

บทที่ 5 ตอนที่ 1 คำสั่งระหว่างพิจารณา

ประเภทของคำสั่ง

ก่อนที่จะศึกษาว่าคำสั่งระหว่างพิจารณาคืออะไร นักศึกษาควรจะได้เข้าใจในเบื้องต้น โดยแยกคำสั่งโดยทั่ว ๆ ไปของศาลออกเสียก่อนว่าคำสั่งของศาลมีกี่ชนิดหรือกี่ประเภท?

คำสั่งของศาลโดยทั่วไปแบ่งได้เป็น 2 ชนิด คือ

1) คำสั่งชี้ขาดคดี ได้แก่ คำสั่งชี้ขาดคดีไม่มีข้อพิพาท คดีไม่มีข้อพิพาทได้แก่คดีไม่มีการโต้แย้ง แต่เป็นเรื่องจะต้องใช้สิทธิทางศาล ตาม ป.วิ.แพ่ง มาตรา 55 เช่น เรื่องขอตั้งผู้แทนโดยชอบธรรมของผู้เยาว์ ขอตั้งผู้อนุบาลของคนที่ไร้ความสามารถ ขอตั้งผู้พิทักษ์ของคนที่ไร้ความสามารถ ขอทำนิติกรรมแทนผู้เยาว์ ขอตั้งผู้จัดการมรดกของผู้ตาย ฯลฯ เป็นต้น กรณีดังกล่าวนี้เมื่อศาลไต่สวนแล้ว ศาลก็จะมีคำสั่งชี้ขาดให้ความคำขอหรือไม่ก็ได้ แต่ไม่ใช่เรื่องชี้ขาดใครถูกใครผิด เพราะคดีไม่มีข้อพิพาทเป็นคดีไม่มีจำเลย

2) คำสั่งอื่น ๆ ได้แก่ คำสั่งอันใดซึ่งไม่ใช่เป็นคำพิพากษา หรือคำสั่งชี้ขาดคดี จำแนกได้ 2 ประการ คือ

2.1) คำสั่งระหว่างพิจารณา คำสั่งระหว่างพิจารณามีบทบัญญัติพิเศษเกี่ยวกับการอุทธรณ์ คืออยู่ในบังคับของ ป.วิ.แพ่ง มาตรา 226 ซึ่งคู่ความจะอุทธรณ์ทันทีไม่ได้ จะต้องโต้แย้งคัดค้านคำสั่งนั้นไว้ และจะอุทธรณ์ได้หลังจากศาลมีคำพิพากษาหรือคำสั่งชี้ขาดตัดสินคดีแล้ว เว้นแต่จะเข้าข้อยกเว้นตามมาตรา 227 และมาตรา 228

2.2) คำสั่งอื่น ๆ นอกจากคำสั่งระหว่างพิจารณา เช่น คำสั่งชั้นบังคับคดี หรือคำสั่งชั้นคดีอุทธรณ์สำหรับศาลนั้น ๆ เช่น คำสั่งจำหน่ายคดี ฯลฯ เป็นต้น

เปรียบเทียบการใช้ถ้อยคำ กับ ป.วิ.อาญา

คำสั่งระหว่างพิจารณา ตาม ป.วิ.แพ่ง มาตรา 226 ใช้ว่า “คำสั่งในระหว่างพิจารณา” แต่ใน ป.วิ.อาญา มาตรา 196 ใช้ว่า “คำสั่งระหว่างพิจารณา”

ความหมายของคำสั่งระหว่างพิจารณา

อย่างไรเป็นคำสั่งระหว่างพิจารณาหรือคำสั่งระหว่างพิจารณาคืออะไร และเป็นคำสั่งอย่างไร?

ปัญหานี้เป็นปัญหาที่ก่อให้เกิดความสับสนและยุ่งยากแก่ผู้ที่เริ่มศึกษากฎหมาย โดยเฉพาะวิธีพิจารณาความแพ่งในเรื่องคำสั่งระหว่างพิจารณาไม่ใช่น้อย ปัญหาว่าคำสั่งอย่างไรเป็นคำสั่งระหว่างพิจารณา และคู่ความจะถือหลักในการอุทธรณ์หรือฎีกาได้อย่างไรใน ป.วิ.แพ่ง ไม่ได้ให้ความหมายหรือวิเคราะห์ศัพท์คำสั่งระหว่างพิจารณาไว้แต่ประการใด คงมีแต่บทบัญญัติของกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับเรื่องคำสั่งระหว่างพิจารณา คือมาตรา 226, 227 และมาตรา 228 ในมาตรา 228 เป็นบทบัญญัติมาตราหลักของคำสั่งระหว่างพิจารณา ส่วนมาตรา 227 และ 228 เป็นมาตราข้อยกเว้นของมาตรา 228

มาตรา 226 บัญญัติว่า “ก่อนศาลชั้นต้นได้มีคำพิพากษาหรือคำสั่งชี้ขาดตัดสินคดี ถ้าศาลนั้นได้มีคำสั่งอย่างใดอย่างหนึ่งนอกจากที่ระบุไว้ในมาตรา 227 และ 228

(1) ห้ามมิให้อุทธรณ์คำสั่งนั้นในระหว่างพิจารณา

(2) ถ้าคู่ความฝ่ายใดโต้แย้งคำสั่งใด ให้ศาลจดข้อโต้แย้งนั้นลงไว้ในรายงาน คู่ความที่โต้แย้งขอที่จะอุทธรณ์คำสั่งนั้นได้ ภายในกำหนดหนึ่งเดือนนับแต่วันที่ศาลได้มีคำพิพากษาหรือคำสั่งชี้ขาดตัดสินคดีนั้นเป็นต้นไป”

มาตรา 227 บัญญัติว่า “คำสั่งของศาลชั้นต้นที่ไม่รับหรือให้คืนคำคู่ความตามมาตรา 18 หรือคำสั่งวินิจฉัยชี้ขาดเบื้องต้นตามมาตรา 24 ซึ่งทำให้คดีเสร็จไปทั้งเรื่องนั้น มิให้ถือว่าเป็นคำสั่งระหว่างพิจารณา และให้อยู่ภายในข้อบังคับของการอุทธรณ์คำพิพากษาหรือคำสั่งชี้ขาดตัดสินคดี”

มาตรา 228 บัญญัติว่า “ก่อนศาลชี้ขาดตัดสินคดี ถ้าศาลมีคำสั่งอย่างใดอย่างหนึ่งดังต่อไปนี้ คือ

(1) ให้กักขังหรือปรับไหม หรือจำขัง ผู้ใด ตามประมวลกฎหมายนี้

(2) มีคำสั่งอันเกี่ยวข้องกับคำขอเพื่อคุ้มครองประโยชน์ของคู่ความในระหว่างการพิจารณา หรือมีคำสั่งอันเกี่ยวข้องกับคำขอเพื่อจะบังคับคดีตามคำพิพากษา หรือ

(3) ไม่รับหรือคืนคำคู่ความตามมาตรา 18 หรือวินิจฉัยชี้ขาดเบื้องต้นตามมาตรา 24 ซึ่งมิได้ทำให้คดีเสร็จไปทั้งเรื่อง หากเสร็จไปเฉพาะแต่ประเด็นบางข้อ

คำสั่งเช่นว่านี้คู่ความย่อมอุทธรณ์ได้ภายในกำหนด 1 เดือน นับแต่วันมีคำสั่งเป็นต้นไป

การพิจารณา

เมื่อพิจารณาจากหลักกฎหมายสามมาตราดังกล่าวข้างต้น ความในคํวบทบัญญัติมาตรา 226 ก็น่า มาตรา 227 หรือมาตรา 228 ก็น่า ไม่ปรากฏความหมายของคำว่า “คำสั่งระหว่างพิจารณา” แต่ประการใด ในมาตรา 226 บอกแต่เพียงว่า ถ้าเป็นคำสั่งระหว่างพิจารณาแล้วจะอุทธรณ์ทันทีไม่ได้ ถ้าอยากจะอุทธรณ์ให้ได้แย้งก่อนจึงจะมีสิทธิอุทธรณ์ได้

ส่วนมาตรา 227 ความในคํวบทก็ไม่ได้ให้ความหมายโดยตรงว่าคำสั่งอย่างไรจึงจะถือเป็นคำสั่งระหว่างพิจารณา เพียงแต่บอกให้รู้ว่าถ้าคำสั่งนั้นเป็นเรื่องศาลชั้นต้นไม่รับหรือคืนคำคู่ความตามมาตรา 18 หรือคำสั่งวินิจฉัยชี้ขาดข้อกฎหมายเบื้องต้นตามมาตรา 24 แล้วทำให้คดีเสร็จไปทั้งเรื่อง มิให้ถือเป็นคำสั่งระหว่างพิจารณา

มาตราสุดท้ายคือมาตรา 228 ก็เหมือนกัน กล่าวคือไม่สื่อความหมายที่ว่าคำสั่งระหว่างพิจารณานั้นเป็นฉันทใจ มาตรานี้ก็บอกแต่เพียงว่า ถ้าเป็นคำสั่งระหว่างพิจารณาตามที่กำหนดไว้ตามมาตรา 228 แล้วให้อุทธรณ์ได้ทันที

ด้วยเหตุที่กฎหมายไม่ได้นิยามหรือให้ความหมายว่าอย่างไร เป็นคำสั่งระหว่างพิจารณา เช่นนี้ก็ต้งมาค้นหาคความหมายจากคำวิเคราะห์ศัพท์ที่พอจะหาได้คือคำว่า “การพิจารณา” หมายความว่าอย่างไร การพิจารณาเริ่มต้นและสิ้นสุดเมื่อใด ทั้งนี้เพื่อเป็นการปูทางไปสู่การศึกษาและหาคความหมายในเรื่องนี้

ป.วิ.แพ่ง มาตรา 1(8) ได้วิเคราะห์ศัพท์การพิจารณาไว้ดังนี้ “การพิจารณา หมายความว่า กระบวนพิจารณาทั้งหมดในศาลใดศาลหนึ่งก่อนศาลนั้นชี้ขาดตัดสินหรือจำหน่ายคดีโดยคำพิพากษาหรือคำสั่ง”

เพราะฉะนั้น จากมาตรา 1(8) นี้จึงสรุปได้ว่า การพิจารณานั้นเริ่มตั้งแต่ฟ้องไปจนก่อนศาลชี้ขาดตัดสินหรือจำหน่ายคดี ดังนั้น คำสั่งของศาลที่สั่งในช่วงระหว่างนี้เรียกได้ว่าเป็นการสั่งในระหว่างการพิจารณาของศาล แต่มิได้หมายความว่า จะเป็นคำสั่งในระหว่างพิจารณาตามความหมายของมาตรา 226 เสมอไป แต่ถือว่าเป็นคุณสมบัติหรือองค์ประกอบส่วนหนึ่งของคำสั่งระหว่างพิจารณา

ดังนั้น ในการจะวินิจฉัยว่า คำสั่งใด ๆ ของศาลเป็นคำสั่งระหว่างพิจารณาหรือไม่ ในเบื้องต้นจะต้องเป็นคำสั่งของศาลที่สั่งในช่วงก่อนชี้ขาดตัดสินหรือจำหน่ายคดี ประการต่อมาจะต้องนำความในมาตรา 227 และมาตรา 226 มาพิจารณาประกอบ ความในมาตรา 227 ที่ว่า “คำสั่งของศาลชั้นต้นที่ไม่รับหรือให้คืนคำคู่ความตามมาตรา 18 หรือคำสั่งวินิจฉัยชี้ขาดเบื้องต้นตามมาตรา 24 ซึ่งทำให้คดีเสร็จไปทั้งเรื่อง มิให้ถือเป็นคำสั่งระหว่างพิจารณา... ฯลฯ”

มีข้อที่นักศึกษาพึงสังเกตความในตอนท้ายของมาตรา 227 กฎหมายวางหลักว่า ถ้าคดีเสร็จไปทั้งเรื่อง ไม่ให้ถือว่าเป็นคำสั่งระหว่างพิจารณา ดังนั้น ถ้าแปลกลับจะได้ความว่า ถ้าคดีไม่เสร็จไปทั้งเรื่องก็ต้องถือว่าเป็นคำสั่งระหว่างพิจารณา แสดงว่าคำสั่งของศาลที่จะถือว่าเป็นคำสั่งระหว่างพิจารณานั้นจะมีลักษณะสำคัญประการหนึ่งคือ เมื่อศาลสั่งแล้วคำสั่งนั้นไม่ทำให้คดีเสร็จไปจากศาล ๆ ยังคงต้องทำคดีนั้นต่อไปอีก นอกจากนี้มาตรา 228 ยังสื่อความหมายให้ทราบว่า จะอุทธรณ์คำสั่งระหว่างพิจารณาทันทีไม่ได้ ยกเว้นคำสั่งตามที่ระบุไว้ในมาตรา 227 และมาตรา 228 นั้นย่อมแสดงว่าคำสั่งตามมาตรา 227 และมาตรา 228 ไม่ต้องห้ามอุทธรณ์ กล่าวคือ สามารถอุทธรณ์ได้ทันที

เมื่อนำหลักเกณฑ์และเหตุผลทั้งหมดมาจัดลำดับ เราจะได้หลักว่า คำสั่งใดของศาลจะถือว่าเป็นคำสั่งระหว่างพิจารณาตามความหมายของ ป.วิ.แพ่ง จะต้องมีลักษณะหรือเรียกง่าย ๆ ว่ามีคุณสมบัติ 3 ประการ คือ

- 1) จะต้องเป็นคำสั่งของศาลที่สั่งก่อนซึ่งขาดตัดสินหรือจำหน่ายคดี และ
- 2) เมื่อศาลสั่งไปแล้ว ไม่ทำให้คดีเสร็จไปจากศาล กล่าวคือ ศาลยังคงต้องทำคดีนั้นต่อไป และ
- 3) ไม่ใช่คำสั่งเกี่ยวกับเรื่องซึ่งมาตรา 227, 228 บัญญัติไว้

ดังนั้น หากเป็นคำสั่งนอกเหนือจากหลักหรือคุณสมบัติ 3 ประการนี้แล้วจะไม่ใช่คำสั่งระหว่างพิจารณา เช่น ศาลมีคำสั่งไปแล้ว คดีเสร็จสิ้นไปจากศาล ศาลไม่ต้องดำเนินกระบวนการพิจารณาทำอะไรอีกต่อไป ถือว่าคำสั่งของศาลเช่นนั้นไม่ใช่คำสั่งระหว่างพิจารณา เป็นต้น

ตัวอย่างคำสั่งระหว่างพิจารณา เช่น

1. โจทก์สืบพยานที่อ้างไว้หมดแล้ว โจทก์ขออ้างพยานเพิ่มเติมอีกตาม ป.วิ.แพ่ง มาตรา 88 วรรคสาม ศาลมีคำสั่งไม่อนุญาต คำสั่งไม่อนุญาตเช่นนี้ ถือว่าเป็นคำสั่งระหว่างพิจารณา (ตามนัยคำพิพากษาฎีกาที่ 537/2508)

(ข้อสังเกต จะเห็นว่าเมื่อศาลมีคำสั่งไปแล้ว ศาลยังต้องพิจารณาคดีนั้นอีกต่อไป เพราะคดียังไม่เสร็จไปจากศาล จึงเป็นคำสั่งระหว่างพิจารณา)

2. คำสั่งไม่อนุญาตให้ถอนฟ้อง เป็นคำสั่งระหว่างพิจารณา (คำพิพากษาฎีกาที่ 898/2481)

(ข้อสังเกต จะเห็นว่าเมื่อโจทก์ยื่นฟ้องไปแล้ว ต่อมาขอถอนฟ้อง เมื่อศาลมีคำสั่งไม่อนุญาตให้ถอนฟ้อง คดีย่อมไม่เสร็จไปจากศาล กล่าวคือ ศาลยังต้องพิจารณาคดีนั้นอีกต่อไป คำสั่งเช่นนี้เป็นคำสั่งระหว่างพิจารณา)

3. คำสั่งว่าจำเลยขาดนัดยื่นคำให้การ ให้นำคดีสืบพยานโจทก์ฝ่ายเดียว คำสั่งเช่นนี้เป็นคำสั่งระหว่างพิจารณา

(ข้อสังเกต จะเห็นว่าเมื่อศาลสั่งไปแล้วไม่ทำให้คดีเสร็จไปจากศาล ศาลยังต้องพิจารณาอีกต่อไป จึงเป็นคำสั่งระหว่างพิจารณา)

4. คำสั่งให้คดีสืบพยานโจทก์จำเลย และนัดฟังคำพิพากษาเป็นคำสั่งระหว่างพิจารณา (นัยคำพิพากษาฎีกาที่ 1039/2503)

ฯลฯ

ตามตัวอย่างที่ 4 นี้ อาจจะมีผู้สงสัยว่าเป็นคำสั่งระหว่างพิจารณาได้อย่างไร ดูเถิน ๆ แล้วจะเห็นว่าเมื่อศาลมีคำสั่งออกไปแล้ว ศาลไม่เห็นจะต้องทำการพิจารณาหรือทำอะไรกับคดีนั้นอีกต่อไป จึงไม่น่าจะเป็นคำสั่งระหว่างพิจารณา แต่โดยแท้จริงแล้วหาเป็นเช่นนั้นไม่ ความจริงเมื่อศาลมีคำสั่งให้คดีสืบพยานโจทก์และจำเลย คดีก็หาได้เสร็จไปจากศาลไม่ ศาลยังจะต้องทำอะไรกับคดีนั้นต่อไปอีก นั่นก็คือ ศาลยังต้องพิพากษาคดีต่อไป ด้วยเหตุนี้จึงต้องถือว่าเป็นคำสั่งในระหว่างพิจารณา

แต่อย่างไรก็ตามที่กล่าวมานี้ขอให้สังเกตด้วยว่าคำสั่งคดีสืบพยานที่จะถือว่าเป็นคำสั่งระหว่างพิจารณานั้นจะต้องเป็นการงดโดยอาศัยข้อเท็จจริง เช่น พยานบุคคลที่คู่ความนำมาสืบต่อศาล ๆ เห็นว่าได้ข้อเท็จจริงพอเพียงที่จะตัดสินได้แล้วจึงให้คดีสืบพยานอื่น ๆ เสีย ดังนี้ เป็นต้น หากเป็นการงดสืบพยานโดยอาศัยข้อกฎหมาย เช่น โจทก์ไม่มีอำนาจฟ้อง ฯลฯ ดังนี้ คำสั่งคดีสืบพยานโดยอาศัยข้อกฎหมายเช่นนี้ไม่ถือว่าเป็นคำสั่งระหว่างพิจารณารายละเอียดจะได้ศึกษาต่อไป

การยื่นคำร้องขออนุญาตยื่นคำให้การ

มีปัญหานั้นพิจารณาต่อไปว่า ในกรณีที่จำเลยมิได้ยื่นคำให้การภายในเวลาที่กฎหมายกำหนดจนศาลสั่งว่าจำเลยขาดนัดยื่นคำให้การ แล้วนัดสืบพยานโจทก์ ก่อนวันนัดสืบพยานโจทก์ จำเลยยื่นคำร้องขออนุญาตยื่นคำให้การ ศาลชั้นต้นได้สวนคำร้องแล้วสั่งว่าการขาดนัดของจำเลยเป็นไปโดยจงใจ ไม่มีเหตุควรอนุญาตให้ยื่นคำให้การ ให้ยกคำร้อง ปัญหาว่าคำสั่งของศาลที่สั่งดังกล่าวจะถือว่าเป็นคำสั่งระหว่างพิจารณาหรือไม่?

ปัญหานี้ ถ้าเราเอาหลักตามที่กล่าวมาข้างต้นเข้าจับจะเห็นว่าคำสั่งยกคำร้องนี้เป็นคำสั่งก่อนศาลนั้นมีคำพิพากษา และเมื่อศาลสั่งไปแล้วไม่ทำให้คดีเสร็จไปจากศาล ศาลยังต้อง

ทำการพิจารณาอีกต่อไป และกรณีไม่เข้าข้อยกเว้นตามมาตรา 227, 228 จึงเป็นคำสั่งระหว่างพิจารณา เป็นต้น (นัยคำพิพากษาฎีกาที่ 801/2515)

การยื่นคำร้องขออนุญาตยื่นคำให้การและแนบคำให้การมาด้วย

กรณีข้างต้นนี้อาจจะมีผู้สงสัยอยู่ในใจว่า ถ้าสมมติคดีนี้นอกจากจำเลยจะยื่นคำร้องขออนุญาตยื่นคำให้การแล้ว จำเลยยังแนบคำให้การเข้ามาด้วย ถ้าศาลยกคำร้อง กรณีนี้จะเป็นคำสั่งระหว่างพิจารณาหรือว่าเป็นคำสั่งไม่รับคำให้การ ซึ่งเป็นคำคู่ความตามมาตรา 18 วรรคท้าย

กรณีเช่นนี้เป็นเรื่องที่ศาลสั่งยกคำร้อง มิใช่กรณีไม่รับคำให้การ เนื่องจากตัวคำร้องขอยื่นคำให้การมิใช่คำคู่ความ จึงไม่เข้ามาตรา 18 การที่จำเลยยื่นคำให้การมาพร้อมคำร้องนี้ด้วย ก็เพียงเพื่อความสะดวกในกรณีถ้าศาลอนุญาตก็จะได้รับคำให้การไปเลยเท่านั้น หากทำให้คำสั่งศาลที่สั่งยกคำร้องกลายเป็นคำสั่งไม่รับคำคู่ความตามมาตรา 18 ไม่ ดังตัวอย่าง

คำพิพากษาฎีกาที่ 801/2515

จำเลยมิได้ยื่นคำให้การในกำหนด ศาลสั่งว่าจำเลยขาดนัดยื่นคำให้การ ก่อนถึงวันนัดสืบพยานโจทก์ จำเลยยื่นคำร้องขออนุญาตยื่นคำให้การ ศาลชั้นต้นได้สวนแล้ว สั่งว่าการขาดนัดของจำเลยเป็นไปโดยจงใจ ไม่มีเหตุควรอนุญาตให้ยื่นคำให้การ ให้ยกคำร้อง คำสั่งศาลชั้นต้นเช่นนี้มิใช่คำสั่งไม่รับคำคู่ความตาม ป.วิ.แพ่ง มาตรา 18 แต่เป็นคำสั่งตามมาตรา 199 ซึ่งเป็นคำสั่งโดยปกติในระหว่างการพิจารณาของศาลก่อนที่จะได้มีคำพิพากษาหรือคำสั่งชี้ขาดคดีคดี จึงต้องห้ามมิให้อุทธรณ์คำสั่งนี้ในระหว่างพิจารณา

หมายเหตุ ในเรื่องนี้ถ้าจำเลยไม่ได้ยื่นคำให้การภายในกำหนด ต่อมาจำเลยนำคำให้การมายื่นต่อศาลเมื่อเกินกำหนด เมื่อศาลเห็นว่าเกินกำหนดจึงสั่งไม่รับคำให้การ ดังนี้เป็นคำสั่งไม่รับคำคู่ความตามมาตรา 18 จำเลยอุทธรณ์ได้ทันที

การเกิดคำสั่งระหว่างพิจารณาก่อนศาลสั่งประทับฟ้อง

ปัญหาว่าคำสั่งระหว่างพิจารณาจะเกิดขึ้นก่อนศาลสั่งรับฟ้องได้หรือไม่?

มีข้อนำสังเกตบางประการเกี่ยวกับคำว่า “การพิจารณา” ซึ่งหมายถึง กระบวนพิจารณาเริ่มตั้งแต่ฟ้องไปจนกระทั่งก่อนศาลตัดสินหรือจำหน่ายคดี ก่อให้เกิดแง่คิดว่า เมื่อโจทก์ยื่นฟ้องแล้วจำเป็นหรือไม่ว่าต้องให้ศาลสั่งรับประทับฟ้องเสียก่อนจึงจะเป็นคำสั่งระหว่างพิจารณา ถ้า

สมมติว่าโจทก์ยื่นฟ้องไป ศาลมีคำสั่งไม่รับฟ้อง จะด้วยเหตุประการใดก็ตาม มีปัญหาว่าคำสั่งของศาลเช่นนี้เป็นคำสั่งที่จะถือได้ไหมว่าศาลได้สั่งในระหว่างพิจารณา

ปัญหานี้ผู้เขียนมีความเห็นว่า การที่จะถือว่าคำสั่งของศาลเป็นคำสั่งระหว่างพิจารณานั้น น่าจะต้องเป็นคำสั่งภายหลังที่ศาลได้สั่งรับประทับฟ้องไว้พิจารณาแล้วด้วย โดยผู้เขียนมีเหตุผลว่า เมื่อศาลสั่งรับประทับฟ้องไว้พิจารณาแล้ว การพิจารณาก็เริ่มขึ้น คำสั่งที่ออกมานี้ ช่วงนี้ก็เรียกว่า คำสั่งในระหว่างการพิจารณา แต่จะอยู่ในความหมายของมาตรา 226 หรือไม่นั้น ต้องพิจารณาหลัก 3 ประการข้างต้นประกอบอีกครั้งหนึ่ง ดังนั้น ผู้เขียนจึงเห็นว่า การพิจารณามีใช้แต่เพียงยื่นฟ้องเท่านั้น ต้องให้ศาลสั่งรับฟ้องด้วย ถ้าศาลชั้นต้นสั่งไม่รับฟ้อง จะด้วยเหตุใดก็ตาม เช่น เขียนไม่ถูกต้อง เขียนฟุ่มเฟือย ฯลฯ ผู้เขียนเห็นว่าไม่ใช่คำสั่งระหว่างพิจารณา เพราะศาลไม่รับฟ้องก็ไม่ได้มีการพิจารณา กรณีจะเข้ามาตรา 227 นั่นคือการไม่รับคำคู่ความ

แต่อย่างไรก็ตาม ได้มีคำพิพากษาฎีกาวินิจฉัยชี้แนวให้เห็นว่า คำสั่งระหว่างพิจารณาในศาลชั้นต้นอาจเกิดก่อนที่ศาลชั้นต้นรับฟ้องก็ได้ ซึ่งโดยทั่วไปส่วนใหญ่คำสั่งระหว่างพิจารณาจะเกิดขึ้นเมื่อศาลรับฟ้องแล้ว เช่น คำสั่งเลื่อนการพิจารณาคดี คำสั่งอนุญาตให้แก้ไขเพิ่มเติมฟ้องหรือคำให้การ เป็นต้น

ตัวอย่าง คำพิพากษาฎีกาที่ศาลชั้นต้นยังไม่ได้รับฟ้อง แต่เป็นคำสั่งระหว่างพิจารณาได้ เช่น

คำพิพากษาฎีกาที่ 421/2518

โจทก์ฟ้องขอให้จำเลยยอมให้โจทก์ก่อสร้างตามสัญญาเช่า ศาลชั้นต้นสั่งให้โจทก์เสียค่าขึ้นศาลตามทุนทรัพย์ใน 15 วัน มิฉะนั้นจะไม่รับฟ้อง ตาม ป.วิ.แพ่ง มาตรา 18 ดังนี้เป็นคำสั่งระหว่างพิจารณา ก่อนที่ศาลชั้นต้นสั่งไม่รับฟ้องโจทก์อุทธรณ์ไม่ได้

(ข้อสังเกต คำสั่งของศาลชั้นต้นคดีนี้ยังไม่ได้สั่งถึงชั้น “ไม่รับฟ้อง” เพียงแต่สั่งว่าถ้าไม่ปฏิบัติตามที่ศาลสั่ง “จะไม่รับฟ้อง”)

แต่อย่างไรก็ตาม ถ้าเป็นคำสั่งก่อนที่ศาลจะรับฟ้อง แต่มีผลเท่ากับเป็นการที่ศาลไม่รับฟ้อง ดังนี้โจทก์ย่อมอุทธรณ์ได้ทันที เช่น

คำพิพากษาฎีกาที่ 1307/2503

โจทก์เป็นสามีจำเลย มีภูมิลำเนาอยู่ที่จังหวัดอุดรดิตถ์ ยื่นฟ้องขอหย่ากับจำเลยต่อศาลจังหวัดอุดรดิตถ์ โดยยื่นคำร้องว่า จำเลยมีภูมิลำเนาอยู่จังหวัดพระนคร แต่มูลคดีอันเป็นเหตุ

หย่าเกิดที่อุตรดิตถ์ ทั้งโจทก์และพยานโจทก์ก็มีภูมิลำเนาอยู่ที่จังหวัดอุตรดิตถ์ ถ้าดำเนินการพิจารณาในศาลจังหวัดอุตรดิตถ์ก็จะเป็นการสะดวก ดังนี้ เมื่อศาลจังหวัดอุตรดิตถ์ไม่อนุญาตให้โจทก์ฟ้อง โจทก์มีสิทธิอุทธรณ์ฎีกาต่อไปได้

เป็นคำสั่งก่อนศาลชั้นต้นมีคำพิพากษา หรือชี้ขาดตัดสินคดี หรือจำหน่ายคดี

คำสั่งใด ๆ ของศาลชั้นต้นที่จะถือว่าเป็นคำสั่งระหว่างพิจารณาคดีนั้นจะต้องเป็นคำสั่งก่อนศาลชั้นต้นมีคำพิพากษาหรือจำหน่ายคดี ถ้าเป็นคำสั่งภายหลังศาลชั้นต้นมีคำพิพากษาหรือชี้ขาดตัดสินคดีหรือจำหน่ายคดีแล้ว ไม่ใช่คำสั่งระหว่างพิจารณา หากต้องห้ามตามมาตรา 226 แต่อย่างไรไม่ ตัวอย่างเช่น

คำพิพากษาฎีกาที่ 411/2504 (ประชุมใหญ่)

ศาลพิพากษาให้โจทก์ชนะคดี โดยจำเลยขาดนัดยื่นคำให้การ จำเลยขอให้ศาลพิจารณาใหม่ ศาลอนุญาต คำสั่งศาลชั้นต้นที่ให้พิจารณาใหม่นี้ไม่ใช่คำสั่งระหว่างพิจารณา โจทก์อุทธรณ์ได้

หมายเหตุ จะเห็นว่าคำสั่งของศาลชั้นต้นที่อนุญาตให้พิจารณาใหม่นั้น เป็นคำสั่งที่เกิดขึ้นหลังจากศาลชั้นต้นได้พิพากษาแล้ว ปัญหาว่าถ้าคำสั่งไม่อนุญาต คำสั่งไม่อนุญาตของศาลจะถือว่าเป็นคำสั่งระหว่างพิจารณาหรือไม่ เรื่องนี้คงต้องตอบว่า คำสั่งนั้นไม่ใช่คำสั่งระหว่างพิจารณาอีกต่อไป เพราะคดีเสร็จไปจากศาลแล้ว ไม่มีอะไรที่ศาลจะต้องทำต่อไปอีก คำพิพากษาเดิมยังมีผลอยู่ มีแนวคิดว่าเมื่อศาลสั่งอนุญาตให้พิจารณาใหม่นั้น ศาลจะต้องเริ่มพิจารณาใหม่ตั้งแต่เวลาที่ขาดนัดเป็นต้นไป โดยคำพิพากษาหรือคำสั่งชี้ขาดคดีนั้นเป็นอันเพิกถอนไปในตัวตามมาตรา 209 เมื่อศาลสั่งอนุญาตให้พิจารณาใหม่ก็เท่ากับรับฟ้องไว้พิจารณาต่อไปตามมาตรา 1(3) ฉะนั้นคำสั่งใหม่นี้จะเป็นคำสั่งระหว่างพิจารณา

แต่ในแง่การพิจารณาอีกทางหนึ่งคือ คดีนี้มีการพิพากษาแล้ว (โดยขาดนัด) เมื่อมีคำสั่งอะไรอีกก็เป็นคำสั่งหลังจากพิพากษาคดีแล้ว ศาลฎีกาโดยที่ประชุมใหญ่จึงลงมติตามนี้

ข้อเสนอแนะ

ผู้เขียนใคร่เสนอแนะว่าในการศึกษาคำพิพากษาฎีกาที่ 411/2504 (ประชุมใหญ่) ควรจะศึกษาเปรียบเทียบการขอให้ศาลพิจารณาใหม่มีได้ 2 กรณี คือ กรณีตามมาตรา 207 ว่าด้วยการขอพิจารณาคดีใหม่เมื่อศาลตัดสินให้แพ้แล้ว ซึ่งต่างกับกรณีมาตรา 205 ว่าด้วยการขอให้พิจารณาคดีใหม่ก่อนศาลมีคำพิพากษา ถ้าเป็นการขอให้พิจารณาคดีใหม่ตามมาตรา 205 และศาลอนุญาต คำสั่งศาลในกรณีเช่นนี้ถือว่าเป็นคำสั่งระหว่างพิจารณา ตัวอย่างเช่น

คำพิพากษาฎีกาที่ 235-241/2517

จำเลยมาศาลภายหลังที่ศาลสั่งให้จำเลยขาดนัดพิจารณาแล้ว และกำลังสืบพยานโจทก์ไปฝ่ายเดียว (แต่ยังไม่มีคำพิพากษา) จำเลยยื่นคำขอให้พิจารณาคดีใหม่ ศาลชั้นต้นอนุญาต คำสั่งของศาลชั้นต้นที่อนุญาตให้พิจารณาคดีใหม่นั้นเป็นคำสั่งระหว่างพิจารณา

คำพิพากษาฎีกาที่ 23/2508

คำสั่งชั้นบังคับคดีที่ให้จำเลยไปฟ้องคดีภายใน 1 เดือน ถ้าไม่ฟ้องให้จำเลยนี้ตามคำพิพากษา (โจทก์) ใช้สิทธิเรียกร้องของจำเลยต่อลูกหนี้ของจำเลยตาม ป.พ.พ. มาตรา 233 นั้น คำสั่งดังกล่าวเป็นคำสั่งในชั้นบังคับคดี ซึ่งทำให้การบังคับคดีเสร็จไป ไม่ใช่คำสั่งระหว่างพิจารณา จึงอุทธรณ์ฎีกาได้

คำพิพากษาฎีกาที่ 1692/2516 (ประชุมใหญ่)

คำสั่งศาลชั้นต้นที่สั่งให้เพิกถอนคำสั่งจำหน่ายคดี ไม่เป็นคำสั่งระหว่างพิจารณาอันต้องห้ามอุทธรณ์ตาม ป.วิ.แพ่ง มาตรา 228(1)

คดีนี้โจทก์ฟ้องว่าจำเลยที่ 1 เป็นลูกจ้างของจำเลยที่ 2 ทำละเมิดต่อโจทก์ในทางการที่จ้าง โดยขับรถชนรถของโจทก์ จำเลยทั้งสองสู้ว่าเหตุที่รถชนกันเพราะความประมาทของคนขับรถของโจทก์ และตัดฟ้องว่าโจทก์ไม่มีอำนาจฟ้อง ศาลชั้นต้นนัดสืบพยานโจทก์ในวันที่ 28 ก.ค. 2514 แต่เสมือนคู่วันผิดไป เป็น 28 มิ.ย. 2514 ถึงวันที่ 28 มิ.ย. 2514 ไม่มีคู่ความมาศาล

ศาลชั้นต้นมีคำสั่งว่าคู่ความขาดนัดพิจารณาให้จำหน่ายคดีเสียจากสารบบ สั่งโดยเข้าใจผิด ต่อมาวันที่ 28 ก.ค. 2514 (วันนัดจริง) ศาลรู้ว่ามีคำสั่งจำหน่ายคดีผิดพลาดจึงมีคำสั่งไว้ในรายงานกระบวนการพิจารณาคดีให้เพิกถอนคำสั่งที่ผิดพลาดนั้นเสีย และให้ดำเนินคดีต่อไป และในวันที่ 28 ก.ค. นั้นเอง โจทก์ยื่นคำร้องว่า คำสั่งจำหน่ายคดีของศาลไม่ชอบ ขอให้เพิกถอนคำสั่งจำหน่ายคดี ศาลสั่งคำร้องของโจทก์ว่าได้สั่งเพิกถอนคำสั่งจำหน่ายคดีไปแล้วในรายงานฯ โจทก์เลยขอเลื่อนคดี จำเลยไม่คัดค้าน ศาลอนุญาตให้เลื่อนคดีได้

จำเลยแถลงคัดค้านคำสั่งศาลชั้นต้นและอุทธรณ์ว่า คำสั่งจำหน่ายคดีของศาลชั้นต้นเป็นคำสั่งที่ทำให้คดีเสร็จไปตามมาตรา 131(2), 132(2) และมาตรา 200 คดีย่อมถึงที่สุดตาม มาตรา 147 ศาลชั้นต้นไม่มีอำนาจเพิกถอนคำสั่งจำหน่ายคดี ขอให้ยกคำร้องของโจทก์ และขอให้เพิกถอนคำสั่งของศาลชั้นต้นที่สั่งนัดสืบพยานโจทก์

ศาลอุทธรณ์วินิจฉัยว่า โจทก์จำเลยไม่ได้ขาดนัดพิจารณา หากใช่เป็นการจำหน่ายคดีตามมาตรา 131(2), 132(2) ดังที่จำเลยอุทธรณ์ไม่ ศาลอุทธรณ์ยืนตามศาลชั้นต้นที่มีคำสั่งเพิกถอนคำสั่งให้จำหน่ายคดี

จำเลยฎีกาว่า การจำหน่ายคดีตามมาตรา 200 ย่อมทำให้คดีถึงที่สุดตามมาตรา 147 ศาลชั้นต้นไม่มีอำนาจตามมาตรา 27 ที่จะเพิกถอนคำสั่งให้จำหน่ายคดี ขอให้พิพากษากลับคำพิพากษาศาลอุทธรณ์ และขอให้เพิกถอนคำสั่งของศาลชั้นต้นที่ทำให้มีการพิจารณาคดีใหม่

ศาลฎีกาตัดสินว่า เมื่อศาลชั้นต้นมีคำสั่งให้จำหน่ายคดีแล้ว คำสั่งของศาลชั้นต้นที่สั่งใหม่ให้เพิกถอนคำสั่งจำหน่ายคดี เช่นนี้ไม่เป็นคำสั่งระหว่างพิจารณาอันต้องห้ามตามมาตรา 226(1) จำเลยจึงอุทธรณ์ฎีกาคำสั่งนี้ได้

ศาลฎีกาให้เหตุผลว่า ในการสั่งจำหน่ายคดีโดยที่คู่ความไม่ได้ขาดนัดพิจารณาเป็นการจำหน่ายโดยหลงผิดไม่มีผลบังคับตามมาตรา 200 และถือได้ว่าเป็นกรณีศาลชั้นต้นไม่ได้ปฏิบัติตามบทบัญญัติ ป.วิ.แห่ง ว่าด้วยการพิจารณาโดยขาดนัด ศาลชั้นต้นจึงมีอำนาจสั่งเพิกถอนการพิจารณาที่ผิดระเบียบโดยหลงผิดนั้นได้ตามมาตรา 27 พิพากษาขึ้น

หมายเหตุท้ายฎีกา

คดีนี้ศาลชั้นต้นสั่งจำหน่ายคดี ต่อมาศาลชั้นต้นมีคำสั่งเพิกถอนคำสั่งจำหน่ายคดีนั้นเสีย (คำสั่งแรก) เพราะเห็นว่าผิดพลาดไป ปัญหาว่าคำสั่งเพิกถอนคำสั่งจำหน่ายคดีเป็นคำสั่งระหว่างพิจารณาหรือไม่

ศาลฎีกาว่าไม่เป็น

เหตุผลเมื่อศาลสั่งจำหน่ายคดีแล้ว คดีย่อมเสร็จไปตามมาตรา 131(2) เมื่อเสร็จไปแล้วย่อมไม่มีการพิจารณาคดีต่อไปอีก ดังนั้น คำสั่งที่ให้เพิกถอนคำสั่งจำหน่ายคดีจึงเป็นคำสั่งที่กระทำเมื่อเสร็จการพิจารณาแล้ว จึงไม่ใช่คำสั่งระหว่างพิจารณา

ความเห็นนี้อาจมีข้อโต้แย้ง นั่นคือ ศาลชั้นต้นสั่งเพิกถอนคำสั่งจำหน่ายคดีและสั่งให้ดำเนินกระบวนการพิจารณาต่อไป คำสั่งที่ให้เพิกถอนคำสั่งจำหน่ายคดีและคำสั่งที่ให้ดำเนินคดีต่อไปนั้นเป็นคำสั่งเดียวกันหรือต่อเนื่องกัน และทำให้คดีอยู่ในระหว่างพิจารณาอีกครั้งหนึ่ง มีช่องทางให้คิดไปว่าเป็นคำสั่งในระหว่างพิจารณา⁽¹⁾

(1) นายปิ่นทิพย์ สุจริตกุล, บันทึกท้ายคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1692/2516 คำพิพากษาของเนติบัณฑิตยสภา 2516 หน้า

คำสั่งระหว่างพิจารณาในศาลสูง

ปัญหาที่นำพิจารณามีต่อไปว่า คำสั่งระหว่างพิจารณาในชั้นศาลอุทธรณ์ มีได้หรือไม่?

ปัญหานี้ถ้าพิจารณาจากมาตรา 228 แล้วจะเห็นว่าตัวบทใช้คำว่า “ก่อนศาลชั้นต้นได้มีคำพิพากษา” ย่อมแสดงว่ามาตรา 228 เป็นบทบัญญัติที่ด้วยคำสั่งระหว่างพิจารณาของศาลชั้นต้น ทั้งข้อความต่อ ๆ ไปก็ยังระบุห้ามอุทธรณ์คำสั่งนั้น แต่ในมาตรา 247 เรื่องฎีกาบัญญัติให้นำบทบัญญัติในลักษณะ 1 ว่าด้วยอุทธรณ์มาใช้โดยอนุโลม เพราะฉะนั้น คำสั่งระหว่างพิจารณาของศาลอุทธรณ์ก็ย่อมมีได้ และต้องตกอยู่ในบังคับต้องห้ามมิให้ฎีกาคำสั่งระหว่างพิจารณาเช่นเดียวกัน ทั้งนี้ตาม ป.วิ.แห่ง มาตรา 247 ประกอบมาตรา 228 เช่น ศาลอุทธรณ์มีคำสั่งให้ศาลชั้นต้นสืบพยานเพิ่มเติม แล้วจึงจะพิพากษาคดีต่อไป คำสั่งของศาลอุทธรณ์เช่นนี้เป็นคำสั่งระหว่างพิจารณาของศาลอุทธรณ์ จะฎีกาก่อนศาลอุทธรณ์พิพากษาไม่ได้

ตัวอย่างคำสั่งระหว่างพิจารณาของศาลอุทธรณ์

1) คำสั่งศาลอุทธรณ์ที่อนุญาตหรือไม่อนุญาตให้ทุเลาการบังคับคดีเป็นคำสั่งระหว่างพิจารณา (คำพิพากษาฎีกาที่ 101/2491, 246/2495) การขอทุเลาการบังคับ ผู้อุทธรณ์จะยื่นเป็นคำร้องขึ้นมาก่อนอุทธรณ์ ตามปกติศาลอุทธรณ์จะต้องส่งคำร้องขอทุเลาการบังคับก่อน ซึ่งเมื่อส่งแล้วก็ยังมีกระบวนการพิจารณาที่จะทำในชั้นอุทธรณ์ต่อไปอีก เช่น พังคำแถลงการณ์ด้วยวาจา และในที่สุดก็ต้องตัดสินอุทธรณ์ และนอกจากนี้คำขอทุเลาการบังคับก็ไม่เข้ามาตรา 227, 228 จึงเป็นคำสั่งระหว่างพิจารณาของศาลอุทธรณ์

2) คำสั่งของศาลอุทธรณ์ที่ว่า ทนายความไม่ขาดการต่ออายุใบอนุญาต จึงมีอำนาจเรื่องอุทธรณ์ได้ ให้ยกคำร้องของคุณความอีกฝ่ายหนึ่งเสีย และรับฟ้องอุทธรณ์ไว้พิจารณานั้น เป็นเรื่องศาลสั่งรับคำคู่ความ เป็นคำสั่งระหว่างพิจารณาของศาลอุทธรณ์ (คำพิพากษาฎีกาที่ 1646/2492)

3) โจทก์ยื่นฟ้องอุทธรณ์แล้วไม่ดำเนินการส่งสำเนาอุทธรณ์ให้จำเลยภายใน 15 วัน ศาลชั้นต้นเห็นว่าโจทก์ทิ้งฟ้อง (มาตรา 174 เดิม)⁽¹⁾ จึงส่งสำนวนไปยังศาลอุทธรณ์เพื่อมีคำสั่งศาลอุทธรณ์เห็นว่ายังไม่เข้ากรณีทิ้งฟ้อง จึงสั่งให้ศาลชั้นต้นสั่งให้โจทก์ส่งสำเนาอุทธรณ์ใหม่ ดังนั้นเป็นคำสั่งระหว่างพิจารณาของศาลอุทธรณ์ (คำพิพากษาฎีกาที่ 1270/2493)

(1) มาตรา 174 ปัจจุบัน พ.ร.บ. แก้ไขเพิ่มเติม ป.วิ.แห่ง (ฉบับที่ 10) พ.ศ. 2527 มาตรา 7 แก้ไขโดยกำหนดเวลา หากเพิกเฉยไม่ส่งหมายเรียกให้จำเลยแก่คดีภายใน 7 วัน ถือว่าทิ้งฟ้อง

มีข้อสังเกตจากคำพิพากษานี้ ดูเผิน ๆ คล้ายกับไม่ใช่คำสั่งระหว่างพิจารณา เพราะเมื่อศาลอุทธรณ์สั่งไปแล้วศาลอุทธรณ์ก็ไม่ต้องทำอะไรกับคดีนี้ แต่แท้จริงหาเป็นเช่นนั้นไม่ แต่เป็นว่าเมื่อศาลอุทธรณ์สั่งให้ศาลชั้นต้นส่งสำเนาอุทธรณ์แก่จำเลย คดีนี้ย่อมกลับมาสู่การพิจารณาของศาลอุทธรณ์อีกเท่ากับว่าศาลชั้นต้นรับคดีแทนศาลอุทธรณ์นั่นเอง

4) คำสั่งของศาลอุทธรณ์ที่อนุญาตให้ผู้ร้องเข้ามาเป็นคู่ความแทนที่โจทก์ผู้มรณะได้นั้น ได้สั่งในขณะที่คดียังอยู่ในระหว่างพิจารณาของศาลอุทธรณ์ จึงเป็นคำสั่งระหว่างพิจารณาของศาลอุทธรณ์ ต้องห้ามมิให้ฎีกาตาม ป.วิ.แพ่ง มาตรา 226, 247

คำสั่งระหว่างพิจารณาในศาลฎีกา

คำสั่งระหว่างพิจารณาในศาลฎีกามีได้หรือไม่?

คำสั่งระหว่างพิจารณาตามมาตรา 226 จะเกิดขึ้นได้ในศาล 2 ศาลเท่านั้น คือศาลชั้นต้นและศาลอุทธรณ์ ในศาลฎีกาจะไม่มีปัญหาเรื่องนี้ เพราะเมื่อศาลฎีกามีคำสั่งอย่างไรย่อมถึงที่สุดเสมอ

การอุทธรณ์คำสั่งระหว่างพิจารณา

การอุทธรณ์คำสั่งระหว่างพิจารณาจะต้องปฏิบัติอย่างไร?

เมื่อเราเข้าใจว่าอย่างไรเป็นคำสั่งระหว่างพิจารณาแล้ว มาตรา 226(1) บัญญัติห้ามอุทธรณ์เอาไว้ ถ้าคู่ความหรือฝ่ายที่ไม่พอใจในผลของการชี้ขาดตัดสินประสงก์จะอุทธรณ์ การอุทธรณ์จะต้องปฏิบัติอย่างไร ก็มีบัญญัติไว้ในอนุมาตรา 2 ที่ว่า "ถ้าคู่ความฝ่ายใดโต้แย้งคำสั่งใด ให้ศาลจดข้อโต้แย้งนั้นลงไว้ในรายงาน คู่ความที่โต้แย้งชอบที่จะอุทธรณ์คำสั่งนั้นได้ภายในกำหนดหนึ่งเดือนนับแต่วันที่ศาลได้มีคำพิพากษาหรือคำสั่งชี้ขาดตัดสินคดีนั้นเป็นต้นไป"

จากอนุมาตรา 2 นี้เอง ซึ่งให้เราเห็นว่า คำสั่งระหว่างพิจารณานั้น ถ้าศาลมีคำสั่งเช่นนั้นแล้ว คู่ความจะอุทธรณ์คำสั่งนั้นทันทีมิได้ แต่ต้องโต้แย้งคัดค้านคำสั่งนั้นไว้จึงจะมีสิทธิอุทธรณ์คำสั่งนั้นภายในกำหนด 1 เดือนนับแต่วันที่ศาลมีคำพิพากษาหรือคำสั่งชี้ขาดตัดสินคดีนั้นเป็นต้นไป ดังนั้น ถ้ามิได้โต้แย้งไว้ก็ย่อมต้องห้ามมิให้อุทธรณ์คำสั่งนั้น อาจมีผู้สงสัยว่าในกรณีที่มิได้โต้แย้งเอาไว้ คู่ความอุทธรณ์ต่อมา ศาลอุทธรณ์ก็รับวินิจฉัยให้ ดังนั้น กรณีจะผูกพันให้ศาลฎีกาจำต้องรับวินิจฉัยให้หรือไม่อย่างไร?

คำตอบคงจะต้องเป็นว่า เมื่อเป็นคำสั่งระหว่างพิจารณาและคู่ความมิได้โต้แย้งไว้ตามหลักแล้วย่อมไม่มีสิทธิอุทธรณ์ แม้ศาลล่างจะรับวินิจฉัยมาก็ไม่ทำให้จำเลยมีสิทธิฎีกา (นัยคำพิพากษาฎีกาที่ 2809-2810/2515, 1192-1193/2527)

ข้อสังเกตเบื้องต้น

1) การห้ามอุทธรณ์คำสั่งระหว่างพิจารณา มาตรา 228 ไม่ได้ห้ามโดยเด็ดขาด เพียงแต่จำกัดว่าจะอุทธรณ์ทันทีมิได้ ถ้าจะอุทธรณ์ก็ให้รอไว้อุทธรณ์เมื่อศาลได้มีคำพิพากษาหรือคำสั่งชี้ขาดคดี และจะต้องโต้แย้งคำสั่งไว้ด้วยจึงจะเกิดสิทธิอุทธรณ์ ส่วนการอุทธรณ์นั้นจะอุทธรณ์เฉพาะคำสั่งระหว่างพิจารณาอย่างเดียวหรือจะอุทธรณ์ทั้งคำพิพากษาและคำสั่งระหว่างพิจารณามาด้วยกันก็ได้

2) ในด้านการโต้แย้งคัดค้านคำสั่งระหว่างพิจารณาคู่ความฝ่ายใดโต้แย้งไว้ฝ่ายนั้นก็มิสิทธิอุทธรณ์ได้ ถ้าฝ่ายใดไม่ได้แย้งก็ไม่มีสิทธิอุทธรณ์

วิธีการโต้แย้ง

การโต้แย้งคำสั่งระหว่างพิจารณามีกี่วิธี?

ในเรื่องการโต้แย้งคำสั่งศาล ต้องศึกษามาตรา 26 ประกอบ กล่าวคือ การโต้แย้งทำได้ 2 แบบ

- 1) การโต้แย้งด้วยวาจา เพื่อให้ศาลจดลงไว้ในรายงานกระบวนการพิจารณา หรือ
- 2) โต้แย้งเป็นหนังสือ ยื่นเข้ามาภายหลังศาลมีคำสั่ง (ในทางปฏิบัตินิยมใช้วิธีที่ 2)

กำหนดเวลาโต้แย้ง

ปัญหาว่าการโต้แย้งคำสั่งศาลจะต้องกระทำเมื่อใด?

การโต้แย้งจะต้องทำภายหลังที่ศาลมีคำสั่ง ปกติจะกระทำกันทันทีที่ศาลมีคำสั่ง หรือภายในเวลาใกล้เคียงกัน เช่น ศาลมีคำสั่งวันนี้ การโต้แย้งอาจทำทันทีหรือในวันรุ่งขึ้น เป็นต้น มีข้อน่าสังเกตในเรื่องนี้อยู่ที่ ป.วิ.แพ่ง ไม่ได้กำหนดระยะเวลาโต้แย้งคำสั่งระหว่างพิจารณาว่า จะต้องทำเมื่อใด เพราะฉะนั้น ควรจะต้องกระทำอย่างช้าที่สุดก่อนศาลมีคำพิพากษาหรือคำสั่งชี้ขาดคดีคดี แต่ที่สำคัญศาลจะต้องให้คู่ความมีโอกาสและระยะเวลาพอสมควรที่จะโต้แย้ง

ได้ด้วย เพราะเคยปรากฏตัวอย่างคดีซึ่งศาลมีคำสั่งระหว่างพิจารณาคดีแล้วไม่ให้โอกาสโต้แย้ง หรือให้เวลาเหมือนกันแต่ทำไมพอสมควรที่จะโต้แย้งได้ ศาลสูงตัดสินให้สิทธิอุทธรณ์ได้โดยไม่ต้องโต้แย้งคำสั่งนั้น เมื่อเป็นเช่นนี้ ปัญหาจึงเกิดขึ้นว่าเราจะเอาอะไรมาเป็นหลัก จะถืออะไร เป็นเกณฑ์ว่าแค่ไหน เพียงใด ที่จะถือได้ว่าศาลได้ให้ระยะเวลาพอสมควรที่จะโต้แย้งแล้ว

หลักพิจารณาว่าแค่ไหนจึงจะถือว่าศาลให้เวลาโต้แย้งพอสมควรแล้ว

ปัญหาในเรื่องนี้ขอให้ศึกษาจากตัวอย่างที่ศาลฎีกาได้วินิจฉัยไว้ ซึ่งจะช่วยในการทำความเข้าใจได้ดังนี้ ตัวอย่างเช่น

1) คดีหนึ่ง ศาลนัดสืบพยานโจทก์ มีพยานมาเพียงคนเดียว ศาลเลื่อน ครั้นถึงวันนัดครั้งที่ 2 ไม่มีพยานมาอีก ศาลมีคำสั่งว่าโจทก์ไม่มีพยานเข้าสืบ และให้งดสืบพยานจำเลยเสียด้วย แล้วศาลนัดฟังคำพิพากษาเลขในวันนั้น โดยยกฟ้องโจทก์ ถือว่าโจทก์ไม่มีเวลาพอจะโต้แย้งคำสั่งศาลได้ แม้โจทก์จะมีโต้แย้งคำสั่งศาลชั้นต้นในกรณีนี้ โจทก์ก็มีสิทธิอุทธรณ์ขอให้ศาลอุทธรณ์สั่งให้ศาลชั้นต้นสืบพยานต่อไปได้ (คำพิพากษาฎีกาที่ 1587/2494)

2) ศาลชั้นต้นมีคำสั่งไม่รับบัญชีระบุพยานจำเลย และนัดตัดสินในวันรุ่งขึ้น ถือได้ว่าจำเลยไม่มีเวลาโต้แย้งคำสั่ง แม้จำเลยมิได้โต้แย้งไว้ก็มีสิทธิอุทธรณ์คำสั่งนั้น (คำพิพากษาฎีกาที่ 1465/2515)

3) โจทก์ขอเลื่อนคดีโดยมอบฉันทะให้เสมียนทนายไปยื่นคำร้องแทน ศาลชั้นต้นไม่อนุญาตให้เลื่อนคดี แล้วนัดฟังคำพิพากษาในวันรุ่งขึ้น เห็นได้ว่าโจทก์ย่อมไม่มีเวลาเพียงพอที่จะโต้แย้งคำสั่งดังกล่าวได้ แม้โจทก์จะมีโต้แย้งคำสั่งนั้นไว้ โจทก์ก็มีสิทธิอุทธรณ์คำสั่งได้ (คำพิพากษาฎีกาที่ 2677/2526)

4) ศาลชั้นต้นสั่งสืบพยานวันที่ 12 นัดฟังคำพิพากษาในวันที่ 14 เดือนเดียวกัน ถือว่ามีเวลาพอที่คู่ความจะโต้แย้งคำสั่งนั้นได้ เมื่อมิได้โต้แย้งไว้ จะอุทธรณ์ฎีกาให้มีการสืบพยานต่อไปหาได้ไม่ (คำพิพากษาฎีกาที่ 2017/2515, 88/2516)

5) ศาลชั้นต้นมีคำสั่งสืบพยานวันที่ 10 เวลา 13.30 น. และนัดฟังคำพิพากษาในวันที่ 13 เดือนเดียวกัน เวลา 13.30 น. ถือได้ว่ามีโอกาสและระยะเวลาอันพอที่จะโต้แย้งคำสั่งนั้นได้แล้ว (คำพิพากษาฎีกาที่ 1839/2514)

จากตัวอย่างแนววินิจฉัยของศาลฎีกาดังกล่าวมาข้างต้นได้แนวปฏิบัติว่า ถ้าศาลให้เวลา
โต้แย้งวันเดียว ตามตัวอย่างที่ 1- 3 ถือว่าไม่ให้เวลาพอสมควร แม้ผู้อุทธรณ์มิได้โต้แย้งไว้ก็มี
สิทธิอุทธรณ์คำสั่งระหว่างพิจารณาได้ แต่ถ้าศาลให้เวลาดังแต่ 2 วันขึ้นไป ถือว่าให้เวลาพอสมควร
แล้ว ดังตัวอย่างที่ 4- 5 อย่างไรก็ตาม เคยปรากฏมีแนววินิจฉัยของศาลฎีกาวินิจฉัยตรงกันข้าม
กับที่กล่าวมาข้างต้น คือ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3985/2528 จำเลยนำพยานเข้าสืบก่อนแล้วแถลง
หมดพยาน ศาลชั้นต้นเห็นว่าคดีพอวินิจฉัยได้จึงให้งดสืบพยานและนัดฟังคำพิพากษาในวันรุ่งขึ้น
คำสั่งเช่นนี้เป็นคำสั่งระหว่างพิจารณา ทนายจำเลยรับทราบคำสั่งในวันนั้นและยังมีโอกาสโต้แย้ง
คำสั่งได้ก่อนฟังคำพิพากษา แต่มิได้โต้แย้ง จำเลยจึงไม่มีสิทธิอุทธรณ์คำสั่งดังกล่าวตาม ป.วิ.
แพ่ง มาตรา 226(2)

จากแนววินิจฉัยของศาลฎีกาคดีนี้เป็นที่น่าสังเกตว่า น่าจะทับแนววินิจฉัยเดิมเสียแล้ว
หากถือตามแนววินิจฉัยคดีนี้ก็แสดงว่าศาลให้เวลาวันเดียวถือว่าเพียงพอแล้ว เมื่อไม่ได้แย้งยอม
ไม่มีสิทธิอุทธรณ์

ข้อสังเกต

มีข้อสังเกตในเรื่องคำสั่งให้งดการสืบพยานบางประการ โดยปกติเมื่อศาลสั่งงดสืบ
พยานแล้ว ต้องถือว่าเป็นคำสั่งระหว่างพิจารณา เพราะเหตุว่าคดียังไม่เสร็จสิ้น ศาลยังต้อง
พิจารณาคดีอีกต่อไป ถ้าคู่ความจะอุทธรณ์คำสั่งระหว่างพิจารณาก็จะต้องทำการโต้แย้งคำสั่ง
นั้นตามมาตรา 226(2) แต่อย่างไรก็ดี ก็มีกรณีสามารถอุทธรณ์ได้ทันทีแม้จะเป็นคำสั่งระหว่าง
พิจารณา ถ้าไปเข้าข้อยกเว้นของมาตรา 227, 228 ดังนั้น จึงควรแยกพิจารณา "คำสั่งงดสืบ
พยาน" ดังนี้

1) ถ้าศาลชั้นต้นสั่งงดสืบพยานโจทก์จำเลยแล้วพิพากษายกฟ้องโดยข้อกฎหมาย มิได้
วินิจฉัยพยานหลักฐานโดยอาศัยข้อเท็จจริง เป็นการวินิจฉัยชี้ขาดเบื้องต้นในข้อกฎหมายอันทำให้
คดีเสร็จไปทั้งเรื่องตาม ป.วิ.แพ่ง มาตรา 24 จึงไม่เป็นคำสั่งระหว่างพิจารณา แม้โจทก์จะ
มิได้โต้แย้งคำสั่งศาลชั้นต้นที่สั่งให้งดสืบพยานโจทก์จำเลยไว้ โจทก์ก็มีสิทธิอุทธรณ์ได้ (คำ-
พิพากษาศาลฎีกาที่ 1254/2517, 2293/2519)

2) ถ้าศาลชั้นต้นสั่งงดสืบพยานเพราะไม่จำเป็นต้องฟังข้อเท็จจริงต่อไปแล้วพิพากษา
ไปเลย กรณีนี้เป็นคำสั่งระหว่างพิจารณา จะต้องโต้แย้งไว้จึงจะอุทธรณ์ได้ ดังนี้ เป็นต้น

การโต้แย้งล่วงหน้า

ปัญหาที่น่าพิจารณาต่อไปว่า ในการโต้แย้งคำสั่งศาล จะโต้แย้งล่วงหน้าก่อนศาลมีคำสั่งได้หรือไม่ และใครจะต้องเป็นฝ่ายโต้แย้ง

ในเรื่องนี้ถ้าพิจารณาตามมาตรา 228(2) ที่ว่า คู่ความฝ่ายใดโต้แย้งคำสั่งใด ฯลฯ ข่อมแสดงว่าจะต้องมีคำสั่งเสียก่อน เพราะการโต้แย้งเป็นการโต้แย้งคำสั่ง ตราบใดที่ยังไม่มีคำสั่ง การโต้แย้งก็ยังมีไม่ได้ เพราะฉะนั้นเท่ากับว่าการโต้แย้งจะทำไว้ก่อนศาลมีคำสั่งไม่ได้ ตัวอย่างเช่น

1) โจทก์รับนำสืบพยานก่อน ค่อมมาโจทก์แถลงขอให้จำเลยสืบก่อนแล้วให้โจทก์สืบแก้ โดยกล่าวไว้เป็นการล่วงหน้าว่า ถ้าศาลไม่สั่งตามนี้ก็ขอให้ถือคำแถลงเป็นการโต้แย้งเพื่ออุทธรณ์ฎีกาต่อไป ดังนี้ เมื่อศาลสั่งให้โจทก์สืบก่อนตามเดิม โจทก์ไม่ได้โต้แย้งไว้อีก ก็อุทธรณ์ข้อนี้ไม่ได้ (คำพิพากษาฎีกาที่ 819/2501)

2) คำสั่งศาลชั้นต้นที่อนุญาตให้โจทก์แก้ไขเพิ่มเติมฟ้องเป็นคำสั่งระหว่างพิจารณา ถ้าจำเลยมิได้โต้แย้งคำสั่งนี้ไว้ก็จะอุทธรณ์ฎีกาปัญหาข้อนี้ไม่ได้ตามมาตรา 228(2) แม้จำเลยจะยื่นคำแถลงคัดค้านการขอแก้ไขเพิ่มเติมฟ้องไว้ก็ถือว่าเป็นการโต้แย้งคำสั่งดังกล่าวไม่ได้ เพราะขณะนั้นศาลยังไม่ได้มีคำสั่ง (คำพิพากษาฎีกาที่ 1730/2515)

ข้อสังเกต การที่จำเลยคัดค้านตอนนี้เป็น การคัดค้านโต้แย้งก่อนศาลมีคำสั่ง จะถือเป็นการโต้แย้งล่วงหน้าก็ไม่ได้ เมื่อศาลมีคำสั่งแล้วจะต้องทำการโต้แย้งใหม่อีกครั้งหนึ่ง เมื่อไม่โต้แย้งก็ต้องห้ามตามมาตรา 228(2)

3) โจทก์ขาดนัดพิจารณา จำเลยขอให้ดำเนินกระบวนการพิจารณาต่อไป ระหว่างนัดสืบพยานจำเลย โจทก์ยื่นคำร้องขอให้พิจารณาคดีใหม่ จำเลยคัดค้าน ศาลชั้นต้นได้สวนแล้วมีคำสั่งให้พิจารณาคดีใหม่ แม้ศาลจะได้จัดแจ้งข่าวความถึงคำแถลงคัดค้านไว้ในรายงานกระบวนการพิจารณาด้วยก่อนที่จะวินิจฉัยสั่งให้พิจารณาคดีใหม่ แต่คำสั่งเช่นว่าเป็นคำสั่งระหว่างพิจารณา จำเลยจะต้องโต้แย้งไว้ภายหลังที่ศาลมีคำสั่งนั้นแล้ว จึงจะอุทธรณ์คัดค้านคำสั่งนั้นได้ (คำพิพากษาฎีกาที่ 235-241/2517)

4) จำเลยยื่นคำร้องขอระบุพยานเพิ่มเติม ศาลชั้นต้นจดยางานกระบวนการพิจารณาว่า “ทนายโจทก์รับสำเนาคำร้องแล้วแถลงคัดค้านว่าจำเลยยื่นบัญชีระบุพยานเพิ่มเติมเมื่อโจทก์สืบพยานของโจทก์เสร็จสิ้นแล้วเป็นการไม่ชอบด้วยกฎหมายศาลไม่ควรรับ พิจารณ์แล้ว... อนุญาตให้จำเลยยื่นระบุพยานเพิ่มเติมได้ตามขอ”

คำแถลงดังกล่าวของโจทก์เป็นการแถลงคัดค้านเพื่อประกอบดุลพินิจในการที่ศาลจะสั่ง คำร้องขอระบุนุยกานเพิ่มเติมเท่านั้น ยังถือไม่ได้ว่าเป็นการโต้แย้งคำสั่งระหว่างพิจารณาของศาล ชั้นต้นที่อนุญาตให้จำเลยระบุนุยกานเพิ่มเติม เมื่อโจทก์ไม่ได้โต้แย้งคำสั่งดังกล่าวไว้ จึงต้องห้าม มิให้อุทธรณ์ในปัญหาข้อนี้ตาม ป.วิ.แพ่ง มาตรา 226 (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1532/2525)

ข้อสังเกต การแถลงของโจทก์ไม่ถือเป็นการโต้แย้งคำสั่งศาลเพราะขณะโจทก์แถลง ศาลยังไม่ได้สั่งอะไรเลย คำแถลงของโจทก์เป็นการคัดค้านจำเลยเพื่อไม่ให้ศาลรับบัญชีระบุนุยกานเพิ่มเติม แต่เมื่อศาลสั่งอนุญาตให้จำเลยยื่นบัญชีระบุนุยกานเพิ่มเติม เท่ากับศาลรับบัญชีระบุนุยกานเพิ่มเติมของจำเลยตอนนี้ถือว่าศาลมีคำสั่งแล้ว แต่โจทก์กลับไม่ได้โต้แย้งคำสั่งศาล ศาลฎีกาจึงว่าโจทก์ไม่ได้โต้แย้ง ข้อที่นักศึกษาพึงสังเกตในคำพิพากษาคดีนี้ โจทก์จะถือเอาคำแถลงตอนแรกเป็นคำโต้แย้งคำสั่งศาลย่อมไม่ได้ เนื่องจากขณะนั้นศาลยังไม่ได้สั่งอะไรดังกล่าวแล้ว

5) จำเลยยื่นคำร้องว่า ศาลชั้นต้นกำหนดประเด็นใหม่ไม่ถูกต้อง ขอให้ถือตามประเด็นที่กำหนดไว้เดิม หากศาลไม่อนุญาต ก็ขอถือเอาคำร้องเป็นคำโต้แย้งคำสั่งศาลเพื่อประโยชน์ในการอุทธรณ์ต่อไป เมื่อศาลสั่งยกคำร้อง จำเลยหาได้โต้แย้งคำสั่งในเรื่องนี้อีกแต่อย่างใดไม่ ดังนี้ จะถือเอาคำร้องของจำเลยเป็นคำโต้แย้งไม่ได้ จำเลยจะอุทธรณ์ในปัญหานี้อีกไม่ได้ ต้องห้ามตาม ป.วิ.แพ่ง มาตรา 226(2) การที่ศาลอุทธรณ์วินิจฉัยเรื่องนี้ให้จำเลย จึงเป็นการไม่ชอบ แม้จำเลยจะฎีกาต่อมา ศาลฎีกาก็ไม่รับวินิจฉัย (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1192-1193/2527)

ฝ่ายใดจะต้องโต้แย้ง

สำหรับปัญหาที่ว่าใครจะต้องเป็นฝ่ายโต้แย้งนั้น โดยหลัก ได้แก่ ฝ่ายที่ต้องเสียประโยชน์จากการที่ศาลมีคำสั่งนั้นเป็นฝ่ายโต้แย้งคำสั่ง

ต้องปฏิบัติขนาดไหนจึงจะถือว่าเป็นการโต้แย้ง

ปัญหามีต่อไปว่าแค่ไหนจึงจะถือว่ามี การโต้แย้งแล้ว?

การโต้แย้งคัดค้านไม่จำเป็นต้องโต้แย้งคัดค้านโดยตรงเสมอไป อาจจะเป็นการคัดค้านโดยปริยาย (บางท่านเรียกว่าโต้แย้งโดยออกอ้อมหรือโต้แย้งโดยสงบ) ก็ได้ คำร้องโต้แย้งนี้กฎหมายไม่ได้กำหนด “แบบ” และไม่จำเป็นต้องยกหรือแสดงเหตุผล เพียงแต่ขอให้มีความเป็นที่เป็นใจได้ว่าได้โต้แย้งคัดค้านคำสั่งนั้นก็เพียงพอแล้ว เช่น ศาลชั้นต้นนัดสืบพยานโจทก์ โดยกำหนดวันเวลาแน่นอนแล้ว จำเลยยื่นบัญชีระบุนุยกาน แต่ยื่นไม่ถูกต้องตามกฎหมาย โดย

ยื่นก่อนวันสืบพยานน้อยกว่า 3 วัน ศาลชั้นต้นมีคำสั่งไม่รับ ต่อมาอีก 2 วัน จำเลยยื่นคำร้องว่าเพิ่งทราบคำสั่งศาลที่ไม่รับบัญชีระบุพยาน จึงขอแถลงให้ทราบว่าจำเลยเชื่อความหมายความว่านับวันที่ยื่นด้วยเป็น 3 วัน จึงผิดไป 1 วัน ขอให้ศาลได้โปรดให้จำเลยยื่นบัญชีระบุพยานเช่นนี้ถือได้ว่า การที่จำเลยแถลงเช่นนั้นเป็นการโต้แย้งคัดค้านคำสั่งของศาลชั้นต้นแล้ว ดังนี้ เป็นต้น (คำพิพากษาฎีกาที่ 148/2496) แต่ก็มีบางกรณีที่นักศึกษามักเข้าใจไขว้เขว วินิจฉัยผิดพลาดได้ ก็คือกรณีศาลชั้นต้นมีคำสั่งว่าจำเลยขาดนัดยื่นคำให้การ ให้นำคดีสืบพยานโจทก์ไปฝ่ายเดียว หลังจากศาลมีคำสั่งดังกล่าวแล้ว 2 วัน จำเลยยื่นคำร้องพร้อมกับแนบคำให้การมาด้วย โดยอ้างในคำร้องว่ามีได้ตั้งใจขาดนัดยื่นคำให้การเพราะป่วยหนัก จึงขอศาลเพื่ออนุญาตให้ยื่นคำให้การ ดังนี้ คำร้องเช่นนี้ต่างกับกรณีแรก กรณีหลังนี้ไม่ถือว่าเป็นการโต้แย้งคัดค้าน เพราะจำเลยไม่ได้ตั้งใจคัดค้านคำสั่งของศาลชั้นต้นที่สั่งว่าจำเลยขาดนัดยื่นคำให้การ และนัดสืบพยานโจทก์ฝ่ายเดียว แต่จำเลยประสงค์จะขออนุญาตยื่นคำให้การเท่านั้น ดังนั้น ในการวินิจฉัยในเรื่องนี้ ขอให้ระมัดระวังเป็นกรณี ๆ ไป เพื่อช่วยให้ความเข้าใจในเรื่องนี้ชัดเจน ขอให้ศึกษาจากแนววินิจฉัยของศาลฎีกาต่อไปนี้

ตัวอย่างแนววินิจฉัยของศาลฎีกา

คำพิพากษาฎีกาที่ 148/2496

ศาลมีคำสั่งไม่รับบัญชีระบุพยานของจำเลย จำเลยยื่นคำร้องแสดงเหตุผลต่าง ๆ ขอให้ศาลรับบัญชีระบุพยานของจำเลย ดังนี้ถือว่าจำเลยโต้แย้งคำสั่งของศาลแล้ว

คำพิพากษาฎีกาที่ 921/2498

ศาลชั้นต้นอนุญาตให้ภริยาผู้เช่าเข้าเป็นจำเลยร่วม โจทก์ยื่นคำร้องว่าไม่ควรให้ภริยาจำเลยเข้ามาเกี่ยวข้องในคดีเช่นนี้ถือว่าโจทก์โต้แย้งคำสั่งแล้ว

คำพิพากษาฎีกาที่ 1105/2509

หลังจากที่ศาลสั่งไม่รับบัญชีระบุพยาน จำเลยได้ยื่นคำร้องแถลงถึงความจำเป็นที่มีได้ยื่นภายในกำหนด และขอให้อนุญาตให้ยื่นบัญชีระบุพยานได้ ดังนี้ ถือว่าจำเลยได้ยื่นคำโต้แย้งคัดค้านตามมาตรา 226(2) แล้ว

คำพิพากษาฎีกาที่ 477/2511

ศาลมีคำสั่งไม่อนุญาตให้เลื่อนการสืบพยานโจทก์โดยถือว่าโจทก์ไม่มีพยานมาสืบ และให้เลื่อนไปสืบพยานจำเลย โจทก์จึงยื่นคำร้องชี้แจงเหตุผลในการที่โจทก์มีความจำเป็นที่ต้องขอเลื่อนการสืบพยาน ขอให้ศาลนัดไต่สวนและมีคำสั่งให้โจทก์เข้าสืบ ดังนี้ ถือว่าโจทก์ได้โต้แย้งคำสั่งนั้นไว้แล้ว จึงอุทธรณ์ได้

คำพิพากษาฎีกาที่ 2947/2519

การที่ศาลชั้นต้นจดยางานพิจารณาไว้ว่า ก่อนสืบพยานโจทก์ยื่นขอระบุพยานเพิ่มเติม ศาลสั่งอนุญาตและจ่ายสำเนาให้จำเลย โจทก์จะนำพยานคนที่ระบุพยานเพิ่มเติมเข้าสืบ แต่จำเลยแถลงคัดค้านขอย่าให้ศาลอนุญาตให้โจทก์นำพยานปากนี้เข้าสืบ ศาลชั้นต้นพิเคราะห์แล้วอนุญาตให้โจทก์นำพยานดังกล่าวเข้าสืบได้ ดังนี้ ถือว่าจำเลยได้โต้แย้งคำสั่งของศาลชั้นต้นที่อนุญาตให้โจทก์ระบุพยานเพิ่มเติมไว้แล้ว จึงมีสิทธิอุทธรณ์คำสั่งศาลชั้นต้นนั้นได้

ฯลฯ

(ดูคำพิพากษาฎีกาที่ 1532/2525 ตัวอย่างที่ 4 ในหัวข้อการโต้แย้งล่วงหน้าประกอบหัวข้อนี้ จะช่วยให้เข้าใจยิ่งขึ้น)

คำพิพากษาฎีกาที่ 4315/2530

จำเลยยื่นคำแถลงคัดค้านการชี้สองสถานว่า จำเลยเห็นว่าคดีควรมีประเด็นเพิ่มขึ้นอีกว่าทรัพย์สินมรดกของ ค. ได้แบ่งแก่ทายาทเสร็จสิ้นแล้วหรือไม่ และโจทก์มีอำนาจฟ้องหรือไม่ เพื่อประโยชน์ในการใช้สิทธิอุทธรณ์หรือฎีกา คำแถลงของจำเลยดังกล่าวมิใช่กรณีร้องขอให้ศาลเพิกถอนการพิจารณาที่ผิดระเบียบตามมาตรา 27 แห่ง ป.วิ.แพ่ง แต่เป็นกรณีที่จำเลยแถลงคัดค้านการกำหนดประเด็นของศาลชั้นต้นในการชี้สองสถานว่ายังมีประเด็นเพิ่มอีก อันเป็นการโต้แย้งคำสั่งตามมาตรา 226(2) แห่ง ป.วิ.แพ่ง จำเลยย่อมอุทธรณ์ฎีกาได้

คำพิพากษาฎีกาที่ 1843/2531

คำสั่งของศาลที่ไต่สวนสืบพยานเป็นคำสั่งระหว่างพิจารณา

หลังจากศาลชั้นต้นชี้สองสถานและมีคำสั่งไต่สวนสืบพยานแล้ว จำเลยยื่นคำร้องว่า ตามที่ศาลได้จดยางานกระบวนการพิจารณาว่าคำให้การของจำเลยไม่ชัดเจน จึงไม่เป็นประเด็นแห่งคดีนั้น จำเลยเห็นว่าคำให้การของจำเลยชัดเจนแล้ว จึงขอให้ศาลกำหนดประเด็นเพิ่มขึ้น ดังนี้ ถือได้ว่าจำเลยได้โต้แย้งคำสั่งศาลชั้นต้นที่ไต่สวนสืบพยานแล้ว จำเลยชอบที่จะยกประเด็นดังกล่าวขึ้นอุทธรณ์ฎีกาได้

จากตัวอย่างแนววินิจฉัยของศาลฎีกาเหล่านี้ยืนยันหลักที่ว่า การโต้แย้งคำสั่งระหว่างพิจารณาเพื่อสงวนสิทธิอุทธรณ์ฎีกาต่อไปนั้นไม่มีรูปแบบดังที่ผู้เขียนกล่าวไว้ ดังนั้น การโต้แย้งอาจเป็นโต้แย้งโดยตรงหรือโดยปริยายก็ได้

อนึ่ง เป็นที่น่าสังเกตว่าการไม่มีรูปแบบนี้ยังรวมไปถึงกรณีผู้อุทธรณ์มิได้โต้แย้งคำสั่งของศาลชั้นต้นไว้ แต่ได้กล่าวไว้ในคำฟ้องอุทธรณ์ถึงข้อคัดค้านของตน หากต่อมาศาลฎีกาพิพากษาให้ศาลชั้นต้นพิจารณาพิพากษาใหม่ ดังนี้ ข้อโต้แย้งในฟ้องอุทธรณ์ถือว่าได้โต้แย้งแล้ว เมื่อศาลชั้นต้นพิจารณาและมีคำพิพากษาใหม่แล้วผู้อุทธรณ์อุทธรณ์คำสั่งนั้นได้ ตัวอย่างเช่น

คำพิพากษาฎีกาที่ 1584-1585/2523

แม้จำเลยจะมีได้ยื่นคำแถลงโต้แย้งคัดค้านคำสั่งของศาลชั้นต้นที่อนุญาตให้โจทก์เพิ่มเติมคำฟ้องตามคำร้องของโจทก์ไว้โดยตรง แต่ปรากฏว่าเมื่อศาลชั้นต้นมีคำสั่งให้งดสืบพยานและพิพากษาคดีในครั้งแรก จำเลยได้กล่าวไว้ในคำฟ้องอุทธรณ์ของจำเลยชัดเจนว่า จำเลยขอโต้แย้งคัดค้านคำสั่งของศาลชั้นต้นที่อนุญาตให้โจทก์แก้ฟ้องเช่นนี้ เมื่อศาลฎีกามีคำพิพากษาให้ศาลชั้นต้นพิจารณาพิพากษาใหม่ และมีการดำเนินคดีต่อมา ย่อมถือว่าจำเลยได้โต้แย้งคัดค้านคำสั่งของศาลชั้นต้นไว้ตามความหมายของ ป.วิ.แพ่ง มาตรา 226(2) แล้ว จำเลยจึงหยิบยกประเด็นนี้ขึ้นอุทธรณ์ฎีกาได้

สรุป

เมื่อเป็นคำสั่งระหว่างพิจารณาของศาลชั้นต้นแล้ว จะอุทธรณ์ทันทีไม่ได้ จะต้องโต้แย้งคำสั่งนั้นไว้ก่อน แล้วรอนจนกระทั่งศาลชั้นต้นได้พิพากษาหรือมีคำสั่งชี้ขาดตัดสินจึงจะอุทธรณ์ได้ ภายในกำหนด 1 เดือนนับแต่ศาลพิพากษาหรือชี้ขาดตัดสินคดีนั้น ถ้าหากเป็นคำสั่งระหว่างพิจารณาของศาลอุทธรณ์ก็ใช้หลักวินิจฉัยเช่นเดียวกัน

ตอนที่ 2 กรณีไม่ถือเป็นคำสั่งระหว่างพิจารณา

มาตรา 227

มาตรา 227 บัญญัติว่า “คำสั่งของศาลชั้นต้นที่ไม่รับหรือให้คืนคำคู่ความตามมาตรา 18 หรือคำสั่งวินิจฉัยชี้ขาดเบื้องต้นตามมาตรา 24 ซึ่งทำให้คดีเสร็จไปทั้งเรื่องนั้น มิให้ถือว่าเป็นคำสั่งในระหว่างพิจารณา และให้อยู่ภายในข้อบังคับของการอุทธรณ์คำพิพากษาหรือคำสั่งชี้ขาดคดี”

คำสั่งตามมาตรา 227 ไม่ต้องโต้แย้ง

มาตรา 227 เป็นบทยกเว้นของมาตรา 226 นั่นก็คือกรณีตามมาตรา นี้กฎหมายมิให้ถือว่าเป็นคำสั่งระหว่างพิจารณาเมื่อมิให้ถือว่าเป็นคำสั่งระหว่างพิจารณา คู่ความก็ชอบที่จะอุทธรณ์คำสั่งได้ทันที โดยไม่ต้องโต้แย้งคัดค้านคำสั่งแต่ประการใดเลย หรือถ้าหากว่าคู่ความจะไม่อุทธรณ์ทันที จะรอไว้จนกว่าศาลพิพากษาแล้วจึงอุทธรณ์ ก็ชอบที่จะทำได้ตามมาตรา 228 วรรคท้าย ซึ่งนำมาใช้กับกรณีตามมาตรา 227 ได้เช่นเดียวกัน

คำสั่งตามมาตรา 227

ที่กฎหมายมาตรา 227 มิให้ถือว่าเป็นคำสั่งระหว่างพิจารณานั้น ได้แก่คำสั่งอะไรบ้าง?

ตามมาตรา 227 กำหนดว่ามีให้ถือว่าเป็นคำสั่งระหว่างพิจารณาได้แก่คำสั่งในกรณีต่อไปนี้

- 1) คำสั่งของศาลชั้นต้นที่ไม่รับหรือให้คืนคำคู่ความตามมาตรา 18 หรือ
- 2) คำสั่งวินิจฉัยชี้ขาดเบื้องต้นตามมาตรา 24 ซึ่งทำให้คดีเสร็จไปทั้งเรื่อง

การไม่รับหรือให้คืนคำคู่ความตามมาตรา 18

ในข้อยกเว้นข้อแรกที่ว่า “คำสั่งของศาลชั้นต้นที่ไม่รับหรือให้คืนคำคู่ความตามมาตรา 18” หมายความว่าอย่างไร?

ในเรื่องต้นต้องทำความเข้าใจเสียก่อนว่า “คำคู่ความ” หมายถึงอะไร? ขอให้ดูคำนิยามหรือคำวิเคราะห์ศัพท์ตามมาตรา 1(5) คำคู่ความ หมายความว่า “บรรดาคำฟ้อง คำให้การหรือคำร้องทั้งหลายที่ยื่นต่อศาลเพื่อตั้งประเด็นระหว่างคู่ความ” จะเห็นว่ากระบวนการพิจารณาที่คู่ความกระทำต่อศาลในการยื่นเอกสารคำร้องต่าง ๆ นั้น อาจเป็นคำคู่ความหรือไม่ใช่คำคู่ความก็ได้ กรณีที่จะถือว่าเป็นคำคู่ความ นอกจากคำฟ้อง คำให้การแล้ว หากเป็นคำร้องต้องเป็นคำร้องที่ยื่นต่อศาลเพื่อตั้งประเด็นระหว่างคู่ความด้วย ดังนั้น การไม่รับหรือให้คืนคำคู่ความจึงหมายถึงว่า การไม่รับหรือให้คืนคำฟ้อง คำให้การ หรือคำร้องทั้งหลายที่ยื่นต่อศาลเพื่อตั้งประเด็นระหว่างคู่ความ ยกตัวอย่างเพื่อให้ง่ายต่อการทำความเข้าใจ เช่น

โจทก์ฟ้องว่าจำเลยกู้เงินแล้วไม่ชำระ ตามขั้นตอนกระบวนการพิจารณาจำเลยจะต้องยื่นคำให้การภายใน 8 วันนับแต่วันได้รับหมายเรียกและสำเนาฟ้อง (ป.วิ.แพ่ง มาตรา 177 วรรคแรก) สมมติว่าจำเลยไม่ได้ยื่นคำให้การต่อผู้คดีภายในกำหนดของกฎหมาย แต่ได้ยื่นเมื่อเวลาล่วงเลย 8 วันแล้ว ศาลชั้นต้นมีคำสั่งไม่รับคำให้การของจำเลย ดังนี้ จะเห็นว่าคำให้การเป็นคำคู่ความ เพราะเป็นข้อต่อสู้ของจำเลย ทำให้เกิดประเด็นข้อพิพาทในคดี เมื่อศาลชั้นต้นไม่รับคำให้การ จึงมีผลเป็นการไม่รับคำคู่ความ ถ้าเราพิจารณาตามมาตรา 226 แล้วจะเห็นว่าเมื่อศาลมีคำสั่งออกมาเช่นนี้ ไม่ทำให้คดีเสร็จไปจากศาล ๆ ยังจะต้องมีการพิจารณาสืบพยานโจทก์อีกต่อไป จึงเป็นคำสั่งระหว่างพิจารณา แต่โดยเหตุที่มาตรา 227 บัญญัติยกเว้นเอาไว้ว่า ในกรณีอย่างนี้มีให้ถือว่าเป็นคำสั่งระหว่างพิจารณา เพราะฉะนั้น กรณีจึงต้องเป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติ

ตัวอย่างคำคู่ความนอกจากที่กล่าวมานี้ในเรื่องอื่น ๆ ก็มีตัวอย่างมากมาย แต่จะยกมาให้ง่ายต่อการทำความเข้าใจสัก 2-3 ตัวอย่าง เช่น

1. คำสั่งของศาลชั้นต้นที่ไม่อนุญาตให้โจทก์แก้ฟ้อง (ศึกษาคำพิพากษาฎีกาที่ 961/2509 ประกอบ)
2. คำสั่งของศาลชั้นต้นที่ไม่รับฟ้องเพิ่มเติมของโจทก์ (ศึกษาคำสั่งคำร้องที่ 478/2506 ประกอบ)
3. คำสั่งของศาลชั้นต้นที่ยกคำร้องขอเพิ่มเติมคำให้การ เป็นต้น

จากตัวอย่างเหล่านี้จะเห็นว่า เมื่อต้องด้วยกรณีศาลไม่รับคำคู่ความย่อมอุทธรณ์คำสั่งศาลได้ แต่การจะอ้างด้วยมาตรา 227 หรือมาตรา 228(3) มาสนับสนุนคำตอบ ต้องพิจารณาอีกชั้นหนึ่ง รายละเอียดจะได้ศึกษากันต่อไปในหัวข้อยกเว้นให้อุทธรณ์ได้ตามมาตรา 228(3) ในชั้นนี้มุ่งหมายจะให้เห็นตัวอย่างคำคู่ความเท่านั้น

สรุปเบื้องต้น

สรุปในเบื้องต้น คำฟ้อง คำให้การ เป็นคำคู่ความ คำร้องขอแก้ไขเพิ่มเติมฟ้อง คำร้องขอแก้ไขเพิ่มเติมคำให้การก็ดี เป็นคำร้องที่ยื่นต่อศาลเพื่อตั้งประเด็นระหว่างคู่ความ จึงเป็นคำคู่ความ เมื่อศาลสั่งไม่รับหรือให้คืนคำคู่ความ ย่อมอุทธรณ์ได้ ไม่ต้องห้ามแต่ประการใดเลย

อนึ่ง มีบางกรณีที่มีผู้เขียนใคร่จะตั้งข้อสังเกตให้นักศึกษาไว้ในกรณีที่พิจารณาว่าอะไรเป็นคำคู่ความ ซึ่งจะเข้าข้อยกเว้นมาตรานี้ จะต้องดูให้ดี โดยพิจารณาเป็นเรื่อง ๆ ไป อย่าด่วนตัดสินใจว่าถ้ามันเกี่ยวกับคำให้การแล้วจะเป็นคำคู่ความเสมอไป หาเป็นเช่นนั้นไม่

ให้สังเกตตัวอย่างต่อไปนี้ ศาลฎีกาวินิจฉัยว่าไม่ถือว่าเป็นคำคู่ความ

1. คำร้องขอขยายระยะเวลายื่นคำให้การ ที่กฎหมายไม่ให้ถือว่าเป็นคำคู่ความเพราะเหตุว่า ตัวคำร้องนั้นไม่ได้ตั้งประเด็นระหว่างคู่ความ เพราะเวลาศาลมีคำสั่ง ศาลจะสั่งที่ตัวคำร้องนั้นว่าจะอนุญาตหรือไม่อนุญาต ศาลจะยังไม่จะต้องหรือก้าวล่วงไปถึงคำให้การ แม้จะแนบมาด้วยก็ตาม ถ้าศาลเห็นสมควรอนุญาตให้ขยายระยะเวลา เพราะคำร้องนั้นมีเหตุผลสมควร ศาลจึงจะพิจารณาคำให้การต่อไป (ถึงขั้นที่จะรับคำให้การหรือไม่ต่อไป) แต่ถ้าศาลเห็นสมควรไม่อนุญาต ก็จะสั่งในคำร้องนั้นโดยยังไม่ต้องพิจารณาคำให้การ (ว่าจะรับหรือไม่รับ) คำสั่งดังกล่าวจึงไม่ใช่คำสั่งไม่รับคำคู่ความ เป็นต้น (ดูคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 665/2509 ประกอบ) แต่เป็นคำสั่งระหว่างพิจารณา (ดูคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 534/2513)

2. ศาลชั้นต้นมีคำสั่งว่าจำเลยขาดนัดยื่นคำให้การแล้ว จำเลยยื่นคำร้องว่ามีได้จงใจขาดนัด ขอให้ศาลไต่สวนและอนุญาตให้จำเลยยื่นคำให้การ ศาลไต่สวนแล้วสั่งยกคำร้อง เป็นคำสั่งระหว่างพิจารณา

3. คำร้องขออนุญาตอ้างพยานหลักฐานและบัญชีระบุพยาน ไม่ใช่คำคู่ความ ฉะนั้นถ้าศาลมีคำสั่งไม่อนุญาตให้ระบุพยาน จึงเป็นคำสั่งระหว่างพิจารณา (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 357/2508)

ข้อสังเกต

เมื่อเป็นคำสั่งระหว่างพิจารณาแล้ว ต้องย้อนไปใช้หลักมาตรา 226 คือ ถ้าจะอุทธรณ์จะต้องโต้แย้งคำสั่งศาลนั้น แล้วจึงอุทธรณ์ภายหลังเมื่อศาลได้มีคำพิพากษาหรือคำสั่งชี้ขาดคดีสิ้นสุดแล้วภายใน 1 เดือนนับแต่ศาลพิพากษาหรือชี้ขาดคดีสิ้นสุดนั้น

ข้อเสนอแนะ

ผู้เขียนใคร่จะขอเสนอแนะบางประการในการศึกษาเกี่ยวกับมาตรา 227, 228 นักศึกษาควรย้อนไปดูมาตรา 18 วรรคท้าย ซึ่งเกี่ยวเนื่องถึงกันด้วยมาตรา 18 นั้นบัญญัติถึงคำสั่งของศาลที่ไม่รับหรือให้คืนคำคู่ความตามมาตรา 18 ให้อุทธรณ์และฎีกาได้ตามมาตรา 227, 228 และมาตรา 247

มีปัญหามาพิจารณาว่า ตามมาตรา 18 เป็นเรื่องคำสั่งศาลที่ไม่รับหรือให้คืนคำคู่ความ จึงให้อุทธรณ์ได้ ดังนั้น ถ้าแปลกลับว่าถ้าศาลมีคำสั่งรับแล้ว จะอุทธรณ์ไม่ได้หรืออย่างไร?

โดยปกติทั่ว ๆ ไปเป็นที่เข้าใจกันว่า เมื่อศาลชั้นต้นรับฟ้องคู่ความอีกฝ่ายจะอุทธรณ์หรือฎีกาขอให้ศาลอุทธรณ์หรือศาลฎีกามีคำสั่งไม่ให้ศาลชั้นต้นรับฟ้องนั้นย่อมทำไม่ได้ เพราะเหตุว่าอย่างน้อยก็ควรจะได้มีการพิสูจน์ความจริงจากพยานหลักฐานต่าง ๆ ว่าเป็นไปตามที่โจทก์กล่าวหาหรือฟ้องร้องเพียงใด ถ้าพิสูจน์แล้วไม่เป็นความผิดหรือไม่มีมูลความจริงตามที่โจทก์กล่าวหาฟ้องร้อง ศาลชั้นต้นก็มีอำนาจที่จะพิพากษายกฟ้องเสียได้ ถ้าพิจารณาในด้านคำสั่งระหว่างพิจารณา เมื่อศาลชั้นต้นสั่งรับฟ้องก็ต้องดำเนินการพิจารณาคดีต่อไป จึงเป็นคำสั่งระหว่างพิจารณาของศาลชั้นต้น จะอุทธรณ์ฎีกาทันทีไม่ได้ ต้องคัดค้านไว้ก่อน แล้วอุทธรณ์ในกำหนด 1 เดือนนับจากมีคำพิพากษาหรือคำสั่งชี้ขาดคดี แต่อย่างไรก็ตาม เคยปรากฏแนวคำพิพากษาฎีกาวินิจฉัยทำนองว่าอุทธรณ์ฎีกาได้ เช่น

คำสั่งคำร้องของศาลฎีกาที่ 589/2514

ศาลชั้นต้นสั่งไม่รับฟ้องของโจทก์เฉพาะจำเลยบางคน (จำเลยที่ 18) จึงเป็นคำสั่งที่ไม่รับคำคู่ความ ป.วิ.แพ่ง ให้อุทธรณ์และฎีกาได้ เมื่อศาลอุทธรณ์พิพากษาให้ยกคำสั่งศาลชั้นต้นจำเลยที่ 18 จึงย่อมมีสิทธิที่จะฎีกาได้ ตาม ป.วิ.แพ่ง มาตรา 247 ให้ศาลชั้นต้นรับฎีกาจำเลยดำเนินการต่อไป

คำพิพากษาฎีกาที่ 478/2516

ศาลชั้นต้นสั่งไม่รับฟ้องเพิ่มเติมของโจทก์ จึงเป็นคำสั่งไม่รับคำคู่ความตาม ป.วิ.แพ่ง มาตรา 18 ให้อุทธรณ์และฎีกาได้ เมื่อศาลอุทธรณ์พิพากษาให้ยกคำสั่งศาลชั้นต้น กรณีจึงต้องด้วยมาตรา 247 ที่ว่า ในกรณีที่ศาลอุทธรณ์ได้พิพากษาหรือมีคำสั่งในชั้นอุทธรณ์แล้ว ให้ยื่นฎีกาได้ ฯลฯ จำเลยจึงฎีกาได้

นอกจากนี้ยังมีแนวคำพิพากษาฎีกาอื่น ๆ ที่ไขปัญหาที่ว่าศาลชั้นต้นรับฟ้องแล้ว คู่ความอีกฝ่ายจะอุทธรณ์ฎีกาได้หรือไม่

คำพิพากษาฎีกาที่ 857/2518

โจทก์ฟ้องเรียกเงินตามตั๋วแลกเงิน จำเลยให้การว่าโจทก์ผิดสัญญาอันเป็นมูลที่จำเลยรับรองตั๋วแลกเงิน จำเลยจึงงดจ่ายเงิน จำเลยฟ้องแย้งเรียกค่าเสียหายที่โจทก์ผิดสัญญานั้นด้วย ดังนี้เป็นเรื่องเกี่ยวกับฟ้องเดิม จำเลยฟ้องแย้งได้ ศาลชั้นต้นรับคำให้การ แต่ไม่รับฟ้องแย้ง จำเลยอุทธรณ์คำสั่งได้ เมื่อศาลอุทธรณ์พิพากษาให้รับฟ้องแย้ง โจทก์ฎีกาได้

โดยสรุป ผลจากแนวคำพิพากษาฎีกาข้างต้นจะได้หลักว่า เมื่อยื่นฟ้องศาลชั้นต้นสั่งไม่รับฟ้อง (คำคู่ความ) หรือคืนคำฟ้องให้ไปทำมาใหม่นั้น มาตรา 18 บัญญัติให้อุทธรณ์ฎีกาได้ แต่ถ้าศาลอุทธรณ์สั่งให้รับ คู่ความอีกฝ่ายสามารถฎีกาได้

แต่จากแนวคำสั่งคำร้องที่ 589/2514 กิติ คำพิพากษาฎีกาที่ 478/2516, 857/2518 กิติ มีข้อสังเกตว่า เหตุผลที่ศาลฎีกาเห็นว่าจำเลยมีสิทธิฎีกาได้ เพราะกรณีดังกล่าวเป็นคำสั่งไม่รับคำคู่ความตามมาตรา 18 ประกอบกับมาตรา 247 จากแนวคำพิพากษาเหล่านี้ ถ้าเราหวนมาพิจารณามาตรา 18 โดยหลักมาตรา 18 เป็นเรื่องศาลไม่รับหรือให้คืนคำคู่ความ ให้อุทธรณ์ฎีกาได้ แต่ปรากฏว่าคดีเหล่านี้ เมื่อศาลอุทธรณ์พิพากษาให้ยกคำสั่งไม่รับฟ้องของศาลชั้นต้น ถ้าจะแปลว่าการให้ยกคำสั่งไม่รับฟ้องเช่นนี้เท่ากับศาลอุทธรณ์สั่งรับฟ้องแล้ว ถ้าแปลไปได้ ทำให้เข้าใจกันว่า น่าจะฎีกาไม่ได้ เพราะจะฎีกาได้ตามมาตรา 18 กำหนดให้เป็นเรื่องไม่รับคำคู่ความ เพราะฉะนั้น ถ้าสั่งรับเสียแล้วย่อมใช้มาตรา 18 ไม่ได้ แต่เหตุผลที่ศาลฎีกายกขึ้นตัดสินว่าที่ฎีกาได้เพราะเป็นเรื่องไม่รับคำคู่ความตามมาตรา 18 จึงเป็นเหตุผลที่ควรสังเกตไว้ในการศึกษา

แต่อย่างไรก็ดี ถ้ามาพิจารณากันในด้านคำสั่งของศาลอุทธรณ์ที่ให้ศาลชั้นต้นรับฟ้องของโจทก์ไว้ นั้น เป็นคำสั่งระหว่างพิจารณาของศาลอุทธรณ์หรือไม่ เพราะถ้าไม่เป็นคำสั่งระหว่างพิจารณาย่อมฎีกาได้ ในเรื่องนี้ผู้เขียนเห็นว่า เมื่อศาลอุทธรณ์มีคำสั่งไปแล้ว ศาลอุทธรณ์ก็ไม่ต้องพิจารณาคดีนั้นอีก เพราะคดีเสร็จสิ้นไปจากศาลอุทธรณ์แล้ว จึงไม่ใช่คำสั่งระหว่างพิจารณาของศาลอุทธรณ์ ดังนั้นย่อมฎีกาได้

การที่ผู้เขียนยกเอาเรื่องนี้มาตั้งเป็นข้อสังเกตนั้น ก็เพื่อจะให้ให้นักศึกษาเปรียบเทียบดูว่า เหตุผลที่ศาลฎีกาให้ฎีกาได้ เพราะเป็นคำสั่งไม่รับคำคู่ความตามมาตรา 18 ประกอบมาตรา 247 ถ้าเราจะอ้างว่าจำเลยฎีกาได้ด้วยเหตุผลว่า เพราะไม่ใช่คำสั่งระหว่างพิจารณาของศาลอุทธรณ์ จึงไม่ต้องห้ามฎีกา เหตุผลเช่นนี้จะมีน้ำหนักน่ารับฟังได้หรือไม่เพียงใด หรือกล่าวสรุปง่าย ๆ ว่าเหตุผลนี้จะนำมาอ้างได้หรือไม่นั่นเอง จึงเป็นปัญหาที่ควรให้ความสนใจเพื่อศึกษากันต่อไป แม้ผลในทางคดีจะเหมือนกันคือฎีกาได้ แต่เหตุผลที่นำมาสนับสนุนนั้นต่างกัน ถ้าเป็นนักศึกษา

จะตอบด้วยเหตุผลอย่างไร ด้วยความเคารพในคำพิพากษาศาลฎีกาเป็นอย่างสูง ที่ผู้เขียนยกเหตุผลนี้มาตั้งเป็นข้อสังเกต นอกเหนือจากเหตุผลดังกล่าวข้างต้นแล้ว ผู้เขียนยังมีความมุ่งหมายใคร่จะให้ นักศึกษาฝึกหัดเหตุผลมาประกอบคำตอบข้อสอบไล่กระบวนการวิชานี้ จุดใหญ่ที่จะทำให้ผู้ตอบได้คะแนนสูงอยู่ที่หลักกฎหมายและเหตุผลที่นำมาสนับสนุนการวินิจฉัยปัญหาข้อสอบการตอบถูกในผล (หรือที่เรียกว่าถูกตรงคำตอบเพียงอย่างเดียว) แต่เหตุผลนั้นไม่ถูกต้อง คะแนนที่จะได้ก็ลดน้อยลงตามส่วน ด้วยเหตุที่มีนักศึกษาจำนวนมากที่ไม่มีโอกาสมาฟังคำบรรยายในชั้นเรียนได้ ยังเข้าใจว่าตอบกฎหมายถูกตรงแล้วจะต้องสอบได้ ซึ่งเป็นการเข้าใจที่คลาดเคลื่อนไม่ถูกต้อง

แต่อย่างไรก็ดี ปัญหาที่เคยมีการทดสอบ คือออกเป็นข้อสอบไล่มาแล้ว แต่ไม่ใช่ที่มหาวิทยาลัยแห่งนี้ ปัญหานี้ได้เป็นคำถามสอบไล่ของสำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภาสมัย 28 ตอนหนึ่งว่า “โจทก์ยื่นคำฟ้อง ศาลชั้นต้นตรวจฟ้องแล้วสั่งไม่รับฟ้อง โจทก์อุทธรณ์ ศาลอุทธรณ์สั่งให้รับฟ้องของโจทก์ไว้พิจารณาต่อไป จำเลยจะฎีกากัดค้านคำสั่งศาลอุทธรณ์ได้หรือไม่”

ฯลฯ

แนวคำตอบซึ่งได้มีการเฉลยไว้ดังนี้

คำสั่งของศาลอุทธรณ์นั้น ถ้าไม่มีบทบัญญัติใดว่าให้เป็นที่สุดหรือไม่ต้องห้ามฎีกาแล้ว คู่ความย่อมฎีกาได้เสมอ

ความปัญหา การที่ศาลชั้นต้นสั่งไม่รับฟ้องของโจทก์และโจทก์อุทธรณ์คำสั่งศาลชั้นต้นที่ไม่รับฟ้องนั้น เมื่อศาลอุทธรณ์สั่งให้รับฟ้องคดีนั้นก็เสร็จสิ้นไปจากศาลอุทธรณ์แล้ว ฉะนั้นแม้ศาลอุทธรณ์จะสั่งให้รับฟ้องไว้ ก็ไม่เป็นคำสั่งระหว่างพิจารณาของศาลอุทธรณ์ จำเลยจึงมีสิทธิฎีกาได้

มีข้อนำคิดต่อไปว่าถ้าโจทก์ยื่นคำฟ้องโดยเข้าใจว่าเป็นคดีไม่มีทุนทรัพย์ เช่น คดีร้องขอให้เพิกถอนคำสั่งประเมินภาษีอากร ศาลชั้นต้นเห็นว่าเป็นคดีมีทุนทรัพย์ต้องเสียค่าขึ้นศาลตามกฎหมายอย่างคดีมีทุนทรัพย์จะเสียอย่างคดีไม่มีทุนทรัพย์ไม่ได้ ศาลชั้นต้นจึงมีคำสั่งว่าถ้าโจทก์ประสงค์จะดำเนินคดีต่อไปให้เสียค่าขึ้นศาล โดยคิดคำนวณจากทุนทรัพย์ภายใน 15 วัน มิฉะนั้นจะไม่รับฟ้องตามมาตรา 18 (มาตรา 18 ศาลจะสั่งไม่รับทันทียังไม่ได้ จะต้องสั่งให้แก้ไขให้ถูกต้องเสียก่อน ถ้าไม่ปฏิบัติตามจึงไม่รับฟ้อง) ดังนั้น ถ้าโจทก์ไม่ปฏิบัติตามศาลย่อมไม่รับฟ้องได้ตามมาตรา 18 และโจทก์ย่อมอุทธรณ์ได้ตามมาตรา 18 วรรคท้าย ประกอบมาตรา 227

แต่ถ้าสมมติว่าพอสาลสั่งให้โจทก์ปฏิบัติ โจทก์ไม่รอให้ถึง 15 วัน แต่โจทก์ได้อุทธรณ์ทันที ดังนี้ มีปัญหาว่าโจทก์จะอุทธรณ์ทันทีได้หรือไม่?

หลักในการพิจารณาต้องดูว่า ศาลสั่งไม่รับคำคู่ความ (คำฟ้อง) หรือยัง จะเห็นว่าข้อเท็จจริงในเรื่องนี้ศาลเพียงแต่สั่งให้โจทก์นำคำขึ้นศาลมาเสียให้ครบเท่านั้น ศาลยังไม่ได้สั่งไม่รับฟ้องแต่ประการใด เพราะฉะนั้น คำสั่งเช่นนี้จึงเป็นคำสั่งระหว่างพิจารณา จะถือว่าเป็นคำสั่งไม่รับคำคู่ความตามมาตรา 18 ไม่ได้ ทั้งกรณีไม่ต้องด้วยมาตรา 227, 228 จะอุทธรณ์คำสั่งระหว่างพิจารณาทันทีไม่ได้ ต้องห้ามตามมาตรา 226(1) (ดูคำพิพากษาฎีกาที่ 421/2518 ประกอบ)

ทางแก้ของโจทก์

ถ้าโจทก์ประสงค์จะอุทธรณ์คำสั่งศาลชั้นต้น เช่นนี้ โจทก์จะมีทางแก้ประการใด?

ทางแก้ที่โจทก์จะอุทธรณ์ได้ ก็โดยรอให้ครบ 15 วัน เมื่อศาลชั้นต้นเห็นว่าโจทก์ไม่ปฏิบัติตามคำสั่งที่ให้เสียคำขึ้นศาล ศาลก็จะมีคำสั่งไม่รับฟ้องของโจทก์ การไม่รับคำฟ้องย่อมถือได้ว่าเป็นการไม่รับคำคู่ความตามมาตรา 18 ย่อมอุทธรณ์ได้ ตามมาตรา 227

การร้องสอด

มีปัญหาที่น่าสนใจอีกกรณีหนึ่ง คือ ในเรื่องการร้องสอดตามมาตรา 57 จะอุทธรณ์ฎีกาได้หรือไม่ เพียงใด?

ในเรื่องการร้องสอด ตามมาตรา 57 มีบัญญัติไว้ถึง 3 กรณี คือ

1. ร้องสอดเข้ามาโดยสมัครใจเอง เพื่อให้ได้รับความรับรองคุ้มครอง หรือบังคับตามสิทธิของตน (ดูมาตรา 57(1))

การร้องสอดดังกล่าวข้างต้นนี้เป็นการร้องสอดเข้ามาเป็นคู่ความฝ่ายที่ 3 ด้วยความสมัครใจ ปกติผู้ร้องสอดย่อมตั้งข้อพิพาทเข้ามาโต้แย้งกับโจทก์หรือจำเลยเดิมทั้งหมด เช่น โจทก์ฟ้องขับไล่จำเลยโดยอ้างที่ดินเป็นของโจทก์ จำเลยต่อสู้ว่าที่ดินเป็นกรรมสิทธิ์ของจำเลย ผู้ร้องสอดซึ่งเป็นเจ้าของที่แท้จริงก็ย่อมร้องสอดเข้ามาเป็นคู่ความฝ่ายที่สาม ว่าที่ดินนั้นเป็นของผู้ร้องสอดมิใช่ของโจทก์ และจำเลยเดิมได้ กรณีเช่นนี้ย่อมถือว่าผู้ร้องสอดเป็นโจทก์ เพราะคำร้องสอดตามมาตรา 57(1) นี้เป็นคำฟ้องอย่างหนึ่ง ตามความหมายในวิเคราะห์ศัพท์มาตรา 1(3) จึงมีผลให้โจทก์และจำเลยเดิมตกเป็นจำเลยของผู้ร้องสอดไป

แต่ก็มีบางกรณีที่ผู้ร้องสอดเข้าเป็นคู่ความฝ่ายที่สามนี้ ดังข้อพิพาทเข้ามาโต้แย้งกับ โจทก์หรือจำเลยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งโดยไม่ได้ตั้งข้อพิพาทกับอีกฝ่ายหนึ่งก็ได้ เช่น ดังข้อพิพาทเอา กับโจทก์ฝ่ายเดียว แต่ไม่ได้เข้าเป็นจำเลยร่วมตามมาตรา 57(2) เป็นต้น

คำพิพากษาฎีกาที่ 1537/2514

บริษัทมีมติให้ ก. เป็นกรรมการบริษัท แต่มีผู้ถือหุ้นคนหนึ่งเห็นว่ามตินั้นผิดกฎหมาย จึงฟ้องบริษัทเป็นจำเลยขอให้เพิกถอนมตินั้นเสีย บริษัทจำเลยขาดยื่นคำให้การ ดังนั้น หาก นาย ก. จะร้องสอดเข้ามาเป็นจำเลยร่วมกับบริษัท ก็จะใช้สิทธิอย่างอื่นนอกจากสิทธิที่จำเลย เดิมมีอยู่ไม่ได้ตามมาตรา 58 ซึ่งก็จะทำให้นาย ก. ขาดยื่นคำให้การไปด้วย ดังนั้น เมื่อนาย ก. ต้องการจะให้มติบริษัทที่ตั้งตนเป็นผู้จัดการนั้นไม่ต้องถูกเพิกถอน ก็ชอบที่จะร้องสอดเข้า เป็นคู่ความฝ่ายที่สามโดยตั้งข้อพิพาทกับโจทก์ฝ่ายเดียวตามมาตรา 57(1) ได้

อุทธรณ์ฎีกาได้หรือไม่

ในแง่การพิจารณาว่าจะอุทธรณ์ฎีกาได้หรือไม่นั้น เมื่อถือได้ว่าคำร้องสอดตามมาตรา 57(1) นี้เป็นคำคู่ความ ถ้าศาลชั้นต้นมีคำสั่งไม่รับหรือคืนคำคู่ความนี้ ผู้ร้องสอดก็ย่อมอุทธรณ์ ฎีกาได้ตามมาตรา 18 ประกอบมาตรา 227, 228 ถ้าศาลชั้นต้นอนุญาตให้ร้องสอดก็จะต้อง ดำเนินคดีต่อไป เป็นคำสั่งระหว่างพิจารณาต้องห้ามตามมาตรา 226(1) ดังนี้ เป็นต้น

2. คำร้องสอดเข้าเป็นโจทก์ร่วมหรือจำเลยร่วมหรือแทนที่คู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งด้วย ความสมัครใจ (ดูมาตรา 57(2))

การร้องสอดเข้ามาตามมาตรา 57(2) นี้ เป็นการร้องสอดเข้ามาโดยสมัครใจ เพราะเป็น ผู้มีส่วนได้เสียในผลแห่งคดีนั้น ซึ่งหมายความว่าบุคคลใดก็ตามถ้าหากปล่อยให้คดีนั้นดำเนิน ไปจนถึงที่สุดแล้ว หากคู่ความฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดเพื่อย่อมกระทบกระเทือนถึงสิทธิของบุคคลผู้นั้น โดยผลของกฎหมาย เช่น คำซื้อที่ดินจากแดง ต่อมาเมื่อบุคคลภายนอกฟ้องร้องคำให้ออกจาก ที่ดินนั้นโดยอ้างว่าที่ดินเป็นกรรมสิทธิ์ของเขา ดังนั้น ถือได้ว่าคำอุทธรณ์สิทธิ หากปล่อยให้ คดีดำเนินไปโดยลำพังแล้ว ถ้าคำแพ้ต้องเสียหายอย่างไรไป ย่อมได้ชื่อว่าคำผู้ซื้อที่ดินอุทธรณ์ สิทธิ ซึ่งตามกฎหมายผู้ขายจะต้องรับผิดชอบผู้ซื้อ ในกรณีเช่นนี้ ในคดีนี้จึงเรียกว่า แแดง ผู้ขาย เป็นบุคคลภายนอกที่มีส่วนได้เสียตามกฎหมายในผลแห่งคดีนั้น จึงมีสิทธิที่จะร้องสอดเข้าเป็น โจทก์ร่วมหรือจำเลยร่วม หรือแทนที่คู่ความฝ่ายใดตามมาตรา 57(2) ได้

คำร้องสอดที่ขอเข้าเป็นโจทก์ร่วมหรือแทนที่โจทก์โดยที่ผู้ร้องสอดขอถือเอาคำฟ้องของโจทก์เดิมเป็นคำฟ้องของตน ถือได้ว่าคำร้องสอดเช่นนี้เป็นคำฟ้อง ส่วนคำร้องสอดที่ขอเข้าเป็นจำเลยร่วมหรือเข้าแทนที่จำเลย โดยที่ผู้ร้องสอดขอถือเอาคำให้การของจำเลยเดิมเป็นคำให้การของตน ถือได้ว่าคำร้องสอดเช่นนี้เป็นคำให้การ ซึ่งทั้งคำฟ้องและคำให้การต่างก็เป็นคำคู่ความทั้งสิ้น ดังนั้น คำร้องสอดตามมาตรา 57(2) เป็นคำคู่ความ ถ้าศาลสั่งไม่อนุญาตให้ร้องสอด จึงเท่ากับสั่งไม่รับคำคู่ความ ผู้ร้องจึงอุทธรณ์ฎีกาต่อไปได้ทันที ตาม ป.ว.พ. มาตรา 227, 228 แล้วแต่กรณี (ดูคำพิพากษาฎีกาที่ 1226/2510 ประชุมใหญ่ซึ่งได้นำมาเป็นตัวอย่างในหัวข้อ 3 (ก) จะทำให้เข้าใจง่ายขึ้น)

3. การร้องสอดเพราะถูกศาลหมายเรียกให้เข้ามาในคดี (ดูมาตรา 57(3))

อนุมาตรานี้เป็นกรณีบุคคลภายนอกไม่สมัครใจร้องสอดเข้ามาในคดีเอง หากแต่ศาลหมายเรียกให้บุคคลภายนอกนั้นเข้ามาในคดี ซึ่งเมื่อศาลมีหมายเรียกผู้ใดให้เข้ามาในคดีตามมาตรา 57(3) นี้แล้ว ถือว่าผู้นั้นเป็นคู่ความในคดีนั้นด้วย ดังนั้น จึงอาจถูกผูกพันตามคำพิพากษาคดีนั้นได้

เหตุที่ศาลจะมีหมายเรียกให้บุคคลภายนอกเข้ามาในคดีนั้นมีอยู่ 3 กรณี คือ

ก) เมื่อคู่ความเดิมฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีคำร้องแสดงเหตุผลว่าตนอาจถูกฟ้องหรือถูกบุคคลภายนอกนั้นฟ้องตนได้ เพื่อการใช้สิทธิไล่เบียดหรือใช้ค่าทดแทน ถ้าศาลพิจารณาให้ตนแพ้คดี เช่น ลูกหนี้ร่วมหรือผู้ค้ำประกันถูกฟ้อง ผู้นั้นชอบที่จะร้องขอให้ศาลหมายเรียกลูกหนี้ร่วมคนอื่น หรือลูกหนี้ชั้นต้นเข้ามาในคดี เพื่อพิจารณาให้เสร็จสิ้นไปเสียทีเดียวได้ ทั้งนี้เพราะเมื่อลูกหนี้ร่วมหรือผู้ค้ำประกันแพ้คดีต้องชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ไปแล้ว เขาอาจฟ้องลูกหนี้ร่วมคนอื่นหรือลูกหนี้ชั้นต้นเพื่อการไล่เบียดได้

ข) เมื่อคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีคำร้องขอในกรณีที่กฎหมายบัญญัติให้เรียกบุคคลภายนอกเข้ามาในคดี ที่จริงตามตัวบทกฎหมายบัญญัติถึงเหตุที่ศาลจะออกหมายเรียกบุคคลเข้ามาในคดีไว้ว่า “...เมื่อคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีคำขอในกรณีที่กฎหมายบังคับให้บุคคลภายนอกเข้ามาในคดี...” ในเรื่องนี้นักกฎหมายบางท่านให้ความเห็นว่าน่าจะเป็นความเพอเรอของผู้ร่างกฎหมาย เพราะเหตุว่าไม่ปรากฏว่ามีกฎหมายใดบังคับให้บุคคลภายนอกเข้ามาในคดีเลย ที่ปรากฏตาม ป.ว.พ. มาตรา 477, 519, 887 และ 1737 นั้น ก็เป็นเรื่องที่กฎหมายบัญญัติให้คู่ความเดิมร้องขอให้ศาลหมายเรียกบุคคลภายนอกเข้าไปในคดี ไม่ใช่บังคับให้บุคคลภายนอก

ให้เข้าไปในคดี ท่านเห็นว่าบทบัญญัตินี้ควรจะเป็นว่า “เมื่อคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีคำขอในกรณีที่ถูกกฎหมายบังคับให้เรียกบุคคลภายนอกเข้ามาในคดี”⁽¹⁾ ตัวอย่างเช่น ผู้เช่าทรัพย์สินจากเจ้าของมาแล้วปรากฏว่ามีบุคคลอื่นครอบครองทรัพย์สินนั้นอยู่ก่อนแล้วเช่นนี้ ผู้เช่าจะฟ้องขับไล่ผู้ครอบครองทรัพย์สินนั้นอยู่ก่อนโดยลำพังไม่ได้ แต่ถ้าฟ้องและร้องขอให้ศาลหมายเรียกเจ้าของทรัพย์สินที่เช่านั้นเข้ามาเป็นโจทก์ร่วมด้วยเช่นนี้จึงจะฟ้องได้ (ดูคำพิพากษาฎีกาที่ 1053/2509)

ค) เมื่อศาลเห็นสมควรหรือเห็นจำเป็นที่จะเรียกบุคคลภายนอกเข้ามาในคดีเองเพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรม

ข้อนี้เป็นกรณีที่กฎหมายไม่ได้บังคับให้เรียกเข้าไปในคดี แต่เป็นดุลพินิจของศาลที่จะพิจารณาว่าสมควรจะเรียกเข้ามาในคดีเพียงใดหรือไม่ เพื่อประโยชน์แห่งความเป็นธรรม เช่น ชั้นแรกโจทก์ยื่นคำร้องขอให้เรียกผู้ให้เช่าเข้ามาเป็นโจทก์ร่วม โดยไม่ได้อ้างเหตุผลความจำเป็นอย่างหนึ่งอย่างใดขึ้นมา ศาลชั้นต้นจึงสั่งยกคำร้องของโจทก์ ต่อมาโจทก์ได้ยื่นคำร้องอ้างเหตุว่าโจทก์ได้ทำสัญญาเช่าห้องรายพิพาทมาจากผู้ให้เช่า แต่โจทก์เข้าครอบครองห้องพิพาทไม่ได้ เพราะจำเลยไม่ยอมออกไป ทำให้โจทก์ได้รับความเสียหาย หากโจทก์ไม่เรียกเจ้าของห้องผู้ให้เช่าเข้ามาเป็นโจทก์ร่วมด้วย และโจทก์แพ้คดี โจทก์จะไม่อาจเรียกค่าทดแทนหรือค่าเสียหายจากใครได้ ดังนี้ ศาลชั้นต้นย่อมมีอำนาจสั่งใหม่และสั่งอนุญาตให้หมายเรียกเจ้าของผู้ให้เช่าเข้ามาเป็นโจทก์ร่วมได้ (คำพิพากษาฎีกาที่ 1053/2509)

สำหรับปัญหาว่าถ้าศาลมีคำสั่งไม่อนุญาตหรืออนุญาต กรณีคู่ความขอให้ศาลมีคำสั่งเรียกบุคคลภายนอกเข้ามาในคดีตามมาตรา 57(3) จะเป็นคำสั่งไม่รับคำคู่ความตามมาตรา 18 หรือเป็นคำสั่งระหว่างพิจารณานั้น มีหลักในการพิจารณาตามคำพิพากษาฎีกาที่ 1226/2510 ซึ่งวินิจฉัยโดยที่ประชุมใหญ่ดังนี้คือ กรณีบุคคลภายนอกมีคำขอเข้ามาเป็นคู่ความในคดี เพื่อเป็นคู่ความร่วมกับฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหรือไม่ร่วมกับคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง บุคคลภายนอกนั้นจะต้องแสดงเหตุที่จะขอเข้ามาเป็นคู่ความในคดี โดยขอถือเอาคำฟ้องหรือคำให้การในคดีเดิมเป็นคำฟ้องหรือคำให้การของตนด้วย หรือแนบคำให้การของตนเข้ามาพร้อมกับคำขอ นั้นด้วย กรณีเช่นนี้ถือว่าคำขอดังกล่าวเป็นคำคู่ความ ถ้าศาลมีคำสั่งไม่ให้ฝ่ายนั้นเข้ามาในคดี ก็ย่อมมีผลเป็นการไม่รับคำคู่ความ ซึ่งย่อมอุทธรณ์ได้ทันที

(1) ศาสตราจารย์ธานินทร์ กรัยวิเชียร, คำอธิบาย ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง พิมพ์ที่มหาวิทยาลัยรามคำแหง พ.ศ. 2519 หน้า 569-570

ส่วนกรณีศาลมีคำสั่งตามคำขอของคู่ความฝ่ายใดให้เรียกบุคคลภายนอกเข้ามาในคดีนั้น ศาลจะมีคำสั่งอนุญาตหรือไม่ก็ตาม เป็นคำสั่งระหว่างพิจารณา เพราะคำขอเช่นนั้นไม่อาจมีคำคู่ความเช่นคำฟ้องหรือคำให้การแนบมาด้วย จึงมิใช่คำคู่ความตามความหมายของมาตรานี้

คำพิพากษาฎีกาที่ 2631/2518

จำเลยที่ 1 ขอให้เรียกจำเลยที่ 2 เป็นจำเลยร่วมศาลไม่อนุญาต มิใช่คำสั่งไม่รับคำคู่ความ แต่เป็นคำสั่งระหว่างพิจารณา

ข้อเท็จจริงในคดีโดยย่อ

จำเลยที่ 1 ทำสัญญาค้ำประกันการที่ ก. (กุหลาบ) เข้าเป็นลูกจ้างโจทก์ (การไฟฟ้าส่วนภูมิภาค) ก. ถูกศาลพิพากษาลงโทษฐานขโมยสายไฟฟ้าของโจทก์ กับให้ใช้ราคาทรัพย์ 205,764 บาท ศาลชั้นต้นและศาลอุทธรณ์พิพากษาให้จำเลยใช้เงินจำนวนนี้แก่โจทก์กับดอกเบี้ย จำเลยฎีกา

ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า ที่จำเลยที่ 1 ฎีกาว่า คำร้องของจำเลยที่ 1 ที่ขอให้เรียกจำเลยที่ 2 เป็นจำเลยร่วมเป็นคู่ความ การที่ศาลชั้นต้นได้มีคำสั่งให้ยกคำร้องดังกล่าว จำเลยที่ 1 ย่อมอุทธรณ์คำสั่งได้ ศาลฎีกาเห็นว่า คำคู่ความนั้น ตาม ป.วิ.แพ่ง มาตรา 1(5) ได้วิเคราะห์ศัพท์ไว้ว่า หมายถึง คำฟ้อง คำให้การ หรือคำร้อง เพื่อตั้งประเด็นระหว่างคู่ความ คำร้องที่ขอให้เรียกบุคคลภายนอกเข้ามาเป็นจำเลยร่วมนั้นมิได้เป็นคำฟ้อง คำให้การ หรือได้ตั้งประเด็นกับคู่ความในคดีตามนัยแห่งบทกฎหมายดังกล่าว คำร้องของจำเลยที่ 1 ดังกล่าวจึงมิใช่เป็นคำคู่ความ ฉะนั้น คำสั่งที่ศาลชั้นต้นสั่งยกคำร้องของจำเลยที่ 1 ดังกล่าวจึงมิใช่คำสั่งไม่รับคำคู่ความ แต่เป็นคำสั่งระหว่างพิจารณา (ตามนัยคำพิพากษาฎีกาที่ 1209/2511)

คำสั่งคำร้องของศาลฎีกาที่ 258/2528

คำขอของคู่ความที่ให้เรียกบุคคลภายนอกเข้ามาในคดี มิใช่คำคู่ความที่ศาลชั้นต้นและศาลอุทธรณ์ไม่อนุญาตให้เรียกบุคคลภายนอกเข้ามาในคดีตามคำร้องของคู่ความเป็นคำสั่งระหว่างพิจารณา

สรุป

ในเรื่องร้องสอด

1. ถ้ำร้องสอดตามมาตรา 57(1), (2) ศาลอนุญาตเป็นคำสั่งระหว่างพิจารณา ถ้าไม่อนุญาตเป็นคำสั่งไม่รับคำคู่ความตามมาตรา 18 อุทธรณ์ได้ตามมาตรา 227, 228

2. ถ้าขอศาลหมายเรียกบุคคลภายนอกเข้ามาในคดีตามมาตรา 57(3) ศาลจะอนุญาตหรือไม่ก็ตาม เป็นคำสั่งระหว่างพิจารณา

การใช้ถ้อยคำตลาดเคลื่อน

ปัญหาต่อไปว่า คำสั่งของศาลชั้นต้นที่ไม่รับคำคู่ความตามมาตรา 18 อันจะเป็นเหตุให้มีสิทธิอุทธรณ์ทันทีได้ตามมาตรา 227, 228 นั้น จำเป็นหรือไม่ว่าจะต้องสั่งใช้ถ้อยคำว่าไม่รับฟ้องโดยชัดแจ้งเสมอไป ถ้าใช้ถ้อยคำต่างไปจากตัวบทจะใช้ได้หรือไม่?

โดยทั่วไปต้องถือว่า ถ้าศาลชั้นต้นไม่รับฟ้องก็ควรใช้ถ้อยคำที่กฎหมายบัญญัติไว้ให้ชัดแจ้ง แต่อย่างไรก็ตาม ศาลสูงก็มีได้ครัดเคร่งในการใช้ถ้อยคำเสมอไป คำสั่งไม่รับคำคู่ความของศาลชั้นต้น แม้ศาลชั้นต้นจะใช้ถ้อยคำตลาดเคลื่อนไปจากความในกฎหมาย แต่ผลก็เท่ากับไม่รับคำคู่ความแล้ว คู่ความย่อมมีสิทธิอุทธรณ์คำสั่งนั้นได้ ดังตัวอย่าง เช่น

คำพิพากษาฎีกาที่ 1191/2492

จำเลยยื่นคำให้การเมื่อศาลสั่งว่าจำเลยขาดยื่นคำให้การแล้ว ก็เท่ากับสั่งไม่รับคำให้การของจำเลยตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 18 วรรคสาม จำเลยย่อมมีสิทธิอุทธรณ์ฎีกาได้ตามมาตรา 228(3)

คำพิพากษาฎีกาที่ 2136/2518

ผู้ร้องยื่นคำร้องขอให้ปล่อยทรัพย์สินที่ยึดพร้อมกับยื่นคำร้องขอดำเนินคดีอย่างคนอนาถา ศาลชั้นต้นมีคำสั่งว่า คำร้องขอของผู้ร้องเป็นการขัดทรัพย์ซ้อน ต้องห้ามตาม ป.วิ.แพ่ง มาตรา 173 (1) วรรคสอง คำร้องของผู้ร้องจึงไม่มีมูลจะร้องขอ ถ้าผู้ร้องประสงค์จะดำเนินคดีเกี่ยวกับคำร้องดังกล่าวต่อไป ก็ให้นำเงินค่าธรรมเนียมศาลมาชำระภายในกำหนด 15 วัน ถ้าไม่ชำระภายในกำหนดให้ถือว่า ทิ้งคำร้อง ผู้ร้องมิได้นำค่าขึ้นศาลมาชำระภายในเวลาที่ศาลชั้นต้นกำหนด คำสั่งของศาลชั้นต้นที่ว่าให้ถือว่าทิ้งคำร้องนั้นมีผลแล้ว แม้ศาลชั้นต้นจะใช้คำว่าทิ้งคำร้องเป็นการตลาดเคลื่อน ผลก็เท่ากับศาลชั้นต้นสั่งไม่รับคำร้องนั่นเอง ผู้ร้องมีสิทธิอุทธรณ์คำสั่งนั้นได้ตาม ป.วิ.แพ่ง มาตรา 18 วรรคท้าย ฯลฯ

ข้อควรระวัง

แต่อย่างไรก็ตาม ให้ระมัดระวังอย่านำไปปะปนกับกรณีศาลชั้นต้นยังไม่ได้มีคำสั่งไม่รับฟ้อง เช่น โจทก์ฟ้องคดีและเสียค่าธรรมเนียมอย่างคดีไม่มีทุนทรัพย์ ศาลชั้นต้นเห็นว่าเป็น

คดีมีทุนทรัพย์ จึงสั่งให้โจทก์เสียค่าธรรมเนียมอย่างคดีมีทุนทรัพย์ภายใน 15 วัน มิฉะนั้นจะ
ไม่รับฟ้อง ดังนี้ คำสั่งศาลเป็นคำสั่งระหว่างพิจารณา ไม่ใช่เป็นคำสั่งไม่รับคำคู่ความ (ดูคำ
พิพากษาฎีกาที่ 421/2518 ประกอบ)

การอุทธรณ์คำสั่งวินิจฉัยชี้ขาดเบื้องต้น

คำสั่งวินิจฉัยเบื้องต้นตามมาตรา 24 ซึ่งทำให้คดีเสร็จไปทั้งเรื่อง มิให้ถือว่าเป็นคำสั่ง
ระหว่างพิจารณา

อย่างไรเป็นการวินิจฉัยเบื้องต้นตามมาตรา 24 ให้ศึกษารายละเอียดจากมาตรา 24
แต่ในที่นี้ประสงค์จะให้พิจารณามาตรา 24 เฉพาะในส่วนที่ไม่ถือว่าเป็นคำสั่งระหว่างพิจารณา
นั้นเป็นอย่างไรเท่านั้น

คำสั่งวินิจฉัยชี้ขาดเบื้องต้นตามมาตรา 24 ที่จะอุทธรณ์ฎีกาได้ทันทีนั้น มีหลักดังนี้

หลัก จะต้องเป็นคำสั่งที่ได้รับการพิจารณาวินิจฉัยชี้ขาดให้แล้ว โดยวินิจฉัยให้เป็นคุณ
แก่ฝ่ายที่ยกปัญหาข้อกฎหมายขึ้นอ้างแล้วเป็นเหตุให้คดีเสร็จไปทั้งเรื่องหรือเสร็จไปเฉพาะ
บางประเด็น ถ้าหากศาลชี้ขาดให้แล้วแต่ไม่เป็นคุณแก่ฝ่ายที่ยกปัญหาข้อกฎหมายขึ้นอ้างแล้ว
ไม่เรียกว่าเป็นคำสั่งวินิจฉัยเบื้องต้นตามความหมายของมาตรานี้ แต่เป็นคำสั่งระหว่างพิจารณา
ซึ่งจะอุทธรณ์ฎีกาทันทีย่อมไม่ได้ ตัวอย่างเช่น

แดงฟ้องดำเป็นจำเลยในคดีแพ่งเรื่องหนึ่ง ดำให้การต่อสู้คดีไว้แล้ว ต่อมาดำขอให้ศาล
ชั้นต้นชี้ขาดข้อกฎหมายเบื้องต้นว่าฟ้องของแดงผู้เป็นโจทก์เคลือบคลุม ประเด็นจึงมีว่าฟ้อง
โจทก์เคลือบคลุมหรือไม่ ถ้าศาลชั้นต้นสั่งว่าฟ้องของโจทก์ไม่เคลือบคลุม จะเห็นว่าคำสั่งของ
ศาลชั้นต้นไม่เป็นคุณแก่ผู้ขอคือฝ่ายจำเลย จึงถือว่าเป็นคำสั่งระหว่างพิจารณา (นัยคำพิพากษาฎีกา
ที่ 226/2504) เป็นต้น หรือถ้าศาลชั้นต้นสั่งว่าไม่รับวินิจฉัยชี้ขาดเบื้องต้นตามที่มิใช่คำขอคำสั่ง
เช่นนี้เป็นคำสั่งระหว่างพิจารณา

โดยสรุปแล้ว คำสั่งที่จะถือว่าเป็นคำสั่งวินิจฉัยชี้ขาดข้อกฎหมายเบื้องต้นตามมาตรา 24
ซึ่งก่อให้เกิดสิทธิอุทธรณ์ได้ทันที โดยไม่จำต้องโต้แย้งคำสั่งศาลมีหลักพิจารณาดังนี้.-

หลัก ถ้าศาลสั่งให้เป็นคุณแก่ผู้ขอ (ขออะไรไปได้ตั้งใจผู้ขอ) จึงจะถือว่าเป็นคำสั่ง
วินิจฉัยข้อกฎหมายเบื้องต้นตามมาตรา 24 ย่อมอุทธรณ์ได้ตามมาตรา 227 แต่ถ้าศาลสั่งไม่เป็น
คุณ (ขออะไรไปไม่ได้ตั้งใจที่ประสงค์) จะกลายเป็นคำสั่งระหว่างพิจารณาต้องห้ามอุทธรณ์
ตามมาตรา 226

ตัวอย่างคำถามเกี่ยวกับคำสั่งวินิจฉัยชี้ขาดเบื้องต้นตามมาตรา 24

คำถาม ในคดีแพ่ง จำเลยยื่นคำร้องขอให้ศาลชั้นต้นวินิจฉัยชี้ขาดข้อกฎหมายก่อนสืบพยาน ถ้าศาลมีคำสั่งวินิจฉัยชี้ขาดให้แล้วก็ดี หรือสั่งว่ายังไม่จำเป็นต้องวินิจฉัยในชั้นนี้และยกคำร้องเสียก็ดี จำเลยจะอุทธรณ์คำสั่งดังกล่าวใน 2 กรณีนี้ในระหว่างพิจารณาได้หรือไม่ (ข้อสอบไล่สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา สมัย 28 ข้อ 4)

แนวคำตอบ

(1) ถ้าศาลวินิจฉัยชี้ขาดให้

(ก) คำสั่งนั้นเป็นคุณแก่จำเลยซึ่งเป็นผู้ยื่นคำร้องและทำให้คดีเสร็จไปทั้งเรื่องหรือเสร็จไปเฉพาะประเด็นบางข้อ คำสั่งวินิจฉัยชี้ขาดเช่นนั้นคู่ความมีสิทธิอุทธรณ์ได้ตาม ป.วิ.แพ่ง มาตรา 24, 227, 228

(ข) คำสั่งนั้นไม่เป็นคุณแก่จำเลยผู้ยื่นคำร้องซึ่งทำให้ต้องดำเนินการต่อไป จำเลยจะอุทธรณ์คำสั่งในระหว่างพิจารณาไม่ได้ ตาม ป.วิ.แพ่ง มาตรา 226

(2) ในกรณีศาลมีคำสั่งว่ายังไม่จำเป็นต้องวินิจฉัยให้ในชั้นนี้ ก็ไม่เป็นคุณแก่จำเลยหรือศาลมิได้วินิจฉัยข้อกฎหมายให้จำเลย ๆ จึงอุทธรณ์คำสั่งนี้ในระหว่างพิจารณาไม่ได้เช่นเดียวกัน

คำถาม

โจทก์ฟ้องเรียกค่าเสียหายจากจำเลยฐานละเมิด โดยอ้างว่าจำเลยทำเหมืองแร่ปล่อยน้ำขุ่นลงในลำคลอง ทำให้มูลดินทรายทับถมนาโจทก์เสียหาย ทำนาไม่ได้ จำเลยให้การว่า จำเลยไม่ต้องรับผิดและตัดฟ้องว่าฟ้องโจทก์เคลือบคลุม จำเลยยื่นคำร้องขอให้ศาลวินิจฉัยชี้ขาดข้อกฎหมายเบื้องต้นที่จำเลยให้การต่อสู้ไว้ว่า ฟ้องโจทก์เคลือบคลุม ศาลชั้นต้นสั่งคำร้องอย่างใดอย่างหนึ่งต่อไปนี้ คือ

ก) สั่งว่าฟ้องโจทก์ไม่เคลือบคลุม

ข) สั่งว่าให้รอไว้วินิจฉัยในชั้นศาลพิพากษา

ค) สั่งยกคำร้องของจำเลยที่ขอให้ศาลชี้ขาดข้อกฎหมายเบื้องต้น
จำเลยจะอุทธรณ์ได้เพียงใด หรือไม่

(หมายเหตุ ข้อสอบไล่สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา สมัย 25/2515)

แนวคำตอบ

คำสั่งของศาลชั้นต้นในข้อ (ก), (ข), (ค) ดังกล่าวไม่เป็นการวินิจฉัยชี้ขาดข้อกฎหมายเบื้องต้นตามมาตรา 24, 227, 228(3) เพราะมิได้วินิจฉัยให้เป็นคุณแก่จำเลยซึ่งเป็นฝ่ายยกปัญหาข้อกฎหมายดังกล่าวขึ้นอ้าง เป็นเหตุให้คดีเสร็จไปทั้งเรื่องหรือเฉพาะแต่ประเด็นบางข้อแต่อย่างใด (คำพิพากษาฎีกาที่ 271/2481, 228/2504) จึงเป็นคำสั่งระหว่างพิจารณา จำเลยจะอุทธรณ์ทันทีไม่ได้ ตามมาตรา 226(1) แต่ต้องโต้แย้งคัดค้านคำสั่งนั้นไว้ จึงจะมีสิทธิอุทธรณ์ได้ภายในกำหนด 1 เดือน นับแต่วันที่ศาลได้มีคำพิพากษาหรือคำสั่งชี้ขาดตัดสินคดี เป็นต้นไป ตามมาตรา 226(2)

ดุลพินิจการวินิจฉัยข้อกฎหมายเบื้องต้น

ปัญหาต่อไปว่า ถ้าคู่ความร้องขอให้ศาลวินิจฉัยข้อกฎหมายเบื้องต้น ศาลจำเป็นต้องวินิจฉัยให้เสมอไปหรือไม่ หรืออย่างไร?

ปัญหานี้ถ้าดูตามมาตรา 24 แล้วไม่มีบทบัญญัติความ কোনใดที่จะบังคับให้ศาลจะต้องวินิจฉัยชี้ขาดเบื้องต้นในปัญหาข้อกฎหมายให้เสมอไปทุกเรื่อง เพราะฉะนั้น ถ้าศาลเห็นว่าการวินิจฉัยชี้ขาดดังกล่าวไม่เป็นคนแก่ผู้ขอเลย หรือเห็นว่าจำเป็นจะต้องดำเนินการพิจารณาต่อไปแล้ว ศาลก็ไม่จำเป็นต้องยกขึ้นวินิจฉัยให้ ศาลจะสั่งให้รอไว้วินิจฉัยในคำพิพากษาก็ได้ (ดูคำพิพากษาฎีกาที่ 755/2505) ตัวอย่างเช่น

คำพิพากษาฎีกาที่ 1258/2514

โจทก์ฟ้องให้จำเลยชำระหนี้ตามสัญญาประนีประนอมยอมความ ซึ่งจำเลยทำไว้กับโจทก์นอกศาล จำเลยให้การปฏิเสธแล้วยื่นคำร้องขอให้ศาลวินิจฉัยชี้ขาดปัญหาข้อกฎหมายเบื้องต้นว่า สัญญานั้นไม่สมบูรณ์ โจทก์ไม่ลงชื่อในสัญญาด้วย สัญญาไม่มีผลบังคับได้ตามกฎหมาย ศาลชั้นต้นงดสืบพยานทั้งสองฝ่ายแล้ว พิพากษาว่าเป็นสัญญาประนีประนอมยอมความให้จำเลยใช้เงินให้โจทก์ตามสัญญา เมื่อศาลอุทธรณ์เห็นว่ายังมีข้อเท็จจริงที่ยังพึงเป็นยุติไม่ได้อยู่อีก ไม่สมควรที่ศาลชั้นต้นจะด่วนวินิจฉัยชี้ขาดข้อกฎหมายเบื้องต้น จึงยื่นสำนวนไปให้ศาลชั้นต้นดำเนินการสืบพยานแล้วพิพากษาใหม่ ดังนี้ เท่ากับศาลอุทธรณ์มีคำสั่งยกเลิกคำร้องขอให้ชี้ขาดเบื้องต้นของจำเลยเสียแล้ว จำเลยจะคัดค้านว่าจำเลยขอให้ศาลชี้ขาดสัญญาที่พิพาท ศาลต้องพิจารณาแต่เฉพาะข้อความที่ปรากฏในสัญญาเท่านั้นหาถูกต้องไม่...

สรุป มาตรา 227

กรณีจะนำมาตรา 227 ไปใช้ได้จะต้องเป็นเรื่องต่อไปนี้

1. กรณีศาลชั้นต้นไม่รับหรือคืนคำคู่ความตามมาตรา 18 หรือ
2. ศาลชั้นต้นวินิจฉัยชี้ขาดข้อกฎหมายเบื้องต้นตามมาตรา 24 ซึ่งวินิจฉัยเป็นคุณแก่ฝ่ายผู้ขอ แล้วทำให้คดีเสร็จไปทั้งเรื่อง

เมื่อเป็นกรณีดังกล่าวข้างต้นนี้แล้ว ในด้านการอุทธรณ์คำสั่งของศาล คู่ความสามารถอุทธรณ์ได้ทันที หรือจะรอไว้อุทธรณ์ภายหลังศาลชั้นต้นได้มีคำพิพากษาแล้วก็ได้ แต่ต้องอยู่ในระยะเวลา 1 เดือน นับแต่ศาลชั้นต้นได้มีคำพิพากษาหรือคำสั่งชี้ขาดตัดสินคดี โดยไม่จำเป็นต้องโต้แย้งคัดค้านซึ่งต่างกับมาตรา 226

ตอนที่ 3

คำสั่งระหว่างพิจารณาซึ่งอุทธรณ์ได้

มาตรา 228 บัญญัติว่า “ก่อนศาลชี้ขาดตัดสินคดี ถ้าศาลมีคำสั่งอย่างใดอย่างหนึ่งดังต่อไปนี้คือ

- (1) ให้กักขัง หรือปรับไหม หรือจำขังผู้ใด ตามประมวลกฎหมายนี้
- (2) มีคำสั่งอันเกี่ยวข้องกับคำขอเพื่อคุ้มครองประโยชน์ของคู่ความในระหว่างการพิจารณา หรือมีคำสั่งอันเกี่ยวข้องกับคำขอเพื่อจะบังคับคดีตามคำพิพากษาต่อไป หรือ
- (3) ไม่รับหรือคืนคำคู่ความตามมาตรา 18 หรือวินิจฉัยชี้ขาดเบื้องต้นตามมาตรา 24 ซึ่งมีได้ทำให้คดีเสร็จไปทั้งเรื่อง หากเสร็จไปเฉพาะแต่ประเด็นบางข้อ

คำสั่งเช่นว่านี้ คู่ความย่อมอุทธรณ์ได้ภายในกำหนดหนึ่งเดือนนับแต่วันมีคำสั่งเป็นต้นไป แม้ถึงว่าจะมีอุทธรณ์ในระหว่างพิจารณา ให้ศาลดำเนินคดีต่อไป และมีคำพิพากษา หรือคำสั่งชี้ขาดตัดสินคดีนั้น แต่ถ้าในระหว่างพิจารณา คู่ความอุทธรณ์คำสั่งชนิดที่ระบุไว้ในอนุมาตรา (3) ถ้าศาลอุทธรณ์เห็นว่า การกลับหรือแก้ไขคำสั่งที่คู่ความอุทธรณ์นั้น จะเป็นการวินิจฉัยชี้ขาดคดี หรือวินิจฉัยชี้ขาดประเด็นข้อใดที่ศาลล่างมิได้วินิจฉัยไว้ ให้ศาลอุทธรณ์มีอำนาจทำคำสั่งให้ศาลล่างงดการพิจารณาไว้ในระหว่างอุทธรณ์ หรืองดการวินิจฉัยคดีไว้จนกว่าศาลอุทธรณ์จะได้วินิจฉัยชี้ขาดอุทธรณ์นั้น

ถ้าคู่ความมิได้อุทธรณ์คำสั่งในระหว่างพิจารณาตามที่บัญญัติไว้ในมาตรานี้ ก็ให้อุทธรณ์ได้ในเมื่อศาลพิพากษาคดีแล้วตามความในมาตรา 223⁽¹⁾

มาตรานี้เป็นข้อยกเว้นของมาตรา 226 เป็นบทบัญญัติทำนองเดียวกับมาตรา 227 ซึ่งให้คู่ความอุทธรณ์คำสั่งดังกล่าวได้ ปัญหาว่าคำสั่งตามมาตรา 228 นี้จะยังคงถือว่าเป็นคำสั่งระหว่างพิจารณาอยู่อีกหรือไม่ ในเรื่องนี้ ผู้เขียนมีความเห็นว่าคำสั่งตามมาตรา 228 นี้ยังคงต้องถือว่าเป็นคำสั่งระหว่างพิจารณาอยู่ เพราะตามวรรคท้ายของมาตรา 228 ที่ว่า “ถ้าคู่ความ

(1) มาตรา 228 ความเดิมถูกยกเลิกโดยมาตรา 16 แห่ง พ.ร.บ. แก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2499 และให้ใช้ความใหม่ดังกล่าวแทน

มิได้อุทธรณ์คำสั่งในระหว่างพิจารณาตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 228 นี้... ฯลฯ” แสดงอยู่ในตัวแล้วว่า คำสั่งตามมาตรา 228 นี้ เป็นคำสั่งระหว่างพิจารณา แต่กฎหมายยอมให้อุทธรณ์คำสั่งนั้นได้ การอุทธรณ์ตามมาตรา 228

การอุทธรณ์ตามมาตรา 228 นี้ คู่ความมีสิทธิทำได้ 2 วิธี คือ

1. อุทธรณ์ทันที (ตามวรรค 2) หรือ
2. อุทธรณ์เมื่อศาลพิพากษาคดีแล้ว (ตามวรรคท้าย)

ข้อยกเว้นตามมาตรา 228

ข้อยกเว้นตามมาตรา 228 ได้แก่ คำสั่งในกรณีต่อไปนี้

1. ให้กักขังหรือปรับไหม หรือจำขังผู้ใด ตาม ป.วิ.แพ่ง
2. คำสั่งอันเกี่ยวข้องกับคำขอเพื่อคุ้มครองประโยชน์ของคู่ความในระหว่างพิจารณา หรือ คำสั่งอันเกี่ยวข้องกับคำขอเพื่อจะบังคับคดีตามคำพิพากษาต่อไป หรือ
3. ไม่รับหรือคืนคำคู่ความตามมาตรา 18 หรือวินิจฉัยชี้ขาดเบื้องต้นตามมาตรา 24 ซึ่ง มิได้ทำให้คดีเสร็จไปทั้งเรื่อง หากเสร็จไปเฉพาะประเด็นบางข้อ

ข้อสังเกตมาตรา 228

มีข้อสังเกตเกี่ยวกับมาตรา 228 บางประการ ดังนี้

1. คำสั่งตามมาตรา 228 มีระบุไว้เพียง 3 อย่าง แต่มิได้หมายความว่า คำสั่งระหว่างพิจารณาที่สามารถอุทธรณ์หรือฎีกาได้นั้นจะมีได้เฉพาะกรณีมาตรา 228 เท่านั้นก็หาไม่ คำสั่งระหว่างพิจารณาที่นอกเหนือจากมาตรา 228 ก็มีได้ เช่น คำสั่งในเรื่องอนาถาตามมาตรา 156 ซึ่งให้ผู้ขอฟ้องหรือต่อสู้คดีอย่างคนอนาถายื่นอุทธรณ์คำสั่งศาลชั้นต้นที่สั่งยกคำขออุทธรณ์หรือฎีกาไปยังศาลอุทธรณ์หรือศาลฎีกาต่อไปได้ ย่อมแสดงว่าคำสั่งระหว่างพิจารณาซึ่งไม่เข้ามาตรา 228 อาจจะถูกอุทธรณ์ฎีกาได้ ถ้าไปเข้าบทบัญญัติพิเศษอื่น ๆ ที่บัญญัติให้อุทธรณ์ได้ ก็ย่อมอุทธรณ์ฎีกาได้ดังกล่าวข้างต้น

ความหมายของมาตรา 228 (1)

ที่ว่าให้กักขัง ปรับไหม หรือจำขัง หมายความว่าอย่างไร?

การกักขัง การปรับไหม หรือการจำขัง ตาม ป.วิ.แพ่ง เป็นวิธีการซึ่ง ป.วิ.แพ่ง บัญญัติไว้สำหรับการดำเนินกระบวนการพิจารณา เพื่อให้เป็นเครื่องมือในการพิจารณาและการบังคับคดี

แล้วแต่กรณี เช่น การลงโทษฐานละเมิดอำนาจศาล หรือในกรณีกักขัง หรือปรับใหม่ ตามวิธีการบังคับคดี ซึ่งบางกรณีอาจใช้ในชั้นพิจารณาด้วย เช่น การยึดทรัพย์ก่อนมีคำพิพากษา หนึ่ง ฟังสังเกตด้วยว่า คำสั่งให้กักขัง ปรับใหม่ หรือจำขังที่จะอุทธรณ์ได้ตามมาตรา 228 นั้น จะต้องเป็นคำสั่งก่อนศาลพิพากษา ถ้าศาลพิพากษาแล้ว หากประสงค์จะอุทธรณ์ให้ใช้มาตรา 223 ซึ่งเป็นบททั่วไป จะนำมาตรา 228 ไปใช้ข้อยกเว้นไม่ได้ เพราะมาตรา 228 หมายถึงคำสั่งศาล ซึ่งสั่งออกมาก่อนศาลตัดสิน

ดังนั้น ในระหว่างพิจารณาคดี ถ้าศาลมีคำสั่งให้ลงโทษจำคุก หรือขัง หรือปรับผู้ใด ผู้นั้นชอบที่จะอุทธรณ์คำสั่งได้ทันที เช่น โจทก์กระทำการละเมิดอำนาจศาลในระหว่างการพิจารณา ศาลมีคำสั่งจำขังไว้มีกำหนด 7 วัน โจทก์ขอย่อมอุทธรณ์คำสั่งได้ทันที (คำพิพากษาฎีกาที่ 72/2491 หน้า 113) คำสั่งให้ลงโทษจำคุกฐานละเมิดอำนาจศาลเป็นคำสั่งตาม ป.วิ.แพ่ง มาตรา 228 (1) ไม่ต้องห้ามฎีกาในปัญหาข้อเท็จจริง (คำสั่งคำร้องที่ 68/2516) หรือศาลมีคำสั่งให้จับกุมและขังจำเลยไว้ชั่วคราวตามมาตรา 254 (3), มาตรา 258 (2) เพราะเหตุจำเลย ช้อนตัวเพื่อจะไม่รับหมายเรียกหรือคำสั่งของศาล ฯลฯ หรือจะประวิงหรือขัดขวางแก่การพิจารณาคดีฯ ตามมาตรา 255 ผู้นั้นขอย่อมอุทธรณ์คำสั่งศาลนั้นได้ดังนี้ เป็นต้น

แนวคิด

มีปัญหานำพิจารณาว่า การจับกุม หรือกักขังลูกหนี้ตามมาตรา 228 (1) จะหมายรวมถึงการจับกุมและกักขังลูกหนี้ตามคำพิพากษาซึ่งจงใจขัดขืนไม่ปฏิบัติตามคำบังคับของศาลตามมาตรา 297, 300 ด้วยหรือไม่?

ปัญหานี้จะเห็นว่า การกักขังหรือปรับใหม่ก็ดี การจำขังก็ดี ตามมาตรา 228 (1) ล้วนแต่เป็นเรื่องใช้กับคำสั่งก่อนศาลชี้ขาดตัดสิน เพราะฉะนั้นคำสั่งตาม (1) จึงไม่หมายรวมถึงการจับกุมและกักขังลูกหนี้ตามคำพิพากษาซึ่งจงใจขัดขืนไม่ปฏิบัติตามคำบังคับของศาลตามมาตรา 297, 300 ด้วย เนื่องจากกรณีดังกล่าวเป็นเรื่องการบังคับคดีตามคำพิพากษา ไม่ใช่คำสั่งระหว่างพิจารณาตามความหมายของมาตรานี้

กรณีตามมาตรา 228 (1) เป็นโทษตาม ป.อาญา หรือไม่

มีปัญหาต่อไปว่า การกักขัง ปรับใหม่ หรือจำขัง ตามมาตรา 228 (1) นี้ จะถือว่าเป็นโทษตามประมวลกฎหมายอาญาหรือไม่?

ในเรื่องนี้ถ้าสังเกตจะเห็นว่า ป.วิ.แพ่ง ได้บัญญัติถึงการกระทำบางอย่างให้ถือว่าเป็น การกระทำความผิดฐานละเมิดอำนาจศาล เช่น กรณีตามมาตรา 31, 32 และมาตรา 33 บัญญัติให้ศาลนั้นมีอำนาจลงโทษ ซึ่งโทษนั้นอาจเป็นจำคุกไม่เกิน 6 เดือน หรือปรับไม่เกิน 500 บาท หรือทั้งจำทั้งปรับด้วยก็ได้ ด้วยเหตุนี้อาจจะทำให้มีผู้สงสัยว่าการละเมิดอำนาจศาล และการจำคุกหรือปรับโดยคำสั่งศาลดังกล่าวนี้เป็น “โทษ” ตามความหมายแห่งประมวลกฎหมาย อาญาหรือไม่

กรณีตามปัญหา ถ้าพิจารณาถึงเรื่องโทษ โทษตาม ป. อาญา⁽¹⁾ มีอยู่เพียง 5 ประการ ดังที่บัญญัติในมาตรา 18 คือ

1. ประหารชีวิต
2. จำคุก
3. กักขัง
4. ปรับ
5. ริบทรัพย์สิน

ส่วนใน ป.วิ.แพ่ง ในเรื่องการกักขังได้แก่กรณีตามมาตรา 111 (2), มาตรา 255 และ มาตรา 298 ส่วนการปรับใหม่และจำขังได้แก่กรณีตามมาตรา 33

กรณีตามปัญหาว่าจะเป็นโทษตามความหมายของประมวลกฎหมายอาญาหรือไม่นั้น มีผู้ทรงคุณวุฒิทางกฎหมายบางท่านเห็นว่า คำสั่งให้กักขังซึ่งบัญญัติไว้ในมาตรา 111 (2), 255, 298 การปรับใหม่และจำขังมีในมาตรา 33 นั้น มาตรา 228 ไม่ได้เรียกว่าปรับหรือจำคุก การ ที่ศาลจำคุกตาม ป.วิ.แพ่ง มาตรา 33 แล้ว ยังฟ้องให้ลงโทษเป็นกรรมเดียวอีกได้ เช่น คำ พิพากษาศาลฎีกาที่ 87/2484 วินิจฉัยว่า เมื่อศาลมีคำสั่งลงโทษจำคุกฐานละเมิดอำนาจศาล โจทก์ ฟ้องคดีอาญาอีกในกรรมเดียวกันนั้นฐานทำร้ายร่างกาย ศาลลงโทษอีกได้ ไม่ต้องห้ามตาม ป.วิ. อาญา มาตรา 39 (4) โดยเหตุผลว่า ในครั้งก่อนศาลมีคำสั่งลงโทษโดยไม่มีฟ้อง มิใช่ มีคำพิพากษาเสร็จเด็ดขาดในความคิดที่ได้ฟ้อง แสดงว่าคำสั่งตาม ป.วิ. แพ่ง มาตรา 33 นั้น เป็นวิธีการรักษาความสงบเรียบร้อยในบริเวณศาลเท่านั้น ไม่ใช่การลงโทษผู้กระทำความผิด โทษที่ ป.วิ. แพ่ง มาตรา 33 ให้ลงแก่ผู้ที่ถือว่ากระทำความผิดนั้น มีตั้งแต่ไล่ออกจากบริเวณ ศาล จึงไม่ใช่โทษตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 18 ความผิดและโทษตาม ป.วิ. แพ่ง

(1) ป. อาญา ให้หมายถึง ประมวลกฎหมายอาญา

มาตรา 33 ให้ถือว่าเป็นโทษนั้นก็คือว่าเป็นความผิดและเป็นโทษเฉพาะแต่กรณีที่ต้องบังคับตาม ป.วิ. แห่งนั้น หากใช้โทษตามประมวลกฎหมายอาญาไม่⁽¹⁾

เหตุผลที่กฎหมายยอมให้อุทธรณ์ได้ทันที

มีปัญหว่า ทำไม หรือเพราะเหตุใด กฎหมายจึงบัญญัติอนุญาตให้อุทธรณ์กรณีตามมาตรา 228 (1) ได้ทันที?

เหตุผลที่กฎหมายอนุญาตให้อุทธรณ์ได้ทันทีในกรณีเหล่านี้เพราะเป็นคำสั่งที่จำกัดเสรีภาพของบุคคล และทำให้เสียทรัพย์สิน

ความหมายของมาตรา 228 (2)

2. คำสั่งอันเกี่ยวกับคำขอเพื่อคุ้มครองประโยชน์ของกลุ่มความหรือเพื่อจะบังคับคดีตามคำพิพากษา

ตามมาตรา 228 (2) นี้ หมายถึงกรณีที่ศาลมีคำสั่งเกี่ยวกับวิธีการชั่วคราวก่อนมีคำพิพากษาในลักษณะ 1 ภาค 4 ตั้งแต่มาตรา 253 ถึงมาตรา 265, มาตรา 288 (1) เมื่อศาลมีคำสั่งประการใดแล้ว กลุ่มความชอบที่จะอุทธรณ์ได้ เว้นแต่ว่าบทบัญญัตินั้น ๆ ได้บัญญัติไว้เป็นพิเศษว่าเป็นที่สุด เช่น ตามมาตรา 267 ที่ว่าถ้าศาลมีคำสั่งยกคำขอคุ้มครองของโจทก์ในกรณีฉุกเฉิน คำสั่งนั้นให้เป็นที่สุด ก็ย่อมต้องเป็นไปตามบทบัญญัติของมาตรานั้น ๆ กรณีดังกล่าวนี้กลุ่มความย่อมจะอุทธรณ์ไม่ได้ เป็นต้น ตัวอย่างเช่น

1. เมื่อศาลสั่งให้ยึดทรัพย์จำเลยไว้ก่อนพิพากษา จำเลยยอมอุทธรณ์คำสั่งได้ (เทียบคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 562/2490 หน้า 699) แต่ถ้าศาลตัดสินคดีถึงที่สุดแล้ว ก็ไม่มีกรณีที่จะอุทธรณ์คำสั่งในข้อนี้ต่อไป ต้องดำเนินการในทางบังคับคดีไปเลย (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 116/2503 หน้า 1154)

2. คำสั่งให้ยกคำร้องที่ขอให้เรียกบุคคลภายนอกเข้ามาในคดี ไม่ใช่คำขอคุ้มครองประโยชน์ในระหว่างพิจารณาตามมาตรา 228 (2) เพราะถึงแม้จำเลยแพ้คดีจะได้ฟ้องไล่เบี้ยแก่บุคคลภายนอกที่เรียกเข้ามาได้ แต่ประโยชน์อย่างนี้ไม่ใช่ประโยชน์ในระหว่างพิจารณา เพราะประโยชน์จะเกิดขึ้นเมื่อศาลพิพากษาคดีให้จำเลยแพ้และจำเลยจะต้องชำระหนี้แล้ว จึงจะรับช่วง

(1) ศาสตราจารย์จิติ ดิงศภัทย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 1 ตอน 2 พิมพ์โดยเนติบัณฑิตยสภา 2508 หน้า 870-871

สิทธิของโจทก์ไปไล่เบี้ยได้ ไม่ใช่เรื่องระหว่างพิจารณา (ดูคำพิพากษาฎีกาที่ 1228/2510 หน้า 2084) คำสั่งยกคำร้องที่ขอให้เรียกบุคคลภายนอกเข้ามาในคดีเป็นคำสั่งระหว่างพิจารณา (ดูคำพิพากษาฎีกาที่ 50/2520)

3. คดีที่ศาลสั่งรับฟ้องแล้ว เป็นคดีที่อยู่ในระหว่างพิจารณาตามมาตรา 173 ก่อนยื่นคำให้การจำเลยยื่นคำร้องขอโอนคดีไปยังศาลอื่น ศาลชั้นต้นสั่งยกคำร้อง คำสั่งดังกล่าวเป็นคำสั่งระหว่างพิจารณาตามมาตรา 228 มิใช่คำขอคุ้มครองประโยชน์ของคู่ความตามมาตรา 264 กรณีไม่ต้องด้วยมาตรา 228 (2) จึงต้องห้ามมิให้อุทธรณ์ในระหว่างพิจารณาตามมาตรา 228 (1)

ข้อเท็จจริงในคดีโดยย่อ

ตามคำพิพากษาฎีกาคดีนี้ เป็นเรื่องบริษัทขนส่งบริษัทหนึ่งฟ้องกระทรวงคมนาคมว่าการประชุมคณะกรรมการควบคุมการขนส่งไม่มีผลบังคับ แล้วขอให้ศาลสั่งเพิกถอนมติทั้งหมดและให้เพิกถอนใบอนุญาตประกอบการขนส่ง ฯลฯ

จำเลยยื่นคำร้องขอโอนคดีไปยังศาลแพ่ง โดยอ้างว่าโจทก์เป็นผู้มีอิทธิพลสูง หากจำเลยนำพยานซึ่งมีภูมิลำเนาอยู่ในจังหวัดนั้นเข้าสืบอาจถูกคุกคามหรือไม่กล้ามาเบิกความ จำเลยอ้างว่าการพิจารณาที่ศาลจังหวัดนั้น จำเลยจะไม่ได้ได้รับความยุติธรรม

ศาลชั้นต้นสั่งยกคำร้อง

จำเลยอุทธรณ์คำสั่งฯ ศาลอุทธรณ์เห็นว่าคำสั่งยกคำร้องของจำเลยเป็นคำสั่งระหว่างพิจารณา ต้องห้ามอุทธรณ์ตามมาตรา 228 พิพากษายกอุทธรณ์จำเลย

จำเลยจึงฎีกาว่า คำร้องขอโอนคดีของจำเลยเป็นคำขอคุ้มครองประโยชน์ของจำเลยในระหว่างการพิจารณาตามมาตรา 228 (2) จำเลยจึงมีสิทธิฎีกาได้

ศาลฎีกาจึงวินิจฉัยดังกล่าวไว้ข้างต้น (ดูคำพิพากษาฎีกาที่ 879/2517)

สรุปแล้วคำพิพากษาฎีกาคดีนี้ได้หลักว่า คำร้องขอโอนคดีมิใช่การขอคุ้มครองประโยชน์ของคู่ความในระหว่างการพิจารณาคดีตามมาตรา 228 (2)

จากตัวอย่างเหล่านี้จะเห็นว่า ถ้าเป็นคำสั่งของศาลอันเกี่ยวข้องกับคำขอเพื่อคุ้มครองประโยชน์ของคู่ความในระหว่างพิจารณาแล้ว ย่อมอุทธรณ์ได้ทันที

การใช้ถ้อยคำคลาดเคลื่อน

มีปัญหามาพิจารณาว่า ถ้าคู่ความมีความประสงค์จะขอความคุ้มครองประโยชน์ในระหว่างการพิจารณา แต่ใช้ถ้อยคำคลาดเคลื่อนไป เช่น แทนที่จะร้องขอคุ้มครองประโยชน์ในระหว่างการพิจารณา กลับไปขอทุเลาการบังคับ ดังนั้นจะมีผลประการใด?

ในเรื่องนี้ศาลสูงก็มีได้ถือครัดเคร่ง ยังคงรับวินิจฉัยให้ผู้เขียนเห็นว่าชอบด้วยความเป็นธรรม ดังตัวอย่างเช่น

คำสั่งร้องขอศาลฎีกาที่ 512/2514

โจทก์ฟ้องขอให้บังคับจำเลยเปิดทางภาระจำยอมและยื่นคำร้องขอให้จำเลยรื้อถอนสิ่งปิดกั้นทางภาระจำยอมออกให้โจทก์ได้ใช้ทางภาระจำยอมก่อนศาลพิพากษา ศาลชั้นต้นสั่งให้เปิดทางให้โจทก์เป็นการชั่วคราว จำเลยอุทธรณ์คำสั่งพร้อมกับร้องขอทุเลาการบังคับตามคำสั่งให้เปิดทาง ศาลอุทธรณ์สั่งยกคำร้องขอทุเลาการบังคับของจำเลย

จำเลยยื่นฎีกาคำสั่ง ศาลชั้นต้นสั่งไม่รับฎีกา จำเลยจึงยื่นคำร้องฎีกาคำสั่ง (ปัญหาว่าจำเลยจะฎีกาได้หรือไม่)

ศาลฎีกาสั่งว่า กรณีไม่ใช่การทุเลาการบังคับคดี แต่เป็นคำสั่งเกี่ยวกับคำขอเพื่อคุ้มครองประโยชน์ของคู่ความในระหว่างพิจารณา ซึ่งคู่ความย่อมฎีกาได้ตาม ป.วิ. แห่ง มาตรา 228, 247 ฯลฯ

การอุทธรณ์คำสั่งพิทักษ์ทรัพย์ในคดีล้มละลาย

มีปัญหามาติดต่อไปว่า ในคดีล้มละลาย ถ้าศาลได้มีคำสั่งพิทักษ์ทรัพย์จำเลยแล้ว จะถือว่าคำสั่งพิทักษ์ทรัพย์ของศาลเป็นคำสั่งระหว่างพิจารณาได้หรือไม่?

ในกรณีที่เกี่ยวข้องกับคดีล้มละลาย เมื่อจะพิจารณาเกี่ยวกับเรื่องนี้ นักศึกษาควรแยกพิจารณาเป็นตอน ๆ ไป โดยปกติคำสั่งพิทักษ์ทรัพย์ของศาลในคดีล้มละลายจะมีอยู่ 2 อย่าง คือ

- ก) คำสั่งพิทักษ์ทรัพย์ชั่วคราว
- ข) คำสั่งพิทักษ์ทรัพย์เด็ดขาด

ก) กรณีคำสั่งพิทักษ์ทรัพย์ชั่วคราว

เมื่อพิจารณาจากปัญหาข้อเท็จจริงปรากฏว่าคำสั่งพิทักษ์ทรัพย์ของศาลนั้นเป็นประเภทพิทักษ์ทรัพย์ชั่วคราวแล้ว จะเห็นว่าคำสั่งพิทักษ์ทรัพย์ชั่วคราวเป็นคำสั่งที่ศาลมีในระหว่างการพิจารณาโดยแท้ ทั้งมาตรา 18 แห่ง พ.ร.บ. ล้มละลายยังให้อำนาจศาลที่จะเพิกถอนคำสั่งพิทักษ์ทรัพย์ชั่วคราวของศาลนั้นเอง หรือจะสั่งเปลี่ยนแปลงเป็นอย่างอื่นตามที่ศาลเห็นสมควรก็ได้ คำสั่งพิทักษ์ทรัพย์ชั่วคราวจึงมีลักษณะเป็นคำสั่งระหว่างพิจารณาของศาลชั้นต้น

ข) คำสั่งพิทักษ์ทรัพย์เด็ดขาด

คำสั่งพิทักษ์ทรัพย์เด็ดขาดเป็นคำสั่งที่ศาลมีเมื่อเสร็จสิ้นการพิจารณา และเป็นคำสั่งที่ได้วินิจฉัยชี้ขาดในประเด็นแห่งคดีโดยที่มาตรา 6 แห่ง พ.ร.บ. ล้มละลาย พ.ศ. 2483 ได้ให้ความหมายของคำว่า พิพากษา ไว้ว่า ให้หมายความตลอดถึงการที่ศาลวินิจฉัยชี้ขาดโดยทำเป็นคำสั่งด้วย ฉะนั้น คำสั่งพิทักษ์ทรัพย์เด็ดขาดจึงมีผลเท่ากับคำพิพากษา หาใช่คำสั่งระหว่างพิจารณาไม่ จริงอยู่แม้ตามลักษณะของการบัญญัติกฎหมายล้มละลายได้กำหนดกรณีที่ให้ศาลมีคำสั่งพิทักษ์ทรัพย์เด็ดขาดไว้ในมาตรา 14 และกำหนดกรณีที่ศาลจะพิพากษาให้ล้มละลายไว้ในมาตรา 61 ซึ่งเป็นเวลาภายหลังที่ศาลได้มีคำสั่งพิทักษ์ทรัพย์เด็ดขาดแล้ว อันอาจทำให้เห็นว่าคำสั่งพิทักษ์ทรัพย์เด็ดขาดเป็นคำสั่งระหว่างพิจารณาได้ก็ตาม แต่เมื่อได้คำนึงถึงลักษณะของคำสั่ง ผลบังคับของคำสั่งประกอบกับบทวิเคราะห์ศัพท์ในมาตรา 6 ดังกล่าวข้างต้นแล้ว จึงมีผู้เห็นว่าคำสั่งพิทักษ์ทรัพย์เด็ดขาดน่าจะไม่ใช่คำสั่งระหว่างพิจารณา แต่เป็นคำสั่งวินิจฉัยชี้ขาดประเด็นแห่งคดี ซึ่งมีผลเท่ากับคำพิพากษามาแบบอย่างคำพิพากษาฎีกาที่ 1065/2499 และ 8/2509 เมื่อเป็นเช่นนี้คำสั่งพิทักษ์ทรัพย์เด็ดขาดจึงเป็นคำสั่งที่ลูกหนี้อุทธรณ์-ฎีกาได้ตาม ป.วิ. แห่ง มาตรา 223 และ 247 ประกอบด้วย พ.ร.บ. ล้มละลาย มาตรา 153⁽¹⁾

คำพิพากษาฎีกาที่ 1065/2499

ในคดีล้มละลายนั้น เมื่อศาลมีคำสั่งให้พิทักษ์ทรัพย์ของจำเลยเด็ดขาดตาม พ.ร.บ. ล้มละลาย พ.ศ. 2483 มาตรา 14 แล้ว จำเลยย่อมอุทธรณ์ฎีกาต่อไปได้

(อาจารย์ยล ชีรกุล บรรณาธิการคำพิพากษาฎีกา พ.ศ. 2499 ได้เขียนหมายเหตุเกี่ยวกับเรื่องนี้ไว้เป็นข้อนำพิจารณาประกอบการศึกษาดังนี้

(1) อ.ปรีชา พาณิชวงศ์, "คำสั่งพิทักษ์ทรัพย์" บทบัญญัติ นิตยสารของเนติบัณฑิตยสภา เล่มที่ 33 พ.ศ. 2519

“ตาม พ.ร.บ. ล้มละลาย ร.ศ. 130 นั้น ถ้าศาลพิจารณาได้ความจริงดังฟ้อง ก็พิพากษาให้ลูกหนี้ล้มละลายทีเดียว แต่ พ.ร.บ. ล้มละลาย พ.ศ. 2483 นี้ ได้แก้ไขหลักการ คือยังไม่ให้ลูกหนี้ล้มละลาย เป็นแต่ให้มีการพิทักษ์ทรัพย์ของลูกหนี้ เพื่อให้โอกาสลูกหนี้หาทางประนอมหนี้เสียขั้นหนึ่งก่อน เมื่อไม่สำเร็จจึงจะให้ลูกหนี้ล้มละลาย

ได้มีผู้สงสัยกันว่า ตราบไคที่ศาลยังมีได้มีคำสั่งหรือคำพิพากษาให้จำเลยผู้เป็นลูกหนี้ล้มละลาย ถ้าศาลมีคำสั่งใด ๆ ในระหว่างนั้น แม้จะเป็นคำสั่งให้พิทักษ์ทรัพย์ของลูกหนี้เด็ดขาดก็ดี ก็ควรจะถือว่าเป็นคำสั่งระหว่างพิจารณา คู่ความจะอุทธรณ์ฎีกาก่อนมีคำพิพากษาไม่ได้ และคำสั่งพิทักษ์ทรัพย์เด็ดขาดไม่ใช่คำสั่งพิทักษ์ทรัพย์ชั่วคราว อันจะอนุโลมเอา ป.วิ. แห่งมาตรา 228 (2) มาใช้ให้อุทธรณ์ฎีกาก่อนมีคำพิพากษาได้

ปัญหาข้อนี้ เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบกับ พ.ร.บ. ล้มละลาย ร.ศ. 130 แล้ว จะเห็นได้ชัดว่า การที่ศาลมีคำสั่งพิทักษ์ทรัพย์ของลูกหนี้เด็ดขาด ตาม พ.ร.บ. ล้มละลาย พ.ศ. 2483 นั้น ตรงกับการที่ศาลได้มีคำพิพากษาให้ลูกหนี้ล้มละลายตาม พ.ร.บ. ล้มละลาย ร.ศ. 130 โดยฐานะของลูกหนี้ที่ศาลมีคำสั่งพิทักษ์ทรัพย์เด็ดขาดอยู่ในสภาพทำนองเดียวกับผู้ล้มละลาย ตาม พ.ร.บ. ล้มละลาย ร.ศ. 130 นั้น การที่ได้แก้ไขหลักการเดิมให้มีคำสั่งพิทักษ์ทรัพย์เด็ดขาดเสียขั้นหนึ่งก่อน คงมีผลเพียงลูกหนี้จะยังไม่ถูกขึ้นชื่อว่าเป็นบุคคลล้มละลาย และเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์จะขายทรัพย์สินของลูกหนี้ยังไม่ได้ก่อน (เว้นแต่เป็นของเสียหาย หรือถ้าหน่วยงานไว้จะเป็นการเสี่ยงความเสียหาย หรือค่าใช้จ่ายจะเกินส่วนแห่งค่าของทรัพย์สินนั้น ตามมาตรา 19) การขายทรัพย์และแบ่งทรัพย์สินจะพึงกระทำเมื่อมีคำพิพากษาหรือคำสั่งให้ลูกหนี้ล้มละลายแล้ว (มาตรา 123, 124) ดังนี้ จะเห็นได้ว่าความสำคัญของคดีอยู่ตอนที่ศาลทำการพิจารณาวินิจฉัยชี้ขาดคดี จะพิพากษาให้ยกฟ้องหรือจะมีคำสั่งพิทักษ์ทรัพย์ของลูกหนี้เด็ดขาดตามมาตรา 14 นั้น ส่วนตอนที่ศาลจะมีคำพิพากษาหรือคำสั่งให้ลูกหนี้ล้มละลายนั้นไม่สู้จะสำคัญ เพราะเมื่อศาลได้มีคำสั่งพิทักษ์ทรัพย์เด็ดขาดแล้ว การที่จะให้ลูกหนี้ล้มละลายหรือไม่ก็รอฟังผลว่าจะมีการประนอมหนี้สำเร็จหรือไม่เท่านั้น ซึ่งศาลจะต้องรอฟังรายงานจากเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ตามมาตรา 61 ฉะนั้น จึงเห็นได้ว่าคำสั่งศาลที่สั่งพิทักษ์ทรัพย์ของลูกหนี้เด็ดขาดตามมาตรา 14 นี้ เป็นคำวินิจฉัยชี้ขาดคดี มีผลอย่างเป็นทางการไม่ใช่เป็นคำสั่งระหว่างพิจารณาคู่ความ จึงมีสิทธิอุทธรณ์ฎีกาได้ต่อไป⁽¹⁾

(1) อ.ชล ธีรกุล, บันทึกท้ายคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1085/2499 คำพิพากษาศาลฎีกาของเนติบัณฑิตยสภา 2499 หน้า 929-930.

ดังนั้น ถ้าศาลสั่งพิทักษ์ทรัพย์เด็ดขาดแล้ว จำเลยย่อมมีสิทธิอุทธรณ์คำสั่งพิทักษ์ทรัพย์นั้นได้ทันทีภายในกำหนด 1 เดือนนับแต่วันมีคำสั่ง โจทก์จะคัดค้านว่าจำเลยยังไม่มีสิทธิอุทธรณ์เพราะศาลยังมีคำพิพากษาให้จำเลยล้มละลายเป็นการอุทธรณ์คำสั่งระหว่างพิจารณา ซึ่งต้องห้ามตาม ป.วิ. แห่งนี้ ข้ออ้างของโจทก์ฟังไม่ได้

ผู้มีสิทธิอุทธรณ์ฎีกา

ใครเป็นผู้มีสิทธิอุทธรณ์ฎีกา?

ตามมาตรา 228 วรรคสอง บัญญัติว่า “คำสั่งเช่นนี้คู่ความย่อมอุทธรณ์ได้...ฯลฯ” แสดงว่าผู้มีสิทธิอุทธรณ์ฎีกาตามมาตรา 228 (2) คือ คู่ความ ซึ่งหมายถึงโจทก์หรือจำเลย ดังนั้น เมื่อศาลมีคำสั่งตามมาตรา 228 (2) แล้ว ไม่ว่าศาลจะมีคำสั่งตามคำขอของคู่ความฝ่ายใดก็ตาม คู่ความทั้งสองฝ่ายมีสิทธิอุทธรณ์ฎีกา มิใช่บังคับให้อุทธรณ์ฎีกาได้เฉพาะคู่ความฝ่ายที่ขอเท่านั้น ดังตัวอย่างเช่น

คำพิพากษาฎีกาที่ 733/2492

คำสั่งอันเกี่ยวข้องกับคำขอเพื่อคุ้มครองประโยชน์ของคู่ความในระหว่างพิจารณาตามมาตรา 228 (2) คำสั่งเช่นนี้ในมาตรานั้นบัญญัติไว้ชัดเจนว่า คู่ความย่อมอุทธรณ์ได้ภายใน 1 เดือน นับแต่วันมีคำสั่งเป็นต้นไป คำว่า “คู่ความ” นั้น มาตรา 1 (11) หมายความว่า บุคคลผู้ยื่นคำฟ้องหรือถูกฟ้องต่อศาล

โจทก์ยื่นคำร้องขอให้ศาลสั่งห้ามจำเลยทำรายการพิพาทระหว่างพิจารณาหรือเรียกคู่ความมาประมูลเช่า่านพิพาท จำเลยคัดค้าน แต่ศาลสั่งให้คู่ความประมูลนั้น ถือว่าเป็นคำสั่งอันเกี่ยวข้องกับคำขอเพื่อประโยชน์ของคู่ความ จำเลยอุทธรณ์ฎีกาได้

คำสั่งอันเกี่ยวข้องกับคำขอเพื่อบังคับคดี

มีข้อสังเกตตามมาตรา 228 (2) ที่กฎหมายให้สิทธิแก่คู่ความสามารถอุทธรณ์คำสั่งของศาลชั้นต้นได้ทันที นอกจากกรณีที่เป็นคำสั่งอันเกี่ยวข้องกับคำขอเพื่อคุ้มครองประโยชน์ของคู่ความในระหว่างการพิจารณาแล้ว ยังมีอีกกรณีหนึ่งซึ่งคู่ความสามารถอุทธรณ์ได้ทันทีเหมือนกัน คือกรณีเป็น “คำสั่งอันเกี่ยวข้องกับคำขอเพื่อจะบังคับคดีตามคำพิพากษาต่อไป”

กรณีนี้เป็นเรื่องเกี่ยวกับการบังคับคดีเมื่อมีคำพิพากษาหรือคำสั่งชี้ขาดของศาลแล้ว ไม่ใช่กรณีก่อนศาลชี้ขาดตัดสินคดีตามหลักของมาตรานี้ ความจริงไม่จำเป็นต้องบัญญัติไว้ก็ได้ เพราะไม่ใช่เรื่องคำสั่งระหว่างพิจารณา คู่ความยอมอุทธรณ์ได้อยู่แล้ว กรณีไม่ต้องห้ามด้วยบทห้ามอุทธรณ์, ฎีกา ตามมาตรา 223, 248 (ดูคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1858/2492) เว้นแต่กรณีจะต้องด้วยข้อห้ามตามบทกฎหมายดังกล่าว เช่น กรณีตามมาตรา 248 วรรคสาม ที่ว่า การฎีกาคดีเกี่ยวกับการบังคับวงศ์ญาติและบริวารของผู้เช่าหรือผู้ถูกฟ้องขับไล่...ฯลฯ” ต้องห้ามฎีกาข้อเท็จจริง...ฯลฯ เป็นต้น

เหตุผลที่กฎหมายยอมให้กรณีตามมาตรา 228 (2) อุทธรณ์ได้ทันที

มีปัญหาว่า เพราะเหตุใดกฎหมายจึงยอมให้อุทธรณ์คำสั่งอันเกี่ยวกับคำขอเพื่อคุ้มครองประโยชน์ของคู่ความในระหว่างพิจารณา หรือคำสั่งอันเกี่ยวกับคำขอเพื่อจะบังคับคดีตามคำพิพากษาได้ทันที?

ในเรื่องนี้ผู้เขียนมีความเห็นว่าอาจเป็นเพราะว่าในระหว่างพิจารณาคดี คู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งอาจจะร้องขอต่อศาลให้มีการคุ้มครองประโยชน์ของฝ่ายตน เช่น ให้ยึดทรัพย์ของคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่ง หรืออายัดสิทธิเรียกร้องของลูกหนี้ที่มีต่อบุคคลภายนอกเพื่อจะได้เอาออกขายทอดตลาดหรือเอาชำระหนี้เมื่อตนชนะคดีหรือเพื่อจะบังคับคดีตามคำพิพากษา เป็นต้น จะเห็นว่าคำสั่งของศาลที่ให้ยึดหรืออายัดทรัพย์ไม่ว่าคดีจะอยู่ระหว่างการพิจารณาหรือศาลได้มีคำพิพากษาแล้วก็ตาม ล้วนแล้วแต่จะก่อให้เกิดความเสียหายและเดือดร้อนแก่ฝ่ายที่ถูกกระทบโดยผลของคำสั่งเช่นนั้น ผู้เขียนเห็นว่าโดยเจตนารมณ์ของมาตรา 228 ประสงค์จะคุ้มครองและขจัดปัญหาความเดือดร้อนของคู่ความ เรื่องเหล่านี้ไม่ควรจะให้รอคอยจนกว่าศาลตัดสินคดีจึงอนุญาตให้อุทธรณ์ได้

ข้อยกเว้นให้อุทธรณ์ได้ตามมาตรา 228 (3)

8. คำสั่งไม่รับหรือคืนคำคู่ความตามมาตรา 18 หรือวินิจฉัยชี้ขาดเบื้องต้น ตามมาตรา 24 ซึ่งมีได้ทำให้คดีเสร็จไปทั้งเรื่อง หากเสร็จไปเฉพาะประเด็นบางข้อ

คำสั่งตามมาตรา 228 (3) นี้มีหลักเกณฑ์ทำนองเดียวกับมาตรา 227 จะต่างกันแต่เพียงว่ามาตรา 227 ใช้ในกรณี คำสั่งของศาลที่สั่งไม่รับหรือให้คืนคำคู่ความตามมาตรา 18 หรือวินิจฉัยชี้ขาดข้อกฎหมายเบื้องต้นตามมาตรา 24 ทำให้คดีเสร็จไปทั้งเรื่อง (ดูรายละเอียดใน

มาตรา 227) ถ้าคำสั่งของศาลดังกล่าวข้างต้น ไม่ทำให้คดีเสร็จไปทั้งเรื่อง แต่เสร็จไปเฉพาะบางประเด็นแล้ว ต้องใช้มาตรา 228 (3) ส่วนหลักเกณฑ์อื่น ๆ เหมือนกัน

ตัวอย่างการไม่รับหรือคืนคำคู่ความ

1. โจทก์ฟ้องขับไล่จำเลย และเรียกค่าเสียหายมาด้วย ถ้าศาลชั้นต้นไม่รับฟ้องของโจทก์ทั้งเรื่อง หรือให้คืนไปเพื่อแก้ไขจัดการให้ถูกต้อง เช่นนี้ การไม่รับคำฟ้องหรือให้คืนฟ้องไปนั้น ทำให้คดีเสร็จไปจากศาลทั้งเรื่อง ถ้าโจทก์จะอุทธรณ์คำสั่งไม่รับฟ้อง หรือคำสั่งให้คืนฟ้อง ฯลฯ โจทก์ก็อุทธรณ์ได้ โดยใช้มาตรา 227 ประมวลมาตรา 18 แต่ถ้าศาลชั้นต้นมีคำสั่งให้รับฟ้องเฉพาะข้อหาเรื่องขับไล่ ส่วนค่าเสียหายสั่งไม่รับ เช่นนี้ จะเห็นว่าไม่ทำให้คดีเสร็จไปทั้งเรื่อง ถ้าจะอุทธรณ์คำสั่งของศาลชั้นต้นที่ไม่รับส่วนที่เกี่ยวกับค่าเสียหายต้องใช้มาตรา 228 (3), 18

2. โจทก์ยื่นฟ้องไปแล้ว ต่อมายื่นคำร้องขอแก้ไขเพิ่มเติมคำฟ้อง ศาลมีคำสั่งให้คืนไปทำใหม่ก็ดี หรือจำเลยยื่นคำให้การและฟ้องแย้ง แต่ศาลชั้นต้นเห็นว่าฟ้องแย้งไม่เกี่ยวกับฟ้องเดิม จึงสั่งรับแต่เพียงคำให้การ ส่วนฟ้องแย้งสั่งไม่รับก็ดี กรณีเหล่านี้มิได้ทำให้คดีเสร็จไปทั้งเรื่อง

ข้อสังเกตการสั่งคืนคำคู่ความ

มีข้อสังเกตเกี่ยวกับการสั่งคืนคำคู่ความบางประการ เช่น โจทก์นำฟ้องไปยื่น ศาลชั้นต้นสั่งให้คืนฟ้องให้โจทก์ไปทำมาใหม่ภายในกำหนดเวลาที่ศาลกำหนด เช่น 7 วัน หากโจทก์เห็นว่าฟ้องของโจทก์ไม่มีข้ออันควรดำเนินที่จะต้องแก้ไขหรือทำมาใหม่ตามคำสั่งศาลชั้นต้น โจทก์ย่อมมีสิทธิอุทธรณ์คำสั่งนั้นให้ศาลอุทธรณ์วินิจฉัยได้ตาม ป.วิ. แห่ง มาตรา 18, 227, 228 แล้วแต่กรณีโดยไม่จำเป็นต้องรอให้ศาลมีคำสั่งไม่รับฟ้องอีกครั้งหนึ่ง (เทียบนัยคำพิพากษาฎีกาที่ 2631/2521)

ตัวอย่างการวินิจฉัยข้อกฎหมายเบื้องต้น

1. โจทก์ฟ้องบิดาเป็นจำเลยต่อศาล จำเลยขอให้ศาลยกปัญหาข้อกฎหมายวินิจฉัยถึงอำนาจฟ้องของโจทก์ ศาลชี้ขาดเบื้องต้นว่า โจทก์ไม่มีอำนาจฟ้อง เพราะเป็นอุทลุม ดังนั้นผลแห่งการชี้ขาดเบื้องต้นทำให้คดีเสร็จไปทั้งเรื่อง ถ้าโจทก์จะอุทธรณ์ต้องใช้มาตรา 227

2. โจทก์ฟ้องเรียกให้จำเลยชำระหนี้ค่าซื้อเชื้อสกินค้ำพร้อมทั้งดอกเบี้ยผิดนัด จำเลยให้การต่อสู้ว่า

- 1) ชำระหนี้แล้ว ไม่ได้ติดค้ำ
- 2) ดอกเบี้ยที่โจทก์เรียกร้องมานั้นอัตราเกินกว่าที่กฎหมายกำหนด ใช้บังคับไม่ได้
- 3) คดีโจทก์ขาดอายุความแล้ว

ระหว่างพิจารณาคดี จำเลยยื่นคำร้องขอให้ศาลวินิจฉัยชี้ขาดข้อกฎหมายเบื้องต้นในประเด็นที่ว่าดอกเบี้ยที่โจทก์เรียกร้องมาในฟ้องอัตราเกินกว่าที่กฎหมายกำหนดใช้บังคับกันไม่ได้ และคดีโจทก์ขาดอายุความ ถ้าศาลชั้นต้นมีคำสั่งว่าดอกเบี้ยคิดเกินกว่าอัตราที่กฎหมายกำหนดตกเป็นโมฆะ แต่คดีโจทก์ไม่ขาดอายุความเช่นนี้จะเห็นว่าไม่ทำให้คดีเสร็จไปทั้งเรื่อง คงเสร็จไปเพียงประเด็นดอกเบี้ยเท่านั้น กรณีเช่นนี้ถ้าโจทก์จะอุทธรณ์คำสั่งศาลเช่นนั้นต้องใช้มาตรา 228 (3) เป็นต้น

มีสิทธิอุทธรณ์แต่ไม่ใช้สิทธิ

ปัญหาต่อไปว่า เมื่อโจทก์ยื่นฟ้องจำเลย โดยหลัก ป.วิ. แห่ง มาตรา 177 จำเลยจะต้องยื่นคำให้การภายใน 8 วัน แต่จำเลยยื่นคำให้การพ้นกำหนด 8 วันศาลชั้นต้นจึงมีคำสั่งไม่รับคำให้การของจำเลย ซึ่งจำเลยสามารถอุทธรณ์ได้ทันทีตามมาตรา 227 เพราะเป็นคำสั่งไม่รับคำคู่ความตามมาตรา 18 แต่จำเลยมิได้อุทธรณ์เช่นว่านี้ จำเลยกลับยื่นคำร้องขอให้ศาลชั้นต้นอนุญาตให้จำเลยยื่นคำให้การใหม่ (ตามมาตรา 199) ถ้าสมมติว่าศาลชั้นต้นไม่อนุญาตดังนี้ จำเลยจะยังคงมีสิทธิทวนไปใช้สิทธิอุทธรณ์คำสั่งไม่รับคำคู่ความในตอนแรกได้อยู่หรือไม่ และถ้าหากจำเลยประสงค์จะอุทธรณ์คำสั่งที่ไม่อนุญาตให้ยื่นคำให้การใหม่ (คำสั่งหลัง) โดยทันทีจะทำได้หรือไม่?

ปัญหานี้ ผู้เขียนเห็นว่าเมื่อศาลชั้นต้นสั่งไม่รับคำให้การจำเลยในตอนแรกแล้ว จำเลยย่อมมีสิทธิอุทธรณ์ได้ทันทีตามมาตรา 227 เมื่อจำเลยไม่ใช้สิทธิอุทธรณ์แต่กลับไปยื่นคำร้องขอยื่นคำให้การใหม่ ดังนี้ ผู้เขียนเห็นว่าสิทธิในการอุทธรณ์ตามมาตรา 227 ของจำเลยย่อมสิ้นสุดลง เมื่อศาลชั้นต้นสั่งไม่อนุญาตให้จำเลยยื่นคำให้การใหม่ จำเลยจะทวนกลับไปใช้สิทธิอุทธรณ์ตามมาตรา 227 ผู้เขียนเห็นว่าน่าจะทำได้ แม้ว่าจะยังไม่พ้นกำหนดเวลา 1 เดือน นับแต่ศาลมีคำสั่งไม่รับคำให้การก็ตาม และจำเลยจะอุทธรณ์คำสั่งศาลชั้นต้นที่ไม่อนุญาตให้จำเลยยื่นคำให้การใหม่โดยทันทีย่อมทำไม่ได้ เพราะเป็นคำสั่งระหว่างพิจารณาของศาลชั้นต้น มิใช่คำสั่งไม่รับคำให้การหรือคำสั่งอันเกี่ยวข้องกับคำขอเพื่อคุ้มครองประโยชน์คู่ความในระหว่างพิจารณา จึงอุทธรณ์ทันทีไม่ได้ ต้องห้ามตามมาตรา 228 (1)

คำพิพากษาฎีกาที่ 2220/2519

เมื่อศาลชั้นต้นไม่รับคำให้การของจำเลยเพราะยื่นพยานกำหนด 8 วันแล้ว จำเลยหาได้ อุทธรณ์คำสั่งศาลชั้นต้นดังกล่าวไม่ แต่จำเลยกลับยื่นคำร้องขอยื่นคำให้การใหม่ อ้างว่าจำเลย ไม่มีเจตนาจงใจไม่ยื่นคำให้การภายในกำหนด ศาลชั้นต้นได้สวนคำร้องของจำเลยแล้ว มีคำสั่ง ไม่อนุญาตให้จำเลยยื่นคำให้การใหม่ คำสั่งของศาลชั้นต้นครั้งใหม่ที่ไม่อนุญาตให้จำเลยยื่นคำ การตามคำร้องนี้ไม่ใช่คำสั่งตาม ป.วิ. แห่ง มาตรา 18 ที่จำเลยจะใช้สิทธิตามมาตรา 228 (3) อุทธรณ์ได้ แต่เป็นคำสั่งระหว่างพิจารณา จำเลยอุทธรณ์คำสั่งนั้นทันทีไม่ได้ตามมาตรา 228

คำพิพากษาฎีกาที่ 349/2520

ศาลชั้นต้นสั่งว่าจำเลยขาดนัด ให้นัดสืบพยานโจทก์แล้วจำเลยยื่นคำให้การ คำสั่งศาล ไม่รับคำให้การเพราะยื่นเกินกำหนดเป็นคำสั่งไม่รับคำให้การซึ่งจำเลยอุทธรณ์ได้ทันที แต่จำเลย ขอให้ศาลสั่งได้สวนและสั่งรับคำให้การนั้น เพราะจำเลยไม่ได้รับหมายเรียก ศาลสอบถามแล้ว งคได้สวนและไม่อนุญาตให้จำเลยยื่นคำให้การ คำสั่งนี้เป็นคำสั่งระหว่างพิจารณาจะอุทธรณ์ ทันทีไม่ได้

การอุทธรณ์คำสั่ง ตามมาตรา 228

การอุทธรณ์คำสั่งตามมาตรา 228 มีวิธีปฏิบัติอย่างไร?

วิธีอุทธรณ์คำสั่งตามมาตรา 228 มีข้อสังเกตดังนี้ แต่เดิมก่อนที่มีการแก้ไข ป.วิ. แห่ง มาตรา 228 นี้ วรรคสองของมาตรา 228 มีความว่า “คำสั่งเช่นว่านี้คู่ความย่อมอุทธรณ์ได้ ภายในกำหนดหนึ่งเดือนนับแต่วันมีคำสั่งเป็นต้นไป” และวรรคสุดท้ายว่า “ถ้าคู่ความมิได้ อุทธรณ์คำสั่งในระหว่างพิจารณาตามที่บัญญัติไว้ในมาตรานี้ให้บังคับตามบทบัญญัติแห่งมาตรา 228”

เพราะฉะนั้น ด้วยบทเดิมเมื่อศาลมีคำสั่งต้องอุทธรณ์ภายใน 1 เดือน หากไม่อุทธรณ์ แต่รอไปจนกว่าศาลชั้นต้นตัดสินคดี มาตรา 228 วรรคสุดท้ายบัญญัติให้ไปใช้หลักมาตรา 226 ก็จะอุทธรณ์ได้หรือไม่ก็ต้องดูว่าได้มีการโต้แย้งคำสั่งนั้นไว้หรือไม่ ถ้าได้โต้แย้งไว้จึงจะมีสิทธิ อุทธรณ์ได้ ถ้าไม่ได้โต้แย้งไว้ ก็หมดสิทธิอุทธรณ์ (คำพิพากษาฎีกาที่ 202/2490, 787/2490)

โดยสรุปด้วยทศเดิม

1. ให้อุทธรณ์ได้ภายในกำหนด 1 เดือนนับแต่ศาลมีคำสั่ง
2. ถ้าไม่ได้อุทธรณ์ภายใน 1 เดือน ต้องโต้แย้งคำสั่งนั้นไว้ เมื่อศาลพิพากษาคดีแล้ว จึงอุทธรณ์ได้

แต่ด้วยบทปัจจุบัน แก้ไขวรรคสุดท้ายใหม่มีความว่า “ถ้าคู่ความมิได้อุทธรณ์คำสั่งในระหว่างพิจารณาตามที่บัญญัติไว้ในมาตรานี้ ก็ให้อุทธรณ์ได้ในเมื่อศาลพิพากษาคดีแล้ว ตามความในมาตรา 223” ดังนั้น ตามที่แก้ไขใหม่แทนที่จะโอนไปใช้มาตรา 226 ได้แก้ไขให้ไปใช้มาตรา 223

โดยสรุปด้วยบทปัจจุบัน คู่ความมีโอกาสอุทธรณ์ได้ 2 ระยะแล้วแต่จะเลือก คือ

1. ระยะแรกให้อุทธรณ์ภายใน 1 เดือนนับแต่ศาลมีคำสั่ง
2. ระยะสอง ถ้าไม่อุทธรณ์ภายใน 1 เดือนตามข้อ 1 ก็อุทธรณ์ต่อไปไม่ได้ ต้องรอไว้จนกว่าศาลจะตัดสิน จึงจะอุทธรณ์ได้ภายในกำหนด 1 เดือนนับแต่วันศาลพิพากษาตามมาตรา 223 โดยไม่จำต้องโต้แย้งคำสั่งนั้น

ดังนั้น ในการศึกษาคำพิพากษาฎีกาเกี่ยวกับมาตรานี้ให้สังเกตไว้ด้วยว่าเป็นคำพิพากษาตามด้วยทศเดิมหรือด้วยทศกฎหมายปัจจุบัน จะได้ไม่สับสน

สรุป

โดยสรุปที่กล่าวมาตั้งแต่มาตรา 226 จนถึงมาตรา 228 จะเห็นว่า ถ้าเป็นคำสั่งในระหว่างการพิจารณาย่อมจะอุทธรณ์คำสั่งนั้นไม่ได้ แต่ถ้าคู่ความประสงค์จะอุทธรณ์คำสั่งนั้นก็ต้องปฏิบัติตามมาตรา 228 (2) เสียก่อน คือโต้แย้งคัดค้านคำสั่งระหว่างพิจารณานั้น เพื่อจะสงวนสิทธิในการอุทธรณ์ฎีกาต่อไป แต่อย่างไรก็ตาม หากเป็นกรณีที่กฎหมายไม่ถือว่าเป็นคำสั่งระหว่างพิจารณาแล้ว คู่ความมีสิทธิอุทธรณ์ฎีกาได้ทันที และถ้าหากว่าคู่ความยื่นอุทธรณ์คำสั่งนั้นก่อนศาลชั้นต้นพิพากษา ศาลชั้นต้นจะดำเนินการพิจารณาคดีต่อไป และมีคำพิพากษาหรือคำสั่งชี้ขาดคดีนั้นได้ไม่ถือว่าการอุทธรณ์เป็นการขัดขวางการพิจารณาคดี (ดูมาตรา 228 วรรคสาม) เว้นแต่อุทธรณ์นั้นเป็นอุทธรณ์คำสั่งตามมาตรา 228 (3) และศาลอุทธรณ์เห็นว่าการกลับหรือการแก้คำสั่งที่อุทธรณ์นั้นจะเป็นการวินิจฉัยชี้ขาดคดีหรือประเด็นข้อใดที่ศาลล่างมิได้วินิจฉัยไว้ ศาลอุทธรณ์มีอำนาจสั่งให้ศาลล่างงดการพิจารณาหรืองดการวินิจฉัยไว้จนกว่าศาลอุทธรณ์จะวินิจฉัยชี้ขาดอุทธรณ์นั้นก็ได้

ตัวอย่างคำถาม

ศาลนัดสืบพยานโจทก์คดีแพ่งนัดแรกในวันที่ 20 มกราคม 2513 แต่ก่อนถึงวันนัด 7 วัน โจทก์ยื่นคำร้องขอเลื่อน อ้างว่านายโจทก์คิดว่าความที่ศาลอื่น ศาลสั่งในวันนั้นว่าไม่อนุญาต และโจทก์ทราบคำสั่งนั้นแล้วทันที ครั้นถึงวันนัดโจทก์จำเลยไม่มาศาล ศาลสั่งว่าคู่ความทั้งสองฝ่ายขาดนัดพิจารณา ให้จำหน่ายคดีเสียจากสารบบ

โจทก์จะอุทธรณ์คำสั่งที่ไม่อนุญาตให้เลื่อน และอุทธรณ์ในข้อจำหน่ายคดีได้เพียงใดหรือไม่ (ข้อสอบไล่สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา สมัย 22)

แนวคำตอบ

โจทก์จะอุทธรณ์คำสั่งที่ไม่อนุญาตให้เลื่อนคดีไม่ได้ เพราะเป็นคำสั่งระหว่างพิจารณา ซึ่งโจทก์มิได้โต้แย้งไว้ตามมาตรา 228 (2) ทั้ง ๆ ที่มีเวลาที่จะโต้แย้งคัดค้านถึง 7 วัน

ส่วนคำสั่งจำหน่ายคดีอุทธรณ์ได้ เพราะเป็นการจำหน่ายคดีที่คู่ความทั้งสองฝ่ายขาดนัดพิจารณาตามมาตรา 200 ไม่มีบทบัญญัติห้ามอุทธรณ์หรือบทบัญญัติว่าคำสั่งนี้ให้เป็นที่สุด