

# คำสั่งระหว่างพิจารณา

## บัญญัติ สุชีวะ

ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 226 บัญญัติว่า “ก่อนศาลชั้นต้นได้มีคำพิพากษาหรือคำสั่งชี้ขาดคดีแล้ว ศาลชั้นต้นได้มีคำสั่งอย่างใดอย่างหนึ่งนอกจากที่ระบุไว้ใน มาตรา 227 และ 228

- (1) ห้ามมิให้อุทธรณ์คำสั่งนั้นในระหว่างพิจารณา
- (1) ถ้าคู่ความฝ่ายใดโต้แย้งคำสั่งใด ให้ศาลจดข้อโต้แย้งนั้นลงไว้ในรายงาน คู่ความที่โต้แย้งขอที่จะอุทธรณ์คำสั่งนั้นได้ภายในกำหนดหนึ่งเดือน นับแต่วันที่ศาลได้มีคำพิพากษา หรือคำสั่งชี้ขาดคดีนั้นเป็นต้นไป”

ตามมาตรานี้จะเห็นได้ว่าในระหว่างพิจารณาคดีของศาล คือ ก่อนที่ศาลจะมีคำพิพากษาหรือคำสั่งชี้ขาดคดี หากศาลมีคำสั่งอย่างหนึ่งอย่างใด (นอกจากคำสั่งตามมาตรา 227 และ 228) แล้ว คำสั่งนั้นต้องห้ามมิให้อุทธรณ์ จนกว่าจะได้มีคำพิพากษาหรือคำสั่งชี้ขาดคดีนั้นเสียก่อน และผู้อุทธรณ์จะต้องโต้แย้งคัดค้านคำสั่งของศาลเช่นนั้นไว้ด้วย ถ้าไม่ได้โต้แย้งคัดค้านไว้ ย่อมไม่มีสิทธิอุทธรณ์ต่อไปได้ คำสั่งเช่นนี้กฎหมายใช้ถ้อยคำว่า คำสั่งในระหว่างพิจารณา แต่ส่วนมากมักจะเรียกกันว่าคำสั่งระหว่างพิจารณา

ความจริงการที่จะวินิจฉัยว่า คำสั่งใดเป็นคำสั่งระหว่างพิจารณาหรือไม่นั้น ถ้าจะพิจารณาเป็นขั้น ๆ ไปก็รู้สึกว่าการวินิจฉัยขั้น

ประการแรกวางหลักไว้ว่า ก่อนมีคำพิพากษาหรือคำสั่งชี้ขาดคดี ถ้าศาลมีคำสั่งใด ๆ ไป ก่อนที่จะถือว่าเป็นคำสั่งระหว่างพิจารณา ต้องพิจารณาเสียก่อนว่า คำสั่งที่สั่งในระหว่างพิจารณานั้นเข้าอยู่ในข้อยกเว้นตามมาตรา 227 หรือไม่ ถ้าเข้าข้อยกเว้นตามมาตรา 227 ก็ถือว่ามิใช่คำสั่งระหว่างพิจารณา การอุทธรณ์คำสั่งที่เข้าข้อยกเว้นเช่นนี้ จึงต้องอยู่ในหลักทั่วไปว่าด้วยการอุทธรณ์ คือ อุทธรณ์ตามมาตรา 223 และ 229 กล่าวคือ อุทธรณ์ได้ทันทีภายในหนึ่งเดือน นับแต่วันที่ได้อ่านคำสั่งเช่นนั้น ถ้าคำสั่งระหว่างพิจารณานั้นไม่เข้าอยู่ในข้อยกเว้น ตามมาตรา 227 ก็ต้องพิจารณาต่อไปว่าเข้าข้อยกเว้นตามมาตรา 228 หรือไม่ ถ้าเข้าข้อยกเว้นตามมาตรา 228 กฎหมายมิได้บัญญัติว่าเป็นคำสั่งในระหว่างพิจารณาหรือไม่ แต่มีผลในเรื่อง

อุทธรณ์เป็นพิเศษ ดังนี้ คือ จะอุทธรณ์ทันทีภายในหนึ่งเดือนนับแต่วันอ่านคำสั่งก็ได้ หรือจะรอไว้อุทธรณ์เมื่อศาลมีคำพิพากษาชี้ขาดตัดสินคดีแล้วก็ได้ ในกรณีหลังนี้ก็อุทธรณ์คำสั่งที่เข้าช้อยกเว้น ตามมาตรา 228 ได้ภายในกำหนดหนึ่งเดือนนับตั้งแต่วันที่ได้อ่านคำพิพากษานั้น ทั้งนี้โดยไม่จำเป็นต้องโต้แย้งหรือคัดค้านคำสั่งเช่นว่านั้นของศาลไว้ก่อนแต่อย่างใด หากคำสั่งในระหว่างพิจารณานั้นไม่เข้าช้อยกเว้นตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 228 อีก ก็เป็นที่เชื่อได้แน่นอนว่า คำสั่งนั้นเป็นคำสั่งระหว่างพิจารณา ตามมาตรา 226

ข้อยากอยู่ที่ว่า คำสั่งอย่างใดเข้าช้อยกเว้นตามมาตรา 227 และ 228 หรือไม่

มาตรา 227 บัญญัติว่า “คำสั่งของศาลชั้นต้นที่ไม่รับหรือให้คืนคำคู่ความตามมาตรา 18 หรือคำสั่งวินิจฉัยชี้ขาดเบื้องต้นตามมาตรา 24 ซึ่งทำให้คดีเสร็จไปทั้งเรื่องนั้น มิให้ถือว่าเป็นคำสั่งระหว่างพิจารณา และให้อยู่ภายในบังคับของการอุทธรณ์คำพิพากษา หรือคำสั่งชี้ขาดตัดสินคดี”

ตามมาตรา 227 นี้ พอจะแยกได้เป็น 2 กรณี คือ

1. คำสั่งของศาลชั้นต้นที่ไม่รับหรือให้คืนคำคู่ความ ตามมาตรา 18 ซึ่งทำให้คดีเสร็จไปทั้งเรื่อง
2. คำสั่งวินิจฉัยชี้ขาดเบื้องต้น ตามมาตรา 24 ซึ่งทำให้คดีเสร็จไปทั้งเรื่อง

**ในกรณีข้อที่ 1** ศาลมีอำนาจตรวจคำคู่ความที่ยื่นต่อศาล ถ้าศาลเห็นว่า คำคู่ความอ่านไม่ออกอ่านไม่เข้าใจ หรือเขียนฟุ่มเฟือยเกินไป หรือไม่มีการ ไม่มีลายมือชื่อ ไม่แนบเอกสารต่าง ๆ ตามที่กฎหมายต้องการ หรือมิได้ปิดแสตมป์ (ฤชากร) ให้ถูกต้องบริบูรณ์ ศาลก็มีอำนาจที่จะสั่งให้คืนคำคู่ความนั้นไปให้ทำมาใหม่ หรือให้ปิดแสตมป์ (ฤชากร) ให้ถูกต้องบริบูรณ์เสียได้ภายในระยะเวลา และกำหนดเงื่อนไขใด ๆ ก็ได้ ถ้าคู่ความฝ่ายที่ยื่นคำคู่ความนั้นมิได้ปฏิบัติตาม ศาลก็จะสั่งไม่รับคำคู่ความนั้น (มาตรา 18) คำสั่งไม่รับคำคู่ความนี้ทำให้คดีเสร็จไปทั้งเรื่อง เช่น สั่งไม่รับคำฟ้องเป็นต้น คำสั่งเช่นนี้ถือว่ามีใช้คำสั่งระหว่างพิจารณา และอุทธรณ์ได้ทันทีภายในกำหนดหนึ่งเดือน นับแต่วันที่ได้อ่านคำสั่งนั้น แต่ถ้าเป็นคำสั่งไม่รับคำให้การเพิ่มเติม แม้จะถือว่าเป็นการสั่งไม่รับคำคู่ความก็ตาม แต่โดยที่ไม่ทำให้คดีเสร็จไป เพราะศาลยังต้องพิจารณาคดีตามคำฟ้องและคำให้การเดิมอยู่อีก จึงไม่เข้าอยู่ในข่ายมาตรา 227 แต่เข้าอยู่ในข่ายแห่งมาตรา 228 (3) (คำพิพากษาฎีกาที่ 1012 – 1013/2505 และ 96/2509)

นอกจากนี้มาตรา 18 ยังบัญญัติให้ศาลมีอำนาจที่จะสั่งไม่รับหรือคืนคำคู่ความในกรณีอื่นอีก คือ ในกรณีที่คำคู่ความนั้นมิได้เป็นไปตามเงื่อนไขแห่งกฎหมายที่บังคับไว้ เช่น การกู้เงินเกินกว่า 50 บาท มาตรา 653 บัญญัติว่า ถ้าไม่มีหลักฐานแห่งการกู้ยืมเป็นหนังสือลงลายมือชื่อผู้ยืมแล้ว จะฟ้องร้องบังคับคดีมิได้ หรือในเรื่องเช่าอสังหาริมทรัพย์ ตามมาตรา 538 ถ้าไม่มีหลักฐานเป็นหนังสือลงลายมือชื่อผู้ที่ต้องรับผิดชอบแล้วก็ฟ้องร้องบังคับคดีมิได้ เป็นต้น การที่ต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือถือเป็นเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดไว้ในกาฟ้องร้อง หรือเมื่อศาลเห็นว่าบุคคลที่ยื่นคำคู่ความไม่มีสิทธิที่จะยื่นคำคู่ความต่อศาลนั้นได้ เพราะต้องห้ามใน

เรื่องเขตอำนาจศาล เช่น คดีเกี่ยวกับบุกรุกที่ดินอยู่ที่จังหวัดสมุทรปราการ แต่ไปยื่นฟ้องต่อศาล จังหวัดชลบุรี เป็นต้น ในกรณีตัวอย่างดังกล่าวข้างต้นทั้งสองประการนี้ ถ้าศาลสั่งไม่รับหรือคืนคำคู่ความไป ย่อมเห็นได้ว่าทำให้คดีเสร็จไปได้ทั้งเรื่อง จึงเข้าอยู่ในบทบัญญัติมาตรา 227 ไม่ถือเป็นคำสั่งระหว่าง พิจารณา แต่ถ้าคำสั่งไม่รับหรือคืนคำคู่ความในกรณีดังกล่าว ไม่ทำให้คดีเสร็จไปทั้งเรื่องแล้ว เช่น โจทก์ ฟ้องขับไล่จำเลยจากห้องพิพาท อ้างว่าผิคนัดไม่ชำระค่าเช่า จำเลยต่อสู้ว่า มิได้ติดค้างค่าเช่าและอ้างว่าเช่าห้อง พินาทโดยโจทก์ตกลงด้วยวาจาให้เช่ามีกำหนด 3 ปี จึงฟ้องแย้งขอให้บังคับโจทก์ให้จำเลยเช่าห้องพิพาทมี กำหนด 3 ปี เช่นนี้ แม้ศาลจะสั่งไม่รับฟ้องแย้ง เพราะไม่มีหลักฐานการเช่าเป็นหนังสือก็ตาม ก็ไม่ทำให้ คดีที่โจทก์ฟ้องขับไล่จำเลยเสร็จไป คำสั่งในกรณีเช่นนี้จึงมิใช่คำสั่งตามมาตรา 227 แต่เป็นคำสั่งตามมาตรา 228 (3)

อะไรคือคำคู่ความ มาตรา 1 (5) บัญญัติว่า “คำคู่ความ” หมายความว่า บรรดาคำฟ้อง คำให้ การหรือคำร้องทั้งหลายที่ยื่นต่อศาลเพื่อตั้งประเด็นระหว่างคู่ความ

คำว่าคำฟ้องและคำให้การย่อมกินความถึงคำฟ้องอุทธรณ์และคำแก้อุทธรณ์ (คำพิพากษาฎีกาที่ 1198/2492) และคำฟ้องฎีกาและคำแก้ฎีกาด้วย (มาตรา 1 (3) (4)) คำร้องขอแก้ไขหรือเพิ่มเติมคำให้การ ย่อมเป็นคำคู่ความ (คำพิพากษาฎีกาที่ 1012 – 1013/2505 และ 96/2509) คำร้องอื่น ๆ ที่มีได้ตั้งประเด็น ระหว่างคู่ความหาใช่คำคู่ความไม่ เช่น คำร้องขอขยายระยะเวลายื่นคำให้การมิใช่คำคู่ความ (คำพิพากษาฎีกา ที่ 665/2509) คำร้องขอระงับพยานมิใช่คำคู่ความ (คำพิพากษาฎีกาที่ 455/2491, 148/2496 และ 1058/2497) คำร้องขอให้เรียกผู้ใดเข้ามาในคดีตามมาตรา 57 มิใช่คำคู่ความ

ที่จะเข้าอยู่ในบทบัญญัติแห่งมาตรา 227 นี้ จะต้องเป็นการสั่งไม่รับหรือคืนคำคู่ความอันทำให้คดี เสร็จไปทั้งเรื่อง ถ้าศาลมีคำสั่งรับคำคู่ความก็ดี หรือแม้ศาลจะสั่งไม่รับหรือคืนไป แต่คำสั่งนั้นมิใช่คำคู่ ความก็ดี คำสั่งนั้นก็มิเข้าอยู่ในข่ายแห่งมาตรา 227 แต่ย่อมถือเป็นคำสั่งระหว่างพิจารณาตามมาตรา 226 เช่นคำสั่งที่อนุญาตให้เพิ่มเติมฟ้องได้เป็นคำสั่งระหว่างพิจารณา (คำพิพากษาฎีกาที่ 621/2488)

**ในกรณีข้อ 2** คำสั่งที่วินิจฉัยชี้ขาดเบื้องต้นตามมาตรา 24 นั้นจะต้องทำให้คดีเสร็จไปทั้งเรื่อง จึง จะเข้าอยู่ในข่ายบทบัญญัติมาตรา 227 ถ้าวินิจฉัยชี้ขาดแล้ว ทำให้คดีเสร็จไปเพียงบางประเด็นเท่านั้น เช่น ฟ้องขับไล่และเรียกค่าเสียหาย จำเลยขอให้ศาลวินิจฉัยชี้ขาดเบื้องต้นเสียก่อนว่าฟ้องเคลือบคลุม และศาลเห็นว่า คำฟ้องเฉพาะเกี่ยวกับค่าเสียหายเท่านั้นเคลือบคลุม จึงวินิจฉัยให้เฉพาะประเด็นข้อนี้ ดังนี้เห็นได้ว่าประเด็นค่า เสียหายเท่านั้นที่เสร็จไป ส่วนประเด็นเรื่องขับไล่ยังมีอยู่ คำสั่งเช่นนี้จึงไม่เข้าอยู่ในบทบัญญัติแห่งมาตรา 227 แต่ย่อมจะเข้าอยู่ในบทบัญญัติมาตรา 228 (3) และที่จะถือว่าศาลได้มีคำสั่งวินิจฉัยชี้ขาดเบื้องต้นนั้น คำสั่งของ ศาลจะต้องวินิจฉัยให้เป็นคุณแก่คู่ความฝ่ายที่ยกปัญหาข้อกฎหมายขึ้น อย่างเช่นศาลได้วินิจฉัยว่า ฟ้องเคลือบ คลุมดังที่จำเลยร้องขอให้ศาลวินิจฉัยตามตัวอย่างข้างต้น แต่ถ้าศาลสั่งว่าฟ้องไม่เคลือบคลุม ย่อมถือว่ามิได้สั่ง ให้เป็นคุณแก่คู่ความฝ่ายที่ขอให้ศาลวินิจฉัย คำสั่งเช่นนี้จึงมิใช่คำสั่งชี้ขาดเบื้องต้น ตามมาตรา 24 (คำ พิพากษาฎีกาที่ 226/2504) จึงเป็นคำสั่งระหว่างพิจารณา หรือ เช่นคำสั่งที่ไม่รับวินิจฉัยชี้ขาดประเด็นข้อ กฎหมายตามมาตรา 24 ก็ดี หรือคำสั่งให้ยกคำร้องเช่นว่านั้นก็ดี หรือคำสั่งที่ให้รอกการชี้ขาดเบื้องต้นไว้ใช้ใน

คำพิพากษาก็ดี ถือว่าเป็นคำสั่งระหว่างพิจารณา ไม่เข้าข้อยกเว้นตามมาตรา 227 (คำพิพากษาฎีกาที่ 271/2481, 148/2491 และ 462/2508)

มาตรา 228 บัญญัติว่า “ก่อนศาลชี้ขาดตัดสินคดี ถ้าศาลมีคำสั่งอย่างใดอย่างหนึ่งดังต่อไปนี้  
คือ

- (1) ให้กักขัง หรือปรับไหม หรือจำขังผู้ใดตามประมวลกฎหมายนี้
- (2) มีคำสั่งอันเกี่ยวข้องกับคำขอเพื่อคุ้มครองประโยชน์ของคู่ความในระหว่างการพิจารณา หรือมีคำสั่งอันเกี่ยวข้องกับคำขอที่จะบังคับคดีตามคำพิพากษาต่อไป หรือ
- (3) ไม่รับหรือคืนคำคู่ความตามมาตรา 18 หรือวินิจฉัยชี้ขาดเบื้องต้นตามมาตรา 24 ซึ่งมีได้ทำให้คดีเสร็จไปทั้งเรื่อง หากเสร็จไปเฉพาะแต่ประเด็นบางข้อ

คำสั่งเช่นว่านี้ คู่ความย่อมอุทธรณ์ได้ ภายในกำหนดหนึ่งเดือน นับแต่วันมีคำสั่งเป็นต้นไป  
ฯลฯ

ถ้าคู่ความมิได้อุทธรณ์คำสั่งในระหว่างพิจารณาตามที่บัญญัติไว้ในมาตรานี้ ก็ให้อุทธรณ์ได้ในเมื่อศาลพิพากษาคดีแล้วตามความในมาตรา 223”

คำสั่งให้กักขัง ปรับไหม หรือจำขัง และคำสั่งอันเกี่ยวข้องกับคำขอเพื่อคุ้มครองประโยชน์ของคู่ความในระหว่างการพิจารณา หรือคำสั่งอันเกี่ยวข้องกับคำขอ เพื่อจะบังคับคดีตามคำพิพากษานั้น เป็นเรื่องมาตรา 254, 264 ส่วนคำขอในกรณีฉุกเฉินนั้น มาตรา 267 บัญญัติว่า ถ้าศาลสั่งยกให้เป็นที่สุด หรือถ้าศาลสั่งยกเลิกคำสั่งเดิมที่สั่งในกรณีฉุกเฉิน คำสั่งนี้ก็เป็นที่สุดเช่นกัน แต่ถ้าศาลสั่งไม่ยกเลิกคำสั่งเดิมที่สั่งในกรณีฉุกเฉินเช่นนั้นไว้ มาตรา 267 มิได้บัญญัติให้เป็นที่สุด ฉะนั้นจึงยอมอุทธรณ์คำสั่งนั้นได้ตามมาตรา 228 ในกรณีที่ศาลมีคำสั่งอนุญาตตามคำขอในกรณีฉุกเฉิน จำเลยหาจำต้องขอให้ศาลสั่งยกเลิกคำสั่งนั้นเสมอไปไม่ จำเลยอาจเลือกใช้สิทธิอุทธรณ์คำสั่งนั้นทันทีตามมาตรา 228 ได้ (คำพิพากษาฎีกาที่ 562/2490)

ตามมาตรา 228 (1) ต้องเป็นเรื่องที่ศาลสั่งให้กักขัง หรือปรับไหม หรือจำขัง ถ้าศาลสั่งไม่ให้กักขัง ปรับไหม หรือจำขัง ย่อมไม่เข้าอยู่ในความหมายมาตรา 228 (1) แต่จะถือว่าเป็นคำสั่งตามมาตรา 228 (2) ได้หรือไม่ เคยมี คำพิพากษาฎีกาที่ 733/2492 วินิจฉัยว่า โจทก์ยื่นคำร้องขอให้ห้ามจำเลยมิให้ทำนารายพิพาทระหว่างความ หรือให้เรียกจำเลยมาประมุขเช่นาพิพาท ศาลสั่งให้คู่ความประมุขนาพิพาท ถือว่าเป็นคำสั่งตามมาตรา 228 (2) ซึ่งเป็นเรื่องเกี่ยวกับคำขอเพื่อคุ้มครองประโยชน์ของคู่ความโดยตรง จะนำมาปรับกับเรื่องกักขัง ปรับไหม หรือจำขังมิได้ แต่อย่างไรก็ตามการกักขังหรือจำขังก็อยู่ในบทบัญญัติมาตรา 254 ซึ่งเป็นเรื่องคุ้มครองก่อนพิพากษาเช่นกัน ฉะนั้นคำสั่งที่ไม่ให้ กักขัง ปรับไหม หรือจำขัง ก็น่าจะถือเป็นคำสั่งอันเกี่ยวข้องกับคำขอเพื่อคุ้มครองประโยชน์ของคู่ความตามมาตรา 228 (2) ด้วย จึงอุทธรณ์ทันทีได้ ตามมาตรา 228 (3) ก็เป็นเรื่องทำนองเดียวกับมาตรา 227 ดังที่กล่าวมาแล้วตอนต้น ผิดกันอยู่ที่ว่าตามมาตรา 228 (3) คำสั่งไม่รับหรือคืนคำคู่ความตามมาตรา 18 หรือคำสั่งวินิจฉัยชี้ขาดเบื้องต้นตามมาตรา 24 ทำให้คดีเสร็จไปเฉพาะแต่ประเด็นบางข้อเท่านั้น ไม่ทำให้คดีเสร็จไปทั้งเรื่อง

ตามมาตรา 228 นี้ คู่ความมีสิทธิอุทธรณ์คำสั่งศาลได้ 2 ประการ คือ อุทธรณ์ได้ทันทีภายในหนึ่งเดือนนับแต่วันที่ที่มีคำสั่งนี้ หรือรอไว้จนศาลพิพากษาคดีแล้วจึงอุทธรณ์ภายในหนึ่งเดือนนับตั้งแต่วันที่ได้มีคำพิพากษาก็ได้ ทั้งนี้โดยไม่ต้องโต้แย้งคัดค้านคำสั่งของศาลไว้เหมือนคำสั่งระหว่างพิจารณา ตามมาตรา 226

เมื่อพิจารณาตามมาตรา 227, 228 แล้ว คำสั่งใด ๆ ที่ศาลได้สั่งก่อนที่มีคำพิพากษาหรือชี้ขาดตัดสินคดี หากไม่เข้าอยู่ในข่ายแห่งบทบัญญัติมาตรา 227, 228 คำสั่งนั้นก็เป็นคำสั่งระหว่างพิจารณาตามมาตรา 226

คำสั่งระหว่างพิจารณาตามมาตรา 226 นี้ ย่อมมีได้ทั้งในศาลชั้นต้นและศาลอุทธรณ์ แต่ในศาลอุทธรณ์นั้นมิใช่ข้อสังเกตอยู่ว่า ถ้าสั่งแล้วทำให้คดีเสร็จไปจากศาลอุทธรณ์ แม้จะทำให้ศาลชั้นต้นต้องดำเนินการพิจารณาคดีใหม่ก็ตาม คำสั่งนั้นก็ทำให้คำสั่งระหว่างพิจารณาของศาลอุทธรณ์ไม่ เช่นศาลชั้นต้นสั่งคดีสืบพยาน และพิพากษาให้โจทก์ชนะคดี ศาลอุทธรณ์ยื่นสำนวนให้ศาลชั้นต้นสืบพยานแล้วพิพากษาใหม่ มิใช่คำสั่งระหว่างพิจารณาของศาลอุทธรณ์ จึงฎีกาได้ (คำพิพากษาฎีกาที่ 26/2482 และคำสั่งคำร้องที่ 504/2502) ศาลชั้นต้นวินิจฉัยชี้ขาดเบื้องต้นมาตรา 24 ศาลอุทธรณ์เห็นว่ายังไม่ควรมีคำสั่งชี้ขาดจึงให้ศาลชั้นต้นดำเนินการพิจารณาต่อไปแล้วพิพากษาใหม่ มิใช่คำสั่งระหว่างพิจารณาของศาลอุทธรณ์ (คำพิพากษาฎีกาที่ 268/2491) จำเลยอุทธรณ์ ศาลอุทธรณ์เห็นว่าจำเลยมิได้รับหมายเรียกและหมายนัด จึงควรให้ยื่นคำให้การแล้วให้ศาลชั้นต้นพิจารณาพิพากษาใหม่ มิใช่คำสั่งระหว่างพิจารณาของศาลอุทธรณ์ โจทก์ฎีกาได้ (คำสั่งคำร้องที่ 343/2493)

แต่ถ้าเป็นคำสั่งที่ทำให้คดีไม่เสร็จไปจากศาลอุทธรณ์ หรือทำให้คดีกลับต้องขึ้นมาสู่ศาลอุทธรณ์เพราะคำสั่งนั้นอีกแล้ว ก็เป็นคำสั่งระหว่างพิจารณาของศาลอุทธรณ์ เช่น ศาลชั้นต้นสั่งให้ผู้อุทธรณ์แก้ฟ้องอุทธรณ์เสียใหม่ ผู้อุทธรณ์ร้องขอให้ขยายเวลาเพื่อจัดการแก้อุทธรณ์ ศาลชั้นต้นสั่งว่ามาร้องเมื่อขาดอายุความอุทธรณ์แล้วให้ยกคำร้อง ศาลอุทธรณ์สั่งให้ยกคำสั่งศาลชั้นต้น ให้ผู้อุทธรณ์แก้ไขอุทธรณ์ได้ภายใน 10 วัน ดังนี้เป็นคำสั่งระหว่างพิจารณาของศาลอุทธรณ์ ฎีกาไม่ได้ (คำพิพากษาฎีกาที่ 1155/2482) แต่อย่างไรก็ตาม ข้อเท็จจริงทำนองนี้ แต่ศาลอุทธรณ์สั่งให้ศาลชั้นต้นกำหนดให้จำเลยแก้อุทธรณ์ภายในกำหนดเวลาที่ศาลชั้นต้นเห็นสมควร ได้มี คำสั่งคำร้องที่ 161/2502 ซึ่งวินิจฉัยโดยที่ประชุมใหญ่ ว่าฎีกาได้เฉพาะในข้อที่ว่าคำสั่งของศาลอุทธรณ์ที่สั่งเช่นนั้น ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ โจทก์อุทธรณ์แล้วจำเลยยื่นคำร้องขอให้ศาลอุทธรณ์จำหน่ายคดีของโจทก์ เนื่องจากทนายโจทก์ไม่มีอำนาจเรียกฟ้องอุทธรณ์ เพราะขาดต่อไปอนุญาตศาลอุทธรณ์สั่งยกคำร้อง ดังนั้นเป็นคำสั่งระหว่างพิจารณาของศาลอุทธรณ์ (คำพิพากษาฎีกาที่ 1646/2492) โจทก์อุทธรณ์คำสั่งศาลชั้นต้นแต่ไม่ส่งสำเนาให้จำเลย ศาลชั้นต้นเห็นว่าโจทก์ทิ้งฟ้อง จึงให้ศาลชั้นต้นกำหนดวันให้โจทก์มานำเจ้าพนักงานศาลไปส่งสำเนาแก่จำเลย ดังนั้นเป็นคำสั่งระหว่างพิจารณาของศาลอุทธรณ์ (คำพิพากษาฎีกาที่ 1270/2493) คำสั่งศาลอุทธรณ์ที่ให้เรียกค่าขึ้นศาลชั้นอุทธรณ์จากผู้อุทธรณ์เพิ่มขึ้น และให้นำมาชำระภายใน 5 วัน เป็นคำสั่งระหว่างพิจารณาของศาลอุทธรณ์ (คำสั่งคำร้องที่ 396/2502) คำสั่งศาลอุทธรณ์ให้ผู้ร้องเข้ามาเป็นคู่ความแทนที่ผู้มรณะในระหว่างพิจารณาของศาลอุทธรณ์ เป็นคำสั่งระหว่างพิจารณาของศาลอุทธรณ์ (คำพิพากษาฎีกาที่ 1018 – 1019/2502)

คำสั่งระหว่างพิจารณาตามมาตรา 226 นี้จะต้องเป็นคำสั่งที่สั่งก่อนศาลมีคำพิพากษาหรือคำสั่งชี้ขาดตัดสินคดี ถ้าเป็นคำสั่งเมื่อศาลมีคำพิพากษาหรือชี้ขาดตัดสินคดีแล้วหาใช่คำสั่งระหว่างพิจารณาไม่ เช่นคำสั่งศาลชั้นต้นที่ให้พิจารณาคดีใหม่เมื่อศาลได้พิพากษาคดีแล้ว ไม่ใช่คำสั่งระหว่างพิจารณา (คำพิพากษาฎีกาที่ 411/2504 และ 42/2506)

มาตรา 226 (2) บัญญัติแต่เพียงว่า ถ้าคู่ความฝ่ายใดโต้แย้งคำสั่งให้ศาลจดข้อโต้แย้งไว้ แต่ถ้าศาลจะไม่จดและให้คู่ความทำคำโต้แย้งเป็นหนังสือยื่นต่อศาลเองก็ยอมใช้ได้ ทั้งนี้โดยอาศัยบทบัญญัติมาตรา 26 การโต้แย้งตามมาตรา 226 นี้จะต้องเป็นการโต้แย้ง เมื่อมีคำสั่งของศาลแล้ว ถ้าโต้แย้งคัดค้านไว้ก่อนแล้วศาลจึงมีคำสั่งและมีโต้แย้งอีก คำโต้แย้งคัดค้านตอนก่อนศาลมีคำสั่งหาใช่เป็นการโต้แย้งตามมาตรา 226 ไม่ เช่น ก่อนศาลมีคำสั่งเรื่องหน้าที่นำสืบ คู่ความได้ยกเหตุผลโต้แย้งว่า หน้าที่นำสืบควรตกอยู่กับอีกฝ่ายหนึ่งแต่ศาลไม่เห็นด้วยจึงมีคำสั่งเป็นอย่างอื่น ดังนั้นการโต้แย้งครั้งนั้นหาใช่การโต้แย้งคำสั่งตามมาตรา 226 ไม่ จึงอุทธรณ์คำสั่งนั้นในภายหลังมิได้ (คำพิพากษาฎีกาที่ 543/2488 และ 620/2488) แต่อย่างไรก็ตามการโต้แย้งคัดค้านคำสั่งระหว่างพิจารณาของศาลนั้น หากต้องเป็นการที่ศาลจดรายงานพิจารณา หรือคู่ความฝ่ายนั้นได้ทำเป็นคำแถลงคัดค้านโดยแจ้งชัดเสมอไปไม่ การกระทำใด ๆ ที่พอจะถือว่าเป็นการโต้แย้งคำสั่งศาลนั้นได้ ก็เป็นการเพียงพอแล้ว เช่น การที่คู่ความได้อุทธรณ์คำสั่งระหว่างพิจารณาไว้ แม้ศาลจะสั่งไม่รับเพราะต้องห้ามตามมาตรา 226 ก็ตาม การที่คู่ความอุทธรณ์คำสั่งถือว่าได้โต้แย้งคัดค้านคำสั่งระหว่างพิจารณาของศาลไว้แล้ว (คำพิพากษาฎีกาที่ 1152/2487) ศาลสั่งไม่รับบัญชีระบุพยาน เพราะไม่ยื่นก่อนวันสืบพยาน 3 วัน คู่ความฝ่ายนั้นยื่นคำร้องแถลงถึงความจำเป็นที่มีได้ระบุพยานภายในกำหนด ขอให้อนุญาตให้ยื่นบัญชีระบุพยาน แต่ศาลไม่อนุญาตอีก ถือว่าเป็นการโต้แย้งคัดค้านคำสั่งที่ไม่รับบัญชีระบุพยานครั้งแรกแล้ว (คำพิพากษาฎีกาที่ 455/2491 และ 148/2496)

คำสั่งระหว่างพิจารณานี้ ศาลต้องให้คู่ความมีโอกาสและเวลาพอสมควรที่จะโต้แย้งคำสั่งนั้นได้ ถ้าศาลมีคำสั่งสืบพยานแล้วพิพากษาคดีไปในวันนั้นเอง เช่นนี้ถือว่าคู่ความไม่มีเวลาโต้แย้งคำสั่งศาล ดังนั้นคู่ความฝ่ายนั้นจึงอุทธรณ์คำสั่งเมื่อมีคำพิพากษาชี้ขาดตัดสินคดีแล้วได้ โดยไม่ต้องทำคำโต้แย้ง (คำพิพากษาฎีกาที่ 1587/2494 และที่ 297/2497)

ต่อไปนี้เป็นคำพิพากษาฎีกาเกี่ยวกับคำสั่งระหว่างพิจารณา

คำพิพากษาฎีกาที่ 622/2480 คำสั่งศาลชั้นต้นที่ให้สืบพยานโจทก์จำนวนเป็นคำสั่งระหว่างพิจารณา (จำเลยร้องขอว่าไม่ต้องสืบข้อเท็จจริงต่อไป)

คำพิพากษาฎีกาที่ 698/2481 คำสั่งศาลชั้นต้นที่ไม่อนุญาตให้โจทก์ถอนฟ้องเป็นคำสั่งระหว่างพิจารณา

คำพิพากษาฎีกาที่ 620/2486 ขอเป็นผู้จัดการมรดก มีผู้คัดค้าน ศาลสั่งให้ผู้ร้องเป็นผู้ฟ้องคดีโดยจำนำคดีเดิม เป็นคำสั่งระหว่างพิจารณา

คำพิพากษาฎีกาที่ 697/2487 คำสั่งศาลชั้นต้นในเรื่องหน้าที่นำสืบนั้น เป็นคำสั่งระหว่างพิจารณา

คำพิพากษาฎีกาที่ 1155 – 1158 / 2487 คำสั่งศาลชั้นต้นที่ให้แยกฟ้อง และเรียกค่าธรรมเนียมเพิ่มขึ้นเป็นคำสั่งระหว่างพิจารณา

คำพิพากษาฎีกาที่ 416/2488 และคำพิพากษาฎีกาที่ 147/2503 คำสั่งว่าจำเลยขาดนัดยื่นคำให้การ เป็นคำสั่งระหว่างพิจารณา

คำพิพากษาฎีกาที่ 729/2492 คำสั่งศาลที่ชี้ว่า ทรัพย์สินพิพาทอยู่ในเขตศาลจึงให้พิจารณาคดีต่อไป เป็นคำสั่งระหว่างพิจารณา

คำพิพากษาฎีกาที่ 688/2493 จำเลยขาดนัดยื่นคำให้การ ศาลอนุญาตให้จำเลยยื่นคำให้การได้ เป็นคำสั่งระหว่างพิจารณา

คำพิพากษาฎีกาที่ 1058/2497 และคำพิพากษาฎีกาที่ 357/2508 ไม่อนุญาตให้ระบุพยาน เป็นคำสั่งระหว่างพิจารณา

คำพิพากษาฎีกาที่ 1039/2503 คำสั่งศาลชั้นต้นให้งดสืบพยาน เป็นคำสั่งระหว่างพิจารณา

คำสั่งคำร้องที่ 53/2507 ศาลให้เรียกผู้ร้องเข้ามาเป็นจำเลยร่วม เป็นคำสั่งระหว่างพิจารณา

คำพิพากษาฎีกาที่ 180/2509 ไม่ยอมให้ถอนจากเป็นจำเลย ถือว่าเป็นคำสั่งระหว่างพิจารณา

คำพิพากษาฎีกาที่ 665/2509 ขอบขยายเวลายื่นคำให้การไม่ใช่คำคู่ความ เมื่อศาลชั้นต้นสั่ง จึงเป็นคำสั่งระหว่างพิจารณา

---