



ศาลกับการค้นหากฎหมายมาปรับใช้ในคดีแพ่ง :
ศึกษามหาบัณฑิตในการรับรู้กฎหมายลำดับรองของศาล

โดย

นางสาวกมลวรรณ คั่นฉ่อง

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตร

นิติศาสตรมหาบัณฑิต

สาขากฎหมายเอกชน

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

ปีการศึกษา 2558

ลิขสิทธิ์ของมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

ศาลกับการค้นหากฎหมายมาปรับใช้ในคดีแพ่ง :
ศึกษาบทบาทในการรับรู้กฎหมายลำดับรองของศาล

โดย

นางสาวกมลวรรณ คั่นฉ่อง



วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตร

นิติศาสตรมหาบัณฑิต

สาขากฎหมายเอกชน

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

ปีการศึกษา 2558

ลิขสิทธิ์ของมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์



THE ROLE OF JUDGES IN FINDING AND APPLYING LAWS TO
CIVIL CASES : STUDY ON THE ACKNOWLEDGEMENT
OF THE DELEGATED LEGISLATION

BY

MISS KAMONVAN KHANCHONG



A THESIS SUBMITTED IN PARTIAL FULFILLMENT OF THE REQUIREMENTS

FOR THE DEGREE OF MASTER OF LAWS

PRIVATE LAW

FACULTY OF LAW

THAMMASAT UNIVERSITY

ACADEMIC YEAR 2015

COPYRIGHT OF THAMMASAT UNIVERSITY

มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

คณะนิติศาสตร์

วิทยานิพนธ์

ของ

นางสาวกมลวรรณ คั่นอ่อน

เรื่อง

ศาลกับการค้นหากฎหมายมาปรับใช้ในคดีแพ่ง :
ศึกษาบทบาทในการรับรู้กฎหมายลำดับรองของศาล

ได้รับการตรวจสอบและอนุมัติ ให้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตร
นิติศาสตรมหาบัณฑิต

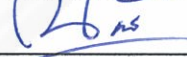
เมื่อ วันที่ 15 พฤษภาคม พ.ศ. 2559

ประธานกรรมการสอบวิทยานิพนธ์



(ศาสตราจารย์ (พิเศษ) ภัทรศักดิ์ วรรณแสง)

กรรมการและอาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์



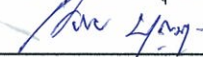
(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ณภัทร สร้อยรัตน์)

กรรมการสอบวิทยานิพนธ์



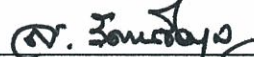
(ศาสตราจารย์ ดร.อุดม รัฐอมฤต)

กรรมการสอบวิทยานิพนธ์



(อาจารย์ ดร.วรรณชัย บุญบำรุง)

กรรมการสอบวิทยานิพนธ์



(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.สมชาย รัตนเชื้อสกุล)

คณบดี



(รองศาสตราจารย์ ณรงค์ ใจหาญ)

หัวข้อวิทยานิพนธ์	ศาลกับการค้นหากฎหมายมาปรับใช้ในคดีแพ่ง :
	ศึกษาบทบาทในการรับรู้กฎหมายลำดับรองของศาล
ชื่อผู้เขียน	นางสาวกมลวรรณ คั่นฉ่อง
ชื่อปริญญา	นิติศาสตรมหาบัณฑิต
สาขาวิชา/คณะ/มหาวิทยาลัย	กฎหมายเอกชน นิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์	ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ณภัทร สร้อทนต์
ปีการศึกษา	2558

บทคัดย่อ

บทบาทในการรับรู้กฎหมายลำดับรองของศาลในคดีแพ่งยังคงมีปัญหาในทางปฏิบัติอยู่มาก โดยเฉพาะอย่างยิ่งในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการรับรู้กฎหมายลำดับรองที่มีฐานะต่ำกว่ากฎกระทรวงลงมาว่ามีสถานะเป็นข้อกฎหมายหรือข้อเท็จจริงในคดี และเป็นเรื่องที่ศาลสามารถรู้ได้เองหรือเป็นเรื่องที่คู่ความจะต้องนำเสนอต่อศาล ส่งผลทำให้เกิดปัญหาในทางปฏิบัติตามมาหลายประการไม่ว่าจะเป็นปัญหาในการกำหนดบทบาทของคู่ความในการนำเสนอพยานหลักฐาน หรือปัญหาในการกำหนดบทบาทของศาลในการค้นหาและหยิบยกกฎหมายมาปรับใช้แก่คดี วิทยานิพนธ์ฉบับนี้จึงมุ่งทำการศึกษาในประเด็นที่เกี่ยวข้องกับเรื่องดังกล่าว โดยเริ่มทำการศึกษาดังแต่ความหมายและขอบเขตของกฎหมายลำดับรองในมุมมองทางปกครอง บทบาทของศาลในการรับรู้กฎหมายประเภทต่างๆ ตลอดจนข้อพิจารณาในทางพยานหลักฐานที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายลำดับรองทั้งหมด เพื่อวิเคราะห์หาสภาพปัญหาและศึกษาหาแนวทางในการแก้ไขปัญหาดังกล่าวอย่างเป็นรูปธรรมและก่อให้เกิดประสิทธิภาพสูงสุด

หลังจากที่ผู้เขียนได้ทำการศึกษาปัญหาดังกล่าวพบว่าต้นตอของปัญหาเกิดขึ้นจากสองสาเหตุสำคัญ ได้แก่ สาเหตุแรก เกิดจากข้อขัดข้องของตัวกฎหมายลำดับรองเองที่มีเป็นจำนวนมากและแก้ไขเปลี่ยนแปลงอยู่บ่อยครั้ง ทำให้ยากต่อการติดตามและรวบรวมกฎหมายลำดับรองให้เป็นระบบเช่นกฎหมายลำดับสูง สาเหตุที่สอง เกิดจากการที่ศาลไทยยังไม่มีบทบาทเชิงรุกในคดีมากนักเมื่อศาลต้องพิจารณาถึงความมีอยู่ของกฎหมายลำดับรอง ศาลจึงแก้ปัญหาดังกล่าวด้วยการกำหนดให้คู่ความเป็นฝ่ายนำเสนอกฎหมายลำดับรองต่อศาลในฐานะข้อเท็จจริงในคดี ทั้งนี้โดยหลักแล้วการพิจารณาในประเด็นดังกล่าวควรมีสถานะเป็นข้อกฎหมาย

ผู้เขียนจึงขอเสนอแนะให้ศาลไทยแบ่งลักษณะการรับรู้ข้อกฎหมายเป็นสองประเภท คือ ข้อกฎหมายที่ศาลรู้ได้เองในทันที (Judicial notice without inquiry) และข้อกฎหมายที่ศาลจะรู้ได้เมื่อต้องทำการสืบเสาะ (Judicial notice after inquiry) เพื่อขยายขอบเขตการรับรู้กฎหมายลำดับรองของศาลให้กว้างขึ้น และควรกำหนดให้การพิจารณาในประเด็นที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายลำดับรองในทุกลักษณะมีสถานะเป็นประเด็นปัญหาข้อกฎหมายทั้งหมด โดยแยกส่วนการพิจารณาสถานะของกฎหมายลำดับรองในคดีออกจากพิจารณาในทางพยานหลักฐาน กล่าวคือ แม้กฎหมายลำดับรองจะมีสถานะเป็นข้อกฎหมายในคดีแต่หากมีข้อขัดข้องทำให้ศาลไม่อาจค้นหากฎหมายด้วยตนเองก็ควรที่จะมีบทกฎหมายที่บัญญัติเปิดโอกาสให้คู่ความสามารถนำเสนอกฎหมายลำดับรองดังกล่าวต่อศาลได้ ดังนั้น จึงควรมีการแก้ไขบทบัญญัติในส่วนของ “ข้อที่ศาลรู้เอง” ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของไทยให้มีความชัดเจนยิ่งขึ้น โดยนำแนวทางที่ปรากฏในกฎหมายเรื่อง “ข้อที่ศาลรู้เอง” (Judicial notice) ของประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศเยอรมันมาปรับใช้ เพื่อเพิ่มเติมให้เกิดบทบัญญัติที่กำหนดให้ศาลต้องค้นหากฎหมายมาปรับใช้แก่คดีด้วยตนเองเสมอ เว้นเสียแต่ว่ากฎหมายดังกล่าวจะเป็นกฎหมายที่อยู่นอกเหนือความรู้ของศาลอย่างแท้จริงจึงจะเปิดโอกาสให้คู่ความนำมาพิสูจน์ต่อศาล ส่วนรายละเอียดปลีกย่อยในเรื่องประเภทของกฎหมายที่ศาลสามารถรู้ได้เองนั้นให้ตราเป็นข้อกำหนดของประธานศาลฎีกาใช้บังคับในภายหลัง

สำหรับการกำหนดขอบเขตของกฎหมายลำดับรองที่ศาลรู้ได้เองนั้น ผู้เขียนมีความเห็นว่าควรนำเอาเกณฑ์การประกาศราชกิจจานุเบกษาเป็นกรอบในการกำหนด หากกฎหมายลำดับรองฉบับใดได้ประกาศลงในราชกิจจานุเบกษาแล้วต้องถือว่าเป็นเรื่องที่อยู่ในบังคับให้ศาลจะต้องรู้ได้เองเสมอ คู่ความจึงมีหน้าที่เพียงกล่าวอ้างกฎหมายลำดับรองดังกล่าวมาในคำคู่ความเพื่อตั้งเป็นประเด็นข้อกฎหมายในคดี ส่วนกฎหมายลำดับรองจำพวกที่ไม่ได้มีการประกาศลงในราชกิจจานุเบกษานั้น หากยังอยู่ในวิสัยที่ศาลสามารถค้นหากฎหมายลำดับรองดังกล่าวมาปรับใช้แก่คดีได้ด้วยตนเอง ศาลต้องเป็นผู้ค้นหาปรับใช้แก่คดีด้วยตนเองเสียก่อน แต่หากเป็นกฎหมายลำดับรองที่อยู่นอกเหนือวิสัยที่ศาลจะค้นหาได้ด้วยตนเองอย่างแท้จริง หรือการสืบเสาะกฎหมายลำดับรองดังกล่าวจะให้เกิดความล่าช้าในการพิจารณาคดีเป็นอย่างมาก จึงจะเปิดโอกาสให้คู่ความเป็นฝ่ายพิสูจน์กฎหมายลำดับรองต่อศาล

นอกจากนี้ยังควรกำหนดบทบัญญัติหรือข้อบังคับบางประการเกี่ยวกับวิธีการและขั้นตอนในการพิจารณาคดีของศาลในชั้นชี้สองสถานเพิ่มเติม เพื่อเปิดโอกาสให้คู่ความสามารถร่วมกำหนดประเด็นปัญหาข้อเท็จจริงและประเด็นปัญหาข้อกฎหมายในคดีไปพร้อมกับศาล อันจะส่งผลให้ศาลและคู่ความวางแนวทางในการนำเสนอพยานหลักฐานได้อย่างถูกต้องเหมาะสม และในท้ายที่สุดผู้เขียนมีความเห็นว่าศาลควรปรับบทบาทของศาลให้มีส่วนร่วมในการค้นหากฎหมายมาปรับใช้แก่คดี

(3)

มากขึ้น เพื่ออำนวยความสะดวกและเป็นธรรมในคดีและส่งเสริมบทบาทของศาลให้สอดคล้องกับวิธีพิจารณาความแพ่งสากล

คำสำคัญ : กฎหมายลำดับรอง, ภาระการพิสูจน์, หน้าที่นำสืบ, ปัญหาข้อเท็จจริง, ปัญหาข้อกฎหมาย, ข้อที่ศาลรู้เอง



Thesis Title	THE ROLE OF JUDGES IN FINDING AND APPLYING LAWS TO CIVIL CASES : STUDY ON THE ACKNOWLEDGEMENT OF THE DELEGATED LEGISLATION
Author	Miss Kamonvan Khanchong
Degree	Master of Laws
Major Field/Faculty/University	Private Law Law Thammasat University
Thesis Advisor	Assistant Professor Naphat Sora-at, Ph.D
Academic Years	2015

ABSTRACT

This thesis deals with the judge's acknowledgement on the delegated legislation which has some practical issues especially on the one that is lower than the ministerial regulation. The delegated legislation is sometimes considered as a question of law that the judges know it themselves, but sometimes as a question of fact they know it from the hearing. Those disagreements cause many problems in the proceedings such as the problem in assigning the burden of proof, the problem in the judge's role in laws finding in order to apply to the case.

According to these cloudy matters, this thesis proposes the following scopes to analyse the legal problems: the definition and the principle of the delegated legislation in administration perspectives, the role of judges in judicial notice in foreign countries.

After researching and analyzing deliberately, the author has found 2 primary causes of the problem as follows,

The first cause is the conflict among the numerous delegated legislations which have been amended too often to be collected thoroughly. And the second cause based on the role of judges in Thailand when the case has delegated

legislation involved. The judge will consider it to be just an evidence which the party has the burden of proof to bring it before the court.

According to those causes, the author suggests the solutions as follows; first is to classify the judge's law acknowledgement into 2 categories; the judicial notice without inquiry and the judicial notice after inquiry. Secondly, to consider all delegated legislations as questions of law in order to enlarge the judicial notice borderline.

The Legislative should amend Code of Civil Procedure in part of "Judicial Notice" by adopting the U.S. and German model in order to mandate the court to seek the law for consideration and provide the parties undertake to present the law before the court in case of the court is unable to perceive that law. Moreover, the details of the categories of Judicial Notice shall be provided by Supreme Court Regulation.

Besides, the borderline of Judicial notice in Delegated Legislation shall apply the promulgation in the government gazette to considering Judicial Notice – if The Delegated Legislation have already promulgation in the government gazette, shall deem as Judicial Notice which the court have to know and the parties are unable to invoke The Delegated Legislation before the court.

In case that The Delegated Legislation have not promulgated in the government gazette, the court still deem to know that law and have to seek the law for consideration. If the court is unable to find the law or take a lot of time to seek, Nevertheless, the parties shall have to present The Delegated Legislation before the court.

Finally, the legislative shall provide some contents concerning to place the issue of the litigation in order to allow the parties participate in the proceedings. Contemporaneously, the court shall be more participate in applying Delegated legislation in order to improve the justice and to be coincide with Transnational Civil Procedure.

Keywords: subordinate legislation, delegated legislation, burden of adducing evidence, burden of proof, question of fact, question of law, judicial notice



กิตติกรรมประกาศ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้คงไม่อาจสำเร็จลุล่วงลงได้เลยหากไม่ได้รับความกรุณาจากท่าน ท่านศาสตราจารย์ ดร.อุดม รัฐอมฤต และท่านผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ณภัทร สรวิทย์ ที่รับเป็นที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ โดยได้สละเวลาอันมีค่าเพื่อให้คำปรึกษา ชี้แนะแนวทาง รวมถึงขัดเกลาให้ผู้เขียนสามารถจัดทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ได้อย่างเป็นระบบ นอกจากนี้ผู้เขียนขอขอบพระคุณท่าน ศาสตราจารย์ (พิเศษ) ภัทรศักดิ์ วรรณแสง ที่กรุณารับเป็นประธานกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ ท่านอาจารย์ ดร.วรรณชัย บุญบำรุง และท่านผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.สมชาย รัตนชื้อสกุล ที่กรุณารับเป็นกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ รวมถึงให้คำแนะนำในการจัดทำวิทยานิพนธ์เล่มนี้เพื่อให้มีเนื้อหาที่สมบูรณ์ยิ่งขึ้น

ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณคณาจารย์ในคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ทุกท่านที่ประสิทธิประสาทวิชาความรู้ทางกฎหมายให้แก่ผู้เขียน บริษัท สำนักกฎหมายพับลิค แอทเทอร์นีย์ จำกัด ที่ให้การสนับสนุนและให้ความรู้แก่ผู้เขียนมาโดยตลอดตั้งแต่เริ่มเข้าศึกษากระทั่งจัดทำวิทยานิพนธ์เล่มนี้สำเร็จ และยังขอขอบคุณไปถึงเพื่อนๆ พี่ๆ น้องๆ ในสาขาวิชากฎหมายเอกชน ห้องสมุดสัญญาธรรมศักดิ์ และห้องสมุดปรีดี พนมยงค์ ทุกท่าน สำหรับกำลังใจ คำแนะนำ ความช่วยเหลือ และแรงผลักดันที่มีให้แก่ผู้เขียนเสมอมา ในท้ายที่สุดนี้ผู้เขียนคงไม่อาจจะจัดทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ให้สำเร็จลุล่วงได้เลยหากขาดกำลังใจและแรงสนับสนุนที่สำคัญจากบิดา มารดา และครอบครัวของผู้เขียนที่คอยสนับสนุนทำให้ผู้เขียนสามารถผ่านพ้นอุปสรรคต่างๆ มาได้ด้วยดี ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณเป็นอย่างสูง

หากวิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีข้อบกพร่องประการใด ผู้เขียนต้องกราบขออภัยและขอน้อมรับไว้ ณ ที่นี้

นางสาวกมลวรรณ คั่นฉ่อง
มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

สารบัญ

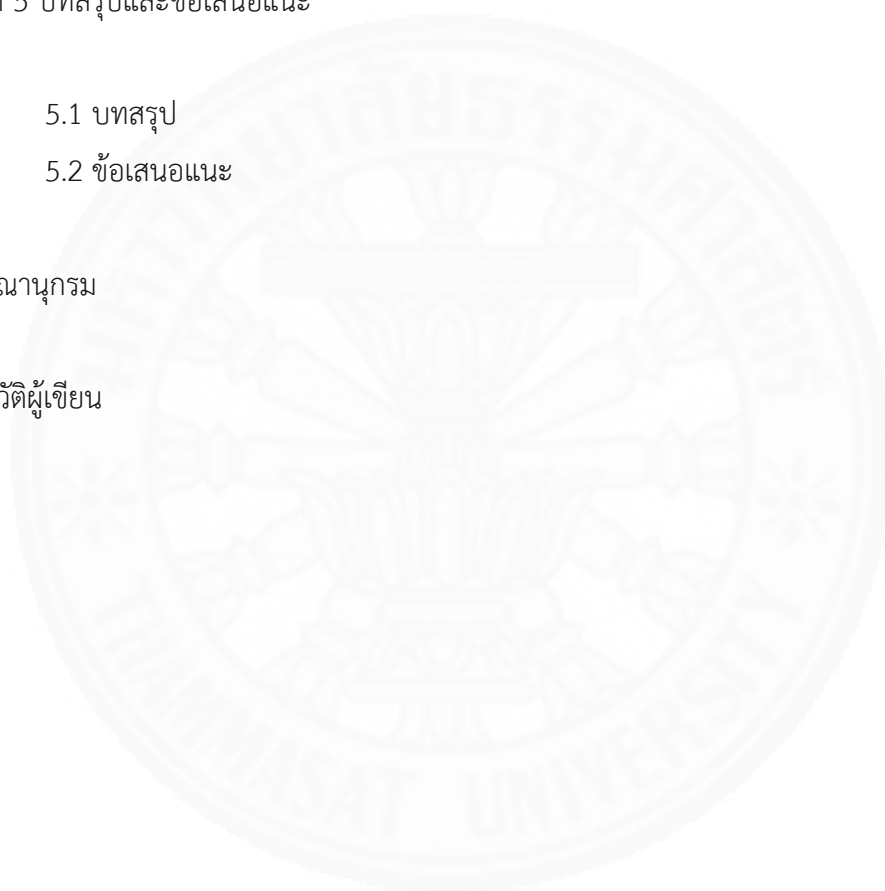
	หน้า
บทคัดย่อภาษาไทย	(1)
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ	(4)
กิตติกรรมประกาศ	(7)
สารบัญตาราง	(13)
บทที่ 1 บทนำ	1
1.1 สภาพและความสำคัญของปัญหา	1
1.2 วัตถุประสงค์การศึกษา	3
1.3 ขอบเขตการศึกษา	4
1.4 วิธีการศึกษา	5
1.5 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ	5
บทที่ 2 แนวคิดพื้นฐานและหลักการพื้นฐาน	6
2.1 แนวคิดพื้นฐานและข้อพิจารณาเกี่ยวกับกฎหมายลำดับรอง	6
2.1.1 ข้อความคิดและทฤษฎีพื้นฐานเกี่ยวกับกฎหมาย	6
2.1.1.1 ลักษณะของกฎหมาย	8
(1) กฎหมายตามเนื้อความ	8
(2) กฎหมายตามแบบพิธี	9
2.1.1.2 บ่อเกิดของกฎหมาย	10
(1) บ่อเกิดของกฎหมายในลักษณะที่มีได้บัญญัติขึ้น	10
(2) บ่อเกิดของกฎหมายในลักษณะที่ถูกบัญญัติขึ้น	13
2.1.1.3 ประเภทและลักษณะของกฎหมายลายลักษณ์อักษร	14

(1) กฎหมายลำดับสูง	14
(2) กฎหมายลำดับรอง	19
2.1.1.4 ลำดับชั้นของกฎหมายลายลักษณ์อักษร	27
2.1.2 ขอบเขตของกฎหมายลำดับรองในมุมมองทางปกครอง	29
2.1.2.1 ขอบเขตของนิติกรรมทางปกครอง	30
(1) กฎทางปกครอง	31
(2) คำสั่งทางปกครอง	33
(3) คำสั่งทางปกครองทั่วไป	34
2.1.2.2 ขอบเขตของมาตรการภายในของฝ่ายปกครอง	36
2.1.2.3 ข้อพิจารณาเกี่ยวกับค่าบังคับของกฎหมายลำดับรอง	39
2.2 ขอบเขตและความสำคัญของกฎหมายลักษณะพยานหลักฐาน	41
2.2.1 แนวคิดพื้นฐานเกี่ยวกับกฎหมายลักษณะพยานหลักฐาน	42
2.2.1.1 ความหมายของพยานหลักฐาน	42
2.2.1.2 วัตถุประสงค์ของกฎหมายลักษณะพยานหลักฐาน	43
2.2.2 ลักษณะของปัญหาข้อเท็จจริงและปัญหาข้อกฎหมายในทางพยานหลักฐาน	47
2.2.2.1 ปัญหาข้อกฎหมาย	49
2.2.2.2 ปัญหาข้อเท็จจริง	51
2.3 บทบาทของศาลในการรับรู้ข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายในการพิจารณาคดีแพ่งของไทย	53
2.3.1 การรับรู้ข้อเท็จจริงในการพิจารณาคดีแพ่ง	53
2.3.1.1 ข้อเท็จจริงที่ได้จากพยานหลักฐาน	54
2.3.1.2 ข้อเท็จจริงที่ศาลรู้ได้เอง	54
(1) ข้อเท็จจริงที่รู้กันอยู่ทั่วไป	55
(2) ข้อเท็จจริงที่ไม่อาจโต้แย้งได้	57
2.3.2 การรับรู้ข้อกฎหมายในการพิจารณาคดีแพ่ง	59
2.4 การรับรู้กฎหมายลำดับรองในการพิจารณาคดีแพ่งของไทย	69
2.4.1 แนวคำพิพากษาฎีกาที่วินิจฉัยเกี่ยวกับการรับรู้กฎหมายลำดับรองของศาล	70

2.4.1.1 แนวคำพิพากษาศาลฎีกาที่วินิจฉัยให้กฎหมายลำดับรอง มีสถานะเป็นปัญหาข้อเท็จจริง	71
2.4.1.2 แนวคำพิพากษาศาลฎีกาที่วินิจฉัยให้กฎหมายลำดับรอง มีสถานะเป็นปัญหาข้อกฎหมาย	76
2.4.2 ความเห็นของนักกฎหมายไทยเกี่ยวกับการรับรู้กฎหมายลำดับรอง	79
 บทที่ 3 บทบาทของศาลในต่างประเทศกับการค้นหากฎหมายมาใช้ปรับใช้ในคดี	 87
3.1 ประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์	87
3.1.1 บทบาทของศาลในประเทศอังกฤษ	87
3.1.1.1 ระบบวิธีพิจารณาคดีแพ่ง	90
3.1.1.2 ระบบการค้นหาคความจริง	91
3.1.1.3 ข้อที่ศาลรู้เอง (Judicial notice)	92
3.1.2 บทบาทของศาลในประเทศสหรัฐอเมริกา	98
3.1.2.1 ระบบวิธีพิจารณาคดีแพ่ง	102
3.1.2.2 ระบบการค้นหาคความจริง	103
3.1.2.3 ข้อที่ศาลรู้เอง (Judicial notice)	104
(1) กฎหมายในระดับสหรัฐ	107
(2) กฎหมายในระดับมลรัฐ	110
3.2 ประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายซีวิลลอว์	120
3.2.1 บทบาทของศาลในประเทศฝรั่งเศส	120
3.2.1.1 ระบบวิธีพิจารณาคดีแพ่ง	124
3.2.1.2 ระบบการค้นหาคความจริง	126
3.2.1.3 ข้อที่ศาลรู้เอง	129
3.2.2 บทบาทของศาลในประเทศเยอรมัน	131
3.2.2.1 ระบบวิธีพิจารณาคดีแพ่ง	136
3.2.2.2 ระบบการค้นหาคความจริง	138
3.2.2.3 ข้อที่ศาลรู้เอง	140
3.3 เปรียบเทียบบทบาทของศาลในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ และระบบกฎหมายซีวิลลอว์	142

3.3.1 บทบาทของศาลในการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีแพ่ง	143
3.3.2 บทบาทของศาลในการค้นหาข้อเท็จจริงและข้อกฎหมาย มาใช้บังคับแก้คดี	145
3.4 บทบาทของศาลในต่างประเทศกับการนำกฎหมายต่างประเทศ มาปรับใช้แก้คดี	146
บทที่ 4 บทวิเคราะห์การค้นหากฎหมายลำดับรองมาใช้ในคดีของศาลไทย	154
4.1 วิเคราะห์แนวทางในการกำหนดสถานะทางคดีของกฎหมายลำดับรอง	154
4.1.1 แนวทางที่ศาลใช้กำหนดให้กฎหมายลำดับรองมีสถานะเป็น ปัญหาข้อเท็จจริง	154
4.1.2 แนวทางที่ศาลใช้กำหนดให้กฎหมายลำดับรองมีสถานะเป็น ปัญหาข้อกฎหมาย	158
4.2 ข้อขัดข้องและข้อจำกัดในการนำกฎหมายลำดับรองมาใช้ในคดี ของไทย	159
4.2.1 ข้อขัดข้องในการพิจารณาถึงความมีอยู่ของกฎหมายลำดับรอง	160
4.2.2 ข้อขัดข้องในการพิจารณาถึงความมีผลใช้บังคับของกฎหมาย ลำดับรอง	163
4.2.3 ข้อจำกัดจากแนวคิดเรื่องการวางตัวเป็นกลางอย่างเคร่งครัด ของศาล	166
4.2.4 ข้อจำกัดจากประมวลจริยธรรมข้าราชการตุลาการ	168
4.3 วิเคราะห์ผลกระทบในเชิงคดีจากการกำหนดสถานะของ กฎหมายลำดับรอง	169
4.3.1 ผลกระทบในเชิงคดีกรณีที่ศาลกำหนดให้กฎหมายลำดับรอง มีสถานะเป็นปัญหาข้อกฎหมาย	170
4.3.2 ผลกระทบในเชิงคดีกรณีที่ศาลกำหนดให้กฎหมายลำดับรอง มีสถานะเป็นปัญหาข้อเท็จจริง	175
(1) ข้อจำกัดในการนำเสนอข้อเท็จจริงเข้ามาสู่คดี	175
(2) ข้อจำกัดสิทธิในการอุทธรณ์	180

4.4 วิเคราะห์และเปรียบเทียบการรับรู้กฎหมายของศาลในการพิจารณาคดีประเภทอื่น	182
4.4.1 การรับรู้กฎหมายลำดับรองของศาลในคดีอาญา	183
4.4.2 การรับรู้กฎหมายลำดับรองของศาลในคดีแรงงาน	184
4.4.3 การรับรู้กฎหมายลำดับรองของศาลในคดีล้มละลาย	186
บทที่ 5 บทสรุปและข้อเสนอแนะ	190
5.1 บทสรุป	190
5.2 ข้อเสนอแนะ	191
บรรณานุกรม	196
ประวัติผู้เขียน	214



สารบัญตาราง

ตารางที่	หน้า
2.1 ตารางแสดงลำดับชั้นของกฎหมาย	28



บทที่ 1

บทนำ

1.1 สภาพและความสำคัญของปัญหา

การดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีแพ่งของไทยนั้นอาจกล่าวได้ว่าศาลและคู่ความเป็นผู้มีส่วนสำคัญที่สุดในการควบคุมและกำหนดทิศทางในการนำเสนอพยานหลักฐานเข้าสู่สำนวนคดีตามบทบัญญัติของประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 84 มาตรา 84/1 และมาตรา 85 กฎหมายพยานหลักฐานจึงกลายเป็นเครื่องมือที่สำคัญในการค้นหาข้อเท็จจริงในคดีโดยมุ่งพิสูจน์ความจริงให้เป็นที่ยุติในชั้นศาล สอดคล้องกับภาษิตกฎหมายลาตินที่ว่า “Da mihi factum, dabo tibi jus” (ข้อเท็จจริงเป็นเรื่องของคู่ความ ข้อกฎหมายเป็นเรื่องของศาล) การแยกข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายออกจากกันจึงมีความสำคัญต่อการแบ่งแยกหน้าที่ของศาลและคู่ความในคดี เพราะโดยหลักแล้วการพิจารณาในส่วนของข้อกฎหมายทั้งหมดจะต้องอยู่ในความรับผิดชอบศาลตามภาษิตกฎหมายลาตินว่า “Jura novit curia” (ศาลถือว่าเป็นผู้รู้กฎหมาย) ส่วนประเด็นที่เกี่ยวข้องกับข้อเท็จจริงเป็นหน้าที่ของคู่ความที่จะต้องกล่าวอ้างและนำเสนอต่อศาลตามกฎหมายลักษณะพยานหลักฐาน เว้นแต่จะเป็นกรณีที่มีกฎหมายกำหนดไว้โดยเฉพาะให้ศาลต้องทราบข้อเท็จจริงบางอย่างด้วยตนเอง

ส่วนหลักเกณฑ์ในการแยกข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายออกจากกันนั้นปัจจุบันยังไม่มีมีการกำหนดหรือบัญญัติไว้เป็นกฎหมายอย่างชัดเจน การพิจารณาเรื่องดังกล่าวจึงขึ้นอยู่กับดุลพินิจของผู้พิพากษาเป็นรายคดี จึงต้องอาศัยการศึกษาจากหลักการที่ปรากฏในแนวคำพิพากษาของศาลฎีกาและความเห็นของนักกฎหมายเป็นสำคัญ เมื่อผู้เขียนได้ศึกษารายละเอียดในเบื้องต้นพบว่าแนวทางในการวินิจฉัยเรื่องดังกล่าวของศาลและนักกฎหมายของไทยยังไม่มีข้อยุติที่แน่ชัดมากนัก โดยเฉพาะอย่างยิ่งในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการพิจารณาสถานะของกฎหมายลำดับรองที่มีฐานะต่ำกว่ากฎกระทรวงลงมาที่ยังคงเป็นที่ถกเถียงกันในหมู่นักกฎหมายว่ามีสถานะเป็นข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมาย

อย่างไรก็ดีก่อนที่จะศึกษาถึงประเด็นดังกล่าวผู้เขียนต้องทำการศึกษาถึงประวัติความเป็นมาและลักษณะที่สำคัญของกฎหมายลำดับรองเพื่อสร้างความเข้าใจให้ตรงกันเสียก่อนว่ากฎหมายลำดับรองมีลักษณะอย่างไรและหมายถึงกฎหมายประเภทใดบ้าง โดยผู้เขียนจะทำการศึกษาวิเคราะห์จากมุมมองทางปกครองเป็นหลัก ทั้งนี้ก็เพราะนอกจากกฎหมายลำดับรองจะมีสถานะเป็นกฎหมายลักษณะหนึ่งแล้วขณะเดียวกันก็มีสถานะเป็นการกระทำทางปกครองในรูปแบบของ “กฎในทางปกครอง” ไปพร้อมกันด้วย ผู้เขียนจึงต้องทำการศึกษาเปรียบเทียบให้เห็นความแตกต่างของการกระทำทางปกครองประเภทต่างๆ เพื่อชี้ให้เห็นแนวทางในการกำหนดขอบเขตที่ชัดเจนของ

กฎหมายลำดับรอง และยังเป็นประโยชน์ต่อการนำไปปรับใช้กับกฎหมายลำดับรองในลักษณะอื่น เช่น ข้อบัญญัติขององค์กรของรัฐที่เป็นอิสระ กฎหมายองค์การบัญญัติ กฎหมายที่ตราขึ้นโดยองค์กรย่อยขององค์กรนิติบัญญัติและองค์กรตุลาการ หรือกฎหมายวิธีพิจารณาความที่ตราขึ้นโดยองค์กรตุลาการอีกด้วย นอกจากนี้ผู้เขียนยังได้ศึกษาเพิ่มเติมถึงประเด็นเรื่องค่าบังคับของกฎหมายลำดับรอง เนื่องจากประเด็นดังกล่าวเกี่ยวข้องกับตรงกับการพิจารณากำหนดบทบาทในการรับรู้กฎหมายของศาล

ส่วนประเด็นที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายลักษณะพยานหลักฐานนั้น แม้ว่าโดยหลักแล้ว คู่ความจะต้องเป็นผู้มีหน้าที่นำเสนอข้อเท็จจริงต่างๆ ต่อศาลตามวิธีการและขั้นตอนของกฎหมายลักษณะพยานหลักฐานก็ตาม แต่มีข้อยกเว้นบางประการที่กฎหมายกำหนดให้เป็นเรื่องที่ศาลสามารถรู้ได้เองโดยไม่ต้องมีการสืบพยานหรือไต่สวนข้อเท็จจริงดังกล่าวจากคู่ความ ซึ่งเรียกข้อยกเว้นประเภทนี้ว่า “ข้อที่ศาลรู้เอง” (Judicial notice) อันเป็นหลักการพื้นฐานที่ปรากฏอยู่ในวิธีพิจารณาคดีแพ่งของหลายประเทศ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ที่วางหลักเกณฑ์เกี่ยวกับเรื่องดังกล่าวไว้อย่างชัดเจน ซึ่งประเทศไทยเองก็ได้มีการนำหลักการดังกล่าวมาใช้ในการพิจารณาคดีเช่นกันแต่ยังไม่มียกข้อยกเว้นที่กำหนดรายละเอียดไว้อย่างชัดเจนนัก การพิจารณาถึง “ข้อที่ศาลรู้เอง” ของไทยจึงต้องพิเคราะห์จากแนวคำพิพากษาฎีกาและความเห็นของนักกฎหมายเป็นหลัก

เมื่อผู้เขียนได้ทำการศึกษาถึงลักษณะการรับรู้กฎหมายของศาลที่ปรากฏในคำพิพากษาฎีกาพบว่าศาลได้แยกลักษณะการพิจารณาที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายออกเป็นหลายลักษณะประกอบด้วย การพิจารณาถึงความมีอยู่ของกฎหมาย การพิจารณาคีความหรือแปลความกฎหมาย และการพิจารณาปรับใช้กฎหมายกับข้อเท็จจริงในคดี ซึ่งศาลฎีกาได้วางแนวทางไว้เป็นบรรทัดฐานตรงกันว่าหากเป็นการพิจารณาในประเด็นเรื่องการตีความหรือแปลความกฎหมายและการปรับบทกฎหมายกับข้อเท็จจริงในคดี ไม่ว่าจะเป็นการพิจารณาในส่วนที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายลำดับสูงหรือกฎหมายลำดับรองก็มีสถานะเป็นปัญหาข้อกฎหมายทั้งสิ้น คู่ความไม่ต้องนำเสนอพยานหลักฐานเกี่ยวกับประเด็นดังกล่าวต่อศาล แต่หากเป็นการพิจารณาในประเด็นว่ามีกฎหมายบทใดบทหนึ่งบังคับอยู่ในขณะเกิดเหตุคดีนั้นหรือไม่ ศาลฎีกาได้วางแนวทางการพิจารณาไว้ 3 แนวทาง ประกอบด้วย แนวทางแรก ศาลฎีกาได้วางแนวทางให้ศาลรับรู้กฎหมายลำดับสูง เช่น รัฐธรรมนูญ พระราชบัญญัติ พระราชกำหนด และประมวลกฎหมายต่างๆ ด้วยตนเอง และกำหนดให้มีสถานะเป็นข้อกฎหมายที่อยู่ในอำนาจพิจารณาของศาลโดยคู่ความไม่ต้องนำเสนอต่อศาล แนวทางที่สอง ศาลฎีกาได้วางแนวทางให้ศาลรับรู้กฎหมายลำดับรองจำพวกพระราชกฤษฎีกาและกฎกระทรวงไว้เป็นที่ยุติว่าเป็นเรื่องที่ศาลสามารถรับรู้ได้ด้วยตนเองและกำหนดให้มีสถานะเป็นข้อกฎหมายที่อยู่ในอำนาจพิจารณาของศาลโดยคู่ความไม่ต้องนำเสนอต่อศาลเช่นกัน แนวทางที่สาม สำหรับกฎหมายลำดับรองที่มีฐานะต่ำกว่า

กฎกระทรวงลงมานั้น ศาลยังไม่สามารถหาข้อยุติในการกำหนดแนวทางได้อย่างแน่ชัดนักว่ามีสถานะเป็นปัญหาข้อเท็จจริงหรือปัญหาข้อกฎหมาย ทั้งนี้ก็เพราะคำพิพากษาศาลฎีกาเกี่ยวกับเรื่องดังกล่าวยังคงมีการวินิจฉัยกลับแนวไปมาจนถึงปัจจุบัน บางกรณีศาลก็วินิจฉัยให้มีสถานะเป็นข้อกฎหมายที่ศาลรู้ได้เอง แต่บางกรณีศาลกลับวินิจฉัยให้มีสถานะเป็นข้อเท็จจริงที่คู่ความจะต้องนำสืบต่อศาล

เมื่อการพิจารณาในประเด็นที่เกี่ยวข้องกับการตีความหรือแปลความกฎหมายและการพิจารณาในประเด็นเรื่องการปรับบทกฎหมายมีแนวคำพิพากษาศาลฎีกาวินิจฉัยไว้เป็นที่ยุติแล้วว่าการพิจารณาในประเด็นดังกล่าวมีสถานะเป็นปัญหาข้อกฎหมายและเป็นหน้าที่ของศาลโดยตรงที่จะต้องพิจารณาวินิจฉัย วิทยานิพนธ์ฉบับนี้จึงไม่ขอพิเคราะห์ถึงประเด็นดังกล่าวอีก แต่มุ่งทำการศึกษาในส่วนของบทบาทของศาลในการค้นหากฎหมายลำดับรองที่มีฐานะต่ำกว่ากฎกระทรวงมาปรับใช้แก่คดีเป็นสำคัญ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในการพิจารณาถึงประเด็นเรื่องความมีอยู่ของกฎหมายลำดับรองที่มีฐานะต่ำกว่ากฎกระทรวงลงมาว่าศาลควรรับรู้กฎหมายลำดับรองประเภทดังกล่าวได้ด้วยตนเองในฐานที่เป็นข้อกฎหมายในคดี หรือควรกำหนดให้มีสถานะเป็นข้อเท็จจริงที่คู่ความต้องนำสืบต่อศาล นอกจากนี้ผู้เขียนยังทำการศึกษาเพิ่มเติมไปถึงผลกระทบจากความไม่แน่นอนของสถานะของกฎหมายลำดับรอง ข้อจำกัดและข้อขัดข้องที่เกิดขึ้นในทางคดี ข้อดีข้อเสียที่อาจเกิดขึ้นในการพิจารณาคดี รวมถึงศึกษาแนวคิดเกี่ยวกับเรื่องดังกล่าวที่ปรากฏอยู่ในกฎหมายของต่างประเทศและการพิจารณาคดีประเภทอื่น จากนั้นจึงวิเคราะห์หาสภาพปัญหาและสร้างแนวทางแก้ไขปัญหาดังกล่าวอย่างเหมาะสม อันจะเป็นส่วนช่วยลดความสับสนหรือความผิดพลาดที่อาจเกิดขึ้นในกระบวนการพิจารณาคดีของศาล และส่งเสริมให้การพิจารณาคดีของศาลมีความยืดหยุ่นมากขึ้น เพื่ออำนวยความสะดวกให้แก่ประชาชนได้อย่างแท้จริง

1.2 วัตถุประสงค์ในการศึกษา

1. ศึกษาเกี่ยวกับบทบาทของศาลในการพิจารณาคดีแพ่งของไทยทั้งในส่วนของการค้นหาข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายมาปรับใช้ในคดี การควบคุมการดำเนินกระบวนการพิจารณาของศาล และการควบคุมการนำเสนอพยานหลักฐานของคู่ความ เพื่อวิเคราะห์ถึงผลกระทบที่เกิดขึ้นและหาแนวทางในการปรับเปลี่ยนบทบาทของศาลให้เหมาะสม

2. ศึกษาบทบาทของศาลในการรับรู้กฎหมายในลักษณะต่างๆ เช่น กฎหมายภายในประเทศชนิดต่างๆ กฎหมายต่างประเทศ และกฎหมายระหว่างประเทศ โดยเฉพาะอย่างยิ่งบทบาทของศาลในการรับรู้กฎหมายลำดับรอง เพื่อศึกษาแนวทางในการนำกฎหมายมาปรับใช้แก่คดี

3. ศึกษาถึงหลัก “ข้อที่ศาลรู้เอง” ทั้งในกฎหมายไทยและต่างประเทศ เพื่อนำมาเป็นวิธีการที่จะช่วยลดขั้นตอนการพิจารณาคดีของศาล ทำให้การพิจารณาคดีเป็นไปด้วยความรวดเร็ว และช่วยลดค่าใช้จ่ายของคู่ความ

4. ศึกษาถึงแนวทางในการกำหนดสถานะทางคดีของกฎหมายลำดับรองและข้อขัดข้องในการรับรู้กฎหมายลำดับรองของศาล เพื่อนำมาวิเคราะห์หาแนวทางแก้ไขปัญหาที่เหมาะสมต่อไป

5. ศึกษาถึงแนวคิด ที่มา และลักษณะเฉพาะของกฎหมายลำดับรองประเภทต่างๆ เพื่อจำกัดขอบเขตของกฎหมายลำดับรองให้มีความชัดเจนยิ่งขึ้น

6. ศึกษาถึงบทบาทของศาลและคู่ความในการพิจารณาตีแผ่ของต่างประเทศ เพื่อใช้เป็นแนวทางในการแก้ไขปรับปรุงประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของไทยให้มีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น

1.3 ขอบเขตของการศึกษา

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้มุ่งศึกษาถึงแนวทางการค้นหากฎหมายมาปรับใช้ในคดีของศาล เพื่อค้นหาแนวทางในการรับรู้กฎหมายของศาลในปัจจุบันว่ามีลักษณะอย่างไร โดยเฉพาะอย่างยิ่งในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการรับรู้กฎหมายลำดับรองที่มีฐานะต่ำกว่ากฎกระทรวงลงมาเป็นเรื่องที่ศาลสามารถรู้ได้เองหรือไม่และมีสถานะในทางคดีอย่างไร เนื่องจากเป็นเรื่องที่ส่งผลกระทบต่อการกำหนดหน้าที่ของศาลและคู่ความในการพิจารณาคดี โดยผู้เขียนมุ่งทำการศึกษาจากแนวทางการพิจารณาตีแผ่ของศาลที่ปรากฏในคำพิพากษาฎีกาและความเห็นของของนักกฎหมายเป็นสำคัญ จากนั้นจึงศึกษาเปรียบเทียบกับแนวคิดของต่างประเทศทั้งในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์และระบบกฎหมายซีวิลลอว์ รวมถึงศึกษาการรับรู้กฎหมายลำดับรองของศาลในการพิจารณาคดีประเภทอื่น เช่น การพิจารณาคดีอาญา การพิจารณาคดีแรงงาน และการพิจารณาคดีล้มละลาย เพื่อวิเคราะห์หาแนวทางที่เหมาะสมในการกำหนดสถานะทางคดีของกฎหมายลำดับรองทั้งในคดีแพ่งและคดีประเภทอื่นๆ นอกจากนี้ผู้เขียนยังได้ทำการศึกษาถึงกฎหมายลำดับรองในมุมมองทางปกครอง เพื่อเปรียบเทียบให้เห็นความแตกต่างของการกระทำทางปกครองในรูปแบบต่างๆ ไม่ว่าจะเป็นกฎหมายปกครอง คำสั่งทางปกครอง หรือมาตรการภายในของฝ่ายปกครอง อันทำให้สามารถจำกัดขอบเขตของกฎหมายลำดับรองทำได้ชัดเจนยิ่งขึ้น

1.4 วิธีการศึกษา

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้ศึกษาโดยใช้วิธีการค้นคว้าและรวบรวมข้อมูลจากเอกสารเป็นหลัก ไม่ว่าจะเป็นการศึกษาจากตำรากฎหมาย หนังสือ บทความ เอกสารภาษาไทย เอกสารภาษาต่างประเทศ สื่ออิเล็กทรอนิกส์ คำพิพากษาของศาลฎีกา ตลอดจนความเห็นของนักกฎหมาย เพื่อนำมาใช้ประกอบการทำความเข้าใจและวิเคราะห์หาข้อสรุปของปัญหา รวมทั้งศึกษาหาแนวทางการแก้ปัญหาอย่างเหมาะสมต่อไป

1.5 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

1. เพื่อทราบถึงแนวทางของศาลและนักวิชาการของไทยในการกำหนดสถานะทางคดีของกฎหมายลำดับรอง เพื่อใช้เป็นแนวทางในการกำหนดบทบาทของศาลและคู่ความได้อย่างถูกต้องเหมาะสม
2. เพื่อทราบถึงหลักการและแนวคิดพื้นฐานเกี่ยวกับ “ข้อที่ศาลรู้เอง” อันเป็นข้อพิจารณาที่สำคัญในกฎหมายลักษณะพยานหลักฐานของทั้งไทยและต่างประเทศ เพื่อใช้เป็นแนวทางในการกำหนดบทบาทของศาลและคู่ความในการพิจารณาคดี
3. เพื่อทราบถึงความเป็นมาของกฎหมายลำดับรองและลักษณะเฉพาะของกฎหมายลำดับรอง อันจะเป็นประโยชน์ในการจำกัดขอบเขตของกฎหมายลำดับรองให้แน่ชัดว่าหมายถึงกฎหมายใดในลักษณะใดบ้าง
4. เพื่อทราบถึงสภาพปัญหาและข้อขัดข้องต่างๆ ของกฎหมายลำดับรองที่อาจส่งผลกระทบต่อการพิจารณาคดีของศาล และนำมาใช้เป็นแนวทางในการกำหนดสถานะทางคดีของกฎหมายลำดับรองให้เป็นไปในทิศทางเดียวกัน
5. เพื่อเป็นแนวทางในการปรับปรุงกระบวนการพิจารณาคดีแพ่งให้มีประสิทธิภาพและเหมาะสมกับสภาพสังคมในปัจจุบัน

บทที่ 2

แนวคิดและหลักการพื้นฐาน

2.1 แนวคิดพื้นฐานและข้อพิจารณาเกี่ยวกับกฎหมายลำดับรอง

ดังที่ปรากฏหลักฐานทางประวัติศาสตร์ว่ามนุษย์รู้จักการรวมกลุ่มมาเป็นระยะเวลาช้านาน โดยในระยะแรกนั้นมนุษย์รวมตัวกันอย่างง่ายเป็นกลุ่มก้อนเล็กๆ แล้วจึงค่อยๆ พัฒนาจนประกอบเป็นสังคมที่มีขนาดใหญ่ขึ้น เป็นที่แน่นอนว่าการรวมกลุ่มกันเป็นสังคมนี้อย่างน้อยต้องมีการกระทบกระทั่งและความขัดแย้งเกิดขึ้น หากเป็นเพียงการรวมกลุ่มเล็กๆ ก็คงจัดการความขัดแย้งได้โดยง่าย แต่เมื่อสังคมมีขนาดใหญ่ขึ้นย่อมเป็นการยากที่จะบริหารจัดการ ฉะนั้น เพื่อป้องกันไม่ให้เกิดความวุ่นวายขึ้นในสังคม มนุษย์จึงต้องมีการกำหนดกฎระเบียบขึ้นใช้บังคับและต่อมากฎระเบียบดังกล่าวนี้เองก็ได้พัฒนาขึ้นเป็นระบบในการควบคุมสังคม¹ (Social control) อันประกอบด้วย ศีลธรรม จารีตประเพณี ศาสนา และกฎหมาย ดังนั้น กฎหมายจึงกลายเป็นเครื่องมือสำคัญในการกำหนดความประพฤติของประชาชนในสังคม และเพื่อเสริมสร้างความเข้าใจในหลักการพื้นฐานของกฎหมายและชี้ให้เห็นถึงลักษณะเฉพาะของกฎหมายประเภทต่างๆ อันจะทำให้เห็นถึงความแตกต่างของกฎหมายประเภทต่างๆ ได้ง่ายขึ้น ผู้เขียนขอแนะนำเสนอข้อความคิดและทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายในประการดังต่อไปนี้

2.1.1 ข้อความคิดและทฤษฎีพื้นฐานเกี่ยวกับกฎหมาย

“Ubi societas, ibi jus ที่ไหนมีสังคมที่นั่นมีกฎหมาย” เป็นสุภาษิตกฎหมายลาตินที่สะท้อนให้เห็นถึงความสำคัญของกฎหมายในฐานะที่เป็นเครื่องมือสำคัญที่ใช้ในการควบคุมสังคมที่สำคัญประการหนึ่ง กฎหมายจึงเป็นกฎเกณฑ์ที่กำหนดแบบแผนความประพฤติของมนุษย์ในสังคม ซึ่งมีกระบวนการบังคับที่เป็นกิจลักษณะ² (Organized sanction or organized enforcement) อันเป็นผลทำให้กฎหมายเป็นกฎเกณฑ์ที่มีลักษณะแตกต่างจากเครื่องมือในการ

¹ ปรีดี เกษมทรัพย์, กฎหมายแพ่ง: หลักทั่วไป, (กรุงเทพมหานคร : ห้างหุ้นส่วนจำกัดภาพพิมพ์, 2526), น.5

² ปรีดี เกษมทรัพย์, เพิ่งอ้าง, น.13

ควบคุมสังคมประเภทอื่น ส่วนคำว่า “กฎหมาย” มีความหมายว่าอย่างไรนั้น นักกฎหมายหลายท่าน ได้ให้ความหมายไว้มากมาย อาทิเช่น

กรมหลวงราชบุรีดิเรกฤทธิ์ ได้ให้ความหมายว่า กฎหมายคือคำสั่งทั้งหลายของผู้ปกครองว่าการแผ่นดินต่อราษฎรทั้งหลาย เมื่อไม่ทำตามแล้วธรรมดาต้องรับโทษ³

หลวงจ่ารัฐนิติศาสตร์ ได้ให้ความหมายว่า กฎหมายได้แก่ข้อบังคับว่าด้วยการปฏิบัติซึ่งผู้มีอำนาจของประเทศได้บัญญัติขึ้น⁴

ศาสตราจารย์ ดร.ปรีดี เกษมทรัพย์ ได้ให้ความหมายว่า กฎหมายคือกฎเกณฑ์ที่เป็นแบบแผนความประพฤติของมนุษย์ในสังคมซึ่งมีกระบวนการบังคับที่เป็นกิจจะลักษณะ⁵

ศาสตราจารย์ ดร.บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ ได้ให้ความหมายว่า กฎหมายเป็นสิ่งที่กำหนดความสัมพันธ์ระหว่างมนุษย์หากไม่เชื่อฟังก็จะต้องมีการใช้อำนาจบังคับ โดยรัฐจะเป็นผู้ควบคุมให้มีการปฏิบัติตามกฎหมาย ซึ่งกฎหมายกับความยุติธรรมไม่จำเป็นต้องเป็นสิ่งเดียวกันแต่กฎหมายย่อมต้องไฝหาความยุติธรรมและช่วยจรรโลงให้เกิดความยุติธรรมขึ้น⁶

จึงอาจกล่าวได้โดยสรุปว่าคำว่า “กฎหมาย” ย่อมมีความหมายถึงกฎเกณฑ์ข้อบังคับที่มีผลเป็นการทั่วไปให้คนในสังคมต้องประพฤติปฏิบัติตาม หากฝ่าฝืนย่อมต้องได้รับโทษนั่นเอง

³ โอสถ โกศิน, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป เล่ม 1 คำสอนชั้นปริญญาตรี คณะรัฐศาสตร์สังคมศาสตร์และวารสารศาสตร์ พุทธศักราช 2503, (พระนคร : โรงพิมพ์แพร่การช่าง, 2502) น.12 อ้างใน รศ.โกเมศ ขวัญเมือง, สิทธิกร ศักดิ์แสง, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2549), น.18

⁴ โอสถ โกศิน, เพ็ญอ่าง, น.18

⁵ ปรีดี เกษมทรัพย์, อ่างแล้ว เจริญจรที่ 1, น.13

⁶ บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ, กฎหมายมหาชนเบื้องต้น, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2557), น.102

2.1.1.1 ลักษณะของกฎหมาย

ศาสตราจารย์ ดร.หยุด แสงอุทัย ได้แบ่งการพิจารณาลักษณะของกฎหมายออกเป็นสองลักษณะ⁷ คือ “กฎหมายตามเนื้อความ” และ “กฎหมายตามแบบพิธี” ซึ่งกฎหมายทั้งสองลักษณะมีความแตกต่างกันในประการต่อไปนี้

(1) กฎหมายตามเนื้อความ

“กฎหมายตามเนื้อความ” หมายความว่า บทบัญญัติมีลักษณะเป็นกฎหมายโดยแท้ กล่าวคือมีลักษณะเป็นข้อบังคับซึ่งกำหนดความประพฤติของมนุษย์ หากฝ่าฝืนจะได้รับผลร้ายหรือถูกลงโทษ ส่วนใหญ่จะอยู่ในลักษณะของข้อบังคับที่ออกโดยรัฐ มีลักษณะที่ต้องพิจารณาในประการต่อไปนี้

1) ต้องมีลักษณะเป็นข้อบังคับ คือ จะต้องมีความบงการให้กระทำหรือให้งดเว้นการกระทำอย่างใดอย่างหนึ่ง

2) ต้องมีลักษณะเป็นข้อบังคับของรัฐ คือ ข้อบังคับดังกล่าวต้องเป็นข้อบังคับที่กำหนดขึ้นโดยใช้อำนาจของรัฐ⁸ หากเป็นเพียงข้อบังคับที่กำหนดขึ้นโดยบุคคลใดบุคคลหนึ่งก็จะมีลักษณะเป็นกฎหมาย เว้นแต่จะเป็นกรณีของกฎหมายจารีตที่ไม่ต้องอยู่ในบังคับที่จะต้องตราขึ้นโดยรัฐ

3) ข้อบังคับนั้นต้องเป็นข้อกำหนดความประพฤติ เช่น การเคลื่อนไหวร่างกายหรือการงดเว้นเคลื่อนไหวร่างกายอย่างใดอย่างหนึ่ง แต่ทั้งนี้มิได้หมายความว่ากฎหมายจะไม่นำถึงเรื่องของจิตใจเลย เพราะกฎหมายยังมีการกำหนดโทษหนักเบาที่แตกต่างกันสำหรับกระทำอย่างเดียวกันโดยยึดเกณฑ์จากจิตใจของผู้กระทำเป็นสำคัญ เช่น การตบหน้าเจ้าพนักงานในขณะที่ไม่ได้ปฏิบัติราชการและโดยสาเหตุส่วนตัวย่อมเป็นความผิดลหุโทษเท่านั้น แต่ถ้การตบหน้านั้น

⁷ หยุด แสงอุทัย แก้ไขปรับปรุงโดย รศ.สมยศ เชื้อไทย, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 18 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553), น. 36 - 52

⁸ คำว่า “รัฐ” ในที่นี้ มีความหมายถึงราษฎรซึ่งถูกรวบรวมอยู่ในอาณาเขตอันหนึ่งภายใต้อำนาจอธิปไตยของตนเอง ดังนั้น การที่จะเป็นรัฐได้จะต้องมีส่วนประกอบสามประการ ได้แก่ ราษฎร อาณาเขต และอำนาจอธิปไตย ซึ่งมีเป็นของตนเอง และต้องไม่ตกอยู่ภายใต้อำนาจอธิปไตยของรัฐอื่นด้วย

กระทำไปเพื่อการกบฏย่อมจะมีโทษถึงขั้นประหารชีวิต แต่หากเป็นเพียงแค่การคิดอยู่ภายในใจเท่านั้น กฎหมายย่อมไม่เอาโทษ

4) ข้อบังคับนั้นต้องกำหนดความประพฤติของมนุษย์ เนื่องจากกฎหมายถูกนำมาใช้เป็นเครื่องมือในการวางกฎเกณฑ์ให้มนุษย์รวมกันอยู่เป็นสังคมอย่างสงบสุข จึงเป็นบทบัญญัติที่ใช้บังคับเฉพาะมนุษย์เท่านั้น ไม่รวมถึงสัตว์และสิ่งของอื่นๆ ด้วย แต่หากเกิดกรณีที่สัตว์กระทำทำให้มนุษย์ได้รับความเสียหาย กฎหมายจึงไม่อาจลงโทษสัตว์นั้นได้แต่อาจลงโทษมนุษย์ที่เป็นเจ้าของสัตว์นั้น

5) หากกระทำโดยฝ่าฝืนข้อบังคับนั้นจะต้องได้รับผลร้ายหรือถูกลงโทษ เรียกกันโดยทั่วไปว่า “สภาพบังคับของกฎหมาย” (Sanction) ทั้งนี้ก็เพื่อบังคับให้มนุษย์เกรงกลัวต่อกฎหมายและยินยอมที่จะปฏิบัติตาม ซึ่งบทลงโทษของกฎหมายแต่ละเรื่องย่อมมีความแตกต่างกันไป ส่วนการลงโทษผู้กระทำการฝ่าฝืนกฎหมายในปัจจุบันเป็นอำนาจหน้าที่เฉพาะของรัฐที่จะต้องจัดทำ แต่เพียงฝ่ายเดียว แตกต่างจากในสมัยโบราณที่ยอมให้เอกชนผู้เสียหายหรือครอบครัวของผู้เสียหาย แก่แค้นผู้กระทำร้ายได้ในบางกรณี

กฎหมายตามเนื้อความจึงเป็นลักษณะการตีความกฎหมายในความหมายอย่างกว้างประการหนึ่ง ซึ่งการพิจารณาว่าข้อบังคับใดมีลักษณะเป็น “กฎหมายตามเนื้อความ” หรือไม่ ต้องพิจารณาว่ามีองค์ประกอบครบถ้วนทั้งห้าประการดังที่กล่าวมาข้างต้นหรือไม่ หากขาดลักษณะข้อใดข้อหนึ่งไปข้อบังคับดังกล่าวก็จะไม่เป็น “กฎหมายตามเนื้อความ” ตัวอย่างของกฎหมายตามเนื้อความก็เช่น ประมวลกฎหมายอาญา ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ พระราชบัญญัติป่าไม้ เป็นต้น

(2) กฎหมายตามแบบพิธี

“กฎหมายตามแบบพิธี” หมายความว่า กฎหมายที่ถูกตราขึ้นตามวิธีการและขั้นตอนที่กำหนดไว้สำหรับการตรากฎหมายประเภทนั้นๆ โดยไม่ต้องคำนึงว่ากฎหมายดังกล่าวจะมีลักษณะเป็น “กฎหมายตามเนื้อความ” หรือไม่ กฎหมายตามแบบพิธีอาจไม่ใช่กฎหมายตามเนื้อความก็ได้ เช่น พระราชบัญญัติงบประมาณประจำปีที่เป็นกฎหมายที่ตราขึ้นตามวิธีการและขั้นตอนที่กำหนดและมีสถานะเป็นกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติ แต่เนื่องจากกฎหมายดังกล่าวไม่ได้มีลักษณะเป็นกฎหมายที่กำหนดความประพฤติของบุคคลในสังคม จึงไม่เข้าลักษณะเป็นกฎหมายตามเนื้อความแต่อย่างใด กล่าวได้ว่ากฎหมายตามแบบพิธีเป็นการใช้กฎหมายในความหมายอย่างแคบประการหนึ่ง ซึ่งกฎหมายในลักษณะนี้ก็เช่น พระราชบัญญัติ พระราชกำหนด พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง และข้อบัญญัติท้องถิ่นต่างๆ ส่วนกฎหมายตามแบบพิธีในแต่ละประเภทจะมีสถานะและวิธีการบัญญัติอย่างไรนั้น ผู้เขียนจะขอกล่าวไว้โดยละเอียดไว้ในหัวข้อที่ 2.1.1.3 ต่อไป

2.1.1.2 บ่อเกิดของกฎหมาย

การศึกษาบ่อเกิดหรือที่มาของกฎหมาย (Source of law) นั้น เป็นการศึกษาที่มาของกฎหมายในลักษณะต่างๆ รวมถึงศึกษาถึงลักษณะของกฎเกณฑ์หรือข้อบัญญัติที่ถือเป็นกฎหมาย อันเป็นข้อมูลที่มีความสำคัญต่อศาลและนักกฎหมายเป็นอย่างยิ่งเพราะบ่อเกิดของกฎหมายในลักษณะต่างๆ จะถูกนำมาใช้เป็นเครื่องมือในการเสาะแสวงหากฎหมายมาปรับใช้กับคดีหรือวินิจฉัยชี้ขาดให้คดีเสร็จสิ้นไปจากศาล

คำว่า “Source” ตามตัวอักษร หมายความว่าถึง สถานที่ที่น้ำพุพุ่งขึ้นมาหรือบ่อน้ำพุ ดังนั้นคำว่าบ่อเกิดของกฎหมายจึงเป็นคำที่ใช้เพื่อให้เกิดภาพพจน์ เมื่อเกิดปัญหาได้เถียงกันว่าใครผิดหรือถูกนั้น นักกฎหมายย่อมต้องค้นหากฎหมายมาตัดสินและหาคำตอบ ซึ่งการหากฎหมายดังกล่าวเราก็ต้องไปหาที่บ่อของมันเหมือนกับที่เราไปหาน้ำที่บ่อนั่นเอง⁹ บ่อเกิดของกฎหมายในแต่ละประเทศมีความแตกต่างกันขึ้นอยู่กับประวัติศาสตร์และสภาพสังคมของแต่ละประเทศ เช่น บ่อเกิดของกฎหมายที่สำคัญที่สุดของประเทศอังกฤษเกิดจาก “หลักกฎหมายตามคำพิพากษาของศาล” แตกต่างจากกลุ่มประเทศภาคพื้นยุโรปที่มีบ่อเกิดของกฎหมายที่สำคัญที่สุดมาจาก “ประมวลกฎหมายหรือกฎหมายลายลักษณ์อักษร”

สำหรับประเทศไทยซึ่งเป็นประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายซีวิลลอว์นั้น หากพิจารณาจากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 4 ที่บัญญัติว่า “อันกฎหมายนั้นท่านว่าต้องใช้บรรดากรณีซึ่งต้องด้วยบทบัญญัติใดๆ แห่งกฎหมายตามตัวอักษรหรือตามความมุ่งหมายของบทบัญญัตินั้นๆ” และในวรรคสองที่บัญญัติว่า “เมื่อไม่มีบทกฎหมายที่จะยกมาปรับคดีได้ ท่านให้วินิจฉัยคดีนั้นตามคลองจาริตประเพณีแห่งท้องถิ่น ถ้าไม่มีจาริตประเพณีเช่นนั้นให้วินิจฉัยตามหลักกฎหมายทั่วไป” จากบทบัญญัติดังกล่าวอาจกล่าวได้ว่าบ่อเกิดของกฎหมายในประเทศไทยนั้นมีอยู่ด้วยกันสามลักษณะ คือ กฎหมายลายลักษณ์อักษรที่รัฐบัญญัติขึ้น กฎหมายประเพณี และหลักกฎหมายทั่วไปอันมีลักษณะเป็นกฎหมายที่มีได้บัญญัติขึ้น ผู้เขียนจึงขอแยกพิจารณาบ่อเกิดของกฎหมายออกเป็นสองส่วนใหญ่ๆ คือ บ่อเกิดของกฎหมายที่มีได้บัญญัติขึ้นและบ่อเกิดของกฎหมายที่บัญญัติขึ้น ซึ่งมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

(1) บ่อเกิดของกฎหมายในลักษณะที่มีได้บัญญัติขึ้น

บ่อเกิดของกฎหมายในลักษณะนี้เป็นกฎหมายที่มีได้บัญญัติขึ้นจากเจตนาหรือความตั้งใจของมนุษย์ แต่เป็นกฎหมายที่เกิดขึ้นเองตามธรรมชาติอันมิได้เป็นความต้องการ

⁹ ปรีดี เกษมทรัพย์ , อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 1 , น.16

ของผู้หนึ่งผู้ใดโดยเฉพาะ ต่อมาเมื่อผ่านการถูกปรองจากร่างให้เหตุผลและการตีความในทางนิติศาสตร์ จึงกลายเป็นกฎหมาย หรือที่เรียกกันโดยทั่วไปว่า “กฎหมายที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษร” (Jus non scriptum) นั่นเอง บ่อเกิดของกฎหมายประเภทนี้ก็คือเช่น

กฎหมายประเพณี¹⁰ เป็นแนวปฏิบัติที่ราษฎรรู้สึกกันโดยทั่วไปว่ามี ลักษณะเป็นกฎหมาย ส่วนรัฐเองก็ได้ใช้ข้อบังคับเช่นว่านี้เสมือนเป็นกฎหมายในรูปแบบเดียวกันตลอด มา เช่นในกรณีของการแข่งขันกีฬาชกมวย ที่ถึงแม้ว่าการชกมวยจะเป็นผลทำให้คู่ต่อสู้ถึงแก่ความตาย แต่หากนักมวยได้กระทำไปภายใต้กติกาที่กำหนด นักมวยก็ไม่ต้องรับผิดชอบทางอาญารัฐานฆ่าผู้อื่น¹¹ และ ส่วนประกอบสำคัญของกฎหมายจารีตประเพณีอีกประการหนึ่งก็คือกฎหมายจารีตประเพณีต้องอยู่บนพื้นฐานของความ เป็นเหตุเป็นผลด้วย ไม่ว่าจะ เป็นเหตุผลโดยธรรมชาติ¹² (Simple nature reason) หรือเหตุผลทางกฎหมาย¹³ (Artificial juristic reason) ทั้งนี้เพื่ออธิบายให้เห็นได้ว่าเหตุใด

¹⁰ กฎหมายประเพณี จะต้องมึลักษณะเป็นจารีตประเพณีที่ประชาชนได้ปฏิบัติกันมา อย่างสม่ำเสมอและยาวนานจนกลายเป็นทางปฏิบัติ (Longa consuetudo) เป็นความถูกต้อง หรือ เป็นธรรมเนียมอันมีความชัดเจนเพียงพอที่จะเป็นแนวทางกำหนดความประพฤติของประชาชนใน สังคมได้ และประชาชนในสังคมมีความรู้สึกว่าจารีตประเพณีเหล่านั้นเป็นสิ่งที่ถูกต้องจึงต้องถือปฏิบัติ ตาม

¹¹ หยุด แสงอุทัย แก้ไขปรับปรุงโดย รศ.สมยศ เชื้อไทย, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 7* , น. 56

¹² ศ.ดร.ปรีดี เกษมทรัพย์ อธิบายว่าเหตุผลโดยธรรมชาติ (Simple nature reason) นั้น หมายถึง กฎเกณฑ์ที่สามารถเข้าถึงหรือเข้าใจได้โดยอาศัยสามัญสำนึกตามเหตุผลธรรมดาสามัญ ซึ่งเกิดจากคุณสมบัติพิเศษของมนุษย์สองประการ คือ ความสามารถในการแยกแยะข้อเท็จจริง (Factual reason) และความสามารถที่จะรู้ว่าอะไรผิดอะไรถูก อะไรควรอะไรไม่ควร หรือที่เรียกว่า เหตุผลในทางศีลธรรม (Moral reason) อีกประการหนึ่ง เมื่อมีข้อขัดแย้งเกิดขึ้น มนุษย์ก็จะใช้ ความสามารถนี้ในการมองสถานการณ์และวินิจฉัยตัดสิน เมื่อมนุษย์มีความรับรู้ทางศีลธรรมซึ่งเป็นสิ่ง ที่มีอยู่ภายในจิตใจมนุษย์พิเคราะห์ถึงความสัมพันธ์ของข้อเท็จจริงต่างๆ ที่มีอยู่ภายนอก ก็จะมองเห็น เหตุผลของเรื่องนั้นๆ และการวินิจฉัยว่าอะไรถูกอะไรผิดของมนุษย์นี้เองเมื่อได้รับการปฏิบัติติดต่อกัน อย่างสม่ำเสมอเป็นเวลานานก็จะผนึกแน่นอยู่ในความสำนึกของคนในหมู่ที่ปฏิบัติเช่นนั้น

¹³ ศ.ดร.ปรีดี เกษมทรัพย์ อธิบายว่าเหตุผลทางกฎหมาย (Artificial juristic reason) เกิดจากการที่มนุษย์นำเหตุผลตามธรรมดาสามัญหรือเหตุผลที่มีอยู่ตามธรรมชาติ (Simple nature reason) ค่อยๆ ปรุ่่งแต่งกฎเกณฑ์และวิธีการบังคับให้ละเอียดอ่อนซับซ้อนมากยิ่งขึ้นเพื่อ

จึงต้องปฏิบัติตามทางปฏิบัตินั้น และทำให้ประชาชนรู้สึกเชื่อมั่นว่าทางปฏิบัตินั้นมีสถานะเป็นกฎหมาย หากฝ่าฝืนย่อมมีความผิดและต้องได้รับโทษ

กฎหมายจากคำพิพากษาของศาล สำหรับประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์นั้น กฎหมายจากคำพิพากษาของศาลถือว่ามีสำคัญอย่างมาก เนื่องจากกฎหมายที่ใช้กันในกลุ่มประเทศดังกล่าวส่วนใหญ่จะถูกกลั่นกรองออกมาจากแนวคำพิพากษาของศาลแทบทั้งสิ้น ในขณะที่กลุ่มประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายซีวิลลอว์ถือว่าประมวลกฎหมายหรือกฎหมายลายลักษณ์อักษรเป็นบ่อเกิดของกฎหมายที่สำคัญที่สุด คำพิพากษาของศาลเป็นเพียงตัวอย่างของการใช้กฎหมายอันแสดงให้เห็นถึงปรับใช้กฎหมายที่มีอยู่กับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นเป็นรายคดีเท่านั้น ศาลจึงไม่ถูกผูกมัดให้ต้องตัดสินคดีตามที่เคยตัดสินมาในคดีก่อนๆ แม้ว่าข้อเท็จจริงในคดีหลังจะมีลักษณะเหมือนกับข้อเท็จจริงในคดีที่ศาลเคยมีคำพิพากษาไว้แล้วก็ตาม ศาลในคดีหลังจึงไม่จำเป็นต้องพิพากษาตามแบบคดีก่อนเสมอไปแต่ต้องตัดสินอยู่บนเหตุผลของกฎหมาย ส่วนแนวปฏิบัติของศาลในเรื่องที่จะต้องตัดสินคดีให้คล้อยตามกฎเกณฑ์จากคำพิพากษาในคดีก่อนก็เป็นเพียงการวางบรรทัดฐานของศาลเพื่อให้คำพิพากษาเป็นไปในทางเดียวกันเท่านั้น

หลักกฎหมายทั่วไป เป็นบ่อเกิดของกฎหมายประการสำคัญที่ทำหน้าที่ในการอุดช่องว่างของกฎหมายกรณีที่ไม่มีการบัญญัติในเรื่องนั้นไว้ ส่วนปัญหาที่ว่าหลักกฎหมายทั่วไปคืออะไรและหาได้จากที่ไหนนั้น มีนักนิติศาสตร์ให้ความเห็นไว้เป็นสองแนวทาง แนวทางแรก เห็นว่าหลักกฎหมายทั่วไปนั้นมีอยู่ทั่วไปไม่ได้จำกัดเฉพาะว่าอยู่ที่ใด ทำให้กฎหมายทั่วไปตามความเห็นของนักกฎหมายกลุ่มนี้ไม่มีขอบเขตที่แน่ชัด และอาจเป็นการเปิดโอกาสให้นำหลักกฎหมายซึ่งอาจจะขัดแย้งกับหลักการหรือเจตนารมณ์มาใช้ได้ เช่น อาจเป็นโอกาสให้มีการนำหลักผู้ซื้อต้องระวังมาอธิบายในกฎหมายซื้อขายของไทยทั้งๆ ที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยได้ปฏิเสธไม่บังคับตามหลักผู้ซื้อต้องระวังไว้อย่างชัดเจน ดังที่ปรากฏในบทบัญญัติเรื่องความรับผิดชอบเพื่อชำระคบกพร่องและเรื่องการรอนสิทธิ แนวทางที่สอง เห็นว่าหลักกฎหมายทั่วไปคือหลักกฎหมายที่มีอยู่ในระบบกฎหมายของประเทศนั้น ซึ่งค้นหาได้จากกฎหมายลายลักษณ์อักษรของประเทศนั้นเอง ซึ่งเมื่อได้พิจารณาอย่างละเอียดไปถึงหลักกฎหมายเบื้องหลังบทบัญญัติจะพบว่ามีกฎหมายที่ใช้อยู่ในปัจจุบันนั้นมีที่มาจากหลักใหญ่อันเป็นหลักกฎหมายทั่วไปแทบทั้งสิ้น เช่น บทบัญญัติตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เรื่องนิติกรรมสัญญา มักจะมีที่มาจากหลัก “Pacta

นำมาช่วยในการวินิจฉัยข้อพิพาทต่างๆ และหากมีข้อพิพาทขัดแย้งในเรื่องเหล่านี้ขึ้นก็ต้องอาศัยผู้รู้มาช่วยคิดและไตร่ตรองจากกฎเกณฑ์และเหตุผลที่สะสมอยู่เพื่อแสวงหากฎเกณฑ์ที่ใช้ได้อย่างเหมาะสมยิ่งขึ้น

sunt servanda” (หลักสัญญาต้องเป็นสัญญา) หรือ หลัก “Clausula rebus sinc stantibus” (หลักปฏิเสธไม่ต้องผูกพันตามสัญญาเพราะเหตุการณ์เปลี่ยนแปลงไป) หรือ หลัก “Bona fides” (หลักสุจริต) เป็นต้น แต่หากเกิดกรณีที่หลักกฎหมายทั่วไปในตัวบทกฎหมายลายลักษณ์อักษรนั้นไม่สามารถที่จะยกมาปรับแก้คดีได้ ศาลก็อาจจะต้องค้นหาหลักกฎหมายทั่วไปจาก “หลักความยุติธรรมตามธรรมชาติ”(Natural justice) ซึ่งได้แก่ ความเป็นธรรมหรือความรู้สึกผิดชอบชั่วดีที่มีอยู่ประจำจิตใจของมนุษย์ (Reason of man) และ “หลักเหตุผลของเรื่อง” (Natural of things) หรือหลักความถูกต้องที่พิจารณาจากการใช้เหตุผลไปพิจารณาความสัมพันธ์ของข้อเท็จจริงในแต่ละเรื่อง ซึ่งจะทำให้ค้นพบหลักเกณฑ์ที่แฝงอยู่ภายใต้ความสัมพันธ์นั้นและนำมาปรับแก้คดีเพื่อให้ศาลสามารถพิพากษาคดีต่อไปได้ตามกฎหมาย¹⁴

(2) บ่อเกิดของกฎหมายในลักษณะที่ถูกบัญญัติขึ้น

เนื่องจากความก้าวหน้าทางเทคโนโลยีและสภาพสังคมที่เปลี่ยนแปลงไป คนในสังคมย่อมมีความสัมพันธ์ที่ซับซ้อนกันมากขึ้น มนุษย์จึงต้องเสาะแสวงหาเครื่องมือในการควบคุมสังคมเพื่อวางระเบียบข้อบังคับให้ทันต่อสภาวะการเปลี่ยนแปลงของสังคม รวมถึงสามารถบังคับใช้กฎหมายให้มีความเหมาะสมกับกรณีที่จะเกิดขึ้นได้อย่างแท้จริง การบัญญัติกฎหมายขึ้นใช้บังคับจึงทวีความสำคัญมากขึ้นในปัจจุบัน ซึ่งเราเรียกกระบวนการในการตรากฎหมายขึ้นใช้บังคับนี้ว่า “กระบวนการนิติบัญญัติ” นั่นเอง

การพิจารณาว่ากฎเกณฑ์ที่ถูกบัญญัติขึ้นเป็นลายลักษณ์อักษรมีสถานะเป็นกฎหมายหรือไม่ สามารถพิจารณาได้จากหลักเกณฑ์ 4 ประการ คือ ประการแรก ต้องพิจารณาว่าผู้บัญญัติกฎหมายมีอำนาจโดยชอบธรรมในการตราภาษานั้นหรือไม่ ซึ่งผู้มีอำนาจในการบัญญัติกฎหมายย่อมมีความแตกต่างกันไปตามยุคสมัยและระบบการปกครองของแต่ละสังคม เช่น ในการปกครองระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ พระเจ้าแผ่นดินถือเป็นผู้มีอำนาจในการบัญญัติกฎหมาย ส่วนการปกครองในระบอบประชาธิปไตยแบบรัฐสภาถือว่าประชาชนเป็นผู้มีอำนาจสูงสุด แต่เมื่อได้มอบอำนาจดังกล่าวแก่รัฐสภาเพื่อเป็นผู้บัญญัติกฎหมายขึ้นใช้บังคับแทนตน รัฐสภาจึงเป็นผู้มีอำนาจในการตรากฎหมาย ประการที่สอง ต้องพิจารณาว่ากฎหมายที่บัญญัติขึ้นนั้นถูกต้องตามวิธีการหรือกระบวนการในการตราหรือไม่ แน่แน่นอนว่าวิธีการหรือกระบวนการในการบัญญัติกฎหมายในแต่ละลักษณะย่อมมีวิธีการที่แตกต่างกันออกไป การตรวจสอบว่าบทบัญญัติใดได้กระทำถูกต้องตามวิธีการหรือกระบวนการในการบัญญัติกฎหมายหรือไม่จึงต้องพิจารณาจากกฎหมายที่กำหนดวิธีการหรือกระบวนการในการตรากฎหมายไว้เป็นสำคัญ แต่หากไม่มีการบัญญัติไว้โดยชัดแจ้งก็ต้องพิจารณาจาก

¹⁴ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 134

จารีตที่ถือปฏิบัติสืบทอดกันมา **ประการที่สาม** ต้องพิจารณาว่าการประกาศใช้กฎหมายได้กระทำโดยชอบหรือไม่ ถือเป็นขั้นตอนสำคัญในการประกาศใช้บังคับกฎหมายต่อประชาชนในสังคม เพราะการจะบังคับใช้กฎหมายใดต่อประชาชนนั้น ย่อมมีความจำเป็นที่จะต้องประกาศให้ประชาชนได้รับรู้รับทราบถึงบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นเสียก่อน ส่วนวิธีการในการประกาศใช้กฎหมายจะมีลักษณะอย่างไรนั้นขึ้นอยู่กับรูปแบบที่แต่ละประเทศกำหนด **ประการที่สี่** ต้องพิจารณาตรวจสอบว่ามีกฎหมายอื่นมาเปลี่ยนแปลงยกเลิกกฎหมายดังกล่าวแล้วหรือไม่ เพราะถึงแม้กฎหมายจะมีผลใช้บังคับอยู่แต่ก็อาจมีกฎหมายฉบับอื่นๆ ถูกประกาศใช้ออกมาเปลี่ยนแปลงหรือยกเลิกกฎหมายฉบับดังกล่าวได้ และเมื่อมีการเปลี่ยนแปลงหรือยกเลิกกฎหมายฉบับดังกล่าวแล้ว ย่อมส่งผลให้กฎหมายฉบับดังกล่าวไม่สามารถใช้บังคับได้อีกต่อไป

2.1.1.3 ประเภทและลักษณะของกฎหมายลายลักษณ์อักษร

สำหรับกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่บัญญัติขึ้นโดยรัฐนั้นสามารถแบ่งได้เป็นสี่ประเภทใหญ่ ได้แก่¹⁵ รัฐธรรมนูญ กฎหมายนิติบัญญัติ กฎหมายบริหารบัญญัติ และกฎหมายองค์การบัญญัติ ซึ่งมีความสำคัญลดหลั่นกันไปตามลักษณะของการใช้งาน ผู้เขียนจึงขออธิบายถึงลักษณะของกฎหมายลายลักษณ์อักษรทั้งสี่ประเภทดังกล่าวโดยแยกออกเป็นสองลักษณะใหญ่ๆ คือ กฎหมายลำดับสูงและกฎหมายลำดับรอง ทั้งนี้ก็เพื่อเปรียบเทียบให้เห็นถึงความแตกต่างของกฎหมายแต่ละประเภทได้อย่างชัดเจนยิ่งขึ้น ไม่ว่าจะเป็นเรื่องวัตถุประสงค์ของกฎหมาย สถานะของกฎหมาย ขั้นตอนการตรากฎหมาย และองค์กรผู้มีอำนาจในการตรากฎหมาย ดังที่ผู้เขียนจะได้นำเสนอดังต่อไปนี้

(1) กฎหมายลำดับสูง

กฎหมายลำดับสูงในที่นี้มีความหมายถึง กฎหมายที่ตราขึ้นโดยผู้มีอำนาจโดยตรงในการตรากฎหมาย อันได้แก่ ประชาชนภายในรัฐผู้เป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตยที่แท้จริงและฝ่ายนิติบัญญัติซึ่งเป็นองค์กรที่ประชาชนมอบอำนาจอธิปไตยบางส่วนให้เป็นผู้รับผิดชอบในการตรากฎหมาย โดยกฎหมายลำดับสูงประกอบด้วยกฎหมายสี่ลักษณะใหญ่ ได้แก่ รัฐธรรมนูญ พระราชบัญญัติ พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ และพระราชกำหนด

¹⁵ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, คำสอนว่าด้วยรัฐและหลักกฎหมายมหาชน, (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2555), น.120

1. รัฐธรรมนูญ

รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายที่กำหนดกฎเกณฑ์และแบบแผนในการจัดระเบียบการเมืองการปกครองภายในรัฐ โดยมีสาระสำคัญในการกำหนดกฎเกณฑ์เกี่ยวกับรูปแบบของรัฐ รูปแบบการปกครอง โครงสร้างของรัฐ การใช้อำนาจของรัฐ กระบวนการและตัวบุคคลที่จะเข้ามาใช้อำนาจของรัฐ สถาบันทางการเมืองและสถาบันทางรัฐธรรมนูญต่างๆ ตลอดจนกำหนดความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับราษฎร โดยเฉพาะอย่างยิ่งในสิ่งที่เกี่ยวกับสิทธิขั้นพื้นฐานของราษฎร จนกล่าวได้ว่ากฎหมายรัฐธรรมนูญเป็น “กฎหมายแม่บท” และมีความเป็น “กฎหมายสูงสุด” ที่บทบัญญัติแห่งกฎหมายอื่น กฎ ระเบียบ หรือข้อบังคับใดๆ จะขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญมิได้

รัฐทุกรัฐย่อมต้องมีรัฐธรรมนูญด้วยกันทั้งสิ้นไม่ว่าจะใช้ระบอบการปกครองใด โดยรัฐธรรมนูญอาจอยู่ในรูปแบบของกฎหมายลายลักษณ์อักษรฉบับเดียวหรือจะปรากฏอยู่ในกฎหมายลายลักษณ์อักษรหลายๆ ฉบับก็ได้ และอาจมีเรียกชื่อเป็นอย่างอื่นก็ได้เช่นกัน ซึ่งรัฐธรรมนูญในรูปแบบนี้เรียกว่า “รัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษร” (Written constitution) แต่ในบางครั้งรัฐธรรมนูญก็อาจจะอยู่ในรูปแบบอื่น เช่น อยู่ในรูปแบบของจารีตประเพณีในทางการเมืองการปกครองที่ยึดถือปฏิบัติกัน เรียกรัฐธรรมนูญในรูปแบบนี้ว่า “รัฐธรรมนูญไม่เป็นลายลักษณ์อักษร” (Unwritten constitution) สำหรับประเทศไทยนั้นใช้รัฐธรรมนูญในรูปแบบของกฎหมายลายลักษณ์อักษรเป็นหลัก

2. พระราชบัญญัติ

พระราชบัญญัติ (พ.ร.บ.) เป็นกฎหมายที่ตราขึ้นโดยฝ่ายนิติบัญญัติซึ่งเป็นองค์กรที่มีอำนาจในการตรากฎหมายโดยตรง ทำให้พระราชบัญญัติมีฐานะเป็น “กฎหมายโดยแท้”¹⁶ ประเภทหนึ่ง พระราชบัญญัติถือเป็นกฎหมายที่พระมหากษัตริย์ทรงตราขึ้นโดยคำแนะนำและยินยอมของรัฐสภาเพื่อใช้เป็นกฎหมายแม่บทในการกำหนดความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับราษฎร รวมถึงความสัมพันธ์ระหว่างราษฎรด้วยกันเองในเรื่องต่างๆ กฎหมายในระดับพระราชบัญญัติจึงสามารถบัญญัติถึงเรื่องที่กระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของราษฎร การกำหนดบทลงโทษ หรือรับรองสถานะของบุคคลให้มีผลในทางกฎหมายได้ แต่ต้องเป็นเรื่องที่อยู่นอกเหนือจากที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้โดยเฉพาะให้ตราเป็นพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ โดยกฎหมายในระดับพระราชบัญญัตินี้ประกอบด้วยกฎหมายในสองรูปแบบ ได้แก่ พระราชบัญญัติเฉพาะเรื่องและประมวลกฎหมาย ส่วน

¹⁶ สมยศ เชื้อไทย, คำอธิบายวิชากฎหมายแพ่ง : หลักทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 20 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2557), น.79

รายละเอียดที่เกี่ยวข้องกับหลักเกณฑ์และกระบวนการในการตราพระราชบัญญัตินั้นซึ่งสามารถสรุปรายละเอียดได้ดังนี้

ผู้มีสิทธิที่จะเสนอร่างพระราชบัญญัติ¹⁷ ได้แก่ คณะรัฐมนตรี หรือ สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรจำนวนไม่น้อยกว่า 20 คน หรือผู้มีสิทธิเลือกตั้งไม่น้อยกว่าหนึ่งหมื่นคน เข้าชื่อร้องขอต่อประธานรัฐสภาเพื่อให้รัฐสภาพิจารณากฎหมาย หรือศาลหรือองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญเฉพาะกฎหมายที่เกี่ยวกับการจัดองค์กรและกฎหมายที่ประธานศาลและประธานองค์กรนั้นเป็นผู้รักษาการ ส่วนผู้มีอำนาจในการพิจารณาร่างพระราชบัญญัติ ได้แก่ รัฐสภาซึ่งประกอบด้วย สภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภา โดยสภาผู้แทนราษฎรจะเป็นผู้พิจารณาร่างพระราชบัญญัติก่อน โดยแบ่งการพิจารณาออกเป็นสามวาระ หากร่างพระราชบัญญัตินั้นได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภา จะให้นายกรัฐมนตรีนำขึ้นทูลเกล้าฯ เพื่อถวายให้พระมหากษัตริย์ทรงลงพระปรมาภิไธยโดยมีนายกรัฐมนตรีเป็นผู้ลงนามสนองพระบรมราชโองการ และประกาศใช้พระราชบัญญัติในราชกิจจานุเบกษาต่อไป

3. พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ

พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายที่ตราขึ้นโดยฝ่ายนิติบัญญัติโดยตรงจึงมีฐานะเป็น “กฎหมายโดยแท้” โดยพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญเป็นบทกฎหมายที่กำหนดรายละเอียดอันเป็นส่วนขยายของรัฐธรรมนูญเพื่อทำให้สามารถบังคับใช้รัฐธรรมนูญได้อย่างครบถ้วนสมบูรณ์ เพราะรัฐธรรมนูญเป็นบทบัญญัติที่กำหนดไว้แต่เพียงหลักการใหญ่ๆ ที่มีความสำคัญเท่านั้นเพื่อทำให้เกิดความกะทัดรัด รัดกุม สั้น และเข้าใจง่าย ส่วนการกำหนดรายละเอียดปลีกย่อยต่างๆ จะตราเป็นพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญขึ้นมาในภายหลัง ดังเช่นที่ปรากฏในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 138 ที่กำหนดให้มีการตราพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญในเรื่องต่อไปนี้ คือ พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วย

¹⁷ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 142 วรรคแรก บัญญัติว่า “ภายใต้บังคับตรา 139 ร่างพระราชบัญญัติจะเสนอได้ก็แต่โดย

- (1) คณะรัฐมนตรี
- (2) สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรจำนวนไม่น้อยกว่ายี่สิบคน
- (3) ศาลหรือองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญ เฉพาะกฎหมายที่เกี่ยวกับการจัดองค์กรและกฎหมายที่ประธานศาลและองค์กรนั้นเป็นผู้รักษาการ หรือ

(4) ผู้มีสิทธิเลือกตั้งจำนวนไม่น้อยกว่าหนึ่งหมื่นคนเข้าชื่อเสนอกฎหมายตาม มาตรา 163

การเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและการได้มาซึ่งสมาชิกวุฒิสภา, พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยคณะกรรมการการเลือกตั้ง, พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง, พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการออกเสียงประชามติ, พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ, พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง, พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยว่าด้วยผู้ตรวจการแผ่นดิน, พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต, พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน

ส่วนกระบวนการตราพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญนั้นมีการคล้ายคลึงกับการตราพระราชบัญญัติทั่วไป แต่มีลักษณะพิเศษบางประการที่แตกต่างจากการตราพระราชบัญญัติทั่วไป คือ หากเป็นกรณีการเสนอร่างพระราชบัญญัติโดยสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรจะต้องมีสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรไม่น้อยกว่าหนึ่งในสิบของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของสภาผู้แทนราษฎร หรือสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและสมาชิกวุฒิสภามีจำนวนไม่น้อยกว่าหนึ่งในสิบของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของทั้งสองสภาเป็นผู้เสนอ¹⁸ และก่อนนำขึ้นทูลเกล้าฯ ถวายเพื่อทรงลงพระปรมาภิไธยนั้นจะต้องส่งร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญก่อนเสมอ¹⁹

¹⁸ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 139 บัญญัติว่า “ร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญจะเสนอได้ก็แต่โดย

- (1) คณะรัฐมนตรี
- (2) สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรจำนวนไม่น้อยกว่าหนึ่งในสิบของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของสภาผู้แทนราษฎร หรือสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและสมาชิกวุฒิสภามีจำนวนไม่น้อยกว่าหนึ่งในสิบของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของทั้งสองสภา
- (3) ศาลรัฐธรรมนูญ ศาลฎีกา หรือองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญ ซึ่งประธานศาลและประธานองค์กรนั้นเป็นผู้รักษาการตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญนั้น”

¹⁹ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 141 วรรคแรก บัญญัติว่า “เมื่อรัฐสภาให้ความเห็นชอบกับร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญแล้วก่อนนำขึ้นทูลเกล้าทูลกระหม่อมถวายเพื่อทรงลงพระปรมาภิไธย ให้ส่งศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญซึ่งต้องกระทำไปแล้วเสร็จภายในสามสิบวันนับแต่วันที่ได้รับเรื่อง”

4. พระราชกำหนด

พระราชกำหนด (พ.ร.ก.) เป็น “กฎหมายบริหารบัญญัติ” ประเภทหนึ่งซึ่งพระมหากษัตริย์ทรงตราขึ้นโดยคำแนะนำและยินยอมของคณะรัฐมนตรีและมีค่าบังคับเทียบเท่าพระราชบัญญัติ โดยพระราชกำหนดนี้เป็นกฎหมายที่ฝ่ายบริหารอาศัยอำนาจจำกัดตามรัฐธรรมนูญตราออกมาใช้บังคับแทนฝ่ายนิติบัญญัติเพียงชั่วคราวในช่วงเวลาที่มีเหตุจำเป็นเพื่อรักษาประโยชน์ส่วนรวมของรัฐ โดยพระราชกำหนดดังกล่าวจะสามารถบังคับใช้อย่างถาวรต่อเมื่อฝ่ายบริหารได้เสนอเข้าสู่การพิจารณาของรัฐสภาและได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภาแล้วเท่านั้น ส่วนเงื่อนไขพิเศษที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญให้ฝ่ายบริหารสามารถตราพระราชกำหนดออกใช้บังคับได้มีสองกรณี²⁰ คือ

ก) กรณีที่มีความจำเป็นฉุกเฉินเพื่อประโยชน์ในอันที่จะรักษาความปลอดภัยของประเทศ ความปลอดภัยสาธารณะ ความมั่นคงในทางเศรษฐกิจของประเทศ หรือป้องปัดภัยพิบัติสาธารณะ โดยพระราชกำหนดที่ตราขึ้นในกรณีนี้เรียกว่า “พระราชกำหนดทั่วไป”

ข) ในระหว่างสมัยประชุมของรัฐสภา กรณีที่มีความจำเป็นต้องมีกฎหมายเกี่ยวกับภาษีอากรหรือเงินตราซึ่งจะต้องได้รับการพิจารณาโดยด่วนและลับเพื่อรักษาประโยชน์ของแผ่นดิน โดยพระราชกำหนดที่ตราขึ้นในกรณีนี้เรียกว่า “พระราชกำหนดเกี่ยวกับภาษีหรือเงินตรา”

ส่วนผู้มีอำนาจเสนอร่างพระราชกำหนด ได้แก่ รัฐมนตรีหรือผู้รักษาการตามพระราชกำหนดนั้น โดยต้องเสนอให้คณะรัฐมนตรีพิจารณาร่างพระราชกำหนดก่อน เมื่อได้รับความเห็นชอบจากคณะรัฐมนตรีแล้ว นายกรัฐมนตรีจึงจะนำร่างพระราชกำหนดดังกล่าวขึ้นทูลเกล้าฯ ถวายต่อพระมหากษัตริย์เพื่อทรงลงพระปรมาภิไธย โดยมีนายกรัฐมนตรีเป็นผู้สนองรับพระบรมราชโองการ เมื่อมีการประกาศในราชกิจจานุเบกษาแล้วจึงจะมีผลใช้บังคับเป็นกฎหมายต่อไป

ดังที่กล่าวมาแล้วว่าการตราพระราชกำหนดนั้นเป็นแบ่งอำนาจนิติบัญญัติไปให้ฝ่ายบริหารใช้ชั่วคราวในกรณีที่มีความจำเป็นหรือฉุกเฉินเพื่อรักษาประโยชน์ส่วนรวมของรัฐ รัฐธรรมนูญจึงต้องบัญญัติให้พระราชกำหนดมีผลบังคับไม่ถาวรดังเช่นพระราชบัญญัติ แม้ว่าพระราชกำหนดนั้นจะได้ประกาศใช้บังคับในราชกิจจานุเบกษาแล้วก็ตาม ทั้งนี้ก็เพื่อไม่ให้ฝ่ายบริหารเข้าไปแทรกแซงหรือก้าวล่วงอำนาจในการตรากฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติ และรัฐธรรมนูญก็บัญญัติบังคับให้ฝ่ายบริหารต้องเสนอพระราชกำหนดดังกล่าวต่อรัฐสภาโดยเร็วเพื่อให้รัฐสภาพิจารณาให้ความเห็นชอบแก่พระราชกำหนดดังกล่าว หากรัฐสภาลงมติไม่เห็นชอบก็จะส่งผลให้พระราชกำหนด

²⁰ หยุด แสงอุทัย แก้ไขปรับปรุงโดย รศ.สมยศ เชื้อไทย, *อ่างแล้ว เจริญธรรมที่ 7*, น.

สิ้นผลบังคับไป แต่หากรัฐสภาลงมติเห็นชอบพระราชกำหนดนั้นก็จะมีฐานะเป็นพระราชบัญญัติและประกาศใช้ในราชกิจจานุเบกษาต่อไป

(2) กฎหมายลำดับรอง

โดยหลักแล้วอำนาจในการตรากฎหมายเป็นอำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติ โดยเฉพาะ แต่ก็มีบางกรณีที่ฝ่ายนิติบัญญัติสามารถมอบอำนาจให้ฝ่ายบริหารหรือองค์กรอื่นๆ มีอำนาจในการตรากฎหมายได้ ซึ่งแนวคิดดังกล่าวได้รับอิทธิพลมาจากหลักการแบ่งแยกอำนาจ (Separation of powers) ซึ่งเป็นหลักการสำคัญที่นำมาใช้จัดองค์กรของรัฐในนิติรัฐนั่นเอง เป็นผลให้กฎหมายลำดับรองที่ตราโดยฝ่ายบริหารหรือองค์กรอื่นๆ นี้มีลักษณะเป็น “กฎหมายยกเว้น”²¹ ประเภทหนึ่ง

ส่วนคำว่า “นิติรัฐ” นั้น มีความหมายถึง รัฐที่มีเป้าหมายในการคุ้มครองเสรีภาพของประชาชน จึงต้องมีการจำกัดขอบเขตการใช้อำนาจของรัฐให้อยู่ภายใต้กฎหมายหรือโดยอาศัยอำนาจตามกฎหมายเท่านั้น²² “นิติรัฐ” จึงเป็นคำที่ใช้เรียกรัฐหรือระบบการปกครองที่เรียกร้องให้การใช้อำนาจของรัฐนั้นจะต้องตกอยู่ภายใต้กฎหมาย การจัดโครงสร้างรัฐและการกำหนดพันธกิจของรัฐภายใต้หลักนิติรัฐจึงมีจุดมุ่งหมายที่จะแบ่งแยกการใช้อำนาจของรัฐไปยังองค์กรของรัฐหลายๆ องค์กร โดยไม่มีองค์กรใดมีอำนาจอย่างเด็ดขาดเพียงองค์กรเดียว เพื่อเป็นการประกันสิทธิและเสรีภาพของประชาชนว่าผู้ปกครองจะไม่ใช้อำนาจเกินเลยจนกลายเป็นการใช้อำนาจตามอำเภอใจ ซึ่งการแบ่งแยกอำนาจนี้ทำให้มีองค์กรหลายองค์กรเป็นผู้ใช้อำนาจและทำให้เกิดการถ่วงดุลและคานอำนาจ (Checks and balances) ระหว่างกัน ดังที่ชาร์ล เดอ มงเตสกีเออ (Charles de Montesquieu) ได้กล่าวว่า “ประวัติศาสตร์แห่งการเมืองการปกครองของมนุษยชาติให้บทเรียนว่าบุคคลทุกคนเมื่อมีอำนาจมีแนวโน้มที่จะมัวเมาในอำนาจและใช้อำนาจเกินเลยอยู่เสมอ การใช้อำนาจอย่างพอเหมาะพอควรจะเป็นไปได้ก็แต่โดยการจัดองค์กรของรัฐในลักษณะที่ให้อำนาจหนึ่งหยุดยั้งอีกอำนาจหนึ่ง”²³ โดยรัฐแต่ละรัฐย่อมมีอำนาจอยู่สามชนิด คือ อำนาจในการตรากฎหมาย อำนาจในการบังคับการให้เป็นไปตามกฎหมาย และอำนาจในการตัดสินคดี รวมเรียกอำนาจทั้งสามประการนี้ว่า “อำนาจอธิปไตย” (Sovereignty)

²¹ สมยศ เชื้อไทย, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 16*, น.80

²² บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 6*, หน้า 124

²³ ปราภฏในคำสอนว่าด้วยการแบ่งแยกอำนาจของมงเตสกีเออในหนังสือชื่อ *De l'esprit des lois* (ว่าด้วยวิญญูณแห่งกฎหมาย)

องค์กรที่จะใช้อำนาจอธิปไตยจึงแบ่งออกเป็นสามฝ่ายหลัก ได้แก่ ฝ่ายนิติบัญญัติ ซึ่งเป็นผู้ใช้อำนาจในการตรากฎหมาย ฝ่ายบริหาร ซึ่งเป็นผู้ใช้อำนาจในการบังคับการให้เป็นไปตามกฎหมาย และฝ่ายตุลาการ ซึ่งเป็นผู้ใช้อำนาจในการตัดสินคดี โดยแต่ละองค์กรจะมีความเป็นอิสระจากกันและคอยตรวจสอบถ่วงดุลอำนาจซึ่งกันและกัน เช่น ฝ่ายนิติบัญญัติมีอำนาจในการตรากฎหมายแต่ในขณะเดียวกันก็คานอำนาจฝ่ายบริหารโดยเข้าไปมีส่วนในการควบคุมการบริหารราชการแผ่นดินด้วยการตั้งกระทู้หรือการอภิปรายไม่ไว้วางใจฝ่ายบริหารได้ ฝ่ายบริหารเองก็สามารถคานอำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติได้โดยการยุบสภาและคานอำนาจของฝ่ายตุลาการได้โดยการออกกฎหมายนิรโทษกรรม ส่วนฝ่ายตุลาการนั้นหากพบว่ากฎหมายที่ฝ่ายนิติบัญญัติมีลักษณะที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายหรือขัดแย้งกับกฎหมายในลำดับที่สูงกว่าก็มีอำนาจในการเสนอให้ศาลพิพากษาให้บทกฎหมายนั้นสิ้นผลบังคับไปได้

แต่ถึงอย่างไรก็ดีแม้หลักการแบ่งแยกอำนาจจะมอบอำนาจให้ฝ่ายนิติบัญญัติเป็นผู้ใช้อำนาจในการตรากฎหมายก็ตาม แต่ก็มีบางกรณีที่เปิดโอกาสให้ฝ่ายบริหารและองค์กรอื่นๆ มีอำนาจในการตรากฎหมายได้ เพราะฝ่ายบริหารและองค์กรอื่นๆ มีหน้าที่สำคัญที่จะต้องบริหารราชการแผ่นดินให้มีประสิทธิภาพ จึงจำเป็นที่จะต้องใช้อำนาจในการตรากฎหมายขึ้นใช้บังคับสามารถแบ่งได้เป็นสองประเภทใหญ่ๆ คือ พระราชกำหนดและกฎหมายลำดับรอง แต่เนื่องจากพระราชกำหนดเป็นกฎหมายที่ตราขึ้นโดยอาศัยอำนาจจากรัฐธรรมนูญโดยตรงจึงมีฐานะเป็นกฎหมายลำดับสูงลักษณะหนึ่ง ซึ่งผู้เขียนได้กล่าวถึงมาแล้วในหัวข้อก่อน ในส่วนต่อไปผู้เขียนจึงขอกล่าวถึงเพียงรูปแบบและลักษณะของกฎหมายลำดับรองประเภทต่างๆ อันมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

1. พระราชกฤษฎีกา

พระราชกฤษฎีกาเป็นกฎหมายที่พระมหากษัตริย์ทรงตราขึ้นโดยคำแนะนำและความยินยอมของคณะรัฐมนตรี ถือเป็นกฎหมายของฝ่ายบริหารที่ใช้ในการกำหนดรายละเอียดเกี่ยวกับจัดระเบียบบริหารราชการ กำหนดหลักเกณฑ์ วิธีการ หรือเงื่อนไขในการบังคับให้เป็นไปตามกฎหมายแม่บท พระราชกฤษฎีกาจึงเป็นกฎหมายที่ฝ่ายบริหารต้องตราขึ้นโดยอาศัยอำนาจตามกฎหมายแม่บทเสมอและไม่อาจตราให้ขัดหรือแย้งกับกฎหมายแม่บทหรือกฎหมายอื่นที่มีค่าบังคับเหนือกว่าได้ ส่วนรูปแบบของพระราชกฤษฎีกานั้นสามารถแบ่งออกได้เป็นสองประเภท คือ พระราชกฤษฎีกาที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามรัฐธรรมนูญ และพระราชกฤษฎีกาที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามกฎหมายอื่น เช่น พระราชกำหนด พระราชบัญญัติ เป็นต้น

พระราชกฤษฎีกาที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามรัฐธรรมนูญโดยตรงนั้นถือเป็นข้อยกเว้นให้พระราชกฤษฎีกาดังกล่าวไม่มีสถานะเป็นกฎหมายลำดับรอง ตัวอย่างพระราชกฤษฎีกาประเภทนี้ก็เช่น พระราชกฤษฎีกายุบสภาผู้แทนราษฎร พระราชกฤษฎีกาเรียกประชุม

รัฐสภา พระราชกฤษฎีกาขยายระยะเวลาประชุมรัฐสภา พระราชกฤษฎีกาปิดประชุมรัฐสภา พระราชกฤษฎีกาเกี่ยวกับเงินประจำตำแหน่งและผลประโยชน์ตอบแทนอย่างอื่นขององคมนตรีและสมาชิกพระราชกฤษฎีกาเกี่ยวกับบำเหน็จบำนาญขององคมนตรี เป็นต้น นอกจากนี้ยังมีพระราชกฤษฎีกาบางฉบับที่แม้จะใช้ชื่อว่าพระราชกฤษฎีกาแต่ก็มีฐานะสูงกว่าพระราชกฤษฎีกาทั่วไป ทั้งนี้ก็เพราะในสมัยสมบูรณาญาสิทธิราชย์นั้นคำว่า “พระราชกฤษฎีกา” ถูกใช้ป็นชื่อเรียกคำสั่งของพระมหากษัตริย์ในราชกิจที่เกี่ยวกับการบัญญัติกฎหมายประการหนึ่ง และเมื่อพระราชกฤษฎีกาประเภทนี้ตราขึ้นโดยอาศัยอำนาจของพระมหากษัตริย์โดยตรง จึงมีผลทำให้พระราชกฤษฎีกาเหล่านี้มีสถานะเทียบเท่ากับพระราชบัญญัติ เช่น พระราชกฤษฎีกาให้ใช้ค่านามสตรี พุทธศักราช 2460 เป็นต้น

ส่วนปัจจุบันผู้มีอำนาจในการตราพระราชกฤษฎีกา ได้แก่ บุคคลที่เกี่ยวข้องหรือบุคคลที่รักษาการตามที่กฎหมายแม่บทได้กำหนดให้มีอำนาจในการออกพระราชกฤษฎีกานั้นๆ เช่น รัฐมนตรี อธิบดี หรือหัวหน้าส่วนราชการต่างๆ และเมื่อร่างพระราชกฤษฎีกาเสร็จเรียบร้อยแล้วต้องมีการเสนอร่างพระราชกฤษฎีกาให้คณะรัฐมนตรีพิจารณาให้ความเห็นชอบเสียก่อน หากคณะรัฐมนตรีเห็นชอบในหลักการแล้วก็จะส่งร่างพระราชกฤษฎีกานั้นให้สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาพิจารณาความถูกต้องของข้อกฎหมาย กลไกการปฏิบัติตามกฎหมาย และความเหมาะสมของถ้อยคำอีกครั้งหนึ่งเพื่อไม่ให้มีปัญหาในการตีความในภายหลัง จากนั้นจึงส่งกลับมายังคณะรัฐมนตรีอีกครั้งหนึ่งเพื่อขอความเห็นชอบ แล้วจึงนำขึ้นทูลเกล้าฯ เพื่อให้พระมหากษัตริย์ทรงลงพระปรมาภิไธยโดยมีนายกรัฐมนตรีเป็นผู้ลงนามสนองรับพระบรมราชโองการ จากนั้นจึงประกาศในราชกิจจานุเบกษาเพื่อบังคับใช้เป็นกฎหมายต่อไป

2. กฎกระทรวงหรือกฎที่เรียกชื่ออย่างอื่น

กฎกระทรวงอาจมีชื่อเรียกได้หลากหลาย เช่น กฎทบทวน กฎสำนัก นายกรัฐมนตรี ฯลฯ ซึ่งเป็นการเรียกชื่อตามส่วนราชการที่มีอำนาจในการออกกฎกระทรวงนั้นๆ ซึ่งแต่เดิมในสมัยสมบูรณาญาสิทธิราชย์ กฎกระทรวงมีชื่อเรียกว่า “กฎเสนาบดี”²⁴ แต่ต่อมาเมื่อมีการเปลี่ยนแปลงการปกครองจึงได้มีการเทียบตำแหน่ง “เสนาบดี” มาเป็น “รัฐมนตรี” ทำให้ต้องเปลี่ยนชื่อเรียกจากเดิมมาเป็น “กฎกระทรวง” และถูกนำมาใช้เป็นกฎหมายที่กำหนดรายละเอียดและวิธีปฏิบัติของฝ่ายบริหารตามหลักการที่กฎหมายแม่บทได้กำหนดไว้ และถึงแม้ว่ากฎกระทรวงจะเป็นกฎหมายที่ตราขึ้นเพื่อกำหนดรายละเอียดของกฎหมายแม่บทเช่นเดียวกับพระราชกฤษฎีกา แต่ความแตกต่างอยู่ที่กฎกระทรวงจะตราขึ้นเพื่อกำหนดรายละเอียดซึ่งที่มีความสำคัญน้อยกว่าพระราช

²⁴ รายละเอียดโปรดดูพิพากษาศาลฎีกาที่ 288 – 299/2466

กฤษฎีกา เช่น รายละเอียดเกี่ยวกับการยื่นขออนุญาตต่างๆ ว่ามีขั้นตอนอย่างไร มีแบบฟอร์มแบบไหน ใช้เอกสารใดประกอบ และต้องยื่นต่อหน่วยงานใด เป็นต้น

ส่วนผู้มีอำนาจในการตรากฎกระทรวง ได้แก่ รัฐมนตรีประจำกระทรวงต่างๆ หรือบุคคลที่เกี่ยวข้องตามที่กฎหมายแม่บทได้ให้อำนาจในการออกกฎกระทรวงไว้ โดยเมื่อจัดทำร่างดังกล่าวเสร็จสิ้นต้องมีการเสนอร่างต่อคณะรัฐมนตรีเพื่อพิจารณาอีกชั้นหนึ่งด้วย²⁵ และเมื่อคณะรัฐมนตรีพิจารณาแล้วมีมติเห็นชอบในหลักการของกฎกระทรวงดังกล่าวก็จะส่งร่างกฎกระทรวงให้สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาพิจารณาความถูกต้องของข้อความ กติกาการปฏิบัติตามกฎหมาย และความเหมาะสมของถ้อยคำอีกครั้งหนึ่งเพื่อไม่ให้มีปัญหาในการตีความในภายหลัง จากนั้นจึงเสนอกลับมาที่คณะรัฐมนตรีอีกครั้งหนึ่งเพื่อพิจารณาให้ความเห็นชอบ หากคณะรัฐมนตรีให้ความเห็นชอบแล้วจึงจะส่งร่างกฎกระทรวงดังกล่าวไปให้รัฐมนตรีผู้รับผิดชอบหรือผู้รักษาการตามกฎหมายแม่บทลงนามในกฎกระทรวง แล้วนำไปประกาศในราชกิจจานุเบกษาเพื่อใช้บังคับต่อไป ด้วยกระบวนการตรากฎกระทรวงที่ทำได้ง่ายและสะดวกนี้เอง ทำให้กฎกระทรวงมีความเหมาะสมต่อการนำมาใช้บัญญัติกฎหมายรายละเอียดปลีกย่อยต่างๆ ที่ต้องเปลี่ยนแปลงแก้ไขอยู่บ่อยครั้ง

3. ประกาศกระทรวง

ประกาศกระทรวงเป็นกฎหมายที่อยู่ในอำนาจของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงต่างๆ ที่จะตราขึ้นใช้บังคับได้ตามดุลพินิจของตนภายใต้กรอบที่กฎหมายแม่บทได้ให้อำนาจไว้ โดยไม่ต้องขอความเห็นชอบจากคณะรัฐมนตรีอีก ส่วนใหญ่เรื่องที่จะตราเป็นประกาศกระทรวงนี้จะเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับการกำหนดรายละเอียดปลีกย่อยของกฎหมาย หรือเป็นเรื่องเกี่ยวกับเทคนิควิชาการที่อาจเปลี่ยนแปลงได้ง่าย ซึ่งประกาศกระทรวงไม่ได้มีความหมายรวมถึงคำว่า “ประกาศเสนาบดี” ซึ่งใช้บังคับในสมัยสมบูรณาญาสิทธิราชย์ด้วย เพราะประกาศเสนาบดีนี้เป็นเพียงคำสั่งหรือคำประกาศของทางราชการให้ประชาชนทราบเรื่องใดเรื่องหนึ่งเป็นการทั่วไปเท่านั้นไม่ได้มีสถานะเป็นกฎหมายเช่นประกาศกระทรวงในปัจจุบัน

4. ระเบียบ ข้อกำหนด ข้อบังคับ

ระเบียบ ข้อกำหนด หรือข้อบังคับ เป็นรูปแบบของกฎหมายลำดับรองประเภทหนึ่งซึ่งกฎหมายแม่บทได้มอบอำนาจให้ฝ่ายบริหาร และกำหนดให้ต้องตราเป็นระเบียบ ข้อกำหนด ข้อบังคับ เพื่อกำหนดรายละเอียดของกฎเกณฑ์ต่างๆ หรือวางหลักเกณฑ์ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับเรื่องในทางเทคนิคที่ต้องใช้ความรู้ความชำนาญเป็นพิเศษ โดยมีเงื่อนไขในประการที่ว่าระเบียบ

²⁵ รายละเอียดโปรดดูคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ พ.12/2546 (ประชุมใหญ่)

ข้อกำหนด หรือข้อบังคับ ดังกล่าวต้องมีผลบังคับใช้แก่บุคคลทั่วไปด้วยเพราะหากเป็นการบังคับใช้กับบุคคลเฉพาะรายแล้วระเบียบ ข้อกำหนด ข้อบังคับ ก็จะไม่เป็นกฎหมาย ซึ่งการตราระเบียบ ข้อบังคับ ข้อกำหนด ไม่จำเป็นจะต้องตราโดยรัฐมนตรีเท่านั้น แต่ยังให้อำนาจแก่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองอื่น เช่น อธิบดีหรือคณะกรรมการต่างๆ ในการตราระเบียบ ข้อบังคับ ข้อกำหนด ออกใช้บังคับได้เช่นกัน ส่วนหลักเกณฑ์ในการตราระเบียบ ข้อกำหนด หรือข้อบังคับ ก็ไม่ได้มีรูปแบบที่แน่นอนตายตัวนัก ต้องพิจารณาจากจารีตประเพณีในการตราระเบียบ ข้อกำหนด หรือข้อบังคับ ในแต่ละประเภทว่ามีมาอย่างไรและดำเนินการไปตามนั้น

5. กฎหมายลำดับรองที่ตราขึ้นโดยองค์กรของรัฐที่เป็นอิสระ²⁶

องค์กรของรัฐที่เป็นอิสระ²⁷ (Independent regulatory agency) หมายถึง องค์กรของรัฐที่ได้รับมอบหมายให้ดำเนินการเกี่ยวกับภารกิจของรัฐตามบทบัญญัติแห่ง

²⁶ รายละเอียดเพิ่มเติมโปรดดูใน วรเจตน์ ภาคีรัตน์, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 15*, น.126

²⁷ รศ.วิชญ์ วรวิญญู ได้ให้คำอธิบายเกี่ยวกับ “องค์กรของรัฐที่เป็นอิสระ” ไว้ว่า เป็นองค์กรที่ทำหน้าที่วางระเบียบ และควบคุมกิจกรรมบางอย่างภายในรัฐไม่ว่าจะเป็นกิจกรรมที่ดำเนินการโดยภาครัฐหรือภาคเอกชนอันเป็นกิจกรรมที่มีความสำคัญและมีผลกระทบอย่างใหญ่หลวงต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชน เศรษฐกิจของประเทศ รวมถึงตลอดถึงการจัดการใช้ทรัพยากรของรัฐ อันมีอยู่อย่างจำกัดให้เป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะ

“องค์กรของรัฐที่เป็นอิสระ” นั้นเป็นประเภทหนึ่งของนิติบุคคลตามกฎหมายมหาชนตามแบบของประเศฝรั่งเศสซึ่งแบ่งประเภทนิติบุคคลมหาชนออกเป็นสามประเภท คือ รัฐ นิติบุคคลมหาชนอื่นนอกจากรัฐ (ประกอบด้วยองค์กรปกครองท้องถิ่นและองค์การมหาชนอิสระ) องค์กรของรัฐที่เป็นอิสระ

องค์กรของรัฐที่เป็นอิสระนั้นมีลักษณะเป็นสถาบันรูปแบบพิเศษที่สามารถปฏิบัติหน้าที่ได้อย่างอิสระปลอดพ้นจากการแทรกแซงขององค์กรอื่นของรัฐหรือสถาบันการเมืองอื่นๆ ทั้งที่เป็นองค์กรของรัฐ และองค์การของรัฐที่เป็นอิสระนี้สามารถให้อำนาจในทางนิติบัญญัติเพื่อออกกฎระเบียบ ใช้บังคับได้เอง และใช้อำนาจทางบริหารในการบังคับการให้เป็นไปตามกฎหมายหรือระเบียบที่ตนได้วางไว้ หากต่อมามีการกระทำที่ฝ่าฝืนกฎหรือระเบียบนั้นก็สามารถวินิจฉัยและกำหนดบทลงโทษได้ ซึ่งเทียบได้กับการใช้อำนาจตุลาการนั่นเอง และด้วยรูปแบบพิเศษดังที่กล่าวมาข้างต้นทำให้องค์กรของรัฐที่เป็นอิสระสามารถเป็นองค์กรที่ให้ความคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนได้อย่างมีประสิทธิภาพรวมถึงสามารถควบคุมและตรวจสอบการดำเนินกิจการบางอย่างที่มีความสำคัญของภาครัฐหรือเอกชนให้อยู่ภายใต้กรอบที่เหมาะสมได้

รัฐธรรมนูญหรือกฎหมายอื่นๆ โดยเป็นองค์กรที่ไม่ตกอยู่ภายใต้การบังคับบัญชาหรือกำกับดูแลของรัฐบาล จึงมีลักษณะเป็นองค์กรที่มีสถานะพิเศษในการมีหลักประกันให้สามารถปฏิบัติภารกิจได้อย่างอิสระ เช่น คณะกรรมการการเลือกตั้ง (กกต.), คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ (ปปช.), คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน (คตง), คณะกรรมการกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ (กทช.), คณะกรรมการกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์แห่งชาติ (กสทช.), องค์กรอิสระในการคุ้มครองผู้บริโภค, คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ, ผู้ตรวจการแผ่นดินรัฐสภา เป็นต้น

ซึ่งองค์กรเหล่านี้ล้วนก่อตั้งขึ้นโดยอาศัยอำนาจตามกฎหมายระดับพระราชบัญญัติหรือกฎหมายอื่นมีค่าบังคับเสมอด้วยพระราชบัญญัติเพื่อบังคับการให้เป็นไปตามหลักการและเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญอันเป็นแม่บท และมีอำนาจในการตรากฎหมายขึ้นใช้บังคับได้โดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติหรือกฎหมายอื่นมีค่าบังคับเสมอด้วยพระราชบัญญัติ ด้วยประสงค์ให้ภารกิจขององค์กรบรรลุผล ตัวอย่างของกฎหมายลำดับรองที่ตราขึ้นโดยองค์กรของรัฐที่เป็นอิสระ เช่น ระเบียบคณะกรรมการการเลือกตั้งว่าด้วยการทำลายบัตรเลือกตั้ง พ.ศ.2553 ระเบียบคณะกรรมการกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติว่าด้วยกิจการวิทยุสมัครเล่น พ.ศ. 2550 เป็นต้น

6. กฎหมายองค์การบัญญัติ

กฎหมายองค์การบัญญัติเป็นกฎหมายที่ตราขึ้นโดยนิติบุคคลมหาชนอื่นนอกจากรัฐอันได้แก่ “องค์การปกครองท้องถิ่น” ซึ่งเป็นองค์การกระจายอำนาจในทางพื้นที่ และ “องค์การมหาชนอิสระ”²⁸ ซึ่งเป็นองค์การกระจายอำนาจทางบริหาร โดยทั้งสององค์กรนี้มีกฎหมายแม่บทให้จัดตั้งขึ้น เช่น พระราชบัญญัติองค์กรมหาชน พ.ศ.2542, พระราชบัญญัติองค์การบริหารส่วนจังหวัด พ.ศ.2540, พระราชบัญญัติสภาตำบลและองค์การบริหารส่วนตำบล พ.ศ.2537, พระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการกรุงเทพมหานคร พ.ศ.2528 ฯลฯ และต่อมาองค์การทางมหาชนเหล่านี้อาศัยอำนาจจากกฎหมายจัดตั้งนิติบุคคลมหาชนหรือกฎหมายอื่นตรากฎหมายหรือกฎเกณฑ์ข้อบังคับขึ้นใช้บังคับในท้องที่หรือในขอบเขตความรับผิดชอบของตนที่เรียกว่า “กฎหมายองค์การบัญญัติ” เพื่อให้สามารถบริหารจัดการภารกิจที่อยู่ภายใต้ความรับผิดชอบของตนให้ประสบผลสำเร็จ ซึ่งตัวอย่างของกฎหมายองค์การบัญญัติก็เช่น เทศบัญญัติ ข้อบัญญัติจังหวัด ข้อบัญญัติกรุงเทพมหานคร ข้อบัญญัติเมืองพัทยา ข้อบัญญัติองค์การบริหารส่วนตำบล ประกาศหรือข้อบังคับองค์การมหาชน ข้อบังคับของมหาวิทยาลัยที่อยู่ในกำกับของรัฐ เป็นต้น

²⁸ “องค์การมหาชนอิสระ” คือ นิติบุคคลในทางกฎหมายมหาชนที่จัดทำบริการสาธารณะอย่างใดอย่างหนึ่ง แบ่งได้เป็นสองประเภท คือ องค์การมหาชนอิสระทางปกครองและองค์การมหาชนอิสระทางอุตสาหกรรมและการค้า

ศาสตราจารย์.ดร.ปรีดี เกษมทรัพย์ และรองศาสตราจารย์สมยศ เชื้อไทย ได้ให้ข้อพิจารณาที่น่าสนใจว่า กฎหมายองค์การบัญญัตินี้ควรจัดอยู่ในลำดับชั้นใดของกฎหมาย²⁹ ซึ่งเป็นที่เข้าใจกันโดยทั่วไปว่ากฎหมายองค์การบัญญัติจำพวกเทศบัญญัติออกใช้บังคับโดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติเทศบาล ซึ่งบัญญัติให้อำนาจแก่สภาเทศบาลในการออกเทศบัญญัติใช้บังคับในเขตเทศบาลได้ นักกฎหมายไทยส่วนใหญ่จึงเข้าใจกันว่าเทศบัญญัตินี้เป็นกฎหมายที่ตราขึ้นโดยอาศัยอำนาจตามที่พระราชบัญญัติเทศบาลซึ่งเป็นกฎหมายแม่บทให้อำนาจไว้ ส่งผลให้เทศบัญญัติมีฐานะต่ำกว่าพระราชบัญญัติ และมีลักษณะเป็นกฎหมายลำดับรองเช่นเดียวกับพระราชกฤษฎีกาหรือกฎกระทรวง ส่วนข้อบัญญัติจังหวัดหรือข้อบัญญัติตำบลก็ต้องพิจารณาว่าข้อบังคับหรือข้อบัญญัตินั้นออกโดยอาศัยพระราชบัญญัติหรือกฎหมายอื่นใดเป็นแม่บท โดยฝ่ายหนึ่งเห็นว่าหากพิจารณาในแง่การจัดให้ท้องถิ่นมีอิสระในการปกครองตนเองตามที่ได้รองรับไว้ในรัฐธรรมนูญแล้ว ก็อาจถือได้ว่ากฎหมายที่ออกมาโดยองค์การปกครองท้องถิ่นนี้เป็นกฎหมายที่ออกอาศัยอำนาจตามรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายแม่บทจึงทำให้มีฐานะรองลงมาจากรัฐธรรมนูญ แต่อีกฝ่ายหนึ่งมีความเห็นว่าหากลองมองในมุมกลับกันก็จะเห็นว่า การออกกฎหมายของฝ่ายท้องถิ่นไม่ได้เป็นไปเพื่อความเป็นอิสระในการปกครองตนเอง ข้อบัญญัติจังหวัดหรือข้อบัญญัติตำบลย่อมต้องอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติหรือกฎหมายแม่บทอื่นๆ ในการตราขึ้นใช้บังคับเช่นเดียวกับกฎหมายลำดับรองอื่นๆ ข้อบัญญัติจังหวัดหรือข้อบัญญัติตำบลจึงต้องมีสถานะต่ำกว่าพระราชบัญญัติ แม้จะมีรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2550 บัญญัติไว้ในมาตรา 283 ว่า “องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นทั้งหลายย่อมมีความเป็นอิสระในการกำหนดนโยบายการปกครอง การบริหาร การบริหารงานส่วนบุคคล การเงินและการคลัง และมีอำนาจหน้าที่ของตนเองโดยเฉพาะ” ในแง่นี้จึงอาจพิจารณาได้ว่ารัฐธรรมนูญได้บัญญัติกำหนดเขตอำนาจหน้าที่โดยทั่วไปขององค์กรปกครองท้องถิ่นไว้โดยกว้างเท่านั้น แต่ไม่ได้ให้อำนาจในการตรากฎหมายขึ้นใช้บังคับโดยตรงอันจะส่งผลให้ข้อบัญญัติจังหวัดหรือข้อบัญญัติตำบลมีฐานะเป็นกฎหมายที่มีฐานะรองลงมาจากรัฐธรรมนูญ ซึ่งเคยมีคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 58-62/2543 ได้วินิจฉัยสถานะองค์การบริหารส่วนตำบล องค์การบริหารส่วนจังหวัด และเทศบาล ไว้ว่ามีฐานะเป็นองค์การที่จัดตั้งขึ้นโดยพระราชบัญญัติเท่านั้นไม่ได้มีฐานะเป็นองค์การที่จัดตั้งขึ้นโดยรัฐธรรมนูญหรือมีอำนาจหน้าที่ตามที่ได้กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญแต่อย่างใด จึงสอดคล้องกับความเห็นของนักวิชาการส่วนใหญ่ที่มีความเห็นว่ากฎหมายองค์การบัญญัติอยู่ในลำดับชั้นเดียวกับกฎหมายลำดับรอง

²⁹ สมยศ เชื้อไทย, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 16*, น.89-90

7. กฎหมายที่ตราขึ้นโดยองค์กรย่อยขององค์กรนิติบัญญัติและองค์กรตุลาการ³⁰

องค์กรย่อยขององค์กรนิติบัญญัติและองค์กรตุลาการถือเป็นองค์กรที่อาจเป็นฝ่ายปกครองได้ในทางเนื้อหา³¹ หมายความว่าถึงตำแหน่งที่มีกฎหมายจัดตั้งขึ้นเพื่อดำเนินกิจกรรมขององค์กรของรัฐ เช่น ประธานวุฒิสภา ประธานสภาผู้แทนราษฎร ประธานศาลฎีกา ประธานศาลปกครองสูงสุด ประธานศาลรัฐธรรมนูญ ซึ่งโดยหลักแล้วองค์กรเหล่านี้จะปฏิบัติหน้าที่ให้แก่องค์กรนิติบัญญัติและองค์กรตุลาการทำให้ไม่มีสถานะเป็นองค์กรฝ่ายปกครอง แต่ก็มีบางกรณีที่องค์กรเหล่านี้ใช้อำนาจตามพระราชบัญญัติที่รัฐสภาก่อตั้งขึ้นดำเนินการกิจการในทางปกครอง เช่น กรณีที่ประธานศาลฎีกาต้องดำรงตำแหน่งเป็นประธานคณะกรรมการตุลาการศาลยุติธรรม (ก.ต.) ซึ่งมีภารกิจหลักในการบริหารงานบุคคลของข้าราชการตุลาการตามพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม พ.ศ.2543 และมีอำนาจมาตรา 51 แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าวในการวางระเบียบหรือข้อบังคับเพื่อกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการใดๆ อันอยู่ในอำนาจหน้าที่ของ ก.ต. การดำเนินการกิจการดังกล่าวจึงเป็นการดำเนินการกิจการในทางปกครองประการหนึ่ง ส่งผลทำให้ประกาศระเบียบ หรือข้อบังคับขององค์กรย่อยขององค์กรนิติบัญญัติและองค์กรตุลาการในกรณีนี้มีสถานะเทียบเท่ากับกฎหมายลำดับรองที่ออกโดยฝ่ายบริหาร

ส่วนข้อพิจารณาประการต่อมาเกี่ยวข้องกับสถานะของประกาศระเบียบ ข้อบังคับ หรือข้อกำหนดที่ตราขึ้นโดยองค์กรตุลาการในเรื่องที่เกี่ยวข้องกับวิธีพิจารณาความ (Court rules) ว่ามีสถานะเป็นกฎหมายหรือไม่ เช่น ข้อกำหนดคดีภาษีอากร พ.ศ. 2544, ข้อกำหนดศาลแรงงานว่าด้วยการดำเนินการดำเนินกระบวนการพิจารณาในศาลแรงงาน พ.ศ.2556, ข้อกำหนดคดีล้มละลาย พ.ศ.2549, ข้อกำหนดคดีทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ พ.ศ. 2540,

³⁰ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, กฎหมายปกครอง ภาคทั่วไป, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติราษฎร์, 2554), น.9-10

³¹ “การปกครองในความหมายด้านเนื้อหา” คือการใช้อำนาจรัฐในการกระทำการทั้งหลายทั้งปวงในทางปกครอง (การปฏิบัติภารกิจในทางปกครอง) โดยพิจารณาจากเนื้อหาของภารกิจที่กระทำเป็นสำคัญว่ามีลักษณะเป็นภารกิจในทางปกครองหรือไม่ แม้ว่าโดยหลักแล้วภารกิจในทางปกครองจะตกอยู่แก่องค์กรของรัฐที่เป็นฝ่ายปกครอง แต่ภารกิจในทางปกครองบางกรณีก็อาจตกอยู่แก่ รัฐสภา (องค์กรฝ่ายนิติบัญญัติ) ศาล (องค์กรฝ่ายตุลาการ) ได้ เช่น การจัดระเบียบราชการภายในรัฐสภา การจัดระบบบริหารงานบุคคลของศาล การจัดการทรัพย์สินในการบริหารงานยุติธรรมต่างๆ เป็นต้น

ข้อบังคับประธานศาลฎีกาว่าด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการเกี่ยวกับการออกคำสั่งและหมายอาญา พ.ศ. 2548, ข้อกำหนดของประธานศาลฎีกาว่าด้วยการขออนุญาตฎีกาในคดีแพ่ง พ.ศ.2558 ซึ่งล้วนแต่เป็นหลักเกณฑ์ที่กำหนดขึ้นเพื่อเป็นแนวทางในการพิจารณาคดีของศาลโดยเฉพาะ ส่วนสาเหตุที่ฝ่ายนิติบัญญัติต้องมอบอำนาจในการตรากฎหมายระเบียบว่าด้วยวิธีพิจารณาความให้แก่ฝ่ายตุลาการก็เพราะกฎหมายเกี่ยวกับวิธีพิจารณาความดังกล่าวเป็นเรื่องในทางเทคนิคของศาลที่มีรายละเอียดปลีกย่อยในทางปฏิบัติค่อนข้างมาก จึงต้องให้องค์กรที่เป็นผู้ปฏิบัติงานจริงเป็นฝ่ายตรากฎหมายดังกล่าวขึ้นใช้บังคับ การกระทำของขององค์กรตุลาการในลักษณะนี้จึงไม่ใช่การใช้อำนาจทางปกครองในการตรากฎหมายลำดับรอง แต่มีสถานะเป็น “การกระทำของฝ่ายตุลาการ”³²

เมื่อผู้เขียนได้พิจารณาถึงลักษณะของกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับวิธีพิจารณาความดังกล่าวก็พบว่ามีความคล้ายคลึงกับการตรากฎหมายลำดับรองของฝ่ายบริหารเป็นอย่างมาก ไม่ว่าจะเป็นเรื่องของการอาศัยอำนาจจากกฎหมายแม่บทในระดับพระราชบัญญัติ เช่น ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลชั้นอุทธรณ์พิเศษต่างๆ ในการตราขึ้นใช้บังคับ หรือเรื่องของควมมีผลใช้บังคับที่ใช้บังคับเป็นการทั่วไปออกไปภายนอกองค์กรและมีลักษณะเป็นกฎหมายข้อบังคับที่หากฝ่าฝืนจะได้รับผลร้าย ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่ากฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาความที่ตราขึ้นโดยองค์กรตุลาการดังกล่าวมีลักษณะเป็นกฎหมายตามเนื้อความประการหนึ่ง และมีสถานะเทียบเท่ากับกฎหมายลำดับรองที่ตราขึ้นโดยฝ่ายบริหาร โดยจัดอยู่ในลำดับชั้นเดียวกับกฎหมายลำดับรอง

2.1.1.4 ลำดับชั้นของกฎหมายลายลักษณ์อักษร

ดังที่ผู้เขียนได้กล่าวมาแล้วข้างต้นว่า ในปัจจุบันกฎหมายลายลักษณ์อักษรของไทยมีอยู่ด้วยกันหลากหลายรูปแบบ ซึ่งแต่ละรูปแบบก็มีความสำคัญแตกต่างกันออกไป จึงได้มีการจัดแบ่งลำดับชั้นของกฎหมายลายลักษณ์อักษรขึ้นหรือที่เรียกกันโดยทั่วไปว่า “ลำดับศักดิ์ของกฎหมาย” (Hierarchy of law) ขึ้นเพื่อก่อให้เกิดความสะดวกในการบังคับใช้กฎหมายและง่ายต่อการทำความเข้าใจบทบาทของกฎหมายในแต่ละลำดับชั้น โดยลำดับชั้นของกฎหมายลายลักษณ์อักษรของไทยอาจเรียงลำดับได้ดังนี้ ลำดับที่หนึ่ง คือ รัฐธรรมนูญ ลำดับที่สอง คือ พระราชบัญญัติและพระราชกำหนด และลำดับที่สาม คือ กฎหมายบริหารบัญญัติ กฎหมายองค์การบัญญัติ และกฎหมายที่ตราขึ้นโดยองค์กรอื่นที่มีใช้ฝ่ายบริหาร

³² ทิตยา แดงประดับ, “การควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของระเบียบว่าด้วยวิธีพิจารณาความที่ตราขึ้นโดยองค์กรตุลาการ,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2554), น.89

ตารางที่ 2.1

ลำดับชั้นของกฎหมาย

ลำดับ	ลำดับชั้นสูงต่ำของกฎหมาย	
1	รัฐธรรมนูญ	กฎหมายสูงสุด
2	พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ	กฎหมายนิติบัญญัติ (กฎหมายลำดับสูง)
	พระราชบัญญัติ	
	พระราชกำหนด	กฎหมายบริหารบัญญัติ (กฎหมายลำดับสูง)
3	พระราชกฤษฎีกา	กฎหมายบริหารบัญญัติ (กฎหมายลำดับรอง)
	กฎกระทรวง/ประกาศกระทรวง	
	ระเบียบ ข้อกำหนด ข้อบังคับ	
	ข้อบัญญัติองค์กรของรัฐที่เป็นอิสระ	
	ข้อบัญญัติของนิติบุคคลมหาชนอื่น นอกจากรัฐ	กฎหมายองค์กรบัญญัติ (กฎหมายลำดับรอง)
	กฎหมายที่ตราขึ้นโดยองค์กรย่อยของ องค์กรนิติบัญญัติและองค์กรตุลาการ	กฎหมายที่ตราขึ้นโดยองค์กรอื่น ที่มีฝ่ายบริหาร (กฎหมายลำดับรอง)
	กฎหมายวิธีพิจารณาความที่ตราขึ้นโดย องค์กรตุลาการ	

โดยหลักเกณฑ์ที่นำมาใช้ในการกำหนดลำดับชั้นของกฎหมายหลายลักษณะ อักษรนั้นพิจารณาจากองค์กรผู้ตรากฎหมายเป็นสำคัญ หากองค์กรที่ตรากฎหมายเป็นองค์กรที่มีความสำคัญกฎหมายที่ออกโดยองค์กรนั้นย่อมมีความสำคัญตามไปด้วย ส่วนองค์กรใดมีความสำคัญรองลงมากฎหมายที่ออกโดยองค์กรนั้นก็จะมีผลสำคัญลดหลั่นกันลงมา เช่น ในประเทศไทยองค์กรที่มีความสำคัญที่สุด คือ ประชาชน ฉะนั้นรัฐธรรมนูญซึ่งถือเป็นกฎหมายของปวงชนชาวไทยจึงมีลำดับสูงที่สุด ส่วนพระราชบัญญัติที่ตราขึ้นโดยรัฐสภาซึ่งเป็นองค์กรฝ่ายนิติบัญญัติและพระราชกำหนดที่ตราขึ้นโดยคณะรัฐมนตรีซึ่งเป็นองค์กรฝ่ายบริหาร จึงมีฐานะเป็นกฎหมายในลำดับชั้นรองลงมาจาก

รัฐธรรมนูญ ส่วนองค์กรที่ตรากฎหมายในฝ่ายบริหารเองก็มีลำดับการบังคับบัญชาที่แตกต่างกัน ส่งผลให้กฎหมายบริหารบัญญัติมีลำดับชั้นของกฎหมายที่แตกต่างกันด้วย

ลำดับชั้นของกฎหมายมีผลในทางกฎหมาย 3 ประการ คือ³³

1. กฎหมายที่มีลำดับชั้นต่ำกว่าจะตราออกใช้บังคับได้ต้องอาศัยกฎหมายที่มีลำดับชั้นสูงกว่าให้อำนาจไว้
2. กฎหมายที่มีลำดับชั้นต่ำกว่าจะตราออกใช้เกินอำนาจที่กฎหมายแม่บทให้ไว้ไม่ได้ หากตราออกใช้เกินอำนาจที่กฎหมายแม่บทให้ไว้ กฎหมายที่มีลำดับชั้นต่ำกว่านั้นจะไม่มีผลใช้บังคับ
3. บทบัญญัติของกฎหมายที่มีลำดับชั้นต่ำกว่าจะขัดหรือแย้งกับกฎหมายที่มีลำดับชั้นสูงกว่าไม่ได้ หากมีการขัดหรือแย้งเกิดขึ้นต้องถือกฎหมายที่มีลำดับชั้นสูงกว่า

2.1.2 ขอบเขตของกฎหมายลำดับรองในมุมมองทางปกครอง

สาเหตุที่ผู้เขียนต้องทำการศึกษากฎหมายลำดับรองในมุมมองทางปกครองก็เพื่อที่จะแสดงให้เห็นขอบเขตที่ชัดเจนของกฎหมายลำดับรองว่ามีความหมายถึงบทบัญญัติหรือข้อบังคับในลักษณะใดบ้าง ทั้งนี้ก็เพราะกฎหมายลำดับรองเป็นทั้งบ่อเกิดของกฎหมายมหาชนและในขณะเดียวกันก็เป็นรูปแบบหนึ่งของการกระทำทางปกครองตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 และพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 ด้วย โดยในกฎหมายทั้งสองฉบับได้กำหนดนิยามของคำว่า “กฎ” เอาไว้ ทำให้เข้าใจได้ว่ากฎในทางปกครองนั้นมีความหมายเป็นอย่างเดียวกับกฎหมายลำดับรอง เพราะเป็นกฎเกณฑ์ที่มีลักษณะเป็นนามธรรมและใช้บังคับกับบุคคลทั่วไปโดยไม่ระบุตัวบุคคลเช่นเดียวกัน ฉะนั้น กฎในทางปกครองจึงมีลักษณะเป็น “กฎหมายตามเนื้อความ” เมื่อถูกตราขึ้นใช้บังคับโดยองค์กรฝ่ายบริหารและต้องอาศัยกฎหมายแม่บทเป็นฐานให้อำนาจตราขึ้นใช้บังคับ กฎในทางปกครองจึงมีสถานะเป็นกฎหมายลำดับรองลักษณะหนึ่งด้วย ดังนั้น หากสามารถพิจารณาขอบเขตของกฎในทางปกครองได้ว่ามีความหมายถึงกฎเกณฑ์ในลักษณะใด ก็สามารถจำกัดขอบเขตของกฎหมายลำดับรองโดยอาศัยหลักเกณฑ์ดังกล่าวได้เช่นเดียวกัน

ก่อนที่จะทำการศึกษาถึงเรื่องดังกล่าว ผู้เขียนต้องทำการศึกษาถึงลักษณะของ “การกระทำในทางปกครอง” ประเภทต่างๆ เสียก่อนว่ามีลักษณะเช่นไร เนื่องจากการดำเนินกิจการต่างๆ ของฝ่ายปกครอง จำเป็นอย่างยิ่งที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะต้องอาศัยการกระทำทางปกครอง

³³ มานิตย์ จุมปา, ชิตาพร พิศลยบุตร โตะวิเศษกุล, กัญทิมา ช่างทำ, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 8 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2557), น.53

เป็นเครื่องมือในการดำเนินการ โดยการกระทำทางปกครองนั้น สามารถแบ่งได้เป็นสองลักษณะใหญ่ ลักษณะแรก คือ การกระทำทางปกครองในทางข้อเท็จจริง เช่น การเตือน การให้ข้อมูล การแนะนำ ลักษณะที่สอง คือ การกระทำทางปกครองที่มุ่งต่อผลในทางกฎหมาย เช่น นิติกรรมทางปกครอง มาตรการภายในของฝ่ายปกครอง เป็นต้น โดยผู้เขียนขอหยิบยกเอาการกระทำทางปกครองบางส่วน อันได้แก่ นิติกรรมทางปกครองจำพวก กฎ คำสั่งทางปกครอง คำสั่งทางปกครองทั่วไป และมาตรการภายในของฝ่ายปกครอง อันเป็นส่วนที่เกี่ยวข้องกับการพิจารณาขอบเขตของกฎหมายลำดับรอง ในทางปกครองขึ้นมาพิจารณาเท่านั้น เพื่อที่จะแสดงให้เห็นถึงความแตกต่างของลักษณะของการกระทำทางปกครองในแต่ละประเภท อันจะส่งผลทำให้ผู้เขียนสามารถกำหนดขอบเขตของกฎหมายลำดับรองหรือกฎหมายทางปกครองได้อย่างชัดเจนยิ่งขึ้น

2.1.2.1 ขอบเขตของนิติกรรมทางปกครอง

เนื่องจากคำว่า “นิติกรรมทางปกครอง” นั้นไม่มีบทบัญญัติใดให้ความหมายไว้อย่างชัดเจนจึงมีการนำมาใช้ในรูปแบบที่หลากหลาย³⁴ รูปแบบแรก คือ การนำมาใช้ในความหมายอย่างกว้างถึงการก่อนิติสัมพันธ์ระหว่างฝ่ายปกครองกับบุคคลภายนอกไม่ว่าจะเป็นนิติกรรมทางปกครองที่มีผลทั่วไปหรือเฉพาะราย โดยไม่คำนึงว่านิติสัมพันธ์ดังกล่าวจะเป็นการใช้อำนาจฝ่ายเดียวของฝ่ายปกครองหรือไม่ จึงมีความหมายรวมทั้ง กฎ คำสั่งทางปกครอง และสัญญาทางปกครอง รูปแบบที่สอง คือ การนำมาใช้ในความหมายอย่างกลางซึ่งจำกัดขอบเขตของนิติสัมพันธ์ลงมาเหลือเพียงนิติกรรมทางปกครองที่ฝ่ายปกครองใช้อำนาจฝ่ายเดียวเท่านั้น นิติกรรมทางปกครองในความหมายอย่างกลางจึงหมายถึงเพียงกฎและคำสั่งทางปกครอง และ รูปแบบที่สาม คือ การใช้ในความหมายอย่างแคบซึ่งจำกัดขอบเขตของนิติสัมพันธ์ให้มีความหมายถึงการใช้อำนาจฝ่ายเดียวของฝ่ายปกครองที่ก่อให้เกิดนิติสัมพันธ์ภายนอกฝ่ายปกครองเป็นการเฉพาะรายเท่านั้น นิติกรรมทางปกครองในความหมายอย่างแคบจึงมีความหมายถึงคำสั่งทางปกครองเพียงอย่างเดียวเท่านั้น ดังนั้น อาจกล่าวโดยสรุปได้ว่านิติกรรมทางปกครองมีความหมายถึงการแสดงออกซึ่งเจตนาของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่มุ่งจะผูกนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคลหรือนัยหนึ่งเป็นการกระทำที่องค์กรของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครองมุ่งที่จะก่อตั้งความสัมพันธ์ทางสิทธิและหน้าที่ระหว่างองค์กรของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครองกับเอกชน³⁵

³⁴ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, *อ่างแล้ว เชียงธรรมที่ 30*, น.119-120

³⁵ นันทวัฒน์ บรมานันท์, *กฎหมายปกครอง*, พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2557), น.439

ส่วนการวิเคราะห์ของผู้เขียนในวิทยานิพนธ์เล่มนี้ ผู้เขียนขอยึดตามแนวทางการตีความคำว่านิติกรรมทางปกครองในความหมายอย่างกลาง ซึ่งขอจำแนกนิติกรรมทางปกครองออกเป็นสองประเภทเท่านั้น คือ “กฎ” และ “คำสั่งทางปกครอง”³⁶ แต่เพื่อให้เกิดความชัดเจนของข้อมูลมากขึ้นผู้เขียนจึงขอแยกอธิบายลักษณะของ “คำสั่งทางปกครองทั่วไป” เพิ่มเติมเป็นอีกหัวข้อหนึ่งต่างหากคำสั่งทางปกครอง เพื่อให้เห็นความแตกต่างที่ชัดเจนมากยิ่งขึ้น ดังรายละเอียดที่จะได้กล่าวถึงดังต่อไปนี้

(1) กฎทางปกครอง

สำหรับกฎในทางปกครองนั้นมีพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 5 และพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 3 ได้ให้นิยามความหมายของ “กฎ” ไว้เหมือนกันว่าหมายถึง “พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ประกาศกระทรวง ข้อบัญญัติท้องถิ่น ระเบียบ ข้อบังคับ หรือบทบัญญัติอื่นที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไป โดยไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดหรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะ” ซึ่งแสดงให้เห็นลักษณะเฉพาะของ “กฎ” ว่ามีลักษณะเช่นเดียวกับคำว่า “กฎหมาย” ที่ใช้เป็นบรรทัดฐานและกำหนดสิทธิหน้าที่ให้แก่ผู้ที่ต้องอยู่ภายใต้กฎที่จะต้องปฏิบัติตาม มีเนื้อหาเป็นนามธรรมเพื่อให้ครอบคลุมเนื้อหาเป็นจำนวนมากและมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไปไม่มุ่งหมายใช้บังคับกับกรณีใดกรณีหนึ่งหรือต่อบุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเฉพาะ กฎจึงลักษณะเป็นการกระทำในทางปกครองรูปแบบหนึ่งและในขณะเดียวกันก็มีลักษณะเป็นกฎหมายลำดับรองที่ตราขึ้นโดยฝ่ายบริหารประการหนึ่งด้วย³⁷ นอกจากนี้กฎในทางปกครองยังหมายความรวมถึงมาตรการหรือหลักเกณฑ์ทั่วไปที่มีผลให้ผู้อยู่ในบังคับต้องปฏิบัติตามไม่ว่าจะมีชื่อเรียกอย่างไร ดังนั้น สภาพบังคับที่เป็นการทั่วไปของกฎจึงมีผลบังคับต่อบุคคลได้โดยไม่จำกัดจำนวน และต้องไม่มีลักษณะเป็นการบังคับเฉพาะเจาะจงต่อบุคคลใดบุคคลหนึ่งหรือบุคคลกลุ่มใดกลุ่มหนึ่งโดยเฉพาะ

³⁶ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, “การกระทำทางปกครอง,” อาจารย์บุชา รวบรวมบทความทางวิชาการเนื่องในโอกาสครบรอบ 72 ปี ศ.ดร.อมร จันทรมบูรณ, น.131-163 (2545)

³⁷ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, กฎหมายปกครอง ภาคทั่วไป, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 30, น.269-271, บรรณเจตน์ สิงคะเนติ, หลักกฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมฝ่ายปกครอง, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2554), น.26-31

เมื่อพิจารณาจากนิยามของคำว่า “กฎ” ในทางปกครองมาแล้วข้างต้น สามารถแบ่งลักษณะสำคัญของกฎออกได้เป็นสองประการ³⁸ ประการแรก คือ กฎต้องกำหนดลักษณะของบุคคลที่ต้องอยู่ภายใต้บังคับของกฎไว้อย่างกว้างเท่านั้น เช่น ประชาชนชาวไทย คนต่างด้าว ผู้เยาว์ ผู้ประกอบวิชาชีพเฉพาะต่างๆ หรือข้าราชการในสังกัด เป็นต้น ส่วนจำนวนของบุคคลที่ต้องอยู่ภายใต้บังคับจะมีจำนวนเท่าใดนั้น ไม่อาจทราบหรือระบุไว้เป็นที่แน่นอนได้ ประการที่สอง คือ หลักเกณฑ์ที่จะกำหนดเป็นกฎนั้นต้องมีลักษณะเป็นนามธรรม เมื่อมีการกำหนดขึ้นแล้วบุคคลภายใต้บังคับก็มีหน้าที่ที่จะต้องปฏิบัติตามกฎอยู่เสมอเข้าไปเรื่อยๆ จนกว่าจะมีการยกเลิกหรือเพิกถอนกฎนั้น เช่น กฎการห้ามสูบบุหรี่บนรถเมล์ กฎที่บังคับให้ผู้ขับขีรถจักรยานยนต์ต้องสวมหมวกนิรภัย หรือกฎที่บังคับให้ข้าราชการต้องแต่งเครื่องแบบมาทำงานทุกวันจันทร์ เป็นต้น

กฎหรือกฎหมายลำดับรองมีอยู่ในหลายลักษณะและมีชื่อเรียกแตกต่างกันออกไป เช่น ประกาศ ระเบียบ มติ ข้อบังคับ ฯลฯ ส่วนการพิจารณาว่าบทบัญญัติใดมีสถานะเป็นกฎหรือไม่นั้น ต้องพิจารณาถึงองค์ประกอบจากนิยามของคำว่า “กฎ” ที่ผู้เขียนได้กล่าวถึงมาแล้วข้างต้นเป็นสำคัญ นอกจากนี้การศึกษาเพิ่มเติมถึงแนวบรรทัดฐานคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลปกครองสูงสุดที่ได้วินิจฉัยเกี่ยวกับเรื่องดังกล่าวไว้ก็เป็นส่วนช่วยให้สามารถเข้าใจคำว่า “กฎ” ได้อย่างชัดเจนขึ้น เช่น แนวทางการพิจารณาเกี่ยวกับสถานะของมติคณะรัฐมนตรีจากคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลปกครองสูงสุดพอจะจำแนกออกได้เป็น 3 ลักษณะ³⁹ ลักษณะแรก คือ มติคณะรัฐมนตรีที่มีสถานะเป็นกฎ⁴⁰ ลักษณะที่สอง คือ มติคณะรัฐมนตรีที่มีสถานะเป็นคำสั่ง และลักษณะที่สาม คือ มติคณะรัฐมนตรีที่มีสถานะเป็นการกำหนดนโยบายหรือการดำเนินงานภายในฝ่ายปกครอง⁴¹ ซึ่งเมื่อสามารถจำแนกออกได้เป็นสามลักษณะดังกล่าวข้างต้น ทำให้ทราบได้ว่ามีเพียงมติคณะรัฐมนตรีในลักษณะแรกเท่านั้นที่มีสถานะเป็นกฎหมาย ส่วนมติคณะรัฐมนตรีในลักษณะที่สองและลักษณะที่สามไม่มีลักษณะเป็นกฎเกณฑ์ทางกฎหมายแต่อย่างใด

³⁸ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, “การกระทำทางปกครอง”, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 36*, น.131-163 (2545)

³⁹ รายละเอียดโปรดดูคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ พ.26/2546

⁴⁰ รายละเอียดโปรดดูคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ พ.101/2546, คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 10/2549

⁴¹ รายละเอียดโปรดดูคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ พ.14/2546, คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ พ.9/2549

(2) คำสั่งทางปกครอง

คำสั่งทางปกครองถือเป็นการกระทำทางปกครองรูปแบบหนึ่ง ซึ่งมีพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 5 ได้นิยามความหมายของ “คำสั่งทางปกครอง” ไว้หมายความว่า

(1) การใช้อำนาจตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่ที่มีผลเป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคลในอันที่จะ ก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน ระวัง หรือมีผลกระทบต่อสถานภาพของสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคล ไม่ว่าจะเป็นการถาวร หรือชั่วคราว เช่น การสั่งการ การอนุญาต การอนุมัติ การวินิจฉัยอุทธรณ์ การรับรอง และการรับจดทะเบียน แต่ไม่หมายความรวมถึงการออกกฎ

(2) การอื่นที่กำหนดในกฎกระทรวง

การออกคำสั่งทางปกครองจึงเป็นการใช้อำนาจทางปกครองสั่งการฝ่ายเดียวไปยังผู้รับคำสั่ง ซึ่งการสั่งการดังกล่าวมีลักษณะเป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ทางปกครองออกไปภายนอกฝ่ายปกครองและมีผลเป็นการเฉพาะราย เช่น คำสั่งอนุมัติปริญญาบัตร คำสั่งลงโทษทางวินัยข้าราชการ คำสั่งให้รื้อถอนอาคาร คำสั่งอนุญาตให้ประกอบกิจการสถานบริการ เป็นต้น คำสั่งทางปกครองจึงมีลักษณะเป็นการทำให้สิทธิหน้าที่ต่างๆ ที่ปรากฏอยู่ในกฎหมายและเป็นนามธรรมกลายเป็นกฎเกณฑ์ที่ชัดเจนสำหรับบุคคลเฉพาะราย หากบุคคลที่ได้รับคำสั่งไม่ปฏิบัติตามคำสั่งดังกล่าวองค์กรปกครองก็อาจบังคับการให้เป็นไปตามคำสั่งทางปกครองได้ด้วยตนเอง⁴²

จากนิยามของคำสั่งทางปกครองดังกล่าวสามารถแยกลักษณะอันเป็นสาระสำคัญของคำสั่งทางปกครองออกได้เป็น 5 ลักษณะ คือ⁴³ 1) ต้องกระทำโดยเจ้าหน้าที่ 2) ต้องเป็นการใช้อำนาจของรัฐในทางปกครอง 3) ต้องมุ่งกำหนดสภาพทางกฎหมายหรือกำหนดผลทางกฎหมายอันเป็นการก่อกำเนิดนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคล 4) ต้องเป็นการกระทำที่เกิดผลเฉพาะเจาะจง 5) ต้องมีผลบังคับออกไปภายนอกฝ่ายปกครองหรือเป็นผลโดยตรงต่อผู้อยู่ใต้บังคับของคำสั่งทางปกครอง ส่วนการออกคำสั่งทางปกครองนั้นอาจกระทำในรูปแบบของหนังสือ กระทำด้วยวาจา หรือ

⁴² วรเจตน์ ภาคีรัตน์, “ผลบังคับผูกพันของคำสั่งทางปกครอง,” วารสารวิชาการเนื่องในโอกาสครบรอบ 72 ปี ศ.ดร.อมร จันทรมบูรณ์, น.164-186 (2545)

⁴³ ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์, กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง, (กรุงเทพมหานคร : จีระวิชาการพิมพ์, 2540), น.100-114

กระทำในรูปแบบอื่น เช่น การให้สัญญาหรือการแสดงกิริยาท่าทางก็ได้ และจะมีผลใช้บังคับต่อบุคคลนั้นได้ตั้งแต่ผู้นั้นได้รับแจ้งคำสั่งเป็นต้นไปและจะมีผลบังคับเรื่อยไปจนกว่าจะถูกลบล้าง⁴⁴

ด้วยลักษณะเฉพาะของคำสั่งทางปกครองที่มีผลใช้บังคับเป็นรูปธรรมต่อผู้อยู่ใต้บังคับเป็นการเฉพาะรายนี้เอง ทำให้คำสั่งทางปกครองมีความแตกต่างจากกฎในทางปกครองและขาดลักษณะประการสำคัญของการเป็นกฎหมายตามเนื้อความไป จึงกลายเป็นเหตุผลสำคัญที่ไม่อาจนำรวมเอาคำสั่งทางปกครองเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายลำดับรองได้

(3) คำสั่งทางปกครองทั่วไป

คำสั่งทางปกครองทั่วไปนี้เป็นการผสมผสานลักษณะที่สำคัญของคำสั่งทางปกครอง (ลักษณะเป็นรูปธรรมและมีผลบังคับเป็นการเฉพาะราย) เข้ากับกฎทางปกครอง (ลักษณะเป็นนามธรรมและมีผลบังคับเป็นการทั่วไป) จนเกิดเป็นกฎเกณฑ์ที่มีลักษณะใหม่สองลักษณะ⁴⁵ ประการแรก คือ กฎเกณฑ์ที่มีลักษณะเป็นนามธรรมแต่มีผลใช้บังคับเฉพาะบุคคล เช่น คำสั่งให้บุคคลใดบุคคลหนึ่งต้องมาทำการตรวจร่างกายทุกๆ วันที่ 15 ของเดือน โดยที่เจ้าหน้าที่ไม่ต้องคอยออกคำสั่งใหม่ทุกๆ เดือน ซึ่งกฎเกณฑ์ในลักษณะนี้แม้จะไม่ถือเป็นคำสั่งทางปกครองในลักษณะดั้งเดิมที่ต้องมีลักษณะเป็นรูปธรรมแต่เมื่อมีผลใช้บังคับเฉพาะราย จึงพอที่จะอนุมานได้ว่าเป็นคำสั่งทางปกครองในลักษณะหนึ่งเช่นกัน ประการที่สอง คือ กฎเกณฑ์ที่มีลักษณะเป็นรูปธรรมแต่มีผลใช้บังคับกับบุคคลไม่จำกัดจำนวน เช่น องค์กรเจ้าหน้าที่ที่มีหน้าที่เกี่ยวกับการควบคุมอาคารติดประกาศในบริเวณห้างสรรพสินค้าแห่งหนึ่งที่ถูกเพลิงไหม้ว่าห้ามมิให้ผู้ใด ดัดแปลง รื้อถอน หรือเคลื่อนย้ายอาคารห้างสรรพสินค้าที่ถูกเพลิงไหม้นั้น อันเป็นกฎเกณฑ์ที่มีความเป็นรูปธรรมว่าใช้บังคับกับเฉพาะห้างสรรพสินค้าใด แต่ในขณะเดียวกันก็มีผลบังคับกับบุคคลทั่วไปไม่จำกัดจำนวนและไม่สามารถระบุตัวได้ ซึ่งในแวดวงวิชาการเรียกกฎเกณฑ์ประเภทนี้ว่า “คำสั่งทั่วไปทางปกครอง” หรือที่ปรากฏในคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลปกครองสูงสุดว่า “คำสั่งทางปกครองทั่วไป” นั่นเอง ซึ่งกฎเกณฑ์ในลักษณะนี้เป็นการยากแก่การวินิจฉัยว่ามีลักษณะเป็นนิติกรรมทางปกครองในรูปแบบใด เพราะหากพิจารณาในแง่ของผลที่ใช้บังคับได้กับบุคคลทั่วไปไม่จำกัดจำนวนก็อาจมีโอกาสเป็น “กฎ” ได้ แต่ถ้าพิจารณาจากเนื้อหาที่เป็นรูปธรรมก็ถือว่ามีโอกาสเป็น “คำสั่งทางปกครอง” ได้เช่นเดียวกัน

สำหรับปัญหาการกำหนดสถานะของคำสั่งทางปกครองทั่วไปนี้ ในต่างประเทศมีการพัฒนาหลักการเกี่ยวกับเรื่องดังกล่าวไว้ เช่น ในประเทศเยอรมันที่ได้มีการแก้ไข

⁴⁴ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง, (กรุงเทพมหานคร : สถาบันพระปกเกล้า, 2550), น.39

⁴⁵ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 30, น.144-147

ปัญหาโดยกำหนดให้คำสั่งทางปกครองทั่วไปเป็นคำสั่งทางปกครองประเภทหนึ่ง ส่วนในประเทศฝรั่งเศสนั้นวางแนวทางให้มีสถานะเป็นคำสั่งทางปกครองเช่นกันเพราะเป็นหลักเกณฑ์ที่ขาดความเป็นนามธรรม⁴⁶ ส่วนประเทศไทยแม้ยังไม่มีบทบัญญัติที่กำหนดสถานะของคำสั่งทางปกครองทั่วไปไว้อย่างชัดแจ้ง แต่ก็มีความเห็นในทางวิชาการที่สนับสนุนไปในทิศทางที่กำหนดให้คำสั่งทางปกครองทั่วไปเป็นคำสั่งทางปกครองประเภทหนึ่ง⁴⁷ ส่วนแนวคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลปกครองสูงสุดนั้นปรากฏการนำหลักเกณฑ์เรื่องคำสั่งทางปกครองทั่วไปมาใช้ในการวินิจฉัยคดีตั้งแต่ปี พ.ศ.2549 เป็นต้นมา⁴⁸ ซึ่งแนววินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดวางหลักการว่ากฎเกณฑ์ที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไปโดยมิได้เจาะจงตัวบุคคล แต่มุ่งหมายให้ใช้บังคับเฉพาะกับกรณีหนึ่งกรณีใดเป็นการเฉพาะเจาะจง ไม่มีลักษณะเป็นกฎแต่มีลักษณะเป็นคำสั่งทางปกครองประเภทคำสั่งทางปกครองทั่วไป แต่เนื่องจากมิใช่คำสั่งทางปกครองที่เจาะจงใช้บังคับกับบุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเฉพาะจึงไม่ต้องอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองทั่วไปดังกล่าวก่อนยื่นฟ้องคดีต่อศาลปกครองแต่อย่างใด⁴⁹

จากความเห็นของนักกฎหมายและแนวคำสั่งหรือคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดที่ได้กล่าวมาข้างต้น เมื่อคำสั่งทางปกครองทั่วไปไม่เข้าหลักเกณฑ์ที่จะมีสถานะเป็นกฎในทางปกครองเสียแล้ว จึงไม่ถือว่าเป็นกฎหมายลำดับรองประเภทหนึ่งได้เช่นกันถึงแม้ว่าคำสั่งทั่วไปทางปกครองจะมีลักษณะการบังคับต่อบุคคลได้ทั่วไปอย่างไม่จำกัดจำนวนก็ตาม

⁴⁶ เกรียงไกร โปธิ์แก้ว, “ปัญหาการบังคับใช้กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองกับคำสั่งทางทั่วไปทางปกครอง (คำสั่งทางปกครองทั่วไป),” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2554), น.19

⁴⁷ วรเจตน์ ภาศิริตัน, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 30*, น.147, บรรเจิด สิงคะเนติ, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 37*, น.28-29, กมลชัย รัตนสกววงศ์, *กฎหมายปกครอง คำบรรยายสรุป บทความรายงานการศึกษา*, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2540), น.24-29

⁴⁸ บุญญภัทร์ ชูเกียรติ, “ปัญหาการควบคุมคำสั่งทั่วไปทางปกครองในระบบกฎหมายไทย,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556), น.18

⁴⁹ รายละเอียดโปรดดูคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 825/2549, คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 744/2550, คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 165/2551, คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 177-178/2551, คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 303/2551, คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 405/2551, คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 512/2551, คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 300/2553, คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 486/2553

2.1.2.2 ขอบเขตของมาตรการภายในของฝ่ายปกครอง

ความสัมพันธ์ระหว่างหน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ภายในหน่วยงานของรัฐจะมีลักษณะเป็นความสัมพันธ์ตามลำดับชั้น (Hierarchical relation) เจ้าหน้าที่ที่อยู่ในลำดับชั้นสูงกว่าย่อมมีอำนาจบังคับเจ้าหน้าที่ที่อยู่ในต่ำกว่า เพราะผู้บังคับบัญชาในแต่ละระดับชั้นย่อมต้องรับผิดชอบในการปฏิบัติหน้าที่ของผู้ใต้บังคับบัญชาของตน ผู้บังคับบัญชาจึงต้องมีอำนาจในการสั่งการ เช่น การบังคับให้กระทำการ ห้ามกระทำการ อนุญาตให้กระทำการ อยางใดอย่างหนึ่งภายใต้ของอำนาจหน้าที่ได้เสมอ⁵⁰ ส่งผลให้มาตรการภายในของฝ่ายปกครองมีฐานที่มาจากการใช้อำนาจการบังคับบัญชาและมีวัตถุประสงค์ในการกำหนดแนวทางในการปฏิบัติงานอันจัดระบบการทำงานภายในของฝ่ายปกครอง หรือเป็นการวางแนวทางในการแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้นในองค์กรซึ่งมีผลบังคับใช้เฉพาะภายในองค์กรของฝ่ายปกครองเท่านั้น ไม่ก่อให้เกิดผลในทางกฎหมายแต่ประการใด

ศาลปกครองสูงสุดได้วางแนวทางในการวินิจฉัยการกระทำที่เป็นมาตรการภายในของฝ่ายปกครองไว้หลายประการ⁵¹ เช่น การโยกย้ายไปช่วยราชการ การแต่งตั้งให้รักษาการ การสอบสวนวินัย การรายงานผลการปฏิบัติราชการ การตอบข้อหารือ หรือการชี้แจงทำความเข้าใจ เป็นต้น นอกจากนี้ยังมีกรณีของคำสั่งที่เตรียมขึ้นเพื่อเตรียมการต่างๆ ในการออกคำสั่งทางปกครอง เช่น การปรึกษาหารือ ร่างกฎ ร่างระเบียบต่างๆ ก็ถือเป็นลักษณะหนึ่งของมาตรการภายในของฝ่ายปกครองด้วยเช่นกัน ดังนั้น โดยพื้นฐานแล้วมาตรการภายในของฝ่ายปกครองจึงไม่มีสถานะเป็นกฎในทางปกครองหรือกฎหมายลำดับรอง เพราะเป็นเพียงมาตรการที่มีผลใช้บังคับภายในองค์กรเท่านั้นทั้งยังไม่ก่อให้เกิดนิติสัมพันธ์หรือก่อให้เกิดผลในทางกฎหมายแต่อย่างใด

⁵⁰ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 36*, น.28-29, น.161-162

⁵¹ รายละเอียดโปรดดูคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 118/2545, คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ 33/2546, คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 71/2546, คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 266/2546, คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 187/2548, คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 201/2548, คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 168/2549, คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 234/2549, คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 161/2551, คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 405/2551, คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 512/2551, คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 464/2552, คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 481/2552, คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 616/2552, คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 660/2552, คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 267/2553, คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 486/2553, คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ 473/2556, คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 1039/2557

นอกจากนี้มาตรการภายในของฝ่ายปกครองยังมีลักษณะสำคัญที่สำคัญอีกหนึ่งประการที่จะต้องถือปฏิบัติตามเสมอ คือ มาตรการภายในของฝ่ายปกครองนั้นต้องไม่ส่งผลกระทบต่อสถานภาพและสิทธิหน้าที่ของเจ้าพนักงานที่มีต่อหน่วยงานตามที่กำหนดไว้ในกฎหมายว่าด้วยระเบียบข้าราชการหรือกฎหมายว่าด้วยระเบียบพนักงานของรัฐ เนื่องจากหากมีการกระทบต่อสถานภาพและสิทธิหน้าที่ที่เจ้าพนักงานแล้วอาจทำให้มาตรการดังกล่าวกลายเป็นนิติกรรมทางปกครองประเภทคำสั่งทางปกครอง ตัวอย่างเช่น คำสั่งเลื่อนหรือไม่เลื่อนระดับ คำสั่งเลื่อนหรือไม่เลื่อนขั้นเงินเดือน คำสั่งลงโทษทางวินัย หรือคำสั่งให้ออกจากราชการ เป็นต้น

ส่วนประเภทของมาตรการภายในของฝ่ายปกครองนั้น สามารถแบ่งได้เป็นสองประเภท⁵² ประเภทแรก คือ มาตรการภายในของฝ่ายปกครองที่มีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป เช่น หนังสือเวียน มาตรการวางแนวทางภายในหน่วยงาน และประเภทที่สอง คือ มาตรการภายในของฝ่ายปกครองที่มีผลใช้บังคับเป็นการเฉพาะราย เช่น คำสั่งที่ผู้บังคับบัญชาสั่งให้ผู้ใต้บังคับบัญชากระทำการเป็นการเฉพาะราย คำสั่งขึ้นบัญชีดำผู้รับจ้างเอกชนบางราย เป็นต้น ซึ่งผลจากการแยกลักษณะของมาตรการภายในเป็นสองประเภทดังกล่าวทำให้เกิดข้อที่จะต้องพิจารณาในประการต่อมาว่ามาตรการภายในของฝ่ายปกครองทั้งสองลักษณะมีสถานะในทางกฎหมายเป็นประการใด ซึ่งเป็นที่แน่นอนว่ามาตรการภายในของฝ่ายปกครองที่มีผลใช้บังคับเฉพาะรายนี้ย่อมไม่มีสถานะเป็นกฎหมาย เพราะไม่มีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป ส่วนมาตรการภายในที่มีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไปจะมีสถานะในทางกฎหมายเป็นประการใดนั้นต้องพิจารณาจากหลักการพื้นฐานของมาตรการภายในของฝ่ายปกครองแต่ละประเภทเป็นสำคัญ ซึ่งผู้เขียนได้แยกพิจารณาออกเป็นสองประเภทย่อยๆ คือ หนังสือเวียนและแนวทางการออกคำสั่ง

“หนังสือเวียน”⁵³ (Circulaire) มักจะถูกนำมาใช้เป็นเครื่องมือของฝ่ายปกครองในการแจ้งเรื่องให้ฝ่ายปกครองด้วยกันเองฝ่ายอื่นๆ หรือผู้ใต้บังคับบัญชาทราบ ทั้งนี้ก็เพื่อ

⁵² ยงยุทธ อนุกุล, “สถานะและผลทางกฎหมายของหนังสือเวียน แนวปฏิบัติ และมาตรการภายในของฝ่ายปกครอง,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2533) น.91-92

⁵³ นันทวัฒน์ บรมานันท์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 35*, น.28-29, ชาญชัย แสงศักดิ์, “ข้อพิจารณาทางวิชาการเกี่ยวกับกฎที่อาจนำมาฟ้องคดีต่อศาลปกครองเพื่อขอให้พิพากษาเพิกถอนได้ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) ประกอบกับมาตรา 72 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542,” *วารสารวิชาการศาลปกครอง*, ปีที่ 7, ฉบับที่ 3, น. 2-4 (กันยายน – ธันวาคม 2550)

เสริมสร้างความเข้าใจให้ทราบถึงสาระสำคัญของกฎหมายต่างๆ หรืออธิบายระเบียบหรือกฎหมายต่างๆ ให้ชัดเจนมากยิ่งขึ้น จึงมีลักษณะเป็นมาตรการภายในของฝ่ายปกครองอย่างหนึ่ง ไม่มีผลบังคับต่อบุคคลภายนอกและไม่อาจใช้บังคับบุคคลภายนอกได้ เป็นแต่เพียงสิ่งที่ก่อให้เกิดหน้าที่ต่อเจ้าหน้าที่รัฐที่จะต้องปฏิบัติตาม

“แนวทางการออกคำสั่ง”⁵⁴ (Directive) ถือเป็นสิ่งที่ผู้บังคับบัญชากำหนดขึ้นเพื่อเป็นแนวทางในการใช้ดุลพินิจของผู้ใต้บังคับบัญชาให้เป็นไปในทิศทางเดียวกัน ไม่มีผลเป็นกฎหมาย และถูกนำมาใช้เป็นมาตรการในการป้องกันมิให้เจ้าหน้าที่ของรัฐมีการออกคำสั่งตามอำเภอใจจนอาจส่งผลกระทบต่อสิทธิหน้าที่และเสรีภาพของประชาชนได้ ดังนั้น กล่าวได้ว่าแนวทางการออกคำสั่งเป็นผลมาจากการใช้อำนาจบังคับบัญชาของผู้บังคับบัญชาโดยตรงและมีผลบังคับภายในหน่วยงานเท่านั้นไม่กระทบต่อเอกชน เว้นเสียแต่ว่าเจ้าหน้าที่จะได้มีการออกคำสั่งทางปกครองตามแนวทางการออกคำสั่งใช้บังคับแก่ประชาชนผู้ใดผู้หนึ่งแล้ว

จากแนวคิดพื้นฐานของหนังสือเวียนและแนวทางการออกคำสั่งที่กล่าวมาแล้วข้างต้น เห็นได้ว่ามีลักษณะเป็นเพียงมาตรการภายในของฝ่ายปกครองประการหนึ่งเท่านั้น ไม่มีสถานะเป็นกฎหมายในทางปกครองหรือกฎหมายลำดับรองแต่อย่างใด แม้จะมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไปแต่ก็เป็นเพียงการใช้บังคับภายในหน่วยงานหรือองค์กรใดองค์กรหนึ่งเท่านั้น หากได้มีผลบังคับเป็นการแพร่หลายแก่ประชาชนทั่วไปไม่ ทั้งกฎหมายหรือกฎหมายลำดับรองเองก็ต้องตราขึ้นโดยอาศัยอำนาจตามกฎหมายแม่บท เช่น พระราชบัญญัติ พระราชกำหนด เสมอ แต่หนังสือเวียนและแนวทางการออกคำสั่งกลับมีฐานมาจากอำนาจบังคับบัญชาเท่านั้น เป็นเรื่องภายในระหว่างผู้บังคับบัญชากับผู้ใต้บังคับบัญชาภายในฝ่ายปกครอง หากยอมรับให้หนังสือเวียนและแนวทางในการออกคำสั่งมีสถานะเป็นกฎหมายก็อาจส่งผลให้เกิดปัญหาในทางปฏิบัติตามมาได้ เพราะเท่ากับเป็นการยอมรับให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองสามารถออกกฎหมายหรือกฎหมายใช้บังคับกับประชาชนได้เองโดยไม่ต้องอาศัยอำนาจตามกฎหมายแม่บทมารองรับแต่อย่างใด อันเป็นการใช้อำนาจที่ขัดต่อหลักการทางปกครองประการสำคัญที่ว่า “ไม่มีกฎหมาย ไม่มีอำนาจ”⁵⁵

⁵⁴ นันทวัฒน์ บรมานันท์, *เพ็งอ้วง*, น.446-448, ชาญชัย แสงวงศ์ดี, *เพ็งอ้วง*, น.4-5 (กันยายน – ธันวาคม 2550)

⁵⁵ รศ.ดร.วรเจตน์ ภาคีรัตน์ ได้กล่าวถึงหลักการ “ไม่มีกฎหมาย ไม่มีอำนาจ” ว่าเป็นหลักการที่กำหนดให้ฝ่ายปกครองจะกระทำการใดๆ ได้ต่อเมื่อมีกฎหมายมอบอำนาจให้แก่องค์กรฝ่ายปกครองในการกระทำนั้น การกระทำขององค์กรฝ่ายปกครองจึงต้องมีฐานของกฎหมายรองรับเสมอ

จากความแตกต่างของลักษณะของการกระทำทางปกครองที่ได้กล่าวถึงมาข้างต้นแล้วไม่ว่าจะเป็นกฎในทางปกครอง คำสั่งทางปกครอง คำสั่งทางปกครองทั่วไป หรือมาตรการภายในของฝ่ายปกครอง ทำให้ผู้เขียนสามารถจำกัดขอบเขตของกฎหมายลำดับรองในมุมมองทางปกครองได้ว่ามีเพียงบทบัญญัติที่มีลักษณะเป็นกฎในทางปกครองตามนิยามของพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 5 และพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 3 เท่านั้นที่มีสถานะเป็นกฎหมายลำดับรอง เนื่องจากกฎเกณฑ์ดังกล่าวมีความเป็นนามธรรมและใช้บังคับได้กับบุคคลทั่วไปโดยไม่เฉพาะเจาะจง ทั้งยังเป็นกฎเกณฑ์ที่ตราขึ้นใช้บังคับโดยอำนาจของฝ่ายบริหารตามที่กฎหมายแม่บทได้ให้อำนาจไว้จึงถือเป็นกฎหมายตามเนื้อความลักษณะหนึ่ง ส่วนคำสั่งทางปกครอง คำสั่งทางปกครองทั่วไป และมาตรการภายในของฝ่ายปกครองนั้น เมื่อไม่ใช่บทบัญญัติหรือคำสั่งที่มีความเป็นนามธรรมและมีผลใช้บังคับแก่บุคคลโดยทั่วไปเช่นเดียวกับกฎในทางปกครองแล้ว จึงไม่อาจถือว่าเป็นลักษณะหนึ่งของกฎหมายลำดับรองได้ และเมื่อสามารถจำกัดขอบเขตของกฎหมายลำดับรองได้แล้ว ในส่วนต่อไปผู้เขียนจะทำการศึกษาเกี่ยวกับค่าบังคับของกฎหมายลำดับรองว่ามีค่าบังคับเป็นกฎหมายหรือไม่ เนื่องจากเคยมีนักกฎหมายหลายท่านตีความให้กฎหมายลำดับรองไม่มีสถานะเป็นกฎหมายและจะส่งผลกระทบต่อการศึกษาในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการรับรู้กฎหมายของศาลโดยตรง ดังที่ผู้เขียนจะได้กล่าวถึงรายละเอียดไว้ในหัวข้อต่อไป

2.1.2.3 ข้อพิจารณาเกี่ยวกับค่าบังคับของกฎหมายลำดับรอง

เมื่อพิจารณาถึงความหมายและลักษณะของคำว่ากฎหมายรวมถึงทำความเข้าใจแนวคิดและขอบเขตของกฎหมายลำดับรองมาแล้วข้างต้น ประเด็นที่ต้องพิจารณาต่อไปก็คือประเด็นที่ว่ากฎหมายลำดับรองมีค่าบังคับเป็นกฎหมายหรือไม่ ทั้งนี้ก็เพราะศาลฎีกาได้เคยวางแนวทางการวินิจฉัยให้กฎหมายลำดับรอง โดยเฉพาะอย่างยิ่งกฎหมายลำดับรองจำพวกประกาศกระทรวง กฎ ระเบียบ ข้อกำหนด ข้อบังคับ ต่างๆ ที่ตราขึ้นโดยฝ่ายบริหารนี้ไม่มีค่าบังคับเป็นกฎหมายเพราะไม่ได้ตราขึ้นโดยฝ่ายนิติบัญญัติ⁵⁶ และมีนักกฎหมายอีกจำนวนหนึ่งที่เห็นพ้องด้วยกับแนวทางดังกล่าวด้วยความเคารพผู้เขียนไม่ใคร่จะเห็นพ้องด้วยกับแนวทางดังกล่าวมากนัก เพราะเป็นการตีความคำว่า

เพื่อเป็นการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนไม่ให้องค์กรฝ่ายปกครองใช้อำนาจโดยล่วงล้ำเขตแดนแห่งสิทธิและเสรีภาพของประชาชนโดยปราศจากเหตุผลอันสมควรได้

⁵⁶ รายละเอียดโปรดดูคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 460/2491 คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 987/2491 คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1347/2505 คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 245/2516, คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 106/2523, คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 588/2523, พิพากษาศาลฎีกาที่ 119/2536

กฎหมายในมุมมองที่แคบจนเกินไป ดังที่ผู้เขียนได้อธิบายรายละเอียดของกฎหมายตามเนื้อความและกฎหมายตามแบบพิธีไว้แล้วในหัวข้อที่ 2.4.1.1 ผู้เขียนกลับมีความเห็นว่ากฎหมายลำดับรองมีลักษณะและมีค่าบังคับเป็นกฎหมายประการหนึ่งเช่นเดียวกับกฎหมายในลำดับสูง เนื่องจากต้องตามลักษณะที่เป็นกฎหมายตามเนื้อความประการหนึ่ง

เกี่ยวกับประเด็นนี้ศาลรัฐธรรมนูญได้เคยวินิจฉัยถึงความหมายของคำว่า “กฎหมาย” ไว้ในคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 27/2544 ว่า “กฎหมาย” สามารถแบ่งออกได้เป็นสองประเภท คือ ประเภทที่หนึ่ง หมายถึงกฎหมายที่ตราขึ้นโดยฝ่ายนิติบัญญัติตามกระบวนการที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ ได้แก่ พระราชบัญญัติ พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ และกฎหมายอื่นที่ฝ่ายบริหารตราขึ้นตามกระบวนการระบุไว้ในรัฐธรรมนูญโดยรัฐธรรมนูญบัญญัติให้กฎหมายนั้นมีศักดิ์และฐานะเทียบเท่ากฎหมายหรือพระราชบัญญัติที่ตราขึ้นโดยรัฐสภา ได้แก่⁵⁷ พระราชกำหนด ตามมาตรา 218 มาตรา 220 มาตรา และพระราชกฤษฎีกาที่ตราขึ้นตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 230 วรรคห้า โดยกฎหมายเหล่านั้นตราขึ้นโดยอาศัยอำนาจตามรัฐธรรมนูญ จึงเป็นกฎหมายที่มีฐานะรองลงมาจากรัฐธรรมนูญ แต่จะต้องไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ประเภทที่สอง หมายถึง กฎข้อบังคับ และพระราชกฤษฎีกานอกจากที่จัดอยู่ในประเภทที่หนึ่งที่ฝ่ายบริหารหรือองค์กรของรัฐออกโดยอาศัยอำนาจตามกฎหมาย เช่น กฎกระทรวง ประกาศกระทรวง ข้อบัญญัติท้องถิ่น ระเบียบข้อบังคับ คำสั่ง หรือบทบัญญัติอื่นที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไป เป็นต้น และเนื่องจากกฎ ข้อบังคับ และพระราชกฤษฎีกาดังกล่าวออกโดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายจึงต้องอยู่ภายในขอบเขตอำนาจที่กำหนดไว้ในกฎหมายแม่บท กล่าวอีกนัยหนึ่งคือ กฎ ข้อบังคับ และพระราชกฤษฎีกานั้นจะต้องไม่ขัดหรือแย้งกับกฎหมายแม่บทและจะต้องไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญด้วย” จากคำวินิจฉัยดังกล่าวชี้ให้เห็นว่าศาลรัฐธรรมนูญได้ตีความคำว่า “กฎหมาย” ที่ใช้ในกรณีทั่วไปว่าหมายความรวมถึง กฎ ข้อบังคับ ประกาศ คำสั่ง หรือบทบัญญัติอื่นที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไปด้วย

เมื่อได้พิจารณาความหมายของคำว่ากฎหมายตามเนื้อความประกอบเข้ากับคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 27/2544 แล้วเห็นได้ว่ากฎหมายลำดับรองย่อมมีค่าบังคับเป็นกฎหมายเช่นเดียวกับกฎหมายในลำดับสูง ถึงแม้ว่ากฎหมายลำดับรองจะไม่ได้ตราขึ้นโดยฝ่ายนิติบัญญัติโดยตรงก็ตาม แต่ก็ถูกตราขึ้นโดยผู้มีอำนาจตามที่กฎหมายแม่บทได้กำหนดไว้ อันเป็นลักษณะของการมอบอำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติให้บุคคลอื่นเข้ามาใช้อำนาจในการตรากฎหมายแทนตนเอง ฉะนั้น เมื่อกฎหมายลำดับรองถูกตราขึ้นตามกระบวนการหรือวิธีการที่ถูกต้องและผ่านการประกาศใช้โดยชอบแล้ว จึงอาจถือได้ว่ากฎหมายลำดับรองเป็นกฎหมายที่ตราขึ้นโดยชอบและมีค่าบังคับในแง่

⁵⁷ อ้างอิงตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540

ของแบบพิธีได้เช่นกัน ส่วนการพิจารณาถึงความมีค่าบังคับในแง่ของเนื้อหา นั้น หากปรากฏข้อเท็จจริงว่ากฎหมายลำดับรองถูกตราขึ้นโดยสอดคล้องกับวัตถุประสงค์ที่กำหนดไว้ในกฎหมายแม่บท และไม่มีเนื้อหาส่วนใดที่ขัดหรือแย้งกับกฎหมายแม่บทที่ให้อำนาจหรือกฎหมายที่มีลำดับสูงกว่าแล้ว กฎหมายลำดับรองย่อมมีค่าบังคับในแง่ความชอบด้วยเนื้อหา ฉะนั้น เมื่อกฎหมายลำดับรองเป็นกฎหมายที่มีคุณค่าในการบังคับทั้งในแง่ของแบบพิธีและในแง่ของเนื้อหา ย่อมส่งผลให้กฎหมายลำดับรองมีค่าบังคับหรือมีสถานะเป็นกฎหมายประการหนึ่งที่ประชาชนโดยทั่วไปต้องอยู่ภายใต้บังคับและต้องปฏิบัติตามเช่นเดียวกับกฎหมายลำดับสูง อันจะทำให้การบังคับใช้กฎหมายในสังคมมีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น

2.2 ขอบเขตและความสำคัญของกฎหมายลักษณะพยานหลักฐาน

การนำข้อพิพาทมาสู่การพิจารณาคดีตัดสินคดีของศาลนั้น เป็นกรณีที่คุณภาพทั้งสองฝ่ายนำข้อพิพาทมาสู่การพิจารณาของศาลซึ่งเป็นบุคคลภายนอกเพื่อขอให้วินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทที่เกิดขึ้นให้เป็นที่ยุติ และก่อนที่ศาลซึ่งเป็นบุคคลภายนอกจะตัดสินได้ว่าคู่ความฝ่ายใดมีความรับผิดชอบหรือไม่นั้น ศาลย่อมต้องทราบข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายที่เกิดขึ้นในคดีเสียก่อนว่ามีอยู่เช่นไร กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งจึงเข้ามามีบทบาทสำคัญในการกำหนดรายละเอียดวิธีการขั้นตอนการนำข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายเข้ามาสู่การพิจารณาคดีของศาล

เมื่อกฎหมายเปิดโอกาสให้คู่ความทั้งสองฝ่ายนำข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายที่สนับสนุนข้ออ้างข้อเถียงของตนมาสู่การพิจารณาของศาลแล้ว คู่ความย่อมต้องใช้สิทธิดังกล่าวอย่างเต็มที่เพื่อสร้างโอกาสในการนำเสนอพยานหลักฐานที่เป็นประโยชน์ต่อตนเข้ามาในคดีให้มากที่สุด ทั้งนี้ก็ด้วยประสงค์ให้ตนเป็นฝ่ายชนะคดี ดังนั้นจึงต้องมีกฎเกณฑ์ที่ใช้ในการควบคุมให้การรวบรวมข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายในคดีเป็นไปด้วยความเรียบร้อยและเชื่อถือได้ เพื่อให้ได้ความจริงที่สมบูรณ์ที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้ อันจะทำให้ศาลสามารถรับฟังข้อเท็จจริงให้เป็นที่ยุติและนำข้อความจริงดังกล่าวไปใช้ในการพิจารณาเพื่อพิพากษาคดีตัดสินคดีต่อไป โดยเครื่องมือสำคัญที่จะเข้ามาควบคุมระบบการค้นหาคำความจริงให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์และใช้ตรวจสอบความน่าเชื่อถือของข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายต่างๆ นั่นคือ “กฎหมายลักษณะพยานหลักฐาน” (Law of Evidence) นั่นเอง

2.2.1 แนวคิดพื้นฐานเกี่ยวกับกฎหมายพยานหลักฐาน

2.2.1.1 ความหมายของพยานหลักฐาน

คำว่า “พยานหลักฐาน” มีความหมายในหลายนัยยะด้วยกัน ทั้งความหมายในลักษณะทั่วไปและความหมายในเชิงของกฎหมาย โดยคำว่าพยานหลักฐานในความหมายทั่วไป หมายถึง สิ่งที่ทำให้ความจริงปรากฏหรือสิ่งที่ใช้ยืนยันความจริงของบางสิ่งบางอย่าง ส่วนในแง่ของกฎหมายนั้น มีนักกฎหมายหลายท่านได้ให้ความหมายของคำว่า “พยานหลักฐาน” ไว้ดังต่อไปนี้

อาจารย์โอสถ โกศิน ได้ให้ความหมายว่า คำว่า “พยาน” หมายความว่าหมายถึงสิ่งที่จะนำมาพิสูจน์ข้อเท็จจริงต่อศาลและศาลอาจรับฟังได้เท่านั้น⁵⁸

ศาสตราจารย์พิเศษโสภณ รัตนกร ได้ให้ความหมายว่า คำว่า “พยานหลักฐาน” หมายความว่า สิ่งใดๆ ที่แสดงข้อเท็จจริงให้ปรากฏแก่ศาลได้ ซึ่งในทางวิชาการมีความหมายกว้างแคบไม่เหมือนกัน ในความหมายอย่างกว้าง หมายถึง ทุกสิ่งที่อาจพิสูจน์ข้อเท็จจริงต่อศาล หรือสิ่งที่อาจนำข้อเท็จจริงมาสู่สำนวนได้ ไม่จำกัดเฉพาะที่ปรากฏในคำเบิกความของพยานเท่านั้น แต่ยังมีความหมายรวมถึงเอกสารที่น่าสืบ วัตถุสิ่งของที่นำมาแสดงต่อศาล หรือสถานที่ที่ศาลไปตรวจ หรือความเห็นของผู้เชี่ยวชาญ นอกจากนี้ยังหมายความรวมถึงสิ่งอื่นๆ ที่นำข้อเท็จจริงมาสู่ศาลโดยคู่ความไม่ต้องพิสูจน์ด้วย ในความหมายที่แคบเข้ามา หมายถึง พยานหลักฐานที่คู่ความนำสืบถึงข้อเท็จจริงในประเด็นแห่งคดีหรือที่เกี่ยวกับประเด็นแห่งคดีเท่านั้น หากข้อเท็จจริงใดที่คู่ความไม่ต้องนำสืบแล้ว แม้เป็นข้อเท็จจริงซึ่งศาลนำมาวินิจฉัยคดีได้เช่นเดียวกับประเด็นที่คู่ความนำสืบก็ไม่ถือเป็นพยานหลักฐานตามความหมายนี้ ส่วนความหมายที่แคบที่สุด หมายถึง พยานหลักฐานที่ศาลยอมรับหรือยอมให้นำสืบเท่านั้น แม้เป็นสิ่งที่อาจพิสูจน์ข้อเท็จจริงได้และคู่ความได้นำสืบไว้แล้วแต่หากมีกฎหมายบัญญัติห้ามมิให้ศาลรับฟัง แม้จะแสดงข้อเท็จจริงบางอย่างและรวบรวมอยู่ในสำนวนแล้วก็ไม่ถือว่าเป็นพยานหลักฐานในความหมายนี้⁵⁹

อาจารย์เข้มชัย ชุตินวงศ์ ได้ให้ความหมายว่า พยานหลักฐานคือสิ่งที่สามารถพิสูจน์ข้อเท็จจริงที่มีการกล่าวอ้าง โดยการดำเนินคดีไม่ว่าจะเป็นคดีแพ่งหรือคดีอาญานั้น ทั้งโจทก์และจำเลยต่างต้องกล่าวอ้างข้อเท็จจริงต่างๆ มาในคำฟ้องและคำให้การเพื่อสนับสนุนข้อกล่าว

⁵⁸ โอสถ โกศิน, คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยานหลักฐาน, (กรุงเทพมหานคร : สำนักงานส่งเสริมงานตุลาการ กระทรวงยุติธรรม, 2538), น.4

⁵⁹ โสภณ รัตนกร, คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยาน, พิมพ์ครั้งที่ 11 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2557), น.20-21

อ้างและข้อกล่าวแก้ของตน ซึ่งข้อเท็จจริงต่างๆ เหล่านี้อาจตรงกันบ้างขัดแย้งกันบ้าง หากปล่อยให้กระบวนการพิจารณาจบเพียงเท่านี้ศาลย่อมไม่อาจชี้ขาดได้ว่าฝ่ายใดถูกฝ่ายใดผิด เพราะศาลไม่มีทางทราบได้เลยว่าฝ่ายใดพูดเท็จ คู่ความแต่ละฝ่ายจึงมีความจำเป็นที่จะต้องหาทางพิสูจน์ข้อกล่าวอ้างของตนให้ศาลเชื่อซึ่งได้แก่การนำพยานหลักฐานมาแสดงยืนยันข้อเท็จจริงที่กล่าวอ้างนั่นเอง⁶⁰

จากความหมายของคำว่าพยานหลักฐานที่กล่าวมาแล้วข้างต้น คำว่าพยานหลักฐานในแง่ของกฎหมายจึงมีลักษณะเป็นการเฉพาะเจาะจงมากกว่าพยานหลักฐานในความหมายทั่วไป และมีอิทธิพลอย่างยิ่งต่อการกำหนดบทบาทหน้าที่ของคู่ความในการนำเสนอพยานหลักฐาน รวมถึงศาลเองที่จะต้องอยู่ภายใต้บังคับให้รับฟังได้เพียงพยานหลักฐานที่ชอบด้วยกฎหมาย

2.2.1.2 วัตถุประสงค์ของกฎหมายลักษณะพยานหลักฐาน

กฎหมายลักษณะพยานหลักฐานมีวัตถุประสงค์ในประการสำคัญ⁶¹ คือ

1. เพื่อใช้ตัดสินใจว่าควรรับหรือไม่ควรรับพยานหลักฐานใดเข้าสู่กระบวนการพิจารณาของศาล
2. เพื่อใช้กำหนดว่าพยานหลักฐานใดบ้างที่มีความเกี่ยวข้องกับข้อพิพาทในคดี และใช้กำหนดว่าพยานหลักฐานใดบ้างเป็นพยานหลักฐานที่ศาลรับรู้ได้เองหรือพยานหลักฐานใดบ้างเป็นสิ่งที่คู่ความต้องนำมาพิสูจน์ต่อศาล

กฎหมายพยานหลักฐานจึงมีความมุ่งหมายเพื่อที่จะพิสูจน์ข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นให้เป็นที่ยุติว่ามีความจริงอยู่เช่นไร โดยพยานหลักฐานที่จะถูกยอมรับให้นำเข้ามาสู่กระบวนการพิจารณาของศาลได้ต้องเป็นพยานหลักฐานที่มีความเกี่ยวข้องกับคดีเท่านั้น หากพยานหลักฐานใดไม่มีความเกี่ยวข้องกับคดีก็就会被ห้ามไม่ให้ยอมรับเข้ามาในคดีโดยเด็ดขาด แต่ถึงอย่างไรก็ดีใช้ว่าพยานหลักฐานที่เกี่ยวข้องกับคดีทั้งหมดจะได้รับการยอมรับเสมอไป เพราะยังมีเงื่อนไขสำคัญอีกหนึ่งประการนั้นคือต้องเป็นพยานหลักฐานที่ชอบด้วยหลักเกณฑ์ในทางกฎหมายด้วย ศาลจึงจะยอมรับเข้าสู่คดีได้⁶² สาระสำคัญของกฎหมายลักษณะพยานหลักฐานจึงเป็นเรื่องของการวางมาตรการในการ

⁶⁰ เข็มชัย ชุตินวงศ์, คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยาน, พิมพ์ครั้งที่ 8 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2551), น.1

⁶¹ Simon Cooper, Peter Muphy, John Beaumont, Case and Materials on Evidence, Third edition (London : Blackstone Press Limited, 1994), p.1

⁶² Rosamund Reay, Evidence, Third edition (London : Old Bailey Press, 2001), p.1

เสนอข้อเท็จจริงและการพิสูจน์ข้อเท็จจริงต่อศาล อันจะเป็นหลักประกันว่าข้อเท็จจริงที่ศาลรับฟังนั้น ได้ผ่านขั้นตอนการนำเสนออย่างตรงไปตรงมาไม่มีการเอาเปรียบซึ่งกันและกัน เพื่อให้การสืบพยาน เป็นไปอย่างมีระเบียบ และทำให้ศาลสามารถฟังข้อเท็จจริงได้ถูกต้องมากที่สุด⁶³ ส่งผลให้เกิด มาตรฐานในการรับฟังพยานหลักฐานและทำให้กระบวนการยุติธรรมเป็นในทิศทางเดียวกัน รวมถึงยัง ทำให้คู่ความสามารถวางแผนได้ล่วงหน้าว่าควรจะนำเสนอพยานหลักฐานอย่างไรให้ถูกต้องตามกรอบ ของกฎหมาย

เนื่องจากความสำคัญของกฎหมายลักษณะพยานหลักฐานที่ได้กล่าวมา ข้างต้น ทำให้เกิดหน้าที่ประการสำคัญแก่คู่ความที่จะต้องปฏิบัติตาม นั่นคือหลักเกณฑ์ในเรื่อง “หน้าที่นำสืบ” ซึ่งได้บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 84/1 ว่า “คู่ความ ฝ่ายใดกล่าวอ้างข้อเท็จจริงเพื่อสนับสนุนคำคู่ความของตน ให้คู่ความฝ่ายนั้นมีภาระการพิสูจน์ ข้อเท็จจริงนั้น” เหตุที่ศาลต้องกำหนดหน้าที่นำสืบก็เพราะเมื่อมีการฟ้องคดีต่อศาลแล้ว ศาลซึ่งเป็น บุคคลภายนอกย่อมไม่อาจทราบได้ว่าข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นเป็นอย่างไร ศาลจึงต้องให้คู่ความทั้งสองฝ่าย นำสืบข้อเท็จจริงตามข้อกล่าวอ้างของตนต่อศาล หากฝ่ายไหนไม่นำสืบหรือนำสืบไม่ได้ตามที่ตนกล่าว อ้างไว้ก็จะถือว่าข้อเท็จจริงไม่เป็นตามที่ฝ่ายนั้นอ้างและทำให้เกิดผลแพ้ชนะในคดีขึ้นในที่สุด ดังนั้น หากคู่ความยังคงถกเถียงในข้อเท็จจริงใดกันอยู่ ก็ต้องมีหน้าที่นำสืบในข้อเท็จจริงดังกล่าวอยู่เสมอ เพื่อให้ข้อเท็จจริงปรากฏเป็นที่ยุติต่อศาล

ส่วนคำว่า “หน้าที่นำสืบ” มีความหมายว่าอย่างไรนั้น ไม่มีบทกฎหมาย ใดบัญญัติคำนิยามไว้อย่างชัดเจน คงมีเพียงนักกฎหมายบางท่านที่ให้ความเห็นไว้ซึ่งมีความเห็น แตกต่างกันไปหลายแนวทาง โดยผู้เขียนขอยึดตามแนวทางของท่านศาสตราจารย์ประมุข สุวรรณศร ที่ได้แยกหน้าที่นำสืบออกของคู่ความออกเป็นสองประการดังต่อไปนี้ คือ

หน้าที่นำพยานเข้าสืบ (Burden of adducing evidence) หรือ “หน้าที่นำสืบก่อน” หมายถึง หน้าที่ของคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งในคดีที่จะต้องนำสืบพยานหลักฐาน ของตนก่อนคู่ความอีกฝ่ายหนึ่ง⁶⁴ การกำหนดหน้าที่นำสืบก่อนหลังในคดีแพ่งเป็นอำนาจของศาลที่ จะต้องกำหนดให้แก่คู่ความทั้งสองฝ่าย⁶⁵ ซึ่งศาลอาจจะสั่งให้โจทก์หรือจำเลยเป็นฝ่ายนำพยานเข้าสืบ ก่อนก็ได้ หรือหากมีประเด็นที่จะต้องสืบกันหลายข้อและภาระการพิสูจน์ของโจทก์และจำเลยต่างกัน

⁶³ โสภณ รัตนากร, *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 59*, น.19-20

⁶⁴ ประมุข สุวรรณศร, *คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยาน*, พิมพ์ครั้งที่ 7 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2517), น.43

⁶⁵ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 183 วรรคแรก

เป็นข้อๆ ศาลก็อาจจะสั่งให้นำสืบสลับกันได้ แต่ส่วนใหญ่ศาลจะกำหนดหน้าที่นำสืบในคดีแพ่งโดยใช้หลักเกณฑ์การพิจารณาว่าฝ่ายใดมีภาระการพิสูจน์มากกว่าศาลจะสั่งให้ผู้นั้นเป็นผู้มีหน้าที่นำสืบก่อน แต่หลักเกณฑ์การพิจารณาดังกล่าวก็ไม่ได้ผูกมัดให้ต้องกำหนดเช่นนั้นในทุกกรณี เพราะบางครั้งศาลกำหนดให้ผู้ที่มิมีหน้าที่นำสืบก่อนอาจไม่ใช่ผู้มีภาระการพิสูจน์ที่มากกว่าก็ได้ หากฝ่ายที่มีหน้าที่นำสืบก่อนไม่นำพยานหลักฐานเข้าสืบต่อศาลหรือนำพยานหลักฐานเข้าสืบไม่สืบสมตามที่กล่าวอ้าง ศาลย่อมไม่อาจเชื่อได้ว่าผู้นั้นมีสิทธิตามที่ได้กล่าวอ้างไว้จริง อันจะเป็นผลเสียต่อรูปคดีและทำให้คู่ความฝ่ายดังกล่าวแพ้คดีได้ เมื่อฝ่ายแรกได้นำพยานหลักฐานเข้าสืบต่อศาลเสร็จสิ้นแล้ว อีกฝ่ายหนึ่งต้องนำพยานหลักฐานเข้าสืบต่อไปเพื่อหักล้างพยานหลักฐานของฝ่ายแรกด้วย เพราะหากอีกฝ่ายหนึ่งไม่นำสืบแก้ในประเด็นดังกล่าวก็อาจตกเป็นฝ่ายแพ้คดีในประเด็นนั้นได้ หน้าที่นำสืบของฝ่ายหลังในกรณีนี้ไม่ใช่หน้าที่นำสืบตามที่กฎหมายกำหนดแต่เป็นเพียงการนำสืบหักล้างพยานหลักฐานของของฝ่ายแรกเท่านั้นหรือที่เรียกว่า "หน้าที่นำสืบตามพยานหลักฐาน" (Evidential burden)⁶⁶

หน้าที่นำสืบก่อนในคดีแพ่งและในคดีอาญามีอาจมีความแตกต่างกันได้ เพราะหลักการพื้นฐานของกฎหมายแพ่งและกฎหมายอาญามีความแตกต่างกัน โดยพื้นฐานของกฎหมายอาญาถูกกำหนดอยู่บนหลักการของข้อสันนิษฐานที่ว่า “บุคคลทุกคนเป็นผู้บริสุทธิ์” (Presumption of innocence)⁶⁷ ศาลจึงไม่สามารถตัดสินลงโทษจำเลยได้จนกว่าโจทก์จะพิสูจน์ให้ศาลเห็นได้ว่าจำเลยเป็นผู้กระทำความผิด ในคดีอาญาโจทก์จึงมีหน้าที่ต้องนำพยานหลักฐานเข้าสืบก่อนเสมอ ดังที่ปรากฏในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 174 ที่กำหนดให้ศาลต้องพิพากษายกฟ้องของโจทก์เสีย หากโจทก์ไม่นำพยานเข้าสืบหรือไม่สามารถนำสืบให้ศาลเห็นจนสิ้นข้อสงสัยได้ว่าจำเลยกระทำความผิดตามฟ้องจริง และมาตรา 227 ที่กำหนดว่าศาลจะพิพากษาลงโทษจำเลยได้เมื่อแน่ใจว่าจำเลยเป็นผู้กระทำความผิดจริงเท่านั้น แต่หากมีความสงสัยตามสมควรว่าจำเลยได้กระทำความผิดหรือไม่ ให้ยกประโยชน์แห่งความสงสัยนั้นให้จำเลย

⁶⁶ หน้าที่นำสืบของคู่ความในประเด็นหนึ่งๆ นั้นสามารถแบ่งการนำสืบออกเป็นสองทางคือ การนำสืบในทางบวก (Positive) ซึ่งเป็นการกล่าวอ้างข้อเท็จจริงเพื่อเป็นการยืนยันถึงความมีอยู่หรือเป็นอยู่ของสิทธิของผู้กล่าวอ้าง และการนำสืบอันเป็นการปฏิเสธ (Negative) ซึ่งเป็นการนำสืบในประเด็นเดียวกันนั้นเองว่าสิทธิตามที่กล่าวอ้างนั้นไม่มีอยู่จริง การนำสืบพยานของจำเลยเพื่อหักล้างพยานหลักฐานของโจทก์จึงเป็นการนำสืบในทางปฏิเสธนั่นเอง

⁶⁷ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 39 วรรคสอง บัญญัติว่า “ในคดีอาญาต้องสันนิษฐานไว้ก่อนว่าผู้ต้องหาหรือจำเลยไม่มีความผิด”

ภาระการพิสูจน์ (Burden of proof) หมายถึง หน้าที่ของคู่ความฝ่ายหนึ่งที่จะต้องนำพยานหลักฐานมาพิสูจน์ต่อศาลให้ศาลเห็นจริงตามที่ตนกล่าวอ้าง⁶⁸ ซึ่งเป็นหน้าที่นำสืบตามที่กฎหมายกำหนดหรือเรียกว่า “หน้าที่นำสืบตามกฎหมาย” (Legal burden) หากคู่ความฝ่ายใดมีภาระการพิสูจน์ในข้อเท็จจริงใดแต่ไม่นำพยานหลักฐานมาสืบตามภาระการพิสูจน์ของตน ย่อมส่งผลทำให้ต้องแพ้ในประเด็นดังกล่าว ภาระการพิสูจน์จึงเป็นเรื่องที่ทำให้เกิดผลแพ้ชนะคดีได้โดยตรง อันเป็นหลักการตามสุภาษิตกฎหมายลาตินที่ว่า “Ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat” (ผู้ใดกล่าวอ้างผู้นั้นต้องพิสูจน์ ผู้ปฏิเสธหาหน้าที่ต้องพิสูจน์ไม่)

ผู้มีภาระการพิสูจน์ไม่จำเป็นจะต้องเป็นฝ่ายโจทก์เสมอไป หากเป็นกรณีที่จำเลยให้การปฏิเสธคำฟ้องของโจทก์และยกข้อเท็จจริงขึ้นใหม่เพื่อต่อสู้โจทก์ ศาลต้องกำหนดให้จำเลยมีภาระการพิสูจน์ในประเด็นดังกล่าว เพราะถือว่าเป็นกรณีที่จำเลยได้ยอมรับตามสิทธิที่โจทก์กล่าวอ้างมาในคำฟ้องแล้ว โจทก์จึงไม่มีภาระการพิสูจน์ในประเด็นที่ตนกล่าวอ้างอีกต่อไป แต่เป็นฝ่ายจำเลยเองที่กล่าวอ้างข้อเท็จจริงขึ้นใหม่ที่มีภาระที่จะต้องพิสูจน์ประเด็นดังกล่าวต่อศาลเพื่อจะได้ไม่ต้องรับผิดชอบฟ้องของโจทก์ เช่น กรณีที่โจทก์ฟ้องเรียกเงินตามสัญญากู้ยืมเงินจากจำเลย จำเลยให้การยอมรับว่าเป็นหนี้จำนวนดังกล่าวต่อโจทก์จริง แต่จำเลยยกข้อเท็จจริงขึ้นใหม่ว่ามูลหนี้ตามสัญญากู้ยืมเงินดังกล่าวเกิดจากข้อตกลงเพื่อจะใช้นี้เงินพนันขึ้นต่อซึ่งไม่สามารถเรียกร้องกันได้ตามกฎหมาย ดังนั้นจำเลยจึงมีภาระการพิสูจน์ให้ศาลเห็นว่าสัญญากู้ยืมเงินดังกล่าวเกิดจากข้อตกลงเพื่อจะใช้นี้เงินพนันขึ้นต่อเพื่อให้จำเลยไม่ต้องรับผิดชอบฟ้องของโจทก์อีก

แต่ถึงอย่างไรก็ดีมีกรณีที่ยกเว้นให้ฝ่ายที่ยกข้อเท็จจริงขึ้นกล่าวอ้างไม่ต้องมีภาระการพิสูจน์ในกรณีดังต่อไปนี้ คือ⁶⁹

- 1) กรณีที่มีข้อสันนิษฐานเป็นคุณแก่คู่ความฝ่ายใด คู่กรณีอีกฝ่ายย่อมมีหน้าที่ต้องนำสืบเพื่อหักล้างความเป็นคุณของข้อสันนิษฐานดังกล่าว ภาระการพิสูจน์จึงตกอยู่กับคู่ความฝ่ายที่จะต้องนำสืบหักล้าง
- 2) เมื่อศาลได้อ่านคำคู่ความของทั้งสองฝ่ายแล้วลองคิดว่าหากเป็นกรณีไม่มีการสืบพยานกันเลย รูปคดีของฝ่ายใดจะต้องเป็นฝ่ายแพ้คดี ก็ให้ฝ่ายนั้นเป็นฝ่ายที่มีภาระการพิสูจน์
- 3) เมื่อฝ่ายใดได้กล่าวอ้างข้อเท็จจริงอย่างใดผิดจากปกติของเหตุการณ์ธรรมดาสามัญ เช่น อ้างว่าบุคคลใดวิกลจริต อ้างว่าทรัพย์สินใดสิ่งหนึ่งมีสภาพอันตรายอันอาจเกิด

⁶⁸ ประมุข สุวรรณศรี, อ้างแล้ว *เชิงอรรถที่ 64*, น.44

⁶⁹ โอสถ โกศิน, อ้างแล้ว *เชิงอรรถที่ 58*, น.268-272

ระเบิดได้ อ้างว่าสุนัขที่เลี้ยงไว้มีนิสัยดุชอบกัดแต่ผู้หญิงเท่านั้น หรืออ้างว่าเอกสารมหาชนที่พนักงานเจ้าหน้าที่รับรองสำเนาไม่ถูกต้องแท้จริง ฝ่ายที่อ้างถึงความผิดปกติไปจากเหตุการณ์ธรรมดาสามัญนั้น ย่อมมีภาระการพิสูจน์

4) เมื่อเป็นกรณีที่ได้ข้อเท็จจริงใดที่อยู่ในความรู้เห็นของฝ่ายใด โดยเฉพาะแต่ฝ่ายเดียว และอีกฝ่ายหนึ่งไม่อาจรู้ได้ว่าอีกฝ่ายหนึ่งจะกล่าวอ้างข้อเท็จจริงนั้น ศาลต้องกำหนดให้ฝ่ายที่ได้เปรียบเพราะมีโอกาสรู้ข้างเดียวเป็นผู้มีภาระการพิสูจน์ในข้อเท็จจริงนั้น

ภาระการพิสูจน์ข้อเท็จจริงในประเด็นแห่งคดีแต่ละประเด็นอาจตกอยู่กับคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งแตกต่างกันได้ โดยคู่ความฝ่ายที่มีภาระการพิสูจน์ย่อมมีหน้าที่ที่จะต้องนำพยานหลักฐานมาสืบพิสูจน์ข้อกล่าวอ้างของตนให้ศาลเห็น และต้องพิสูจน์ให้ได้ตามมาตรฐานการพิสูจน์ในคดีแพ่งด้วย ซึ่งมาตรฐานการพิสูจน์ในคดีแพ่งนี้เป็นไปตามมาตรฐานที่ว่า “คู่ความต้องนำสืบพยานหลักฐานให้มีน้ำหนักน่าเชื่อถือกว่าพยานหลักฐานของอีกฝ่ายหนึ่ง” (Proof on the balance of probability) ทั้งนี้ก็เพื่อแสดงให้ศาลเห็นว่าข้อกล่าวอ้างของตนมีความเป็นไปได้มากกว่าคู่ความอีกฝ่ายหนึ่ง ดังนั้นจึงกล่าวโดยสรุปได้ว่า “ภาระการพิสูจน์” ถูกใช้เป็นเครื่องมือในการกำหนดว่าคู่ความฝ่ายใดมีหน้าที่ในการรวบรวมพยานหลักฐานในประเด็นที่พิพาทกันนั้น และยังเป็นสิ่งที่ทำให้ทราบด้วยว่าใครจะเป็นผู้แพ้คดีในกรณีที่ไม่สามารถนำพยานหลักฐานมาพิสูจน์เชื่อตามข้อกล่าวอ้างของตนได้

2.2.2 ลักษณะของปัญหาข้อเท็จจริงและปัญหาข้อกฎหมายในทางพยานหลักฐาน

การดำเนินกระบวนการพิจารณาในศาลนั้น สามารถแบ่งประเด็นการพิจารณาได้เป็นสองลักษณะใหญ่ๆ คือ การพิจารณาในประเด็นปัญหาข้อเท็จจริงและการพิจารณาในประเด็นปัญหาข้อกฎหมาย หรือที่นิยมเรียกกันโดยทั่วไปว่า “ปัญหาข้อเท็จจริง” และ “ปัญหาข้อกฎหมาย” นั้นเอง ซึ่งเหตุที่ต้องมีการแบ่งแยกประเด็นที่ศาลต้องพิจารณาออกเป็นสองประเด็นดังกล่าวก็เพราะหลักเกณฑ์ที่นำมาใช้ในการพิจารณาประเด็นปัญหาข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายนั้นมีความแตกต่างกัน ทั้งยังเกี่ยวข้องโดยตรงกับการจำกัดสิทธิบางประการของคู่ความในคดีอีกด้วย ซึ่งความสำคัญที่ต้องมีการแบ่งแยกประเด็นปัญหาข้อเท็จจริงและประเด็นปัญหาข้อกฎหมายมีดังนี้

1) ความสำคัญต่อกระบวนการในทางพยานหลักฐานของศาล เนื่องจากโดยหลักแล้วการพิสูจน์ในประเด็นปัญหาข้อกฎหมายนั้นเป็นเรื่องที่คู่ความไม่ต้องนำสืบพยานหลักฐานมาสืบพิสูจน์เพื่อสนับสนุนข้ออ้างหรือข้อเถียงของตนต่อศาล แต่เป็นเรื่องที่ศาลสามารถพิจารณาประเด็นปัญหาข้อกฎหมายได้เอง ส่วนปัญหาข้อเท็จจริงนั้นเป็นเรื่องที่คู่ความจะต้องนำสืบพยานหลักฐานต่อศาลเสียก่อนศาลจึงจะสามารถวินิจฉัยได้ เป็นไปตามหลัก “Da mihi factum, dabo tibi jus” (ข้อเท็จจริงเป็นเรื่องของคู่ความ ข้อกฎหมายเป็นเรื่องของศาล) ทั้งนี้ก็เพื่อเป็นการแบ่งแยกบทบาทของศาลและคู่ความออกจากกันอย่างชัดเจน

2) ความสำคัญต่อการใช้สิทธิอุทธรณ์ของคุณ เนื่องจากมีกฎหมายจำกัดสิทธิในการอุทธรณ์ปัญหาข้อเท็จจริงของคุณเอาไว้ การพิจารณาว่าประเด็นใดเป็นปัญหาข้อเท็จจริงหรือเป็นปัญหาข้อกฎหมายจึงมีความสำคัญ เพราะหากเป็นการอุทธรณ์ในประเด็นปัญหาข้อเท็จจริงก็อาจถูกจำกัดมิให้อุทธรณ์ได้ แต่หากเป็นปัญหาข้อกฎหมายความสามารถอุทธรณ์ได้เสมอ เว้นแต่จะเป็นกรณีที่มีกฎหมายห้ามไว้โดยเด็ดขาดไม่ให้ใช้สิทธิอุทธรณ์ทั้งในปัญหาข้อเท็จจริงและในปัญหาข้อกฎหมาย

3) สำหรับคดีแพ่งเกี่ยวเนื่องคดีอาญานั้น การพิจารณาและพิพากษาของศาลในคดีแพ่งนั้นต้องถือตามข้อเท็จจริงที่ฟังเป็นยุติแล้วในคดีอาญาเสมอ ในทางกลับกันหากเป็นการพิจารณาในประเด็นปัญหาข้อกฎหมาย ศาลในคดีแพ่งย่อมไม่ต้องอยู่ในบังคับให้ต้องพิจารณาหรือพิพากษาตามข้อกฎหมายที่ปรากฏในคดีอาญาแต่อย่างใด

ดังนั้น การแยกแยะว่าอะไรเป็นข้อเท็จจริงหรืออะไรเป็นข้อกฎหมายจึงมีความสำคัญอย่างมากต่อการพิจารณาคดีของศาล โดยเฉพาะอย่างยิ่งในส่วนที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายลักษณะพยานหลักฐาน เพราะหากประเด็นที่ต้องพิจารณามีสถานะเป็นประเด็นปัญหาข้อเท็จจริงแล้ว ศาลต้องอยู่ในบังคับให้ต้องใช้ข้อเท็จจริงที่ได้จากพยานหลักฐานในสำนวนมาใช้เป็นหลักในการวินิจฉัยเสมอ ศาลไม่สามารถวินิจฉัยปัญหาข้อเท็จจริงโดยใช้ความรู้เห็นส่วนตัวของศาลเองได้ ส่วนการพิจารณาว่าข้อเท็จจริงใดบ้างที่ศาลสามารถนำมาใช้พิจารณาวินิจฉัยคดีได้นั้นต้องใช้บทบัญญัติแห่งกฎหมายพยานหลักฐานมาเป็นหลักเกณฑ์ในการวินิจฉัยว่าข้อเท็จจริงใดบ้างที่ศาลควรรับเข้ามาในสำนวนคดี และข้อเท็จจริงดังกล่าวสามารถรับฟังได้หรือไม่และมีน้ำหนักน่าเชื่อถือเพียงใด โดยจะต้องเป็นพยานหลักฐานที่สามารถรับฟังได้ตามกฎหมายและต้องเป็นพยานหลักฐานในสำนวนเท่านั้น ส่วนการพิจารณาในปัญหาข้อกฎหมายนั้น แม้ปัจจุบันจะไม่มีบทกฎหมายใดบัญญัติไว้อย่างชัดเจนให้การวินิจฉัยในประเด็นดังกล่าวเป็นหน้าที่ของศาลก็ตาม แต่ในอดีตได้เคยมีกฎหมายของไทยซึ่งได้บัญญัติเกี่ยวกับหลักเกณฑ์การพิจารณาข้อกฎหมายของศาลไว้ โดยเรียกขั้นตอนการพิจารณาข้อกฎหมายของศาลว่า “ประเด็นหารือบท” ดังที่ปรากฏในพระราชบัญญัติลักษณะพยาน ร.ศ.113 และยังมีหลักกฎหมายว่า “Da mihi factum, dabo tibi jus” (ข้อเท็จจริงเป็นเรื่องของคุณ ข้อกฎหมายเป็นเรื่องของศาล) และ “Jura novit curia” (ศาลถือว่าเป็นผู้รู้กฎหมาย) ที่เป็นเครื่องบ่งชี้ให้เห็นได้ว่าการพิจารณาในปัญหาข้อกฎหมายนี้อยู่ในขอบเขตความรับผิดชอบของศาล

ส่วนการแบ่งแยกประเด็นปัญหาข้อเท็จจริงและประเด็นปัญหาข้อกฎหมายออกจากกันนั้น แม้จะไม่มีบทบัญญัติหลักเกณฑ์ไว้อย่างแน่ชัด แต่ก็ได้เคยมีการกล่าวถึงไว้ในพระราชบัญญัติลักษณะพยาน ร.ศ.113 โดยแยกความแตกต่างในการพิจารณาประเด็นดังกล่าวไว้ว่าหากข้อใดในคำฟ้องและคำให้การเป็นความทู่เมียงกันด้วยตัวบทกฎหมายอันไม่ต้องอาศัย

พยานหลักฐานอื่นมาประกอบเอาความจริงแล้ว ให้เรียกว่า “ข้อประเด็นควรหาหรือบท”⁷⁰ แต่หากเป็นข้อซึ่งมิใช่ข้อความอันทุ่มเถียงกันด้วยบทกฎหมายแล้ว ให้เรียกว่า “ข้อประเด็นควรสืบพยานเอาความจริง”⁷¹ แต่ในปัจจุบันเมื่อไม่มีหลักเกณฑ์ในการแยกพิจารณาว่าประเด็นใดเป็นปัญหาข้อเท็จจริงหรือประเด็นใดเป็นปัญหาข้อกฎหมายคงต้องอาศัยเทียบเคียงเอาจากคำพิพากษาฎีกาและความเห็นทางตำรา ซึ่งผู้เขียนพอจะสรุปความหมายและหลักเกณฑ์การแยกแยะปัญหาข้อเท็จจริงและปัญหาข้อกฎหมายออกจากกันได้ดังต่อไปนี้

2.2.2.1 ปัญหาข้อกฎหมาย

พระยาจินดาภิรมย์ราชสภาพดี (จิตร ฌ สงขลา) ได้ให้ความหมายว่า ปัญหาข้อกฎหมาย คือ ข้อถกเถียงกันในการแปลกฎหมายอันเป็นจารีตธรรมเนียมประเพณี หรือที่คู่ความ

⁷⁰ พระราชบัญญัติลักษณะพยาน ร.ศ.113 มาตรา 27 บัญญัติว่า “ถ้าข้อหาใดในฟ้องเป็นข้อความที่อ้างบทกฎหมายพระราชบัญญัติหมายประกาศใดๆ อันเกี่ยวข้องต้องด้วยมูลวิาทในระหว่างโจทก์จำเลย ซึ่งไม่จำเป็นต้องสืบพยานอื่นๆ มาประกอบเอาความจริง และฝ่ายจำเลยมิได้รับในคำให้การว่าบทกฎหมายซึ่งโจทก์อ้างมาในข้อหาอันนั้นถูกต้อง กลับต่อสู้อ้างบทกฎหมายอื่นๆ นอกจากที่โจทก์อ้างนั้นมาโต้แย้งบทที่อ้างมานั้นอีกก็ดี หรือข้อหาข้อใดข้อหนึ่งในฟ้อง ซึ่งศาลพิเคราะห์ดูเห็นว่าเป็นข้อความซึ่งทุ่มเถียงกันด้วยบทกฎหมาย จำเลยมิรับว่าถูกต้องกลับให้การโต้แย้งต่างๆ ไม่จำเป็นต้องสืบพยานมาประกอบเอาความจริงควรจะวินิจฉัยว่าฝ่ายใดถูกฝ่ายใดผิดได้แล้วก็ดี ก็ให้ศาลเก็บความในข้อหาและคำให้การอันทุ่มเถียงกันด้วยบทกฎหมายนั้นเรียงลงในคำชี้สองสถาน ให้เรียกว่าข้อประเด็นซึ่งควรหาหรือบทที่ไม่ต้องสืบพยานอื่นมาประกอบเอาความจริงนอกจากวินิจฉัยตามกฎหมายนั้น”

⁷¹ พระราชบัญญัติลักษณะพยาน ร.ศ.113 มาตรา 28 บัญญัติว่า “ถ้าข้อหาข้อใดในฟ้องซึ่งมิใช่ข้อความอันทุ่มเถียงกันด้วยบทกฎหมายที่ควรหาหรือตั้งว่าไว้ในมาตรา 26 นั้น เป็นแต่ข้อความซึ่งกล่าวหาด้วยมูลเหตุต่างๆ ซึ่งจำเลยปฏิเสธหรือคำภาครับภาคเสธในคำให้การของจำเลยนั้น เป็นข้อความทุ่มเถียงโต้แย้งเข้ามาประการใดๆ ซึ่งจะต้องสืบพยานมาประกอบเอาความจริงด้วยก็ดี ก็ให้ศาลเก็บข้อความเช่นกล่าวมานี้เรียงลงในคำชี้สองสถานเป็นข้อประเด็นโดยลำดับเป็นข้อๆ ให้เรียกว่าข้อประเด็นซึ่งควรสืบพยานเอาความจริงมาประกอบติดต่อข้อประเด็นซึ่งควรหาหรือบทนั้นลงมา”

ต่างกล่าวอ้างว่าอีกฝ่ายหนึ่งทำฝ่าฝืนผิดบทกฎหมาย หรือกล่าวว่าโจทก์ฟ้องผิดอำนาจศาล หรือดำเนินกระบวนการพิจารณาผิดไปจากบทกฎหมาย หรือเกี่ยวกับการแปลสัญญา⁷²

อาจารย์มานอช จรมาศ ได้ให้ความหมายว่า ปัญหาข้อกฎหมาย คือ การวินิจฉัยปัญหาใดซึ่งผลของการวินิจฉัยต้องพาดพิงไปถึงบทกฎหมายใดๆ⁷³

อาจารย์โอสถ โกศิน ได้ให้ความหมายว่า ปัญหาข้อกฎหมายเป็นเรื่องของการวินิจฉัย แปล หรือตีความตัวบทกฎหมายที่ปรากฏเฉพาะหน้าศาลว่ากฎหมายนั้นๆ มีความหมายอย่างไร และเรื่องเกี่ยวกับการนำข้อเท็จจริงมาปรับกับบทกฎหมาย⁷⁴

ศาสตราจารย์พิเศษโสภณ รัตนากร ได้ให้ความหมายว่า ปัญหาข้อกฎหมาย เป็นเรื่องเกี่ยวกับการตีความตัวบทกฎหมาย รวมถึงการตีความสัญญา การปรับบทกฎหมายเข้ากับข้อเท็จจริง การวินิจฉัยว่าการกระทำของโจทก์หรือจำเลยมีผลให้โจทก์หรือจำเลยได้สิทธิ เสียสิทธิ หรือต้องรับผิดชอบตามกฎหมายอย่างไรหรือไม่ ตลอดจนเรื่องอำนาจฟ้อง ขอบเขตอำนาจศาลและอำนาจหน้าที่ของบุคคลตามกฎหมายเป็นต้น⁷⁵

ศาสตราจารย์พิเศษจรัญ ภัคดิธนากุล ให้ความหมายว่า ปัญหาข้อกฎหมาย หมายถึง ปัญหาที่โต้เถียงกันว่ามีกฎหมายบทใดอยู่หรือไม่ หลักกฎหมายบทนั้นมีความหมายว่าอย่างไร และเมื่อนำกฎหมายบทนั้นไปปรับใช้กับข้อเท็จจริงในคดีแล้วจะให้ผลอย่างไร ซึ่งอาจวิเคราะห์แยกแยะได้สามลักษณะด้วยกัน คือ

1) ข้อพิพาทที่โต้แย้งกันว่ามีกฎหมายบทใดบทหนึ่งบังคับอยู่ในขณะเกิดเหตุคดีนั้นหรือไม่ เว้นแต่เป็นกรณีที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายต่างประเทศหรือกฎหมายระหว่างประเทศ หรือโต้แย้งกันว่ามีกฎหมายลำดับรองที่มีฐานะต่ำกว่ากฎกระทรวงอยู่หรือไม่⁷⁶ ให้ถือว่าเป็นปัญหาข้อเท็จจริง

⁷² พระยาจินดาภิรมย์ราชสภาบตี (จิตร ฌ สงขลา), คำอธิบายกฎหมายลักษณะพิจารณาคำพยานหลักฐาน, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์พิศาลบรรณินดี, 2464), น.9

⁷³ มานอช จรมาศ, “ปัญหาข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมาย,” ตุลพาห ปีที่ 12 เล่มที่ 10, น.17 (ตุลาคม 2508)

⁷⁴ โอสถ โกศิน, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 58, น.25-26

⁷⁵ โสภณ รัตนากร, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 59, น.52

⁷⁶ ศาสตราจารย์พิเศษจรัญ ภัคดิธนากุล อ้างอิงคำพิพากษาฎีกาที่ 460/2550 เป็นหลักในการพิจารณาว่าปัญหาความมีอยู่ของกฎหมายลำดับรองเป็นปัญหาข้อเท็จจริง

2) ข้อพิพาทที่ได้แย้งกันว่าความหมายของบทกฎหมายบทนั้นมียังไร ในทางปฏิบัติจะเรียกปัญหานี้ว่า “ปัญหาในการตีความกฎหมายหรือปัญหาการแปลความกฎหมาย” แม้กฎหมายนั้นจะเป็นกฎหมายลำดับรองที่มีฐานะต่ำกว่ากฎกระทรวง ก็ถือเป็นปัญหาข้อกฎหมาย ไม่ใช่ปัญหาข้อเท็จจริง เว้นแต่เป็นกรณีที่พิพาทกันว่ากฎหมายต่างประเทศและกฎหมายระหว่างประเทศมีความหมายเช่นไร เป็นคุณเป็นโทษต่อใคร ให้ถือว่าเป็นปัญหาข้อเท็จจริง

3) ข้อพิพาทที่ได้แย้งกันว่าปัญหาเกี่ยวกับผลของการนำบทกฎหมายไปปรับใช้กับข้อเท็จจริงในคดี เป็นกรณีที่เมื่อนำกฎหมายมาปรับเข้ากับข้อเท็จจริงแล้วใจก็เห็นอย่างหนึ่งแต่จำเลยเห็นเป็นอีกอย่างหนึ่ง ข้อพิพาทเกี่ยวกับผลประยุกต์ใช้กฎหมายเข้ากับข้อเท็จจริงในคดีดังกล่าวนี้เป็นปัญหาข้อกฎหมาย⁷⁷

ตามที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้นจึงพอจะสรุปได้ว่า ปัญหาข้อกฎหมายเป็นเรื่องที่ต้องวินิจฉัยประการใดที่เกี่ยวข้องกับกฎหมาย อาจจะเป็นการวินิจฉัยเกี่ยวกับความมีอยู่ของกฎหมาย ความหมายของกฎหมาย การตีความกฎหมาย การปรับบทกฎหมายเข้ากับข้อเท็จจริงในคดีที่ฟังยุติแล้ว การวินิจฉัยข้อกฎหมายจึงไม่ต้องถกเถียงในส่วนหนึ่งของข้อเท็จจริงกันอีกว่ามีอยู่อย่างไร แต่นำผลของข้อเท็จจริงนั้นมาพิจารณาประกอบเข้ากับหลักกฎหมายเพื่อให้ได้ผลลัพธ์สุดท้ายของคดี เนื่องจากในคดีแพ่งนั้นถือเป็นเรื่องของสิทธิและหน้าที่ของบุคคล การหยิบยกหรือกล่าวอ้างข้อกฎหมายจึงต้องมีผู้กล่าวอ้างข้อกฎหมายขึ้นมาสู่การพิจารณาศาลจึงจะรับฟัง เว้นแต่เป็นกรณีที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนแม้จะไม่มีคู่ความฝ่ายใดหยิบยกขึ้นมาศาลก็ยกขึ้นว่าได้แตกต่างจากในคดีอาญาที่หากเป็นข้อกฎหมายที่เป็นประโยชน์แก่จำเลยแล้ว ศาลมีอำนาจหยิบยกขึ้นพิจารณาได้แม้ไม่มีผู้ใดกล่าวยกขึ้นกล่าวอ้าง

2.2.2.2 ปัญหาข้อเท็จจริง

พระยาจินดาภิรมย์ราชสภาพดี (จิตร ฌ สงขลา) ได้ให้ความหมายว่า ปัญหาข้อเท็จจริง ได้แก่ ข้อเท็จจริงที่เป็นมูลกรณีหรือมูลเหตุซึ่งทำให้เกิดคดีขึ้น เช่น ฟ้องร้องกันเรื่องกู้ยืมเงิน ข้อเท็จจริงมีว่าได้ยืมเงินของเขามาจริงหรือไม่⁷⁸

อาจารย์มานอช จรมาศ ได้ให้ความหมายว่า ปัญหาข้อเท็จจริงคือการวินิจฉัยปัญหาใดซึ่งข้อวินิจฉัยไม่พาดพิงกระทบกระทั่งถึงตัวบทกฎหมายใดๆ⁷⁹

⁷⁷ จริฎ ภัคดีธนากุล, กฎหมายลักษณะพยานหลักฐาน, พิมพ์ครั้งที่ 7 (กรุงเทพมหานคร : สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2555), น.30-32

⁷⁸ พระยาจินดาภิรมย์ราชสภาพดี (จิตร ฌ สงขลา) อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 72, น.9-10

⁷⁹ มานอช จรมาศ, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 73, น.17

อาจารย์โอสถ โกศิน ได้ให้ความหมายว่า ปัญหาข้อเท็จจริงคือเรื่องที่ยังเป็นประเด็นโต้เถียงกันระหว่างคู่ความซึ่งไม่ใช่ปัญหาข้อกฎหมาย⁸⁰

ศาสตราจารย์พิเศษโสภณ รัตนากร ได้ให้ความหมายว่า ปัญหาข้อเท็จจริงเป็นเรื่องเกี่ยวกับเหตุการณ์หรือข้อเท็จจริงซึ่งเป็นมูลเหตุให้เกิดสิทธิหรือหน้าที่ของโจทก์หรือจำเลยในเรื่องเกี่ยวกับพยานหลักฐานอาจะมีปัญหาข้อเท็จจริงว่าพยานหลักฐานใดน่าเชื่อถือหรือไม่ มีน้ำหนักมากน้อยเพียงใด การนำสืบของโจทก์ถึงมาตรฐานการพิสูจน์หรือไม่ อันเป็นเรื่องของการใช้ดุลพินิจของศาลนั้นเอง⁸¹

ศาสตราจารย์พิเศษจรัญ ภัคดีธนากุล ให้ความหมายว่า ปัญหาข้อเท็จจริง หมายถึงปัญหาที่คู่ความโต้แย้งหรือพิพาทกันเกี่ยวกับการกระทำของบุคคลหรือสภาพจิตใจของบุคคล หรือการเกิดขึ้นหรือการมีอยู่หรือไม่ของเหตุการณ์ สภาวะการณ์หรือสิ่งของอย่างใดอย่างหนึ่ง ซึ่งอาจวิเคราะห์แยกแยะได้สามประเภท คือ

1) ข้อพิพาทที่โต้แย้งกันเกี่ยวกับการกระทำของบุคคลว่าบุคคลใดกระทำการใดหรือไม่ อย่างไร

2) ข้อพิพาทที่เกี่ยวกับสภาพจิตใจของบุคคล การที่บุคคลกระทำอย่างนั้นได้กระทำในขณะสภาพจิตใจเป็นอย่างไร เจตนาหรือไม่ ประมาทหรือไม่ ประมาทเลินเล่ออย่างไร ร้ายแรงหรือไม่ รู้หรือไม่ สุจริตหรือไม่

3) ข้อพิพาทที่โต้แย้งเกี่ยวกับเหตุการณ์ว่ามี การเกิดขึ้นหรือการมีอยู่หรือการสิ้นสุดไปของเหตุการณ์อย่างใดอย่างหนึ่งหรือไม่ อย่างไร และข้อพิพาทที่โต้แย้งกันเกี่ยวกับความมีอยู่หรือไม่มีอยู่ของวัตถุสิ่งหนึ่งหรือสภาวะการณ์ที่เป็นนามธรรมอย่างใดอย่างหนึ่ง⁸²

ตามที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้นจึงพอจะสรุปได้ว่า ปัญหาข้อเท็จจริงเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับเหตุการณ์ใดเหตุการณ์หนึ่งซึ่งยังถกเถียงกันไม่เป็นที่ยุติและศาลสามารถวินิจฉัยให้เป็นที่ยุติได้โดยไม่ต้องพาดพิงถึงตัวบทกฎหมายใดๆ รวมถึงกรณีที่เป็นกรโต้แย้งการใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่หรือศาลด้วย⁸³ เช่น ดุลพินิจในการรับฟังพยานหลักฐาน ดุลพินิจในการกำหนด

⁸⁰ โอสถ โกศิน, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 58*, น.25

⁸¹ โสภณ รัตนากร, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 59*, น.53

⁸² จรัญ ภัคดีธนากุล, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 77*, น.31-32

⁸³ ศาสตราจารย์พิเศษจรัญ ภัคดีธนากุล ได้แยกลักษณะของการใช้ดุลพินิจของศาลหรือเจ้าหน้าที่ออกเป็น 3 ลักษณะ คือ 1) การโต้แย้งเกี่ยวกับอำนาจว่ามีอยู่หรือไม่ หากเป็นการโต้แย้งกันว่ามิใช่แน่นอนไปตามกฎหมายนั้นอยู่หรือไม่นั้นถือเป็นปัญหาข้อเท็จจริง แต่หากเป็นการโต้แย้ง

ค่าเสียหาย ดุลพินิจในการอนุญาตหรือไม่อนุญาตให้กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งของศาล เป็นต้น ซึ่งปัญหาข้อเท็จจริงนั้นเป็นเรื่องที่คู่ความจะต้องนำเสนอพยานหลักฐานต่อศาลเพื่อพิจารณาว่าพยานหลักฐานดังกล่าวมีความน่าเชื่อถือหรือไม่เพียงใด จึงมีผลโดยตรงต่อข้อเท็จจริงของคุณ

2.3 บทบาทในการรับรู้ข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายในการพิจารณาคดีแพ่งของไทย

กฎหมายลักษณะพยานหลักฐานเป็นกฎหมายที่บัญญัติขึ้นโดยประสงค์ที่จะใช้พิสูจน์เหตุการณ์หรือพฤติการณ์ในคดีว่ามีอยู่อย่างไร จึงมุ่งเน้นในการพิสูจน์ข้อเท็จจริงในคดีอันเป็นหน้าที่ของคู่ความที่จะต้องนำพยานหลักฐานเข้าสืบแสดงให้เห็นถึงข้อเท็จจริงว่ามีอยู่ เพื่อสนับสนุนข้ออ้างหรือข้อเถียงของตนหรือหักล้างทำลายน้ำหนักของข้อกล่าวอ้างของอีกฝ่าย โดยศาลจะเป็นผู้ชี้แจงน้ำหนักพยานหลักฐานเหล่านั้นและวินิจฉัยชี้ขาดให้คดีเสร็จสิ้นไป แต่ถึงอย่างไรก็ตามยังมีข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายบางประการที่คู่ความไม่จำเป็นต้องนำเสนอต่อศาลเพราะเป็นเรื่องที่ศาลสามารถรับรู้ได้ด้วยตนเองอยู่แล้ว ดังนั้น เรื่องที่ศาลสามารถรู้ได้เองจึงมีความสำคัญต่อการกำหนดหน้าที่นำสืบและภาระการพิสูจน์ของคู่ความในคดีเป็นอย่างมาก การศึกษาถึงลักษณะการรับรู้ข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายของศาลจึงมีความสำคัญ ผู้เขียนจึงได้แยกศึกษาเรื่องดังกล่าวออกเป็นสองลักษณะดังต่อไปนี้

2.3.1 การรับรู้ข้อเท็จจริงในการพิจารณาคดีแพ่ง

การรับรู้ข้อเท็จจริงในการพิจารณาคดีแพ่งของไทยนั้น โดยหลักแล้วเป็นเรื่องที่คู่ความจะต้องนำเสนอต่อศาลตามหลักเกณฑ์ที่กฎหมายลักษณะพยานหลักฐานกำหนด เพราะศาลซึ่งเป็นบุคคลภายนอกและไม่ได้อยู่ร่วมกับคู่ความในขณะเกิดเหตุย่อมไม่อาจทราบได้ว่ามีข้อเท็จจริงใด

กันในเรื่องที่ว่าเจ้าหน้าที่คนนั้นใช้ดุลพินิจในเรื่องนั้นได้หรือไม่ หรือเข้าเงื่อนไขของการใช้ดุลพินิจนั้นได้หรือไม่ถือเป็นปัญหาข้อกฎหมาย 2) ปัญหาเกี่ยวกับขอบเขตของอำนาจในการใช้ดุลพินิจ การโต้เถียงการกันว่าเจ้าหน้าที่หรือศาลใช้ดุลพินิจอย่างไรในพฤติการณ์เช่นใดย่อมเป็นปัญหาข้อเท็จจริง แต่หากเป็นการโต้เถียงกันในประเด็นว่าการใช้ดุลพินิจเช่นนั้นเกินขอบเขตที่กฎหมายให้อำนาจไว้หรือไม่เป็นปัญหาข้อกฎหมาย 3) ปัญหาเกี่ยวกับความเหมาะสมของการใช้ดุลพินิจ เช่น เป็นการใช้ดุลพินิจโดยชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ เป็นการใช้ดุลพินิจโดยเหมาะสมหรือไม่ เป็นการใช้ดุลพินิจในกรอบอำนาจหรือไม่ ย่อมเป็นปัญหาข้อเท็จจริงทั้งหมด

เกิดขึ้นในคดีบ้างจึงเป็นเรื่องที่อยู่นอกเหนือความรับรู้ของศาล แต่เชื่อว่าคู่ความจะต้องเป็นฝ่ายนำสืบข้อเท็จจริงทั้งหมดต่อศาลเสมอไป เพราะยังมีข้อเท็จจริงในบางลักษณะที่ศาลสามารถรู้ได้เองเช่นกัน ผู้เขียนจึงได้แยกศึกษาถึงการรับรู้ข้อเท็จจริงของศาลเป็นสองลักษณะ ประกอบด้วยข้อเท็จจริงที่ได้จากพยานหลักฐานและข้อเท็จจริงที่ศาลและข้อเท็จจริงที่ศาลสามารถรู้ได้เอง ซึ่งมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

2.3.1.1 ข้อเท็จจริงที่ได้จากพยานหลักฐาน

เนื่องจากการพิจารณาคดีของศาลนั้น อาจกล่าวได้ว่าเกี่ยวข้องกับการพิจารณาปัญหาข้อเท็จจริงกว่า 70-75 เปอร์เซ็นต์⁸⁴ การนำเสนอข้อเท็จจริงต่อศาลด้วยวิธีการทางพยานหลักฐานจึงกลายเป็นวิธีการหลักที่ศาลใช้ในการรับข้อเท็จจริงเข้าสู่การพิจารณาตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาตรา 84 คู่ความแต่ละฝ่ายจึงมีหน้าที่ที่จะต้องนำสืบและโต้แย้งข้อเท็จจริงต่างๆ ต่อศาลทำให้เกิดข้อยุติในคดี เพื่อที่ศาลจะได้้นำข้อเท็จจริงดังกล่าวไปใช้ในการวินิจฉัยตัดสินคดีต่อไป ส่วนลักษณะของข้อเท็จจริงที่ศาลสามารถรับเข้าสู่การพิจารณาได้นั้น ต้องเป็นข้อเท็จจริงที่ต้องตามหลักเกณฑ์ที่ถูกกำหนดไว้ในกฎหมายลักษณะพยานหลักฐาน คือ จะต้องเป็นข้อเท็จจริงที่มีความเกี่ยวข้องกับประเด็นแห่งคดีและไม่ต้องห้ามรับฟังตามกฎหมาย หรือกล่าวโดยง่ายว่าข้อเท็จจริงประเภทอื่นนอกเหนือจากข้อเท็จจริงที่รู้จักกันอยู่ทั่วไป ข้อเท็จจริงที่ไม่อาจโต้แย้งได้ และข้อเท็จจริงที่คู่ความรับหรือถือว่ารับกันแล้วในศาล ซึ่งต้องใช้วิธีการทางพยานหลักฐานในการนำเข้ามาสู่การพิจารณาของศาลแทบทั้งสิ้น

2.3.1.2 ข้อเท็จจริงที่ศาลรู้ได้เอง

แม้ว่าโดยหลักแล้วการพิจารณาในปัญหาข้อเท็จจริงจะถือเป็นเรื่องที่คุณความต้องนำพยานมาสืบต่อศาล เพื่อให้ศาลเห็นข้อเท็จจริงตามข้ออ้างและข้อเถียงของตนตามหลักการที่ได้บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาตรา 84/1 ส่วนการวินิจฉัยปัญหาข้อเท็จจริงนั้นต้องเป็นไปตามมาตรา 84 ที่กำหนดให้ศาลทำการวินิจฉัยข้อเท็จจริงจากพยานหลักฐานในสำนวนเท่านั้น แต่ยังมีข้อเท็จจริงบางประการที่ศาลสามารถใช้ความรู้ของศาลวินิจฉัยได้เองโดยไม่ต้องให้คุณความนำสืบพยานหลักฐานให้ศาลเห็นถึงข้อเท็จจริงดังกล่าว ทั้งนี้ก็เพื่อความสะดวก ประหยัดเวลา

⁸⁴ ประพนธ์ ศาตะมาน “การชั่งน้ำหนักพยานหลักฐาน,” วารสารนิติศาสตร์, ปีที่ 1, ฉบับที่ 2, น.44 (2515)

และลดภาระค่าใช้จ่ายของคุณค่า โดยข้อเท็จจริงที่ศาลสามารถรู้ได้เองนั้นต้องมีลักษณะสำคัญในประการ ดังต่อไปนี้⁸⁵

- 1) ต้องเป็นข้อเท็จจริงที่กฎหมายถือว่าศาลรู้ได้เองได้โดยทั่วๆ ไป อันเป็นข้อเท็จจริงที่ปรับใช้ได้กับทุกคดี ไม่ใช่ข้อเท็จจริงที่ปรากฏเฉพาะในคดีใดคดีหนึ่งเท่านั้น
- 2) ศาลจะอาศัยการรู้เห็นเป็นส่วนตัวในข้อเท็จจริงใดมาเป็นเครื่องวินิจฉัยไม่ได้ หากผู้พิพากษาเป็นผู้รู้เห็นข้อเท็จจริงในคดีนั้นโดยตรงอาจถูกอ้างเป็นพยานในคดีและถูกคัดค้านการนั่งพิจารณาคดีนั้นได้⁸⁶
- 3) ศาลจะใช้ข้อเท็จจริงจากคดีอื่นซึ่งมิได้อ้างมาในสำนวนเพื่อใช้วินิจฉัยข้อเท็จจริงในอีกคดีหนึ่งมิได้
- 4) เมื่อข้อเท็จจริงอยู่ในข่ายที่ศาลสามารถรู้เองได้ ศาลย่อมสามารถค้นดูหลักฐานประกอบข้อเท็จจริงนั้นได้ เช่น การตรวจดูปฏิทินเพื่อทราบวันแรมทางจันทรคติ

ข้อเท็จจริงที่ศาลรู้ได้เองจึงเป็นข้อเท็จจริงที่ศาลสามารถรับรู้เองได้ภายใต้เขตอำนาจของศาลซึ่งมิใช่การรู้เห็นโดยส่วนตัวของศาล ทั้งนี้ก็เพราะข้อเท็จจริงดังกล่าวเป็นสิ่งที่รู้กันโดยทั่วไปอย่างแพร่หลายหรือเป็นสิ่งที่ศาลสามารถตรวจสอบความถูกต้องได้โดยง่ายและมีแหล่งอ้างอิงที่แน่นอน คุณค่าเพียงแต่กล่าวอ้างข้อเท็จจริงดังกล่าวต่อศาลแต่ไม่จำเป็นต้องนำสืบข้อเท็จจริงแต่อย่างใด ข้อเท็จจริงที่ศาลรู้ได้เองนี้จึงเป็นข้อยกเว้นหลักการทั่วไปตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 84 ประการหนึ่ง ซึ่งสามารถแบ่งได้เป็น

(1) ข้อเท็จจริงซึ่งรู้กันอยู่ทั่วไป

ข้อเท็จจริงประเภทนี้เป็นข้อเท็จจริงที่ประชาชนโดยทั่วไปสามารถรู้ได้ด้วยตนเองและมีลักษณะเป็นข้อเท็จจริงที่ชัดเจนแน่นอนไม่เปลี่ยนแปลงไปตามยุคสมัย ศาลในฐานะประชาชนคนหนึ่งย่อมทราบถึงข้อเท็จจริงดังกล่าวได้โดยไม่ยากนัก คุณค่าจึงไม่ต้องนำสืบกันให้เสียเวลาและค่าใช้จ่าย ซึ่งทางตำราได้แบ่งข้อเท็จจริงที่รู้กันอยู่ทั่วไปออกเป็นสองประเภท **ประการแรก** คือ ข้อเท็จจริงซึ่งคนทั่วไปในสังคมรู้กันอยู่อย่างถูกต้องไม่คลาดเคลื่อน และ **ประการที่สอง** คือ ข้อเท็จจริงที่แม้ว่าคนทั่วไปจะไม่อาจรู้เองได้แต่สามารถตรวจสอบข้อมูลจากเอกสารหลักฐานต่างๆ ได้อย่างแม่นยำ ซึ่งข้อเท็จจริงที่รู้กันอยู่ทั่วไปนั้นมีมากมายเกินกว่าจะระบุได้ครบถ้วน แต่พอที่จะจำแนกออกเป็นเรื่องที่มีความสำคัญได้ดังต่อไปนี้

⁸⁵ โอสถ โกศิน, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 58*, น.19

⁸⁶ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 11

สิ่งธรรมดาตามธรรมชาติ หมายถึง ข้อความจริงซึ่งบุคคลธรรมดา ย่อมรู้จักกันอยู่ทั่วไป เช่น วัน เดือน ปี จักราศี พระอาทิตย์ขึ้นตก ทิศทาง ข้างขึ้นข้างแรม ภูมิประเทศ เป็นต้น⁸⁷ นอกจากนี้ยังมีข้อเท็จจริงที่ว่าน้ำเป็นของเหลว น้ำแข็งต้องเย็น เกือบต้องเค็ม น้ำตาลต้องหวาน ไฟเป็นของร้อน มีดเป็นของมีคม ปืนเป็นอาวุธร้ายแรง เสือเป็นสัตว์ดุร้าย คนเมาสุรามักเดินไม่ตรงและพูดไม่ชัด ก็ถือว่าเป็นข้อเท็จจริงตามธรรมดาที่รู้อยู่เป็นการทั่วไปด้วย⁸⁸

สิ่งที่เกี่ยวกับชีวิตประจำวันหรือประชาชนพบเห็นเป็นประจำ สิ่งที่เกิดขึ้นในชีวิตประจำวันย่อมเป็นสิ่งที่ประชาชนโดยทั่วไปและผู้พิพากษาย่อมรู้เป็นอย่างดีอยู่แล้ว เช่น ข้อเท็จจริงที่ว่าอัตราค่าครองชีพในเมืองใหญ่มักสูงกว่าในชนบท การจราจรในชั่วโมงเร่งด่วนย่อมหนาแน่นกว่าช่วงเวลาปกติ วัดในพระพุทธศาสนาเป็นสถานที่ประกอบพิธีกรรมทางศาสนา โรงเรียนและมหาวิทยาลัยเป็นสถาบันการศึกษา รูปแบบของธนบัตรที่ใช้อยู่ในปัจจุบัน มาตราชั่ง ตวง วัด ที่ใช้อยู่ในชีวิตประจำวัน เป็นต้น⁸⁹

ภาษาไทย ภาษาไทยเป็นภาษาประจำชาติที่ทุกคนในชาติต้องรู้ ผู้พิพากษาในฐานะคนไทยคนหนึ่งย่อมต้องรู้ดังกล่าวเป็นอย่างดี ทั้งการดำเนินกระบวนการพิจารณาในศาลของไทยก็มีประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 46 วรรคแรก บังคับให้การพิจารณาคดีและการชี้ขาดตัดสินคดีแพ่งทั้งหลายต้องทำเป็นภาษาไทย ศาลย่อมมีความเชี่ยวชาญในการใช้ภาษาไทยในระดับหนึ่ง คู่ความจึงไม่ต้องนำพยานมาสืบอธิบายความหมายของถ้อยคำภาษาไทย โดยเฉพาะความหมายของถ้อยคำในตัวบทกฎหมายถือเป็นหน้าที่ของศาลโดยเฉพาะที่จะต้องรู้เอง แต่ถึงอย่างไรก็ดี ความหมายของถ้อยคำภาษาไทยที่ศาลสามารถรู้ได้เองนี้จำกัดเฉพาะกรณีถ้อยคำภาษาไทยดังกล่าวมีความหมายชัดเจนและเป็นความหมายตามธรรมดาเท่านั้น หากถ้อยคำภาษาไทยดังกล่าวมีความหมายหลายนัย เป็นภาษาเฉพาะถิ่น หรือเป็นถ้อยคำที่มีความหมายเป็นการเฉพาะแล้ว ย่อมเป็นข้อยกเว้นหลักการทั่วไปถือเป็นปัญหาข้อเท็จจริงที่คู่ความจะต้องนำพยานหลักฐานมาสืบให้ศาลทราบถึงความหมายที่แท้จริงของถ้อยคำภาษาไทยดังกล่าวด้วย⁹⁰

⁸⁷ ประมุข สุวรรณศรี, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 64*, น.26

⁸⁸ รายละเอียดโปรดดูคำพิพากษาฎีกาที่ 775/2491, คำพิพากษาฎีกาที่ 1947/2520, คำพิพากษาฎีกาที่ 1876/2533, คำพิพากษาฎีกาที่ 6918/2540

⁸⁹ รายละเอียดโปรดดูคำพิพากษาฎีกาที่ 436/2509, คำพิพากษาฎีกาที่ 5963/2539

⁹⁰ รายละเอียดโปรดดูคำพิพากษาฎีกาที่ 1021/2494, คำพิพากษาฎีกาที่ 1989/2506, คำพิพากษาฎีกาที่ 3397-3398/2516

เหตุการณ์สำคัญที่เกิดขึ้นในบ้านเมืองหรือสังคม เหตุการณ์สำคัญ
 ของต่างๆ ของบ้านเมืองนั้นประชาชนในสังคมย่อมรู้จักกันอยู่ทั่วไปหรืออาจตรวจสอบข้อมูลจากเอกสาร
 หลักฐานต่างๆ ได้โดยง่าย เช่น เหตุการณ์การปฏิวัติ รัฐประหาร ระบอบการเมืองการปกครองของ
 ประเทศ การเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร ใครเป็นนายกรัฐมนตรี คณะรัฐมนตรีมีใครบ้าง เป็นต้น
 แต่ทั้งนี้เหตุการณ์บ้านเมืองดังกล่าวต้องเป็นเรื่องที่ประชาชนส่วนใหญ่รู้จักกันด้วย หากเป็นเรื่อง
 เฉพาะท้องถิ่นใดท้องถิ่นหนึ่งหรือเฉพาะองค์กรใดองค์กรหนึ่ง จะไม่ถือเป็นเรื่องที่ศาลรู้ได้เอง แต่
 คู่ความจะต้องนำสืบข้อเท็จจริงดังกล่าวต่อศาล⁹¹

ขนบธรรมเนียมจารีตประเพณี ดังที่ได้กล่าวมาแล้วว่าตามประมวล
 กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 4 วรรคสอง เรื่องการอุดช่องว่างของกฎหมายนั้น จารีตประเพณี
 แห่งท้องถิ่นถือเป็นข้อสำคัญที่ศาลควรต้องรู้ได้เอง เพราะจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่นจะมีผลเป็น
 กฎหมายเสมอเมื่อจำเป็นต้องอุดช่องว่างของกฎหมายในกรณีที่ไม่มีตัวบทกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่
 นำมาวินิจฉัยคดี ซึ่งจารีตประเพณีที่จะนำมาใช้บังคับแทนกฎหมายได้นั้นต้องเป็นจารีตประเพณีที่รู้จัก
 อยู่ทั่วไปและต้องใช้สืบเนื่องกันมาเป็นระยะเวลาในท้องถิ่นนั้นๆ เช่น ประเพณีเรื่องขอการขอแรง
 ช่วยทำนาที่ไม่มีการตกลงค่าจ้างกันไว้ หากมีจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่นปฏิบัติกันอยู่ว่าผู้ไปช่วยทำนา
 1 ไร่ มีสิทธิได้รับข้าวเปลือก 3 ถัง ศาลก็ต้องบังคับไปตามจารีตประเพณีนั้น แม้จารีตประเพณีแห่ง
 ท้องถิ่นนั้นศาลจะรับรู้เองได้ในลักษณะเช่นเดียวกับข้อกฎหมาย แต่จารีตประเพณีก็ไม่ได้เป็นข้อ
 กฎหมายแต่มีสถานะเป็นเพียงข้อเท็จจริงที่ศาลรู้ได้เองประการหนึ่งเท่านั้นแม้ผู้พิพากษาจะเป็นคนใน
 ท้องถิ่นนั้นเองก็ตาม⁹²

(2) ข้อเท็จจริงซึ่งไม่อาจโต้แย้งได้

ข้อเท็จจริงที่ไม่อาจโต้แย้งได้มีความใกล้เคียงกับข้อเท็จจริงที่รู้จัก
 อยู่ทั่วไปเป็นอย่างมาก ข้อเท็จจริงบางชนิดจึงมีลักษณะที่เป็นได้ทั้งเท็จจริงที่รู้จักกันอยู่ทั่วไปและ
 ข้อเท็จจริงที่ไม่อาจโต้แย้งได้ สำหรับข้อเท็จจริงประเภทนี้นักกฎหมายมีความเห็นเป็นสองแนวทาง
 ดังนี้

แนวทางแรก ศาสตราจารย์พิเศษอาจารย์โสภณ รัตนกร ได้ให้
 ความเห็นไว้ว่าข้อเท็จจริงที่ไม่อาจโต้แย้งได้นี้เป็นคนละเรื่องกับกฎหมายปิดปากหรือบทตัดสำนวน
 (Estoppel) ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 145 และ มาตรา 148 ทั้งนี้ก็เพราะเรื่อง

⁹¹ รายละเอียดโปรดดูคำพิพากษาฎีกาที่ 917/2498, คำพิพากษาฎีกาที่ 4822/2533,
 คำพิพากษาฎีกาที่ 2548/2534

⁹² ประมุข สุวรรณศรี, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 64*, น.25

ดังกล่าวเป็นเรื่องการห้ามมิให้นำสืบพยานอันเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายห้ามรับฟังพยานหลักฐาน (Exclusionary rule) หาใช่กรณีข้อเท็จจริงซึ่งไม่อาจโต้แย้งได้ซึ่งเป็นเรื่องการรับรู้ข้อเท็จจริงของศาลที่เมื่อศาลรู้ข้อเท็จจริงใดได้เองแล้วก็ไม่จำเป็นต้องสืบพยานกันอีก⁹³ ข้อเท็จจริงอันไม่อาจโต้แย้งได้จึงประกอบด้วย

ราชการแผ่นดินและสถาบันสำคัญของชาติ เหตุการณ์สำคัญของต่างๆ ของบ้านเมืองนั้นประชาชนในสังคมย่อมรู้ได้และอาจตรวจสอบข้อมูลจากเอกสารหลักฐานต่างๆ ได้โดยง่าย เช่น การผลิตแผ่นดิน เหตุการณ์การปฏิวัติ รัฐประหาร ระบอบการเมืองการปกครองของประเทศ การเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร ใครเป็นนายกรัฐมนตรี การลัดเปลี่ยนคณะรัฐมนตรี การประกาศสงคราม การประกาศใช้กฎอัยการศึก เป็นต้น รวมถึงข้อเท็จจริงเกี่ยวกับสถาบันพระมหากษัตริย์ รัฐสภา คณะรัฐบาล ศาล ขอบเขตอำนาจของหน่วยงานราชการต่างๆ แต่ทั้งนี้ เหตุการณ์บ้านเมืองดังกล่าวต้องเป็นเรื่องที่สำคัญในระดับประเทศด้วย หากเป็นเรื่องเฉพาะท้องถิ่นใดท้องถิ่นหนึ่งหรือเฉพาะองค์กรใดองค์กรหนึ่งไม่ถือเป็นเรื่องที่ศาลรู้ได้เอง คู่ความจะต้องนำสืบข้อเท็จจริงดังกล่าวต่อศาล เว้นเสียแต่จะเป็นข้อเท็จจริงเกี่ยวกับบุคคล การปฏิบัติงานและเอกสารของศาลซึ่งพิจารณาคดีนั้น อาจถือว่าศาลรับรู้ได้เอง

ประวัติศาสตร์ สำหรับประวัติศาสตร์ชาติไทยในเรื่องที่สำคัญนั้น ผู้พิพากษาย่อมต้องเคยศึกษาและจดจำได้เช่นเดียวกับประชาชนทั่วไป ส่วนรายละเอียดของประวัติศาสตร์แม้ผู้พิพากษาจะไม่สามารถจดจำได้อย่างแม่นยำนักแต่สามารถตรวจสอบได้จากเอกสารราชการ หอสมุดแห่งชาติ หรือจากหนังสือประวัติศาสตร์ที่ทางราชการใช้ในการศึกษาได้ แต่หากเป็นข้อเท็จจริงทางประวัติศาสตร์ที่ยังคงมีการโต้เถียงกันอยู่ ศาลย่อมไม่ควรฟังเป็นที่ยุติโดยไม่ปล่อยให้คู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งได้โต้แย้งเสียก่อน

แนวทางที่สอง ศาสตราจารย์พิเศษจรัญ ภักดีธนากุล เห็นว่า ข้อเท็จจริงประเภทนี้ได้แก่กรณีที่มีกฎหมายบัญญัติเป็นข้อสันนิษฐานหรือปิดปากไว้เป็นการเด็ดขาด ทำให้คู่ความหรือศาลไม่อาจโต้แย้งเป็นอย่างอื่นได้และต้องถือข้อเท็จจริงเป็นยุติตามที่กฎหมายสันนิษฐานหรือปิดปากไว้ ซึ่งประเภทของกฎหมายปิดปากสามารถแบ่งออกได้เป็น 3 ประเภท ประกอบด้วย กฎหมายปิดปากโดยคำพิพากษา (Estoppel by judgement) กฎหมายปิดปากโดยสัญญา (Estoppel by deed) และกฎหมายปิดปากโดยการกระทำ (Estoppel by conduct) โดยกรณีที่มีกฎหมายสันนิษฐานหรือปิดปากไว้⁹⁴ เช่น พระราชบัญญัติยาเสพติดให้โทษ (ฉบับที่ 5) พ.ศ.

⁹³ โสภณ รัตนกร, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 59*, น.114-116

⁹⁴ จรัญ ภักดีธนากุล, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 77*, น.98-120

2545 มาตรา วรรคสาม ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่ให้สันนิษฐานโดยเด็ดขาดว่าผู้มียาเสพติดให้โทษประเภทที่ 1 ไว้ในครอบครองเป็นปริมาณสารบริสุทธิ์ตั้งแต่ 335 มิลลิกรัมขึ้นไปให้ถือว่ามึไว้เพื่อจำหน่าย⁹⁵ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 46 ซึ่งเป็นหลักการในคดีแพ่งเกี่ยวเนื่องคดีอาญาที่ศาลในคดีแพ่งต้องถือตามข้อเท็จจริงอันเป็นที่ยุติตามที่ปรากฏในคำพิพากษาอันถึงที่สุด ในคดีอาญา⁹⁶ หรือประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 145 ที่บัญญัติให้คู่ความในคดีแพ่งต้องผูกพันตามคำพิพากษาเด็ดขาด หรือ “หลักคำพิพากษาผูกพันคู่ความ” (Estoppel by judgement)⁹⁷

2.3.2 การรับรู้ข้อกฎหมายในการพิจารณาคดีแพ่ง

โดยหลักแล้วปัญหาข้อกฎหมายนั้นเป็นปัญหาที่ศาลสามารถวินิจฉัยชี้ขาดได้เองโดยอาศัยตัวบทกฎหมาย คู่ความไม่จำเป็นต้องนำพยานหลักฐานมาสืบสนับสนุนให้ศาลเห็น เนื่องจากศาลเป็นผู้รู้กฎหมายอยู่แล้วตามหลัก “Jura novit curia” (ศาลถือว่าเป็นผู้รู้กฎหมาย) ศาลย่อมรู้อยู่แล้วว่ามีกฎหมายฉบับไหนบังคับใช้อยู่บ้าง กฎหมายแต่ละฉบับมีเนื้อหาอย่างไร มีการแก้ไขประการใดหรือไม่ จึงเป็นหน้าที่ของศาลที่จะต้องหาตัวบทกฎหมายมาปรับแก้คดี โดยนำข้อเท็จจริงที่ได้จากทางพิจารณาไปปรับเข้ากับตัวบทกฎหมายเพื่อวินิจฉัยคดีให้เสร็จสิ้นไป ข้อกฎหมายจึงเป็นสิ่งที่ศาลสามารถรู้ได้เองโดยคู่ความไม่ต้องนำสืบต่อศาล และยังมีบางกรณีที่กฎหมายกำหนดให้ศาลสามารถยกข้อกฎหมายขึ้นวินิจฉัยเองได้แม้คู่ความจะไม่ได้กล่าวอ้างไว้ได้ เช่น ข้อกฎหมายอันเกี่ยวข้องกับความสัมพันธ์ของประชาชน เป็นต้น

ถึงอย่างไรก็ดีแม้ปัญหาข้อกฎหมายจะเป็นเรื่องที่ศาลรู้ได้เองโดยคู่ความไม่ต้องนำสืบก็ตาม แต่คู่ความก็ยังมีหน้าที่ที่จะต้องกล่าวอ้างกฎหมายเข้าสู่สำนวนของศาลเสมอ สอดคล้องกับข้อความที่ได้บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง เรื่องการชี้สองสถาน มาตรา 183 ว่า “...ส่วนข้อกฎหมายหรือข้อเท็จจริงที่คู่ความฝ่ายหนึ่งยกขึ้นอ้างแต่คู่ความฝ่ายอื่นไม่รับและเกี่ยวเนื่องโดยตรงกับประเด็นข้อพิพาทตามคำคู่ความ ให้ศาลกำหนดไว้เป็นประเด็นข้อพิพาท และกำหนดให้คู่ความฝ่ายใดนำพยานหลักฐานมาสืบในประเด็นข้อใดก่อนหรือหลังก็ได้” ฉะนั้น จึงต้องแยกพิจารณาคำว่า “ข้อกฎหมาย” ออกจากคำว่า “กฎหมาย” เพราะคำว่า “กฎหมาย” หมายถึงสิ่งที่ศาลรู้ได้เอง ส่วนคำว่า “ข้อกฎหมาย” หมายถึงสิ่งที่คู่ความต้องยกขึ้นกล่าวอ้างเพื่อให้ศาลวินิจฉัย ข้อกฎหมายจึงเป็นคำกล่าวอ้างในคดี เพื่อให้ศาลเอาข้อเท็จจริงในคดีนั้นไปปรับเข้ากับตัวบท

⁹⁵ รายละเอียดโปรดดูคำพิพากษาฎีกาที่ 2903/2548

⁹⁶ รายละเอียดโปรดดูคำพิพากษาฎีกาที่ 2396/2554

⁹⁷ รายละเอียดโปรดดูคำพิพากษาฎีกาที่ 14113/2555

กฎหมาย⁹⁸ ซึ่งบทบาทในการปรับข้อเท็จจริงเข้ากับข้อกฎหมายของศาลไทยนั้น ศาลมีอำนาจที่จะหยิบยกข้อกฎหมายขึ้นมาปรับเข้ากับข้อเท็จจริงในคดีได้อย่างอิสระ⁹⁹ และศาลไม่จำเป็นต้องวินิจฉัยคดีโดยใช้กฎหมายที่คู่ความได้กล่าวอ้างมาเสมอ¹⁰⁰ ศาลจึงมีเป็นผู้บทบาทมากที่สุดในการค้นหบทกฎหมายมาปรับเข้ากับข้อเท็จจริงที่ได้จากทางพิจารณาเพื่อวินิจฉัยชี้ขาดคดี ส่วนเหตุผลอีกประการหนึ่งที่สนับสนุนให้เห็นว่าข้อกฎหมายเป็นสิ่งที่ศาลรู้ได้เอง คือบทบัญญัติที่ปรากฏอยู่ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 84 มาตรา 84/1 และมาตรา 85 ที่บัญญัติกำหนดให้คู่ความมีหน้าที่นำสืบเพียงในส่วนข้อเท็จจริงในคดีเพื่อสนับสนุนข้อกล่าวอ้างหรือข้อเถียงของตนเท่านั้น แต่ไม่มีบทบัญญัติใดที่กำหนดให้คู่ความต้องนำสืบในประเด็นปัญหาข้อกฎหมายต่อศาลเลย จึงทำให้เข้าใจได้ว่าคู่ความมีเพียงหน้าที่นำสืบข้อเท็จจริงต่อศาล ส่วนข้อกฎหมายเป็นเรื่องที่อยู่ในความรับผิดชอบของศาลที่จะต้องพิจารณาเรื่องดังกล่าวด้วยตัวเอง โดยการพิจารณาว่าอะไรคือข้อกฎหมายที่ศาลรู้ได้เองนั้นจำเป็นต้องพิจารณาจากการรับทราบของประชาชนโดยทั่วไปเป็นสำคัญ เพราะกฎหมายเป็นสิ่งที่ต้องประกาศใช้บังคับแก่ประชาชนทั่วไปโดยเปิดเผย หากกฎหมายได้ประกาศใช้โดยชอบแล้วย่อมอยู่ในวิสัยที่ศาลจะต้องรู้ได้เอง ปัจจุบันการประกาศใช้กฎหมายของไทยจำต้องกระทำโดยวิธีการประกาศลงในราชกิจจานุเบกษา¹⁰¹

การพิจารณาว่ากฎหมายชนิดใดบ้างที่จะถือว่าเป็นกฎหมายที่ศาลรู้ได้เองนั้น แม้ไม่มีบทกฎหมายใดบัญญัติเรื่องดังกล่าวไว้อย่างชัดเจน แต่ศาลฎีกาได้มีคำพิพากษาวางแนวทางไว้ว่ากฎหมายที่ศาลรู้ได้เองนี้จำกัดเฉพาะเพียงในส่วนกฎหมายของไทย และศาลไทยจะ

⁹⁸ ประมวล สุวรรณศร, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 64*, น.24

⁹⁹ รายละเอียดโปรดดูคำพิพากษาฎีกาที่ 3849/2552

¹⁰⁰ รายละเอียดโปรดดูคำพิพากษาฎีกาที่ 3964/2551

¹⁰¹ ราชกิจจานุเบกษาเป็นหนังสือพิมพ์ของหลวงหรือของทางราชการที่สามารถใช้เป็นเอกสารและหลักฐานอ้างอิงค้นคว้าเรื่องราวที่เกิดขึ้นในสมัยต่างๆ ได้ ซึ่งกฎหมายฉบับแรกที่ได้ประกาศใช้ในราชกิจจานุเบกษาได้แก่ พระราชบัญญัติสำหรับทำบาญชีคนในพระราชอาณาจักร ซึ่งในมาตรา 3 ของพระราชบัญญัตินี้ได้บัญญัติว่า “ให้เสนาบดีทั้งสองกระทรวงนั้นมีอำนาจทำกฎข้อบังคับสำหรับการทำบาญชีที่กล่าวนี้ เมื่อกฎนั้นได้ประกาศในราชกิจจานุเบกษาแล้วก็ให้ใช้ได้เหมือนเป็นส่วนหนึ่งของพระราชบัญญัตินี้” จึงสิ่งที่แสดงให้เห็นว่าราชกิจจานุเบกษาเป็นเครื่องมือในการประกาศใช้กฎหมายและเป็นต้นแบบของการประกาศใช้กฎหมายมาถึงปัจจุบัน โดยเรื่องที่น่าลงพิมพ์ในราชกิจจานุเบกษานั้นแบ่งออกเป็นสองประเภทใหญ่ๆ คือ การบอกข้อราชการและประกาศข่าวต่างๆ ประเภทหนึ่ง ส่วนอีกประเภทหนึ่ง คือ แจ้งความ ประกาศ พระราชบัญญัติ และกฎหมายต่างๆ

รับรู้ได้เองเฉพาะเพียงกฎหมายที่มีความสำคัญ เช่น รัฐธรรมนูญ พระราชบัญญัติ พระราชกำหนด พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง เท่านั้น เนื่องจากเป็นกฎหมายที่บัญญัติขึ้นตามขั้นตอนการที่มีแบบ พิธีแน่นอนและผ่านการประกาศใช้ในราชกิจจานุเบกษาแล้ว จึงเป็นกฎหมายที่ใช้บังคับแก่ประชาชน อย่างแพร่หลายและทุกคนต้องรู้กฎหมายดังกล่าว ผู้พิพากษาเองก็อยู่ในบังคับที่จะต้องรับรู้ถึง กฎหมายเหล่านี้เป็นอย่างดีเช่นกัน แม้ว่าผู้พิพากษาจะจดจำรายละเอียดของกฎหมายดังกล่าวได้ไม่ ครบถ้วนก็สามารถตรวจสอบจากราชกิจจานุเบกษาได้โดยง่าย ซึ่งผู้เขียนได้ทำการศึกษาบทบาทของ ศาลในการรับรู้กฎหมายประเภทต่างๆ และสรุปได้เป็นแนวทางดังต่อไปนี้

1. พระบรมราชโองการในสมัยสมบูรณาญาสิทธิราชย์

ในสมัยดังกล่าวถือว่าพระมหากษัตริย์ทรงมีพระราชอำนาจสูงสุดในการ ปกครองประเทศ พระบรมราชโองการของกษัตริย์จึงมีฐานะเป็นกฎหมายประเภทหนึ่ง¹⁰² ซึ่งกฎหมาย ในสมัยสมบูรณาญาสิทธิราชย์มีชื่อเรียกที่หลากหลายและยังไม่มีแบ่งลำดับชั้นแน่นอนเหมือนใน ปัจจุบัน เช่น พระราชบัญญัติ พระราชกฤษฎีกา พระบรมราชโองการ ประกาศพระราชดำรัส กฎ ข้อบังคับ แต่ถึงจะมีชื่อเรียกแตกต่างกันอย่างไรก็มีฐานะเป็นกฎหมายเช่นเดียวกัน พระบรมราช โองการในสมัยสมบูรณาญาสิทธิราชย์จึงมีสถานะเป็นข้อกฎหมายที่ศาลสามารถรู้ได้เอง แต่ถึงอย่างไร ก็ดีพระบรมราชโองการที่จะมีผลเป็นกฎหมายได้นั้นต้องเป็นพระบรมราชโองการที่มีพระราชประสงค์ ให้ผูกพันบุคคลทั่วไปด้วย หากเป็นเพียงกระแสพระบรมราชโองการต่อเฉพาะตัวบุคคลใดบุคคลหนึ่ง ย่อมไม่มีผลเป็นกฎหมาย เว้นแต่จะเป็นพระบรมราชโองการที่มีพระราชประสงค์ให้ผูกพันบุคคลทั่วไป แต่มิได้ประกาศให้ประชาชนโดยทั่วไปรับทราบโดยทั่วกัน แม้จะมีผลเป็นกฎหมายก็ไม่ถือเป็นข้อที่ศาล สามารถรู้เองได้ ผู้ใดกล่าวอ้างพระบรมราชโองการดังกล่าวต้องมีหน้าที่นำสืบให้ศาลรู้

2. ประกาศคณะปฏิวัติหรือประกาศคณะปฏิรูปการปกครอง

ประกาศคณะปฏิวัติหรือประกาศคณะปฏิรูปมีค่าบังคับแตกต่างกันตาม เนื้อหาของประกาศแต่ละฉบับ บางฉบับอาจมีค่าบังคับเทียบได้กับรัฐธรรมนูญ เช่น ประกาศคณะ รักษาความสงบแห่งชาติ ฉบับที่ 5/2557 เรื่องการสิ้นสุดชั่วคราวของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักร ไทย และฉบับที่ 11/2557 เรื่องการสิ้นสุดของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ส่วนบางฉบับก็มีค่า บังคับเทียบได้กับพระราชบัญญัติ เช่น ประกาศคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ฉบับที่ 88/2557 เรื่อง การแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายว่าด้วยตำรวจแห่งชาติ ฉบับที่ 100/2557 เรื่อง การแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมาย

¹⁰² รายละเอียดโปรดดูคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 323/2468, คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1791/2518, คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 359/2530, คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2023-2026/2552

ว่าด้วยการปรับปรุงกระทรวง ทบวง กรม และกฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุน หรือบางฉบับ อาจจะระบุค่าบังคับไว้ในตัวว่าประกาศฉบับดังกล่าวมีค่าเทียบเท่ากฎหมายลำดับใด เช่น ประกาศ คณะปฏิวัติ ฉบับที่ 107 ลงวันที่ 26 มีนาคม พ.ศ.2515 ข้อ 2 กำหนดให้ประกาศคณะปฏิวัติฉบับนี้มี ผลบังคับเช่นเดียวกับพระราชกฤษฎีกาที่ออกตามความในมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติควบคุมการ ส่งออกไปนอกและการนำเข้ามาในราชอาณาจักรซึ่งสินค้าบางอย่าง พุทธศักราช 2482 เป็นต้น ฉะนั้น ประกาศคณะปฏิวัติหรือประกาศคณะปฏิรูปการปกครองย่อมมีผลบังคับเป็นกฎหมาย¹⁰³ และมีฐานะ เป็นข้อกฎหมายอย่างหนึ่ง แต่จะเป็นข้อกฎหมายที่ศาลสามารถรู้ได้เองหรือไม่นั้นย่อมต้องพิจารณา จากเนื้อหาของประกาศคณะปฏิวัติหรือประกาศคณะปฏิรูปการปกครองเป็นเรื่องๆ ไปว่ามีฐานะ เทียบเท่ากฎหมายลำดับใด

3. กฎหมายต่างประเทศ (Foreign law)

กฎหมายต่างประเทศไม่ถือว่าเป็นข้อกฎหมายที่ศาลจะรู้ได้เอง เพราะศาล ของประเทศหนึ่งย่อมไม่อาจรู้ได้ว่ากฎหมายที่ใช้อยู่ในอีกประเทศหนึ่งนั้นมีอยู่อย่างไรบ้าง ตามหลักใน กฎหมายลักษณะพยานจึงถือว่ากฎหมายต่างประเทศมีฐานะเสมือนข้อเท็จจริงอย่างหนึ่งเท่านั้น คู่ความจะต้องนำสืบถึงความมีอยู่ของกฎหมายต่างประเทศ เนื้อความ หรือการแปลความหมายผ่าน พยานผู้เชี่ยวชาญในกฎหมายต่างประเทศนั้นๆ ทั้งนี้มีบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องอันจะชี้ให้เห็นได้ว่าบท กฎหมายต่างประเทศนั้นเป็นเรื่องข้อเท็จจริงที่คู่ความจะนำสืบในประการต่อไป

ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 98 บัญญัติว่า “คู่ความ ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งจะอ้างบุคคลใดเป็นพยานของตนก็ได้เมื่อบุคคลนั้นเป็นผู้มีความรู้เชี่ยวชาญในศิลปะ วิทยาศาสตร์ การฝีมือ การค้าหรือการงานที่ทำ หรือในกฎหมายต่างประเทศ และซึ่งความเห็นของ พยานอาจเป็นประโยชน์ในการวินิจฉัยชี้ขาดข้อความในประเด็น ทั้งนี้ไม่ว่าพยานจะเป็นผู้มีอาชีพใน การนั้นหรือไม่”

ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 243 วรรคแรก บัญญัติ ว่า “ผู้ใดโดยอาชีพหรือมิใช่ก็ตามมีความเชี่ยวชาญในการใด ๆ เช่น ในทางวิทยาศาสตร์ ศิลปะ ฝีมือ พานิชยกรรม การแพทย์ หรือกฎหมายต่างประเทศ และซึ่งความเห็นของผู้ผู้นั้นอาจมีประโยชน์ในการ วินิจฉัยคดี ในการสอบสวน ใตส์วนมูลฟ้องหรือพิจารณา อาจเป็นพยานในเรื่องต่าง ๆ เป็นต้นว่า ตรวจร่างกายหรือจิตของผู้เสียหาย ผู้ต้องหา หรือจำเลย ตรวจลายมือทำการทดลองหรือกิจการอย่าง อื่นๆ”

¹⁰³ รายละเอียดโปรดดูคำพิพากษาฎีกาที่ 1662/2505

พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481 มาตรา 8 บัญญัติว่า “ในกรณีที่จะต้องใช้กฎหมายต่างประเทศบังคับ ถ้ามิได้พิสูจน์กฎหมายนั้นให้เป็นที่พอใจแก่ศาล ให้ใช้กฎหมายภายในแห่งประเทศสยาม”

จากบทบัญญัติดังกล่าวนี้เองจึงสนับสนุนให้ศาลและนักกฎหมายไทยต่างมีความเห็นไปในทิศทางเดียวกันว่ากฎหมายต่างประเทศนั้นหาใช่ข้อกฎหมายที่ศาลจะรู้ได้เองไม่ แต่มีสถานะเป็นข้อเท็จจริงที่คู่ความจะต้องนำเสนอต่อศาล โดยศาสตราจารย์พิเศษจรูญ ภักดีธนากุล ให้ข้อสังเกตว่ากฎหมายต่างประเทศนั้นไม่ได้มีสถานะเป็นปัญหาข้อเท็จจริงแท้ๆ แต่ในความจริงเป็นแล้วกฎหมายต่างประเทศมีสถานะเป็นข้อกฎหมาย แต่เนื่องด้วยเหตุผลทางด้านการปฏิบัติเชิงนโยบายจึงให้ถือว่าเป็นปัญหาข้อเท็จจริงที่คู่ความมีหน้าที่ต้องนำเสนอต่อศาล แต่แม้คู่ความไม่นำสืบก็ไม่ถึงขนาดจะทำให้คู่ความฝ่ายดังกล่าวเป็นฝ่ายแพคดีในประเด็นดังกล่าว แต่ให้ศาลนำกฎหมายไทยมาใช้บังคับแก่กรณีนั้นแทนกฎหมายต่างประเทศอันเป็นเรื่องที่ศาลไทยสามารถใช้ความรู้ของศาลที่เกี่ยวกับกฎหมายไทยดังกล่าวมาใช้วินิจฉัยตัดสินปัญหาได้เลยโดยถือว่ากฎหมายต่างประเทศนั้นบัญญัติไว้เช่นเดียวกับที่บัญญัติไว้ในกฎหมายไทย ฉะนั้น จึงยังถือว่าเป็นการตัดสินตามกฎหมายต่างประเทศอยู่¹⁰⁴

4. กฎหมายระหว่างประเทศ (International law)

ปัจจุบันเป็นยุคที่กฎหมายระหว่างประเทศเข้ามามีบทบาทต่อวิถีชีวิตของคนในสังคมมากยิ่งขึ้น ด้วยการติดต่อสื่อสารที่ง่ายดายเป็นผลให้ความสัมพันธ์ระหว่างประเทศเกิดขึ้นโดยรวดเร็ว กฎหมายระหว่างประเทศจึงเข้ามาเป็นกลไกสำคัญในการควบคุมความสัมพันธ์ที่เกิดขึ้นระหว่างประเทศ โดยนักกฎหมายระหว่างประเทศอธิบายความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายภายในของรัฐและกฎหมายระหว่างประเทศโดยอ้างอิงบนทฤษฎีสำคัญสองประการ คือ ทฤษฎีทวินิยม¹⁰⁵

¹⁰⁴ จรูญ ภักดีธนากุล, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 77*, น.37-38 และคำพิพากษาฎีกาที่ 4027/2545, คำพิพากษาฎีกาที่ 3537/2546

¹⁰⁵ ทฤษฎีทวินิยม (Dualism) เป็นทฤษฎีที่ได้รับอิทธิพลมาจากแนวคิดของสำนักกฎหมายบ้านเมือง (Positivism) โดยเห็นว่าระบบกฎหมายภายในของรัฐเป็นระบบที่แยกต่างหากจากระบบกฎหมายระหว่างประเทศ กฎหมายระหว่างประเทศเป็นเรื่องของนิติสัมพันธ์ระหว่างประเทศระหว่างรัฐกับรัฐ ส่วนกฎหมายภายในของรัฐเป็นเรื่องนิติสัมพันธ์ระหว่างเอกชนภายในรัฐ กฎหมายระหว่างประเทศจึงไม่มีสถานะเป็นกฎหมายภายในของรัฐโดยอัตโนมัติ แต่หากอยากรับกฎหมายระหว่างประเทศใดเข้ามาเป็นกฎหมายภายในต้องมีการปฏิบัติตามขั้นตอนในการยอมรับเข้ามาเป็นกฎหมายภายในเสียก่อน

(Dualism) และทฤษฎีเอกนิยม¹⁰⁶ (Monism) ส่งผลให้แต่ละประเทศก็มีการกำหนดรูปแบบการยอมรับ (Adoption) หรือการบังคับใช้ (Application) กฎหมายระหว่างประเทศแตกต่างกันออกไป

สำหรับการยอมรับและการบังคับใช้สนธิสัญญา (Treaties) ของไทยต้องแยกพิจารณาออกเป็นสองกรณี คือ สนธิสัญญาที่ประเทศไทยเป็นภาคี รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มิได้บัญญัติโดยชัดแจ้งว่าสนธิสัญญาประเภทนี้จะมีผลบังคับเป็นกฎหมายภายในโดยอัตโนมัติ โดยหลักทั่วไปจึงต้องมีการออกพระราชบัญญัติเพื่อยุติการสนธิสัญญาดังกล่าวให้เป็นกฎหมายภายในของไทยเสียก่อน ฉะนั้น กฎหมายระหว่างประเทศจำพวกสนธิสัญญาที่มีการออกพระราชบัญญัติเพื่อยุติการแล้วจึงไม่เป็นปัญหาในการพิจารณาเพราะศาลย่อมรู้ถึงสนธิสัญญาดังกล่าวได้เองในฐานะที่เป็นกฎหมายภายในของประเทศไทย ส่วนสนธิสัญญาที่เพียงประกาศให้ประชาชนโดยทั่วไปทราบทั่วกันในราชกิจจานุเบกษาตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 190 นั้น¹⁰⁷ เมื่อสนธิสัญญาดังกล่าวได้รับความเห็นชอบโดยรัฐสภาแล้ว ย่อมไม่มีความจำเป็นที่จะต้องออกกฎหมายอนุวัติการสัญญาดังกล่าวอีก ฉะนั้น เพียงแต่ประกาศในราชกิจจานุเบกษาก็เพียงพอแล้วที่จะส่งผลให้ศาลไทยใช้บังคับกฎหมายดังกล่าวเหมือนกฎหมายภายใน ซึ่งมีคำพิพากษาฎีกาที่ 739/2498 วางแนวทางเกี่ยวกับเรื่องดังกล่าวไว้ว่า “โจทก์ฟ้องว่าทหารสหประชาชาติยึดโกดังของทหารญี่ปุ่นที่แพ้สงครามขายทอดตลาด โจทก์เป็นผู้ซื้อได้ จำเลยเข้าใช้และครอบครองโกดังดังกล่าวโดยมิชอบเป็นละเมิดต่อโจทก์ขอให้ใช้ค่าเสียหายและออกจากโกดัง จำเลยให้การว่าสหประชาชาติไม่มีสิทธิขายโกดังโจทก์จึงไม่มีสิทธิและไม่มีอำนาจฟ้องโจทก์อ้าง ม.ร.ว.เสนีย์ ปราโมช เป็นพยาน ส่วนจำเลยไม่มีพยานพยานหลักฐานอื่นมาหักล้าง ศาลฎีกา

¹⁰⁶ ทฤษฎีเอกนิยม (Monism) เป็นทฤษฎีที่เห็นว่าทั้งกฎหมายระหว่างประเทศและระบบกฎหมายภายในของรัฐเป็นกฎหมายระบบเดียวกันไม่ว่าจะเป็นกฎหมายที่ผูกพันรัฐหรือกฎหมายที่ผูกพันปัจเจกชนหรือเป็นกฎหมายที่ผูกพันองค์ภาวะ (Entities) อื่นใดนอกจากรัฐก็ตาม จึงสามารถบังคับใช้กฎหมายระหว่างประเทศเหมือนเป็นกฎหมายภายในประเทศได้โดยอัตโนมัติ

¹⁰⁷ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 190 วรรคสอง บัญญัติว่า “หนังสือสัญญาใดมีบทเปลี่ยนแปลงอาณาเขตไทย หรือเขตพื้นที่นอกอาณาเขตซึ่งประเทศไทยมีสิทธิอธิปไตยหรือมีเขตอำนาจตามหนังสือสัญญาหรือตามกฎหมายระหว่างประเทศหรือจะต้องออกพระราชบัญญัติเพื่อให้เป็นไปตามสัญญา หรือมีผลกระทบต่อความมั่นคงทางเศรษฐกิจหรือสังคมของประเทศอย่างกว้างขวาง หรือมีผลผูกพันด้านการค้า การลงทุนหรืองบประมาณแผ่นดินอย่างมีนัยสำคัญ ต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภา ในการนี้รัฐสภาจะต้องพิจารณาให้แล้วเสร็จภายในหกสิบวันนับแต่ได้รับเรื่องดังกล่าว”

เห็นว่าตามคำพยานของโจทก์เป็นอันฟังได้ว่ารัฐบาลไทยได้ทำสัญญาให้ฝ่ายสหประชาชาติซึ่งเป็นฝ่ายชนะสงคราม เข้ามาปลดอาวุธทหารญี่ปุ่นและทรัพย์สินของญี่ปุ่นซึ่งเป็นฝ่ายแพ้สงคราม ฉะนั้น ฝ่ายสหประชาชาติจึงมีอำนาจที่จะจัดการทรัพย์สินของทหารญี่ปุ่นได้ เมื่อฝ่ายสหประชาชาติเป็นผู้มีสิทธิและอำนาจกระทำการดังกล่าวแล้วย่อมจัดการขายทอดตลาดโกดังเหล่านี้ได้โดยชอบ โจทก์เป็นผู้รับซื้อจากการขายย่อมได้กรรมสิทธิ์” จึงเป็นการวินิจฉัยรองรับไปในทำนองว่าศาลไทยสามารถบังคับใช้สนธิสัญญาที่ประเทศไทยเป็นภาคีเหมือนเป็นกฎหมายภายในของไทยได้ทันทีแม้จะไม่มี การออกพระราชบัญญัติโอนูวัติการสนธิสัญญาดังกล่าวก็ตาม แต่ก็จำกัดการยอมรับในฐานะที่เป็นข้อเท็จจริงในคดีประการหนึ่งเท่านั้น คู่ความฝ่ายที่กล่าวอ้างจึงมีหน้าที่ต้องนำพยานหลักฐานมาสืบสนับสนุนข้อกล่าวอ้างของตน ศาลไม่ได้ยอมรับในฐานะที่เป็นข้อกฎหมายที่ศาลรู้ได้เองเช่นสนธิสัญญาที่ได้โอนูวัติการเป็นพระราชบัญญัติแล้ว

ส่วนกรณีของสนธิสัญญาที่ประเทศไทยมิได้เป็นภาคีนั้น โดยทั่วไปย่อมไม่ผูกพันศาลไทยที่จะต้องบังคับการให้เป็นไปตามสนธิสัญญาเช่นว่านั้น เป็นไปตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศที่ว่า รัฐย่อมไม่ต้องผูกพันตามสนธิสัญญาใดๆ เว้นแต่รัฐนั้นจะให้ความยินยอมเพื่อผูกพัน (Consent to be bound) ตามสนธิสัญญานั้น เคยมีคำพิพากษาฎีกาที่ 8834/2542 ที่ศาลฎีกาได้นำความตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวกับการค้ารวมทั้งที่เกี่ยวกับการค้าสินค้าปลอม (Agreement on trade-related aspects of intellectual property rights, including trade in counterfeit goods) หรือที่เรียกกันโดยย่อว่า “ความตกลงทริปส์” (TRIPs agreement) ซึ่งไทยเป็นภาคีในข้อตกลงดังกล่าว และอนุสัญญากรุงปารีสว่าด้วยการคุ้มครองทรัพย์สินทางอุตสาหกรรม (The Paris convention 1967) ซึ่งไทยมิได้เป็นภาคีมาใช้ในการวินิจฉัยเองดีความคำว่า “เครื่องหมายที่มีชื่อเสียงแพร่หลายทั่วไป” (Well-known marks) ตามมาตรา 8 (11) แห่งพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 โดยไม่มีคู่ความฝ่ายใดกล่าวอ้างและนำสืบเกี่ยวกับข้อตกลงและอนุสัญญาระหว่างประเทศดังกล่าวไว้เลย จึงเป็นข้อพิจารณาว่าการที่ศาลไทยหยิบยกอนุสัญญากรุงปารีสฯ ขึ้นวินิจฉัยประกอบการแปลความถ้อยคำตามกฎหมายดังกล่าวนั้นชอบด้วยกฎหมายหรือไม่

เกี่ยวกับประเด็นนี้มีบทบัญญัติที่ปรากฏในความตกลงทริปส์ ข้อ 16 (2)

¹⁰⁸ บัญญัติให้มีการนำบทบัญญัติเรื่องเครื่องหมายการค้าที่เป็นที่รู้จักแพร่หลายซึ่งบัญญัติไว้ใน

¹⁰⁸ Agreement on trade-related aspects of intellectual property rights : Article 16 (2) “Article 6bis of the Paris Convention (1967) shall apply, mutatis mutandis, to services. In determining whether a trademark is well-known, Members

อนุสัญญากรุงปารีส (ค.ศ.1967) ข้อ 6bis¹⁰⁹ มาใช้บังคับโดยอนุโลมแก่ความตกลงทริปส์นี้ด้วย ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่ากรณีที่ศาลฎีกาได้หยิบยกเอาอนุสัญญากรุงปารีสซึ่งไทยมิได้เป็นภาคีขึ้นวินิจฉัยตีความ คำว่า “เครื่องหมายที่มีชื่อเสียงแพร่หลายทั่วไป” (Well-known marks) ดังที่ปรากฏในคำพิพากษาฎีกาฉบับนี้ย่อมเป็นการใช้อำนาจหยิบยกขึ้นวินิจฉัยผ่านความตกลงทริปส์ ข้อ 16(2) ซึ่งประเทศไทยเป็นภาคียอมชอบตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศแล้ว และการหยิบยกกฎหมายขึ้นปรับแก้คดีของศาลในลักษณะดังกล่าวเป็นการหยิบยกในฐานะที่เป็นข้อกฎหมายที่ศาลรู้ได้เอง เมื่อมีการกำหนดประเด็นการพิจารณาเรื่องดังกล่าวไว้เป็นประเด็นแห่งคดีแล้ว การหยิบยกกฎหมายทั้งสองฉบับขึ้นปรับแก้คดีของศาลจึงชอบด้วยกฎหมาย

ส่วนประเด็นที่จะต้องพิจารณาต่อไปคือการพิจารณาในส่วนของจารีตประเพณีระหว่างประเทศ ว่าศาลไทยสามารถรู้ถึงจารีตประเพณีระหว่างประเทศได้เองหรือไม่ ซึ่งเรื่อง

shall take account of the knowledge of the trademark in the relevant sector of the public, including knowledge in the Member concerned which has been obtained as a result of the promotion of the trademark.”

¹⁰⁹ Paris Convention (1967) : Article 6bis: [Marks: Well-Known Marks]

(1) The countries of the Union undertake, *ex officio* if their legislation so permits, or at the request of an interested party, to refuse or to cancel the registration, and to prohibit the use, of a trademark which constitutes a reproduction, an imitation, or a translation, liable to create confusion, of a mark considered by the competent authority of the country of registration or use to be well known in that country as being already the mark of a person entitled to the benefits of this Convention and used for identical or similar goods. These provisions shall also apply when the essential part of the mark constitutes a reproduction of any such well-known mark or an imitation liable to create confusion therewith.

(2) A period of at least five years from the date of registration shall be allowed for requesting the cancellation of such a mark. The countries of the Union may provide for a period within which the prohibition of use must be requested.

(3) No time limit shall be fixed for requesting the cancellation or the prohibition of the use of marks registered or used in bad faith.

นี้ศาสตราจารย์พิเศษจรัญ ภักดีธนากุล มีความเห็นว่า “แม้โดยหลักทั่วไปของนานาประเทศจะถือว่า จารีตประเพณีระหว่างประเทศนี้แม้ไม่ได้มีการอนุวัติการก็ถือเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายภายในของแต่ละประเทศโดยอัตโนมัติ จึงมีลักษณะเป็นปัญหาข้อกฎหมายที่ศาลต้องรู้เอง เช่น เรื่องทะเลอาณาเขตของแต่ละประเทศจะมีความกว้าง 12 ไมล์ทะเล อันเป็นหลักกฎหมายระหว่างประเทศที่เกิดจากจารีตประเพณีระหว่างประเทศ แต่สำหรับในทางปฏิบัติของประเทศไทยนั้นให้ถือว่าปัญหาเกี่ยวกับกฎหมายระหว่างประเทศในทุกลักษณะเป็นปัญหาข้อเท็จจริงทั้งสิ้น จึงเป็นหน้าที่ของคู่ความฝ่ายที่กล่าวอ้างยกเอาประโยชน์จะต้องนำพยานหลักฐานเข้าสืบต่อศาล ทั้งนี้ก็เพราะเป็นเรื่องยากมากที่ศาลไทยซึ่งไม่มีความเชี่ยวชาญในกฎหมายระหว่างประเทศจะลงไปวิเคราะห์ได้ว่ากฎหมายระหว่างประเทศเรื่องใดเป็นกฎหมายระหว่างประเทศที่มาจากจารีตประเพณีอันศาลจะสามารถรู้ได้เอง หรือหลักกฎหมายระหว่างประเทศที่มีที่มาจากจารีตประเพณีนั้นมีอยู่หรือไม่อย่างไร ฉะนั้น หลักปฏิบัติที่ให้ถือว่าเมื่อมีปัญหาเกี่ยวกับกฎหมายระหว่างประเทศแล้วให้ถือเป็นปัญหาข้อเท็จจริงในระบบกฎหมายไทยทั้งระบบน่าจะถูกต้องแล้ว แม้ว่าจะไม่ตรงกับหลักสากลอยู่บ้างก็ตาม”¹¹⁰ ซึ่งแนวคิดของท่านศาสตราจารย์พิเศษจรัญ ภักดีธนากุล ดังกล่าวนี้นี้จะถูกต้องตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศหรือไม่ หรือมีความเหมาะสมกับบริบทของสังคมไทยหรือไม่เพียงใดนั้น เป็นเรื่องที่จะต้องศึกษากันโดยละเอียดในโอกาสต่อไป ส่วนการยอมรับและการบังคับใช้จารีตประเพณีระหว่างประเทศ (International custom) นั้น เนื่องจากรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยไม่มีบทมาตราใดที่อนุญาตให้นำจารีตประเพณีระหว่างประเทศมาใช้บังคับเป็นกฎหมายภายในได้ในทันที จึงยังคงเป็นข้อที่ควรพิจารณาต่อไปอีกเช่นกันว่าศาลไทยยอมรับและบังคับใช้จารีตประเพณีระหว่างประเทศเป็นกฎหมายภายในหรือไม่เพียงใด

5. หลักกฎหมายทั่วไป (General principle of law)

เมื่อพิจารณาถึงประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 4 วรรคท้ายที่ว่า “เมื่อไม่มีบทกฎหมายที่จะยกมาปรับคดีได้ ท่านให้วินิจฉัยคดีนั้นตามคลองจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น ถ้าไม่มีจารีตประเพณีเช่นนั้นให้วินิจฉัยตามหลักกฎหมายทั่วไป” จะพบว่าหลักกฎหมายทั่วไปนั้นถูกนำมาใช้เป็นเครื่องมือในการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายประการหนึ่ง และการหยิบยกหลักกฎหมายทั่วไปมาปรับใช้ในคดีก็เป็นอำนาจของศาลโดยตรง หลักกฎหมายทั่วไปจึงถือเป็นเรื่องที่อยู่ในความรับรู้ของศาลและเป็นข้อกฎหมายที่ศาลรู้ได้เอง

ส่วนปัญหาสำคัญประการต่อมาที่ต้องพิจารณาคือปัญหาที่ว่าหลักกฎหมายทั่วไปคืออะไรและมีความหมายถึงกฎหมายประเภทใดบ้างนั้น ท่านศาสตราจารย์ประมูล

¹¹⁰ จรัญ ภักดีธนากุล, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 77*, น.39-43

สุวรรณศร ได้ให้ความหมายไว้ว่า หลักกฎหมายทั่วไป หมายถึง หลักกฎหมายที่ประเทศส่วนมากในโลกยอมรับรองและใช้อยู่ด้วยกัน ฉะนั้น หลักกฎหมายทั่วไปจึงมิใช่กฎหมายต่างประเทศที่เป็นของประเทศใดประเทศหนึ่งโดยเฉพาะซึ่งคู่ความจะต้องนำสืบอย่างเช่นข้อเท็จจริง¹¹¹ แต่หลักกฎหมายทั่วไปมีความเป็นสากลหรือเป็นหลักการพื้นฐานที่อยู่เบื้องหลังกฎหมายต่างๆ ของหลายประเทศทั่วโลก เช่น หลักสุจริต (Bona fides) หลักผู้รับโอนไม่มีสิทธิดีกว่าผู้โอน (Nemo dat qui non habet) หลักกฎหมายปิดปาก (Estoppel) หลักสัญญาต้องเป็นสัญญา (Pacta sunt servanda) เป็นต้น

6. คำพิพากษาศาลฎีกา (Supreme court judgement)

สำหรับคำถามที่ว่าคำพิพากษาศาลฎีกามีความสำคัญอย่างไรต่อระบบการพิจารณาความของไทยนั้น เนื่องจากประเทศไทยเป็นประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายซีวิลลอว์ กฎหมายลายลักษณ์อักษรจึงมีความสำคัญที่สุดต่อการปรับใช้กฎหมายของศาล ส่วนคำพิพากษาศาลฎีกานั้นเป็นเพียงเครื่องมือในการวางบรรทัดฐานเกี่ยวกับการปรับใช้กฎหมายหรือเป็นเพียงตัวอย่างการปรับกฎหมายเข้ากับข้อเท็จจริงเท่านั้น ศาลในคดีหลังไม่ผูกพันให้ต้องวินิจฉัยตัดสินคดีให้เหมือนกับคำพิพากษาในคดีก่อนเช่นหลักการในประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ ทั้งนี้ก็เพราะศาลไทยมีอิสระในการปรับใช้และตีความกฎหมายอยู่เสมอ

เกี่ยวกับเรื่องนี้ท่านอาจารย์โอสถ โกศิน มีความเห็นว่า คำพิพากษาศาลฎีกาถือเสมือนเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมาย แม้จะไม่ถือเป็นที่มาหรือบ่อเกิดของกฎหมายเช่นในประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ แต่คำพิพากษาศาลฎีกาย่อมต้องอยู่ในขอบเขตที่ศาลจะสามารถรับรู้ได้เองเมื่อคดีเรื่องใดมีปัญหาที่จะต้องใช้คำพิพากษาศาลฎีกาอ้างอิง ศาลย่อมสามารถหยิบยกได้เองโดยไม่ต้องมีผู้ใดร้องขอ คำพิพากษาศาลฎีกาจึงเป็นเรื่องในทางกฎหมายที่ศาลสามารถรับรู้ได้เองและไม่ต้องมีการนำสืบ¹¹²

ส่วนศาสตราจารย์พิเศษโสภณ รัตนกร ก็มีความเห็นไปในทำนองที่ว่าคำพิพากษาศาลฎีกานั้นมีสถานะเป็นข้อเท็จจริงประการหนึ่งเท่านั้น แต่เป็นข้อเท็จจริงที่สามารถตรวจสอบความถูกต้องได้โดยง่ายคู่ความจึงไม่ต้องนำสืบ คำพิพากษาศาลฎีกาถือเสมือนเป็นแหล่งที่มาของกฎหมายและเป็นบรรทัดฐานที่คู่ความใช้อ้างอิงในการต่อสู้คดี ศาลจึงสามารถนำมาใช้ประกอบการวินิจฉัยคดีได้ แม้ข้อความในคำพิพากษาศาลฎีกาจะมีฐานะเป็นข้อเท็จจริงแต่ก็จะมีกรณีพิพาทอย่างแพร่หลายทั้งที่เป็นทางการและไม่เป็นทางการ ผู้พิพากษาย่อมตรวจสอบได้โดยง่าย คู่ความจึงอ้างคำพิพากษาศาลฎีกา

¹¹¹ ประมูล สุวรรณศร, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 64*, น.21

¹¹² โอสถ โกศิน, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 58*, น.35-36

เข้ามาในคดีโดยระบุเพียงเลขคดีและชื่อคู่ความก็เพียงพอ ไม่ต้องนำสืบคำพิพากษาศาลฎีกาตั้งกล่าวต่อศาลอีก¹¹³

ฉะนั้น แม้ทางปฏิบัติของการอ้างคำพิพากษาศาลฎีกาจะสอดคล้องเป็นแนวทางเดียวกันว่าคู่ความไม่ต้องนำสืบคำพิพากษาศาลฎีกาตั้งกล่าวต่อศาล แต่ก็ยังคงเป็นปัญหาที่จะต้องพิจารณาต่อไปว่าการอ้างคำพิพากษาศาลฎีกาเข้าไปในคดีนั้นเป็นการอ้างเข้าไปในคดีในสถานะที่เป็นข้อกฎหมายหรือสถานะที่เป็นข้อเท็จจริง ทั้งนี้ก็เพราะสถานะดังกล่าวของคำพิพากษาศาลฎีกามีผลกระทบต่อคดีในอีกหลายประการ เช่น ผลกระทบต่อบทบาทของคู่ความ ผลกระทบต่อการจำกัดสิทธิในอุทธรณ์ ผลกระทบของผู้พิพากษาที่จะหยิบยกข้อกฎหมายขึ้นพิจารณา เป็นต้น แต่ถึงอย่างไรก็ตาม แม้คำพิพากษาของศาลฎีกาจะเป็นเรื่องที่ศาลสามารถรู้ได้เองโดยคู่ความฝ่ายที่กล่าวอ้างไม่ต้องนำสืบ แต่คู่ความอีกฝ่ายหนึ่งก็ยังไม่สิ้นสิทธิที่จะนำสืบหักล้างคำพิพากษานั้น¹¹⁴ เช่น การนำสืบหักล้างว่าคำพิพากษาดังกล่าวเสียเปล่าใช้ไม่ได้ คำพิพากษาดังกล่าวเป็นการพิพากษาโดยไม่มีอำนาจหรือผู้พิพากษาที่นั่งพิจารณาและพิพากษาคดีไม่ครบองค์คณะ เป็นต้น

2.4 การรับรู้กฎหมายลำดับรองในการพิจารณาคดีแพ่งของไทย

เมื่อพิจารณาจากกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งและแนวคำพิพากษาศาลฎีกาแล้วพบว่าในคดีแพ่งนั้นคู่ความไม่จำเป็นต้องยกบทกฎหมายขึ้นกล่าวอ้างในคำคู่ความของตนเช่นในคดีอาญาคู่ความเพียงแต่บรรยายข้อเท็จจริง สภาพแห่งข้อหา และคำขอบังคับ ให้ชัดเจนก็เพียงพอที่จะเป็นคำฟ้องที่สมบูรณ์แล้ว แต่เป็นหน้าที่ของศาลโดยเฉพาะที่จะต้องยกบทกฎหมายที่เกี่ยวข้องมาปรับใช้บังคับแก่คดี¹¹⁵ จึงสะท้อนให้เห็นหน้าที่ประการสำคัญของศาลว่าศาลในคดีแพ่งมีหน้าที่ที่จะต้องค้นหาตัวบทกฎหมายมาปรับเข้ากับข้อเท็จจริงในคดี การพิจารณาว่าปัญหาข้อกฎหมายในลักษณะใดบ้าง

¹¹³ โสภณ รัตนกร, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 59*, น.112-113

¹¹⁴ พระนิติการณ์ประสม, *คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยานหลักฐานและจิตวิทยา* พ.ศ.2490 (ตัดตอนจากคำอธิบายประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ที่เรียบเรียงใหม่เมื่อ พ.ศ. 2506 พิมพ์ในงานพระราชทานเพลิงศพพระนิติการณ์ประสม ม.ว.ม. ป.ช., (กรุงเทพมหานคร : กรุงเทพมหานครพิมพ์, 2520), น.42-43

¹¹⁵ รายละเอียดโปรดดูคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 183/2486, คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 864/2487, คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1552/2506, คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1062/2537, คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 7767/2543, คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6870/2556

เป็นเรื่องที่ศาลสามารถรู้ได้เองจึงมีความสำคัญ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในประเด็นที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายลำดับรองเพราะในปัจจุบันกฎหมายลำดับรองเข้ามามีบทบาทสำคัญและมีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับการใช้ชีวิตประจำวันของประชาชนเป็นอย่างมาก ข้อพิพาทที่ขึ้นมาสู่ศาลจึงมีประเด็นที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายลำดับรองมากยิ่งขึ้น แต่ก็ยังคงเป็นปัญหาในทางปฏิบัติอยู่ว่าศาลจะกำหนดให้กฎหมายลำดับรองมีสถานะในคดีเช่นไร

ศาลฎีกาได้วางแนวทางการวินิจฉัยเรื่องดังกล่าวออกเป็นสองแนวทาง โดยในบางคดีศาลฎีกาได้วินิจฉัยให้กฎหมายลำดับรองมีสถานะเป็นข้อกฎหมายที่ศาลสามารถรู้ได้เอง แต่บางคดีศาลฎีกากลับวินิจฉัยให้กฎหมายลำดับรองมีสถานะเป็นข้อเท็จจริงที่คู่ความจะต้องนำเสนอ ศาล การวินิจฉัยสถานะของกฎหมายลำดับรองจึงเป็นเรื่องขึ้นอยู่กับดุลพินิจเฉพาะตัวของผู้พิพากษา แต่ละท่านเป็นสำคัญ และด้วยความไม่แน่นอนของสถานะของกฎหมายลำดับรองนี้เองส่งผลกระทบต่อศาล และยังกระทบต่อบทบาทของศาลเองในการค้นหากฎหมายลำดับรองมาปรับใช้แก่คดีอีกด้วย ผู้เขียนจึงได้ทำการศึกษาและรวบรวมแนวคำพิพากษาของศาลฎีการวมถึงความเห็นของนักกฎหมายของไทยที่เกี่ยวข้องกับการพิจารณากฎหมายลำดับรองไว้ ดังรายละเอียดที่จะกล่าวดังต่อไปนี้

2.4.1 แนวคำพิพากษาศาลฎีกาที่วินิจฉัยเกี่ยวกับการรับรู้กฎหมายลำดับรองของศาล

สำหรับแนวคำพิพากษาของศาลฎีกาที่วินิจฉัยเกี่ยวกับการรับรู้กฎหมายของศาล นั้น วางแนวทางไว้อย่างชัดเจนว่าหากกฎหมายใดมีลำดับศักดิ์ตั้งแต่พระราชบัญญัติและพระราชกำหนดขึ้นไปถือเป็นข้อกฎหมายที่ศาลสามารถรู้ได้เองในทุกกรณี คู่ความเพียงแค่ว่าอ้างถึงประเด็นเกี่ยวกับกฎหมายดังกล่าวไว้ในคำคู่ความหรือในการพิจารณาของศาลก็เพียงพอ แต่ไม่ต้องนำสืบกฎหมายดังกล่าวต่อศาล เนื่องจากศาลถือว่ากฎหมายลำดับสูงที่มีศักดิ์ตั้งแต่พระราชบัญญัติและพระราชกำหนดขึ้นไปนั้นเป็นกฎหมายที่ตราขึ้นโดยการใช้อำนาจนิติบัญญัติโดยตรงจึงเป็นกฎหมายที่ชอบตามแบบพิธีทางนิติบัญญัติ และอยู่ในบังคับให้ต้องประกาศใช้ในราชกิจจานุเบกษาเสมอทำให้เป็นที่รู้จักกันอย่างแพร่หลายในหมู่ประชาชนทั่วไป ทั้งยังสามารถตรวจสอบความมีอยู่หรือการแก้ไขเปลี่ยนแปลงกฎหมายได้โดยง่าย เนื่องจากมีแหล่งตรวจสอบที่แน่นอนและมีความน่าเชื่อถือ กฎหมาย

ดังกล่าวจึงมีความแน่นอนจนไม่อาจโต้แย้งเป็นอย่างอื่นได้ ศาลจึงสามารถรับรู้กฎหมายดังกล่าวได้ด้วยตัวเอง¹¹⁶

ส่วนแนวคำพิพากษาฎีกาที่วินิจฉัยเกี่ยวกับสถานะในคดีของกฎหมายลำดับรองนั้น สามารถจำแนกได้เป็นสองแนวทางใหญ่ๆ คือ คำพิพากษาฎีกาที่ตัดสินว่ากฎหมายลำดับรองมีสถานะเป็นข้อเท็จจริงที่คู่ความต้องนำสืบ และคำพิพากษาฎีกาที่ตัดสินว่ากฎหมายลำดับรองมีสถานะเป็นข้อกฎหมายที่ศาลรู้ได้เอง แต่ศาลฎีกาก็มักจะไม่ได้ระบุเหตุผลและหลักเกณฑ์ที่นำมาใช้วิเคราะห์แยกแยะเกี่ยวกับเรื่องดังกล่าวไว้อย่างชัดเจนนักเพียงแต่ให้เหตุผลไว้ในภาพกว้างเท่านั้น ผู้เขียนจึงได้ทำการศึกษาและรวบรวมคำพิพากษาฎีกาทั้งในคดีแพ่งและในคดีอาญาที่เกี่ยวข้องกับเรื่องดังกล่าวเพื่อวิเคราะห์หาแนวทางในการพิจารณาของศาล ส่วนสาเหตุที่ผู้เขียนรวบรวมคำพิพากษาในคดีอาญาไว้ในที่นี้ด้วยก็เพราะประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาไม่ได้มีบทบัญญัติเกี่ยวกับบทบาทของศาลในเรื่องดังกล่าวไว้โดยเฉพาะ จึงต้องนำหลักการดังกล่าวตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งเท่าที่พอจะใช้บังคับได้มาใช้บังคับในคดีอาญาด้วย โดยผู้เขียนได้จำแนกแนวคำพิพากษาฎีกาออกเป็นสองลักษณะ ดังต่อไปนี้

2.4.1.1 แนวคำพิพากษาฎีกาที่วินิจฉัยให้กฎหมายลำดับรองมีสถานะเป็นปัญหาข้อเท็จจริง

สำหรับแนวคำพิพากษาฎีกาที่วินิจฉัยว่ากฎหมายลำดับรองเป็นข้อเท็จจริงที่คู่ความต้องนำสืบเป็นแนวทางที่มีคำพิพากษาฎีการองรับมากที่สุด ทั้งในส่วนของคดีแพ่งและคดีอาญา โดยมีคำพิพากษาฎีกาที่เกี่ยวข้อง เช่น

คำพิพากษาฎีกาที่ 460/2491 ประกาศของพนักงานเจ้าหน้าที่ที่ออกโดยอาศัยอำนาจในพระราชบัญญัติควบคุมเครื่องอุปโภคบริโภคและของอื่นๆ ในภาวะคับขัน พ.ศ. 2488 นั้นเป็นเพียงคำสั่งของเจ้าพนักงานผู้ปฏิบัติการตามกฎหมายเท่านั้นหาใช่เป็นกฎหมายหรือส่วนหนึ่งของกฎหมายอย่างใดไม่ ฉะนั้น การที่จะเอาผิดแก่ผู้ที่ไม่กระทำตามคำสั่งจะต้องได้ความว่าผู้ที่ไม่กระทำตามได้ทราบคำสั่งนั้นหรือมีพฤติการณ์ให้เห็นว่าได้ทราบคำสั่งนั้นแล้ว

คำพิพากษาฎีกาที่ 987/2491 โจทก์ฟ้องขอให้ลงโทษจำเลยฐานจำหน่ายข้าวสารเหนียวโดยไม่ได้รับอนุญาตเป็นการฝ่าฝืนประกาศของคณะกรรมการจังหวัด แต่โจทก์

¹¹⁶ รายละเอียดโปรดดูคำพิพากษาฎีกาที่ 1355/2479, คำพิพากษาฎีกาที่ 657/2506, คำพิพากษาฎีกาที่ 1159/2511, คำพิพากษาฎีกาที่ 3411-3412/2526, คำพิพากษาฎีกาที่ 1277/2527, คำพิพากษาฎีกาที่ 7064/2553

ไม่ได้อ้างประกาศดังกล่าวเป็นพยาน ศาลฎีกาเห็นว่าประกาศของคณะกรรมการจังหวัดสงขลาที่ระบุมาในฟ้องไม่ใช่กฎหมาย แม้กรรมการจังหวัดสงขลาจะได้ส่งประกาศฉบับนั้นๆ มาถึงศาลก็เป็นการแจ้งให้ผู้พิพากษาและเสมียนที่ทำงานอยู่ในศาลทราบเท่านั้นไม่ใช่การส่งอ้างพยานหลักฐานในสำนวนตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งว่าด้วยการอ้างพยานเอกสาร เมื่อโจทก์ไม่อ้างส่งประกาศนั้นๆ มาเป็นพยานก็ไม่ทราบว่าประกาศที่โจทก์กล่าวอ้างมาในฟ้องได้ออกโดยอาศัยอำนาจกฎหมายฉบับใด แม้จำเลยให้การรับสารภาพก็ยังลงโทษจำเลยไม่ได้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 214/2498 ศาลฎีกาเห็นว่าอำนาจหน้าที่ของตำรวจเกี่ยวกับการสอบสวนนั้นต้องเป็นไปตามกฎหมายและข้อบังคับทั้งหลายว่าด้วยอำนาจและหน้าที่ของตำรวจตามความในมาตรา 16 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา และมีพระราชกำหนดจัดวางระเบียบราชการกรมตำรวจในกระทรวงมหาดไทย พ.ศ.2491 มาตรา 4 จัดกองตำรวจสันติบาลไว้ในราชการบริหารส่วนกลาง และตามมาตรา 5 ให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยเป็นผู้กำหนดหน่วยงานและเขตอำนาจการรับผิดชอบหรือเขตพื้นที่การปกครองของหน่วยราชการตามความในมาตรา 4 โดยประกาศในราชกิจจานุเบกษา กองบัญชาการตำรวจสอบสวนกลางกองตำรวจสันติบาลจะมีอำนาจสอบสวนได้เพียงใดหรือไม่นั้นต้องเป็นไปตามข้อกำหนดหรือข้อบังคับของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทย ข้อกำหนดหรือข้อบังคับนี้เป็นข้อเท็จจริงซึ่งโจทก์มีหน้าที่จำต้องนำสืบหาใช้ข้อกฎหมายที่ศาลจะต้องรู้เองไม่

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1347/2505 ประกาศกรมสรรพสามิตที่กำหนดเงื่อนไขแก่ผู้รับใบอนุญาตขายส่งสุราในการออกใบขนนี้ไม่ใช่กฎหมาย เพราะเป็นเพียงระเบียบการที่เจ้าพนักงานกำหนดขึ้นเพื่อปฏิบัติการตามอำนาจที่กฎหมายระบุไว้เท่านั้น ประกาศนี้จึงเป็นข้อเท็จจริงอันหนึ่ง

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 245/2516 แม้กฎหมายกำหนดให้กรมสรรพสามิตตราขึ้นบังคับโดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติคณะสงฆ์ พ.ศ.2505 แต่กฎหมายกำหนดให้กรมสรรพสามิตไม่ใช่กฎหมายจึงเป็นปัญหาข้อเท็จจริงที่คู่ความจะต้องนำสืบว่ากฎหมายที่กำหนดขึ้นโดยกรมสรรพสามิตมีผลอย่างไรบ้าง

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 295/2516 กฎหมายกำหนดให้กรมสรรพสามิตตราขึ้นโดยอาศัยพระราชบัญญัติคณะสงฆ์ พ.ศ.2505 เพื่อประโยชน์ในการจัดระเบียบการปกครองคณะสงฆ์ตลอดจนวางหลักเกณฑ์และวิธีการแต่งตั้งผู้รักษาการแทนเจ้าอาวาส แต่กฎหมายกำหนดให้กรมสรรพสามิตไม่ใช่กฎหมาย เมื่อคดีมีประเด็นโต้เถียงกันย่อมเป็นปัญหาข้อเท็จจริงที่คู่ความจะต้องนำสืบว่ากฎหมายที่กำหนดขึ้นโดยกรมสรรพสามิตมีผลอย่างไรบ้าง

คำพิพากษาฎีกาที่ 1072/2518 กรณีการจ่ายเงินบำเหน็จแก่ผู้นำจับ ตามมาตรา 71 แห่งพระราชบัญญัติการประมง พ.ศ.2490 ระเบียบที่รัฐมนตรีกำหนดให้จ่ายเงิน บำเหน็จแก่ผู้นำจับไม่ใช่ข้อเท็จจริงที่ศาลรู้ได้เอง โจทก์ต้องกล่าวอ้างหรือนำสืบให้ศาลรู้ถึงระเบียบนั้น เมื่อโจทก์มิได้นำสืบ ศาลจึงไม่รู้ว่ารัฐมนตรีได้กำหนดระเบียบไว้อย่างไร จะต้องจ่ายบำเหน็จให้แก่ผู้นำ จับเป็นเงินเท่าใด ศาลย่อมไม่อาจสั่งจ่ายเงินบำเหน็จแก่ผู้นำจับได้

คำพิพากษาฎีกาที่ 2135/2518 ศาลฎีกาเห็นว่าตามพระราชบัญญัติ ไปรษณีย์ พ.ศ.2477 และพระราชบัญญัติไปรษณีย์ (ฉบับที่ 2) พ.ศ.2483 ไม่มีมาตราใดบัญญัติไว้ว่า เชื้อเป็นของมีค่าห้ามมิให้ส่งทางไปรษณีย์ตามที่โจทก์กล่าวอ้างมาจึงอยู่ในอำนาจของอธิบดี กรมไปรษณีย์โทรเลขที่จะวางระเบียบข้อบังคับห้ามมิให้ส่งวัตถุบางอย่างทางไปรษณีย์ ตาม พระราชบัญญัติไปรษณีย์ พ.ศ.2477 มาตรา 21 (1) (2) การออกข้อบังคับอย่างใดไว้หรือไม่ มิใช่ ปัญหาข้อกฎหมาย แต่เป็นปัญหาข้อเท็จจริงที่โจทก์จะต้องนำสืบมิใช่ศาลรู้เอง

คำพิพากษาฎีกาที่ 313/2518 ความผิดฐานมิได้สักแปรรูปไว้ใน ครอบครองภายในเขตควบคุมการแปรรูปไม้โดยไม่ได้รับอนุญาตตามพระราชบัญญัติป่าไม้ พ.ศ.2484 มาตรา 48, 73 นั้น เขตควบคุมการแปรรูปไม้เป็นข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบความผิดที่โจทก์ จะต้องนำสืบ เมื่อข้อเท็จจริงคดีนี้โจทก์มิได้นำสืบเลย ก็ไม่มีทางทราบได้ว่าตำบลที่เกิดเหตุเป็นเขต ควบคุมการแปรรูปไม้หรือไม่ จึงลงโทษจำเลยในความผิดฐานนี้ไม่ได้ ประกาศของรัฐมนตรีตาม พระราชบัญญัติป่าไม้ไม่เป็นกฎหมายหรือข้อเท็จจริงที่ประชาชนรู้กันทั่วไป

คำพิพากษาฎีกาที่ 588/2523 ประกาศกระทรวงเกษตรเรื่องกำหนด เขตควบคุมการแปรรูปไม้ แม้จะได้ประกาศในราชกิจจานุเบกษาแล้วก็ตามแต่ประกาศดังกล่าวเป็น เพียงข้อกำหนดของทางราชการเท่านั้น หาใช่กฎหมายหรือข้อเท็จจริงที่รู้กันทั่วไปไม่

คำพิพากษาฎีกาที่ 656/2530 ระเบียบระเบียบกระทรวงมหาดไทยว่า ด้วยการเลือกกำนันพ.ศ. 2524 กำหนดวิธีการเลือกกำนันไว้อย่างไรเป็นข้อเท็จจริงที่โจทก์จะต้องนำ สืบหาใช่ข้อกฎหมายที่ศาลรู้เองไม่ เมื่อศาลกำหนดให้โจทก์มีหน้าที่นำสืบ แต่โจทก์ส่งเพียงเอกสารที่ แนบท้ายคำฟ้องโดยมิได้นำสืบให้เห็นว่าจำเลยทั้งสิบห้าคนดำเนินการเลือกกำนันโดยมิชอบด้วย กฎหมายดังที่โจทก์ฟ้อง โจทก์จึงไม่อาจชนะคดีได้ ข้อที่โจทก์ฎีกาว่าระเบียบกระทรวงมหาดไทยว่า ด้วยการเลือกกำนันพ.ศ. 2524 เป็นระเบียบที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามความในมาตรา 30 แห่ง พ.ร.บ. ลักษณะปกครองท้องที่ พ.ศ. 2457 และประกาศในราชกิจจานุเบกษาแล้ว ระเบียบดังกล่าวจึง เป็นข้อกฎหมายที่ศาลรู้เองนั้น เมื่อโจทก์มิได้นำสืบในประเด็นที่ตนมีหน้าที่นำสืบข้างต้นฎีกาข้อนี้ของ โจทก์จึงไม่เป็นสาระแก่คดีอันควรได้รับการวินิจฉัย

คำพิพากษาฎีกาที่ 650/2532 ประกาศกระทรวงการคลังที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติดอกเบี้ยเงินให้กู้ยืมของสถาบันการเงิน พ.ศ.2523 มาตรา 3 หาใช่ข้อกฎหมายอันถือเป็นเรื่องที่ศาลจะรับรู้เองได้ไม่ แต่เป็นข้อเท็จจริงอย่างหนึ่งที่คู่ความมีหน้าที่ต้องนำสืบ เมื่อทางพิจารณาโจทก์ไม่สืบแสดงให้ข้อความนี้ปรากฏ ทั้งมิใช่เป็นข้อเท็จจริงที่ศาลรับรู้ได้เองแล้ว เช่นนี้ โจทก์จึงไม่มีสิทธิเรียกดอกเบี้ยได้ถึงอัตราร้อยละ 20 ต่อปี อันเกินไปจากอัตราปกติที่กฎหมายกำหนด

คำพิพากษาฎีกาที่ 4351/2532 ประกาศของธนาคารแห่งประเทศไทย ซึ่งกำหนดให้ธนาคารพาณิชย์ถือปฏิบัติเกี่ยวกับการเรียกดอกเบี้ยหรือส่วนลดได้ไม่เกินอัตราที่กำหนดไว้ นั้น แม้จะออกโดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติการธนาคารพาณิชย์ พ.ศ.2505 และประกาศในราชกิจจานุเบกษาแล้วก็ตามก็มิใช่เป็นกฎหมายที่ศาลจะรู้ได้เอง แต่เป็นข้อเท็จจริงที่โจทก์ซึ่งเป็นธนาคารพาณิชย์ต้องนำสืบ

คำพิพากษาฎีกาที่ 3479/2535 การที่โจทก์อ้างว่า โจทก์เป็นสถาบันการเงินมีสิทธิเรียกดอกเบี้ยสูงกว่าอัตราร้อยละ 15 ต่อปีนั้น ตามพระราชบัญญัติดอกเบี้ยเงินให้กู้ยืมของสถาบันการเงิน พ.ศ.2523 แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ.2524 ซึ่งให้อำนาจรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลังประกาศกำหนดอัตราสูงสุดของสถาบันการเงินที่อาจจากผู้กู้ยืมสูงกว่าร้อยละ 15 ต่อปี แต่ไม่เกินร้อยละ 19 ต่อปี และรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลังได้ประกาศให้สถาบันการเงินมีสิทธิคิดดอกเบี้ยเงินกู้ตามกฎหมายดังกล่าวแล้ว แม้ประกาศดังกล่าวหากมีอยู่จริงก็ไม่ใช่กฎหมายที่ศาลจะรับรู้เองและมีใช่ข้อเท็จจริงที่ศาลรับรู้ได้เอง แต่เป็นข้อเท็จจริงที่โจทก์จะต้องนำสืบ

คำพิพากษาฎีกาที่ 3834/2535 ปัญหาที่ว่าโจทก์มีสิทธิพิเศษอย่างไรจึงเรียกดอกเบี้ยได้เกินไปจากอัตราปกติตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ เมื่อโจทก์มิได้อ้างอิงพยานหลักฐานมาสืบแสดงให้ปรากฏ แม้ประกาศของธนาคารแห่งประเทศไทยให้โจทก์มีสิทธิเรียกดอกเบี้ยในอัตราที่สูงกว่ากฎหมายบัญญัติก็ตาม ประกาศดังกล่าวก็หาใช่ข้อกฎหมายอันถือเป็นเรื่องที่ศาลจะรับรู้ได้เอง แต่เป็นข้อเท็จจริงอย่างหนึ่งที่คู่ความมีหน้าที่ต้องนำสืบ

คำพิพากษาฎีกาที่ 567/2536 ประกาศกระทรวงการคลังที่ให้โจทก์คิดดอกเบี้ยได้ในอัตราที่เกินกว่ากฎหมายกำหนดไม่ใช่ข้อกฎหมายที่ศาลสามารถรับรู้ได้เอง แต่เป็นข้อเท็จจริงที่คู่ความต้องนำสืบ เมื่อทางพิจารณาโจทก์ไม่นำสืบข้อความนี้ให้ปรากฏชัดว่ามีประกาศกระทรวงการคลังที่ให้โจทก์มีสิทธิคิดดอกเบี้ยจากผู้กู้ยืมในอัตราสูงสุดซึ่งไม่น้อยกว่าอัตราร้อยละ 19.5 ต่อปี โจทก์จึงไม่มีสิทธิคิดดอกเบี้ยเกินไปจากอัตราปกติตามที่กฎหมายบัญญัติไว้

คำพิพากษาฎีกาที่ 7302/2538 ประกาศกระทรวงการคลังเรื่องการกำหนดสถาบันการเงินและอัตราดอกเบี้ยสูงสุดของดอกเบี้ยที่สถาบันการเงินอาจคิดได้จากผู้กู้ยืม

(ฉบับที่ 2) พ.ศ.2524 ที่ให้โจทก์คิดดอกเบี้ยจากผู้กู้ยืมได้ไม่เกินร้อยละ 19 ต่อปี แม้จะออกโดยอาศัยอำนาจตามความในมาตรา 3(4) และมาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติดอกเบี้ยให้กู้ยืมของสถาบันการเงิน พ.ศ.2523 ก็ตาม มิใช่เป็นข้อกฎหมายอันถือเป็นเรื่องที่ศาลจะรับรู้ได้เอง คงถือเป็นเพียงประกาศที่ออกโดยชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น เป็นข้อเท็จจริงที่โจทก์จะต้องนำสืบ เมื่อโจทก์มิได้นำสืบถึงประกาศดังกล่าว โจทก์จะอ้างว่าโจทก์มีสิทธิคิดดอกเบี้ยในอัตราร้อยละ 16 และ 19 ต่อปีโดยอาศัยประกาศดังกล่าวไม่ได้

คำพิพากษาฎีกาที่ 2043/2540 ประกาศกระทรวงการคลังเรื่องอัตราดอกเบี้ยสูงสุดเป็นข้อเท็จจริงที่โจทก์จะต้องนำสืบ การที่โจทก์ไม่ระบุอ้างประกาศกระทรวงการคลังดังกล่าวเป็นพยานจึงเป็นการไม่ปฏิบัติตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาตรา 88 ประกาศดังกล่าวจึงรับฟังเป็นพยานหลักฐานไม่ได้ ต้องห้ามตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาตรา 86 วรรคแรก ทั้งพยานที่ว่าโจทก์มีสิทธิคิดดอกเบี้ยจากจำเลยได้ในอัตราใดก็มีใช้พยานหลักฐานอันสำคัญซึ่งเกี่ยวกับประเด็นข้อสำคัญในคดี เพราะไม่ใช่ข้อที่จะทำให้โจทก์แพ้หรือชนะคดี การที่ศาลล่างทั้งสองไม่รับฟังประกาศกระทรวงการคลังดังกล่าวจึงชอบแล้ว

คำพิพากษาฎีกาที่ 460/2550 แม้โจทก์จะเป็นธนาคารพาณิชย์มีสิทธิคิดดอกเบี้ยจากลูกค้าในอัตราสูงสุดตามประกาศธนาคารแห่งประเทศไทยและพระราชบัญญัติการธนาคารพาณิชย์ พ.ศ.2505 มาตรา 14 ก็ตาม ประกาศดังกล่าวหาใช่ข้อกฎหมายอันถือเป็นเรื่องที่ศาลจะรับรู้เองได้ แต่เป็นข้อเท็จจริงอย่างหนึ่งที่คู่ความมีหน้าที่ต้องนำสืบ

คำพิพากษาฎีกาที่ 6624/2550 ข้อเท็จจริงที่ว่าโจทก์เป็นสถาบันการเงินที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลังกำหนดอัตราดอกเบี้ยให้โจทก์เรียกได้จากผู้กู้ยืมได้เกินกว่าอัตราร้อยละ 15 ต่อปีหรือไม่ จึงเป็นข้อเท็จจริงเกี่ยวกับประเด็นข้อพิพาทโดยตรง ประกาศกระทรวงการคลังเรื่องอัตราดอกเบี้ยที่สถาบันการเงินอาจคิดได้จากผู้กู้ยืมฯ ที่ให้โจทก์คิดดอกเบี้ยได้ในอัตราเกินกว่าร้อยละ 15 ต่อปีจึงเป็นพยานหลักฐานอันสำคัญซึ่งเกี่ยวกับประเด็นข้อสำคัญในคดีที่โจทก์จะต้องนำสืบ การที่โจทก์อ้างส่งประกาศกระทรวงการคลังเรื่องอัตราดอกเบี้ยที่สถาบันการเงินอาจคิดได้จากผู้กู้ยืมฯ แนบท้ายประกาศธนาคารแห่งประเทศไทยมาด้วยแม้โจทก์จะไม่ได้ระบุอ้างประกาศกระทรวงการคลังดังกล่าวในบัญชีระบุพยานอันเป็นการฝ่าฝืนต่อบทบัญญัติมาตรา 88 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งก็ตาม แต่ประกาศดังกล่าวเป็นเอกสารทางราชการที่จำเลยและประชาชนโดยทั่วไปสามารถตรวจสอบถึงความมีอยู่และถูกต้องแท้จริงได้โดยไม่เป็นการยากลำบาก โจทก์อ้างส่งเอกสารดังกล่าวในระหว่างสืบพยานโจทก์ เมื่อโจทก์สืบพยานเสร็จสิ้นศาลชั้นต้นก็ได้เลื่อนนัดไปสืบพยานจำเลย จำเลยมีโอกาสดูตรวจสอบเอกสาร ถ้ามั่นพยานโจทก์ และนำพยานหลักฐานมาสืบหักล้างพยานโจทก์ได้ จำเลยจึงไม่เสียเปรียบในการต่อสู้คดี ครั้นถึงวันนัด

สืบพยานจำเลย จำเลยแถลงไม่ติดในสืบพยาน ดังนี้ เพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรมศาลมีอำนาจรับฟังประกาศกระทรวงการคลังดังกล่าวได้ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 87

เมื่อได้พิจารณาคำพิพากษาฎีกาที่กล่าวมาแล้วข้างต้นพบว่ากฎหมายลำดับรองที่ศาลกำหนดให้เป็นข้อเท็จจริงที่คู่ความจะต้องนำสืบนั้นส่วนใหญ่เป็นกฎหมายลำดับรองพวกประกาศ ระเบียบ กฎ ข้อกำหนด ข้อบังคับ ฯลฯ ซึ่งมีลำดับชั้นต่ำกว่ากฎกระทรวงลงมาแทบทั้งสิ้น โดยศาลได้ให้เหตุผลที่กำหนดให้กฎหมายลำดับรองดังกล่าวมีสถานะเป็นปัญหาข้อเท็จจริงด้วยเหตุผลหลักๆ สองประการ ประการแรก คือ ศาลใช้เกณฑ์ในการพิจารณาที่ว่าประกาศ ระเบียบ กฎ ข้อกำหนด ข้อบังคับ ฯลฯ ดังกล่าวไม่มีค่าบังคับเป็นกฎหมายแต่เป็นเพียงข้อกำหนดของทางราชการหรือเป็นเพียงระเบียบการที่เจ้าพนักงานกำหนดขึ้นเพื่อปฏิบัติการตามอำนาจที่กฎหมายระบุไว้เท่านั้น เมื่อไม่ใช่กฎหมายจึงไม่มีสถานะเป็นข้อกฎหมาย แต่ถือเป็นปัญหาข้อเท็จจริงที่คู่ความฝ่ายใดยกขึ้นกล่าวอ้างก็ต้องนำสืบตามกฎเกณฑ์และขั้นตอนต่างๆ ที่กฎหมายกำหนดไว้¹¹⁷ ประการที่สอง ศาลพิจารณาจากการรับรู้ถึงความมีอยู่ของประกาศ ระเบียบ กฎ ข้อกำหนด ข้อบังคับ ฯลฯ ของศาลและประชาชนทั่วไปเป็นสำคัญ แม้โดยหลักการแล้วกฎหมายลำดับรองที่ได้มีการประกาศใช้โดยชอบแล้วจะถือว่าเป็นเรื่องที่รู้กันอยู่ทั่วไปก็ตาม แต่ก็มีข้อยกเว้นบางประการที่ศาลฎีกาได้ตัดสินไปในทำนองที่ว่าแม้โดยหลักแล้วตัวบทกฎหมายถือเป็นสิ่งที่ศาลรู้ได้เองโดยคู่ความไม่ต้องนำสืบ หากต้องพิจารณาว่าตัวบทกฎหมายนั้นมีอยู่จริงหรือไม่ ไม่ถือว่าเป็นลักษณะเป็นข้อกฎหมายแต่มีสถานะเป็นเพียงข้อเท็จจริงในคดีเท่านั้น ศาลไม่อาจรู้ได้เอง คู่ความจึงต้องเป็นฝ่ายนำสืบความมีอยู่ของกฎหมายลำดับรองต่อศาล¹¹⁸ จึงมีข้อที่น่าพิจารณาว่าหากเป็นกฎหมายลำดับรองที่ได้ประกาศใช้ในราชกิจจานุเบกษาแล้ว การที่ศาลก็ยังกำหนดแนวทางให้เป็นเรื่องที่ศาลไม่สามารถรู้ได้เองดังที่ปรากฏในคำพิพากษาฎีกาที่ 4351/2532 นั้นเป็นการวางแนวทางที่มีความเหมาะสมหรือไม่ ซึ่งผู้เขียนขอนำไปวิเคราะห์ไว้ในบทที่ 4 หัวข้อที่ 4.2.1 ต่อไป

2.4.1.2 แนวคำพิพากษาฎีกาที่วินิจฉัยให้กฎหมายลำดับรองมีสถานะเป็นปัญหาข้อกฎหมาย

สำหรับกฎหมายลำดับรองที่ศาลวินิจฉัยให้เป็นข้อกฎหมายที่ศาลรู้ได้เองนั้น กฎหมายลำดับรองจำพวกพระราชกฤษฎีกาหรือกฎกระทรวงไม่เป็นปัญหาในทางพิจารณา ทั้งนี้เพราะกฎหมายลำดับรองในประเภทดังกล่าวเป็นกฎหมายที่มีความสำคัญ แม้จะไม่ได้ตราขึ้นโดยฝ่ายนิติบัญญัติแต่ก็เป็นกฎหมายที่ต้องผ่านการพิจารณาของคณะรัฐมนตรีหรือรัฐมนตรีประจำ

¹¹⁷ รายละเอียดโปรดดูหมายเหตุท้ายคำพิพากษาฎีกาที่ 2043/2540

¹¹⁸ รายละเอียดโปรดดูหมายเหตุท้ายคำพิพากษาฎีกาที่ 3479/2535

กระทรวงต่างๆ ก่อนที่ประกาศใช้ทั้งสิ้น ส่วนวิธีการประกาศใช้ก็ต้องการประกาศในราชกิจจานุเบกษาเสมอ จึงไม่เป็นการยากลำบากมากนักที่ศาลจะรับรู้ถึงกฎหมายลำดับรองประเภทดังกล่าวได้ด้วยตนเอง ศาลฎีกาจึงมีคำพิพากษาวางแนวทางไว้ว่ากฎหมายลำดับรองจำพวกพระราชกฤษฎีกาและกฎกระทรวงมีสถานะเป็นข้อกฎหมายที่ศาลสามารถรู้ได้เองในทุกกรณี ไม่ว่าจะขึ้นประเด็นเกี่ยวกับความมีอยู่ของกฎหมาย เนื้อหาของกฎหมาย การบังคับใช้กฎหมาย การตีความกฎหมาย และการปรับใช้กฎหมายกับข้อเท็จจริงในคดี¹¹⁹

ส่วนกฎหมายลำดับรองจำพวกประกาศ ระเบียบ กฎ ข้อกำหนด ข้อบังคับ ฯลฯ ซึ่งมีลำดับชั้นต่ำกว่ากฎกระทรวงลงมานั้นยังคงเป็นปัญหาในการพิจารณาของศาลอยู่เสมอ ดังที่ผู้เขียนได้กล่าวมาแล้วในหัวข้อก่อนหน้านี้ว่ากฎหมายลำดับรองประเภทนี้ส่วนใหญ่ ศาลจะวางแนวคำพิพากษาไว้ให้มีลักษณะเป็นปัญหาข้อเท็จจริง แต่ถึงอย่างไรก็ดีเชื่อว่าศาลฎีกาจะตัดสินใจตามแนวทางดังกล่าวเสมอ เพราะในบางกรณีศาลฎีกาก็ตัดสินใจให้กฎหมายลำดับรองจำพวกประกาศ ระเบียบ กฎ ข้อกำหนด ข้อบังคับ ฯลฯ มีสถานะเป็นข้อกฎหมายที่ศาลรู้ได้เองเช่นกัน โดยคำพิพากษาฎีกาที่เกี่ยวข้อง ได้แก่

คำพิพากษาฎีกาที่ 779/2519 ประกาศกระทรวงมหาดไทย เรื่องแรงงานสัมพันธ์ ออกตามอำนาจในข้อ 4 และ 14 แห่งประกาศคณะปฏิวัติฉบับที่ 103 ซึ่งมีผลบังคับอย่างกฎหมาย ซึ่งรับกันว่าโดยปริยายว่ามีอยู่และได้ประกาศในราชกิจจานุเบกษาแล้ว ถือว่าเป็นที่ทราบกันทั่วไปไม่ต้องนำสืบพยานถึงประกาศกระทรวงมหาดไทยเรื่องแรงงานสัมพันธ์อีก

คำพิพากษาฎีกาที่ 1074/2525 ที่จำเลยฎีกาว่าโจทก์มิได้นำสืบถึงข้อบัญญัติท้องถิ่นซึ่งไม่ใช่กฎหมายที่ใช้บังคับแก่คนทั่วประเทศจึงลงโทษจำเลยไม่ได้นั้น ศาลฎีกาเห็นว่าข้อบัญญัติท้องถิ่นเป็นกฎหมายชนิดหนึ่งที่ใช้บังคับคนทั่วประเทศมิใช่บังคับเฉพาะแต่คนในท้องถิ่นเท่านั้น จึงเป็นข้อกฎหมายที่ศาลต้องทราบเองโดยโจทก์มิต้องนำสืบความในข้อบัญญัติดังกล่าวอีก

คำพิพากษาฎีกาที่ 503/2530 ผู้ว่าราชการกรุงเทพมหานครเป็นเจ้าพนักงานท้องถิ่น มีอำนาจยื่นคำขอต่อศาลให้มีการรื้อถอนอาคารได้ตามเงื่อนไขของกฎหมาย ตามพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ.2522 มาตรา 42 และเมื่อหัวหน้าเขตผู้ได้รับมอบอำนาจจากผู้ว่าราชการกรุงเทพมหานครพบว่าจำเลยต่อเติมอาคารผิดข้อบัญญัติกรุงเทพมหานครโดยไม่สามารถแก้ไขเปลี่ยนแปลงให้ถูกต้องได้ และมีคำสั่งให้จำเลยรื้อถอนอาคารภายในเวลาที่กำหนดแล้ว ดังนี้

¹¹⁹ รายละเอียดโปรดดูคำพิพากษาฎีกาที่ 1434/2545, คำพิพากษาฎีกาที่ 1653/2520

ข้อบัญญัติกรุงเทพมหานครเป็นข้อกฎหมายที่ศาลรู้อยู่เอง เมื่อโจทก์นำสืบว่าได้ปฏิบัติตามครบทุกขั้นตอนแล้ว แม้นำสืบผู้ว่าราชการกรุงเทพมหานครอีกก็ไม่ทำให้อำนาจฟ้องเสียไป

คำพิพากษาฎีกาที่ 473/2542 โจทก์ฟ้องโดยไม่มีประกาศกระทรวงสาธารณสุข ฉบับที่ 135 (พ.ศ.2539) เรื่องระบุชื่อและประเภทยาเสพติดให้โทษตามพระราชบัญญัติยาเสพติดให้โทษ พ.ศ.2522 มาพร้อมกับคำฟ้องและไม่ส่งประกาศดังกล่าวในการสืบพยานของโจทก์ เมื่อคำฟ้องของโจทก์ในข้อ ก. กล่าวว่าจำเลยมีเมทแอมเฟตามีนอันเป็นยาเสพติดให้โทษชนิดร้ายแรงประเภทหนึ่งตามประกาศกระทรวงสาธารณสุข ฉบับที่ 135 (พ.ศ.2539) ตามบัญชีท้ายประกาศดังกล่าว กับกล่าวในคำฟ้องข้อ ข. ว่าจำเลยมีพืชกระท่อมอันเป็นยาเสพติดให้โทษประเภท 5 ตามประกาศกระทรวงสาธารณสุข ฉบับที่ 135 (พ.ศ.2539) ตามบัญชีท้ายประกาศดังกล่าว ซึ่งได้ประกาศลงในราชกิจจานุเบกษาแล้วและจำเลยได้ทราบประกาศดังกล่าวแล้ว โจทก์จึงบรรยายฟ้องให้เห็นถึงข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบความผิดแล้ว แม้โจทก์จะไม่ได้แนบประกาศดังกล่าวมาพร้อมคำฟ้องและส่งประกาศดังกล่าวในการสืบพยานโจทก์ก็หาทำให้ฟ้องโจทก์เป็นฟ้องที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายแต่ประการใด

คำพิพากษาฎีกาที่ 7172/2542 ประกาศกระทรวงมหาดไทย เรื่อง อัตราค่าจ้างขั้นต่ำ ประกาศกระทรวงแรงงานและสวัสดิการสังคม เรื่อง อัตราค่าจ้างขั้นต่ำ เป็นประกาศซึ่งมีสภาพใช้บังคับอย่างกฎหมาย ศาลต้องรู้อยู่เอง แม้โจทก์จะมีได้นำส่งประกาศดังกล่าวเป็นพยานหลักฐานแต่เมื่อมีประกาศกระทรวงมหาดไทย เรื่อง อัตราค่าจ้างขั้นต่ำ ประกาศกระทรวงแรงงานและสวัสดิการสังคม เรื่อง อัตราค่าจ้างขั้นต่ำ ใช้บังคับระหว่างโจทก์ให้บริการจำเลยที่ 1 โจทก์ย่อมมีสิทธิปรับค่าบริการให้เพิ่มสูงขึ้นตามสัญญาว่าจ้างได้

คำพิพากษาฎีกาที่ 4072/2545 จำเลยที่ 4 ฎีกาว่าโจทก์มิได้นำสืบให้เห็นว่าโจทก์มีสิทธิคิดดอกเบี้ยในอัตราดังกล่าวตามพระราชบัญญัติอะไร ฉบับไหน ศาลฎีกาเห็นว่าจำเลยที่ 4 ยอมรับข้อเท็จจริงว่าโจทก์เป็นสถาบันการเงินใช้ชื่อว่า บริษัทเงินทุนหลักทรัพย์ จำกัด (มหาชน) ดังนั้น โจทก์ย่อมมีสิทธิคิดดอกเบี้ยตามประกาศธนาคารแห่งประเทศไทยซึ่งออกโดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจเงินทุน ธุรกิจหลักทรัพย์ และธุรกิจเครดิตฟองซิเออร์ พ.ศ.2522 มาตรา 30 (2) ไม่ตกอยู่ภายใต้บังคับตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 654 ข้อกฎหมายดังกล่าวศาลรู้อยู่เองโดยโจทก์ไม่ต้องสืบพยานตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 84 โจทก์จึงมีสิทธิคิดดอกเบี้ยในอัตราร้อยละ 16.5 ตามที่ปรากฏในตัวสัญญาใช้เงิน

จากคำพิพากษาฎีกาที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้นพบว่า แม้จะศาลฎีกาจะวางแนวให้คำพิพากษาส่วนใหญ่ที่พิจารณาถึงประเด็นเรื่องความมีอยู่ของกฎหมายลำดับรองจำพวกประกาศ ระเบียบ กฎ ข้อกำหนด ข้อบังคับ ฯลฯ มีลักษณะเป็นปัญหาข้อเท็จจริงก็ตาม แต่ก็ยังมีคำ

พิพากษาฎีกาอีกส่วนหนึ่งที่ตัดสินว่าการพิจารณาในประเด็นดังกล่าวมีลักษณะเป็นการพิจารณาในประเด็นปัญหาข้อกฎหมายที่ศาลสามารถรู้ได้เองโดยคู่ความไม่ต้องนำสืบ ส่วนศาลฎีกาหยิบยกเอาหลักเกณฑ์ใดมาใช้วินิจฉัยว่ากฎหมายลำดับรองประเภทใดมีสถานะเป็นข้อเท็จจริงที่คู่ความจะต้องนำสืบหรือกฎหมายลำดับรองประเภทใดมีสถานะเป็นข้อกฎหมายที่ศาลสามารถรู้ได้เองนั้น ผู้เขียนขอกล่าวไว้ในบทที่ 4 หัวข้อที่ 4.1 โดยละเอียดต่อไป

2.4.2 ความเห็นนักกฎหมายของไทยเกี่ยวกับสถานะของกฎหมายลำดับรอง

นับตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบันมีนักกฎหมายหลายท่านได้ให้ความเห็นเกี่ยวกับสถานะของกฎหมายลำดับรองไว้หลากหลายทัศนะ สามารถแบ่งได้เป็นสองแนวทางใหญ่ๆ เช่นเดียวกับกรณีของคำพิพากษาศาลฎีกา โดยมีทั้งฝ่ายที่มีความเห็นว่าการพิจารณาเกี่ยวกับกฎหมายลำดับรองมีสถานะเป็นปัญหาข้อเท็จจริงและฝ่ายที่มีความเห็นว่ามีสถานะเป็นปัญหาข้อกฎหมายในคดี ซึ่งนักกฎหมายแต่ละท่านก็ได้ให้เหตุผลสนับสนุนความเห็นของตนแตกต่างกันออกไป ดังที่ผู้เขียนจะได้กล่าวถึงดังต่อไปนี้

ศาสตราจารย์แอล ตูปลาตร์ และนายวิจิตร ลุฑิตานนท์ มีความเห็นว่า พระราชกำหนดกฎหมาย ได้แก่ บรรดาตัวบทกฎหมายที่ได้ประกาศใช้ในบ้านเมืองซึ่งมีชื่อเรียกต่างๆ กัน ตั้งแต่รัฐธรรมนูญ ประมวลกฎหมาย พระราชบัญญัติ พระราชกฤษฎีกา พระราชกำหนด กฎหรือข้อบังคับของกระทรวง ตลอดจนประกาศหรือแจ้งความของทางราชการที่ออกโดยอาศัยอำนาจกฎหมายหรือเกี่ยวในทางปกครอง ซึ่งเป็นเรื่องที่ต้องรู้กันทั่วไป ถ้าเป็นปัญหาหรือประเด็นข้อต่อสู้ในคดีแล้วเรียกว่าประเด็นซึ่งควรหารือบท ถือเป็นข้อความที่ศาลรู้ได้เอง แต่คงจำกัดเฉพาะข้อพิพาทในกฎหมายของประเทศสยามเท่านั้น ถ้าเกี่ยวข้องกับบทกฎหมายต่างประเทศแล้วต้องถือเป็นปัญหาข้อเท็จจริงธรรมดา ฝ่ายใดอ้างฝ่ายนั้นต้องนำสืบ¹²⁰

พระนิติการณประสม มีความเห็นว่า พระราชกำหนดกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในบ้านเมืองนั้นถือว่าเป็นเรื่อง que tous doivent savoir เพราะผู้ใดจะกล่าวอ้างว่าไม่รู้กฎหมายไม่ได้รวมทั้งผู้พิพากษาด้วย ซึ่งพระราชกำหนดกฎหมายที่กล่าวมานี้ต้องเป็นกฎหมายที่รัฐได้ประกาศให้ประชาชนทราบโดยแพร่หลายแล้ว กล่าวคือได้ประกาศในหนังสือราชกิจจานุเบกษาแล้ว โดยมีชื่อเรียกต่างๆ กันออกไป นับตั้งแต่รัฐธรรมนูญ ประมวลกฎหมาย พระราชบัญญัติ พระราชกำหนด พระราชกฤษฎีกา

¹²⁰ แอล ตูปลาตร์ และวิจิตร ลุฑิตานนท์, กฎหมายลักษณะพยานและจิตตวิทยา, คำสอนภาค 4 ชั้นปริญญาตรี มหาวิทยาลัยวิชาธรรมศาสตร์และการเมือง (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์ไม่ระบุ, 2477), น.41

กฎกระทรวง ข้อบังคับของรัฐมนตรีเจ้ากระทรวงซึ่งออกตามกฎหมาย ประกาศหรือแจ้งความของราชการซึ่งออกโดยอาศัยอำนาจในกฎหมายหรือที่เกี่ยวข้องในการปกครอง¹²¹

ศาสตราจารย์ประมุข สุวรรณศร มีความเห็นไว้ว่า สิ่งที่เราเรียกว่ากฎหมายนั้น จะต้องเป็นสิ่งที่ประกาศใช้บังคับแก่ประชาชนโดยทั่วไปอย่างเปิดเผย ซึ่งหมายถึงพระราชบัญญัติ พระราชกฤษฎีกา และกฎกระทรวง เท่านั้น ส่วนประกาศของพนักงานเจ้าหน้าที่หรือของคณะกรรมการที่ตั้งขึ้นโดยอาศัยอำนาจจากบทกฎหมายนั้นไม่ใช่กฎหมาย เพราะอำนาจนิติบัญญัติเป็นอำนาจโดยเฉพาะของพระมหากษัตริย์ที่ตรากฎหมายขึ้นตามคำแนะนำและความยินยอมของรัฐสภาเท่านั้น ตามปกติเมื่อไม่มีข้อความชัดเจนในบทบัญญัติว่าสภาได้มอบอำนาจการออกกฎหมายให้ใครใช้แทนผู้อื่นจะไปออกคำสั่งให้เป็นกฎหมายหาได้ไม่ ฉะนั้น บทบัญญัติที่จะถือว่าเป็นกฎหมายได้อย่างมากก็หมายถึงเพียงกฎกระทรวงเท่านั้น เพราะมีการมอบอำนาจให้ตรากฎกระทรวงไว้ในพระราชบัญญัติเสมอ ส่วนคำสั่งของพนักงานเจ้าหน้าที่อื่นๆ จึงเป็นแต่เพียง “คำสั่งของพนักงานเจ้าหน้าที่ที่ได้ออกโดยชอบด้วยกฎหมาย” เท่านั้น หากฝ่าฝืนก็จะมีผลผิดฐานฝ่าฝืนคำสั่งเจ้าพนักงาน เว้นเสียแต่จะมีกฎหมายบัญญัติวางโทษไว้เป็นพิเศษ ในทางกฎหมายพยานจึงถือว่าคำสั่งของพนักงานเจ้าหน้าที่เป็นเพียงข้อเท็จจริงในคดีประการหนึ่งที่คุณความต้องระบุมานในฟ้องและต้องนำสืบว่าจำเลยมีเจตนาฝ่าฝืนประกาศนั้น¹²²

อาจารย์โอสถ โกศิน มีความเห็นไว้ว่า เมื่อพูดถึงคำว่า ข้อกฎหมายหรือตัวบทกฎหมายแล้วข้อความแสดงชัดอยู่ในตัวแล้วหรือไม่ใช่ข้อเท็จจริงจึงเป็นเรื่องที่ไม่ต้องนำสืบ ฉะนั้น เมื่อมีคดีใดอันเกี่ยวข้องกับตัวบทกฎหมายแล้วไม่ว่าข้อกฎหมายนั้นจะยุ่งยาก ซับซ้อน หรือซุกซ่อนอยู่ ณ ที่ใดก็ต้องถือว่าศาลเป็นผู้รู้ทั้งสิ้น เช่น ข้อบัญญัติส่วนท้องถิ่นเป็นกฎหมายที่ใช้บังคับแก่คนทั่วประเทศมิใช่บังคับเฉพาะแต่คนในท้องถิ่นเท่านั้นจึงเป็นกฎหมายที่ศาลจะต้องรู้เอง โจทก์ไม่ต้องนำสืบ แต่ในการว่าคดีบางเรื่องอาจมีข้อกฎหมายที่ยุ่งยากซับซ้อน ถ้าหากบังเอิญผู้พิพากษาเข้าใจผิดไปอาจทำให้เกิดความเสียหายแก่คู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งได้เพราะคู่ความจะขอนำสืบในข้อกฎหมายไม่ได้ เรื่องเช่นนี้มีทางแก้คือคู่ความอาจทำเป็นคำแถลงยื่นต่อศาลเป็นการเตือนให้ศาลเห็นข้อกฎหมายเหล่านั้นก็ได้¹²³

ส่วนการพิจารณาว่าอะไรบ้างคือตัวบทกฎหมายที่ศาลจำต้องรู้อยู่เองนั้น สำหรับประมวลกฎหมาย พระราชบัญญัติ พระราชกฤษฎีกา และกฎกระทรวง กฎหมายเหล่านี้จะมีผลบังคับแก่ประชาชนต่อเมื่อมีการประกาศให้ประชาชนรู้เสียก่อนด้วยวิธีการประกาศในราชกิจจานุเบกษา

¹²¹ พระนิติการณประสม, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 114*, น.40-41

¹²² ประมุข สุวรรณศร, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 64*, น.19-20

¹²³ โอสถ โกศิน, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 58*, น.20-21

เมื่อประกาศในราชกิจจานุเบกษาแล้วต้องถือว่าเป็นกฎหมายที่ประชาชนรู้และบังคับได้ โดยไม่ต้องคำนึงว่าผู้นั้นจะได้อ่านกฎหมายนั้นหรือไม่ ส่วนกฎหมายบางชนิดที่มอบอำนาจให้เจ้าพนักงานหรือคณะกรรมการมีอำนาจออกคำสั่งหรือประกาศของพนักงานเจ้าหน้าที่ได้ เช่น ประกาศของคณะกรรมการจังหวัดสงขลาที่ออกตามพระราชบัญญัติควบคุมเครื่องอุปโภคบริโภคฯ ซึ่งประกาศหรือคำสั่งดังกล่าวเหล่านี้แม้จะมีบทกำหนดโทษไว้ก็หาไม่ผลเป็นกฎหมายไม่¹²⁴

ศาสตราจารย์พิเศษโสภณ รัตนกร มีความเห็นว่า ข้อกฎหมายเป็นสิ่งที่ศาลรู้อยู่เองก็จริงแต่ก็ทำให้ข้อเท็จจริงซึ่งรู้จักอยู่ทั่วไปหรือข้อเท็จจริงที่ไม่อาจโต้แย้งได้ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 84(1) และ (2) ไม่ ส่วนปัญหาที่ว่ามิได้บังคับกฎหมายว่าไว้อย่างไรหรือไม่ก็เป็นข้อเท็จจริงเช่นเดียวกับปัญหาว่ามีชนบธรรมเนียมประเพณีอย่างไรอยู่หรือไม่ ซึ่งศาลรู้ได้โดยไม่ต้องนำสืบตามมาตรา 84(1) และ (2) เช่นกัน¹²⁵ ส่วนกฎ ข้อกำหนด ข้อบังคับ ระเบียบ หรือประกาศ ซึ่งไม่มีผลเป็นกฎหมายรวมถึงแจ้งความต่างๆ ของทางราชการ ซึ่งแม้จะประกาศให้ประชาชนทราบในราชกิจจานุเบกษา เมื่อมิใช่กฎหมายก็ไม่ใช่เรื่องที่ศาลจะต้องรับรู้โดยไม่ต้องสืบพยาน เช่น กฎมหาเถรสมาคม (คำพิพากษาฎีกาที่ 295/2518) ระเบียบการจ่ายค่านำจับตาม พ.ร.บ.การประมง (คำพิพากษาฎีกาที่ 1072/2518) เป็นต้น¹²⁶

อาจารย์ยี่งศักดิ์ กฤษณจินดา และอาจารย์วุฒิพงษ์ เวชยานนท์ มีความเห็นว่า แม้จะมีหลักอยู่ว่าความไม่ต้องนำสืบถึงข้อกฎหมายก็ตาม แต่ต้องระลึกว่าแบบของกฎหมายมีหลายประการ ซึ่งโดยหลักการแล้วกฎหมายหมายถึงข้อบังคับที่รัฐอธิปไตยตราขึ้นเพื่อใช้บังคับแก่พลเมืองทั่วไปของรัฐ ซึ่งหากไม่ปฏิบัติตามก็จะถูกลงโทษหรือใช้ค่าสินไหมทดแทน อันได้แก่รัฐธรรมนูญ ประมวลกฎหมาย พระธรรมนูญ พระราชบัญญัติ พระราชกำหนด ซึ่งเป็นอำนาจที่รัฐอธิปไตยแสดงออกผ่านทางรัฐสภา แต่ในทางความเป็นจริงนั้นกฎหมายย่อมหมายถึงอะไรก็ตามที่ใครฝ่าฝืนแล้วสามารถลงโทษได้ก็ต้องถือเป็นกฎหมายทั้งสิ้นแม้จะไม่ได้ออกโดยรัฐสภา เช่น พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง เทศบัญญัติ เป็นต้น แต่ต้องอยู่ภายใต้หลักที่ว่ามิใช่กฎหมายให้อำนาจไว้เช่นนั้น แต่วงการศาลกลับไม่ยอมรับว่าประกาศต่างๆ ซึ่งฝ่ายบริหารหรือคณะกรรมการออกตามกฎหมายที่ให้อำนาจต่างๆ นั้นเป็นกฎหมาย ทำให้เกิดปัญหากระทบต่อบทบัญญัติอื่นๆ ในทางแพ่งตามมาเช่น ระเบียบการเช่าที่ราชพัสดุที่กระทรวงการคลังวางไว้ หรือระเบียบการเช่าที่ดินทรัพย์สินส่วน

¹²⁴ โอสถ โกศิน, *เพ็ญอ้าง*, น.29-32

¹²⁵ โสภณ รัตนกร, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 59*, น.103

¹²⁶ โสภณ รัตนกร, *เพ็ญอ้าง*, น.109-111

พระมหากษัตริย์ หากมองว่าบทบัญญัติเหล่านี้ไม่ใช่กฎหมายแล้วศาลย่อมไม่สามารถบังคับให้ได้ เพราะศาลต้องพิพากษาคดีตามกฎหมาย¹²⁷

อาจารย์เข็มชัย ชูติวงศ์ มีความเห็นว่า ปัญหาข้อกฎหมายนี้เป็นคนละเรื่องกับ ปัญหาข้อเท็จจริงที่ว่าตัวบทกฎหมายใดมีอยู่และยังมีผลใช้บังคับหรือไม่ มีเนื้อความว่าอย่างไร ซึ่งความมีอยู่มีผลบังคับและเนื้อหาสาระของกฎหมายบทหนึ่งบทใดนั้นเป็นข้อเท็จจริง แต่เป็นข้อเท็จจริงที่ศาลสามารถรู้ได้เองโดยคู่ความไม่ต้องสืบพยาน ซึ่งคำว่ากฎหมายที่ศาลรู้ได้เองนี้ปกติจะพิจารณาจากลำดับศักดิ์ของกฎหมาย กล่าวคือกฎหมายที่อยู่ในลำดับสูงก็ถือว่าเป็นกฎหมายที่ศาลรู้ได้เอง เช่น รัฐธรรมนูญ พระราชบัญญัติ พระราชกำหนด ประมวลกฎหมาย พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง และ ข้อบัญญัติส่วนท้องถิ่น เมื่อได้ประกาศใช้ในราชกิจจานุเบกษาแล้วย่อมถือเป็นกฎหมายทั้งสิ้นและเป็นหน้าที่ศาลที่จะต้องรับรู้กฎหมายดังกล่าวเอง แต่ประกาศแจ้งความต่างๆ ของทางราชการหรือ ประกาศของเจ้าพนักงานหรือคณะกรรมการบางฉบับที่ลงในราชกิจจานุเบกษานั้นไม่ใช่กฎหมาย ศาลจึงไม่มีหน้าที่ต้องรับรู้ ผู้ใดอ้างผู้นั้นต้องนำสืบ¹²⁸

ศาสตราจารย์พิเศษพรเพชร วิชิตชลชัย มีความเห็นว่า หากเป็นปัญหาข้อกฎหมายนั้นไม่ต้องใช้พยานหลักฐาน คู่ความไม่ต้องนำสืบพยานหลักฐานศาลต้องใช้ความรู้ในทางกฎหมายของศาลวินิจฉัยเอง อย่างไรก็ตามบ่อยครั้งที่ศาลมักปล่อยให้คู่ความนำสืบในเรื่องบทบัญญัติของกฎหมายและความเห็นในการตีความและการแปลกฎหมาย ซึ่งปัญหาข้อกฎหมายประกอบด้วย ปัญหาสามลักษณะคือ ปัญหาที่พิพาทโต้แย้งกันว่ามิใช่กฎหมายบทใดใช้บังคับอยู่ในขณะเกิดเหตุหรือไม่ ปัญหาการตีความหรือการแปลความกฎหมาย และปัญหาการนำบทกฎหมายไปปรับใช้กับข้อเท็จจริงในคดีหรือที่เรียกว่าประเด็นหรือบท ซึ่งปัญหาข้อกฎหมายทั้งสามลักษณะนี้โดยหลักของกฎหมายพยานหลักฐานแล้วถือว่าเป็นพยานหลักฐานมาพิสูจน์ไม่ได้ แต่ในทางปฏิบัติคู่ความอาจแสดงความเห็นในทางกฎหมายในคำแถลงการณ์ คำฟ้องอุทธรณ์ฎีกา หรือคำแก้อุทธรณ์ฎีกาได้ ซึ่งคำว่า “กฎหมาย” หมายรวมถึงบทบัญญัติที่มีผลใช้บังคับอยู่ในประเทศไทยเท่านั้น อันได้แก่ รัฐธรรมนูญ พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ พระราชบัญญัติ พระราชกำหนด ประมวลกฎหมาย พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง กฎหมายองค์กรส่วนท้องถิ่น เช่น ข้อบัญญัติกรุงเทพมหานคร เทศบัญญัติ เป็นต้น ส่วนสิ่งที่ยังคงเป็นปัญหาในทางปฏิบัติ คือ สถานะของกฎหมายลำดับรองที่มีฐานะต่ำกว่า กฎกระทรวงในรูปของประกาศ ระเบียบ กฎ ข้อกำหนด ข้อบังคับ ซึ่งยังคงไม่มีความชัดเจนว่ามี

¹²⁷ ยิงศักดิ์ กฤษณจินดาและวุฒิพงษ์ เวชยานนท์, คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยาน, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร : ห้างหุ้นส่วนจำกัดพิมพ์อักษร, 2541), น.89-92

¹²⁸ เข็มชัย ชูติวงศ์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 60, น.14-15

สถานะเป็นข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมาย แต่หากพิจารณาจากแนวคำพิพากษาฎีกาพบว่าศาลวินิจฉัยให้การมีอยู่ของกฎหมายลำดับรองที่มีฐานะต่ำกว่ากฎกระทรวงลงมาเป็นปัญหาข้อเท็จจริงที่คู่ความต้องนำสืบต่อศาล จึงมีการวิพากษ์วิจารณ์แนวคำพิพากษาฎีกาดังกล่าวที่ศาลไทยใช้ระบบกล่าวหามากเกินไป เพราะถึงแม้ว่าจะมีลักษณะเป็นปัญหาข้อเท็จจริงก็น่าจะจัดอยู่ในข้อเท็จจริงที่รู้กันอยู่ทั่วไป หรือข้อเท็จจริงที่ไม่อาจโต้แย้งได้ ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 84 (1) หรือ (2)¹²⁹

ศาสตราจารย์พิเศษจรูญ ภักดีธนากุล มีความเห็นว่า หากเป็นเรื่องที่ศาลต้องใช้ความรู้ทางกฎหมายวินิจฉัยเรื่องเกี่ยวกับว่ามีพระราชบัญญัติ พระราชกำหนด พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง เรื่องใด บัญญัติไว้ว่าอย่างไร บทบัญญัตินั้นมีความหมายว่าอย่างไร ปรับใช้กับคดีแล้วจะมีผลเป็นอย่างไรก็ดี หากพิพาทกันในปัญหาดังกล่าวถือว่าเป็นปัญหาข้อกฎหมายที่โดยหลักแล้ว คู่ความไม่ต้องนำพยานหลักฐานมาแสดง แต่ก็มีข้อยกเว้นบางประการในกรณีของกฎหมายลำดับรองที่มีฐานะต่ำกว่ากฎกระทรวงลงมา ไม่ว่าจะอยู่ในรูปแบบของประกาศกระทรวง ประกาศคณะกรรมการ ตามกฎหมาย ระเบียบของกระทรวง ทบวง กรม หรือหน่วยงานใดที่มีกฎหมายแม่บทให้อำนาจ ออกเป็นกฎหมายลำดับรอง ถ้ามีปัญหาการตีความหรือการแปลความหมายของกฎหมายลำดับรอง เหล่านั้นถือเป็นปัญหาข้อกฎหมาย แต่หากมีข้อโต้แย้งกันขึ้นมาว่ามีกฎหมายลำดับรองฉบับนั้นใช้บังคับอยู่หรือไม่ แม้กฎหมายลำดับรองที่มีฐานะต่ำกว่ากฎกระทรวงลงไปจะมีสภาพบังคับเป็นกฎหมาย แต่ในทางพยานหลักฐานของศาลไทยกลับถือว่าเป็นปัญหาดังกล่าวเป็นปัญหาข้อเท็จจริง คู่ความฝ่ายใดประสงค์จะยกประโยชน์จากกฎหมายลำดับรองเหล่านี้จึงต้องนำพยานหลักฐานมาสืบให้เห็นว่ามีกฎหมายลำดับรองดังกล่าวใช้บังคับอยู่จริง หากไม่นำสืบก็ฟังไม่ได้ว่ามีกฎหมายลำดับรองเหล่านั้นอยู่ ทั้งนี้ก็เพราะกฎหมายลำดับรองปลีกย่อยดังกล่าวมีปริมาณมากและมีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงเพิ่มเติมค่อนข้างเร็ว จึงไม่อยู่ในวิสัยที่ศาลหรือผู้พิพากษาจะต้องไปติดตามรับรู้ด้วยตนเองได้ ไม่เหมือนกับกฎหมายที่มีฐานะตั้งแต่กฎกระทรวงขึ้นไปเพราะกฎหมายเหล่านั้นมีฐานะที่ค่อนข้างชัดเจน อย่างกฎกระทรวงหรือพระราชกฤษฎีกาแม้จะเป็นกฎหมายลำดับรองแต่ก็ผ่านการพิจารณาและอนุมัติจากคณะรัฐมนตรีแล้ว และในทางปฏิบัติกฎกระทรวงหรือพระราชกฤษฎีกาก็มีจำนวนไม่มากนักย่อมอยู่ในวิสัยที่นักกฎหมายโดยเฉพาะศาลจะติดตามรับทราบความเคลื่อนไหวเปลี่ยนแปลงได้

¹²⁹ พรเพชร วิชิตชลชัย, คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยานหลักฐาน, พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพมหานคร : สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2555), น.29-31

ส่วนกฎหมายองค์กรบัญญัติหรือกฎหมายท้องถิ่น ซึ่งมีฐานะเป็นกฎหมายลำดับรองที่ออกโดยอาศัยอำนาจกฎหมายแม่บทที่ก่อตั้งองค์กรบริหารส่วนท้องถิ่นนั้นขึ้น ถ้าวิเคราะห์ตามแนวคิดของกฎหมายต่างประเทศ หรือกฎหมายระหว่างประเทศ หรือกฎหมายลำดับรองที่มีฐานะต่ำกว่ากฎกระทรวง จะเห็นได้ว่ากฎหมายส่วนท้องถิ่นนี้มีปริมาณมากกว่ากฎหมายลำดับรองที่มีฐานะต่ำกว่ากฎกระทรวงลงมา เพราะองค์กรส่วนท้องถิ่นหรือฝ่ายนิติบัญญัติของท้องถิ่นทั่วประเทศเป็นจำนวนมาก ฉะนั้นจึงเป็นเรื่องยากที่นักกฎหมายคนใดคนหนึ่งจะติดตามค้นหารวบรวมกฎหมายท้องถิ่นได้ทั้งระบบ ฉะนั้นหากมีข้อถกเถียงกันว่ามีความหมายท้องถิ่นดังกล่าวใช้บังคับอยู่หรือไม่ ควรถือเป็นปัญหาข้อเท็จจริงเพื่อจะได้ลดภาระของคนที่ทำหน้าที่วินิจฉัยชี้ขาดคดีนั้น ไม่ว่าจะป็นชั้นศาล ชั้นอัยการ หรือชั้นตำรวจ แต่ให้เป็นหน้าที่ของคู่กรณีที่จะเอาประโยชน์จากกฎหมายท้องถิ่นนั้นเพียงแต่นำสำเนากฎหมายท้องถิ่นนั้นที่หน่วยงานที่เกี่ยวข้องรับรองถูกต้องมาแสดงให้เห็น¹³⁰

จากความเห็นของนักกฎหมายทั้งหมดดังที่กล่าวมาแล้วข้างต้นสามารถจำแนกความเห็นได้เป็นสองแนวทาง คือ

แนวทางแรก เห็นว่ากฎหมายลำดับรองมีสถานะเป็นข้อเท็จจริงที่คู่ความต้องนำสืบต่อศาล นักกฎหมายที่มีความเห็นไปในแนวทางนี้ น่าจะได้รับอิทธิพลมาจากแนวคำพิพากษาของศาลฎีกา ทั้งนี้ก็เพราะศาลฎีกามีคำพิพากษาวางเป็นบรรทัดฐานในแนวทางนี้จำนวนมากดังที่ผู้เขียนได้กล่าวมาแล้วข้างต้น ส่วนนักกฎหมายที่มีความเห็นไปในแนวทางนี้ ได้แก่ ศาสตราจารย์ประมุข สุวรรณศร, ศาสตราจารย์พิเศษโสภณ รัตนกร, ศาสตราจารย์พิเศษจรูญ ภัคศิธนากุล โดยนักกฎหมายแต่ละท่านมีความเห็นไปในทิศทางเดียวกันว่า กฎหมายลำดับรองที่มีฐานะต่ำกว่ากฎกระทรวงลงมามีฐานะเป็นเพียงข้อเท็จจริงประการหนึ่งที่คู่ความจะต้องนำสืบต่อศาล แต่เหตุผลที่นักกฎหมายแต่ละท่านนำมาใช้สนับสนุนความเห็นของตนนั้นมีความแตกต่างกันออกไปในรายละเอียด โดยศาสตราจารย์ประมุข สุวรรณศร ยึดตามหลักการของการแบ่งแยกอำนาจอธิปไตยอย่างชัดเจนโดยถือว่าอำนาจนิติบัญญัติเป็นอำนาจของรัฐสภาเท่านั้น เมื่อกฎหมายใดไม่ได้ตราขึ้นโดยรัฐสภาหรือผ่านการพิจารณาและได้รับความเห็นชอบจากผู้ใช้อำนาจนิติบัญญัติย่อมไม่มีสถานะเป็นกฎหมายเว้นแต่รัฐสภาจะได้ออกกฎหมายมอบอำนาจผู้อื่นใช้อำนาจนั้นแทน เมื่อในพระราชบัญญัติมีแบบในการมอบอำนาจให้ฝ่ายบริหารออกกฎหมายแทนรัฐสภาได้แค้ในกฎหมายลำดับรองประเภทพระราชกฤษฎีกาและกฎกระทรวง ฉะนั้น กฎหมายลำดับรองที่จะมีฐานะเป็นกฎหมายและถือเป็นข้อกฎหมายที่ศาลรู้ได้เองจึงจำกัดเพียงพระราชกฤษฎีกาและกฎกระทรวงเท่านั้น

¹³⁰ จรัญ ภัคศิธนากุล, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 77*, น.43-47

ส่วนเหตุผลที่ศาสตราจารย์พิเศษจรัญ ภักดีธนากุล ใช้ในการแบ่งจำแนกว่า กฎหมายใดเป็นมีสถานะเป็นข้อกฎหมายที่ศาลรู้ได้เองได้หรือไม่นั้น ต้องพิจารณาจากพฤติการณ์ที่ว่า กฎหมายลำดับรองดังกล่าวนั้นอยู่ในวิสัยที่ศาลจะสามารถรู้ได้หรือไม่เป็นสำคัญ เมื่อกฎหมายลำดับรองที่มีฐานะต่ำกว่ากฎกระทรวงลงมามีเป็นจำนวนมากและมีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงอย่างรวดเร็วจึงไม่ อยู่ในวิสัยที่ผู้พิพากษาจะสามารถรู้ได้ด้วยตนเอง แม้โดยหลักแล้วข้อพิพาทที่เกี่ยวข้องกับตัวบท กฎหมายจะมีลักษณะเป็นปัญหาข้อกฎหมายก็ตาม แต่ในส่วนของกฎหมายลำดับรองที่มีฐานะต่ำกว่า กฎกระทรวงลงมานี้เป็นข้อยกเว้นหลักการดังกล่าว โดยกำหนดให้เฉพาะการพิจารณาถึงปัญหาเรื่อง ความมีอยู่ของกฎหมายลำดับรองที่มีฐานะต่ำกว่ากฎกระทรวงลงมามีสถานะเป็นปัญหาข้อเท็จจริง แต่ หากเป็นการพิจารณาปัญหาของกฎหมายลำดับรองที่มีฐานะต่ำกว่ากฎกระทรวงลงมาในเรื่องอื่นๆ เช่น บทบัญญัตินั้นมีความหมายว่าอย่างไร ปรับใช้กับคดีแล้วจะมีผลเป็นอย่างไรนั้นต้องกลับไปใช้ หลักการปกติ คือ ต้องพิจารณาในฐานะที่เป็นข้อกฎหมายในคดีที่ศาลสามารถใช้ความรู้ทางด้าน กฎหมายของศาลพิจารณาได้ด้วยตนเอง

แนวทางที่สอง เห็นว่ากฎหมายลำดับรองมีสถานะเป็นปัญหาข้อกฎหมายที่ศาล รู้ได้เอง โดยนักกฎหมายที่มีความเห็นไปในแนวทางนี้ตีความคำว่ากฎหมายในมุมกว้าง เนื่องจากมอง ว่ากฎหมายลำดับรองซึ่งเป็นกฎหมายตามเนื้อความก็มีค่าบังคับเป็นกฎหมายประการหนึ่งด้วย จึงเป็น เรื่องที่ศาลจะต้องรู้ถึงกฎหมายลำดับรองด้วยตนเอง นักกฎหมายที่มีความเห็นไปในแนวทางนี้ ได้แก่ ศาสตราจารย์แอล ดูปลาตร์และนายวิจิตร ลุคิตานนท์, พระนิติการณ์ประสม, อาจารย์ยิ่งศักดิ์ กฤษณ จินดาและอาจารย์วุฒิพงษ์ เวชยานนท์

โดยอาจารย์ยิ่งศักดิ์ กฤษณจินดา และอาจารย์วุฒิพงษ์ เวชยานนท์ ได้ให้ ข้อสังเกตเพิ่มเติมว่าการที่วงการศาลไม่ยอมรับว่าประกาศต่างๆ ซึ่งฝ่ายบริหารหรือคณะกรรมการออก ตามกฎหมายที่ให้อำนาจมีสถานะเป็นกฎหมายนั้น อาจส่งผลกระทบต่อการใช้กฎหมายใน ลักษณะอื่นๆ ได้ เช่น ส่งผลกระทบต่อการศึกษาคดีของศาล เพราะเมื่อการฟ้องร้องดำเนินคดีนั้น ไม่มีบทกฎหมายใดเป็นหลักที่ทำให้เกิดสิทธิตามกฎหมายดังข้อเรียกร้องหรือคำฟ้องนั้นแล้ว ศาลย่อม ไม่อาจพิพากษาให้ตามขอได้ เนื่องจากศาลต้องถูกจำกัดพิพากษาคดีตามกฎหมายเท่านั้น

หลังจากที่ผู้เขียนได้ศึกษาถึงแนวคิดประวัติความเป็นมา สถานะทางกฎหมาย ของกฎหมายลำดับรอง รวมถึงแนวคิดเกี่ยวกับวิธีพิจารณาความแพ่งและระบบพยานหลักฐานของ ประเทศไทยมาแล้วข้างต้น ผู้เขียนสามารถสรุปสภาพปัญหาที่เกี่ยวกับสถานะของกฎหมายลำดับรอง ได้หลายประการ ดังนี้ **ประการแรก** คือ ปัญหาที่ว่ากฎหมายลำดับรองคืออะไร และมีขอบเขต หมายถึงบทบัญญัติในลักษณะใดบ้าง **ประการที่สอง** คือ ปัญหาที่ว่ากฎหมายลำดับรองมีค่าบังคับเป็น กฎหมายหรือไม่ **ประการที่สาม** คือ ปัญหาที่ว่าควรกำหนดสถานะของกฎหมายลำดับรองในคดี

อย่างไร ซึ่งปัญหาทั้งสามประการดังกล่าวนี้มีความสอดคล้องเชื่อมโยงกันอย่างเป็นระบบ ผู้เขียนจึงได้ทำการศึกษาและจำกัดขอบเขตของกฎหมายลำดับรองในเบื้องต้นก่อนว่าหมายถึงกฎหมายประเภทใด จากนั้นจึงศึกษาในประเด็นที่เกี่ยวข้องกับค่าบังคับของกฎหมายลำดับรองเพราะส่งผลกระทบต่อ การบังคับใช้กฎหมายแก่ประชาชนและการรับรู้กฎหมายลำดับรองของศาลและคู่ความในคดี เนื่องจากหากกฎหมายลำดับรองมีค่าบังคับเป็นกฎหมายประการหนึ่งแล้ว ประชาชนย่อมต้องอยู่ใน บังคับที่ไม่อาจปฏิเสธได้ว่าตนไม่รู้กฎหมายดังกล่าว ศาลเองในฐานะที่เป็นผู้บังคับใช้กฎหมายย่อมต้องรับรู้ถึงกฎหมายลำดับรองดังกล่าวด้วยตนเองเช่นกัน ซึ่งเมื่อผู้เขียนได้ทำการศึกษาแนวทางการวินิจฉัย ของศาลตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบันพบว่าแนวทางในการกำหนดสถานะของกฎหมายลำดับรองยังคงมี ความสับสนอยู่มาก เนื่องจากศาลยังไม่มีหลักเกณฑ์แน่นอนที่จะนำมาใช้พิจารณาตัดสินคดี ส่วน การศึกษาถึงแนวทางและข้อเสนอแนะในการแก้ไขปัญหาดังกล่าวนี้ ผู้เขียนเห็นว่ามีหลักกฎหมายของ ต่างประเทศในบางประการที่น่าสนใจ เช่น หลักเรื่องข้อที่ศาลรู้เอง (Judicial notice) ของกลุ่ม ประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ที่มีการกำหนดหลักเกณฑ์และทิศทางในการนำเสนอ พยานหลักฐานรวมถึงบทบาทของศาลไว้ค่อนข้างชัดเจน และแนวคิดในระบบกฎหมายซีวิลลอว์ที่ เกี่ยวข้องกับการรับรู้กฎหมายของศาลที่อาจนำมาปรับใช้แก้ปัญหาที่เกิดขึ้นได้ ซึ่งผู้เขียนจะ ทำการศึกษาไว้ในบทที่สามต่อไป เพื่อนำมาใช้เป็นแนวทางในการแก้ปัญหาให้เหมาะสมกับระบบ กฎหมายของไทยมากที่สุด

บทที่ 3

บทบาทของศาลในต่างประเทศกับการค้นหากฎหมายมาใช้ปรับใช้ในคดี

3.1 ประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์

“ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์” หรือ “ระบบกฎหมายจารีตประเพณี” นั้นเป็นระบบกฎหมายที่มีวิวัฒนาการมาจากจารีตประเพณีเป็นสำคัญ ก่อกำเนิดขึ้นในประเทศอังกฤษและแผ่ขยายอิทธิพลไปยังหลายประเทศทั่วโลก ซึ่งระบบกฎหมายคอมมอนลอว์นี้มีที่มาจากหลักกฎหมายที่ศาลได้สร้างขึ้นเป็นสำคัญ ตามหลักการที่ยึดถือกันว่า “ข้อเท็จจริงอย่างเดียวกันต้องได้รับการปฏิบัติเหมือนกัน” หรือทฤษฎีการตัดสินโดยยึดหลักกฎหมายตามคำพิพากษา (The doctrine of precedent) นั่นเอง¹ ดังนั้นหากปรากฏว่าข้อเท็จจริงในคดีหลังมีลักษณะคล้ายกับข้อเท็จจริงในคดีที่ศาลเคยมีคำพิพากษาไว้ก่อนหน้าแล้ว ศาลย่อมต้องมีคำพิพากษาในคดีหลังตามแนวทางที่ศาลเคยวางไว้ในคดีก่อน ปัจจุบันประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายจารีตประเพณีมีอยู่หลายประเทศ แต่ผู้เขียนขอทำการศึกษาเพียงสองประเทศเท่านั้นคือประเทศอังกฤษและประเทศสหรัฐอเมริกา เพราะทั้งสองประเทศดังกล่าวเป็นประเทศที่มีการพัฒนาระบบกฎหมายรวมถึงนิติวิธีต่างๆ จนมีความชัดเจนและเป็นระเบียบแบบแผนมากเพียงพอที่จะนำมาใช้เป็นต้นแบบในการศึกษาและพัฒนาให้สอดคล้องกับระบบกฎหมายของไทยได้

3.1.1 บทบาทของศาลในประเทศอังกฤษ

สำหรับประเทศอังกฤษนั้นถือว่าเป็นประเทศต้นแบบของระบบกฎหมายจารีตประเพณี (Common law) โดยระบบกฎหมายอังกฤษมีพื้นฐานมาจากแนวบรรทัดฐานที่ศาลหลวงพิจารณาพิพากษาไว้ในช่วงศตวรรษหลังจากที่พระเจ้าเฮนรีที่สองสวรรคต เนื่องจากพระเจ้าเฮนรีที่สองได้ทรงวางรากฐานในการพิจารณาคดีในอังกฤษขึ้นใหม่ โดยพระองค์ไม่สนับสนุนให้ใช้วิธีการพิสูจน์ความจริงด้วยวิธีที่รุนแรงอีกต่อไป ทำให้มีการคิดค้นวิธีการพิสูจน์ความจริงต่างๆ มาใช้แทนวิธีการเดิม เช่น การพิจารณาคดีโดยให้บุคคลธรรมดาที่รู้เห็นเหตุการณ์เป็นผู้ตัดสินในส่วนของ การพิจารณาในข้อเท็จจริงจนกลายเป็นรากฐานของการนำระบบลูกขุนมาใช้ในการพิจารณาคดีใน ส่วน

¹ กิตติศักดิ์ ปรกติ, ความเป็นมาและหลักการนิติวิธีในระบบซีวิลลอว์และคอมมอนลอว์, พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2555), น.61

ของข้อเท็จจริงในปัจจุบัน หรือการนำระบบวิธีพิจารณาโดยการใช้หมาย (Writ) มาใช้ ซึ่งเป็นรากฐานของกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งและกฎหมายสารบัญญัติในเวลาต่อมา²

ปัจจุบันศาลที่มีอำนาจพิจารณาคดีแพ่งในประเทศอังกฤษ จัดแบ่งตามลำดับชั้นศาลได้ดังนี้ ศาลสูงสุด ได้แก่ ศาลฎีกา³ (Supreme court of the United Kingdom) ศาลสูงชั้นกลาง ได้แก่ ศาลซูพรีม คอร์ท ออฟ จูดิเคเตอร์⁴ (The supreme court of judicature) ส่วนศาลชั้นล่าง ได้แก่ ศาลเคาน์ตีคอร์ทส์⁵ (County courts) และศาลมาจิสเตรตส์คอร์ทส์⁶ (Magistrates Courts) ซึ่งลักษณะเด่นประการสำคัญของการพิจารณาคดีในศาลอังกฤษ คือ ศาลต้องผูกพันตามแนวบรรทัดฐานของคำพิพากษาที่ศาลนั้นได้เคยตัดสินไว้ในคดีก่อนๆ และต้องผูกพันตามแนวบรรทัดฐานของคำพิพากษาของศาลที่อยู่ในลำดับสูงกว่าด้วย เป็นลักษณะเฉพาะของทฤษฎี “The doctrine of

² สุนัย มโนมัยอุดม, ระบบกฎหมายอังกฤษ, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2552), น.42-46

³ ศาลฎีกา (Supreme court of the United Kingdom) เดิมเป็นบทบาทของสภาขุนนาง (House of lords) อันเป็นสถาบันเดียวกับสภาขุนนางของรัฐสภาอังกฤษ (British parliament) แต่ต่อมาในปี 2005 ได้มีการออก Constitutional Reform Act 2005 เพื่อให้สถาบันศาลแยกต่างหากจากสถาบันทางการเมือง ศาลฎีกาถือเป็นศาลสูงสุดที่มีอำนาจพิจารณาได้ทั้งคดีแพ่งและคดีอาญา โดยหลักแล้วคู่ความไม่มีสิทธิอุทธรณ์มายังศาลนี้ เว้นแต่จะได้รับอนุญาตจากศาลอุทธรณ์หรือจากศาลฎีกาเสียก่อน ทั้งนี้ก็เพื่อไม่ให้คดีเล็กน้อยๆ หรือคดีที่ไม่มีความสำคัญขึ้นสู่การพิจารณาของศาลฎีกา

⁴ ศาลซูพรีม คอร์ท ออฟ จูดิเคเตอร์ (The supreme court of judicature) นั้นแบ่งออกเป็นสองส่วน คือ (1) ศาลไฮคอร์ทออฟจัสติส (The high court of justice) ซึ่งแบ่งออกได้เป็นสามแผนก คือ แผนกควีนส์เบนช์ (Queen’s bench division) แผนกชานเซอร์รี่ (Chancery division) แผนกครอบครัว (Family division) และ (2) ศาลอุทธรณ์แผนกคดีแพ่ง (Court of appeal (Civil division))

⁵ ศาลเคาน์ตีคอร์ทส์ (County courts) เป็นศาลที่ตั้งขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์ให้เป็นศาลที่พิจารณาคดีโดยรวดเร็วและประหยัด โดยจะตั้งอยู่ตามท้องถิ่นต่างๆ เพื่อความสะดวกของคู่ความ

⁶ ศาลมาจิสเตรตส์คอร์ทส์ (Magistrates courts) ตามปกติแล้วเป็นศาลที่มีอำนาจพิจารณาคดีอาญาเป็นหลัก ส่วนคดีแพ่งที่อยู่ในอำนาจการพิจารณาของศาลมีเฉพาะแต่ในคดีครอบครัวเท่านั้น เช่น คดีฟ้องให้รับรองบุตร การตั้งผู้ปกครอง หรือการรับรองบุตรบุญธรรม เป็นต้น

precedent” โดยคุณลักษณะของคำพิพากษาที่จะผูกพันศาลนั้นเองหรือศาลที่ต่ำกว่านั้นจะต้องมีลักษณะเป็น “เรซิโอ เดซิเดนโด (Ratio decidendi)” ด้วยกล่าวคือศาลในคดีหลังต้องตัดสินคดีในแนวเดียวกันหากปรากฏข้อเท็จจริงที่เป็นสาระสำคัญของคดี (Material fact) เหมือนกัน⁷

ถึงอย่างไรก็ดีด้วยสภาพสังคมที่เปลี่ยนแปลงไป ทำให้กฎหมายลายลักษณ์อักษรเข้ามามีบทบาทมากขึ้นในประเทศอังกฤษ โดยกฎหมายลายลักษณ์อักษรในประเทศอังกฤษแบ่งออกได้เป็นหลายลักษณะไม่ว่าจะเป็นส่วนของ Public general Act, Private Act หรือ Statutory instruments ในที่นี้ผู้เขียนขอกล่าวถึงเพียงในส่วนของ Delegated legislation หรือกฎหมายลำดับรองเท่านั้น โดยกฎหมายลำดับรองในอังกฤษสามารถแบ่งออกได้เป็นสามชนิดใหญ่ๆ คือ⁸

1. Statutory instruments เป็นกฎหมายที่ตราขึ้นโดยองค์กรของรัฐบาลซึ่งเป็นฝ่ายบริหารและมีเงื่อนไขว่าจะต้องเสนอให้รัฐสภาทราบถึงบทกฎหมายดังกล่าวเสมอ ซึ่งในบางกรณีหากเป็นการออกกฎหมายในเรื่องสำคัญ เมื่อรัฐมนตรีจัดทำกฎหมายดังกล่าวเสร็จแล้วต้องนำเข้าสู่การพิจารณาของรัฐสภาด้วยเพื่อเสนอให้รัฐสภาให้ความเห็นชอบ ปัจจุบันอังกฤษมีการตรากฎหมายลำดับรองจำพวก Statutory instruments ใช้บังคับเป็นจำนวนมาก จากเดิมในปี ค.ศ.1960-1969 ที่มีการตรา Statutory instruments ออกมาบังคับปีละไม่เกิน 100 ฉบับ แต่ในยุคปัจจุบันตั้งแต่ปี ค.ศ.2011 เป็นต้นมา มีการตรา Statutory instruments ออกมาใช้บังคับไม่ต่ำกว่าปีละ 3,000 ฉบับ⁹

2. Orders in Council เป็นกฎหมายของฝ่ายบริหารที่ร่างขึ้นโดยรัฐบาลในสถานการณ์ฉุกเฉิน จากนั้นจึงส่งให้สภาองคมนตรีเป็นผู้ตรวจสอบแล้วจึงเสนอต่อพระราชินีเพื่อลงพระปรมาภิไธยต่อไป¹⁰

3. Bye-laws เป็นกฎหมายที่ตราขึ้นโดยเจ้าหน้าที่หรือองค์กรส่วนท้องถิ่นภายใต้เจตจำนงและอำนาจตามกฎหมาย และเป็นกฎหมายที่ใช้บังคับเพียงภายในพื้นที่ใดท้องถิ่นหนึ่งเท่านั้น

⁷ สุนัย มโนมัยอุดม, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 2*, น.237

⁸ Raymond Youngs , *English, French & German comparative law*, Third edition (London and Newyork : Routledge, 2014), pp.65-66

⁹ The national archives. “UK Statutory Instruments from 2015.” <http://www.legislation.gov.uk/uksi/2015>, May 14, 2015

¹⁰ Catherine Elliott & Frances Quinn, *English legal system*, Tenth edition (England : Person education limited, 2009), p.75

เห็นได้ว่ากฎหมายลำดับรองเข้ามามีบทบาทสำคัญและเกี่ยวข้องใกล้ชิดกับการใช้ชีวิตประจำวันของผู้คนในปัจจุบันเป็นอย่างมาก การศึกษาถึงบทบาทในการรับรู้กฎหมายลำดับรองไม่ว่าจะเป็นส่วนของประชาชน ศาล หรือนักกฎหมาย จึงเป็นประเด็นความสำคัญที่ผู้เขียนจะได้นำมาศึกษาต่อไป แต่ก่อนที่จะศึกษาเรื่องดังกล่าวต้องทำความเข้าใจถึงวิธีพิจารณาคดีและระบบการค้นหาคำความจริงในศาลของประเทศอังกฤษเสียก่อนว่ามีระบบเช่นไร เพื่อทราบถึงแนวคิดและนิติวิธีทางกฎหมายของประเทศอังกฤษได้อย่างถูกต้อง

3.1.1.1 ระบบวิธีพิจารณาคดีแพ่ง

ระบบวิธีพิจารณาคดีแพ่งของอังกฤษนั้นเน้นกระบวนการที่กระทำด้วยวาจาเป็นหลัก โดยอังกฤษไม่ได้รวบรวมกฎหมายที่กำหนดรูปแบบการพิจารณาคดีไว้อย่างชัดเจนเช่นประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของไทย แต่ได้กำหนดกฎหมายที่ไว้ในกฎหมายหลายฉบับกระจ่ายกันไป คงมีเพียง Civil Procedure Act 1997 เท่านั้นที่กำหนดกรอบกว้างๆ ของการพิจารณาคดีแพ่งและองค์กรที่รับผิดชอบไว้ ส่วนรายละเอียดในการดำเนินกระบวนการพิจารณาจะถูกบัญญัติไว้ในบทบัญญัติเฉพาะของแต่ละศาล เช่น Magistrates' Courts Act 1980, County Courts Act 1984 หรือ The Supreme Court Rules 2009 เป็นต้น นอกจากนี้ยังมีหนังสือที่รวบรวมเกี่ยวกับคดี เทคนิค และรายละเอียดของการพิจารณาคดีในระบบกล่าวหาของอังกฤษไว้มีชื่อว่า “The supreme court practice” (ในหมู่นักกฎหมายจะรู้จักกันนามของ “The white book”) และ “The county court practice” (ในหมู่นักกฎหมายจะรู้จักกันนามของ “The green book”) ด้วย¹¹ ปัจจุบันอังกฤษไม่นิยมให้มีการใช้ลูกขุนในการดำเนินคดีแพ่งมากนักคงมีเพียงการใช้ลูกขุนเฉพาะในคดีอาญาเท่านั้น

ระบบวิธีพิจารณาคดีแพ่งของอังกฤษในภาพรวมนั้นมีลักษณะคล้ายกับประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์อื่นๆ คือ ใช้ระบบการพิจารณาคดีแบบกล่าวหา (Adversarial System) ซึ่งลักษณะเด่นของระบบกล่าวหาเป็นไปตามคำกล่าวที่ว่า “ข้อพิพาทในทางแพ่งมักมีคู่ปรปักษ์เพียงสองฝ่ายเท่านั้น ฝ่ายหนึ่งเป็นฝ่ายกล่าวอ้างสิทธิ ส่วนอีกฝ่ายเป็นฝ่ายปฏิเสธสิทธินั้น หรือฝ่ายหนึ่งต่อสู้เพื่อยืนยันสิ่งหนึ่งแต่อีกฝ่ายหนึ่งกลับโต้เถียงสิ่งนั้น” (You have two adversaries in every civil dispute – someone asserting a right, someone denying

¹¹ Robin C.A. White, The English legal system in action, Third edition (United states : Oxford university press, 1999), p.223

it. Someone contending for one thing, someone contending against it)¹² คู่ความจริงเป็นผู้มีบทบาทสำคัญในคดีแพ่งเสมอโดยเฉพาะในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการนำเสนอพยานหลักฐานต่อศาล กฎเกณฑ์ในทางพยานหลักฐานของประเทศอังกฤษจึงค่อนข้างมีความเคร่งครัด และศาลต้องรับฟังพยานหลักฐานภายใต้บังคับของกฎหมาย

ส่วนการพิจารณาคดีแพ่งนั้นเริ่มต้นด้วยการขอหมาย (Writ of summons) ซึ่งเป็นเอกสารแสดงข้ออ้างและรายละเอียดของโจทก์เพื่อส่งไปยังจำเลย เพื่อให้จำเลยตอบรับว่าจะยอมตามที่โจทก์เรียกร้องหรือไม่ เมื่อจำเลยตอบรับแล้วจึงจัดส่งคำฟ้องไปยังจำเลยและจำเลยต้องยื่นคำให้การแก้คำฟ้องของโจทก์และอาจฟ้องแย้งมาได้ในช่วงตอนดังกล่าว หลังจากนั้นจึงจะเข้าสู่กระบวนการพิจารณาคดีของศาล โดยสามารถแบ่งออกได้เป็น 2 ขั้นตอน ขั้นตอนแรก คือ ขั้นตอนในขั้นก่อนพิจารณาและตัดสินคดี (Pre-trial procedure) เช่น วิธีการส่งเสริมให้กระบวนการไกล่เกลี่ยและระงับข้อพิพาททางเลือก (Alternative dispute resolution - ADR.) การเปิดเผยพยานหลักฐาน (Disclosure) การแลกเปลี่ยนบันทึกถ้อยคำพยาน (Exchange of statements of witness fact) หรือการแลกเปลี่ยนรายงานของผู้เชี่ยวชาญ (Exchange of expert's reports) เป็นต้น ส่วนขั้นตอนที่สอง คือ ขั้นตอนในขั้นพิจารณาคดี (Trial) ซึ่งขั้นแรกเมื่อได้รับอนุญาตจากศาลแล้ว อาจมีการแถลงการณ์เปิดคดี (Opening speech) เพื่อแถลงถึงที่มาของคดีและประเด็นข้อเท็จจริงที่ยังคงเป็นที่ปัญหากันระหว่างคู่ความหรือเป็นประเด็นสำคัญของคดีให้ผู้พิพากษาทราบ จากนั้นก็จะเข้าสู่ขั้นตอนการนำเสนอพยานหลักฐานต่อศาลด้วยการซักถาม (Examination in chief) ถ้ามค้าน (Cross - examination) และถามติง (Re - examination) หลังจากนั้นศาลจะเปิดโอกาสให้คู่ความทั้งสองฝ่ายแถลงการณ์ปิดคดี (Closing speech) เพื่อนำเสนอมุมมองทางคดีของตน แล้วศาลจะทำการพิพากษาคดีในขั้นสุดท้าย¹³

3.1.1.2 ระบบการค้นหาความจริง

เนื่องจากประเทศอังกฤษเป็นประเทศที่ใช้ระบบการพิจารณาคดีในระบบกล่าวหา (Adversarial system) คู่ความจริงเข้ามามีบทบาทเป็นอย่างมากในคดีตั้งแต่ในขั้นเริ่มคดี

¹² Sir Jack I. H Jacob, “The adversary system of civil litigation” (1983) City of London law review 17, p.18 อ้างใน S.H. Bailey, J.P.L Ching, M.J. Gunn and D.C. Ormerod, Smith, Bailey & Gunn on the modern English legal system, Fourth edition (London : Sweet & Maxwell, 2002), p.1023

¹³ Danis Keenan, Smith & Keenan's English Law, Fourteenth edition (England : Pearson Education Limited, 2004), pp.168-169

เพราะศาลอังกฤษไม่มีอำนาจที่จะเริ่มต้นคดีได้ด้วยตัวเอง โจทก์จึงต้องเป็นฝ่ายเริ่มคดีด้วยการยื่นคำฟ้องต่อศาล จากนั้นจึงให้คู่ความอีกฝ่ายยื่นคำให้การต่อศาล โดยศาลจะใช้คำคู่ความของทั้งสองฝ่ายดังกล่าวเป็นตัวกำหนดการประเด็นข้อพิพาทและทิศทางในการพิจารณาคดี ส่วนในชั้นพิจารณาก็เป็นบทบาทของคู่ความอีกเช่นกันที่จะต้องเป็นผู้กำหนดทิศทางในการนำเสนอพยานหลักฐานต่อศาล เนื่องจากคู่ความต้องนำเสนอพยานหลักฐานสนับสนุนข้อกล่าวอ้างของตนเสมอในรูปแบบของการสืบพยานด้วยการซักถาม (Examination in chief) ถ้ามค้าน (Cross-examination) และถามติง (Re-examination) ดังนั้น คู่ความจึงเป็นบุคคลที่มีบทบาทสำคัญในการค้นหาความจริงในคดี

ส่วนบทบาทของศาลในประเทศอังกฤษนั้น ศาลยังคงทำหน้าที่เสมือนเป็นกรรมการผู้ตัดสินคดีเท่านั้นไม่มีบทบาทในเชิงรุกในคดีมากนัก โดยจะทำหน้าที่เป็นเพียงผู้รับฟังข้อเท็จจริงและพยานหลักฐานต่างๆ จากการนำเสนอของคู่ความ โดยยึดหลักความเป็นกลาง (Impartially หรือ Nemo iudex in re sua) ของผู้พิพากษาอย่างเคร่งครัด อันเป็นหลักประกันสิทธิขั้นพื้นฐานดั้งเดิมของคู่ความตามหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติ (Natural justice)¹⁴ ของอังกฤษ ศาลในประเทศอังกฤษจึงไม่นิยมซักถามพยานด้วยตนเอง แต่มีเพียงหน้าที่ชี้ขาดในกรณีที่คู่ความแต่ละฝ่ายได้คัดค้านว่าการตั้งคำถามของอีกฝ่ายไม่ถูกต้อง (Objection) รวมถึงควบคุมการถามคำถามของทนายความให้เป็นไปตามกติกากฎหมายกำหนดเท่านั้น ทำให้ศาลอังกฤษไม่มีบทบาทในการลงไปค้นหาความจริงในคดี แต่มีบทบาทในการควบคุมการพิจารณาคดีให้เป็นไปตามขั้นตอนของกฎหมาย รวมถึงชี้ขาดหรือออกคำสั่งต่างๆ ที่เกี่ยวข้องกับการสืบพยานและการนำเสนอพยานหลักฐานของคู่ความเสียมากกว่า

3.1.1.3 ข้อที่ศาลรู้เอง (Judicial notice)

“ข้อที่ศาลรู้เอง” (Judicial notice) นั้น Black’s law dictionary ได้ให้คำจำกัดความไว้หมายถึง กรณีที่ศาลยอมรับพยานหลักฐานใดๆ เข้าสู่การพิจารณาโดยคู่ความไม่ต้องนำสืบถึงพยานหลักฐานนั้น เนื่องจากพยานหลักฐานดังกล่าวเป็นที่รู้จักกันอยู่ทั่วไปอยู่แล้วหรือเป็นข้อเท็จจริงที่ไม่อาจโต้แย้งได้ ทั้งนี้ก็เพื่อความสะดวกในการพิจารณาคดี (A court’s acceptance, for purposes of convenience and without requiring a party’s proof, of well-known and indisputable fact.) เช่น ข้อเท็จจริงที่ว่าน้ำจะกลายเป็นน้ำแข็งที่อุณหภูมิ 32 องศาฟาเรนไฮต์

¹⁴ หลักความยุติธรรมตามธรรมชาติ (Natural justice) ประกอบด้วย หลักความไม่มีอคติ (The rule against bias) และหลักการรับฟังอย่างเป็นธรรม (The right to a fair hearing) โดยหลักการดังกล่าวถือเป็นหลักการพื้นฐานที่มีความสำคัญมากของประเทศอังกฤษ

เป็นต้น¹⁵ เป็นต้น หลักเรื่องข้อที่ศาลรู้อเองนี้เป็นหลักการที่ปรากฏใช้อย่างแพร่หลายในกลุ่มประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ โดยสามารถนำมาปรับใช้ในคดีทั้งในส่วนที่เป็นข้อเท็จจริง (Judicial notice of fact)¹⁶ และส่วนที่เป็นข้อกฎหมายในคดี (Judicial notice of law)

หลักการเรื่องข้อที่ศาลรู้อเองในประเทศอังกฤษนั้น ได้รับอิทธิพลมาจากลักษณะของการพิจารณาของอังกฤษที่ใช้ระบบลูกขุนในการพิจารณาคดีมาอย่างยาวนาน ทำให้ต้องมีการแบ่งแยกหน้าที่ระหว่างลูกขุนและผู้พิพากษาอย่างชัดเจน โดยลูกขุนจะทำหน้าที่ในการพิจารณาและชี้ขาดปัญหาข้อเท็จจริงในคดี ส่วนผู้พิพากษาจะเป็นผู้วินิจฉัยชี้ขาดในส่วนของปัญหาข้อกฎหมาย ศาลจึงต้องสร้างหลักเกณฑ์บางประการขึ้นเพื่อเป็นหลักเกณฑ์ที่ใช้ควบคุมการพิจารณาคดีและควบคุมคณะลูกขุนว่าควรจะได้รับข้อเท็จจริงใดบ้างเข้าสู่คดี รวมถึงกำหนดประเภทของข้อเท็จจริงว่าข้อเท็จจริงประเภทใดบ้างที่ควรจะมีสุจริตต่อหน้าคณะลูกขุนเพื่อให้กระบวนการพิจารณาเป็นไปโดยกระชับรวมถึงช่วยลดค่าใช้จ่ายของคู่ความในการดำเนินคดี ทั้งยังช่วยเสริมสร้างความเป็นเอกภาพให้กับการพิจารณาข้อเท็จจริงในคดีที่มีลักษณะเดียวกันให้มีผลลัพธ์เช่นเดียวกันด้วย (Uniformity of decision)¹⁷ และถึงแม้ว่าประเทศอังกฤษจะไม่มีกรบัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับข้อที่ศาลรู้อเองไว้อย่างชัดเจน แต่ก็ได้มีการนำหลักการดังกล่าวที่ปรากฏอยู่ในกฎหมายจากคำพิพากษาคดีก่อนๆ (Precedent) มาปรับใช้ ซึ่งสามารถแยกประเภทของข้อที่ศาลรู้อเองออกได้เป็นสองลักษณะ คือ ข้อที่ศาลรู้อเองในทันที (Judicial notice without inquiry) และข้อที่ศาลจะรู้อได้เมื่อต้องทำการสืบเสาะ (Judicial notice after inquiry)

¹⁵ Bryan A. Garner , Black's law dictionary, Ninth edition (United State of America : Thomson Reuters, 2009), p.923

¹⁶ Black's law dictionary ให้คำจำกัดความของคำว่า “Judicial noticed fact” ว่าหมายถึง ข้อเท็จจริงที่ศาลยอมรับเข้าสู่คดีโดยศาลเองโดยคู่ความไม่ต้องพิสูจน์ด้วยพยานหลักฐาน ทั้งนี้เพราะเป็นข้อเท็จจริงที่รู้กันอยู่ทั่วไปหรือสามารถพิสูจน์ความถูกต้องได้จากแหล่งที่มาที่ชัดเจน และเป็นข้อเท็จจริงอยู่ภายในเขตอำนาจของศาล (A fact that is not established by admissible evidence but may be accepted by the court because the fact is generally known within the trial court's territorial jurisdiction, or because its validity can be determined from source whose accuracy cannot be reasonable questioned.)

¹⁷ อิศรา วรณสวาท, “ขอบเขตของข้อเท็จจริงที่ศาลรู้อเอง,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2539) น.49

ข้อที่ศาลรู้เองในทันที (Judicial notice without inquiry) หมายถึง เรื่องที่รู้กันอยู่ทั่วไป (Notorious) หรือเรื่องเป็นความรู้ทั่วไป (Common knowledge) โดยไม่ต้อง พิสูจน์กันด้วยพยานหลักฐานใดๆ คู่ความจึงไม่จำเป็นต้องนำพยานหลักฐานมาสืบต่อศาลและผู้ พิพากษาก็ไม่จำเป็นต้องค้นคว้าหรือศึกษาเรื่องดังกล่าวจากแหล่งข้อมูลใดๆ อีก ตัวอย่างเช่น ข้อเท็จจริงที่ว่ามนุษย์ตั้งครรภ์เป็นเวลา 9 เดือน¹⁸ แมวเป็นสัตว์เลี้ยง¹⁹ การจราจรในลอนดอน หนาแน่น²⁰ ไปรษณียบัตรเป็นเอกสารที่ใครๆ ก็อ่านได้²¹ อันเป็นกรณีที่ศาลนำหลักเรื่องข้อที่ศาลรู้เอง มาปรับใช้อย่างชัดเจน แต่ในบางกรณีศาลก็ปรับให้หลักเรื่องข้อที่ศาลรู้เองไปโดยปริยาย (Tacitly) สำหรับข้อเท็จจริงบางประการ เช่น ข้อเท็จจริงว่าวันอังคารต่อจากวันจันทร์ หรือหนึ่งสัปดาห์มีเจ็ดวัน เป็นต้น²²

ข้อที่ศาลจะรู้ได้เมื่อต้องทำการสืบเสาะ (Judicial notice after inquiry) หมายถึง เรื่องใดๆ ที่ยังไม่เป็นที่รู้กันอยู่ทั่วไปอย่างเพียงพอที่จะเป็นข้อที่ศาลรู้เองในทันที การผู้พิพากษาจะทราบถึงเรื่องนั้นได้จึงต้องทำการสืบเสาะเสียก่อนโดยวิธีการอื่นที่ไม่ใช่วิธีการทาง พยานหลักฐาน เช่น การอ้างอิงจากข้อมูลจากแหล่งที่มาที่น่าเชื่อถือต่างๆ จำพวก ใบรับรองจากรัฐมนตรี (Certificates from minister) ตำราชุด (Learned treatises) สารานุกรม (Encyclopedia) ปฏิทิน (Calendar) และพยานผู้เชี่ยวชาญ (Expert witnesses) เป็นต้น โดยการ สืบเสาะดังกล่าวเป็นวิธีการที่แตกต่างไปจากวิธีการทางพยานหลักฐานทั่วไปตรงที่ศาลจะดำเนิน สืบเสาะด้วยตัวเอง และจะไม่เปิดโอกาสให้คู่ความหรือบุคคลผู้มีส่วนเกี่ยวข้องของคดีค้านหรือโต้แย้งการ สืบเสาะของศาล ซึ่งศาลมักจะใช้หลักข้อที่ศาลรู้เองภายหลังการสืบเสาะกับข้อเท็จจริงในสามลักษณะ ดังต่อไปนี้²³

1. ข้อเท็จจริงที่สามารถทำให้ปรากฏได้โดยง่าย (Readily demonstrable facts) หลังจากที่ได้ค้นคว้าจากแหล่งข้อมูลที่น่าเชื่อถือ หรือจากตำราการเรียนรู้อย่าง ต่างๆ เช่น การตรวจสอบว่าเป็นวันใดของสัปดาห์ (จันทร์ ถึง อาทิตย์) โดยการตรวจสอบจากปฏิทิน,

¹⁸ คดี Preston-Jones v Preston-Jones [1951] AC 391

¹⁹ คดี Nye v Niblett [1981] 1 KB 23

²⁰ คดี Dennis v A.J. White and co. [1916] 2 KB 1

²¹ คดี Huth v Huth [1915] 3 KB 32

²² Charles Plant and his honour judge, Blackstone's civil practice 2003, Fourth edition (London : Oxford university press, 2003), p.574

²³ Charles Plant and his honour judge, *Ibid*, pp.575-576

การตรวจสอบพิกัดทางภูมิศาสตร์ของสถานที่ต่างๆ จากแผนที่ หรือการตรวจสอบเวลาหรือสถานที่เกี่ยวกับเหตุการณ์ทางประวัติศาสตร์ต่างๆ จากแหล่งข้อมูลทางประวัติศาสตร์ที่เชื่อถือได้

2. ขนบธรรมเนียม (Custom) และหลักปฏิบัติวิชาชีพ (Professional practices) หลังจากที่ได้ปรึกษากับพยานผู้มีความเชี่ยวชาญในวิชาชีพนั้นๆ แล้วศาลย่อมทราบถึงข้อเท็จจริงเกี่ยวกับธรรมเนียมปฏิบัติหรือหลักปฏิบัติของวิชาชีพนั้นๆ เช่น หลักปฏิบัติของนายธนาคาร²⁴ หลักปฏิบัติของผู้ประกอบอาชีพผู้ขนส่งสินค้า²⁵ หลักปฏิบัติของช่างรังวัดแผนที่²⁶ หรือหลักวิชาชีพบัญชี²⁷ เป็นต้น

3. ข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการเมือง (Political fact) ข้อเท็จจริงประเภทนี้ ก็เช่น ข้อเท็จจริงเกี่ยวกับสถานะของรัฐบาลต่างประเทศ, สถานะของความสัมพันธ์ทางการทูต หรือขอบเขตของอำนาจอธิปไตยเหนือดินแดน ซึ่งเป็นข้อเท็จจริงที่ศาลต้องทำการไต่สวนหรือสอบถามข้อมูลจากผู้ที่มีความเชี่ยวชาญและมีความรู้เกี่ยวกับเรื่องดังกล่าวเสียก่อน เพราะเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับนโยบายสาธารณะของประเทศหรืออาจกระทบต่อความสัมพันธ์ระหว่างประเทศได้ โดยศาลมักจะสอบถามรายละเอียดเพิ่มเติมไปยังรัฐมนตรีว่าการกระทรวงที่เกี่ยวข้อง เพราะเป็นบุคคลที่สามารถยืนยันข้อมูลที่ถูกต้องเกี่ยวกับเรื่องดังกล่าวได้อย่างถูกต้องที่สุด และยังเป็นช่องทางหลีกเลี่ยงความขัดแย้งที่อาจจะเกิดขึ้นระหว่างศาลกับฝ่ายบริหารได้อีกด้วย ตัวอย่างเช่น ข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการมีอยู่ของรัฐอิสระ²⁸ ข้อเท็จจริงที่ว่าประเทศใดอยู่ในภาวะสงครามหรือไม่²⁹ ความเป็นสมาชิกภาพของ

²⁴ คดี Brandao v Barnett [1846] 12 c1 & F787 และคดี George v Davies [1911] 2 KB 445

²⁵ คดี Re Rosher [1884] 26 ChD 801

²⁶ คดี Davey v Harrow Corporation [1958] 1 QB 60

²⁷ คดี Heather v P-E Consulting Group Ltd [1973] Ch 189

²⁸ คดี Duff Development Co. v Government of Kelantan [1924] AC 797, คดี Mighell v Sultan of Johore [1894] 1 QB 149 และคดี Carl Zeiss Stiftung v Rayner and Keeler Ltd (No.2) [1967] 1 AC 853

²⁹ คดี R v Bottrill, ex parte Kuechenmeister [1947] KB 41

คณะทำงานทางการทูต³⁰ การแบ่งหรือการจำแนกประเภทของเอกสารอันเป็นความลับที่อาจจะส่งผลกระทบต่อผลประโยชน์ของประเทศ³¹ เป็นต้น

การรับรู้บทกฎหมายของศาลนั้น ศาลอังกฤษใช้หลักข้อที่ศาลรู้เองกับกฎหมายจำพวก Public Act³² หรือ Public general Act ส่วนการรับรู้กฎหมายจำพวก Private Act³³ หรือ Local and general Act นั้นภายหลังจากปี ค.ศ.1851 เป็นต้นมา ศาลวางแนวทางให้ต้องพิสูจน์ด้วยพยานหลักฐานเสมอ เช่นเดียวกับกฎหมายของฝ่ายบริหาร (Statutory instruments) ที่คู่ความจะต้องนำสืบพยานหลักฐานต่อศาลเสมอเช่นกัน³⁴

ส่วนกฎเกณฑ์ที่ใช้บังคับเป็นการทั่วไป (General rule) และกฎหมายต่างประเทศ (Foreign law) ศาลอังกฤษถือว่ากฎหมายทั้งสองลักษณะดังกล่าวเป็นต้องนำสืบในฐานะที่เป็นปัญหาข้อเท็จจริง (Question of fact) ประการหนึ่ง ซึ่งโดยปกติแล้ววิธีการนำสืบกฎหมายทั้งสองลักษณะนี้จะใช้พยานผู้เชี่ยวชาญในการพิสูจน์³⁵ เว้นเสียแต่ว่าจะเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายจารีตประเพณีของประเทศไอร์แลนด์เหนือ (The common law of Northern Ireland) คำพิพากษาของประเทศสกอตแลนด์ในคดีแพ่ง (Scots law in civil case) ที่จะถือว่าเป็นเรื่องที่ศาลรู้ได้เองเฉพาะในศาลสูงของอังกฤษเท่านั้น นอกจากนี้สำหรับข้อเท็จจริงที่ถือว่ารู้อย่างแพร่หลายอยู่แล้วในกฎหมายต่างประเทศเฉพาะส่วนของคดีแพ่ง (In the civil case only, notorious points of foreign law)³⁶ เช่น ข้อเท็จจริงที่ว่าเกมส์พนันรูเล็ตท์ในมอนติคาร์โลเป็นสิ่งถูกกฎหมาย และกฎหมายต่างประเทศที่เกี่ยวกับสนธิสัญญาประชาคมยุโรป (European Community treaties) คำวินิจฉัยชี้ขาดหรือความเห็นของศาลยุติธรรมแห่งประชาคมยุโรป (Decision or opinion of

³⁰ คดี Engelke v Mussmann [1928] AC 433

³¹ คดี Secretary of state for Defence v Guardian Newspaper Ltd [1985] AC 339

³² Public Act หมายถึง กฎหมายลายลักษณ์อักษรที่ตราขึ้นโดยรัฐสภาโดยผ่านพิธีการทางนิติบัญญัติ และมีผลบังคับใช้ต่อประชาชนในวงกว้าง

³³ Private Act หมายถึง เป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่ตราขึ้นโดยกลุ่มองค์กรหรือส่วนท้องถิ่นต่างๆ ถูกตราขึ้นบนพื้นฐานเพื่อประโยชน์ในเชิงเอกชนเป็นหลัก

³⁴ คดี R v Ashley [1967] 52 Cr App R 42

³⁵ คดี Brenan and Galen's case [1847] 10 QB 492

³⁶ คดี Saxby v Fulton [1909] 2 KB 208 และคดี R v Ofori (No.2) [1993] 99 Cr App R 223

European court of justice) ก็ถือเป็นเรื่องที่ศาลอังกฤษจะต้องรู้ได้เองเสมอ และนอกจากศาลจะรับรู้บทกฎหมายต่างได้เองแล้วยังมีข้อเท็จจริงบางประการที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายซึ่งศาลถือเป็นเรื่องที่ศาลต้องรู้เอง เช่น ตราประทับของศาล ลายมือชื่อผู้พิพากษาศาลสูงที่ลงไว้ในเอกสารราชการของศาล เขตอำนาจศาล เป็นต้น ทั้งนี้ยังรวมถึงข้อเท็จจริงที่ศาลอาจต้องใช้เพื่อประกอบการตีความกฎหมายปรับแก้คดี หรือที่รู้จักกันในชื่อของ “Legislative fact”³⁷ เช่น แนวคำพิพากษา หลักกฎหมายของศาลที่เกิดจากการตีความกฎหมาย รายงานอภิปรายของรัฐสภา เป็นต้น

ดังที่ผู้เขียนได้กล่าวมาแล้วข้างต้น จึงอาจสรุปลักษณะของข้อที่ศาลรู้เองของอังกฤษได้เป็นประเภทต่างๆ ดังนี้³⁸

1. บทบัญญัติมหาชนและกฎหมายของอังกฤษรวมถึงกฎหมายของสหภาพยุโรป วิธีพิจารณา เอกสิทธิ์ของรัฐสภา และกฎระเบียบรวมถึงลำดับชั้นของศาล
2. ขนบธรรมเนียมประเพณีที่ยอมรับจากดุลยพินิจของศาลและการรับรองสำนวนของศาล
3. วิธีปฏิบัติของหน่วยงานที่มีความเชี่ยวชาญเฉพาะด้านหรือผู้มีวิชาชีพเฉพาะ เช่น กรมแผนที่ทหาร วิชาชีพบัญชี เป็นต้น
4. ข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการเมืองหรือการดำเนินงานของรัฐ และข้อเท็จจริงที่เป็นการกระทำในทางราชการทั้งภายในรัฐเองและต่างประเทศ
5. ข้อเท็จจริงทางมหาชน เช่น ข้อเท็จจริงทางประวัติศาสตร์ พิกัดทางภูมิศาสตร์ แผนที่ ปฎิทิน เป็นต้น

หลักเรื่องข้อที่ศาลรู้เองจึงเป็นหลักการที่มีความสำคัญต่อกระบวนการพิจารณาคดีแห่งของอังกฤษในหลายประการ ทั้งในฐานะที่เป็นหลักเกณฑ์กำหนดประเภทของพยานหลักฐานที่คู่ความไม่ต้องนำสืบ และเป็นหลักเกณฑ์ที่ส่งเสริมให้ศาลมีบทบาทในการควบคุมการพิจารณาคดีเพื่อให้การพิจารณาเป็นไปด้วยความกระชับ รวดเร็ว ทั้งยังช่วยลดค่าใช้จ่ายในการดำเนินคดีของคู่ความอีกด้วย

³⁷ Black’s law dictionary ให้คำจำกัดความของคำว่า “Legislative fact” ว่า หมายถึง ข้อเท็จจริงที่อธิบายถึงเหตุผลในการออกกฎหมายดังกล่าวมาบังคับใช้ และเป็นเครื่องมือที่จะช่วยศาลตีความและประยุกต์ใช้กฎหมาย (A fact that explain a particular law’s rationality and that helps a court or agency determine the law’s content and application.)

³⁸ Peter Murphy. A practical Approach to evidence (London : Black stone, 1984) อ้างใน อิสรา วรรณสวาท, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 17*, น.49-50

3.1.2 บทบาทของศาลในประเทศสหรัฐอเมริกา

ประเทศสหรัฐอเมริกาเกิดจากการรวมตัวกันของอาณานิคมของอังกฤษ 13 แห่ง เพื่อต่อสู้กับการกดขี่ของอังกฤษ และได้มีการประกาศอิสรภาพเมื่อวันที่ 4 กรกฎาคม ค.ศ.1776 โดยมีรูปแบบการปกครองแบบสาธารณรัฐ (Republic) ประกอบด้วยมลรัฐต่างๆ จำนวนทั้งสิ้น 50 มลรัฐ ใช้โครงสร้างการปกครองในระบบสหรัฐ (Federalism) โดยมีรัฐบาลกลาง (Central government) เป็นผู้บริหารราชการส่วนกลางของประเทศ มีอำนาจจำกัดตามที่รัฐธรรมนูญ (The United States constitution) ได้กำหนดไว้ ส่วนการบริหารราชการในด้านอื่นๆ เป็นอำนาจของรัฐบาลในแต่ละมลรัฐ โดยโครงสร้างทางการปกครองทั้งในส่วนกลางและมลรัฐยึดถือหลักการแบ่งแยกอำนาจเป็นสำคัญ จึงแบ่งองค์กรผู้ใช้อำนาจออกเป็น 3 ฝ่าย ได้แก่ ฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหาร และฝ่ายตุลาการ และมีการตรารัฐธรรมนูญของแต่ละมลรัฐขึ้นเพื่อใช้บังคับเป็นกฎหมายสูงสุดในแต่ละมลรัฐด้วย

ประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์เป็นหลัก แต่ละมลรัฐจึงต้องผูกพันตามระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ เว้นแต่มลรัฐหลุยเซียน่าและมลรัฐเท็กซัสที่ใช้ระบบกฎหมายซีวิลลอว์³⁹ โดยมลรัฐหลุยเซียน่าได้รับอิทธิพลด้านกฎหมายจากประเทศฝรั่งเศส ส่วนมลรัฐเท็กซัสได้รับอิทธิพลด้านกฎหมายจากประเทศสเปนและเม็กซิโก ในขณะที่มลรัฐอื่นๆ ได้รับอิทธิพลด้านระบบกฎหมายมาจากประเทศอังกฤษซึ่งชาวอาณานิคมนำมาสู่โลกใหม่

ที่มาของกฎหมายในประเทศสหรัฐอเมริกานั้น จำแนกได้เป็นสองประเภทใหญ่ๆ⁴⁰ คือ กฎหมายที่มาจากตัวบทกฎหมาย (Statutory law) และกฎหมายจากแหล่งอื่นๆ ที่สามารถใช้เป็นบรรทัดฐานได้ (Judicial law)

1. กฎหมายที่มาจากตัวบทกฎหมาย (Statutory law) แม้ประเทศสหรัฐอเมริกาจะเป็นประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ แต่ปัจจุบันกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่ที่ตราขึ้นก็ทวีความสำคัญมากขึ้นและมีการตราออกใช้บังคับมากขึ้นตามไปด้วย ซึ่งสามารถจำแนกออกได้ตามลำดับชั้นดังต่อไปนี้

³⁹ J. Michael Fussell, Jr, Matthew J. Seigel. "Texas and Louisiana : Two states separated by a common law." http://www.gordonarata.com/720DE/assets/files/lawarticles/DL_2012%20JMF%20&%20MJS%20Seminar%20Materials.PDF, May 21, 2015

⁴⁰ Beth Walton-Dunham, *Introduction to law*, Third edition (United State : West publishing, 1999), pp.11-13

ก. รัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกา (The constitution of the United States) รัฐธรรมนูญถือเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ มีศักดิ์สูงกว่ากฎหมายลายลักษณ์อักษร ประเภทอื่น ประชาชนและหน่วยงานของรัฐต่างๆ ไม่ว่าจะในระดับสหรัฐหรือระดับมลรัฐก็ต้องผูกพันตาม รัฐธรรมนูญโดยไม่มีข้อยกเว้น ซึ่งรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกามีเนื้อหาสาระสำคัญแบ่งออกได้เป็น สองลักษณะ คือ ลักษณะแรก เป็นบทบัญญัติส่วนที่กำหนดโครงสร้างของประเทศ กำหนดโครงสร้าง รัฐ การจัดองค์กรภายในรัฐและกำหนดอำนาจหน้าที่ขององค์กร ลักษณะที่สอง เป็นบทบัญญัติที่ เกี่ยวกับการรับรองและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนภายในรัฐ เรียกกันว่าส่วนบทบัญญัติแห่ง สิทธิ (Bill of rights)⁴¹

ข. สนธิสัญญา (Treaties) สนธิสัญญาที่ทำโดยสหรัฐอเมริกานี้ถือว่ามีศักดิ์ เท่ากับกฎหมายที่ตราโดยรัฐสภาของสหรัฐอเมริกา (Congress) ในกรณีที่มีการขัดกันกับกฎหมายใน ระดับสหรัฐ ต้องพิจารณาว่ากฎหมายใดออกมาภายหลังหรือกฎหมายใดมีลักษณะเฉพาะเจาะจง ก็ให้ ใช้กฎหมายนั้นบังคับ⁴²

ค. รัฐบัญญัติ (Federal statutes) เป็นกฎหมายที่ตราขึ้นผ่านกระบวนการทาง นิติบัญญัติโดยรัฐสภา จากนั้นจึงให้ประธานาธิบดีลงนามและประกาศใช้ในเอกสารที่เรียกว่า “Slip law” และนำไปรวบรวมไว้เป็นหมวดหมู่ในเอกสารที่มีชื่อว่า “The United States Code” ต่อไป

ง. คำสั่ง กฎ ระเบียบ หรือกฎเกณฑ์ที่ตราขึ้นโดยฝ่ายบริหารของรัฐบาลกลาง (Administrative agency rules and regulations) หน่วยงานทางปกครองในระดับสหรัฐ (Federal administrative agency) สามารถที่จะตราคำสั่ง กฎ ระเบียบ หรือกฎเกณฑ์ขึ้นใช้บังคับได้ตามที่ ได้รับมอบอำนาจจากรัฐสภา ซึ่งกฎหมายของฝ่ายบริหารนี้จะถูกประกาศใช้ใน “The federal register” จากนั้นจะนำไปรวบรวมไว้ในเอกสารที่เรียกว่า “Code of Federal Regulation” หรือ C.F.R. ต่อไป

⁴¹ บทบัญญัติแห่งสิทธิ (Bill of Rights) คือ บทบัญญัติส่วนที่ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติม รัฐธรรมนูญในช่วงแรกจำนวน 10 บท ทั้งนี้ก็เพราะรัฐธรรมนูญที่ประกาศใช้ในครั้งแรกนั้นมีบทบัญญัติ เพียง 7 มาตราซึ่งไม่มีบทบัญญัติที่คุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนอย่างเพียงพอ จึงได้มีการ เรียกร้องให้แก้ไขรัฐธรรมนูญโดยเพิ่มบทบัญญัติเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิ เช่น เสรีภาพในการนับถือ ศาสนา สิทธิในการมีทนายความ และสิทธิในการพิจารณาโดยลูกขุน เป็นต้น

⁴² มานิตย์ จุมปา, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายสหรัฐอเมริกา, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2553), น.51

จ. รัฐธรรมนูญของมลรัฐ (State constitution) ถือเป็นกฎหมายสูงสุดของแต่ละมลรัฐ ซึ่งจะมีการบัญญัติรายละเอียดไว้มากกว่ารัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกา และมักจะบัญญัติครอบคลุมถึงบทบัญญัติแห่งสิทธิด้วย นอกจากนี้รัฐธรรมนูญของมลรัฐยังอาจแก้ไขเพิ่มเติมได้บ่อยกว่ารัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกาด้วย⁴³

ฉ. รัฐบัญญัติของมลรัฐ (State statutes) สถานิติบัญญัติของมลรัฐมีอำนาจในการออกกฎหมายเกี่ยวกับเรื่องที่ไม่ได้มอบให้เป็นอำนาจของสหรัฐ หรือในเรื่องที่ไม่ได้มีกฎหมายห้ามไว้โดยเฉพาะ

ช. คำสั่ง กฎ ระเบียบ หรือกฎเกณฑ์ที่ตราขึ้นโดยฝ่ายบริหารของมลรัฐ (State administrative rules and regulations) มีลักษณะเช่นเดียวกับคำสั่ง กฎ ระเบียบ หรือกฎเกณฑ์ที่ตราขึ้นโดยฝ่ายบริหารของสหรัฐ แต่เป็นเรื่องที่มีความสำคัญน้อยกว่า ส่วนใหญ่เป็นเรื่องเกี่ยวกับการอนุญาตให้ทำกิจกรรมต่างๆ ภายในมลรัฐ

ซ. เทศบัญญัติและข้อบังคับขององค์กรปกครองท้องถิ่น (County and municipal law) ในแต่ละมลรัฐจะมีการแบ่งการปกครองแยกย่อยลงไปเป็นเคาน์ตี (County) เทียบได้กับจังหวัดในประเทศไทย นอกจากนั้นในแต่ละเคาน์ตีก็ยังแบ่งย่อยออกเป็นเทศบาลและองค์กรบริหารส่วนท้องถิ่นอื่นๆ โดยองค์กรส่วนท้องถิ่นดังกล่าวมีอำนาจในการตราระเบียบข้อบังคับขึ้นใช้ในท้องถิ่นนั้นๆ ได้

2. กฎหมายตามแนวบรรทัดฐานของคำพิพากษา (Judicial law) กฎหมายประเภทนี้ถือเป็นเอกลักษณ์ของระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ โดยผู้พิพากษาจะเป็นผู้สร้างกฎหมายขึ้นใช้บังคับ (Judge made law) ในกรณีที่ไม่มีการบัญญัติลักษณะอักษรใช้บังคับ ผู้พิพากษาศาลสูงมีหน้าที่ต้องปรับใช้บรรทัดฐานของแนวคำพิพากษาคดีก่อนๆ ในการตัดสินคดี⁴⁴ ซึ่งการปรับใช้กฎหมายตามแนวบรรทัดฐานของศาลนี้นิยมใช้กันอย่างกว้างขวางในศาลระดับมลรัฐ ส่วนศาลในระดับสหรัฐนั้นจะปรับใช้ในลักษณะที่แคบกว่า เพราะประเด็นที่พิพาทกันในศาลสหรัฐโดยมากจะเป็นเกี่ยวกับกฎหมายในระดับสหรัฐ ซึ่งมักจะมีการบัญญัติลักษณะอักษรบัญญัติไว้อย่างชัดเจนแล้ว⁴⁵

ส่วนระบบศาลของประเทศสหรัฐอเมริกานั้น ถูกจัดอยู่ในกลุ่มประเทศที่ใช้ระบบศาลเดี่ยว คือ ศาลยุติธรรมเพียงศาลเดียวสามารถตัดสินคดีได้ทุกประเภท และแบ่งออกได้เป็นสอง

⁴³ ดวงจิตต์ กำประเสริฐ, กฎหมายแองโกลอเมริกันเบื้องต้น, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2551), น.29

⁴⁴ Beth Walton-Dunham, *supra note 40*, p.12-13

⁴⁵ มานิตย์ จุมปา, อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 42, น.53

ระดับคือ ศาลมลรัฐ (State court system) และศาลสหรัฐ (Federal court system) ซึ่งศาลแต่ละระดับมีลำดับชั้นและเขตอำนาจเหนือคดีที่แตกต่างกัน⁴⁶ ดังต่อไปนี้

ศาลมลรัฐ (State court) แม้ศาลในมลรัฐต่างๆ จะมีลักษณะแตกต่างกันออกไป และอาจมีชื่อเรียกที่แตกต่างกันออกไปด้วย แต่โดยพื้นฐานแล้วระบบศาลของแต่ละมลรัฐจะแบ่งออกเป็น 3 ลำดับชั้น คือ ศาลชั้นต้น (Trial court) ศาลอุทธรณ์ (Intermediate appellate court) และศาลสูงของมลรัฐ (Highest state court) นอกจากนั้นศาลชั้นต้นยังแบ่งย่อยออกได้เป็นศาลชั้นต้นที่มีเขตอำนาจทั่วไป⁴⁷ (General-jurisdiction trial court) และศาลชั้นต้นที่มีเขตอำนาจจำกัด⁴⁸ (Limited-jurisdiction trial court)

ศาลสหรัฐ (Federal court) รัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกากำหนดให้ศาลรัฐบาลกลางมีอำนาจพิจารณาคดีเพียงสองประเภทเท่านั้น คือ คดีที่พิพาทกันระหว่างพลเมืองต่างมลรัฐ และคดีที่มีปัญหาเกี่ยวข้องกับกฎหมายของรัฐบาลกลาง แบ่งออกได้เป็น 3 ลำดับชั้นเช่นเดียวกับศาลมลรัฐ คือ ศาลชั้นต้น (Trial court) ศาลอุทธรณ์ (U.S. courts of appeal) และศาลสูงสุด (U.S. supreme court) โดยศาลชั้นต้นก็แบ่งแยกย่อยออกได้เป็นศาลชำนาญการพิเศษ⁴⁹ (Special federal court) และศาลยุติธรรม (U.S. district court)

⁴⁶ Henry R. Cheseman, *Introduction to law : Its dynamic nature*, (United State : Person education, Inc, 2005), p.27

⁴⁷ ศาลชั้นต้นที่มีเขตอำนาจทั่วไป (General-jurisdiction trial courts) หรือมักจะเรียกว่า “Court of record” เพราะคำให้การและพยานหลักฐานทุกอย่างในศาลจะถูกบันทึกไว้ทั้งหมดเพื่อใช้เป็นแหล่งอ้างอิงในอนาคต โดยจะพิจารณาคดีที่อยู่นอกเหนืออำนาจของศาลชั้นต้นที่มีเขตอำนาจจำกัดทั้งหมด มักจะเป็นคดีแพ่งและคดีอาญาที่มีความสำคัญ บางมลรัฐจะแบ่งศาลออกเป็นสองแผนก คือ แผนกคดีแพ่ง (Civil division) และแผนกคดีอาญา (Criminal division)

⁴⁸ ศาลชั้นต้นที่มีเขตอำนาจจำกัด (Limited-jurisdiction trial courts) เป็นศาลที่ดำเนินคดีพิเศษเพียงบางประเภทเท่านั้น เป็นศาลที่พิจารณาคดีโดยผู้พิพากษาโดยไม่มีคณะลูกขุนร่วมด้วย เช่น ศาลโพรเบท (Probate court) ศาลครอบครัว (Family court) ศาลจราจร (Traffic court) ศาลเยาวชน (Juvenile court) ศาลเรียกค่าเสียหายเล็กน้อย (Small claim court) เป็นต้น

⁴⁹ ศาลชำนาญการพิเศษ (Special federal court) ก่อตั้งขึ้นโดยสภาองเกรส และพิจารณาได้เฉพาะคดีที่กำหนดเท่านั้น ประกอบด้วย The U.S. tax court ซึ่งพิจารณาคดีที่เกี่ยวข้องกับภาษีอากร, The U.S. court of military appeal พิจารณาคดีที่อุทธรณ์มาจากศาลทหาร, The U.S. claims court พิจารณาที่มีการฟ้องร้องรัฐบาล, The U.S. court of International พิจารณาคดี

3.1.2.1 ระบบวิธีพิจารณาคดีแพ่ง

ระบบวิธีพิจารณาคดีแพ่งของสหรัฐอเมริกาเป็นระบบกล่าวหา (Adversary system) เน้นการพิจารณาคดีด้วยวาจาเป็นสำคัญ และยังมีวิธีการพิจารณาคดีแพ่งด้วยระบบลูกขุน (Civil trial by jury) ซึ่งถือเป็นหลักประกันสิทธิของประชาชนที่จะได้รับการพิจารณาคดีที่เป็นธรรมตาม The United States bill of rights : Seventh amendment ส่วนกฎหมายสำคัญที่กำหนดทิศทางและรูปแบบการพิจารณาคดีแพ่งของสหรัฐอเมริกา ได้แก่ Federal rule of civil procedure ซึ่งเป็นกฎหมายต้นแบบให้แก่ละมรัฐนำไปบัญญัติเป็นกฎหมายภายในมลรัฐของตนเอง เพื่อส่งเสริมความเป็นเอกภาพให้กฎหมายวิธีพิจารณาคดีแพ่งให้เป็นไปในทิศทางเดียวกัน

การดำเนินคดีแพ่งของสหรัฐอเมริกานั้นมีลักษณะคล้ายกับประเทศอังกฤษ คือ ศาลไม่มีสิทธิที่จะเริ่มคดีด้วยตัวเองแต่เป็นหน้าที่ของคู่ความที่จะต้องทำคำฟ้องยื่นต่อศาลเพื่อเริ่มคดี โดยกระบวนการพิจารณาคดีแพ่งของสหรัฐอเมริกาแบ่งออกเป็นสองขั้นตอนใหญ่ๆ⁵⁰ คือ กระบวนการก่อนพิจารณาคดี (Pretrial proceeding) อันประกอบด้วยขั้นตอน การยื่นคำฟ้อง (Complaint) การส่งหมายเรียกไปยังจำเลยเพื่อแก้คำฟ้องของโจทก์ (Sommons) จำเลยยื่นคำให้การแก้คำฟ้องโจทก์ (Response) และหลังจากเสร็จสิ้นขั้นตอนที่กล่าวมาทั้งหมด คู่ความจะต้องเข้าสู่กระบวนการเปิดเผยพยานหลักฐาน⁵¹ (Discovery) แล้วจึงเข้าสู่กระบวนการขึ้นพิจารณาคดี (Trail) ประกอบด้วยขั้นตอน การสอบถามข้อเท็จจริงต่างๆ ก่อนตั้งคณะลูกขุน (Voir dire) การ

เกี่ยวกับข้อตกลงทางการค้าและอัตราพิกัดศุลกากร และ The court of Veterans appeal พิจารณาคดีเกี่ยวกับสิทธิประโยชน์ของทหารผ่านศึก

⁵⁰ Beth Walton-Dunham, *supra* note 40, p.99-125

⁵¹ กระบวนการเปิดเผยพยานหลักฐาน (Discovery) เป็นกระบวนการที่มุ่งลดระยะเวลาในการดำเนินคดีของศาลให้สั้นลง และเป็นการควบคุมให้กระบวนการพิจารณาเกิดความเป็นธรรมมากยิ่งขึ้น โดยคู่ความจะต้องดำเนินการแลกเปลี่ยนพยานหลักฐานกันภายใต้กฎเกณฑ์ที่ศาลเป็นผู้กำหนด ซึ่งตัวอย่างของขั้นตอนในขั้นนี้ เช่น การสืบพยานนอกศาลก่อนการสืบพยานในศาล (Depositions) การสอบถามข้อเท็จจริงระหว่างคู่ความ (Interrogatories) การส่งสำเนาพยานเอกสารหรือการบรรยายรูปลักษณะและสถานที่ตั้งให้คู่ความอีกฝ่ายหนึ่งทราบ (Production of documents) การตรวจสอบสภาพร่างกายหรือจิตใจ (Physical and mental examination) เป็นต้น ถือเป็นขั้นตอนที่ช่วยให้คดีส่วนใหญ่ตัดสินกันได้ก่อนที่จะเข้าสู่การพิจารณาคดีต่อหน้าศาล (Trail) เพราะทนายความสามารถที่จะพิจารณาได้แล้วว่าสมควรที่จะถอนฟ้องหรือประนีประนอมยอมความหรือไม่ เพราะหากดำเนินคดีต่อไปอาจต้องเป็นฝ่ายรับภาระค่าธรรมเนียมในชั้นพิจารณาคดี (Trail)

แถลงการณ์เปิดคดีเพื่ออธิบายข้อเท็จจริงเบื้องต้นแก่คณะลูกขุน (Opening statements) การนำเสนอพยานหลักฐานของโจทก์ (Case in chief) การนำเสนอพยานหลักฐานของจำเลย (Defense) การแถลงการณ์ปิดคดี (Closing argument) การสรุปและอธิบายข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายต่อคณะลูกขุนโดยผู้พิพากษา (Instructions and deliberation) การทำคำชี้ขาดในข้อเท็จจริงของคณะลูกขุน (verdict) หลังจากนั้นจึงศาลจึงมีคำพิพากษาและอ่านคำพิพากษาให้คู่ความทราบ

3.1.2.2 ระบบการค้นหาความจริง

เนื่องจากประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นประเทศที่ใช้ระบบการพิจารณาคดีในระบบกล่าวหา (Adversarial system) ซึ่งคู่ความจะเข้ามามีบทบาทสำคัญในคดีเช่นเดียวกับในประเทศอังกฤษ โดยคู่ความจะผู้กำหนดทิศทางของการดำเนินคดีและการนำเสนอพยานหลักฐานต่อศาล ในรูปแบบในการสืบพยานที่เน้นกระบวนการพิจารณาด้วยวาจา อันประกอบด้วยการซักถาม (Examination in chief) ถ้ามค้าน (Cross - examination) และถ้ามติง (Re - examination) เป็นสำคัญ คู่ความจึงเป็นผู้มีบทบาทที่สำคัญที่สุดในการค้นหาความจริงในคดี (Fact-finding)

ส่วนบทบาทของผู้พิพากษาในประเทศสหรัฐอเมริกานั้น เนื่องจากในอดีตชาวอเมริกันไม่ไว้วางต่อการพิจารณาที่เป็นความลับตามอำเภอใจของศาล ประกอบกับในยุคที่ตกเป็นอาณานิคมของอังกฤษ ผู้พิพากษาที่เข้ามาทำหน้าที่ในสหรัฐอเมริกาส่วนใหญ่ได้รับการแต่งตั้งจากกษัตริย์ของอังกฤษหรือผู้แทนพระองค์ในอาณานิคม จึงเป็นสัญลักษณ์ของการถูกรอบงำจากต่างชาติ ส่งผลให้การพิจารณาคดีโดยใช้ลูกขุนได้รับความนิยมมากขึ้นและกลายเป็นหลักประกันสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชนชาวอเมริกาในที่สุด ผู้พิพากษาจึงไม่ได้รับการยกย่องจากประชาชนในระยะแรก ทำให้บทบาทของผู้พิพากษาในประเทศสหรัฐอเมริกาอยู่อย่างจำกัด จน Roscoe Pound นักกฎหมายที่มีชื่อเสียงของอเมริกาที่ได้กล่าวถึงบทบาทของผู้พิพากษาในยุคนั้นว่า “ผู้พิพากษาเป็นเพียงกรรมการควบคุมเกมมิให้มีผู้เล่นนอกกติกาเท่านั้น” แม้ในระยะหลังสหรัฐอเมริกาได้พยายามเพิ่มบทบาทของผู้พิพากษาให้มากยิ่งขึ้น แต่ก็ยังเป็นเพียงบทบาทในการควบคุมการพิจารณาคดีเสียเป็นส่วนใหญ่ เช่น การเพิ่มอำนาจในการเร่งรัดให้การพิจารณาคดีมีความรวดเร็วขึ้น อำนาจในการชี้สองสถานเพื่อกำหนดประเด็นที่จะพิจารณา อำนาจในการจัดให้มีการประนีประนอมยอมความ และอำนาจในการรวมการพิจารณาคดีในกรณีที่คู่ความมีส่วนได้เสียเช่นเดียวกันในคดี⁵² ส่วนบทบาทผู้พิพากษาที่ให้อำนาจศาลในการค้นหาความจริงนั้น แม้สหรัฐอเมริกาจะยอมรับให้ศาลสามารถเรียกพยานหลักฐานเข้าสู่

⁵² วรณชัย บุญบำรุง, ธนภฤต วรธนัชชากุล, สิริพันธ์ พลรบ, หลักและทฤษฎีกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง เล่ม 1, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2556), น.148-149

สำนวนคดีได้เอง แต่ในทางปฏิบัติศาลก็มักจะไม่ใช่อำนาจดังกล่าวเพราะเกรงว่าจะเสียความเป็นกลางไป ทำให้ผู้พิพากษาไม่มีบทบาทในการค้นหาความจริงมากนัก ประกอบกับศาลของสหรัฐอเมริกาเองยังยึดติดกับความคิดที่ว่า การพิจารณาคดีแพ่งนั้นควรปล่อยให้เป็นเรื่องที่คู่ความต่อสู้กันอย่างอิสระ เพราะเป็นวิธีการที่ดีที่สุดที่จะทำให้ความจริงปรากฏต่อศาล ทำให้การพัฒนาบทบาทในการค้นหาความจริงในคดีของผู้พิพากษาในสหรัฐอเมริกาเป็นไปได้อย่างแข็งขันและยังยึดติดอยู่กับแนวปฏิบัติเดิมๆ อยู่มาก

3.1.2.3 ข้อที่ศาลรู้เอง (Judicial notice)

สำหรับหลักเรื่อง “ข้อที่ศาลรู้เอง” (Judicial notice) นั้น ถือเป็นเรื่องสำคัญที่มีการบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรอย่างชัดเจน ทั้งในระดับสหรัฐที่บัญญัติไว้ใน Federal rule of evidence และในระดับมลรัฐที่บัญญัติไว้ใน Rule of evidence ของมลรัฐต่างๆ โดยข้อที่ศาลรู้เองของสหรัฐอเมริกามีสองลักษณะเช่นเดียวกับอังกฤษ คือ ลักษณะที่เป็นข้อที่ศาลรู้เองในทันที (Judicial notice without inquiry) และลักษณะที่เป็นข้อที่ศาลจะรู้ได้เมื่อต้องทำการสืบเสาะ (Judicial notice after inquiry)

ประเภทของข้อที่ศาลรู้เองในสหรัฐอเมริกา อาจแบ่งออกได้เป็นสองประเภท⁵³ ประกอบด้วย Mandatory judicial notice และ Optional judicial notice ซึ่งในการพิจารณาคดีของศาลนั้นหากเป็นกรณีของ Mandatory judicial notice แล้วศาลปรับใช้หลักข้อที่ศาลรู้เองเสมอ แต่หากเป็น Optional judicial notice ศาลสามารถใช้ดุลพินิจที่จะปรับใช้หลักข้อที่ศาลรู้เองหรือไม่ก็ได้

Mandatory judicial notice ส่วนใหญ่แล้วผู้พิพากษาในรัฐต่างๆ จะต้องใช้หลักข้อที่ศาลรู้เองกับกฎหมายลายลักษณ์อักษร (Statute) ในรัฐของตนเช่นเดียวกับกฎหมายในระดับสหรัฐหรือรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ นอกจากนี้ยังมีกฎหมายประเภทอื่นๆ ที่ถือว่าเป็น Mandatory judicial notice อีก เช่น

1. กฎหมายจากคำพิพากษา (Decision law) ศาลของมลรัฐส่วนใหญ่จะปรับใช้หลักข้อที่ศาลรู้เองกับแนวคำพิพากษาของศาลภายในรัฐที่มีลำดับสูงกว่า เช่นเดียวกับศาลสหรัฐที่ต้องรู้ถึงแนวคำพิพากษาของศาลในลำดับชั้นที่สูงกว่า ทั้งนี้ก็เพราะการปล่อยให้คู่ความสืบพยานในเรื่องดังกล่าวจะทำให้เสียเวลาและเสียค่าใช้จ่ายในการดำเนินคดีเป็นอย่างมาก ยกตัวอย่างเช่น หากเป็นกรณีที่พนักงานอัยการจะต้องนำสืบถึงแนวคำพิพากษาของศาลสูงสุดสหรัฐแล้ว

⁵³ Joseph D. Schloss, *Evidence and its legal aspects*, (United State : Merrill publishing company, 1976), pp.281-285

พนักงานอัยการจะต้องนำเลขาธิการหรือผู้ที่เกี่ยวข้องมาเบิกความต่อศาลพร้อมเอกสารที่รวบรวม ต้นฉบับคำพิพากษาของศาลสูง (Digest report) เพื่อให้ต้องตามทฤษฎีเรื่องพยานหลักฐานที่ดีที่สุด (The best evidence rule) และทฤษฎีเกี่ยวกับพยานบอกเล่า (Hearsay rule) จึงต้องนำเสนอ พยานหลักฐานที่เป็นต้นฉบับและใช้พยานบุคคลที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับข้อเท็จจริงดังกล่าวมาเสนอต่อ ศาลโดยตรง ซึ่งหากต้องดำเนินการตามตัวอย่างข้างต้นย่อมเป็นการเสียเวลาและเสียค่าใช้จ่ายเป็น อย่างมาก ทั้งๆ ที่ศาลก็สามารถที่จะค้นหาหรือทราบข้อเท็จจริงเกี่ยวกับกฎหมายจากคำพิพากษาของ ศาลได้ด้วยตนเอง

2. กฎหมายของฝ่ายบริหาร (Governmental regulations) เป็นที่ แน่นนอนว่าหน่วยงานของฝ่ายบริหารในแต่ละมลรัฐย่อมได้รับมอบอำนาจในการตรากฎหมายและ บังคับใช้กฎหมายได้ด้วยตนเอง แต่หากเป็นกรณีกฎหมายของฝ่ายบริหารในระดับมลรัฐศาลต้อง สอบถามไปยังเลขาธิการของมลรัฐเสียก่อนจึงจะปรับใช้หลักข้อที่ศาลรู้อเองกับกฎหมายดังกล่าว แต่ หากเป็นกฎหมายของฝ่ายบริหารในระดับสหรัฐ เช่น ประกาศประธานาธิบดีและคำสั่งต่างๆ (Presidential proclamations and Executive orders) ระเบียบคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์ และตลาดหลักทรัพย์ (Security and Exchange commission regulations) ประกาศ คณะกรรมการอาหารและยา (Food and Drug administration regulations) ถือเป็นกฎหมายที่ ศาลต้องปรับใช้หลักข้อที่ศาลรู้อเองเสมอ

3. กฎระเบียบของศาล (Rules of court) สำหรับกฎระเบียบของศาล ในระดับมลรัฐนั้น ศาลจะปรับใช้หลักข้อที่ศาลรู้อเองกับกฎระเบียบเกี่ยวกับหลักปฏิบัติและวิธีพิจารณา ของศาลที่อยู่ในขอบอำนาจของศาลนั้นๆ เท่านั้น ส่วนหลักปฏิบัติและวิธีพิจารณาของศาลระดับสหรัฐ ศาลของมลรัฐจะต้องปรับใช้หลักข้อที่ศาลรู้อเองต่อหลักปฏิบัติและวิธีพิจารณาของศาลสูงสุด สหรัฐอเมริกาเสมอ

4. ข้อเท็จจริงที่เป็นสากล (Fact of Universal knowledge) ข้อเท็จจริงใดเป็นข้อเท็จจริงที่ดำรงอยู่โดยไม่มีผู้ใดสามารถหาเหตุผลมาโต้แย้งหรือลบล้างข้อเท็จจริง ดังกล่าวได้ ศาลย่อมต้องปรับใช้หลักข้อที่ศาลรู้อเองกับข้อเท็จจริงนั้น โดยข้อเท็จจริงดังกล่าวต้องเป็นที่ รู้กันในหมู่คนส่วนใหญ่ด้วย เช่น คำว่า A.M. หมายความว่าถึง ช่วงเวลาในตอนเช้าตั้งแต่หลังเที่ยงคืนถึง ก่อนเที่ยงวัน เป็นต้น

5. ถ้อยคำและวลีภาษาอังกฤษทั่วไป (English words and common English phrases) ความหมายที่แท้จริงของถ้อยคำและวลีในภาษาอังกฤษนั้นเป็นที่ทราบดีอยู่แล้วใน หมู่ของผู้พิพากษา ฉะนั้น ย่อมเป็นการเสียเวลามากกว่าหากต้องนำผู้เชี่ยวชาญด้านภาษามาเบิกความ ต่อศาลเกี่ยวกับความหมายของถ้อยคำหรือวลีภาษาอังกฤษธรรมดาๆ ที่ผู้พิพากษาหรือคณะลูกขุน

ทราบถึงความเป็นอยู่อย่างดีอยู่แล้ว เช่น วลีที่ว่า “to get busted” ย่อมเป็นที่ทราบกันเป็นอย่างดีในหมู่ตำรวจและอาชญากรว่ามีความหมายถึงการถูกจับกุม (to be arrested)

Optional judicial notice สำหรับข้อที่ศาลรู้เองประเภทนี้มีลักษณะที่เปิดโอกาสให้ศาลสามารถใช้ดุลยพินิจได้ว่าศาลจะปรับใช้หลักข้อที่ศาลรู้เองหรือไม่ เพราะหากศาลไม่ปรับใช้หลักข้อที่ศาลรู้เองแล้วก็จะต้องทำการสืบพยานหลักฐานตามวิธีการปกติต่อไป ตัวอย่างของข้อที่ศาลรู้เองประเภทนี้ เช่น

1. กฎหมายของมลรัฐอื่นๆ (Laws of other states) ในบางครั้งการพิจารณาคดีในศาลมลรัฐหนึ่งย่อมต้องมีการพูดถึงกฎหมายของอีกมลรัฐหนึ่งด้วยเช่นกัน ตัวอย่างเช่นกรณีที่ว่าเลยกระทำความผิดฐานลักทรัพย์โดยใช้อาวุธ และปรากฏข้อเท็จจริงว่าจำเลยเคยกระทำความผิดอาญามาแล้วสองครั้งในมลรัฐอื่น การที่จะพิจารณาว่าจำเลยเป็นผู้กระทำความผิดติดนิสัย (Habitual criminal) ในคดีของมลรัฐนี้หรือไม่ คู่ความอาจต้องนำพยานผู้เชี่ยวชาญในกฎหมายของมลรัฐอื่นมาเบิกความยืนยันว่าการกระทำความผิดสองครั้งก่อนหน้านั้นมีลักษณะเป็นความผิดอาญาออกจากรัฐตามกฎหมายของมลรัฐอื่นหรือไม่ ฉะนั้น หากศาลเห็นสมควรว่ากฎหมายของมลรัฐอื่นดังกล่าวเป็นกฎหมายที่สามารถตรวจสอบได้และสรุปผลได้อย่างแน่นอนแล้ว ศาลอาจปรับใช้หลักข้อที่ศาลรู้เองโดยไม่จำเป็นต้องปล่อยให้คู่ความนำพยานผู้เชี่ยวชาญมาสืบเกี่ยวกับกฎหมายของมลรัฐอื่นดังกล่าวอีก

2. ความรู้ทั่วไปภายในเขตอำนาจของศาล (Common knowledge within the jurisdiction of the court) ความรู้ดังกล่าวมีลักษณะคล้ายกับความรู้ทั่วไปที่เป็นสากล (Universal knowledge) แต่อยู่ในขนาดที่เล็กกว่า เช่น ศาลเคาน์ตีคอร์ทสามารถรู้ได้เองว่าจุดตัดของถนนที่ห้าและถนนหลักซึ่งอยู่ภายในเขตอำนาจของศาลนี้เป็นพื้นที่ในย่านธุรกิจของเมือง เพราะเป็นเรื่องที่ประชากรทุกคนที่อาศัยอยู่ในเมืองนี้รู้จักกันอยู่ทั่วไป เป็นต้น

3. ข้อเท็จจริงที่ทราบได้โดยง่าย (Easily ascertainable facts) หมายถึงข้อเท็จจริงใดที่ไม่ได้เกี่ยวข้องกับประเด็นที่พิพาทกันในคดีโดยตรง ซึ่งศาลสามารถตรวจสอบความถูกต้องของข้อเท็จจริงดังกล่าวได้ในทันทีหลังจากที่ได้ค้นหาจากแหล่งที่มาที่น่าเชื่อถือ เช่น ช่วงเวลาที่พระอาทิตย์ตกในแต่ละวันถือเป็นข้อเท็จจริงที่สามารถทราบได้โดยง่ายเมื่อค้นหาจากปฏิทินประจำปี ศาลจึงสามารถปรับใช้หลักข้อที่ศาลรู้เองกับเท็จจริงดังกล่าว

4. ความรู้ทั่วไปภายในประเทศสหรัฐอเมริกา (General knowledge within the United States) ศาลสามารถปรับใช้หลักเรื่องข้อที่ศาลรู้เองกับเรื่องที่อยู่กันอยู่ทั่วไปภายในประเทศสหรัฐอเมริกาได้ เช่น ข้อเท็จจริงที่ว่าเครื่องดื่มมีนเมาจะทำให้มีนเมาอยู่ช่วงระยะเวลาหนึ่ง แต่ก็ไม่ได้หมายความว่าเครื่องดื่มทุกครั้งจะทำให้มีนเมาเพราะต้องดื่มจนถึง

ระดับหนึ่งด้วยจึงจะถือได้ว่าผู้ที่ดื่มเครื่องดื่มดังกล่าวมีความมึนเมา หรือข้อเท็จจริงที่ทราบกันเป็นอย่างดีว่าโจรย่องเบา มักจะทำการขโมยของในเวลากลางคืน ส่วนผู้หญิงหากินมักจะออกทำงานในตอนบ่ายแก่ๆ หรือตอนเย็น นอกจากนี้ข้อเท็จจริงเกี่ยวกับภูมิศาสตร์และประวัติศาสตร์ของประเทศสหรัฐอเมริกา เช่น ข้อเท็จจริงเกี่ยวกับอาณาเขตที่แน่นอนของเมือง หรือข้อเท็จจริงที่ว่าแม่น้ำไหลผ่านเมืองใดบ้าง เป็นต้น ซึ่งข้อเท็จจริงเหล่านี้ศาลสามารถปรับใช้หลักข้อที่ศาลรู้อเองเช่นกัน

5. ข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการแพทย์และวิทยาศาสตร์ (Medical and scientific fact) ศาลสามารถปรับใช้หลักเรื่องข้อที่ศาลรู้อเองกับข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการแพทย์และวิทยาศาสตร์อันเป็นที่ยุติและไม่มีข้อโต้แย้งกันอีกต่อไป เช่น ข้อเท็จจริงที่ว่าอวัยวะต่างๆ ในร่างกายนั้นอยู่ในตำแหน่งที่แน่นอน หรืออาการของโรคที่จะปรากฏออกมาเหมือนกันหากได้รับเชื้อโรคนิดเดียวกัน แต่หากเป็นข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการแพทย์และวิทยาศาสตร์ที่ยังไม่เป็นที่สรุปแน่นอนแล้ว ศาลย่อมกำหนดให้คู่ความนำสืบพยานหลักฐานประกอบข้อเท็จจริงดังกล่าวเสมอ

เนื่องจากประเทศสหรัฐอเมริกาได้แบ่งปกครองออกเป็นสองระดับ คือ ระดับรัฐและระดับมลรัฐ บทกฎหมายที่บัญญัติเกี่ยวข้องกับเรื่องข้อที่ศาลรู้อเองนี้ย่อมแบ่งได้เป็น 2 ระดับเช่นกัน โดยในระดับรัฐมีกฎหมายที่เกี่ยวข้อง คือ Federal rule of evidence และ Uniform judicial notice of foreign law act ส่วนในระดับมลรัฐมีกฎหมายที่เกี่ยวข้อง คือ Rule of evidence ของแต่ละมลรัฐ ซึ่งรายละเอียดมีดังต่อไปนี้

(1) กฎหมายในระดับรัฐ

1. **Federal rule of evidence** ถือเป็นกฎหมายแม่แบบที่กำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการทางพยานหลักฐานของประเทศสหรัฐอเมริกาเพื่อให้มลรัฐต่างๆ นำไปใช้บัญญัติกฎหมายให้เป็นไปในทิศทางเดียวกัน โดยหลักเกณฑ์เรื่องข้อที่ศาลรู้อเอง (Judicial notice) ถูกกำหนดไว้ในข้อ 201 (Rule 201 Judicial notice of adjudicative fact) โดยขอบเขตของการใช้ข้อที่ศาลรู้อเองนั้นถูกจำกัดอยู่เพียงในข้อเท็จจริงที่เกี่ยวกับคดีหรือข้อเท็จจริงที่จะนำไปสู่การชี้ขาดตัดสินคดี (Adjudicative fact) เท่านั้น ไม่รวมถึงข้อเท็จจริงที่ศาลอาจใช้เพื่อตีความกฎหมาย (Legislative fact) ด้วย⁵⁴ โดยข้อเท็จจริงดังกล่าวต้องมีลักษณะ คือ เป็นข้อเท็จจริงที่รู้จักกันอยู่ทั่วไปภายในเขตอำนาจของศาล หรือเป็นข้อเท็จจริงที่สามารถพิสูจน์ได้จากแหล่งข้อมูลที่น่าเชื่อถือ หรือเป็นข้อเท็จจริงที่มีอาจ

⁵⁴ Federal Rule of Evidence : Rule 201 (a) Scope. “This rule governs judicial notice of an adjudicative fact only, not a legislative fact.”

โต้แย้งได้⁵⁵ โดยศาลจะใช้หลักเรื่องข้อที่ศาลรู้เองเมื่อศาลเห็นสมควร หรือในกรณีที่คู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งร้องขอ⁵⁶ ในทุกขั้นตอนการพิจารณาคดี⁵⁷ ซึ่งหากเป็นการร้องขอให้ศาลรับฟังโดยคู่ความแล้ว ศาลจะต้องแจ้งให้คู่ความทราบเสมอว่าศาลจะรับเรื่องดังกล่าวเป็นข้อที่ศาลรู้เองหรือไม่ และถึงแม้ศาลจะไม่ได้แจ้งให้คู่ความทราบล่วงหน้าก็ไม่ถือเป็นเหตุที่จะทำให้การรับฟังดังกล่าวไม่ชอบด้วยกฎหมาย⁵⁸ ส่วนการพิจารณาคดีที่มีลูกขุนเข้ามาเกี่ยวข้องนั้น ในคดีแพ่งศาลจะต้องแจ้งหรือมีคำสั่งให้ลูกขุนต้องรับฟังพยานหลักฐานซึ่งศาลรู้ได้เอง แต่ในคดีอาญาศาลเพียงแจ้งให้ลูกขุนทราบถึงเรื่องที่ศาลสามารถรู้ได้เองแต่ลูกขุนจะเลือกรับฟังหรือไม่รับฟังพยานหลักฐานนั้นก็ได้อีก⁵⁹ และนอกจากที่ศาลจะสามารถทราบข้อเท็จจริงบางประการได้ด้วยตัวเองแล้ว หลักเรื่องข้อที่ศาลรู้เอง (Judicial notice)

⁵⁵ Federal Rule of Evidence : Rule 201 (b) Kind of facts that may be judicial notice. “The court may judicially notice a fact that is not subject to reasonable dispute because it:

(1) Is generally know within the trial court’s territorial jurisdiction ;
or

(2) Can be accurately and readily determined from sources whose accuracy cannot reasonably be questioned.”

⁵⁶ Federal Rule of Evidence : Rule 201 (c) Taking notice. “The court :

(1) may taking judicial notice on its own ; or
(2) must take judicial notice if a party requests it and the court is supplied with the necessary information.”

⁵⁷ Federal Rule of Evidence : Rule 201 (d) “Timing. The court may take judicial notice at any stage of the proceeding.”

⁵⁸ Federal Rule of Evidence : Rule 201 (e) “Opportunity to Be Heard. On timely request, a party is entitled to be heard on the propriety of taking judicial notice and the nature of the fact to be noticed. If the court takes judicial notice before notifying a party, the party, on request, is still entitled to be heard.”

⁵⁹ Federal Rule of Evidence : Rule 201 (f) “Instructing the Jury. In a civil case, the court must instruct the jury to accept the noticed fact as conclusive. In a criminal case, the court must instruct the jury that it may or may not accept the noticed fact as conclusive.”

ยังนำมาใช้สำหรับข้อกฎหมายด้วย⁶⁰ เช่นที่ศาลในระดับสหรัฐจะต้องทราบถึงกฎหมายทั้งในระดับสหรัฐและกฎหมายในระดับมลรัฐตัวเอง⁶¹ และนอกจากนี้ศาลในระดับสหรัฐจะต้องใช้หลักข้อที่ศาลรู้เองกฎหมายของฝ่ายบริหารที่ได้ประกาศใช้ใน Federal register หรือ The code of federal regulation ด้วย⁶²

2. Uniform judicial notice of foreign law Act เป็นบทบัญญัติสำคัญที่มีส่วนเปลี่ยนแปลงบทบาทของศาลเรื่องข้อที่ศาลรู้เอง (Judicial notice) ของแต่ละมลรัฐ เพราะเดิมสหรัฐอเมริกาไม่ได้มีบทบัญญัติเกี่ยวกับเรื่องการรับรู้กฎหมายของศาลไว้อย่างชัดเจนนัก จนมีการตรา Uniform judicial notice of foreign law Act ขึ้น โดยบทบัญญัตินี้ดังกล่าวบัญญัติให้ศาลทุกศาลสามารถรู้กฎหมายจารีตประเพณีและกฎหมายลายลักษณ์อักษรของทุกๆ มลรัฐในประเทศสหรัฐอเมริกาได้เอง⁶³ ซึ่งต่อมามลรัฐต่างๆ ได้นำบทบัญญัตินี้ดังกล่าวไปเป็นแบบในการบัญญัติกฎหมายภายในของมลรัฐ ซึ่งรายละเอียดในเรื่องนี้ผู้เขียนที่จะขอกล่าวไว้ในหัวข้อต่อไป

ส่วนสาเหตุที่ต้องมีการตรา Uniform judicial notice of foreign law Act ขึ้นใช้บังคับก็ด้วยต้องการให้ศาลของมลรัฐสามารถรับรู้และปรับใช้กฎหมายและจารีตประเพณีของมลรัฐอื่นได้ในขอบเขตที่เหมาะสม และเปิดโอกาสให้ศาลมีอำนาจในการตัดสินใจเรื่องกฎหมายแทนคณะลูกขุน⁶⁴ เพื่อความสะดวกในการดำเนินคดีและความรวดเร็วในการพิจารณา ทั้งนี้เนื่องจาก

⁶⁰ Kenneth W. Graham, Jr., “Policy of Rule 201; Historical Background - Conceptual Background,” Federal Practice & Procedure Database, (September 2014), p.3

⁶¹ ปรากฏตามข้อเท็จจริงในคดี Tollis, Inc. v. County of San Diego, 505 F.3d 935, 938 n. 1 (9th Cir. 2007) (municipal ordinance noticed).และคดี U.S. v. Schmitt, C.A.5th, 1984, 748 F.2d 249, 255 (law of any state of the union, whether statutory or decisional, is a matter of which federal courts are bound to take judicial notice).

⁶² Kenneth W. Graham, Jr., *Supra note 60*, p.4

⁶³ Uniform judicial notice of foreign law Act : Section 1 “Judicial notice. every court of this state shall take judicial notice of the common law and statutes of every state, territory and other jurisdiction of the United States”

⁶⁴ Lawrence E Harturig, “Congressional enactment of Uniform judicial notice act,” Michigan law review , 40 (1941) pp.177-179 อ้างใน อิสรา วรรณสวาท, *อ้างแล้ว เชียงอรรถที่ 17*, น.81

ความสัมพันธ์ระหว่างมลรัฐของสหรัฐอเมริกา นั้นถือเสมือนว่าเป็นความสัมพันธ์ของต่างประเทศที่ใกล้เคียงกัน⁶⁵ กฎหมายของมลรัฐอื่นจึงมีลักษณะเหมือนเป็นกฎหมายของต่างประเทศที่ในทางพยานหลักฐานจึงถือเป็นเรื่องของข้อเท็จจริงประการหนึ่งในคดีที่คู่ความมีหน้าที่ต้องนำสืบกฎหมายต่างประเทศดังกล่าวต่อศาล เนื่องจากศาลไม่อาจรู้กฎหมายต่างประเทศด้วยตนเองได้ แต่เมื่อมีการประกาศใช้ Uniform judicial notice of foreign law Act แล้วศาลก็สามารถกำหนดให้กฎหมายของมลรัฐอื่นเป็นเรื่องที่ศาลรู้ได้เองโดยที่คู่ความไม่ต้องนำสืบพยานหลักฐานเกี่ยวกับเรื่องดังกล่าวต่อศาลอีก

(2) กฎหมายในระดับมลรัฐ

ด้วยรูปแบบการปกครองของประเทศสหรัฐอเมริกาส่งผลให้แต่ละมลรัฐสามารถที่จะออกกฎหมายมาใช้บังคับได้โดยเอกเทศ กฎหมายของแต่ละมลรัฐจึงไม่จำเป็นต้องมีลักษณะเหมือนกัน แต่เนื่องจากบทบัญญัติเรื่องข้อที่ศาลรู้เอง (Judicial notice) ของแต่ละมลรัฐนั้นได้รับอิทธิพลมาจาก Federal rule of evidence และ Uniform judicial notice of foreign law Act จึงทำให้บทบัญญัติในเรื่องดังกล่าวมีความคล้ายคลึงกัน โดยสามารถแบ่งบทบัญญัติออกได้เป็นสองส่วน คือ ส่วนของข้อเท็จจริงที่ศาลรู้ได้เอง (Judicial notice of fact) และส่วนของกฎหมายที่ศาลรู้ได้เอง (Judicial notice of law) แต่ในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ผู้เขียนขอเสนอเพียงส่วนของกฎหมายที่ศาลรู้ได้เอง (Judicial notice of law) ของบางมลรัฐที่มีการบัญญัติไว้อย่างชัดเจนเท่านั้นประกอบด้วย

1. มลรัฐหลุยเซียน่า (Louisiana)

มลรัฐหลุยเซียน่าได้บัญญัติบทกฎหมายเรื่องข้อที่ศาลรู้เอง (Judicial notice) ไว้ในกฎหมายที่เรียกว่า “Code of evidence” โดยบัญญัติไว้ใน Article 202 ซึ่งมีรายละเอียดว่าข้อที่ศาลรู้เองเกี่ยวกับกฎหมายในระดับสหรัฐอเมริกา, กฎหมายของมลรัฐต่างๆ รวมถึงกฎหมายที่ตราขึ้นโดยส่วนราชการใด ๆ ภายในเขตอำนาจของศาลเมื่อกฎหมายดังกล่าวได้รับการรับรองจากสมัชชาแล้วนั้น ไม่ว่าคู่ความจะได้ร้องขอหรือไม่ศาลต้องปรับใช้หลักเรื่องข้อที่ศาลรู้เองกับกฎหมายกฎหมายดังกล่าวข้างต้นเสมอ⁶⁶ หรือศาลอาจใช้หลักเรื่องข้อที่ศาลรู้เองเมื่อศาล

⁶⁵ อิศรา วรรณสวาท, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 17*, น.81

⁶⁶ Louisiana Code of evidence Article. 202. (Judicial notice of legal matters) A. “Mandatory. A court, whether requested to do so or not, shall take judicial notice of the laws of the United States, of every state, territory, and other jurisdiction of the United States, and of the ordinances enacted by any political

เห็นสมควรหรือเมื่อคู่ความเป็นผู้ร้องขอกับกฎหมายจำพวกประกาศประธานาธิบดีและประกาศต่างของรัฐบาล, กฎของคณะกรรมการหรือระเบียบขององค์กรต่างๆ ในมลรัฐที่ได้ประกาศใช้โดยชอบแล้ว, กฎหมายที่ตราขึ้นโดยส่วนราชการใดๆ ของมลรัฐ, กฎหรือระเบียบที่ควบคุมการปฏิบัติและขั้นตอนในศาลของศาลทั้งในระดับสหรัฐและมลรัฐ ซึ่งได้รับการเผยแพร่ในรูปแบบที่สามารถเข้าถึงได้โดยง่าย, ระเบียบหรือมติของคณะกรรมการหรือหน่วยงานทั้งในระดับสหรัฐและมลรัฐที่อาจส่งผลกระทบต่อกฎหมายที่อยู่ในเขตอำนาจของศาล, กฎหมายต่างประเทศ กฎหมายระหว่างประเทศ และกฎหมายทะเล แต่หากเป็นกรณีที่คู่ความร้องขอ คู่ความต้องเสนอข้อมูลเบื้องต้นที่เพียงพอต่อศาล เพื่อให้ศาลสามารถดำเนินการในขั้นต่อไปได้ด้วย⁶⁷ การใช้หลักข้อที่ศาลรู้เองของมลรัฐหลุยเซียนานี้หากศาลเห็น

subdivision within the court's territorial jurisdiction whenever certified copies of the ordinances have been filed with the clerk of that court.”

⁶⁷ Louisiana Code of evidence Article. 202. (Judicial notice of legal matters) B. “Other legal matters. (1) A court shall take judicial notice of the following if a party requests it and provides the court with the information needed by it to comply with the request, and may take judicial notice without request of a party of:

(a) Proclamations of the President of the United States and the governor of this state.

(b) Rules of boards, commissions, and agencies of this state that have been duly published and promulgated in the Louisiana Register.

(c) Ordinances enacted by any political subdivision of the State of Louisiana.

(d) Rules which govern the practice and procedure in a court of the United States or of any state, territory, or other jurisdiction of the United States, and which have been published in a form which makes them readily accessible.

(e) Rules and decisions of boards, commissions, and agencies of the United States or of any state, territory, or other jurisdiction of the United States which have been duly published and promulgated and which have the effect of law within their respective jurisdictions.

(f) Law of foreign countries, international law, and maritime law.”

ว่ามีความเหมาะสม ศาลอาจตั้งที่ปรึกษาเพื่อช่วยเหลือในการให้ข้อมูลต่อศาลได้⁶⁸ และศาลสามารถใช้หลักข้อที่ศาลรู้เองในทุกขั้นตอนของการพิจารณาคดี โดยมีข้อบังคับให้ศาลต้องแจ้งเรื่องดังกล่าวให้คณะลูกขุนและคู่ความทราบเสียก่อน⁶⁹ แต่การตัดสินใจว่าอะไรเป็นข้อกฎหมายที่ศาลรู้ได้เองหรือไม่นี้เป็นอำนาจของศาลแต่เพียงผู้เดียว⁷⁰

2. มลรัฐฟลอริดา (Florida)

มลรัฐฟลอริดาได้บัญญัติบทกฎหมายเรื่องข้อที่ศาลรู้เอง (Judicial notice) ไว้ในกฎหมายที่เรียกว่า “Evidence code” โดยบัญญัติไว้ใน Chapter 90 Article 201 ถึง Article 207 แยกประเภทของข้อที่ศาลรู้เองออกเป็นสองประเภท ประเภทแรก คือ ข้อที่ศาลจะต้องรู้ได้เองเสมอ⁷¹ (Matters which must be judicially noticed) ประกอบด้วยคำพิพากษาของศาล,

⁶⁸ Louisiana Code of evidence Article. 202. (Judicial notice of legal matters) C. “Information by court. The court may inform itself of any of the foregoing legal matters in such manner as it may deem proper, and the court may call upon counsel to aid it in obtaining such information.”

⁶⁹ Louisiana Code of evidence Article. 202. (Judicial notice of legal matters) D. “Time of taking notice. Judicial notice of the foregoing legal matters may be taken at any stage of the proceeding, provided that before taking judicial notice of a matter in its instructions to the jury, the court shall inform the parties before closing arguments begin”

⁷⁰ Louisiana Code of evidence Article. 202. (Judicial notice of legal matters) E. “Question for court. The determination of the foregoing legal matters shall be made by the court.”

⁷¹ Florida Evidence code Article. 90.201 Matters which must be judicially noticed. “A court shall take judicial notice of:

(1) Decisional, constitutional, and public statutory law and resolutions of the Florida Legislature and the Congress of the United States.

(2) Florida rules of court that have statewide application, its own rules, and the rules of United States courts adopted by the United States Supreme Court.

รัฐธรรมนูญ, บทบัญญัติทางมหาชนและมติของสภานิติบัญญัติของมลรัฐฟลอริดาและสภาองเกรส, ข้อบังคับของศาลที่ใช้กันอย่างแพร่หลายในมลรัฐฟลอริดา, ข้อบังคับของศาลสหรัฐที่ตั้งขึ้นโดยศาลสูงสุดสหรัฐ รวมถึงระเบียบของศาลอุทธรณ์และสูงสุดสหรัฐ ประเภทที่สอง คือ ข้อที่ศาลอาจรู้ได้เอง⁷²

(3) Rules of court of the United States Supreme Court and of the United States Courts of Appeal.”

⁷² Florida Evidence code Article. 90.202 Matters which may be judicially noticed.—“A court may take judicial notice of the following matters, to the extent that they are not embraced within s.90.201:

(1) Special, local, and private acts and resolutions of the Congress of the United States and of the Florida Legislature.

(2) Decisional, constitutional, and public statutory law of every other state, territory, and jurisdiction of the United States.

(3) Contents of the Federal Register.

(4) Laws of foreign nations and of an organization of nations.

(5) Official actions of the legislative, executive, and judicial departments of the United States and of any state, territory, or jurisdiction of the United States.

(6) Records of any court of this state or of any court of record of the United States or of any state, territory, or jurisdiction of the United States.

(7) Rules of court of any court of this state or of any court of record of the United States or of any other state, territory, or jurisdiction of the United States.

(8) Provisions of all municipal and county charters and charter amendments of this state, provided they are available in printed copies or as certified copies.

(9) Rules promulgated by governmental agencies of this state which are published in the Florida Administrative Code or in bound written copies.

(Matters which may be judicially noticed) ประกอบด้วย บทบัญญัติพิเศษ, บทบัญญัติส่วนท้องถิ่น, หรือบทบัญญัติทางเอกชน, มติที่ตราขึ้นโดยสภาองเกรสหรือสภานิติบัญญัติของมลรัฐฟลอริดา, คำพิพากษาของทุกมลรัฐ, รัฐธรรมนูญของทุกมลรัฐ, บทบัญญัติทางมหาชนของทุกมลรัฐ, สารบัญญัติกฎหมายระดับสหรัฐ, กฎหมายของต่างประเทศ, กฎหมายขององค์กรระหว่างประเทศ, บันทึกรของศาลมลรัฐและศาลสหรัฐ, ระเบียบศาลมลรัฐและศาลสหรัฐ, กฎบัตรของเทศบาลและเค้าน์ตี รวมถึงเอกสารแก้ไขเพิ่มเติมกฎบัตรดังกล่าวที่ได้ประกาศใช้และตีพิมพ์โดยชอบแล้ว, ระเบียบข้อบังคับของหน่วยงานราชการต่างๆ ที่ได้ตีพิมพ์ในประมวลกฎหมายปกครองของมลรัฐ, เทศบัญญัติหรือข้อบังคับส่วนท้องถิ่นของมลรัฐฟลอริดาที่ใช้ประกาศใช้และตีพิมพ์โดยชอบแล้ว เป็นต้น โดยข้อที่ศาลอาจรู้ได้เองตาม Florida Evidence code Article. 90.202 นี้ศาลจะใช้ได้เมื่อมีคู่ความร้องขอเท่านั้น โดยคู่ความฝ่ายที่ร้องขอต้องเสนอข้อมูลเบื้องต้นที่เพียงพอต่อศาล เพื่อที่ศาลจะได้ปรับหลักข้อที่ศาลรู้เองในขั้นตอนต่อไปได้⁷³ และหากศาลปรับใช้หลักข้อที่ศาลรู้เองในปัญหาข้อเท็จจริง ศาลต้องแจ้งให้คณะลูกขุนทราบในระหว่างการพิจารณาด้วยว่าศาลได้ยอมรับข้อเท็จจริงใดบ้างเป็นข้อที่

(10) Duly enacted ordinances and resolutions of municipalities and counties located in Florida, provided such ordinances and resolutions are available in printed copies or as certified copies.”

⁷³ Florida Evidence code Article. 90.203 Compulsory judicial notice upon request.—“A court shall take judicial notice of any matter in s.90.202 when a party requests it and:

(1) Gives each adverse party timely written notice of the request, proof of which is filed with the court, to enable the adverse party to prepare to meet the request.

(2) Furnishes the court with sufficient information to enable it to take judicial notice of the matter.”

ศาลรู้ได้เอง⁷⁴ แต่หากเป็นกรณีที่ศาลปฏิเสธคำขอของคู่ความ ศาลต้องแจ้งให้คู่ความทราบโดยเร็วที่สุดและต้องระบุเหตุแห่งการปฏิเสธนั้นไว้ด้วย⁷⁵

3. มลรัฐเนวาดา (Nevada)

มลรัฐเนวาดาได้บัญญัติบทกฎหมายเรื่องข้อที่ศาลรู้เอง (Judicial notice) ไว้ในกฎหมายที่เรียกว่า “Nevada revised statutes” โดยบัญญัติไว้ใน Title 4 Chapter 47 Article 47.130 ถึง Article 47.170 แยกเป็นสองลักษณะใหญ่ๆ คือ ส่วนที่เป็นข้อเท็จจริง (Matter of fact) และ ส่วนที่เป็นข้อกฎหมาย (Matter of law) แต่ผู้เขียนจะขอกล่าวถึงบทบัญญัติเฉพาะส่วนที่เป็นข้อกฎหมาย (Matter of law) เท่านั้น ซึ่งบัญญัติไว้ให้ศาลต้องรู้ถึงข้อกฎหมายอันประกอบด้วย⁷⁶ รัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกาและสารบัญญัติกฎหมายระดับสหรัฐ, รัฐธรรมนูญของมลรัฐ

⁷⁴ Florida Evidence code Article. 90.206 Instructing jury on judicial notice.—“The court may instruct the jury during the trial to accept as a fact a matter judicially noticed.”

⁷⁵ Florida Evidence code Article. 90.205 Denial of a request for judicial notice.—“Upon request of counsel, when a court denies a request to take judicial notice of any matter, the court shall inform the parties at the earliest practicable time and shall indicate for the record that it has denied the request.”

⁷⁶ Nevada Revised Statutes Title 4—Article 47.140 Matters of law. “The laws subject to judicial notice are:

1. The Constitution and statutes of the United States, and the contents of the Federal Register.
2. The Constitution of this State and Nevada Revised Statutes.
3. Any other statute of this State if brought to the attention of the court by its title and the day of its passage.
4. A county, city or town code which has been filed as required by NRS 244.118, 268.014, 269.168 or the city charter and any city ordinance which has been filed or recorded as required by the applicable law.
5. The Nevada Administrative Code.
6. A regulation not included in the Nevada Administrative Code if adopted in accordance with law and brought to the attention of the court.

เนวาดาและประมวลรวมกฎหมายของมลรัฐเนวาดา, กฎหมายลายลักษณ์อักษรของมลรัฐอื่นเมื่อคู่ความได้เสนอข้อมูลเกี่ยวกับชื่อและวันที่ประกาศใช้กฎหมายดังกล่าวต่อศาลแล้ว, ประมวลกฎหมายในระดับท้องถิ่นที่ได้ประกาศใช้และรวบรวมไว้อย่างถูกต้องแล้ว, ประมวลกฎหมายปกครองของมลรัฐเนวาดา, กฎหรือระเบียบทางบริหารต่างๆ ที่ไม่ได้รวมอยู่ในประมวลกฎหมายปกครองของมลรัฐเนวาดา, กฎหมายองค์กรบัญญัติต่างๆ ที่มีฐานะเป็นกฎหมายทั่วไป, รัฐธรรมนูญหรือกฎหมายลายลักษณ์อักษรของมลรัฐอื่นๆ ที่ถูกรวบรวมไว้ในหนังสือหรือมีการตีพิมพ์โดยองค์กรที่น่าเชื่อถือหรือที่รู้เป็นอย่างดีอยู่แล้วในศาลของมลรัฐ ซึ่งการใช้ชื่อที่ศาลรู้เองในมลรัฐเนวาดาก็จะมีลักษณะคล้ายกับมลรัฐอื่นๆ ที่กล่าวมาแล้วข้างต้นคือศาลจะใช้หลักเรื่องชื่อที่ศาลรู้เองในทุกขั้นตอนของการพิจารณาคดี⁷⁷ หากศาลเห็นสมควร แต่หากเป็นกรณีที่คู่ความเป็นฝ่ายร้องขอคู่ความต้องเสนอข้อมูลเบื้องต้นที่จำเป็นเกี่ยวกับกฎหมายดังกล่าวต่อศาลด้วย⁷⁸

4. มลรัฐโอคลาโฮมา (Oklahoma)

มลรัฐโอคลาโฮมาได้บัญญัติบทกฎหมายเรื่องชื่อที่ศาลรู้เองศาล (Judicial notice) ไว้ในกฎหมายที่เรียกว่า “Oklahoma statutes” โดยบัญญัติไว้ใน Title 12 Article 2201 ถึง Article 2203 แยกออกเป็นสองลักษณะ ประกอบด้วย ข้อกฎหมายที่ศาลรู้ได้เอง

7. The population category and organization of a city incorporated pursuant to general law.

8. The constitution, statutes or other written law of any other state or territory of the United States, or of any foreign jurisdiction, as contained in a book or pamphlet published by its authority or proved to be commonly recognized in its courts.”

⁷⁷ Nevada Revised Statutes Title 4—Article 47.170 Time of taking notice. “Judicial notice may be taken at any stage of the proceeding prior to submission to the court or jury.”

⁷⁸ Nevada Revised Statutes Title 4—Article 47.150 “Discretionary and mandatory notice.

1. A judge or court may take judicial notice, whether requested or not.

2. A judge or court shall take judicial notice if requested by a party and supplied with the necessary information.”

(Judicial notice of law) และข้อเท็จจริงที่ศาลรู้ได้เอง (Judicial notice of adjudicative facts) โดยข้อกฎหมายที่ศาลรู้ได้เองของมลรัฐโอคลาโฮมานั้นแบ่งแยกย่อยออกเป็นสองลักษณะอีกเช่นกัน ลักษณะแรกคือข้อกฎหมายที่ศาลต้องรู้เอง (Judicial notice shall be taken by the court) ประกอบด้วย กฎหมายจารีตประเพณี รัฐธรรมนูญและบทบัญญัติทางมหาชน ที่บังคับใช้อยู่ในทุกมลรัฐของประเทศสหรัฐอเมริกา ลักษณะที่สองคือข้อกฎหมายที่ศาลอาจรู้เองได้⁷⁹ (Judicial notice may be taken by the court) ประกอบด้วย บทบัญญัติในทางเอกชน, มติของสภาองเกรสและสภานิติบัญญัติของมลรัฐโอคลาโฮมา, กฎ ระเบียบ ข้อบังคับของฝ่ายบริหารหรือองค์กรราชการต่างๆ ในระดับสหรัฐและมลรัฐโอคลาโฮมา และกฎหมายต่างประเทศ โดยการกำหนดหรือการตัดสินใจเกี่ยวกับเรื่องข้อกฎหมายที่ศาลต้องรู้เองนี้ถือเป็นอำนาจของผู้พิพากษาโดยเฉพาะไม่เกี่ยวข้องกับคณะลูกขุนแต่อย่างใด ส่วนหลักเกณฑ์ในเรื่องอื่นที่เกี่ยวข้องก็จะคล้ายคลึงกับกฎหมายของมลรัฐที่กล่าวมาแล้วข้างต้น

5. มลรัฐวิสคอนซิน (Wisconsin)

มลรัฐวิสคอนซินได้บัญญัติบทกฎหมายเรื่องข้อที่ศาลรู้เอง (Judicial notice) ไว้ในกฎหมายที่เรียกว่า “Wisconsin Statutes & Annotations” โดยบัญญัติไว้ใน Chapter 902 Article 1 ถึง Article 3 ซึ่งแบ่งแยกเรื่อง Judicial notice of adjudicative facts

⁷⁹ Oklahoma statutes Article 12-2201 “Judicial notice of law.

A. Judicial notice shall be taken by the court of the common law, constitutions and public statutes in force in every state, territory and jurisdiction of the United States.

B. Judicial notice may be taken by the court of:

1. Private acts and resolutions of the Congress of the United States and of the Legislature of this state, and duly enacted ordinances and duly published regulations of governmental subdivisions or agencies of this state or the United States; and

2. The laws of foreign countries.

C. The determination by judicial notice of the applicability and the tenor of any matter of common law, constitutional law or of any statute, private act, resolution, ordinance or regulation shall be a matter for the judge and not for the jury.”

ออกจาก Judicial notice of law อย่างชัดเจน โดยในส่วนของ Judicial notice of law นั้นก็มีการแบ่งแยกย่อยลงไปอีกเป็นส่วนของ Uniform judicial notice of foreign law Act และส่วนของ County and municipal ordinances; administrative rules of state and federal agencies ทำให้เห็นถึงลักษณะความแตกต่างของการปรับใช้หลักข้อที่ศาลรู้เองในกฎหมายระดับสหรัฐกฎหมายต่างประเทศ และกฎหมายของฝ่ายบริหารหรือกฎหมายลำดับรองต่างๆ อย่างชัดเจนขึ้น

สำหรับบัญญัติเกี่ยวกับ Uniform judicial notice of foreign law Act⁸⁰ นั้นเป็นบทบัญญัติที่กำหนดให้ศาลเป็นผู้ใช้หลักข้อที่ศาลรู้เองกับกฎหมายจารีตประเพณีและ

⁸⁰ Wisconsin Statutes & Annotations Article 90.202 “Uniform judicial notice of foreign law act

(1) Courts take notice. Every court of this state shall take judicial notice of the common law and statutes of every state, territory and other jurisdiction of the United States.

(2) Information of the court; The court may inform itself of such laws in such manner as it may deem proper, and the court may call upon counsel to aid it in obtaining such information.

(3) Determined by court; Ruling reviewable. The determination of such laws shall be made by the court and not by the jury, and shall be reviewable.

(4) Evidence of foreign law; Any party may also present to the trial court any admissible evidence of such laws, but, to enable a party to offer evidence of the law in another jurisdiction or to ask that judicial notice be taken thereof, reasonable notice shall be given to the adverse parties either in the pleadings or otherwise.

(5) Foreign country; The law of a jurisdiction other than those referred to in sub. (1) shall be an issue for the court, but shall not be subject to the foregoing provisions concerning judicial notice.

(6) Interpretation; This section shall be so interpreted as to make uniform the law of those states which enact it.

(7).Short title; This section may be cited as the Uniform Judicial Notice of Foreign Law Act.”

กฎหมายลายลักษณ์อักษรของทุกมลรัฐ หากศาลเห็นว่ามีความเหมาะสมศาลอาจตั้งที่ปรึกษาขึ้น เพื่อให้คำแนะนำเกี่ยวกับกฎหมายดังกล่าวต่อศาลก็ได้ ส่วนการรับรู้กฎหมายต่างประเทศนั้นคู่ความจะเป็นฝ่ายนำสืบถึงกฎหมายต่างประเทศดังกล่าวต่อศาล หรือจะแถลงขอให้ศาลรับเป็นเรื่องที่ศาลรู้ได้เองก็ได้

ส่วนบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับเรื่อง County and municipal ordinances; administrative rules of state and federal agencies⁸¹ นั้นเป็นบทบัญญัติที่ใช้บังคับกับศาลในมลรัฐวิสคอนซินทั้งหมด ทั้งในศาลชั้นต้น ศาลอุทธรณ์ และศาลสูงสุดของมลรัฐ ต้องใช้หลักข้อที่ศาลรู้เองในข้อกฎหมายเกี่ยวกับกฎ ระเบียบ ข้อบังคับ หรือเทศบัญญัติ ที่ใช้บังคับอยู่ในเขตอำนาจของศาล รวมถึงกฎหมายองค์กรบัญญัติต่างๆ ที่ได้ตีพิมพ์ลงในประมวลกฎหมายปกครองของมลรัฐวิสคอนซินแล้ว นอกจากนี้ศาลอาจใช้หลักข้อที่ศาลรู้เองกับกฎ ระเบียบ คำสั่ง หรือข้อบังคับขององค์กรในระดับสหรัฐได้ หากมีคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งร้องขอให้ศาลกระทำการดังกล่าว

ฉะนั้น เมื่อได้ศึกษาถึงระบบกฎหมาย วิธีพิจารณาคดี และบทบัญญัติของประเทศสหรัฐอเมริกาทั้งในระดับสหรัฐและในระดับมลรัฐมาแล้วข้างต้น ทำให้ทราบถึงบทบาทของศาลในประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นอย่างดีว่าแม้ประเทศสหรัฐอเมริกาจะใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์และใช้ระบบการพิจารณาคดีค่อนข้างไปทางระบบกล่าวหาเช่นเดียวกับประเทศอังกฤษ แต่ในประเทศสหรัฐอเมริกาก็กลับมีบทบัญญัติที่ให้อำนาจแก่ศาลในการควบคุมการพิจารณาคดีและแสวงหาความจริงในคดีที่หลากหลายกว่าในประเทศอังกฤษ โดยเฉพาะอย่างยิ่งหลักเรื่องข้อที่ศาลรู้เอง (Judicial notice) ของประเทศสหรัฐอเมริกา ที่มีการพัฒนาจนเป็นกฎเกณฑ์ที่ชัดเจนกว่าประเทศ

⁸¹ Wisconsin Statutes & Annotations Article 90.203 “County and municipal ordinances; administrative rules of state and federal agencies.

(1) The courts of this state, including the court of appeals and the supreme court, shall take judicial notice of:

(a) County and municipal ordinances in those counties in which the particular court has jurisdiction; and

(b) All rules of state agencies which have been published in the Wisconsin administrative code or register and all orders of such agencies.

(2) The courts of this state, including the court of appeals and the supreme court, may take judicial notice, if requested by a party and supplied with the necessary information, of all rules and orders of federal agencies.”

อังกฤษค่อนข้างมาก ด้วยบทบัญญัติดังกล่าวเป็นบทบัญญัติที่ช่วยส่งเสริมให้เกิดความรวดเร็วในการพิจารณาคดี ช่วยลดค่าใช้จ่ายของคู่ความ สร้างเอกภาพในระบบการพิจารณาคดี และเพิ่มบทบาทให้ศาลสามารถควบคุมการพิจารณาได้มากขึ้น ผู้เขียนเห็นว่าหากนำบทบัญญัติดังกล่าวมาปรับใช้ให้เหมาะสมกับกระบวนการยุติธรรมไทยย่อมก่อให้เกิดประโยชน์เป็นอย่างมาก

ส่วนการศึกษาหลักกฎหมายของประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายซีวิลลอว์นั้น แม้จะใช้ระบบการพิจารณาคดีที่แตกต่างไปจากประเทศไทยแต่ก็มีประเด็นน่าสนใจจำนวนไม่น้อยให้ศึกษาเปรียบเทียบ ดังที่ผู้เขียนจะขอกล่าวไว้ในหัวข้อต่อไป

3.2 ประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายซีวิลลอว์

ระบบกฎหมายซีวิลลอว์หรือที่เรียกว่า “ระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร” เป็นระบบที่ได้รับการพัฒนามาจากกฎหมายโรมัน ที่นำหลักกฎหมายทั่วไปไปให้เหตุผลและปรุงแต่งจนกลายเป็นกฎเกณฑ์เฉพาะเรื่อง⁸² กฎหมายลายลักษณ์อักษรจึงกลายเป็นบ่อเกิดของกฎหมายที่สำคัญที่สุดของระบบกฎหมายซีวิลลอว์ หากเกิดกรณีพิพาทขึ้นนักกฎหมายซีวิลลอว์จะต้องวิเคราะห์ข้อเท็จจริงในคดีเพื่อค้นหาประเด็นพิพาท จากนั้นจึงปรับบทกฎหมายเข้ากับข้อเท็จจริงด้วยวิธีการตีความกฎหมาย (Interpretation)⁸³ ระบบกฎหมายซีวิลลอว์ใช้กันอย่างแพร่หลายในกลุ่มประเทศภาคพื้นยุโรป เช่น ฝรั่งเศส เยอรมัน อิตาลี และประเทศในทวีปเอเชีย เช่น ญี่ปุ่น เกาหลี และไทย แต่ในที่นี้ผู้เขียนขอทำการศึกษาแต่เพียงสองประเทศสำคัญ คือ ประเทศฝรั่งเศสและประเทศเยอรมันเท่านั้น เนื่องจากทั้งสองประเทศดังกล่าวมีการพัฒนาระบบกฎหมายรวมถึงนิติวิธีต่างๆ จนเป็นระเบียบแบบแผนที่สามารถใช้เป็นต้นแบบให้ประเทศต่างๆ นำไปศึกษาและพัฒนาปรับใช้เป็นกฎหมายภายในของตนได้

3.2.1 บทบาทของศาลในประเทศฝรั่งเศส

ประเทศฝรั่งเศสเป็นประเทศที่มีการปกครองในระบอบสาธารณรัฐ มีรูปแบบการปกครองแบบรัฐเดี่ยว (Unitary state) แบ่งการปกครองออกเป็นสามระดับ คือ การบริหารราชการส่วนกลาง การบริหารราชการส่วนภูมิภาค และการบริหารราชการส่วนท้องถิ่น มี

⁸² กิตติศักดิ์ ปรกติ, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 1*, น.21

⁸³ กิตติศักดิ์ ปรกติ, *เพ็งอ้าง*, น.32

ประธานาธิบดีเป็นประมุขสูงสุดของประเทศบริหารราชการแผ่นดินร่วมกับนายกรัฐมนตรีที่มีฐานะเป็นหัวหน้าคณะรัฐมนตรี ประเทศฝรั่งเศสใช้ระบบกฎหมายซีวิลลอว์และเป็นประเทศต้นแบบในการจัดทำประมวลกฎหมายขึ้นใช้บังคับ เริ่มจากในสมัยของพระเจ้านโปเลียนที่ได้มีการจัดตั้งคณะกรรมการร่างประมวลกฎหมายสำคัญขึ้น 5 ฉบับ ประกอบด้วยประมวลกฎหมายแพ่งประมวลกฎหมายพาณิชย์ ประมวลกฎหมายอาญา ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง และประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ภายหลังจากที่ประเทศฝรั่งเศสได้ประกาศใช้กฎหมายทั้งห้าฉบับดังกล่าวแล้ว การใช้กฎหมายของประเทศก็มีความเป็นเอกภาพและเป็นรูปแบบเดียวกัน ส่งผลให้การจัดทำประมวลกฎหมายแพร่หลายไปทั่วทวีปยุโรปในเวลาต่อมา

ปัจจุบันกฎหมายบัญญัติหรือกฎหมายลายลักษณ์อักษรต่างๆ ของประเทศฝรั่งเศสถือเป็นแหล่งที่มาของกฎหมายที่มีความสำคัญมากที่สุด อันประกอบด้วย⁸⁴

1. รัฐธรรมนูญ (Constitution)

รัฐธรรมนูญถือเป็นกฎหมายสำคัญในลำดับแรกๆ ที่ให้อำนาจแก่องค์กรต่างๆ ในการตรากฎหมายขึ้นใช้บังคับ ซึ่งรัฐธรรมนูญของประเทศฝรั่งเศสมีวัตถุประสงค์สามประการด้วยกัน ประการแรกเพื่อจัดโครงสร้างการบริหารราชการของประเทศ ประการที่สองเพื่อบัญญัติหลักการเบื้องต้นเกี่ยวกับเศรษฐกิจและการจัดการองค์กรของรัฐ และประการที่สามเพื่อบัญญัติหลักการเบื้องต้นเกี่ยวกับสิทธิของประชาชน⁸⁵ รัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันของฝรั่งเศสคือรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐที่ห้า ลงวันที่ 4 ตุลาคม ค.ศ.1958 แม้ในรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันของฝรั่งเศสจะไม่ได้บัญญัติเรื่องสิทธิและเสรีภาพของประชาชนไว้ แต่ได้อารัมภบท (Preamble) ถึงเอกสารทางการเมืองเกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพที่สำคัญสองชิ้น คือ คำประกาศสิทธิมนุษยชนและพลเมือง (Déclaration des droits de l'homme et du citoyen) และอารัมภบทของรัฐธรรมนูญฉบับปี ค.ศ.1946 จึงถือว่าเอกสารสำคัญสองชิ้นดังกล่าวเป็นส่วนหนึ่งของรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน นอกจากนี้ในปี ค.ศ.2005 ได้มีการแก้ไขรัฐธรรมนูญโดยเพิ่มเรื่องบทบัญญัติเรื่องการคุ้มครองและรักษาสิ่งแวดล้อมตามกฎบัตรว่าด้วยสิ่งแวดล้อม ค.ศ.2004 เพื่อให้สอดคล้องกับกฎเกณฑ์ของสหภาพยุโรปด้วย⁸⁶

⁸⁴ Eva Steiner, French legal method, (United State : Oxford university press Inc., 2002), pp.6-13

⁸⁵ Christian Dadomo and Susan Farran, The French legal system, Second edition, (London : Sweet & Maxwell, 1996), pp.29-30

⁸⁶ นันทวัฒน์ บรมานันท์, หลักการพื้นฐานกฎหมายปกครองฝรั่งเศส, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2551), น.69-73

2. สนธิสัญญา (Treaties)

ลำดับศักดิ์ของสนธิสัญญาระหว่างประเทศนั้นถูกบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศสในมาตรา 54 และมาตรา 55 ให้มีสถานะต่ำกว่ารัฐธรรมนูญแต่ให้มีสถานะสูงกว่ารัฐบัญญัติ จึงไม่อาจทำสนธิสัญญาให้ขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญได้ และไม่อาจตรารัฐบัญญัติให้ขัดหรือแย้งต่อสนธิสัญญาได้เช่นกัน⁸⁷ ดังที่ปรากฏในคดี *Syndicat Général des Fabricants de Semoules de France* (1968), D. 1968, 285 และคดี *Administration des Douanes v Société Cafés Jacques Vabre* (1975), D. 1975, 497⁸⁸ เป็นต้น สำหรับประเทศฝรั่งเศสนั้น สนธิสัญญาระหว่างประเทศต่างๆ จะถือเป็นกฎหมายภายในอัตโนมัติเมื่อได้ให้สัตยาบันหรือได้รับความเห็นชอบและได้ประกาศใช้บังคับแล้ว⁸⁹

3. รัฐบัญญัติ (Lois หรือ Parliamentary statutes)

หมายถึงกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่ตราขึ้นโดยรัฐสภาในเรื่องที่สำคัญตามที่รัฐธรรมนูญได้กำหนดไว้ หากเป็นการตรารัฐบัญญัตินอกเหนือไปจากเรื่องที่รัฐธรรมนูญกำหนดแล้ว รัฐบาลสามารถที่จะตรารัฐกฤษฎีกาออกมายกเลิก เพิกถอน หรือแก้ไขเปลี่ยนแปลงรัฐบัญญัติฉบับดังกล่าวได้⁹⁰ โดยรัฐบัญญัติในประเทศฝรั่งเศสนั้นสามารถแยกย่อยออกได้เป็นหลายรูปแบบ⁹¹ คือ *lois organiques*⁹², *lois référendaires*⁹³, *ordonnances*⁹⁴ และ *lois ordinaires*⁹⁵

⁸⁷ นันทวัฒน์ บรมานันท์, *เพ็ญอ้าง*, น.81

⁸⁸ Eva Steiner, *supra note 84*, p.9-10

⁸⁹ Christian Dadomo and Susan Farran, *supra note 85*, p.34-35

⁹⁰ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, *เอกสารการสอนชุดวิชา ระบบกฎหมายไทยและต่างประเทศ 41402 หน่วยที่ 1-7 ฉบับปรับปรุง*, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช, 2544), น.120

⁹¹ Eva Steiner, *supra note 84*, pp.10-12

⁹² *lois organiques* หมายถึง รัฐบัญญัติที่ออกตามรัฐธรรมนูญโดยเกี่ยวข้องกับ การบริหารจัดการองค์กรของรัฐ เช่น รัฐบัญญัติเกี่ยวกับสถานะของผู้พิพากษา (*status of judge*) รัฐบัญญัติเกี่ยวกับการเลือกตั้งประธานาธิบดี (*presidential elections*) เป็นต้น

⁹³ *lois référendaires* หมายถึง รัฐบัญญัติที่ต้องผ่านการลงประชามติจากประชาชน เป็นรัฐบัญญัติที่ตราขึ้นโดยคำแนะนำของรัฐบาลในเรื่องที่เกี่ยวกับการจัดการองค์กรของภาครัฐนโยบายของรัฐเกี่ยวกับสังคมและเศรษฐกิจ หรือการให้สัตยาบันสนธิสัญญาที่ต้องมีการลงประชามติ เป็นต้น

4. กฎหมายของฝ่ายบริหาร (Règlement หรือ Government regulations)

เป็นกฎหมายของฝ่ายบริหารที่ตราขึ้นตามที่รัฐธรรมนูญหรือรัฐบัญญัติได้อำนาจไว้ แบ่งออกได้เป็นสองประเภท⁹⁶ ประเภทแรก คือ *rèlements autonome* ซึ่งหมายถึงกฎหมายบริหารบัญญัติที่ออกโดยรัฐมนตรี หน่วยงานของรัฐ หรือองค์กรปกครองท้องถิ่นต่างๆ ซึ่งตราขึ้นในรูปแบบของ “*décrets*” หมายถึง กฎหมายที่ตราขึ้นโดยประธานาธิบดีหรือนายกรัฐมนตรีที่อาศัยอำนาจตามรัฐธรรมนูญหรือรัฐบัญญัติ หรือ “*arrêtés*” หมายถึง กฎหมายที่ตราขึ้นโดยรัฐมนตรีผู้ว่าราชการ นายอำเภอ นายกเทศมนตรี หรือผู้ที่ใช้อำนาจทางบริหารอื่นๆ ส่วนกฎหมายของฝ่ายบริหาร ประเภทที่สอง คือ *rèlements d’application* มักจะอยู่ในรูปของ “*décrets*” ที่ตราขึ้นโดยประธานาธิบดีหรือนายกรัฐมนตรีเพื่อให้สอดคล้องกับรัฐบัญญัติที่ออกโดยรัฐสภา โดยมีวัตถุประสงค์ในการกำหนดรายละเอียดหรือกฎเกณฑ์ที่จำเป็นในการบังคับใช้รัฐบัญญัตินั้นเอง

ส่วนระบบศาลของประเทศฝรั่งเศสเป็นระบบศาลคู่ คือมีการจัดตั้งมีศาลยุติธรรมและศาลปกครองแยกออกจากกัน โดยศาลยุติธรรมนั้นมีทั้งศาลที่พิจารณาคดีแพ่ง คดีอาญา และคดีชำนาญพิเศษอื่นๆ ด้วย เช่น ศาลพาณิชย์ (Tribunal des commerce) ศาลแรงงาน (Conseil des prud homes) ศาลเด็กและเยาวชน (Tribunal des enfants) โดยศาลยุติธรรมของฝรั่งเศสแบ่งออกเป็นสามลำดับชั้นศาล คือ ศาลชั้นต้น ศาลอุทธรณ์ และศาลฎีกา เช่นเดียวกับในหลายๆ ประเทศ

ศาลชั้นต้น (First instance court)⁹⁷ จะพิจารณาคดีแพ่งและคดีอาญารวมกันในศาลเดียวและใช้ผู้พิพากษาชุดเดียวกัน แบ่งได้เป็นศาล Tribunal d’Instance เป็นอำนาจของผู้พิพากษาคนเดียวที่จะขึ้นพิจารณาคดี จัดตั้งขึ้นประมาณ 475 ศาล ซึ่งตั้งอยู่ตามจังหวัด (Département) อำเภอ (Arrondissement) หรือสภาจังหวัด (Cantons) ที่สำคัญต่างๆ รับพิจารณาคดีแพ่งเล็กๆ น้อยๆ ที่มีทุนทรัพย์ไม่เกิน 10,000 ยูโร หรือเทียบได้กับศาลแขวงของประเทศไทย

⁹⁴ Ordonnances หมายถึง กฎหมายในระดับรัฐบัญญัติที่ออกโดยฝ่ายบริหารตามที่รัฐสภาได้มอบอำนาจให้ฝ่ายบริหารออกกฎหมายได้เป็นการเฉพาะเรื่องเมื่อมีเหตุจำเป็นฉุกเฉิน ซึ่งกฎหมายประเภทนี้จะมีระยะเวลาบังคับใช้อย่างจำกัด

⁹⁵ lois ordinaires หมายถึง รัฐบัญญัติทั่วไปที่รัฐสภาตราขึ้นตามวิธีการตามปกติโดยอาศัยอำนาจตามที่รัฐธรรมนูญได้กำหนดไว้

⁹⁶ Eva Steiner, *supra note 84*, pp.12-13

⁹⁷ John Bell, Sophie Boyron and Simon Whittaker, Principle of French law, Second edition, (United states : Oxford university press, 2008), p.45

นั่นเอง ส่วนศาลชั้นต้นที่มีอำนาจพิจารณาคดีแพ่งในลำดับถัดมา คือ ศาล Tribunal de grande Instance พิจารณาคดีแพ่งที่มีความสำคัญ เช่น คดีที่มีทุนทรัพย์เกินกว่า 10,000 ยูโรขึ้นไป ตั้งประจำอยู่ตามจังหวัด (Département) ต่างๆ ที่มีความสำคัญ จัดตั้งขึ้นประมาณ 181 ศาล ผู้พิพากษาพิจารณาคดีเป็นองค์คณะ และปัจจุบันที่มีการจัดตั้งแผนกพิเศษขึ้นภายในศาล เช่น แผนกคดีครอบครัว ซึ่งพิจารณาคดีเกี่ยวกับการสมรส การหย่า การรับรองบุตร เป็นต้น

ศาลอุทธรณ์ (Cour d'appel)⁹⁸ เป็นศาลที่พิจารณาอุทธรณ์ทั้งในคดีแพ่งและในคดีอาญาเว้นแต่จะเป็นคดีที่อยู่ภายใต้อำนาจเฉพาะของศาล Chambre d'accusation และศาล Cour d'assises ศาลอุทธรณ์จะแบ่งออกเป็นองค์คณะต่างๆ เช่น องค์คณะคดีแพ่ง (Civil chamber) องค์คณะคดีสังคม (Social chamber) องค์คณะคดีอาญา (Criminal chamber) องค์คณะคดีเด็กและเยาวชน (Juvenile chamber) โดยรับพิจารณาทั้งข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายเน้นการพิจารณาคดีโดยใช้เอกสารและพยานหลักฐานจากศาลล่างเป็นสำคัญ แต่อาจสั่งให้สอบสวนหรือสืบพยานเพิ่มเติมได้หากเห็นว่าเป็นกรณีที่น่าเป็น ปัจจุบันได้มีการจัดตั้งศาลอุทธรณ์แล้วประมาณ 35 ศาล

ศาลฎีกา (Cour de cassation) มีเพียงศาลเดียวตั้งอยู่ในกรุงปารีส แบ่งเป็นหกองค์คณะ (chamber) คือ⁹⁹ องค์คณะคดีแพ่ง (covering delict) องค์คณะคดีอสังหาริมทรัพย์ (covering contract) องค์คณะคดีครอบครัว (covering family matters) องค์คณะคดีพาณิชย์และการเงิน (covering commercial matters) องค์คณะคดีสังคม (covering social matters : labour and social security law) และองค์คณะคดีอาญา (dealing with criminal law) โดยศาลฎีกามีอำนาจพิจารณาเฉพาะในปัญหาข้อกฎหมายเท่านั้น หากเป็นกรณีข้อเท็จจริงใดได้มาโดยมิชอบแล้วศาลฎีกาจะพิพากษายกและให้ศาลล่างหาข้อเท็จจริงใหม่ให้ถูกต้อง และหากการพิจารณาคดีใดเกิดปัญหาขึ้นหรือผลของคำพิพากษาอาจกระทบต่อแนวคำพิพากษาเดิมที่เคยตัดสินมาแล้ว จะมีการเรียกประชุมใหญ่ของศาลฎีกา (Assemblée plénière) เพื่อประชุมตัดสินและวางหลักกฎหมายให้เกิดความชัดเจน¹⁰⁰

3.1.1.2 ระบบวิธีพิจารณาคดีแพ่ง

ประเทศฝรั่งเศสมีวิธีพิจารณาคดีค่อนข้างไปทางระบบไต่สวน (Inquisitorial system) เน้นการพิจารณาคดีด้วยเอกสารเป็นสำคัญ หากพยานเอกสารไม่เพียงพอที่จะทำให้ศาลแน่ใจในข้อเท็จจริงใดศาลจึงจะสั่งให้สืบพยานบุคคลหรือพยานผู้เชี่ยวชาญประกอบข้อเท็จจริงนั้น

⁹⁸ John Bell, Sophie Boyron and Simon Whittaker, *Ibid*, pp.45-46

⁹⁹ John Bell, Sophie Boyron and Simon Whittaker, *Ibid*, pp.46-47

¹⁰⁰ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 90*, น.120

ส่วนกฎหมายสำคัญที่กำหนดทิศทางและรูปแบบการพิจารณาคดีคดีแพ่งและคดีพาณิชย์ของประเทศฝรั่งเศส ได้แก่ Code de procédure civile (Code of civil procedure) ซึ่งโดยหลักแล้วการพิจารณาคดีแพ่งของประเทศฝรั่งเศสวินิจฉัยคดีโดยอาศัยพยานหลักฐานที่คู่ความนำเสนอ¹⁰¹ คู่ความจึงมีหน้าที่ในการกล่าวอ้างข้อเท็จจริงและนำพยานหลักฐานมาพิสูจน์ข้อกล่าวอ้างของตนต่อศาล เป็นไปตามหลักภาษิตกฎหมายลาตินว่า “Actor incumbit probatio” ดังนั้นแม้ศาลฝรั่งเศสจะมีอำนาจในการแสวงหาความจริงในคดีด้วยตนเอง แต่ก็ไม่ใช่เป็นการปลดเปลื้องภาระหน้าที่ของคู่ความในการที่จะต้องนำพยานหลักฐานมาสืบพิสูจน์ข้อเท็จจริงตามที่ตนกล่าวอ้างแต่อย่างใด¹⁰²

การดำเนินคดีแพ่งของฝรั่งเศสจะเริ่มต้นด้วยการขอหมาย (Assignment) ของโจทก์เพื่อให้เจ้าหน้าที่ศาลส่งไปยังจำเลย โดยจำเลยต้องตอบกลับไปยังโจทก์และเจ้าหน้าที่ศาลภายใน 15 วันนับแต่วันที่จำเลยได้รับหมาย แล้วจึงกำหนดวันนัดพิจารณาคดีต่อไป หากจำเลยไม่ตอบกลับภายในกำหนดศาลก็อาจกำหนดวันนัดพิจารณาคดีไปโดยจำเลยขาดนัดได้ จากนั้นจึงเข้าสู่กระบวนการพิจารณาของศาลในชั้นรวบรวมข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายของคดี โดยในชั้นนี้นั้นศาลจะเป็นผู้กำหนดขั้นตอนและระยะเวลาต่างๆ เพื่อให้คู่ความดำเนินการตามที่กำหนด เช่น การยื่นคำฟ้อง การยื่นคำให้การ การฟ้องแย้ง การยื่นคำให้การแก้ฟ้องแย้ง เมื่อดำเนินการดังกล่าวเรียบร้อยศาลก็จะดำเนินการสืบพยาน โดยศาลมีอำนาจในการค้นหาหรือเรียกพยานหลักฐานเข้าสู่สำนวนได้ด้วยตนเอง ศาลจึงมีอำนาจเป็นอย่างมากในการกำหนดวิธีการสืบพยานหรือค้นหาพยานหลักฐานในคดี เช่น ศาลมีอำนาจสั่งให้ตัวความมาศาลเพื่อสอบถาม การตั้งและสืบพยานผู้เชี่ยวชาญ เรียกพยานเอกสารหรือพยานวัตถุต่างๆ และหลังจากที่ศาลทำการไต่สวนและรวบรวมพยานหลักฐานอย่างเพียงพอแล้วศาลจะสั่งปิดการไต่สวนเพื่อทำการสืบพยานบุคคลด้วยวาจาต่อไป โดยขั้นตอนในการสืบพยานบุคคลด้วยวาจานี้เป็นอำนาจเด็ดขาดของศาลในการซักถามพยานในประเด็นต่างๆ และห้ามคู่ความหรือทนายความพูดแทรกในระหว่างการถามพยานของศาลโดยเด็ดขาด หากฝ่าฝืนศาลมีอำนาจสั่งให้บุคคลที่ฝ่าฝืนออกจากการพิจารณาได้ เมื่อศาลถามพยานเสร็จแล้วจึงอาจใช้ดุลพินิจอนุญาตให้คู่ความอีกฝ่ายเสนอคำถามเพิ่มเติมต่อศาลได้ นอกจากนี้ศาลยังมีอำนาจในการซักถามพยานในข้อเท็จจริงอื่นนอกเหนือจากที่ศาลได้กำหนดประเด็นพิพาทไว้ หรือรับฟังพยานบุคคลอื่นนอกจากพยานที่กำหนดไว้

¹⁰¹ French Code of Civil procedure Article 9 “Each party must prove, according to the law, the facts necessary for the success of his claim.”

¹⁰² วรรณชัย บุญบำรุง, ธนกฤต วรรณชชากุล, สิริพันธ์ พลรบ, หลักและทฤษฎีกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง เล่ม 2, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2554), น.137

ก็ได้ และเมื่อดำเนินการสืบพยานบุคคลเสร็จสิ้นแล้วศาลต้องจัดทำรายงานการสืบพยาน แล้วจึงเข้าสู่ขั้นตอนการทำคำพิพากษาในคดีดังกล่าวต่อไป¹⁰³

3.2.1.2 ระบบการค้นหาคำความจริง

เนื่องจากประเทศฝรั่งเศสเป็นประเทศที่ใช้ระบบการพิจารณาคดีค่อนไปทางระบบไต่สวน (Inquisitorial system) ผู้พิพากษาจึงเข้ามามีบทบาทเป็นอย่างมากในการรวบรวมพยานหลักฐาน การค้นหาข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายในคดี และการสืบพยาน โดยปัจจุบันมีการตั้งผู้พิพากษาผู้เตรียมความพร้อมของคดี (Le juge de la mise en état) ขึ้นเพื่อรวบรวมรวบรวมข้อมูลและรายละเอียดของเอกสารในคดีให้ครบถ้วนก่อนเข้าสู่การพิจารณาพิพากษาของศาล ซึ่งการรวบรวมพยานหลักฐานในขั้นนี้ผู้พิพากษาผู้เตรียมความพร้อมของคดีมีอำนาจเรียกทนายความของคู่ความมาสอบถามหรือชี้แจงเกี่ยวกับข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมายในคดีได้¹⁰⁴ ส่วนมาตรการแสวงหาข้อเท็จจริงในระหว่างการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลนั้น ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของฝรั่งเศสได้บัญญัติให้อำนาจแก่ผู้พิพากษาไว้ในมาตรา 10¹⁰⁵ ว่า “ผู้พิพากษามีอำนาจที่จะสั่งมาตรการแสวงหาข้อเท็จจริงใดก็ได้ที่ชอบด้วยกฎหมาย” และในมาตรา 143¹⁰⁶ ว่า “ข้อเท็จจริงที่มีความสำคัญต่อการชี้ขาดตัดสินคดี อาจได้รับการดำเนินการตามมาตรการแสวงหาข้อเท็จจริงทุกประการที่ชอบด้วยกฎหมาย เมื่อมีการร้องขอจากคู่ความหรือเมื่อศาลเห็นชอบ”

ประเภทของมาตรการแสวงหาข้อเท็จจริงตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของฝรั่งเศสแบ่งได้เป็น 4 ประเภท¹⁰⁷ ประเภทแรก คือ การตรวจสอบข้อเท็จจริง

¹⁰³ วรรณชัย บุญบำรุง, “การสืบพยานบุคคลตามกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งฝรั่งเศส : ตัวอย่างของกระบวนการพิจารณาคดีค่อนไปทางแบบไต่สวน,” อุลพาท, เล่มที่ 1, ปีที่ 47, น.2-5 (มกราคม – เมษายน 2543)

¹⁰⁴ ธนกฤต วรรณชชากุล, “มาตรการแสวงหาข้อเท็จจริงในคดีแพ่ง : มองเทศแล้วย้อนมองไทย,” วารสารอัยการ, ปีที่ 23, ฉบับที่ 256, น.111 (กรกฎาคม – กันยายน 2553)

¹⁰⁵ French Code of Civil procedure Article 10 “The judge has the authority to order sua sponte any legally appropriate investigation measures”

¹⁰⁶ French Code of Civil procedure Article 143 “The factual circumstances upon which the resolution of the dispute depends, may, at the request of the parties or sua sponte, be subjected to any legally permissible preparatory inquiry.”

¹⁰⁷ ธนกฤต วรรณชชากุล, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 104, น.115-124

ด้วยตนเองของผู้พิพากษา (Les verifications personnelles du judge) ซึ่งผู้พิพากษาสามารถตรวจสอบข้อเท็จจริงในคดีได้ด้วยตนเอง อาจจะใช้วิธีสังเกตการณ์ การวิเคราะห์ การประเมิน หรือ อาจจะไปออกเดินเผชิญสื่อบังสถานที่ต่างๆ เองก็ได้แต่ทั้งนี้ต้องมีคู่ความอยู่ร่วมในขั้นตอนการตรวจสอบข้อเท็จจริงนั้นด้วย¹⁰⁸ แต่หากเป็นเรื่องที่ต้องอาศัยความรู้ความเชี่ยวชาญเฉพาะด้าน ผู้พิพากษาก็สามารถตั้งผู้ชำนาญการเพื่อช่วยเหลือและให้คำแนะนำแก่ผู้พิพากษาได้ โดยมักจะเป็นการให้คำแนะนำด้วยวาจาไม่ใช่ในฐานะเป็นผู้ตรวจสอบข้อเท็จจริงนั้นๆ เสียเอง¹⁰⁹ ประเภทที่สอง คือ การให้คู่ความมาเบิกความที่ศาลด้วยตนเอง (La comparution personnelle des parties) ผู้พิพากษาสามารถสั่งให้คู่ความทุกฝ่ายหรือฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมาศาลด้วยตนเองได้ในทุกกรณี¹¹⁰ เพื่อให้ศาลมีโอกาสได้ฟังคู่ความเบิกความด้วยตนเอง โดยศาลจะเป็นผู้ซักถามคู่ความต่อหน้าคู่ความอีกฝ่ายหนึ่ง เว้นแต่มีเหตุจำเป็นศาลอาจแยกกันซักถามคู่ความได้¹¹¹ โดยคู่ความอีกฝ่ายหนึ่งสามารถตั้งคำถามให้

¹⁰⁸ French Code of Civil procedure Article 179 “The judge may, in order to check them himself, in any matter, take a personal understanding of the litigious facts and the parties present or summoned.

He will undertake his own findings, evaluations, appraisals or reconstitutions that he considers necessary, by being present, if need be, on the spot.”

¹⁰⁹ French Code of Civil procedure Article 181 “The judge may, during the process of verification, at trial or at any other venue, be assisted by an expert, or hear the parties or such other person whose testimony is useful to establishing the truth.”

¹¹⁰ French Code of Civil procedure Article 184 “A judge may, in any matter, order the parties, or one of them, to appear in person”

¹¹¹ French Code of Civil procedure Article 189 “The parties will be examined in each other's presence unless the circumstances require that they be examined separately. They must be confronted where one of the parties so requests.

Where the appearance of one party only has been ordered, such party will be examined in the presence of the other party, unless the circumstances require that he be examined immediately or without the other party's presence,

อีกฝ่ายหนึ่งตอบได้หากผู้พิพากษาอนุญาต แต่การถามต้องถามผ่านผู้พิพากษาเท่านั้น¹¹² ประเภทที่สาม คือ การให้บุคคลภายนอกมาเบิกความในคดี (Les déclarations des tiers) ถือเป็นวิธีการที่มีประโยชน์อย่างมากต่อผู้พิพากษาเพราะผู้พิพากษาจะสามารถสอบถามและทำความเข้าใจข้อเท็จจริงในประเด็นพิพาทของคดีจากบุคคลภายนอกผู้มีความรู้ความชำนาญในเรื่องดังกล่าวเป็นการส่วนตัว โดยอาจใช้วิธีการทำความเข้าใจความเป็นหนังสือหรือมาเบิกความด้วยวาจาต่อศาลก็ได้¹¹³ และบุคคลภายนอกดังกล่าวสามารถเล่าเรื่องที่ตนรับทราบเกี่ยวกับข้อเท็จจริงที่พิพาทนั้นได้ จึงไม่อาจนำหลักเรื่องการห้ามรับฟังพยานคำร่ำลือ (La preuve par commune renommée) มาใช้กับกรณีนี้ได้ ประเภทที่สี่ คือ การให้มีผู้ชำนาญการดำเนินมาตรการแสวงหาข้อเท็จจริง (les mesure d'instruction exécutés par un technicien) ก่อนจะทำการพิพากษาคดีผู้พิพากษาจำต้องทราบข้อเท็จจริงที่เกี่ยวข้องกับคดีอย่างละเอียด ข้อเท็จจริงที่เป็นปัญหาทางเทคนิคที่ต้องอาศัยความรู้ความชำนาญเฉพาะทางย่อมอยู่นอกเหนือความสามารถของผู้พิพากษาที่จะทำความเข้าใจได้อย่างลึกซึ้ง ผู้พิพากษาจึงอาจตั้งบุคคลที่ตนเห็นว่ามีความเหมาะสมเพื่อทำการตรวจสอบข้อเท็จจริง ให้คำปรึกษาหรือจัดทำรายงานเสนอความเห็นแก่ตนในข้อเท็จจริงดังกล่าวได้¹¹⁴ ผู้มีความเชี่ยวชาญดังกล่าวจึงอยู่ในฐานะของผู้ปฏิบัติหน้าที่ในศาลหรือผู้ช่วยศาลนั่นเอง และต้องอยู่ภายใต้การควบคุมของผู้พิพากษา

subject to the absent party's right to be immediately informed of the statements made by the party so heard.

The absence of a party will not prevent the hearing of the other.”

¹¹² French Code of Civil procedure Article 193 “The judge will put, where it seems necessary to him, the questions which the parties submit to him after the examination.”

¹¹³ French Code of Civil procedure Article 199 “Where testimonial evidence is admissible, the judge will receive from third parties statements that will clarify the disputed facts about which they have personal knowledge. These statements will be made in writing or brought by means of an inquiry, depending on whether they are written or oral.”

¹¹⁴ French Code of Civil procedure Article 232 “The judge may commission any person of his choice to set him straight in the form of findings, consultation or an expertise on a question of fact that requires the insight of an expert.”

โดยผู้พิพากษาสามารถเพิ่มหรือจำกัดอำนาจหน้าที่ กำหนดระยะเวลาของผู้เชี่ยวชาญได้ รวมถึงสามารถเรียกผู้เชี่ยวชาญมาอธิบาย ชี้แจง ตรวจสอบและรายงานผลการดำเนินการของตนได้

3.2.1.3 ข้อที่ศาลรู้เอง

สำหรับประเทศซึ่งผู้พิพากษาเข้ามามีบทบาทอย่างมากในการไต่สวนและค้นคว้าหาความจริงในคดีนั้น ย่อมเป็นที่แน่นอนว่าศาลสามารถทราบถึงกฎหมายของฝรั่งเศสได้ด้วยตนเอง¹¹⁵ สอดคล้องตามหลักกฎหมายลาตินว่า “Jura novit curia” หรือ “ศาลเป็นผู้รู้กฎหมาย” ซึ่งมีอิทธิพลและใช้บังคับกันอย่างแพร่หลายในประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายซีวิลลอว์ ประกอบกับประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งฝรั่งเศสที่ได้บัญญัติเกี่ยวกับเรื่องดังกล่าวไว้ในมาตรา 12 วรรคหนึ่งและวรรคสองว่า ศาลจะต้องตัดสินคดีตามหลักเกณฑ์ของกฎหมาย โดยศาลจะเป็นผู้ปรับใช้กฎหมายให้เหมาะสมกับข้อเท็จจริงในคดีนั้นๆ¹¹⁶ และมาตรา 13 ที่บัญญัติให้อำนาจแก่ผู้พิพากษาที่จะเชิญคู่ความมาให้ข้อมูลเกี่ยวกับข้อโต้แย้งในทางกฎหมายตามที่ศาลเห็นสมควรได้¹¹⁷ บทกฎหมายทั้งสองมาตราดังกล่าวจึงเป็นเรื่องของการให้อำนาจศาลในการค้นหาและปรับใช้กฎหมายที่แสดงให้เห็นว่าโดยหลักแล้วศาลของฝรั่งเศสย่อมต้องรับรู้ถึงกฎหมายของประเทศฝรั่งเศสด้วยตนเอง แต่หากเป็นกรณีที่ศาลไม่สามารถรับรู้ถึงกฎหมายนั้นได้ ศาลอาจกำหนดให้คู่ความเป็นฝ่ายพิสูจน์หรืออธิบายกฎหมายดังกล่าวต่อศาลได้ตามบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของฝรั่งเศส มาตรา 13 ซึ่งศาลยังอาจยกกฎหมายขึ้นปรับใช้ในคดีได้เองแม้คู่ความจะไม่ได้ร้องขอให้ศาลบังคับตามบทบัญญัติดังกล่าว และศาลมีอำนาจที่จะบังคับใช้กฎหมายได้ทุกเรื่องแม้ว่าจะไม่ได้เป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนก็ตาม นอกจากนี้ศาลยังมีอำนาจบังคับใช้กฎหมาย

¹¹⁵ Aubry & Rau, “Droit civil français”(6th ed. Esmein 1958) อ้างใน Peter E. Herzog and Martha Weser, Civil procedure in Franch, (Netherlands : Martinus Nijhoff, 1967), p.306

¹¹⁶ French Code of Civil procedure Article 12 “The judge settles the dispute in accordance with the rules of law applicable thereto.

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

¹¹⁷ French Code of Civil procedure Article 13 “The judge may invite the parties to furnish explanations on the legal arguments that he deems necessary for the resolution of the dispute.”

ต่างประเทศได้อีกด้วย¹¹⁸ แต่ทั้งนี้การปรับใช้กฎหมายดังกล่าวต้องไม่ส่งผลให้เป็นการเปลี่ยนแปลงวัตถุประสงค์และต้องไม่ใช่กรณีที่คู่ความได้ตกลงกันกำหนดกฎหมายที่ศาลจะต้องบังคับแก้คดีไว้แล้วตามมาตรา 12 วรรคสาม¹¹⁹

ส่วนเรื่องข้อเท็จจริงที่ศาลรู้ได้เองนั้น ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของฝรั่งเศสได้มีการบัญญัติเรื่องดังกล่าวไว้อย่างชัดเจนดังเช่นในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของประเทศเยอรมัน¹²⁰ และประเทศอิตาลี¹²¹ จึงยังคงเป็นข้อพิจารณาที่สำคัญว่าศาลฝรั่งเศสมีอำนาจปรับใช้หลักดังกล่าวกับข้อเท็จจริงที่รู้จักกันอยู่ทั่วไป (Notorious fact) ได้แค่ไหน ส่วนในทางปฏิบัติเองศาลฝรั่งเศสก็ยังปรับใช้เรื่องข้อเท็จจริงที่ศาลรู้เองกับข้อเท็จจริงที่รู้จักกันอยู่ทั่วไปไม่บ่อยนัก ทั้งนี้ก็เพราะมักจะเกิดปัญหาขึ้นในชั้นพิจารณาของศาลฎีกาอยู่เสมอว่าข้อเท็จจริงที่ศาลล่างรับรู้ได้เองนั้นชัดเจนเพียงพอถึงขนาดที่จะเป็นข้อเท็จจริงที่รู้จักกันอยู่ทั่วไปหรือไม่ ซึ่งหากศาลฎีกาพิจารณาว่าข้อเท็จจริงดังกล่าวไม่ชัดเจนเพียงพอถึงขนาดเป็นข้อเท็จจริงที่รู้จักกันอยู่ทั่วไปแล้ว ย่อมส่งผลกระทบต่อ การพิจารณาและพิพากษาคดีของศาลฎีกาได้ ด้วยความไม่แน่นอนในการใช้ดุลพินิจของทั้งศาลล่างและศาลสูงดังกล่าวนี้เอง ศาลฝรั่งเศสจึงไม่นิยมนำหลักเรื่องข้อเท็จจริงที่ศาลรู้เองในข้อเท็จจริงมาใช้ปรับแก้คดีมากนัก¹²²

ดังนั้น จากข้อมูลเกี่ยวกับแนวคิดและบทบัญญัติเกี่ยวกับการพิจารณาคดีแพ่งของฝรั่งเศสที่ผู้เขียนได้กล่าวมาแล้วข้างต้น ย่อมเป็นสิ่งบ่งชี้ให้เห็นได้ว่าด้วยบทบาทหน้าที่ของศาลฝรั่งเศสเองส่งผลให้โดยหลักแล้วศาลฝรั่งเศสมีหน้าที่ที่จะต้องรับรู้ถึงความมีอยู่ของกฎหมายฝรั่งเศสทั้งหมดและปรับใช้กฎหมายดังกล่าวเข้ากับข้อเท็จจริงในคดีให้ถูกต้องและเหมาะสม ส่วนการ

¹¹⁸ วรรณชัย บุญบำรุง, “หลักทั่วไปของการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีแพ่งของฝรั่งเศส,” วารสารนิติศาสตร์, เล่มที่ 1 ปีที่ 30, น.96-97 (มีนาคม 2543)

¹¹⁹ French Code of Civil procedure third sub-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.”

¹²⁰ รายละเอียดโปรดดูบทที่ 3 หัวข้อที่ 3.2.2.3

¹²¹ Andrea Panzarola, “Notorious facts in Italian law” Megatrend Review, Vol. 7 Issue 1, pp.69-83 (2010)

¹²² Peter E. Herzog and Martha Weser, *supra note 115*, p.306

พิจารณาในประเด็นปัญหาข้อเท็จจริงนั้นศาลยังต้องอาศัยพยานหลักฐานในการพิจารณาอยู่เสมอ แม้ผู้พิพากษาในศาลฝรั่งเศสจะมีส่วนร่วมในการค้นหาข้อเท็จจริงในคดีมากเพียงใด แต่บทบาทของศาลในการพิจารณาว่าข้อเท็จจริงใดบ้างควรพิสูจน์ด้วยพยานหลักฐานหรือควรเป็นเรื่องที่ศาลรู้ได้เองนั้นกลับถูกจำกัดและยังไม่มีแนวทางปฏิบัติที่ชัดเจนนัก

3.2.2 บทบาทของศาลในประเทศเยอรมัน

ประเทศเยอรมันมีระบอบการปกครองแบบสหพันธรัฐ แบ่งโครงสร้างการปกครองออกเป็นสองส่วนใหญ่ๆ¹²³ คือ การปกครองระดับสหพันธรัฐ (Bund) และการปกครองระดับมลรัฐ (Länder) มีประธานาธิบดีเป็นประมุขของประเทศบริหารราชการแผ่นดินร่วมกับนายกรัฐมนตรี ส่วนสภาในระดับสหพันธ์จะประกอบไปด้วยสองสภา คือ สภาผู้แทนราษฎร (Bundestag) ซึ่งมาจากการเลือกตั้งของประชาชน มีหน้าที่สำคัญในการออกกฎหมาย เลื่อนนายกรัฐมนตรี และตรวจสอบการทำงานของรัฐบาล และสภาตัวแทนมลรัฐ (Bundesrat) ซึ่งประกอบด้วยตัวแทนจากรัฐบาลมลรัฐต่างๆ มีหน้าที่ตรวจสอบและดูแลผลประโยชน์ของมลรัฐต่างๆ เช่น การให้ความเห็นชอบในการออกกฎหมายในระดับสหพันธ์ โดยเฉพาะกฎหมายที่เกี่ยวข้องที่กระทบต่อการเงินหรือการบริหารของมลรัฐ หรือเรื่องเกี่ยวกับการแก้ไขรัฐธรรมนูญของสหพันธ์

การปกครองในระดับมลรัฐของเยอรมัน ปัจจุบันประกอบด้วยมลรัฐทั้งสิ้น 16 มลรัฐ แต่ละมลรัฐจะเป็นอิสระจากกันโดยมีรัฐธรรมนูญ รัฐสภา และฝ่ายบริหารเป็นของตนเอง สมาชิกของสภามลรัฐมาจากการเลือกตั้งของประชาชนในมลรัฐโดยตรง มีอำนาจในการในการตรากฎหมายขึ้นใช้บังคับในมลรัฐของตน บางมลรัฐมีการแบ่งการปกครองย่อยออกเป็นจังหวัด (Regierungsbezirke) ซึ่งมีหน้าที่รับผิดชอบเกี่ยวกับการให้บริการด้านการศึกษา กิจการตำรวจ การสาธารณสุข การบริหารงานยุติธรรมต่างๆ เป็นต้น

นอกจากนี้เยอรมันยังแบ่งระบบการปกครองย่อยเป็นการปกครองส่วนท้องถิ่นด้วย โดยแบ่งได้เป็นสองชั้น (Two - tier system) ชั้นแรกคือ การปกครองระดับอำเภอ (Kreise) แบ่งได้เป็น อำเภอในเขตชนบท (Landkreis) และอำเภอซึ่งเป็นนคร (Stadtkreis) ซึ่งองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นนี้มีความเป็นอิสระในการใช้อำนาจปกครองภายในท้องถิ่นของตน โดยหลักจะจัดทำภารกิจที่ได้รับมอบหมายมาจากรัฐบาลส่วนมลรัฐ เช่น การออกใบอนุญาตยานพาหนะ การออกใบอนุญาตดำเนินการก่อสร้าง เป็นต้น ส่วนชั้นที่สองคือ การปกครองระดับเทศบาล (Gemeinden) ซึ่งจะจัดทำภารกิจในการบริการสาธารณะต่างๆ เช่น กำจัดขยะ การไฟฟ้า การขนส่งสาธารณะ และมี

¹²³ บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ, “การปกครองแบบสหพันธรัฐของเยอรมัน,” (โครงการวิจัยเสริมหลักสูตร ภาควิชากฎหมายมหาชน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2533) น.9-11

อำนาจในการออกระเบียบซึ่งเกี่ยวข้องกับการดำเนินภารกิจในท้องที่แต่ต้องอยู่ภายใต้กรอบกฎหมายของสหพันธ์และกฎหมายของมลรัฐ

เยอรมันเป็นประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายซีวิลลอว์ กฎหมายลายลักษณ์อักษร (Gesetz) จึงเป็นแหล่งที่มาที่สำคัญที่สุดของกฎหมายเยอรมัน โดยกฎหมายลายลักษณ์อักษรของเยอรมัน ประกอบด้วย¹²⁴

1. รัฐธรรมนูญ (Grundgesetz)

รัฐธรรมนูญเยอรมันนี้มีชื่อเรียกโดยทั่วไปว่า “กฎหมายพื้นฐานแห่งสหพันธ์รัฐ” (The basic law) ประกาศใช้เมื่อปี ค.ศ.1949 ถือเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ ซึ่งวางกฎเกณฑ์ในสองส่วนหลักๆ โดยส่วนแรก (Article 20-146 GG) วางหลักเกณฑ์เกี่ยวกับโครงสร้างการบริหารรัฐ การจัดตั้ง และแบ่งอำนาจหน้าที่ขององค์กรของรัฐ และส่วนที่สอง (Article 1-19 GG) วางหลักเกณฑ์เกี่ยวกับสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชนภายในรัฐ ส่วนรัฐธรรมนูญของมลรัฐ (constitutions of the Länder) มีวัตถุประสงค์หลักเพื่อกำหนดแนวทางการบริหารราชการภายในมลรัฐ การจัดตั้งองค์กรใช้อำนาจ และกำหนดแนวนโยบายสำคัญของมลรัฐ แต่อย่างไรก็ดีข้อกำหนดทั้งหมดย่อมต้องอยู่บนพื้นฐานของหลักนิติรัฐ (Rechtsstaat) ซึ่งเป็นหลักการพื้นฐานของรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ (Grundgesetz) ด้วย

2. รัฐบัญญัติ (Gesetze)

รัฐบัญญัติในที่นี้หมายถึงกฎหมายลายลักษณ์อักษรทั้งหมดที่ถูกรตราขึ้น ซึ่งถือเป็นที่มาของกฎหมายส่วนใหญ่ที่ใช้กันอยู่ในเยอรมัน ไม่ว่าจะเป็นประมวลกฎหมาย (Code) พระราชบัญญัติ (Statutes) หรือกฎหมายบริหารบัญญัติต่างๆ (Secondary legislation) ที่ตราขึ้นทั้งในระดับสหพันธ์และในระดับมลรัฐ ฉะนั้น คำว่า “รัฐบัญญัติ” (Gesetz) จึงอาจตีความได้เป็นสองนัยยะ คือ รัฐบัญญัติในความหมายอย่างแคบ (Narrow sense) ซึ่งใช้ในความหมายถึงกฎหมายที่ถูกรตราขึ้นโดยรัฐสภาที่ใช้อำนาจนิติบัญญัติโดยตรงและถูกต้องตามแบบพิธีที่กฎหมายกำหนด (Gesetz im formellen Sinn) เท่านั้น ไม่ว่าจะกฎหมายดังกล่าวจะถูกตราขึ้นโดยรัฐสภาของสหพันธ์หรือรัฐสภาของมลรัฐ(Länder) ก็ตาม

รัฐบัญญัติในความหมายอย่างกว้าง (Wider sense) หมายความว่าหมายถึงกฎหมายที่รัฐเป็นผู้บัญญัติขึ้นทั้งหมด ไม่ว่าจะเป็นกฎหมายที่ตราขึ้นโดยฝ่ายนิติบัญญัติหรือฝ่ายบริหาร และไม่ว่าจะตราขึ้นโดยสหพันธ์หรือมลรัฐ (Gesetz im materiellen Sinn) เช่น ประมวลกฎหมาย รัฐ

¹²⁴ Nigel Foster and Satish Sule, German legal system and laws, Fourth edition, (United states : Oxford university press, 2010), pp.50-51

บัญญัติที่ตราขึ้นโดยรัฐบาลสหพันธ์ กฎหมายมลรัฐ เป็นต้น นอกจากนี้ยังหมายความรวมถึงกฎหมายบริหารบัญญัติหรือกฎหมายลำดับรองต่างๆ (Verordnungen) ด้วย โดยกฎหมายลำดับรองในเยอรมันแบ่งได้ออกเป็นสองลักษณะ¹²⁵ ลักษณะแรก คือ Rechtsverordnungen (Regulations) ใช้ในความหมายของกฎหมายลำดับรองที่ตราขึ้นโดยรัฐบาล รัฐมนตรี หรือหน่วยงานทางปกครองอื่นๆ ซึ่งมักจะได้รับอำนาจในการออกกฎหมายจากรัฐบัญญัติหรือกฎหมายอื่นที่มีฐานะสูงกว่า¹²⁶ และต้องระบุชื่อของกฎหมายที่ให้อำนาจไว้ในกฎหมายลำดับรองดังกล่าวด้วย ลักษณะที่สอง คือ Öffentlich-rechtlich satzungen (Public bye-laws) หมายถึงกฎหมายลำดับรองจำพวกข้อบัญญัติหรือข้อบังคับขององค์การอิสระหรือองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นต่างๆ ซึ่งรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์เพียงให้อำนาจไว้อย่างกว้างๆ เท่านั้น¹²⁷ ส่วนบทบัญญัติที่กำหนดรายละเอียดการมอบอำนาจให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นตราบทบัญญัติหรือข้อบังคับมักจะปรากฏอยู่ในรัฐธรรมนูญของมลรัฐ

3. กฎหมายของประชาคมยุโรป (European community law)

เนื่องจากเยอรมันได้ตกลงเป็นสมาชิกของประชาคมยุโรป (European community) กฎหมายของประชาคมยุโรปจึงมีความสำคัญในลักษณะที่ประเทศสมาชิกย่อมต้องถือปฏิบัติตาม ทำให้กฎหมายของประชาคมยุโรปเข้ามามีบทบาทสำคัญในฐานะที่เป็นบ่อเกิดของกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่สำคัญประการหนึ่งของเยอรมัน ส่วนเรื่องลำดับศักดิ์ของกฎหมายประชาคมยุโรปยังคงเป็นเรื่องที่ถกเถียงกันอย่างกว้างขวางในเยอรมันว่ามีฐานะเทียบเท่ากฎหมายในลักษณะใด

¹²⁵ Raymond Youngs , *supra note 8*, pp.66-67

¹²⁶ Basic law Article 80 (Issuance of statutory instruments)

(1) The Federal Government, a Federal Minister or the Land governments may be authorised by a law to issue statutory instrument. The content, purpose and scope of the authority conferred shall be specified in the law. Each statutory instrument shall contain a statement of its legal basis. If the law provides that such authority may be further delegated, such sub delegation shall be effected by statutory instrument.

¹²⁷ Basic law Article 80 (Issuance of statutory instruments)

(4) Insofar as Land governments are authorized by or pursuant to federal laws to issue statutory instruments, the Länder shall also be entitled to regulate the matter by the law.

ระบบศาลของเยอรมันแบ่งได้เป็นสองระดับ คือ ศาลสหพันธ์ (Bundesgerichte) และศาลมลรัฐ (Gerichte der Länder) ซึ่งศาลสหพันธ์ (Bundesgerichte) ถือเป็นศาลสูงสุดหรือเปรียบได้กับศาลฎีกา แบ่งออกเป็น 5 ศาลใหญ่ๆ และจะตั้งอยู่ในเมืองสำคัญอันได้แก่¹²⁸

1. ศาลยุติธรรม (Bundesgerichtshof) ซึ่งปัจจุบันตั้งอยู่ที่เมืองคาร์ลสรูห์ (Karlsruhe)
2. ศาลปกครอง (Bundesverwaltungsgericht) ซึ่งเดิมตั้งอยู่ที่เมืองเบอร์ลิน (Berlin) แต่ปัจจุบันได้ย้ายไปตั้งที่เมืองไลพ์ซิก (Leipzig)
3. ศาลแรงงาน (Bundesarbeitsgericht) ซึ่งตั้งอยู่ที่เมืองแอร์ฟวร์ท (Erfurt)
4. ศาลสังคม (Bundessozialgericht) ซึ่งตั้งอยู่ที่เมืองคัสเซิล (Kassel)
5. ศาลภาษีอากร (Bundesfinanzhof) ซึ่งตั้งอยู่ที่เมืองมิวนิก (Munich)

เห็นได้ว่าศาลในระดับสหพันธ์นั้นประกอบด้วยศาลยุติธรรมที่มีอำนาจพิจารณาคดีแพ่ง คดีอาญา และศาลชำนาญพิเศษต่างๆ แต่ในที่นี้ผู้เขียนขอเสนอเพียงรายละเอียดของศาลที่มีอำนาจในการพิจารณาคดีแพ่งเท่านั้น โดยการพิจารณาคดีแพ่งของเยอรมันอยู่ในเขตอำนาจของศาลยุติธรรม ซึ่งศาลยุติธรรมมีอำนาจในการพิจารณาคดีสองประการ คือ อำนาจวินิจฉัยคดีอันเกิดจากข้อพิพาท (Contentious jurisdictions) และอำนาจทางบริหารอื่นที่ไม่ได้เกิดจากข้อพิพาท (Non contentious jurisdictions) เช่น อำนาจในการรับจดทะเบียนสิทธินิติกรรมเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์ หรือการวางทรัพย์ เป็นต้น¹²⁹ โดยศาลที่มีอำนาจพิจารณาคดีแพ่งในเยอรมันสามารถแบ่งได้เป็นสามชั้นศาล คือ ศาลชั้นต้น ศาลอุทธรณ์ และศาลฎีกา ดังนี้

ศาลชั้นต้น (First instance courts) แบ่งได้เป็นสองระดับ ระดับแรกคือศาลแขวง (Amtsgericht) เป็นศาลที่พบได้โดยทั่วไปในเมืองเล็กๆ ปัจจุบันจัดตั้งขึ้นประมาณ 663 ศาล ศาลแขวงมีอำนาจพิจารณาคดีแพ่งเล็กๆ น้อยๆ ที่มีทุนทรัพย์ไม่เกิน 5,000 ยูโร รวมไปถึงมีอำนาจพิจารณาคดีตามกฎหมายครอบครัว คดีที่ดิน และคดีเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์ด้วย โดยปัจจุบันมีการจัดตั้งองค์คณะพิเศษที่พิจารณาคดีครอบครัวขึ้นโดยเฉพาะเรียกว่า “Familiengerichte” ซึ่งคดีในศาลแขวงนี้อยู่ในอำนาจพิจารณาคดีของผู้พิพากษาอาชีพคนเดียว¹³⁰ และระดับที่สองคือ ศาลชั้นต้นมลรัฐ (Landgericht) เป็นศาลที่จัดตั้งขึ้นตามเมืองใหญ่ๆ ของเยอรมัน ปัจจุบันจัดตั้งแล้ว

¹²⁸ Nigel Foster and Satish Sule, *supra note 124*, p.81

¹²⁹ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 90*, น.153

¹³⁰ Nigel Foster and Satish Sule, *supra note 124*, pp.83-84

ประมาณ 116 ศาล มีการแบ่งออกเป็นองค์คณะต่างๆ เช่น องค์คณะคดีแพ่ง องค์คณะคดีพาณิชย์ องค์คณะคดีครอบครัว และองค์คณะคดีเด็กและเยาวชน เป็นต้น¹³¹ มีอำนาจพิจารณาคดีเกี่ยวกับคดีแพ่งที่อยู่นอกเหนืออำนาจของศาลแขวง คดีพาณิชย์ เช่น คดีเกี่ยวกับผู้ประกอบการค้า คดีเกี่ยวกับเช่า คดีเกี่ยวกับเครื่องหมายการค้า หรือพิจารณาคดีเกี่ยวกับครอบครัว เช่น คดีหย่า คดีที่ร้องขอให้การสมรสเป็นโมฆะ นอกจากนี้ยังมีอำนาจในการพิจารณาและวินิจฉัยอุทธรณ์ที่ยื่นขึ้นมาจากศาลแขวงด้วยส่วนองค์คณะของผู้พิพากษาในศาลนี้ขึ้นอยู่กับประเภทคดี หากเป็นคดีแพ่งต่างๆ ไปจะใช้ผู้พิพากษาอาชีพจำนวน 3 คน แต่หากเป็นคดีพาณิชย์จะประกอบด้วยผู้พิพากษาอาชีพ 1 คนและผู้พิพากษาสมทบซึ่งมีความเชี่ยวชาญด้านการพาณิชย์อีกจำนวน 2 คน เป็นต้น¹³²

ศาลสูงมลรัฐ (Oberlandesgerichte) ถูกจัดตั้งขึ้นตามเมืองสำคัญต่างๆ ปัจจุบันจัดตั้งขึ้นจำนวน 24 ศาล¹³³ ศาลสูงมลรัฐมีอำนาจในการพิจารณาพิพากษาคดีที่อุทธรณ์ขึ้นมาจากศาลล่างอันได้แก่ ศาลแขวง (Amtsgericht) และ ศาลชั้นต้นมลรัฐ (Landgericht) แบ่งได้เป็นสามลักษณะ คือ คดีอุทธรณ์คำสั่งของศาลชั้นต้น (Beschwerde) และคดีอุทธรณ์คำพิพากษาของศาลชั้นต้นมลรัฐ (Berufungsinstanz) โดยคดีทั้งสองลักษณะนี้ศาลสูงมลรัฐสามารถพิจารณาได้ทั้งในประเด็นปัญหาข้อเท็จจริงและในปัญหาข้อกฎหมาย ส่วนคดีลักษณะสุดท้าย คือ คดีอุทธรณ์คำพิพากษาของศาลสูงมลรัฐที่ทำหน้าที่พิจารณาคดีที่อุทธรณ์จากศาลแขวง (Berufung) โดยคดีประเภทหลังนี้ศาลสูงมลรัฐพิจารณาได้เพียงในประเด็นปัญหาข้อกฎหมายเท่านั้น และถือว่าคำพิพากษาของศาลสูงมลรัฐเป็นที่สุดไม่สามารถฎีกาต่อไปยังศาลยุติธรรมสูงสุดหรือศาลฎีกา (Bundesgerichtshof) ได้อีกต่อไป ส่วนองค์คณะของผู้พิพากษาในศาลสูงมลรัฐประกอบด้วยผู้พิพากษาอาชีพจำนวน 3 คน

ศาลยุติธรรมสูงสุดหรือศาลฎีกา (Bundesgerichtshof) เป็นศาลยุติธรรมสูงสุดแห่งสหพันธ์รัฐ มีเพียงแห่งเดียวตั้งอยู่ที่เมืองคาร์ลสรูห์ (Karlsruhe) รับพิจารณาคำพิพากษาของศาลสูงมลรัฐเฉพาะส่วนที่เป็นปัญหาข้อกฎหมายเท่านั้น โดยเฉพาะคดีที่เกี่ยวกับการวางหลักกฎหมายขึ้นใหม่หรือคดีที่ศาลสูงมลรัฐไม่ได้พิพากษาในส่วนของข้อกฎหมายตามแนวของศาลยุติธรรมสูงสุดที่ได้เคยพิพากษาวางแนวทางไว้¹³⁴ ส่วนผู้พิพากษาในศาลยุติธรรมสูงสุดมาจากการแต่งตั้งของ

¹³¹ Nigel Foster and Satish Sule, *Ibid*, pp.84-85

¹³² กมลชัย รัตนสากวงศ์, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับระบบกฎหมายและระบบศาลของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน, รวมบทความในโอกาสครบรอบ 60 ปี ดร.ปรีดี เภษมทรัพย์, น. 182-183 (2531)

¹³³ Nigel Foster and Satish Sule, *supra note 124*, p.85

¹³⁴ Raymond Youngs, *supra note 8*, p.100

ประธานาธิบดี โดยองค์คณะในการพิจารณาพิพากษาคดีมีทั้งสิ้น 5 คน ประกอบด้วยผู้พิพากษาอาชีพจำนวน 4 คน และหัวหน้าคณะอีก 1 คน¹³⁵ แต่หากเป็นการพิจารณาคดีที่มีความสำคัญ เช่น คดีอาจมีการเปลี่ยนหลักกฎหมาย ก็อาจมีองค์คณะผู้พิพากษาได้ถึง 9 คน หรือที่เรียกว่า “Vereinigter großen senat” (Great senate)

3.2.2.1 ระบบวิธีพิจารณาคดีแพ่ง

ระบบวิธีพิจารณาคดีของประเทศเยอรมันค่อนข้างไปในระบบไต่สวน (Inquisitorial system) ศาลจึงมีบทบาทค่อนข้างมากในการค้นหาพยานหลักฐาน ส่วนกฎหมายสำคัญที่กำหนดหลักเกณฑ์ในการพิจารณาคดีแพ่งไว้ ได้แก่ Code of Civil procedure (ZPO–Zivilprozessordnung) ซึ่งเริ่มประกาศใช้ตั้งแต่ปี ค.ศ.1879 เป็นต้นมา และมีการแก้ไขปรับปรุงในปี ค.ศ.2001 ที่ผ่านมา¹³⁶

ซึ่งการดำเนินคดีแพ่งของเยอรมันนั้นเริ่มจากการที่โจทก์เป็นฝ่ายยื่นคำฟ้อง (Klageschrift) ซึ่งจะต้องระบุชื่อคู่ความ, ข้อเท็จจริงในคดี, ข้อกฎหมายที่ใช้อ้างเป็นหลักแห่งคดี และจำนวนทุนทรัพย์ต่อศาล เมื่อโจทก์ยื่นฟ้องแล้วศาลจะจัดส่งสำเนาคำฟ้องดังกล่าวไปยังจำเลย เพื่อให้จำเลยจะได้จัดทำคำให้การต่อสู้คดี หลังจากนั้นจึงอาจแบ่งขั้นตอนการดำเนินคดีในชั้นต่อไป ออกได้เป็น 4 ขั้นตอนใหญ่¹³⁷ ได้แก่

1. ขั้นตอนก่อนการพิจารณาคดี (Eröffnungsphase) หลังจากที่โจทก์และจำเลยได้ส่งคำคู่ความมายังศาลครบทั้งสองฝ่ายแล้ว ศาลจะกำหนดวิธีการเบื้องต้นสำหรับการดำเนินคดีโดยพิจารณาจากความซับซ้อนของคดีและแนวโน้มของผลคดี โดยขั้นตอนเบื้องต้นก่อนการพิจารณาคดีนี้แบ่งได้เป็นสองขั้นตอน ขั้นตอนแรก การเตรียมคดีเบื้องต้น (Schriftliches Vorverfahren) เป็นขั้นตอนที่ศาลจะทำการกำหนดประเด็นข้อพิพาทและพยานหลักฐานโดยให้คู่ความทั้งสองฝ่ายแลกเปลี่ยนคำคู่ความที่แต่ละฝ่ายได้สรุปข้อเท็จจริงพร้อมอ้างพยานหลักฐานประกอบข้อเท็จจริงนั้น และเมื่อผู้พิพากษาได้อ่านคำคู่ความของทั้งสองฝ่ายแล้ว ก็จะกำหนดแนว

¹³⁵ Nigel Foster and Satish Sule, *supra note 124*, pp.85-86

¹³⁶ Russell A. Miller and Peer C. Zumbansen, Comparative Law as transnational law : A decade of the German law journal, (Newyork : Oxford university press, 2010), pp.259-260

¹³⁷ Nigel Foster and Satish Sule, *supra note 124*, pp.143-151

ทางการดำเนินคดีที่เหมาะสมในขั้นตอนต่อไป¹³⁸ ขั้นตอนที่สอง การรับฟังพยานหลักฐานเบื้องต้น (Früher erster Termin) เป็นวิธีการสำหรับกำหนดประเด็นแห่งคดีรูปแบบหนึ่ง โดยศาลจะใช้วิธีการรับฟังคำเบิกความด้วยวาจา (Oral hearing) ในกรณีที่โจทก์ไม่มีข้อเท็จจริงอื่นใดจะนำเสนออีก นอกจากที่ปรากฏในคำฟ้อง คดีที่คู่ความทั้งสองฝ่ายไม่มีทนายความ หรือกรณีที่ศาลมีความจำเป็นต้องวินิจฉัยในข้อกฎหมายเสียก่อนจึงจะดำเนินขั้นตอนต่อไปได้ และหากการรับฟังพยานหลักฐานในขั้นนี้เพียงที่จะตัดสินคดีได้แล้ว ศาลอาจไม่ต้องทำการสืบพยานในขั้นตอนต่อไปและพิพากษาคดีไปเสียเลยก็ได้

2. ขั้นตอนการเตรียมคดี (Vorbereitungspase) เป็นขั้นตอนในการรวบรวมข้อเท็จจริงและพยานหลักฐานในคดี โดยในขั้นตอนนี้คู่ความมีอิสระในการเลือกนำเสนอพยานหลักฐานต่อศาลเนื่องจากกฎหมายของเยอรมันไม่มีบทบัญญัติที่กำหนดให้คู่ความต้องเปิดเผยพยานหลักฐานทั้งหมดของตนให้คู่ความอีกฝ่ายหนึ่งทราบ แต่เป็นหน้าที่ของศาลเองที่จะต้องตรวจสอบพยานหลักฐานในคดีและเรียกให้คู่ความแสดงพยานหลักฐานอื่นที่ศาลเห็นสมควรต่อศาลเพิ่มเติม โดยในขั้นนี้ศาลอาจสอบถามข้อเท็จจริงจากพยานบุคคลหรือคู่ความในคดีได้หากศาลเห็นสมควร หรืออาจขอให้คู่ความจัดทำคำคู่ความที่ระบุถึงขอบเขตของคดี ประเด็นข้อพิพาท การปรับใช้กฎหมาย เสนอต่อศาลเพื่อประกอบการพิจารณาคดีได้ ทั้งนี้ก็เพื่อให้มั่นใจว่าคู่ความในคดีตระหนักถึงข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับประเด็นข้อพิพาทเป็นอย่างดีแล้ว

3. ขั้นตอนการสืบพยาน (Haupttermin) ถือเป็นขั้นตอนที่จะเกิดขึ้นได้ต่อเมื่อศาลได้รวบรวมพยานหลักฐานอย่างเพียงพอต่อการวินิจฉัยคดีแล้ว และเป็นขั้นตอนสำคัญที่สุดของศาลที่จะพิจารณาว่าพยานหลักฐานใดมีความสำคัญบ้างที่จะนำมาใช้ในการวินิจฉัยชี้ขาดคดี ซึ่งโดยปกติแล้วขั้นตอนนี้จะใช้ระยะเวลาไม่เกิน 1 วัน เน้นการพิจารณาคดีด้วยวาจาเป็นสำคัญ โดยจะมีการถกเถียงกันเกี่ยวกับประเด็นแห่งคดีอย่างเข้มข้น ศาลจะเป็นผู้กำหนดประเด็นแห่งคดีที่จะต้องทำการพิสูจน์และกำหนดภาระการพิสูจน์จากข้อโต้เถียงของคู่ความทั้งสองฝ่าย รวมถึงเป็นผู้กำหนดจำนวนพยานบุคคลและพยานผู้เชี่ยวชาญที่คู่ความจะต้องนำสืบต่อศาล แม้จะเป็นพยานบอกเล่าที่ศาลก็สามารถรับฟังได้ ทั้งนี้ก็เพื่อให้ได้คำตอบที่มีชัดเจนเพียงพอที่จะยืนยันข้อเท็จจริงต่างๆ ประกอบการพิจารณาพิพากษาคดีนั่นเอง โดยการซักถามพยานในขั้นนี้ศาลจะเป็นผู้ซักถามพยานด้วยตนเอง จากนั้นศาลจึงจะให้สิทธิแก่ทนายความที่จะถามพยานได้หลังจากที่ศาลได้สอบถามพยานจนเสร็จสิ้นแล้ว และที่สำคัญคู่ความในคดีไม่มีสิทธิที่จะไม่มีสิทธิเข้าเบิกความเป็นพยานในคดีของตนเองได้ คงมี

¹³⁸ Peter L. Murray and Rolf Stürmer, *German civil justice*, (United states of America : California academic press, 2004), pp.229-230

เพียงสิทธิที่จะเข้าฟังการสืบพยานเท่านั้น และเมื่อการสืบพยานเสร็จสิ้นศาลจะเปิดโอกาสให้คู่ความสามารถแถลงการณ์สรุปคดีด้วยวาจาได้ จากนั้นศาลจึงจะทำการสรุปข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายต่างๆ ที่เกี่ยวข้องกันคดี โดยเปิดโอกาสให้คู่ความได้ตรวจสอบและแสดงความคิดเห็นเกี่ยวกับข้อสรุปดังกล่าวได้

4. ขั้นตอนการวินิจฉัยชี้ขาดคดีของศาล (Überprüfungsphase) สำหรับการพิพากษาคดีนั้นศาลอาจอ่านคำพิพากษาทันทีหลังจากเสร็จสิ้นการสืบพยานก็ได้ แต่หากศาลไม่อาจอ่านคำพิพากษาในวันดังกล่าวได้ศาลอาจกำหนดวันนัดฟังคำพิพากษาขึ้นในภายหลัง แต่โดยหลักแล้วศาลจะกำหนดวันนัดภายใน 3 สัปดาห์นับจากการสืบพยานครั้งสุดท้ายเสร็จสิ้นลง ส่วนการแจ้งคำพิพากษานั้นศาลจะใช้วิธีอ่านคำพิพากษาด้วยวาจา หากคู่ความประสงค์จะได้รายละเอียดและเหตุผลของคำพิพากษาดังกล่าวเป็นลายลักษณ์อักษร คู่ความจะต้องร้องขอต่อศาลโดยเสียค่าธรรมเนียมในการดำเนินการดังกล่าวต่อศาลให้ครบถ้วน จากนั้นจึงเข้าสู่ขั้นตอนการบังคับตามคำพิพากษา (Vollstreckungsverfahren) ต่อไป

3.2.2.2 ระบบการค้นหาความจริง

เยอรมันถือเป็นอีกประเทศหนึ่งที่ผู้พิพากษามีบทบาทค่อนข้างมากในการค้นหาความจริงในคดี ด้วยระบบวิธีพิจารณาคดีแพ่งที่ค่อนข้างระบบไต่สวนจึงมีทบทบัญญัติที่ให้สิทธิแก่ผู้พิพากษาในการลงไปค้นหาความจริงในคดีด้วยตนเองไม่ว่าในชั้นก่อนการพิจารณาคดีหรือในชั้นพิจารณาคดี แม้ว่าจะมีทบทบัญญัติที่กำหนดให้คู่ความมีหน้าที่ในการนำเสนอพยานหลักฐานประกอบข้อกล่าวอ้างของตนต่อศาล แต่ก็ต้องอยู่ภายใต้ขอบเขตที่ศาลอนุญาตด้วย จึงอาจกล่าวได้ว่าการรวบรวมพยานหลักฐานในคดีต้องอยู่ภายใต้การควบคุมของศาลทั้งหมด¹³⁹ ไม่ว่าจะเป็นการ

¹³⁹ German Code of Civil procedure Section 284 (Taking of evidence)

The taking of evidence and the order for separate proceedings to take evidence, which is issued by a court order for evidence to be taken, are governed by the stipulations of Titles 5 through 11. The court may take evidence, provided it has obtained the consent of the parties to do so, in the manner it deems suitable. This consent may be limited to individual evidence taken. It may be revoked only in the event of a material change to the litigation circumstances ; this must be done prior to the process of taking evidence commencing , to which the consent originally referred.

สืบพยานบุคคล (Zuegen) พยานเอกสาร (Urkunde) พยานผู้เชี่ยวชาญ (Sachverständige) การตรวจสอบของศาลเอง (Augenschein) หรือการสอบถามจากคู่ความ (Parteivernehmung)

เมื่อศาลถือเป็นผู้มีความรู้ความเชี่ยวชาญในการใช้กฎหมายและมีบทบาทค่อนข้างมากในการค้นหาความจริงในคดีแพ่ง กฎเกณฑ์เกี่ยวกับการนำสืบพยานหลักฐานของเยอรมันจึงไม่เคร่งครัดเช่นในประเทศที่ใช้ระบบกล่าวหา โดยศาลสามารถเลือกรับฟังพยานหลักฐานได้กว้างขวางรวมถึงพยานบอกเล่าด้วย จากนั้นศาลจึงจะใช้ดุลพินิจยอมรับพยานหลักฐานเข้าสู่สำนวนได้ตามความเหมาะสม เมื่อได้รับพยานหลักฐานเข้าสู่สำนวนแล้วศาลจะเป็นผู้พิจารณาเองว่าจะนำพยานหลักฐานใดบ้างมาใช้ประกอบการวินิจฉัยคดีรวมถึงการชั่งน้ำหนักพยานหลักฐาน¹⁴⁰ ทั้งนี้ก็เพราะศาลมีหน้าที่ในการช่วยเหลือคู่ความด้วยการทำให้ข้อมูลที่คู่ความได้นำเสนอต่อศาลมีความชัดเจนขึ้น และชี้ให้เห็นว่าข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมายบางใดที่เกี่ยวข้องกับหรือไม่เกี่ยวข้องกับประเด็นแห่งคดี¹⁴¹ เพื่อแสดงให้เห็นจุดบกพร่องในข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมายที่คู่ความมองข้ามไปหรือไม่ให้ความสำคัญ อันอาจส่งผลให้คู่ความเข้าใจข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมายแตกต่างไปจากศาลได้¹⁴² อันเป็นผลมาจากบทบัญญัติเกี่ยวกับภาระหน้าที่ของศาล ที่อยู่ภายใต้หลักการที่เรียกว่า “Richterliche Frage- und Aufklärungspflicht”¹⁴³ นั่นเอง

¹⁴⁰ German Code of Civil procedure Section 286 (Evaluation of evidence at the court’s discretion and conviction) (1) The court is to decide, at its discretion and conviction, and taking account of the entire content of the hearings and the results obtained by evidence being taken, if any, whether an allegation as to fact is to be deemed true or untrue. The judgment is to set out the reasons informing the conviction of the judges.

¹⁴¹ Nigel Foster and Satish Sule, *supra note 124*, p.142

¹⁴² Russell A. Miller and Peer C. Zumbansen, *supra note 136*, p.265

¹⁴³ German Code of Civil procedure Section 139 (Direction in substance of the course of proceedings) (1) To the extent required, the court is to discuss with the parties the circumstances and facts as well as the relationship of the parties to the dispute, both in terms of the factual aspects of the matter and of its legal ramifications, and it is to ask questions. The court is to work towards ensuring that the parties to the dispute make declarations in due time and completely, regarding all significant facts, and in particular is to ensure that the parties amend by further

จึงอาจกล่าวโดยสรุปได้ว่าผู้พิพากษาในประเทศเยอรมันมีหน้าที่ใน
ประการต่อไปนี้¹⁴⁴

1. ตรวจสอบคำฟ้อง คำให้การ และคำคู่ความอื่นๆ ให้อยู่ในขอบเขต
ของคดี
2. จัดระบบของข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายต่างๆ ในคดี เพื่อบริหาร
จัดการอย่างมีประสิทธิภาพและนำไปสู่บทสรุปของคดี
3. เป็นผู้ซักถามพยานบุคคลและพยานอื่นๆ ในคดี
4. ตั้งพยานผู้เชี่ยวชาญสำหรับการพิสูจน์ประเด็นข้อเท็จจริงที่
จำเป็นต้องอาศัยความรู้ความเชี่ยวชาญเฉพาะด้าน
5. ให้คำแนะนำและข้อเสนอแนะแก่คู่ความในประเด็นข้อกฎหมายและ
ข้อเท็จจริง

3.2.2.3 ข้อที่ศาลรู้เอง

ด้วยลักษณะของการพิจารณาคดีแพ่งของประเทศเยอรมันที่ค่อนข้างไปทาง
ระบบไต่สวน ทำให้ศาลมีบทบาทเป็นอย่างมากในการค้นหาความจริงในคดี ประกอบกับหลัก
กฎหมายเรื่อง “Jura novit curia” (ศาลถือว่าเป็นผู้รู้กฎหมาย) ก็ถูกนำมาใช้อย่างกว้างขวางในระบบ
กฎหมายของเยอรมัน ทำให้ศาลของเยอรมันสามารถทราบถึงกฎหมายต่างๆ ได้ด้วยตนเอง โดยไม่
ต้องมีการชี้แนะผู้พิพากษาในประเด็นกฎหมายใดๆ อีก คู่ความเพียงแต่อ้างมูลเหตุอันจะอ้างได้ตาม
กฎหมาย (Legal ground) ไปในคำคู่ความก็เพียงพอแล้ว และถึงแม้คู่ความจะได้นำเสนอการปรับใช้
กฎหมายต่อศาลก็หาได้ผูกพันศาลจะต้องถือตามไม่ ศาลยังคงมีอำนาจที่จะตรวจสอบข้อเท็จจริงและ
ปรับใช้กฎหมายที่เหมาะสมแก่คดีได้¹⁴⁵ คู่ความจึงมีหน้าที่เพียงนำเสนอข้อเท็จจริงและพยานหลักฐาน
ที่เกี่ยวข้องกับข้อเท็จจริงดังกล่าวต่อศาลก็เพียงพอ โดยศาลจะเป็นผู้ค้นหากฎหมายและปรับใช้กับ
ข้อเท็จจริงในคดีเพื่อหาข้อยุติของข้อพิพาทนั้น อันเป็นหลักการพื้นฐานของสุภาพษิตกฎหมายลาตินที่มี

information those facts that they have asserted only incompletely, that they
designate the evidence, and that they file the relevant petitions.

¹⁴⁴ Peter L. Murray and Rolf Stürner, *supra note 138*, pp.164-165

¹⁴⁵ James R. Maxeiner, Failures of American civil justice in international
perspective, First paperback edition (United states of America : Cambridge university
press, 2011), p.105

มาอย่างช้านานว่า “Da mihi factum, dabo tibi jus” (ข้อเท็จจริงเป็นเรื่องของคู่ความ ข้อกฎหมายเป็นเรื่องของศาล)¹⁴⁶

สำหรับบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับการรับรู้ข้อกฎหมายของศาลในเยอรมันนั้น ปรากฏอยู่ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของเยอรมัน มาตรา 293¹⁴⁷ มีใจความในทำนองว่า “กฎหมายของต่างประเทศก็ดี กฎหมายจารีตประเพณีก็ดี และกฎหมายลายลักษณ์อักษรต่างๆ ก็ดี จำต้องถูกพิสูจน์ตราบเท่าที่กฎหมายดังกล่าวไม่เป็นที่รู้จักของผู้พิพากษาเท่านั้น ซึ่งการสอบถามหรือการไต่สวนถึงกฎหมายดังกล่าวต้องอยู่บนพื้นฐานของความชอบด้วยกฎหมายด้วย ส่วนการพิสูจน์กฎหมายดังกล่าวนั้นศาลไม่ถูกจำกัดให้ต้องพิจารณาเพียงพยานหลักฐานที่นำเสนอโดยคู่ความแต่เพียงอย่างเดียว ศาลสามารถใช้วิธีการอื่นๆ ในการพิสูจน์ได้ และศาลมีอำนาจออกคำสั่งที่จำเป็นอื่นๆ สำหรับการนี้ด้วย เห็นได้ว่าแม้โดยหลักแล้วศาลเยอรมันย่อมรับรู้กฎหมายด้วยตนเอง แต่ก็มีข้อยกเว้นสำหรับกฎหมายในบางลักษณะ เช่น กฎหมายต่างประเทศ กฎหมายจารีตประเพณี หรือกฎหมายลายลักษณ์อักษรอื่นๆ ที่อยู่นอกเหนือความรู้ของศาลโดยทั่วไป ที่เปิดโอกาสให้ศาลสามารถพิสูจน์กฎหมายดังกล่าวได้ ส่วนวิธีการพิสูจน์นั้นศาลไม่จำเป็นต้องใช้วิธีในทางพยานหลักฐานเสมอไป แต่ศาลอาจเปิดโอกาสให้คู่ความนำเสนอเอกสารหรืออ้างอิงแหล่งข้อมูลประเภทอื่นต่อศาลก็ได้

ส่วนบทบาทของศาลในการรับรู้ข้อเท็จจริงในคดีนั้น โดยหลักแล้วข้อเท็จจริงต้องถูกพิสูจน์หรือถูกยืนยันด้วยพยานหลักฐานเสมอ แต่ก็มีข้อเท็จจริงบางประการที่ไม่จำเป็นต้องพิสูจน์ต่อศาล เช่น ข้อเท็จจริงที่คู่ความอีกฝ่ายหนึ่งได้ยอมรับแล้วไม่ว่าจะได้ออมรับไว้ในคำคู่ความหรือการแถลงด้วยวาจาต่อศาล ข้อเท็จจริงที่รู้กันอยู่ทั่วไปอย่างกว้างขวาง (Offenkundige Tatsachen) หรือข้อเท็จจริงที่รู้กันอยู่ทั่วไปในสังคมใดสังคมหนึ่ง (allgemeinkundige) เช่น ปฏิทินแผนที่ภูมิศาสตร์ ประวัติศาสตร์ และยังหมายความรวมถึงข้อเท็จจริงที่รู้กันอยู่ทั่วไปอยู่ในแวดวงของศาล

¹⁴⁶ James R. Maxeiner, *Ibid*, p.171

¹⁴⁷ German Code of Civil procedure Section 293 (Foreign law; customary law; statutes) The laws applicable in another state, customary laws, and statutes must be proven only insofar as the court is not aware of them. In making inquiries as regards these rules of law, the court is not restricted to the proof produced by the parties in the form of supporting documents; it has the authority to use other sources of reference as well, and to issue the required orders for such use.

(Gerichtskundige Tatsachen) ด้วย¹⁴⁸ ซึ่งบทบัญญัติที่รองรับเรื่องดังกล่าว ได้แก่ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 291¹⁴⁹ ที่บัญญัติหลักการไว้ว่า หากข้อเท็จจริงในคดีใดเป็นข้อเท็จจริงที่รู้จักกันอยู่ทั่วไปแล้ว ศาลไม่จำเป็นต้องพิสูจน์ข้อเท็จจริงดังกล่าวด้วยพยานหลักฐานอีก

จากที่ผู้เขียนได้ศึกษาถึงระบบวิธีพิจารณาคดีพิจารณาคดีของประเทศเยอรมันแล้วข้างต้น แม้เยอรมันจะใช้ระบบการพิจารณาคดีที่ค่อนข้างไปทางระบบไต่สวนเช่นประเทศฝรั่งเศส แต่ในประเทศเยอรมันคู่ความกลับมีอิสระในการนำเสนอพยานหลักฐานมากกว่าในประเทศฝรั่งเศส ส่วนประเด็นเรื่องข้อที่ศาลสามารถรู้เองของเยอรมันก็มีการบัญญัติอย่างชัดเจนไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ซึ่งบทบัญญัติดังกล่าวเปิดโอกาสให้ศาลสามารถใช้ดุลพินิจเสาะหาพยานได้ด้วยตนเอง แต่หากเป็นกฎหมายที่อยู่นอกเหนือความรู้หรือเกินขอบอำนาจของศาลแล้ว ศาลอาจสั่งให้คู่ความเป็นผู้พิสูจน์ถึงกฎหมายดังกล่าวต่อศาลได้ แต่ไม่จำเป็นต้องพิสูจน์ด้วยวิธีการทางพยานหลักฐานเสมอไป ซึ่งข้อยกเว้นดังกล่าวอาจมีส่วนในการช่วยลดข้อผิดพลาดหรือความผิดพลาดในการใช้กฎหมายของศาลได้

เมื่อได้ศึกษาถึงระบบการพิจารณาคดีแพ่งของประเทศที่ใช้ระบบการพิจารณาคดีแพ่งทั้งในระบบกล่าวหาและในระบบไต่สวนมาแล้ว ในส่วนต่อไปผู้เขียนจึงทำการเปรียบเทียบลักษณะต่างๆ ที่เกี่ยวข้องกับการพิจารณาคดีแพ่งในระบบกล่าวหาและในระบบไต่สวน เพื่อให้เห็นความแตกต่างที่ชัดเจนขึ้น โดยจะขอกกล่าวไว้ในหัวข้อต่อไป

3.3 เปรียบเทียบบทบาทของศาลในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์และระบบกฎหมายซีวิลลอว์

หลังจากที่ได้ทำการศึกษาระบบวิธีพิจารณาคดีแพ่งของประเทศต่างๆ มาแล้วข้างต้น ทำให้เห็นว่าด้วยแนวคิดพื้นฐานที่แตกต่างกันของประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์และประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายซีวิลลอว์ส่งผลให้เกิดความแตกต่างกันในหลายๆ ประการ ไม่ว่าจะเป็นที่มาของกฎหมาย การบัญญัติกฎหมาย การใช้กฎหมาย การตีความกฎหมาย และรูปแบบการพิจารณาคดี แต่

¹⁴⁸ Peter L. Murray and Rolf Stürner, *supra note 138*, pp.265-266

¹⁴⁹ German Code of Civil procedure Section 291 (Common knowledge) Facts that are common knowledge with the court need not be substantiated by evidence.

ที่เด่นชัดที่สุดน่าจะเป็นความแตกต่างในบทบาทของศาลแต่ละประเทศ ซึ่งผู้เขียนขอเปรียบเทียบให้เห็นเป็นสองลักษณะ ดังต่อไปนี้

3.3.1 บทบาทของศาลในการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีแพ่ง

บทบาทของศาลในประเทศนี้เกี่ยวข้องกับโดยตรงกับหน้าที่ในการรวบรวมพยานหลักฐานในคดีของศาล ด้วยรูปแบบการพิจารณาคดีแพ่งของประเทศอังกฤษและสหรัฐอเมริกาที่เน้นการพิจารณาคดีด้วยวาจา จึงเปิดโอกาสให้คู่ความเข้ามามีบทบาทในการกำหนดทิศทางของคดีและเลือกนำเสนอพยานหลักฐานต่อศาลผ่านกระบวนการซักถาม ถ้าม้าน ถ้ามตึง ส่งผลให้ศาลในประเทศอังกฤษและสหรัฐอเมริกามีบทบาทค่อนข้างน้อยในการลงไปค้นหาความจริงในคดีด้วยตัวเอง แต่ศาลจะเน้นบทบาทในการควบคุมการดำเนินกระบวนการให้ถูกต้องตามขั้นตอนวิธีการเสียมากกว่า คู่ความและทนายความจึงเป็นผู้มีอำนาจโดยตรงในการคัดเลือกพยานที่จะมาเบิกความต่อศาล การจัดลำดับการนำสืบพยาน การคัดกรองพยานเอกสารพยานวัตถุ และการซักถามพยานหลักเกณฑ์ในการรับฟังพยานหลักฐานและชี้แจงน้ำหนักพยานหลักฐานจึงมีเป็นจำนวนมาก คู่ความและศาลต้องปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ดังกล่าวอย่างเคร่งครัดเนื่องจากอาจส่งผลต่อการแพ้ชนะในคดีได้ ผู้พิพากษาเปรียบเสมือนเป็นกรรมการกลางในการรับฟังพยานหลักฐานจากคู่ความทั้งสองฝ่าย จึงต้องวางตัวเป็นกลางอย่างเคร่งครัดเพื่อคอยควบคุมให้คู่ความการดำเนินคดีไปตามหลักเกณฑ์และกติกาอันชอบด้วยกฎหมาย และพยายามหลีกเลี่ยงการสอบถามพยานด้วยตนเองรวมถึงการค้นหาพยานหลักฐานอื่นนอกเหนือจากที่คู่ความได้นำเสนอไว้ต่อศาล แม้ว่าในปัจจุบันจะมีกฎหมายให้อำนาจศาลกระทำการดังกล่าวได้มากขึ้นก็ตาม แต่ศาลก็ไม่นิยมใช้อำนาจดังกล่าวมากนัก ศาลในประเทศอังกฤษและสหรัฐอเมริกาจึงมีบทบาทสำคัญในการควบคุมการดำเนินกระบวนการให้ถูกต้องตามกติกาและวินิจฉัยตัดสินคดีไปตามหลักเกณฑ์แห่งพยานหลักฐานที่คู่ความได้นำเสนอไว้ต่อศาลเท่านั้น

แตกต่างจากรูปแบบการพิจารณาคดีแพ่งของประเทศฝรั่งเศสและเยอรมันที่ให้ ความสำคัญกับการดำเนินกระบวนการพิจารณาด้วยเอกสารมากกว่าด้วยวาจา โดยศาลของประเทศฝรั่งเศสและเยอรมันจะเข้ามามีบทบาทเชิงรุกในการรวบรวมพยานหลักฐานในคดีค่อนข้างมาก ศาลสามารถกำหนดและสั่งการได้ว่าต้องเสาะหาพยานหลักฐานชนิดใดบ้าง รวมถึงกำหนดวิธีการที่จะได้มาซึ่งพยานหลักฐานดังกล่าว และสามารถเรียกพยานหลักฐานทุกประเภทเข้าสู่สำนวนคดีได้ด้วยตนเอง โดยเฉพาะในขั้นก่อนการสืบพยานที่ศาลจะมีอำนาจทำการรวบรวมพยานหลักฐานได้อย่างเต็มที่ไม่ว่าจะเป็นการเรียกพยานหลักฐานจากบุคคลที่สาม การตั้งผู้เชี่ยวชาญเพื่อให้คำแนะนำต่อศาล หรือแม้กระทั่งการเรียกบุคคลที่เกี่ยวข้องหรือคู่ความมาซักถามเกี่ยวกับรายละเอียดของคดี โดยการสอบถามพยานในฝรั่งเศสและเยอรมันนั้นศาลต้องเป็นผู้ซักถามพยานด้วยตนเอง ทนายความอาจถาม

คำถามพยานได้โดยการถามผ่านผู้พิพากษาหรืออาจถามพยานด้วยตนเองได้เมื่อได้รับอนุญาตจากศาลแล้วเท่านั้น นอกจากนี้ศาลยังมีอำนาจในการประเมินความน่าเชื่อถือของพยานหลักฐานที่รวบรวมไว้ในสำนวนคดีและมีอำนาจวินิจฉัยว่าพยานหลักฐานใดบ้างที่รับฟังได้หรือรับฟังไม่ได้ ทำให้หลักเกณฑ์เกี่ยวกับเรื่องการรับฟังพยานหลักฐานและการชี้แจงน้ำหนักพยานหลักฐานของฝรั่งเศสและเยอรมันก็ไม่มีข้อจำกัดเคร่งครัดเช่นในประเทศอังกฤษและสหรัฐอเมริกา

ถึงอย่างไรก็ดีแม้ศาลของฝรั่งเศสและเยอรมันจะมีอำนาจในการริเริ่มรวบรวมพยานหลักฐานด้วยตนเองก็ตามแต่ในทางปฏิบัติศาลก็ยังคงมีข้อจำกัดในบางประการ เนื่องจากโดยทั่วไปแล้วเมื่อคู่ความได้กล่าวอ้างข้อเท็จจริงใดๆ ต่อศาล คู่ความย่อมต้องรวบรวมพยานหลักฐานที่เกี่ยวข้องกับข้อเท็จจริงดังกล่าวเสนอต่อศาลไปพร้อมกันเสมอ ศาลจึงไม่ค่อยมีโอกาสออกคำสั่งเรียกพยานหลักฐานด้วยตัวเองบ่อยนัก เว้นเสียแต่จะเป็นกรณีเพื่อประโยชน์ในการยืนยันข้อเท็จจริงอย่างใดอย่างหนึ่งที่คู่ความได้ยกขึ้นกล่าวอ้างต่อศาลเท่านั้น¹⁵⁰ ดังนั้น อาจกล่าวโดยสรุปได้ว่าแทบจะทุกขั้นตอนในการพิจารณาคดีแพ่งของประเทศฝรั่งเศสและเยอรมันตกอยู่ภายใต้การควบคุมของผู้พิพากษาในคดีทั้งสิ้น ศาลจึงมีอำนาจในการค้นหาความจริงในคดีได้อย่างเต็มที่ ส่วนคู่ความในคดีมีบทบาทน้อยมากเมื่อเปรียบเทียบกับประเทศอังกฤษและสหรัฐอเมริกา

สำหรับบทบาทของศาลไทยนั้นเนื่องด้วยระบบการพิจารณาคดีแพ่งของไทยที่มีลักษณะของการผสมผสานระบบกล่าวหาและระบบไต่สวนเข้าด้วยกัน แม้ในทางกฎหมายจะมีบทบัญญัติที่ให้อำนาจแก่ศาลในการค้นหาความจริงและควบคุมการดำเนินกระบวนการพิจารณาได้อย่างกว้างขวางดังที่ปรากฏในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 86 มาตรา 87 มาตรา 99 มาตรา 116 และมาตรา 119 แต่ในทางปฏิบัติศาลไทยกลับไม่ได้ใช้อำนาจในเชิงไต่สวนของตนเองมากนัก เนื่องด้วยอิทธิพลจากแนวคิดเรื่องการวางตัวเป็นกลางอย่างเคร่งครัดของผู้พิพากษาอันเป็นแนวคิดที่ได้รับอิทธิพลมาจากการพิจารณาคดีในระบบกล่าวหา ศาลไทยจึงยังไม่มีบทบาทเชิงรุกในการค้นหาข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายในคดีแพ่งแต่เป็นคู่ความที่มีบทบาทสำคัญในการนำเสนอพยานหลักฐานและกำหนดทิศทางในการดำเนินคดี

3.3.2 บทบาทของศาลในการค้นหาข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายมาใช้บังคับแก่คดี

สำหรับหลักเรื่องข้อที่ศาลรู้เองนี้เป็นหลักที่ใช้กันอย่างแพร่หลายทั้งในประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์และประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายซีวิลลอว์ โดยเฉพาะอย่างยิ่งใน

¹⁵⁰ วรรณชัย บุญบำรุง, ธนกฤต วรธนัชชากุล, สิริพันธ์ พลรบ, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่*

ประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์เช่นประเทศอังกฤษและสหรัฐอเมริกาที่มีการบัญญัติหลักการเกี่ยวกับเรื่องนี้ขึ้นโดยเฉพาะเรียกว่าหลัก “ข้อที่ศาลรู้เอง” (Judicial notice) ส่วนประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายซีวิลลอว์แม้จะไม่ได้มีบทบัญญัติที่กำหนดรายละเอียดเกี่ยวกับหลักข้อที่ศาลรู้เองอย่างละเอียดชัดเจนเช่นในประเทศสหรัฐอเมริกา แต่ก็ใช้บังคับหลักเรื่องข้อที่ศาลรู้ได้เองกันอยู่เป็นการทั่วไป ดังที่ปรากฏตามหลักการพื้นฐานของภาษีตลาดเงินที่เป็นพื้นฐานของระบบวิธีพิจารณาความของกลุ่มประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายซีวิลลอว์ว่า “Jura novit curia” (ศาลถือว่าเป็นผู้รู้กฎหมาย) และ “Da mihi factum, dabo tibi jus” (ข้อเท็จจริงเป็นเรื่องของคุณ ความ ข้อกฎหมายเป็นเรื่องของศาล) ฉะนั้น ถึงแม้ว่าหลักเกณฑ์ดังกล่าวจะมีชื่อเรียกแตกต่างกันออกไปในแต่ละประเทศ แต่ในท้ายที่สุดหลักการดังกล่าวก็ส่งผลในทางพยานหลักฐานเป็นประการเดียวกันคือผลในการกำหนดว่าข้อกฎหมายหรือข้อเท็จจริงใดบ้างที่ศาลสามารถรู้ได้เองโดยไม่ต้องอาศัยพยานหลักฐาน

ส่วนการปรับใช้หลักข้อที่ศาลรู้เองนี้ สามารถแยกพิจารณาได้เป็นสองส่วนประกอบด้วย ข้อกฎหมายที่ศาลรู้ได้เองและข้อเท็จจริงที่ศาลรู้ได้เอง โดยประเทศอังกฤษและสหรัฐอเมริกาหลักเกณฑ์ในการพิจารณาทั้งในส่วนข้อกฎหมายและข้อเท็จจริงจะถูกรวมอยู่ในหลักเรื่อง “Judicial notice” ส่วนประเทศเยอรมันจะมีบทบัญญัติแยกการพิจารณาเรื่องข้อกฎหมายและข้อเท็จจริงออกจากกันอย่างชัดเจน โดยการรับรู้กฎหมายในทุกลักษณะเป็นหน้าที่ของศาล โดยเฉพาะ หากเป็นกฎหมายลำดับสูงหรือกฎหมายที่ผ่านแบบพิธีทางนิติบัญญัติไม่ว่าจะเป็นประเทศอังกฤษ สหรัฐอเมริกา ฝรั่งเศส หรือเยอรมัน ศาลจะถือว่าเป็นเรื่องที่ศาลสามารถรู้ได้เองทั้งสิ้น เพราะกฎหมายดังกล่าวมีการเผยแพร่อย่างกว้างขวางและตรวจสอบได้โดยง่าย ส่วนกฎหมายที่ออกโดยฝ่ายบริหารจำพวกกฎหมายลำดับรองต่างๆ นั้นแต่ละประเทศได้วางแนวทางในการพิจารณาไม่เหมือนกัน สำหรับประเทศอังกฤษถือว่าเป็นเรื่องที่คุณความจะต้องนำสืบต่อศาลเสมอ ประเทศฝรั่งเศสและเยอรมันโดยหลักถือว่าเป็นเรื่องเกี่ยวกับกฎหมายเป็นเรื่องที่ศาลต้องรู้เองแต่หากเป็นเป็นกฎหมายที่อยู่นอกเหนือความรู้ศาลก็เปิดโอกาสให้คุณความพิสูจน์หรืออธิบายกฎหมายต่อศาลได้ ส่วนสหรัฐอเมริกานั้นศาลรับรู้กฎหมายดังกล่าวได้ด้วยตัวเองหรือไม่จะขึ้นอยู่กับบทบัญญัติแห่งกฎหมายของแต่ละมลรัฐ แต่มักจะมีทิศทางไปในทำนองเดียวกันว่าหากเป็นกฎหมายลำดับรองที่ออกโดยฝ่ายบริหารหรือรัฐบาลกลางแล้วจะเป็นเรื่องที่ศาลรู้ได้เอง แต่หากเป็นกฎหมายลำดับรองที่ออกโดยมลรัฐ กฎหมายองค์กรบัญญัติ หรือกฎหมายส่วนท้องถิ่นต่างๆ โดยส่วนใหญ่จะปล่อยให้เป็นดุลพินิจของศาลที่จะพิจารณาว่าศาลจะใช้รับรู้กฎหมายดังกล่าวได้ด้วยตนเองหรือไม่ ซึ่งเมื่อศาลทำการพิจารณาเสร็จแล้วศาลจะต้องแจ้งผลการพิจารณาให้คุณความทราบเสมอ หากศาลใช้ดุลพินิจแล้ววินิจฉัยว่ากฎหมายดังกล่าวอยู่นอกขอบเขตการรับรู้ของศาลหรือเป็นกฎหมายที่ศาลไม่อาจรู้ได้แล้ว ศาลก็มีอำนาจที่จะสั่งให้คุณความพิสูจน์กฎหมายดังกล่าวได้แต่ไม่จำเป็นต้องใช้วิธีการทางพยานหลักฐานเสมอไป

สำหรับการพิจารณาในเรื่องข้อเท็จจริงที่ศาลรู้ได้เองนั้น ศาลในทุกประเทศมีแนวทางการพิจารณาที่คล้ายคลึงกันโดยพิจารณาจากความแพร่หลายของข้อเท็จจริงเป็นสำคัญ หากข้อเท็จจริงใดเป็นเรื่องที่รู้จักกันอยู่แพร่หลายหรือที่ทราบกันอยู่โดยทั่วไปในสังคมแล้วย่อมถือว่าเป็นเรื่องที่ศาลสามารถทราบเองได้ทั้งสิ้น ไม่จำเป็นที่จะใช้พยานหลักฐานมาสนับสนุนพิสูจน์ข้อเท็จจริงดังกล่าวอีก แต่การพิจารณาในประเด็นเรื่องข้อเท็จจริงที่ศาลรู้ได้เองนี้ประเทศอังกฤษและสหรัฐอเมริกาจะมีการกำหนดรายละเอียดที่ชัดเจนยิ่งกว่าฝั่งประเทศฝรั่งเศสและเยอรมันอยู่มาก และยังสามารถนำหลักเรื่อง Judicial notice มาปรับใช้กับข้อเท็จจริงได้กว้างขวางและหลายหลายมากกว่า ทั้งนี้ก็เพราะในประเทศอังกฤษและสหรัฐอเมริกานั้นมีการใช้หลัก Judicial notice ได้ในสองระดับ คือ ข้อที่ศาลรู้เองในทันที (Judicial notice without inquiry) และข้อที่ศาลจะรู้ได้เมื่อต้องทำการสืบเสาะ (Judicial notice after inquiry) ศาลจึงสามารถใช้อำนาจในการกำหนดข้อเท็จจริงที่ศาลสามารถรู้เองได้อย่างกว้างขวาง แต่ถึงอย่างไรก็ดีหลักเรื่องข้อที่ศาลรู้เองนี้เป็นเรื่องที่ยังขึ้นอยู่กับดุลพินิจของศาลเสียเป็นส่วนใหญ่ สิ่งที่ควรพิจารณาเป็นประการต่อมาก็คือประเด็นเรื่องขอบเขตการอำนาจของศาลเกี่ยวกับเรื่องดังกล่าว ซึ่งในต่างประเทศยังไม่มียกข้อยกเว้นที่เกี่ยวข้องกับเรื่องดังกล่าวมากนักคงมีเพียงข้อยกเว้นของบางมลรัฐในประเทศสหรัฐอเมริกาที่วางแนวทางปฏิบัติเกี่ยวกับเรื่องดังกล่าวไว้อย่างชัดเจน ซึ่งผู้เขียนจะได้นำมาใช้เป็นแนวทางในการศึกษาวิเคราะห์ต่อไป

3.4 บทบาทของศาลในต่างประเทศกับการนำกฎหมายต่างประเทศมาปรับใช้กับคดี

สำหรับบทบาทการรับรู้กฎหมายต่างประเทศของศาลไทยนั้น ดังที่ผู้เขียนได้กล่าวไปในหัวข้อที่ 2.3.2 แล้วว่าศาลฎีกาไทยได้วางแนวทางในการพิจารณาประเด็นที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายต่างประเทศในทุกลักษณะไม่ว่าจะเป็นการนำสืบถึงความมีอยู่ของกฎหมายต่างประเทศ เนื้อความ การแปลความหมาย การตีความ มีสถานะเป็นการพิจารณาปัญหาข้อเท็จจริงทั้งสิ้น โดยกำหนดให้คู่ความมีหน้าที่ที่จะต้องนำสืบกฎหมายต่างประเทศต่อศาลด้วยวิธีการนำพยานผู้มีความเชี่ยวชาญในกฎหมายของประเทศนั้นๆ มาสืบต่อศาล นอกจากนี้ยังต้องอยู่ภายใต้บังคับของหลักการตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481 มาตรา 8 ที่กำหนดไว้อย่างชัดเจนว่ากรณีที่ต้องใช้กฎหมายต่างประเทศบังคับแก่คดีนั้น คู่ความต้องพิสูจน์กฎหมายนั้นให้เป็นที่พอใจแก่ศาลเสียก่อน ศาลจึงจะบังคับใช้กฎหมายต่างประเทศนั้นแก่คดีได้ หากคู่ความไม่สามารถพิสูจน์กฎหมายต่างประเทศนั้นจนเป็นที่พอใจแก่ศาลได้ ศาลจะใช้กฎหมายไทยบังคับแก่คดีแทนกฎหมาย

ต่างประเทศนั้น¹⁵¹ เมื่อทราบแนวทางในการดำเนินคดีเกี่ยวกับกฎหมายต่างประเทศของศาลไทยแล้ว ในส่วนต่อไปผู้เขียนจึงขอทำการศึกษาแนวคิดในเรื่องเดียวกันดังกล่าวที่ปรากฏอยู่ในกฎหมายของต่างประเทศเพื่อวิเคราะห์หาทิศทางและแนวโน้มการพิจารณาเกี่ยวกับเรื่องดังกล่าวต่อไป

สำหรับการรับรู้กฎหมายต่างประเทศของศาลอังกฤษนั้น มีลักษณะคล้ายคลึงกับประเทศไทยเป็นอย่างมาก เพราะศาลของประเทศอังกฤษถือว่ากฎหมายต่างประเทศมีสถานะเป็นเพียงข้อเท็จจริงในคดีประการหนึ่งเท่านั้น และเป็นข้อเท็จจริงที่เกินขอบเขตที่ศาลจะปรับใช้หลัก Judicial notice ได้ เพราะเป็นเรื่องที่อยู่นอกเหนือความรู้ของศาล¹⁵² คู่ความจึงต้องเป็นฝ่ายนำสืบพิสูจน์ให้ศาลเห็นถึงกฎหมายต่างประเทศโดยใช้พยานผู้เชี่ยวชาญ หากคู่ความไม่สามารถนำสืบพิสูจน์กฎหมายต่างประเทศต่อศาลได้ ศาลอังกฤษจะปรับใช้กฎหมายของประเทศอังกฤษแทนกฎหมายต่างประเทศดังกล่าว ดังที่เคยปรากฏให้เห็นอย่างชัดเจนใน Civil Evidence Act 1972 ซึ่งบัญญัติให้การพิสูจน์กฎหมายต่างประเทศต้องกระทำโดยใช้พยานผู้เชี่ยวชาญที่มีความรู้เกี่ยวกับกฎหมายต่างประเทศเท่านั้น¹⁵³ อันเป็นแนวคิดที่มีมาตั้งแต่ศตวรรษที่ 18 ด้วยความเชื่อที่ว่าศาลควรรับรู้กฎหมายต่างประเทศในฐานะเช่นเดียวกับที่ศาลรับรู้ประเพณีทางการค้า เพราะกฎหมายต่างประเทศเป็นเรื่องที่อยู่นอกเหนือขอบเขตการรับรู้ของผู้พิพากษา ผู้พิพากษาจึงไม่ควรรุกสันนิษฐานไว้ก่อนว่า จะต้องเป็นผู้รู้กฎหมายต่างประเทศ¹⁵⁴ ศาลอังกฤษจึงไม่มีอำนาจในการริเริ่มค้นหากฎหมายต่างประเทศด้วยตนเอง และในทางปฏิบัติหากคู่ความไม่สามารถพิสูจน์กฎหมายต่างประเทศจนเป็นที่พอใจแก่ศาลได้ ศาลจะถือว่าไม่เคยมีการพิสูจน์กฎหมายต่างประเทศในคดีและใช้กฎหมายอังกฤษ

¹⁵¹ รายละเอียดโปรดดูคำพิพากษาฎีกาที่ 22312/2555

¹⁵² Richard Fentiman, Foreign law in English courts, (United states : Oxford university press, 1998), p.3

¹⁵³ Civil Evidence Act 1972 Evidence of foreign law. (1) It is hereby declared that in civil proceedings a person who is suitably qualified to do so on account of his knowledge or experience is competent to give expert evidence as to the law of any country or territory outside the United Kingdom, or of any part of the United Kingdom other than England and Wales, irrespective of whether he has acted or is entitled to act as a legal practitioner there.

¹⁵⁴ John Henry Merryman and David S. Clark, Comparative law, Western European and Latin America legal system : case and materials, (United states of America : The Bobbs-Merrill company, Inc, 1978), pp.1214-1215

ตัดสินคดีนั้นแทนโดยใช้หลักว่า “กฎหมายต่างประเทศดังกล่าวมีเนื้อหาถูกต้องเกี่ยวกับกฎหมายภายในของตน”

แต่ก็ยังมีข้อยกเว้นบางประการที่คู่ความไม่จำเป็นต้องนำสืบกฎหมายต่างประเทศต่อศาล หากเป็นกรณีที่เกี่ยวข้องกับสนธิสัญญาประชาคมยุโรป (European Community treaties) เพราะถือเป็นเรื่องที่ศาลอังกฤษสามารถรู้ได้เอง เนื่องจากประเทศอังกฤษเป็นหนึ่งในสมาชิกของประชาคมยุโรปและได้มีการยอมรับข้อตกลงที่มีชื่อว่า “European convention on information on foreign law” หรือ “London Convention” ซึ่งมีเนื้อหา กำหนดให้ประเทศสมาชิกสหภาพยุโรปต้องรับรู้กฎหมายและวิธีพิจารณาในส่วนที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของประชาคมยุโรปในฐานะเช่นเดียวกับกฎหมายภายในของประเทศสมาชิกเอง¹⁵⁵ ดังนั้น ศาลของประเทศอังกฤษจึงสามารถปรับใช้หลักเรื่อง “Judicial notice” กับกฎหมายที่เกี่ยวข้องหรือตราขึ้นโดยประชาคมยุโรปได้

ส่วนการรับรู้กฎหมายต่างประเทศของศาลสหรัฐอเมริกา นั้นจะมีความยืดหยุ่นกว่าประเทศอังกฤษค่อนข้างมาก เนื่องจากมีบทบัญญัติที่เปิดโอกาสให้ศาลสามารถค้นคว้ากฎหมายต่างประเทศได้ด้วยตนเอง โดยศาลสามารถใช้หลัก “Judicial notice” กับกฎหมายต่างประเทศได้ ดังที่ปรากฏใน “Federal rule of civil procedure” ข้อ 44.1¹⁵⁶ และกฎหมายพยานหลักฐานของหลายๆ มลรัฐ¹⁵⁷ ส่งผลให้ศาลสหรัฐอเมริกาสามารถพิจารณากฎหมายต่างประเทศ

¹⁵⁵ European convention on information on foreign law Article 1 – Scope of the Convention

(1) The Contracting Parties undertake to supply one another, in accordance with the provisions of the present Convention, with information on their law and procedure in civil and commercial fields as well as on their judicial organization.

¹⁵⁶ Federal rule of civil procedure Rule 44.1. Determining Foreign Law - A party who intends to raise an issue about a foreign country's law must give notice by a pleading or other writing. In determining foreign law, the court 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 must be treated as a ruling on a question of law.

¹⁵⁷ รายละเอียดโปรดดูบทที่ 3 หัวข้อที่ 3.1.2.3

ได้ในฐานะเป็นข้อกฎหมายประการหนึ่งในคดี แต่ถึงอย่างไรก็ดีด้วยลักษณะการทำงานของศาลในประเทศสหรัฐอเมริกาที่ไม่ได้มีบทบาทในเชิงรุกมากนัก แม้ Federal rule of civil procedure ข้อ 44.1 จะบัญญัติให้อำนาจศาลในการลงไปค้นหากฎหมายต่างประเทศได้ด้วยตนเองก็ตาม แต่บทบัญญัติดังกล่าวก็เป็นเพียงบทบัญญัติที่เปิดโอกาสให้ศาลใช้ดุลพินิจว่าจะปฏิบัติตามหรือไม่ปฏิบัติตามก็ได้ หากได้เป็นบทบังคับศาลให้ต้องกระทำตามบทบัญญัติดังกล่าวไม่ ในทางปฏิบัติศาลของศาลสหรัฐอเมริกาส่วนใหญ่มักจะปฏิเสธที่จะใช้อำนาจดังกล่าว แต่ใช้กฎหมายภายในของสหรัฐอเมริกาวินิจฉัยคดีแทน โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีที่คุณความไม่ได้ยกประเด็นกฎหมายต่างประเทศขึ้นกล่าวอ้างต่อศาลหรือไม่ได้นำเสนอข้อมูลที่เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายต่างประเทศที่เพียงพอทำให้ศาลสามารถค้นหากฎหมายต่างประเทศต่อไปได้¹⁵⁸ คุณความในสหรัฐอเมริกาจึงยังต้องมีหน้าที่ในการยกประเด็นที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายต่างประเทศขึ้นกล่าวอ้างอย่างชัดแจ้งเสมอ¹⁵⁹ แต่ไม่จำเป็นต้องยกขึ้นกล่าวอ้างไว้ในคำคุณความเสมอไป

การรับรู้กฎหมายต่างประเทศของศาลในประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายซีวิลลอว์หรือกลุ่มประเทศภาคพื้นยุโรปนั้น เดิมมีแนวปฏิบัติในลักษณะเดียวกับประเทศอังกฤษโดยกำหนดให้คุณความต้องนำสืบกฎหมายต่างประเทศต่อศาลในฐานะที่เป็นข้อเท็จจริงประการหนึ่งในคดี แต่ต่อมาเมื่อมีการปรับปรุงระบบวิธีพิจารณาให้มีระบบค่อนข้างไปทางไต่สวน จึงได้มีการเพิ่มอำนาจให้ศาลเป็นผู้มีหน้าที่ในการค้นหาและวินิจฉัยปัญหากฎหมายต่างประเทศได้เอง โดยเฉพาะอย่างยิ่งประเทศในยุโรปส่วนใหญ่เป็นสมาชิกสหภาพยุโรป จึงส่งผลให้ศาลในประเทศสมาชิกส่วนใหญ่รับทราบกฎหมายของประชาคมยุโรปได้เองตามเงื่อนไขของ “European convention on information on foreign law” และ “Hague convention on the taking of evidence Abroad” ซึ่งปรากฏให้เห็นในประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน (Bürgerliches Gesetzbuch) มาตรา 3(1)¹⁶⁰ ส่วนการรับรู้กฎหมายต่างประเทศนอกเหนือจากส่วนที่เกี่ยวข้องกับสหภาพยุโรปนั้น มี

¹⁵⁸ Sofie Geeroms, *Foreign law in Civil litigation : A comparative and functional analysis*, (United states : Oxford university press, 2004), p.83

¹⁵⁹ คดี Siegelman v. Cunard White Star, Ltd., 221 F.2d 189 (2d Cir. 1955), คดี Pedersen v. United States, 191 F.Supp. 95 (D.Guam 1961) และคดี Harrison v. United Fruit Co., 143 F.Supp. 598 (S.D.N.Y. 1956)

¹⁶⁰ German civil code Article. 3 Scope; Relationship with rules of the European Union and with international conventions (1) Unless

กฎหมายที่บัญญัติหน้าที่ของศาลเยอรมันว่าจะต้องใช้กฎหมายต่างประเทศบังคับแก่คดีเสมอ ซึ่งวิธีการในการรับรู้กฎหมายต่างประเทศของเยอรมันนั้น กฎหมายบทบัญญัติเปิดโอกาสให้ศาลสามารถเลือกใช้ดุลพินิจว่าจะเป็นผู้ค้นหากฎหมายต่างประเทศมาปรับใช้แก่คดีด้วยตนเองหรือไม่ (Allgemeine Verweisungsvorschriften) ผู้พิพากษาของเยอรมันจึงมีอำนาจในการริเริ่มค้นคว้ากฎหมายต่างประเทศได้ด้วยตนเอง ซึ่งบทบัญญัติดังกล่าวปรากฏอยู่ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของเยอรมัน มาตรา 293¹⁶¹ แต่หากเกิดกรณีที่ศาลไม่สามารถหากกฎหมายต่างประเทศมาปรับใช้แก่คดีได้ด้วยตนเองหรือในกรณีที่คู่ความไม่สามารถนำเสนอพยานหลักฐานเกี่ยวกับกฎหมายต่างประเทศให้เป็นที่พอใจของศาลได้นั้น ศาลเยอรมันจะไม่นำกฎหมายภายในของเยอรมันมาปรับใช้กับคดีโดยโดยทันที แต่ศาลมักจะแก้ไขปัญหาดังกล่าวด้วยการใช้วิธีขอรับคำปรึกษาเป็นลายลักษณ์

1. immediately applicable rules of the European Union in their respective pertaining version, particularly

a) the Regulation (EC) No. 864/2007 of the European Parliament and of the Council of 11 July 2007 (OJ EU L 199 of 31.7.2007 p. 40) on the law applicable to non-contractual obligations (Rome II),

b) the Regulation (EC) No. 593/2008 of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008 (OJ EU L 177 of 4.7. 2008 p. 6) on the law applicable to contractual obligations (Rome I),

c) the Council Decision of 30 November 2009 (OJ EU L331 of 16.12.2009 p. 17) on the conclusion by the European Community of the Hague Protocol of 23 November 2007 on the Law Applicable to Maintenance Obligations, and

d) the Council Regulation (EU) No. 1259/2010 of 20 December 2010 (OJ EU L 343 of 29.12.2010 p. 10) implementing enhanced cooperation in the area of the law applicable to divorce and legal separation, or

2. rules in international conventions, insofar as they have become directly applicable in national law, are relevant, the applicable law is to be determined, where the facts of a case have a connection with a foreign country, by the provisions of this chapter (private international law).

¹⁶¹ รายละเอียดโปรดดูบทที่ 3 หัวข้อที่ 3.2.2.3

อักษรจาก “เพื่อนของศาล” (Amicus curiae) ซึ่งหมายถึงจากบรรดาศาสตราจารย์ทางกฎหมายตามมหาวิทยาลัยต่างๆ หรือการของความเห็นจากศูนย์กฎหมายที่มีชื่อเสียง เช่น สถาบัน The max plant institute for foreign law and private international law หรือเรียกสั้นๆ ว่า Max plant institute ซึ่งเป็นสถาบันที่มีศาสตราจารย์และนักวิจัยที่มีความเชี่ยวชาญในกฎหมายเอกชนของประเทศต่างๆ เป็นจำนวนมาก ทำให้ความเห็นของผู้เชี่ยวชาญในสถาบันนี้มีน้ำหนักและความน่าเชื่อถือ¹⁶²

ดังที่ผู้เขียนได้กล่าวมาแล้วในข้างต้นแสดงให้เห็นถึงแนวโน้มในการเพิ่มอำนาจของศาลในการดำเนินกระบวนการพิจารณาแพ่งให้มากขึ้น เพราะเดิมทั้งประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์และซีวิลลอว์ต่างเห็นตรงกันว่ากรณีวินิจฉัยเกี่ยวกับการรับฟังกฎหมายต่างประเทศเป็นปัญหาข้อเท็จจริงที่คู่ความต้องยกขึ้นกล่าวอ้างและนำสืบต่อศาล แต่ในปัจจุบันประเทศสหรัฐอเมริกาได้ปรับเปลี่ยนทิศทางให้ศาลมีบทบาทในการลงไปค้นหากฎหมายมากขึ้น ส่วนกลุ่มประเทศในยุโรป เช่น ประเทศฝรั่งเศส เบลเยียม เปิดโอกาสให้ศาลสามารถลงไปค้นหากฎหมายต่างประเทศมาวินิจฉัยคดีได้ด้วยตนเองในฐานะที่เป็นปัญหาข้อกฎหมายในคดี โดยเฉพาะอย่างยิ่งในศาลของประเทศเยอรมัน ออสเตรีย และอิตาลี ที่กำหนดให้ศาลมีหน้าที่ต้องใช้กฎหมายต่างประเทศในคดีเสมอ ไม่ว่าคู่ความจะยกขึ้นกล่าวอ้างไว้เป็นประเด็นในคดีหรือนำสืบพิสูจน์กฎหมายต่างประเทศต่อศาลหรือไม่¹⁶³ หรือแม้แต่ประเทศอังกฤษเอง ก็เคยมีความพยายามที่จะปรับปรุงกฎหมายให้มีการเปิดโอกาสให้ศาลสามารถใช้ดุลพินิจในการค้นหากฎหมายต่างประเทศด้วยตัวเองเช่นที่ปรากฏใน The British Ascertainment Act 1859 แต่กฎหมายฉบับดังกล่าวก็ถูกยกเลิกไปในปี ค.ศ.1973¹⁶⁴ เพราะศาลอังกฤษยังคงยึดติดกับประเพณีทางกฎหมายที่มีมาอย่างช้านาน ทำให้แม้จะมีการพยายามปรับปรุงบทบาทของศาลแต่ก็ไม่ประสบความสำเร็จ

ด้วยสังคมปัจจุบันที่แคบลงทำให้การติดต่อสื่อสารระหว่างประเทศทำได้ง่ายขึ้น เป็นที่แน่นอนว่าการก่อกวนสัมพันธ์ระหว่างประเทศก็มีมากขึ้นตามไปด้วย ข้อพิพาทที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายต่างประเทศจึงมีเข้ามาสู่การพิจารณาของศาลมากขึ้น โดยเฉพาะอย่างยิ่งในปัจจุบันประเทศไทยได้เข้าเป็นหนึ่งในสมาชิกของประชาคมอาเซียน (ASEAN Community) จึงมีแนวโน้มที่กฎหมาย

¹⁶² ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช, คำอธิบายกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556), น.215-217

¹⁶³ วรรณชัย บุญบำรุง, ธนฤต วรณชชากุล, สิริพันธ์ พลรบ, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 52, น.153-154

¹⁶⁴ Sofie Geeroms, *Supra note 158*, pp.75-76

ของต่างประเทศจะเข้ามาสู่การพิจารณาคดีของศาลไทยมากยิ่งขึ้น ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่าศาลไทยน่าจะต้องพิจารณาบทบาทบทบาทในการของรับรู้กฎหมายต่างประเทศของศาลให้มีบทบาทในเชิงรุกมากขึ้น เพื่อให้การพิจารณาคดีที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายต่างประเทศเป็นไปด้วยความรวดเร็วถูกต้อง เป็นธรรม ประกอบกับทิศทางในการพิจารณากฎหมายต่างประเทศของศาลในประเทศต่างๆ ก็มีแนวโน้มที่จะเพิ่มอำนาจศาลให้สามารถค้นหากฎหมายต่างประเทศมาปรับใช้แก้คดีได้ด้วยตนเอง เพราะกฎหมายต่างประเทศนั้นไม่ได้มีลักษณะเป็นปัญหาข้อเท็จจริงโดยแท้แต่ด้วยเหตุผลทางนโยบาย ทำให้ต้องกำหนดให้ต้องพิจารณากฎหมายต่างประเทศในฐานะที่เป็นข้อเท็จจริงในคดี รวมถึงในปัจจุบันการค้นหากฎหมายต่างประเทศทำได้ง่ายขึ้น ผู้พิพากษาเองก็มีความรู้เกี่ยวกับกฎหมายต่างประเทศมากขึ้น ศาลจึงควรที่จะเปิดโอกาสให้ผู้พิพากษาที่มีความรู้เกี่ยวกับกฎหมายต่างประเทศนำความรู้ดังกล่าวมาใช้วินิจฉัยตัดสินคดีได้เพราะจะเป็นประโยชน์ต่อการพิจารณาคดีมากกว่าที่จะจำกัดไม่ให้ศาลใช้ความรู้ดังกล่าวเพียงเพราะเป็นความรู้เห็นส่วนตัว นอกจากนี้ผู้เขียนเห็นว่าบางครั้งการปล่อยให้คู่ความต่อสู้คดีกันเองก็ไม่ส่งผลให้ศาลได้ข้อมูลเกี่ยวกับกฎหมายต่างประเทศที่ถูกต้องเสมอไป การเปิดโอกาสให้ศาลสามารถใช้ดุลพินิจค้นหากฎหมายต่างประเทศมาปรับแก้คดีได้ด้วยตนเองในฐานะที่เป็นเรื่องที่ศาลสามารถรู้ได้เองจึงอาจก่อความยุติธรรมขึ้นในคดีได้มากกว่า ทั้งยังเป็น การช่วยลดภาระค่าใช้จ่ายของคู่ความในการว่าจ้างพยานผู้เชี่ยวชาญที่จะมาเบิกความในคดีลงด้วย แต่ถึงอย่างไรก็ดีหากเกิดกรณีที่ศาลไม่สามารถหากฎหมายต่างประเทศมาใช้ปรับแก้คดีได้และคู่ความเองก็ไม่สามารถนำสืบพิสูจน์กฎหมายต่างประเทศนั้นให้เป็นที่พอใจแก่ศาลได้ ศาลก็ยังคงมีอำนาจปรับใช้กฎหมายภายในของไทยแก้คดีแทนกฎหมายต่างประเทศได้เช่นเดิม¹⁶⁵

อย่างไรก็ดี เนื่องจากการหยิบยกเอากฎหมายต่างประเทศขึ้นพิจารณาของศาลเกี่ยวข้องโดยตรงกับการแสดงออกถึงอำนาจอธิปไตยของประเทศ หากปล่อยให้ศาลหยิบยกเอากฎหมายต่างประเทศขึ้นพิจารณาและปรับแก้คดีโดยพลการ อาจทำให้เกิดความเสียหายต่อการคงไว้ซึ่งอำนาจอธิปไตยของประเทศได้ ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่าควรจำกัดขอบเขตให้ศาลสามารถหยิบยกเอากฎหมายต่างประเทศขึ้นปรับแก้คดีได้ต่อเมื่อได้กำหนดประเด็นเกี่ยวกับกฎหมายต่างประเทศดังกล่าวไว้เป็นประเด็นแห่งคดีแล้ว หรือในกรณีที่คู่ความได้ยกขึ้นกล่าวอ้างไว้ในคดีแล้วเท่านั้น เพื่อเป็นการคงไว้ซึ่งอำนาจอธิปไตยและสอดคล้องต้องตามหลักความประสงค์ของคู่ความ

¹⁶⁵ รายละเอียดเพิ่มเติมโปรดดู หยุต แสงอุทัย, คำอธิบายกฎหมายระหว่างประเทศ แผนกคดีบุคคล ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายและสัญชาติ, พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพมหานคร : ร้านคำ สหกรณ์นักศึกษา มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ จำกัดสินใจ, 2504), น.85-89

ตั้งที่ผู้เขียนได้ศึกษาถึงระบบการพิจารณาคดีแพ่ง บทบาทของผู้พิพากษา และ บทบาทของคู่ความในประเทศต่างๆ มาแล้วข้างต้น จะเห็นได้ว่ามีหลักเกณฑ์และแนวคิดบางประการที่น่าสนใจ โดยเฉพาะอย่างยิ่งหลักเกณฑ์ที่เกี่ยวข้องกับการกำหนดบทบาทของศาลในการใช้หลัก “ข้อที่ศาลรู้เอง” กับข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายในคดี ซึ่งเป็นส่วนที่สามารถนำมาประยุกต์ใช้เป็นแนวทางในการแก้ปัญหาบางประการเกี่ยวกับบทบาทของศาลในการรับรู้กฎหมายลำดับรองได้เป็นอย่างดี ส่วนในบทต่อไปผู้เขียนจะทำการศึกษาถึงสภาพปัญหาและผลกระทบจากการกำหนดสถานะทางคดีของกฎหมายลำดับรองอย่างละเอียด รวมถึงศึกษาบทบาทของศาลในการพิจารณาคดีประเภทต่างๆ เพื่อนำมาใช้ในการวิเคราะห์หาข้อสรุปอย่างเหมาะสม



บทที่ 4

บทวิเคราะห์การค้นหากฎหมายลำดับรองมาปรับใช้ในคดีของศาลไทย

4.1 วิเคราะห์แนวทางในการกำหนดสถานะทางคดีของกฎหมายลำดับรอง

ดังที่ผู้เขียนได้กล่าวถึงแนวคำพิพากษาฎีกาเกี่ยวกับสถานะของกฎหมายลำดับรองมาแล้วในหัวข้อที่ 2.2.3.1 ว่ามีทั้งส่วนที่พิพากษาให้กฎหมายลำดับรองมีสถานะเป็นข้อเท็จจริงที่คู่ความต้องนำสืบต่อศาล และส่วนที่พิพากษาให้กฎหมายลำดับรองมีสถานะเป็นข้อกฎหมายที่ศาลสามารถรู้ได้เอง ในบทนี้ผู้เขียนจึงมุ่งที่จะศึกษาและวิเคราะห์ถึงที่มาของปัญหา รวมถึงผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากปัญหาดังกล่าวอย่างละเอียด เพื่อหาแนวทางที่เหมาะสมในการแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้น ซึ่งเมื่อผู้เขียนได้ทำการศึกษาก็พบว่าส่วนใหญ่ศาลฎีกาวางแนวทางการพิพากษาให้กฎหมายลำดับรองที่มีฐานะต่ำกว่ากฎกระทรวงลงมามีสถานะเป็นข้อเท็จจริงที่คู่ความต้องนำสืบต่อศาล ซึ่งสอดคล้องกับความเห็นของนักกฎหมายของไทยส่วนใหญ่ที่มีความคิดเห็นไปในทำนองดังกล่าว คงมีเพียงนักกฎหมายส่วนน้อยเท่านั้นที่มีความเห็นว่ากฎหมายลำดับรองที่มีฐานะต่ำกว่ากฎกระทรวงลงมามีสถานะเป็นข้อกฎหมายที่ศาลรู้ได้เอง ดังนั้น ผู้เขียนจึงได้ศึกษาแนวทางการให้เหตุผลในการพิพากษาคดีเกี่ยวกับกฎหมายลำดับรองของศาลฎีกา โดยสามารถวิเคราะห์แยกแยะได้เป็นประเด็นดังนี้

4.1.1. แนวทางที่ศาลใช้กำหนดให้กฎหมายลำดับรองมีสถานะเป็นปัญหาข้อเท็จจริง

สำหรับเหตุผลที่ศาลใช้ในการวินิจฉัยให้กฎหมายลำดับรองมีสถานะเป็นข้อเท็จจริงที่คู่ความจะต้องนำสืบต่อศาลนั้น ผู้เขียนได้ทำการวิเคราะห์จากเหตุผลที่ปรากฏในคำพิพากษาฎีกา รวมถึงศึกษาประกอบกับแนวคิดของนักกฎหมายไทยแล้ว สามารถแยกแยะเหตุผลที่ปรากฏในคำพิพากษาของศาลฎีกาได้เป็นสองประการหลักๆ ดังนี้

ประการแรก เกิดจากการที่ศาลฎีกาตีความว่ากฎหมายลำดับรองไม่มีค่าบังคับเป็นกฎหมาย ศาลจึงกำหนดให้กฎหมายลำดับรองมีสถานะเป็นเพียงข้อเท็จจริงในคดีเท่านั้น

สำหรับสถานะทางคดีของพระราชกฤษฎีกาและกฎกระทรวงนั้น แม้กฎหมายทั้งสองประเภทจะมีฐานะเป็นกฎหมายลำดับรองประการหนึ่ง แต่ศาลฎีกาก็วางแนวทางวินิจฉัยเป็นที่ยุติมาตลอดว่าการพิจารณาที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายลำดับรองประเภทดังกล่าวในทุกประเด็นมีสถานะเป็นข้อกฎหมายที่ศาลสามารถรู้ได้เอง เนื่องจากกฎหมายทั้งสองประเภทถูกตราขึ้นด้วยวิธีการที่แน่นอน ทั้งยังต้องผ่านการพิจารณาและตรวจสอบอนุมัติจากคณะรัฐมนตรีก่อนประกาศใช้ จึงเป็นกฎหมายที่มี

ความสำคัญ ทั้งกฎหมายในลักษณะนี้ก็มีไม่มากนักจึงอยู่ในวิสัยที่ศาลจะสามารถรับรู้ถึงกฎหมายดังกล่าวได้ด้วยตนเอง ดังนั้น เมื่อศาลแนวทางที่ขัดแย้งตรงกันว่าการพิจารณากฎหมายลำดับรองจำพวกพระราชกฤษฎีกาและกฎกระทรวงในทุกลักษณะมีสถานะเป็นข้อกฎหมายที่ศาลสามารถรู้ได้เอง ทำให้ไม่เกิดปัญหาขึ้นในทางปฏิบัติแต่อย่างใด

ส่วนกฎหมายลำดับรองที่มีฐานะต่ำกว่ากฎกระทรวงลงมานั้น มีคำพิพากษาฎีกาจำนวนหนึ่งตีความว่ากฎหมายลำดับรองดังกล่าวไม่มีค่าบังคับเป็นกฎหมายแต่เป็นเพียงข้อกำหนดของทางราชการหรือเป็นเพียงระเบียบการที่เจ้าพนักงานกำหนดขึ้นเพื่อปฏิบัติการตามอำนาจที่กฎหมายระบุไว้เท่านั้น¹ สอดคล้องกับความเห็นของท่านศาสตราจารย์ประมุข สุวรรณศร ซึ่งได้ให้ความเห็นว่าประกาศของพนักงานเจ้าหน้าที่หรือของคณะกรรมการที่ตั้งขึ้นโดยอาศัยอำนาจจากบทกฎหมายนั้นไม่ใช่กฎหมาย ซึ่งแนวคิดดังกล่าวสะท้อนให้เห็นได้ว่าศาลฎีกาและท่านศาสตราจารย์ประมุข สุวรรณศร ตีความคำว่า “กฎหมาย” ให้หมายถึงเพียงกฎหมายที่ตราขึ้นโดยฝ่ายนิติบัญญัติเท่านั้น อันเป็นการตีความกฎหมายในความหมายอย่างแคบ ซึ่งผู้เขียนไม่เห็นพ้องด้วยกับแนวคิดดังกล่าวมากนัก ดังที่ผู้เขียนได้กล่าวมาแล้วในหัวข้อที่ 2.1.2.3 เพราะการตีความในลักษณะดังกล่าวอาจส่งผลเสียต่อการบังคับใช้กฎหมายลำดับรองได้ เนื่องจากหากกำหนดให้กฎหมายลำดับรองไม่มีค่าบังคับเป็นกฎหมายย่อมส่งผลให้ประชาชนไม่เคารพยำเกรงในกฎหมายอีกต่อไป กฎหมายที่ตราขึ้นจึงไร้ซึ่งประสิทธิภาพและไม่อาจใช้เป็นเครื่องมือในการควบคุมหรือแก้ปัญหาที่เกิดขึ้นในสังคม นอกจากนี้ยังอาจส่งผลกระทบต่อการศึกษาพิพากษาคดีของศาลอีกด้วย เพราะการพิพากษาคดีของศาลต้องเป็นไปตามบทกฎหมายเสมอ เมื่อกฎหมายลำดับรองไม่มีค่าบังคับเป็นกฎหมาย ศาลย่อมไม่อาจหยิบยกเอากฎหมายลำดับรองดังกล่าวมาใช้บังคับแก่คดีได้จนต้องพิพากษายกฟ้องคดีดังกล่าวไปในที่สุด ข้อพิพาทที่เกิดขึ้นระหว่างคู่ความจึงไม่ถูกแก้ไขให้ระงับสิ้นไป ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่าศาลควรตีความให้กฎหมายลำดับรองมีฐานะต่ำกว่ากฎกระทรวงลงมามีค่าบังคับเป็นกฎหมายในฐานะที่เป็นกฎหมายตามเนื้อความประการหนึ่งแทนที่จะตีความให้กฎหมายลำดับรองเป็นเพียงประกาศของพนักงานเจ้าหน้าที่หรือของคณะกรรมการที่ตั้งขึ้นโดยอาศัยอำนาจจากบทกฎหมายเท่านั้น

อย่างไรก็ดีในปัจจุบันปัญหาดังกล่าวได้ลดน้อยลงไปมากเนื่องจากแนวทางการให้เหตุผลของศาลฎีกาไม่นิยมวินิจฉัยไว้โดยขัดแย้งในคำพิพากษาอีกต่อไปว่ากฎหมายลำดับรองไม่มีค่าบังคับเป็นกฎหมาย แต่จะให้เหตุผลทำนองว่ากฎหมายลำดับรอง “ไม่ใช่กฎหมายที่ศาลจะรับรู้เอง

¹ รายละเอียดโปรดดูคำพิพากษาฎีกาที่ 460/2491, คำพิพากษาฎีกาที่ 987/2491, คำพิพากษาฎีกาที่ 1347/2505, คำพิพากษาฎีกาที่ 245/2516, คำพิพากษาฎีกาที่ 295/2516, คำพิพากษาฎีกาที่ 588/2523

และมีใช้ข้อเท็จจริงที่ศาลรับรู้ได้เอง” หรือ “ไม่เป็นกฎหมายหรือข้อเท็จจริงที่ประชาชนรู้กันทั่วไป” แทน² ทำให้แนวโน้มในการพิจารณาของศาลฎีกาในยุคปัจจุบันเปลี่ยนมาให้ความสำคัญการพิจารณาประเด็นเรื่องการรับรู้ถึงความมีอยู่ของกฎหมายลำดับรองมากกว่าที่จะพิจารณาถึงค่าบังคับของกฎหมายลำดับรองเช่นในอดีต

ประการที่สอง เกิดจากแนวคิดในทางพยานหลักฐานที่กำหนดให้การพิจารณาถึงประเด็นเรื่องความมีอยู่ของกฎหมายลำดับรองมีลักษณะเป็นการพิจารณาประเด็นปัญหาข้อเท็จจริงแยกต่างหากจากการพิจารณาตีความและปรับใช้กฎหมายที่มีสถานะเป็นข้อกฎหมายในคดี

เหตุที่ศาลกำหนดให้การพิจารณาในประเด็นเรื่องความมีอยู่ของกฎหมายลำดับรองมีสถานะเป็นปัญหาข้อเท็จจริงนั้น เกี่ยวข้องโดยตรงกับการรับรู้ถึงความมีอยู่ของกฎหมายลำดับรองของศาล ทั้งนี้ก็เพราะกฎหมายลำดับรองที่มีฐานะต่ำกว่ากฎกระทรวงลงนามมีเป็นจำนวนมากและมักจะแก้ไขเปลี่ยนแปลงอยู่บ่อยครั้ง ทำให้กฎหมายลำดับรองเป็นเรื่องที่อยู่นอกเหนือความรับรู้ของศาล ศาลจึงแก้ปัญหาที่เกิดขึ้นโดยวางแนวทางให้คู่ความต้องเป็นฝ่ายพิสูจน์ถึงความมีอยู่ของกฎหมายลำดับรองที่มีฐานะต่ำกว่ากฎกระทรวงลงมาต่อศาลในฐานะที่เป็นข้อเท็จจริงในคดีประการหนึ่ง แต่หากพิจารณาในทางกลับกันพบว่าศาลวางแนวทางให้การพิสูจน์ถึงความมีอยู่ของกฎหมายลำดับสูงและกฎหมายลำดับรองจำพวกพระราชกฤษฎีกาและกฎกระทรวงมีสถานะเป็นข้อกฎหมายในคดีที่ศาลสามารถรู้ได้เองโดยคู่ความไม่ต้องนำสืบ³ ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าการกำหนดแนวทางของศาลดังกล่าวขัดแย้งกันเองอย่างเห็นได้ชัดระหว่างกฎหมายลำดับสูงและกฎหมายลำดับรอง ทั้งๆ ที่เป็นการพิจารณาในลักษณะเดียวกัน จึงอาจทำให้เกิดความสับสนขึ้นในกระบวนการใช้กฎหมายได้ ศาลฎีกาจึงควรวางแนวทางในการพิสูจน์เรื่องดังกล่าวให้เป็นมาตรฐานเดียวกันทั้งหมด

เกี่ยวกับประเด็นนี้ท่านศาสตราจารย์พิเศษโสภณ รัตนกร ได้ให้ความเห็นไว้อย่างน่าสนใจว่าปัญหาว่ามีตัวบทกฎหมายว่าไว้อย่างไรหรือไม่นั้นมีลักษณะเป็นการพิสูจน์ในประเด็นปัญหาข้อเท็จจริงเช่นเดียวกับปัญหาว่ามีชนบธรรมเนียมประเพณีอย่างไรอยู่หรือไม่ ซึ่งศาลรู้เองได้โดยไม่

² รายละเอียดโปรดดูคำพิพากษาฎีกาที่ 3479/2535, คำพิพากษาฎีกาที่ 214/2498, คำพิพากษาฎีกาที่ 1072/2518, คำพิพากษาฎีกาที่ 313/2518, คำพิพากษาฎีกาที่ 588/2523, คำพิพากษาฎีกาที่ 650/2532, คำพิพากษาฎีกาที่ 4351/2532, คำพิพากษาฎีกาที่ 3479/2535, คำพิพากษาฎีกาที่ 3834/2535, คำพิพากษาฎีกาที่ 567/2536, คำพิพากษาฎีกาที่ 7302/2538, คำพิพากษาฎีกาที่ 460/2550

³ รายละเอียดโปรดดูคำพิพากษาฎีกาที่ 1159/2511 และคำพิพากษาฎีกาที่ 1277/2527

ต้องนำสืบตามมาตรา 84(1)⁴ และสอดคล้องกับความเห็นของท่านอาจารย์เข็มชัย ชูติวงศ์ ที่เห็นว่า ปัญหาที่ว่ามติทบทกกฎหมายใดมีอยู่และยังมีผลใช้บังคับหรือไม่หรือมีเนื้อความอย่างไรนี้ มีลักษณะเป็น ปัญหาข้อเท็จจริงที่ศาลสามารถรู้ได้เอง⁵ ด้วยความเคารพผู้เขียนเห็นด้วยกับแนวคิดของท่าน ศาสตราจารย์พิเศษโสภณ รัตนกร และท่านอาจารย์เข็มชัย ชูติวงศ์ ที่กำหนดให้การรับรู้ถึงความมีอยู่ ของกฎหมายลำดับรองควรเป็นเรื่องที่ศาลรู้ได้เอง แต่ยังไม่เห็นพ้องด้วยที่กำหนดให้มีสถานะเป็น ข้อเท็จจริงในคดี เนื่องจากจะทำให้เกิดข้อจำกัดตามมาในหลายประการดังที่ผู้เขียนจะขอกกล่าวไว้ใน หัวข้อที่ 4.3.2 ต่อไป

ส่วนแนวคำพิพากษาฎีกาที่กำหนดให้การพิจารณาเรื่องความมีอยู่ของกฎหมาย ลำดับรองมีสถานะเป็นข้อเท็จจริงที่คู่ความจะต้องนำสืบต่อศาลนั้นผู้เขียนก็ยังไม่เห็นพ้องด้วยนัก แม้ว่าการกำหนดให้กฎหมายลำดับรองมีสถานะเป็นข้อเท็จจริงในคดีจะอำนวยความสะดวกให้ศาลไม่ ต้องลงไปค้นหากฎหมายลำดับรองมาใช้แก้คดีด้วยตนเองและเปิดโอกาสให้คู่ความได้ต่อสู้คดีกัน ได้อย่างเต็มที่ก็ตาม แต่ก็อาจมีปัญหาตามมาในเรื่องข้อจำกัดในการตรวจสอบความถูกต้องของ กฎหมายลำดับรองที่จะนำมาใช้บังคับแก้คดีได้ เนื่องจากการกำหนดให้กฎหมายลำดับรองมีสถานะ เป็นข้อเท็จจริงที่คู่ความต้องนำสืบต่อศาลนั้น ย่อมต้องตกอยู่ภายใต้บังคับที่คู่ความต้องพิสูจน์โต้แย้ง ความถูกต้องของกฎหมายลำดับรองกันด้วยวิธีทางพยานหลักฐาน หากเกิดกรณีที่คู่ความฝ่ายหนึ่ง กล่าวอ้างกฎหมายลำดับรองฉบับไม่ถูกฉบับหรือฉบับที่สิ้นผลบังคับไปแล้วต่อศาล และคู่ความอีกฝ่าย ไม่ได้โต้แย้งคัดค้านไว้ศาลย่อมต้องถูกบังคับให้รับฟังเป็นยุติตามนั้น ตามหลักการของประมวล กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 183 ที่ว่า “ข้อเท็จจริงใดที่คู่ความรับกันหรือถือว่ารับกันต้องฟัง ยุติไปตามนั้น” ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าโดยหลักแล้วการตรวจสอบความถูกต้องของกฎหมายที่จะนำมาปรับ ใช้แก้คดีย่อมเป็นหน้าที่ของศาลโดยเฉพาะที่จะต้องตรวจสอบทุกครั้งไม่ว่าจะเป็นการนำกฎหมายใน ระดับใดมาปรับใช้แก้คดี การปล่อยให้คู่ความเป็นฝ่ายพิสูจน์ความถูกต้องของกฎหมายลำดับรอง กันเองโดยอาศัยวิธีการทางพยานหลักฐานย่อมไม่มีความเหมาะสมมากนัก ศาลในฐานะที่เป็นองค์กรผู้ บังคับใช้กฎหมายจึงควรเป็นผู้ค้นหากฎหมายที่ถูกต้องมาปรับใช้แก้คดีและควรมีอำนาจในการ ตรวจสอบความถูกต้องของกฎหมายที่จะนำมาปรับใช้แก้คดี เพื่อเป็นหลักประกันแก่ประชาชนว่าจะ ได้รับความเป็นธรรมจากการพิจารณาคดี

⁴ โสภณ รัตนกร, คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยาน, พิมพ์ครั้งที่ 11 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2557), น.103

⁵ เข็มชัย ชูติวงศ์, คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยาน, พิมพ์ครั้งที่ 8 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2551), น.14

4.1.2. แนวทางที่ศาลใช้กำหนดให้กฎหมายลำดับรองมีสถานะเป็นปัญหาข้อกฎหมาย

สำหรับเหตุผลที่ศาลฎีกาใช้สนับสนุนการวินิจฉัยให้กฎหมายลำดับรองมีสถานะเป็นปัญหาข้อกฎหมายนั้น ศาลฎีกาวินิจฉัยโดยใช้อำนาจดุลพินิจเสียเป็นส่วนใหญ่ หากเป็นกฎหมายลำดับรองที่อยู่ในความรับรู้ของศาลหรือเป็นกฎหมายลำดับรองที่ศาลสามารถค้นหาได้โดยง่ายแล้ว ศาลจะใช้ดุลพินิจกำหนดให้ปัญหาข้อกฎหมายที่ศาลสามารถรู้ได้เอง แต่หากเป็นกฎหมายลำดับรองที่อยู่นอกขอบเขตการรับรู้ของศาล ศาลย่อมใช้ดุลพินิจที่จะไม่รับรู้กฎหมายดังกล่าวและกำหนดให้คู่ความเป็นฝ่ายนำสืบต่อศาลแทน

ประกอบกับเมื่อผู้เขียนได้พิจารณาคำพิพากษาฎีกาที่ 1074/2525 ที่ศาลฎีกาได้พิพากษาให้การพิสูจน์ข้อบัญญัติท้องถิ่นมีสถานะเป็นข้อกฎหมายที่ศาลรู้ได้เองโดยให้เหตุผลว่า “ข้อบัญญัติท้องถิ่นเป็นกฎหมายชนิดหนึ่งที่ใช้บังคับคนทั่วประเทศมิใช่บังคับเฉพาะแต่คนในท้องถิ่น จึงเป็นข้อกฎหมายที่ศาลต้องทราบเอง” นั้น ทำให้เห็นแนวทางในการใช้ดุลพินิจของศาลได้อย่างชัดเจนว่าศาลใช้ความสามารถในการรับรู้กฎหมายลำดับรองของศาลเป็นเกณฑ์การพิจารณากำหนดสถานะทางคดีของกฎหมายลำดับรอง ทั้งคำพิพากษาฎีกาดังกล่าวยังสะท้อนให้เห็นแนวทางในการตีความคำว่า “กฎหมาย” ของศาลในคดีดังกล่าวด้วยว่าศาลตีความคำว่า “กฎหมาย” ในความหมายอย่างกว้าง โดยรวมเอากฎหมายลำดับรองที่มีลักษณะเป็นกฎหมายตามเนื้อความที่ใช้บังคับแก่ประชาชนจำนวนมากเป็นกฎหมายชนิดหนึ่งที่ศาลจะต้องทราบด้วยตนเองด้วย แต่ถึงอย่างไรก็ดีท่านศาสตราจารย์พิเศษจรูญ ภักดีธรรมากุล ให้ข้อสังเกตเกี่ยวกับคำพิพากษาฎีกาดังกล่าวไว้อย่างน่าสนใจว่า “เหตุที่ศาลฎีกาวินิจฉัยปัญหาว่ามีกฎหมายท้องถิ่นใช้บังคับอยู่ในขณะนั้นหรือไม่เป็นปัญหาข้อกฎหมายที่ศาลต้องรู้อนั้น ศาลฎีกาไม่ได้วิเคราะห์จากหลักที่ว่าปัญหาการมีอยู่คงอยู่ของกฎหมายถือเป็นปัญหาข้อเท็จจริง แต่ศาลฎีกากลับวินิจฉัยว่ากฎหมายท้องถิ่นเป็นกฎหมายที่ใช้บังคับแก่คนทั่วประเทศจึงเป็นกฎหมายที่ศาลต้องทราบดี ซึ่งเราไม่ได้ถกเถียงกันถึงประเด็นดังกล่าว แต่ปัญหาที่เราวิเคราะห์กันนั้นเป็นปัญหาในทางพยานหลักฐานว่าการมีกฎหมายท้องถิ่นใช้บังคับอยู่ในขณะนั้นหรือไม่เป็นปัญหาข้อกฎหมายหรือปัญหาข้อเท็จจริง ซึ่งถ้ามองเป็นปัญหาข้อกฎหมายแล้วก็ตกเป็นภาระแก่ศาลที่จะต้องไปติดตามความเคลื่อนไหวของกฎหมายท้องถิ่นทั้งระบบ แต่ถ้าถือว่าเป็นปัญหาข้อเท็จจริงภาระอันนี้ก็จะหลุดจากศาลไปอยู่กับคู่กรณีหรือคู่ความภาระจะน้อยกว่ากันมาก โดยเหตุผลที่ศาลฎีกาวินิจฉัยดังกล่าวน่าจะอยู่ตรงที่ว่าแม้กฎหมายท้องถิ่นทั้งระบบนั้นจะมีอยู่เป็นจำนวนมากมายมหาศาลก็จริง แต่หากเราดูเฉพาะในแต่ละท้องถิ่นเราจะพบว่าไม่มากนัก เช่น จังหวัดแม่ฮ่องสอน จังหวัดภูเก็ต ศาลที่มีเขตอำนาจมีภาระแค่ติดตามกฎหมายท้องถิ่นเฉพาะในเขตของตนเท่านั้นไม่ใช่ต้องไปดูเทศบัญญัติหรือกฎหมายของท้องถิ่นอื่น ที่ศาลฎีกาวินิจฉัยว่าเป็นปัญหา

ข้อกฎหมายจึงถูกต้องแล้ว เพียงแต่เหตุผลเท่านั้นที่ยังมีข้อโต้แย้งได้อยู่”⁶ ซึ่งหากพิจารณาจากข้อสังเกตดังกล่าวทำให้เห็นแนวทางในการวินิจฉัยของศาลฎีกาได้อย่างชัดเจนว่าการกำหนดสถานะของกฎหมายลำดับรองในคดีเป็นเรื่องที่ขึ้นอยู่กับการรับรู้ของศาลโดยแท้ และเป็นการใช้อำนาจดุลพินิจของศาลเป็นรายคดี

นอกจากนี้ผู้เขียนยังมีข้อสังเกตเพิ่มเติมด้วยว่าหากศาลฎีกาวางแนวทางให้ข้อบัญญัติท้องถิ่นมีสถานะเป็นข้อกฎหมายที่ศาลรู้ได้เองแล้ว เหตุใดศาลฎีกาถึงได้วางแนวทางที่ย้อนแย้งโดยกำหนดให้กฎหมายลำดับรองประเภทอื่นที่มีผลใช้บังคับแก่คนทั่วประเทศหรือประชาชนในวงกว้างเช่นกัน เช่น ประกาศกระทรวงการคลังเรื่องอัตราดอกเบี้ยสูงสุด หรือประกาศธนาคารแห่งประเทศไทยที่กำหนดให้ธนาคารพาณิชย์ถือปฏิบัติเกี่ยวกับการเรียกดอกเบี้ย มีสถานะเป็นเพียงข้อเท็จจริงในคดีที่คู่ความจะต้องนำสืบต่อศาลเท่านั้น⁷ และจากแนวทางการวินิจฉัยของศาลฎีกาที่ยังคงกลับแนวไปมานี้เอง ส่งผลกระทบต่อทางปฏิบัติของศาลและคู่ความเป็นอย่างมาก เนื่องจากคู่ความไม่สามารถรู้ล่วงหน้าได้เลยว่ากฎหมายลำดับรองชนิดใดบ้างจะเป็นเรื่องที่ศาลรู้เองและกฎหมายลำดับรองใดบ้างเป็นเรื่องที่คู่ความจะต้องนำสืบต่อศาล ทำให้เกิดผลเสียโดยตรงต่อสิทธิในการดำเนินกระบวนการพิจารณาของคู่ความ ซึ่งผู้เขียนจะขอกกล่าวไว้ในหัวข้อที่ 4.3 ต่อไป

4.2 ข้อขัดข้องและข้อจำกัดในการนำกฎหมายลำดับรองมาปรับใช้ในคดีของไทย

หลังจากที่ได้ทำการศึกษาวิเคราะห์ถึงแนวทางในการกำหนดสถานะของกฎหมายลำดับรองมาแล้วข้างต้น ในส่วนต่อมาผู้เขียนจึงได้ทำการศึกษาถึงปัญหา ข้อขัดข้อง และข้อจำกัดที่ส่งผลกระทบต่อกรกำหนดสถานะของกฎหมายลำดับรอง โดยผู้เขียนได้แยกการพิจารณาออกเป็นสองส่วนใหญ่ๆ คือ การพิจารณาข้อขัดข้องจากตัวกฎหมายลำดับเองและการพิจารณาข้อจำกัดของศาลที่มีต่อการค้นหากฎหมายมาปรับใช้แก่คดี โดยแยกวิเคราะห์ที่ได้เป็นประเด็นดังต่อไปนี้

⁶ จรรย์ ภักดีธนากุล, กฎหมายลักษณะพยานหลักฐาน, พิมพ์ครั้งที่ 7 (กรุงเทพมหานคร : สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2555), น.47-49

⁷ รายละเอียดโปรดดูคำพิพากษาฎีกาที่ 650/2532, คำพิพากษาฎีกาที่ 4351/2532, คำพิพากษาฎีกาที่ 3479/2535, คำพิพากษาฎีกาที่ 3834/2535, คำพิพากษาฎีกาที่ 567/2536, คำพิพากษาฎีกาที่ 7302/2538, คำพิพากษาฎีกาที่ 2043/2540, คำพิพากษาฎีกาที่ 6624/2550, คำพิพากษาฎีกาที่ 460/2550

4.2.1 ข้อขัดข้องในการพิจารณาถึงความมีอยู่ของกฎหมายลำดับรอง

การพิจารณาว่ามีกฎหมายใดใช้บังคับอยู่ในขณะนั้นหรือไม่เกี่ยวข้องโดยตรงกับการรับรู้กฎหมายชนิดต่างๆ ของศาล เป็นที่แน่นอนว่ากฎหมายลำดับสูงที่มีความสำคัญย่อมอยู่ในขอบเขตการรับรู้ของศาล เนื่องจากศาลสามารถค้นหาและรับรู้ถึงความมีอยู่ได้โดยง่ายและมีจำนวนมาก การแก้ไขเปลี่ยนแปลงก็ทำได้ไม่บ่อยเพราะขั้นตอนในการแก้ไขมีความยุ่งยากซับซ้อนแตกต่างจากกฎหมายลำดับรองที่มีปัญหาในการรับรู้ค่อนข้างมากอันเกิดจากข้อขัดข้องดังที่ผู้เขียนได้รวบรวมไว้ดังต่อไปนี้

1. กฎหมายลำดับรองมีเป็นจำนวนมาก

ดังที่ทราบกันเป็นอย่างดีว่ากฎหมายลำดับรอง หมายถึง กฎหมายที่ตราขึ้นโดยฝ่ายบริหารและองค์กรอื่นๆ ที่ได้รับมอบอำนาจในการตรากฎหมายจากฝ่ายนิติบัญญัติในภาพรวมทั้งหมด กฎหมายลำดับรองจึงถูกใช้เป็นเครื่องมือในการวางกฎเกณฑ์และแก้ปัญหาที่เกิดขึ้นในทางปฏิบัติให้มีประสิทธิภาพสูงสุด องค์กรที่มีอำนาจในการตรากฎหมายกฎหมายลำดับรองก็มีเป็นจำนวนมาก ไม่ว่าจะเป็นองค์กรในระดับรัฐบาลกลาง เช่น กระทรวง ทบวง กรม กอง สำนักต่างๆ ฯลฯ องค์กรในระดับท้องถิ่น เช่น จังหวัด อำเภอ ตำบล เขตการปกครองพิเศษ เทศบาล ฯลฯ หรือองค์กรอิสระหรือองค์กรมหาชนต่างๆ เช่น ศาล คณะกรรมการการเลือกตั้ง คณะกรรมการกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์แห่งชาติ คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ เป็นต้น ทำให้กฎหมายที่ถูกตราขึ้นมีเป็นจำนวนมาก จึงเป็นธรรมดาที่กฎหมายลำดับรองส่วนใหญ่จะอยู่นอกเหนือความรับรู้ของศาล

2. กฎหมายลำดับรองมีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือยกเลิกบ่อย

นอกจากกฎหมายลำดับรองจะมีเป็นจำนวนมากแล้ว กฎหมายลำดับรองยังมีลักษณะเฉพาะอีกประการหนึ่งคือถูกแก้ไข เปลี่ยนแปลง หรือยกเลิกได้บ่อยครั้ง ทั้งนี้ก็เพราะกฎหมายลำดับรองเป็นกฎหมายที่ต้องปรับใช้ให้เข้ากับบริบทของสังคมที่เปลี่ยนแปลงไปอยู่เสมอ จึงต้องมีการแก้ไขปรับปรุงให้มีความทันสมัยเพื่อใช้แก้ปัญหาที่เกิดขึ้นในสังคมได้อย่างมีประสิทธิภาพสูงสุด ด้วยวัตถุประสงค์ของกฎหมายลำดับรองในข้อนี้เองทำให้วิธีการในการตรา แก้ไข เปลี่ยนแปลง หรือยกเลิกกฎหมายลำดับรองทำได้โดยง่าย เนื่องจากเป็นอำนาจที่ฝ่ายบริหาร องค์กรอิสระ หรือ องค์กรมหาชนต่างๆ สามารถจะกระทำได้เองโดยไม่ต้องผ่านพิธีการที่ยุ่งยากซับซ้อนเช่นการตรา แก้ไข เปลี่ยนแปลง หรือยกเลิกกฎหมายลำดับสูง ส่งผลให้การรวบรวมกฎหมายลำดับรองรวมถึงการติดตามความเคลื่อนไหวของกฎหมายลำดับรองเป็นไปด้วยความยากลำบาก

3. กฎหมายลำดับรองยังไม่ถูกรวบรวมไว้อย่างมีระบบเพียงพอ

ด้วยกฎหมายลำดับรองที่มีเป็นจำนวนมากและกระจัดกระจายอยู่ตามหน่วยงานต่างๆ ทำให้ยากต่อการตรวจสอบ ทั้งรูปแบบการประกาศใช้กฎหมายก็มีหลายลักษณะไม่ว่าจะเป็นการประกาศใช้ในราชกิจจานุเบกษา หรือการปิดประกาศไว้หน้าที่ทำการตามจำนวนวันที่กฎหมายแม่บทกำหนด ทำให้เกิดความยุ่งยากในการเข้าถึงแหล่งข้อมูลและไม่สามารถสร้างมาตรฐานในการรวบรวมกฎหมายลำดับรองอย่างเป็นระบบเพียงพอ ส่งผลถึงให้ศาลไม่สามารถตรวจสอบกฎหมายลำดับรองได้อย่างสะดวกนักและยังคงขาดแหล่งอ้างอิงข้อมูลที่น่าเชื่อถือ ถือเป็นอุปสรรคประการสำคัญที่ทำให้กฎหมายลำดับรองอยู่นอกเหนือขอบเขตการรับรู้ของศาล

ด้วยข้อขัดข้องทั้งสามประการของกฎหมายลำดับรองดังที่ผู้เขียนได้กล่าวมาข้างต้นนี้เองก่อให้เกิดอุปสรรคต่อการรับรู้กฎหมายลำดับรองของศาล จนเป็นสาเหตุที่สนับสนุนให้ศาลวางแนวทางแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้นโดยกำหนดให้คู่ความเป็นฝ่ายนำเสนอพยานหลักฐานเกี่ยวกับกฎหมายลำดับรองต่อศาลแทน ทั้งนี้ก็เพราะคู่ความมีความใกล้ชิดกับกฎหมายลำดับรองมากกว่าศาล การกำหนดให้คู่ความเป็นฝ่ายค้นหากฎหมายลำดับรองมาเสนอต่อศาลจึงสร้างความสะดวกต่อศาลมากกว่าที่จะต้องลงไปค้นหากฎหมายลำดับรองมาปรับแก้คดีด้วยตัวเอง แม้ในปัจจุบันจะมีพระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของราชการ พ.ศ. 2540 มาตรา 7 ที่กำหนดให้หน่วยงานของรัฐต้องส่งข้อมูลข่าวสารของราชการจำพวก กฎ มติคณะรัฐมนตรี ข้อบังคับ คำสั่ง หนังสือเวียน ระเบียบ แบบแผน นโยบาย หรือการตีความเฉพาะที่จัดให้มีขึ้นโดยมีสภาพอย่างกฎลงพิมพ์ในราชกิจจานุเบกษาอยู่แล้วก็ตาม แต่ในทางปฏิบัติยังไม่สามารถประกาศลงในราชกิจจานุเบกษาได้อย่างครบถ้วนนัก

สำหรับการแก้ปัญหาเรื่องการประกาศใช้กฎหมายของต่างประเทศนั้น เมื่อผู้เขียนได้ทำการศึกษาพบว่าในต่างประเทศมีการจัดการระบบการประกาศใช้กฎหมายและระบบการจัดเก็บข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายไว้ให้มีความสะดวกต่อการใช้งานมากกว่าในประเทศไทยและเมืองค์กรในการรับผิดชอบในเรื่องดังกล่าวในหลายระดับ เช่น ในประเทศเยอรมันที่มีการบังคับให้ต้องมีการประกาศและตีพิมพ์กฎหมายทุกฉบับไว้ในราชกิจจานุเบกษาเสมอ⁸ โดยจะมีการแบ่งวิธีการประกาศใช้กฎหมายลำดับรองออกเป็นหลายลักษณะ เช่น กฎหมายลำดับรองที่ตราขึ้นในระดับรัฐบาลกลางต้องประกาศลงในราชกิจจานุเบกษาของรัฐ (Bundesgesetzblatt หรือ Bundesanzeiger) กฎหมายลำดับรองที่ตราขึ้นในระดับมลรัฐต้องประกาศลงในราชกิจจานุเบกษา

⁸ นรินทร์ อธิสาร, “การควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของกฎโดยศาลปกครองและผลในทางกฎหมายของกฎที่ถูกศาลปกครองเพิกถอน,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2546) น.35

ของมลรัฐ (The land law gazette) ส่วนกฎหมายลำดับรองที่ตราขึ้นในระดับเทศบาลต้องประกาศลงในราชกิจจานุเบกษาของเทศบาลด้วย (The commune gazette) ทั้งนี้ก็เพราะกฎหมายลำดับรองถือเป็นกฎเกณฑ์ที่ใช้บังคับเป็นการทั่วไป จึงต้องมีการประกาศให้ประชาชนได้ทราบถึงบัญญัติดังกล่าว ศาลของเยอรมันจึงสามารถรับรู้หรือตรวจสอบกฎหมายลำดับรองจากแหล่งอ้างอิงที่มีความน่าเชื่อถือได้ไม่ยากนัก ส่วนประเทศไทยนั้นเมืองค็กรที่รับผิดชอบในการประกาศใช้กฎหมายโดยหลักเพียงองค์กรเดียวคือสำนักงานราชกิจจานุเบกษา จึงอาจไม่เพียงพอที่จะตอบสนองต่อความต้องการในการประกาศใช้กฎหมายในปัจจุบันที่มีจำนวนมากได้ ผู้เขียนมีความเห็นว่าหากสามารถพัฒนาระบบการประกาศใช้กฎหมายจนสามารถรองรับการประกาศใช้กฎหมายได้ในทุกระดับแล้ว ย่อมส่งผลให้การบังคับใช้กฎหมายทำได้โดยมีประสิทธิภาพมากขึ้นและยังส่งผลดีต่อประชาชนและศาลที่จะสามารถเข้าถึงกฎหมายได้ง่ายขึ้นอีกด้วย

เกี่ยวกับประเด็นนี้ยังมีข้อพิจารณาที่น่าสนใจอีกประการหนึ่งคือกรณีที่กฎหมายลำดับรองได้ถูกประกาศลงในราชกิจจานุเบกษาแล้วจะส่งผลกระทบต่อบทบาทของศาลในการรับรู้กฎหมายลำดับรองดังกล่าวเพียงไร ซึ่งเมื่อได้พิจารณาจากแนวคำพิพากษาฎีกาที่ได้วินิจฉัยไว้เป็นบรรทัดฐานเกี่ยวกับเรื่องดังกล่าวแล้วสามารถสรุปได้ว่าแบ่งออกเป็นสองแนวทางเช่นกัน โดยคำพิพากษาฎีกาส่วนใหญ่ถือว่าแม้จะเป็นกฎหมายลำดับรองที่ประกาศในราชกิจจานุเบกษาแล้วก็ยังไม่เพียงพอที่จะถือว่าเป็นเรื่องที่ศาลรู้ได้เอง แต่มีสถานะเป็นเพียงข้อเท็จจริงที่คู่ความในคดีจะต้องนำสืบต่อศาลเท่านั้น⁹ ซึ่งผู้เขียนมีความเห็นว่าโดยหลักแล้วเมื่อได้มีการประกาศกฎหมายในประกาศในราชกิจจานุเบกษาย่อมต้องถือว่ากฎหมายดังกล่าวเป็นที่รับรู้ของศาลและประชาชนทั่วไปโดยทั่วกัน ศาลหรือประชาชนย่อมไม่อาจที่จะปฏิเสธว่าไม่รู้กฎหมายดังกล่าวได้ ประกอบกับเมื่อมีการประกาศกฎหมายลำดับรองลงในราชกิจจานุเบกษาแล้วย่อมมีผลเป็นการลดข้อจำกัดบางประการของกฎหมายลำดับรองลง ทำให้ศาลสามารถค้นหากฎหมายลำดับรองมาใช้แก้คดีได้สะดวกมากขึ้นและมีแหล่งอ้างอิงที่มีความน่าเชื่อถือสามารถตรวจสอบความถูกต้องได้โดยง่าย ผู้เขียนจึงขอเสนอแนวทางให้ศาลกำหนดให้กฎหมายลำดับรองที่ได้ประกาศในราชกิจจานุเบกษาแล้วมีสถานะเป็นข้อกฎหมายในคดีที่ศาลสามารถรู้ได้เอง โดยคู่ความเพียงแต่กล่าวอ้างกฎหมายลำดับรองดังกล่าวตั้งเป็นประเด็นข้อพิพาทไว้ในคดีก็เพียงพอที่ศาลจะสามารถค้นหาและหยิบยกขึ้นพิจารณาได้ สอดคล้องอย่างยิ่งกับคำพิพากษาฎีกาที่ 1653/2520 ที่ได้วินิจฉัยไว้ว่า “แม้โจทก์จะไม่ได้บรรยายฟ้องว่าองค์การรับส่งสินค้าและพัสดุภัณฑ์มีทุนทั้งหมดหรือทุนเกินกว่าร้อยละห้าสิบเป็นของรัฐ แต่องค์การรับส่งสินค้าและพัสดุภัณฑ์ซึ่ง

⁹ รายละเอียดโปรดดูคำพิพากษาฎีกาที่ 588/2523, คำพิพากษาฎีกาที่ 4351/2532, คำพิพากษาฎีกาที่ 656/2530

เรียกโดยย่อว่า ร.ส.พ. ก็จัดตั้งขึ้นโดยพระราชกฤษฎีกาจัดตั้งองค์การรับส่งสินค้าและพัสดุภัณฑ์ พ.ศ. 2496 ซึ่งมาตรา 9 แห่งพระราชกฤษฎีกาดังกล่าวบัญญัติว่าให้กำหนดทุนของ ร.ส.พ. เป็นจำนวนเงินห้าสิบล้านบาทโดยรัฐบาลจ่ายให้เป็นทุนประเดิมสิบล้านบาทและจ่ายเพิ่มเติมเป็นคราวๆ ตามจำนวนที่รัฐบาลเห็นสมควร และทางราชการได้ประกาศพระราชกฤษฎีกาดังกล่าวในราชกิจจานุเบกษาแล้ว จึงเป็นที่ทราบกันทั่วไปว่าองค์การรับส่งสินค้าและพัสดุภัณฑ์มีทุนห้าสิบล้านบาทโดยทุนทั้งหมดเป็นของรัฐ ฟ้องโจทก์จึงสมบูรณ์ตามกฎหมายแล้ว” แม้ว่าคำพิพากษาศาลฎีกาดังกล่าวจะไม่ได้วินิจฉัยไว้โดยชัดแจ้งแต่ก็พอจะตีความได้ว่าศาลฎีกาถือว่ากฎหมายลำดับรองที่ได้ประกาศลงในราชกิจจานุเบกษาเป็นเรื่องที่รู้จักกันอยู่ทั่วไป ถึงแม้ว่าโจทก์จะไม่ได้บรรยายให้เห็นในคำฟ้องและนำสืบถึงประเด็นดังกล่าว ก็ถือเป็นเรื่องที่ศาลสามารถรู้ได้เอง

นอกจากนี้ผู้เขียนยังมีความเห็นเพิ่มเติมอีกด้วยว่าการที่ศาลปฏิเสธที่รับรู้ถึงกฎหมายลำดับรองที่ได้ประกาศใช้ในราชกิจจานุเบกษาแล้วอาจส่งผลเสียต่อการบังคับใช้กฎหมายลำดับรองดังกล่าวได้ เพราะการปฏิเสธไม่รับทราบกฎหมายลำดับรองของศาลอาจกลายเป็นตัวอย่างให้ประชาชนใช้เป็นข้ออ้างว่าไม่รู้กฎหมายได้ และยังก่อให้เกิดข้อเปรียบเทียบขึ้นในหมู่ประชาชนทั่วไปในประการที่ว่าเหตุใดศาลจึงสามารถปฏิเสธที่จะรับรู้ถึงความมีอยู่ของกฎหมายได้ในขณะที่ประชาชนไม่สามารถปฏิเสธการรับรู้กฎหมายได้เช่นเดียวกับศาล จนอาจส่งผลเสียต่อภาพลักษณ์และความน่าเชื่อถือขององค์กรตุลาการในสายตาของประชาชน ศาลจึงควรที่จะกำหนดสถานะของกฎหมายลำดับรองที่ได้ประกาศในราชกิจจานุเบกษาแล้วให้มีสถานะเป็นเรื่องที่ศาลสามารถรู้เองได้โดยคู่ความไม่ต้องนำสืบต่อศาลอีก

4.2.2 ข้อขัดข้องในการพิจารณาถึงความมีผลใช้บังคับของกฎหมายลำดับรอง

การพิจารณาถึงความมีผลใช้บังคับของกฎหมายลำดับรองนี้ เป็นข้อพิจารณาประการหนึ่งที่ศาลต้องทำการพิจารณาก่อนจะยกเอากฎหมายลำดับรองมาปรับใช้แก่คดี เพราะเป็นเรื่องที่ต้องพิจารณาในเบื้องต้นเสียก่อนว่าศาลจะสามารถนำกฎหมายลำดับรองดังกล่าวมาใช้บังคับแก่คดีได้หรือไม่ โดยกฎหมายลำดับรองที่สามารถนำมาใช้บังคับแก่คดีได้ต้องประกอบด้วยเงื่อนไขในประการต่อไปนี้¹⁰ ประการแรก ต้องเป็นกฎหมายลำดับรองที่ตราขึ้นโดยผู้มีอำนาจตามที่กฎหมายแม่บทให้อำนาจไว้โดยชัดแจ้งหรือโดยปริยาย ประการที่สอง กฎหมายลำดับรองจะมีบทกำหนดโทษโดยตนเองไม่ได้ ผู้ฝ่าฝืนจะต้องได้รับโทษตามที่กฎหมายแม่บทกำหนดไว้ ประการที่สาม กฎหมาย

¹⁰ อมร จันทรสุมบูรณ์, กฎหมายปกครอง, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2544), น.129

ลำดับรองจะบัญญัติมอบอำนาจให้ฝ่ายอื่นออกกฎหมายต่ออีกช่วงหนึ่งไม่ได้ เว้นแต่จะเป็นเรื่องการวางระเบียบหรือข้อบังคับเพื่อการปฏิบัติในข้อปลีกย่อย

นอกจากนี้การพิจารณาถึงความมีผลใช้บังคับของกฎหมายลำดับรองเกี่ยวข้องกับโดยตรงกับการพิจารณาถึงขอบเขตอำนาจของศาลยุติธรรมว่ามีอำนาจในการพิจารณาเรื่องดังกล่าวเพียงใด ทั้งนี้ก็เพราะกฎหมายลำดับรองส่วนมากเป็นกฎหมายที่ตราขึ้นโดยฝ่ายบริหารจึงถือเป็นการกระทำทางปกครองอย่างหนึ่งซึ่งโดยหลักแล้วต้องอยู่ในขอบเขตการพิจารณาของศาลปกครอง แต่เมื่อกฎหมายลำดับรองบางฉบับมีความเกี่ยวข้องกับข้อพิพาทในทางแพ่งซึ่งอยู่ภายใต้อำนาจพิจารณาของศาลยุติธรรม จึงเกิดคำถามว่าศาลยุติธรรมมีอำนาจในการตรวจสอบถึงความชอบด้วยกฎหมายลำดับรองเพียงใด เนื่องจากศาลยุติธรรมก็ถือเป็นองค์กรหนึ่งที่มีอำนาจในการตรวจสอบและปรับใช้กฎหมายลำดับรองเช่นกัน หากกฎหมายลำดับรองฉบับใดไม่ชอบด้วยกฎหมาย ศาลย่อมไม่อาจยกเอากฎหมายดังกล่าวมาใช้ปรับแก้คดีได้

สำหรับการตรวจสอบถึงความมีผลใช้บังคับของกฎหมายลำดับรองนี้ สามารถแยกการพิจารณาได้เป็นสองส่วน ส่วนแรก คือ การตรวจสอบกระบวนการตรากฎหมายลำดับรอง เนื่องจากกฎหมายลำดับรองแต่ละประเภทมีรายละเอียดขั้นตอนการตราที่แตกต่างกันออกไป ไม่ว่าจะเป็นเรื่องของผู้มีอำนาจในการตรา การเสนอลงนาม การประกาศใช้ จึงทำให้ขั้นตอนในการตรากฎหมายลำดับรองในแต่ละประเภทมีความสำคัญต่อความมีผลใช้บังคับของกฎหมายลำดับรองเป็นอย่างมาก เพราะหากกฎหมายลำดับรองตราขึ้นโดยไม่ชอบตามขั้นตอนที่กฎหมายแม่บทได้กำหนดไว้ กฎหมายลำดับรองดังกล่าวก็จะไม่อาจใช้บังคับเป็นกฎหมายได้และศาลเองก็ไม่อาจที่จะหยิบยกกฎหมายดังกล่าวขึ้นปรับแก้คดีได้เช่นกัน ส่วนที่สอง คือ การตรวจสอบขอบอำนาจของกฎหมายลำดับรอง ว่ากฎหมายลำดับรองดังกล่าวตราขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์ที่ฝ่าฝืนต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนและตราขึ้นโดยเกินขอบอำนาจที่กฎหมายแม่บทได้ให้อำนาจไว้หรือไม่ (Ultra vires) เนื่องจากกฎหมายลำดับรองต้องตราขึ้นโดยอาศัยอำนาจในการตราจากกฎหมายแม่บทเสมอ รวมถึงไม่อาจตรากฎหมายลำดับรองให้ขัดกับกฎหมายแม่บทและกฎหมายอื่นที่มีสภาพบังคับสูงกว่าได้ ดังนั้น หากกฎหมายลำดับรองฉบับใดถูกบัญญัติขึ้นโดยเกินขอบอำนาจของกฎหมายแม่บทหรือขัดกับกฎหมายอื่นที่มีสภาพบังคับสูงกว่าแล้ว ศาลยุติธรรมก็ไม่อาจยกเอากฎหมายฉบับดังกล่าวมาปรับใช้แก้คดีได้

ส่วนอำนาจในการตรวจสอบความมีผลใช้บังคับของกฎหมายลำดับรองนั้น ก่อนที่จะมีการจัดตั้งศาลปกครองขึ้นตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดี

ปกครอง พ.ศ.2542 การพิจารณาเรื่องดังกล่าวอยู่ในอำนาจของศาลยุติธรรมเป็นหลัก¹¹ แต่เป็นเพียงอำนาจในการตรวจสอบทางอ้อมในฐานะที่เป็นประเด็นรองในคดีเท่านั้น¹² เนื่องจากศาลยุติธรรมไม่มีอำนาจในการเพิกถอนกฎหมายลำดับรองดังกล่าวเช่นอำนาจของศาลปกครอง เมื่อใดที่ศาลยุติธรรมพบว่ากฎหมายลำดับรองฉบับใดตราขึ้นโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ศาลยุติธรรมทำได้เพียงไม่บังคับใช้กฎหมายลำดับรองดังกล่าวแก่ข้อพิพาทในคดี ทั้งคำพิพากษาของศาลยุติธรรมก็มีผลบังคับเฉพาะคู่ความในคดีเท่านั้นหาได้มีผลบังคับเป็นการเพิกถอนกฎหมายลำดับรองซึ่งมีผลทั่วไปเช่นคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลปกครองไม่¹³ จึงมีข้อน่าพิจารณาว่าเมื่อปัจจุบันมีการจัดตั้งศาลปกครองขึ้นเป็นศาลที่มีอำนาจโดยตรงตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 มาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) ที่จะพิจารณาถึงความชอบของกฎหมายลำดับรอง อันเป็นอำนาจในการควบคุมความชอบของกฎหมายลำดับรองแบบรูปธรรมในฐานะที่เป็นประเด็นหลักในคดีแล้ว ศาลยุติธรรมยังคงมีอำนาจที่จะพิจารณาความชอบของกฎหมายลำดับรองอยู่เช่นเดิมหรือไม่เพียงใด หรือเป็นเรื่องที่ศาลยุติธรรมจะต้องส่งให้แก่ศาลปกครองพิจารณาถึงความชอบของกฎหมายลำดับรองฉบับดังกล่าว

โดยเฉพาะอย่างยิ่งในประเด็นที่เกี่ยวข้องกับคดีโต้แย้งสิทธิในการออกโฉนดที่ดินหรือหนังสือรับรองการทำประโยชน์ที่จะต้องอยู่ภายใต้บังคับของประมวลกฎหมายที่ดิน มาตรา 60 ซึ่งกำหนดว่าหากเกิดกรณีมีข้อพิพาทเกี่ยวกับการออกโฉนดที่ดินหรือหนังสือรับรองการทำประโยชน์เกิดขึ้น แล้วคู่กรณีไม่สามารถตกลงกันได้ก็ให้เจ้าหน้าที่หรือเจ้าพนักงานที่ดินมีอำนาจสอบสวนเปรียบเทียบแล้วพิจารณาสั่งในประเด็นดังกล่าว แต่หากคู่กรณีฝ่ายใดไม่พอใจคำสั่งดังกล่าวก็ให้ดำเนินการฟ้องคดีต่อศาลภายใน 60 วันนับแต่ทราบคำสั่ง ในขณะที่ยังไม่ได้มีการจัดตั้งศาลปกครองนั้นการพิจารณาเรื่องดังกล่าวอยู่ภายใต้อำนาจของศาลยุติธรรม และได้มีคำพิพากษาฎีกาได้วางแนวทางในการวินิจฉัยเรื่องดังกล่าวไว้ว่าศาลยุติธรรมมีเพียงอำนาจในการพิจารณาพิพากษาเกี่ยวกับเรื่องกรรมสิทธิ์หรือสิทธิครอบครองในที่ดินพิพาทว่าผู้ใดมีสิทธิดีกว่ากันเท่านั้น แต่ไม่มีสิทธิในการเพิก

¹¹ รายละเอียดโปรดดูคำพิพากษาฎีกาที่ 1255/2493, คำพิพากษาฎีกาที่ 1417/2493, คำพิพากษาฎีกาที่ 737/2497, คำพิพากษาฎีกาที่ 284/2498, คำพิพากษาฎีกาที่ 1677/2498, พิพากษาศาลฎีกาที่ 720/2505, พิพากษาศาลฎีกาที่ 1110/2512

¹² นรินทร์ อธิสาร, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 8*, น.84-85

¹³ กมลชัย รัตนสกาวงศ์, *กฎหมายปกครอง*, พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2545), น.140-143

ถอนคำสั่งของเจ้าพนักงานที่ดินที่ใช้ดุลพินิจในการสั่งตามประมวลกฎหมายที่ดิน มาตรา 60 ไม่¹⁴ ต่อมาเมื่อมีการจัดตั้งศาลปกครองขึ้นทำให้เกิดปัญหาว่าคดีดังกล่าวจะต้องยื่นฟ้องต่อศาลในระบบใด ซึ่งต่อมาได้มีคำวินิจฉัยชี้ขาดของคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลวางแนวทางการพิจารณาไว้ว่าการพิจารณาว่าคดีดังกล่าวอยู่ในอำนาจของศาลใดนั้นต้องวิเคราะห์จากคำฟ้องของผู้ฟ้องคดีเป็นหลักว่าประสงค์จะได้แย้งในประเด็นใด หากประสงค์ได้แย้งในประเด็นที่เกี่ยวกับสิทธิในที่ดินพิพาทว่าเป็นของผู้ใด ถือเป็นกรณีโต้แย้งเกี่ยวกับสิทธิครอบครองหรือกรรมสิทธิ์ในที่ดินซึ่งอยู่ภายใต้อำนาจของศาลยุติธรรม แต่หากประสงค์จะได้แย้งในประเด็นที่เกี่ยวกับการสั่งการของเจ้าพนักงานตามประมวลกฎหมายที่ดินมาตรา 60 ว่าไม่ชอบด้วยกฎหมายหรือละเลยต่อหน้าที่ตามกฎหมาย อันเป็นการโต้แย้งการออกคำสั่งทางปกครองของเจ้าหน้าที่รัฐ จึงอยู่ภายใต้อำนาจของศาลปกครอง¹⁵ แต่ถึงแม้จะมีคำวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทดังกล่าววางเป็นแนวทางในการปฏิบัติแล้วก็ตาม แต่ผู้เขียนเห็นว่าการพัฒนาแนวทางในการวินิจฉัยประเด็นดังกล่าวก็ควรที่จะต้องมีการศึกษาพัฒนาในเชิงลึกต่อไป เนื่องจากวิธีพิจารณาคดีของศาลทั้งสองระบบมีความแตกต่างกันและอาจส่งผลให้เกิดความได้เปรียบเสียเปรียบในทางคดีได้ จึงอาจเป็นช่องทางให้คู่ความฝ่ายหนึ่งเอาเปรียบคู่ความอีกฝ่ายหนึ่งโดยใช้ประโยชน์จากการเลือกฟ้องคดีต่อศาลที่สามารถอำนวยประโยชน์กับตนมากที่สุด ทำให้ไม่สามารถแก้ไขข้อพิพาทตามปรัชญาและนิติวิธีที่ถูกต้องเหมาะสม จนนำไปสู่การพิพาทภาคีที่ไม่เป็นมาตรฐานเดียวกันได้

4.2.3 ข้อจำกัดจากแนวคิดเรื่องการวางตัวเป็นกลางอย่างเคร่งครัดของศาล

ด้วยระบบวิธีพิจารณาคดีแพ่งของไทยที่เป็นระบบผสมค่อนข้างไปทางระบบกล่าวหา จึงเปิดโอกาสให้คู่ความได้ต่อสู้คดีและนำเสนอพยานหลักฐานกันได้อย่างเต็มที่ โดยศาลจะ

¹⁴ รายละเอียดโปรดดูคำพิพากษาฎีกาที่ 4654/2534, คำพิพากษาฎีกาที่ 3803/2538, คำพิพากษาฎีกาที่ 670/2544, คำพิพากษาฎีกาที่ 4725/2545

¹⁵ รายละเอียดโปรดดูคำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 4/2545, คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 19/2546, คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 51/2558, คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 63/2558, คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 74/2558, คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 77/2558, คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 87/2558, คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 89/2558, คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 99/2558 และ วรวุฒิ เทพทอง, “ศาลใดมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีโต้แย้งสิทธิในการออกโฉนดที่ดินหรือหนังสือรับรองการทำประโยชน์,” วารสารวิชาการศาลปกครอง, ปีที่ 4, ฉบับที่ 3, น.146-148 (กันยายน – ธันวาคม 2547)

วางตัวเป็นกลางคอยควบคุมการพิจารณาคดีให้ชอบด้วยกฎหมายแล้ววินิจฉัยชี้ขาดคดีไปตาม พยานหลักฐานที่คู่ความได้นำเสนอ ส่วนวิธีการทางด้านพยานหลักฐานนั้นปรากฏอย่างชัดเจนว่าไทย ได้รับอิทธิพลมาจากแนวคิดของประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ซึ่งมีระบบการพิจารณาคดี แบบกล่าวหา (Adversarial system) และได้นำเอาแนวคิดเรื่องการวางตัวเป็นกลางของศาลอย่าง เครื่องครัดมาใช้ควบคู่กับระบบการสืบพยานด้วย ทั้งนี้ก็เพราะระบบการสืบพยานดังกล่าวเป็นระบบที่ เปิดโอกาสให้คู่ความได้นำเสนอพยานหลักฐานต่อสู้กันได้อย่างเต็มที่ โดยผู้พิพากษาจะทำหน้าที่เป็น กรรมการกลางระหว่างคู่ความหรือเป็นผู้รักษากฎเกณฑ์ในการพิจารณาอย่างเคร่งครัดเพื่อมิให้เกิด ความได้เปรียบและเสียเปรียบระหว่างคู่ความทั้งสองฝ่ายเท่านั้น เมื่อคู่ความนำเสนอพยานหลักฐาน เสร็จสิ้นแล้ว ผู้พิพากษาจึงจะวินิจฉัยชี้ขาดตัดสินคดีไปตามพยานหลักฐานที่แต่ละฝ่ายได้นำเสนอโดย จะไม่ลงไปค้นหาข้อเท็จจริงในคดีด้วยตนเอง เพราะเกรงว่าอาจทำให้คู่ความเสียความเชื่อมั่นในความ เป็นกลางของศาลจนอาจทำให้เกิดการคัดค้านผู้พิพากษาขึ้นหรือคู่ความอาจนำเหตุการณ์ดังกล่าวไป ใช้เป็นเหตุในการอุทธรณ์หรือฎีกาต่อศาลสูงได้ ทั้งยังมีแนวคิดที่ว่าคดีแพ่งเป็นคดีที่เกี่ยวข้องกับสิทธิ ประโยชน์ของคู่ความโดยตรง คู่ความจึงควรเป็นผู้มีบทบาทสำคัญในการดำเนินกระบวนการพิจารณาตาม “หลักความประสงค์ของคู่ความ” กระบวนพิจารณาคดีแพ่งจึงเป็นเพียงมาตรการที่ใช้แก้ไขข้อพิพาท ระหว่างคู่ความเท่านั้น¹⁶ ศาลจึงต้องวางตัวเป็นกลางและเปิดโอกาสให้คู่ความต่อสู้คดีกันอย่างเต็มที่

แม้ว่าประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของไทยจะมีบทบัญญัติให้อำนาจ แก่ศาลในการลงไปค้นหาพยานหลักฐานและมีคำสั่งในบางเรื่องได้เอง เช่น มาตรา 116 วรรคสอง (1) ที่ให้อำนาจแก่ศาลเป็นผู้ถามพยานเองได้ แต่ศาลมักจะไม่ใช่อำนาจดังกล่าวโดยเลือกที่จะใช้อำนาจ มาตรา 116 วรรคสอง (2) แทนและปล่อยให้คู่ความเป็นฝ่ายถามพยานเอง หรืออำนาจมาตรา 119 ที่ เปิดโอกาสให้ศาลสามารถถามพยานเพื่อทำให้คำเบิกความของพยานสมบูรณ์หรือสอบสวนถึง พฤติการณ์ที่ทำให้พยานเบิกความเช่นนั้น หรือแม้แต่ในมาตรา 86 วรรคท้ายที่ให้อำนาจแก่ศาลในการ เรียกพยานหลักฐานอื่นอันเกี่ยวกับประเด็นในคดีมาสืบเพิ่มเติมหรือเรียกพยานที่สืบไปแล้วมาสืบใหม่ ได้โดยไม่ต้องมีฝ่ายใดร้องขอในกรณีจำเป็นเพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรม แต่ในทางปฏิบัติศาลไทย ก็ไม่นิยมใช้อำนาจดังกล่าวมากนักเพราะศาลไทยยังคงยึดติดกับแนวคิดในการวางตัวเป็นกลางโดย เครื่องครัดนั่นเอง

¹⁶ วรณชัย บุญบำรุง, ธนกฤต วรณัชชากุล, สิริพันธ์ พลรบ, หลักและทฤษฎี กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง เล่ม 1, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2556), น.140

ด้วยแนวคิดเรื่องการวางตัวเป็นกลางอย่างเคร่งครัดของศาลที่ฝังรากลึกอยู่ในระบบการพิจารณาคดีแพ่งของไทยนี้เอง ส่งผลต่อทางปฏิบัติในการพิจารณาคดีของศาลเป็นอย่างมาก เพราะศาลแทบจะไม่มีบทบาทเชิงรุกในการลงไปค้นหาข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายในคดี คู่ความจึงต้องเป็นฝ่ายนำเสนอพยานหลักฐานต่อศาลในทุกเรื่องไม่ว่าจะเป็นในส่วนข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมาย โดยเฉพาะประเด็นที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายลำดับรองและข้อเท็จจริงที่ศาลสามารถรู้ได้เองซึ่งเป็นเรื่องที่รู้กันอยู่ทั่วไปและอยู่ในวิสัยที่ศาลจะสามารถค้นหาและรับรู้ได้ด้วยตนเอง แต่ศาลก็วางแนวทางการรับรู้เกี่ยวกับเรื่องดังกล่าวไว้อย่างจำกัดมากดังที่ผู้เขียนได้กล่าวถึงมาแล้วข้างต้น

4.2.4 ข้อจำกัดจากประมวลจริยธรรมข้าราชการตุลาการ

ประมวลจริยธรรมข้าราชการตุลาการถูกจัดทำขึ้นเพื่อเป็นแนวทางในการประพฤติปฏิบัติและดำรงตนของผู้พิพากษา เริ่มใช้มาตั้งแต่ปี พ.ศ. 2529 และได้มีการปรับปรุงแก้ไขเมื่อปี พ.ศ. 2544 ด้วยประสงค์ที่จะวางแนวทางให้ผู้พิพากษาสามารถประพฤติปฏิบัติตนไปในทิศทางเดียวกัน หากผู้พิพากษาท่านใดประพฤติตนฝ่าฝืนประมวลจริยธรรมข้าราชการตุลาการแล้วก็อาจมีความผิดทางวินัยได้ โดยประมวลจริยธรรมข้าราชการตุลาการฉบับใหม่ได้กำหนดบทบัญญัติเกี่ยวกับบทบาทของผู้พิพากษาในการสืบพยานในคดีไว้ในข้อ 9 ว่า “ผู้พิพากษาพึงระลึกว่าการนำพยานหลักฐานเข้าสืบและซักถามพยานควรเป็นหน้าที่ของคู่ความและทนายความของแต่ละฝ่ายจะกระทำ ผู้พิพากษาพึงเรียกพยานหลักฐานหรือซักถามพยานด้วยตนเองก็ต่อเมื่อจำเป็นเพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรมหรือมีกฎหมายบัญญัติไว้ให้ศาลเป็นผู้กระทำเอง” จากบทบัญญัติดังกล่าวแสดงให้เห็นว่าภายในฝ่ายตุลาการเองก็มีการวางกรอบให้ผู้พิพากษาพึงระลึกอยู่เสมอว่าผู้พิพากษาต้องวางตัวเป็นเพียงคนกลางในคดีเท่านั้น การจะใช้ดุลพินิจในการซักถามพยานก็ดี เรียกพยานมาสืบเองก็ดี พึงกระทำเมื่อเห็นว่าจำเป็นเพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรมหรือมีกฎหมายบัญญัติไว้ให้ศาลเป็นผู้กระทำเอง และต้องกระทำด้วยความระมัดระวังมิให้คู่ความเกิดความหวาดระแวงในความเป็นกลางของศาลได้ ซึ่งสำนักงานศาลยุติธรรมยังได้ให้ข้อสังเกตเพิ่มเติมเกี่ยวกับคำว่า “เพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรม” ไว้ด้วยว่ากรณีที่จะถือว่าจำเป็นเพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรมนั้นต้องพิจารณาจากมาตรฐานของศาลในฐานะที่เป็นคนกลางในคดี มิใช่กรณีที่ศาลเห็นว่าทนายความของคู่ความฝ่ายใดทำหน้าที่บกพร่องศาลก็เข้าซักถามพยานหรือเรียกพยานมาสืบเสียเอง เพราะการกระทำเช่นนั้นอาจทำให้คู่ความอีกฝ่ายหนึ่งเห็นว่าศาลมิได้เป็นกลางได้ และหากศาลต้องการเรียกพยานบุคคลหรือพยานเอกสารมาสืบด้วยตนเอง ศาลต้องถือหลักฟังความทั้งสองฝ่ายโดยเปิดโอกาสให้คู่ความทุกฝ่ายมีโอกาสซักถามพยานที่ศาลเรียกมาสืบและมีโอกาสคัดค้านเอกสารที่ศาลเรียกมาประกอบการพิจารณาด้วย ส่วนการซักถามพยานของศาลนั้นเพื่อมิให้เกิดความสับสนแก่คู่ความในการซักถามพยานหรือเกิดข้อ

ได้เปรียบเสียเปรียบกันในเชิงคดี ศาลควรชั่งถ่วงเมื่อคู่ความแต่ละฝ่ายได้นำสืบพยานของตนเสร็จเรียบร้อยแล้ว¹⁷

จากบทบัญญัติและข้อเสนอแนะตามประมวลจริยธรรมข้าราชการตุลาการที่กล่าวมาข้างต้นทำให้เห็นได้ว่าข้อกำหนดดังกล่าวเป็นข้อกำหนดที่จำกัดอำนาจในการค้นหาข้อกฎหมายและข้อเท็จจริงในคดีของผู้พิพากษาประการหนึ่ง ส่งผลให้ผู้พิพากษาไม่กล้าที่จะใช้อำนาจในเชิงรุกตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาตรา 86 วรรคท้าย มาตรา 116(1) และมาตรา 119 มากนัก รวมถึงวางแนวทางให้ผู้พิพากษาของไทยให้ความสำคัญกับการวางตัวเป็นกลางในคดีอย่างเคร่งครัดและรับฟังพยานหลักฐานเพียงพอที่คู่ความได้นำเสนอต่อศาลเท่านั้น ทำให้บทบาทของศาลไทยในการค้นหาข้อกฎหมายและข้อเท็จจริงในคดีถูกจำกัดด้วยข้อบังคับทางจริยธรรมมากกว่าจะถูกจำกัดโดยกฎหมายวิธีสบัญญัติ ศาลไทยจึงไม่มีบทบาทเชิงรุกในคดีทั้งที่ตนมีอำนาจที่จะกระทำได้ตามกฎหมาย โดยเฉพาะอย่างยิ่งในเรื่องการค้นหากฎหมายลำดับรองมาปรับแก้คดีที่ปรากฏให้เห็นอยู่บ่อยครั้งว่าศาลไทยยังคงปล่อยให้เป็นที่งุนงงของคู่ความที่จะต้องนำเสนอบทกฎหมายดังกล่าวต่อศาลทั้งๆ ที่ในบางกรณียังอยู่ในวิสัยที่ศาลสามารถค้นหากฎหมายลำดับรองมาปรับใช้แก้คดีด้วยตนเองได้ ผู้เขียนจึงขอเสนอความเห็นเพิ่มเติมว่าศาลควรเพิ่มบทบาทในการค้นหากฎหมายมาปรับใช้แก้คดีให้มากขึ้น เนื่องจากเป็นที่งุนงงของศาลโดยตรงที่จะต้องค้นหากฎหมายมาปรับใช้แก้คดี นอกจากนี้การที่ศาลปล่อยให้คู่ความต้องเป็นฝ่ายนำสืบกฎหมายลำดับรองต่อศาลในฐานะที่เป็นข้อเท็จจริงในคดียังส่งผลทำให้เกิดข้อจำกัดในคดีตามมาอีกหลายประการ ดังที่ผู้เขียนจะขอวิเคราะห์ไว้ในหัวข้อที่ 4.3.1.2 ต่อไป

4.3 วิเคราะห์ผลกระทบในเชิงคดีจากการกำหนดสถานะของกฎหมายลำดับรอง

ดังที่ผู้เขียนได้ทำการศึกษามาแล้วข้างต้นถึงข้อขัดข้องและข้อจำกัดที่เกิดขึ้นต่อการรับรู้และการค้นหากฎหมายลำดับรองมาปรับใช้แก้คดีของศาลแล้ว ในส่วนต่อมาผู้เขียนขอวิเคราะห์ถึงข้อดีข้อเสียของการกำหนดสถานะของกฎหมายลำดับรองว่าส่งผลกระทบต่อคู่ความและศาลอย่างไร โดยในหัวข้อนี้ผู้เขียนได้ทำการศึกษาวิเคราะห์ถึงผลกระทบจากสถานะของกฎหมายลำดับรองทั้งในสถานะที่เป็นข้อเท็จจริงและในสถานะที่เป็นข้อกฎหมายในคดีว่าจะส่งผลกระทบต่อกระบวนการพิจารณาคดีในประการใดบ้าง รวมถึงได้ทำการศึกษาถึงข้อดี ข้อเสียและข้อจำกัดต่างๆ ที่อาจเกิดขึ้นจากการกำหนดสถานะ

¹⁷ ประมวลจริยธรรมข้าราชการตุลาการ สำนักงานศาลยุติธรรม พุทธศักราช 2552 ซึ่งสำนักงานศาลยุติธรรมได้มอบแก่ข้าราชการตุลาการเป็นคู่มือในการปฏิบัติหน้าที่ราชการ, น.22-24

ของกฎหมายลำดับรองของศาล เพื่อเปรียบเทียบหาความแตกต่างแล้วนำวิเคราะห์ถึงผลกระทบในเชิงคดี รวมถึงศึกษาแนวทางการกำหนดสถานะของกฎหมายลำดับรองในการพิจารณาคดีประเภทอื่นที่มีระบบการพิจารณาคดีใกล้เคียงกับคดีแพ่งด้วย แล้วเปรียบเทียบให้เห็นถึงบทบาทในการรับรู้กฎหมายของศาลว่ามีความแตกต่างจากคดีแพ่งหรือไม่อย่างไร เพื่อหาข้อสรุปที่จะนำมาใช้แก้ไขปัญหาการรับรู้กฎหมายลำดับรองของศาล

4.3.1 ผลกระทบในเชิงคดีกรณีศาลกำหนดให้กฎหมายลำดับรองมีสถานะเป็นปัญหาข้อกฎหมาย

สำหรับแนวทางที่กำหนดให้กฎหมายลำดับรองมีสถานะเป็นข้อกฎหมายซึ่งศาลสามารถรู้ได้เองนี้ เป็นแนวทางที่พอจะมีปรากฏให้เห็นในคำพิพากษาของศาลฎีกาและความเห็นของนักกฎหมายอยู่บ้างโดยเฉพาะอย่างยิ่งในตำราของนักกฎหมายในยุคก่อน เช่น ศาสตราจารย์แอล ดูปลาตร์และนายวิจิตร ลุสิตานนท์ และพระนิติการณประสม ที่แม้จะมีนักกฎหมายหลายท่านให้ความเห็นว่าแนวคิดดังกล่าวเป็นแนวคิดที่ล้าสมัยไม่เหมาะสมกับสภาพสังคมปัจจุบันก็ตาม แต่หากได้ศึกษาถึงทิศทางในการพิจารณาเรื่องดังกล่าวของต่างประเทศไม่ว่าจะเป็นประเทศสหรัฐอเมริกาที่หลายๆ มลรัฐหันมาปรับใช้หลัก Judicial notice กับกฎหมายลำดับรองมากขึ้น หรือในประเทศฝรั่งเศสและเยอรมันเองที่มีการนำหลัก “Jura novit curia” (ศาลถือว่าเป็นผู้รู้กฎหมาย) และ “Da mihi factum, dabo tibi jus” (ข้อเท็จจริงเป็นเรื่องของคุณ ความ ข้อกฎหมายเป็นเรื่องของศาล) มาใช้อย่างแพร่หลายในการพิจารณาคดีแพ่งของศาล ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่าแนวคิดดังกล่าวหาใช่แนวคิดที่ล้าสมัยแต่อย่างใด

ผู้เขียนเห็นว่าการกำหนดให้การพิจารณาในประเด็นที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายลำดับรองในทุกลักษณะมีสถานะเป็นปัญหาข้อกฎหมายย่อมส่งผลดีต่อการใช้ดุลพินิจของศาลเอง เพราะศาลสามารถใช้ดุลพินิจในการพิจารณาปัญหาข้อกฎหมายได้อย่างเต็มที่โดยไม่อยู่จำกัดอยู่ภายใต้ข้อบังคับอันเคร่งครัดของกฎหมายลักษณะพยานหลักฐาน และยังช่วยลดขั้นตอนการนำเสนอพยานหลักฐานของคุณความลงทำให้การพิจารณาคดีเป็นไปโดยรวดเร็วรวมถึงยังช่วยลดค่าใช้จ่ายของคุณความได้อีกด้วย ส่วนข้อดีต่อการใช้สิทธิอุทธรณ์นั้นเนื่องด้วยการอุทธรณ์ในปัญหาข้อกฎหมายไม่ตกอยู่ภายใต้ข้อจำกัดในเรื่องราคาทรัพย์สินหรือจำนวนทุนทรัพย์ที่พิพาทเช่นปัญหาข้อเท็จจริง คุณความจึงสามารถอุทธรณ์ในปัญหาข้อกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายลำดับรองดังกล่าวต่อศาลสูงได้เสมอ แม้ว่าจะมีข้อจำกัดในการหยิบยกข้อกฎหมายขึ้นพิจารณาของศาลสูงอยู่บ้างเพราะต้องเป็นข้อ

กฎหมายที่ได้ยกกว่ากล่าวมาแล้วโดยชอบในศาลล่างและต้องเป็นประเด็นแห่งคดีอันควรได้รับการวินิจฉัยก็ตาม แต่ยิ่งถือว่าผ่อนคลายกว่าการใช้สิทธิอุทธรณ์ในปัญหาข้อเท็จจริงอยู่มาก

แต่ถึงอย่างไรก็ดีการกำหนดให้กฎหมายลำดับรองมีสถานะข้อกฎหมายในคดีนั้น อาจทำให้เกิดความยุ่งยากต่อการพิจารณาของศาลได้ เพราะศาลจะต้องรับภาระในการติดตามและรับรู้ความเคลื่อนไหวของกฎหมายลำดับรอง ในขณะที่กฎหมายลำดับรองเองก็มีการแก้ไขเปลี่ยนแปลง หรือยกเลิกอยู่บ่อยครั้ง จึงเป็นไปได้ยากในทางปฏิบัติที่ศาลจะสามารถรับรู้ถึงความมีอยู่ของกฎหมายลำดับรองได้ทั้งหมด ฉะนั้น หากเกิดกรณีที่ศาลหยิบยกกฎหมายลำดับรองขึ้นปรับแก้คดี ผิดฉบับหรือไม่ถูกต้องเหมาะสมกับรูปคดีก็อาจส่งเสียต่อคู่ความในคดีได้เช่นกัน

นอกจากนี้การกำหนดให้กฎหมายลำดับรองมีสถานะเป็นข้อกฎหมายในคดี ยังมีข้อพิจารณาที่น่าสนใจอีกหลายประการที่ผู้เขียนเห็นว่ามีความสำคัญ ซึ่งผู้เขียนขอเสนอไว้ดังนี้

ประการแรก ข้อพิจารณาว่าการหยิบยกกฎหมายลำดับรองขึ้นพิจารณาของศาล มีลักษณะเป็นปัญหาข้อกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนหรือไม่ เนื่องจากหากมีสถานะเป็นปัญหาที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนแล้วย่อมส่งผลกระทบต่อศาลเป็นอย่างมากเพราะเป็นเรื่องที่ศาลสามารถหยิบยกขึ้นพิจารณาได้เสมอเมื่อเห็นสมควรตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาตรา 142(5) อันเป็นข้อยกเว้นของหลักศาลต้องพิพากษาไม่เกินคำขอ (Ne eat iudex ultra vel extra petita partium) หรือหากเป็นการพิจารณาในชั้นอุทธรณ์ฎีกา ศาลก็ยังสามารถยกข้อกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับความสงบเรียบร้อยขึ้นพิจารณาได้แม้จะไม่ได้ว่ากล่าวมาแล้วโดยชอบในศาลล่างตามมาตรา 225 ประกอบมาตรา 249

ส่วนคำว่า “ความสงบเรียบร้อยของประชาชน” (Public policy) นั้น เป็นคำที่มีความหมายกว้างและเปลี่ยนแปลงอยู่เสมอตามบริบทของสังคม ศาสตราจารย์ ดร.จิต เศรษฐบุตร ได้อธิบายลักษณะของคำว่าความสงบเรียบร้อยของประชาชนไว้ว่า “ความสงบเรียบร้อยของประชาชนมีลักษณะเป็นข้อห้ามซึ่งสังคมบังคับแก่เอกชน อันเป็นการแสดงให้เห็นว่าสังคมยอมอยู่เหนือเอกชน ทั้งนี้ก็เพื่อให้สังคมดำรงอยู่ได้และคุ้มครองปกป้องรักษาเอกชนซึ่งอยู่ในสังคมนั้นเอง”¹⁸ และด้วยเจตนาที่เกี่ยวข้อกับประชาชนโดยส่วนรวมนี้อเอง ทำให้ไม่สามารถกำหนดอย่างเฉพาะเจาะจงได้ว่า “ความสงบเรียบร้อยของประชาชน” มีความหมายถึงการกระทำในลักษณะใดบ้าง กฎหมายจึงเปิดโอกาสให้ศาลสามารถใช้ดุลพินิจเกี่ยวกับเรื่องดังกล่าวได้อย่างกว้างขวางและปล่อยให้ศาลนำบทบัญญัติที่มีความหมายไม่แน่นอนนี้ไปใช้ให้เหมาะสมเป็นรายกรณีซึ่งอาจแตกต่างกันตามพฤติการณ์

18

จิต เศรษฐบุตร, หลักกฎหมายแพ่งลักษณะนิติกรรมและสัญญา, (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2551), น.31

กาลเทศะ และความเหมาะสมเป็นเรื่องๆ¹⁹ เพื่อให้ให้เกิดความยืดหยุ่นในการใช้งานและก่อให้เกิดความเป็นธรรมแก่คู่ความมากที่สุด ดังเช่นที่ได้บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 142(5) ว่า “ในคดีที่ศาลอาจยกข้อกฎหมายอันเกี่ยวข้องด้วยความสงบเรียบร้อยของประชาชนขึ้นอ้างได้นั้น เมื่อศาลเห็นสมควร ศาลจะยกข้อเหล่านั้นขึ้นวินิจฉัยแล้วพิพากษาคดีไปก็ได้” ศาลจึงสามารถยกปัญหาข้อกฎหมายที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนขึ้นพิจารณาได้เสมอ แม้จะไม่มีคู่ความฝ่ายใดตั้งเป็นประเด็นไว้ในคำคู่ความหรือศาลไม่ได้กำหนดไว้เป็นประเด็นพิพาทแห่งคดี²⁰ และเป็นอำนาจของศาลที่จะยกขึ้นวินิจฉัยได้ไม่ว่าจะเป็นศาลชั้นต้น ศาลอุทธรณ์ หรือศาลฎีกา²¹

เมื่อผู้เขียนได้ทำการศึกษาถึงแนวคำพิพากษาศาลฎีกาเกี่ยวกับเรื่องดังกล่าวของไทยแล้วพบว่าบทบัญญัติตามมาตรา 142(5) ไม่ถือเป็นบทบัญญัติที่บังคับให้ศาลต้องยกปัญหาข้อกฎหมายอันเกี่ยวข้องด้วยความสงบเรียบร้อยของประชาชนขึ้นวินิจฉัยเสมอ แต่เปิดโอกาสให้ศาลสามารถใช้ดุลพินิจได้ว่าจะยกเรื่องดังกล่าวขึ้นพิจารณาหรือไม่ โดยศาลอาจไม่ยกปัญหาข้อกฎหมายอันเกี่ยวข้องด้วยความสงบเรียบร้อยของประชาชนขึ้นพิจารณาก็ได้หากศาลเห็นสมควร²² เช่นในกรณีที่ศาลเห็นว่าข้อกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยดังกล่าวไม่เป็นสาระแห่งคดีหรือเมื่อวินิจฉัยให้แล้วไม่ทำให้ผลของคดีเปลี่ยนแปลงไปศาลอาจไม่ยกขึ้นวินิจฉัยให้ก็ได้²³ แต่ก็มีข้อน่าพิจารณาในประการที่ว่าอำนาจในการหยิบยกข้อกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยนี้เป็นเรื่องที่ควรเปิดโอกาสให้ศาลสามารถใช้ดุลพินิจเลือกยกขึ้นพิจารณาหรือเป็นเรื่องที่ควรบังคับให้ศาลต้องยกขึ้นพิจารณาเสมอ หากศาลไม่ยกข้อกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยขึ้นพิจารณาแล้ว คำพิพากษาของศาลจะมีผลทางกฎหมายอย่างไรและมีผลเป็นคำพิพากษาที่ขัดต่อศาลสงบเรียบร้อยของประชาชนหรือไม่ ซึ่งเป็นเรื่องที่ผู้เขียนเห็นว่ามีความน่าสนใจและน่าจะต้องทำการศึกษาเพิ่มเติมต่อไป²⁴

¹⁹ มาโนช จรมาศ, “ข้อกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน,” อุล พาน, ปีที่ 12 เล่มที่ 5, น.11 (พฤษภาคม 2508)

²⁰ รายละเอียดโปรดดูคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 369/2538

²¹ รายละเอียดโปรดดูคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 162/2536

²² รายละเอียดโปรดดูคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 470/2538

²³ รายละเอียดโปรดดูหมายเหตุท้ายคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1293/2538

²⁴ โปรดศึกษาเพิ่มเติมจาก จิรณะ นุตจรัส. “ปัญหาการปรับใช้หลักศาลยอมเป็นผู้รู้กฎหมายในกระบวนการพิจารณาคดีแพ่งของไทย,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556)

ส่วนการพิจารณาว่ากฎหมายลำดับรองมีสถานะเป็นข้อกฎหมายที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนหรือไม่ ต้องพิจารณาจากความสำคัญของกฎหมายลำดับรองว่าเป็นประเด็นที่มีความสำคัญต่อคดีมากน้อยเพียงใด เพราะหากเป็นเรื่องที่กระทบต่อประโยชน์ได้เสียทั่วไปของรัฐและสังคมหรือเกี่ยวข้องกับผลประโยชน์ของมหาชนโดยทั่วไป ไม่ใช่เรื่องที่เกี่ยวข้องเฉพาะแต่กับผลประโยชน์ของคู่กรณีหรือบุคคลในวงจำกัดแล้วก็อาจมีสถานะเป็นข้อกฎหมายอันเกี่ยวข้องด้วยความสงบเรียบร้อยของประชาชนได้ เมื่อผู้เขียนได้พิจารณาประกอบกับแนวคำพิพากษาที่ศาลฎีกาได้วินิจฉัยเกี่ยวกับลักษณะของปัญหาข้อกฎหมายอันเกี่ยวข้องด้วยความสงบเรียบร้อยของประชาชนแล้วพบว่า ศาลฎีกาได้วางแนวทางให้การพิจารณาในประเด็นดังต่อไปนี้มีสถานะเป็นปัญหาอันเกี่ยวข้องด้วยความสงบเรียบร้อยของประชาชน เช่น การพิจารณาว่าโจทก์มีอำนาจฟ้องหรือไม่²⁵ เป็นคดีที่เกินของอำนาจศาลหรือไม่²⁶ ศาลวินิจฉัยนอกฟ้องนอกประเด็นหรือไม่²⁷ เป็นการดำเนินกระบวนการพิจารณาซ้ำหรือไม่²⁸ ศาลพิพากษาถูกต้องหรือไม่²⁹ ศาลพิพากษาเกินคำขอหรือไม่³⁰ ศาลพิพากษาเกินกว่าความรับผิดชอบหรือไม่³¹ เป็นต้น ซึ่งจะเห็นได้ว่าศาลฎีกาได้ให้ความสำคัญกับการปฏิบัติตามขั้นตอนต่างๆ ของประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งเป็นอย่างมาก และมุ่งประสงค์ให้ศาลเป็นผู้ควบคุมกระบวนการพิจารณาคดีให้เป็นไปโดยชอบด้วยกฎหมายเสมอ ไม่ว่าจะ เป็นกระบวนการพิจารณาใช้ชั้นฟ้องคดี กระบวนการพิจารณาในชั้นพิจารณาคดี หรือกระบวนการพิจารณาในชั้นพิพากษาคดี รวมถึงควบคุมการใช้ดุลพินิจต่างๆ ของศาลให้เหมาะสมภายใต้บทบัญญัติของกฎหมายด้วย ศาลและคู่ความจึงต้องปฏิบัติตามเงื่อนไขของกฎหมายอย่างเคร่งครัด ทั้งนี้ก็เพราะเรื่องดังกล่าวเกี่ยวข้องกับการสร้างมาตรฐานในการพิจารณาความแพ่งให้เป็นไปในทิศทางเดียวกัน อันเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับประชาชนในวงกว้าง และเป็นเรื่องของการปฏิบัติตามกฎหมายเพื่อรักษาประโยชน์ในเชิงมหาชนในส่วนที่เกี่ยวข้องกับระบบการอำนวยความสะดวก ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่าการพิจารณาในประเด็นเกี่ยวกับข้อกฎหมายต่างๆ ไม่ว่าจะ เป็นประเด็นเรื่องการรับรู้กฎหมาย การตีความกฎหมาย และการปรับบทกฎหมาย ก็ น่าจะอยู่ในข่ายที่เป็นข้อกฎหมายที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนด้วย เพราะการ

²⁵ รายละเอียดโปรดดูคำพิพากษาฎีกาที่ 14437/2555

²⁶ รายละเอียดโปรดดูคำพิพากษาฎีกาที่ 6630/2556

²⁷ รายละเอียดโปรดดูคำพิพากษาฎีกาที่ 5691/2554

²⁸ รายละเอียดโปรดดูคำพิพากษาฎีกาที่ 15791/2555

²⁹ รายละเอียดโปรดดูคำพิพากษาฎีกาที่ 15238/2553

³⁰ รายละเอียดโปรดดูคำพิพากษาฎีกาที่ 1739/2554

³¹ รายละเอียดโปรดดูคำพิพากษาฎีกาที่ 10733/2555

พิจารณาในเรื่องดังกล่าวถือเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องโดยตรงกับการใช้อำนาจของศาลในการปรับใช้กฎหมายในคดีแพ่ง ศาลจึงควรมีสติที่จะยกข้อกฎหมายดังกล่าวขึ้นพิจารณาได้เองในฐานะที่เป็นข้อกฎหมายอันเกี่ยวข้องกับความสัมพันธ์ของประชาชน และหากเกิดกรณีที่มีความผิดพลาดขึ้นในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการรับรู้กฎหมาย การตีความกฎหมาย และการปรับบทกฎหมายของศาลล่าง ศาลสูงควรมีอำนาจยับยั้งขึ้นพิจารณาและแก้ไขให้ถูกต้องได้แม้จะไม่มีคู่ความฝ่ายใดร้องขอ ดังนั้น ปัญหาข้อกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการรับรู้ถึงความมีอยู่ของกฎหมายลำดับรอง การตีความกฎหมายลำดับรอง และการปรับใช้กฎหมายลำดับรอง จึงควรเป็นปัญหาข้อกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนเช่นเดียวกัน เพราะเป็นหน้าที่ในประการสำคัญที่สุดของศาลที่จะต้องพิจารณาและพิพากษาคดีให้เป็นไปตามกฎหมาย

ประการที่สอง ข้อพิจารณาว่าคู่ความจำต้องยกกฎหมายลำดับรองขึ้นกล่าวอ้างในคดีหรือไม่ เนื่องจากการกล่าวอ้างข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมายของคู่ความในคดีแพ่งนั้น อาจแบ่งได้เป็นสองวิธีใหญ่ๆ คือ การกล่าวอ้างโดยวิธีการจัดทำเป็นลายลักษณ์อักษรและการกล่าวอ้างด้วยวาจา เหตุที่คู่ความต้องกล่าวอ้างข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมายต่างๆ ต่อศาลก็เพื่อตั้งให้เกิดเป็นประเด็นข้อพิพาทขึ้นในคดี โดยศาลจะใช้ประเด็นข้อพิพาทดังกล่าวกำหนดทิศทางการดำเนินคดีและกำหนดขั้นตอนในการสืบพยานต่อไป ส่วนประเด็นแห่งคดีนั้นมักจะถูกกำหนดขึ้นจากข้อกล่าวอ้างของคู่ความฝ่ายต่างๆ ที่ปรากฏอยู่ในคำคู่ความ เช่น คำฟ้อง คำให้การ คำร้องสอด คำร้อง คำแถลง อุทธรณ์ คำแก้อุทธรณ์ ฎีกา คำแก้ฎีกา หรือการกล่าวอ้างด้วยวาจาของคู่ความ เช่น แถลงข้อหาด้วยวาจาต่อศาล เพื่อฟ้องคดีมีโนสาเร่ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 191 เป็นต้น

สำหรับประเด็นแห่งคดีที่มีลักษณะเป็นปัญหาข้อเท็จจริงนั้น การพิจารณาว่าฝ่ายใดเป็นผู้กล่าวอ้างย่อมมีความสัมพันธ์ต่อการกำหนดหน้าที่นำสืบในคดี เพราะหากคู่ความฝ่ายใดเป็นผู้กล่าวอ้างข้อเท็จจริงต่อศาลคู่ความฝ่ายนั้นย่อมมีภาระที่จะต้องพิสูจน์ข้อเท็จจริงดังกล่าวเสมอ เมื่อคู่ความฝ่ายที่กล่าวอ้างไม่ยอมนำสืบพิสูจน์ข้อเท็จจริงนั้นต่อศาลก็อาจส่งผลทำให้เป็นฝ่ายแพ้คดีในประเด็นดังกล่าวได้ ส่วนประเด็นแห่งคดีที่มีลักษณะเป็นปัญหาข้อกฎหมายแม้จะไม่ต้องพิสูจน์กันด้วยพยานหลักฐานแต่ก็ต้องมีการตั้งประเด็นข้อกฎหมายดังกล่าวไว้ในคำคู่ความ ศาลจึงจะสามารถหยิบยกเอาปัญหาข้อกฎหมายขึ้นพิจารณาได้ คู่ความจึงต้องเป็นผู้ตั้งประเด็น “ข้อกฎหมาย” ขึ้นในขั้นตอนการพิจารณาคดีของศาลเพื่อเป็นประตูไปสู่การปรับใช้ “กฎหมาย” ของศาลในขั้นตอนต่อไป ดังนั้น คำว่า “ข้อกฎหมาย” จึงมีความเกี่ยวข้องโดยตรงกับการกล่าวอ้างของคู่ความ เพราะศาลต้องกำหนดประเด็นปัญหาข้อกฎหมายและปัญหาข้อเท็จจริงในคดีจากสิ่งที่คู่ความได้กล่าวอ้างไว้ในคำคู่ความเท่านั้น คู่ความจึงมีหน้าที่ที่จะต้องตั้งประเด็นปัญหาข้อกฎหมายให้ปรากฏในคำคู่ความเสมอ ส่วนเรื่องของการค้นหาและรับรู้ “กฎหมาย” ที่จะใช้ยกปรับแก้คดีนั้น โดยหลักถือเป็นหน้าที่ของศาลที่

จะต้องค้นหา รับรู้ ตีความ และปรับใช้กฎหมาย แล้วนำไปพิพากษาตัดสินคดี ดังนั้น โดยหลักแล้ว ขั้นตอนในการค้นหา หยิบยก ตีความ และปรับใช้กฎหมายลำดับรองจึงเป็นขั้นตอนที่อยู่ภายใต้ความรับผิดชอบศาลโดยตรง หากใช้ประเด็นที่จะต้องพิสูจน์กันด้วยพยานหลักฐานแต่อย่างใดไม่ แต่ก็เชื่อว่า คู่ความจะถูกจำกัดสิทธิไม่ให้นำเสนอข้อคิดเห็นอันเกี่ยวกับกฎหมายต่อศาลไปเสียทั้งหมด เพราะ คู่ความยังมีโอกาสที่จะนำเสนอข้อคิดเห็นเกี่ยวกับกฎหมายต่อศาลได้โดยวิธีการทำคำแถลงยื่นต่อศาล หรือจัดทำแถลงการณ์ปิดคดียื่นต่อศาลเพื่อเป็นการเตือนให้ศาลเห็นถึงกฎหมายหรือข้อกฎหมายต่างๆ หรืออาจใช้สิทธิอุทธรณ์ฎีกาโต้แย้งคำพิพากษาของศาลล่างในประเด็นที่เกี่ยวข้องกับข้อกฎหมาย ภายหลังจากที่ศาลมีคำพิพากษาแล้วก็ได้ ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่าการกำหนดให้กฎหมายลำดับรองมีสถานะเป็นข้อกฎหมายในคดีจึงมีได้เป็นการจำกัดสิทธิโดยสิ้นเชิงไม่ให้นำเสนอข้อคิดเห็นเกี่ยวกับกฎหมายลำดับรองต่อศาลอันจะเป็นผลเสียต่อการนำเสนอพยานหลักฐานของคู่ความแต่อย่างใด

4.3.2 ผลกระทบในเชิงคดีกรณีที่ศาลกำหนดให้กฎหมายลำดับรองมีสถานะเป็นปัญหาข้อเท็จจริง

แนวทางที่ศาลกำหนดให้กฎหมายลำดับรองมีสถานะเป็นปัญหาข้อเท็จจริงที่ คู่ความต้องนำสืบต่อศาลเป็นแนวทางที่ปรากฏให้เห็นอย่างเด่นชัดในคำพิพากษาของศาลฎีกาและความเห็นของนักกฎหมายส่วนใหญ่ ซึ่งมีข้อดีในประการที่จะช่วยลดภาระของศาลในการค้นหาและรับรู้กฎหมายลำดับรองซึ่งมีเป็นจำนวนมากและแก้ไขเพิ่มเติมอยู่บ่อยครั้ง³² การกำหนดให้คู่ความเป็นฝ่ายนำสืบพิสูจน์กฎหมายลำดับรองต่อศาล จึงเป็นเรื่องที่กระทำได้ง่ายกว่าเพราะคู่ความมีความใกล้ชิดกับกฎหมายลำดับรองมากกว่าศาล คู่ความย่อมสามารถรับรู้ถึงความมีอยู่ของกฎหมายลำดับรองได้ดีกว่าศาล นอกจากนี้ยังเป็นการช่วยลดข้อผิดพลาดที่อาจเกิดขึ้นในการหยิบยกกฎหมายชั้นวินิจฉัยคดีของศาลด้วย แต่ถึงอย่างไรก็ดีหากกำหนดให้กฎหมายลำดับรองมีสถานะเป็นข้อเท็จจริงในคดีที่คู่ความจะต้องนำสืบพิสูจน์ด้วยพยานหลักฐานต่อศาลนั้น อาจทำให้เกิดข้อจำกัดตามมาในหลายประการและอาจส่งผลเป็นการจำกัดสิทธิหน้าที่ของคู่ความในคดีได้ ซึ่งข้อจำกัดที่อาจเกิดขึ้นจากการกำหนดให้กฎหมายลำดับรองมีสถานะเป็นข้อเท็จจริงในคดี ได้แก่

(1) ข้อจำกัดในการนำข้อเท็จจริงเข้ามาสู่คดี

เมื่อกฎหมายหมายลำดับรองมีสถานะเป็นข้อเท็จจริงในคดีที่คู่ความจะต้องนำสืบต่อศาล การนำกฎหมายกฎหมายลำดับรองเข้าสู่สำนวนของศาลย่อมต้องตกอยู่ภายใต้

³² จริฎู ภักดีธนากุล, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 6*, น.44

บังคับของกฎหมายพยานหลักฐานในฐานะที่เป็นพยานหลักฐานในคดีประการหนึ่งด้วย ดังที่ผู้เขียนได้กล่าวมาแล้วว่ากฎหมายลักษณะพยานหลักฐานของไทยได้รับอิทธิพลมาจากระบบกล่าวหาทำให้หลักเกณฑ์ในการคัดกรองข้อเท็จจริงเข้าสู่การพิจารณาคดีของศาลค่อนข้างมีความซับซ้อนและมีข้อจำกัดในหลายประการ การนำเสนอกฎหมายลำดับรองเข้าสู่การพิจารณาคดีของศาลในฐานะที่เป็นข้อเท็จจริงประการหนึ่งในคดีจึงอาจมีข้อจำกัดทางพยานหลักฐานในหลายประการดังนี้

ประการแรก ข้อจำกัดในการอ้างข้อเท็จจริงเข้าสู่คดีตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง

ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของไทยได้บัญญัติหลักเกณฑ์ในการควบคุมการพิจารณาคดีของศาลขึ้นหลายประการ เพื่อให้การพิจารณาคดีเป็นไปอย่างราบรื่นและคุ้มครองประโยชน์ของคู่ความทุกฝ่ายเพื่อทำให้การพิจารณาและพิพากษาคดีเป็นธรรมที่สุด โดยคู่ความทุกฝ่ายต้องปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดขึ้นอย่างเคร่งครัด มิฉะนั้นอาจส่งผลเสียต่อรูปคดีของฝ่ายตนได้ เพราะประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 87(1) ได้กำหนดให้ศาลรับฟังเฉพาะพยานหลักฐานที่เกี่ยวข้องกับข้อเท็จจริงที่คู่ความฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดในคดีต้องนำเสนอเท่านั้น บทบัญญัติดังกล่าวจึงเป็นบทบัญญัติที่จำกัดอำนาจในการรับฟังพยานหลักฐานของศาลให้รับฟังได้เฉพาะพยานหลักฐานที่เกี่ยวข้องกับประเด็นแห่งคดีซึ่งสนับสนุนข้ออ้างในคำฟ้องและคำให้การของคู่ความเท่านั้น หากเป็นพยานหลักฐานนอกเหนือจากประเด็นที่ปรากฏอยู่ในคำฟ้องและคำให้การแล้วศาลไม่อาจรับฟังพยานหลักฐานดังกล่าวได้ พยานหลักฐานที่ศาลจะรับเข้าสู่สำนวนคดีจึงต้องเป็นพยานหลักฐานที่ชอบด้วยกฎหมายและผ่านขั้นตอนหรือหลักเกณฑ์ตามที่กฎหมายกำหนดมาอย่างครบถ้วน คู่ความจึงต้องปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ทางพยานหลักฐานในการนำข้อเท็จจริงและพยานหลักฐานเข้าสู่สำนวนคดีอย่างเคร่งครัด ซึ่งหน้าที่ของคู่ความดังกล่าวก็เช่นหน้าที่ในการยื่นบัญชีระบุพยานตามมาตรา 88 หน้าที่ในการนำสืบต้นฉบับเอกสารต่อศาลตามมาตรา 93 และหน้าที่ในการส่งสำเนาเอกสารให้แก่คู่ความอีกฝ่ายหนึ่งตามมาตรา 90 แต่เนื่องจากกฎหมายลำดับรองนั้นอาจถือได้ว่าเป็นเอกสารที่คู่ความอีกฝ่ายหนึ่งทราบดีอยู่แล้วหรือสามารถตรวจตราได้โดยง่าย จึงไม่เป็นปัญหาในทางปฏิบัติมากนัก คงเหลือเพียงหน้าที่ในอีกสองประการที่น่าจะเป็นข้อจำกัดในการนำสืบกฎหมายลำดับรองต่อศาล คือ

ก. หน้าที่ในการยื่นบัญชีระบุพยาน

หน้าที่ในการยื่นบัญชีระบุพยานเป็นหน้าที่ของคู่ความตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 88 ที่กำหนดให้คู่ความฝ่ายที่มีความจำนงจะอ้างพยานหลักฐานใดต่อศาล ต้องกล่าวอ้างพยานหลักฐานนั้นต่อศาลโดยทำเป็นบัญชีระบุพยานยื่นต่อศาลก่อนวันสืบพยานไม่น้อยกว่า 7 วัน และบัญชีระบุพยานดังกล่าวต้องแสดงรายการเอกสารหรือ

สภาพของเอกสารที่จะอ้าง รายชื่อ ที่อยู่ของบุคคล วัตถุ หรือสถานที่ที่ใช้อ้างเป็นพยานหลักฐาน พร้อมกันนี้ต้องยื่นสำเนาบัญชีระบุพยานในจำนวนที่พอเพียงให้คู่ความอีกฝ่ายมารับไปจากเจ้าหน้าที่ศาลด้วยเพื่อให้คู่ความอีกฝ่ายหนึ่งสามารถทราบรายละเอียดเกี่ยวกับพยานหลักฐานที่คู่ความอีกฝ่ายจะใช้สืบในคดีได้ เป็นการป้องกันมิให้เกิดการจู่โจมกันทางพยานหลักฐานโดยอีกฝ่ายหนึ่งไม่รู้ตัว รวมถึงยังเป็นการเปิดโอกาสให้คู่ความอีกฝ่ายหนึ่งมีระยะเวลาในการตรวจสอบและโต้แย้งคัดค้านพยานหลักฐานภายในระยะเวลาที่เหมาะสมด้วย อันจะส่งผลให้คู่ความแต่ละฝ่ายสามารถใช้สิทธิต่อสู้คดีกันได้อย่างเต็มที่ตามหลักฟังความสองฝ่ายหรือหลักโต้แย้งคัดค้านต่อสู้คดี (The principle of bilateral hearing) หากคู่ความฝ่ายใดไม่ยื่นบัญชีระบุพยานพร้อมสำเนาต่อศาลภายในระยะเวลาที่กฎหมายกำหนด ศาลจะถือว่าไม่มีการระบุพยานตามขั้นตอนของกฎหมาย ส่งผลให้คู่ความไม่สามารถนำสืบพยานหลักฐานดังกล่าวต่อศาลได้ หรือหากเป็นกรณีที่คู่ความไม่ระบุพยานตามรายละเอียดตามที่กฎหมายกำหนด การระบุพยานดังกล่าวก็จะมีผลเป็นการระบุพยานโดยมิชอบ ต้องห้ามมิให้ศาลรับฟังพยานหลักฐานดังกล่าวเช่นกัน³³

ข. หน้าที่ในการนำสืบต้นฉบับเอกสารต่อศาล

ถือเป็นหน้าที่ของคู่ความอีกประการหนึ่งตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 93 ที่กำหนดให้ศาลจะต้องรับฟังเฉพาะต้นฉบับเอกสารเท่านั้นเป็นไปตามหลักเรื่องพยานหลักฐานที่ดีที่สุด (The best evidence rule) ของกลุ่มประเทศคอมมอนลอว์ ซึ่งเหตุผลที่คู่ความจะต้องนำสืบต้นฉบับเอกสารต่อศาลก็เพราะต้นฉบับเอกสารถือเป็นพยานหลักฐานในลำดับต้น (Primary evidence) ที่มีน้ำหนักมากที่สุดในการรับฟัง แต่ก็มีข้อยกเว้นให้ศาลสามารถรับฟังสำเนาเอกสารแทนต้นฉบับเอกสารได้ใน 4 กรณีดังนี้ กรณีแรก เป็นกรณีที่คู่ความที่เกี่ยวข้องทุกฝ่ายตกลงกันว่าสำเนาเอกสารนั้นถูกต้องแล้ว กรณีที่สอง เป็นกรณีที่ต้นฉบับเอกสารดังกล่าวถูกทำลายโดยเหตุสุดวิสัยสูญหายหรือไม่สามารถนำมาได้โดยประการอื่นอันมิได้เกิดจากพฤติกรรมที่ผู้อ้างต้องรับผิดชอบหรือเมื่อศาลเห็นว่าเป็นกรณีจำเป็นและเพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรม กรณีที่สาม เป็นกรณีที่ต้นฉบับอยู่ในความอารักขาหรือในความควบคุมของทางราชการ กรณีที่สี่ เป็นกรณีที่คู่ความอีกฝ่ายไม่คัดค้านการนำสำเนาเอกสารมาสืบตามมาตรา 125 เมื่อกฎหมายลำดับรองอาจถือได้ว่าเป็นเอกสารที่ต้นฉบับอยู่ในความอารักขาหรือความควบคุมของทางราชการ คู่ความจึงอาจส่งสำเนาเอกสารที่ได้รับการรับรองจากผู้มีอำนาจหน้าที่แล้วต่อศาลแทนการส่งต้นฉบับเอกสารได้ เว้นเสียแต่ว่าศาลจะกำหนดเป็นอย่างอื่นเพราะศาลอาจรับฟังสำเนาเอกสารที่ไม่ได้รับการรับรองโดยเจ้าหน้าที่ก็ได้ ซึ่งในทางปฏิบัตินั้นย่อมเป็นการยากที่คู่ความจะขอให้เจ้าหน้าที่ที่มีอำนาจหน้าที่ในการตรากฎหมาย

³³ รายละเอียดโปรดดูคำพิพากษาฎีกาที่ 2581/2515

ลำดับรองดังกล่าวรับรองสำเนาเอกสารเพื่อนำมาส่งต่อศาล ถึงแม้จะมีข้อยกเว้นโดยอาศัยเหตุจำเป็นอื่นที่ทำให้ศาลยอมรับฟังสำเนากฎหมายลำดับรองที่ไม่ได้ผ่านการรับรองโดยเจ้าหน้าที่ก็ตาม แต่ก็ยังคงเป็นดุลพินิจของผู้พิพากษาที่จะพิจารณาสั่งเป็นรายคดีเท่านั้นทำให้เกิดความไม่แน่นอนขึ้นในทางปฏิบัติ เพราะผู้พิพากษาแต่ละคนอาจมีดุลพินิจที่ไม่เหมือนกันจนส่งผลให้เกิดความลักลั่นในการพิจารณาเรื่องดังกล่าวได้

ฉะนั้น หากกำหนดให้การพิจารณากฎหมายลำดับรองมีสถานะเป็นข้อเท็จจริงในคดีย่อมต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขทั้งสองประการดังกล่าว ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าเป็นการทำให้เกิดข้อจำกัดต่อการรับรู้และการหยิบยกเอากฎหมายมาใช้ปรับแก้คดีของศาล เพราะหากเกิดกรณีที่คู่ความไม่ได้กระทำตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดไม่ว่าจะเรื่องการยื่นบัญชีระบุนยานตามมาตรา 88 หรือการนำสืบต้นฉบับเอกสารตามมาตรา 93 ศาลย่อมไม่อาจรับฟังกฎหมายลำดับรองดังกล่าวได้โดยถือเสมือนหนึ่งว่าคู่ความไม่ได้นำสืบพยานหลักฐานในประเด็นดังกล่าวต่อศาลเลย แม้ว่าจะได้ตั้งเป็นประเด็นไว้ในคำคู่ความแล้วก็ตาม ศาลก็ไม่อาจหยิบยกกฎหมายลำดับรองขึ้นวินิจฉัยหรือปรับใช้กับข้อเท็จจริงในคดีได้โดยลำพัง เว้นเสียแต่ศาลจะยอมใช้ดุลพินิจในการรับฟังพยานหลักฐานที่ยื่นโดยฝ่าฝืนตามบทบัญญัติของมาตรา 87(2) หรือศาลจะใช้อำนาจเรียกพยานหลักฐานอื่นอันเกี่ยวกับประเด็นในคดีมาสืบเพิ่มเติมเองตามบทบัญญัติของมาตรา 86 วรรคสาม

ประการที่สอง ข้อจำกัดของมาตรา 87(2) แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งในกรณีที่ศาลสามารถใช้ดุลพินิจรับฟังพยานหลักฐานที่ยื่นโดยฝ่าฝืนบทบัญญัติของมาตรา 88

ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 87(2) กำหนดห้ามศาลรับฟังพยานหลักฐานใด เว้นแต่จะเป็นพยานหลักฐานที่คู่ความได้แสดงความจำนงที่จะอ้างอิงพยานหลักฐานนั้นตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 88 แล้ว แต่ก็มีข้อยกเว้นบางประการให้ศาลสามารถรับฟังพยานหลักฐานดังกล่าวได้ หากเป็นกรณีที่ศาลเห็นว่าเป็นไปเพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรมและเป็นพยานหลักฐานที่มีความสำคัญซึ่งเกี่ยวข้องกับประเด็นข้อสำคัญในคดี แต่ถึงแม้ว่าจะมีบทกฎหมายที่ให้อำนาจศาลในการใช้ดุลพินิจรับฟังพยานหลักฐานที่ยื่นโดยฝ่าฝืนบทบัญญัติของมาตรา 88 ได้ก็ตาม แต่การใช้อำนาจดุลพินิจดังกล่าวก็ต้องอยู่ภายใต้ข้อจำกัดว่าต้องเป็นพยานหลักฐานที่สำคัญและเกี่ยวข้องกับประเด็นข้อสำคัญในคดี อันหมายถึงพยานหลักฐานที่สามารถชี้ขาดผลแพ้ชนะของคดีได้นั่นเอง และนอกจากนี้ศาลยังต้องพิจารณาถึงประโยชน์แห่งความยุติธรรมด้วย หากการไม่ยื่นบัญชีระบุนยานตามมาตรา 88 นั้นเป็นไปในลักษณะเพื่อเอาเปรียบกันในเชิงคดีแล้ว ศาลก็ไม่อาจรับฟังพยานหลักฐานดังกล่าวโดยอาศัยเหตุตามมาตรานี้ได้ เกี่ยวกับเรื่องนี้ได้เคยมีคำพิพากษาฎีกาที่ 2043/2540 วินิจฉัยวางแนวทางไว้ว่า “กฎหมายลำดับรองประเภทประกาศของกระทรวงการคลัง

เรื่องอัตราดอกเบี้ยสูงสุด ซึ่งเป็นพยานหลักฐานในประเด็นว่าโจทก์มีสิทธิคิดดอกเบี้ยจากจำเลยในอัตราเท่าใดนี้ มิใช่พยานหลักฐานอันสำคัญซึ่งเกี่ยวกับประเด็นข้อสำคัญในคดี เมื่อโจทก์มิได้ระบุพยานให้ถูกต้องตามมาตรา 88 การที่ศาลไม่รับฟังประกาศกระทรวงการคลังดังกล่าวจึงชอบแล้ว” เห็นได้ว่าแม้บทบัญญัติในมาตรา 87(2) จะเป็นบทบัญญัติที่เปิดโอกาสให้ศาลสามารถรับฟังพยานหลักฐานที่ไม่ได้ยื่นโดยชอบตามขั้นตอนของมาตรา 88 ได้ก็ตาม แต่ก็เป็นอำนาจที่มีอยู่อย่างจำกัด เพราะประเด็นที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายลำดับรองที่ขึ้นสู่การพิจารณาของศาลอาจไม่ใช่ประเด็นอันเป็นข้อสำคัญของคดี จึงทำให้ศาลเกิดข้อจำกัดในการใช้อำนาจตามมาตรา 87(2) ในการรับฟังกฎหมายลำดับรองของศาลได้

ประการที่สาม ข้อจำกัดของมาตรา 86 วรรคท้าย แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ในกรณีที่ศาลสามารถเรียกพยานหลักฐานอื่นอันเกี่ยวกับประเด็นในคดีมาสืบเพิ่มเติม

ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 86 วรรคท้าย กำหนดให้ศาลมีอำนาจเรียกพยานหลักฐานอื่นๆ ที่เกี่ยวข้องกับประเด็นแห่งคดีมาสืบเพิ่มเติมและเรียกพยานหลักฐานที่สืบไปแล้วมาสืบใหม่ได้โดยไม่ต้องมีฝ่ายใดร้องขอในกรณีที่ศาลเห็นว่ามีควมจำเป็นและเป็นไปเพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรม แม้บทบัญญัติดังกล่าวจะเป็นบทบัญญัติที่ให้อำนาจแก่ศาลในการริเริ่มแสวงหาข้อเท็จจริงได้ด้วยตนเองโดยไม่ถูกจำกัดให้พิจารณาเฉพาะข้อเท็จจริงที่คู่ความได้นำเสนอไว้ต่อศาลอันมีลักษณะเป็นการใช้อำนาจเชิงรุกของศาลอย่างหนึ่งก็ตาม แต่อำนาจดังกล่าวของศาลก็ต้องถูกจำกัดอยู่ภายใต้ขอบเขตของหลักการฟังความสองฝ่ายหรือหลักโต้แย้งคัดค้านต่อคู่คดี (The principle of bilateral hearing) ด้วย กล่าวคือศาลมีหน้าที่ที่จะต้องแจ้งให้คู่ความทราบถึงพยานหลักฐานต่างๆ ที่ศาลจะใช้อำนาจเรียกมาสืบ เพื่อให้คู่ความมีโอกาสตรวจสอบและโต้แย้งคัดค้านพยานหลักฐานดังกล่าวได้ ซึ่งศาลฎีกาก็ได้เคยวินิจฉัยเกี่ยวกับประเด็นดังกล่าวไว้ในคำพิพากษาฎีกาที่ 760/2551 ว่า “พยานเอกสารที่ศาลเรียกเข้ามาสู่สำนวนความหลังเสร็จสิ้นการสืบพยานแล้วนั้น ศาลต้องแจ้งคำสั่งเรียกพยานเอกสารดังกล่าวให้คู่ความทั้งสองฝ่ายทราบ เพื่อให้โอกาสแก่คู่ความที่จะเข้ามาตรวจสอบหรือโต้แย้งความถูกต้องแท้จริงแห่งเอกสารดังกล่าวด้วย เมื่อศาลนำพยานเอกสารดังกล่าวมาวินิจฉัยเป็นเหตุให้โจทก์แพ้คดี จึงเป็นการทำให้โจทก์เสียเปรียบในการต่อสู้คดีหาได้เป็นไปเพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรมไม่ ศาลจึงยกคำพิพากษาของศาลล่างและสั่งดำเนินกระบวนการใหม่ให้ถูกต้องตามรูปคดี” เห็นได้ว่าแม้บทบัญญัติในมาตราดังกล่าวจะเปิดโอกาสให้ศาลสามารถค้นหาข้อเท็จจริงในคดีได้ด้วยตนเอง แต่ก็ยังคงมีข้อจำกัดบางประการที่ทำให้ศาลไม่สามารถใช้อำนาจดังกล่าวอย่างเต็มที่ ในทางกลับกันหากเป็นกรณีที่ศาลใช้อำนาจพิจารณาในประเด็นปัญหาข้อกฎหมายศาลจะสามารถใช้อำนาจและดุลพินิจในการหยิบยกและ

พิจารณาเรื่องดังกล่าวได้อย่างเต็มที่โดยมีต้องเปิดโอกาสให้คู่ความตรวจสอบหรือโต้แย้งข้อกฎหมายดังกล่าวก่อนแต่อย่างใดเนื่องจากเป็นเรื่องที่อยู่ในความรับผิดชอบของศาลโดยเฉพาะที่จะต้องพิจารณา คู่ความจึงอาจทำได้เพียงเสนอแนะประเด็นที่เกี่ยวกับข้อต่อศาลด้วยวิธีการจัดทำคำเป็นคำแถลงหรือคำแถลงการณ์ ซึ่งจะมีผลเป็นเพียงการเสนอแนะหรือเป็นแนวทางชี้แนะต่อศาลในการวินิจฉัยตัดสินคดีเท่านั้นหาได้มีผลเป็นคำคู่ความที่จะผูกพันให้ศาลต้องรับฟังเช่นคำคู่ความในลักษณะอื่นไม่ ดังนั้น การกำหนดให้กฎหมายลำดับรองมีสถานะเป็นข้อกฎหมายย่อมเป็นวิธีที่จะช่วยลดข้อจำกัดในการนำเสนอพยานหลักฐานที่ผู้เขียนได้กล่าวมาแล้วข้างต้นและส่งผลทำให้ศาลสามารถใช้อำนาจในการพิจารณากฎหมายลำดับรองได้อย่างเต็มที่อีกด้วย

(2) ข้อจำกัดสิทธิในการอุทธรณ์

การใช้สิทธิอุทธรณ์ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของไทยนั้น เป็นการอุทธรณ์ในระบบสิทธิซึ่งเปิดโอกาสให้คู่ความมีสิทธิในการอุทธรณ์ได้อย่างกว้างขวาง การห้ามอุทธรณ์จึงเป็นข้อยกเว้นในลักษณะของการจำกัดสิทธิประการหนึ่ง ส่วนข้อพิจารณาประการสำคัญที่ต้องพิจารณาคู่ความกับการใช้สิทธิในการอุทธรณ์อยู่เสมอก็คือการพิจารณาว่าเรื่องที่จะอุทธรณ์นั้นมีลักษณะเป็นปัญหาข้อเท็จจริงหรือเป็นปัญหาข้อกฎหมาย ทั้งนี้ก็เพราะการอุทธรณ์ในปัญหาทั้งสองลักษณะนี้มีข้อกำหนดที่แตกต่างกัน โดยการที่ใช้สิทธิการอุทธรณ์ในปัญหาข้อกฎหมายนั้นสามารถทำได้เสมออย่างไม่มีข้อจำกัด แต่การใช้สิทธิอุทธรณ์ในปัญหาข้อเท็จจริงจะมีการจำกัดสิทธิตามเงื่อนไขบางประการตามที่กฎหมายกำหนด

การอุทธรณ์ในประเด็นเกี่ยวข้องกับกฎหมายลำดับรองก็เช่นกัน การพิจารณาว่าจะสามารถอุทธรณ์ในประเด็นที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายลำดับรองดังกล่าวได้หรือไม่นั้นต้องคำนึงถึงสถานะของกฎหมายลำดับรองเป็นสำคัญ หากเป็นการพิจารณาในสถานะที่เป็นปัญหาข้อกฎหมายแล้วคู่ความย่อมก็สามารถอุทธรณ์หรือฎีกาต่อศาลสูงได้เสมอ แต่หากเป็นการพิจารณาในประเด็นปัญหาข้อเท็จจริงก็ต้องอยู่ภายใต้บังคับของบทบัญญัติเรื่องการจำกัดสิทธิในการอุทธรณ์ เช่นข้อเท็จจริงต่างๆ ไปในคดี โดยการพิจารณาในประเด็นดังกล่าวนี้ผู้เขียนขอแยกการพิจารณาออกเป็นสองส่วน ส่วนแรกคือข้อจำกัดในการใช้สิทธิอุทธรณ์ และส่วนที่สองคือข้อจำกัดในการพิจารณาอุทธรณ์ ซึ่งมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

1. ข้อจำกัดในการใช้สิทธิอุทธรณ์

บทบัญญัติในการจำกัดสิทธิของคู่ความในการอุทธรณ์ปัญหาข้อเท็จจริงนั้น มีประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 224 กำหนดว่าคดีที่มีราคาทรัพย์สินหรือจำนวนทุนทรัพย์ที่พิพาทกันในชั้นอุทธรณ์ไม่เกิน 50,000 บาท หรือไม่เกินจำนวนที่กำหนดไว้ในพระราชกฤษฎีกา หรือเป็นคดีฟ้องขับไล่บุคคลใดออกจากอสังหาริมทรัพย์อันมีค่าเช่าหรืออาจให้เช่า

ได้ในขณะยื่นคำฟ้องไม่เกินเดือนละ 4,000 บาท ย่อมต้องห้ามมิให้คู่ความอุทธรณ์ในปัญหาข้อเท็จจริง เว้นแต่จะเป็นคดีอันเกี่ยวข้องกับสิทธิแห่งสภาพบุคคลหรือสิทธิในครอบครัวและคดีฟ้องขอปลดเปลื้องทุกข์อันมีอาจคำนวณเป็นราคาเงินได้ จึงจะสามารถอุทธรณ์ในปัญหาข้อเท็จจริงต่อศาลได้ในทุกกรณี หรือเป็นกรณีที่มีผู้พิพากษาที่นั่งพิจารณาคดีนั้นในศาลชั้นต้นทำความเห็นแย้งไว้หรือคู่ความเป็นฝ่ายยื่นขอให้ผู้พิพากษาที่นั่งพิจารณาคดีนั้นในศาลชั้นต้นรับรองว่ามีเหตุอันควรอุทธรณ์ได้ หรือได้รับอนุญาตให้อุทธรณ์เป็นหนังสือจากอธิบดีผู้พิพากษาศาลชั้นต้นหรืออธิบดีผู้พิพากษาศาลฎีกาผู้มีอำนาจ คู่ความก็อาจยื่นอุทธรณ์ในปัญหาข้อเท็จจริงในคดีที่มีทุนทรัพย์ต่ำกว่า 50,000 บาทได้

ส่วนการอุทธรณ์ในคดีผู้บริโภคนั้นได้มีบทบัญญัติไว้โดยเฉพาะในพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ.2551 มาตรา 47 ที่กำหนดให้คดีผู้บริโภคที่มีราคาทรัพย์สินหรือทุนทรัพย์ที่พิพาทกันในชั้นอุทธรณ์ไม่เกิน 50,000 บาท หรือไม่เกินจำนวนที่กำหนดในพระราชกฤษฎีกา ต้องห้ามมิให้คู่ความอุทธรณ์ในปัญหาข้อเท็จจริงต่อศาลอุทธรณ์แผนกคดีผู้บริโภค เว้นแต่ผู้อุทธรณ์ได้ยื่นคำขอโดยทำเป็นคำร้องเพื่อขออนุญาตอุทธรณ์ต่อศาลอุทธรณ์แผนกคดีผู้บริโภค ตามมาตรา 84 และศาลอุทธรณ์แผนกคดีผู้บริโภครับคดีนั้นไว้พิจารณา

นอกจากนี้ยังมีการอุทธรณ์ในอีกลักษณะหนึ่งคือการอุทธรณ์โดยตรงต่อศาลฎีกาตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 223 ทวิ ซึ่งจำกัดให้มีการอุทธรณ์ได้เฉพาะในปัญหาข้อกฎหมายเท่านั้น โดยคู่ความอีกฝ่ายหนึ่งจะต้องไม่คัดค้านการอุทธรณ์ดังกล่าวและไม่ได้ยื่นอุทธรณ์ต่อศาลอุทธรณ์ด้วย การอุทธรณ์คดีจากศาลชั้นต้นไปยังศาลสูงสุดได้โดยตรงนี้มีลักษณะคล้ายการอุทธรณ์แบบ Leap frog ของประเทศอังกฤษนั่นเอง

จากบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่กำหนดเงื่อนไขในการยื่นอุทธรณ์ต่อศาลไม่ว่าในคดีแพ่งทั่วไปหรือคดีผู้บริโภคมีลักษณะเป็นไปในทิศทางเดียวกัน คือมีการจำกัดสิทธิของคู่ความในการอุทธรณ์ปัญหาข้อเท็จจริงทั้งสิ้น ส่วนการอุทธรณ์ปัญหาข้อกฎหมายในคดีแพ่งทุกประเภทกลับเปิดโอกาสให้คู่ความสามารถใช้สิทธิอุทธรณ์ได้ในทุกกรณีโดยไม่มีข้อจำกัดแต่อย่างใด ทั้งยังสามารถใช้สิทธิในการอุทธรณ์ปัญหาข้อกฎหมายโดยตรงต่อศาลฎีกาได้ด้วย เพื่อให้การพิจารณาคดีเสร็จสิ้นไปโดยรวดเร็ว อันจะเป็นการประหยัดเวลาและค่าใช้จ่ายทั้งต่อคู่ความและศาลเอง อย่างไรก็ตาม แม้จะมีข้อยกเว้นให้คู่ความสามารถใช้สิทธิอุทธรณ์ปัญหาข้อเท็จจริงในคดีที่มีทุนทรัพย์ต่ำกว่า 50,000 บาทได้ก็ตาม แต่ข้อยกเว้นดังกล่าวมีลักษณะเป็นการใช้ดุลพินิจของผู้พิพากษาเป็นรายคดีเท่านั้น จึงยังคงขาดความแน่นอนของหลักเกณฑ์และแนวทางปฏิบัติอยู่มาก

2. ข้อจำกัดในการพิจารณาอุทธรณ์

สำหรับข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมายที่ศาลอุทธรณ์จะรับฟังได้นั้น ต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขของประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ตามมาตรา 225 ด้วย กล่าวคือ

ข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมายที่จะหยิบยกขึ้นพิจารณาในชั้นอุทธรณ์นั้นต้องกล่าวไว้โดยชัดแจ้งในอุทธรณ์และเป็นข้อที่ได้ยกขึ้นว่ากล่าวมาแล้วโดยชอบในศาลชั้นต้นรวมถึงต้องเป็นสาระแก่นักคดีอันควรได้รับการวินิจฉัยด้วย ซึ่งหลักเกณฑ์ตามมาตรา 225 นี้เป็นหลักเกณฑ์ที่ใช้บังคับทั้งในการพิจารณาข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายในคดี เว้นเสียแต่ว่าจะมีปัญหาข้อกฎหมายที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนหรือเป็นปัญหาข้อกฎหมายที่ไม่อาจยกขึ้นอ้างในศาลชั้นต้นได้เพราะพฤติการณ์ไม่เปิดช่องให้กระทำเช่นนั้น ศาลหรือคู่ความจึงจะหยิบยกเอาข้อที่ไม่ได้กล่าวมาแล้วในศาลชั้นต้นขึ้นกล่าวอ้างในชั้นอุทธรณ์ได้

จากบทบัญญัติของกฎหมายทั้งในส่วนที่เกี่ยวข้องกับข้อจำกัดในการใช้สิทธิอุทธรณ์และข้อจำกัดในการพิจารณาอุทธรณ์ที่ผู้เขียนได้กล่าวมาแล้วข้างต้นชี้ให้เห็นว่าข้อจำกัดในการพิจารณาปัญหาข้อเท็จจริงในชั้นอุทธรณ์นั้นมีมากกว่าข้อจำกัดข้อจำกัดในการพิจารณาปัญหาข้อกฎหมายหลายประการ และเป็นที่น่าอนว่าหากกำหนดให้กฎหมายลำดับรองมีสถานะเป็นข้อเท็จจริงในคดีย่อมต้องอยู่ภายใต้ข้อจำกัดดังกล่าวด้วยเช่นกัน หากเกิดกรณีที่ศาลชั้นต้นไม่ได้หยิบยกขึ้นกฎหมายลำดับรองขึ้นพิจารณาหรือหยิบยกกฎหมายลำดับรองขึ้นพิจารณาแล้วแต่มีความผิดพลาดคลาดเคลื่อน คู่ความจึงอาจได้รับผลกระทบจากการถูกจำกัดสิทธิในการอุทธรณ์ประเด็นดังกล่าวต่อศาลสูงได้ ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่าการพิจารณาในประเด็นที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายลำดับรองดังกล่าวข้างต้นควรกำหนดให้เป็นเรื่องที่ศาลสูงสามารถใช้อำนาจหยิบยกขึ้นวินิจฉัยได้เองทุกเมื่อโดยไม่ต้องรอให้คู่ความเป็นฝ่ายเสนอประเด็นดังกล่าวเข้าสู่การพิจารณา เนื่องจากศาลมีหน้าที่โดยตรงที่จะต้องปรับใช้กฎหมายและอำนวยความสะดวกที่ให้แก่ประชาชน หากกำหนดให้การพิจารณาในประเด็นที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายลำดับรองมีสถานะเป็นปัญหาข้อเท็จจริงที่คู่ความจะต้องนำสืบต่อศาลเสียแล้ว ย่อมเกิดข้อจำกัดต่อศาลสูงในการหยิบยกกฎหมายลำดับรองขึ้นพิจารณา การเปิดโอกาสให้ศาลสูงสามารถหยิบยกเอาประเด็นที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายลำดับรองดังกล่าวขึ้นพิจารณาได้เองในฐานะที่เป็นข้อกฎหมายย่อมจะมีความเหมาะสมและอำนวยความสะดวกให้แก่คู่ความได้มากกว่า

4.4 วิเคราะห์เปรียบเทียบการรับรู้กฎหมายลำดับรองของศาลในการพิจารณาคดีประเภทอื่น

เนื่องจากกฎหมายลำดับรองเป็นกฎหมายที่มีอยู่เป็นจำนวนมากและเกี่ยวข้องกับสังคมในหลายๆ ด้าน การพิจารณาคดีในหลายๆ ประเภทจึงไม่อาจหลีกเลี่ยงการวินิจฉัยประเด็นที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายลำดับรองได้ ผู้เขียนจึงมีความสนใจที่จะศึกษาบทบาทการรับรู้กฎหมายลำดับรองของศาลในการพิจารณาคดีประเภทอื่นนอกเหนือจากการพิจารณาคดีแพ่ง เนื่องจากบทบาทของศาลในการพิจารณาคดีแต่ละประเภทย่อมมีความแตกต่างกันไปตามหลักการและนิติวิธีในการพิจารณาคดี

ประเภทนั้นๆ ทั้งนี้ก็เพื่อต้องการเปรียบเทียบให้เห็นความแตกต่างที่ชัดเจนเกี่ยวกับบทบาทของศาลกับการรับรู้กฎหมายลำดับรองในคดีแต่ละประเภท โดยผู้เขียนจะทำการศึกษาในคดีประเภทต่างๆ ที่มีความเกี่ยวข้องกับการพิจารณาคดีระหว่างเอกชนกับเอกชนด้วยกันเองเป็นหลัก จากนั้นจึงหาข้อสรุปเพื่อใช้เป็นแนวทางในการปรับปรุงบทบาทของศาลต่อไป

4.4.1 การรับรู้กฎหมายลำดับรองของศาลในคดีอาญา

ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาอาญาเป็นกฎหมายสำคัญที่ได้บัญญัติหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการพิจารณาคดีอาญาเอาไว้ โดยมีความเกี่ยวพันอย่างใกล้ชิดกับประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง เนื่องจากประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 15 ได้นำประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งไปใช้ด้วยบางส่วน เพื่อหลีกเลี่ยงการบัญญัติกฎหมายซ้ำซ้อนกับที่ได้เคยบัญญัติไว้แล้ว ซึ่งมีหลักการว่าจะนำประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาใช้บังคับในคดีอาญาได้เพียงเท่าที่ไม่ขัดต่อหลักการของกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเท่านั้น และหากเรื่องใดเป็นเรื่องที่ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาได้บัญญัติไว้อย่างชัดเจนแล้วก็ไม้อาจนำประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาใช้บังคับได้อีก เพราะหลักการของวิธีพิจารณาคดีอาญาจะอยู่บนพื้นฐานของ “หลักการตรวจสอบ” ที่มุ่งเน้นการค้นหาความจริงว่ามีการกระทำความผิดเกิดขึ้นจริงหรือไม่ ซึ่งโจทย์ต้องเป็นฝ่ายนำเสนอพยานหลักฐานเพื่อยืนยันการกระทำความผิดของจำเลยต่อศาลเสมอ ส่วนศาลเองก็มีหน้าที่ในการค้นหาความจริงดังกล่าวด้วยเช่นกัน แตกต่างจากหลักการดำเนินคดีแพ่งที่ตั้งอยู่บนพื้นฐานของ “หลักความตกลง” เป็นสำคัญ ผลประโยชน์สาธารณะที่รัฐจะได้รับจากการกระบวนพิจารณาคดีแพ่งและคดีอาญาก็มีความแตกต่างกัน เนื่องจากในคดีแพ่งจะมุ่งเน้นกระบวนการยุติธรรมที่รวดเร็วเพื่อสร้างความสงบสุขของสังคมให้กลับคืนมาโดยไว ส่วนคดีอาญามุ่งเน้นรักษาความสงบสุขของสังคมโดยการลงโทษผู้กระทำความผิดและปล่อยตัวผู้บริสุทธิ์ รัฐจึงต้องระมัดระวังในการใช้อำนาจดังกล่าวเพราะส่งผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนในรัฐเป็นอย่างมาก วิธีพิจารณาคดีอาญาจึงเปิดโอกาสให้ศาลเป็นผู้ค้นหาข้อเท็จจริงและพยานหลักฐานด้วยตนเองมากกว่าในคดีแพ่ง แต่ในทางปฏิบัติแม้ศาลจะมีอำนาจในการลงไปค้นหาข้อเท็จจริงในคดีค่อนข้างมาก แต่ศาลกลับไม่นิยมใช้อำนาจดังกล่าวเพราะศาลยังคงความเคยชินกับวิธีพิจารณาในคดีแพ่ง ศาลในคดีอาญาจึงยังไม่มีบทบาทเชิงรุกในคดีมากนัก

ส่วนบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับการอ้างตัวบทกฎหมายในคำฟ้องคดีอาญาก็มีความแตกต่างจากในคดีแพ่งเล็กน้อย เนื่องจากประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 158 (6) กำหนดให้โจทก์ต้องอ้าง “มาตราในกฎหมาย” ซึ่งบัญญัติว่าการกระทำนั้นเป็นความผิดมาในคำฟ้องคดีอาญาเสมอ หากโจทก์ไม่อ้างก็จะเป็นฟ้องที่ไม่สมบูรณ์ ส่วนในคดีแพ่งไม่ได้มีบทบังคับให้โจทก์

ต้องระบุอ้างมาตราในกฎหมายไปในคำฟ้องเช่นในคดีอาญา ส่วนการกล่าวอ้าง “มาตราในกฎหมาย” นั้นหมายถึงการกล่าวอ้างชื่อกฎหมายและเลขมาตราที่บัญญัติว่าการกระทำเช่นนั้นเป็นความผิดนั้นเอง และนอกจากนี้ในคำฟ้องคดีอาญายังต้องระบุถึงการกระทำทั้งหลายของจำเลยที่อ้างว่าเป็นความผิด พร้อมทั้งข้อเท็จจริงและรายละเอียดเกี่ยวกับเวลาและสถานที่ซึ่งเกิดการกระทำและบุคคลหรือสิ่งของที่เกี่ยวข้องพอสมควรที่ทำให้จำเลยเข้าใจเนื้อหาได้ดีด้วย เพื่อให้จำเลยสามารถเข้าใจสิ่งที่ตนถูกกล่าวหาและวางแนวทางในการต่อสู้คดีได้อย่างถูกต้อง

ส่วนบทบาทในการรับรู้กฎหมายลำดับรองของศาลในคดีอาญานั้นมีลักษณะเช่นเดียวกับที่ปรากฏในคดีแพ่ง โดยศาลจะรับรู้ได้เองเฉพาะกฎหมายในลำดับสูงและกฎหมายลำดับรองจำพวกพระราชกฤษฎีกาหรือกฎกระทรวงเท่านั้น³⁴ ส่วนกฎหมายลำดับรองที่มีฐานะต่ำกว่ากฎกระทรวงลงมา ศาลจะไม่รับรู้ถึงความมีอยู่ของกฎหมายลำดับรองในลักษณะดังกล่าวด้วยตนเอง และถือว่าเป็นประเด็นปัญหาข้อเท็จจริงที่คู่ความจะต้องนำสืบ ซึ่งมีคำพิพากษาฎีกาที่พิพากษาวางแนวทางดังกล่าวไว้ เช่น คำพิพากษาฎีกาที่ 214/2498 คำพิพากษาฎีกาที่ 313/2518 คำพิพากษาฎีกาที่ 1072/2518 คำพิพากษาฎีกาที่ 588/2523 เป็นต้น³⁵ แต่การพิจารณาในประเด็นเรื่องการตีความหรือการปรับใช้กฎหมายลำดับรองที่มีฐานะต่ำกว่ากฎกระทรวงลงมานั้น ศาลฎีกายังคงวางแนวทางให้มีสถานะเป็นการพิจารณาในปัญหาข้อกฎหมายเช่นเดียวกับในคดีแพ่ง

4.4.2 การรับรู้กฎหมายลำดับรองของศาลในคดีแรงงาน

สำหรับวิธีพิจารณาคดีในศาลแรงงานนั้นมีความแตกต่างจากการพิจารณาคดีแพ่งอยู่หลายประการ เช่น ประการแรก ผู้พิพากษาที่นั่งพิจารณาคดีในคดีแรงงานนั้นหาได้ใช้ผู้พิพากษาอาชีพทั้งองค์คณะเช่นในคดีแพ่งไม่ แต่มีผู้พิพากษาสมทบฝั่งนายจ้างและลูกจ้างเข้ามาร่วมพิจารณากับผู้พิพากษาอาชีพด้วยในจำนวนฝ่ายละเท่าๆ กัน ประการที่สอง วัตถุประสงค์ของการพิจารณาคดีแรงงานคือศาลแรงงานต้องดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีให้เป็นไปโดยประหยัด สะดวก รวดเร็ว เสมอภาค และเป็นธรรม ประการที่สาม ศาลแรงงานมีลักษณะพิเศษที่เน้นกระบวนการให้คู่ความได้ไกล่เกลี่ยและประนีประนอมยอมความกันเป็นสำคัญ เนื่องจากต้องการให้ข้อพิพาทระงับลงด้วยความเข้าใจอันดีต่อกันระหว่างลูกจ้างและนายจ้างเพื่อที่ทั้งสองฝ่ายจะได้มีความสัมพันธ์กันต่อไป ด้วยหลักการพื้นฐานที่แตกต่างกันนี้เองส่งผลให้วิธีพิจารณาคดีแรงงานมีลักษณะค่อนข้างไปทางระบบไต่สวนแตกต่างจากวิธีพิจารณาคดีแพ่งมีวิธีพิจารณาที่ค่อนข้างไปทางระบบกล่าวหา ศาลในคดีแรงงานจึงมีบทบาทเชิงรุกในคดีมากกว่าศาลในคดีแพ่ง เช่น การให้อำนาจแก่ศาลในการเรียกพยานหลักฐานมา

³⁴ รายละเอียดโปรดดูคำพิพากษาฎีกาที่ 359/2530

³⁵ รายละเอียดเพิ่มเติมโปรดดูบทที่ 2 หัวข้อที่ 2.4.1.1

สืบได้ด้วยตัวเอง การให้อำนาจศาลในการซักถามพยานด้วยตนเองซึ่งตัวความหรือทนายความจะซักถามพยานได้ต่อเมื่อได้รับอนุญาตจากศาลเท่านั้น³⁶ ส่วนสาเหตุที่กฎหมายให้อำนาจแก่ศาลในการควบคุมและค้นหาข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมายในคดีค่อนข้างมากก็เพราะคดีแรงงานเกิดจากการฟ้องร้องกันระหว่างนายจ้างและลูกจ้างเป็นสำคัญ คู่ความจึงอยู่บนพื้นฐานที่ไม่มีความเสมอภาคกันทั้งด้านฐานะทางเศรษฐกิจ ความรู้ทางด้านกฎหมาย สถานะทางสังคม โดยเฉพาะอย่างยิ่งเรื่องอำนาจต่อรองในคดีที่นายจ้างจะมีมากกว่าลูกจ้างเสมอ ก่อให้เกิดความได้เปรียบเสียเปรียบกันในคดีค่อนข้างมาก ศาลจึงต้องเข้ามาเป็นผู้ลดความได้เปรียบเสียเปรียบระหว่างคู่ความและก่อให้เกิดความเป็นธรรมในคดีให้มากที่สุด

ถึงอย่างไรก็ดีแม้ศาลในคดีแรงงานจะมีบทบาทเชิงรุกในการพิจารณาคดีมากกว่าศาลในคดีแพ่งก็ตาม แต่บทบาทการรับรู้กฎหมายลำดับรองของศาลในคดีแรงงานกลับไม่มีความแตกต่างจากในคดีแพ่งมากนัก เนื่องจากศาลฎีกาได้เคยพิพากษาวางแนวทางให้การพิจารณาในประเด็นเกี่ยวกับความมีอยู่ของกฎหมายลำดับรองที่มีฐานะต่ำกว่ากฎกระทรวงลงมามีสถานะเป็นปัญหาข้อเท็จจริงที่คู่ความต้องนำสืบต่อศาล ดังที่ปรากฏในคำพิพากษาฎีกาที่ 3400/2527 ว่า “จำเลย (องค์การอุตสาหกรรมป่าไม้) จะใช้ระเบียบใดบังคับในองค์การของจำเลยเป็นข้อเท็จจริงไม่ใช่ข้อกฎหมายที่ศาลรู้เอง เมื่อโจทก์ยอมรับว่าขณะโจทก์พ้นจากตำแหน่ง จำเลยมีระเบียบการจ่ายเงินบำเหน็จและเงินทำขวัญลูกจ้าง พ.ศ. 2502 ใช้บังคับ ศาลจำต้องฟังข้อเท็จจริงตามที่คู่ความยอมรับกัน” การที่ศาลรับฟังระเบียบการจ่ายเงินบำเหน็จและเงินทำขวัญลูกจ้าง พ.ศ. 2502 ตามหลักเกณฑ์ของกฎหมายลักษณะพยานหลักฐานที่ว่า “ข้อเท็จจริงใดที่คู่ความยอมรับกันให้ฟังยุติไปตามนั้น” จึงแสดงให้เห็นได้อย่างชัดเจนว่าศาลกำหนดให้กฎหมายลำดับรองมีสถานะเป็นเพียงข้อเท็จจริงในคดีประการหนึ่งเท่านั้น ทำให้เห็นได้ว่าแนวปฏิบัติของศาลแรงงานและศาลฎีกาแผนกคดีแรงงานในปัจจุบันยังคงนำหลักเกณฑ์และข้อปฏิบัติตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาใช้บังคับกับคดีแรงงานอย่างเคร่งครัดแทนที่จะนำมาใช้โดยอนุโลม³⁷ ทำให้บทบาทของศาลในการพิจารณาพิพากษาคดีแรงงานไม่มีความแตกต่างจากการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลในคดีแพ่งมากนัก

³⁶ รายละเอียดโปรดดูคำพิพากษาฎีกาที่ 3003 - 3004/2556

³⁷ คณะอนุกรรมการปฏิรูปกฎหมายด้านแรงงาน สำนักงานคณะกรรมการปฏิรูปกฎหมาย, ปฏิรูปศาลแรงงาน : แยกศาลแรงงานจากศาลยุติธรรม, (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2558), น.96-97

4.4.3 การรับรู้กฎหมายลำดับรองของศาลในคดีล้มละลาย

ศาลล้มละลายเป็นศาลที่ถูกจัดตั้งขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์ในการพิจารณาคดีล้มละลายซึ่งมีขั้นตอนที่มีความซับซ้อนแตกต่างจากคดีแพ่งทั่วไป โดยบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับวิธีพิจารณาคดีล้มละลายนี้ถูกบัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลล้มละลายและวิธีพิจารณาคดีล้มละลาย พ.ศ.2542 ที่ต้องพิจารณาควบคู่กับพระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ. 2483 เสมอ เนื่องจากกฎหมายทั้งสองฉบับมีความเกี่ยวข้องและต้องใช้ควบคู่กัน นอกจากนี้วิธีพิจารณาคดีล้มละลายยังได้บัญญัติให้มีการนำประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาใช้บังคับในบางกรณีด้วย ดังที่ปรากฏในพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลล้มละลายและวิธีพิจารณาคดีล้มละลาย พ.ศ.2542 มาตรา 14 ที่กำหนดให้ศาลนำประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาใช้บังคับได้ในกรณีนอกเหนือจากที่ได้บัญญัติไว้โดยเฉพาะแล้วในพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลล้มละลายและวิธีพิจารณาคดีล้มละลาย พ.ศ.2542 กฎหมายว่าด้วยล้มละลาย และข้อกำหนดกำหนดคดีล้มละลาย พ.ศ.2549

เนื่องด้วยคดีล้มละลายเป็นคดีที่มีวัตถุประสงค์จัดการทรัพย์สินของบุคคลผู้มีหนี้สินล้นพ้นตัวเพื่อประโยชน์แก่เจ้าหนี้ทั้งหลายของบุคคลผู้มีหนี้สินล้นพ้นตัวนั้น การพิจารณาคดีล้มละลายจึงไม่มีวัตถุประสงค์ในการชี้ขาดหรือพิพากษาบังคับให้จำเลยชำระหนี้แก่โจทก์โดยเฉพาะเจาะจง จึงเป็นส่วนสำคัญที่ทำให้คดีล้มละลายแตกต่างจากคดีแพ่งสามัญ ส่วนระบบการสืบพยานของศาลล้มละลายก็ไม่ได้ยึดถือกฎเกณฑ์ที่เคร่งครัดมากนัก ศาลมีบทบาทในคดีค่อนข้างมากเนื่องจากกฎหมายล้มละลายเป็นกฎหมายที่มีผลกระทบในทางตัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่ถูกศาลมีคำสั่งพิทักษ์ทรัพย์หรือพิพากษาให้เป็นบุคคลล้มละลาย อันเป็นกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน การพิจารณาคดีล้มละลายจึงต้องทำโดยอยู่บนพื้นฐานของความเที่ยงธรรมเป็นสำคัญ เช่นที่พระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ. 2483 มาตรา 14 ได้บัญญัติให้ “การพิจารณาคดีล้มละลายตามคำฟ้องของเจ้าหนี้ นั้น ศาลต้องพิจารณาเอาความจริงตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 9 หรือมาตรา 10 ถ้าศาลพิจารณาได้ความจริง ให้ศาลมีคำสั่งพิทักษ์ทรัพย์ของลูกหนี้ได้เด็ดขาด แต่ถ้าไม่ได้ความจริงหรือลูกหนี้นำสืบได้ว่าอาจชำระหนี้ได้ทั้งหมดหรือมีเหตุอื่นที่ไม่ควรให้ลูกหนี้ล้มละลาย ให้ศาลยกฟ้อง” การพิจารณาคดีในประเด็นตามมาตรา 14 นี้จึงจำกัดให้ศาลมีอำนาจทำคำสั่งหรือคำพิพากษาได้เพียงสองประการเท่านั้นคือการพิทักษ์ทรัพย์เด็ดขาดหรือยกฟ้องโจทก์ ศาลจึงมีหน้าที่ที่จะต้องค้นหาความจริงในประเด็นดังกล่าวเพื่อให้ได้ความจริงว่าจำเลยเป็นผู้มีหนี้สินล้นพ้นตัวหรือไม่ ในขณะเดียวกันศาลก็ต้องเปิดโอกาสให้จำเลยต่อสู้คดีและนำเสนอพยานหลักฐานได้อย่างเต็มที่ด้วยส่งผลให้ศาลสามารถลดข้อจำกัดในทางพยานหลักฐานลงได้ เช่น การรับฟังพยานหลักฐานที่ยื่นโดย

ระบุพยานไม่ถูกต้อง³⁸ การรับฟังพยานหลักฐานที่ไม่ได้ส่งสำเนาเอกสารให้คู่ความอีกฝ่ายหนึ่ง³⁹ หรือศาลอาจยอมให้คู่ความนำสืบพยานบุคคลเพื่อฟังแก้ไขพยานเอกสาร⁴⁰ ได้ นอกจากนี้อำนาจในเชิงโต้สวนของศาลล้มละลายยังปรากฏให้เห็นในเรื่องการโต้สวนลูกหนี้โดยเปิดเผยตามพระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ. 2483 มาตรา 42 ด้วย เพื่อให้อำนาจแก่ศาลที่จะต้องโต้สวนให้ได้ความจริงตามที่กฎหมายกำหนดถึงกิจการและทรัพย์สินของลูกหนี้ เหตุผลที่ทำให้มีหนี้สินพันตัว ตลอดจนความประพฤติของลูกหนี้ว่าได้กระทำหรือละเว้นกระทำการใดซึ่งเป็นความผิดตามพระราชบัญญัตินี้หรือตามกฎหมายอื่นเกี่ยวกับการล้มละลายหรือมีข้อบกพร่องอื่นที่จะทำให้ศาลไม่ยอมปลดจากล้มละลายได้หรือไม่ นอกจากนี้ศาลยังมีอำนาจตามที่ระบุไว้ข้อกำหนดคดีล้มละลาย พ.ศ. 2549 อีกด้วย เช่นอำนาจในการสั่งให้คู่ความมาศาลก่อนการสืบพยานเพื่อกำหนดแนวทางในการดำเนินคดี⁴¹ การรับฟังบันทึกถ้อยคำแทนการซักถามผู้ให้ถ้อยคำในการสืบพยานบุคคล⁴² การกำหนดให้สืบพยานบุคคลที่อยู่นอกศาลโดยระบบการประชุมทางจอภาพ (Video conference)⁴³ หรือรับฟังข้อมูลที่บันทึกโดยเครื่องคอมพิวเตอร์หรือประมวลผลโดยเครื่องคอมพิวเตอร์เป็นพยานหลักฐานในคดี⁴⁴ ส่วนบทบาทในการรับรู้กฎหมายลำดับรองของศาลล้มละลายกลางนั้น แม้จะไม่มีคำพิพากษาฎีกาตัดสินเกี่ยวกับเรื่องดังกล่าวไว้อย่างชัดเจนนัก แต่ก็พอจะมีคำพิพากษาฎีกาที่เกี่ยวข้องตัดสินไว้เป็นแนวทางในการพิจารณาได้ว่าศาลล้มละลายกลางยอมรับให้คู่ความเป็นฝ่ายนำสืบพิสูจน์กฎหมายลำดับรองต่อศาลในฐานะที่เป็นข้อเท็จจริงประการหนึ่งในคดีเท่านั้น⁴⁵

จากการที่ผู้เขียนได้ศึกษาถึงวิธีพิจารณาคดีประเภทต่างๆ ไม่ว่าจะเป็นการพิจารณาคดีอาญา คดีแรงงาน หรือคดีล้มละลาย มาแล้วข้างต้น เห็นได้ว่าวัตถุประสงค์และบทบาทของศาลในการพิจารณาคดีแต่ละประเภทมีความแตกต่างกันออกไป โดยหลักเกณฑ์และวิธีการในเรื่อง

³⁸ รายละเอียดโปรดดูคำพิพากษาฎีกาที่ 7823/2538

³⁹ รายละเอียดโปรดดูคำพิพากษาฎีกาที่ 2837/2539

⁴⁰ รายละเอียดโปรดดูคำพิพากษาฎีกาที่ 9237/2539

⁴¹ ข้อกำหนดคดีล้มละลาย พ.ศ. 2549 ข้อ 14

⁴² ข้อกำหนดคดีล้มละลาย พ.ศ. 2549 ข้อ 16

⁴³ ข้อกำหนดคดีล้มละลาย พ.ศ. 2549 ข้อ 19

⁴⁴ ข้อกำหนดคดีล้มละลาย พ.ศ. 2549 ข้อ 20

⁴⁵ รายละเอียดโปรดดูคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4327/2541, คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3488/2557 ซึ่งเป็นกรณีที่ศาลยอมรับฟังประกาศธนาคารแห่งประเทศไทยในฐานะที่เป็นพยานเอกสารอย่างหนึ่งของคู่ความ

พยานหลักฐานนั้นกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามีความเคร่งครัดมากที่สุด เพราะเป็นเรื่องของการพิสูจน์ความผิดซึ่งอาจกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพในเนื้อตัวและร่างกายของจำเลยในคดีโดยตรง ส่วนคดีแรงงานและคดีล้มละลายนั้นแม้จะเป็นคดีที่เกี่ยวข้องกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนแต่หลักเกณฑ์และวิธีการในเรื่องพยานหลักฐานจะมีความเคร่งครัดน้อยกว่าในคดีแพ่งและคดีอาญา เนื่องจากมุ่งให้ความสำคัญกับเนื้อหาอันเป็นสาระของคดีมากกว่าความเคร่งครัดทางด้านวิธีพิจารณาความ ส่วนประเด็นเรื่องบทบาทของศาลการค้นหาคือเท็จจริงและข้อกฎหมายในคดีนั้น แม้กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลแรงงานและวิธีพิจารณาคดีแรงงาน พ.ศ.2522 และพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลล้มละลายและวิธีพิจารณาคดีล้มละลาย พ.ศ.2542 จะมีบทบัญญัติไว้โดยเฉพาะที่ให้อำนาจเชิงไต่สวนได้อย่างกว้างขวางกว่าในคดีแพ่งก็ตาม แต่ศาลในคดีอาญา คดีแรงงาน และคดีล้มละลายกลับไม่ได้ใช้อำนาจในเชิงไต่สวนของตนมากนัก เพราะศาลยังคงเคยชินกับการนำหลักการของคดีแพ่งมาใช้บังคับแก่คดี โดยศาลยังคงปล่อยให้คู่ความเป็นฝ่ายนำเสนอพยานหลักฐานเพื่อต่อสู้คดีกัน และรับฟังพยานหลักฐานจำกัดเพียงเท่าที่คู่ความได้นำเสนอต่อศาลเท่านั้น ทั้งที่ในบางกรณีการรับฟังพยานหลักฐานเพียงเท่านั้นอาจจะยังไม่เพียงพอที่จะนำมาวินิจฉัยตัดสินคดี โดยเฉพาะอย่างยิ่งบทบาทในการรับรู้กฎหมายลำดับรองที่ศาลยังคงยอมรับให้คู่ความเป็นฝ่ายต้องนำสืบกฎหมายลำดับรองต่อศาลเช่นในคดีแพ่ง ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่าศาลในคดีอาญา คดีแรงงาน และคดีล้มละลาย ควรจะต้องปรับบทบาทในการค้นหามกฎหมายลำดับรองมาปรับใช้แก่คดีด้วยตนเองให้มากขึ้น โดยเฉพาะอย่างยิ่งในคดีแรงงานหรือคดีล้มละลายที่จำเลยหรือลูกหนี้มีฐานะทางคดีที่เสียเปรียบโจทก์หรือเจ้าหนี้อยู่แล้ว บ่อยครั้งที่จำเลยหรือลูกหนี้ไม่ได้แต่งตั้งทนายความเข้ามาต่อสู้คดีในศาลแทนตนเอง ศาลจึงไม่อาจนำหลักเกณฑ์ในคดีแพ่งที่อยู่บนข้อสันนิษฐานว่าคู่ความทุกฝ่ายสามารถต่อสู้คดีกันได้อย่างเต็มที่และอยู่ในฐานะที่เท่าเทียมมาใช้กับคดีดังกล่าวได้ ทั้งการพิจารณาคดีอาญา คดีแรงงาน และคดีล้มละลาย ส่วนใหญ่เป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องด้วยความสงบเรียบร้อยของประชาชนแทบทั้งสิ้น ศาลจึงควรเป็นผู้ตรวจสอบกฎหมายที่ศาลจะนำมาใช้บังคับแก่คดีอย่างเต็มที่มากกว่าที่จะปล่อยให้คู่ความเป็นผู้พิสูจน์ความถูกต้องของกฎหมายด้วยวิธีการทางพยานหลักฐานดังเช่นข้อเท็จจริงประการหนึ่งในคดีเท่านั้น

ดังที่ผู้เขียนได้กล่าวมาในบทที่สี่ทั้งหมดทำให้เห็นได้ถึงสภาพปัญหาและข้อจำกัดของการนำกฎหมายลำดับรองมาปรับใช้แก่คดีของศาลส่งผลทำให้เกิดความไม่แน่นอนขึ้นในทางปฏิบัติของศาล คู่ความไม่อาจทราบได้อย่างแน่ชัดว่ากฎหมายลำดับรองชนิดใดบ้างเป็นเรื่องที่ศาลรู้ได้เอง จึงต้องสืบพยานไว้ก่อนเสมอเพื่อป้องกันความผิดพลาดที่อาจเกิดขึ้นและศาลเองก็มักจะนิ่งเฉยแล้วยอมรับฟังไปตามนั้น อันเป็นแนวปฏิบัติที่ไม่สอดคล้องตามหลักการพื้นฐานของกฎหมายที่กำหนดให้ศาลจะต้องเป็นผู้รู้กฎหมาย (Jura novit curia) และหลักการที่ว่าข้อเท็จจริงเป็นเรื่องของ

คู่ความ ข้อกฎหมายเป็นเรื่องของศาล (Da mihi factum, dabo tibi jus) ที่ต้องการอำนาจให้การพิจารณาคดีเป็นไปโดยรวดเร็วและประหยัดค่าใช้จ่ายทั้งของศาลและคู่ความ และการนำสืบกฎหมายลำดับรองในสถานะที่เป็นปัญหาข้อเท็จจริงต่อศาลของคู่ความดังกล่าวย่อมก่อให้เกิดข้อจำกัดในทางคดีตามมาอีกหลายประการ หรือแม้แต่การพิจารณาคดีประเภทอื่นๆ เช่น คดีอาญา คดีแรงงาน และคดีล้มละลายที่ให้อำนาจเชิงรุกแก่ศาลมากกว่าในคดีแพ่ง แต่ศาลกลับยังคงวางแนวทางในการกำหนดสถานะของกฎหมายลำดับรองไม่ต่างจากในคดีแพ่งก็ทำให้เกิดปัญหาในทางปฏิบัติตามมาอีกหลายประการเช่นกัน และนอกจากนี้เมื่อได้พิจารณาแนวโน้มของกฎหมายในต่างประเทศที่พยายามเพิ่มบทบาทของศาลในการค้นหากฎหมายมาใช้แก้คดีให้มากขึ้นแล้ว ผู้เขียนเห็นว่าศาลไทยก็ควรที่จะเพิ่มบทบาทของตนเองในการค้นหากฎหมายลำดับรองมาใช้กับคดีให้มากขึ้นเช่นกัน เพื่อเป็นการส่งเสริมและพัฒนาให้วิธีพิจารณาความแพ่งของไทยมีความใกล้เคียงกับมาตรฐานของวิธีพิจารณาคดีแพ่งสากล⁴⁶ และช่วยลดข้อจำกัดที่อาจเกิดขึ้นในการพิจารณาคดีตั้งที่ผู้เขียนได้นำเสนอมาแล้วข้างต้น รวมถึงควบคุมการพิจารณาคดีให้กระชับ รวดเร็ว และเป็นธรรมมากยิ่งขึ้น เพื่อให้สอดคล้องกับภาษีศรัทธาที่กฎหมายที่ว่า “ความยุติธรรมที่ล่าช้าคือความอยุติธรรม” (Justice delayed is justice denied)

⁴⁶ รายละเอียดเพิ่มเติมโปรดดู วรรณชัย บุญบำรุง, ธนกฤต วรรณชชากุล, สิริพันธ์ พลรบ, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 16*, น.66-102

บทที่ 5

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

5.1 บทสรุป

ด้วยระบบการพิจารณาคดีแพ่งของไทยที่มีลักษณะเป็นระบบผสมค่อนข้างไปทางระบบกล่าวหาทำให้คู่ความมีบทบาทเป็นอย่างมากต่อการนำเสนอพยานหลักฐานต่อศาล กฎหมายลักษณะพยานหลักฐานจึงกลายเป็นกลไกสำคัญที่ถูกนำมาใช้ควบคุมการนำเสนอพยานหลักฐานเข้าสู่คดี การพิจารณาว่าเรื่องใดบ้างเป็นเรื่องที่ต้องพิสูจน์กันด้วยพยานหลักฐานจึงกลายเป็นสิ่งแรกที่ศาลและคู่ความจะต้องพิจารณา หากเรื่องใดเป็นเรื่องที่ไม่ต้องพิสูจน์กันด้วยพยานหลักฐานแล้วศาลย่อมสามารถพิจารณาและวินิจฉัยชี้ขาดไปได้โดยมิพักต้องให้คู่ความสืบพยานให้สิ้นเปลืองเวลาและค่าใช้จ่าย โดยเฉพาะอย่างยิ่งหากเป็นการพิจารณาในปัญหาข้อกฎหมายซึ่งอยู่ในความรับผิดชอบโดยตรงของศาลที่จะต้องพิจารณาและวินิจฉัยตามสุภาพศกกฎหมายที่ว่า “Jura novit curia” (ศาลย่อมเป็นผู้รู้กฎหมาย) และ “Da mihi factum, dabo tibi jus” (ขอเท็จจริงเป็นเรื่องของคุณ ขอกฎหมายเป็นเรื่องของศาล) ถึงอย่างไรก็ดีด้วยบริบทของสังคมที่เปลี่ยนแปลงไปตามยุคสมัยส่งผลให้รัฐต้องตรากฎหมายลำดับรองออกใช้บังคับมากยิ่งขึ้น ศาลจึงไม่อาจรับรู้ถึงกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในสังคมได้ทั้งระบบเช่นในอดีต ก่อให้เกิดปัญหาในทางปฏิบัติของศาลตามมาในหลายประการ โดยเฉพาะประเด็นที่เกี่ยวข้องกับการรับรู้และค้นหากฎหมายลำดับรองมาใช้แก้คดีในปัจจุบัน ศาลได้วางแนวทางการแก้ปัญหาโดยกำหนดให้คู่ความเป็นฝ่ายนำสืบกฎหมายลำดับรองต่อศาลในฐานะที่เป็นข้อเท็จจริงในคดี ซึ่งผู้เขียนมีความเห็นว่าแนวทางการแก้ปัญหาดังกล่าวยังไม่สอดคล้องกับหลักวิชาการมากนัก วิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีวัตถุประสงค์ที่จะทำการศึกษาในประเด็นที่เกี่ยวข้องกับบทบาทของศาลในการค้นหากฎหมายมาใช้แก้คดี โดยมุ่งศึกษาจากแนวคำพิพากษาฎีกาและความเห็นของนักกฎหมายเป็นสำคัญ

หลังจากที่ผู้เขียนได้ทำการศึกษาในประเด็นดังกล่าวสามารถหาข้อสรุปได้ว่าศาลไทยรับรู้ได้เองถึงความมีอยู่ของกฎหมายไทยในระดับสูง เช่น รัฐธรรมนูญ พระราชบัญญัติ พระราชกำหนด ประมวลกฎหมาย รวมถึงกฎหมายลำดับรองในระดับพระราชกฤษฎีกาและกฎกระทรวงเท่านั้น ส่วนการรับรู้ถึงความมีอยู่ของกฎหมายลำดับรองที่มีฐานะต่ำกว่ากฎกระทรวงลงมายังไม่มีแนวทางการพิจารณาที่แน่ชัดนัก เนื่องจากคำพิพากษาฎีกาและความเห็นของนักกฎหมายยังคงแบ่งแยกออกเป็นสองแนวทาง โดยฝ่ายหนึ่งเห็นว่ามีลักษณะเป็นปัญหาข้อกฎหมายที่ศาลสามารถรู้ได้เอง แต่

อีกฝ่ายหนึ่งกลับมีความเห็นว่ามีลักษณะเป็นปัญหาข้อเท็จจริงที่คู่ความต้องนำเสนอต่อศาล ด้วยเหตุนี้ผู้เขียนจึงได้จำกัดขอบเขตการศึกษาของวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ไว้เพียงส่วนของกฎหมายลำดับรองที่มีฐานะต่ำกว่ากฎกระทรวงลงมาเท่านั้น

อนึ่ง เพื่อทำความเข้าใจคำว่า “กฎหมายลำดับรอง” ให้ลึกซึ้งยิ่งขึ้นผู้เขียนจึงทำการศึกษาเพิ่มเติมถึงมุมมองในทางปกครองของกฎหมายลำดับรองและได้จำกัดขอบเขตของกฎหมายลำดับรองไว้ให้มีความหมายถึงเพียงบทบัญญัติที่มีลักษณะเป็นกฎในทางปกครองเท่านั้น จากนั้นผู้เขียนจึงได้เริ่มทำการศึกษาในมุมมองของกฎหมายลักษณะพยานหลักฐาน โดยศึกษาผลกระทบเชิงคดีจากการกำหนดสถานะของกฎหมายลำดับรองในลักษณะต่างๆ รวมถึงศึกษาแนวคิดเกี่ยวกับเรื่องดังกล่าวที่ปรากฏอยู่ในกฎหมายของต่างประเทศเพื่อวิเคราะห์หาบทบาทที่เหมาะสมในการรับรู้กฎหมายลำดับรองของศาลแล้วนำมาใช้เป็นแนวทางในการกำหนดหลักเกณฑ์ในการพิจารณาต่อไป

5.2 ข้อเสนอแนะ

หลังจากที่ผู้เขียนได้ทำการศึกษาถึงสภาพปัญหาแล้วข้างต้น ผู้เขียนมีข้อเสนอแนะเกี่ยวกับประเด็นดังกล่าว ดังนี้

ประการแรก ผู้เขียนมีความเห็นว่า ควรกำหนดให้การพิจารณาในประเด็นเรื่องความมีอยู่ของกฎหมายในทุกลักษณะมีสถานะเป็นปัญหาข้อกฎหมายทั้งหมดไม่ว่าจะเป็นกฎหมายลำดับรองหรือกฎหมายลำดับสูง เพื่อลดข้อจำกัดในการนำกฎหมายลำดับรองเข้าสู่คดีและการใช้สิทธิอุทธรณ์ของคู่ความดังที่ผู้เขียนได้กล่าวถึงมาแล้วในหัวข้อที่ 4.3.2 รวมถึงเปิดโอกาสให้ศาลสามารถหยิบยกกฎหมายลำดับรองขึ้นพิจารณาได้อย่างเหมาะสม โดยนำหลักการเรื่อง “Judicial notice” (ข้อที่ศาลรู้เอง) อันเป็นหลักกฎหมายของกลุ่มประเทศคอมมอนลอว์มาใช้ และเสนอให้มีการแบ่งประเภทการรับรู้ข้อกฎหมายของศาลออกเป็นสองลักษณะประกอบด้วย ข้อกฎหมายที่ศาลรู้ได้เองในทันที (Judicial notice without inquiry) ซึ่งนำไปใช้กับกฎหมายลำดับสูงที่ศาลสามารถรับรู้ได้เป็นอย่างดีอยู่แล้ว เช่น รัฐธรรมนูญ ประมวลกฎหมายอาญา ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ฯลฯ และ ข้อกฎหมายที่ศาลจะรู้ได้เมื่อต้องทำการสืบเสาะ (Judicial notice after inquiry) เนื่องจากในปัจจุบันศาลได้วางแนวทางในการรับรู้ข้อกฎหมายไว้อย่างจำกัดให้ความหมายถึงข้อกฎหมายที่ศาลรู้ได้เองในทันทีเท่านั้น ส่วนข้อกฎหมายอื่นๆ ที่ศาลจะต้องทำการสืบเสาะเสียก่อน ศาลยังไม่ยอมรับให้เป็นเรื่องที่ศาลรู้ได้เอง

อย่างแพร่หลายมากนัก การแบ่งประเภทของข้อกฎหมายให้ชัดเจนจึงน่าจะมีส่วนช่วยให้ศาลเพิ่มบทบาทของตนเองในการลงไปค้นหากฎหมายมาปรับใช้แก่คดีมากขึ้น

ประการที่สอง ผู้เขียนขอเสนอให้แยกส่วนการพิจารณาสถานะทางคดีของกฎหมายลำดับรองออกจากพิจารณาในทางพยานหลักฐานให้ชัดเจน กล่าวคือ แม้กฎหมายลำดับรองจะมีสถานะเป็นข้อกฎหมายในคดี แต่หากเป็นกรณีที่มีข้อขัดข้องทำให้ศาลไม่อาจค้นหากฎหมายด้วยตนเองก็ควรที่จะมีบทกฎหมายที่บัญญัติเปิดโอกาสให้คู่ความสามารถนำเสนอกฎหมายลำดับรองดังกล่าวต่อศาลได้ เพราะผู้เขียนเห็นว่าหากยังคงบังคับให้ศาลต้องลงไปค้นหากฎหมายลำดับรองมาใช้ในคดีด้วยตนเองอาจส่งผลเสียต่อการพิจารณาคดีได้ เช่น ศาลอาจค้นหากฎหมายมาปรับใช้แก่คดีผิดพลาดหรือการค้นหากฎหมายของศาลอาจทำให้เกิดความล่าช้าในการพิจารณาคดีเป็นอย่างมาก โดยแนวคิดเรื่องการแยกส่วนการพิจารณาสถานะของกฎหมายลำดับรองออกจากพิจารณาในทางพยานหลักฐานนั้น ปรากฏเป็นหลักปฏิบัติที่ใช้อย่างแพร่หลายทั้งในกลุ่มประเทศคอมมอนลอร์และซีวิลลอร์ เช่น ในประเทศสหรัฐอเมริกาที่นำหลักเรื่อง “ข้อที่ศาลรู้เอง” (Judicial notice) มาใช้กับทั้งข้อเท็จจริงและข้อกฎหมาย โดยเปิดโอกาสให้คู่ความเป็นฝ่ายนำเสนอกฎหมายต่อศาลได้ในกรณีที่ศาลไม่ยินยอมรับกฎหมายดังกล่าวไว้เป็น “ข้อที่ศาลอาจรู้เองได้” (Optional judicial notice) ส่วนในประเทศเยอรมันก็มีประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 293 บัญญัติไว้โดยชัดแจ้งว่าหากเกิดกรณีที่ศาลไม่สามารถค้นหากฎหมายมาปรับใช้แก่คดีได้ด้วยตนเอง คู่ความย่อมต้องเป็นฝ่ายพิสูจน์กฎหมายลำดับรองดังกล่าวต่อศาล

ผู้เขียนจึงขอเสนอให้มีการเพิ่มเติมบทบัญญัติในส่วนของ “ข้อที่ศาลรู้เอง” ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของไทยให้มีความชัดเจนขึ้น เนื่องจากผู้เขียนเห็นว่าบทบัญญัติดังกล่าวยังไม่มีรายละเอียดที่ครอบคลุมเพียงพอ การแก้ไขเพิ่มเติมรายละเอียดและขอบเขตของข้อที่ศาลรู้เองในส่วนข้อกฎหมายให้ชัดเจนขึ้นจึงน่าจะเป็นแนวทางในการแก้ไขปัญหาเรื่องดังกล่าวได้เป็นอย่างดี เพราะจะทำให้ศาลและคู่ความสามารถกำหนดบทบาทและทิศทางในการพิจารณาคดีได้สะดวกมากขึ้น ส่วนวิธีการแก้ไขนั้นผู้เขียนเห็นว่าควรแก้ไขตามแนวทางที่ปรากฏในกฎหมายของประเทศเยอรมันและประเทศสหรัฐอเมริกา โดยแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งให้มีบทบัญญัติที่กำหนดให้ศาลต้องค้นหากฎหมายมาปรับใช้แก่คดีด้วยตนเองเสมอ เว้นเสียแต่ว่ากฎหมายดังกล่าวจะเป็นกฎหมายที่อยู่นอกเหนือความรู้ของศาลอย่างแท้จริงจึงเปิดโอกาสให้คู่ความนำมาพิสูจน์ต่อศาล ส่วนรายละเอียดปลีกย่อยในเรื่องประเภทของกฎหมายที่ศาลสามารถรู้ได้เองนั้น ให้ตราเป็นข้อกำหนดของประธานศาลฎีกาใช้บังคับในภายหลัง

สำหรับการกำหนดขอบเขตของกฎหมายลำดับรองที่ศาลรับรู้ได้เองนั้น ผู้เขียนเห็นว่าควรนำเอาเกณฑ์การประกาศราชกิจจานุเบกษามาเป็นกรอบในการกำหนดว่ากฎหมายลำดับรอง

โตบ้างศาลต้องค้นหาปรับใช้แก้คดีด้วยตนเองและกฎหมายลำดับรองโตบ้างเป็นกฎหมายที่ศาลจะเปิดโอกาสให้คู่ความพิสูจน์ต่อศาล เนื่องจากโดยหลักแล้วกฎหมายที่ถูกประกาศในราชกิจจานุเบกษาต้องถือว่าเป็นกฎหมายที่อยู่ในความรับรู้ของศาลและประชาชนโดยทั่วไป ศาลและประชาชนไม่อาจที่จะปฏิเสธการรับรู้กฎหมายดังกล่าวได้ ศาลจึงต้องอยู่ในบังคับให้ต้องรับรู้กฎหมายลำดับรองดังกล่าวด้วยตนเองเสมอ คู่ความในคดีมีหน้าที่เพียงกล่าวอ้างกฎหมายลำดับรองดังกล่าวมาในคำคู่ความเพื่อตั้งเป็นประเด็นข้อกฎหมายในคดีและแจ้งต่อศาลว่ากฎหมายลำดับรองดังกล่าวได้มีการประกาศลงในราชกิจจานุเบกษาแล้วเท่านั้น โดยอาจระบุเลขเล่ม ตอน หรือวันที่ประกาศลงในราชกิจจานุเบกษาดังกล่าวต่อศาลเพื่อเป็นข้อมูลเบื้องต้นให้ศาลสามารถดำเนินการค้นหาหรือสืบเสาะกฎหมายลำดับรองดังกล่าวมาปรับใช้แก้คดีได้ด้วยตนเอง

ส่วนกฎหมายลำดับรองที่มีฐานะต่ำกว่ากฎกระทรวงลงมาจำพวกที่ไม่ได้ประกาศลงในราชกิจจานุเบกษานั้น หากเป็นกรณีที่ยังอยู่ในวิสัยที่ศาลจะค้นหากฎหมายลำดับรองดังกล่าวมาปรับใช้แก้คดีได้ด้วยตนเอง ศาลต้องเป็นผู้ค้นหากฎหมายลำดับรองมาปรับใช้แก้คดีด้วยตนเองเสียก่อน โดยกำหนดให้มีสถานะเป็นข้อกฎหมายในคดีประเภทข้อกฎหมายที่ศาลรู้ได้เองเมื่อทำการสืบเสาะ ซึ่งการสืบเสาะในที่นี้ไม่ได้ใช้วิธีการทางพยานหลักฐานต่างๆ ไป เพราะศาลจะเป็นผู้สืบเสาะด้วยตนเอง คู่ความไม่มีโอกาสในการโต้แย้งหรือนำสืบหักล้างการสืบเสาะดังกล่าวของศาล เว้นเสียแต่ว่าคู่ความจะไปใช้สิทธิอุทธรณ์ฎีกาโต้แย้งภายหลังจากที่ศาลมีคำพิพากษาเกี่ยวกับประเด็นดังกล่าวแล้ว ซึ่งตัวอย่างวิธีการสืบเสาะกฎหมายลำดับรองของศาล เช่น การสืบค้นจากแหล่งรวบรวมกฎหมายต่างๆ, การสืบค้นจากตำราหรือหนังสือต่างๆ, การทำหนังสือสอบถามในประเด็นที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายลำดับรองจากผู้เชี่ยวชาญหรือหน่วยงานรับผิดชอบ, การใช้อำนาจเรียกสำเนารับรองของกฎหมายดังกล่าวมาจากหน่วยงานที่รับผิดชอบ หรือหากเป็นกรณีที่ต้องพิจารณากฎหมายลำดับรองที่มีความซับซ้อนหรือเป็นกฎหมายเฉพาะ ควรมิบบัญญัติเพิ่มอำนาจให้ศาลสามารถขอคำปรึกษาในประเด็นที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายดังกล่าวจากหน่วยงานผู้เชี่ยวชาญ หรือกำหนดให้ศาลมีอำนาจตั้งผู้เชี่ยวชาญหรือที่ปรึกษาของศาลขึ้นเพื่อช่วยให้คำแนะนำเกี่ยวกับกฎหมายลำดับรองโดยคู่ความไม่ต้องร้องขอ ทั้งนี้ก็เพื่อเป็นการช่วยลดข้อผิดพลาดที่อาจเกิดขึ้นในการพิจารณาข้อกฎหมายของศาลและทำให้ศาลสามารถปรับใช้กฎหมายได้อย่างถูกต้อง ซึ่งผู้เขียนเชื่อว่าหากศาลได้ใช้มาตรการในการสืบเสาะกฎหมายลำดับรองดังกล่าวข้างต้น แม้มกฎหมายลำดับรองจะมีเป็นจำนวนมากเพียงใดก็สามารถค้นหากฎหมายลำดับรองมาปรับใช้แก้คดีได้โดยไม่ยากนัก

อนึ่ง หากเป็นกฎหมายลำดับรองที่มีฐานะต่ำกว่ากฎกระทรวงลงมาและอยู่นอกเหนือวิสัยที่ศาลจะสามารถค้นหาได้ด้วยตนเองอย่างแท้จริง หรือการสืบเสาะกฎหมายลำดับรองดังกล่าวจะให้เกิดความล่าช้าในการพิจารณาคดีเป็นอย่างมาก ศาลจึงจะเปิดโอกาสให้คู่ความเป็นฝ่ายพิสูจน์

กฎหมายลำดับรองต่อศาล ส่วนวิธีการพิสูจน์กฎหมายลำดับรองดังกล่าวนี้ผู้เขียนเห็นว่าควรเปิดโอกาสให้ศาลสามารถใช้ดุลพินิจกำหนดรูปแบบวิธีการพิสูจน์เพื่อให้เหมาะสมแก่พฤติการณ์เป็นรายคดีและไม่จำเป็นต้องใช้วิธีการในทางพยานหลักฐานเสมอไป เช่น การที่ศาลยอมรับกฎหมายลำดับรองที่คู่ความเสนอมานั้นในชั้นของการตรวจพยานหลักฐาน การยอมรับฟังกฎหมายลำดับรองที่คู่ความส่งแนบมาที่ท้ายคำแถลงการณ์ หรือการยอมรับฟังเอกสารอื่นๆ ที่ปรากฏในสำนวนคดี แต่หากศาลเห็นว่าประเด็นที่จะต้องพิจารณาเกี่ยวกับกฎหมายลำดับรองดังกล่าวเป็นประเด็นสำคัญที่คู่ความกำลังโต้เถียงกันอยู่ศาลอาจเปิดโอกาสให้คู่ความมีโอกาสนำเสนอข้อเท็จจริงและโต้แย้งกฎหมายลำดับรองดังกล่าวต่อศาลได้ ทั้งนี้ก็เพื่อเปิดโอกาสให้ศาลได้รับข้อมูลที่ครบถ้วนจากคู่ความทุกฝ่าย

ประการที่สาม ผู้เขียนขอเสนอให้มีการเพิ่มขึ้นตอนและหน้าที่ของศาลในชั้นชี้สองสถาน โดยกำหนดให้ศาลมีหน้าที่ที่จะต้องแจ้งผลการพิจารณาประเด็นปัญหาข้อเท็จจริงและประเด็นปัญหาข้อกฎหมายในคดีต่อคู่ความว่ามีข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมายประการใดบ้างที่ศาลจะกำหนดให้เป็นเรื่องที่ศาลสามารถรู้ได้เอง และเปิดโอกาสให้คู่ความสามารถยื่นคำร้องหรือแถลงด้วยวาจาต่อศาลภายในวันชี้สองสถานหรือก่อนการสืบพยานนัดแรกในกรณีที่ไม่มีการชี้สองสถานเพื่อขอให้ศาลรับข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมายใดไว้เป็นเรื่องที่ศาลรู้เอง โดยกำหนดให้ศาลพิจารณาและแจ้งคำสั่งให้คู่ความทราบภายในวันชี้สองสถานหรือก่อนมีการสืบพยานนัดแรกหากเป็นกรณีที่ไม่มีการชี้สองสถาน ซึ่งขั้นตอนดังกล่าวเปิดโอกาสให้ศาลสามารถใช้ดุลพินิจพิจารณาสิ่งเรื่งดังกล่าวได้อย่างเต็มที่ภายใต้กรอบของกฎหมาย ศาลจึงมีอำนาจที่จะวินิจฉัยว่าจะรับข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมายใดไว้เป็นเรื่องที่ศาลรู้ได้เองหรือไม่ โดยศาลต้องบันทึกผลการพิจารณาไว้ในสำนวนคดีของศาลเพื่อเป็นหลักฐานและเป็นหลักประกันแก่คู่ความในการนำพยานหลักฐานเข้าสืบในขั้นตอนต่อไป

นอกจากนี้เพื่อก่อให้เกิดความเข้าใจที่ตรงกันระหว่างศาลและคู่ความ ผู้เขียนเห็นว่าควรมีการเพิ่มเติมบทบัญญัติที่เปิดโอกาสให้คู่ความสามารถยื่นคำร้องหรือแถลงด้วยวาจาต่อศาล เพื่อขอทราบสิ่งที่ศาลจะกำหนดเป็นข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมายที่ศาลรู้ได้เองได้ในเวลาใดๆ ก่อนการสืบพยานของคู่ความทุกฝ่ายเสร็จสิ้นลงด้วย เพื่อให้โอกาสแก่คู่ความในการแก้ไขข้อผิดพลาดที่อาจเกิดขึ้นจากการเข้าใจผิดหรือความเข้าใจที่ไม่ตรงกับศาลได้อย่างทันท่วงที แต่การพิจารณาคำร้องหรือการแถลงด้วยวาจาในกรณีนี้ศาลต้องคำนึงถึงความสุจริตของคู่ความเป็นสิ่งสำคัญ จากนั้นศาลต้องแจ้งผลการพิจารณาให้คู่ความทราบโดยเร็วที่สุดและบันทึกผลการพิจารณาดังกล่าวไว้เป็นหลักฐานในสำนวนคดีของศาล

ประการที่สี่ ผู้เขียนขอเสนอให้มีการปรับปรุงระบบการประกาศใช้และการรวบรวมกฎหมายให้เป็นระบบมากยิ่งขึ้น ทั้งนี้ก็เพราะกฎหมายลำดับรองของไทยยังไม่มีกรรวบรวมไว้อย่างเป็นระบบเพียงพอ ส่งผลให้การค้นหาและเข้าถึงกฎหมายลำดับรองเป็นไปได้ยาก แม้จะมี

พระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของราชการ พ.ศ. 2540 มาตรา 7 กำหนดให้หน่วยงานของรัฐต้องส่งข้อมูลข่าวสารของราชการจำพวก กฎ มติคณะรัฐมนตรี ข้อบังคับ คำสั่ง หนังสือเวียน ระเบียบ แบบแผน นโยบาย หรือการตีความเฉพาะที่จัดให้มีขึ้นโดยมีสภาพอย่างกฎเพื่อให้มีผลเป็นการทั่วไปต่อเอกชนที่เกี่ยวข้องลงตีพิมพ์ในราชกิจจานุเบกษาก็ตาม แต่บทบัญญัติดังกล่าวก็ยังไม่บรรลุผลในทางปฏิบัติมากนัก เนื่องจากข้อมูลข่าวสารของทางราชการมีเป็นจำนวนมากและมีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงอยู่บ่อยครั้ง ภาครัฐจึงควรปรับปรุงระบบการประกาศกฎหมายให้รองรับต่อการประกาศกฎหมายที่มีเป็นจำนวนมากและกำหนดนโยบายสนับสนุนให้มีการกระทำตามพระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของราชการ พ.ศ. 2540 มาตรา 7 ให้เคร่งครัดยิ่งขึ้น ทั้งนี้ก็เพื่อรวบรวมกฎหมายให้เป็นระบบ ง่ายต่อการค้นหา และสร้างแหล่งอ้างอิงที่มีความน่าเชื่อถือให้แก่ประชาชนและหน่วยงานของรัฐ โดยผู้เขียนเชื่อเป็นอย่างยิ่งว่าหากภาครัฐสามารถแก้ปัญหาดังกล่าวได้อย่างมีประสิทธิภาพ การรับรู้กฎหมายลำดับรองของศาลก็จะเป็นปัญหาในทางปฏิบัติอีกต่อไป

ประการที่ห้า ผู้เขียนมีความเห็นว่าการปรับเปลี่ยนทัศนคติของผู้พิพากษาในการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีแพ่งน่าจะเป็นเรื่องสำคัญไม่แพ้การแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติแห่งกฎหมาย ศาลไทยควรทบทวนและปรับให้ตนเองมีบทบาทเชิงรุกในคดีมากขึ้นโดยเฉพาะอย่างยิ่งในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการค้นหากฎหมายมาปรับใช้ในคดี เพื่อเปิดโอกาสให้ศาลสามารถลงไปอำนวยความสะดวกให้แก่ประชาชนได้อย่างเต็มที่และยังอาจช่วยลดข้อได้เปรียบเสียเปรียบที่เกิดขึ้นในกระบวนการระหว่างคู่ความลงได้ ทั้งยังมีส่วนช่วยลดขั้นตอนในทางพยานหลักฐานทำให้ศาลพิจารณาคดีได้รวดเร็วขึ้น รวมถึงยังช่วยลดค่าใช้จ่ายของคู่ความที่ต้องใช้ในการดำเนินคดีลงอีกด้วย อันจะเป็นส่วนช่วยพัฒนาให้การบริหารงานยุติธรรมทางแพ่งและพาณิชย์มีความคุ้มค่ามากยิ่งขึ้น

บรรณานุกรม

หนังสือ

กมลชัย รัตนสกาวงศ์. กฎหมายปกครอง. พิมพ์ครั้งที่ 4. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2545.

_____. หลักกฎหมายปกครองเยอรมัน. กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2544.

_____. กฎหมายปกครอง คำบรรยายสรุป บทความ รายงานการศึกษา. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2540.

กิตติศักดิ์ ปรกิติ. ความเป็นมาและหลักการนิติวิธีในระบบซีวิลลอว์และคอมมอนลอว์. พิมพ์ครั้งที่ 4. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2555.

เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์. คำอธิบายหลักกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ว่าด้วยการดำเนินคดีในขั้นตอนก่อนการพิจารณา. พิมพ์ครั้งที่ 7. กรุงเทพมหานคร : ห้างหุ้นส่วนจำกัด สำนักพิมพ์พลสยาม พรินติ้ง, 2553.

โกเมศ ขวัญเมือง, สิทธิกร ศักดิ์แสง. การศึกษาแนวใหม่ ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2549.

เข็มชัย ชูติวงศ์. คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยาน. พิมพ์ครั้งที่ 8. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2551.

คณะกรรมการปฏิรูปกฎหมายด้านแรงงาน สำนักงานคณะกรรมการปฏิรูปกฎหมาย. ปฏิรูปศาลแรงงาน : แยกศาลแรงงานจากศาลยุติธรรม. กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2558

คณิต ณ นคร. กฎหมายอาญาภาคทั่วไป. พิมพ์ครั้งที่ 4. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2554.

คณิง ฉาไชย. พยาน. กรุงเทพมหานคร : คณะกรรมการนักศึกษาคณะนิติศาสตร์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2523.

คมกริช วัฒนเสถียร. คู่มือนักศึกษาว่าด้วยกฎหมายลักษณะพยาน. พิมพ์ครั้งที่ 7. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์สุตรไพศาล, 2523.

- จรัญ ภัคดีธนากุล. กฎหมายลักษณะพยานหลักฐาน. พิมพ์ครั้งที่ 7. กรุงเทพมหานคร : สำนักอบรม
ศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2555.
- จักรกฤษณ์ ควรวจน์. กฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วย ลิขสิทธิ์ สิทธิบัตร และเครื่องหมายการค้า.
กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2541.
- จิต เศรษฐบุตร. หลักกฎหมายแพ่งลักษณะนิติกรรมและสัญญา. กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์เดือน
ตุลา, 2551.
- จิตติ ดิงศภัทย์. กฎหมายอาญา ภาค 1. พิมพ์ครั้งที่ 9. กรุงเทพมหานคร : บริษัท กรุงสยาม พรีนติ้ง
กรุ๊ป จำกัด, 2536.
- จุมพต สายสุนทร. กฎหมายระหว่างประเทศ เล่ม 1. พิมพ์ครั้งที่ 9. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์
วิญญูชน, 2554.
- ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์. กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง. กรุงเทพมหานคร : จีรัชการพิมพ์,
2540.
- ชาญชัย แสวงศักดิ์. กฎหมายมหาชน : วิวัฒนาการของกฎหมายมหาชนในต่างประเทศและใน
ประเทศไทย. พิมพ์ครั้งที่ 4. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2558.
- _____ . หน่วยงานของรัฐที่มีใช้ส่วนราชการและรัฐวิสาหกิจ : องค์กรมหาชนและหน่วย
บริการรูปแบบพิเศษ. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2542.
- ชาญชัย แสวงศักดิ์, วรรณชัย บุญบำรุง. สารบัญญัเกี่ยวกับกรจัดทำประมวลกฎหมายของต่างประ
เทศและของประเทศไทย. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2543.
- ดวงจิตต์ กำประเสริฐ. กฎหมายแองโกลอเมริกันเบื้องต้น. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัย
รามคำแหง, 2551.
- ดิเรก ควรสมาคม. กฎหมายมหาชนแนวประยุกต์. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญู
ชน, 2553.
- ธานี สิงหนาท. คำอธิบายกฎหมายพยานหลักฐานคดีแพ่งและคดีอาญา. พิมพ์ครั้งที่ 10.
กรุงเทพมหานคร : บริษัท กรุงสยาม พับลิชชิ่ง จำกัด, 2555.
- ธีสุทธิ์ พันธุ์ฤทธิ. กฎหมายลักษณะพยานหลักฐาน. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญู
ชน, 2549.

- ข้อคิดใหม่ในกฎหมายลักษณะพยานหลักฐาน. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2547.
- นันทวัฒน์ บรมานันท์. หลักการพื้นฐานกฎหมายปกครองฝรั่งเศส. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2551.
- กฎหมายปกครอง. พิมพ์ครั้งที่ 4. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2557.
- บรรศักดิ์ อวรรณโณ. เอกสารการสอนชุดวิชา ระบบกฎหมายไทยและต่างประเทศ 41402 หน่วยที่ 1-7 ฉบับปรับปรุง. มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช สาขาวิชานิติศาสตร์. พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, 2544.
- บรรเจิด สิงคะเนติ. ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับคดีปกครองเยอรมัน. กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2547.
- หลักกฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมฝ่ายปกครอง. พิมพ์ครั้งที่ 4. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2554.
- บุญศรี มีวงศ์ไชย. กฎหมายมหาชนเบื้องต้น. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2557.
- ประทีป อ่าววิจิตรกุล. มนูพัฒนา ชุดที่ 2 : การแยกแยะปัญหาข้อเท็จจริงและปัญหาข้อกฎหมาย. กรุงเทพมหานคร : ร้านสวัสดิการหนังสือกฎหมาย ปณรัชช, 2547.
- ประมุข สุวรรณศร. คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยาน. พิมพ์ครั้งที่ 7. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2517.
- ประวีณ ณ นคร. เทคนิคการร่างกฎหมาย. กรุงเทพมหานคร : สำนักสวัสดิการสำนักงาน ก.พ., 2543.
- ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช. ความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับกฎหมาย. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2552.
- คำอธิบายกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล. พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556.
- ปริญญา จิตรการนทีกิจ. หลักกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง เล่ม 2. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2551.

- ปิติกุล จีระมงคลพาณิชย์. คำอธิบายกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ภาค 3. พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2554.
- ปรีดี เกษมทรัพย์. กฎหมายแพ่ง : หลักทั่วไป. กรุงเทพมหานคร : ห้างหุ้นส่วนจำกัดภาพพิมพ์, 2526.
- ฝ่ายพัฒนากฎหมาย สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา. คู่มือตรวจสอบความจำเป็นในการตรา
กฎหมาย. กรุงเทพมหานคร : ฝ่ายผลิตกฎหมาย สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, 2547.
- ฝ่ายวิชาการสุทรไพศาล. ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป. กรุงเทพมหานคร : สุทรไพศาลการพิมพ์, 2531.
- พระนิติการณประสม. คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยานหลักฐานและจิตวิทยา พ.ศ.2490. (ตัดตอนจากคำอธิบายประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ที่เรียบเรียงใหม่เมื่อ พ.ศ.2506 พิมพ์ในงานพระราชทานเพลิงศพพระนิติการณประสม ม.ว.ม, ป.ช.), : กรุงเทพมหานคร : กรุงเทพมหานครการพิมพ์, 2520.
- พระยาจินดาภิรมย์ราชสภาพดี (จิตร ฌ สงขลา) . คำอธิบายกฎหมายลักษณะพิจารณาคำพยาน. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์พิศาลบรรณนิติ, 2464.
- พระยาเทพวิฑูร (บุญช่วย วณิกกุล). คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ตอนที่ 1. กรุงเทพมหานคร : ไ่ม่ระบุสำนักพิมพ์, 2476.
- พลประสิทธิ์ ฤทธิรักษา. ปัญหาอันเกี่ยวข้องด้วยความสงบเรียบร้อยของประชาชนที่มีผลกระทบต่อกระบวนการพิจารณา. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2539.
- พรเพชร วิชิตชลชัย. คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยานหลักฐาน. พิมพ์ครั้งที่ 4. กรุงเทพมหานคร : สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2555.
- ไพโรจน์ สิงหชัย. บันทึกคำบรรยายกฎหมายลักษณะพยานหลักฐาน. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร : สุทธิสารการพิมพ์, 2506.
- โกคิน พลกุล, ชาญชัย แสงศักดิ์. หลักกฎหมายมหาชนเบื้องต้น. พิมพ์ครั้งที่ 8. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2557.
- มานิตย์ จุมปา. ความรู้พื้นฐานเกี่ยวกับกฎหมาย. พิมพ์ครั้งที่ 11. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2555.
- _____ . ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายสหรัฐอเมริกา. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2553.

..... หลักกฎหมายรัฐธรรมนูญ. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2557.

มานิตย์ จุมปา, ชิตาพร พิศลยบุตร โตะวิเศษกุล, กัณติมา ช่างทำ. ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป. พิมพ์ครั้งที่ 8. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2557.

ยิ่งศักดิ์ กฤษณจินดา, วุฒิพงษ์ เวชยานนท์. คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยานหลักฐาน. กรุงเทพมหานคร : ห้างหุ้นส่วนจำกัดพิมพ์อักษร, 2541.

วรรณชัย บุญบำรุง, ธนกฤต วรรณชชากุล, สิริพันธ์ พลรบ. หลักและทฤษฎีกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง เล่ม 1. พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2556.

..... หลักและทฤษฎีกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง เล่ม 2. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2554.

วรรณชัย บุญบำรุง, ธนกฤต วรรณชชากุล และคณะ. ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งฉบับอ้างอิง : ตั๋วบท สาระสำคัญ เอกสารอ้างอิง หลักและทฤษฎีกฎหมาย และคำพิพากษาเรียงมาตรา. พิมพ์ครั้งที่ 5. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2555.

วรเจตน์ ภาคีรัตน์. คำสอนว่าด้วยรัฐและหลักกฎหมายมหาชน. กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2555.

..... กฎหมายปกครอง ภาคทั่วไป. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติราษฎร์, 2554

เรจธรรม ลัดพลี. คำอธิบายกฎหมายพยานหลักฐาน. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2545.

สถาบันพระปกเกล้า. องค์กระอิสระของประเทศไทยและกฎหมายที่เกี่ยวข้อง. กรุงเทพมหานคร : A.P กราฟฟิคดีไซน์และการพิมพ์, 2545.

สมชัย ทีฆาอุตมาร. พยานหลักฐาน. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์พลสยามพรีนติ้ง (ประเทศไทย), 2557.

สมยศ เชื้อไทย. คำอธิบายวิชากฎหมายแพ่ง : หลักทั่วไป. พิมพ์ครั้งที่ 20. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2557.

..... หลักกฎหมายมหาชนเบื้องต้น. พิมพ์ครั้งที่ 10. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2557.

สุนัย มโนมัยอุดม. ระบบกฎหมายอังกฤษ. พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2552.

สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล. ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาฉบับอ้างอิง : ตัวย่อ คำอธิบายย่อ และเอกสารอ้างอิงเรียงมาตรา. พิมพ์ครั้งที่ 15. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2557.

โสภณ รัตนการ. คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยาน. พิมพ์ครั้งที่ 11. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2557.

หยุด แสงอุทัย. คำอธิบายกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย และสัญชาติ. พิมพ์ครั้งที่ 4. กรุงเทพมหานคร : ร้านค้าสหกรณ์นักศึกษา มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ จำกัดสินใจ, 2504.

_____ . ช่องว่างแห่งกฎหมาย. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2551.

_____ แก้ไขปรับปรุงโดยสมยศ เชื้อไทย. ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป. พิมพ์ครั้งที่ 18. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553.

อมร จันทรสมบูรณ์. กฎหมายปกครอง. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2544.

อุดม รัฐอมฤต. คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยานหลักฐาน. พิมพ์ครั้งที่ 6. กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2558.

แอล ดูปลาตร์ และวิจิตร ลุทิตานนท์, กฎหมายลักษณะพยานและจิตตวิทยา. (คำสอนภาค 4 ชั้นปริญญาตรี มหาวิทยาลัยวิชาธรรมศาสตร์และการเมือง). กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์ไม่ระบุ, 2477.

โอสถ โกศิน. คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยานหลักฐาน. กรุงเทพมหานคร : สำนักงานส่งเสริมงานตุลาการ กระทรวงยุติธรรม, 2538.

วิทยานิพนธ์และสารนิพนธ์

กาญจนา ปัญจกิจไพบูลย์. “ศาลกับการมีส่วนในการค้นหาข้อเท็จจริงในคดีแพ่ง.” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2545.

เกรียงไกร โพธิ์แก้ว. “ปัญหาการบังคับใช้กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองกับคำสั่งทางทั่วไปทางปกครอง (คำสั่งทางปกครองทั่วไป).” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2554.

จิระณะ นุตจรัส. “ปัญหาการปรับใช้หลักศาลยอมเป็นผู้รู้กฎหมายในกระบวนการพิจารณาคดีแพ่งของไทย.” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556.

นรินทร์ อธิสาร. “การควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของกฎโดยศาลปกครองและผลในทางกฎหมายของกฎที่ถูศาลปกครองเพิกถอน.” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2546.

นันทศักดิ์ บัวงาม. “การนำกฎหมายสารบัญญัติมาใช้บังคับในคดีแพ่ง : บทบาทของศาลและคู่ความในการปรับใช้ออกกฎหมายของศาล.” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2550.

บุญญภัทร์ ชูเกียรติ. “ปัญหาการควบคุมคำสั่งทั่วไปทางปกครองในระบบกฎหมายไทย.” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556.

ประทีป ทองสีมา, “ระบบลูกขุนสำหรับประเทศไทย.” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2523.

ปิยศักดิ์ บุญยกุลศรีรุ่ง. “ข้อสันนิษฐานตามข้อเท็จจริงในคดีแพ่ง.” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556.

ยงยุทธ อนุกุล. “สถานะและผลทางกฎหมายของหนังสือเวียน แนวปฏิบัติ และมาตรการภายในของฝ่ายปกครอง.” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2533.

รดาวรรณ เกื้อกุลเกียรติ. “การตรากฎหมายลำดับรองในประเทศไทย.” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2533.

สมบัติ พงษ์พิงศภัค. “การปฏิรูประบบกระบวนการยุติธรรมทางแพ่งของประเทศไทยสู่มาตรฐานสากล.” วิทยานิพนธ์ดุษฎีบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556.

หทัยรัตน์ เนาว์พิริยวัฒน์. “การมอบอำนาจให้ฝ่ายบริหารตรากฎหมายลำดับรอง.” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2552.

ทิตยา แดงประดับ. “การควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของระเบียบว่าด้วยวิธีพิจารณาความที่ตราขึ้นโดยองค์การตุลาการ.” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2554.

อิสรา วรรณสวาท. “ขอบเขตของข้อเท็จจริงที่ศาลรู้เอง.” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2539.

อำนาจ ทศนาสุทธีวงศ์. “บทบาทศาลในคดีไม่มีข้อยุ่งยาก.” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2551.

หนังสือรวบรวมกฎหมายภาษาไทย

กมลชัย รัตนสกววงศ์. “ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับระบบกฎหมายและระบบศาลของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน”. ใน รวมบทความในโอกาสครบรอบ 60 ปี ดร.ปรีดี เภษมทรัพย์. รวบรวมโดยคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 178-194. พี.เค. พรินต์ติ้งเฮาส์.: คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2531.

กิตติศักดิ์ ปรกดี. “หลักทั่วไปในการใช้และตีความกฎหมาย”. ใน การใช้และตีความกฎหมาย. รวบรวมโดยกองทุนศาสตราจารย์จิตติ ดิงศภัทย์. หน้า 17-62. โรงพิมพ์เดือนตุลา : กองทุนศาสตราจารย์จิตติ ดิงศภัทย์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2552.

ปกป้อง ศรีสนิท. “ระบบกล่าวหาและระบบไต่สวนในวิธีพิจารณาความอาญา”. ใน รวมบทความ 72 ปี ศาสตราจารย์ ดร.คณิต ฒ นคร ยึดหยัดบนหลักนิติธรรม. รวบรวมโดยคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 119-146. โรงพิมพ์เดือนตุลา.: คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2552.

วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. “การกระทำทางปกครอง”. ใน อาจารย์บุชา รวมบทความทางวิชาการเนื่องในโอกาสครบรอบ 72 ปี ศ.ดร.อมร จันทรมบูรณ์. รวบรวมโดยสมาคมนักกฎหมายมหาชนแห่งประเทศไทย. หน้า 131-163. โรงพิมพ์เดือนตุลา : สมาคมนักกฎหมายมหาชนแห่งประเทศไทย, 2545.

วรเจตน์ ภาคีรัตน์. “ผลบังคับผูกพันของคำสั่งทางปกครอง”. ใน อาจารย์บุชา รวมบทความทางวิชาการเนื่องในโอกาสครบรอบ 72 ปี ศ.ดร.อมร จันทรมบูรณ์. รวบรวมโดยสมาคมนัก

กฎหมายมหาชนแห่งประเทศไทย. หน้า 164-186. โรงพิมพ์เดือนตุลา : สมาคมกฎหมายมหาชนแห่งประเทศไทย, 2545.

บทความในวารสารกฎหมายภาษาไทย

จตุภรณ์ แก้วคุ้มภัย. “การควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของกฎโดยศาลปกครองไทย.” วารสารกฎหมายปกครอง. ปีที่ 5. ฉบับที่ 2. (พฤษภาคม – สิงหาคม 2548) : 37-63.

ชวลิต โสภณวัต. “กฎหมายลักษณะพยานของไทยเป็นกฎหมายในระบบกล่าวหาจริงหรือ.” อุลพาห. เล่มที่ 6. ปีที่ 28. (พฤศจิกายน – ธันวาคม 2524) : 31-41.

ชนาทร จิตติเตโช. “สถานะของกฎหมายลำดับรองในกฎหมายพยานหลักฐาน : ข้อกฎหมายหรือข้อเท็จจริง ศาลต้องรู้เองหรือคู่ความต้องนำสืบ.” บทบัญญัติ. เล่มที่ 64. ตอนที่ 2. (2551) : 181-209.

ชาญชัย แสวงศักดิ์. “ข้อพิจารณาทางวิชาการเกี่ยวกับกฎที่อาจนำมาฟ้องคดีต่อศาลปกครองเพื่อขอให้พิพากษาเพิกถอนได้ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) ประกอบกับมาตรา 72 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542.” วารสารวิชาการศาลปกครอง. ปีที่ 7. ฉบับที่ 3. (กันยายน – ธันวาคม 2550) : 1-13.

ธนกฤต วรรณชชากุล. “มาตรการแสวงหาข้อเท็จจริงในคดีแพ่ง : มองเทศแล้วย้อนมองไทย.” วารสารอัยการ. ฉบับที่ 256. ปีที่ 23. (กรกฎาคม – กันยายน 2553) : 111-128.

ธัญญ์ พันธุ์ฤทธิ์. “หน้าที่นำสืบคดีแพ่ง.” วารสารอัยการ. ฉบับที่ 197. ปีที่ 17. (กรกฎาคม 2537) : 47-67.

_____. “หลักกฎหมายลักษณะพยานว่าด้วยหน้าที่นำสืบคดีแพ่ง.” วารสารอัยการ. ฉบับที่ 193. ปีที่ 17. (มีนาคม 2537) : 1-19.

ภัทรศักดิ์ วรรณแสง. “เรื่องที่ศาลรู้เอง (Judicial notice).” วารสารศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ. (พฤศจิกายน 2547) : 477-487.

มานิช จรมาศ. “ปัญหาข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมาย.” อุลพาห. เล่มที่ 10. ปีที่ 12. (ตุลาคม 2508) : 10-17.

วรรณชัย บุญบำรุง. “การสืบพยานบุคคลตามกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งฝรั่งเศส : ตัวอย่างของกระบวนการพิจารณาที่ค่อนข้างไปทางแบบไต่สวน.” ตุลพาท. เล่มที่ 1. ปีที่ 47. (มกราคม – เมษายน 2543) : 49-79.

_____. “รูปแบบกระบวนการพิจารณาด้วยวาจาและกระบวนการพิจารณาด้วยลายลักษณ์อักษร.” วารสารนิติศาสตร์. ฉบับที่ 1. ปีที่ 31. (มีนาคม 2544) : 114-154.

_____. “หลักทั่วไปของการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีแพ่งของฝรั่งเศส.” วารสารนิติศาสตร์. เล่มที่ 1. ปีที่ 30. (มีนาคม 2543) : 78-112.

วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. “การควบคุมการใช้ดุลยพินิจทางปกครองโดยองค์กรตุลาการ.” วารสารกฎหมายปกครอง. เล่มที่ 8. (พ.ศ.2532) : 33-58.

วรวุฒิ เทพทอง. “ศาลใดมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีโต้แย้งสิทธิในการออกโฉนดที่ดินหรือหนังสือรับรองการทำประโยชน์.” วารสารวิชาการศาลปกครอง. ปีที่ 4. ฉบับที่ 3. (กันยายน – ธันวาคม 2547) : 146-148.

สิริพันธ์ พลรบ, วรรณชัย บุญบำรุง. “การเร่งรัดวิธีพิจารณาคดีมโนสาเร่และคดีไม่มีข้อยุ่งยากกับหลักกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง.” วารสารนิติศาสตร์. ฉบับที่ 3. ปีที่ 29. (กันยายน 2542) : 426-461.

สมคิด เลิศไพฑูรย์. “ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับองค์การมหาชนอิสระ.” วารสารนิติศาสตร์. ฉบับที่ 4. ปีที่ 19. (ธันวาคม 2532) : 59-92.

อัชพร จารุจินดา. “หลักเบื้องต้นเกี่ยวกับการร่างกฎหมาย.” วารสารกฎหมายปกครอง. เล่มที่ 30. ตอน 3. (2556) : 3-115.

อุดม รัฐอมฤต. “พยานตามกฎหมายเก่าสยาม.” วารสารนิติศาสตร์. ฉบับที่ 1. ปีที่ 29. (มีนาคม 2542) : 121-140.

เอกสารอื่น

กิตติศักดิ์ ปรกติ และสมเกียรติ วรปัญญาอนันต์. “รายงานวิจัยฉบับสมบูรณ์ : แนวทางการพัฒนาการบริหารงานยุติธรรมทางแพ่งและพาณิชย์ให้คุ้มค่า.” โครงการวิจัยสนับสนุนโดยสำนักกิจการยุติธรรม กระทรวงยุติธรรม, 2553.

จินตาวรรณ แสงกาญจนวนิช. “การเปิดเผยพยานหลักฐานก่อนเข้าสู่กระบวนการสืบพยานในคดีแพ่ง.” เอกสารประกอบการอบรมหลักสูตร ผู้พิพากษาศาลชั้นต้น รุ่นที่ 2 สถาบันพัฒนาข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม, 2547.

บุญศรี มีวงศ์ไผ่. “การปกครองแบบสหพันธรัฐของเยอรมัน.” โครงการวิจัยเสริมหลักสูตร ภาควิชากฎหมายมหาชน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2533.

สำนักงานศาลยุติธรรม. “ประมวลจริยธรรมข้าราชการตุลาการ” ซึ่งสำนักงานศาลยุติธรรมได้มอบแก่ข้าราชการตุลาการเป็นคู่มือในการปฏิบัติหน้าที่ราชการ, 2529.

สำนักงานศาลยุติธรรม. “ประมวลจริยธรรมข้าราชการตุลาการ” ซึ่งสำนักงานศาลยุติธรรมได้มอบแก่ข้าราชการตุลาการเป็นคู่มือในการปฏิบัติหน้าที่ราชการ, 2552.

เอกสารอิเล็กทรอนิกส์

คณะกรรมการพัฒนากฎหมาย สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา “พระราชบัญญัติลักษณะพยาน ร.ศ.113” http://www.lawreform.go.th/lawreform/index.php?option=com_lawreform & task=showlawold&hidemainmenu= 1&lid=616&gid=6&itemid=19#, 17 มิถุนายน 2558.

ศุภวัฒน์ สิงห์สุวรรณ “หลักที่ว่าฝ่ายปกครองต้องผูกพันต่อกฎหมายที่ตนกำหนดขึ้น (Patere legem quam ipse fecisti)” <http://www.krisdika.go.th>, 13 ตุลาคม 2558.

สำนักงานราชกิจจานุเบกษา. “เรื่องที่จะนำลงพิมพ์ในราชกิจจานุเบกษา.” <http://www.mratchakitcha.soc.go.th/evolution.html>, 5 มีนาคม 2558.

Books

Adrian Keane. The modern law of evidence. Third edition. London, Dublin, Edinburgh : Butterworths, 1994.

- Andrew Burrows. David Johnston. and Reinhard Zimmermann. Judge and Jurist. United kingdom : Oxford university press, 2013.
- Benjamin H. Barton. The lawyer-judge bias in the American legal system. United States : Cambridge university press, 2011.
- Beth Walton-Dunham. Introduction to law. Third edition. United State : West publishing, 1999.
- Bryan A. Garner. Black's law dictionary. Ninth edition. United State of America : Thomson Reuters, 2009.
- Catherine Elliott. Frances Quinn. English legal system. Tenth edition. England : Person education limited, 2009.
- Charles Plant. and his honour judge. Blackstone's civil practice 2003. Fourth edition . London : Oxford university press, 2003.
- Christian Dadomo. Susan Farran. The French legal system. Second edition. London : Sweet & Maxwell, 1996.
- Danis Keenan. Smith & Keenan's English law. Fourteenth edition. England : Pearson Education Limited, 2004.
- Esin Örüçü. David Nelken. Comparative law a handbook. North America : Hart publishing, 2007.
- Eva Steiner. French legal method. United State : Oxford university press Inc, 2002.
- Gary Slapper. David Kelly. The English Legal system. Thirteenth edition. London and New York : Routledge, 2012.
- Henry R. Chesseman. Introduction to law : Its dynamic nature. United State : Person education, Inc, 2005.
- Howard D. Fisher. German legal system and legal language. Reprinted. India : Cavendish publishing limited, 1997.

- James R. Maxeiner. Failures of American civil justice in international perspective. First paperback edition. United states of America : Cambridge university press, 2011.
- John Bell. Sophie Boyron. and Simon Whittaker. Principle of French law. Second edition. United states : Oxford university press, 2008.
- John Henry Merryman. David S. Clark. Comparative law, Western European and Latin America legal system : case and materials. United states of America : The Bobbs-Merrill company, Inc., 1978.
- John Henry Merryman. Rogelio Pérez-Perdomo. The Civil law traditional : An introduction to the legal system of Europe and Latin America. Third edition. California : Stanford university press, 2007.
- Joseph W. Cotchett. California courtroom evidence. United States : Matthew Bender & Company, Inc, 2011.
- Joseph D. Schlos. Evidence and its legal aspects. United State : Merrill publishing company, 1976.
- Lawrence M. Friedman. American law in the 20th century. United States : Yale university press, 2002.
- Mary Ann Glendon. Michael Wallance Gordon. and Christopher Osakwe. Comparative legal traditional : Text, materials and case on civil and common law traditions, with special reference to French, German, English and European law. Second editon. United states of America : West publishing co, 1994.
- Mauro Bussani. Ugo Mattei. The Cambridge Companion to comparative law. United States : Cambridge university press, 2012.
- Nigel Foster. Satish Sule. German legal system and law. Fourth edition. United states : Oxford university press, 2010.
- Olin Guy Wellborn II. Case and materials on the rules of evidence. United states of America : West group, 2000.

- Peter E. Herzog. Martha Weser. Civil procedure in Franch. Netherlands : Martinus Nijhoff, 1967.
- Peter L. Murray. Rolf Stürner. German civil justice. United states of America : California academic press, 2004.
- Raymond Youngs. English, French & German comparative law. Third edition. London and Newyork : Routledge, 2014.
- Remme Verkerk. Fact-finding in civil litigation. A comparative perspective. Antwerp-Oxford-Portland : Intersentia, 2010.
- Richard Fentiman. Foreign law in English courts. United states : Oxford university press, 1998.
- Rosamund Reay. Evidence. Third edition. London : Old Bailey Press, 2001.
- Robin C.A. White. The English legal system in action. Third edition. United states : Oxford university press, 1999.
- Russell A. Miller. Peer C. Zumbansen. Comparative law as transnational law : A decade of the German law journal. New york : Oxford university press, 2012.
- Simon Cooper. Peter Muphy. and John Beaumont. Case and Materials on evidence. Third edition. London : Blackstone Press Limited, 1994 .
- S.H. Bailey. J.P.L Ching. M.J. Gunn. and D.C. Ormerod. Smith, Bailey & Gunn on the modern English legal system. Fourth edition .London : Sweet & Maxwell, 2002.
- Sofie Geeroms. Foreign law in Civil litigation : A comparative and functional analysis. United states : Oxford university press, 2004.

Articles

Andrea Panzarola. "Notorious facts in Italian law." Megatrend Review. vol. 7 issue 1 (2010) : 69-84.

Claude Giverdon. "The Problem of proof in French civil law." Tulane law review. vol.29 (1956-1957) : 29-38.

Dennis J. Turner. "Judicial notice and Federal rule of evidence 201 – A rule ready for change." University of Pittsburgh Law Review. vol. 181 (Fall, 1983) : 181.

Edmund M. Morgan. "Judicial notice." Harvard Law Review. vol. 269 (January, 1944) : 269-294.

Gerry Maher. "Judicial notice and statute law." Law quarterly review. vol.117 (Jan 2001) : 71-80.

Hein Kotz. "The role of the judge in the court-room : the common law and civil law compared." Journal of South African Law. vol.35 (1987) : 35-43.

James Beardsley. "Proof of Fact in French Civil Procedure." The American Journal of Comparative Law. vol. 34 No. 3 (Summer, 1986) : 459-486.

Jeffrey Bellin. Andrew Guthrie Ferguson. "Trial by google : Judicial notice in the information age." Northwestern university law review. vol 108 no.4 (2014) : 1137-1187.

John Keefe. William B. Landis, Jr. Robert B. Shaad. "Sense and nonsense about judicial notice." Stanford Law Review. vol.664 (July, 1950) : 664-690.

Kenneth W. Graham, Jr. "Policy of Rule 201; Historical Background - Conceptual Background." Federal Practice & Procedure Database. (September 2014) : 3.

Randall H. Warner. "All mixed up about mixed question." Journal of appellate practice and process. vol.101 (Spring 2005) : 101-150.

Robert Banks, Jr. Elizabeth T. Collins. "Judicial notice in Tennessee." Memphis state university law review. vol.431 (Spring, 1991) : 431-499.

Rosemary A. Bruckner. "The taking of evidence in France." Transnational lawyer. vol.759 (Fall, 1992) : 759-782.

Electronic Media

Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz. "German Code of Civil procedure." http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_zpo/index.html#gl_p0017, June 12, 2015.

_____. "Introductory act to the civil code." http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgbeg/englisch_bgbeg.html, July 4, 2015.

Cornell university law school. "Federal Rules of Civil procedure 2015 edition." www.cali.org/sites/default/files/FRCP_LII.pdf, May 25, 2015.

_____. "States legal materials." <https://www.law.cornell.edu/states/listing>, May 26, 2015.

Council of Europe. "European Convention on Information on Foreign Law." <http://conventions.coe.int/Treaty/EN/Treaties/Html/062.htm>, July 3, 2015.

Federal evidence review. "Federal Evidence Review : Federal Rules of Evidence 2015." <http://federalevidence.com/downloads/rules.of.evidence.pdf>, May 25, 2015.

Giesela Rühl. "Preparing Germany for the 21st Century: The Reform of the Code of Civil Procedure." <https://www.germanlawjournal.com/index.php?pageID=11&artID=604>, June 12, 2015.

Hague conference on private international law. "Convention on the taking of evidence abroad in civil or commercial matters." http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.text&cid=82, July 3, 2015.

- J. Michael Fussell, Jr, Matthew J. Seigel. "Texas and Louisiana : Two states separated by a common law." http://www.gordonarata.com/720DE/assets/files/lawarticles/DL_2012%20JMF%20&%20MJS%20Seminar%20Materials.PDF, May 21, 2015.
- Legifrance. "French Code of Civil procedure." http://www.legifrance.gouv.fr/content/download/1962/13735/version/3/file/Code_39.pdf, June 4, 2015.
- _____. "Ordonnance 2004-164 du 20 février 2004 relative aux modalités et effets de la publication des lois et de certains actes administratifs." <http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=LEGITEXT000005765402>, July 7, 2015.
- Loïc Cadiet. "Introduction to French Civil Justice System and Civil Procedural Law" www.ritsumei.ac.jp/acd/cg/law/lex/rlr28/CADIET3.pdf, June 4, 2015.
- Louisiana state litigation. "Louisiana Code of evidence Article. 202. (Judicial notice of legal matters)." <http://www.legis.la.gov/Legis/Law.aspx?d=72446>, May 26, 2015.
- Oklahoma state legislature. "Oklahoma Statutes Title 12. Civil Procedure." http://webserver1.lsb.state.ok.us/OK_Statutes/CompleteTitles/os12.rtf, May 26, 2015.
- State of Wisconsin legislative reference bureau. "Wisconsin Statutes & Annotations Chapter 902 Evidence." <https://docs.legis.wisconsin.gov/document/statutes/ch.%20902.pdf>, May 26, 2015.
- The florida legislature. "Florida Evidence code." http://www.leg.state.fl.us/Statutes/index.cfm?App_mode=Display_Index&Title_Request=VII, May 26, 2015.
- The national archives. "Civil Procedure Act 1997." http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1997/12/pdfs/ukpga_19970012_en.pdf, May 16, 2015.
- _____. "Civil evidence Act 1995." http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1995/38/pdfs/ukpga_19950038_en.pdf, May 16, 2015.

_____. “Civil evidence Act 1972.” http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1972/30/pdfs/ukpga_19720030_en.pdf, May 16, 2015.

_____. “Civil evidence Act 1968.” http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1968/64/pdfs/ukpga_19680064_en.pdf, May 16, 2015.

_____. “Evidence Act, 1938.” http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1938/28/pdfs/ukpga_19380028_en.pdf, May 16, 2015.

_____. “Legislative and Regulatory Reform Act 2006.” http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2006/51/pdfs/ukpga_20060051_en.pdf, May 16, 2015.

_____. “Statutory Instruments Act 1946.” http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1946/36/pdfs/ukpga_19460036_en.pdf, May 16, 2015.

_____. “UK Statutory Instruments from 2015.” <http://www.legislation.gov.uk/uksi/2015>, May 14, 2015.

The Nevada legislature. “Nevada Revised Statutes Title 4 - Chapter 47 – General provisions; Judicial notice; Presumption.” <https://leg.state.nv.us/NRS/NRS-047.html>, May 26, 2015.

UK Parliament. “UK Delegated legislation.” <http://www.parliament.uk/about/how/laws/delegated/>, May 14, 2015.

U.S. Government printing office. “Federal Rules of Evidence.” <http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/USCODE-2011-title28/pdf/USCODE-2011-title28-app-federalru-dup2.pdf>, May 25, 2015.

WTO. “TRIPS : Agreement on trade-related aspects of intellectual property rights” https://www.wto.org/english/tratop_e/trips_e/t_agm3_e.htm#2, March 21, 2016.

WTO. “Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights” https://www.wto.org/english/res_e/booksp_e/analytic_index_e/trips_04_e.htm, March 21, 2016.

ประวัติผู้เขียน

ชื่อ	นางสาวมลวรรณ คั่นฉ่อง
วันเดือนปีเกิด	14 กันยายน 2530
วุฒิการศึกษา	นิติศาสตรบัณฑิต มหาวิทยาลัยบูรพา นิติศาสตรบัณฑิต มหาวิทยาลัยรามคำแหง เนติบัณฑิตไทย สำนักอบรมศึกษากฎหมาย แห่งเนติบัณฑิตสภา สมัยที่ 63 ปีการศึกษา 2553
ประสบการณ์ทำงาน	พ.ศ.2554 - 2557 หนวยความ บริษัทสำนักกฎหมาย พับลีค แอทเทอร์นีย์ จำกัด

