

คำอธิบาย ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

โดย
นายปรีดี พนมยงค์

ขอความเบื้องต้น

มาตรา ๑ กฎหมายนี้ให้เรียกว่า ประมวลกฎหมาย
แพ่งและพาณิชย์

คำอธิบาย

บทที่ ๑

“ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์”
คืออะไร

ประมวลกฎหมาย “ประมวลกฎหมาย” คือการรวมกฎหมาย
คืออะไร ประเภทหนึ่ง หรือ หลายประเภท ให้ เป็นพระราช

บัญญัติอันเดียวกัน ซึ่งต่างกับการ รวมบท กฎหมายที่กระจัดกระจายอยู่เข้าเป็น เล่มเดียวกัน ถึงแม้ว่าการรวบรวม จะทำโดยผู้อำนาจสูงสุดในแผ่นดินก็ดี ถ้าบทบัญญัติต่างๆ ที่อยู่ในเล่มนั้น ยังมีลักษณะ เป็น พระราชบัญญัติ แยกจากกันอยู่แล้ว การรวบรวมนั้นก็ไม่มีลักษณะ เป็น ประมวลกฎหมาย

เพราะฉะนั้น “ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์” ก็คือการรวบรวมกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เข้าเป็น พระราชบัญญัติอันเดียวกัน กฎหมายแพ่ง และกฎหมายพาณิชย์ทั้ง ๒ ประเภทนี้เป็นสาขาของกฎหมายเอกชน (ไปรเวทลว์)

๑. บัญญัติว่ากฎหมายเก่า ๒ เล่มของไทย ซึ่งได้ชำระสะสาง โดย สมเด็จพระรามาธิบดีที่ ๑ เมื่อ จ.ศ. ๑๑๖๖ นั้น จะมีลักษณะเป็นประมวลกฎหมาย หรือไม่ ?

ข้าพเจ้ามีความเห็นเป็นส่วนคิดว่าไม่มีลักษณะเป็นประมวลกฎหมาย เพราะเหตุที่กฎหมายลักษณะต่างๆ ที่รวมอยู่นั้นยังคงมี วัน เดือน ปี ต่างกัน และออกโดยพระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัว ทรงพระองค์กัน ถึงแม้สมเด็จพระรามาธิบดีที่ ๑ จะได้ทรงแก้ไขข้อความในฉบับเดิมของกฎหมายลักษณะต่างๆ นั้นก็ตาม แต่พระองค์มิได้ทรงประกาศออกเล็ดลักษณะต่างๆ นั้น โดยประกาศรวมกันเข้าเป็นพระราชบัญญัติใหม่

ซึ่งบัญญัติถึงสภาพและความเกี่ยวพันของเอกชน
ในระวางกันเอง

กฎหมายแพ่งคือ
อะไร

กฎหมายแพ่งบัญญัติถึงสิทธิและหน้าที่สภาพ
ของเอกชนโดยทั่วไป มีอาทิ สภาพของบุคคล
ทรัพย์สิน หุ่น สัญญา ฝังฝัง มรดก โดยไม่เลือก
ว่าบุคคลเหล่านั้นมีอาชีพอะไร

กฎหมายพาณิชย์
คืออะไร

กฎหมายพาณิชย์ บัญญัติหลักพิเศษเฉพาะ
พ่อค้าและการค้าขาย เช่น รับขน ตัวเงิน หุ่น
ส่วนบริษัท ฯลฯ

บทที่ ๒

เหตุที่รวมกฎหมายแพ่งและพาณิชย์
เข้าเป็นประมวลเดียวกัน

ประเทศสยามได้รวมกฎหมายแพ่งและพา
ณิชย์เข้าเป็นประมวลเดียวกัน คล้ายกับ ประเทศ
สวีตเซอร์แลนด์ แต่ต่างกับ ประเทศ ฝรั่งเศส
เยอรมันนี ญี่ปุ่น อิตาลี ฯลฯ ซึ่งแยกกฎหมาย
๒ประเภทนี้ออกเป็นคนละประมวล ทั้งนี้เพราะ
การพาณิชย์ของประเทศสยามได้รับคุ้มครองจาก

กฎหมายเหมือนในทางแพ่งธรรมดา ไม่ผิดแปลก
จากกัน ส่วนประเทศที่แบ่งออกเป็น ๒ ประมวล
มืออาทิประเทศ ฝรั่งเศส นั้น ถือว่า การพาณิชย์จะ
ต้องได้รับความคุ้มครอง จากกฎหมาย เป็นพิเศษ
กว่าในทางแพ่ง คือ

การพาณิชย์
ต้องการความ
เร็วมากกว่า
ทางแพ่ง

๑. พวกพ่อค้าย่อมมีการกระทำเกี่ยวข้องกับ
สาธารณชน มาก เพราะฉะนั้น การพาณิชย์จึง
ต้องการความเร็วมากกว่าทางแพ่ง กล่าวคือ ถ้า
กิจการต่าง ๆ ในทางพาณิชย์จะต้องคอยปฏิบัติให้
ถูกต้อง ตาม แบบแผน เหมือน ใน ทาง แพ่ง แล้ว
การพาณิชย์ก็จะดำเนินไปไม่สะดวก เช่น กฎ
หมายแพ่งฝรั่งเศสบัญญัติว่า สัญญาซึ่งมีราคา
เกินกว่า ๑๕๐ แฟรงก์นั้นจะพิสูจน์ไม่ได้ ถ้าไม่มี
ลายลักษณ์อักษรลงลายมือลูกหนี้ เพราะฉะนั้น
ถ้าจะบังคับให้พวกพ่อค้าคอยปฏิบัติดังนี้เสมอไป
แล้ว การค้าขายของเขาก็จะดำเนินไปไม่สะดวก
จึงควร ที่จะผ่อนผันให้ พวกพ่อค้าพิสูจน์หนี้ เช่นนี้
ได้ โดยหลักฐานอื่น ๆ

อนึ่ง การพิจารณาคดี มีศาลพิเศษ สำหรับ การ
พาณิชย์ ผู้พิพากษาของศาลนี้เลือกเอาจากพ่อ

คำที่มีความสามารถ เพราะ การพาณิชย์ย่อมมี
ธรรมเนียมประเพณีที่ปฏิบัติกันมานาน ซึ่งไม่ปรากฏ
ในตัวบท เช่นในเรื่องกฎหมายทะเล เพราะ
ฉะนั้น ถ้าจะให้ ผู้พิพากษา ที่ไม่ค่อย สันทัด ในการ
พาณิชย์ ก็จะทำให้การพิจารณาชักช้าโดยเหตุ
ที่ต้องหาพยาน ผู้ชำนาญการพิเศษ มาเบิกความโต้
แย้งซึ่งกันและกันทำให้เสียเวลา

การพาณิชย์
ต้องการความ
ป้องกันใน
เรื่องหนี้
เป็นพิเศษ

๒. ลูกหนี้ ซึ่งทำการพาณิชย์ ไม่ชำระหนี้แล้ว
ก็อาจนำความหยวนะ มาให้แก่สาธารณชน ได้มาก
กว่าลูกหนี้ในทางแพ่ง เช่นธนาคารหนึ่งไม่มีเงิน
ชำระหนี้ ก็จะทำให้ ห้างและพวก พ่อค้าอื่นอีก
หลายคนต้องพลอยล้มจมไปด้วย

เพราะฉะนั้น พวกพ่อค้าหรือคนที่ทำการพา
ณิชย์เท่านั้น อาจจะถูกพิพากษาให้ ล้มละลาย
(FAILLITE) ได้ และมีโทษทัณฑ์เป็นพิเศษ
ถ้าผู้ล้มละลายกระทำการทุจริต ส่วนลูกหนี้ชนิด
อื่นจะถูกพิพากษาแต่ให้ขายทอดตลาดทรัพย์สินทั้ง
หมดเพื่อใช้หนี้ (DECONFITURE) และไม่เรียก
ว่าเป็น คนล้มละลาย หรือถูก ตัดทอน สิทธิใน การ
เมือง ๆ ละ ๆ

อนึ่ง พวกพ่อค้า ถูก บังคับ ให้ มีสมุด เอกสาร บัญชีการพาณิชย์ ซึ่งให้ประโยชน์ คนภายนอก ที่จะอ้างเป็นพยานต่อพ่อค้า

ในบรรดาศักดิ์ยาม
ฐานะของการ
แพ่งกับการพา-
ณิชย์ ไม่แตก
ต่างกัน

เหตุพิเศษต่าง ๆ เหล่านี้ ไม่มีใน กฎหมายไทย เช่นการกั้มเงินเกินกว่าห้าสิบบาทขึ้นไป จะเป็น การพาณิชย์หรืออย่างอื่นก็ตาม ถ้ามิได้ มีหลักฐานเป็นหนังสืออย่างใดอย่างหนึ่งซึ่งลงลายมือชื่อ ผู้ยืมเป็นสำคัญแล้ว ท่านมิให้พิสูจน์ (ประมวล กฎหมายแพ่ง ๓ มาตรา ๖๕๓) และ ศาลแพ่ง ของเรามีอำนาจชำระคดีแพ่งและคดีพาณิชย์ อนึ่ง บุคคล จะเป็นพ่อค้า หรือคนธรรมดา ก็ตามอาจถูก ศาลพิพากษาให้ล้มละลายเช่นเดียวกัน ฯลฯ และ พวกพ่อค้าก็ไม่จำเป็นต้องมีบัญชี ฯลฯ เพราะ ฉะนั้น การที่รวม กฎหมายทั้งสอง ประเภทนี้เข้า เป็นประมวลเดียวกัน ก็เป็น การสมแก่ สภาพ ของกฎหมายไทยปัจจุบันนี้

สารบัญแก้คำผิดที่สำคัญ

นิตินิติสน ปีที่ ๑ เล่ม ๑ ประจำเดือน กรกฎาคม พ.ศ. ๒๔๗๑

หน้า	บรรทัดที่	คำเดิม	แก้เป็น
๗	๒	มกราคม	เดือนมกราคม
๑๑	๑๔	๒๐ ปี	๓๐ ปี
๑๓	๑๗	ศาสตราจารย์	ศาสตราจารย์
๑๔	๒	บทกฎหมายตัวอักษร	บทบัญญัติใด ๆ แห่งกฎหมายตามตัวอักษร
๓๑	๗	ปฏิบัติ	ปฏิบัติ
๓๓	๑๖	เมื่อการนั้นโต้ขัด	เมื่อการนั้นไม่ขัด
๓๗	๓	ห้างหุ้นส่วน	ห้างหุ้นส่วน
๕๖	๖	วิทยาศาสตร์	วิทยาศาสตร์
๕๖ (ในพุกไนต์)	๑	ศาสตราจารย์	ศาสตราจารย์
๕๗	๕	วิชา	วิชา
๖๒	๘	ศึกษาของกฎ	ศึกษากฎของ
๖๔	๘	ไนตรี	ไมตรี
๖๖ (ในพุกไนต์)	๒	โอบริกับโรง	โอบริกับโร
นิตินิติสน ปีที่ ๑ เล่ม ๓ ประจำเดือน กันยายน พ.ศ. ๒๔๗๑			
๑๑๙	๑๙, ๒๐	(ต้องบรรทัดนี้กลับกันอยู่)	ที่ตนได้แสดงออกมานั้นก็เห็นว่าหาเป็นผลทำให้การแต่งตั้งเจตนาอันตกเป็นโมฆะไม่ เว้นแต่
๑๒๗	๑๖	ตั้งนถาค่าพิจารณาทราบถึงเจตนาอันแท้จริง	ตั้ง น ถ่า ค่าพิจารณา ทราบถึง เจตนา อัน แท้จริง
		เขตรับ	เขตรับยังมีบัญญัติ

1100

มาตรา ๒ ให้ใช้ประมวลกฎหมายนี้ตั้งแต่วันที่ ๑ เดือน มกราคม พุทธศักราช ๒๔๖๘ เป็นต้นไป

มาตรา ๓ ตั้งแต่วันที่ใช้ประมวลกฎหมายนี้สืบไป ให้ยกเลิกบังคับตามกฎหมาย กฎ และข้อบังคับอื่น ๆ ในส่วนที่มีบัญญัติไว้แล้วในประมวลกฎหมายนี้ หรือซึ่งแย้งกับบทแห่งประมวลกฎหมายนี้

คำอธิบาย

มาตราทั้ง ๒ นี้มีความคาบเกี่ยวกัน รวมความ จัดเป็นหลักได้ดังนี้

๕ บทที่ ๑

กิจการใน
ภายนอก
กิจการใด ๆ ซึ่งจะเกิดขึ้นตั้งแต่วันที่ ๑ มกราคม พ.ศ. ๒๔๖๘ เป็นต้นไป ต้องใช้ประมวลกฎหมายนี้บังคับ (มาตรา ๒)

เพราะฉะนั้น ข้อความในกฎหมายเก่า ซึ่งมีลักษณะตั้งจะกล่าวต่อไปนี้ ต้องเลิกไม่ใช้สำหรับกิจการที่จะทำขึ้นในภายหน้า (มาตรา ๓) คือ

กฎหมายใหม่
มีข้อความทับ
ก) เมื่อประมวลกฎหมายนี้ได้บัญญัติข้อความทับหรือมีข้อความ เช่นเดียวกัน กับกฎหมาย

เก่า เช่น ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์
บรรพ ๓ ซึ่งมีข้อความทับพระราชบัญญัติเข้า หนึ่ง
ส่วน บริษัท ร.ศ. ๑๓๐ เป็นต้น

กฎหมายเก่า
แย้ง, ขัดกับ
กฎหมายใหม่

ข. ถ้าประมวลเก่ามีข้อความแย้งหรือขัดตรง
กันข้ามกับประมวลกฎหมายนี้ เช่น กฎหมาย
ลักษณะกู้หน้ บทที่ ๔ และประกาศว่าด้วยการกู้
กรรมธรรม์ปัจจุศักราช ๑๒๓๒ บัญญัติว่าด้วยการกู้
หน้ ยืม สิ้นเกินกว่า ๔ บาท ขึ้นไป ต้อง ทำเป็นลาย
ลักษณอักษร ประมวลกฎหมายแพ่ง ๓ มาตรา
๖๕๓ บัญญัติว่าการกู้หน้ ยืม สิ้นเกินกว่า ๕๐ บาท
ขึ้นไป ถ้ามิได้ มีหลักฐานเป็นหนังสืออย่างหนึ่ง
อย่างใดซึ่งลงลายมือชื่อผู้ ยืม เป็นสำคัญแล้ว ท่าน
มิให้ พิสูจน์ ดังนั้นกฎหมายเก่านั้นก็ต้องยกเลิก

๘ บทที่ ๒

กิจการที่ทำ
มาแต่ก่อน
มีผลสำเร็จ

กิจการที่ทำมาแล้วจนมีผลสำเร็จบริบูรณ์ต้อง
บังคับตามกฎหมายเก่า บุคคลจะรื้อเรื่องขึ้นฟ้อง
ร้องอีกไม่ได้ เช่นเมื่อ พ.ศ. ๒๔๖๕ นายแดง
กู้เงิน นายดำไป ๕๐๐ บาท โดยลงลายนมือใน

หนังสือสัญญาที่มีพยานแต่คนเดียวรับรอง ต่อมาเมื่อ พ.ศ. ๒๔๖๖ นายแดงได้ชำระหนี้ให้นายดำไปเสร็จแล้ว ดังนั้นภายหลังกายแดงจะรื้อเรื่องขึ้นว่ากล่าว โดยอ้างเหตุว่าหนังสือสัญญานั้นได้ทำผิดต่อประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา ๕ ไม่ได้

หลักนี้เนื่องมาจากเหตุธรรมดาที่ว่าราษฎรคงจะทำอะไรไม่ได้ ถ้ากิจการซึ่งได้กระทำไปโดยเป็นการถูกต้องและมีผลตามกฎหมายในขณะนั้น อาจที่จะถูกลบล้างโดยกฎหมายใหม่

ช้อยกเว้น

ช้อยกเว้น แต่หลักดังที่ว่านี้ อาจมีช้อยกเว้นใน เมื่อ กฎหมายใหม่ มีข้อความบ่งไว้ว่าให้มผลย้อนหลัง

กิจการที่ทำ
มาแล้วแต่ยัง
มีผลต่อไป

ปัญหาว่า: กิจการซึ่งได้ทำลงสมบูรณ์ ก่อนใช้ประมวลกฎหมายแพ่งฯ แต่มีผลต่อไปภายหลังกการใช้ประมวลกฎหมาย แพ่ง ฯ จะใช้กฎหมายใดบังคับ?

การวินิจฉัยปัญหาข้อนี้ ในยุโรปมีผู้โต้เถียงกันมากมาย และจะวางเกณฑ์เป็นยุติได้ยาก แต่อย่างไรก็ดี การวินิจฉัยปัญหาเช่นนี้ เราอาจ

อาศัยหลัก ดังกล่าวข้างต้นได้บ้าง กล่าวคือ
 ตามธรรมดาเขตต์ของ กฎหมายเก่ามีเพียง กิจการ
ที่ได้ทำมาแล้ว ส่วนกิจการที่จะเกิดขึ้นในภายหน้า
ตกอยู่ในเขตต์ของกฎหมายใหม่

หลักวินิจฉัย

เพราะฉะนั้นตอนใดของกิจการสมบูรณ์ ขึ้นใน
 เขตต์ใดก็ต้องใช้กฎหมายนั้นบังคับ นอกจากนี้
 ประมวลกฎหมายนี้บังคับข้อความไว้เฉพาะ หรือ
 อาจเห็นได้โดยปริยาย

อุทาหรณ์ ๑. นายคำกู้เงิน นายแดง ๑๐๐
 บาท เมื่อวันที่ ๑ มกราคม พ.ศ. ๒๔๖๗ โดยทำ
 สัญญาสงลายพิมพ์นิ้วมือ มีพยานแต่คนเดียว
 รับรอง นายดำสัญญาว่าจะส่งต้นเงินคืนในวันที่ ๑
 มกราคม พ.ศ. ๒๔๗๐ ครั้นถึงกำหนดนายดำทำ
 ผิดสัญญาดังนี้ นายแดงสามารถนำเอาสัญญาที่
 ทำไว้ก่อนใช้ประมวลกฎหมายมาพิสูจน์ได้

๒. ก. ทำสัญญากู้เงิน ข. ไปเมื่อวันที่ ๑
 มกราคม พ.ศ. ๒๔๖๔ เป็นจำนวนเงิน ๑,๖๐๐
 บาท ดอกเบี้ยชั่งละ ๑ บาทต่อเดือน ก. ขาด
 ส่งดอกเบี้ยตั้งแต่วันที่ ๑ มกราคม พ.ศ. ๒๔๖๕

จ. จึงยื่นฟ้อง ก. เมื่อวันที่ ๑ มกราคม พ.ศ.
๒๔๖๕ ก. จะมีสิทธิได้รับดอกเบี้ยค้างส่งก็แต่
เพียง ๕ ปี ตามมาตรา ๑๖๖ ก. จะอาศัยพระ
ราชบัญญัติรัชชกาลที่ ๕ ปีมโรงสัมฤทธิ์ศก จุล-
ศักราช ๑๒๓๐ ขึ้นอ้างขอเรียกดอกเบี้ยค้างเกิน
กว่า ๕ ปีไม่ได้

อายุความที่^{ตั้งต้น}
มาก่อนประมวล
กฎหมาย

เป็นเหตุ ยุ่งยาก อาจมีในเรื่อง อายุความที่^{ตั้งต้น}
มาก่อนประมวลกฎหมาย เช่น

เมื่อวันที่ ๑ มกราคม พ.ศ. ๒๔๖๓ นายคำ
แพทย์ตัดฟันทองคำให้นายแดง ๑ ฟันเป็นราคา ๕๐
บาท ครั้นวันที่ ๑ มกราคม พ.ศ. ๒๔๗๑ นายคำ
ฟ้องเรียกค่าการงานทั้ง^{ตั้งต้น}จากนายแดง ซึ่งถ้าหาก
ตามกฎหมายเดิมอายุความของนายคำมีกำหนด
๕ ปี แต่ตามประมวลกฎหมายแพ่งฯ มาตรา
๑๖๕ ข้อ ๑๕ นั้น มีกำหนดเพียง ๒ ปี ดังนั้น
ศาลจะตัดสินอย่างไร?

ตามประมวลกฎหมายแพ่ง ฝรั่งเศส มาตรา
๒๒๘๑ บ่งไว้ว่าอายุความที่^{ตั้งต้น}มาก่อนประมวลฯ
นั้น ให้ถือตามกำหนดกฎหมายเก่า (นอกจาก

อายุความซึ่งถ้าจะถือตามกฎหมายเก่าแล้วจะถึงที่สุดอีกกว่า ๓๐ ปี นับแต่วันใช้กฎหมายใหม่ จึงให้ถืออายุความตามกฎหมายใหม่) แต่ตามประมวลแห่งของไทยไม่มีตัวบทไว้ เพราะฉะนั้นความเห็นจึงอาจเกิดขึ้นได้หลายอย่าง

ความเห็นที่ ๑

ความเห็นที่ ๑ ถ้าจะถือตามหลักกฎหมายอย่างเฉียบขาดแล้ว อายุความซึ่งพึงตั้งต้นนับนั้นยังถือว่าเป็นกิจการที่สมบูรณ์ไม่ได้ เพราะฉะนั้นต้องนับตามกำหนดในกฎหมายใหม่ นายคำจึงไม่มีสิทธิฟ้องร้อง

ความเห็นที่ ๒

ความเห็นที่ ๒ สิทธิของนายคำในการฟ้องร้องนั้นได้เกิดแล้วตามกฎหมายเก่า ซึ่งนายแดงก็จำต้องผูกพันตามกำหนดในกฎหมายเก่า เพราะฉะนั้นกฎหมายใหม่จะตัดสิทธิของบุคคลที่ได้ไว้ตามกฎหมายเก่าแล้วไม่ได้ นายคำจึงคงมีสิทธิฟ้องร้อง

ความเห็นที่ ๓

ความเห็นที่ ๓ บุคคลจะอ้างสิทธิอย่างใดๆ ของตนขึ้นขัดต่ออำนาจของกฎหมายไม่ได้ เพราะฉะนั้นนายคำจะอ้างกำหนดอายุความตามกฎหมายเก่าไม่ได้ อนึ่งในเรื่องเช่นนี้ไม่ควรใช้กำหนด

ตามกฎหมายใหม่ทั้งหมด เพราะเป็นการยุติธรรมเกินไป กล่าวคือการที่นายดำยังไม่ฟ้องตามกฎหมาย เก่านั้นเป็นเพราะ สิทธิฟ้องร้อง ของเขายังไม่ขาดอายุความ เพราะฉะนั้นถ้าจะให้ยุติธรรม ควรคิดเวลาอายุความที่นับ มาก่อนให้ประมวลกฎหมายนี้แล้วว่าเท่ากับ กึ่งส่วนของอายุความ และคงยังเหลืออีกกึ่งส่วน แล้วจึงคิดเทียบส่วนที่เหลือกับกำหนดในกฎหมายใหม่ เช่น อุทาหรณ์ ที่กล่าวมาข้างต้นอายุความที่นับมาแล้ว ๕ ปี คงเท่ากับ ครึ่งหนึ่งของอายุความ เพราะฉะนั้นอายุความของนายดำคงเหลือเมื่อวันที่ประมวลฯ อีกครึ่งหนึ่ง และอีกครึ่งหนึ่งต้องคิดเทียบกับอัตราอายุความตามมาตรา ๑๖๕ (๑๔) แห่งประมวลนี้ซึ่งบัญญัติไว้ว่ามีกำหนด ๒ ปี เพราะฉะนั้นครึ่งหนึ่งก็เท่ากับ ๑ ปี โดยเหตุนี้นับตั้งแต่วันที่ประมวลนี้ นายดำต้องฟ้องร้องเสียภายใน ๑ปีไม่ใช่ว่า ๕ ปี (ดูคำอธิบายของศาสตราจารย์ โกลเด็ม ๑ ข้อ ๒๔๘)

บรรพ ๑

หลักทั่วไป

ลักษณะ ๑

บทเปิดเสร็จทั่วไป

มาตรา ๔

อันกฎหมายนั้น ท่านว่าต้องใช้ในบังคับกรณี
ซึ่งต้องด้วยบทกฎหมายตั้งอักษร ฤตามความ
มุ่งหมายของบทบัญญัติตนๆ

เมื่อใดไม่มี บทกฎหมายที่จะยกมาปรับ คดีได้
ท่านให้วินิจฉัยคดีนั้น ตาม คลองจารีต ประเพณี
แห่งท้องถิ่น

ถ้าและไม่มีจารีตประเพณีเช่นนั้น ท่าน
ให้วินิจฉัยคดี อาศัยเทียบ บทกฎหมายที่ใกล้เคียง
อย่างยิ่ง และถ้าบทกฎหมายเช่นนั้นไม่มีด้วยไซ้
ท่านให้วินิจฉัยตามหลักกฎหมายทั่วไป

คำอธิบาย

บทที่ ๑

ข้อความทั่วไป

คำวิเคราะห์ศัพท์
“กฎหมาย”
ความประมวลแพ่ง
ฉบับ พ.ศ. ๒๔๖๖

มาตรา ๔ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ฉบับปี พ.ศ. ๒๔๖๘ ซึ่งใช้อยู่ในทุกวันนี้ มีความหมายแตกต่างกับ มาตรา ๔ ของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ฉบับปี พ.ศ. ๒๔๖๖ ซึ่งได้ยกเลิกไปแล้วนั้น กล่าวคือ มาตรา ๔ แห่งฉบับเดิมเป็นบทวิเคราะห์ศัพท์ของกฎหมายว่าให้หมายความเฉพาะแต่ ประมวลกฎหมายพระราชบัญญัติ พระราชกฤษฎีกา หรือพระราชกำหนด อันซึ่งพระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัวมีพระบรมราชโองการโปรดเกล้าฯ ให้บัญญัติขึ้นและประกาศใช้เป็นกฎหมาย เพราะฉะนั้นตามประมวลกฎหมายแพ่งฯ ฉบับเดิม คำว่า กฎหมาย จึงหมายความว่า คำสั่งบังคับของรัฐบาลซึ่งได้ประกาศไว้ หรือเรียกตามสำนวนในกฎหมายโรมันว่า “กฎหมายที่ได้จารึกลงไว้” (ยูส

สคริปตุม)^๑ โดยไม่กินความหมายถึงจารีตประเพณีและหลัก กฎหมายอันมิได้ขีดเขียน จารึกไว้ (ยูส นอนสคริปตุม)^๒

ปะของคำ
‘กฎหมาย’
ตามประมวล
ฉบับพ.ศ.๒๔๖๘

แต่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ฉบับปี พ.ศ. ๒๔๖๘ นี้ หาได้วิเคราะห์ศัพท์คำว่า กฎหมายไว้โดยตรงไม่ มาตรฐานบัญญัติไว้แต่ว่า ธรรมเนียมแห่งทั้งปวงจำต้องมีกฎหมายบังคับ และ กฎหมายที่ใช้บังคับนี้ อาจเป็น

กฎหมายที่
ได้ประกาศ

๑. คำสั่งคำบังคับของ ผู้มีอำนาจบัญญัติกฎหมายได้ประกาศไว้ (ยูส สคริปตุม) ซึ่งเรียกตามสำนวนของมาตรา ๔ นี้ว่า บทกฎหมายหรือบทบัญญัติ ซึ่งศาลต้องพิจารณาตามตัวอักษร และตามความมุ่งหมายหรือโดยอาศัยเทียบเคียง

กฎหมายที่ไม่
ได้ประกาศ

๒. จารีตประเพณี หลักกฎหมายทั่วไป ซึ่งมิใช่คำสั่งคำบังคับที่ได้ประกาศไว้ โดยผู้มีอำนาจบัญญัติกฎหมาย (ยูส นอนสคริปตุม)

เพราะ ฉะนั้น นำคิดว่าประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ฉบับใหม่นี้ มีนัยะไปในทางที่ว่า คำ “กฎหมาย” นี้มีความหมายกว้างกว่าฉบับเดิม คือรวม ทั้ง บทกฎหมาย และ หลัก ซึ่ง ราษฎรต้อง

๑. JUS SCRIPTUM

๒. JUS NON SCRIPTUM

ประพจน์ตาม ถ้าขัดขั้นก็เป็นผิดในทางแพ่ง ถึง

แม้ว่าหลักนั้นจะมีได้ประกาศไว้ก็ตาม

กฎหมายแพ่ง
ต่างกับกฎ
หมายอาญา

เหตุฉะนั้นคดีแพ่งจึงต่างกับคดีอาญา กล่าวคือในคดีอาญานั้น กฎหมายที่ศาลจะใช้ ลงโทษต้องเป็น บทกฎหมาย ศาลจะอาศัยจารีตประเพณีลงโทษจำเลยไม่ได้ (ดูกฎหมายลักษณะอาญามาตรา ๗)

ในคดีแพ่งศาล
จะไม่รับฟ้อง
ยกเหตุว่าโดย
ไม่มีบทกฎ
หมายไม่ได้

แต่ในคดีแพ่งนั้น ถึงแม้จะไม่มีบทกฎหมายโดยตรงหรือโดยความมุ่งหมายที่จะใช้บังคับคดีก็ตาม ศาลจะไม่รับฟ้องโดยยกเหตุว่าไม่มีบทกฎหมายหาได้ไม่ (ในกฎหมายฝรั่งเศสนั้นถึงกับมีบทบัญญัติไว้ในประมวลแพ่งมาตรา ๔ ว่า ผู้พิพากษาซึ่งปฏิเสธการตัดสิน โดยอ้างเหตุว่าไม่มีบทบัญญัติ หรือบทบัญญัติมีข้อความเคลือบคลุม หรือไม่มีข้อความพอเพียง มีความผิดฐานปฏิเสธความยุติธรรม)^{๑)} กล่าวคือเมื่อไม่มีบทกฎหมาย

ศาลต้องยกจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่นขึ้นปรับคดี ถ้าไม่มีจารีตประเพณี ศาล จะต้อง วินิจฉัย คดีโดยอาศัยเทียบบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง ถ้าไม่มีบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง ศาลจะต้องวินิจฉัยตามหลักกฎหมายทั่วไป

๑. ประมวลอาญาฝรั่งเศสมาตรา ๑๔๕ กำหนดโทษปรับตั้งแต่ ๒๐๐ แฟรงค์ ถึง ๕๐๐ แฟรงค์ และให้พิทักษ์การมีกำหนดตั้งแต่ ๕ ปี ถึง ๒๐ ปี

ลำดับแห่งการ
ใช้กฎหมายลำดับ
หรือคดีแพ่ง

การใช้กฎหมายประเภทต่างๆ บังคับกรณี
แพ่ง ศาลต้องถือตามลำดับที่บัญญัติไว้ในมาตรา
นี้อย่างเคร่งครัด กล่าวคือเมื่อกรณีแพ่งใดมีบท
กฎหมายกล่าวไว้ ศาลจำต้องอ้างบทกฎหมายชั้น
ปรับคดี ศาลจะอ้างหลักกฎหมายทั่วไปชั้นปรับ
คดีในเมื่อมีกฎหมายแล้วไม่ได้ (ในประเทศฝรั่ง
เศส ประมวลแพ่งมาตรา ๕ ห้ามมิให้ผู้พิพากษา
ตัดสินคดีโดย อ้าง หลักกฎหมายทั่วไป และโดย
ออกกฎหมายเอาเอง) ความเห็น จึงเกิดขึ้น ว่า
ถ้าศาลแพ่งได้อ้างหลักกฎหมายทั่วไปชั้นปรับคดี
โดยไม่อ้างถึง บทกฎหมายที่มีอยู่ สำหรับ กรณี
แห่งนั้นแล้ว ก็ย่อมจะเปิดโอกาสให้คดีประวิง
ความจนถึงที่สุดแล้ว ๆ ถวายฎีกา เพราะได้ชื่อว่า
เป็นชั้นหาข้อกฎหมาย ซึ่งทนายจะทำได้ก็ดี
ผู้แพคดีมีสิทธิที่จะทูลเกล้า ๆ ถวายฎีกาได้

ข้อยกเว้น

ข้อยกเว้นในการ
ใช้บทกฎหมาย

๑. กฎข้อบังคับสำหรับปกครองบริเวณ ๗ หัว
เมือง ร.ศ. ๑๒๐ ข้อ ๓๒ มีความว่า ความแพ่ง
ซึ่งเกี่ยวกับศาสนาอิสลาม เรื่องผู้เมียก็ดี เรื่อง
มฤตกก็ดี ซึ่งคนนับถือศาสนาอิสลามเป็นทั้งโจท
จำเลย หรือเป็นจำเลย ให้ใช้กฎหมายอิสลามใน
การพิจารณาพิพากษา

๑. บริเวณ ๗ หัวเมือง กล่าวคือ ถึงแม้ประเทศสยามจะมี บทกฎหมาย เรื่องฝัวเมียและมฤตกแล้วก็ดี กฎหมายยังคงยกเว้นให้ใช้กฎหมาย อิสลาม ซึ่งเป็นประเพณี ในบริเวณ ๗ หัวเมืองนั้น

๒. รับชนของ ทางทะเล ๒. ประมวลแพ่ง ๆ มาตรา ๖๐๕ วรรค๒ บัญญัติว่า “รับชนของทางทะเล ท่านให้บังคับตามกฎหมายและข้อบังคับว่าด้วยการนั้น”

๓. ประกันภัย ทะเล ๓. ประมวล แพ่ง ๆ มาตรา ๘๖๘ บัญญัติว่า “อันสัญญาประกันภัยทะเล ท่านให้บังคับตาม บทบัญญัติแห่งกฎหมายทะเล”

กฎหมายทะเล ในกรณี ๒ และ ๓ นี้จะเห็นได้ว่า เรามีบทกฎหมายเรื่อง รับ ชน (ป.พ.พ. ๖๐๘-๖๓๕) และเรื่อง ประกันภัย (ป.พ.พ. ๘๖๑-๘๘๗) อยู่แล้ว แต่จะนำมาใช้ไม่ได้ ก็ต้องพิจารณาตามกฎหมายทะเล

แต่ ใน เวลา นี้ เรา ยัง ไม่มี บท กฎหมาย ทะเล เพราะฉะนั้นจึงต้องให้จารีตประเพณีหรือหลักกฎหมายทะเลไปพลางก่อน

บทที่ ๒

บทกฎหมาย

บทกฎหมาย
คืออะไร

ข้อ ๑. บทกฎหมายคืออะไร
บทกฎหมายหรือบทบัญญัติ คือคำสั่งคำบังคับ
ของผู้มีอำนาจบัญญัติ กฎหมายซึ่งได้ประกาศไว้
(ยูส สคริปตุม) บทบัญญัติเหล่านี้บางชนิด
ออกโดยพระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัว แต่เรียก
ชื่อต่างกัน เช่น พระราชบัญญัติ พระราชกฤษฎี
กา พระราชกำหนด และบางชนิดออกโดย
เสนาบดี แต่เรียกชื่อต่าง ๆ กัน เช่น กฎ
เสนาบดี ประกาศเสนาบดี ข้อบังคับเสนา
บดี ฯลฯ

ผู้มีอำนาจออก
บทกฎหมาย

ทั้งนี้เนื่องมาจากเหตุที่ว่าบทกฎหมาย เหล่า
นั้นได้ออกโดยอาศัยอำนาจต่าง กัน เพราะอำ
นาจออกบทบัญญัติ นั้น อาจ แยกออก ได้เป็น ๒
ชนิด คือ

๑. อำนาจนิติบัญญัติ

๑. ภาษาฝรั่งเศสเรียกว่า ปูวัวร์ เลจิสลาตีฟ (POUVOIR LEGISLATIF)

๒. อำนาจบริหารบัญญัติ^๑๑. อำนาจนิติบัญญัติ

อำนาจนิติบัญญัติ อำนาจนิติบัญญัติ คือ อำนาจที่จะวาง หลัก
 คำสั่ง**คำบังคับอันเป็นข้อสำคัญยิ่ง** ซึ่งราษฎรจำ-
 เป็นต้องปฏิบัติตาม ผู้เป็น**รัฐอธิปไตย**ย่อมทรงไว้
 ซึ่งอำนาจนี้ สำหรับในเมืองไทยก็คือ พระบาท
 สมเด็จพระเจ้าอยู่หัว บทบัญญัติซึ่งออกโดยอำ-
 นาจนิติบัญญัตินี้ เรียกว่าพระราชบัญญัติ ตรงกับ
 คำว่า Loi แอคท์ ในภาษาอังกฤษ Loi ลัว
 ในภาษาฝรั่งเศส

๒. อำนาจบริหารบัญญัติ

อำนาจบริหาร
 บัญญัติ อำนาจบริหารบัญญัติ คืออำนาจของผู้ปก-
 ครอง ประเทศ ที่ จะ บัญญัติ คำ สั่ง คำ บังคับ เพื่อ
ปฏิบัติการให้เป็นไปตามกฎหมายอันเนื่องมาจาก
 อำนาจนิติบัญญัติ ในเมืองไทยผู้ทรงไว้ซึ่งอำนาจ
 เหล่านี้คือ

๑. ภาษาฝรั่งเศส เรียกว่า ปูว์วัวร์ เอชเค็ลคือตีฟ (Pouvoir Executif)

ก. พระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัว

ข. เสนาบดี

ค. พนักงานอื่น ๆ

ก. บทกฎหมาย ซึ่งพระบาท สมเด็จพระเจ้า
อยู่หัวได้ทรงตราขึ้นไว้ เนื่องจากพระราชอำนาจ
การบริหารบัญญัตินี้ เรียกว่า

พระราชกฤษฎีกา

พระราชกำหนด

พระราชกฤษฎ

ฎีกา

พระราชกฤษฎีกา เป็นบท บริหาร บัญญัติซึ่ง
ใช้บังคับราษฎรทั่วไป พระราชกฤษฎีกานี้อาจ
ออกโดยอาศัยอำนาจพระราชบัญญัติที่ประกาศให้
ใช้แล้วก็ได้ เช่นพระราชกฤษฎีกาจัดการวางราง
รถไฟสาย ต่าง ๆ ที่ได้ ออกโดย อาศัย อำนาจ พระ
ราชบัญญัติจัดการวางรางรถไฟและทางหลวงพ.ศ.
๒๔๖๔ มาตรา ๑๕,๒๒ ๆ ล ฯ

อนึ่งพระราชกฤษฎีกาอาจออกโดยอาศัยหลัก
กฎหมาย ซึ่งไม่ได้ ประกาศ เป็นลายลักษณ์ อักษร
(ยูส นอน สคริปตุม) ก็ได้ เช่น พระราชกฤษฎ
ฎีกาให้ ใช้บทบัญญัติแห่งประมวล กฎหมายแพ่ง
และ พาณิชย์ บรรพ ๑ และ ๒ ที่ ตรวจชำระ ใหม่

ลงวันที่ ๑๑ พฤศจิกายน พ.ศ. ๒๔๖๘ ซึ่งได้ออกโดยไม่มีพระราชบัญญัติบ่งไว้วันที่ใด ว่าเมื่อได้บัญญัติประมวลกฎหมาย แล้ว ให้ ออก พระราชกฤษฎีกาเช่นนี้

แต่พระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัวซึ่งทรงเป็นประมุขในทางบริหารอำนาจ ย่อมทรงไว้ซึ่งพระราชอำนาจในการที่จะออกพระราชกฤษฎีกาอันเป็นคำสั่งของพระองค์ให้ปฏิบัติการให้เป็นไปตามกฎหมาย^๑

แต่พระราชกฤษฎีกาซึ่งได้ออกโดยเนื่องจากหลักกฎหมายที่ยังไม่ได้ประกาศนั้น มีลักษณะคล้ายกับพระราชบัญญัติมาก ข้อสำคัญซึ่งควรสังเกต ก็คือว่า พระราชบัญญัตินั้นได้ออกโดยอำนาจนิติบัญญัติ เพราะฉะนั้นจึงมีข้อความที่

^๑ในบางประเทศ เมื่อได้มีบทบัญญัติแล้ว จะใช้เป็นกฎหมายบังคับราษฎรยังไม่ได้ จนกว่าจะได้ มีบทบัญญัติของผู้ซึ่งเป็นประมุขแห่งบริหารอำนาจประกาศให้ใช้ บทบัญญัตินั้น ๆ

แต่ในเมื่อไทยไม่จำเป็นเช่นนั้น เพราะพระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัวทรงเป็นประมุขในทางนิติบัญญัติและในทางบริหาร บัญญัติโดยเหตุนี้พระราชบัญญัติจึงอาจใช้ได้โดยลำพังไม่จำเป็นต้องมีพระราชกฤษฎีกาอีกฉบับหนึ่ง

เป็นหลักสำคัญ ส่วนพระราชกฤษฎีกานั้น ออก
โดยอำนาจบริหารบัญญัติ จึงเป็นแต่เพียงอุป-
กรณ์ ของ หลักสำคัญ อัน ได้ออกโดย อำนาจ นิติ
บัญญัติ

พระราชกำหนด

พระราชกำหนด เป็นบทบริหารบัญญัติคล้าย
กับพระราชกฤษฎีกา แต่โดยมากพระราชกำ-
หนดเป็นบัญญัติที่เกี่ยวข้องแก่บุคคล หรือข้าราชการ
บางจำพวก เช่นพระราชกำหนดในเครื่องการแต่ง
กาย ซึ่งไม่ได้เกี่ยวข้องกับราษฎรทั่วไป
ตามที่ได้กล่าวมาแล้ว ก็เป็นแต่เพียงแนวที่
จะทำให้เราเข้าใจความแตกต่างระหว่าง พระราช
บัญญัติ พระราชกฤษฎีกา พระราชกำหนด เท่า
ที่ได้สังเกตเห็นส่วนมากของพระราชบัญญัตินั้น ๆ
ได้ มีขึ้นในสมัยนี้ . แต่ที่จะให้วางบทวิเคราะห์
ศัพท์ ถูกระบุไป ทั้งหมด นั้นเป็น การยาก
มาก เพราะใน กาลก่อน ๆ เราจะเห็นว่า บาง
เรื่องพระราชกำหนดมีลักษณะดังเช่น พระราชบัญญัติ
เช่นพระราชกำหนดอาญาการกระทำผิด
สัญญา ร.ศ. ๑๔๗

ประกาศกระเด
พระบรมราช
โองการ

อนึ่ง ยังมี ประกาศกระแสพระบรมราชโองการ
เป็น ข้อความ ซึ่ง พระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัว ได้
ทรง บอ ก กล่าว แก่ ราษฎร เช่น ใน โอกาส พิเศษ
มี อาทิ ใน คราว ประกาศ สงคราม พ.ศ. ๒๔๖๐
เป็นต้น

กฎเสนาบดี

ข. บทบัญญัติที่ออกโดยเสนาบดี
บทบัญญัติ ที่ออก โดย เสนาบดี นั้น คือกฎ
เสนาบดี ข้อบังคับเสนาบดี ประกาศเสนาบดี
กฎเสนาบดี คือบท บัญญัติ ซึ่ง ได้ ออก โดย
เสนาบดี เพื่อรักษาการให้ เป็น ไปตาม พระราช
บัญญัติของพระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัว เสนา
บดีจะพึงมีอำนาจออกกฎได้ ก็ต่อเมื่อพระราช
บัญญัติ นั้น ๆ ได้ ให้ อำนาจไว้ และการออกกฎ
เสนาบดีนี้ จะต้องไม่เป็นการนอกเหนือพระราช
บัญญัติที่เสนาบดีได้รับอำนาจ เช่นเสนาบดีไม่มี
อำนาจที่จะกำหนดโทษจำคุกผู้กระทำความผิด

แต่มีข้อที่ ควรสังเกตว่า ถ้าเสนาบดีได้ออก
 กฎ โดยอ้าง พระบรม ราชานุญาต ให้ใช้ เป็น กฎ
 หมายแล้ว เสนาบดีอาจที่จะกำหนดโทษผู้กระทำ
 ผิดเกินไป กว่าที่ได้กล่าว มาแล้วได้ ดังเช่นกฎ
 เสนาบดี ว่าด้วยที่กุศลส ถานชะนิตศาลเจ้า พ.ศ.
 ๒๔๖๔ (ขอให้ดูข้อ ๒๒ ถึงข้อ ๒๕) ได้มีบท
 ขันมาสู่ศาลฎีกาว่า กฎเสนาบดีนี้จะพึงใช้ลงโทษ
 ผู้กระทำการ ขัดขึ้นได้ หรือไม่ พระบาทสมเด็จพระ
 พระเจ้าอยู่หัวรัชกาลที่ ๖ ได้ทรงประทาน พระบรม
 ราชวินิจฉัยว่า กฎเสนาบดีนี้ใช้บังคับแก่ผู้กระ
 ทำการขัดขึ้นได้ เพราะได้ออกโดยที่ได้อ้างพระ
 บรมราชานุญาต จึงมีผลเหมือนดังเช่นบทบัญญัติ
 ที่ได้ออกโดย พระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัว (ให้
 ดูคำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๒๘๘, ๒๘๙, ๒๙๐, ๒๙๑
 พ.ศ. ๒๔๖๖)

ประกาศเสนาบดี

ประกาศเสนาบดี คือ ข้อความ ที่เสนาบดีได้

แจ้งให้ราษฎรทราบถึงระเบียบหลักเกณฑ์ที่เสนาบดีได้วางไว้เพื่อปฏิบัติตามบทบัญญัติของพระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัว เช่นประกาศเสนาบดีกระทรวงพาณิชย์ ใช้พระราชบัญญัติ ชั่ง ตวง วัด ในตำบลต่างๆ ซึ่งบังคับให้ผู้เป็นเจ้าของเครื่องชั่ง, เครื่องตวง, เครื่องวัด ตามวิธีเมตริกนำไปให้เจ้าพนักงานในกระทรวงพาณิชย์สำรวจและทำการให้คำรับรอง หรือเพื่อปฏิบัติตามกฎเสนาบดี เช่นประกาศเสนาบดีกระทรวงพระคลังมหาสมบัติ ลงวันที่ ๑ เมษายน พ.ศ. ๒๔๕๖ กำหนดตั้งคลังออมสิน เพื่อปฏิบัติการตามความในข้อ ๔ แห่งกฎข้อบังคับ คลังออมสิน ของเสนาบดีกระทรวงพระคลังฯ ลงวันที่ ๑ เมษายน พ.ศ. ๒๔๕๖

ข้อบังคับเสนาบดี

ข้อบังคับเสนาบดี เป็นบทบัญญัติซึ่งเกี่ยวแก่

การวางระเบียบการ ชุระการในกระทรวงที่เสนาบดีบังคับบัญชา เช่นข้อบังคับเสนาบดีกระทรวงยุติธรรม ว่าด้วยหน้าที่อัยการหัวเมือง พ.ศ. ๒๔๕๕

ข้อบังคับ

ค. เจ้าพนักงานอื่น ๆ

เจ้าพนักงาน

เจ้าพนักงาน หรือ สภาใด ๆ มีอำนาจ ที่จะวางระเบียบ ข้อบังคับ โดยอาศัย อำนาจ จากหลักกฎ-

หมายการปกครอง หรือโดยอำนาจแห่งพระราชบัญญัติใดๆ เช่น ข้อบังคับมรรยาทนายความว่าด้วยเครื่องแต่งกายสุภาพ พ.ศ. ๒๔๕๕ ซึ่งได้ตราไว้โดยเนติบัณฑิตยสภา อาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. ๒๔๕๗ มาตรา ๑๘

ข้อ ๒ การใช้บทบัญญัติบังคับคดี

ใช้บทบัญญัติ
ตามตัวอักษร

การใช้บทบัญญัติ บังคับ คดีนั้น ศาล จะต้องพิจารณา

๑. ตามตัวอักษร

๒. ตามความมุ่งหมายของบทบัญญัติ

๑. ตามตัวอักษร ถ้าข้อบังคับ ในบทบัญญัติใดขัดแย้งอยู่แล้ว ศาลจะต้องวินิจฉัยไปตามนั้น จะแปลให้นอกเรื่อง ไปไม่ได้ เช่น ประมวลกฎหมายแพ่ง และ พาณิชย มาตรา ๓๗ บัญญัติว่า หญิงมีสามีนั้นในส่วนของที่เกี่ยวกับสินส่วนตัว ย่อมมีฐานะอย่างบุคคลผู้บรรลุนิติภาวะ ศาลจะแปลว่าหญิงไม่มีความสามารถทำสัญญาในสิ่งที่เกี่ยวกับสินส่วนตัวเช่นนี้ไม่ได้

ใช้กฎหมายตาม
ความมุ่งหมาย
ของบทบัญญัติ

๒. ความมุ่งหมายของบทบัญญัติ

แต่ถ้า ในที่ใด ข้อความ ใน บท บัญญัติ ทำให้
เคลือบคลุมสงสัย ศาลจะต้องพิจารณาว่า ความ
มุ่งหมายของบทบัญญัตินั้นเป็นอย่างไร และการ
ที่จะทราบถึง ความมุ่งหมายได้ ก็ต้องดูพระราช
ปรารภ เทียบเคียง กับบทกฎหมายอื่น ประวัติ
แห่งการที่มีบทบัญญัตินั้น ๆ อันจะต้องพิจาร-
ณาเป็นเรื่อง ๆ ไป

เช่นประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา
๑๐๕๕ อนุมาตรา ๕ บัญญัติไว้ว่า ห้างหุ้นส่วนสา-
มัญญ์ บ่อมเล็กกันเมื่อผู้ เป็น หุ้นส่วน คนหนึ่งคน
ใดตาย มาตรฐานทำให้สงสัยว่า บทบัญญัติเช่นนี้
จะเป็นบทบังคับหรือเป็นบทที่ ไม่เกี่ยวกับศีลธรรม
ความสงบเรียบร้อยของประชาชน ซึ่งคู่สัญญา
สิทธิ จะตกลง กันแก่ ใจว่าห้างหุ้นส่วน ไม่ต้องเลิก
เพราะผู้ เป็นหุ้นส่วนคนหนึ่งคนใดตาย

การวินิจฉัย ความมุ่งหมาย ของบทบัญญัติข้อนี้
เราอาจเอาประวัติของกฎหมายเรื่องนี้มาสนับสนุน
ได้ กล่าวคือ ตาม พระราช บัญญัติ ห้างหุ้นส่วน
บริษัทร.ศ. ๑๓๐ มาตรา ๔๕ ข้อ ๔ ซึ่งใช้มาก่อน

ประมวลแพ่ง ขอมให้คู่สัญญา เปลี่ยนแปลงแก้ไขตกลงกันว่า ห้างหุ้นส่วนไม่ต้องเลิก เพราะผู้เป็นหุ้นส่วน คนหนึ่ง คนใดตาย เพราะ ฉะนั้น ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา ๑๐๕๕ อนุมาตรา ๕ ก็คงเช่นเดียวกับ พระราชบัญญัติเดิม (ถ้าอยากทราบ ถึงการเปล่งกฎหมายโดยละเอียดขึ้นไป ขอให้ดูคำอธิบายธรรมศาสตร์ของพระยานิติศาสตร์ไพศาล)

๗ บทที่ ๓

จาร์ตประเพณีแห่งท้องถิ่น

ข้อ ๑. จาร์ตประเพณีคืออะไร

จาร์ตประเพณี คือความประพฤติของบุคคล ที่ได้ปฏิบัติต่อกันมา โดยมีใช่เป็นบทบัญญัติ จาร์ตประเพณีอันจะพึงใช้บังคับกรณีใดนั้น มีอยู่ ๒ ชนิด คือที่กฎหมายระบุไว้ โดยตรงอย่างหนึ่ง และที่มีได้ระบุไว้ โดยตรงอีกอย่างหนึ่ง

ก. จาร์ตประเพณีที่กฎหมาย ระบุนามไว้ โดยตรงนั้น เช่น กฎข้อบังคับสำหรับปกครองบริเวณ

จารีตประเพณี
ที่กฎหมายระบุ
นามไว้

๗ หัวเมือง ร.ศ. ๑๒๐ ข้อ ๓๒ ซึ่งมีความว่า ความ
แพ่งซึ่งเกี่ยวกับศาสนาอิสลาม เรื่องผู้เมียก็ดี
เรื่องมรดกก็ดี ซึ่งคนนับถือศาสนาอิสลามเป็น
ทั้ง โจทจำเลย หรือเป็น จำเลย ให้ใช้กฎหมาย
อิสลามในการพิจารณาพิพากษา

ข. ส่วนจารีตประเพณีที่กฎหมายไม่ได้ระบุไว้
โดยตรงนั้น จำต้องประกอบด้วยหลักเกณฑ์
ดังนี้

ลักษณะของจารีต
ประเพณี

๑. ต้อง เป็น ความ ประพฤติ ที่ได้ปฏิบัติ กัน
มานาน
๒. ต้องไม่ขัดต่อกฎหมาย
๓. ต้องไม่ขัดต่อศีลธรรมอันดี และความ
สงบเรียบร้อยของประชาชน
๔. ต้องเป็นจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น ที่ ทร
ณีชนเกิดขึ้น

ปฏิบัติมานาน

๑. ต้องเป็นความประพฤติที่ปฏิบัติกันมานาน
ความประพฤติของบุคคล ที่ได้ปฏิบัติ กันมาช้านาน
นานแล้วนั้น เป็นบ่อเกิดแห่งจารีตประเพณี เหตุ
ฉะนั้นความนานจึงเป็นหลักสำคัญอันหนึ่ง แต่
อย่างไรจะเรียกว่านานนั้น ก็ต้องพิจารณาเป็น
เรื่อง ๆ ไป

ไม่ขัดต่อบท
กฎหมาย

๒. ต้องไม่ขัดต่อบทกฎหมาย
ดังที่ได้เห็นแล้วในตอนต้นว่า จารีตประเพณี
จะพึงยกขึ้นปรับคดีได้ ก็ต่อเมื่อไม่มีบทกฎหมาย
เหตุฉะนั้นถ้าจารีตประเพณีใดขัดต่อบทกฎหมาย
แล้ว จารีตประเพณีนั้นจะใช้ปรับคดีไม่ได้

อุทาหรณ์

ก) คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๓๑๖/๒๔๖๖ (ธรรม
๒๕๖)

โจทก์ฟ้องขอให้จำเลยรื้อสะพาน และ ร้าน ตาก
ปลา ซึ่งปลูกลงในทะเลที่คดขวางทางหลวง จำเลย
ต่อสู้ว่าได้ทำเป็นธรรมเนียมประเพณีมานานแล้ว
และไม่ได้กีดขวางทางเรือ

ศาลฎีกาตัดสินว่า จำเลยปลูกสะพานเป็นการ
กีดขวางทางสัญจรสำหรับมหาชนอันเป็นทาง หลวง
และประเพณีที่จำเลยยกขึ้นอ้างนั้น ขัดกฎหมาย
ลักษณะอาญามาตรา ๓๓๒ ข้อ ๒ ใช้ไม่ได้ จึงบังคับ
ให้จำเลยรื้อ

ข) คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๑๐๕๒/๒๔๖๗ (สร.
ส. ๗๖๐)

โจทก์ฟ้องเรียกข้างจำเลยให้แก่กองมฤตคของ
เจ้าผู้ครองนครลำปาง โดยกล่าวว่าจำเลยเป็นผู้ดูแล
แลรักษาข้างนั้น

จำเลยต่อสู้ว่าเจ้าผู้ครองนครลำปางได้ยกให้แก่
จำเลยแต่ไม่ได้ไปโอนตัวพิมพ์รูปพรรณเพราะเป็น
ประเพณีของเจ้าประเทศราช ฝ่ายเหนือว่าการยก
สัตว์พาหนะให้แก่กันไม่ต้องไปโอนฐเบียรก็ใช้ได้

ศาลฎีกาตัดสินยืนตามศาลล่างว่า ประเพณี
ที่จำเลยอ้างนั้นใช้ไม่ได้ เพราะขัดต่อพระราชบัญญัติ
สัตว์พาหนะ ร.ศ. ๑๑๕

๓. ต้องไม่ขัดต่อศีลธรรมอันดี และความ
สงบเรียบร้อยของประชาชน

ไม่ขัดต่อศีล
ธรรมอันดี
และความสงบ
เรียบร้อย

จารีตประเพณีจะพึงถือได้ว่าเป็นการ สมควร
นั้น ต้องไม่ขัดต่อศีลธรรมอันดี ความสงบเรียบ
ร้อยของประชาชน เพราะการอันใดจะพึงได้รับความ
คุ้มครองของกฎหมาย ก็ต่อ เมื่อการนั้นได้ขัด
ต่อศีลธรรม ความสงบเรียบร้อยของประชาชน
ขอให้เทียบ ประมวลกฎหมายแพ่ง และพาณิชย์
มาตรา ๑๑๓, ๑๑๔

แต่การอย่างไรเรียกว่า ไม่ขัดต่อศีลธรรมหรือ

ความสงบเรียบร้อยของประชาชนนั้น เป็นการยากที่จะวางหลักลงไปให้ชัด เพราะในบางคราวการเช่นนี้เป็นผิดต่อศีลธรรม ความสงบเรียบร้อย และอีกในสมัยหนึ่งอาจจะไม่เป็นก็ได้ จึงต้องพิจารณาตามกาลเทศะ

ตัวอย่าง ๑. ถ้าจะมีจารีตประเพณีว่า ชายต้องออกเงินเลี้ยงบุตรซึ่งเกิดโดยหญิงซึ่งไม่ได้แต่งงานเช่นนั้น น่าจะเป็นจารีตประเพณีที่ไม่ขัดต่อศีลธรรมอันดี

๒. ถ้ามีจารีตประเพณีว่าลูกจ้างในโรงสีไฟ ทำงานให้นายจ้างครบ ๒๕ ปีแล้ว ลูกจ้างมีสิทธิได้รับเบี้ยบำนาญเช่นนั้น ก็น่าจะไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน หรือต่อศีลธรรมอันดีแต่อย่างใด

ได้ ในท้อง
ที่กรณีนี้ ได้
กั้น

๔. ต้องเป็นจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น

จารีตประเพณีก็คือกฎหมาย หลักของกฎหมายมีอยู่ว่า กฎหมายจะต้องใช้บังคับในท้องถิ่นที่คิดนั้นได้เกิดขึ้นกล่าวคืออำนาจของรัฐรัฐาธิปัตย์นั้นมีอยู่ภายในอาณาเขตของประเทศแห่งรัฐรัฐาธิปัตย์นั้นๆ เช่นกฎหมายไทยตามธรรมดาจะต้อง

ไว้บังคับคดีที่เกิดขึ้นในเมืองไทย ไม่ว่าจะคนผู้กระทำผิดจะเป็นคนสัญชาติใดก็ตาม (นอกจากมีสัญญาทางพระราชไมตรีว่าไว้เป็นอย่างอื่น เช่นเมื่อคราวที่ชาวยุโรปยังมีศาลกงสุล หรือตามธรรมเนียมระหว่างประเทศต่อบุคคล คือความสามารถของบุคคล ย่อมวินิจฉัยตามกฎหมายของประเทศที่บุคคลนั้นมีสัญชาติ) เหตุฉะนั้นคำว่า จารีตประเพณีแห่งท้องถิ่นก็ควรจะหมายถึงความประพฤติที่ปฏิบัติกันในที่ซึ่งกรณีนั้นได้เกิดขึ้น

ในประเทศหนึ่งจารีตประเพณี อาจมี เช่นเดียวกันทั่วประเทศก็ได้ หรือมีต่างกันตามตำบลจังหวัดก็ได้ แต่ข้อสำคัญคงมีอยู่ว่า บุคคลจะอ้างเอาจารีตประเพณีในตำบลที่ตนมีภูมิลำเนาติดตัวไปใช้ในท้องถิ่นอื่น ๆ ที่ไม่มี จารีต ประเพณี อยู่ เช่น นั้นไม่ได้ เช่นในตำบลพระพุทธรบาท มีจารีตประเพณีว่า เมื่อถึงวันสงกรานต์ในคราวสงกรานต์ราษฎรย่อมถือวิสาสะรดน้ำสาดกันได้ ไม่ เป็น ผิดคือถือเสียว่าได้มีการยินยอมโดยปริยาย สมมุติว่าราษฎรในตำบลพระพุทธรบาท คนหนึ่ง เข้ามา กรุงเทพมหานคร จะอ้างจารีตประเพณีของตนสาดน้ำรด คน

ในกำแพงพระนคร ซึ่งไม่มีจารีตประเพณีเช่นนั้น
เสียแล้วไม่ได้ ราษฎรผู้นั้นจักต้องมีความผิดฐาน
ละเมิด

ขอให้เทียบ

ก) คำพิพากษาศาลแพ่งคดีแดง ที่ ๗๗๑
๒๔๖๓ (๓ บ.พ. ๑๔๐)

“บทกฎหมายที่จะใช้บังคับคดีมรฎกของชนผู้
ถือศาสนาอิสลาม ซึ่งเป็นสังหาริมทรัพย์อยู่นอก
เขตรัมหกเขตปัตตานีนั้น คือ กฎหมายลักษณะมรฎก
ผูก หาใช่ประเพณีศาสนาอิสลาม เพราะประ
เพณีเช่นนั้นจะใช้ได้ก็แต่ในมณฑลปัตตานี”

ข) คำพิพากษฎีกาที่ ๗๘๒/๒๔๖๑ (๒ ธ.ศ.
๘๗๐) ประชาชาติที่ถือศาสนาอิสลามตาย ถ้ามี
มรฎกเป็นที่ดินอยู่ในประเทศสยาม การแบ่ง
ทรัพย์มรฎก ชะนิกนี้ จะยกกฎหมายศาสนา
อิสลามนั้นใช้ไม่ได้ ต้องบังคับตามกฎหมายของ
กรุงสยาม

๑. กตนั้นได้ตัดสินโดยพระยาจินดาภิรมย์ เมื่อครั้งดำรงตำแหน่งอธิบดีศาลแพ่งและ
คองพระยาวรรณฤทธิวิถ์

บทที่ ๔

กฎหมายที่ โกล่ เคียงอย่างยิ่ง

บทกฎหมายไทย
ที่โกล่เคียง

เมื่อกรณีใด ไม่มีบทกฎหมายและจารีตที่จะ
ใช้บังคับ ศาลจำต้องวินิจฉัยว่า กรณีนั้นมี
ลักษณะโกล่เคียงคล้ายกับบท กฎหมายของไทยใน
ลักษณะใดบ้าง ไม่ใช่กฎหมายต่างประเทศ

เช่น ไม่มีบทกฎหมายว่า ความเกี่ยวพันระ-
หว่างผู้ เป็นหุ้นส่วนซึ่งลงแรงงานเป็นการลงทุนใน
ห้างหุ้นส่วนสามัญ จะใช้กฎหมายใดบังคับ เรา
ก็วินิจฉัยได้ว่า ผู้ เป็นหุ้นส่วนที่ลงแรงงานนั้น
มีลักษณะ คล้ายกับลูกจ้าง ซึ่งทำงานให้ แก่นายจ้าง
เพราะฉะนั้นเราก็อาจที่จะเอาบทบัญญัติในเรื่องจ้าง
แรงงาน หรือจ้างทำงาน มาบังคับถึงความเกี่ยว
พันแห่งผู้ เป็นหุ้นส่วน มีอาทิ ในเรื่องการเลิก
สัญญาในเมื่อ ผู้ เป็นหุ้นส่วน ที่ลงแรงไม่สามารถที่
จะทำการงานให้ แก่ห้างหุ้นส่วนได้

บทที่ ๕

หลักกฎหมายทั่วไป

คำว่า หลักกฎหมายทั่วไปในที่นี้ ก็คือหลักซึ่งมนุษย์ที่รวบรวมกันอยู่เป็น หมู่คณะหรือเป็นประเทศจะต้องประพาศต่อกัน ถึงแม้ว่าหลักนั้นยังมีได้ ประกาศเป็นบทกฎหมาย หรือได้ปฏิบัติกันเสมอมาจนเป็นจารีตประเพณีก็ตาม เพราะบทบัญญัติ แห่ง กฎหมายใด ๆ จะหวังให้มี ข้อความบริบูรณ์ ครอบงำไปถึง การ กระทำ ของ ราษฎร ทุกชนชั้นนั้นไม่ได้ กิจการบาง ชะนิดซึ่งในประเทศสยามไม่เคยมีจารีตประเพณีปฏิบัติกันเลย แต่ด้วยความเจริญได้นำสิ่งใหม่มาให้จำต้องเกิดกิจการนั้นขึ้น ดังเช่นในเรื่อง เศรษฐกิจและการโรงงาน, อุตสาหกรรม อื่น ๆ ดังมีตัวอย่าง ปรากฏตาม คำพิพากษาฎีกาที่ ๑๖๕/๒๔๖๕ (๖ ธ. ส. ๙๔) ระหว่างหลวงเทพประชาโงทก์ นายหวังจำเลย โงทก์ฟ้องขอให้ ห้ามจำเลยไม่ให้ ปล่อย เท้าแกลบโรงสีไฟ คดีเช่นนั้น ตามบทกฎหมายของเรามีอยู่ใน

เวลานั้นไม่กล่าวถึง เพราะเป็นกฎหมายเก่า ยังไม่รู้จักโรงสีไฟ และจารีตประเพณีก็ยังไม่เกิดขึ้นสำหรับภณียันั้น เมื่อเป็นเช่นนี้ศาลก็จำต้องอาศัยหลัก ซึ่งมนุษย์ ที่รวมกันอยู่ จำต้องประพฤติต่อกัน กล่าวคือหลักที่ว่า มนุษย์จะต้องงดเว้นไม่กระทำอะไรให้เป็นการตัดสิทธิของผู้อื่น เพราะฉนั้นศาลก็อาจที่จะสั่งให้ ห้ามจำเลยได้^๑

แต่ข้อยุ่งยากอยู่ที่ว่า มนุษย์ ๆ จะต้องประพฤติต่อกันอย่างไร?

ใน เบื้องต้น เรา อาจอาศัย คำอธิบาย ของ นักปราชญ์กฎหมาย, คำพิพากษาของศาลที่ได้เคยตัดสินมาแล้ว ว่าความประพฤติต่อกันอย่างไร ศาลได้เคยยกขึ้นปรับคดี ยอมให้มีผลตั้งเช่นกฎหมาย^๒

๑. ทั้งนี้เป็นแต่เพียงตัวอย่าง แต่คดีเช่นกล่าวแล้วในเวลานั้นเรามีบทบัญญัติว่าด้วยเลมิด ขอให้ดูป. พ. พ. มาตรา ๔๒๐ และต่อไป

๒. ตามประมวลกฎหมายแพ่งสวีตส มาตรา ๑ วรรค ๒ บัญญัติว่า ถ้าไม่มีบทกฎหมายปรับคดี ผู้พิพากษาต้องตัดสินตามจารีตประเพณี ถ้าไม่มีจารีตประเพณี ผู้พิพากษาต้องตัดสินตามหลัก ซึ่งถ้าหากผู้พิพากษาเป็นผู้ออกกฎหมายก็จะได้ตราข้อบังคับ หรือหลักเช่นนั้นขึ้นไว้

แต่อย่างไรก็ตามความเป็นอยู่ของมนุษย์ในประเทศหนึ่งอาจแตกต่างกับในอีกประเทศหนึ่งหรือการปฏิบัติในประเทศหนึ่งอาจผันแปรไปตามสมัยก็ได้ เพราะฉะนั้นการที่จะทราบว่ามนุษย์จะพึงปฏิบัติต่อกันอย่างไรจึงจะรวมกันอยู่ได้เป็นปรกติสุขสมกับกาลเทศะนั้น ก็จำต้องทราบถึงวิทยาศาสตร์ที่ว่าด้วยความสัมพันธ์ของฝูงชนที่รวบรวมกันอยู่เป็นหมู่คณะ^๑ วิทยาศาสตร์นี้แยกออกเป็นหลายสาขาสำคัญ มีอาทิ

๑. วิชาที่ว่าด้วยกำเนิด, การดำรงชีพ, การยุติแห่งความเกี่ยวข้องของมนุษย์ชาติ^๒
๒. วิชาที่ว่าด้วยศีลธรรม
๓. ศาสนา

๑. โซเชอลไซแอนส์ (SOCIAL SCIENCES) (ให้ดูคำอธิบายเศรษฐวิทยาต่อไป)

๒. อังกฤษเรียก โซซิโอลจี (SOCIOLOGIE) ฝรั่งเศสเรียกสำเนียงคล้ายของอังกฤษ

๔. รัฐประศาสน์

๕. เศรษฐวิทยา

ฯลฯ

วิทยาศาสตร์เหล่านี้จะเป็นเครื่องช่วยให้ทราบ
หลักกฎหมายทั่วไป