ขาดคดีได้บ้าง โดย เริ่มจากความหมายของบ่อเกิดของกฎหมาย และการแบ่งประเภทบ่อเกิดของกฎหมาย

2.1 ความหมาย

ความหมายของคำว่า บ่อเกิด หรือที่มาของกฎหมายตรงกับถ้อยคำในภาษาอังกฤษว่า "Source of Law" ภาษาเยอรมันว่า "Rechtsquelle" ภาษาฝรั่งเศสว่า "Source de Droit" ภาษา ลาตินว่า "Fontes Iuris"[21] โดยคำว่า Source ตามตัวอักษรแปลว่าการเกิดขึ้นหรือจุดเริ่มตนของ กระแสน้ำหรือแม่น้ำ[22]หรือการพุ่งขึ้นหรือการเกิดขึ้น (Spring) น้ำพุหรือแหล่ง (Fountain) ดั้งเดิม หรือเริ่มต้น (Origin) ของกระแสน้ำ[23] ดังนั้นที่ใช้คำว่า Source ก็เพื่อเป็นการเปรียบเทียบให้

---

[21] ปรีดี เกษมทรัพย์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 6* น.16.

[22] O.C. Watson, ed., Longmans English Larousse, (London: Hazell Watson & Viney Ltd.,1968) p.1107.

[23] J.B. Foreman, Collins Double Book Dictionary and Encyclopedia, (London: Wm. Collins Sons & Co.Ltd.,1968) p.466.

มองเห็นเป็นรูปธรรม กล่าวคือ เมื่อเกิดกรณีพิพาทกันศาลจะไปหากฎหมายจากที่ไหนมาตัดสิน คำตอบก็คือต้องไปหาที่บ่อเกิดของมันเหมือนเราไปหาน้ำถ้าเราไม่รู้จักบ่อก็หาน้ำไม่พบ ในเรื่องกฎหมายก็เช่นเดียวกันถ้าหาบ่อเกิดของกฎหมายไม่ได้ศาลก็ไม่รู้ว่าจะหากฎหมายที่ไหนมาชี้ขาดตัดสินคดี

2.2 การแบ่งประเภทบ่อเกิดของกฎหมาย

มีนักกฎหมายในต่างประเทศหลายท่านได้พยายามอธิบายถึงการแบ่งประเภทบ่อเกิดของกฎหมายอันอาจสามารถค้นหากฎหมายได้ไว้ อาทิเช่น Sir Carleton Kemp Allen[24] ได้แบ่งบ่อเกิดของกฎหมายออกเป็น (1) บ่อเกิดในแนวดิ่ง (Downwards) คือกฎหมายเกิดมาจากเจตจำนงของผู้มีอำนาจอธิปไตยที่อยู่ในฐานะที่สูงกว่าทางสังคมสั่งลงมา ซึ่งต้องการผู้สร้างกฎหมาย กับ (2) บ่อเกิดในแนวตั้ง (Upwards) คือกฎหมายเกิดขึ้นมาโดยตัวของมันเองเป็นอิสระจากเจตจำนง ซึ่งเป็นการสร้างกฎหมายโดยตัวของมันเอง และ Sir John Salmond[25] ได้แบ่งเป็น 2 ประเภทใหญ่ ๆ คือ (1) บ่อเกิดในทางรูปแบบ (Formal Sources) เป็นอำนาจที่ได้รับการยอมรับนับถือในกระบวนการทางกฎหมาย คือเป็นเจตจำนงและอำนาจรัฐที่ได้ถูกแสดงในศาลยุติธรรม ที่มีอำนาจบังคับและสมบูรณ์ทางกฎหมาย และ(2) บ่อเกิดในทางเนื้อหา (Material Sources) เป็นบ่อเกิดที่ไม่สมบูรณ์เป็นกฎหมาย โดยสามารถแบ่งออกได้เป็น (2.1) บ่อเกิดในทางนิติศาสตร์โดยแท้ (Legal Sources) เป็นบ่อเกิดที่ถูกรับรู้ว่าเป็นกฎหมาย มีอำนาจที่ได้รับการเคารพนับถือแต่ยังไม่สมบูรณ์เป็นกฎหมาย และเป็นทางเดียวที่สามารถนำกฎเกณฑ์ใหม่ ๆ ที่ถูกค้นพบเข้ามาสู่กฎหมายได้ กับ (2.2) บ่อเกิดในทางประวัติศาสตร์ (Historical Sources) เป็นบ่อเกิดในทางข้อเท็จจริงที่มิได้ถูกรับรู้ว่าเป็นกฎหมาย ไม่มีอำนาจที่ได้รับการเคารพนับถือ ไม่สมบูรณ์เป็น

---

[24] Sir Carleton Kemp Allen, Law in the Making, 7th Edition, (Oxford: The Clarendon Press, 1964) p. 1.

[25] Sir John Salmond, Jurisprudence, 7th Edition, (London: Sweet & Maxwell, Ltd., 1924) pp. 164-167, 170.

กฎหมาย และก่อผลในทางความคิดและอย่างโดยอ้อม ต่อมา Herbert Felix Jolowicz[26] ได้นำมาอธิบายใหม่โดยแบ่งออกเป็น (1) บ่อเกิดในทางรูปแบบ คือเป็นบ่อเกิดในความหมายของบ่อเกิดที่สร้างกฎเกณฑ์ทางกฎหมายโดยเป็นการรวมบ่อเกิดในทางรูปแบบกับบ่อเกิดในทางนิติศาสตร์โดยแท้ของ Salmond เข้าด้วยกัน และ (2) บ่อเกิดในทางเนื้อหา คือเป็นประวัติศาสตร์กฎหมายของแต่ละระบบหรือเทียบได้กับบ่อเกิดในทางประวัติศาสตร์ของ Salmond

นอกจากนี้ Edgar Bodeheimer[27] ได้แบ่งบ่อเกิดของกฎหมายออกเป็น (1) บ่อเกิดที่มีรูปแบบ (Format Sources) คือบ่อเกิดซึ่งหาได้ในความหมายหรือข้อความในทางที่เป็นรูปแบบที่ปรากฏเป็นรูปร่างในเอกสารทางกฎหมายที่มีอำนาจ เช่น รัฐธรรมนูญ พระราชบัญญัติ พระราชกำหนด คำสั่งทางปกครอง พระราชกฤษฎีกา การกระทำทางกฎหมายขององค์กรอิสระหรือกึ่งอิสระ สนธิสัญญาและความตกลงที่แน่นอน และคำพิพากษาบรรทัดฐานและ (2) บ่อเกิดที่ไม่มีรูปแบบ (Non - Format Sources) คือบ่อเกิดในทางเนื้อหาที่มีผลต่อการพิจารณาในทางกฎหมายซึ่งมิได้ถูกยอมรับว่ามีอำนาจหรืออย่างน้อยในความหมายที่เป็นรูปแบบและเป็นรูปร่างในเอกสารทางกฎหมายที่ถูกทำให้เป็นทางการ เช่น มาตรฐานของความยุติธรรม หลักการแห่งเหตุผลและการพิจารณาถึงเหตุผลของเรื่อง ความเสมอภาคของปัจเจกบุคคล นโยบายสาธารณะ ความมั่นใจในทางศีลธรรม ทิศทางของสังคม และจารีตประเพณี

แต่ศาสตราจารย์ ดร. ปรีดี เกษมทรัพย์ ได้แบ่งบ่อเกิดของกฎหมายออกเป็น 3 ประเภทใหญ่ ๆ ตามประเภทของศาสตร์อย่างเป็นระบบ ดังนี้

1. บ่อเกิดในทางนิติศาสตร์โดยแท้ (Legal Source) กล่าวคือ เป็นบ่อที่แสดงถึงรูปลักษณะของกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบันหรืออาจเรียกว่าเป็น "กฎหมายของบ้านเมือง" (Positive Law) เช่น ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย มาตรา 4 ประมวลกฎหมายแพ่งออสเตรีย มาตรา 7 ประมวลกฎหมายแพ่งมลรัฐหลุยส์เซียนา มาตรา 21 ประมวลกฎหมายแพ่งอิตาลี ในส่วนของบทบัญญัติทั่วไป มาตรา 12 ประมวลกฎหมายแพ่งสเปน มาตรา 6 และประมวลกฎหมายแพ่งสวิส มาตรา 1 เป็นต้น

---

[26] H.F. Jolowicz, Lectures on Jurisprudence, (London: The Athlone Press, 1963) pp. 193-194.

[27] Edgar Bodenheimer, Jurisprudence the Philosophy and Method of the Law, 2nd Edition, (USA: Harvard University Press, 1974) p. 325.

โดยจะมีรูปลักษณะความเป็นอยู่ได้ 2 ลักษณะใหญ่ ๆ ดังนี้[28]

1.1 กฎหมายที่บัญญัติขึ้น (Enacted Law) คือกฎหมายที่เกิดจากกระบวนการทางนิติบัญญัติ ซึ่งผู้บัญญัติต้องมีอำนาจที่ชอบธรรมในการบัญญัติด้วย โดยสามารถแยกตามอำนาจผู้บัญญัติกฎหมายได้ดังนี้ (1) กฎหมายที่มาจากนิติบัญญัติ เช่น พระราชบัญญัติ (2) กฎหมายที่มาจากบริหารบัญญัติ เช่น พระราชกำหนด พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง และประกาศกระทรวง และ (3) กฎหมายที่มาจากองค์กรบัญญัติ เช่น ข้อกำหนดว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีรัฐธรรมนูญ ของศาลรัฐธรรมนูญ และเทศบัญญัติ ของเทศบาล เป็นต้น โดยทั้งหมดนี้ปรากฏรูปลักษณ์เป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษร

1.2 กฎหมายที่มิได้บัญญัติขึ้น (Non – Enacted Law) คือกฎหมายที่มิได้เกิดขึ้นจากกระบวนการทางนิติบัญญัติหรือมีลักษณะเป็นกฎหมายที่มิได้เป็นลายลักษณ์อักษร โดยอาจมีรูปลักษณะเป็นจารีตประเพณี คือกฎหมายที่เกิดขึ้นจากการยอมรับว่าสิ่งที่ได้ปฏิบัติกันมานมนานเป็นสิ่งที่ถูกต้อง หรืออาจมีรูปลักษณ์เป็นหลักกฎหมายทั่วไป คือกฎหมายที่เกิดมาจากความถูกต้องเป็นธรรมตามเหตุผลของเรื่อง (Natur der Sache) ที่ต้องเป็นเช่นนั้น

2. บ่อเกิดในทางนิติศาสตร์ทางข้อเท็จจริง หรือบ่อเกิดในทางประวัติศาสตร์ (Historical Source) กล่าวคือ เป็นบ่อที่แสดงถึงความเป็นมาของกฎหมาย โดยปรากฏรูปลักษณะเป็นการอธิบายถึงวิวัฒนาการของกฎหมายในการเกิดขึ้นและในความเปลี่ยนแปลงของกฎหมายในอดีตโดยทั่วไป ซึ่งบ่อเกิดประเภทนี้มีความสำคัญแค่เพียงเป็นสิ่งที่ช่วยทำให้เกิดความเข้าใจที่ชัดเจนขึ้นในบ่อเกิดของกฎหมายในทางนิติศาสตร์โดยแท้แต่มิอาจนำมาใช้วินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทได้ เช่น การที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย มาตรา 4 ได้อ้างว่ามาจากประมวลกฎหมายแพ่งสวิส มาตรา 1 ก็ไม่มีผลทำให้สามารถนำมาตรา 1 แพ่งประมวลกฎหมายแพ่งสวิสดังกล่าวมาใช้ในกฎหมายไทยได้ เป็นต้น

3. บ่อเกิดในทางนิติปรัชญา (Philosophical Source) กล่าวคือ เป็นบ่อที่แสดงถึงการศึกษาตรึกตรองเกี่ยวกับกฎหมายในลักษณะทั้งมวล (As a Whole) หรือเป็นการตรึกตรองทางนามธรรมชั้นสูงในปัญหาทางอภิปรัชญากฎหมาย (Metaphysics of Law) ที่ว่ากฎหมายคืออะไร ตามที่กล่าวแล้วในหัวข้อนิยาม ซึ่งเป็นบ่อเกิดที่มีรูปลักษณะเป็นทฤษฎีกฎหมาย (Theory of Law)

---

[28] ปรีดี เกษมทรัพย์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 6* น. 17-19.

จากการแบ่งประเภทบ่อเกิดของกฎหมายดังกล่าว จะเห็นได้ว่าบ่อเกิดของกฎหมายในทางนิติศาสตร์โดยแท้ (Legal Source)นี้เป็นบ่อเกิดของกฎหมายที่สำคัญยิ่งที่สุด เพราะว่าศาลต้องนำมาใช้วินิจฉัยชี้ขาดตัดสินคดี

3. ข้อความคิดว่าด้วยนิติวิธี

เมื่อทราบถึงการแบ่งประเภทของบ่อเกิดของกฎหมายแล้ว ด้วยเหตุที่ตระกูลกฎหมายใหญ่ 2 ระบบกฎหมาย คือ ระบบ Civil Law กับ Common Law มีนิติวิธีที่แตกต่างกัน จึงทำให้ทัศนคติที่มีต่อบ่อเกิดของกฎหมายแตกต่างกันไปด้วย ในหัวข้อนี้จึงได้กล่าวถึงความหมายของนิติวิธีอันเป็นส่วนที่แสดงถึงความแตกต่างของระบบ Civil Law กับ Common Law และทัศนคติที่มีต่อบ่อเกิดของกฎหมายทั้ง 2 ระบบกฎหมาย เพื่อเป็นแนวทางการศึกษาเปรียบเทียบวิธีการค้นหากฎหมายสารบัญญัติมาบังคับใช้กับคดีของศาลทั้ง 2 ระบบกฎหมาย

3.1 ความเบื้องต้น

ในเบื้องต้นขออธิบายความหมายของคำว่านิติวิธีเสียก่อนว่ามีความหมายอย่างไร จากนั้นจะได้กล่าวถึงการแบ่งตระกูลกฎหมายออกเป็น Civil Law กับ Common Law

3.1.1 ความหมาย

นิติวิธี หมายถึง เรื่องที่เกี่ยวกับวิธีการคิดทางกฎหมาย ซึ่งได้แก่ แนวความคิดและทัศนคติของนักกฎหมายที่มีต่อระบบกฎหมายของตน อาทิ ทัศนคติที่มีต่อบ่อเกิดของกฎหมาย ทัศนคติที่มีต่อโครงสร้างของกฎหมาย ทัศนคติที่มีต่อวิธีใช้และตีความกฎหมาย ทัศนคติที่มีต่อวิธีบัญญัติกฎหมาย และทัศนคติที่มีต่อวิธีศึกษากฎหมาย เป็นต้น[29] ซึ่ง ณ ที่นี้จะขอกล่าวถึงทัศนคติที่มีต่อบ่อเกิดของกฎหมายอันจะเกี่ยวกับการนำกฎหมายมาบังคับใช้กับคดีของศาล ซึ่งจะได้กล่าวถึงต่อไป

---

[29] ปรีดี เกษมทรัพย์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 6* น.119 และ กิตติศักดิ์ ปรกติ, ความเป็นมาและหลักการใช้นิติวิธีในระบบซิวิลลอว์และคอมมอนลอว์, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด, 2546) น.15.

นิติวิธีนั้นเป็นสิ่งที่แทรกซึมอยู่กับตัวบทกฎหมายโดยไม่จำต้องบัญญัติและถึงแม้จะได้บัญญัติถึงนิติวิธีไว้ กฎหมายก็มิได้บัญญัติหลักนิติวิธีไว้ทั้งหมด[30] ทั้งนี้เป็นเพราะนิติวิธีมีลักษณะเป็นแนวความคิดที่ฝังตัวอยู่ในระบบกฎหมายจนเป็นแบบฉบับในทางกฎหมายของระบบกฎหมายนั้น หรืออาจกล่าวได้ว่าถ้าตัวบทกฎหมายเป็นร่างกาย นิติวิธีก็เป็นวิญญาณของกฎหมาย[31]

นอกจากนี้ นิติวิธีนี้เองที่นักกฎหมายนำมาใช้เป็นเครื่องแสดงความแตกต่างระหว่างตระกูลกฎหมายใหญ่ 2 ระบบกฎหมาย คือ ระบบ Civil Law กับ Common Law กล่าวคือ ระบบ Civil Law ซึ่งเป็นระบบกฎหมายที่ใช้อยู่ในประเทศภาคพื้นยุโรป มีทัศนคติต่อกฎหมาย บ่อเกิดและวิธีการทางกฎหมายแตกต่างไปจากระบบ Common Law ของกลุ่มประเทศแองโกลแซกซอน ซึ่งแม้พิจารณาในด้านเนื้อหาของกฎหมาย เนื้อหาของบทบัญญัติแห่งกฎหมายอาจต้องตรงกันได้ แต่มิได้ทำให้ตระกูลกฎหมายทั้งสองตระกูลเหมือนกัน ทั้งนี้เพราะระบบกฎหมายทั้งสองนี้มีประวัติความเป็นมาและวิวัฒนาการที่แตกต่างกันออกไป

3.1.2 <u>การแบ่งตระกูลกฎหมายออกเป็นระบบ Civil Law กับ Common Law</u>

ก่อนที่จะศึกษาถึงนิติวิธีเกี่ยวกับทัศนคติต่อบ่อเกิดของกฎหมายในระบบ Civil Law และระบบ Common Law ในหัวข้อถัดไป ควรจะได้ศึกษาถึงความเป็นมาหรือภูมิหลังของระบบกฎหมายทั้งสองนี้เสียก่อน เพราะความเป็นมาของระบบกฎหมายทั้งสองทำให้ระบบกฎหมายทั้งสองแตกต่างกันในนิติวิธี

การแบ่งตระกูลกฎหมายออกเป็นระบบ Civil Law กับ Common Law[32] มีนักกฎหมายหลายท่านได้พยายามคิดหากฎเกณฑ์เพื่อใช้เป็นหลักเกณฑ์ในการแบ่ง อาทิเช่น

Zweigert และ Kotz ได้ให้ข้อสังเกตว่า (1) ให้พิจารณาดูที่ขอบเขตหรือสาขาทางกฎหมายที่จะพิจารณา คือให้พิจารณาเป็นเรื่อง ๆ ไป เช่น เป็นกฎหมายเอกชน กฎหมายเศรษฐกิจ กฎหมายครอบครัว และกฎหมายมรดก เป็นต้น และ (2) ให้พิจารณาที่ระยะเวลาที่พิจารณาในเรื่องนั้น คือเรื่องที่พิจารณานั้นขึ้นอยู่กับการพัฒนาและการเปลี่ยนแปลงทางประวัติศาสตร์ เพราะฉะนั้นปัจจัยที่ใช้แบ่งตระกูลกฎหมาย คือ (1) ความเป็นมาและการพัฒนาทางประวัติศาสตร์

---

[30] ปรีดี เกษมทรัพย์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 6* น.119.

[31] *เพิ่งอ้าง.*

[32] Konrad Zweigert and Hein Kotz, <u>Introduction to Comparative Law</u>, trans. By Tony Weir, 2nd Edition, (Oxford: Clarendon Press, 1992) pp. 64, 66, 69, 70, 72, 73.

(2) ลักษณะเด่นและลักษณะในความเป็นอยู่ของความคิดในเนื้อหาสาระของกฎหมายหรือเป็นรูปลักษณะที่แตกต่างของการคิดในทางกฎหมาย (3) การแบ่งออกเป็นสถาบันต่าง ๆ โดยเฉพาะคือแบ่งตามสถาบันทางกฎหมายที่แน่นอนเป็นเรื่อง ๆ ไป (4) ประเภทของบ่อเกิดของกฎหมายในทางนิติศาสตร์โดยแท้ที่ได้รับรองและมีวิธีการจัดการในความสัมพันธ์กับระบบศาลและกฎเกณฑ์ของวิธีพิจารณาและ (5) อุดมคติในนัยทางการเมืองหรือหลักการทางเศรษฐศาสตร์หรือความเชื่อทางศาสนา

Arminjon, Nolde และ Wolff ได้เสนอแนะว่าให้ใช้สาระของมันที่มีต่อลักษณะดั่งเดิม, ลักษณะการแบ่งแยก และลักษณะสามัญโดยปราศจากการอ้างอิงถึงปัจจัยอื่น ๆ ภายนอกที่ไม่สำคัญ เช่น ภูมิศาสตร์และเชื้อชาติ

Esmein ได้กำหนดให้พิจารณาถึงที่มาทางประวัติศาสตร์ โครงสร้างโดยทั่วไป และคุณลักษณะเฉพาะของแต่ละตระกูล

ดังนั้น ในเบื้องต้นการแบ่งประเภทของตระกูลกฎหมายที่นำมาใช้ในวิทยานิพนธ์นี้ เป็นการแบ่งในขอบเขตสาขาวิชากฎหมายเอกชนในเรื่องบ่อเกิดของกฎหมาย โดยอาศัยความเป็นมาและการพัฒนาทางประวัติศาสตร์มาเป็นเครื่องช่วยในการอธิบาย โดยสามารถแบ่งการพิจารณาออกได้เป็น 2 ประการ ดังนี้

1) ระบบ Civil Law มีความเป็นมา[33]เริ่มจากขนบธรรมเนียมจารีตประเพณีของชาวโรมันที่ต่อมาได้ถูกรวบรวมเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษร ในราว 450 ปีก่อนคริสตกาล ที่เรียกว่ากฎหมาย 12 โต๊ะ (Law of Twelve Tables) และจากนั้นกรุงโรมก็ได้ใช้กฎหมายดังกล่าวเป็นหลักอ้างอิงในการแก้ไขปัญหาข้อพิพาทมาเป็นเวลาหลายพันปี ซึ่งได้ถูกปรุงแต่งให้เจริญงอกงามขึ้นเรื่อย ๆ ด้วยอำนาจแห่งเหตุผลจากความเห็นต่าง ๆ ของนักกฎหมายในการวินิจฉัยปัญหาของคดีความต่าง ๆ ที่ติดต่อกันเป็นเวลานาน จึงทำให้หลักกฎหมายเกิดขึ้นเสริมกฎหมาย 12 กระดานที่เป็นลายลักษณ์อักษร และทำให้ระบบกฎหมายโรมันมีลักษณะเป็นระบบเหตุผลโดยแท้ คือมีรากฐานมาจากเหตุผลธรรมดาที่มีอยู่ในจิตใจของมนุษย์ประกอบด้วยเหตุผลซับซ้อนที่ปรุงแต่งขึ้นโดยนักกฎหมาย จนในท้ายที่สุดในสมัยของพระเจ้าจัสติเนียนจึงได้รวบรวมความเห็นของนักกฎหมายต่าง ๆ ที่สำคัญ ทั้ง 5 คน อันได้แก่ Gaius, Papinian, Ulpian, Paul และ Modestinus ให้มาเป็นส่วนสำคัญของประมวลกฎหมายที่เรียกว่า "Corpus Iuris Civilis" แต่ภายหลังจากการ

---

[33] ปรีดี เกษมทรัพย์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 6* น. 120.

รวบรวมได้ไม่นานอาณาจักรโรมันตะวันออกก็ล่มสลายลงในปี ค.ศ. 1453 จึงทำให้ชีวิตของกฎหมายโรมันต้องหยุดชะงักลง ส่วนอีกฝากฝั่งหนึ่งที่เป็นอาณาจักรโรมันตะวันตกภายหลังจากปี ค.ศ. 476 อันเป็นปีที่อาณาจักรโรมันตะวันตกล่มสลาย ศาสนจักรโรมันคาธอลิคได้ขึ้นมามีบทบาทเป็นผู้นำของสังคมยุโรปในซีกตะวันตกแทนอาณาจักรโรมันตะวันตก ซึ่งเป็นผลให้ "Corpus Iuris Canonis" ได้เข้ามามีบทบาทในทางกฎหมายต่อระบบ Civil Law ด้วย จนในภายหลังจากการฟื้นคืนชีพของ Corpus Iuris Civilis ประกอบกับการเกิดขึ้นของรัฐสมัยใหม่ก็เป็นเหตุทำให้ Corpus Iuris Canonis ได้หมดบทบาทลง

นอกจากนี้การที่อาณาจักรโรมันทั้งตะวันตกและตะวันออกแตกสลายลงก็เป็นเหตุให้เกิดแคว้นเล็กแคว้นน้อยของชนชาติต่าง ๆ ขึ้น และมีผลให้เกิดการนำกฎหมายของชนเผ่าตนเข้ามาใช้มากขึ้นและก็ได้กลายมาเป็นส่วนหนึ่งของระบบ Civil Law แม้ว่าจะมิได้มีความสำคัญอย่างเทียบเท่า Corpus Iuris Canonis และ Corpus Iuris Civilis ก็ตาม

ดังนั้น อาจกล่าวได้ว่า ระบบกฎหมาย Civil Law เป็นตระกูลกฎหมายที่ประกอบขึ้นจาก

(1) กฎหมายโรมันโบราณที่ได้ถูกรวบรวมโดยจักรพรรดิจัสติเนียนแห่งไบเซนไทน์ (Byzantine) ในราวคริสศตวรรษที่ 6 โดยเป็นผลมาจากวิชานิติศาสตร์โรมันที่พัฒนาขึ้นโดยที่ปรึกษากฎหมายของโรม ตั้งแต่การเกิดขึ้นของเมือง ราวปี 753 ก่อนคริสตกาล จนมาถึงในปี ค.ศ. 533 อันเป็นปีที่จัดทำประมวลกฎหมาย และภายหลังประมวลกฎหมายนี้ถูกเรียกว่า Corpus Iuris Civilis

(2) กฎหมายพระหรือเป็นกฎหมายของคริสเตียนแห่งโรมันคาธอลิคที่เรียกว่า Corpus Iuris Canonis ซึ่งในหลาย ๆ ทางสัมพันธ์อยู่บนกฎหมายโรมัน แต่ถึงกระนั้นก็ได้สร้างระบบที่ชัดเจนของตัวเอง

(3) กฎหมายอื่น ๆ เช่น กฎหมายศักดินาหรือกฎหมายชาวบ้านของชนชาติเยอรมัน ซึ่งส่วนมากเพิ่งจะถูกบันทึกลงเป็นลายลักษณ์อักษรเมื่อคริสตศตวรรษที่ 5

2) ระบบ Common Law[34] เริ่มต้นจากประวัติศาสตร์กฎหมายของประเทศอังกฤษในปี ค.ศ. 1066 เมื่อพระเจ้าวิลเลียมที่ 1 (William 1) แห่งเผ่านอรแมน (Norman) ได้รบชนะเผ่าแองโก

---

[34] Konrad Zweigert and Hein Kotz, *supra note 32*, pp.189, 190, 194, 204, 205, 207, 208.

(Anglo) และแซกซอน (Saxon) ที่ฮัสติ้ง (Battle of Hastings) โดยก่อนหน้านั้นเผ่าแองโกและแซกซอนได้มีกฎหมายที่มีรูปแบบเป็นลายลักษณ์อักษรแล้ว ในปี ค.ศ. 890 ในยุคของพระเจ้าแอลเฟร็ดมหาราช (Alfred the Great: ค.ศ. 871-900) และในปี ค.ศ. 1029 ในยุคของพระเจ้า Canute (ค.ศ. 1016-1035) ซึ่งพระเจ้าวิลเลี่ยมที่ 1 ก็มิได้ทรงยกเลิกประเพณีทางกฎหมายเหล่านั้นและมิได้ทรงเปลี่ยนแปลงอย่างฉับพลันใด ๆ ทั้งสิ้น หากแต่พระองค์ได้ทรงจัดรูปแบบการปกครองเสียใหม่ให้เป็นแบบศักดินา (Feudal System) โดยมีพระองค์เป็นศูนย์กลาง และจัดให้มีการเสียภาษีแบบใหม่ที่สอดคล้องกับระบบศักดินา โดยอยู่ภายใต้การดูแลของ Curia Regis หรือสภาที่ปรึกษาของกษัตริย์ ซึ่งภายหลังต่อมาในสมัยพระเจ้าเฮนรี่ที่ 1 (Henry 1: ค.ศ. 1110-1135) ได้โอนความรับผิดชอบนี้ให้กับ Exchequer หรือ Scacarium Regis โดยมีบทบาทเป็นศาลอยู่ในตัวด้วย ส่วน Curia Regis ได้ประจำอยู่ที่ Westmainster โดยทำหน้าที่เป็นศูนย์กลางของศาล เรียกว่าเป็นศาล Common Pleas จึงทำให้เกิดศาล King's Bench ขึ้นในยุคของพระเจ้าเอ็ดเวิดที่ 1 (Enward 1: ค.ศ. 1272-1307) เพื่อเป็นศาลเคลื่อนที่ และได้รับความนิยมมากเพราะมีวิธีพิจารณาที่ทันสมัยกว่าของศาล Feudal หรือศาลท้องถิ่น ที่เรียกว่ารูปแบบการฟ้องคดี และต่อมาเรียกว่า Writ หรือหมายเรียกของศาล ซึ่งมีผลทำให้เกิดความหมายของ Common Law ที่ว่าเป็นกฎหมายอันร่วมกันของทั้งประเทศอังกฤษขึ้น

ภายหลังต่อมาระบบวิธีพิจารณาดังกล่าวเริ่มเสื่อมลงเพราะการใช้เทคนิคกลโกงในวิธีพิจารณา จึงทำให้ Chancellor ผู้เป็นเจ้าหน้าที่ทางปกครองสูงสุดได้เข้ามาแก้ไขปัญหาดังกล่าวโดยใช้ความรักของพระเจ้าและในวิถีทางแห่งความเมตตา จนทำให้เกิดกฎหมาย Equity และศาล Chancery ขึ้นมา (สำหรับประวัติการเกิดขึ้นของหลัก equity นี้ จะได้กล่าวถึงโดยละเอียดในส่วนการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทตามความเป็นธรรมต่อไป) และจากจุดนี้ที่ทำให้เกิดความหมายของ Common Law อันได้แก่ ศาล Exchequer , ศาล King's Bench และศาล Common Pleas โดยไม่รวมถึงศาล Chancery และกฎหมาย Equity ด้วย

ภายหลังสงครามนโปเลียน (ค.ศ. 1815) ประเทศอังกฤษได้มีการเรียกร้องให้มีการจัดรูปแบบทางสังคมใหม่ในทุก ๆ ด้าน ทำให้ในด้านของศาลก็ต้องมีการจัดระบบกันใหม่ด้วย โดยได้รวมศาล Common Law กับศาล Chancery เข้าด้วยกัน ส่วนทางรัฐสภาก็ได้นิยมออกกฎหมายหรือพระราชบัญญัติต่าง ๆ ที่เป็นกฎหมายสารบัญญัติอย่างมากมาย จนทำให้รัฐสภากลายเป็นผู้นำในการสร้างกฎหมายแทนศาล และทำให้เกิดความหมายของ Common Law ที่ว่าเป็นกฎหมายที่เกิดจากคำพิพากษาของศาลขึ้น คือรวมกฎหมาย Common Law ของศาล Common

Law และกฎหมาย Equity ของศาล Chancery เข้าด้วยกัน และทำให้การแบ่งแยกความแตกต่างระหว่างระบบ Common Law กับระบบ Civil Law ในด้านบ่อเกิดในลำดับแรกของกฎหมายมีส่วนช่วยให้เกิดความเข้าใจในความแตกต่างพื้นฐานของทั้ง 2 ตระกูลนี้น้อยมาก แต่สิ่งหนึ่งที่ช่วยทำให้เกิดความเข้าใจถึงความแตกต่างของทั้ง 2 ตระกูล คือวิธีการในการค้นหาและปรับใช้กฎหมายหรือที่เรียกว่านิติวิธี ฉะนั้นจึงทำให้เกิดความหมายของ Common Law ที่ว่าเป็นระบบกฎหมายหนึ่งของโลกที่เกิดจากประเทศอังกฤษขึ้น

3.2 ทัศนคติต่อบ่อเกิดของกฎหมาย

เมื่อได้ทราบถึงความเป็นมาหรือภูมิหลังของระบบกฎหมายทั้งสองนี้แล้ว จะเห็นได้ว่าความเป็นมาของระบบกฎหมายทั้งสองทำให้ระบบกฎหมายทั้งสองแตกต่างกันในนิติวิธี ดังนั้นการที่ศาลจะนำกฎหมายใดมาตัดสินชี้ขาดคดีจึงต้องรับรู้ถึงทัศนคติต่อบ่อเกิดของกฎหมายอันเป็นแหล่งค้นหากฎหมายเสียก่อน ซึ่งในระบบ Civil Law และระบบ Common Law มีทัศนคติต่อบ่อเกิดของกฎหมายแตกต่างกันไปดังนี้

3.2.1 ระบบ Common Law

ลักษณะเด่นเฉพาะของระบบ Common Law ที่สำคัญคือทฤษฎีว่าด้วยบ่อเกิดของกฎหมาย ซึ่งแยกไม่ออกจากประวัติศาสตร์ของชาติอังกฤษและบทบาทของนักกฎหมายในการปรุงแต่งกฎหมายให้เหมาะสมกับสภาวการณ์ในแต่ละช่วงเวลาซึ่งเห็นได้ชัดว่าขณะที่กฎหมายในภาคพื้นยุโรปยอมรับว่ากฎหมายลายลักษณ์อักษรเป็นบ่อเกิดสูงสุดและชื่นชมอยู่กับระบบประมวลกฎหมายนั้น ประเทศอังกฤษซึ่งนับว่ามีอารยธรรมสูงไม่แพ้ชาติในภาคพื้นทวีปยุโรปกลับไม่ยอมรับเช่นนั้นกลับคงยึดหลักปรัชญาแบบประสบการณ์นิยม กล่าวคือ ยังยอมรับเอาคำพิพากษาในคดีก่อนๆนั้นมาเป็นบ่อเกิดรากฐานของระบบกฎหมายเลยทีเดียว ทัศนคติต่อบ่อเกิดของกฎหมายในระบบ Common Law มีดังนี้

3.2.1.1 หลักกฎหมายจากคำพิพากษา

เป็นบ่อเกิดของกฎหมายที่สำคัญที่สุดในระบบ Common Law ทั้งนี้เนื่องจากแบบฉบับที่สืบทอดมาจากระบบศาลหลวงที่ถือว่าเหตุผลที่ได้จากการพิเคราะห์ข้อเท็จจริงเป็นกฎหมายที่ดีที่สุดสำหรับตัดสินข้อพิพาท เพราะเหตุผลมีค่าเป็นกฎหมายที่เป็นอยู่แล้วโดยศาลเป็นเพียงผู้ค้นพบและประกาศใช้ การที่ศาลในระบบ Common Law ยอมผูกพันตามแนวคำพิพากษาบรรทัด

ฐานก็เป็นไปตามหลักแห่งเหตุผลที่ว่าข้อเท็จจริงอย่างเดียวกันย่อมต้องได้รับการปฏิบัติเช่นเดียวกัน

ผู้พิพากษาในระบบ Common Law นี้มีบทบาทสำคัญมากจนกระทั่งเราเรียกระบบกฎหมายนี้ว่า "ระบบกฎหมายที่ศาลกำหนดขึ้น" (judge made law) อาจกล่าวได้ว่าคำพิพากษาของศาลนั้นนอกจากจะมีบทบาทในการปรับใช้กฎหมายแก่ข้อเท็จจริงแล้วยังมีบทบาทในการวางหลักนิติวิธีทางกฎหมายด้วย[35] อำนาจของศาลในระบบ Common Law นี้มีมากกว่าศาลในระบบ Civil Law มาก หลักเกณฑ์ที่ศาลตั้งขึ้นจากการพิจารณาข้อเท็จจริงโดยคำพิพากษานี้จะต้องได้รับการถือตาม เพื่อให้ระบบ Common Law มีหลักประกันความแน่นอนและไม่ตกอยู่ภายใต้อำเภอใจของผู้พิพากษาจนอาจกล่าวได้ถึงขนาดว่า ตัวคำพิพากษานั้นเองเป็นตัวบทกฎหมาย[36]

3.2.1.2 บทกฎหมายลายลักษณ์อักษร

ในระบบ Common Law นั้นแรกเริ่มของกฎหมายก็เริ่มต้นมาจากขนบธรรมเนียมจารีตประเพณี แต่เนื่องจากในระบบ Common Law ไม่ได้มีการรวบรวมเอากฎหมายจารีตประเพณีมาบันทึกเป็นลายลักษณ์อักษร กฎหมายลายลักษณ์อักษรของระบบ Common Law เพิ่งจะเริ่มมีในช่วงก่อนศตวรรษที่ 15 แต่การบัญญัติกฎหมายลายลักษณ์อักษรก็ไม่ใช่บ่อเกิดที่สำคัญของกฎหมาย บ่อเกิดของกฎหมายมาจากคำพิพากษาของศาล กฎหมายลายลักษณ์อักษรที่มีขึ้นก็เป็นกฎหมายพิเศษเฉพาะเรื่องเฉพาะราว ศาล Common Law จึงมีทัศนคติต่อกฎหมายลายลักษณ์อักษรว่าเป็นกฎหมายที่ยกเว้นจากหลักทั่วไป[37] ด้วยเหตุนี้ การตีความกฎหมายลายลักษณ์อักษรจึงตีความอย่างเคร่งครัดตามตัวอักษรโดยเฉพาะ แตกต่างจากการตีความกฎหมายลายลักษณ์อักษรในระบบ Civil Law

ศาล Common Law มักจะถือว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายมีฐานะที่ต่ำกว่าหลักกฎหมายที่ศาลได้วางเอาไว้ ทัศนะเช่นนี้ทำให้บทกฎหมายที่ฝ่ายนิติบัญญัติบัญญัติขึ้นไม่ได้รับการยอมรับเข้าสู่ระบบกฎหมายอย่างจริงจังจนกว่าจะมีคำพิพากษาของศาลใดศาลหนึ่งได้นำบทบัญญัตินั้นไปใช้บังคับเสียก่อน และเมื่อศาลได้นำบทกฎหมายลายลักษณ์อักษรมาปรับใช้ครั้ง

---

[35] Rene David and John E.C. Brierley, Major Legal Systems of the World Today, 3rd edition, (London: Sweet & Maxwell, 1985) p.376.

[36] ปรีดี เกษมทรัพย์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 6* น.122.

[37] *เพิ่งอ้าง*, น.121.

หนึ่งแล้วหากเกิดข้อพิพาททำนองเดียวกันอีกในภายหลัง ศาลที่พิจารณาคดีก็จะนิยมอ้างคำพิพากษาที่เคยปรับใช้กฎหมายลายลักษณ์อักษรเรื่องนั้นมากกว่าที่จะอ้างตัวบทกฎหมายเสียอีก กล่าวคือ หากมีบทบัญญัติแห่งกฎหมายและคำพิพากษาที่อาจนำมาปรับใช้แก่ข้อเท็จจริงได้เหมือนกัน ศาลจะนิยมอ้างคำพิพากษามากกว่าบทกฎหมาย[38]ซึ่งเป็นข้อที่แตกต่างจากระบบ Civil Law[39]

3.2.1.3 <u>จารีตประเพณี</u>

จารีตประเพณีมีฐานะเป็นบ่อเกิดของกฎหมายที่มีความสำคัญมากในระบบ Common Law เนื่องจากระบบ Common Law ได้ก่อกำเนิดขึ้นโดยการใช้กฎหมายจารีตประเพณีของท้องถิ่น อย่างไรก็ตาม อิทธิพลของศาสนจักรและพวกขุนนางเจ้าที่ดิน นับตั้งแต่กฎบัตรเวสมินเตอร์ฉบับที่ 1 ปี ค.ศ.1265 กำหนดว่าจารีตประเพณีที่จะนำมาใช้บังคับเช่นกฎหมายได้ต้องเป็นประเพณีที่มีอยู่ก่อนปี ค.ศ.1189 ทำให้บทบาทของจารีตประเพณีถูกจำกัดให้น้อยลงมา[40]

แต่ในระยะหลังด้วยเหตุที่กฎหมาย Common Law เป็นกฎหมายที่ศาลสร้างขึ้น (judge made law) ดังนั้น เมื่อศาลยอมรับบังคับตามจารีตประเพณีใดก็ทำให้จารีตประเพณีนั้นหมดความสำคัญที่จะนำมาอ้างได้อีกเพราะได้กลายเป็นส่วนหนึ่งของคำพิพากษาซึ่งมีผลบังคับในฐานะเป็นกฎหมายตามหลักแนวบรรทัดฐานของคำพิพากษา

3.2.1.4 <u>เหตุผลและความยุติธรรม</u>

สิ่งที่เหมือนกันของระบบกฎหมายทั้งสองคือ มองว่ากฎหมายเป็นเรื่องของระบบเหตุผล แต่ก็มีข้อต่างในรายละเอียดของการใช้เหตุผล กล่าวคือ ระบบ Common Law ตั้งอยู่บนพื้นฐานของหลักเหตุผลของข้อเท็จจริงอันเป็นเครื่องมือในการอุดช่องว่างของกฎหมาย และเป็นบ่อเกิดที่ไม่มีขอบเขตซึ่งช่วยให้กฎหมายในระบบ Common Law สามารถพัฒนามาได้จนถึงปัจจุบัน ตัวอย่างเช่น การใช้เหตุผลเพื่อเทียบเคียงแนวคำพิพากษาสำหรับใช้วินิจฉัยชี้ขาดคดี หลักการใช้เหตุผลในระบบ Common Law นี้ เมื่อนำมาเทียบกับระบบ Civil Law แล้ว จะเห็นได้ว่าระบบ Common Law มีความโน้มเอียงอยู่กับตรรกวิทยามากกว่าการปฏิบัติและมีลักษณะทางประสบการณ์นิยม ขณะที่ระบบ Civil Law มีลักษณะเป็นระบบทฤษฎีและหลักเกณฑ์ทั่วไป

---

[38] Rene David and John E.C. Brierley, *supra note 35*, p.384.

[39] กิตติศักดิ์ ปรกติ, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 29* น.74-75.

[40] *เพิ่งอ้าง*, น.76.

นอกจากนี้ในกฎหมายอังกฤษยังมีหลักความยุติธรรม (equity) เป็นบ่อเกิดของกฎหมายคู่เคียงกับหลักกฎหมาย Common Law ซึ่งรัฐสภาได้ออกกฎหมายรับรองลักษณะทั้งสองประการนี้ แต่หลักความยุติธรรม (equity) ที่จะบังคับได้นั้น ในปัจจุบันได้กลายเป็นส่วนหนึ่งของหลักกฎหมายตามคำพิพากษาไป มิได้เป็นหลักที่เกิดจากจริยธรรมล้วนๆอีก ในกฎหมายอังกฤษหลักความยุติธรรม (equity) จึงมีฐานะเช่นเดียวกับหลักกฎหมายตามแนวคำพิพากษา กล่าวคือจะนำหลักความยุติธรรม (equity) มาใช้ได้เฉพาะที่เคยมีแนวบรรทัดฐานของคำพิพากษาแล้วเท่านั้น ซึ่งรายละเอียดของหลักความยุติธรรม (equity) จะได้กล่าวโดยละเอียดอีกครั้งในบทต่อไป

3.2.2 ระบบ Civil Law

มีทัศนคติต่อบ่อเกิดของกฎหมายดังต่อไปนี้

3.2.2.1 บทบัญญัติแห่งกฎหมาย

ศาลในระบบ Civil Law ถือว่าตัวบทกฎหมายเป็นบ่อเกิดอันดับแรกของกฎหมาย ทั้งนี้เชื่อว่าตัวบทกฎหมายเป็นตัวแทนของเหตุผลในตัวเอง ความเชื่อนี้ฝังรากลึกมานานตั้งแต่สมัยกฎหมาย 12 โต๊ะ ตราบจนสมัยบัญญัติประมวลกฎหมาย โดยเหตุนี้เมื่อมีข้อพิพาทเกิดขึ้น ศาลจะพิเคราะห์ถึงความสัมพันธ์ทางข้อเท็จจริงของข้อพิพาทนั้น แล้วแสวงหาประเด็นอันเป็นปัญหา จากนั้นจึงแสวงหาบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับประเด็นพิพาทนั้นมาปรับใช้แก่กรณีพิพาท ด้วยความเชื่อเป็นเบื้องต้นว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นย่อมทรงไว้ซึ่งหลักแห่งเหตุผลและความเป็นธรรมอยู่แล้วในตัวเอง

3.2.2.2 จารีตประเพณี

เนื่องจากกฎหมายลายลักษณ์อักษรเป็นการบันทึกกฎหมายประเพณีและหลักกฎหมายที่มีอยู่แล้วในสมัยโรมัน[41] ในอดีตกฎหมายโรมันถือว่าจารีตประเพณีจะต้องสอดคล้องกับเหตุผลจึงจะใช้บังคับเป็นกฎหมายประเพณีได้ ในทางยุโรปตะวันตกนั้นก็ยอมรับว่าประเพณีมีบทบาทอย่างมากในระบบกฎหมาย และในทางทฤษฎีกฎหมายนั้นระบบกฎหมาย Civil Law ก็ยอมรับว่าประเพณีเป็นบ่อเกิดของกฎหมายลำดับรองจากตัวบทกฎหมาย

อย่างไรก็ตาม ในปัจจุบันเนื่องจากการขยายตัวของรัฐสมัยใหม่ อำนาจนิติบัญญัติของรัฐในการบัญญัติกฎหมายได้ลดบทบาทของจารีตประเพณีให้แคบลงทุกที อย่างไรก็ตามจารีต

---

[41] ปรีดี เกษมทรัพย์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 6* น.122.

ประเพณีก็ยังคงมีอิทธิพลในทางปฏิบัติต่อวิถีชีวิตมนุษย์อยู่มาก ในกรณีที่พิพาทกันแต่ไม่ถึงขนาดต้องใช้อำนาจรัฐตัดสิน ประเพณีก็จะเป็นเครื่องมือในการชี้ขาดอยู่นั่นเอง

ด้วยเหตุนี้ระบบกฎหมาย Civil Law จึงยอมรับประเพณีที่มีเหตุผลว่าเป็นบ่อเกิดของกฎหมายลำดับรอง และในบางครั้งอาจจะมาเป็นบ่อเกิดที่อยู่คู่เคียงกับกฎหมายลายลักษณ์อักษรก็ได้[42]นอกจากนี้กฎหมายลายลักษณ์อักษรยังมักจะบัญญัติให้ใช้กฎหมายประเพณีบังคับในบางกรณีเพื่อให้กฎหมายมีความยืดหยุ่นมากขึ้นด้วย เช่น ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 368

3.2.2.3 <u>คำพิพากษาของศาล</u>

ในระบบ Civil Law นั้น มีหลักการใช้กฎหมายโดยทั่วไปว่าเป็นการใช้กฎหมายตามตัวบทกฎหมาย และศาลมีหน้าที่ต้องเคารพบทบัญญัติอันเป็นที่รวมของหลักการและเหตุผลของกฎหมายเสมอ อย่างไรก็ตามเนื่องจากกฎหมายที่บัญญัติไว้นั้นบางกรณีก็ไม่อาจนำมาปรับใช้กับข้อเท็จจริงได้ จึงเป็นหน้าที่ของศาลในการตีความกฎหมายและมีบทบาทในการสร้างเสริมกฎเกณฑ์ในการใช้กฎหมายแก่กรณีทั้งปวง ดังนั้นระบบกฎหมาย Civil Law จึงถือว่าคำพิพากษาของศาลมีความสำคัญในฐานะเป็นตัวอย่างการปรับใช้กฎหมายในกรณีเป็นรูปธรรม เป็นการแสดงออกซึ่งความมีอยู่ของหลักเกณฑ์ที่ใช้วินิจฉัยคดีนั้นๆอันแฝงอยู่ในบทกฎหมายต่างๆที่นำมาปรับใช้ แต่คำพิพากษาไม่ใช่เป็นที่มาหรือบ่อเกิดของกฎหมายโดยแท้[43]ทั้งไม่ใช่ตัวบทกฎหมายและจะขัดหรือก้าวล่วงขอบเขตของบทบัญญัติของกฎหมายไม่ได้ ระบบ Civil Law ถือว่าการวินิจฉัยคดีต้องเป็นไปตามบทกฎหมายและย่อมไม่ผูกมัดตามหลักเกณฑ์ที่ศาลตั้งขึ้น อย่างไรก็ตาม การที่ศาลอาจตัดสินคดีคล้อยตามกฎเกณฑ์จากคำพิพากษาที่มีมาก่อนก็เพราะถือกันว่าคำพิพากษาบรรทัดฐานเป็นตัวอย่างในการปรับใช้บทกฎหมายนั่นเอง

การที่ระบบ Civil Law ไม่ยอมรับว่าคำพิพากษาเป็นบ่อเกิดของกฎหมาย เพราะหลักที่ถือว่าคำพิพากษามีผลผูกพันเหมือนกฎหมาย (the doctrine of precedent) นี้ขัดต่อแบบฉบับของระบบ Civil Law มาตั้งแต่สมัยกลาง เนื่องมาจากการยอมรับหลักของกฎหมายโรมันที่ยึดถือธรรมเนียมว่านิติวิธีหรือหลักวิธีการใช้กฎหมายนั้นย่อมมาจากบทบัญญัติแห่งกฎหมายหรือหลักกฎหมายทั่วไปเท่านั้น ในระบบ Civil Law นั้นถือกันว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายเป็นหลักเกณฑ์

---

[42] *เพิ่งอ้าง.*

[43] *เพิ่งอ้าง*, น.121.

ทั่วไปอันย่อมครอบคลุมไปถึงบรรดากรณีทั้งหลาย เป็นระเบียบแน่นอน ในขณะที่ถือว่าคำพิพากษามีฐานะเป็นเกณฑ์ที่มีผลใช้แก่กรณีเฉพาะเรื่องเฉพาะราว จึงเป็นหลักเกณฑ์ที่ขาดลักษณะเป็นการทั่วไปปราศจากความแน่นอน อย่างไรก็ตามโดยเหตุที่คำพิพากษาบรรทัดฐานของศาลแสดงบทบาทที่เป็นแง่ที่เป็นเครื่องแสดงออกซึ่งหลักเกณฑ์ที่ใช้ในการวินิจฉัยข้อพิพาทที่เป็นรูปธรรม มีความสำคัญในการอธิบายหลักกฎหมายที่แฝงอยู่ในบทกฎหมายจึงอาจกล่าวได้ว่าคำพิพากษาของศาลนั้นไม่ผูกพันเป็นการทั่วไปเหมือนบทบัญญัติแห่งกฎหมายเท่านั้น[44]

3.2.2.4 <u>หลักกฎหมายทั่วไป</u>

เนื่องจากระบบ Civil Law ให้ความสำคัญกับกฎหมายที่ถูกบัญญัติขึ้น ฉะนั้นเมื่อจะต้องค้นหากฎเกณฑ์ทางกฎหมายและการแก้ปัญหาทางกฎหมาย ศาลจะมองไปที่สิ่งเหล่านี้ก่อนในฐานะที่เป็นบ่อเกิดของกฎหมายในทางนิติศาสตร์โดยแท้ในลำดับแรก[45]แต่เนื่องจากข้อจำกัดในตัวเองของกฎหมายลายลักษณ์อักษรจึงมีผลทำให้เกิดปัญหาในเรื่องของช่องว่างของกฎหมายลายลักษณ์อักษรขึ้นและทำให้มีการนำจารีตประเพณีมาใช้เป็นลำดับต่อมา แต่ทั้งสองอย่างนี้ก็ไม่ได้เพียงพอต่อปัญหาที่เกิดขึ้นในสังคม จึงต้องมีการค้นหาบ่อเกิดของกฎหมายในทางนิติศาสตร์โดยแท้ลำดับที่ 3 ขึ้นเพื่อแก้ไขปัญหาดังกล่าว และสิ่งที่นักกฎหมายในระบบ Civil Law เห็นพ้องต้องกันแล้วว่าควรเป็นบ่อเกิดของกฎหมายในลำดับที่ 3 คือ หลักกฎหมายทั่วไป ซึ่งหลักกฎหมายทั่วไปที่ยอมรับกันในปัจจุบัน อาทิเช่น หลักสุจริต ซึ่งอาจจะมีการบัญญัติไว้หรือไม่ก็ได้

ส่วนระบบ Common Law ศาลจะปรับใช้บทบัญญัติลายลักษณ์อักษรเพราะว่าบทบัญญัตินั้นๆเป็นการสร้างข้อยกเว้นต่อ Common Law โดยมีผลทำให้บทบัญญัติลายลักษณ์อักษรมีการนำมาปรับใช้แก่คดีก่อนกฎหมายที่มาจากคำพิพากษาของศาลหรือ Common Law และเมื่อมิอาจปรับได้แล้วจึงหันมาใช้ Common Law ในฐานะที่เป็นกฎหมายบททั่วไป และด้วยเทคนิคในระบบ Common Law ที่มิได้ประกอบด้วยเหล่าคดีที่เป็นแบบเฉพาะราย หากแต่เป็นหลักการทั่วไปซึ่งถูกทำให้เป็นตัวอย่างและถูกอธิบายโดยคดีเหล่านั้นซึ่งเป็นเทคนิคส่วนหนึ่งของผู้พิพากษาที่ได้จากแนวคำพิพากษาที่แนะนำเขา และเขาต้องสามารถดึงกฎเกณฑ์ที่เป็นสากลที่สำคัญซึ่งสามารถนำมาใช้กับคดีที่เกิดขึ้นใหม่ได้ จึงทำให้ไม่มีความจำเป็นที่จะต้องมีหลักกฎหมายทั่วไปตามอย่างระบบ Civil Law และทำให้คำว่า "หลักกฎหมายทั่วไป" ตามความหมายในระบบ Civil Law

---

[44] กิตติศักดิ์ ปรกติ, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 29* น.37.

[45] Rene David and John E.C. Brierley, *supra note* 35, p.120.

ไม่จำเป็นต้องมีในระบบ Common Law เพราะว่านิติวิธีในระบบ Common Law เรื่องบ่อเกิดของกฎหมายสามารถแก้ไขปัญหาในเรื่องช่องว่างของกฎหมายลายลักษณ์อักษรได้อยู่ในตัวแล้ว นั่นก็คือ การให้กลับไปใช้ Common Law ในฐานะที่เป็นบ่อเกิดของกฎหมายในลำดับแรกและเป็นกฎหมายบททั่วไป

ที่กล่าวมาแล้วเป็นเรื่องทัศนคติที่มีต่อบ่อเกิดของกฎหมายในการนำกฎหมายสารบัญญัติมาบังคับใช้กับคดีของศาล ต่อไปจะได้กล่าวถึงหลักเกณฑ์ในทางวิธีพิจารณาความเกี่ยวกับการนำกฎหมายสารบัญญัติมาบังคับใช้ในคดี

4.หลักกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งเกี่ยวกับการนำกฎหมายสารบัญญัติมาบังคับใช้ในคดี

ในส่วนนี้จะทำการศึกษาถึงหลักการพื้นฐานในกฎหมายวิธีพิจารณาความเกี่ยวกับการนำกฎหมายสารบัญญัติมาบังคับใช้ อันได้แก่ หลักความประสงค์ของคู่ความ (principle of party disposition) ซึ่งจะได้กล่าวว่าเกี่ยวข้องกับบทบาทศาลในการนำกฎหมายมาบังคับใช้ในคดีอย่างไร และจะกล่าวถึงรูปแบบการดำเนินกระบวนพิจารณาทั้งกระบวนพิจารณาแบบกล่าวหาและแบบไต่สวน เพื่อนำมาวิเคราะห์ว่าบทบาทศาลเกี่ยวกับการบังคับใช้กฎหมายในกระบวนวิธีพิจารณาทั้งสองแบบนั้นเหมือนหรือแตกต่างกันอย่างไร ดังจะได้กล่าวรายละเอียดตามลำดับไปดังนี้

4.1 หลักความประสงค์ของคู่ความ (principle of party disposition)

กฎหมายสารบัญญัติและกฎหมายวิธีสบัญญัติมีความสัมพันธ์กันอย่างใกล้ชิด เนื่องจากกฎหมายทั้งสองเป็นผลผลิตของระบบสังคม วัฒนธรรม การเมืองและเศรษฐกิจเดียวกัน กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของยุโรปตะวันตกและตะวันออกในปัจจุบันมีข้อพิจารณาจากหลัก "ประโยชน์และสวัสดิการสาธารณะ" (public interest and welfare) ตัวอย่างเช่น ทั้งระบบกฎหมาย Common Law และ Civil Law ต่างก็ยอมรับประโยชน์สาธารณะของรัฐที่อยู่เหนือข้อพิพาทบางประการของเอกชน เช่น กรณีเกี่ยวกับสถานะของบุคคลและความสัมพันธ์ของครอบครัว ข้อพิพาททางแรงงาน การผูกขาดทางการค้า และการป้องกันสิทธิเสรีภาพทางแพ่ง อย่างไรก็ดี ในประเทศยุโรปตะวันตกและสหรัฐอเมริกานั้นถือว่ากฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งเป็นเพียงกระบวนการส่วนหนึ่งของเอกชนที่รัฐจะไม่เข้าไปยุ่งเกี่ยว ซึ่งต่างกับกฎหมายวิธีพิจารณาความ

อาญาที่เป็นเรื่องของรัฐโดยตรงที่จะเข้าไปใช้เพื่อเป็นเครื่องมือในการบังคับการให้เป็นไปตามกฎหมาย สำหรับประเทศในกลุ่มสังคมนิยมของยุโรปตะวันออกใช้หลักประโยชน์และสวัสดิการสาธารณะเพื่อให้ศาลเข้าไปดูแลผลกระทบของวิธีพิจารณาความที่มีต่อบุคคลภายนอก ชุมชน และรัฐ ดังนั้น จึงอาจกล่าวได้ว่าแม้ในรายละเอียดของวิธีพิจารณาของประเทศในกลุ่มยุโรปตะวันตกอาจมีความแตกต่างกันอยู่บ้าง แต่ก็ถือได้ว่าประเทศในกลุ่มยุโรปตะวันตกมีลักษณะบางประการร่วมกัน ซึ่งจะมีความแตกต่างกับวิธีพิจารณาของประเทศยุโรปตะวันออก ลักษณะของวิธีพิจารณาความแพ่งซึ่งเน้นไปที่กระบวนการของฝ่ายเอกชนของประเทศยุโรปตะวันตกสามารถบ่งชี้ได้จาก "หลักการเสนอคดีของคู่ความ" (party presentation) และ "หลักความประสงค์ของคู่ความ" (principle of party disposition) ซึ่งก่อรากมาเป็นระยะเวลายาวนาน[46]

หลักความประสงค์ของคู่ความอันเป็นหลักดั้งเดิมหลักหนึ่งที่ได้รับการยอมรับเป็นการทั่วไปไม่ว่าจะเป็นวิธีพิจารณาความแพ่งในระบบ Common Law หรือในระบบ Civil Law ก็ตาม[47]

---

[46] อย่างไรก็ดี ในส่วนของความสัมพันธ์ระหว่างหลักความประสงค์ของคู่ความกับหลักการเสนอคดีของคู่ความนั้น ยังมีความเห็นที่ไม่ลงรอยกันอยู่ โดยนักวิชาการฝ่ายหนึ่งเห็นว่าหลักการเสนอคดีของคู่ความเป็นส่วนหนึ่งของหลักความประสงค์ของคู่ความ แต่อีกฝ่ายหนึ่งเห็นว่า แต่ละหลักมีความเป็นอิสระซึ่งกันและกัน

[47] รายละเอียดโปรดดู John Henry Merryman and David S. CLARK, Comparative law: western European and latin American legle system (cases and materials), 1978, p.655 สำหรับหลักดั้งเดิมอื่นๆที่เกี่ยวกับสิทธิหรือหลักประกันขั้นพื้นฐานของคู่ความ ได้แก่ หลักที่ว่าศาลต้องวางตัวเป็นกลาง (nemo judex in re sua) หลักสิทธิในการต่อสู้คดี (audeatur et altera pars) ส่วนหลักในสมัยหลังๆ เช่น หลักเรื่องการพิจารณาคดีโดยเปิดเผย หลักเรื่องความเป็นอิสระของผู้พิพากษาจากฝ่ายบริหาร เป็นต้น ซึ่งหลักต่างๆ เหล่านี้ กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของอังกฤษเรียกว่า "หลักความยุติธรรมธรรมชาติ" (rules of natural justice) รายละเอียดโปรดดู Mauro CAPPELLETTI,The Judicial Process in Comparative Perspective, Oxford:Clarendon Press, 1989, pp.239-246 อ้างถึงในวรรณชัย บุญบำรุง, "หลักทั่วไปของการดำเนินกระบวนพิจารณาคดีแพ่งของฝรั่งเศส," วารสารนิติศาสตร์, เล่มที่ 1 ปีที่ 30,น.86, (มีนาคม 2543).

หลักความประสงค์ของคู่ความ[48]นี้ถูกนำมาใช้ในกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของโรมันตลอดจนถึงกฎหมายของเผ่าเยอรมันในยุคดั้งเดิม ต่อมาจึงเริ่มลดบทบาทลงตั้งแต่ปลายยุคปี ค.ศ.1700 ในกฎหมายรัสเซียของพระเจ้าเฟรดเดอริคมหาราช และกลับมามีบทบาทมากในศตวรรษที่ 19 โดยอิทธิพลของแนวความคิดเรื่องเสรีนิยม[49] แต่ตั้งแต่ตอนปลายศตวรรษที่ 19 จนถึงปัจจุบัน มีการใช้หลักการตรงกันข้ามมากขึ้นคือหลักการไต่สวนโดยศาล อย่างไรก็ตามโดยส่วนใหญ่จะยังคงถือหลักความประสงค์ของคู่ความเป็นหลักในการดำเนินคดี

หลักดังกล่าวมีแนวคิดว่า ขอบเขตและเนื้อหาสาระของการโต้แย้งกันในคดีรวมทั้งวิธีการสืบพยานเป็นเรื่องที่คู่ความจะกำหนดโดยศาลจะต้องถูกจำกัดกรอบในการพิจารณาคดีเฉพาะสิ่งที่คู่ความนำเสนอต่อศาล เนื่องจากเหตุผลที่ว่าคดีแพ่งส่วนใหญ่เป็นเรื่องผลประโยชน์ของเอกชน หลักนี้จะตรงกันข้ามกับหลัก judicial investigation ซึ่งใช้กันมากในกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา เป็นหลักที่มีแนวความคิดว่าศาลสามารถเป็นผู้รวบรวมข้อเท็จจริงทั้งหลายในคดีด้วยตนเอง โดยนักกฎหมายได้อธิบายว่า ตามหลักนี้ ศาลมีอำนาจค้นหาสาระสำคัญ (material) หรือความจริงในคดี (absolute truth) ดังนั้น ศาลจึงมีหน้าที่ต้องพิจารณาให้แน่ใจถึงข้อเท็จจริงที่คู่ความนำเสนอและต้องพิจารณาถึงข้อเท็จจริงที่คู่ความมิได้นำเสนอต่อศาลด้วย หรืออีกนัยหนึ่งศาลจะต้องไม่พิจารณาว่าเรื่องที่กำลังพิจารณาอยู่เป็นความจริงแม้คู่ความจะเห็นตรงกันว่าเป็นความจริงก็ตาม จนกว่าศาลจะได้ไต่สวนให้ได้ความเช่นนั้นก่อน หลักนี้จึงเป็นการโต้แย้งแนวความคิดเกี่ยวกับประโยชน์ของคู่ความตามกฎหมายซึ่งถือว่าการแสดงเจตจำนงโดยอิสระของคู่ความเป็นเพียงวิถีทางเดียวที่จะได้มาซึ่งประโยชน์ตามกฎหมายนั้น และเป็นการเปลี่ยนแปลงสถานะของคู่ความจากการเป็นวัตถุทางกฎหมายเอกชนมาเป็นวัตถุแห่งประโยชน์ทางกฎหมาย

---

[48] สำหรับอนุญาโตตุลาการนั้นก็จะมีหลักการทำนองเดียวกันซึ่งถือว่าเป็นหลักสำคัญหลักหนึ่งคือ หลักเสรีภาพในการแสดงเจตนาของคู่สัญญา (freedom of the parties) หรือหลักความเป็นอิสระของคู่พิพาท (party autonomy) รายละเอียดโปรดดู สิทธิชัย ด่านพัฒนามงคล, "หลักความเป็นอิสระของคู่พิพาทในการกำหนดกระบวนพิจารณาอนุญาโตตุลาการ,"(วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์,2548).

[49] วรรณชัย บุญบำรุง, ธนกร วรปรัชญากุล และสิริพันธ์ พลรบ, <u>หลักและทฤษฎีกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง เล่ม 1</u>, (กรุงเทพมหานคร: บริษัทสำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด ,2548) น.74.

โดยทั่วไป (general legal interest) คู่ความจะสูญเสียสิทธิในการแสดงเจตจำนงอย่างอิสระเพื่อให้ศาลได้ใช้อำนาจมากยิ่งขึ้น หรืออาจกล่าวได้ว่าการแสดงเจตจำนงของคู่ความกลับกลายมาเป็นเพียงข้อเสนอ (proposals) ซึ่งศาลจะไม่ถูกผูกมัด แต่ศาลจะมีดุลพินิจของตนเองในการดำเนินการใดๆที่คู่ความมิได้มีความประสงค์ได้ จากสองหลักการดังกล่าวจะเห็นได้ว่าเป็นหลักที่สอดคล้องหรือคู่กันกับกระบวนพิจารณาแบบกล่าวหาและแบบไต่สวนซึ่งจะได้กล่าวต่อไปนั่นเอง

สืบเนื่องจากหลักความประสงค์ของคู่ความดังกล่าวส่งผลโดยตรงหรือมีอิทธิพลหรือช่วยอธิบายว่าเหตุใดการดำเนินกระบวนพิจารณาคดีแพ่งจึงมีลักษณะค่อนไปทางแบบกล่าวหา (adversary system) ไม่ใช่ค่อนไปทางแบบไต่สวน (inquisitorial system) กล่าวคือ คู่ความในคดีแพ่งเป็นผู้ตัดสินใจว่าจะริเริ่มนำคดีมาสู่ศาลหรือไม่ เป็นผู้กำหนดว่าขอบเขตหรือประเด็นของคดีจะมีเพียงไร ตลอดจนการริเริ่มที่จะดำเนินกระบวนพิจารณาในขั้นตอนต่างๆรวมทั้งการสิ้นสุดของคดีโดยการตกลงประนีประนอมยอมความ หรือการถอนฟ้อง หรือในเรื่องคำท้า ส่วนศาลต้องวางตัวเป็นกลางโดยเคร่งครัดและไม่มีบทบาทในเชิงรุกในกระบวนพิจารณา

อย่างไรก็ตาม เป็นเรื่องธรรมดาอยู่เองที่คู่ความหรือคู่พิพาทยังต้องถูกจำกัดขอบเขตในกรณีที่เป็นเรื่องที่เกี่ยวพันกับเรื่องความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือในเรื่องที่อยู่นอกความประสงค์ของคู่กรณี ซึ่งหากรัฐยินยอมให้เอกชนมีอำนาจในเรื่องดังกล่าวก็จะก่อให้เกิดความเสียหายต่อสังคมส่วนรวมเป็นอย่างมาก โดยในกรณีของคู่ความนั้นไม่สามารถที่จะขอให้ศาลมีคำพิพากษาตามยอมหรือมีคำท้าในเรื่องที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน เช่น ในเรื่องสถานภาพของบุคคลตามกฎหมายครอบครัว

หลักความประสงค์ของคู่ความนี้ประกอบด้วยองค์ประกอบย่อย 5 ประการ[50] ได้แก่

(1) หลักคู่ความเป็นผู้ร้องขอ ในระบบ Common Law และ Civil Law โดยทั่วไปศาลไม่มีอำนาจริเริ่มคดี หลักคู่ความเป็นผู้ร้องหมายความว่า กระบวนวิธีพิจารณาความไม่อาจมีขึ้นได้เว้นแต่โดยการริเริ่มของคู่ความ (nemo judex sine actore) หลักการนี้แสดงให้เห็นถึงความเป็นมาทางประวัติศาสตร์ที่มีทิศทางเดียวกันของระบบกฎหมายต่างๆในยุโรปตะวันตก อังกฤษ และสหรัฐอเมริกา ซึ่งแตกต่างจากระบบของประเทศยุโรปตะวันออกที่ให้อำนาจอัยการในการฟ้องคดีแพ่งอย่างกว้างขวาง

---

[50] *เพิ่งอ้าง*, น.75.

(2) หลักการฟ้องแย้งและต่อสู้คดีของเอกชน ในประเทศตะวันตก การฟ้องแย้งมีที่มาทางประวัติศาสตร์ในเชิงที่ไม่เป็นที่พึงประสงค์ให้นำมาเป็นวิธีต่อสู้คดี แม้ในปัจจุบันจะยอมให้มีการฟ้องแย้งได้แต่ก็ต้องยกขึ้นโดยคู่ความอย่างมีข้อจำกัด เช่น การฟ้องแย้งต้องมีขึ้นจากการดำเนินกระบวนการหรือเหตุการณ์ที่สืบเนื่องจากคดีเดิม อย่างไรก็ดี เมื่อไม่นานมานี้ ระบบ Common Law มีแนวโน้มที่จะขยายขอบเขตสิทธิของคู่ความในการฟ้องแย้งมากขึ้น แต่ตรงกันข้ามในประเทศยุโรปตะวันออก ศาลและอัยการมีอำนาจพิจารณาว่ามีประเด็นที่อาจฟ้องแย้งได้ระหว่างคู่ความหรือไม่

(3) หลักการไม่พิพากษาเกินคำขอ ศาลในประเทศตะวันตกยึดถือหลักการว่าจะไม่พิพากษาเกินสิ่งที่คู่ความร้องขอ ทั้งนี้ตามหลักเก่าแก่ที่ว่า "ne eat judex ultra vel extra petita partium" โดยเฉพาะในประเทศ Civil Law จะถือหลักนี้อย่างเคร่งครัดในการพิจารณาคดีแพ่ง แต่ในประเทศ Common Law ศาลอาจยกเว้นหลักนี้ โดยในอังกฤษและสหรัฐอเมริกาถือแนวปฏิบัติที่มีที่มาจากศาล Chancery ซึ่งเป็นศาลคดีเอควิตี้ว่า ในบางครั้งเพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรมระหว่างคู่ความ ศาลอาจให้การเยียวยาแก่คู่ความได้ หรือเรียกว่าหลักเอควิตี้ซึ่งเป็นกรณีแตกต่างจากศาลคดี Common Law แต่เมื่อได้มีการรวมศาลเอควิตี้กับศาล Common Law ในช่วงศตวรรษที่ 19 หลักนี้ก็ยังคงได้รับการถือปฏิบัติอยู่

(4) สิทธิเด็ดขาดในการโต้แย้งคำพิพากษา ในประเทศ Civil Law และ Common Law เมื่อศาลพิพากษาแล้ว เฉพาะคู่ความ(หรือในบางกรณีผู้ที่มีส่วนเกี่ยวข้อง)เท่านั้นที่มีสิทธิอุทธรณ์คำพิพากษา โดยศาลเองไม่มีอำนาจในเรื่องนี้ไม่ว่าจะศาลชั้นสูงที่สุดก็ตาม นอกจากนี้ ศาลที่พิจารณาอุทธรณ์คำพิพากษาก็จะต้องพิจารณาโดยมีข้อต่อสู้อย่างจำกัดเช่นกัน แต่ในประเทศสหรัฐอเมริกาได้มีการพัฒนาหลักการสำคัญในเรื่องนี้คือมีการขยายอำนาจศาลซึ่งพิจารณาอุทธรณ์ให้สามารถริเริ่มการพิจารณาข้อโต้แย้งที่คู่ความมิได้ยกขึ้นในศาลล่างหรือในคำอุทธรณ์ได้ การพัฒนารูปแบบนี้มีที่มาจากการที่ศาลอุทธรณ์ของสหรัฐอเมริกาต้องมีหน้าที่เพิ่มขึ้นในการวางหลักคำวินิจฉัยเพื่อคุ้มครองสิทธิของคู่ความในบางกรณี ซึ่งจะต้องมองไปถึงประเด็นที่จะเกิดขึ้นในอนาคตด้วยไม่เฉพาะที่อยู่ในขอบเขตของคดีที่พิจารณาเท่านั้น แต่อย่างไรก็ตามผู้ที่จะอุทธรณ์คำพิพากษาได้ต้องเป็นคู่ความเท่านั้น

(5) สิทธิเด็ดขาดในการประนีประนอมยอมความ หลักนี้สะท้อนให้เห็นถึงหลักการริเริ่มคดีโดยฝ่ายเอกชน กล่าวคือ การที่คู่ความสามารถยุติคดีได้ไม่ว่าในขั้นตอนใดของกระบวนพิจารณาโดยการตกลงประนีประนอมยอมความ ประเทศในกลุ่ม Common Law ถือเป็นกรณีปกติ

ที่คู่ความมักจะทำข้อตกลงร่วมกันในท้ายที่สุดเมื่อได้ดำเนินกระบวนพิจารณามาอย่างยาวนาน แม้แต่ในขณะที่ลูกขุนกำลังทำคำชี้ขาดก็ตาม แต่หลักนี้ก็มีข้อยกเว้น ได้แก่ ห้ามมิให้คู่ความประนีประนอมยอมความกันหากเป็นการฝ่าฝืนกฎหมายหรือสิทธิประโยชน์ที่กฎหมายให้การคุ้มครอง

อย่างไรก็ตาม วิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะเกี่ยวข้องกับองค์ประกอบของหลักความประสงค์ของคู่ความใน 2 ส่วนเท่านั้น คือ หลักคู่ความเป็นผู้ร้องขอ และหลักการไม่พิพากษาเกินคำขอ ซึ่งหลักความประสงค์ของคู่ความในกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมีข้อน่าพิจารณา ดังนี้

ความประสงค์ของคู่ความถือว่าเป็นผลสะท้อนจากการเริ่มคดีหรือระงับการดำเนินคดีของคู่ความเอง ถือได้ว่าเป็นการจำกัดขอบเขตอำนาจของศาล เป็นความเสรีของคู่ความที่จะใช้สิทธิของตนตามกฎหมายสารบัญญัติหรือการเรียกร้องความเสียหายจากคู่ความอีกฝ่ายหนึ่งผ่านกระบวนการยุติธรรม ซึ่งถือว่าเป็นระบบกล่าวหาอย่างหนึ่งและเป็นการป้องกันอำนาจจากระบบเผด็จการในยามที่รัฐมีอำนาจมาก[51]โดยแสดงออกทางอำนาจตุลาการที่ให้ศาลมีอำนาจไต่สวนคดีความได้เองซึ่งสามารถดูได้จากที่คู่ความมีสิทธิมากน้อยแค่ไหนในการกำหนดกระบวนพิจารณาความแพ่งได้ด้วยตัวของคู่ความเอง

นอกจากนี้ การที่เดิมประเทศที่ใช้ระบบกฎหมาย Common Law ใช้วิธีพิจารณาแบบกล่าวหาซึ่งศาลจะเป็นกรรมการตัดสิน ดังนั้นประเทศที่ได้รับอิทธิพลจากระบบกฎหมายดังกล่าว เช่น ประเทศไทย ซึ่งเป็นการผสมผสานของระบบกล่าวหาและระบบไต่สวน จึงมีกระบวนพิจารณาค่อนไปทางแบบกล่าวหาโดยเฉพาะการสืบพยานอันเป็นเนื้อหาสาระของคดี แต่ในช่วงหลังปลายศตวรรษที่ 20 อังกฤษและสหรัฐอเมริกาก็ได้ตระหนักถึงปัญหาการเอารัดเอาเปรียบของคู่ความการประสงค์คดีทำให้เกิดความล่าช้า จึงเพิ่มบทบาทให้ศาลมีอำนาจเชิงรุกในการควบคุมกระบวนพิจารณา ประเทศไทยก็นำแนวทางการบริหารจัดการคดีมาใช้[52] ในขณะที่กลุ่มประเทศ Civil Law ก่อนช่วงปลายศตวรรษที่ 19 ยังมีลักษณะค่อนไปทางแบบกล่าวหาอยู่ซึ่งเมื่อเกิดปัญหาจึงมีแนวคิดใหม่ว่าการยุติธรรมทางแพ่งเป็นบริการของรัฐหรือบริการสาธารณะอย่างหนึ่ง รัฐมี

---

[51] วรรณชัย บุญบำรุง, หลักและทฤษฎีของอนุญาโตตุลาการเปรียบเทียบกับกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง, (กรุงเทพมหานคร: บริษัทสำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด, 2548), น.61.

[52] รายละเอียดโปรดดู พนมรัตน์ เรืองอำพัน, "การเร่งรัดกระบวนพิจารณาก่อนวันสืบพยาน," (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2546).

ภาระหน้าที่อำนวยความยุติธรรมแก่ประชาชน และเพื่อให้ภาระหน้าที่ดังกล่าวบรรลุผล ตัวศาลเองต้องมีอำนาจหน้าที่อย่างกว้างขวางในการควบคุมการดำเนินกระบวนพิจารณาหรือแม้กระทั่งอำนาจบางอย่างในส่วนที่เป็นเนื้อหาสาระของคดี ดังนั้นในปัจจุบันประเทศต่างๆมีแนวโน้มที่จะเพิ่มอำนาจให้แก่ศาลในการควบคุมการดำเนินกระบวนพิจารณาให้มากขึ้น การเพิ่มอำนาจของผู้พิพากษาดังกล่าวมีจุดประสงค์ประการหนึ่งคือ เพื่อให้กระบวนวิธีพิจารณาคดีเป็นไปโดยความรวดเร็วขึ้น เพื่อขจัดอุปสรรคต่างๆที่เกิดขึ้นจากการที่คู่ความไม่กระตือรือร้นในการดำเนินกระบวนพิจารณา หรือแม้กระทั่งเพื่อไม่ให้คู่ความใช้สิทธิตามกฎหมายในการประวิงการพิจารณา ตัวอย่างเช่น ในประเทศฝรั่งเศสได้กำหนดให้มี "ผู้พิพากษาเจ้าของสำนวน" ที่ทำหน้าที่ในชั้นก่อนที่จะมีการพิจารณาโดยองค์คณะผู้พิพากษา ซึ่งเรียกว่า " le juge de la mise en état"[53] ในเยอรมันนี ออสเตรีย สวิสเซอร์แลนด์ ก็เช่นเดียวกันผู้พิพากษาจะมีอำนาจที่เกี่ยวกับการกำกับควบคุมการดำเนินกระบวนพิจารณาอย่างกว้างขวาง กระบวนพิจารณาลักษณะนี้จึงใกล้เคียงกับคดีอาญาและคดีปกครอง

อย่างไรก็ตาม มีข้อสังเกตว่าการที่มีการเพิ่มบทบาทของศาลในประเทศตะวันตกโดยการกำหนดแนวทางและควบคุมกระบวนพิจารณามิได้หมายความว่าศาลมีอำนาจที่จะละเลยหลักความประสงค์ของคู่ความและกฎเกณฑ์ย่อยที่เกี่ยวข้อง เช่น การร้องขอของคู่ความหรือการต่อสู้คดีของคู่ความแต่อย่างใด อำนาจของศาลจะเป็นเพียงเรื่องทางเทคนิคและรูปแบบการดำเนินกระบวนพิจารณาเท่านั้น แต่ศาลจะไม่สามารถใช้ความประสงค์ของศาลแทนคู่ความในการกำหนดวัตถุประสงค์แห่งคดีหรือในการตัดสินว่าอะไรคือประเด็นที่จะต้องพิจารณาซึ่งเรื่องดังกล่าวต้องเป็นไปตามความประสงค์ของคู่ความ

4.2 <u>หลักความประสงค์ของคู่ความกับข้อกฎหมายในคดี</u>

ระบบกฎหมายวิธีพิจารณาความของแต่ละประเทศสามารถแบ่งกลุ่มหรือประเภทโดยพิจารณาจากอำนาจและหน้าที่ของคู่ความและศาลในการดำเนินกระบวนพิจารณา ประเทศต่างๆในยุโรปตะวันตกมีระบบกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งซึ่งมีลักษณะที่สำคัญประการหนึ่งคืออำนาจของศาลจะถูกจำกัดโดยสิทธิต่างๆในการดำเนินกระบวนพิจารณาของคู่ความหรือโดยหลัก

---

[53] วรรณชัย บุญบำรุง, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 49* น.86.

ที่เรียกว่า "หลักความประสงค์ของคู่ความ" ทั้งนี้เนื่องจากกฎหมายเอกชนเป็นกฎหมายที่กำหนดสิทธิและหน้าที่ของบุคคล ในพื้นฐานกฎหมายเอกชนจึงเป็นกฎหมายที่เกี่ยวกับผลประโยชน์ส่วนบุคคลที่รัฐเข้ามาจัดการดูแลให้ จากลักษณะของกฎหมายเอกชนดังกล่าว การที่จะมีการดำเนินคดีแพ่งในศาลหรือไม่ตามปกติจึงเป็นเรื่องของเอกชนไม่ใช่เรื่องของรัฐ แม้ถึงว่าในกฎหมายเอกชนจะมีพื้นฐานของความยุติธรรมรวมอยู่ด้วยและการที่นิติสัมพันธ์ทางแพ่งไม่ได้รับการชี้ขาดตัดสินโดยศาลจะมีข้อน่าคิดเกี่ยวกับความยุติธรรมอยู่ก็ตาม แต่โดยทั่วไปแล้วเอกชนก็ไม่อาจถูกบังคับให้ต้องดำเนินการทางศาลให้เป็นไปตามที่กฎหมายสารบัญญัติได้กำหนดไว้นั้น ในคดีแพ่งเอกชนจะเป็นใหญ่ โดยทั่วไปการที่จะใช้หรือไม่ใช้ศาลในการแก้ปัญหาเป็นเรื่องของ "อำนาจเอกชน" (Privatautonomie)[54] กล่าวคือ เป็นเรื่องที่อยู่ในอำนาจตัดสินใจของเอกชนโดยแท้ แม้ถึงว่าในกรณีใดกรณีหนึ่งนั้น หากมองในแง่ความถูกต้องและประโยชน์แห่งความยุติธรรมแล้ว การที่บุคคลตัดสินใจไม่ดำเนินคดีในศาลหรือไม่ดำเนินคดีนั้นในศาลต่อไปจนถึงที่สุดจะเป็นเรื่องที่น่าเสียดายอยู่ก็ตาม แต่กฎหมายก็ยังยอมรับอำนาจแห่งเอกชน

อย่างไรก็ตามเมื่อเอกชนเลือกที่จะใช้สิทธิทางศาลหรือดำเนินคดีแพ่งก็จะเปลี่ยนชื่อเรียกเป็นโจทก์(ผู้ฟ้องคดี) และเนื่องจากศาลไม่มีอำนาจหน้าที่ที่จะเริ่มต้นคดีแพ่งด้วยลำพังตนเอง คดีแพ่งจะเกิดขึ้นได้ก็แต่โดยโจทก์จะเป็นผู้กำหนดเรื่อง หรือ"สภาพแห่งข้อหา" และกำหนดความต้องการหรือ "คำขอบังคับ" ดังนั้น "ข้อหา" ในวิธีพิจารณาความแพ่งก็คือเรื่องราวหรือเหตุการณ์ของคดีแพ่ง และตามปกติคดีแพ่งจะเป็นเรื่องที่พิพาทกัน ดังนี้ "ข้อหา" ในคดีแพ่งจึงเป็น "วัตถุแห่งคดี" (Prozessgegenstand หรือ Subject matter of the litigation)[55] ที่โจทก์ต้องเสนอต่อศาลและเฉพาะเรื่องและความต้องการที่โจทก์ได้กำหนดมานั้นเท่านั้นที่ศาลจะมีอำนาจพิจารณาพิพากษาต่อไปได้

---

[54] คณิต ณ นคร, กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งภาคการดำเนินคดี, (กรุงเทพมหานคร: บริษัทสำนักพิมพ์วิญญูชนจำกัด, 2548) น.162.

[55] คำว่า Prozessgegenstand หรือ Subject matter of the litigation มีผู้เรียกอีกอย่างหนึ่งว่า "วัตถุแห่งการฟ้องร้อง" (object of litigation) ดู จักรพงษ์ เล็กสกุลไชย, คำอธิบายประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง (ภาค 1 ถึง ภาค 3), (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2548) น.2.

ดังนั้น เมื่อพิจารณาหลักความประสงค์ของคู่ความอันเกี่ยวกับข้อกฎหมายในคดีแล้ว พอจะแยกพิจารณาได้สองเรื่อง คือ ด้านการกำหนดวัตถุแห่งคดีของคู่ความ กับการบังคับใช้กฎหมายของศาล

ด้านการกำหนดวัตถุแห่งคดีของคู่ความนั้นเมื่อพิจารณาดูประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 172 วรรคหนึ่ง[56] คำว่า "ข้อหา" ที่ปรากฏในบทบัญญัตินี้ก็มีใช้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเช่นเดียวกัน[57] และดังกล่าวมาแล้วว่าในคดีแพ่ง "ข้อหา" เป็น "วัตถุแห่งคดี" ซึ่งในการกำหนดสภาพแห่งข้อหาและคำขอบังคับตามมาตรา 172 วรรคสอง[58] แม้โจทก์จะเป็นผู้กำหนด "สภาพแห่งข้อหา" และ "คำขอบังคับ" ของตนก็จริง แต่โจทก์จะกำหนดสภาพแห่งข้อหาและคำขอบังคับของตนเอาตามใจชอบย่อมไม่ได้ กฎหมายบังคับให้โจทก์ต้องกำหนดสภาพแห่งข้อหาและคำขอบังคับให้ชัดแจ้ง และโจทก์จะต้องกำหนดทั้งสองอย่างพร้อมกันมาในคำฟ้อง กล่าวคือ ต้องกำหนดทั้งสภาพแห่งข้อหาและกำหนดคำขอบังคับ โจทก์จะกำหนดเพียงสภาพแห่งข้อหามาอย่างเดียวโดยไม่แสดงความต้องการของตนที่จะให้ศาลทำหรือจัดการอย่างใดอย่างหนึ่ง กล่าวคือ ไม่มีคำขอบังคับมาด้วยนั้นย่อมไม่ได้ เพราะศาลเป็นผู้วินิจฉัยชี้ขาดตัดสินคดี ไม่ใช่ผู้ที่มีหน้าที่อธิบายกฎหมายหรืออาจารย์กฎหมาย

ในความเป็นจริงแล้วในคดีแพ่งส่วนใหญ่จะมีการบรรยายข้อเท็จจริงของเรื่องอย่างสมบูรณ์ครบถ้วนเสมอ เหตุนี้ในทางปฏิบัติปัญหาเกี่ยวกับเรื่อง "วัตถุแห่งการพิพาท" จึงไม่ค่อยเกิดขึ้นบ่อยนัก อย่างไรก็ตาม กรณีก็มิได้เป็นอย่างนั้นเสมอไป เพราะกฎหมายไม่ได้เรียกร้องความสมบูรณ์ครบถ้วนของข้อเท็จจริงในการบรรยายฟ้อง กฎหมายเพียงแต่บัญญัติว่า "คำฟ้องต้องแสดงโดยชัดแจ้งซึ่งสภาพแห่งข้อหาของโจทก์และคำขอบังคับ ทั้งข้ออ้างที่อาศัยเป็นหลักแห่ง

---

[56] ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 172 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า "...ให้โจทก์เสนอข้อหาของตนโดยทำคำฟ้องเป็นหนังสือยื่นต่อศาลชั้นต้น"

[57] ดู ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 134 และ 158

[58] ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 172 วรรคสอง บัญญัติว่า "คำฟ้องต้องแสดงโดยแจ้งชัดซึ่งสภาพแห่งข้อหาของโจทก์และคำขอบังคับทั้งข้ออ้างที่อาศัยเป็นหลักแห่งข้อหาเช่นว่านั้น"

ข้อหาเช่นว่านั้น"[59] ยิ่งกว่านั้นกฎหมายอนุญาตให้เพิ่มเติมข้อเท็จจริงระหว่างคดีได้อีกด้วย[60]ผลก็คือในการยืนยัน "วัตถุแห่งการพิพาท" โจทก์หรือผู้ร้องขอแล้วแต่กรณีต้องบรรยายข้อเท็จจริงให้มากที่สุดให้เพียงพอที่จะรู้ได้ว่าเรื่องที่นำขึ้นสู่ศาลนั้นเป็นอย่างไร กล่าวคือ ต้องกระทำให้สามารถแบ่งแยกเรื่องในคดีนี้กับเรื่องในคดีอื่นด้วยคำขอบังคับที่เหมือนกันได้ตามความจำเป็น นอกจากนี้ตามกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งผู้เสนอ "สภาพแห่งข้อหา" และ "คำขอบังคับ" ไม่มีหน้าที่ต้องยืนยันข้อกฎหมาย[61] กล่าวคือ ไม่ต้องยืนยันว่าเรื่องที่บรรยายมานั้นเป็นเรื่องของกฎหมายลักษณะใดอย่างไร เช่น เป็นเรื่องของการเช่าทรัพย์ เป็นเรื่องของการกู้ยืม เป็นเรื่องของกรรมสิทธิ์ เป็นต้น ศาลฎีกาเคยวินิจฉัยไว้ในคดีหนึ่งว่า ฟ้องคดีแพ่งไม่ต้องระบุการกระทำของจำเลยเป็นข้อๆ ไม่ต้องอ้างบทกฎหมายดังคดีอาญา[62]

ส่วนด้านการบังคับใช้กฎหมายของศาลนั้น เมื่อโจทก์ได้กำหนดเรื่องและความต้องการของตนมาอย่างไร ศาลก็ต้องผูกมัดตาม "สภาพแห่งข้อหา" และ "คำขอบังคับ" ของโจทก์อย่างนั้น โดยทั่วไปศาลจะพิพากษาหรือสั่งในเรื่องอื่นหรือกำหนดให้มากกว่าที่ขอไม่ได้[63]และเมื่อพิจารณาจากประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 134 บัญญัติว่า "ไม่ว่าในกรณีใดๆ ห้ามมิให้ศาลที่รับฟ้องคดีไว้ปฏิเสธไม่ยอมพิพากษาหรือมีคำสั่งชี้ขาดคดีโดยอ้างว่าไม่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่จะใช้บังคับแก่คดี หรือว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่จะใช้บังคับนั้นเคลือบคลุมหรือไม่

---

[59] ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 172 วรรคสอง

[60] ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 179

[61] นักกฎหมายบางท่านใช้คำว่า โจทก์ไม่ต้องกล่าวว่าข้อเท็จจริงแห่งเรื่องตรงกับองค์ประกอบของปทัสถานทางกฎหมายอะไร ดู othmar Jauermig, Zivilprozessrecht, s.129 อ้างถึงใน คณิต ณ นคร, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 54* น.243.

[62] คำพิพากษาฎีกาที่ 1138-1139/2501

[63] ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 142

บริบูรณ์"[64] ดังนี้ ข้ออ้างที่อาศัยเป็นหลักแห่งข้อหาและคำขอบังคับนั้นจะเกี่ยวกับกฎหมายเรื่องใดเป็นการเฉพาะ และการปรับบทกฎหมายว่าข้ออ้างที่อาศัยเป็นหลักแห่งข้อหาฟังขึ้นหรือไม่ กฎหมายให้เป็นหน้าที่ของศาลและศาลจะปฏิเสธไม่พิพากษาคดีโดยอ้างว่าไม่มีกฎหมายที่จะใช้บังคับแก่คดีหาได้ไม่

นอกจากนี้ในบางประเทศ เช่น ฝรั่งเศส ได้มีการยอมรับหลักความประสงค์ของคู่ความในการจำกัดการนำกฎหมายสารบัญญัติมาบังคับใช้ของศาลไว้เป็นกรณีพิเศษอีกด้วย กล่าวคือ คู่ความสามารถตกลงกันให้ศาลใช้กฎหมายที่คู่ความได้กำหนดเพื่อบังคับใช้กับคดีของตนและห้ามมิให้ศาลนำกฎหมายอื่นมาบังคับใช้ได้ และยิ่งไปกว่านั้นคู่ความยังสามารถตกลงกันมอบหมายให้ศาลวินิจฉัยชี้ขาดคดีเสมือนกับเป็นผู้ชี้ขาดข้อพิพาทตามความเป็นธรรม (amiable compositeur) โดยไม่ต้องคำนึงถึงบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่จะบังคับใช้กับคดีได้ จะเห็นได้ว่าหลักความประสงค์ของคู่ความมีส่วนสำคัญในการจำกัดบทบาทของศาลในการบังคับใช้กฎหมายได้ ซึ่งรายละเอียดจะได้กล่าวถึงในบทที่ 3 ต่อไป

4.3 <u>รูปแบบกระบวนพิจารณาคดี</u>

ดังได้กล่าวมาแล้วว่าระบบกฎหมายที่สำคัญมีอยู่ 2 ระบบ คือ ระบบคอมมอนลอว์ (Common Law) และระบบซีวิลลอว์ (Civil Law)[65] ในทางหลักวิธีพิจารณาความทั้ง 2 ระบบกฎหมายมีกระบวนพิจารณาคดีที่แตกต่างกัน สำหรับระบบคอมมอนลอว์ใช้กระบวนพิจารณาที่

---

[64] ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 134 นี้มาจากหลักกฎหมายฝรั่งเศสตามกฎหมายฝรั่งเศสผู้พิพากษาที่ไม่ชี้ขาดคดีเพราะเหตุที่กล่าวนี้อาจถึงกับต้องรับโทษ ศาลไทยในอดีตเมื่อไม่มีกฎหมายที่ศาลจะหยิบยกขึ้นชี้ขาดคดีได้ หรือข้อความในกฎหมายเคลือบคลุมกำกวมไม่กระจ่าง เคยมีระเบียบที่ให้นำความขึ้นกราบบังคมทูลขอพระบรมราชวินิจฉัย แต่ถ้าเป็นปัจจุบันนี้ หากมีกรณีเช่นนั้น ศาลต้องใช้จารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น หรือใช้บทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง หรือใช้หลักกฎหมายทั่วไป มาวินิจฉัยชี้ขาดคดี (ตามป.พ.พ.มาตรา 4) ดู นิติการณ์ประสม , พระ. <u>คำอธิบายกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง</u>, (กรุงเทพมหานคร: แสงทองการพิมพ์, 2515) น.437.

[65] โสภณ รัตนากร, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 10* น.1.

เน้นไปในรูปแบบ กระบวนพิจารณาแบบกล่าวหา (accusatory system) ส่วนระบบซีวิลลอว์ใช้กระบวนพิจารณาที่เน้นไปในรูปแบบ กระบวนพิจารณาแบบไต่สวน (inquisitorial system) ซึ่งในการทำความเข้าใจนั้น หากได้ศึกษาถึงประวัติศาสตร์และความเป็นมาของกระบวนพิจารณาทั้งสองแบบดังกล่าวแล้ว ย่อมจะทำให้ทราบถึงเรื่องขอบเขตระหว่างบทบาทของศาลและคู่ความโดยเฉพาะในเรื่องการดำเนินการและเนื้อหาของกระบวนพิจารณา[66]อย่างละเอียดถ่องแท้ ซึ่งผู้เขียนจะขอกล่าวรายละเอียดของกระบวนพิจารณาทั้งสองแบบดังนี้

4.3.1<u>กระบวนพิจารณาแบบกล่าวหา</u>[67]

กระบวนพิจารณาคดีแบบกล่าวหา เป็นกระบวนการพิจารณาคดีของประเทศที่ใช้กฎหมายคอมมอนลอว์ซึ่งมีกำเนิดขึ้นในประเทศอังกฤษก่อน หลังจากที่ใช้ในประเทศอังกฤษแล้วต่อมาถูกนำไปใช้ในประเทศอาณานิคมของอังกฤษ ปัจจุบันกฎหมายระบบนี้ยังใช้อยู่ในประเทศ

---

[66] วรรณชัย บุญบำรุง, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 49* น.61.

[67] นักกฎหมายฝรั่งเศสบางคน เช่น Henri Motulsky ซึ่งเป็นปรมาจารย์ทางกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของฝรั่งเศส ไม่ชอบที่จะใช้ถ้อยคำดังกล่าว เพราะเห็นว่าไม่เหมาะสมอยู่ 2 ประการ คือ ประการแรก ถ้อยคำเช่นนั้นอาจทำให้เกิดความสับสนเนื่องจากคำว่า "ไต่สวน" ในคดีปกครองไม่ใช้เฉพาะเกี่ยวกับการควบคุมการดำเนินกระบวนพิจารณา(direction du process หรือ marche) แต่ยังใช้กับเรื่องการค้นหาเนื้อหาสาระของคดีด้วย แต่ทว่าในการดำเนินกระบวนพิจารณาคดีแพ่งนั้น เรื่องทั้งสองถูกแบ่งแยกออกจากกันโดยเด็ดขาด ดังนั้น การใช้คำว่า "ไต่สวน" กับทั้งการดำเนินกระบวนพิจารณาและกับเนื้อหาของคดีจึงก่อให้เกิดความคลุมเครือ และยังทำให้เกิดความสับสนระหว่างคำว่า "หลักกล่าวหา" (principe accusatoire) ซึ่งควรใช้เฉพาะเรื่องการดำเนินกระบวนพิจารณา และคำว่า "หลักความประสงค์ของคู่ความ" (principe dispositif) ซึ่งใช้กับเรื่องเนื้อหาของคดีหรือกระบวนพิจารณา จากเหตุผลดังกล่าวจึงเห็นว่าควรใช้ถ้อยคำในทำนองเดียวกับที่ปรากฏในกฎหมายของอิตาลีที่ใช้คำว่า "le principe d'initiative privée" (กระบวนพิจารณาที่ริเริ่มโดยหรือเป็นสิทธิของคู่ความ) แทนคำว่า "la principe accusatoire" (กระบวนพิจารณาแบบกล่าวหา) และคำว่า "le principe d'initiative judiciaire" (กระบวนพิจารณาที่ริเริ่มโดยหรือเป็นอำนาจของศาล) แทนคำว่า "la principe inquisitoire" (กระบวนพิจารณาแบบไต่สวน) see Henri Motulsky,<u>Droit processuel</u>, Montchrestien, 1973, p.172-173 อ้างถึงใน วรรณชัย บุญบำรุง, ธนกร วรปรัชญากุล และสิริพันธ์ พลรบ, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 49* น.77.

ต่างๆ เช่น สหรัฐอเมริกา แคนาดา ออสเตรเลีย นิวซีแลนด์ มาเลเซีย และสิงคโปร์ เป็นต้น[68] ระบบนี้สืบเนื่องมาจากการที่บุคคลหนึ่งนำเรื่องราวมาฟ้องร้องว่ากล่าวบุคคลอีกคนหนึ่งต่อผู้มีอำนาจเพื่อให้ผู้มีอำนาจชำระคดีแก่ตน โดยผู้มีอำนาจซึ่งเป็นผู้ชำระความจะตั้งตนเป็นคนกลางคอยดูแลให้ทั้งสองฝ่ายได้ดำเนินคดีไปตามกติกาหรือกฎเกณฑ์[69]กล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ ระบบกล่าวหานั้นเป็นระบบที่วิธีการชำระความเป็นไปในทางที่มีโจทก์มีจำเลย ผู้ชำระตั้งตนเป็นกลางคอยดูแลให้ทั้งสองฝ่ายได้ดำเนินคดีของตนไปตามกฎเกณฑ์ที่ได้วางขึ้นไว้โดยเคร่งครัด[70]ส่วนการพิจารณาชี้ขาดว่าฝ่ายใดผิดฝ่ายใดถูกขึ้นอยู่ที่ว่าฝ่ายใดจะเป็นผู้ปฏิบัติตามกติกาซึ่งผู้พิพากษาหรือผู้ชี้ขาดนั้นได้วางขึ้นได้ครบถ้วนหรือไม่ ถ้าปฏิบัติตามได้ครบถ้วนก็เป็นผู้ชนะคดี เช่นผู้พิพากษาจะสั่งให้พิสูจน์ด้วยการแข่งขันดำน้ำก็ได้ ลุยไฟก็ได้ หรือต่อสู้กันด้วยหอกดาบก็ได้ เรียกกันว่า Trial by ordeal, Trial by combat และ Trial by battle เป็นต้น[71] ในอังกฤษก็เพิ่งเลิกวิธีการที่ถือว่าล้าสมัยไปเมื่อไม่ถึงสองร้อยปีมานี้ วิธีของอังกฤษในสมัยโบราณการที่คนใดจะฟ้องความจะต้องไปร้องกล่าวโทษบุคคลนั้นต่อเจ้าหน้าที่ตามลำดับชั้นจนถึงตุลาการ เมื่อฝ่ายจำเลยมาศาล จำเลยอาจท้าให้มีการพิสูจน์ความจริงกันด้วยวิธีการต่อสู้ประหัตประหารกันก็ได้ กฎหมายเดินเลยไปถึงยอมให้จ้างนักสู้เข้ามาทำการต่อสู้แทนตัวความได้ ทำนองเดียวกับที่เราจ้างทนายความว่าความกันในปัจจุบันนี้[72]

กล่าวโดยสรุปกระบวนพิจารณาแบบกล่าวหา เป็นกระบวนพิจารณาที่ใกล้เคียงหรือสัมพันธ์กับ"หลักความประสงค์ของคู่ความ" และเป็นกระบวนพิจารณาตั้งแต่สมัยดั้งเดิมที่มนุษย์รวมตัวกันเป็นสังคม เป็นกระบวนพิจารณาที่เน้นบทบาทและสิทธิของคู่ความในการดำเนินกระบวนพิจารณา โดยคู่ความไม่เพียงแต่กำหนดขอบเขตของข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายของคดีแต่ยังมีบทบาทสำคัญในการดำเนินกระบวนพิจารณารวมทั้งการรวบรวมพยานหลักฐาน กระบวนพิจารณาแบบนี้มักมีลักษณะเป็นกระบวนพิจารณาด้วยวาจาโดยเปิดเผย และมีการดำเนินการโต้แย้งต่อสู้ซึ่งกันและกันระหว่างคู่ความ และเป็นกระบวนการพิจารณาที่มักให้ความสำคัญกับ

---

[68] โสภณ รัตนากร, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 10* น.1.

[69] ยิ่งศักดิ์ กฤษณะจินดา และวุฒิพงษ์ เวชยานนท์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 8* น.7.

[70] ประมูล สุวรรณศร, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 9* น.2.

[71] ยิ่งศักดิ์ กฤษณะจินดา และวุฒิพงษ์ เวชยานนท์,*อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 8* น.7.

[72] โอสถ โกศิน, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 14* น.4.

พยานหลักฐานตามที่กฎหมายกำหนด[73]และห้ามมิให้ศาลตัดสินคดีตามความเชื่อส่วนตัวของตน โดยศาลซึ่งมีบทบาทเชิงรับในการดำเนินคดีจะเป็นผู้ทำหน้าที่ตัดสินว่าคู่ความฝ่ายใดเป็นผู้ชนะคดี ทำนองเดียวกับกรรมการของการแข่งขันกีฬา

4.3.2 <u>กระบวนพิจารณาแบบไต่สวน</u>[74]

กระบวนพิจารณาแบบไต่สวนเป็นกระบวนการพิจารณาคดีของประเทศในภาคพื้นยุโรปซึ่งได้รับอิทธิพลมาจากกฎหมายโรมัน ระบบนี้มีที่มาจากการชำระความของพระในศาสนาโรมันคาทอลิกซึ่งพิจารณาคดีที่มีผู้กระทำผิดต่อกฎหมายศาสนาด้วยวิธีการซักฟอกโดยคณะกรรมการ และด้วยเหตุที่สันตปาปามีอำนาจเหนือกษัตริย์ต่างๆในยุโรปจึงทำให้วิธีพิจารณาแบบนี้แพร่หลายไปในประเทศต่างๆในยุโรปด้วย[75]

วิธีชำระความของผู้มีอำนาจในศาสนาโรมันคาทอลิก เมื่อผู้มีอำนาจปกครองดูแลได้ทราบว่ามีการกระทำความผิดหรือการกระทำอันมิชอบเกิดขึ้นในสังคมของตน ผู้มีอำนาจปกครองจะต้องไต่สวนค้นหาข้อเท็จจริงให้ได้โดยไม่คำนึงว่าจะมีผู้เสียหายมากล่าวหาหรือไม่ ผู้ที่ปกครองก็ต้องขวนขวายค้นหาและให้รู้เท็จและจริงให้จนได้[76]กล่าวอีกนัยหนึ่ง วิธีการพิสูจน์พยานหลักฐานของระบบการค้นหาข้อเท็จจริงระบบไต่สวนก็ไม่มีหลักเกณฑ์ที่เคร่งครัดหรือเข้มงวดกวดขันดังเช่นในระบบกล่าวหาเพื่อให้ศาลทำงานได้คล่องตัว[77]และให้ศาลมีบทบาทในเชิงรุกในการค้นหาความ

---

[73] พยานหลักฐานในรูปแบบนี้เป็นที่แพร่หลายในยุคกลางก่อนการปฏิวัติฝรั่งเศส โดยน้ำหนักพยานหรือการรับฟังพยานขึ้นอยู่กับเงื่อนไขหรือปัจจัยทางการเมืองและสังคมของพยาน เรื่องศาสนา เพศ อายุ สถานะทางเศรษฐกิจ เป็นต้น อ้างถึงใน วรรณชัย บุญบำรุง, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 51* น.61.

[74] โปรดดู เชิงอรรถที่ 67 ของบทนี้

[75] โสภณ รัตนากร, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 10* น.3.

[76] ประมูล สุวรรณศร, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 9* น.2.

[77] โสภณ รัตนากร, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 10* น.4.

จริง[78] ด้วยลักษณะดังกล่าวส่งผลให้การดำเนินกระบวนพิจารณาความแพ่งตั้งอยู่บนหลักการพื้นฐานที่ว่าศาลจะต้องเป็นผู้ค้นหาความจริงของคดีเพื่อเป็นการอำนวยความยุติธรรม[79]

กล่าวโดยสรุป กระบวนพิจารณาแบบไต่สวนเป็นกระบวนพิจารณาที่เน้นบทบาทของศาลในการดำเนินกระบวนพิจารณาเป็นสำคัญ ศาลซึ่งมีบทบาทเชิงรุกมีอำนาจที่จะริเริ่มดำเนินกระบวนพิจารณาต่างๆได้ด้วยตนเองโดยไม่ต้องรอให้คู่ความร้องขอ และศาลไม่ถูกจำกัดให้พิจารณาเฉพาะข้อเท็จจริงที่คู่ความเสนอต่อศาล แต่ยังมีอำนาจที่จะค้นหาความเป็นจริงเพื่อพิจารณาพิพากษาคดีให้ถูกต้องตามความเป็นจริงเท่าที่จะสามารถทำได้ด้วย กระบวนพิจารณาแบบนี้มักจะมีลักษณะเป็นกระบวนพิจารณาด้วยเอกสาร และในสมัยก่อนมักจะพิจารณาโดยลับโดยไม่ค่อยมีการดำเนินการโต้แย้งต่อสู้คดีกันระหว่างคู่ความ เนื่องจากศาลจะเป็นผู้ใช้ดุลพินิจของตนว่าพยานหลักฐานใดน่าเชื่อถือโดยอาจจะไม่จำเป็นต้องพิจารณาเฉพาะพยานหลักฐานตามที่กฎหมายกำหนดไว้ก็ได้ ขึ้นอยู่กับความเชื่อถือของศาลเป็นสำคัญ

4.3.3 <u>วิเคราะห์เปรียบเทียบกระบวนพิจารณาทั้งสองแบบ</u>

สำหรับในส่วนของคดีแพ่งนั้น กระบวนพิจารณาทั้งสองแบบดังกล่าวต่างก็มีทั้งข้อสนับสนุนและข้อโต้แย้ง โดยฝ่ายที่สนับสนุนวิธีพิจารณาในแบบกล่าวหานั้น เห็นว่า เนื่องจากคดีแพ่งเป็นเรื่องสิทธิประโยชน์ส่วนตัวของคู่ความ และกระบวนพิจารณาเป็นเพียงมาตรการเพื่อแก้ไขข้อพิพาทระหว่างคู่ความ จึงเป็นธรรมดาอยู่เองที่คู่ความควรจะมีบทบาทสำคัญในการดำเนินกระบวนพิจารณาซึ่งสอดคล้องกับ "หลักความประสงค์ของคู่ความ" นั่นเอง ส่วนอำนาจศาลนั้นจะถูกจำกัดโดยสิทธิต่างๆของคู่ความในการดำเนินกระบวนพิจารณา ศาลมีบทบาทเป็นเพียงเสมือน "กรรมการผู้ตัดสิน" (le juge-arbitre) ที่จะพิจารณาปรับบทกฎหมายเข้ากับข้อเท็จจริงเท่านั้น

ส่วนฝ่ายที่สนับสนุนกระบวนพิจารณาในแบบไต่สวนนั้นได้ให้เหตุผลว่า ตามหลักความยุติธรรมย่อมบังคับอยู่ในตัวของมันเองว่าจะต้องประกอบด้วยความรวดเร็วในการพิจารณา โดยผู้พิพากษาจะต้องเข้าไปมีบทบาทในการควบคุมดูแลการดำเนินกระบวนพิจารณาเพื่อไม่ให้คู่ความ

---

[78] Graham C.Lilly, <u>Introduction to the Law of Evidence</u>, (St.paul Minn: West Publishing Co.,1978),p.14.

[79] C.N.Ngwasiri, "The Role of the Judge in French Civil Proge in ceedings," 9 <u>Civil Justice Quarterly</u> 167,169 (1990).

พยายามประวิงคดีและยังต้องประกอบด้วยความถูกต้องของคำพิพากษา โดยผู้พิพากษามีภาระหน้าที่ในการที่จะชี้ขาดข้อพิพาทซึ่งถือเสมือนหนึ่งว่าเป็นข้อยุติที่ถูกต้องระหว่างคู่ความ

กระบวนพิจารณาทั้งสองแบบนั้นต่างก็มีข้อด้อยเช่นเดียวกัน โดยกระบวนพิจารณาที่ค่อนไปทางแบบไต่สวนนั้น แม้ว่าจะช่วยให้การดำเนินกระบวนพิจารณาเป็นไปด้วยความรวดเร็วและคู่ความไม่มีโอกาสเอารัดเอาเปรียบกันอันเนื่องจากการที่ศาลมีบทบาทมากในการควบคุมการดำเนินกระบวนพิจารณา แต่ศาลก็ต้องระมัดระวังในเรื่องการวางตัวเป็นกลางและในเรื่องสิทธิต่อสู้คดีของคู่ความ โดยศาลจะต้องคำนึงอยู่เสมอว่า แม้ว่าเป้าหมายหนึ่งของกระบวนพิจารณาแบบไต่สวนนั้นจะต้องการให้ได้ความเป็นจริงที่สมบูรณ์หรือที่พึงประสงค์ (objective truth)ก็ตาม แต่ก็ไม่ใช่หมายความว่าศาลจะต้องเข้าไปทำหน้าที่แทนคู่ความในการค้นหาความจริงอย่างเต็มตัว แต่เป็นเพียงการเข้าไปช่วยเหลือคู่ความในการค้นหาความจริงเท่านั้น[80] ส่วนกระบวนพิจารณาที่ค่อนไปทางแบบกล่าวหานั้น แม้จะมีข้อดีในเรื่องที่ศาลวางตัวเป็นกลางและคู่ความมีอิสระค่อนข้างมากในการดำเนินกระบวนพิจารณา แต่ก็มีปัญหาในเรื่องที่คู่ความได้ดำเนินกระบวนพิจารณาไปในทางที่ไม่สุจริต ทำให้เกิดการได้เปรียบในทางเชิงกระบวนพิจารณาหรือทำให้เกิดการประวิงคดีได้

อย่างไรก็ตาม การแบ่งวิธีพิจารณาดังกล่าวออกเป็น 2 แบบต่างหากจากกันนั้นเป็นเพียงมุมมองในแง่ทฤษฎีเท่านั้น เพราะในทางความเป็นจริงแล้วกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของประเทศต่างๆทั้งในอดีตจนถึงปัจจุบันยังไม่มีประเทศใดที่นำวิธีพิจารณาแบบหนึ่งแบบใดแต่เพียงแบบเดียวมาใช้ โดยบางประเทศหรือบางยุคสมัยกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งจะมีลักษณะค่อนไปทางแบบใดแบบหนึ่งเท่านั้น หากประเทศนั้นให้ความสำคัญเกี่ยวกับเรื่องสิทธิประโยชน์ส่วนตัวของคู่ความมากกว่าประโยชน์ส่วนรวมแล้ว บทบัญญัติของกฎหมายก็จะกำหนดให้สิทธิแก่คู่ความที่จะกำหนดทิศทางในการดำเนินกระบวนพิจารณา หากเป็นกรณีในทางกลับกันกฎหมายก็จะกำหนดอำนาจผู้พิพากษาในการควบคุมกระบวนพิจารณาไว้อย่างกว้างขวางเช่นกัน

กระบวนวิธีพิจารณาคดีแพ่งของประเทศที่ใช้ระบบกฎหมาย Common Law มีลักษณะที่ค่อนไปทางแบบกล่าวหา ในขณะที่ประเทศที่ใช้ระบบกฎหมาย Civil Law มีลักษณะที่ค่อนไปทางแบบไต่สวน ซึ่งเมื่อลองเปรียบเทียบขั้นตอนวิธีพิจารณาของทั้งสองแบบจะพบว่ามีความแตกต่างกันอย่างชัดเจนในขั้นตอนของการสืบพยานบุคคล แม้ว่าโดยหลักการทั่วไปแล้วศาลของ

---

[80] Mauro CAPPELLETI, The Judicial Process in Comparative Perspective, (Oxford:Clarendon Press, 1989) p.250.

ทั้งสองแบบจะเป็นผู้มีอำนาจในการควบคุมการดำเนินกระบวนพิจารณา แต่บทบาทศาลในกลุ่มประเทศ Civil Law เช่น ฝรั่งเศส นั้น ศาลไม่ได้มีบทบาทแต่เพียงการรับฟังคำให้การของพยานแต่เพียงอย่างเดียว โดยในระหว่างที่พยานให้การนั้น ศาลยังมีบทบาทในการที่จะซักถามพยานในประเด็นต่างๆที่เห็นว่าสามารถช่วยให้ได้รับทราบข้อเท็จจริงที่จำเป็นโดยครบถ้วนหรือซักถามพยานตามที่คู่ความได้เสนอแนะ การซักถามพยานจึงเป็นอำนาจเด็ดขาดของศาลแต่เพียงผู้เดียว แตกต่างโดยสิ้นเชิงกับวิธีการซักถามพยานในประเทศที่ใช้ระบบกฎหมาย Common Law ซึ่งทนายของคู่ความแต่ละฝ่ายสามารถที่จะซักถามพยานได้โดยตรง โดยวิธีการซักถาม ถามค้าน และถามติง ส่วนบทบาทของศาลนั้นเป็นเพียงเสมือนทำหน้าที่กรรมการผู้ตัดสินที่ไม่มีบทบาทในเชิงรุก เพียงแต่รับฟังการซักถามพยานของทนายความและทำหน้าที่ชี้ขาดในกรณีที่คู่ความแต่ละฝ่ายได้คัดค้านว่าการตั้งคำถามของคู่ความอีกฝ่ายหนึ่งไม่ถูกต้อง (objections) วิธีการดังกล่าวเป็นลักษณะดั้งเดิมของกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งในระบบกล่าวหาซึ่งมักจะมีผลต่อการวินิจฉัยคดีเป็นอย่างมาก

สำหรับประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของไทยนั้น แม้ว่าจะถูกจัดอยู่ในกลุ่มประเทศที่ใช้ระบบกฎหมาย Civil Law และกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งได้ถูกบัญญัติไว้ในรูปประมวลกฎหมายก็ตาม แต่ปรากฏว่ากฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของไทยได้รับอิทธิพลอย่างมากจากกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของอังกฤษ โดยจากการตรวจค้นแฟ้มเอกสารเกี่ยวกับการร่างประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งที่มีอยู่ที่ห้องสมุดของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาซึ่งเป็นแฟ้มส่วนตัวของนายชาร์ลส์ เลเวส์ก นั้น ไม่ปรากฏรายละเอียดเกี่ยวกับการร่างมากเท่าใดนัก[81] เพราะแฟ้มเอกสารดังกล่าวเป็นแต่เพียงการนำต้นร่างประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งฉบับต่างๆมาเย็บรวบรวมเข้าด้วยกันเท่านั้น โดยมีทั้งร่างที่เขียนไว้ด้วยลายมือของผู้ร่างเป็นภาษาฝรั่งเศสก็มี เป็นภาษาอังกฤษก็มี และร่างฯที่พิมพ์ดีดไว้ก็มี นอกจากต้นร่างฯแล้ว ก็มีตัวบทกฎหมายที่เกี่ยวข้องบางฉบับ แบบพิมพ์ของศาล และหนังสือโต้ตอบระหว่างผู้ที่เกี่ยวข้องบางฉบับ ซึ่งพอจะทำให้สรุปได้ว่าในระหว่าง พ.ศ.2454 ถึง พ.ศ.2457 นั้น นายริวิแอร์ (Rivière) นักกฎหมายชาวฝรั่งเศส ได้รับมอบหมายให้เป็นผู้ยกร่างประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง โดยปรากฏจากต้นร่างฯของนายริวิแอร์ ซึ่งในบางมาตราก็ได้แสดงที่มาเอาไว้แต่ในบาง

---

[81] ชาญชัย แสวงศักดิ์ และวรรณชัย บุญบำรุง, สาระน่ารู้เกี่ยวกับการจัดทำประมวลกฎหมายของต่างประเทศและของไทย, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2543)น.164-165.

มาตราก็ไม่ได้ระบุเอาไว้ว่ามีที่มาอย่างไรแต่ก็พอจะจับความได้ว่าต้นร่างฯของนายริวิแอร์นั้นอาศัยพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาความแพ่ง ร.ศ.127 และพระราชบัญญัติลักษณะพยาน ร.ศ.113 เป็นหลัก โดยเพิ่มเติมบทบัญญัติบางส่วนจากประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของฝรั่งเศสและกฎข้อบังคับว่าด้วยวิธีพิจารณาในศาลกงสุลของอังกฤษในประเทศไทย พ.ศ.2441 ต่อมาใน พ.ศ.2457 นายชาร์ลส์ เลเวส์ก (Charles L'Evésque) ได้รับมอบหมายให้เป็นผู้ร่างสืบต่อมาจากนายริวิแอร์ ซึ่งนายเลเวส์กก็ได้อาศัยร่างฯเดิมของนายริวิแอร์เป็นหลักโดยเพิ่มเติมบทบัญญัติบางตอนขึ้นใหม่ โดยอ้างที่มาไว้สั้นๆโดยใช้ตัวย่อว่า "J" ซึ่งน่าจะหมายถึงญี่ปุ่น แต่จากการตรวจสอบเลขหมายมาตราในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของญี่ปุ่นแล้ว ปรากฏว่าเลขมาตราแตกต่างกันมาก จึงยังไม่เป็นที่แน่ชัดว่าบทบัญญัติบางตอนมีที่มาจากกฎหมายญี่ปุ่นหรือไม่ แต่บทบัญญัติส่วนใหญ่ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งนั้นได้ต้นเค้ามาจากพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาความแพ่ง ร.ศ.127 ซึ่งกรมหลวงราชบุรีฯได้ทรงมีบทบาทสำคัญในการร่างพระราชบัญญัติดังกล่าว นายเลเวส์กได้ยกร่างประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งเสร็จใน พ.ศ.2478 ซึ่งคณะกรรมการกฤษฎีกาก็ได้ตรวจแก้แล้วนำเสนอต่อรัฐบาล และรัฐบาลก็ได้นำเสนอต่อสภาผู้แทนราษฎรในปีเดียวกันนั้นเอง สภาผู้แทนราษฎรได้ลงมติรับหลักการและแต่งตั้งคณะกรรมาธิการวิสามัญขึ้นคณะหนึ่ง โดยมีนายเลเวส์กเป็นกรรมาธิการอยู่ด้วย ในที่สุดสภาผู้แทนราษฎรได้มีมติให้ประกาศใช้ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งเป็นกฎหมายในวันที่ 15 มิถุนายน พ.ศ.2478 แต่ให้มีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 1 ตุลาคม 2478 เป็นต้นไป จึงสรุปว่าแม้เนื้อหาของประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของไทยเนื้อหาจะมาจากประเทศอังกฤษก็ตามแต่ก็ผสมกับระบบกฎหมายของประเทศฝรั่งเศสในระบบ Civil Law โดยเฉพาะที่เกี่ยวกับบทบาทอำนาจของศาลในการควบคุมกระบวนพิจารณาโดยทั่วไปและการรับฟังพยานหลักฐานตลอดจนอำนาจของศาลที่มีคำสั่งในบางเรื่องได้เองโดยคู่ความไม่ต้องร้องขอเป็นลักษณะการใต่สวนของระบบกฎหมาย Civil Law ถือได้ว่ากฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของไทยน่าจะเป็นระบบผสมระหว่างระบบกล่าวหาและระบบไต่สวน[82]

หากพิจารณาบทบัญญัติเกี่ยวกับการสืบพยาน การดำเนินกระบวนพิจารณาในทางปฏิบัติแล้ว คงจะปฏิเสธไม่ได้ว่าการดำเนินกระบวนพิจารณาในศาลไทยมีลักษณะค่อนไปทาง

---

[82] ชวเลิศ โสภณวัต, "กฎหมายลักษณะพยานของไทยเป็นกฎหมายในระบบกล่าวหาจริงหรือ," ดุลพาห, เล่ม 6 ปีที่ 28 น.36-47 (2524).

ระบบกล่าวหาค่อนข้างมาก โดยศาลไทยไม่ค่อยจะได้หรือแทบจะไม่ได้ใช้อำนาจตามมาตราต่างๆ เพื่อควบคุมการดำเนินกระบวนพิจารณาของคู่ความหรือเพื่อค้นหาข้อเท็จจริงของคดีเท่าที่ควร เนื่องจากอิทธิพลของแนวความคิดระบบ Common Law ที่ว่าศาลควรจะวางตัวเป็นกลาง และการเข้าไปมีบทบาทเกี่ยวกับคดีมากเกินไปอาจทำให้เสียความเป็นกลางและเป็นเหตุให้คู่ความคัดค้านผู้พิพากษาได้ บทบาทของศาลไทยจึงไม่ค่อยจะมีลักษณะในเชิงรุก การดำเนินกระบวนพิจารณาส่วนใหญ่ขึ้นอยู่กับการริเริ่มของคู่ความ ศาลแทบจะไม่ค่อยใช้ดุลพินิจในการมีคำสั่งต่างๆเกี่ยวกับกระบวนพิจารณาเอง การกำหนดทิศทางและระยะเวลาในการดำเนินกระบวนพิจารณาจึงมักขึ้นอยู่กับบทบาทของคู่ความเป็นส่วนใหญ่

กล่าวโดยสรุป กลุ่มประเทศ Common Law รวมทั้งประเทศที่ได้รับอิทธิพล เช่น ไทย จะมีกระบวนพิจารณาค่อนไปทางแบบกล่าวหา โดยเฉพาะในขั้นตอนการสืบพยานอันเป็นส่วนของเนื้อหาสาระของคดี แต่ระยะหลังช่วงปลายศตวรรษที่ 20 อังกฤษและสหรัฐอเมริกาก็ได้ตระหนักถึงปัญหาเกี่ยวกับการที่การดำเนินคดีต้องล่าช้าหรือคู่ความเอารัดเอาเปรียบกันอันเกิดจากการที่ศาลไม่มีบทบาทในเชิงรุก จึงให้กำหนดเพิ่มบทบาทศาลให้มากขึ้นโดยเฉพาะในส่วนของการควบคุมการดำเนินกระบวนพิจารณา ประเทศไทยเองก็พยายามนำการบริหารจัดการคดี (case management) ของสหรัฐอเมริกามาใช้เช่นเดียวกัน ในขณะที่กลุ่มประเทศ Civil Law ก่อนช่วงปลายศตวรรษที่ 19 ยังมีลักษณะค่อนไปทางแบบกล่าวหาอยู่ หลังจากนั้นเริ่มมองเห็นถึงปัญหาที่เกิดขึ้น มีแนวคิดใหม่ว่ากระบวนการยุติธรรมทางแพ่งเป็นบริการของรัฐหรือบริการสาธารณะอย่างหนึ่ง รัฐมีภาระหน้าที่ที่จะอำนวยความยุติธรรมแก่ประชาชน และเพื่อให้ภาระหน้าที่ดังกล่าวบรรลุผล ตัวศาลเองต้องมีอำนาจหน้าที่อย่างกว้างขวางในการควบคุมการดำเนินกระบวนพิจารณา หรือแม้กระทั่งอำนาจบางอย่างในส่วนที่เป็นเนื้อหาสาระของคดี

4.4 <u>กระบวนพิจารณาแบบกล่าวหาและแบบไต่สวนกับข้อกฎหมายในคดี</u>

จากกระบวนวิธีพิจารณาทั้งสองแบบดังกล่าวที่มีลักษณะที่ตรงกันข้าม โดยกระบวนพิจารณาแบบกล่าวหาใกล้เคียงหรือสัมพันธ์กับหลักความประสงค์ของคู่ความ และเป็นกระบวนพิจารณาในสมัยดั้งเดิมนับตั้งแต่มนุษย์ได้รวมตัวกันเป็นสังคม กระบวนพิจารณาลักษณะนี้ได้เน้นเรื่องบทบาทและสิทธิของคู่ความในการดำเนินกระบวนพิจารณาเป็นสำคัญ คู่ความไม่เพียงแต่เป็นฝ่ายกำหนดขอบเขตของข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายของคดี แต่ยังมีบทบาทที่สำคัญในการดำเนิน

กระบวนพิจารณารวมทั้งการรวบรวมพยานหลักฐานอีกด้วย และมักจะมีลักษณะเป็นกระบวนพิจารณาด้วยวาจา โดยเปิดเผย และมีการดำเนินการโต้แย้งต่อสู้ซึ่งกันและกันระหว่างคู่ความ เป็นกระบวนพิจารณาที่มักจะให้ความสำคัญกับพยานหลักฐานตามที่กฎหมายกำหนดและห้ามไม่ให้ศาลตัดสินคดีตามความเชื่อส่วนตัวของตน ในทางตรงข้ามกระบวนพิจารณาแบบไต่สวนซึ่งมีวิวัฒนาการเกิดขึ้นภายหลังโดยมักจะใช้กันในช่วงที่รัฐมีอำนาจมากนั้น ได้เน้นบทบาทของศาลในการควบคุมกระบวนพิจารณาเป็นสำคัญ ไม่ถูกจำกัดให้พิจารณาเฉพาะข้อเท็จจริงที่คู่ความเสนอต่อศาล แต่ยังมีอำนาจที่จะค้นหาความเป็นจริงเพื่อพิจารณาพิพากษาคดีให้ถูกต้องตามความเป็นจริงเท่าที่จะสามารถทำได้ด้วย กระบวนพิจารณาในแบบนี้มักจะมีลักษณะเป็นกระบวนพิจารณาด้วยเอกสาร โดยลับ และไม่ค่อยจะมีการดำเนินการโต้แย้งต่อสู้คดีกันระหว่างคู่ความเนื่องจากศาลจะเป็นผู้ใช้ดุลพินิจของตนว่าพยานหลักฐานใดน่าเชื่อถือโดยอาจจะไม่จำเป็นต้องพิจารณาเฉพาะพยานหลักฐานตามที่กฎหมายกำหนดไว้ก็ได้[83]

อย่างไรก็ตาม กระบวนพิจารณาแบบกล่าวหาและกระบวนพิจารณาแบบไต่สวนนี้ Cappelletti และ Garth ได้ตั้งข้อสังเกตว่า การที่มีการเพิ่มบทบาทของศาลในประเทศตะวันตกโดยการกำหนดแนวทางและควบคุมกระบวนพิจารณามิได้หมายความว่าศาลมีอำนาจที่จะละเลยหลักความประสงค์ของคู่ความและกฎเกณฑ์ย่อยที่เกี่ยวข้อง เช่น การฟ้องคดีของคู่ความ หรือการต่อสู้คดีของคู่ความแต่อย่างใด อำนาจของศาลจะเป็นเพียงเรื่องทางเทคนิคและรูปแบบการดำเนินกระบวนพิจารณาเท่านั้น แต่ศาลจะไม่สามารถใช้ความประสงค์ของศาลแทนคู่ความในการกำหนดวัตถุแห่งคดี (subject matter of the litigation) ซึ่งเรื่องดังกล่าวต้องเป็นไปตามความประสงค์ของคู่ความ[84] จึงอาจกล่าวได้ว่าไม่ว่าจะเป็นกระบวนพิจารณาแบบกล่าวหาหรือกระบวนพิจารณาแบบไต่สวนก็ต้องเคารพหลักความประสงค์ของคู่ความเป็นสำคัญ

เมื่อกระบวนพิจารณาทั้งสองแบบต้องยึดถือในหลักความประสงค์ของคู่ความ ดังนั้นในส่วนข้อกฎหมายในคดีคู่ความจึงมีส่วนเป็นผู้กำหนดด้วยไม่ว่าจะโดยทางตรงหรือโดยทางอ้อม กล่าวคือ โดยทางตรงก็ได้แก่การอ้างข้อกฎหมายไว้ในคำคู่ความอย่างชัดแจ้งเพื่อให้ศาลนำมาใช้

---

[83] วรรณชัย บุญบำรุง, ธนกร วรปรัชญากุล และสิริพันธ์ พลรบ, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 49* น.78.

[84] *เพิ่งอ้าง*, น.80.

วินิจฉัยชี้ขาดซึ่งมักจะทำกันในกระบวนพิจารณาแบบกล่าวหา ส่วนโดยทางอ้อมนั้นก็ได้แก่การที่คู่ความบรรยายข้อเท็จจริงมาในคำคู่ความอันเป็นการกำหนดกรอบหรือขอบเขตวัตถุแห่งคดีเพื่อให้ศาลถูกจำกัดขอบเขตในการยกข้อกฎหมายมาบังคับใช้กับคดี แต่มีข้อสังเกตว่ากระบวนพิจารณาแบบไต่สวนนั้น ศาลสามารถที่จะช่วยคู่ความในการค้นหาข้อเท็จจริงแห่งคดีได้ซึ่งอาจทำให้ขอบเขตการนำกฎหมายมาบังคับใช้ของศาลกว้างกว่ากระบวนพิจารณาแบบกล่าวหา

อย่างไรก็ตามทั้งกระบวนพิจารณาแบบกล่าวหาและแบบไต่สวนนั้นมีหลักการที่เหมือนกันอยู่ก็คือ การบังคับใช้กฎหมายในคดีเป็นหน้าที่ของศาลซึ่งเป็นเรื่องในทางเนื้อหาสาระของคดี ทั้งนี้ผู้เขียนเห็นว่า อาจจะมาจากสาเหตุที่การแบ่งแยกเป็นกระบวนพิจารณาแบบกล่าวหาและแบบไต่สวน เป็นเรื่องการแบ่งแยกที่เน้นในส่วนของการควบคุมการดำเนินกระบวนพิจารณาของศาล เช่น การซักถามพยานโดยศาล การรวบรวมพยานหลักฐานโดยศาล เพื่อให้ได้ข้อเท็จจริงแห่งคดีมากกว่าบทบาทของศาลเกี่ยวกับข้อกฎหมายในคดี

เมื่อได้ทราบถึงหลักและทฤษฎีพื้นฐานแล้ว ในบทถัดไปจะได้กล่าวถึงการนำกฎหมายสารบัญญัติมาบังคับใช้ในคดีของศาลว่ามีหลักเกณฑ์อย่างไรต่อไป