

บทที่ ๑

ระบบกฎหมาย

คำว่ากฎหมายในภาษาไทย "กฎหมาย" ประกอบด้วยคำ 2 คำ คือ กฎ และ หมาย

กฎ คือการกำหนด หลักฐาน ซึ่งมักจะปรากฏเป็นลายลักษณ์อักษร

หมาย คือประกาศ ตราตั้ง

ดังนั้นเมื่อรวบรวมคำทั้งสองเข้าด้วยกันแล้วจะเห็นว่า กฎหมาย คือการจดและบันทึกไว้เป็นหลักฐาน หมายกำหนด จดหมายราชการ

ในเอกสารกล่าวไว้ว่า "...ให้กฎหมายบอกแก่ข้าทูลละออง ฯ อาณาประชาราษฎร์ทั้งปวง...และ"... จึงกฎหมายให้สาม (ถาม) ไปเดือนหนึ่ง จอมไตรคำรัสให้ส่งคืนมา..."¹

ซึ่งอ่านแล้วเข้าใจได้ว่าได้มีการประกาศโดยการบันทึกเป็นลายลักษณ์อักษรโดยพระมหากษัตริย์ผู้มีอำนาจในรัฐ เพื่อให้ราษฎรทราบ รวมทั้งหมายถึงจดหมายราชการด้วย เพราะได้มีการให้ตอบมายังผู้มีอำนาจในรัฐนั่นเอง

ส่วนในภาษาต่างประเทศตะวันตกนั้น กฎหมาย ตรงกับคำในภาษาลาตินว่า Jus ซึ่งแปลว่า เจตน์เจ้านงค์ หรืออำนาจของเทพเจ้าหรือพันธะ (Volonté puissance

¹ถนัด คอมันตร์, คำอธิบาย ปรัชญากฎหมายสำหรับ นิติศึกษาโท แผนกวิชา นิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย (อัครสวเนา).

divine, Line) ในภาษาลาตินใช้ Jus ประกอบด้วยคำต่าง ๆ เช่น

Jus gentium, Jus natruale

Jus privatum, Jus publicum

Jus: Regle de driot Systeme or donateur de lavie on commun

ส่วนคำว่า "กฎหมาย" ในภาษาของประเทศยุโรปตะวันตกก็มาจากคำว่า

"ตลาด" ในภาษาลาติน กล่าวคือ

directum (bas Latin) ; droit dirit to, direito., derecho

re gere (gouvernerz regir) : Recht เยอรมัน right อังกฤษ)

re gnum (rehne) regula (re gle) ซึ่งกล่าวไว้ว่ากฎหมายก็คือคำสั่ง

ของผู้มีอำนาจซึ่งผู้อยู่ใต้อำนาจมีพันธะต้องปฏิบัติตาม กฎหมายในที่นี้อาจแบ่งออกได้เป็น

2 ลักษณะ คือ

กฎหมาย ส่วนบัญญัติ (Droit positif) และกฎหมายธรรมชาติ (Droit naturel) กฎหมายส่วนบัญญัติได้แก่ "กฎหมาย" กฎข้อบังคับและระเบียบทั้งหลายซึ่งตราหรือบัญญัติขึ้นโดยองค์กรหรือผู้มีอำนาจตามกฎหมาย และบุคคลจำกัดเวลาและสถานที่ที่กำหนดไว้ ส่วนกฎหมายธรรมชาติเป็นแนวทางการประพฤติหรือปฏิบัติที่ยอมรับนับถือกันในหมู่มนุษย์สืบเนื่องมา มีนักนิติศาสตร์บางท่านอาจจะกล่าวได้ว่า กฎหมายธรรมชาติเป็นบทบัญญัติที่มาจากเจตนาของพระเจ้า¹ เป็นเช่นนี้เพราะกฎหมายธรรมชาติมาจากหลักศีลธรรมเริ่มแรกของมนุษย์ เช่นห้ามลักทรัพย์ เพราะตามหลักแล้วผู้เป็นเจ้าของยอมเสียขายและโทษแก่นักฆาตของนั้นไปเสียทำให้เกิดความยุ่งยากในสังคมหรือเป็นที่ยอมรับในหมู่มนุษย์ต่าง ๆ ว่าห้ามฆ่าบุคคลอื่น ๆ โดยเจตนา เพราะมีความผิด

¹ อุกฤษ มงคลนาวิน, แนวคำบรรยาย ว่าด้วยความเบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมาย ทั่วไปสำหรับนิสิตชั้นปริญญาตรี ภาคแรก ปีการศึกษา 2519, (อัครสำเนา).

ต้องได้รับโทษทางอาญา กฎเช่นนี้เป็นกฎที่เกิดจากความยุติธรรมโดยธรรมชาติ (Justice by Nature or Nature Justice) ส่วนกฎหมายส่วนบัญญัติเป็นที่มาจากเจตนารมณ์ของมนุษย์ ทั้งนี้เพราะเหตุทั่ว ๆ ไปในทางปฏิบัติในครั้งแรกคนอยู่ในป่าเดินสวนกันไปมาเกิดชนกันเข้าก็ทำให้ต้องถอยหนีกันมีการกำหนดเส้นทางเดิน อันเป็นกฎเกณฑ์ที่ว่าเดินสวนกันให้เดินคนละเส้นทางซึ่งกฎหมายอันนี้ไม่ปฏิบัติก็เพียงทำให้เกิดความลำบาก สับสนแต่ไม่ถึงขนาดที่จะทำให้เกิดขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือผิดศีลธรรมแต่อย่างใด เพราะเป็นเพียงกำหนดกฎเกณฑ์เพื่อให้เป็นระเบียบแก่มนุษย์เท่านั้นหรืออาจเรียกได้ว่าความยุติธรรมที่เป็นแบบแผน (Conventional Justice)

แต่ความหมายของคำว่า "กฎหมาย" นี้อาจจะแบ่งได้เป็นสองนัย คือ ความหมายอย่างกว้าง ซึ่งหมายถึงกฎหมายทุกชนิดในประเทศใดประเทศหนึ่งซึ่งบัญญัติไว้ให้ประชาชนเคารพและปฏิบัติตาม โดยที่ไม่ได้ระบุว่าเป็นกฎหมายอะไร อาจจะเป็นกฎหมายมหาชน หรือกฎหมายเอกชนก็ได้ ส่วนอีกนัยหนึ่งซึ่งแคบกว่านัยแรกกว่าอาจจะระบุเจาะจงเป็นเรื่อง ๆ ไป เช่นกล่าวระบุไปที่เดียวว่าประมวลกฎหมายอาญา ประมวลกฎหมายแพ่ง และพาณิชย์ ดังนั้นความหมายในนัยแคบก็เป็นส่วนหนึ่งของความหมายของนัยแรก เช่นประมวลกฎหมายอาญาเป็นส่วนหนึ่งในกฎหมายมหาชน เป็นต้น

ความหมายของคำว่า "กฎหมาย" นั้น มีนักปราชญ์ทางกฎหมายได้ให้คำจำกัดความไว้หลายประการ ซึ่งพอจะประมวลมาได้ดังต่อไปนี้คือ

กรมหลวงราชบุรีดิเรกฤทธิ์ ให้คำจำกัดความว่า "กฎหมาย" ไว้ดังนี้ คือ กฎหมายนั้นคือคำสั่งทั้งหลาย เมื่อไม่ทำตามแล้วตามธรรมดาต้องรับโทษ"

เจ้าพระยานิติศาสตร์ไพศาล "กฎหมาย คือระเบียบที่มีผู้มีอำนาจเหนือได้วางลงสำหรับความจำเป็นของผู้ที่อยู่ใต้อำนาจเป็นคำบัญชาอย่างใดอย่างหนึ่ง ที่จะทำหรืองดเว้นไม่กระทำสิ่งใดเมื่อผู้บัญชามีอำนาจบัญชาได้โดยถ้าผู้ใดไม่ทำตามแล้วจะบันดาลให้เกิดผลร้าย หรือทำโทษได้"

ขุนประเสริฐสุภมาตรา "กฎหมาย คือข้อบังคับของประเทศ ซึ่งใช้บังคับความประพฤติของพลเมือง ถ้าใครฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติตามมีความผิด และยอมต้องถูกบังคับทำโทษ"

ศาสตราจารย์ เอกุต์ "กฎหมาย เป็นคำสั่งหรือข้อบังคับซึ่งมนุษย์จำต้องเคารพในความประพฤติต่อเพื่อนมนุษย์ด้วยกันอันมาจาก รัฐบาลิบัติ หรือมนุษย มีลักษณะนำไปใช้บังคับได้เสมอไป และจำต้องปฏิบัติตาม"¹

กฎหมาย ใดแกมว่ลู่ข้อบังคับอันรับรูและบังคับใช้โดยรัฐ และกระทำในศาลยุติธรรม กฎหมาย คือคำสั่งซึ่งหมุชนยอมรับรองโดยตรงหรือ โดยปริยายและประกอบขึ้นด้วยมวลข้อบังคับที่หมุชนนั้นเห็นว่าเป็นสิ่งสำคัญเพื่อความผาสุกของตนและพร้อมที่จะให้มีการบังคับเพื่อให้ปฏิบัติตาม

จากคำจำกัดความต่าง ๆ ที่ยกมาข้างต้นนั้น จะเห็นได้ว่าแม้สำนวนจะแตกต่างกันออกไปเป็นของแต่ละท่าน ผู้ซึ่งเป็นนักปราชญ์ทางกฎหมาย แต่โดยสรุปแล้วก็ได้ความว่า กฎหมายเป็นข้อบังคับซึ่งรัฐเป็นผู้บัญญัติมาให้ประชาชนปฏิบัติตาม หากผู้ใดฝ่าฝืนจะต้องได้รับโทษทั้งนั้นพอที่จะสรุปได้ คือ

กฎหมาย คือบรรดากฎข้อบังคับซึ่งออกมาโดย รัฐบาลิบัติ หรือผู้มีอำนาจในรัฐนั้นระหว่างสิทธิและหน้าที่ของสมาชิกในสังคม เพื่อไม่ให้ขัดแย้งและก้าวกายกัน กฎสำหรับการปฏิบัติของแต่ละคน ซึ่งอาจมีการบังคับใช้สำหรับบุคคลและหมู่คณะภายในสังคมหากไม่ปฏิบัติจะได้รับสภาพบังคับ คือ การถูกลงโทษส่วนวิทยาการกฎหมาย หรือนิติศาสตร์ คือ การจัดทำกรขยายความ การตีความกับการใช้บังคับ บรรดากฎข้อบังคับ และระเบียบภายในสังคมที่หลักฐานและมีระเบียบ ซึ่งตรงกันข้ามกับสังคมป่าเถื่อนที่ปราศจากกฎเกณฑ์

ในอดี มีนักนิติศาสตร์แบ่งกฎหมายออกเป็น 2 ประเภท คือ

1. droit objectif
2. droit subjectif

¹ไอสด โกลิน, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป (กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2501), หน้า 17.

ซึ่งเราอาจจะแปลได้ว่าเป็น กฎหมายวัตถุประสงค์ กับ บุคคลวิสัย ประเภทแรก หมายถึง กฎหมายทำการกำหนดหลักการทั่วไปและบทบัญญัติที่ใช้อย่างบังคับเพื่อประโยชน์ส่วนรวมของสังคม ส่วนประเภทหลัง เป็นบทบัญญัติกำหนดสิทธิและหน้าที่บางประการที่เกี่ยวกับบุคคล ไม่เกี่ยวกับส่วนรวม เช่นกรรมสิทธิเหนือสิ่งหาทรัพย์และอสังหาทรัพย์ของบุคคล สิทธิเกี่ยวกับการเลือกตั้ง อำนาจหน้าที่ของผู้ปกครองผู้เยาว์ และสิทธิที่จะได้รับค่าชดเชยจากการเวนคืน ที่ดินเพื่อประโยชน์สาธารณะ เป็นต้น

การแบ่งกฎหมาย ในลักษณะนี้มีประโยชน์ทางทฤษฎี แต่ในทางปฏิบัติไม่สู้จะมีประโยชน์นัก¹ แต่ถ้าจะเข้าใจว่าความหมายของคำว่า "กฎหมาย" แล้ว ก็ตามแต่บางครั้งก็ยังไม่เพียงพอที่จะวินิจฉัยว่าอะไร เป็นกฎหมาย จึงมีความจำเป็นที่จะต้องศึกษาถึงซึ่งลักษณะกฎหมายทั่วไปว่ามีอยู่อย่างใดเพื่อที่จะให้ง่ายในการวินิจฉัยว่า อะไรจะเป็นกฎหมายหรือไม่

ลักษณะของกฎหมายทั่วไปจะต้องประกอบด้วย

1. ต้องมาจากรัฐวิสัย²
2. เป็นคำสั่ง หรือ ขอรหัสชนิดทั่วไปที่ใช้อย่างบังคับ
3. เป็นการใช้ได้เสมอไป
4. จำต้องปฏิบัติตาม
5. มีสภาพบังคับ²

ซึ่งพอจะอธิบายลักษณะทั่วไปของกฎหมายได้โดยย่อ ดังต่อไปนี้

¹ไอสด โกสิน, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป, เรื่องเดิม. หน้า 56.

²เชื้อ คงคากุล, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป (กรุงเทพฯ :

1. ต้องมาจากรัฐาธิปัตย์ คือต้องเป็นบทบัญญัติของผู้มีสิทธิขาดสูงสุดของประเทศ ที่มีเอกราชมิใช่คำสั่งหรือข้อบังคับบางคน บุคคล หรือ คณะบุคคลที่ซึ่งมิได้มีอำนาจอยู่เหนือคนทั่วประเทศ เช่น ข้อบังคับของสมาคมหรือบริษัทที่มิใช่เฉพาะสมาชิกหรือผู้ถือหุ้นข้อบังคับนี้ไม่ถือว่าเป็นกฎหมาย

2. เป็นคำสั่งหรือข้อกำหนดทั่วไปที่ใช้อย่างบังคับ คือต้องเป็นบทบัญญัติที่บังคับแก่บุคคลทั่วไป ไม่จำกัดเพื่อบุคคลหนึ่งบุคคลใดโดยเฉพาะหรือเพื่อกิจการบางอย่างเท่านั้น ถึงแม้กฎหมายบางฉบับจะมีวัตถุประสงค์จะให้สิทธิหรือกำหนดหน้าที่ความรับผิดชอบแก่บุคคลบางประเภท เช่น การตั้งบริษัท จะต้องนำไปจดทะเบียนตามกฎหมาย เมื่อผู้ใดตั้งบริษัทก็ต้องนำไปจดทะเบียนไม่เฉพาะบุคคลใดบุคคลหนึ่ง แต่ก็เป็นการใช้บังคับโดยทั่วไป คือเมื่อผู้ใดมีคุณสมบัติอยู่ในบุคคลประเภทนั้น ก็ต้องได้ผลประโยชน์หรือมีหน้าที่ที่จะต้องปฏิบัติตามกฎหมายนั้น เสมอทุกคน เพราะว่าเมื่อพูดถึงกฎหมายซึ่งเป็นเรื่องคำสั่งหรือข้อกำหนดของผู้มีอำนาจสูงสุดในรัฐนั้นที่ให้อยู่ภายใต้บังคับประเพณีปฏิบัติหรือละเว้นไม่ประเพณีปฏิบัติซึ่งกฎหมายเหล่านี้เรียกกันว่าเป็นกฎหมายมหาชน ซึ่งเป็นการกำหนดความสัมพันธ์ระหว่างรัฐหรือหน่วยงานของรัฐกับราษฎร ในฐานะที่รัฐเป็นฝ่ายเหนือราษฎร

3. เป็นการใช้ได้เสมอไป คำกล่าวนี้มีใจหมายความว่า กฎหมายมีลักษณะเป็นถาวรตลอดไป ความจริงกฎหมายที่ประกาศใช้แล้วจะมีผลอยู่จนถูกยกเลิกไม่ใช่ว่าวาระใดวาระหนึ่ง ทั้งนี้ เพราะความเปลี่ยนแปลงของกฎหมายซึ่งขึ้นกับความจริงของประเทศแต่ละประเทศหรือภาวะเศรษฐกิจของประเทศเหล่านั้นทำให้กฎหมายเปลี่ยนแปลงไป หรือมีสิ่งประดิษฐ์ใหม่เกิดขึ้นเหล่านี้บังคับ กฎหมายเก่าก็ย่อมถูกยกเลิก เมื่อมีคำประกาศให้เลิกหรือเมื่อมีกฎหมายใหม่ได้บัญญัติขึ้นมา แต่ก็ไม่เชิงยกเลิก กฎหมายเก่าไปที่เดียว ถ้าหากกฎหมายใหม่ไม่ระบุถึงใช้กฎหมายเก่าซึ่งไม่ขัดแย้งกับกฎหมายใหม่

4. จำต้องปฏิบัติตาม การปฏิบัติตามกฎหมายเป็นสิ่งจำเป็น เมื่อประกาศใช้แล้วประชาชนต้องปฏิบัติตาม แม้ไม่เห็นชอบด้วย ถึงแม้จะขัดผลประโยชน์ เพราะถ้าฝ่าฝืนเป็นต้องถูกลงโทษ การปฏิบัติตามกฎหมายอาจจะเป็นการกระทำหรืองดเว้นการกระทำใด กฎหมายบางประเภท "ห้ามเด็ดขาด" บางประเภทก็ไม่ "ห้ามเด็ดขาด"

กฎหมายห้ามเด็ดขาด หมายความว่าผู้ใดจะเลือกปฏิบัติอย่างใดอย่างหนึ่งไม่ได้ ต้องทำตามและปฏิบัติตามโดยเคร่งครัด ซึ่งส่วนใหญ่เกี่ยวกับความเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน เช่น กฎหมายอาญา เป็นต้น

ส่วนกฎหมายห้ามไม่เด็ดขาดเป็นเรื่องให้คนเลือกปฏิบัติ เช่นในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ในเรื่องเช่าทรัพย์ ในขณะที่ทำสัญญาเช่าอาจจะตกลงให้ผู้เช่า หรือผู้ให้เช่าซ่อมแซมทรัพย์สินเองก็ได้ ทั้งนี้เพราะสัญญานี้ไม่กระทบกระเทือนถึงความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน

5. มีสภาพบังคับ เป็นลักษณะสุดท้ายและลักษณะสำคัญของกฎหมายทั่วไป ในกฎหมายนั้นมีผลดำเนินการบังคับวิธีต่าง ๆ ได้แก่คำว่า (sanction) ซึ่งได้แก่การที่ชี้ให้เห็นว่ากฎหมายมหาชน อำนาจหน้าที่ดำเนินการให้ผู้กระทำผิดได้รับโทษ เพราะถ้าผู้ใดฝ่าฝืนแล้วเพียงบัญญัติว่าผิด แต่ถ้ามีได้บัญญัติโทษเอาไวด้วย กฎหมายนั้นก็ไร้สภาพบังคับ ซึ่งอาจจะกล่าวได้ว่าไม่มีรัฐใดที่บัญญัติความผิดไว้แล้วไม่บัญญัติโทษไว้ โทษที่ได้ระบุไว้ เช่น ประหารชีวิต จำคุก กักขัง โทษปรับ ริบทรัพย์ ในทางอาญา ส่วนในทางแพ่งซึ่งเป็นความสัมพันธ์ระหว่างเอกชนกับเอกชนด้วยกันซึ่งมีฐานะเท่าเทียมกันและกฎหมายนี้เป็นกฎหมายเกี่ยวกับสิทธิ หน้าที่ของประชาชนเมื่อมีกรณีพิพาทเกิดขึ้นการจะบังคับเพื่อให้บรรลุความเกี่ยวพันระหว่างเอกชนในเมื่อมีการไม่ปฏิบัติตามนั้นต้องอาศัยอำนาจของเจ้าหน้าที่บ้านเมืองบังคับเพื่อให้เป็นไปตามสิทธิและหน้าที่ที่เกิดในระหว่างเอกชนนั้น ซึ่งเกี่ยวกับกฎหมายเอกชนซึ่งโทษในทางแพ่งนั้นได้แก่การ เรียกค่าสินไหมทดแทน เป็นต้น

เมื่อเข้าใจคำว่า กฎหมายและลักษณะของกฎหมายแล้ว ดังนั้นจึงมาพิจารณาถึงระบบกฎหมาย คำว่า "ระบบกฎหมาย" นี้ หมายถึงเป็นผลของการทำการของบุคคลกลุ่มหนึ่งกำหนดขึ้น เพื่อยุติกันอยู่ร่วมกันด้วยข้อบังคับหรือนิติบัญญัติซึ่งวางระเบียบการอยู่ร่วมกันเป็นสังคมในค่านต่าง ๆ และได้มาเกี่ยวกับเรื่องการปกครองกันและกันและการพิจารณาพิพากษาข้อพิพาทที่เกิดขึ้นระหว่างกัน ข้อบังคับอันเป็นกฎหมายนี้ต้องมีมากและสำคัญพอที่จะปกครองบุคคลทั้งหลายที่อยู่ในกลุ่มใดกฎหมายเดียวกันนั้นได้

องค์ประกอบอันสำคัญของระบบกฎหมาย คือ

1. มีกฎหมายเป็นเครื่องผูกพันบุคคลในกลุ่มนั้น ๆ
2. มีความเป็นอิสระในตัวในทางค่านครากฎหมาย

ระบบกฎหมายไม่เหมือนระบบอย่างรัฐหรือประเทศคือระบบกฎหมายไม่จำเป็นต้องมีอาณาเขตแน่นอนโดยเฉพาะอย่างเช่นรัฐ ดังจะเห็นได้ว่าระบบกฎหมายของอังกฤษใช้ในประเทศและรัฐต่าง ๆ ในสหรัฐอเมริกา นอกจากนี้ยังมีระบบกฎหมายซึ่งไม่มีใครเป็นเจ้าของแน่นอนและได้ใช้ในดินแดนต่าง ๆ เช่น กฎหมายอิสลาม ซึ่งได้ใช้ในหลายประเทศทางทวีปเอเชีย แอฟริกา ฯลฯ

โดยปกติแล้ว แต่ละรัฐต่างก็มีกฎหมายของตนโดยเฉพาะ แต่ก็ปรากฏว่ามีกฎหมายซึ่งไม่เป็นของรัฐใดแต่เป็นมรดกตกทอดมาจากประวัติศาสตร์ การที่มีระบบกฎหมายแตกต่างกันนี้ก็เพราะเหตุที่ว่ามีความเชื่อชาติต่างกันอยู่ในประเทศที่ติดพันอากาศที่ติดกัน มีความเลื่อมใสในลัทธิศาสนาต่างกัน แต่ก็น่าสังเกตว่ามีหลายประเทศที่ต่างเชื้อชาติ ศาสนา และต่างดินแดน แต่ก็มีกฎหมายคล้ายคลึงกัน เช่น ฝรั่งเศส กับส่วนหนึ่งของโปแลนด์ สวิสและเตอร์กี อิตาลีและบุลกาเรีย เยอรมันและญี่ปุ่น การที่บางประเทศมีกฎหมายคล้ายคลึงกันก็มีเหตุพิเศษโดยเฉพาะคำของ Montesquieu ซึ่งได้กล่าวไว้ในหนังสือ "Esprit des lois" บรรพ 1 ยังคงเป็นความจริงอยู่คือ "บรรดากฎหมายทั้งหลายต้องเป็นการเหมาะสมเฉพาะกับประชาชน ซึ่งเขาทำกฎหมายนั้นไว้ให้" เป็นการบังเอิญโดยแท้ที่กฎหมายของประเทศหนึ่งเป็นการเหมาะสมสำหรับอีกประเทศหนึ่ง... กฎหมายต้องเป็นไปตามสภาพแห่งประเทศ ดินฟ้าอากาศ คุณลักษณะของที่ดิน ฐานที่ตั้งดินแดนความใหญ่ของเจ้าของประเทศ... กฎหมายต้องอยู่รวมตามศาสนาของพลเมือง ความโน้มเอียงทางความคิดแห่งของประชาชน ความสมบูรณ์พูนสุข จำนวนประชากร การค้าขาย ขนบธรรมเนียมประเพณี ความประพฤติ ฯลฯ

ด้วยอำนาจแห่งการแสวงหาอาณาเขตหรือการรุกรานเข้าครอบครองประเทศในสมัยโบราณ ซึ่งเป็นสาเหตุที่เกิดจากภายนอก หรือด้วยอำนาจแห่งการเอาอย่างกันซึ่ง

เป็นเหตุภายใน ปรากฏว่าในปัจจุบันว่าในหลายประเทศมีกฎหมายคล้ายกัน ประเทศที่
 ห่างกันไกลอาจมีกฎหมายคล้ายคลึงกันได้โดยไม่ต้องคำนึงถึง เชื้อชาติ ศาสนา และชน
 ธรรมนิยมที่ลัทธิธรรม เช่น อียิปต์ มีประมวลกฎหมายใน ค.ศ. 1875 และ 1883 ได้เอา
 อย่างประมวลกฎหมายของฝรั่งเศส ประเทศเตอร์ก็ได้ใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและ
 ประมวลกฎหมายลักษณะหนึ่งของสวีเดนมาตั้งยี่สิบกว่าปีแล้ว ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์
 ของไทยก็เอาตัวอย่างมาจากกฎหมายเยอรมัน กฎหมายอังกฤษ ญี่ปุ่น และกฎหมายฝรั่งเศส
 ญี่ปุ่นก็ได้เอาตัวอย่างกฎหมายเยอรมัน การเอาอย่างกันนี้ได้คำนึงถึงประโยชน์ที่จะได้รับ
 ในทางวิชาการมากกว่าอย่างอื่น เพราะในปัจจุบันหรือแม้ในสมัยที่ได้มีการร่างประมวล
 กฎหมายนั้น ๆ ที่ได้มีการคำนึงถึงว่าควรได้มีกฎหมายที่ก้าวหน้าทันสมัยตามวิชาการของ
 นานาอารยประเทศและยิ่งในปัจจุบันการมีกฎหมายอันล้าสมัยจะเกิดอุปสรรคในการค้า
 ขายได้ แต่ก็มีข้อยกเว้นที่ว่าแต่ละประเทศอาจมีกฎหมายอันเป็นประเพณีใช้อยู่แล้ว ตัวอย่าง
 ไม่นอื่นไกลคือทางใต้ของประเทศไทย 4 จังหวัดภาคใต้ ได้แก่ ยะลา สตูล ปัตตานี
 นราธิวาส ให้ใช้กฎหมายอิสลามกับผู้นับถือศาสนาอิสลามในคดีเกี่ยวกับครอบครัวและมรดก
 อยู่ การใช้กฎหมายแตกต่างออกไปก็มีวิวัฒนาการต่างออกไปนอกจากนั้นระบบกฎหมายก็
 วิวัฒนาการไปตามกาลสมัยเช่นกัน¹

เมื่อพิจารณาถึงระบบกฎหมายละเอียกว่าแบ่งอย่างไรแล้วจะเห็นได้ว่า
 กฎหมายประกอบเนื้อหาของกฎหมาย (Legal System) ซึ่งหมายความถึงตัวบทกฎหมาย
 ที่ปรากฏในกฎหมายลายลักษณ์อักษรรวมถึงจารีตประเพณีปฏิบัติที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษรด้วย
 นอกจากนั้นเนื้อหาของกฎหมายแล้ว กฎหมายยังประกอบด้วยวิธีปฏิบัติ (Juristic Method)
 หรือวิธีทางกฎหมายซึ่งเป็นเรื่องเกี่ยวกับความคิดและทัศนคติของนักกฎหมายที่มีต่อระบบ
 ของกฎหมายของตน ตลอดจนวิธีคิด วิธีใช้ วิธีตีความ วิธีบัญญัติกฎหมาย แม้จนกระทั่งวิธี

¹ เสริม วินิจฉัยกุล, กฎหมายเปรียบเทียบลักษณะ 1 ความรู้ทั่วไป (กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2514), หน้า 2-5.

จะทำให้กฎหมายเจริญหรือเปลี่ยนแปลงไป หรือการใช้กฎหมายแบบ Analogy ก็เป็นส่วนหนึ่งของนิติวิธี

ความหมายของคำว่า "ระบบกฎหมาย" ในภาษาไทยอาจมีความหมายได้ 2 ประการ คือ ระบบกฎหมายภายในประเทศ ซึ่งอาจจะกล่าวได้ว่าเป็นการจำแนกประเภทของกฎหมาย เช่น ระบบกฎหมายแพ่ง ระบบกฎหมายอาญา เป็นต้น แต่มีอีกความหมายหนึ่งซึ่งกว้างกว่าความหมายที่กล่าวมาข้างต้น นั่นก็คือ เป็นความหมายในระบบกฎหมายบรรดาประเทศต่าง ๆ ว่าแต่ละประเทศมีกฎหมายจัดอยู่ในระบบใด หรืออาจจะกล่าวได้เป็นอีกนัยหนึ่งว่า เป็นระบบกฎหมายของกลุ่มประเทศต่าง ๆ

การแบ่งแยกระบบกฎหมายนั้นมีได้หลายวิธี แล้วแต่ใครจะแบ่งอย่างไร เช่น Prof. Wigmore ชาวอเมริกันได้เขียนตำราชื่อ "ระบบกฎหมายต่าง ๆ เป็นของโลก" แยกกฎหมายในโลกตั้งแต่โบราณมาจนถึงปัจจุบัน เป็น 16 ระบบ ส่วนตำรากฎหมายของจีน ญี่ปุ่น แบ่งออกเป็น 5 ระบบ ส่วน Prof, Rene David ชาวฝรั่งเศสได้แยกออกเป็น

ระบบกฎหมายภาคพื้นยุโรป (Roman Germanic Family Or Civil Law System)

ระบบกฎหมายแองโกลอเมริกา (Panorame of the common civil Law System) World Legal systems ซึ่งแต่งโดย Prof. H. Wigmore อธิบายว่า อาจแบ่งได้เป็น 16 ระบบ โดยอาศัยบันทึกเอกสารทางประวัติศาสตร์ แต่ในจำนวนดังกล่าวอาจสูญพันธุ์ไปแล้ว เช่นกฎหมายอียิปต์

แต่ความเห็นชอบด้วยเหตุผลและเป็นที่ยอมรับในวงการนิติศาสตร์ปัจจุบันในการแบ่งแยกระบบกฎหมายได้แก่ความเห็นของ Prof. Ehernzweig¹ นักปราชญ์ชาว

¹ปรีดี เกษมทรัพย์, คำบรรยาย สัมมนาในวิชากฎหมายแพ่ง (La 404) (มหาวิทยาลัยรามคำแหง พ.ศ.2519), หน้า 17 (ไม่ปรากฏที่พิมพ์).

ออสเตรเลียที่ไปเจริญรุ่งเรืองในสหรัฐอเมริกาได้แยกออกเป็น 2 ระบบ คือ

1. ระบบ Common Law ได้แก่อุณหภูมิระบบของประเทศที่ถือตามกฎหมายอังกฤษ และ
2. ระบบ Civil Law ได้แก่อุณหภูมิระบบกฎหมายของประเทศที่ใช้ประมวลกฎหมาย

ระบบ Common Law เป็นระบบกฎหมายที่เกิดขึ้นในประเทศอังกฤษ เป็นกฎหมายที่วิวัฒนาการมาจากคำพิพากษาของศาล ด้วยเหตุนี้กฎหมายวิธีสบัญญัติ ในระบบกฎหมายจึงมีความสำคัญยิ่งกว่ากฎหมายสารบัญญัติ เพราะแต่เดิมกฎหมายมีอยู่ว่าต้องการรักษาความเรียบร้อยในราชอาณาจักร ไม่ได้เพื่อวางระเบียบสังคมเช่นในประเทศที่ใช้ประมวลกฎหมายและเป็นพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ ระบบกฎหมายอังกฤษจึงมีลักษณะสำคัญ เป็นกฎหมายมหาชนมากกว่าที่จะเป็นกฎหมายเอกชน ทั้งนี้เพราะกฎหมายต้องการคุ้มครองผลประโยชน์ของพระมหากษัตริย์และป้องกันราชอาณาจักร เป็นสำคัญ ระบบนี้แพร่หลายไปในทางประเทศต่าง ๆ ที่เคยเป็นอาณานิคมของประเทศอังกฤษ เช่น สหรัฐอเมริกา แคนาดา ออสเตรเลีย สิงคโปร์ มาเลเซีย เป็นต้น

ส่วนระบบ Civil Law เป็นระบบกฎหมายในประเทศภาคพื้นยุโรป ได้รับอิทธิพลจากกฎหมายโรมัน เช่นประเทศเยอรมัน ฝรั่งเศส ออสเตรีย (รวมทั้งประเทศต่าง ๆ ที่เคยรวมอยู่ในจักรวรรดิออสเตรีย - ฮังการี) สวิตเซอร์แลนด์ อิตาลี ฮอลแลนด์ เบลเยียม สเปน โปรตุเกส โปแลนด์ และประเทศอื่น ๆ ในภาคพื้นยุโรปทั้งหมด นอกจากประเทศในกลุ่มสแกนดิเนเวีย นอกจากนั้น อิทธิพลของระบบ Civil Law ยังได้แพร่หลายไปในประเทศแถบลาตินอเมริกา ในเอเชีย เช่น อินโดนีเซีย ญี่ปุ่น จีน และไทย รวมทั้งบางรัฐของอเมริกาที่เคยอยู่ในความปกครองของฝรั่งเศส เช่น รัฐลุยเซียนา เป็นต้น กฎหมายในกลุ่มระบบนี้เป็นกฎหมายที่ว่าด้วยความสัมพันธ์ระหว่างเอกชนต่อเอกชนเป็นส่วนใหญ่ ด้วยเหตุนี้จึงได้ชื่อว่า "The Civil Law System" ต่อมา กฎหมายสาขาอื่น ๆ จึงได้พัฒนาขึ้นในกลุ่มระบบกฎหมายนี้ เป็นกฎหมายมหาชนและกฎหมายระหว่างประเทศ

แต่อย่างไรก็ตามระบบกฎหมายนี้ กฎหมายสาขาเอกชนก็ยังนับว่าเป็นสาขาที่สำคัญที่สุดในปัจจุบัน ด้วยเหตุนี้จึงทำให้วิธีของระบบกฎหมายทั้งสองนี้แตกต่างกันมาก เนื่องจากประวัติความเป็นมาของกฎหมายทั้งสองระบบไม่เหมือนกันนั่นเอง

สำหรับประเทศไทยเป็นประเทศที่ใช้ประมวลกฎหมายจึงต้องศึกษาว่า ประมวลกฎหมายเป็นอย่างไร มีลักษณะอย่างไร

ประมวลกฎหมาย เป็นวิธีการจัดทำกฎหมายชนิดหนึ่ง คือการรวบรวมเอากฎหมายทั้งหลายอันเป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับกฎหมายสาขาใดสาขาหนึ่งของกฎหมายซึ่งมีความเกี่ยวข้องกันและกันมาไว้ในที่เดียวกัน แล้วจัดออกเป็นหมวดหมู่เรียงมาตราเป็นลำดับ และแยกเรื่องออกเป็นลักษณะต่าง ๆ เพื่อสะดวกในการค้นหาสำหรับศาลและประชาชนเมื่อเวลาที่มีกรณีจะต้องใช้ เช่นประมวลกฎหมายอาญาได้รวบรวมบทบัญญัติทั้งหลายอันว่าความผิดทางอาญาประมวลกฎหมายอาญา ได้รวบรวมบทบัญญัติทั้งหลายเกี่ยวกับทางแพ่งประเทศไทยได้จัดทำเป็นประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และแยกออกเป็นลักษณะต่าง ๆ 6 บรรพ คือบรรพที่ 1 ว่าด้วยหลักทั่วไป บรรพที่ 2 ว่าด้วยหนี้ บรรพที่ 3 ว่าด้วยเอกเทศสัญญาต่าง ๆ คือสัญญาต่าง ๆ ที่กฎหมายระบุไว้ บรรพ 4 ว่าด้วยทรัพย์สิน บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว และบรรพ 6 ว่าด้วยมรดก เป็นต้น

ดังนั้นจะเห็นได้ว่า ระบบประมวลกฎหมายมีลักษณะพิเศษต่าง ๆ จากพระราชบัญญัติธรรมดา เพราะพระราชบัญญัติธรรมดาเป็นกฎหมายเฉพาะเรื่องใดเรื่องหนึ่ง ซึ่งเรียกว่ากฎหมายพิเศษ (Jus Speciale) แต่ประมวลกฎหมายเป็นเพียงกฎหมายธรรมดา (General Law, Jus generales) คือมีความเชื่อมโยงติดต่อกันได้ตลอดหรือเป็นระบบนั่นเอง ไคร์ทวิกินิติศาสตร์คนหนึ่งกล่าวว่า "ระบบกฎหมาย หมายถึงการแสวงหาลักษณะที่ร่วมกัน หรือคล้ายคลึงกันหรือข้อแตกต่างกันของกฎหมายนานาประเทศ เพื่อจัดให้อยู่ในระบบกฎหมายอย่างใดอย่างหนึ่ง"¹

¹ อุกฤษ มลคณาวิน, แนวคำบรรยายวิชาความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป, เรื่องเดิม, หน้า 3.

ประมวลกฎหมาย ฉบับแรก และที่สำคัญมีชื่อเสียงมาก คือประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส ค.ศ. 1804 หรือเรียกว่า โคคินโปเลียน (Code Civil Fransais) ที่เรียกดังนี้เพราะเป็นประมวลกฎหมายที่จัดทำสำเร็จลงในรัชสมัยของจักรพรรดิโคคินโปเลียน ซึ่งโคคินโปเลียนเข้าร่วมในการจัดทำ และเมื่อประมวลกฎหมายที่ว่านี้สำเร็จรูปแล้วบรรดานักนิติศาสตร์ทั่วประเทศมีความนิยม เพราะเห็นว่าการทำกฎหมายเป็นรูปประมวลให้ความสะดวกทั้งจัดและเรียบร้อยดีประเทศฝรั่งเศสทำตัวอย่างขึ้นก่อน บรรดาประเทศต่าง ๆ จึงได้คิดทำประมวลขึ้นบ้าง ในประเทศเยอรมันนี้นักนิติศาสตร์ ชาวเยอรมันชื่อ Thibant ได้เขียนหนังสือขอร้องให้รัฐบาลจัดทำประมวลกฎหมายฝรั่งเศสแต่มีผู้ไม่เห็นด้วย เช่น ศาสตราจารย์ ซาวิญนี (Savigny) เป็นหัวหน้าออกความเห็นว่าการร่างกฎหมายเป็นประมวลเป็นการชักขวางแก่ความเจริญก้าวหน้าของกฎหมาย เป็นบทบัญญัติที่ทำให้ไม่สามารถเปลี่ยนแปลงได้เป็นเวลานาน ผู้คนมีความเห็นว่า กฎหมายต้องเปลี่ยนแปลงได้เสมอตามชนบทรรมนิยมตามความต้องการ ความเป็นอยู่ของพลเมือง ผลสุดท้ายกฎหมายของประเทศก็จะไม่ลงรอยกับความเป็นอยู่ของพลเมือง เพราะกฎหมายเป็นผลแห่งประวัติศาสตร์ ถ้าจัดทำเป็นรูปประมวลกฎหมายแล้วก็จะทำให้เปลี่ยนแปลงได้ยาก

ข้อตำหนินี้มีความเป็นจริงอยู่มาก เพราะประมวลกฎหมายได้รวบรวมบทกฎหมายต่าง ๆ ไว้มาก จัดระเบียบหมวดหมู่ไว้ตายตัว การจะเปลี่ยนแปลงประมวลกฎหมายแต่ละครั้งจึงเป็นการยาก เปลืองเวลา และความคิด ไม่สะดวกอย่างเช่นเปลี่ยนแปลงกฎหมายย่อย ๆ ที่บัญญัติไว้เฉพาะเรื่อง โดยเหตุนี้บางที่อาจทำให้ประชาชนหลงเข้าใจไปว่าประมวลกฎหมายเป็นสิ่งศักดิ์สิทธิ์ มีบทบัญญัติได้จัดหมวดหมู่ไว้แน่นแฟ้นตายตัว ไม่สมควรจะมีการเปลี่ยนแปลง แต่ความเชื่อเช่นนี้ย่อมไม่ถูกต้อง อุปสรรคเหล่านี้ก็มีทางแก้ไข เพราะกฎหมายคือข้อบังคับความประพฤติของหมู่ชนที่มาวมกันเป็นหมู่เหล่า เพื่อรักษาระเบียบและความสงบเรียบร้อยของหมู่ชนนั้น แต่ประวัติศาสตร์ได้สอนให้เราเห็นว่าชนบทรรมนิยมและความต้องการของประชาชนพลเมืองนั้นไม่ใช่เป็นการตายตัวยอมเปลี่ยนแปลงไปตามกาลสมัย ฉะนั้นกฎหมายก็ย่อมจะต้องคอยเปลี่ยนแปลงไปด้วย เพื่อไม่ให้ขัดกับความเป็นอยู่

ของประชาชนพลเมือง มิฉะนั้นแล้วกฎหมายก็จะกลายเป็นข้อบังคับที่ทำให้ประชาชนเดือดร้อน เพราะจะบังคับให้เขาประพฤติในสิ่งที่ไม่ตรงกับความเป็นอยู่ของเขา ประมวลกฎหมายจึงย่อมจะต้องการมีเปลี่ยนแปลงอย่างกฎหมายทั้งหลายเหมือนกัน และอาจทำได้โดยไม่ยากลำบาก ซึ่งในเวลาที่เราก็ได้ทำการเปลี่ยนแปลงอยู่เสมอเพื่อให้เหมาะสมกับความต้องการที่เปลี่ยนแปลง ตามวิธีเปลี่ยนแปลงก็คือออกพระราชบัญญัติธรรมดาตัวเองเพิ่มเติมหรือแก้ไขบทบัญญัติในประมวลกฎหมาย เฉพาะในเรื่องที่ต้องการจะแก้ไขเพิ่มเติม เช่นพระราชบัญญัติแก้ไขหรือเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์อันมีอยู่หลายฉบับในเวลาในประเทศไทย

ประโยชน์ การรวบรวมบทบัญญัติต่าง ๆ เข้ามารวมกันเป็นประมวลกฎหมายนั้นย่อมมีประโยชน์มาก คือได้จัดกฎหมายในสาขาเดียวกันให้เป็นหมวดหมู่ เป็นระเบียบเรียบร้อยเป็นการสะดวกแก่ศาลและประชาชนในการที่จะได้ค้นคว้ากฎหมายในสาขานั้น เพราะได้รวบรวมเข้าไว้ในที่แห่งเดียวกัน และทั้งได้จัดระเบียบแบ่งเป็นหมวดหมู่ให้ไว้ด้วย¹ ซึ่งจะดูได้ว่าเกือบทุกประเทศนิยมการจัดทำรวบรวมบรรดากฎหมายเป็นรูปประมวล ความนิยมนี้แพร่จากยุโรปไปถึงอเมริกา ในทวีปเอเชีย มี ไทย จีน ญี่ปุ่น ส่วนประเทศที่ยังไม่ได้จัดทำให้แก่ประเทศ อังกฤษ และแองโกลแซกซอน แต่ถึงกระนั้นอังกฤษก็มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรบางอย่าง (เรียกว่า statutes) ในลักษณะสำคัญ ๆ ของกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เช่น ห้างหุ้นส่วน บริษัท กรรมสิทธิ์ที่ดิน ชื่อชายที่ดิน ชื่อชายสินค้า ประกันภัยทางทะเล ลมละลาย เป็นต้น ซึ่งมีวิธีบัญญัติจัดทำคล้ายว่าเป็นประมวลกฎหมายเฉพาะเรื่อง ๆ นั้น ๆ เป็นต้นแต่ไม่เรียกว่าเป็นประมวลกฎหมาย²

¹อนุมัติ ใจสมุทร, คำบรรยาย ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป (กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์สุทธินสารการพิมพ์, 2501), หน้า 84.

²เชื้อ คงคากุล, คำบรรยาย ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป, เรื่องเดิม, หน้า 71.

สำหรับประเทศไทยนั้น ตามประวัติศาสตร์กฎหมายของประเทศไทย นับแต่เดิมมาเรามีได้ใช้ประมวลกฎหมายแต่ได้อาศัยกฎหมายจารีตประเพณีบ้าง และกฎหมายต่าง ๆ ที่ประกาศออกใช้เป็นครั้งคราวบ้าง เราเพิ่งจะมาเริ่มใช้ประมวลกฎหมายกันเป็นครั้งแรกก็แต่ในทางกฎหมายอาญา เมื่อ ร.ศ.127 (พ.ศ.2451) และต่อมาก็ได้มีประกาศใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เรื่อย ๆ มาจนครบทั้ง 6 บรรพ ตลอดจนประกาศใช้ประมวลกฎหมายทั้งวิธีพิจารณาความแพ่งและอาญาจนกลายเป็นลัทธินิยมใช้ประมวลกฎหมายในประเทศไทยขึ้น จนถึงสมัยปัจจุบันก็ได้มีประกาศใช้ประมวลกฎหมายในลักษณะที่สำคัญบางอย่าง เช่นประมวลกฎหมายที่ดิน ประมวลรัษฎากร

ลัทธิในการใช้ประมวลกฎหมาย นี้มีประเทศอื่นเป็นจำนวนมากซึ่งนิยมทางเดียวกับเรา เช่น ฝรั่งเศส เยอรมัน ญี่ปุ่น ฯลฯ แต่ยังมีรัฐอีกพวกหนึ่ง เช่น อังกฤษ และอเมริกา ซึ่งยังคงยืนยันไม่นิยมใช้ประมวลกฎหมายอยู่ แต่กระนั้นก็เป็นประเทศที่ไม่ใช้ประมวลกฎหมาย ก็ยังคงบัญญัติกฎหมายที่สำคัญ ๆ เป็นพระราชบัญญัติต่างหากเพื่อสะดวกในการใช้ เช่นในอังกฤษก็มีพระราชบัญญัติเกี่ยวกับเรื่องทรัพย์สิน เรื่องหุ้นส่วนและบริษัทไว้ต่างหากคล้ายกับเป็นประมวลกฎหมายย่อย ๆ อันหนึ่ง

002715

เหตุที่ประเทศไทยเราหันมาใช้ประมวลกฎหมายนั้น แต่เดิมเราก็มีเหตุ 2 ประการ คือ

1. ต้องการรวบรวมตัวบทกฎหมายที่กระจัดกระจายอยู่ให้เข้าเป็นหมวดหมู่และ
2. ต้องการเอกราชในทางศาล เมื่อความจำเป็นในข้อ 2 หมกไปแล้วเราได้เอกราชทางศาลแล้ว เวลานี้ก็เหลือแต่เหตุในข้อ 1

ในเรื่องเอกราชในทางศาลนั้นเป็นเพราะแต่เดิมเรามีสัญญาทางพระราชไมตรีกับหลายประเทศ ให้สิทธิเขาตั้งกงสุล แต่เรายังคงต้องมีศาลคดีต่างประเทศโดยมีที่ปรึกษากฎหมายต่างประเทศนั่งชำระความซึ่งคนในบังคับของฝรั่งเศส อังกฤษ เข้ามาเกี่ยวข้องด้วยและยังมีสิทธิถอนคดี ในระยะนั้นเรายังไม่ได้รับเอกราชในทางศาลอย่างเต็มที่

จึงต้องพยายามสู้ต่อไปด้วยการร่างประมวลกฎหมายให้ครบถ้วน จนในที่สุดถึง พ.ศ.2477 จึงเป็นผลสำเร็จเพราะการร่างประมวลกฎหมายเสร็จเรียบร้อยและเอกลักษณ์ต่าง ๆ ของคนในบังคับต่างประเทศทั้งหมดไป ต่างต้องมาขึ้นศาลไทยเสมือนกับพวกเราเองนับได้ว่าเป็นการได้มาซึ่งเอกราชทางศาลอย่างสมบูรณ์

เพื่อจะไต่ทราบถึงปฐมเหตุแห่งการใช้ประมวลกฎหมายของเรา คงจะไม่มีอะไรดีกว่าที่จะอัญเชิญพระราชดำริของพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าฯ รัชกาลที่ 5 ที่ไต่ทรงไว้ในคราวประกาศใช้กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127 มาไว้ดังต่อไปนี้ :-

“ทรงพระราชดำริว่า พระราชกำหนดกฎหมายสำหรับพระราชอาณาจักรไทยนี้บรมกษัตริย์แต่โบราณ ได้รับคัมภีร์พระธรรมศาสตร์ของมุนีสาราจารย์ซึ่งเป็นกฎหมายในมัชฌิมประเทศก็ บรมกษัตริย์แต่ปางก่อนก็ทรงตั้งพระราชกำหนดบทพระอัยการขึ้นไว้เป็นแบบแผนสำหรับพิพากษาเหตุและคดีอย่างนั้น ๆ ที่จะมีขึ้นในภายหน้า พระราชกำหนดบทพระอัยการนี้เป็นกฎหมายสำหรับพระราชอาณาจักรเพิ่มขึ้นโดยลำดับมา และพระราชกำหนดบทพระอัยการที่สั่งมาเป็นครั้งคราวนี้ เมื่อล่วงเวลาช้านานเขาก็มีมากมายซับซ้อนกัน เกิดลำบากแก่การที่จะพิพากษาอรรถคดี โดยการบานเมืองเปลี่ยนแปลงมาจนเหตุลวงสมัยที่ตองไซพระราชกำหนดบทพระอัยการที่กษัตริย์พระองค์แรกก่อน ๆ ไต่ทรงชักชวนกันที่บรมกษัตริย์ภายหลังไต่ทรงแต่งตั้งขึ้นบางในเวลาเมื่อถึงความลำบากมีขึ้นเช่นนี้ พระเจ้าแผ่นดินจึงโปรดให้ประชุมลูกขุน ณ ศาลหลวงอันมีตำแหน่งในฝ่ายตุลาการตรวจชำระพระราชกำหนดและทรงพระราชวินิจฉัยใหญ่ เลิกบทกฎหมายที่พ้นเวลาและมีควรจะให้ยกเลิกเสียคงไว้แต่ที่ยังใช้ จัดระเบียบเข้าลักษณะมีหมวดหมู่และมาตราให้คนทั้งหลายรอบรู้กฎหมายมากขึ้นและเป็นความสะดวกแก่การพิพากษาอรรถคดี ทั้งปวงทั่วไป เป็นราชประเพณีสืบมาแต่โบราณที่เคี้ยวคังนี้ และการตรวจชำระพระราชกำหนดกฎหมายคงความนี้ ครั้งหลังสุดได้มีเมื่อจุลศักราช 1166 ปีชวดศก รัตนโกสินทร์ศก 23 ในรัชกาลแห่งสมเด็จพระบรมไปยกาธิราช พระบาทสมเด็จพระพุทธยอดฟ้าจุฬาโลกตั้งแต่นั้นมาจนบัดนี้นับได้ 103 ปี ยังหาได้ตรวจชำระพระราชกำหนดบทพระอัยการอันพ้นความตองการในสมัยนี้และที่ชักชวนกันเองจะมีอยู่เป็นอันมาก ทรงพระราชดำริเห็นว่า ถึงเวลาสมควรที่จะตองตรวจชำระพระราชกำหนดกฎหมายอยู่ควยเหตุนี้แล้วประการหนึ่ง”

อีกประการหนึ่งในระหว่างตั้งแต่จุลศักราช 1217 ปีเถาะ สัมภศก รัตนโกสินทร์ศก 74 มาประเทศไทยไต่ทำหนังสือสัญญาทางพระราชไมตรีกับนานาประเทศและหนังสือ

สัญญาทั้งปวงนั้นได้ทำตามแบบหนังสือสัญญาที่ฝรั่งได้ทำกับประเทศทางตะวันออก คือ ประเทศเตอร์กี ประเทศจีนและประเทศญี่ปุ่น เป็นต้น มีข้อความอย่างเดียวกันที่ยอมให้กงสุลมีอำนาจตั้งศาลพิจารณาและพิพากษาคดีตามกฎหมายของเขา ในเมื่อคนในบังคับของชาตินั้นๆที่เขาอยู่ในประเทศทางตะวันออกเป็นความกันขึ้นเอง หรือเป็นจำเลยของคนในบังคับของบ้านเมือง ลักษณะการอย่างนี้แม้มีประโยชน์ที่บรรเทาความรับผิดชอบแห่งเจ้าของประเทศใดอยู่บ้างในสมัยเมื่อแรกทำหนังสือสัญญาเวลาที่มีชาวต่างประเทศที่เขาไปค้าขาย แต่ต่อมาเมื่อการค้าขายคบหากันนานาประเทศเจริญแพร่หลายมีชาวต่างประเทศมาตั้งประกอบการค้าขายในพระราชอาณาจักมากขึ้นความลำบากในเรื่องคดีเกี่ยวข้องกับคนในบังคับต่างประเทศ ก็ยิ่งปรากฏ เกิดมีทวีมากขึ้นทุกที เพราะเหตุที่คนทั้งหลายอันประกอบการสมาคมการค้าขายอยู่ในประเทศบ้านเมืองอันเดียวกันต้องอยู่ในอำนาจศาลและในอำนาจกฎหมายต่าง ๆ กันตามชาติบุคคล กระทำให้เป็นความลำบากขัดข้องทั้งในการปกครองบ้านเมืองและกีดกันประโยชน์ของคนทั้งหลาย ตลอดจนชนชาติต่างประเทศนั้น ๆ เองอยู่เป็นอันมากด้วยเรื่องอำนาจศาลกงสุลเหล่านี้ ย่อมมีทุกประเทศที่ไต่หาสัญญาโดยแบบอย่างอันเดียวกันและต่างมีความประสงค์อย่างเดียวกันที่จะหาอายุ เสียดวงวิธีศาลกงสุลต่างประเทศ ให้คนทั้งหลายไม่ว่าชาติใด ๆ บรรดาอยู่ในประเทศนั้น ๆ ใ้ได้รับประโยชน์อยู่ในอำนาจกฎหมายและอำนาจศาลสำหรับบ้านเมืองแต่อย่างเดียวกัน ทั่วกัน ประเทศญี่ปุ่นได้เริ่มริคิดอันจัดการ เรื่องนี้ก่อนประเทศอื่นโดยวิธีเลือกหาเนติบัณฑิตต่างประเทศที่ชำนาญระเบียบกฎหมายฝรั่งมารับราชการเป็นที่ปรึกษาทำการพร้อมด้วยข้าราชการญี่ปุ่นช่วยกันตรวจชำระกฎหมายของประเทศญี่ปุ่นจัด เขาระเบียบให้เป็นแบบแผนวิธีทำนองเดียวกับกฎหมายที่ใช้อยู่ในประเทศฝรั่งโคคุมมาก ทั้งจัดการศาลยุติธรรมให้เป็นไปตามสมควรแก่ปัจจุบันสมัยทั่วไปในประเทศญี่ปุ่น เมื่อประเทศทั้งปวงและเห็นวากฎหมายและศาลของญี่ปุ่นเป็นระเบียบแบบแผนเรียบร้อยดีแล้ว ก็ยอมแก่สัญญายกเลิกอำนาจศาลกงสุลต่างประเทศใดด้วยอายุที่จัดการดังกล่าวมาแล้วนี้เป็นปฐมและเป็นทางที่ประเทศอื่น ๆ อันได้รับความลำบากด้วยวิธีศาลกงสุลต่างประเทศเข้ามาในบ้านเมือง จะดำเนินตามให้สำเร็จประโยชน์อย่างเดียวกันได้ ด้วยเหตุเหล่านี้จึงได้โปรดให้เนติบัณฑิตผู้ชำนาญกฎหมายต่างประเทศเขามารับราชการหลายนาย และเมื่อรัตนโกสินทรศก 116 ได้ทรงพระกรุณาโปรดให้มีการประชุมชำนานกฎหมายทั้งฝ่ายไทยและต่างประเทศ คือ พระเจ้าลูกยาเธอกรมหมื่นราชบุรีดิเรกฤทธิ์ เสนาบดีกระทรวงยุติธรรมเป็นประธาน ฯลฯ พร้อมกันตรวจพระราชกำหนดบทพระอัยการเก่าใหม่ ฯลฯ¹

¹ โอสถ โกสิน, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป, เรื่องเดิม. หน้า 122-125.

ดังนั้นจึงพอสรุปได้ว่าประมวลกฎหมาย เป็นรูปแบบการบัญญัติกฎหมายที่จัดเรียงลำดับไว้เป็นหมวดหมู่ตามเนื้อหาสาระของกฎหมาย ซึ่งมีข้อความเชื่อมโยงกัน

ส่วนการจะบังคับให้ประมวลกฎหมายจะต้องมีการบัญญัติกฎหมายขึ้นมาฉบับหนึ่ง เรียกว่า "พระราชบัญญัติให้ประมวลกฎหมาย" เช่นพระราชบัญญัติให้ใช้ประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ.2499 พระราชบัญญัติให้ใช้ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาพุทธศักราช 2477

อย่างไรก็ตามในสมัยก่อน เคยมีกรณีที่มีการประกาศใช้ประมวลกฎหมายใดกระทำในรูปพระราชบัญญัติ เช่นพระราชบัญญัติกฎหมายแทนที่จะทำในรูปของพระราชบัญญัติ เช่นพระราชกฤษฎีกาให้ใช้บทบัญญัติ บทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 1 และบรรพ 2 ที่โคตรวจระใหม่ พ.ศ.2468

ในปัจจุบัน กฎหมายชนิดที่เรียกว่า "ประมวลกฎหมายและประมวล" ในปัจจุบัน อยู่ 7 ฉบับ คือ

1. ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์
2. ประมวลกฎหมายอาญา
3. ประมวลรัษฎากร
4. ประมวลกฎหมายที่ดิน
5. ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง
6. ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา
7. ประมวลกฎหมายอาญาทหาร¹

¹ อุกฤษ มงคลนาวิน, แนวคำบรรยาย วิชาความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมาย ทั่วไป, เรื่องเดิม.

ประเภทกฎหมาย

ในตอนแรกเราทราบแล้วว่ากฎหมายมีลักษณะเป็นข้อบังคับให้ทุกคนปฏิบัติตาม เพื่อความสงบสุขของบ้านเมือง ใครฝ่าฝืนก็มีบทลงโทษที่ตนได้กระทำผิดนั้น กฎหมายที่บัญญัติโทษในการกระทำผิดนี้ ได้แก่มกฎหมายลักษณะอาญา ส่วนความสัมพันธ์ในด้านส่วนตัวของมนุษย์ในการประกอบอาชีพโดยสุจริตให้มนุษย์มีหน้าที่ที่ต้องปฏิบัติและสิทธิจะเรียกร้องระหว่างกันและกันโดยหน้าที่และสิทธิของมนุษย์เริ่มตั้งแต่คลอดมีสภาพบุคคล ที่มีหน้าที่ต่อบุคคลอื่น และหน้าที่ต่อประเทศชาติดังนั้นจึงต้องมีกฎหมายแพ่งและพาณิชย์คุ้มครองและระบุให้รับรู้สิทธิและหน้าที่ระหว่างบุคคลให้ต้องปฏิบัติต่อกัน

กฎหมายก็เช่นเดียวกับวิชาการอื่น ๆ มีการแบ่งแยกออกเป็นประเภทไว้ เหตุผลที่จำต้องแยกนี้มีประโยชน์เพื่อให้สะดวกในการศึกษา นอกจากนี้ยังสะดวกในการตีความ (Interpretation) อีกด้วย

หลักเกณฑ์ในการตีความในกฎหมายนั้น จำต้องนึกถึงความแตกต่างกันระหว่างกฎหมายให้ตี เพราะกฎหมายอาญากับกฎหมายแพ่งนั้นแตกต่างกันโดยที่กฎหมายอาญานั้นบัญญัติถึงการกระทำต่าง ๆ อันเป็นผิดกฎหมาย ส่วนกฎหมายแพ่งนั้นเป็นบทบัญญัติถึงสิทธิและหน้าที่อันเป็นความสัมพันธ์ ซึ่งเป็นความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลกับรัฐและบุคคล ในกฎหมายแพ่งนั้นเราอาจตีความได้อย่างกว้าง คือ ถ้าในกรณีใดไม่มีบทบังคับไว้โดยตรงเราก็สามารถนำบทมาตราที่ใกล้เคียงมาใช้บังคับได้โดยอนุโลม (ตามมาตรา 4 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์) ส่วนการตีความกฎหมายอาญานั้นตรงข้าม เราจะนำบทอื่นมาใช้อนุโลมใบบังคับไม่ได้ บุคคลมีความผิดตามกฎหมายอาญานั้นก็ต่อเมื่อกฎหมายอาญามีบัญญัติถึงว่าการกระทำนั้น ๆ เป็นผิดกฎหมายมีบทกำหนดโทษไว้เมื่อกฎหมายไม่ใคร่ระบุว่าการกระทำนั้น ๆ เป็นผิดกฎหมายอาญาแล้วจะนำบทมาตราอื่นมาลงโทษไม่ได้ ซึ่งผิดกับหลักกฎหมายแพ่งด้วย เหตุนี้การตีความในกฎหมายอาญาจะต้องตีความโดยเคร่งครัดตามตัวอักษร ส่วนกฎหมายแพ่ง เราตีความอย่างกว้าง ๆ ได้และยังอาจวินิจฉัยคดีนั้น ๆ ตามคลองจารีตประเพณีหรือเทียบบทใกล้เคียงได้ด้วย

การแบ่งแยกประเภทนั้นอาจทำได้เป็น 2 วิธี คือสุดแต่วัตถุประสงค์ในการแบ่งแยก คือ

1. แบ่งแยกตามลักษณะแห่งการใช้กฎหมาย
2. แบ่งแยกตามลักษณะแห่งข้อความในบทบัญญัติ

ซึ่งเราจะแยกพิจารณาออกเป็นลำดับ

1. แบ่งแยกตามลักษณะแห่งการใช้กฎหมาย ซึ่งมีประโยชน์ในการที่จะศึกษากฎหมายวิธีพิจารณาหรือใช้กันซึ่งยังแบ่งกฎหมายได้เป็น 2 ประเภท คือ

1. กฎหมายสาระบัญญัติ

กฎหมายสาระบัญญัติเป็นกฎหมายที่กล่าวถึงสิทธิและหน้าที่ของบุคคลโดยตรงเป็นบทบัญญัติซึ่งกล่าวถึงว่าในกรณีใด สิทธิและหน้าที่ของบุคคลเป็นอย่างไร ซึ่งยังอาจแบ่งออกได้อีก 2 ประเภท คือ

- ก. ทางอาญา คือประมวลกฎหมายอาญาและพระราชบัญญัติต่าง ๆ ที่มีกำหนดโทษในทางอาญาไว้ เช่นพระราชบัญญัติการจดทะเบียนราษฎร พ.ศ.2499
- ข. ทางแพ่ง คือประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ตั้งแต่บรรพ 1 ถึง บรรพ 6

2. กฎหมายวิธีสบัญญัติ

กฎหมายวิธีสบัญญัติเป็นกฎหมายที่กล่าวถึงวิธีการที่จะนำกฎหมายสาระบัญญัติมาใช้บังคับแก่กรณี โดยอาศัยศาลเป็นเครื่องมือ ในการที่จะนำกฎหมายสาระบัญญัติมาใช้ กฎหมายเหล่านั้นได้แก่

- ก. พระธรรมนูญศาลยุติธรรม
- ข. ประมวลวิธีพิจารณาความแพ่ง
- ค. ประมวลวิธีพิจารณาความอาญา
- ง. กฎหมายลักษณะพยานหลักฐาน

2. การแบ่งแยกประเภทกฎหมายตามข้อความในบทบัญญัติของกฎหมายจึงแยกได้เป็น 3 ประเภท

1. กฎหมายมหาชน
2. กฎหมายเอกชน
3. กฎหมายระหว่างประเทศ¹

(1) กฎหมายมหาชน เป็นกฎหมายที่เป็นความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับราษฎร รัฐมีอำนาจเหนือพลเมืองทั้งหลายในประเทศและเพื่อให้พลเมืองอยู่กันอย่างสงบสุข จึงจะต้องออกกฎหมายข้อบังคับต่าง ๆ มาใช้กับพลเมืองที่รัฐสิทธิและหน้าที่ต่าง ๆ รวมถึงระเบียบการปกครองดังนี้กฎหมายมหาชนจึงต้องประกอบด้วยกฎหมายต่าง ๆ ดังต่อไปนี้ คือ

1. รัฐธรรมนูญ
2. กฎหมายปกครอง
3. พระธรรมนูญศาลยุติธรรม
4. กฎหมายอาญา
5. วิธีพิจารณาความแพ่ง
6. วิธีพิจารณาความอาญา

(2) กฎหมายเอกชน ที่กล่าวแล้วแต่กฎหมายเอกชนคือความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลในฐานะเดียวกันเป็นบัญญัติเกี่ยวกับสิทธิและหน้าที่ส่วนได้เสียกันเอง

- ก. พระราชบัญญัติต่าง ๆ ซึ่งกำหนดสิทธิในทางแพ่ง
- ข. ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์การที่เราต้องเสียภาษีอากรให้รัฐก็เป็นการที่เราต้องเคารพต่อคำสั่งให้ปฏิบัติตามกฎหมายจราจร ก็คือหรือแม้ว่าในกรณีที่ต้องปฏิบัติตามคำสั่งของเจ้าหน้าที่ท้องถิ่นให้เจ้าของอาคารหรือถนนอาคารบ้านเรือนเมื่อ

¹ไอสด โกลีน, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป, เรื่องเดิม, หน้า

ตรวจพบว่าอาคารนั้นไม่มั่นคงหรือเกรงว่าจะไม่ปลอดภัยซึ่งชีวิตร่างกายของบุคคลอื่นตามกฎหมายว่าด้วยการควบคุมการก่อสร้างอาคารก็ดี เหล่านี้ก็จะเห็นได้ว่าเป็นการต้องปฏิบัติตาม เจตจำนงของรัฐซึ่งต้องการคุ้มครองรักษาผลประโยชน์ของชุมชนเป็นส่วนรวม ลักษณะอำนาจที่แสดงออกมามีดังกล่าวนั้นเห็นได้ว่าเป็นอำนาจเหนือกว่าเอกชนโดยทั่วไป อันเป็นเรื่องที่อยู่ในขอบข่ายของกฎหมายของมหาชน (Public Law) ซึ่งผิดกับกรณีที่ว่า หากเราประสงค์จะมีรถยนต์ใช้สักคันหนึ่ง หรือเพื่อจะต้องการให้รวบรวมเงินตั้งห้างหุ้นส่วน บริษัท เพื่อทำกิจการค้าบางอย่างเช่นนี้ เราอาจตกลงซื้อรถยนต์จากห้างร้านที่ขายรถยนต์หรือบุคคลที่มีรถยนต์ที่ต้องการขายให้เราหรือชวนคนอื่นมาลงทุนตั้งห้างหุ้นส่วนหรือบริษัท เพื่อดำเนินการตามวัตถุประสงค์อันกำหนดไว้ ในกรณีนี้ถ้าสำเร็จตามวัตถุประสงค์นั้น การติดต่อซื้อขาย การตั้งห้างหุ้นส่วนก็เป็น การติดต่อกับบุคคล ซึ่งอยู่ในฐานะเดียวกันและเท่าเทียมกัน ซึ่งคู่กรณีมีสิทธิที่จะทำได้โดยการตกลงกันภายในขอบข่ายกฎหมายทั่ว ๆ ไปที่มีข้อจำกัดไว้ในกฎหมาย อันเป็นเรื่องที่อยู่ในขอบข่ายกฎหมายเอกชน (Private Law) จึงกล่าวได้ว่ากฎหมายเอกชนเป็นกฎหมายซึ่งว่าด้วยความเกี่ยวพันระหว่างเอกชนด้วยกัน (Intercives) เพื่อวางข้อปฏิบัติในเรื่องผลประโยชน์ได้เสียในระหว่างกันเอง ทั้งนี้ภายในขอบข่ายของกฎหมาย ลักษณะที่สำคัญของกฎหมายเอกชนที่ทำให้ความแตกต่างจากกฎหมายมหาชนคือ ความเท่าเทียมกันในระหว่างบุคคลที่มีความเกี่ยวพันนั้น

แต่ยังมีข้อพึงระวังอยู่ว่า รัฐหรือองค์กรของรัฐแม้ว่าโดยทั่วไปจะมีฐานะที่เหนือเอกชนโดยทั่ว ๆ ไป และแสดงเจตจำนงต่อเอกชนในฐานะเป็นผู้มีอำนาจเหนือเอกชน ซึ่งในกรณีเช่นนี้ยอมอยู่ในขอบข่ายของกฎหมายมหาชน แต่ในบางกรณีรัฐหรือองค์กรของรัฐนั้นเองก็ลดฐานะของตนลงมาอยู่ในฐานะเดียวกับเอกชนธรรมดาเพื่อออกความผูกพันกับเอกชน ในลักษณะเช่นนี้ยอมอยู่ในเรื่องกฎหมายเอกชน กรณีที่จะเห็นได้ง่าย และเกิดขึ้นเสมอ ๆ คือการที่ทางราชการประสงค์จะให้ทรัพย์สินบางอย่างเพื่อใช้ประโยชน์ในทางราชการ หากได้กระทำลงไป ในลักษณะของการบังคับซื้อหรือเวนคืนทรัพย์สินนั้นแล้วก็จะเห็น

ได้ว่าเป็นเรื่องที่รัฐใช้อำนาจที่เหนือกว่าบังคับเอา กับเอกชนจึงเป็นเรื่องของกฎหมายมหาชน แต่ถาทางราชการใช้วิธีการซื้อหา เช่นซื้อโต๊ะ เก้าอี้ รถยนต์ เครื่องปรับอากาศจากเอกชนเพื่อใช้ในทางราชการ เช่นนี้ ในระหว่างรัฐหรือองค์กรของรัฐที่เข้าทำสัญญากับเอกชน ย่อมเป็นไปตามกฎหมายเอกชน ซึ่งในกรณีนี้ความสมบูรณ์ของนิติกรรมหรือความผูกพันยอมเป็นไปตามบทบัญญัติของกฎหมายเอกชน ในกรณีเช่นนี้ยอมต้องเป็นไปตามลักษณะของสัญญาและซื้อขาย เช่นเดียวกับเอกชนทำกับเอกชนด้วยกันทุกประการ จากที่กล่าวมาแล้วแต่คนว่ากฎหมายเอกชน คือกฎหมายเกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลในฐานะเดียวกันเป็นนิติบุคคลส่วนใดส่วนเสียกันเอง สำหรับประเทศไทยถือว่าเป็นหลักของกฎหมายเอกชน ซึ่งเราได้นำกฎหมายพาณิชย์ออกจากกฎหมายแพ่งอย่างในต่างประเทศบางแห่ง

1. ประวัติของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

แต่เดิมประเทศไทยเรามีข้อผูกพันที่ทำไว้กับต่างประเทศ ยอมให้สิทธิแก่หลายประเทศในการที่ให้เขาตั้งศาลชำระคดีกันในบังคับของเขาเองฝ่ายเราก็พยายามที่จะปลดแอกในเรื่องนี้ โดยจะจัดการให้เราได้รับเอกราชในทางศาลอย่างเต็มที่ คือว่าไม่ว่าบุคคลใดที่เข้าอยู่ในประเทศเราต้องขึ้นศาลไทย ในการเจรจาในเรื่องนี้ เราได้รับข้อโต้แย้งจากทางฝ่ายต่างประเทศว่า ตัวบทกฎหมายของเรายังไม่สมบูรณ์ เขาจึงขอสงวนสิทธิไว้ก่อนจนกว่าเราจะมีประมวลกฎหมายครบถ้วน ในสมัยนั้นทางคานกฎหมายอาญาเรามีกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 ซึ่งเป็นกฎหมายที่สมบูรณ์อยู่แล้ว แต่ในทางแพ่งเรายังอาศัยกฎหมายลักษณะอาญาเป็นส่วนมาก รัฐบาลจึงได้รับจัดการตั้งกรรมการขึ้นชำระสะสางกฎหมายในทางแพ่งและพาณิชย์ขึ้น และค่อย ๆ ประกาศไต่ถามที่ละส่วนตามลำดับจนครบ 6 บรรพ เป็นผลให้เราได้รับเอกราชในทางศาลตามความตั้งใจอันเป็นเรื่องที่น่าภูมิใจ

ประวัติการประกาศใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มีดังต่อไปนี้

1. ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 1 และ บรรพ 2 ประกาศใช้

ครั้งแรกเมื่อวันที่ 11 พฤศจิกายน 2466 ต่อมายกเลิกทั้งสองบรรพ และประกาศใช้
บทบัญญัติซึ่งชำระใหม่ ให้ใช้ตั้งแต่วันที่ 1 มกราคม 2468

2. บรรพ 3 เดิมประกาศใช้ตั้งแต่วันที่ 1 มกราคม 2467 แต่ต่อมาได้มีการ
ตรวจชำระใหม่และประกาศยกเลิกฉบับเดิมโดยให้ใช้ประมวลฉบับใหม่ตั้งแต่วันที่ 1
เมษายน 2472

3. บรรพ 4 ประกาศให้ใช้ตั้งแต่วันที่ 1 เมษายน 2475 โดยไม่มีการยกเลิก
ของเก่าเพราะเป็นร่างใหม่ทั้งฉบับ

4. บรรพ 5 ประกาศใช้ตั้งแต่วันที่ 1 ตุลาคม 2478 โดยเป็นร่างใหม่ทั้งบรรพ
ต่อมายกเลิกและประกาศใช้ใหม่ ใช้บทบัญญัติซึ่งชำระใหม่

2. บทบัญญัติ

บทบัญญัติของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เป็นเรื่องรวมกันทั้งในทาง
กฎหมายแพ่งมิได้แยกออกจากกันเพื่อรวมไว้เป็นประมวลฉบับเดียวกันและกฎหมายพาณิชย์
และได้แบ่งออก 6 บรรพ มีเนื้อความโดยย่อ ดังนี้

บรรพ 1 เป็นเรื่องหลักทั่วไปของกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ โดยแยกออกเป็น
6 ลักษณะ คือ

1. บทเบ็ดเสร็จทั่วไป
2. บุคคล (ธรรมดาและนิติบุคคล)
3. ทรัพย์สิน
4. นิติกรรม
5. ระยะเวลา
6. อายุความ

บรรพ 2 เป็นบทบัญญัติที่กล่าวถึงเรื่องหนี้ เป็นหลักกฎหมายทั่ว ๆ ไป ซึ่ง
เกี่ยวกับหนี้รวมตลอดถึงเรื่องสัญญาและละเมิดด้วย โดยแบ่งออกเป็น 5 ลักษณะ คือ

1. บทเบ็ดเสร็จทั่วไป ซึ่งเป็นหลักใหญ่กล่าวถึงผลแห่งนี้ และเรื่องสิทธิต่าง ๆ
2. สัญญา กล่าวถึงสัญญาทั่ว ๆ ไป เป็นการวางหลักสำหรับเอกเทศสัญญาในบรรพ 3
3. จัดการงานออกสั่ง
4. ลามมีควรรไ้
5. ละเมิด

บรรพ 3 ว่าด้วยเอกเทศสัญญา คือสัญญาเฉพาะอย่าง ซึ่งกฎหมายบัญญัติถึงความผูกพันและสิทธิหน้าที่ของบุคคลแตกต่างกันไปตามลักษณะแห่งสัญญาเฉพาะอย่างเป็นการรวมเอากฎหมายพาณิชย์เข้ามาด้วย และแบ่งลักษณะออกเป็นประเภทต่าง ๆ รวม 23 ลักษณะด้วยกัน คือ

- | | |
|------------------------|-------------------------|
| 1. ซื้อขาย | 2. แลกเปลี่ยน |
| 3. ให้ | 4. เช่าทรัพย์สิน |
| 5. เช่าซื้อ | 6. จ้างแรงงาน |
| 7. จ้างทำของ | 8. รับขน |
| 9. ยืม | 10. ฝากทรัพย์สิน |
| 11. คำประกัน | 12. จ้างนอง |
| 13. จ้างนำ | 14. เก็บของในคลังสินค้า |
| 15. ตัวแทน | 16. นายหน้า |
| 17. ประนีประนอมยอมความ | 18. การพนันและชั้นต่อ |
| 19. บัญชีเดินสะพัด | 20. ประกันภัย |
| 21. ตัวเงิน | 22. หุ้นส่วนและบริษัท |
| 23. สมาคม | |

บรรพ 4 ว่าด้วยทรัพย์สิน เป็นการบัญญัติกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับเรื่อง ทรัพย์สิน และสิทธิไว้โดยละเอียด เพราะทรัพย์สินที่มีอยู่ในบรรพ 1 นั้นเป็นแต่เพียงจำแนกประเภทของทรัพย์สินต่าง ๆ ไว้ให้เห็นในเบื้องต้นเท่านั้น ในบรรพนี้ออกเป็น 8 ลักษณะ คือ

- | | |
|----------------------|--------------------------------|
| 1. บทเบ็ดเสร็จทั่วไป | 2. กรรมสิทธิ์ |
| 3. ครอบครอง | 4. ภาระจำยอม |
| 5. อากัย | 6. สิทธิเหนือพื้นดิน |
| 7. สิทธิเก็บกิน | 8. ภาระคิดพันในอสังหาริมทรัพย์ |

บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว เป็นการรวมบทบัญญัติเรื่องความเกี่ยวพันในครอบครัวของบุคคลมาไว้ทั้งหมด และแบ่งออกเป็น 3 ลักษณะ คือ

1. การสมรส
2. บิดามารดากับบุตร
3. การอุปการะเลี้ยงดู

บรรพ 6 ว่าด้วยมรดก คือผลในกฎหมายอันเกิดจากการตายของบุคคล บรรพนี้เป็นบรรพสุดท้ายของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ นับได้ว่าเรามีกฎหมายที่เกี่ยวข้องในทางแพ่งตั้งแต่บุคคลเกิดมาจนตาย บรรพนี้แบ่งออกเป็น 6 ลักษณะ คือ

- | | |
|-----------------------|-------------------------------|
| 1. บทเบ็ดเสร็จทั่วไป | 2. สิทธิโดยธรรมในการรับมรดก |
| 3. พิโยกรรม | 4. วิธีจัดการและบันทึพย์ มรดก |
| 5. มรดกที่ไม่มีผู้รับ | 6. อายุความ ¹ |

3. การจำแนกหลักเกณฑ์ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

ในประมวลกฎหมายลายลักษณ์อักษร เราอาจจะแยกกฎหมายลายลักษณ์อักษรได้ 3 ประเภท คือ

¹โอสถ โกสิน, คำบรรยาย วิชาความรูเบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป, เรื่องเดิม. หน้า 105.

- (1) การจำแนกโดยบทบังคับ
- (2) การจำแนกโดยสาระสำคัญ
- (3) การจำแนกโดยขนาดการใช้บังคับของกฎหมาย

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ก็สามารถแยกได้ เช่นประมวลกฎหมายเช่นกัน ดังนั้นเราจึงมาพิจารณาว่าการจำแนกหลักเกณฑ์ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ออกเป็น 3 ประการ มีลักษณะอย่างไร

(1) การจำแนกโดยการบังคับ

ตามที่กล่าวมาแล้วข้างต้นว่ากฎหมายต้องมีลักษณะบังคับ กล่าวคือกฎหมายต้องใช้บังคับกับทุกคนในรัฐ ถ้าบุคคลใดฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติตาม จะต้องถูกบังคับหรือลงโทษ (saction) ถ้ากฎหมายใดไม่มีลักษณะบังคับและเมื่อมีการฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติตามกฎหมายแล้ว ไม่มีผลร้ายสำหรับผู้ฝ่าฝืน บทบัญญัติต่าง ๆ ของกฎหมายก็จะสิ้นผลไป ซึ่งในกฎหมายโรมันเคยมีกฎหมายในลักษณะนี้ ซึ่งเรียกว่า "กฎหมายที่ไม่สมบูรณ์" (Leges imperfector) ที่เป็นเช่นนี้เพราะกฎหมายดังกล่าวนี้ทางทฤษฎีมีลักษณะบังคับ แต่ในทางปฏิบัติปราศจากสภาพบังคับคือไม่มีการลงโทษ¹ ทำให้ไม่มีผล

กฎหมายที่เป็นบทบังคับหรือกฎหมายบังคับ (Jus Cogens) ก็คือกฎหมายที่มีได้มีบทบัญญัติกำหนดข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบและกำหนดไว้แน่นอนชัดเจน ผู้ใช้กฎหมายหรือผู้ตีความไม่สามารถจะใช้ดุลพินิจของตนเองมาเสริมแต่งเนื้อหาของบทบัญญัตินั้นได้ ต้องใช้กฎหมายนั้นที่บัญญัติไว้อย่างชัดเจนอยู่แล้วนั้น เราเรียกอีกอย่างหนึ่งคือ กฎหมายเคร่งครัด (Jus strictum) คือกฎเกณฑ์จะมาเปลี่ยนแปลงหรือมาตกลงยินยอมกันเองให้เป็นอย่างอื่นไม่ได้เป็นบทบังคับเด็ดขาด การฝ่าฝืนก็ต้องมีผลร้ายคือได้รับการลงโทษ

¹ อุทกษ มงคลนาวัน, คำอธิบายความรู้เกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป, เรื่องเดิม.

เสมอไป กล่าวคือในทางอาญาจะถูกลงโทษ หรือการใด ๆ ที่กระทำไปอาจตกเป็นโมฆะ
ในส่วนแพ่ง

ส่วนกฎหมายไม่บังคับ (Jus Dispositivum) คือบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่
บัญญัติไว้อย่างใดก็ตาม แต่หากกรณีที่เกี่ยวข้องกับตกลงเป็นอย่างอื่นได้ไม่จำเป็นจะต้องให้
เป็นไปตามบทบัญญัติที่กฎหมายบัญญัติไว้ โดยที่คู่กรณีมีอำนาจตกลงกัน ให้ผิดจากบทบัญญัติ
ของกฎหมายบัญญัติไว้ได้

การที่กฎหมายแยกออกเป็น 2 ประเภทนี้ เพราะเนื้อหาและบทบัญญัติและความ
มุ่งหมายของบทบัญญัติแตกต่างกัน เนื่องจากสังคมมนุษย์มีเรื่องส่วนตัวแท้ ๆ ไม่เกี่ยวกับ
บุคคลอื่น กฎหมายยอมให้บุคคล ซึ่งในเรื่องนี้ยอมต้องขึ้นต่อระบบ เศรษฐกิจของสังคมแต่ละ
ประเทศ ดังนั้นกฎหมายจึงไม่กำหนดข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบหรือผลทางกฎหมายไว้
อย่างแน่ชัด ในการใช้กฎหมายหรือการตีความบทกฎหมายเช่นนี้ ผู้ใช้ ผู้ตีความจำเป็นที่
ต้องไขเคลือบฝิฉะประกอบเพิ่ม เนื้อความของกฎหมายให้สมบูรณ์ขึ้น เพื่อให้เป็นธรรมและ
เหมาะสมกับพฤติการณ์แห่งคดีและภาวะของสังคมในขณะนั้น กฎหมายเช่นนี้เรียกว่า
กฎหมายยุติธรรม (Jus Aequum)

กฎหมายยุติธรรมนี้ที่ว่า เป็นที่มาสำคัญลำดับสองรองจาก Comon law ซึ่ง
เรียกว่า Equity ซึ่งอาจจะเรียกอีกอย่างหนึ่งว่า Judge-made-law หรือ Case
Law คือ เป็นกฎหมายผู้พิพากษาบัญญัติหรือเป็นกฎหมายอันเกิดจากคำพิพากษาในคดีความ
ต่าง ๆ และกฎหมายสาขา Equity ที่ใช้ในอังกฤษปัจจุบันแทบทั้งสิ้นเนื่องมาจากหลักที่
อาศัยความเป็นธรรมเป็นสำคัญ โดยคำพิพากษาของศาลซานเซอร์ระหว่าง 1529 - 1827
กฎหมายลักษณะสำคัญในสาขา Equity ในระบบกฎหมายอังกฤษปัจจุบัน คือ กฎหมาย
ลักษณะที่ดิน กฎหมายลักษณะทรัพย์สิน กฎหมายลักษณะหุ้นส่วนบริษัท โดยเฉพาะอย่างยิ่ง
Equity นี้ทำให้ Common Law สมบูรณ์¹

¹ ธานินทร์ กรัยวิเชียร, คำบรรยายกฎหมายแองโกลแซกซอน, (อัครสำเนาะ).
หน้า 120-121.

กฎหมายยุติธรรมมักจะบัญญัติไว้ในรูปดังต่อไปนี้ คือ

- (1) ไซ้เป็นคำศัพท์กฎหมาย (Legal Concepts) ที่มีความหมายกว้าง ๆ
- (2) บทบัญญัติที่เป็นมาตรฐาน (Standard)
- (3) บทบัญญัติที่เป็นหลักการ

1. ศัพท์กฎหมาย เช่น ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 113 ที่บัญญัติว่า "การใดที่มีวัตถุประสงค์เป็นการต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมายก็ดี เป็นการพันวิสัยก็ดี เป็นการขัดขวางความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนก็ดี การนั้นทานว่าเป็นโมฆะกรรม"

คำว่า "เป็นการขัดขวางความสงบเรียบร้อย หรือศีลธรรมอันดีของประชาชน" เป็นคำศัพท์ กฎหมายที่มีเนื้อความกว้าง ๆ ไม่แจ้งชัดว่าอะไรเป็นการขัดขวางความสงบเรียบร้อย ซึ่งเป็นเรื่องที่ใช้ตีความจำเป็นต้องใช้ดุลยพินิจประกอบกันในขณะเดียวกัน กฎหมายนี้ก็มีลักษณะบังคับได้เด็ดขาดอยู่ ถ้าหากเป็นการ ขัดต่อความสงบเรียบร้อย คือให้การนั้นโมฆะคือไม่มีผลในกฎหมายทันที

2. บทบัญญัติที่เป็นมาตรฐาน เช่นในมาตรา 24 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ที่กล่าวถึง "การที่สมแก่ฐานานุรูปแห่งตน" ซึ่งตามคำนี้ก็ให้ผู้ใช้ที่เคราะห์ดี ตามความเหมาะสมแห่งฐานะของผู้เยาว์ว่ามีความสามารถในการจัดหาตามฐานะหรือไม่ มีความว่าเพียงใดหรือคำว่า "ความระมัดระวัง" และ "ตามชนิด และวิสัยของสัตว์หรือตามพฤติการณ์อย่างอื่น" ในมาตรา 433 คำว่า "เวลาอันสมควรแก่เหตุ" ในมาตรา 596 และคำว่า "วิญญูชนจะพึงประพฤติโดยพฤติการณ์" ในมาตรา 659 เหล่านี้เป็นกัน กฎหมายบัญญัติเป็นมาตรฐานไว้ ผู้ใช้กฎหมายต้องพิเคราะห์ถึงความเหมาะสมตามความเหมาะสมตามความนึกทั่ว ๆ ไปในสังคมประกอบด้วย

3. บทบัญญัติที่เป็นหลักฐาน มาตรา 5 ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บัญญัติให้บุคคลทุกคนต้องกระทำโดยสุจริต หรือบทบัญญัติในมาตรา 421 เป็นบทวางหลัก ในเรื่องการใช้สิทธิทางที่ดิน และมาตรา 368 เป็นบทวางหลักการที่ความ

สำหรับในประเทศไทย กฎหมายทุกฉบับเป็นกฎหมายที่มีลักษณะบังคับทั้งสิ้นแต่ถึงแม้กฎหมายจะมีลักษณะบังคับก็ยังคงแบ่งต่อไปอีกเป็น 2 ลักษณะ คือ

1. กฎหมายที่มีลักษณะบังคับกับบุคคล
2. กฎหมายที่มีลักษณะบังคับกับไม่บุคคล

ตามที่โลกกล่าวขานกันแล้วว่ากฎหมายที่มีลักษณะบังคับกับบุคคลและผู้น่าฝันจะต้องได้รับผลร้ายโดยบุคคล แต่ในการทรงกันขามกฎหมายที่มีลักษณะบังคับกับไม่บุคคลแม้จะเป็นกฎหมายที่มีลักษณะใช้บังคับกับบุคคลทั่วไป แต่บุคคลอาจไม่ปฏิบัติตามโดยตกลงที่จะปฏิบัติตามเป็นอย่างอื่น คราวเท่าที่การปฏิบัตินั้นไม่ขัดต่อกฎหมายก็ได้ในกรณีชอบเขตที่กฎหมายอนุญาตให้เอกชนทำตามใจสมัครนี้เรียกว่าหลักอิสระส่วนเอกชน (**Privatoutonomy**) นั้นก็ต้องมีกฎหมายบัญญัติเกี่ยวกับขอบเขตเหล่านั้นว่า ในเรื่องทำตามใจสมัคร เขาจะทำได้อย่างไร เหล่านี้เรียกว่ากฎหมายบังคับกับไม่บุคคล ส่วนมากจะอยู่ในกฎหมายเอกชนที่เป็นกฎหมายแพ่งโดยเฉพาะเกี่ยวกับนิติกรรมสัญญา ที่อนุญาตให้เอกชนทำตามใจสมัคร เช่น มาตรา 458 - 468 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยที่เป็นบทไม่บังคับ เพราะผู้ซื้อและผู้ขายตกลงกันได้หรือในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ 5 ได้มีบทบัญญัติว่าด้วยการหมั้นไว้ตั้งแต่มาตรา 1435 ถึงมาตรา 1444 โดยระบุเงื่อนไขและคุณสมบัติของชายและหญิงที่จะทำการหมั้น ระบุถึงของหมั้นและผลของการผิดสัญญาหมั้น ซึ่งถ้ามีการหมั้นเกิดขึ้นแล้ว ชายและหญิงจะคงปฏิบัติตามกฎหมายส่วนนี้ แต่อย่างไรก็ตามก็ไม่มีกฎหมายบังคับไว้เลยว่า ชายและหญิงที่จะทำการสมรสกันจะต้องมีการหมั้นก่อนแล้วจึงจะทำการสมรสได้ เพราะฉะนั้นถ้าชายและหญิงไม่ประสงค์จะทำการหมั้น แต่ต้องการทำการสมรสเลยก็ย่อมทำได้ โดยไม่ถือว่าเป็นการสมรสที่ขัดต่อกฎหมายแต่ประการใด แต่ถ้าหากชายและหญิงเลือกที่จะมีการหมั้นก่อนที่จะสมรสแล้วการหมั้นและผลแห่งการหมั้นจะต้องตกอยู่ในบังคับแห่งบทบัญญัติของกฎหมายว่าด้วยการหมั้นนั้น

ส่วนบทบัญญัติที่เปลี่ยนแปลงไม่ได้ เช่น มาตรา 19 เรื่องอายุตามบทบัญญัตินี้เป็นกฎหมายบังคับ ซึ่งส่วนมากเป็นเรื่องเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนเกี่ยวกับการป้องกันผลประโยชน์ของบุคคลที่สามหรือสาธารณชนรวมทั้ง

ชนบทธรรมเนียมประเพณีที่สำคัญ เช่นบทบัญญัติต่าง ๆ ในบรรพ 5 เรื่องครอบครัว นอกจากนี้ก็อาจเป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับนโยบายบางอย่าง เช่นเรื่องอายุความและเรื่องแบบแห่งนิติกรรม เป็นต้น

บทบัญญัติบางบทก็แสดงให้เห็นว่าเป็นบทบังคับในตัวเอง โดยแสดงว่าเป็นการห้ามเด็ดขาด กฎหมายจะตกลงแก้ไขเปลี่ยนแปลงอย่างไรก็ได้ ในกรณีบทบัญญัตินั้นไม่ได้แสดงให้เห็นได้ในตัวเองว่าเป็นบทบังคับก็ต้องเป็นไปตามหลักเกณฑ์ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 114 ซึ่งบัญญัติว่า "การใดเป็นการผิดแผกแตกต่างกัน บทบัญญัติของกฎหมายใด ๆ ถ้ามีใช้กฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยถาศีลธรรมอันดีของประชาชนแล้วเพียงแต่เหตุเท่านั้นท่านว่าการนั้นหาเป็นโมฆะไม่"

ทุก ๆ ในทางปฏิบัติเป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วไปว่ากฎหมายมีลักษณะบังคับโดยเด็ดขาด มีมากกว่ากฎหมายที่ปล่อยให้มีความยืดหยุ่นไม่เด็ดขาด แต่ในทางปฏิบัติแล้ว นับว่ากฎหมายมีลักษณะบังคับไม่เด็ดขาด ยังมีประโยชน์มากเพราะการกระทำหรือการประพฤติปฏิบัติของประชาชนในรัฐบางเรื่องไม่มีปัญหาเกี่ยวข้องกับหรือกระทบกระเทือนถึงสถาบันทางสังคมหรือผลประโยชน์ของประเทศ ประชาชนส่วนใหญ่และการที่ผู้กระทำสามารถทำความเข้าใจตนเองตามความพอใจของตน ย่อมเป็นการแสดงถึงลักษณะการที่มีเสรีภาพส่วนบุคคลนี้เป็นที่รับรองโดยทั่วไปในประเทศที่มีการปกครองในระบอบประชาธิปไตย เช่นในประเทศไทยซึ่งยังยึดถือหลักการปกครองแบบเสรีนิยม

อย่างไรก็ตาม หลักกฎหมายที่มีลักษณะเสรีนิยมอย่างแท้จริงมักจะพบจากหลักกฎหมายแห่งเท่านั้น เพราะในกฎหมายแพ่งจะเห็นว่า กฎหมายจะไม่เข้าไปเกี่ยวข้องกับบังคับในเรื่องการแสดงเจตนาของบุคคลในการที่จะเข้าทำนิติกรรมสัญญามากนัก กล่าวคือโดยทั่วไปบุคคลมีเสรีภาพที่จะทำความเข้าใจอย่างใดก็ได้ถ้าการนั้นไม่มีวัตถุประสงค์เป็นการต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมายไม่เป็นการขัดขวางต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนและในการกระทำบางเรื่องกฎหมายบังคับว่าต้องทำตามแบบ

ก็ได้มีการกระทำตามแบบโดยครบถ้วนแล้ว การกระทำหรือความตกลงนั้น ๆ ย่อมเป็นอันใช้ได้

จากที่กล่าวมาข้างต้น จะเห็นได้ว่ากฎหมายแพ่งโดยทั่วไปมีลักษณะบังคับไม่เด็ดขาด แต่ในกฎหมายแพ่งนี้เองก็มีกฎหมายที่มีลักษณะบังคับเด็ดขาดรวมอยู่ด้วย เช่นในมาตรา 113 ซึ่งบัญญัติว่า "การใดมีวัตถุประสงค์ที่เป็นการต้องห้ามชัดแจ้ง โดยกฎหมายก็เป็นการพ้นวิสัยก็" เป็นการชักขวางต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมของประชาชนก็การนั้นท่านว่าเป็นโมฆะกรรม" และในมาตรา 115 บัญญัติว่า "การใดมิได้ทำให้ถูกต้องตามแบบที่มีกฎหมายบังคับไว้ การนั้นท่านว่าเป็นโมฆะ" จึงเห็นได้ว่าในประมวลกฎหมายท่านแบ่งเอาส่วนใหญ่เป็นกฎหมายที่มีลักษณะบังคับไม่เด็ดขาด แต่มีอีกหลายลักษณะหรือหลายมาตราที่มีลักษณะบังคับเด็ดขาดถ้าไม่กระทำชัดชอบบัญญัติแห่งกฎหมาย การกระทำนั้นจะตกเป็นโมฆะ

โดยสรุปแล้วบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ในส่วนที่มีลักษณะบังคับเด็ดขาดได้แก่ส่วนที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน เรื่องแบบของนิติกรรม เรื่องสถาบันครอบครัว เรื่องความคุ้มครองผู้เยาว์ เรื่องการจำหน่ายทรัพย์สินมรดกเมื่อเจ้าของมรดกถึงแก่ความตาย เป็นต้น แต่ถึงมีหลักการสำคัญของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ จะยึดหลักเสรีนิยมโดยยอมรับหลักการเรื่องเสรีภาพในการแสดงเจตนาและในการทำสัญญาข้อตกลงอย่างมากก็จริง แต่ในปัจจุบันนี้แนวทางของสังคมเปลี่ยนแปลงไปและเป็นที่ยอมรับโดยชัดกับหลักการเดิมว่ากฎหมายที่ดีในปัจจุบันต้องเป็นกฎหมายที่บัญญัติขึ้นเพื่อคุ้มครองผลประโยชน์ของประชาชนส่วนน้อย หรือของเอกชน ยิ่งไปกว่านั้นกฎหมายจะต้องให้ความคุ้มครองผู้ที่อ่อนแอกว่าในทางเศรษฐกิจมากกว่าที่จะให้ความคุ้มครองผู้ที่มีความแข็งแรงกว่า ซึ่งกฎหมายในปัจจุบันนี้โดยยอมรับแนวทางดังกล่าวข้างต้น เช่นจะเห็นได้จากกฎหมายแรงงาน กฎหมายที่ดิน เป็นต้น กฎหมายในลักษณะดังกล่าวนี้เรียกว่า (Social Legislation de droit)" และกฎหมายเหล่านี้เป็นกฎหมายที่มีลักษณะบังคับเด็ดขาดทั้งสิ้น

(2) การจำแนกโดยสาระสำคัญ

การที่จะทราบถึงลักษณะสาระสำคัญของกฎหมายใดนั้นจะต้องรู้ถึงบ่อเกิดหรือที่มาของกฎหมาย คำว่าบ่อเกิดหรือที่มาของกฎหมายตรงกับคำ Source of Law ในภาษาอังกฤษ อันเป็นกฎหมายยุคธรรมทั้งสิ้น

กฎหมายยุคธรรมนั้น อนุญาตให้ผู้ใช้กฎหมายใช้ดุลยพินิจโดยพิเคราะห์ถึงมาตรฐานความรู้สึกทางศีลธรรมของสังคมเพื่อผลของกฎหมายนั้นจะเหมาะสมกับสังคมนั้นรวมทั้งพฤติการณ์พิเศษเฉพาะคดี แต่ข้อเสียก็คือขาดความแน่นอนชัดเจน เพราะเมื่อใช้กับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นทำให้เกิดปัญหาได้ง่าย เพราะมีความรู้ได้แน่นอนว่ากฎหมายนั้นผลเป็นอย่างไร

บทกฎหมายยุคธรรมนี้เป็นช่องทางที่กฎหมายเปิดช่องไว้ให้ศีลธรรมและสังคมเข้ามามีส่วนในกฎหมายอย่างกว้าง รวมทั้งจารีตประเพณีด้วย เนื่องด้วยเหตุที่วิธีการดำเนินชีวิตของมนุษย์นั้นลึกซึ้งเกินกว่าที่จะบัญญัติไว้เป็นตัวอักษรได้ และอักษรก็เป็นเพียงแสดงออกซึ่งความคิดของมนุษย์ ตัวอักษรไปใช้ในกฎหมาย แต่ความคิดที่ตัวหนังสือแสดงออกนั้นคือกฎหมาย¹ ต่างหาก ดังนั้นจึงให้สังคมจารีตประเพณีศีลธรรมมีส่วนปรับปรุงกฎหมายให้มีลักษณะที่ลึกซึ้งไม่กระด้างจนเกินไปนัก สำหรับที่จะใช้บังคับหรือให้ความยุติธรรมแก่คู่กรณีพิพาทกัน

คำว่า Source นั้นแปลตามตัวอักษรว่าน้ำพุที่พุ่งขึ้นมา ฉะนั้นเมื่อใช้คำว่า Source of Law คงต้องการให้เกิดภาพพจน์ว่าเมื่อเกิดปัญหาความต้องการทราบว่าใครผิดใครถูก ต้องใช้กฎหมายใครตัดสิน ก็ต้องไปค้นหา ถ้าไม่พบบ่อเกิดถ้าไม่รู้จะใช้กฎหมายใครตัดสิน ก่อนที่จะมีกฎหมายลายลักษณ์อักษร ตั้งแต่โบราณมีจารีตประเพณีใช้กันในหมู่

¹ปรีดี เกษมทรัพย์, คำบรรยายสัมมนาแพ่ง, คณะนิติศาสตร์มหาวิทยาลัยรามคำแหง, เรื่องเดิม. หน้า 15.

ก็ไม่มีปัญหาเรื่องบ่อเกิดแต่เมื่อมีกฎหมายลายลักษณ์อักษรขึ้นก็มีปัญหาว่าเป็นกฎหมายหรือไม่ หรือว่าเป็นเพียงคำสั่งสอนหรือคำแนะนำทางศีลธรรมเท่านั้นดังนั้นบ่อเกิดหรือที่มาของกฎหมายเป็นเรื่องการอธิบายถึงปัญหาที่ว่ากฎเกณฑ์ในรูปลักษณะใดบ้างที่ได้รับความนับถือว่าเป็นกฎหมาย

กฎหมายมีที่มาจากกรุงโรมสมัยสองพันปีมาแล้ว บัญญัติขึ้นโดยพระเจ้าจักรพรรดิบ้างโดยวุฒิสภาบ้างซึ่งบ่อเกิดของกฎหมายซึ่งแยกออกได้เป็น 2 ประเภท คือ

1. ที่มาในลักษณะเป็นกฎหมายที่มีบัญญัติ เช่น กฎหมายจารีตประเพณี แต่ก็มีผลบังคับเป็นกฎหมาย
2. ที่มาในลักษณะเป็นกฎหมายที่บัญญัติขึ้น

ความจริงแล้วบ่อเกิดของแต่ละประเทศไม่เหมือนกัน บ่อเกิดของกฎหมายอังกฤษต่างจากเยอรมัน บ่อเกิดของกฎหมายไทยก็ต่างจากกฎหมายอังกฤษ ซึ่งแล้วแต่ธรรมเนียมประเพณีปฏิบัติของแต่ละประเทศ รวมทั้งมีเหตุภายในและภายนอกประเทศที่มีสาเหตุก่อให้เกิดกฎหมาย

สำหรับระบบกฎหมายไทย เมื่อพิจารณาจากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 4 แล้วจะเห็นที่มาของกฎหมายไทยที่แยกได้ 2 ประการ เช่นเดียวกัน คือ

1. กฎหมายที่บัญญัติขึ้น คือกฎหมายที่เกิดขึ้นจากกระบวนการนิติบัญญัติ หรือกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่เป็นบทมาตรา คำว่า "บทบัญญัติโดยกฎหมาย" ในวรรคแรก และคำว่า "บทกฎหมาย" ในวรรคต้นของวรรคสอง ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 4 หมายถึง กฎหมายลายลักษณ์อักษร
2. กฎหมายที่มีบัญญัติขึ้น หรือเรียกว่ากฎหมายจารีตประเพณีนั่นเอง คำว่า "คลองจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น" ในวรรคสอง และคำว่า "หลักกฎหมายทั่วไป" ในวรรค 4 สุดท้ายของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 4 จัดอยู่ในจำพวกกฎหมายส่วนที่มีบัญญัติขึ้น

ดังนั้นพอที่จะสรุปได้ว่า การจำแนกหลักเกณฑ์ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์โดยสาระสำคัญ คือ

1. กฎหมายที่บัญญัติขึ้น ซึ่งเป็นกฎหมายที่เกิดขึ้นโดยกระบวนการนิติบัญญัติ ซึ่งบัญญัติจะต้องมีอำนาจ หรือมีความชอบธรรมที่จะบัญญัติขึ้นมา ซึ่งจะต้องพิจารณาว่า กฎเกณฑ์ใต้นั้นมีลักษณะ เป็นกฎหมายหรือไม่ พิจารณาได้โดย

- (1) บัญญัติกฎหมายมีอำนาจโดยชอบธรรมหรือไม่ ซึ่งเปลี่ยนไปตามยุคตามสมัย ตามระบบการปกครองของแต่ละประเทศซึ่งเป็นปัญหาในเรื่องรัฐธรรมนูญ
- (2) การบัญญัติกฎหมายได้กระทำถูกต้องตามวิธีการหรือกระบวนการหรือไม่ ซึ่งกำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญของแต่ละประเทศ
- (3) การประกาศใช้กฎหมายได้กระทำโดยชอบหรือไม่ ทั้งนี้เพราะโซบั้งคับทั่วไปในสังคมนั้น ประชาชนจึงต้องรับรู้ก่อน และจะต้องยอมรับโดยทั่วไป การจะให้ประชาชนรู้จักใช้วิธีประกาศ เช่นประเทศไทย ก็กำหนดให้ประกาศในราชกิจจานุเบกษา
- (4) มีกฎหมายอื่นมาเปลี่ยนแปลงหรือยกเลิกหรือไม่ เพราะถ้าหากมีการเปลี่ยนแปลงหรือยกเลิกนั้นใช้ได้โดยชอบก็ทำให้กฎหมายนั้นโซบั้งคับไม่ได้

2. กฎหมายส่วนที่ไม่ได้บัญญัติขึ้นได้แก่กฎหมายจารีตประเพณี ซึ่งการที่จารีตประเพณีที่มีลักษณะเป็นกฎหมายจะต้องมีลักษณะดังต่อไปนี้ คือ

- 2.1 เป็นจารีตประเพณีที่ประชาชนได้ปฏิบัติติดต่อกันมานานและสม่ำเสมอ
- 2.2 ประชาชนมีความรู้สึกว่าการจารีตประเพณีเหล่านั้นเป็นสิ่งที่ถูกต้องและจะต้องปฏิบัติตาม

ดังนั้นจารีตประเพณีที่ถือว่าเป็นกฎหมาย จะต้องเป็นจารีตประเพณีที่สำคัญซึ่งที่กล่าวมาแล้วข้างต้น

สาเหตุ แต่เดิมนั้นก่อนมีการใช้กฎหมายลายลักษณ์อักษรก็มีการใช้จารีตประเพณีแทน จนมาถึงต้นศตวรรษที่ 19 มีการเข้าใจว่าเมื่อมีกฎหมายเป็นลายลักษณ์อักษรแล้ว ย่อมมีความสมบูรณ์ จารีตประเพณีก็ไม่มี ความจำเป็นต่อไป ซึ่งความเชื่อนี้ไม่ถูกต้อง

เพราะระบบกฎหมายใดก็ตามจะมีแต่กฎหมายลายลักษณ์อักษรล้วน ๆ โดยไม่มีกฎหมายจารีตประเพณีนั้นเป็นไปไม่ได้ เพราะแม้กฎหมายลายลักษณ์อักษรจะพยายามบัญญัติไว้ให้กว้างขวางเพียงใดก็ตาม ก็ไม่สามารถทำให้ระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษรสมบูรณ์ใช้บังคับโดยไม่มีกองอากัฏหมายจารีตประเพณีเป็นบทประกอบให้สมบูรณ์ได้

ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยก็มีบัญญัติเกี่ยวกับจารีตประเพณีไว้ในมาตรา 4 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์จึงบัญญัติไว้ว่า เมื่อไม่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่จะใช้บังคับปรับคดี ให้ศาลใช้กฎหมายประเพณีหรือจารีตประเพณีปรับแก้คดี นับว่าเป็นข้อยืนยันที่ค้ำสำหรับความจริงในข้อที่กล่าวมานี้

ในบทบัญญัติแห่งมาตรา 4 นี้ มีบทบัญญัติไว้มีความหมายไว้ว่า ต้องใช้กฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษรมาปรับแก้คดีก่อน ถ้าไม่มีจึงหาจารีตประเพณีมาใช้หากคดีนั้นคดี

ดังนั้นจึงเรียกว่าศาลลงจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่นตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 4 วรรค 2 ว่าเป็นกฎหมายประเพณีและเป็นที่มาของกฎหมายไทยอย่างหนึ่ง

สรุปตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นั้นจึงพอสรุปได้ว่าการจำแนกตามสาระสำคัญ คือ

1. กฎหมายที่บัญญัติขึ้น
2. กฎหมายส่วนที่มีใ้บัญญัติขึ้น ได้แก่มกฎหมายจารีตประเพณี

(3) การจำแนกโดยขนาดการใช้

บทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นั้นมีลักษณะเคร่งครัด เช่นในมาตรา 208 ในเรื่องการชำระหนี้ให้เป็นผลสำเร็จจะต้องทำอย่างไร หรือในมาตรา 420 ในลักษณะละเมิดเหล่านี้มีลักษณะเป็นกฎหมายเคร่งครัดหรือเด็ดขาด แต่ในขณะเดียวกัน

ในกฎหมายแห่งนี้เองก็มีลักษณะของกฎหมายที่บังคับไม่เด็ดขาดซึ่งเป็นบทบัญญัติแห่งความ
ยุติธรรมมาลดความเด็ดขาดของกฎหมายแห่งและพาณิชย์ เช่นในมาตรา 425 ในเรื่อง
ลูกจ้างทำละเมิด ผู้รับผิดชอบให้เป็นนายจ้าง ถ้าเป็นเกี่ยวกับทางการที่จ้าง ส่วนในมาตรา
420 ให้อำนาจละเมิดรับผิดชอบ

ซึ่งจะสังเกตได้ว่ากฎหมายที่ยุติธรรมมักจะกว้างกว่ากฎหมายเด็ดขาด และเมื่อ
มีกรณีขัดกันขึ้น กฎหมายยุติธรรมย่อมชนะเสมอ

นอกจากนั้น บทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เองยังไม่บังคับ
เด็ดขาดในเรื่องการแสดงเจตนาของบุคคลในเรื่องนิติกรรม บุคคลมีเสรีภาพในการทำ
นิติกรรม แต่ทั้งนี้จะต้องไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน ตาม
มาตรา 113 ส่วนในเรื่องสิทธิและการใช้สิทธิ การถือหลักข้อสุดท้ายสุจริต ทั้งนี้ปรากฏใน
มาตรา 5 ซึ่งหลักเหล่านี้ไม่ชัดเจนเพียงแต่เป็นเรื่องกว้าง ๆ เพื่อควบคุมสังคม และมี
ผลใช้บังคับได้เสมอ

ศูนย์วิทยทรัพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย