

บทที่ 2

นิติวิธีของระบบซีวิลลอว์และระบบคอมมอนลอว์

การที่นักกฎหมายจะศึกษากฎหมายและใช้กฎหมายได้อย่างถูกต้องมีประสิทธิภาพนั้น ไม่ใช่เพียงแต่จะศึกษาให้รู้แต่ตัวบทกฎหมายเท่านั้นหากจะต้องศึกษาถึงทัศนคติแนวความคิดและวิธีการทางกฎหมายหรือ “นิติวิธี” ของกฎหมายในระบบกฎหมายของตนให้ถูกต้องด้วย ดังนั้นการจัดให้มี “นิติวิธี” หรือ (Juristic Method) ให้ตรงกับระบบกฎหมายนั้นถือเป็นสิ่งที่สำคัญ³ เพราะหากเปรียบเทียบตัวบทกฎหมายเป็นเนื้อตัวร่างกาย นิติวิธีก็ถือเป็นจิตวิญญาณของกฎหมาย⁴ และบทบาทบัญญัติของกฎหมายไม่ว่าจะเป็นบทบัญญัติของกฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษรหรือไม่เป็นลายลักษณ์อักษรอาจใช้บังคับไม่ได้หากไม่มีนิติวิธีกำกับไว้

อย่างไรก็ตามนิติวิธีในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์และซีวิลลอว์นั้นย่อมต่างกันไป แม้ว่าจะมีเป้าหมาย คือ ประสิทธิภาพยุติธรรมเช่นเดียวกันก็ตาม และการที่ระบบกฎหมายทั้งสองมีนิติวิธีที่ต่างกันย่อมส่งผลต่อวิธีการทางกฎหมายที่ต่างกันไปด้วย ดังนั้นเพื่อประโยชน์ในการศึกษาถึงระบบนิติวิธีของกฎหมายไทยได้อย่างถูกต้องเราจึงต้องศึกษานิติวิธีในระบบกฎหมายทั้งสองเสียก่อนเพื่อเป็นพื้นฐานความเข้าใจถึงระบบนิติวิธีของกฎหมายไทย⁵

2.1 ความหมายของนิติวิธี

นิติวิธี (juristic method) หมายถึง แนวความคิดและทัศนคติของนักกฎหมายที่มีต่อระบบกฎหมายของตนอันได้แก่ทัศนคติที่มีต่อ บ่อเกิดของกฎหมาย วิธีบัญญัติกฎหมาย วิธีศึกษา วิธีใช้และวิธีแก้ไขปัญหาทางกฎหมายของนักกฎหมาย⁶

นอกจากนี้นิติวิธียังเป็นเครื่องแสดงความแตกต่างระหว่างระบบกฎหมายใหญ่ 2 ระบบ คือ ระบบกฎหมายซีวิลลอว์ซึ่งเป็นระบบกฎหมายที่ใช้อยู่ในประเทศภาคพื้นยุโรป (Contirental) และระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ของกลุ่มประเทศแองโกลแซกซอน ทั้งนี้เพราะระบบกฎหมายทั้งสองนี้มีประวัติความเป็นมาและวิวัฒนาการที่แตกต่างกันออกไป

³ สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล. (2546). บันทึกของนายยอร์ช ปาดูซ์ ที่ปรึกษาการร่างกฎหมายของรัฐบาลสยาม เกี่ยวกับ การร่างกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127. หน้า 94.

⁴ กิตติศักดิ์ ปรกติ.(2546). ความเป็นมาและหลักการใช้นิติวิธีในระบบซีวิลลอว์และคอมมอนลอว์. หน้า 15.

⁵ กิตติศักดิ์ ปรกติ. แหล่งเดิม. หน้า 18.

⁶ กิตติศักดิ์ ปรกติ. แหล่งเดิม. หน้า 15.

2.2 ความเป็นมาและนิติวิธีในระบบซีวิลลอว์

2.2.1 ประวัติความเป็นมาของระบบซีวิลลอว์⁷

ระบบกฎหมายซีวิลลอว์สืบทอดมาจากกฎหมายโรมันและได้รับการพัฒนามาโดยนักนิติศาสตร์ยุโรป โดยเฉพาะอย่างยิ่งจากนักนิติศาสตร์ในรั้วมหาวิทยาลัยตลอดระยะเวลาหลายร้อยปี มีการพัฒนาและเปลี่ยนรูปจากกฎหมายจารีตประเพณีของชาวโรมัน ซึ่งถือเป็นกฎศักดิ์สิทธิ์และมีลักษณะแยกย่อย กลายมาเป็นหลักการที่เป็นระบบ มีเหตุผลและสอดคล้องทั่วถึงกัน กฎหมายซีวิลลอว์เป็นพัฒนาการของการสร้างหลักกฎหมายทั่วไป โดยใช้เหตุผลไปศึกษาและปรุงแต่งสรุปลงมาเพื่อนำไปใช้เฉพาะเรื่อง ในการศึกษาถึงความเป็นมาของนิติวิธีในกฎหมายซีวิลลอว์นี้อาจแบ่งช่วงพัฒนาการออกเป็น 3 ระยะ ได้แก่ 1) สมัยโรมัน 2) สมัยกลาง 3) สมัยใหม่ และสมัยประมวลกฎหมาย

1) สมัยโรมัน

ระบบกฎหมายซีวิลลอว์นี้ได้พัฒนาขึ้นในอาณาจักรโรมันที่ยึดถือจารีตประเพณีตั้งแต่สมัยบรรพกาลในการปฏิบัติและตัดสินข้อพิพาทอย่างเคร่งครัด จนกระทั่งชาวพลเมืองของชาวโรมันที่เรียกว่า “Plebian” ได้รวมตัวเรียกร้องให้มีการนำจารีตประเพณีที่ถือปฏิบัติอย่างเคร่งครัดและรับรู้กันเฉพาะชนชั้นสูงที่เรียกว่า “Patrician” มาบันทึกไว้ในที่เปิดเผยให้สาธารณชนรับรู้ได้โดยทั่วไป ด้วยการจารึกไว้บนแผ่นศิลาจำนวน 12 แผ่น หรือที่รู้จักกันดีในนามกฎหมาย 12 โต๊ะ ซึ่งก็นับว่าเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรฉบับแรกของโรมัน⁸

ด้วยความเชื่อในความศักดิ์สิทธิ์ของจารีตประเพณีที่ถือกันมาอย่างเคร่งครัด จึงทำให้ชาวโรมันมีทัศนคติที่ถือความศักดิ์สิทธิ์ของตัวอักษรที่บันทึกตามจารีตประเพณีเคร่งครัดไป ด้วยการที่บัญญัติกฎหมายเป็นลายลักษณ์อักษรนี้ทำให้เกิดผลอย่างใหม่ในทางนิติศาสตร์ กล่าวคือการถือความศักดิ์สิทธิ์ของตัวอักษรได้ทำให้ผู้ปรับใช้กฎหมายปรับใช้ด้วยความระมัดระวังอย่างยิ่ง โดยถือตามข้อความที่ปรากฏตามลายลักษณ์อักษรเป็นสำคัญ แต่เมื่อมีกรณีที่ไม่ต้องตรงตามตัวอักษร โดยตรงก็ค่อยๆ มีการตีความเพื่อหาความหมายที่แท้จริงของบทกฎหมายนั้นขึ้น จุดนี้เองจึงเป็นต้นกำเนิดของศาสตร์แห่งการตีความกฎหมาย

2) สมัยกลาง

ในช่วงที่อาณาจักรโรมันได้ล่มสลายไปด้วยการรุกรานและมีชัยของชนเผ่าเยอรมัน ระบบกฎหมายก็เสื่อมทรามลง วิชาการทางนิติศาสตร์ได้หยุดชะงัก トラบจนกระทั่งในราว

⁷ กิตติศักดิ์ ปรกติ. แหล่งเดิม. หน้า 21 -31.

⁸ สุกัญญา เจริญวัฒนสุข. (2542). บทบาทศาลในการพัฒนาบทบัญญัติกฎหมายสารบัญญัติ. หน้า 13.

ศตวรรษที่ 13 สังคมเริ่มฟื้นตัวขึ้นจึงได้มีการฟื้นฟูศิลปวิทยาการขึ้นอีกครั้งหนึ่งประกอบทั้งการค้า พาณิชยกรรมและการศึกษาขยายตัวมากขึ้น ความขัดแย้งระหว่างอาณาจักรกับศาสนจักรที่ได้ขยายอิทธิพล ในช่วงที่กฎหมายโรมันล่มสลายลงนั้น มีความชัดเจนและรุนแรงมากขึ้น ความต้องการในการระงับ ความขัดแย้งดังกล่าวทำให้ชนชั้นกลางและนักวิชาการ ในมหาวิทยาลัยได้หันกลับมาให้ความสนใจ และศึกษากฎหมายโรมันอีกครั้งหนึ่งด้วยความเชื่อว่ากฎหมายจะเป็นเครื่องมืออำนวยความสะดวก รักษาความมั่นคง และจัดวางระเบียบแบบแผนแก่สังคม และเป็นบันไดก้าวสู่ความยิ่งใหญ่ได้ เหมือนสมัยโรมัน ด้วยความเชื่อเช่นนี้ นักกฎหมายที่ศึกษากฎหมายโรมันจึงศึกษากฎหมายของ พระเจ้าจัสติเนียนอย่างเชื่อมั่นและศรัทธาว่ากฎหมายโรมันเป็นกฎหมายที่ถูกต้องและมีเหตุผล เป็น คัมภีร์แห่งสติปัญญา “Ratio Scripta” และด้วยทัศนคติเช่นนี้จึงทำให้นักกฎหมายรุ่นต่อๆ มาได้รับ สืบทอดทัศนคติว่า “ตัวอักษร” กับ “เหตุผล” เป็นสิ่งที่แยกกันไม่ออกอันเป็นนิติวิธีที่สำคัญของ นักกฎหมายชีวิตลอว์นั่นเอง

3) สมัยใหม่

ในยุคสมัยใหม่ในช่วงต้นๆ วิชานิติศาสตร์ได้รับการปรุงแต่งจากเหตุผล ล้วนๆ ด้วยอิทธิพลของความเชื่อทางสำนักกฎหมายธรรมชาติ มีการอ้างหลักเหตุผลตามธรรมชาติ มาเป็นหลักคิดเบื้องต้นทางกฎหมาย ใช้หลักเหตุผลมาวิพากษ์และศึกษากฎหมายแทนที่จะศึกษา กฎหมายในฐานะเป็นกฎที่พระเจ้าเป็นผู้เป็นเจ้ากำหนดไว้ด้วยความศรัทธาแบบสมัยกลาง อย่างไรก็ตาม การพัฒนาการทางกฎหมายยังก้าวต่อไปไม่หยุดยั้ง ในศตวรรษที่ 18 อันเป็นยุคเฟื่องปัญญา (Enlightenment) ความเชื่อมั่นที่ถือว่ากฎหมายเป็นเครื่องมือในการกำหนดชีวิตมนุษย์และสร้าง สังคมใหม่ และการบัญญัติกฎหมายเป็นเครื่องแสดงออกถึงความเป็นอิสระของรัฐตามทฤษฎีอำนาจ อธิปไตย ทำให้เกิดแนวคิดในการบัญญัติประมวลกฎหมายขึ้น โดยมีประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส (ค.ศ. 1804) เป็นแบบอย่างและแพร่ขยายไปในประเทศต่างๆ ในยุโรปในศตวรรษที่ 19 แต่อย่างไร ก็ตามในยุคนี้แนวความคิดของสำนักกฎหมายบ้านเมือง (Positivism) มีอิทธิพลมากเพราะสำนัก กฎหมายบ้านเมืองนี้สนับสนุนลัทธิอำนาจอธิปไตย และถือว่ากฎหมายคือเจตจำนงของรัฐที่แสดง ออกมา ผู้ใดฝ่าฝืนต้องได้รับโทษ และถือว่าตัวบทกฎหมายเป็นบ่อเกิดของกฎหมายสูงสุดประการ เดียว ต่อมาในศตวรรษที่ 20 ประมวลกฎหมายเยอรมันและสวิสมิได้เดินตามประมวลกฎหมายฝรั่งเศส อีกต่อไป แต่ได้เลือกเดินทางสายกลาง คือ ใช้หลักการตีความกฎหมายตามแบบสำนักกฎหมาย ประวัติศาสตร์ที่ถือว่าบทกฎหมายเป็นบ่อเกิดของกฎหมายที่แสดงออกมาด้วยเหตุผลตามตัวอักษร และเป็นตัวแทนเจตจำนงของผู้บัญญัติกฎหมาย และมีประเพณีและนิติวิธีอื่นๆ เป็นบ่อเกิดของ กฎหมายลำดับรองลงไปด้วย ซึ่งวิธีการดังกล่าวได้รับการยอมรับจากนานาชาติและแพร่หลายไป ทั่วโลกที่ใช้กฎหมายในระบบชีวิตลอว์ในเวลาต่อมา

2.2.2 บ่อเกิดของกฎหมายในระบบชีวิตลอร์⁹

บ่อเกิดของกฎหมายในระบบชีวิตลอร์ ได้แก่ 1) บทบัญญัติแห่งกฎหมาย 2) จารีตประเพณี 3) คำพิพากษาของศาล 4) หลักกฎหมายทั่วไปและข้อเขียนของนักนิติศาสตร์

1) บทบัญญัติแห่งกฎหมาย

นักกฎหมายในระบบชีวิตลอร์มีทัศนคติและแนวความคิดต่อบทบัญญัติแห่งกฎหมายโดยถือว่าตัวบทกฎหมายเป็นบ่อเกิดอันดับแรกของกฎหมาย ทั้งนี้ด้วยความเชื่อเบื้องต้นที่ว่าบทกฎหมายเป็นตัวแทนของเหตุผลและความเป็นธรรมในตัวเอง โดยเหตุนี้ นักกฎหมายในระบบชีวิตลอร์จึงเป็นผู้ที่มีความจงรักภักดีต่อบทกฎหมายเป็นประการแรก เมื่อมีข้อพิพาทเกิดขึ้น นักกฎหมายจะพิจารณาถึงความสัมพันธ์ทางข้อเท็จจริงในข้อพิพาทนั้น แล้วแสวงหาประเด็นอันเป็นปัญหาจากนั้นจึงอ้างหลักเกณฑ์จากบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับประเด็นปัญหานั้นมาปรับใช้แก่กรณีพิพาทโดยวิธีตีความกฎหมาย กล่าวคือ หากข้อความในตัวบทกฎหมายนั้นชัดเจนไม่คลุมเครือ ศาลจะต้องปรับใช้บทกฎหมายนั้นตามตัวอักษร หากข้อความในตัวบทกฎหมายคลุมเครือไม่ชัดเจนเกิดความสงสัยในความหมายของตัวอักษรนั้นศาลจึงค่อยใช้วิธีตีความกฎหมาย¹⁰ และในประเทศที่ใช้ระบบชีวิตลอร์นั้น รัฐสภามีหน้าที่ในการกำหนดนโยบายทางกฎหมายและเป็นผู้ออกกฎหมาย เช่น ประเทศฝรั่งเศส¹¹ และบรรดาบทกฎหมายเหล่านี้ที่สำคัญ ได้แก่ ประมวลกฎหมายแพ่ง ประมวลกฎหมายพาณิชย์ ประมวลกฎหมายอาญา¹² เป็นต้น

2) จารีตประเพณี

ระบบกฎหมายชีวิตลอร์พัฒนามาจากกฎหมายประเพณีในสมัยโรมัน ในอดีตกฎหมายโรมันถือว่าจารีตประเพณีจะต้องสอดคล้องกับเหตุผล จึงจะใช้บังคับเป็นกฎหมาย จารีตประเพณีได้ กฎหมายจารีตประเพณีในที่นี้ หมายถึง กฎหมายจารีตประเพณีเป็นที่ไม่ได้เป็นลายลักษณ์อักษร เพราะหากนำไปบัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษรย่อมกลายเป็นบทบัญญัติแห่งกฎหมายลายลักษณ์อักษรไป ดังนั้นจารีตประเพณีในที่นี้จึง หมายถึง แบบอย่างของความประพฤติซึ่งประชาชนทั่วไปนิยมปฏิบัติตามกันมานานจนเป็นที่ยอมรับว่ามีความศักดิ์สิทธิ์เสมอด้วยกฎหมาย หรือเป็นข้อบังคับที่ประชาชนรู้สึกกัน โดยทั่วไปว่าเป็นกฎหมายและรัฐได้ใช้ข้อบังคับที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษรนี้เสมือนกฎหมายในรูปลักษณะเดียวกันตลอดมา อย่างไรก็ตามจารีตประเพณีย่อม

⁹ กิตติศักดิ์ ปรกติ. แหล่งเดิม. หน้า 32-41.

¹⁰ René David. (1985). *Major legal systems in the world today* (3rd ed.). p. 120.

¹¹ Andrew West. (1998). *The French Legal System* (2nd ed.). pp. 42-43.

¹² หยุด แสงอุทัย.(2545). ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป. หน้า 11.

ขึ้นอยู่กับแต่ละสภาพสังคมด้วย ในข้อคิดเห็นเกี่ยวกับบ่อเกิดของกฎหมาย จาริตประเพณีได้รับการยอมรับว่าได้ถูกนำมาปฏิบัติ มีอิทธิพลและมีบทบาทในการปรับใช้กฎหมายและพัฒนาระบบกฎหมาย ดังนั้นนักกฎหมายในระบบซีวิลลอว์จึงให้ความสำคัญกับจาริตประเพณีอย่างมาก เช่น ในประเทศเยอรมนี สวิสเซอร์แลนด์ กรีก (Greece) ถือว่าบ่อเกิดของกฎหมายมีเพียง 2 บ่อเกิดเท่านั้น¹³ คือ บทบัญญัติแห่งกฎหมาย กับ จาริตประเพณี ในทางทฤษฎีกฎหมายนั้นระบบซีวิลลอว์ยอมรับว่าจาริตประเพณีที่มีเหตุผลถือเป็นบ่อเกิดของกฎหมายลำดับรองจากตัวบทกฎหมาย ดังนั้นหากจาริตประเพณีใดมีลักษณะที่มีความชัดเจนแน่นอนในการปรับใช้อาจนำไปสู่การบัญญัติเป็นบทบัญญัติแห่งกฎหมายได้เช่นกัน¹⁴ ฉะนั้นจาริตประเพณีถือเป็นบ่อเกิดที่คู่เคียง ส่งเสริมหรือตัดทอนบทกฎหมายก็ได้ นอกจากนี้บทกฎหมายยังมักจะบัญญัติให้ใช้กฎหมายประเพณีบังคับในกรณีต่างๆ บางกรณีเพื่อให้กฎหมายมีความยืดหยุ่นมากขึ้นอีกด้วย

3) คำพิพากษาของศาล

นักกฎหมายในระบบซีวิลลอว์ถือว่าคำพิพากษาของศาลมีความสำคัญในฐานะเป็นตัวอย่างการปรับใช้กฎหมายในกรณีรูปธรรม เป็นการแสดงออกซึ่งความมีอยู่ของบทบัญญัติแห่งกฎหมายหรือหลักเกณฑ์ที่ใช้ในการวินิจฉัยข้อพิพาทที่เป็นรูปธรรม (ภาวะวิสัย)¹⁵ และมีความสำคัญในการอธิบายหลักกฎหมายที่แฝงอยู่ในบทกฎหมายต่างๆ ที่นำมาปรับใช้ และโดยเหตุที่ว่าการบังคับใช้กฎหมายต้องมีความสม่ำเสมอ “ข้อเท็จจริงอย่างเดียวกันต้องได้รับการปฏิบัติอย่างเดียวกัน” คือ ข้อเท็จจริงอย่างเดียวกันผลในทางกฎหมายควรต้องเป็นอย่างเดียวกัน ดังนั้นคำพิพากษาจึงได้รับการบังคับใช้เสมือนเป็นที่มาของกฎหมาย แต่อย่างไรก็ตามคำพิพากษาไม่ใช่เป็นที่มาหรือเป็นบ่อเกิดของกฎหมายโดยแท้ ทั้งมิใช่ตัวบทกฎหมาย และจะขัดหรือก้าวล่วงขอบเขตของกฎหมายไม่ได้ เช่น ในประเทศฝรั่งเศส ไม่ยอมรับว่าคำพิพากษาเป็นบ่อเกิดของกฎหมายในระบบกฎหมายฝรั่งเศส เพราะในรัฐธรรมนูญของประเทศฝรั่งเศส กำหนดให้ สภานิติบัญญัติเท่านั้นเป็นผู้อนุมัติหรือออกกฎหมายและผู้พิพากษาเป็นผู้ปรับใช้กฎหมายและนอกจากนั้นสภานิติบัญญัติจะต้องระมัดระวังการใช้อำนาจของผู้พิพากษาแนะนำข้อกำหนดที่ศาลสร้างขึ้นว่ามันเป็นไปได้สำหรับคำตัดสินของศาลที่จะถือเป็นธรรมเนียมปฏิบัติในกรณีที่เกิดขึ้นต่อมาภายหลัง¹⁶ ดังนั้น

¹³ René David. *Major legal systems in the world today*. p.130.

¹⁴ Mary Ann Glendon, Micheal Wallace Gordon and Christopher Osakwe. (1994). *Comparative Legal Traditions*. pp.203-204.

¹⁵ René David. *Major legal systems in the world today*. p. 133. and Andrew West. *The French Legal System*. p. 54.

¹⁶ Andrew West. *The French Legal System*. p. 54.

นักกฎหมายในระบบซีวิลลอว์จึงถือว่าการวินิจฉัยคดีความต้องเป็นไปตามบทกฎหมายและย่อมไม่ผูกพันตามหลักเกณฑ์ที่ศาลตั้งขึ้น เพราะในระบบกฎหมายซีวิลลอว์นั้นถือว่าบทบัญญัติของกฎหมายเป็นหลักเกณฑ์ทั่วไปอันย่อมครอบคลุมไปถึงบรรดากรณีทั้งหลายเป็นระเบียบแน่นอน ในขณะที่ถือว่าคำพิพากษามีฐานะเป็นหลักเกณฑ์ที่มีผลใช้แก่กรณีเฉพาะเรื่องเฉพาะราว จึงเป็นหลักเกณฑ์ที่ขาดลักษณะเป็นทั่วไปปราศจากความแน่นอน ธรรมเนียมที่ไม่ยอมรับว่าคำพิพากษามีผลบังคับนี้ไม่ได้เป็นเหตุบังเอิญแต่เนื่องมาจากการที่ระบบกฎหมายซีวิลลอว์ยอมรับหลักของกฎหมายโรมัน ที่ยึดถือธรรมเนียมว่านิติวิธีหรือหลักการใช้กฎหมายนั้นย่อมมาจากบทบัญญัติแห่งกฎหมายหรือหลักกฎหมายทั่วไปเท่านั้น และในระบบซีวิลลอว์ถือกันว่าผู้พิพากษาจะต้องไม่ทำตนเป็นผู้ออกกฎหมายเสียเองทฤษฎีและหลักปรัชญาของนักกฎหมายซีวิลลอว์เป็นเช่นนี้

อย่างไรก็ตามแม้ว่าคำพิพากษาไม่ใช่เป็นที่มาหรือเป็นบ่อเกิดของกฎหมายโดยแท้ แต่ตัวคำพิพากษานั้นเองอาจมีส่วนร่วมในการพัฒนากฎหมายได้ด้วยกรณินให้เหตุผลในกรณีรูปธรรมมากที่สุดจนเป็นที่ยอมรับสู่การพัฒนากฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติในที่สุด¹⁷

4) หลักกฎหมายทั่วไป และข้อเขียนของนักนิติศาสตร์

นักกฎหมายในระบบซีวิลลอว์เชื่อว่ามีหลักการแห่งเหตุผลแฝงอยู่ในบทบัญญัติแห่งกฎหมาย และเป็นสิ่งที่นักนิติศาสตร์จะต้องศึกษาค้นคว้าทำความเข้าใจและแสดงให้ปรากฏ กฎหมายไม่ใช่ตัวบทบัญญัติแต่คือสิ่งที่แฝงอยู่ในบทบัญญัติแห่งกฎหมาย กรณีที่กฎหมายมีช่องว่างคือไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้โดยตรง นักกฎหมายมีหน้าที่อุดช่องว่างเสียด้วยหลักความเป็นธรรมซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายนั่นเอง ซึ่งในกรณีนี้คือ หลักกฎหมายทั่วไป เช่น ในประมวลกฎหมายแพ่งออสเตรีย มาตรา 7 บัญญัติว่า “ในกรณีที่ไม่มีกฎหมายใด ๆ จะปรับใช้แก่กรณีได้นั้น ให้ศาลใช้ปกติประเพณี หรือหลักกฎหมายธรรมชาติ มาปรับใช้ หลักกฎหมายทั่วไปที่ระบบกฎหมายปัจจุบันยอมรับคือ หลักสุจริต ซึ่งอาจมีบัญญัติไว้หรือไม่ก็ได้ และหากไม่มีบัญญัติไว้โดยตรงนักกฎหมายก็จะอ้างหลักกฎหมายทั่วไปขึ้นมาจากการอ้างหลักการที่แฝงอยู่ในบทบัญญัติต่างๆ มาปรับใช้ เช่น หลักการใช้สิทธิโดยมิชอบ ในกฎหมายฝรั่งเศส ซึ่งเป็นหลักการที่แฝงอยู่ในเบื้องหลังมาตรา 1382 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส โดยถือว่าไม่ใช่หลักที่ใช้เฉพาะในเรื่องละเมิดเท่านั้น แต่เป็นหลักกฎหมายทั่วไปที่ใช้ได้ทุกกรณี ด้วยเหตุนี้ในประมวลกฎหมายแพ่งสวิสรับรองหลักการเหล่านี้ไว้ใน “บทเบ็ดเสร็จทั่วไป” นั่นเอง นอกจากนี้พัฒนาการของระบบซีวิลลอว์ผูกพันอยู่กับการศึกษาค้นคว้าบทบัญญัติ และหลักการแห่งบทบัญญัติโดยนักนิติศาสตร์ในรัฐ

¹⁷ René David. (1980). **English Law and French Law**. p. 21. and Andrew West. **The French Legal System**. p.54.

มหาวิทยาลัยนับเป็นเวลาหลายร้อยปี ฉะนั้นหลักการที่เป็นผลจากการศึกษาค้นคว้าของนักนิติศาสตร์แล้วสอนเป็นหลักสืบทอดกันมาที่เรียกว่า Legal doctrine หรือหลักการที่ปรากฏอยู่ในความเห็นของนักนิติศาสตร์ที่เป็นที่ยอมรับก็เป็นหลักกฎหมายที่ยอมรับกันโดยทั่วไป จึงอาจกล่าวได้ว่าระบบซีวิลลอว์ ไม่เพียงแต่จะเป็นระบบกฎหมายแบบแผนแห่งบทบัญญัติเท่านั้น ยังเป็นระบบกฎหมายของนักนิติศาสตร์ (Juristenrecht) อีกด้วย

2.2.3 นิติวิธีของระบบซีวิลลอว์¹⁸

นิติวิธีของนักกฎหมายในระบบซีวิลลอว์นั้นนักกฎหมายในระบบซีวิลลอว์ถือว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายลายลักษณ์อักษรเป็นสิ่งสำคัญที่สุด เป็นหลักเกณฑ์ที่ประกอบด้วยเหตุผลเป็นหลักเกณฑ์ทั่วไปที่ใช้เป็นแนวในการวินิจฉัยสิทธิและหน้าที่ของบุคคลในทางปฏิบัติ และมีฐานะสูงกว่าหลักเกณฑ์ในคำวินิจฉัยเฉพาะคดีในคำพิพากษา และนักกฎหมายซีวิลลอว์จะยึดถือสาระของหลักเกณฑ์แห่งกฎหมายสารบัญญัติเป็นใหญ่ โดยไม่ให้ความสำคัญแก่เรื่องวิธีพิจารณาและแนวคำพิพากษาของศาลเกินไปจนเป็นผลเสียแก่หลักการทางสารบัญญัติ เมื่อมีข้อพิพาทเกิดขึ้นนักกฎหมายจะพิจารณาถึงความสัมพันธ์ทางข้อเท็จจริงในข้อพิพาทนั้นแล้วแสวงหาประเด็นอันเป็นปัญหาจากนั้นจึงอ้างหลักเกณฑ์จากบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับประเด็นปัญหานั้นมาปรับใช้แก่กรณีพิพาทโดยวิธีตีความกฎหมาย โดยไม่ต้องไปวางหลักเกณฑ์ปลีกย่อยอื่นๆ มาอธิบายให้มากความอีก

หลักทฤษฎีการตีความในระบบซีวิลลอว์มีอยู่ 2 ประการ คือ 1) หลักการตีความตามหลักภาษา (Grammatical Interpretation) หลักการตีความตามหลักภาษาเป็นการตีความหมายจากถ้อยคำที่ผู้บัญญัติกฎหมายได้บัญญัติไว้ 2) หลักการตีความตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย (Logical Interpretation) เป็นหลักการตีความมุ่งที่จะใช้แสดงความมุ่งหมายอันแท้จริงของกฎหมาย

การใช้กฎหมายโดยถือว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายมีฐานะเป็นหลักเกณฑ์ทั่วไปเช่นนี้เท่ากับให้ความสำคัญกับการตีความเป็นอย่างมาก ซึ่งอาจทำให้มองได้ว่า กฎหมายขาดความแน่นอนชัดเจน ในกรณีเช่นนี้นักกฎหมายซีวิลลอว์ได้แก้ไขโดยด้านหนึ่งก็ใช้กฎหมายตามบทบัญญัติเป็นหลัก (กฎเกณฑ์ปฐมภูมิ) และใช้เกณฑ์การตีความของศาลที่วางเป็นบรรทัดฐานสืบเนื่องกันมาเป็นคำอธิบายบทบัญญัติมาประกอบเป็นการให้รายละเอียด (กฎเกณฑ์ทุติยภูมิ) วิธีนี้จะช่วยให้การตีความกฎหมายและการใช้กฎหมายตามบทบัญญัตินั้นสมบูรณ์ขึ้นและแน่นอนชัดเจนมากขึ้น

¹⁸ กิตติศักดิ์ ปรกติ, แหล่งเดิม, หน้า 42-55.

กรณีหากปรากฏว่าข้อพิพาทที่เกิดขึ้นนั้น ไม่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่สามารถนำมาปรับใช้ได้นักกฎหมายในระบบชีวิลลอว์ก็จะแก้ปัญหาโดยการมาพิจารณาว่าข้อพิพาทดังกล่าว นั้นเคยมีคำพิพากษาคัดสินเป็นบรรทัดฐานไว้หรือไม่ (แม้ว่าในทางทฤษฎีกฎหมาย ในระบบชีวิลลอว์จะยอมรับว่าจารีตประเพณีเป็นบ่อเกิดของกฎหมายในลำดับรองก็ตาม) และแม้ว่าเคยมีคำพิพากษาเป็นบรรทัดฐานไว้ก็ตาม นักกฎหมายในระบบชีวิลลอว์จะถือตามคำพิพากษาดังกล่าวหรือไม่ก็ได้ เพราะนักกฎหมายในระบบนี้ถือว่าคำพิพากษานั้นเป็นเพียงตัวอย่างการปรับใช้กฎหมาย คำพิพากษาไม่ใช่กฎหมายและไม่ผูกพันเป็นการทั่วไปเหมือนบทบัญญัติของกฎหมาย กรณีหากปรากฏว่าข้อพิพาทดังกล่าวไม่เคยมีคำพิพากษาคัดสินไว้เป็นบรรทัดฐาน นักกฎหมายในระบบชีวิลลอว์ก็จะแก้ปัญหาโดยการมาพิจารณาว่าข้อพิพาทดังกล่าวนี้มีจารีตประเพณีที่สามารถนำมาปรับใช้ได้หรือไม่ หากปรากฏว่าไม่มีจารีตประเพณีที่จะนำมาปรับใช้แก่ข้อพิพาทดังกล่าวได้นักกฎหมายในระบบชีวิลลอว์ก็จะแก้ปัญหาโดยการมาพิจารณาว่าข้อพิพาทดังกล่าวนี้มีหลักกฎหมายทั่วไปพอที่จะนำมาปรับใช้ได้หรือไม่ซึ่งถือเป็นการอุดช่องว่างของระบบกฎหมายชีวิลลอว์ และท้ายที่สุดหากปรากฏว่าไม่มีหลักกฎหมายทั่วไปที่พอจะนำมาปรับกับข้อพิพาทดังกล่าวได้นักกฎหมายในระบบชีวิลลอว์ก็จะแก้ปัญหาประการสุดท้ายโดยการมาคว่าข้อพิพาทดังกล่าวนี้มีข้อคิดข้อเขียนของนักนิติศาสตร์ให้ความเห็นไว้อย่างไรหรือเคยสอนเป็นหลักสืบทอดกันมาอย่างไร

นิติวิธีที่กล่าวมานี้เป็นหลักการใช้และเป็นวิธีการแก้ไขปัญหาทางกฎหมายตามแนวความคิดหรือทัศนคติของนักกฎหมายในระบบชีวิลลอว์ซึ่งเป็นการใช้นิติวิธีตามลำดับความสำคัญของบ่อเกิดของกฎหมาย เพราะแม้ว่าในระบบชีวิลลอว์จะให้ความสำคัญแก่บทบัญญัติแห่งกฎหมายลายลักษณ์อักษรมากเพียงใดก็ตาม แต่โดยสภาพของบทบัญญัติแห่งกฎหมายลายลักษณ์อักษรเองที่ไม่อาจทำให้สมบูรณ์ปราศจากช่องว่างได้ ดังนั้นจึงต้องใช้และแก้ไขปัญหาทางกฎหมายโดยการนำบ่อเกิดของกฎหมายในลำดับรองลงมาใช้เพื่อเสริมบทบัญญัติแห่งกฎหมายลายลักษณ์อักษรให้สมบูรณ์นั่นเอง แต่อย่างไรก็ตามหากนิติวิธีดังกล่าวมีบทบัญญัติแห่งกฎหมายกำหนดไว้ อย่างไรก็ตามหลักการใช้นิติวิธีก็จำเป็นต้องเป็นไปตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้น แต่ทั้งนี้นิติวิธีต้องแยกกันให้ชัดเจนว่าเป็นนิติวิธีในทางกฎหมายแพ่ง หรือในทางกฎหมายอาญา

ในทางแพ่งหรือกรอบทางแพ่งหากนิติวิธีมีกำหนดไว้ ก็ต้องเป็นไปตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่บัญญัติไว้ นั่น เช่น ประมวลกฎหมายแพ่งออสเตรีย มาตรา 7 บัญญัติว่า “ในกรณีที่ไม่มีกฎหมายใดๆ จะปรับใช้แก่กรณีได้นั้น ให้ศาลใช้ปกติประเพณี หรือหลักกฎหมายธรรมชาติ มาปรับใช้”

ส่วนในทางอาญา กรอบในทางอาญาของระบบซีวิลลอว์ก็จะมีหลักกฎหมายที่สำคัญคือ “หลักความชอบด้วยกฎหมายในกฎหมายอาญา¹⁹” กล่าวคือ ในกฎหมายอาญามีหลักกฎหมายที่สำคัญที่สุดซึ่งมาจากหลักสุภาษิตกฎหมายที่ว่า “Nullum crimen, nulla poena sine lege” ซึ่งแปลได้ว่า “ไม่มีความผิด ไม่มีโทษโดยไม่มีกฎหมาย” หลักดังกล่าวนี้มีความสำคัญเนื่องจากถือว่าเป็นหลักประกันสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่ว่า “บุคคลจะมีความผิดและมีโทษทางอาญาได้ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายบัญญัติไว้โดยชัดแจ้งเท่านั้น²⁰” ซึ่งหมายความว่า เฉพาะกฎหมายที่เกิดจากการบัญญัติเท่านั้นที่สามารถกำหนดว่าการกระทำใดการกระทำหนึ่งเป็นความผิดอาญาได้ (Nullum crimen sine lege) และเฉพาะกฎหมายที่เกิดจากการบัญญัติเท่านั้นเช่นกันที่สามารถกำหนดโทษสำหรับการกระทำใดการกระทำหนึ่งได้ (Nulla poena sine lege) และทั้งสองประการที่กล่าวมานี้จะต้องมีอยู่แล้วก่อนการกระทำนั้นเช่นกัน²¹ อย่างไรก็ตามมีข้อสังเกตประการหนึ่งว่า แม้ว่ากฎหมายอาญาจะเน้นที่กฎหมายที่เกิดจากการบัญญัติ แต่กฎหมายจารีตประเพณีก็ใช้บังคับได้ในกฎหมายอาญา เพียงแต่การใช้กฎหมายจารีตประเพณีในกฎหมายอาญามีขอบเขตที่จำกัดเท่านั้น กล่าวคือ จะกำหนดการกระทำที่เป็นความผิดในทางอาญาหรือกำหนดการเพิ่มโทษโดยกฎหมายจารีตประเพณีไม่ได้²² และโดยที่การลงโทษทางอาญาเป็นมาตรการที่รุนแรงที่สุดของรัฐที่ใช้กับประชาชนในรัฐ ฉะนั้นรัฐจึงจำต้องบัญญัติกฎหมายอาญาให้ชัดเจนที่สุดเท่าที่จะทำได้ด้วย²³

ดังนั้นจะเห็นได้ว่า หลักความชอบด้วยกฎหมายในกฎหมายอาญา หรือหลักประกันในกฎหมายอาญานั้นจะครอบคลุมเนื้อหาของกฎหมายอาญา 4 ประการ คือ

¹⁹ คณิต ฌ นคร. (2547). *กฎหมายอาญาภาคทั่วไป* (พิมพ์ครั้งที่ 2). หน้า 59-60.

²⁰ สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล. “หลักความชอบด้วยกฎหมายในกฎหมายอาญา Principe de la legalite criminelle.” *รวมบทความทางวิชาการเนื่องในโอกาสครบรอบ 84 ปี ศาสตราจารย์จิติ ดิงส์กี*. หน้า 11.

²¹ คณิต ฌ นคร. *กฎหมายอาญาภาคทั่วไป*. หน้า 61.

²² คณิต ฌ นคร. *แหล่งเดิม*. หน้า 47-48.

²³ คณิต ฌ นคร. *แหล่งเดิม*. หน้า 61-62.

1. การห้ามใช้กฎหมายจารีตประเพณีลงโทษทางอาญาแก่บุคคล
2. การห้ามใช้กฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งลงโทษทางอาญาแก่บุคคล
3. กฎหมายอาญาต้องบัญญัติให้ชัดเจนแน่นอน
4. กฎหมายอาญาไม่มีผลย้อนหลัง

และโดยเนื้อหาของ “หลักความชอบด้วยกฎหมายในกฎหมายอาญา หรือ หลักประกันในกฎหมายอาญา” นี้เองส่งผลให้วิธีการใช้และวิธีการแก้ไขปัญหามุ่งในทางกฎหมายอาญาในระบบชีวิตลอร์ดต้องยึดถือบทบัญญัติแห่งกฎหมายอาญาเป็นสำคัญ กล่าวคือ ในการที่ศาลจะตัดสินพิพากษาคดีเพื่อลงโทษหรือเพิ่มโทษบุคคลนั้นต้องยึดถือบทบัญญัติแห่งกฎหมายอาญาเป็นหลักจะนำสิ่งอื่นที่ไม่ใช่บทบัญญัติแห่งกฎหมายอาญามาตัดสินพิพากษาคดีเพื่อลงโทษหรือเพิ่มโทษไม่ได้ แต่อาจจะใช้ในทางอื่นที่เป็นคุณได้ เช่น อาจใช้จารีตประเพณี หรือหลักกฎหมายทั่วไปในทางที่เป็นคุณได้ เป็นต้น²⁴

ดังนั้นจะเห็นได้ว่า “หลักความชอบด้วยกฎหมายในกฎหมายอาญา หรือหลักประกันในกฎหมายอาญา” ถือเป็นนิติวิธีที่สำคัญที่สุดในกฎหมายอาญา และผลของหลักความชอบด้วยกฎหมายในกฎหมายอาญาส่งผลให้ฝ่ายนิติบัญญัติ และฝ่ายตุลาการมีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามดังนี้²⁵

1) ฝ่ายนิติบัญญัติ

แม้ว่าฝ่ายนิติบัญญัติเป็นผู้มีอำนาจฝ่ายเดียวในการบัญญัติกฎหมายอาญาต่างๆ ทั้งที่เป็นกฎหมายอาญาสารบัญญัติ และกฎหมายอาญาวิธีสบัญญัติ ฝ่ายนิติบัญญัติต้องคำนึงถึงหลักเกณฑ์ที่สำคัญต่างๆ เพื่อเป็นหลักประกันสิทธิเสรีภาพแก่ประชาชน

(1) ในส่วนที่เกี่ยวกับกฎหมายอาญาสารบัญญัติ ฝ่ายนิติบัญญัติต้องบัญญัติกฎหมายให้มีความชัดเจนแน่นอนทั้งในส่วนที่เกี่ยวกับความผิดและโทษ นอกจากนี้ฝ่ายนิติบัญญัติจะออกกฎหมายมาบังคับได้แต่เฉพาะกับการกระทำที่เกิดขึ้นภายหลังการประกาศใช้กฎหมายเท่านั้น โดยจะให้กฎหมายที่ออกมามีผลย้อนหลังแก่การกระทำที่เกิดขึ้นก่อนการประกาศใช้กฎหมายไม่ได้

(2) ในส่วนที่เกี่ยวกับกฎหมายอาญาวิธีสบัญญัติ ฝ่ายนิติบัญญัติจะต้องประสานวัตถุประสงค์ 2 ประการ ของกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาที่มีความขัดแย้งกันให้มีความ

²⁴ คณิต ฒ นกร. (2540). การตีความกฎหมายอาญา. หน้า 225 และ 229.

²⁵ สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล. หลักความชอบด้วยกฎหมายในกฎหมายอาญา *Principe de la legalite criminelle*. หน้า 14-15.

สมคุดกัน วัตถุประสงค์ดังกล่าวได้แก่วัตถุประสงค์ในการนำตัวผู้กระทำความผิดมาลงโทษ และ วัตถุประสงค์ในการคุ้มครองสิทธิในการต่อสู้คดีของผู้ต้องหา ทั้งนี้เพราะกฎหมายเป็นผู้รักษา ประโยชน์ของสังคม และในขณะเดียวกันก็เป็นผู้คุ้มครองสิทธิและเสรีภาพส่วนบุคคลด้วย ทั้งนี้ฝ่าย นิติบัญญัติต้องคำนึงทั้งองค์กรศาลและด้านวิธีพิจารณาคดี

ก. ด้านองค์กรศาล โดยศาลที่จะพิจารณาคดีได้นั้นต้องเป็นศาลที่ มีการจัดตั้งโดยชอบ และจัดตั้งก่อนมีการกระทำความผิดนั้น ๆ ดังนั้นการจัดตั้งศาลใดศาลหนึ่งขึ้นมา พิเศษเพื่อพิจารณาความผิดของผู้กระทำความผิดคนใดคนหนึ่งโดยเฉพาะ จึงเป็นการขัดต่อหลัก ความชอบด้วยกฎหมายในกฎหมายอาญา นอกจากนั้น กฎหมายที่บัญญัติขึ้นนั้นฝ่ายนิติบัญญัติจะ ต้องให้หลักประกันแก่ศาลในด้านความเป็นอิสระของตุลาการ การที่ผู้พิพากษาอาจถูกตั้งข้อรังเกียจ รวมทั้งการกำหนดเขตอำนาจในการพิจารณาคดีไว้อย่างชัดเจนอีกด้วย

ข. ในด้านวิธีพิจารณาความฝ่ายนิติบัญญัติต้องให้หลักประกัน สิทธิและเสรีภาพแก่นิติบุคคลหรือจำเลยไว้ เช่น การที่จะลงโทษจำเลยในคดีอาญาได้นั้นจะต้องฟัง พยานหลักฐานจนแน่ใจว่าจำเลยเป็นผู้กระทำความผิดนั้นจริง หลักการการพิสูจน์ในคดีอาญานั้น เป็นหน้าที่ของฝ่ายกล่าวหา หลักกยประโยชน์แห่งความสงสัย หลักประกันสิทธิและเสรีภาพในการ ต่อสู้คดี โดยเฉพาะห้ามมิให้มีการข่มขู่ คุกคาม หรือทรมาน ผู้ต้องหา หรือจำเลย

2) ฝ่ายตุลาการ

ฝ่ายตุลาการต้องปรับใช้กฎหมายอาญาให้ตรงตามบทบัญญัติของกฎหมาย ในส่วนขององค์ประกอบความผิดต่างๆ อย่างเคร่งครัด ทั้งนี้ศาลจะตีความโดยขยายความหรือโดย การเทียบเคียงกฎหมายอาญาในส่วนบทบัญญัติที่เป็นความผิดไม่ได้ และส่วนที่เกี่ยวกับโทษ ศาล จะต้องพิพากษาลงโทษเฉพาะโทษที่กำหนดไว้โดยกฎหมายเท่านั้น และอัตราโทษที่จะลงนั้นต้อง เป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติไว้เช่นกัน

ดังนั้นเมื่อ “หลักความชอบด้วยกฎหมายในกฎหมายอาญา หรือหลักประกัน ในกฎหมายอาญา” ถือเป็นนิติวิธีที่สำคัญที่สุดในกฎหมายอาญาแล้วฝ่ายนิติบัญญัติ และฝ่ายตุลาการ มีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามอย่างเคร่งครัดสม่ำเสมอ

2.3 ความเป็นมาและหลักนิติวิธีในระบบคอมมอนลอว์

2.3.1 ประวัติความเป็นมาของระบบคอมมอนลอว์²⁶

ระบบคอมมอนลอว์เป็นระบบกฎหมายที่พัฒนาขึ้นในประเทศอังกฤษตั้งแต่อดีตกาล ซึ่งในสมัยนั้นการใช้กฎหมายในประเทศอังกฤษได้รับอิทธิพลจากกฎหมายโรมันเพียงเล็กน้อย โดยกฎหมายที่ใช้บังคับก็คือ กฎหมายจารีตประเพณีของท้องถิ่นต่างๆ ของกลุ่มชนเป็นจำนวนมาก ที่มีภูมิถิ่นที่อยู่ในเขตพื้นที่ประเทศอังกฤษกระจัดกระจายอยู่ทั่วไปและมีจารีตประเพณี กฎเกณฑ์ กำหนดวิถีชีวิตของสมาชิกในกลุ่มของตน ทำให้จารีตประเพณีมีลักษณะที่หลากหลายและขาดเอกภาพ จนกระทั่งมีการปกครองระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ภายใต้การปกครองของ “กษัตริย์” ที่มีอำนาจสูงสุดเด็ดขาด มีการจัดระบบการปกครองเสียใหม่ ในรูปการครองที่ดิน อันเป็นการเสริมให้พระมหากษัตริย์มีพระราชอำนาจเหนือศักดินาอื่นๆ และได้ตั้งตัวแทนของกษัตริย์ในลักษณะของศาลที่เดินทางไปตัดสินคดีในท้องถิ่นต่างๆ เรียกว่า “ศาลหลวง” (Royal Corut) วิธีการพิจารณา วินิจฉัยของศาลหลวงนั้นมี 2 วิธีคือ

1) เป็นการนำเอาจารีตประเพณีของท้องถิ่นมาปรับใช้กับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น ดังนี้เมื่อมีคำตัดสินจากศาลหลวงดังกล่าวท้องถิ่นนั้นๆ ต้องยอมรับและปฏิบัติตาม สำหรับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นระหว่างท้องถิ่นและมีปัญหาว่าจะใช้จารีตประเพณีของท้องถิ่นใดตัดสิน ได้รับการคลี่คลาย โดยระบบศาลหลวงเป็นผู้ตัดสินคดีข้อพิพาทนั้นๆ เช่นกัน

2) ในกรณีที่ไม่มีจารีตประเพณีของท้องถิ่นศาลหลวงจำต้องสร้างหลักกฎหมายขึ้นมาใหม่โดยเป็นการใช้เหตุผลไปวิเคราะห์ข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นเป็นข้อพิพาทแล้วศาลหลวงวางหลักเกณฑ์ในการตัดสินชี้ขาดจากการพิจารณาเหตุผลที่แฝงอยู่ในความสัมพันธ์ทางข้อเท็จจริงนั้น หลักเกณฑ์เช่นนี้เป็นหลักเกณฑ์ที่ต่างจากการใช้กฎหมายท้องถิ่นแบบเดิมมิใช่เป็นกฎหมายจารีตประเพณี แต่เป็นการวินิจฉัยคดีตามหลักกฎหมายทั่วไปนั่นเอง

ต่อมาเมื่อระยะเวลาผ่านไปจึงได้พัฒนาเป็นระบบเดียวกันภายใต้กฎเกณฑ์ที่ศาลหลวงเป็นผู้กำหนดโดยมิได้แบ่งแยกเช่นเดิมอีกต่อไป ซึ่งการจัดระบบจารีตประเพณีเป็นหนึ่งเดีวนี้จึงทำให้เป็นระบบส่วนกลาง หรือระบบคอมมอนลอว์ (Common Law)²⁷ โดยที่หลักคอมมอนลอว์นั้นถือว่าเป็นหลักกฎหมายที่ศาลสร้างขึ้นจากจารีตประเพณีหรือจากหลักเหตุผลที่ได้จากการพิจารณาข้อเท็จจริงในข้อพิพาท มิใช่เป็นการตัดสินตามอำเภอใจดังนี้ทำให้มีการยึดหลักเกณฑ์ในคำพิพากษาที่มีมาก่อนมาใช้ในการตัดสินที่มีข้อเท็จจริงเกิดขึ้นแบบเดียวกันในภายหลัง

²⁶ กิตติศักดิ์ ปรกติ. แหล่งเดิม. หน้า 59-68.

²⁷ Frederick G. Kempin. (1973). *Historical Introduction to Anglo – American Law in a Nutshell* (2nd ed.). p. 77. อ้างใน สุกัญญา เจริญวัฒนสุข. *บทบาทศาลในการพัฒนาบทบัญญัติกฎหมายสารบัญญัติ*. หน้า 7-9.

ตามหลักที่ว่าข้อเท็จจริงอย่างเดียวกันต้องได้รับการปฏิบัติเหมือนกัน และพัฒนาต่อมาจนเกิดเป็น ทฤษฎีการตัดสินโดยยึดหลักกฎหมายตามคำพิพากษา (The doctrine of precedent) ในราวปลาย ศตวรรษที่ 18

และต่อมาเมื่อระบบคอมมอนลอว์ได้พัฒนาถึงขีดสุดในช่วงศตวรรษที่ 15 จนไม่สามารถพัฒนาต่อไปได้ ไม่ว่าจะด้วยการมีกระบวนการพิจารณาที่เคร่งครัดจำกัดมากเกินไปและ ต้องผูกพันอยู่กับคำพิพากษาบรรทัดฐานของศาลคอมมอนลอว์ กฎหมายคอมมอนลอว์ของศาล หลวงเริ่มไม่สอดคล้องกับความต้องการของสังคม จนไม่สามารถตอบสนองกับปัญหาที่เกิดขึ้นจาก การเปลี่ยนแปลงของสังคม หรือแนวคิดของผู้พิพากษาที่เป็นอนุรักษนิยมจนมากเกินไปทำให้ผู้ที่ไม่ ได้รับความเป็นธรรมจากศาลคอมมอนลอว์ ต้องหัน ไปพึ่งพิงและร้องขอความเป็นธรรมจาก Load Chancellor ราชเลขานุการของพระมหากษัตริย์เพื่อเยียวยาความเดือดร้อนดังกล่าว Load chancellor มีสำนักงานตั้งอยู่ที่ Court of Chancery ได้เยียวยาความเดือดร้อนแก่ผู้ร้องทุกข์ โดยใช้ หลักความเป็นธรรมในแต่ละกรณี (The Equity of the case) กล่าวคือ วินิจฉัยคดีโดยยึดหลัก ประโยชน์สุขและความยุติธรรมในสังคมเป็นใหญ่ มิได้ยึดถือตามหลักกฎหมายตามแนวคำพิพากษา แบบศาลคอมมอนลอว์ จนพัฒนาเป็นหลักเอควิตี้ขึ้นในที่สุด หลักเอควิตี้นี้จึงเป็นหลักกฎหมาย ของประเทศอังกฤษอีกหลักหนึ่งที่เกิดขึ้นเพื่ออำนวยความสะดวกแก่ประชาชน ควบคู่ไปกับระบบ คอมมอนลอว์ ในกรณีที่ระบบคอมมอนลอว์มิได้ให้ความเป็นธรรมให้มีความสมบูรณ์ยิ่งขึ้น

ครั้นถึงศตวรรษที่ 18 เมื่อชนชั้นนายทุนในอังกฤษเติบโตใหญ่ขึ้นจนเข้ายึดกุม รัฐสภาได้ และมีอำนาจมากขึ้นเรื่อยๆ ก็ได้มีการออกกฎหมายมาแก้ไขหลักกฎหมายคอมมอนลอว์ที่ ไม่สอดคล้องกับการขยายตัวของทุนนิยมในสมัยนั้น ในช่วงแรกศาลคอมมอนลอว์ปฏิเสธที่จะใช้ กฎหมายลายลักษณ์อักษรที่สภามีบัญญัติขึ้น เพราะผู้พิพากษามีความเชื่อว่า คอมมอนลอว์เป็นระบบ เหตุผลที่ได้รับการปรุงแต่งโดยนักปราชญ์มานานจนเป็นระบบที่สมบูรณ์แล้ว แต่นานเข้าความ ต้องการของมหาชนได้บีบบังคับให้ศาลต้องยอมรับกฎหมายลายลักษณ์อักษร กระนั้นศาลก็ยังคง อิดเอื้อนและพยายามที่จะสงวนสิทธิที่จะไม่ใช้กฎหมายของรัฐสภา เมื่อกฎหมายขัดต่อเหตุผลหรือ ความรู้สึกของมหาชน โดยศาลอ้างเสรีภาพที่จะไม่ใช้กฎหมายนั้นบังคับ ในที่สุดรัฐสภาอังกฤษจึง ได้บังคับให้ศาลนำกฎหมายที่รัฐสภาออกไปใช้บังคับ โดยศาลไม่มีดุลยพินิจดใช้กฎหมาย ผลจาก กฎหมายนี้ทำให้ศาลคอมมอนลอว์เล็งไปสร้างหลักการตีความกฎหมายลายลักษณ์อักษร โดยให้ กฎหมายลายลักษณ์อักษรมีผลน้อยที่สุด โดยถือว่าบทกฎหมายลายลักษณ์อักษรเป็นข้อยกเว้นของ หลักคอมมอนลอว์ จึงพยายามตีความกฎหมายให้แคบและเคร่งครัดเข้าไว้ยึดตัวอักษรเป็นหลักโดย ไม่คำนึงถึงเจตนารมณ์ของกฎหมาย คือถือหลักตีความตามตัวอักษร (Literal Rule) ทำให้กฎหมาย

ลายลักษณ์อักษรกับความไม่กว้าง เมื่อกฎหมายกับความแคบศาลก็มีโอกาสนำหลักคอมมอนลอว์ อันเป็นหลักทั่วไปมาใช้บังคับแก่กรณีนั้น

การวิวัฒนาการของฝ่ายนิติบัญญัติที่ดำเนินควบคู่ไปกับการขยายอิทธิพลของรัฐประชาธิปไตยแบบเสรีนิยม และแนวคิดของ Jeremy Bentham ทำให้เกิดการปฏิรูปกฎหมาย วิธีพิจารณาความในตอนกลางศตวรรษที่ 19 เป็นการทำลายเครื่องรั้งพัฒนาการของกฎหมายอังกฤษ ครั้งสำคัญ จากนั้นมานักกฎหมายและศาลอังกฤษจึงค่อยๆ หันมายอมรับกฎหมายสารบัญญัติมากขึ้น และเป็นผลให้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ได้รับการจัดระบบให้ดีขึ้นมีการปรับปรุงองค์กรตุลาการ โดยผลของ Judicature Acts 1873-1875 ศาลอังกฤษทั้งหมดสามารถใช้หลักกฎหมาย Equity ควบคู่ไปกับหลักคอมมอนลอว์ได้ แต่กฎหมายอังกฤษก็ยังคงรักษาแบบฉบับเดิมไว้ โดยถือว่าคำพิพากษาบรรทัดฐานของศาลเป็นบ่อเกิดของกฎหมาย ซึ่งต่างจากระบบซีวิลลอว์ในประเทศภาคพื้นยุโรปโดยนัยนี้ รัฐสภาอังกฤษมีฐานะเพียงเป็นผู้แสดงแนวทางกฎหมายที่วิวัฒนาการขึ้นใหม่เท่านั้น แทนที่จะเป็นผู้ที่บัญญัติกฎหมายโดยตรง และหลังจากการปฏิรูปกฎหมายครั้งใหญ่ในศตวรรษที่ 19 นี้ ระบบกฎหมายเจริญและซับซ้อนขึ้นจนยากที่จะมีผู้อธิบายระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ได้หมดเหมือนสมัยของท่าน Glanvill, Bracton, Coke หรือ Blackstone ความรู้ทางกฎหมายอังกฤษจะต้องศึกษาค้นคว้าเอาจากรายงานคำพิพากษาของศาล ซึ่งได้เริ่มจัดทำขึ้นในปี 1865 และจากตำราชุดใหญ่เรียกว่า Laws of England โดยมี Lord Halsbury แต่งาน ซึ่งเสนอภาพกว้าง ๆ ของกฎหมายอังกฤษอย่างเป็นระบบ

2.3.2 บ่อเกิดของกฎหมายในระบบคอมมอนลอว์²⁸

บ่อเกิดของกฎหมายในระบบคอมมอนลอว์ ได้แก่ 1) หลักกฎหมายจากคำพิพากษา (Precedent) 2) บทกฎหมายลายลักษณ์อักษร (Statute Law) 3) จารีตประเพณี (Custom) 4) ข้อคิดข้อเขียนของนักนิติศาสตร์ 5) เหตุผลและความยุติธรรม

1) หลักกฎหมายจากคำพิพากษา

บ่อเกิดของกฎหมายที่สำคัญที่สุดในระบบคอมมอนลอว์ คือ หลักกฎหมายจากคำพิพากษาของศาล โดยสืบทอดมาจากระบบศาลหลวงที่ถือว่าเหตุผลที่ได้จากการพิเคราะห์ข้อเท็จจริงเป็นกฎหมายที่ดีที่สุดสำหรับตัดสินข้อพิพาท เพราะเหตุผล (Reason) มีค่าเป็นกฎหมายอยู่แล้ว ศาลเป็นเพียงผู้ค้นพบและประกาศใช้ และการที่ศาลระบบคอมมอนลอว์ยอมผูกพันตามแนวคำพิพากษาเป็นบรรทัดฐานก็เป็นไปตามหลักที่ว่า ข้อเท็จจริงอย่างเดียวกัน ย่อมต้องได้รับการ

²⁸ กิตติศักดิ์ ปรกติ, แหล่งเดิม, หน้า 68-78.

ปฏิบัติเช่นเดียวกัน แต่การที่ศาลระบบคอมมอนลอว์จะยอมผูกพันยึดถือตามแนวคำพิพากษาเดิม (The Doctrine of Precedent) นั้นย่อมขึ้นอยู่กับเงื่อนไข 2 ประการ คือ

- (1) ส่วนที่เป็นเหตุผลที่จำเป็นในการวินิจฉัยคดีนั้นๆ (The ratio decidendi)²⁹
- (2) คำพิพากษานั้นต้องเป็นคำพิพากษาของศาลอุทธรณ์หรือศาลฎีกา (House of Lords)³⁰

ดังนั้นจะเห็นได้ว่าการพัฒนาหลักกฎหมายต่างๆ ในระบบคอมมอนลอว์ นั้นจะถูกปรุงแต่งโดยศาลหรือผู้พิพากษา ทำให้กฎหมายมีรายละเอียดมากในทางปฏิบัติและผูกติดอยู่กับกฎหมายวิธีพิจารณาความ จนกระทั่งนักกฎหมายไม่เห็นประโยชน์ของการศึกษาเชิงทฤษฎี บทบาทของมหาวิทยาลัยกฎหมายและนักวิชาการอยู่ในวงแคบ ทำให้การพัฒนากฎหมายอยู่ในมือของนักปฏิบัติ คือ ศาลและเนติบัณฑิต ซึ่งรับการศึกษาจากโรงเรียนกฎหมาย ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์จึงได้รับการพัฒนาแบบเป็นไปเองภายใต้หลัก “เหตุผลในคำพิพากษา (ratio decidendi)” เป็นผลให้โครงสร้างของกฎหมายขาดลักษณะที่เป็นระเบียบสอดคล้องกันไม่เป็นตรรกและเข้าใจยากกว่าในระบบกฎหมายซีวิลลอว์ ซึ่งได้รับการพัฒนาจากนักวิชาการทางนิติศาสตร์และมีลักษณะเป็นระบบมากกว่า ผู้พิพากษาหรือศาลในระบบคอมมอนลอว์นี้มีบทบาทสำคัญมากจนกระทั่งเราเรียกระบบกฎหมายนี้ว่า ระบบกฎหมายที่ศาลกำหนดขึ้น (Judge made law) และอาจกล่าวได้ว่าคำพิพากษาของศาลคอมมอนลอว์นั้น นอกจากจะมีบทบาทในการปรับใช้กฎหมายแก้ไขข้อเท็จจริงแล้วยังมีบทบาทในการวางนิติวิธีทางกฎหมายด้วย ดังนั้นจะเห็นได้ว่าอำนาจของศาลในระบบคอมมอนลอว์มีมากกว่าในระบบซีวิลลอว์มาก หลักเกณฑ์ที่ศาลตั้งขึ้นจากการพิจารณาข้อเท็จจริงโดยคำพิพากษานี้จะต้องได้รับการถือตาม (Precedent) เพื่อให้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์มีหลักประกันความแน่นอนและไม่ตกอยู่ภายใต้อำเภอใจของผู้พิพากษา อย่างไรก็ตามการถือตามแนวคำพิพากษา

²⁹ สุนัย มโนมัยอุดม. (2545). ระบบกฎหมายอังกฤษ (พิมพ์ครั้งที่ 2). โครงการตำรา และวารสารนิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 239-242.

³⁰ โครงสร้างศาลในประเทศอังกฤษ แยกได้ดังต่อไปนี้

1. ศาลที่มีอำนาจในการพิจารณาคดีอาญา แบ่งตามลำดับชั้นของศาลได้ ดังนี้ ก. ศาลชั้นต้น ได้แก่ ศาลแมจิสเตรตส์ (Magistrates Court) ข. ศาลสูงชั้นกลาง ได้แก่ ศาลอุทธรณ์แผนกคดีอาญา (Court of Appeal Criminal Division) ศาลอาญา (Crown Court) ศาลไฮเกอร์ท แชนกควีนส์เบนช์ (Queen's Bench Divisional Court) ค. ศาลสูงสุดของประเทศ ได้แก่ ศาลฎีกา (House of lords)

2. ศาลที่มีอำนาจพิจารณาคดีแพ่ง แบ่งตามลำดับชั้นของศาลได้ ดังนี้ ก. ศาลชั้นล่าง ได้แก่ ศาลแขวง (County Court) และศาลแมจิสเตรตส์ (Magistrates Court) ข. ศาลสูงชั้นกลาง ได้แก่ ศาลอุทธรณ์แผนกคดีแพ่ง (Court of appeal) ค. ศาลสูงสุด ได้แก่ ศาลฎีกา (House of lords) อ้างใน สุนัย มโนมัยอุดม. แหล่งเดิม. หน้า 189-218.

นี้มีปัญหาว่านานไปแนวคำพิพากษานั้นอาจจะไม่สอดคล้องกับสภาพความเป็นจริง ดังนั้นจึงมีข้อยกเว้นการใช้หลัก (Precedent) นี้ในกรณีที่ข้อพิพาทต่างกัน เรียกว่า “หลักพิเคราะห์แยกแยะความแตกต่าง” (the Technique of Distinctions) คือว่าถ้าข้อเท็จจริงในคดีเหมือนกันทุกประการก็ต้องถือตามแนวบรรทัดฐานเดิม (Precedent) แต่ถ้าวิเคราะห์ออกมาแล้วปรากฏว่าข้อเท็จจริงที่เป็นประเด็นต่างกัน ศาลก็ไม่ต้องถือตามแนวบรรทัดฐาน และหากหลักที่ศาลวางไว้มิได้เป็นข้อวินิจฉัยในประเด็นแห่งคดีโดยตรงแต่เป็นเพียงข้อสังเกตหรือข้อที่อ้างที่กล่าวไว้ (Obiter dictum) โดยศาลมิได้มุ่งจะให้ผลผูกพันในอนาคต ข้อสังเกตเช่นนั้นก็ไม่มีอำนาจบังคับให้ถือตาม ด้วยหลักพิเคราะห์แยกแยะความแตกต่าง นี้ทำให้ศาลอังกฤษสามารถพัฒนาระบบกฎหมายให้ยืดหยุ่นและสามารถแก้ไขปัญหาใหม่ๆ ที่เกิดขึ้นได้ โดยไม่ต้องกลับหลักกฎหมายที่มีมาแต่เดิม

แต่อย่างไรก็ตามแม้ว่าศาลจำต้องเจริญรอยตามคำพิพากษาก่อนๆ ซึ่งเป็นแบบอย่าง (Precedent) ก็ตาม แต่ถ้าหากว่าในกรณีที่คดีก่อนศาลได้ตัดสินไม่ถูกต้องศาลอุทธรณ์หรือศาลฎีกา (House of Lords) ในคดีปัจจุบัน อาจพิพากษาว่าคดีก่อนได้พิพากษาผิดพลาดไป และพิพากษากลับหลักเกณฑ์ที่คำพิพากษาในคดีก่อนได้กำหนดไว้ก็ได้ กรณีเช่นนี้ถือเป็นการสร้างแบบอย่าง (Precedent) ขึ้นมาใหม่ ทั้งนี้เพื่อความยืดหยุ่นและเหมาะสมกับสถานการณ์ใหม่ๆ ที่เปลี่ยนแปลงไป³¹

2) บทกฎหมายลายลักษณ์อักษร

เป็นบทกฎหมายที่บัญญัติขึ้นโดยรัฐสภา³² และบทกฎหมายลายลักษณ์อักษรมีฐานะเป็นบ่อเกิดกฎหมายลำดับรองทั้งนี้ด้วยเหตุผลทางประวัติศาสตร์ ในปัจจุบันเนื่องจากการขยายตัวของสังคมที่มีความซับซ้อนมากขึ้น นับตั้งแต่ประเทศอังกฤษได้เริ่มเข้าสู่ระบบประชาธิปไตยโดยดำเนินแนวทางรัฐสวัสดิการ และนำประเทศเข้าสู่ระบบประชาคมเศรษฐกิจยุโรป บทกฎหมายลายลักษณ์อักษรจึงได้ทวีความสำคัญและเริ่มมีการยอมรับว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายเป็นบ่อเกิดของกฎหมายเทียบเท่าหลักกฎหมายในคำพิพากษามากขึ้นทุกที โดยรัฐสภาได้มีบทบาทในการตรากฎหมายลายลักษณ์อักษรมาใช้มากยิ่งขึ้น ซึ่งศาลคอมมอนลอว์ต้องยอมรับบังคับใช้กฎหมายลายลักษณ์อักษรนั้น โดยถือว่าบทกฎหมายลายลักษณ์อักษรเป็นข้อยกเว้นของหลักคอมมอนลอว์และหากว่าบทกฎหมายลายลักษณ์อักษรนั้นขัดแย้งกับแนวคำพิพากษาเช่นนี้ถือว่าแนวคำพิพากษานั้นถูกยกเลิกไป การใช้บทกฎหมายลายลักษณ์อักษรนี้ในกรณีที่กฎหมายนั้นชัดเจนผู้พิพากษาจะปรับใช้กฎหมายตามตัวอักษรแต่ถ้าเป็นที่สงสัยศาลจะตีความให้มีความหมายอย่าง

³¹ หยุด แสงอุทัย. ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป. หน้า 12-13.

³² Sharon Hanson. (2003). *Legal Method and Reasoning* (2nd ed.). p. 32.

แคบเพื่อที่จะไม่ให้บทกฎหมายลายลักษณ์อักษรนั้นเข้ามาตัดทอนขอบเขตของหลักคอมมอนลอว์ ทั้งนี้เพื่อจะรักษาไว้ซึ่งอำนาจศาลให้มากที่สุด³³ อย่างไรก็ตามในทัศนของผู้พิพากษาศาลคอมมอนลอว์มักถือว่าบทกฎหมายลายลักษณ์อักษรมีฐานะต่ำกว่าหลักกฎหมายจากคำพิพากษา และจะไม่ยอมรับเข้าสู่ระบบกฎหมายอย่างจริงจังจนกว่าจะมีคำพิพากษาของศาลใดศาลหนึ่งนำบทกฎหมายลายลักษณ์อักษรนั้นไปใช้บังคับเสียก่อน และเมื่อเกิดข้อพิพาททำนองเดียวกัน ศาลที่พิจารณาคดีมักจะนิยมอ้างคำพิพากษามากกว่าอ้างบทกฎหมาย

3) จารีตประเพณี³⁴

จารีตประเพณี คือ รูปแบบพื้นฐานของระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ ในอดีตจารีตประเพณีมีความสำคัญมากในฐานะที่วางแนวปฏิบัติของชนกลุ่มน้อยในประเทศอังกฤษ เมื่อพระเจ้าวิลเลียมมหาราชประกาศกฎเกณฑ์ที่ใช้บังคับทั่วไปภายใต้ศาลหลวงที่นำจารีตประเพณีมาผสมผสานและปรับใช้โดยพิจารณาถึงความเหมาะสมเป็นรายกรณี จนนำไปสู่การยึดมั่นในหลักการถือปฏิบัติตามแนวคำพิพากษาบรรทัดฐานมากกว่าจารีตประเพณีเดิมๆ ในอดีต และเมื่อศาลยอมรับบังคับตามจารีตประเพณีใด ก็จะทำให้จารีตประเพณีนั้นหมดความสำคัญที่จะนำมาอ้างได้อีก เพราะได้กลายเป็นส่วนหนึ่งของหลักกฎหมายจากคำพิพากษาไปแล้ว³⁵

4) ข้อคิดข้อเขียนของนักนิติศาสตร์

งานเขียนทางนิติศาสตร์ในอังกฤษนั้นมี 2 ประเภท คือ งานเขียนของนักวิชาการ กับงานเขียนของผู้พิพากษา ในอดีตงานเขียนของนักวิชาการไม่ได้รับความสนใจจากนักกฎหมายอังกฤษเท่าใดนัก แต่งานเขียนของผู้พิพากษาที่มีชื่อเสียง เช่น Glanville, Bracton และ Littleton ได้รับการยอมรับนับถือเหมือนเป็นคัมภีร์กฎหมาย แต่ภายหลังจากคริสต์ศตวรรษที่ 19 เป็นต้นมาจนถึงปัจจุบัน งานเขียนของนักวิชาการเริ่มมีบทบาทและเป็นสิ่งที่ได้รับความสนใจจากนักนิติศาสตร์มากขึ้น แต่ก็ยังค้อยกว่าหลักกฎหมายจากคำพิพากษา

5) เหตุผลและความยุติธรรม

ระบบคอมมอนลอว์ตั้งอยู่บนรากฐานของจารีตประเพณีและหลักเหตุผลของข้อเท็จจริงอันเป็นเครื่องมือในการอุดช่องว่างกฎหมาย และเป็นบ่อเกิดที่ไม่มีขอบเขตซึ่งช่วยให้กฎหมายอังกฤษสามารถพัฒนามาได้จนถึงปัจจุบัน นอกจากนี้กฎหมายอังกฤษยังมีหลักความ

³³ หยุค แสงอุทัย, แหล่งเดิม, หน้า 9-10.

³⁴ สุกัญญา เจริญวัฒนสุข, บทบาทศาลในการพัฒนาทฤษฎีกฎหมายสารบัญญัติ, หน้า 12.

³⁵ S. B. Marsh and J. Soulsby.(1982).*Outline of English Law* (3 rd ed.). p. 25.

ยุติธรรม (Equity) เป็นบ่อเกิดของกฎหมายที่คู่เกี่ยวกับหลักกฎหมายคอมมอนลอว์ แต่หลักความยุติธรรมที่จะใช้บังคับได้นั้น ในปัจจุบันได้กลายเป็นส่วนหนึ่งของคำพิพากษาไปแล้ว หลักความยุติธรรมจึงมีฐานะเช่นเดียวกับหลักกฎหมายตามคำพิพากษาคือจะนำหลักยุติธรรมมาใช้ได้เฉพาะที่ เคยมีในแนวบรรทัดฐานของคำพิพากษาแล้วเท่านั้น

2.3.3 นิติวิธีของระบบคอมมอนลอว์³⁶

นิติวิธีของนักกฎหมายในระบบคอมมอนลอว์นั้น นักกฎหมายในระบบคอมมอนลอว์จะให้ความสำคัญต่อหลักกฎหมายจากคำพิพากษาทั้งนี้เพราะระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ อยู่ภายใต้หลักที่ได้กล่าวไว้แล้วว่า เป็นระบบกฎหมายที่ศาลได้กำหนดขึ้น (Judge made law)³⁷ ดังนั้นนิติวิธีของระบบคอมมอนลอว์จึงเป็นหลักที่ได้มาจากการเทียบเคียงหลักในคำพิพากษาของศาล (Precedent) หลักการใช้กฎหมายของระบบคอมมอนลอว์จึงมักเป็นหลักเฉพาะเรื่องเฉพาะราว ที่ใช้กับข้อเท็จจริงเฉพาะกรณี (Case law) กล่าวคือ เป็นการพิจารณาจากเรื่องเฉพาะเรื่องมาสู่หลักเกณฑ์ทั่วไป (หลักคอมมอนลอว์) โดยการที่ศาลได้พิพากษาเป็นกรณี ๆ นี้ ได้ทำให้มีหลักเกณฑ์ขึ้น คำพิพากษาของศาลจึงเป็นการจัดให้ถูกต้องที่ละเอียดถี่ถ้วนและถือเป็นบรรทัดฐานที่จะต้องเคารพนับถือคำพิพากษานั้น ๆ มากกว่าที่จะเป็นหลักทั่วไปที่เป็นระบบและเป็นเอกภาพแบบในระบบซีวิลลอว์ หลักเกณฑ์การใช้กฎหมายในระบบคอมมอนลอว์นั้นตั้งอยู่บนรากฐานของ หลักเหตุผลในคำพิพากษา (Ratio decidendi) และต้องดำเนินตามแนวคำพิพากษาของศาลอุทธรณ์หรือศาลฎีกา (House of Lords) ที่เป็นแบบอย่าง (Precedent) และจะใช้กับกรณีที่ประเด็นแห่งคดีมีข้อเท็จจริงแบบเดียวกันเท่านั้น นักกฎหมายในระบบคอมมอนลอว์จะเล็งที่จะนำเอาหลักเกณฑ์ที่ศาลกำหนดขึ้นมาใช้อย่างครอบคลุมแบบการใช้หลักกฎหมาย (Doctrine) เพราะการทำเช่นนั้นจะถูกถือว่าเป็นการบิดเบือนกฎหมายที่เดียว และเนื่องจากการใช้กฎหมายของระบบคอมมอนลอว์เป็นการใช้กฎหมายเฉพาะกรณี (Case law) ดังนั้นวิธีการใช้กฎหมายจึงเป็นการวิเคราะห์แยกแยะข้อเท็จจริง กล่าวคือ หากเป็นข้อเท็จจริงที่เคยเป็นประเด็นและได้มีแนวคำพิพากษาไว้แล้วก็ต้องถือตามนั้น แต่ถ้าข้อเท็จจริงต่างกันนักกฎหมายในระบบคอมมอนลอว์ก็จะแก้ปัญหาโดยการมาพิจารณาว่า ข้อเท็จจริงดังกล่าวมีบทกฎหมายลายลักษณ์อักษรบัญญัติไว้หรือไม่ (แม้ว่านักกฎหมายระบบคอมมอนลอว์มักจะเห็นว่ากฎหมายลายลักษณ์อักษรเป็นสิ่งแปลกปลอมและไม่ค่อยยอมรับฐานะของกฎหมายประเภทนี้ โดยมองว่ากฎหมายลายลักษณ์อักษรเป็นบทยกเว้นหลักทั่วไป และมุ่งใช้กฎหมายตามคำพิพากษามากกว่าและจะไม่ยอมรับเข้าสู่ระบบกฎหมายอย่างจริงจังจนกว่าจะมี

³⁶ กิตติศักดิ์ ปรกติ, แหล่งเดิม, หน้า 78-95.

³⁷ Phil Harris, (2005). *An Introduction to Law* (6 th ed.), p. 206.

คำพิพากษาของศาลใดศาลหนึ่งนำบทกฎหมายลายลักษณ์อักษรนั้น ไปใช้บังคับเสียก่อน และเมื่อเกิดข้อพิพาททำนองเดียวกัน ศาลที่พิจารณาคดีมักจะนิยมอ้างคำพิพากษามากกว่าอ้างบทกฎหมาย) และจากการคลี่คลายทางประวัติศาสตร์ของความขัดแย้งระหว่างศาลกับสภานิติบัญญัติ จากคำนิยามทางกฎหมายที่สืบทอดกันมาและทัศนคติต่อกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่แตกต่างกัน ประกอบกับความจำเป็นที่จะต้องใช้กฎหมายให้สอดคล้องกับระบบที่ตั้งอยู่บนรากฐานของประสบการณ์มากกว่าทฤษฎีทำให้นักกฎหมายในระบบคอมมอนลอว์มีวิธีการตีความกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่แตกต่างจากวิธีการของนักกฎหมายในระบบซีวิลลอว์ หลักการตีความกฎหมายในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ที่รู้จักกันโดยทั่วไปมีอยู่ 3 หลักคือ

1) หลักการตีความถ้อยคำตามตัวอักษร (Literal Rule) หลักการตีความตามตัวตามตัวอักษรหรือตาม หลักภาษา เป็นกฎข้อแรกและข้อสำคัญที่สุดในการตีความ โดยมีกฎของการตีความ คือ ศาลจะต้องหาความหมายของบทบัญญัติตามที่ผู้บัญญัติได้แสดงออกมาโดยชัดแจ้งในบทบัญญัตินั้น ไม่ว่าผลของการตีความจะเป็นประการใด ในกรณีที่กฎหมายบัญญัติไว้โดยชัดแจ้งและมีความหมายเพียงอย่างเดียวศาลต้องบังคับให้เป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ แม้ว่าผลจะเป็นไปในทางเหลวไหลไร้สาระ หรือ ไปในทางร้ายก็ตาม หน้าที่ของศาลไม่ใช่อยู่ที่การทำให้กฎหมายสมเหตุสมผลแต่อยู่ที่แสดงความหมายของมันออกมาตามที่เป็นอยู่ตามความหมายที่แท้จริงของถ้อยคำ การจะอาศัยประวัติความเป็นมาของการบัญญัติกฎหมายเป็นเครื่องช่วยในการหาความหมายเป็นสิ่งต้องห้าม

2) หลักการตีความโดยเล็งผลเลิศ (Golden Rule) ตามปกติศาลต้องตีความตามความหมายตามธรรมดาของถ้อยคำที่ใช้หรือตามหลักภาษาเว้นแต่ผลของการนั้นจะขัดต่อความมุ่งหมายของกฎหมายอย่างรุนแรง ก็อาจจะตีความโดยการขยายความหรือตีความตามความมุ่งหมายของผู้ร่าง เพื่อหลีกเลี่ยงผลเช่นนั้นได้ แต่อย่างไรก็ตามการตีความตามความมุ่งหมายของผู้ร่างจะต้องไม่ตีความจนเลยเถิด และจะใช้ต่อเมื่อต้องการหลีกเลี่ยงในทางร้ายอย่างมากเท่านั้น

3) หลักการตีความตามหลักแก้ไขข้อเสีย (Mischief Rule) เป็นข้อยกเว้นของหลักการตีความตามตัวอักษร คือ เป็นการตีความโดยคำนึงถึงเหตุผลและเจตนารมณ์ของผู้บัญญัติกฎหมาย ถ้าเป็นกรณีที่บทบัญญัตินั้นบัญญัติขึ้นเพื่อแก้ไขข้อบกพร่องของหลักคอมมอนลอว์ให้ดีขึ้น หลักเรื่องนี้มีขึ้นเพื่อรองรับนโยบายทั่วไปของบทบัญญัติที่มุ่งปรับปรุงคอมมอนลอว์โดยตรง โดยหลักการตีความในหลักที่ 3 นี้ ศาลสูงของอังกฤษในคดี Heydon's Case (1584) 3 Co Rep. 7 A. ได้วางหลักไว้ว่า ศาลจำเป็นที่จะต้องพิจารณาจากแนวทางการแก้ไขข้อบกพร่อง 4 ประการ³⁸ ดังนี้ ก) ต้องพิจารณาก่อนว่าก่อนที่จะมีการตรากฎหมายลายลักษณ์อักษร

³⁸ ธานินทร์ กรชัยเชียร และวิชา มหาคุณ. การตีความกฎหมาย (พิมพ์ครั้งที่ 3). หน้า 11-12.

ฉบับนั้นใช้บังคับ หลักคอมมอนลอว์มีอยู่ประการใด ข) มีข้อบกพร่องประการใดที่หลักคอมมอนลอว์มิได้ให้ช่องทางแก้ไขเอาไว้ ค) รัฐสภาได้ให้ทางแก้ไขข้อบกพร่องนั้นไว้ประการใด ง) เหตุผลของการแก้ไขข้อบกพร่องนั้นมีประการใด ในการที่ศาลจะใช้หลักนี้ โดยปกติศาลจะต้องอ้างอิงถึงเหตุผลที่ฝ่ายนิติบัญญัติตรากฎหมายฉบับนี้ขึ้นใช้บังคับจากคำปรารภในกฎหมายลายลักษณ์อักษรฉบับนั้นเองหรือจากรายงานของคณะกรรมการพิจารณาค้นคว้าปรับปรุงแก้ไขกฎหมายฉบับนั้นโดยตรง

กรณีหากปรากฏว่าไม่มีบทกฎหมายลายลักษณ์อักษรบัญญัติไว้ นักกฎหมายในระบบคอมมอนลอว์จะแก้ไข้ปัญหาโดยการพิจารณาว่าข้อพิพาทที่เกิดขึ้นนั้นมีจารีตประเพณีที่จะนำมาปรับใช้ได้หรือไม่ หากปรากฏว่าไม่มีจารีตประเพณีที่จะนำมาปรับใช้ได้ นักกฎหมายในระบบคอมมอนลอว์ก็จะแก้ไข้ปัญหาโดยการพิจารณาว่าข้อพิพาทที่เกิดขึ้นนั้น ได้มีข้อคิดข้อเขียนของนักนิติศาสตร์เขียนไว้อย่างไรนำมาปรับใช้กับข้อพิพาทนั้นได้หรือไม่ หากปรากฏว่าไม่เคยมีข้อคิดข้อเขียนของนักนิติศาสตร์เขียนไว้ นักกฎหมายในระบบคอมมอนลอว์ก็จะแก้ไข้ปัญหาเป็นประการสุดท้ายคือ การใช้หลักเหตุผลของข้อเท็จจริงและหลักความยุติธรรม (Equity) มาปรับใช้อันถือว่าเป็นเครื่องมือในการอุดช่องว่างกฎหมายของระบบคอมมอนลอว์ กล่าวคือ เป็นการค้นหาหลักเกณฑ์ หรือสร้างหลักเกณฑ์ขึ้นใหม่โดยใช้หลักเหตุผล และหลักความยุติธรรมจากข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นนั้น และไม่ว่าจะเป็นไปในทางกฎหมายแพ่งหรือในทางกฎหมายอาญาศาลในระบบคอมมอนลอว์ก็สามารถค้นหาหลักเกณฑ์หรือสร้างหลักเกณฑ์ขึ้นใหม่ได้

นิติวิธีที่กล่าวมานี้เป็นการใช้และเป็นวิธีการแก้ไข้ปัญหาทางกฎหมายตามแนวความคิดหรือทัศนคติของนักกฎหมายในระบบคอมมอนลอว์ซึ่งเป็นการใช้นิติวิธีตามลำดับความสำคัญของบ่อเกิดของกฎหมาย และโดยเหตุที่ศาลในระบบคอมมอนลอว์สามารถสร้างหลักเกณฑ์หรือวางหลักเกณฑ์จากข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นใหม่ได้ นิติวิธีในทางกฎหมายแพ่ง และในทางกฎหมายอาญาจึงไม่มีความแตกต่างกันเลย เว้นแต่ในทางกฎหมายแพ่ง หรือกฎหมายอาญามีบทกฎหมายลายลักษณ์อักษรกำหนดนิติวิธีไว้โดยชัดเจนเท่านั้น

ตัวอย่างในการสร้างหลักเกณฑ์หรือวางหลักเกณฑ์ขึ้นใหม่ ในทางกฎหมายแพ่ง เช่น คดี Wilkinson v Downton (1897) 2 Q.B. 57 ในคดีนี้จำเลยต้องการจะหยอกล้อโจทก์ จึงพูดกับโจทก์ว่าสามีของโจทก์ให้เธอมาแจ้งว่า สามีของโจทก์ประสบอุบัติเหตุถูกรถชนขาหักทั้งสองข้าง ขณะนี้รอคอยอยู่ที่ตำบลลิตันสโตน ให้โจทก์ว่าจ้างรถแท็กซี่และนำหมอน 2 ใบไปปรับสามีโจทก์กลับมาที่บ้าน ข้อความทั้งหมดนี้เป็นข้อความเท็จ และมีผลต่อระบบประสาทของโจทก์ซึ่งทำให้โจทก์ช็อคอย่างรุนแรง มีอาการอาเจียน และมีผลต่อร่างกาย ทำให้โจทก์ล้มป่วยได้รับทุกข์เวทนาเป็นเวลาหลายสัปดาห์ โจทก์และสามีโจทก์ต้องเสียค่าใช้จ่ายในการที่ต้องให้แพทย์

มาดูแล ผลที่เกิดขึ้นดังกล่าวมิได้เกิดจากการที่โจทก์มีสุขภาพไม่ดีหรืออ่อนแอ ทั้งไม่มีข้อเท็จจริงว่าโจทก์เคยมีอาการป่วยทางประสาทมาก่อน ปัญหาคือ ในคดีเช่นนี้ไม่เคยมีมาสู่การพิจารณาของศาลมาก่อน กล่าวคือ ในขณะที่ศาลทำการพิจารณาคดียังไม่เคยมีการวินิจฉัยว่า การที่บุคคลใดทำให้บุคคลอื่นได้รับความเจ็บปวดเป็นละเมิด คงมีแต่ละเมิดแบบที่เรียกว่า Tort of battery ซึ่งจะต้องเป็นการทำร้ายร่างกายโดยตรง เช่น นาย ก. ยิงหรือแทง นาย ข. แต่คดีนี้ไม่ได้ความว่าจำเลยทำร้ายหรือขู่ว่าจะทำร้ายโจทก์แต่อย่างใด อย่างไรก็ตามในคดีนี้ศาลพิพากษาให้จำเลยชำระเงิน 100 ปอนด์เป็นค่าเสียหาย และเงินอีก 1 ซิลลิง 10 เพนนีครึ่ง เป็นค่ารอฟที่โจทก์ต้องให้คนไปรับสามีโจทก์โดยผู้พิพากษา Wright ได้กล่าวไว้ในคำพิพากษาว่า คดีนี้จำเลยมีเจตนาอันพึงคาดหมายได้ว่า จะเป็นเหตุให้โจทก์ได้รับความเจ็บปวดทางร่างกาย (Physical harm) นั่นคือกระทำการอันเป็นการละเมิดต่อสิทธิในอันที่บุคคลจะอยู่โดยปลอดภัย และการกระทำดังกล่าวทำให้โจทก์ได้รับความเจ็บปวดเพียงเท่านี้โจทก์ก็มีเหตุที่ตีในการฟ้องเรียกค่าเสียหายแล้ว เพราะจำเลยไม่มีอำนาจตามกฎหมายที่จะกระทำเช่นนั้น³⁹

ส่วนในทางกฎหมายอาญา ความรับผิดทางอาญาในประเทศอังกฤษสามารถแบ่งได้เป็น 2 ลักษณะคือ 1) ความผิดตามกฎหมายที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษร (Common law offence) 2) ความผิดตามกฎหมายลายลักษณ์อักษร (Statutory law offence)⁴⁰ ซึ่งความรับผิดทั้งสองประเภทนี้มีนิติวิธีที่แตกต่างกัน ดังนี้

1) ความผิดตามกฎหมายที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษร (Common law offence) ความผิดประเภทนี้เป็นการที่ศาลคอมมอนลอว์ได้กำหนดความผิดอาญารูปแบบใหม่ขึ้นมาโดยวิธีการวางหลักเกณฑ์หรือวางหลักกฎหมายใหม่ๆ ขึ้น โดยศาลถือหลักว่าการกระทำที่เกิดขึ้นนั้นหากเป็นการฝ่าฝืนและเป็นปฏิปักษ์ต่อศีลธรรมอันดีของประชาชนการกระทำนั้นย่อมอยู่ในข่ายที่จะเป็นความผิดอาญาได้ทั้งสิ้น⁴¹ การวางหลักเกณฑ์หรือวางหลักกฎหมายใหม่ๆ ขึ้นในคำพิพากษานี้ต่อมากลายเป็นหลักกฎหมายตามคำพิพากษาที่เป็นบรรทัดฐาน (Precedent) ส่วนการกำหนดพระราชโองการก็เป็นอำนาจในการใช้ดุลยพินิจของศาลในการกำหนดพระราชโองการสำหรับความผิดอาญารูปแบบใหม่ที่ศาลได้กำหนดขึ้นนั้น สาเหตุที่ศาลคอมมอนลอว์สามารถกำหนดความผิดอาญารูปแบบใหม่ขึ้นมาได้และสามารถกำหนดพระราชโองการสำหรับความผิดอาญารูปแบบใหม่ได้นั้นเป็นเพราะในระบบคอมมอนลอว์มิได้ยึดถือหลัก “Nullum crimen, nulla poena sine lege” เหมือนอย่างในระบบ

³⁹ คดี Wilkinson v Downton (1897), 2 Q.B. 57

⁴⁰ สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล. (2547). ปัญหาพิเศษในกฎหมายอาญา. หน้า 18.

⁴¹ พรเพชร วิชิตชลชัย และ จรัญ ภักดีธนากุล. (2547). กฎหมายไทยเปรียบเทียบกับกฎหมายของประเทศในสกุลกฎหมายคอมมอนลอว์. หน้า 359-360.

ชีวิตล่อว้โดยถือว่ากฎหมายต่างๆ นั้น ได้มีอยู่แล้วศาลเป็นเพียงผู้ค้นพบและประกาศใช้กฎหมายต่างๆ ที่มีอยู่แล้วนั่นเอง⁴² ตัวอย่างในการที่ศาลคอมมอนลอว์ได้กำหนดความผิดอาญาฐานใหม่ขึ้นมา เช่น

ในคดีอาญา Rex v. Manlay (1930)⁴³ ในคดีนี้จำเลยซึ่งเป็นหญิงแฉ่งต่อเจ้าหน้าที่ตำรวจว่าถูกปล้นทรัพย์ซึ่งเป็นความเท็จ ทำให้ตำรวจต้องเสียเวลาค้นหาคนร้าย ขณะนั้นไม่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรกำหนดว่าการแฉ่งความเท็จแก่เจ้าหน้าที่เป็นความผิดอาญาและไม่มีบรรทัดฐานของคำพิพากษา (Precedent) ในเรื่องเช่นนี้มาก่อน ถึงกระนั้นก็ตามผู้พิพากษาในคดีดังกล่าวก็ยังวินิจฉัยว่าการกระทำของจำเลยเป็นความผิดอาญาที่ไม่ร้ายแรง (misdemeanor) โดยกำหนดเป็นความผิดใหม่เรียกว่า (Public mischief)

ในคดีอาญา Shaw v. Director of Public Prosecutions (1962)⁴⁴ ในคดีนี้ผู้อุทธรณ์ได้ตีพิมพ์หนังสือ The Ladies ' Directory ประมาณ 28 หน้า ส่วนใหญ่ของหนังสือเล่มนั้นมีชื่อและที่อยู่ของหญิงโสเภณี ซึ่งผู้โฆษณาจะได้รับค่าป่วยการในการให้เบอร์โทรศัพท์ของหญิงโสเภณีจากผู้สนใจร่วมเพศหรือปฏิบัติกรทางเพศ ผู้อุทธรณ์ว่าความมุ่งหวังในการตีพิมพ์นี้ก็เพื่อช่วยเหลือโสเภณีในการประกอบอาชีพ อันเป็นผลจาก The Street Offences Act หญิงโสเภณีจะได้ไม่ต้องเที่ยวชักชวนลูกค้าตามท้องถนนอีกต่อไป ผู้อุทธรณ์จึงไม่มีความผิดตามคำฟ้อง 1959 indictment ที่ลงโทษในฐานะสมคบกันกระทำการอันขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชน (corrupt public morals) ในกรณีนี้ที่ผู้อุทธรณ์สมคบกับผู้โฆษณาและผู้อื่นๆ ออกหนังสือ The Ladies 'Directory และโฆษณาแนะนำผู้อ่านที่จะอาศัยคำบอกกล่าวของผู้โฆษณา โดยมีความประสงค์เพื่อให้ผิดประเวณี หรือเข้ามีส่วนร่วมในการกระทำอันเป็นที่น่ารังเกียจและผิดศีลธรรม โดยมีเจตนาด้วยวิธีการดังกล่าว ทำลายความบริสุทธิ์ศีลธรรมของเยาวชนและสิ่งอื่นๆ ขององครักษ์นี้ ดังนี้ Shaw ถูกพิพากษาลงโทษและศาลอุทธรณ์ยกคำอุทธรณ์ของเขา เขาอุทธรณ์ต่อ House of Lords คำวินิจฉัยข้างมากปฏิเสธหลัก Nulla Poena Sine Lege โดยเห็นว่า House of Lords มีอำนาจที่จะวินิจฉัยว่าการกระทำอย่างไรถือว่ามีความรับผิดทางอาญา (Criminal Liability) ถ้าหากคำวินิจฉัยนั้นได้รับการสนับสนุนจากเสียงข้างมาก

อย่างไรก็ตามปัจจุบันในคดีอาญา Knüller Ltd v.D.P.P. (1972) ศาลฎีกา (House of Lords) ได้มีคำพิพากษาวางหลักไว้ว่า ศาลไม่มีอำนาจในการกำหนดความผิดอาญาฐานใหม่ได้อีกต่อไป จากคำพิพากษาดังกล่าวนี้จะเห็นได้ว่า ในปัจจุบันศาลไม่มีอำนาจในการ

⁴² กิตติศักดิ์ ปรกติ. แหล่งเดิม. หน้า 68.

⁴³ คดี Rex v. Manlay (1930)

⁴⁴ คดี Shaw v.D.P.P. (1962)

กำหนดความผิดอาชญาฐานใหม่ขึ้นมาได้ไม่ว่าความผิดนั้นจะเป็นความผิดอาญาที่ร้ายแรงหรือไม่ร้ายแรงก็ตาม ในปัจจุบันการกระทำใดที่เป็นความผิดอาญาจะถูกกำหนดโดยฝ่ายนิติบัญญัติเท่านั้น⁴⁵

ดังนั้นจะเห็นได้ว่าคำพิพากษาของศาลในคดี Knüller Ltd v.D.P.P (1972) นั้นทำให้หลักกฎหมายอาญาในระบบคอมมอนลอว์ปัจจุบันได้เปลี่ยนแปลงไปคือไม่ขัดต่อหลัก “Nullum crimen, nulla poena sine lege” อีกต่อไป แต่อย่างไรก็ตามหากพิจารณาในทางทฤษฎีกฎหมาย (พิจารณาในแง่ของนิติวิธี) ศาลในระบบคอมมอนลอว์ ก็ยังสามารถกำหนดหลักเกณฑ์หรือกำหนดความผิดอาชญาฐานต่างๆ ขึ้นมาใหม่ได้ หากปรากฏว่า การกระทำที่เกิดขึ้นใหม่นั้นเป็นการฝ่าฝืนหรือเป็นปฏิปักษ์ต่อศีลธรรมอันดีของประชาชน และยังไม่เคยมีคำพิพากษาคัดสินไว้หรือไม่มีบทกฎหมายลายลักษณ์อักษรกำหนดว่าการกระทำนั้นเป็นความผิดอาญา โดยการพิพากษากลับหลักคำพิพากษาในคดี Knüller Ltd v.D.P.P (1972) เสีย แต่โดยหลักแล้วศาลมักจะไม่นำกลับหลักคำพิพากษาที่เป็นแบบอย่างทั้งนี้เนื่องจากเพื่อให้หลักกฎหมายในระบบคอมมอนลอว์มีหลักประกันความแน่นอนและไม่ตกอยู่ภายใต้อำเภอใจของผู้พิพากษานั้นเอง

2) ความผิดตามกฎหมายลายลักษณ์อักษร (Statutory law offence) ความผิดประเภทนี้เป็นความผิดที่เกิดจากฝ่ายนิติบัญญัติตรากฎหมายลายลักษณ์อักษรขึ้นมา โดยการนำเอาแนวความคิดและหลักเกณฑ์พื้นฐานต่างๆ ของความผิดตามกฎหมายที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษร (Common law offence) มาบัญญัติรวบรวมกันไว้ให้เป็นหมวดหมู่⁴⁶ หรือเนื่องจากความจำเป็นบางประการของสังคม หรือเมื่อเกิดความผิดเป็นคดีใหม่ซึ่งยังไม่มีคำพิพากษาคัดสินไว้ ซึ่งอาจกล่าวได้ว่าความผิดประเภทนี้เป็นข้อยกเว้นของหลักคอมมอนลอว์ ความผิดประเภทนี้เป็นความผิดเพราะกฎหมายห้าม (Mala Prohibita) ศาลจึงต้องใช้หลักเกณฑ์การวินิจฉัยความผิดตามที่กฎหมายบัญญัติไว้อย่างเคร่งครัด เช่น ความผิดเกี่ยวกับภาษี ความผิดเกี่ยวกับการพนัน ความผิดเกี่ยวกับทรัพย์สินทางปัญญา ความผิดเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อม เป็นต้น

2.4 เปรียบเทียบนิติวิธีในระบบซีวิลลอว์และระบบคอมมอนลอว์

จากการศึกษาถึงนิติวิธีในระบบซีวิลลอว์และระบบคอมมอนลอว์ดังกล่าวแล้วจะเห็นได้ว่านิติวิธีในระบบกฎหมายทั้งสองนั้นมีความเหมือนหรือแตกต่างกันดังต่อไปนี้

⁴⁵ คดี Knüller Ltd v.D.P.P. (1972)

⁴⁶ พรเพชร วิชิตชลชัย และ จรรย์ ภักดีธนากุล. กฎหมายไทยเปรียบเทียบกับกฎหมายของประเทศในสกุลกฎหมายคอมมอนลอว์. หน้า 361.

2.4.1 บ่อเกิดของกฎหมายหรือที่มาของกฎหมายในระบบชีวิตลอร์และระบบคอมมอนลอร์ดั้งเดิมนั้นเหมือนกันกล่าวคือมีที่มาจากจารีตประเพณีเพียงแต่ทั้งสองระบบนั้นมีพัฒนาการทางกฎหมายที่แตกต่างกันเท่านั้น

2.4.2 โดยที่กฎหมายในระบบชีวิตลอร์และระบบคอมมอนลอร์มีพัฒนาการทางกฎหมายที่แตกต่างกันจึงทำให้กฎหมายทั้งสองระบบนี้ให้ความสำคัญต่อบ่อเกิดของกฎหมายแตกต่างกันดังต่อไปนี้

1) ในระบบชีวิตลอร์นั้นจะให้ความสำคัญต่อบ่อเกิดของกฎหมายเป็นลำดับดังต่อไปนี้ (1) บทบัญญัติแห่งกฎหมาย (2) จารีตประเพณี (3) คำพิพากษาของศาล (4) หลักกฎหมายทั่วไปและข้อคิดข้อเขียนของนักนิติศาสตร์

2) ส่วนในระบบคอมมอนลอร์จะให้ความสำคัญต่อบ่อเกิดของกฎหมายเป็นลำดับดังต่อไปนี้ (1) หลักกฎหมายจากคำพิพากษา (2) บทกฎหมายลายลักษณ์อักษร (3) จารีตประเพณี (4) ข้อคิดข้อเขียนของนักนิติศาสตร์ (5) เหตุผลและความยุติธรรม

2.4.3 ด้วยสาเหตุที่ระบบชีวิตลอร์และระบบคอมมอนลอร์ให้ความสำคัญต่อบ่อเกิดของกฎหมายแตกต่างกันจึงส่งผลต่อนิติวิธีของระบบกฎหมายทั้งสองให้แตกต่างกันไปด้วยดังต่อไปนี้⁴⁷

1) วิธีการศึกษาค้นคว้ากฎหมายของทั้งสองระบบมีความแตกต่างกัน กล่าวคือ (1) ในระบบกฎหมายชีวิตลอร์ การศึกษาจะเน้นให้ความสำคัญที่ “ตัวบท” ของประมวลกฎหมาย และให้ความสำคัญแก่คำอธิบายทางทฤษฎี (Doctrine) กฎหมายต่างๆ ที่นักกฎหมายได้กำหนดขึ้น การสอนกฎหมายจึงเน้นหนักไปในทางสอนให้เข้าใจความหมายในตัวบทและหลักทฤษฎีกฎหมายต่างๆ การสอนเช่นนี้เท่ากับชี้ให้เห็นว่าศาลหรือผู้ใช้กฎหมายอื่นหากจะค้นคว้าต้องยึดถือตัวบทกฎหมายเป็นอันดับแรกเมื่อพบตัวบทมาตราที่ต้องการแล้ว ก็ไปศึกษาค้นคว้าคำอธิบายตัวบทนั้นๆ ต่อไปแล้วจึงค่อยไปดูคำพิพากษาที่เป็นตัวอย่างในการปรับใช้กฎหมายเป็นอันดับต่อไป

(2) ส่วนในระบบกฎหมายคอมมอนลอร์ การศึกษาจะเน้นให้เห็นว่าความสำคัญอันดับแรกอยู่ที่คำพิพากษาที่ศาลได้พิพากษาไปแล้วเป็นลำดับมาและแสดงให้เห็นบทบาทของพระมหากษัตริย์ในการพัฒนากฎหมายและทำให้กฎหมายมีข้อความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน การที่ฝ่ายนิติบัญญัติออกกฎหมายลายลักษณ์อักษรมานั้นถือว่าเป็นการออกกฎหมายพิเศษ ซึ่งเป็นกฎหมายที่มายกเว้นหลักคอมมอนลอร์ที่ถือเป็นกฎหมายทั่วไป การค้นคว้าก็จะเริ่มจากคำพิพากษาเป็นอันดับแรก เว้นแต่เรื่องที่ต้องการค้นคว้าได้มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรบัญญัติไว้ แต่แม้กระนั้น

⁴⁷ หยุด แสงอุทัย, แหล่งเดิม, หน้า 11-20.

ก็ตามหากมีคำพิพากษาที่ได้ใช้บทกฎหมายลายลักษณ์อักษรนั้นแล้วศาลหรือผู้ใช้กฎหมายอื่นก็จะดูคำพิพากษาเป็นหลักมากกว่าที่จะไปดูบทกฎหมายลายลักษณ์อักษร

2) วิธีการใช้และวิธีการแก้ไขปัญหาต่างๆ ทางกฎหมายของนักกฎหมาย ตลอดจนวิธีพิพากษารรคดีของศาลทั้งสองระบบมีแนวความคิดแตกต่างกัน กล่าวคือ

(1) ศาลในระบบซีวิลลอว์ เมื่อศาลพิจารณาคดีได้ข้อเท็จจริงแล้ว ศาลก็จะนำตัวบทกฎหมายมาปรับใช้กับข้อเท็จจริงในคดี โดยการใช้อกฎหมายหรือการตีความกฎหมาย ในกรณีไม่มีบทกฎหมายมาปรับใช้ได้โดยตรงศาลอาจจะมาพิจารณาว่าเคยมีคำพิพากษาคัดสินไว้หรือไม่ หากไม่มีศาลก็จะมาพิจารณาว่ามีจารีตประเพณีที่จะนำมาปรับใช้ได้หรือไม่ หากไม่มีศาลก็จะมาพิจารณาว่ามีหลักกฎหมายทั่วไป (ถือว่าเป็นการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายในระบบซีวิลลอว์) หรือข้อคิดข้อเขียนของนักนิติศาสตร์เขียนไว้พอที่จะนำมาปรับใช้ได้หรือไม่เป็นอันดับสุดท้าย แต่อย่างไรก็ตามนิติวิธีในทางกฎหมายแพ่งและในทางกฎหมายอาญาคือต้องพิจารณาแยกต่างหากจากกัน กล่าวคือ

ในทางกฎหมายแพ่งหรือกรอบทางแพ่งหากนิติวิธีมีกำหนดไว้ ก็ต้องเป็นไปตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่บัญญัติไว้นั้น เช่น ประมวลกฎหมายแพ่งออสเตรีย มาตรา 7 บัญญัติว่า “ในกรณีที่ไม่มีกฎหมายใดๆ จะปรับใช้แก่กรณีได้นั้น ให้ศาลใช้ปกติประเพณีหรือหลักกฎหมายธรรมชาติ มาปรับใช้” ในทางกฎหมายอาญา หรือกรอบในทางอาญาระบบซีวิลลอว์ต้องยึดถือหลัก “nullum crimen nulla poena sine lege” เป็นสำคัญ กล่าวคือ ศาลจะต้องใช้บทบัญญัติแห่งกฎหมายเท่านั้นมาตัดสินพิพากษาคดีเพื่อลงโทษ หรือเพิ่มโทษ ศาลจะนำสิ่งที่ไม่ใช่บทบัญญัติแห่งกฎหมายมาตัดสินพิพากษาคดีเพื่อลงโทษหรือเพิ่มโทษไม่ได้ แต่อาจจะใช้ในทางอื่นที่เป็นคุณได้ เช่น อาจใช้จารีตประเพณี หรือหลักกฎหมายทั่วไปในทางที่เป็นคุณได้ เป็นต้น⁴⁸

(2) ส่วนในระบบคอมมอนลอว์ เมื่อศาลพิจารณาคดีได้ข้อเท็จจริงแล้ว ผู้พิพากษาจะไปค้นคว้าคำพิพากษาที่เคยพิพากษามาแล้วสำหรับข้อเท็จจริงอย่างเดียวกันแล้วนำมาใช้เทียบเคียงพิพากษาต่อไป และหากไม่เคยมีคำพิพากษาคัดสินไว้ ศาลก็จะมาพิจารณาที่บทกฎหมายลายลักษณ์อักษรแล้วพิพากษาไปตามบทกฎหมายลายลักษณ์อักษรนั้น หรือในกรณีที่ไม่มีบทกฎหมายลายลักษณ์อักษรศาลก็จะมาพิจารณาว่ามีจารีตประเพณีที่จะปรับใช้กับข้อเท็จจริงนั้นได้หรือไม่ หากไม่มีจารีตประเพณีที่จะนำมาปรับใช้ ศาลก็จะมาพิจารณาว่ามีข้อคิดข้อเขียนของนักนิติศาสตร์มาปรับใช้ได้หรือไม่หากไม่มี สุดท้ายศาลอาจค้นหาหลักเกณฑ์หรือสร้างหลักเกณฑ์จากข้อเท็จจริงในคดีนั้นขึ้นมาใหม่แล้วพิพากษาไปตามเหตุผลที่ได้จากข้อเท็จจริงในคดีนั้น (ถือว่าเป็นการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายในระบบคอมมอนลอว์) และโดยเหตุที่ศาลในระบบคอมมอนลอว์สามารถ

⁴⁸ คณิต ฌ นคร. การตีความกฎหมายอาญา. หน้า 225 และ 229.

สร้างหลักเกณฑ์หรือวางหลักเกณฑ์จากข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นใหม่ได้ นิติวิธีในทางกฎหมายแพ่ง และในทางกฎหมายอาญาจึงไม่มีความแตกต่างกันเลย เว้นแต่ในทางกฎหมายแพ่ง หรือกฎหมายอาญามีบทกฎหมายลายลักษณ์อักษรกำหนดนิติวิธีไว้โดยชัดเจนเท่านั้น

ในทางกฎหมายแพ่ง หรือกรอบในทางแพ่งศาลสามารถสร้างหลักเกณฑ์หรือวางหลักเกณฑ์ขึ้นใหม่ได้ เช่น ในคดี *Wilkinson v Downton* (1897) 2 Q.B. 57 ส่วนในทางกฎหมายอาญา หรือกรอบในทางอาญานั้น โดยที่ความรับผิดชอบทางอาญาในประเทศอังกฤษสามารถแบ่งได้เป็น 2 ลักษณะคือ ก. ความผิดตามกฎหมายที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษร (Common law offence) ข. ความผิดตามกฎหมายลายลักษณ์อักษร (Statutory law offence)⁴⁹ ซึ่งความรับผิดชอบทั้งสองประเภทนี้มีนิติวิธีที่แตกต่างกัน กล่าวคือ

ก. ความผิดตามกฎหมายที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษร (Common law offence) ความผิดประเภทนี้เกิดจากการที่ศาลคอมมอนลอว์กำหนดความผิดอาญาฐานใหม่ขึ้นมาโดยวิธีการวางหลักเกณฑ์หรือวางหลักกฎหมายใหม่ๆ ขึ้น โดยศาลถือหลักว่าการกระทำใดที่เป็นฝ่าฝืนและเป็นปฏิปักษ์ต่อศีลธรรมอันดีของประชาชนการกระทำนั้นย่อมอยู่ในข่ายที่จะเป็นความผิดอาญาได้ทั้งสิ้น การวางหลักเกณฑ์หรือวางหลักกฎหมายใหม่ๆ ขึ้นในคำพิพากษานี้ต่อมากลายเป็นหลักกฎหมายตามคำพิพากษาที่เป็นบรรทัดฐาน (Precedent) ส่วนการกำหนดระวางโทษก็เป็นอำนาจในการใช้ดุลยพินิจของศาลในการกำหนดระวางโทษสำหรับความผิดอาญาฐานใหม่ที่ศาลได้กำหนดขึ้นนั้น สาเหตุที่ศาลคอมมอนลอว์สามารถกำหนดความผิดอาญาฐานใหม่ขึ้นมาได้และสามารถกำหนดระวางโทษสำหรับความผิดอาญาฐานใหม่ได้นั้นเป็นเพราะในระบบคอมมอนลอว์มิได้ยึดถือหลัก “Nullum crimen, nulla poena sine lege” เหมือนอย่างระบบซีวิลลอว์ และถือเป็นการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายในระบบคอมมอนลอว์ซึ่งถือเป็นนิติวิธีที่สำคัญมากในระบบคอมมอนลอว์เลยทีเดียว ตัวอย่างเช่น ในคดีอาญา *Rex v. Manley* (1930) หรือในคดี *Shaw v. D.P.P* (1962) ซึ่งเป็นการที่ศาลกำหนดความผิดอาญาฐานใหม่ขึ้นมาโดยวิธีการวางหลักเกณฑ์หรือหลักกฎหมายใหม่ๆ ในคำพิพากษา เป็นต้น

ข. ความผิดตามกฎหมายลายลักษณ์อักษร (Statutory law offence) ความผิดประเภทนี้เป็นความผิดที่เกิดจากฝ่ายนิติบัญญัติตรากฎหมายลายลักษณ์อักษรขึ้นมาความผิดประเภทนี้เป็นความผิดเพราะกฎหมายห้าม (Mala Prohibita) ศาลจึงต้องใช้หลักเกณฑ์การวินิจฉัยความผิดตามที่กฎหมายบัญญัติไว้อย่างเคร่งครัด ศาลไม่สามารถวางหลักเกณฑ์ หรือวางหลักกฎหมายใหม่ๆ ขึ้นมาในคำพิพากษาได้ เช่น ความผิดเกี่ยวกับภาษี ความผิดเกี่ยวกับการพนัน ความผิดเกี่ยวกับทรัพย์สินทางปัญญา ความผิดเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อม เป็นต้น

⁴⁹ สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล. (2547). ปัญหาพิเศษในกฎหมายอาญา. หน้า 18.

2.4.4 ความชัดเจนของกฎหมายในระบบกฎหมายทั้งสองมีความแตกต่างกัน กล่าวคือ

1) โดยที่นิติวิธีในระบบซีวิลลอว์ถือว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายเป็นบ่อเกิดอันดับแรกของกฎหมายที่สำคัญที่สุด จึงได้มีการบัญญัติไว้ในรูปประมวลกฎหมายอย่างชัดเจนไม่ว่าในทางกฎหมายแพ่งหรือกฎหมายอาญา และโดยเฉพาะในทางกฎหมายอาญาในระบบซีวิลลอว์ยึดถือหลัก “Nullum crimen, Nulla poena sine lege” ซึ่งแปลได้ว่า “ไม่มีความผิด ไม่มีโทษโดยไม่มีกฎหมาย” ซึ่งส่งผลให้ในทางกฎหมายอาญานั้นจะต้องมีการบัญญัติไว้โดยชัดเจนว่าการกระทำการหรือไม่กระทำการอย่างใดเป็นความผิดและจะต้องรับโทษ และด้วยความชัดเจนของกฎหมายในระบบซีวิลลอว์จึงทำให้ประชาชนสามารถทราบได้ว่าการกระทำอย่างใดเป็นความผิดและจะต้องรับโทษหรือมีกฎหมายห้ามอะไรไว้บ้าง

2) ส่วนในระบบคอมมอนลอว์โดยที่นิติวิธีในระบบนี้ถือว่าคำพิพากษาของศาลเป็นกฎหมายและเป็นบ่อเกิดอันดับแรกของกฎหมาย และโดยเหตุที่ศาลในระบบคอมมอนลอว์สามารถสร้างหลักเกณฑ์หรือวางหลักเกณฑ์จากข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นใหม่ได้ ดังนี้ในทางกฎหมายแพ่งหรือในทางกฎหมายอาญาศาลสามารถสร้างหรือวางหลักเกณฑ์ใหม่ได้เสมอ แต่ในทางกฎหมายอาญาความผิดตามกฎหมายที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษร (Common law offence) โดยที่ความผิดประเภทนี้เป็นการที่ศาลคอมมอนลอว์สามารถกำหนดความผิดอาญาฐานใหม่ขึ้นมาได้โดยเกิดจากการที่ศาลคอมมอนลอว์วางหลักเกณฑ์ขึ้นมาจนกลายเป็นหลักกฎหมายตามคำพิพากษาที่เป็นบรรทัดฐาน (Precedent) ดังนี้ในความผิดอาญาประเภทนี้ศาลจึงสามารถกำหนดความผิดอาญาฐานใหม่ๆ ขึ้นมาได้เสมอเมื่อเห็นว่าการกระทำที่เกิดขึ้นนั้นเป็นการฝ่าฝืนและเป็นปฏิปักษ์ต่อศีลธรรมอันดีของประชาชน ดังนี้จะเห็นได้ว่าความผิดตามกฎหมายที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษรในระบบคอมมอนลอว์นี้ขาดความชัดเจนประชาชนไม่สามารถทราบได้ว่าการกระทำใดของตนเป็นความผิดและจะต้องรับโทษเมื่อใด หรือมีกฎหมายห้ามอะไรไว้บ้าง ส่วนความผิดตามกฎหมายลายลักษณ์อักษร (Statutory law offence) ความผิดประเภทนี้เป็นการผิดที่เกิดจากฝ่ายนิติบัญญัติตรากฎหมายลายลักษณ์อักษรขึ้นมาความผิดประเภทนี้จึงเป็นความผิดที่มีความชัดเจนประชาชนสามารถทราบได้ว่าการกระทำใดของตนเป็นความผิดและจะต้องรับโทษเมื่อใด หรือมีกฎหมายห้ามอะไรไว้บ้างเหมือนอย่างในระบบซีวิลลอว์

2.4.5 ผู้ที่กำหนดนโยบายทางกฎหมาย ในระบบซีวิลลอว์คือ รัฐสภา เพราะรัฐสภามีหน้าที่ในการออกกฎหมาย ศาลมีหน้าที่ในการปรับใช้กฎหมายเท่านั้น ส่วนในระบบคอมมอนลอว์ ศาลมิได้กำหนดนโยบายทางกฎหมาย แต่ศาลสามารถปรับใช้กฎหมายได้ทันที ดังนั้นศาลจึงมีบทบาทสำคัญในการวางหลักนิติวิธีด้วยนั่นเอง อย่างไรก็ตามในระบบคอมมอนลอว์ปัจจุบันรัฐสภามีบทบาทอย่างสูงในการกำหนดนโยบายทางกฎหมายและออกกฎหมายเช่นกัน

ดังนั้นในปัจจุบันแนวความคิดของระบบกฎหมายชีวิลลอว์ และระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ แทบจะไม่มี ความแตกต่างกันเท่าใดนัก กล่าวคือ ในระบบชีวิลลอว์เองก็ไม่สามารถที่จะปฏิเสธได้ว่า นับวันตัวอย่างคำพิพากษามีบทบาทมากขึ้น ในฐานะของตัวอย่างการปรับใช้ทบทบัญญัติแห่งกฎหมาย แม้จะมีข้อความที่กำหนดไว้อย่างชัดเจนในกฎหมายลายลักษณ์อักษรแล้วก็ตาม ในบางกรณีก็ต้องอธิบายด้วยตัวอย่างคำพิพากษาที่มีการแก้ปัญหาแล้วเช่นกัน ส่วนในระบบคอมมอนลอว์เองนับวันบทกฎหมายลายลักษณ์อักษรยังมีความสำคัญมากขึ้น มีการยอมรับมากขึ้นพอๆ กับการยอมรับหลัก ศาลเป็นผู้สร้างกฎหมาย (Judge made law) ซึ่งขึ้นอยู่กับสถานการณ์การเปลี่ยนแปลงทางสังคม ที่มอบหมายให้รัฐสภามีบทบาทหน้าที่ในการบัญญัติกฎหมายลายลักษณ์อักษร นับตั้งแต่รัฐเข้าสู่ระบบประชาธิปไตย ดำเนินแนวทางรัฐสวัสดิการ และนำประเทศเข้าสู่ระบบประชาคมเศรษฐกิจยุโรป แต่การที่ระบบคอมมอนลอว์มีความจำเป็นต้องนำบทกฎหมายลายลักษณ์อักษรมาใช้นั้นก็มิได้ลดบทบาทของศาลในประเทศอังกฤษที่มีมาแต่เดิมเท่าใดนัก เพราะศาลมักจะตีความให้บทกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่รัฐสภาบัญญัติขึ้นนั้น ให้มีความหมายอย่างแคบ เพื่อที่จะไม่ให้บทกฎหมายลายลักษณ์อักษรนั้นเข้ามาตัดตอนขอบเขตของหลักคอมมอนลอว์ ทั้งนี้เพื่อจะรักษาไว้ซึ่งอำนาจศาลให้มากที่สุด⁵⁰

⁵⁰ สุภัทญา เจริญวัฒนสุข. บทบาทศาลในการพัฒนาทบทบัญญัติกฎหมายสารบัญญัติ. หน้า 21-23.