

บทวิเคราะห์

จากสุภาษิตกฎหมายที่ว่า “ข้อเท็จจริงเป็นเรื่องของคุณค่า ข้อกฎหมายเป็นเรื่องของศาล” (*DA MIHI FACTUM, DABO TIBI JUS*) เป็นหลักการที่ยอมรับกันโดยทั่วไปทั้งประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์และซีวิลลอว์ แม้ว่าในปัจจุบันจะมีความพยายามทำให้ศาลเข้ามามีส่วนในกระบวนการแสวงหาข้อเท็จจริงเพิ่มมากขึ้น แต่บทบาทของศาลที่ยังคงเป็นหลักอยู่ก็คือการนำกฎหมายมาบังคับใช้กับคดี

ในบทนี้จะเป็นการวิเคราะห์เฉพาะประเด็นที่มีปัญหาที่ได้กล่าวมาแล้วในบทที่ 2 และ 3 โดยในประเด็นที่มีปัญหาเพียงเล็กน้อยและผู้เขียนได้แสดงความเห็นไว้แล้วในเรื่องนั้นๆ ผู้เขียนจะไม่นำมากล่าวซ้ำอีก ซึ่งในบทนี้ผู้เขียนจะขอเน้นประเด็นหลักๆ ที่สำคัญ ได้แก่ การรับรู้กฎหมายสารบัญญัติภายในประเทศของศาล การรับรู้กฎหมายสารบัญญัติต่างประเทศของศาล การตกลงกันของคุณค่ากำหนดกฎหมายให้ศาลนำมาบังคับใช้กับคดี และการมอบหมายให้ศาลเป็นผู้วินิจฉัยข้อพิพาทตามความเป็นธรรม มาวิเคราะห์เพื่อเป็นวิทยามติและเสนอแนะความเห็นอันเป็นประโยชน์ต่อไป ดังจะได้กล่าวโดยลำดับดังนี้

1. หน้าที่ของศาลในการรับรู้กฎหมายสารบัญญัติ

ในการนำกฎหมายสารบัญญัติมาบังคับใช้กับคดียุั้น จำเป็นอย่างยิ่งที่ศาลจะต้องรับรู้ถึงกฎหมายสารบัญญัติในเรื่องนั้นเสียก่อน เพราะโดยหลักแล้วเป็นหน้าที่ของศาล การรับรู้กฎหมายของศาลเป็นส่วนหนึ่งของเรื่องที่ศาลรู้เอง (Judicial Notice) โดยเรื่องที่ศาลรู้เองนี้ถือกำเนิดมาจากประเทศอังกฤษ¹ แต่เดิมใช้เฉพาะกับข้อเท็จจริงบางประเภทเท่านั้นซึ่งถือว่าศาลต้องรับรู้เอง เช่น ดวงอาทิตย์ขึ้นทางทิศตะวันออก และตกทางทิศตะวันตก ทั้งนี้เพื่อลดระยะเวลาการนำสืบของคุณค่าอันจะทำให้การพิจารณาคดีรวดเร็วขึ้น ต่อมาจึงได้ขยายมาใช้กับเรื่องกฎหมายที่ศาลจะต้องใช้โดยคุณค่ามิต้องนำสืบ

¹ รายละเอียดโปรดดู บทที่ 3

ในการวิเคราะห์เรื่องการรับรู้กฎหมายสารบัญญัติของศาล ผู้เขียนจะขอแยกวิเคราะห์ออกเป็นกรับรู้กฎหมายสารบัญญัติภายในประเทศ กับกรับรู้กฎหมายสารบัญญัติต่างประเทศของศาล ดังจะได้กล่าวตามลำดับไป

1.1 การรับรู้กฎหมายสารบัญญัติภายในประเทศ

การนำข้อกฎหมายสารบัญญัติมาบังคับใช้กับคดีนั้น ปัญหาที่ว่าจำเป็นหรือไม่ที่ศาลจะต้องรู้กฎหมายทุกอย่าง หลักการในเบื้องต้นคงเห็นพ้องต้องกันว่าศาลของประเทศใดคงทำได้แต่เพียงรับทราบถึงการมีอยู่ของกฎหมายของประเทศที่ศาลนั้นตั้งอยู่ ไม่อาจทราบถึงกฎหมายสารบัญญัติต่างประเทศได้ ในประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ทั้งประเทศอังกฤษและสหรัฐอเมริกา ก็เห็นตรงกันว่ากรรับรู้กฎหมายของศาลต้องเป็นกฎหมายภายในประเทศของตน แต่อาจจะแตกต่างกันบ้างในการบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร โดยในประเทศอังกฤษไม่มีบทบัญญัติเรื่องศาลรู้เองในข้อกฎหมายแต่ถือเป็นหลักทั่วไปที่ศาลต้องรู้กฎหมายภายในประเทศ ส่วนในประเทศสหรัฐอเมริกาก็ไม่มีบทบัญญัติเรื่องศาลรู้เองในข้อกฎหมายในข้อบังคับว่าด้วยพยานหลักฐาน (Federal Rule of Evidence)² แต่ในระดับมลรัฐมีการบัญญัติหลักในเรื่องนี้ไว้ เช่น รัฐ Alaska, Montana เป็นต้น โดยบัญญัติให้ศาลต้องรับรู้ถึงกฎหมายทั้งในระดับประเทศ เช่น รัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกา ข้อบังคับว่าด้วยวิธีพิจารณาความแพ่ง (Federal Rule of Civil Procedure) และกฎหมายในระดับมลรัฐของตน

สำหรับประเทศไทยเองก็ยึดหลักการในทำนองเดียวกันโดยถือว่าข้อกฎหมายเป็นสิ่งที่คู่ความไม่ต้องพิสูจน์ ดังจะเห็นได้จากประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 84 ประกอบมาตรา 85 ซึ่งเขียนไว้เฉพาะข้อเท็จจริงเท่านั้นที่คู่ความจะต้องนำสืบไม่มีข้อกฎหมาย ซึ่งอาจกล่าวได้อีกนัยหนึ่งว่าข้อกฎหมายเป็นสิ่งที่ศาลรู้เอง

อย่างไรก็ตามในประเทศไทยนักกฎหมายบางท่านเห็นว่า เรื่องที่ศาลรู้เอง (Judicial Notice) ใช้จำกัดเฉพาะในเรื่องข้อเท็จจริงเท่านั้น ส่วนข้อกฎหมายเป็นสิ่งที่ศาลรู้เองก็จริงแต่

² ข้อบังคับว่าด้วยพยานหลักฐานของประเทศสหรัฐอเมริกามีเพียงเรื่องศาลรู้เองในข้อเท็จจริงเท่านั้น โดยบัญญัติไว้ใน Rule 201

ปัญหาว่ามีตัวบทกฎหมายเขียนไว้อย่างไรเป็นข้อเท็จจริง³ซึ่งมุมมองดังกล่าวเป็นมุมมองในกฎหมายลักษณะพยาน แตกต่างจากประเทศอังกฤษและสหรัฐอเมริกาที่เห็นว่าตัวบทกฎหมายเป็นเรื่องที่ศาลรู้เองด้วย สำหรับผู้เขียนเห็นว่า ไม่ว่าจะเรียกว่าอะไรแต่เป็นหน้าที่ของศาลที่จะต้องค้นหากฎหมายสารบัญญัติเพื่อนำมาใช้บังคับกับคดีซึ่งหน้าที่นี้เป็นหน้าที่ของศาลเหมือนกันทุกประเทศ

ข้อที่ต้องพิจารณาต่อไปคือ กฎหมายใดบ้างที่ถือว่าศาลรู้เอง แนวคำพิพากษากฎีกาส่วนใหญ่เห็นว่าเฉพาะกฎหมายลำดับสูงเท่านั้นที่ถือว่าเป็นกฎหมายที่ศาลรู้เอง เช่น รัฐธรรมนูญ พระราชบัญญัติ พระราชกำหนด ประมวลกฎหมาย เป็นต้น ส่วนกฎหมายลำดับรอง เช่น ประกาศ ไม่ถือว่าเป็นกฎหมายที่ศาลจะต้องรู้เห็นเอง ฉะนั้น คู่ความจึงต้องนำสืบถึงกฎหมายลำดับรองดังกล่าวเสียก่อน ศาลจึงจะนำมาใช้บังคับกับคดีได้⁴

แต่อย่างไรก็ตาม ได้มีคำพิพากษาศาลฎีกาฉบับหนึ่ง คือ คำพิพากษากฎีกาที่ 4072/2545 ได้วินิจฉัยว่า ประกาศธนาคารแห่งประเทศไทยเรื่องการคิดดอกเบี้ยเป็นข้อกฎหมายที่ศาลรับรู้ได้เองโดยคู่ความไม่ต้องนำสืบ ซึ่งเป็นการกลับแนววินิจฉัยเดิมที่ว่าประกาศไม่ถือว่าเป็นกฎหมายที่ศาลจะรับรู้ได้เอง จึงทำให้น่าคิดว่าที่ฎีกกฎหมายลำดับรอง เช่น ประกาศ เป็นเรื่องที่ศาลรับรู้ได้เองหรือไม่

ผู้เขียนเห็นว่า เมื่อประกาศเป็นกฎหมาย จึงน่าจะเป็นเรื่องที่ศาลต้องรับรู้ว่าประกาศนั้นๆมีข้อความหรือเนื้อหาว่าอย่างไร แน่หนว่าในทางปฏิบัติศาลไม่รู้จักกฎหมายทุกฉบับแต่ก็ไม่ใช่ว่าเรื่องยากที่ศาลจะค้นหาว่ากฎหมายฉบับต่างๆที่จะใช้บังคับกับคดีมีข้อความว่าอย่างไร ดังนั้น ศาลจึงควรปรับเปลี่ยนแนวทางในการวินิจฉัยเรื่องกฎหมายที่ศาลรู้เองเป็นว่า เมื่อคู่ความได้กล่าวอ้างกฎหมายลำดับรอง เช่น ประกาศธนาคารแห่งประเทศไทย เข้ามาในคดี ก็เป็นหน้าที่ของศาลที่จะต้องรู้ประกาศดังกล่าวโดยไม่ต้องให้คู่ความนำสืบอีกอันจะเป็นการช่วยลดระยะเวลาในการสืบพยานได้อีกทางหนึ่งด้วย

ในส่วนปัญหาที่เกี่ยวกับจารีตประเพณีและขนบธรรมเนียมเป็นที่ทราบกันแล้วว่าจารีตประเพณีมีฐานะเป็นกฎหมายซึ่งเป็นบ่อเกิดของกฎหมายที่มีได้บัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษร จึงไม่อยู่ในฐานะที่คู่ความจะต้องนำสืบพิสูจน์เป็นพยานหลักฐาน ส่วนขนบธรรมเนียมมีฐานะเป็น

³ รายละเอียดโปรดดูเชิงอรรถที่ 13 ของบทที่ 3

⁴ ดูตัวอย่างคำพิพากษากฎีกา หน้า 58-59

ข้อเท็จจริงเช่นเดียวกันกับการตกลงกันเฉพาะแต่ละกลุ่มคน แต่การจะแบ่งแยกว่าสิ่งใดเป็นจารีตประเพณี สิ่งใดเป็นขนบธรรมเนียมในหลายกรณีเป็นเรื่องที่ไม่ชัดเจนอยู่ในตัวเอง ทำให้มีความเห็นกันว่าคู่ความอาจจำเป็นต้องแสดงถึงความมีอยู่ที่ชัดเจนของหลักเกณฑ์เหล่านั้นซึ่งโดยทั่วไปในสังคมเมืองอาจมีความคิดเห็นที่แตกต่างกันไปจากสังคมในชนบท อย่างไรก็ตามเป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วไปว่าจารีตประเพณีหรือขนบธรรมเนียมที่ศาลจะรับรู้ได้เองนั้นจะต้องเป็นที่รู้จักกันอยู่โดยทั่วไป หากขนบธรรมเนียมหรือจารีตประเพณีที่นำมาใช้เป็นกฎหมายปรับแก้คดีนั้นไม่ชัดเจน ไม่ใช่เป็นสิ่งที่รับรู้กันอยู่ทั่วไป ต้องให้คู่ความแสดงให้เห็นถึงการมีอยู่ของจารีตประเพณีหรือขนบธรรมเนียมประเพณีเหล่านั้นโดยถือว่าเกี่ยวข้องกับข้อเท็จจริงที่ศาลรับรู้เองมิได้แม้ในกรณีนี้ศาลจะต้องนำมาบังคับใช้เช่นกฎหมายก็ตาม กรณีเช่นนี้แตกต่างจากการค้นหาหลักกฎหมายทั่วไปซึ่งตามปกติเป็นเรื่องที่ศาลรู้เห็นได้เองมีต้องให้คู่ความนำสืบถึงการมีอยู่

1.2 การรับรู้กฎหมายสารบัญญัติต่างประเทศของศาล

ดังได้กล่าวมาแล้วว่าโดยปกติศาลของประเทศใดก็จะต้องนำกฎหมายสารบัญญัติภายในประเทศมาบังคับใช้ แต่หากกรณีคดีแพ่งใดที่มีองค์ประกอบต่างประเทศเข้ามาเกี่ยวพันในทางใดทางหนึ่ง เช่น คู่พิพาทมีสัญชาติแตกต่างกันและเรื่องที่พิพาทเกี่ยวข้องกับต่างประเทศ ศาลก็จะใช้กฎหมายสารบัญญัติต่างประเทศโดยผ่านกลไกของกฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายเพื่อที่ศาลจะได้ทราบว่ากรณีดังกล่าวจะใช้กฎหมายสารบัญญัติต่างประเทศของประเทศใดบังคับ ทั้งนี้ก็เพราะในตัวของกฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายไม่ได้กำหนดสิทธิหน้าที่ของคู่พิพาทอันจะสามารถนำมาใช้ในการตัดสินชี้ขาดคดีได้โดยตรง

กรณีที่มีความจำเป็นต้องนำกฎหมายสารบัญญัติต่างประเทศมาบังคับใช้กับคดีนั้น โดยหลักศาลไม่อาจทราบถึงการมีอยู่ของกฎหมายสารบัญญัติต่างประเทศได้ คู่ความที่อ้างความจำเป็นจะต้องใช้กฎหมายสารบัญญัติต่างประเทศบังคับใช้กับคดีจะต้องนำสืบการมีอยู่ของกฎหมายต่างประเทศรวมทั้งจะต้องแปลข้อความภาษาต่างประเทศและนำสืบพยานบุคคลผู้มีความรู้ในกฎหมายต่างประเทศนั้น เว้นแต่จะมีกฎหมายของประเทศใดบัญญัติไว้โดยเฉพาะให้มีการรับทราบกฎหมายสารบัญญัติของต่างประเทศโดยกฎหมายของประเทศนั้นเอง เช่น การมีข้อตกลงระหว่างประเทศเพื่อให้ยอมรับการใช้กฎหมายระหว่างประเทศคู่สัญญา หรือมีการแก้ไขกฎหมายสารบัญญัติภายในเรื่องวิธีพิจารณาความให้ศาลรู้กฎหมายต่างประเทศเป็นการเฉพาะ

จากการศึกษาพบว่าในประเทศฝรั่งเศสและสหรัฐอเมริกาเปิดโอกาสให้ศาลมีดุลพินิจที่จะค้นคว้ากฎหมายต่างประเทศเองได้ โดยเฉพาะในประเทศสหรัฐอเมริกามีการกำหนดหลักเกณฑ์การนำกฎหมายต่างประเทศมาบังคับใช้ในข้อบังคับว่าด้วยวิธีพิจารณาความแพ่ง (Federal Rule of Civil Procedure) ข้อ 44.⁵ ซึ่งกำหนดให้การใช้กฎหมายต่างประเทศเป็นปัญหาข้อกฎหมายในส่วนกฎหมายของไทยไม่มีบทบัญญัติใดกำหนดหลักเกณฑ์ไว้อย่างชัดแจ้งถึงการนำกฎหมายต่างประเทศมาบังคับใช้อย่างของประเทศสหรัฐอเมริกา จะมีก็แต่เพียงพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ.2481 มาตรา 8 ที่กำหนดให้คู่ความที่จะใช้กฎหมายต่างประเทศบังคับต้องพิสูจน์ถึงข้อความกฎหมายต่างประเทศนั้นให้เป็นที่พอใจแก่ศาลเสียก่อน

อย่างไรก็ตาม มีข้อน่าสังเกตว่า ในส่วนการใช้กฎหมายต่างประเทศนั้นได้รับอิทธิพลจากกฎหมายของประเทศอังกฤษ กล่าวคือ ตามกฎหมายของไทย กฎหมายต่างประเทศเป็นเรื่องที่ศาลไม่รู้ได้ด้วยตนเอง แต่ต้องอาศัยการพิสูจน์ ในกรณีที่คู่ความไม่สามารถพิสูจน์ให้ศาลพอใจได้แล้ว ศาลไทยก็จะปฏิเสธที่จะใช้กฎหมายต่างประเทศ และจะใช้กฎหมายไทยแทน

สำหรับการพิสูจน์กฎหมายต่างประเทศในศาลไทยนั้น เป็นที่ยอมรับในหมู่นักกฎหมายไทยว่าฝ่ายใดกล่าวอ้างกฎหมายต่างประเทศ ฝ่ายนั้นต้องพิสูจน์ถึงข้อความแห่งบทบัญญัตินั้นถึงกระนั้นก็ตามมีนักกฎหมายตั้งข้อสังเกตไว้ว่าหากคู่ความนำสืบพิสูจน์ได้ไม่เพียงพอศาล (ผู้พิพากษา) ผู้พิจารณาคดีที่มีความรู้กฎหมายต่างประเทศที่จะบังคับใช้กับคดีจะนำความรู้นั้นมาใช้ตัดสินคดีได้หรือไม่ นักกฎหมายไทยยังมีความเห็นไม่ลงรอยกันอยู่⁶ ฝ่ายหนึ่งเห็นว่า จะนำเอาความรู้ส่วนตัวมาตัดสินคดีหาได้ไม่ แต่อีกฝ่ายหนึ่งเห็นว่า น่าจะนำมาตัดสินได้เพราะจากหลักที่ว่าศาลไทยไม่จำเป็นต้องรู้กฎหมายต่างประเทศเป็นหลักที่ใช้ในกรณีศาลไทยไม่รู้กฎหมายต่างประเทศ แต่ถ้าศาลรู้ก็ชอบที่จะใช้ความรู้นั้นได้ ในปัญหานี้โดยส่วนตัวของผู้เขียนเห็นว่า แม้คู่ความจะมีหน้าที่นำสืบกฎหมายต่างประเทศที่จะบังคับใช้กับคดี แต่ถ้าหากศาลรู้กฎหมายต่างประเทศนั้นไม่ว่าจะรู้โดยได้ไปสำเรียนมาหรือด้วยวิธีการอื่นก็ตามศาลไทยน่าจะนำความรู้กฎหมายต่างประเทศนั้นมาใช้ตัดสินคดีเพื่อจะยังให้เกิดความยุติธรรมขึ้นได้

ดังนั้น เพื่อที่จะก่อให้เกิดความยุติธรรมแก่คดีที่จะต้องใช้กฎหมายต่างประเทศ ผู้เขียนจึงขอเสนอให้มีการแก้ไขประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง โดยให้ศาลสามารถใช้ความรู้

⁵ รายละเอียดโปรดดู บทที่ 3

⁶ รายละเอียดโปรดดู น.72.

กฎหมายต่างประเทศที่มีอยู่ได้เอง และให้ศาลสามารถค้นคว้ากฎหมายต่างประเทศได้ด้วยตัวเอง แต่ก็ให้คงหลักการเดิมที่ให้คู่ความเป็นผู้ริเริ่มกล่าวอ้างการใช้กฎหมายต่างประเทศและนำสืบในคดีมิใช่ศาล เพราะในการดำเนินคดีแพ่งต้องอาศัยหลักความประสงค์ของคู่ความเป็นหลัก หากคู่ความมิได้ประสงค์จะใช้กฎหมายต่างประเทศแต่ศาลไปนำกฎหมายต่างประเทศมาใช้เองก็จะทำให้เสียประโยชน์แก่คู่ความได้ ประกอบกับการใช้กฎหมายต่างประเทศซึ่งมิใช่กฎหมายภายใน (กฎหมายไทย) จึงเท่ากับเป็นการปฏิเสธอำนาจอธิปไตยของตนเอง ดังนั้น คู่ความในคดีจึงต้องกล่าวอ้างการปรากฏตัวของนิติสัมพันธ์ที่ต้องใช้กฎหมายต่างประเทศขึ้นว่าในคดี ซึ่งข้อเสนอแนะดังกล่าวผู้เขียนจะได้กล่าวไว้ในบทสรุปและข้อเสนอแนะต่อไป

2. ข้อพิจารณาการบังคับใช้กฎหมายของศาล

ในเรื่องการบังคับใช้กฎหมายของศาล ผู้เขียนจะเน้นการวิเคราะห์ในส่วนของการตกลงกันของคู่ความจำกัดขอบเขตการนำกฎหมายมาบังคับใช้ของศาล และการมอบหมายให้ศาลเป็นผู้วินิจฉัยชี้ขาดคดีตามความเป็นธรรม ซึ่งเป็นหลักการที่มีได้กำหนดไว้ในบทบัญญัติของไทย แต่ก่อนที่จะกล่าวถึงเรื่องทั้งสองดังกล่าวจะขอวิเคราะห์ถึงการบังคับใช้กฎหมายของศาลโดยทั่วไป รวมทั้งข้อจำกัดการนำกฎหมายมาบังคับใช้ เพื่อเป็นแนวทางในการวิเคราะห์ต่อไป

โดยทั่วไปเมื่อพิจารณาถึงหลักการเรื่องการบังคับใช้กฎหมายของศาลเปรียบเทียบกันทั้งประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (ประเทศอังกฤษกับประเทศสหรัฐอเมริกา) กับประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายซีวิลลอว์ (ประเทศฝรั่งเศส) และประเทศไทยแล้ว จะเห็นได้ว่าในส่วนที่ศาลไม่ถูกจำกัดว่าจะต้องเลือกใช้กฎหมายตามที่คู่ความได้กล่าวอ้างหรือชื่อเรื่อง que คู่ความได้กำหนดเป็นไปในทำนองเดียวกัน กล่าวคือ แม้ประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์อย่างประเทศอังกฤษและสหรัฐอเมริกาจะไม่มีบทกฎหมายบัญญัติไว้ชัดเจนเกี่ยวกับการบังคับใช้กฎหมายของศาลก็ตาม แต่เป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วไปว่าคู่ความมีภาระหน้าที่ในการนำเสนอข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายต่อศาล⁷ เพื่อให้ศาลตัดสินชี้ขาด ส่วนศาลจะนำกฎหมายที่คู่ความเสนอมาใช้ตัดสินคดีหรือไม่ย่อมอยู่ที่ดุลพินิจ หากบทกฎหมายที่คู่ความเสนอมาไม่อาจบังคับใช้กับคดี

⁷ J.A. Jolowicz, "On Civil Procedure", (Cambridge: Cambridge University Press, 2000) p.189.

ได้ศาลก็มีอำนาจนำกฎหมายอื่นมาบังคับใช้กับคดีได้ ขณะที่ประเทศฝรั่งเศสซึ่งใช้ระบบกฎหมายซีวิลลอว์มีบทบัญญัติเกี่ยวกับการบังคับใช้กฎหมายไว้โดยเฉพาะซึ่งได้บัญญัติไว้ใน มาตรา 12 วรรคหนึ่งและสอง แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ได้บัญญัติหลักการทำนองเดียวกันไว้ว่า ศาลมีอำนาจวินิจฉัยชี้ขาดตัดสินคดีตามกฎหมายที่บังคับใช้กับคดีนั้นและศาลมีอำนาจที่จะกำหนดลักษณะของกฎหมายที่จะใช้บังคับกับข้อพิพาทในคดี (la qualification) หรือในกรณีที่คู่ความกำหนดชื่อเรื่องของคดีมาศาลก็ยังมีอำนาจที่จะแก้ไขให้ถูกต้องได้ซึ่งการกำหนดชื่อเรื่องของคู่ความไม่มีผลผูกมัดศาลแต่ประการใด เมื่อเปรียบเทียบกับศาลไทยก็มีหลักการทำนองเดียวกันกับประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 12 วรรคหนึ่งและสอง ของประเทศฝรั่งเศส ที่จะหยิบยกข้อกฎหมายมาบังคับใช้กับข้อเท็จจริงของคดี หรือกำหนดชื่อเรื่องของคดีได้โดยไม่ถูกผูกมัดตามข้อกฎหมายที่คู่ความได้กล่าวอ้าง ซึ่งแม้ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของไทยเราไม่ได้บัญญัติไว้ในมาตราใดโดยชัดแจ้งอย่างของประเทศฝรั่งเศส แต่หลักดังกล่าวก็เป็นแนวที่ศาลฎีกาวินิจฉัยตามกันมาโดยตลอด⁸

อย่างไรก็ตาม มีข้อจำกัดอำนาจศาลในการยกข้อกฎหมายคือ จะทำได้เฉพาะกับข้อเท็จจริงที่ปรากฏในคดีเท่านั้น การวินิจฉัยข้อกฎหมายของศาลไม่ว่าประเทศนั้นจะใช้ระบบกฎหมายอะไรก็ต้องอาศัยข้อเท็จจริงที่คู่ความได้กล่าวอ้างไว้ในคดีทั้งสิ้น แต่ก็อาจจะแตกต่างกันบ้างในรายละเอียดโดยในประเทศฝรั่งเศสศาลจะทำการบังคับใช้กฎหมายจากข้อเท็จจริงที่ปรากฏในสำนวนคดีแม้ว่าข้อเท็จจริงนั้นคู่ความจะไม่ได้มีการกล่าวอ้างขึ้นมาโดยเฉพาะเพื่อสนับสนุนข้ออ้างหรือข้อเถียงของตนในคำคู่ความก็ตาม⁹ ทั้งนี้เป็นผลจากประเทศฝรั่งเศสเป็นประเทศที่ใช้รูปแบบกระบวนการพิจารณาข้อไปทางแบบไต่สวนนั่นเองจึงทำให้ศาลสามารถนำข้อเท็จจริงที่ปรากฏอยู่ในสำนวนคดีส่วนใดมาก็ได้ ซึ่งแตกต่างจากประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ที่ศาลจะนำกฎหมายมาบังคับใช้จะต้องมาจากข้อเท็จจริงที่ปรากฏในคำคู่ความด้วย จะใช้เฉพาะข้อเท็จจริงที่ปรากฏในทางพิจารณาอย่างเดียวโดยไม่ปรากฏในคำคู่ความด้วยไม่ได้ ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของไทยก็ได้วางหลักไว้เช่นกันว่า ข้อเท็จจริงที่ศาลจะรับฟังมาวินิจฉัยจะต้องเป็นข้อเท็จจริงในกระบวนการพิจารณา หากเป็นข้อเท็จจริงที่ปรากฏจากพยานนอกประเด็นไม่เกี่ยวกับที่คู่ความจะต้องนำสืบหรือข้อเท็จจริงที่มีได้ปรากฏในสำนวนศาลจะรับฟังมา

⁸ โปรดดูคำพิพากษาฎีกา น. 86-88.

⁹ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งฝรั่งเศส มาตรา 7

วินิจฉัยไม่ได้เพราะเป็นข้อเท็จจริงนอกกระบวนการพิจารณาต้องห้ามตามมาตรา 87 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง¹⁰

ส่วนข้อจำกัดของอำนาจศาลในการยกข้อกฎหมายขึ้นบังคับใช้กับคดีอีกประการหนึ่งนั้น เป็นที่ยอมรับกันทั้งในประเทศอังกฤษ สหรัฐอเมริกา อันเป็นประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ กับประเทศฝรั่งเศส และไทยที่ใช้ระบบกฎหมายซีวิลลอว์ว่า อำนาจศาลในการบังคับใช้กฎหมายจะต้องไม่เปลี่ยนแปลงวัตถุแห่งคดี (subject matter of the litigation) อันเป็นกรอบในการดำเนินกระบวนการพิจารณาของศาลและคู่ความในคดีแพ่ง การกำหนดกรอบของคดีแพ่งย่อมเท่ากับเป็นการปิดกั้นไม่ให้ศาลและคู่ความดำเนินกระบวนการพิจารณาในเรื่องอื่นที่มีได้เสนอเข้ามาในคดี วัตถุแห่งคดีเกิดขึ้นจากข้อหาและข้อต่อสู้รวมตลอดถึงพยานหลักฐานต่างๆของคู่ความ อันเป็นกรอบในการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลซึ่งศาลต้องตัดสินตามข้อหาหรือข้อพิพาทในคำคู่ความทุกข้อและต้องตัดสินเฉพาะข้อหาหรือประเด็นแห่งคดีเท่านั้น หากศาลตัดสินเกินไปกว่าข้อหาที่ปรากฏในคดีแล้วก็จะถือว่าเป็นการละเมิดสิทธิของคู่ความ จึงอาจกล่าวได้อีกนัยหนึ่งว่าการไม่ให้ศาลบังคับใช้กฎหมายนอกขอบเขตวัตถุแห่งคดีเป็นการจำกัดบทบาทหรืออำนาจของศาลนั่นเอง ซึ่งของไทยก็ได้บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 142

จากข้อจำกัดบทบาทของศาลในการยกข้อกฎหมาย ว่าศาลจะต้องไม่เปลี่ยนแปลงวัตถุแห่งคดี (subject matter of the litigation) กล่าวคือ ศาลจะต้องตัดสินตามประเด็นแห่งคดีทุกข้อและไม่ตัดสินเกินไปกว่าหรือนอกเหนือจากที่ปรากฏในประเด็นแห่งคดี แต่ก็มีข้อยกเว้นอยู่ว่าหากเป็นข้อกฎหมายอันเกี่ยวข้องด้วยความสงบเรียบร้อยของประชาชนแล้วศาลก็สามารถใช้ดุลพินิจยกขึ้นวินิจฉัยได้แม้คู่ความจะมีได้ยกขึ้นมากก็ตาม ซึ่งเป็นข้อแตกต่างจากการยกข้อกฎหมายในกรณีปกติทั่วไป

ข้อกฎหมายอันเกี่ยวข้องด้วยความสงบเรียบร้อยของประชาชนนั้น ในเบื้องต้นคงเห็นพ้องต้องกันว่าความสงบเรียบร้อยของประชาชนถือเป็นเจตนารมณ์หรือความปรารถนาหรือนโยบายของรัฐที่จะให้เกิดขึ้นในบ้านเมืองตลอดเวลา ถ้าหากมีปัญหาเรื่องใดที่มีผลกระทบต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชนแล้ว รัฐก็ต้องเข้าปกป้องคุ้มครองดูแล ดังนั้น เพื่อแสดงให้เห็นว่าความสงบเรียบร้อยของประชาชนเป็นเรื่องที่สำคัญ รัฐต่างๆจึงได้มีการตราหรือบัญญัติในกฎหมายหลายฉบับว่าด้วยความสงบเรียบร้อยของประชาชน สำหรับประเทศไทยเองก็ได้มีบัญญัติไว้ใน

¹⁰ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1211/2492 (ประชุมใหญ่) และ 2537/2527

กฎหมายต่างๆ เช่น ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 150 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 142(5) , 225 วรรคสอง, 249 วรรคสอง แต่มีข้อสังเกตว่ากฎหมายอาจจะไม่ใช่ถ้อยคำที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชนโดยตรงก็ได้ เช่น ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 421

เมื่อพิจารณาในแง่บทบาทของศาล ปัญหาอันเกี่ยวข้องด้วยความสงบเรียบร้อยของประชาชนนับว่าเป็นเรื่องสำคัญมากและในทางกฎหมายให้สิทธิแก่ศาลเพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรมหรือความเป็นธรรมสามารถหยิบยกขึ้นมาวินิจฉัยได้แม้คู่ความมิได้ขอให้บังคับหรือต่อสู้ไว้ก็ตาม ทั้งนี้ไม่ว่าจะในศาลชั้นต้น ศาลอุทธรณ์ หรือศาลฎีกาก็ตาม โดยอาศัยประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 142(5) ประกอบมาตรา 246 หรือ 247 แล้วแต่กรณี จึงนับว่ากฎหมายให้อำนาจแก่ศาลไว้เป็นพิเศษทั้งนี้เพื่อให้ได้มาซึ่งความเป็นระเบียบเรียบร้อยของสังคมและเป็นธรรมแก่คู่ความทุกฝ่าย แต่มีข้อสังเกตว่า หากคู่ความยกปัญหาข้อกฎหมายขึ้นให้วินิจฉัยในศาลสูง แนววินิจฉัยของคำพิพากษาศาลฎีกายังไม่ชัดเจนว่าศาลต้องวินิจฉัยให้หรือไม่ ผู้เขียนเห็นว่า เป็นเรื่องที่ยกกฎหมายให้อำนาจคู่ความยกปัญหาอันเกี่ยวข้องด้วยความสงบเรียบร้อยของประชาชนขึ้นในศาลสูงตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 225 วรรคสอง หรือ 249 วรรคสอง ดังนั้นเมื่อคู่ความยกขึ้นศาลจึงต้องตัดสินตามข้อหาในฟ้องอุทธรณ์หรือฎีกาทุกข้อ จะใช้ดุลพินิจไม่ได้ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 142 วรรคหนึ่ง แต่ถ้าหากศาลจะไม่วินิจฉัยให้ก็ควรยกเหตุผลที่ว่าไม่เป็นสาระแก่คดีอันควรได้รับการวินิจฉัยดังตัวอย่างคำพิพากษาศาลฎีกาที่ได้กล่าวไว้แล้ว

เมื่อทราบถึงการบังคับใช้กฎหมายของศาลโดยทั่วไปรวมทั้งข้อจำกัดการนำกฎหมายมาบังคับใช้ดังกล่าวแล้ว ต่อไปผู้เขียนจะได้วิเคราะห์การจำกัดบทบาทของศาลในการนำกฎหมายมาบังคับใช้ซึ่งผู้เขียนได้แนวความคิดมาจากประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของฝรั่งเศส ดังนี้

2.1 การตกลงกันของคู่ความกำหนดกฎหมายให้ศาลนำมาบังคับใช้ในคดี

ในเรื่องการตกลงกันของคู่ความกำหนดกฎหมายให้ศาลนำมาบังคับใช้กับคดีนั้น เป็นกรณีตามมาตรา 12 วรรคสาม¹¹ แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของฝรั่งเศส ที่คู่

¹¹ เนื้อหาของบทบัญญัติโปรดดู น.83.

ความสามารถตกลงกันให้ศาลวินิจฉัยชี้ขาดคดีตามข้อกฎหมายที่คู่ความได้ตกลงกันได้โดยห้ามไม่ให้ศาลวินิจฉัยชี้ขาดคดีโดยนำกฎหมายอื่นมาบังคับใช้ โดยประเทศอังกฤษและสหรัฐอเมริกาไม่มีบทบัญญัติในทำนองจำกัดอำนาจศาลในการบังคับใช้กฎหมายอย่างนี้ มีเพียงบทบัญญัติที่กำหนดกรอบหรือขอบเขตให้คู่ความต้องกล่าวอ้างข้อกฎหมายพื้นฐานที่จะบังคับใช้กับคดี แต่ไม่มีบทบัญญัติจำกัดอำนาจศาลในกรณีนี้ไว้

สำหรับประเทศไทยก็ไม่มีบทบัญญัติในลักษณะนี้และก็ไม่น่าจะเทียบเคียงกับเรื่องการวินิจฉัยชี้ขาดเบื้องต้นในปัญหาข้อกฎหมายตามมาตรา 24¹² แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของไทย ซึ่งเป็นกรณีที่คู่ความขอให้ศาลชี้ขาดในปัญหาข้อกฎหมายแต่เพียงอย่างเดียวเท่านั้นโดยไม่ต้องมีการตกลงกันของคู่ความทั้งสองฝ่ายก็ได้ ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งก็สามารถที่จะยื่นคำร้องต่อศาลได้โดยลำพัง และศาลจะวินิจฉัยปัญหาข้อกฎหมายเบื้องต้นให้หรือไม่ขึ้นอยู่กับดุลพินิจ

อย่างไรก็ตาม ศาลไทยก็ยอมรับว่าคู่ความอาจทำกันให้ศาลวินิจฉัยข้อกฎหมายเพียงประการเดียวได้ เช่น คู่ความตกลงทำกันให้ศาลวินิจฉัยข้อกฎหมายว่าโจทก์มีอำนาจฟ้องหรือไม่¹³ คู่ความทำกันให้ศาลวินิจฉัยข้อกฎหมายข้อเดียวว่าจำเลยมีสิทธิจะไม่ขายที่ดินตามสัญญาซื้อขายเพราะไม่ได้รับความยินยอมจากจำเลยร่วมหรือไม่ ซึ่งการทำกันดังกล่าวก็มาจากการตกลงกันอันเป็นเรื่องความประสงค์ของคู่ความนั่นเอง แต่การทำกันดังกล่าวก็มีข้อจำกัดคือศาลสามารถวินิจฉัยข้อกฎหมายได้เพียงข้อเดียวตามคำทำเท่านั้น ซึ่งต่างจากเรื่องการกำหนดกฎหมายให้ศาล

¹² มาตรา 24 บัญญัติว่า

“เมื่อคู่ความฝ่ายใดยกปัญหาข้อกฎหมายขึ้นอ้าง ซึ่งถ้าหากได้วินิจฉัยให้เป็นคุณแก่ฝ่ายนั้นแล้ว จะไม่ต้องการพิจารณาคดีต่อไปอีก หรือไม่ต้องพิจารณาประเด็นสำคัญแห่งคดีบางข้อ หรือถึงแม้จะดำเนินการพิจารณาประเด็นข้อสำคัญแห่งคดีไป ก็ไม่ทำให้ได้ความชัดเจนอีกแล้ว เมื่อศาลเห็นสมควรหรือเมื่อคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีคำขอ ให้ศาลมีอำนาจที่จะมีคำสั่งให้มีผลว่าก่อนดำเนินการพิจารณาต่อไป ศาลจะได้พิจารณาปัญหาข้อกฎหมายเช่นว่านี้แล้ววินิจฉัยชี้ขาดเบื้องต้นในปัญหานี้

ถ้าศาลเห็นว่าคำวินิจฉัยชี้ขาดเช่นว่านี้จะทำให้คดีเสร็จไปได้ทั้งเรื่องหรือเฉพาะแต่ประเด็นแห่งคดีบางข้อ ศาลจะวินิจฉัยชี้ขาดปัญหาที่กล่าวแล้วและพิพากษาคดีเรื่องนั้นหรือเฉพาะแต่ประเด็นที่เกี่ยวข้องไปโดยคำพิพากษาหรือคำสั่งฉบับเดียวกันก็ได้”

¹³ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 301/2520

ใช้บังคับกับคดีที่ศาลสามารถวินิจฉัยประเด็นอื่นๆ ได้ภายใต้เรื่องของกฎหมายที่คู่ความตกลงกำหนดไว้

สำหรับตัวอย่างคดีที่ผู้เขียนเห็นว่าหากเปิดโอกาสให้คู่ความตกลงกำหนดกฎหมายที่จะใช้บังคับกับคดีแล้วจะทำให้บรรลุความประสงค์ของคู่ความในการมาศาล ได้แก่

คำพิพากษาฎีกาที่ 3046/2537 โจทก์และจำเลยโทรพิมพ์ติดต่อซื้อขายข้าวหนึ่งต่อกัน ดังนี้ สัญญาซื้อขายได้เกิดขึ้นแล้วเมื่อการเจรจาตกลงตามโทรพิมพ์ดังกล่าว แต่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 456 วรรคสอง กำหนดว่าสัญญาซื้อขายสังหาริมทรัพย์ซึ่งตกลงกันมีราคาห้าร้อยบาท¹⁴ หรือน้อยกว่านั้นขึ้นไป สัญญาจะซื้อขาย ค้ำมั่นในการขายทรัพย์ที่มีราคาห้าร้อยบาท หรือน้อยกว่านั้นขึ้นไปต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือลงลายมือชื่อฝ่ายผู้ต้องรับผิดชอบหรือได้วางประจำไว้ หรือได้ชำระหนี้บางส่วนแล้วจึงจะฟ้องร้องบังคับคดีได้ ฉะนั้นแม้จำเลยจะไม่สามารถจัดส่งข้าวหนึ่งให้โจทก์ได้ แต่เมื่อไม่ปรากฏหลักฐานการชำระหนี้บางส่วนหรือการวางมัดจำหรือลายมือชื่อของจำเลยที่ต้องรับผิดชอบแล้ว โจทก์จึงไม่สามารถฟ้องร้องให้บังคับคดีได้

คำพิพากษาศาลฎีกาฉบับนี้ตัดสินตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 456 ซึ่งหลักกฎหมายนี้มีเหตุผลที่จะใช้บังคับคือ เพื่อความสะดวกในการวินิจฉัยว่าคู่กรณีได้ตกลงทำสัญญากันจริงหรือไม่ และมีเนื้อความว่าอย่างไร เพราะในระหว่างปัจเจกบุคคลทั่วไปนั้น การทำสัญญาซื้อขายสังหาริมทรัพย์ที่มีราคาตั้งแต่ 500 บาท (ปัจจุบัน 20,000 บาท) ขึ้นไป อาจถือได้ว่าเป็นเรื่องสำคัญที่ควรจะให้คู่สัญญาทำหลักฐานชัดเจนได้ แต่ในระหว่างผู้ประกอบการนั้น การติดต่อซื้อขายสินค้าหรือวัตถุดิบระหว่างกันเกิดขึ้นมากมายในแต่ละกิจการ หากต้องมาพบและลงนามในสัญญาซื้อขายแต่ละฉบับตามกฎหมายเกณฑ์นี้ย่อมขัดต่อประเพณีและแนวทางปฏิบัติในวงการค้า ดังนั้น หากกรณีนี้กฎหมายเปิดโอกาสให้คู่ความตกลงกันกำหนดกฎหมายให้ศาลนำมาบังคับใช้กับคดีได้ คู่ความก็อาจที่จะตกลงกันให้ศาลใช้กฎหมายประเพณีในวงการค้า(ในฐานะเป็นบทคู่เคียงกับกฎหมายลายลักษณ์อักษร)มาบังคับใช้ ซึ่งผลแห่งคดีก็จะเปลี่ยนเป็นว่า โจทก์สามารถฟ้องร้องให้จำเลยรับผิดชอบได้แม้ไม่ปรากฏลายมือชื่อของจำเลยก็ตาม

¹⁴ ปัจจุบันได้มีการแก้ไขประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 456 วรรคสอง โดยกำหนดว่าสัญญาซื้อขายสังหาริมทรัพย์ซึ่งตกลงกันต้องมีราคาสองหมื่นบาทหรือน้อยกว่านั้นขึ้นไปจึงจะต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือลงลายมือชื่อฝ่ายผู้ต้องรับผิดชอบ

ตัวอย่างอีกประการหนึ่งได้แก่ กรณีที่ต้องรับผิดชอบทั้งในเรื่องสัญญาและละเมิดพร้อมๆ กัน เช่น โจทก์ฟ้องจำเลยผู้รับจ้างขนส่งสิ่งของ ซึ่งยกสิ่งของของโจทก์ให้แก่ผู้อื่นโดยปราศจากความระมัดระวังทำให้โจทก์เสียหาย จำเลยจึงอาจต้องรับผิดชอบทั้งในเรื่องสัญญาและขณะเดียวกันก็อาจต้องรับผิดชอบเรื่องละเมิดพร้อมๆ กันไปด้วย ดังนั้นหากคู่ความสามารถตกลงกันให้ศาลใช้เฉพาะเรื่องใดเรื่องหนึ่งก็จะทำให้คดีมีความกระชับรวดเร็วขึ้นและเป็นไปตามความประสงค์ของคู่ความ เพราะหากปล่อยให้ศาลเลือกนำกฎหมายเรื่องละเมิดหรือสัญญามาบังคับใช้นั้นอาจทำให้ผลแห่งคดีแตกต่างกันได้ อาทิ การกำหนดค่าสินไหมทดแทน อายุความ

อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนเห็นว่า การตกลงกันของคู่ความกำหนดกฎหมายให้ศาลบังคับใช้กับคดีดังกล่าว จะต้องตกลงกันภายในขอบเขตของวัตถุแห่งคดีด้วย เช่น หากในสัญญาคู่ความประสงค์จะให้มีการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินให้แก่อีกฝ่ายหนึ่ง และอีกฝ่ายหนึ่งจะชำระค่าให้อันเป็นเรื่องสัญญาซื้อขาย คู่ความจะตกลงกันให้ศาลบังคับใช้กฎหมายเช่าทรัพย์สินแก่คดีดังกล่าวไม่ได้ นอกจากนี้คู่ความจะไม่สามารถตกลงกันดังกล่าวได้หากเป็นกรณีที่ศาลจะต้องนำกฎหมายที่เกี่ยวข้องด้วยความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนมาบังคับใช้

จะเห็นได้ว่าในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของฝรั่งเศสได้เคารพหลักความประสงค์ของคู่ความ¹⁵ เป็นอย่างมาก เนื่องจากในคดีแพ่งเป็นเรื่องผลประโยชน์ของเอกชน โดยเฉพาะ เอกชนจึงควรมีสติกำหนดกรอบการบังคับใช้กฎหมายของศาลเมื่อมีข้อพิพาทเกิดขึ้น ประกอบกับการที่คู่ความสามารถกำหนดกรอบการนำกฎหมายมาบังคับใช้กับคดีได้จะทำให้บรรลุจุดประสงค์ของคู่ความอย่างแท้จริงในการมาศาลเพื่อให้ศาลวินิจฉัยชี้ขาดคดี นอกจากนี้การกำหนดกฎหมายที่จะบังคับใช้กับคดีจะทำให้ระยะเวลาในการดำเนินกระบวนการพิจารณาสะดวงรวดเร็วขึ้นในแง่ที่ว่า ศาลไม่ต้องไปพิจารณาข้อกฎหมายอื่น ผู้เขียนจึงเห็นว่า ประเทศไทยน่าจะนำหลักดังกล่าวมาบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งด้วย เพื่อเป็นทางเลือกหนึ่งในการระงับข้อพิพาทของคู่ความ

ดังนั้น จึงขอเสนอแนะให้มีการนำหลักการดังกล่าวมาบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ซึ่งจะได้กล่าวในบทสรุปและเสนอแนะต่อไป

¹⁵ หลักความประสงค์ของคู่ความ โปรดดูรายละเอียดในบทที่ 2

2.2. การมอบหมายให้ศาลเป็นผู้วินิจฉัยชี้ขาดคดีตามความเป็นธรรม (amiable compositeur)

การมอบหมายให้ศาลเป็นผู้วินิจฉัยชี้ขาดคดีตามความเป็นธรรม (amiable compositeur) นี้ เป็นหลักการที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งฝรั่งเศส มาตรา 12 วรรคสี่¹⁶ กล่าวคือเป็นการตกลงกันของคู่ความให้ศาลชี้ขาดคดีตามหลักความยุติธรรม โดยไม่คำนึงถึงบทบัญญัติของกฎหมายที่จะใช้บังคับกับคดี การตกลงดังกล่าวจะทำได้เมื่อคดีขึ้นมาสู่ศาลแล้วและเมื่อศาลวินิจฉัยชี้ขาดคดีไปคู่ความก็สามารถอุทธรณ์คำพิพากษานั้นได้หากมิได้แสดงเจตนาสละสิทธิไว้ก่อน สำหรับที่มาของคำว่า amiable compositeur ผู้เขียนเข้าใจว่ามาจากหลักในภาษาลาตินที่ว่า ex aequo et bono ซึ่งหมายความว่า ให้ตัดสินคดีโดยใช้หลักความเป็นธรรมและใช้มโนธรรมที่ดี ซึ่งคำดังกล่าวเป็นที่รู้จักกันในประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ เพียงแต่ในประเทศฝรั่งเศสจะเรียกว่า amiable compositeur ขณะเดียวกันประเทศอังกฤษก็มีหลักในการตัดสินโดยใช้ความเป็นธรรมเหมือนกันแต่จะเรียกว่า equity เพื่อแก้ไขความบกพร่องของกฎหมายที่เกิดจากคำพิพากษาของศาลทั่วไปหรือศาลคอมมอนลอว์ แต่ในปัจจุบันเมื่อมีการยุบรวมกันของศาลที่พิจารณาคดีโดยใช้หลักความเป็นธรรมกับศาลที่ใช้กฎหมายที่เกิดจากคำพิพากษาในคดีหรือคอมมอนลอว์ ทำให้คู่ความที่จะให้ศาลตัดสินคดีตามความเป็นธรรมต้องมีการอ้างคำพิพากษามาสนับสนุนเสมอ จึงอาจกล่าวได้ว่าการที่คู่ความเสนอให้ศาลตัดสินคดีโดยใช้หลักความเป็นธรรมล้วนๆเกิดขึ้นได้ยากแล้วในประเทศอังกฤษ

การที่ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของประเทศฝรั่งเศสเปิดโอกาสให้ศาลตัดสินคดีโดยใช้หลักแห่งความยุติธรรมได้นั้น ทำให้บทบาทของศาลเกี่ยวกับการนำกฎหมายมาบังคับใช้เปลี่ยนแปลงไป โดยคู่ความเพียงแต่เสนอข้อเท็จจริงต่อศาลและตกลงมอบหมายให้ศาลเป็นผู้วินิจฉัยชี้ขาดคดีตามความเป็นธรรม ศาลก็จะตัดสินคดีให้โดยไม่คำนึงถึงกฎหมายที่จะมาบังคับใช้ ทั้งนี้เหตุผลที่คู่ความเลือกที่จะตกลงกันดังกล่าวอาจเนื่องมาจากคู่ความในคดีเล็งเห็นแล้วว่าหากนำกฎหมายมาบังคับใช้โดยเคร่งครัดแก่คดีของตน อาจทำให้ไม่ได้รับความยุติธรรมได้ ซึ่งตรงตามหลักการที่ว่าความยุติธรรมต้องมาก่อนกฎหมายในกรณีที่มีความยุติธรรมกับกฎหมายขัดแย้งกัน ทั้งนี้เพราะกฎหมายเป็นเครื่องอำนวยความสะดวกถึงความยุติธรรม เมื่อกฎหมายไม่เป็นธรรมจึงต้องให้หลักความยุติธรรมนำกฎหมายเพื่อใช้ตัดสินชี้ขาดคดี

¹⁶ เนื้อหาของบทบัญญัติโปรดดู น.112.

ในประเทศไทยไม่มีบทบัญญัติในเรื่องดังกล่าว แต่มีข้อสังเกตที่สำคัญคือ การที่ในประเทศฝรั่งเศสคู่ความต้องตกลงกันมอบให้ศาลวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทตามความเป็นธรรมซึ่งอาจทำให้สงสัยได้ว่าคล้ายกับกรณีคู่ความตกลงทำกันให้ศาลวินิจฉัยชี้ขาดคดีหรือไม่ ผู้เขียนเห็นว่าการตกลงทำกันของคู่ความเป็นกรณีคู่ความสละประเด็นข้อพิพาททั้งหมดเหลือเพียงประเด็นเดียวหรือข้อเท็จจริงเดียวเป็นตัวกำหนด และมีการยอมรับกันว่าหากเหตุการณ์ใดเหตุการณ์หนึ่งเกิดขึ้นคู่ความจะยอมให้ศาลตัดสินชี้ขาดให้ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งแพ้คดี หรือเป็นกรณีที่ตกลงกันให้ศาลวินิจฉัยข้อกฎหมายแต่เพียงประการเดียว ซึ่งจะแตกต่างจากการยอมให้ศาลตัดสินชี้ขาดโดยใช้ความเป็นธรรมเพราะคู่ความมิได้สละประเด็นข้อพิพาทใดในคดี แต่ยังให้ศาลตัดสินโดยใช้ข้อเท็จจริงที่มีอยู่ในคดีแล้วพิพากษาคดีด้วยความเป็นธรรม แต่อาจกล่าวได้ว่าข้อที่เหมือนกันประการหนึ่งคือศาลสามารถตัดสินชี้ขาดคดีได้โดยไม่ต้องคำนึงถึงตัวบทกฎหมาย ดังนั้น เมื่อมองในแง่นี้ การตกลงทำกันของคู่ความยังทำได้ เพราะฉะนั้นการตกลงมอบอำนาจให้ศาลสามารถวินิจฉัยคดีตามความเป็นธรรม จึงน่าจะทำได้เช่นเดียวกัน ทั้งนี้เพราะเหตุผลของเรื่องนี้เริ่มมาจากการตกลงกัน หากตกลงกันแล้วศาลไม่บังคับให้ คู่ความก็อาจตกลงกันให้ใช้อำนาจตุลาการชี้ขาดข้อพิพาท และในที่สุดศาลก็ต้องพิพากษาคดีตามคำชี้ขาดของอำนาจตุลาการอยู่ดี

อย่างไรก็ตาม ศาลไทยก็เคยตัดสินคดีตามความยุติธรรมไว้บ้าง อาทิ

คำพิพากษาศาลแพ่งธนบุรี คดีหมายเลขแดงที่ 3103/2547 คดีนี้โจทก์ได้รับโอนสิทธิจากบริษัท อ. ผู้ประมูลหนี้ได้และเข้าทำสัญญาซื้อหนี้จาก ปรส. ฟ้องจำเลยที่ 1 และจำเลยที่ 4 ในฐานะลูกหนี้ ข้อเท็จจริงได้ความว่า บริษัท อ. ประมูลซื้อหนี้ได้เพียงราคาร้อยละ 22 ของยอดหนี้คงค้าง และโจทก์ได้เข้าทำสัญญาซื้อขายกับ ปรส. ตามราคาที่บริษัท อ. ประมูลซื้อทรัพย์สินได้ มีปัญหาที่ต้องวินิจฉัยประการหนึ่งว่า สิทธิของโจทก์ที่จะบังคับแก่จำเลยที่ 1 และจำเลยที่ 4 มีเพียงใด

ศาลวินิจฉัยว่า¹⁷ “ความร่วมเย็นเป็นสุขของบ้านเมืองและประชาชนจะเกิดมีขึ้นได้ ก็ด้วยส่วนหนึ่งคือ การที่ศาลยุติธรรมสามารถประสิทธิประสาทความยุติธรรมอันเหมาะสมให้แก่บุคคลทุกผู้ทุกนาม ด้วยหลักการสำคัญที่กล่าวนี้ ประการแรกจำเลยที่ 1 และจำเลยที่ 4 ผู้ประสบความวิบัติใหญ่หลวงในธุรกิจของตน อันมิใช่เนื่องจากความผิดพลาดในการบริหารกิจการย่อมจะต้องได้รับความเห็นใจ ขอบที่จะได้รับการชดเชยในความวิบัตินั้นตามควร และประการหลัง โจทก์ผู้ทำ

¹⁷ พรชัย ไชยภรณ์, “มองคดีพิจารณากฎหมาย”, วารสารกฎหมายใหม่, ฉบับที่ 39, ปีที่ 2, น.39 (พฤศจิกายน 2547).

ธุรกิจหากำไรก็ชอบที่จะได้กำไรพอสมควรแก่เหตุเท่านั้น โจทก์ไม่บังควรที่จะได้ชื่อว่า เป็นผู้ค้ากำไรเกินควรอันจะเป็นที่เสื่อมเสียแก่ชื่อเสียงเกียรติภูมิของโจทก์เอง

หนี้สินของจำเลยที่ 1 และจำเลยที่ 4 ที่ยังค้างชำระอยู่ในวันที่โจทก์ทำสัญญาซื้อขายเอกสารหมายเลข จ. 22 ตามคำฟ้องของโจทก์ บรรยายถึงยอดหนี้ที่จำเลยที่ 1 เป็นหนี้อยู่ในฐานะลูกหนี้ชั้นต้น ในวันก่อนวันทำสัญญา 1 วัน ว่ามีอยู่ 5 ยอด ซึ่งเมื่อรวมเข้าด้วยกันแล้วได้ 53,890,567.54 บาท โดยคำฟ้องบรรยายว่า จำเลยอื่นเป็นผู้ค้าประกันและผู้จำนองยอดหนี้ของจำเลยที่ 1 ดังกล่าวนั้น ไม่ทราบเหตุผลของโจทก์ตามที่บรรยายในคำฟ้องต่อไปว่าจำเลยที่ 1 ทำสัญญารับสภาพหนี้กับโจทก์ว่า ในวันที่โจทก์ทำสัญญาซื้อขายเอกสารหมายเลข จ.22 กับ ปรส. จำเลยที่ 1 เป็นหนี้โจทก์ 57,482,781.24 บาท และดอกเบี้ยซึ่งตรงกับเอกสารหมายเลข จ.129 แล้วต่อมากำฟ้องบรรยายยอดหนี้ใหม่ว่า ณ วันที่ 1 กุมภาพันธ์ 2544 จำเลยที่ 1 เป็นหนี้โจทก์ 30,000,000 บาท และวันเดียวกันจำเลยที่ 4 เป็นหนี้โจทก์ 78,440,513.63 บาท รวมกันได้ 108,440,513.63 บาท ซึ่งตรงกับเอกสารหมายเลข จ.131 โดยออกจะสับสนอยู่มาก ด้วยเหตุนี้ ฟังถ้อยคำของโจทก์บรรยายฟ้องว่าเป็นยอดหนี้ก่อนวันโจทก์ทำสัญญาซื้อขายกับ ปรส. เอกสารหมายเลข จ.22 เป็นสำคัญ กล่าวคือฝ่ายจำเลยเป็นหนี้บริษัทเงินทุนหลักทรัพย์ทิพทิพย์ จำกัด (มหาชน) อยู่ 53,890,567.54 บาท เท่ากับโจทก์ซื้อหนี้คดีนี้ทั้งคดีมาในราคา 11,855,925.88 บาท ปรากฏตามคำเบิกความของพยานโจทก์ปากนายกฤตยา บุญยเศวต ว่า จำเลยที่ 1 และจำเลยที่ 4 ชำระหนี้ให้โจทก์ไปบ้างแล้ว เมื่อทนายจำเลยทั้งเจ็ดถามว่า เป็นเงิน 90,000,000 กว่าบาทใช่ไหม นายกฤตยาตอบว่าจำไม่ได้ แต่ไม่ได้ปฏิเสธในเชิงที่ว่าไม่ได้มากมายถึงขนาดนั้น ในเรื่องยอดเงินที่ฝ่ายจำเลยชำระแก่โจทก์ไปแล้ว พยานจำเลยทั้งเจ็ดปากนายมานะ เพชรดำรงศีลกุล เบิกความว่าเป็นจำนวนเงิน 60,000,000 กว่าบาท คดีมีเหตุผลพอให้เชื่อได้ตามคำพยานจำเลยทั้งเจ็ด ว่าโจทก์ได้รับเงินจากฝ่ายจำเลยแล้วไม่น้อยกว่า 60,000,000 บาท ซึ่งหากถือเอาเพียงจำนวนเต็มพอดี 60,000,000 บาท ก็ยังมากกว่าจำนวนหนี้ที่โจทก์บรรยายฟ้องว่าเป็นยอดหนี้ ณ วันก่อนวันโจทก์ทำสัญญาซื้อขายกับ ปรส. เอกสารหมายเลข จ.22 อยู่ถึง 6,109,432.46 บาท อันเป็นจำนวนที่เชื่อได้ว่ามากกว่าดอกเบี้ยที่เกิดแต่การที่โจทก์ได้รับชำระหนี้ล่าช้า และหากจะนำไปเทียบกับราคาที่โจทก์ซื้อมาจาก ปรส. เท่ากับได้ชำระหนี้แล้ว 5 เท่า นับว่าโจทก์ได้กำไรจากทุนที่ลงมากมายนักแล้ว เป็นความยุติธรรมอย่างยิ่งที่หนี้สินระหว่างโจทก์และจำเลยที่ 1 จำเลยที่ 4 จะระงับไปทั้งสิ้น" จึงพิพากษายกฟ้อง

คดีนี้มีข้อสังเกตว่า ศาลแพ่งธนบุรีได้วินิจฉัยประเด็นเรื่องสิทธิของโจทก์ที่จะบังคับชำระหนี้จากจำเลยที่ 1 และจำเลยที่ 4 โดยมีได้อ้างบทกฎหมาย แต่อาศัยความยุติธรรมเป็นหลักในการ

ตัดสิน อย่างไรก็ตามคำพิพากษานี้ยังเป็นเพียงคำพิพากษาของศาลชั้นต้น จึงคงต้องดูคำพิพากษาของศาลสูงต่อไปว่าจะวินิจฉัยคดีนี้อย่างไร

คำพิพากษาฎีกาที่ 8244/2542 คดีนี้ผู้ร้องซึ่งเป็นผู้จัดการมรดกและทายาทโดยธรรมของฝ่ายเรียกร้อง ยื่นคำร้องขอให้ศาลมีคำพิพากษาบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ โดยข้อเท็จจริงสรุปได้ว่า สืบเนื่องจากฝ่ายเรียกร้องและฝ่ายโต้แย้งได้ตกลงกันแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการขึ้นเพื่อระงับข้อพิพาทในการแบ่งทรัพย์สินมรดก ระหว่างการดำเนินกระบวนการพิจารณา อนุญาโตตุลาการเห็นว่า เพื่อให้ข้อพิพาทยุติลงเห็นสมควรให้มีการเจรจาเพื่อตกลงประนีประนอม โดยแต่งตั้งกรรมการเจรจาระงับข้อพิพาทเพื่อหาทางประนีประนอมยอมความกัน จนในที่สุดฝ่ายเรียกร้องก็ยอมรับข้อเสนองของฝ่ายโต้แย้ง คณะกรรมการระงับข้อพิพาทจึงได้ยกร่างสัญญาประนีประนอมตามข้อตกลง ฝ่ายเรียกร้องได้ลงพระนามในสัญญาประนีประนอมยอมความดังกล่าวแล้ว แต่ฝ่ายโต้แย้งได้สิ้นพระชนม์เสียก่อนโดยยังมิได้ลงพระนาม คณะกรรมการเจรจาระงับข้อพิพาทจึงได้ให้ผู้คัดค้านซึ่งเป็นคู่สมรสและเป็นทายาทโดยธรรมของฝ่ายโต้แย้งมาประชุมเพื่อตกลงในข้อพิพาทกับฝ่ายเรียกร้อง แต่ทั้งสองฝ่ายไม่สามารถตกลงกันได้ ต่อมาฝ่ายเรียกร้องได้ถึงแก่ชีพิตักษัย คณะอนุญาโตตุลาการจึงได้มีคำวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทไปตามสัญญาประนีประนอมยอมความดังกล่าว คดีจึงมีปัญหาที่ศาลฎีกาต้องวินิจฉัยว่า คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการมีผลบังคับตามกฎหมายหรือไม่

ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า การแต่งตั้งคณะกรรมการเจรจาระงับข้อพิพาทก็เพื่อให้ฝ่ายเรียกร้องและฝ่ายโต้แย้งสามารถจะตกลงกันได้โดยสรุปสัญญาประนีประนอมยอมความ เมื่อการเจรจาระหว่างฝ่ายเรียกร้องกับฝ่ายโต้แย้งลุล่วงไปจนถึงขั้นทำสัญญาประนีประนอมยอมความกัน และฝ่ายเรียกร้องได้ลงพระนามแล้ว แต่ฝ่ายโต้แย้งสิ้นพระชนม์ไปก่อนที่จะลงพระนามในสัญญาประนีประนอมก็ตาม แต่สัญญาประนีประนอมยอมความดังกล่าวก็มีผลผูกพันคู่กรณีทั้งสองฝ่ายที่ได้ตกลงกันระงับข้อพิพาทซึ่งมีอยู่แล้วนั้น แม้สัญญาประนีประนอมยอมความดังกล่าวฝ่ายโต้แย้งจะยังมิได้ลงพระนามตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 851 ผู้ร้องก็ไม่ต้องห้ามตาม มาตรา 851 ดังกล่าวที่จะยื่นคำร้องขอเป็นคดีนี้ การที่คณะอนุญาโตตุลาการได้ทำคำชี้ขาดโดยถือตามสัญญาประนีประนอมยอมความระหว่างคู่กรณีทั้งสองฝ่ายจึงถือว่าได้กระทำไปโดยอาศัยหลักแห่งความยุติธรรมและชอบด้วยพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2530

มาตรา 17¹⁸ แล้ว คำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการจึงชอบด้วยกฎหมายและย่อมมีผลบังคับต่อผู้ร้องและผู้คัดค้านซึ่งเป็นผู้จัดการมรดกและทายาทโดยธรรมของคู่กรณีผู้ตั้งอนุญาโตตุลาการนี้ได้

คดีนี้มีข้อสังเกตว่า ผู้ร้องยื่นคำร้องขอในคดีนี้ก็เพื่อขอให้ศาลมีคำพิพากษาบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ ศาลจึงต้องพิจารณาว่าคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ ซึ่งศาลได้วินิจฉัยโดยอ้างหลักแห่งความยุติธรรมและพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2530 มาตรา 17 วรรคสอง ด้วยความเคารพผู้เขียนเห็นว่า มาตรา 17 วรรคสอง เป็นเรื่องที่ให้อำนาจอนุญาโตตุลาการดำเนินกระบวนการพิจารณาโดยคำนึงถึงหลักแห่งความยุติธรรม แต่มิได้ให้อำนาจชี้ขาดข้อพิพาทตามความยุติธรรมไว้ด้วย¹⁹ ดังนั้น คำพิพากษากฎีกาฉบับนี้จึงน่าจะเป็นการวินิจฉัยโดยใช้หลักแห่งความยุติธรรมเพียงอย่างเดียวมากกว่า เพราะหากวินิจฉัยโดยนำบทบัญญัติลายลักษณ์อักษรมาใช้ ผลของคดีจะเป็นว่าเมื่อสัญญาประนีประนอมยอมความได้ลงลายมือชื่อเพียงฝ่ายเดียว ก็ต้องห้ามตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 851 คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการก็จะไม่ชอบ ศาลจะต้องยกคำร้อง

จากข้อสังเกตดังกล่าวจะเห็นได้ว่า ผลแห่งคดีจะแตกต่างกันมากระหว่างการตัดสินโดยบังคับใช้กฎหมายอย่างเคร่งครัดกับการตัดสินตามความเป็นธรรม แต่คำพิพากษาที่ตัดสินโดยใช้หลักแห่งความยุติธรรมดังตัวอย่างยังมีจำนวนน้อยมาก ดังนั้น การที่จะพิจารณาว่าประเทศไทยควรจะนำหลักการของประเทศฝรั่งเศสดังกล่าวมาบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง เพื่อใช้กับคดีแพ่งทั่วไปที่คู่ความตกลงกันได้หรือไม่ ในเบื้องต้นพึงพิจารณาเสียก่อนว่าปัจจุบันมีบทบัญญัติให้อำนาจศาลไทยสามารถตัดสินคดีตามความเป็นธรรมยิ่งกว่าตัวบทกฎหมายได้หรือไม่

บทบัญญัติของประเทศไทยที่ให้อำนาจศาลวินิจฉัยชี้ขาดคดีไปตามความเป็นธรรมโดยไม่ต้องคำนึงถึงตัวบทกฎหมายนั้น ไม่ได้มีกำหนดไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งแต่

¹⁸ มาตรา 17 วรรคสอง บัญญัติว่า “ในกรณีสัญญาอนุญาโตตุลาการหรือกฎหมายมิได้กำหนดไว้เป็นอย่างอื่น ให้อนุญาโตตุลาการมีอำนาจดำเนินวิธีพิจารณาใดๆตามที่เห็นสมควร โดยคำนึงถึงหลักแห่งความยุติธรรมเป็นสำคัญ”

¹⁹ ในปัจจุบัน พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 มาตรา 34 วรรคสาม ให้อำนาจอนุญาโตตุลาการชี้ขาดข้อพิพาทตามความยุติธรรมได้ โดยบัญญัติว่า “คู่พิพาทอาจกำหนดไว้โดยชัดแจ้งให้คณะอนุญาโตตุลาการมีอำนาจชี้ขาดข้อพิพาทโดยใช้หลักแห่งความสุจริตและเป็นธรรม”

อย่างใด ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2540 มาตรา 233 และ 249²⁰ และรัฐธรรมนูญ ฉบับชั่วคราว พ.ศ.2549 มาตรา 18 ก็กำหนดให้การพิจารณาพิพากษาคดีต้องดำเนินการตามกฎหมาย โดยไม่มีการเปิดช่องให้ศาลพิพากษาคดีตามความเป็นธรรมหรือตามความยุติธรรมเลย ทำให้น่าคิดว่ากฎหมายกับความยุติธรรมสามารถแยกออกจากกันได้หรือไม่

เมื่อกล่าวถึงคำว่า กฎหมายกับความยุติธรรม จะมีความเห็นแตกต่างกันไป โดยฝ่ายหนึ่งเห็นว่า กฎหมายกับความยุติธรรมก็คือเรื่องเดียวกันและจะต้องใช้กฎหมายให้สอดคล้องกับความยุติธรรม กฎหมายกับความยุติธรรมนั้นแยกออกจากกันเสียทีเดียวไม่ได้ เพราะกฎหมายถูกสร้างขึ้นมาเพื่อความยุติธรรมซึ่งโดยปกติกฎหมายกับความยุติธรรมก็ตรงกัน แต่อีกฝ่ายหนึ่งเห็นว่า กฎหมายก็คือเรื่องของตัวบทกฎหมายซึ่งอาจจะสอดคล้องหรือไม่สอดคล้องกับความยุติธรรมก็ได้ เหมือนจะแยกว่าความยุติธรรมตามตัวบทกฎหมายนั้นเป็นกรณีหนึ่งและความยุติธรรมตามความเป็นจริงนั้นเป็นอีกกรณีหนึ่ง ความคิดฝ่ายหลังนี้มีมาตั้งแต่ประเทศไทยรับเอากฎหมายสมัยใหม่จากตะวันตกโดยปรากฏคำสอนในโรงเรียนกฎหมาย กล่าวคือ ในคำสอนของกรมหลวงราชบุรีดิเรกฤทธิ์ ซึ่งสอนตามปรัชญากฎหมายแบบสำนักกฎหมายบ้านเมืองตามแนวของ John Austin ซึ่งเห็นว่า กฎหมายเป็นคำสั่งของรัฐาธิปัตย์ ประกอบกับตามแนววินิจจัยของคำพิพากษาศาลฎีกา ในยุคนั้นอันได้แก่ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 114/2454 วินิจจัยว่า ความยุติธรรมแปลว่าความประพฤติอันชอบด้วยพระราชกำหนดกฎหมายเท่านั้น ความเห็นส่วนตัวบุคคลย่อมแปรปรวนไปต่างๆ ไม่มียุติ เป็นยุติธรรมไม่ได้เลย คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 211/2473 วินิจจัยว่า กฎหมายต้องแปลให้เคร่งครัดตามกฎหมายที่มีอยู่จะแปลให้คล้อยตามความยุติธรรมมิได้

จะเห็นได้ว่าศาลฎีกาในยุคนั้นเน้นความยุติธรรมตามกฎหมายและไม่ยอมรับนับถือความยุติธรรมนอกจากที่กฎหมายบัญญัติ ซึ่งควรถือว่าเป็นความยุติธรรมอย่างแคบ อันที่จริงแล้ว

²⁰ มาตรา 233 บัญญัติว่า “การพิจารณาพิพากษารรคดีเป็นอำนาจของศาลซึ่งต้องดำเนินการตามรัฐธรรมนูญ ตามกฎหมาย และในพระปรมาภิไธยพระมหากษัตริย์”

มาตรา 249 บัญญัติว่า “ผู้พิพากษาและตุลาการมีอิสระในการพิจารณาพิพากษารรคดีให้เป็นไปตามรัฐธรรมนูญและกฎหมาย...”

แต่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2540 นี้ถูกยกเลิกแล้ว โดยประกาศคณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ฉบับที่ 3 ลงวันที่ 19 กันยายน 2549

ความยุติธรรมอาจมีความหมายกว้างกว่านั้นได้ แต่มีข้อสังเกตว่าในการยอมรับความยุติธรรม นอกจากที่กฎหมายบัญญัตินั้นมักจะอยู่ภายใต้เงื่อนไข หรือมีลักษณะดังต่อไปนี้²¹

1.กฎหมายอนุญาตหรือเปิดช่องให้ศาลหรือเจ้าพนักงานตีความหรือใช้ดุลพินิจได้เป็น อย่างอื่น เช่น ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 27, 44, 57, 87 ประมวลกฎหมาย แพ่งและพาณิชย์ มาตรา 4

2.ศาลจะไม่สร้างกฎหมายขึ้นใหม่ตามที่ตนเห็นว่ายุติธรรม หรืออีกนัยหนึ่ง ความ ยุติธรรมตามใจชอบของตน หากจะยึดถือกฎหมายที่มีอยู่แล้วเป็นหลัก และพยายามตีความ ถ้อยคำสำนวนหรือข้อความที่แจ้งกระด้างในกฎหมายให้คลี่คลายไปในทางที่เป็นธรรมมากขึ้นตาม เหตุการณ์บ้านเมือง

มีปัญหว่าหากไม่อยู่ภายใต้เงื่อนไขหรือลักษณะดังกล่าว และกฎหมายลายลักษณ์ อักษรซึ่งเป็นบ่อเกิดแห่งกฎหมายลำดับแรกที่ศาลต้องนำมาบังคับใช้ ขัดแย้งกับความยุติธรรม อย่างขัดแจ้ง อาจเนื่องจากสังคมมีความเจริญก้าวหน้าเพิ่มมากขึ้น กฎหมายจึงตามไม่ทันกับการ แก้ปัญหาความขัดแย้งที่เกิดขึ้น หรืออาจเป็นกรณีผู้บัญญัติกฎหมายมิได้คำนึงถึงกรณีที่เป็น ปัญหานั้นๆ ศาลจะวินิจฉัยชี้ขาดคดีอย่างไร เช่น ยายลูกตายหมดแล้วและไม่มีญาติอื่นๆที่มีชีวิต นอกจากหลานชายคนเดียว ยายมีสมบัติคือกระบือ 100 ตัว ราคา 800 เหรียญ ยายยกกระบือ ทั้งหมดให้หลานชายหวังให้หลานชายเลี้ยงดูจนแก่เฒ่าและจนชีวิตจะหาไม่ หลังจากนั้นหลานชาย ก็แต่งงานมีลูก 2 คน ระหว่างหลานชายอยู่กับภริยามีเงินนอกเงยอีก 200 เหรียญ ต่อมา หลานชายตายโดยมิได้ทำพินัยกรรมไว้ การแบ่งมรดกตามกฎหมายจะเป็นดังนี้ ทรัพย์ที่ยายยกให้ หลานชาย คือกระบือ 100 ตัว มีมูลค่า 800 เหรียญ เป็นสินส่วนตัวของหลานชายเพราะได้มาก่อน สมรส ส่วนทรัพย์ที่หลานชายกับภริยาทำมาหาได้ร่วมกัน 200 เหรียญนั้นเป็นสินสมรส เมื่อ หลานชายตายส่วนที่เป็นมรดกของหลานชายได้แก่ ค่ากระบือ 100 ตัว เป็นเงิน 800 เหรียญ และ เงินอีกครั้งหนึ่งของสินสมรสจำนวน 100 เหรียญ รวมเป็นมรดก 900 เหรียญ หลานชายตายโดย มิได้ทำพินัยกรรมไว้มรดกจึงตกทอดแก่ทายาทโดยธรรม ผู้มีสิทธิได้รับมรดกคือภริยาและบุตรอีก 2 คน ส่วนยายเป็นทายาทโดยธรรมอันดับที่ 5 ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา

²¹ วิชาญ เครื่องาม, เอกสารการสอนชุดวิชาความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, พิมพ์ครั้งที่ 5 (กรุงเทพมหานคร: บริษัทวิคตอรีเพาเวอร์พอยท์ จำกัด, 2527) น.161.

1529 จึงถูกตัดมิให้รับมรดกตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1630 ดังนั้นมรดกของหลานชาย 900 เหรียญ จึงต้องแบ่งให้ ภริยา 300 เหรียญ ลูก 2 คนๆละ 300 เหรียญ ส่วนยายไม่มีสิทธิได้รับมรดกจากหลานชายเลยทั้งๆที่กระปือ 100 ตัว เคยเป็นทรัพย์สินของยายมาก่อน จะเห็นได้ว่าในแง่ของความยุติธรรมก็ดี ในแง่ของมนุษยธรรมก็ดี ยายต้องตกตระกำลำบากเพราะไม่มีทรัพย์สินสำหรับดำรงชีพอยู่ต่อไป²²ซึ่งแน่นอนย่อมไม่เป็นธรรมกับยาย

จากแนวการวินิจฉัยคดีของศาลไทยที่ยึดหลักว่า เมื่อมีกฎหมายบัญญัติไว้ในเรื่องใดแล้วก็ถือว่ายุติตามนั้น เพราะศาลมีหน้าที่เพียงแต่ปรับบทกฎหมายเข้ากับคดีความที่พิพาทในศาลเท่านั้น ศาลไม่มีอำนาจหน้าที่ที่จะแก้ไขหรือบัญญัติกฎหมายขึ้นเอง หากศาลเห็นว่ากฎหมายบทใดไม่ยุติธรรมก็ต้องมีการแก้ไขบทกฎหมายนั้นก่อนโดยฝ่ายนิติบัญญัติ ตราบใดที่ฝ่ายนิติบัญญัติยังไม่ได้แก้ไขบทกฎหมายนั้นๆ หรือบัญญัติกฎหมายเรื่องนั้นให้ยุติธรรม ศาลก็ต้องตัดสินคดีตามตัวบทกฎหมายที่มีอยู่เท่านั้นแม้จะไม่เป็นธรรมก็ตาม เมื่อพิจารณาแล้วแนวทางดังกล่าวน่าจะขัดกับพระบรมราโชวาทของพระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัวที่เกี่ยวข้องกับเรื่องกฎหมายกับความยุติธรรม ดังนี้

“...กฎหมายทั้งปวงนั้น เราบัญญัติขึ้นเพื่อใช้เป็นปัจจัยสำหรับรักษาความยุติธรรม กล่าวโดยสรุปคือ ใช้เป็นแบบแผนแห่งความประพฤติปฏิบัติของมหาชนสถานหนึ่งกับใช้เป็นแม่แบบในการพิจารณาตัดสินความประพฤติปฏิบัติอื่นๆให้เป็นไปโดยถูกต้องเที่ยงธรรมอีกสถานหนึ่ง

โดยที่กฎหมายเป็นแค่เครื่องมือในการรักษาความยุติธรรมดังกล่าว จึงไม่ควรที่จะถือว่ามีความสำคัญยิ่งไปกว่าความยุติธรรม หากควรจะต้องถือว่าความยุติธรรมมาก่อนกฎหมายและอยู่เหนือกฎหมาย การพิจารณาพิพากษา

²² เรื่องนี้เป็นคดีที่เกิดขึ้นจริงตามคำพิพากษาฎีกาที่ 455/รศ.121 ศาลฎีกาขณะนั้นก็ทำอะไรไม่ได้ อย่างไรก็ตามศาลฎีกาขณะนั้นขอพระราชทานพระบรมราชวินิจฉัยจากพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว ซึ่งกฎหมายสมัยนั้นยังเปิดช่องให้ทำได้(ตามกฎหมายที่ 13 ของเสนาบดีกระทรวงยุติธรรม) พระองค์มีพระบรมราชวินิจฉัยลงมาว่าเงิน 200 เหรียญ ที่หลานชายและหลานสะใภ้ทำมาหาได้ให้แบ่งระหว่างภริยากับลูก 2 คน ภริยาได้ครึ่งหนึ่งคือ 100 เหรียญ ลูกสองคนได้ไปอีกครั้งหนึ่ง คือคนละ 50 เหรียญ แต่กระปือ 100 ตัวนั้น ทรงแบ่งให้เป็น 2 ส่วนเท่าๆกัน คือให้หลานสะใภ้ครึ่งหนึ่ง ให้ยายอีกครั้งหนึ่ง นี่เป็นพระราชธรรมพิเศษ

อรรถคดีใดๆโดยคำนึงแต่ความถูกต้องตามกฎหมายเท่านั้น ดูจะไม่เป็นการ
เพียงพอ จำต้องคำนึงถึงความยุติธรรมซึ่งเป็นจุดประสงค์ด้วยเสมอ..."²³

พระบรมราชาโหวทดังกล่าวสอดคล้องกับหลักสามัญสำนึก และมีหลักกฎหมายสากล
สนับสนุนอยู่คือหลักกฎหมายธรรมชาติ (natural law)²⁴ และมีสุภาษิตกฎหมายกล่าวว่า
"ผู้พิพากษาที่ดีย่อมวินิจฉัย คดีตามหลักความยุติธรรมและความถูกต้อง และถือความยุติธรรม
สำคัญกว่ากฎหมาย" (A good judge decides according to justice and right, prefers equity
to strict law.) ทั้งยังตรงกับแนวความคิดของลอร์ดเดนนิ่ง (Lord Denning) ซึ่งท่านเห็นว่าหน้าที่
ของผู้พิพากษาก็คือให้ความยุติธรรมแก่คู่ความทั้งหลาย ก็เมื่อกฎหมายไม่ยุติธรรมจะถือตาม
กฎหมายอย่างไรได้ ท่านกล่าวว่า ในฐานะที่ท่านเป็นศาล ท่านเองไม่มีหน้าที่อื่นใดนอกจากจะให้

²³ พระบรมราชาโหวทในพิธีพระราชทานประกาศนียบัตรแก่นักศึกษาของสำนักอบรม
ศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา ณ เนติบัณฑิตยสภา เมื่อวันที่ 7 สิงหาคม พ.ศ.2515

²⁴ หลักกฎหมายธรรมชาติ (natural law หรือ law of nature) นี้เป็นหลักกฎหมายที่
เก่าแก่ที่สุดหลักหนึ่ง หลักกฎหมายนี้ยึดมั่นในระบบแห่งสิทธิของบุคคลอันเท่าเทียมกันที่ต้อง
เป็นไปตามธรรมชาติ รากฐานแห่งหลักกฎหมายนี้คือเหตุผลที่ถูกต้อง กฎหมายธรรมชาติเป็น
กฎหมายที่ยุติธรรม ยั่งยืน ไม่มีการเปลี่ยนแปลง อาริสโตเติล ปราชญ์ชาวกรีกโบราณเป็นผู้หนึ่งซึ่ง
เริ่มเน้นความสำคัญของกฎหมายธรรมชาตินี้กล่าวว่า กฎหมายธรรมชาติแตกต่างจากกฎหมาย
ของบ้านเมือง(positive law) อันเป็นกฎหมายที่สังคมมนุษย์หรือองค์กรแห่งรัฐบัญญัติขึ้นใช้ในแต่
ละท้องถิ่นในแต่ละสมัย กฎหมายบ้านเมืองที่ดีจะขัดหรือแย้งต่อกฎหมายธรรมชาติไม่ได้ ถ้าขัด
หรือแย้งกันต้องถือกฎหมายธรรมชาติเป็นสำคัญ หลักกฎหมายธรรมชาตินี้ถูกวิพากษ์วิจารณ์ว่า
เคลือบคลุมและซับซ้อนเกินไปในศตวรรษที่ 19 ซึ่งเป็นยุครุ่งเรืองของสำนักกฎหมายลี้กัล โพซิติวิสม์
(legal positivism) ซึ่งถือว่ากฎหมายเป็นใหญ่ ความยุติธรรมตามธรรมชาติจะขัดหรือแย้งต่อ
กฎหมายของบ้านเมืองมิได้ ประเทศต่างๆโดยเฉพาะประเทศที่ใช้คอมมอนลอว์ของอังกฤษถือเป็น
หลักสำคัญมาจนถึงทุกวันนี้รวมทั้งประเทศไทยด้วย แต่มาถึงปัจจุบันหลักกฎหมายธรรมชาติดีกกลับ
ได้รับการยอมรับมากขึ้นเป็นลำดับ ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนก็มีรากเหง้ามาจากหลัก
กฎหมายธรรมชาตินี้ อ้างถึงใน David M.Walker, The Oxford Companion to Law (Oxford :
Clarendon Press, 1980) p.867-868.

ความยุติธรรมแก่คู่ความทุกฝ่าย เพราะถ้าหากรอไปจนกว่าจะได้มีการแก้ไขกฎหมายซึ่งใช้กับคดีที่ศาลกำลังพิจารณาอยู่ คู่ความก็จะไม่ได้รับความยุติธรรมอยู่นั่นเอง²⁵

ผู้เขียนเห็นว่า พระบรมราชโองการและแนวความคิดดังกล่าวที่ให้ถือความยุติธรรมยิ่งกว่ากฎหมายเป็นหลักที่ศาลต้องยึดถืออย่างเคร่งครัด เพราะโดยแท้จริงแล้วสิ่งที่สำคัญที่สุดก็คือความยุติธรรม เมื่อตัวบทกฎหมายขัดแย้งกับความยุติธรรมการจะถือตัวบทกฎหมายโดยเคร่งครัดและละเลยต่อความยุติธรรมก็เป็นสิ่งที่ขัดต่อสามัญสำนึกและมีใช่เป็นสิ่งที่ถูกต้อง แต่การที่จะยึดถือความยุติธรรมยิ่งไปกว่าตัวบทกฎหมายนี้ก็มีข้อนำคิดอยู่ว่า ถ้าให้ศาลสามารถตัดสินคดีได้ตามอำเภอใจตามความเห็นเรื่องความยุติธรรมของศาลโดยไม่ต้องยึดถือตัวบทกฎหมายเลย ความศักดิ์สิทธิ์และความแน่นอนของกฎหมายย่อมได้รับการกระทบกระเทือน ข้อนี้ผู้เขียนขอตอบว่าการที่จะให้ศาลวินิจฉัยคดีตามความเป็นธรรมได้ต้องมีเงื่อนไข กล่าวคือ ต้องเป็นกรณีที่คู่ความได้ตกลงไว้โดยชัดแจ้งให้อำนาจศาลวินิจฉัยชี้ขาดคดีตามความเป็นธรรมได้ ดังนั้น ในกรณีปกติทั่วไปก็ควรให้ศาลได้วินิจฉัยชี้ขาดคดีโดยนำกฎหมายมาบังคับใช้ แต่หากกฎหมายที่จะนำมาบังคับใช้กับคดีขัดแย้งกับความยุติธรรมจึงจะให้ศาลสามารถวินิจฉัยคดีตามความเป็นธรรมได้ แต่ทั้งนี้การตัดสินคดีตามความเป็นธรรมจะไม่ใช่การตัดสินตามอำเภอใจเสียทีเดียว แต่คงต้องให้เหตุผลในการตัดสิน เคารพต่อหลักกฎหมายพื้นฐาน และไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน ดังนั้น การเพิ่มบทบัญญัติให้คู่ความสามารถตกลงกันโดยชัดแจ้งให้ศาลมีอำนาจวินิจฉัยชี้ขาดคดีตามความเป็นธรรมได้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง จึงเท่ากับเป็นการเปิดโอกาสให้ศาลสามารถวินิจฉัยข้อพิพาทตามความเป็นธรรมได้โดยมีกฎหมายรองรับ และเป็นประโยชน์แก่คู่ความในแง่ที่จะไม่ต้องถูกบังคับโดยบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่เคร่งครัด ทั้งยังอยู่ในกรอบของหลักความประสงค์ของคู่ความซึ่งเป็นหัวใจในการดำเนินคดีแพ่งอีกด้วย

นอกจากนี้อาจมีข้อขบคิดขึ้นมาได้อีกว่า หากต้องการให้มีการวินิจฉัยชี้ขาดคดีตามความเป็นธรรมกฎหมายก็ได้บัญญัติเปิดช่องไว้ในพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 มาตรา 34 วรรคสาม เหตุใดจึงต้องบัญญัติเพิ่มเติมในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งอีก ผู้เขียนเห็นว่า อาจเป็นเพราะความเชื่อมั่นในตัวผู้พิพากษามีมากกว่าอนุญาโตตุลาการ ในการอนุญาโตตุลาการนั้นผู้ตัดสินชี้ขาดข้อพิพาทคือบุคคลภายนอกซึ่งเป็นเอกชนที่แต่งตั้งหรือเลือกโดย

²⁵ ธานินทร์ กรัยวิเชียร, บทบาทของศาลยุติธรรมในสังคม, สำนักงานศาลยุติธรรม, 2548 น.12.

คู่กรณีพิพาทให้ทำหน้าที่ แต่ในการฟ้องคดีนั้นผู้ที่ตัดสินคือผู้พิพากษาซึ่งเป็นบุคคลในสถาบันศาล อันเป็นสถาบันของรัฐและคู่กรณีไม่มีสิทธิเลือกผู้พิพากษาที่จะตัดสินคดีของตนได้ อีกทั้งศาลเป็น องค์การของรัฐที่ทำหน้าที่ถาวรไม่ใช่ชั่วคราวซึ่งน่าจะอำนวยความสะดวกและเป็นกลางและยุติธรรมได้ดีกว่า อนุญาตต่อตุลาการ

ดังนั้น หากจะนำมาบัญญัติในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของไทย ก็จะเป็นการช่วยเพิ่มความมั่นใจแก่ศาลในการพิพากษาคดีตามความเป็นธรรมโดยมีกฎหมายรองรับ และในที่สุดก็จะเป็นประโยชน์แก่คู่ความเอง ซึ่งการเสนอให้แก้ไขประมวลกฎหมายวิธีพิจารณา ความแพ่ง จะกล่าวในข้อเสนอนี้ต่อไป

จำนักรหอสมุด