

การนำกฎหมายสารบัญญัติมาบังคับใช้ในคดีของศาล

เนื่องจากตระกูลกฎหมายมี 2 ตระกูลใหญ่ๆ ได้แก่ ระบบคอมมอนลอว์และซีวิลลอว์ ซึ่งแต่ละระบบศาลมีวิธีการนำกฎหมายมาบังคับใช้แตกต่างกันอันเนื่องมาจากนิติวิธีในกฎหมายทั้งสองระบบต่างกัน ประกอบกับบทบาทของศาลในคดีแพ่งนั้นอยู่ภายใต้รูปแบบวิธีพิจารณาความ 2 รูปแบบ คือ กระบวนพิจารณาแบบกล่าวหา (accusatory system) และกระบวนพิจารณาแบบไต่สวน (inquisitorial system) กฎเกณฑ์ในเรื่องวิธีพิจารณาความแพ่งในส่วนที่เกี่ยวกับบทบาทของศาลในประเทศภาคพื้นยุโรปที่ใช้ระบบซีวิลลอว์มีลักษณะโน้มไปในทางกระบวนพิจารณาแบบไต่สวน ส่วนกฎเกณฑ์เรื่องนี้ในประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์มีแนวโน้มไปในทางกระบวนพิจารณาแบบกล่าวหา ดังนั้นจึงควรทำการศึกษาว่าบทบาทของศาลในการนำกฎหมายสารบัญญัติมาบังคับใช้ในกระบวนพิจารณาทั้งสองระบบนั้นเหมือนหรือแตกต่างกันอย่างไร โดยในส่วนแรกจะกล่าวถึงการรับรู้กฎหมายที่จะนำมาใช้บังคับกับคดีของศาล ว่ากฎหมายใดบ้างที่ศาลรู้เห็นได้เองและนำมาบังคับใช้กับคดีได้ทันที หรือกฎหมายใดที่คู่ความต้องนำสืบพิสูจน์เสียก่อน ศาลจึงจะนำมาบังคับใช้กับคดีได้ และส่วนที่สองจะกล่าวถึงการบังคับใช้กฎหมายของศาล ซึ่งจะได้กล่าวเรียงลำดับกันไป ดังนี้

1. การรับรู้กฎหมายสารบัญญัติของศาล

เมื่อศาลมีหน้าที่ต้องนำกฎหมายมาบังคับใช้ การรับรู้ถึงกฎหมายที่จะนำมาบังคับใช้จึงเป็นสิ่งสำคัญ โดยในเรื่องของการรับรู้นี้มาจากหลักของเรื่องที่ศาลรู้เอง ซึ่งจะขอก้าวโดยสังเขปดังต่อไปนี้

ในโลกแห่งความเป็นจริง ผู้พิพากษาแต่ละคนเองก็เป็นสามัญชนคนหนึ่งที่มีประสาทสัมผัสทั้งห้า ดังนั้นเรื่องที่คนทั่วไปทราบอยู่แล้วหรืออาจทราบได้โดยง่ายและเป็นสิ่งที่ไม่เปลี่ยนแปลง ไม่อาจโต้แย้งได้ ศาลต้องทราบหรือรับรู้เองโดยไม่จำเป็นต้องเสียเวลาและค่าใช้จ่ายในการนำพยานหลักฐานเหล่านั้นมานำสืบ สิ่งที่ศาลรับรู้ได้เองนี้จึงเป็นที่มาของหลักที่

เรียกว่า “เรื่องที่ศาลรู้เอง” หรือ Judicial Notice¹ ซึ่งตาม Black’s Law Dictionary² ได้ให้นิยาม “Judicial Notice” ไว้ว่า เป็นการพิจารณาพิพากษาคดีในศาลโดยไม่ต้องอาศัยพยานหลักฐาน เนื่องจากข้อเท็จจริงที่พิจารณาพิพากษานั้น ศาลได้ทราบติดอยู่แล้วเพราะเป็นเรื่องที่เป็นที่ทราบทั่วไปอย่างแน่นนอนว่ามีอยู่และถูกต้องชัดเจน

หลักเรื่องที่ศาลรู้เอง (Judicial Notice) นี้ จึงเป็นกลไกสำคัญอย่างหนึ่งในการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีของศาลในการรับรองความถูกต้องแท้จริงของข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายที่จะใช้ในการพิจารณาคัดสินคดี สำหรับเหตุผลของหลักเรื่องที่ศาลรู้เองก็เนื่องมาจากเพื่อความสะดวกรวดเร็วในการพิจารณาคดีและเพื่อป้องกันความผิดพลาดในการสืบพยานต่อหน้าศาล

เมื่อมาพิจารณาเรื่องที่ศาลรู้เองในข้อกฎหมายจะเห็นได้ว่าเป็นเรื่องที่มาจากกระบวนการในการนำกฎหมายมาใช้ในการตัดสินคดีของศาล ซึ่งเป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วไปว่าภาระในการรับรู้กฎหมายเป็นหน้าที่ของศาล เว้นแต่กฎหมายบางประเภทที่คู่ความจะต้องนำสืบพิสูจน์ ข้อกฎหมายจึงจัดเป็นเรื่องหนึ่งที่ถือว่าศาลรู้เห็นได้เองไม่ต่างจากข้อเท็จจริงบางประเภทอย่างใดก็ตาม แม้จะยอมรับกันโดยทั่วไปว่าภาระในการรับรู้กฎหมายเป็นหน้าที่ของศาล แต่ในแต่ละประเทศจะใช้หลักเรื่องที่ศาลรู้เองเกี่ยวกับข้อกฎหมายในรายละเอียดแตกต่างกันอยู่บ้าง ซึ่งผู้เขียนจะแยกพิจารณาระหว่างกฎหมายสารบัญญัติภายในประเทศกับกฎหมายสารบัญญัติของต่างประเทศ ดังนี้

1.1 การรับรู้กฎหมายสารบัญญัติภายในประเทศของศาล

ตามปกติหากคู่ความต่างเป็นคนที่สัญชาติเดียวกันและเรื่องที่พิพาทเกี่ยวพันแต่เฉพาะในประเทศ กฎหมายสารบัญญัติที่ศาลจะนำมาบังคับใช้ก็จะมีเพียงกฎหมายภายในประเทศเท่านั้น ส่วนจะเป็นกฎหมายฉบับใดนั้นศาลก็ต้องพิจารณาจากเนื้อหาของเรื่องที่พิพาทว่าเป็นเรื่องใด เมื่อได้กฎหมายที่จะใช้บังคับกับคดีแล้วก็ต้องพิจารณาต่อไปว่ากฎหมายฉบับนั้นศาลรู้เห็นได้เองหรือไม่ หากเป็นกฎหมายที่ศาลรู้เห็นได้เองแล้วจึงจะนำกฎหมายที่เกี่ยวข้องนั้น

¹ ภัทรศักดิ์ วรรณแสง, “เรื่องที่ศาลรู้เอง,” วารสารกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ, น.478 (พฤศจิกายน 2547).

² Bryan A. Garner, Black’s Law Dictionary, 7th ed (St.Paul, Minn : West Group, 1999) p.851

มาใช้ตัดสินคดี ในหัวข้อนี้ผู้เขียนจะขอนำเสนอกฎหมายที่ศาลรู้เห็นได้เองโดยจะเรียงลำดับกันไปในประเทศที่ใช้ระบบ Common Law, Civil Law และประเทศไทย

1.1.1 กฎหมายที่ศาลรู้เองในประเทศที่ใช้ระบบ Common Law

ประเทศที่ใช้ระบบกฎหมาย Common Law มีหลายประเทศ แต่ ณ ที่นี้ผู้เขียนขอยกตัวอย่างประเทศที่เป็นแม่แบบของหลักเรื่องที่ศาลรู้เห็นได้เองและประเทศที่พัฒนานหลักดังกล่าวได้อย่างน่าศึกษาอันได้แก่ ประเทศอังกฤษและสหรัฐอเมริกา ตามลำดับไปดังนี้

1.1.1.1 กฎหมายที่ศาลรู้เองในประเทศอังกฤษ

ในประเทศอังกฤษศาลมีการใช้หลักเรื่องที่ศาลรู้เองมาเป็นเวลายาวนานแล้วทั้งข้อกฎหมายที่ศาลซึ่งกำลังพิจารณาพิพากษาคดีตั้งอยู่และข้อเท็จจริง³ เรื่องที่ศาลรู้เองนี้ตามกฎหมายอังกฤษจึงแบ่งออกเป็น 2 ประเภท⁴

ประเภทแรก เป็นข้อเท็จจริงที่ศาลรู้เองโดยไม่ต้องสืบพยานเพราะเป็นข้อเท็จจริงที่รู้กันอยู่ทั่วไปใครๆก็รู้ เช่น น้ำเป็นสิ่งที่เปียก หมาและแมวชอบทะเลาะกัน แมวเป็นสัตว์เลี้ยง เดือนกันยายนมี 30 วัน การจราจรในกรุงลอนดอนหนาแน่น การซื้อรถจักรยานเสี่ยงต่อการได้รับบาดเจ็บในระหว่างสงครามโลกค่าของเงินตกมาก

ประเภทที่สอง แม้จะเป็นเรื่องที่รู้กันอยู่โดยทั่วไป บางคนอาจไม่รู้แต่ก็อาจสืบเสาะได้ ได้แก่ เรื่องเกี่ยวกับกฎหมาย ประเพณี หลักวิชาชีพ ประวัติศาสตร์ เรื่องเกี่ยวกับอาณาเขตและภูมิศาสตร์ เรื่องเหล่านี้ศาลค้นหาได้จากหนังสืออ้างอิง เอกสารทางราชการ และคำพิพากษาของศาล เรื่องที่ศาลรู้เองประเภทที่สองนี้ หมายรวมทั้งกฎหมายจารีตประเพณีหรือหลักกฎหมายทั่วไป

³ ในปี ค.ศ. 1958 มีนักกฎหมายท่านหนึ่งเขียนไว้ว่า “เรื่องที่ศาลรู้เองเป็นเรื่องที่ใกล้ชิดกับนักกฎหมายอังกฤษมากกว่า 650 ปีแล้ว” โปรดดู G.D.Nokes, The Limits of Judicial Notice, 74 The Law Quarterly Review 59, 1958, p.61.

⁴ ไสภณ รัตนกร, คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยาน, พิมพ์ครั้งที่ 7 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2547) น.96.

ที่เป็นบรรทัดฐานจากคำพิพากษา(common law) บทบัญญัติแห่งกฎหมายหรือข้อบัญญัติ⁵ (statute) ข้อเท็จจริงซึ่งรู้กันทั่วไป(common knowledge)⁶

1.1.1.2 กฎหมายที่ศาลรู้เองในประเทศสหรัฐอเมริกา

เรื่องที่ศาลรู้เองในข้อกฎหมาย เป็นเรื่องที่มาจากกระบวนการนำกฎหมายมาใช้ในการตัดสินใจของศาล ถ้าศาลไม่ใช้หลักเรื่องที่ศาลรู้เองในข้อกฎหมาย การพิจารณาพิพากษาจะนำกฎหมายฉบับใดมาใช้บังคับกับคดีจะตกอยู่แก่คู่ความในคดี ซึ่งการพิจารณาพิพากษาในการนำกฎหมายมาใช้บังคับกับคดีของคู่ความจะผ่อนคลายลงถ้าศาลนำหลักเรื่องที่ศาลรู้เองมาใช้⁷ ในระบบของประเทศสหรัฐอเมริกาซึ่งเป็นระบบคอมมอนลอว์ ศาลใช้หลักเรื่องที่ศาลรู้เองในกฎหมายภายในของรัฐ (Domestic statutory) และกฎหมายที่กำหนดขึ้นโดยถือคำพิพากษาของศาลเป็นบรรทัดฐาน (case law) ทั้งในระดับมลรัฐและสหรัฐอเมริกา แต่เป็นที่น่าสังเกตว่าในข้อบังคับว่าด้วยพยานหลักฐานของสหรัฐอเมริกา (Federal Rule of Evidence) ไม่มีบทบัญญัติเรื่องที่ศาลรู้เองในข้อกฎหมาย⁸ แต่อย่างไรก็ตามในหลายมลรัฐมีบทบัญญัติเรื่องที่ศาลรู้เองในข้อกฎหมาย เช่น มลรัฐ Montana มลรัฐ Alaska⁹

1.1.2 กฎหมายที่ศาลรู้เองในประเทศที่ใช้ระบบ Civil Law : ประเทศฝรั่งเศส

ในประเทศที่ใช้ระบบประมวลกฎหมายหรือระบบซีวิลลอว์อย่างประเทศฝรั่งเศส หลักเรื่องที่ศาลรู้ได้เองนี้จะจำกัดอยู่เฉพาะในเรื่องข้อเท็จจริงเท่านั้น เพราะเป็นที่ทราบกันโดยทั่วไปแล้วว่าศาลจะทำหน้าที่ปรับบทกฎหมายเข้ากับข้อเท็จจริงที่คู่ความนำเสนอ โดยการค้นหาตัวบท

⁵ บทกฎหมายหรือข้อบัญญัติ(statute) หมายความว่ารวมถึง พระราชบัญญัติต่างๆที่ออกโดยรัฐสภาซึ่งประกาศใช้โดยเปิดเผยชัดเจนแล้ว บังคับให้เป็นเรื่องที่ศาลต้องรู้เอง รายละเอียดโปรดดู G.D.Nokes, *supra* note 3, p.63.

⁶ Marea Beeman, "Judicial Notice", International War Crimes Project Rwanda Genocide Prosecution, New England School of Law, (may,2001) p.13. (Mimeographed.)

⁷ *Ibid.* p.11.

⁸ จากการค้นคว้าพบว่าขณะที่ร่างฯ คณะกรรมการเห็นว่า ในด้านเนื้อหาของกฎหมายคู่ความจะต้องกล่าวไว้ในคำคู่ความและการนำสืบพยานที่เหมาะสมภายใต้ข้อบังคับว่าด้วยวิธีพิจารณาความแพ่ง (Federal Rule of Civil Procedure) รายละเอียดโปรดดู Murl A. Larkin, "Texas Rules of Evidence : Judicial Notice", *Houston Law Review*, 228 (1993).

⁹ รายละเอียดของบทบัญญัติโปรดดูภาคผนวก ก. และ ข. ตามลำดับ

กฎหมายต่างๆภายในประเทศฝรั่งเศสมาใช้บังคับกับคดี¹⁰ ซึ่งต่างจากระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ ที่ศาลตัดสินตามกฎหมายจารีตประเพณีหรือแนวบรรทัดฐานของศาลเป็นหลัก ดังนั้นจึงจำเป็นที่คู่ความในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ต้องกล่าวอ้างข้อกฎหมายให้ศาลเห็น และเพื่อลดภาระของคู่ความดังกล่าวจึงเกิดแนวคิดเรื่องข้อกฎหมายที่รู้เองขึ้นในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์

1.1.3 กฎหมายที่ศาลรู้เองในประเทศไทย

ข้อกฎหมายที่ศาลรู้เห็นได้เองนั้นเป็นประเภทหนึ่งในหลัก เรื่องที่ศาลรู้เอง (judicial notice) หรือที่บางตำราเรียกว่า สิ่งที่ปรากฏแก่ศาลโดยศาลรับรู้เอง¹¹ ซึ่งเป็นหลักกฎหมายของทางคอมมอนลอว์¹² ถือว่าสิ่งที่คู่ความไม่ต้องนำสืบพยานมีอยู่ 2 ประการ คือ ข้อกฎหมายและข้อเท็จจริงบางประการ¹³ ซึ่งเห็นได้ชัดว่านอกจากไม่ต้องนำสืบข้อเท็จจริงบางประเภทแล้ว ข้อกฎหมายก็เป็นอีกเรื่องหนึ่งที่ไม่ต้องนำสืบ แต่ที่ว่าข้อกฎหมายเป็นเรื่องที่คู่ความไม่ต้องนำสืบนั้นหาได้ปรากฏอยู่ในบทมาตรา 84 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งไม่ ทั้งนี้ มาตรา 84(1) เป็นเรื่องว่าด้วยข้อยกเว้นไม่ต้องนำสืบข้อเท็จจริง โดยหลักทั่วไปมีอยู่ว่าคู่ความต้องนำสืบข้อเท็จจริงที่กล่าวอ้างเสมอ เพราะในบรรดาข้อพิพาทที่เป็นคดีความขึ้นมาสู่ศาลนั้น มีปัญหาที่ศาลจำต้องวินิจฉัยอยู่ 2 ประการ คือ ปัญหาข้อเท็จจริงและปัญหาข้อกฎหมาย แต่ทฤษฎีเรื่องพยานที่บัญญัติในกฎหมายไทยหาได้มีส่วนเกี่ยวพันถึงการนำสืบข้อกฎหมายแต่อย่างใดไม่¹⁴ โดย

¹⁰ Peter E. Herzog, Martha Weser, Civil procedure in France (The Hague: Martinus Nijhoff, 1967) p.306.

¹¹ ประมูล สุวรรณศร, คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยานหลักฐาน, พิมพ์ครั้งที่ 8 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2526) น.18

¹² ตามกฎหมายของอังกฤษก็เรียกว่า เรื่องที่ศาลรู้เอง ซึ่งเข้าใจว่าเขาแนวคิดมาจากประเทศอังกฤษ (judicial notice) โปรดดู โสภณ รัตนกร, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 4 น.96-97.

¹³ นักกฎหมายบางท่านเห็นว่า เรื่องที่ศาลรู้เอง (judicial notice) นี้ จำกัดเฉพาะข้อเท็จจริงเท่านั้น ส่วนข้อกฎหมายเป็นสิ่งที่ศาลรู้เองก็จริงแต่ปัญหาที่ว่ามีตัวบทกฎหมายว่าไว้อย่างไรหรือไม่ เป็นข้อเท็จจริง ดู โสภณ รัตนกร, เพิ่งอ้าง น.97 และ เข้มชัย ชุตินวงศ์, คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยาน, พิมพ์ครั้งที่ 7 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2543) น.15.

¹⁴ แอล ดูปลาตร์ และวิจิตร ลุคิตานนท์, กฎหมายลักษณะพยานและจิตตวิทยา, คำสอนภาค 4 ขึ้นปริญญาตรี พ.ศ.2477 น.6.

การนำสืบพยานจำกัดอยู่แต่ในปัญหาข้อเท็จจริง เหตุนี้มาตรา 84 จึงบัญญัติว่าด้วยเรื่องการนำสืบข้อเท็จจริงที่คู่ความได้กล่าวอ้างขึ้นเท่านั้น และมาตรา 85 บัญญัติว่า "คู่ความฝ่ายที่มีหน้าที่ต้องนำสืบข้อเท็จจริง..." ไม่ปรากฏว่ามีข้อความตอนใดกล่าวถึงการนำสืบข้อกฎหมายแต่อย่างใดเลยจริงอยู่แม้ในทางปฏิบัติคู่ความจะไม่ต้องนำสืบในปัญหาข้อกฎหมายเช่นเดียวกับหลักกฎหมายของทางคอมมอนลอว์ในเรื่องที่ศาลรู้เอง แต่เข้าใจได้ว่าการที่ไม่ต้องสืบพยานนั้นเป็นเพราะบทบัญญัติมาตรา 84 และ 85 บังคับให้ต้องนำสืบแต่ในปัญหาข้อเท็จจริงมิได้เป็นบทบังคับรวมไปถึงการนำสืบข้อกฎหมายดังที่กล่าวมาแล้ว ฉะนั้นคู่ความจึงไม่ต้องนำสืบในปัญหาข้อกฎหมายตามบทบัญญัติมาตราทั้งสองนี้เอง หากใช่จะเป็นเพราะหลักกฎหมายคอมมอนลอว์ว่าด้วยเรื่องศาลรู้เอง (judicial notice) แต่ประการใด¹⁵

เหตุอีกประการที่คู่ความไม่ต้องนำสืบถึงข้อกฎหมายว่ามีอยู่เช่นไรนั้น เพราะหลักกฎหมายมีอยู่ว่า ทุกคนต้องรู้กฎหมาย ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 64¹⁶ ศาลก็ต้องรู้ด้วยเหมือนกันและต้องรู้เป็นอย่างดี¹⁷ นอกจากนี้เมื่อพูดถึงคำว่า "ข้อกฎหมาย หรือตัวบทกฎหมาย" แล้ว ข้อความก็แสดงชัดอยู่ในตัวแล้วว่าไม่ใช่ข้อเท็จจริง จึงเป็นเรื่องที่ไม่ต้องนำสืบ เมื่อมีคดีใดอันเกี่ยวข้องกับตัวบทกฎหมายแล้ว ไม่ว่าข้อกฎหมายนั้นจะยุ่งยากซับซ้อนหรือชุกชอนอยู่ ณ ที่ใด ก็ต้องถือว่าศาลเป็นผู้รู้ทั้งสิ้น¹⁸ เพื่อจะชี้ให้เห็นชัดว่าในเรื่องข้อกฎหมายเป็นเรื่องที่ศาลต้องรู้เองและคู่ความไม่ต้องสืบพยาน จึงขอยกข้อความที่กฎหมายบัญญัติในเรื่องนี้ไว้ในมาตรา 134 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ซึ่งบัญญัติว่า "ไม่ว่าในกรณีใดๆ ห้ามมิให้ศาลที่รับฟ้องคดีไว้ปฏิเสธไม่ยอมพิพากษาหรือมีคำสั่งชี้ขาดคดีโดยอ้างว่าไม่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่จะใช้บังคับแก่คดี หรือว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่จะใช้บังคับนั้นเคลือบคลุมหรือไม่บริบูรณ์" ซึ่งเห็น

¹⁵ ธีรฤทธิ์ พันธุ์ฤทธิ์, ข้อคิดใหม่ในกฎหมายลักษณะพยานหลักฐาน, (กรุงเทพมหานคร: บริษัทสำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด, 2547) น.124.

¹⁶ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 64 บัญญัติว่า "บุคคลจะแก้ตัวว่าไม่รู้กฎหมาย เพื่อให้พ้นจากความรับผิดชอบในทางอาญาไม่ได้..."

¹⁷ ยิ่งศักดิ์ กฤษณะจินดา และวุฒิพงษ์ เวชยานนท์. คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยาน. พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร : ห้างหุ้นส่วนจำกัดพิมพ์อักษร, 2541) น.84.

¹⁸ โสภ โกศิน. คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยานหลักฐาน. พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร: หอรัตนชัยการพิมพ์, 2538) น.20.

ได้ชัดว่าข้อกฎหมายเป็นเรื่องที่ศาลรู้เองและเป็นหน้าที่ของศาลที่จะยกบทบัญญัติแห่งกฎหมายมาใช้บังคับแก่คดี

อย่างไรก็ตามในทางปฏิบัติไม่ใช่กฎหมายทุกประเภทที่ศาลจะต้องรู้เองเพราะคำว่ากฎหมายนั้นถ้ากล่าวลอยๆก็เป็นคำกว้าง มีทั้งกฎหมายลายลักษณ์อักษรและมีชื่อย่อลายลักษณ์อักษรดังได้กล่าวไว้ในบทที่ 2 เรื่องบ่อเกิดของกฎหมาย ดังนั้น จึงควรพิจารณาโดยละเอียดว่าสิ่งใดบ้างที่ถือว่าเป็นกฎหมายไทยซึ่งศาลจำต้องรู้เองดังหัวข้อที่ควรพิจารณาต่อไปนี้

1.1.3.1 กฎหมายที่บัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษร

สำหรับกฎหมายที่บัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษรที่ศาลต้องรู้เองสามารถแยกพิจารณาออกได้เป็น

ก. กฎหมายลำดับสูง

คำว่ากฎหมายที่ศาลรู้ได้เองนี้ โดยปกติจะพิจารณาตามลำดับศักดิ์ของกฎหมาย กล่าวคือ กฎหมายที่อยู่ในลำดับสูงก็ถือว่าเป็นกฎหมายที่ศาลรู้เอง เช่น รัฐธรรมนูญ พระราชบัญญัติ พระราชกำหนด ประมวลกฎหมาย¹⁹ สิ่งเหล่านี้เมื่อประกาศในราชกิจจานุเบกษา แล้วก็ถือว่าเป็นกฎหมายทั้งสิ้น แม้บทกฎหมายเดิมจะถูกแก้ไขเพิ่มเติม แต่เมื่อยังไม่ถูกยกเลิกและยังใช้บังคับอยู่ แม้ใจทักจะฟ้องอ้างแต่พระราชบัญญัติและบทมาตราเดิมไม่อ้างกฎหมายที่แก้ไขเพิ่มเติมเป็นบทลงโทษด้วยก็ใช้ได้ และถือเป็นหน้าที่ของศาลที่ต้องรู้เองด้วย²⁰

ส่วนพระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง และข้อบัญญัติส่วนท้องถิ่น แม้จะมีใช้กฎหมายในลำดับสูงแต่ก็เป็นกฎหมายใช้บังคับแก่คนทั่วประเทศ มิใช่บังคับเฉพาะแต่คนในท้องถิ่นเท่านั้น จึงเป็นกฎหมายที่ศาลจะต้องทราบเองโดยใจทักก็ต้องนำสืบความในข้อบัญญัติดังกล่าว²¹

ข. พระบรมราชโองการในสมัยสมบูรณาญาสิทธิราชย์

ในสมัยที่ประเทศไทยยังมีการปกครองแบบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ พระมหากษัตริย์ทรงมีพระราชอำนาจสูงสุด พระบรมราชโองการของพระมหากษัตริย์ในสมัยนั้นจึงถือว่าเป็นกฎหมาย และยังคงมีกฎหมายต่างๆในสมัยนั้นอีกเป็นจำนวนมากที่ยังมิได้ถูกยกเลิกในสมัยประชาธิปไตยนี้ จึงเห็นควรตั้งข้อสังเกตไว้ในที่นี้ด้วย การประกาศใช้กฎหมายในสมัยนั้นยังใช้

¹⁹ ประมวลกฎหมายจะต้องมีพระราชบัญญัติออกมาให้บังคับใช้ตั้งแต่เมื่อใด ประมวลกฎหมายจึงถือเสมือนเป็นส่วนหนึ่งของพระราชบัญญัตินั้น

²⁰ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 657/2506

²¹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1074/2525

ถ้อยคำสลับส่นกันอยู่ เช่น เรียกว่าพระราชบัญญัติบ้าง พระราชกฤษฎีกาบ้าง พระบรมราชโองการ หรือประกาศพระราชดำรัสบ้าง กฎข้อบังคับบ้าง เหล่านี้ล้วนถือว่าเป็นกฎหมายทั้งสิ้น บางทีแม้แต่ การที่กระทรวงเจ้าหน้าที่ได้รับสนองพระบรมราชโองการ ก็มีผลเป็นกฎหมายได้ เช่น ตราสาร กระทรวงยุติธรรม ที่ 30/4353 ลงวันที่ 26 กันยายน 2460 เรื่องการรับสนองพระบรมราชโองการให้ ขยายลัทธิประเพณีอิสลาม ตามคัมภีร์โคหร่านของพระมะหะหมัดให้ทั่วคาบสมุทรมลายูปักษ์ใต้ ของประเทศไทย²²

ในบางกรณีกระแสพระบรมราชโองการ ซึ่งทำเป็นเอกสารและมอบให้แก่บุคคลใด บุคคลหนึ่งไว้โดยมิได้ประกาศให้ประชาชนทราบ ยังมีผลเป็นกฎหมายได้ เช่น อย่างลายพระราช หัตถ์เลขาซึ่งทรงพระราชทานที่ดินให้แก่เอกชน ซึ่งมีข้อความว่า “สมเด็จพระปรมินทรมหาประชาธิปก พระปกเกล้าเจ้าแผ่นดินสยาม ขอประกาศไว้แก่ท่านทั้งหลายทั้งปวงผู้ที่จะได้พบอ่านหนังสือสำคัญ ฉบับนี้ว่าที่ดินตามโฉนดที่...นี้ได้ยกให้เป็นสิทธิ เป็นทรัพย์สินแก่นาย ก.แล้วฯ” เช่นนี้ แม้กระแสพระ บรมราชโองการนั้นจะตกอยู่ในมือ นาย ก. แต่ผู้เดียวโดยมิได้มีการประกาศโฆษณาให้ประชาชน ทราบก็ดี ก็ต้องถือว่าที่ดินนั้นตกไปเป็นกรรมสิทธิ์ของนาย ก.โดยมิต้องมีการโอนโฉนดที่ดินกันตาม กฎหมายที่ดินและประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์²³

กรณีพระบรมราชโองการมีผลเด็ดขาดตามกฎหมาย หากไม่มีพระบรมราชโองการของ พระองค์ท่านเองหรืออำนาจอื่นโดยยกเลิกเพิกถอน พระบรมราชโองการนั้นย่อมมีผลอยู่ เช่น พระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัวได้พระราชทานที่ดินพิพาทให้ ร. โดยมีพระบรมราช โองการให้ใช้ที่ดินเป็นสวนขุ้ยฝั่งศพบุคคลในตระกูลของ ร. ตลอดไป ไม่พึงประสงค์ให้ บุคคลภายนอกคนใดคนหนึ่งละเมิดสิทธิทำลายหรือถอนสิ่งที่บุคคลในตระกูลของ ร. ก่อสร้างใน ที่ดินดังกล่าว และต่อมา ร. ได้ทำพินัยกรรมแสดงเจตนารมณ์ว่า ให้ผู้สืบตระกูลต่างมีสิทธิร่วมกัน ในที่ดินพิพาท ไม่ให้โอนขายจำนองที่ดินดังกล่าวอันเป็นการไม่พึงประสงค์ให้ที่ดินพิพาทเปลี่ยน มือ โดยมีพระบรมราชโองการของพระบาทสมเด็จพระมงกุฎเกล้าเจ้าอยู่หัวทรงรับรองความถูกต้อง ของพินัยกรรม และมีพระราชประสงค์ให้ที่ดินดังกล่าวเป็นที่ฝังศพของบุคคลในตระกูลของ ร. เป็น การถาวรดังข้อความในพินัยกรรม หากมีบุคคลใดก็ตามฟ้องร้องว่ากล่าวเพื่อบังคับเอาที่ดินพิพาท ไปใช้ผิดวัตถุประสงค์ก็ห้ามมิให้ผู้พิพากษาจับฟ้องรับวินิจฉัยคดีให้ผิดไปจากพินัยกรรม ดังนี้ พระ บรมราชโองการของพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว และพระบาทสมเด็จพระมงกุฎ

²² โสถ โกสิน, อ้างแล้ว เจริญรทที่ 18 น.29.

²³ คำพิพากษาฎีกาที่ 323/2486

เกล้าเจ้าอยู่หัวซึ่งเป็นพระบรมราชโองการของพระมหากษัตริย์ในสมัยสมบูรณาญาสิทธิราชย์มีผลเด็ดขาดตามกฎหมาย เมื่อมิได้มีพระบรมราชโองการของพระองค์ท่านเองหรืออำนาจเด็ดขาดอื่นใด อันมีเจตนารมณ์ยกเลิกเพิกถอนโดยเฉพาะแล้ว พระบรมราชโองการนั้นย่อมมีผลอยู่ซึ่งพระบรมราชโองการดังกล่าวมีพระราชประสงค์รวมถึงการห้ามมิให้ฟ้องร้องเอาที่ดินพิพาทโดยการอ้างการครอบครองปรปักษ์ด้วย ดังนั้น จำเลยจึงไม่อาจยกอายุความการครอบครองปรปักษ์ที่ดินพิพาทขึ้นต่อสู้โจทก์ ซึ่งเป็นผู้จัดการมรดกของ ร. ได้²⁴

อีกตัวอย่างที่พระบรมราชโองการของพระมหากษัตริย์ในสมัยสมบูรณาญาสิทธิราชย์ย่อมมีผลเป็นกฎหมาย เมื่อมิได้มีพระบรมราชโองการของพระองค์ท่านเองหรืออำนาจเด็ดขาดอื่นใดยกเลิกเพิกถอนโดยเฉพาะแล้ว พระบรมราชโองการนั้นย่อมมีผลอยู่ ฉะนั้น การที่พระบาทสมเด็จพระมงกุฎเกล้าเจ้าอยู่หัวทรงมีพระบรมราชโองการรับรองความถูกต้องของพินัยกรรมให้ที่ดินพิพาทเป็นที่ฝังศพของบุคคลใดในตระกูลเจ้ามรดกเป็นการถาวรดังความในพินัยกรรม ทั้งทรงห้ามบุคคลใดฟ้องร้องเพื่อบังคับเอาที่ดินพิพาทไปใช้ผิดวัตถุประสงค์ หากมีการฟ้องร้องดังกล่าวก็ห้ามมิให้ผู้พิพากษารับฟ้องรับวินิจฉัยคดีให้ผิดไปจากพินัยกรรมนั้น ย่อมมีผลรวมถึงการห้ามมิให้ฟ้องร้องเอาที่ดินพิพาทโดยอ้างการครอบครองปรปักษ์ด้วย เพราะฉะนั้นแล้วอาจเป็นช่องทางให้ทายาท หรือผู้จัดการมรดกหลีกเลี่ยงข้อความในพินัยกรรมและขัดต่อพระราชประสงค์ โดยวิธีปล่อยให้ผู้รับโอนที่ดินพิพาทครอบครองปรปักษ์และใช้ที่ดินพิพาทไปแสวงหาประโยชน์อย่างอื่นนอกจากใช้เป็นที่ฝังศพของตระกูล เป็นการทำให้วัตถุประสงค์ในพินัยกรรมไร้ผลเมื่อเป็นเช่นนี้ จำเลยจึงไม่อาจยกอายุความการครอบครองปรปักษ์ที่ดินพิพาทขึ้นต่อสู้โจทก์ซึ่งเป็นผู้จัดการมรดกได้²⁵

มีข้อที่ต้องสังเกตว่า กระแสพระบรมราชโองการซึ่งจะมีผลเป็นกฎหมายนั้นจะต้องเข้าลักษณะที่ว่า มีพระราชประสงค์จะให้ผูกพันต่อบุคคลทั่วไปด้วย เช่น เรื่องการพระราชทานที่ดินดังกล่าวข้างต้น แม้จะเป็นการพระราชทานต่อบุคคลโดยเฉพาะเจาะจง แต่ก็มีพระราชประสงค์ให้บุคคลทั่วไปเคารพในกรรมสิทธิ์ของผู้ได้รับพระราชทานนั้น ตรงกันข้ามในบางกรณี ถ้าเป็นเรื่องมีกระแสพระบรมราชโองการต่อบุคคลใด เป็นเรื่องเฉพาะตัวต่อบุคคลนั้นไม่เกี่ยวกับบุคคลภายนอกแล้ว กระแสพระบรมราชโองการนั้นก็หาจะมีผลเป็นกฎหมายไม่ เช่น เพียงแต่ทรงลายพระราชหัตถ์ใน

²⁴ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1346-1377/2535

²⁵ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2372/2535

หนังสือราชการ ซึ่งมีเจ้าหน้าที่ทูลเกล้าฯ ถวายลงมาว่า “ต่อไปหากจะปฏิบัติในเรื่องเช่นนี้ต้องให้ฉันทราบก่อน” เป็นต้น

พระบรมราชโองการที่ได้มีการประกาศให้ประชาชนทราบนี้ แม้จะมีผลเป็นกฎหมายก็จะเกณฑ์ให้ศาลต้องรับรู้เองมิได้ ฉะนั้น เมื่อผู้ใดอ้างในเรื่องเช่นนี้ จึงมีหน้าที่ต้องนำสืบให้ศาลรู้ จึงเป็นข้อแตกต่างกับเรื่องที่มีการประกาศซึ่งถือว่าศาลรับรู้เอง อาทิ ประกาศกระแสพระบรมราชโองการให้ใช้สัญญาว่าด้วยการเดินรถไฟระหว่างพระราชอาณาจักรสยามกับกัณฑ์ตัน ไทรบุรี เปอร์ลิส และสหรัฐอเมริกา ลงวันที่ 24 ธันวาคม พ.ศ. 2467 เป็นพระบรมราชโองการของพระบาทสมเด็จพระมงกุฎเกล้าเจ้าอยู่หัว รัชกาลที่ 6 ซึ่งเป็นพระมหากษัตริย์ในสมัยสมบูรณ์นิติราชาธิปไตย มีผลบังคับใช้เป็นกฎหมาย เมื่อได้ประกาศในราชกิจจานุเบกษาแล้วถือว่าเป็นที่ทราบทั่วกันและเป็นข้อที่ศาลรับรู้ได้เอง²⁶

ค. ประกาศ

ที่ได้กล่าวมาแล้วสิ่งทีเรียกได้ว่าเป็นกฎหมายก็ได้แก่ รัฐธรรมนูญ พระราชบัญญัติ พระราชกำหนด พระราชกฤษฎีกา และกฎกระทรวง เป็นต้น แต่ในบางกรณีประกาศก็มีผลเป็นกฎหมายได้ซึ่งได้แก่ ประกาศของคณะผู้ปกครองประเทศระหว่างปฏิวัติหรือรัฐประหารซึ่งออกให้มีผลบังคับเป็นการทั่วไป เช่น ประกาศของคณะปฏิวัติหรือคณะปฏิรูปการปกครองแผ่นดิน จึงถือว่าเป็นสิ่งที่ศาลรู้เอง คู่ความไม่จำเป็นต้องสืบพยาน นอกจากนี้ประกาศที่ออกโดยอาศัยประกาศของคณะปฏิวัติหากมีผลบังคับอย่างกฎหมายย่อมถือว่าเป็นเรื่องที่ศาลรู้เอง เช่น ประกาศกระทรวงมหาดไทยเรื่องหลักเกณฑ์และวิธีการจ่ายเงินค่าทดแทนตลอดจนจำนวนเงินค่าทดแทนเป็นหลักเกณฑ์และวิธีการจ่ายเงินค่าทดแทน ซึ่งกระทรวงมหาดไทยมีอำนาจกำหนดขึ้นตามประกาศของคณะปฏิวัติฉบับที่ 19 ข้อ 3 วรรคสอง นั้นมีผลบังคับอย่างกฎหมาย²⁷ หรือประกาศกระทรวงมหาดไทย เรื่อง การแรงงานสัมพันธ์ ออกตามอำนาจในข้อ 4 และ 14 แห่งประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับ 103 ถือเป็นกฎหมายที่ศาลรู้เอง²⁸

ส่วนประกาศอีกประเภทหนึ่งที่กฎหมายบางชนิคมมอบอำนาจให้เจ้าพนักงานหรือคณะกรรมการมีอำนาจออกประกาศของพนักงานเจ้าหน้าที่ได้ เช่น พระราชบัญญัติสภาตำบลและองค์การบริหารส่วนตำบล พ.ศ. 2537 มาตรา 5 บัญญัติไว้ว่า “ให้รัฐมนตรีว่าการ

²⁶ คำพิพากษาฎีกาที่ 359/2530

²⁷ คำพิพากษาฎีกาที่ 270/2510 ประชุมใหญ่

²⁸ คำพิพากษาฎีกาที่ 779/2519

กระทรวงมหาดไทยรักษาการตามพระราชบัญญัตินี้และให้อำนาจออกกฎกระทรวง ระเบียบ ข้อบังคับ ประกาศ...” จึงมีปัญหว่าประกาศของพนักงานเจ้าหน้าที่ซึ่งมีบทกำหนดโทษไว้ด้วย เช่นนี้มีผลเป็นกฎหมายที่ศาลรู้เองหรือไม่ ซึ่งฝ่ายที่บอกว่าไม่เป็นกฎหมาย เห็นว่าประกาศเช่นนี้จะ มีผลดังต่อไปนี้²⁹

(1) ประกาศไม่เป็นกฎหมาย เพราะกฎหมายนั้นอย่างมากก็ออกได้เพียงกฎกระทรวง การออกกฎหมายจะต้องอาศัยอำนาจนิติบัญญัติจากสภาผู้แทนราษฎร เพียงแต่พนักงาน เจ้าหน้าที่ไม่มีอำนาจออกกฎหมาย

(2) เมื่อประกาศไม่เป็นกฎหมายแล้ว จึงมีผลเป็นเพียง “คำสั่งของเจ้าพนักงานซึ่งออก โดยชอบด้วยกฎหมาย” เท่านั้น ผู้ใดฝ่าฝืนก็เท่ากับเป็นการฝ่าฝืนคำสั่งโดยชอบด้วยกฎหมายของ เจ้าพนักงาน เว้นแต่มีการกำหนดโทษกันไว้เป็นพิเศษเท่านั้น

(3) เมื่อประกาศไม่เป็นกฎหมายแล้ว คำสั่งหรือประกาศนั้นก็เป็นแต่เพียงข้อเท็จจริงซึ่ง ศาลไม่ยอมรับรู้ ผู้ใดกล่าวอ้างผู้นั้นย่อมนำสืบ³⁰

(4) โจทก์จะต้องนำสืบว่าจำเลยได้ทราบประกาศนั้น มิฉะนั้นศาลจะลงโทษไม่ได้³¹

สำหรับตัวอย่างคำพิพากษาศาลฎีกาที่เห็นว่าประกาศที่ไม่ถือว่าเป็นกฎหมายมีดังนี้

ประกาศของคณะกรรมการจังหวัดสงขลาที่ออกตามพระราชบัญญัติควบคุมเครื่อง อุปโภคบริโภคฯ พ.ศ.2488 ไม่ใช่กฎหมาย แม้คณะกรรมการจังหวัดสงขลาจะได้ส่งประกาศฉบับ นั้นมายังศาลแล้วก็ตาม ถือว่าเป็นเพียงการแจ้งให้ผู้พิพากษาและเจ้าพนักงานศาลที่ทำงานอยู่ใน ศาลนั้นทราบ มิใช่อ้างส่งเป็นพยานหลักฐานในสำนวน ดังนั้นแม้ผู้พิพากษาจะทราบประกาศนั้น อยู่ก่อนก็ยกมาไว้ในสำนวนความไม่ได้ เมื่อโจทก์ไม่อ้างส่งประกาศนั้นๆเป็นพยานก็ทราบไม่ได้ว่า ประกาศที่โจทก์กล่าวมาในฟ้องได้ออกโดยอาศัยกฎหมายฉบับใด เพราะกฎหมายให้อำนาจ คณะกรรมการฯออกประกาศได้นั้นมีอยู่หลายฉบับด้วยกัน ถ้าอำนาจที่อ้างมานั้นไม่ตรงกับเรื่อง ประกาศนั้นก็ใช้ไม่ได้ เมื่อโจทก์ไม่อ้างประกาศนั้นเป็นพยาน ศาลก็ยังเป็นที่พอใจไม่ได้ว่าจำเลย กระทำผิด จึงพิพากษายกฟ้องโจทก์³²

²⁹ โอสถ โกศิน, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 18 น.31.

³⁰ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 327/2490

³¹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 402-405/2491 และ 406/2491

³² คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 987/2491

ข้อกำหนดหรือข้อบังคับของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทย กำหนดเขตพื้นที่การ
รับผิดชอบ หรือการปกครองของหน่วยราชการให้กองบัญชาการสอบสวนกลางมีอำนาจสอบสวน
ได้เพียงใดไม่ใช่ข้อกฎหมายที่ศาลต้องรู้เอง³³

กฎหมายอาญา แม้จะตราขึ้นโดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติคณะสงฆ์ก็
ไม่ใช่กฎหมาย เป็นเรื่องที่ต้องนำสืบ³⁴

ประกาศของรัฐมนตรีตามพระราชบัญญัติป่าไม้กำหนดเขตควบคุมการแปรรูปไม้ซึ่ง
ถ้าผู้ใดมีไม้สักแปรรูปไว้ในครอบครองภายในเขตควบคุมนี้จะต้องมีความผิด³⁵ ระเบียบการจ่ายค่า
นำจับตามพระราชบัญญัติการประมง พ.ศ.2490 มาตรา 71³⁶ หรือระเบียบข้อบังคับที่อธิบดี
กรมไปรษณีย์โทรเลขวางไว้ ห้ามมิให้ส่งวัตถุบางชนิดทางไปรษณีย์ตามพระราชบัญญัติไปรษณีย์
พ.ศ.2477 มาตรา 21(1)(2)³⁷ เหล่านี้ไม่ใช่กฎหมายแต่เป็นเรื่องที่ต้องนำสืบ แต่ประกาศกระทรวง
เกษตรกำหนดระยะเวลาห้ามล่าสัตว์ป่าคุ้มครองประเภทสองบางชนิดซึ่งประกาศในราชกิจจานุ
เบกษาแล้วย่อมถือได้ว่าเป็นอันรู้แก่บุคคลทั่วไปรวมทั้งจำเลยด้วย โจทก์จึงไม่ต้องนำสืบว่าจำเลย
ทราบประกาศดังกล่าวอีก³⁸

ประกาศของกระทรวงการคลังที่กำหนดอัตราดอกเบี้ยขั้นสูงที่จะอนุญาตให้ธนาคาร
และสถาบันการเงินเรียกเก็บจากลูกค้าเกินกว่าอัตราร้อยละ 15 ต่อปีตามปกติได้นั้น ไม่ใช่
กฎหมายที่ศาลจะต้องรู้เอง คู่ความที่ประสงค์จะได้ประโยชน์ตามประกาศของกระทรวงการคลัง
ฉบับนี้จะต้องกล่าวอ้างและนำสืบให้เห็นถึงประกาศกระทรวงการคลังฉบับดังกล่าวว่า อนุญาตให้
สถาบันการเงินหรือธนาคารเรียกดอกเบี้ยเงินกู้จากลูกค้าได้สูงกว่าร้อยละ 15 ต่อปี ศาลจึงจะ
ตัดสินให้ ถ้าไม่กล่าวอ้างหรือกล่าวอ้างแต่ไม่นำสืบให้เห็นก็ถือว่าฟังไม่ได้ว่ามีประกาศ
กระทรวงการคลังดังกล่าวอนุญาตให้สถาบันการเงินหรือธนาคารเรียกดอกเบี้ยจากลูกค้าได้เกิน
กว่าร้อยละ 15 ต่อปี³⁹

³³ คำพิพากษาฎีกาที่ 214/2498

³⁴ คำพิพากษาฎีกาที่ 295/2510

³⁵ คำพิพากษาฎีกาที่ 313/2518

³⁶ คำพิพากษาฎีกาที่ 1072/2518

³⁷ คำพิพากษาฎีกาที่ 2135/2518

³⁸ คำพิพากษาฎีกาที่ 2791/2516

³⁹ คำพิพากษาฎีกาที่ 650/2532

อย่างไรก็ตามมีคำพิพากษากฎีกาอีกแนวหนึ่งคือคำพิพากษากฎีกาที่ 4072 / 2545 จำเลยยอมรับข้อเท็จจริงว่า โจทก์เป็นสถาบันการเงิน ดังนั้น โจทก์ย่อมมีสิทธิคิดดอกเบี้ยตามประกาศธนาคารแห่งประเทศไทย ซึ่งออกโดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจเงินทุน ธุรกิจหลักทรัพย์และธุรกิจเครดิตฟองซิเอร์ฯ มาตรา 30(2) ไม่ตกอยู่ในบังคับตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 654 ข้อกฎหมายดังกล่าวศาลรู้ได้เองโดยโจทก์ไม่ต้องสืบพยานประกอบตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 84

ปัญหาของคำพิพากษากฎีกาที่ 4072 / 2545 คือทำให้มองได้เป็นสองนัยว่า

(1) เป็นการกลับหลักคำพิพากษากฎีกาเก่าโดยยอมรับว่ากฎหมายลำดับรองในรูปของประกาศของฝ่ายบริหารเช่นนี้เป็นข้อกฎหมายที่ศาลรู้ได้เอง หรือ

(2) ไม่ได้กลับหลักฎีกาเก่าๆ เพียงแต่ว่าเมื่อข้อเท็จจริงปรากฏว่าจำเลยยอมรับข้อเท็จจริงว่าเป็นสถาบันการเงิน และไม่ปรากฏว่าจำเลยปฏิเสธข้อเท็จจริงในเรื่องของการมีอยู่ของประกาศดังกล่าว จึงต้องถือว่า จำเลยรับข้อเท็จจริงว่ามีประกาศนั้นแล้ว

ผู้เขียนเห็นว่า ประกาศเป็นกฎหมายลำดับรองที่ฝ่ายบริหารได้รับมอบอำนาจจากฝ่ายนิติบัญญัติให้ตราบทบัญญัติกำหนดหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขในรายละเอียดที่ต้องปฏิบัติตามพระราชบัญญัติ ภายใต้หลักการที่พระราชบัญญัติกำหนดไว้ เมื่อประกาศดังกล่าวเป็นกฎหมายและคู่ความได้กล่าวอ้างมาในคดีแล้ว จึงน่าจะเป็นเรื่องที่ศาลรู้เองโดยคู่ความผู้กล่าวอ้างไม่ต้องนำสืบอีก ซึ่งจะได้นำไปกล่าวในบทวิเคราะห์ต่อไป

ง. มติคณะรัฐมนตรี

ก่อนที่จะไปพิจารณาว่ามติคณะรัฐมนตรีเป็นเรื่องที่ศาลรู้เองหรือไม่ จะต้องพิจารณาเสียก่อนว่ามติคณะรัฐมนตรีมีฐานะเป็นกฎหมายหรือไม่

มติคณะรัฐมนตรี จำแนกได้เป็น 2 จำพวกใหญ่ๆ คือ

1) มติคณะรัฐมนตรีที่เกิดจากกฎหมายให้อำนาจไว้ เช่น พระราชบัญญัติว่าด้วยการเวรคืนอสังหาริมทรัพย์ พ.ศ.2497 ให้อำนาจคณะรัฐมนตรีแต่งตั้งคณะกรรมการเวรคืน

2) มติคณะรัฐมนตรีที่ออกมาโดยมิได้อาศัยอำนาจจากกฎหมายฉบับใด เช่น การแต่งตั้งคณะกรรมการต่างๆ

ผู้เขียนเห็นว่า เฉพาะมติคณะรัฐมนตรีที่เกิดจากกฎหมายให้อำนาจไว้เท่านั้นจึงจะมีฐานะเป็นกฎหมาย ส่วนมติที่ออกโดยมิได้อาศัยอำนาจจากกฎหมายไม่มีฐานะเป็นกฎหมาย ดังนั้น เมื่อมติคณะรัฐมนตรีที่เกิดจากกฎหมายให้อำนาจไว้มีฐานะเป็นกฎหมาย จึงต้องถือว่าเป็นเรื่องที่ศาลรู้เอง

อย่างไรก็ตาม เนื่องจากมติคณะรัฐมนตรีมีเป็นจำนวนมากคู่ความจึงต้องกล่าวอ้างมาในคำคู่ความว่าอาศัยมติคณะรัฐมนตรีฉบับใด แต่ไม่ต้องนำสืบพิสูจน์อีกเพราะถือว่าเป็นเรื่องที่ศาลต้องรู้ถึงมติคณะรัฐมนตรีฉบับนั้นเองว่ามีเนื้อหาอย่างไร

1.1.3.2 กฎหมายที่มีได้บัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษร

กฎหมายที่กล่าวมาข้างต้นเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษร แต่ยังมีกฎหมายที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษรดังที่กล่าวไว้ในเรื่องบ่อเกิดของกฎหมายว่าเป็นกฎหมายที่มีได้เกิดขึ้นจากกระบวนการทางนิติบัญญัติ โดยอาจมีรูปลักษณะเป็นจารีตประเพณีหรือมีรูปลักษณะเป็นหลักกฎหมายทั่วไป จึงขอแยกพิจารณาว่ากฎหมายทั้งสองดังกล่าวจะถือว่าเป็นศาลรู้เองหรือไม่

ก. จารีตประเพณี

จารีตประเพณีเป็นบ่อเกิดของกฎหมายประเภทหนึ่งที่มีได้บัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษรซึ่งศาลสามารถนำมาบังคับใช้กับคดีได้ดังที่กล่าวมาแล้วในบทที่ 2 กฎหมายจารีตประเพณีมีทั้งในฐานะอยู่คู่เคียงกับกฎหมายลายลักษณ์อักษร เช่น ทำให้ผู้อื่นได้รับบาดเจ็บในการชกมวยและในฐานะบทสำรอง⁴⁰ ดังจะเห็นได้จากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 4 วรรคสองถือว่าเป็นกฎหมายด้วย และวางอันดับไว้ก่อนหลักกฎหมายทั่วไปโดยบัญญัติว่า “เมื่อไม่มีบทกฎหมายที่จะยกมาปรับคดีได้ ให้วินิจฉัยคดีนั้นตามจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น...” เช่น ประเพณีของชนบทบางแห่ง คำจ้างทำนาไร่ละ 3 ถัง ฉะนั้นเมื่อตกลงจ้างกันทำนาแต่ไม่ได้พูดถึงคำจ้างไว้ก็ต้องให้อัตราไร่ละ 3 ถังดังกล่าว

จารีตประเพณีท้องถิ่นนั้น ถึงแม้จะให้นำมาใช้ตามกฎหมายได้แต่ก็หาใช่กฎหมายโดยแท้ไม่ โดยถือว่าเป็นสิ่งที่ศาลไม่อาจรู้ได้เองแม้ตัวผู้พิพากษาเองจะเป็นคนในท้องถิ่นนั้นก็ตาม จารีตประเพณีที่ศาลจะรับรู้ได้เองนั้นจะต้องเป็นจารีตประเพณีที่รู้จักกันอยู่โดยทั่วไป⁴¹

มีคำพิพากษาฎีกาที่ 104/2462 ได้วางหลักไว้ว่า ประเพณีที่จะยกขึ้นใช้ได้นั้นจะต้องประกอบด้วยหลักเกณฑ์ดังต่อไปนี้

- 1) เป็นประเพณีที่มีมานาน
- 2) เป็นประเพณีอันสมควร
- 3) มีกำหนดแน่นอนโดยสถานที่และบุคคลที่เกี่ยวข้อง

⁴⁰ ปรีดี เกษมทรัพย์, กฎหมายแพ่ง: หลักทั่วไป, (กรุงเทพมหานคร: ห้างหุ้นส่วนจำกัด ภาพพิมพ์, 2526) น.22.

⁴¹ ประมุข สุวรรณศรี, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 11 น.31.

4) ยังไม่มีประกาศ พระราชบัญญัติ มายกเลิกหรือขัดกับประเพณีนั้น

ตัวอย่างกรณีที่ศาลนำกฎหมายจารีตประเพณีมาบังคับใช้ เช่น คำพิพากษาฎีกาที่ 845/2497 ได้วินิจฉัยว่า ธรรมเนียมประเพณีว่าการค้าเกี่ยวกับการขนส่งที่ทราบกันอยู่ระหว่างคู่สัญญานั้นแล้วว่าถ้าเสียเวลาก็มีการคิดค่าเสียเวลาให้แก่กัน ดังนี้แม้ไม่ได้เขียนระบุไว้เป็นอย่างอื่นประเพณีนั้นก็ย่อมใช้บังคับกันได้

นอกจากนี้หากบางท้องถิ่นมีจารีตประเพณีว่าการซื้อต้องมีแถม ศาลก็เคยบังคับให้ ข้อสำคัญก็คือว่าประเพณีต้องไม่ขัดต่อกฎหมาย⁴² เช่น กฎหมายบัญญัติว่าการให้ช่างต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียน ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 525 จะมาอ้างว่าที่เขียนรายการยกช่างให้ด้วยปากเปล่าก็สมบูรณ์ อย่างนี้อ้างไม่ได้⁴³ ฝ่ายค้านห้องตามสภาพหาใช่สาระสำคัญของอาคารไม่ และโจทก์ไม่นำสืบถึงจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่นให้เห็นเป็นอย่างอื่น ฝ่ายนั้นจึงไม่ใช่ส่วนควบของอาคาร⁴⁴ ประเพณีการค้าของธนาคารที่ให้ธนาคารเรียกดอกเบี้ยทบต้นได้นั้น เป็นเรื่องที่คู่ความต้องนำสืบ⁴⁵

ข. หลักกฎหมายทั่วไป

สำหรับ “หลักกฎหมายทั่วไป” (general principle of law) นั้น ต้องเข้าใจว่าเป็นหลักทั่วไปของกฎหมาย หาใช่หลักของกฎหมายทั่วไปไม่⁴⁶ ปัญหาว่า หลักกฎหมายทั่วไปเป็นกฎหมายที่ศาลรู้เองหรือไม่นั้น จะเห็นได้ว่าหลักกฎหมายทั่วไปนี้ไม่มีคำจำกัดความว่าหมายถึงอะไร แต่พอจะกล่าวได้ว่า คือหลักที่ประเทศส่วนมากในโลกเห็นว่าเป็นความยุติธรรม จึงรับรองและใช้กันอยู่ เป็นข้อซึ่งทุกคนไม่มีเหตุผลจะโต้แย้งได้⁴⁷ เช่น หลักผู้รับโอนไม่มีสิทธิดีกว่าผู้โอน (*Nemo dat quit non habet*) ผู้ซื้อต้องระวัง (*Caveat emptor*) เป็นต้น การวินิจฉัยคดีโดยหลักกฎหมายทั่วไปนี้ ศาลอาจหยิบยกเอากฎหมายต่างประเทศมาเทียบเคียงให้เห็นว่าเป็นหลักที่รับรองกันทั่วไปได้ และถึงแม้ศาลจะต้องอ้างที่มาจากกฎหมายต่างประเทศ แต่หลักกฎหมายทั่วไปก็เป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายไทย ฉะนั้นจึงเป็นเรื่องที่ศาลรับรู้เองได้โดยไม่ต้องสืบพยาน เช่นคดีที่พิพาทกันด้วยเรื่องการ

⁴² ตามข้อ 4 ของนัยคำพิพากษาฎีกาที่ 104/2462 ข้างต้น

⁴³ คำพิพากษาฎีกาที่ 1092/2467

⁴⁴ คำพิพากษาฎีกาที่ 372/2500

⁴⁵ คำพิพากษาฎีกาที่ 694/2506

⁴⁶ ไสภณ รัตนกร, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 4 น.105.

⁴⁷ เข็มชัย ชุตินวงศ์, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 13 น.20.

ประกันภัยทางทะเล ซึ่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 868 บัญญัติว่า “อันสัญญาประกันภัยทางทะเล ท่านให้บังคับตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายทะเล” แต่ประเทศไทยไม่มีกฎหมายทะเลว่าไว้ที่ใดเป็นลายลักษณ์อักษร และจารีตประเพณีก็ไม่มี จึงต้องอาศัยหลักกฎหมายทั่วไปมาเป็นเครื่องวินิจฉัย ในกรณีนี้คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 999/2496 วินิจฉัยว่า จริงอยู่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 868 บัญญัติไว้ว่า “อันสัญญาประกันภัยทะเล ท่านให้บังคับตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายทะเล” ซึ่งกฎหมายทะเลของประเทศไทยยังไม่มี ทั้งจารีตประเพณีก็ไม่ปรากฏ ควรเทียบวินิจฉัยคดีนี้ตามหลักกฎหมายทั่วไป ตามมาตรา 4 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ สัญญาประกันภัยรายนี้ทำขึ้นเป็นภาษาอังกฤษ ศาลฎีกาเห็นว่าควรถือกฎหมายว่าด้วยการประกันภัยทางทะเลของประเทศอังกฤษเป็นกฎหมายทั่วไปเพื่อเทียบเคียงวินิจฉัยด้วย แต่อย่างไรก็ดี แม้ตามมารีน อินชัวรันซ์ แอคท์ ค.ศ.1906 (Marine Insurance Act 1906) มาตรา 60 จะให้คำจำกัดความในเรื่องสูญเสียสิ้นเชิง (Total loss) ไว้ให้มีความสูญเสียสิ้นเชิงโดยสันนิษฐาน (Constructive Total loss) ด้วยก็ได้ แต่ข้อความดังกล่าวสำหรับที่จะใช้กับเรือ หมายถึงแต่เฉพาะเรือในกรณีที่เรือเป็นวัตถุที่เอาประกันภัยเท่านั้น ในคดีนี้สินค้าปูนซีเมนต์ต่างหากเป็นวัตถุที่เอาประกันภัยและก็ได้สูญเสียสิ้นเชิงไปโดยจริงจังแล้ว เพราะเหตุที่เรือบรรทุกหมดสภาพเป็นเรือที่ลอยลำได้ต่อไป ในกรณีประกันสินค้าบรรทุกเช่นนี้ ก็เรียกได้ว่าเรือได้สูญเสียสิ้นเชิงแล้ว

ข้อที่จะต้องเทียบเคียงจึงอยู่ที่ว่า “อันตรายทางทะเล” หรือ “ภัยอันตรายแห่งทะเล” (Peril of the sea) กล่าวคือว่า สินค้าปูนซีเมนต์ได้สูญเสียสิ้นเชิงไปโดยภัยอันตรายแห่งทะเลหรือไม่ มารีน อินชัวรันซ์ แอคท์ ค.ศ.1906 (Marine Insurance Act 1906) มาตรา 55 ก็เพียงแต่กล่าวไว้ว่า ผู้รับประกันภัยจะต้องรับผิดชอบเพื่อความเสียหายอันได้เกิดขึ้นโดยใกล้ชิดกับอันตรายที่เอาประกันภัยไว้ คำว่า Peril of the sea ตามที่ศาลอังกฤษถือกันมาก็ถืออันตรายที่เกิดขึ้นโดยโชคกรรมจากทะเลหรือเนื่องจากทะเล⁴⁸ ดังนั้น ที่ศาลอุทธรณ์เห็นว่า เหตุที่เกิดเป็นเหตุเพราะความ

⁴⁸ คดีสำคัญที่เป็นตัวอย่างแห่งคำวินิจฉัยของศาลอังกฤษก็คือ คดีแฮมิลตัน โจทก์ แพนดอร์ฟ จำเลย (Hamilton & Pandorf 1887, 57.L.J.Q.B.24; 12A.c.518) ซึ่งปรากฏว่าความเสียหายได้เกิดแก่สินค้าบรรทุกคือข้าว โดยน้ำทะเลได้ไหลเข้าไปท่วม เพราะหนูในเรือได้กัดท่อตะกั่วระหว่างห้องน้ำในเรือกับทะเลทะเล สภานิติบัญญัติว่า กรณีนี้เป็นความเสียหายเพราะอันตรายทางทะเลแล้ว ในปี ค.ศ.1924 ก็ได้มีคำวินิจฉัยของศาลอังกฤษในคดีระหว่างโคเฮน บุตร และบริษัท โจทก์ บริษัทแนทซันแนล เบเนฟิต แอสซัวรันซ์ จำกัด จำเลย ว่าการที่ปล่อยให้น้ำเข้าเรือโดยไม่ตั้งใจจนเป็นเหตุให้เรือจมนั้นเป็นอันตรายทางทะเล (Cohen, sons & Co. & National Benefit assurance Co.Ltd (1924) 40 T.L.R. 347)

ชำรุดทรุดโทรมธรรมดา บริษัทจำเลยไม่ต้องรับผิดชอบ ศาลฎีกาเห็นว่า ศาลอุทธรณ์เอาความเสียหายหรือความวินาศของเรือกับความวินาศของปูนซีเมนต์ อันเป็นวัตถุที่เอาประกันภัย ไปปะปนกัน ในเรื่องนี้ วัตถุที่เอาประกันภัยคือปูนซีเมนต์ อันเป็นสินค้าบรรทุก ก็จำจะต้องวินิจฉัยว่า ความวินาศนั้นได้เกิดจากความไม่สมประกอบในเนื้อห้ของวัตถุของสินค้านั้นหรือไม่ จะไปยกเอาความไม่สมประกอบของเรือมาวินิจฉัยให้ ไม่ต้องรับผิดชอบในความวินาศของสินค้าบรรทุกนั้น หาได้ไม่⁴⁹

1.2 การรับรู้กฎหมายสารบัญญัติต่างประเทศของศาล

โดยปกติศาลของประเทศใดก็จะใช้กฎหมายภายในของตนบังคับกับคดี แต่หากกรณีมีนิติสัมพันธ์ใดของเอกชนที่มีลักษณะระหว่างประเทศเกิดขึ้น เช่น คู่พิพาทมีสัญชาติหรือภูมิลำเนาแตกต่างกัน หรือนิติสัมพันธ์นั้นเกิดขึ้นในต่างประเทศ อันเป็นกรณีที่ต้องใช้กฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย⁵⁰ หรือกฎหมายอื่นที่ยอมรับให้มีการใช้กฎหมายต่างประเทศ เพื่อกำหนดว่า จะต้องใช้กฎหมายสารบัญญัติของประเทศใดมาบังคับกับกรณีที่เกิดขึ้น ซึ่งทำให้ศาลต้องนำกฎหมายสารบัญญัติของต่างประเทศมาบังคับใช้ ในส่วนนี้จึงจะได้กล่าวถึงการรับรู้กฎหมายสารบัญญัติต่างประเทศของศาลเพื่อนำมาบังคับใช้อันจะกล่าวได้ดังนี้

1.2.1 การรับรู้กฎหมายต่างประเทศของศาลที่ใช้ระบบกฎหมาย Common Law

ในส่วนประเทศที่ใช้ระบบกฎหมาย Common Law นี้ ผู้เขียนจะกล่าวถึงประเทศอังกฤษและสหรัฐอเมริกา ดังนี้

⁴⁹ ภัทรศักดิ์ วรณแสง, อ้างแล้ว เจริญวรรคที่ 1 น.481-482.

⁵⁰ กฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายนี้เป็นกฎหมายประเภทหนึ่ง แต่ในตัวบทบัญญัติของกฎหมายไม่ได้กำหนดสิทธิและหน้าที่ของคู่สัญญาอันจะสามารถนำมาใช้ในการตัดสินชี้ขาดข้อพิพาทได้โดยตรง บทบัญญัติของกฎหมายประเภทนี้เพียงแต่กำหนดว่าในกรณีที่กฎหมายของสองประเทศมีความแตกต่างกัน ในแต่ละเรื่องจะต้องใช้กฎหมายของประเทศใดมาบังคับกับกรณีที่เกิดขึ้น เช่น เรื่องความสามารถของบุคคลในการทำนิติกรรมสัญญา กฎหมายอาจจะกำหนดให้เป็นไปตามกฎหมายของประเทศที่บุคคลนั้นมีสัญชาติอยู่ ศาลก็ต้องไปดูกฎหมายสารบัญญัติของประเทศที่บุคคลมีสัญชาติอยู่ว่าบุคคลนั้นมีความสามารถในการทำนิติกรรมสัญญาที่พิจารณาอยู่หรือไม่

1.2.1.1 การรับรู้กฎหมายต่างประเทศของศาลในประเทศอังกฤษ

กระบวนการนำบทกฎหมายต่างประเทศมาบังคับใช้กับคดีนั้น เป็นที่ยอมรับกันมานานในหมู่ผู้พิพากษาอังกฤษว่า ศาลไม่อาจใช้กฎหมายต่างประเทศได้เองหากคู่ความมิได้กล่าวอ้างให้ศาลใช้กฎหมายต่างประเทศ กล่าวอีกนัยหนึ่งผู้พิพากษาอังกฤษไม่มีหน้าที่ตามกฎหมายต้องรู้และใช้กฎหมายต่างประเทศ ดังนั้น จึงเป็นความรับผิดชอบโดยตรงที่คู่ความจะรักษาผลประโยชน์ของตนเองที่จะอ้างหรือไม่อ้างกฎหมายต่างประเทศ

ในประเทศอังกฤษกฎหมายต่างประเทศเป็นเพียงข้อเท็จจริง (matter of fact) ที่ศาลไม่สามารถรู้กฎหมายต่างประเทศได้เอง (not taking judicial notice of foreign law) คู่ความฝ่ายที่กล่าวอ้างจะต้องพิสูจน์โดยการนำพยานผู้เชี่ยวชาญมาเบิกความในศาล ซึ่งโดยปกติแล้วการจัดหาพยานผู้เชี่ยวชาญดังกล่าวเป็นความรับผิดชอบของคู่ความเอง⁵¹ อย่างไรก็ตาม แม้กฎหมายต่างประเทศจะเป็นข้อเท็จจริง แต่ก็แตกต่างจากข้อเท็จจริงทั่วไป กล่าวคือ ตามระบบกฎหมายคอมมอนลอว์คณะลูกขุน(jury) มีหน้าที่ตัดสินข้อเท็จจริง แต่เนื้อหาของกฎหมายต่างประเทศนั้นคู่ความต้องนำสืบต่อศาลมิใช่ลูกขุน

ในส่วนบทบาทของศาลในการค้นหาหรือพิสูจน์กฎหมายต่างประเทศได้ถูกจำกัดมาก กล่าวคือ ศาลจะไม่ก้าวล่วงในการสืบค้นและทำความเข้าใจกฎหมายต่างประเทศนั้นแต่จะปล่อยให้คู่ความรับผิดชอบกันเองและโดยปกติแล้วศาลมักจะประเมินความน่าเชื่อถือของพยานผู้เชี่ยวชาญจากพยานบุคคลหรือเอกสารที่คู่ความเสนอมาเท่านั้น อนึ่ง มีข้อสังเกตว่าบทบาทของศาลอังกฤษในเรื่องการอ้างและพิสูจน์กฎหมายต่างประเทศนั้นคล้ายกับการค้นหาความจริงในกฎหมายลักษณะพยานที่ศาลจะไม่ค่อยค้นหาความจริงด้วยตนเองแต่จะปล่อยให้คู่ความได้มีโอกาสซักถามและนำเสนอพยานหลักฐานในรอบของกฎหมายเพื่อที่จะสนับสนุนหรือหักล้างข้อต่อสู้ของฝ่ายตรงกันข้าม

ในกรณีที่คู่ความพิสูจน์กฎหมายต่างประเทศได้ไม่เพียงพอหรือยังไม่เป็นที่พอใจแก่ศาลนั้น ทางปฏิบัติของศาลอังกฤษส่วนใหญ่จะไม่เข้าไปยุ่งเกี่ยวกับพยานหลักฐานหรือพยานผู้เชี่ยวชาญ แต่จะตัดสินคดีนั้นโดยใช้กฎหมายอังกฤษ โดยถือว่าไม่มีการพิสูจน์กฎหมายต่างประเทศในคดีนั้น แต่บางครั้งศาลอังกฤษก็อาจช่วยเหลือคู่ความโดยทางอ้อมได้ เช่น ศาลอาจบอกให้คู่ความเสนอรายงานหรือความเห็นของพยานผู้เชี่ยวชาญในบางเรื่องบางประเด็นที่ยังขาด

⁵¹ Richard Fentiman, Foreign law in English court: pleading, proof, and choice of law, (Oxford: Oxford University Press, 1998) p.203.

ไป หรือศาลอาจแต่งตั้งพยานผู้เชี่ยวชาญหรือที่ปรึกษาทางกฎหมายหรือศาลพยายามตัดสินคดีนั้นให้ดีที่สุดโดยใช้ความรู้ เหตุผลทางกฎหมาย และสามัญสำนึกของศาลเองมาช่วยประเมินเนื้อหากฎหมายต่างประเทศนั้นก็ได้⁵²

1.2.1.2 การรับรู้กฎหมายต่างประเทศของศาลในประเทศสหรัฐอเมริกา

การยกข้อกฎหมายของต่างประเทศในประเทศสหรัฐอเมริกาแม้จะเป็นประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์อย่างประเทศอังกฤษก็ตาม แต่ก็มีกรกั้ไขกฎหมายเกี่ยวกับการใช้กฎหมายต่างประเทศในปี ค.ศ.1966 ทำให้บทบาทของศาลเกี่ยวกับการใช้กฎหมายต่างประเทศเปลี่ยนแปลงไป โดยในอดีตก่อนปี ค.ศ.1966 ประเทศสหรัฐอเมริกาได้รับอิทธิพลจากประเทศอังกฤษเป็นอย่างมากจึงเห็นว่ากฎหมายต่างประเทศเป็นเพียงปัญหาข้อเท็จจริงที่ศาลทั้งในระดับสหพันธรัฐ (federal court) และมลรัฐ (state court) ไม่รู้เอง หากคู่ความประสงค์จะให้ศาลใช้กฎหมายต่างประเทศแล้ว คู่ความจะต้องกล่าวอ้างและพิสูจน์กฎหมายต่างประเทศต่อศาล นอกจากนี้ก็ไม่อนุญาตให้ศาลสามารถค้นหาหรือค้นคว้ากฎหมายต่างประเทศด้วยตนเองได้ (courts can not take judicial notice of foreign law) หากคู่ความไม่กล่าวอ้างและพิสูจน์ เนื้อความตลอดจนถึงการใช้และการตีความกฎหมายต่างประเทศด้วยแล้ว ศาลจะปฏิเสธที่จะใช้กฎหมายต่างประเทศแต่จะใช้กฎหมายอเมริกันแทน

ต่อมาในปี ค.ศ.1966 ประเทศสหรัฐอเมริกาได้มีการประกาศใช้ข้อบังคับว่าด้วยวิธีพิจารณาความแพ่ง (Federal Rule of Civil Procedure) ข้อ 44.1⁵³ ซึ่งกำหนดให้คู่ความฝ่ายใดที่อ้างกฎหมายต่างประเทศให้ศาลใช้บังคับกับคดี จะต้องแจ้งเป็นลายลักษณ์อักษรในคำคู่ความหรือในหนังสือแจ้งอื่นๆต่อศาล เพื่อให้ศาลนำกฎหมายต่างประเทศมาใช้บังคับกับคดี โดยศาลจะพิจารณาจากพยานหลักฐานที่เกี่ยวข้องรวมทั้งคำเบิกความพยานไม่ว่าจะถูกเสนอโดยคู่ความ

⁵² Ibid. pp.153-154.

⁵³ Rule 44.1. Determination of Foreign Law

A party who intends to raise an issue concerning the law of a foreign country shall give notice by pleadings or other reasonable written notice. The court, in determining foreign law, may consider any relevant material or source, including testimony, whether or not submitted by a party or admissible under the Federal Rules of Evidence. The court's determination shall be treated as a ruling on a question of law.

หรือไม่ก็ตาม ทั้งนี้พยานหลักฐานนั้นต้องเป็นพยานหลักฐานที่ชอบด้วยกฎหมายและการนำข้อกฎหมายต่างประเทศมาใช้วินิจฉัยชี้ขาดคดีให้ถือว่าเป็นปัญหาข้อกฎหมาย

จากข้อกำหนดดังกล่าวมีผลเปลี่ยนแปลงนิติวิธีหรือวิธีการใช้กฎหมายต่างประเทศของศาลอเมริกันขนานใหญ่ จากเดิมที่รับอิทธิพลจากกฎหมายอังกฤษอย่างเต็มที่ที่เห็นว่ากฎหมายต่างประเทศมิได้เป็นอะไรมากไปกว่าปัญหาข้อเท็จจริงที่คู่ความต้องกล่าวอ้างและนำสืบมาเป็นปัญหาข้อกฎหมาย ยิ่งไปกว่านั้นข้อกำหนดดังกล่าวยังได้เปลี่ยนแปลงบทบาทของศาลที่แต่เดิมทำหน้าที่คล้ายกับกรรมการที่คอยดูแลให้คู่ความปฏิบัติตามตามกฎหมายอย่างเคร่งครัด เช่น คู่ความต้องรับผิดชอบที่จะนำเสนอพยานหลักฐานและรับรองความถูกต้องของพยานหลักฐาน มาเป็นการเปิดช่องให้ศาลมีบทบาทมากขึ้น มีดุลพินิจที่จะค้นคว้ากฎหมายต่างประเทศได้เอง อย่างไรก็ตามมีข้อสังเกตที่สำคัญ 2 ประการ เกี่ยวกับ Rule ข้อ 44.1 ดังนี้

ประการแรก หากคู่ความไม่กล่าวอ้างกฎหมายต่างประเทศแล้ว ศาลจะหยิบยกกฎหมายต่างประเทศขึ้นเองได้หรือไม่ หากอ่านจากตัวบทข้างต้นแล้วจะเห็นว่า Rule ข้อ 44.1 มิได้กล่าวถึงหรือเสนอทางออกในเรื่องนี้แต่อย่างใด แต่กรรมการที่ปรึกษาของการร่างกฎนี้และนักวิชาการรวมทั้งผู้พิพากษาบางท่าน⁵⁴ เห็นว่า ศาลสามารถกล่าวอ้างกฎหมายต่างประเทศขึ้นเองได้แม้ว่าคู่ความจะมีได้กล่าวอ้างว่าข้อพิพาทนั้นเกี่ยวข้องกับกฎหมายต่างประเทศก็ตาม แต่ทางปฏิบัติของศาลกลับเห็นตรงข้าม กล่าวคือ ศาลจะไม่กล่าวอ้างกฎหมายต่างประเทศขึ้นเอง หากคู่ความมิได้กล่าวอ้างกฎหมายต่างประเทศขึ้นก่อน⁵⁵ ซึ่งจะเห็นได้ว่าแม้กฎหมายต่างประเทศจะเป็นกฎหมายที่จะให้บังคับกับคดีก็ตาม แต่หากคู่ความมิได้กล่าวอ้างว่าจะใช้กฎหมายต่างประเทศแล้ว ศาลอเมริกันมักจะใช้กฎหมายภายในของตนแทน

ประการที่สอง Rule ข้อ 44.1 เปิดโอกาสให้ศาลใช้ดุลพินิจหรือช่องทางที่จะค้นคว้าและพิสูจน์กฎหมายต่างประเทศได้มากขึ้นรวมถึงการริเริ่มค้นคว้ากฎหมายต่างประเทศด้วยตนเองได้⁵⁶ ไม่จำเป็นต้องอาศัยการเบิกความจากพยานผู้เชี่ยวชาญหรือพยานเอกสารจากฝ่ายคู่ความแต่เพียงฝ่ายเดียว ซึ่งผิดกับกฎหมายเก่าที่ห้ามมิให้ศาลริเริ่มค้นคว้ากฎหมายต่างประเทศได้เอง แต่

⁵⁴ คือท่าน Roger J. Miner โปรดดู Roger J. Miner, "The Reception of Foreign Law in the U.S. Federal Court," 43 *American Journal of Comparative Law*, 581 (1995).

⁵⁵ Stephen L. Sass, "Foreign Law in Federal Court," 29 *American Journal of Comparative Law* 97, 103 (1981).

⁵⁶ *Ibid*, p.109.

กฎหมายก็มีได้ห้ามหรือปิดกั้นคู่ความที่จะเสนอความช่วยเหลือศาลในการพิสูจน์เนื้อหาของกฎหมายต่างประเทศ อย่างไรก็ตามในทางปฏิบัติโดยทั่วไป ศาลอเมริกันก็ยังลังเลที่จะสืบค้นกฎหมายต่างประเทศด้วยตนเอง⁵⁷ ด้วยเหตุผลที่ว่า การค้นหาและการใช้การตีความกฎหมายต่างประเทศต้องอาศัยทั้งความรู้ด้านภาษาและทักษะโดยเฉพาะ

อย่างไรก็ดี ในระดับมลรัฐก็มีการนำหลักนี้มาบัญญัติ เช่น มลรัฐ Texas บัญญัติไว้ใน Rule of Evidence ข้อ 203

1.2.2 การรับรู้กฎหมายต่างประเทศของศาลในประเทศที่ใช้ระบบกฎหมาย Civil Law : ประเทศฝรั่งเศส⁵⁸

การใช้กฎหมายต่างประเทศในฝรั่งเศสนั้น ในช่วงแรกๆ ปี ค.ศ.1910 ศาลสูงของฝรั่งเศสลังเลที่จะใช้กฎหมายต่างประเทศและมีแนวโน้มที่จะใช้กฎหมายของตนเอง แต่พอมาในปี ค.ศ. 1952 ศาลสูงตัดสินว่า ศาลมีหน้าที่ต้องใช้กฎหมายต่างประเทศ และหลักนี้ก็ได้รับการยืนยันจากศาลสูงอีกสองคดีในปี 1958 และ 1959 แต่ในปีเดียวกันนั้นศาลสูงได้ตัดสินในคดีที่มีชื่อเสียงมาก และเป็นจุดหักเหต่อทัศนคติที่ศาลฝรั่งเศสมีต่อกฎหมายต่างประเทศ คดีนี้ชื่อว่า Bisbal โดยศาลสูงวินิจฉัยว่า ศาลชั้นต้นของฝรั่งเศสไม่ควรถูกดำเนินในกรณีที่มีได้ใช้กฎหมายต่างประเทศและใช้กฎหมายฝรั่งเศสเป็นกฎหมายที่ใช้ในการตัดสินคดี แต่ปรากฏว่าเพียงหกเดือนต่อมาศาลสูงฝรั่งเศสได้ตัดสินในคดี Chemouny พิพากษาตรงกันข้ามกับคดี Bisbal⁵⁹

ในประเทศฝรั่งเศสแม้กฎหมายต่างประเทศจะยังเป็นปัญหาข้อเท็จจริงที่คู่ความต้องนำสืบให้ศาลเห็นก็ตาม แต่ศาลอาจใช้กฎหมายต่างประเทศได้เองโดยตำแหน่งหน้าที่ (ex officio) หากว่าศาลเองมีความรู้กฎหมายต่างประเทศในเรื่องนั้นๆ แม้กฎหมายจะมีได้บังคับก็ตาม นอกจากนี้ทางปฏิบัติของศาลฝรั่งเศสจะไม่เคร่งครัดว่า ห้ามมิให้ผู้พิพากษาใช้กฎหมายต่างประเทศเลยหากคู่ความนำสืบได้ไม่เพียงพอ แต่ศาลจะใช้รวมทั้งค้นคว้ากฎหมายต่างประเทศด้วยตนเองหรือไม่นั้นเป็นดุลพินิจของศาล อีกทั้งผู้พิพากษาก็ยังสามารถริเริ่มค้นคว้ากฎหมาย

⁵⁷ Roger J. Miner, *supra* note 54, p.584.

⁵⁸ ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนาพานิช, คำอธิบายกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล, (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2548) น.207.

⁵⁹ คดี Chemouny และคดี Bisbal ถูกอ้างถึงใน ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนาพานิช, เพิ่งอ้าง.

ต่างประเทศได้เอง มิได้จำกัดอยู่เพียงแค่พยานหลักฐานที่น่าเสนอโดยคู่ความเท่านั้นและยังสามารถแต่งตั้งพยานผู้เชี่ยวชาญได้ด้วย⁶⁰

1.2.3 การรับรู้กฎหมายต่างประเทศของศาลไทย

ตามปกติศาลไทยก็จะใช้กฎหมายไทยมาบังคับ แต่มีบางกรณีที่ต้องนำกฎหมายของต่างประเทศมาบังคับใช้ ซึ่งในประเทศไทยมีกฎหมายอย่างน้อย 2 ฉบับ ที่ยอมรับอย่างชัดเจนให้มีการใช้กฎหมายต่างประเทศ⁶¹ กล่าวคือ (1) พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481 และ (2) พระราชบัญญัติการรับชนของทางทะเล พ.ศ. 2534⁶² นอกจากนั้นศาลฎีกายังยอมรับให้มีการนำกฎหมายต่างประเทศมาใช้ในกรณีที่ประเทศไทยไม่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่อาจนำมาใช้โดยเฉพาะเจาะจง โดยใช้มาตรา 4 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เป็นช่องทางในการแสวงหากฎหมายต่างประเทศมาใช้โดยถือว่าเป็นหลักกฎหมายทั่วไป⁶³ ในที่นี้ผู้เขียนจะขอกล่าวถึงการใช้กฎหมายต่างประเทศโดยผ่านกลไกของพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481 พอสังเขป ดังนี้

การใช้กฎหมายของต่างประเทศจะต้องพิจารณาตามลำดับ คือ คดีนั้นอยู่ในเขตอำนาจศาลไทยหรือไม่ คดีนั้นจัดลักษณะได้ว่าเป็นเรื่องใด เช่น เป็นสัญญาหรือละเมิด รวมทั้งจัดลักษณะได้ด้วยว่าเป็นแขนงใดของลักษณะใหญ่ เช่น ถ้าจัดเป็นเรื่องสัญญา แขนงที่เป็นปัญหาอาจเป็นเรื่องความสามารถของคู่สัญญาหรืออาจเป็นเรื่องแบบของสัญญา หรือความสมบูรณ์ของสัญญา คดีนั้นจุดเกาะเกี่ยว⁶⁴ชี้ไปให้ใช้กฎหมายของประเทศใด และในลำดับสุดท้ายก็คือการนำกฎหมายของประเทศนั้นมาปรับแก้กรณีที่เป็นปัญหานั้น

⁶⁰ ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนาพานิช, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 58 น.207.

⁶¹ โปรดดู พันธุ์ทิพย์ กาญจนะจิตรา สายสุนทร ในหมายเหตุท้ายคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 7350/2537 (สงเสริม.) น.291.

⁶² มาตรา 4 บัญญัติว่า “พระราชบัญญัตินี้ให้ใช้บังคับแก่การขนส่งทางทะเลจากที่แห่งหนึ่งในราชอาณาจักรไปยังที่อีกแห่งหนึ่งนอกราชอาณาจักร หรือจากที่แห่งหนึ่งนอกราชอาณาจักรมายังที่อีกแห่งหนึ่งในราชอาณาจักร เว้นแต่กรณีที่ได้ระบุในใบตราส่งว่าให้ใช้กฎหมายของประเทศอื่นหรือกฎหมายระหว่างประเทศบังคับก็ให้เป็นไปตามนั้น...”

⁶³ โปรดดูคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 999/2496 น.63.

⁶⁴ จุดเกาะเกี่ยวที่สำคัญได้แก่ สัญชาติ ภูมิลำเนา สถานที่ที่ทรัพย์สินตั้งอยู่ สถานที่ที่เกิดการกระทำ

อาจกล่าวโดยย่อได้ว่าหลักการใช้กฎหมายต่างประเทศตามที่พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ.2481 ระบุให้ใช้ มีดังนี้⁶⁵

1) เมื่อพิจารณาตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481 แล้วกฎหมายที่จะนำมาปรับใช้แก่คดี ได้แก่กฎหมายต่างประเทศของประเทศหนึ่งประเทศใดแล้วกฎหมายในต่างประเทศในที่นี้หมายความว่ารวมถึงหลักกฎหมายขัดกันของประเทศนั้นด้วย ซึ่งเมื่อใช้หลักกฎหมายขัดกันของประเทศนั้นแล้ว ผลของการบังคับใช้จึงเป็นว่า ถ้าตามกฎหมายขัดกันของต่างประเทศนั้น กฎหมายที่จะใช้บังคับได้แก่กฎหมายของประเทศนั้นเอง กฎหมายที่จะยกขึ้นปรับแก้คดีก็คือ กฎหมายภายในของประเทศนั้นเอง ตัวอย่างเช่น ศาลไทยพิจารณาปัญหาความสามารถของ ข. คนสัญชาติมาเลเซีย ศาลไทยจะพิจารณาตามกฎหมายของประเทศมาเลเซีย ซึ่งเป็นกฎหมายของประเทศที่ ข. มีสัญชาติ กฎหมายของประเทศมาเลเซียในที่นี้หมายความว่าถึงกฎหมายขัดกัน ตามกฎหมายขัดกันของมาเลเซียความสามารถให้พิจารณาสถานที่ที่บุคคลนั้นมีภูมิลำเนาอยู่ ปรากฏว่า ข. มีภูมิลำเนาในประเทศมาเลเซีย ดังนี้ ศาลไทยยกกฎหมายภายในของประเทศมาเลเซียในส่วนที่เกี่ยวกับความสามารถขึ้นปรับแก้คดี

2) ถ้าตามกฎหมายขัดกันของต่างประเทศนั้น กฎหมายที่จะใช้บังคับได้แก่กฎหมายไทย กฎหมายที่ศาลไทยจะปรับใช้แก้คดีก็คือกฎหมายภายในของไทย ตัวอย่างเช่น ศาลไทยพิจารณาปัญหาความสามารถของ ข. คนสัญชาติมาเลเซีย ศาลไทยพิจารณาตามกฎหมายของประเทศมาเลเซียซึ่งเป็นกฎหมายของประเทศที่ ข. มีสัญชาติ กฎหมายของประเทศมาเลเซียในที่นี้หมายความว่าถึงกฎหมายขัดกันด้วย ตามกฎหมายขัดกันของประเทศมาเลเซีย ความสามารถของบุคคลให้พิจารณาตามกฎหมายที่บุคคลนั้นมีภูมิลำเนาปรากฏว่า ข. มีภูมิลำเนาในประเทศไทย คือเป็นกรณีย้อนส่งกลับมาพิจารณาตามกฎหมายไทยและโดยนัยมาตรา 4 ของพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ.2481 กฎหมายไทยในที่นี้คือกฎหมายภายใน ศาลไทยจึงนำบทบัญญัติในส่วนที่เกี่ยวกับความสามารถตามที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ยกขึ้นปรับแก้คดีได้

3) ถ้าตามกฎหมายขัดกันของต่างประเทศนั้น กฎหมายที่จะใช้บังคับได้แก่กฎหมายของประเทศที่สาม ศาลไทยจะพิจารณาต่อไปตามกฎหมายของประเทศที่สาม แต่กฎหมายของ

⁶⁵ คณิง ภาไทย, คำอธิบายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย, (กรุงเทพมหานคร : บริษัทสำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด, 2549) น.37-40.

ประเทศที่สามจะเป็นกฎหมายภายในหรือกฎหมายขัดกัน ก็สุดแล้วแต่ว่าหลักกฎหมายขัดกันของประเทศที่สองคืออะไร ซึ่งพิจารณาได้ดังนี้

3.1) ถ้าหลักกฎหมายขัดกันของประเทศที่สอง กฎหมายที่จะใช้บังคับได้แก่กฎหมายขัดกันของประเทศที่สาม กฎหมายภายในที่ศาลไทยจะยกขึ้นปรับแก้คดี ได้แก่ กฎหมายภายในของประเทศที่ศาลของประเทศที่สองจะยกขึ้นปรับแก้คดีหากศาลของประเทศที่สองนั่งพิจารณาคดีนั้นเอง(คือให้ศาลไทยพิจารณาคดีเสมือนหนึ่งว่าศาลไทยเป็นศาลของประเทศที่สอง) ตัวอย่างเช่น ศาลไทยพิจารณาความสามารถของ ข. คนสัญชาติมาเลเซีย กฎหมายขัดกันของประเทศมาเลเซีย ให้พิจารณาตามกฎหมายของประเทศที่บุคคลมีภูมิลำเนาอยู่ ปรากฏว่า ข. มีภูมิลำเนาอยู่ในประเทศลาว และถ้าตามกฎหมายขัดกันของประเทศมาเลเซีย กฎหมายของประเทศลาวในที่นี้หมายความว่าความรวมถึงกฎหมายขัดกันของประเทศลาวด้วย (ซึ่งอาจมีบทบัญญัติว่าด้วยการย้อนส่งด้วยเช่นกัน) ฉะนั้นผลจะลงเอยว่าศาลไทยจะยกกฎหมายภายในของประเทศใดขึ้นปรับแก้คดีจึงขึ้นอยู่กับว่า ถ้าศาลของประเทศมาเลเซียนั่งพิจารณาคดีนี้เอง ศาลของประเทศมาเลเซียจะใช้กฎหมายภายในของประเทศใด (อาจเป็นกฎหมายของประเทศลาว หรือกฎหมายของประเทศมาเลเซีย หรือของไทย หรือของประเทศอื่นใด) ตามกฎเกณฑ์ว่าด้วยการย้อนส่งของประเทศลาว

3.2) ถ้าหลักกฎหมายขัดกันของประเทศที่สอง กฎหมายที่จะใช้บังคับได้แก่กฎหมายภายในของประเทศที่สาม กฎหมายภายในของประเทศที่ศาลไทยจะยกขึ้นปรับแก้คดีก็คือกฎหมายภายในของประเทศที่สาม ตัวอย่างเช่น ศาลไทยพิจารณาความสามารถของ ค. คนสัญชาติอเมริกันซึ่งเป็นประชากรของรัฐนิวยอร์ก เมื่อพิจารณาตามกฎหมายขัดกันของรัฐนิวยอร์ก กฎหมายขัดกันดังกล่าวย้อนไปให้พิจารณาตามกฎหมายของประเทศที่บุคคลนั้นมีภูมิลำเนาอยู่ ปรากฏว่า ค. มีภูมิลำเนาอยู่ในประเทศลาว ตามกฎหมายขัดกันของรัฐนิวยอร์ก กฎหมายของประเทศลาวในที่นี้หมายความว่าความถึงกฎหมายภายใน ดังนี้ ศาลไทยย่อมยกกฎหมายภายในของประเทศลาวขึ้นปรับแก้คดี

เมื่อทราบถึงหลักการใช้กฎหมายต่างประเทศดังกล่าวแล้ว ข้อที่ต้องพิจารณาต่อไปคือ จะถือว่าศาลรู้กฎหมายต่างประเทศนั้นเองหรือไม่

หลักเกณฑ์ในการรับรู้กฎหมายต่างประเทศมีบัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ.2481 มาตรา 8⁶⁶ บังคับให้คู่ความฝ่ายที่กล่าวอ้างการใช้กฎหมาย

⁶⁶ มาตรา 8 บัญญัติว่า “ในกรณีที่จะต้องใช้กฎหมายต่างประเทศบังคับ ถ้ามิได้พิสูจน์กฎหมายนั้นให้เป็นที่พอใจแก่ศาล ให้ใช้กฎหมายภายในแห่งประเทศสยาม”

ต่างประเทศมีหน้าที่ต้องพิสูจน์กฎหมายนั้นให้เป็นที่พอใจแก่ศาล ถ้าพิสูจน์ให้เป็นที่พอใจแก่ศาล ไม่ได้ ศาลไทยจะใช้กฎหมายภายในบังคับ อย่างไรก็ตาม มีข้อสังเกตว่าแม้ผู้พิพากษาผู้พิจารณาคดีจะได้ศึกษากฎหมายต่างประเทศมาก็เป็นความรู้ส่วนตัวหาว่าเอามาตัดสินคดีได้ไม่⁶⁷ ความมีอยู่และความหมายของกฎหมายต่างประเทศจึงถือเป็นเรื่องที่ต้องนำเสนอ กล่าวคือ ฝ่ายใดกล่าวอ้างฝ่ายนั้นต้องนำเสนอ⁶⁸ โดยถือว่ากฎหมายต่างประเทศเป็นศาสตร์หรือวิทยาการพิเศษสาขาหนึ่ง⁶⁹ เช่น หญิงไทยออกไปแต่งงานกับฝรั่งในต่างประเทศ ถ้ามีปัญหาว่าการแต่งงานนั้นจะชอบด้วยกฎหมายของประเทศนั้นหรือไม่ คู่ความผู้อ้างมีหน้าที่จะต้องนำเสนอให้ศาลเห็นว่ากฎหมายของเขามีอยู่อย่างไร การนำเสนอนี้โดยปกติใช้วิธีอ้างผู้ชำนาญการพิเศษซึ่งรู้กฎหมายของประเทศนั้นมาให้การต่อศาล เช่น อ้างเนติบัณฑิตหรือทนายความของประเทศนั้น

ในเรื่องนี้กฎหมายไทยมีมาตรา 98 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งบัญญัติไว้ว่า “คู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งจะอ้างบุคคลใดเป็นพยานของตนก็ได้ เมื่อบุคคลนั้นเป็นผู้มีความรู้เชี่ยวชาญในศิลปะ วิทยาศาสตร์ การฝีมือ การค้า หรือการงานที่ทำ หรือในกฎหมายต่างประเทศ และซึ่งความเห็นของพยานอาจเป็นประโยชน์ในการวินิจฉัยชี้ขาดข้อความในประเด็นทั้งนี้ ไม่ว่าพยานจะเป็นผู้มีอาชีพในการนั้นหรือไม่” กับมีมาตรา 243 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา บัญญัติไว้ว่า “ผู้ใดโดยอาชีพหรือมิใช่ก็ตาม มีความชำนาญพิเศษในการใดๆ เช่น ในทางวิทยาศาสตร์...หรือกฎหมายต่างประเทศและซึ่งความเห็นของเขานั้นอาจมีประโยชน์ในการวินิจฉัยคดี...อาจเป็นพยานในเรื่องต่างๆเป็นต้นว่า...” นอกจากนั้น มาตรา 46 แห่งประมวล

⁶⁷ อย่างไรก็ตามก็ดี นักกฎหมายบางท่านมีความเห็นว่า ในการพิจารณาคดีศาลอาจใช้ความรู้กฎหมายต่างประเทศของตนที่มีอยู่มาประกอบการใช้กฎหมายต่างประเทศได้ การที่กฎหมายบัญญัติให้คู่กรณีนำเสนอกฎหมายต่างประเทศโดยถือว่าเป็นข้อเท็จจริงที่ศาลไม่รู้เองนั้นก็เพราะศาลไทยไม่จำเป็นต้องรู้กฎหมายต่างประเทศ แต่ถ้าศาลรู้จักชอบที่จะใช้ความรู้นั้นให้เป็นไปตามความประสงค์ของพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายฯ ที่ประสงค์จะให้นำเอากฎหมายใดมาใช้ซึ่งจะยังให้เกิดความยุติธรรมแก่คดีให้มากที่สุด รายละเอียดโปรดดู กรมสนธิเทศริน, คำอธิบายกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2539) น.246 และดู หยุด แสงอุทัย, คำอธิบายกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2527) น.79.

⁶⁸ แอล ดูปลาตร์ และนายวิจิตร ลุลิตานนท์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 14 น.41.

⁶⁹ ยิ่งศักดิ์ กฤษณะจินดา และวุฒิมิพงษ์ เวชยานนท์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 17 น.85.

กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ยังบังคับว่าบรรดากระบวนการพิจารณาต่างๆ ของศาล จะต้องทำเป็นภาษาไทย ฉะนั้น หากพยานผู้ชำนาญการพิเศษใครจะเสนอตัวบทกฎหมายต่างประเทศนั้นต่อศาล เพื่อประกอบการพิจารณาความเห็นซึ่งตนได้ให้ไว้ต่อศาลแล้ว ก็จะต้องแปลตัวบทกฎหมายนั้น ออกเป็นภาษาไทยด้วย

อย่างไรก็ดี สำหรับกฎหมายอิสลามในสี่จังหวัดชายแดนภาคใต้ไม่ถือว่าเป็นกฎหมายต่างประเทศ แต่เป็นกฎหมายไทยซึ่งคู่ความไม่ต้องนำสืบ⁷⁰ ส่วนกฎหมายระหว่างประเทศนั้น ไม่นับเป็นข้อกฎหมายต่างประเทศ⁷¹ แต่เป็นหลักกฎหมายทั่วไปตามนัยแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 4 ซึ่งศาลต้องรู้เอง⁷² ส่วนสนธิสัญญาซึ่งอาจถือว่าเป็นกฎหมายระหว่างประเทศนั้น หากสนธิสัญญานั้นประเทศไทยเป็นภาคีอยู่ด้วย และมีกฎหมายอนุวัติตามอันมีผลเป็นกฎหมายไทย ศาลไทยย่อมต้องรับรู้ ส่วนสนธิสัญญาซึ่งมิได้มีกฎหมายอนุวัติตามแม้ไม่มีผลเสมือนกฎหมายก็ตาม แต่เมื่อได้มีการประกาศในราชกิจจานุเบกษา ก็อาจถือว่าเป็นราชการแผ่นดินซึ่งศาลต้องรับรู้

ตัวอย่างคำพิพากษาศาลฎีกาเกี่ยวกับการนำกฎหมายต่างประเทศมาบังคับใช้ในคดี ได้แก่ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3223/2525 ข้อเท็จจริงมีว่า จำเลยทำสัญญาจ้างโจทก์ที่ประเทศสิงคโปร์ ต่อมามีการผิดสัญญาในประเทศไทย โจทก์จึงฟ้องเรียกเงินเดือน ค่าเบี้ยเลี้ยง เงินโบนัส ค่ารักษาพยาบาล ค่าเดินทาง ค่าใช้พาหนะของโจทก์ ค่าซ่อมรถ ค่าภาษีและค่าปรับภาษีจากจำเลย กรณีต้องเป็นไปตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย ๔ มาตรา 13 คือต้องถือตามเจตนาของคู่กรณี แต่เมื่อไม่อาจทราบได้ว่าขณะทำสัญญาคู่กรณีประสงค์จะใช้กฎหมายของประเทศใดบังคับและปรากฏว่าคู่กรณีมีสัญชาติอเมริกันทั้งสองฝ่าย กฎหมายที่ใช้บังคับแก่กรณีตามฟ้องจึงต้องเป็นกฎหมายสัญชาติอันร่วมกันของคู่กรณีคือกฎหมายของสหรัฐอเมริกา แต่

⁷⁰ เห่งอ้วน, น.86.

⁷¹ เจริญธรรม ลัดพลี, คำอธิบายกฎหมายพยานหลักฐาน, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร : บริษัทสำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด, 2545) น.21.

⁷² นักกฎหมายบางท่านเห็นว่า กฎหมายระหว่างประเทศนั้น สำหรับศาลไทยหาได้มีบทบัญญัติของกฎหมายหรือแนวคำพิพากษาศาลฎีกาให้ศาลไทยต้องรับรู้ไม่ เว้นแต่กฎหมายระหว่างประเทศนั้นจะกลายเป็นหลักกฎหมายทั่วไป ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 4 รายละเอียดโปรดดู ไสภณ รัตนกร, อ้วนแล้ว เชิงอรรถที่ 4 น.107.

ไม่มีฝ่ายใดนำสืบว่ากฎหมายของสหรัฐอเมริกาในเรื่องนี้มีอยู่อย่างไร กรณีจึงต้องบังคับตามมาตรา 8 คือให้ใช้กฎหมายของประเทศไทย

คำพิพากษาฎีกาที่ 1950/2529 ข้อเท็จจริงมีว่า ผู้ร้องทั้งสองเป็นบุคคลสัญชาติญวนได้สมรสกันที่ประเทศไทยแต่ปรากฏว่านายอำเภอเมืองนครพนมในฐานะนายทะเบียนครอบครัวปฏิเสธไม่ยอมจดทะเบียนให้ ผู้ร้องทั้งสองจึงร้องขอต่อศาลให้สั่งนายอำเภอในฐานะนายทะเบียนครอบครัวจดทะเบียนสมรสให้แก่ผู้ร้องทั้งสอง ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า แม้ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481 มาตรา 10 และมาตรา 19 จะบัญญัติว่าความสามารถของบุคคลและเงื่อนไขแห่งการสมรสให้เป็นไปตามกฎหมายสัญชาติของบุคคลนั้น ๆ ก็ตาม แต่ตามมาตรา 8 แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าวผู้ร้องก็หาได้มีหน้าที่พิสูจน์ถึงความสามารถและเงื่อนไขดังกล่าวแต่เพียงฝ่ายเดียวไม่และเมื่อไม่มีฝ่ายใดนำสืบว่าตามกฎหมายสัญชาติของผู้ร้องในเรื่องนี้มีอยู่อย่างไร จึงต้องบังคับตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เมื่อปรากฏว่าผู้ร้องทั้งสองมีเงื่อนไขที่จะทำการสมรสได้ครบถ้วนตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์แล้ว นายอำเภอก็ไม่ชอบที่จะปฏิเสธไม่ยอมจดทะเบียนสมรสให้ผู้ร้องทั้งสอง

อย่างไรก็ตาม การใช้กฎหมายต่างประเทศในศาลไทยนั้นก็มีข้อจำกัด กล่าวคือ ในมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481 ได้วางหลักไว้ว่าศาลไทยจะใช้กฎหมายต่างประเทศได้เพียงที่ไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ดังนั้น หากศาลจะต้องนำกฎหมายต่างประเทศมาใช้แล้วปรากฏว่ากฎหมายต่างประเทศขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนแล้ว ศาลจะใช้กฎหมายต่างประเทศมิได้ต้องใช้กฎหมายไทยบังคับ มีตัวอย่างคำพิพากษาฎีกาเกี่ยวกับเรื่องนี้ได้แก่

คำพิพากษาฎีกาที่ 1583/2511 ข้อเท็จจริงมีว่าคู่สัญญาตกลงให้ใช้กฎหมายต่างประเทศมาบังคับใช้กับเรื่องอายุความ โดยจำเลยเป็นบริษัทจำกัด จดทะเบียนและมีสำนักงานใหญ่ในประเทศเดนมาร์ก มีสาขาในประเทศไทย ส่วนโจทก์เป็นธนาคารพาณิชย์ จำเลยต่อสู้ว่าตามเงื่อนไขแห่งใบตราส่งได้ระบุว่าให้ใช้กฎหมายเดนมาร์กบังคับกับสัญญานั้น ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า กฎหมายเรื่องอายุความเป็นกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับความสงบเรียบร้อยของประเทศไทย ฉะนั้นข้อตกลงหรือเงื่อนไขในใบตราส่งดังกล่าวในส่วนที่จะให้มีผลถึงการให้ใช้กฎหมายเรื่องอายุความของเดนมาร์กมาบังคับกับข้อพิพาทในคดีนี้ จึงใช้บังคับไม่ได้

คำพิพากษาฎีกาที่ 45/2524 เป็นเรื่องเงื่อนไขแห่งการสมรสอันมีประเด็นที่ต้องวินิจฉัยว่า การที่กฎหมายครอบครัวของต่างประเทศกำหนดอายุขั้นต่ำของการสมรสต่ำกว่ากฎหมายครอบครัวของไทยจะขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชนชาวไทยหรือไม่ ข้อเท็จจริงมีว่า โจทก์สมรส

กับอ้วนชีว แซ่เจี๋ย ที่ประเทศจีนตามประเพณีจีน ขณะแต่งงานโจทก์อายุ 10 ปี นางอ้วนชีว อายุ 12 ปี สมรสแล้วจึงเดินทางมาประเทศไทย จำเลยทำละเมิดทำให้บุตรโจทก์ตาย โจทก์จึงมาฟ้องเป็นคดีนี้ จำเลยต่อสู้ว่าบุตรมิใช่บุตรที่ชอบด้วยกฎหมายของโจทก์เพราะการสมรสขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า การที่คู่สมรสได้ทำการสมรสตามกฎหมายจีนเมื่ออายุ 10 ปี และ 12 ปี ตามลำดับถือว่าเป็นการสมรสที่ชอบด้วยพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ.2481 มาตรา 20 แล้ว และไม่ถือว่าขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนตามกฎหมายไทยแต่ประการใด

เมื่อได้ทราบถึงการรับรู้กฎหมายที่จะนำมาใช้บังคับกับคดีของศาลแล้ว ในหัวข้อต่อไปจะได้กล่าวถึงหลักเกณฑ์การนำกฎหมายที่ศาลรับรู้มานำบังคับใช้ในคดี

2. การบังคับใช้กฎหมายสารบัญญัติของศาล

การบังคับใช้กฎหมายของศาลหรือการยกข้อกฎหมายมาปรับใช้กับคดีของศาลนั้น นับเป็นบทบาทที่สำคัญยิ่งของศาล แต่ ณ ที่นี้จะไม่ศึกษาไปถึงการตีความกฎหมายหรือการปรับบทกฎหมายของศาล และด้วยเหตุที่การบังคับใช้กฎหมายของศาลในกลุ่มประเทศ Common Law มีลักษณะเป็นไปในทำนองเดียวกันจึงจะขอกล่าวไปโดยรวมมิได้แบ่งแยกเป็นประเทศ ส่วนในประเทศที่ใช้ระบบกฎหมาย Civil Law ผู้เขียนจะขอกล่าวถึงประเทศฝรั่งเศส เนื่องจากเป็นประเทศที่ได้กำหนดบทบาทของศาลเกี่ยวกับการบังคับใช้กฎหมายไว้อย่างชัดเจนและต่อจากนั้นก็ขอกล่าวถึงการบังคับใช้กฎหมายของศาลไทย ซึ่งทั้งหมดนั้นจะขอกล่าวเรียงลำดับกันไปดังนี้

2.1 การบังคับใช้กฎหมายของศาลในประเทศที่ใช้ระบบกฎหมาย Common Law

ในประเทศที่ใช้ระบบกฎหมาย Common Law โดยเฉพาะในกฎหมายของประเทศอังกฤษ ไม่มีบทบัญญัติใดที่กำหนดถึงบทบาทของผู้พิพากษาในการบังคับใช้กฎหมายไว้อย่างชัดเจน ซึ่งแตกต่างจากประเทศฝรั่งเศสอันจะได้กล่าวถึงต่อไป นอกจากนี้ มีผู้กล่าวไว้ว่าในประเทศที่ใช้ระบบกฎหมาย Common Law ภาระหน้าที่ในการนำกฎหมายไปใช้ปรับแก้คดีตกอยู่แก่คู่ความมากกว่าผู้พิพากษา ขณะที่ประเทศในภาคพื้นยุโรปภาระหน้าที่ในการนำกฎหมายไปปรับ

ใช้แก่คดีเป็นของผู้พิพากษาเท่านั้น ผู้พิพากษาจึงมีหน้าที่ที่จะต้องค้นหากฎหมายที่จะนำมาใช้บังคับแก่คดี⁷³

การบังคับใช้กฎหมายของศาลในระบบกฎหมาย Common Law นี้ ผู้เขียนจะกล่าวถึงการกำหนดกฎหมายให้ศาลใช้บังคับกับคดีของคู่ความ และการกำหนดกฎหมายที่จะใช้บังคับกับคดีของศาล ส่วนการวินิจฉัยชี้ขาดคดีตามความเป็นธรรม (equity) ผู้เขียนจะแยกกล่าวไว้ในอีกหัวข้อหนึ่งถัดจากเรื่องการบังคับใช้กฎหมายของศาลต่อไป

2.1.1 คู่ความกับการกำหนดกฎหมายให้ศาลบังคับใช้กับคดี

การกำหนดกฎหมายที่จะใช้บังคับกับคดีของคู่ความนั้น จะเห็นได้ว่าตามระบบกฎหมาย Common Law คู่ความก็จำต้องระบุข้อเท็จจริงที่พิพาทกันมาในคำคู่ความ⁷⁴ ส่วนข้อกฎหมายไม่มีบทบัญญัติใดบังคับว่าต้องระบุมาในคำคู่ความด้วย มีเพียงให้บรรยายถึงกฎหมายพื้นฐานที่จะใช้เยียวยาความเสียหายเท่านั้น⁷⁵ ส่วนการกำหนดชื่อเรื่องแห่งคดี คู่ความก็จำต้องกำหนดกรอบข้อเรื่องของกฎหมายที่จะใช้บังคับแก่คดีเพื่อเยียวยาความเสียหาย เช่น เป็นคดีเรื่องสัญญาหรือละเมิด หรือทั้งเรื่องสัญญาและเรื่องละเมิด⁷⁶ เป็นต้น

⁷³ J.A.JOLOWICZ, "On Civil Procedure", (Cambridge: Cambridge University Press, 2000) p.189.

⁷⁴ J.R. Lewis, Civil and Criminal Procedure, (London: Sweet & Maxwell, 1968) p.44, see also Michael Zander, Cases and materials on the english legal system, Third Edition, (London: Weidenfeld and Nicolson, 1980) p.56.

⁷⁵ เช่นในอังกฤษมี Civil Procedure Rules 1998 (CPR) ข้อ 8.2 Contents of the Claim Form Where the claimant uses the Part 8 procedure the claim form must state-
(a) that this Part applies;
(b) (i) the question which the claimant wants the court to decide; or
(ii) the remedy which the claimant is seeking and the legal basis for the claim to that remedy;

⁷⁶ Neil Andrews, The Adversarial Principle: Fairness and Efficiency: Reflection on the Recommendation of the Woolf Report. In Reform of Civil Procedure Essays on 'Access to Justice'. Edited by A.A.S. Zuckerman and Ross Cranston. (Oxford: Clarendon Press, 1995) p.171.

2.1.2 ศาลกับการกำหนดกฎหมายที่จะใช้บังคับกับคดี

ดังได้กล่าวแล้วว่าในระบบกฎหมาย Common Law คู่ความมีบทบาทมากในการกำหนดกฎหมายที่จะใช้บังคับกับคดีโดยการกล่าวอ้างมาในคำคู่ความ เมื่อมาถึงชั้นวินิจฉัยชี้ขาดคดีศาลในระบบกฎหมาย Common Law ก็จะมีบทบาทเกี่ยวกับข้อกฎหมายอยู่ 2 ประการคือ การกำหนดกฎหมายที่จะใช้บังคับกับคดี กับการปรับบทกฎหมายเข้ากับข้อเท็จจริง ซึ่งผู้เขียนจะขอกล่าวแต่เพียงศาลกับการกำหนดกฎหมายที่จะใช้บังคับกับคดี อันอยู่ในขอบเขตของการทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้เท่านั้น

สำหรับหลักเกณฑ์การกำหนดกฎหมายที่จะใช้บังคับกับคดีของศาลนั้น ตามกฎหมายอังกฤษที่เป็นแม่แบบของระบบคอมมอนลอว์นั้น กฎหมายที่จะนำมาใช้บังคับส่วนใหญ่มักจะเป็นคำพิพากษาศาลในคดีก่อนๆ (the rule of precedent) และเพื่อที่จะกำหนดว่ากรณีใดถึงจะเป็นคำพิพากษาศาลที่จะนำมาใช้บังคับแก่คดี ศาลจำเป็นต้องเปรียบเทียบข้อเท็จจริงในคดีและข้อเท็จจริงในคำพิพากษาศาลในคดีที่ได้ตัดสินผ่านมาแล้ว⁷⁷ นอกจากนี้ ศาลจะนำกฎหมายมาบังคับใช้ในคดีได้ภายใต้ขอบเขตเนื้อหาสาระแห่งคำฟ้อง หรือภายใต้ขอบเขตแห่งวัตถุคดี (the subject matter of the suit)⁷⁸ กล่าวคือศาลไม่สามารถตัดสินหรือพิพากษาคดีได้หากปราศจากการเสนอประเด็นแห่งคดีของคู่ความ และศาลจะพิพากษาคดีโดยให้เหตุผลนอกจากประเด็นแห่งคดีหรือนอกเหนือจากคำขอเยียวยาความเสียหายของคู่ความไม่ได้⁷⁹

นอกจากนี้ในประเทศอังกฤษยังมีการพิจารณาคดี โดยศาลจะใช้ความเป็นธรรม (equity) ในการตัดสินคดีความซึ่งจะได้กล่าวถึงต่อไป

⁷⁷ ธนกร วรปรัชญากุล, “หลักและความคิดพื้นฐานของระบบประมวลกฎหมายและระบบคอมมอนลอว์ในทัศนะของนักกฎหมายยุโรป”, *บทบัญญัติ* เล่ม 60 ตอน 4, น.231 (2547).

⁷⁸ Gene R. Shreer and Peter Raven-Hansen, *Understanding Civil Procedure*, third edition, Matthew Bender & company : US, 2002, p.107.

⁷⁹ Rene David, *English Law and French Law: a comparison in substance*, (London: Stevens & Sons) p.59.

2.2 การบังคับใช้กฎหมายของศาลในประเทศที่ใช้ระบบกฎหมาย Civil Law : ประเทศฝรั่งเศส⁸⁰

ประเทศฝรั่งเศสซึ่งเป็นประเทศที่ใช้ระบบประมวลกฎหมาย (Civil Law) มีบทบัญญัติเรื่องบทบาทของศาลเกี่ยวกับข้อกฎหมายไว้โดยเฉพาะ ซึ่งอยู่ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งฝรั่งเศสในส่วนบทบัญญัติทั่วไป หมวด 5 มาตรา 12 ซึ่งศาสตราจารย์ Motulsky ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของฝรั่งเศสได้กล่าวถึงแนวความคิดในเรื่องนี้ไว้ว่า ผู้พิพากษามีหน้าที่ที่จะต้องค้นหากฎหมายที่จะนำมาใช้ปรับแก้คดีและนำกฎหมายนั้นมาปรับกับข้อเท็จจริงในคดี ผู้พิพากษาจะต้องปฏิบัติตนเป็นผู้สั่งการว่าจะนำกฎหมายใดมาใช้บังคับแก้คดี โดยคู่ความจะเป็นผู้เสนอข้อเท็จจริงต่อศาลและศาลจะทำการพิพากษาคดีโดยการวินิจฉัยข้อเท็จจริงในคดีตามบทบัญญัติของกฎหมายนั้น⁸¹

การกล่าวถึงการบังคับใช้กฎหมายของศาลในประเทศฝรั่งเศสนี้ ผู้เขียนจะแยกกล่าวเป็นเรื่องการเลือกหากฎหมายที่จะบังคับใช้กับคดีของศาล กับข้อจำกัดการนำกฎหมายมาบังคับใช้กับคดีของศาล ดังนี้

2.2.1 ศาลกับการเลือกหากฎหมายที่จะบังคับใช้กับคดี

ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งฝรั่งเศส มาตรา 12 วรรคหนึ่ง⁸² ได้วางหลักไว้ว่า “ศาลวินิจฉัยชี้ขาดคดีตามกฎหมายที่ใช้บังคับคดีนั้น” หลักการนี้เป็นการมอบอำนาจแก่ศาลในการที่จะพิจารณำบังคับใช้กฎหมายกับข้อเท็จจริงต่างๆในคดี แม้ว่าคู่ความจะไม่ได้ร้องขอให้บังคับตามกฎหมายนั้นก็ตาม และศาลเองก็ยังไม่ถูกจำกัดว่าจะต้องเลือกบังคับใช้เฉพาะกฎหมายที่คู่ความกล่าวอ้างให้บังคับใช้หรือถูกจำกัดตามชื่อเรื่องของคดีที่คู่ความกำหนด นอกจากนี้ ศาลมีอำนาจที่จะบังคับใช้กฎหมายทุกเรื่องแม้ว่ากฎหมายนั้นจะไม่เกี่ยวข้องด้วยความสงบ

⁸⁰ วรรณชัย บุญบำรุง, ธนกร วรปรัชญากุล, สิริพันธ์ พลรบ, หลักและทฤษฎีกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง เล่ม 2, (กรุงเทพมหานคร: บริษัทสำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด, 2548) น.51-53.

⁸¹ H.Motulsky, “Ecrit”, Tome I, Dalloz, 1973, p.103. อ้างถึงใน ธนกร วรปรัชญากุล, บทบาทของผู้พิพากษาฝรั่งเศสในการค้นหาความจริงตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง, บทบัณฑิตย์ เล่ม 59 ตอน 3, น.11 (กันยายน 2546).

⁸² The first sub-article of Article 12 “The judge settles the dispute in accordance with the rules of law applicable thereto.”

เรียบร้อยของประชาชนก็ตาม หรือแม้กระทั่งการบังคับใช้กฎหมายต่างประเทศ หรือจารีตหรือขนบธรรมเนียมประเพณี

มาตรา 12 วรรคสอง⁸³ ได้วางหลักต่อไปว่า ศาลมีอำนาจที่จะกำหนดลักษณะของกฎหมายที่จะใช้บังคับกับข้อพิพาทในคดี (la qualification) หรือในกรณีที่คู่ความแต่ละฝ่ายได้กำหนดชื่อเรื่องของคดีมาเรื่องเดียวหรือหลายเรื่องก็ตาม ศาลก็ยังมีอำนาจที่จะแก้ไขให้ถูกต้องได้ การกำหนดชื่อเรื่องของคุณความไม่มีผลผูกมัดศาลแต่ประการใด ตัวอย่างเช่น กรณีที่โจทก์ฟ้องเป็นคดีเรื่องสัญญาซื้อขาย ศาลก็อาจพิจารณาว่ากรณีตามข้อเท็จจริงเป็นเรื่องการให้แต่ปิดบังทำเป็นสัญญาซื้อขาย (une donation déguisée) ได้

อย่างไรก็ตาม อำนาจของศาลดังกล่าวตามมาตรา 12 วรรคหนึ่งและสอง อาจถูกจำกัดได้ซึ่งจะกล่าวถึง ดังนี้

2.2.2 ข้อจำกัดการนำกฎหมายมาบังคับใช้กับคดีของศาล

อำนาจของศาลที่จะหยิบยกกฎหมายขึ้นปรับกับข้อเท็จจริงของคดีได้เองโดยไม่ต้องผูกมัดให้บังคับใช้เฉพาะกฎหมายที่คู่ความได้ยกขึ้นนั้น มีข้อจำกัดอยู่ว่าการบังคับใช้กฎหมายที่ศาลยกขึ้นเอง จะต้องไม่มีผลเป็นว่าศาลสามารถที่จะแก้ไขเปลี่ยนแปลงวัตถุแห่งคดี และการยกข้อกฎหมายขึ้นเองนั้นสามารถบังคับใช้เฉพาะกับข้อเท็จจริงที่ปรากฏอยู่ในคดีเท่านั้น โดยทั้งสองเรื่องดังกล่าวมีรายละเอียดดังนี้

2.2.2.1 ต้องไม่เปลี่ยนแปลงวัตถุแห่งคดี

ในสวนวัตถุแห่งคดี (subject matter of the litigation) เกิดขึ้นจากข้อหาและข้อต่อสู้ รวมตลอดถึงพยานหลักฐานต่างๆของคุณความซึ่งมาตรา 5⁸⁴ ได้วางหลักไว้ว่า ศาลจะต้องตัดสินตามข้อหาในคำฟ้องทุกข้อและเท่าที่ได้มีการกล่าวหาเท่านั้น จากบทบัญญัติดังกล่าวสามารถแยกพิจารณาออกได้เป็น 2 ประการ คือ ประการแรก ศาลจะต้องตัดสินตามข้อหาหรือประเด็นข้อพิพาททุกข้อ (omnia petita) การที่ศาลตัดสินไม่ครบข้อหาหรือประเด็นข้อพิพาทแล้ว (infra petita) จึงเป็นการไม่ชอบด้วยกฎหมาย และประการที่สอง ศาลต้องตัดสินเฉพาะข้อหาหรือ

⁸³ The second sub-article of Article 12 “He must give or restore their proper legal definitions to the disputed facts and deeds notwithstanding the denominations given by the parties.”

⁸⁴ Article 5 “ The judge must rule upon all what is claimed and only upon what is claimed.”

ประเด็นข้อพิพาทเท่านั้น หากศาลตัดสินเกินไปกว่าข้อหาที่ปรากฏในคดีแล้ว (ultra petita) ก็ถือว่าเป็นการละเมิดสิทธิของคุณภาพ ซึ่งได้มีคำพิพากษาศาลตัดสินวางแนวมาโดยตลอดว่าศาลไม่มีอำนาจจะแก้ไขประเด็นแห่งคดีหรือคำขอได้ตามอำเภอใจ⁸⁵

จากการที่ศาลต้องตัดสินเฉพาะข้อหาหรือประเด็นแห่งคดีนั้น โจทก์ยังสามารถที่จะจำกัดขอบเขตขอให้จำเลยชำระหนี้เพียงบางส่วนโดยศาลไม่มีอำนาจที่จะมีคำพิพากษาให้จำเลยชำระหนี้ทั้งหมดได้ ซึ่งจากการจำกัดขอบเขตของคุณภาพดังกล่าว แสดงให้เห็นว่าในเรื่องนี้เป็นส่วนหนึ่งของหลักความประสงค์ของคุณภาพนั่นเอง

อย่างไรก็ตามจากหลักดังกล่าว มีกฎหมายกำหนดยกเว้นไว้ให้ศาลมีอำนาจที่จะมีคำพิพากษาในปัญหาที่คุณภาพไม่ได้ขอให้ศาลวินิจฉัย เช่น เป็นกฎหมายที่มีเหตุผลมาจากเรื่องความสงบเรียบร้อยของประชาชนหรือประโยชน์สาธารณะหรือความจำเป็นในทางปฏิบัติ เช่น การประหยัดค่าใช้จ่ายเพื่อที่จะไม่ต้องมาฟ้องร้องกันใหม่ต่อไป เป็นต้น โดยได้กำหนดให้อำนาจศาลที่จะวินิจฉัยตัดสินในทุกเรื่องหรือทุกปัญหาที่เกี่ยวกับคดี ซึ่งส่วนใหญ่เป็นเรื่องคดีอาญา หรือคดีแยกกันอยู่ของคุณสมรส รวมทั้งเรื่องเกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างบิดามารดาและบุตร เช่น คดีที่คุณสมรสฝ่ายหนึ่งฟ้องอาญาโดยอ้างเหตุหย่าที่เกิดจากความผิดของคุณสมรสอีกฝ่ายหนึ่งนั้น ศาลสามารถตัดสินให้มีการหย่ากันเนื่องมาจากความผิดของคุณสมรสทั้งสองฝ่ายได้ แม้ว่าคู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่งจะไม่ได้ต่อสู้คดีเลยก็ตาม⁸⁶ (ประมวลกฎหมายแพ่ง มาตรา 24 วรรคสาม)

2.2.2.2 บังคับใช้กับข้อเท็จจริงในคดี

การบังคับใช้กฎหมายเฉพาะข้อเท็จจริงที่ปรากฏอยู่ในคดีมาจากหลักการที่ว่า เป็นหน้าที่ของคุณภาพที่จะต้องกล่าวอ้างข้อเท็จจริงที่เกี่ยวข้องเพื่อสนับสนุนข้อกล่าวอ้างหรือข้อต่อสู้ของตน ความจริงแล้วหลักการเรื่องการกล่าวอ้างข้อเท็จจริงของคุณภาพเป็นเรื่องสิทธิและหน้าที่ในคราวเดียวกัน เป็นสิทธิในแง่ที่ว่าคู่ความแต่ละฝ่ายสามารถเสนอข้อเท็จจริงทุกอย่างซึ่งตนเห็นว่าจำเป็นโดยศาลไม่มีอำนาจที่จะปฏิเสธไม่รับฟัง (แต่ทั้งนี้ต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขเกี่ยวกับการรับฟังคำคู่ความและพยานหลักฐานด้วย) เป็นหน้าที่ในแง่ที่ว่าคู่ความแต่ละฝ่ายต้องดำเนินการโดยไม่สามารถที่จะดำหนิหรืออ้างว่าศาลไม่ยอมใช้ดุลพินิจในการค้นหาข้อเท็จจริงของคดีได้เลย

⁸⁵ วรรณชัย บุญบำรุง, ธนกร วรปรัชญากุล, สิริพันธ์ พลรบ, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 80 น.43.

⁸⁶ เพิ่งอ้าง, น.44.

จากหลักการดังกล่าว ศาลจึงไม่มีอำนาจที่จะชี้ขาดตัดสินคดีโดยอาศัยข้อเท็จจริงที่ไม่ได้อยู่ในการต่อสู้คดี ซึ่งส่วนใหญ่แล้วการบังคับใช้กฎหมายนอกเหนือจากที่คู่ความกล่าวอ้างนั้น มักจะเป็นกรณีที่จำเป็นต้องพิจารณาข้อเท็จจริงใหม่ด้วย ตัวอย่างเช่น ในกรณีที่ศาลจะบังคับใช้กฎหมายเรื่องความรับผิดทางสัญญาแทนที่ความรับผิดทางละเมิดตามที่โจทก์ร้องขอ กรณีจำเป็นต้องมีการพิจารณาข้อเท็จจริงว่า จำเลยได้ละเลยไม่ปฏิบัติตามสัญญาหรือไม่ด้วย ศาลจึงต้องหยิบยกเรื่องการเกิดสัญญาและหน้าที่ตามสัญญามาพิจารณา แต่หากข้อเท็จจริงดังกล่าวไม่ปรากฏอยู่ในสำนวนคดี การที่ศาลใช้ดุลพินิจยกข้อกฎหมายเรื่องความรับผิดทางสัญญาดังกล่าวก็จะเป็นการขัดกับหลักตามมาตรา 7 วรรคหนึ่ง⁸⁷ ที่ห้ามมิให้ศาลมีคำวินิจฉัยโดยอาศัยข้อเท็จจริงที่ไม่ได้อยู่ในคดี แต่หากกรณีเป็นว่า ข้อเท็จจริงที่จำเป็นสำหรับการบังคับใช้กฎหมายที่ศาลได้ยกขึ้นนั้นปรากฏอยู่ในคดีแล้ว มีแนวคำพิพากษาของศาลวินิจฉัยว่าไม่มีอะไรห้ามที่ศาลจะหยิบยกข้อกฎหมายอื่นนอกจากที่คู่ความกล่าวอ้างมาวินิจฉัยคดีได้ ปัญหาจึงขึ้นกับว่าข้อเท็จจริงอย่างไรที่ถือว่าเป็นข้อเท็จจริงที่อยู่ในคดีหรือในการต่อสู้คดี

ความหมายของคำว่า “ข้อเท็จจริงในการต่อสู้คดี” ยังไม่ค่อยชัดเจนนัก จึงทำให้เกิดปัญหาในการใช้ โดยข้อเท็จจริงที่ปรากฏในคำคู่ความ ในพยานหลักฐานต่างๆ ที่คู่ความเสนอต่อศาล เหล่านี้เป็นที่ยอมรับโดยไม่มีข้อโต้แย้งว่าเป็นข้อเท็จจริงในการต่อสู้คดี แต่สำหรับข้อเท็จจริงอื่นๆที่เป็นข้อเท็จจริงแวดล้อมหรือข้างเคียงของข้อเท็จจริงที่คู่ความได้กล่าวอ้าง หรือข้อเท็จจริงอื่นๆที่เกิดขึ้นในระหว่างพิจารณา เช่น ข้อเท็จจริงจากการสืบพยานผู้เชี่ยวชาญ การซักพยาน การเดินเผชิญสืบ เป็นต้น ข้อเท็จจริงเหล่านี้มีปัญหาว่าศาลจะนำมาใช้ในการวินิจฉัยคดีได้หรือไม่ ซึ่งหากว่าถือตามเจตนารมณ์ของมาตรา 7 วรรคหนึ่ง ที่มีจุดประสงค์เพื่อที่จะคุ้มครองอำนาจของคู่ความในการเสนอข้อพิพาทต่อศาลแล้ว ก็อาจจะตีความจำกัดขอบเขตเฉพาะข้อเท็จจริงในคำคู่ความหรือในพยานหลักฐานที่คู่ความเสนอต่อศาลเท่านั้น อย่างไรก็ตามแนวคำพิพากษาของศาลส่วนใหญ่ได้ยอมรับข้อเท็จจริงแวดล้อมหรือข้างเคียงข้อเท็จจริงที่คู่ความได้กล่าวอ้างว่าเป็นข้อเท็จจริงในการต่อสู้คดีตามมาตรา 7 วรรคหนึ่ง เช่นเดียวกัน แต่มีเงื่อนไขว่าข้อเท็จจริงดังกล่าวจะต้องเป็นข้อเท็จจริงที่คู่ความทุกฝ่ายได้มีโอกาสทราบและมีโอกาสโต้แย้งแล้ว⁸⁸

⁸⁷ The first sub-article of Article 7 “The judge may not base his decision on facts not in the debate.”

⁸⁸ วรรณชัย บุญบำรุง, ธนกร วรปรัชญากุล, สิริพันธ์ พลรบ, อ่างแล้ว เริงอรุณทิ 80 น.45.

จากหลักการตามมาตรา 7 วรรคหนึ่ง มีข้อกำหนดผ่อนคลายเป็นอยู่คือ ตามมาตรา 7 วรรคสอง⁸⁹ ได้กำหนดว่า ศาลสามารถที่จะหยิบยกข้อเท็จจริงใดๆที่ปรากฏในคดีมาพิจารณาได้ แม้ว่าข้อเท็จจริงดังกล่าวคู่ความจะไม่ได้ประสงค์ที่จะกล่าวอ้างเพื่อสนับสนุนข้อกล่าวอ้างของตนก็ตาม เนื่องจากในทางปฏิบัตินั้นคู่ความมักจะพยายามเสนอข้อเท็จจริงต่างๆให้รายละเอียดมากเข้าไว้แม้ว่าข้อเท็จจริงเหล่านั้นจะไม่ได้สนับสนุนข้อกล่าวอ้างของตนโดยตรงก็ตาม แต่หลักการนี้ตามแนวคำพิพากษาของศาลได้ยกเว้นไม่ให้นำมาใช้กับคดีหย่าและคดีขอแยกกันอยู่ของคู่สมรส เนื่องจากเป็นคดีที่มีลักษณะเป็นเรื่องส่วนตัวของคู่ความ อนึ่ง มีข้อสังเกตว่าหลักการตามมาตรา 7 จะเป็นเรื่องดุลพินิจของศาลโดยแท้⁹⁰

นอกจากนี้ ข้อจำกัดการนำกฎหมายมาบังคับใช้กับคดีได้แก่ การยกข้อกฎหมายในส่วนที่เกี่ยวกับเรื่องที่ศาลจะไม่รับฟ้องไว้พิจารณาเนื่องจากสาเหตุอื่นนอกจากเรื่องข้อเท็จจริงในคดี เช่น เรื่องอายุความ เรื่องฟ้องซ้ำ เป็นต้น ซึ่งเรียกโดยรวมว่า “les fins de non-recevoir” นั้น มีบทบังคับเฉพาะที่แตกต่างออกไปดังนี้

ตามมาตรา 125 กำหนดให้เฉพาะข้อกฎหมายที่เกี่ยวข้องด้วยความสงบเรียบร้อยของประชาชนเท่านั้นที่ศาลจะต้องหยิบยกขึ้นมาบังคับใช้ ดังนั้น ศาลจึงไม่สามารถหยิบยกข้อกฎหมายที่เกี่ยวข้องผลประโยชน์ของเอกชน (และคู่ความอาจละสิทธิดังกล่าวได้) ได้ ตัวอย่างเช่น เรื่องอายุความ ซึ่งในประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส มาตรา 1223 บัญญัติไว้ว่า ห้ามมิให้เอาอายุความมาเป็นเหตุยกฟ้องหากคู่ความมิได้ยกขึ้นต่อสู้⁹¹ แต่หากข้อกฎหมายดังกล่าวเกี่ยวข้องกับความสงบเรียบร้อยของสังคมแล้ว โดยหลักศาลจะต้องหยิบยกขึ้นมาบังคับใช้ เช่น การอุทธรณ์หรือฎีกาเลยกำหนดระยะเวลาที่กฎหมายกำหนด ยกเว้นบางกรณีเท่านั้นที่กฎหมายกำหนดให้เป็นดุลพินิจของ

⁸⁹ The second sub-article of Article 7 “Among the facts mentioned in the debate, the judge may even take into consideration such facts that the parties have not expressly relied upon to support their claims.”

⁹⁰ วรรณชัย บุญบำรุง, ธนกร วรปรัชญากุล, สิริพันธ์ พลรบ, อ่างแล้ว เชิงอรรถที่ 80 น.46.

⁹¹ ประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส มาตรา 1223 นี้บัญญัติไว้ทำนองเดียวกับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 193/29 ของไทยซึ่งหากคู่ความไม่ได้ยกอายุความขึ้นเป็นข้อต่อสู้ ศาลจะอ้างเอาอายุความมาเป็นเหตุยกฟ้องไม่ได้

ศาลว่าจะบังคับใช้กฎหมายนั้นหรือไม่ ตัวอย่างเช่น มาตรา 125 วรรคสอง กรณีที่โจทก์ไม่มีผลประโยชน์ได้เสียในเรื่องที่นำมาฟ้อง (le dé faut d'intérêt) อันเป็นปัญหาเรื่องอำนาจฟ้องคดี

2.2.2.3 การตกลงกันของคู่ความจำกัดขอบเขตการใช้กฎหมายของศาล

นอกจากนี้อำนาจของศาลตามมาตรา 12 วรรคหนึ่งและวรรคสอง ดังกล่าว อาจถูกจำกัดได้ตามมาตรา 12 วรรคสาม โดยมาตราดังกล่าวกำหนดให้คู่ความสามารถที่จะตกลงร่วมกันในการที่จำกัดขอบเขตอำนาจของศาลตามมาตรา 12 วรรคหนึ่ง และวรรคสอง ได้ โดยตามมาตรา 12 วรรคสาม⁹²นี้ คู่ความสามารถตกลงกันให้ศาลใช้กฎหมายที่คู่ความได้กำหนดเพื่อบังคับใช้กับคดีของคู่ความ และห้ามไม่ให้ศาลวินิจฉัยชี้ขาดคดีโดยนำกฎหมายอื่นมาใช้บังคับ นอกจากนี้คู่ความยังสามารถบังคับให้ศาลวินิจฉัยชี้ขาดคดีตามเรื่องของคดีที่คู่ความตกลงกันได้

สำหรับตัวอย่างคดีในการใช้มาตรา 12 วรรคสาม ได้แก่ คดีที่คู่กรณีตกลงกันให้ใช้กฎหมายฝรั่งเศสว่าด้วยความรับผิดชอบจากอุบัติเหตุรถยนต์ ถึงแม้ว่าจะมีสนธิสัญญาระหว่างประเทศกำหนดให้ใช้กฎหมายใดกฎหมายหนึ่ง⁹³

แต่อย่างไรก็ตาม การตกลงกันของคู่ความดังกล่าวตาม มาตรา 12 วรรคสาม นั้น ได้กำหนดเงื่อนไขเอาไว้ว่า คู่ความสามารถตกลงให้ดำเนินการดังกล่าวได้เฉพาะคดีที่คู่ความสามารถมีเจตนารมณ์หรือความประสงค์โดยอิสระในสิทธิของตน (la libre disposition de leurs droits) ดังอย่างเช่น คู่ความไม่สามารถตกลงกันเพื่อเปลี่ยนแปลงกฎ(ในประเทศและระหว่างประเทศ) เกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการซึ่งกำหนดเกี่ยวกับการร้องเรียน หรืออุทธรณ์คำตัดสิน⁹⁴

นอกจากนี้ มาตรา 12 วรรคสาม ยังได้กำหนดเงื่อนไขเอาไว้อีกว่า ข้อตกลงในเรื่องดังกล่าวจะต้องเป็นข้อตกลงที่เห็นได้ชัดเจนอีกด้วย ลำพังเพียงแต่คำแถลงของสองฝ่ายตรงกันไม่ได้หมายความว่ามีความร่วมมือข้อตกลงตามมาตรา 12 วรรคสาม⁹⁵

⁹² The third sub-article of Article 12 "However, he may not change the denomination or legal ground where the parties, pursuant to an express agreement and in the exercise of such rights that they may freely alienate, have bound him by legal definitions and legal arguments to which they intend to restrict the debate."

⁹³ Civ.1, 19 avr. 1988 : Bull. Civ. I, n° 104.

⁹⁴ Civ.1, 6 avr. 1994 : Bull. Civ. I, n° 135.

⁹⁵ Civ.1, 20 déc. 1976 : Bull. Civ. I, n° 417, Civ.3, 10 oct. 1979 : Bull. Civ. III, n° 175, Civ.1, 27 oct. 1992 : Bull. Civ. I, n° 261, com.9 oct.1978 : Bull. Civ. IV, n° 213.

เมื่อเปรียบเทียบกับกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของไทยแล้วก็ไม่ปรากฏว่ามีบทบัญญัติในทำนองนี้ ซึ่งก็น่าที่จะเข้าใจได้ว่าประเทศไทยคู่ความไม่สามารถตกลงกันกำหนดกฎหมายให้ศาลนำมาบังคับใช้กับคดีได้ อย่างไรก็ตาม คู่ความอาจตกลงทำกันให้ศาลวินิจฉัยข้อกฎหมายแต่เพียงประเด็นเดียวได้ ซึ่งผู้เขียนจะได้กล่าวถึงในบทวิเคราะห์ต่อไป

2.3 การบังคับใช้กฎหมายของศาลในประเทศไทย

ประเทศไทยไม่มีบทบัญญัติชัดเจนเกี่ยวกับการบังคับใช้กฎหมายของศาลอย่างของประเทศฝรั่งเศส แต่จากแนววินิจฉัยในคำพิพากษากฎีกา ทำให้พอทราบถึงขอบเขตการบังคับใช้กฎหมายของศาล ดังจะกล่าวได้ดังนี้

2.3.1 ศาลไม่ถูกจำกัดว่าจะต้องเลือกใช้กฎหมายตามที่คู่ความกล่าวอ้าง หรือชื่อเรื่องที่คู่ความกำหนด

การนำกฎหมายสารบัญญัติมาบังคับใช้ในคดีของศาลนั้น ในเบื้องต้นพึงพิจารณาเสียก่อนว่าคู่ความจำเป็นต้องกล่าวอ้างข้อกฎหมายในคำคู่ความหรือไม่ และหากคู่ความยกขึ้นกล่าวอ้างในคำคู่ความ ศาลจะถูกบังคับให้เลือกใช้กฎหมายเฉพาะตามที่คู่ความกล่าวอ้างขึ้นหรือไม่ ซึ่งพิจารณาได้ดังนี้

2.3.1.1 การกล่าวอ้างกฎหมายที่จะให้ศาลบังคับใช้กับคดีของคู่ความ

การที่โจทก์ (หรือผู้ฟ้องคดี) นำคดีขึ้นสู่ศาลโดยทำเป็นคำฟ้อง และการที่จำเลยให้การต่อสู้คดีโดยทำเป็นคำให้การนั้น จะต้องอ้างบทกฎหมายที่จะใช้บังคับกับคดีหรือไม่ ฝ่ายหนึ่ง⁹⁶ เห็นว่า แม้การที่ศาลรับรู้กฎหมายไทยได้เองแต่ก็มีได้หมายความว่าคู่ความจะต้องกล่าวอ้างเสียเลย เป็นแต่เพียงว่าคู่ความมีต้องนำสืบพิสูจน์ถึงกฎหมายเหล่านั้นเท่านั้น ซึ่งจะเห็นได้

⁹⁶ เจริญธรรม ลัดพลี, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 71 น.21 และดู ประมูล สุวรรณศร, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 11 น.23.

จากประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 183⁹⁷ ที่ให้ศาลกำหนดข้อกฎหมายหรือข้อเท็จจริงที่คู่ความฝ่ายหนึ่งยกขึ้นอ้างแต่คู่ความอีกฝ่ายหนึ่งไม่รับไว้เป็นประเด็นข้อพิพาท และมาตรา 225 กับ 249 ที่คู่ความต้องยกข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมายในชั้นอุทธรณ์หรือฎีกา

ส่วนความเห็นอีกฝ่ายหนึ่ง⁹⁸ เห็นว่า คำฟ้องเพียงแต่แสดงโดยแจ้งชัดซึ่งสภาพแห่งข้อหาและคำขอบังคับทั้งข้ออ้างที่อาศัยเป็นหลักแห่งข้อหาเช่นนั้นก็ใช้ได้แล้ว เป็นหน้าที่ของศาลจะต้องนำกฎหมายมาบังคับใช้กับคดีเอง ส่วนคำให้การของจำเลยนั้น การที่จำเลยปฏิเสธฟ้องโจทก์ไม่ว่าจะเป็นข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมาย จำเลยไม่จำเป็นต้องปฏิเสธโดยอ้างบทกฎหมายไว้ในคำให้การ⁹⁹

⁹⁷ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 183 บัญญัติว่า “ในวันขึ้นสองสัปดาห์ให้คู่ความมาศาล และให้ศาลตรวจดูคำคู่ความและคำแถลงของคู่ความ แล้วนำข้ออ้าง ข้อเถียงที่ปรากฏในคำคู่ความและคำแถลงของคู่ความเทียบกันดู และสอบถามคู่ความทุกฝ่ายถึงข้ออ้าง ข้อเถียงและพยานหลักฐานที่จะยื่นต่อศาลว่าฝ่ายใดยอมรับหรือโต้แย้งข้ออ้าง ข้อเถียงนั้นอย่างไร ข้อเท็จจริงใดที่คู่ความยอมรับกันก็เป็นอันยุติไปตามนั้น ส่วนข้อกฎหมายหรือข้อเท็จจริงที่คู่ความฝ่ายหนึ่งยกขึ้นอ้างแต่คู่ความฝ่ายอื่นไม่รับและเกี่ยวเนื่องโดยตรงกับประเด็นข้อพิพาทตามคำคู่ความ ให้ศาลกำหนดไว้เป็นประเด็นข้อพิพาท และกำหนดให้คู่ความฝ่ายใดนำพยานหลักฐานมาสืบในประเด็นข้อใดก่อนหรือหลังก็ได้”

⁹⁸ จำรูญเนติศาสตร์, หลวง, คำอธิบายกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง, ที่ระลึกในงานพระราชทานเพลิงศพหลวงจำรูญเนติศาสตร์, (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์มหาเมฆบรรณกิจ, 2518) น.111 และตามนัยคำพิพากษาฎีกาที่ 7767/2543 ที่วินิจฉัยว่า การฟ้องคดีแพ่งโจทก์เพียงแสดงโดยแจ้งชัดซึ่งสภาพแห่งข้อหาของโจทก์และคำขอบังคับ ทั้งข้ออ้างที่อาศัยเป็นหลักแห่งข้อหาเช่นนั้นเท่านั้น หากจำต้องอ้างบทกฎหมายที่กำหนดให้จำเลยต้องรับผิดชอบมาด้วยไม่

คำพิพากษาฎีกาที่ 1062/2537 วินิจฉัยว่า คดีแพ่งไม่จำเป็นจะต้องยกบทกฎหมายขึ้นกล่าวอ้าง เพียงแต่บรรยายข้อเท็จจริงและมีคำขอบังคับก็เป็นการเพียงพอแล้ว ส่วนบทกฎหมายใดจะใช้บังคับกับคดีย่อมเป็นหน้าที่ของศาลที่จะยกมาปรับแก้คดีเอง

⁹⁹ คำพิพากษาฎีกาที่ 879/2509 จำเลยได้กล่าวอ้างข้อเท็จจริงในการต่อสู้คดีไว้ชัดเจนแล้ว การจะปรับเข้าบทกฎหมายใด ย่อมตกเป็นหน้าที่ของศาลที่จะยกมาใช้เอง

จะเห็นได้ว่าแม้ความเห็นทั้งสองจะแตกต่างกันอยู่บ้าง แต่เข้าใจได้ว่าความเห็นที่คู่ความฝ่ายหนึ่งเห็นว่าคู่ความต้องกล่าวอ้างข้อกฎหมายในคำคู่ความนั้นก็น่าจะเพื่อประโยชน์แห่งคดีของคู่ความมากกว่าที่จะเป็นหน้าที่ของคู่ความ¹⁰⁰ เพราะหน้าที่ในการนำกฎหมายมาบังคับใช้กับคดีเป็นหน้าที่ของศาลโดยเฉพาะ ดังจะเห็นได้จากประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 134 ที่ห้ามมิให้ศาลปฏิเสธตัดสินคดีโดยอ้างว่าไม่มีบทบัญญัติที่จะใช้บังคับกับคดี

2.3.1.2 การเลือกบังคับใช้กฎหมายของศาล

ดังที่ได้กล่าวมาแล้วว่าคู่ความไม่จำเป็นต้องกล่าวอ้างข้อกฎหมายที่จะใช้บังคับกับคดี โดยเป็นหน้าที่ของศาลที่จะต้องค้นหาข้อกฎหมายมาปรับกับคดี แต่อย่างไรก็ตามหากคู่ความได้กล่าวอ้างข้อกฎหมายไว้ ศาลไทยก็มีอำนาจในการที่จะหยิบยกข้อกฎหมายมาปรับเข้ากับข้อเท็จจริงของคดี หรือกำหนดข้อเรื่องของคดีได้โดยไม่ถูกผูกมัดตามข้อกฎหมายที่คู่ความได้กล่าวอ้าง ทั้งนี้ โดยมีคำพิพากษาศาลฎีกาวินิจฉัยวางแนวไว้ดังนี้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1011/2545 โจทก์บรรยายฟ้องว่า ที่ดินของโจทก์และจำเลยอยู่ติดกัน โจทก์ใช้ทางพิพาทเข้าออกที่ดินของโจทก์มานานกว่า 10 ปี ไม่มีบุคคลใดคัดค้านทางดังกล่าวจึงเป็นทางภาระจำยอม ต่อมาจำเลยได้รื้อเสารั้วแนวเขตเดิมแล้วนำมาปักไว้ในทางพิพาททำให้ทางพิพาท แคบลงเป็นเหตุให้โจทก์ใช้รถยนต์ผ่านเข้าออกที่ดินของโจทก์ไม่ได้ตามปกติ ขอให้จำเลยรื้อถอนเสารั้วออกไป แม้โจทก์ระบุในคำฟ้องผิดพลาดว่า เป็นทางภาระจำยอมก็ไม่ใช่สาระสำคัญถึงขนาดที่จะทำให้คำฟ้องเสียไป ส่วนทางพิพาทที่ถูกต้องจะเป็นทางอะไรนั้น เป็นหน้าที่ของศาลจะต้องปรับตัวบทกฎหมายเข้ากับข้อเท็จจริงเองเมื่อทางพิจารณาได้ความว่าเป็นทางสาธารณะ ศาลมีอำนาจวินิจฉัยว่าทางพิพาทเป็นทางสาธารณะได้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2223/2539 เมื่อโจทก์ชำระหนี้แก่ธนาคารแทนจำเลยตามที่จำเลยขอรับรองโดยจำเลยรับจะชำระเงินคืนโจทก์ และธนาคารผู้เป็นเจ้าของหนี้ของจำเลยก็ยอมรับชำระหนี้แล้ว จำเลยจึงต้องใช้เงินคืนโจทก์ตามข้อสัญญาที่โจทก์และจำเลยได้ตกลงกันได้ ส่วนที่โจทก์บรรยายฟ้องว่าโจทก์อยู่ในฐานะผู้ค้าประกันอันจะรับช่วงสิทธิมาฟ้องไล่เบี้ยจำเลยได้นั้น เป็นเพียงการสำคัญผิดในฐานะของโจทก์ซึ่งมิใช่ข้อสาระสำคัญ เพราะโจทก์ได้บรรยายไว้ในคำฟ้องอย่างชัดเจนว่าโจทก์ได้ชำระเงินกู้ที่จำเลยค้ำชำระแทนจำเลย และขอให้ศาลบังคับจำเลยชำระหนี้ที่โจทก์ชำระแทนไปดังกล่าวแก่โจทก์ เมื่อคำฟ้องและทางนำสืบของโจทก์แสดงให้เห็นโดยชัดแจ้งถึง

¹⁰⁰ แตกต่างจากคดีอาญาที่โจทก์ต้องระบุกฎหมายที่ขอให้บังคับ ดู ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 158(6)

ข้อเท็จจริงที่ปรากฏอย่างใดแล้ว ย่อมเป็นหน้าที่ของศาลที่จะปรับบทกฎหมายให้ถูกต้องว่าโจทก์มีสิทธิเรียกให้จำเลยชำระเงินคืนในฐานะใดตามกฎหมาย

คำพิพากษาฎีกาที่ 1328/2539 แม้โจทก์จะตั้งข้อหาในคำฟ้องว่าละเมิด แต่คำฟ้องของโจทก์ที่แท้จริงอยู่ที่คำบรรยายฟ้อง เมื่อโจทก์บรรยายฟ้องมาว่า จำเลยที่ 1 ได้รับอนุญาตให้เป็นผู้เดินรถโดยสารสาธารณะประจำทางในเส้นทางสาย 8203 และโจทก์เป็นผู้ประกอบการเดินรถผู้หนึ่งที่นำรถยนต์เข้าร่วมกับจำเลยที่ 1 รับส่งคนโดยสารในเส้นทางดังกล่าวในคิวที่ 41 ก็ย่อมเป็นที่เข้าใจได้ว่าการที่โจทก์มีสิทธินำรถยนต์เข้าร่วมรับส่งคนโดยสารในเส้นทางที่จำเลยที่ 1 ได้รับอนุญาตได้นั้น โจทก์และจำเลยที่ 1 จะต้องมีความยินยอมต่อกัน กล่าวคือ จำเลยที่ 1 จะต้องทำสัญญาให้โจทก์เข้าเดินรถร่วมกับจำเลยที่ 1 และการที่โจทก์บรรยายฟ้องต่อไปว่า ต่อมาจำเลยที่ 1 ปฏิเสธไม่ยอมให้โจทก์นำรถยนต์เข้าร่วมในคิวที่ 41 แต่กลับให้จำเลยที่ 2 นำรถยนต์เข้าร่วมแทนโจทก์ก็เป็นที่เห็นได้ชัดว่าเป็นการกล่าวหาว่าจำเลยที่ 1 ทำผิดสัญญาดังกล่าว มิใช่ฟ้องเรื่องละเมิด แม้โจทก์จะตั้งข้อหาคลาดเคลื่อนไปว่าเป็นละเมิดก็ไม่ทำให้สารัตถะในคำฟ้องเป็นเรื่องละเมิดไปได้ และเป็นหน้าที่ของศาลที่จะปรับบทกฎหมายให้ถูกต้องได้

คำพิพากษาฎีกาที่ 9345/2538 ข้อเท็จจริงรับฟังได้ว่า จำเลยได้เอาเงินไปจากโจทก์เป็นคราว ๆ โดยโจทก์จำเลยตกลงกันให้จำเลยเอาเงินที่รับไปเหมามาจะม่วงและเอามาจะม่วงมาส่งให้โจทก์โดยหักค่าจะม่วงจากเงินที่รับไป เมื่อส่งจะม่วงหมดแล้วจึงคิดบัญชีกัน หากค่าจะม่วงที่ส่งให้โจทก์ยังไม่พอกับจำนวนเงินที่จำเลยเอาไป จำเลยจะต้องรับผิดชอบ ตามข้อเท็จจริงดังกล่าวหาใช่เป็นเรื่องที่จำเลยกู้ยืมเงินโจทก์และตกลงจะนำเงินมาใช้คืนให้โจทก์ไม่ จึงไม่ใช่เรื่องกู้ยืมเงินตาม ป.พ.พ. มาตรา 653 แต่กรณีเช่นนี้สันนิษฐานพันธะระหว่างโจทก์กับจำเลยเป็นลักษณะของบัญชีเดินสะพัดตาม ป.พ.พ. มาตรา 856 แม้โจทก์จะฟ้องและฎีกาว่าจำเลยกู้ยืมเงินโจทก์ไป แต่โจทก์ก็ได้อ้างเอกสารท้ายฟ้องมาเป็นหลักในการฟ้องด้วย ซึ่งเมื่อพิเคราะห์คำฟ้องประกอบกับเอกสารท้ายฟ้อง อันกล่าวถึงรายละเอียดเกี่ยวกับการที่จำเลยเอาเงินโจทก์ไป และข้อตกลงระหว่างโจทก์จำเลยรวมทั้งการคิดราคาค่าจะม่วงแต่ละครั้งที่จำเลยนำมาส่งให้โจทก์แล้ว เห็นได้ว่าฟ้องโจทก์บรรยายเข้าลักษณะของบัญชีเดินสะพัด ซึ่งศาลมีอำนาจยกบทกฎหมายที่ถูกต้องมาปรับแก้คดีได้

คำพิพากษาฎีกาที่ 1025/2538 โจทก์ฟ้องโดยกล่าวถึงข้อเท็จจริงและวัตถุประสงค์ในการมีคูน้ำและอ่างเก็บน้ำโดยระบุว่าโจทก์จำเลยรู้ถึงวัตถุประสงค์นั้น จึงช่วยกันเฉลี่ยออกค่าใช้จ่ายในการขุดคูน้ำและทำอ่างเก็บน้ำ และศาลชั้นต้นได้กำหนดประเด็นเรื่องการติดตั้งเครื่องสูบน้ำในที่ดินของจำเลยเพื่อประโยชน์แก่โจทก์ตามฟ้องหรือไม่ไว้ด้วย จึงเป็นหน้าที่ของศาลที่

จะต้องพิจารณาว่าข้อเท็จจริงตามที่โจทก์ฟ้องนั้นมีกฎหมายข้อใดบัญญัติให้โจทก์เกิดสิทธิในการใช้น้ำในสถานที่ดังกล่าวโดยจำเลยไม่มีสิทธิขัดขวางบ้างหรือไม่ หากมีบัญญัติไว้ศาลย่อมหยิบยกขึ้นมาปรับบทแก่คดีของโจทก์ได้ ไม่จำเป็นที่ศาลจะพิพากษาให้สิทธิโจทก์เฉพาะบทกฎหมายที่โจทก์อ้างเท่านั้น

2.3.2 ข้อจำกัดการนำกฎหมายมาบังคับใช้กับคดีของศาล

แม้ว่าศาลจะมีอำนาจนำกฎหมายมาบังคับใช้กับข้อเท็จจริงได้เองโดยไม่ต้องถูกผูกมัดให้บังคับเฉพาะกฎหมายที่คู่ความได้ยกขึ้นกล่าวอ้างก็ตาม แต่อำนาจของศาลดังกล่าวก็มีข้อจำกัดอยู่ว่า การบังคับใช้กฎหมายที่ศาลยกขึ้นเองนั้นจะต้องไม่มีผลเป็นว่าศาลสามารถที่จะแก้ไขเปลี่ยนแปลงวัตถุแห่งคดีได้ และการยกข้อกฎหมายขึ้นเองนั้นสามารถบังคับใช้เฉพาะกับข้อเท็จจริงที่ปรากฏอยู่ในคดีเท่านั้น ซึ่งสามารถแยกพิจารณาได้ดังนี้

2.3.2.1 ต้องไม่เปลี่ยนแปลงวัตถุแห่งคดี

ในคดีแพ่งศาลไม่มีอำนาจหน้าที่ที่จะเริ่มคดี¹⁰¹ ด้วยลำพังตนเอง คดีแพ่งจะเกิดขึ้นได้ก็แต่โดยการเสนอเรื่อง หรือ “วัตถุแห่งคดี” โดยคู่ความต่อศาลเท่านั้น ไม่ว่าคู่ความจะเป็นเอกชนหรือเป็นพนักงานอัยการก็ตาม

ในการดำเนินคดีแพ่งในศาล ผู้ฟ้องคดีหรือโจทก์จะเป็นผู้กำหนดเรื่อง หรือ “สภาพแห่งข้อหา” และกำหนดความต้องการ หรือ “คำขอบังคับ” ของตน และเมื่อโจทก์เป็นผู้กำหนด “สภาพแห่งข้อหา” และกำหนด “คำขอบังคับ” ของตนแล้ว ในทางกลับกันก็ย่อมหมายความว่าโจทก์มีอำนาจที่จะสละเรื่องและความต้องการของตนได้เสมอ อันเป็นไปตาม “หลักการมีอำนาจเหนือวัตถุแห่งคดี” (Dispositionsmaxime)¹⁰² หรือ “หลักความประสงค์ของคู่ความ” และเฉพาะเรื่องและความต้องการที่โจทก์ได้กำหนดมานั้นเท่านั้นที่ศาลจะมีอำนาจพิจารณาพิพากษาต่อไปได้

ดังได้กล่าวมาแล้วในบทที่ 2 ว่าในคดีแพ่ง “ข้อหา” เป็น “วัตถุแห่งคดี”¹⁰³ คดีแพ่งจะดำเนินไปได้ก็ต่อเมื่อ “คำฟ้อง” หรือ “คำร้องขอ” ได้กำหนด “วัตถุแห่งคดี” ลงไว้อย่างแจ่มชัด กล่าวคือ ศาลและคู่ความต้องรู้ว่าในคดีใดคดีหนึ่งนั้นเป็นการพิพาทกันในเรื่องใดและสิ่งใดที่ศาลต้องวินิจฉัยชี้ขาดตัดสิน การที่ต้องกำหนด “วัตถุแห่งคดี” ให้แจ่มชัดก็เพราะว่าในทางแพ่งนั้นผู้ฟ้อง

¹⁰¹ แม้คดีอาญา ศาลไทยก็ไม่มีอำนาจเริ่มต้นคดีเอง

¹⁰² คณิต ฌ นคร, กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งภาคการดำเนินคดี,

(กรุงเทพมหานคร: บริษัทสำนักพิมพ์วิญญูชนจำกัด, 2548) น. 163.

¹⁰³ โปรดดูบทที่ 2 น. 34.

มี “เสรีภาพเหนือวัตถุแห่งคดี” (Dispositionsfreiheit)¹⁰⁴ และการกำหนดกรอบของคดีแพ่งย่อมเท่ากับเป็นการปิดกั้นไม่ให้ศาลและคู่ความดำเนินการในเรื่องอื่นที่มีได้เสนอเข้ามาในคดี

คำว่า “วัตถุแห่งคดี” ที่กล่าวมาข้างต้นนั้นหมายถึงทั้งในคดีมีข้อพิพาทและคดีไม่มีข้อพิพาท ซึ่งการที่บุคคลจะเสนอคดีไม่มีข้อพิพาทโดยทำเป็น “คำร้องขอ” นั้น อาจมีการคัดค้านและทำให้คดีที่เสนอนั้นกลายเป็นคดีมีข้อพิพาทในภายหลังได้ ฉะนั้นในคดีไม่มีข้อพิพาทก็ต้องมีการแสดงโดยชัดแจ้งใน “คำร้องขอ” เช่นเดียวกัน ทั้งนี้เพื่อบุคคลภายนอกจะได้คัดค้านอย่างถูกต้องได้ และที่สำคัญก็คือ แม้ในคดีไม่มีข้อพิพาทศาลก็ต้องรู้ว่าผู้เสนอคดีไม่มีข้อพิพาทต้องการอะไรจากศาล

อาจกล่าวได้ว่า วัตถุแห่งคดีหรือขอบเขตแห่งคดี เกิดขึ้นจากข้อหาและข้อต่อสู้รวมตลอดถึงพยานหลักฐานต่างๆของคู่ความ¹⁰⁵ อันเป็นกรอบในการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลซึ่งสามารถแบ่งออกได้เป็น 2 กรณี คือ กรณีแรกศาลจะต้องตัดสินตามข้อหาหรือข้อพิพาทในคำคู่ความทุกข้อ (omnia petita) ดังนั้นการที่ศาลตัดสินไม่ครบข้อหาหรือประเด็นของคดีแล้ว (infra petita) จึงเป็นการไม่ชอบด้วยกฎหมาย และกรณีที่สองศาลต้องตัดสินเฉพาะข้อหาหรือประเด็นในคดีเท่านั้น ดังนั้นหากศาลตัดสินเกินไปกว่าข้อหาที่ปรากฏในคดีแล้ว (ultra petita) ก็ถือว่าเป็นการละเมิดสิทธิของคู่ความดังจะเห็นได้จากประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 142 ซึ่งบัญญัติว่า “คำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลที่ชี้ขาดคดีต้องตัดสินตามข้อหาในคำฟ้องทุกข้อ แต่ห้ามมิให้พิพากษา หรือทำคำสั่งใดๆเกินไปกว่าหรือนอกจากที่ปรากฏในคำฟ้อง...” ดังนั้น ขอบเขตการยกข้อกฎหมายของศาลที่จะนำมาใช้บังคับกับคดีก็จะต้องไม่ทำให้วัตถุแห่งคดีเปลี่ยนแปลงไป กล่าวคือ การที่ศาลจะยกข้อกฎหมายมาชี้ขาดตัดสินคดี ศาลจะต้องตัดสินคดีตามข้อหาในคำฟ้องทุกข้อ และไม่พิพากษาเกินไปกว่าหรือนอกจากที่ปรากฏในคำฟ้อง อันเป็นการจำกัดอำนาจของศาลนั่นเอง

ดังนั้น การที่ศาลจะนำกฎหมายมาบังคับใช้ในคดีจะต้องไม่ทำให้วัตถุแห่งคดีเปลี่ยนแปลงไป ซึ่งหลักการดังกล่าวทั้งประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์และซีวิลลอว์ รวมทั้งประเทศไทยก็มีหลักการทำงานเหมือนกัน

¹⁰⁴ คณิศ ณ นคร, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 102 น.163.

¹⁰⁵ วรณชัย บุญบำรุง, “หลักทั่วไปของการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีแพ่งของฝรั่งเศส,” วารสารนิติศาสตร์, เล่มที่ 1 ปีที่ 30,96, (มีนาคม 2543).

2.3.2.2 บังคับใช้กับข้อเท็จจริงในคดีเท่านั้น

การนำกฎหมายมาบังคับใช้ได้เฉพาะกับข้อเท็จจริงในคดีก็เป็นข้อจำกัดการนำกฎหมายมาบังคับใช้ของศาลอีกประการหนึ่ง โดยการที่ศาลนำกฎหมายมาบังคับใช้นั้น จะต้องเป็นการบังคับใช้กฎหมายตามข้อเท็จจริงที่รับฟังเป็นยุติ โดยข้อเท็จจริงนั้นเป็นข้อเท็จจริงที่คู่ความนำสืบซึ่งได้วินิจฉัยแล้วตามประเด็น หรือเป็นข้อเท็จจริงที่คู่ความยอมรับ

ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของไทยได้วางหลักไว้ว่า ข้อเท็จจริงที่ศาลจะรับฟังมาวินิจฉัยจะต้องเป็นข้อเท็จจริงในกระบวนการพิจารณา หากเป็นข้อเท็จจริงที่ปรากฏจากพยานนอกประเด็นไม่เกี่ยวกับที่คู่ความจะต้องนำสืบ ศาลจะรับฟังมาวินิจฉัยไม่ได้ เพราะเป็นข้อเท็จจริงนอกกระบวนการพิจารณา ต้องห้ามตามมาตรา 87¹⁰⁶

การนำกฎหมายมาบังคับใช้ของศาลนั้น สามารถบังคับใช้ได้เฉพาะกับข้อเท็จจริงที่ปรากฏอยู่ในคดีเท่านั้น ซึ่งส่วนใหญ่แล้วการบังคับใช้กฎหมายนอกเหนือจากที่คู่ความกล่าวอ้างนั้นมักจะเป็นกรณีที่จำเป็นต้องพิจารณาข้อเท็จจริงใหม่ด้วย ตัวอย่างเช่น ในกรณีที่ศาลจะบังคับใช้กฎหมายเรื่องความรับผิดชอบทางสัญญาแทนที่ความรับผิดชอบละเมิดตามที่โจทก์ร้องขอ กรณีจึงจำเป็นต้องพิจารณาข้อเท็จจริงว่า จำเลยได้ละเลยไม่ปฏิบัติตามสัญญาหรือไม่ด้วย ศาลจึงต้องหยิบยกเรื่องการเกิดสัญญาและหน้าที่ตามสัญญามาพิจารณา แต่หากข้อเท็จจริงดังกล่าวไม่ปรากฏอยู่ในสำนวนคดีความ การที่ศาลใช้ดุลพินิจนำกฎหมายเรื่องความรับผิดชอบทางสัญญามาบังคับใช้ดังกล่าวก็จะเป็นการขัดกับหลักตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 87 ที่ห้ามมิให้ศาลรับฟังพยานหลักฐานใด เว้นแต่พยานหลักฐานนั้นเกี่ยวข้องกับข้อเท็จจริงที่ปรากฏอยู่ในสำนวนคดี

อย่างไรก็ตาม ที่ว่าศาลจะนำกฎหมายมาบังคับใช้ได้เฉพาะกับข้อเท็จจริงที่ปรากฏอยู่ในคดี ข้อเท็จจริงนั้นต้องเป็นข้อเท็จจริงที่มีอยู่ในสำนวนโดยชอบซึ่งหมายถึงว่า ปรากฏข้อเท็จจริงนั้นในสำนวนและการที่ข้อเท็จจริงเข้ามาสู่สำนวนความนั้นเป็นการเข้ามาโดยถูกต้องตามกระบวนการพิจารณา หมายถึงว่าเป็นข้อเท็จจริงที่ได้มีการกล่าวอ้างไว้ในคำฟ้องคำให้การที่สามารถจะนำสืบได้โดยชอบตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 183 จะนำข้อเท็จจริงที่มีได้ปรากฏในสำนวนหรือข้อเท็จจริงที่ปรากฏในสำนวนที่นอกประเด็นที่จะนำสืบได้มาใช้อินิจฉัยข้อ

¹⁰⁶ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5193/2538 ซึ่งวินิจฉัยว่า การยกข้อกฎหมายขึ้นมาปรับบทนั้น จะต้องปรับบทกฎหมายตามข้อเท็จจริงที่รับฟังเป็นยุติ โดยข้อเท็จจริงนั้นเป็นข้อเท็จจริงที่คู่ความนำสืบซึ่งได้วินิจฉัยแล้วตามประเด็น หรือเป็นข้อเท็จจริงที่คู่ความยอมรับ

กฎหมายไม่ได้¹⁰⁷ แต่มีบางกรณีที่ศาลต้องสมมติข้อเท็จจริงขึ้นมาซึ่งเรียกว่า การคาดเดา เพราะข้อเท็จจริงบางอย่างได้ขาดตอนไป หรืออาจเป็นกรณีที่สืบพยานแล้วข้อเท็จจริงมีการขาดตอนไป ฉะนั้น ศาลจึงต้องคาดเดาข้อเท็จจริงขึ้นมาก็ได้

เมื่อเปรียบเทียบกับเรื่องข้อเท็จจริงในคดีตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งฝรั่งเศส จะเห็นได้ว่าอำนาจศาลในการนำกฎหมายมาบังคับใช้กับข้อเท็จจริงในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งฝรั่งเศสกว้างกว่าของไทย โดยการนำกฎหมายมาบังคับใช้อาจใช้ได้กับข้อเท็จจริงแวดล้อมหรือข้างเคียงกับข้อเท็จจริงที่คู่ความได้กล่าวอ้างก็ได้

2.3.3 ข้อกฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน

การนำกฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนมาบังคับใช้นับว่าเป็นหลักกฎหมายสูงสุดในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง เพราะจากหลักกฎหมายเบื้องต้นว่าปกติศาลจะไม่พิจารณาพิพากษาหรือมีคำสั่งนอกเหนือจากที่ปรากฏในคำฟ้องหรือจากที่บัญญัติไว้ในกฎหมาย อย่างไรก็ตามหากมีปัญหาเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนแล้ว ก็มักจะมิพบบัญญัติเป็นข้อยกเว้นของกฎหมายในเรื่องนั้นๆ เสมอ เช่น ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 142 บัญญัติว่า “คำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลที่ชี้ขาดคดีต้องตัดสินตามข้อหาในคำฟ้องทุกข้อ แต่ห้ามมิให้พิพากษาหรือทำคำสั่งในสิ่งใดๆ เกินไปกว่าหรือนอกจากที่ปรากฏในคำฟ้อง เว้นแต่...(5) ในคดีที่อาจยกข้อกฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนขึ้นอ้างได้นั้น เมื่อศาลเห็นสมควร ศาลอาจยกข้อเหล่านั้นขึ้นวินิจฉัย แล้วพิพากษาคดีไปก็ได้” หรือ มาตรา 138 บัญญัติว่า “...ห้ามมิให้อุทธรณ์คำพิพากษาเช่นว่านี้ เว้นแต่...(2) เมื่อคำพิพากษาถูกกล่าวอ้างว่าเป็นการละเมิดต่อบทบัญญัติแห่งกฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน” หรือ มาตรา 225 วรรคสอง บัญญัติว่า “แต่ถ้าคู่ความฝ่ายใดมิได้ยกปัญหาข้อใดอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนขึ้นอ้างถึงในศาลชั้นต้น...คู่ความที่เกี่ยวข้องย่อมมีสิทธิที่จะอ้างถึงในปัญหาเช่นว่านี้ได้”

เหตุผลอีกข้อหนึ่งที่จะชี้ให้เห็นว่าหลักข้อนี้เป็นหลักกฎหมายสูงสุด คือ แม้คู่ความตกลงทำประเด็นกันโดยสละประเด็นข้ออื่นๆ ซึ่งตามหลักแล้วย่อมถือว่าประเด็นข้ออื่นๆ นั้นได้ระงับไป แต่หากประเด็นข้ออื่นที่สละเป็นปัญหาเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนแล้ว ศาลก็ยังมีอำนาจที่จะยกขึ้นวินิจฉัยแล้วพิพากษาคดีไปได้ ตัวอย่างเช่น เรื่องฟ้องซ้ำ เป็นปัญหาเกี่ยวกับ

¹⁰⁷ อุดม เพ็ญพุ่ม, คำอธิบายประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ภาค 1 ตอน 2, พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพมหานคร:สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2547) น.199.

ความสงบเรียบร้อยของประชาชน แม้คู่ความจะตกลงกันขอให้ศาลวินิจฉัยในประเด็นอื่น และละประเด็นเรื่องฟ้องซ้ำ เมื่อศาลเห็นสมควรก็ยังมีอำนาจหยิบยกขึ้นวินิจฉัย แล้วพิพากษาคดีไปได้¹⁰⁸

ก่อนที่จะกล่าวถึงการนำกฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนมาบังคับใช้ในคดี ผู้เขียนจะขออธิบายความหมายเสียก่อนสักเล็กน้อย

2.3.3.1 ความหมายของคำว่า “ปัญหาอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน”

ในเบื้องต้นพึงพิจารณาเสียก่อนว่า คำว่า “ความสงบเรียบร้อยของประชาชน” ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 142(5) , 225 วรรคสอง และ 249 วรรคสอง เหมือนหรือแตกต่างจากคำว่า “ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน” ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์หรือไม่ จะเห็นได้ว่าเมื่อแยกพิจารณาคำว่า “ความสงบเรียบร้อยของประชาชน” กับคำว่า “ศีลธรรมอันดีของประชาชน” ออกจากกันแล้ว ถ้อยคำทั้งสองโดยทั่วไปมีขอบเขตแห่งความหมายที่สอดคล้องกัน เพราะว่าการยึดถือปฏิบัติตามศีลธรรมอันดีของประชาชนย่อมสอดคล้องกับประโยชน์ทั่วไปของประชาชาติและสังคมอันเป็นความสงบเรียบร้อยของประชาชน ส่วนการดำรงรักษาไว้ซึ่งความสงบเรียบร้อยของประชาชนย่อมจะไม่ขัดแย้งต่อทัศนะโดยทั่วไปทางจริยธรรมของสังคมอันเป็นศีลธรรมอันดีของประชาชน เช่น การทำสัญญายินยอมให้คู่สมรสทำชั่ว ถ้าจะพิจารณาโดยผิวเผินจะเห็นได้ว่าขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชน แต่ไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยของสังคม แต่ถ้าจะพิจารณาโดยเคร่งครัดก็ไม่อาจปฏิเสธได้ว่าย่อมเกี่ยวข้องกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนด้วย ตรงกันข้าม การทำสัญญากำหนดห้ามการอินทรีพียินโดยตลอดไป ถ้าจะพิจารณาโดยผิวเผินก็จะเห็นได้ว่าขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน แต่ไม่ขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชน แต่ถ้าจะพิจารณาโดยเคร่งครัดก็ไม่อาจปฏิเสธว่าย่อมเกี่ยวข้องกับศีลธรรมอันดีของประชาชนด้วย ด้วยเหตุนี้ถ้อยคำทั้งสองจึงยากที่จะแบ่งแยกความหมายและขอบเขตได้โดยเคร่งครัด¹⁰⁹ เมื่อพิจารณาประกอบกับกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งเป็นกฎหมายที่เป็นเครื่องสนับสนุนหรือเครื่องมือประกอบของกฎหมายแพ่ง กรณีจึงเป็นเหตุผลและความจำเป็นอยู่เองที่กฎหมายแพ่งจะมีอิทธิพลสำคัญต่อกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ด้วยเหตุดังกล่าวผู้เขียนจึงเห็นว่า คำว่า “ความสงบเรียบร้อยของประชาชน” ในกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งจึงน่าจะมีความหมายทำนองเดียวกับคำว่า “ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรม

¹⁰⁸ คำพิพากษานิติฎีกาที่ 789/2515

¹⁰⁹ อุกฤษ มงคลนาวิน, “ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน”, สารานุกรมกฎหมายแพ่งและพาณิชย์, น.11-12 (2537).

อันดีของประชาชน" ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ดังนั้น การที่จะอธิบายความหมายของคำว่า "ปัญหาอันเกี่ยวข้องด้วยความสงบเรียบร้อยของประชาชน" จึงต้องอาศัยหลักการหรือคำอธิบายตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เช่น มาตรา 150 และ 151 มาใช้เป็นแนวทางในการทำความเข้าใจว่าปัญหาใดเป็นปัญหาอันเกี่ยวข้องด้วยความสงบเรียบร้อยของประชาชน แต่มีข้อสังเกตว่าบทบัญญัติดังกล่าวเพียงแต่บัญญัติข้อความไว้กว้างๆ เท่านั้น มิได้อธิบายให้เห็นเลยว่าคุณสมบัติหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนมีความหมายอย่างไร จึงต้องปล่อยให้อยู่ในดุลพินิจของศาลที่จะนำไปใช้ให้เหมาะสมแก่รูปคดีและความเป็นธรรม ซึ่งอาจแตกต่างกันตามพฤติการณ์และความเหมาะสมเป็นเรื่องๆ ไป

อย่างไรก็ตามได้มีผู้พยายามอธิบายความหมายของคำว่า "ปัญหาอันเกี่ยวข้องด้วยความสงบเรียบร้อยของประชาชน" ไว้บ้าง ดังนี้

พระยาเทพวิฑูร ได้อธิบายไว้ว่า

การที่จะวินิจฉัยว่าบทบัญญัติข้อใดจะต้องด้วยลักษณะที่ว่าเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนนั้น ปัญหาข้อนี้จะวางหลักโดยเฉียบขาดหาได้ไม่ กฎหมายซึ่งเกี่ยวข้องกับผลประโยชน์ของมหาชนโดยทั่วไป ไม่ใช่เกี่ยวแก่คุณกรณีโดยเฉพาะแล้ว นับอยู่ในพวกที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน ที่ว่ากฎหมายเกี่ยวกับผลประโยชน์ของมหาชนนั้น คือ กฎหมายทั้งหลายซึ่งนับเนื่องอยู่ในพวกที่เรียกว่า กฎหมายมหาชน แม้ในกฎหมายที่อยู่ในพวกกฎหมายเอกชนก็ยังมีบทที่นับว่าเกี่ยวกับผลประโยชน์ของมหาชนอยู่มาก มีอาทิเช่น บทบัญญัติเกี่ยวกับสภาพและความสามารถของบุคคล บทบัญญัติว่าด้วยครอบครัวและอำนาจในครอบครัว บทบัญญัติในเรื่องทรัพย์สินหรือเกี่ยวกับเศรษฐกิจ บทบัญญัติเพื่อป้องกันผลประโยชน์ของบุคคลภายนอก เหล่านี้เป็นต้น¹¹⁰

อาจารย์อุดม เฟื่องฟุ้ง ได้อธิบายไว้ว่า

ถ้าเป็นปัญหาข้อกฎหมายในส่วนที่เกี่ยวกับกฎหมายมหาชนแล้วก็ต้องถือว่าเป็นปัญหาข้อกฎหมายที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน ถ้าเป็น

¹¹⁰ พระยาเทพวิฑูร (บุญช่วย วณิกกุล), คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 1-2 มาตรา 1 ถึง 240, (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์ไทยพิทยา, 2502) น.407-408.

ปัญหาข้อกฎหมายในส่วนที่เกี่ยวกับกฎหมายเอกชนแล้วต้องพิจารณาข้อกฎหมายในบทมาตรานั้นเป็นการกำหนดไว้ตายตัวที่ต้องปฏิบัติกันหรือไม่ ถ้ากำหนดไว้ตายตัวที่ต้องปฏิบัติก็เป็นข้อกฎหมายที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน แต่ถ้าบทกฎหมายในมาตรานั้นๆ คู่กรณีอาจตกลงกันเป็นอย่างอื่นได้ก็ไม่ใช่ข้อกฎหมายที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน หรืออาจกล่าวได้ว่าถ้าข้อกฎหมายใดไม่ได้เกี่ยวกับส่วนได้เสียของคู่กรณีโดยเฉพาะ แต่หลักกฎหมายนั้นอาจจะมีผลกระทบกระเทือนหรือพาดพิงไปถึงสิ่งที่ประชาชนคนอื่นจะต้องปฏิบัติ อย่างนี้ก็จัดได้ว่าเป็นข้อกฎหมายที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน¹¹¹

นอกจากนี้ยังมีคำพิพากษาฎีกาที่อธิบายคำว่า ข้อกฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อย เช่น เป็นปัญหาที่กระทบกระเทือนถึงความสงบสุขของประชาชนและความเป็นระเบียบเรียบร้อยของบ้านเมืองโดยทั่วไป¹¹²

จากคำอธิบายดังกล่าว การที่จะให้คำจำกัดความว่า “ปัญหาอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน” มีความหมายอย่างไรนั้นเป็นสิ่งที่ทำได้ยากและไม่มีผู้ใดที่สามารถให้คำจำกัดความได้อย่างถูกต้องครบถ้วน แต่ถ้าจะกล่าวถึงแต่เพียงวัตถุประสงค์ของคำดังกล่าวนี้อาจกล่าวได้ว่า “ปัญหาอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน” มีความมุ่งหมายที่จะให้ยกขึ้นมาใช้ในกรณีที่ผลประโยชน์ส่วนรวมของสังคมขัดกับผลประโยชน์ส่วนตัว ผลประโยชน์ส่วนรวมย่อมมีความสำคัญกว่า และเนื่องจากเป็นบทบัญญัติที่ให้ความคุ้มครองผลประโยชน์ของสังคม ดังนั้น คู่กรณีจะแสดงเจตนาเป็นอย่างอื่นยกเลิกไม่นำบทบัญญัตินั้นมาใช้บังคับไม่ได้¹¹³

จากการที่คำจำกัดความของ “ปัญหาอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน” มีความหมายไม่ชัดเจนและแน่นอน ดังนั้น การจะพิจารณาว่ากฎหมายใดเป็นกฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนหรือไม่ เพื่อให้ง่ายต่อการทำความเข้าใจจึงขอยกตัวอย่างกฎหมายสารบัญญัติที่แนวคำพิพากษาฎีกาเห็นว่าเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน เช่น

คำพิพากษาฎีกาที่ 1602/2519 วินิจฉัยว่า โจทก์ จำเลยที่ 1 ที่ 2 และ ข. ตกลงแบ่งที่ดินอันเป็นมรดกของ ก. ให้แก่จำเลยที่ 2 ที่ 3 และ ข. โดยโจทก์ จำเลยที่ 1 ที่ 2 และ ข. ไปยื่นคำ

¹¹¹ อุดม เพ็ญพุ่ม, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 107 น.200.

¹¹² คำพิพากษาฎีกาที่ 914/2513 และ 5848/2534

¹¹³ อุทฤษ มงคลนาวิน, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 109 น.11.

ขอแบ่งแยกต่อเจ้าพนักงานที่ดิน จนกระทั่งเจ้าพนักงานได้รังวัดแบ่งแยกที่ดินออกเป็นสวนสด เป็นการระงับข้อพิพาทแห่งกองมรดกที่จะมีขึ้น จึงเป็นสัญญาประนีประนอมยอมความ แต่การที่จำเลยที่ 2 บิดาผู้แทนโดยชอบธรรมของจำเลยที่ 3 ผู้เยาว์ทำสัญญาประนีประนอมยอมความดังกล่าวแทนจำเลยที่ 3 โดยมีได้รับอนุญาตจากศาลขัดต่อประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1546(4) (ปัจจุบัน มาตรา 1574(12)) ย่อมตกเป็นโมฆะ ปัญหาข้อนี้เป็นปัญหาข้อกฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน

คำพิพากษาฎีกาที่ 6613/2539 ปัญหาว่าการซื้อขายที่ดินพิพาทภายในระยะเวลาห้ามโอนหรือไม่นั้น เป็นปัญหาข้อกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน

คำพิพากษาฎีกาที่ 298/2517 ปัญหาว่านิติกรรมเป็นโมฆะหรือไม่ เป็นข้อกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน

มีบางบทบัญญัติในส่วนกฎหมายสารบัญญัติที่อาจทำให้สับสนได้ว่าเป็นกฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนหรือไม่ เช่น บทบัญญัติที่เกี่ยวกับกำหนดเวลาในการได้มาซึ่งสิทธิบางอย่างหรือเสียสิทธิไป เป็นเรื่องของการกำหนดเวลาได้สิทธิ เสียสิทธิตามกฎหมายในส่วนสาระบัญญัติ ซึ่งไม่ใช่เรื่องอายุความ เพราะอายุความนั้นเป็นการกำหนดไว้เพื่อให้ใช้สิทธิฟ้องคดีซึ่งมิใช่การได้สิทธิหรือเสียสิทธิในทางกฎหมายสารบัญญัติ การที่ใช้คำว่าอายุความได้สิทธิเสียสิทธินั้นอาจทำให้เกิดความเข้าใจสับสนได้ว่ากำหนดดังกล่าวเป็นเรื่องอายุความฟ้องคดี ถ้าจะเรียกตรงๆว่าเป็นกำหนดเวลาให้ได้สิทธิหรือเสียสิทธิจะเข้าใจได้โดยไม่สับสน การที่คนหนึ่งคนใดได้เสียสิทธิไปเพราะเหตุต่างๆ ตามกำหนดเวลานั้น เป็นการวินิจฉัยว่าในขณะนั้นผู้นั้นไม่มีสิทธิทางแพ่งที่จะมาฟ้องร้องบังคับให้ อันเป็นการวินิจฉัยข้อกฎหมายในเรื่องอำนาจฟ้องนั่นเอง¹¹⁴ ตัวอย่างเช่น การวินิจฉัยว่าภาระจำยอมสิ้นไปโดยอายุความเป็นเรื่องเกี่ยวกับอายุความได้สิทธิและเสียสิทธิในการะจำยอม ไม่ใช่อายุความฟ้องร้อง ศาลย่อมยกขึ้นวินิจฉัยเองได้แม้จำเลยจะไม่ได้ยกขึ้นต่อสู้โดยตรง¹¹⁵

ในส่วนในเรื่องอายุความนั้น ก็ยังเป็นที่ยังสับสนอยู่ว่าเป็นกฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนหรือไม่ ฝ่ายหนึ่ง¹¹⁶ เห็นว่า ปัญหาเรื่องอายุความนั้นศาลจะหยิบยกขึ้นพิจารณาได้ก็ต่อเมื่อจำเลยได้ยกอายุความขึ้นเป็นข้อต่อสู้ ฉะนั้นปัญหาเรื่องอายุความจึงไม่เป็น

¹¹⁴ อุดม เพ็ญพุ่ม, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 107 น.202.

¹¹⁵ คำพิพากษาฎีกาที่ 178/2506

¹¹⁶ คำพิพากษาฎีกาที่ 1459/2526, 720/2518

ปัญหาอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน อีกฝ่ายหนึ่ง¹¹⁷ เห็นว่า แท้จริงแล้ว บทบัญญัติในเรื่องอายุความนั้นถือได้ว่าเป็นบทกฎหมายที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน เพราะเป็นบทบัญญัติที่มีเหตุผลมาจากนโยบายของรัฐ บุคคลจึงตกลงยกเว้นเป็นอย่างอื่นมิได้ และหากฝ่าฝืนข้อตกลงเช่นนี้ย่อมตกเป็นโมฆะ ทั้งนี้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 150 ประกอบมาตรา 193/11¹¹⁸

อย่างไรก็ดี ผู้เขียนมีความเห็นว่า บทบัญญัติเรื่องอายุความน่าจะเป็นข้อกฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน ทั้งนี้เนื่องจากหากถือหลักตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่ว่า บทบัญญัติในเรื่องอายุความมิใช่ข้อกฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนแล้ว ผลก็จะเท่ากับว่าคู่กรณีสามารถตกลงกันเป็นอย่างอื่นหรือตกลงกันให้แตกต่างจากที่กฎหมายบัญญัติไว้ได้อย่างไรก็ได้ ซึ่งน่าจะคลาดเคลื่อน เพราะในเรื่องอายุความนี้ศาลฎีกาเองก็ได้ตัดสินไว้โดยยอมรับว่าบุคคลไม่สามารถตกลงกันกำหนดอายุความเป็นอย่างอื่น หรือไม่สามารตกลงกันขยายหรือย่ออายุความให้แตกต่างไปจากบทบัญญัติของกฎหมายได้¹¹⁹ ประกอบกับเหตุผลที่

¹¹⁷ กำชัย จงจักรพันธ์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยระยะเวลาและอายุความ, พิมพ์ครั้งที่ 5, (กรุงเทพมหานคร : บริษัทโรงพิมพ์เดือนตุลา จำกัด, 2545), น.270, พระยาเทพวิฑูร, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 110 น.689, 691 และดู จิตติ ดิงศภักดิ์ ในหมายเหตุท้ายคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 720/2518

¹¹⁸ มาตรา 150 บัญญัติว่า “การใดมีวัตถุประสงค์เป็นการต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมาย เป็นการพันวิสัย เป็นการขัดขวางต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน การนั้นเป็นโมฆะ”

มาตรา 193/11 บัญญัติว่า “อายุความที่กฎหมายกำหนดไว้นั้นคู่กรณีจะตกลงกันให้งดใช้หรือขยายออกหรือย่อเข้าไม่ได้”

¹¹⁹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 330/2519, 1530/2527

กฎหมายให้มีบทบัญญัติในเรื่องอายุความ¹²⁰ เมื่อพิจารณาในแง่ของรัฐก็เพื่อเป็นนโยบายของรัฐที่จะก่อให้เกิดความสงบเรียบร้อยและความมั่นคงแน่นอนในสิทธิต่างๆของบุคคล ดังนั้น เรื่องอายุความจึงน่าจะเป็นปัญหาอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน

เมื่ออายุความเป็นเรื่องเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน โดยหลักแล้วศาลจึงมีอำนาจที่จะหยิบยกขึ้นมาวินิจฉัยได้เสมอแม้คู่ความจะมีได้ยกขึ้นว่ากล่าวเป็นประเด็นก็ตาม ทั้งนี้ ตามมาตรา 142(5) แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง แต่ความจริงหาเป็นเช่นนั้นไม่ เพราะศาลไม่สามารถยกอายุความมาเป็นเหตุยกฟ้องได้ในกรณีที่ลูกหนี้ไม่ยกขึ้นต่อสู้ก็เนื่องจากมีบทบัญญัติมาตรา 193/29¹²¹ ซึ่งเป็นบทบัญญัติในทางสารบัญญัติได้บัญญัติยกเว้นไว้เป็นพิเศษ โดยได้ห้ามไว้อย่างชัดเจนนั่นเอง¹²² ทั้งนี้ เหตุผลของมาตรานี้ก็เนื่องจากหลักทั่วไปแห่งมาตรา 193/24 ที่ว่า เมื่ออายุความครบกำหนดแล้ว ลูกหนี้จะสละประโยชน์แห่งอายุความนั้นเสียก็ได้ และวิธีอย่างหนึ่งที่ลูกหนี้จะสละประโยชน์แห่งอายุความก็คือ ไม่ยกขึ้นต่อสู้เมื่อถูกฟ้องร้อง ซึ่งศาลก็จะไม่ยกอายุความมาเป็นเหตุยกฟ้องหากลูกหนี้มิได้อ้างขึ้นมา¹²³

เมื่อทราบถึงความหมายและตัวอย่างปัญหาอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนไปแล้ว ต่อไปจะได้กล่าวถึงบทบาทของศาลในการนำกฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบ

¹²⁰ สำหรับเหตุผลที่กฎหมายกำหนดให้มีเรื่องอายุความไว้ พอที่จะสรุปได้ดังนี้

- ก. เพื่อความยุติธรรมแก่ฝ่ายลูกหนี้
- ข. เพื่อเป็นการลงโทษผู้มีสิทธิแล้วไม่ใช้สิทธินั้นโดยได้ปล่อยปละละเลยในการใช้สิทธิของตน
- ค. เหตุผลในเรื่องพยานหลักฐาน
- ง. เป็นรัฐประศาสนนโยบายอันสำคัญให้เกิดความสงบสุขเรียบร้อยในสังคม
- จ. เหตุผลด้านการฟ้องร้องบังคับคดีในศาล

รายละเอียดโปรดดู ไชยยศ เหมะรัชตะ, "อายุความ", สารานุกรมกฎหมายแพ่งและพาณิชย์, น.11 (2537).

¹²¹ มาตรา 193/29 บัญญัติว่า "เมื่อไม่ได้ยกอายุความขึ้นเป็นข้อต่อสู้ ศาลจะอ้างเอาอายุความมาเป็นเหตุยกฟ้องไม่ได้"

¹²² บทบัญญัติทำนองนี้ในต่างประเทศก็มี เช่น ประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส มาตรา 2223 บัญญัติว่า "Judge may not supply of their own motion a plea of prescription."

¹²³ พระยาเทพวิฑูร (บุญช่วย วณิกกุล), อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 110 น.698 และดู กำชัย จงจักรพันธ์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 117 น. 263.

เรียบร้อยของประชาชนมาบังคับใช้ ทั้งในกรณีที่ศาลใช้ดุลพินิจยกขึ้นเองและที่คู่ความเพิ่งจะยกขึ้นกล่าวอ้างในศาลสูง

2.3.3.2 การบังคับใช้กฎหมายสารบัญญัติอันเกี่ยวข้องด้วยความสงบเรียบร้อยของประชาชน

ปัญหาอันเกี่ยวข้องด้วยความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนมีได้ทั้งที่เป็นข้อเท็จจริงและข้อกฎหมาย แต่ในที่นี้จะขกกล่าวแต่เพียงปัญหาข้อกฎหมายอันเกี่ยวข้องด้วยความสงบเรียบร้อยของประชาชนเพียงอย่างเดียว ซึ่งไม่ว่าการดำเนินคดีจะอยู่ในชั้นศาลใด ศาลนั้นก็ย่อมยกปัญหาข้อกฎหมายอันเกี่ยวข้องด้วยความสงบเรียบร้อยของประชาชนขึ้นวินิจฉัยได้ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 142(5) ประกอบมาตรา 246 หรือ 247 แล้วแต่กรณี มีข้อพึงสังเกตในการพิจารณานำกฎหมายอันเกี่ยวข้องด้วยความสงบเรียบร้อยของประชาชนมาบังคับใช้ของศาลพอที่จะรวบรวมได้ดังนี้

ก. เป็นปัญหาข้อกฎหมาย

เรื่องข้อกฎหมายที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนในเบื้องต้นต้องเข้าใจว่าเป็นกรณีที่ปัญหาข้อกฎหมายเท่านั้นที่ต้องพิจารณา หมายความว่าข้อเท็จจริงต่าง ๆ นั้นเป็นอันยุติไปแล้วว่าเป็นประการใด เหลือแต่เพียงว่าผลตามกฎหมายของข้อเท็จจริงที่ยุตินั้นจะเป็นอย่างไรเท่านั้น การกล่าวอ้างข้อเท็จจริงส่วนหนึ่งส่วนใดมาให้ศาลวินิจฉัยหรือฟังอย่างหนึ่งอย่างใดตามต้องการนั้นเสียก่อนแล้วกล่าวอ้างผลตามกฎหมายว่าจะต้องเป็นอย่างนั้นอย่างนี้ มิใช่เป็นปัญหาข้อกฎหมาย เพราะส่วนใหญ่จะมีการกล่าวอ้างข้อเท็จจริงที่ไม่ยุติปนเข้ามาแล้วกล่าวอ้างว่าเป็นปัญหาข้อกฎหมาย อย่างนี้ไม่ใช่ปัญหาข้อกฎหมายแต่เป็นปัญหาข้อเท็จจริง จึงต้องแยกแยะในชั้นต้นเสียก่อนว่าต้องเป็นกรณีที่ปัญหาข้อกฎหมายอย่างเดียวเท่านั้นจึงจะอยู่ในหลักการที่ศาลจะยกขึ้นได้

ข. เกิดจากข้อเท็จจริงที่ได้มาในการดำเนินกระบวนการพิจารณาโดยชอบ

ข้อเท็จจริงที่จะนำมาใช้ในการวินิจฉัยข้อกฎหมายนั้น ต้องเป็นข้อเท็จจริงที่มีอยู่ในสำนวนโดยชอบ ซึ่งหมายความว่าปรากฏข้อเท็จจริงนั้นในสำนวนและการที่ข้อเท็จจริงเข้ามาสู่สำนวนความนั้นเป็นการเข้ามาโดยถูกต้องตามกระบวนการพิจารณา หมายถึงว่าเป็นข้อเท็จจริงที่ได้มีการกล่าวอ้างไว้ในคำฟ้องคำให้การที่สามารถจะนำสืบได้โดยชอบตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 183 จะนำข้อเท็จจริงที่มีได้ปรากฏในสำนวนหรือข้อเท็จจริงที่ปรากฏในสำนวนที่นอกประเด็นที่จะนำสืบได้มาใช้วินิจฉัยข้อกฎหมายไม่ได้ เป็นการต้องห้ามตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 87 ซึ่งมีตัวอย่างคำพิพากษากฎีกาดังนี้

คำพิพากษาฎีกาที่ 1211/2492 (ประชุมใหญ่) วินิจฉัยว่า ข้อกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน ซึ่งเป็นข้อยกเว้นให้ศาลยกขึ้นวินิจฉัยชี้ขาดคดีได้ โดยไม่ต้องมีคู่ความฝ่ายใดกล่าวอ้างตาม ป.วิ.พ. มาตรา 142(5) นั้น จะต้องเป็นข้อกฎหมายที่ได้มาจากข้อเท็จจริงในการดำเนินกระบวนการพิจารณาโดยชอบ เช่น ได้จากหลักฐานพยาน ซึ่งเกี่ยวกับข้อเท็จจริงที่คู่ความอีกฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดในคดีจะต้องนำสืบ หรือได้จากเอกสารพยานที่มีกฎหมายบังคับให้คู่ความที่กล่าวอ้างต้องแสดงเป็นต้น สำหรับข้อเท็จจริงที่ปรากฏขึ้นจากพยานนอกเรื่องนอกประเด็น ไม่เกี่ยวกับที่คู่ความจะต้องนำสืบ หรือมีกฎหมายบังคับให้ต้องแสดงกล่าวข้างต้นนั้น ศาลจะรับฟังมาวินิจฉัยเป็นข้อกฎหมายตาม ป.วิ.พ. มาตรา 142(5) ไม่ได้ เพราะเป็นข้อเท็จจริงที่ได้มาโดยไม่ชอบด้วยกระบวนการพิจารณาต้องห้ามตาม ป.วิ.พ. มาตรา 87

คำพิพากษาฎีกาที่ 1486/2512 วินิจฉัยว่า ข้อกฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนซึ่งเป็นข้อยกเว้นให้ศาลยกขึ้นวินิจฉัยชี้ขาดตัดสินคดีได้โดยไม่ต้องมีคู่ความฝ่ายใดกล่าวอ้างตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาตรา 142 (5) นั้น จะต้องเป็นข้อกฎหมายที่ได้มาจากข้อเท็จจริงในการดำเนินกระบวนการพิจารณาโดยชอบ ข้อเท็จจริงที่ปรากฏขึ้นจากพยานนอกเรื่องนอกประเด็นไม่เกี่ยวกับที่คู่ความจะต้องนำสืบ หรือมีกฎหมายบังคับให้ต้องมีเอกสารมาแสดง ศาลจะรับฟังมาวินิจฉัยเป็นข้อกฎหมายตามบทมาตราดังกล่าวมิได้ เพราะเป็นข้อเท็จจริงที่ได้มาโดยไม่ชอบด้วยกระบวนการพิจารณา ต้องห้ามตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 87

โจทก์ฟ้องว่า จำเลยนำเจ้าพนักงานบังคับคดีที่ดินของโจทก์มาขายทอดตลาดชำระหนี้ตามคำพิพากษาโดยละเมิด ดังนี้ ข้อเท็จจริงที่ว่า ในการยึดที่ดินนั้น เจ้าพนักงานที่ดินมิได้นำเอาหนังสือรับรองการทำประโยชน์ (น.ส.3) หนังสือสำคัญสำหรับที่ดินมาด้วย ถึงหากจะเป็นการไม่ชอบด้วยประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 304 อันเป็นกฎหมายที่ว่าด้วยความสงบเรียบร้อยของประชาชน ก็ไม่เกี่ยวกับข้อเท็จจริงที่คู่ความฝ่ายใดจะต้องนำสืบ เพราะไม่มีใครกล่าวอ้าง ย่อมเป็นข้อเท็จจริงนอกเรื่องนอกประเด็น ต้องห้ามตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 87 ศาลจะรับฟังมาวินิจฉัยเป็นข้อกฎหมายตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 142 (5) หาได้ไม่

คำพิพากษาฎีกาที่ 539/2532 วินิจฉัยว่า ตามคำร้องคัดค้าน ผู้คัดค้านยอมรับว่า พิณยกรรมพิพาทเป็นพิณยกรรมที่สมบูรณ์ตามกฎหมาย เพียงแต่ข้อความที่ถูกขีดฆ่า และข้อความที่ต่อเติมไม่สมบูรณ์เท่านั้น ศาลชั้นต้นจึงได้กำหนดประเด็นข้อพิพาทว่า พิณยกรรมพิพาทส่วนที่มีการขีดฆ่าและลงชื่อกำกับรวมทั้งที่มีการเพิ่มข้อความในตอนท้ายนั้นสมบูรณ์ถูกต้องหรือไม่ เมื่อ

สืบพยานผู้ร้องและสืบพยานผู้คัดค้านเสร็จแล้วผู้คัดค้านได้ยื่นคำแถลงว่าลายมือชื่อในซองผู้ทำพินัยกรรมเป็นลายมือชื่อปลอม พินัยกรรมพิพาทจึงเป็นพินัยกรรมปลอมทั้งฉบับซึ่งผู้ร้องได้แถลงคัดค้านว่าเป็นการอ้างประเด็นขึ้นใหม่ ศาลไม่ควรรับพิจารณาให้ ผู้คัดค้านเองก็ไม่ตั้งใจที่จะสืบพยานต่อไปจึงเห็นได้ว่าคำแถลงของผู้คัดค้านที่อ้างว่าพินัยกรรมพิพาทเป็นพินัยกรรมปลอมทั้งฉบับนั้น เป็นการกล่าวอ้างนอกประเด็นข้อพิพาทที่ศาลชั้นต้นกำหนดไว้และกล่าวอ้างเมื่อผู้ร้องสืบพยานเสร็จแล้วด้วย จึงไม่มีปัญหาที่ศาลชั้นต้นจะต้องวินิจฉัยให้ เมื่อผู้คัดค้านอุทธรณ์แต่เพียงว่าพินัยกรรมพิพาทเป็นพินัยกรรมปลอมทั้งฉบับเท่านั้นที่ศาลอุทธรณ์วินิจฉัยว่าอุทธรณ์ของผู้คัดค้านเป็นอุทธรณ์ในปัญหาข้อเท็จจริงที่มีได้ร่วมกันในศาลชั้นต้น จึงชอบแล้ว ส่วนที่ผู้คัดค้านฎีกาว่าการที่ผู้ร้องยื่นคำร้องขอเป็นผู้จัดการมรดกตามพินัยกรรม จึงมีปัญหาคือจะต้องวินิจฉัยว่าพินัยกรรมที่ผู้ร้องอ้างมานั้นปลอมหรือไม่ เป็นปัญหาเกี่ยวกับอำนาจฟ้องโดยตรง ถ้าพินัยกรรมนั้นเป็นพินัยกรรมปลอมผู้ร้องย่อมไม่อาจที่จะขอให้ศาลตั้งผู้ร้องเป็นผู้จัดการมรดกได้ จึงเป็นปัญหาเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนนั้น เห็นว่า ข้อกฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนที่ศาลฎีกาจะยกขึ้นวินิจฉัยนั้นต้องเกิดจากข้อเท็จจริงในกระบวนการพิจารณาโดยชอบ มิใช่ข้อเท็จจริงนอกประเด็นนอกสำนวนที่ผู้คัดค้านยกมากล่าวอ้างขึ้นใหม่ในชั้นอุทธรณ์และฎีกา

คำพิพากษาฎีกาที่ 6501/2539 วินิจฉัยว่า ข้อกฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน ซึ่งเป็นข้อยกเว้นให้ศาลยกขึ้นวินิจฉัยชี้ขาดตัดสินคดีได้โดยไม่ต้องมีคู่ความฝ่ายใดกล่าวอ้างตาม ป.วิ.พ. มาตรา 142 (5) ดังกล่าวนั้น จะต้องเป็นข้อกฎหมายที่ได้มาจากข้อเท็จจริงในการดำเนินกระบวนการพิจารณาโดยชอบ เช่นได้จากหลักฐานพยานซึ่งเกี่ยวข้องกับข้อเท็จจริงที่คู่ความฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดในคดีจะต้องนำเสนอ หรือได้จากเอกสารพยานที่มีกฎหมายบังคับให้คู่ความที่กล่าวอ้างต้องแสดงเป็นต้น ดังนั้น การที่โจทก์ฟ้องขับไล่จำเลยออกจากห้องแถวพิพาทซึ่งจำเลยเป็นผู้เช่าตามสัญญาเช่า และสัญญาครบกำหนดแล้ว จำเลยให้การยอมรับว่าได้ทำสัญญาเช่าจริง แต่ต่อสู้ว่าเป็นสัญญาต่างตอบแทน โจทก์จึงไม่จำเป็นต้องนำเสนอถึงเอกสารสัญญาเช่า เพราะจำเลยมิได้โต้เถียงว่าสัญญาเช่านั้นไม่ชอบด้วยกฎหมายอย่างไร จึงไม่อาจรับฟังข้อเท็จจริงตามที่จำเลยกล่าวอ้างมาในฎีกาเพื่อวินิจฉัยเป็นข้อกฎหมายว่าโจทก์มีอำนาจฟ้องหรือไม่ตามมาตรา 142 (5) ได้

คำพิพากษาฎีกาที่ 4381/2539 วินิจฉัยว่า คดีมีประเด็นเพียงว่าทรัพย์สินที่ได้มาก่อนโจทก์จำเลยจดทะเบียนหย่าเป็นสินสมรสหรือไม่ และทรัพย์สินที่จำเลยได้มาหลังโจทก์จำเลยจดทะเบียนหย่าโจทก์เป็นเจ้าของรวมด้วยหรือไม่ ฉะนั้นปัญหาเรื่องการจดทะเบียนหย่าสมบูรณ์หรือไม่ แม้เป็นข้อกฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนที่ศาลมีอำนาจหยิบ

ยกขึ้นวินิจฉัยได้โดยไม่มีคู่ความฝ่ายใดกล่าวอ้างตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 142(5) ก็ตาม แต่จะต้องเป็นข้อกฎหมายที่ได้มาจากข้อเท็จจริงในการดำเนินกระบวนการพิจารณาโดยชอบตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 87 ข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นจากพยานนอกประเด็นไม่เกี่ยวกับคู่ความจะต้องนำสืบหรือมีกฎหมายบังคับให้ต้องมีเอกสารมาแสดง ศาลจะรับฟังมาวินิจฉัยเป็นข้อกฎหมายตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 142(5) ไม่ได้ไม่ การที่ศาลอุทธรณ์ยกเรื่องการจดทะเบียนหย่าไม่สมบูรณ์และโจทก์ไม่มีอำนาจฟ้องขึ้นวินิจฉัยจึงเป็นการไม่ชอบด้วยกฎหมายดังกล่าว

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4930/2539 วินิจฉัยว่า ฟ้องโจทก์มิได้กล่าวอ้างว่าที่พิพาทเป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดินและจำเลยก็ได้ให้การต่อสู้ไว้ จึงเป็นเรื่องนอกประเด็น ปัญหาดังกล่าวเป็นเรื่องข้อเท็จจริงและไม่ใช่ข้อกฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 142(5) ศาลฎีการับวินิจฉัยให้ไม่ได้

ค. เป็นดุลพินิจของศาลที่จะยกขึ้นวินิจฉัย

ถึงแม้ว่าจะมีปัญหาข้อกฎหมายที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนก็ตาม การที่ศาลจะยกขึ้นวินิจฉัยหรือไม่ขึ้นอยู่กับดุลพินิจของศาล กล่าวคือ ถ้าไม่มีคู่ความฝ่ายใดยกขึ้นมาเพื่อให้วินิจฉัยถ้าศาลเห็นว่าเป็นปัญหาเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน ศาลก็มีอำนาจยกขึ้นวินิจฉัยเองได้หรือไม่ยกขึ้นวินิจฉัยก็ได้เป็นดุลพินิจ ซึ่งเป็นอำนาจตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 142(5) แต่การที่ศาลจะใช้ดุลพินิจยกขึ้นวินิจฉัยหรือไม่นั้นจะต้องมีเหตุผลประกอบมิใช่ว่าเป็นอำนาจอิสระที่แท้จริง ทั้งนี้ต้องขึ้นอยู่กับว่า¹²⁴

ก. ถ้าข้อกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยนั้นไม่เป็นสาระหรือเมื่อวินิจฉัยไปแล้วไม่ทำให้ผลของคดีเปลี่ยนแปลงไป ศาลก็ไม่ยกขึ้นวินิจฉัยให้

ข. ข้อกฎหมายที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยเกิดจากข้อเท็จจริงที่ได้มาจากกระบวนการพิจารณาที่ไม่ชอบ ศาลก็ไม่ยกขึ้นวินิจฉัยให้¹²⁵

ค. หากนอกเหนือจากที่กล่าวมาแล้วควรที่ศาลจะยกขึ้นวินิจฉัยให้ เช่น ข้อกฎหมายตามพระราชบัญญัติป่าสงวนแห่งชาติ พ.ศ.2507 ซึ่งเป็นกฎหมายพิเศษมีโทษทางอาญาประชาชนทั้งประเทศมีส่วนได้เสียเกี่ยวข้องด้วย ควรที่ศาลจะยกขึ้นวินิจฉัยให้

¹²⁴ ศิริชัย วัฒนโยธิน หมายเหตุท้ายคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1293/2538 (สงเสริม.) น.159.

¹²⁵ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1486/2512 , 539/2532

นอกจากนี้ยังมีผู้ให้ความเห็นเกี่ยวกับดุลพินิจในการที่จะยกขึ้นมาหรือไม่ในกรณีนี้ คู่ความมิได้ยกขึ้นมาว่า ข้อสำคัญต้องดูที่ผล ถ้ายกขึ้นมาแล้วจะเกิดความสงบหรือไม่ ถ้ายกขึ้นมาแล้วกลายเป็นว่าเป็นการก่อความไม่สงบขึ้นก็ไม่น่าใช้ดุลพินิจที่จะยกขึ้นมา¹²⁶

ตัวอย่างคำพิพากษากฎีกาในเรื่องนี้ได้แก่

คำพิพากษากฎีกาที่ 6567/2544 วินิจฉัยว่า โจทก์เข้าใจโดยสุจริตว่าจำเลยที่ 1 เป็นตัวแทนจำหน่ายรถยนต์ของจำเลยที่ 2 การที่จำเลยที่ 1 แจ้งว่าหลักฐานทางทะเบียนและใบคู่มือจดทะเบียนนั้นอยู่ที่จำเลยที่ 2 ต้องรอให้จำเลยที่ 2 ส่งมาก่อนเนื่องจากจำเลยที่ 1 เป็นตัวแทนจำหน่ายรถยนต์ให้แก่จำเลยที่ 2 และจำเลยที่ 1 ได้ออกหนังสือรับรองการจำหน่ายรถยนต์ซึ่งเป็นของจำเลยที่ 2 ให้แก่โจทก์ ดังนี้ ตามพฤติการณ์เชื่อว่าจำเลยที่ 1 กับจำเลยที่ 2 จะต้องทำการค้ารถยนต์กันมานาน หากจำเลยที่ 1 ออกใบรับรองซึ่งหัวกระดาษเป็นชื่อของจำเลยที่ 2 ให้แก่ลูกค้าทั่วไป จำเลยที่ 2 น่าจะทราบ หากจำเลยที่ 2 ไม่เช็ดหรือยอมให้จำเลยที่ 1 เช็ดตัวเองเป็นตัวแทนจำเลยที่ 2 แล้ว จำเลยที่ 2 ก็น่าจะต้องทักท้วงหรือสั่งห้ามจำเลยที่ 1 ไม่ให้กระทำเช่นนั้น การที่จำเลยที่ 2 ส่งมอบรถยนต์พิพาทให้อยู่ในความครอบครองของจำเลยที่ 1 ซึ่งประกอบกิจการขายรถยนต์เช่นเดียวกับจำเลยที่ 2 ในประการที่เห็นได้ว่าจำเลยที่ 1 จะนำรถยนต์พิพาทไปขายแก่บุคคลทั่วไป พฤติการณ์เช่นนี้ถือได้ว่าจำเลยที่ 2 รู้แล้วยอมให้จำเลยที่ 1 เช็ดตัวเองออกแสดงเป็นตัวแทนของจำเลยที่ 2 อีกเช่นกัน เมื่อโจทก์ซื้อรถยนต์พิพาทจากจำเลยที่ 1 โดยสุจริต จำเลยที่ 2 จึงต้องรับผิดชอบโจทก์

จำเลยที่ 1 เป็นตัวแทนของจำเลยที่ 2 และได้กระทำแทนจำเลยที่ 2 ภายในขอบอำนาจแห่งฐานเป็นตัวแทน จำเลยที่ 1 จึงไม่ต้องรับผิดชอบต่อโจทก์ โจทก์ไม่มีอำนาจฟ้องขอให้ศาลบังคับจำเลยที่ 1 ชำระหนี้ตามฟ้องได้ ที่ศาลล่างทั้งสองพิพากษาให้จำเลยที่ 1 รับผิดชอบหนี้แก่โจทก์จึงไม่ชอบ กรณีเป็นปัญหาข้อกฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน แม้จำเลยที่ 1 จะขาดนัดยื่นคำให้การและขาดนัดพิจารณา ศาลฎีกาเห็นสมควรพิพากษาคดีให้เป็นไปตามบทบัญญัติของกฎหมายให้จำเลยที่ 1 ไม่ต้องรับผิดชอบส่งมอบหลักฐานใบคู่มือจดทะเบียนรถยนต์พิพาทให้แก่โจทก์ได้ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 142(5)

คำพิพากษากฎีกาที่ 6294/2545 (ป) วินิจฉัยว่า โจทก์ขอให้จำเลยใช้ค่าเสียหายแก่โจทก์นับถัดจากวันฟ้องเป็นต้นไป แต่ศาลล่างทั้งสองให้จำเลยใช้ค่าเสียหายนับแต่วันฟ้องเป็นต้นไปจึงเกินคำขอของโจทก์ ปัญหานี้แม้ไม่มีคู่ความฝ่ายใดฎีกาแต่เป็นปัญหาข้อกฎหมายอันเกี่ยวกับ

¹²⁶ อุดม เฟื่องฟุ้ง, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 107 น.231.

ความสงบเรียบร้อยของประชาชน ศาลฎีกาแก้ไขให้ถูกต้องได้ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 142(5) ประกอบมาตรา 246, 247

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 7032/2545 สัญญาค้ำประกันที่จำเลยที่ 2 ทำกับโจทก์ระบุว่าจำเลยที่ 2 ยอมเข้าค้ำประกันการชำระหนี้ตามสัญญากู้เบิกเงินเกินบัญชีของจำเลยที่ 1 จำนวน 400,000 บาท และสัญญาจำนองที่ดินของจำเลยที่ 2 ก็ระบุว่าจำเลยที่ 2 ตกลงจำนองที่ดินเป็นประกัน 400,000 บาท จำเลยที่ 2 จึงมีความรับผิดชอบตามสัญญาค้ำประกันและสัญญาจำนองในต้นเงิน 400,000 บาท การที่ศาลล่างทั้งสองให้จำเลยที่ 2 ร่วมรับผิดชอบกับจำเลยที่ 1 ในต้นเงิน 441,718.25 บาท จึงเป็นการพิพากษาให้จำเลยที่ 2 รับผิดชอบมากกว่าที่จะต้องรับผิดชอบตามกฎหมาย ปัญหานี้เป็นปัญหาอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน แม้คู่ความมิได้ฎีกา ศาลฎีกามีอำนาจยกขึ้นวินิจฉัยและแก้ไขให้ถูกต้องได้ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 142(5) ประกอบด้วยมาตรา 246 และมาตรา 247

อย่างไรก็ตาม มีปัญหาว่าหากคู่ความยกข้อกฎหมายสารบัญญัติอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนขึ้นกล่าวอ้างในศาลสูงแล้ว ศาลสูงจำเป็นต้องวินิจฉัยให้หรือไม่ ซึ่งจะได้กล่าวในหัวข้อถัดไปดังนี้

2.3.3.3 การยกข้อกฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนในศาลสูง

ดังที่กล่าวมาแล้วว่าปัญหาข้อกฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนนั้น เมื่อการดำเนินคดีอยู่ในศาลใด ศาลนั้นย่อมยกขึ้นวินิจฉัยได้ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 142(5) ประกอบกับมาตรา 246 หรือ 247 แล้วแต่กรณี อย่างไรก็ตาม มีบทบัญญัติว่าด้วยการพิจารณาในศาลสูงบางมาตราคือชั้นอุทธรณ์ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 225 วรรคหนึ่ง และชั้นฎีกาตามมาตรา 249 วรรคหนึ่ง ได้วางกฎเกณฑ์เรื่องข้อจำกัดในการอุทธรณ์ฎีกาไว้โดยสรุปว่า ข้อเท็จจริงที่ดี ข้อกฎหมายที่ดี ต้องเป็นข้อที่ได้ว่ากันมาแล้วในศาลล่าง มิฉะนั้นศาลจะไม่รับวินิจฉัยให้ แต่มีข้อยกเว้นในวรรคสองว่า หากเป็นปัญหาอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนแล้วคู่ความก็สามารถที่จะอุทธรณ์ฎีกาได้แม้มิได้ว่ากล่าวกันมาในศาลล่างก็ตาม มีข้อสังเกตว่ากฎหมายใช้คำว่า “ปัญหาข้อใดอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน” มิได้ระบุว่าเป็นปัญหาข้อเท็จจริงหรือปัญหาข้อกฎหมาย ดังนี้ จะรวมถึงปัญหาข้อเท็จจริงด้วยหรือไม่ เมื่อเทียบกับคำอื่นในมาตราเดียวกันที่กล่าวถึงปัญหาข้อเท็จจริงอยู่

ด้วยก็ย่อมแสดงให้เห็นว่าคำว่า “ปัญหาข้อใดอันเกี่ยวข้องด้วยความสงบเรียบร้อยของประชาชน” น่าจะรวมถึงข้อเท็จจริงด้วย¹²⁷

ในกรณีที่ไม่มีคู่ความฝ่ายใดยกปัญหาเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยขึ้นมานั้นก็เป็นการถูกต้องว่าศาลจะใช้ดุลพินิจวินิจฉัยปัญหาข้อกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับความสงบที่มีอยู่ในคดีนั้นหรือไม่ก็ได้ เพราะเป็นไปตามหลักของมาตรา 142 (5) แต่ในกรณีที่คู่ความยกปัญหาข้อกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนขึ้นมาในชั้นอุทธรณ์หรือฎีกาตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 225 วรรคสอง และมาตรา 249 วรรคสอง ศาลจะใช้ดุลพินิจไม่วินิจฉัยให้ได้หรือไม่

ตามแนวคำพิพากษาศาลฎีกาเดิมนั้นถือว่าศาลสูงอาจใช้ดุลพินิจไม่รับวินิจฉัยให้ได้ ซึ่งมีฎีกาที่วินิจฉัยในแนวนี้นหลายเรื่อง เช่น

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 989/2533 วินิจฉัยว่า การที่จำเลยฎีกาว่าโจทก์ไม่มีอำนาจฟ้องโดยมิได้ให้การต่อสู้ไว้ในคำให้การนั้น แม้เป็นปัญหาข้อกฎหมายอันเกี่ยวข้องด้วยความสงบเรียบร้อยของประชาชน เมื่อศาลฎีกาไม่เห็นสมควรวินิจฉัยตามนัย ป.วิ.พ. มาตรา 142(5) ศาลฎีกาไม่รับวินิจฉัย

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2004/2527 วินิจฉัยว่า เมื่อคดีไม่มีประเด็นว่า ข้อตกลงเกี่ยวกับสภาพการจ้างขัดต่อกฎหมายหรือมีผลใช้บังคับหรือไม่ การที่คู่ความอุทธรณ์ดังกล่าวจึงเป็นอุทธรณ์นอกประเด็น แม้จะเป็นปัญหาอันเกี่ยวข้องด้วยความสงบเรียบร้อยของประชาชน เมื่อศาลฎีกาเห็นไม่สมควรจะยกขึ้นวินิจฉัย ก็ไม่วินิจฉัยให้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3123/2528 วินิจฉัยว่า จำเลยได้ยกปัญหาเรื่องอำนาจฟ้องขึ้นต่อสู้ไว้ในคำให้การ แต่ในชั้นที่สองสถานศาลชั้นต้นมิได้กะประเด็นข้อนี้ไว้จำเลยมิได้โต้แย้ง ถือได้ว่าจำเลยได้สละประเด็นข้อนี้แล้ว เท่ากับไม่ได้มีการว่ากล่าวประเด็นนี้ในศาลชั้นต้น แม้จำเลยอาจยกปัญหาข้อนี้ขึ้นอุทธรณ์ได้โดยถือว่าเป็นปัญหาข้อกฎหมายอันเกี่ยวข้องกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน ก็เป็นข้อกฎหมายอันเกี่ยวข้องกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน ซึ่งไม่มีฝ่ายใดยกขึ้นว่า

¹²⁷ พลประสิทธิ์ ฤทธิรักษา, ปัญหาอันเกี่ยวข้องด้วยความสงบเรียบร้อยของประชาชนที่มีผลกระทบต่อกระบวนการพิจารณา, พิมพ์ครั้งที่ 1, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2539) น.46, อุดม เพ็ญพุ่ม, คำอธิบายประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ภาค 3 อุทธรณ์และฎีกา, (กรุงเทพมหานคร: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2547) น.123, ไพโรจน์ วายุภาพ, คำอธิบายกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ภาค 3 อุทธรณ์และฎีกา, (กรุงเทพมหานคร: หจก.จิรัชการพิมพ์, 2546) น.96.

ในศาลชั้นต้นเมื่อเห็นสมควรศาลอุทธรณ์ก็อาจยกขึ้นวินิจฉัยได้เองเช่นกัน หากศาลอุทธรณ์เห็นว่า ข้อกฎหมายดังกล่าวไม่สมควรได้รับการวินิจฉัยแล้ว แม้จำเลยจะได้อุทธรณ์ขึ้นมาด้วย ก็ไม่มี เหตุผลที่ศาลอุทธรณ์จะต้องวินิจฉัยให้อีก

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 63/2528 วินิจฉัยว่า เมื่อศาลชั้นต้นวินิจฉัยว่าค่าจ้างที่โจทก์ฟ้อง เรียกจากจำเลยยังถือไม่ได้ว่าเป็นสินสมรส ไม่จำเป็นต้องได้รับอนุญาตจากคู่สมรส โจทก์มีอำนาจ ฟ้อง จำเลยไม่ได้อุทธรณ์ปัญหาข้อนี้ เมื่อโจทก์ฎีกาในปัญหาข้อนี้แม้จะเป็นข้อกฎหมายอันเกี่ยว ด้วยความสงบเรียบร้อย แต่ศาลฎีกาเห็นไม่สมควรยกขึ้นวินิจฉัย

ต่อมาได้มีคำพิพากษาศาลฎีกาที่วินิจฉัยออกมาตามแนวที่ว่าปัญหาที่เกี่ยวกับความสงบ เรียบร้อยของประชาชนนั้น ถ้าคู่ความยกขึ้นมาในชั้นอุทธรณ์หรือฎีกาแล้วศาลอุทธรณ์หรือศาล ฎีกาจะใช้ดุลพินิจไม่รับวินิจฉัยไม่ได้ ทั้งนี้ตามตัวอย่างคำพิพากษาศาลฎีกาต่อไปนี้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2405/2538 ซึ่งวินิจฉัยว่า แม้จำเลยมิได้ให้การว่าเช็กพิพาทมีการ รวมดอกเบี้ยเกินอัตราตามกฎหมายทบต้นไว้ด้วย เช็กพิพาทจึงเป็นโมฆะทั้งฉบับ แต่ท้าย คำให้การก็มีคำขอให้ยกฟ้องโจทก์ในส่วนดอกเบี้ยนี้ด้วย ทั้งเป็นปัญหาอันเกี่ยวกับความสงบ เรียบร้อยของประชาชน จำเลยย่อมมีสิทธิยกขึ้นอ้างในชั้นอุทธรณ์หรือฎีกาได้ และศาลอุทธรณ์หรือ ศาลฎีกาต้องวินิจฉัยให้ การที่ศาลอุทธรณ์ไม่รับวินิจฉัยให้จึงไม่ชอบ

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4008/2539 ศาลวินิจฉัยว่า ที่จำเลยที่ 2 ฎีกาในข้อกฎหมายว่า โจทก์ไม่มีอำนาจฟ้องเพราะผู้รับมอบอำนาจโจทก์ที่มาฟ้องจำเลยที่ 2 เป็นคดีนี้ได้เคยฟ้องจำเลยที่ 2 ในมูลหนี้รายเดียวกันกับคดีนี้มาครั้งหนึ่งแล้วในคดีแพ่งหมายเลขแดงที่ 4025/2536 ของศาล ชั้นต้น โดยในการฟ้องคดีดังกล่าวผู้รับมอบอำนาจได้อาศัยหนังสือมอบอำนาจตามเอกสารหมายเลข ๑.2 ซึ่งเป็นหนังสือมอบอำนาจเฉพาะคดีฟ้องจำเลยที่ 2 ไปแล้ว ผู้รับมอบอำนาจจึงไม่สามารถ นำมาใช้ฟ้องคดีนี้ได้อีก นอกเสียจากจะได้รับมอบอำนาจใหม่เท่านั้น จำเลยที่ 2 ได้ให้การต่อสู้มา และยกปัญหาเรื่องอำนาจฟ้องดังกล่าวซึ่งเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนขึ้นตั้งเป็น ประเด็นไว้ในคำแก้อุทธรณ์ การที่ศาลอุทธรณ์ไม่วินิจฉัยให้จึงเป็นการไม่ชอบ พิจารณาแล้ว เห็นว่า จำเลยที่ 2 ได้ยกปัญหาเรื่องอำนาจฟ้องตามที่ฎีกามาซึ่งเป็นปัญหาเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อย ของประชาชนขึ้นว่ากล่าวมาแล้วโดยชอบในศาลชั้นต้นและศาลอุทธรณ์ แม้จำเลยที่ 2 จะมีได้ อุทธรณ์โดยตรงแต่ได้ยกปัญหาเรื่องอำนาจฟ้องเป็นประเด็นไว้ในคำแก้อุทธรณ์ คดีจึงมีประเด็น ตามคำแก้อุทธรณ์ ซึ่งศาลอุทธรณ์ต้องวินิจฉัยให้ เมื่อศาลอุทธรณ์ไม่วินิจฉัยประเด็นข้อนี้ ศาลฎีกา เห็นสมควรวินิจฉัยไปที่เดียว ปรากฏตามหนังสือมอบอำนาจเอกสารหมายเลข ๑.2 ว่าโจทก์มอบ อำนาจให้ผู้รับมอบอำนาจทั้งสองฟ้องจำเลยทั้งสองในข้อหาผิดสัญญาเช่าซื้อและสัญญาค้า

ประกัน ตั้งแต่วันที่ 18 พฤศจิกายน 2535 เป็นต้นไปจนเสร็จการซึ่งถึงแม้ว่าผู้รับมอบอำนาจโจทก์ทั้งสองจะเคยฟ้องจำเลยทั้งสองในข้อหาผิดสัญญาเช่าซื้อและสัญญาค้ำประกันในคดีแพ่งหมายเลขแดงที่ 4025/2536 ของศาลชั้นต้นมาครั้งหนึ่งแล้วก็ตาม แต่ในคดีดังกล่าวศาลชั้นต้นได้มีคำสั่งจำหน่ายคดีเพราะโจทก์ขาดนัดพิจารณา กรณีจึงยังไม่เสร็จการตามที่ได้มอบอำนาจไว้ ดังนั้น การที่ผู้รับมอบอำนาจโจทก์ทั้งสองได้อาศัยหนังสือมอบอำนาจดังกล่าวที่เคยฟ้องจำเลยทั้งสองในคดีแพ่งหมายเลขแดงที่ 4025/2536 ของศาลชั้นต้นมาฟ้องจำเลยทั้งสองเป็นคดีนี้ใหม่ภายในกำหนดอายุความ ในข้อหาผิดสัญญาเช่าซื้อและสัญญาค้ำประกันอันเป็นมูลหนี้รายเดียวกัน ย่อมเป็นการฟ้องตามข้อกำหนดของหนังสือมอบอำนาจ ไม่จำเป็นต้องทำหนังสือมอบอำนาจใหม่โจทก์จึงมีอำนาจฟ้อง ฎีกาของจำเลยที่ ๒ ฟังไม่ขึ้น

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3349/2525 วินิจฉัยว่า ปัญหาว่าโจทก์ได้มอบอำนาจให้ ส. ดำเนินคดีแทนโจทก์หรือไม่ เป็นปัญหาเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน เพราะหากปรากฏว่าโจทก์มิได้มอบอำนาจให้ ส. ดำเนินคดีแทนโจทก์ โจทก์ย่อมไม่มีอำนาจฟ้องและศาลย่อมพิพากษายกฟ้อง แม้จำเลยที่ 3 มิได้ให้การปฏิเสธไว้ ก็มีสิทธิยกปัญหาดังกล่าวขึ้นอุทธรณ์ได้ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาตรา 225 วรรคสอง เมื่อปรากฏว่าโจทก์ได้นำสืบในเรื่องการมอบอำนาจไว้เพราะมีจำเลยอื่นขาดนัดพิจารณา แต่ศาลอุทธรณ์ไม่รับวินิจฉัยปัญหาข้อนี้ ศาลฎีกาย่อมมีอำนาจวินิจฉัยข้อเท็จจริงจากพยานหลักฐานดังกล่าวได้ว่าได้มีการมอบอำนาจกันจริง โจทก์จึงมีอำนาจฟ้อง

ผู้เขียนเห็นว่า กรณีที่คู่ความยกปัญหาข้อกฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนขึ้นมาในชั้นอุทธรณ์หรือฎีกาตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 225 วรรคสอง หรือมาตรา 249 วรรคสอง ให้อำนาจไว้เช่นนี้ก็เป็นที่มิชอบกเว้นตามคำฟ้องอุทธรณ์ฎีกา หรือคำแก้อุทธรณ์ฎีกาในส่วนที่เกี่ยวกับปัญหาข้อกฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนแล้ว จึงเป็นกรณีที่น่าจะต้องพิจารณาตามมาตรา 142 วรรคแรก คือต้องตัดสินตามข้อหาในฟ้องทุกข้อจะใช้ดุลพินิจไม่ได้ แต่หากศาลจะใช้ดุลพินิจไม่วินิจฉัยให้ก็ควรจะอ้างเหตุผลว่าไม่เป็นสาระแห่งคดีอันควรได้รับการวินิจฉัยมากกว่า ดังเช่นแนววินิจฉัยตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1048/2533 ซึ่งวินิจฉัยว่า โจทก์ฟ้องขอบังคับให้จำเลยใช้เงินตามสัญญาซื้อขายจำเลยฎีกาอ้างว่าโจทก์ไม่ได้รับความยินยอมจากสามีจึงไม่มีอำนาจฟ้องนั้น เมื่อจำเลยไม่ได้ให้การต่อสู้เป็นประเด็นในคำให้การไว้ จึงเป็นเรื่องที่มีได้ยกขึ้นว่ากันมาแล้วในศาลชั้นต้น ต้องห้ามตาม ป.วิ.พ.มาตรา 249 แม้ปัญหาเรื่องอำนาจฟ้องเป็นข้อกฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน แต่ก็ไม่เป็นสาระแก่คดีอันควรที่จะได้รับการวินิจฉัย

3. การวินิจฉัยชี้ขาดคดีของศาลตามความเป็นธรรม

ในหัวข้อที่แล้วเป็นการกล่าวถึงการบังคับใช้กฎหมายของศาลซึ่งอาจมีข้อจำกัดการนำกฎหมายมาบังคับใช้บ้างดังที่ได้กล่าวมาแล้ว และในหัวข้อนี้จะกล่าวถึงข้อจำกัดในการนำกฎหมายมาบังคับใช้อีกประการหนึ่งซึ่งเป็นเรื่องที่สำคัญ คือ การวินิจฉัยชี้ขาดคดีของศาลตามความเป็นธรรม ซึ่งผู้เขียนได้นำมากล่าวไว้เป็นอีกหัวข้อหนึ่งต่างหากและจะขอกล่าวเฉพาะในประเทศอังกฤษและฝรั่งเศส ดังนี้

3.1 การวินิจฉัยชี้ขาดคดีตามความเป็นธรรม (Equity) ในประเทศอังกฤษ¹²⁸

3.1.1 ความหมาย

ความหมายพื้นฐานของคำว่า เอควิตี้ (equity) คือ ความยุติธรรม และคำนี้ยังใช้ในความหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งกับคำว่า ความยุติธรรมตามธรรมชาติ (natural justice) ส่วนในความหมายที่สอง equity ถูกใช้เปรียบเทียบให้เห็นความแตกต่างระหว่างหลักกฎหมายเคร่งครัด คือ aequitas เทียบกับ strictum jus หรือ rigor juris ซึ่งในความหมายนี้เอควิตี้ใช้ในกรณีเฉพาะกับกฎเกณฑ์มาตรฐานของสิ่งที่ดูเหมือนกับความยุติธรรมตามธรรมชาติและ ความถูกต้องเปรียบเทียบกับกรณีของหลักกฎหมายที่บางทีอาจดูเหมือนไม่สมเหตุผลหรือไม่ยุติธรรมในบางสถานการณ์ ความแตกต่างกันระหว่างเอควิตี้กับกฎหมายมักจะถูกทำให้ลดลงโดยการวางหลักกฎหมายให้มีความยืดหยุ่นและให้อำนาจศาลในการใช้ดุลพินิจ แต่ในบางกรณีความขัดแย้งระหว่างอะไรคือความเป็นธรรมหรือความยุติธรรม และอะไรคือการชอบด้วยกฎหมายก็อาจเกิดขึ้นได้ ความแตกต่างกันระหว่างเอควิตี้กับกฎหมายถูกรับรองโดยกฎหมายโรมัน ซึ่งเห็นได้จากการกระทำของเพลโต (praetor) ที่ยอมรับการเยียวยาในสถานะที่กฎหมายโรมัน (jus civile) ตั้งข้อกำหนดไม่ยอมรับการเยียวยา

ส่วนในความหมายที่สาม เอควิตี้ คือ หลักสำคัญของหลักเกณฑ์หรือกฎที่พัฒนามาตั้งแต่ช่วงยุคกลางและถูกนำมาปรับใช้โดยชานเซลเลอร์ (Chancellors) แห่งอังกฤษและศาลชานเซอร์รี่ (The Court of Chancery) และตั้งแต่ปี 1875 เอควิตี้จะถูกนำมาใช้โดยแผนกชานเซอร์รี่ใน

¹²⁸ David M. Walker, *The Oxford Companion to Law*, (Oxford: Clarendon Press, 1980) pp.424-426.

ศาลชั้นต้น (High Court) เป็นส่วนใหญ่ ซึ่งแตกต่างชัดเจนจากหลักเกณฑ์สำคัญของกฎหมายคอมมอนลอว์ที่พัฒนาและปรับใช้โดยศาลคอมมอนลอว์ซึ่งมีชื่อว่า King's (queen's) Bench และตั้งแต่ปี 1875 กฎหมายคอมมอนลอว์ก็ถูกนำมาใช้ในแผนก Queen's (or King's) Bench ในศาลชั้นต้น (High Court) เป็นส่วนใหญ่ ด้วยเหตุที่เควิตีพัฒนาในอังกฤษและยังคงมีขอบเขตอยู่มากในคามยุติธรรมและการเยียวยาโดยชอบด้วยกฎหมายและยังมีเหตุอื่นๆ ความแตกต่างนี้นอกจากจะปรากฏในอังกฤษแล้วก็ยังมีอยู่ในรัฐอื่นๆ ที่ยอมรับเอาเควิตีจากอังกฤษมาใช้ด้วย ความแตกต่างในหลักการและการจัดการคามยุติธรรมระหว่างกฎหมายกับเควิตีในบางกรณีก็ยังคงมีอยู่เรื่อยไป เควิตีในความหมายที่สามนี้ไม่เป็นที่รู้จักในระบบกฎหมายพื้นฐานอย่างกฎหมายโรมันรวมทั้งกฎหมายของสก็อตแลนด์ด้วย แม้ว่าสิทธิและการเยียวยาที่ปรากฏในเควิตีของอังกฤษพอที่จะนำมาใช้ประโยชน์ได้ในระบบกฎหมายอื่น ตลอดจนเป็นแบบของกฎหมายทั่วไปได้

3.1.2 ต้นกำเนิดของเควิตีในประเทศอังกฤษ

ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ถูกพัฒนาอย่างรวดเร็วในประเทศอังกฤษ แต่การพัฒนาดังกล่าวก็อยู่ภายใต้โครงสร้างของการยอมรับรูปแบบของการกระทำที่ไม่มีกรอบและการเยียวยาในกฎหมาย ผู้พิพากษาในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ละทิ้งอำนาจที่จะตัดสินคดีได้เองโดยอิสระ ผู้ที่ต้องการการบรรเทาทุกข์กรณีพิเศษสามารถยื่นคำร้องต่อกษัตริย์หรือสภาขุนนาง ซึ่งต่อมาก็มีตัวแทนในการทำหน้าที่วินิจฉัยคำร้องทุกข์โดยทำหน้าที่คล้ายกับศาลซึ่งเรียกว่า ชานเซลเลอร์ (Chancellor) และในบางครั้งรัฐสภาเองก็อนุญาตให้บรรเทาทุกข์โดยความเป็นธรรมได้ ในศตวรรษที่ 14 มีการยื่นคำร้องต่อรัฐสภาต่อต้านสภาขุนนางและชานเซอร์ แต่กฎหมายลายลักษณ์อักษรที่ออกโดยรัฐสภาประมาณ 1400 ฉบับ ก็ยอมรับสภาขุนนางกับชานเซลเลอร์ และเขตอำนาจของชานเซลเลอร์กับสภาขุนนางก็เพิ่มมากขึ้น ผู้พิพากษาในคอมมอนลอว์ดูเหมือนว่าต้องการที่จะร่วมมือกับชานเซลเลอร์และสภาขุนนาง และกฎเกณฑ์หลายอันอันเป็นจุดเด่นของเควิตีก็ปรากฏขึ้นในศาลคอมมอนลอว์ (common law courts) ศาลใหม่ๆ ไม่ได้ทำให้เกิดเควิตีแต่ก็ยังดำเนินการสืบสานงานของศาลในอดีตโดยพัฒนาในทางความหมายที่แตกต่างออกไป เควิตีเจริญเติบโตขึ้นเพื่อแก้ไขจุดบกพร่องและจำกัดคามยุติธรรมของกฎหมายคอมมอนลอว์

ก่อนศตวรรษที่ 16 ทฤษฎีขั้นพื้นฐานของเควิตีถูกเสนอโดย เซนต์ เจอร์เมน (St. Germain) ในแนวความคิดทางด้านมโนธรรม ชานเซลเลอร์ในยุคกลางนี้เป็นบาทหลวงและกระทำการตามธรรมชาติในทางที่ถูกต้องตามศีลธรรมโดยไม่อยู่ภายใต้เงื่อนไขที่ต้องคำนึงถึงกฎหมายที่เคร่งครัด ชานเซลเลอร์ในยุคนี้จะให้การเยียวยาแก่ผู้ร้องขอโดยพิจารณาจากความรู้สึกผิดชอบชั่วดีของเขา หลักเควิตีในแนวทางด้านมโนธรรมซึ่งอยู่บนความรู้สึกผิดชอบชั่วดีนี้

กลายเป็นลักษณะเฉพาะตัวของเอควิตีซึ่งเป็นรากฐานของทฤษฎีที่มั่นคงสำหรับการพัฒนาเขตอำนาจในการตัดสินคดีต่อมา

ในศตวรรษที่ 15 และ 16 การพัฒนากฎเกณฑ์ของเอควิตีเกิดมาจากข้อบกพร่องของกฎหมายคอมมอนลอว์ที่มีความล้าช้า ไม่มีประสิทธิภาพ และมีวิธีการพิสูจน์ที่ล้าสมัย ทั้งยังไม่ยอมรับเรื่องทรัสต์ และการชำระหนี้ที่มีลักษณะเฉพาะบางอย่าง จนในศตวรรษที่ 16 บางครั้งศาลคอมมอนลอว์นำหลักเกณฑ์ที่ถูกพัฒนาในชานเซอร์รี่มาใช้

3.1.3 การพัฒนาเอควิตีของประเทศอังกฤษ

ในศตวรรษที่ 16 เขตอำนาจในการพิจารณาคดีของชานเซลเลอร์ถูกยอมรับในฐานะที่เป็นศาลชานเซอร์รี่ด้วยภาระกิจที่มีมาก ศาลนี้มีผู้พิพากษา 1 คน คือ ชานเซลเลอร์ ซึ่งมีหลายหน้าที่ และ The Master of the Rolls ถูกยอมรับว่าเป็นผู้ช่วยเหลือและบางครั้งก็เป็นผู้ช่วยที่ปฏิบัติหน้าที่แทนชานเซลเลอร์ ในขณะที่ The Master in Chancery รับผิดชอบจัดการกับเรื่องที่ไม่สำคัญ ในช่วงปลายของศตวรรษนี้ ศาลจัดการคดีแฟงบนความเท่าเทียมยุติธรรมและจัดอำนาจดุลพินิจตามอำเภอใจของเอควิตี ยิ่งไปกว่านั้นชานเซลเลอร์ทั้งหลายไม่ได้มีแค่คนทั่วไปเท่านั้น แต่ยังมีนักกฎหมายคอมมอนลอว์ด้วย

ความไม่ลงรอยกันระหว่างคอมมอนลอว์และชานเซอร์รี่ปรากฏขึ้นในศตวรรษที่ 17 ซึ่งถูกกระตุ้นโดยความอัจฉริยภาพของคุก (Coke) และนักกฎหมายคอมมอนลอว์ของระบบอื่นๆ และโดยความเกี่ยวพันกันขององค์กรระหว่างชานเซอร์รี่กับสิทธิพิเศษของราชวงศ์ นักกฎหมายคอมมอนลอว์โจมตีชานเซอร์รี่โดยอ้างความไม่เป็นกลางของคำสั่งอนุญาตเฉพาะอย่างที่ได้รับการยอมรับให้ตามที่ขอ หรือการกีดกันโดยคำสั่งห้ามของศาล และการบังคับตามคำพิพากษานั้นได้มาโดยมิชอบ จนในปี 1616 พระเจ้าเจมส์ที่ 1 (James I) ได้ตัดสินเขตอำนาจศาลทั้งสองโดยคำแนะนำของเอลส์เมียร์ (Ellesmere) และเบคอน (Bacon) ซึ่งเขาสนับสนุนอำนาจของชานเซอร์รี่ ความจำเป็นที่ศาลจะต้องยอมรับการเยียวยาที่เป็นธรรมเห็นได้ชัดเมื่อชานเซอร์รี่ไม่ถูกยกเลิกภายใต้เครือจักรภพอังกฤษ

ชานเซลเลอร์ที่มีชื่อเสียงมากที่สุดในยุคนี้คือเอ็กเกอตัน (Egerton) (ปี 1603-17) เขายังคงรักษาเอควิตีให้เป็นกฎหมาย ไม่ใช่เป็นแต่เพียงแค่ดุลพินิจ ต่อมาผู้สืบทอดตำแหน่งต่อจากเขาคือเบคอน ได้แยกแยะความแตกต่างในหลายด้าน อาทิ ช่วยให้ความกลมกลืนกันระหว่างชานเซอร์รี่และคอมมอนลอว์กลับคืนมา สะสางคดีที่ยังไม่เสร็จสิ้น และจัดทำร่างประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความของชานเซอร์รี่ ซึ่งใช้เวลานานถึงสองศตวรรษ ต่อมาฟินช์ (Finch) เริ่มต้นงานจัดการหลักเกณฑ์ของศาลชานเซอร์รี่ให้เป็นแบบแผนและพยายามทำเอควิตีให้เป็นรูปแบบที่แน่นอน

นอกจากนี้ ฟินยังทำการสร้างหลักการพื้นฐานหลายอย่างเพื่อสนับสนุนต่อหลักเกณฑ์นี้อย่างต่อเนื่องโดยผ่านทางคำพิพากษาของเขา

ในช่วงปลายศตวรรษที่ 17 ขานเซลเลอร์มีแนวโน้มที่ชัดเจนในการจัดการหลักเกณฑ์การบรรเทาทุกข์ เช่น การให้คำจำกัดความที่มีขอบเขต การจัดระบบของเอควิตี้เวลานี้ทำให้เอควิตี้มีส่วนสำคัญที่จะบังคับใช้เรื่องทรัสต์ แทรกแซงในการจำนอง มีเขตอำนาจเหนือคดีทาร์กควบคุมดูแลความยุ่งยากเกี่ยวกับบัญชีและการบริหารงานอสังหาริมทรัพย์ และอนุญาตให้บรรเทาทุกข์ในเรื่องข้อโกง อุบัติเหตุ ความสำคัญผิด การถูกข่มขู่ และพัฒนาการจัดการปัญหาในครอบครัว เอควิตี้กลายเป็นส่วนสำคัญที่มีความชัดเจนและมีหลักเกณฑ์อันแน่นอน

รายงานของคำพิพากษาที่ใช้หลักเอควิตี้เริ่มดีขึ้นในช่วงปลายศตวรรษที่ 16 แต่ไม่ต่อเนื่องไปจนถึงศตวรรษที่ 18 แต่การพัฒนาแสดงให้เห็นว่าเอควิตี้มีการจัดการบนพื้นฐานและเจริญเติบโตในทางปฏิบัติอย่างมีแบบแผน

ในช่วงศตวรรษที่ 18 ความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายกับเอควิตี้ถูกทำให้สอดคล้องกัน แต่ละระบบเกี่ยวข้องซึ่งกันและกันโดยช่วยเหลือกันมากขึ้น ผู้นำศาลยุติธรรม(Mansfield)มีการลงผสมผสานบางหลักเกณฑ์ของเอควิตี้ลงไป在公司มอนลอร์แต่ก็ไม่ประสบความสำเร็จ

ในระหว่างศตวรรษที่ 18 ยอร์ค (Yorke) (ปี 1737-56) เป็นขานเซลเลอร์ที่มีชื่อเสียง เขาได้กล่าวถึงหลักเกณฑ์ขั้นพื้นฐานของเอควิตี้อีกครั้งถึงการทำให้สอดคล้องกันในเรื่องระบบที่สมบูรณ์ในทางปฏิบัติ คำพิพากษาของเขาให้หลักทั่วไปซึ่งผู้พิพากษาเอควิตี้ (equity judge) ควรปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ของเขามากกว่าที่จะไม่ยึดถือตาม

3.1.4 การสิ้นสุดของเอควิตี้และการผสมผสานรวมกันกับกฎหมาย

ผู้ที่ตัดสินโดยใช้เอควิตี้ครั้งสุดท้าย คือ สก็อต (scott) (ปี 1801-06, 1807-27) ซึ่งเขาทำให้กระบวนการสร้างเอควิตี้เป็นระบบจนเกือบจะสำเร็จแต่ก็ยังไม่ตายตัวและแน่นอน จนกลายเป็นระบบที่มีข้อจำกัดในแง่บรรทัดฐานที่จะถือตาม ข้อบกพร่องในการตัดสินของสก็อตคือ ความระมัดระวังรอบคอบของเขาและความเขินอายซึ่งเป็นสาเหตุของความล่าช้าในการพิจารณาคดี

การพัฒนาการครั้งสุดท้ายของเอควิตี้คือ เขตอำนาจในการตัดสินคดีโดยไม่ยึดติดกับกฎหมาย โดยถูกแบ่งแยกออกเป็นเขตอำนาจของศาลโดยเฉพาะอยู่บ่อยครั้งในเรื่องของทรัสต์และส่วนแบ่งในทรัพย์สินของผู้หญิงที่หย่ากับสามี การร่วมผสมผสานกันของอำนาจศาลระหว่างเอควิตี้กับคอมมอนลอร์นั้นอยู่ในเรื่องของการบังคับตามสัญญาเฉพาะอย่าง อาทิ การข้อโกง การหลอกลวง การสำคัญผิด และอุบัติเหตุ และอำนาจพิเศษของศาลคือ ออกคำสั่งห้ามต่างๆ และแต่งตั้งผู้รักษาทรัพย์

พระราชบัญญัติว่าด้วยการบริหารศาลยุติธรรม (The Judicature Act) ปี 1873-1875 ได้ล้มเลิกศาลชานเซอร์ และผลงานอำนาจของศาลในระบบคอมมอนลอว์และเอควิตี้ โดยมีข้อกำหนดที่เป็นเงื่อนไขว่า ในกรณีมีข้อสงสัยซึ่งมิได้บัญญัติไว้โดยเฉพาะหรือในกรณีที่มีการขัดกันของทั้งสองระบบ หลักเกณฑ์ของเอควิตี้จะถูกนำมาใช้เหนือคอมมอนลอว์ ต่อมาเอควิตี้ได้หายสาบสูญไปจากกฎหมายอังกฤษ แต่อิทธิพลของเอควิตี้ก็ยังมีอยู่ต่อไป ซึ่งไม่เฉพาะแต่หลักการที่เอควิตี้พัฒนาขึ้น เช่น การบังคับใช้เรื่องทรัสต์ แต่ยังรวมถึงหลักการที่ใช้ควบคู่กับกฎหมายคอมมอนลอว์ด้วย เช่น เรื่องการบังคับจำนองที่เป็นธรรม นอกจากนี้ หลักเกณฑ์ของเอควิตี้ที่สำคัญยังคงใช้อยู่ในศาลชั้นต้นแผนกชานเซอร์ และเอควิตี้ยังคงเกี่ยวข้องกับสาขาของกฎหมายอังกฤษที่มีจุดเด่นเพื่อใช้ในการศึกษากฎหมาย

3.1.5 การประยุกต์ใช้เอควิตี้ในสมัยใหม่

ตามที่พระราชบัญญัติว่าด้วยการบริหารศาลยุติธรรม (The Judicature Act 1873) ให้หลักในการรวมระบบกันโดยผสมผสานศาลคอมมอนลอว์กับศาลชานเซอร์ จนเกิดเป็นศาลใหม่ที่ชื่อ Supreme Court of Judicature ซึ่งให้อำนาจแผนกต่างๆ ของศาลชั้นต้น (High Court) ที่จะออกคำสั่งใดๆ เพื่อให้การเยียวยาความเสียหายที่เกิดกับผู้เสียหาย ซึ่งคำสั่งนั้นต้องเหมาะสม ตัวอย่างของหลักเกณฑ์นี้อยู่ในเรื่องอสังหาริมทรัพย์และส่วนได้เสียในอสังหาริมทรัพย์ซึ่งในพระราชบัญญัติว่าด้วยทรัพย์สิน (Property Act 1925) ยังคงใช้อยู่ ซึ่งหลักเกณฑ์ที่สำคัญของการประยุกต์ใช้หลักความยุติธรรมในกฎหมายสมัยใหม่ ได้แก่ การยอมรับและบังคับตามในเรื่องต่างๆ ดังนี้

1) ส่วนได้เสียที่เป็นธรรมในทรัพย์สิน ซึ่งเห็นได้ชัดในเรื่องทรัสต์ การไถ่ถอนจำนองอย่างเป็นธรรมของผู้จำนอง การจำนองและค่าภาระติดพันอย่างเป็นธรรม ส่วนได้เสียอย่างเป็นธรรมในทรัพย์สินส่วนตัว และภายใต้สัญญานั้น เช่น ข้อสัญญาที่เข้มงวดซึ่งทำให้คู่สัญญามีส่วนได้เสียอย่างเป็นธรรมในที่ดินและการโอนสิทธิอย่างเป็นธรรม

2) การยอมรับและบังคับตามแนวคิดที่เป็นธรรม เช่น แนวคิดที่มีผลกระทบต่อทรัพย์สิน ตัวอย่างคือการเบียดบังทรัพย์สินของผู้อื่น การเลือก การทำให้พอใจ และการเพิกถอนพินัยกรรม การชำระหนี้ การจัดลำดับ การครอบงำอสังหาริมทรัพย์และภาระติดพัน และการรับช่วงสิทธิ

3) การยอมรับและบังคับตามการบรรเทาทุกข์ข้ออย่างเป็นธรรมต่อการลงโทษและการถูกริบทรัพย์สินโดยมิชอบ และในกรณีของความสัมพันธ์อย่างผู้ดูแลผลประโยชน์

4) การยอมรับและบังคับตามข้อต่อสู้ของจำเลยอย่างเป็นธรรม เช่น การหักกลบลบหนี้ การปล่อยชั่วคราว การสละสิทธิ การยอมรับโดยปริยาย และการละเลยไม่ใช้สิทธิเป็นเวลานานเกินควร

ที่กล่าวมาเป็นการวินิจฉัยชี้ขาดคดีของศาลตามความเป็นธรรมในประเทศอังกฤษ ซึ่งใช้ระบบ Common Law ต่อไปจะได้กล่าวถึงการมอบหมายให้ศาลเป็นผู้วินิจฉัยชี้ขาดคดีตามความเป็นธรรมในประเทศฝรั่งเศส ซึ่งใช้ระบบ Civil Law บ้าง

3.2 การมอบหมายให้ศาลเป็นผู้วินิจฉัยชี้ขาดคดีตามความเป็นธรรม (amiable compositeur) ในประเทศฝรั่งเศส

ดังได้กล่าวมาแล้วในเรื่องการบังคับใช้กฎหมายของศาลในประเทศฝรั่งเศสว่า มีข้อจำกัดอำนาจของศาลที่จะนำกฎหมายมาบังคับใช้ ซึ่งนอกจากจะถูกจำกัดโดยคู่ความตกลงกันให้ศาลใช้กฎหมายที่คู่ความกำหนดตามมาตรา 12 วรรคสาม แล้ว ตามมาตรา 12 วรรคสี่¹²⁹ ยังกำหนดให้คู่ความสามารถตกลงมอบหมายให้ศาลวินิจฉัยชี้ขาดคดีเสมือนกับเป็น “ผู้ชี้ขาดข้อพิพาทตามความเป็นธรรม” (amiable compositeur หรือ honest broker ในภาษาอังกฤษ) กล่าวคือชี้ขาดคดีตามหลักความยุติธรรม (équité หรือ equity ในภาษาอังกฤษ) เหมือนกับที่ใช้ในอนุญาโตตุลาการ โดยไม่ต้องคำนึงถึงบทบัญญัติของกฎหมายที่ใช้บังคับกับคดี¹³⁰ แต่การตกลงกันดังกล่าวจะสามารถทำได้ต่อเมื่อมีคดีพิพาทเกิดขึ้นแล้ว และเมื่อศาลได้วินิจฉัยชี้ขาดแล้วคู่ความมีสิทธิที่จะอุทธรณ์คำพิพากษานั้นได้เว้นแต่คู่ความจะได้แสดงเจตนายกเลิกสิทธิดังกล่าว

¹²⁹ The forth sub-article of Article 12 “Where a dispute has arisen, the parties may, under the same matters and conditions, confer upon the judge a mandate to determine a case as an amiable compounder subject to an appeal where the parties have not expressly abandoned their right of appeal.”

¹³⁰ วิธีการดังกล่าวนี้มีลักษณะคล้ายกับเรื่องอนุญาโตตุลาการของไทย ซึ่งตามมาตรา 34 วรรคสาม แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 ก็ได้บัญญัติไว้ว่า “คู่พิพาทอาจกำหนดไว้โดยชัดแจ้งให้คณะอนุญาโตตุลาการมีอำนาจชี้ขาดข้อพิพาทโดยใช้หลักแห่งความสุจริตและเป็นธรรม”

การอุทธรณ์คำพิพากษาดังกล่าว เมื่อคู่ความตกลงให้ศาลชั้นต้นตัดสินแบบ ประนีประนอม ศาลอุทธรณ์ก็ต้องตัดสินแบบประนีประนอม เว้นแต่จะตกลงยกเว้นเป็นอย่างอื่น โดยทำเป็นลายลักษณ์อักษร¹³¹ และเมื่อศาลอุทธรณ์ตัดสินแบบประนีประนอม คำตัดสินดังกล่าว จะไม่ถูกตรวจสอบโดยศาลฎีกา เว้นแต่ศาลชั้นต้นกับศาลอุทธรณ์จะเขียนขัดแย้งกัน¹³²

แต่อย่างไรก็ตาม การตกลงกันของคู่ความดังกล่าวตาม มาตรา 12 วรรคสี่ นั้น ได้ กำหนดเงื่อนไขเอาไว้ว่า คู่ความสามารถตกลงให้ดำเนินการดังกล่าวได้เฉพาะคดีที่คู่ความสามารถ มีเจตนารมณ์หรือความประสงค์โดยอิสระในสิทธิของตน (la libre disposition de leurs droits) ตัวอย่างเช่น คู่ความไม่สามารถตกลงให้ดำเนินการดังกล่าวกับคดีที่เกี่ยวกับสถานภาพของบุคคล หรือผู้ที่รับผิดชอบเกี่ยวกับบริการสาธารณะไม่มีสิทธิใช้อำนาจศาลให้วินิจฉัยชี้ขาดคดีตามความ เป็นธรรมได้¹³³

จากตัวอย่างดังกล่าว อาจจะวางหลักได้กว้างๆว่า คู่ความไม่สามารถตกลงให้ ดำเนินการดังกล่าวกับคดีที่ต้องนำกฎหมายที่มีลักษณะเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของสังคมมา ใช้บังคับ นอกจากนี้ มาตรา 12 วรรคสี่ ยังได้กำหนดเงื่อนไขเอาไว้อีกว่า ข้อตกลงในเรื่องดังกล่าว จะต้องเป็นข้อตกลงที่เห็นได้ชัดเจนอีกด้วย

เมื่อนำมาเปรียบเทียบกับประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของไทยก็ไม่มี บทบัญญัติในทำนองนี้ ซึ่งในประเทศไทยก็ไม่น่าที่จะมอบให้ศาลเป็นผู้วินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทตาม ความเป็นธรรมได้ แต่อย่างไรก็ตาม ศาลฎีกาของไทยก็เคยตัดสินตามความยุติธรรมไว้บ้างซึ่งจะได้ กล่าวในบทวิเคราะห์แต่ก็ยังเป็นเพียงส่วนน้อย ดังนั้น การที่ศาลสามารถวินิจฉัยชี้ขาดคดีตาม ความเป็นธรรมได้ทั้งในประเทศอังกฤษและฝรั่งเศส ทำให้ผู้เขียนมีความคิดว่า หากมีบทบัญญัติ รองรับให้ศาลไทยสามารถวินิจฉัยคดีตามความเป็นธรรมได้บ้างก็จะเป็นการช่วยอำนวยความสะดวก ยุติธรรมให้แก่คู่ความได้ โดยศาลไม่ต้องเคร่งครัดกับบทบัญญัติแห่งกฎหมายมากเกินไป แต่ ทั้งนี้จะต้องอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์และเงื่อนไขซึ่งผู้เขียนจะได้วิเคราะห์ในบทต่อไป

¹³¹ Civ.1, 24 mars 1993 : Bull. Civ. I, n° 120.

¹³² Com. 9 janv. 1979 : D.1979. IR. 291.

¹³³ Soc. 23 janv. 1974 : Bull. Civ. V, n° 59.