



สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

ความรู้เบื้องต้น เกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป

ศาสตราจารย์ ดร. หยุต แสงอุทัย
แก้ไขปรับปรุงโดย สมยศ เชื้อไทย

ฉบับพิมพ์ครั้งที่ ๒๒ แก้ไขเพิ่มเติม

คำสอนว่าด้วยวิชาความรู้เบื้องต้น เกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป

“ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป” วิชานี้ได้เคยมีการสอนตั้งแต่ครั้งโรงเรียนกฎหมายกระทรวงยุติธรรมมาแล้ว และในครั้งนั้นได้เรียกวิชานี้ว่า “วิชาธรรมศาสตร์” ในการสอนวิชาธรรมศาสตร์ ผู้สอนได้อาหลักเกณฑ์มาจาก Jurisprudence ของอังกฤษ แต่การสอนวิชาธรรมศาสตร์ในสมัยนั้นไม่ประสบความสำเร็จแต่อย่างใด เพราะประเทศไทยในสมัยนั้นได้นำเอาหลักเกณฑ์ของกฎหมายอังกฤษมาใช้ประหนึ่งกฎหมายของประเทศไทย ทั้งนี้เนื่องจากประเทศไทยได้ส่งนักเรียนไปศึกษาวิชากฎหมายในประเทศอังกฤษ เริ่มต้นด้วยเสด็จในกรมหลวงราชบุรีดิตรังตั้งโรงเรียนกฎหมายขึ้นในกระทรวงยุติธรรม และทรงสอนด้วยพระองค์เองในการสอนนั้น ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับครอบครัวมรดกได้ทรงสอนกฎหมายไทยแท้ โดยนำเอาหลักเกณฑ์มาจากกฎหมายเกาสองเล่ม คือ กฎหมายฉบับที่หมอบรัดเลย์และเสด็จในกรมหลวงราชบุรีดิตรังพิมพ์จำหน่ายมาเขียนให้เป็นระบบ และทรงเขียนให้มีหลักเกณฑ์อย่างสมัยใหม่ แต่ในส่วนกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการค้าขายและลักษณะอื่นๆ เช่น ในเรื่องสัญญา และละเมิดนั้น ได้ทรงเอาหลักเกณฑ์แห่งกฎหมายอังกฤษมาสอน ต่อจากนั้น ผู้ที่ได้รับการศึกษาจากประเทศอังกฤษต่อๆ มาก็ได้นำเอาหลักกฎหมายอังกฤษมาสอน ผู้พิพากษาก็ได้นำเอาหลักกฎหมายอังกฤษมาพิจารณาบรรดคดีเสมือนว่ากฎหมายอังกฤษเป็นกฎหมายไทย จนถือได้ว่าได้เกิดมีกฎหมายประเพณีของไทยขึ้น มีข้อความอย่างเดียวกับหลักเกณฑ์แห่งกฎหมายอังกฤษ ทั้งนี้เว้นแต่กฎหมายที่พระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัวทรงพระกรุณาโปรดเกล้าฯ ให้บัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร เช่น กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. ๑๒๗ พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาความมีโทษสำหรับใช้ไปพลางก่อน ร.ศ. ๑๑๕ พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาความแพ่ง ร.ศ. ๑๒๗ พระราชบัญญัติลักษณะล้มละลาย ร.ศ. ๑๒๗ พระราชบัญญัติลักษณะเข้าหุ้นส่วนบริษัท ร.ศ. ๑๓๐ เป็นต้น แต่ถึงกระนั้นผู้สอนกฎหมายในลักษณะวิชาอื่นได้นำเอาหลักเกณฑ์แห่งกฎหมายอังกฤษมาอธิบายประกอบเท่าที่จะทำได้ เช่น นำเอาหลัก “Mens Rea” ของกฎหมายอังกฤษมาอธิบาย “เจตนา” ตามกฎหมายลักษณะอาญา เป็นต้น

จริงอยู่ได้มีนักกฎหมายฝรั่งเศสมาเป็นผู้สอนกฎหมายดังกล่าวแล้วบ้าง แต่มีเป็นจำนวนน้อย ไม่สู้มีอิทธิพลเหนือวิชากฎหมายของประเทศไทยในครั้งนั้นๆ เมื่อปรากฏว่าหลักแห่งกฎหมายอังกฤษ ได้กลายเป็นกฎหมายประเพณีของกฎหมายไทย โดยการที่ผู้สอนนำเอาหลักกฎหมายอังกฤษมาสอน และศาลยุติธรรมนำเอาหลักกฎหมายอังกฤษมาพิพากษาดังกล่าวแล้ว การที่จะเอา Jurisprudence ของอังกฤษมาสอน จึงเข้ากับกฎหมายประเพณีของไทยในขณะนั้น กล่าวคือไปด้วยกันกับการสอนกฎหมายลักษณะอื่นๆ ได้ เพราะวิชาความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไปหรือ “วิชาธรรมศาสตร์” จะต้องเป็นบันไดขั้นต้นที่ทำให้เข้าใจกฎหมายของประเทศไทยในขณะหนึ่งๆ การที่ประเทศไทยยอมรับเอาหลักกฎหมายอังกฤษมาใช้เหมือนว่าเป็นกฎหมายไทยนั้น ไม่ใช่สิ่งที่จะพึงดำหริดีเตียน แต่เป็นสิ่งที่อำนาจประโยชน์แก่ประเทศซึ่งขาดหลักกฎหมายสมัยใหม่ในครั้งนั้น และการรับเอากฎหมายต่างประเทศมาใช้ ไม่แต่ประเทศไทยประเทศเดียว ประเทศเยอรมันก่อนใช้ประมวลกฎหมายก็ได้ยอมรับเอากฎหมายโรมันมาใช้เสมือนเป็นกฎหมายเยอรมัน เนื่องจากได้มีการศึกษากฎหมายโรมันและการเขียนตำรากฎหมายเยอรมันตามแนวกฎหมายโรมัน ตลอดจนศาลเยอรมันได้นำหลักกฎหมายโรมันมาใช้พิพากษาเช่นเดียวกัน จนกฎหมายโรมันได้กลายเป็นกฎหมายประเพณีของเยอรมันอันมีลักษณะเป็นกฎหมายทั่วไปใช้บังคับได้ เว้นแต่จะมีกฎหมายเยอรมันเฉพาะเรื่องได้บัญญัติไว้

ต่อมาประเทศไทยได้เปลี่ยนมาเป็นประเทศที่ใช้ประมวลกฎหมาย เหตุผลที่เปลี่ยนมาเป็นประเทศที่ใช้ประมวลกฎหมายนั้น ปรากฏชัดในพระราชปราชญ์ของกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. ๑๒๗ ว่าประสงค์จะเจริญรอยตามประเทศญี่ปุ่น ซึ่งเมื่อเปลี่ยนมาใช้ประมวลกฎหมายแล้ว ก็ได้รับเอกราชในทางศาลกลับคืนมา คือศาลญี่ปุ่นมีอำนาจชำระคดีคนต่างด้าวที่ทำผิดในประเทศญี่ปุ่น คำว่า “ประมวลกฎหมาย” หมายความว่า กฎหมายที่ได้บัญญัติขึ้น โดยรวบรวมบทบัญญัติเรื่องเดียวกันที่กระจัดกระจายกันอยู่เอามาปรับปรุงให้เป็นหมวดหมู่ วางหลักเกณฑ์ให้เป็นระเบียบเรียบร้อย มีข้อความเท่าถึงซึ่งกันและกัน เช่น รวบรวมบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องด้วยแพ่งและพาณิชย์มารวมบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ประมวลกฎหมายไทยฉบับแรกได้แก่กฎหมายลักษณะอาญาร.ศ. ๑๒๗ แต่ในครั้งนั้นความรู้สึกที่ว่าความคิดในระบบประมวลกฎหมายไม่เหมือนกับความคิดในระบบ Common Law ของอังกฤษไม่ปรากฏออกมา และโดยเหตุนี้ ตำราคำอธิบายกฎหมายอาญาหรือคำสอนกฎหมายอาญาในสมัยนั้นจึงได้นำหลักกฎหมายอังกฤษมาอธิบายไว้บ้าง เช่น หลัก Mens Rea ดังได้กล่าวมาแล้ว ซึ่งไม่ถูกต้องกับหลักวิชา และพอจะเปรียบเทียบได้กับคนไทยแต่งตัวด้วยเครื่องแต่งตัวของแขก ตำราและคำสอนในสมัยนั้น เว้นแต่ผู้สอนที่เป็นชาวฝรั่งเศสสองสามคน อย่างดีที่สุดผู้สอนก็เทียบมาจากประมวลกฎหมายอาญาอินเดีย ซึ่งเป็นประมวลกฎหมาย แต่ประมวลกฎหมายอินเดียได้นำความคิดของหลักกฎหมายอังกฤษมาปะปนเป็นส่วนมากเนื่องจากผู้ร่างเป็นคนอังกฤษ

ต่อมาเมื่อประเทศไทยต้องการได้เอกราชในทางศาลอย่างเต็มที่ จึงได้มีการเร่งรัดให้จัดทำประมวลกฎหมายอื่นๆ ขึ้น และในปี พ.ศ. ๒๔๖๖ ก็ได้มีการประกาศใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ ๑ และบรรพ ๒ พุทธศักราช ๒๔๖๖ ซึ่งถูกยกเลิกไปแล้ว เนื่องจากข้าพเจ้าได้เข้าศึกษากฎหมาย เมื่อปี พ.ศ. ๒๔๖๖ และในสมัยนั้นต้องมีชื่อในการศึกษากฎหมายครบหนึ่งปีบริบูรณ์จึงจะ

สอบกฎหมายภาคหนึ่งได้ ทำให้ข้าพเจ้าต้องเรียนกฎหมายภาคหนึ่งสองปี ในปีแรก ได้เรียนหลักกฎหมายอังกฤษ เช่น หลักที่ว่าสัญญาต้องมีประโยชน์ตอบแทน ซึ่งหลักนี้ไม่อยู่ในประมวลกฎหมายแพ่งฯ เป็นต้น ในปีที่สองได้เรียนประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ฉบับ พ.ศ.๒๔๖๖ ข้าพเจ้าจึงได้สังเกตว่าหลักกฎหมายอังกฤษกับประมวลกฎหมายมีความคิดเห็นแตกต่างกัน คือเมื่อเรามีประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์แล้ว เราก็มีบทบัญญัติที่แน่นอนไว้ปรับกับข้อเท็จจริงเฉพาะเรื่อง เมื่อข้าพเจ้าได้ศึกษากฎหมายในประเทศเยอรมันซึ่งเป็นประเทศที่ใช้ประมวลกฎหมาย และได้ฟังคำสอน “การนำเข้าสู่วิชากฎหมาย” (Einfuehrung in die Rechtswissenschaft) หรือความรู้พื้นฐานทางนิติศาสตร์ ซึ่งตรงกับวิชาความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป แล้วก็ได้เห็นความแตกต่างในความคิดในทางกฎหมายของหลักกฎหมายอังกฤษกับหลักกฎหมายของประเทศที่ใช้ประมวลกฎหมายชัดเจนยิ่งขึ้น

ดังนั้น เมื่อประเทศไทยได้ใช้ประมวลกฎหมายโดยครบถ้วนแล้วการนำเอาหลัก “วิชาธรรมศาสตร์” ของอังกฤษมาใช้ในประเทศไทยจึงไม่เป็นการถูกต้อง เพราะความคิดในทางกฎหมายไม่เหมือนกัน นักกฎหมายอังกฤษเองก็ยอมรับว่า “วิชาธรรมศาสตร์” ของอังกฤษต่างกับ “วิชาธรรมศาสตร์” ของประเทศในภาคพื้นยุโรป นอกจากนั้นยังปรากฏว่า แม้ใน “วิชาธรรมศาสตร์” ของอังกฤษกับอเมริกา ก็ยังผิดเพี้ยนกัน (ดู Friedmann, Legal Theory พิมพ์ครั้งที่ ๒ ค.ศ. ๑๙๔๙ หน้า ๓๑๗ และต่อๆ ไป)

เมื่อประมวลกฎหมายของประเทศไทย ได้ดำเนินการตามประมวลกฎหมายของประเทศภาคพื้นยุโรป จึงต้องนำหลัก “วิชาธรรมศาสตร์” ของประเทศภาคพื้นยุโรปมาใช้ ทั้งนี้โดยผู้สอนจะต้องระมัดระวังเพราะในบรรดาประเทศที่ใช้ประมวลกฎหมายด้วยกัน กฎหมายบางลักษณะก็ยังคงแตกต่างกัน เช่น หลักกฎหมายปกครองของเยอรมันก็แตกต่างกับหลักกฎหมายปกครองของฝรั่งเศสเป็นอันมาก ทั้งๆ ที่ทั้งสองประเทศได้ใช้ประมวลกฎหมายด้วยกัน ในการสอนวิชาความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไปในส่วนที่เกี่ยวกับกฎหมายปกครอง ข้าพเจ้าก็ต้องสอนตามหลักกฎหมายปกครองของฝรั่งเศส เพราะประเทศไทยเราไม่มีหลักกฎหมายปกครองของเราเอง มีแต่พระราชบัญญัติปลีกย่อยเป็นบางฉบับ เมื่อหลักกฎหมายปกครองที่สอน ณ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์โดยเฉพาะอย่างยิ่งในคณะนิติศาสตร์ได้สอนตามหลักกฎหมายฝรั่งเศส ข้าพเจ้าก็ต้องนำเอาหลักนี้มาสอนในวิชาความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป เพราะจะต้องสอนวิชานี้เพื่อให้เป็นแนวทางให้เข้าใจวิชากฎหมายอื่นๆ รวมทั้งกฎหมายปกครองได้โดยง่าย

เพื่อให้บรรลุจุดประสงค์ดังกล่าวนี้การสอนความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป จึงต้องสอนให้เข้ากับระบบของประมวลกฎหมายที่ใช้อยู่ในประเทศไทย รวมทั้งหลักวิชาซึ่งอาจารย์ต่างๆ ได้นำมาสอนในมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ด้วย ทั้งนี้โดยเทียบเคียงกับ “วิชาธรรมศาสตร์” ของประเทศที่ใช้ประมวลกฎหมาย ซึ่งมีข้อความคล้ายกับประมวลกฎหมายของประเทศไทย ถ้าหากได้ดำเนินการสอนตามแนวคำสอนดังกล่าวแล้ว จะทำให้นักศึกษาเข้าใจกฎหมายอื่นๆ ที่สอนในคณะนิติศาสตร์ของมหาวิทยาลัยได้ดีขึ้น

และระบบ Common Law

๑. ระบบ Common Law และ Civil Law

๑.๑ ระบบ Common Law

ระบบกฎหมาย Common Law* นั้นได้มีแหล่งกำเนิดและวิวัฒนาการในประเทศอังกฤษเป็นประเทศแรก ทั้งนี้ เนื่องจากมีประวัติศาสตร์ในทางการเมือง เศรษฐกิจ และสังคม ตลอดจนรากเหง้าของกฎหมายมาจากลัทธิศักดินา (Feudalism) และเหตุการณ์ต่างๆ เนื่องจากลัทธิดังกล่าว การพิจารณาข้อพิพาทได้กระทำในระดับของท้องถิ่น ท้องถิ่นแต่ละท้องถิ่นต่างพิพากษาอรรถคดีโดยไม่ทราบวาท้องถิ่นอื่นพิพากษาว่าอย่างไร สิทธิและหน้าที่ของบุคคลจะมีมากน้อยเพียงใดขึ้นอยู่กับสถานะของบุคคลตามท้องถิ่น แต่ต่อมาพระมหากษัตริย์ได้พยายามก่อตั้งอำนาจที่ศูนย์กลางขึ้น จึงทำให้เกิดขัดแย้งกับท้องถิ่นอย่างรุนแรง แต่พระมหากษัตริย์ในฐานะเป็นผู้พิพากษาสูงสุดและเป็นที่มาแห่งความยุติธรรมและมีความรับผิดชอบในอันที่จะรักษาความสงบก็ได้จัดตั้งศาลของพระองค์ขึ้นเอง และส่งผู้พิพากษาเดินทางหมุนเวียนไปพิพากษาคดีทั่วราชอาณาจักร และผู้พิพากษานี้เองที่ได้ก่อตั้งข้อบังคับที่มีรูปแบบเดียวกันเป็นครั้งแรก และได้วางรากฐานความเป็นรูปลักษณะเดียวของกฎหมาย โดยก่อตั้งหลักเกณฑ์ทั่วไปขึ้น ซึ่งเป็นสามัญ (Common) ตลอดทั่วราชอาณาจักร โดยเหตุนี้จึงเกิดมีกฎหมาย Common Law สำหรับทุกส่วนของราชอาณาจักร จึงเรียกกฎหมายนี้ว่า Common Law จนกระทั่งบัดนี้

การเกิดขึ้นแห่งกฎหมาย Common Law ตามที่กล่าวแล้วมีทฤษฎีอยู่สองทฤษฎีคือ (๑) หลักเกณฑ์ดังเช่น Common Law ได้มีอยู่แล้วในประเทศ ผู้พิพากษาเป็นแต่แสดงหลักเกณฑ์นั้นๆ แล้วนำมาปรับแก้คดีเท่านั้น (๒) ผู้พิพากษาได้สร้าง

*ย่อมาจากบทความของ Joseph Dainow เรื่อง “The Civil Law and the Common Law” ใน *The American Journal of Comparative Law*, Volume 15, no. 3 (1966-1967), หน้า 419 และต่อๆ ไป

Common Law ขึ้นโดยคำพิพากษา และศาล ต่อมาได้ยอมรับเป็นบรรทัดฐานตามที่เรียกว่า “Judge Made Law”

ต่อมารัฐสภามีอำนาจตรากฎหมายในฐานะเป็นผู้แทนของประชาชน ในตอนแรกผู้พิพากษามีความไม่พอใจอำนาจของรัฐสภา เพราะศาลต้องใช้กฎหมายที่รัฐสภาออกและในเรื่องที่เกี่ยวกับ Common Law กฎหมายของรัฐสภาย่อมเข้ามาตัดทอนขอบเขตของ Common Law ซึ่งคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ผลจึงเป็นว่า ถ้าตัวบทกฎหมายที่ออกโดยรัฐสภาขัดแย้ง ศาลก็ต้องนำมาปรับแก้คดี แต่ถ้ากรณีเป็นที่สงสัย ศาลจะตีความให้มีความหมายอย่างแคบเพื่อที่จะไม่ให้นำกฎหมายนั้นเข้ามาตัดทอนขอบเขตของ Common Law ทั้งนี้เพื่อจะรักษาไว้ซึ่งอำนาจศาลให้มากที่สุด ข้อควรสังเกตมีว่า การใช้ตัวบทกฎหมายของผู้พิพากษาระบบ Common Law ต่างกับผู้พิพากษาระบบ Civil Law เพราะผู้พิพากษาระบบ Civil Law จำกัดตนเองว่าเป็นแต่ผู้ใช้กฎหมายที่ออกโดยรัฐสภาเท่านั้น ฉะนั้น ในกรณีที่ถ้อยคำเป็นที่สงสัย ศาลจึงพยายามตีความให้ตรงตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย ซึ่งอาจเป็น การตีความโดยจำกัดความ (Restrictive Interpretation) ก็ได้ หรืออาจเป็นการตีความโดยขยายความ (Extensive Interpretation) ก็ได้

การนำ Common Law มาใช้แก้คดีอาจเกิดสถานการณ์ที่แย้งกระต่างไม่เป็นธรรม จึงได้คิดหาทางแก้โดยกำหนดวิธีพิจารณาขึ้นใหม่ และโดยวิธีที่พระมหากษัตริย์ในฐานะรัฐอธิปัตย์ได้อำนาจให้แก่ “Chancellor of the Royal Court” จึงได้มี Court of Chancery ขึ้น ซึ่งได้ทำให้เกิดกฎหมายขึ้นใหม่คู่เคียงและเป็นอิสระจากกฎหมายเดิม เพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรมตั้งแต่นั้นเป็นต้นมา กฎหมายอังกฤษจึงประกอบไปด้วย “กฎหมายลายลักษณ์อักษร” และ “Common Law” รวมทั้งหลัก “Equity” ซึ่ง Court of Chancery ได้พัฒนาขึ้น

๑.๒ ระบบ Civil Law

ประเทศที่ใช้ระบบกฎหมาย Civil Law หรือระบบประมวลกฎหมาย มีต้นตอมาจากระบบกฎหมายแพ่ง หรือ Civil Law ของโรมัน ซึ่งเรียกในภาษาละตินว่า “Jus Civile” ซึ่งใช้บังคับกับคนพื้นเมืองหรือชาวโรมัน (civiles) ที่ได้รับเอกสิทธิ์ที่จะตกอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายนี้ ส่วนคนชาติอื่นที่อยู่ภายใต้ปกครองของจักรวรรดิโรมันนั้น ต้องอยู่ภายใต้กฎหมายที่เรียกว่า “Jus Gentium” หรือกฎหมายทั่วไป กฎหมาย Jus Civile ของชาวโรมันนี้ต่อมาได้พัฒนาโดยคำพิพากษาของศาลบ้างด้วยการตีความของนักปราชญ์บ้างจนเจริญขึ้นเป็นระบบที่ดี ต่อมาในสมัยพระเจ้าจักรพรรดิจัสติเนียน (Justinian) ได้รวบรวมกฎหมายที่สำคัญและทำเป็นประมวลกฎหมายที่เรียกว่า “Corpus Juris Civilis” และต่อมาประเทศต่าง ๆ ในภาคพื้นยุโรปได้นำมาใช้เป็นเสมือนกฎหมายของตน บางครั้งจึงเรียกระบบกฎหมายนี้ว่า “ระบบกฎหมายภาคพื้นยุโรป” ภายหลังได้พัฒนาไปเป็นประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน เป็นต้น

ในประเทศที่ใช้ระบบ Civil Law นั้น กฎหมายส่วนมากเป็นบทกฎหมายที่ออกโดยรัฐสภา กฎหมายประเพณีเกิดขึ้นได้เหมือนกัน แต่เป็นส่วนน้อย ซึ่งจะได้กล่าวต่อไป และบรรดาบท

กฎหมายเหล่านี้ที่สำคัญ ได้แก่ ประมวลกฎหมาย เช่น ประมวลกฎหมายแพ่ง ประมวลกฎหมายพาณิชย์ ประมวลกฎหมายอาญา แต่ก็มีพระราชบัญญัติเฉพาะเรื่องบ้าง ประมวลกฎหมายนั้นต่างกับพระราชบัญญัติเฉพาะเรื่องได้กล่าวมาแล้วว่าประมวลกฎหมายได้รวบรวมบทบัญญัติเรื่องเดียวกันเข้าไว้ด้วยกัน จัดแบ่งหมวดหมู่ให้เรียบร้อย มีข้อความเท่าถึงซึ่งกันและกัน ในที่นี้จะขอก้าวเพิ่มเติมว่า การบัญญัติประมวลกฎหมายแปลกกว่าพระราชบัญญัติ กล่าวคือ ประมวลกฎหมายนั้นบัญญัติหลักเกณฑ์ทั่วไป ให้คลุมข้อความทั้งหมดในเรื่องที่ประสงค์จะบัญญัติไว้ โดยพยายามที่จะให้แก่ปัญหาได้ทุกปัญหา อันอาจพึงเกิดขึ้นได้ แต่ในขณะเดียวกัน ก็ระมัดระวังที่จะกล่าวไว้แต่หลักเกณฑ์ใหญ่ๆ ไม่กล่าวถึงรายละเอียดปลีกย่อย การประมวลกฎหมาย (Codification) จึงต่างกับการเอากฎหมายหลายฉบับซึ่งบัญญัติเรื่องเดียวกันมาทำเป็นฉบับเดียวกัน (Amalgamation) โดยไม่มีการจัดให้เป็นระบบ และแบ่งแยกประเภทเรื่อง (Classification) ให้เรียบร้อย

เมื่อประมวลกฎหมายมีลักษณะเป็นกฎหมายที่วางหลักเกณฑ์ทั่วไป (General Principles) การตีความบทบัญญัติของประมวลกฎหมาย จึงต้องตีความอย่างใจกว้าง (Liberal Interpretation) เพื่อที่จะได้ใช้เป็นรากฐานในการพิพากษาคดีที่ได้เกิดขึ้นเมื่อมีสถานการณ์ใหม่ๆ ซึ่งในขณะบัญญัติประมวลกฎหมายไม่ได้คาดหมายว่าจะเกิดขึ้น ในการตีความพระราชบัญญัติก็ต้องตีความอย่างใจกว้าง เพื่อที่จะได้ใช้เป็นรากฐานในการพิพากษาคดีที่เกิดขึ้นเมื่อมีสถานการณ์ใหม่ๆ เช่นเดียวกัน ศาลของประเทศที่ใช้ประมวลกฎหมายนั้น ใต้นับถือบทกฎหมายที่ออกโดยรัฐสภาอย่างมากที่สุด และถือว่าบทกฎหมายที่ออกโดยรัฐสภาเป็นที่มาแห่งกฎหมายที่สำคัญที่สุด เมื่อเป็นเช่นนั้น ในประเทศที่ใช้ประมวลกฎหมายนั้น หลักฐานต่างๆ ที่ใช้ในการร่างกฎหมาย เช่น บันทึกการประชุมของกรรมการร่างกฎหมายของรัฐบาล หรือของกรรมาธิการของรัฐสภา คำอธิบายของผู้ร่าง ตลอดจนคำอธิบายเกี่ยวกับร่างกฎหมายนั้นในรัฐสภา ได้ใช้เป็นหลักฐานในการตีความ โดยแสดงให้เห็นเจตนารมณ์ของกฎหมาย และได้พิมพ์เอกสารดังกล่าวนั้นเป็นทางการออกจำหน่ายแก่ประชาชน

ตรงกันข้ามกับศาลของประเทศที่ใช้ระบบ Common Law ซึ่งถือว่าเมื่อประกาศใช้กฎหมายของรัฐสภาแล้ว กฎหมายก็เป็นอิสระ จะตีความอย่างไรก็พิจารณาจากถ้อยคำในกฎหมายนั่นเอง จะใช้เอกสารที่ใช้ในการร่างกฎหมายมาตีความไม่ได้ และศาลของประเทศที่ใช้ Common Law นั้นถือว่า Common Law เป็นกฎหมายทั่วไป แต่พระราชบัญญัติเป็นกฎหมายเฉพาะเรื่อง จึงได้ตีความคับแคบดังได้กล่าวมาแล้ว และที่เป็นเช่นนั้นเพราะอำนาจของรัฐสภาที่จะออกกฎหมาย เกิดขึ้นที่หลังอำนาจของพระมหากษัตริย์ และการที่ศาลมีอำนาจมากก็เพราะเมื่อศาลหนึ่งได้พิพากษาคดีหนึ่งแล้ว คำพิพากษาไม่ใช่เป็นกฎหมายเฉพาะคู่ความในคดีนั้นเท่านั้น แต่ศาลอื่นจะต้องดำเนินตามในคดีที่เกิดขึ้นในภายหลัง ซึ่งมีรูปลักษณะอย่างเดียวกันด้วย คำพิพากษาจึงกลายเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายทั่วไป หรือ Common Law โดยเหตุนี้ Common Law จึงเป็นหลักเกณฑ์ต่างๆ ซึ่งอาจกำหนดเป็นหลักทั่วไปได้จากคำพิพากษาของศาลทั้งหลาย

เมื่อมีปัญหาใหม่ๆ เกิดขึ้น ก็เกิดเป็นคดีใหม่ขึ้น จึงเป็นการเพิ่มพูนหลักของ Common Law ให้มากขึ้นๆ ทุกครั้ง ดังได้กล่าวมาแล้วในตอนต้นว่า ได้มีทฤษฎี ๒ ทฤษฎี คือ ทฤษฎีหนึ่งถือว่า Common

Law มีอยู่แล้วในประเทศ ศาลเป็นผู้แสดงหรือประกาศหลักเกณฑ์ของ Common Law ขึ้น และอีกทฤษฎีหนึ่งศาลสร้างกฎหมาย (Judge Made Law) ขึ้นทีเดียว ในที่นี้ขอก้าวเพิ่มเติมว่า ในปัจจุบันนี้ได้นิยมทฤษฎีแรกเป็นส่วนมาก กล่าวคือ ถือว่าความจริงมี Common Law ครอบคลุมทุกกรณีโดยครบถ้วนแล้ว ถ้ายังไม่มีการกำหนดหลักเกณฑ์ไว้ ศาลย่อมมีความรับผิดชอบที่จะกำหนดหลักเกณฑ์ขึ้น โดยนัยนี้คำพิพากษาของศาลจึงเป็นทั้งที่มาของกฎหมายและข้อพิสูจน์ว่ากฎหมายได้มีอยู่ด้วย

การที่ระบบกฎหมาย Common Law ได้ใช้อย่างมั่นคงและใช้ต่อเนื่องกันมาสม่าเสมอกัน เพราะมีหลักให้เดินตาม “แบบอย่าง” (Precedent) กล่าวคือ ถ้าศาลใดได้วินิจฉัยปัญหาใดไว้ครั้งหนึ่งแล้ว ศาลต่อๆ มาซึ่งจะต้องวินิจฉัยปัญหาอย่างเดียวกันจะต้องวินิจฉัยให้ได้ผลอย่างเดียวกันกับคำพิพากษาแรก กล่าวคือ ผู้พิพากษาจำต้องเจริญรอยตามคำพิพากษาก่อนๆ ซึ่งเป็นแบบอย่าง (Precedent) นั้นๆ แต่หลักให้เดินตามแบบอย่างนี้ใช้เฉพาะในกรณีที่เป็นประเด็นในการวินิจฉัยคดี (Ratio Decidendi) คือเป็นประเด็นซึ่งจำเป็นอย่างแท้จริงที่จะพิพากษาคดี ถ้าไม่ใช่ประเด็นสำคัญเป็นแต่เพียงคำที่กล่าวอ้างไว้ในคำพิพากษา (Obiter Dicta) ถ้อยคำดังกล่าวก็หาผูกมัดคำพิพากษาในคดีหลังไม่ ในกรณีที่มีสถานการณ์เกิดขึ้นใหม่ คล้ายคลึงกับคดีที่เคยมีคำพิพากษามาแล้วแต่ไม่เหมือนกันทีเดียว ถ้าผู้พิพากษาเห็นว่าสมควรจะพิพากษาไปในทางเดียวกัน ก็พิพากษาดตามคดีก่อนได้ แต่ถ้าศาลเห็นไม่สมควร ศาลก็อาจชี้ข้อแตกต่างและพิพากษาเป็นอย่างอื่นได้ แต่ในสถานการณ์พิเศษ ผู้พิพากษาอาจพิพากษาว่า คดีก่อนได้พิพากษาคิดพลาดไป และพิพากษากลับหลักเกณฑ์ที่คำพิพากษาในคดีก่อนได้กำหนดไว้ก็ได้ ซึ่งในกรณีหลังนี้ก็เป็นกรการสร้าง “แบบอย่าง” (Precedent) ขึ้นใหม่ ทั้งนี้เพื่อให้มีความยืดหยุ่นและมีหลักเกณฑ์ที่เหมาะสมกับสถานการณ์ใหม่ๆ ได้

ได้กล่าวมาแล้วว่า ในประเทศที่ใช้ Common Law เองก็มีการออกพระราชบัญญัติเหมือนกัน แต่เป็นกฎหมายเฉพาะเรื่อง คือโดยปกติไม่ได้ประสงค์จะวางหลักเกณฑ์ทั่วไป และศาลก็พยายามตีความอย่างแคบ เพื่อแก้ข้อเสียดังกล่าว คือการตีความคับแคบของศาลทำให้ผู้ร่างกฎหมายในประเทศที่ใช้ระบบ Common Law ต้องพยายามใช้ถ้อยคำในฉบับทให้มีความหมายกว้างเพื่อให้สมเจตนารมณ์ที่จะบัญญัติกฎหมายนั้นๆ

มีบางท่านตำหนิระบบกฎหมายของประเทศที่ใช้ประมวลกฎหมายว่า ผู้พิพากษาได้แต่ใช้กฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษรเท่านั้น ซึ่งไม่เป็นความจริง เพราะถ้อยคำของตัวบทกฎหมายเป็นที่สงสัย ศาลก็ต้องตีความในกฎหมาย ซึ่งอาจเป็นการตีความในทางขยายความก็ได้ดังได้กล่าวมาแล้วข้างต้น นอกจากนี้ศาลแห่งประเทศที่ใช้ประมวลกฎหมายมีอำนาจนำบทบัญญัติที่มีข้อความทั่วไป (General Clause) มาปรับแก้คดีได้ เช่น บทบัญญัติที่ว่าการใช้สิทธิต้องกระทำโดยสุจริต เป็นต้น และถ้าระบบของกฎหมายลักษณะนั้นๆ เปิดช่องให้อุดช่องว่างแห่งกฎหมายทำนอง มาตรา ๔ แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย ศาลก็อุดช่องว่างได้โดยการนำบทบัญญัติที่มีลักษณะทั่วไปมาใช้แก้คดีก็ได้ โดยการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายก็ดี ศาลของประเทศที่ใช้ประมวลกฎหมายก็ทำหน้าที่คล้ายคลึงกับ “สร้าง” กฎหมายขึ้นใหม่นั้นเอง เป็นแต่เรียกชื่ออย่างอื่นเท่านั้น การที่ศาลจำต้องอุดช่องว่างแห่งกฎหมายนั้น ในบางกรณีมีผลทำให้เป็นการสร้างหลักกฎหมายขึ้นใหม่ที่เดียว เช่น

ประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส และประมวลกฎหมายแพ่งเบลเยียม มีบทบัญญัติว่าด้วยละเมิดน้อย มาตรา คำพิพากษาของศาลจึงมีผลเป็นการวางหลักเกณฑ์เรื่องละเมิดทีเดียว คือมีผลเสมือนเป็นการ สร้างหลักเกณฑ์ในเรื่องละเมิดขึ้นและในเรื่องอื่นก็มีใช้ว่า ศาลในประเทศที่ใช้ประมวลกฎหมาย จะไม่ คำนึงถึงคำพิพากษาศาลสูงซึ่งได้พิพากษามาแล้วเสียเลย ศาลคำนึงถึงเหมือนกัน เพราะศาลศึกษาได้ จากหนังสือพิมพ์คำพิพากษาและตำรากฎหมายที่อ้างถึงคำพิพากษานั้นๆ แต่ศาลถือว่าคำพิพากษา ในคดีก่อนเป็นแต่ตัวอย่างของการตีความในกฎหมายเท่านั้น ซึ่งศาลในคดีหลังอาจเจริญรอยตาม โดยพิพากษาอย่างเดียวกันก็ได้ หากแต่ไม่ถึงกับเป็นการ “สร้าง” กฎหมายขึ้นใหม่ดังเช่นในระบบ Common Law ข้อแตกต่างกันในเรื่องนี้ที่แท้ก็คือ ในประเทศที่ใช้ประมวลกฎหมาย ผู้พิพากษาไม่ ผูกมัดกับคำพิพากษาของศาลที่พิพากษาก่อนหน้านั้น ถ้าเห็นด้วยก็พิพากษาเช่นเดียวกัน ถ้าไม่เห็น ด้วยก็พิพากษาเป็นอย่างอื่นได้ และคำพิพากษาในคดีหลังจำต้องอ้างตัวบทกฎหมาย ซึ่งจะเป็น รากฐานแห่งเสถียรภาพและความต่อเนื่องของตัวบทกฎหมาย อนึ่ง ศาลในประเทศที่ใช้ประมวล กฎหมายจำต้องให้เหตุผลไว้ในคำพิพากษาด้วย และจะพิพากษาไปในทางวางหลักเกณฑ์ทั่วไปเพื่อ ประสงค์จะให้นำไปใช้ในคดีต่อๆ มาไม่ได้

๒. ตำรากฎหมาย

ตำรากฎหมายของประเทศที่ใช้ประมวลกฎหมายมีสองประเภทคือ ตำราที่เขียนอธิบายเรียง มาตราประเภทหนึ่ง และตำราที่เขียนเป็นระบบโดยไม่คำนึงถึงการเรียงมาตราของกฎหมายอีกประเภทหนึ่ง แต่ไม่ว่าจะเป็นตำรากฎหมายประเภทใด ต่างก็พยายามจะแสดงให้เห็นหลักเกณฑ์ทั่วไป และเรียบ เรียงทฤษฎีทั่วไปเกี่ยวกับประมวลกฎหมายหรือพระราชบัญญัติที่เป็นรากฐานในการเขียนตำรานั้นๆ

แต่ตำรากฎหมายของประเทศที่ใช้ระบบ Common Law นั้น มักจะไม่ค่อยมีหลักต่างๆ (Doctrines) เท่าใดนัก ส่วนมากเป็นการจำแนกแยกแยะ (Analyse) ของคำพิพากษาต่างๆ ที่ตัดสิน ไปแล้ว โดยมีความมุ่งหมายที่จะแยกคำพิพากษาออกไปตามเรื่อง (Classify) และแสดงให้เห็นความ แตกต่างของหลักเกณฑ์ซึ่งปรากฏในคำพิพากษาต่างๆ นั้น เช่น จะเอาคำพิพากษาต่างๆ เกี่ยวด้วย การทำละเมิดโดยประมาทมาไว้ต่างหากจากการทำละเมิดโดยจงใจ และแสดงให้เห็นหลักเกณฑ์ต่างๆ ซึ่งศาลวางไว้แตกต่างกัน เช่น ในเรื่องประมาทก็แสดงว่า อย่างไรถือว่าประมาท อย่างไรไม่ถือว่า ประมาทเป็นตัวอย่าง ตำรากฎหมายของประเทศที่ใช้ระบบ Common Law จึงแสดงให้เห็นวิวัฒนาการ (Evolution) ของกฎหมายโดยแสดงถึงหัวข้อต่างๆ ที่ค่อยๆ คลี่คลายโดยคำพิพากษาแต่ละฉบับ หลัก เกณฑ์ (Doctrines) ในตำราดังกล่าวจึงเป็นเพียงเอาคำพิพากษามาเรียบเรียงแบ่งแยกเป็นรายเรื่อง และ แสดงให้เห็นสาระและความถูกต้องของคำพิพากษา ผู้พิพากษาหรือทนายความในการพิจารณาคดี หลังๆ มักจะอ้างคำพิพากษาในคดีก่อนๆ มากกว่าการอ้างถึงหลักเกณฑ์ที่เขียนในตำรา ซึ่งต่างกับ ผู้พิพากษาและทนายความของประเทศที่ใช้ประมวลกฎหมาย ซึ่งมักจะอ้างถึงผู้เขียนตำรากฎหมาย เป็นส่วนมาก นอกจากนี้ แม้ผู้เขียนตำรากฎหมายจะยังมีชีวิตอยู่ก็นำมาใช้อ้างอิงได้ ซึ่งประเพณีของ



ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป

คำสอนว่าด้วยความรู้เกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป ความรู้เรื่องระบบกฎหมาย โดยเฉพาะระบบ **Civil Law** และระบบ **Common Law** วิวัฒนาการของกฎหมาย ลักษณะและบ่อเกิดของกฎหมาย การใช้การตีความกฎหมาย การอุดช่องว่างและการร่างกฎหมาย รวมทั้งสำนักคิดในทางกฎหมาย ข้อความคิดพื้นฐานทางกฎหมาย ว่าด้วยสิทธิและวิธีการศึกษากฎหมาย

<http://thammasatpress.tu.ac.th>

ISBN 978-616-314-825-4



9 786163 148254

ราคา ๒๙๐ บาท
หมวดกฎหมาย