

ปัญหาการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง



วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญานิติศาสตรดุษฎีบัณฑิต

สาขาวิชานิติศาสตร์ ไม่สังกัดภาควิชา/เทียบเท่า

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ปีการศึกษา 2563

ลิขสิทธิ์ของจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

Legal problems of analogy



A Dissertation Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements
for the Degree of Doctor of Juridical Science in Laws

Common Course

FACULTY OF LAW

Chulalongkorn University

Academic Year 2020

Copyright of Chulalongkorn University

หัวข้อวิทยานิพนธ์	ปัญหาการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง
โดย	น.ส.กรณัฏมล ประเสริฐศักดิ์
สาขาวิชา	นิติศาสตร์
อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก	ศาสตราจารย์ ดร.ศนันท์กรณ์ โสทธิพันธุ์

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย อนุมัติให้หัวข้อวิทยานิพนธ์ฉบับนี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญานิติศาสตรดุษฎีบัณฑิต

.....	คณบดีคณะนิติศาสตร์
(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ปาริณา ศรีวินิชย์)	
คณะกรรมการสอบวิทยานิพนธ์	
.....	ประธานกรรมการ
(ดร.มานิตย์ วงศ์เสรี)	
.....	อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก
(ศาสตราจารย์ ดร.ศนันท์กรณ์ โสทธิพันธุ์)	
.....	กรรมการ
(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.โชติกา วิทยาวรากุล)	
.....	กรรมการ
(ดร.อาร์ม ตั้งนิรันดร)	
.....	กรรมการภายนอกมหาวิทยาลัย
(รองศาสตราจารย์ ดร.มุนินทร์ พงศาปาน)	

กรณีกมล ประเสริฐศักดิ์ : ปัญหาการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง. (Legal problems of analogy) อ.ที่ปรึกษา
หลัก : ศ.ดร.ศรินทร์กรณ์ โสทธิพันธ์

ในการบัญญัติกฎหมายให้ครอบคลุมกับทุกกิจกรรมในสังคมเป็นเรื่องที่พิจารณาว่าเป็นไปได้ยากอย่างยิ่ง ในระบบกฎหมาย
ซีวิลลอว์ จึงอาจเกิดปัญหาช่องว่างแห่งกฎหมายเมื่อผู้ใช้กฎหมายไม่สามารถแสวงหาบทบัญญัติของกฎหมายลายลักษณ์อักษรมาปรับแก้
ข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น ประกอบกับการที่ผู้พิพากษามีหน้าที่ต้องพิพากษาคดี จะปฏิเสธการตัดสินคดีโดยอ้างว่าไม่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่จะใช้
บังคับแก้คดีหรือว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่จะใช้บังคับนั้นเคลือบคลุมหรือไม่บริบูรณ์ไม่ได้ ดังนั้น นิติวิธีในระบบกฎหมายจึงเข้ามามีบทบาท
เกื้อหนุนให้ผู้ใช้กฎหมายสามารถปรับใช้กฎหมายและแสวงหาวิถีทางแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้น วิทยานิพนธ์ฉบับนี้ จึงมุ่งศึกษาถึงการใช้นิติวิธีในการ
เทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งเพื่ออุดช่องว่างแห่งกฎหมายในระบบกฎหมายไทย โดยได้ศึกษาบทบัญญัติกฎหมายและหลักการใน
ประเทศสาธารณรัฐอิตาลี ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี และประเทศสมาพันธรัฐสวิส เป็นตัวอย่างประกอบ

จากการศึกษาพบว่า เรื่องการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งถูกนำมาปรับใช้แก้คดีด้วยเหตุผลแห่งความเสมอภาคและ
เป็นธรรม โดยหากปรากฏข้อเท็จจริงอย่างเดียวกันหรือคล้ายคลึงกันแต่ไม่ได้รับการพิจารณานบนฐานของกฎหมายเดียวกัน ความยุติธรรมย่อม
เกิดขึ้น ทั้งนี้ ในระบบกฎหมายไทย การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งยังไม่มีแนวทางที่ชัดเจน เมื่อวิเคราะห์แล้ว การเทียบเคียงบท
กฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งเป็นนิติวิธีตามมาตรา 4 วรรคสอง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย ซึ่งมาตราดังกล่าวเป็นนิติวิธีที่ถูก
นำมาใช้กับทุกสาขากฎหมาย ดังนั้น ในการพิจารณาการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งตามสาขากฎหมาย จึงต้อง
พิจารณาโดยคำนึงถึงหลักการและลักษณะเฉพาะของสาขากฎหมายเอกชนและสาขากฎหมายมหาชนประกอบด้วย นอกจากนี้ ในการศึกษา
ถึงถึงการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งตามประเภทของบทบัญญัติแห่งกฎหมายลายลักษณ์อักษรในประมวลกฎหมาย
แพ่งและพาณิชย์ของไทย ทำให้เกิดข้อสังเกตและข้อควรระวังในการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งตามประเภทของ
บทบัญญัติแห่งกฎหมายลายลักษณ์อักษรต่อไป อย่างไรก็ตาม การพิจารณาการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งจำต้อง
คำนึงถึงข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นเป็นองค์ประกอบสำคัญในการพิจารณาการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายด้วย

การศึกษาที่ดำเนินมาแล้วในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ จึงนำมาสู่ข้อเสนอแนะใน 2 แง่มุม กล่าวคือ ข้อเสนอแนะในแง่มุมมองความเข้าใจ
ทางทฤษฎีต่อนิติวิธีในการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในระบบกฎหมายไทย และข้อเสนอแนะในแง่มุมมองการปรับใช้การเทียบเคียง
บทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในระบบกฎหมายไทย ซึ่งข้อเสนอแนะดังกล่าว ส่งผลให้การปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง
เป็นไปตามหลักการและขอบเขตมากยิ่งขึ้น การศึกษานี้ จึงคาดหวังว่าจะเป็นประโยชน์ต่อกระบวนการยุติธรรมของประเทศไทยในการปรับใช้
การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งเพื่ออำนวยความสะดวกแก่คดีตามนิติวิธีในระบบกฎหมายต่อไป

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY

สาขาวิชา นิติศาสตร์
ปีการศึกษา 2563

ลายมือชื่อนิสิต
ลายมือชื่อ อ.ที่ปรึกษาหลัก

6086554234 : MAJOR LAWS

KEYWORD: Analogy, Juristic Method, Legal gaps

Kornkamon Prasertsak : Legal problems of analogy. Advisor: Prof. Dr. Sanunkorn Sotthibandhu, Dr.Jur

In enacting legislation to cover all social activities, it is considered to be extremely difficult. In the Civil Law System, there are legal gaps in the law when the lawyers are unable to find the provisions of written law to apply to the fact. With the duty of the judges in the case judgment, they cannot deny the decision by claiming that there are no legal provisions to enforce the case, or the legal provisions to be enforced are ambiguous or incomplete. Therefore, the juristic methods in the legal system play a supporting role for the lawyers to apply the law and find the solutions. So, this thesis is focused on the use of the juristic method of analogy to fulfill the legal gaps in the Thai legal system. Moreover, the provisions and principles of the Italian Republic, the Federal Republic of Germany, and the Swiss Federal Republic were considered as examples.

The study showed that an analogy is applied to the case for equality and justice. If the same or similar cases are not considered based on the same law, injustice will arise. However, in the Thai legal system, an analogy is not yet an obvious process. The analysis found that an analogy is a juristic method under Section 4, paragraph two of the Thailand Civil and Commercial Code, in which the aforementioned section can be applied to all branches of law. When considering the application of analogy for branches of law, it is necessary to consider the principles and specific characteristics of private law and public law. Furthermore, with a detail study in the application of analogy, according to types of provisions of the written law in the Thailand Civil and Commercial Code, there are some observations and cautions in the further application of analogy with types of provisions of the written law. Nevertheless, the application of analogy must concern the facts that occurred in the case, as an important factor in determining the legal gaps fulfillment.

According to studies conducted in this thesis, two aspects are suggested: recommendations on the theoretical understanding of the juristic method of analogy in the Thai legal system and recommendations on how to apply an analogy in the Thai legal system. The recommendations resulted in a better application of the juristic method of analogy that more conformable to the principles and scopes. Thus, it is expected that this study will benefit the judicial process of Thailand in applying analogy to bring justice for cases under juristic methods in the legal system.

CHULALONGKORN UNIVERSITY

Field of Study: Laws

Student's Signature

Academic Year: 2020

Advisor's Signature

กิตติกรรมประกาศ

วิทยานิพนธ์เล่มนี้สำเร็จลุล่วงได้ด้วยคุณงามความดีและเมตตาคุณจากบุคคลทั้งหลายที่มีต่อข้าพเจ้าด้วยประการทั้งปวง ในวาระนี้ ข้าพเจ้าขอนอมระลึกคุณท่านตั้งเป็นอนุสติยึดถือปฏิบัติตนตามกุศลมรรควิธีให้สมดังปณิธานที่ท่านพร่ำสอนให้การอบรมมา

ข้าพเจ้าขอกราบขอบพระคุณ ศาสตราจารย์ ดร.ศนันท์กรณ โสทธิพันธุ์ อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ ผู้เปี่ยมล้นด้วยความรักความเมตตากรุณาศิษย์ ประสทธิประสาทวิชาความรู้เปรียบประดุจแสงสว่างส่องทางให้แก่ข้าพเจ้าตลอดมา ถึงขนาดขาดท่านแล้วความสำเร็จนี้มิอาจเป็นไปได้เลย

ข้าพเจ้าขอกราบขอบพระคุณ ดร.มานิตย์ วงศ์เสรี ประธานกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ ซึ่งท่านกรุณาสละเวลา พร้อมทั้งถ่ายทอดวิชาความรู้อันละเอียดลึกซึ้ง ด้วยจิตเมตตาและปรารถนาดีต่อข้าพเจ้ายิ่งนัก

ข้าพเจ้าขอกราบขอบพระคุณ รองศาสตราจารย์ ดร.มุนินทร์ พงศาปาน ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.โชติกา วิทยาวรากุล และดร.อาร์ม ตั้งนิรันดร คณะกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ ที่ได้ให้คำแนะนำซึ่งเป็นประโยชน์อย่างยิ่ง ทั้งยังช่วยเหลือเกื้อกูลให้วิทยานิพนธ์เล่มนี้สำเร็จลุล่วงไปด้วยดี

ข้าพเจ้าขอกราบคุณบิดามารดา นายปกรณ์ – นางเสาวนีย์ ประเสริฐศักดิ์ ผู้ซึ่งขยันมรรควิธีให้ข้าพเจ้ายึดถือดำเนินชีวิตและเป็นผู้อยู่เบื้องหลังความสำเร็จของข้าพเจ้าในทุกๆ เรื่องเสมอมา ซึ่งหากข้าพเจ้าปราศจากบุคคลในครอบครัวแล้ว ก็ยากยิ่งที่ลำพังตนเองจะประสบความสำเร็จในชีวิตไปได้เลย นอกจากนี้ ยังมีบุคคลอีกหลายท่านที่ให้ความเอื้อเฟื้อเกื้อกูลแก่ข้าพเจ้า อันมิอาจกล่าวได้หมดในเวลานี้ ข้าพเจ้าจึงใคร่ขอขอบพระคุณทุกท่านไว้ ณ ที่นี้ด้วย

สุดท้ายนี้ ข้าพเจ้าหวังเป็นอย่างยิ่งว่า วิทยานิพนธ์เล่มนี้จะมีคุณค่าทางวิชาการและเกิดคุณประโยชน์ต่อแวดวงนิติศาสตร์ของประเทศไทยไม่มากนักน้อย ซึ่งข้อดีประการใดที่เกิดขึ้น ข้าพเจ้าขอตั้งจิตน้อมถวายเป็นพุทธบูชา และสักการะคุณบิดามารดา ครูบาอาจารย์ ท่านผู้มีอุปการคุณทุกท่าน แต่หากวิทยานิพนธ์เล่มนี้พบข้อบกพร่องเช่นใด ข้าพเจ้าขอน้อมรับความผิดพลาดไว้ ณ ที่นี้ แต่เพียงผู้เดียว

กรณ์กมล ประเสริฐศักดิ์

สารบัญ

	หน้า
บทคัดย่อภาษาไทย.....	ค
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ.....	ง
กิตติกรรมประกาศ.....	จ
สารบัญ.....	ฉ
สารบัญรูป.....	ช
บทที่ 1 บทนำ	1
1.1 ที่มาและความสำคัญของปัญหา.....	1
1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา.....	4
1.3 ขอบเขตของการศึกษา.....	5
1.4 สมมติฐานของการศึกษา.....	7
1.5 วิธีการศึกษา.....	7
1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับจากการศึกษา.....	9
1.7 ทบทวนวรรณกรรม.....	10
บทที่ 2 ข้อความคิดพื้นฐานว่าด้วยนิติวิธี.....	15
2.1 ความนำ.....	15
2.2 ความหมายและความสำคัญของนิติวิธี.....	17
2.3 ข้อความคิดพื้นฐานว่าด้วยนิติวิธีในระบบกฎหมาย	21
2.3.1 นิติวิธีในระบบกฎหมายซีวิลลอว์.....	22
2.3.1.1 ความเป็นมาทางประวัติศาสตร์ของนิติวิธีในระบบกฎหมายซีวิลลอว์.....	22
2.3.1.2 ทศนคติของนักกฎหมายในระบบกฎหมายซีวิลลอว์.....	34
2.3.1.3 หลักการใช้นิติวิธีในระบบกฎหมายซีวิลลอว์.....	36

2.3.2	นิติวิธีในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์	39
2.3.2.1	ความเป็นมาทางประวัติศาสตร์ของนิติวิธีในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์.....	39
2.3.2.2	ทัศนคติของนักกฎหมายในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์	42
2.3.2.3	หลักการใช้นิติวิธีในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์.....	45
2.4	ข้อความคิดพื้นฐานว่าด้วยนิติวิธีในระบบกฎหมายไทย	49
2.4.1	ความเป็นมาทางประวัติศาสตร์ของนิติวิธีในระบบกฎหมายไทย.....	50
2.4.2	ทัศนคติของนักกฎหมายในระบบกฎหมายไทย	54
2.4.3	หลักการใช้นิติวิธีในระบบกฎหมายไทย.....	56
2.4.3.1	การใช้กฎหมาย	56
2.4.3.1.1	ความหมายของการใช้กฎหมาย	56
2.4.3.1.2	หลักการใช้กฎหมาย.....	58
2.4.3.1.3	ประเภทของการใช้กฎหมาย	59
2.4.3.2	การตีความกฎหมาย	60
2.4.3.2.1	ความหมายของการตีความกฎหมาย	61
2.4.3.2.2	หลักการตีความกฎหมาย	62
2.4.3.2.3	ประเภทของการตีความกฎหมาย.....	68
2.4.3.3	การอุดช่องว่างแห่งกฎหมาย.....	69
2.4.3.3.1	ความหมายและสาเหตุของช่องว่างแห่งกฎหมาย	71
2.4.3.3.2	ประเภทของช่องว่างแห่งกฎหมาย	73
2.4.3.3.3	หลักการอุดช่องว่างแห่งกฎหมาย.....	74
2.5	สรุปข้อความคิดพื้นฐานว่าด้วยนิติวิธี.....	79
บทที่ 3	ข้อความคิดพื้นฐานว่าด้วยการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง.....	84
3.1	ความนำ.....	84
3.2	ความหมายและลักษณะของการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง.....	86

3.3	ความเป็นมาทางประวัติศาสตร์ของการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง	93
3.4	แนวคิดเบื้องหลังของเรื่องและหลักการของการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง ...	99
3.5	การให้เหตุผลในทางนิติศาสตร์กับการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง	105
3.6	ข้อความคิดพื้นฐานว่าด้วยการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในระบบกฎหมาย ต่างประเทศ.....	109
3.6.1	ข้อความคิดพื้นฐานว่าด้วยการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในกฎหมาย อิตาลี.....	114
3.6.1.1	ภูมิหลังว่าด้วยการบัญญัติมาตรา 3 แห่งบทบัญญัติว่าด้วยการประกาศ การ ตีความ และการใช้กฎหมายทั่วไปอิตาลี ค.ศ. 1865 และมาตรา 12 แห่ง บทบัญญัติว่าด้วยการประกาศ การตีความ และการใช้กฎหมายทั่วไปอิตาลี ที่ แก้ไขในปี ค.ศ. 1942.....	116
3.6.1.2	หลักการตามบทบัญญัติมาตรา 3 แห่งบทบัญญัติว่าด้วยการประกาศ การ ตีความ และการใช้กฎหมายทั่วไปอิตาลี ค.ศ. 1865 และมาตรา 12 แห่ง บทบัญญัติว่าด้วยการประกาศ การตีความ และการใช้กฎหมายทั่วไปอิตาลี ที่ แก้ไขในปี ค.ศ. 1942.....	120
3.6.1.3	หลักการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในกฎหมายอิตาลี.....	124
3.6.2	ข้อความคิดพื้นฐานว่าด้วยการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในกฎหมาย เยอรมัน.....	129
3.6.2.1	ภูมิหลังว่าด้วยการบัญญัตินิติวิธีในการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายตามต้นร่างฉบับ แรกของประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ฉบับปี ค.ศ. 1896	130
3.6.2.2	หลักการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายในกฎหมายเยอรมัน.....	132
3.6.2.3	หลักการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในกฎหมายเยอรมัน.....	136
3.6.3	ข้อความคิดพื้นฐานว่าด้วยการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในกฎหมาย สวีตเซอร์แลนด์.....	140
3.6.3.1	ภูมิหลังว่าด้วยการบัญญัติมาตรา 1 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งสวิส ค.ศ. 1907	141

3.6.3.2	หลักการตามบทบัญญัติมาตรา 1 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งสวิส ค.ศ. 1907	143
3.6.3.3	หลักการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในกฎหมายสวีตเซอร์แลนด์	147
3.7	ข้อความคิดพื้นฐานว่าด้วยการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในระบบกฎหมายไทย	153
3.7.1	ภูมิหลังว่าด้วยการบัญญัติมาตรา 13 และมาตรา 14 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ พ.ศ. 2466 และมาตรา 4 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ พ.ศ. 2468 และที่แก้ไขตราลงชำระในปี พ.ศ. 2535	156
3.7.2	หลักการตามบทบัญญัติมาตรา 4 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ พ.ศ. 2535	165
3.7.3	หลักการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในกฎหมายไทย	170
3.8	สรุปข้อความคิดพื้นฐานว่าด้วยการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง	178
บทที่ 4	การปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งตามสาขาของกฎหมาย	185
4.1	ความนำ	185
4.2	การแบ่งสาขาของกฎหมาย	186
4.3	การปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในกฎหมายเอกชน	191
4.3.1	การปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์	191
4.3.1.1	หลักการและนิติวิธีในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์	192
4.3.1.2	คำพิพากษาของศาลว่าด้วยการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์	194
4.3.1.3	ข้อพิจารณาเกี่ยวข้องกับคำพิพากษาของศาลว่าด้วยการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์	223
4.4	การปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในกฎหมายมหาชน	229
4.4.1	การปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในรัฐธรรมนูญ	230

4.4.1.1	หลักการและนิติวิธีในรัฐธรรมนูญ	230
4.4.1.2	คำพิพากษาของศาลว่าด้วยการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียง อย่างยิ่งในรัฐธรรมนูญ.....	233
4.4.1.3	ข้อพิจารณาเกี่ยวข้องกับคำพิพากษาของศาลว่าด้วยการปรับใช้การเทียบเคียง บทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในรัฐธรรมนูญ.....	241
4.4.2	การปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในกฎหมายปกครอง.....	242
4.4.2.1	หลักการและนิติวิธีในกฎหมายปกครอง.....	243
4.4.2.2	คำพิพากษาของศาลว่าด้วยการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียง อย่างยิ่งในกฎหมายปกครอง.....	246
4.4.2.3	ข้อพิจารณาเกี่ยวข้องกับคำพิพากษาของศาลว่าด้วยการปรับใช้การเทียบเคียง บทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในกฎหมายปกครอง.....	261
4.4.3	การปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในกฎหมายอาญา.....	264
4.4.3.1	หลักการและนิติวิธีในกฎหมายอาญา.....	264
4.4.3.2	คำพิพากษาของศาลว่าด้วยการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียง อย่างยิ่งในกฎหมายอาญา.....	268
4.4.3.3	ข้อพิจารณาเกี่ยวข้องกับคำพิพากษาของศาลว่าด้วยการปรับใช้การเทียบเคียง บทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในกฎหมายอาญา.....	275
4.5	สรุปการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งตามสาขาของกฎหมาย.....	276
บทที่ 5	การปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งตามประเภทของบทบัญญัติแห่ง กฎหมายลายลักษณ์อักษรในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย.....	281
5.1	ความนำ.....	281
5.2	การแบ่งประเภทของบทบัญญัติแห่งกฎหมายลายลักษณ์อักษร.....	282
5.3	การปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในบทนิยาม.....	285
5.3.1	โครงสร้างและลักษณะของบทนิยาม.....	285
5.3.2	ข้อพิจารณาเกี่ยวข้องกับการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในบท นิยาม.....	285

5.4 การปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในบทสันนิษฐาน.....	287
5.4.1 โครงสร้างและลักษณะของบทสันนิษฐาน.....	287
5.4.2 ข้อพิจารณาเกี่ยวข้องกับการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในบทสันนิษฐาน.....	288
5.5 การปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในบทสมมติ.....	290
5.5.1 โครงสร้างและลักษณะของบทสมมติ.....	290
5.5.2 ข้อพิจารณาเกี่ยวข้องกับการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในบทสมมติ.....	290
5.6 การปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในบทอนุโลม	294
5.6.1 โครงสร้างและลักษณะของบทอนุโลม	294
5.6.2 ข้อพิจารณาเกี่ยวข้องกับการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในบทอนุโลม	295
5.7 การปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในบทกฎหมายยุติธรรม	299
5.7.1 โครงสร้างและลักษณะของบทกฎหมายยุติธรรม	299
5.7.2 ข้อพิจารณาเกี่ยวข้องกับการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในบทกฎหมายยุติธรรม	301
5.8 การปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในบทกฎหมายเคร่งครัด.....	303
5.8.1 โครงสร้างและลักษณะของบทกฎหมายเคร่งครัด.....	303
5.8.2 ข้อพิจารณาเกี่ยวข้องกับการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในบทกฎหมายเคร่งครัด.....	304
5.9 การปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในบทกฎหมายบังคับตายตัว.....	306
5.9.1 โครงสร้างและลักษณะของบทกฎหมายบังคับตายตัว.....	306
5.9.2 ข้อพิจารณาเกี่ยวข้องกับการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในบทกฎหมายบังคับตายตัว.....	307
5.10 การปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในบทกฎหมายไม่บังคับตายตัว.....	309

5.10.1	โครงสร้างและลักษณะของบทกฎหมายไม่บังคับตายตัว.....	309
5.10.2	ข้อพิจารณาเกี่ยวข้องกับการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งใน บทกฎหมายไม่บังคับตายตัว.....	309
5.11	การปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในบทกฎหมายทั่วไป	312
5.11.1	โครงสร้างและลักษณะของบทกฎหมายทั่วไป	312
5.11.2	ข้อพิจารณาเกี่ยวข้องกับการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งใน บทกฎหมายทั่วไป	313
5.12	การปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในบทกฎหมายพิเศษ	315
5.12.1	โครงสร้างและลักษณะของบทกฎหมายพิเศษ.....	315
5.12.2	ข้อพิจารณาเกี่ยวข้องกับการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งใน บทกฎหมายพิเศษ.....	316
5.13	การปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในบทกฎหมายหลัก.....	318
5.13.1	โครงสร้างและลักษณะของบทกฎหมายหลัก.....	318
5.13.2	ข้อพิจารณาเกี่ยวข้องกับการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งใน บทกฎหมายหลัก.....	319
5.14	การปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในบทกฎหมายยกเว้น.....	321
5.14.1	โครงสร้างและลักษณะของบทกฎหมายยกเว้น.....	321
5.14.2	ข้อพิจารณาเกี่ยวข้องกับการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งใน บทกฎหมายยกเว้น.....	323
5.15	การปรับใช้การเทียบเคียงหลักกฎหมาย	324
5.15.1	โครงสร้างและลักษณะของหลักกฎหมาย.....	324
5.15.2	ข้อพิจารณาเกี่ยวข้องกับการปรับใช้การเทียบเคียงหลักกฎหมาย.....	325
5.16	สรุปการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งตามประเภทของบทบัญญัติ แห่งกฎหมายลายลักษณ์อักษรในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย	329
บทที่ 6	วิเคราะห์ปัญหาการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในระบบกฎหมายไทย	334

6.1 ความนำ	334
6.2 ปัญหาการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในความสัมพันธ์กับทัศนคติของผู้ใช้ กฎหมายในระบบกฎหมายไทย.....	336
6.3 ปัญหาการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งตามนิติวิธีในมาตรา 4 แห่งประมวล กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ในเชิงระบบกฎหมายไทย	344
6.4 ปัญหาขอบเขตการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในระบบกฎหมายไทย	353
6.5 สรุปวิเคราะห์ปัญหาการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในระบบกฎหมายไทย ..	364
บทที่ 7 บทสรุปและข้อเสนอแนะ	367
7.1 บทสรุป	367
7.2 ข้อเสนอแนะ	376
บรรณานุกรม.....	382
ประวัติผู้เขียน.....	392

สารบัญรูป

หน้า

รูปที่ 1 แผนภาพแสดงการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งเพื่ออุดช่องว่างแห่งกฎหมาย..	87
รูปที่ 2 แผนภาพแสดงการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง.....	88
รูปที่ 3 แผนภาพแสดงการพิจารณาสาระของบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง.....	89
รูปที่ 4 แผนภาพแสดงความหมายของการใช้และการตีความบทบัญญัติกฎหมาย กับการเทียบเคียง บทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง.....	92
รูปที่ 5 แผนภาพแสดงการพิจารณาตัวอย่างที่เกี่ยวข้องกับการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ ใกล้เคียงอย่างยิ่งในบทนิยาม.....	286
รูปที่ 6 แผนภาพแสดงขอบเขตของบทนิยาม.....	287
รูปที่ 7 แผนภาพแสดงการพิจารณาตัวอย่างที่เกี่ยวข้องกับการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ ใกล้เคียงอย่างยิ่งในบทสันนิษฐาน.....	289
รูปที่ 8 แผนภาพแสดงลักษณะของบทสันนิษฐาน.....	290
รูปที่ 9 แผนภาพแสดงการพิจารณาตัวอย่างที่เกี่ยวข้องกับการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ ใกล้เคียงอย่างยิ่งในบทสมมติ.....	291
รูปที่ 10 แผนภาพแสดงลักษณะของบทสมมติ.....	293
รูปที่ 11 แผนภาพแสดงการพิจารณาตัวอย่างที่เกี่ยวข้องกับการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ ใกล้เคียงอย่างยิ่งในบทอนุโลม.....	298
รูปที่ 12 แผนภาพแสดงการพิจารณาตัวอย่างที่เกี่ยวข้องกับการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ ใกล้เคียงอย่างยิ่งในบทกฎหมายยุติธรรม.....	301
รูปที่ 13 แผนภาพแสดงการพิจารณาตัวอย่างที่เกี่ยวข้องกับการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ ใกล้เคียงอย่างยิ่งในบทกฎหมายเคร่งครัด.....	305
รูปที่ 14 แผนภาพแสดงการพิจารณาตัวอย่างที่เกี่ยวข้องกับการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ ใกล้เคียงอย่างยิ่งในบทกฎหมายบังคับตายตัว.....	308

รูปที่ 15 แผนภาพแสดงการพิจารณาตัวอย่างที่เกี่ยวข้องเนื่องกับการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่
ใกล้เคียงอย่างยิ่งในบทกฎหมายไม่บังคับตายตัว..... 310

รูปที่ 16 แผนภาพแสดงการพิจารณาตัวอย่างที่เกี่ยวข้องเนื่องกับการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่
ใกล้เคียงอย่างยิ่งในบทกฎหมายทั่วไป 313

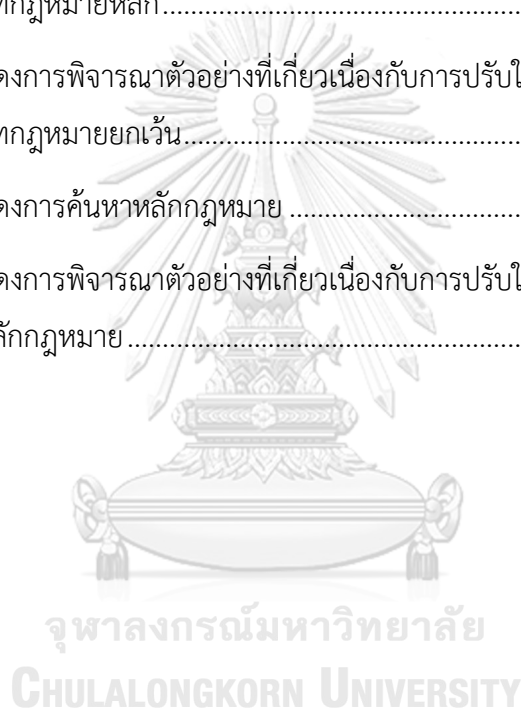
รูปที่ 17 แผนภาพแสดงการพิจารณาตัวอย่างที่เกี่ยวข้องเนื่องกับการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่
ใกล้เคียงอย่างยิ่งในบทกฎหมายพิเศษ 317

รูปที่ 18 แผนภาพแสดงการพิจารณาตัวอย่างที่เกี่ยวข้องเนื่องกับการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่
ใกล้เคียงอย่างยิ่งในบทกฎหมายหลัก..... 320

รูปที่ 19 แผนภาพแสดงการพิจารณาตัวอย่างที่เกี่ยวข้องเนื่องกับการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่
ใกล้เคียงอย่างยิ่งในบทกฎหมายยกเว้น..... 323

รูปที่ 20 แผนภาพแสดงการค้นหาหลักกฎหมาย 327

รูปที่ 21 แผนภาพแสดงการพิจารณาตัวอย่างที่เกี่ยวข้องเนื่องกับการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่
ใกล้เคียงอย่างยิ่งในหลักกฎหมาย 328



บทที่ 1

บทนำ

1.1 ที่มาและความสำคัญของปัญหา

การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งเป็นนิติวิธีประเภทหนึ่งในระบบกฎหมายไทย ซึ่งนิติวิธี (Juristic Method) หมายถึง การดำเนินการหรือวิธีการทางกฎหมาย ซึ่งสะท้อนจากความคิดและทัศนคติของนักกฎหมายที่มีต่อระบบกฎหมายของตน คือ ทัศนคติที่มีต่อกฎหมายลายลักษณ์อักษร ต่อจารีตประเพณี ต่อคำพิพากษาของศาล ตลอดจนต่อหลักกฎหมายหรือความยุติธรรมทั่วไป แม้กระทั่งวิธีคิด วิธีใช้ วิธีตีความกฎหมาย การใช้กฎหมายตามตัวอักษร หรือการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งก็เป็นส่วนหนึ่งในนิติวิธีด้วย อีกทั้ง ในการบัญญัติกฎหมาย วิธีการบัญญัติกฎหมาย การแบ่งหมวดหมู่ของบทบัญญัติกฎหมาย รูปลักษณะของการบัญญัติกฎหมาย ก็เป็นเครื่องบ่งชี้แสดงให้เห็นว่าในระบบกฎหมายนั้นมีนิติวิธีอย่างไร นอกจากนี้ นิติวิธียังแสดงออกผ่านวิธีการสอน วิธีการศึกษา หรือวิธีการทำให้กฎหมายออกงามหรือเปลี่ยนแปลงไปตามกาลสมัยนั้นๆ¹ นิติวิธีจึงเป็นวิธีการทางกฎหมายที่ทำให้กฎหมายถูกนำไปใช้ ประยุกต์ รวมถึงแก้ไขปรับปรุงให้เป็นไปตามสภาพสังคม จนสามารถใช้เยียวยาแก้ไขปัญหาต่างๆ ที่เกิดในสังคมให้ลุล่วงไปได้

ดังนั้น เมื่อนิติวิธีเป็นเรื่องที่ครอบคลุมระบบกฎหมายทั้งระบบ เปรียบดั่งจิตวิญญาณของระบบกฎหมาย² ในการศึกษาเรื่องการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งจึงจำเป็นต้องศึกษาให้สอดคล้องกับนิติวิธีในระบบกฎหมายไทย ทั้งนี้ ในเบื้องต้นการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในความสัมพันธ์กับทัศนคติของผู้ใช้กฎหมายในระบบกฎหมายไทยเป็นเช่นใด ซึ่งประเทศไทยเป็นประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายแบบซีวิลลอว์ มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรเป็นบ่อเกิดเบื้องต้นของ

¹ ปรีดี เกษมทรัพย์, กฎหมายแพ่ง : หลักทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 5 (ห้างหุ้นส่วนจำกัดภาพพิมพ์: คณะกรรมการบริหารทางวิชาการ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, มิถุนายน 2526), หน้า ข.

² เรื่องเดียวกัน, หน้า 4.

กฎหมาย และยึดถือประมวลกฎหมายเป็นหลัก ทศนคติต่อการใช้การตีความและการเทียบเคียงบทกฎหมายลายลักษณ์อักษรจึงเป็นที่ยอมรับกันว่า กฎหมายลายลักษณ์อักษรมีกำลังภายใน (Projecting Force of Law)³ ที่จะสามารถนำไปปรับใช้กับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นได้ หรือในกรณีที่ไม่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรบัญญัติไว้โดยตรงก็อาจปรับใช้บทกฎหมายลายลักษณ์อักษรในฐานะที่เป็นบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งเพื่ออุดช่องว่างแห่งกฎหมายได้

แต่กระนั้น ในการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งก็เป็นเรื่องสำหรับผู้ปรับใช้กฎหมายหรือศาลต้องพึงระมัดระวังเป็นอย่างมาก เพราะในระบบกฎหมายแบบซีวิลลอว์ยึดถือกฎหมายลายลักษณ์อักษรเป็นบ่อเกิดเบื้องต้นของกฎหมาย คำพิพากษาของศาลเป็นเพียงคำอธิบายในการใช้ตัวบทกฎหมายปรับแก้คดี คำพิพากษาของศาลจึงมิใช่บ่อเกิดของกฎหมายตามมุมมองในระบบกฎหมายแบบซีวิลลอว์ เช่นนี้ การเปิดช่องให้ใช้นิติวิธีในการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งหากศาลไม่ระมัดระวังอาจจะเป็นการขยายขอบเขตของกฎหมายมากเกินไปหรือไม่ ซึ่งอาจเกิดเป็นกรณีที่อยู่ นอกเหนือไปจากเจตนาในการอุดช่องว่างแห่งกฎหมาย จึงทำให้ต้องมาพิเคราะห์ว่า การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งควรจะเป็นเช่นใดจึงจะเป็นไปตามนิติวิธีที่ถูกต้องและสอดคล้องกับทศนคติในระบบกฎหมายไทย

นอกจากนี้ เมื่อพิจารณาตามมาตรา 134 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของไทย จะพบว่า ศาลจะปฏิเสธการตัดสินคดีหรือการพิพากษาหรือการมีคำสั่งชี้ขาดคดีโดยอ้างว่า ไม่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่จะใช้บังคับแก้คดี หรือว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่จะใช้บังคับนั้นเคลือบคลุมหรือไม่บริบูรณ์ไม่ได้ โดยศาลต้องเป็นที่พึงสุดท้ายเพื่ออำนวยความยุติธรรมให้เกิดขึ้นแก่ประชาชน ดังนั้น เมื่อประชาชนมาศาลเพื่อขอให้ตัดสินคดีข้อพิพาท หากศาลปฏิเสธการตัดสินคดีก็เท่ากับเป็นการทำลายหรือลดทอนความเป็นธรรม อันทำให้สิทธิเสรีภาพของประชาชนไม่ได้รับการคุ้มครอง เช่นนี้ เมื่อมีคดีขึ้นสู่ศาล แม้จะไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่จะยกขึ้นมาปรับแก้คดีได้ เกิดเป็นช่องว่างแห่งกฎหมาย แต่ศาลก็ยังคงมีหน้าที่ต้องพิจารณาพิพากษาคดีนั้น

อย่างไรก็ตาม การปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งจะสามารถนำวิธีการเทียบเคียงนี้มาปรับใช้เพื่ออุดช่องว่างแห่งกฎหมายในกฎหมายใดได้บ้าง ซึ่งตามคำพิพากษาของศาลมี

³ เรื่องเดียวกัน, หน้า 122.

การปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในหลายกรณีตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ โดยอ้างถึงบทบัญญัติในมาตรา 4 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ แต่กระนั้นก็พบว่าเมื่อพิจารณาตามคำพิพากษาของศาลในคดีอื่นๆ ศาลก็ได้มีการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในกฎหมายต่างๆ ด้วย ทั้งในสาขาของกฎหมายเอกชนและในสาขาของกฎหมายมหาชน ซึ่งทำให้เรื่องการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งเป็นเรื่องที่มีความแพร่หลาย เช่นนี้จึงจำเป็นต้องมาพิจารณาถึงการใช้วิธีนี้ในการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง พร้อมทั้งศึกษาประกอบกับหลักการพื้นฐานเบื้องต้นในกฎหมายสาขานั้นๆ ว่าอาจจะมีการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งได้หรือไม่ และอาจมีข้อควรคำนึงหรือข้อจำกัดในการเทียบเคียงบทกฎหมายอย่างไร

สำหรับปัญหาขอบเขตของการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งก็เป็นเรื่องที่มีความสำคัญมาก หากเปิดโอกาสให้มีการเทียบเคียงได้โดยไม่จำกัดขอบเขต บางกรณีอาจนำมาซึ่งการกระทบกระเทือนต่อสิทธิและหน้าที่ของบุคคล โดยหากเปิดโอกาสให้ผู้ใช้กฎหมายสามารถปรับใช้กฎหมายโดยการเทียบเคียงได้อย่างไม่จำกัด เช่น กรณีการเทียบเคียงบทบัญญัติกฎหมายที่บัญญัติให้เป็นความผิด หากผู้ใช้กฎหมายเทียบเคียงโดยส่งผลให้เป็นการลงโทษบุคคลบุคคลผู้นั้นก็จะได้รับความเดือดร้อนเสียหายเกินกว่าที่อาจจะทราบได้ในขณะกระทำ ซึ่งจะทำให้สิทธิเสรีภาพของบุคคลถูกระทบกระเทือน เป็นต้น จึงควรต้องมีการพิจารณาขอบเขตของการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งต่อไป

ทั้งนี้ ในการเทียบเคียงบทบัญญัติของกฎหมายอาจคำนึงถึงโครงสร้างของบทบัญญัติกฎหมายลายลักษณ์อักษรด้วย ซึ่งการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งตามประเภทของบทบัญญัติแห่งกฎหมายลายลักษณ์อักษรก็จะเป็นแง่มุมหนึ่งที่น่าสนใจ โดยประเภทของบทบัญญัติแห่งกฎหมายลายลักษณ์อักษรอาจแบ่งออกเป็น บทกฎหมายยุติธรรม (jus aequum) บทกฎหมายเคร่งครัด (jus strictum) บทกฎหมายบังคับตายตัว (jus cogens) บทกฎหมายไม่บังคับตายตัว (jus dispositivum) บทกฎหมายทั่วไป (jus generale) บทกฎหมายพิเศษ (jus special) บทกฎหมายหลัก (jus commune) บทกฎหมายยกเว้น (jus singular) บทกฎหมายสมบูรณ์ (perfectum) และ บทกฎหมายไม่สมบูรณ์ (imperfectum) เป็นต้น⁴ ซึ่งการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียง

⁴ สมยศ เชื้อไทย, คำอธิบายวิชากฎหมายแพ่ง : หลักทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 26 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2562), หน้า 132-141.

อย่างยิ่งในบทบัญญัติแห่งกฎหมายลายลักษณ์อักษรแต่ละประเภทจะเปิดกว้างหรือควรมีข้อจำกัดหรือข้อควรระวังในการพิจารณาขอบเขตการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งอย่างไร

อีกทั้ง ในการศึกษาเนื้อหาและรายละเอียดของบทบัญญัติกฎหมายจะทำให้ทราบถึงสาระของกฎหมายนั้นๆ โดยจะนำมาวิเคราะห์ประกอบกับการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งที่เป็นการเทียบเคียงออกจากตัวบทกฎหมายลายลักษณ์อักษรปกติ ทำให้ต้องมาพิจารณาถึงสาระของกฎหมายว่ากฎหมายนั้นสามารถเปิดกว้างให้การเทียบเคียงไปถึงได้หรือไม่ ซึ่งจะอาศัยเนื้อหาสาระของกฎหมายแต่ละเรื่องเป็นสิ่งสำคัญ

จากที่กล่าวมาข้างต้น การปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งเพื่ออุดช่องว่างแห่งกฎหมายในระบบกฎหมายไทยจึงยังไม่มีแนวทางการปรับใช้ที่ชัดเจน เช่นนี้ หากในเรื่องดังกล่าวยังไม่แจ้งชัดก็อาจจะนำมาซึ่งการปรับใช้บทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งกับกรณีต่างๆ อย่างไม่เหมาะสมและอาจจะก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมตามมา จึงทำให้ต้องมาศึกษาวิเคราะห์ปัญหาในเรื่องการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งให้รอบคอบครอบคลุมและเป็นระบบยิ่งขึ้น เพื่อสุดท้ายจะนำไปสู่การสรุปและข้อเสนอแนะในการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งต่อไป ซึ่งเป็นที่คาดหวังว่า ในการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งเมื่อเกิดความเข้าใจตามนิติวิธีที่ถูกต้องแล้ว จะทำให้การปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งแก่กรณีดำเนินไปอย่างเหมาะสมและเป็นธรรม ซึ่งจะเป็นประโยชน์ต่อการปรับใช้กฎหมายเพื่อแก้ไขปัญหาและตอบสนองต่อความเปลี่ยนแปลงในสังคมได้อย่างถูกต้อง

1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา

- 1 เพื่อนำเสนอถึงนิติวิธีในการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในระบบกฎหมาย
- 2 เพื่อศึกษาถึงหลักการและแนวคิดเบื้องหลังของเรื่องว่าด้วยการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง พร้อมทั้ง ให้เกิดความเข้าใจถึงวิวัฒนาการความเป็นมาทางประวัติศาสตร์ของการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งตั้งแต่อดีตสืบเนื่องมาจนถึงปัจจุบัน
- 3 เพื่อศึกษาถึงบทบัญญัติหรือหลักการว่าด้วยการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในกฎหมายต่างประเทศ ได้แก่ ประเทศสาธารณรัฐอิตาลี ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี และ

ประเทศสมาพันธรัฐสวิส เพื่อให้ทราบถึงลักษณะของการบัญญัติกฎหมายหรือแนวคิดทัศนคติในการนำการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งมาปรับใช้แก่กรณีเพื่ออุดช่องว่างแห่งกฎหมายตลอดจน ศึกษาบัญญัติว่าด้วยการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในกฎหมายไทย เพื่อให้เกิดความเข้าใจถึงที่มาและหลักการในเรื่องการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งต่อไป

4 เพื่อนำเสนอและตั้งข้อสังเกตถึงแนวทางตามคำพิพากษาของศาลที่แสดงการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในกฎหมายต่างๆ และพิจารณาหลักการและเหตุผลว่าด้วยเรื่องการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งกับหลักการหรือลักษณะเฉพาะเบื้องต้นในกฎหมายนั้น

5 เพื่อวิเคราะห์และนำเสนอถึงขอบเขตการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในฐานะที่เป็นนิติวิธีที่บัญญัติไว้ในมาตรา 4 วรรคสอง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และแสดงแนวทางการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งกับกรณีอย่างถูกต้องและเหมาะสม

1.3 ขอบเขตของการศึกษา

วิทยานิพนธ์เล่มนี้จะทำการศึกษถึงปัญหาการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง โดยจะมุ่งเน้นศึกษาเฉพาะในแนวคิดตามระบบกฎหมายซีวิลลอว์ที่มีการนำนิติวิธีในการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งมาใช้เพื่ออุดช่องว่างแห่งกฎหมาย โดยในส่วนของระบบกฎหมายคอมมอนลอว์จะเป็นการศึกษาในแนวคิดและมุมมองเบื้องต้นที่มีต่อนิติวิธีในระบบกฎหมายที่แตกต่างกันเท่านั้น ด้วยเหตุว่า นิติวิธีในระบบกฎหมายที่แตกต่างกันจะนำมาซึ่งทัศนคติในการปรับใช้การเทียบเคียงกฎหมายที่ต่างกันไป จึงมิได้ทำการศึกษถึงรายละเอียดในการเทียบเคียงกฎหมายในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์แต่อย่างใด

ทั้งนี้ ในการศึกษาข้อความคิดพื้นฐานว่าด้วยการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งจะทำการศึกษาในระบบกฎหมายต่างประเทศ ได้แก่ ประเทศสาธารณรัฐอิตาลี ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี และประเทศสมาพันธรัฐสวิส โดยจะศึกษาในบทบัญญัติหรือหลักการของ

กฎหมายที่บัญญัติหรือแสดงให้เห็นถึงนิติวิธีทั่วไปในการใช้กฎหมายและการเทียบเคียงกฎหมายเท่านั้น ซึ่งจะมีได้ศึกษาถึงรายละเอียดในเนื้อหาของกฎหมายต่างๆ แต่ละฉบับแต่ละมาตรา

นอกจากนี้ ในการศึกษาข้อความคิดพื้นฐานว่าด้วยการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในระบบกฎหมายไทย จะเป็นการศึกษาโดยมุ่งเน้นถึงนิติวิธีในการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งตามมาตรา 4 วรรคสอง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เป็นหลัก เนื่องด้วยเป็นบทบัญญัติที่วางหลักการในการใช้กฎหมายและการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายไว้ โดยจะศึกษาในทางประวัติศาสตร์การบัญญัติกฎหมาย ทฤษฎีและตำรากฎหมายที่เกี่ยวข้องต่างๆ

ต่อมาจึงศึกษาถึงการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งอันเนื่องมาจากแนวทางตามคำพิพากษาของศาลที่แสดงการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในกฎหมายต่างๆ แต่มีได้เป็นการศึกษาในรายละเอียดของกฎหมายทุกประเภทหรือทุกฉบับ การศึกษาเป็นเพียงการนำเสนอและตั้งข้อสังเกตถึงการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งเท่านั้น ไม่ว่าจะเป็กรณีที่มีการกล่าวอ้างถึงมาตรา 4 วรรคสอง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ หรือกรณีที่มีการกล่าวอ้างถึงการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง โดยจะพิจารณาการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งประกอบกับ นิติวิธีและหลักการหรือลักษณะเฉพาะเบื้องต้นในกฎหมายของแต่ละสาขา ซึ่งแบ่งเป็นการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในสาขากฎหมายเอกชนและในสาขากฎหมายมหาชน โดยจะเป็นการศึกษาในภาพรวม มีได้ลงรายละเอียดถึงกฎหมายย่อยแต่ละฉบับเพื่อวิเคราะห์ห้อย่างใด การศึกษาการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งตามสาขาของกฎหมายจึงเป็นการศึกษาเพื่อแสดงให้เห็นถึงความเป็นทั่วไปของเรื่องการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งเท่านั้น

จากนั้นจึงทำการศึกษาถึงขอบเขตการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง โดยศึกษาจากประเภทของบทบัญญัติแห่งกฎหมายลายลักษณ์อักษรในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย เนื่องด้วยเป็นนิติวิธีที่บัญญัติไว้ชัดแจ้งตามมาตรา 4 วรรคสอง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ แต่ทว่า ในการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งตามประเภทของบทบัญญัติแห่งกฎหมายลายลักษณ์อักษรในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยก็มีได้เป็นการศึกษาในทุกมาตรา แต่เป็นการศึกษาโดยหลักการตามประเภทของบทบัญญัติแห่งกฎหมาย

ลายลักษณ์อักษรนั้นๆ พร้อมทั้งยกตัวอย่างประกอบ ซึ่งจะมีการพิจารณาถึงสาระของกฎหมายในแต่ละเรื่องเป็นสำคัญด้วย

ในการวิเคราะห์จะเป็นการวิเคราะห์ที่สืบเนื่องมาจากนิติวิธีและการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในระบบกฎหมายไทยเท่านั้น มิได้ทำการศึกษาโดยวิเคราะห์เปรียบเทียบเรื่องการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในระบบกฎหมายต่างประเทศกับในระบบกฎหมายไทย เนื่องด้วยในแต่ละระบบกฎหมายก็ย่อมมีนิติวิธีและเนื้อหาของกฎหมายที่แตกต่างกันไปตามบริบทของระบบกฎหมายนั้นๆ การศึกษาจึงเป็นเพียงการวิเคราะห์ปัญหาการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในระบบกฎหมายไทย และท้ายที่สุดจะนำไปสู่บทสรุปและข้อเสนอแนะในเรื่องการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในระบบกฎหมายไทยต่อไป

1.4 สมมติฐานของการศึกษา

การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในปัจจุบันยังไม่มีแนวทางที่ชัดเจน ทำให้ตามนิติวิธีการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในกฎหมายไทยไม่มีความสอดคล้องกันอย่างเป็นระบบ

1.5 วิธีการศึกษา

ผู้วิจัยจะทำการศึกษาแบบวิจัยเอกสาร (Documentary Research) โดยการรวบรวมข้อมูลจากเอกสารในเรื่องที่เกี่ยวข้องทั้งภาษาไทยและภาษาต่างประเทศ อาทิ ตั๋วบทกฎหมาย แนวคำพิพากษาของศาล หนังสือ บทความทางวิชาการ แล้วนำข้อมูลที่ได้จากการรวบรวมมาศึกษาวิเคราะห์ปัญหาเพื่อหาข้อสรุปและแนวทางการแก้ไขปัญหอย่างเหมาะสมต่อไป โดยในเบื้องต้นจะดำเนินการศึกษาดังต่อไปนี้

ขั้นตอนแรก เป็นการศึกษาในนิติวิธีของแต่ละระบบกฎหมาย เพื่อให้ทราบถึงข้อความคิดพื้นฐานว่าด้วยนิติวิธีที่เป็นรากฐานสำคัญของระบบกฎหมายนั้นๆ อันมีความสำคัญต่อทัศนคติในการใช้การตีความและการเทียบเคียงกฎหมายอย่างยิ่ง รวมถึง ศึกษานิติวิธีที่ใช้ในระบบกฎหมายไทย เพื่อให้ทราบถึงทัศนคติหรือมุมมองในด้านต่างๆ เบื้องต้นที่มีผลต่อการใช้การตีความและการ

อุดช่องว่างแห่งกฎหมาย โดยในส่วนนี้จะป็นข้อความคิดพื้นฐานอันจะนำไปสู่การศึกษาเรื่องการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งต่อไป

ขั้นตอนที่สอง เป็นการศึกษาในข้อความคิดพื้นฐานว่าด้วยการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง ทั้งในความหมายและลักษณะของการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง ความเป็นมาทางประวัติศาสตร์ของการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง แนวคิดเบื้องหลังของเรื่องและหลักการของการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง และการให้เหตุผลในทางนิติศาสตร์กับการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง เพื่อให้เกิดความเข้าใจและเข้าถึงแนวความคิดเบื้องต้นในเรื่องดังกล่าว พร้อมทั้ง ศึกษาข้อความคิดพื้นฐานว่าด้วยการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในระบบกฎหมายต่างประเทศและข้อความคิดพื้นฐานว่าด้วยการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในระบบกฎหมายไทยต่อไป

ขั้นตอนที่สาม เป็นการศึกษาถึงการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งตามสาขาของกฎหมาย โดยเป็นการศึกษาจากคำพิพากษาของศาลประกอบกับพิจารณานิติวิธีและหลักการหรือลักษณะเฉพาะของกฎหมายนั้นๆ เพื่อนำเสนอและตั้งข้อสังเกตถึงแนวทางตามคำพิพากษาของศาลที่แสดงการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในกฎหมายต่างๆ ทั้งในกฎหมายเอกชนและกฎหมายมหาชน

ขั้นตอนที่สี่ เป็นการศึกษาการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งตามประเภทของบทบัญญัติแห่งกฎหมายลายลักษณ์อักษรในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย เนื่องด้วยเป็นนิติวิธีที่บัญญัติไว้ชัดเจนแจ่มแจ้งตามมาตรา 4 วรรคสอง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ โดยจะศึกษาจากประเภทของบทบัญญัติแห่งกฎหมายลายลักษณ์อักษรประกอบกับเจตนารมณ์ของกฎหมายที่สำคัญนั้นๆ ซึ่งจะพิจารณาและยกตัวอย่างในรายละเอียดบางประการต่อไป

ขั้นตอนที่ห้า เป็นการวิเคราะห์ปัญหาการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในระบบกฎหมายไทยจากประเด็นต่างๆ ที่ได้ศึกษามา ซึ่งเกิดเป็นประเด็นปัญหาที่นำมาสู่การวิเคราะห์เพื่อหาแนวทางในการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งตามนิติวิธีที่ถูกต้องและเหมาะสมต่อไป

ขั้นตอนสุดท้าย เป็นบทสรุปและข้อเสนอแนะ โดยจะสรุปจากผลการศึกษาที่ผ่านมาข้างต้น เพื่อตอบปัญหาและสมมติฐานการวิจัย พร้อมทั้ง แสดงข้อเสนอแนะที่เป็นประโยชน์ต่อแวดวงนิติศาสตร์ต่อไป

1.6 ประโยชน์ที่คาดหวังว่าจะได้รับจากการศึกษา

1 เกิดความรู้ความเข้าใจที่ถูกต้องเกี่ยวกับนิติวิธีในการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในระบบกฎหมาย

2 ทำให้ตระหนักถึงหลักการและแนวคิดเบื้องหลังของเรื่องว่าด้วยการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง ตลอดจนวิวัฒนาการความเป็นมาทางประวัติศาสตร์ของการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งตั้งแต่อดีตสืบเนื่องมาจนถึงปัจจุบัน เพื่อสามารถปรับใช้กฎหมายในอนาคตได้อย่างเหมาะสม

3 ได้เข้าถึงองค์ความรู้เกี่ยวกับแนวคิดการบัญญัตินิติวิธีหรือความเข้าใจในนิติวิธีที่มีการนำ การเทียบเคียงบทกฎหมายมาปรับแก้กรณีเพื่ออุดช่องว่างแห่งกฎหมายในกฎหมายต่างประเทศและ ในกฎหมายไทย ตลอดจนแนวทางการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายแก้คดี

4 ได้ทราบถึงทัศนคติในการแก้ไขปัญหามาตามแนวคำพิพากษาของศาลที่แสดงการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง พร้อมทั้ง ได้ตระหนักถึงปัญหาความเข้าใจในการปรับใช้นิติวิธีในการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง และข้อจำกัดในการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในกรณีต่างๆ ด้วย

5 ได้แนวทางและขอบเขตการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งแก้กรณี อันจะทำให้การบังคับใช้กฎหมายมีความแน่นอนและตอบสนองเท่าทันต่อสถานการณ์ในปัจจุบัน รวมถึง สามารถอุดช่องว่างแห่งกฎหมายโดยอาศัยการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งปรับแก้กรณีที่อาจจะเกิดขึ้นในอนาคตด้วย

1.7 ทบทวนวรรณกรรม

การค้นคว้าวิจัยนี้ เพื่อให้การศึกษามีรากฐานที่หนักแน่นและมีเหตุผลประกอบการศึกษาที่หลากหลาย ในหัวข้อนี้จึงเป็นการทบทวนวรรณกรรมงานเขียนทางวิชาการที่เกี่ยวข้อง ไม่ว่าจะป็นหนังสือ วารสาร บทความ เป็นต้น ที่คาดหวังว่าจะเป็นประโยชน์และมีความเกี่ยวพันใกล้เคียงกับหัวข้อที่ศึกษามากที่สุด โดยจะเป็นเครื่องช่วยยืนยันให้เห็นว่า วิทยานิพนธ์ในหัวข้อนี้สามารถพัฒนาต่อยอดทางความคิดและสามารถศึกษาวิเคราะห์เพิ่มเติมก่อให้เกิดองค์ความรู้ที่จะเป็นประโยชน์ในแวดวงวิชาการนิติศาสตร์ต่อไป ซึ่งวรรณกรรมที่เกี่ยวข้องอาจพิจารณาได้ ดังนี้

1 บทความเรื่อง The Casus Omissus: A Pre-History of Statutory Analogy เขียนโดย Hans W. Baade ใน Syracuse Journal of International Law and Commerce ฉบับที่ 20 ปี ค.ศ. 1994 โดยบทความนี้มีเนื้อหากล่าวโดยสรุป คือ ในบทความจะกล่าวถึง The Casus Omissus ซึ่งเป็นกรณีที่ไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายบัญญัติไว้ โดยบทความนี้จะนำเสนอในรูปแบบของประวัติศาสตร์กฎหมายที่จะแสดงให้เห็นถึงวิวัฒนาการของการใช้การตีความกฎหมายและการเทียบเคียงกฎหมายในอดีตเรื่อยมา ทั้งในยุคโรมันซึ่งเป็นยุคที่กฎหมายพัฒนารุ่งเรือง ตลอดจนในยุคสมัยต่างๆ ที่มีการรับเอากฎหมายปรับมาใช้ รวมถึง อิทธิพลของกฎหมายโรมันต่อการบัญญัติกฎหมายในภาคพื้นทวีปยุโรป และพัฒนาการของกฎหมายที่ได้แปรเปลี่ยนไปตามกาลสมัย ซึ่งการใช้การตีความกฎหมายก็แตกต่างกันไปด้วย เป็นต้น ทั้งนี้ จากบทความฉบับนี้จะทำให้ได้ข้อมูลในเชิงประวัติศาสตร์ แต่กระนั้น ในบทความนี้ก็มิได้ให้ข้อมูลถึงการวิเคราะห์หลักเกณฑ์การปรับใช้การเทียบเคียงกฎหมายในกรณีที่ไม่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายบัญญัติไว้แต่อย่างใด

2 บทความ Reasoning by analogy as a method of law interpretation เขียนโดย Imre Zajtay ใน Comparative and International Law Journal of Southern Africa, Vol. 13, Issue 3 (1980) ซึ่งมีเนื้อหากล่าวโดยสรุป คือ ในบทความนี้เห็นว่า การเทียบเคียงหรือการ Analogy มีความแตกต่างจากการตีความอย่างกว้างหรือ Extensive Interpretation โดยได้แสดงเหตุผลประกอบไว้ว่า การตีความอย่างกว้างเป็นการอ้างอิงถึงขั้นตอนการตีความที่ขยายความหมายมากกว่าความหมายตามปกติของบทบัญญัติกฎหมายที่จะนำมาตีความ ในขณะที่การเทียบเคียงเป็นการนำบทบัญญัติกฎหมายที่มีความคล้ายคลึงกันเป็นอย่างมากมาเทียบเคียง ซึ่งในบทความนี้ยังได้ให้เนื้อหา

สาระเกี่ยวกับการ Analogy ในหลากหลายเรื่องที่น่าสนใจ แม้เป็นที่น่าเสียดายว่าบทความนี้เป็นบทความที่สั้นมาก มีจำนวนไม่กี่หน้า ผู้เขียนบทความจึงมิได้แสดงรายละเอียดในประเด็นต่างๆ มากนัก แต่บทความนี้ก็ควรค่าแก่การอ่านและการศึกษาต่อไป อันจะช่วยทำให้วิทยานิพนธ์ฉบับนี้ได้รับแง่มุมทางความคิดในประเด็นต่างๆ และจะทำการศึกษาต่อยอดในรายละเอียดขยายออกไป

3 บทความเรื่อง Argument by Analogy in European Law เขียนโดย Katja Langenbacher ลงใน Cambridge Law Journal 57, 3 (November 1998) หน้า 481-521 โดยบทความนี้มีเนื้อหากล่าวโดยสรุป คือ มีการแสดงวิธีการของการเทียบเคียงหรือการ Analogy โดยการ Analogy ในความหมายของแต่ละระบบกฎหมายย่อมแตกต่างกันไป ซึ่งในระบบกฎหมายซีวิลลอว์ วิธีการ Analogy ใช้ในความหมายที่หมายถึงเครื่องมือในการอุดช่องว่างแห่งทบัญญัติของกฎหมาย อันแตกต่างจากในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ที่หมายถึงเทคนิคในการนำ ratio decidendi ในคดีก่อนมาใช้กับคดีที่เกิดขึ้นใหม่ ซึ่งทำให้ผู้วิจัยได้เห็นถึงนิติวิธีของแต่ละระบบกฎหมายที่แตกต่างกันออกไป แต่กระนั้น ในบทความดังกล่าวการศึกษาจะจำกัดอยู่เฉพาะใน European Law และก็มีได้แสดงรายละเอียดถึงบัญญัติของกฎหมายหรือการปรับใช้อย่างกระจ่างชัดแจ้ง

4 หนังสือเรื่อง Systematic Approaches to Argument by Analogy จัดพิมพ์โดย Springer International Publishing, 2014 บรรณาธิการโดย Henrique Jales Ribeiro ซึ่งประกอบด้วย 16 บท มีเนื้อความเกี่ยวกับการ Analogy ในมุมมองต่างๆ โดยบทที่น่าสนใจตัวอย่างเช่น Chapter 5 Analogy and Redefinition เขียนโดย Fabrizio Macagno ซึ่งเป็นการปรับใช้การ Analogy และ Chapter 14 Analogia Legis and Analogia Iuris: An Overview from a Rhetorical Perspective เขียนโดย Giovanni Demele ซึ่งมีการแบ่งแยกประเภทของการ Analogy ให้เห็นชัดเจน โดยแบ่งออกเป็นการเทียบเคียงบทบัญญัติของกฎหมาย (Analogia Legis) และการเทียบเคียงหลักกฎหมาย (Analogia Iuris) แต่อย่างไรก็ตาม ในหนังสือเล่มนี้มีใช้เป็นการวิเคราะห์ในประเด็นปัญหาเกี่ยวกับการใช้การเทียบเคียงบทกฎหมาย แต่มีลักษณะเป็นเพียงคำอธิบายการ Analogy ในแง่มุมต่างๆ เท่านั้น

5 หนังสือเรื่อง ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป ของศาสตราจารย์ ดร.หยุด แสงอุทัย แก้ไขปรับปรุงโดย รองศาสตราจารย์สมยศ เชื้อไทย พิมพ์ครั้งที่ 21 สำนักพิมพ์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์กรุงเทพมหานคร ปี พ.ศ. 2560 เป็นหนังสือที่กล่าวถึงความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมาย ทั้งในภาค 1 ข้อความเบื้องต้น ที่มีการเปรียบเทียบระบบกฎหมายซีวิลลอว์และระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ อันเป็นประโยชน์ต่อการเริ่มทำความเข้าใจถึงข้อความคิดพื้นฐานของระบบกฎหมาย และในภาค 2 ระบบกฎหมาย มีการกล่าวถึงนิติวิธีที่สำคัญ ทั้งการใช้กฎหมาย การตีความกฎหมาย และการอุดช่องว่างแห่งกฎหมาย เป็นต้น โดยในแวดวงวิชาการทางนิติศาสตร์ หนังสือตำราของศาสตราจารย์ ดร.หยุด แสงอุทัย เป็นที่ได้รับการยอมรับและถือว่ามีความสำคัญต่อการศึกษาอย่างยิ่ง ซึ่งแม้ในหนังสือเล่มนี้จะมีได้มีการกล่าวถึงการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งไว้มากนัก แต่ความเห็นของศาสตราจารย์ ดร.หยุด แสงอุทัย ในหลากหลายๆ เรื่อง รวมถึงการยกตัวอย่างในการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งไว้ ก็เป็นเรื่องที่มีความสำคัญและน่าสนใจต่อการศึกษาต่อไป

6 หนังสือเรื่อง กฎหมายแพ่ง : หลักทั่วไป ของศาสตราจารย์ ดร.ปรีดี เกษมทรัพย์ พิมพ์ครั้งที่ 5 จัดพิมพ์โดย คณะกรรมการบริหารทางวิชาการ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ พิมพ์ที่ ห้างหุ้นส่วนจำกัดภาพพิมพ์ ปีที่พิมพ์ มิถุนายน 2526 ซึ่งมีเนื้อความที่เกี่ยวข้องกล่าวโดยสรุป คือ ในหนังสือเล่มนี้มีการกล่าวถึงข้อความเบื้องต้นของแนวคิดการใช้และการตีความกฎหมาย มีการจัดลำดับความคิดอย่างเป็นระบบและมีการเรียบเรียงเพื่อให้เข้าใจได้ง่าย หนังสือเล่มนี้จึงมีคุณค่าและคุณูปการทางวิชาการอย่างสูงและเป็นแบบอย่างในการศึกษาต่อไป แต่กระนั้น เนื่องจากหนังสือเล่มนี้เป็นตำราทางกฎหมายจึงได้มีการวิเคราะห์หวัจจัยในเรื่องปัญหาการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง ซึ่งผู้วิจัยจะนำความรู้พื้นฐานนี้ไปต่อยอดและทำการศึกษาปัญหาการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในวิทยานิพนธ์ต่อไป

7 หนังสือเรื่อง คำอธิบายวิชากฎหมายทั่วไป : หลักทั่วไป ของรองศาสตราจารย์สมยศ เชื้อไทย พิมพ์ครั้งที่ 26 สำนักพิมพ์วิญญูชน กรุงเทพมหานคร ปี พ.ศ. 2562 โดยหนังสือเล่มนี้มีลักษณะเป็นตำราทางนิติศาสตร์เฉกเช่นเดียวกับตำราหนังสือเรื่องกฎหมายแพ่ง : หลักทั่วไป ของศาสตราจารย์ ดร.ปรีดี เกษมทรัพย์ ซึ่งหนังสือเล่มนี้มีการรับเอาแนวความคิดต่อยอดมา โดยมีการเพิ่มเติมเนื้อหาในบางส่วนเข้าไป ทำให้ในการเรียบเรียงและอธิบายเกิดความชัดเจนทันสมัยขึ้น และมี

คุณค่าเป็นตำราที่ให้ความรู้พื้นฐานทางนิติศาสตร์ แต่กระนั้นก็ได้เป็นงานวิจัยที่วิเคราะห์ถึงประเด็นปัญหากฎหมายหรือได้ให้ข้อสรุปในหลักเกณฑ์และขอบเขตการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งอย่างครบถ้วน จึงทำให้มีประเด็นในการศึกษาเรื่องการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งต่อไป

8 หนังสือเรื่อง นิติวิธี การใช้และการตีความกฎหมาย : ศึกษาเปรียบเทียบระบบกฎหมายไทยและระบบกฎหมายเยอรมัน ของ ดร.มานิตย์ วงศ์เสรี จัดพิมพ์ที่สำนักพิมพ์วิญญูชน กรุงเทพมหานคร ปี พ.ศ. 2562 โดยหนังสือเล่มนี้ได้กล่าวถึงนิติวิธี การใช้และการตีความกฎหมายไว้อย่างละเอียดและครอบคลุม ซึ่งมีการแบ่งนิติวิธี การใช้และการตีความกฎหมาย กับการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายเป็นหัวข้อใหญ่แยกจากกัน อันทำให้ในการศึกษาเกี่ยวกับนิติวิธีในระบบกฎหมายมีความกระจ่างชัดเจน ทั้งนี้ ยังได้มุ่งเน้นไปที่การศึกษาเปรียบเทียบในระบบกฎหมายไทยและระบบกฎหมายเยอรมัน จึงทำให้เกิดแง่มุมทางความคิดใหม่ๆ ประกอบกับหลักการและทฤษฎีที่มาสืบสนับสนุน ทำให้อาจกล่าวได้ว่าหนังสือเล่มนี้มีคุณภาพการอย่างสูงในการที่ผู้วิจัยจะนำความรู้ที่เกี่ยวข้องมาปรับใช้ในการศึกษาเรื่องการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในวิทยานิพนธ์ต่อไป

9 หนังสือเรื่อง คำอธิบายหลักพื้นฐานของกฎหมายเอกชน ของศาสตราจารย์ ดร.ศันท์ภรณ์ โสทธิพันธุ์ ตีพิมพ์ที่สำนักพิมพ์วิญญูชน กรุงเทพมหานคร ปี พ.ศ. 2562 โดยมีลักษณะเป็นตำราทางนิติศาสตร์ที่มีรายละเอียดครบถ้วนและมีคุณค่าอย่างยิ่งต่อการศึกษาหลักพื้นฐานของกฎหมายเอกชน โดยมีการจัดระบบระเบียบเรียงไว้เป็นอย่างดี ประกอบด้วยเนื้อหาที่แน่นแฟ้น ทำใหหนังสือเล่มนี้มีความสำคัญทางวิชาการต่อการจัดระบบความคิดในแง่ต่างๆ ซึ่งผู้วิจัยจะได้นำข้อความคิดพื้นฐานนี้เป็นรากฐานในการศึกษารายละเอียดที่เกี่ยวข้องในระบบกฎหมายพ้องด้วยการศึกษาเรื่องการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งต่อไป

10 หนังสือเรื่อง กฎหมายแพ่ง : หลักทั่วไป (คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 4-14) ของศาสตราจารย์พิเศษ ประสิทธิ์ ไชววิไลกุล พิมพ์ครั้งที่ 4 สำนักพิมพ์นิติธรรม กรุงเทพมหานคร ปี พ.ศ. 2554 หนังสือเล่มนี้เป็นหนังสือที่มีลักษณะเป็นตำราทางนิติศาสตร์ ซึ่งแสดงรายละเอียดเนื้อหาสาระทางกฎหมายไว้อย่างชัดเจน และมีการให้คำอธิบายที่เข้าใจง่ายและมีคุณค่าต่อการศึกษาเป็นอย่างยิ่ง โดยมีเนื้อความที่เกี่ยวข้องกล่าวโดยสรุป คือ มีการเขียนถึงเรื่องกฎหมายที่

ใกล้เคียงอย่างยิ่งในส่วนของการอุดช่องว่างกฎหมายตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งได้ให้รายละเอียดพร้อมทั้งคำอธิบาย รวมถึง ยกตัวอย่างคำพิพากษาศาลฎีกาและจัดหมวดหมู่คำพิพากษาศาลฎีกานั้นเพื่อให้สะดวกแก่การทำความเข้าใจและง่ายต่อการศึกษา แต่ก็ได้มีการวิเคราะห์ในเนื้อหาของคำพิพากษาแต่อย่างใด จึงจำต้องศึกษาต่อไป

11 ไม่ปรากฏพบว่ามีวิทยานิพนธ์หรืองานวิจัยใดที่มีเนื้อหาเกี่ยวข้องกับโดยตรงกับเรื่องปัญหาการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งตามที่วิทยานิพนธ์ฉบับนี้มุ่งหมายจะศึกษา



บทที่ 2

ข้อความคิดพื้นฐานว่าด้วยนิติวิธี

การศึกษาเรื่องการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง ในเบื้องต้นจำเป็นต้องพิจารณาถึงองค์ความรู้ความเข้าใจเกี่ยวกับนิติวิธีหรือทัศนคติของนักกฎหมายที่มีต่อระบบกฎหมายมาเป็นลำดับแรก อันจะเป็นข้อความคิดพื้นฐานสำคัญที่จะนำไปพิจารณาเรื่องการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในรายละเอียดที่ลึกซึ้งต่อไป ดังนั้น ในบทนี้ผู้วิจัยจึงกล่าวถึงข้อความคิดพื้นฐานว่าด้วยนิติวิธีเพื่อเป็นรากฐานก่อนที่จะเข้าสู่รายละเอียดเนื้อหาเฉพาะเจาะจงว่าด้วยการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในบทที่ 3

อนึ่ง ในบทนี้แม้จะเป็นการกล่าวถึงข้อความคิดพื้นฐานว่าด้วยนิติวิธี แต่เนื้อหาที่มุ่งให้มีความเกี่ยวข้องโดยตรงกับเรื่องการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง ซึ่งเพื่อให้เกิดการศึกษาอย่างเป็นระบบ ผู้วิจัยจึงอาจจะกล่าวถึงรายละเอียดเนื้อหาบางส่วนที่เกี่ยวข้องกับเรื่องการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในเบื้องต้นไปพร้อมๆ กัน

2.1 ความนำ

วิชานิติศาสตร์เป็นวิชาที่มีกฎหมายเป็นวัตถุ (Object) ของการศึกษา ซึ่งอาจมีการศึกษาได้ในหลากหลายแง่มุม ทั้งการศึกษาวิชานิติศาสตร์โดยแท้ (Legal Science Proper) ศึกษานิติศาสตร์ทางข้อเท็จจริง (Legal Science of Facts) และวิชานิติศาสตร์เชิงคุณค่า (Legal Science of Value)⁵ โดยวิทยานิพนธ์ฉบับนี้มุ่งให้ความสำคัญกับการศึกษากฎหมายในทุกแง่มุม โดยมีได้จำกัดการศึกษาในแง่มุมใดแง่มุมหนึ่งเท่านั้น

ในการศึกษากฎหมาย ผู้ศึกษากฎหมายนอกจากจะต้องพิจารณาถึงเนื้อหาของกฎหมาย (Legal Content) แล้ว ยังจำเป็นต้องศึกษาเกี่ยวกับนิติวิธี (Juristic Method) ประกอบด้วย ทั้งนี้ ใน

⁵ ปรีดี เกษมทรัพย์, นิติปรัชญา, พิมพ์ครั้งที่ 11 (กรุงเทพมหานคร: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553), หน้า 39-40.

ส่วนที่เป็นเนื้อหาของกฎหมายจะเป็นองค์ความรู้ในเรื่องที่เกี่ยวกับตัวบทของกฎหมายในแขนงสาขาต่างๆ ไม่ว่าจะ เป็นกฎหมายเอกชนหรือกฎหมายมหาชน และไม่ว่าจะบัญญัติไว้เป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรหรือกฎหมายที่มีได้บัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรก็ตาม ซึ่งการศึกษาในเนื้อหาของกฎหมายเหล่านี้จำเป็นต้องประกอบด้วยนิติวิธีที่ใช้ในการศึกษา นิติวิธีจึงเป็นวิธีคิดเกี่ยวกับกฎหมาย หรือทัศนคติของนักกฎหมายที่มีต่อระบบกฎหมายนั้น อันจะส่งผลให้ผู้ศึกษากฎหมายสามารถรับรู้ถึงกฎหมายและใช้กฎหมายเป็น⁶

นอกจากนี้ การศึกษาถึงภูมิหลังของกฎหมาย ข้อเท็จจริงความเป็นมาทางประวัติศาสตร์และการเปลี่ยนแปลงกฎหมายในอดีตอันเป็นกระแสนแห่งประวัติศาสตร์⁷ สามารถช่วยให้เข้าใจถึงความเป็นมาของกฎหมายนั้นๆ ได้ดียิ่งขึ้น เนื่องจากกฎหมายแต่ละฉบับย่อมมีที่มาและเหตุผลที่แตกต่างกันไป การศึกษาตัวบทกฎหมายที่มีความเชื่อมโยงกับอดีตจึงทำให้สามารถเข้าใจตัวบทกฎหมายในปัจจุบันได้อย่างชัดเจน

อีกทั้ง ในการศึกษาเปรียบเทียบและประเมินคุณค่าของกฎหมาย ตลอดจนศึกษาถึงวิธีการบัญญัติกฎหมาย หลักการและขอบเขตของกฎหมาย ก็อาจทำให้พบได้ว่ากฎหมายที่มีอยู่มีความบกพร่องอย่างไรและสามารถแก้ไขปัญหานั้นได้อย่างไร รวมทั้ง การศึกษาในลักษณะทางนิติวิธีก็มีประโยชน์ในการพิจารณาเปรียบเทียบระบบกฎหมายนั้นๆ ด้วย

ดังจะเห็นได้ว่า การศึกษากฎหมายสามารถศึกษาได้ในหลากหลายแง่มุม ซึ่งทุกแง่มุมก็ล้วนแล้วแต่มีความสำคัญอันควรค่าแก่การนำมาศึกษาประกอบกัน ในเบื้องต้นเนื่องจากการศึกษาถึงข้อความคิดพื้นฐานว่าด้วยนิติวิธีที่มีความสำคัญต่อการศึกษากฎหมาย ทัศนคติของนักกฎหมายที่มีต่อระบบกฎหมายจึงเป็นเรื่องที่ต้องนำมาพิจารณา ในบทนี้ จึงทำการศึกษาถึงข้อความคิดพื้นฐานว่าด้วยนิติวิธีในระบบกฎหมาย ทั้งนิติวิธีในระบบกฎหมายซีวิลลอว์และนิติวิธีในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ รวมถึง อธิบายและวิเคราะห์ถึงข้อความคิดพื้นฐานว่าด้วยนิติวิธีในระบบกฎหมายไทย โดยสอดแทรกความเป็นมาทางประวัติศาสตร์ของหลักนิติวิธีในระบบกฎหมาย ตลอดจนกล่าวถึงหลักการใช้นิติวิธีในระบบกฎหมายนั้นๆ เป็นต้น

⁶ เรื่องเดียวกัน, หน้า 40.

⁷ เรื่องเดียวกัน, หน้า 43.

ทั้งนี้ นิติวิธีในระบบกฎหมายเป็นเรื่องที่มีความสำคัญมาก นิติวิธีในการใช้การตีความกฎหมายต่างๆ เป็นสิ่งสำคัญที่ประกอบเข้ากับตัวบทกฎหมาย ซึ่งนิติวิธีจะแทรกซึมเข้าไปกับตัวบทกฎหมายนั้นๆ ทำให้ในบางครั้งการบัญญัติกฎหมาย เมื่อผู้บัญญัติกฎหมายไม่สามารถบัญญัติกฎหมายนั้นให้ครอบคลุมถึงปัญหาหรือความต้องการอันแท้จริงของสังคมได้ รวมทั้ง การบัญญัติกฎหมายเพิ่มเติมหรือแก้ไขปัญหาต่างๆ ก็เป็นเรื่องที่กระทำได้ล่าช้า นิติวิธีในแต่ละระบบกฎหมายก็จะเข้ามามีส่วนทำให้ผู้ใช้กฎหมายสามารถปรับใช้กฎหมายและหาวิถีทางในการแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้นในเบื้องต้นตามแนวทางที่เหมาะสมได้ ดังนั้น นิติวิธีจึงเป็นสิ่งสำคัญที่รองรับปัญหาและสร้างความเป็นธรรมให้แก่การบังคับใช้กฎหมาย นักกฎหมายที่มีความรู้ความเข้าใจในนิติวิธีของกฎหมายอย่างถ่องแท้ก็จะสามารถปรับใช้กฎหมายกับข้อเท็จจริงและสภาพการณ์ต่างๆ ที่เกิดขึ้นในสังคมได้อย่างถูกต้อง

นอกจากนั้น ในกรณีที่ไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายบัญญัติไว้โดยตรงอันเกิดเป็นช่องว่างแห่งกฎหมายขึ้น การใช้นิติวิธีในทางกฎหมายจึงอาจทำให้เกิดการปรับใช้กฎหมายโดยการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งเพื่ออุดช่องว่างแห่งกฎหมายนั้นได้ ซึ่งการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งเมื่อเป็นเรื่องที่ก้าวข้ามออกมาจากตัวบทกฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษรปกติ ทำให้ในการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งจำต้องศึกษาถึงนิติวิธีในระบบกฎหมายนั้นอย่างละเอียด โดยจำต้องพิจารณาก่อนว่านิติวิธีในระบบกฎหมายนั้นเปิดโอกาสให้ผู้ใช้กฎหมายสามารถใช้วิธีการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งได้หรือไม่ แนวคิดและทัศนคติของนักกฎหมายต่อการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งเป็นอย่างไร

2.2 ความหมายและความสำคัญของนิติวิธี

คำว่า “นิติวิธี” ในภาษาอังกฤษใช้คำว่า “Juristic Method” หรือ “Jurisprudence” ในภาษาฝรั่งเศสใช้คำว่า “La méthodologie juridique” และในภาษาเยอรมันใช้คำว่า “Die Juristische Methodenlehre”⁸ ซึ่งในตำรากฎหมายต่างประเทศได้มีการกล่าวถึงคำดังกล่าวนี้อย่างกว้างขวาง รวมทั้ง ตำรากฎหมายหลากหลายเล่มก็เขียนถึงเรื่องนี้โดยตรง เช่น ตำรากฎหมายเรื่อง

⁸ มานิตย์ วงศ์เสรี, นิติวิธี การใช้และการตีความกฎหมาย : ศึกษาเปรียบเทียบระบบกฎหมายไทยและระบบกฎหมายเยอรมัน (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2562), หน้า 31.

French Legal Method ของ Eva Steiner⁹ ตำรากฎหมายเรื่อง Legal Method ของ Sharon Hanson¹⁰ ตำรากฎหมายเรื่อง Principles of Legal Method ของ Richard Scragg¹¹ และตำรากฎหมายเรื่อง Legal Method ของ Ian McLeod¹² เป็นต้น

กล่าวโดยทั่วไป คำอธิบายในตำรากฎหมายต่างๆ จะมีการกล่าวถึงวิธีการทางกฎหมาย เช่น ที่มาแห่งกฎหมาย การตีความกฎหมาย และการใช้เหตุผลทางกฎหมายประกอบกัน นอกจากนี้ ในบางเรื่องยังปรากฏถึงเรื่องการแบ่งแยกประเภทของกฎหมาย ลำดับชั้นของกฎหมาย เป็นต้น ซึ่งคำอธิบายของกฎหมายต่างประเทศว่าด้วยเรื่องนิติวิธีนี้จะปรากฏพบได้อย่างกว้างขวาง แต่ทั้งนี้ ก็อาจจะได้รับการอธิบายและกล่าวถึงเนื้อหาในลักษณะที่แตกต่างกันออกไปตามบริบทและความมุ่งหมายของตำราเล่มนั้นๆ

ในประเทศไทย คำว่า “นิติวิธี” เป็นคำที่มีความหมายเฉพาะทางนิติศาสตร์ ไม่ปรากฏความหมายโดยตรงตามพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน แต่เมื่อพิจารณาความหมายตามตัวอักษร อาจแยกพิจารณาความหมายได้ ดังนี้ “นิติ” หมายถึง กฎหมาย¹³ “วิธี” หมายถึง ทำนองหรือหนทางที่จะทำ¹⁴ ดังนั้น “นิติวิธี” ในเบื้องต้นจึงอาจหมายถึง การดำเนินการหรือวิธีการทางกฎหมาย ทั้งนี้ คำว่า “นิติวิธี” ได้ปรากฏความหมายจากคำอธิบายทางนิติศาสตร์ของนักกฎหมาย เช่น ศาสตราจารย์ ดร.ปรีดี เกษมทรัพย์ ได้กล่าวถึง “นิติวิธี” ไว้ว่า นิติวิธีหรือความคิดและทัศนคติของนักกฎหมายที่มีต่อระบบกฎหมายของตน คือ ทัศนคติที่มีต่อกฎหมายลายลักษณ์อักษร ต่อจารีตประเพณี ต่อคำพิพากษาของศาล ตลอดจนต่อหลักกฎหมายหรือความยุติธรรมทั่วไป แม้กระทั่งวิธีคิดวิธีใช้ วิธีตีความกฎหมาย การใช้กฎหมายตามตัวอักษร หรือการเทียบเคียงบทกฎหมาย (Analogy) ก็เป็นส่วนหนึ่งในนิติวิธีด้วย อีกทั้ง ในการบัญญัติกฎหมาย วิธีการบัญญัติกฎหมาย การแบ่งหมวดหมู่ของบทบัญญัติกฎหมาย รูปลักษณะของการบัญญัติกฎหมาย ก็เป็นเครื่องบ่งชี้แสดงให้เห็นว่า ใน

⁹ Eva Steiner, *French Legal Method* (Oxford: Oxford University Press, 2002).

¹⁰ Sharon Hanson, *Legal Method* (London: Cavendish Publishing, 1999).

¹¹ Richard Scragg, *Principles of Legal Method* (Oxford: Oxford University Press, 2008).

¹² Ian McLeod, *Legal Method*, 7 ed. (New York: Palgrave MacMillan, 2009).

¹³ ราชบัณฑิตยสถาน, พจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554 เฉลิมพระเกียรติพระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัว เนื่องในโอกาสพระราชพิธีมหามงคลเฉลิมพระชนมพรรษา 7 รอบ 5 ธันวาคม 2554 พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพมหานคร: ศิริวัฒนาอินเตอร์พริ้นท์, 2556), หน้า 634.

¹⁴ เรื่องเดียวกัน, หน้า 1121.

ระบบกฎหมายนั้นมิใช่วิธีอย่างไร นอกจากนั้น นิติวิธียังแสดงออกผ่านวิธีการสอน วิธีศึกษา หรือวิธีทำให้กฎหมายออกงามหรือเปลี่ยนแปลงไปตามกาลสมัยนั้นๆ ด้วย¹⁵

นิติวิธีจึงเป็นวิธีคิดเกี่ยวกับกฎหมาย อันจะแสดงออกผ่านทัศนคติของนักกฎหมายที่มีต่อระบบกฎหมายของตน เช่น ทัศนคติที่มีต่อกฎหมายลายลักษณ์อักษร ต่อจารีตประเพณี ต่อคำพิพากษาของศาลว่าจะถือสิ่งเหล่านี้เป็นบ่อเกิดของกฎหมายสำหรับใช้ในการพิจารณาพิพากษาคดีได้หรือไม่ เพียงใด ตลอดจนวิธีคิด วิธีใช้ วิธีตีความกฎหมาย วิธีค้นพบกฎหมาย วิธีเสริมกฎหมายให้สมบูรณ์ อันเป็นช่องทางที่จะทำให้กฎหมายเจริญงอกงามตามยุคสมัยและเท่าทันต่อความเปลี่ยนแปลงของบ้านเมือง ซึ่งก็ต้องรวมถึง วิธีการบัญญัติกฎหมายลายลักษณ์อักษรและวิธีค้นคว้าศึกษากฎหมายทางวิชานิติศาสตร์ด้วย

ศาสตราจารย์ ดร.ปรีดี เกษมทรัพย์ จึงเปรียบเทียบระบบประมวลกฎหมายเหมือนกับบุคคลส่วนที่เป็นเนื้อหาของกฎหมายที่แบ่งแยกเป็นหมวดหมู่ แผนก มีข้อความเป็นระเบียบ เป็นส่วนทางรูปธรรมเปรียบเหมือนรูปพรรณร่างกายของคน แต่นิติวิธีนั้นเป็นวิญญาณทางนามธรรมเปรียบเสมือนกับนิสัยใจคอความคิดสติปัญญาของประมวลกฎหมาย¹⁶ เช่นนี้ นิติวิธีจึงเป็นสิ่งที่แทรกซึมอยู่กับตัวกฎหมาย ไม่สามารถแยกออกจากกันโดยเด็ดขาดได้ มิฉะนั้น หากกฎหมายมีเพียงข้อความตามตัวอักษรก็เทียบได้กับกฎหมายที่มีเพียงร่างกาย แต่ขาดวิญญาณและเจตนารมณ์อันเป็นส่วนของนิติวิธีซึ่งบุคคลนั้นจำเป็นต้องมีทั้งร่างกายและจิตใจที่สมบูรณ์ ภายกับใจต้องอาศัยซึ่งกันและกัน เหมือนดังประมวลกฎหมายที่ต้องอาศัยนิติวิธีเป็นหัวใจ

ยิ่งไปกว่านั้น ไม่ว่าจะมีการบัญญัติถึงนิติวิธีหรือไม่ได้บัญญัติถึงนิติวิธีไว้ก็ตาม นิติวิธีก็เป็นสิ่งที่มีอยู่แล้วในระบบกฎหมายนั้นๆ ความเห็นของนักกฎหมายบางท่านจึงเห็นว่า นิติวิธีไม่จำเป็นต้องบัญญัติขึ้น หรือแม้จะมีการบัญญัติถึงนิติวิธีไว้ กฎหมายก็ได้บัญญัติหลักนิติวิธีไว้ทั้งหมด เพราะนิติวิธีมีลักษณะเป็นแนวความคิดที่ฝังตัวอยู่ในระบบกฎหมายจนเป็นแบบฉบับในทางกฎหมายของระบบกฎหมายนั้น¹⁷ เช่นนี้ ตามมาตรา 4 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย ที่บัญญัตินิติวิธี

¹⁵ ปรีดี เกษมทรัพย์, กฎหมายแพ่ง : หลักทั่วไป, หน้า ข.

¹⁶ เรื่องเดียวกัน, หน้า 4.

¹⁷ กิตติศักดิ์ ปรกติ, ความเป็นมาและหลักการใช้นิติวิธีในระบบซีวิลลอว์และคอมมอนลอว์, พิมพ์ครั้งที่ 5 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2560), หน้า 15.

ไว้ว่า “กฎหมายนั้น ต้องใช้ในบรรดากรณีซึ่งต้องด้วยบทบัญญัติใดๆ แห่งกฎหมายตามตัวอักษร หรือตามความมุ่งหมายแห่งบทบัญญัตินั้นๆ” วรรคสอง “เมื่อไม่มีบทกฎหมายที่จะยกมาปรับคดีได้ ให้วินิจฉัยคดีนั้นตามจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น ถ้าไม่มีจารีตประเพณีเช่นนั้น ให้วินิจฉัยคดีอาศัยเทียบบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง และถ้าบทกฎหมายเช่นนั้นไม่มีด้วย ให้วินิจฉัยตามหลักกฎหมายทั่วไป” จึงเป็นเพียงส่วนหนึ่งของนิติวิธีในทางกฎหมายที่แสดงออกมาเป็นลายลักษณ์อักษรเท่านั้น

ทั้งนี้ นิติวิธีไม่ได้เกิดจากการสร้างขึ้นมาจากนักกฎหมายคนใดคนหนึ่ง แต่เกิดจากประวัติกฎมหลังของระบบกฎหมายอันมีความเป็นมาดั้งเดิม จึงควรต้องเข้าใจถึงภูมิหลังความเป็นมาของระบบกฎหมายนั้นๆ ให้เกิดความชัดเจนขึ้น ซึ่งนิติวิธีจะแตกต่างกันไปตามประวัติศาสตร์ภูมิหลังของระบบกฎหมายแต่ละระบบ เช่น ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ของประเทศอังกฤษหรือประเทศอเมริกา ก็ย่อมมีนิติวิธีที่แตกต่างกันไปกับนิติวิธีในระบบกฎหมายซีวิลลอว์ของประเทศต่างๆ ในภาคพื้นยุโรป ซึ่งจะได้กล่าวถึงรายละเอียดในหัวข้อถัดไป

ดังจะเห็นได้ว่า นิติวิธีเป็นเรื่องที่มีความสำคัญโดยกล่าวถึงวิธีการคิดทางกฎหมาย ซึ่งจะส่งผลให้นักกฎหมายที่ศึกษาและเข้าใจถึงนิติวิธีในระบบกฎหมายจะสามารถคิดวิเคราะห์กฎหมายอย่างเป็นระบบได้ ถึงแม้ว่านิติวิธีจะมีลักษณะเป็นนามธรรมและไม่สามารถให้ความหมายได้อย่างครบถ้วนชัดเจนก็ตาม แต่การใช้นิติวิธีที่วิเคราะห์อย่างเป็นเหตุเป็นผลจะสามารถช่วยแก้ไขปัญหามทางกฎหมายที่เกิดขึ้นแล้วหรืออาจจะเกิดขึ้นในอนาคตนั้นได้ นอกเหนือจากนี้ ผลลัพธ์ที่ได้จากนิติวิธียังทำให้กฎหมายมิใช่เป็นเพียงถ้อยคำทางภาษาที่ร้อยเรียงกันอยู่ตามธรรมดาทั่วไป แต่นิติวิธีเป็นเครื่องแสดงออกถึงหลักการของกฎหมายนั้นๆ ที่ฝังรากอยู่อย่างเป็นระบบในกฎหมายนั่นเอง¹⁸

จึงมีคำกล่าวว่า นิติวิธีหรือวิธีการคิดและวิเคราะห์อย่างเป็นระบบในทางกฎหมายทำหน้าที่เป็นสะพานเชื่อมต่อระหว่างตัวบทกฎหมายที่บัญญัติไว้เป็นการทั่วไปไม่เฉพาะเจาะจงแก่กรณีใดกรณีหนึ่ง กับปัญหาข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นที่มีรายละเอียดเป็นการเฉพาะเจาะจง โดยอาศัยการให้เหตุผลอย่างเป็นระบบ¹⁹ เช่นนี้ ผู้ใช้กฎหมายจึงอาศัยนิติวิธีเพื่อนำมาวิเคราะห์หว่าบทบัญญัติของกฎหมายนั้นๆ จะสามารถเป็นหลักเป็นฐานให้ผู้ใช้กฎหมายนำข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นมาพิจารณาปรับกับ

¹⁸ มานิตย์ วงศ์เสรี, นิติวิธี การใช้และการตีความกฎหมาย : ศึกษาเปรียบเทียบระบบกฎหมายไทยและระบบกฎหมายเยอรมัน, หน้า 32.

¹⁹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 32-33.

บทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นได้หรือไม่ หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งว่า ข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นสามารถสอดคล้องหรือใกล้เคียงที่สุดกับบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นหรือไม่

นอกจากนี้ ในการศึกษากฎหมายนอกเหนือจากที่ต้องศึกษากฎเกณฑ์แบบแผนของบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่แล้ว ส่วนที่สำคัญอีกส่วนหนึ่งก็คือ การศึกษาถึงโครงสร้าง (Structure) การแยกประเภท (Categories) และวิธีการ (Methods) อันเป็นรากฐานของกฎหมายในแต่ละเรื่องแต่ละระบบด้วย เพราะแม้ทุกระบบกฎหมายจะล้วนแต่มุ่งหมายให้เกิดความยุติธรรมขึ้นเฉกเช่นเดียวกัน แต่ทัศนคติและวิธีการของกฎหมายนั้นอาจจะมามีวิธีการแก้ไขปัญหาหรือการวินิจฉัยกฎหมายด้วยวิธีที่แตกต่างกันไป เช่นนี้ นิติวิธีจึงเป็นเครื่องชี้ชัดถึงความแตกต่างระหว่างระบบกฎหมายแต่ละระบบอีกด้วย ในการศึกษาถึงข้อความคิดพื้นฐานว่าด้วยนิติวิธีจึงเป็นเรื่องสำคัญพื้นฐานต่อการทำความเข้าใจกฎหมายและระบบกฎหมายทั้งระบบ

2.3 ข้อความคิดพื้นฐานว่าด้วยนิติวิธีในระบบกฎหมาย

จากที่กล่าวมาข้างต้น นิติวิธีสามารถเป็นเครื่องบ่งชี้ถึงความแตกต่างระหว่างระบบกฎหมายแต่ละระบบ ซึ่งการแบ่งระบบกฎหมายในโลกนี้อาจแบ่งออกได้เป็นหลากหลายระบบ แต่ทว่า ระบบกฎหมายที่มีอิทธิพลอย่างยิ่งต่อกฎหมายไทย ได้แก่ ระบบกฎหมาย 2 ระบบใหญ่ คือ ระบบกฎหมายซีวิลลอว์ (Civil Law) กับระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) โดยระบบกฎหมายซีวิลลอว์เป็นระบบกฎหมายที่ใช้อยู่ในกลุ่มประเทศภาคพื้นยุโรป ซึ่งมีทัศนคติต่อบ่อเกิดของกฎหมายและวิธีการทางกฎหมายที่แตกต่างกันไปจากระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ของกลุ่มประเทศแองโกลแซกซอน และไม่ใช่เพียงแต่ระบบกฎหมายซีวิลลอว์กับระบบกฎหมายคอมมอนลอว์แตกต่างกันที่ว่า ในระบบกฎหมายซีวิลลอว์มีการบัญญัติกฎหมายอยู่ในรูปประมวลกฎหมายแต่ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ไม่ได้มีการบัญญัติกฎหมายในรูปประมวลกฎหมายเท่านั้น ซึ่งนั่นเป็นความเข้าใจที่คลาดเคลื่อนและขาดตกบกพร่องไป

การศึกษานิติวิธีในระบบกฎหมายแต่ละระบบจึงล้วนมีความสำคัญอย่างยิ่ง เนื่องจากเป็นสิ่งที่ประกอบไปกับกฎหมายและเป็นสิ่งที่แทรกซึมไปกับตัวบทกฎหมาย โดยนิติวิธีปรากฏให้เห็นจากทัศนคติของนักกฎหมายกับมุมมองในด้านต่างๆ ที่มีต่อระบบกฎหมายของตน นิติวิธีจึงเป็นแนวทางวิธีการคิดที่ทำให้ระบบกฎหมายแต่ละระบบมีความแตกต่างกันไป เช่นนี้ การศึกษาทัศนคติของ

นักกฎหมายในมุมมองต่างๆ จึงทำให้สามารถเข้าใจถึงนิติวิธีในระบบกฎหมาย และยังสามารถทำให้เกิดการปรับใช้และการตีความกฎหมายได้อย่างถูกต้อง รวมถึง ในการศึกษาวิวัฒนาการความเป็นมาทางประวัติศาสตร์ของแต่ละระบบกฎหมาย ในที่นี้ คือ ระบบกฎหมายซีวิลลอว์กับระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ ก็จะทำให้ทราบถึงแนวคิดรากเหง้าอันเป็นที่มาของกฎหมายและระบบกฎหมายนั้นๆ ให้เกิดความกระจ่างชัดแจ่มยิ่งขึ้นด้วย

2.3.1 นิติวิธีในระบบกฎหมายซีวิลลอว์

การศึกษานิติวิธีในระบบกฎหมายซีวิลลอว์จะเริ่มศึกษาจากพัฒนาการความเป็นมาทางประวัติศาสตร์ของหลักนิติวิธีประกอบเข้ากับวิวัฒนาการทางประวัติศาสตร์ในสมัยต่างๆ ซึ่งจะทำให้ทราบถึงแนวคิดที่มาของการใช้นิติวิธีในระบบกฎหมายซีวิลลอว์ จากนั้นจึงกล่าวถึงทัศนคติของนักกฎหมายในระบบกฎหมายซีวิลลอว์ที่มีต่อมุมมองต่างๆ จนถึงการศึกษาลักษณะการใช้นิติวิธีในระบบกฎหมายซีวิลลอว์ที่ผ่านการบ่มเพาะมายาวนานอันทำให้นิติวิธีในระบบกฎหมายซีวิลลอว์เป็นนิติวิธีที่ใช้กันในทุกวันนี้

2.3.1.1 ความเป็นมาทางประวัติศาสตร์ของนิติวิธีในระบบกฎหมายซีวิลลอว์

ระบบกฎหมายซีวิลลอว์ (Civil Law หรือ Civil Law System) หมายถึง ระบบกฎหมายที่สืบสายมาจากกฎหมายโรมันในส่วนของกฎหมายแพ่ง กล่าวคือ เมื่อกฎหมายโรมันเป็นกฎหมายแพ่ง ระบบกฎหมายที่สืบสายมาจากกฎหมายโรมันจึงเป็นระบบกฎหมายแพ่ง²⁰ ดังนั้น การจะเข้าใจถึงระบบกฎหมายซีวิลลอว์ได้อย่างชัดเจนจึงจำต้องย้อนกลับไปพิจารณาในส่วนของกฎหมายโรมันประกอบกับพัฒนาการของกฎหมายในยุคสมัยต่างๆ ที่ได้รับสืบทอดสายธารมาจากกฎหมายโรมัน เช่นนี้แล้ว การศึกษานิติวิธีในระบบกฎหมายซีวิลลอว์จึงมีความจำเป็นอย่างสูงที่จะต้องเข้าใจถึงพัฒนาการของกฎหมายโรมันในเบื้องต้น ทั้งนี้ เพื่อให้เกิดการใช้การตีความและการเทียบเคียงกฎหมายในระบบกฎหมายซีวิลลอว์ที่ถูกต้องเหมาะสมต่อไป

²⁰ ศันันท์ภรณ์ โสทธิพันธุ์, คำอธิบายหลักพื้นฐานของกฎหมายเอกชน (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2562), หน้า 125-126.

นอกจากนี้ ในความหมายของซีวิลลอว์ (civil law) คำว่า “civil law” มาจากคำว่า “ius civile” หรือ กฎหมายที่ใช้บังคับกับพลเมืองโรมันตั้งแต่เกิดจนตาย ซึ่งก็คือกฎหมายแพ่ง²¹ โดยที่ “ius civile” จะถูกกำหนดให้ใช้บังคับกับพลเมืองโรมันเท่านั้น อันทำให้ซีวิลลอว์ในความหมายนี้ หมายถึง กฎหมายแพ่งของพลเมืองโรมันที่ใช้บังคับกับพลเมืองโรมันดั้งเดิม แม้ภายหลังต่อมา มีการกล่าวถึงกฎหมายซีวิลลอว์ในความหมายที่หมายถึงกฎหมายโรมันทั้งหมดด้วยก็ตาม

ดังจะเห็นได้ว่า เมื่อระบบกฎหมายซีวิลลอว์ หรือ กฎหมายซีวิลลอว์ มีความเกี่ยวข้องกับกฎหมายแพ่งโรมัน เช่นนี้ ในการศึกษาจึงจะกล่าวถึงพัฒนาการของกฎหมายแพ่งโรมันที่ตกทอดเรื่อยมายาวนานจนเป็นระบบกฎหมายซีวิลลอว์ในปัจจุบัน ซึ่งการศึกษาจะเริ่มจากการพิจารณาวิวัฒนาการความเป็นมาของสังคมและกฎหมายโรมันประกอบกับนิติวิธีที่แสดงออกมาในแต่ละยุคแต่ละสมัย อันเป็นสายธารที่ได้รับการสืบทอดต่อกันมา ดังนี้

ยุคแรก ยุคโบราณ เนื่องจากสภาพสังคมยังไม่สลับซับซ้อน กฎหมายเกิดจากศีลธรรม กฎหมาย คือ ความรู้สึกผิดชอบชั่วดีที่มีอยู่ในจิตใจของมนุษย์ เรียกว่า mores maiorum ซึ่งบุคคลจะรับรู้ได้ว่าสิ่งใดถูกหรือสิ่งใดผิด กฎหมายโรมันในยุคแรกจึงไม่สามารถแยกออกจากศีลธรรมได้ ซึ่งต่อมา เมื่อผู้คนในสังคมได้ถือปฏิบัติกันอย่างสม่ำเสมอและเชื่อว่าเป็นกฎหมาย (opinio iuris ac necessitates) ความรู้สึกผิดชอบชั่วดีจึงกลายมาเป็นกฎหมายประเพณีที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษร (consuetudo)²² อันมีลักษณะเป็นกฎเกณฑ์ร่วมกันของสังคมนั้นๆ แต่กระนั้น เมื่อสังคมมีความสลับซับซ้อนมากยิ่งขึ้น กฎหมายประเพณีที่ใช้อยู่จึงไม่เพียงพอต่อการปกครอง ทำให้ต้องมีการปรับใช้กฎหมาย ซึ่งในการปรับใช้กฎหมาย หรือ interpretatio ในยุคนี้ เป็นการปรับใช้กฎหมายในเหตุปกติ อันเนื่องมาจากกฎหมายมีอยู่ไม่พอจึงต้องเกิดการปรับใช้กฎหมายขึ้น มิใช่ interpretatio ที่เป็นการตีความกฎหมายอย่างความหมายในปัจจุบัน ซึ่งในยุคนี้ผู้นำทางศาสนาจะเป็นผู้ปรับใช้กฎหมาย²³ โดยมีลักษณะเป็นเพียงการตีความสัญลักษณ์บางอย่างที่ผู้มีความเชี่ยวชาญจริงๆ จึงจะตีความเพื่อนำมาตอบปัญหากฎหมายได้

²¹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 126.

²² Adolf Berger, *Encyclopedic Dictionary of Roman Law* (Philadelphia: American Philosophical Society, 1968), p. 411.

²³ *ibid.*, 513.

ยุคที่สอง ยุคสาธารณรัฐ (epoca republlicana) เริ่มจากการเรียกร้องของชนชั้นต่ำ จนเป็นชัยชนะของชนชั้นต่ำที่มีต่อชนชั้นสูง ทำให้เกิดการนำกฎหมายประเพณีมาบันทึกไว้เป็นลายลักษณ์อักษรบนแผ่นทองแดงรวม 12 แผ่น เรียกว่า กฎหมายสิบสองโต๊ะ (Law of Twelve Tables)²⁴ กฎหมายลายลักษณ์อักษรที่ถือว่าเป็นระบบระเบียบมากที่สุดฉบับแรกของโรมันจึงเริ่มถือกำเนิดขึ้นมาในยุคนี้ จากนั้นก็มีการนำแผ่นทองแดงทั้ง 12 แผ่น ที่เรียกว่า กฎหมายสิบสองโต๊ะ มาตั้งไว้ในที่สาธารณะกลางเมืองเพื่อให้ประชาชนได้รับรู้ จึงเป็นการเริ่มต้นที่ยอมรับกันว่า กฎหมายจะต้องเป็นสิ่งที่เปิดเผยให้ประชาชนรับรู้ได้ และกฎหมายยังต้องเป็นสิ่งที่สามารถนำมาพิเคราะห์พิจารณาและศึกษาได้ด้วยเหตุผล

กฎหมายสิบสองโต๊ะจึงนับว่าเป็นความสำเร็จในการนำกฎหมายประเพณีมาบันทึกเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรอย่างเป็นระบบระเบียบและได้สร้างบรรทัดฐานให้กฎหมายลายลักษณ์อักษรนี้เป็นกฎหมายหลักของสังคมโรมัน สำหรับการตีความกฎหมายในยุคนี้จึงถูกจำกัดให้อยู่ตามตัวอักษร เพราะยึดถือและเชื่อในถ้อยคำของกฎหมายที่บันทึกเอาไว้เป็นลายลักษณ์อักษรในกฎหมายสิบสองโต๊ะ โดยมีความเคารพในศักดิ์สิทธิ์ของตัวอักษรที่ผ่านการบันทึกตามอย่างเคร่งครัด²⁵ ซึ่งในยุคนี้ นักกฎหมายที่เป็นฆราวาส ไม่ใช่ผู้นำทางศาสนาหรือนักบวช จะเป็นผู้ทำการตีความกฎหมายเพื่อหาความมุ่งหมายที่ซ่อนอยู่ตามตัวอักษรนั้น แต่ทั้งนี้ แม้จะมีการตีความตามตัวอักษร แต่ก็มิได้มีการตีความจากความหมายของตัวอักษรเท่านั้น ในบางครั้งการตีความก็ต้องพิจารณาความมุ่งหมายที่ซ่อนอยู่ภายในตัวอักษรนั้นด้วย การตีความตามตัวอักษรจึงเกิดขึ้นมาในยุคสาธารณรัฐนี้

นอกจากนั้น ในยุคนี้เนื่องจากดินแดนโรมันขยายออกกว้างไปจนกลายเป็นอาณาจักรโรมัน ผู้คนที่อยู่ในอาณาจักรโรมันก็มีเป็นจำนวนมากขึ้น ทั้งพลเมืองโรมันและคนต่างชาติที่เป็นชนชาติอื่นๆ ที่เคยอาศัยอยู่ดั้งเดิมในดินแดนที่ชาวโรมันไปตีและครอบครองมาเป็นของตน เช่นนี้ เมื่อบุคคลที่อยู่ภายใต้บังคับมีจำนวนมากขึ้น กฎหมายของพลเมืองโรมันที่ใช้บังคับแก่พลเมืองโรมันแต่เดิมก็ไม่เพียงพอที่จะแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้นได้ อีกทั้ง กฎหมายของพลเมืองโรมันยังเป็นกฎหมายประเพณี

²⁴ Hans Julius Wolff, Roman Law: An Historical Introduction (Norman: University of Oklahoma Press, 1951), pp. 54-56.

²⁵ ibid.

ไม่สามารถใช้บังคับกับคนต่างชาติได้ ความจำเป็นดังกล่าวจึงก่อให้เกิดกฎหมายใหม่ที่มาจากผู้มีตำแหน่งเป็นขุนนางผู้บริหารความยุติธรรม หรือ praetor ซึ่ง praetor urbanus มีอำนาจหน้าที่ดูแลข้อพิพาทระหว่างพลเมืองโรมันด้วยกันเอง โดยสร้างหลักกฎหมายขึ้นมาเพื่ออุดช่องว่างของกฎหมายของพลเมืองโรมัน และ praetor peregrinus มีอำนาจหน้าที่ดูแลข้อพิพาทระหว่างคนต่างชาติด้วยกันหรือระหว่างคนต่างชาติดกับพลเมืองโรมัน โดยสร้างหลักกฎหมายขึ้นมาใช้กับคนต่างชาตินั้น²⁶ แต่ทั้งนี้ สำหรับการตีความกฎหมาย praetor มิได้เป็นผู้ทำ interpretatio แต่ praetore มีหน้าที่เป็นผู้สร้างหลักกฎหมายขึ้นมาใหม่เท่านั้น อีกทั้ง praetor ก็ไม่ได้เป็นผู้สร้างหลักการ analogy แต่หลักการ analogy เป็นการปรับใช้กฎหมายด้วยการเทียบเคียง เนื่องจากกฎหมายสิบสองโต๊ะไม่เพียงพอที่จะปรับใช้ได้โดยตรง จึงเกิดความจำเป็นที่ต้องมีหลักการเทียบเคียงกฎหมายขึ้นมาใช้

ยุคที่สาม ยุคคลาสสิก (period classic) หรือเรียกได้ว่าเป็นยุคทองของกฎหมายโรมัน ในยุคนี้อาณาจักรโรมันมีความเจริญรุ่งเรืองมาก แผ่ขยายครอบคลุม 3 ทวีป มีระบบการปกครองและระบบกฎหมายที่เข้มแข็ง อำนาจบริหาร อำนาจตุลาการ และอำนาจนิติบัญญัติ รวมศูนย์อยู่ที่จักรพรรดิ โดยจักรพรรดิเป็นผู้มีอำนาจสูงสุดและเป็นผู้นำทางการทหาร อีกทั้ง ยังถือว่าเจตจำนงของจักรพรรดิ คือ กฎหมายในทางเป็นจริง (de facto) ด้วย กล่าวคือ จักรพรรดิมีพระราชอำนาจอันยิ่งใหญ่ทำให้ทุกสิ่งที่เป็นพระราชประสงค์ของจักรพรรดิเป็นกฎหมาย

กฎหมายที่บัญญัติขึ้นโดยจักรพรรดิมี 4 รูปแบบ คือ ประการที่หนึ่ง edicta โดยจักรพรรดิมีอำนาจในการออกประกาศของฝ่ายบริหารเช่นเดียวกับฝ่ายบริหารระดับสูงของสาธารณรัฐโรมัน ประการที่สอง decreta เป็นคำพิพากษาของจักรพรรดิโรมัน ซึ่งจักรพรรดิสามารถสร้างหลักกฎหมายขึ้นมาใหม่ให้แตกต่างจากบทบัญญัติที่มีอยู่เดิมได้ โดยหลักกฎหมายหรือกฎเกณฑ์ที่อยู่ในคำวินิจฉัยที่ออกโดยจักรพรรดินี้จะใช้แทนที่บทบัญญัติเดิม ประการที่สาม mandata เป็นแนวปฏิบัติราชการที่จักรพรรดิโรมันประกาศเพื่อให้ข้าราชการทั้งหลายถือปฏิบัติตามในการปฏิบัติหน้าที่ของตน ประการที่สี่ rescripta เป็นจดหมายของจักรพรรดิที่ตอบข้อหารือของข้าราชการหรือส่วนราชการ

²⁶ ศนันท์กรณ โสคติพันธุ์, คำอธิบายความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายเอกชนโรมัน (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2559), หน้า 20-21.

ต่างๆ และเป็นจดหมายตอบฎีกาของราชกรู ซึ่งมีความสำคัญทำให้เกิดการตีความกฎหมายหรือการวางหลักกฎหมายขึ้นใหม่ อันทำให้กฎหมายโรมันเจริญงอกงามขึ้น²⁷

สำหรับการใช้การตีความกฎหมายในยุคนี้เป็นสิ่งที่ประกอบอยู่เป็นส่วนหนึ่งของกฎหมาย การใช้การตีความกฎหมายมีอิสระมาก สามารถกระทำได้โดยเสรี แต่กระนั้น ต้องอยู่บนฐานของเหตุผล (ratio legis) โดยใช้เหตุผลในทางกฎหมายปรับกับสถานการณ์ข้อเท็จจริงต่างๆ ที่เกิดขึ้น จึงทำให้เกิดความเจริญงอกงามทางด้านกฎหมายเป็นอย่างมาก ดังนั้น เมื่อกฎหมายตกทอดมาถึงปัจจุบัน กฎหมายจึงเป็นระบบแห่งเหตุผล สิ่งใดที่อธิบายด้วยเหตุผลไม่ได้ก็จะเป็นกฎหมายไม่ได้ กฎหมายนั้นต้องอธิบายได้ด้วยเหตุผลเพราะกฎหมายเป็นระบบแห่งเหตุผลนั่นเอง

ดังนั้น ในการใช้การตีความกฎหมาย คือ การใช้เหตุผลในทางกฎหมายปรับให้เข้ากับสถานการณ์ข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น โดยเกิดหลักการตีความกฎหมายในยุคนี้ คือ authentic interpretatio หมายถึง ผู้ที่สร้างหลักกฎหมายจะเป็นผู้ตีความกฎหมาย โดยผู้ที่สร้างหลักกฎหมายจะมีความคิดหรือมีความเห็นขึ้นมา ซึ่งนักกฎหมายในยุคนี้จะมีอิทธิพลเป็นอย่างมาก โดยเฉพาะนักกฎหมายที่เป็นที่ปรึกษาของจักรพรรดิที่มีการอ้างถึงใน law of citation ได้แก่ ไกอุส (Gaius) ปาปิเนียน (Papinian) อุลเปียน (Ulpian) ปอล (Paul) และโมเดสตินุส (Modestinus) ที่อยู่เบื้องหลังและช่วยให้ความเห็นทางกฎหมาย นักกฎหมายในยุคนี้จึงมีบทบาทสำคัญอย่างยิ่งต่อการพัฒนากฎหมาย อันช่วยให้กฎหมายโรมันพัฒนาไปสู่จุดสูงสุดในยุคคลาสสิก²⁸

ยุคที่สี่ ยุคหลังคลาสสิก (post classic) นับเป็นช่วงเวลาที่ตกต่ำของกฎหมายโรมัน ซึ่งเป็นยุคที่ถือว่ากฎหมายมีความสับสนวุ่นวาย เนื่องจากจักรวรรดิโรมันอันยิ่งใหญ่ถูกแบ่งเป็น 2 ส่วน คือ โรมันตะวันออกและโรมันตะวันตก มีการย้ายเมืองหลวงจากกรุงโรมไปกรุงคอนสแตนติโนเปิล ทำให้กฎหมายที่ออกมามีชื่อ Law of Rome อีกต่อไป นอกจากนั้น ยังมีการรุกรานจากอนารยชนหรือกลุ่มคนที่ไม่เจริญ ทำให้กฎหมายเสื่อมถอยลง และยังได้รับผลกระทบจากอิทธิพลของศาสนาคริสต์ที่เป็นปัจจัยต่อกฎหมายเข้ามามีส่วนเกี่ยวข้องด้วย อีกทั้ง ในยุคนี้เกิดการปลอมกฎหมายขึ้น มีการเขียน

²⁷ มุนินทร์ พงศาปาน, ระบบกฎหมายซีวิลลอว์ : จากกฎหมายสิบสองโต๊ะสู่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพมหานคร: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2562), หน้า 84-86.

²⁸ ศนันท์กรณ โสทธิพันธุ์, คำอธิบายหลักพื้นฐานของกฎหมายเอกชน, หน้า 153.

แทรก ดัดแปลงตำราต่างๆ รวมถึง มีการลอกกฎหมายจนท้ายที่สุดกฎหมายถูกบิดเบือนไป ทำให้ไม่สามารถรับรู้ได้ว่ากฎหมายใดคือกฎหมายที่แท้จริง²⁹ ดังนั้น การใช้การตีความกฎหมายจึงพบว่าเป็นปัญหาและก่อให้เกิดความวุ่นวายสับสนเป็นอย่างมาก อันนำไปสู่ความเสื่อมลงของกฎหมายในท้ายที่สุด

ยุคที่ห้า ยุคของจักรพรรดิจัสติเนียน (period Giustiniano) ระหว่างปี ค.ศ. 527-565 โดยจักรพรรดิจัสติเนียนได้รวมโรมันตะวันออกและโรมันตะวันตกที่แตกแยกเข้าไว้ด้วยกัน พร้อมทั้งสร้างความเป็นเอกภาพของจักรวรรดิโรมันขึ้นมาใหม่ ในยุคนี้เรียกได้ว่าเป็นยุครุ่งเรืองของกฎหมาย เนื่องจากจักรพรรดิจัสติเนียนได้ตั้งคณะกรรมการขึ้นมาสอบสวนและรวบรวมกฎหมาย มีการจัดทำประมวลกฎหมายของจักรพรรดิจัสติเนียนขึ้น เรียกว่า Corpus Juris Civilis³⁰ ซึ่งเป็นการรวบรวมกฎหมายโรมันทั้งหมดในยุคก่อนให้เป็นระบบระเบียบ ทั้งในส่วนที่เป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรและในส่วนที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษร

การรวบรวมกฎหมายในเบื้องต้นแบ่งออกเป็น 3 ส่วน ได้แก่ ส่วนที่ 1 เรียกว่า Codex เป็นการรวบรวมเนื้อหาของประมวลกฎหมายในยุคก่อน อันได้แก่ Codex Gregorianus, Codex Ermogeniano และ Codex Teodosiano และเป็นการรวบรวมเนื้อหากฎหมายของจักรพรรดิในช่วงหลังจากนั้น ต่อมาส่วนที่ 2 เรียกว่า Digesta seu Pandectae เป็นการรวบรวมเนื้อหางานเขียนของนักกฎหมายทั้งที่ใช้อยู่ในศาลและในโรงเรียนสอนกฎหมาย โดยจัดให้เป็นระบบในส่วนไหนที่ซ้ำกันและไม่ทันสมัยก็ให้ตัดออก และในส่วนที่ 3 เป็นการรวบรวมงานพื้นฐานทางกฎหมายเพื่อเป็นคู่มือสำหรับผู้เริ่มศึกษากฎหมาย เรียกว่า Institutiones อันเนื่องมาจาก Digesta ในส่วนที่ 2 มีเนื้อหามากมาย ดังนั้น จักรพรรดิจัสติเนียนจึงเกรงว่าหากผู้ศึกษากฎหมายเริ่มศึกษาจาก Digest แล้ว จะก่อให้เกิดความยุ่งยากลำบาก จึงโปรดให้มีคู่มือสำหรับผู้เริ่มศึกษากฎหมายขึ้น ซึ่ง Institutiones มิใช่เป็นเพียงคู่มือสำหรับนักศึกษากฎหมายเท่านั้น แต่ยังเป็นกฎหมายในตัวด้วย³¹

²⁹ ศนันท์ภรณ์ โสทธิพันธ์, คำอธิบายความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายเอกชนโรมัน หน้า 23.

³⁰ Cary R. Alburn, "Corpus Juris Civilis: A Historical Romance," American Bar Association Journal 45, 6 (1959).

³¹ ศนันท์ภรณ์ โสทธิพันธ์, คำอธิบายความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายเอกชนโรมัน หน้า 24-26.

นอกจากนั้น Corpus Juris Civilis ของจักรพรรดิจัสติเนียน ยังปรากฏอีกส่วนหนึ่ง เรียกว่า Novellae แต่ในงานส่วนนี้ในความเป็นจริงมิใช่เกิดจากการรวบรวมตามที่จักรพรรดิจัสติเนียน โปรดให้ทำขึ้น ซึ่งแม้พระองค์จะโปรดให้มีการรวบรวมกฎหมายที่เกิดในสมัยของพระองค์ด้วย แต่ท้ายที่สุดก็มิได้มีการรวบรวมออกมาเป็นทางการ งานรวบรวมกฎหมายที่ประกาศใช้ในยุคสมัยของ จักรพรรดิจัสติเนียนจึงมีเพียงงานรวบรวมของเอกชนเท่านั้น

ทั้งนี้ เพื่อหลีกเลี่ยงความสับสนวุ่นวายของการปรับใช้กฎหมายที่เกิดขึ้นในยุคหลัง คลาสสิก ซึ่งกฎหมายมีความสับสนวุ่นวายจากอิทธิพลต่างๆ ที่กระทบเข้ามามาก จักรพรรดิจัสติเนียน จึงได้กำหนดไว้ในกฎหมายว่า เฉพาะจักรพรรดิเท่านั้นที่สามารถทำ interpretatio ได้ เพื่อป้องกัน ปัญหาการใช้การตีความกฎหมายที่เกิดจากการใช้กฎหมายปลอมและทำให้กฎหมายเสื่อมถอยลง ใน ยุคนี้ จึงอนุญาตเพียงการอธิบายหรือแปลความหมายตามตัวอักษร หรือการอ้างบทกฎหมายที่ไม่ กระทบเนื้อหาของกฎหมาย

จากการจัดทำประมวลกฎหมายของจักรพรรดิจัสติเนียน ทำให้กฎหมายโรมันมีการ รวบรวมอย่างเป็นระบบอันเป็นคุณูปการอย่างสูงที่ส่งผลให้กฎหมายโรมันได้รับความนิยมแพร่หลาย ในเวลาต่อมา แม้ในภายหลังกัศสมัยของจักรพรรดิจัสติเนียน จักรวรรดิโรมันได้เริ่มเสื่อมสลายลง จนเผ่าอารยชนได้เข้ายึดครองกรุงโรม ทำให้กฎหมายโรมันเสื่อมถอยลงไปด้วย โดยชนเผ่าต่างๆ ก็มีการใช้กฎหมายท้องถิ่นของตนเอง ทำให้พัฒนาการของกฎหมายโรมันภายหลังจากนี้ถูกเจือปนด้วย ปัจจัยอื่นๆ กฎหมายโรมันจึงมิใช่กฎหมายโรมันโดยแท้ก็ต่อไป การศึกษาพัฒนาการของกฎหมาย โรมันในยุคต่อมา มาในภายหลังกิจเป็นการศึกษากฎหมายที่สืบสายมาจากกฎหมายโรมัน

สำหรับการเกิดใหม่ของกฎหมายโรมันที่โบโลญญา (Bologna เมืองโบราณอยู่ทาง ตอนเหนือของอิตาลี) เป็นการนำกฎหมายโรมันกลับมาศึกษาใหม่ โดยเฉพาะในส่วนของ Digest ใน Corpus Juris Civilis³² ซึ่งเป็นความพยายามของชนชั้นกลางและนักวิชาการในมหาวิทยาลัย โดย ตอนแรกศึกษาด้วยวิธีการแบบ Gloss เพื่อหาความหมายของกฎหมาย โดยแยกแยะถ้อยคำ ดู โครงสร้าง หาความหมาย แต่ไม่ได้หาเจตนารมณ์ ซึ่งเรียกบุคคลที่ศึกษาวิธีการแบบนี้ว่า พวกเขา Glossators โดย Glossators จะใช้ทักษะในการถกเถียงค้นหาความจริงเพื่อหาความหมายที่แท้จริง

³² ศนันทกรณ โสทธิพันธุ์, คำอธิบายหลักพื้นฐานของกฎหมายเอกชน, หน้า 136-138.

ของแต่ละบทมาตรา โดยจะถือว่าตัวบทกฎหมายแต่ละบทไม่มีความขัดแย้งกัน แต่จะมีความหมายที่แตกต่างกันออกไป

ต่อมาเกิดวิธีการศึกษาใหม่ของพวกเขา Commentators (หรือ Post Glossators) โดยใช้วิธีการแบบ Dialectic การทำ interpretatio จึงเป็นการหาจิตวิญญาณ หรือเจตนารมณ์ของกฎหมาย มิใช่การศึกษาตัวบทกฎหมายเพื่อหาเฉพาะความหมายของบทบัญญัตินั้นอีกต่อไป ซึ่งจะทำให้ความสำคัญกับการปรับใช้กฎหมายเพื่อแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้น โดยพวกเขา Commentators อาจจะต้องดัดแปลงความหมายดั้งเดิมของตัวบทกฎหมายเพื่อสกัดหาหลักกฎหมายที่สามารถปรับใช้แก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้นในสังคมยุคนั้นได้ จิตวิญญาณหรือเจตนารมณ์ของกฎหมายจึงมีความสำคัญไม่น้อยไปกว่าความหมายของตัวบทกฎหมาย ทั้งนี้ นำมาสู่หลักการตีความกฎหมายในระบบซีวิลลอว์แบบปัจจุบันที่นำหลักการตีความตามตัวอักษรและหลักการตีความตามเจตนารมณ์เข้าด้วยกัน โดยตีความไปพร้อมๆ กัน

จากหลักกฎหมายโรมันที่ผ่านการศึกษามาวิธีการของพวกเขา Glossators และพวกเขา Commentators ที่ได้สะสมเรื่อยๆ มา และมีการจัดเป็นระบบระเบียบเข้าด้วยกัน จึงก่อให้เกิดเป็นระบบกฎหมายซีวิลลอว์ (Civil Law System) ขึ้น³³ ซึ่งอาจกล่าวได้ว่า ระบบกฎหมายซีวิลลอว์เป็นตระกูลกฎหมายที่พัฒนามาจากกฎหมายโรมัน หรือเป็นระบบกฎหมายที่สืบสายมาจากกฎหมายโรมัน ในส่วนของกฎหมายแพ่งนั่นเอง ซึ่งระบบกฎหมายซีวิลลอว์ได้เริ่มก่อตัวขึ้นในภาคพื้นยุโรปตั้งแต่คริสต์ศตวรรษที่ 12 และแพร่หลายไปทั่วโลกในช่วงคริสต์ศตวรรษที่ 19 และ 20

ทั้งนี้ กฎหมายโรมันที่ได้รับการศึกษาที่โบโลญญาเป็นจุดศูนย์กลางดึงดูดความสนใจจากคนทั่วทั้งทวีปยุโรปให้เข้ามาศึกษา ผู้ที่สำเร็จการศึกษาแล้วก็จะนำความรู้กลับไปใช้ยังประเทศของตน ทำให้ในเวลาภายหลังต่อมากฎหมายโรมันและวิธีการศึกษากฎหมายดังกล่าวได้แพร่หลายไปทั่วทวีปยุโรป ก่อให้เกิดสภาพการณ์ที่ประเทศต่างๆ ในยุโรปใช้กฎหมายอย่างเดียวกัน เรียกว่า ius commune หรือ กฎหมายที่ใช้ร่วมกันในยุโรป³⁴ ซึ่งแนวคิดของ ius commune คือ การที่ยุโรปมีกฎหมายร่วมกัน แม้ ius commune จะมีกฎหมายโรมันที่ผ่านการศึกษาจาก Glossators และ

³³ เรื่องเดียวกัน, หน้า 138.

³⁴ เรื่องเดียวกัน, หน้า 139.

Commentators เป็นแกนกลาง โดยมีกฎหมายของศาสนจักร หรือ Canon Law และกฎหมายจารีตประเพณีและกฎหมายพิวตัลเป็นส่วนเสริม แต่กฎหมายโรมันไม่ใช่กฎหมายโรมันในความหมายดั้งเดิมอีกต่อไป กฎหมายโรมันของ ius commune จึงเป็นกฎหมายโรมันที่ผ่านการศึกษาใหม่ดังที่กล่าวมาแล้ว³⁵

อิทธิพลของกฎหมายโรมันได้แผ่ขยายไปอย่างกว้างขวางและได้หยั่งรากลึกกระจายไปในภาคพื้นทวีปยุโรป ทั้งนี้ การรับกฎหมายโรมันมาใช้ในยุโรป เรียกว่า Reception ซึ่งเป็นกระบวนการที่กฎหมายโรมันได้เข้ามาเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายยุโรป วิวัฒนาการการรับกฎหมายโรมันมาใช้ในยุโรปเกิดขึ้น ดังเช่น ในยุโรปตอนใต้ เช่น อิตาลี สเปน ฝรั่งเศสตอนใต้ ที่เป็นบริเวณที่ใช้กฎหมายลายลักษณ์อักษรและมีการใช้กฎหมายโรมันเป็นกฎหมายจารีตประเพณี ซึ่งต่างจากฝรั่งเศสตอนเหนือที่เป็นบริเวณที่ใช้กฎหมายจารีตประเพณี จึงใช้กฎหมายจารีตประเพณีท้องถิ่น ส่วนในยุโรปตอนเหนือ เนื่องจากกฎหมายจารีตประเพณียังมีบทบาทสำคัญมาก การรับกฎหมายโรมันในยุโรปตอนเหนือจึงเป็นไปได้ช้า แต่เมื่อมีการรับกฎหมายโรมันเข้ามา กฎหมายจารีตประเพณีดั้งเดิมถูกรื้อออกอย่างกะทันหัน จึงทำให้ศาลซึ่งเป็นผู้ใช้กฎหมายจารีตประเพณีเดิมและพระมหากษัตริย์มีการต่อต้านกฎหมายโรมันกันอย่างมาก³⁶

ดังจะเห็นได้ว่า อิทธิพลของกฎหมายโรมันในดินแดนต่างๆ ของยุโรป เริ่มจากค่อยๆ แทรกซึมเข้าไปในระบบกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในบ้านเมืองในขณะนั้นซึ่งก็คือ กฎหมายจารีตประเพณี โดยที่กฎหมายโรมันมักจะถูกนำมาใช้ในทางอ้อม กล่าวคือ กฎหมายโรมันจะถูกนำมาใช้เป็นกรอบทางความคิดให้กับกฎหมายจารีตประเพณี ซึ่งการนำกฎหมายโรมันมาใช้โดยตรงมักจะเกิดขึ้นเมื่อไม่มีกฎหมายจารีตประเพณีที่ใช้บังคับได้³⁷

³⁵ มุรินทร์ พงศปาน, ระบบกฎหมายซีวิลลอว์ : จากกฎหมายสิบสองโต๊ะสู่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์, หน้า 163-164.

³⁶ ประชุม โฉมฉาย, กฎหมายเอกชนเปรียบเทียบเบื้องต้น : จารีตโรมันและแองโกลแซกซอน, พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพมหานคร: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, สิงหาคม 2555), หน้า 30-31.

³⁷ มุรินทร์ พงศปาน, ระบบกฎหมายซีวิลลอว์ : จากกฎหมายสิบสองโต๊ะสู่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์, หน้า 174.

มีข้อสังเกตสำหรับการรับกฎหมายโรมันในประเทศเยอรมนี โดยการรับกฎหมายโรมันในประเทศเยอรมนีมีการแยกเป็น 2 ช่วง คือ การรับในเชิงทฤษฎีและการรับในเชิงปฏิบัติ ซึ่งการรับกฎหมายโรมันในเชิงทฤษฎีย้อนกลับไปจนถึงคริสต์ศตวรรษที่ 12 จึงถือกันว่าประเทศเยอรมนีรักษาสภาพจักรวรรดิโรมันอย่างต่อเนื่อง การรับกฎหมายโรมันจึงเป็นไปโดยอัตโนมัติในเชิงทฤษฎี แต่ทั้งนี้ การรับกฎหมายโรมันในเชิงปฏิบัติเกิดขึ้นภายหลังในคริสต์ศตวรรษที่ 15-16 ผู้พิพากษาและนักนิติศาสตร์ที่ศึกษากฎหมายโรมันโดยตรงได้มีการก่อตั้ง “ศาล Reichskammergericht” โดยในปี ค.ศ. 1495 มีกฎหมายบัญญัติว่าหนึ่งในของผู้พิพากษาของศาลต้องเป็นผู้สอนกฎหมาย (doctors iuris) คือ เป็นผู้จบกฎหมายโรมัน ซึ่งถือเป็นก้าวสำคัญต่อวิวัฒนาการการรับกฎหมายโรมันอย่างมาก³⁸

ทั้งนี้ ในศตวรรษที่ 16 แม้เริ่มจากการที่ศาสนจักรมีอำนาจอย่างสูง อิทธิพลของคริสตศาสนาแฝงเข้าไปอยู่กับกฎหมาย ทำให้มีการรับเอากฎหมายโรมันเข้ามาพัฒนาโดยประสานเข้ากับหลักธรรมและอุดมคติทางด้านศาสนา จนเกิดเป็นกฎหมายศาสนจักร หรือ Canon Law แต่ในการศึกษากฎหมายโรมันและกฎหมายศาสนจักรนี้ได้พัฒนาออกไปโดยมีมหาวิทยาลัยเข้ามามีบทบาทต่อการพัฒนากฎหมาย จนได้รับการยอมรับโดยทั่วไปในประเทศภาคพื้นยุโรป³⁹ ต่อมาราวศตวรรษที่ 17 อันเป็นระยะเวลาที่ศาสนจักรได้เสื่อมอำนาจลงด้วยอิทธิพลของความก้าวหน้าทางการพาณิชย์และวิทยาการต่างๆ กฎหมายได้พัฒนาเปลี่ยนแปลงไปมาก ครั้นในยุคเรืองปัญญา (Enlightenment) ในศตวรรษที่ 18 ความนิยมเหตุผลและความเพื่องฟูทางปัญญาส่งผลให้กฎหมายพัฒนาไปอย่างกว้างขวาง โดยการใช้เหตุผลทำให้วิชานิติศาสตร์กลายเป็นศาสตร์ชั้นสูง ซึ่งพัฒนาการของกฎหมายก็ได้ก้าวต่อไปอย่างไม่หยุดยั้ง

เกิดแนวความคิดการบัญญัติประมวลกฎหมายขึ้นเพื่อเป็นเครื่องมือในการสร้างสรรค์สังคมและแสดงถึงความเป็นอิสระของรัฐตามทฤษฎีอำนาจอธิปไตย โดยมีประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส ค.ศ. 1804 เป็นแบบอย่าง ซึ่งแพร่ขยายไปพร้อมกับแนวความคิดเรื่องเสรีภาพ ความเสมอภาค และภราดรภาพ อันเป็นผลพวงมาจากการปฏิวัติฝรั่งเศสในปี ค.ศ. 1789 และเป็นการตกผลึก

³⁸ ประชุม โฉมฉาย, *กฎหมายเอกชนเปรียบเทียบเบื้องต้น : จารีตโรมันและแองโกลแซกซอน*, หน้า 31.

³⁹ กิตติศักดิ์ ปรกติ, *ความเป็นมาและหลักการใช้นิติวิธีในระบบซีวิลลอว์และคอมมอนลอว์*, หน้า 26-27.

ทางความคิดมาจากสำนักกฎหมายธรรมชาติ⁴⁰ ทั้งนี้ ผลของการประกาศใช้ประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสดังกล่าวอาจถือได้ว่าเป็นจุดเริ่มต้นของการสิ้นสุดของ ius commune เนื่องจากประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสได้เป็นเครื่องสะท้อนให้เห็นถึงระบบกฎหมายแห่งชาติฝรั่งเศสที่แยกตัวออกจาก ius commune ที่ในอดีตเป็นกฎหมายที่ใช้ร่วมกันทั่วยุโรป

อย่างไรก็ตาม ด้วยแนวความคิดการแบ่งแยกอำนาจ ทำให้ห้ามมิให้ศาลตีความกฎหมาย ซึ่งการที่ยึดถือตัวบทกฎหมายอย่างเคร่งครัดนี้ถูกวิพากษ์วิจารณ์ว่าเป็นผลทำให้กฎหมายมีลักษณะแข็งกระด้างเกินไป ในช่วงต้นศตวรรษที่ 20 ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันและประมวลกฎหมายแพ่งสวิสจึงมิได้เดินตามแนวทางของประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสอีกต่อไป แต่กระนั้น ยังคงยึดถือหลักการตีความกฎหมายที่ถือว่าทบทบัญญัติกฎหมายเป็นบ่อเกิดของกฎหมายที่แสดงออกมาด้วยเหตุผลตามตัวอักษรและเป็นตัวแทนเจตจำนงของผู้บัญญัติกฎหมาย โดยมีนิติวิธีอย่างอื่นเข้ามาด้วย รวมถึงยอมรับบ่อเกิดของกฎหมายในลำดับรองเข้ามา เช่นนี้ จึงทำให้กฎหมายมีความแน่นอน แต่ก็มิได้แข็งกระด้างจนเกินไป ซึ่งต่อมาได้รับการยอมรับและแพร่หลายไปทั่วโลกในประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายซีวิลลอว์

ทั้งนี้ เมื่อพิจารณาประวัติศาสตร์ความเป็นมาในการจัดทำประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันจะพบว่า ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันได้รับอิทธิพลแนวความคิดมาจากสำนักประวัติศาสตร์กฎหมาย ซึ่งภายในสำนักประวัติศาสตร์กฎหมายก็ได้แบ่งแนวความเห็นออกเป็น 2 กลุ่ม โดยกลุ่ม Germanist เห็นว่า กฎหมายโรมันเป็นสิ่งแปลกปลอมเข้ามาในพัฒนาการของกฎหมายเยอรมัน การศึกษาพัฒนาการทางประวัติศาสตร์ของจารีตประเพณีเยอรมันจึงต้องแยกกฎหมายโรมันออกไป กับกลุ่ม Romanist หรือ Pandectist ที่เห็นว่า กฎหมายโรมันเป็นรากฐานของกฎหมายเยอรมัน จึงต้องพยายามค้นหาหลักกฎหมายโรมันที่ถูกต้อง ทำให้กฎหมายโรมันกลับขึ้นมาเป็นที่สนใจอีกครั้งหนึ่ง⁴¹ เช่นนี้ ด้วยอิทธิพลการศึกษาของกลุ่ม Romanist จึงส่งผลให้เกิดการจัดโครงสร้างหัวข้อเรื่องของกฎหมายเอกชนแบบใหม่เป็น 5 เรื่อง คือ บทบัญญัติทั่วไปที่สามารถใช้กับเรื่องอื่นๆ

⁴⁰ เรื่องเดียวกัน, หน้า 29.

⁴¹ มุนินทร์ พงศาปาน, ระบบกฎหมายซีวิลลอว์ : จากกฎหมายสิบสองโต๊ะสู่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์, หน้า

หนี้ ทรัพย์สิน ครอบครัว และมรดก ซึ่งก็ล้วนแล้วแต่พัฒนามาจากโครงสร้างของกฎหมายเอกชนโรมันดั้งเดิม⁴²

โครงสร้างหัวข้อเรื่องของกฎหมายเอกชนดังที่กล่าวมานี้ ในเวลาต่อมาได้กลายเป็นโครงสร้างการแบ่งบรรพของประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน อีกทั้ง ยังเป็นต้นแบบในการแบ่งบรรพให้กับประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่นและประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยด้วย เช่นนี้ เมื่อมีการประกาศใช้ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันในปี ค.ศ. 1900 ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันจึงเป็นผลงานชิ้นสำคัญอย่างยิ่งของการศึกษากฎหมายโรมัน และเป็นประมวลกฎหมายที่ก้าวหน้าทันสมัยที่สุดในสมัยนั้น

อิทธิพลของประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสและประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันดังที่ได้กล่าวมา จึงได้รับการยอมรับและยกย่องอย่างสูงในแวดวงวิชาการกฎหมายในต่างประเทศ ซึ่งการจัดทำประมวลกฎหมายในหลายประเทศได้ยึดถือแนวทางตามประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสหรือประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันเป็นแบบอย่างในการร่างประมวลกฎหมายขึ้นมา การประกาศใช้ประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสและประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันจึงถือว่าเป็นหลักฐานสำคัญต่อการเกิดขึ้นอย่างสมบูรณ์ของระบบกฎหมายซีวิลลอว์ที่ได้พัฒนามาจากกฎหมายโรมัน⁴³

จากความเป็นมาทางประวัติศาสตร์ในยุคสมัยต่างๆ ทำให้ทราบถึงภูมิหลังที่มาของระบบกฎหมายซีวิลลอว์ ประกอบกับแนวคิดและทัศนคติของนักกฎหมายในสมัยนั้นๆ ที่ก่อร่างสร้างตัวให้ระบบกฎหมายซีวิลลอว์เป็นระบบกฎหมายที่มีวิวัฒนาการเรื่อยมาจวบจนปัจจุบัน ซึ่งวิวัฒนาการการรับเอากฎหมายโรมันดั้งเดิมในอดีต ทำให้แนวความคิดและหลักกฎหมายที่มีมาถูกถ่ายทอดสืบเนื่องต่อกัน การศึกษาความเป็นมาในทางประวัติศาสตร์จึงเป็นเครื่องสะท้อนให้เห็นถึงภาพรวมที่มาของระบบกฎหมายซีวิลลอว์ทั้งระบบ

⁴² เรื่องเดียวกัน, หน้า 202-203.

⁴³ เรื่องเดียวกัน, หน้า 211.

2.3.1.2 ทศนคติของนักกฎหมายในระบบกฎหมายซีวิลลอว์

จากความเป็นมาของระบบกฎหมายซีวิลลอว์ ทำให้ทราบถึงลักษณะทั่วไปของกฎหมายในระบบกฎหมายซีวิลลอว์ว่า ระบบกฎหมายเป็นระบบแห่งเหตุผล เนื่องด้วยระบบกฎหมายซีวิลลอว์เป็นระบบกฎหมายที่มีวิวัฒนาการสืบเนื่องมาจากกฎหมายโรมัน โดยเห็นว่า กฎหมายมีรากฐานมาจากเหตุผลธรรมดาที่มีอยู่ในจิตใจของมนุษย์ และกฎหมายเป็นสิ่งที่สามารถนำมาพิเคราะห์พิจารณาและศึกษาได้ด้วยเหตุผล โดยเฉพาะประมวลกฎหมายถือว่าเป็นระบบของเหตุผลโดยแท้ นักกฎหมายในระบบซีวิลลอว์จึงมีทัศนคติต่อกฎหมายลายลักษณ์อักษรว่า กฎหมายลายลักษณ์อักษรเป็นระบบเหตุผลที่ถูกต้อง โดยระบบนี้ให้ความสำคัญต่อกฎหมายลายลักษณ์อักษรว่าเป็นบ่อเกิดของกฎหมายที่สำคัญที่สุด มีการตราประมวลกฎหมายขึ้นมาใช้บังคับเพื่อวางเป็นหลักกฎหมายที่มีลักษณะทั่วไปและสามารถนำไปปรับใช้ในกรณีต่างๆ ได้

การยอมรับทัศนคติที่ว่ากฎหมายลายลักษณ์อักษรเป็นบ่อเกิดของกฎหมายที่สำคัญที่สุด จึงเป็นข้อพิจารณาที่สำคัญที่จะกล่าววาระบบกฎหมายนั้นอยู่ในระบบกฎหมายซีวิลลอว์ อีกทั้งในระบบกฎหมายซีวิลลอว์ก็มักจะมีการนำกฎหมายลายลักษณ์อักษรมารวบรวมจัดทำเป็นประมวลกฎหมายขึ้นมา นอกจากนี้ ระบบกฎหมายซีวิลลอว์ยังต้องยอมรับด้วยว่าหลักกฎหมายเอกชนส่วนใหญ่มีความเป็นมาสืบเนื่องมาจากกฎหมายโรมัน ซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของวัฒนธรรมกฎหมายโรมันที่ได้รับสืบทอดกันมา โดยทัศนคติเช่นนี้จะถูกส่งต่อไปพร้อมๆ กันกับกฎหมายโรมันตามยุคสมัยต่างๆ ตลอดจนในชนชาติที่มีการรับเอาอิทธิพลของกฎหมายโรมันมาปรับใช้ ดังนั้น กฎหมายยุโรปสมัยใหม่ในระบบกฎหมายซีวิลลอว์ที่เกิดขึ้นภายหลัง รวมถึง กฎหมายของประเทศต่างๆ ที่อยู่ในระบบกฎหมายซีวิลลอว์ จึงต้องยึดถือทัศนคติเช่นนี้ด้วย อันเป็นข้อพิจารณาประการสำคัญของการอยู่ในระบบกฎหมายซีวิลลอว์⁴⁴

นอกจากนี้ ทัศนคติของนักกฎหมายที่มีต่อศีลธรรม ขนบธรรมเนียม จารีตประเพณี เนื่องจากในระบบกฎหมายซีวิลลอว์ กฎหมายลายลักษณ์อักษรเป็นการบันทึกกฎหมายประเพณีและหลักกฎหมายที่มีอยู่แล้ว ซึ่งพัฒนามาจากกฎหมายประเพณีในสมัยโรมัน กฎหมายลายลักษณ์อักษรจึงเป็นกฎหมายที่อยู่เคียงคู่กับจารีตประเพณี โดยถือว่ากฎหมายเป็นเครื่องค้ำจุนศีลธรรมประเพณี

⁴⁴ เรื่องเดียวกัน, หน้า 68.

และเมื่อจารีตประเพณีต่างๆ เกิดจากเหตุผลทางศีลธรรมในจิตใจมนุษย์ ความรู้สึกว่ากฎหมายเป็นปฏิปักษ์ต่อศีลธรรมจารีตประเพณีจึงมีน้อย อีกทั้ง ในระบบกฎหมายซีวิลลอว์ยังยอมรับว่าประเพณีเป็นบ่อเกิดของกฎหมายในลำดับรองด้วย

สำหรับทัศนคติที่มีต่อคำพิพากษาของศาล เนื่องจากการใช้กฎหมายในระบบกฎหมายซีวิลลอว์เป็นการใช้กฎหมายตามตัวบทกฎหมายลายลักษณ์อักษร ศาลเป็นเพียงผู้ใช้กฎหมาย ซึ่งต้องมีหน้าที่เคารพต่อบทบัญญัติของกฎหมายนั้น โดยศาลต้องตัดสินคดีให้เป็นไปตามกฎหมาย ในกรณีที่บทบัญญัติของกฎหมายไม่ตรงกับกรณีปัญหาที่เกิดขึ้น ศาลก็จะเป็นผู้ตีความกฎหมาย รวมถึงมีบทบาทในการสร้างเสริมกฎเกณฑ์ในการใช้กฎหมายแก่กรณีทั้งปวง⁴⁵ ดังนั้น ในระบบกฎหมายซีวิลลอว์จึงถือว่าคำพิพากษาของศาลเป็นคำอธิบายการใช้ตัวบทกฎหมาย หรือเป็นเพียงตัวอย่างในการปรับตัวบทกฎหมายแก่คดี อันเป็นเครื่องแสดงออกถึงความมีอยู่ของหลักเกณฑ์ที่ใช้วินิจฉัยคตินั้นๆ ซึ่งโดยหลักคำพิพากษาของศาลไม่ใช่บ่อเกิดของกฎหมายในระบบกฎหมายซีวิลลอว์ การวินิจฉัยคดีของศาลจึงไม่ผูกมัดให้ต้องตัดสินไปตามคดีที่ได้รับการตัดสินก่อน⁴⁶ แต่กระนั้น การที่ศาลอาจตัดสินคดีให้คล้อยตามกฎเกณฑ์จากคำพิพากษาในคดีก่อนหน้า ก็ด้วยเหตุที่มีการยึดถือกันว่าคำพิพากษาของศาลที่เป็นบรรทัดฐานเป็นตัวอย่างในการปรับบทกฎหมายนั่นเอง มิใช่ว่าคำพิพากษาคือกฎหมาย

ทัศนคติต่อวิธีบัญญัติกฎหมายลายลักษณ์อักษร เนื่องจากระบบกฎหมายซีวิลลอว์ถือว่า กฎหมายลายลักษณ์อักษรเป็นบ่อเกิดเบื้องต้นของกฎหมาย ซึ่งการบัญญัติกฎหมายลายลักษณ์อักษรจะบัญญัติเป็นหลักทั่วไป ไม่ใช่กฎหมายเฉพาะเรื่องเฉพาะราว ทั้งนี้ เพราะในระบบกฎหมายซีวิลลอว์ยึดถือกันว่าบทบัญญัติกฎหมายที่เป็นหลักเกณฑ์ทั่วไปอาจสามารถใช้ได้ครอบคลุมกับบรรดากรณีทั้งหลายและมีความเป็นระเบียบแน่นอน ในการบัญญัติกฎหมายจึงต้องบัญญัติกฎหมายทั่วไปในบางเรื่องและบทที่เป็นรายละเอียดในบางเรื่องหากไม่สามารถวางหลักเกณฑ์ทั่วไปได้อย่างสมบูรณ์ และในการบัญญัติกฎหมายเพื่อให้สามารถครอบคลุมกรณีต่างๆ มากที่สุดก็มักจะมีการบัญญัติบท

⁴⁵ กิตติศักดิ์ ปรกติ, ความเป็นมาและหลักการใช้นิติวิธีในระบบซีวิลลอว์และคอมมอนลอว์, หน้า 34-37.

⁴⁶ Gillian K. Hadfield, "The Quality of Law in Civil Code and Common Law Regimes: Judicial Incentives, Legal Human Capital and the Evolution of Law,"(USC Center in Law, Economics and Organization: Research Paper No. C07-3, 2007).

ทั่วไปเปิดกว้างไว้ ทำให้ผู้ใช้กฎหมายสามารถใช้ดุลพินิจปรับบทกฎหมายให้เหมาะสมและเป็นธรรมแก่กรณีได้

นิติวิธีหรือทัศนคติในระบบกฎหมายซีวิลลอว์ที่สำคัญประการสุดท้าย คือ นิติวิธีหรือทัศนคติต่อการตีความและการใช้กฎหมายลายลักษณ์อักษร เมื่อระบบกฎหมายซีวิลลอว์ยึดถือกฎหมายลายลักษณ์อักษรเป็นหลักและเป็นกฎหมายทั่วไป มุมมองตามระบบกฎหมายซีวิลลอว์จึงเห็นว่า กฎหมายลายลักษณ์อักษรสำคัญที่สุด⁴⁷ ในการใช้การตีความกฎหมายลายลักษณ์อักษรจึงต้องมีหลักเกณฑ์มากำกับไว้ โดยถือความสำคัญของตัวอักษรควบคู่ไปกับเหตุผลหรือความมุ่งหมายของกฎหมายนั้น อันเป็นผลให้มีการยอมรับกันว่า ในการใช้การตีความกฎหมายเกิดวิธีการใช้การตีความกฎหมายลายลักษณ์อักษรโดยนัยต่างๆ ตามเหตุผลที่กำกับไว้ รวมถึง อาจมีการปรับใช้บทกฎหมายลายลักษณ์อักษรโดยการเทียบเคียงเพื่ออุดช่องว่างแห่งกฎหมายได้เช่นกัน ซึ่งจะกล่าวในรายละเอียดต่อไป

2.3.1.3 หลักการใช้นิติวิธีในระบบกฎหมายซีวิลลอว์

เนื่องจากในระบบกฎหมายซีวิลลอว์ยึดถือบัพัญญัติของกฎหมายลายลักษณ์อักษร การใช้กฎหมายก็ต้องปรับใช้กฎหมายตามที่ได้บัญญัติไว้ อันเป็นหลักเกณฑ์ทั่วไปที่ใช้เป็นแนวทางในการวินิจฉัยข้อพิพาทที่เกิดขึ้น กฎหมายจึงเปรียบเสมือนหลักเกณฑ์ที่เป็นบรรทัดฐานวัดความประพฤติของคนในสังคม ดังนั้น ในการใช้กฎหมายนักกฎหมายจึงควรทำความเข้าใจถึงแนวคิดเบื้องหลังทางสังคมที่สอดแทรกแฝงอยู่ในกฎหมายนั้น การใช้กฎหมายจึงเป็นศาสตร์และศิลป์ที่ผู้ใช้กฎหมายต้องทราบและสามารถปรับใช้กฎหมายให้สอดคล้องกับเหตุผลและปรัชญาที่แฝงอยู่ได้

นอกจากนั้น ผู้ใช้กฎหมายยังต้องใช้กฎหมายด้วยความระมัดระวังและละเอียดรอบคอบ การเข้าใจถึงนิติวิธีอย่างถ่องแท้จะช่วยให้สามารถใช้กฎหมายได้อย่างถูกต้อง ทั้งนี้ ในกรณีที่ต้องมีการตีความบัพัญญัติของกฎหมายลายลักษณ์อักษร เนื่องจากในระบบกฎหมายซีวิลลอว์เชื่อว่าบัพัญญัติของกฎหมายลายลักษณ์อักษรเป็นระบบของเหตุผลที่มีการวางหลักเกณฑ์ในทางทั่วไป ซึ่งบทกฎหมายลายลักษณ์อักษรสามารถใช้ครอบคลุมไปถึงกรณีต่างๆ ได้โดยไม่เฉพาะเจาะจง เช่นนี้ ในการตีความกฎหมายจึงยอมรับกันว่ากฎหมายลายลักษณ์อักษรมีกำลังภายใน (Projecting Force of

⁴⁷ ปรีดี เกษมทรัพย์, กฎหมายแพ่ง : หลักทั่วไป, หน้า 120-123.

Law) ที่สามารถนำไปปรับใช้กับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นได้⁴⁸ นักกฎหมายในระบบกฎหมายซีวิลลอว์จึงอาจตีความกฎหมายลายลักษณ์อักษรโดยนัยต่างๆ เช่น การตีความอย่างกว้าง การตีความอย่างแคบ ตามเหตุผลในบทกฎหมายนั้น หรือเมื่อไม่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรบัญญัติไว้โดยตรง ก็อาจมีการเทียบเคียงบทกฎหมายลายลักษณ์อักษรนั้นในฐานะที่เป็นบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งเพื่ออุดช่องว่างแห่งกฎหมายได้ ซึ่งเป็นนิติวิธีที่ถูกนำมาใช้ในระบบกฎหมายซีวิลลอว์

ทั้งนี้ ในการตีความกฎหมายอาจพิจารณาแบ่งวิวัฒนาการของการตีความกฎหมายลายลักษณ์อักษร ดังนี้ เริ่มแรกของการตีความกฎหมาย เนื่องจากสภาพสังคมในอดีตดั้งเดิมกฎหมายไม่มีความสลับซับซ้อนนัก การใช้ถ้อยคำของกฎหมาย รวมถึงขอบเขตของกฎหมายก็มีความชัดเจน ซึ่งในการตีความกฎหมายก็จะตีความตามตัวอักษรอย่างเคร่งครัด แต่ในยุคสมัยต่อมา เมื่อนักกฎหมายเริ่มมาพิจารณาถึงเจตนารมณ์ของกฎหมาย รวมถึง พิจารณาถึงคำและข้อความที่บัญญัติไว้ในกฎหมาย ซึ่งมีความสัมพันธ์กันระหว่างถ้อยคำ ประโยค และบริบทแวดล้อมต่างๆ ในการตีความกฎหมายจึงริเริ่มที่จะเกิดการตีความกฎหมายจากบริบทอื่นนอกเหนือจากการตีความตามตัวอักษรอย่างเคร่งครัด แต่อย่างไรก็ตาม ในยุคนี้มีการใช้คำหรือข้อความที่เป็นคำศัพท์ที่ง่าย ๆ ซึ่งอาจจะมีคำศัพท์เทคนิคบ้างแต่ก็ไม่มากนัก ดังนั้น เทคนิคในการตีความกฎหมายจึงยังไม่สูงมาก⁴⁹

ต่อมา ในยุคสมัยที่กฎหมายมีพัฒนาการอย่างก้าวหน้า การให้ความสำคัญกับเจตนารมณ์ของกฎหมายแสดงออกมาให้เห็นชัดเจนขึ้น ภาษากฎหมายมีลักษณะเป็นข้อความคิด หรือ Concept เช่นนี้ การตีความตามตัวอักษรจึงถูกลดความสำคัญลงไป ผู้ตีความกฎหมายจึงต้องมุ่งหาความมุ่งหมายของถ้อยคำต่างๆ และต้องตีความถ้อยคำนั้นให้สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของกฎหมายในการตีความจึงต้องตีความตามตัวอักษรและเจตนารมณ์ไปพร้อมกัน ซึ่งต้องพิจารณาถึงเจตนารมณ์ของกฎหมายไปด้วยเสมอ⁵⁰

สำหรับหลักทฤษฎีทั่วไปในการตีความที่ถือเป็นแบบฉบับและได้รับการยอมรับในทุกวันนี้ ตามระบบกฎหมายซีวิลลอว์ มีอยู่ 2 ประการ คือ ประการแรก หลักการตีความตามภาษา (Grammatical Interpretation) เป็นการตีความที่มุ่งใช้สำหรับตีความหมายจากถ้อยคำที่ผู้บัญญัติ

⁴⁸ เรื่องเดียวกัน, หน้า 122.

⁴⁹ กิตติศักดิ์ ปรกติ, ความเป็นมาและหลักการใช้นิติวิธีในระบบซีวิลลอว์และคอมมอนลอว์, หน้า 46-47.

⁵⁰ เรื่องเดียวกัน, หน้า 47-50.

กฎหมายได้บัญญัติไว้ และประการที่สอง หลักการตีความตามเหตุผลตรรก (Logical Interpretation) เป็นการตีความที่มุ่งแสดงความมุ่งหมายอันแท้จริงของกฎหมาย ทั้งนี้ นักกฎหมายในระบบกฎหมายซีวิลลอว์ยอมรับกันว่า ในการตีความตามภาษาต้องมีความรู้ความเข้าใจอย่างลึกซึ้งไม่พินิจที่จะต้องคำนึงถึงหลักเหตุผลที่เป็นลักษณะสำคัญของการตีความทางตรรกะด้วย โดยนัยนี้ การตีความบทกฎหมายจึงต้องตีความตามตัวอักษรและเหตุผลไปพร้อมกัน โดยถือว่าตัวอักษรเป็นหลักฐานเบื้องต้นที่แสดงถึงความมุ่งหมายและเหตุผลของบทกฎหมายนั้น และตัวเหตุผลแห่งบทบัญญัติของกฎหมายนั้นจะเป็นเครื่องชักนำพาไปสู่การตีความในลักษณะต่างๆ อีกชั้นหนึ่ง⁵¹

นอกจากนี้ นักกฎหมายในระบบกฎหมายซีวิลลอว์มักจะมีการตีความขยายความบทกฎหมายไปในทางที่ถือว่าบทกฎหมายแต่ละบทย่อมแฝงไว้ด้วยหลักทั่วไป เช่นนี้ จึงทำให้นอกจากเกิดการตีความกฎหมายแบบขยายความแล้ว นักกฎหมายในระบบซีวิลลอว์ยังอุดช่องว่างแห่งกฎหมายโดยเทียบเคียงกับกรณีที่อยู่ภายใต้เหตุผลตามสาระของบทกฎหมายอย่างเดียวกันด้วย โดยนัยนี้ ทำให้สามารถใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งปรับแก้ข้อเท็จจริงได้ แม้ว่าตัวอักษรในบทบัญญัติของกฎหมายจะมีได้กล่าวไว้โดยตรงหรือตัวอักษรกินความกว้างไปไม่ถึงก็ตาม

กล่าวโดยสรุป บทบัญญัติของกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในกลุ่มประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายซีวิลลอว์ถือว่ามึลักษณะเป็นบทบัญญัติของกฎหมายที่เป็นหลักเกณฑ์ทั่วไปอันมีขึ้นเพื่อเป็นแนวทางไปสู่ความเป็นธรรม ภายใต้นิติวิธีในระบบกฎหมายซีวิลลอว์ดังกล่าวจึงยอมรับเหตุผลและเจตนารมณ์ของกฎหมาย ตลอดจน เปิดกว้างให้มีการใช้เหตุผลเข้ามาเป็นฐานแห่งการตีความ จนถึงการใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งด้วย อันสืบเนื่องมาจากระบบกฎหมายซีวิลลอว์เป็นระบบกฎหมายที่ยึดถือเหตุผลและยึดถือหลักการที่สอดคล้องกัน โดยสืบทอดมาจากกฎหมายโรมันและได้รับการพัฒนาโดยนักนิติศาสตร์ในยุโรปต่อเนื่องมาเป็นระยะเวลายาวนาน พัฒนาการของกฎหมายในระบบกฎหมายซีวิลลอว์จึงอาจกล่าวได้ว่า เป็นพัฒนาการของการสร้างหลักกฎหมายทั่วไป โดยใช้เหตุผลไปศึกษาและปรุงแต่งขึ้นมาจากกฎเกณฑ์เฉพาะเรื่อง การอ้างอิงเหตุผลจึงทำให้กฎหมายมีความสัมพันธ์กับสภาพสังคมความเป็นจริงที่เกิดขึ้น และสามารถนำกฎหมายนั้นมาปรับใช้กับข้อเท็จจริงต่างๆ ที่อาจแปรผันเปลี่ยนแปลงไปตามกาลเวลาได้ ด้วยเหตุนี้ การอาศัยพลังแห่งเหตุผลที่

⁵¹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 50-52.

ดำรงอยู่ในความหมายของบทบัญญัติของกฎหมายนั้น จึงทำให้กฎหมายในระบบกฎหมายซีวิลลอว์สามารถนำไปปรับใช้กับข้อเท็จจริงต่างๆ ได้อย่างเหมาะสม

2.3.2 นิติวิธีในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์⁵²

ในการศึกษานิติวิธีในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์จะเริ่มจากพัฒนาการความเป็นมาและวิวัฒนาการทางประวัติศาสตร์ของหลักนิติวิธี เพื่อที่จะทราบถึงแนวคิดที่มาของการใช้นิติวิธีในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ จากนั้นจึงกล่าวถึงทัศนคติของนักกฎหมายในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ที่มีต่อมุมมองกฎหมายในลักษณะต่างๆ ตลอดจนศึกษาหลักการใช้นิติวิธีในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ต่อไป

2.3.2.1 ความเป็นมาทางประวัติศาสตร์ของนิติวิธีในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์

ความเป็นมาทางประวัติศาสตร์ของระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์เป็นระบบกฎหมายที่พัฒนาขึ้นในเกาะอังกฤษตั้งแต่อดีตกาล ซึ่งในสมัยนั้นการใช้กฎหมายในอังกฤษได้รับอิทธิพลจากกฎหมายโรมันเพียงเล็กน้อย โดยกฎหมายที่ใช้บังคับจะเป็นกฎหมายจารีตประเพณีของชนเผ่าท้องถิ่นต่างๆ ที่กระจัดกระจายอยู่ทั่วไปและมีเป็นจำนวนมากขาดความเป็นเอกภาพ จนกระทั่งราวศตวรรษที่ 11-15 เมื่อพวกนอร์มันเข้าครอบครองอังกฤษ มีการปกครองระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์โดยกษัตริย์เป็นผู้มีอำนาจสูงสุด กษัตริย์นอร์มันจึงได้เข้ามามีบทบาทในกระบวนการยุติธรรมแทนที่ศาลท้องถิ่นโดยจัดตั้งศาลหลวง (Royal Courts) ขึ้น เพื่อรวบรวมอำนาจจากบรรดาขุนนางและศาสนจักร⁵³

สำหรับวิธีการพิจารณาวินิจฉัยคดีของศาลหลวง แรกเริ่มอาจมีการนำเอาจารีตประเพณีมาปรับใช้กับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นบ้าง แต่จารีตประเพณีมีฐานะเป็นบ่อเกิดของกฎหมายที่มีความสำคัญน้อยมากในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ เนื่องด้วยระบบกฎหมายคอมมอนลอว์กำเนิดขึ้นโดยพยายามกีดกันการใช้จารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น เมื่อศาลหลวงยอมรับบังคับตามจารีตประเพณีใด ก็ทำให้จารีตประเพณีนั้นหมดความสำคัญที่จะนำมาอ้างอิงอีกเพราะได้กลายเป็นส่วนหนึ่งในคำพิพากษา

⁵² ปรีดี เกษมทรัพย์, กฎหมายแพ่ง: หลักทั่วไป, หน้า 120-123.

⁵³ กิตติศักดิ์ ปรกติ, ความเป็นมาและหลักการใช้นิติวิธีในระบบซีวิลลอว์และคอมมอนลอว์, หน้า 59-60.

ของศาลหลวงที่ใช้เป็นบรรทัดฐานแล้ว นอกจากนั้น ศาลหลวงยังได้พยายามสร้างหลักกฎหมายขึ้นมาใหม่ โดยเป็นการใช้เหตุผลไปวิเคราะห์ข้อเท็จจริงที่เกิดเป็นข้อพิพาท แล้วศาลได้วางหลักเกณฑ์ในการตัดสินชี้ขาดจากการพิจารณาเหตุผลที่แฝงอยู่ในความสัมพันธ์ทางข้อเท็จจริงนั้น (Ratio decidendi) ซึ่งเป็นการวินิจฉัยคดีตามหลักกฎหมายทั่วไปหรือหลักคอมมอนลอว์ (Common Law) ที่ถือปฏิบัติสืบเนื่องกันมาจนถึงปัจจุบัน

ต่อมาเมื่อระยะเวลาผ่านไป การวินิจฉัยคดีได้ยึดถือตามหลักคอมมอนลอว์ซึ่งได้พัฒนาเป็นระบบเดียวกันภายใต้กฎเกณฑ์ที่ศาลหลวงเป็นผู้กำหนด ทำให้หลักคอมมอนลอว์ดังกล่าวมีผลเป็นการกีดกันกฎหมายประเพณีที่ใช้แพร่หลายในท้องถิ่น โดยที่หลักคอมมอนลอว์ถือว่าเป็นหลักกฎหมายที่ศาลสร้างขึ้นมาจากหลักเหตุผลที่ได้จากการพิจารณาข้อเท็จจริงในข้อพิพาท ไม่ใช่การตัดสินตามอำเภอใจ จึงมีการยึดหลักเกณฑ์ในคำพิพากษาที่มีมาก่อน เพื่อใช้ตัดสินกรณีที่มีข้อเท็จจริงแบบเดียวกันที่เกิดขึ้นในภายหลัง โดยเห็นว่าข้อเท็จจริงอย่างเดียวกันจะต้องได้รับการปฏิบัติเหมือนกัน จนประมาณปลายศตวรรษที่ 18 ได้พัฒนาเกิดเป็นทฤษฎีการตัดสินโดยยึดหลักกฎหมายตามคำพิพากษา (The doctrine of precedent)⁵⁴

ทั้งนี้ ในการจัดตั้งศาลหลวงทำให้ขุนนางเสียประโยชน์ ความขัดแย้งระหว่างขุนนางและกษัตริย์จึงเกิดความรุนแรงขึ้น จนในที่สุดมีการประนีประนอมยอมความกันดังเห็นได้จากมหากฎบัตร Magna Carta⁵⁵ ซึ่งบังคับให้กษัตริย์ทรงสละสิทธิ์บางอย่างและให้รับว่าพระราชประสงค์ของกษัตริย์ต้องอยู่ภายใต้กฎหมายด้วย รวมทั้ง ยังยับยั้งการขยายอำนาจของศาลหลวงให้ศาลหลวงมีอำนาจพิจารณาเฉพาะคดีที่เคยมีหมายเรียกมาก่อนหรือคดีที่คล้ายคลึงกันเท่านั้น เช่นนี้ บทบาทของกฎหมายวิธีพิจารณาความจึงถูกนำเข้ามาใช้เพื่อพยายามขยายเขตอำนาจของศาลหลวง

ในราวศตวรรษที่ 15 ถึงกลางศตวรรษที่ 19 เมื่อระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ไม่สามารถพัฒนาต่อไปได้ กฎหมายของศาลหลวงเริ่มไม่สอดคล้องกับความต้องการของสังคม ไม่ว่าจะด้วยเหตุที่มีกระบวนการพิจารณาที่เคร่งครัดจำกัดมากเกินไปและจำต้องผูกพันอยู่กับคำพิพากษาบรรทัดฐานของศาลคอมมอนลอว์ จนไม่สามารถตอบสนองกับปัญหาที่เกิดขึ้นจากการเปลี่ยนแปลงของสังคม

⁵⁴ เรื่องเดียวกัน, หน้า 60-61.

⁵⁵ Thomas Lund, "Magna Carta: The Rule of Law in Early Common Law Litigation," *International Review of Law and Economics* 47, Supplement (2016).

ได้ จึงต้องหันไปพึ่งพิงและร้องขอความเป็นธรรมจาก Lord Chancellor ราชเลขาธิการของกษัตริย์ เพื่อเยียวยาความเดือดร้อนดังกล่าว ทำให้ศาลคอมมอนลอว์ถูกรอนอำนาจลงโดย Court of Chancery ซึ่งมีวิธีการใช้กฎหมายแตกต่างไปจากศาลคอมมอนลอว์ กล่าวคือ มีการวินิจฉัยคดีโดยยึดหลักประโยชน์สุขและความยุติธรรมในสังคมเป็นใหญ่ (The Equity of the case) จนพัฒนาเป็นหลัก Equity ในที่สุด⁵⁶

ในภายหลังหลัก Equity จึงได้กลายมาเป็นหลักสำคัญของกฎหมายประเทศอังกฤษ อีกหลักหนึ่ง เพื่ออำนวยความยุติธรรมแก่ประชาชนควบคู่ไปกับระบบคอมมอนลอว์ ทำให้การที่ศาลอังกฤษใช้หลัก Equity มาปฐมนิเทศกฎหมายคอมมอนลอว์ส่งผลให้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ผ่อนคลายความเคร่งครัดลงและมีเนื้อหายืดหยุ่นให้ความเป็นธรรมมากขึ้น โดยให้ความสำคัญกับกฎเกณฑ์ที่อ้างอิงแนวคิดด้านคุณธรรมเพื่อให้เกิดความยุติธรรมที่แท้จริง (Substantive Justice) มิใช่เพียงกระทำตามกระบวนการที่กฎหมายกำหนดขึ้นมาแล้ว โดยไม่ได้สนใจผลลัพธ์สุดท้ายว่าจะก่อให้เกิดความยุติธรรมอย่างแท้จริงต่อคู่กรณีหรือไม่⁵⁷

ทั้งนี้ ในศตวรรษที่ 18 การที่ชนชั้นนายทุนอังกฤษเติบโตใหญ่ขึ้นจนถึงขั้นบังคับรัฐสภาให้มีการออกกฎหมายมาแก้ไขหลักกฎหมายคอมมอนลอว์ที่ไม่สอดคล้องกับระบบทุนนิยมได้ แม้ศาลคอมมอนลอว์จะปฏิเสธที่จะใช้กฎหมายลายลักษณ์อักษรที่รัฐสภาบัญญัติขึ้น แต่ในเวลาต่อมา รัฐสภาอังกฤษก็สามารถบังคับให้ศาลนำกฎหมายที่รัฐสภาออกมาใช้บังคับ โดยศาลไม่อาจมีดุลพินิจในการดัดใช้กฎหมาย เช่นนี้ จึงเป็นผลให้ศาลคอมมอนลอว์เลิกล้มไปสร้างหลักการตีความกฎหมายลายลักษณ์อักษรแทน โดยศาลพยายามทำให้กฎหมายลายลักษณ์อักษรมีผลน้อยที่สุด จึงพยายามตีความกฎหมายลายลักษณ์อักษรให้แคบและเคร่งครัด ยึดถือตัวอักษรเป็นหลักโดยไม่คำนึงถึงเจตนารมณ์ของกฎหมาย ดังนั้น จึงเกิดหลักการตีความตามตัวอักษร (Literal Rule) ทำให้กฎหมายลายลักษณ์อักษรกินความไม่กว้าง และศาลจะได้มีโอกาสนำหลักคอมมอนลอว์อันเป็นหลักทั่วไปมาใช้บังคับแก่กรณีนั้น บทกฎหมายลายลักษณ์อักษรจึงเป็นข้อยกเว้นของหลักคอมมอนลอว์

⁵⁶ กิตติศักดิ์ ปรกติ, *ความเป็นมาและหลักการใช้นิติวิธีในระบบซีวิลลอว์และคอมมอนลอว์*, หน้า 62-64.

⁵⁷ สุรัชดา ตรี, *เอควิตี้ : หลักแห่งความยุติธรรมในกฎหมายอังกฤษ* (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2562), หน้า 16-21.

เมื่อวิวัฒนาการของกฎหมายดำเนินไป รัฐสภาอังกฤษมีฐานะเพียงเป็นผู้แสดงแนวทางกฎหมายที่วิวัฒนาการขึ้นใหม่เท่านั้น บทกฎหมายลายลักษณ์อักษรมิใช่บ่อเกิดของกฎหมายโดยตรง กฎหมายอังกฤษยังคงถือว่าคำพิพากษาของศาลเป็นบ่อเกิดของกฎหมาย แต่ทั้งนี้ ศาลอังกฤษสามารถใช้กฎหมาย Equity ควบคู่ไปกับหลักคอมมอนลอว์ได้ และเมื่อระบบกฎหมายเจริญและซับซ้อนขึ้น ความรู้ทางกฎหมายจึงต้องศึกษาค้นคว้าเอาจากรายงานคำพิพากษาของศาล ซึ่งจะเสนอภาพกฎหมายอย่างเป็นระบบ ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์จึงเน้นแนวทางปฏิบัติที่ออกมาจากคำพิพากษาของศาล จึงอาจกล่าวได้ว่า กฎหมายในระบบคอมมอนลอว์เป็นกฎหมายของผู้พิพากษา

จากความเป็นมาทางประวัติศาสตร์ของระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ที่กล่าวมาข้างต้น ทำให้เห็นได้ว่าระบบกฎหมายคอมมอนลอว์มีวิวัฒนาการริเริ่มขึ้นในประเทศอังกฤษ เช่นนี้ ความหมายอย่างกว้างของระบบกฎหมายคอมมอนลอว์จึงหมายถึงระบบกฎหมายของประเทศอังกฤษ⁵⁸ ซึ่งในเวลาต่อมาาระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ก็ได้แพร่หลายในประเทศที่เคยตกเป็นอาณานิคมของประเทศอังกฤษ เช่น สหรัฐอเมริกา แคนาดา ออสเตรเลีย นิวซีแลนด์ สิงคโปร์ มาเลเซีย ฮองกง เป็นต้น

2.3.2.2 ทศนคติของนักกฎหมายในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์

เนื่องจากระบบกฎหมายคอมมอนลอว์มีแหล่งกำเนิดในประเทศอังกฤษ และมีวิวัฒนาการมาจากการที่มีคดีเกิดขึ้นแล้วศาลอังกฤษได้พิจารณาพิพากษาคดี และยึดถือคำพิพากษาของศาลเป็นกฎหมาย จึงถือว่าหลักกฎหมายที่ศาลหลวงของประเทศอังกฤษได้เคยวางไว้ในคำพิพากษาที่ตัดสินคดีแต่ละคดีเป็นบ่อเกิดของกฎหมาย จึงเรียกกันว่า Judge made law หรือผู้พิพากษาเป็นผู้สร้างหลักกฎหมาย คำพิพากษาของศาลจึงเป็นบ่อเกิดของกฎหมายในระบบคอมมอนลอว์

ทั้งนี้ คำพิพากษาของศาลในระบบคอมมอนลอว์ได้ยึดถือระบบของเหตุผลที่มีอยู่เบื้องหลังกฎหมายเช่นกัน โดยศาลหลวงของอังกฤษถือว่า เหตุผลที่ได้จากการพิเคราะห์ข้อเท็จจริงเป็นกฎหมายที่ดีที่สุดสำหรับตัดสินข้อพิพาท เพราะเหตุผลมีค่าเป็นกฎหมายอยู่ในตัวแล้ว ศาลเป็นเพียงผู้ค้นพบและประกาศใช้ นอกจากนั้น ยังถือว่าการใช้เหตุผลของนักกฎหมายเพื่อชี้ขาดข้อพิพาท

⁵⁸ เรื่องเดียวกัน, หน้า 55.

อย่างเป็นทางการจะช่วยเสริมสร้างกฎหมาย หลักกฎหมายในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ต่างๆ จึงเอามาจากคำพิพากษาของศาลที่พิจารณาตามเหตุผล ซึ่งจะสอดคล้องกับเหตุผลธรรมดาที่มีอยู่ในจิตใจมนุษย์และอาจประกอบกับเหตุผลซับซ้อนที่นักกฎหมายได้ปรุงแต่งขึ้น ทำให้เกิดเป็นหลักกฎหมายที่มาจากคำตัดสินโดยจะถูกถ่ายทอดจากคำพิพากษาของศาลในการตัดสินคดีเหล่านั้น อีกทั้ง การที่ศาลในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ยอมผูกพันตามแนวคำพิพากษาในคดีก่อนก็เพราะคำนึงถึงหลักแห่งเหตุผลที่ว่า ข้อเท็จจริงอย่างเดียวกันย่อมต้องได้รับการปฏิบัติเช่นเดียวกัน

เมื่อในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ กฎหมายเกิดจากคำพิพากษาของศาล ทศนคติของนักกฎหมายที่มีต่อคำพิพากษาของศาลจึงถึงขนาดเห็นว่า ตัวคำพิพากษานั้นเองเป็นตัวบทกฎหมาย⁵⁹ โดยระบบคอมมอนลอว์ให้ความสำคัญกับ Judge made law มาก ศาลสามารถสร้างหลักกฎหมายขึ้นมาได้เลยโดยไม่ต้องนำมาบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรก่อน คำพิพากษาของศาลในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์จึงมีบทบาททั้งการปรับใช้กฎหมายแก่ข้อเท็จจริงและบทบาทในการวางหลักนิติวิธีในทางกฎหมายด้วย อีกทั้ง คดีที่มีลักษณะเดียวกัน ศาลในคดีหลังก็ต้องตัดสินตามแนวคำพิพากษาในคดีก่อน อันทำให้ระบบคอมมอนลอว์มีหลักประกันความแน่นอนไม่ตกอยู่ภายใต้การตัดสินโดยอำเภอใจของผู้พิพากษา

แต่อย่างไรก็ตาม การถือตามคำพิพากษานี้ มีปัญหาว่าเมื่อระยะเวลาผ่านไปแนวคำพิพากษานั้นอาจไม่สอดคล้องกับสภาพความเป็นจริงได้ ดังนั้น จึงเกิดหลักการพิเคราะห์แยกแยะความแตกต่าง (The Technique of Distinctions) อันเป็นข้อยกเว้นให้กรณีข้อเท็จจริงในคดีเมื่อวิเคราะห์ออกมาแล้วปรากฏว่าข้อเท็จจริงที่เป็นประเด็นแตกต่างกัน ศาลก็ไม่จำเป็นต้องถือตามแนวบรรทัดฐาน และหากหลักที่ศาลตั้งนั้นมีได้เป็นข้อวินิจฉัยในประเด็นแห่งคดีโดยตรง แต่เป็นเพียงข้อสังเกตหรือข้ออ้างที่กล่าวไว้ (Obiter Dictum) โดยที่ศาลไม่ได้มุ่งให้มีผลผูกพันคำพิพากษาในคดีหลัง ข้อสังเกตหรือข้ออ้างที่กล่าวไว้เช่นนั้นก็ไม่บังคับให้จำต้องถือตาม ด้วยเหตุนี้ ศาลในระบบคอมมอนลอว์จึงสามารถใช้กฎหมายให้ตอบสนองต่อปัญหาที่เกิดขึ้นได้ และไม่เป็นการกลับหลักกฎหมายที่มีมาแต่เดิม การใช้กฎหมายจึงมีความยืดหยุ่นขึ้น⁶⁰

⁵⁹ ปรีดี เกษมทรัพย์, กฎหมายแพ่ง: หลักทั่วไป, หน้า 122.

⁶⁰ กิตติศักดิ์ ปรกติ, ความเป็นมาและหลักการใช้นิติวิธีในระบบซีวิลลอว์และคอมมอนลอว์, หน้า 71-72.

สำหรับทัศนคติของนักกฎหมายในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ที่มีต่อกฎหมายลายลักษณ์อักษรกลับเห็นว่า กฎหมายลายลักษณ์อักษรเป็นกฎหมายที่ยกเว้นหลักทั่วไป โดยเริ่มแรกในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ มีการใช้ขนบธรรมเนียมจารีตประเพณี แต่ไม่มีการรวบรวมจารีตประเพณีบันทึกไว้เป็นลายลักษณ์อักษรดังเช่นระบบกฎหมายซีวิลลอว์ ซึ่งกฎหมายลายลักษณ์อักษรในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์หรือในประเทศอังกฤษเพิ่งมีขึ้นในภายหลังโดยการบัญญัติกฎหมายของรัฐสภา และการบัญญัติกฎหมายลายลักษณ์อักษรของรัฐสภานี้ก็ไม่ใช่ออกเกิดที่สำคัญของกฎหมายในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ แต่เป็นคำพิพากษาของศาลที่เป็นบ่อเกิดของกฎหมายในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ดังที่กล่าวไว้ข้างต้น ส่วนกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่บัญญัติขึ้นเป็นเพียงกฎหมายพิเศษเฉพาะเรื่องเฉพาะราว เช่นนี้ นักกฎหมายคอมมอนลอว์จึงมีทัศนคติต่อกฎหมายลายลักษณ์อักษรว่าเป็นกฎหมายพิเศษยกเว้นหลักทั่วไปเท่านั้น⁶¹

ทั้งนี้ แม้มกฎหมายลายลักษณ์อักษรมีฐานะเป็นบ่อเกิดของกฎหมายลำดับรอง แต่ในปัจจุบันบทกฎหมายลายลักษณ์อักษรก็ได้เพิ่มทวีความสำคัญมากยิ่งขึ้น อันเนื่องมาจากสภาพสังคมที่เปลี่ยนแปลงไป เกิดปัญหาใหม่ๆ ที่สลับซับซ้อนขึ้น จึงจำเป็นต้องใช้กลไกการบัญญัติกฎหมายเพื่อควบคุมสังคมในด้านต่างๆ กฎหมายลายลักษณ์อักษรจึงเป็นที่ยอมรับกันในปัจจุบัน แต่กระนั้นก็ตาม บทบัญญัติแห่งกฎหมายลายลักษณ์อักษรก็ยังคงมีฐานะที่ต่ำกว่าหลักกฎหมายจากคำพิพากษาของศาล ทัศนคติเช่นนี้ ทำให้บทกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่ฝ่ายนิติบัญญัติบัญญัติขึ้นไม่ได้รับการกล่าวอ้างอย่างจริงจังจนกว่าจะมีคำพิพากษาของศาลที่นำบทบัญญัติกฎหมายนั้นมาใช้บังคับก่อน และเมื่อศาลได้นำบทกฎหมายนั้นมาใช้บังคับแล้ว หากเกิดคดีพิพาทขึ้นในทำนองเดียวกันในภายหลัง ศาลที่พิจารณาตัดสินคดีหลังก็นิยมอ้างถึงคำพิพากษาที่เคยปรับใช้บทกฎหมายลายลักษณ์อักษรนั้นมากกว่าที่จะมีการอ้างตัวบทกฎหมายที่ใช้บังคับเสียอีก⁶²

นอกจากนี้ ในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ ทัศนคติของนักกฎหมายมีความโน้มเอียงไปในทางที่เห็นว่า กฎหมายลายลักษณ์อักษรแตกต่างจากศีลธรรมขนบธรรมเนียมและประเพณี คล้ายกับว่าทั้งศีลธรรมขนบธรรมเนียมและประเพณีเป็นคนละเรื่องไม่เกี่ยวข้องและเป็นปฏิปักษ์กับกฎหมายลายลักษณ์อักษรนั้นด้วย

⁶¹ ปรีดี เกษมทรัพย์, *กฎหมายแพ่ง: หลักทั่วไป*, หน้า 121.

⁶² กิตติศักดิ์ ปรกติ, *ความเป็นมาและหลักการใช้นิติวิธีในระบบซีวิลลอว์และคอมมอนลอว์*, หน้า 74-75.

สำหรับทัศนคติที่มีต่อการตีความและการใช้กฎหมายลายลักษณ์อักษร เนื่องจากกฎหมายลายลักษณ์อักษรเป็นกฎหมายพิเศษเฉพาะเรื่องที่ออกโดยรัฐสภา การตีความกฎหมายลายลักษณ์อักษรในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์จึงต้องใช้วิธีการตีความกฎหมายลายลักษณ์อักษรโดยเฉพาะ ซึ่งใช้หลักการการตีความตามตัวอักษร (Literal Interpretation) กล่าวคือ ต้องตีความตามตัวอักษรโดยเคร่งครัด ไม่ตีความโดยขยายความอีก ซึ่งจะกล่าวรายละเอียดในหัวข้อถัดไป

ต่อมาทัศนคติที่มีต่อวิธีบัญญัติกฎหมายลายลักษณ์อักษร ดังที่กล่าวมาแล้วในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ถือว่ากฎหมายลายลักษณ์อักษรเป็นกฎหมายเฉพาะและมีลักษณะเป็นข้อยกเว้น การตีความกฎหมายจึงต้องตีความตามตัวอักษร ผูกติดอยู่กับความหมายตามตัวอักษรเฉพาะในมาตราที่อ่านนั้น และไม่สามารถนำบทกฎหมายลายลักษณ์อักษรไปใช้กับวิธีการเทียบเคียง (Analogy) ได้ ดังนั้น การบัญญัติกฎหมายในระบบคอมมอนลอว์จึงต้องบัญญัติกฎหมายให้มีความชัดเจน ละเอียด รอบคอบและครอบคลุม กฎหมายจึงมีลักษณะคล้ายสัญญามากกว่าที่จะเป็นตัวบทกฎหมาย ทั้งนี้ เพื่อผูกมัดให้ผู้ใช้กฎหมาย คือ ศาล ใช้หรือตีความกฎหมายดังเจตนารมณ์ที่ฝ่ายนิติบัญญัตินั้นประสงค์นั่นเอง

2.3.2.3 หลักการใช้นิติวิธีในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์

หลักนิติวิธีในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ เมื่อระบบกฎหมายคอมมอนลอว์เป็นการใช้การเทียบเคียงหลักในคำพิพากษาของศาล ดังนั้น ในการศึกษากฎหมายจึงต้องศึกษาจากคำพิพากษาของศาล การที่จะทราบหลักกฎหมายนั้นมีอย่างไร ก็จะต้องพิจารณาจากคำพิพากษาของศาลนั้นว่าตัดสินไว้เช่นไร ซึ่งการใช้กฎหมายจะเป็นหลักเฉพาะเรื่องที่เข้ากับข้อเท็จจริงเฉพาะกรณี โดยจะใช้กับกรณีที่เกิดขึ้นแห่งคดีมีข้อเท็จจริงแบบเดียวกัน วิธีการใช้กฎหมายจึงต้องพิเคราะห์ข้อเท็จจริงและหาข้อวินิจฉัยโดยอยู่ภายใต้หลักของเหตุผลในข้อเท็จจริงแบบเดียวกันนั้น หลักเกณฑ์ของกฎหมายจึงเป็นหลักเกณฑ์เฉพาะไม่สามารถนำไปใช้ในลักษณะที่เป็นการทั่วไปได้

ดังนั้น เมื่อคำพิพากษาของศาลเป็นที่มาของกฎหมายในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ เช่นนี้ เมื่อศาลในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ตัดสินคดีใดไปแล้ว ถ้าเป็นคดีที่มีข้อเท็จจริงในประเด็นแห่งคดีแบบเดียวกัน การตัดสินคดีก็จะผูกมัดคดีต่อไปให้ยึดถือตามแนวคำพิพากษานี้ ซึ่งต้องพิจารณาตามลำดับชั้นของศาลด้วย คำพิพากษาในคดีตัวอย่าง (Judicial

Precedent) จึงมีความสำคัญอย่างยิ่ง แต่อย่างไรก็ตาม การยึดถือคำพิพากษาในคดีก่อนก็จะต้องพิจารณาใน 2 ส่วนเช่นกัน ส่วนแรก คือ เหตุผลของการตัดสินคดี (Ratio Decidendi) ซึ่งถือเป็นหลักเกณฑ์ไว้ยึดถือเป็นบรรทัดฐาน และส่วนที่สอง คือ ส่วนคำกล่าวที่ไม่ใช่สาระสำคัญของเรื่อง (Obiter Dictum) ซึ่งจะไม่ถือว่าเป็นบรรทัดฐานต่อไป⁶³

กระบวนการศึกษากฎหมายในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์จึงเริ่มจากการศึกษาหลักเกณฑ์ที่มีในคำพิพากษาบรรทัดฐาน โดยวิเคราะห์แยกแยะประเด็นต่างๆ อย่างละเอียดรอบคอบ พร้อมทั้ง จับประเด็นจำแนกข้อเท็จจริงและพิจารณาเปรียบเทียบระหว่างคดีที่เกิดขึ้น โดยเมื่อข้อเท็จจริงที่เป็นประเด็นเหมือนกัน ศาลในคดีหลังก็จะตัดสินตามแนวในคำพิพากษาเดิม แต่ถ้าคดีมีข้อเท็จจริงที่เป็นประเด็นแตกต่างกัน ศาลก็จะสร้างหลักเกณฑ์ขึ้นมาใช้บังคับใหม่ อันทำให้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์มีลักษณะเป็นระบบที่เปิดกว้าง มิได้ผูกพันผู้ใช้กฎหมายอยู่กับเพียงบทบัญญัติของกฎหมายที่บัญญัติไว้ดังเช่นในระบบกฎหมายซีวิลลอว์⁶⁴

ทั้งนี้ เนื่องจากระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ตั้งอยู่บนรากฐานของเหตุผลตามข้อเท็จจริง อันเป็นเครื่องมือในการอุดช่องว่างแห่งกฎหมาย ซึ่งจะส่งผลให้กฎหมายในระบบคอมมอนลอว์ไม่มีขอบเขตและสามารถพัฒนามาได้ถึงปัจจุบัน นอกจากนี้ ในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ยังมีหลักความยุติธรรม (Equity) เป็นบ่อเกิดของกฎหมายเคียงคู่กับหลักกฎหมายคอมมอนลอว์ โดยหลัก Equity เปรียบเสมือนวิญญูณและเจตนารมณ์ของกฎหมายทั้งปวง ทำหน้าที่ทั้งในด้านการตีความกฎหมายซึ่งเป็นลายลักษณ์อักษรและการสร้างกฎหมายอันเป็นเหตุผล ซึ่งหลัก Equity จะช่วยเสริมสร้างนำทางให้การปรับใช้และการตีความกฎหมายเป็นไปอย่างถูกต้อง ประกอบไปด้วยเหตุผล และก่อให้เกิดความยุติธรรมที่แท้จริงอันเป็นเป้าหมายสูงสุด⁶⁵ แต่กระนั้น ในปัจจุบันฐานะของหลัก Equity ได้กลายมาเป็นส่วนหนึ่งของหลักกฎหมายตามคำพิพากษา การใช้หลัก Equity ในปัจจุบันทำได้จำกัดเฉพาะกรณีที่เคยมีแนวคำพิพากษาบรรทัดฐานนั้น

⁶³ ประชุม โฉมฉาย, กฎหมายเอกชนเปรียบเทียบเบื้องต้น : จารีตโรมันและแองโกลแซกซอน, หน้า 17.

⁶⁴ René Brouwer, "On the Meaning of 'System' in the Common and Civil Law Traditions: Two Approaches to Legal Unity," Utrecht Journal of International and European Law 34, 1 (2018).

⁶⁵ สุรัชดา รัตติ, หลักแห่งความยุติธรรมในกฎหมายอังกฤษ, หน้า 181-182.

สำหรับการบัญญัติกฎหมายลายลักษณ์อักษรในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ การบัญญัติกฎหมายในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ต้องกระทำอย่างละเอียดรอบคอบ โดยมีการแจกแจงรายละเอียดปลีกย่อยออกมามากมาย อันอาจทำให้กฎหมายลายลักษณ์อักษรในระบบคอมมอนลอว์ถูกกล่าวหาว่ามีลักษณะที่เพ้อเจ้อเกินไป เช่นนี้ ในการตีความกฎหมายลายลักษณ์อักษรจึงต้องตีความอย่างเคร่งครัด ผนวกกับความเป็นมาทางประวัติศาสตร์และทัศนคติของนักกฎหมายในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ที่มีต่อกฎหมายลายลักษณ์อักษร จึงทำให้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ยึดถือกฎหมายลายลักษณ์อักษรเป็นกฎหมายพิเศษยกเว้นหลักทั่วไปเท่านั้น เมื่อกฎหมายลายลักษณ์อักษรเป็นกฎหมายพิเศษเฉพาะเรื่องที้ออกโดยรัฐสภา การตีความกฎหมายลายลักษณ์อักษรโดยเคร่งครัดก็จะทำให้ศาลสามารถคานอำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติได้ในระดับหนึ่ง

หลักการตีความกฎหมายลายลักษณ์อักษรของระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ มีหลักทั่วไปอยู่ 3 ประการ⁶⁶ กล่าวคือ ประการแรก การตีความตามตัวอักษร (Literal Rule) ในการตีความตามตัวอักษรศาลจะต้องยึดถือและบังคับตามความหมายธรรมดาของถ้อยคำที่บทกฎหมายนั้นได้แสดงออกมา โดยไม่จำเป็นต้องพิจารณาถึงความมุ่งหมายภายในใจของรัฐสภาที่บัญญัติกฎหมายนั้นขึ้น การตีความจึงเป็นการหาความหมายของบทบัญญัติตามที่ผู้บัญญัติได้แสดงออกมาโดยชัดเจนตามตัวอักษรในบทบัญญัตินั้นเท่านั้น ประการที่สอง การตีความโดยเล็งผลเลิศ (Golden Rule) หลักการตีความนี้ใช้เคียงคู่กับหลักการตีความตามตัวอักษร สำหรับกรณีที่มีการตีความตามตัวอักษรแล้วแต่ผลของการตีความนั้นขัดต่อความมุ่งหมายของกฎหมายอย่างรุนแรง เช่นนี้ จึงอาจตีความโดยขยายความตามความมุ่งหมายของผู้บัญญัติกฎหมายเพื่อหลีกเลี่ยงผลเช่นนั้นได้ ประการที่สาม การตีความตามหลักแก้ไขข้อเสีย (Mischief Rule) หลักการนี้เป็นข้อยกเว้นของหลักการตีความตามตัวอักษร โดยเป็นการตีความที่คำนึงถึงเหตุผลและเจตนารมณ์ของผู้บัญญัติกฎหมาย ใช้สำหรับกรณีที่บทบัญญัติของกฎหมายนั้นบัญญัติขึ้นเพื่อแก้ไขข้อบกพร่องของหลักคอมมอนลอว์ให้ดีขึ้นนั่นเอง

นอกจากนี้ หลักการตีความบทกฎหมายลายลักษณ์อักษรยังมีหลักการย่อยที่ช่วยในการตีความอื่นๆ อีก เช่น หลักปัจจัยภายในบทบัญญัติ (Intrinsic guide) ซึ่งถือว่าการอาศัยเครื่องช่วยตีความจากบทบัญญัตินั้นเอง ตัวอย่างเช่น หลักการกล่าวถึงสิ่งหนึ่งย่อมปฏิเสธสิ่งอื่น หลัก

⁶⁶ กิตติศักดิ์ ปรกติ, ความเป็นมาและหลักการใช้นิติวิธีในระบบซีวิลลอว์และคอมมอนลอว์, หน้า 89-92.

คำทั่วไปที่ตามหลังคำเฉพาะย่อมหมายถึงสิ่งเฉพาะเช่นเดียวกับคำข้างหน้า หลักความหมายของคำ อาจหามาได้จากข้อความแวดล้อม หลักตีความหมายตามลำดับความ เป็นต้น⁶⁷

แต่อย่างไรก็ตาม หลักการตีความบทกฎหมายลายลักษณ์อักษรก็ถูกวิพากษ์วิจารณ์ ว่าเป็นการตีความที่แคบและเคร่งครัด อีกทั้ง ต้องคำนึงด้วยว่าการใช้บทกฎหมายลายลักษณ์อักษรนี้ เป็นเพียงบทพิเศษเฉพาะเรื่อง ซึ่งในการใช้การตีความกฎหมายตามนิติวิธีในระบบกฎหมาย คอมมอนลอว์ท้ายที่สุดก็จะต้องตกอยู่ภายในหลักกฎหมายตามแนวคำพิพากษาของศาลที่เข้ามา แทนที่บทบัญญัติของกฎหมาย โดยผ่านการวินิจฉัยคดีตีความอธิบายออกมาเป็นรูปธรรม ดังนั้น ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์จึงยึดถือหลักกฎหมายตามแนวคำพิพากษาของศาลเป็นสำคัญสุด

กล่าวโดยสรุป บ่อเกิดหลักของกฎหมายในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์คือคำพิพากษาของ ศาล จึงเรียกระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ว่าเป็นระบบกฎหมายของผู้พิพากษา ผู้พิพากษาเป็นผู้สร้าง หลักกฎหมาย หรือ Judge made law โดยคำพิพากษาของศาลยึดถือระบบของเหตุผล หลัก กฎหมายในระบบคอมมอนลอว์ต่างๆ จึงเอามาจากคำพิพากษาของศาลที่พิจารณาตามเหตุผล แต่ สำหรับทัศนคติที่มีต่อกฎหมายลายลักษณ์อักษร บทกฎหมายลายลักษณ์อักษรเป็นเพียงบ่อเกิดของ กฎหมายลำดับรองที่ออกโดยรัฐสภา ดังนั้น จึงมีนิติวิธีในกฎหมายที่แตกต่างกันไป เช่นนี้ การศึกษา นิติวิธีในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ เมื่อทราบความเป็นมาและวิวัฒนาการทางประวัติศาสตร์ ทัศนคติของนักกฎหมาย รวมถึง ศึกษาหลักการใช้นิติวิธีในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์แล้ว ก็จะทำให้เกิดองค์ความรู้ความเข้าใจพื้นฐานในการศึกษาและวิเคราะห์ถึงนิติวิธีในกฎหมายต่อไป

จากที่กล่าวมาข้างต้นจะเห็นได้ว่า ในระบบกฎหมายซีวิลลอว์และระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ หากพิจารณาในเนื้อหาของสาระของกฎหมายในระบบกฎหมายทั้งสองระบบนี้ จะมีความ คล้ายคลึงและเหมือนกัน กล่าวคือ กฎหมายเป็นเรื่องของเหตุผล แต่ทั้งนี้ สิ่งที่แตกต่างกันจะอยู่ที่นิติ วิธีหรือทัศนคติของนักกฎหมายที่มีต่อมุมมองในด้านต่างๆ ตามที่กล่าวมาแล้ว เป็นต้น ซึ่งเป็นสิ่ง สำคัญอย่างยิ่งที่ทำให้ระบบกฎหมายแต่ละระบบมีลักษณะเฉพาะแตกต่างกันออกไป ดังนั้น ใน การศึกษากฎหมาย ทัศนคติหรือมุมมองของนักกฎหมายที่มีต่อระบบกฎหมายของตนจึงเป็นเรื่องที่ไม่ อาจละเลยจากการศึกษากฎหมายในแต่ละระบบกฎหมายไปได้

⁶⁷ เรื่องเดียวกัน, หน้า 92.

การที่นักกฎหมายรู้จักวิธีการทางกฎหมายจะทำให้ นักกฎหมายสามารถใช้กฎหมายที่เปลี่ยนแปลงไปได้อย่างถูกต้อง และสามารถอำนวยความสะดวกซึ่งเป็นเป้าหมายหลักของกฎหมายให้เกิดขึ้นได้จริง การศึกษากฎหมายที่แท้จริงจึงต้องศึกษาให้เข้าถึงแนวคิดทัศนคติและวิธีการทางกฎหมายในระบบกฎหมายให้อย่างถ่องแท้ เช่นนี้ ผู้วิจัยจึงศึกษานิติวิธีของกฎหมายในระบบกฎหมายทั้งสองระบบเสียก่อน อันจะเป็นความรู้ความเข้าใจพื้นฐาน ทั้งในแง่ประวัติศาสตร์ความเป็นมาและในแง่กระบวนการใช้กฎหมาย ซึ่งจะส่งผลให้ในการศึกษาระบบกฎหมายไทย ผู้วิจัยจะสามารถศึกษาถึงนิติวิธีในกฎหมายไทยได้อย่างชัดเจนขึ้น และสามารถพิจารณาถึงอิทธิพลของระบบกฎหมายทั้งสองระบบที่แทรกซึมอยู่ในกฎหมายไทยได้อย่างชัดเจนต่อไปด้วย

2.4 ข้อความคิดพื้นฐานว่าด้วยนิติวิธีในระบบกฎหมายไทย

จากการศึกษานิติวิธีในระบบกฎหมายนำมาสู่การพิจารณานิติวิธีในระบบกฎหมายไทย ทั้งนี้ ในแวดวงนิติศาสตร์ของประเทศไทยยึดถือกันว่า ระบบกฎหมายไทยเป็นระบบประมวลกฎหมาย โดยมีกฎหมายลายลักษณ์อักษรเป็นบ่อเกิดของกฎหมายที่สำคัญที่สุด ซึ่งประมวลกฎหมายไทยได้รับอิทธิพลทางความคิดสืบสายมาจากกฎหมายเอกชนโรมันผ่านการจัดทำประมวลกฎหมายตามแบบประมวลกฎหมายในยุโรปตะวันตกซึ่งเป็นกลุ่มประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายซีวิลลอว์ นอกจากนี้ประมวลกฎหมายที่ใช้บังคับจะมีลักษณะเกี่ยวข้องสัมพันธ์กันในแต่ละหมวดหมู่ ทำให้ผู้ศึกษากฎหมายหรือผู้ใช้กฎหมายนอกจากจะพิจารณาเนื้อหาของกฎหมาย (Legal Content) แล้ว ยังจะต้องศึกษาเกี่ยวกับนิติวิธี (Juristic Method) ประกอบด้วย

อีกทั้ง ในการพิจารณาปัญหาข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น แม้ในระบบกฎหมายซีวิลลอว์และระบบกฎหมายคอมมอนลอว์จะมีการใช้นิติวิธีที่แตกต่างกันดังที่ได้ศึกษามา แต่ในที่สุดนักกฎหมายทั้งสองระบบจะใช้ศาสตร์แห่งการใช้กฎหมายให้เป็นธรรมตามระบบของตน เช่นนี้ ภารกิจสำหรับนักนิติศาสตร์ไทยจึงหาได้อยู่ที่การถือตามนิติวิธีแบบใดแบบหนึ่งอย่างเคร่งครัดไม่ หากแต่อยู่ที่จะต้องศึกษาค้นคว้าและพัฒนานิติวิธีของระบบกฎหมายไทยให้สอดคล้องกับความเป็นจริงในสังคมไทย⁶⁸

⁶⁸ กิตติศักดิ์ ปรกติ, ความเป็นมาและหลักการใช้นิติวิธีในระบบซีวิลลอว์และคอมมอนลอว์, หน้า 99.

ศาสตราจารย์ ดร.หยุด แสงอุทัย ได้ปรารภไว้ว่า “การทำความเข้าใจในนิติวิธีที่ถูกต้องตามระบบของกฎหมายนั้นเป็นวิถีทางวิชาการที่จะทำให้กฎหมายของไทยมีประสิทธิภาพและเป็นปัจจัยสำคัญในการผดุงความยุติธรรมในสังคมได้อย่างแท้จริง”⁶⁹

2.4.1 ความเป็นมาทางประวัติศาสตร์ของนิติวิธีในระบบกฎหมายไทย

กฎหมายไทยนับแต่โบราณกาลได้รับอิทธิพลมาจากคัมภีร์พระธรรมศาสตร์ การศึกษาจึงกล่าวเริ่มจากคัมภีร์พระธรรมศาสตร์ซึ่งประเทศไทยได้รับอิทธิพลทางความคิดมาดั้งเดิมแต่อดีต โดยที่มาของคัมภีร์พระธรรมศาสตร์มาจากอินเดียตามความเชื่อในศาสนาฮินดู โดยเชื่อว่าพระพรหมเป็นผู้ถ่ายทอดหลักธรรมนี้แก่พระมนูสาร คัมภีร์พระธรรมศาสตร์จึงถือเป็นหลักธรรมที่มนุษย์ทุกคนต้องปฏิบัติตาม ซึ่งเรียกว่า มานวธรรมศาสตร์⁷⁰ ต่อมาได้มีการดัดแปลงคัมภีร์พระธรรมศาสตร์บางส่วนให้เหมาะสมแก่การปกครองบ้านเมืองโดยชนชาติขวามอญที่นับถือศาสนาพุทธ ซึ่งประเทศไทยก็ได้รับถ่ายทอดคัมภีร์พระธรรมศาสตร์มาจากมอญอีกต่อหนึ่ง

นอกจากนี้ ในประวัติศาสตร์กฎหมายไทยยังเชื่อว่าคัมภีร์พระธรรมศาสตร์ได้เข้ามาสู่ดินแดนไทยตั้งแต่สมัยสุโขทัย⁷¹ ซึ่งสอดคล้องกับหลักฐานที่ปรากฏในศิลาจารึกหลักที่ 38 หรือศิลาจารึกกฎหมายลักษณะโจร และพระธรรมศาสตร์ยังเป็นกฎหมายแม่บทสำคัญเมื่อครั้งกรุงศรีอยุธยาด้วย ซึ่งแม้แต่พระมหากษัตริย์ยังต้องถือเอาพระธรรมศาสตร์และความยุติธรรมเป็นที่ตั้ง ดังคำกล่าวที่ว่า “ดำรงพระไทยพึงอรรฐคดี ซึ่งกระลาการพิจารณาโดยยุติธรรมนั้นเปนแว่นแก้ว แล้วเอาคัมภีร์พระธรรมศาสตร์เปนพระเนตรดูเทศกาลบ้านเมืองโดยสมควรแล้ว จึงเอาพระกรเบี่ยงขวา คือพระสะตีสัมปะชัยญะทรงพระขรรค์แก้ว คือพระวิจารณ์จัญตตช็อคตือนาประชาราชฎรทั้งปวงโดยยุติธรรม”⁷²

จากถ้อยคำดังกล่าว เป็นการกล่าวถึงบทบาทของพระมหากษัตริย์กับอำนาจในการอำนวยความยุติธรรมในสังคมไทยดั้งเดิม ซึ่งเป็นช่วงยุคสมัยที่มีการปกครองแบบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ การ

⁶⁹ หยุด แสงอุทัย, ช่องว่างแห่งกฎหมาย, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2552), หน้า 45.

⁷⁰ แสวง บุญเฉลิมวิภาส, ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย, พิมพ์ครั้งที่ 12 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2556), หน้า 86.

⁷¹ ร. แลงกาต์, ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย เล่ม 1, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพมหานคร: มูลนิธิโครงการตำราสังคมศาสตร์และมนุษยศาสตร์, 2526), หน้า 37.

⁷² แสวง บุญเฉลิมวิภาส, ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย, หน้า 104.

ที่คัมภีร์พระธรรมศาสตร์กำหนดไว้เช่นนั้น เนื่องจากการปกครองในสมัยก่อนพระมหากษัตริย์ทรงเป็นองค์อธิปัตย์ ยังไม่ได้มีการแบ่งแยกอำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหาร และอำนาจตุลาการ ออกจากกันดังเช่นปัจจุบัน แต่ถือว่าอำนาจปกครองบ้านเมืองเป็นอำนาจอันหนึ่งอันเดียวกัน โดยพระมหากษัตริย์ทรงถือไว้ทุกอำนาจ

ในทางนิติวิธีการใช้อำนาจของพระมหากษัตริย์ พระมหากษัตริย์ทรงเป็นผู้ที่สามารถใช้พระราชอำนาจในทางตุลาการตัดสินคดีความด้วยพระองค์เองเพื่ออำนวยความเป็นธรรมให้เกิดขึ้นแก่ประชาชน ซึ่งจากข้อความข้างต้น ได้กำหนดให้พระมหากษัตริย์ทรงพึงอรรถคดีที่ตุลาการได้พิจารณาโดยยุติธรรมนั้นเป็นแฉกไว้ เพื่อใช้ขยายดูถ้อยคำสำนวนความว่าตุลาการได้นำเสนอมาอย่างไร ส่วนสิ่งที่จะช่วยให้พระมหากษัตริย์ทรงใช้เป็นหลักเกณฑ์ในการวินิจฉัย คือ คัมภีร์พระธรรมศาสตร์ อันเป็นตำราทางกฎหมายที่กำหนดบทบัญญัติต่างๆ ที่เกี่ยวข้องกับการพิจารณาคดีเอาไว้ ซึ่งพระมหากษัตริย์จะต้องใช้คัมภีร์ดังกล่าวให้เป็นเสมือนพระเนตร คือ เป็นเสมือนดวงตาที่จ้องมองผ่านแว่นแก้วดูสำนวนความของตุลาการเพื่อทำการวินิจฉัยคดี โดยการพิจารณาคดีของพระมหากษัตริย์จำต้องดูเทศกาลบ้านเมืองที่เป็นบริบททางสังคมในช่วงเวลาดังกล่าวด้วย กล่าวคือ ทรงต้องคำนึงถึงสถานที่และกาลเวลาที่เปลี่ยนแปลงไป ถ้าสิ่งใดไม่เหมาะสมกับกาลสมัยแห่งเทศกาลบ้านเมือง ก็เป็นพระราชอำนาจของพระองค์ที่จะแก้ไขให้เป็นไปตามควรแก่กรณี โดยจะทรงใช้พระสติปัญญาวินิจฉัยคดีเพื่อยุติปัญหาด้วยความเที่ยงธรรม อันเป็นเสมือนการใช้พระขรรค์ตัดขาดข้อพิพาทให้ยุติลงด้วยความเป็นธรรมนั่นเอง ซึ่งพระบรมราชวินิจฉัยในเรื่องดังกล่าวก็จัดเข้าเป็นราชาศาสตร์ที่เป็นหลักในการวินิจฉัยคดีต่อไป

แม้ในเวลาต่อมาจะมีการพิจารณาพิพากษาคดีโดยศาลก็ยังคงถือปฏิบัติให้พระมหากษัตริย์ในระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ทรงมีพระบรมราชวินิจฉัยได้ โดยใช้วิธีการให้ศาลนำความกราบบังคมทูลขอพระบรมราชวินิจฉัย ในเมื่อเห็นว่า ถ้าจะตัดสินคดีใดไปตามตัวบทกฎหมายแล้วจะไม่ต้องด้วยครรลองครองธรรม ซึ่งก็จะมีพระบรมราชวินิจฉัยเป็นรายกรณีไป อันแสดงให้เห็นถึงนิติวิธีในทางกฎหมายที่เป็นประเพณีทางการเมืองการปกครองของไทยที่ยึดถือปฏิบัติมาช้านานเพื่ออำนวยความยุติธรรมในการใช้กฎหมายให้เกิดขึ้นในสังคมไทย นอกจากนี้ ยังมุ่งหมายให้พระมหากษัตริย์สามารถใช้กฎหมายให้มีความเหมาะสมกับสภาพสังคมที่เปลี่ยนแปลงไปได้ ทั้งนี้ เพื่อให้การใช้กฎหมายสามารถก่อให้เกิดความเป็นธรรมแก่ประชาชน ซึ่งถือเป็นหลักนิติวิธีในการใช้กฎหมายควบคู่ไปกับ

หลักความเป็นธรรม ที่แม้แต่พระมหากษัตริย์ก็ยังทรงต้องถือเอาคัมภีร์พระธรรมศาสตร์และความยุติธรรมเป็นที่ตั้ง

ต่อมาในสมัยรัตนโกสินทร์ พระบาทสมเด็จพระพุทธยอดฟ้าจุฬาโลกได้โปรดให้มีการชำระกฎหมายขึ้นและรวบรวมออกมาเป็นกฎหมายตราสามดวง โดยหลักการในกฎหมายตราสามดวงยังคงยึดถือมาจากคัมภีร์พระธรรมศาสตร์ คัมภีร์พระธรรมศาสตร์จึงยังเปรียบเสมือนกฎหมายสูงสุดอยู่ ซึ่งแม้แต่พระมหากษัตริย์ก็ต้องยึดถือเป็นหลักในการออกพระราชศาสตร์ โดยพระราชศาสตร์จะขัดหรือแย้งกับหลักการในพระธรรมศาสตร์ไม่ได้ ซึ่งพระธรรมศาสตร์ได้กำหนดให้พระมหากษัตริย์นำมูลคดีทั้ง 39 ประการเป็นหลักในการออกพระราชศาสตร์หรืออสาขาคดีต่างๆ⁷³

นักประวัติศาสตร์กฎหมายไทยส่วนใหญ่จึงเห็นว่า กฎหมายไทยดั้งเดิมมีที่มาจากคัมภีร์พระธรรมศาสตร์ ซึ่งถัดมาได้ขยายออกเป็นพระธรรมศาสตร์และพระราชศาสตร์ โดยพระธรรมศาสตร์เปรียบได้กับรัฐธรรมนูญของราชอาณาจักร มีขอบเขตครอบคลุมกฎหมายหลักในทุกสาขา ทั้งกฎหมายมหาชนไปจนถึงกฎหมายเอกชน พระธรรมศาสตร์ยังอธิบายสถานะและความชอบธรรมของผู้ปกครองตามแนวทางในศาสนาพุทธด้วย ส่วนพระราชศาสตร์เป็นกฎหมายที่ตราขึ้นโดยพระมหากษัตริย์เพื่อเสริมและบังคับใช้หลักการในพระธรรมศาสตร์ แต่ทั้งนี้ พระมหากษัตริย์ไม่สามารถตราพระราชศาสตร์ให้ขัดหรือแย้งกับพระธรรมศาสตร์ได้⁷⁴

นอกจากพระธรรมศาสตร์และพระราชศาสตร์ดังกล่าวแล้ว ยังพบว่าในการปกครองและบริหารราชการแผ่นดินครั้งโบราณกาล พระมหากษัตริย์ได้ทรงออกกฎเกณฑ์ต่างๆ รวมถึง มีพระบรมราชวินิจฉัยอรรถคดีหลายๆ กรณีรวบรวมไว้กฎหมาย เช่น กฎมณเฑียรบาล กฎหมายที่มาจากจารีตประเพณีท้องถิ่นที่สืบทอดกันมา หรืออิทธิพลของพระพุทธศาสนา อาทิเช่น การห้ามมิให้ผู้สืบสันดานฟ้องผู้บุพการีที่เรียกว่าคดีอุทลุม เป็นต้น กฎหมายในส่วนนี้เรียกว่า พระราชนิติศาสตร์ โดยนัย

⁷³ เรื่องเดียวกัน, หน้า 126.

⁷⁴ มุนินทร์ พงศาปาน, ระบบกฎหมายซีวิลลอว์ : จากกฎหมายสิบสองโต๊ะสู่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์, หน้า 217-219.

ดังกล่าวจึงพบว่า คำว่า “นิติศาสตร์” ในความหมายเดิมนั้น เป็นกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการปกครองและการบริหารราชการแผ่นดินซึ่งมีลักษณะเป็นกฎหมายปกครองแบบปัจจุบัน⁷⁵

เมื่อพิจารณาโดยภาพรวมจะพบว่า โครงสร้างของกฎหมายตราสามดวง จะประกอบด้วย 3 ส่วน คือ ส่วนแรก พระราชนิติศาสตร์หรือราชนิติคดี ส่วนที่สอง พระธรรมศาสตร์หรือมูลคดี และส่วนที่สาม พระราชศาสตร์หรือสาขาคดี ซึ่งหลักการใหญ่ๆ ในคัมภีร์พระธรรมศาสตร์จะกำหนดมูลคดีออกเป็นสองประเภท คือ มูลคดีแห่งผู้พิพากษาและตุลาการ 10 ประการ ซึ่งเป็นกฎหมายแม่บทเกี่ยวกับอำนาจศาลและวิธีพิจารณาความ ได้แก่ ลักษณะอินทภาษ ลักษณะพระธรรมนูญ ลักษณะพยาน เป็นต้น และมูลคดีวิวาท 29 ประการ อันเป็นกฎหมายแม่ที่กำหนดสิทธิและหน้าที่ของบุคคลที่เกิดกรณีพิพาทต่อกัน ไม่ว่าจะเป็นคดีแพ่ง อาญา หรืออื่นใด ได้แก่ ลักษณะกู่หนี่ ลักษณะฉ้อพระราชทรัพย์ ลักษณะแบ่งมรดก เป็นต้น รวมทั้งสิ้น 39 ประการ หลักกฎหมายในส่วนนี้ เรียกว่า พระธรรมศาสตร์⁷⁶

ดังจะเห็นได้ว่า คัมภีร์พระธรรมศาสตร์มีบทบาทอย่างยิ่งต่อพัฒนาการกฎหมายไทย เป็นมาทางประวัติศาสตร์ของระบบกฎหมายไทยดั้งเดิมจึงต้องเริ่มศึกษาจากคัมภีร์พระธรรมศาสตร์ ซึ่งนิติวิธีในคัมภีร์พระธรรมศาสตร์ได้ฝังรากลึกถ้ายทอดมาเป็นทัศนคติในระบบกฎหมายไทย สังคมไทยจึงเป็นสังคมที่วางรากฐานควบคู่ไปกับหลักศาสนาและหลักความเป็นธรรม อันทำให้นิติวิธีในระบบกฎหมายไทยมุ่งเน้นเพื่ออำนวยความสะดวกให้เกิดขึ้นในสังคมและมีความสอดคล้องกับสภาพสังคมแบบไทย ซึ่งนิติวิธีของแต่ละสังคมย่อมแตกต่างกันไปตามสภาพข้อเท็จจริงของสังคมนั้นๆ

การปฏิรูปกฎหมายไทยภายใต้อิทธิพลตะวันตกในเวลาต่อมา เป็นที่ยอมรับกันว่า กฎหมายไทยในอดีตบางส่วนมีความล้าหลัง เช่น การดำนํ้าลู่ไฟ การทรมานเพื่อพิสูจน์ความจริงต่างๆ ไม่ใช่วิธีการที่ถูกต้อง ประกอบกับสถานการณ์บ้านเมือง การล่าอาณานิคมของตะวันตก จนก่อให้เกิดปัญหาสิทธิสภาพนอกอาณาเขตทำให้จำเป็นต้องมีการปฏิรูปกฎหมายขึ้น ซึ่งการริเริ่มปฏิรูปกฎหมายได้มีขึ้นในรัชสมัยพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว โดยถือว่าขณะนั้นประเทศไทยอยู่ในสถานการณ์บังคับและจำเป็นที่จะต้องมีการปฏิรูปกฎหมายเป็นการเร่งด่วน มีการเชิญนักกฎหมาย

⁷⁵ แสวง บุญเฉลิมวิภาส, ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย, หน้า 126-127.

⁷⁶ เรื่องเดียวกัน, หน้า 126-128.

จากชาติต่างๆ เข้ามาเป็นคณะกรรมการร่างประมวลกฎหมาย จึงทำให้ประเทศไทยได้รับอิทธิพลการบัญญัติกฎหมายจากต่างประเทศ แต่กระนั้น การรับอิทธิพลจากต่างประเทศในการบัญญัติกฎหมาย จำต้องไม่ละเลยรากฐานนิติวิธีทางกฎหมายของไทยที่มีอยู่แต่เดิมด้วย การรับเอาวิทยาการจากต่างประเทศมาใช้อย่างลอกเลียนแบบโดยมิได้ปรับปรุงแก้ไขให้เหมาะสมกับสังคมไทยอาจไม่สอดคล้องกับสภาพสังคมและปัญหาที่เกิดขึ้นได้ ทั้งนี้ การศึกษานิติวิธีในระบบกฎหมายไทยจึงเป็นเรื่องที่มีความสำคัญอย่างยิ่ง ทศนคติของนักกฎหมายในระบบกฎหมายจะเป็นเครื่องสะท้อนถึงความเข้าใจในระบบกฎหมายของตน

2.4.2 ทศนคติของนักกฎหมายในระบบกฎหมายไทย

เนื่องจากประเทศไทยเป็นประเทศที่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรเป็นบ่อเกิดเบื้องต้นของกฎหมาย และยึดถือประมวลกฎหมายเป็นหลักในการพิจารณาตัดสินคดี จึงอาจเรียกได้ว่าเป็นประเทศที่ใช้ระบบประมวลกฎหมาย นอกจากนี้ หลักกฎหมายเอกชนที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบันของไทย ยังได้รับการสืบทอดกันมาจากหลักกฎหมายดั้งเดิมของโรมัน ไม่ว่าจะเป็นการรับผ่านทางกฎหมายเยอรมัน กฎหมายฝรั่งเศส หรือจากกฎหมายญี่ปุ่นและกฎหมายของชนชาติอื่นๆ อีกทอดหนึ่งก็ตาม ก็ทำให้ประเทศไทยถือเป็นประเทศที่ได้รับอิทธิพลแนวความคิดทางกฎหมายถ่ายทอดมาจากกลุ่มประเทศที่ยึดถือระบบกฎหมายแบบซีวิลลอว์ อีกทั้ง เมื่อพิจารณาถึงประมวลกฎหมายเอกชนของไทย ก็ยังจัดทำตามแบบประมวลกฎหมายเอกชนของระบบกฎหมายซีวิลลอว์ในยุโรปตะวันตก เช่นประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยมีการจัดโครงสร้างคล้ายคลึงกับประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน เป็นต้น⁷⁷ ดังนั้น จึงทำให้ระบบกฎหมายไทยมีลักษณะใกล้เคียงกับระบบกฎหมายแบบซีวิลลอว์ที่ใช้ประมวลกฎหมายเป็นหลักอย่างชัดเจน อันแตกต่างไปจากกลุ่มประเทศที่ยึดถือบรรทัดฐานคำพิพากษาของศาลเป็นบ่อเกิดเบื้องต้นของกฎหมายที่จัดอยู่ในระบบกฎหมายแบบคอมมอนลอว์

นอกจากนี้ ประเทศไทยยังให้ความสำคัญต่อวิธีบัญญัติกฎหมายลายลักษณ์อักษร มีการตราประมวลกฎหมายขึ้นมาใช้บังคับ และมีการวางหลักกฎหมายที่มีลักษณะทั่วไปสามารถปรับใช้กับกรณีต่างๆ ได้ ทศนคติต่อวิธีบัญญัติกฎหมายลายลักษณ์อักษรจึงเห็นว่า การบัญญัติกฎหมายลายลักษณ์

⁷⁷ มุรินทร์ พงศปาน, ระบบกฎหมายซีวิลลอว์ : จากกฎหมายสิบสองโต๊ะสู่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์, หน้า 53-54.

อักษรจะต้องบัญญัติเป็นหลักทั่วไปใช้ได้ครอบคลุมกับบรรดากรณีทั้งหลาย ไม่ใช่กฎหมายเฉพาะเรื่องเฉพาะราว แต่ในบางเรื่องหากไม่สามารถวางหลักเกณฑ์ทั่วไปได้อย่างสมบูรณ์อาจจะมีการบัญญัติกฎหมายทั่วไปในบางเรื่องและบทที่เป็นรายละเอียดในบางเรื่องก็ได้

อีกทั้ง นักกฎหมายไทยยังยอมรับในการใช้ขนบธรรมเนียมจารีตประเพณีในกฎหมายด้วย โดยยอมรับว่าขนบธรรมเนียมจารีตประเพณีเป็นที่มาของพัฒนาการทางกฎหมายตั้งแต่อดีต และปัจจุบันยังคงได้รับการยอมรับให้นำมาใช้กับเรื่องต่างๆ เช่น ในการอุดช่องว่างแห่งกฎหมาย การตีความกฎหมาย เป็นต้น ดังนั้น กฎหมายลายลักษณ์อักษรจึงเป็นกฎหมายที่อยู่เคียงคู่กับจารีตประเพณี และจารีตประเพณียังเป็นบ่อเกิดของกฎหมายในลำดับรองด้วย

สำหรับทัศนคติที่มีต่อคำพิพากษาของศาล คำพิพากษาของศาลเป็นเพียงคำอธิบายการใช้ตัวบทกฎหมายหรือเป็นเพียงตัวอย่างในการปรับตัวบทกฎหมายแก่คดีเท่านั้น การวินิจฉัยคดีของศาลจึงไม่ผูกมัดให้ต้องตัดสินไปตามคดีที่ได้รับการตัดสินก่อน แต่อย่างไรก็ตาม ในทางปฏิบัติ นักกฎหมายในประเทศไทยก็ยังคงเคารพและยึดถือแนวคำตัดสินในคำพิพากษาของศาลฎีกาเป็นสำคัญ เนื่องด้วยเป็นที่ยอมรับในเหตุผลและเป็นตัวอย่างที่ดีในการปรับใช้กฎหมายตั้งแต่อดีตเรื่อยมา เช่นนี้ แม้กฎหมายตามคำพิพากษาของศาลจะมิได้มีอำนาจบังคับเทียบเท่ากฎหมาย แต่คำพิพากษาของศาลนั้นๆ ก็ได้รับการยอมรับและยึดถือตามกันมาในหมู่นักกฎหมายไทยส่วนใหญ่

ต่อมา เมื่อพิจารณาถึงนิติวิธีในระบบกฎหมายไทย นิติวิธีหรือทัศนคติต่อการใช้การตีความกฎหมายลายลักษณ์อักษรเป็นเรื่องสำคัญที่มีอาจหลีกเลี่ยงได้ นิติวิธีในกฎหมายจะแสดงให้เห็นถึงระบบกฎหมายนั้นๆ เมื่อระบบกฎหมายไทยยึดถือกฎหมายลายลักษณ์อักษรเป็นหลัก กฎหมายลายลักษณ์อักษรจึงสำคัญที่สุด จึงต้องมีการพิจารณาวินิจฉัยการใช้การตีความกฎหมายลายลักษณ์อักษรโดยละเอียด ทั้งนี้ ในการศึกษานิติวิธีในระบบกฎหมายไทยจำเป็นต้องศึกษาถึงการใช้อกฎหมาย การตีความกฎหมาย และการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายประกอบด้วย เพื่อให้ผู้ใช้กฎหมายสามารถใช้และตีความกฎหมาย รวมถึง อุดช่องว่างแห่งกฎหมายในกรณีที่ไม่มียกกฎหมายลายลักษณ์อักษรบัญญัติไว้ได้อย่างถูกต้องต่อไป

2.4.3 หลักการใช้นิติวิธีในระบบกฎหมายไทย

2.4.3.1 การใช้กฎหมาย

เนื่องจากนิติวิธีมีความสำคัญอย่างสูงในการใช้และการศึกษากฎหมาย ดังนั้น จึงควรเข้าใจถึงข้อความคิดพื้นฐานเบื้องต้นเกี่ยวกับนิติวิธีในการใช้กฎหมายตามระบบกฎหมายไทยก่อน ซึ่งการศึกษาการใช้กฎหมายจะช่วยให้ผู้ใช้กฎหมายสามารถใช้กฎหมายได้อย่างเหมาะสม การใช้กฎหมายจึงมีบทบาทมากต่อกระบวนการยุติธรรม

2.4.3.1.1 ความหมายของการใช้กฎหมาย

การใช้กฎหมายอาจพิจารณาความหมายได้ 2 ประการ คือ ⁷⁸

ประการแรก การใช้กฎหมาย หมายถึง การบัญญัติกฎหมายตามวิธีทางรัฐธรรมนูญ หรือกล่าวอีกนัยหนึ่ง คือ การบัญญัติกฎหมายที่กฎหมายแม่บทให้อำนาจไว้ ดังนั้น การใช้กฎหมายในความหมายนี้ คือ การออกกฎหมายมาใช้บังคับ หรือใช้กฎหมายเป็นเครื่องมือในการดูแลรัฐหรือสังคมนั่นเอง ซึ่งการออกกฎหมายระดับรอง เช่น พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ก็ถือเป็นการใช้กฎหมายตามความหมายนี้ด้วย กล่าวคือ ต้องมีการนำกฎหมายแม่บทมาใช้ และพิจารณาว่ากฎหมายแม่บทนั้นให้อำนาจในการออกกฎหมายลำดับรองประเภทใดบ้าง และกฎหมายแม่บทอนุญาตให้ออกกฎหมายเกี่ยวกับเรื่องใดและมีขอบเขตเพียงใด ซึ่งจะออกกฎหมายเกินอำนาจที่กฎหมายแม่บทกำหนดมิได้ ⁷⁹

การจัดลำดับศักดิ์หรือลำดับชั้นของกฎหมายจึงเป็นสิ่งสำคัญ กฎหมายที่มีลำดับศักดิ์สูงสุด คือ รัฐธรรมนูญ อันเป็นการจัดรูปแบบการปกครองและคุ้มครองสิทธิหน้าที่ของปวงชน บทบัญญัติแห่งกฎหมายใดที่ขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญ บทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นเป็นอันใช้บังคับมิได้ ลำดับศักดิ์ของกฎหมายลำดับถัดมา คือ พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ พระราชบัญญัติประมวลกฎหมาย และพระราชกำหนด ซึ่งพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญมีศักดิ์เดียวกันกับ

⁷⁸ หยุต แสงอุทัย, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์แห่งมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2523), หน้า 92.

⁷⁹ สุนทร มณีสวัสดิ์, เอกสารการสอนชุดวิชากฎหมายแพ่ง 1, พิมพ์ครั้งที่ 21 (นนทบุรี: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช, 2551), หน้า 6.

พระราชบัญญัติ แต่มีวิธีการตราที่เคร่งครัดกว่าพระราชบัญญัติเนื่องจากเป็นกฎหมายที่อธิบายรายละเอียดต่างๆ ของรัฐธรรมนูญ ส่วนพระราชบัญญัติและประมวลกฎหมายเป็นกฎหมายที่ตราขึ้นโดยองค์กรฝ่ายนิติบัญญัติหรือรัฐสภา ส่วนพระราชกำหนดเป็นกฎหมายที่ตราขึ้นโดยอาศัยอำนาจฝ่ายบริหารหรือรัฐบาลหรือคณะรัฐมนตรี ซึ่งได้รับมอบหมายจากฝ่ายนิติบัญญัติให้มีอำนาจในการออกกฎหมายได้ ทั้งนี้ พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ พระราชบัญญัติ ประมวลกฎหมาย และพระราชกำหนด เป็นกฎหมายที่อาศัยอำนาจในการออกจากรัฐธรรมนูญโดยตรง จึงเป็นกฎหมายที่มีลำดับศักดิ์รองลงมาจากรัฐธรรมนูญเท่านั้น

สำหรับกฎหมายลำดับรอง เช่น พระราชกฤษฎีกา เป็นกฎหมายที่อาศัยอำนาจจากกฎหมายแม่บท ซึ่งจะกำหนดรายละเอียดซึ่งเป็นหลักการย่อยๆ ของพระราชบัญญัติหรือพระราชกำหนด และพระราชกฤษฎีกาที่ตราขึ้นโดยอาศัยอำนาจรัฐธรรมนูญเพื่อกำหนดระเบียบเกี่ยวกับการบริหารราชการหรือกำหนดกิจการหรือการกระทำที่สำคัญตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ เป็นต้น ต่อมา กฎกระทรวงเป็นกฎหมายที่ออกโดยฝ่ายบริหารและไม่ต้องผ่านการพิจารณาเห็นชอบจากรัฐสภา โดยให้อำนาจรัฐมนตรีสามารถออกกฎหมายที่เกี่ยวกับรายละเอียดต่างๆ ในการปฏิบัติหน้าที่ได้ และสุดท้าย เทศบัญญัติ ข้อบังคับสุขาภิบาล และข้อบังคับจังหวัด อันเป็นกฎหมายท้องถิ่นที่ได้จากการกระจายอำนาจการบริหารราชการส่วนกลาง โดยมีกฎหมายแม่บทที่ให้อำนาจท้องถิ่นปกครองและออกกฎหมายได้ด้วยตนเอง⁸⁰

ทั้งนี้ จากการพิจารณาลำดับศักดิ์ของกฎหมายจะมีความสำคัญอย่างยิ่งต่อการใช้กฎหมาย เมื่อการใช้กฎหมายตามความหมายนี้เป็นการบัญญัติกฎหมายตามวิธีทางรัฐธรรมนูญหรือเป็นการบัญญัติกฎหมายที่กฎหมายแม่บทให้อำนาจไว้ กฎหมายที่ออกมาจึงจะออกให้ขัดกับกฎหมายแม่บทไม่ได้ และกฎหมายที่อยู่ในลำดับศักดิ์ต่ำกว่าจะมีข้อความขัดหรือแย้งกับกฎหมายที่อยู่ในลำดับศักดิ์สูงกว่าไม่ได้ มิฉะนั้นแล้ว กฎหมายที่อยู่ในลำดับศักดิ์ต่ำกว่าจะตกไปใช้ไม่อาจใช้บังคับ

ประการที่สอง การใช้กฎหมาย หมายถึง การนำกฎหมายที่เป็นข้อบังคับหรือกฎเกณฑ์ทั่วไปมาปรับเข้ากับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นเป็นกรณีๆ ไป ดังนั้น การใช้กฎหมายตาม

⁸⁰ รัฐสิทธิ์ ศุภสุวรรณ, กฎหมายแพ่ง : หลักทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, สิงหาคม 2560), หน้า 71-75.

ความหมายนี้ จึงหมายถึง การนำข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในคดีมาปรับกับตัวบทกฎหมายและวินิจฉัยชี้ขาดว่าข้อเท็จจริงนั้นมีผลทางกฎหมายอย่างไร ซึ่งบรรดาข้อเท็จจริงในคดีอาจได้มาจากพยานหลักฐานต่างๆ ที่คู่ความได้กล่าวอ้างในกระบวนการพิจารณาและศาลรับฟังเป็นที่ยุติว่าเป็นเช่นนั้น และเมื่อนำข้อเท็จจริงมาปรับกับตัวบทกฎหมาย จึงเรียกว่า การปรับบทกฎหมาย หรือก็คือการใช้กฎหมาย ซึ่งการใช้กฎหมายตามความหมายประการที่สองนี้ เป็นความหมายตามที่วิทยานิพนธ์ฉบับนี้มุ่งจะกล่าวถึงเป็นสำคัญต่อไป

2.4.3.1.2 หลักการใช้กฎหมาย

หลักการใช้กฎหมาย ในที่นี้จะกล่าวถึงหลักการใช้กฎหมายกับข้อเท็จจริง โดยทั่วไป มีขั้นตอนการใช้กฎหมายหรือการปรับบทกฎหมายดังต่อไปนี้⁸¹ ขั้นแรก เริ่มจากการพิสูจน์ด้วยพยานหลักฐานต่างๆ ว่าข้อเท็จจริงในคดีนั้นได้เกิดขึ้นจริงตามที่มีการกล่าวอ้างหรือไม่ ต่อมาเมื่อได้ข้อเท็จจริงเป็นที่ยุติแล้วจะต้องค้นหาบทกฎหมายที่ตรงกับข้อเท็จจริงนั้นเพื่อมาวินิจฉัยปรับบทกฎหมาย โดยการวินิจฉัย ผู้ใช้กฎหมายต้องวินิจฉัยก่อนว่าข้อเท็จจริงในคดีนั้นสามารถปรับได้กับข้อเท็จจริงที่เป็นองค์ประกอบในบทบัญญัติของกฎหมายหรือไม่ และถัดไปถ้าสามารถปรับกับข้อเท็จจริงที่เป็นองค์ประกอบในบทบัญญัติของกฎหมายได้แล้วจะมีผลทางกฎหมายอย่างไร อีกทั้ง ในกรณีที่กฎหมายกำหนดผลทางกฎหมายไว้หลากหลายอย่าง ก็เป็นหน้าที่ของผู้ใช้กฎหมายที่จะต้องใช้ดุลพินิจตัดสินใจเลือกผลทางกฎหมายอย่างใดอย่างหนึ่งให้เหมาะสมกับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นนั้น

ด้วยเหตุนี้ การใช้กฎหมายแก่ข้อเท็จจริงจึงต้องพิจารณาทั้งการกระทำหรือเหตุการณ์ที่เกิดขึ้น รวมถึงพิจารณาบทกฎหมายที่ได้กำหนดหลักเกณฑ์สำหรับเรื่องนั้นๆ ไว้ เพื่อที่ผู้ใช้กฎหมายจะสามารถปรับบทกฎหมายแก่ข้อเท็จจริงนั้นได้ อันจะทำให้เกิดผลลัพธ์ตามที่กฎหมายกำหนดและมุ่งหมายไว้ โดยการที่ผู้ใช้กฎหมายจะสามารถใช้กฎหมายแก่ข้อเท็จจริงได้อย่างถูกต้อง ผู้ใช้กฎหมายจะต้องศึกษาหลักเกณฑ์ของกฎหมายอย่างถ่องแท้เสียก่อน มิฉะนั้น หากผู้ใช้กฎหมายแก้ไขปัญหามาตามความรู้สึกโดยมิได้คำนึงถึงบทกฎหมาย จะนำมาซึ่งการใช้กฎหมายตามอำเภอใจ

⁸¹ สมยศ เชื้อไทย, คำอธิบายวิชากฎหมายแพ่ง : หลักทั่วไป, หน้า 170.

2.4.3.1.3 ประเภทของการใช้กฎหมาย

การใช้กฎหมายกับข้อเท็จจริงดังที่กล่าวมาข้างต้นอาจเป็นการใช้กฎหมายที่มีความหมายอย่างกว้างได้ ทั้งนี้ ตามความเห็นของนักกฎหมาย เช่น ศาสตราจารย์ ดร.ปรีดี เกษมทรัพย์ รองศาสตราจารย์สมยศ เชื้อไทย เห็นว่า การใช้กฎหมายสามารถแบ่งประเภทได้ 2 ประเภทใหญ่ คือ ประเภทแรก การใช้กฎหมายโดยตรง และประเภทที่สอง การใช้กฎหมายโดยการเทียบเคียง⁸² แต่อย่างไรก็ตาม สำหรับกรณีการใช้กฎหมายโดยการเทียบเคียง ผู้วิจัยกลับเห็นว่า ในการอธิบายการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในเรื่องของการใช้กฎหมายอาจจะก่อให้เกิดความสับสนขึ้นมาได้ เนื่องด้วยการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งเป็นเรื่องที่อยู่นอกเหนือบทบัญญัติกฎหมายลายลักษณ์อักษร จึงควรกล่าวถึงกรณีการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในความหมายที่ว่าเป็นการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายอันจะก่อให้เกิดความชัดเจนมากยิ่งขึ้น

แต่ทั้งนี้ หากอธิบายแบ่งประเภทของการใช้กฎหมายออกเป็น 2 ประเภทใหญ่ คือ ประเภทแรก การใช้กฎหมายโดยตรง และประเภทที่สอง การใช้กฎหมายโดยการเทียบเคียง ตามความเห็นของศาสตราจารย์ ดร.ปรีดี เกษมทรัพย์ และรองศาสตราจารย์สมยศ เชื้อไทย อาจจะพิจารณาได้ดังนี้

ประเภทแรก การใช้กฎหมายโดยตรง การใช้กฎหมายโดยตรงต้องเริ่มจากการศึกษาตัวบทกฎหมายก่อน โดยเป็นการศึกษาตัวบทกฎหมายที่มีอยู่ในเรื่องนั้นๆ เพื่อให้ทราบถึงความหมายหรือเจตนารมณ์ของกฎหมาย ซึ่งเป็นสิ่งสำคัญต่อการใช้กฎหมายโดยตรงอย่างมาก เพราะหากไม่ทราบถึงเจตนารมณ์แล้ว ผู้ใช้กฎหมายก็อาจใช้กฎหมายโดยผิดพลาดคลาดเคลื่อนไปจากเจตนารมณ์อันแท้จริงแห่งกฎหมาย ทำให้เกิดการใช้กฎหมายที่ไม่ถูกต้องขึ้นและจะก่อให้เกิดผลลัพธ์ที่เสียหายตามมา

อย่างไรก็ตาม ในการปรับใช้กฎหมายจำเป็นต้องมีการตีความกฎหมายก่อน เพราะกฎหมายนั้นต้องตีความให้สอดคล้องทั้งกฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษรกับเจตนารมณ์ของกฎหมาย⁸³ การใช้และการตีความกฎหมายจึงไม่อาจพิจารณาแยกออกจากกันได้โดยเด็ดขาด ทั้งนี้ ผู้ใช้

⁸² ปรีดี เกษมทรัพย์, กฎหมายแพ่ง: หลักทั่วไป, หน้า 61.

⁸³ ศนันท์ภรณ์ โสทธิพันธุ์, คำอธิบายหลักพื้นฐานของกฎหมายเอกชน, หน้า 200.

กฎหมายจึงจำเป็นต้องตีความเพื่อให้ทราบถึงเจตนารมณ์ที่แท้จริงของกฎหมาย แล้วจึงจะสามารถปรับใช้กฎหมายกับข้อเท็จจริงนั้นได้อย่างถูกต้อง เช่นนี้ การใช้กฎหมายจึงต้องตีความกฎหมายด้วย แต่การตีความต้องเป็นกรณีการใช้กฎหมายลายลักษณ์อักษรเท่านั้น ซึ่งการใช้กฎหมายก็ไม่ใช่อ่างเดียวกันกับการตีความกฎหมาย เพราะการตีความกฎหมายเป็นกระบวนการค้นหาความหมายที่ถูกต้องจากถ้อยคำในกฎหมายลายลักษณ์อักษร ซึ่งจะกล่าวต่อไปโดยละเอียดในหัวข้อ 2.4.3.2

ประเภทที่สอง การใช้กฎหมายโดยการเทียบเคียง เป็นกรณีที่ข้อเท็จจริงอยู่นอกขอบเขตของตัวบทกฎหมายทำให้มีอาจปรับบทกฎหมายได้ จึงไม่สามารถใช้กฎหมายโดยตรง จำต้องมีการเทียบเคียงเหตุผลของกฎหมายออกไป เรียกว่า การใช้กฎหมายโดยการเทียบเคียง เพราะเป็นเรื่องนอกตัวบทบัญญัติแห่งกฎหมายแต่ใช้เหตุผลอย่างเดียวกันกับตัวบทกฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษร แต่กระนั้น ในเรื่องดังกล่าวนี้ ผู้วิจัยเห็นว่าควรอธิบายในกรณีของการอุดช่องว่างแห่งกฎหมาย จะทำให้เกิดความชัดเจนกว่า ซึ่งวิธีการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายประการหนึ่งก็คือ การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง เช่นนี้ หากนำเรื่องการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งมาแสดงในเรื่องการใช้กฎหมายโดยการเทียบเคียงอาจก่อให้เกิดความเข้าใจในหัวข้อที่คาดเคลื่อนไปได้ ถึงแม้ว่าเจตนาของนักกฎหมายจะมุ่งกล่าวถึงเรื่องของการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายเช่นเดียวกัน⁸⁴ ดังนั้น ในหัวข้อ 2.4.3.3 ผู้วิจัยจึงจะกล่าวถึงเรื่องของการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายให้ชัดเจนต่อไป และในบทที่ 3 ผู้วิจัยจะแสดงถึงกรณีการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง พร้อมทั้ง มุ่งศึกษาถึงรายละเอียดต่างๆ ที่เกี่ยวเนื่องกับปัญหาการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ต่อไป

2.4.3.2 การตีความกฎหมาย

ในระบบกฎหมายซีวิลลอว์ ศาลจะพิจารณาปรับข้อเท็จจริงเข้ากับหลักกฎหมาย ซึ่งการตีความกฎหมายจะเข้ามามีส่วนช่วยในการพิจารณา โดยผู้บัญญัติกฎหมายอาจจะไม่ได้บัญญัติกฎหมายไว้อย่างครอบคลุมชัดเจนทุกกรณี เช่นนี้ การเปิดช่องให้ศาลใช้ดุลพินิจได้ในระดับหนึ่งจึงอาจทำให้การปรับบทกฎหมายเป็นไปอย่างเหมาะสม ซึ่งปัจจุบันการบัญญัติกฎหมายนิยมบัญญัติกฎหมายในลักษณะทั่วไป แต่อย่างไรก็ตาม ข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นกลับเป็นข้อเท็จจริงเฉพาะเรื่องเฉพาะกรณี จึง

⁸⁴ ปรีดี เกษมทรัพย์, กฎหมายแพ่ง : หลักทั่วไป, หน้า 75.

ต้องมาพิจารณาและตีความว่าจะสามารถนำกฎหมายที่บัญญัติไว้เป็นกฎเกณฑ์ทั่วไปนี้มาใช้ได้หรือไม่ นอกจากนั้น ในการตีความกฎหมาย นักกฎหมายบางท่านได้เห็นว่า หากกฎหมายที่บัญญัติไว้มีถ้อยคำกำกวมไม่เฉพาะเจาะจงหรือมีความหมายได้หลายทางก็จำเป็นต้องมีการตีความกฎหมายเพื่อให้ทราบถึงความหมายของกฎหมายนั้นๆ แต่หากกฎหมายชัดเจนอยู่แล้วก็ไม่ต้องตีความ⁸⁵ อย่างไรก็ตาม นักกฎหมายหลายท่านได้เห็นต่างว่า ไม่มีบทกฎหมายใดที่ไม่ต้องตีความ⁸⁶ หรือ หลักการตีความกฎหมายควรมีมาก่อนการปรับใช้ข้อเท็จจริง⁸⁷ เป็นต้น เพราะกฎหมายนั้นต้องตีความให้สอดคล้องทั้งกฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษรกับเจตนารมณ์ของกฎหมาย โดยการที่จะรู้ว่ากฎหมายมีความหมายอย่างไร จำต้องอาศัยการตีความเพื่อค้นหาความหมายของกฎหมายนั้น

2.4.3.2.1 ความหมายของการตีความกฎหมาย

การตีความกฎหมาย คือ การตีถ้อยคำของกฎหมายให้ได้เป็นข้อความที่จะนำไปใช้วินิจฉัยชี้ขาดคดีข้อพิพาท ซึ่งการตีความต้องเป็นกระบวนการขบคิดค้นหาข้อความหรือความหมายจากบทบัญญัติของกฎหมายโดยวิธีใช้เหตุผลตามหลักตรรกวิทยา และสามัญสำนึกเพื่อจะนำไปใช้วินิจฉัยข้อพิพาทในคดีได้อย่างถูกต้อง เหมาะเจาะ เหมาะสม และเป็นธรรม⁸⁸

แต่อย่างไรก็ตาม ข้อสังเกตประการสำคัญของการตีความกฎหมาย คือ การตีความกฎหมายไม่ใช่การสร้างหรือบัญญัติกฎหมายขึ้นมาใหม่ แต่เป็นเพียงการให้ความหมายที่ชัดเจนแก่บทบัญญัติของกฎหมายเท่านั้น⁸⁹

ทั้งนี้ การตีความหมายกับการแปลความมีความหมายไม่เหมือนกัน แม้การตีความหมายกับการแปลความจะดูใกล้เคียงกันมาก แต่การตีความหมายกับการแปลความก็มีข้อแตกต่างกันอยู่ ซึ่งการแปลความจะใช้ในความหมายที่เป็นการแปลความจากภาษาหนึ่งไปสู่การแปล

⁸⁵ หยุด แสงอุทัย แก้วใจปรับปรุงโดย สมยศ เชื้อไทย, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 21 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2560), หน้า 122-123.

⁸⁶ กิตติศักดิ์ ปรกติ, "หลักทั่วไปในการใช้และตีความกฎหมาย," ใน การใช้การตีความกฎหมาย, พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพมหานคร: กองทุนศาสตราจารย์จิติติ ดิงศรัทีย คณະนิตศาสตร มหาวิตายาลัยธรรมศาสตร, 2553), หน้า 45.

⁸⁷ ศนันท์กรณ โสทธิพันธ์, คำอธิบายหลักพื้นฐานของกฎหมายเอกชน, หน้า 200.

⁸⁸ สมยศ เชื้อไทย, คำอธิบายวิชากฎหมายแพ่ง : หลักทั่วไป, หน้า 174.

⁸⁹ ธานินทร์ กรีวิเชียร, "ความสำคัญของการตีความกฎหมายในวิชาชีพกฎหมาย," ใน การใช้การตีความกฎหมาย, พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพมหานคร: กองทุนศาสตราจารย์จิติติ ดิงศรัทีย คณະนิตศาสตร มหาวิตายาลัยธรรมศาสตร, 2553), หน้า 1.

ความอีกภาษาหนึ่ง แต่การตีความนั้นจะมีแนวทางตีความในลักษณะเป็นการไขความ กล่าวคือ เป็นการขบคิดและค้นหาความหมายที่ถูกปกปิดหรือซ่อนเร้นไว้ให้เปิดเผยกระจ่างออกมา โดยการตีความนั้นจะต้องเป็นการใช้เหตุผลตามหลักตรรกวิทยาและสามัญสำนึกเพื่อนำไปสู่ผลสรุปที่ถูกต้องและเป็นธรรม⁹⁰ ดังนั้น การตีความจึงมีลักษณะสำคัญดังนี้ ประการแรก การตีความจะต้องมีวัตถุประสงค์ในการตีความ คือ ถ้อยคำ ซึ่งถ้อยคำดังกล่าวมาจากบทบัญญัติของกฎหมายลายลักษณ์อักษร เช่นนี้ จึงไม่มีการตีความจารีตประเพณีหรือหลักกฎหมายทั่วไป ประการที่สอง การตีความต้องเป็นการขบคิดค้นหาคำตอบทางกฎหมายโดยการใช้เหตุผลตามหลักตรรกะและสามัญสำนึกในเรื่องความถูกต้อง ไม่ใช่การเสี่ยงทายหรือเดาสุ่มตามใจชอบ และประการสุดท้าย การตีความต้องเป็นการใช้สติปัญญาโดยมุ่งต่อความถูกต้องและเป็นธรรม ซึ่งเป็นวัตถุประสงค์สำคัญในการตีความกฎหมาย⁹¹

2.4.3.2.2 หลักการตีความกฎหมาย

ในประเทศต่างๆ ย่อมมีหลักการตีความกฎหมายที่แตกต่างกันไป อันเนื่องมาจากปัจจัยที่หลากหลาย ทั้งความแตกต่างของระบบกฎหมาย วิวัฒนาการในการใช้กฎหมาย การนำกฎหมายมาใช้ ตลอดจน ขนบธรรมเนียมประเพณีของประเทศนั้นๆ ประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ เช่น ประเทศอังกฤษก็มีหลักเกณฑ์ในการตีความกฎหมายต่างไปจากประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายซีวิลลอว์ เช่น ประเทศฝรั่งเศส ประเทศเยอรมนี ประเทศสวีเดนเซอร์แลนด์ แม้ประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายเหมือนกัน เช่น ประเทศเยอรมนีกับประเทศฝรั่งเศส ก็ยังมีหลักเกณฑ์ในการตีความกฎหมายต่างกันออกไป ดังนั้น ในการศึกษาหลักเกณฑ์การตีความกฎหมายของไทยจึงจำเป็นต้องพิจารณาอย่างละเอียดรอบคอบ เพื่อประโยชน์ในการศึกษากฎหมายต่อไป

ทั้งนี้ หลักการตีความกฎหมายไทย ตามมาตรา 4 วรรคหนึ่ง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บัญญัติว่า “กฎหมายนั้น ต้องใช้ในบรรดากรณีซึ่งต้องด้วยบทบัญญัติใดๆ แห่งกฎหมายตามตัวอักษร หรือตามความมุ่งหมายของบทบัญญัตินั้นๆ” ซึ่งนักกฎหมายไทยยึดถือกันว่า ตามมาตรา 4 วรรคหนึ่งดังกล่าว หมายความว่า ในการใช้กฎหมายนั้นต้องพิจารณาไปตามตัวอักษร และตามความมุ่งหมายของบทบัญญัติกฎหมายไปพร้อมๆ กัน มิใช่พิจารณาบทบัญญัติกฎหมายตาม

⁹⁰ สมยศ เชื้อไทย, คำอธิบายวิชากฎหมายแพ่ง : หลักทั่วไป, หน้า 174.

⁹¹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 174-175.

ตัวอักษรก่อน แล้วจึงพิจารณาความมุ่งหมายภายหลัง เช่นนี้ ในการตีความกฎหมายจึงจำเป็นต้อง พิจารณาทั้งตัวอักษรและพิจารณาเหตุผลหรือความมุ่งหมายของกฎหมายนั้นทั้งสองด้านไปพร้อมกัน

ประการแรก การพิจารณาตัวอักษร การพิจารณาตัวอักษรเป็นการพิจารณาถึง ถ้อยคำหรือคำศัพท์ตัวอักษรที่นำมาบัญญัติเป็นกฎหมายว่ามีความหมายอย่างไรได้บ้าง และในแต่ละ ถ้อยคำมีขอบเขตความหมายกว้างแคบต่างกันอย่างไร เพื่อพิจารณาแยกแยะคำแต่ละคำที่นำมา ประกอบรวมกันเป็นข้อความหนึ่ง ซึ่งอาจตีความหมายได้ในหลากหลายทาง ทั้งนี้ อาจแบ่งประเภท ของคำออกเป็น 2 ประเภท คือ (1) คำศัพท์ธรรมดา ซึ่งต้องแปลความหมายตามความหมายธรรมดาที่ สามัญชนทั่วไปเข้าใจกัน โดยอาจอาศัยความหมายตามพจนานุกรมเพื่อแปลความตามปกติ และ (2) คำศัพท์พิเศษที่เป็นคำศัพท์ทางวิชาการหรือคำศัพท์ทางเทคนิค โดยในวิชาการแต่ละสาขาก็จะมี คำศัพท์วิชาการที่ใช้ในแต่ละสาขานั้นๆ ซึ่งจะต้องเข้าใจความหมายตามที่วิชาการในสาขานั้นๆ ใช้อยู่ โดยเฉพาะคำศัพท์ทางกฎหมายก็มีศัพท์กฎหมายเฉพาะซึ่งอาจมีความหมายเฉพาะแตกต่างไปจาก ความหมายที่เข้าใจกันโดยทั่วไป

คำศัพท์พิเศษที่เป็นคำศัพท์กฎหมายอาจเกิดขึ้นได้หลายลักษณะ ดังนี้⁹²

(1) คำศัพท์นั้นเป็นคำศัพท์ธรรมดาแต่เมื่อนำมาใช้กับกฎหมายแล้ว มีความหมาย พิเศษในทางกฎหมายแตกต่างไปจากความหมายธรรมดา กล่าวคือ โดยทั่วไปคำศัพท์นั้นมีความหมาย อย่างหนึ่ง แต่เมื่อนำมาใช้ในทางกฎหมายแล้วกลับมีความหมายอีกอย่างหนึ่ง เช่น คำว่า “บิดา” ในทางกฎหมาย หมายถึง บิดาที่ชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น ซึ่งผู้ใช้กฎหมายจำต้องระมัดระวัง ความหมายของคำเหล่านี้ด้วย เพราะหากมีการนำความหมายธรรมดามาปรับใช้ก็จะผิดไปจาก ความหมายทางกฎหมาย เป็นผลให้การตีความผิดพลาดคลาดเคลื่อนไป

(2) คำศัพท์พิเศษทางกฎหมายที่เกิดจากคำพิพากษาของศาล ซึ่งแต่เดิมคำศัพท์นั้น อาจมีความหมายธรรมดา แต่เมื่อได้มีคำพิพากษาศาลฎีกาอธิบายความหมายหรือให้ความหมายแก่ ถ้อยคำบางคำของตัวบทกฎหมายไว้ และคำพิพากษาศาลฎีกาที่มีมาในภายหลังได้ยอมรับและวินิจฉัย ไปในทำนองเดียวกันจนเป็นที่เข้าใจในแวดวงของนักกฎหมายทั่วไป ก็กลายเป็นคำศัพท์กฎหมายที่เกิด

⁹² ปรีดี เกษมทรัพย์, กฎหมายแพ่ง : หลักทั่วไป, หน้า 66-67.

มาจากคำพิพากษาของศาล เช่น “ผู้เสียหาย” ตามมาตรา 2 (4) ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ศาลฎีกาได้ให้ความหมายของคำว่าผู้เสียหาย นอกจากจะต้องเป็นผู้เสียหายในทางพยานแล้ว ยังต้องเป็นผู้เสียหายในทางนิติด้วย กล่าวคือ ต้องไม่มีส่วนร่วมในการกระทำความผิดนั้น

(3) คำศัพท์พิเศษทางกฎหมายที่เกิดจากการอธิบายของนักนิติศาสตร์ ซึ่งวิชาการนิติศาสตร์ได้เกิดขึ้นมานับเป็นเวลายาวนานแล้ว โดยนักนิติศาสตร์ได้คิดประดิษฐ์คำศัพท์กฎหมายขึ้นมาใช้ อีกทั้ง ยังมีการอธิบายของนักนิติศาสตร์ไว้มากมายจนเป็นที่ยอมรับและกลายเป็นหลักกฎหมายในเรื่องนั้นๆ ไป เช่น ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 8 นิยาม คำว่า “เหตุสุดวิสัย” ไว้ หรือ มาตรา 149 ให้ความหมายของคำว่า “นิติกรรม” ไว้ เป็นต้น

(4) คำศัพท์พิเศษทางกฎหมายที่เกิดจากการให้คำนิยามด้วยเหตุผลในทางเทคนิค บางประการให้มีความหมายที่ผิดแผกแตกต่างไปจากความเป็นจริง เพื่อประโยชน์บางประการในทางกฎหมาย เช่น พระราชบัญญัติการประมง พ.ศ. 2490 มาตรา 4 (1) บัญญัติว่า “สัตว์น้ำ หมายความว่า ปลา เต่า กระ กุ้ง ปู ... สัตว์น้ำจำพวกปลิงทะเล จำพวกฟองน้ำ จำพวกสาหร่ายทะเล...” ซึ่งในความเป็นจริงแล้ว สาหร่ายทะเลเป็นพืชมิใช่สัตว์ เพียงแต่กฎหมายต้องการคุ้มครองดูแลไม่ให้เก็บสาหร่ายทะเลในทำนองเดียวกับการจับสัตว์น้ำ จึงนิยามให้สาหร่ายทะเลรวมอยู่ในความหมายของคำว่าสัตว์น้ำด้วย ทั้งที่ตรงข้ามกับความเป็นจริงทางวิชาการ แต่เพื่อประโยชน์ทางกฎหมายในการคุ้มครองดูแลการทำประมง และไม่เป็นการบัญญัติกฎหมายออกมาซ้ำซ้อนให้เกิดความยุ่งยากลำบากอีก

(5) คำศัพท์บางคำถ้าใช้ในกฎหมายจะต้องมีความหมายในทางนิติของคำนั้น เช่น “ดอกผลของทรัพย์” ตามมาตรา 148 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งแบ่งออกเป็นดอกผลธรรมดาและดอกผลนิติ โดยดอกผลนิติอาจเป็นดอกเบี้ย กำไร ค่าเช่า ค่าปันผล เป็นต้น ซึ่งตีความตามนัยความหมายของคำนั้นๆ

อย่างไรก็ตาม ในการพิเคราะห์ตัวอักษรจะต้องพิจารณาถึงขอบเขตความหมายของคำด้วย คำแต่ละคำอาจมีความหมายกว้างแคบได้หลายระดับ ดังนั้น ข้อความที่ประกอบไปด้วยคำที่มีความกว้างแคบหลายชั้นจึงไม่อาจแปลความหมายตามตัวอักษรที่จะจับความได้อย่างแน่นอนอนตายเป็นผู้ตีความกฎหมายจึงต้องใช้ดุลพินิจในการพิจารณาเลือกความหมายของคำที่ดีที่สุดที่เหมาะสมและถูกต้อง

เป็นธรรมชาติที่สุด ซึ่งในการตีความแต่ละครั้งจำต้องคำนึงถึงเหตุผลหรือเจตนารมณ์ของกฎหมาย ประกอบด้วยเสมอ เหตุผลหรือเจตนารมณ์ของกฎหมายจะช่วยให้ทราบว่าผู้ตีความกฎหมายควรจะตีความบทบัญญัติของกฎหมายนั้นไปในทิศทางที่แคบหรือกว้างอย่างไร การอ่านตัวอักษรกับการหยั่งหาเหตุผลหรือเจตนารมณ์ของกฎหมายจึงเป็นกระบวนการค้นคิดที่จะต้องกระทำพร้อมๆ กันไป⁹³

นอกจากนั้น ในการพิเคราะห์ตัวอักษร อาจเป็นการพิเคราะห์จากข้อความ ซึ่งแตกต่างจากการพิเคราะห์ถ้อยคำที่เป็นการพิเคราะห์จากถ้อยคำโดยตรง ในกรณีของการพิเคราะห์ข้อความตามนัยนี้ ความหมายที่ได้จะเป็นข้อความใหม่ที่มีได้มีอยู่ในตัวหนังสือโดยตรง แต่เป็นข้อความที่สรุปได้จากการให้เหตุผลในทางตรรกะที่ไม่มีผู้ใดสามารถปฏิเสธได้ว่าไม่มีอยู่ตามนัยที่สรุป และไม่อาจปฏิเสธได้ว่าข้อความใหม่นั้นมิได้มาจากบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้น⁹⁴ ทั้งนี้สืบเนื่องมาจากบทบัญญัติแห่งกฎหมายบางบทมีพลังความหมายแฝงอยู่ในข้อความของบทบัญญัตินั้น ทำให้การพิเคราะห์ข้อความอาจได้ข้อความที่ लेकरอบของถ้อยคำแห่งบทบัญญัติกฎหมายได้

ประการที่สอง การพิเคราะห์เหตุผลหรือความมุ่งหมายเจตนารมณ์ของกฎหมาย ในการบัญญัติกฎหมายแต่ละเรื่องแต่ละฉบับแต่ละมาตราย่อมมีความมุ่งหมายหรือเจตนารมณ์ของกฎหมายที่จะใช้บังคับไม่เหมือนกัน ซึ่งการบัญญัติกฎหมายเป็นการเรียบเรียงถ้อยคำเพื่อให้เป็นไปตามความมุ่งหมายของกฎหมายนั้น ดังนั้น ในการทราบถึงเจตนารมณ์ของกฎหมายจะทำให้ผู้ใช้กฎหมายสามารถใช้กฎหมายได้อย่างถูกต้อง การค้นหาเจตนารมณ์หรือความมุ่งหมายของกฎหมายจึงเป็นสิ่งสำคัญ

การแสวงหาเจตนารมณ์ของกฎหมายมีทฤษฎีอยู่ 2 ทฤษฎี⁹⁵ คือ ทฤษฎีแรก ทฤษฎีอัตวิสัยหรือทฤษฎีอำเภोजิต (Subjective Theory) กล่าวคือ เป็นทฤษฎีที่ถือว่าเจตนารมณ์ของกฎหมายก็คือเจตนารมณ์ของผู้บัญญัติกฎหมายในขณะที่บัญญัติกฎหมายนั้น โดยถือว่าผู้บัญญัติกฎหมายมีเจตนาอย่างไร ดังนั้น ในการค้นหาเจตนารมณ์ของกฎหมายจึงค้นหาจากเจตนารมณ์ของผู้บัญญัติกฎหมาย ซึ่งอาจค้นจากต้นร่าง รายงานการประชุมในการพิจารณาร่างกฎหมาย ทั้งในชั้นกรรมการร่างกฎหมายของคณะกรรมการกฤษฎีกาและในชั้นกรรมาธิการของรัฐสภา เป็นต้น

⁹³ สมยศ เชื้อไทย, คำอธิบายวิชากฎหมายแพ่ง : หลักทั่วไป, หน้า 176.

⁹⁴ เรื่องเดียวกัน, หน้า 183-184.

⁹⁵ หยุด แสงอุทัย แก้ไขปรับปรุงโดย สมยศ เชื้อไทย, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป, หน้า 125-126.

สำหรับทฤษฎีที่สอง คือ ทฤษฎีการวิสัยหรือทฤษฎีอำเภอกาณ (Objective Theory) ซึ่งเห็นว่า เจตนารมณ์ของกฎหมายต่างจากเจตนารมณ์ของผู้บัญญัติกฎหมาย ฝ่ายนิติบัญญัติจะมีเจตนารมณ์ขณะบัญญัติกฎหมายอย่างไรก็ตาม แต่เมื่อบัญญัติกฎหมายแล้ว เจตนารมณ์ของกฎหมายเป็นเอกเทศแยกต่างหากจากฝ่ายนิติบัญญัติ เจตนารมณ์ของกฎหมายตามกฎหมายตามภาวะการณ์ขณะที่ใช้กฎหมายนั้นๆ เท่านั้น เจตนารมณ์ของกฎหมายจึงค่อนข้างยืดหยุ่น สามารถปรับเข้ากับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในขณะนั้นได้ จึงทำให้กฎหมายทันสมัยอยู่เสมอ แต่ก็มีข้อเสีย คือ ขาดความแน่นอน ซึ่งในการค้นหาเจตนารมณ์ของกฎหมายจะต้องพิจารณาจากตัวบทกฎหมาย ประกอบกันทั้งฉบับ มิได้พิจารณาจากกฎหมายมาตราใดมาตราหนึ่งเพียงมาตราเดียว และในกรณีที่กฎหมายนั้นมีหลายฉบับก็ต้องพิจารณาไปทุกฉบับ

วิธีค้นหาเจตนารมณ์ของกฎหมาย การค้นหาความมุ่งหมายหรือเจตนารมณ์ของบทบัญญัติแห่งกฎหมายเพื่อที่จะทราบความหมายของบทบัญญัติกฎหมายที่แท้จริงนั้นเป็นเรื่องสลับซับซ้อนมาก ซึ่งสามารถกระทำได้หลากหลายแนวทาง ในเบื้องต้นอาจพิจารณาได้ ดังนี้⁹⁶

(1) พิจารณาถึงตำแหน่งแห่งที่ของตัวบท คือ พิจารณาว่าบทบัญญัติกฎหมายนั้น อยู่ภายใต้หมวดหมู่ ลักษณะ บรรพ หรือกฎหมายเรื่องอะไร ซึ่งจะช่วยให้หยั่งทราบถึงความมุ่งหมายของบทบัญญัตินั้นไปในทางเดียวกัน เช่น มาตรา 150 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บัญญัติว่า “การใดมีวัตถุประสงค์เป็นการต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมาย เป็นการพันวิสัยหรือเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของ ประชาชน การนั้นเป็นโมฆะ” เช่นนี้ คำว่า “การใด” เมื่อพิจารณาถึงตำแหน่งแห่งที่ที่ตั้งของมาตรา 150 แล้วจะพบว่า มาตรา 150 อยู่ในบรรพ 1 ลักษณะ 4 นิติกรรม ดังนั้น คำว่า “การใด” ตามมาตรา 150 จึงมีความมุ่งหมาย หมายถึง การกระทำนิติกรรมเท่านั้น ไม่รวมถึงการกระทำอย่างอื่น เช่น ละเมิด หรือการจัดการงานนอกสั่ง

(2) พิจารณาถึงความเกี่ยวข้องกับบทบัญญัติอื่นๆ ว่าเป็นบทกฎหมายประเภทใด กล่าวคือ เป็นบททั่วไป (jus generale) หรือบทกฎหมายพิเศษ (jus special) เป็นบทกฎหมายหลัก (jus commune) หรือบทกฎหมายยกเว้น (jus singular) เป็นบทกฎหมายยุติธรรม (jus aequum) หรือบทกฎหมายเคร่งครัด (jus strictum) เป็นต้น ซึ่งในการตีความ การอ่านบทบัญญัติกฎหมาย

⁹⁶ ปรีดี เกษมทรัพย์, กฎหมายแพ่ง : หลักทั่วไป, หน้า 69-71.

มาตราที่ต้องการตีความประกอบกับบทบัญญัติกฎหมายมาตราอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องอาจทำให้สามารถตีความเชื่อมโยงกันได้ อันจะช่วยในการค้นหาความมุ่งหมายของบทบัญญัติกฎหมายในมาตราที่ต้องการตีความนั้น เนื่องจากบทกฎหมายต่างๆ จะมีความเกี่ยวข้องสัมพันธ์กันเป็นระบบ ดังนั้น เมื่อเกิดปัญหาการตีความขึ้นมา การพิจารณาบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องประกอบกันจะทำให้ได้ความหมายตามเจตนารมณ์ที่ถูกต้องและเป็นธรรม

(3) พิจารณาถึงระบบและหลักกฎหมายที่อยู่เบื้องหลังการบัญญัติกฎหมายนั้น กล่าวคือ ในการพิจารณาถึงระบบ หมายถึง การพิจารณาที่ว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นอยู่ในระบบกฎหมายใด เพื่อให้การตีความเป็นไปตามหลักการตีความในระบบกฎหมายนั้น สำหรับการพิจารณาถึงหลักกฎหมายที่อยู่เบื้องหลังการบัญญัติกฎหมาย เป็นการพิจารณาหลักการเบื้องหลังของบทบัญญัติ เช่น มาตรา 1329 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เป็น “หลักการคุ้มครองบุคคลภายนอกที่สุจริตและเสียค่าตอบแทน” ให้ได้กรรมสิทธิ์ไป อันเป็นหลักยกเว้น “หลักผู้รับโอนไม่มีสิทธิดีกว่าผู้โอน” ซึ่งในการทราบถึงหลักกฎหมายที่อยู่เบื้องหลังก็จะช่วยให้การตีความกฎหมายมีความชัดเจนยิ่งขึ้น

(4) พิจารณาถึงสภาพการณ์ในขณะที่บัญญัติกฎหมายนั้น ทั้งนี้ การพิจารณาถึงสภาพการณ์ในขณะที่บัญญัติกฎหมายนั้นจะช่วยให้ทราบถึงเหตุผลและเจตนารมณ์ของผู้บัญญัติกฎหมายขณะที่มีการบัญญัติกฎหมาย รวมทั้ง ภูมิหลังความเป็นมาของการบัญญัติกฎหมาย ซึ่งอาจมีผลมาจากสภาพสังคม เศรษฐกิจ การเมือง ในขณะนั้น โดยในการเข้าใจถึงสภาพการณ์แวดล้อมต่างๆ นี้จะช่วยให้ผู้ตีความกฎหมายสามารถค้นหาเจตนารมณ์ของกฎหมายได้สอดคล้องกับสภาพการณ์ที่เกิดขึ้นจริงในขณะนั้นได้

(5) พิจารณาถึงสภาพการณ์ในขณะที่ใช้กฎหมายนั้น ในการพิจารณาถึงสภาพการณ์ในขณะที่ใช้กฎหมาย เนื่องจากจากบทบัญญัติกฎหมายจำนวนมากมีการบัญญัติมาแล้วเป็นระยะเวลาอันยาวนาน ดังนั้น เมื่อสภาพการณ์เปลี่ยนแปลงไป ความมุ่งหมายและเหตุผลของบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นก็อาจคลาดเคลื่อนแปรผันไปตามสภาพการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไปด้วย ดังนั้น เพื่อที่จะใช้บทบัญญัติกฎหมายให้เหมาะสมกับกาลสมัย จึงจำต้องคำนึงถึงสภาพการณ์ในขณะที่ใช้กฎหมายนั้น

จากที่กล่าวมาข้างต้น เป็นหลักเกณฑ์การตีความกฎหมายทั่วไปที่ต้องพิจารณาถึงตัวอักษรและเหตุผลหรือความมุ่งหมายตามเจตนารมณ์ของกฎหมายนั้นไปพร้อมกัน ซึ่งผู้วิจัยได้กล่าวถึงการพิจารณาคำศัพท์ ขอบเขตถ้อยคำหรือข้อความ และวิธีค้นหาเจตนารมณ์ของกฎหมายมาแล้ว แต่อย่างไรก็ตาม ในการตีความกฎหมายบางประเภทไม่อาจนำหลักเกณฑ์การตีความกฎหมายเช่นนี้มาใช้ได้อย่างเหมาะสม จึงจำเป็นต้องมีหลักการตีความพิเศษเข้ามาช่วยในการตีความกฎหมายนั้น เช่น การตีความกฎหมายอาญาจะมีหลักการตีความเฉพาะ โดยกฎหมายอาญาเป็นกฎหมายที่กำหนดเกี่ยวกับการกระทำที่เป็นความผิดจึงต้องตีความโดยเคร่งครัด กล่าวคือ เมื่อกฎหมายบัญญัติว่าการกระทำใดเป็นความผิด ก็ต้องหมายถึงเฉพาะการกระทำนั้นเท่านั้น เป็นต้น

2.4.3.2.3 ประเภทของการตีความกฎหมาย

เมื่อปรากฏว่าความหมายตามเจตนารมณ์ของกฎหมายขัดกับความหมายตามตัวอักษร การตีความกฎหมายจึงเข้ามามีส่วนเกี่ยวข้อง โดยต้องยึดถือเจตนารมณ์เป็นใหญ่และเบนความตามตัวอักษรเข้ามาหาความตามเจตนารมณ์ ซึ่งเป็นวิธีการตีความ โดยอาจแบ่งประเภทของการตีความกฎหมายออกเป็น 5 ประเภท ดังนี้⁹⁷

ประเภทที่หนึ่ง การตีความอย่างกว้าง (Extensive Interpretation) เป็นกรณีที่ตัวอักษรตามบทบัญญัติของกฎหมายนั้นบัญญัติไว้แคบกว่าเหตุผลหรือเจตนารมณ์ของกฎหมาย จึงทำให้ต้องมีการตีความตามตัวอักษรนั้นให้กว้างขึ้น แต่การตีความอย่างกว้างนี้ต้องเป็นการตีความที่อยู่ในขอบเขตของบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นด้วย

ประเภทที่สอง การตีความอย่างแคบ (Restrictive Interpretation) เป็นกรณีที่ตัวอักษรตามบทบัญญัติของกฎหมายนั้นบัญญัติไว้กว้างกว่าเหตุผลหรือเจตนารมณ์ของกฎหมาย จึงทำให้ต้องมีการตีความตามตัวอักษรนั้นให้แคบลงให้พอดีกับเหตุผลหรือเจตนารมณ์ของกฎหมายนั้น

ประเภทที่สาม การตีความหรือการใช้เหตุผลไปในทางตรงกันข้าม (Argumentum a contrario) เป็นการให้เหตุผลแปลความในทางตรงกันข้าม ตามสุภาษิตลาติน เช่น *Oui dicit de uno de altero negat* แปลว่า เมื่อกล่าวถึงคนหนึ่งก็ปฏิเสธสำหรับคนอื่น และ *Expressis unius*

⁹⁷ เรื่องเดียวกัน, หน้า 71-74.

exclusio alterius แปลว่า เมื่อกล่าวสิ่งหนึ่งก็ไม่รวมถึงสิ่งอื่นที่ไม่ได้กล่าวถึง เช่นนี้ หมายความว่า เมื่อกฎหมายบัญญัติไว้อย่างหนึ่งสำหรับสิ่งใดสิ่งหนึ่งแล้ว ย่อมเท่ากับว่าบทบัญญัติดังกล่าวได้บัญญัติไว้ตรงกันข้ามสำหรับอีกสิ่งหนึ่งที่มีฐานะตรงกันข้ามนั้น

ประเภทที่สี่ การตีความหรือการให้เหตุผลว่ายิ่งต้องเป็นเช่นนั้น (Argumentum a fortiori) เป็นการตีความให้เหตุผลธรรมดาตามสามัญสำนึกของบุคคล ซึ่งเมื่อกฎหมายบัญญัติถึงเรื่องใดเรื่องหนึ่งไว้ อีกเรื่องหนึ่งในเรื่องเดียวกันที่สามารถตีความได้ครอบคลุมถึงยิ่งต้องเป็นเช่นนั้นตามความรู้สึกนึกคิดการให้เหตุผลธรรมดา

ประเภทที่ห้า การตีความแก้ไขให้ถูกต้อง เป็นกรณีที่ตามเหตุผลหรือเจตนารมณ์ของกฎหมายสามารถเห็นได้ชัดเจนว่าตัวอักษรในบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นบัญญัติไว้ไม่ถูกต้อง จึงจำเป็นต้องมีการตีความเพื่อแก้ไขให้ถูกต้องโดยคำนึงถึงเหตุผลและเจตนารมณ์ของกฎหมายเป็นสำคัญ

จากการศึกษานิตินิพนธ์ในการตีความกฎหมายข้างต้น ทำให้ทราบถึงหลักการตีความกฎหมายไทยที่ถูกต้องและเหมาะสม ซึ่งในการตีความต้องมีการตีความตามตัวอักษรและเจตนารมณ์หรือความมุ่งหมายของกฎหมายไปพร้อมๆ กัน มิใช่ถือหลักว่าหากตัวอักษรไม่มีปัญหาแล้วก็ไม่ต้องพิจารณาถึงเจตนารมณ์เลย ซึ่งเป็นเรื่องไม่ถูกต้อง อีกทั้ง การศึกษาทำให้ทราบถึงหลักการพิเคราะห์ คำศัพท์ การพิเคราะห์ขอบเขตถ้อยคำหรือข้อความ รวมถึง วิธีการค้นหาเจตนารมณ์ของกฎหมายเหล่านั้นด้วย

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY

2.4.3.3 การอุดช่องว่างแห่งกฎหมาย

ในการบัญญัติกฎหมายให้ครอบคลุมกับทุกกรณีเป็นที่ยอมรับกันว่าเป็นเรื่องที่เป็นไปได้ยากอย่างยิ่ง จนแทบจะเป็นไปไม่ได้ที่ผู้ร่างกฎหมายจะสามารถบัญญัติกฎหมายให้ครอบคลุมในกิจกรรมของสังคม ซึ่งช่องว่างของกฎหมาย หรือ Gap in the law เป็นปัญหาที่เกิดขึ้นโดยปกติในระบบกฎหมายซีวิลลอว์อย่างไม่อาจหลีกเลี่ยงได้ เมื่อผู้ใช้กฎหมายไม่สามารถหาบทกฎหมายลายลักษณ์อักษรมาปรับแก้ข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นจึงเกิดเป็นช่องว่างแห่งกฎหมาย

ในทางปฏิบัติ โดยหลักแล้วเมื่อมีข้อเท็จจริงเกิดขึ้น ผู้พิพากษาซึ่งเป็นผู้ใช้กฎหมายก็ต้องปรับบทกฎหมายแก่กรณี โดยผู้ใช้กฎหมายจะอาศัยการใช้การตีความบทกฎหมายลายลักษณ์

อักษรมาเป็นอันดับแรก แต่อย่างไรก็ตาม เมื่อได้มีการใช้การตีความบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดแล้ว แต่ก็ยังไม่สามารถหาบทกฎหมายมาวินิจฉัยปัญหาข้อกฎหมายนั้นได้ เช่นนี้ จึงเป็นกรณีที่เกิดช่องว่างแห่งกฎหมายขึ้น โดยที่การใช้การตีความตามเจตนารมณ์หรือความมุ่งหมายของบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นก็ยังไม่สามารถครอบคลุมไปถึง ในทางนิติวิธีจึงจำเป็นที่จะต้องหาวิธีการในการแก้ไข ปัญหาโดยการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายนั้น

ทั้งนี้ การตีความกฎหมายกับการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายมีลักษณะที่แตกต่างกัน การตีความกฎหมายจะต้องเริ่มจากการที่มีบทกฎหมายลายลักษณ์อักษรก่อน การตีความกฎหมายเป็นการค้นหาความมุ่งหมายของกฎหมาย โดยบทกฎหมายลายลักษณ์อักษรนั้นอาจจะไม่ชัดเจนหรือใช้ถ้อยคำที่แคบเกินไปไม่ตรงกับความมุ่งหมายของกฎหมายจึงมีการตีความกฎหมายนั้นขึ้น แต่สำหรับการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายเป็นกรณีที่ไม่มียกกฎหมายลายลักษณ์อักษรบัญญัติไว้ จึงจำเป็นต้องค้นหากฎหมายมาปรับใช้แก้คดี⁹⁸ อันเนื่องมาจากตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 134 บัญญัติว่า “ไม่ว่าในกรณีใดๆ ห้ามมิให้ศาลที่รับฟ้องคดีไว้ปฏิเสธไม่ยอมพิพากษา หรือมีคำสั่งชี้ขาดคดีโดยอ้างว่า ไม่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่จะใช้บังคับแก้คดี หรือว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่จะใช้บังคับนั้นเคลือบคลุมหรือไม่บริบูรณ์” เช่นนี้ จึงเป็นหลักว่าศาลจะปฏิเสธการตัดสินคดีเพราะไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้ไม่ได้ ดังนั้น เมื่อกฎหมายมีช่องว่างไม่ครอบคลุมแก่กรณี จึงต้องมีวิธีการอุดช่องว่างของกฎหมายไว้

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

นอกจากนี้ เมื่อพิจารณาถึงที่มาของประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของไทย มาตรา 134 ดังกล่าว จะเห็นได้ว่า ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของไทย มาตรา 134 ได้รับอิทธิพลบางส่วนมาจากประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส มาตรา 4 ซึ่งบัญญัติว่า “ผู้พิพากษาซึ่งปฏิเสธไม่ยอมพิพากษาคดีโดยอ้างว่าไม่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่จะใช้บังคับแก้คดีก็ดี บทบัญญัติกฎหมายเคลือบคลุมก็ดี บทบัญญัติแห่งกฎหมายไม่บริบูรณ์ก็ดี อาจถูกฟ้องเป็นคดีอาญาในความผิดฐานปฏิเสธความยุติธรรม”⁹⁹ โดยปรัชญาที่แฝงอยู่เบื้องหลังหลักการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายนี้ คือ ศาลต้องเป็นที่ยึดสุดท้ายเพื่อให้ความยุติธรรมแก่ประชาชน เมื่อประชาชนมาศาลเพื่อขอให้ตัดสินคดีข้อพิพาทแล้ว

⁹⁸ รัฐสิทธิ์ ศุภสุวรรณ, กฎหมายแพ่ง : หลักทั่วไป, หน้า 143.

⁹⁹ ประสิทธิ์ ไชววิไลกุล, กฎหมายแพ่ง : หลักทั่วไป (คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 4-14), พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2554), หน้า 46-47.

หากศาลปฏิเสธไม่ตัดสินคดีก็เท่ากับเป็นการทำลายหรือลดทอนความเป็นธรรม อันทำให้สิทธิเสรีภาพของประชาชนไม่ได้รับการคุ้มครอง ดังนั้น เมื่อมีคดีชั้นศาล แม้จะไม่มีกฎหมายบัญญัติที่จะยกขึ้นมาปรับแก้คดีได้ ศาลก็มีหน้าที่ต้องพิจารณาตัดสิน โดยนำหลักการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายมาปรับใช้

2.4.3.3.1 ความหมายและสาเหตุของช่องว่างแห่งกฎหมาย

ช่องว่างแห่งกฎหมาย หมายถึง กรณีที่ไม่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายลายลักษณ์อักษรหรือกฎหมายประเพณีที่บัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรที่จะสามารถนำไปปรับใช้แก้ไขข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นได้¹⁰⁰ จึงเรียกว่า “ช่องว่าง” แห่งกฎหมาย ซึ่งช่องว่างแห่งกฎหมาย หมายถึง ช่องว่างของกฎหมายลายลักษณ์อักษรเท่านั้น การเกิดช่องว่างแห่งกฎหมายจึงต้องค้นหาจากกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่ใช้บังคับในปัจจุบัน



ทั้งนี้ การอุดช่องว่างแห่งกฎหมายมีขึ้นเพื่อวัตถุประสงค์ในการสร้างความเป็นธรรม เมื่อบทบัญญัติแห่งกฎหมายลายลักษณ์อักษรไม่สามารถสร้างความเป็นธรรมให้เกิดขึ้นแก่กรณีได้ ไม่ว่าจะผ่านการใช้กฎหมายหรือการตีความบทบัญญัติแห่งกฎหมายแล้วก็ไม่ครอบคลุมถึงปัญหาที่เกิดขึ้น กรณีดังกล่าวจึงถือว่ามีความจำเป็นอย่างหนึ่งที่จะต้องอุดช่องว่างแห่งกฎหมายเพื่อให้เกิดความเป็นธรรม การอุดช่องว่างแห่งกฎหมายจึงเป็นกรณีที่ต้องพัฒนากฎหมายเพื่อทดแทนหรืออุดช่องว่างแห่งกฎหมายที่เกิดขึ้น อันเป็นหลักประกันทำให้สิทธิเสรีภาพของประชาชนได้รับความคุ้มครองโดยศาล ซึ่งศาลจะปฏิเสธไม่วินิจฉัยคดีโดยอ้างว่าไม่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่จะนำมาใช้ในการพิจารณาพิพากษาคดีไม่ได้¹⁰¹

จตุรภัทร มหาวิทยาลัย
Chiang Mai University

นอกจากนี้ การอุดช่องว่างแห่งกฎหมายยังตั้งอยู่บนพื้นฐานของหลักความเสมอภาค กล่าวคือ เมื่อปรากฏข้อเท็จจริงที่มีลักษณะคล้ายคลึงกันสองกรณี การวินิจฉัยกรณีดังกล่าวก็สมควรที่จะได้รับการผลอย่างเดียวกัน แต่กระนั้น หากถ้อยคำในบทบัญญัติแห่งกฎหมายบัญญัติไว้โดยเคร่งครัด ก็อาจทำให้ข้อเท็จจริงในกรณีหนึ่งอยู่ภายใต้บทบัญญัติแห่งกฎหมาย แต่ข้อเท็จจริงในอีกกรณีหนึ่งถ้อยคำทางกฎหมายอาจจะครอบคลุมไม่ถึง เช่นนี้ จึงต้องอาศัยการอุดช่องว่างแห่งกฎหมาย โดยการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายจะช่วยสร้างความสมดุลระหว่างถ้อยคำทางกฎหมายให้

¹⁰⁰ หยุต แสงอุทัย แก้ไขปรับปรุงโดย สมยศ เชื้อไทย, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป, หน้า 132.

¹⁰¹ มานิตย์ วงศ์เสรี, นิติวีธี การใช้และการตีความกฎหมาย : ศึกษาเปรียบเทียบระบบกฎหมายไทยและระบบกฎหมายเยอรมัน, หน้า 146-147.

ความมั่นคงแน่นอนทางกฎหมายเกิดขึ้น และยังก่อให้เกิดความเป็นธรรมภายใต้หลักความเสมอภาคด้วย¹⁰²

แต่อย่างไรก็ตาม การที่กฎหมายไม่ได้บัญญัติถึงกรณีใดกรณีหนึ่งไว้ก็มิได้หมายความว่า จะต้องเป็นกรณีที่เกิดช่องว่างแห่งกฎหมายขึ้นเสมอไป ซึ่งอาจจะเป็นการที่กฎหมายมีความประสงค์จะไม่ให้กรณีที่ไม่ได้บัญญัติไว้ต้องอยู่ภายใต้ผลที่กฎหมายบัญญัติขึ้นก็ได้ หรือก็คือ กฎหมายมีความประสงค์ที่จะให้กรณีที่ไม่ได้บัญญัติไว้ได้รับผลตรงกันข้ามกับที่กฎหมายกำหนด¹⁰³ เช่นนี้ ผู้ใช้กฎหมายจึงจำต้องระลึกและคำนึงถึงด้วย

เมื่อพิจารณาถึงสาเหตุของช่องว่างแห่งกฎหมาย สาเหตุของช่องว่างแห่งกฎหมาย อาจเกิดขึ้นได้ใน 2 กรณี ดังนี้¹⁰⁴

กรณีแรก กรณีที่ผู้ร่างกฎหมายคาดคิดไม่ถึงว่ามีช่องว่างในกฎหมาย ซึ่งอาจเป็นไปได้ด้วยเหตุ 2 ประการ กล่าวคือ

ประการแรก ผู้ร่างกฎหมายสามารถนึกถึงช่องว่างแห่งกฎหมายได้ แต่เป็นความบกพร่องของผู้ร่างกฎหมายเองที่ไม่ได้นึกถึงช่องว่างแห่งกฎหมายนั้นในขณะที่ร่างกฎหมาย จึงทำให้ผู้ร่างกฎหมายมิได้บัญญัติให้ครอบคลุมถึงกรณีที่เกิดขึ้น ช่องว่างแห่งกฎหมายในกรณีนี้จึงเกิดขึ้นโดยที่ผู้ร่างกฎหมายไม่ทันได้คิดถึงปัญหา โดยเป็นข้อบกพร่องของผู้ร่างกฎหมายที่ไม่ได้บัญญัติกฎหมายให้รอบคอบครอบคลุม ทั้งนี้ อาจเนื่องมาจากในเหตุการณ์หรือสถานการณ์บางอย่างที่เกิดขึ้นมา แต่ผู้บัญญัติกฎหมายมิได้ใช้วิจารณญาณไตร่ตรองถึงปัญหาผลกระทบที่อาจจะเกิดตามมาให้ดีพอ การบัญญัติกฎหมายจึงไม่เหมาะสมและขาดตกบกพร่องทำให้เป็นช่องว่างแห่งกฎหมายขึ้นมาได้

ประการที่สอง ผู้ร่างกฎหมายไม่สามารถที่จะนึกถึงช่องว่างแห่งกฎหมายได้ เพราะยังไม่มีเหตุการณ์อันทำให้เกิดช่องว่างแห่งกฎหมายนั้นขึ้น ซึ่งช่องว่างแห่งกฎหมายอาจเกิดขึ้นจากเหตุการณ์ในสังคม เศรษฐกิจ การเมือง และวิถีชีวิตของผู้คนที่เปลี่ยนแปลงไปเป็นลำดับ อันเป็นเหตุการณ์ที่ผู้ร่างกฎหมายในขณะที่ร่างกฎหมายไม่อาจทราบและคาดการณ์ภายภาคหน้าได้ เช่น ปัญหาการเปลี่ยนแปลงของเทคโนโลยีต่างๆ (Disruptive Technology) ซึ่งในอดีตอาจเป็นเรื่องที่ไม่

¹⁰² เรื่องเดียวกัน, หน้า 148.

¹⁰³ หยุด แสงอุทัย, ช่องว่างแห่งกฎหมาย, หน้า 11

¹⁰⁴ หยุด แสงอุทัย แกไขปรับปรุงโดย สมยศ เชื้อไทย, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป, หน้า 132-133.

เคยเกิดขึ้นมาก่อน โดยในปัจจุบันนี้และในอนาคตก็อาจมีสิ่งประดิษฐ์ที่เรียกว่า ปัญญาประดิษฐ์ (Artificial Intelligence) เกิดขึ้นเป็นจำนวนมาก การบัญญัติกฎหมายในอดีตให้ครอบคลุมถึง ปัญญาประดิษฐ์ต่างๆ รวมถึง กิจกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ทุกกรณี จึงเป็นเรื่องที่ไม่สามารถกระทำได้ เป็นต้น

สาเหตุที่เกิดช่องว่างแห่งกฎหมาย กรณีที่สอง คือ กรณีที่ผู้ร่างกฎหมายคาดคิดถึง ช่องว่างแห่งกฎหมายนั้น แต่เห็นว่าช่องว่างแห่งกฎหมายยังไม่สมควรที่จะบัญญัติไว้ให้ตายตัว โดยผู้ร่างกฎหมายมีเจตนาเปิดช่องว่างแห่งกฎหมายไว้ โดยอาจมีปัญหาลายข้อที่ผู้ร่างกฎหมายไม่ประสงค์จะแก้ไขในขณะที่มีการบัญญัติกฎหมาย เพราะเหตุว่าข้อความคิดและทฤษฎีที่มีอยู่ขณะนั้นไม่เพียงพอที่จะแก้ไขปัญหาลายข้อนี้ได้เหมาะสม หรือผู้ร่างกฎหมายก็ยังไม่ทราบว่าควรจะแก้ไขปัญหานั้นเช่นใด เป็นต้น ผู้ร่างกฎหมายจึงปล่อยให้ช่องว่างแห่งกฎหมายไว้และให้ผู้ใช้กฎหมายเป็นผู้แก้ปัญหาเฉพาะเรื่องโดยให้ใช้ดุลพินิจวินิจฉัยแต่ละกรณีไป ซึ่งในเบื้องต้นผู้ร่างกฎหมายอาจจะบัญญัติกฎหมายไว้โดยใช้ถ้อยคำที่มีลักษณะเป็นหลักการหรือถ้อยคำที่มีความหมายไม่เฉพาะเจาะจง เพื่อเปิดโอกาสให้ผู้ใช้กฎหมายสามารถใช้ดุลพินิจได้ตามกาลสมัย

ในทางกลับกัน หากผู้ร่างกฎหมายบัญญัติกฎหมายตายตัวโดยไม่คำนึงถึงหลักการหรือตำรากฎหมายให้กระจ่างถ่องแท้แล้ว กฎหมายลายลักษณ์อักษรนั้นก็อาจจะเป็นอุปสรรคขัดขวางต่อความยุติธรรมและขัดขวางต่อหลักการทางกฎหมายที่ถูกต้องได้ จึงเป็นการเหมาะสมกว่าที่จะเปิดช่องว่างแห่งกฎหมายนั้นๆ ไว้ ซึ่งอาจจะมีการคลี่คลายปัญหาให้กระจ่างชัดแจ้งในภายภาคหน้าต่อไป

2.4.3.3.2 ประเภทของช่องว่างแห่งกฎหมาย

ช่องว่างแห่งกฎหมายอาจพิจารณาได้ 2 ประเภท กล่าวคือ ประเภทแรก ช่องว่างแห่งกฎหมายเกิดขึ้นในกรณีที่ไม่มีการบัญญัติไว้จริงๆ อันเป็นช่องว่างแห่งกฎหมายกรณีปกติโดยแท้ที่เกิดขึ้น และประเภทที่สอง กรณีที่มีบทกฎหมาย แต่เมื่อพิจารณาตามตัวอักษรแล้ว ถ้านำบทกฎหมายนั้นมาปรับกับคดีจะเกิดความประสงค์ของกฎหมายนั้นๆ เช่นนี้ ผู้พิพากษาหรือผู้ใช้กฎหมายจึงอาจถือว่ามีช่องว่างแห่งกฎหมายเกิดขึ้นได้เช่นเดียวกัน ทั้งนี้ เพราะถึงแม้ว่าผู้พิพากษาจำต้องผูกมัดอยู่กับกฎหมาย แต่ผู้พิพากษาก็มีหน้าที่ที่จะไม่ปรับบทกฎหมายเมื่อเห็นว่าการปรับบทกฎหมายนั้นจะ

เป็นการขัดต่อเจตนาของผู้ร่างกฎหมาย โดยแน่ใจว่าหากผู้ร่างกฎหมายได้ทราบถึงกรณีที่น่าปรากฏเฉพาะหน้านั้นแล้ว ผู้ร่างกฎหมายก็คงจะมีให้ผู้พิพากษายกบทกฎหมายนั้นขึ้นปรับแก้คดี

ดังนั้น เมื่อเกิดกรณีที่เป็นช่องว่างแห่งกฎหมายขึ้น โดยที่ไม่สามารถใช้บทกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่บัญญัติไว้ได้ รวมถึง ไม่สามารถตีความบทกฎหมายนั้นให้ครอบคลุมถึงกรณีที่เกิดขึ้น ผู้พิพากษาจึงมีหน้าที่ใช้วิธีการทางกฎหมายในการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายนั้นๆ

2.4.3.3 หลักการอุดช่องว่างแห่งกฎหมาย

เมื่อทราบว่ากฎหมายมีช่องว่างแล้ว พิจารณาหลักการอุดช่องว่างของกฎหมายได้ 2 วิธี ดังนี้

วิธีแรก การที่กฎหมายไม่ได้กำหนดแบบแผนขั้นตอนการใช้กฎหมายเพื่ออุดช่องว่างไว้ โดยปล่อยให้ผู้ใช้กฎหมายค้นหาหลักเกณฑ์ใดๆ มาอุดช่องว่างได้ตามดุลพินิจอิสระ ซึ่งในกรณีนี้ผู้ใช้กฎหมายหรือศาลจะต้องหาหลักเกณฑ์เพื่อมาใช้บังคับ ศาลจะไม่ชี้ขาดตัดสินคดีโดยอ้างว่าไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้ไม่ได้ ซึ่งหลักเกณฑ์สำคัญที่นิยมนำมาอุดช่องว่าง คือ หลักเกณฑ์แห่งความยุติธรรม¹⁰⁵

วิธีที่สอง การที่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรกำหนดวิธีการอุดช่องว่างของกฎหมายไว้โดยชัดเจน การดำเนินการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายจึงต้องกระทำตามวิธีการที่กฎหมายนั้นกำหนดไว้ ซึ่งในกฎหมายฉบับต่างๆ อาจกำหนดแบบแผนหรือวิธีการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายไว้แตกต่างกัน

ทั้งนี้ ในการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายอาจพิจารณาและตั้งข้อสังเกตถึงบทบัญญัติของกฎหมายในกฎหมายต่างๆ ที่คาดหมายว่ามีความเกี่ยวข้องกับเรื่องช่องว่างแห่งกฎหมาย แต่อย่างไรก็ตาม ในบทบัญญัติของกฎหมายในกฎหมายบางประเภทอาจมีการกล่าวถึงสถานะของบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่แตกต่างกัน ทั้งอาจพิจารณาเป็นเรื่องของการอุดช่องว่างแห่งกฎหมาย หรืออาจพิจารณาเป็นบทบัญญัติในเรื่องของการตีความกฎหมาย เป็นต้น ซึ่งในหัวข้อนี้ ผู้วิจัยจะนำเสนอในเบื้องต้นถึงบทบัญญัติของกฎหมายในกฎหมายต่างๆ ที่มีกรกล่าวถึงตามตำรากฎหมาย ดังต่อไปนี้

¹⁰⁵ สุนทร มณีสวัสดิ์, เอกสารการสอนชุดวิชากฎหมายแพ่ง 1, หน้า 20.

(1) รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 5 บัญญัติว่า “รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ บทบัญญัติของกฎหมาย กฎ หรือข้อบังคับ หรือการกระทำใด ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ บทบัญญัติหรือการกระทำนั้นเป็นอันใช้บังคับมิได้

เมื่อไม่มีบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้บังคับแก่กรณีใด ให้กระทำการนั้นหรือวินิจฉัยกรณีนั้นไปตามประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข”

อาจกล่าวได้ว่า รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ กฎหมายใดจะขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญมิได้ เช่นนี้ จึงเกิดคำถามว่าในรัฐธรรมนูญจะมีช่องว่างและมีการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายได้หรือไม่ เพราะรัฐธรรมนูญดำรงสถานะเป็นกฎหมายสูงสุดที่ใช้กับบุคคลในประเทศแล้ว แต่กระนั้น รัฐธรรมนูญก็ไม่ใช่มกฎหมายที่สามารถบัญญัติได้ครอบคลุมทุกเรื่องทุกกรณีโดยชัดแจ้ง ตามมาตรา 5 วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 จะเป็นบทบัญญัติที่บัญญัติถึงวิธีการอุดช่องว่างของกฎหมาย โดยให้วินิจฉัยกรณีไปตามประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ซึ่งเป็นหลักการปกครองประเทศไทย หรือเป็นบทบัญญัติที่บัญญัติถึงการตีความกฎหมาย หรือเป็นบทบัญญัติที่ยอมรับให้ใช้หลักเกณฑ์ที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษรเท่านั้น¹⁰⁶ ทั้งนี้ ผู้วิจัยจะได้กล่าวอีกครั้งในหัวข้อที่ 4.4.1.1 หลักการและนิติวิธีในรัฐธรรมนูญ

(2) พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481

พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481 เป็นกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล โดยเป็นเรื่องทางแพ่งของเอกชนที่อยู่ต่างรัฐกันที่มีข้อเท็จจริงพัวพันหรือเกี่ยวข้องกับต่างประเทศในทางใดทางหนึ่ง ซึ่งจะใช้กฎหมายของประเทศใดมาบังคับแก่ข้อเท็จจริง

¹⁰⁶ กาญจน์ วรกุล, "แนวความคิดเกี่ยวกับการร่างรัฐธรรมนูญกับการอุดช่องว่างของกฎหมาย," วารสารผู้ตรวจการแผ่นดิน 2, 2 (2552).

ดังกล่าว¹⁰⁷ โดยในการพิจารณาตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481 บัญญัติว่า “เมื่อใดไม่มีบทบัญญัติในพระราชบัญญัตินี้หรือกฎหมายอื่นใดแห่งประเทศไทยที่จะยกมาปรับแก้กรณีการขัดกันแห่งกฎหมายได้ ให้ใช้กฎหมายทั่วไปแห่งกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล” ตามที่กล่าวมานี้ แสดงว่าพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายได้กำหนดให้อาศัยกฎหมายทั่วไปของกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลมาปรับแก้กรณี โดยการที่กฎหมายบัญญัติให้ใช้กฎหมายทั่วไปของกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลมาปรับแก้กรณีจะมีลักษณะอย่างไร

ทั้งนี้ การหากฎเกณฑ์ทั่วไปแห่งกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลอาจมาจากการนำเอามาตราต่างๆ ของพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายที่บัญญัติถึงเรื่องที่เกี่ยวข้องคลึงกันมาพิจารณา โดยจะทราบหลักเกณฑ์ทั่วไปของกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลซึ่งปรากฏจากมาตราต่างๆ ของพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย¹⁰⁸

อีกทั้ง พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481 นี้มีลักษณะคล้ายคลึงกับการใช้กฎหมายมาปรับแก้ข้อเท็จจริงตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งเป็นความสัมพันธ์ระหว่างเอกชนกับเอกชนด้วยกัน ด้วยเหตุนี้ พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481 จึงได้กำหนดให้อาศัยกฎหมายทั่วไปของกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลมาปรับแก้กรณี ซึ่งมีลักษณะคล้ายคลึงกับการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ที่อุดช่องว่างโดยใช้หลักกฎหมายทั่วไปในการอุดช่องว่างลำดับสุดท้ายตามมาตรา 4 วรรคสอง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ จึงทำให้อาจนำบทบัญญัติตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481 มาพิจารณาในเรื่องการอุดช่องว่างแห่งกฎหมาย¹⁰⁹

(3) ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา

¹⁰⁷ รัฐสิทธิ์ ศุภสุวรรณ, กฎหมายแพ่ง : หลักทั่วไป, หน้า 151.

¹⁰⁸ หยุด แสงอุทัย แก้วไขปรับปรุงโดย สมยศ เชื้อไทย, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป, หน้า 136.

¹⁰⁹ ประสิทธิ์ ไขวีโลกุล, กฎหมายแพ่ง : หลักทั่วไป (คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 4-14), หน้า

ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 15 บัญญัติว่า “วิธีพิจารณาข้อใดซึ่งประมวลกฎหมายนี้มีได้บัญญัติไว้โดยเฉพาะ ให้นำบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาใช้บังคับเท่าที่พอจะใช้บังคับได้” กล่าวคือ ต้องเป็นเรื่องที่ไม่มีบทบัญญัติในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาบัญญัติไว้เฉพาะ จึงให้นำบทบัญญัติในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาใช้บังคับ ตัวอย่างเช่น ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาไม่มีบทบัญญัติว่าด้วยความผิดฐานละเมิดอำนาจศาล จึงต้องนำประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 30 มาตรา 31 มาตรา 32 และมาตรา 33 มาใช้บังคับเท่าที่พอจะใช้บังคับได้ กล่าวคือ ศาลที่พิจารณาคดีอาญาย่อมลงโทษบุคคลฐานละเมิดอำนาจศาลโดยนำมาตราดังกล่าวมาใช้บังคับได้ เป็นต้น โดยกรณีนี้อาจจัดเป็นช่องว่างแห่งกฎหมายที่ไม่แท้

(4) ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง

เนื่องจากประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 134 บัญญัติไว้ชัดเจนว่า “ไม่ว่าในกรณีใดๆ ห้ามมิให้ศาลที่รับฟ้องคดีไว้ปฏิเสธไม่ยอมพิพากษาหรือมีคำสั่งชี้ขาดคดีโดยอ้างว่าไม่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่จะใช้บังคับแก่คดี หรือว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่จะใช้บังคับนั้นเคลือบคลุมหรือไม่บริบูรณ์” เช่นนี้ เมื่อมีคดีขึ้นสู่ศาล แม้จะไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่จะยกขึ้นมาปรับแก้คดีได้ เกิดเป็นช่องว่างแห่งกฎหมาย แต่ศาลก็ยังคงมีหน้าที่ต้องพิจารณาคดีนั้น

ทั้งนี้ ในการอุดช่องว่างแห่งกฎหมาย เมื่อพิจารณาตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งไม่มีบทบัญญัติให้นำประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามาใช้บังคับ ดังกรณีมาตรา 15 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาที่บัญญัติให้นำบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาใช้บังคับเท่าที่พอจะใช้บังคับได้ เช่นนี้ ในกรณีที่เกิดช่องว่างแห่งกฎหมายตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง จึงไม่อาจนำบทบัญญัติแห่งกฎหมายตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามาปรับใช้แก่กรณี

อีกทั้ง ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งไม่มีบทบัญญัติที่บัญญัติถึงวิธีการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายไว้ชัดเจน เช่นนี้ เมื่อมีคดีเกิดขึ้น ศาลที่เป็นผู้ใช้กฎหมายจะเป็นผู้ดำเนินการสอบสวนพิจารณาและปรับใช้กฎหมาย

(5) ประมวลกฎหมายอาญา

กฎหมายอาญามีหลักที่ยึดถือเป็นเคร่งครัดว่า การจะลงโทษบุคคลใดต้องเป็นกรณีที่
มีกฎหมายบัญญัติไว้ว่าการกระทำของบุคคลนั้นเป็นความผิดและมีกฎหมายกำหนดโทษไว้ หากไม่แล้ว
จะลงโทษบุคคลโดยที่ไม่มีกฎหมายกำหนดว่าเป็นความผิดและมีได้มีโทษกำหนดไว้ไม่ได้ ดังภาษิต
กฎหมายว่า “ไม่มีโทษถ้าไม่มีกฎหมายกำหนด” (nulla poena sine lege หรือ no penalty
without a law)¹¹⁰ ซึ่งกฎหมายไทยได้รองรับหลักดังกล่าวนี้ไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย
พ.ศ. 2560 มาตรา 29 ว่า “บุคคลไม่ต้องรับโทษอาญา เว้นแต่ได้กระทำการอันกฎหมายที่ใช้อยู่ใน
เวลาที่กระทำนั้นบัญญัติเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ และโทษที่จะลงแก่บุคคลนั้นจะหนักกว่าโทษ
ที่กำหนดไว้ในกฎหมายที่ใช้อยู่ในเวลาที่กระทำความผิดมิได้”

แต่อย่างไรก็ตาม มีความเห็นของนักกฎหมายที่เห็นว่าหากเกิดช่องว่างในกฎหมายที่
กำหนดโทษอาญาขึ้น ถ้าเป็นเรื่องเกี่ยวกับความผิดและโทษ ศาลย่อมอุดช่องว่างแห่งกฎหมายได้ แต่
การอุดช่องว่างจะอุดช่องว่างในทางหนึ่งทางใดดังต่อไปนี้ไม่ได้ ประการแรก จะอุดช่องว่างแห่ง
กฎหมายให้เป็นการลงโทษบุคคลไม่ได้ และประการที่สอง จะอุดช่องว่างแห่งกฎหมายไปในทางที่จะ
ลงโทษบุคคลให้หนักขึ้นไม่ได้ เช่นนี้ การอุดช่องว่างในกฎหมายอาญาอาจอุดช่องว่างแห่งกฎหมายไป
ในทางที่เป็นคุณหรือเป็นผลดีแก่ผู้ต้องหาได้¹¹¹

(6) ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

ในกรณีที่ไม่มีเจ้าของทรัพย์ประกอบแห่งบทบัญญัติมาตราใดมาตราหนึ่งแห่งประมวล
กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ทำให้เกิดเป็นช่องว่างแห่งกฎหมาย หรือ Gap in the law ขึ้น
ผู้ใช้กฎหมายหรือศาลจะยกฟ้องโดยอ้างว่าไม่มีกฎหมายสำหรับใช้ปรับแก้กรณีไม่ได้ ศาลจะต้องหา
หลักเกณฑ์มาอุดช่องว่างนี้ โดยหาหลักเกณฑ์มาใช้บังคับแทนตัวบทกฎหมายที่มีไม่เพียงพอที่จะยกมา
ปรับแก้กรณีนั้นได้ ด้วยเหตุนี้ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 4 วรรคสอง จึงบัญญัติ
ว่า “เมื่อไม่มีบทกฎหมายที่จะยกมาปรับคดีได้ ให้วินิจฉัยคดีนั้นตามจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น ถ้าไม่มี

¹¹⁰ แสง บุญเฉลิมวิภาส, หลักกฎหมายอาญา, พิมพ์ครั้งที่ 5 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2551), หน้า 17-18.

¹¹¹ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, คำอธิบายกฎหมายอาญามาตรา 1, พิมพ์ครั้งที่ 10 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์ พลสยาม
พรินติ้ง, 2551), หน้า 24-26.

จารีตประเพณีเช่นว่านั้น ให้วินิจฉัยคดีอาศัยเทียบบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง และถ้าบทกฎหมาย เช่นนั้นก็ไม่มีด้วย ให้วินิจฉัยตามหลักกฎหมายทั่วไป”

ทั้งนี้ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บทเบ็ดเสร็จทั่วไป โดยเฉพาะตามมาตรา 4 ถือเป็นบทบัญญัติของกฎหมายที่มีบทบาทสำคัญ เรียกได้ว่า เป็นหัวใจหรือรากฐานของระบบกฎหมายไทยทั้งระบบ เพราะบทบัญญัติในมาตรา 4 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เป็นบทบัญญัติที่แสดงให้เห็นว่าระบบกฎหมายไทยนั้นมีนิติวิธีอย่างไร การปรับใช้กฎหมายเพื่ออุดช่องว่างมีลำดับการใช้อย่างไร¹¹² ซึ่งมีทั้งการใช้จารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น การวินิจฉัยคดีอาศัยเทียบบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง และการวินิจฉัยคดีตามหลักกฎหมายทั่วไป อันจะได้กล่าวถึงรายละเอียดในบทต่อไป

จากที่กล่าวมาข้างต้นจะเห็นได้ว่า การอุดช่องว่างแห่งกฎหมายเป็นเรื่องสำคัญอย่างยิ่ง เมื่อมีคดีเกิดขึ้นศาลจะปฏิเสธการตัดสินคดีโดยอ้างว่าไม่มีกฎหมายมาปรับแก้กรณีไม่ได้ ดังนั้น ในการแก้ไขปัญหาการพิจารณาตัดสินคดี เรื่องการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายจึงมีขึ้นเพื่อเข้ามาช่วยอุดรอยรั่วและลดอุปสรรคต่างๆ การศึกษากฎหมายเพื่ออุดช่องว่างแห่งกฎหมายจึงเป็นการศึกษาในเรื่องนิติวิธีที่มีความสำคัญยิ่ง ดังนั้น ในการศึกษาเชิงวิชาการเพื่อหาทฤษฎีแนวทางปฏิบัติที่เหมาะสมจะทำให้การบังคับใช้กฎหมายมีความแน่นอนและสามารถนำไปปฏิบัติได้จริงต่อไป

ในการศึกษานิติวิธีในการใช้กฎหมาย การตีความกฎหมาย และการอุดช่องว่างแห่งกฎหมาย ในระบบกฎหมายไทยดังที่ได้กล่าวมาแล้ว จึงทำให้เกิดข้อความคิดพื้นฐานนำไปสู่การใช้กฎหมาย การตีความกฎหมาย และการอุดช่องว่างแห่งกฎหมาย ที่จะดำเนินไปตามนิติวิธีอย่างถูกต้อง และสามารถพิเคราะห์พิจารณาถึงการใช้นิติวิธีในแต่ละเรื่องอย่างเหมาะสมต่อไป

2.5 สรุปข้อความคิดพื้นฐานว่าด้วยนิติวิธี

จากการศึกษาข้อความคิดพื้นฐานว่าด้วยนิติวิธีทำให้ทราบถึงนิติวิธีหรือทัศนคติของนักกฎหมายที่มีต่อระบบกฎหมายของตน ซึ่งแสดงออกผ่านวิธีการคิด วิธีการใช้กฎหมาย วิธีการ

¹¹² หยุต แสงอุทัย, หนังสือกฎหมายแพ่งมูลเหตุหนึ่ง (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2517), หน้า 7-9.

ตีความกฎหมาย และวิธีการอุดช่องว่างแห่งกฎหมาย เป็นต้น โดยทั้งหมดนี้เป็นส่วนหนึ่งของนิติวิธีที่ผ่านกระบวนการคิดและวิเคราะห์อย่างละเอียดรอบคอบออกมาเป็นระบบในทางกฎหมาย

นอกจากนี้ เนื่องจากกฎหมายมีวิวัฒนาการมายาวนานตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบัน ระบบกฎหมายกับการใช้กฎหมายจึงมีความสัมพันธ์กัน โดยระบบกฎหมายคอมมอนลอว์เป็นระบบกฎหมายที่ยึดถือคำพิพากษาของศาลเป็นหลักในการตัดสินคดี แต่สำหรับบทบัญญัติกฎหมายลายลักษณ์อักษร เช่น พระราชบัญญัติต่างๆ ซึ่งตราขึ้นโดยรัฐสภาถือเป็นกฎหมายพิเศษ ดังนั้น การใช้บทบัญญัติกฎหมายลายลักษณ์อักษรจึงไม่อาจนำมาใช้ในลักษณะที่เป็นบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง เช่นนี้เมื่อใดที่ไม่สามารถนำบทบัญญัติกฎหมายลายลักษณ์อักษรไปปรับใช้กับคดีได้ ศาลจะนำหลักกฎหมายคอมมอนลอว์ซึ่งเป็นกฎหมายทั่วไปมาปรับใช้

ในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์เมื่อพิจารณาถึงทัศนคติต่อคำพิพากษาของศาล ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์จะยึดถือว่าคำพิพากษาของศาลเป็นบ่อเกิดของกฎหมาย โดยให้ความสำคัญกับการที่ผู้พิพากษาบัญญัติกฎหมาย หรือ Judge made law อย่างมาก ซึ่งศาลสามารถสร้างหลักกฎหมายขึ้นมาได้โดยไม่ต้องนำมาบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรก่อน คำพิพากษาของศาลในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์จึงมีบทบาททั้งการปรับใช้กฎหมายแก่ข้อเท็จจริงและบทบาทในการวางหลักนิติวิธีในทางกฎหมายด้วย

เมื่อระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ยึดถือคำพิพากษาของศาลในคดีก่อนเป็นหลักในการตัดสินคดี การตัดสินคดีที่เกิดขึ้นมาใหม่จึงต้องพิจารณาหลักกฎหมายจากคดีที่เกิดขึ้นมาแล้ว แต่กระนั้น ในบางกรณีข้อเท็จจริงในคดีไม่เหมือนกันโดยตรง แต่อาจจะจะมีลักษณะคล้ายคลึงกันหรือใกล้เคียงกัน คำว่า “Analogy” ในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์จึงถูกนำมาใช้ในความหมายที่ว่า เป็นเทคนิคเกี่ยวกับการปรับเหตุผลในการวินิจฉัย (Ratio Decidendi) ของคดีก่อนกับคดีที่เกิดขึ้นมาใหม่นี้¹¹³ ซึ่งอาจต้องอาศัยการเทียบเคียงข้อเท็จจริงและหลักกฎหมายในคดีก่อนกับคดีหลังเพื่อปรับเหตุผลและวินิจฉัย โดยมีใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งเพื่ออุดช่องว่างแห่งกฎหมายตามความหมายที่เข้าใจกันในระบบกฎหมายซีวิลลอว์

¹¹³ Katja Langenbucher, "Argument by Analogy in European Law," *Cambridge Law Journal* 57, 3 (November 1998), p.481.

ส่วนในระบบกฎหมายซีวิลลอว์ยึดถือกฎหมายลายลักษณ์อักษรเป็นบ่อเกิดเบื้องต้นของกฎหมาย “การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง” หรือ “Analogy” ในระบบกฎหมายซีวิลลอว์จึงถูกนำมาใช้ในฐานะที่เป็นเครื่องมือในการอุดช่องว่างแห่งบทบัญญัติของกฎหมายนั้น¹¹⁴ โดยระบบกฎหมายซีวิลลอว์ บทบัญญัติตามประมวลกฎหมายเป็นกฎหมายทั่วไป ลักษณะของการบัญญัติกฎหมายในระบบกฎหมายซีวิลลอว์จึงบัญญัติกฎหมายไว้อย่างกว้างให้ครอบคลุมแก่กรณี และมีการยอมรับเหตุผลและเจตนารมณ์ของกฎหมาย ตลอดจนเปิดกว้างให้มีการใช้เหตุผลเข้ามาเป็นฐานแห่งการตีความ รวมถึงในการเทียบเคียงบทกฎหมายด้วย จึงแสดงให้เห็นว่า ระบบกฎหมายซีวิลลอว์เป็นระบบกฎหมายที่ยึดถือเหตุผลและยึดถือหลักการที่สอดคล้องกัน โดยระบบกฎหมายซีวิลลอว์มีวิวัฒนาการสืบเนื่องมาจากกฎหมายโรมันและได้รับการพัฒนาโดยนักนิติศาสตร์ในยุโรปต่อเนื่องเป็นระยะเวลายาวนาน พัฒนาการของกฎหมายในระบบกฎหมายซีวิลลอว์จึงเป็นพัฒนาการของการสร้างหลักกฎหมายทั่วไป โดยใช้เหตุผลไปศึกษาและปรุงแต่งขึ้นมาจากกฎเกณฑ์เฉพาะเรื่อง การอ้างอิงเหตุผลจึงทำให้กฎหมายมีความสัมพันธ์กับสภาพสังคมความเป็นจริงที่เกิดขึ้น และสามารถนำกฎหมายนั้นมาปรับใช้กับข้อเท็จจริงต่างๆ ที่อาจแปรผันเปลี่ยนแปลงไปตามกาลเวลาได้

สำหรับในระบบกฎหมายไทย เนื่องจากประเทศไทยได้รับอิทธิพลการบัญญัติประมวลกฎหมายมาจากกฎหมายต่างประเทศ เช่น ประเทศญี่ปุ่น ประเทศเยอรมนี เป็นต้น โดยเป็นกลุ่มประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายซีวิลลอว์ ระบบกฎหมายไทยจึงใกล้ชิดโดยตรงกับ ระบบกฎหมายแบบซีวิลลอว์ที่มีประมวลกฎหมายเป็นหลักในการพิจารณาตัดสินคดีอย่างชัดเจน การศึกษากฎหมายไทยจึงศึกษาจากประมวลกฎหมาย แม้ในบางกรณีผู้พิพากษาจะอ้างอิงอาศัยเหตุผลและดำเนินรอยตามคำพิพากษาของศาลฎีกาในคดีก่อน แต่กระนั้นก็มีใช้หลักเคร่งครัดเป็นนิติประเพณีที่จำต้องปฏิบัติตามดังเช่นในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ แต่เป็นเพียงประเพณีปฏิบัติ¹¹⁵ ที่ศาลเห็นว่า คำพิพากษาของศาลฎีกานั้นมีเหตุผลที่เหมาะสมและสมควรยึดถือเป็นแบบอย่าง

ทั้งนี้ เมื่อพิจารณาการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในความสัมพันธ์กับทัศนคติในระบบกฎหมายไทยจะเป็นเช่นใด ซึ่งเรื่องดังกล่าวเป็นเรื่องที่ผู้ปรับใช้กฎหมายหรือศาลต้องพึงระมัดระวังเป็นอย่างมาก เพราะในระบบกฎหมายไทยยึดถือกฎหมายลายลักษณ์อักษรเป็นบ่อเกิด

¹¹⁴ Ibid.

¹¹⁵ โสภณ รัตนกร, "ระบบกฎหมายไทยเป็นระบบซีวิลลอว์หรือคอมมอนลอว์," *ตุลพาท* 2, 62 (2558).

เบื้องต้นของกฎหมาย คำพิพากษาของศาลเป็นเพียงคำอธิบายในการใช้ตัวบทกฎหมายปรับแก้คดี คำพิพากษาของศาลจึงมิใช่บ่อเกิดของกฎหมายตามมุมมองในระบบกฎหมายแบบซีวิลลอว์ เช่นนี้ การเปิดช่องให้ใช้นิติวิธีการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งหากไม่ระมัดระวังอาจจะเป็นการขยายขอบเขตของกฎหมาย และในท้ายที่สุดอาจเป็นการเปิดโอกาสให้ศาลสร้างกฎหมายขึ้นมาใหม่ได้ อันอาจเกิดกรณี Judge made law ดังเช่นในระบบกฎหมายแบบคอมมอนลอว์¹¹⁶ จึงทำให้ต้องมาพิจารณาต่อไปว่า หลักการใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งควรจะเป็นเช่นใดจึงจะเป็นไปตามนิติวิธีที่ถูกต้องและสอดคล้องกับทัศนคติในระบบกฎหมายไทย ซึ่งผู้วิจัยจะทำการวิเคราะห์ปัญหาการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในความสัมพันธ์กับทัศนคติในระบบกฎหมายไทยให้กระจ่างชัดเจนต่อไป

นอกจากนั้น ในระบบกฎหมายไทย สำหรับการใช้กฎหมาย การตีความกฎหมาย และการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายก็มีลักษณะที่แตกต่างกัน ไม่ว่าจะเป็นการใช้กฎหมายที่เป็นการนำกฎหมายมาปรับเข้ากับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น หรือ การตีความกฎหมายที่เป็นการตีความถ้อยคำของกฎหมายให้ได้เป็นข้อความที่จะนำไปใช้วินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาท ซึ่งต้องคำนึงถึงตัวอักษรและเจตนารมณ์หรือความมุ่งหมายของกฎหมายนั้นไปพร้อมกัน หรือ การอุดช่องว่างแห่งกฎหมายที่เป็นกรณีที่ไม่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายลายลักษณ์อักษรบัญญัติไว้ จึงต้องอาศัยการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายตามวิธีการต่างๆ โดยการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายจะมีลักษณะที่แตกต่างจากการตีความกฎหมาย เพราะการตีความกฎหมายต้องเป็นการตีความภายในตัวบทบัญญัติที่เป็นลายลักษณ์อักษรเท่านั้น เช่นนี้ การใช้กฎหมาย การตีความกฎหมาย และการอุดช่องว่างแห่งกฎหมาย จึงมีลักษณะที่แตกต่างกันไปอันทำให้ผู้ใช้กฎหมายพึงต้องระมัดระวัง

ทั้งนี้ จะเห็นได้ว่าในการบัญญัติกฎหมาย เมื่อผู้บัญญัติกฎหมายไม่สามารถบัญญัติกฎหมายให้ครอบคลุมในทุกกรณี โดยอาจมาจากเหตุปัจจัยที่แตกต่างกันจึงเกิดเป็นช่องว่างแห่งกฎหมายขึ้น การอุดช่องว่างแห่งกฎหมายจึงต้องพิจารณาให้ครอบคลุมถึงนิติวิธีในระบบกฎหมายนั้น ซึ่งนิติวิธีในการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายที่สำคัญเรื่องหนึ่งก็คือ นิติวิธีในการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง เนื่องจากการบัญญัติกฎหมายกับทุกกรณีที่เกิดขึ้นเป็นเรื่องที่เป็นไปได้ยากยิ่ง เช่นนี้ หากไม่สามารถใช้

¹¹⁶ Hadfield, G. K., "The Quality of Law in Civil Code and Common Law Regimes: Judicial Incentives, Legal Human Capital and the Evolution of Law."

บทบัญญัติกฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษรได้โดยตรง ก็อาจต้องมีการใช้นิติวิธีโดยการเทียบเคียง (Analogy) เข้ามาช่วยในการอุดช่องว่างแห่งกฎหมาย ดังเช่น ตามมาตรา 4 วรรคสอง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ที่บัญญัติถึงนิติวิธีในการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งไว้ อันเป็นการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายเพื่อให้ผู้ใช้กฎหมายสามารถใช้กฎหมายตัดสินคดีปรับบทกฎหมายกับข้อเท็จจริงต่างๆ ได้ และเพื่อให้เกิดความชัดเจนว่ากรณีเช่นใดจะเป็นการที่ไม่มีบทกฎหมายลายลักษณ์อักษรบัญญัติไว้และไม่มีจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่นมาปรับแก้คดีจึงต้องอาศัยวิธีการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายด้วยการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง ซึ่งผู้วิจัยจะได้ศึกษาในตัวอย่างและรายละเอียดต่อไป

ในการศึกษาข้อความคิดพื้นฐานว่าด้วยนิติวิธีดังที่กล่าวมาจึงเป็นเรื่องที่มีความสำคัญอย่างยิ่ง นอกจากนี้ ในการใช้การตีความกฎหมายและการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายที่ถูกต้องจึงจำต้องมีความรู้ความเข้าใจที่ถูกต้องในนิติวิธีและในมุมมองต่างๆ ที่เกี่ยวข้อง โดยการพิจารณาเรื่องดังกล่าวจะช่วยทำให้การใช้กฎหมาย การตีความกฎหมาย และการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายดำเนินไปตามนิติวิธีที่เหมาะสม มิฉะนั้นแล้ว อาจเกิดปัญหาความไม่แน่นอนในกระบวนการทางกฎหมายตามมา ทั้งการปรับบทกฎหมายและการบังคับใช้กฎหมาย ซึ่งหากผู้ใช้กฎหมายไม่สามารถเข้าใจถึงนิติวิธีในการใช้กฎหมาย การตีความกฎหมาย และการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายแล้ว ในการพิจารณาปรับบทกฎหมายแก่กรณีก็จะเกิดขึ้นอย่างถูกต้องเหมาะสมมิได้ ด้วยเหตุที่ความเข้าใจในนิติวิธีตามระบบกฎหมายไทยยังไม่ชัดเจนนัก และยังพบปัญหาในหลากหลายเรื่องที่ยังคงมีความเห็นแตกต่างกันออกไป รวมทั้ง ยังไม่มีการวิเคราะห์ถึงปัญหาและเสนอแนวทางการใช้นิติวิธีในการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งที่สอดคล้องกันอย่างเป็นระบบ จึงทำให้ต้องมีการศึกษาวิเคราะห์ต่อไป ดังนั้น ในบทนี้เมื่อศึกษาข้อความคิดพื้นฐานว่าด้วยนิติวิธีแล้ว จึงทำให้เกิดแนวคิดพื้นฐานเพื่อนำมาใช้ในการพิจารณากรณีการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งต่อไป

บทที่ 3

ข้อความคิดพื้นฐานว่าด้วยการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง

ในบทนี้เป็นการศึกษาเกี่ยวกับข้อความคิดพื้นฐานว่าด้วยการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง ซึ่งจะกล่าวถึงความหมายและลักษณะของการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง ความเป็นมาทางประวัติศาสตร์ของการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง แนวคิดเบื้องต้นของเรื่องและหลักการของการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง ตลอดจน การให้เหตุผลในทางนิติศาสตร์กับการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง เพื่อเป็นรากฐานทางความคิดให้เกิดความรู้ความเข้าใจที่ถูกต้องถึงภูมิหลังที่มาของหลักการแนวความคิดและเหตุผลของการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง พร้อมทั้ง ศึกษาวิธีวิธีการปรับใช้กฎหมายเพื่ออุดช่องว่างของกฎหมายโดยการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งทั้งในระบบกฎหมายต่างประเทศและในระบบกฎหมายไทย

3.1 ความนำ

จากที่กล่าวมาแล้วในบทที่ 2 เนื่องจากการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งเพื่ออุดช่องว่างแห่งกฎหมายเป็นนิติวิธีที่ถูกนำมาใช้ในระบบกฎหมายซีวิลลอว์ ดังนั้น ในการศึกษาข้อความคิดพื้นฐานว่าด้วยการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งตามความมุ่งหมายของวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ จึงศึกษาข้อความคิดพื้นฐานว่าด้วยการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง ในความสัมพันธ์กับแนวคิดของระบบกฎหมายซีวิลลอว์

การศึกษาข้อความคิดพื้นฐานว่าด้วยการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในลำดับแรกจึงต้องเข้าใจถึงความหมายของการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งเสียก่อน ซึ่งเมื่อก้าวโดยทั่วไป การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งจะต้องมีการเทียบเคียงสิ่งใดสิ่งหนึ่งกับอีกสิ่งหนึ่ง ซึ่งลักษณะของการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งจะมีลักษณะเช่นใด นอกจากนี้ กรณีการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งจะเป็นอย่างเดียวกันหรือแตกต่างกัน

กับการตีความกฎหมายอย่างกว้างหรือการตีความโดยขยายความ ซึ่งเมื่ออธิบายตามนิทิวรีในมาตรา 4 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์จะช่วยแสดงให้เห็นถึงกรณีการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งที่ถูกนำมาใช้เพื่ออุดช่องว่างแห่งกฎหมายได้อย่างชัดเจน

อีกทั้ง ในการศึกษาแนวคิดและภูมิหลังความเป็นมาทางประวัติศาสตร์ของการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง ซึ่งเป็นการศึกษาจากแนวคิดที่มาและพัฒนาการของเรื่องการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งตามมุมมองในระบบกฎหมายซีวิลลอว์ที่ได้ริเริ่มมายาวนานตั้งแต่อดีตแล้ว การศึกษาถึงแนวคิดและความเป็นมาทางประวัติศาสตร์ของการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งจึงเป็นเรื่องที่มีความสำคัญมาก โดยปัจจุบันกรณีการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งถูกนำมาใช้เพื่อเป็นการอุดช่องว่างแห่งกฎหมาย ซึ่งกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่มีอยู่ไม่เพียงพอเกิดเป็นช่องว่างของกฎหมาย จึงอาศัยการเทียบเคียงเหตุผลของบทกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งมาปรับใช้ให้เข้ากับกรณีข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น ดังนั้น ในการศึกษาข้อความคิดพื้นฐานว่าด้วยการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง จึงศึกษาถึงหลักการพื้นฐานอันจะนำเข้าสู่ความเข้าใจในเหตุผลของเรื่องดังกล่าวให้กระจ่างชัดเจน โดยต้องเข้าใจถึงแนวคิดความเป็นมาของการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง จากนั้นจึงศึกษาหลักการเบื้องต้นในการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งที่มีความสัมพันธ์กับแนวคิดเหตุผลของเรื่องด้วย

นอกจากนี้ การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งเป็นการเทียบเคียงสิ่งที่ใกล้เคียงกันหรือคล้ายกัน โดยในความรู้สึกนึกคิดของมนุษย์ทุกคนย่อมมีการเปรียบเทียบสิ่งต่างๆ อยู่เป็นปกติ และมนุษย์ทุกคนก็ไม่ชอบให้ตนเองถูกเลือกปฏิบัติให้แตกต่างจากผู้อื่น การเทียบเคียงจึงมีขึ้นเพื่อให้เกิดความยุติธรรม สิ่งเหล่านี้จึงเป็นพื้นฐานนำไปสู่การตัดสินใจตัดสินคดีให้เกิดความเป็นธรรมขึ้นในสังคม ทำให้ในการศึกษาแนวคิดและหลักการที่นำไปสู่การเทียบเคียงบทกฎหมายเป็นเรื่องที่ควรต้องคำนึงถึงซึ่งจะทำให้เกิดองค์ความรู้ความเข้าใจในเรื่องดังกล่าวอย่างลึกซึ้งต่อไป

ด้วยเหตุนี้ ทำให้เรื่องการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งเป็นเรื่องที่มีความละเอียดอ่อน และต้องอาศัยหลักการการให้เหตุผลที่แยบยลเข้ามาช่วยในการพิเคราะห์ตัดสิน ซึ่งการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งถูกนำมาใช้เพื่อเป็นการอุดช่องว่างทางกฎหมาย อันเป็นศิลปะแห่งนิทิวรีในระบบกฎหมายนั้น ซึ่งจะมีความเกี่ยวข้องกับสิ่งต่างๆ อย่างเป็นระบบ ทำให้ใน

การศึกษาข้อความคิดพื้นฐานว่าด้วยการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งต้องมีการศึกษาถึงหลักการและเหตุผลที่ก่อร่างสร้างตัวบ่มเพาะให้เกิดเป็นการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งขึ้นมาดังเช่นในปัจจุบันนี้ได้

3.2 ความหมายและลักษณะของการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง

เมื่อกล่าวถึง “การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง” หรือ “Analogy” ตามความหมายธรรมดาสามัญจะพบว่า คำว่า “Analogy” ในภาษาอังกฤษ แปลว่า ความคล้ายคลึงกัน ความเหมือนกัน มีลักษณะอย่างเดียวกัน¹¹⁷ ส่วนคำในภาษาไทย คำว่า “ใกล้เคียง” หมายความว่า ไม่ไกลกัน ไม่แตกต่างกันมากนัก พอๆ กัน¹¹⁸ ซึ่งแปลความได้ว่า มีลักษณะที่คล้ายคลึงกัน คล้ายกัน ดังนั้น คำว่า “ใกล้เคียงกันอย่างยิ่ง” จึงมีความหมายว่า คล้ายคลึงกันอย่างมาก คล้ายกันมากๆ แทบไม่แตกต่างกันเลย นอกจากนี้ การที่จะพิจารณาความใกล้เคียงกันก็จะต้องมีการนำมาเทียบเคียงกัน ซึ่งการเทียบเคียงมีลักษณะเป็นการเปรียบเทียบ โดยคำว่า “เทียบ” คือ การเอามาให้ใกล้ ชิด หรือ ติดกัน¹¹⁹ จึงเปรียบสิ่งหนึ่งมาเทียบกับอีกสิ่งหนึ่งเพื่อให้เห็นว่าใกล้กัน เสมอกัน หรือผิดกัน¹²⁰ ทำให้การเทียบเคียงเป็นการพิจารณาเทียบให้เห็นลักษณะที่เหมือนกันและต่างกัน¹²¹ ในกรณีนี้ การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งตามความหมายธรรมดาสามัญจึงเป็นที่เข้าใจได้ว่า ต้องมีการเทียบเคียงหรือเปรียบเทียบสิ่งใดสิ่งหนึ่งกับอีกสิ่งหนึ่งที่มีลักษณะคล้ายคลึงกันอย่างมากหรือแทบไม่แตกต่างกันเลย

เมื่อมาพิจารณาความหมายทางนิติศาสตร์ “การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง” หรือ “Analogy” เป็นการให้เหตุผลโดยอ้างถึงความคล้ายคลึงกันย่อมมีความหมายอย่างเดียวกัน เช่นเดียวกับคำว่า “Argumentum a simile” โดยการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งจะถูกนำมาใช้เพื่ออุดช่องว่างแห่งกฎหมาย กล่าวคือ ในกรณีที่บทกฎหมายลายลักษณ์อักษรไม่สามารถ

¹¹⁷ Longdo Dict, "Analogy," [Online] Accessed: 27 August 2018. Available from: <https://dict.longdo.com/search/analogy>

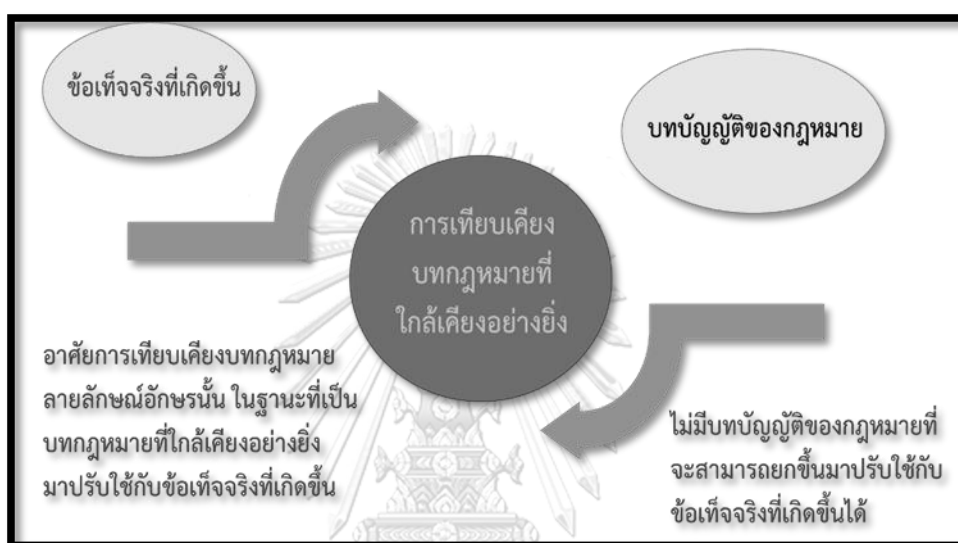
¹¹⁸ ราชบัณฑิตยสถาน, พจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554 เฉลิมพระเกียรติพระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัว เนื่องในโอกาสพระราชพิธีมหามงคลเฉลิมพระชนมพรรษา 7 รอบ 5 ธันวาคม 2554 หน้า 160-161.

¹¹⁹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 585-586.

¹²⁰ เรื่องเดียวกัน, หน้า 756.

¹²¹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 756.

ยกขึ้นมาปรับใช้แก้คดีได้ โดยอาจจะเป็นกรณีที่ไม่มีบทกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่บัญญัติถึงเรื่องนั้นๆ ไว้โดยตรงเลย หรือบทกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่มีอยู่ครอบคลุมไปไม่ถึงกรณีที่เกิดขึ้นจึงเกิดเป็นช่องว่างแห่งกฎหมาย เช่นนี้ ผู้ใช้กฎหมายจึงต้องแสวงหาวิธีการมาอุดช่องว่างแห่งกฎหมาย การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งจึงเป็นนิติวิธีอย่างหนึ่งที่ถูกนำมาใช้เพื่ออุดช่องว่างแห่งกฎหมายนั้น



รูปที่ 1 แผนภาพแสดงการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งเพื่ออุดช่องว่างแห่งกฎหมาย

จากแผนภาพดังกล่าวอธิบายกรณีการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งได้ว่า เมื่อมีข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในคดี ผู้ใช้กฎหมายก็ต้องมาพิจารณาถึงบทบัญญัติของกฎหมาย แต่อย่างไรก็ตาม เมื่อไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายที่สามารถยกขึ้นมาปรับใช้กับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นได้ การอาศัยวิธีการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งจึงถูกนำมาใช้เพื่ออุดช่องว่างแห่งกฎหมายตามนิติวิธี

นอกจากนี้ คำอธิบายทางตำรานิติศาสตร์โดยทั่วไปก็มีการกล่าวถึงกรณีการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งไว้ว่า การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งจะเป็นการนำข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในคดีมาเทียบเคียงกับข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบที่บัญญัติไว้ในบทกฎหมายเนื่องด้วยบทกฎหมายลายลักษณ์อักษรมิได้บัญญัติไว้โดยตรง จึงเกิดการเทียบเคียงเพื่ออุดช่องว่างแห่งกฎหมาย โดยพิจารณาว่า ข้อเท็จจริงนั้นมีความคล้ายคลึงกันกับข้อเท็จจริงที่เป็นองค์ประกอบของ

บทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นหรือไม่¹²² ถ้าข้อเท็จจริงนั้นมีความคล้ายคลึงกันกับบทบัญญัติของกฎหมาย บทบัญญัติของกฎหมายนั้นก็สามารถนำมาอุดช่องว่างแห่งกฎหมายในฐานะที่เป็นบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งได้



รูปที่ 2 แผนภาพแสดงการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง

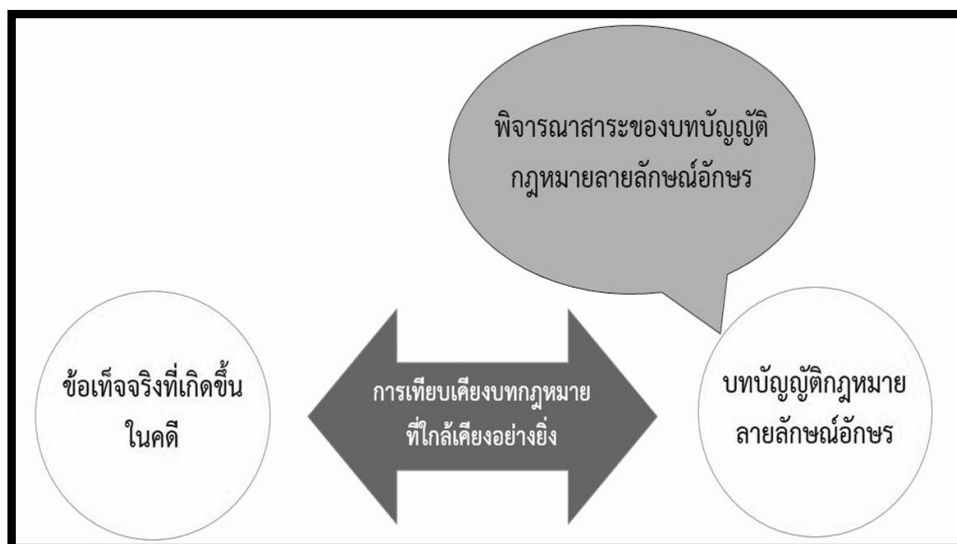
จากแผนภาพอธิบายการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งได้ว่า การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งเป็นการนำข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในคดีมาเทียบเคียงกับข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบที่บัญญัติไว้ในบทบัญญัติของกฎหมาย

อย่างไรก็ตาม เป็นที่น่าสังเกตว่า เมื่อพิจารณาลงลึกไปในบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งที่จะนำมาปรับใช้เทียบเคียง บทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นๆ ย่อมแฝงไปด้วยเหตุผลเบื้องหลัง¹²³ เช่นนี้ ในการพิจารณาเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง ผู้วิจัยจึงเห็นว่าควรต้องพิจารณาถึงสาระของบทบัญญัติกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่ใกล้เคียงกันนั้นด้วย โดยพิจารณาว่าสาระของกฎหมายนั้นสามารถเทียบเคียงกันได้หรือไม่ ทั้งนี้ ด้วยเหตุที่ว่า การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งเป็นการอุดช่องว่างแห่งกฎหมาย โดยเทียบเคียงแก่กรณีที่อยู่ภายใต้กรอบของเหตุผล (ratio legis) เดียวกัน ดังนั้น เมื่อพิจารณาการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งจึงต้องคำนึงถึงสาระของเรื่องที่จะต้องมีความคล้ายคลึงกัน แนวทางในการพิจารณาการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งจึงหลีกเลี่ยงไม่ได้ที่จะต้องวิเคราะห์ถึงสาระของกฎหมาย ซึ่งเมื่อปรับบทกฎหมายแก่กรณีโดยการนำข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในคดีมาเทียบเคียงกับข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบที่บัญญัติไว้ในบทกฎหมาย จะทำให้บทกฎหมายที่นำมาเทียบเคียงได้ต้องมีความใกล้เคียงกันอย่างยิ่งหรือต้องตรงกันใน

¹²² สมยศ เชื้อไทย, คำอธิบายวิชากฎหมายแพ่ง : หลักทั่วไป, หน้า 192.

¹²³ กิตติศักดิ์ ปรกติ, "หลักทั่วไปในการใช้และตีความกฎหมาย," ใน การใช้การตีความกฎหมาย, หน้า 65-66.

สาระสำคัญ และเมื่อเทียบเคียงแล้วก็จะมีการกล่าวอ้างถึงบทบัญญัติมาตราของกฎหมายลายลักษณ์อักษร ซึ่งนำมาอุดช่องว่างแห่งกฎหมายในฐานะที่เป็นบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง



รูปที่ 3 แผนภาพแสดงการพิจารณาสาระของบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง

จากแผนภาพอธิบายการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งที่ต้องพิจารณาสาระของบทบัญญัติกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่ใกล้เคียงกัน

ต่อมา เมื่อกล่าวถึงลักษณะของการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งจะเป็นการเทียบเคียงบทกฎหมายลายลักษณ์อักษร แล้วได้บทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งที่ไม่เป็นบทกฎหมายลายลักษณ์อักษรนำมาปรับใช้เพื่ออุดช่องว่างแห่งกฎหมายลายลักษณ์อักษรนั้น หรือการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งจะเป็นการเทียบเคียงบทกฎหมายลายลักษณ์อักษร และนำผลของบทกฎหมายลายลักษณ์อักษรนั้นมาใช้กับคดีที่ใกล้เคียงกันเพื่ออุดช่องว่างแห่งกฎหมาย

ทั้งนี้ อาจพิจารณาได้ว่า เมื่อการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งเป็นการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายลายลักษณ์อักษรตามมาตรา 4 วรรคสอง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ อันเนื่องจากไม่มีบทกฎหมายลายลักษณ์อักษรบัญญัติไว้โดยตรงจึงเกิดเป็นช่องว่างแห่งกฎหมายขึ้น ซึ่งถ้ามีการนำบทกฎหมายลายลักษณ์อักษรมาใช้ได้โดยตรงก็จะเป็นการใช้บทกฎหมายลายลักษณ์อักษรตามมาตรา 4 วรรคหนึ่ง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์อยู่แล้ว กล่าวคือ

ตามมาตรา 4 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บัญญัติว่า “กฎหมายนั้น ต้องใช้ในบรรดากรณีซึ่งต้องด้วยบทบัญญัติใดๆ แห่งกฎหมายตามตัวอักษร หรือตามความมุ่งหมายของบทบัญญัตินั้นๆ” และในวรรคสอง “เมื่อไม่มีบทกฎหมายที่จะยกมาปรับคดีได้ ให้วินิจฉัยคดีนั้นตามจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น ถ้าไม่มีจารีตประเพณีเช่นว่านั้น ให้วินิจฉัยคดีอาศัยเทียบบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง และถ้าบทกฎหมายเช่นนั้นก็ไม่มีด้วย ให้วินิจฉัยตามหลักกฎหมายทั่วไป” ดังนั้น การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งจึงไม่ใช่การใช้กฎหมายลายลักษณ์อักษร แต่เป็นวิธีวิธีอย่างหนึ่งในการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายลายลักษณ์อักษร

จากนั้น เมื่อการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งเป็นการเทียบเคียงเพื่ออุดช่องว่างแห่งกฎหมาย ซึ่งเทียบเคียงสาระของบทกฎหมายลายลักษณ์อักษร ผลลัพธ์จึงไม่ได้เป็นการนำบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งที่ไม่เป็นบทกฎหมายลายลักษณ์อักษรมาใช้ เพราะหากเทียบเคียงแล้วได้บทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษรจะเท่ากับเป็นการรับรองการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งเป็นบ่อเกิดของกฎหมายลำดับรองที่จะนำไปปรับใช้กับกรณีต่างๆ ทุกกรณี ซึ่งในการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งเป็นการปรับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในคดีกับสาระของบทบัญญัติกฎหมายที่ใกล้เคียงกันเพื่ออุดช่องว่างแห่งกฎหมาย โดยมีลักษณะเป็นขั้นตอนในการอุดช่องว่างกฎหมาย ดังนั้น จึงควรเป็นการนำผลของบทบัญญัติกฎหมายที่ใกล้เคียงกันมาใช้ในคดีจะต้องเหมาะสมกว่า เช่นนี้ ในท้ายที่สุดแล้ว ลักษณะของการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง ผู้วิจัยจึงเห็นว่า การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งเป็นการนำผลของบทบัญญัติของกฎหมายลายลักษณ์อักษรนั้นมาใช้กับคดีที่มีข้อเท็จจริงใกล้เคียงกับข้อเท็จจริงที่บทกฎหมายกำหนดผลแห่งกฎหมายขึ้นไว้ เพราะด้วยเหตุเป็นที่คาดหวังว่า ถ้าผู้ร่างกฎหมายได้ทราบถึงข้อเท็จจริงดังที่ปรากฏอยู่ในคดีเฉพาะหน้านี้ก็คงบัญญัติกฎหมายไว้ให้ข้อเท็จจริงในคดีนั้นได้รับผลอย่างเดียวกัน ¹²⁴ อันทำให้ผลลัพธ์ของการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งมีผลทางกฎหมายอย่างเดียวกันกับบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งนั้น ¹²⁵

นอกจากนี้ กรณีการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งจะเป็นอย่างเดียวกันหรือแตกต่างกันกับการตีความกฎหมายอย่างกว้างหรือการตีความโดยขยายความ ซึ่งในประเด็นดังกล่าวนี้

¹²⁴ หยุด แสงอุทัย, ช่องว่างแห่งกฎหมาย, หน้า 37.

¹²⁵ ปรีดี เกษมทรัพย์, กฎหมายแพ่ง : หลักทั่วไป, หน้า 75.

แวดวงวิชาการต่างประเทศมีความเห็นของนักกฎหมายออกเป็น 2 แนวทาง¹²⁶ แนวทางหนึ่งเห็นว่าการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งเป็นเรื่องเดียวกันกับการตีความอย่างกว้าง เพราะการตีความอย่างกว้างก็คือ การตีความโดยใช้วิธีการ Analogy เช่นนี้ จึงไม่ได้แยกความแตกต่างระหว่างการเทียบเคียงกับการตีความอย่างกว้างออกจากกัน หรือกรณีการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งเมื่อพิจารณาในบริบทของการตีความจะปรากฏอีกว่า การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งเป็นการตีความโดยขยายความหมายของบทบัญญัติกฎหมายเพื่อให้ครอบคลุมถึงกรณีใหม่ที่เกิดขึ้น การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งกับการตีความกฎหมายอย่างกว้างหรือการตีความโดยขยายความจึงมีลักษณะเดียวกัน

สำหรับอีกแนวทางหนึ่งเห็นว่า การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งเป็นคนละเรื่องกันกับการตีความกฎหมายอย่างกว้าง เพราะการตีความอย่างกว้างเป็นการอ้างอิงถึงขั้นตอนการตีความที่ขยายความหมายมากกว่าความหมายตามปกติของบทบัญญัติกฎหมายที่จะนำมาตีความ ในขณะที่การเทียบเคียงเป็นการนำบทบัญญัติกฎหมายที่มีความคล้ายคลึงกันเป็นอย่างมากมาเทียบเคียง ซึ่งแม้ว่าจะมีส่วนเกี่ยวข้องจะเป็นการขยายบริบทออกจากความหมายสามัญอย่างมีนัยยะสำคัญ โดยมีได้อยู่ในขอบเขตของบทบัญญัติกฎหมายนั้นเลย แต่ก็เพื่อรักษาความรู้สึกนึกคิดที่คล้ายคลึงกันและการใช้เหตุผลเพื่อให้เกิดความเป็นธรรม เป็นต้น¹²⁷

ในเรื่องดังกล่าวนี้ ตามนิติวิธีในระบบกฎหมายไทยเห็นว่าการเทียบเคียงบทกฎหมายหรือการ Analogy มิใช่กรณีการใช้กฎหมายโดยตรง แต่เป็นการอาศัยกฎหมายลายลักษณ์อักษรมาใช้เทียบเคียง จึงไม่ถือว่าเป็นการตีความกฎหมาย แม้จริงอยู่ว่าการเทียบเคียงอาจต้องตีความบทบัญญัติที่นำมาเทียบเคียงเพื่อให้รู้ว่าบทบัญญัตินั้นมีความหมายอย่างไร มีขอบเขตการบังคับใช้แค่ไหนเพียงใด ซึ่งเมื่อรับรู้ความหมายหรือขอบเขตของกฎหมายแล้ว หากกรณีข้อเท็จจริงที่นำมาพิจารณาอยู่ในขอบเขตของตัวบทกฎหมาย เช่นนี้ก็จะสามารถนำตัวบทกฎหมายมาใช้ได้เลย เรียกว่า การใช้กฎหมายโดยตรง แต่อย่างไรก็ตาม หากกรณีข้อเท็จจริงอยู่นอกขอบเขตของตัวบทกฎหมาย ซึ่งไม่

¹²⁶ Giovanni Damele, "Analogia Legis and Analogia Iuris: An Overview from a Rhetorical Perspective," in *Systematic Approaches to Argument by Analogy* (Switzerland: Springer International Publishing, 2014). pp. 244-246.

¹²⁷ Imre Zajtay, "Reasoning by Analogy as a Method of Law Interpretation," *Comparative and International Law Journal of Southern Africa* 13, 3 (1980).

สามารถนำตัวบทกฎหมายมาใช้บังคับได้โดยตรง และข้อเท็จจริงนั้นมีความคล้ายคลึงกันอย่างยิ่งกับตัวบทกฎหมาย กรณีเช่นนี้หากสามารถขยายเหตุผลของกฎหมายออกไปถึงกรณีที่อยู่นอกขอบเขตของตัวบทกฎหมายด้วย จึงเรียกว่า การเทียบเคียงกฎหมาย¹²⁸ เพราะเป็นการเทียบเคียงแก่กรณีที่อยู่นอกตัวบทบัญญัติของกฎหมาย แต่ใช้เหตุผลเดียวกันกับตัวบทบัญญัติของกฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษรนั้น จึงมิใช่การตีความหรือการตีความอย่างกว้าง ซึ่งการตีความหรือการตีความอย่างกว้างต้องเป็นกรณีที่ตีความกฎหมายภายในตัวบทบัญญัติที่เป็นลายลักษณ์อักษรเท่านั้น

ดังนั้น การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งจึงไม่เป็นการใช้บทกฎหมายตามตัวอักษร แต่เป็นการอาศัยสาระของบทกฎหมายที่ใกล้เคียงกัน เพราะบทกฎหมายลายลักษณ์อักษรนั้นแม้จะได้รับการตีความโดยขยายความให้กว้างเพียงใด บทกฎหมายลายลักษณ์อักษรดังกล่าวก็ไม่สามารถรวมความไปถึงกรณีที่มุ่งหมายจะให้เกิดการปรับใช้ได้ เช่นนี้ จึงต้องอาศัยวิธีการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งเข้ามาอุดช่องว่างแห่งกฎหมาย



รูปที่ 4 แผนภาพแสดงความหมายของการใช้และการตีความบทบัญญัติกฎหมาย
กับการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง

จากแผนภาพดังกล่าวแสดงความหมายว่า ภายในบทบัญญัติของกฎหมายลายลักษณ์อักษร ผู้ใช้กฎหมายสามารถใช้กฎหมายหรือตีความบทบัญญัติของกฎหมายนั้นได้ แต่กรณีการเทียบเคียงบท

¹²⁸ สมยศ เชื้อไทย, คำอธิบายวิชากฎหมายแพ่ง : หลักทั่วไป, หน้า 171-172.

กฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งเป็นการเทียบเคียงที่อยู่นอกเหนือตัวบทบัญญัติของกฎหมาย ซึ่งบทบัญญัติของกฎหมายนั้นมีความหมายกว้างครอบคลุมไปไม่ถึง จึงใช้วิธีการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งเพื่ออุดช่องว่างแห่งกฎหมาย

3.3 ความเป็นมาทางประวัติศาสตร์ของการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง

ในที่นี้ หากพิจารณาความเป็นมาทางประวัติศาสตร์ของการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง แนวคิดในเรื่องการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งเป็นเรื่องที่มีมาแต่อดีตโบราณ ซึ่งแนวคิดดังกล่าวได้รับการพัฒนาต่อยอดสืบทอดกันมา โดยหลักการและแนวคิดเรื่องการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งเป็นเรื่องที่มีความสอดคล้องกันกับหลักของความยุติธรรม ผู้วิจัยจึงขอเริ่มด้วยความเป็นมาทางประวัติศาสตร์ตั้งแต่ยุคสมัยกรีกและในสมัยโรมันเรื่อยมา

ในยุคสมัยกรีก นักปรัชญาชาวกรีกโบราณมีการกล่าวถึงเกี่ยวกับธรรมชาติของความยุติธรรมและธรรมชาติของกฎหมายไว้ ดังเช่น ไพธากอรัส (Pythagorus) มองความยุติธรรมในฐานะนักคณิตศาสตร์ โดยมีทัศนะว่ารัฐที่ยุติธรรมต้องเป็นรัฐที่ทุกคนทุกส่วนเท่ากัน ส่วนโสกราตีส (Socrates) เสนอแนวคิดเพื่อยืนยันว่า มนุษย์สามารถรับรู้และทำได้โดยการใช้เหตุผล การที่ต้องปฏิบัติตามกฎหมาย เพราะกฎหมายนั้นเป็นธรรมเป็นสิ่งที่สอดคล้องกับธรรมชาติของมนุษย์ มิใช่ปฏิบัติตามกฎหมายเพราะสิ่งนั้นเป็นคำสั่งของผู้มีอำนาจ กฎหมายกับความยุติธรรมจึงเป็นสิ่งเดียวกัน ดังนั้น พลเมืองที่เกิดมาในบ้านเมืองใดก็ต้องปฏิบัติตามกฎหมายคือขนบธรรมเนียมของบ้านเมืองนั้น โดยไม่มีเงื่อนไข จะอ้างว่ากฎหมายไม่เป็นธรรมและไม่ปฏิบัติตามกฎหมายไม่ได้¹²⁹

อริสโตเติล (Aristotle) ก็ให้ความสำคัญกับเรื่องความยุติธรรมโดยแบ่งความยุติธรรมออกเป็นความยุติธรรมโดยทั่วไปและความยุติธรรมเฉพาะเรื่อง¹³⁰ ซึ่งความยุติธรรมโดยทั่วไป แบ่งเป็นความยุติธรรมตามธรรมชาติ (Natural Justice) คือ ความยุติธรรมที่เป็นสากลไม่ขึ้นอยู่กับความรับรู้หรือการยอมรับของมนุษย์ เป็นสิ่งที่ดำรงอยู่ด้วยตัวเอง กับความยุติธรรมที่มนุษย์สมมติขึ้น (Conventional Justice) คือ ความยุติธรรมที่เป็นมาตรการที่มนุษย์ตกลงกำหนดขึ้น เพื่อชี้ถูกผิดในเรื่องที่ไม่มีถูกไม่มีผิดในตัวเอง

¹²⁹ ปรีดี เกษมทรัพย์, นิติปรัชญา, หน้า 106-109.

¹³⁰ เรื่องเดียวกัน, หน้า 119.

ส่วนความยุติธรรมเฉพาะเรื่อง แบ่งออกเป็น 2 ประเภท คือ ความยุติธรรมแบบแลกเปลี่ยนตอบแทน (Commutative Justice) ซึ่งเกิดกับบุคคลในระดับเท่าเทียมกัน ต่างฝ่ายต่างต้องแลกเปลี่ยนทดแทนกันอย่างเสมอภาคเท่าเทียม และความยุติธรรมแบบแบ่งปันส่วน (Distributive Justice) ซึ่งเป็นความยุติธรรมที่รัฐมีให้แก่พลเมืองของรัฐ โดยรัฐจะแบ่งสรรสิ่งต่างๆ แก่บุคคลแต่ละคนอย่างมีสัดส่วน ดังนั้น ปัญหาจึงมีต่อมาว่าการแบ่งปันส่วนอย่างไรจึงจะเรียกว่ายุติธรรม ในข้อนี้ อริสโตเติลไม่ได้ตอบไว้ เพียงแต่ได้วางหลักกว้างๆ ไว้ว่า “สิ่งที่เหมือนกันก็ควรได้รับการปฏิบัติเช่นเดียวกัน และสิ่งที่ต่างก็ควรได้รับการปฏิบัติที่ต่างกันด้วย”¹³¹

ทั้งนี้ หลักการแนวคิดของอริสโตเติลถือเป็นหลักสำคัญในการให้เหตุผลสำหรับการ Analogy หรือการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในปัจจุบัน ซึ่งอริสโตเติลเป็นผู้นำเสนอและอธิบายเปรียบเทียบในเรื่อง “Justice and Equality” ไว้ โดยได้อธิบายหลักว่า สิ่งที่เหมือนกันหรือสิ่งที่คล้ายคลึงกันจะต้องได้รับการปฏิบัติเหมือนกัน สิ่งที่แตกต่างกันย่อมจะต้องได้รับการปฏิบัติที่แตกต่างกัน โดยชี้ให้เห็นว่า “สิ่งที่เหมือนกันหรือคล้ายคลึงกัน หากได้รับการปฏิบัติเหมือนกัน ความยุติธรรมก็จะปรากฏขึ้น แต่หากสิ่งที่แตกต่างกันได้รับการปฏิบัติที่เหมือนกัน ความยุติธรรมก็ย่อมจะเกิดขึ้น” หรือ “Injustice arises when equals are treated unequally, and also when unequals are treated equally.” ทั้งนี้ เนื่องจากอริสโตเติลเห็นว่า ความเสมอภาคหรือความเท่าเทียมกัน คือ ความยุติธรรม โดยหากสิ่งที่เหมือนกันหรือคล้ายคลึงกันไม่ได้รับการปฏิบัติที่เหมือนกัน ความยุติธรรมก็ย่อมเกิดขึ้น เพราะจะเป็นการถูกเลือกปฏิบัติ (Discrimination) หรือการได้รับการปฏิบัติแบบสองมาตรฐาน (Double Standard)¹³²

นอกจากนี้ อริสโตเติลยังได้กล่าวถึง หลักตรรกศาสตร์ (Logic) ว่าเป็นส่วนหนึ่งของปรัชญา ซึ่งตรรกศาสตร์เป็นวิชาที่ศึกษากฎเกณฑ์ของการใช้เหตุผล ซึ่งเหตุผลคือสิ่งที่สนับสนุนความคิด ข้ออ้างใดที่มีเหตุผลสนับสนุนถูกต้องตามกฎเกณฑ์ที่กำหนดไว้ ข้ออ้างนั้นจะมีความสมเหตุสมผล โดยในการแสวงหาเหตุผลอาจทำได้ 2 วิธี คือ วิธีแรก การนิรนัย (Deduction) คือ การนำสิ่งที่ผู้คนยอมรับว่าเป็นความจริงสากลมาสนับสนุนข้ออ้างใหม่เกี่ยวกับความจริงเฉพาะเรื่องที่ยังไม่

¹³¹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 343-345.

¹³² ประสิทธิ์ ไชวีโลกุล, กฎหมายแพ่ง : หลักทั่วไป (คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 4-14), หน้า 63-64.

แนใจ และวิธีที่สอง การอุปนัย (Induction) คือ การนำประสบการณ์เกี่ยวกับความจริงเฉพาะเรื่องหลายกรณีมาสนับสนุนข้ออ้างเกี่ยวกับความจริงสากลนั้น

อีกทั้ง อริสโตเติลยังให้ความสนใจเกี่ยวกับการให้เหตุผลโดยการ Analogy ซึ่งคำว่า “Analogy” ในกรีกมาจาก “หลักเหตุผล” แต่เดิมหมายถึง การเหมือนกันอย่างสมเหตุสมผล อริสโตเติลได้ชี้ให้เห็นว่าเหตุผลประเภทนี้สามารถนำมาใช้เพื่อระบุลักษณะพื้นฐานร่วมกัน การเปรียบเทียบ อุปลักษณ์ หรือ อุปมาอุปไมย เป็นเครื่องมือที่ใช้ในการศึกษาสิ่งต่างๆ หากการเปรียบเทียบเป็นหลักการพื้นฐานของแบบจำลอง แบบจำลองทุกชนิดจะมีจุดประสงค์เพื่อเปรียบเทียบกับสิ่งที่จำลองมา¹³³ ซึ่งการ Analogy ในกรีกแรกเริ่มถูกอธิบายด้วยแนวคิดเกี่ยวกับสัดส่วนทางคณิตศาสตร์หรือเป็นการเข้าใจเกี่ยวกับอัตราส่วนทางคณิตศาสตร์ และถูกนำมาใช้ให้สอดคล้องกันกับวัตถุประสงค์ในเชิงปรัชญากรีกคลาสสิก โดยมีนัยยะสำคัญสำหรับการอนุมานจากรูปแบบที่เป็นที่รู้จัก ซึ่งจะเป็นการเน้นย้ำถึงเอกลักษณ์การแสดงออกของภาษา และพัฒนาจากภาษาขึ้นมาเรื่อยๆ¹³⁴

แนวความคิดของอริสโตเติลจึงมีอิทธิพลอย่างสูงต่อพัฒนาการการปรับใช้กฎหมายโดยการเทียบเคียง หรือการ Analogy ตั้งแต่ยุคสมัยกรีกเรื่อยมาจนถึงปัจจุบัน อีกทั้ง อริสโตเติลยังยึดถือในหลักการของเหตุผล ซึ่งส่งผลให้กฎหมายสามารถถูกปรุงแต่งด้วยเหตุผลและความเป็นธรรมได้ อันสอดคล้องกับแนวคิดตามกฎหมายธรรมชาติ เช่นนี้ การเปิดช่องให้นำการใช้เหตุผลเข้ามาปรุงแต่งกฎหมายจึงทำให้กฎหมายมีความยืดหยุ่นเป็นธรรมแก่กรณีเฉพาะเรื่อง และการที่ยึดถือว่ากฎหมายย่อมมีเหตุผลในตัวหรือกฎหมายยอมให้มีการปรุงแต่งได้ด้วยเหตุผล เหล่านี้จึงเป็นปัจจัยสำคัญของการเกิดขึ้นของวิชานิติศาสตร์ในสมัยต่อมา¹³⁵

ต่อมาในยุคโรมันมีการรับเอาแนวความคิดต่างๆ จากกรีก ประกอบกับมีพัฒนาการทางความคิดที่ก้าวหน้าขึ้น ทำให้การศึกษากฎหมายในยุคโรมันมีกระบวนการที่ศึกษากฎหมายอย่างเป็นระบบ วิชานิติศาสตร์ที่เกิดขึ้นครั้งแรกในสมัยโรมันจึงอาศัยหลักการพื้นฐาน 2 ประการ คือ ประการ

¹³³ Fabrizio Macagno, "Analogy and Redefinition," in *Systematic Approaches to Argument by Analogy* (Switzerland: Springer International Publishing, 2014). p. 73.

¹³⁴ Hans W. Baade, "The Casus Omissus: A Pre-History of Statutory Analogy," *Syracuse Journal of International Law and Commerce* 20(1994).

¹³⁵ ปรีดี เกษมทรัพย์, *นิติปรัชญา*, หน้า 117-120.

แรก การยึดถือกฎหมายเป็นเกณฑ์ในการพิจารณาวินิจฉัย และประการที่สอง การยอมรับว่าการใช้กฎหมายต้องใช้ให้สอดคล้องกับความเป็นธรรมในแต่ละเรื่อง¹³⁶ ซึ่งความคิดพื้นฐานในเรื่องดังกล่าวนี้ได้รับอิทธิพลมาจากปรัชญากรีกเป็นอย่างมาก

สำหรับการศึกษาวิวัฒนาการความเป็นมาทางประวัติศาสตร์ในสมัยโรมัน แม้ในยุคแรกเริ่มโบราณจะเห็นว่า กฎหมาย คือ ความรู้สึกผิดชอบชั่วดีที่มีอยู่ในจิตใจของมนุษย์ แต่ต่อมาเมื่อคนในสังคมได้ถือปฏิบัติกันอย่างสม่ำเสมอและเชื่อว่าเป็นกฎหมาย ความรู้สึกผิดชอบชั่วดีจึงกลายมาเป็นกฎหมายประเพณี ซึ่งในภายหลังก็มีการบันทึกกฎหมายประเพณีเป็นลายลักษณ์อักษรในยุคสาธารณรัฐบนแผ่นทองแดงรวม 12 แผ่น เรียกว่า กฎหมายสิบสองโต๊ะ พร้อมทั้งนำมาแสดงในที่สาธารณะเพื่อให้ประชาชนได้รับรู้ เช่นนี้ กฎหมายจึงเป็นสิ่งที่เปิดเผยและสามารถนำมาศึกษาพิเคราะห์พิจารณาได้ด้วยเหตุผล

ทั้งนี้ แม้การใช้การตีความกฎหมายแรกเริ่มจะยึดถือความศักดิ์สิทธิ์ของตัวอักษรอย่างเคร่งครัด แต่ต่อมาเมื่อมีกรณีที่ไม่ต้องตรงตามตัวอักษรก็เริ่มมีการตีความเพื่อหาความหมายที่แท้จริงของบทกฎหมายนั้นขึ้น จึงเป็นต้นกำเนิดของหลักการตีความ โดยเริ่มจากการตีความตามตัวบทมาสู่การตีความโดยใช้หลักตรรกวิทยาของภาษาและถ้อยคำที่เรียบเรียงไว้เพื่อเป็นเครื่องมือช่วยหาความหมายที่แท้จริงของตัวบทนั้น การเรียนรู้กฎหมายโดยใช้ภาษาเป็นสื่อในการอ้างอิง การตั้งข้อโต้แย้งและอธิบายกฎหมายด้วยเหตุผลตามหลักภาษา ทำให้กฎหมายโรมันมีการตีความกฎหมายโดยตีความตามตัวอักษร (Litera) และตามเหตุผล (Ratio) ไปพร้อมกัน โดยเห็นว่าทั้งสองสิ่งไม่ได้แยกออกจากกัน ซึ่งต่อมาในยุคหลัง วิชานิติศาสตร์มีบทบาทมากขึ้นโดยเห็นว่า วิชานิติศาสตร์เป็นวิชาที่ศึกษาทั้งตัวอักษรและภาษา ตลอดจนปรัชญาว่าด้วยเหตุผล¹³⁷

นอกจากนั้น เมื่อกฎหมายกฎหมายสิบสองโต๊ะไม่เพียงพอที่จะปรับใช้ได้โดยตรง จึงเกิดหลักการเทียบเคียงกฎหมายขึ้นมา เป็นการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง หรือการ Analogy ซึ่งได้ชัดเจนขึ้นในยุคนี้ด้วยเช่นกัน ทั้งนี้ เนื่องจากมีข้อเท็จจริงเกิดขึ้นมาว่า การที่นกกระจอกเทศซึ่งเป็นสัตว์ 2 เท้าไปก่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่น เจ้าของนกกระจอกเทศต้อง

¹³⁶ เรื่องเดียวกัน, หน้า 120.

¹³⁷ กิตติศักดิ์ ปรกติ, ความเป็นมาและหลักการใช้นิติวิธีในระบบซีวิลลอว์และคอมมอนลอว์, หน้า 22-24.

รับผิดชอบหรือไม่ ซึ่งแต่เดิมกฎหมายสิบสองโต๊ะบัญญัติไว้เพียงความรับผิดของเจ้าของสัตว์ 4 เท้า ไม่มีการกล่าวถึงสัตว์ 2 เท้าได้เลย แต่ในภายหลังจากที่โรมันไปรบกับแอฟริกา ทหารโรมันนำนกกระจอกเทศกลับมาด้วย ซึ่งนกกระจอกเทศไม่ใช่ขนาดเล็ก แต่เป็นนกที่มีขนาดใหญ่และก็ไปก่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่น เช่นนี้ จึงทำให้ต้องมาตระหนักถึงการแก้ไขปัญหาดังกล่าวที่เกิดขึ้น¹³⁸

ทั้งนี้ เมื่อพิจารณาถึงหลักกฎหมายในกฎหมายสิบสองโต๊ะจะพบว่า ในโต๊ะที่ 8 ข้อ 6 มีการกล่าวถึงบทบัญญัติเรื่องความรับผิดของเจ้าของสัตว์ 4 เท้าไว้ว่า “Si quadrupes pauperiem fecisse dicetur, actio ex lege XII tab. descendit ; quae lex voluit aut dari id quod nocuit – aut aestimationem noxae offerri”¹³⁹ หรือ “If a quadruped shall be alleged to have caused injury, a law of the Twelve Tables required either that which did the harm to be given up or compensation for the injury to be proffered.”¹⁴⁰ เช่นนี้ จึงเกิดปัญหาทางกฎหมายในกรณีของสัตว์ 2 เท้าที่ไปก่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่น เจ้าของสัตว์ 2 เท้าจะต้องรับผิดชอบต่อผู้เสียหายหรือไม่ ซึ่งการบัญญัติกฎหมายไม่ได้กล่าวรวมถึงกรณีของสัตว์ 2 เท้าไว้ จึงทำให้ต้องมาถกคิดในพฤติการณ์ที่ตัวบทกฎหมายไปไม่ถึง ผู้ใช้กฎหมายจะสามารถแก้ไขปัญหาดังกล่าวอย่างไร ซึ่งการจะตีความขยายความตัวบทกฎหมายก็ไม่สามารถกระทำได้ เพราะในการตีความไม่มีทางที่จะตีความขยายความให้สัตว์ 4 เท้าครอบคลุมไปถึงนกกระจอกเทศซึ่งเป็นสัตว์ 2 เท้าได้ จึงกลายเป็นเรื่องของช่องว่างแห่งกฎหมาย

อย่างไรก็ตาม ในกรณีนี้เมื่อพิจารณาถึงเจตนารมณ์ของบทบัญญัติกฎหมาย บทบัญญัติกฎหมายมีมาเพื่อต้องการให้เจ้าของที่เลี้ยงสัตว์มีความระมัดระวังไม่ให้สัตว์ของตนไปก่อความเดือนร้อนเสียหายแก่ผู้อื่น ซึ่งสาระสำคัญของบทบัญญัติกฎหมายมิได้อยู่ที่จำนวนเท้าของสัตว์ แต่สาระสำคัญอยู่ที่ความเสียหายที่เกิดขึ้นเพราะสัตว์ ซึ่งกฎหมายต้องการให้เจ้าของสัตว์นั้นต้องรับผิดชอบความเสียหายที่เกิดขึ้น ดังนั้น แม้กรณีความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสัตว์ 2 เท้าจะไม่มีบทบัญญัติของ

¹³⁸ Erhard Oeser, *Evolution and Constitution: The Evolutionary Selfconstruction of Law* (Dordrecht: Springer Science & Business Media, 2003). pp. 71-72.

¹³⁹ Salvatore Riccobono, "Fontes Iuris Romani Antejustiniani," [Online] Accessed: 15 August 2020. Available from: https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/Leges/twelve_Riccobono.html#t8

¹⁴⁰ E. B. Conant, "The Laws of the Twelve Tables," *Washington University Law Review* 13, 4 (1928).

กฎหมายบัญญัติไว้ แต่หากสัตว์ 2 เข้าไปก่อความเดือนร้อนแก่บุคคลอื่นให้ได้รับความเสียหายเหมือนกัน ก็ย่อมต้องเป็นความผิดเหมือนกับที่เจ้าของสัตว์ 4 เข้ามาจะต้องรับผิดชอบ จึงนำเอาบทบัญญัติกฎหมายเรื่องความรับผิดชอบของเจ้าของสัตว์ 4 เข้ามาใช้โดยเทียบเคียงพฤติการณ์หรือเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นกับกรณีสัตว์ 2 เข้าที่ก่อให้เกิดความเสียหาย แล้วปรับบทกฎหมายให้เข้ากับเหตุการณ์นั้น ซึ่งเป็นวิธีการ Analogy โดยใช้ในการเทียบเคียงบทกฎหมายดังกล่าวกับข้อเท็จจริงในส่วนที่ไม่เป็นสาระสำคัญ การ Analogy จึงเข้ามามีส่วนช่วยในการแก้ไขปัญหาคฎกรณีที่บทบัญญัติของกฎหมายลายลักษณ์อักษรไม่สามารถครอบคลุมไปถึงพฤติการณ์ใดพฤติการณ์หนึ่งดังกรณีนี้ จึงอาจกล่าวได้ว่า กรณีการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง หรือการ Analogy ได้เริ่มมีมาในยุคที่มีการใช้กฎหมายสืบสองโตะนี้แล้ว

ด้วยเหตุนี้ เมื่อกฎหมายไม่ครอบคลุมแก่กรณีที่เกิดขึ้น เกิดเป็นช่องว่างแห่งกฎหมาย ทำให้นักกฎหมายโรมันจำต้องริเริ่มแสวงหาวิธีการเพื่อมาอุดช่องว่างแห่งกฎหมายนั้น เรื่องช่องว่างแห่งกฎหมายจึงเป็นเรื่องที่ได้รับการรู้จักและตระหนักถึงมาตั้งแต่ในสมัยนี้ ซึ่งจุดเด่นในการแสวงหาแนวคิดมาอุดช่องว่างแห่งกฎหมายก็เนื่องมาจากเหตุผล การปรับใช้กฎหมายก็ต้องปรับใช้อย่างมีเหตุผล มิใช่ยึดถือตัวอักษรอย่างเคร่งครัด วิธีคิดจึงวางรากฐานอยู่บนหลักของเหตุผลและหลักความเป็นธรรม แต่อย่างไรก็ตาม ในยุคนี้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งเพื่ออุดช่องว่างแห่งกฎหมายยังไม่ใช่ว่าจำเป็นและมีความสำคัญมากนัก การ Analogy ถูกนำมาใช้เป็นการเทียบเคียงด้วยเหตุผลที่สามารถช่วยแก้ไขปัญหที่เกิดขึ้น แต่ในการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายโดยทั่วไปนักปราชญ์โรมันเห็นว่า ในกรณีที่ไม่มีกฎหมาย ผู้พิพากษาจะต้องตัดสินคดีตามเหตุผลแห่งธรรมชาติ (naturalis ratio) กล่าวคือ ต้องตัดสินตามหลักเกณฑ์ที่ดีและยุติธรรม (ex bono et aequo)

การใช้เหตุผลในทางกฎหมายปรับกับสถานการณ์ข้อเท็จจริงต่างๆ ที่เกิดขึ้น จึงทำให้กฎหมายมีความเจริญงอกงามเป็นอย่างมาก ดังนั้น เมื่อกฎหมายตกทอดมาถึงปัจจุบัน กฎหมายจึงเป็นระบบแห่งเหตุผล สิ่งใดที่อธิบายด้วยเหตุผลไม่ได้ก็จะเป็นกฎหมายไม่ได้ กฎหมายนั้นต้องอธิบายได้ด้วยเหตุผลเพราะกฎหมายอยู่บนฐานของเหตุผล (ratio legis) นั่นเอง การใช้เหตุผลจึงเป็นสิ่งสำคัญที่เป็นเครื่องค้ำจุนกฎหมายมายาวนาน ซึ่งการใช้เหตุผลดังกล่าวนี้สามารถทำให้เกิดการใช้กฎหมายเพื่อแก้ไขปัญหาดังกล่าวที่เกิดขึ้นได้

ในยุคของจักรพรรดิจัสติเนียนที่เรียกได้ว่าเป็นยุครุ่งเรืองของกฎหมาย นักกฎหมายโรมันที่ศึกษากฎหมายของพระเจ้าจัสติเนียนก็ศึกษากฎหมายอย่างเชื่อมั่นและศรัทธาว่า กฎหมายโรมันเป็นกฎหมายที่ถูกต้องและมีเหตุผล เป็นคัมภีร์แห่งสติปัญญา (Ratio Scripta) เช่นนี้ จึงทำให้นักกฎหมายในรุ่นต่อๆ มา สืบทอดทัศนคติว่า ตัวอักษรกับเหตุผลเป็นสิ่งที่มิได้แยกออกจากกัน อันเป็นที่มาของการใช้นิติวิธีที่สำคัญของนักกฎหมายในระบบซีวิลลอว์ โดยทั้งนี้ ทำให้วิชานิติศาสตร์ได้พัฒนาเป็นหลักการตีความอย่างกว้าง (extensive interpretation) หลักการตีความอย่างแคบ (restrictive interpretation) หลักการตีความให้ความเห็นแตกต่าง (distinctive interpretation) และหลักการปรับใช้กฎหมายด้วยการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงกัน (analogy) ซึ่งล้วนแล้วแต่เป็นหลักนิติวิธีหรือวิธีการทางกฎหมายในระบบซีวิลลอว์ที่ตั้งอยู่บนพื้นฐานของความเชื่อที่ว่า ตัวบทกฎหมายเป็นที่มาแห่งเหตุผลและความยุติธรรม¹⁴¹

ดังจะเห็นได้ว่า วิวัฒนาการความเป็นมาทางประวัติศาสตร์ของการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งมีมายาวนานตั้งแต่ในยุคสมัยกรีกโรมัน ตลอดจนได้พัฒนาเรื่อย ๆ พร้อมกับพัฒนาการทางกฎหมายในแต่ละยุคสมัยเนื่องมาจนถึงปัจจุบัน ซึ่งปรัชญาแนวความคิดดั้งเดิมที่มีมาแต่อดีตมิได้เลือนหายไปไหน กลับมาปรากฏชัดแจ้งและช่วยส่งเสริมหลักการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งให้ชัดเจนขึ้น ซึ่งจะได้ศึกษาแนวคิด นิติวิธี และบทบาทบัญญัติของกฎหมายว่าด้วยการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในกฎหมายของประเทศต่างๆ ในหัวข้อต่อไป

3.4 แนวคิดเบื้องหลังของเรื่องและหลักการของการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง

จากความหมายและลักษณะของการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง ประกอบกับการศึกษาถึงความเป็นมาทางประวัติศาสตร์ของการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง มาสู่การพิเคราะห์ถึงหลักการและแนวคิดที่เป็นข้อความคิดพื้นฐานของเรื่องดังกล่าว โดยเรื่องการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งจากที่ได้กล่าวมาแล้วเป็นการพิจารณาสาระของบทกฎหมายที่ใกล้เคียงกันเพื่อนำมาปรับใช้ให้เข้ากับข้อเท็จจริงในคดีที่เกิดขึ้น เนื่องจากบทบัญญัติของกฎหมายมีช่องว่าง จึงเกิดการเทียบเคียงบทกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งมาปรับใช้อุดช่องว่างแห่งกฎหมาย ซึ่งโดยทั่วไปการเทียบเคียงจะเริ่มจากการนำข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในคดีมา

¹⁴¹ กิตติศักดิ์ ปรกติ, ความเป็นมาและหลักการใช้นิติวิธีในระบบซีวิลลอว์และคอมมอนลอว์, หน้า 25-26.

เทียบเคียงกับข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบที่บัญญัติไว้ในบทกฎหมาย เพราะบทกฎหมายลายลักษณ์อักษรมิได้บัญญัติไว้โดยตรง

ทั้งนี้ เนื่องด้วยบทกฎหมายลายลักษณ์อักษรมีกำลังภายใน (Projecting Force of Law) ที่สามารถนำไปปรับใช้กับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นได้¹⁴² ในการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งจึงเป็นการปรับใช้กฎหมายแก่กรณีที่อยู่ภายใต้กรอบของเหตุผล (ratio legis) เดียวกัน เพียงแต่การปรับใช้กฎหมายโดยการเทียบเคียงเป็นการปรับใช้กฎหมายที่ไปไกลกว่าการใช้กฎหมายตามความมุ่งหมาย (Spirit or Purpose) ของบทกฎหมายลายลักษณ์อักษรโดยตรง ด้วยเหตุนี้ การเทียบเคียงบทกฎหมายจึงไม่ใช่การตีความกฎหมาย แต่เป็นการอาศัยเหตุผล สาระที่แฝงอยู่ในบทบัญญัติของกฎหมายนั้นๆ มาพิจารณากับกรณีที่เกิดขึ้น¹⁴³

ดังนั้น เมื่อพิจารณาความสำคัญของกรณีการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งแล้ว จึงพบว่า การเทียบเคียง หรือการ Analogy มิใช่เกิดขึ้นเพียงเพราะตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์หรือกฎหมายใดๆ บัญญัติเรื่องการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งเพื่อเป็นการอุดช่องว่างของกฎหมายไว้ แต่มาจากเบื้องหลังความคิดที่มีหลักเหตุผลของเรื่อง (Nature of things) และหลักความเป็นธรรมประกอบด้วย

สำหรับแนวคิดเรื่องเหตุผลของเรื่อง (Nature of things) อ้างอิงมาจากแนวความคิดของสำนักกฎหมายธรรมชาติหรือสำนักธรรมนิยม (Natural Law School) ที่เชื่อว่า กฎหมายมีความถูกผิดอยู่ในตัวเองตามเหตุผลของเรื่อง หรือ Nature of things กฎหมายจึงไม่ใช่เป็นสิ่งที่มนุษย์กำหนดขึ้นได้เองตามอำเภอใจ แต่เป็นสิ่งที่มีความสัมพันธ์จึงทำให้มนุษย์รับรู้ได้ว่าสิ่งใดถูกหรือสิ่งใดผิด¹⁴⁴ เช่นนี้ ตามแนวคิดของสำนักกฎหมายธรรมชาติ กฎหมายจึงเป็นเหตุผลที่ถูกต้องและสอดคล้องกับธรรมชาติ

นอกจากนี้ กฎหมายธรรมชาติยังมีลักษณะเป็นกฎเกณฑ์ทั่วไป เป็นสากล และไม่เปลี่ยนแปลง ซึ่งเหตุผลหรือกฎเกณฑ์นั้นๆ เป็นสิ่งที่มีอยู่ในทุกสิ่งทุกอย่าง ไม่ได้อยู่นอกเหนือหรือแยก

¹⁴² ปรีดี เกษมทรัพย์, กฎหมายแพ่ง : หลักทั่วไป, หน้า 122.

¹⁴³ กิตติศักดิ์ ปรัตติ, "หลักทั่วไปในการใช้และตีความกฎหมาย," ใน การใช้การตีความกฎหมาย, หน้า 55

¹⁴⁴ ปัทมา สุขกำปัง, "กฎหมายกับการพัฒนาประเทศ," วารสารศาลยุติธรรมปริทัศน์ 5, 3 (2554).

ออกจากสิ่งต่างๆ และมีคุณค่าเหนือกว่ากฎเกณฑ์ที่มนุษย์บัญญัติขึ้น ซึ่งกฎหมายธรรมชาตินี้มีอยู่ภายในจิตใจของมนุษย์ เป็นสิ่งที่มนุษย์สามารถรู้ได้เอง จึงเป็นการยืนยันว่ามนุษย์มีความสามารถที่จะค้นพบว่าอะไรถูกหรืออะไรผิดได้โดยใช้เหตุผลที่มีอยู่ในการพิจารณาตามความเป็นจริงของเรื่องดังกล่าว แนวความคิดของสำนักกฎหมายธรรมชาติในอดีต จึงได้เน้นถึงเหตุผลที่มีอยู่ตามธรรมชาติเป็นสำคัญ

ดังจะเห็นได้ว่า แนวความคิดของสำนักกฎหมายธรรมชาติดีมีอิทธิพลอย่างสูงในการพิจารณาเหตุผลของการปรับใช้กฎหมาย ซึ่งแนวความคิดดังกล่าวได้ถ่ายทอดกันมาหลายยุคหลายสมัย รวมถึงความคิดของกฎหมายธรรมชาตินิยมใหม่ก็ได้มีพัฒนาการทางความคิดที่ยึดถือเหตุผลโดยปรับใช้เหตุผลให้สอดคล้องกับสิ่งต่างๆ มากยิ่งขึ้น ซึ่งกฎหมายธรรมชาตินิยมใหม่อาจจะมีได้เน้นเหตุผลธรรมชาติภายในจิตใจของมนุษย์ตามแนวคิดที่เป็นอุดมคติดั้งเดิมมานานัก แต่ความคิดของกฎหมายธรรมชาตินิยมใหม่ก็ยังยืนยันถึงการให้เหตุผลเป็นสำคัญ

มองเตสกีเอร์ (Montesquieu) ได้กล่าวถึง เหตุผลของเรื่อง หรือ Nature of things ไว้ว่า “กฎหมายทั้งหลายนั้นในส่วนสำคัญและเป็นทั่วไปที่สุดแล้วก็คือ ความสัมพันธ์ที่ต้องเป็นไปเช่นนั้นอันเกิดมาแต่เหตุผลของเรื่อง” หรือ “Laws, in their most general signification, are the necessary relations arising from the nature of things”¹⁴⁵ ซึ่งมองเตสกีเอร์ได้เน้นถึงเหตุผลของเรื่อง แต่ก็ได้ปฏิเสธเหตุผลภายในของมนุษย์ โดยเหตุผลของเรื่องกับเหตุผลภายในของมนุษย์ต้องมีความสัมพันธ์เกี่ยวข้องกันอย่างใกล้ชิด

การพิจารณากฎหมายว่าเป็นความสัมพันธ์ที่ต้องเป็นเช่นนั้นอันเกิดมาจากเหตุผลของเรื่อง จึงทำให้กฎหมายคือเหตุผล ซึ่งการพิจารณาถึงเหตุผลของเรื่องเป็นการพิเคราะห์ถึงเหตุผลที่ดำรงอยู่ในความสัมพันธ์ระหว่างข้อเท็จจริงต่างๆ ในโลกนอกตัวมนุษย์ เช่นนี้ การที่จะเรียนรู้กฎหมาย เข้าใจจิตวิญญาณของกฎหมาย เข้าใจความเปลี่ยนแปลงของกฎหมายได้ จะต้องพิจารณาจากเหตุผลของเรื่อง

¹⁴⁵ Charles Louis de Secondat and Baron de Montesquieu, *The Spirit of Laws*, 4 ed. (London: T. Evans, 1777). p. 1.

ที่เป็นเครื่องกำหนดกฎหมาย อาทิเช่น สภาพภูมิประเทศ ภูมิอากาศ ศาสนา จารีตประเพณี ประวัติศาสตร์ของชนชาติ และหลักการพื้นฐานของการปกครอง เป็นต้น¹⁴⁶

ความคิดที่พิจารณาว่ากฎหมายอาจแตกต่างกันได้ตามปัจจัยต่างๆ ตามเหตุผลของเรื่อง เป็นการกรุยทางทางความคิดให้แก่สำนักประวัติศาสตร์กฎหมาย (Historical School) ในเวลาต่อมา¹⁴⁷ ซึ่งสำนักประวัติศาสตร์กฎหมายได้เน้นถึงความสัมพันธ์ระหว่างปัจจัยทางประวัติศาสตร์ จิตวิญญาณ ประชาชาติ ซึ่งการศึกษากฎหมายของสำนักกฎหมายประวัติศาสตร์เป็นการศึกษาจากปัจจัยภายนอกของกฎหมาย โดยกฎหมายนั้นได้วิวัฒนาการปรุงแต่งจากข้อเท็จจริงต่างๆ ในทางประวัติศาสตร์ ซึ่งความสัมพันธ์ในด้านต่างๆ ของสังคมย่อมแตกต่างกันไปตามสภาพของสังคมนั้นๆ¹⁴⁸

ในเรื่องการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง นอกจากจะมาจากแนวความคิดที่พิจารณาถึงหลักเหตุผลของเรื่องดังกล่าวมาแล้ว เรื่องการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งยังให้ความสำคัญกับหลักความเป็นธรรมประกอบด้วย ซึ่งเหตุผลของเรื่องกับหลักความยุติธรรมมีความสอดคล้องกัน โดยกฎหมายเป็นสิ่งที่มีความสัมพันธ์ตามหลักเหตุผลของเรื่องทำให้มนุษย์รับรู้ได้ว่าสิ่งใดถูกหรือสิ่งใดผิด และกฎหมายที่ดীনนั้นต้องสอดคล้องกับความเป็นธรรม โดยกฎหมายต้องเป็นเครื่องอำนวยความยุติธรรมให้เกิดขึ้น

ทั้งนี้ หลักความยุติธรรมที่ว่า “สิ่งที่เหมือนกันควรจะได้รับปฏิบัติอย่างเดียวกันหรือเท่าเทียมกัน” จึงถือเป็นหลักการพื้นฐานเบื้องหลังของการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง ซึ่งหลักความยุติธรรมดังกล่าวเป็นความรู้สึกรู้สึกและเป็นความต้องการที่มีอยู่ภายในจิตใจของมนุษย์ทุกคน เกิดขึ้นตามเองธรรมชาติ โดยไม่มีผู้ใดอยากเป็นผู้ถูกเลือกปฏิบัติอย่างแตกแยกและด้อยต่ำกว่าผู้อื่น มนุษย์จึงมีหลักการเทียบเคียง หรือ Analogy อยู่ภายในจิตใจ จึงเป็นที่มาของสุภาษิตกฎหมายที่ว่า “เรื่องที่มีเหตุผลเดียวกันต้องใช้บทบัญญัติเดียวกันบังคับ” “UBI EADEM RATIO, IBI EADEM LEX; ET DE SIMILIBUS IDEM EST JUTCIUM” หรือ “Where the same reason exists, there

¹⁴⁶ ปรีดี เกษมทรัพย์, นิติปรัชญา, หน้า 214.

¹⁴⁷ เรื่องเดียวกัน, หน้า 215.

¹⁴⁸ สมยศ เชื้อไทย, นิติปรัชญา, พิมพ์ครั้งที่ 16 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2556), หน้า 118-119.

the same law prevails; and of thing similar, the judgment is similar” ตามหลักเหตุผลของเรื่องและความเป็นธรรมที่ส่งเสริมให้มีการปรับใช้การเทียบเคียงขึ้นในกฎหมาย¹⁴⁹

จากแนวคิดเบื้องหลังของเรื่องตามกฎหมายธรรมชาติและความเข้าใจของมนุษย์ที่ว่า สิ่งที่ใกล้เคียงหรือคล้ายกันควรได้รับการปฏิบัติที่เหมือนกันตามหลักของความยุติธรรม จึงทำให้เรื่องการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งเป็นการให้เหตุผลโดยอ้างถึงความคล้ายคลึงกันย่อมมีความหมายอย่างเดียวกัน (argumentum a simile)¹⁵⁰ เช่นนี้ การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งจึงเป็นการนำข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในคดีมาเทียบเคียงข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติไว้ โดยพิจารณาถึงความคล้ายคลึงกันระหว่างข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในคดีว่ามีความคล้ายคลึงกันกับข้อเท็จจริงที่เป็นองค์ประกอบของบทบัญญัตินั้นหรือไม่ ถ้ามีลักษณะคล้ายคลึงกันถึงขนาดหรือต้องตรงกันในสาระสำคัญก็อาจนำมาใช้โดยให้ถือว่ามีผลทางกฎหมายอย่างเดียวกันกับบทบัญญัติของกฎหมายนั้นในฐานะที่เป็นบทบัญญัติของกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งได้¹⁵¹

ดังนั้น ด้วยเหตุผลที่ว่า สิ่งที่ใกล้เคียงหรือคล้ายคลึงกันผู้คนจะมีความเข้าใจและรู้สึกกว่าสิ่งที่ใกล้เคียงนั้นควรจะได้รับ การปฏิบัติที่เหมือนกัน หรือ สิ่งที่เหมือนกันก็ย่อมต้องมีผลอย่างเดียวกัน จึงทำให้เรื่องการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งซึ่งเป็นเรื่องที่มีเหตุผลเดียวกันจึงต้องปรับใช้บทบัญญัติอย่างเดียวกัน อันทำให้บทบัญญัติกฎหมายที่สามารถใช้สำหรับข้อเท็จจริงที่ใกล้เคียงกันหรือคล้ายคลึงกันอย่างยิ่งนำมาปรับใช้โดยการเทียบเคียงกันได้ โดยผู้ใช้กฎหมายจะสามารถนำเอาบทกฎหมายที่บัญญัติไว้มาปรับกับคดีที่มีข้อเท็จจริงใกล้เคียงกันหรือคล้ายคลึงกันเพื่อให้ความยุติธรรมเกิดขึ้น มิฉะนั้นแล้ว หากสิ่งที่เหมือนกันได้รับการปฏิบัติที่แตกต่างกัน หรือ สิ่งที่แตกต่างกันกลับได้รับการปฏิบัติที่เหมือนกัน ความยุติธรรมก็จะเกิดขึ้นมาแทนที่ ความยุติธรรมจึงหมายถึงความเสมอภาคทัดเทียมกัน ไม่ถูกเลือกปฏิบัติ และไม่ปฏิบัติเป็นสองมาตรฐาน การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งจึงมุ่งหมายให้เกิดความยุติธรรมและความเสมอภาคเท่าเทียมกัน หลักความเสมอภาคจึงอาจกล่าวได้ว่าเป็นพื้นฐานหนึ่งของการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งด้วย

¹⁴⁹ ปรีดี เกษมทรัพย์, กฎหมายแพ่ง : หลักทั่วไป, หน้า 75.

¹⁵⁰ Damele, G., "Analogia Legis and Analogia iuris: An Overview from a Rhetorical Perspective," in Systematic Approaches to Argument by Analogy. pp. 246-247.

¹⁵¹ สมยศ เชื้อไทย, คำอธิบายวิชากฎหมายแพ่ง : หลักทั่วไป, หน้า 192.

อีกทั้ง นอกจากกฎหมายแล้ว วิธีการในการวินิจฉัยปัญหาที่เป็นหลักประกันอย่างหนึ่งของความยุติธรรม เช่นนี้ วิธีที่ใช้จึงต้องเป็นสิ่งที่ทำให้เกิดหลักประกันความมั่นใจแก่คู่กรณีและบุคคลโดยทั่วไปว่า ข้อเท็จจริงอย่างเดียวกันย่อมต้องได้รับการปฏิบัติเหมือนกัน อันจะทำให้หลักประกันความยุติธรรมดังกล่าวเป็นเสาหลักในการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมที่เหมือนกันของประชาชนโดยทั่วไป ดังนั้น การนำผลของบทบัญญัติของกฎหมายลายลักษณ์อักษรมาใช้กับคดีที่มีข้อเท็จจริงใกล้เคียงกันกับข้อเท็จจริงที่บทกฎหมายกำหนดผลแห่งกฎหมายขึ้นไว้ จึงทำให้ประชาชนสามารถได้รับความยุติธรรมที่เหมือนกันได้

ในเหตุผลของการนำผลของบทบัญญัติกฎหมายลายลักษณ์อักษรมาใช้กับคดีที่มีข้อเท็จจริงใกล้เคียงกันยังเนื่องมาจากความคาดหวังที่ว่า ถ้าผู้ร่างกฎหมายได้ทราบถึงข้อเท็จจริงดังที่ปรากฏอยู่ในคดีเฉพาะหน้านี้ ก็คงบัญญัติกฎหมายไว้ให้ข้อเท็จจริงในคดีนั้นได้รับผลอย่างเดียวกัน¹⁵² แต่เพราะผู้ร่างกฎหมายไม่ทราบถึงข้อเท็จจริงดังกล่าวหรือมีอาจคำนึงถึงข้อเท็จจริงดังกล่าวได้ในขณะที่บัญญัติกฎหมาย ผู้ร่างกฎหมายจึงไม่สามารถบัญญัติกฎหมายให้ครอบคลุมถึงข้อเท็จจริงในคดีดังที่ปรากฏอยู่ในคดีนี้ได้ ซึ่งจะมิใช่กรณีที่ผู้ร่างกฎหมายประสงค์ที่จะบัญญัติกฎหมายไว้เป็นการทั่วไปอย่างกว้าง หากแต่เป็นกรณีที่เกิดช่องว่างแห่งกฎหมายในลักษณะที่เป็นช่องว่างของบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่แม้จะมีการตีความบทบัญญัติดังกล่าวก็ไม่สามารถขยายความไปถึงข้อเท็จจริงในคดีที่เกิดขึ้นได้ เช่นนี้ หากข้อเท็จจริงนั้นมีลักษณะคล้ายคลึงกันหรือต้องตรงกันในสาระสำคัญกับข้อเท็จจริงที่เป็นองค์ประกอบของบทบัญญัติกฎหมาย ก็เป็นการสมควรที่จะนำเรื่องการเทียบเคียงมาปรับใช้ โดยให้ถือว่าผลทางกฎหมายอย่างเดียวกันกับบทบัญญัติของกฎหมายนั้นในฐานะที่เป็นบทบัญญัติของกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งเพื่อเป็นการอุดช่องว่างแห่งกฎหมาย

จากที่กล่าวมาข้างต้น เรื่องการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งจึงเป็นเรื่องที่มีหลักการและแนวคิดเบื้องหลังที่ประกอบไปด้วยเหตุผลและมุ่งหมายให้เกิดความเป็นธรรมขึ้นมาในการปรับใช้กฎหมายในสังคม การศึกษาแนวคิดและหลักการดังกล่าว จึงทำให้ตระหนักถึงความสำคัญในการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายด้วยวิธีการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งมากยิ่งขึ้น และจำต้องมีการศึกษาเรื่องการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในรายละเอียดต่อไป

¹⁵² หยุด แสงอุทัย, ช่องว่างแห่งกฎหมาย, หน้า 37.

3.5 การให้เหตุผลในทางนิติศาสตร์กับการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง

การนำหลักตรรกศาสตร์มาใช้ในทางนิติศาสตร์ โดยการให้เหตุผลในทางตรรกศาสตร์มีความสัมพันธ์อย่างใกล้ชิดกับการให้เหตุผลในทางนิติศาสตร์ แต่อย่างไรก็ตาม ในความเป็นจริงแล้ว การนำการให้เหตุผลในทางตรรกศาสตร์มาใช้ในทางนิติศาสตร์นั้นไม่สามารถกระทำได้ในทุกเรื่อง โดยเฉพาะอย่างยิ่งกรณีการให้เหตุผลทางทฤษฎีว่าด้วยวิธีการในวิชานิติศาสตร์ เพราะนอกจากการใช้เหตุผลทางนิติศาสตร์จะใช้เหตุผลทางตรรกะ (Logic) แล้ว นักนิติศาสตร์ยังต้องรู้จักการใช้เหตุผลของเรื่อง (Nature of Things) ด้วย¹⁵³ ซึ่งเหตุผลของเรื่องนั้นอาจมีความแตกต่างกันตามประวัติศาสตร์ สังคม วัฒนธรรมที่หลากหลายดังที่ได้กล่าวมาในหัวข้อที่แล้ว

นอกจากนั้น วิธีการให้เหตุผลในทางนิติศาสตร์ที่มีการคิดวิเคราะห์แยกแยะองค์ประกอบทางกฎหมาย แล้ววิเคราะห์หาแนวคิด หรือ Concept ของคำศัพท์ในกฎหมาย ซึ่งเอาเฉพาะข้อความคิดที่แยกชัดเจนเป็นนามธรรมบริสุทธิ์แน่นอนไม่แปรเปลี่ยนนั้น จึงเป็นการประกาศเขตแดนของเหตุผลทางนิติศาสตร์ที่แยกตัวออกมาจากเหตุผลทางตรรกะทุกๆ ไป การให้เหตุผลแบบตรรกศาสตร์จึงไม่อาจนำไปใช้กับการให้เหตุผลทางนิติศาสตร์ได้ทั้งหมด เนื่องด้วยข้อจำกัดทางภาษาศาสตร์นั่นเอง¹⁵⁴

แต่กระนั้นก็ตาม หลักเกณฑ์ทางตรรกศาสตร์ก็มีความสำคัญต่อการศึกษาวิชานิติศาสตร์ โดยถือว่าหลักเกณฑ์ทางตรรกศาสตร์เป็นรากฐานของการให้เหตุผลทางนิติศาสตร์ โดยเฉพาะอย่างยิ่งกรณีการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง หรือ Analogy ที่มีเบื้องหลังว่า “สิ่งที่เหมือนกันควรจะได้รับปฏิบัติอย่างเดียวกันหรือเท่าเทียมกัน” โดยทั้งนี้ ตรรกศาสตร์ได้อ้างอิงถึงการอธิบายเหตุผลและการใช้กฎเกณฑ์ที่แสดงถึงความสัมพันธ์ ซึ่งกฎเกณฑ์ภาษาทางตรรกศาสตร์มี 3 ประเภท ดังนี้ ประเภทแรก กฎแห่งความเหมาะสมเหมือน (The Law of Identity) อธิบายถึง ความเหมือนกัน ความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน และความเป็นอย่างเดียวกัน ซึ่งเป็นกฎแห่งความเป็นเหตุเป็นผลในการพิสูจน์ความจริง เช่นนี้ เมื่อนำกฎแห่งความเหมาะสมเหมือนมาพิสูจน์ในทางนิติศาสตร์ จึงนำมาสู่หลักการเทียบเคียงกฎหมาย หรือ การ Analogy กล่าวคือ ถ้ามีหลักกฎหมายเป็นบทบัญญัติห้ามหรือบทให้สิทธิ (แทนด้วย A) ถ้านำข้อเท็จจริงอย่างเดียวกันกับหลักกฎหมายดังกล่าวนั้นขึ้นมาเทียบเคียง

¹⁵³ ภูมิทร์ บุตรอินทร์, การใช้เหตุผลทางนิติศาสตร์, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2562), หน้า 104.

¹⁵⁴ เรื่องเดียวกัน, หน้า 104-105.

ผลลัพธ์ย่อมได้คำตอบเช่นเดียวกันกับบทกฎหมายที่บัญญัติห้ามหรือให้สิทธิ (ผลลัพธ์ก็ย่อมเท่ากับ A หรือ A is A) ¹⁵⁵

ประเภทที่สอง กฎแห่งความไม่ขัดแย้ง (The Law of Non contradiction) โดยตรรกศาสตร์ได้วางกฎแห่งความคิดไว้ว่า ความจริงและความถูกต้องที่เกี่ยวกับสิ่งใดสิ่งหนึ่งจะต้องมีสถานะที่ไม่ขัดแย้งกันภายในตัวเอง เช่นนี้ ถ้าศัพท์สองศัพท์มีความหมายไม่ลงรอยกัน หรือขัดแย้งกันเอง ย่อมไม่อาจนำมาใช้บ่งเหตุผลและความเป็นจริงของสิ่งเดียวกันได้ ดังนั้น ทั้งสองสิ่งจึงไม่อาจถูกต้องหรือเป็นจริงพร้อมๆ กันในที่ที่มีกาลและเทศะเดียวกัน เช่น เขาเป็นทั้งจำเลยและไม่จำเลย ย่อมเกิดขึ้นในกาลและเทศะเดียวกันไม่ได้ เพราะมีความขัดแย้งกันเอง (A cannot be both A and non-A at one place and of the same time) ¹⁵⁶

ประเภทที่สาม กฎแห่งความไม่อ้างข้อความเป็นอย่างอื่น (The Law of Excluded Middle) กล่าวคือ ความจริงของสิ่งๆ หนึ่ง เมื่อมีความเห็นเป็นสองประเด็นซึ่งมีคุณสมบัติขัดแย้งหรือไม่ลงรอยกัน ความเห็นทั้งสองประเด็นจะทำให้ถูกทั้งคู่ในกาลและเทศะเดียวกันย่อมเป็นไปไม่ได้ ซึ่งจะต้องมีทางหนึ่งถูกและอีกทางที่ตรงข้ามผิด (A is either A or not-A) เช่น เมื่อกล่าวถึงรัฐธรรมนูญ ถ้าคุณสมบัติของความเป็นรัฐธรรมนูญไม่มีอยู่จริงในรัฐธรรมนูญ คุณสมบัตินี้ก็ตรงข้าม คือ ความไม่เป็นรัฐธรรมนูญ ซึ่งจะอ้างข้อความพาดพิงนอกเหนือให้ไขว้เขวไปเป็นอย่างอื่นนอกประเด็น ¹⁵⁷

ดังจะเห็นได้ว่า ตรรกวิทยาเป็นวิชาที่ว่าด้วยความคิดที่แสดงออกมาเป็นภาษา ซึ่งตามหลักตรรกวิทยา กระบวนการทางความคิดสามารถแบ่งออกเป็น 3 ชั้น คือ ชั้นแรก กระบวนการสร้างแนวความคิด (Conception) ได้แก่ กระบวนการรับรู้ทางประสาทสัมผัสเข้าไปเป็นความรู้ ความคิดรวบยอด (Concept) และเมื่อแสดงออกมาเป็นภาษาเรียกว่า ศัพท์ ต่อมาชั้นที่สอง เป็นกระบวนการพิจารณาเทียบเคียง (Judging) ซึ่งเป็นการนำความคิดรวบยอด (Concept) 2 อัน มาเปรียบเทียบกัน ซึ่งผลของกระบวนการพิจารณาเทียบเคียงเรียกว่า การพิเคราะห์ (Judgment) และเมื่อแสดงออกมาเป็นภาษาเรียกว่า ญัตติหรือประพจน์ ชั้นสุดท้าย กระบวนการคิดหาเหตุผล (Reasoning) คือ การที่นำเอาการพิเคราะห์ (Judgment) 1 หรือ 2 อันมาเทียบเคียงกัน แล้วพิจารณา

¹⁵⁵ เรื่องเดียวกัน, หน้า 110-112.

¹⁵⁶ เรื่องเดียวกัน, หน้า 113-114.

¹⁵⁷ เรื่องเดียวกัน, หน้า 114-115.

หาเหตุผลจนพบความจริงอย่างหนึ่ง ซึ่งผลของกระบวนการไต่หาห้วงเหตุผลเรียกว่า การคิดหาเหตุผล (Reasoning) และเมื่อแสดงออกมาเป็นภาษาเรียกว่า การอ้างเหตุผลโต้แย้ง¹⁵⁸

ทั้งนี้ วิธีการคิดให้เหตุผลทางกฎหมายที่เป็นที่นิยมมี 3 รูปแบบ ซึ่งได้แก่ วิธีการให้เหตุผลทางตรรกศาสตร์ คือ การให้เหตุผลโดยวิธีอุปนัย (Induction) การให้เหตุผลโดยวิธีนินัย (Deduction) และอีกวิธี คือ การให้เหตุผลโดยการเทียบเคียง (Analogy)

สำหรับการให้เหตุผลโดยวิธีอุปนัย (Induction) คือ การคิดหาเหตุผลจากข้อเท็จจริงปลีกย่อยไปหาหลักใหญ่หรือหลักทั่วไป หรือเรียกว่า กระบวนการใช้เหตุผลแบบมุ่งเข้าไปหาหลัก กล่าวคือ เป็นการรวบรวม วิเคราะห์ และพิสูจน์ข้อมูล ซึ่งได้ความจริงที่เหมือนๆ กันจากสิ่งย่อยๆ หลายๆ สิ่งในประเภทเดียวกัน ชนิดเดียวกัน มีคุณสมบัติและหน้าที่อย่างเดียวกัน ซึ่งภายใต้กฎและเงื่อนไขเดียวกันนี้ จึงได้ข้อสรุปซึ่งประมวลเป็นหลักความจริงสากลของสิ่งย่อยๆ หลายสิ่งเหล่านั้น¹⁵⁹ ดังนั้น ข้อยุติที่เป็นความจริงสากลที่ได้จึงมีขอบเขตกว้างกว่าข้อเสนอที่เป็นความจริงย่อยๆ เฉพาะอย่าง เช่น ตามมาตรา 1299 มาตรา 1300 มาตรา 1329 มาตรา 1331 มาตรา 1332 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เมื่อพิจารณาประกอบกันจะเห็นได้ว่ากฎหมายมุ่งคุ้มครองผู้สุจริต เป็นต้น แต่อย่างไรก็ดี วิธีการให้เหตุผลโดยอุปนัยไม่ได้ให้ความแน่นอนเหมือนวิธีการนินัย ผลลัพธ์ของการใช้เหตุผลโดยอุปนัยจะให้ความน่าจะเป็นไปได้เท่านั้น¹⁶⁰

ต่อมา การให้เหตุผลโดยวิธีนินัย (Deduction) เป็นกระบวนการใช้เหตุผลแบบอ้างอิงหลัก ซึ่งเป็นวิธีการที่ใช้หลักที่มีอยู่ก่อนแล้ว เช่น ตัวบทกฎหมาย หรือ หลักกฎหมายทั่วไป แล้วจึงปรับจากหลักดังกล่าวไปสู่คดีแต่ละเรื่องเป็นรายๆ ไป ทำให้มีลักษณะเป็นการให้เหตุผลจากสิ่งที่ใหญ่กว่าไปสู่สิ่งที่เล็กกว่า โดยนิยมใช้การให้เหตุผลแบบนินัยในระบบประมวลกฎหมายที่มีตัวบทกฎหมายเป็นบทอ้างหรือข้อเสนอหลัก¹⁶¹ ซึ่งผลลัพธ์ของการใช้เหตุผลโดยวิธีนินัยจะทำให้ข้อยุติเฉพาะกรณีที่ได้มีขอบเขตแคบกว่าข้อเสนอที่เป็นความจริงหลัก หรืออยู่ภายใต้ความจริงหลักนั้นเอง เช่น ตามมาตรา

¹⁵⁸ วิชา มหาคุณ, การใช้เหตุผลในทางกฎหมาย, พิมพ์ครั้งที่ 6 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2557), หน้า 63-64.

¹⁵⁹ ภูมินทร์ บุตรอินทร์, การใช้เหตุผลทางนิติศาสตร์, หน้า 144.

¹⁶⁰ วิชา มหาคุณ, การใช้เหตุผลในทางกฎหมาย, หน้า 68.

¹⁶¹ วิษณุ เครืองาม, "การนำวิธีการให้เหตุผลทางตรรกศาสตร์มาใช้ในทางนิติศาสตร์," วารสารพี 1, 1 (2549).

19 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บัญญัติว่า “บุคคลย่อมพ้นจากผู้เยาว์และบรรลุนิติภาวะเมื่อมีอายุยี่สิบปีบริบูรณ์” เช่นนี้ ใครก็ตามที่มีอายุยี่สิบปีบริบูรณ์ขึ้นไปย่อมพ้นจากการเป็นผู้เยาว์และบรรลุนิติภาวะ เมื่อนาย ก มีอายุยี่สิบเอ็ดปี ดังนั้น นาย ก ย่อมพ้นจากการเป็นผู้เยาว์และบรรลุนิติภาวะ

ส่วนการให้เหตุผลโดยการเทียบเคียง (Analogy) เป็นการอ้างอิงถึงความเหมือน (Symmetry) หรือความคล้ายคลึงกัน ซึ่งข้อเท็จจริงอย่างเดียวกันควรที่จะได้รับการปรับใช้หลักเกณฑ์เดียวกัน และนำไปสู่ผลลัพธ์เดียวกัน¹⁶² โดยอริสโตเติลได้อธิบายถึงการเทียบเคียงในลักษณะนี้ไว้ว่า “ไม่ได้ให้เหตุผลโดยโยงจากส่วนน้อยเฉพาะส่วนไปหาส่วนใหญ่ หรือโยงจากส่วนใหญ่ไปหาส่วนน้อยเฉพาะส่วน แต่เป็นการให้เหตุผลจากบางส่วนไปหาบางส่วน หากปรากฏว่าส่วนทั้งสองอยู่ได้เงื่อนไขหลักเกณฑ์เดียวกัน และประจักษ์ชัดในส่วนตัวแม้เพียงส่วนเดียว” ซึ่งอริสโตเติล เรียกว่า “การให้เหตุผลโดยนำมาจากตัวอย่าง” หรือ “reasoning by example” ส่วนนักกฎหมายท่านอื่นในเวลาต่อมา เช่น เลเวลลิน (Karl Llewellyn) เรียกว่า “moving classification”¹⁶³

ทั้งนี้ การให้เหตุผลโดยการเทียบเคียง (Analogy) เป็นวิธีการที่นิยมมากในศาลของระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ โดยศาลในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์จะวินิจฉัยคดีโดยพิจารณาคดีที่มีข้อเท็จจริงตรงกันมาเทียบเคียงปรับใช้ตามความเหมาะสม เช่นนี้ เมื่อมีคดีเกิดขึ้น ศาลในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์จะตรวจสอบคำพิพากษาในคดีก่อนๆ หากพบว่าคดีใดมีข้อเท็จจริงตรงกันทุกประการกับคดีในปัจจุบัน หรือคล้ายคลึงกันกับในคดีปัจจุบัน ศาลก็จะนำผลของคำพิพากษาในคดีก่อนมาใช้กับคดีปัจจุบันตามหลักการเทียบเคียง ซึ่งในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์คำพิพากษาถือว่าเป็นบ่อเกิดของกฎหมาย โดยระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ให้ความสำคัญกับบรรทัดฐานคำพิพากษาในคดีก่อนเป็นอย่างสูง

อย่างไรก็ตาม การให้เหตุผลโดยการเทียบเคียง (Analogy) ก็ได้ถูกนำมาใช้ในระบบกฎหมายแบบซีวิลลอว์ ซึ่งเป็นกรณีของการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งเพื่ออุดช่องว่างแห่งกฎหมาย ในเมื่อไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายที่จะยกขึ้นมาปรับแก้กรณีที่เกิดขึ้นได้โดยตรง การ

¹⁶² ภูมินทร์ บุตรอินทร์, การใช้เหตุผลทางนิติศาสตร์, หน้า 157.

¹⁶³ วิษณุ เครืองาม, "การนำวิธีการให้เหตุผลทางตรรกศาสตร์มาใช้ในทางนิติศาสตร์," วารสารราชทัณฑ์.

เทียบเคียงจึงถูกนำมาใช้เพื่อให้มีการปรับใช้บทบัญญัติของกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งกับกรณีที่เกิดขึ้น ตามหลักการแนวความคิดที่ว่า ข้อเท็จจริงอย่างเดียวกันก็ควรที่จะได้รับการปรับใช้หลักเกณฑ์เดียวกัน จึงส่งผลให้ได้รับผลลัพธ์เดียวกันเพื่อให้เกิดความเป็นธรรม เช่นนี้ เรื่องการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งจึงถูกนำมาใช้เพื่ออุดช่องว่างของกฎหมายในระบบกฎหมายซีวิลลอว์ ซึ่งจะได้ศึกษาหลักการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งตามนิติวิธีของประเทศต่างๆ ในระบบกฎหมายซีวิลลอว์ และตามมาตรา 4 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยต่อไป

3.6 ข้อความคิดพื้นฐานว่าด้วยการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในระบบกฎหมายต่างประเทศ

เนื่องจากระบบกฎหมายซีวิลลอว์ยึดถือกฎหมายลายลักษณ์อักษรเป็นหลัก การบัญญัติกฎหมายจึงบัญญัติไว้เป็นหลักการต่างๆ ไป ไม่ครอบคลุมทุกกรณี ดังนั้น ในกรณีที่ไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายหรือเกิดช่องว่างของกฎหมายขึ้นโดยไม่สามารถหาบทบัญญัติของกฎหมายลายลักษณ์อักษรมาปรับใช้ได้โดยตรง จึงต้องมีวิธีการเพื่ออุดช่องว่างแห่งกฎหมายนั้น อันเป็นนิติวิธีโดยเฉพาะในกฎหมายของแต่ละประเทศ เช่นนี้ การศึกษากฎหมายต่างประเทศจะทำให้ทราบถึงหลักการปรับใช้การเทียบเคียงกฎหมาย ลำดับการปรับใช้กฎหมายเพื่ออุดช่องว่างแห่งกฎหมาย เป็นต้น โดยบทบัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับนิติวิธี หรือหลักการใช้นิติวิธีในกฎหมายแต่ละประเทศอาจมีลักษณะที่ไม่เหมือนกัน แม้จะเป็นประเทศที่อยู่ในระบบกฎหมายซีวิลลอว์เช่นเดียวกัน ซึ่งนิติวิธีในการใช้กฎหมายจะเป็นหัวใจของระบบกฎหมายนั้นๆ จึงอาจคาดหวังว่า การศึกษากฎหมายต่างประเทศจะสามารถเข้าถึงหลักการเบื้องต้นอันเป็นที่มาแห่งการปรับใช้กฎหมายโดยการเทียบเคียงต่อไปได้

ทั้งนี้ ตามความมุ่งหมายของการศึกษาระบบกฎหมายต่างประเทศในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ จะเป็นการศึกษาถึงข้อความคิดพื้นฐานว่าด้วยการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในรายละเอียดสาระที่เป็นนิติวิธีเบื้องต้นในกฎหมาย ซึ่งได้มุ่งเน้นไปที่นิติวิธีในระบบกฎหมายแพ่ง การศึกษาเรื่องการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งจึงศึกษาจากแนวทางการใช้นิติวิธีในกฎหมายแพ่งเป็นหลัก โดยมิได้ศึกษาลงในรายละเอียดเนื้อหาของบทบัญญัติกฎหมายในแต่ละเรื่อง นอกจากนั้น สำหรับนิติวิธีในการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายในกฎหมายอื่นๆ เนื่องด้วยในแต่ละกฎหมายก็มีหลักการพื้นฐานวิธีการที่แตกต่างกันไป การศึกษาถึงนิติวิธีในกฎหมายอื่นๆ ทุกระบบกฎหมาย จึง

จำต้องได้รับการศึกษาโดยละเอียดรอบคอบ ซึ่งไม่ได้อยู่ในขอบเขตความมุ่งหมายของการศึกษาในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ การศึกษาข้อความคิดพื้นฐานว่าด้วยการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในระบบกฎหมายต่างประเทศจึงมุ่งเน้นไปที่การศึกษาถึงหลักการและแนวคิดที่เป็นข้อความคิดพื้นฐานอันเกี่ยวเนื่องกับนิติวิธีเบื้องต้นทั่วไปในระบบกฎหมายเท่านั้น

การเรียนรู้นิติวิธีในระบบกฎหมายต่างประเทศในประเทศต่างๆ จะมีส่วนช่วยในการทำความเข้าใจและเป็นแนวทางในการพิจารณาเนื้อหาสาระ รวมถึง วิธีการปรับใช้กฎหมายเพื่ออุดช่องว่างแห่งกฎหมายนั้น นอกจากนี้ ในการร่างกฎหมายของประเทศหนึ่งๆ ประเทศนั้นย่อมต้องพิจารณาประมวลกฎหมายของประเทศอื่น การศึกษาแบบแผนของกฎหมายต่างประเทศจึงทำให้ได้ทราบถึงแนวคิดในการปรับใช้กฎหมายที่หลากหลาย ซึ่งในเรื่องการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งมีหลายประเทศที่นำเรื่องดังกล่าวมาบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมาย ดังเช่น ประมวลกฎหมายแพ่งออสเตรีย ฉบับปี ค.ศ. 1811 (Austrian Civil Code (1811)) ในมาตรา 7 บัญญัติว่า “ถ้าคดีไม่สามารถตัดสินได้ด้วยตัวบทหรือความหมายตามปกติของบทบัญญัติกฎหมายลายลักษณ์อักษร การตัดสินคดีให้พิจารณาโดยกรณีที่คล้ายคลึงกันที่ระบุไว้ชัดเจนในบทบัญญัติอื่นๆ ของกฎหมายและหลักตามบทบัญญัติกฎหมายที่คล้ายกัน หากคดียังคงเป็นที่ข้อสงสัยอยู่ ให้พิจารณาตามหลักกฎหมายธรรมชาติ โดยคำนึงถึงพฤติการณ์แห่งคดีที่ทั้งปวง” หรือ “If a case cannot be solved either by the text or the natural sense of a written provision, recourse shall be had to similar cases expressly provided for in other provisions of the law and to principles of analogous provisions. If the case still remains in doubt, it shall be decided according to the principles of natural law, taking into careful consideration all the circumstances of the case.”

ประมวลกฎหมายแพ่งของกรีซ ในปี ค.ศ. 1940 เดิม (Greek Civil Code (1940)) มีการบัญญัติกฎหมายไว้ว่า “ในกรณีที่ไม่ได้กำหนดไว้โดยบทกฎหมาย การแก้ไขปัญหามาในทางปฏิบัติโดยศาลจะตั้งอยู่บนฐานของการตีความบทบัญญัติกฎหมายหรือข้อสัญญาอย่างกว้าง หรืออยู่บนการปรับใช้การเทียบเคียงของศาล หรืออยู่บนหลักกฎหมายทั่วไป” หรือ “In cases not provided for by statute, the practical solutions adopted by the courts are based either upon an

extensive interpretation of legal provisions or contractual clauses, or upon their application by analogy, or upon the general principles of law”

นอกจากนี้ ในกลุ่มประเทศทวีปอเมริกาใต้ก็มีการบัพัญญัติถึงการใ้การเทียบเคียงกฎหมายกันไว้อย่างหลากหลาย ¹⁶⁴ เช่น ตามประมวลกฎหมายแพ่งของประเทศเปรู ค.ศ. 1852 (Peruvian Civil Code (1852)) ใน Preliminary Charter มาตรา 9 บัญญัติว่า “ผู้พิพากษาไม่สามารถระงับหรือปฏิเสธการอำนวยความยุติธรรมด้วยเหตุผลว่าไม่มีบัพัญญัติแห่งกฎหมาย บัพัญญัติแห่งกฎหมายคลุมเครือหรือบัพัญญัติแห่งกฎหมายไม่บริบูรณ์ ในกรณีดังกล่าว ผู้พิพากษาจะต้องตัดสินใจคดีโดยพิจารณา หนึ่ง เจตนารมณ์ของกฎหมาย สอง บัพัญญัติกฎหมายอื่นๆ ที่เกี่ยวข้องกับกรณีที่คล้ายคลึงกัน และสาม หลักกฎหมายทั่วไป” หรือ “Judges may not suspend or refuse the administration of justice by reason of lacunae, obscurities or inadequacies in the legal provisions; in such cases, they shall decide having regard : 1. to the spirit of the law ; 2. to other provisions relating to analogous cases ; and 3. to the general principles of law”

ประมวลกฎหมายแพ่งของประเทศปารากวัย ค.ศ. 1889 (Paraguayan Civil Code (1889)) มาตรา 16 บัญญัติว่า “หากปัญหาทางแพ่งไม่สามารถถูกตัดสินได้ตามตัวอักษรหรือตามความมุ่งหมายของกฎหมายลายลักษณ์อักษร การตัดสินจะต้องเป็นไปตามหลักที่มีอยู่ในบัพัญญัติกฎหมายที่คล้ายคลึงกัน และหากคดียังคงเป็นที่สงสัยอยู่ ให้ตัดสินตามหลักกฎหมายทั่วไป ที่นำมาพิจารณาถึงพฤติการณ์แห่งคดี” หรือ “If a civil question cannot be solved either by the letter or by the spirit of the written law, recourse shall be had to principles contained in analogous provisions; and if the case still remains doubtful, it shall be decided according to the general principles of law, account being taken of the circumstances of the case.”

¹⁶⁴ Bin Cheng, *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*, 3 ed. (Cambridge: Cambridge University Press, 1994), pp. 400-408.

ประมวลกฎหมายแพ่งของประเทศอุรุกวัย ค.ศ. 1893 (Uruguayan Civil Code (1893)) มาตรา 16 บัญญัติว่า “เมื่อเกิดปัญหาทางแพ่งซึ่งไม่สามารถถูกตัดสินได้ตามตัวอักษรหรือตามความมุ่งหมายของกฎหมายที่ใช้บังคับกับเรื่อง การตัดสินจะต้องเป็นไปตามหลักที่อยู่ภายใต้บทบัญญัติกฎหมายที่คล้ายคลึงกัน และหากคดียังคงเป็นที่สงสัยอยู่ ให้ตัดสินตามหลักกฎหมายทั่วไปและหลักกฎหมายที่ยอมรับอย่างแพร่หลายยิ่ง ที่นำมาพิจารณาถึงพฤติการณ์แห่งคดี” หรือ “When a civil question arises, which cannot be solved by either the letter or the spirit of the law governing the matter, recourse shall be had to principles underlying analogous provisions, and if the case still remains doubtful, it shall be decided according to the general principles of law and the most widely accepted doctrine, account being taken of the circumstances of the case.”

ประมวลกฎหมายแพ่งของประเทศบราซิล ค.ศ. 1916 (Brazilian Civil Code (1916)) มาตรา 7 บัญญัติว่า “ในกรณีที่ไม่มีการบัญญัติไว้ในที่นี้ ให้ใช้บังคับตามบทบัญญัติเกี่ยวกับกรณีที่คล้ายคลึงกัน และเมื่อไม่มีบทบัญญัติเช่นนั้น ให้ใช้บังคับตามหลักกฎหมายทั่วไป” หรือ “Cases not herein regulated shall be governed by provisions concerning analogous cases, and, where there is no such provision, by the general principles of law.” และ ต่อมาได้มีการแก้ไขประมวลกฎหมายแพ่งในปี ค.ศ. 1942 (Brazilian Civil Code (1916), Amendment of 1942) ซึ่งมีการบัญญัติกฎหมายในส่วนของ Law of Introduction to the Code ในมาตรา 4 โดยบัญญัติว่า “เมื่อกฎหมายลายลักษณ์อักษรไม่ได้กำหนดไว้สำหรับกรณีใดกรณีหนึ่ง ให้วินิจฉัยโดยผู้พิพากษาด้วยการเทียบเคียง จารีตประเพณี และหลักกฎหมายทั่วไป” หรือ “When the written law does not provide for a particular case, it shall be decided by the judge in accordance with analogy, custom and the general principles of law.”

ประมวลกฎหมายแพ่งของประเทศเวเนซุเอลา ฉบับปี ค.ศ. 1916 และประมวลกฎหมายแพ่งของประเทศเวเนซุเอลา ฉบับปี ค.ศ. 1922 (Venezuelan Civil Code (1916), (1922)) มีบทบัญญัติเหมือนกันในมาตรา 4 ที่บัญญัติว่า “... หากข้อพิพาทไม่สามารถถูกตัดสินได้โดยการอ้างบทบัญญัติกฎหมายที่ชัดเจน จะต้องนำบทบัญญัติกฎหมายที่ใช้บังคับกับคดีอย่างเดียวกันหรือเรื่องที่คล้ายคลึงกันมาพิจารณา และหากคดียังคงเป็นที่สงสัยอยู่ ให้ตัดสินตามหลักกฎหมายทั่วไป” หรือ “... If a

dispute cannot be decided by reference to an express provision of the law, provisions governing similar cases or analogous matters shall be taken into consideration; and if the case still remains in doubt, it shall be decided in accordance with the general principles of law.” และต่อมามีการบัญญัติประมวลกฎหมายแพ่งขึ้นมาใหม่ โดยมีการใช้ประมวลกฎหมายแพ่งของประเทศเวเนซุเอลา ฉบับปี ค.ศ. 1942 (Venezuelan Civil Code (1942)) แทนที่ประมวลกฎหมายแพ่งของประเทศเวเนซุเอลา ฉบับปี ค.ศ. 1922 (Venezuelan Civil Code (1922)) ซึ่งตามประมวลกฎหมายแพ่งของประเทศเวเนซุเอลา ฉบับปี ค.ศ. 1942 มาตรา 4 บัญญัติว่า “เมื่อไม่มีบทบัญญัติเฉพาะเจาะจงทางกฎหมายที่ปรับใช้ได้ จะต้องนำบทบัญญัติกฎหมายที่ใช้บังคับกับคดีอย่างเดียวกันหรือเรื่องที่เกี่ยวข้องกันมาพิจารณา และหากคดียังคงเป็นที่สงสัยอยู่ ให้ปรับใช้หลักกฎหมายทั่วไป” หรือ “When there is no specific legislative provision applicable, provisions governing similar case or analogous matters shall be taken into consideration; and, if doubt still remains, the general principles of law shall be applied.”

แต่ในที่นี้ ผู้วิจัยจะทำการศึกษากฎหมายของประเทศอิตาลี เยอรมนี และสวิตเซอร์แลนด์ ในการเลือกศึกษากฎหมายของประเทศอิตาลี เพราะประเทศอิตาลีเป็นประเทศที่ได้รับอิทธิพลสืบทอดมาจากกฎหมายโรมันและมีการบัญญัติถึงนิติวิธีในการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายโดยอาศัยการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งไว้อย่างชัดเจน อีกทั้ง บทบัญญัติดังกล่าวในกฎหมายอิตาลี ยังเป็นแบบอย่างหนึ่งของการบัญญัติมาตรา 4 วรรคสอง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย นอกจากนี้ เลือกศึกษาหลักการของประเทศเยอรมนี ถึงแม้ว่าในประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน จะไม่ได้มีการบัญญัติถึงนิติวิธีในการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายไว้ แต่การอุดช่องว่างแห่งกฎหมายโดยอาศัยการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งก็ถูกนำมาใช้เพื่ออุดช่องว่างแห่งกฎหมายในฐานะที่เป็นนิติวิธีทั่วไปตามระบบกฎหมายเยอรมันเช่นกัน จึงทำให้นิติวิธีในระบบกฎหมายเยอรมันมีความน่าสนใจ รวมถึง เลือกศึกษาหลักการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายในกฎหมายของประเทศสวิตเซอร์แลนด์ เพราะแนวคิดของประเทศสวิตเซอร์แลนด์มีอิทธิพลโดยตรงต่อการบัญญัติกฎหมายตามมาตรา 4 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย ซึ่งบทบัญญัติกฎหมายของประเทศสวิตเซอร์แลนด์ในส่วน

นิติวิธีมีทั้งจุดแข็งและจุดอ่อนที่ทฤษฎีทวิภาษวิภาษ อันเป็นที่มาเบื้องต้นในการบัญญัติมาตรา 4 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย¹⁶⁵

3.6.1 ข้อความคิดพื้นฐานว่าด้วยการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในกฎหมายอิตาลี

ประเทศอิตาลีได้รับอิทธิพลแนวความคิดสืบทอดมาจากกฎหมายโรมัน ในกฎหมายอิตาลีมีการบัญญัติถึงนิติวิธีในการปรับใช้กฎหมายไว้อย่างชัดเจนตามมาตรา 3 แห่งบทบัญญัติว่าด้วยการประกาศ การตีความ และการใช้กฎหมายทั่วไปอิตาลี ค.ศ. 1865 และมาตรา 12 แห่งบทบัญญัติว่าด้วยการประกาศ การตีความ และการใช้กฎหมายทั่วไปอิตาลี ที่แก้ไขในปี ค.ศ. 1942 ซึ่งบทบัญญัติดังกล่าวมีลักษณะชี้ชัดถึงการใช้นิติวิธีในกฎหมาย ทั้งนี้ ตามมาตรา 12 วรรคหนึ่ง แห่งบทบัญญัติว่าด้วยการประกาศ การตีความ และการใช้กฎหมายทั่วไปอิตาลี ค.ศ. 1942 เป็นเรื่องของการตีความบทบัญญัติของกฎหมายที่มุ่งหมายให้เกิดการตีความโดยคำนึงถึงการเชื่อมโยงบทบัญญัติของกฎหมายกับเจตนารมณ์ของผู้บัญญัติกฎหมาย โดยเจตนารมณ์ของผู้บัญญัติกฎหมายจะนำมาสู่เนื้อหากฎหมายที่ดำเนินตามวัตถุประสงค์ที่เป็นบรรทัดฐานที่แท้จริง¹⁶⁶ ส่วนมาตรา 12 วรรคสอง แห่งบทบัญญัติว่าด้วยการใช้กฎหมายทั่วไปอิตาลี ค.ศ. 1942 เป็นเรื่องของปัญหาการอุดช่องว่างทางกฎหมาย

ในเรื่องของการอุดช่องว่างแห่งกฎหมาย บทบัญญัติว่าด้วยการใช้กฎหมายทั่วไปอิตาลีก็ได้มีการบัญญัติให้ผู้พิพากษาจะต้องพิจารณากฎหมายอื่นใดก่อนหลังเพื่อเป็นการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายไว้ด้วย ซึ่งปรากฏนิติวิธีในการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งเป็นส่วนหนึ่งในนั้น อีกทั้งบทบัญญัติแรกเริ่มดังกล่าวในกฎหมายอิตาลีก็เป็นแบบอย่างหนึ่งของที่มาแนวคิดในการบัญญัติมาตรา 4 วรรคสอง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย การศึกษานิติวิธีในกฎหมายอิตาลีจึงมีส่วนช่วยให้เห็นถึงการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งเพื่ออุดช่องว่างแห่งกฎหมายในหลักการต่อไป

¹⁶⁵ ภาควิชานิติศึกษาทางสังคม ปรัชญา และประวัติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, บันทึกคำสัมภาษณ์พระยามานวราชเสวี (ปลอด วิเชียร ณ สงขลา), พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2557), หน้า 143.

¹⁶⁶ John Henry Merryman, "The Italian Style 3: Interpretation," Stanford Law Review 18, 4 (1966).

ยิ่งไปกว่านั้น เมื่อพิจารณาอำนาจในการปรับใช้กฎหมาย การตีความกฎหมาย และการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายของผู้พิพากษาอิตาลี ตามรัฐธรรมนูญอิตาลี ค.ศ. 1947 ที่มีผลบังคับใช้เมื่อวันที่ 1 มกราคม ค.ศ. 1948 ก็มีการกำหนดกรอบพื้นฐานสำหรับควบคุมสถาบันทางการเมืองและระบบกฎหมายของอิตาลีไว้ ซึ่งบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญได้รับการพิจารณาว่ามีผลผูกพันอันเป็นหลักการทั่วไปและอาจบังคับใช้การตีความบทบัญญัติที่ต่ำกว่า เช่นนี้ จึงทำให้ผู้พิพากษาอิตาลีอาจใช้ประโยชน์จากบทบัญญัติรัฐธรรมนูญเพื่อสร้างกรอบการตีความให้สามารถบรรลุวิสัยทัศน์ตามรัฐธรรมนูญในความสัมพันธ์ทางสังคมได้ ซึ่งเป็นรูปแบบหนึ่งที่กระทำโดยอำนาจตุลาการในการถ่วงดุลอำนาจนิติบัญญัติและอำนาจบริหาร ทั้งนี้ อำนาจในการสร้างกฎหมายของผู้พิพากษาอาจถูกแสดงด้วยอำนาจในการกำหนดบรรทัดฐานที่ถูกต้องในระบบกฎหมาย ในกรณีนี้จึงเป็นการอ้างถึงอำนาจการตีความกฎหมายของผู้พิพากษามากกว่าที่จะเป็นแหล่งที่มาของกฎหมาย นอกเหนือจากนี้ ผู้พิพากษายังมีอำนาจในการพิจารณากรณีที่เกิดช่องว่างแห่งกฎหมาย (lacunae) ด้วย¹⁶⁷

ดังนั้น เมื่อพิจารณาอำนาจในการอุดช่องว่างแห่งกฎหมาย ผู้พิพากษาอิตาลีจะต้องถูกผูกมัดตามกฎหมาย ซึ่งตามมาตรา 101 แห่งรัฐธรรมนูญอิตาลี ค.ศ. 1947 ระบุว่า ผู้พิพากษาอยู่ภายใต้กฎหมายเท่านั้น (Judges are subject only to the law)¹⁶⁸ เช่นนี้ ผู้พิพากษาจึงมีหน้าที่เฉพาะตามกฎหมาย บทบาทสำคัญของผู้พิพากษาจึงสอดคล้องกับแนวคิดพื้นฐานของการแบ่งแยกอำนาจ ซึ่งอำนาจตุลาการไม่ควรอยู่ภายใต้ข้อจำกัดอื่นใดนอกจากตัวกฎหมายเอง และกฎที่จะใช้บังคับในการตีความหรือการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายจะต้องพบในกฎหมาย โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ปรากฏชัดเจนในบทบัญญัติว่าด้วยการใช้กฎหมายทั่วไปอิตาลี ซึ่งบทบัญญัติกฎหมายมาตรา 12 วรรคสอง แห่งบทบัญญัติว่าด้วยการใช้กฎหมายทั่วไปอิตาลี ค.ศ. 1942 ที่ใช้บังคับในปัจจุบันเป็นบทบัญญัติเบื้องต้นที่กล่าวถึงการใช้เทคนิคทางกฎหมายสำหรับผู้พิพากษาในการพิจารณาอุดช่องว่างแห่งกฎหมาย โดยจะได้กล่าวถึงอย่างละเอียดต่อไป

¹⁶⁷ Marinella Baschiera, "Introduction to the Italian Legal System. The Allocation of Normative Power: Issues in Law Finding," *International Journal of Legal Information* 34, 2 (2006).

¹⁶⁸ Archives and Publications Office of the Senate Service, "Constitution of the Italian Republic," (Rome: the Senate Bookshop 2019).

3.6.1.1 ภูมิหลังว่าด้วยการบัญญัติมาตรา 3 แห่งบทบัญญัติว่าด้วยการประกาศ การตีความ และการใช้กฎหมายทั่วไปอิตาลี ค.ศ. 1865 และมาตรา 12 แห่งบทบัญญัติว่าด้วยการประกาศ การตีความ และการใช้กฎหมายทั่วไปอิตาลี ที่แก้ไขในปี ค.ศ. 1942

เนื่องจากในกฎหมายอิตาลีมีการบัญญัติบทบัญญัติว่าด้วยการประกาศ การตีความ และการใช้กฎหมายทั่วไปอิตาลี ปีค.ศ. 11865 (Provisions on the Publication, Interpretation, and Application of the Law in General (1865)) ที่ได้ประกาศใช้พร้อมด้วยประมวลกฎหมายแพ่งอิตาลี ค.ศ. 1865 ซึ่งในมาตรา 3 วรรคสอง แห่งบทบัญญัติว่าด้วยการประกาศ การตีความ และการใช้กฎหมายทั่วไปอิตาลี ค.ศ. 1865 เป็นบทบัญญัติที่ว่าด้วยหลักการปรับใช้กฎหมายเพื่ออุดช่องว่างแห่งกฎหมาย ต่อมาเมื่อมีการแก้ไขประมวลกฎหมายดังกล่าว หลักการปรับใช้กฎหมายเพื่ออุดช่องว่างแห่งกฎหมายก็ถูกนำมาบัญญัติไว้ในมาตรา 12 วรรคสอง แห่งบทบัญญัติว่าด้วยการประกาศ การตีความ และการใช้กฎหมายทั่วไปอิตาลี ที่แก้ไขในปี ค.ศ. 1942

ทั้งนี้ มีข้อสังเกตประการหนึ่งว่า บทบัญญัติว่าด้วยการใช้กฎหมายทั่วไปอิตาลี (Provisions on the Law in General) ดังกล่าว เป็นส่วนหนึ่งของ the Preliminary dispositions to the Civil Code หรือ The Dispositions on Law in General (Disposizioni sulla legge in generale) ซึ่งเป็นการกล่าวถึงข้อความเบื้องต้นของประมวลกฎหมายแพ่งก่อนที่จะมีการเข้าถึงเนื้อหาของประมวลกฎหมายแพ่งอิตาลี ดังนั้น บทบัญญัติว่าด้วยการใช้กฎหมายทั่วไปอิตาลีนี้ จึงมิใช่มีลักษณะเป็นเนื้อหากฎหมายที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งของอิตาลีโดยตรง นอกจากนี้ บทบัญญัติของกฎหมายหลายมาตราในส่วนนี้ยังแสดงให้เห็นถึงความมุ่งหมายว่า บทบัญญัติส่วนนี้ไม่ได้ประสงค์ให้ใช้วิธีการนี้เฉพาะกับกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เท่านั้น แต่เหมือนเป็นหลักการพื้นฐานโดยรวมกฎหมายทุกสาขา¹⁶⁹ (หมายเหตุ ประมวลกฎหมายแพ่ง ฉบับปี ค.ศ. 1942 เป็นการจัดทำประมวลกฎหมายแพ่งใหม่โดยรวมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เข้าด้วยกัน ภายใต้ชื่อของประมวลกฎหมายแพ่ง หรือ Codice Civile ซึ่งแตกต่างจากประมวลกฎหมายแพ่งเดิม ฉบับปี ค.ศ. 1865 ที่แยกประมวลกฎหมายแพ่งกับประมวลกฎหมายพาณิชย์ออกจากกัน)¹⁷⁰ แต่กระนั้น กฎหมาย

¹⁶⁹ ศนันท์กรณ โสทธิพันธุ์, คำอธิบายหลักพื้นฐานของกฎหมายเอกชน, หน้า 179.

¹⁷⁰ เรื่องเดียวกัน, หน้า 339-344.

ในแต่ละสาขาที่อาจมีข้อจำกัดทางกฎหมายเกี่ยวกับอำนาจในการอุดช่องว่างของผู้พิพากษาที่แตกต่างกันออกไปได้อีกตามบริบทของกฎหมายที่จะนำมาพิจารณาเช่นกัน¹⁷¹

สำหรับภูมิหลังในการบัญญัติมาตรา 3 แห่งบทบัญญัติว่าด้วยการประกาศ การตีความ และการใช้กฎหมายทั่วไปอิตาลี ค.ศ. 1865 มีลักษณะเป็นการบัญญัติถึงนิติวิธีในการใช้การตีความกฎหมายและการอุดช่องว่างแห่งกฎหมาย โดยแนวความคิดในเรื่องการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายได้ริเริ่มมาจากการตระหนักถึงปัญหาของช่องว่างทางกฎหมายที่เกิดขึ้น หรือนักวิชาการบางส่วนได้เรียกว่า ปัญหาช่องว่างในระบบกฎหมาย ซึ่งมีการถกเถียงกันเกี่ยวกับความสมบูรณ์ของระบบกฎหมาย¹⁷² เช่นนี้ จึงได้ให้ความสำคัญกับการแก้ไขปัญหาทางทฤษฎีในการแสวงหาทางออกสำหรับปัญหาข้อเท็จจริง ซึ่งมุ่งเน้นไปที่ความจำเป็นในการกำหนดกฎเกณฑ์แบบแผนขึ้น การแก้ปัญหาร่วมกันดังกล่าวในระบบกฎหมายของอิตาลีจึงเป็นส่วนหนึ่งที่น่ามาสู่การบัญญัติกฎหมายในมาตรา 3 วรรคสอง แห่งบทบัญญัติว่าด้วยการประกาศ การตีความ และการใช้กฎหมายทั่วไปอิตาลี ค.ศ. 1865

ต่อมา การแก้ไขบทบัญญัติว่าด้วยการประกาศ การตีความ และการใช้กฎหมายทั่วไปอิตาลีในเรื่องเกี่ยวกับนิติวิธีในการอุดช่องว่างแห่งกฎหมาย ซึ่งจากเดิมอยู่ในมาตรา 3 วรรคสอง แห่งบทบัญญัติว่าด้วยการประกาศ การตีความ และการใช้กฎหมายทั่วไปอิตาลี ค.ศ. 1865 มาเป็นมาตรา 12 วรรคสอง แห่งบทบัญญัติว่าด้วยการประกาศ การตีความ และการใช้กฎหมายทั่วไปอิตาลี ค.ศ. 1942 โดยบทบัญญัติดังกล่าวที่ได้แก้ไขใหม่นี้ยังคงเนื้อหาสาระสำคัญส่วนใหญ่ไว้เช่นเดิม เพียงแต่หลักการวินิจฉัยคดีในการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายลำดับสุดท้ายที่มีการปรับใช้ “หลักกฎหมายทั่วไป” ในการอุดช่องว่างแห่งกฎหมาย ได้เปลี่ยนมาเป็นการพิจารณาอุดช่องว่างแห่งกฎหมายโดยให้ยึดถือ “หลักกฎหมายทั่วไปของรัฐ” แทน ดังนั้น ตามมาตรา 12 วรรคสอง แห่งบทบัญญัติว่าด้วยการประกาศ การตีความ และการใช้กฎหมายทั่วไปอิตาลี ค.ศ. 1942 ที่แก้ไขใหม่ จึง

¹⁷¹ Baschiera, M., "Introduction to the Italian Legal System. The Allocation of Normative Power: Issues in Law Finding," *International Journal of Legal Information*.

¹⁷² Claudia Irti, "The Problem of Legal Gaps," *Tulane European & Civil Law Forum* 29(2014).

มีความชัดเจนว่าผู้ปรับใช้กฎหมายจะไม่สามารถนำวิธีการอื่นใดนอกเหนือจากหลักทั่วไปที่มาจากกฎเกณฑ์ทางกฎหมายของอิตาลีมาใช้ในการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายได้เท่านั้น¹⁷³

ทั้งนี้ เนื่องจากตามมาตรา 3 วรรคสอง แห่งบทบัญญัติว่าด้วยการประกาศ การตีความ และการใช้กฎหมายทั่วไปอิตาลี ค.ศ. 1865 เดิม มีการใช้วิธีในการอุดช่องว่างแห่งกฎหมาย โดยใช้หลักกฎหมายทั่วไปในการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายลำดับสุดท้าย ซึ่งหลักกฎหมายทั่วไปนี้มีลักษณะเป็นหลักเกณฑ์จากเหตุผลของมนุษย์ที่มีต่อเหตุผลของเรื่องที่เกี่ยวข้อง¹⁷⁴ แต่อย่างไรก็ตาม ในขณะที่มีการใช้มาตรา 3 วรรคสอง แห่งบทบัญญัติว่าด้วยการประกาศ การตีความ และการใช้กฎหมายทั่วไปอิตาลี ค.ศ. 1865 นักกฎหมายบางท่านก็เริ่มพิจารณาเห็นว่า การนำหลักกฎหมายทั่วไปมาใช้เพื่ออุดช่องว่างนี้ ควรหมายถึง หลักกฎหมายทั่วไปของอิตาลี เนื่องด้วยนักกฎหมายอิตาลีในขณะนั้นเห็นว่า จิตวิญญานหรือแม้แต่กฎหมายก็ไม่สามารถอ้างอิงถึงระบบกฎหมายแห่งชาติได้ ซึ่งระบบกฎหมายแห่งชาติเป็นการอ้างอิงถึงฐานะที่สูงกว่ากฎหมายต่างๆ ไป จนประชาชนทุกคนให้การยอมรับ และในที่สุดผู้บัญญัติกฎหมายในปีค.ศ. 1942 จึงบัญญัติมาตรา 12 วรรคสอง โดยใช้คำว่า “the general principles of the legal order of the State” ซึ่งเป็นหลักทั่วไปที่มาจากกฎเกณฑ์ทางกฎหมายของรัฐ โดยมีลักษณะเป็นหลักกฎหมายทั่วไปของอิตาลี ที่เป็นการระบุดังที่มาจากของหลักกฎหมายทั่วไปให้มีความชัดเจนยิ่งขึ้น¹⁷⁵

แต่กระนั้น มีนักกฎหมายที่เห็นแย้งเช่นกันว่า ควรใช้หลักกฎหมายทั่วไปที่กว้างกว่าในการอุดช่องว่างแห่งกฎหมาย ซึ่งหลักกฎหมายทั่วไปนี้เป็นหลักที่ประกอบไปด้วยหลักแห่งเหตุผลมิได้มุ่งหมายเฉพาะแต่ในหลักการทั่วไปของกฎหมายอิตาลีเท่านั้น¹⁷⁶ บทบัญญัติตามมาตรา 3 วรรคสอง แห่งบทบัญญัติว่าด้วยการประกาศ การตีความ และการใช้กฎหมายทั่วไปอิตาลี ค.ศ. 1865 เดิมที่ใช้หลักกฎหมายทั่วไปในการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายจึงมีขอบเขตที่กว้างและครอบคลุมกว่าบทบัญญัติมาตรา 12 วรรคสอง แห่งบทบัญญัติว่าด้วยการประกาศ การตีความ และการใช้กฎหมาย

¹⁷³ Giacinto Della Cananea, *Due Process of Law Beyond the State: Requirements of Administrative Procedure* (Oxford University Press, 2016). pp. 156-157.

¹⁷⁴ Giorgio Del Vecchio, *General Principle of Law*, trans. Feix Forte (Boston: Boston University Press, 1956). pp. 3-10.

¹⁷⁵ Irti, C., "The Problem of Legal Gaps," *Tulane European & Civil Law Forum*.

¹⁷⁶ Vecchio, G. D., *General Principle of Law*.

ทั่วไปอิตาลี ค.ศ. 1942 โดยในบทบัญญัติมาตรา 3 วรรคสอง แห่งบทบัญญัติว่าด้วยการประกาศ การตีความ และการใช้กฎหมายทั่วไปอิตาลี ค.ศ. 1865 ได้รวมถึง หลักกฎหมายทั่วไปที่อาจถูกพบภายนอกกฎหมายอิตาลีด้วย¹⁷⁷

อย่างไรก็ตาม หากพิจารณาความเป็นมาทางประวัติศาสตร์จะเห็นได้ว่า กฎหมายอิตาลีมีบรรทัดฐานการใช้กฎหมายที่เปลี่ยนแปลงอย่างค่อยเป็นค่อยไป จากหลักการแนวคิดของกฎหมายธรรมชาติ ซึ่งหายไปจากตำราทางกฎหมายในช่วงปลายศตวรรษที่ 19 มาสู่การรับอิทธิพลของสำนักกฎหมายบ้านเมืองในการบัญญัติถึงหลักกฎหมายทั่วไป และในท้ายที่สุดกฎหมายอิตาลีก็ได้ยึดถือหลักกฎหมายทั่วไปของรัฐในการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายลำดับสุดท้าย ซึ่งเป็นการยอมรับในอิทธิพลของสำนักกฎหมายบ้านเมืองมากยิ่งขึ้น¹⁷⁸ เช่นนี้ การใช้หลักกฎหมายทั่วไปโดยเกี่ยวโยงถึงหลักกฎหมายธรรมชาติเฉกเช่นเดิมจึงไม่เป็นที่นิยมอีกต่อไป ในภายหลังมาตรา 12 วรรคสอง แห่งบทบัญญัติว่าด้วยการใช้กฎหมายทั่วไปอิตาลี ค.ศ. 1942 จึงเปลี่ยนไปใช้หลักกฎหมายทั่วไปที่มาจากกฎเกณฑ์ทางกฎหมายของรัฐในการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายลำดับสุดท้ายแทน

นอกจากนี้ ในแง่ของเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นหลังจากการประกาศใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและการที่อิตาลีเข้าร่วมก่อตั้งสหภาพยุโรปทำให้ความรู้สึกของความเป็นรัฐชาติเปลี่ยนไป อดีตสมาชิกสภานิติบัญญัติ Gino Gorla ได้กล่าวว่า “อย่างน้อยในการตอบสนองเกี่ยวกับวัตถุประสงค์ของประชาคมหรืออนุสัญญาระหว่างประเทศ หลักการทั่วไปที่จะนำมาใช้เมื่อคดีไม่สามารถตัดสินได้บนฐานของกฎหมายอิตาลี ก็ควรให้ความเคารพข้อเท็จจริงที่ว่าอิตาลีเข้าร่วมสหภาพยุโรปและยึดถือกฎระเบียบของสหภาพหรืออนุสัญญาระหว่างประเทศเหล่านั้น”¹⁷⁹

นักกฎหมายหลายท่านในสาขากฎหมายเปรียบเทียบจึงแนะนำให้ใช้กฎหมายเปรียบเทียบเป็นเกณฑ์เสริมในการตีความบรรทัดฐานของกฎหมายแห่งชาติและเป็นเครื่องมือในการอุดช่องว่างกฎหมายภายใน หากพบว่ามีความสอดคล้องกันกับกฎหมายภายใน โดยพิจารณาความ

¹⁷⁷ Biagio Ando, "On the Interpretation of Law and Legal Gaps: A Comparative Overview of the Delicate Trade-Off between Legal Rules and Judicial Creativity in Louisiana and Italy," *Tulane European & Civil Law Forum* 29(2014).

¹⁷⁸ Irti, C., "The Problem of Legal Gaps," *Tulane European & Civil Law Forum*.

¹⁷⁹ *ibid.*

สอดคล้องที่คล้ายคลึงกันเป็นระบบ ดังนั้น ความเห็นของนักกฎหมายในสาขากฎหมายเปรียบเทียบจึงเห็นว่าอาจมีการอ้างอิงถึงกฎหมายของประเทศอื่นๆ ในยุโรป นอกเหนือจากกฎหมายของประเทศอิตาลีในการช่วยค้นหาหลักการตัดสินคดีทางศาลโดยสามารถอ้างอิงถึงหลักการและกฎหมายต่างประเทศ อันทำให้กฎหมายเปรียบเทียบมีบทบาทพิเศษเข้ามาประกอบด้วย¹⁸⁰

แต่อย่างไรก็ตาม เกิดการถกเถียงกันในแนวคิดของนักกฎหมาย ซึ่งหลักการที่ผู้พิพากษาจะใช้เป็นเกณฑ์มาตรฐานสำหรับการตัดสินยังคงจำกัดอยู่ หรือกล่าวอีกนัยหนึ่ง คือ หลักกฎหมายทั่วไปยังคงจำกัดอยู่ภายในขอบเขตของกฎเกณฑ์ทางกฎหมายของรัฐที่ยึดถือกฎหมายแห่งชาติเท่านั้น ซึ่งในวิวัฒนาการทางประวัติศาสตร์ถือได้ว่าเป็นผลมาจากแนวคิดวัฒนธรรมตะวันตกอันยิ่งใหญ่ที่ได้รับการหล่อเลี้ยงโดยค่านิยมของชุมชน ดังนั้น แม้ว่านักกฎหมายอาจจะมีความเห็นเป็นอย่างอื่น แต่เมื่อบทบัญญัติของกฎหมายมาตรา 12 แห่งบทบัญญัติว่าด้วยการประกาศ การตีความ และการใช้กฎหมายทั่วไปอิตาลี ค.ศ. 1942 บัญญัติไว้ชัดเจน ผู้ใช้กฎหมายก็จำเป็นต้องเคารพบัญญัติแห่งกฎหมายนั้น

3.6.1.2 หลักการตามบทบัญญัติมาตรา 3 แห่งบทบัญญัติว่าด้วยการประกาศ การตีความ และการใช้กฎหมายทั่วไปอิตาลี ค.ศ. 1865 และมาตรา 12 แห่งบทบัญญัติว่าด้วยการประกาศ การตีความ และการใช้กฎหมายทั่วไปอิตาลี ที่แก้ไขในปี ค.ศ. 1942

ในการพิจารณาหลักการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายในกฎหมายอิตาลี ตามมาตรา 3 วรรคสอง แห่งบทบัญญัติว่าด้วยการประกาศ การตีความ และการใช้กฎหมายทั่วไปอิตาลี ค.ศ. 1865 (Provisions on the Publication, Interpretation, and Application of the Law in General (1865)) บัญญัติว่า “เมื่อใดก็ตามที่คดีไม่สามารถตัดสินได้บนฐานของบทบัญญัติกฎหมายลายลักษณ์อักษร การตัดสินคดีให้พิจารณาโดยบทบัญญัติกฎหมายที่ใช้บังคับในคดีหรือเรื่องอย่างเดียวกันและคล้ายคลึงกัน หากคดียังคงเป็นที่สงสัยอยู่ ให้พิจารณาตามหลักกฎหมายทั่วไป” (“Whenever a case cannot be decided on the basis of precise provision of the written law, recourse shall be had to provisions governing similar and analogous cases or matters; if the

¹⁸⁰ ibid.

case still remains doubtful, it shall be decided according to the general principles of law.”)

เมื่อพิจารณาตามมาตรา 3 วรรคสอง แห่งบทบัญญัติว่าด้วยการประกาศ การตีความ และการใช้กฎหมายทั่วไปอิตาลี ค.ศ. 1865 ได้วางหลักเกณฑ์เพื่ออุดช่องว่างแห่งกฎหมายในกรณีที่มีการตัดสินคดีไม่สามารถตัดสินได้ตามบทบัญญัติของกฎหมายลายลักษณ์อักษร เช่นนี้ มาตรา 3 วรรคสอง แห่งบทบัญญัติดังกล่าวจึงวางหลักเกณฑ์ให้ผู้พิพากษาจะต้องตัดสินคดีโดยเทียบเคียงจากบทบัญญัติกฎหมายที่ใช้บังคับในกรณีหรือเรื่องอย่างเดียวกันและคล้ายคลึงกันเพื่อเป็นการอุดช่องว่างแห่งกฎหมาย แต่หากการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงไม่เป็นผล การวินิจฉัยคดีจึงให้วินิจฉัยตามหลักกฎหมายทั่วไป ซึ่งมีข้อสังเกตว่า กฎหมายอิตาลีไม่ได้บัญญัติให้ใช้หลักกฎหมายธรรมชาติ แต่ให้ใช้หลักกฎหมายทั่วไปในการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายลำดับสุดท้าย จึงคาดว่าเป็นเพราะประเทศอิตาลีในเวลานั้นคงไม่นิยมแนวความคิดเรื่องกฎหมายธรรมชาติแล้ว¹⁸¹

ต่อมาเมื่อมีการแก้ไขประมวลกฎหมาย หลักการปรับใช้กฎหมายเพื่ออุดช่องว่างแห่งกฎหมายถูกนำมาบัญญัติไว้ในมาตรา 12 วรรคสอง แห่งบทบัญญัติว่าด้วยการประกาศ การตีความ และการใช้กฎหมายทั่วไปอิตาลี ที่แก้ไขในปี ค.ศ. 1942 (Provisions on the Law in General (1942)) โดยบัญญัติว่า “ถ้ามีข้อโต้แย้งที่ไม่สามารถตัดสินได้โดยบทบัญญัติของกฎหมายที่ชัดเจน การตัดสินคดีให้พิจารณาโดยบทบัญญัติกฎหมายที่ใช้บังคับกับคดีอย่างเดียวกันหรือเรื่องที่คล้ายคลึงกัน หากคดียังคงเป็นที่สงสัยอยู่ ให้พิจารณาตามหลักกฎหมายทั่วไปของอิตาลี” (“If the controversy cannot be decided by a precise provision, consideration is given to provisions that regulate similar cases or analogous matters; if the case still remains doubtful, it is decided according to the general principles of the legal order of the State.”)

ทั้งนี้ เมื่อพิจารณาตามมาตรา 12 วรรคสอง แห่งบทบัญญัติว่าด้วยการประกาศ การตีความ และการใช้กฎหมายทั่วไปอิตาลี ที่แก้ไขในปี ค.ศ. 1942 จะเห็นได้ว่า โดยหลักแล้วการปรับใช้กฎหมายแก่คดีต้องพิจารณาจากบทบัญญัติของกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่บัญญัติไว้โดยชัดเจน แต่อย่างไรก็ตาม หากบทบัญญัติของกฎหมายดังกล่าวไม่สามารถนำมาปรับได้ การตัดสินคดีจึงให้

¹⁸¹ หยุด แสงอุทัย, ช่องว่างแห่งกฎหมาย, หน้า 20.

พิจารณาโดยการใช้บทบัญญัติกฎหมายที่ใช้บังคับกับคดีอย่างเดียวกันหรือเรื่องที่คล้ายคลึงกัน แต่หากคดียังคงเป็นที่สงสัยอยู่ก็ให้พิจารณาตามหลักกฎหมายทั่วไปของอิตาลี ซึ่งมาตรา 12 วรรคสอง แห่งบทบัญญัติว่าด้วยการประกาศ การตีความ และการใช้กฎหมายทั่วไปอิตาลี ที่แก้ไขในปี ค.ศ. 1942 ดังกล่าว มีความคล้ายคลึงกับ มาตรา 3 วรรคสอง แห่งบทบัญญัติว่าด้วยการประกาศ การตีความ และการใช้กฎหมายทั่วไปอิตาลี ค.ศ. 1865 เดิม โดยในเรื่องของการเทียบเคียง บทบัญญัติของกฎหมายทั้งสองฉบับยังคงยึดถือหลักการที่ทำให้มีการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายในกรณีที่คดีไม่สามารถตัดสินได้บนฐานของบทบัญญัติกฎหมายลายลักษณ์อักษร ให้ตัดสินคดีโดยพิจารณาบทบัญญัติกฎหมายที่ใช้บังคับกับคดีอย่างเดียวกันหรือเรื่องที่คล้ายคลึงกันอยู่ เพียงแต่มีข้อแตกต่างในเรื่องของการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายโดยใช้หลักกฎหมายทั่วไปในลำดับสุดท้ายเท่านั้น ที่มีการเปลี่ยนเป็นให้พิจารณาตามหลักกฎหมายทั่วไปของอิตาลี ซึ่งเป็นการยอมรับอิทธิพลความคิดของสำนักกฎหมายบ้านเมืองโดยยึดถือระบบกฎหมายแห่งชาติ¹⁸²

เมื่อพิจารณามาตรา 12 วรรคสอง แห่งบทบัญญัติว่าด้วยการประกาศ การตีความ และการใช้กฎหมายทั่วไปอิตาลี ที่แก้ไขในปี ค.ศ. 1942 ดังกล่าว จะประกอบไปด้วยองค์ประกอบที่สำคัญ 3 ประการ คือ ประการแรก การที่ไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายที่ชัดเจน หรือ การมีช่องว่างแห่งกฎหมาย (lacuna) ประการที่สอง การเทียบเคียงบทบัญญัติกฎหมายที่ใช้บังคับกับคดีอย่างเดียวกันหรือเรื่องที่คล้ายคลึงกัน (analogy) และประการสุดท้าย การปรับใช้หลักกฎหมายทั่วไปของอิตาลี (the general principles of the legal order of the state) ซึ่งทั้งหมดนี้เป็นเรื่องของช่องว่างทางกฎหมายและการอุดช่องว่างทางกฎหมาย โดยในท้ายที่สุดแล้วจะทำให้ไม่เกิดปัญหากรณีที่ไม่มีการบัญญัติมาบังคับใช้ในการพิจารณาพิพากษาคดีอีก

ทั้งนี้ การแยกความแตกต่างระหว่างบทบัญญัติของกฎหมายกับหลักกฎหมายทั่วไป ซึ่งการไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายที่ชัดเจนในประมวลกฎหมายไม่ใช่ว่าไม่มีหลักกฎหมายที่จะนำมาอุดช่องว่างแห่งกฎหมาย โดยบทบัญญัติของกฎหมายที่บัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษรไม่ใช่เป็นสิ่งที่บัญญัติไว้สมบูรณ์ทุกประการ ซึ่งบทบัญญัติของกฎหมายอาจไม่สมบูรณ์ แต่หลักกฎหมายที่เป็นหลัก

¹⁸² Irti, C., "The Problem of Legal Gaps," *Tulane European & Civil Law Forum*.

ทั่วไปของกฎเกณฑ์ทางกฎหมายของรัฐเป็นหลักการที่กว้างใช้เป็นบรรทัดฐานในการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายลำดับสุดท้ายได้¹⁸³

ดังนั้น ด้วยเหตุที่ว่าบทบัญญัติของกฎหมายลายลักษณ์อักษรไม่อาจบัญญัติเพื่อควบคุมทุกกิจกรรมที่เกิดขึ้นในสังคมได้อย่างชัดเจน จึงอาจเกิดกรณีที่ไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายที่ชัดเจนที่จะนำมาปรับใช้ได้ การแก้ไขปัญหาดังกล่าวทางออกโดยการปรับใช้การเทียบเคียงบทบัญญัติกฎหมายที่ใช้บังคับกับคดีอย่างเดียวกันหรือเรื่องที่คล้ายคลึงกัน ซึ่งเป็นการเรียกร้องให้ผู้พิพากษาทำหน้าที่ที่ต้องตัดสินคดีด้วยบทบัญญัติของกฎหมายที่มีลักษณะเทียบเคียงได้กับกรณีที่คล้ายคลึงกัน โดยในทางทฤษฎีหลักการนี้มาจากหลักการทางกฎหมายธรรมชาติ

ทั้งนี้ ผู้พิพากษาต้องพิจารณาจากกรณีที่คล้ายกันหรือเรื่องที่คล้ายคลึง ซึ่งจะมาจากหลักการทางกฎหมายที่มีอยู่ในบรรทัดฐานของบทบัญญัติของกฎหมายที่ใช้บังคับโดยจะนำไปใช้เทียบเคียงกับคดีที่อยู่เฉพาะหน้านี้ การสันนิษฐานถึงหลักการทางกฎหมายจะเป็นนัยบรรทัดฐานที่เฉพาะเจาะจงเพื่อเทียบเคียงหาข้อสรุปทางกฎหมาย¹⁸⁴ นิติวิธีในการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายโดยการปรับใช้บทบัญญัติกฎหมายที่ใช้บังคับกับคดีอย่างเดียวกันหรือเรื่องที่คล้ายคลึงกัน จึงมีส่วนช่วยในการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายในลำดับแรกในระบบกฎหมายอิตาลี

ต่อมา หากการเทียบเคียงบทบัญญัติของกฎหมายไม่สามารถกระทำได้ มาตรา 12 วรรคสอง แห่งบทบัญญัติว่าด้วยการประกาศ การตีความ และการใช้กฎหมายทั่วไปอิตาลี ที่แก้ไขในปี ค.ศ. 1942 จึงให้ผู้พิพากษาสามารถใช้หลักกฎหมายทั่วไปของอิตาลีในการพิจารณาอุดช่องว่างแห่งกฎหมาย ดังนั้น ในการแก้ไขบทบัญญัติของกฎหมายในปี ค.ศ. 1942 ทำให้กฎเกณฑ์ในการอุดช่องว่างของกฎหมายลำดับสุดท้ายชัดเจนขึ้น เช่นนี้ จึงไม่รวมวิธีการอื่นใดนอกเหนือจากหลักทั่วไปที่มาจากกฎเกณฑ์ทางกฎหมายของอิตาลีเท่านั้น โดยจะไม่รวมหลักการที่ยอมรับในระบบกฎหมายต่างประเทศใดๆ อีก¹⁸⁵ อันแสดงให้เห็นอย่างชัดเจนว่า แม้ในช่วงหลังทศวรรษที่ผ่านมาอิตาลีเข้าร่วมสหภาพยุโรปและยึดติดกับอนุสัญญาและสนธิสัญญาระหว่างประเทศ แต่อิตาลียังคงต้องยึดถือระบบ

¹⁸³ Merryman, J. H., "The Italian Style 3: Interpretation," *Stanford Law Review*.

¹⁸⁴ *ibid.*

¹⁸⁵ Cananea, G. D., *Due Process of Law Beyond the State: Requirements of Administrative Procedure*. pp. 156-157.

กฎหมายแห่งชาติที่มีอยู่แต่เดิมก่อนแล้วเป็นหลัก โดยใช้หลักกฎหมายทั่วไปของรัฐในการพิจารณาอุดช่องว่างแห่งกฎหมายลำดับสุดท้าย¹⁸⁶

3.6.1.3 หลักการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในกฎหมายอิตาลี

เนื่องจากวิธีการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายอิตาลีจะบัญญัติไว้ชัดเจนว่า ผู้พิพากษาจะต้องอุดช่องว่างแห่งกฎหมายโดยอาศัยวิธีการอันใดก่อนหลัง ซึ่งวิธีการเทียบเคียงเป็นนิติวิธีในการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายที่สำคัญเป็นลำดับแรกในกฎหมายอิตาลี โดยเมื่อไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายที่สามารถใช้ตัดสินได้โดยชัดเจน ตามมาตรา 12 วรรคสอง แห่งบทบัญญัติว่าด้วยการประกาศ การตีความ และการใช้กฎหมายทั่วไปอิตาลี ที่แก้ไขในปี ค.ศ. 1942 จึงบัญญัติให้ “การตัดสินคดีให้พิจารณาโดยบทบัญญัติกฎหมายที่ใช้บังคับกับคดีอย่างเดียวกันหรือเรื่องที่คล้ายคลึงกัน” อันมีลักษณะเป็นการใช้เกณฑ์การเปรียบเทียบโดยอ้างถึงความคล้ายคลึงกัน และเป็นการอนุญาตให้ผู้พิพากษาเทียบเคียงจากหลักเกณฑ์ที่บัญญัติไว้ (formulated norm)¹⁸⁷

หลักการนี้นักกฎหมายบางส่วนเห็นว่า พื้นฐานดังกล่าวอยู่บนแนวคิดการกระจายอำนาจในการสร้างกฎหมาย ซึ่งเป็นการที่ฝ่ายนิติบัญญัติส่งต่อให้ผู้พิพากษาเป็นผู้สร้างกฎหมายขึ้นมาเพื่อช่วยในการอุดช่องว่างแห่งกฎหมาย เช่นนี้ ถึงแม้ว่ากฎหมายจะไม่ได้ถูกบัญญัติในวิธีการโดยตรง แต่ก็ผ่านการสร้างกฎหมายในทางอ้อมโดยศาล¹⁸⁸ แต่อย่างไรก็ตาม แนวคิดเรื่องดังกล่าวถูกล้อมกรอบไว้เฉพาะในแง่มุมมองทางความคิดเท่านั้น และในทางทฤษฎีนักกฎหมายก็มีข้อถกเถียงกันว่าผู้พิพากษาเป็นผู้ใช้กฎหมายมิใช่หน้าที่เป็นผู้บัญญัติกฎหมาย ถึงแม้ว่าผู้พิพากษาจะได้รับสิทธิตามกฎหมายอย่างชัดเจนก็ตาม แต่ผู้พิพากษาก็ไม่ได้เป็นฝ่ายนิติบัญญัติ ผู้พิพากษามีเพียงอำนาจที่จะค้นหาวิธีการแก้ไขปัญหาในคดีโดยดำเนินการตามหลักการและกฎหมายที่มีอยู่¹⁸⁹ ดังนั้น ในการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายผู้พิพากษาจึงได้รับอนุญาตให้เข้ามาแก้ไขปัญหตามนิติวิธีที่กำหนดไว้

¹⁸⁶ Irti, C., "The Problem of Legal Gaps," *Tulane European & Civil Law Forum*.

¹⁸⁷ Ibid.

¹⁸⁸ Merryman, J. H., "The Italian Style 3: Interpretation," *Stanford Law Review*.

¹⁸⁹ Irti, C., "The Problem of Legal Gaps," *Tulane European & Civil Law Forum*.

การเทียบเคียงจึงเป็นกระบวนการทางตรรกะที่ผู้พิพากษานำมาใช้เป็นเครื่องมืออย่างหนึ่งในการพิจารณาวินิจฉัยคดี การเทียบเคียงถูกสร้างขึ้นบนพื้นฐานของการเปรียบเทียบทั้งความเหมือนและความแตกต่าง¹⁹⁰ ซึ่งกระบวนการเทียบเคียงไม่ได้แสดงออกแค่ผลลัพธ์ในการวินิจฉัยคดี แต่ต้องมีกระบวนการที่จำเป็นสมควรที่จะตรวจสอบได้ว่าผู้พิพากษาใช้หลักเกณฑ์หรือขั้นตอนใดในการพิจารณาตัดสิน ซึ่งนักวิชาการส่วนใหญ่ยอมรับขั้นตอนตรรกะที่เป็นเหตุเป็นผลในการตัดสินใจรวมถึง การเทียบเคียงเพื่อที่จะทำให้การตัดสินมีความสอดคล้องกันอย่างเป็นระบบและยั่งยืนถูกต้องตามกฎหมาย¹⁹¹

ผลลัพธ์ของการเทียบเคียงจึงเป็นผลมาจากการกระทำของผู้พิพากษา แต่ไม่ใช่ว่าผู้พิพากษาจะมีเจตจำนงอิสระที่จะสามารถตัดสินใจอย่างใดก็ได้ กฎเกณฑ์ที่นำไปใช้กับคดีจะต้องประกอบด้วยขั้นตอนของการให้เหตุผล ซึ่งร่างกายของระบบกฎหมายจะประกอบไปด้วยเหตุผลภายในของกฎหมายนั้นๆ ดังนั้น การวินิจฉัยปรับใช้กับคดีจึงต้องเป็นไปตามหลักการและคุณค่าที่แสดงออกโดยการอ้างอิงระบบกฎหมาย ทำให้การพิจารณาปรับใช้การเทียบเคียงแก่คดีต้องสอดคล้องไปด้วยกฎเกณฑ์ที่เหมาะสมจึงจะสามารถนำมาปรับใช้เพื่ออุดช่องว่างแห่งกฎหมายได้

การเทียบเคียงบทบัญญัติกฎหมายจึงเป็นการรับรองการใช้เหตุผลในการตัดสินของผู้พิพากษา ผู้พิพากษาจะตัดสินคดีโดยพิจารณาบทบัญญัติกฎหมายที่ใช้บังคับกับคดีอย่างเดียวกันหรือเรื่องที่คล้ายคลึงกัน ซึ่งเป็นวิธีการ Analogy ผ่านการระบุดึงการพิจารณาเทียบเคียงบทบัญญัติกฎหมายและเทียบเคียงกรณีที่คล้ายคลึงกัน¹⁹² เช่นนี้ อำนาจหน้าที่ของผู้พิพากษาจึงขาดไม่ได้ที่จะใช้อำนาจในการปรับใช้กฎหมายให้เข้ากับเหตุการณ์ในสังคมเพื่ออุดช่องว่างของกฎหมายที่เกิดขึ้น

ทั้งนี้ ไม่ว่าจะหลักการเทียบเคียงดังกล่าวจะมีทัศนคติเบื้องหลังแนวความคิดที่มาจากอย่างไร แต่ก็ต้องยอมรับความจริงที่ว่า เรื่องการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงกันเป็นสิ่งที่มีความสำคัญในตนเองและมีความสำคัญอย่างยิ่งต่อการแก้ไขปัญหาคือ 2 กรณี กล่าวคือ กรณีแรก เป็นการอุดช่องว่างแห่งกฎหมาย เมื่อศาลต้องเผชิญกับปัญหาที่ฝ่ายนิติบัญญัติสามารถคาดคิดได้ถึง แต่

¹⁹⁰ Aharon Barak, Purposive Interpretation in Law (New Jersey: Princeton University Press, 2005). pp. 71-72.

¹⁹¹ Irti, C., "The Problem of Legal Gaps," Tulane European & Civil Law Forum.

¹⁹² Barak, A., Purposive Interpretation in Law. p. 71.

เพิกเฉยละเลยหรือเจตนาเปิดช่องว่างแห่งกฎหมายไว้ และกรณีที่สอง เนื่องจากการเปลี่ยนแปลงทางเศรษฐกิจและสังคมทำให้มีประเด็นปัญหาต่างๆ เกิดขึ้นมากมาย โดยฝ่ายนิติบัญญัติไม่อาจทราบได้ในขณะที่บัญญัติประมวลกฎหมาย จึงต้องมีการเทียบเคียงกฎหมายที่มีอยู่เพื่อใช้ในการแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้นได้ทันทั่วถึง ซึ่งทั้งสองกรณีนี้เป็นการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายที่บทบัญญัติของกฎหมายที่มีอยู่ไม่สามารถใช้หรือตีความเพื่อให้ครอบคลุมกับกรณีหรือคดีที่เกิดขึ้นได้¹⁹³ ดังนั้น จึงไม่อาจนำบทบัญญัติของกฎหมายที่มีอยู่มาพิจารณาตัดสินคดีที่จำต้องได้รับการพิจารณาเป็นพิเศษ นอกเหนือไปจากบทบัญญัติในประมวลกฎหมายที่ใช้บังคับโดยตรง

ครั้นเมื่อพิจารณาตามมาตรา 12 วรรคสอง แห่งบทบัญญัติว่าด้วยการประกาศ การตีความ และการใช้กฎหมายทั่วไปอิตาลี ที่แก้ไขในปี ค.ศ. 1942 บทบัญญัติมาตราดังกล่าวจึงกำหนดให้ผู้พิพากษาซึ่งไม่สามารถตัดสินข้อพิพาทบนพื้นฐานของบทบัญญัติกฎหมายที่ชัดเจน ให้พิจารณาตัดสินคดีโดยบทบัญญัติกฎหมายที่ใช้บังคับกับคดีอย่างเดียวกันหรือเรื่องที่คล้ายคลึงกัน แต่ถ้าในกรณีที่คดียังคงเป็นที่สงสัยอยู่ก็ให้พิจารณาตามหลักกฎหมายทั่วไปของอิตาลี ซึ่งทั้ง 2 วิธีการนี้เป็นวิถีทางและขั้นตอนในการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายอิตาลีที่ต้องพิจารณาเป็นลำดับ นอกจากนี้ในทางตำรานักกฎหมายอิตาลียังได้พิจารณาวิธีการการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายดังกล่าว โดยเรียกกรณีการตัดสินคดีโดยบทบัญญัติกฎหมายที่ใช้บังคับกับคดีอย่างเดียวกันหรือเรื่องที่คล้ายคลึงกันว่า “การเทียบเคียงบทบัญญัติของกฎหมาย (Analogia Legis หรือ Legis Analogia)” และมีกรณีการพิจารณาตามหลักกฎหมายว่า “การเทียบเคียงหลักกฎหมาย (Analogia Iuris หรือ Iuris Analogia)” จึงทำให้วิธีการเทียบเคียงอาจพิจารณาได้ใน 2 ลักษณะ¹⁹⁴ ซึ่งจะกล่าวโดยละเอียด ดังนี้

ลำดับแรก การเทียบเคียงบทบัญญัติของกฎหมาย (Analogia Legis หรือ Legis Analogia)

การเทียบเคียงบทบัญญัติของกฎหมายเกิดขึ้นเมื่อไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายที่เฉพาะเจาะจง จึงทำให้ต้องเทียบเคียงเพื่อใช้บทบัญญัติของกฎหมายที่ใช้บังคับกับคดีอย่างเดียวกัน

¹⁹³ Ando, B., "On the Interpretation of Law and Legal Gaps: A Comparative Overview of the Delicate Trade-Off between Legal Rules and Judicial Creativity in Louisiana and Italy," Tulane European & Civil Law Forum.

¹⁹⁴ *ibid.*

หรือเรื่องที่คล้ายคลึงกัน ซึ่งในการเทียบเคียงบทบัญญัติของกฎหมายดังกล่าวนี้ เป็นวิธีทางที่ สลับซับซ้อนที่ผู้พิพากษาจะต้องตรวจสอบบรรทัดฐานที่จะใช้ โดยสันนิษฐานและพิจารณาบนฐานของ ความคล้ายคลึงกันระหว่างพฤติการณ์ที่มีการบัญญัติไว้อย่างชัดเจนกับพฤติการณ์แห่งคดีว่าถูกควบคุม ด้วยบริบทที่อาจเกี่ยวข้องกันได้หรือไม่ โดยบทบัญญัติของกฎหมายที่แสดงออกโดยชัดเจนอาจ พิจารณาและสังเคราะห์ได้หลักที่กว้างกว่าและทั่วไปกว่า เรียกว่า “เหตุผลของบรรทัดฐาน” เพื่อ นำไปใช้กับกรณีที่คล้ายคลึงกันได้¹⁹⁵ เช่นนี้ จึงเกิดการเทียบเคียงบทบัญญัติของกฎหมายขึ้นมา

ครั้นในการพิจารณาเหตุผลของบรรทัดฐาน บทบัญญัติกฎหมายที่จะสามารถใช้อย่าง บังคับกับคดีอย่างเดียวกันหรือเรื่องที่คล้ายคลึงกันได้ต้องขึ้นอยู่กับเหตุผลที่แสดงอยู่ในบทบัญญัติของ กฎหมายนั้นๆ กล่าวคือ บทบัญญัติของกฎหมายที่บัญญัติไว้นั้นต้องประกอบไปด้วยเหตุผลของ กฎเกณฑ์ที่สามารถร่างและครอบคลุมถึงการให้เหตุผลตามบทบัญญัติกฎหมายที่ใช้บังคับกับคดีอย่าง เดียวกันหรือเรื่องที่คล้ายคลึงกันได้ แม้บทบัญญัตินั้นจะมีได้บัญญัติไว้สำหรับกรณีดังกล่าวโดยตรง¹⁹⁶ ซึ่งเหตุผลของบทบัญญัติของกฎหมายจะมีพลังที่จะก้าวข้ามไปถึงเหตุผลในคดีที่มีลักษณะอย่าง เดียวกันหรือเรื่องที่คล้ายคลึงกัน จึงเกิดการเทียบเคียงบทบัญญัติของกฎหมาย

ลำดับที่สอง การเทียบเคียงหลักกฎหมาย (Analogia iuris หรือ Iuris Analogy)

การเทียบเคียงหลักกฎหมายเกิดขึ้นในกรณีที่มีการเทียบเคียงบทบัญญัติของ กฎหมายแล้ว แต่ปรากฏว่าคดียังคงเป็นที่สงสัยอยู่ ไม่สามารถนำมาใช้พิจารณาพิพากษาคดีได้ ทำให้ต้องมาพิจารณาถึงหลักกฎหมาย ซึ่งเป็นการพิจารณาอีกรูปแบบหนึ่งของการเทียบเคียง โดยการ ใช้หลักกฎหมายเช่นนี้ อุชช่องว่างแห่งกฎหมาย ทางตำราวิชาการเรียกว่า “การเทียบเคียงหลัก กฎหมาย (Analogia iuris หรือ Iuris Analogy)”¹⁹⁷ ทั้งนี้ ในการใช้หลักกฎหมายจะทำให้ได้หลัก กฎหมายที่กว้างขวางกว่าการเทียบเคียงบทบัญญัติของกฎหมาย โดยจะเป็นการวิเคราะห์จากหลักทาง กฎหมายที่หลากหลายเพื่อหาหลักการที่กว้างและครอบคลุม หรือได้แบบแผนของหลักการ ซึ่งเรียกว่า

¹⁹⁵ Irti, C., "The Problem of Legal Gaps," *Tulane European & Civil Law Forum*.

¹⁹⁶ N. MacCormick and R.S. Summers, *Interpreting Statutes: A Comparative Study* (Dartmouth, 1991).

¹⁹⁷ *ibid.*

“หลักกฎหมายของระบบกฎหมาย”¹⁹⁸ ที่สามารถนำไปเทียบเคียงปรับใช้ได้กับกรณีต่างๆ มากมาย และมีความเหมาะสมกับระบบกฎหมายอิตาลี

ในการพิจารณาการเทียบเคียงหลักกฎหมายจึงเป็นการเทียบเคียงจากหลักกฎหมายที่เป็นระเบียบแบบแผนทางกฎหมาย ซึ่งอ้างอิงอาศัยรากฐานของกฎหมายในระบบกฎหมายที่เกี่ยวข้องทั้งหมด¹⁹⁹ เพื่อหาหลักกฎหมายของระบบกฎหมายอิตาลีที่จะนำมาใช้เทียบเคียงเพื่ออุดช่องว่างแห่งกฎหมายในกรณีที่ไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายบัญญัติไว้โดยตรงหรือไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายที่จะสามารถนำมาใช้โดยการเทียบเคียงได้

แต่อย่างไรก็ตาม มีข้อสังเกตว่าในเบื้องต้นที่กล่าวถึงหลักกฎหมายทั่วไปที่เป็นหลักการกว้างๆ จะเป็นสิ่งที่จับต้องได้ยาก มีความเป็นนามธรรมสูง และไม่เหมาะสมที่จะนำมาเสนอเป็นทางออกสำหรับข้อพิพาทที่เฉพาะเจาะจง ในการอุดช่องว่างของกฎหมายอิตาลีจึงต้องการสิ่งที่เป็นรูปธรรมมากขึ้นที่จะสามารถนำมาใช้เพื่อแก้ไขปัญหาทางกฎหมายได้ชัดเจน ดังนั้น จึงสันนิษฐานว่ากระบวนการพิจารณาการเทียบเคียงหลักกฎหมาย เริ่มจากขั้นตอนแรกที่เป็นนามธรรมในการหาหลักการจากบรรทัดฐานที่แสดงออกมา และในขั้นตอนที่สองเป็นการพยายามทำสิ่งที่เป็นนามธรรมให้เห็นได้ชัดเจนขึ้น ซึ่งกลายเป็นหลักการหรือวิธีการในการแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้นในระบบกฎหมาย²⁰⁰ และมีความชัดเจนกว่าการใช้หลักกฎหมายทั่วไปในระบบกฎหมายอิตาลี

นอกจากนี้ ความแตกต่างระหว่างการใช้หลักกฎหมาย (Analogia Legis) กับการเทียบเคียงหลักกฎหมาย (Analogia Iuris) แม้จากที่กล่าวมาแล้วจะแสดงให้เห็นถึงความแตกต่างในมุมมองของวิธีการที่ต่างกัน แต่อย่างไรก็ตาม อาจกล่าวให้ง่ายขึ้นว่าการเทียบเคียงบทบัญญัติของกฎหมาย (Analogia Legis) เป็นการเทียบเคียงจากบทบัญญัติกฎหมายที่มาจากบรรทัดฐานเดียว ซึ่งแตกต่างกับการเทียบเคียงหลักกฎหมาย (Analogia Iuris) เป็นการเทียบเคียงจากหลักกฎหมายที่มาจากบรรทัดฐานทางกฎหมายที่หลากหลาย²⁰¹ ด้วยเหตุผลนี้ เมื่อการ

¹⁹⁸ Irti, C., "The Problem of Legal Gaps," *Tulane European & Civil Law Forum*.

¹⁹⁹ MacCormick, N. and R. S. Summers, *Interpreting Statutes: A Comparative Study*.

²⁰⁰ Irti, C., "The Problem of Legal Gaps," *Tulane European & Civil Law Forum*.

²⁰¹ Ibid.

เทียบเคียงหลักกฎหมายเป็นการเทียบเคียงจากบรรทัดฐานที่กว้างกว่า การเทียบเคียงหลักกฎหมาย จึงต้องนำมาใช้ในภายหลังจากการเทียบเคียงบทบัญญัติของกฎหมาย

กล่าวโดยสรุป สำหรับข้อความคิดพื้นฐานว่าด้วยการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในกฎหมายอิตาลี ในกฎหมายอิตาลีมีการบัญญัติถึงนิติวิธีในการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งไว้อย่างชัดเจนตามมาตรา 3 วรรคสอง แห่งบทบัญญัติว่าด้วยการประกาศ การตีความ และการใช้กฎหมายทั่วไปอิตาลี ค.ศ. 1865 และมาตรา 12 วรรคสอง แห่งบทบัญญัติว่าด้วยการประกาศ การตีความ และการใช้กฎหมายทั่วไปอิตาลี ที่แก้ไขในปี ค.ศ. 1942 โดยเป็นบทบัญญัติที่ว่าด้วยหลักการปรับใช้กฎหมายเพื่ออุดช่องว่างแห่งกฎหมาย ซึ่งอำนาจในการอุดช่องว่างแห่งกฎหมาย ผู้พิพากษาอิตาลีจะต้องถูกผูกมัดตามกฎหมาย เช่นนี้ เมื่อรัฐธรรมนูญอิตาลีกำหนดให้ผู้พิพากษาต้องอยู่ภายใต้กฎหมายเท่านั้น การที่ผู้พิพากษาอิตาลีใช้นิติวิธีในการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายจึงสอดคล้องกับรัฐธรรมนูญโดยเป็นไปตามบทบัญญัติว่าด้วยการประกาศ การตีความ และการใช้กฎหมายทั่วไปอิตาลีดังกล่าว ซึ่งเรื่องการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งเป็นนิติวิธีในการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายที่สำคัญลำดับแรกที่ถูกบัญญัติไว้ในกฎหมาย

3.6.2 ข้อความคิดพื้นฐานว่าด้วยการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในกฎหมายเยอรมัน

เนื่องด้วยประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีเป็นประเทศที่อยู่ในระบบกฎหมายซีวิลลอว์ มีการบัญญัติประมวลกฎหมายขึ้นมาใช้บังคับโดยมีลักษณะเป็นการทั่วไปและสามารถนำไปปรับใช้กับกรณีต่างๆ ได้ ถึงแม้ว่าในการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายเยอรมันจะไม่ได้มีการบัญญัติถึงนิติวิธีในการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายไว้ในประมวลกฎหมายก็ตาม แต่เรื่องดังกล่าวก็เป็นนิติวิธีทั่วไปที่นักกฎหมายเยอรมันย่อมรับรู้และเข้าใจมาโดยตลอด ซึ่งหาใช่ว่าผู้พิพากษาในประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีจะสามารถปฏิเสธการตัดสินคดีโดยอ้างว่าไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายมาปรับแก้คดีได้ เพราะแม้ประมวลกฎหมายเยอรมันจะไม่ได้กำหนดหน้าที่ของผู้พิพากษาไว้ในประมวลกฎหมาย แต่ก็เป็นที่นักกฎหมายโดยทั่วไปจะต้องรับรู้และปฏิบัติ²⁰² ซึ่งในการกำหนดหน้าที่ของผู้พิพากษาให้ต้องตัดสินคดีหรือการบัญญัติถึงนิติวิธีในการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายไว้ในประมวลกฎหมายดังเช่นประมวล

²⁰² หยุด แสงอุทัย, ช่องว่างแห่งกฎหมาย, หน้า 15.

กฎหมายของประเทศอื่นๆ นักกฎหมายในประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีกลับเห็นว่าการบัญญัติกฎหมายดังกล่าวเป็นเรื่องที่สามารถเข้าใจได้ทั่วไปแล้ว จึงไม่จำเป็นที่จะต้องนำมาบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอีก วิธีการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายเยอรมันจึงปล่อยให้ทำหน้าที่ผู้พิพากษาที่จะหา กฎเกณฑ์ใดๆ มาอุดช่องว่างแห่งกฎหมายได้เอง ซึ่งการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายโดยอาศัยการ เทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งก็ถูกนำมาใช้เพื่ออุดช่องว่างแห่งกฎหมายในระบบกฎหมาย เยอรมันเช่นกัน จึงทำให้นิติวิธีในระบบกฎหมายเยอรมันมีความน่าสนใจและควรต้องได้รับการศึกษา ต่อไป

3.6.2.1 ภูมิหลังว่าด้วยการบัญญัตินิติวิธีในการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายตามต้น ร่างฉบับแรกของประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ฉบับปี ค.ศ. 1896

เมื่อศึกษาจากประวัติศาสตร์ความเป็นมาของการร่างประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ในต้นร่างฉบับแรกของประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ฉบับปี ค.ศ. 1896 (German Civil Code (1896)) มีการวางหลักว่า “ในกรณีที่ไม่มีบทบัญญัติเฉพาะเจาะจง ผู้พิพากษาพึงนำวิธีการเทียบเคียง มาใช้ และหากการเทียบเคียงไม่สามารถนำมาใช้ได้ ให้ใช้หลักกฎหมายทั่วไป” หรือ “in the absence of a specific rule, the judge should have recourse to analogy, and, where this was not possible, to principles drawn from the legal order as a whole.”

ดังจะเห็นได้ว่า ในต้นร่างฉบับแรกของประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ฉบับปี ค.ศ. 1896 ผู้ร่างกฎหมายประสงค์จะให้มีการบัญญัติถึงนิติวิธีในการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายไว้ในประมวล กฎหมายแพ่งเยอรมัน โดยให้นำวิธีการเทียบเคียงมาใช้ในกรณีที่ไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายบัญญัติไว้ เฉพาะเจาะจง เช่นนี้ เมื่อบทบัญญัติของกฎหมายที่บัญญัติไว้มีช่องว่าง การอุดช่องว่างลำดับแรก จึง ให้ใช้วิธีการเทียบเคียงบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้น ซึ่งผู้ใช้กฎหมายจะไม่สามารถนำบทบัญญัติแห่ง กฎหมายนั้นมาใช้ได้โดยตรงจึงต้องปรับใช้โดยวิธีการเทียบเคียงนั่นเอง

นอกจากนี้ หากให้ผู้พิพากษาคัดสินคดีโดยอาศัยวิธีการเทียบเคียงแล้ว แต่ก็ยังไม่ สามารถเป็นผลได้ ในการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายลำดับต่อมา จึงให้นำหลักกฎหมายทั่วไปมาใช้เพื่อ อุดช่องว่างแห่งกฎหมาย ซึ่งหลักกฎหมายทั่วไปนี้มีลักษณะเป็นหลักมาจากกฎเกณฑ์ทางกฎหมาย ต่างๆ หรือเป็นหลักทั่วไปของกฎหมาย

แต่อย่างไรก็ตาม บทบัญญัติดังกล่าวถูกปฏิเสธในการใส่เข้าไปให้เป็นหลักการสำคัญในชั้นพิจารณาร่างกฎหมาย โดยผู้ร่างกฎหมายเห็นว่าข้อความในกฎหมายฉบับร่างนั้นยังรอบคอบรัดกุมไม่เพียงพอ ซึ่งหากนำมาบัญญัติไว้อาจจะทำให้เกิดปัญหาในเรื่องการใช้กฎหมายและการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายขึ้นมาได้ อีกทั้ง ยังเป็นเรื่องที่ผู้ใช้กฎหมายเข้าใจกันอยู่แล้ว โดยได้รับการปลูกฝังสั่งสอนกันเรื่อยมาในสถาบันการศึกษา จึงไม่จำเป็นต้องนำมาใส่ไว้ในประมวลกฎหมายอีกมิฉะนั้น จะทำให้ประมวลกฎหมายมีลักษณะคลาดเคลื่อนกลายเป็นคำอธิบายกฎหมายไปได้ ด้วยเหตุนี้ บทบัญญัติของหลักการดังกล่าวที่เคยเสนอในการร่างประมวลกฎหมายเยอรมันครั้งแรกจึงถูกกรรมาธิการของสภาตัดออกไป²⁰³ ซึ่งเมื่อมีการประกาศใช้ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันในปี ค.ศ. 1900 และต่อมาได้มีการปรับปรุงแก้ไขประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันในปี ค.ศ. 2002 ก็มีได้ปรากฏพบว่ามีหลักการดังกล่าวบัญญัติไว้

ในทางตรงกันข้าม แม้ว่าหลักการในการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายจะมีได้มีการบัญญัติไว้โดยชัดเจนในประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน แต่ทว่า เรื่องการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายกลับเป็นเรื่องที่นักกฎหมายเยอรมันทราบและเข้าใจได้เป็นอย่างดี เพราะเป็นสิ่งที่ทั่วไปที่นักกฎหมายเยอรมันจะต้องทราบอยู่แล้ว ดังนั้น จึงทำให้เรื่องนิติวิธีในการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายถูกนำมาใช้โดยทั่วกัน ซึ่งการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายโดยอาศัยการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งก็เป็นหนึ่งในนิติวิธีที่สำคัญที่ถูกนำมาใช้เพื่ออุดช่องว่างแห่งกฎหมายในระบบกฎหมายเยอรมัน โดยผู้วิจัยจะกล่าวถึงรายละเอียดในหัวข้อถัดๆ ไป

ทั้งนี้ มีข้อสังเกตว่า การที่ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันไม่ได้บัญญัติถึงนิติวิธีในการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายไว้ เช่นนี้ จะเป็นจุดแข็งของระบบกฎหมายเยอรมันหรือไม่ที่จะทำให้การปรับใช้กฎหมายในระบบกฎหมายเยอรมันมีความยืดหยุ่นและทันสมัย ยิ่งไปกว่านั้น ความยืดหยุ่นของระบบกฎหมายเยอรมันอาจเป็นปัจจัยสำคัญที่ส่งผลให้ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันสามารถดำรงอยู่ได้แม้สภาพสังคมจะมีการเปลี่ยนแปลงไป ความยืดหยุ่นของระบบกฎหมายเยอรมันจึงมีคุณค่าช่วยป้องกันไม่ทำให้ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันได้รับผลกระทบจากการอยู่ภายใต้แรงกดดันของการเปลี่ยนแปลงทางสังคม²⁰⁴ ดังนั้น การศึกษาถึงนิติวิธีและทัศนคติในระบบกฎหมายเยอรมันต่อการ

²⁰³ Cheng, B., *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*. p. 404.

²⁰⁴ Irti, C., "The Problem of Legal Gaps," *Tulane European & Civil Law Forum*.

กฎหมายและการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายจึงเป็นเรื่องสำคัญอย่างยิ่ง แม้ว่านิติวิธีดังกล่าวจะไม่ได้รับการบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันก็ตาม

3.6.2.2 หลักการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายในกฎหมายเยอรมัน

ระบบกฎหมายเยอรมันได้ยึดถือเอาหลักการใช้การตีความกฎหมายเป็นเครื่องมือในการปรับใช้กฎหมายกับข้อเท็จจริงเพื่ออำนวยความสะดวกให้เกิดขึ้นแก่ประชาชน แม้ว่าในปัจจุบันนี้ข้อเท็จจริงจะมีการเปลี่ยนแปลงสลับซับซ้อนมากยิ่งขึ้น แต่การนำหลักการใช้การตีความกฎหมายมาใช้ในการปรับบทกฎหมายกับข้อเท็จจริงก็มีส่วนช่วยทำให้คดีได้รับการพิจารณาโดยกฎหมาย เช่นนี้ นิติวิธีในระบบกฎหมายเยอรมันจึงมุ่งให้ผู้ใช้กฎหมายสามารถแสวงหากฎหมายมาปรับแก้กรณีต่างๆ ได้ รวมถึง ในกรณีที่ไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายบัญญัติไว้โดยตรง ผู้ใช้กฎหมายก็สามารถใช้วิธีการในการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายนั้นได้ จึงก่อให้เกิดความเป็นธรรมขึ้นในสังคม²⁰⁵

ในการพิจารณาวิธีการทางกฎหมาย เมื่อนักกฎหมายเริ่มปรับใช้กฎหมาย นักกฎหมายจะต้องปฏิบัติตามวิธีการที่เป็นระบบในทางกฎหมาย โดยนักกฎหมายต้องเคารพและยึดถือแนวทางในกระบวนการทางกฎหมายต่างๆ ไม่ว่าจะเป็นขั้นตอนการปรับบทกฎหมาย การตีความกฎหมาย หรือการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายในกรณีที่ไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายบัญญัติไว้ ซึ่งเป็นวิธีการทางกฎหมายที่ถูกนำมาปรับใช้ตามวัตถุประสงค์ในกระบวนการทางกฎหมายที่แตกต่างกันไป สำหรับการปรับบทกฎหมาย หมายถึง การค้นหาบทบัญญัติทางกฎหมายที่เหมาะสมกับแต่ละกรณี ซึ่งนักกฎหมายจะต้องปรับใช้บทบัญญัติทางกฎหมายกับคดี โดยต้องพิจารณาตรวจสอบว่าข้อเท็จจริงในคดีมีความต้องตรงกันกับองค์ประกอบที่เป็นเงื่อนไขทางกฎหมายที่ระบุไว้หรือไม่ ซึ่งวิธีการเช่นนี้ เรียกว่า การปรับบทกฎหมาย ในที่นี้ นักกฎหมายจึงต้องนำข้อเท็จจริงที่เป็นรูปธรรมในคดีมาปรับภายใต้องค์ประกอบของบทบัญญัติกฎหมายที่เป็นนามธรรม²⁰⁶

แต่อย่างไรก็ตาม หากการปรับบทกฎหมายไม่สามารถกระทำได้ ซึ่งจะเกิดเป็นปัญหาขึ้นเมื่อองค์ประกอบของบทบัญญัติกฎหมายที่บัญญัติไว้ไม่สามารถตีความให้ครอบคลุมถึงกรณี

²⁰⁵ Konrad Zweigert and Hans-Jurgen Puttfarcken, "Statutory Interpretation--Civilian Style," Tulane Law Review 44, 4 (1969-1970).

²⁰⁶ Nigel G. Foster and Satish Sule, German Legal System and Laws, 3 ed. (the United States: Oxford University Press, 2002). p. 59.

ที่เกิดขึ้น หรือเกิดกรณีที่ข้อเท็จจริงในคดีไม่ตรงกับองค์ประกอบที่เป็นเงื่อนไขของบทบัญญัติทางกฎหมาย โดยไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายใดๆ ที่จะสามารถยกขึ้นมาปรับใช้แก่กรณีที่เกิดขึ้นได้ ซึ่งอาจเป็นเพราะฝ่ายนิติบัญญัติไม่ได้เล็งเห็นถึงปัญหากรณีเฉพาะหน้าที่เกิดขึ้นนี้ จึงส่งผลให้เกิดช่องว่างทางกฎหมาย²⁰⁷ เช่นนี้ ในระบบกฎหมายจึงต้องมีการแสวงหาวิธีการแก้ไขปัญหาดังกล่าว การใช้นิติวิธีในระบบกฎหมายจึงเข้ามามีส่วนในกระบวนการแก้ไขปัญหาดังกล่าว ซึ่งวิธีการอุดช่องว่างทางกฎหมายเป็นเครื่องมือสำคัญอย่างหนึ่งในทางนิติวิธี

ทั้งนี้ แนวคิดเรื่องการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายในระบบกฎหมายเยอรมันมาจาก “หลักประกันในการรับรองคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนโดยองค์กรตุลาการ หรือหลักประกันความคุ้มครองสิทธิพื้นฐานในการฟ้องคดีต่อศาล (Rechtsschutzgarantie หรือ Rechtsweggarantie)” ซึ่งเป็นหลักกฎหมายสำคัญที่พัฒนามาจากหลักการพื้นฐานของ “หลักนิติรัฐ (Rechtsstaat)” โดยหลักการดังกล่าวส่งผลให้ศาลจะปฏิเสธหรือละเลยไม่วินิจฉัยชี้ขาดคดีโดยอ้างว่าไม่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่จะนำมาใช้ในการพิจารณาพิพากษาคดีไม่ได้²⁰⁸ ดังนั้น หากเกิดกรณีที่เป็นช่องว่างแห่งกฎหมายโดยบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่มีอยู่ไม่สมบูรณ์ ศาลก็ยังคงมีหน้าที่ที่จะต้องวินิจฉัยชี้ขาดคดีโดยใช้นิติวิธีในการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายเพื่อแก้ไขปัญหาดังกล่าว

อย่างไรก็ตาม ข้อพึงระวังในการใช้อำนาจของศาลกรณีการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายในการพัฒนาหลักกฎหมายเพื่ออุดช่องว่างแห่งกฎหมายของศาล ศาลจะต้องระมัดระวังมิให้เกิดการใช้อำนาจตุลาการก้าวล่วงเข้าไปในเขตแดนอำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติ มิฉะนั้น จะทำให้ศาลซึ่งเป็นผู้ใช้อำนาจตุลาการกลายเป็นผู้บัญญัติกฎหมายหรือฝ่ายนิติบัญญัติเสียเอง อันเป็นการขัดต่อหลักการแบ่งแยกอำนาจ และอาจส่งผลให้ศาลใช้อำนาจตามอำเภอใจโดยไม่ผูกพันตนตามกฎหมาย ทั้งนี้ ตามหลักการแบ่งแยกอำนาจ บทบัญญัติของกฎหมายที่ตราขึ้นโดยฝ่ายนิติบัญญัติถือเป็นกฎหมายที่ได้รับเอกสิทธิ์อำนาจมาจากประชาชนผ่านการเลือกตั้ง จึงทำให้กฎหมายนั้นต้องผูกพันองค์กรตุลาการด้วย แต่เมื่อองค์กรตุลาการมีหน้าที่ในการพิจารณาวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทในคดี ซึ่งเป็นการแก้ไขปัญหาดังกล่าว

²⁰⁷ ibid.

²⁰⁸ มานิตย์ วงศ์เสรี, นิติวิธี การใช้และการตีความกฎหมาย : ศึกษาเปรียบเทียบระบบกฎหมายไทยและระบบกฎหมายเยอรมัน, หน้า 146.

กฎหมายในลำดับสุดท้าย องค์การตุลาการจึงมีหน้าที่ในการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายไปด้วย เรียกว่า “การอุดช่องว่างแห่งกฎหมายโดยศาล (richterliche Rechtsfortbildung)”²⁰⁹

การอุดช่องว่างแห่งกฎหมายมีขึ้นเพื่อวัตถุประสงค์ในการสร้างความเป็นธรรม แม้ในการใช้และการตีความกฎหมายจะต้องยึดถือถ้อยคำตามกฎหมายเป็นสาระสำคัญเพื่อให้เกิดความมั่นคงแน่นอนในทางกฎหมาย แต่เมื่อใดก็ตามที่องค์การตุลาการเห็นว่าทบัญญัติกฎหมายนั้นมีช่องว่างเกิดขึ้น องค์การตุลาการย่อมต้องไม่ปล่อยปละละเลยให้เกิดความไม่เป็นธรรมในการวินิจฉัยคดี การอุดช่องว่างแห่งกฎหมายจึงเพื่อให้เกิดความเป็นธรรม (Gerechtigkeit) โดยตั้งอยู่บนพื้นฐานของหลักความเสมอภาค (Das Prinzip der Gleichbehandlung) กล่าวคือ หากปรากฏกรณีที่คล้ายคลึงกัน ซึ่งเมื่อพิจารณาอย่างเป็นธรรมแล้ว ข้อเท็จจริงที่คล้ายคลึงกันนั้นสมควรที่จะได้รับการปฏิบัติเหมือนกัน แต่เนื่องจากถ้อยคำกฎหมายที่บัญญัติไว้มีลักษณะเคร่งครัด จึงทำให้กรณีหนึ่งอยู่ภายใต้ถ้อยคำของกฎหมายนั้น แต่ในอีกกรณีหนึ่ง ถ้อยคำทางกฎหมายไม่ได้บัญญัติให้ครอบคลุมไปถึง กรณีเช่นนี้ จึงต้องอาศัยการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายเพื่อสร้างความเป็นธรรมให้เกิดขึ้นแก่กรณี²¹⁰

การอุดช่องว่างทางกฎหมายจึงมาจากความจำเป็นที่จะต้องพัฒนากฎหมายเพื่อทดแทนหรืออุดช่องว่างแห่งกฎหมายที่เกิดขึ้น ซึ่งการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายจะเป็นกรณีที่อยู่ นอกเหนือถ้อยคำของกฎหมาย ตามที่กล่าวมานี้ ในระบบกฎหมายเยอรมันได้ยอมรับเรื่องของเหตุผล และความมุ่งหมายของกฎหมาย โดยยอมรับว่า เหตุผลและความมุ่งหมายของกฎหมายมีลักษณะเป็น หลักการสำหรับปรับใช้กับสถานการณ์และสภาพสังคมที่เปลี่ยนแปลงไป²¹¹ นักกฎหมายเยอรมันจึงถือว่า กฎหมายนั้นสามารถตีความหรือเทียบเคียงเพื่ออุดช่องว่างแห่งกฎหมายให้สอดคล้องกับหลักความเป็นธรรมได้เสมอ โดยไม่จำเป็นต้องมีการแก้ไขปรับปรุงกฎหมายให้ทันสมัยอยู่ทุกคราวไป

สำหรับวิธีการอุดช่องว่างแห่งกฎหมาย²¹² เริ่มต้นจากการค้นหาช่องว่างแห่งกฎหมาย (Die Feststellung der Regelungslücke) เป็นประการแรก กล่าวคือ ต้องมีช่องว่างแห่งกฎหมายเกิดขึ้นในกฎหมายที่เป็นประเด็นในการพิจารณา และมีความจำเป็นที่จะต้องมีการ

²⁰⁹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 146-148.

²¹⁰ เรื่องเดียวกัน, หน้า 148.

²¹¹ กิตติศักดิ์ ปรกติ, *ความเป็นมาและหลักการใช้นิติวิธีในระบบซีวิลลอว์และคอมมอนลอว์*, หน้า 52-53.

²¹² มานิตย์ วงศ์เสรี, *นิติวิธี การใช้และการตีความกฎหมาย : ศึกษาเปรียบเทียบระบบกฎหมายไทยและระบบกฎหมายเยอรมัน*, หน้า 148-150.

อุดช่องว่างแห่งกฎหมายนั้น ซึ่งความจำเป็นในการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายสามารถพิจารณาได้จากเจตนารมณ์แห่งกฎหมาย โดยกฎหมายอาจกำหนดการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายไว้ในตัวบทบัญญัติกฎหมายอย่างชัดเจน แต่ในกรณีที่กฎหมายไม่ได้กำหนดเรื่องการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายไว้ ผู้ใช้กฎหมายก็จำเป็นต้องพิจารณาตามหลักเกณฑ์การค้นหาช่องว่างแห่งกฎหมายต่อไป

ประการที่สอง ช่องว่างแห่งกฎหมายที่มีอยู่จะต้องเป็นกรณีที่ฝ่ายนิติบัญญัติไม่อาจจะคาดการณ์ได้ (Planwidrigkeit der Regelungslücke) โดยจะต้องพิจารณาองค์รวมของกฎหมายทั้งหมดว่า ผู้ร่างกฎหมายหรือฝ่ายนิติบัญญัติได้คาดการณ์หรือได้พิจารณาถึงประเด็นดังกล่าวแล้วหรือไม่²¹³ ซึ่งกรณีที่จะเกิดเป็นช่องว่างแห่งกฎหมายจะต้องเป็นกรณีที่ฝ่ายนิติบัญญัติไม่อาจคาดการณ์ได้ เพราะถ้าหากฝ่ายนิติบัญญัติคาดการณ์ได้แล้ว แต่ฝ่ายนิติบัญญัติเจตนาบัญญัติให้บทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นมีเนื้อหาที่ไม่ครอบคลุมถึงกรณีดังกล่าว เช่นนี้ ไม่ใช่เรื่องปัญหาช่องว่างแห่งกฎหมาย²¹⁴

ประการที่สาม การอุดช่องว่างแห่งกฎหมายโดยให้ความสำคัญกับกฎหมายลายลักษณ์อักษรก่อนเสมอ โดยจะต้องค้นหากฎหมายที่มีลักษณะคล้ายคลึงกับบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่มีช่องว่าง (Vergleichbarkeit der Interessenlage) ซึ่งจะต้องพิจารณาจากกฎหมายในระบบกฎหมายเดียวกันก่อน ในกรณีที่ไมอาจนำกฎหมายในระบบกฎหมายเดียวกันมาใช้อุดช่องว่างได้แล้ว จึงค่อยไปพิจารณาจากกฎหมายในระบบกฎหมายอื่นที่ใกล้เคียงกัน นอกจากนี้ บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่จะนำมาใช้อุดช่องว่างแห่งกฎหมายยังจะต้องไม่กระทบกระเทือนต่อระบบกฎหมายที่มีอยู่ด้วยเช่นกัน²¹⁵

การอุดช่องว่างแห่งกฎหมายในกฎหมายเยอรมันดังที่กล่าวมาแล้ว จะเห็นได้ว่าเป็นหลักการที่ประกอบไปด้วยแนวคิดในการประกันและรับรองคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน โดยในการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายประสงค์ให้เกิดความเป็นธรรมขึ้น ซึ่งการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายจะวางอยู่บนพื้นฐานของหลักความเสมอภาค ทำให้กรณีที่คล้ายคลึงกันจะได้รับการปฏิบัติอย่าง

²¹³ เรื่องเดียวกัน, หน้า 150.

²¹⁴ Foster, N. G. and S. Sule, *German Legal System and Laws*. P. 59.

²¹⁵ มานิตย์ วงศ์เสรี, *นิติวิธี การใช้และการตีความกฎหมาย : ศึกษาเปรียบเทียบระบบกฎหมายไทยและระบบกฎหมายเยอรมัน*, หน้า 150.

เหมือนกัน โดยมีการค้นหากฎหมายที่มีลักษณะคล้ายคลึงกับบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่มีช่องว่าง แล้วใช้วิธีการในการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายนั้น ทั้งนี้ แม้กฎหมายเยอรมันจะไม่มีบทบัญญัติที่บัญญัติถึงนิติวิธีในการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายดังเช่น มาตรา 4 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยก็ตาม แต่นิติวิธีในระบบกฎหมายเยอรมันก็สามารถทำให้การพิจารณาคดีโดยศาลเกิดความเสมอภาคและเป็นธรรมภายใต้แนวคิดหลักการที่เป็นนิติวิธีทั่วไปในระบบกฎหมายได้

3.6.2.3 หลักการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในกฎหมายเยอรมัน

การที่ระบบกฎหมายเยอรมันได้ถือเอาหลักการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายเป็นเครื่องมือในการอำนวยความยุติธรรมให้เกิดขึ้นแก่กรณี อันทำให้กฎหมายเยอรมันสามารถปรับใช้กับสถานการณ์และสภาพสังคมที่เปลี่ยนแปลงไปได้ โดยระบบกฎหมายเยอรมันได้ยึดถือเหตุผลและความมุ่งหมายของกฎหมายเป็นหลักการสำคัญเบื้องหลัง ซึ่งบทบัญญัติของกฎหมายจะมีเหตุผลและความมุ่งหมายที่แฝงอยู่ภายใน ผู้ใช้กฎหมายจึงต้องศึกษาหาเหตุผลอันแท้จริงที่อยู่เบื้องหลังของบทบัญญัติกฎหมายนั้นๆ อันทำให้กฎหมายสามารถถูกใช้ตีความและนำมาเทียบเคียงอุดช่องว่างให้สอดคล้องกับหลักความเป็นธรรมได้

ในการปรับใช้กฎหมายจึงอาจครอบคลุมไปถึงกรณีอื่นๆ ที่อยู่ภายใต้หลักเหตุผลเดียวกันด้วย โดยนัยนี้ บทกฎหมายบทหนึ่งจึงอาจใช้กับกรณีที่อยู่ภายใต้เหตุผลและความมุ่งหมายของบทกฎหมายอย่างเดียวกันได้ แม้ว่าในกรณีนั้นๆ จะไม่ได้มีการกล่าวถึงไว้ในบทบัญญัติแห่งกฎหมายตามตัวอักษรโดยตรงหรือตัวอักษรนั้นกินความกว้างไปไม่ถึงก็ตาม ก็อาจใช้วิธีการทางกฎหมายเข้ามามีส่วนในการปรับบทกฎหมายให้เป็นไปตามเหตุผลและความเป็นธรรม²¹⁶

ต่อมา เมื่อพิจารณาถึงหลักการแนวคิดของเรื่องการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง การที่บทกฎหมายบทหนึ่งอาจเทียบเคียงได้กับกรณีที่มีสาระแห่งบทบัญญัติกฎหมายอย่างเดียวกัน ก็จะทำให้เกิดการใช้นิติวิธีในการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งเพื่ออุดช่องว่างแห่งกฎหมาย เช่นนี้ ตามตำรากฎหมายเยอรมัน ในกรณีที่เกิดช่องว่างแห่งกฎหมายทำให้ไม่สามารถใช้บทบัญญัติของกฎหมายปรับแก้คดีได้โดยตรง ผู้พิพากษาเยอรมันก็จะต้องตัดสินคดีโดยพิจารณาเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง โดยอาจแสดงให้เห็นถึงเหตุผลและความมุ่ง

²¹⁶ กิตติศักดิ์ ปรกติ, ความเป็นมาและหลักการใช้นิติวิธีในระบบซีวิลลอว์และคอมมอนลอว์, หน้า 54.

หมายในการนำการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งมาปรับใช้เพื่ออุดช่องว่างแห่งกฎหมาย²¹⁷ นอกจากนั้น หากการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งแล้วแต่ไม่เป็นผล ผู้พิพากษาก็พึงอาศัยหลักกฎหมายทั่วไปในการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายได้เช่นกัน²¹⁸

ทั้งนี้ แม้ว่าในทางตำรากฎหมายเยอรมันจะกล่าวถึงนิติวิธีในการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายไว้อย่างกว้างขวาง แต่นิติวิธีในการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายดังกล่าวไม่ได้มีการบัญญัติไว้ชัดเจนในประมวลกฎหมายเยอรมันดังที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น แต่กระนั้น นักกฎหมายเยอรมันก็ได้ละเลยถึงเรื่องการใช้นิติวิธีในทางกฎหมายไปเสียแต่อย่างใด สำหรับกรณีการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งเป็นสิ่งที่ได้รับการยอมรับกันโดยทั่วไปว่าเป็นเครื่องมือในการอุดช่องว่างทางกฎหมาย ซึ่งในการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งต้องพิจารณาเงื่อนไขสำคัญ 2 ประการดังต่อไปนี้²¹⁹

ประการแรก มีช่องว่างทางกฎหมายที่ไม่ได้ตั้งใจให้เกิดขึ้น (planwidrige Gesetzeslücke) กล่าวคือ เมื่อมีช่องว่างทางกฎหมายเกิดขึ้นในกฎหมายที่เป็นประเด็นในการพิจารณา ผู้ปรับใช้กฎหมายต้องไตร่ตรองก่อนว่า ผู้ร่างกฎหมายหรือฝ่ายนิติบัญญัติได้คาดการณ์หรือได้พิจารณาถึงประเด็นดังกล่าวแล้วหรือไม่ หากผู้ร่างกฎหมายหรือฝ่ายนิติบัญญัติได้คาดการณ์หรือได้พิจารณาถึงประเด็นดังกล่าวแล้ว แต่ผู้ร่างกฎหมายหรือฝ่ายนิติบัญญัติเจตนาบัญญัติให้บทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นมีเนื้อหาที่ไม่ครอบคลุมถึงกรณีดังกล่าว เช่นนี้ ไม่ใช่เรื่องช่องว่างทางกฎหมาย แต่ในทางกลับกัน หากผู้ร่างกฎหมายหรือฝ่ายนิติบัญญัติไม่ได้ตั้งใจให้เกิดช่องว่างแห่งกฎหมายขึ้น อาจเนื่องด้วยความละเลยหรือไม่อาจคาดการณ์ถึงเหตุการณ์ล่วงหน้าที่จะเกิดขึ้นได้²²⁰ ทำให้ผู้ร่างกฎหมายหรือฝ่ายนิติบัญญัติไม่ได้บัญญัติกฎหมายรวมถึงกรณีดังกล่าวไว้ เช่นนี้ จึงเกิดเป็นช่องว่างทางกฎหมาย

ประการที่สอง มีความสัมพันธ์ที่คล้ายคลึงกันของเรื่องที่เกี่ยวข้อง (vergleichbare Interessenlage) กล่าวคือ ในการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งเป็นกรณีของการปรับใช้

²¹⁷ Patrick Nerhot, *Legal Knowledge and Analogy: Fragments of Legal Epistemology. Hermeneutics and Linguistics* (Netherlands: Kluwer Academic Publishers, 1991). pp. 12-20.

²¹⁸ หยุต แสงอุทัย, *ช่องว่างแห่งกฎหมาย*, หน้า 26.

²¹⁹ Foster, N. G. and S. Sule, *German Legal System and Laws*. p. 60.

²²⁰ มานิตย์ วงศ์เสรี, *นิติวิธี การใช้และการตีความกฎหมาย : ศึกษาเปรียบเทียบระบบกฎหมายไทยและระบบกฎหมายเยอรมัน*, หน้า 150.

บทบัญญัติกฎหมายในลักษณะที่คล้ายกัน เนื่องด้วยบทกฎหมายบทหนึ่งอาจใช้กับกรณีที่อยู่ภายใต้สาระและความมุ่งหมายของบทกฎหมายอย่างเดียวกันได้ การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งจึงเป็นการปรับใช้กฎหมายที่ครอบคลุมไปถึงกรณีอื่นๆ ที่อยู่ภายใต้หลักเหตุผลเดียวกันด้วย ทำให้เมื่อพิจารณาเรื่องที่เกี่ยวข้องจะเห็นถึงความสัมพันธ์ที่คล้ายคลึงกันของเรื่องดังกล่าวซึ่งอยู่ภายใต้หลักของเหตุผล ดังนั้น การอุดช่องว่างแห่งกฎหมายโดยอาศัยการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งจึงวางอยู่บนพื้นฐานของการใช้เหตุผลและความมุ่งหมายของเรื่อง รวมถึงสอดคล้องกับหลักความเสมอภาค ทำให้กรณีที่คล้ายคลึงกันจะได้รับการปฏิบัติเหมือนกันเพื่อให้เกิดความเป็นธรรม

จากเงื่อนไขสำคัญ 2 ประการข้างต้น มีข้อสังเกตว่า นักกฎหมายโดยเฉพาะผู้พิพากษาไม่เพียงแต่จะต้องพิจารณาว่าคดีดังกล่าวมีความคล้ายคลึงกับกรณีที่บทบัญญัติของกฎหมายบัญญัติไว้โดยชัดเจนหรือไม่ แต่ผู้พิพากษายังต้องพิจารณาว่าฝ่ายนิติบัญญัติบังเอิญให้เกิดช่องว่างแห่งกฎหมายหรือไม่เป็นสำคัญด้วย เพราะในบางกรณีฝ่ายนิติบัญญัติอาจตัดสินใจที่จะไม่บัญญัติกฎหมายให้ครอบคลุมถึงกรณีเช่นนั้น โดยเฉพาะอย่างยิ่ง กรณีของการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งที่ไม่ได้รับการยอมรับในกฎหมายอาญาซึ่งจะทำให้เกิดโทษต่อบุคคล อันเป็นการขัดต่อหลักการของความมั่นคงแน่นอนและความเชื่อมั่นทางกฎหมาย²²¹ โดยในการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งจะต้องไม่มีเหตุผลพิเศษอื่นใดที่มาจำกัดไม่ให้การเทียบเคียงสามารถกระทำได้ด้วย

นอกจากนี้ เรื่องลำดับชั้นของบทบัญญัติกฎหมายก็เป็นอีกเรื่องสำคัญที่ควรต้องคำนึงถึง โดยบทบัญญัติของกฎหมายย่อมมีบรรทัดฐานลำดับชั้นที่แตกต่างกันไป การยึดถือลำดับชั้นของกฎหมายจะต้องเป็นไปตามลำดับชั้น กล่าวคือ บทบัญญัติกฎหมายที่มีอันดับชั้นสูงกว่าจะอยู่เหนือบทบัญญัติกฎหมายที่อยู่ในลำดับชั้นต่ำกว่า และในบรรดาบทบัญญัติทางกฎหมายที่มีลำดับชั้นเท่ากันจะใช้กฎต่อไปนี้ คือ บทบัญญัติกฎหมายที่ออกมาภายหลังจะอยู่เหนือกว่าบทบัญญัติกฎหมายที่ออกมาก่อน (*lex posterior derogat legi Priori*) และบทกฎหมายเฉพาะจะอยู่เหนือกว่าบทกฎหมายทั่วไป (*lex specialis derogat legi generali*)²²² เช่นนี้ ในการเทียบเคียงบทกฎหมายที่

²²¹ Foster, N. G. and S. Sule, *German Legal System and Laws*. p. 60-61.

²²² *ibid.* p. 58.

ใกล้เคียงอย่างยิ่งอาจต้องตระหนักถึงลำดับขั้นในการเทียบเคียงบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นๆ ด้วยเช่นกัน

ต่อมาเมื่อพิจารณาเรื่องการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง โดยละเอียด ในประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีมีนิติวิธีในการเทียบเคียงกฎหมายเป็น 2 ประเภท กล่าวคือ ประเภทแรก การเทียบเคียงบทบัญญัติกฎหมาย หรือ *Gesetzesanalogie* และประเภทที่สอง การเทียบเคียงหลักกฎหมาย หรือ *Rechtsanalogie*²²³

ประเภทแรก การเทียบเคียงบทบัญญัติของกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง (*Statutory Analogy* หรือ *Gesetzesanalogie*) คือ การเทียบเคียงตัวบทกฎหมาย โดยยึดบทบัญญัติของกฎหมายใดบทบัญญัติของกฎหมายหนึ่งหรือมาตราใดมาตราหนึ่งโดยเฉพาะเป็นหลักในการเทียบเคียงสำหรับกรณีที่เกิดขึ้น โดยบทบัญญัติของกฎหมายบทหนึ่งสามารถนำไปใช้กับกรณีที่อยู่ภายใต้เหตุผลและความมุ่งหมายของบทบัญญัติกฎหมายอย่างเดียวกันได้ ถึงแม้ว่าจะไม่มีการกล่าวถึงไว้ในบทบัญญัติแห่งกฎหมายตามตัวอักษรนั้นโดยตรงก็ตาม หรือตัวอักษรนั้นไม่สามารถขยายความไปถึงกรณีที่เกิดขึ้นได้ก็ตาม แต่เหตุผลและสาระของบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นกลับเทียบเคียงได้กับกรณีที่อยู่ภายใต้เหตุผลและความมุ่งหมายเดียวกัน จึงเกิดการเทียบเคียงบทบัญญัติกฎหมายนั้นขึ้น

ประเภทที่สอง การเทียบเคียงหลักกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง (*Legal Analogy* หรือ *Rechtsanalogie*) คือ การที่ไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายบัญญัติโดยเฉพาะเจาะจงที่จะยึดถือหรือมุ่งหมายให้เป็นหลักในการเทียบเคียงได้ แต่เมื่อพิจารณาถึงบทบัญญัติกฎหมายหลากหลายบทที่เกี่ยวข้อง ทำให้สามารถอนุมานถึงหลักการที่อยู่เบื้องหลังตัวบทบัญญัติของกฎหมายเหล่านั้น ซึ่งเป็นหลักการที่ประกอบไปด้วยเหตุผล จึงเกิดการเทียบเคียงใช้หลักการดังกล่าวเพื่อนำมาอุดช่องว่างแห่งกฎหมายนั้น

ดังจะเห็นได้ว่า หลักการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในกฎหมายเยอรมันเป็นหลักการที่ประกอบไปด้วยเหตุผลและให้ความสำคัญกับความมุ่งหมายของกฎหมายที่แฝงอยู่ในบทกฎหมายนั้น ซึ่งบทกฎหมายแต่ละบทย่อมแฝงไว้ด้วยหลักทั่วไป การเทียบเคียงบท

²²³ Maciej Koszowski, "Analogical Reasoning in Statutory Law," *Journal of Forensic Research* 8, 2 (2017).

กฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งจึงครอบคลุมไปถึงกรณีที่อยู่ภายใต้หลักเหตุผลเดียวกัน โดยได้ตระหนักถึงความสัมพันธ์ที่คล้ายคลึงกันของเรื่องที่เกี่ยวข้อง แม้ว่าบทบัญญัติกฎหมายดังกล่าวที่บัญญัติไว้จะมีเนื้อความกินความกว้างไปไม่ถึงกรณีที่เกิดขึ้นก็ตาม วิธีการเทียบเคียงก็สามารถถูกนำมาใช้เพื่ออุดช่องว่างแห่งกฎหมายได้ ทั้งกรณีของการเทียบเคียงบทบัญญัติกฎหมายและกรณีของการเทียบเคียงหลักกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งดังที่กล่าวมา

กล่าวโดยสรุป สำหรับข้อความคิดพื้นฐานว่าด้วยการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในกฎหมายเยอรมัน การศึกษาถึงนิติวิธีและทัศนคติในระบบกฎหมายเยอรมันต่อการใช้กฎหมายและการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายโดยอาศัยวิธีการเทียบเคียงบทกฎหมายเป็นเรื่องสำคัญอย่างยิ่ง แม้ว่านิติวิธีดังกล่าวจะไม่ได้รับการบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายเยอรมันก็ตาม แต่นิติวิธีในการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งเพื่ออุดช่องว่างแห่งกฎหมายเป็นนิติวิธีทั่วไปในระบบกฎหมาย ซึ่งเป็นวิธีการที่ถูกนำมาใช้ให้สอดคล้องกับเหตุผลและความมุ่งหมายของบทกฎหมายอย่างเดียวกัน อันทำให้บุคคลผู้อยู่ภายใต้กฎหมายได้รับการปฏิบัติที่เหมือนกันจึงเกิดความเสมอภาคและเป็นธรรมขึ้น

3.6.3 ข้อความคิดพื้นฐานว่าด้วยการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในกฎหมายสวิตเซอร์แลนด์

เนื่องจากประมวลกฎหมายของประเทศสวิตเซอร์แลนด์ไม่ได้มีบทบัญญัติกฎหมายที่เพียงกำหนดให้เป็นหน้าที่ของผู้พิพากษาว่าจะต้องตัดสินคดีเมื่อมีช่องว่างแห่งกฎหมายเกิดขึ้น แต่ประมวลกฎหมายสวิสได้บัญญัติชี้ชัดละเอียดลงไปอีกว่า ถ้าไม่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่จะนำมาใช้ในการพิพากษาคดีแล้ว ผู้พิพากษาจะต้องปฏิบัติอย่างไร หรือผู้พิพากษาจะต้องนำเกณฑ์อะไรมาปรับแก้คดีในการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายลำดับแรก รวมถึง ในกรณีที่ไม่สามารถใช้กฎเกณฑ์ลำดับแรกในการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายนั้นได้ ผู้พิพากษาจะต้องดำรงตนอย่างไรเพื่อให้เกิดการปรับใช้กฎหมายในการพิจารณาตัดสินคดีที่เหมาะสม เช่นนี้ จึงทำให้นิติวิธีในการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายตามระบบกฎหมายสวิสเซอร์แลนด์มีความชัดเจนและยืดหยุ่นในเวลาเดียวกัน การศึกษานิติวิธีดังกล่าวจึงเป็นเรื่องที่น่าสนใจและติดตาม อันส่งผลให้ข้อความคิดพื้นฐานเกี่ยวกับนิติวิธีว่าด้วยการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในกฎหมายของประเทศสวิตเซอร์แลนด์มีความน่าสนใจและควรได้รับการศึกษาต่อไป

3.6.3.1 ภูมิหลังว่าด้วยการบัญญัติมาตรา 1 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งสวิส ค.ศ. 1907

สืบเนื่องมาจากความเป็นมาทางประวัติศาสตร์ในการร่างประมวลกฎหมายแพ่งสวิส ปี ค.ศ. 1907 (ประมวลกฎหมายแพ่งสวิส ฉบับปี ค.ศ. 1907 มีผลบังคับใช้เมื่อวันที่ 1 มกราคม ค.ศ. 1912) ในการร่างประมวลกฎหมายแพ่งสวิสดังกล่าวอยู่ภายใต้อิทธิพลทางความคิดของนักกฎหมายชื่อ Eugen Huber ซึ่งเป็นนักกฎหมายชาวสวิสที่มีแนวความคิดไม่ได้ยึดติดกับแนวความคิดที่ยึดถือ บทบัญญัติแห่งกฎหมายเป็นใหญ่ (Positivismus) โดย Eugen Huber เชื่อว่า กฎหมายนั้นสามารถพัฒนาและวิวัฒนาการต่อไปได้ กล่าวคือ กฎหมายสามารถปรับเปลี่ยนรูปแบบและพัฒนาไปตามความจำเป็นของสังคม เศรษฐกิจ และการเมือง ซึ่งที่มาของกฎหมายนอกเหนือจากบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษรแล้ว ยังจำเป็นต้องกำหนดให้กฎหมายมีที่มาจากแหล่งอื่นด้วย เพราะ บทบัญญัติแห่งกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่ตราขึ้นโดยอาศัยอำนาจอธิปไตยของฝ่ายนิติบัญญัติ มีโครงสร้างอำนาจในแนวดิ่งหรือแนวตั้ง คือ กฎหมายเป็นเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างรัฐในฐานะผู้ใช้ อำนาจปกครองกับประชาชนทั่วไปในฐานะที่เป็นผู้อยู่ภายใต้ปกครอง แต่กฎหมายจารีตประเพณีเป็นเรื่องของหลักเกณฑ์หรือแนวทางการปฏิบัติต่อกันของประชาชนในสังคมที่ได้รับการยอมรับและถือปฏิบัติกันมาอย่างสม่ำเสมอ อันเป็นโครงสร้างในแนวราบหรือแนวนอน คือ กฎหมายจารีตประเพณีเป็นเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างประชาชนที่อยู่ในสถานะที่เท่าเทียมกัน เช่นนี้ ในการตราประมวลกฎหมายแพ่งสวิสจึงต้องให้ความสำคัญกับกฎหมายที่มาจากแหล่งอื่นด้วย²²⁴

ในขณะเดียวกัน ปัญหาเกี่ยวกับช่องว่างแห่งบทบัญญัติของกฎหมายก็ไม่อาจคำนึงถึงเพียงแคंपัจจัยภายใน คือ ตัวบทบัญญัติกฎหมายเพียงอย่างเดียวเท่านั้น แต่ยังต้องคำนึงถึงปัจจัยภายนอก ซึ่งก็คือสังคมหรือจารีตประเพณีด้วย อันแสดงให้เห็นว่า ความมุ่งหมายของบทบัญญัติกฎหมายที่กำหนดโดยฝ่ายนิติบัญญัติไม่อาจผูกพันได้ชั่ววันรันตร์ แต่สังคมสามารถเข้ามากำหนดและเปลี่ยนแปลงความมุ่งหมายของบทบัญญัติกฎหมายนั้นได้²²⁵ ด้วยเหตุนี้ วิธีการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายในประมวลกฎหมายแพ่งสวิสจึงได้บัญญัติถึงนิติวิธีในการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายให้มีความ

²²⁴ มานิตย์ วงศ์เสรี, นิติวิธี การใช้และการตีความกฎหมาย : ศึกษาเปรียบเทียบระบบกฎหมายไทยและระบบกฎหมายเยอรมัน, หน้า 151.

²²⁵ เรื่องเดียวกัน, หน้า 152.

ยืดหยุ่นสอดคล้องกับการปรับใช้เพื่อความเหมาะสมกับสภาพสังคม อันจะส่งผลให้กฎหมายสามารถปรับใช้และพัฒนาไปตามความจำเป็นของเหตุการณ์ได้ จึงถือได้ว่าประมวลกฎหมายแพ่งสวิสได้รวบรวมวิธีการที่ทันสมัยเข้ามาใช้เป็นแนวทางแก้ไขปัญหา

ทั้งนี้ ตามมาตรา 1 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งสวิส ค.ศ. 1907 ได้กล่าวถึงความสัมพันธ์ระหว่างบทบัญญัติของกฎหมายกับอำนาจในการพิจารณาคดีของศาล²²⁶ มาตรา 1 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งสวิส ค.ศ. 1907 ดังกล่าว จึงอาจถือได้ว่าเป็นการแสดงออกถึงหลักการทางกฎหมายแพ่งที่ได้รับการรับรองและคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญ ซึ่งตั้งอยู่บนพื้นฐานของหลักนิติรัฐ โดยเมื่อพิจารณาข้อความคิดพื้นฐานตามมาตรา 1 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งสวิส ค.ศ. 1907 สามารถอธิบายภายใต้รูปแบบดังต่อไปนี้²²⁷

ประการแรก บทบัญญัติมาตรา 1 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งสวิส ค.ศ. 1907 แสดงออกถึงการแบ่งแยกอำนาจ โดยกำหนดให้ผู้พิพากษาหรือศาลซึ่งเป็นผู้ใช้อำนาจตุลาการเป็นผู้บังคับใช้กฎหมายในคดี ส่วนฝ่ายนิติบัญญัติหรือผู้ร่างกฎหมายมีหน้าที่เป็นผู้บัญญัติกฎหมายมาใช้บังคับ ซึ่งกฎหมายที่ผ่านฝ่ายนิติบัญญัติจะมีลักษณะเป็นนามธรรมและเป็นกฎเกณฑ์ทั่วไป ดังนั้น จึงเป็นเรื่องที่ผู้ใช้อำนาจตุลาการหรือศาลจะต้องปรับใช้กฎหมายให้เป็นรูปธรรมในแต่ละคดีต่อไป

ประการที่สอง บทบัญญัติมาตรา 1 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งสวิส ค.ศ. 1907 ได้วางหลักในการใช้กฎหมาย การตีความกฎหมาย และการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายไว้ โดยผู้พิพากษาหรือศาลจะต้องถือปฏิบัติตามนิติวิธีที่กำหนดไว้ตามกฎหมาย ทั้งนี้ แม้ว่าการอ้างอิงถึงหลักกฎหมายและประเพณีปฏิบัติในมาตรา 1 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งสวิส ค.ศ. 1907 จะไม่ได้บัญญัติไว้อย่างละเอียดถี่ถ้วน แต่หลักกฎหมายและคำพิพากษาของศาลที่ได้รับการรับรองเป็นแบบแผนไว้แล้วจะเป็นข้อพิจารณาในการใช้นิติวิธีที่ผู้พิพากษาจำเป็นต้องคำนึงถึงในกระบวนการแสวงหาความยุติธรรมทางกฎหมาย

ประการสุดท้าย บทบัญญัติมาตรา 1 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งสวิส ค.ศ. 1907 ยังได้บัญญัติถึงนิติวิธีในการป้องกันไม่ให้ผู้พิพากษาใช้อำนาจตัดสินคดีโดยอำเภอใจ กล่าวคือ ในกรณีที่

²²⁶ Marc Thommen, *Introduction to Swiss Law*, 2 ed. (Bern: Carl Grossmann Publishers, 2018). p. 283.

²²⁷ *ibid.* pp. 283-284.

ไม่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ฝ่ายนิติบัญญัติได้บัญญัติไว้ยกขึ้นมาปรับแก้คดีได้ ผู้พิพากษาหรือศาลจะไม่สามารถตัดสินคดีตามที่เห็นสมควรโดยอำเภอใจอันปราศจากกฎเกณฑ์ใดๆ ในการอ้างอิงหรือรับรองไว้ได้ โดยบทบัญญัติในมาตรา 1 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งสวิส ค.ศ. 1907 นี้ได้กำหนดกระบวนการที่ผู้พิพากษาหรือศาลจะต้องหันกลับไปใช้ในการพิจารณา กล่าวคือ ผู้พิพากษาหรือศาลจะต้องวินิจฉัยคดีตามกฎหมายจารีตประเพณีที่มีอยู่ แต่ถ้าในกรณีที่ไม่มีกฎหมายจารีตประเพณีเช่นนั้น ผู้พิพากษาจะต้องวินิจฉัยคดีตามกฎหมายเกณฑ์ซึ่งผู้พิพากษาจะกำหนดขึ้น ถ้าผู้พิพากษานั้นกระทำให้มีหน้าที่เป็นผู้บัญญัติกฎหมาย เช่นนี้ แม้ว่าการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายลำดับสุดท้ายจะเปิดกว้างให้เป็นหน้าที่ของผู้พิพากษาในการหากฎเกณฑ์มาใช้เพื่ออุดช่องว่างแห่งกฎหมาย แต่อำนาจในการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายของผู้พิพากษาดังกล่าวเป็นอำนาจที่ได้รับการรับรองโดยกฎหมายและผู้พิพากษาจะต้องพึงกระทำตามวิธีการทางกฎหมายที่เหมาะสมด้วย ดังจะได้กล่าวในรายละเอียดต่อไป

3.6.3.2 หลักการตามบทบัญญัติมาตรา 1 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งสวิส ค.ศ.

1907

บทบัญญัติมาตรา 1 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งสวิส ค.ศ. 1907 (Swiss Civil Code หรือ Zivilgesetzbuch (1907)) บัญญัติว่า

“บทกฎหมายนั้นต้องใช้ในบรรดากรณีซึ่งต้องด้วยบทบัญญัติใดๆ แห่งกฎหมายตามตัวอักษร หรือตามความมุ่งหมายของบทบัญญัตินั้นๆ

เมื่อไม่มีบทกฎหมายที่จะยกมาปรับคดีได้ ผู้พิพากษาจะต้องวินิจฉัยคดีตามกฎหมายจารีตประเพณีที่มีอยู่ แต่ถ้าในกรณีที่ไม่มีกฎหมายจารีตประเพณีเช่นนั้น ผู้พิพากษาจะต้องวินิจฉัยคดีตามกฎหมายเกณฑ์ซึ่งผู้พิพากษาจะกำหนดขึ้น ถ้าผู้พิพากษานั้นได้กระทำให้มีหน้าที่เสมือนเป็นฝ่ายนิติบัญญัติ

ในที่นี้ (ทั้งการใช้กฎหมายก็ดี การอุดช่องว่างแห่งกฎหมายก็ดี) ผู้พิพากษาจำเป็นต้องคำนึงถึงหลักกฎหมายและคำพิพากษาของศาลที่ได้รับการรับรองเป็นแบบแผนไว้แล้ว”

หรือ “ The Law must be applied in all cases which come within the letter or the spirit of any of its provisions.

Where no provision is applicable, the judge shall decide according to the existing Customary Law and, in default thereof, according to rules which he would lay down if he had himself to act as legislator.

Herein he must be guided by approved legal doctrine and case-law.”

228

ดังจะเห็นได้ว่า ตามมาตรา 1 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งสวิส ค.ศ. 1907 ที่ได้รับการประกาศใช้นี้ ประกอบไปด้วย บรรทัดฐานหลักการใช้กฎหมายและการอุดช่องว่างแห่งกฎหมาย ซึ่งทำให้ประมวลกฎหมายแพ่งสวิสมีนิตินิยมในการปรับใช้กฎหมายกำกับไว้อย่างชัดเจน ตรงกันข้ามกับประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันดังที่ได้กล่าวไปแล้ว

เมื่อพิจารณาบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งสวิส บทบัญญัติมาตรา 1 วรรคหนึ่ง นี้ กำหนดหลักการใช้กฎหมายให้บทกฎหมายนั้นต้องใช้ให้สอดคล้องกับบรรดากรณีที่ต้องด้วย บทบัญญัติแห่งกฎหมายตามตัวอักษร หรือตามความมุ่งหมายของบทบัญญัติกฎหมายนั้น จึงทำให้ในการปรับใช้กฎหมายแก้ไขข้อเท็จจริงในกรณีต่างๆ ผู้ใช้กฎหมายต้องยึดถือบทบัญญัติกฎหมาย รวมถึงเจตนารมณ์ของบทบัญญัติกฎหมายนั้นเป็นหลัก ซึ่งการใช้กฎหมายตามมาตรา 1 วรรคหนึ่งดังกล่าว ถือเป็นหัวใจสำคัญของประมวลกฎหมายแพ่งสวิส และในมาตรา 4 วรรคหนึ่ง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย ก็รับเอาอิทธิพลจากมาตรา 1 วรรคหนึ่ง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งสวิส ค.ศ. 1907 ดังกล่าว มาเป็นแนวทางในการบัญญัติหลักการใช้กฎหมายขึ้นมาเพื่อบังคับใช้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย²²⁹

นอกจากนี้ ในการอุดช่องว่างแห่งกฎหมาย ตามมาตรา 1 วรรคสอง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งสวิส ค.ศ. 1907 ก็ยังได้บัญญัติถึงวิธีการในการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายไว้ ซึ่งสมาชิก

²²⁸ Ivy Williams, *The Swiss Civil Code* (Zurich: Remak Verlag, 1976).

²²⁹ ภาควิชานิติศึกษาทางสังคม ปรัชญา และประวัติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, บันทึกคำสัมภาษณ์พระยามานวราชเสวี (ปลอด วิเชียร ณ สงขลา), หน้า 143.

สถานีบัญญัติสวิสที่เป็นผู้ร่างกฎหมายได้ยอมรับถึงความไม่สมบูรณ์ของกฎหมายที่จะสามารถเกิดเป็นช่องว่างแห่งกฎหมายขึ้นมาได้ โดยผู้ร่างกฎหมายได้ตระหนักว่าประมวลกฎหมายนั้นมีช่องว่างเช่นนี้ ผู้ร่างกฎหมายจึงต้องวางหลักการในการใช้นิติวิธีเพื่ออุดช่องว่างแห่งกฎหมายไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งสวิสดังกล่าวด้วยเช่นกัน²³⁰

อีกทั้ง ในความเป็นจริงแล้วมีคดีเป็นจำนวนไม่มากนักที่สามารถตัดสินได้อย่างสิ้นเชิงตามบทบัญญัติของกฎหมายโดยตรง แต่ในหลายคดี การตัดสินคดีจะเป็นผลมาจากการมีปฏิสัมพันธ์ในบทบัญญัติของกฎหมายและการกระทำโดยผู้พิพากษาร่วมกัน ซึ่งรายละเอียดแต่ละคดีอาจแตกต่างกันไป แต่กระบวนการทางกฎหมายจะมีวิธีการที่แน่นอน ซึ่งนักกฎหมายสวิสจะรู้สึกผูกพันกับบทบัญญัติของกฎหมายลายลักษณ์อักษรไม่มากนักเมื่อเทียบกับนักกฎหมายในประเทศอื่นๆ ที่ยึดถือระบบประมวลกฎหมาย โดยบทบัญญัติในมาตรา 1 วรรคสอง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งสวิส ค.ศ. 1907 เป็นผลทำให้ผู้พิพากษามีบทบาทมากยิ่งขึ้น²³¹

ด้วยเหตุนี้ เมื่อไม่มีบทกฎหมายที่จะยกขึ้นมาปรับแก้คดีได้ ตามมาตรา 1 วรรคสอง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งสวิส ค.ศ. 1907 จึงวางหลักให้ผู้พิพากษาจะต้องวินิจฉัยคดีตามกฎหมายจารีตประเพณีที่มีอยู่เป็นลำดับแรก แต่อย่างไรก็ตาม ถ้าในกรณีที่ไม่มีกฎหมายจารีตประเพณีเช่นนั้น นิติวิธีในการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายลำดับต่อมาจึงให้ผู้พิพากษาวินิจฉัยคดีตามกฎหมายซึ่งผู้พิพากษาเป็นผู้กำหนดขึ้น โดยให้ผู้พิพากษานั้นสมมติตนเองและกระทำตนให้มีหน้าที่เสมือนเป็นผู้บัญญัติกฎหมาย การอุดช่องว่างแห่งกฎหมายตามประมวลกฎหมายแพ่งสวิสในลำดับสุดท้าย จึงวางให้อยู่ในเงื้อมมือของผู้พิพากษาในการอุดช่องว่างและระบุกฎเกณฑ์ทางกฎหมายที่จะต้องปฏิบัติตาม²³²

ทั้งนี้ Eugen Huber ผู้ร่างประมวลกฎหมายแพ่งสวิสอธิบายว่า ในกรณีที่ไม่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรและไม่มีจารีตประเพณีในเรื่องนั้น การเปิดโอกาสให้ผู้ใช้กฎหมายสามารถค้นหาบ่อเกิดของกฎหมายอื่น เช่น หลักทั่วไปของเหตุผล หลักกฎหมายทั่วไป หลักความยุติธรรม

²³⁰ Irti, C., "The Problem of Legal Gaps," *Tulane European & Civil Law Forum*.

²³¹ Alfred E. von Overbeck, "Some Observations on the Role of the Judge under the Swiss Civil Code," *Louisiana Law Review* 37, 3 (1977).

²³² Irti, C., "The Problem of Legal Gaps," *Tulane European & Civil Law Forum*.

หลักกฎหมายธรรมชาติ และหลักความรู้สึกผิดชอบชั่วดี แม้ว่าจะเป็นเรื่องที่ควรให้กระทำได้ แต่การนำหลักการเช่นนี้มาบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายยังเป็นเรื่องที่ไม่เหมาะสมนัก เนื่องจากการกล่าวถึงบ่อเกิดของกฎหมายดังกล่าวเป็นการกล่าวถึงในทางทฤษฎี โดยผู้ร่างกฎหมายเห็นว่า ควรบัญญัติกฎหมายให้สอดคล้องกับทางปฏิบัติมากกว่า จึงเป็นเหตุให้ตามมาตรา 1 วรรคสอง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งสวิส ค.ศ. 1907 วางหลักให้ผู้พิพากษาเป็นผู้กำหนดกฎเกณฑ์ขึ้นมาเสมือนว่าตนเป็นผู้บัญญัติกฎหมาย²³³

แม้ตามมาตรา 1 วรรคสอง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งสวิส ค.ศ. 1907 จะวางหลักให้ในกรณีที่ไม่มีบทกฎหมายมาบังคับใช้และไม่มีกฎหมายจารีตประเพณีที่ใช้บังคับอยู่ ผู้พิพากษาจะต้องวินิจฉัยคดีตามกฎหมายเกณฑ์ซึ่งผู้พิพากษากำหนดขึ้น โดยกำหนดให้ผู้พิพากษาจะต้องกระทำหน้าที่เหมือนอย่างตนมีหน้าที่เป็นผู้ร่างกฎหมาย แต่อย่างไรก็ตาม ตามมาตรา 1 วรรคสาม แห่งประมวลกฎหมายแพ่งสวิส ค.ศ. 1907 ได้กำหนดให้ผู้พิพากษาสวิสจำเป็นต้องคำนึงถึงหลักกฎหมายและคำพิพากษาที่ได้รับรองเป็นแบบแผนไว้แล้วด้วย แม้ว่าคำพิพากษาทางกฎหมายและคำพิพากษาจะไม่ผูกมัดผู้พิพากษาในการตัดสินคดีก็ตาม

เมื่อพิจารณามาตรา 1 วรรคสาม แห่งประมวลกฎหมายแพ่งสวิส ค.ศ. 1907 ตามมาตรา 1 วรรคสามดังกล่าวจะเป็นบทบัญญัติที่นำไปปรับใช้เฉพาะกับเนื้อความในมาตรา 1 วรรคสอง เท่านั้น หรือต้องนำไปปรับใช้ทั้งมาตรา 1 วรรคแรก และมาตรา 1 วรรคสอง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งสวิส ค.ศ. 1907 ด้วยเช่นกัน ซึ่งนักกฎหมายสวิสทั้งหลายเห็นว่า ในที่นี้ หมายถึง ทั้งการใช้กฎหมายตามมาตรา 1 วรรคแรกก็ดี และการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายตามมาตรา 1 วรรคสองก็ดี ผู้พิพากษาจำเป็นต้องคำนึงถึงหลักกฎหมายและคำพิพากษาของศาลที่ได้รับรองเป็นแบบแผนไว้แล้ว ดังนั้น บทบัญญัติในมาตรา 1 วรรคสาม แห่งประมวลกฎหมายแพ่งสวิส ค.ศ. 1907 จึงต้องนำไปปรับใช้กับทั้งในวรรคหนึ่งและวรรคสอง²³⁴ นอกจากนี้ หลักกฎหมายตามมาตรา 1 วรรคสาม แห่ง

²³³ Ivy Williams, *The Source of Law in the Swiss Civil Code* (Zurich: Remak Verlag, 1976).

²³⁴ Overbeck, A. E. v., "Some Observations on the Role of the Judge under the Swiss Civil Code," *Louisiana Law Review*.

ประมวลกฎหมายแพ่งสวิส ค.ศ. 1907 ยังมีความเห็นของนักกฎหมายอีกด้วยว่า หลักกฎหมายนี้ไม่ควรจำกัดอยู่แค่ที่กฎหมายสวิสเท่านั้น แต่ควรเป็นหลักกฎหมายทั่วไปที่กว้างกว่า²³⁵

3.6.3.3 หลักการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในกฎหมายสวีตเซอร์แลนด์

บทบัญญัติตามมาตรา 1 วรรคสอง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งสวิส ค.ศ. 1907 ไม่มีการกำหนดในส่วนของการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายโดยใช้นิติวิธีการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งเอาไว้อย่างชัดเจนในกฎหมายแต่อย่างใด ในประมวลกฎหมายแพ่งสวิส ผู้พิพากษาสามารถปรับใช้บทบัญญัติมาตรา 1 วรรคสอง ได้ก็ต่อเมื่อมีช่องว่างแห่งกฎหมายเกิดขึ้นจริงๆ เท่านั้น ตามมาตรา 1 วรรคสอง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งสวิส ค.ศ. 1907 ในการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายลำดับแรกได้อ้างถึงกฎหมายจารีตประเพณี และลำดับต่อมาค่อยอ้างถึงการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายโดยให้ผู้พิพากษากำหนดหน้าที่เป็นเสมือนผู้บัญญัติกฎหมาย

ทั้งนี้ การอุดช่องว่างแห่งกฎหมายโดยให้ผู้พิพากษากำหนดหน้าที่เสมือนเป็นผู้บัญญัติกฎหมาย หมายความว่า ผู้พิพากษาจะต้องไปศึกษาแสวงหากฎเกณฑ์ของกฎหมาย ซึ่งกฎเกณฑ์ของกฎหมายที่จะนำมาปรับใช้ไม่เพียงแต่ต้องเหมาะสมกับคดีที่เกิดขึ้นนี้ แต่ยังจะต้องนำไปใช้กับคดีที่เกิดขึ้นในอนาคตด้วย ซึ่งจะต้องเหมาะสมกับระบบของกฎหมายที่มีอยู่ เพื่อจุดประสงค์เช่นนั้น ผู้พิพากษาจึงจะต้องตรวจสอบว่าไม่มีกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ที่เกี่ยวข้องกับสถานการณ์ที่เกิดขึ้น และไม่สามารถนำมาใช้โดยการเทียบเคียงได้กับสถานการณ์ที่เกิดขึ้นนี้ นอกจากนี้ ผู้พิพากษายังจะต้องตัดสินคดีภายใต้ระบบกฎหมายและจิตวิญญาณของประมวลกฎหมาย ผู้พิพากษาต้องพิจารณาผลประโยชน์ทั้งหมดที่เกี่ยวข้องและชั่งน้ำหนักคุณค่าเช่นเดียวกันกับที่สถานการณ์บัญญัติพึงจะกระทำ อีกทั้ง ผู้พิพากษายังต้องมีการพิจารณาถึงความมั่นคงแน่นอนทางกฎหมายด้วย²³⁶

ดังจะเห็นได้ว่า ในการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายลำดับสุดท้าย กฎหมายสวิสไม่ได้กำหนดชัดให้ผู้พิพากษาจะต้องไปหาเกณฑ์อันใดมาปรับแก้คดี ประมวลกฎหมายสวิสเพียงแต่กำหนดให้ผู้พิพากษาต้องตัดสินคดีโดยกฎเกณฑ์เหมือนอย่างตนมีหน้าที่เป็นผู้ร่างกฎหมายเท่านั้น

²³⁵ ibid.

²³⁶ ibid.

ทั้งนี้ เห็นว่าการบัญญัติกฎหมายเช่นนี้จะทำให้ผู้พิพากษาศวิสมีอิสระในการตัดสินใจเป็นอย่างมาก เพราะให้เป็นหน้าที่ของผู้พิพากษาศวิสในการกระทำตนเสมือนเป็นผู้ร่างกฎหมาย ซึ่งจะไม่ใช่งานที่ของผู้ร่างกฎหมายที่เป็นฝ่ายนิติบัญญัติในการบัญญัติกฎหมายขึ้นในขณะที่มีการร่างประมวลกฎหมายแพ่ง

แต่กระนั้น การกำหนดให้เป็นหน้าที่ของผู้พิพากษาในการแสวงหากฎเกณฑ์มาตัดสินคดี ก็เป็นการดำรงตำแหน่งหน้าที่ที่เปรียบเสมือนผู้ร่างกฎหมายลอยๆ (in abstracto) ที่จะตั้งกฎเกณฑ์ขึ้นมาตัดสินคดีให้ต้องด้วยความยุติธรรม นอกจากนี้ จากที่กล่าวมาแล้วประมวลกฎหมายแพ่งสวิสเป็นผลงานการร่างของ Eugen Huber นักกฎหมายชาวสวิส ซึ่งได้สันนิษฐานว่า Eugen Huber ผู้ร่างประมวลกฎหมายแพ่งสวิสได้มีแนวความคิดนี้มาจากอริสโตเติลนักปรัชญาชาวกรีก ซึ่งอริสโตเติลได้กล่าวไว้ว่า เมื่อกฎหมายบัญญัติสามัญจนเกินไปจนไม่เหมาะสมแก่คดี ก็ควรแก้ไขการขาดตกบกพร่องนี้ประหนึ่งผู้บัญญัติกฎหมายซึ่งได้มาเห็นคดีด้วยตนเองจะได้บัญญัติกฎหมายขึ้น²³⁷

จากหลักการแนวคิดดังกล่าว สันนิษฐานว่าหากผู้บัญญัติกฎหมายได้ทราบถึงช่องว่างแห่งกฎหมายนั้น ผู้บัญญัติกฎหมายก็ย่อมไม่ปล่อยให้เกิดช่องว่างแห่งกฎหมายอีกต่อไป ผู้บัญญัติกฎหมายจะต้องแสวงหาหลักการมาบัญญัติไว้เป็นกฎหมายเพื่ออุดช่องว่างแห่งนั้น เช่นนี้ ผู้พิพากษาที่ได้รับมอบหมายให้ทำหน้าที่เสมือนผู้บัญญัติกฎหมายจึงสามารถค้นหากฎเกณฑ์ใดๆ มาใช้เพื่ออุดช่องว่างแห่งกฎหมายตามประมวลกฎหมายแพ่งสวิสได้ แต่อย่างไรก็ตาม การใช้วิธีดังกล่าวนี้มีใช้ว่าผู้พิพากษาจะมีอิสระในการวางเกณฑ์ใดๆ ขึ้นมาบังคับใช้ก็ได้ มีการวางกรอบให้ผู้พิพากษาต้องคำนึงถึงหลักกฎหมายและคำพิพากษาที่ยอมรับเป็นบรรทัดฐานด้วย เพื่อเป็นแนวทางและแบบแผนในการปรับใช้กฎหมายเพื่ออุดช่องว่างแห่งกฎหมายต่อไป

การที่ประมวลกฎหมายสวิสให้อิสระแก่ผู้พิพากษาที่จะกำหนดเกณฑ์มาอุดช่องว่างแห่งกฎหมายประหนึ่งว่าเป็นผู้บัญญัติกฎหมายนั้น จึงมีได้หมายความว่า ผู้พิพากษาจะมีอิสระในการตั้งกฎเกณฑ์ใดๆ ตามใจชอบเลย ในทางทฤษฎีและทางปฏิบัติ ผู้พิพากษาศวิสจะต้องคำนึงถึงหลักการสำคัญในการใช้กฎหมายโดยอุดช่องว่างแห่งกฎหมาย ดังต่อไปนี้²³⁸

²³⁷ หยุด แสงอุทัย, ช่องว่างแห่งกฎหมาย, หน้า 23.

²³⁸ เรื่องเดียวกัน, หน้า 23-24.

ประการแรก ผู้พิพากษาจะต้องตัดสินคดีให้ได้ความยุติธรรม ซึ่งความยุติธรรมเป็นหัวใจของกฎหมาย การที่จะทำให้ความยุติธรรมเกิดขึ้นได้ก็จะต้องมีกระบวนการทางกฎหมายที่ช่วยส่งเสริมอำนวยให้เกิดความเป็นธรรม เช่นนี้ การที่ผู้พิพากษาจะแสวงหากฎเกณฑ์ใดๆ มาปรับใช้แก่คดี กฎเกณฑ์นั้นก็ต้องเป็นไปเพื่อการตัดสินคดีให้ได้ความยุติธรรม

ประการที่สอง ในการตั้งกฎเกณฑ์มาใช้บังคับ กฎเกณฑ์นั้นจะต้องลงรอยกับข้อบังคับของกฎหมายทั้งหมดด้วย เช่นนี้ ผู้พิพากษาจะตั้งกฎเกณฑ์มาขัดกับวิธีการของข้อบังคับแห่งกฎหมายไม่ได้ดังนั้น ในทางตำราผู้พิพากษาวิสามัญจึงควรนำหลักเกณฑ์เหล่านี้มาใช้ กล่าวคือ

ข้อแรก การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง เนื่องจากตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายมาตรา 1 ประมวลกฎหมายแพ่งสวิส ให้มีการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายโดยให้ผู้พิพากษาวินิจฉัยคดีตามกฎหมายซึ่งผู้พิพากษาจะกำหนดขึ้น ผู้พิพากษาจึงสามารถแสวงหากฎเกณฑ์มาปรับใช้กับกรณีต่างๆ ได้ และเมื่อการใช้กฎหมายไม่สามารถตีความโดยขยายความกฎหมายให้ครอบคลุมถึงกรณีที่เกิดขึ้นได้ การอุดช่องว่างแห่งกฎหมายโดยอาศัยการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งจึงเป็นนิติวิธีที่สำคัญต่อการปรับใช้กฎหมายในระบบกฎหมาย

นอกจากนั้น ในการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งยังเป็นหลักการที่ประกอบไปด้วยเหตุผล ซึ่งการใช้เหตุผลในการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงจะช่วยให้ผู้พิพากษามีบทบาทยุติธรรมต่อการที่ผู้พิพากษากำหนดกฎเกณฑ์มาใช้เพื่ออุดช่องว่างแห่งกฎหมาย วิธีการที่ประกอบไปด้วยเหตุผลในการเทียบเคียงบทกฎหมายลายลักษณ์อักษรจึงเป็นผลให้เรื่องการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งมีความสัมพันธ์กับกรอบแนวคิดและบริบทของกฎหมายที่เกี่ยวข้อง²³⁹ โดยผู้ใช้กฎหมายจะสามารถเปรียบเทียบบทกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่มีอยู่เพื่อนำมาปรับใช้กับกรณีที่มีเหตุผลเดียวกัน การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งจึงเป็นกฎเกณฑ์ที่ลงรอยกับข้อบังคับของกฎหมายนั้นด้วย

²³⁹ Zajtay, I., "Reasoning by Analogy as a Method of Law Interpretation," Comparative and International Law Journal of Southern Africa.

ข้อที่สอง กำหนดกฎเกณฑ์ขึ้นเป็นพิเศษ ในกรณีนี้ เนื่องมาจากคดีที่เกิดขึ้นเป็นเรื่องพิเศษจึงไม่สามารถใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงที่มีอยู่ได้ เพราะบทกฎหมายที่มีอยู่บัญญัติแต่เรื่องที่เป็นสามัญเท่านั้น ไม่สอดคล้องกับเรื่องเฉพาะที่เกิดขึ้น เช่นนี้ การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งจึงไม่ใช่นิติวิธีที่จะสามารถนำมาปรับใช้แก้คดีได้ ผู้พิพากษาจึงต้องอุดช่องว่างแห่งกฎหมายโดยการกำหนดกฎเกณฑ์พิเศษมาใช้บังคับ

ข้อที่สาม ตัดสินตามหลักกฎหมายทั่วไป ในกรณีนี้ ผู้พิพากษาสามารถแสวงหาหลักกฎหมายทั่วไปมาปรับใช้แก้คดีที่เกิดขึ้นเพื่อเป็นการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายได้ ทั้งนี้ แม้ Eugen Huber ผู้ร่างประมวลกฎหมายแพ่งสวิสจะเห็นว่า การบัญญัติถึงหลักกฎหมายทั่วไปในการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายในประมวลกฎหมายแพ่งสวิสจะเป็นเรื่องทางทฤษฎี ไม่เหมาะสมกับการบัญญัติถึงนิติวิธีดังกล่าวโดยตรงนัก²⁴⁰ แต่เมื่อมีการบัญญัติมาตรา 1 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งสวิส ค.ศ. 1907 ให้ผู้พิพากษาเป็นผู้กำหนดกฎเกณฑ์ขึ้นมาเสมือนว่าตนเป็นผู้บัญญัติกฎหมาย เช่นนี้ กฎเกณฑ์ที่ผู้พิพากษากำหนดขึ้นในทางปฏิบัติก็อาจมาจากกฎเกณฑ์ที่เป็นหลักกฎหมายทั่วไปได้เช่นกัน

ข้อที่สี่ ตั้งกฎเกณฑ์ขึ้นอย่างอิสระ ใช้กับกรณีที่ไม่สามารถตั้งกฎเกณฑ์ขึ้นตามข้อที่ 1-3 ดังที่กล่าวมาได้ ทั้งนี้ การตั้งกฎเกณฑ์ขึ้นอย่างอิสระตามข้อที่สี่แตกต่างกับการตั้งกฎเกณฑ์ขึ้นเป็นพิเศษตามข้อที่สอง เพราะในข้อที่สองเป็นเรื่องพิเศษที่ทราบทั่วกันว่ากฎหมายทั้งหลายย่อมไม่อาจบัญญัติข้อยกเว้นต่างๆ หรือข้อความที่ผิดแผกไปจากเรื่องธรรมดาได้ทั้งหมด เช่นนี้ เมื่อมีกรณีพิเศษเกิดขึ้นจึงจะยกบทกฎหมายที่บัญญัติสำหรับกรณีสามัญธรรมดาขึ้นมาปรับใช้ไม่ได้ ผู้พิพากษาจึงต้องอุดช่องว่างแห่งกฎหมายด้วยการตั้งกฎเกณฑ์ขึ้นมาเป็นพิเศษ แต่อย่างไรก็ตาม ในข้อที่สี่นี้ เป็นการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายกรณีธรรมดา ซึ่งเป็นกรณีที่ผู้พิพากษาไม่อาจค้นหาหลักเกณฑ์ใดๆ ได้ จึงต้องตั้งเกณฑ์ที่เห็นว่ายุติธรรมขึ้นมาปรับใช้โดยอิสระ และเกณฑ์ที่ตั้งขึ้นโดยอิสระนี้ก็ย่อมขึ้นเพื่อความเป็นธรรม

อย่างไรก็ดี หลักการทั้งสี่ข้อดังกล่าวเป็นหลักเกณฑ์ที่กล่าวไว้ในทางตำราเพื่อเป็นเครื่องมือในการช่วยผู้พิพากษาให้ตัดสินใจคดีตามความยุติธรรมเท่านั้น เพราะไม่ว่าผู้พิพากษาจะมีอิสระในการกำหนดกฎเกณฑ์ขึ้นใช้เสมือนว่าผู้พิพากษานั้นกระทำตนให้มีหน้าที่เป็นผู้บัญญัติกฎหมาย แต่

²⁴⁰ Williams, I., The Source of Law in the Swiss Civil Code.

ในการใช้กฎหมายก็ดี การอุดช่องว่างแห่งกฎหมายก็ดี ก็ควรต้องมีสิ่งที่ยึดถือเป็นหลักบ้างเพื่อที่จะทำให้การตัดสินใจดำเนินไปเพื่อให้เกิดความยุติธรรม ดังที่กล่าวมาจึงเห็นได้ว่า ระบบกฎหมายสวิสเซอร์แลนด์ยึดถือทางสายกลาง แม้จะไม่ได้บัญญัติบังคับว่าผู้พิพากษาจะต้องนำเกณฑ์อันใดมาปรับแก้คดีก่อนหลัง แต่ผู้พิพากษาก็ต้องยึดถือความเป็นธรรมและใช้กฎหมายให้สอดคล้องกับหลักการทางกฎหมายที่เหมาะสมต่อไป

นอกเหนือไปจากนั้น สำหรับเรื่องการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง แม้นิติวิธีตามมาตรา 1 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งสวิส ค.ศ. 1907 จะไม่ได้บัญญัติถึงหลักการเทียบเคียงดังกล่าวไว้ในประมวลกฎหมายก็ตาม แต่ระบบกฎหมายสวิสก็มีการนำเอาเรื่องการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งมาปรับใช้แก้คดีที่เกิดขึ้น โดยถือเป็นหลักการสำคัญข้อแรกในการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายที่ผู้พิพากษาพึงควรจะต้องกระทำเพื่อแสวงหากฎเกณฑ์มาปรับใช้กับคดีที่เกิดขึ้นเมื่อผู้พิพากษานั้นกระทำตนให้มีหน้าที่เป็นผู้บัญญัติกฎหมาย การศึกษาข้อความคิดและนิติวิธีในระบบกฎหมายสวิสจึงทำให้เกิดแง่มุมในการวิเคราะห์หาแนวทางการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งต่อไป

อีกทั้ง การบัญญัติกฎหมายตามมาตรา 4 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย ในประวัติศาสตร์มาความเป็นมาของการบัญญัติกฎหมายมีการรับเอาอิทธิพลแนวความคิดมาจากประมวลกฎหมายแพ่งสวิสเช่นกัน แต่ก็เป็นที่น่าสังเกตว่า ตามบทบัญญัติมาตรา 4 วรรคสอง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย ไม่ได้บัญญัติถึงนิติวิธีในการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายแบบประมวลกฎหมายแพ่งสวิส ซึ่งจะกล่าวในรายละเอียดต่อไป

กล่าวโดยสรุป สำหรับข้อความคิดพื้นฐานว่าด้วยการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในกฎหมายสวิส ประมวลกฎหมายแพ่งสวิสได้รวบรวมวิธีการที่ทันสมัยเข้ามา โดยตามมาตรา 1 วรรคสอง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งสวิส ค.ศ. 1907 เป็นเรื่องเกี่ยวกับนิติวิธีในการอุดช่องว่างแห่งกฎหมาย ซึ่งที่เด่นชัดในทางปฏิบัติตามมาตรา 1 วรรคสอง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งสวิส ค.ศ. 1907 ได้กำหนดให้ผู้พิพากษาสามารถตั้งกฎเกณฑ์มาใช้บังคับกับคดีที่เกิดขึ้นหากปรากฏพบว่ามีช่องว่างแห่งกฎหมายเกิดขึ้นได้ โดยผู้พิพากษาจะดำรงสภาพเสมือนเป็นผู้บัญญัติกฎหมาย ผู้พิพากษาจึงมีอำนาจตัดสินใจในคดีโดยคำนึงถึงพฤติการณ์ทั้งปวงเพื่อรักษาความเป็นธรรมให้มีขึ้น รวมถึงใน

การปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งก็เป็นบทบาทของผู้พิพากษาในการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายเพื่อให้เกิดความเป็นธรรมด้วยเช่นกัน ดังนั้น ภายใต้ระบบกฎหมายสวิสเซอร์แลนด์จึงเอื้ออำนวยให้ผู้พิพากษาสามารถปรับใช้กฎหมายให้เข้ากับสถานการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไปได้ตลอด

จากที่กล่าวมาข้างต้น เป็นการยากที่จะกล่าวได้ว่าการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายโดยอาศัยวิธีการใดดีกว่ากัน ไม่ว่าจะป็นนิติวิธีตามมาตรา 12 วรรคสอง แห่งบทบัญญัติว่าด้วยการใช้กฎหมายทั่วไปอิตาลี ค.ศ. 1942 หรือนิติวิธีในระบบกฎหมายเยอรมัน หรือนิติวิธีตามมาตรา 1 วรรคสอง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งสวิส ค.ศ. 1907 ทั้งนี้ เนื่องจากการที่กฎหมายกำหนดไว้ชัดแจ้งว่า ผู้พิพากษาจะต้องไปค้นหากฎเกณฑ์อันใดเพื่อมาอุดช่องว่างแห่งกฎหมายก่อนหลัง เช่น ในประเทศอิตาลี แม้จะทำให้การตัดสินคดีมีความชัดเจนแน่นอนและไม่ทำให้การแพ่งชนะแห่งคดีต้องขึ้นอยู่กับการที่ผู้พิพากษานำกฎเกณฑ์อันใดขึ้นมาปรับใช้แก่คดีก่อนกัน แต่กระนั้น ในทางตรงกันข้ามก็อาจเป็นข้อเสียที่ว่า การบัญญัติกฎเกณฑ์เช่นนี้จะเป็นการผูกมัดผู้พิพากษาในการใช้กฎเกณฑ์ปรับแก้ข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น ทำให้การปรับใช้กฎหมายเพื่ออำนวยความยุติธรรมขาดความยืดหยุ่น

ในทางกลับกัน การปล่อยให้ผู้พิพากษามีหน้าที่หากฎเกณฑ์มาอุดช่องว่างแห่งกฎหมายได้อย่างกว้าง ดังเช่น ในประเทศเยอรมนี ประเทศสวิสเซอร์แลนด์ แม้จะทำให้ผู้พิพากษามีอิสระที่จะยกหลักเกณฑ์ใดๆ มาปรับแก้คดีในทางที่ตนเห็นว่าเป็นธรรมได้ ไม่จำเป็นต้องผูกมัดยึดติดกับหลักเกณฑ์ตายตัว เนื่องจากเป็นกรณีที่ไม่มีการบัญญัติถึงนิติวิธีไว้ดังเช่นในระบบกฎหมายเยอรมัน หรือมีการบัญญัติถึงนิติวิธีไว้ในประมวลกฎหมายแต่เปิดโอกาสให้ผู้พิพากษาวางหลักเกณฑ์ในการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายได้ดังเช่นในประมวลกฎหมายแพ่งสวิสก็ตาม อันเป็นการช่วยเสริมให้ผู้พิพากษามีอิสระที่จะทำให้ผลของการตัดสินคดีเป็นไปในทางที่ผู้พิพากษาเห็นว่ายุติธรรมมากที่สุด แต่กระนั้น การให้อิสระแก่ผู้พิพากษาก็อาจทำให้การพิพากษาคดีไม่แน่นอน เพราะผลลัพธ์ย่อมอยู่ที่ว่าผู้พิพากษาจะใช้กฎเกณฑ์อันใดตัดสินก่อน เช่นนี้ ก็จะส่งผลกระทบต่อความยุติธรรมเช่นกัน²⁴¹

จากการศึกษาข้อความคิดพื้นฐานเกี่ยวกับนิติวิธีในการปรับใช้กฎหมายในกฎหมายต่างประเทศจึงทำให้เห็นแง่มุมการใช้นิติวิธีในระบบกฎหมายที่มีรูปแบบแตกต่างกัน ถึงแม้ว่าประเทศต่างๆ ที่ศึกษามานี้จะเป็นประเทศในระบบกฎหมายซีวิลลอว์เช่นเดียวกัน แต่ก็มี ความแตกต่างและมี

²⁴¹ หยุด แสงอุทัย, ช่องว่างแห่งกฎหมาย, หน้า 17-18.

เอกลักษณ์เฉพาะของระบบกฎหมายแต่ละประเทศ ดังนั้น ในการศึกษาถึงหลักการปรับใช้กฎหมาย เพื่ออุดช่องว่างแห่งกฎหมายในกฎหมายต่างประเทศดังกล่าว จึงสะท้อนถึงนิติวิธีในการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งที่ดำรงอยู่ในฐานะที่แตกต่างกันไปด้วย เช่นนี้ ข้อความคิดพื้นฐานว่าด้วยการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในกฎหมายต่างประเทศที่ได้ศึกษามา จึงทำให้เกิดมุมมองการปรับใช้นิติวิธีในการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในรูปแบบที่หลากหลายอันจะเป็นตัวอย่างในการพิจารณาถึงนิติวิธีในระบบกฎหมายไทยต่อไป

3.7 ข้อความคิดพื้นฐานว่าด้วยการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในระบบกฎหมายไทย

ระบบกฎหมายไทยยึดถือกฎหมายลายลักษณ์อักษรเป็นป่อเกิดเบื้องต้นของกฎหมาย โดยมีการใช้ประมวลกฎหมายเป็นหลัก หรือเรียกได้ว่าเป็นประเทศที่ใช้ระบบประมวลกฎหมาย แต่กระนั้น การบัญญัติกฎหมายในประมวลกฎหมายย่อมไม่สามารถบัญญัติให้ครอบคลุมทุกกรณีหรือกิจกรรมที่เกิดขึ้นในสังคมได้ เช่นนี้ เมื่อมีข้อเท็จจริงเกิดขึ้น แต่ไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายลายลักษณ์อักษรบัญญัติไว้โดยตรง ก็จำเป็นต้องแสวงหาวิธีการในการปรับใช้กฎหมายต่อไป เนื่องจากตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 134 บัญญัติว่า “ไม่ว่าในกรณีใดๆ ห้ามมิให้ศาลที่รับฟ้องคดีไว้ปฏิเสธไม่ยอมพิพากษาหรือมีคำสั่งชี้ขาดคดีโดยอ้างว่า ไม่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่จะใช้บังคับแก่คดี หรือว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่จะใช้บังคับนั้นเคลือบคลุมหรือไม่บริบูรณ์” เช่นนี้ ผู้พิพากษาจึงจะปฏิเสธการตัดสินคดีโดยอ้างว่า ไม่มีกฎหมายมาปรับใช้กับคดีหรือกฎหมายนั้นไม่ชัดเจนไม่ได้ ดังนั้น วิธีการแก้ไขปัญหาดังกล่าวที่สำคัญอย่างหนึ่ง คือ การปรับใช้กฎหมายโดยอาศัยการเทียบเคียงบทบัญญัติกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งตามมาตรา 4 วรรคสอง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เพื่ออุดช่องว่างแห่งกฎหมายนั้นต่อไป

ทั้งนี้ เมื่อพิจารณาตามมาตรา 4 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย มาตราดังกล่าวมีลักษณะเป็นบทบัญญัติที่บัญญัติเกี่ยวกับเรื่องการใช้กฎหมาย การตีความกฎหมายและการอุดช่องว่างแห่งกฎหมาย เช่นนี้ จึงกล่าวได้ว่ามาตรา 4 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับนิติวิธี ซึ่งนิติวิธีที่บัญญัติไว้ตามมาตรา 4 เป็นนิติวิธีที่ถูกบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร แต่เมื่อนิติวิธีเป็นจิตวิญญาณของกฎหมายที่มีลักษณะเป็นนามธรรม ซึ่งได้แก่ ความคิดและทัศนคติของนักกฎหมายที่มีต่อระบบกฎหมายของตน ทั้งทัศนคติที่มีต่อกฎหมายลายลักษณ์อักษร ต่อ

จารีตประเพณี ต่อคำพิพากษาของศาล ตลอดจนต่อหลักกฎหมายหรือความยุติธรรมทั่วไป แม้กระทั่ง วิธีคิด วิธีใช้ วิธีตีความกฎหมาย วิธีแบ่งแยกหมวดหมู่ของกฎหมาย การใช้กฎหมายตามตัวอักษร หรือ การเทียบเคียงบทกฎหมาย เป็นต้น²⁴² เช่นนี้ นักกฎหมายจึงไม่สามารถบัญญัติถึงนิติวิธีในระบบกฎหมายไว้ได้อย่างครบถ้วน

นอกจากนี้ ข้อพิจารณาเกี่ยวกับนิติวิธีตามมาตรา 4 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ของไทยที่สำคัญอีกประการหนึ่ง คือ มาตรา 4 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ที่บัญญัติเรื่อง นิติวิธีของกฎหมายไว้ มาตรา 4 ดังกล่าวจะเป็นบทบัญญัติถึงนิติวิธีทั่วไปสำหรับการใช้และการตีความ กฎหมายทั้งหมด หรือเป็นนิติวิธีเฉพาะสำหรับสาขากฎหมายใดสาขากฎหมายหนึ่งเท่านั้น กล่าวอีกนัย หนึ่ง คือ มาตรา 4 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งเป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับนิติวิธีใน กฎหมายจะเป็นหลักเกณฑ์ที่จะนำไปใช้กับกฎหมายใดบ้าง จะเป็นบทบัญญัติที่บัญญัติถึงนิติวิธีทั่วไป ในระบบกฎหมายทั้งหมดซึ่งจะสามารถนำไปใช้กับทุกสาขากฎหมาย เช่น สาขากฎหมายเอกชน สาขา กฎหมายมหาชน เป็นต้น หรือเป็นนิติวิธีเฉพาะที่ใช้กับสาขากฎหมายเอกชนทั้งกฎหมายแพ่งและ กฎหมายพาณิชย์โดยทั่วไป หรือเป็นนิติวิธีที่ใช้เฉพาะในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เท่านั้น

เมื่อพิจารณาถึงประเด็นปัญหาดังกล่าว ในเบื้องต้นสำหรับการใช้กฎหมายในทุกสาขา กฎหมาย ไม่ว่าจะเป็นสาขากฎหมายเอกชน หรือสาขากฎหมายมหาชน ต่างก็ต้องประสบพบเจอกับ ปัญหาพื้นฐานของการใช้และการตีความกฎหมายในลักษณะที่คล้ายคลึงกันทั้งสิ้น กล่าวคือ ในการใช้ และการตีความตัวบทกฎหมายกับข้อเท็จจริง เนื่องจากบทบัญญัติของกฎหมายได้บัญญัติไว้เป็นการ ทั่วไป ซึ่งใช้บังคับกับบุคคลทุกคนและไม่เจาะจงเฉพาะกับกรณีใดกรณีหนึ่ง เช่นนี้ ในการวินิจฉัย ปัญหาทางกฎหมายที่เกิดขึ้นโดยปรับบทกฎหมายแก่ข้อเท็จจริงใดข้อเท็จจริงหนึ่งซึ่งมีรายละเอียด เฉพาะเจาะจง จึงเป็นปัญหาพื้นฐานของการใช้และการตีความกฎหมายในทุกสาขาของกฎหมาย ดังนั้น การใช้นิติวิธีของสาขากฎหมายทั้งหลายจึงมีหลักการพื้นฐานร่วมกันในการแก้ไขปัญหาวาง กฎหมายโดยนิติวิธี²⁴³

²⁴² ปรีดี เกษมทรัพย์, *กฎหมายแพ่ง : หลักทั่วไป*, หน้า ข.

²⁴³ มานิตย์ วงศ์เสรี, *นิติวิธี การใช้และการตีความกฎหมาย : ศึกษาเปรียบเทียบระบบกฎหมายไทยและระบบกฎหมาย เยอรมัน*, หน้า 35-36.

นอกจากนี้ สาขากฎหมายเอกชนเป็นสาขากฎหมายที่มีเนื้อหาสาระที่ครอบคลุมและมีรายละเอียดมาก ซึ่งมีพัฒนาการทางกฎหมายมาเป็นระยะเวลายาวนาน อันดำรงอยู่เป็นรากฐานของระบบกฎหมาย เช่นนี้ การบัญญัติถึงนิติวิธีไว้ในสาขากฎหมายเอกชนจึงเปรียบเสมือนการวางรากฐานหลักการทั่วไป ไม่จำกัดเฉพาะในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ดังนั้น มาตรา 4 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ แม้จะเป็นการบัญญัติถึงนิติวิธีไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ก็ตาม แต่การใช้นิติวิธีดังกล่าวควรยึดถือเป็นหลักการในการใช้และการตีความกฎหมายทั้งหลาย ไม่ควรจำกัดอยู่เพียงแค่นิติวิธีในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เท่านั้น

อีกทั้ง ตามมาตรา 4 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ที่ได้รับการยอมรับให้เป็นหลักเกณฑ์ทั่วไปสำหรับการใช้กฎหมาย ซึ่งคำว่า “กฎหมาย” ก็ไม่ได้หมายความว่าเฉพาะสาขากฎหมายใดสาขากฎหมายหนึ่งเท่านั้น แต่เป็นการกล่าวถึงบ่อเกิดของกฎหมายในระบบกฎหมายไทย กล่าวคือ บ่อเกิดของกฎหมายตามมาตรา 4 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ที่ได้รับการยอมรับในระบบกฎหมายไทยแบ่งได้ 2 ประเภท²⁴⁴ คือ ประเภทแรก กฎหมายบัญญัติ ซึ่งหมายถึง กฎหมายที่เกิดขึ้นจากกระบวนการนิติบัญญัติ อันเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรซึ่งเป็นบ่อเกิดของกฎหมายโดยแท้ เช่น ประมวลกฎหมายและพระราชบัญญัติต่างๆ เป็นต้น ประเภทที่สอง กฎหมายส่วนที่มีได้บัญญัติหมายถึง กฎหมายที่มีได้เกิดขึ้นโดยกระบวนการทางนิติบัญญัติ เช่น จารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น หลักกฎหมายทั่วไป

นอกจากนี้ ในความเห็นของนักกฎหมายไทยหลากหลายท่าน เช่น ศาสตราจารย์ ดร.หยุดแสงอุทัย ศาสตราจารย์ ดร.ปรีดี เกษมทรัพย์ และรองศาสตราจารย์สมยศ เชื้อไทย ก็ยืนยันว่าข้อความในมาตรา 4 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เป็นหลักทั่วไปในการใช้การตีความกฎหมาย การศึกษามาตรา 4 จึงเป็นการศึกษาในบริบทของระบบประมวลกฎหมายทั้งระบบ และเนื่องด้วยเหตุที่มาตรา 4 เป็นเรื่องการใช้การตีความกฎหมาย การกล่าวถึงมาตรานี้ จึงเป็นการกล่าวถึงกฎหมายทั้งระบบด้วยแง่มุมทางนิติวิธี ซึ่งต้องกล่าวถึงตั้งแต่ระบบประมวลกฎหมายไทยในระบบกฎหมายโลก กฎหมายมีความเป็นมาอย่างไร มีขอบเขตบังคับในแง่เวลา แง่แผ่นดิน แง่บุคคล

²⁴⁴ สมยศ เชื้อไทย, คำอธิบายวิชากฎหมายแพ่ง : หลักทั่วไป, หน้า 79-80.

อย่างไร การจัดระบบหมวดหมู่ ถ้อยคำที่ใช้ สิทธิเสรีภาพและหน้าที่มีบทบาทและลักษณะอย่างไร ทั้งในแง่กฎหมายเอกชน กฎหมายมหาชน ต่างๆ นานา²⁴⁵

เมื่อพิจารณาตามมาตรา 4 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ นิติวิธีตามมาตรา 4 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ จึงเป็นนิติวิธีทั่วไปในระบบกฎหมายทั้งหมด แต่ก็อาจมีข้อยกเว้นหรือข้อควรคำนึงในกฎหมายบางสาขาซึ่งก็ต้องพิจารณาตามลักษณะเฉพาะหรือความมุ่งหมายของกฎหมายในสาขานั้นๆ ด้วย เช่น กฎหมายอาญา เป็นต้น ทั้งนี้ เมื่อมาตรา 4 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เป็นมาตราที่บัญญัติเกี่ยวกับนิติวิธีของระบบประมวลกฎหมายไทยไว้ มาตรา 4 ดังกล่าวจึงถือเป็นมาตราที่สำคัญที่สุดในระบบกฎหมายของไทย²⁴⁶ การศึกษาถึงนิติวิธีในระบบกฎหมาย รวมถึง การศึกษาข้อความคิดพื้นฐานในการใช้การตีความกฎหมายและการอุดช่องว่างแห่งกฎหมาย โดยเฉพาะกรณีปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง จึงจะทำให้ทราบถึงแนวความคิดและทัศนคติของนักกฎหมายในระบบกฎหมายไทยอย่างชัดเจน

3.7.1 ภูมิหลังว่าด้วยการบัญญัติมาตรา 13 และมาตรา 14 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ พ.ศ. 2466 และมาตรา 4 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ พ.ศ. 2468 และที่แก้ไขตรวจชำระในปี พ.ศ. 2535

เนื่องจากการศึกษาประมวลกฎหมาย ประวัติศาสตร์ภูมิหลังของการบัญญัติกฎหมายเป็นเรื่องสำคัญที่นักกฎหมายจำต้องคำนึงถึง ทั้งนี้ สืบเนื่องมาจากประวัติศาสตร์ความเป็นมาของระบบกฎหมาย ระบบประมวลกฎหมายมีความเป็นมาในยุโรป ซึ่งประมวลกฎหมายในยุโรปก็ได้รับอิทธิพลต้นตอที่มาทางความคิดจากระบบกฎหมายโรมัน และได้แพร่หลายมาสู่ประเทศภาคพื้นยุโรป เช่น ประเทศฝรั่งเศส เยอรมนี อิตาลี เบลเยียม สวิตเซอร์แลนด์ เป็นต้น นอกจากนี้ ประมวลกฎหมายของประเทศต่างๆ เช่น ญี่ปุ่น เกาหลี รวมถึง ไทย ฯลฯ ก็มีการรับเอาอิทธิพลทางความคิดจากประเทศภาคพื้นยุโรปมาปรับใช้ในการร่างประมวลกฎหมายของตนเช่นกัน

อย่างไรก็ดี ถึงแม้ว่าประเทศไทยจะมีการรับเอาแนวความคิดในประมวลกฎหมายของต่างประเทศมาเป็นแนวทางในการบัญญัติกฎหมาย แต่ประเทศไทยก็มีการนำแนวความคิดมาปรับใช้

²⁴⁵ กิตติศักดิ์ ปรกติ, "หลักทั่วไปในการใช้และตีความกฎหมาย," ใน การใช้การตีความกฎหมาย, หน้า 64.

²⁴⁶ ปรีดี เกษมทรัพย์, กฎหมายแพ่ง : หลักทั่วไป, หน้า 4.

ให้เข้ากับระบบกฎหมายไทย²⁴⁷ ดังนั้น วิธีทางในการคิด การเข้าใจ การศึกษาถึงนิติวิธีจึงเป็นหัวใจของระบบกฎหมายนั้นๆ การเรียนรู้นิติวิธีในระบบกฎหมายไทยจึงเป็นสิ่งที่จำเป็นอย่างยิ่ง ด้วยเหตุนี้ มาตรา 4 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยในปัจจุบัน ซึ่งเป็นมาตราที่บัญญัติเกี่ยวกับนิติวิธีของระบบประมวลกฎหมายไทยไว้ มาตรา 4 ดังกล่าวจึงเป็นมาตราที่สำคัญที่สุดในระบบกฎหมายของไทยที่จำต้องศึกษาต่อไป ในที่นี้ จึงมุ่งศึกษาภูมิหลังว่าด้วยการบัญญัติกฎหมายตาม มาตรา 4 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยในปัจจุบัน เพื่อทำให้เกิดความเข้าใจถึงที่มา และนิติวิธีในการเทียบเคียงกฎหมายที่เหมาะสมและสอดคล้องกับบริบทของกฎหมายไทยต่อไป

ทั้งนี้ ในการร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย ย่อมมีการศึกษาประมวลกฎหมายของต่างประเทศ²⁴⁸ ประกอบกับการนำหลักการแนวคิดที่ผู้ร่างกฎหมายในสมัยนั้นเห็นว่าเหมาะสมกับระบบกฎหมายไทยมาใช้เป็นแนวทางในการบัญญัติกฎหมาย เช่นนี้ ตามที่กรมการร่างกฎหมายได้อ้างถึง กฎหมายต่างประเทศที่สันนิษฐานว่าเป็นแนวทางในการบัญญัติกฎหมาย โดยมีลักษณะคล้ายคลึงกับมาตรา 4 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย จึงได้แก่ มาตรา 1 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งสวิส ค.ศ. 1907 มาตรา 6 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งสเปน ค.ศ. 1888 และมาตรา 3 แห่งบทบัญญัติว่าด้วยการประกาศ การตีความ และการใช้กฎหมายทั่วไปอิตาลี ค.ศ. 1865 ของอิตาลีเดิม เป็นต้น²⁴⁹

ตามบทบัญญัติมาตรา 1 วรรคหนึ่ง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งสวิส ค.ศ. 1907 บัญญัติว่า “บทกฎหมายนั้นต้องใช้ในบรรดากรณีซึ่งต้องด้วยบทบัญญัติใดๆ แห่งกฎหมายตามตัวอักษร หรือตามความมุ่งหมายของบทบัญญัตินั้นๆ” วรรคสอง “เมื่อไม่มีบทกฎหมายที่จะยกมาปรับคดีได้ ผู้พิพากษาจะต้องวินิจฉัยคดีตามกฎหมายจารีตประเพณีที่มีอยู่ แต่ถ้าในกรณีที่ไม่มีกฎหมายจารีตประเพณีเช่นนั้น ผู้พิพากษาจะต้องวินิจฉัยคดีตามกฎหมายเกณฑ์ซึ่งผู้พิพากษาจะกำหนดขึ้น ถ้าผู้พิพากษานั้นได้กระทำ

²⁴⁷ แสง บุญเฉลิมวิภาส, ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย, หน้า 231-232.

²⁴⁸ ประสิทธิ์ ไขวี่โลกุล, กฎหมายแพ่ง : หลักทั่วไป (คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 4-14), หน้า 100-102.

²⁴⁹ พระยาเทพวิฑูร (บุญช่วย วณิกกุล), คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ตอนที่ 1 (พระนคร: โรงพิมพ์ปอทอง, 2476), หน้า 33. และภฤทธิ นิลสนิท, "หลักกฎหมายทั่วไปในฐานะที่เป็นบ่อเกิดของกฎหมายตามมาตรา 4 แห่ง ป.พ.พ. : ศึกษาในเชิงประวัติศาสตร์และกฎหมายเปรียบเทียบ" (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2543), หน้า 51-53.

ตนให้มีหน้าที่เสมือนเป็นฝ่ายนิติบัญญัติ” วรรคสาม “ในที่นี่ ผู้พิพากษาจำเป็นจะต้องคำนึงถึงหลักกฎหมายและคำพิพากษาของศาลที่ได้รับรองเป็นแบบแผนไว้แล้ว” ²⁵⁰

บทบัญญัติมาตรา 6 วรรคสอง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งสเปน ค.ศ. 1888 บัญญัติว่า “กรณีที่ไม่มียกเว้นบทบัญญัติใดสามารถนำมาใช้บังคับกับประเด็นพิพาทนั้นได้ ให้ใช้ตามจารีตประเพณี และหากไม่มีจารีตประเพณี ก็ให้ใช้หลักกฎหมายทั่วไป” ²⁵¹

มาตรา 3 วรรคสอง แห่งบทบัญญัติว่าด้วยการประกาศ การตีความ และการใช้กฎหมายทั่วไปอิตาลี ค.ศ. 1865 บัญญัติว่า “เมื่อใดก็ตามที่คดีไม่สามารถตัดสินได้บนฐานของบทบัญญัติกฎหมายลายลักษณ์อักษร การตัดสินคดีให้พิจารณาโดยบทบัญญัติกฎหมายที่ใช้บังคับในคดีหรือเรื่องอย่างเดียวกันและคล้ายคลึงกัน หากคดียังคงเป็นที่สงสัยอยู่ ให้พิจารณาตามหลักกฎหมายทั่วไป” ²⁵²

ในการร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ระหว่างปี พ.ศ. 2451-2459 ภายใต้คณะกรรมการการร่างกฎหมายของนายยอร์ช ปาดูซ์ (Georges Padoux ชาวฝรั่งเศส) ได้ทำการร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 4 ซึ่งในขณะนั้นเป็นมาตรา 14 และมาตรา 15 โดยมีการตั้งสมมติฐานว่า นายยอร์ช ปาดูซ์ นำแนวคิดในการบัญญัติกฎหมายดังกล่าวมาจากมาตรา 1 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งสวิส ค.ศ. 1907 เพราะในสมัยนั้นนอกจากประมวลกฎหมายแพ่งของฝรั่งเศสและเยอรมันแล้ว ประมวลกฎหมายแพ่งของสวิสก็ได้รับความนิยมและมีความทันสมัยสะดวกต่อการ

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY

²⁵⁰ Swiss Civil Code (1907)

Article 1 “The Law must be applied in all cases which come within the letter or the spirit of any of its provisions.

Where no provision is applicable, the judge shall decide according to the existing Customary Law and, in default thereof, according to rules which he would lay down if he had himself to act as legislator.

Herein he must be guided by approved legal doctrine and case-law.”

²⁵¹ Spanish Civil Code (1888)

Article 6 “When there is no provision exactly applicable to the point at issue, the custom of the place shall be applied, and, in the absence thereof, the general principles of law”

²⁵² Provisions on the Publication, Interpretation, and Application of the Law in General (1865)

Article 3 “Whenever a case cannot be decided on the basis of precise provision of the written law, recourse shall be had to provisions governing similar and analogous cases or matters; if the case still remains doubtful, it shall be decided according to the general principles of law.”

นำมาใช้เช่นกัน²⁵³ โดยหากสังเกตตามประมวลกฎหมายแพ่งของฝรั่งเศสและเยอรมันจะมีบทบัญญัติที่เกี่ยวกับนิติวิธีในการใช้กฎหมายและการอุดช่องว่างแห่งกฎหมาย จึงเป็นที่ประจักษ์ว่า นายยอร์ช ปาดูซ์ ได้รับแรงจูงใจมาจากบทบัญญัติมาตรา 1 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งสวิส ค.ศ. 1907

แต่อย่างไรก็ตาม ในตอนท้ายของบทบัญญัติมาตรา 1 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งสวิส ค.ศ. 1907 ที่ให้ผู้พิพากษากำหนดกฎเกณฑ์ขึ้นมาเสมือนตนเองเป็นฝ่ายนิติบัญญัติ ได้ถูกวิพากษ์วิจารณ์อย่างมากว่าจะเป็นการขัดต่อหลักการแบ่งแยกอำนาจ²⁵⁴ เพราะฉะนั้น เพื่อขจัดปัญหาดังกล่าว นายยอร์ช ปาดูซ์ จึงหลีกเลี่ยงการดำเนินตามแนวคิดในตอนท้ายของบทบัญญัติมาตรา 1 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งสวิส ค.ศ. 1907 และไปพิจารณาตามประมวลกฎหมายแพ่งของประเทศอื่นๆ แทน ทั้งนี้ ประเทศอิตาลีในช่วงคริสต์ศตวรรษที่ 15-16 มีบทบาทสำคัญในทางวิชาการนิติศาสตร์ของยุโรป รวมถึงประเทศสเปน เป็นประเทศที่มีอาณาบริเวณกว้างขวาง ดังนั้น จึงเป็นปัจจัยสำคัญในการพิจารณาบทบัญญัติกฎหมายในประเทศอิตาลีและประเทศสเปน²⁵⁵

นอกจากนี้ ตามมาตรา 3 แห่งบทบัญญัติว่าด้วยการประกาศ การตีความ และการใช้กฎหมายทั่วไปอิตาลี ค.ศ. 1865 ขณะนั้น กับมาตรา 6 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งสเปน ค.ศ. 1888 ก็มีลักษณะการบัญญัติกฎหมายในตอนต้นคล้ายคลึงกับประมวลกฎหมายแพ่งของสวิส กล่าวคือ ให้ใช้บทบัญญัติกฎหมายลายลักษณ์อักษรก่อน ถ้าไม่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายลายลักษณ์อักษรจึงค่อยบัญญัติถึงนิติวิธีในการอุดช่องว่างแห่งกฎหมาย เช่นนี้ มาตรา 3 แห่งบทบัญญัติว่าด้วยการประกาศ การตีความ และการใช้กฎหมายทั่วไปอิตาลี ค.ศ. 1865 กับมาตรา 6 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งสเปน ค.ศ. 1888 จึงมีความสอดคล้องกับมาตรา 1 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งสวิส ค.ศ. 1907 และสามารถนำมาใช้แทนกันได้ อีกทั้ง บทบัญญัติว่าด้วยการประกาศ การตีความ และการใช้กฎหมายทั่วไปอิตาลี ค.ศ. 1865 กับประมวลกฎหมายแพ่งสเปน ค.ศ. 1888 ยังมีความเก่าแก่กว่าประมวลกฎหมายแพ่งสวิส ค.ศ. 1907 ด้วย

²⁵³ พิชาญ บุกลง หรือ เรอเน กียอง แบลโดย วิษณุ วรัญญู, "การตรวจชำระและร่างกฎหมายในกรุงสยาม," วารสารนิติศาสตร์ 1, 23 (2538).

²⁵⁴ Cheng, B., *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*. p. 11.

²⁵⁵ ภขุทธิ์ นิลสนิท, "หลักกฎหมายทั่วไปในฐานะที่เป็นบ่อเกิดของกฎหมายตามมาตรา 4 แห่ง ป.พ.พ. : ศึกษาในเชิงประวัติศาสตร์และกฎหมายเปรียบเทียบ" หน้า 52-53.

ต่อมา ในระหว่างปี พ.ศ. 2459-2465 ก็ได้มีการปรับปรุงคณะกรรมการร่างกฎหมายขึ้นมาใหม่ ซึ่งได้ประชุมและตรวจทางแก้ไขร่างประมวลกฎหมายไปมา²⁵⁶ จนถึงในปี พ.ศ. 2466 ร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยได้มีการประกาศในราชกิจจานุเบกษา โดยบทบัญญัติมาตรา 14 และมาตรา 15 ในร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยดังกล่าว ได้เลื่อนมาอยู่ในบทบัญญัติมาตรา 13 และมาตรา 14 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ พ.ศ. 2466 โดยบทบัญญัติมาตรา 13 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ พ.ศ. 2466 บัญญัติว่า “ถ้าไม่มีบทกฎหมายที่จะยกมาปรับแก้คดีใด ท่านให้ยกเอาจารีตประเพณีมาปรับแก้คดีนั้น” หรือ “If there is no law applicable to a case, custom shall apply.” และมาตรา 14 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ พ.ศ. 2466 บัญญัติว่า “ถ้าไม่มีบทกฎหมาย ฎาจารีตประเพณีที่จะนำมาวินิจฉัยแก้คดีใด ท่านให้วินิจฉัยคดีนั้นอาศัยเทียบบทที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง ถ้าเทียบหลักกฎหมายอันแพร่หลาย” หรือ “If there is neither law nor custom applicable to a case, the case shall be decided by analogy to the provision most nearly applicable or by the general principles”²⁵⁷

อีกทั้งมีอุทธรณ์ประกอบมาตรา 14 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ พ.ศ. 2466 ที่เกี่ยวกับการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง เช่น ตามมาตรา 332 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ วางหลักว่า ในหนึ่งกระทำการ ศาลจะสั่งบังคับให้บุคคลภายนอกกระทำการอันนั้นแทน โดยให้ลูกหนี้เสียค่าใช้จ่ายให้ก็ได้ แต่ในมาตรา 334 วางหลักว่า ในหนึ่งดเว้นกระทำการ ศาลอาจสั่งให้จัดการอันควร แต่ทั้งนี้ มิได้บัญญัติถึงผู้รับผิดชอบในค่าใช้จ่ายไว้ เช่นนี้ ศาลจึงอาศัยการเทียบเคียงบทบัญญัติมาตรา 332 แล้วอาจตัดสินให้ลูกหนี้เป็นผู้รับผิดชอบค่าใช้จ่ายนั้นได้ เป็นต้น²⁵⁸

อย่างไรก็ดี ภายหลังจากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ฉบับปี พ.ศ. 2466 ที่ได้ประกาศในราชกิจจานุเบกษาแล้ว แต่ยังไม่ผลใช้บังคับ จากนั้นได้มีการแต่งตั้งคณะกรรมการชำระประมวลกฎหมายขึ้นใหม่เพื่อแก้ไขประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ฉบับปี พ.ศ. 2466 ดังกล่าว โดย

²⁵⁶ แสง บุญเฉลิมวิภาส, ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย, หน้า 231-234.

²⁵⁷ กรมร่างกฎหมาย, คำแปลร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 1 พ.ศ. 2466 (กรุงเทพมหานคร: สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, 2466), หน้า 76/8.

²⁵⁸ กรมร่างกฎหมาย, Illustrations for Civil and Commercial Code (กรุงเทพมหานคร: สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, 2466), หน้า 78/9

คณะกรรมการชุดใหม่นี้ได้มีการประชุมกันในเนื้อหาที่เกี่ยวกับหลักการใช้กฎหมายและการอุดช่องว่างแห่งกฎหมาย ดังนี้²⁵⁹

ในการประชุมวันที่ 6 มีนาคม พ.ศ. 2467²⁶⁰ มีการถกเถียงกันเกี่ยวกับเรื่องลำดับการปรับใช้กฎหมายเพื่ออุดช่องว่างแห่งกฎหมาย โดยเริ่มจากการเสนอของพระยามานวราชเสวี (ปลอด วิเชียร ณ สงขลา) ว่าควรนำเอาเรื่องการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งมาปรับใช้ก่อนการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายโดยอาศัยจารีตประเพณี ทั้งนี้เพราะการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งเอาหลักมาจากการเทียบเคียงตัวบทกฎหมาย เมื่อมีตัวบทกฎหมายอยู่แล้วจะเอาจารีตประเพณีมาใช้ก่อนไม่ได้ แต่นายเรมึ เดอ ปลังเตอโรส และนายเรอเน่ กียอง คัดค้านว่า การเทียบเคียงบทกฎหมายจะกระทำได้อต่อเมื่อสิ้นสุดหนทางที่จะบังคับโดยตรงแล้ว การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งจึงควรนำมาปรับใช้ในลำดับหลัง เพราะไม่ใช่ตัวบทโดยตรง แต่เป็นการเทียบเอาจากเรื่องที่อยู่ตัวบทแล้วหาเหตุผลมาบังคับกับเรื่องที่ไม่มีตัวบท อีกทั้ง พระยาเทพวิฑูร (บุญช่วย วณิกกุล) ก็เสริมว่า ตามวิธีในกฎหมายอังกฤษ ถ้าไม่มีตัวบทกฎหมายก็ให้ใช้ประเพณี เพราะเป็นเรื่องใกล้เคียงกับธรรมชาติที่สุดที่บุคคลจะประพฤติต่อกัน

นอกจากนั้น หลวงสารสาสน์ประพันธ์ (ชื่น จารุวัตร) ได้เสนอต่อที่ประชุมว่า ประเด็นปัญหาว่าจะใช้การเทียบบทกฎหมายก่อนหรือจารีตประเพณีก่อนนั้นขึ้นอยู่กับที่จะให้มาตราดังกล่าวนี้เป็นกฎหมายเรื่องอะไร ประการแรก ถ้าจะให้เป็นการแปลงบทกฎหมายหลักกฎหมายแล้ว การเทียบเคียงบทกฎหมายต้องมาก่อน เพราะเป็นการหาหลักกฎหมายอันเกิดจากตัวบทกฎหมายนั่นเอง ประการที่สอง ถ้าเป็นบทให้อำนาจหรือการใช้กฎหมายจะต้องถือว่าเรื่องการเทียบเคียงตัวบทกับเรื่องหลักกฎหมายทั่วไปไม่ควรนำมาบัญญัติไว้ในส่วนนี้ เพราะกฎหมายที่จะบังคับใช้ คือ ตัวบทกฎหมายและประเพณีเท่านั้น ซึ่งนายเรอเน่ กียอง เห็นว่า มาตรานี้เป็นบทบังคับอนุญาตว่าถ้าแปลตัวบทไม่ได้แล้ว ให้ใช้จารีตประเพณี ต่อมาถ้าไม่มีตัวบทกฎหมายและจารีตประเพณีจึงให้อำนาจศาลใช้เทียบเคียงบทกฎหมายเพื่อบังคับกับคดีได้ ดังนั้น ถ้าไม่มีกฎหมายบอกไว้ ศาลก็จะมีอำนาจอ้างการเทียบเคียงได้ เพราะการเทียบเคียงตัวบทกฎหมายไม่ใช่ตัวบทกฎหมายหรือความประสงค์ของตัวบท

²⁵⁹ ทวี ฤกษ์จำนง, "รายงานการประชุมร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และ บันทึกประกอบ," บทบัญญัติ 20, 3 (2505).

²⁶⁰ ปี พ.ศ. 2468 ในปีปฏิทินปัจจุบัน

กฎหมายนั้นโดยตรง รวมถึง เรื่องหลักกฎหมายทั่วไปก็เช่นกัน ถ้าไม่มีกฎหมายอนุญาตไว้ ศาลจะอ้างหลักกฎหมายทั่วไปมาใช้ไม่ได้ ซึ่งศาลจะต้องบังคับคดีจะปฏิเสธความยุติธรรมไม่ได้

อย่างไรก็ตาม หลวงสารสาสน์ประพันธ์ก็เห็นว่า แม้อ่อนต้นของบทบัญญัติดังกล่าวจะสามารถเข้าใจได้อย่างดี แต่ในเรื่องการให้อำนาจเทียบเคียงตัวบทนั้นอันตรายมาก เพราะบังคับตามความเห็นของบุคคล ไม่ใช่ตามกฎหมายที่จัดทำขึ้นไว้แล้วโดยสุขุมรอบคอบ เช่นนี้ ถ้าจะตั้งหลักกว้างๆ ต้องรวมเรื่องการแปลงกฎหมายให้ครบเหมือนกฎหมายแพ่งสวิส แต่กระนั้น นายเรอเน่ กียอง แย้งต่อว่า ถ้าบัญญัติอย่างประมวลกฎหมายแพ่งสวิสจะกว้างมากเกินไป การแปลตัวบทและความประสงค์ของตัวบทนั้นเป็นหน้าที่ของศาลที่พึงต้องรู้เองในเวลาใช้กฎหมายบังคับคดี เจตนาในการบัญญัติกฎหมายมาตรานี้ประสงค์จะกล่าวถึงเฉพาะกรณีที่ตัวบทกฎหมายไม่มี โดยคำพิพากษาของศาลสามารถอาศัยมาตรานี้ได้ก็พอแล้ว

ต่อมา ในการประชุมวันที่ 10 มีนาคม พ.ศ. 2467²⁶¹ นายเรอเน่ กียอง ยังคงยืนยันว่า เรื่องมาตรา 13 และมาตรา 14 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ พ.ศ. 2466 ไม่ควรแก้ไขลำดับเนื้อเรื่อง ควรให้มาตราทั้งสองนั้นอนุญาตเรื่องใช้กฎหมายและเรื่องแปลงกฎหมายรวมกันไป หลวงสารสาสน์ประพันธ์จึงเห็นว่า ข้อความที่ได้คัดค้านตามความเห็นของพระยามานวราชเสวีนั้น มีเหตุผลว่าอย่าเอาหลักกฎหมายสองเรื่องมาปนกัน จะใช้จารีตประเพณีก่อนการเทียบเคียงตัวบทไม่ได้ เพราะบทกฎหมายยังมีอยู่ ประเทศที่ใช้ประมวลกฎหมายต้องถือตัวบทเป็นเกณฑ์ปรับใช้จนหมดหนทางเสียก่อน จึงค่อยหันมาหาจารีตประเพณีและหลักกฎหมายทั่วไป ถ้าจะเอารวมกันก็ให้จารีตประเพณีมาทีหลัง แต่ที่ประชุมส่วนใหญ่มีมติออกมาว่า ไม่ควรแก้ไขกฎหมายให้เป็นไปตามมาตรา 1 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งสวิส ค.ศ. 1907 เช่นนี้ จึงนับได้ว่าจุดนี้เป็นข้อแตกต่างประการสำคัญอย่างหนึ่งระหว่างมาตรา 1 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งสวิส กับมาตรา 4 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยในปัจจุบัน

ในการประชุมวันที่ 13 มีนาคม พ.ศ. 2467²⁶² ถัดมา กรรมการร่างกฎหมายฝ่ายฝรั่งเศสจึงเห็นว่าสมควรจัดร่างกฎหมายใหม่นั้นขึ้นมาได้และไม่ขัดกับหลักเกณฑ์อื่นๆ ในบรรพ 1-3 ที่ทำมาแล้ว

²⁶¹ ปี พ.ศ. 2468 ในปีปฏิทินปัจจุบัน

²⁶² ปี พ.ศ. 2468 ในปีปฏิทินปัจจุบัน

โดยร่างกฎหมายใหม่มีการรวมข้อความในมาตรา 13 และมาตรา 14 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ฉบับปี พ.ศ. 2466 เข้าด้วยกัน ซึ่งที่ประชุมตกลงเห็นด้วยตามความในร่างให้มีการจัดตั้งเป็นฉบับแทนมาตรา 13 และมาตรา 14 ดังกล่าว อันเป็นบทกฎหมายเกี่ยวกับหลักการแปลกฎหมายและการใช้กฎหมาย ทั้งนี้ หลวงสารสาสน์ประพันธ์เห็นว่า ในร่างนี้มีคำว่า “Analogy” อยู่ด้วย แปลว่า รวมทั้งที่มาแห่งกฎหมายที่จะใช้บังคับคดีได้เหมือนตัวบท คือ (1) ตัวบทที่เป็นลายลักษณ์อักษร (2) ประเพณีที่เรียกกันว่าจารีตประเพณี (3) หลักกฎหมายทั่วไป นอกจากนี้ยังมีหลักเกณฑ์การแปลเจตนาความประสงค์ของผู้ร่างกฎหมายและความหมายของตัวบทกฎหมาย ซึ่งเรียกว่า ลักษณะการแปลกฎหมายรวมอยู่ในมาตราเดียวกัน คือ (1) แปลโดยเทียบบทที่รู้หาหลักกฎหมายที่ไม่มีตัวบทโดยตรงบอกไว้ (2) ความเห็นของผู้มีความรู้กฎหมายที่เขียนตำราเรียนเอามาช่วยการแปลหลักกฎหมายและบทกฎหมาย (3) หลักกฎหมายที่เกิดจากวิชากฎหมาย Jurisprudence อาจเป็นคำพิพากษาของศาลสูงที่ถึงที่สุดแล้วหรือวิชากฎหมายต่างประเทศ

พระยาจินดาภิรมย์ฯ เสนอที่ประชุมต่อว่า เมื่อแก้มาตราต่างๆ ในบรรพ 1 แล้ว ควรจัดรูปประมวลกฎหมายใหม่นี้ให้มีบททั่วไปเกี่ยวกับหลักกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ต่อมาในวันที่ 17 มีนาคม พ.ศ. 2467²⁶³ ที่ประชุมจึงตกลงว่า ให้จัดระเบียบแยกบทมาตราออกเป็น ส่วน หลักกฎหมายทั่วไปเอาไว้ในเบื้องต้น โดยจัดแบ่งใหม่ ดังนี้ (1) ข้อความเบื้องต้นเกี่ยวกับนามของกฎหมาย และวันใช้กฎหมาย กำหนดเล็กกฎหมายเก่า (2) หลักกฎหมายทั่วไป General Principles of Law ในบรรพ 1 ส่วนบรรพ 2 ว่าด้วยลักษณะหนี้ทั่วไป (3) บทกฎหมายทั่วไป General Provisions หรือที่เรียกว่า บทเบ็ดเสร็จทั่วไป

หลังจากนั้น ในการประชุมวันที่ 27 พฤษภาคม พ.ศ. 2468 ที่ประชุมจึงได้พิจารณาข้อความบทมาตราที่เรียบเรียงเป็นร่างขึ้นใหม่ จากมาตรา 13 และมาตรา 14 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ฉบับปี พ.ศ. 2466 ที่ตัดออก เปลี่ยนมาเป็นมาตรา 4 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย ฉบับปี พ.ศ. 2468 ซึ่งในวันที่ 11 พฤศจิกายน พ.ศ. 2468 ได้มีพระราชกฤษฎีกายกเลิกประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 1 และบรรพ 2 ฉบับปี พ.ศ. 2466 และให้ใช้ประมวล

²⁶³ ปี พ.ศ. 2468 ในปีปฏิทินปัจจุบัน

กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ฉบับปี พ.ศ. 2468 ที่ได้ตรวจชำระใหม่นี้แทน โดยในมาตรา 4 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย ฉบับปี พ.ศ. 2468 มีเนื้อความดังต่อไปนี้²⁶⁴

“อันกฎหมายนั้น ท่านว่าต้องใช้ในบังคับกรณีซึ่งต้องด้วยบทบัญญัติใดๆ แห่งกฎหมายตามตัวอักษร หรือตามความมุ่งหมายของบทบัญญัตินั้นๆ

เมื่อไม่มีบทกฎหมายที่จะยกมาปรับคดีได้ ท่านให้วินิจฉัยคดีนั้นตามคลองจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น

ถ้าไม่มีจารีตประเพณีเช่นนั้น ท่านให้วินิจฉัยคดีอาศัยเทียบบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง และถ้าบทกฎหมายเช่นนั้นไม่มีด้วยไซ้ ท่านให้วินิจฉัยตามหลักกฎหมายทั่วไป”

หรือ ในฉบับร่างภาษาอังกฤษมีเนื้อความว่า

“The law must be applied in all cases which come within the letter or the spirit of any of its provisions.

Where no provision is applicable the case shall be decided according to the local custom.

If there is no such custom, the case shall be decided by analogy to the provision most nearly applicable, and, in default of such provision, by the general principles of law.”²⁶⁵

ต่อมา ในปี พ.ศ. 2535 ได้มีการแก้ไขตรวจชำระประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 1 ใหม่อีกครั้ง ซึ่งจากการแก้ไขตรวจชำระประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ดังกล่าว ได้รวมมาตรา 4 วรคสองและวรรคสาม แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย ฉบับปี พ.ศ. 2468 เข้าไว้

²⁶⁴ กรมร่างกฎหมาย, การตรวจแก้ร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 1-2 พ.ศ. 2468 (กรุงเทพมหานคร: สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, 2468), หน้า 81/6. และพระยาบริรักษ์ นิติเกษตร, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ พุทธศักราช 2468 บรรพ 1 และ 2 (พระนคร: โรงพิมพ์เดลิแมร์, 2475), หน้า 1-4.

²⁶⁵ กรมร่างกฎหมาย, การตรวจแก้ร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 1-2 พ.ศ. 2468, หน้า 97/14 - 79/15.

ด้วยกัน ซึ่งตามมาตรา 4 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ พ.ศ. 2535 ยังคงใจความสำคัญไว้เช่นเดิม ดังนี้

“กฎหมายนั้น ต้องใช้ในบรรดากรณีซึ่งต้องด้วยบทบัญญัติใดๆ แห่งกฎหมายตามตัวอักษร หรือตามความมุ่งหมายของบทบัญญัตินั้นๆ

เมื่อไม่มีบทกฎหมายที่จะยกมาปรับคดีได้ ให้วินิจฉัยคดีนั้นตามจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น ถ้าไม่มีจารีตประเพณีเช่นว่านั้น ให้วินิจฉัยคดีอาศัยเทียบบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง และถ้าบทกฎหมายเช่นนั้นก็ไม่มีความด้วย ให้วินิจฉัยตามหลักกฎหมายทั่วไป”

3.7.2 หลักการตามบทบัญญัติมาตรา 4 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ พ.ศ. 2535

มาตรา 4 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย พ.ศ. 2535 อันเป็นบทบัญญัติที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบัน ซึ่งตามมาตรา 4 ดังกล่าวบัญญัติว่า “กฎหมายนั้น ต้องใช้ในบรรดากรณีซึ่งต้องด้วยบทบัญญัติใดๆ แห่งกฎหมายตามตัวอักษร หรือตามความมุ่งหมายของบทบัญญัตินั้นๆ” และในวรรคสอง “เมื่อไม่มีบทกฎหมายที่จะยกมาปรับคดีได้ ให้วินิจฉัยคดีนั้นตามจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น ถ้าไม่มีจารีตประเพณีเช่นว่านั้น ให้วินิจฉัยคดีอาศัยเทียบบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง และถ้าบทกฎหมายเช่นนั้นก็ไม่มีความด้วย ให้วินิจฉัยตามหลักกฎหมายทั่วไป”

คำว่า “กฎหมายนั้น” หมายถึง บทกฎหมายลายลักษณ์อักษรเท่านั้น หรือหมายถึงกฎหมายอย่างกว้างที่รวมทั้งกฎหมายที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษรด้วย ทั้งนี้ เจ้าคุณเทพวิฑูรฯ กรรมการร่างประมวลกฎหมายอธิบายว่า กฎหมายนั้นที่ต้องให้ใช้ในบรรดากรณีที่ต้องด้วยบทบัญญัติใดๆ แห่งกฎหมายตามตัวอักษร คือ บทกฎหมายเท่านั้น²⁶⁶ เพราะคำว่า “กฎหมาย” อยู่หน้าบทบัญญัติแห่งกฎหมาย

นอกจากนี้ มาตรา 4 วรรคหนึ่ง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย มีที่มาจากมาตรา 1 วรรคหนึ่ง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งสวิส ค.ศ. 1907 ซึ่งเขียนไว้ชัดเจนในคำแปลภาษา

²⁶⁶ พระยาเทพวิฑูร (บุญช่วย วณิกกุล), คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ตอนที่ 1, หน้า 22-25.

อังกฤษที่ว่า “The law must be applied in all cases which come within the letter or the spirit of any of its provisions.” ซึ่งแปลได้ว่า “บทกฎหมายนั้นต้องใช้ให้ต้องด้วยกรณี” แต่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยกลับใช้คำว่า “กฎหมายนั้น”²⁶⁷ อนึ่ง คำว่า “กฎหมาย” ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ฉบับปี พ.ศ. 2466 ได้ให้ความหมายคำจำกัดความไว้ในมาตรา 4 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ พ.ศ. 2466 ว่า “คำว่า กฎหมาย ให้หมายความเฉพาะแต่ประมวลกฎหมาย พระราชบัญญัติ กฎหมาย พระราชกฤษฎีกา ถ้าพระราชกำหนดอื่นซึ่งพระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัวมีพระบรมราชโองการโปรดเกล้าฯ ให้บัญญัติขึ้นและประกาศใช้เป็นกฎหมาย” หรือ “Law denotes exclusively any Code, Act, Law, Decree or other rule enacted by His Majesty the King and promulgated.”²⁶⁸ ซึ่งหมายถึงเฉพาะกฎหมายที่เป็นบทกฎหมายลายลักษณ์อักษรเท่านั้น แต่อย่างไรก็ตาม ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ฉบับปี พ.ศ. 2468 ได้ตัดนิยามความหมายของคำว่า “กฎหมาย” ออกไป

ในทางตรงกันข้าม ความเห็นของนักกฎหมายหลายท่าน เช่น ศาสตราจารย์ ดร.หยุด แสงอุทัย และศาสตราจารย์ ดร.ปรีดี เกษมทรัพย์ ได้โต้แย้งโดยเห็นว่า “กฎหมาย” ในที่นี้ หมายถึงการใช้กฎหมายทั้งปวง ทั้งบทกฎหมายลายลักษณ์อักษรและกฎหมายที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษร เพราะมาตรา 4 เป็นหลักการใช้กฎหมาย กล่าวคือ การใช้กฎหมายต้องใช้ให้ต้องด้วยกรณี ถ้าใช้ผิดจากกรณีก็ไม่ใช่การใช้กฎหมาย²⁶⁹ ทั้งนี้ เป็นที่น่าพิจารณาว่าการแปลความกฎหมายมาตราดังกล่าวจะถือตามความประสงค์ของผู้ร่างกฎหมายหรือไม่ ซึ่งถ้าถือตามความประสงค์ของผู้ร่างจะเป็นการจำกัดความหมายของกฎหมายในความหมายอย่างแคบ แต่ถ้าถือว่ากฎหมายมีชีวิตจิตใจมีจิตวิญญาณในตัวกฎหมายเอง การรับฟังความเห็นในความหมายของกฎหมายอย่างกว้างก็เป็นสิ่งที่ควรได้รับการยอมรับ ซึ่งจะทำให้มาตรา 4 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย มีความทันสมัยและสามารถปรับใช้ได้กว้างกว่าประมวลกฎหมายแพ่งสวิสด้วยเช่นกัน

ทั้งนี้ พิจารณามาตรา 4 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย ในการใช้กฎหมายจึงอาจแบ่งออกเป็น 2 ส่วน คือ การใช้กฎหมายตามตัวอักษรและการปรับใช้กฎหมายที่ไม่เป็นไปตาม

²⁶⁷ กิตติศักดิ์ ปรกติ, "ประวัติการร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย," *วารสารนิติศาสตร์* 42, 4 (2556).

²⁶⁸ ทวี ฤกษ์จำนง, "รายงานการประชุมร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และ บันทึกประกอบ," *บทบัญญัติ*.

²⁶⁹ หยุด แสงอุทัย, *ช่องว่างแห่งกฎหมาย*, หน้า 28-30.

ตัวอักษร โดยในส่วนที่เป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษร หัวใจแห่งกฎหมายหาใช่ตัวอักษรของตัวบทกฎหมายนั้นไม่ ตัวบทกฎหมายลายลักษณ์อักษรเป็นเพียงเครื่องสะท้อนให้เห็นว่ากฎหมายจริงๆ นั้นเป็นอย่างไร นอกจากนั้น ในส่วนของการปรับใช้กฎหมายที่ไม่เป็นไปตามตัวอักษรก็มีการปรับใช้กฎหมายจารีตประเพณีที่ไม่มีการบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร และยังมีการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง รวมถึง การใช้หลักกฎหมายทั่วไป เพื่อเป็นการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายนั้นด้วย

อย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณาบทบัญญัติมาตรา 4 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยอย่างละเอียดถี่ถ้วนอาจกล่าวได้อีกว่า ตามมาตรา 4 วรรคหนึ่ง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย เป็นเรื่องของการใช้กฎหมายและการตีความกฎหมาย ส่วนในมาตรา 4 วรรคสอง ดังกล่าว เป็นเรื่องของการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายในกรณีที่ไม่สามารถใช้บทกฎหมายลายลักษณ์อักษรปรับแก้คดีที่เกิดขึ้นได้ ซึ่งความประสงค์อันสำคัญยิ่งของมาตรา 4 วรรคสอง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย คือ เพื่อที่จะอุดช่องว่างแห่งกฎหมายโดยสามารถนำนิติวิธีทางกฎหมายไปปรับใช้กับกรณีปัญหาช่องว่างแห่งกฎหมายที่เกิดขึ้นได้มากที่สุด

ทั้งนี้ โดยหลักแล้วในการใช้การตีความกฎหมาย ผู้ใช้กฎหมายจะต้องใช้และตีความกฎหมายตามตัวอักษรและตามเจตนารมณ์หรือความมุ่งหมายของบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นไปพร้อมกัน แต่กระนั้น เมื่อได้มีการใช้การตีความบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดแล้ว แต่ก็ยังไม่สามารถวินิจฉัยปัญหาข้อกฎหมายนั้นได้ โดยเกิดช่องว่างแห่งกฎหมายขึ้น ซึ่งการใช้การตีความตามเจตนารมณ์หรือความมุ่งหมายของบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นก็ครอบคลุมไปไม่ถึง ในทางนิติวิธีจึงได้แก้ปัญหาโดยใช้วิธีการอุดช่องว่างแห่งกฎหมาย เช่นนี้ ในการศึกษานิติวิธีการปรับใช้กฎหมายเพื่ออุดช่องว่างแห่งกฎหมายตามมาตรา 4 วรรคสอง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ จึงเป็นการอุดช่องว่างนอกเหนือจากที่บทบัญญัติของกฎหมายลายลักษณ์อักษรบัญญัติไว้ ซึ่งจะต้องกระทำตามลำดับ ดังนี้

ประการแรก ถ้าไม่มีบทบัญญัติกฎหมายตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่จะยกมาปรับแก้กรณีได้ ให้พิจารณาว่ากรณีนี้มีจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่นปฏิบัติกันมาอย่างไร ซึ่งการนำจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่นมาอุดช่องว่างแห่งกฎหมาย เนื่องมาจากจารีตประเพณีเป็นสิ่งที่นิยมสืบเนื่องกันมาของบุคคลในท้องถิ่น ฉะนั้น ในกรณีที่ไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้และคู่กรณีก็ได้ตกลงกัน

เป็นอย่างอื่น ตามมาตรา 4 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์จึงถือว่าคู่กรณีเจตนาที่จะให้บังคับตามจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น

ประการที่สอง ในกรณีที่ไม่มีจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่นที่จะยกมาปรับแก้กรณี ให้ศาลวินิจฉัยโดยเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง โดยศาลจะต้องพิจารณาว่ามีบทบัญญัติใดที่มีข้อความใกล้เคียงกับกรณีที่กำลังจะวินิจฉัยอยู่ ซึ่งศาลต้องพิจารณาบทบัญญัตินั้นจากกฎหมายไทย ศาลไม่อาจเทียบเคียงโดยอ้างความคล้ายคลึงกับบทกฎหมายต่างประเทศได้²⁷⁰

ตัวอย่างตามตำราของหลวงประดิษฐมนูธรรม (ปรีดี พนมยงค์) ซึ่งได้ยกตัวอย่างกรณีที่ไม่มีบทกฎหมายว่าด้วยความเกี่ยวพันระหว่างผู้เป็นหุ้นส่วนซึ่งลงทุนด้วยแรงงานในห้างหุ้นส่วนสามัญ เช่นนี้ ปัญหาว่าจะใช้กฎหมายใดบังคับ ซึ่งหากพิจารณา ผู้เป็นหุ้นส่วนที่ลงทุนด้วยแรงงานนั้น มีลักษณะคล้ายลูกจ้างซึ่งทำงานให้แก่นายจ้าง ดังนั้น จึงอาจนำบทบัญญัติในเรื่องจ้างแรงงานมาบังคับถึงความเกี่ยวพันแห่งผู้เป็นหุ้นส่วน อาทิ เรื่องการเลิกสัญญาในเมื่อผู้เป็นหุ้นส่วนที่ลงแรงงานไม่สามารถที่จะทำการงานให้แก่ห้างหุ้นส่วนได้²⁷¹ เป็นต้น

ตัวอย่างตามตำราของศาสตราจารย์ ดร.หยุด แสงอุทัย ในกรณีที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มิได้บัญญัติเรื่องสัญญาว่านไว้ เช่นนี้ ถ้าตัวอย่างปัญหาเป็นกรณีที่นาย ก วานให้นาย ข ไปซื้อหนังสือให้ แต่ขณะที่นาย ข เดินทางเพื่อนำหนังสือมาให้ นาย ก ปรากฏว่านาย ข ทำหนังสือของนาย ก และหนังสือของนาย ข เอง ตกไปในน้ำ ทำให้หนังสือของนาย ก และนาย ข เสียหาย ปัญหาจึงมีอยู่ว่า นาย ก จะฟ้องเรียกค่าเสียหายจากนาย ข ได้หรือไม่

ดังจะเห็นได้ว่า ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยไม่มีบทบัญญัติว่าด้วยสัญญาว่าน และกรณีนี้ก็ไม่ปรากฏว่ามีจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น ฉะนั้น จะต้องพิจารณาหาบทบัญญัติที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งมาเทียบเคียงเพื่อใช้บังคับ ซึ่งในกรณีนี้ ศาสตราจารย์ ดร.หยุด แสงอุทัย เห็นว่า ควรนำมาตรา 659 วรรคหนึ่ง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาใช้ในฐานที่เป็นบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งมาปรับแก้กรณีเพื่อเป็นการอุดช่องว่างกฎหมาย ซึ่งตามมาตรา 659 วรรคหนึ่ง

²⁷⁰ หลวงประดิษฐมนูธรรม (ปรีดี พนมยงค์), บันทึกข้อความสำคัญประกอบด้วยอุทธรณ์และคำแนะนำแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 1 (พระนคร: โรงพิมพ์นิติสาส์น, 2471), หน้า 38.

²⁷¹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 38.

บัญญัติว่า “ถ้าการรับฝากทรัพย์สินเป็นการทำให้เปล่าไม่มีบำเหน็จไซ้ ท่านว่าผู้รับฝากจำต้องใช้ความระมัดระวังสงวนทรัพย์สินซึ่งฝากนั้นเหมือนเช่นเคยประพฤติในกิจการของตนเอง” ในการเทียบเคียงปรับบทบัญญัติเรื่องฝากทรัพย์สินกับเรื่องสัญญาความเป็นกรณีที่สองฝ่ายหนึ่งทำให้เปล่าเช่นเดียวกันหน้าที่และความรับผิดชอบของอีกฝ่ายหนึ่งจึงควรเหมือนกัน เช่นนี้ เมื่อนำมาตรา 659 วรรคหนึ่ง มาปรับแก้กรณีในฐานะที่เป็นบทที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งแล้ว นาย ข จึงไม่ต้องรับผิดชอบในการกระทำของนาย ข ที่ทำให้หนังสือของนาย ก ได้รับความเสียหาย โดยนาย ข ได้ใช้ความระมัดระวังรักษาหนังสือของนาย ก เท่ากับหนังสือของนาย ข เองแล้ว²⁷² เป็นต้น

ประการที่สาม ในกรณีที่ไม่สามารถหาบทบัญญัติของกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาปรับแก้กรณีได้ ให้วินิจฉัยโดยใช้หลักกฎหมายทั่วไป อย่างไรก็ตาม ความหมายของคำว่า “หลักกฎหมายทั่วไป” มีความเห็นเป็น 2 แนวความเห็น²⁷³ ดังนี้

ความเห็นแรก เห็นว่า หลักกฎหมายทั่วไป ได้แก่ สุภาชิตกฎหมายลาตินต่างๆ ในตำรากฎหมาย เช่น หลักผู้รับโอนไม่มีสิทธิดีกว่าผู้โอน เป็นต้น ด้วยเหตุที่ว่าในขณะที่ร่างกฎหมาย ผู้ร่างกฎหมายไทยย่อมมีแต่สุภาชิตกฎหมายลาตินเท่านั้นที่พอจะถือเป็นหลักกฎหมายทั่วไปได้

ความเห็นที่สอง เห็นว่า หลักกฎหมายทั่วไปจะต้องค้นหาจากบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เท่านั้น ทั้งนี้เพราะในขณะที่ผู้ร่างกฎหมายจะร่างบทกฎหมายมาตรานั้นๆ ย่อมมีหลักกฎหมายทั่วไปที่อยู่ในใจ และหลักกฎหมายทั่วไปหลักหนึ่งๆ ซึ่งอยู่ในใจของผู้ร่างนี้ย่อมกระจัดกระจายกันอยู่ในมาตราต่างๆ ของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ด้วยเหตุนี้ ถ้านำมาตราต่างๆ ซึ่งบัญญัติไว้ในเรื่องต่างๆ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เช่น เรื่องการโอนทรัพย์สิน มาไว้ในที่เดียวกัน ก็อาจยังให้ทราบถึงหลักกฎหมายทั่วไปได้ ดังเช่น หลักผู้รับโอนไม่มีสิทธิดีกว่าผู้โอน ซึ่งใช้วิธีการอุปนัย (Induction)

ทั้งนี้ ในความเห็นเรื่องความหมายของคำว่า “หลักกฎหมายทั่วไป” มีความเห็นของศาสตราจารย์ ดร.หยุด แสงอุทัย เห็นว่า วิธีค้นหาหลักกฎหมายทั่วไปควรเป็นไปตามความเห็นที่สอง เพราะการที่นำเอาสุภาชิตกฎหมายลาตินมาใช้ในฐานะเป็นหลักกฎหมายทั่วไปนั้น อาจเป็นการขัดกับ

²⁷² หยุด แสงอุทัย แก้ไขปรับปรุงโดย สมยศ เชื้อไทย, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป, หน้า 134-135.

²⁷³ เรื่องเดียวกัน, หน้า 135.

ระบบของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้ และจะเป็นการไม่ยุติธรรมแก่คู่กรณีในบางกรณี แต่การหาหลักกฎหมายทั่วไปจากมาตราต่างๆ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นั้น หลักกฎหมายทั่วไปนี้เป็นหลักที่นำมาใช้ในการร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์อยู่แล้ว ฉะนั้น การอุดช่องว่างด้วยหลักกฎหมายทั่วไปตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์จึงเหมาะสมและเป็นธรรมมากกว่า²⁷⁴ เป็นต้น

อนึ่ง การศึกษาถึงนิติวิธีในการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายโดยการใช้จารีตประเพณีแห่งท้องถิ่นกับการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายโดยใช้หลักกฎหมายทั่วไป ในการศึกษาเนื้อหารายละเอียดดังกล่าวอย่างครบถ้วนเป็นเรื่องที่ลึกซึ้งและมีรายละเอียดปลีกย่อยให้ได้รับการศึกษาพิเคราะห์อีกมากมาย แต่อย่างไรก็ตาม มิใช่ความมุ่งหมายของการศึกษาในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ดังนั้น ในที่นี้จึงประสงค์จะเสนอเพียงลำดับการปรับใช้นิติวิธีเพื่ออุดช่องว่างแห่งกฎหมายตามมาตรา 4 วรรคสอง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยเท่านั้น โดยจะเน้นถึงนิติวิธีในการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายโดยอาศัยการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในรายละเอียดต่อไป

3.7.3 หลักการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในกฎหมายไทย

เนื่องจากการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง หรือการ Analogy เป็นศิลปะของนิติวิธี ในบทนี้ ผู้วิจัยจึงจะกล่าวถึงหลักการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในเบื้องต้นตามที่มีการกล่าวอ้างไว้ในตำราต่างๆ ซึ่งในที่นี้จะยังไม่มีมีการพิเคราะห์หาหลักเกณฑ์และขอบเขตในการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง โดยผู้วิจัยจะทำการศึกษาอย่างละเอียดและวิเคราะห์ปัญหาในบทต่อไป

กรณีการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง ในแวดวงกฎหมายไทยพบคำอธิบายของนักกฎหมายที่กล่าวถึงนิติวิธีในการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งไว้ ดังเช่น

²⁷⁴ เรื่องเดียวกัน, หน้า 135.

ศาสตราจารย์ ดร.หยุด แสงอุทัย กล่าวว่า “ถ้าไม่มีจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น ก็ต้องพิจารณาโดยอาศัยกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง ซึ่งเป็นกรณีที่ยกบทกฎหมายที่บัญญัติไว้ในเรื่องอื่น แต่เป็นบทกฎหมายที่บัญญัติไว้สำหรับข้อเท็จจริงที่ใกล้เคียงกัน” ²⁷⁵

ศาสตราจารย์พิเศษ ชานินทร์ กรัยวิเชียร และศาสตราจารย์พิเศษ วิชา มหาคุณ ร่วมกันอธิบายไว้ว่า “ในกรณีที่ไม่มีจารีตประเพณี ศาลต้องวินิจฉัยคดีโดยอาศัยบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง บทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง จะต้องมีความหมายในอันที่จะใช้ปรับแก้คดีนั้นได้” ²⁷⁶

ดร.มานิตย์ วงศ์เสรี ได้กล่าวไว้ว่า “การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง (Analogy) อันเป็นการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายในลักษณะที่ให้ศาลหรือผู้ใช้กฎหมายย้อนกลับไปพิจารณาค้นหาหลักเกณฑ์ของบทบัญญัติที่เป็นกฎหมายของรัฐ” ²⁷⁷

รองศาสตราจารย์ ดร.วรเจตน์ ภาคีรัตน์ ได้กล่าวว่า “การอุดช่องว่างแห่งกฎหมายด้วยวิธีการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งนับเป็นวิธีการอุดช่องว่างของกฎหมายที่สำคัญที่สุดในกรณีที่เกิดช่องว่างของกฎหมายแบบเปิด (praeter verba legis) ขึ้น การใช้กฎหมายโดยเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งได้รับการบัญญัติยอมรับไว้อย่างชัดเจนในมาตรา 4 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์...” ²⁷⁸

รองศาสตราจารย์ ดร.กิตติศักดิ์ ปกติ ได้กล่าวว่า “กฎหมายที่เราเอาปรับมาใช้ในกรณีเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง ไม่ใช่กฎหมายลายลักษณ์อักษร แต่คือเหตุผลของบทบัญญัติลายลักษณ์อักษร เพราะถ้าเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรก็ใช้ไปแล้วตามลำดับการใช้บทกฎหมายตามตัวอักษรที่ต้องด้วยกรณีตามมาตรา 4 วรรคหนึ่ง” ²⁷⁹

²⁷⁵ หยุด แสงอุทัย แก้ไขปรับปรุงโดย สมยศ เชื้อไทย, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป, หน้า 134-135.

²⁷⁶ ชานินทร์ กรัยวิเชียร และวิชา มหาคุณ, การตีความกฎหมาย, พิมพ์ครั้งที่ 5 (กรุงเทพมหานคร: คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2548), หน้า 164.

²⁷⁷ มานิตย์ วงศ์เสรี, นิติวิธี การใช้และการตีความกฎหมาย : ศึกษาเปรียบเทียบระบบกฎหมายไทยและระบบกฎหมายเยอรมัน, หน้า 154.

²⁷⁸ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, "การตีความกฎหมายมหาชน," ใน การใช้การตีความกฎหมาย, พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพมหานคร: กองทุนศาสตราจารย์จิติติ ดิงศภัทย์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553), หน้า 338.

²⁷⁹ กิตติศักดิ์ ปกติ, "หลักทั่วไปในการใช้และตีความกฎหมาย," ใน การใช้การตีความกฎหมาย, หน้า 65-66.

นอกจากนี้ ยังพบแนวทางของนักกฎหมายที่มีการกล่าวถึงหลักการในการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งไว้ ดังเช่น

ศาสตราจารย์ ดร.ปรีดี เกษมทรัพย์ ได้กล่าวถึงขั้นตอนในการพิจารณาการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งไว้ ดังนี้ ประการที่หนึ่ง พิจารณาจากตัวบทว่าเป็นกฎหมายประเภทอะไร บทที่เกี่ยวข้องนั้นเป็นบทหลักหรือบทยกเว้น การพิจารณาแยกบทบัญญัติของกฎหมายเป็น 2 ประเภท คือ บทหลัก (jus commune) และบทยกเว้น (jus singulare) เป็นประโยชน์ในการใช้การตีความกฎหมาย ทำให้ได้ทราบว่ากฎหมายนั้นสามารถตีความได้เพียงใด และจะใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งได้หรือไม่ ซึ่งบทยกเว้นย่อมใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งไม่ได้ ประการที่สอง ต้องเป็นเรื่องที่พอจะใช้เหตุผลเทียบเคียงกับกรณีที่ถูกบัญญัติไว้ ซึ่งบทบัญญัติในระบบกฎหมายซีวิลลอว์ โดยปกติแล้วบทบัญญัติทุกๆ บทต้องถือว่ามีกำลังภายใน (Projecting Force of Law) ที่จะสามารถนำไปปรับใช้กฎหมายโดยการเทียบเคียงได้ แต่ทั้งนี้ ในการเทียบเคียงย่อมต้องมีขอบเขต ดังนั้น จึงต้องพิจารณาจากตัวบทนั้นเองว่ามีเหตุผลพิเศษที่บัญญัติไว้เป็นการเฉพาะเจาะจงหรือไม่ เปิดช่องให้ใช้กับกรณีที่มีได้บัญญัติไว้หรือไม่ ซึ่งเหตุผลพิเศษนี้ เรียกว่า เหตุผลในทางตรงกันข้าม (Argumentum a contrario) ซึ่งถ้าปรากฏว่ามีเหตุผลพิเศษจะไม่สามารถใช้การเทียบเคียงได้ และประการที่สาม ต้องแยกบทกฎหมายออกเป็นส่วนที่เป็นสาระสำคัญและส่วนที่ไม่ใช่สาระสำคัญ โดยการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งเป็นการนำข้อเท็จจริงที่บัญญัติไว้เป็นองค์ประกอบในเรื่องที่เกี่ยวข้องมาเทียบเคียงกับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นว่ามีความคล้ายคลึงกันถึงขนาดหรือไม่ จึงจำต้องแยกบทกฎหมายออกเป็นข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบ 2 ส่วน คือ ส่วนที่เป็นสาระสำคัญและส่วนที่ไม่เป็นสาระสำคัญ เพื่อที่จะสามารถเทียบเคียงบทบัญญัติของกฎหมายนั้นได้อย่างถูกต้องและเหมาะสม²⁸⁰

ศาสตราจารย์ ดร.ศนันท์กรณ์ โสตถิพันธุ์ ได้กล่าวถึงวิธีการเทียบเคียงไว้ ดังนี้ ประการแรก พิจารณาตัวบทว่าเป็นประเภทใด ประการที่สอง ข้อเท็จจริงในคดีนั้นต้องไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายใดที่จะนำมาปรับกับคดีได้ ซึ่งเชื่อมโยงกับหลักการที่ว่า การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งเป็นการอุดช่องว่างของกฎหมาย ประการที่สาม พิจารณาเหตุผลว่าสามารถจะเทียบเคียงได้กับ

²⁸⁰ ปรีดี เกษมทรัพย์, *กฎหมายแพ่ง : หลักทั่วไป*, หน้า 76-79.

บทบัญญัติของกฎหมายใด ประการที่สี่ แยกองค์ประกอบเป็นองค์ประกอบที่เป็นสาระสำคัญกับที่ไม่ใช่สาระสำคัญ ถ้าส่วนที่เป็นสาระสำคัญเข้ากันได้²⁸¹

ศาสตราจารย์พิเศษ ประสิทธิ์ โฆวิไลกุล ได้กล่าวถึงการวินิจฉัยคดีอาศัยการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งต้องประกอบด้วยหลัก ดังนี้ ประการที่หนึ่ง เป็นกรณีที่ไม่มีกฎหมายที่จะยกมาปรับคดีได้และไม่มีจารีตประเพณีเช่นว่านั้น ประการที่สอง ต้องเป็นกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง ไม่ใช่ใกล้เคียงเฉยๆ ประการที่สาม เป็นกฎหมายประเภทเดียวกัน ประการที่สี่ การอาศัยเทียบบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งนั้น ต้องสอดคล้องกับหลัก Analogy อย่างสมเหตุสมผล มีตรรกะ และผลแห่งการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งนั้น ทำให้เกิดความยุติธรรม และเป็นที่ยอมรับของบุคคลทั่วไปว่าถูกต้องและเป็นธรรมแก่ทุกฝ่าย²⁸²

ทั้งนี้ หลักการในการพิจารณาการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งที่ได้กล่าวมาตามความเห็นของนักกฎหมายข้างต้น ผู้วิจัยเห็นควรศึกษาต่อยอดโดยอาศัยข้อความคิดเหล่านี้เป็นพื้นฐานอันจะเป็นประโยชน์ต่อการศึกษาพัฒนาองค์ความรู้ในเรื่องดังกล่าวต่อไป นอกจากนี้ ในการศึกษาเรื่องประเภทของการเทียบเคียง (Analogy) แม้ในระบบกฎหมายไทยจะมีได้มีการแยกประเภทของการเทียบเคียงไว้ แต่ก็มีมีการพิจารณาแบ่งประเภทของการเทียบเคียงตามแนวทางการปรับใช้กฎหมายต่างประเทศไว้เป็น 2 ประเภท²⁸³ ดังนี้

ประเภทแรก การเทียบเคียงบทบัญญัติกฎหมาย หรือ Statutory Analogy (ลาติน Analogia Legis, เยอรมัน Gesetzesanalogie) คือ การเทียบเคียงด้วยบท โดยยึดด้วยบทใดด้วยบทหนึ่งหรือมาตราใดมาตราหนึ่งโดยเฉพาะเป็นหลักในการเทียบเคียงหาเหตุผลสำหรับกรณีที่เกิดขึ้น

ประเภทที่สอง การเทียบเคียงหลักกฎหมาย หรือ Legal Analogy (ลาติน Analogia Iuris, เยอรมัน Rechtsanalogie) คือ การที่ไม่มีบทกฎหมายบัญญัติโดยเฉพาะเจาะจงที่จะยึดถือเทียบเคียงเป็นหลักได้ แต่เมื่อพิจารณาถึงบทกฎหมายหลายบทที่เกี่ยวข้องจะทำให้สามารถอนุมานถึงหลักทั่วไป

²⁸¹ ศรินทร์กรณ์ โสทธิพันธ์, คำอธิบายหลักพื้นฐานของกฎหมายเอกชน, หน้า 223-230.

²⁸² ประสิทธิ์ โฆวิไลกุล, กฎหมายแพ่ง : หลักทั่วไป (คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 4-14), หน้า 65-66.

²⁸³ ปรีดี เกษมทรัพย์, กฎหมายแพ่ง : หลักทั่วไป, หน้า 82.

ที่อยู่เบื้องหลังตัวบทบัญญัติของกฎหมายเหล่านั้น และสามารถนำมาปรับใช้เทียบเคียงกับกรณีที่เกิดขึ้นได้ ตัวอย่างเช่น ตามมาตรา 1303 มาตรา 1329 มาตรา 1330 มาตรา 1331 มาตรา 1332 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เมื่อพิจารณาประกอบกันจะอนุมานได้ว่า มาตราเหล่านี้มีหลักเกณฑ์ร่วมกันอยู่ คือ เป็นหลักคุ้มครองบุคคลภายนอกที่สุจริต ดังนั้น แม้ไม่มีข้อความดังกล่าวเขียนไว้ในตัวบทกฎหมาย แต่นักกฎหมายย่อมสามารถมองเห็นหลักนี้ และสามารถดึงออกมาจากตัวบทกฎหมายเหล่านั้นได้ ซึ่งหากมีกรณีเกิดขึ้นที่ใกล้เคียงกับบทบัญญัติเหล่านี้ นักกฎหมายก็จะอาศัยการเทียบเคียงเหตุผลจากหลักการดังกล่าว

แต่อย่างไรก็ตาม เนื่องจากในระบบกฎหมายไทยนิติวิธีในการปรับใช้การเทียบเคียงยังไม่มี ความชัดเจน จึงยังไม่สามารถอธิบายได้อย่างชัดเจนว่าการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งเพื่ออุดช่องว่างของกฎหมายตามมาตรา 4 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์จะมีลักษณะอย่างไร รวมถึง การเทียบเคียงหลักกฎหมายนี้จะขึ้นได้หรือไม่ และการเทียบเคียงหลักกฎหมายจะมีลักษณะเหมือนหรือแตกต่างกันอย่างไรกับการใช้หลักกฎหมายทั่วไปในการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายลำดับสุดท้ายตามนิติวิธีในมาตรา 4 วรรคสอง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งผู้วิจัยจะได้พิเคราะห์ในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ต่อไป

นอกจากนั้น ผู้วิจัยยังจะขอนำตัวอย่างการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งมาแสดง เพื่อให้เห็นถึงแนวทางและเหตุผลของการปรับใช้กฎหมายที่ได้กล่าวถึงในปัจจุบัน

ตัวอย่างที่หนึ่ง การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในกรณีตามมาตรา 1349 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เรื่องทางจำเป็น²⁸⁴ โดยบทบัญญัติกฎหมายตามมาตรา 1349 วรรคหนึ่ง ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บัญญัติไว้ว่า “ที่ดินแปลงใดมีที่ดินแปลงอื่นล้อมอยู่จนไม่มีทางออกถึงทางสาธารณะได้ไซ้ ท่านว่าเจ้าของที่ดินแปลงนั้นจะผ่านที่ดินซึ่งล้อมอยู่ไปสู่ทางสาธารณะได้” วรรคสอง “ที่ดินแปลงใดมีทางออกได้แต่เมื่อต้องข้ามสระ บึง หรือทะเล หรือมีที่ชั้นอันระดับที่ดินกับทางสาธารณะสูงกว่ากันมากไซ้ ท่านว่าให้ใช้ความในวรรคต้นบังคับ...”

²⁸⁴ สมยศ เชื้อไทย, คำอธิบายวิชากฎหมายแพ่ง : หลักทั่วไป, หน้า 196.

ทั้งนี้ ตามมาตรา 1349 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เรื่องทางจำเป็น มาจากหลักการ ถ้อยที่ถ้อยอาศัยกันระหว่างเพื่อนบ้าน เช่นนี้ เมื่อที่ดินที่ถูกล้อมรอบไม่มีทางออกสู่ทางสาธารณะ กฎหมายจึงกำหนดให้เจ้าของที่ดินที่ถูกล้อมนั้นเดินข้ามที่ดินของผู้อื่นไปสู่ทางสาธารณะได้ และในกรณีตามวรรคสองเป็นกรณีที่ที่ดินไม่ได้ถูกล้อมรอบหมดทุกด้าน ซึ่งมีทางด้านหนึ่งออกไปสู่ทางสาธารณะได้ แต่ต้องข้ามสระบึงหรือทะเลหรือที่ชื้น กฎหมายจึงอนุญาตให้ข้ามไปที่ดินของคนอื่นได้ เพื่อความสะดวก

ปัญหามีขึ้นว่า ถ้าที่ดินนั้นมีทางออกไปสู่สาธารณะได้ แต่ไม่ใช่ข้ามสระ บึง หรือทะเล แต่เป็นที่ขยเลน ซึ่งตามมาตรา 1349 วรรคสาม ไม่ได้บัญญัติถึง กรณีดังกล่าวเจ้าของที่ดินแปลงนั้นจะข้ามที่ดินของคนอื่นได้หรือไม่ ซึ่งจะเห็นได้ว่า การข้ามที่ขยเลนก็เป็นการยากลำบากเช่นเดียวกันกับการข้ามสระ บึง หรือทะเล โดยมีเหตุผลเดียวกัน ดังนั้น เมื่อกฎหมายไม่ได้บัญญัติไว้จึงต้องใช้ในการเทียบเคียงบทบัญญัติของกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง โดยกรณีที่ที่ดินมีทางออกได้ แต่ต้องข้ามขยเลนก็ควรยอมได้สิทธิเช่นเดียวกันกับมาตรา 1349 วรรคสอง ดังกล่าว

ตัวอย่างที่สอง การเทียบเคียงในกรณีตามมาตรา 1352 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์²⁸⁵ ซึ่งมาตรา 1352 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บัญญัติว่า “ท่านว่าถ้าเจ้าของที่ดินได้รับค่าทดแทนตามสมควรแล้วต้องยอมให้ผู้อื่นวางท่อน้ำ ท่อระบายน้ำ สายไฟฟ้า หรือสิ่งอื่นที่คล้ายกันผ่านที่ดินของตน เพื่อประโยชน์แก่ที่ดินติดต่อกัน ซึ่งถ้าไม่ยอมให้ผ่านก็ไม่มีความหวังได้ หรือถ้าจะวางได้ก็เปลืองเงินมากเกินไป...”

คำว่า “...หรือสิ่งอื่นซึ่งคล้ายกัน...” เป็นคำศัพท์กฎหมายซึ่งตามมาตรา 1352 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ได้บัญญัติวิธีการ Analogy ลงในตัวบทที่เดียว ดังนั้น หากเป็นกรณีการวางท่อแก๊ส ซึ่งอาจมีความคล้ายคลึงกันกับท่อน้ำ ท่อระบายน้ำ ในสาระสำคัญที่ว่าเป็นของใช้ที่จำเป็นในชีวิตมนุษย์แล้ว ก็จะสามารถวางท่อผ่านที่ดินของคนอื่นได้ ซึ่งบทบัญญัติในมาตรา 1352 เป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับการใช้วิธีการ Analogy ในตัวโดยไม่ต้องใช้วิธีการตามมาตรา 4 วรรคสอง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

²⁸⁵ เรื่องเดียวกัน, หน้า 196.

ตัวอย่างที่สาม การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในกรณีตามมาตรา 1312 วรรคหนึ่ง ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เรื่องการปลูกโรงเรือนลูก้าเข้าไปในที่ดินของผู้อื่นโดยสุจริต²⁸⁶ ซึ่งมาตรา 1312 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า “บุคคลใดสร้างโรงเรือนลูก้าเข้าไปในที่ดินของผู้อื่นโดยสุจริตไซ้ร้ ท่านว่าบุคคลนั้นเป็นเจ้าของโรงเรือนที่สร้างขึ้น แต่ต้องเสียเงินให้กับเจ้าของที่ดินเป็นค่าใช้ที่ดินนั้น และจดทะเบียนสิทธิเป็นภาระจำยอม...”

กรณีตามมาตรา 1312 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เป็นเรื่อง que บุคคลสร้างโรงเรือนลูก้าเข้าไปในที่ดินของคนอื่น แต่มีปัญหาเกิดขึ้นว่าหากเป็นกรณีที่ที่ดินแปลงหนึ่งมีโรงเรือนอยู่แล้ว ต่อมา มีการแบ่งแยกที่ดินนั้นทำให้โรงเรือนบางส่วนลูก้าเข้าไปในที่ดินของคนผู้อื่นที่แบ่งแยก ซึ่งจะ เป็นกรณีที่เป็นการปลูกโรงเรือนลูก้าตามมาตรา 1312 โดยตรงมิได้ ทั้งนี้ คำพิพากษาฎีกาที่ 1848/2512 ประชุมใหญ่ วินิจฉัยกรณีดังกล่าวว่า “เจ้าของที่ดินปลูกสร้างตึกขึ้นในที่ดินของตน ต่อมา ได้มีการแบ่งแยกที่ดินเป็นสองแปลง จึงทำให้กันสาดของตึกลูก้าเข้าไปในที่ดินที่แบ่งแยกอีกแปลง หนึ่ง ดังนั้น กรณีเข้ามาตรา 1312 เพราะการลูก้ามิได้เกิดจากเจ้าของที่ดินเป็นคนสร้าง แต่กรณี ดังกล่าวไม่มีกฎหมายที่จะยกมาปรับคดีได้ จึงต้องนำมาตรา 4 มาใช้โดยนำมาตรา 1312 ซึ่งเป็นบท ใกล้เคียงอย่างยิ่งมาปรับ”

ตัวอย่างที่สี่ การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในกรณีตามมาตรา 1342 วรรค หนึ่ง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์²⁸⁷ ซึ่งมาตรา 1342 วรรคหนึ่ง แห่งประมวลกฎหมาย แพ่งและพาณิชย์ บัญญัติว่า “บ่อ สระ หลุมรับน้ำโสโครก หรือหลุมรับปุ๋ย หรือขยะมูลฝอยนั้น ท่านว่า จะขุดในระยะสองเมตรจากแนวเขตที่ดินไม่ได้...”

ปัญหามีว่า ตามมาตรา 1342 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บัญญัติเกี่ยวกับบ่อ สระ หลุมรับน้ำโสโครก หรือหลุมรับปุ๋ย หรือขยะมูลฝอย ถ้ากรณีที่เกิดขึ้นเป็นเรื่องเกี่ยวกับหลุมที่รับ สิ่งที่เป็นสารเคมี หรือวัสดุอย่างอื่นที่มีกลิ่นเหม็น ซึ่งมาตรา 1342 มิได้บัญญัติไว้ จึงปัญหามีว่าจะขุด ในระยะสองเมตรจากแนวที่ดินนั้นได้หรือไม่ ซึ่งเมื่อพิจารณามาตรา 1342 แล้วจะเห็นได้ว่า หลุมต่างๆ ที่บัญญัติไว้ว่าจะขุดระยะสองเมตรจากแนวที่ดินมิได้ เนื่องมาจากเหตุผลว่าจะทำให้ที่ข้างเคียงได้รับ

²⁸⁶ เรื่องเดียวกัน, หน้า 196-197.

²⁸⁷ เรื่องเดียวกัน, หน้า 197.

ความเดือดร้อน ดังนั้น หากเป็นหลุมที่เป็นสารเคมี หรือวัตถุอย่างอื่นซึ่งอาจก่อความเดือดร้อนแก่บุคคลที่อยู่ในที่ดินข้างเคียงได้เหมือนกัน แม้ตามมาตรา 1342 จะมีได้บัญญัติไว้ แต่ด้วยเหตุผลของเรื่องที่ว่าเรื่องเหมือนกันมีเหตุผลเดียวกันต้องใช้หลักเดียวกันบังคับ จึงต้องเทียบเคียงในกรณีหลุมที่มีสิ่งที่เป็นสารเคมี หรือวัตถุอย่างอื่นที่มีกลิ่นเหม็น มีความคล้ายคลึงกันกับหลุมต่างๆ ที่มาตรา 1342 บัญญัติไว้โดยการ Analogy ว่าตามเจตนารมณ์ของกฎหมายแล้ว การขุดหลุมรับสิ่งที่เป็นสารเคมี หรือวัตถุอย่างอื่นที่มีกลิ่นเหม็น จะขุดในระยะสองเมตรจากแนวที่ดินไม่ได้เช่นเดียวกัน

ตัวอย่างที่ห้า การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในกรณีตามมาตรา 801 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์²⁸⁸ ซึ่งมาตรา 801 บัญญัติว่า “ถ้าตัวแทนได้รับมอบอำนาจทั่วไป ท่านว่าจะทำกิจใดๆในทางจัดการแทนตัวการก็ย่อมทำได้ทุกอย่าง” “แต่การเช่นนั้นจะกล่าวต่อไปนี้ ท่านว่าหาอาจทำได้ไม่ คือ (1) ขายหรือจำนองอสังหาริมทรัพย์ (2) – (6)

กล่าวคือ โดยปกติตัวแทนผู้ได้รับมอบอำนาจทั่วไปย่อมทำการแทนในกิจใดๆ ได้ทุกอย่าง ยกเว้นกรณีที่ระบุไว้ในวรรคสอง อนุมาตรา (1) ถึง (6) ซึ่งเป็นกรณีที่ถือว่าเป็นเรื่องสำคัญ ถ้าตัวการมีความประสงค์ให้ตัวแทนมีอำนาจจัดการแทนได้ต้องมอบอำนาจเป็นหนังสือไว้สำหรับกิจการนั้นๆ อย่างชัดเจนเป็นกรณีไป ฉะนั้นปัญหาอาจเกิดขึ้นว่า ในกรณีของตัวแทนแลกเปลี่ยนอสังหาริมทรัพย์ซึ่งเป็นของตัวการ ในการจัดการแทนตัวการ ตัวแทนจะสามารถกระทำได้หรือไม่ ทั้งนี้ เมื่อพิจารณาเรื่องแลกเปลี่ยนกับเรื่องขายก็เห็นได้ว่า ทั้งสองเรื่องต่างเป็นนิติกรรมที่ทำให้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์ต้องหลุดพ้นไปจากมือของตัวการเหมือนกัน และตัวการก็จะได้ทรัพย์อื่นมาตอบแทนเช่นเดียวกัน คือ การขายก็จะได้เงินตราตอบแทน ส่วนการแลกเปลี่ยนก็จะได้ทรัพย์สิ่งอื่นที่แลกเปลี่ยนกลับมา อีกทั้งหากเทียบกับเรื่องจำนอง แม้เรื่องจำนองกรรมสิทธิ์มิได้เปลี่ยนมือไปยังผู้รับจำนอง ตัวแทนก็ยังห้ามมีอำนาจกระทำได้โดยพลการไม่ ดังนั้น เมื่อคิดถึงผลประโยชน์ของตัวการเป็นหลักแล้ว จะเห็นได้ว่าตามมาตรา 801 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เป็นบทหลักว่าด้วยการคุ้มครองผลประโยชน์ของตัวการ จึงไม่มีเหตุผลพิเศษที่จะต้องบังคับเพียงแต่กรณีที่ได้บัญญัติไว้เท่านั้น โดยกฎหมายไม่ประสงค์จะให้ตัวแทนทำการใดๆ ให้กรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์ของตัวการหลุดมือไปโดยที่มิได้รับอนุญาตจากตัวการก่อน

²⁸⁸ ปรีดี เกษมทรัพย์, กฎหมายแพ่ง : หลักทั่วไป, หน้า 77-78.

เช่นนี้ ตัวแทนจึงทำการแลกเปลี่ยนอสังหาริมทรัพย์ของตัวการไม่ได้ด้วย โดยการเทียบเคียงกรณีขายหรือจำนองอสังหาริมทรัพย์ของตัวการนั่นเอง

กล่าวโดยสรุป จากการศึกษาข้อความคิดพื้นฐานว่าด้วยการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในระบบกฎหมายไทย ทำให้พิจารณาได้ว่า ตามมาตรา 4 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย เป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับนิติวิธีทั่วไปสำหรับการใช้และการตีความกฎหมาย ซึ่งรวมถึงนิติวิธีในการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งเพื่ออุดช่องว่างแห่งกฎหมายด้วย ทั้งนี้ จากการศึกษาภูมิหลังของการบัญญัติกฎหมาย ตลอดจน การศึกษาหลักการตามบทบัญญัติมาตรา 4 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย ก็ทำให้ทราบได้ถึงที่มาและแนวคิด รวมถึงลำดับการปรับใช้กฎหมายเพื่ออุดช่องว่างแห่งกฎหมาย ซึ่งประกอบไปด้วยเหตุผลและเจตนารมณ์เบื้องหลังของผู้ร่างกฎหมายในการกล่าวถึงนิติวิธีในกฎหมาย ดังนั้น มาตรา 4 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ จึงเป็นรากฐานสำคัญของนิติวิธีในระบบกฎหมายไทย ซึ่งในเรื่องการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง แม้ในระบบกฎหมายไทยจะยังคงไม่มีการกล่าวถึงหลักการต่างๆ ไว้อย่างชัดเจนมากนัก แต่ในเบื้องต้นตามที่มีการกล่าวอ้างไว้ในตำราวิชาการก็ช่วยเป็นแนวทางส่งเสริมให้วิทยานิพนธ์ฉบับนี้ได้ศึกษาในรายละเอียดยิ่งขึ้นในบทต่อไป

3.8 สรุปข้อความคิดพื้นฐานว่าด้วยการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง

การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง หรือ Analogy เป็นการให้เหตุผลโดยอ้างถึงความคล้ายคลึงกันย่อมมีความหมายอย่างเดียวกัน ซึ่งจะเกิดการเทียบเคียงกับกรณีที่อยู่ภายใต้กรอบของเหตุผลเดียวกัน โดยการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งจะถูกนำมาใช้เพื่ออุดช่องว่างแห่งกฎหมายในกรณีที่บทกฎหมายลายลักษณ์อักษรไม่สามารถยกขึ้นมาปรับใช้แก้คดีได้ เช่นนี้ ผู้ใช้กฎหมายจึงแสวงหาวิธีการมาอุดช่องว่างแห่งกฎหมาย การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งจึงเป็นนิติวิธีอย่างหนึ่งที่ถูกนำมาใช้เพื่ออุดช่องว่างแห่งกฎหมายนั้น

เมื่อพิจารณาถึงความสำคัญของเรื่องการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งแล้วพบว่า การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง มิใช่เกิดขึ้นเพียงเพราะตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์หรือกฎหมายใดๆ บัญญัติเรื่องการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งเพื่อเป็นการอุดช่องว่างของกฎหมายไว้ แต่มาจากเบื้องหลังความคิดที่มีหลักเหตุผลของเรื่อง (Nature of things)

และหลักความเป็นธรรมประกอบด้วย กล่าวคือ “สิ่งที่เหมือนกันควรจะได้รับปฏิบัติอย่างเดียวกัน หรือเท่าเทียมกัน” อันเป็นหลักการพื้นฐานเบื้องหลังของการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง

สำหรับการศึกษาข้อความคิดพื้นฐานว่าด้วยการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในระบบกฎหมายต่างประเทศ ทำให้ทราบถึงนิติวิธีในการปรับใช้กฎหมาย ตลอดจน แนวคิดและหลักการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งเพื่ออุดช่องว่างแห่งกฎหมายด้วย ซึ่งการใช้นิติวิธีในกฎหมายของแต่ละประเทศจะมีลักษณะที่ไม่เหมือนกัน แม้ว่าเป็นประเทศที่อยู่ในระบบกฎหมายซีวิลลอว์เช่นเดียวกัน ซึ่งนิติวิธีในการใช้กฎหมายจะเป็นหัวใจของระบบกฎหมายประเทศนั้นๆ การศึกษากฎหมายต่างประเทศจึงทำให้เข้าถึงหลักการเบื้องต้นอันเป็นที่มาแห่งการปรับใช้กฎหมายโดยการเทียบเคียงต่อไปได้

ทั้งนี้ สำหรับข้อความคิดพื้นฐานว่าด้วยการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในกฎหมายอิตาลี ในกฎหมายอิตาลีมีการบัญญัติถึงนิติวิธีในการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งไว้อย่างชัดเจนตามมาตรา 3 วรรคสอง แห่งบทบัญญัติว่าด้วยการประกาศ การตีความ และการใช้กฎหมายทั่วไปอิตาลี ค.ศ. 1865 และมาตรา 12 วรรคสอง แห่งบทบัญญัติว่าด้วยการประกาศ การตีความ และการใช้กฎหมายทั่วไปอิตาลี ที่แก้ไขในปี ค.ศ. 1942 โดยเรื่องการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งเป็นนิติวิธีในการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายลำดับแรกที่ถูกบัญญัติไว้ในกฎหมาย เรียกว่า การเทียบเคียงบทบัญญัติของกฎหมายที่ใช้บังคับกับคดีอย่างเดียวกันหรือเรื่องที่เกี่ยวข้องกัน ซึ่งเป็นการอาศัยเหตุผลของบรรทัดฐานเพื่อนำไปใช้กับกรณีที่เกี่ยวข้องกันที่เกิดขึ้น จากนั้น หากมีการเทียบเคียงบทบัญญัติของกฎหมายแล้วแต่ปรากฏว่าคดียังคงเป็นที่สงสัยอยู่ จึงให้มาพิจารณาถึงหลักกฎหมายทั่วไปของอิตาลี ซึ่งในตำราวิชาการอิตาลีเรียกส่วนนี้ว่า การเทียบเคียงหลักกฎหมาย

สำหรับข้อความคิดพื้นฐานว่าด้วยการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในกฎหมายเยอรมัน ถึงแม้ว่า นิติวิธีในระบบกฎหมายเยอรมันต่อการใช้กฎหมายและการอุดช่องว่างแห่งกฎหมาย โดยอาศัยวิธีการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งจะไม่ได้รับการบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันฉบับปัจจุบันก็ตาม แต่ในต้นร่างฉบับแรกของประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันฉบับปี ค.ศ. 1896 ก็เคยได้กล่าวถึงไว้ ประกอบกับเหตุผลที่ว่านิติวิธีในการอุดช่องว่างแห่งกฎหมาย

เป็นนิติวิธีทั่วไปในระบบกฎหมายเยอรมัน ซึ่งนักกฎหมายเยอรมันโดยทั่วไปสามารถรับรู้ได้ดีอยู่แล้ว ดังนั้น การบัญญัติถึงนิติวิธีในระบบกฎหมายจึงไม่เป็นที่จำเป็นอีก ทั้งนี้ ในการศึกษานิติวิธีของการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในระบบกฎหมายเยอรมัน เมื่อปรากฏช่องว่างแห่งกฎหมายที่ฝ่ายนิติบัญญัติไม่ได้ตั้งใจให้เกิดขึ้นในกฎหมายที่เป็นประเด็นในการพิจารณา การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งจึงเข้ามาช่วยอุดช่องว่างแห่งกฎหมาย โดยต้องมีความสัมพันธ์ที่คล้ายคลึงกันของเรื่องที่เกี่ยวข้อง ซึ่งการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งเป็นหลักการที่ประกอบไปด้วยเหตุผล ทำให้ครอบคลุมไปถึงกรณีที่อยู่ภายใต้หลักเหตุผลเดียวกัน รวมทั้ง กรณีของการเทียบเคียงบทบัญญัติกฎหมายและกรณีของการเทียบเคียงหลักกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งด้วย ซึ่งจะเป็นการช่วยอำนวยความยุติธรรมให้เกิดขึ้นแก่คดี

การศึกษาข้อความคิดพื้นฐานว่าด้วยการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในกฎหมายสวิส ตามมาตรา 1 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งสวิส ค.ศ. 1907 เป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับนิติวิธีที่บัญญัติไว้ในกฎหมาย ซึ่งได้วางหลักในการใช้กฎหมาย การตีความกฎหมาย และการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายไว้ โดยในการปรับใช้กฎหมายแก่ข้อเท็จจริงในกรณีต่างๆ ผู้ใช้กฎหมายต้องยึดถือบทบัญญัติกฎหมาย รวมถึงเจตนารมณ์ของบทบัญญัติกฎหมายนั้นเป็นหลัก นอกจากนี้ ในการอุดช่องว่างแห่งกฎหมาย ตามมาตรา 1 วรรคสอง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งสวิส ค.ศ. 1907 ก็ยังได้บัญญัติถึงวิธีการในการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายไว้ โดยให้ผู้พิพากษาวินิจฉัยคดีตามกฎหมายจารีตประเพณีที่มีอยู่ แต่ถ้าในกรณีที่ไม่มีกฎหมายจารีตประเพณีเช่นนั้น ให้ผู้พิพากษาวินิจฉัยคดีตามกฎหมายเกณฑ์ซึ่งผู้พิพากษาเป็นผู้กำหนดขึ้น โดยผู้พิพากษาจะดำรงสภาพเสมือนเป็นผู้บัญญัติกฎหมาย อันทำให้กฎหมายสวิสมีความยืดหยุ่นและสอดคล้องกับทางปฏิบัติ ดังนั้น ผู้พิพากษาจึงมีอำนาจตัดสินใจโดยคำนึงถึงพฤติการณ์ทั้งปวงเพื่อรักษาความเป็นธรรมให้มีขึ้นได้ รวมถึง ในการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งก็เป็นบทบาทของผู้พิพากษาในการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายเพื่อให้เกิดความเป็นธรรมเช่นกัน โดยผู้พิพากษาจะต้องแสวงหากฎเกณฑ์เพื่อมาอุดช่องว่างแห่งกฎหมาย ซึ่งการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งเป็นการใช้หลักการที่ประกอบไปด้วยเหตุผลนำมาปรับใช้กับกรณีที่มีเหตุผลเดียวกัน และต้องลงรอยกับข้อบังคับของกฎหมายนั้นด้วย ทำให้ในการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งจะช่วยให้ผู้พิพากษาสามารถปรับใช้บทกฎหมายนั้นกับข้อเท็จจริงต่างๆ ที่คล้ายคลึงกันที่เกิดขึ้นได้

จากการศึกษานิติวิธีในระบบกฎหมายต่างประเทศที่กล่าวมาข้างต้น เป็นการยากที่จะกล่าวได้ว่านิติวิธีในการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายโดยอาศัยวิธีการเช่นใดมีความเหมาะสมกว่ากัน โดยนิติวิธีตามมาตรา 12 วรรคสอง แห่งบทบัญญัติว่าด้วยการใช้กฎหมายทั่วไปอิตาลี ค.ศ. 1942 ก็ทำให้การอุดช่องว่างแห่งกฎหมายมีความชัดเจนแน่นอน แต่ในทางตรงกันข้ามก็ทำให้การปรับใช้กฎหมายเพื่ออำนวยความสะดวกความยุติธรรมขาดความยืดหยุ่น ส่วนนิติวิธีในการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายตามระบบกฎหมายเยอรมัน ซึ่งเป็นนิติวิธีทั่วไปในระบบกฎหมาย หรือนิติวิธีตามมาตรา 1 วรรคสอง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งสวิส ค.ศ. 1907 ที่ให้ผู้พิพากษามีหน้าที่หากฎเกณฑ์มาอุดช่องว่างแห่งกฎหมาย ก็ช่วยให้การปรับใช้กฎหมายมีความยืดหยุ่น โดยผู้พิพากษามีอิสระที่จะทำให้ผลของการตัดสินคดีเป็นไปในทางที่ผู้พิพากษาเห็นว่ายุติธรรมมากที่สุด แต่กระนั้น การให้อิสระแก่ผู้พิพากษาก็อาจทำให้การพิพากษาคดีเกิดความไม่แน่นอนและอาจส่งผลกระทบต่อความยุติธรรมเช่นกัน

นอกจากนี้ หลักนิติวิธีในการปรับใช้กฎหมายเพื่ออุดช่องว่างแห่งกฎหมายในกฎหมายต่างประเทศดังกล่าว ยังสะท้อนถึงนิติวิธีในการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งที่ดำรงอยู่ในฐานะที่แตกต่างกันไปด้วย ไม่ว่าจะเป็นในกฎหมายอิตาลี การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งถูกนำมาบัญญัติไว้เป็นหลักการตามบทบัญญัติว่าด้วยการใช้กฎหมายทั่วไปอิตาลี ค.ศ. 1942 จึงทำให้เรื่องการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งมีฐานะเป็นนิติวิธีตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย แต่สำหรับในระบบกฎหมายเยอรมัน การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งเป็นนิติวิธีทั่วไปในระบบกฎหมาย ซึ่งในระบบกฎหมายเยอรมันไม่มีการบัญญัติถึงนิติวิธีไว้ในกฎหมายแต่อย่างใด ส่วนในกฎหมายสวิส แม้จะมีบทบัญญัติถึงนิติวิธีในการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายไว้ในมาตรา 1 วรรคสอง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งสวิส ค.ศ. 1907 แต่ในเรื่องการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งก็มิได้บัญญัติไว้เป็นนิติวิธีตามบทบัญญัติของกฎหมายโดยตรง กฎหมายเพียงแต่เปิดช่องให้มีการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายซึ่งกระทำโดยผู้พิพากษาในการพิจารณาฎีกเกณฑ์มาปรับใช้ ซึ่งรวมถึงกรณีการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งด้วย

จากการศึกษาข้อความคิดพื้นฐานว่าด้วยการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในระบบกฎหมายต่างประเทศ จึงทำให้เห็นถึงบทบาทฐานะของหลักการใช้นิติวิธีในการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งที่แตกต่างกันไป ซึ่งความแตกต่างนี้จะมีเอกลักษณ์เฉพาะในระบบกฎหมายของแต่ละประเทศ ดังนั้น ในการศึกษาดังข้อความคิดพื้นฐานว่าด้วยการเทียบเคียงบท

กฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในระบบกฎหมายต่างประเทศดังกล่าว จึงทำให้เกิดมุมมองการปรับใช้นิติวิธีในการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในรูปแบบที่หลากหลาย อันจะช่วยเป็นแนวทางในการพิจารณาประกอบการพิเคราะห์เรื่องการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในบริบทอื่นต่อไป

สำหรับข้อความคิดพื้นฐานว่าด้วยการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในระบบกฎหมายไทย ตามมาตรา 4 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย อันเป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับนิติวิธีในกฎหมาย ซึ่งถือเป็นหัวใจสำคัญของระบบกฎหมายไทย โดยมาตรา 4 ดังกล่าวเป็นบทบัญญัติที่บัญญัติถึงนิติวิธีทั่วไปสำหรับการใช้และการตีความกฎหมาย การบัญญัติถึงนิติวิธีจึงเปรียบเสมือนการวางรากฐานที่เป็นหลักการทั่วไป ไม่จำกัดเฉพาะในกฎหมายใดกฎหมายหนึ่งเท่านั้น การศึกษามาตรา 4 จึงเป็นการศึกษาในบริบทของระบบประมวลกฎหมายทั้งระบบ ดังนั้น การศึกษาภูมิหลังว่าด้วยการบัญญัติกฎหมายและหลักการตามมาตรา 4 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย จึงทำให้เกิดความเข้าใจถึงที่มาและนิติวิธีในระบบกฎหมายไทย

ทั้งนี้ จากการศึกษาดังกล่าวพบว่า ภูมิหลังการบัญญัติกฎหมายตามมาตรา 4 วรรคหนึ่ง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย ในขณะนั้นมีแนวทางการบัญญัติกฎหมายมาจากบทบัญญัติมาตรา 1 วรรคหนึ่ง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งสวิส ค.ศ. 1907 แต่อย่างไรก็ตาม ในเรื่องของนิติวิธีในการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายตามมาตรา 4 วรรคสอง เป็นการผสมผสานและมีการบัญญัติกฎหมายให้สอดคล้องกับสังคมไทย กล่าวคือ เมื่อไม่มีบทกฎหมายที่ต้องด้วยกรณี ก็ให้บังคับใช้ตามจารีตประเพณี ซึ่งเป็นเช่นเดียวกันกับประมวลกฎหมายแพ่งสวิส แต่แตกต่างจากกฎหมายอิตาลี และในประมวลกฎหมายแพ่งสวิสที่กำหนดต่อไปว่า หากไม่มีจารีตประเพณีแล้ว ให้ผู้พิพากษาตัดสินคดีโดยใช้กฎเกณฑ์ซึ่งผู้พิพากษากำหนดขึ้นโดยดำรงตนเสมือนเป็นฝ่ายนิติบัญญัติ แต่ประเทศไทยกลับเห็นต่างโดยเลือกที่จะใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งเข้ามาปรับใช้ในภายหลังหากไม่มีจารีตประเพณีเช่นว่านั้น นอกจากนี้ การเลือกปรับใช้จารีตประเพณีเพื่ออุดช่องว่างก่อนการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งยังสะท้อนถึงเหตุผลที่สังคมไทยยึดถือและผูกพันกับจารีตประเพณีมาช้านาน และจารีตประเพณีนั้นก็ใกล้เคียงกับวิถีชีวิตในทางปฏิบัติของสังคมไทยมากกว่า การเทียบเคียงบทกฎหมาย เช่นนี้ เมื่อไม่มีจารีตประเพณี การอุดช่องว่างแห่งกฎหมายลำดับต่อมาจึงค่อยปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง และเมื่อไม่มีบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง

อันจะมาปรับแก้คดีได้ค่อยใช้หลักกฎหมายทั่วไปในการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายลำดับสุดท้าย ซึ่งคล้ายคลึงกับมาตรา 3 แห่งบทบัญญัติว่าด้วยการประกาศ การตีความ และการใช้กฎหมายทั่วไป อิตาลี ค.ศ. 1865 ของอิตาลีเดิม แต่กฎหมายอิตาลีดังกล่าวก็มิได้มีการกล่าวถึงการใช้จารีตประเพณี เพื่ออุดช่องว่างแห่งกฎหมายเหมือนดังกฎหมายไทย มาตรา 4 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย จึงนับว่าผู้ร่างกฎหมายใช้วิธีการผสมผสานแนวทางต่างๆ โดยมีได้เกิดจากการลอกเลียนแบบประเทศหนึ่งอย่างชัดเจน นิติวิธีในมาตรา 4 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยจึงเป็นที่ยอมรับกันว่ามีความก้าวหน้า ซึ่งนักวิชาการกฎหมายในประเทศอื่นๆ ยังต้องยอมรับว่ากฎหมายไทยมีความคิดที่แยกคางในเรื่องดังกล่าวนี้²⁸⁹

สำหรับเรื่องการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง ซึ่งเป็นนิติวิธีตามมาตรา 4 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย โดยกฎหมายเปิดโอกาสให้มีการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งเพื่ออุดช่องว่างแห่งกฎหมาย จึงเป็นที่ชัดเจนว่า มาตรา 4 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย เป็นบทบัญญัติของกฎหมายที่ให้อำนาจในการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งไว้ เช่นนี้ นิติวิธีในระบบกฎหมายไทยจึงอนุญาตให้ศาลมีอำนาจอ้างการเทียบเคียงบทกฎหมายเพื่อนำมาปรับใช้แก่กรณีที่เกิดขึ้นได้

นอกจากนี้ เรื่องการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งยังมีการกล่าวถึงไว้ในตำรากฎหมาย แม้จะมีได้มีการวิเคราะห์ปัญหาที่เป็นรายละเอียดมากนัก แต่ในเบื้องต้น ตามความเห็นของนักกฎหมายหลายท่านที่กล่าวมาก็เห็นตรงกันว่า โดยหลักแล้ว การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งจะต้องพิจารณาบทบัญญัติของกฎหมาย และพิจารณาว่าเรื่องดังกล่าวเป็นเรื่องที่พอจะเทียบเคียงกรณีกฎหมายบัญญัติไว้ได้หรือไม่ โดยคำนึงถึงเนื้อหาสาระที่ใกล้เคียงกัน เป็นต้น ซึ่งนักกฎหมายทั้งหลายยอมรับว่า หลักการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งเป็นศิลปะของนิติวิธี จึงจำต้องอาศัยการพิจารณาอย่างละเอียดถี่ถ้วนต่อไป

ดังนั้น ผู้วิจัยจึงจะมุ่งศึกษาถึงหลักการและขอบเขตของการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในบริบทต่างๆ เพื่อนำมาสู่การวิจัยและวิเคราะห์ในประเด็นปัญหากฎหมาย ทั้งนี้ ในการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งอาจจะต้องคำนึงถึงระบบของ

²⁸⁹ กิตติศักดิ์ ปรกติ, "ประวัติการร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย," วารสารนิติศาสตร์.

กฎหมายและองค์ประกอบแวดล้อมอื่นๆ เข้ามาประกอบการพิจารณาด้วย การศึกษาเรื่องการ
เทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งจึงจำต้องพิจารณาการปรับใช้กฎหมายอย่างเป็นระบบ
เช่นนี้ ในบทที่ 4 ผู้วิจัยจึงจะมุ่งศึกษาถึงการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งตาม
สาขาของกฎหมายต่อไป



บทที่ 4

การปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งตามสาขาของกฎหมาย

ในบทนี้จะเป็นการพิจารณาการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในกฎหมายต่างๆ อันเนื่องมาจากแนวทางตามคำพิพากษาของศาลที่แสดงการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งไว้ โดยจะพิจารณาประกอบกับหลักการหรือลักษณะเฉพาะเบื้องต้นในกฎหมายแต่ละสาขา ซึ่งจะเป็นการศึกษาในภาพรวม มิได้ลงรายละเอียดถึงกฎหมายย่อยแต่ละฉบับเพื่อวิเคราะห์แต่อย่างใด การศึกษาจะเป็นเพียงการนำเสนอและตั้งข้อสังเกตถึงแนวทางการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในระบบกฎหมายไทยเท่านั้น ไม่ว่าจะป็นกรณีที่มีการกล่าวอ้างถึงมาตรา 4 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ หรือกรณีที่มีการกล่าวอ้างถึงการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง โดยในการพิจารณาการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งจะพิจารณาถึงลักษณะเฉพาะของกฎหมายในแต่ละเรื่องเป็นส่วนประกอบกันไปอย่างเป็นระบบ ดังนั้น ในบทนี้ผู้วิจัยจึงจะกล่าวถึงแนวคิดในการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งตามสาขาของกฎหมาย เพื่อที่จะนำไปสู่การวิเคราะห์ถึงข้อควรคำนึงในหลักการและขอบเขตของการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในบทต่อไป

4.1 ความนำ

เนื่องจากการศึกษาการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในกฎหมายต่างๆ เบื้องต้นจะต้องพิจารณาถึงข้อความคิดพื้นฐานเกี่ยวกับกฎหมายในแต่ละสาขาเป็นสำคัญเสียก่อน โดยการแบ่งสาขาของกฎหมายจะช่วยในการพิจารณาการปรับใช้บทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในระบบกฎหมายที่แตกต่างกันออกไปได้อย่างชัดเจน ซึ่งนิติวิธีเฉพาะในสาขากฎหมายนั้นๆ อาจจะช่วยส่งเสริมหรือเป็นอุปสรรคขัดขวางต่อการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง การศึกษานิติวิธีของการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในสาขา

กฎหมาย จึงช่วยทำให้เกิดการปรับใช้บทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในกฎหมายต่างๆ ได้อย่างถูกต้อง และเหมาะสมต่อไป

นอกจากนี้ ในลำดับถัดมาจะเป็นการศึกษาในส่วนของคำพิพากษาของศาลที่ว่าด้วยการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในกฎหมายต่างๆ ซึ่งเป็นการศึกษาลงในรายละเอียดที่เกิดจากการจัดสาขาของกฎหมายและวิเคราะห์ลักษณะเฉพาะของกฎหมายนั้นๆ ประกอบกับการนำการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งมาปรับใช้ตามแนวทางคำพิพากษาของศาล โดยจะมีการค้นหาหลักการที่เกิดจากการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง รวมทั้ง จะนำเสนอและตั้งข้อสังเกตถึงแนวทางการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งตามแนวคำพิพากษาของศาลเพื่อเป็นประโยชน์ต่อการพิจารณาการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งต่อไปด้วย ทั้งนี้ เรื่องการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งยังคงเป็นปัญหาในทางปฏิบัติ และในบางกรณียังไม่มีความชัดเจนถึงการใช้นิติวิธีทางกฎหมายที่หลากหลาย ซึ่งอาจจะมีความเห็นที่แตกต่างกันออกไป ท้ายที่สุด ผู้วิจัยจึงคาดหวังว่า การศึกษาในเรื่องดังกล่าวนี้จะทำได้ดีราบถึงทัศนคติในการแก้ไขปัญหาดตามแนวคำพิพากษาของศาลที่แสดงการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง พร้อมทั้ง ได้ตระหนักถึงปัญหาและอุปสรรคในการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งแก่กรณีต่างๆ ต่อไป

4.2 การแบ่งสาขาของกฎหมาย

ในเบื้องต้นก่อนที่จะพิจารณาการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในกฎหมายต่างๆ ผู้วิจัยจะกล่าวถึงการแบ่งสาขาของกฎหมายและอธิบายข้อความคิดพื้นฐานเบื้องต้นของกฎหมายนั้นๆ เพื่อให้เกิดความเข้าใจถึงลักษณะของกฎหมายแต่ละสาขา อันจะนำไปพิจารณากับบทบัญญัติกฎหมายต่างๆ ที่อาจสามารถปรับใช้โดยการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งได้ต่อไป

ในการแบ่งสาขาของกฎหมาย (Classification of Law) ที่สำคัญและเก่าแก่ที่สุด มีมาตั้งแต่สมัยโรมันกว่า 2,000 ปีมาแล้ว โดยมีการแบ่งสาขาของกฎหมายออกเป็น 2 สาขาใหญ่ๆ กล่าวคือ สาขากฎหมายเอกชน และสาขากฎหมายมหาชน ทั้งนี้ สาขากฎหมายเอกชนเป็นสาขากฎหมายที่มีรากฐานความเป็นมาทางประวัติศาสตร์มายาวนานและเกิดขึ้นก่อนสาขากฎหมายมหาชน ซึ่งกฎหมายเอกชนเป็นกฎหมายที่มีบทบัญญัติเกี่ยวกับประโยชน์ส่วนตัวของเอกชนเป็นหลัก หรืออาจกล่าวได้ว่า

เป็นกฎหมายที่บัญญัติถึงความสัมพันธ์ระหว่างเอกชนกับเอกชนด้วยกันในฐานะที่เท่าเทียมกัน ส่วนกฎหมายมหาชนเป็นกฎหมายที่มีบทบัญญัติเกี่ยวกับกิจการส่วนรวมของบ้านเมืองเป็นหลัก หรือเป็นกฎหมายที่บัญญัติถึงความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับเอกชนในฐานะที่รัฐมีอำนาจเหนือเอกชน²⁹⁰

การแบ่งสาขาของกฎหมายออกเป็นกฎหมายเอกชนกับกฎหมายมหาชนยังเป็นที่ยอมรับกันอยู่ในปัจจุบัน แต่ในปัจจุบันนี้ก็มี การแบ่งสาขาของกฎหมายออกเป็นกฎหมายสาขาต่างๆ มากขึ้น เช่น มีการแบ่งสาขาของกฎหมายออกเป็นกฎหมายสังคมและกฎหมายเศรษฐกิจ อันเนื่องจากกฎหมายสังคมและกฎหมายเศรษฐกิจมีความเกี่ยวพันทั้งกฎหมายเอกชนและกฎหมายมหาชน จึงทำให้ไม่จัดอยู่ในสาขาของกฎหมายเอกชนหรือมหาชนสาขาใดสาขาหนึ่ง การจัดสาขาของกฎหมายเพิ่มขึ้นมาใหม่จึงมีขึ้นเพื่อให้สอดคล้องกับสภาพสังคมและเศรษฐกิจที่เปลี่ยนแปลงไป เป็นต้น แต่กระนั้นก็ตามแม้ในปัจจุบันมีการแบ่งสาขาของกฎหมายออกเป็นหลายสาขา แต่รากฐานดั้งเดิมก็เป็นเรื่องที่มาจากกฎหมายเอกชนหรือกฎหมายมหาชน เช่นนี้ ในการศึกษาการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งตามสาขาของกฎหมาย ผู้วิจัยจึงขอแบ่งสาขากฎหมายตามการแบ่งสาขาดังเดิมโดยแบ่งออกเป็น 2 สาขาใหญ่ๆ คือ สาขากฎหมายเอกชน และสาขากฎหมายมหาชน ซึ่งในสาขาของกฎหมายดังกล่าวก็อาจแบ่งสาขาย่อยออกไปได้อีก กล่าวคือ

ประการแรก สาขากฎหมายเอกชน (Private Law) กฎหมายเอกชนเป็นกฎหมายที่กำหนดความสัมพันธ์ระหว่างเอกชนบนพื้นฐานที่อยู่ในฐานะที่เท่าเทียมกัน กฎหมายเอกชนจึงต้องตีความตามหลักนิติศาสตร์และหลักความเป็นธรรม โดยต้องให้ความเป็นธรรมแก่คู่กรณีทั้งสองฝ่ายในลักษณะที่เท่าเทียมกัน และเนื่องจากกฎหมายเอกชนมีรากฐานดั้งเดิมสืบสายมาจากกฎหมายโรมัน ซึ่งแต่เดิมเป็นกฎหมายแพ่ง กฎหมายแพ่งจึงเป็นสาขาหนึ่งที่เก่าแก่ที่สุดของกฎหมายเอกชน ต่อมาเมื่อมีการติดต่อค้าขายระหว่างบุคคลอื่นๆ กว้างขวางออกไปเป็นกิจจะลักษณะทำให้เกิดเป็นการค้าพาณิชย์ขึ้น ซึ่งเป็นจุดเริ่มต้นของกฎหมายพาณิชย์หรือกฎหมายพ่อค้า อีกทั้ง ในระหว่างประเทศ เมื่อกล่าวถึงความสัมพันธ์ระหว่างเอกชนกับเอกชนที่มีสัญชาติต่างกัน การจะพิจารณาว่าจะใช้กฎหมายภายในของประเทศใดบังคับแก่กรณีก็เป็นเรื่องทางกฎหมายเอกชน ดังนั้น สาขาย่อยของกฎหมายเอกชนอาจพิจารณาได้ ดังนี้

²⁹⁰ สมยศ เชื้อไทย, คำอธิบายวิชากฎหมายแพ่ง : หลักทั่วไป, หน้า 119-120.

กฎหมายแพ่ง (Civil Law) เป็นกฎหมายที่กำหนดความสัมพันธ์ระหว่างเอกชนในเรื่องที่เกี่ยวกับ บุคคล หนี้ ทรัพย์สิน ครอบครัว และมรดก ทั้งนี้ กฎหมายแพ่งทั่วไปในประเทศไทยปรากฏอยู่ในรูปของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

กฎหมายพาณิชย์ (Commercial Law) เป็นกฎหมายที่เกิดจากพ่อค้าวานิชที่มีการติดต่อค้าขายกัน ซึ่งเกิดเป็นระบบกฎหมายพาณิชย์ขึ้นมาโดยมีเนื้อหาสาระเป็นการเฉพาะ เช่น หุ้นส่วน บริษัท ตัวเงิน ประกันภัย กฎหมายทะเล เป็นต้น²⁹¹ ทั้งนี้ ในบางประเทศมีการแยกประมวลกฎหมายพาณิชย์เป็นอีกฉบับหนึ่งออกจากประมวลกฎหมายแพ่ง ซึ่งแตกต่างจากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยที่มีการบัญญัติกฎหมายรวมอยู่ในประมวลกฎหมายฉบับเดียวกัน

กฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล (Private International Law) เมื่อพิจารณาตามเนื้อหาสาระแล้วพบว่า กฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลเป็นกฎหมายที่กำหนดความสัมพันธ์ระหว่างเอกชนโดยมีองค์ประกอบความเป็นระหว่างประเทศเข้ามาเกี่ยวข้อง จึงไม่ใช่กฎหมายระหว่างประเทศโดยแท้ แต่เป็นกฎหมายเอกชนที่วางหลักในการวินิจฉัยการเลือกใช้กฎหมายของประเทศใดประเทศหนึ่งของคู่กรณีบังคับแก่คดีที่เกิดขึ้น ในกฎหมายไทยจึงมีพระราชบัญญัติว่าด้วยการชดกันของกฎหมาย พ.ศ. 2481 มาใช้บังคับ ซึ่งมีลักษณะเป็นกฎหมายภายใน

ประการที่สอง สาขากฎหมายมหาชน (Public Law) กฎหมายมหาชนเป็นกฎหมายที่เกิดขึ้นภายหลังกฎหมายเอกชนนับพันๆ ปี ซึ่งกฎหมายมหาชนจะกล่าวถึงเรื่องอำนาจสูงสุดในการปกครอง การจัดระเบียบการปกครอง ซึ่งเป็นความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับเอกชนในฐานะที่รัฐมีอำนาจเหนือเอกชน การพิเคราะห์กฎหมายมหาชนนั้นจึงต้องพิเคราะห์ว่ากฎหมายมีเหตุผลหรือมีเจตนารมณ์พิเศษอย่างไร เนื่องจากกฎหมายมหาชนเป็นกฎหมายที่ว่าด้วยความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับเอกชน จึงเป็นกฎหมายที่จัดระเบียบสังคม เช่นนี้ เมื่อเกิดความขัดแย้งระหว่างผลประโยชน์ของรัฐกับเอกชน การตีความกฎหมายมหาชนจึงต้องคำนึงถึงผลประโยชน์สาธารณะเป็นใหญ่มากกว่าผลประโยชน์ส่วนบุคคลของเอกชนรายย่อย แต่อย่างไรก็ตาม การตีความกฎหมายมหาชนก็ได้หมายความว่า ผู้ใช้กฎหมายจะสามารถตีความให้เอกชนเสียเปรียบ แต่การตีความกฎหมายมหาชนเป็นการพิเคราะห์และชี้แนะหน้กระหว่างผลประโยชน์ส่วนรวมกับผลประโยชน์ส่วนบุคคล เพื่อให้ได้ความเป็นธรรมระหว่าง

²⁹¹ ปรีดี เกษมทรัพย์, กฎหมายแพ่ง : หลักทั่วไป, หน้า 50.

ผลประโยชน์ที่ขัดแย้งกัน ทั้งนี้ กฎหมายที่จัดอยู่ในสาขาของกฎหมายมหาชนอาจพิจารณาโดยหลักๆ ได้ เช่น

รัฐธรรมนูญ (Constitution Law) เป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ เป็นกฎหมายที่กำหนดรูปแบบการปกครอง การจัดระเบียบว่าด้วยการใช้อำนาจของรัฐ ตลอดจนสิทธิและหน้าที่ของประชาชน ซึ่งสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชนจะถูกรับรองและคุ้มครองไว้ในรัฐธรรมนูญ นอกจากนี้ กระบวนการร่างรัฐธรรมนูญหรือการแก้ไขรัฐธรรมนูญก็มีความยุ่งยากสลับซับซ้อนกว่าการบัญญัติกฎหมายธรรมดา และเนื่องจากรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ บทบัญญัติของกฎหมายใดจึงจะขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญมิได้

กฎหมายปกครอง (Administrative Law) เป็นกฎหมายว่าด้วยการจัดระเบียบทางการปกครองของฝ่ายปกครองหรือฝ่ายบริหาร ซึ่งฝ่ายปกครองโดยหลักมีหน้าที่จัดทำบริการสาธารณะในด้านต่างๆ ให้แก่ประชาชน ด้วยเหตุนี้ กฎหมายปกครองจึงประกอบด้วยกฎหมายว่าด้วยการจัดองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองและกฎหมายที่วางหลักการว่าด้วยความสัมพันธ์ระหว่างเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองกับเอกชน²⁹² โดยในประเทศไทยปัจจุบันใช้ระบบศาลคู่จึงมีการแยกศาลปกครองออกจากศาลยุติธรรม ทำให้ที่ตัดสินคดีทางปกครองโดยเฉพาะ

กฎหมายอาญา (Criminal Law) เป็นกฎหมายที่เกี่ยวกับการกระทำผิดและโทษ ความผิดทางอาญาเป็นเรื่องที่กระทบต่อความสงบสุขร่วมกันของคนในสังคม จึงอาจพิจารณากฎหมายอาญาเข้าได้กับระบบกฎหมายมหาชน นอกจากนั้น เมื่อกฎหมายอาญาได้บัญญัติไว้ว่าการกระทำใดเป็นความผิด พร้อมทั้งกำหนดโทษสำหรับความผิดนั้นไว้ เช่นนี้ การตีความกฎหมายอาญาจึงต้องตีความโดยเคร่งครัด ซึ่งการตีความโดยเคร่งครัดในกฎหมายอาญา หมายถึง การตีความโดยเคร่งครัดเฉพาะในส่วนที่เป็นองค์ประกอบของความผิดเท่านั้น มิใช่เกี่ยวกับกฎหมายอาญาทั้งหมดจะต้องตีความโดยเคร่งครัด²⁹³ ทั้งนี้ หากตีความกฎหมายอาญาอย่างกว้างอาจทำให้คนไม่ผิดกลายเป็นคนผิดได้ ซึ่งขัดกับหลักการที่ว่า “ไม่มีความผิดโดยปราศจากกฎหมาย” (nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege หรือ no crime or punishment without law) ทำให้กฎหมายอาญาในส่วนที่เป็น

²⁹² สมยศ เชื้อไทย, คำอธิบายวิชากฎหมายแพ่ง : หลักทั่วไป, หน้า 122.

²⁹³ ปรีดี เกษมทรัพย์, กฎหมายแพ่ง : หลักทั่วไป, หน้า 69.

องค์ประกอบความผิดต้องตีความโดยเคร่งครัดตามหลักการนี้ แต่ในบทอื่นๆ ในกฎหมายอาญาให้ตีความให้สมประสงค์ของกฎหมาย

กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา เป็นกฎหมายที่ว่าด้วยกระบวนการนำตัวผู้กระทำผิดทางอาญามาลงโทษ โดยประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาได้บัญญัติถึงขั้นตอนตั้งแต่การจับกุม การคุมขัง การสอบสวน และการดำเนินกระบวนการพิจารณาในศาล เป็นต้น ซึ่งเป็นกฎหมายวิธีสบัญญัติ

กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง เป็นกฎหมายที่ว่าด้วยกระบวนการบังคับให้เป็นไปตามสิทธิและหน้าที่ทางแพ่ง โดยมีประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งซึ่งเป็นกฎหมายวิธีสบัญญัติ ได้บัญญัติถึงการนำคดีมาสู่ศาล ศาลที่จะรับคดีไว้พิจารณา รวมถึงกระบวนการการดำเนินคดีในศาล และการบังคับให้เป็นไปตามคำพิพากษาหรือคำสั่ง เป็นต้น

นอกจากนี้ ยังอาจรวมถึง พระธรรมนูญศาลยุติธรรม กฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมืองด้วย เป็นต้น อนึ่ง หลักการแบ่งสาขาของกฎหมายนั้นอาจแบ่งได้แตกต่างกัน ขึ้นอยู่กับผู้จัดสาขาของกฎหมายจะใช้หลักเกณฑ์ใดเป็นเครื่องแบ่งแยก และในกฎหมายบางสาขาก็ยังคงมีความเห็นของนักกฎหมายที่แตกต่างกันว่ากฎหมายนั้นควรจะจัดอยู่ในสาขาของกฎหมายใด อย่างไรก็ตาม ในหัวข้อนี้ผู้วิจัยมุ่งเสนอการจัดสาขาของกฎหมายออกเป็นสาขากฎหมายเอกชนและกฎหมายมหาชนเท่านั้น และในการแบ่งกฎหมายสาขาย่อยต่างๆ ก็เป็นเพียงการนำเสนอเพื่อให้เห็นว่าในสาขาของกฎหมายเอกชนและกฎหมายมหาชนอาจแบ่งสาขาย่อยที่เกี่ยวข้องได้อย่างไรบ้าง โดยมีได้มุ่งหมายถึงการศึกษากฎหมายสาขาย่อยในทุกสาขาหรือมุ่งเน้นพิเคราะห์ถึงหลักเกณฑ์การจัดสาขาของกฎหมายแต่อย่างใด

ทั้งนี้ ในการศึกษาการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งตามสาขาของกฎหมายจะแบ่งการศึกษาออกเป็นหัวข้อการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในกฎหมายเอกชน และการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในกฎหมายมหาชน ตามการแบ่งสาขาของกฎหมายดั้งเดิม โดยในกฎหมายสาขาย่อยตามสาขากฎหมายเอกชนและสาขากฎหมายมหาชนก็จะมีได้ศึกษาในกฎหมายทุกสาขาย่อย แต่จะศึกษาเฉพาะในส่วนที่มีความสำคัญโดยตรงและมีประเด็นเกี่ยวข้องกับการพิจารณาเรื่องการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง

เท่านั้น เช่นนี้ ในเบื้องต้นจึงต้องทำความเข้าใจถึงสาขาของกฎหมายเพื่อที่จะได้นำไปพิจารณา ประกอบกับการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งต่อไป

4.3 การปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในกฎหมายเอกชน

การพิจารณาการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในกฎหมายเอกชน โดยกฎหมายเอกชนตามที่กล่าวมาอาจแบ่งออกเป็นกฎหมายแพ่ง กฎหมายพาณิชย์ และกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล ทั้งนี้ สำหรับกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล ในการศึกษา แม้พิจารณาตามเนื้อหาจะพบว่า กฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลมิได้มีเนื้อหาเกี่ยวข้องกับกฎหมายระหว่างประเทศโดยตรง แต่ก็หลีกเลี่ยงไม่ได้ที่จะต้องพิจารณากฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งมีให้เห็นนารมณในการศึกษาการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในกฎหมายเอกชนตามความมุ่งหมายของวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ที่มุ่งศึกษาถึงนิติวิธีของกฎหมายเอกชนตามมาตรา 4 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ประกอบกับ กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ในประเทศไทยได้รวมอยู่ในกฎหมายฉบับเดียวกัน เรียกว่า ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เช่นนี้ ในบทที่ 4 การปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งตามสาขาของกฎหมาย ในส่วนของกฎหมายเอกชน ผู้วิจัยจึงศึกษาถึงการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์โดยตรง ซึ่งจะสอดคล้องกับการศึกษานิติวิธีในกฎหมายและจะเป็นประโยชน์ต่อการพิจารณาการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งตามแนวทางคำพิพากษาของศาล

4.3.1 การปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

เนื่องจากตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 4 วรรคสอง ได้บัญญัติเรื่องการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งให้เป็นนิติวิธีสำหรับอุดช่องว่างแห่งกฎหมายไว้ ซึ่งในหลายกรณีศาลได้ปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายลายลักษณ์อักษรแก่คดีในฐานะที่เป็นบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง และในบางกรณีศาลได้พิพากษาว่าไม่สามารถเทียบเคียงโดยอาศัยการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งได้ โดยให้เหตุผลที่แตกต่างกันไป ดังนั้น การศึกษาจึงต้องมาพิจารณาข้อความคิดพื้นฐานที่เป็นหลักการเบื้องต้นและนิติวิธีตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ รวมถึง

ศึกษาเหตุผลของคำพิพากษาศาลฎีกาว่าด้วยการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ในเรื่องต่างๆ ด้วย

4.3.1.1 หลักการและนิติวิธีในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

กฎหมายที่เกี่ยวกับการดำรงชีวิตประจำวันของมนุษย์มักจะเป็นกฎหมายในสาขาเอกชน ไม่ว่าจะเป็นนิติกรรม สัญญา หนี้ ทรัพย์สิน ครอบครัว มรดก เป็นต้น โดยมีประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่รวบรวมกฎหมายไว้อย่างเป็นระบบ ซึ่งกฎหมายเอกชนดังกล่าวจะเป็นกฎหมายที่มีบทบัญญัติเกี่ยวกับประโยชน์ส่วนตัวของเอกชนเป็นหลัก หรืออาจกล่าวได้ว่าเป็นกฎหมายที่บัญญัติถึงความสัมพันธ์ระหว่างเอกชนกับเอกชนด้วยกันในฐานะที่เท่าเทียมกัน

ทั้งนี้ นิติวิธีทางกฎหมายเอกชนจึงเป็นกระบวนการหรือแบบแผนของวิธีคิดอย่างเป็นระบบในทางกฎหมายเอกชน ซึ่งหมายถึงบรรดากฎเกณฑ์ทางกฎหมายที่กำหนดความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลสองฝ่ายที่อยู่ในฐานะเท่าเทียมกัน โดยมีวัตถุประสงค์หลัก คือ การดำเนินการเพื่อประโยชน์ส่วนตัว นิติวิธีทางกฎหมายเอกชนต้องตั้งอยู่บนพื้นฐานของหลักความเสมอภาค นอกจากนี้ โดยลักษณะของกฎหมายเอกชนที่เปิดโอกาสให้เอกชนด้วยกันสามารถตกลงสร้างความผูกพันในทางกฎหมายขึ้น เพื่อให้เกิดความผูกพันทางกฎหมายตามที่บุคคลแต่ละฝ่ายมีการตกลงกันภายในขอบเขตที่กฎหมายกำหนด²⁹⁴ จึงเป็นการนำหลักอิสระในทางแพ่งมาใช้ โดยหลักอิสระในทางแพ่ง หรือ private autonomy หมายถึง อิสระของเอกชนที่จะเลือกกำหนดนิติสัมพันธ์ของตนเองทั้งในเรื่องส่วนตัวและเรื่องทรัพย์สินโดยอาศัยนิติกรรมเป็นเครื่องมือ ซึ่งการอาศัยนิติกรรมเป็นเครื่องมือบอกโดยนัยว่าต้องอาศัยเจตนาเป็นหัวใจสำคัญ เพราะการทำนิติกรรมต้องมาจากเจตนา ดังนั้น ในการอธิบายหลักอิสระในทางแพ่งจึงต้องอธิบายสัมพันธ์กันกับนิติกรรมและเจตนา ซึ่งเป็นเรื่องที่ยากออกจากกันไม่ได้²⁹⁵

สำหรับการทำสัญญาก็มีหลักเสรีภาพในการทำสัญญา หรือ Freedom of contract ที่เป็นหลักการที่อยู่บนฐานของหลักอิสระในทางแพ่ง ทำให้เอกชนมีเสรีภาพในการทำสัญญา ซึ่งใน

²⁹⁴ อักขราทร จุฬารัตน, เอกสารการสอนชุดวิชากฎหมายแพ่ง 1 ฉบับปรับปรุงครั้งที่ 1, พิมพ์ครั้งที่ 24 (นนทบุรี: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช, 2553), หน้า 157-161.

²⁹⁵ ศนันทกรรณ์ โสทธิพันธุ์, คำอธิบายนิติกรรม-สัญญา พร้อมคำอธิบายในส่วนของ พ.ร.บ. ว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 และกฎหมายใหม่ที่เกี่ยวข้อง, พิมพ์ครั้งที่ 22 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2561), หน้า 27-35.

บรรดากฎหมายสาขาเอกชนทั้งหลาย เรื่องสัญญา นับว่าเป็นบทบัญญัติของกฎหมายที่มีความเกี่ยวข้องกับมนุษย์ในการดำรงชีวิตประจำวันเป็นอย่างมาก²⁹⁶ โดยสัญญานั้นมาจากความตกลงยินยอมและแสดงออกเป็นเจตนาให้มีผลระหว่างกัน ตามความหมายของสัญญาที่เข้าใจโดยทั่วไปจึงเป็นการที่บุคคลสองฝ่ายแสดงเจตนาทำนิติกรรมมีค่าเสนอและสนองรับที่ต้องตรงกัน โดยความประสงค์ที่ต้องตรงกันนี้ ทำให้ร่วมมือร่วมใจแสดงเจตนาก่อให้เกิดนิติสัมพันธ์อย่างใดอย่างหนึ่งขึ้นเป็นสัญญาระหว่างกัน

ในการศึกษาหลักการทางกฎหมายเอกชนดังที่กล่าวมาข้างต้น เพื่อต้องการให้เห็นถึงลักษณะของกฎหมายเอกชนที่ให้ความสำคัญกับนิติสัมพันธ์ระหว่างบุคคลที่อยู่ในฐานะที่เท่าเทียมกันเป็นหลัก ซึ่งกฎหมายเอกชนนอกจากกฎหมายเรื่องนิติกรรมสัญญาแล้วยังมีกฎหมายลักษณะอื่นๆ เข้ามาเกี่ยวข้องมากมาย โดยประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เป็นกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับชีวิตของบุคคลอย่างใกล้ชิด หลักการในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์จึงเป็นกฎหมายที่บัญญัติถึงความสัมพันธ์ระหว่างเอกชนกับเอกชนด้วยกันในฐานะที่เท่าเทียมกัน เช่นนี้ หลักและทฤษฎีในกฎหมายจึงตั้งอยู่บนฐานของความเสมอภาคและเป็นธรรม

นอกจากนี้ ในการใช้นิติวิธีตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ก็มีการบัญญัติถึงนิติวิธีไว้ในกฎหมายตามมาตรา 4 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งเป็นเรื่องเกี่ยวกับนิติวิธีในการใช้กฎหมาย การตีความกฎหมาย และการอุดช่องว่างแห่งกฎหมาย ซึ่งหลักเกณฑ์ตามมาตรา 4 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ยังได้แสดงออกถึงแหล่งที่มาของกฎหมาย อีกทั้ง ยังได้กำหนดลำดับในการปรับใช้กฎเกณฑ์ทางกฎหมายไว้ ซึ่งเป้าหมายที่สำคัญที่สุดของบทบัญญัติกฎหมายมาตรา 4 ที่บัญญัติถึงนิติวิธี คือ การประสงค์ให้ข้อพิพาทสามารถนำไปสู่ผลอันเป็นข้อยุติในทางกฎหมายได้ โดยนิติวิธีดังกล่าวช่วยกำหนดแนวทางในการค้นหากฎหมายและลำดับการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายที่จะนำมาใช้กับข้อพิพาท อันทำให้ข้อพิพาทที่เกิดขึ้นเป็นคดีต่างๆ จะได้รับการพิจารณาโดยกฎหมาย

อย่างไรก็ตาม สำหรับการใช้นิติวิธีในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ผู้วิจัยได้กล่าวถึงในเนื้อหาของบทที่ 2 ข้อความคิดพื้นฐานว่าด้วยนิติวิธี และบทที่ 3 ข้อความคิดพื้นฐานว่าด้วย

²⁹⁶ อักขราทร จุฬารัตน, เอกสารการสอนชุดวิชากฎหมายแพ่ง 1 ฉบับปรับปรุงครั้งที่ 1, หน้า 157-161.

การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง ในส่วนของหลักการตามบทบัญญัติมาตรา 4 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาแล้ว เช่นนี้จึงมีข้อกล่าวซ้ำอีก

4.3.1.2 คำพิพากษาของศาลว่าด้วยการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

ในเรื่องการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง เนื่องจากหลักการและขอบเขตทางทฤษฎีของเรื่องการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งยังมิได้มีการกล่าวถึงกันในรายละเอียดมากนัก จากการศึกษาข้อความคิดพื้นฐานว่าด้วยการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งดังที่กล่าวมาก็เป็นการศึกษาในความหมายและลักษณะของการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง ความเป็นมาทางประวัติศาสตร์ แนวคิดเบื้องหลังของเรื่องและหลักการ รวมถึงศึกษาบทบัญญัติตามมาตรา 4 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เป็นต้น ซึ่งจะเห็นได้ว่า ในกฎหมายไทยยังไม่มีคำอธิบายทางทฤษฎีถึงการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งไว้อย่างชัดเจน เช่นนี้ จึงมาศึกษาคำพิพากษาของศาลในทางปฏิบัติว่าด้วยการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ต่อไป ทั้งนี้ เพื่อให้ทราบถึงแนวทางปฏิบัติของศาลที่มีการนำการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งมาปรับใช้เพื่ออุดช่องว่างแห่งกฎหมาย

ในการศึกษาคำพิพากษาของศาลว่าด้วยการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ จะเป็นการศึกษาจากคำพิพากษาของศาลฎีกา โดยจะยกตัวอย่างคำพิพากษาของศาลฎีกาที่เกี่ยวข้องกับเรื่องการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในแต่ละเรื่องที่มีการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งนั้น อนึ่ง ในการศึกษาคำพิพากษาของศาลฎีกา ผู้วิจัยได้ค้นหาคำพิพากษาที่เกี่ยวข้องโดยสืบค้นจากระบบสืบค้นคำพิพากษา คำสั่งคำร้องและคำวินิจฉัยของศาลฎีกา และนำมาเสนอรวบรวมไว้เป็นตัวอย่าง ซึ่งผู้วิจัยได้จัดหัวข้อในแต่ละเรื่องที่เกี่ยวข้องตามประเด็นที่ปรากฏในคำพิพากษาของศาลไว้ ดังนี้

(ก) การปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในเรื่องการตั้งผู้แทนนิติบุคคลชั่วคราว

บทบัญญัติกฎหมาย : มาตรา 73 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บัญญัติว่า “ถ้ามีตำแหน่งว่างลงในจำนวนผู้แทนของนิติบุคคล และมีเหตุอันควรเชื่อว่าการปล่อยตำแหน่งว่างไว้น่าจะเกิดความเสียหายขึ้นได้ เมื่อผู้มีส่วนได้เสียหรือพนักงานอัยการร้องขอ ศาลจะแต่งตั้งผู้แทนชั่วคราวขึ้นก็ได้”

ข้อเท็จจริง : คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 8938/2542, 1820/2548, 7830/2560 ตามข้อบังคับของบริษัทกำหนดให้ ส. และผู้ร้องลงลายมือชื่อและประทับตราสำคัญของบริษัท มีอำนาจกระทำการแทนบริษัท แต่ ส. ชัดขวางและทำการเป็นปฏิปักษ์ต่อบริษัทและผู้ร้อง โดยไม่ยอมลงลายมือชื่อร่วมกับผู้ร้องในกิจการที่ต้องกระทำในนามบริษัทหลายประการ และข้อบังคับของบริษัทไม่มีวิธีการแก้ไขข้อบกพร่องดังกล่าว

ช่องว่างแห่งกฎหมาย : หลักกฎหมายว่าด้วยการให้ศาลตั้งผู้แทนนิติบุคคลชั่วคราวได้หากนิติบุคคลว่างลง และการปล่อยว่างไว้จะก่อให้เกิดความเสียหายขึ้นได้ ตามมาตรา 73 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ โดยปกติย่อมใช้บังคับแก่กรณีตำแหน่งผู้แทนนิติบุคคลว่างลงเพราะตาย ลาออก หรือตกเป็นผู้ไร้ความสามารถ หรือเพราะประโยชน์ได้เสียของผู้แทนนิติบุคคลขัดกับประโยชน์ได้เสียของนิติบุคคลตามมาตรา 74 แต่หากเป็นกรณีที่ผู้แทนป่วยหนักจนตั้งตัวแทนทำการไม่ได้ หรือเกิดความขัดแย้งกันในหมู่ของผู้แทนนิติบุคคลด้วยกันจนผู้แทนบางคนไม่ยอมปฏิบัติหน้าที่จนอาจเกิดความเสียหายแก่นิติบุคคลนั้น ย่อมไม่อาจเรียกได้ว่าเป็นกรณีที่มีตำแหน่งว่างลงในจำนวนผู้แทนของนิติบุคคลได้ ตามปกติย่อมต้องปล่อยให้ผู้เกี่ยวข้อง คือ สมาชิกขององค์กร ผู้ถือหุ้น มาตกลงวางมาตรการแก้ไขปัญหากันเองก่อน ไม่ใช่เรื่องที่ศาลจะมาตั้งผู้แทนชั่วคราวขึ้น

การเทียบเคียง : เมื่อเป็นกรณีที่ผู้แทนนิติบุคคลที่อยู่ในตำแหน่งปฏิเสธดำเนินการใดๆ และไม่ยอมลาออกจากตำแหน่ง ทั้งมีเหตุอันควรเชื่อว่าจะเกิดความเสียหายขึ้นโดยไม่มีทางแก้ไขทางอื่น กรณีจึงไม่มีบทกฎหมายบัญญัติไว้ ดังนี้ มีเหตุที่อาจอ้างเทียบเคียงกับกรณีที่ตำแหน่งว่างลงได้ ดังนั้น การที่ผู้ร้องขอให้ศาลมีคำสั่งตั้งผู้ร้องเป็นผู้แทนชั่วคราวของบริษัท โดยให้ผู้ร้องแต่ผู้เดียวลงลายมือชื่อและประทับตราสำคัญของบริษัทมีอำนาจกระทำการแทนบริษัท เพื่อผู้ร้องจะกระทำการกิจการต่างๆ ในนามบริษัทได้ อันเป็นการแก้ไขอุปสรรคและข้อขัดข้องของบริษัทมิให้เกิดความเสียหายอีกต่อไป แม้ตามคำร้องขอของผู้ร้องจะไม่ใช้กรณีตำแหน่งผู้แทนของบริษัทว่างลงตามที่ประมวล

กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 73 บัญญัติไว้ แต่ก็ไม่มีบทกฎหมายที่จะยกมาปรับคดีนี้ได้ ทั้งไม่มีจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น ในกรณีนี้ต้องอาศัยมาตรา 73 ที่เป็นบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งมาวินิจฉัย และหากได้ความจริงตามคำร้องขอ ศาลก็สามารถตั้งผู้ร้องเป็นผู้แทนชั่วคราวตามบทกฎหมายดังกล่าวได้

ข้อเท็จจริงในคดีอื่นๆ : ตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 8579/2553 คำร้องขอของผู้ร้องที่อ้างว่ากรรมการของบริษัทละเว้นการปฏิบัติหน้าที่หรือปฏิบัติหน้าที่โดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย เป็นเหตุให้ผู้ร้องในฐานะผู้ถือหุ้นรายใหญ่ได้รับความเสียหาย ศาลพิพากษาว่า ไม่ใช่เป็นเรื่องที่มีตำแหน่งว่างลงในจำนวนผู้แทนของนิติบุคคลและมีเหตุอันควรเชื่อว่าการปล่อยตำแหน่งว่างไว้น่าจะเกิดความเสียหายขึ้นได้ตามที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 73 หรือเป็นเรื่องที่นิติบุคคลไม่สามารถดำเนินการได้อันเนื่องมาจากผู้แทนบางคนไม่ยอมปฏิบัติหน้าที่ จึงไม่อาจนำมาตรา 73 มาบังคับใช้ในฐานะบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งตามมาตรา 4 ให้ยกคำร้อง

ข้อสังเกตของผู้วิจัย : คำพิพากษาศาลฎีกาในคดีที่ 8938/2542 เป็นกรณีที่ผู้ร้องเป็นกรรมการบริษัท แต่ในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 8579/2553 ผู้ร้องเป็นผู้ถือหุ้นรายใหญ่ของบริษัท โดยศาลฎีกาในคดีที่ 8579/2553 ยังวินิจฉัยไว้ด้วยว่า “สำหรับคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 8938/2542 ที่ผู้ร้องอ้างนั้นข้อเท็จจริงแตกต่างกับคดีนี้” โดยคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 8579/2553 เป็นกรณีที่ผู้ร้องเป็นผู้ถือหุ้นรายใหญ่อ้างว่ากรรมการของบริษัทละเว้นการปฏิบัติหน้าที่หรือปฏิบัติหน้าที่โดยไม่ชอบด้วยกฎหมายเป็นเหตุให้ผู้ร้องได้รับความเสียหาย กรณีจึงไม่ใช่เป็นเรื่องมีตำแหน่งว่างลงตามมาตรา 73 หรือเป็นเรื่องที่นิติบุคคลไม่สามารถดำเนินการได้อันเนื่องมาจากผู้แทนบางคนไม่ยอมปฏิบัติหน้าที่ตามมาตรา 4 ประกอบมาตรา 73 ในฐานะบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง

ทั้งนี้ จะเห็นได้ว่าบทบัญญัติของกฎหมายในบางเรื่อง เมื่อใช้เหตุผลเดียวกันก็จะทำให้สามารถนำมาเทียบเคียงแก่กรณีในฐานะที่เป็นบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งได้ แต่อย่างไรก็ตามในบางกรณีที่แม้จะดูเหมือนเป็นเรื่องที่ใกล้เคียงกัน แต่ถ้าหากเหตุผลของบทบัญญัติแห่งกฎหมายไม่สอดคล้องกับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น เช่นนี้ ก็ไม่อาจอาศัยการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งมาปรับใช้แก่กรณีได้

(ข) การปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในเรื่องการขายทอดตลาดตามบรรพ 3 ลักษณะ 1 หมวด 4 ส่วนที่ 3 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ กับการประมูลระหว่างเจ้าของรวม

บทบัญญัติกฎหมาย : มาตรา 516 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บัญญัติว่า “ถ้าผู้สุ่ราคาสูงสุดละเลยเสียไม่ใช้ราคาไซ้ร ทำนให้ผู่ทอดตลาดเอาทรัพย์สินนั้นออกขายอีกซ้ำหนึ่งถ้าและได้เงินเป็นจำนวนสุ่ที่ไม่คุ้มราคาและค่าขายทอดตลาดชั้นเดิม ผู้สุ่ราคาเดิมคนนั้นต้องรับผิดชอบส่วนที่ขาด”

ข้อเท็จจริง : คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5789/2558 ศาลชั้นต้นมีคำพิพากษาในคดีแพ่งอีกสำนวนให้แบ่งกรรมสิทธิ์รวมในที่ดินพิพาทโดยให้ตกลงแบ่งระหว่างกันก่อน หากตกลงไม่ได้ ให้ประมูลระหว่างกันโดยให้ฝ่ายที่เสนอราคาสูงเป็นผู้ได้กรรมสิทธิ์ไปทั้งหมด หากตกลงประมูลระหว่างกันไม่ได้ ให้ขายทอดตลาดที่ดินแล้วนำเงินมาแบ่งกัน โดยที่ประชุมตกลงเงื่อนไขให้ผู้ประมูลทรัพย์ต้องวางเงินร้อยละ 5 ของราคาทีประมูลได้ภายใน 15 วัน นับแต่วันประมูล หากไม่วางเงินส่วนที่เหลือ ให้เจ้าพนักงานบังคับคดีริบเงินที่วางไว้ แล้วนำเงินมาแบ่งกันระหว่างผู้ถือกรรมสิทธิ์รวมโดยผู้ประมูลได้ไม่มีสิทธิได้รับเงินในส่วนนี้ ข้อตกลงในการประมูลนี้ถือเป็นการประมูลที่ผู้ถือกรรมสิทธิ์รวมที่ตกลงร่วมกันอันเป็นนิติกรรมที่สร้างขึ้นเพื่อให้การประมูลขายทรัพย์ที่มีกรรมสิทธิ์รวมเป็นไปโดยราบรื่น ไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนมีผลใช้บังคับได้

ช่องว่างแห่งกฎหมาย : เนื่องจากไม่ปรากฏข้อตกลงว่าหากผู้ประมูลได้ไม่วางเงินก่อนแรกจำนวนร้อยละ 5 แล้วจะมีสภาพบังคับให้ผู้ประมูลได้ต้องมีความรับผิดชอบชำระเงินจำนวนร้อยละ 5 ดังกล่าวให้แก่ผู้ถือกรรมสิทธิ์รวม และความรับผิดชอบของผู้ประมูลได้ที่ไม่ชำระเงินก่อนแรกก็ไม่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะกำหนดไว้ จึงต้องอาศัยเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งอันได้แก่ บทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 3 ลักษณะ 1 หมวด 4 ส่วนที่ 3 ขายทอดตลาด ซึ่งก็ไม่มีบทบัญญัติให้ผู้สุ่ราคามีความรับผิดชอบเกี่ยวกับเงินที่จะต้องวางก่อนแรกนี้ คงมีเพียงบทบัญญัติมาตรา 516 เท่านั้น

การเทียบเคียง : ศาลพิจารณาว่าความรับผิดชอบของผู้ประมูลได้ที่ไม่ชำระเงินก่อนแรกต้องใช้วิธีการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งตามบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและ

พาณิชย์ บรรพ 3 ลักษณะ 1 หมวด 4 ส่วนที่ 3 ขยายทอดตลาด มาตรา 516 โดยถ้าผู้สุ้ราคาสูงสุด ละเลยไม่ใช้ราคา ท่านให้ผู้ทอดตลาดเอาทรัพย์สินนั้นออกขายอีกซ้ำหนึ่ง ถ้าและได้เงินเป็นจำนวน สุทธิไม่คุ้มราคาและค่าขายทอดตลาดชั้นเดิม ผู้สุ้ราคาเดิมคนนั้นต้องรับผิดชอบในส่วนที่ขาด แต่ความกลับ ปรากฏว่า คดีนี้โจทก์ฟ้องขอให้จำเลยรับผิดชอบในเงินที่ต้องวางก่อนแรกตามข้อตกลงดังกล่าว ซึ่งไม่มี สภาพบังคับ โดยมีได้ฟ้องขอให้จำเลยรับผิดชอบในเงินส่วนที่ขาดเมื่อมีการประมูลซ้ำอีกครั้งหนึ่งตาม ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 516 คำขอท้ายฟ้องโจทก์จึงเป็นกรณีที่ไม่อาจบังคับได้ จำเลยไม่จำต้องรับผิดชอบต่อโจทก์ตามฟ้อง ฎีกาของโจทก์ฟังไม่ขึ้น

ข้อสังเกตของผู้วิจัย : ในคดีนี้ ศาลปรับใช้การเทียบเคียงบทบัญญัติมาตรา 516 แห่ง ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ในเรื่องขายทอดตลาดที่ผู้สุ้ราคาสูงสุดไม่ใช้ราคา กับการประมูล ระหว่างเจ้าของรวมในความรับผิดชอบของผู้ประมูลได้ที่ไม่ชำระเงินก้อนแรก ซึ่งโดยลักษณะของเรื่องการ ขายทอดตลาดมีลักษณะเป็นการซื้อขายที่เกิดด้วยกระบวนการขายทอดตลาด คือ มีการโฆษณา กำหนดวันที่จะขายทอดตลาด ทรัพย์สินที่จะขายทอดตลาดและเงื่อนไขในการขายทอดตลาด เพื่อเปิด โอกาสให้ประชาชนเข้ามาร่วมประมูล ซึ่งผู้เสนอราคาสูงสุดจะได้รับการเคาะไม้ การขายทอดตลาดจึง บริบูรณ์²⁹⁷ ส่วนในเรื่องการประมูลตามคำพิพากษาก็มีลักษณะเป็นการประมูลซื้อขายกันระหว่าง เจ้าของรวมโดยเปิดโอกาสให้ผู้ประมูลฝ่ายที่เสนอราคาสูงเป็นผู้ได้กรรมสิทธิ์ไป อันมีลักษณะเป็นการ ซื้อขายที่ให้ผู้เสนอราคาสูงสุดเป็นผู้ซื้อทรัพย์สินนั้น จึงเห็นว่ามีลักษณะใกล้เคียงกันกับการขาย ทอดตลาด

ข้อสังเกตอีกประการสำคัญจากคำพิพากษาศาลฎีกาฉบับนี้ คือ แม้คดีนี้ศาลจะ วินิจฉัยว่า ต้องใช้วิธีการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งกับมาตรา 516 แห่งประมวล กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ แต่เมื่อโจทก์ฟ้องในเรื่องอื่นซึ่งไม่มีสภาพบังคับ เช่นนี้ ทำให้คำขอท้ายฟ้อง โจทก์เป็นกรณีที่ไม่อาจบังคับได้ กล่าวคือ เป็นเรื่องนอกจากที่ปรากฏในคำฟ้องทำให้ศาลชี้ขาดนอกข้อ พิพากษาไม่ได้ ต้องห้ามตามมาตรา 142 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ดังจะเห็นได้ว่า การ ฟ้องคดีของโจทก์จะต้องเป็นการฟ้องคดีที่ตั้งประเด็นข้อพิพาทจากการถูกระทบกระเทือนสิทธิที่

²⁹⁷ ศนันทกรรณ์ โสทธิพันธุ์, คำอธิบายซื้อขาย แลกเปลี่ยน ให้, พิมพ์ครั้งที่ 8 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2560), หน้า 257-260.

ถูกต้องมาก่อน ศาลจึงจะพิพากษาตามสิทธิของโจทก์โดยปรับใช้บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ใกล้เคียงกันอย่างยิ่งได้

(ค) การปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในเรื่องเช่าทรัพย์ ตามบรรพ 3 ลักษณะ 4 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ กับสัญญาให้เช่าทรัพย์แบบลีสซิ่ง

บทบัญญัติกฎหมาย : บรรพ 3 ลักษณะ 4 เช่าทรัพย์ มาตรา 537 ถึงมาตรา 564 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

ข้อเท็จจริง : คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 8810/2543 (ประชุมใหญ่ ครั้งที่ 17/2543) จำเลยตกลงทำสัญญาเช่ารถยนต์คันพิพาทกับโจทก์ตามเอกสารซึ่งระบุว่า เป็นสัญญาให้เช่าทรัพย์สินแบบลีสซิ่ง มีกำหนด 48 เดือน ค่าเช่าเดือนละ 19,100 บาท หรือคิดเป็นเงินค่าเช่าทั้งหมด 916,800 บาท และเงินประกันการเช่าอีก 57,300 บาท เมื่อครบกำหนดสัญญาเช่าจำเลยจะซื้อทรัพย์สินที่ให้เช่าหรือรถยนต์คันพิพาทได้ในราคา 200,000 บาท จึงรวมเป็นเงินที่ผู้เช่าหรือจำเลยจะต้องชำระทั้งหมดไม่น้อยกว่า 1,174,100 บาท โดยโจทก์คิดเป็นราคารถยนต์คันพิพาทจำนวน 803,738.32 บาท และภาษีมูลค่าเพิ่ม 56,261.68 บาท

ช่องว่างแห่งกฎหมาย : สัญญาให้เช่าทรัพย์สินแบบลีสซิ่งไม่มีบทบัญญัติกฎหมายบัญญัติไว้โดยตรง จึงต้องอาศัยการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง

การเทียบเคียง : ศาลวินิจฉัยว่า สัญญาดังกล่าวถือว่าเป็นสัญญาเช่าทรัพย์อย่างหนึ่ง ตามนัยแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 4 วรรคสอง โดยอาศัยเทียบบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง และโจทก์กับจำเลยต่างมีความประสงค์ในทางสุจริตตามนัยแห่งมาตรา 6 และมาตรา 368 ว่าต้องการจะใช้บังคับแก่กันในลักษณะเช่าทรัพย์หรือเช่าทรัพย์สินแบบลีสซิ่ง จึงต้องอนุวัตน์ให้เป็นไปตามเจตนารมณ์ของคู่สัญญาดังกล่าวเป็นสำคัญ อีกทั้งเงื่อนไขต่างๆ ในสัญญาว่าด้วยทรัพย์สินที่เช่า ระยะเวลาการเช่า ค่าเช่าและเงินประกันการเช่า การประกันภัยและหน้าที่ของผู้เช่า การสูญหายและเสียหายของทรัพย์สินที่เช่า การผิดสัญญา และการบอกเลิกสัญญาของผู้เช่า ล้วนแล้วแต่เป็นลักษณะของการเช่าทรัพย์สินตามนัยแห่งมาตรา 537 ถึงมาตรา 564 ทั้งสิ้น แม้จะมีข้อตกลงเป็นพิเศษที่กำหนดให้ผู้เช่าสามารถเลือกซื้อทรัพย์สินที่เช่าได้โดยต้องส่งคำบอกกล่าวเป็น

ลายลักษณ์อักษรให้แก่ผู้ให้เช่าทราบไม่น้อยกว่า 60 วัน ก่อนสัญญาเช่าจะสิ้นสุดลงก็เป็นแต่เพียงข้อยกเว้นในทางให้สิทธิแก่ผู้เช่าบางประการในการเลือกซื้อทรัพย์สินที่เช่าหรือไม่ก็ได้เท่านั้น กรณีมิใช่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายต่างได้มีเจตนาที่จะโอนกรรมสิทธิ์ให้แก่กันมาตั้งแต่เริ่มแรกตั้งสัญญาเช่าซื้อ สัญญาเช่ารถยนต์แบบลีสซิ่งรายพิพาทจึงไม่ต้องปิดอากรแสตมป์ตามประมวลรัษฎากร มาตรา 118

ข้อสังเกตของผู้วิจัย : จากคำพิพากษาศาลฎีกาฉบับนี้ ศาลได้นำรายละเอียดข้อเท็จจริงในคดีที่เกิดขึ้นมาวินิจฉัย โดยพิจารณาจากข้อสัญญาและเจตนารมณ์ของคู่สัญญาตามหลักเสรีภาพในการทำสัญญาเป็นสำคัญ ซึ่งข้อสัญญาดังกล่าวถือว่าเป็นสัญญาเช่าทรัพย์สินอย่างหนึ่งตามนัยแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 4 วรรคสอง โดยอาศัยการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง เพราะบทกฎหมายเกี่ยวกับเรื่องนี้ยังไม่มีการบัญญัติใช้โดยเฉพาะ ทั้งนี้ มิใช่การเทียบเคียงมาตราหนึ่งมาตราใดเท่านั้น แต่เป็นการเทียบเคียงเข้ากับลักษณะเช่าทรัพย์สินตามเอกเทศสัญญา ซึ่งหมายความว่า สัญญาเช่าทรัพย์สินแบบลีสซิ่งมิใช่สัญญาเช่าทรัพย์สินตามบรรพ 3 ลักษณะ 4 เช่าทรัพย์สิน แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ แต่เมื่อไม่มีหลักเกณฑ์มาปรับใช้โดยตรงจึงอาศัยการเทียบเคียงหลักเกณฑ์ของสัญญาเช่าทรัพย์สิน ซึ่งหลักเกณฑ์ของสัญญาเช่าทรัพย์สินอาจไม่สามารถปรับใช้กับสัญญาเช่าทรัพย์สินแบบลีสซิ่งได้ทั้งหมด ผู้วิจัยจึงเห็นว่า ในการอ้างถึงการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งตามนิติวิธีในมาตรา 4 วรรคสอง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ควรเป็นการเทียบเคียงจากบทบัญญัติกฎหมายในมาตราที่เฉพาะเจาะจงเท่านั้น

นอกจากนี้ เมื่อพิจารณาลักษณะทางกฎหมายของสัญญาเช่าทรัพย์สินแบบลีสซิ่ง มีความเห็นของนักกฎหมายที่แตกต่างกันออกไป ทั้งเห็นว่าสัญญาลีสซิ่งเป็นสัญญาเช่าทรัพย์สินโดยอาศัยการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งตามนัยคำพิพากษาศาลฎีกาที่กล่าวมา หรือเป็นสัญญาเช่าทรัพย์สินตามมาตรา 537 โดยตรง ซึ่งหมายถึง หลักเกณฑ์ทั้งหลายในเรื่องสัญญาเช่าทรัพย์สินย่อมสามารถนำมาใช้กับสัญญาเช่าทรัพย์สินแบบลีสซิ่งได้ทั้งหมด หรือเป็นสัญญาเช่าซื้อ หรือเป็นสัญญาไม่มีชื่อ

ทั้งนี้ เมื่อพิจารณาประกาศกระทรวงการคลังลงวันที่ 6 ธันวาคม 2535 เรื่องเงื่อนไขในการอนุญาตให้บริษัทเงินทุนประกอบธุรกิจให้เช่าทรัพย์สินแบบลีสซิ่ง ได้กำหนดลักษณะและรายละเอียดของการเช่าทรัพย์สินแบบลีสซิ่งไว้ ซึ่งข้อ 1 ในประกาศฉบับนี้ได้ให้ความหมายของการให้เช่า

แบบลีสซิ่ง ดังนี้ “การให้เช่าแบบลีสซิ่ง หมายความว่า การให้เช่าทรัพย์สินที่ผู้ให้เช่าจัดหามาจากผู้ผลิตหรือผู้จำหน่าย หรือทรัพย์สินซึ่งยึดได้จากผู้เช่ารายอื่น เพื่อให้ผู้เช่าได้ใช้ประโยชน์ในกิจการอุตสาหกรรม เกษตรกรรม พาณิชยกรรม หรือกิจการบริการอย่างอื่นเป็นทางค้ำปกติ โดยผู้เช่ามีหน้าที่ต้องบำรุงรักษาและซ่อมแซมทรัพย์สินที่เช่า ทั้งนี้ ผู้เช่าจะบอกเลิกสัญญาก่อนครบกำหนดเพียงฝ่ายเดียวไม่ได้ แต่ผู้เช่ามีสิทธิที่จะซื้อหรือเช่าทรัพย์สินนั้นต่อไปในราคาหรือค่าเช่าที่ได้ตกลงกัน”

จากลักษณะและความหมายของการให้เช่าแบบลีสซิ่งตามประกาศกระทรวงการคลังดังกล่าว จะเห็นได้ว่า การให้เช่าแบบลีสซิ่งไม่อาจปรับใช้กับหลักเกณฑ์ของสัญญาเช่าทรัพย์สินตามมาตรา 537 ได้โดยตรง เพราะลักษณะการให้เช่าแบบลีสซิ่งเป็นการคืนเงินลงทุนให้กับผู้ลงทุนมากกว่าจะเป็นเพียงการตอบแทนการใช้ทรัพย์สิน และไม่อาจปรับหลักเกณฑ์ของสัญญาเช่าซื้อได้ด้วย เพราะตามสัญญาเช่าซื้อเมื่อผู้เช่าซื้อชำระเงินครบ กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่เช่าซื้อจะตกเป็นของผู้เช่าซื้อทันที แต่สัญญาลีสซิ่ง กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินจะตกเป็นของผู้ลงทุนเมื่อผู้ลงทุนได้แสดงเจตนาใช้สิทธิเลือกซื้อตามที่ได้ตกลงกันในสัญญาลีสซิ่งเท่านั้น เช่นนี้ จึงอาจถือว่าสัญญาลีสซิ่งตามประกาศกระทรวงการคลังเป็นสัญญาเฉพาะที่มีหลักเกณฑ์ตามประกาศฉบับนี้กำหนดไว้โดยเฉพาะแล้ว²⁹⁸

ตามที่กล่าวมาข้างต้นเป็นความเห็นของนักกฎหมาย ซึ่งอาจมีความเห็นที่แตกต่างกันออกไป ในที่นี้ ผู้วิจัยมุ่งหมายเพียงแสดงให้เห็นถึงวิธีการใช้กฎหมาย การตีความกฎหมาย รวมถึงการอุดช่องว่างแห่งกฎหมาย ที่อาจมีการนำนิติวิธีแต่ละเรื่องมาปรับใช้ที่ต่างกันไป

(ง) การปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในเรื่องรับขนตามบรรพ 3 ลักษณะ 8 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ กับการรับขนของทางทะเล (ขณะนั้นยังไม่มีพระราชบัญญัติการรับขนของทางทะเล พ.ศ. 2534)

บทบัญญัติกฎหมาย : บรรพ 3 ลักษณะ 8 รับขน ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

²⁹⁸ ศันนท์กรณม์ โสทธิพันธุ์, คำอธิบายเช่าทรัพย์สิน เช่าซื้อ, พิมพ์ครั้งที่ 7 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2561), หน้า 249.

ข้อเท็จจริง : คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 563/2532, 1066/2532, 1287/2532, 2466/2532, 5809/2539, 121/2540, 189/2540, 1418/2540, 1912/2540, 5828/2540, 6437/2541, 6471/2541, 6795/2540, 7340/2541 เป็นต้น พระราชบัญญัติการรับขนของทางทะเล พ.ศ. 2534 มีผลใช้บังคับเมื่อวันที่ 21 กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2535 แต่มูลกรณีในคดีนี้เกิดขึ้นก่อนที่พระราชบัญญัติดังกล่าวจะมีผลใช้บังคับ

ช่องว่างแห่งกฎหมาย : ก่อนที่มีการตราพระราชบัญญัติรับขนของทางทะเล พ.ศ. 2534 มาบังคับใช้ ไม่มีบทกฎหมายในการรับขนของทางทะเลบัญญัติไว้โดยตรง

การเทียบเคียง : ศาลวางหลักว่า คดีที่เกิดขึ้นในเรื่องรับขนของทางทะเล ซึ่งขณะเกิดข้อพิพาทพระราชบัญญัติการรับขนของทางทะเล พ.ศ. 2534 ยังไม่มีผลใช้บังคับ ทั้งไม่ปรากฏคล่องจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่นว่าด้วยรับขนของทางทะเล จึงต้องวินิจฉัยคดีโดยอาศัยเทียบกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่ง ตามมาตรา 4 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ อันได้แก่ บทบัญญัติตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 3 ลักษณะ 8

ข้อสังเกตของผู้วิจัย : การปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งสามารถนำมาใช้เพื่ออุดช่องว่างแห่งกฎหมายในขณะที่ยังไม่มีกฎหมายบัญญัติขึ้นเป็นพิเศษเฉพาะในเรื่องนั้นๆ ได้ หรือ แม้ต่อมามีการบัญญัติกฎหมายขึ้นใช้บังคับแล้ว แต่ถ้ามูลคดีเกิดขึ้นก่อน โดยโจทก์ฟ้องคดีหลังจากกฎหมายดังกล่าวมีผลใช้บังคับ ก็ไม่อาจนำกฎหมายนั้นมาปรับแก้คดีได้

ทั้งนี้ กฎหมายการรับขนของทางทะเลเป็นเรื่องเฉพาะนอกเหนือจากกฎหมายลักษณะรับขนที่กำหนดหลักเกณฑ์ไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เมื่อในขณะนั้นประเทศไทยยังไม่มีพระราชบัญญัติการรับขนของทางทะเล พ.ศ. 2534 ใช้บังคับ ข้อพิพาทเกี่ยวกับการรับขนของทางทะเลจึงไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายที่จะยกมาปรับกับคดีได้ ศาลจำต้องแสวงหากฎเกณฑ์อื่นๆ ตามมาตรา 4 วรรคสอง เพื่อนำมาปรับใช้กับข้อพิพาทที่เกิดขึ้น โดยศาลพิจารณาว่าเมื่อไม่ปรากฏคล่องจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่นว่าด้วยรับขนของทางทะเล จึงให้นำเอาบทบัญญัติว่าด้วยการรับขนตามบรรพ 3 ลักษณะ 8 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาใช้บังคับในฐานะที่เป็นบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง

อย่างไรก็ตาม มีข้อสังเกตอีกว่า ตามคำพิพากษาศาลฎีกาในการนำกฎหมายลักษณะรับขนซึ่งเป็นกฎหมายทั่วไปมาใช้ ศาลได้ปรับใช้ในฐานะที่เป็นบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง ซึ่งมีได้นำมาใช้โดยตรงเมื่อไม่มีพระราชบัญญัติการรับขนของทางทะเล พ.ศ. 2534 ที่เป็นกฎหมายพิเศษ ทั้งนี้ อาจเนื่องมาจากบทบัญญัติกฎหมายมาตรา 609 วรรคสอง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งบัญญัติว่า “รับขนของทางทะเล ท่านให้บังคับตามกฎหมายและกฎข้อบังคับว่าด้วยการนั้น” ซึ่งแสดงให้เห็นว่า กฎหมายการรับขนของทางทะเลมีลักษณะเป็นเรื่องเฉพาะและจำเป็นต้องมีการบัญญัติกฎหมายเฉพาะขึ้น แต่เมื่อยังไม่มีกฎหมายเฉพาะบัญญัติไว้ จึงต้องปรับใช้กฎหมายลักษณะรับขนที่เป็นกฎหมายทั่วไปในฐานะที่เป็นบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง

(จ) การปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในเรื่องรับขนตามบรรพ 3 ลักษณะ 8 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และพระราชบัญญัติการรับขนของทางทะเล พ.ศ. 2534 กับการรับขนของทางอากาศ (ขณะนั้นยังไม่มีพระราชบัญญัติการรับขนของทางอากาศระหว่างประเทศ พ.ศ. 2558)

บทบัญญัติกฎหมาย : บรรพ 3 ลักษณะ 8 รับขน ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และพระราชบัญญัติการรับขนของทางทะเล พ.ศ. 2534

ข้อเท็จจริง : คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5136/2550 โจทก์ได้ทำสัญญารับประกันภัยสินค้าเลนส์แว่นตาหลายชั้นไร้รอยต่อ หรือเลนส์แว่นตา จำนวน 2,863 ชิ้น ไว้ให้แก่บริษัท โสย่า เลนส์ จำกัด ที่จะขนส่งมากับสายการบินของจำเลยที่ 2 จากท่าอากาศยานแมนเชสเตอร์ ประเทศอังกฤษ ถึงกรุงเทพมหานคร ในวงเงิน 1,206,263 บาท โดยรับประกันภัยในความเสียหายหรือสูญหายของสินค้าในระหว่างขนส่ง และโจทก์จะชดใช้ความเสียหายแก่ผู้เอาประกันภัยตามความเสียหายจริงแต่ไม่เกินวงเงินที่โจทก์รับประกันไว้ เมื่อวันที่ 17 พฤษภาคม 2545 จำเลยที่ 1 ในฐานะตัวแทนของบริษัท ฮ. ได้นำสินค้าของผู้ส่งมอบให้จำเลยที่ 2 ผู้ขนส่ง เพื่อให้ขนส่งไปยังกรุงเทพมหานคร โดยจำเลยที่ 1 ได้ออกหลักฐานตามเอกสารหมายเลข 3.3 ให้ไว้แก่ผู้ส่ง จำเลยที่ 2 ได้ทำการขนส่งสินค้าโดยสายการบินของจำเลยที่ 2 โดยจำเลยที่ 2 ได้ออกใบรับขนของทางอากาศตามเอกสารหมายเลข 4 หรือ ล.3 ให้จำเลยที่ 1 ไว้เป็นหลักฐาน แต่ปรากฏว่าเมื่อเครื่องบินมาถึงกรุงเทพมหานคร ผู้รับตราส่งไม่สามารถรับสินค้าได้ เพราะสินค้าได้สูญหายไปทั้งหมด ผู้รับตราส่งซึ่งเป็นผู้เอาประกันภัยได้เรียกร้องให้จำเลย

ทั้งสองใช้ราคาสินค้าที่สูญหายไปเป็นเงิน 1,206,263 บาท จำเลยทั้งสองไม่ยอมใช้ให้เต็มจำนวน ผู้เอาประกันภัยจึงเรียกร้องจากโจทก์ โจทก์เห็นว่าความเสียหายอยู่ในเงื่อนไขความคุ้มครองตามสัญญาประกันภัย จึงได้ใช้ค่าสินไหมทดแทนเป็นเงินจำนวน 1,206,263 บาท ให้แก่ผู้เอาประกันภัยแล้วเมื่อวันที่ 11 กันยายน 2545 ตามใบรับช่วงสิทธิเอกสารหมาย จ.15 ... โจทก์จึงฟ้องจำเลยที่สองเป็นคดีนี้ ซึ่งปัญหาต่อไปมีว่า จำเลยที่ 2 ต้องรับผิดชอบเพียงใด จำเลยที่ 2 อุทธรณ์ว่า ในการขนส่งสินค้าครั้งนี้ ข้อตกลงจำกัดความรับผิดของผู้ขนส่งว่าผู้ขนส่งรับผิดชอบไม่เกิน 20 ดอลลาร์สหรัฐ ต่อน้ำหนักสินค้า 1 กิโลกรัม เว้นแต่จะแจ้งราคาสินค้าที่ให้ผู้ขนส่งและได้ชำระค่าระวางพาหนะที่คำนวณจากราคาสินค้าที่แจ้งนั้นตามที่ปรากฏในใบรับขนทางอากาศเอกสารหมาย จ.4 หรือ ล.3 ความรับผิดของจำเลยที่ 2 จึงจำกัดตามข้อตกลงดังกล่าว

ช่องว่างแห่งกฎหมาย : จำเลยที่ 2 อ้างว่า เมื่อประเทศไทยไม่มีกฎหมายเกี่ยวกับการรับขนของทางอากาศระหว่างประเทศ กฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งที่ต้องนำมาปรับใช้ในคดีนี้คือ พระราชบัญญัติการรับขนของทางทะเล พ.ศ. 2534 โดยเฉพาะเรื่องการจำกัดความรับผิดของผู้ขนส่ง

การเทียบเคียง : ศาลเห็นว่า การรับขนของทางอากาศเป็นการขนส่งประเภทหนึ่ง จึงต้องนำประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 3 ลักษณะ 8 รับขนมาใช้บังคับ ซึ่งตามมาตรา 625 บัญญัติว่า “ใบรับ ใบตราส่งหรือเอกสารอื่นๆ ทำนองนั้นก็ ซึ่งผู้ขนส่งออกให้แก่ผู้ส่งนั้น ถ้ามีข้อความยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดของผู้ขนส่งประการใด ท่านว่าความนั้นเป็นโมฆะ เว้นแต่ผู้ส่งจะแสดงความตกลงด้วยชัดแจ้งในการยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดเช่นนั้น” ดังนั้น กรณีนี้จึงต้องวินิจฉัยตามบทกฎหมายดังกล่าว ซึ่งท้ายที่สุด ศาลเห็นว่าจำเลยที่ 1 ซึ่งเป็นตัวแทนของผู้ส่งสินค้าได้แสดงความตกลงด้วยชัดแจ้งในการจำกัดความรับผิดของจำเลยที่ 2 ผู้ขนส่งเป็นเงิน 20 ดอลลาร์สหรัฐต่อน้ำหนักสินค้า 1 กิโลกรัม การจำกัดความรับผิดดังกล่าวย่อมมีผลใช้บังคับได้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 625

ข้อสังเกตของผู้วิจัย : ในเรื่องการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง ผู้ปรับใช้กฎหมายจะทราบได้อย่างไรว่า กฎหมายใดมีความใกล้เคียงอย่างยิ่งกว่ากัน แต่ทั้งนี้ ก็มีข้อสังเกตว่า ในการเลือกกฎหมายมาเทียบเคียง คดีนี้ศาลเลือกกลับมาใช้กฎหมายทั่วไปตามประมวล

กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มากกว่าที่จะเทียบเคียงจากพระราชบัญญัติที่เป็นกฎหมายพิเศษเฉพาะเรื่อง

(จ) การปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในเรื่องยืมตามบรรพ 3 ลักษณะ 9 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ กับการยืมเงินเพื่อไปปฏิบัติหน้าที่ราชการตามคำสั่งของผู้บังคับบัญชา

บทบัญญัติกฎหมาย : บรรพ 3 ลักษณะ 9 ยืม ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

ข้อเท็จจริง : คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6414/2551 ข้อเท็จจริงได้ความว่า โจทก์เป็นนิติบุคคลโดยเป็นหน่วยงานของรัฐบาล ส่วนจำเลยรับราชการในหน่วยงานของโจทก์ เมื่อวันที่ 19 มีนาคม 2540 จำเลยได้รับคำสั่งจากผู้บังคับบัญชาให้เป็นผู้ดำเนินการอบรมลูกจ้างประจำโรงเรียนปฏิรูปการศึกษา จำเลยจึงขอยืมเงินเพื่อไปใช้ในการอบรมดังกล่าวจำนวน 127,100 บาท จากผู้อำนวยการการประถมศึกษาจังหวัดชัยภูมิ ซึ่งเป็นเจ้าหน้าที่ของโจทก์ ผู้อำนวยการการประถมศึกษาจังหวัดชัยภูมิมอบัติให้จำเลยยืมเงิน และจำเลยได้รับเงินที่ยืมไปครบถ้วนแล้ว ภายหลังจากได้รับเงินจำเลยนำเงินจำนวนดังกล่าวบรรจุของกระดาษาเก็บไว้ในรถยนต์ของนางสุนีย์ซึ่งเป็นเจ้าหน้าที่ฝึกอบรมประจำสำนักงานการประถมศึกษาจังหวัดชัยภูมิ และนางสุนีย์ขับรถยนต์คันดังกล่าวไปจอดไว้ที่บริเวณหน้าสำนักงานการประถมศึกษาจังหวัดชัยภูมิ ต่อมาเมื่อคืนวันดังกล่าวไปจอดไว้ที่บริเวณดังกล่าวไป โจทก์ทำการสอบสวนและลงความเห็นว่าไม่มีผู้ใดกระทำไปโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง คดีมีปัญหาในข้อกฎหมายที่ต้องวินิจฉัยตามฎีกาของโจทก์เพียงประการเดียวว่า โจทก์มีสิทธิฟ้องบังคับให้จำเลยชดใช้เงินจำนวน 127,100 บาท ตามฟ้องแก่โจทก์หรือไม่

ช่องว่างแห่งกฎหมาย : คดีนี้ โจทก์ฎีกาว่า แม้การยืมเงินของจำเลยเพื่อนำไปใช้ในการอบรมที่โจทก์จัดขึ้นจะมีใช่เป็นการยืมตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 650 ก็ตาม แต่เป็นกรณีที่ต้องนำบทบัญญัติมาตราดังกล่าวมาใช้ในฐานะเป็นบทกฎหมายใกล้เคียง

การเทียบเคียง : ศาลเห็นว่า จำเลยเป็นข้าราชการในสังกัดของโจทก์ และได้รับมอบหมายจากโจทก์ให้เป็นผู้ดำเนินการอบรมลูกจ้างประจำโรงเรียนปฏิรูปการศึกษาดังกล่าว เป็นเรื่องของเงินที่จำเลยขอยืมจากโจทก์ก็เพื่อนำไปใช้ในการอบรมลูกจ้างประจำโรงเรียนปฏิรูปการศึกษาดังกล่าว เป็นเรื่องของ

การปฏิบัติหน้าที่ราชการตามคำสั่งของผู้บังคับบัญชา การทำสัญญาการยืมเงินเอกสารหมาย จ.2 เป็นเพียงขั้นตอนหนึ่งในการปฏิบัติหน้าที่ราชการของจำเลย จึงมิใช่เป็นการยืมตามลักษณะ 9 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และกรณีนี้ก็ไม่ว่าจะนำบทบัญญัติในลักษณะ 9 มาใช้บังคับในฐานะบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยั้งได้ ส่วนจำเลยจะต้องรับผิดชอบตามพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 หรือไม่นั้น เมื่อเจตาก็ไม่ได้ฟ้องร้องให้จำเลยรับผิดชอบตามกฎหมายในส่วนนี้ จึงไม่เป็นประเด็นที่ต้องวินิจฉัย

ข้อสังเกตของผู้วิจัย : แม้คดีนี้จะเป็นการฟ้องคดีโดยอ้างถึงการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยั้ง แต่เมื่อศาลพิจารณาแล้วเห็นว่าไม่สามารถนำเรื่องดังกล่าวมาเทียบเคียงได้ คดีนี้ศาลจึงพิพากษายกฟ้อง อีกทั้งจากคดีตัวอย่างนี้ การที่คำในภาษาไทยใช้คำว่า “ยืม” ก็ไม่ใช่จะสามารถเทียบเคียงเรื่องยืมตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาใช้ในฐานะที่เป็นบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยั้งได้ ซึ่งต้องพิจารณาถึงลักษณะยืมตามกฎหมายและข้อเท็จจริงในคดีที่เกิดขึ้นเป็นสำคัญ

(ข) การปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยั้งในเรื่องบริษัทตามบรรพ 3 ลักษณะ 22 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ กับพระราชบัญญัติอาคารชุด พ.ศ. 2522

บทบัญญัติกฎหมาย : มาตรา 1195 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บัญญัติว่า “การประชุมใหญ่นั้นถ้าได้นัดเรียกหรือได้ประชุมกัน หรือได้ลงมติฝ่าฝืนบทบัญญัติในลักษณะนี้ก็ดี หรือฝ่าฝืนข้อบังคับของบริษัทก็ดี เมื่อกรรมการหรือผู้ถือหุ้นคนหนึ่งคนใดร้องขึ้นแล้ว ให้ศาลเพิกถอนมติของที่ประชุมใหญ่อันผิดระเบียบนั้นเสีย แต่ต้องร้องขอภายในกำหนดหนึ่งเดือนนับแต่วันลงมตินั้น”

ข้อเท็จจริง : คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2898/2543 ผู้ร้องยื่นคำร้องขอให้ศาลมีคำสั่งเพิกถอนการประชุมเจ้าของร่วมอาคารชุด

ช่องว่างแห่งกฎหมาย : ตามพระราชบัญญัติอาคารชุด พ.ศ. 2522 มิได้กำหนดเวลาร้องขอให้ศาลเพิกถอนมติของที่ประชุมใหญ่เจ้าของร่วมอันผิดระเบียบไว้

การเทียบเคียง : เหตุนี้จำเป็นต้องวินิจฉัยคดีอาศัยเทียบเคียงกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 4 ในกรณีนี้ ได้แก่ มาตรา 1195 ที่ให้การร้องขอให้ศาลเพิกถอนมติของที่ประชุมใหญ่อันผิดระเบียบนั้นต้องร้องขอภายในกำหนดหนึ่งเดือนนับแต่วันลงมตินั้น ซึ่งสอดคล้องกับเจตนารมณ์ของกฎหมายที่ต้องการให้การจัดการนิติบุคคลอาคารชุดเป็นไปได้โดยรวดเร็ว และมีประสิทธิภาพตรงตามความประสงค์ของเจ้าของร่วมทั้งหลาย ทั้งกำหนดเวลาดังกล่าวมิใช่กำหนดอายุความที่ใช้บังคับแก่สิทธิเรียกร้อง จะนำกำหนดอายุความทั่วไปสืบปีมาใช้แก่คดีนี้ได้

ข้อสังเกตของผู้วิจัย : คดีนี้เป็นการที่พระราชบัญญัติอาคารชุด พ.ศ. 2522 ไม่มีบทบัญญัติกฎหมายเฉพาะบัญญัติไว้ จึงเทียบเคียงอาศัยบทบัญญัติตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1195 มาใช้บังคับในฐานะที่เป็นบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง ซึ่งเป็นเรื่องของการร้องขอเพิกถอนมติที่ประชุมใหญ่บริษัทโดยนำมาใช้กับการร้องขอเพิกถอนมติที่ประชุมใหญ่เจ้าของร่วมอาคารชุด ซึ่งศาลยังได้พิจารณาให้เหตุผลประกอบอีกด้วยว่า กำหนดเวลาในการร้องขอให้ศาลเพิกถอนมติของที่ประชุมใหญ่ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มีความสอดคล้องกับเจตนารมณ์ของกฎหมายพระราชบัญญัติอาคารชุด พ.ศ. 2522

**(ข) การปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในกฎหมายทรัพย์สิน
กรณีสิ่งปลูกสร้างลุกล้ำเข้าไปในที่ดินของบุคคลอื่นโดยสุจริต**

บทบัญญัติกฎหมาย : มาตรา 1312 วรรคหนึ่ง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บัญญัติว่า “บุคคลใดสร้างโรงเรือนรุกล้ำเข้าไปในที่ดินของผู้อื่นโดยสุจริตไซ้รู้ ท่านว่าบุคคลนั้นเป็นเจ้าของโรงเรือนที่สร้างขึ้น แต่ต้องเสียเงินให้แก่เจ้าของที่ดินเป็นค่าใช้ที่ดินนั้น และจดทะเบียนสิทธิเป็นภาระจำยอม ต่อภายหลังถ้าโรงเรือนนั้นสลายไปทั้งหมด เจ้าของที่ดินจะเรียกให้เพิกถอนการจดทะเบียนเสียก็ได้”

มาตรา 1314 วรรคหนึ่ง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บัญญัติว่า “ท่านให้ใช้บทบัญญัติมาตรา 1310, 1311 และ 1313 บังคับตลอดถึงการก่อสร้างใดๆ ซึ่งติดที่ดินและการเพาะปลูกต้นไม้หรือธัญชาติด้วยโดยอนุโลม”

มาตรา 1310 วรรคหนึ่ง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บัญญัติว่า “บุคคลใดสร้างโรงเรือนในที่ดินของผู้อื่นโดยสุจริตไซ้ร้ท่านว่าเจ้าของที่ดินเป็นเจ้าของโรงเรือนนั้นๆ แต่ต้องใช้ค่าแห่งที่ดินเพียงที่เพิ่มขึ้นเพราะสร้างโรงเรือนนั้นให้แก่ผู้สร้าง” วรรคสอง “แต่ถ้าเจ้าของที่ดินสามารถแสดงได้ว่า มิได้มีความประมาทเลินเล่อจะบอกปิดไม่ยอมรับโรงเรือนนั้นและเรียกให้ผู้สร้างรื้อถอนไป และทำที่ดินให้เป็นตามเดิมก็ได้ เว้นไว้แต่ถ้าการนี้จะทำไม่ได้โดยใช้เงินพอควรไซ้ร้ ท่านว่าเจ้าของที่ดินจะเรียกให้ผู้สร้างซื้อที่ดินทั้งหมดหรือแต่บางส่วนตามราคาตลาดก็ได้”

ข้อเท็จจริง : คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2743/2541 จำเลยที่ 1 ทำการปรับปรุงถนนบนที่ดินที่ ส. อุทิศเป็นสาธารณประโยชน์โดยก่อสร้างเป็นถนนคอนกรีตเสริมเหล็ก และการก่อสร้างรูกำลังเข้าไปในที่ดินของโจทก์ตลอดแนวเขตเป็นเนื้อที่ประมาณ 15 ตารางวา และจำเลยที่ 3 ได้ปักเสาพาดสายไฟฟ้ารูกำลังที่ดินของโจทก์ตามแนวขอบถนนจำนวน 4 ต้น โดยมี ส. เจ้าของที่ดินชี้แนวเขตในการสร้างถนน และโจทก์รู้เห็นการก่อสร้าง ทั้งโจทก์และ ส. ก็ยังเข้าใจว่าไม่ได้รูกำลังที่ดินของโจทก์ การกระทำของจำเลยที่ 1 และที่ 3 จึงมิได้กระทำโดยเจตนาหรือประมาทเลินเล่อ ไม่เป็นการละเมิด แต่เป็นการก่อสร้างสิ่งปลูกสร้างรูกำลังในที่ดินของผู้อื่นโดยสุจริต

ช่องว่างแห่งกฎหมาย : สิ่งที่ยกจำเลยที่ 1 และที่ 3 ปลูกสร้างในที่ดินของโจทก์มิใช่โรงเรือน แต่เป็นถนนและเสาไฟฟ้าอันเป็นสาธารณูปโภคสำหรับประชาชนใช้ร่วมกัน แม้จำเลยที่ 1 และที่ 3 ปลูกสร้างรูกำลังที่ดินของโจทก์โดยสุจริต กรณีก็ไม่อาจนำมาตรา 1312 ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาใช้บังคับได้

การเทียบเคียง : เมื่อเป็นกรณีไม่มีบทกฎหมายใดบัญญัติไว้โดยตรง จึงต้องอาศัยเทียบบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง คือ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1314 ซึ่งกำหนดให้ใช้บทบัญญัติมาตรา 1310 บังคับตลอดถึงการก่อสร้างใดๆ ซึ่งติดที่ดินด้วย และเมื่อสิ่งปลูกสร้างคดีนี้เป็นสาธารณูปโภคสำหรับประชาชนใช้ร่วมกันซึ่งโจทก์ไม่อาจเป็นเจ้าของได้ โจทก์จึงคงมีสิทธิเพียงเรียกให้จำเลยที่ 1 และที่ 3 ซื้อที่ดินนั้นตามราคาตลาดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1310 วรรคสอง

ข้อสังเกตของผู้วิจัย : เนื่องจากบทบัญญัติตามมาตรา 1314 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งเป็นบทอนุโลมกรณีการก่อสร้างซึ่งติดที่ดินและการเพาะปลูก โดยได้อนุโลมให้ใช้

บทบัญญัติมาตรา 1310, 1311 และ 1313 อันทำให้เรื่องการก่อสร้างซึ่งติดที่ดินและการเพาะปลูกมาใช้หลักเช่นเดียวกันกับเรื่องสร้างโรงเรือนในที่ดินของบุคคลอื่นโดยอนุโลม อีกทั้งยังจะเห็นได้ว่า ศาลได้ปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในข้อเท็จจริงกับบทบัญญัติของกฎหมายดังกล่าวด้วย ซึ่งการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในบทอนุโลม ผู้วิจัยได้ศึกษาและวิเคราะห์ในรายละเอียดไว้ในบทที่ 5 หัวข้อที่ 5.6 การปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในบทอนุโลม โดยยกคำพิพากษาของศาลในคดีนี้มาพิจารณาอย่างชัดเจน จึงขอกล่าวถึงในหัวข้อที่ 5.6 ในคราวเดียว

**(ม) การปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในกฎหมายทรัพย์สิน
กรณีการปลูกโรงเรือนลูก้าเข้าไปในที่ดินของบุคคลอื่นโดยสุจริต**

บทบัญญัติกฎหมาย : มาตรา 1312 วรรคหนึ่ง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บัญญัติว่า “บุคคลใดสร้างโรงเรือนลูก้าเข้าไปในที่ดินของผู้อื่นโดยสุจริตไซ้ ท่านว่าบุคคลนั้นเป็นเจ้าของโรงเรือนที่สร้างขึ้น แต่ต้องเสียเงินให้แก่เจ้าของที่ดินเป็นค่าใช้ที่ดินนั้น และจดทะเบียนสิทธิเป็นภาระจำยอม ต่อภายหลังถ้าโรงเรือนนั้นสลายไปทั้งหมด เจ้าของที่ดินจะเรียกให้เพิกถอนการจดทะเบียนเสียก็ได้”

ข้อเท็จจริง : คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6593/2550 จำเลยปลูกสร้างบ้านในที่ดินของ ล. เจ้าของที่ดินโดยสุจริต บ้านดังกล่าวเป็นกรรมสิทธิ์ของจำเลย หลังจาก ล. ถึงแก่ความตายมีการแบ่งแยกที่ดินดังกล่าวปรากฏว่าบ้านของจำเลยอยู่ในที่ดินที่ตกเป็นกรรมสิทธิ์ของจำเลย แต่ใครงหลังคาบ้านซึ่งติดอยู่กับบ้านเป็นส่วนหนึ่งของบ้านลูก้าเข้าไปในที่ดินส่วนที่ตกเป็นกรรมสิทธิ์ของโจทก์

ช่องว่างแห่งกฎหมาย : กรณีไม่เข้าประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1312 เพราะการปลูก้าเกิดขึ้นภายหลังแบ่งแยกที่ดิน มิใช่การสร้างโรงเรือนลูก้าเข้าไปในที่ดินของผู้อื่น

การเทียบเคียง : ศาลวินิจฉัยว่าเป็นกรณีที่เทียบเคียงได้กับการปลูกโรงเรือนลูก้าที่ดินของผู้อื่นโดยสุจริต ตามบทกฎหมายดังกล่าวถือว่าประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1312 วรรคแรก เป็นบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง เมื่อกรณีดังกล่าวไม่มีบทกฎหมายที่จะยกมาปรับแก้คดีและไม่ปรากฏว่ามีจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น จึงต้องอาศัยเทียบบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง

ดังกล่าวตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 4 วรรคสอง เมื่อใช้มาตรา 1312 วรรคแรก ประกอบมาตรา 4 วรรคสอง มาปรับแก้คดีแล้ว ที่ดินของโจทก์ส่วนที่โครงหลังคาบ้านของจำเลยรูก้า เข้าไปจึงเป็นภาระจำยอมที่ต้องไปจดทะเบียนสิทธิดังกล่าวตามบทบังคับของมาตรา 1312 วรรคแรก

ข้อสังเกตของผู้วิจัย : ในกรณีนี้ จำเลยปลูกสร้างบ้านในที่ดินของ ล. เจ้าของที่ดิน โดยสุจริต บ้านดังกล่าวเป็นกรรมสิทธิ์ของจำเลย แต่หลังจาก ล. ถึงแก่ความตายมีการแบ่งแยกที่ดิน ทำให้โครงหลังคาบ้านล้ำเข้าไปในที่ดินส่วนที่ตกเป็นกรรมสิทธิ์ของโจทก์ อันจะเห็นว่า การรูก้า เกิดขึ้นภายหลังที่มีการแบ่งแยกที่ดิน มิใช่การก่อสร้างโรงเรือนรูก้าตามมาตรา 1312 วรรคแรก โดยตรง แต่เนื่องจากไม่มีบทกฎหมายที่จะนำมาใช้บังคับกับเรื่องนี้ได้ จึงต้องนำเอามาตรา 1312 วรรคแรก มาใช้ในฐานะบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งตามมาตรา 4 วรรคท้าย ทั้งนี้ เหตุผลตาม มาตรา 1312 วรรคแรก กฎหมายได้คำนึงถึงประโยชน์ในทางเศรษฐกิจ เพื่อไม่ให้เกิดความสูญเปล่า ทางเศรษฐกิจ จึงให้บุคคลที่สร้างโรงเรือนรูก้าเข้าไปในที่ดินของผู้อื่นโดยสุจริตเป็นเจ้าของโรงเรือนที่ สร้างขึ้น แต่ในขณะเดียวกัน กฎหมายก็คำนึงถึงความเป็นธรรมที่เจ้าของที่ดินควรได้รับด้วย จึง กำหนดให้ผู้สร้างโรงเรือนรูก้าต้องเสียเงินให้แก่เจ้าของที่ดินเป็นค่าใช้ที่ดินนั้นและจดทะเบียนสิทธิ เป็นภาระจำยอม เช่นนี้ เมื่อการรูก้าเกิดขึ้นภายหลังที่มีการแบ่งแยกที่ดิน จึงเป็นการรูก้าโดยสุจริต กรณีนี้จึงต้องอาศัยการเทียบเคียงบทกฎหมายมาตรา 1312 วรรคแรก แห่งประมวลกฎหมายแพ่ง และพาณิชย์ เป็นบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง โดยยึดถือเจตนารมณ์เบื้องต้นเพื่อเอื้อต่อบุคคล ผู้สุจริตและมุ่งประโยชน์ให้เกิดความสูญเปล่าทางเศรษฐกิจเฉกเช่นเดียวกัน ซึ่งท้ายที่สุด ศาลก็ได้ ปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งเพื่ออุดช่องว่างแห่งกฎหมาย แล้วนำผลของ บทบัญญัติกฎหมายที่ใกล้เคียงกันนี้มาตัดสินแก้คดีที่เกิดขึ้น โดยให้จำเลยเป็นเจ้าของโครงหลังคาบ้าน ที่รูก้า แต่ต้องเสียเงินให้แก่โจทก์เป็นค่าใช้ที่ดินนั้น และโจทก์ก็ต้องไปจดทะเบียนสิทธิเป็นภาระจำ ยอมแก่จำเลย

(ญ) การปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในกฎหมายทรัพย์สิน กรณีโรงเรือนรูก้าเข้าไปในที่ดินของบุคคลอื่นโดยสุจริต ซึ่งมาจากการที่เจ้าของเดิมปลูกโรงเรือน คร่อมที่ดิน 2 แปลงของตน แล้วต่อมาที่ดินตกแก่บุคคลภายนอกต่างรายกัน เป็นเหตุให้โรงเรือน ในที่ดินแปลงหนึ่งคร่อมลงบนที่ดินอีกแปลงหนึ่ง

บทบัญญัติกฎหมาย : มาตรา 1312 วรรคหนึ่ง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บัญญัติว่า “บุคคลใดสร้างโรงเรือนรुक้ำเข้าไปในที่ดินของผู้อื่นโดยสุจริตไซ้ร้ ท่านว่าบุคคลนั้นเป็นเจ้าของโรงเรือนที่สร้างขึ้น แต่ต้องเสียเงินให้แก่เจ้าของที่ดินเป็นค่าใช้ที่ดินนั้น และจดทะเบียนสิทธิเป็นภาระจำยอม ต่อภายหลังถ้าโรงเรือนนั้นสลายไปทั้งหมด เจ้าของที่ดินจะเรียกให้เพิกถอนการจดทะเบียนเสียก็ได้”

ข้อเท็จจริง : คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1511/2542 เดิมที่ดินโฉนดเลขที่ 94068 ของโจทก์และโฉนดเลขที่ 94012 พร้อมสิ่งปลูกสร้างของจำเลย เป็นที่ดินแปลงเดียวกันซึ่งโจทก์ซื้อมาจาก น. โดยมีสิ่งปลูกสร้างอยู่ในที่ดินมาก่อนแล้ว ต่อมาโจทก์นำที่ดินโฉนดเลขที่ 94012 ไปจดทะเบียนจำนองและมีการบังคับจำนอง ซึ่ง ต.เป็นผู้ประมูลได้ จากนั้น ต. ขายที่ดินดังกล่าวพร้อมสิ่งปลูกสร้างให้แก่จำเลย ปรากฏว่าสิ่งปลูกสร้างบางส่วนคือส่วนหนึ่งของบ้านเลขที่ 17 และรั้วบ้านรुक้ำที่ดินโฉนดเลขที่ 94068 ของโจทก์

ช่องว่างแห่งกฎหมาย : กรณีไม่เข้าประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1312 เพราะการรुक้ำมิได้เกิดจากจำเลยสร้างขึ้น

การเทียบเคียง : ศาลพิพากษาว่า เมื่อไม่มีบทกฎหมายที่จะยกมาปรับคดีได้จึงต้องนำมาตรา 1312 ซึ่งเป็นบทกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่งมาปรับตามมาตรา 4 วรรคสอง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ดังนั้น โจทก์จึงไม่มีอำนาจฟ้องจำเลยให้รื้อส่วนของบ้านเลขที่ 17 ที่รुक้ำ แต่มีสิทธิเรียกเงินเป็นค่าใช้ส่วนแดนกรรมสิทธิ์และดำเนินการจดทะเบียนสิทธิเป็นภาระจำยอมสำหรับรั้วบ้านที่รुक้ำนั้นมีใช้การรुक้ำของโรงเรือนหรือส่วนหนึ่งส่วนใดของโรงเรือนอันจะปรับใช้มาตรา 1312 ได้ จำเลยจึงต้องรื้อรั้วบ้านที่รुक้ำ

ข้อสังเกตของผู้วิจัย : กรณีนี้ ที่ดินเป็นแปลงเดียวกันโดยมีสิ่งปลูกสร้างอยู่ในที่ดินมาก่อนแล้ว การรुक้ำจึงมิได้เกิดจากจำเลยสร้างขึ้น เช่นนี้ จะอ้างมาตรา 1312 มาใช้บังคับโดยตรงไม่ได้ แต่เนื่องจากไม่มีบทกฎหมายที่จะนำมาใช้บังคับกับเรื่องนี้ได้โดยตรง ก็ต้องนำเอามาตรา 1312 มาใช้ในฐานะบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งตามมาตรา 4 วรรคสอง และเนื่องจากบ้านเลขที่ 17 ปลูกลงในขณะที่ที่ดินเป็นแปลงเดียวกันมาก่อนของ น. ในคดีนี้ เมื่อเทียบเคียงตามมาตรา 1312 พฤติการณ์ของจำเลยจึงยิ่งกว่าสุจริต

**(ฎ) การปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในกฎหมายทรัพย์สิน
กรณีมีข้อตกลงกัน**

บทบัญญัติกฎหมาย : มาตรา 1312 วรรคหนึ่ง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บัญญัติว่า “บุคคลใดสร้างโรงเรือนรुक้ำเข้าไปในที่ดินของผู้อื่นโดยสุจริตไซ้รู้ ท่านว่าบุคคลนั้นเป็นเจ้าของโรงเรือนที่สร้างขึ้น แต่ต้องเสียเงินให้แก่เจ้าของที่ดินเป็นค่าใช้ที่ดินนั้น และจดทะเบียนสิทธิเป็นภาระจำยอม ต่อภายหลังถ้าโรงเรือนนั้นสลายไปทั้งหมด เจ้าของที่ดินจะเรียกให้เพิกถอนการจดทะเบียนเสียก็ได้”

ข้อเท็จจริง : คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 9764/2552 โจทก์เป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ที่ดินโฉนดเลขที่ 31595 พร้อมสิ่งปลูกสร้างเลขที่ 73 จำเลยเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ที่ดินโฉนดเลขที่ 10180 ซึ่งอยู่ติดกับที่ดินของโจทก์ทางด้านทิศตะวันตกพร้อมสิ่งปลูกสร้างเลขที่ 72 เดิมที่ดินของโจทก์และจำเลยเป็นส่วนหนึ่งของที่ดินโฉนดเลขที่ 10178 มีนางนิภา และนายเชาว์ เป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ซึ่งได้แบ่งให้โจทก์ จำเลย และบุคคลอื่นเช่า ต่อมาที่ดินแปลงดังกล่าวถูกยึดขายทอดตลาด โจทก์ จำเลย และผู้เช่าคนอื่นได้ซื้อและแบ่งแยกที่ดินตามส่วนที่ตนได้เช่าอยู่ ในการรังวัดที่ดินของผู้ซื้อแต่ละรายปรากฏว่ามีสิ่งปลูกสร้างบางส่วนรुक้ำซึ่งกันและกัน โจทก์ จำเลยและผู้เช่าอื่นจึงมีข้อตกลงระหว่างกันว่า ผู้เช่าจะซื้อที่ดินส่วนที่มีห้องแถวที่ตนเช่าปลูกสร้างอยู่และที่ดินแต่ละแปลงให้แนวตัดตรงแนวโฉนดที่ดิน ถ้าห้องเช่าหรือสิ่งปลูกสร้างรुक้ำแนวที่ดินของผู้เช่าอื่น ก็จะต้องรื้อถอนส่วนที่รुक้ำเมื่อผู้เช่าอื่นปลูกสร้างใหม่ ถ้ายังไม่มีกรปลูกสร้างอาคารใหม่ก็ให้อยู่กันตามสภาพเดิมไปก่อน

ช่องว่างแห่งกฎหมาย : โจทก์มีสิทธิบังคับให้จำเลยรื้อถอนสิ่งปลูกสร้างที่รुक้ำเข้าไปในที่ดินของโจทก์หรือไม่ โดยจำเลยอ้างเป็นข้อกฎหมายว่า ขณะที่มีการต่อเติมห้องแถวส่วนที่รुक้ำที่ดินของโจทก์ ที่ดินยังเป็นกรรมสิทธิ์ของนางนิภาและนายเชาว์และยังไม่ได้แบ่งแยก จึงไม่ใช่เป็นการปลูกสร้างโรงเรือนรुक้ำที่ดินของผู้อื่น และการต่อเติมไม่ได้กระทำโดยมีเจตนารुक้ำที่ดินของผู้อื่น กรณีจึงปรับได้กับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1312 อันเป็นบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 4

การเทียบเคียง : ข้อตกลงดังกล่าวใช้บังคับได้และมีผลผูกพันโจทก์และจำเลย เมื่อมีข้อตกลงระหว่างโจทก์และจำเลยเช่นนี้ จึงมิใช่กรณีที่ต้องนำมาตรา 1312 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาปรับใช้ในฐานะบทกฎหมายที่ใกล้เคียงยิ่งตามมาตรา 4

ข้อสังเกตของผู้วิจัย : เมื่อมีข้อตกลงกันไว้แล้ว ศาลย่อมพิจารณาตามข้อตกลงเป็นสำคัญ โดยยึดถือความเป็นอิสระในทางแพ่งและเสรีภาพในการแสดงเจตนาของบุคคล ศาลจึงไม่พิพากษาให้ปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งแก่กรณีดังกล่าว

(ฎ) การปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในกฎหมายครอบครัว กับการบังคับใช้บทบัญญัติประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ที่ตรวจชำระใหม่

บทบัญญัติกฎหมาย : มาตรา 1480 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บัญญัติว่า “การจัดการสินสมรสซึ่งต้องจัดการร่วมกัน หรือต้องได้รับความยินยอมจากอีกฝ่ายหนึ่งตามมาตรา 1476 ถ้าคู่สมรสฝ่ายหนึ่งได้ทำนิติกรรมไปแต่เพียงฝ่ายเดียว หรือโดยปราศจากความยินยอมของคู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่ง คู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่งอาจฟ้องให้ศาลเพิกถอนนิติกรรมนั้นได้ เว้นแต่คู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่งได้ให้สัตยาบันแก่นิติกรรมนั้นแล้ว หรือในขณะที่ทำนิติกรรมนั้นบุคคลภายนอกได้กระทำโดยสุจริตและเสียค่าตอบแทน” วรคสอง “การฟ้องให้ศาลเพิกถอนนิติกรรมตามวรรคหนึ่ง ห้ามมิให้ฟ้องเมื่อพ้นหนึ่งปีนับแต่วันที่รู้เหตุอันเป็นมูลให้เพิกถอนหรือเมื่อพ้นสิบปีนับแต่วันที่ได้ทำนิติกรรมนั้น”

ข้อเท็จจริง : คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1171/2543 ที่ดินและบ้านพิพาทเป็นทรัพย์สินที่จำเลยที่ 1 ได้มาระหว่างสมรสกับโจทก์ก่อนประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ที่ตรวจชำระใหม่ พ.ศ. 2519 ใช้บังคับ จึงเป็นสินสมรสระหว่างโจทก์และจำเลยที่ 1 และเมื่อไม่ปรากฏว่ามีสัญญาก่อนสมรสบัญญัติไว้เป็นอย่างอื่น ทั้งตามพระราชบัญญัติให้ใช้บทบัญญัติบรรพ 5 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่ได้ตรวจชำระใหม่ พ.ศ. 2519 มาตรา 7 บัญญัติว่า “บทบัญญัติบรรพ 5 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่ได้ตรวจชำระใหม่ทำโดยพระราชบัญญัตินี้ ไม่กระทบกระเทือนถึงอำนาจการจัดการสินบริคณห์ที่คู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งได้มีอยู่แล้วในวันใช้บังคับบทบัญญัติบรรพ 5 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่ได้ตรวจชำระใหม่ทำโดยพระราชบัญญัตินี้” เมื่อโจทก์ซึ่งเป็นสามีมีอำนาจในการจัดการรวมทั้งอำนาจจำหน่ายสินสมรสอยู่แล้ว โจทก์จึงมีอำนาจจัดการสินสมรส

ต่อไป การที่จำเลยที่ 1 ได้ยกที่ดินและบ้านพิพาทให้แก่จำเลยที่ 2 โดยมีได้รับความยินยอมจากโจทก์ โจทก์จึงมีอำนาจขอเพิกถอนนิติกรรมได้

ช่องว่างแห่งกฎหมาย : การเพิกถอนนิติกรรมได้กระทำเมื่อใช้บทบัญญัติประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ที่ตรวจชำระใหม่ใช้บังคับ ซึ่งเป็นกรณีไม่มีบทกฎหมายที่จะยกมาปรับแก้คดีได้

การเทียบเคียง : ศาลพิพากษาให้นำบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง คือ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1480 มาใช้บังคับตามมาตรา 4 ดังนั้น นิติกรรมการให้ระหว่างจำเลยที่ 1 และที่ 2 กระทำลงเมื่อวันที่ 8 มกราคม 2529 โจทก์ยื่นฟ้องขอให้เพิกถอนการให้เมื่อวันที่ 18 มิถุนายน 2541 จึงเป็นการฟ้องหลังจากพ้นสิบปีนับแต่วันที่ได้อำนาจนิติกรรมนั้น ฟ้องโจทก์ย่อมขาดอายุความตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1480 วรรคสอง

ข้อสังเกตของผู้วิจัย : ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ พ.ศ. 2478 บรรพ 5 เดิมทรัพย์สินของสามีภรรยาแบ่งออกเป็น 4 ประเภท คือ สิ้นส่วนตัว สิ้นสมรส สิ้นเดิม และสิ้นบริคณห์ โดยสามีในฐานะหัวหน้าครอบครัวมีอำนาจจัดการทรัพย์สิน ต่อมามีการแก้ไขปรับปรุงกฎหมายในปี พ.ศ. 2519 ให้สามีและภริยามีอำนาจจัดการสินสมรสร่วมกัน และกำหนดประเภททรัพย์สินระหว่างสามีภริยาใหม่ให้เหลือเพียง 2 ประเภท คือ สิ้นส่วนตัวและสิ้นสมรส²⁹⁹ คดีนี้ ทรัพย์สินได้มาระหว่างสมรสก่อนประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ที่ตรวจชำระใหม่ พ.ศ. 2519 ใช้บังคับ อันเป็นสินสมรส ซึ่งโจทก์เป็นสามีมีอำนาจในการจัดการสินสมรสอยู่แล้ว โจทก์จึงมีอำนาจจัดการสินสมรสต่อไป แต่การเพิกถอนนิติกรรมได้กระทำเมื่อใช้บทบัญญัติประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ที่ตรวจชำระใหม่ ใช้บังคับ ซึ่งเป็นกรณีไม่มีบทกฎหมายที่จะยกมาปรับแก้คดีได้ต้องนำบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง คือ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1480 มาใช้บังคับตามมาตรา 4

²⁹⁹ ไพโรจน์ กัมพูสิริ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ครอบครัว, พิมพ์ครั้งที่ 7 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553), หน้า 236-237.

**(ฐ) การปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในกฎหมาย
ครอบครัว และพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทาง
การแพทย์ พ.ศ. 2558**

บทบัญญัติกฎหมาย : บทเฉพาะกาลตามมาตรา 56 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครอง
เด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 บัญญัติว่า “ให้ผู้ที่เกิดจาก
การตั้งครรภ์แทนก่อนวันที่พระราชบัญญัตินี้ใช้บังคับ ไม่ว่าจะมิใช่ข้อตกลงเป็นหนังสือหรือไม่ก็ตาม สามี
หรือภริยาที่ดำเนินการให้มีการตั้งครรภ์แทน หรือพนักงานอัยการมีสิทธิยื่นคำร้องต่อศาลให้มีคำสั่งให้
ผู้ที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนก่อนวันที่พระราชบัญญัตินี้ใช้บังคับเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของสามี
และภริยาที่ดำเนินการให้มีการตั้งครรภ์แทนนับแต่วันที่ผู้นั้นเกิด ทั้งนี้ ไม่ว่าจะสามีและภริยาที่ดำเนินการ
ให้มีการตั้งครรภ์แทนจะเป็นสามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ แต่ทั้งนี้จะอ้างเป็นเหตุเสียม
สิทธิของบุคคลภายนอกผู้ทำการโดยสุจริตในระหว่างเวลาตั้งแต่เด็กเกิดจนถึงเวลาที่ศาลมีคำสั่งว่าเป็น
บุตรไม่ได้”

มาตรา 29 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยี
ช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 บัญญัติว่า “เด็กที่เกิดจากอสุจิ ไข่ หรือตัวอ่อนของ
ผู้บริจาค แล้วแต่กรณี โดยใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ตามพระราชบัญญัตินี้ ไม่ว่าจะ
จะกระทำโดยการให้ภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายของสามีซึ่งประสงค์จะมีบุตรเป็นผู้ตั้งครรภ์ หรือให้มี
การตั้งครรภ์แทนโดยหญิงอื่น ให้เด็กนั้นเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของสามีและภริยาที่ชอบด้วย
กฎหมายซึ่งประสงค์จะมีบุตร แม้ว่าสามีหรือภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งประสงค์จะมีบุตรถึงแก่ความ
ตายก่อนเด็กเกิด”

มาตรา 1566 วรรคสอง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บัญญัติว่า “อำนาจ
ปกครองอยู่กับบิดาหรือมารดาในกรณีดังต่อไปนี้ (5) ศาลสั่งให้อำนาจปกครองอยู่กับบิดาหรือมารดา”

ข้อเท็จจริง : คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2199/2561 ผู้ร้องเป็นคนสัญชาติอเมริกัน มี
ภูมิลำเนาอยู่ที่ราชอาณาจักรสเปน ผู้ร้องจดทะเบียนสมรสกับนาย ม. คนสัญชาติสเปนที่สำนักทะเบียน
ราษฎรเมืองวาเลนเซีย ราชอาณาจักรสเปน เมื่อวันที่ 28 มิถุนายน 2555 ตามเงื่อนไขการสมรสใน
กฎหมายแห่งสหรัฐอเมริกาและราชอาณาจักรสเปน ผู้ร้องเดินทางเข้ามาในราชอาณาจักรไทย และ

ว่าจ้าง “นิวไลฟ์ โกลบอลเน็ตเวิร์ค แอลแอลพี” เป็นตัวแทนจัดหาและคัดเลือกหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน (Surrogate Mother) ในราชอาณาจักรไทย ตามสัญญาลงวันที่ 24 กุมภาพันธ์ 2557 ตัวแทนคัดเลือก และว่าจ้างผู้คัดค้านให้เป็นหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนโดยใช้อสุจิของผู้ร้องกับไข่ของหญิงที่บริจาคปฏิสนธิ กันเป็นตัวอ่อนแล้วฝังตัวอ่อนในโพรงมดลูกของผู้คัดค้าน ผู้คัดค้านตั้งครรภ์และคลอดทารก คือ เด็กหญิง ค. เมื่อวันที่ 17 มกราคม 2558 ในวันที่ 20 มกราคม 2558 ผู้ร้องรับเด็กหญิง ค. ออกจาก โรงพยาบาลไปอุปการะเลี้ยงดูจนถึงปัจจุบัน

ช่องว่างแห่งกฎหมาย : คดีมีปัญหาต้องวินิจฉัยตามฎีกาของผู้คัดค้านว่า ผู้ร้องมีสิทธิ ยื่นคำร้องขอให้ศาลมีคำสั่งว่าเด็กหญิง ค. เป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของผู้ร้องหรือไม่ และศาลมี อำนาจสั่งเพิกถอนอำนาจปกครองเด็กหญิง ค. ของผู้คัดค้านหรือไม่

การเทียบเคียง : ศาลฎีกาแผนกคดีเยาวชนและครอบครัววินิจฉัยว่า เทคโนโลยีช่วย การเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ (Assisted Reproductive Technology) มีความก้าวหน้ามาก ใช้ บำบัดรักษาภาวะการมีบุตรยากอย่างกว้างขวาง อีกทั้งก้าวหน้าไปถึงการใช้เทคโนโลยีดังกล่าวให้หญิง อื่นตั้งครรภ์แทน (Surrogacy) กระทั่งราชอาณาจักรไทยมีการตราพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิด โดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 ประกาศในราชกิจจานุเบกษาวันที่ 1 พฤษภาคม 2558 มีผลใช้บังคับเมื่อพ้นกำหนดเก้าสิบวันนับแต่วันประกาศในราชกิจจานุเบกษา คือ ตั้งแต่วันที่ 30 กรกฎาคม 2558 เป็นต้นไป ย่อมแสดงว่าการกระทำดังกล่าวไม่เป็นการขัดต่อความ สงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน แม้พระราชบัญญัติฉบับนี้กำหนดคุณสมบัติ ขั้นตอน และวิธีดำเนินการไว้อย่างจำกัด แต่บัญญัติบทเฉพาะกาลไว้ในมาตรา 56 ว่า “ให้ผู้ที่เกิดจากการ ตั้งครรภ์แทนก่อนวันที่พระราชบัญญัตินี้ใช้บังคับ ไม่ว่าจะมิใช่ข้อตกลงเป็นหนังสือหรือไม่ก็ตาม สามีหรือ ภริยาที่ดำเนินการให้มีการตั้งครรภ์แทน... มีสิทธิยื่นคำร้องต่อศาลให้มีคำสั่งให้ผู้ที่เกิดจากการตั้งครรภ์ แทนก่อนวันที่พระราชบัญญัตินี้ใช้บังคับเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของสามีและภริยาที่ดำเนินการให้ มีการตั้งครรภ์แทนนับแต่วันที่ผู้ันเกิด ทั้งนี้ ไม่ว่าสามีและภริยาที่ดำเนินการให้มีการตั้งครรภ์แทนจะ เป็นสามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่...” ย่อมหมายความว่า การดำเนินการให้มีการตั้งครรภ์ แทนก่อนพระราชบัญญัตินี้ใช้บังคับ แม้จะไม่ได้ปฏิบัติตามข้อกำหนด คุณสมบัติ ขั้นตอนและวิธีการ ตามพระราชบัญญัติก็ไม่เป็นการต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมาย คดีนี้ การดำเนินการให้ผู้คัดค้าน ตั้งครรภ์แทนและเด็กหญิง ค. เกิดก่อนพระราชบัญญัติฉบับนี้ใช้บังคับ จึงเป็นการไม่ต้องห้ามชัดแจ้ง

โดยกฎหมาย และไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน สัญญาฉบับลงวันที่ 24 กุมภาพันธ์ 2557 ย่อมผูกพันคู่สัญญาและใช้บังคับได้

นอกจากนั้น แม้ตามกฎหมายดังกล่าวระบุให้เฉพาะสามีหรือภริยาคนใดคนหนึ่งที่ดำเนินการให้มีการตั้งครรภ์แทน ไม่ว่าจะ เป็นสามีภริยาโดยชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ เป็นผู้มิสิทธิยื่นคำร้องขอให้ศาลมีคำสั่งให้ผู้ที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของสามีและภริยาที่ดำเนินการให้มีการตั้งครรภ์แทน และผู้ร้องกับนาย ม. มีอาจเป็นสามีภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้ก็ตาม แต่ผู้ร้องเป็นเจ้าของอสุจิที่เข้าผสมกับไข่ของหญิงที่บริจาคจนปฏิสนธิเป็นตัวอ่อน (Donated Embryo Surrogacy) แล้วนำไปฝังในโพรงมดลูกของผู้คัดค้าน (In Vitro Fertilisation Surrogacy) ผู้ร้องจึงมีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมกับเด็กหญิง ค. (Genetic - Based Parenthood) ในฐานะเป็นบิดาซึ่งผู้คัดค้านแถลงยอมรับในข้อนี้ และไม่คัดค้านหากศาลจะมีคำสั่งให้เด็กหญิง ค. เป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของผู้ร้องด้วยแล้ว จึงเป็นกรณีที่ไม่มีบทกฎหมายเฉพาะที่บัญญัติให้สิทธิของผู้ร้องไว้โดยตรง ต้องอาศัยบทเฉพาะกาลตามมาตรา 56 มาวินิจฉัยคดีนี้อย่างบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง ดังนั้น เมื่อผู้ร้องเป็นบิดาที่ดำเนินการให้มีการตั้งครรภ์แทนจนกระทั่งได้มีการคลอดเด็กหญิง ค. ก่อนวันที่พระราชบัญญัตินี้มีผลใช้บังคับ ผู้ร้องย่อมมีสิทธิยื่นคำร้องขอให้ศาลมีคำสั่งว่าเด็กหญิง ค. เป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของผู้ร้อง

คดีคงมีปัญหาต่อไปที่จะต้องวินิจฉัยตามฎีกาของผู้คัดค้านว่า ศาลมีอำนาจสั่งเพิกถอนอำนาจปกครองเด็กหญิง ค. ของผู้คัดค้านหรือไม่ เห็นว่า การวินิจฉัยเรื่องอำนาจปกครองบุตรนั้นประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1566 วรรคสอง บัญญัติว่า อำนาจปกครองอยู่กับบิดาหรือมารดาในกรณีดังต่อไปนี้ (5) ศาลสั่งให้อำนาจปกครองอยู่กับบิดาหรือมารดา โดยมีกฎหมายเฉพาะคือ พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 มาตรา 29 บัญญัติให้เด็กนั้นเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของสามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งประสงค์จะมีบุตร เมื่อกรณีผู้ร้องกับเด็กหญิง ค. อยู่ในบังคับของบทเฉพาะกาลตามพระราชบัญญัติดังกล่าวอย่างบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งแล้ว ศาลย่อมมีอำนาจอาศัยมาตรา 29 นี้ ประกอบประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1566 วรรคสอง (5) สั่งให้อำนาจปกครองอยู่กับผู้ร้องเพียงฝ่ายเดียวได้ ทั้งพระราชบัญญัตินี้ เรียกว่า พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัย

เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 ย่อมแสดงเจตนารมณ์ของกฎหมายอย่างชัดแจ้งแล้วว่ามุ่งคุ้มครองเด็ก ศาลจึงต้องพิจารณาประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นสำคัญ

ข้อสังเกตของผู้วิจัย : คำพิพากษานี้ได้แสดงผลและเจตนารมณ์ของกฎหมายไว้อย่างชัดแจ้ง การปรับใช้นิติวิธีในกฎหมายก็เพื่อให้สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของกฎหมาย คดีนี้เป็นการเทียบเคียงในบทเฉพาะกาลตามมาตรา 56 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 แม้ตามกฎหมายจะระบุให้เฉพาะสามีหรือภริยาคนใดคนหนึ่งที่สามารถให้มีการตั้งครรภ์แทน ไม่ว่าจะ เป็นสามีภริยาโดยชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ เป็นผู้มียุติชนคำร้องขอให้ศาลมีคำสั่งให้ผู้ที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมาย แต่ผู้ร้องกับนาย ม. ไม่อาจเป็นสามีภริยาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้ จึงเป็นกรณีที่ไม่มีบทกฎหมายเฉพาะที่บัญญัติให้สิทธิผู้ร้องไว้โดยตรง ซึ่งศาลอาศัยบทเฉพาะกาลตามมาตรา 56 มาวินิจฉัยในฐานะที่เป็นบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง ผู้ร้องจึงมีสิทธิยื่นคำร้องขอให้ศาลมีคำสั่งให้ผู้ที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมาย และเมื่อกรณีดังกล่าวอยู่ในบังคับของบทเฉพาะกาลอย่างบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งแล้ว ศาลย่อมมีอำนาจอาศัยมาตรา 29 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1566 วรรคสอง (5) สั่งให้อำนาจปกครองอยู่กับผู้ร้องเพียงฝ่ายเดียวได้ ทั้งนี้ จะเห็นได้ว่า การปรับใช้กฎหมายของศาล แม้เป็นการเทียบเคียงในบทเฉพาะกาล แต่ก็เนื่องจากกฎหมายไทยไม่มีบทบัญญัติรองรับความสัมพันธ์ระหว่างสามีภรรยาเพศเดียวกันได้ ประกอบกับศาลพิจารณาถึงความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมของผู้ร้องกับเด็กหญิง ค. และเจตนารมณ์ในการมุ่งคุ้มครองประโยชน์ของเด็กเป็นสำคัญ นิติวิธีในการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งจึงถูกนำมาใช้เพื่ออุดช่องว่างแห่งกฎหมาย โดยมีผลสอดคล้องกับเจตนารมณ์ของกฎหมาย แต่ทั้งนี้ โดยลักษณะของบทเฉพาะกาลแล้ว การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งกับบทเฉพาะกาลที่เป็นบทบัญญัติกฎหมายที่บัญญัติให้ใช้เฉพาะในช่วงเวลาหนึ่งหรือกับเรื่องใดเรื่องหนึ่งที่เกิดขึ้นก่อนวันใช้บังคับบทบัญญัติกฎหมายนั้น การเทียบเคียงเพื่อให้เข้ากับบทเฉพาะกาลแล้วเชื่อมโยงจากบทเฉพาะกาลมาใช้บทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้น จึงเห็นว่าเป็นเรื่องที่ไกลและขยายกว้างจำต้องระมัดระวัง

อนึ่ง แม้คำพิพากษาของศาลในคดีดังกล่าวจะเป็นการเทียบเคียงบทเฉพาะกาลตามมาตรา 56 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 มิได้เป็นคำพิพากษาของศาลที่ว่าด้วยการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่

ใกล้เคียงอย่างยิ่งในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์โดยตรง แต่เนื่องจากเรื่องดังกล่าวมีลักษณะเกี่ยวข้องกับความสัมพันธ์ในครอบครัวและอำนาจปกครองบุตรในกฎหมายครอบครัวตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ด้วย ผู้วิจัยจึงกล่าวถึงในหัวข้อนี้

(๓) การปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในกฎหมายมรดกกรณีทรัพย์สินที่ได้มาเพราะความตายหรือทรัพย์สินที่ได้มาหลังจากถึงแก่ความตายแล้ว

บทบัญญัติกฎหมาย : มาตรา 1600 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บัญญัติว่า “ภายใต้บังคับของบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายนี้ กองมรดกของผู้ตายได้แก่ทรัพย์สินทุกชนิดของผู้ตาย ตลอดทั้งสิทธิหน้าที่และความรับผิดชอบต่างๆ เว้นแต่ตามกฎหมายหรือว่าโดยสภาพแล้วเป็นการเฉพาะตัวของผู้ตายโดยแท้”

ข้อเท็จจริง : คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 9750/2544 ผู้เอาประกันภัยและผู้รับประโยชน์ถึงแก่ความตายพร้อมกัน สิทธิของผู้รับประโยชน์ตามกรมธรรม์ประกันภัยจึงยังไม่เกิด จึงไม่เป็นมรดกตกทอดแก่ทายาทของผู้รับประโยชน์

ช่องว่างแห่งกฎหมาย : เมื่อมรดก คือ ทรัพย์สินของผู้ตาย ทรัพย์สินนั้นจึงต้องเป็นของผู้ตายอยู่แล้วในเวลาที่ถึงแก่ความตาย เมื่อความตายเป็นเหตุให้ผู้ตายสิ้นสภาพบุคคล นับแต่ตายแล้วเป็นต้นไปผู้ตายก็ไม่มีสิทธิหรือหน้าที่ได้ ดังนั้น ทรัพย์สินที่ได้มาเพราะความตายหรือหลังจากนั้นก็ไม่นับได้ว่าเป็นทรัพย์สินของผู้ตาย จึงไม่เป็นมรดกของผู้ตาย

การเทียบเคียง : เงินตามสัญญาประกันชีวิตไม่ใช่ทรัพย์สินมรดกที่ผู้เอาประกันภัยมีอยู่ขณะถึงแก่ความตาย แต่ไม่มีใช่มรดกของผู้เอาประกันภัยเพราะได้มาหลังจากผู้เอาประกันถึงแก่ความตายแล้ว จึงต้องอาศัยกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 4 วรรคสอง เงินดังกล่าวจึงตกแก่ทายาทโดยธรรมของผู้เอาประกันภัยเสมือนหนึ่งเป็นทรัพย์สินมรดก

ข้อสังเกตของผู้วิจัย : ทรัพย์สินมรดกต้องเป็นทรัพย์สินที่ผู้ตายมีอยู่ในขณะที่ถึงแก่ความตายตามมาตรา 1600 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ดังนั้น ทรัพย์สินที่ได้มาเพราะความตายหรือทรัพย์สินที่ได้มาหลังจากผู้ตายถึงแก่ความตายแล้ว เช่น เงินประกันชีวิตตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4623/2559, 821/2554, 2401/2515 เป็นต้น เงินสังฆารานุเคราะห์ตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่

2401/2515 เงินบำนาญตกทอดตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4/2505 เป็นต้น แม้มิใช่มรดกของผู้ตาย แต่ศาลก็เทียบเคียงเสมือนหนึ่งเป็นทรัพย์สินมรดกที่มีความใกล้เคียงกันเพื่อให้ตกทอดแก่ทายาทโดยธรรม มิฉะนั้น จะเกิดปัญหาในการจัดการทรัพย์สินนั้น และการให้เป็นมรดกตกทอดแก่ทายาทโดยธรรมตามกฎหมายก็เห็นว่า เนื่องจากเป็นบุคคลที่เหมาะสมที่สุดซึ่งมีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับผู้ตาย ตามลำดับชั้นไป ในกรณีนี้ การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งจึงเข้ามามีบทบาทช่วยส่งเสริมต่อการปรับใช้กฎหมายและเอื้ออำนวยต่อการบริหารจัดการที่เหมาะสมในกระบวนการยุติธรรม

(ต) การปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในกฎหมายมรดกกรณีบิดาที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายกับการรับมรดกของบุตร

บทบัญญัติกฎหมาย : มาตรา 1627 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บัญญัติว่า “บุตรนอกกฎหมายที่บิดาได้รับรองแล้วและบุตรบุญธรรมนั้นให้ถือว่าเป็นผู้สืบสันดาน เหมือนกับบุตรที่ชอบด้วยกฎหมาย ตามความหมายแห่งประมวลกฎหมายนี้”

มาตรา 1629 วรรคหนึ่ง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บัญญัติว่า “ทายาทโดยธรรมมีหลักลำดับเท่ากัน และภายใต้บังคับแห่งมาตรา 1630 วรรค 2 แต่ละลำดับมีสิทธิได้รับมรดกก่อนหลังดังต่อไปนี้คือ (1) ผู้สืบสันดาน (2) บิดามารดา (3) พี่น้องร่วมบิดามารดาเดียวกัน (4) พี่น้องร่วมบิดาหรือร่วมมารดาเดียวกัน (5) ปู่ย่า ตา ยาย (6) ลุง ป้า น้า อา” วรรคสอง “คู่สมรสที่ยังมีชีวิตอยู่นั้นก็เป็นทายาทโดยธรรม ภายใต้บังคับของบทบัญญัติพิเศษแห่งมาตรา 1635”

ข้อเท็จจริง : คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1854/2551 ผู้ร้องเป็นภริยาโดยชอบด้วยกฎหมายของนายไชยาผู้ตาย และมีบุตรด้วยกัน 2 คน ผู้ตายเป็นบุตรของผู้คัดค้านที่เกิดกับนางลำไยมารดาของผู้ตายซึ่งถึงแก่กรรมไปก่อนแล้ว ผู้ตายถึงแก่กรรมเมื่อวันที่ 28 กรกฎาคม 2548 มีทรัพย์สินมรดกที่จะต้องจัดการ แต่ผู้ตายมิได้ทำพินัยกรรมหรือตั้งผู้จัดการมรดกไว้ ปัญหาที่ต้องวินิจฉัยตามฎีกาของผู้คัดค้านมีว่า มีเหตุสมควรตั้งผู้คัดค้านเป็นผู้จัดการมรดกของผู้ตายร่วมกับผู้ร้องหรือไม่

ช่องว่างแห่งกฎหมาย : ผู้ตายเป็นบุตรนอกกฎหมายของผู้คัดค้าน เนื่องจากผู้คัดค้านอยู่กินฉันสามีภริยากับนางลำไยมารดาของผู้ตายภายหลังที่มีการบังคับใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและ

พาณิชย์ บรรพ 5 แล้ว โดยผู้คัดค้านกับนางลำไยมิได้จดทะเบียนสมรสกัน แต่ผู้คัดค้านฎีกาว่า ผู้คัดค้านอุทธรณ์เรื่องผู้ตายมาตั้งแต่เด็ก รับรองและแสดงต่อบุคคลทั่วไปว่าผู้ตายเป็นบุตร ส่งเสียให้การศึกษา ตลอดจนเป็นผู้ส่งออกเงินสินสอดทองหมั้นและจัดพิธีสมรสให้แก่ผู้ตายกับผู้รื้องนั้น โดยผู้คัดค้านพยายามอ้างถึงการเทียบเคียงให้บิดาที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายได้เทียบเคียงกับบิดาที่ชอบด้วยกฎหมายที่มีสิทธิได้รับมรดกของบุตรในฐานะทายาทโดยธรรม

การเทียบเคียง : ผู้ตายเป็นบุตรนอกกฎหมายที่บิดาได้รับรองแล้วตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1627 แต่ผลของบทกฎหมายดังกล่าวเพียงแต่ให้ถือว่าบุตรนั้นเป็นผู้สืบสันดานเหมือนกับบุตรที่ชอบด้วยกฎหมายมีสิทธิได้รับมรดกของบิดาเท่านั้น หากได้มีผลทำให้บิดาที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายกลับเป็นบิดาที่ชอบด้วยกฎหมายมีสิทธิได้รับมรดกของบุตรในฐานะทายาทโดยธรรมตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1629 ด้วยไม่ ผู้คัดค้านจึงมิใช่ทายาทหรือผู้มีส่วนได้เสียในกองมรดกของผู้ตาย ไม่มีสิทธิคัดค้านหรือร้องขอต่อศาลให้ตั้งตนเองเป็นผู้จัดการมรดกของผู้ตายได้ และปัญหาดังกล่าวมีบทกฎหมายที่จะยกมาปรับแก้คดีได้อยู่แล้ว กรณีไม่ต้องด้วยมาตรา 4 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่จะต้องวินิจฉัยคดีตามจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่นหรืออาศัยเทียบบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง หรือวินิจฉัยตามหลักกฎหมายทั่วไปดังที่ผู้คัดค้านฎีกา

ข้อสังเกตของผู้วิจัย : คดีนี้ ศาลพิพากษาว่ากรณีดังกล่าวมีบทกฎหมายที่จะยกมาปรับแก้คดีได้อยู่แล้ว จึงไม่ต้องด้วยมาตรา 4 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งจะเห็นว่า การปรับบทกฎหมายในคดีนี้ได้อาศัยการปรับใช้บทบัญญัติกฎหมายที่มีอยู่โดยพิจารณาตามบทบัญญัติมาตรา 1627 อย่างเคร่งครัด มิได้เทียบเคียงให้รวมถึง บุตรนอกกฎหมายที่บิดาได้รับรองแล้วจะทำให้บิดาที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายกลับเป็นบิดาที่ชอบด้วยกฎหมายได้ การตีความผลของกฎหมายในมาตรานี้มีเพียงให้ถือว่าบุตรนั้นเป็นผู้สืบสันดานเหมือนกับบุตรที่ชอบด้วยกฎหมายมีสิทธิได้รับมรดกของบิดาเท่านั้น

(ณ) การปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในกฎหมายมรดกกรณีความหมายของ “ทายาท” ตามบรรพ 6 ว่าด้วยมรดก ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์กับพระราชบัญญัติประกันสังคม พ.ศ. 2533

บทบัญญัติกฎหมาย : ความหมายของคำว่า “ทายาท” ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

ข้อเท็จจริง : ตามนัยคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 774/2553, 776/2553 พระราชบัญญัติประกันสังคม พ.ศ. 2533 มาตรา 73 (1) บัญญัติว่า การจ่ายเงินค่าทำศพให้จ่ายแก่ “บุคคล” ตามลำดับ ดังนี้... มาตรา 73 (2) การจ่ายเงินสงเคราะห์กรณีให้ผู้ประกันตนถึงแก่ความตายให้จ่ายแก่บุคคล... มาตรา 75 จัตวา การจ่ายประโยชน์ทดแทนในกรณีสงเคราะห์บุตรแก่บุคคลตามลำดับ ดังนี้ ... แต่ในมาตรา 77 จัตวา บัญญัติว่า “ทายาท” ของผู้ที่มีสิทธิได้รับเงินบำเหน็จชราภาพ ทายาทผู้มีสิทธิตามวรรคหนึ่งได้แก่ (1) (2) (3)... เมื่อบทบัญญัติของกฎหมายดังกล่าวใช้คำว่า “บุคคล” กับ “ทายาท” แสดงว่ากฎหมายมีเจตนารมณ์ที่จะให้ความแตกต่างกัน

ช่องว่างแห่งกฎหมาย : คำว่า “ทายาท” ตามพระราชบัญญัติประกันสังคม พ.ศ. 2533

การเทียบเคียง : คำว่า “ทายาท” ซึ่งเป็นถ้อยคำในบทบัญญัติของกฎหมายจึงต้องแปลความหมายโดยเทียบเคียงกับคำว่า “ทายาท” ในกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 4 และกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในกรณีนี้ก็คือบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 6 ว่าด้วยมรดก ซึ่งมีบทบัญญัติถึงคำว่า “ทายาท” อยู่ในมาตรา 1659, 1603 โดยคำว่า “ทายาท” ในบทบัญญัติดังกล่าวนี้หมายถึงเฉพาะทายาทที่ชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น ดังนั้น คำว่า “ทายาท” ตามพระราชบัญญัติประกันสังคม พ.ศ. 2533 มาตรา 77 จัตวา จึงต้องหมายถึง ทายาทที่ชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น มิได้หมายความรวมถึงทายาทตามความเป็นจริงด้วยแต่ประการใด

ข้อสังเกตของผู้วิจัย : การที่พระราชบัญญัติประกันสังคม พ.ศ. 2533 มิได้นิยามความหมายของคำว่า “ทายาท” ไว้ จึงต้องแปลความหมายโดยเทียบเคียงกับคำว่า “ทายาท” ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 6 ว่าด้วยมรดก ซึ่งเป็นกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง ตามนัยคำพิพากษาศาลฎีกาดังกล่าวเป็นการที่พระราชบัญญัติประกันสังคม พ.ศ. 2533 อ้างถึงบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ให้เป็นบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง โดยใช้วิธีตามมาตรา 4 วรรคสอง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งใน

กรณีนี้จึงเป็นการเทียบเคียงในกฎหมายที่ต่างฉบับกัน แต่ในทางตรงกันข้าม ผู้วิจัยก็มีข้อสังเกตเป็นประการอื่นที่แตกต่างกันไป เนื่องจากการบัญญัติกฎหมายในพระราชบัญญัติประกันสังคม พ.ศ. 2533 ซึ่งเป็นกฎหมายพิเศษ อาจไม่จำเป็นต้องบัญญัติหรือให้นิยามความหมายของคำต่างๆ ไว้อย่างครบถ้วนทุกประการ โดยอาจเป็นกรณีที่พระราชบัญญัติประกันสังคม พ.ศ. 2533 กลับไปใช้ถ้อยคำความหมายตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์โดยตรงก็ได้

4.3.1.3 ข้อพิจารณาเกี่ยวข้องกับคำพิพากษาของศาลว่าด้วยการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

การปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งเป็นนิติวิธีตามมาตรา 4 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ในทางปฏิบัติศาลจึงมีการนำนิติวิธีในการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งมาปรับใช้เพื่ออุดช่องว่างแห่งกฎหมาย ซึ่งจากที่กล่าวมาแล้ว กฎหมายไทยยังไม่มีคำอธิบายทางทฤษฎีถึงการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งไว้อย่างชัดเจน จึงต้องมาพิจารณาคำพิพากษาของศาลในทางปฏิบัติว่าด้วยการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง ทั้งนี้ เมื่อการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งเป็นนิติวิธีตามมาตรา 4 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ คำพิพากษาของศาลที่เกี่ยวข้องกับการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ จึงพบมากกว่าในกฎหมายอื่น

นอกจากนี้ เมื่อพิจารณาคำพิพากษาของศาลที่เกี่ยวข้องเนื่องกับการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ คำพิพากษาของศาลดังกล่าวจะเป็นการเทียบเคียงโดยอ้างถึงนิติวิธีตามมาตรา 4 ซึ่งแสดงให้เห็นว่า มาตรา 4 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เป็นนิติวิธีที่ให้อำนาจศาลในการปรับใช้กฎหมายโดยเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งเพื่ออุดช่องว่างแห่งกฎหมาย และศาลก็ได้ใช้อำนาจที่มีอยู่นั้นช่วยในการพิจารณาพิพากษาคดีที่เกิดขึ้น โดยในบางกรณีอาจเป็นการที่ศาลพบว่า กฎหมายนั้นมีช่องว่างเกิดขึ้นจริง ศาลจึงแสวงหาวิธีการอุดช่องว่างแห่งกฎหมาย อย่างไรก็ตาม มาตรา 4 วรรคสอง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ จำต้องพิจารณาถึงจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่นก่อน หากศาลพิจารณาแล้วเห็นว่ามีการจารีตประเพณีเช่นว่านั้นมาปรับใช้กับกรณีที่เกิดขึ้นได้ ศาลก็จำต้องพิจารณาคดี

โดยอาศัยจารีตประเพณี โดยไม่จำเป็นต้องอ้างถึงบทบัญญัติของกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งอันเป็นวิธีการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายที่อยู่ในลำดับถัดไป แต่กระนั้น หากศาลพิจารณาแล้วเห็นว่า กรณีดังกล่าวเกิดเป็นช่องว่างแห่งกฎหมายโดยไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายลายลักษณ์อักษรมาปรับใช้กับกรณีที่เกิดขึ้นได้ อีกทั้งไม่มีจารีตประเพณีที่สอดคล้องกับเรื่องดังกล่าวที่อาจนำมาอุดช่องว่างแห่งกฎหมายได้ ศาลจึงใช้นิติวิธีโดยอาศัยการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งเพื่ออุดช่องว่างแห่งกฎหมายนั้น

คำพิพากษาของศาลในเรื่องการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งจึงอาจต้องอ้างด้วยว่าเป็นกรณีที่ไม่มีบทกฎหมายที่จะยกมาปรับคดีนี้ได้ ทั้งไม่มีจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น จึงต้องอาศัยบทบัญญัติกฎหมายเรื่องใดเรื่องหนึ่งมาปรับใช้ในฐานะที่เป็นบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งมาวินิจฉัยคดี ซึ่งจากคำพิพากษาของศาล แม้จะมีการอ้างถึงนิติวิธีตามมาตรา 4 แต่ในบางครั้งก็มิได้แสดงรายละเอียดว่า กรณีที่เกิดขึ้นไม่สามารถปรับกับบทบัญญัติแห่งกฎหมายลายลักษณ์อักษรโดยตรงได้อย่างไร และจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น ศาลได้แสวงหามาแล้วอย่างไรบ้าง รวมถึง ในบางครั้งศาลเพียงพิพากษาว่าต้องใช้วิธีการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งตามบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ โดยมิได้กล่าวถึงลำดับการใช้นิติวิธีในกฎหมายหรือมิได้แสดงเหตุผลในการเทียบเคียงไว้ด้วย

ทั้งนี้ ในบางกรณีที่แม้จะดูเหมือนเป็นเรื่องที่ใกล้เคียงกัน แต่ถ้าหากเหตุผลของบทบัญญัติแห่งกฎหมายไม่สอดคล้องกับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น เช่นนี้ ก็ไม่อาจอาศัยการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งมาปรับใช้แก่กรณีได้ (ข้อสังเกตตามนัยคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 8938/2542 กับคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 8579/2553 ในเรื่องการตั้งผู้แทนนิติบุคคลชั่วคราว) ในการพิพากษาคดี ศาลจะนำรายละเอียดข้อเท็จจริงในคดีที่เกิดขึ้นมาเป็นหลักเกณฑ์การวินิจฉัยเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง โดยอาจพิจารณาจากข้อสัญญาและเจตนารมณ์ของคู่สัญญาเป็นสำคัญ ทั้งนี้ การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งจากการปรับใช้ตามคำพิพากษาอาจมิใช่เทียบเคียงมาตราหนึ่งมาตราใดเท่านั้น แต่อาจเป็นการเทียบเคียงเข้ากับลักษณะของกฎหมายเรื่องใดเรื่องหนึ่ง (ข้อสังเกตตามนัยคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 8810/2543 ในเรื่องเช่าทรัพย์) และในการใช้นิติวิธีทางกฎหมายก็อาจมีความเห็นที่แตกต่างกันออกไปได้เช่นกัน ซึ่งในเรื่องเดียวกัน นักกฎหมายอาจ

ใช้และตีความกฎหมายแตกต่างกัน รวมถึงอาจพิจารณาว่าเป็นเรื่องช่องว่างทางกฎหมายที่จำเป็นต้องมีการอุดช่องว่างก็ได้ จึงเป็นการนำนิติวิธีแต่ละเรื่องมาปรับใช้ที่แตกต่างกันไป

แต่กระนั้นก็ดี ในเรื่องการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง แม้ศาลเห็นว่าข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในคดีสามารถเทียบเคียงได้กับบทบัญญัติแห่งกฎหมายเรื่องใดเรื่องหนึ่ง แต่หากการฟ้องคดีของโจทก์เป็นการฟ้องคดีที่ตั้งประเด็นข้อพิพาทในเรื่องอื่น และมีคำขอท้ายฟ้องที่ไม่อาจบังคับได้ ศาลก็จะไม่ตัดสินคดีให้เทียบเคียงบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง เพราะเป็นเรื่องนอกจากที่ปรากฏในคำฟ้อง ซึ่งศาลจะชี้ขาดนอกข้อพิพาทไม่ได้ ต้องห้ามตามมาตรา 142 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง แต่ในทางกลับกัน หากคดีของโจทก์ฟ้องมาตามประเด็นข้อพิพาท แม้มิได้อ้างถึงการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง การปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งก็เห็นว่าเป็นหน้าที่ในการพิจารณาคดีของศาล ตามมาตรา 134 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง เช่นนี้ ในเรื่องการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในทางปฏิบัติ นักกฎหมายที่ประกอบวิชาชีพทนายความก็ควรอาศัยองค์ความรู้ที่เกี่ยวข้องเบื้องต้น ในเรื่องการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งประกอบด้วยเช่นกัน (ข้อสังเกตตามนัยคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5789/2558 ในเรื่องขายทอดตลาด)

อีกทั้ง แม้จะเป็นการฟ้องคดีโดยอ้างถึงการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง แต่เมื่อศาลพิจารณาแล้วก็อาจเห็นว่าไม่สามารถนำเรื่องดังกล่าวมาเทียบเคียงได้ ดังการที่คำในภาษาไทยใช้พูดกันก็ไม่ใช่ว่าจะเป็นคำตามกฎหมายที่จะสามารถเทียบเคียงกับเรื่องใดเรื่องหนึ่งตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้เลยในฐานะที่เป็นบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง แต่ต้องพิจารณาถึงลักษณะตามกฎหมายและข้อเท็จจริงในคดีเป็นสำคัญด้วย (ข้อสังเกตตามนัยคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6414/2551 ในเรื่องยืม) และในบางเรื่องศาลอาจพิจารณาแล้วเห็นว่า ข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นไม่อาจปรับกับองค์ประกอบของกฎหมายได้ อาจเป็นเพราะกฎหมายบัญญัติไว้ชัดเจนไม่ให้ครอบคลุมถึงกรณีที่เกิดขึ้น โดยมีใช้เรื่องช่องว่างแห่งกฎหมายที่ศาลจะต้องไปค้นหากฎหมายมาปรับใช้เพื่ออุดช่องว่างตามมาตรา 4 วรรคสอง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เป็นต้น ศาลก็จะไม่ปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง เช่น การปรับบทกฎหมายตามบทบัญญัติมาตรา 1627 มิได้เทียบเคียงให้รวมถึง บุตรนอกกฎหมายที่บิดาได้รับรองแล้วจะทำให้บิดาที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายกลับเป็นบิดาที่ชอบด้วยกฎหมายได้ การตีความผลของกฎหมายในมาตรานี้มีเพียงให้ถือว่า

บุตรนั้นเป็นผู้สืบสันดานเหมือนกับบุตรที่ชอบด้วยกฎหมายมีสิทธิได้รับมรดกของบิดาเท่านั้น จึงเป็นกรณีที่มีบทกฎหมายยกมาปรับแก้คดีได้อยู่แล้ว ไม่ต้องด้วยมาตรา 4 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งเป็นการปรับบทกฎหมายที่มีอยู่อย่างเคร่งครัด ไม่ให้บทกฎหมายนั้นมีผลทางกฎหมายเทียบเคียงไปถึงกรณีอื่น หรือให้ผลทางกฎหมายเป็นไปตามนัยยะอื่น (ข้อสังเกตตามนัยคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1854/2551 ในเรื่องมรดก)

อีกทั้ง ในบางเรื่องเมื่อมีข้อตกลงกันไว้แล้ว ศาลย่อมพิจารณาตามข้อตกลงดังกล่าว โดยยึดถือความเป็นอิสระในทางแพ่งและเสรีภาพในการแสดงเจตนาของบุคคลเป็นสำคัญ ศาลจึงไม่พิพากษาให้ปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง (ข้อสังเกตตามนัยคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 9764/2552 ในเรื่องทรัพย์) เป็นต้น แต่หากศาลพิจารณาตามพฤติการณ์ในคดีแล้วเห็นว่ากรณีไม่มีบทกฎหมายมาปรับได้โดยตรง ศาลอาจปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งเพื่ออุดช่องว่างแห่งกฎหมายและอำนวยความสะดวกให้เกิดขึ้น เช่น กรณีที่ดินเป็นแปลงเดียวกันโดยมีสิ่งปลูกสร้างอยู่ในที่ดินมาก่อนแล้ว การรुकล้ำจึงมิได้เกิดจากจำเลยสร้างขึ้น เมื่อเทียบเคียงตามมาตรา 1312 พฤติการณ์ของจำเลยจึงยิ่งกว่าสุจริต (ข้อสังเกตตามนัยคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1511/2542 ในเรื่องทรัพย์) และกรณีการรุกล้ำเกิดขึ้นภายหลังที่มีการแบ่งแยกที่ดิน มิใช่การก่อสร้างโรงเรือนลูกล้ำตามมาตรา 1312 วรรคแรกโดยตรง แต่เนื่องจากไม่มีบทกฎหมายที่จะนำมาใช้บังคับกับเรื่องนี้ได้โดยตรง ก็ต้องนำเอามาตรา 1312 วรรคแรก มาใช้ในฐานะบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งตามมาตรา 4 วรรคท้าย (ข้อสังเกตตามนัยคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6593/2550 ในเรื่องทรัพย์) รวมถึง กรณีบทบัญญัติตามมาตรา 1314 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งได้อนุโลมไปใช้บทบัญญัติมาตรา 1310, 1311 และ 1313 ศาลก็ยังได้ปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในบทบัญญัติดังกล่าวกับข้อเท็จจริงในคดีที่เกิดขึ้นด้วย (ข้อสังเกตตามนัยคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2743/2541 ในเรื่องทรัพย์)

ในกฎหมายมรดกศาลก็ปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งเพื่ออุดช่องว่างแห่งกฎหมายและแก้ไขปัญหาทางกฎหมายเช่นกัน สำหรับกรณีทรัพย์สินที่ได้มาเพราะความตายหรือทรัพย์สินที่ได้มาหลังจากถึงแก่ความตายแล้ว แม้มิใช่มรดกของผู้ตาย แต่ศาลก็เทียบเคียงเสมือนหนึ่งเป็นทรัพย์มรดก เพื่อให้ตกทอดแก่ทายาทโดยธรรม มิฉะนั้น จะเกิดปัญหาในการจัดการทรัพย์สินนั้น ดังจะเห็นได้ว่า ศาลอาศัยวิธีการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง

เข้ามาปรับใช้เพื่อแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้น (ข้อสังเกตตามนัยคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 623/2559, 821/2554, 9750/2544, 2401/2515, 2401/2515, 4/2505 เป็นต้น ในเรื่องมรดก)

นอกจากนี้ ศาลยังปรับใช้นิติวิธีในกฎหมายให้สอดคล้องคล้อยกับเจตนารมณ์ของกฎหมายด้วย ซึ่งนิติวิธีในการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งอาจถูกนำมาใช้เพื่ออุดช่องว่างแห่งกฎหมายโดยมุ่งให้มีผลสอดคล้องกับเจตนารมณ์ของกฎหมายนั้น เช่น การเทียบเคียงในบทเฉพาะกาลตามมาตรา 56 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 แม้เป็นการเทียบเคียงในบทเฉพาะกาล แต่ก็เนื่องจากกฎหมายไทยไม่มีบทบัญญัติรองรับความสัมพันธ์ระหว่างสามีภรรยาเพศเดียวกันไว้ ประกอบกับศาลพิจารณาคดีถึงความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมและเจตนารมณ์ในการคุ้มครองประโยชน์ของเด็กเป็นสำคัญ (ข้อสังเกตตามนัยคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2199/2561) ซึ่งคำพิพากษาของศาลในคดีนี้ เป็นการเทียบเคียงบทเฉพาะกาลตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 ไม่ใช่การปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์โดยตรง แต่เรื่องดังกล่าวมีความเกี่ยวข้องกับเนื้อหาในกฎหมายครอบครัว อย่างไรก็ตาม การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในบทเฉพาะกาลที่เป็นบทบัญญัติกฎหมายที่บัญญัติให้ใช้เฉพาะในช่วงเวลาหนึ่งหรือกับเรื่องใดเรื่องหนึ่งที่เกิดขึ้นก่อนวันใช้บังคับบทบัญญัติกฎหมายนั้น การเทียบเคียงเพื่อให้เข้ากับบทเฉพาะกาลแล้วเชื่อมโยงจากบทเฉพาะกาลมาใช้บทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้น ผู้วิจัยจึงเห็นว่าเป็นเรื่องที่ไกลและขยายกว้างเกินไปจำต้องระมัดระวัง

ทั้งนี้ หลักการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งยังไม่มี ความชัดเจนมากนัก ในบางกรณีศาลก็ได้้นำการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งมาใช้อุดช่องว่างแห่งกฎหมายในเมื่อมีการแก้ไขกฎหมาย เช่น นิติกรรมที่ได้กระทำลงก่อนที่บทบัญญัติประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ที่ตรวจชำระใหม่ ใช้บังคับ แต่การเพิกถอนนิติกรรมได้กระทำเมื่อใช้บทบัญญัติประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ที่ตรวจชำระใหม่ ใช้บังคับแล้ว ซึ่งเป็นกรณีไม่มีบทกฎหมายที่จะยกมาปรับแก้คดีได้ต้องนำบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง คือ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1480 มาใช้บังคับตามมาตรา 4 (ข้อสังเกตตามนัยคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1171/2543 ในกฎหมายครอบครัว)

ในบางกรณีศาลยังได้นำการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งมาใช้
 อุดช่องว่างแห่งกฎหมายในเมื่อไม่มีกฎหมายเฉพาะ เช่น การปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่
 ใกล้เคียงอย่างยิ่งในเรื่องรับขนตามบรรพ 3 ลักษณะ 8 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ กับการรับ
 ขนของทางทะเล ซึ่งขณะนั้นยังไม่มีพระราชบัญญัติการรับขนของทางทะเล พ.ศ. 2534 เช่นนี้ เมื่อ
 กฎหมายพิเศษเฉพาะเรื่องยังไม่มีการบัญญัติขึ้น จึงต้องกลับมาใช้กฎหมายทั่วไป แต่กรณีนี้ศาลได้ปรับ
 ใช้ในฐานะที่เป็นบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง และแม้ต่อมาจะมีการบัญญัติกฎหมายพิเศษขึ้นใช้บังคับ
 แล้ว แต่ถ้ามูลคดีเกิดขึ้นก่อน โดยโจทก์ฟ้องคดีหลังจากกฎหมายดังกล่าวมีผลใช้บังคับ ก็ไม่อาจนำ
 กฎหมายนั้นมาปรับแก้คดีได้ (ข้อสังเกตตามนัยคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 563/2532, 1066/2532,
 1287/2532, 2466/2532, 5809/2539, 121/2540, 189/2540, 1418/2540, 1912/2540,
 5828/2540, 6437/2541, 6471/2541, 6795/2540, 7340/2541 เป็นต้น) จึงเกิดคำถามว่า ทำไม
 ในการนำกฎหมายทั่วไปมาใช้จึงต้องปรับใช้ในในฐานะที่เป็นบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง มิใช่เมื่อไม่มี
 กฎหมายเฉพาะก็ให้ใช้กฎหมายทั่วไปโดยตรง รวมถึง กฎหมายทั่วไปในเรื่องนี้ก็เป็นกฎหมายที่ใช้
 บังคับอยู่ในขณะกระทำ ทั้งนี้ อาจเนื่องมาจากบทบัญญัติกฎหมายมาตรา 609 วรรคสอง แห่ง
 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งบัญญัติว่า “รับขนของทางทะเล ท่านให้บังคับตามกฎหมาย
 และกฎข้อบังคับว่าด้วยการนั้น” ซึ่งแสดงให้เห็นว่า กฎหมายการรับขนของทางทะเลมีลักษณะเป็น
 เรื่องเฉพาะและจำต้องมีการบัญญัติกฎหมายเฉพาะขึ้น แต่เมื่อยังไม่มีกฎหมายเฉพาะบัญญัติไว้ จึง
 ต้องปรับใช้กฎหมายลักษณะรับขนที่เป็นกฎหมายทั่วไปในฐานะที่เป็นบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง

อีกทั้ง ในเรื่องการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง ผู้ปรับใช้
 กฎหมายจะทราบได้อย่างไรว่ากฎหมายใดมีความใกล้เคียงอย่างยิ่งกว่ากัน ทั้งนี้ ผู้วิจัยมีข้อสังเกตว่า
 ในการเลือกกฎหมายมาเทียบเคียงอาจเลือกเทียบเคียงจากกฎหมายทั่วไปตามประมวลกฎหมายแพ่ง
 และพาณิชย์ ที่มีความเป็นทั่วไปมากกว่าที่จะเทียบเคียงจากพระราชบัญญัติอื่นที่เป็นกฎหมายพิเศษ
 เฉพาะเรื่อง (ข้อสังเกตตามนัยคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5136/2550 ในเรื่องรับขน)

นอกจากนี้ ในพระราชบัญญัติต่างๆ ก็อาจมีการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่
 ใกล้เคียงอย่างยิ่งเพื่ออุดช่องว่างแห่งกฎหมาย ดังเช่น พระราชบัญญัติอาคารชุด พ.ศ. 2522 ไม่มี
 บทบัญญัติกฎหมายเฉพาะบัญญัติไว้ จึงเทียบเคียงอาศัยบทบัญญัติตามประมวลกฎหมายแพ่งและ
 พินัยคดี มาใช้บังคับในฐานะที่เป็นบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง ซึ่งศาลได้พิจารณาให้เหตุผลโดย

คำนี้ถึงเจตนารมณ์ของกฎหมายพระราชบัญญัติอาคารชุด พ.ศ. 2522 ประกอบด้วย (ข้อสังเกตตามนัยคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2898/2543) จะเห็นได้ว่า พระราชบัญญัติอาคารชุด พ.ศ. 2522 เทียบเคียงมาใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ โดยอ้างถึงนิติวิธีตามมาตรา 4 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ด้วย ตามคำพิพากษาของศาล การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในกฎหมายที่ต่างฉบับกันจึงอาจมีขึ้นได้ รวมถึงตัวอย่างในการปรับใช้ของศาลตามพระราชบัญญัติประกันสังคม พ.ศ. 2533 ที่อ้างถึงบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 6 ว่าด้วยมรดก ให้เป็นบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง โดยใช้นิติวิธีตามมาตรา 4 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เช่นกัน (ข้อสังเกตตามนัยคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 774/2553, 776/2553)

4.4 การปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในกฎหมายมหาชน

เนื่องจากหลักเกณฑ์การอุดช่องว่างในกฎหมายมหาชนไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้โดยตรงว่าจะใช้หลักเกณฑ์การอุดช่องว่างของกฎหมายเอกชน โดยดำเนินการทำนองเดียวกันกับมาตรา 4 วรรคสอง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ได้หรือไม่ แม้จากที่กล่าวมาแล้วในบทที่ 3 นิติวิธีในการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายตามมาตรา 4 วรรคสอง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เป็นนิติวิธีทั่วไปในทุกระบบกฎหมาย แต่ทั้งนี้ กฎหมายมหาชนก็มีวัตถุประสงค์และเนื้อหาสาระที่ไม่เหมือนกับกฎหมายเอกชน กฎหมายมหาชนมีความมุ่งหมายในการรักษาผลประโยชน์สาธารณะ อันมิใช่ประโยชน์ของเอกชนหรือปัจเจกบุคคลตามกฎหมายเอกชน เช่นนี้ จึงต้องมาศึกษาหลักการและนิติวิธีเบื้องต้นในกฎหมายมหาชนประกอบกันไป ซึ่งจะช่วยให้เรื่องการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในกฎหมายมหาชนที่ได้รับการศึกษาประกอบกับหลักการและนิติวิธี รวมถึง แนวทางตามคำพิพากษาของศาลที่บางกรณีศาลได้ปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในกฎหมายมหาชนเช่นกัน จะเป็นเครื่องมือสำคัญที่มีความน่าเชื่อถือนำไปสู่การพิจารณาและเกิดข้อควรระวังในการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในระบบกฎหมายที่สมบูรณ์ยิ่งขึ้นต่อไป

ทั้งนี้ การศึกษาการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในกฎหมายมหาชน จะศึกษาเฉพาะรัฐธรรมนูญ กฎหมายปกครอง และกฎหมายอาญา ซึ่งจะมีได้ศึกษาในสาขาของกฎหมายมหาชนทุกสาขา โดยเมื่อพิจารณาตามความหมายของกฎหมายมหาชน กฎหมายมหาชนเป็นกฎหมายที่กำหนดสถานะและนิติสัมพันธ์ระหว่างรัฐหรือหน่วยงานของรัฐกับเอกชนหรือหน่วยงานอื่น

ของรัฐในฐานะที่รัฐและหน่วยงานของรัฐเป็นผู้ปกครอง³⁰⁰ จากความหมายของกฎหมายมหาชน รัฐธรรมนูญกับกฎหมายปกครองเป็นกฎหมายดั้งเดิมที่มีลักษณะเป็นกฎหมายมหาชนโดยแท้ เช่นนี้ จึงเลือกศึกษารัฐธรรมนูญกับกฎหมายปกครอง

สำหรับกฎหมายอาญา แม้มีความเห็นของนักกฎหมายที่เห็นว่ากฎหมายอาญาสามารถแยก ออกเป็นกฎหมายอีกสาขาหนึ่งที่มีได้อยู่ในสาขากฎหมายมหาชน แต่อย่างไรก็ตาม จากที่กล่าวมาแล้ว ในหัวข้อ 4.2 การแบ่งสาขาของกฎหมาย แม้การแบ่งสาขาของกฎหมายอาจแบ่งแยกได้แตกต่างกัน แต่โดยหลักดั้งเดิมแล้วสาขาของกฎหมายใหญ่ๆ แบ่งออกเป็นกฎหมายเอกชนและกฎหมายมหาชน เช่นนี้ เพื่อความเป็นระบบของการจัดสาขากฎหมาย ผู้วิจัยจึงขอจัดกฎหมายอาญาให้อยู่ในสาขาของ กฎหมายมหาชน โดยจะศึกษาลักษณะเฉพาะของกฎหมายอาญาเป็นพิเศษ เพราะด้วยลักษณะเฉพาะ ของกฎหมายอาญาทำให้การศึกษาเกี่ยวกับการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง ในกฎหมายอาญามีความพิเศษและน่าสนใจเป็นอย่างมาก ผู้วิจัยจึงเลือกศึกษาในส่วนของกฎหมาย อาญาเข้ามาประกอบด้วย

4.4.1 การปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในรัฐธรรมนูญ

รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ กฎหมายใดจะขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญมิได้ เช่นนี้ เมื่อรัฐธรรมนูญมีสถานะเป็นกฎหมายลำดับชั้นสูงสุดในระบบกฎหมายของรัฐ รัฐธรรมนูญจะมี ช่องว่างแห่งกฎหมายและมีการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายได้หรือไม่ รวมถึงจะมีการปรับใช้การ เทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในรัฐธรรมนูญได้หรือไม่

4.4.1.1 หลักการและนิติวิธีในรัฐธรรมนูญ

กฎหมายรัฐธรรมนูญ หมายถึง บรรดาบทบัญญัติแบบแผนที่ว่าด้วยการจัดระเบียบ ทางการเมืองการปกครองของรัฐ ไม่ว่าจะเป็นการกำหนดรูปแบบของรัฐ รูปแบบการปกครอง โครงสร้างและอำนาจหน้าที่ขององค์กรที่ใช้อำนาจสูงสุดในรัฐ ความสัมพันธ์ระหว่างองค์กรที่ใช้อำนาจ สูงสุดในรัฐด้วยกัน ความสัมพันธ์ระหว่างองค์กรที่ใช้อำนาจสูงสุดในรัฐกับประชาชน ตลอดจนการ

³⁰⁰ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, กฎหมายมหาชน : การแบ่งแยกกฎหมายมหาชน-เอกชน และพัฒนาการกฎหมายมหาชนใน ประเทศไทย, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2537), หน้า 6.

รับรองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ซึ่งรัฐธรรมนูญนั้นด้านหนึ่งเป็นกฎหมาย อีกด้านหนึ่งเป็นแบบแผนที่ใช้บังคับกับองค์กรที่ใช้อำนาจสูงสุดในรัฐกับประมุขของรัฐ กับฝ่ายนิติบัญญัติ บริหาร ตุลาการ และความสัมพันธ์ขององค์กรเหล่านั้นกับประชาชน ซึ่งเป็นองค์กรทางการเมืองทั้งสิ้น เพราะฉะนั้นรัฐธรรมนูญจึงเป็นกฎหมายที่มีความสัมพันธ์กับการเมืองทั้งระดับอุดมการณ์และการใช้อำนาจทางการเมือง³⁰¹ ขณะเดียวกันรัฐธรรมนูญยังกำหนดหลักการต่างๆ ที่คุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนด้วย

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 มาตรา 5 บัญญัติว่า “รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ บทบัญญัติของกฎหมาย กฎ หรือข้อบังคับ หรือการกระทำใด ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ บทบัญญัติหรือการกระทำนั้นเป็นอันใช้บังคับมิได้

เมื่อไม่มีบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้บังคับแก่กรณีใด ให้กระทำการนั้นหรือวินิจฉัยกรณีนั้นไปตามประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข”

ตามมาตรา 5 วรรคหนึ่ง รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 เป็นบทบัญญัติที่รับรองถึงหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ (Supremacy of the Constitution) ซึ่งรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายที่มีลำดับชั้นสูงสุดในระบบกฎหมายของรัฐ หรือเรียกว่ารัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ เช่นนี้ กฎหมายที่มีลำดับชั้นต่ำกว่าจึงจะขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญมิได้ ถ้ากฎหมายที่มีลำดับชั้นต่ำกว่าขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ กฎหมายนั้นย่อมเป็นอันใช้บังคับมิได้

เมื่อพิจารณาโดยทฤษฎีบริสุทธิ์แห่งกฎหมาย (Pure Theory of Law ของ Hans Kelsen) กฎหมาย คือ ระบบของปทัสถานที่ประกอบด้วยปทัสถานทั่วไปและปทัสถานเฉพาะ เรียกว่าปทัสถานกฎหมาย ซึ่งล้วนมีที่มาจากปทัสถานเบื้องต้น คือ รัฐธรรมนูญ โดยปทัสถานในลำดับต่ำกว่าถูกสร้างขึ้นโดยปทัสถานในลำดับสูงกว่า และปทัสถานในลำดับสูงขึ้นไปจะสมบูรณ์หรือไม่ย่อมขึ้นอยู่กับ

³⁰¹ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, คำอธิบายวิชากฎหมายรัฐธรรมนูญ, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร: กรุงเทพฯ พับลิชชิ่ง, 2556), หน้า 15.

กับสมรรถภาพในการใช้กำลังกายภาพของรัฐธรรมนูญหรือของปทัสถานทั้งระบบ³⁰² เช่นนี้ กฎเกณฑ์ที่ให้อำนาจในการออกกฎหมายอื่นย่อมสูงกว่ากฎหมายที่ออกมา และรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายที่ก่อตั้งระบบกฎหมายขึ้นทั้งระบบ โดยรัฐธรรมนูญกำหนดถึงองค์กรที่ใช้อำนาจทางการเมืองการปกครองรัฐและความสัมพันธ์ระหว่างองค์กรต่างๆ ตลอดจนรับรองและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน จึงส่งผลให้รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายที่อยู่เหนือกฎหมายทั้งหลายที่รัฐธรรมนูญสร้างขึ้น รัฐธรรมนูญจึงเป็นกฎหมายสูงสุด กฎหมายที่ออกตามอำนาจรัฐธรรมนูญหรือมีลำดับศักดิ์ต่ำกว่า รัฐธรรมนูญจึงไม่สามารถขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญได้

ต่อมาพิจารณาถึงหลักการและนิติวิธีตามมาตรา 5 วรรคสอง รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 การที่บทบัญญัติดังกล่าวได้บัญญัติไว้ว่า “เมื่อไม่มีบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้บังคับแก่กรณีใด” อันแสดงให้เห็นถึง ความมุ่งหมายของรัฐธรรมนูญที่มุ่งหมายให้ใช้กฎหมายรัฐธรรมนูญที่เป็นลายลักษณ์อักษรก่อน ซึ่งประเทศไทยมีการบัญญัติรัฐธรรมนูญใช้บังคับเป็นลายลักษณ์อักษร แต่ถ้าไม่มีรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรแล้ว จึงให้พิจารณาในลำดับถัดมา คือ ประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข แต่ประเด็นปัญหา คือ นิติวิธีตามมาตรา 5 วรรคสอง มีลักษณะเช่นใด จะเป็นบทบัญญัติที่บัญญัติถึงวิธีการอุดช่องว่างของกฎหมาย โดยให้วินิจฉัยกรณีไปตามประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ซึ่งเป็นหลักการปกครองประเทศของไทย หรือเป็นบทบัญญัติที่บัญญัติถึงการตีความกฎหมาย หรือเป็นบทบัญญัติที่ยอมรับให้ใช้หลักเกณฑ์ที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษรเท่านั้น

ทั้งนี้ เนื่องด้วยหลักการที่ถือว่ารัฐธรรมนูญมีความศักดิ์สิทธิ์สมบูรณ์และถูกต้องดีงาม จึงอาจไม่ยอมรับว่ารัฐธรรมนูญไม่สมบูรณ์ มีข้อบกพร่อง หรือมีช่องว่างเกิดขึ้น บางประเทศไม่ยอมรับแม้กระทั่งการตีความรัฐธรรมนูญเพื่อหาเจตนารมณ์ เพราะอาจทำให้รัฐธรรมนูญแปดเปื้อนด้วยน้ำมือมนุษย์ บางประเทศยอมรับเพียงหลักการใช้และการตีความรัฐธรรมนูญเท่านั้น ไม่มีตำรารัฐธรรมนูญ

³⁰² สุรินทร์ สฤษฏ์พงศ์, ฮันส์ เคลเซน และทฤษฎีบริสุทธิแห่งกฎหมาย (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2562), หน้า 32-34.

ประเทศโดยยอมรับวิธีการอุดช่องว่างในรัฐธรรมนูญ และไม่มีประเทศโดยยอมรับว่ารัฐธรรมนูญของตนมีช่องว่างอันแสดงถึงรัฐธรรมนูญที่ไม่สมบูรณ์³⁰³

นอกจากนี้ รัฐธรรมนูญจะบัญญัติไว้เฉพาะหลักการสำคัญเท่านั้น มิได้กำหนดรายละเอียดไว้ทุกเรื่อง เช่นนี้ สิ่งที่รัฐธรรมนูญมิได้บัญญัติไว้จึงอาจไม่เรียกว่าเป็นช่องว่าง แต่ถือว่ารัฐธรรมนูญเปิดช่องให้สามารถออกกฎหมายบัญญัติรายละเอียดในกรณีเช่นนั้นได้ หรือยอมให้ใช้หลักเกณฑ์ตามรัฐธรรมนูญที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษร ซึ่งหากรัฐธรรมนูญบัญญัติไว้หรือกำหนดโดยชัดแจ้งให้กระทำหรือปฏิบัติเช่นใดหรือมีข้อจำกัดหรือข้อห้ามเช่นใดก็ต้องปฏิบัติตามโดยเคร่งครัดเพื่อรักษาสถานะของการเป็นกฎหมายสูงสุดไว้ อีกทั้ง รัฐธรรมนูญไม่อาจแก้ไขเสียด้วยซ้ำด้วยสิ่งที่ต่อยกว่าหรือต่ำกว่ารัฐธรรมนูญ หากใช้วิธีทางอื่นที่มีได้กำหนดไว้โดยเฉพาะแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ จะเท่ากับว่ามีได้เป็นอำนาจที่เกิดจากเจตนาหรือเจตจำนงร่วมกันของประชาชนในสังคมนั้น ย่อมทำลายความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญลง ศาลรัฐธรรมนูญจึงอาจไม่ใช่องค์กรที่มีหน้าที่อุดช่องว่างแห่งกฎหมาย แต่เป็นผู้ควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายโดยอาศัยการตีความบทบัญญัติรัฐธรรมนูญนั่นเอง³⁰⁴ ด้วยเหตุผลประกอบที่กล่าวมาทั้งหมดนี้ นิติวิธีตามมาตรา 5 วรรคสอง รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 จึงมิใช่บทบัญญัติที่บัญญัติถึงวิธีการอุดช่องว่างของรัฐธรรมนูญ แต่เป็นบทบัญญัติที่บัญญัติถึงการตีความรัฐธรรมนูญเท่านั้น

4.4.1.2 คำพิพากษาของศาลว่าด้วยการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในรัฐธรรมนูญ

เนื่องจากหลักการและนิติวิธีในรัฐธรรมนูญดังที่กล่าวมาข้างต้น แสดงให้เห็นว่าในรัฐธรรมนูญไม่อาจมีเรื่องช่องว่างแห่งกฎหมาย ดังนั้น จึงไม่อาจมีการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายโดยการใช้นิติวิธีในการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในรัฐธรรมนูญเช่นกัน ซึ่งผู้วิจัยจะยกตัวอย่างคำวินิจฉัยหรือคำพิพากษาของศาลเพื่อแสดงถึงหลักการและนิติวิธีในรัฐธรรมนูญที่มีได้ปรับใช้เรื่องการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งเพื่ออุดช่องว่างแห่งกฎหมายรัฐธรรมนูญ

³⁰³ กาญจน์ วรกุล, "แนวความคิดเกี่ยวกับการร่างรัฐธรรมนูญกับการอุดช่องว่างของกฎหมาย," วารสารผู้ตรวจการแผ่นดิน.

³⁰⁴ เรื่องเดียวกัน

(ก) คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 12-13/2551 กรณีการจัดรายการโทรทัศน์ของ
นายสมักร สุนทรเวช

บทบัญญัติกฎหมาย : รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 มาตรา 267
บัญญัติว่า “ให้นำบทบัญญัติมาตรา 265 มาใช้บังคับกับนายกรัฐมนตรีและรัฐมนตรีด้วย เว้นแต่เป็น
การดำรงตำแหน่งหรือดำเนินการตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย และจะดำรงตำแหน่งใดในห้างหุ้นส่วน
บริษัท หรือองค์การที่ดำเนินธุรกิจโดยมุ่งหาผลกำไรหรือรายได้มาแบ่งปันกัน หรือเป็นลูกจ้างของ
บุคคลใดก็ได้ด้วย”

ข้อเท็จจริง : ประธานวุฒิสภาส่งคำร้องของสมาชิกวุฒิสภาและประธานกรรมการ
การเลือกตั้งส่งคำร้องของคณะกรรมการการเลือกตั้ง ขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยการสิ้นสุด
ความเป็นรัฐมนตรีของนายกรัฐมนตรี (นายสมักร สุนทรเวช) รวมสองคำร้อง เนื่องจากคำร้องทั้งสองมี
ประเด็นในการพิจารณาเกี่ยวข้องกัน

คำร้องที่หนึ่ง ข้อเท็จจริงตามคำร้องและเอกสารประกอบสรุปได้ว่า ผู้ถูกร้องเป็น
เจ้าหน้าที่ของรัฐที่ดำรงตำแหน่งทางการเมืองในฐานะนายกรัฐมนตรี จึงอยู่ในบังคับของรัฐธรรมนูญ
แห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 มาตรา 267 ที่บัญญัติไว้ว่า นายกรัฐมนตรีและรัฐมนตรีจะดำรง
ตำแหน่งใดในห้างหุ้นส่วน บริษัท หรือองค์การที่ดำเนินธุรกิจ โดยมุ่งหาผลกำไรหรือรายได้มาแบ่งปัน
กัน หรือเป็นลูกจ้างของบุคคลใดก็ได้ด้วย แต่ปรากฏว่าผู้ถูกร้องได้เป็นพิธีกรให้กับบริษัทเพช มีเดีย
จำกัด หลายรายการ ซึ่งคำว่า “พิธีกร” เป็นการดำรงตำแหน่งใดหรือเป็นลูกจ้างซึ่งต้องห้ามตาม
รัฐธรรมนูญ มาตรา 267 ผู้ถูกร้องทราบเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ มาตรา 267 ตีอยู่แล้ว แต่ยังคง
ปฏิบัติขัดต่อบทบัญญัติดังกล่าวอยู่ตลอดเวลา และได้มายุติบทบาทพิธีกรต่อเมื่อมีผู้ร้องเรียนต่อ
คณะกรรมการการเลือกตั้ง ซึ่งคณะกรรมการการเลือกตั้งมิได้มีอำนาจที่จะตักเตือน เนื่องจาก
รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 มาตรา 182 (7) กำหนดให้ความเป็นรัฐมนตรีสิ้นสุดลง
เมื่อได้กระทำการต้องห้ามตามมาตรา 267 เพื่อดำเนินการตรวจสอบความสิ้นสุดลงซึ่งความเป็น
รัฐมนตรีของผู้ถูกร้องในฐานะนายกรัฐมนตรี ผู้ร้องที่ 1 จึงใช้สิทธิตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 91 ให้
ประธานวุฒิสภาส่งคำร้องไปยังศาลรัฐธรรมนูญเพื่อวินิจฉัยว่าความเป็นรัฐมนตรีในตำแหน่ง
นายกรัฐมนตรีของผู้ถูกร้องสิ้นสุดลงแล้วหรือไม่

คำร้องที่สอง ประธานกรรมการการเลือกตั้งส่งคำร้องของคณะกรรมการการเลือกตั้ง ขอให้จริงตามคำร้องและเอกสารประกอบสรุปได้ว่า เมื่อวันที่ 17 เมษายน 2551 นายเรืองไกร ลีภิพัฒน์ ได้มีหนังสือร้องเรียนต่อประธานกรรมการการเลือกตั้งว่า ผู้ถูกร้องขณะดำรงตำแหน่ง นายกรัฐมนตรี ได้ร่วมเป็นพิธีกรในรายการ “ชิมไป บ่นไป” และรายการอื่นๆ ของบริษัทเฟซ มีเดีย จำกัด อันเป็นบริษัทของเอกชนที่ดำเนินธุรกิจโดยมุ่งหากผลกำไรหรือรายได้มาแบ่งปันกัน ซึ่งปรากฏต่อ สาธารณชนหลายครั้งทางสื่อมวลชน อันเป็นการกระทำอันต้องห้ามตามมาตรา 267 ของรัฐธรรมนูญ แห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 ซึ่งทำให้ความเป็นรัฐมนตรีของนายกรัฐมนตรีสิ้นสุดลงตามมาตรา 182 (7) ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 นับแต่วันที่กระทำการอันต้องห้าม

ผู้ร้องที่ 2 ได้แต่งตั้งคณะกรรมการสืบสวนสอบสวนแล้ว ขอให้จริงรับฟังได้ความว่า บริษัทเฟซ มีเดีย จำกัด ก่อตั้งในปี 2537 มีนายศักดิ์ชัย แก้ววรรณิสกุล เป็นกรรมการผู้จัดการ โดยมี วัตถุประสงค์รับจ้างจัดทำรายการต่างๆ เพื่อการโฆษณา การบันเทิง ประชาสัมพันธ์ และการส่งเสริม การขายทางสถานีวิทยุกระจายเสียง โทรทัศน์ สิ่งตีพิมพ์ และสื่อโฆษณาทุกชนิด ในปี 2543 นายศักดิ์ ชัย แก้ววรรณิสกุล ได้เชิญผู้ถูกร้องเข้าทำหน้าที่พิธีกรในรายการ “ชิมไป บ่นไป” ออกอากาศทาง สถานีโทรทัศน์ไอทีวี ซึ่งผู้ถูกร้องได้รับทำหน้าที่พิธีกรดังกล่าวเรื่อยมา โดยได้รับค่าตอบแทนการเป็น พิธีกรครั้งละ 5,000 บาท และบางครั้งได้รับเงินเพิ่มซึ่งเป็นค่าจัดซื้อวัตถุดิบในการทำอาหารที่ออก รายการประมาณครั้งละ 1,000 – 2,000 บาท และในขณะที่ผู้ถูกร้องดำรงตำแหน่งเป็นนายกรัฐมนตรี ยังได้รับทำหน้าที่เป็นพิธีกรในรายการ “ชิมไป บ่นไป” และรายการยกโขยง 6 โมงเช้า ให้แก่บริษัทเฟซ มีเดีย จำกัด แต่ไม่ปรากฏพยานหลักฐานว่า ผู้ถูกร้องได้รับเงินค่าตอบแทนจากบริษัทหรือไม่ สำหรับ รายการ “ชิมไป บ่นไป” ได้มีการนำรูปใบหน้านายกรัฐมนตรีและรูปจุมพฏโดยเขียนชื่อผู้ถูกร้องลง โฆษณาเป็นสัญลักษณ์ทางการค้ารูปการ์ตูน ซึ่งกลายเป็นสัญลักษณ์ประจำรายการที่มีผลในการจดจำ ของผู้ชมโดยทั่วไป ทั้งนี้รูปการ์ตูนดังกล่าวจะมีปรากฏในรายการเป็นระยะๆ อยู่ตลอด คณะกรรมการ สืบสวนสอบสวนเสียงข้างมาก จึงเห็นควรส่งเรื่องให้ผู้ถูกร้องเข้าไปทำหน้าที่เป็นพิธีกรในรายการ “ชิมไป บ่นไป” และรายการยกโขยง 6 โมงเช้า ของบริษัทเฟซ มีเดีย จำกัด ไปยังศาลรัฐธรรมนูญเพื่อ วินิจฉัยว่า การเป็นพิธีกรในรายการดังกล่าวเป็นการดำรงตำแหน่งในตำแหน่งหุ้นส่วน บริษัท หรือองค์การ ที่ดำเนินการโดยมุ่งหากผลกำไรหรือรายได้มาแบ่งปันกัน อันจะทำให้ความเป็นนายกรัฐมนตรีของ

ผู้ถูกร้องสิ้นสุดลงเฉพาะตัวตามความในมาตรา 182 (7) และมาตรา 267 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 หรือไม่

ประเด็นที่ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัย : ความเป็นนายกรัฐมนตรีนของผู้ถูกร้องสิ้นสุดลงตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 182 วรรคหนึ่ง (7) ประกอบมาตรา 267 เพราะเหตุผู้ถูกร้องดำรงตำแหน่งใดในบริษัทเพช มีเดีย จำกัด ซึ่งเป็นบริษัทที่ดำเนินธุรกิจโดยมุ่งหาผลกำไรหรือรายได้มาแบ่งปันกัน หรือเป็นลูกจ้างของบริษัทดังกล่าว หรือไม่

คำวินิจฉัย : ปัญหาที่ต้องวินิจฉัยว่า ผู้ถูกร้องเป็นลูกจ้างของบริษัทเพช มีเดีย จำกัด หรือไม่ พิจารณาแล้วเห็นว่า ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 267 ซึ่งบัญญัติห้ามนายกรัฐมนตรีนและรัฐมนตรีเป็นลูกจ้างของบุคคลใด เพื่อให้การปฏิบัติหน้าที่ของนายกรัฐมนตรีนและรัฐมนตรีเป็นไปโดยชอบป้องกันมิให้เกิดการกระทำที่เป็นการขัดกันแห่งผลประโยชน์ อันจะก่อให้เกิดสถานการณ์ขาดจริยธรรมซึ่งยากต่อการตัดสินใจ ทำให้ต้องเลือกอย่างใดอย่างหนึ่ง ระหว่างประโยชน์ส่วนตัวกับประโยชน์สาธารณะ เมื่อผู้ดำรงตำแหน่งคำนึงถึงประโยชน์ส่วนตัวมากกว่าประโยชน์สาธารณะ การขัดกันระหว่างประโยชน์ส่วนตัวกับการใช้อำนาจในตำแหน่งหน้าที่จึงขัดกันในลักษณะที่ประโยชน์ส่วนตัวจะได้มาจากการเสียไปซึ่งประโยชน์สาธารณะ

การทำให้เจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญดังกล่าวบรรลุผลจึงมิใช่แปลความคำว่า “ลูกจ้าง” ในรัฐธรรมนูญ มาตรา 267 เพียงหมายถึงลูกจ้างตามความหมายแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ตามกฎหมายคุ้มครองแรงงาน หรือตามกฎหมายภาษีอากร เท่านั้น เพราะกฎหมายแต่ละฉบับย่อมมีเจตนารมณ์แตกต่างกันไปตามเหตุผลแห่งการบัญญัติกฎหมายนั้นๆ ทั้งกฎหมายดังกล่าวเป็นกฎหมายที่มีศักดิ์ต่ำกว่ารัฐธรรมนูญซึ่งเป็นกฎหมายสูงสุดที่ใช้ในการปกครองประเทศ และยังมีเจตนารมณ์เพื่อป้องกันการกระทำที่เป็นการขัดกันแห่งผลประโยชน์แตกต่างจากกฎหมายดังกล่าวอีกด้วย อนึ่ง รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายที่กำหนดหลักเกณฑ์การปกครองประเทศ มุ่งจัดตั้งรับรองสถานะของสถาบันและสิทธิและเสรีภาพของประชาชน กำหนดพื้นฐานในการดำเนินการของรัฐ เพื่อให้รัฐได้ใช้เป็นหลักในการปรับใช้กับสภาวะการณ์หรือเหตุการณ์ต่างๆ ได้อย่างถูกต้องตามเจตนารมณ์

ดังนั้น คำว่า “ลูกจ้าง” ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 267 จึงมีความหมายกว้างกว่าคำนิยามของกฎหมายอื่น โดยต้องแปลความตามความหมายทั่วไป ซึ่งตามพจนานุกรมฉบับ

ราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2542 ได้ให้ความหมายของคำว่า “ลูกจ้าง” ว่าหมายถึง “ผู้รับจ้างทำกา
งาน; ผู้ซึ่งตกลงทำงานให้นายจ้างโดยได้รับค่าจ้างไม่ว่าจะเรียกชื่ออย่างไร” โดยมีได้ค้ำนึ่งว่าจะมีการ
ทำสัญญาจ้างเป็นลายลักษณ์อักษรหรือไม่ หรือได้รับค่าตอบแทนเป็นค่าจ้าง สิ้นจ้าง หรือค่าตอบแทน
ในลักษณะที่เป็นทรัพย์สินอย่างอื่น หากมีการตกลงเป็นผู้รับจ้างทำกา
งานแล้ว ย่อมอยู่ในความหมาย
ของคำว่า “ลูกจ้าง” ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 267 ทั้งสิ้น มิฉะนั้นผู้เป็นลูกจ้าง รับค่าจ้างเป็นรายเดือน
ในลักษณะสัญญาจ้างแรงงาน เมื่อได้รับแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งนายกรัฐมนตรีหรือรัฐมนตรีก็สามารถ
ทำงานต่อไปได้ โดยเปลี่ยนค่าตอบแทนจากค่าจ้างรายเดือนมาเป็นสิ้นจ้างตามกา
รงานที่ทำ เช่น
แพทย์ก็เปลี่ยนจากเงินเดือนมาเป็นค่ารักษาตามจำนวนคนไข้ ที่ปรึกษากฎหมายก็เปลี่ยนจาก
เงินเดือนมาเป็นค่าปรึกษาหรือค่าทำความเห็นเป็นรายครั้ง ซึ่งก็ยังคงมีความผูกพันในเชิงผลประโยชน์กัน
อยู่ระหว่างเจ้าของกิจการกับผู้รับทำงานให้ เห็นได้ชัดเจนว่ากฎหมายย่อมไม่มีเจตนารมณ์ให้หา
ช่องทางหลีกเลี่ยงบงคับกันได้โดยง่ายเช่นนั้น

ข้อเท็จจริงได้ความจากการไต่สวนผู้ถูกร้องว่า หลังจากผู้ถูกร้องเข้ารับตำแหน่ง
นายกรัฐมนตรีแล้ว ผู้ถูกร้องยังคงเป็นพิธีกรในรายการ “ชิมไป บ่นไป” และ “ยกโขยง 6 โมงเช้า”
ให้แก่บริษัทเฟซ มีเดีย จำกัด เมื่อพิเคราะห์ถึงลักษณะกิจการงานที่บริษัทเฟซ มีเดีย จำกัด ได้กระทำ
ร่วมกันกับผู้ถูกร้องมาโดยตลอดเป็นเวลาหลายปี โดยบริษัทเฟซ มีเดีย จำกัด ทำเพื่อมุ่งค้าหากำไร
มิใช่เพื่อการกุศลสาธารณะ และผู้ถูกร้องก็ได้รับค่าตอบแทนอย่างสมฐานะและภารกิจ เมื่อได้กระทำ
ในระหว่างที่ผู้ถูกร้องดำรงตำแหน่งเป็นนายกรัฐมนตรี จึงเป็นการกระทำและนิติสัมพันธ์ที่อยู่ใน
ขอบข่ายที่มาตรา 267 ประสงค์จะป้องปรามเพื่อมิให้เกิดผลประโยชน์ทับซ้อนกับภาคธุรกิจเอกชน
แล้ว กรณีถือได้ว่า ผู้ถูกร้องเป็นลูกจ้างของบริษัทเฟซ มีเดีย จำกัด เป็นการกระทำอันต้องห้ามตาม
รัฐธรรมนูญ มาตรา 267 ความเป็นรัฐมนตรีของผู้ถูกร้องจึงสิ้นสุดลงเฉพาะตัวตามรัฐธรรมนูญ มาตรา
182 วรรคหนึ่ง (7)

อนึ่ง มีตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ 6 คน เห็นว่า ผู้ถูกร้องเป็นลูกจ้างของบริษัทเฟซ
มีเดีย จำกัด เป็นการกระทำอันต้องห้ามตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 267 จึงไม่จำต้องวินิจฉัยในปัญหาว่า
ผู้ถูกร้องดำรงตำแหน่งใดในบริษัทเฟซ มีเดีย จำกัด หรือไม่ อีก ส่วนตุลาการศาลรัฐธรรมนูญอีก 3 คน
เห็นว่ากา
รเป็นพิธีกร การใช้ชื่อรายการชิมไป บ่นไป และใช้รูปใบหน้าของผู้ถูกร้องในรายการ ของ
บริษัทเฟซ มีเดีย จำกัด เป็นการตกลงเข้ากันเพื่อกระทำกิจการร่วมกันด้วยประสงค์จะแบ่งปันกำไรอัน

จะพึงได้แก่กิจการที่ทำนั้นในลักษณะเป็นหุ้นส่วนร่วมกัน ดังนั้น การกระทำของผู้ถูกร้อง ให้แก่บริษัท เพช มีเดีย จำกัด จึงเป็นการดำรงตำแหน่งในห้างหุ้นส่วนโดยมุ่งหาผลกำไรหรือรายได้มาแบ่งปันกัน และไม่จำเป็นต้องวินิจฉัยในปัญหาว่า ผู้ถูกร้องเป็นลูกจ้างของบริษัท เพช มีเดีย จำกัด เป็นการกระทำอันต้องห้ามตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 267 หรือไม่ อีก

ข้อสังเกตของผู้วิจัย : รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายที่กำหนดหลักเกณฑ์การปกครองประเทศ มุ่งจัดตั้งรับรองสถานะของสถาบันและสิทธิและเสรีภาพของประชาชน กำหนดพื้นฐานในการดำเนินการของรัฐ เพื่อให้รัฐได้ใช้เป็นหลักในการปรับใช้กับสถานการณ์หรือเหตุการณ์ต่างๆ ได้อย่างถูกต้องตามเจตนารมณ์ ซึ่งคดีนี้ ศาลรัฐธรรมนูญได้อ้างถึงเจตนารมณ์แห่งกฎหมายตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 267 ที่บัญญัติห้ามนายรัฐมนตรีและรัฐมนตรีเป็นลูกจ้างของบุคคลใด เพื่อให้การปฏิบัติหน้าที่ของนายรัฐมนตรีและรัฐมนตรีเป็นไปโดยชอบ ป้องกันมิให้เกิดการกระทำที่เป็นการขัดกันแห่งผลประโยชน์ อันจะก่อให้เกิดสถานการณ์ขาดจริยธรรมซึ่งยากต่อการตัดสินใจ ทำให้ต้องเลือกอย่างใดอย่างหนึ่ง ระหว่างประโยชน์ส่วนตัวกับประโยชน์สาธารณะ เมื่อผู้ดำรงตำแหน่งคำนึงถึงประโยชน์ส่วนตัวมากกว่าประโยชน์สาธารณะ การขัดกันระหว่างประโยชน์ส่วนตัวกับการใช้อำนาจในตำแหน่งหน้าที่จึงขัดกันในขณะที่ประโยชน์ส่วนตัวจะได้มาจากการเสียไปซึ่งประโยชน์สาธารณะ

ทั้งนี้ การทำให้เจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญดังกล่าวบรรลุผลจึงมิได้แปลความหรืออาศัยการเทียบเคียงความหมายของคำว่า “ลูกจ้าง” ตามความหมายในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ตามกฎหมายคุ้มครองแรงงาน หรือตามกฎหมายภาษีอากร โดยให้เหตุผลว่า กฎหมายแต่ละฉบับย่อมมีเจตนารมณ์แตกต่างกันไปตามเหตุผลแห่งการบัญญัติกฎหมายนั้นๆ ทั้งกฎหมายดังกล่าวเป็นกฎหมายที่มีศักดิ์ต่ำกว่ารัฐธรรมนูญซึ่งเป็นกฎหมายสูงสุดที่ใช้ในการปกครองประเทศ และยังมีเจตนารมณ์เพื่อป้องกันการกระทำที่เป็นการขัดกันแห่งผลประโยชน์แตกต่างจากกฎหมายดังกล่าวอีกด้วย จึงเห็นเป็นนัยว่า ในคดีนี้ ศาลรัฐธรรมนูญยึดถือเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญเป็นสำคัญ และรัฐธรรมนูญในฐานะที่เป็นกฎหมายสูงสุดจึงไม่เทียบเคียงความหมายของคำว่า “ลูกจ้าง” ในกฎหมายอื่นๆ ที่มีศักดิ์ต่ำกว่ารัฐธรรมนูญ อนึ่ง ตามคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญในคดีนี้ ผู้วิจัยมุ่งแสดงให้เห็นถึงเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญและลำดับชั้นของกฎหมาย มิได้มุ่งหมายวิเคราะห์ถึงผลของคำวินิจฉัยในเรื่องดังกล่าว ซึ่งอาจมีความเห็นแย้งของนักกฎหมายที่แตกต่างกันไป นอกจากนี้ ในคำวินิจฉัยของ

ศาลรัฐธรรมนูญฉบับนี้ยังเป็นเรื่องการตีความกฎหมายที่นักกฎหมายหลายท่านเห็นตรงกันว่า ศาลรัฐธรรมนูญได้ตีความกฎหมายกว้างมากจนเกินไป

(ข) คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 8023/2543 ว่าด้วยการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในรัฐธรรมนูญ

บทบัญญัติกฎหมาย : รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 มาตรา 246 บัญญัติว่า “บุคคลใดตกเป็นจำเลยในคดีอาญาและถูกคุมขังระหว่างการพิจารณาคดี หากปรากฏตามคำพิพากษาอันถึงที่สุดว่าข้อเท็จจริงฟังเป็นยุติว่าจำเลยมิได้เป็นผู้กระทำความผิดหรือการกระทำของจำเลยไม่เป็นความผิดบุคคลนั้นย่อมมีสิทธิได้รับค่าทดแทนและค่าใช้จ่ายตามสมควร ตลอดจนบรรดาสีทธิที่เสียไปเพราะการนั้นคืน ทั้งนี้ ตามเงื่อนไขและวิธีการที่กฎหมายบัญญัติ”

ข้อเท็จจริง : คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 8023/2543 คดีสืบเนื่องมาจากศาลชั้นต้นพิพากษาว่า จำเลยที่ 2 มีความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 365(3) จำคุก 3 เดือน เปลี่ยนโทษจำคุกเป็นกักขังแทน จำเลยที่ 2 อุทธรณ์ ศาลอุทธรณ์ภาค 1 พิพากษาขึ้น จำเลยที่ 2 ฎีกา ศาลฎีกาพิพากษาแก้เป็นว่า จำเลยที่ 2 มีความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 362 จำคุก 3 เดือน และปรับ 1,000 บาท ไม่เปลี่ยนโทษจำคุกเป็นกักขัง ให้รอการลงโทษจำคุกไว้มีกำหนด 2 ปี ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 56 ไม่ชำระค่าปรับให้จัดการตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 29, 30

จำเลยที่ 2 ยื่นคำแถลงว่า จำเลยที่ 2 ถูกคุมขังระหว่างฎีกาตั้งแต่วันที่ 24 พฤศจิกายน 2541 ถึงวันที่ 25 ธันวาคม 2541 เมื่อหักจำนวนวันที่ถูกคุมขังออกจากจำนวนเงินค่าปรับแล้วยังคงเหลืออีกหลายวัน ขอให้สั่งจ่ายเงินค่าทดแทนให้แก่จำเลยที่ 2 ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 มาตรา 246

ช่องว่างแห่งกฎหมาย : สิทธิของบุคคลที่จะได้รับค่าทดแทนตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 มาตรา 246 ต้องเป็นไปตามเงื่อนไขและวิธีการที่กฎหมายบัญญัติ

การเทียบเคียง : ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า ที่จำเลยที่ 2 ฎีกาข้อแรกว่า ขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยในส่วนที่เกี่ยวกับการขอรับเงินค่าทดแทนนั้นเห็นว่า จำเลยที่ 2 ได้ยื่นคำร้องต่อศาลชั้นต้นในทำนองนี้ไว้แล้วตามคำร้องลงวันที่ 14 กรกฎาคม 2543 เมื่อศาลชั้นต้นมีคำสั่งยกคำร้องของจำเลยที่ 2 ดังกล่าว จำเลยที่ 2 มิได้อุทธรณ์ คำสั่งศาลชั้นต้นถึงที่สุด จำเลยที่ 2 จึงยกชั้นฎีกาไม่ได้ ทั้งไม่อาจถือว่าการยื่นฎีกาเป็นการยื่นคำร้องโดยตรงต่อศาลฎีกาเพื่อขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยในเรื่องดังกล่าวอีกด้วย ศาลฎีกาไม่รับวินิจฉัยฎีกาข้อนี้ของจำเลยที่ 2

จำเลยที่ 2 ฎีกาอีกข้อหนึ่งขอให้จ่ายค่าทดแทนการถูกคุมขังระหว่างฎีกานั้น เห็นว่า ตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 มาตรา 246 สิทธิของบุคคลที่จะได้รับค่าทดแทนย่อมต้องเป็นไปตามเงื่อนไขและวิธีการที่กฎหมายบัญญัติ ขณะนี้ยังไม่มีการตรากฎหมายเกี่ยวกับเรื่องนี้ออกบังคับใช้ สิทธิดังกล่าวของจำเลยที่ 2 จะต้องด้วยเงื่อนไขของกฎหมายหรือไม่ และจะมีวิธีการดำเนินการอย่างไร ย่อมไม่อาจมีผู้ใดกำหนดขึ้นได้จนกว่าจะมีบทบัญญัติแห่งกฎหมายรองรับ ทั้งกรณีนี้มีใช้คดีแพ่ง จะนำกฎหมายอื่นมาใช้ในลักษณะของกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งก็กระทำมิได้ ศาลฎีกาเห็นพ้องด้วยในผลของคำพิพากษาศาลอุทธรณ์ภาค 4 ที่ให้ยกคำร้องของจำเลยที่ 2

ข้อสังเกตของผู้วิจัย : คำพิพากษาคดีนี้เป็นคำพิพากษาของศาลฎีกาในคดีอาญา การที่ศาลฎีกาพิพากษาโดยให้เหตุผลว่า สิทธิของบุคคลที่จะได้รับค่าทดแทนตามบทบัญญัติรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 มาตรา 246 ต้องเป็นไปตามเงื่อนไขและวิธีการที่กฎหมายบัญญัติ แต่เมื่อยังไม่มีการตรากฎหมายเกี่ยวกับเรื่องนี้ออกบังคับใช้ สิทธิดังกล่าวจะต้องด้วยเงื่อนไขของกฎหมายหรือไม่ และจะมีวิธีการดำเนินการอย่างไร ย่อมไม่อาจมีผู้ใดกำหนดขึ้นได้ และในกรณีนี้มีใช้คดีแพ่ง ศาลจึงไม่อาจนำกฎหมายอื่นมาใช้ในลักษณะของกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งได้ อันแสดงให้เห็นว่า ศาลฎีกาในคดีนี้ได้ระมัดระวังและหลีกเลี่ยงการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในกฎหมายมหาชน โดยเฉพาะอย่างยิ่งในรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศที่ไม่อาจเกิดช่องว่างทางกฎหมาย

4.4.1.3 ข้อพิจารณาเกี่ยวข้องกับคำพิพากษาของศาลว่าด้วยการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในรัฐธรรมนูญ

เนื่องจากหลักการและนิติวิธีในรัฐธรรมนูญยึดถือว่า รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ กฎหมายที่มีลำดับชั้นต่ำกว่าจะขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญไม่ได้ ถ้ากฎหมายที่มีลำดับชั้นต่ำกว่าขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ กฎหมายนั้นย่อมเป็นอันใช้บังคับมิได้ ตามคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 12-13/2551 ผู้วิจัยจึงมุ่งแสดงให้เห็นถึงเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญและลำดับชั้นของกฎหมาย ซึ่งในคดีนี้ นักกฎหมายอาจพิจารณาแล้วเห็นว่า เรื่องดังกล่าวเป็นเรื่องการใช้การตีความบทบัญญัติของกฎหมาย ที่ต้องใช้และตีความให้สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ อาจไม่ใช้กรณีการเกิดช่องว่างแห่งกฎหมายหรือการอุดช่องว่างแห่งกฎหมาย

นอกจากนี้ คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญดังกล่าว มิได้แปลความหรืออาศัยการเทียบเคียงความหมายของคำว่า “ลูกจ้าง” ตามความหมายในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ตามกฎหมายคุ้มครองแรงงาน หรือตามกฎหมายภาษีอากร โดยให้เหตุผลเนื่องด้วยเจตนารมณ์ของกฎหมายที่แตกต่างกันไป ซึ่งความหมายของคำว่า “ลูกจ้าง” ตามรัฐธรรมนูญ จะยึดถือความหมายในบริบทของกฎหมายเอกชนมิได้ โดยลูกจ้างตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์หรือกฎหมายอื่นเป็นนิติสัมพันธ์ระหว่างเอกชนกับเอกชนในทางแพ่งและมุ่งประโยชน์ตอบแทนกันระหว่างเอกชนต่อเอกชนเป็นสำคัญ และรัฐธรรมนูญในฐานะที่เป็นกฎหมายสูงสุดจะไม่เทียบเคียงความหมายของคำว่า “ลูกจ้าง” ในกฎหมายอื่นๆ ที่มีศักดิ์ต่ำกว่ารัฐธรรมนูญ ซึ่งโดยหลักการที่ถือว่ารัฐธรรมนูญมีความศักดิ์สิทธิ์สมบูรณ์และถูกต้องดีงาม เพื่อรักษาสถานะของการเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญไว้ รัฐธรรมนูญจึงอาจไม่สามารถแก้ไขเยียวยาได้ด้วยสิ่งที่ด้อยกว่าหรือต่ำกว่ารัฐธรรมนูญ แต่อย่างไรก็ตาม คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญในคดีนี้อาจมีความเห็นแย้งของนักกฎหมายที่แตกต่างกันไป ซึ่งผู้วิจัยมุ่งเพียงแสดงให้เห็นถึงเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญและลำดับชั้นของกฎหมายในฐานะที่รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายลำดับชั้นสูงสุดเท่านั้น มิได้มุ่งหมายวิเคราะห์ถึงผลของคำวินิจฉัยในเรื่องดังกล่าว โดยในทางหนึ่งนักกฎหมายที่เห็นด้วยก็มีความเห็นว่า กรณีนี้เป็นการใช้การตีความกฎหมายอย่างกว้างเพื่อยึดถือเจตนารมณ์ของกฎหมายและป้องกันมิให้เกิดการกระทำที่เป็นการขัดกันแห่งผลประโยชน์ แต่นักกฎหมายที่เห็นตรงกันข้ามก็เห็นว่า ควรใช้และตีความกฎหมายอย่างแคบ เพราะต้องคำนึงถึงสิทธิเสรีภาพของบุคคลเช่นกัน

สำหรับคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 8023/2543 เรื่องการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในกฎหมายรัฐธรรมนูญ ซึ่งคำพิพากษาในคดีนี้เป็นคำพิพากษาของศาลฎีกาในคดีอาญา โดยศาลฎีกาในคดีนี้ระมัดระวังและหลีกเลี่ยงการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในกฎหมายมหาชน โดยพิพากษาไว้เพียงว่า กรณีนี้มีใช้คดีแพ่ง ศาลจึงไม่อาจนำกฎหมายอื่นมาใช้ในลักษณะของกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งได้

ดังจะเห็นว่า เรื่องการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในรัฐธรรมนูญ ตามนัยคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 12-13/2551 และคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 8023/2543 ศาลมิได้ปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในรัฐธรรมนูญ รวมถึงคำวินิจฉัยหรือคำพิพากษาของศาลในคดีอื่นๆ เท่าที่ได้ศึกษามากก็พบว่ามี การปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในรัฐธรรมนูญเช่นกัน ดังนั้น จึงอาจเป็นการยืนยันหลักการและแนวทางการวินิจฉัยคดีของศาลว่า นิตินิติวิธีในการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งไม่นำมาใช้ในรัฐธรรมนูญ ที่เป็นกฎหมายสูงสุดซึ่งจะเกิดช่องว่างแห่งกฎหมายขึ้นไม่ได้

4.4.2 การปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในกฎหมายปกครอง

เนื่องจากวัตถุประสงค์และหลักกฎหมายสำคัญในกฎหมายปกครองมีลักษณะแตกต่างจากกฎหมายแพ่ง แต่ในพัฒนาการทางประวัติศาสตร์แสดงให้เห็นถึงจุดเกาะเกี่ยวที่เชื่อมโยงกันระหว่างกฎหมายแพ่งและกฎหมายปกครอง เช่นนี้ ในเรื่องการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายในกฎหมายปกครองจึงอาจมีการนำกฎหมายแพ่งมาใช้ นอกจากนั้น เรื่องนิตินิติวิธีในการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งซึ่งเป็นนิตินิติวิธีอย่างหนึ่งในการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายในระบบกฎหมายก็ถูกนำมาใช้กับกฎหมายปกครองเช่นเดียวกัน ดังนั้น จึงมาศึกษาการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในกฎหมายปกครอง

ทั้งนี้ ในกฎหมายปกครองจะเป็นการศึกษาในส่วนของกฎหมายสารบัญญัติ โดยมีได้มุ่งศึกษาในส่วนของกฎหมายวิธีสบัญญัติ ด้วยเหตุที่กฎหมายวิธีพิจารณาความปกครองอาจนำประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาใช้ ซึ่งมักจะมีการกำหนดในลักษณะของการตราบทบัญญัติที่เชื่อมโยงให้นำหลักเกณฑ์ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาใช้กับวิธีพิจารณาคดีปกครองในลักษณะเฉพาะเจาะจง ขณะที่กฎหมายปกครองสารบัญญัติเป็นกฎหมายที่บัญญัติเกี่ยวกับสิทธิและ

หน้าที่ ความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับบุคคลที่แตกต่างไปจากกฎหมายแพ่งที่บัญญัติเกี่ยวกับสิทธิและหน้าที่ในความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลด้วยกันในฐานะที่เท่าเทียมกัน จึงต้องมาศึกษาหลักการและนิติวิธีเบื้องต้นในกฎหมายปกครองสารบัญญัติประกอบกับเรื่องการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง ซึ่งคาดหวังว่าจะเป็นประโยชน์ต่อการพิจารณาถึงลักษณะเฉพาะของกฎหมายในการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งตามสาขาของกฎหมายต่อไป

4.4.2.1 หลักการและนิติวิธีในกฎหมายปกครอง

กฎหมายปกครองเป็นกฎหมายที่กำหนดสถานะและความสัมพันธ์ระหว่างองค์กรของรัฐฝ่ายปกครองด้วยกัน และความสัมพันธ์ระหว่างองค์กรของรัฐฝ่ายปกครองกับประชาชน³⁰⁵ โดยกฎหมายปกครองมุ่งจัดระเบียบการปกครองภายในของรัฐ โดยเฉพาะกิจการของฝ่ายบริหารในการตอบสนองต่อความต้องการส่วนรวมของประชาชน เช่นนี้ กฎหมายปกครองจึงเป็นกฎหมายที่กำหนดโครงสร้างอำนาจหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง และวางหลักว่าด้วยความสัมพันธ์ระหว่างเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองซึ่งเป็นองค์กรของรัฐกับประชาชน

กฎหมายปกครองประกอบไปด้วยกฎหมายที่เกี่ยวกับการจัดโครงสร้างและอำนาจหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง กฎหมายที่เกี่ยวกับการกระทำของฝ่ายปกครองและภารกิจของฝ่ายปกครอง และกฎหมายที่เกี่ยวกับการควบคุมการกระทำของฝ่ายปกครอง ซึ่งวัตถุประสงค์ของกฎหมายปกครองจะประกอบด้วยหลักการสำคัญ 2 ประการ กล่าวคือ ประการแรก กฎหมายปกครองจะมุ่งคุ้มครองประโยชน์สาธารณะและเพิ่มประสิทธิภาพในการบริหารงานของรัฐ ประการที่สอง กฎหมายปกครองจะมุ่งคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน³⁰⁶

หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครองที่เป็นเครื่องมือสำคัญในการปรับใช้กฎหมายปกครอง คือ หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองและหลักการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง ซึ่งหลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครองดังกล่าวมีเจตนารมณ์หรือความมุ่งหมายเพื่อป้องกันมิให้ผู้ใช้อำนาจรัฐใช้อำนาจแสวงหาประโยชน์ส่วนตนและ

³⁰⁵ บวรศักดิ์ อวรรณโณ, กฎหมายมหาชน : การแบ่งแยกกฎหมายมหาชน-เอกชน และพัฒนาการกฎหมายมหาชนในประเทศไทย, หน้า 20-21.

³⁰⁶ ฤทัย หงส์ศิริ, "นิติกรรมทางปกครอง" คู่มือการศึกษาวิชากฎหมายปกครอง (กรุงเทพมหานคร: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2543), หน้า 235.

พวกพ้อง แต่ให้ใช้อำนาจของรัฐเพื่อตอบสนองความต้องการส่วนรวมของประชาชน และเพื่อปกป้องรักษาไว้ซึ่งประโยชน์มหาชน รวมถึงป้องกันมิให้มีการใช้อำนาจรัฐไปจำกัดสิทธิและเสรีภาพของเอกชน เกินขอบเขตแห่งความจำเป็นแก่การปกป้องรักษาไว้ซึ่งประโยชน์มหาชน³⁰⁷ ซึ่งการกระทำของฝ่ายปกครองไม่ว่าจะเป็นการกระทำฝ่ายเดียวในรูปแบบของคำสั่งทางปกครองหรือกฎ หรือการกระทำสองฝ่ายในเรื่องสัญญาทางปกครองต่างก็อยู่ภายใต้หลักนิติรัฐนี้เช่นเดียวกัน

ทั้งนี้ หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองประกอบไปด้วยหลักที่ว่า “การกระทำทางปกครองต้องไม่ขัดต่อกฎหมาย” และ “หลักไม่มีกฎหมาย ไม่มีอำนาจ” กล่าวคือ ฝ่ายปกครองจะกระทำการทางปกครองที่กระทบสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชนได้ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายให้อำนาจ และการกระทำทางปกครองนั้นต้องสอดคล้องและไม่ขัดแย้งกับกฎหมาย³⁰⁸ ดังจะเห็นได้ว่า กฎหมายเป็นรากฐานที่มาของอำนาจฝ่ายปกครองและเป็นขอบเขตของการกระทำทางปกครอง ในขณะเดียวกัน หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองก็เป็นหลักประกันสิทธิเสรีภาพของประชาชนด้วย หากการกระทำทางปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมาย ประชาชนย่อมมีสิทธิที่จะทำให้ความไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้นหมดสิ้นไป เช่น การขอให้ยกเลิกหรือเพิกถอนคำสั่งทางปกครอง เป็นต้น

เมื่อพิจารณารายละเอียดถึงหลักที่ว่า “การกระทำทางปกครองต้องไม่ขัดต่อกฎหมาย” เป็นการกำหนดให้ฝ่ายปกครองต้องผูกพันตนต่อกฎหมายที่ใช้บังคับในบ้านเมือง ซึ่งกฎหมายอาจกำหนดหน้าที่ให้องค์กรฝ่ายปกครองปฏิบัติตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ หรือในกรณีที่ไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้ ฝ่ายปกครองก็ย่อมต้องมีหน้าที่ละเว้นไม่กระทำการให้ขัดต่อกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่นอกจากนี้ ภายใต้หลักการกระทำทางปกครองต้องไม่ขัดต่อกฎหมาย ฝ่ายปกครองจะต้องเคารพต่อลำดับชั้นของกฎหมายด้วย องค์กรฝ่ายปกครองไม่อาจกำหนดมาตรการทางกฎหมายที่มีลักษณะเป็นนามธรรมและมีผลใช้บังคับทั่วไปให้ขัดกับรัฐธรรมนูญ พระราชบัญญัติ หรือกฎหมายอื่นที่มีค่าบังคับเสมอด้วยพระราชบัญญัติ เป็นต้น อีกทั้ง ผู้มีอำนาจใช้หรือตีความกฎหมายจะใช้หรือตีความกฎหมาย

³⁰⁷ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, หลักการพื้นฐานกฎหมายปกครอง คู่มือการศึกษากฎหมายปกครอง (กรุงเทพมหานคร: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2543), หน้า 120-121.

³⁰⁸ มานิตย์ จุมปา, คำอธิบายกฎหมายปกครองว่าด้วยการกระทำทางปกครองและการควบคุมการกระทำทางปกครอง เล่ม 1, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2551), หน้า 154-155.

เกินกว่าที่กฎหมายให้อำนาจไม่ได้ และจะใช้หรือตีความกฎหมายโดยกระทำในสิ่งที่กฎหมายละเว้นไม่ให้อำนาจไม่ได้เช่นกัน³⁰⁹

สำหรับหลักที่ว่า “ไม่มีกฎหมาย ไม่มีอำนาจ” เป็นการกำหนดให้องค์กรฝ่ายปกครองจะกระทำการใดๆ ได้ ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายมอบอำนาจให้องค์กรฝ่ายปกครองกระทำการนั้น การกระทำขององค์กรฝ่ายปกครองจึงต้องมีฐานทางกฎหมายมารองรับ ซึ่งเป็นการเคารพต่อหลักประชาธิปไตยในระบบรัฐสภา หลักนิติรัฐ และหลักการประกันสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐาน³¹⁰ ซึ่งหลัก “ไม่มีกฎหมาย ไม่มีอำนาจ” เป็นปัจจัยสำคัญเกี่ยวเนื่องกับนิติวิธีในการใช้การตีความกฎหมายปกครอง โดยการใช้กฎหมายปกครองจะต้องไม่กระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชน และจะตีความกฎหมายปกครองขยายอำนาจนอกเหนือจากที่กฎหมายบัญญัติไว้ไม่ได้

นอกจากนี้ ในกรณีของการอุดช่องว่างในกฎหมายปกครอง โดยผิวเผินแล้วอาจเป็นการกระทบต่อหลักว่าด้วย “ไม่มีกฎหมาย ไม่มีอำนาจ” แต่เมื่อช่องว่างแห่งกฎหมายในกฎหมายปกครองเป็นกรณีที่พิจารณาบทบัญญัติแห่งกฎหมายแล้ว ปรากฏว่าไม่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายลายลักษณ์อักษรใดในกฎหมายปกครองที่จะนำมาปรับใช้กับข้อเท็จจริงในคดีที่เกิดขึ้นได้ โดยช่องว่างแห่งกฎหมายในลักษณะนี้ เรียกว่า ช่องว่างแห่งกฎหมายแบบเปิด หรือเป็นช่องว่างแห่งกฎหมายอย่างแท้จริง ซึ่งมักจะเป็นการที่ผู้ร่างกฎหมายได้บัญญัติกฎหมายโดยคาดการณ์ล่วงหน้าไปไม่ถึงว่าจะมีช่องว่างแห่งกฎหมายเกิดขึ้น ถ้าหากผู้ร่างกฎหมายสามารถคาดการณ์ได้ล่วงหน้าแล้วก็คงไม่บัญญัติให้เกิดเป็นช่องว่างแห่งกฎหมาย³¹¹ เช่นนี้ เมื่อช่องว่างแห่งกฎหมายเป็นปัญหาที่ไม่มีบทบัญญัติกฎหมายมาปรับใช้กับข้อเท็จจริง ในกฎหมายปกครองจึงอาจมีเรื่องช่องว่างแห่งกฎหมายได้เช่นกัน

อีกทั้ง หลักกฎหมายว่าด้วย “ไม่มีกฎหมาย ไม่มีอำนาจ” ยังมีวัตถุประสงค์เพื่อความมั่นคงแห่งนิติฐานะ และเพื่อให้ประชาชนสามารถคาดการณ์และรับรู้ได้อย่างชัดเจนถึงผลทางกฎหมายที่จะเกิดขึ้น ดังนั้น ในกรณีของการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายที่มีการปรับใช้บทกฎหมายที่

³⁰⁹ ณรงค์ฤทธิ์ เพชรฤทธิ์, "การใช้และการตีความกฎหมายปกครอง (ตอน 1)," วารสารศาลยุติธรรมปริทัศน์ 5, 5 (2554).

³¹⁰ วรเจตน์ ภาศิริตัน, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายปกครอง : หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครองและการกระทำทางปกครอง พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2549), หน้า 21-22.

³¹¹ มานิตย์ วงศ์เสรี, นิติวิธี การใช้และการตีความกฎหมาย : ศึกษาเปรียบเทียบระบบกฎหมายไทยและระบบกฎหมายเยอรมัน, หน้า 343.

ใกล้เคียงอย่างยิ่ง หากประชาชนสามารถคาดการณ์ถึงผลทางกฎหมายเช่นนั้นได้ การใช้นิติวิธีดังกล่าวย่อมไม่ขัดหรือแย้งกับหลัก “ไม่มีกฎหมาย ไม่มีอำนาจ”³¹² และในการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายเพื่อเป็นการจำกัดขอบเขตของช่องว่างแห่งกฎหมายผนวกกับป้องกันมิให้ศาลหรือผู้ใช้กฎหมายพัฒนาหลักกฎหมายเพื่อมาอุดช่องว่างแห่งกฎหมายได้ตามอำเภอใจ เช่นนี้ ลักษณะของช่องว่างแห่งกฎหมายแม้จะเกินเลยจากขอบเขตของถ้อยคำทางกฎหมาย แต่ก็ควรจะต้องอยู่ภายใต้ขอบเขตความมุ่งหมายของบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นด้วย³¹³

ทั้งนี้ ในการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายปกครองยังอาจมีการนำกฎหมายเอกชน โดยเฉพาะบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาใช้บังคับกับคดีพิพาททางปกครองด้วย ไม่ว่าจะเป็นการนำประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาใช้บังคับเพื่ออุดช่องว่างแห่งกฎหมายที่เกิดขึ้นในกฎหมายปกครองในฐานะที่เป็นบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง หรือการนำประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาใช้บังคับเพื่ออุดช่องว่างแห่งกฎหมายปกครองในฐานะที่เป็นบทกฎหมายทั่วไป นอกจากนี้ ยังอาจมีการนำกฎหมายเอกชนมาใช้กับกฎหมายปกครองในกรณีอื่นๆ เช่น การนำประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาใช้กับกฎหมายปกครองโดยตรง การที่บทบัญญัติในกฎหมายปกครองบัญญัติให้นำบทบัญญัติของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาใช้บังคับโดยอนุโลม เป็นต้น

314

4.4.2.2 คำพิพากษาของศาลว่าด้วยการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในกฎหมายปกครอง

(ก) คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.1020/2560 ว่าด้วยการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในเรื่องคำเสนอและคำสนอง

บทบัญญัติกฎหมาย : หลักกฎหมายเรื่องคำเสนอและคำสนองในการแสดงเจตนาเข้าทำสัญญา

³¹² เรื่องเดียวกัน, หน้า 346.

³¹³ เรื่องเดียวกัน, หน้า 342-343.

³¹⁴ สุริยา เพิ่มบุญ, "การเรียกทรัพย์สินตามหลักกฎหมายว่าด้วยลาภมิควรได้ในระบบกฎหมายมหาชน" (หลักสูตรปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขากฎหมายมหาชน, คณะนิติศาสตร์, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556), หน้า 62-63.

ข้อเท็จจริง : โครงการรับจำนำข้าวดังกล่าว เป็นการทำสัญญาระหว่างรัฐและผู้ฟ้องคดี จึงเป็นสัญญาที่มีคู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดเป็นหน่วยงานทางปกครอง โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อช่วยเหลือเกษตรกร อันมีลักษณะเป็นการจัดทำบริการสาธารณะ จึงเป็นสัญญาทางปกครองตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

ช่องว่างแห่งกฎหมาย : การจัดทำสัญญาทางปกครองมิได้มีกฎหมายกำหนดหลักเกณฑ์ไว้โดยเฉพาะ

การเทียบเคียง : เมื่อการจัดทำสัญญาทางปกครองมิได้มีกฎหมายกำหนดหลักเกณฑ์ไว้โดยเฉพาะ จึงจะต้องนำบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งมาปรับใช้ตามมาตรา 4 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ การพิจารณาคำเสนอคำสนองของการเข้าสู่สัญญาจึงต้องนำหลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาใช้ โครงการรับจำนำข้าวเปลือกถือเป็นคำเสนอที่ให้เกษตรกรเข้าร่วมโครงการ เมื่อผู้ฟ้องคดี (นาง ล.) ตัดสินใจเข้าร่วมโครงการโดยดำเนินการตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่คณะกรรมการนโยบายข้าวแห่งชาติได้ให้ความเห็นชอบไว้ด้วยการนำข้าวเปลือกของตนไปส่งมอบให้แก่โรงสีที่เข้าร่วมโครงการ และได้รับใบประทวนสินค้าสองฉบับดังกล่าว จึงถือเป็นคำสนอง สัญญาจึงเกิดขึ้นโดยสมบูรณ์และมีผลผูกพันระหว่างรัฐและผู้ฟ้องคดี

ข้อสังเกตของผู้วิจัย : คดีนี้ เมื่อการจัดทำสัญญาทางปกครองมิได้มีกฎหมายกำหนดหลักเกณฑ์ไว้โดยเฉพาะ จึงถือว่ากฎหมายปกครองในส่วนนี้มีช่องว่างแห่งกฎหมาย ศาลปกครองสูงสุดจึงได้พิพากษาโดยนำหลักเกณฑ์เรื่องคำเสนอและคำสนองตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาใช้ในฐานะที่เป็นบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง โดยอ้างถึงมาตรา 4 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาเทียบเคียงเพื่ออุดช่องว่างแห่งกฎหมายในกรณีการทำคำเสนอและคำสนองในสัญญาทางปกครอง โดยมีใช่เป็นการนำหลักกฎหมายในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาใช้กับกฎหมายปกครองโดยตรง ซึ่งจะเห็นได้ว่า จากคำพิพากษาของศาลปกครองดังกล่าว ศาลได้ปรับใช้วิธีในการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งตามมาตรา 4 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ โดยเห็นว่าระบบกฎหมายแพ่งและระบบกฎหมายปกครองในส่วนนี้มีความคล้ายคลึงกันหรือใกล้เคียงกัน จึงนำข้อความคิดว่าด้วยคำเสนอและคำสนองตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาใช้กับสัญญา

ทางปกครองในการทำสัญญาจัดทำบริการสาธารณะที่มีคู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองด้วย

(ข) คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3668/2540 ว่าด้วยการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งกับพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน

บทบัญญัติกฎหมาย : กำหนดเวลาในการที่จะนำคดีมาฟ้องศาล

ข้อเท็จจริง : คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3668/2540 ในคดีปกครองหากผู้ใดถูกกระทบสิทธิจากการกระทำหรือคำสั่งทางปกครอง ผู้นั้นย่อมต้องใช้สิทธิฟ้องร้องภายในเวลาที่กฎหมายกำหนด กำหนดเวลาดังกล่าวหาใช่อายุความตามหลักแห่งกฎหมายเอกชนหรือกฎหมายแพ่งไม่ คำสั่งกระทรวงมหาดไทยที่ให้ปลดโจทก์ออกจากราชการเป็นคำสั่งตามพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2495 มาตรา 103 ประกอบพระราชบัญญัติข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2485 มาตรา 60 (2) และ 62 โดยเป็นการสั่งการฝ่ายเดียวในทางปกครองที่มุ่งจะก่อให้เกิดการเปลี่ยนแปลงซึ่งสิทธิหรือหน้าที่หรือสถานภาพทางกฎหมายของจำเลยจึงเป็นคำสั่งทางปกครองมิใช่นิติกรรมตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ต้องใช้กำหนดเวลาทางปกครองปรับแก้คดี

ช่องว่างแห่งกฎหมาย : เมื่อพิจารณาตามพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือนดังกล่าวแล้วไม่ปรากฏกำหนดเวลาในการที่จะนำคดีมาฟ้องศาล

การเทียบเคียง : ศาลพิพากษาให้อาศัยเทียบบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง คือ ลักษณะละเมิดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 4 วรรคสอง ประกอบมาตรา 448 วรรคหนึ่ง ดังนั้น เมื่อโจทก์เห็นว่าคำสั่งของกระทรวงมหาดไทยไม่ชอบด้วยกฎหมายเพราะมิได้แต่งตั้งคณะกรรมการเพื่อทำการสอบสวนและมิได้สอบสวนให้เสร็จสิ้นภายในระยะเวลาตามกฎหมายและคำสั่งดังกล่าวกระทบสิทธิของโจทก์จนเกิดความเสียหาย โจทก์ก็ชอบที่จะฟ้องคดีต่อศาลภายในกำหนดเวลา 1 ปี นับแต่วันที่โจทก์รู้ถึงการล่งสิทธิและรู้ตัวผู้จะพึงต้องใช้สิทธิฟ้องร้อง หรือภายในกำหนด 10 ปี นับแต่วันล่งสิทธิ

ข้อสังเกตของผู้วิจัย : คดีนี้เป็นกรณีที่ศาลนำกฎหมายเรื่องอายุความตามมาตรา 448 วรรคหนึ่ง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาใช้ในฐานะที่เป็นบทกฎหมายที่ใกล้เคียง

อย่างยิ่งตามนิติวิธีในมาตรา 4 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เพื่ออุดช่องว่างกรณีที่พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือนไม่มีกฎหมายเรื่องกำหนดเวลาในการนำคดีมาฟ้องศาล ซึ่งจะเห็นได้ว่าเป็นการนำบทบัญญัติในกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาใช้กับกฎหมายปกครอง อีกทั้งยังเป็นการเทียบเคียงกฎหมายเรื่องอายุความมูลละเมิดมาใช้กับเรื่องกำหนดเวลาในการฟ้องคดีต่อศาลปกครอง

แต่อย่างไรก็ตาม สำหรับกรณีดังกล่าวมีความเห็นแย้งว่า การนำบทบัญญัติตามมาตรา 448 วรรคหนึ่ง มาใช้วินิจฉัยคดีในฐานะที่เป็นบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งตามมาตรา 4 วรรคสอง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ไม่ถูกต้องนัก เพราะมาตรา 448 วรรคหนึ่ง เป็นเรื่องอายุความที่ใช้เฉพาะการเรียกร้องค่าเสียหายอันเกิดแต่มูลละเมิด แต่คดีนี้เป็นการฟ้องขอให้เพิกถอนคำสั่งกระทรวงมหาดไทยมิใช่เป็นการฟ้องเรียกร้องเอาค่าเสียหาย จึงไม่อาจใช้บังคับได้นอกจากนั้น กำหนดอายุความมีบทบัญญัติตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 193/30 บัญญัติไว้เป็นทั่วไปว่า “อายุความนั้น ถ้าประมวลกฎหมายนี้หรือกฎหมายอื่นมิได้บัญญัติไว้โดยเฉพาะ ให้มีกำหนดสิบปี” เช่นนี้ เมื่อไม่มีกฎหมายบัญญัติอายุความในการฟ้องขอให้เพิกถอนคำสั่งของกระทรวงมหาดไทยที่ให้ปลดจอกออกจากราชการไว้โดยเฉพาะ จึงต้องบังคับตามมาตรา 193/30 ที่เป็นอายุความทั่วไปมีกำหนดสิบปี กรณีจึงไม่น่าจะถือได้ว่าไม่มีบทกฎหมายที่จะยกมาปรับแก้คดีอันจะเป็นเหตุให้นำการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งมาปรับใช้เพื่ออุดช่องว่างแห่งกฎหมายได้ แต่กระนั้นก็ตาม ในการใช้นิติวิธีทางกฎหมายก็อาจมีนักกฎหมายปรับใช้นิติวิธีเป็นประการอื่นว่า เมื่อในกฎหมายปกครองมิได้มีกฎหมายบัญญัติไว้ กรณีปัญหาจึงเท่ากับมีช่องว่างในกฎหมายปกครอง ต้องนำมาตรา 193/30 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาใช้ในฐานะที่เป็นบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งด้วย

(ค) คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.182/2553 ว่าด้วยการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในกรณีพิพาทที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายกับสิทธิการรับบำเหน็จตกทอด

บทบัญญัติกฎหมาย : พระราชบัญญัติกองทุนบำเหน็จบำนาญข้าราชการ พ.ศ. 2539 มาตรา 58 บัญญัติว่า “ในกรณีที่สมาชิกผู้ใดถึงแก่ความตายในระหว่างรับราชการและความ

ตายนั้นมิได้เกิดขึ้นเนื่องจากการประพาศิษฐ์อย่างร้ายแรงของตนเอง หรือในกรณีที่ได้รับบำนาญถึงแก่ความตาย ให้จ่ายบำเหน็จตกทอดแก่ทายาทของสมาชิกหรือผู้รับบำนาญตามเกณฑ์ดังต่อไปนี้

- (1) บุตรที่ได้รับสองส่วน ถ้าสมาชิกผู้ตายมีบุตรตั้งแต่สามคนขึ้นไปให้ได้รับสามส่วน
- (2) สามีหรือภริยาให้ได้รับหนึ่งส่วน
- (3) บิดามารดา หรือบิดาหรือมารดาที่มีชีวิตอยู่ให้ได้รับหนึ่งส่วน

ในกรณีที่ไม่มีทายาทในอนุมาตราใด หรือทายาทนั้นได้ตายไปเสียก่อน ให้แบ่งเงินดังกล่าวระหว่างทายาทผู้มีสิทธิในอนุมาตราที่มีทายาทผู้มีสิทธิได้รับ

ในกรณีที่ไม่มีทายาททั้งสามอนุมาตราดังกล่าว ให้จ่ายแก่บุคคลซึ่งสมาชิกผู้ตายแสดงเจตนาไว้ต่อส่วนราชการเจ้าสังกัดตามแบบและวิธีการที่กระทรวงการคลังกำหนด

ในกรณีที่ไม่มีทายาทและบุคคลซึ่งสมาชิกผู้ตายได้แสดงเจตนาไว้ตามวรรคสาม หรือบุคคลนั้นได้ตายไปก่อน ให้สิทธิในบำเหน็จตกทอดนั้นเป็นอันยุติลง

ในกรณีที่ได้มีการจ่ายบำเหน็จตกทอดไปแล้ว หากปรากฏว่ามีบุตรซึ่งได้มีคำพิพากษา ของศาลว่าเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของผู้ตาย ซึ่งได้มีการฟ้องคดีขอให้รับเด็กเป็นบุตรก่อนหรือภายในหนึ่งปีนับแต่วันที่บิดาตายหรือนับแต่วันที่รู้หรือควรได้รู้ถึงความตายของบิดาเพิ่มขึ้น ให้แบ่งบำเหน็จตกทอดนั้นใหม่ระหว่างทายาทผู้มีสิทธิโดยถือว่าบุตรชอบด้วยกฎหมายตามคำพิพากษานั้น เป็นทายาทผู้มีสิทธิตั้งแต่วันตาย ในกรณีเช่นนี้ให้กระทรวงการคลังเรียกคืนบำเหน็จตกทอดจากทายาทซึ่งรับบำเหน็จตกทอดไปก่อนแล้วตามระเบียบที่กระทรวงการคลังกำหนด

ในกรณีที่ไม่สามารถเรียกคืนบำเหน็จตกทอดที่จ่ายให้ทายาทซึ่งรับเงินไปในส่วนของตนตามวรรคห้าได้ กระทรวงการคลังไม่ต้องรับผิดชอบจ่ายเงินบำเหน็จตกทอดให้แก่บุตรซึ่งได้มีคำพิพากษาของศาลว่าเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายย้อนหลังไปถึงวันเกิดสิทธิรับบำเหน็จตกทอดแต่อย่างใด”

ข้อเท็จจริง : คดีนี้ผู้ฟ้องคดีเป็นบิดาที่ไม่ได้จดทะเบียนสมรสกับมารดาได้ยื่นเรื่องขอรับบำเหน็จตกทอดเนื่องจากดาบตำรวจ ส. (บุตร) ถึงแก่ความตาย ต่อมา กบข. แจ้งว่าได้พิจารณาจ่ายเงินคืนให้แก่ผู้ฟ้องคดีและกรมบัญชีกลางมีหนังสือสั่งจ่ายเงินบำเหน็จตกทอดให้แก่ทายาทของนาย ส. รวมทั้งผู้ฟ้องคดีด้วย แต่ให้กันส่วนของผู้ฟ้องคดีไว้ก่อน เนื่องจากขาดหลักฐานการเป็นบิดาโดยชอบด้วยกฎหมาย ผู้ฟ้องคดีได้ดำเนินการต่างๆ ตามที่เจ้าหน้าที่ต้นสังกัดของผู้ฟ้องคดีแนะนำคือขอหนังสือรับรองจากผู้ใหญ่บ้านว่าได้อยู่กินฉันสามีภริยากับมารดาของดาบตำรวจ ส. มาตั้งแต่ปี พ.ศ. 2487 ยื่นคำร้องขอให้ทางอำเภอรับรองข้อเท็จจริงและทางอำเภอได้รับรองแล้ว ยื่นคำร้องต่อศาลเยาวชนและครอบครัวและศาลได้มีคำพิพากษาถึงที่สุดว่าดาบตำรวจ ส. เป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของผู้ฟ้องคดีและได้ยื่นสำเนาคำพิพากษาแล้ว แต่ไม่ได้รับอนุมัติ โดยกรมบัญชีกลาง (ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2) ให้เหตุผลว่า คำพิพากษาถึงที่สุดมีขึ้นภายหลังจากวันที่ดาบตำรวจ ส. ได้ถึงแก่ความตายไปแล้ว ผู้ฟ้องคดีจึงไม่ใช่ทายาทของดาบตำรวจ ส. อยู่ก่อนที่ดาบตำรวจ ส. จะถึงแก่ความตายและไม่ใช่ทายาทผู้มีสิทธิได้รับบำเหน็จตกทอด ผู้ฟ้องคดีจึงนำคดีมาฟ้องต่อศาลปกครอง

ช่องว่างแห่งกฎหมาย : พระราชบัญญัติกองทุนบำเหน็จบำนาญข้าราชการ พ.ศ. 2539 มาตรา 58 วรรคห้า บัญญัติให้บุตรของสมาชิกกองทุนบำเหน็จบำนาญข้าราชการ (กบข.) ซึ่งศาลได้มีคำพิพากษาว่าเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของสมาชิกผู้ถึงแก่ความตายที่ได้มีการฟ้องคดีก่อนหรือภายในหนึ่งปีนับแต่วันที่บิดาตายหรือนับแต่วันที่ารู้หรือควรได้รู้ถึงความตายของบิดา เป็นผู้มีสิทธิรับบำเหน็จตกทอดโดยถือว่าบุตรชอบด้วยกฎหมายตามคำพิพากษานั้นเป็นทายาทผู้มีสิทธิตั้งแต่วันตาย แต่สำหรับกรณีบิดาที่ไม่ได้จดทะเบียนสมรสกับมารดาของสมาชิกผู้ตาย (บิดาตามความเป็นจริง) แต่ต่อมาศาลมีคำพิพากษาว่าสมาชิกผู้ตายเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมาย ได้ยื่นขอรับบำเหน็จตกทอดโดยมิได้มีการฟ้องคดีไว้ชัดเจน ผลจะเป็นเช่นไร

การเทียบเคียง : ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่า แม้กรณีบิดาที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายขอรับบำเหน็จตกทอดเนื่องจากบุตรผู้เป็นสมาชิกถึงแก่ความตายมิได้มีการฟ้องคดีไว้ แต่เนื่องจากความสัมพันธ์กรณีของผู้ขอรับบำเหน็จตกทอดเป็นบุตรของสมาชิกผู้ตายกับความสัมพันธ์ของผู้ขอรับบำเหน็จตกทอดเป็นบิดาของสมาชิกผู้ตายเป็นความสัมพันธ์ทางสายโลหิตโดยตรงระหว่างบิดากับบุตรเช่นเดียวกัน จึงต้องนำมาตรา 58 วรรคห้า แห่งพระราชบัญญัติกองทุนบำเหน็จบำนาญข้าราชการ ซึ่งเป็นกรณีผู้ขอรับบำเหน็จตกทอดเป็นบุตรของสมาชิกผู้ตายมาบังคับใช้กับกรณีผู้ขอรับ

บำเหน็จตกทอดเป็นบิดาของสมาชิกผู้ตายด้วย ในฐานะที่เป็นบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง ดังนั้น หากบิดาของสมาชิกผู้ตายซึ่งศาลได้มีคำพิพากษาว่าเป็นบิดาโดยชอบด้วยกฎหมายได้ฟ้องคดีก่อนหรือภายในหนึ่งปีนับแต่วันที่สมาชิกผู้เป็นบุตรถึงแก่ความตาย บิดาย่อมเป็นทายาทผู้มีสิทธิได้รับบำเหน็จตกทอดตามนัยมาตรา 58 วรรคห้า แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว เมื่อข้อเท็จจริงในคดีนี้ ผู้ฟ้องคดีฟ้องคดีเกินกว่าหนึ่งปี ผู้ฟ้องคดีจึงไม่มีสิทธิได้รับบำเหน็จตกทอดของผู้ตาย แต่กรณีเช่นนี้จะไม่เป็นการยุติธรรมต่อผู้ฟ้องคดี เพราะจากบันทึกถ้อยคำของผู้ฟ้องคดีในชั้นไต่สวนของศาลปกครองชั้นต้นและคำให้การของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 (กองการเงินสำนักงานตำรวจแห่งชาติ) ตลอดจนเอกสารที่เกี่ยวข้อง น่าเชื่อว่าผู้ฟ้องคดีได้ดำเนินการต่างๆ ตามที่ได้รับคำแนะนำ การกระทำของผู้เกี่ยวข้องทั้งหน่วยงานและเจ้าหน้าที่ของรัฐ คือ กบข. ได้พิจารณาจ่ายเงินคืนเนื่องจากการหมดสมาชิกภาพของดาบตำรวจ ส. ให้แก่ผู้ฟ้องคดี ทำให้เข้าใจได้ว่ามีสิทธิได้รับบำเหน็จตกทอดและการที่กรมบัญชีกลางส่งจ่ายเงินบำเหน็จตกทอดแก่ทายาท ซึ่งปรากฏชื่อผู้ฟ้องคดีด้วยทำให้ผู้ฟ้องคดีเข้าใจว่าหากดำเนินการต่างๆ ตามคำแนะนำก็จะได้รับเงินบำเหน็จตกทอด การดำเนินการของหน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ผู้เกี่ยวข้องล้วนแต่มีลักษณะเป็นการให้โอกาสผู้ฟ้องคดีจัดให้มีหลักฐานการเป็นบิดาโดยชอบด้วยกฎหมายของดาบตำรวจ ส. และเป็นการสร้างให้เกิดความคาดหวังโดยชอบธรรมต่อผู้ฟ้องคดีว่า เมื่อได้ดำเนินการตามที่ได้รับแจ้งหรือแนะนำแล้วจะได้รับบำเหน็จอย่างแน่นอน การที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 วินิจฉัยว่า ศาลมีคำพิพากษาถึงที่สุดให้ดาบตำรวจ ส. เป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายภายหลังวันที่ดาบตำรวจ ส. ถึงแก่ความตายไปแล้ว ผู้ฟ้องคดีจึงไม่ใช่ทายาท ฉะนั้นวันที่ดาบตำรวจ ส. ถึงแก่ความตายจึงไม่มีทายาทตามกฎหมาย จึงไม่เป็นการยุติธรรมต่อผู้ฟ้องคดีเพราะผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสอง ตลอดจนหน่วยงานและเจ้าหน้าที่ของรัฐที่เกี่ยวข้องได้สร้างความคาดหวังโดยชอบธรรมต่อผู้ฟ้องคดีและสร้างภาระในการดำเนินการต่างๆ แก่ผู้ฟ้องคดีมาโดยตลอด ประกอบกับมาตรา 58 วรรคหนึ่ง (3) แห่งพระราชบัญญัติกองทุนบำเหน็จบำนาญข้าราชการ พ.ศ. 2539 มีได้บัญญัติอย่างชัดแจ้งว่าความเป็นบิดาโดยชอบด้วยกฎหมายจะต้องมีอยู่ก่อนสมาชิกถึงแก่ความตาย อีกทั้งได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่ 19) พ.ศ. 2551 ซึ่งมีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 8 มีนาคม 2551 บัญญัติว่าการเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายตามมาตรา 1547 ให้มีผลนับแต่วันที่เด็กเกิด ดังนั้น เพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรมเฉพาะกรณีนี้จึงให้ผู้ฟ้องคดีมีสิทธิได้รับบำเหน็จตกทอดกรณีดาบตำรวจ ส. ถึงแก่ความตายตามที่กรมบัญชีกลาง ได้ส่งจ่ายและให้กันส่วนไว้

ข้อสังเกตของผู้วิจัย : จากคดีดังกล่าวข้างต้น ศาลปกครองสูงสุดได้วางหลักกฎหมาย และแนวทางการปฏิบัติเพื่อความเป็นธรรมไว้ กล่าวคือ ในกรณีการปรับใช้กฎหมายโดยการเทียบเคียง บทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง คดีนี้ ศาลได้นำบทบัญญัติของกฎหมายที่บัญญัติไว้แล้วมาปรับใช้กับ ข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นโดยเทียบเคียงกับเนื้อหาสาระและความคล้ายคลึงกัน โดยอ้างถึงความสัมพันธ์ ระหว่างบิดาและบุตรซึ่งเป็นความสัมพันธ์ทางสายโลหิตที่เป็นไปในลักษณะเดียวกัน จึงนำบทบัญญัติ กฎหมายมาตรา 58 วรรคห้า แห่งพระราชบัญญัติกองทุนบำเหน็จบำนาญข้าราชการ พ.ศ. 2539 มา ใช้บังคับในฐานะที่เป็นบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง ซึ่งส่งผลให้บิดาของสมาชิก กบข. ที่ถึงแก่ความ ตาย และศาลมีคำพิพากษาว่าสมาชิกผู้ตายเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายโดยได้ฟ้องคดีก่อนหรือ ภายในหนึ่งปีนับแต่สมาชิกผู้เป็นบุตรถึงแก่ความตาย เป็นทายาทผู้มีสิทธิได้รับบำเหน็จด้วย

นอกจากนี้ คดีนี้ยังประกอบไปด้วยเหตุผลเพื่อความเป็นธรรมในคดี เพราะถึงแม้ว่า ผู้ฟ้องคดีซึ่งเป็นทายาทผู้มีสิทธิที่จะได้รับเงินบำเหน็จตกทอดกรณีสมาชิกผู้เป็นบุตรถึงแก่ความตายจะ มิได้ยื่นฟ้องต่อศาลก่อนหรือภายในหนึ่งปีนับแต่วันที่สมาชิกถึงแก่ความตาย แต่การที่หน่วยงานและ เจ้าหน้าที่ที่มีส่วนเกี่ยวข้องได้สร้างความคาดหวังโดยชอบธรรมให้กับผู้ฟ้องคดีจนผู้ฟ้องคดีเกิดความ คาดหวังและได้ปฏิบัติตามคำแนะนำทุกขั้นตอน อันเป็นการสร้างภาระให้ผู้ฟ้องคดีในการดำเนินการ ต่างๆ จนกระทั่งได้หลักฐานครบถ้วน เช่นนี้ การที่หน่วยงานทางปกครองปฏิเสธการจ่ายเงินบำเหน็จ โดยอาศัยเหตุผลเพียงว่าไม่ใช่ทายาทของสมาชิกผู้ตายอยู่ก่อนที่สมาชิกจะถึงแก่ความตายจึงไม่เป็น ธรรมกับผู้ฟ้องคดี ศาลปกครองก็มีอำนาจที่จะวินิจฉัยให้ความเป็นธรรมได้

อนึ่ง เมื่อพิจารณาคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.182/2553 เปรียบเทียบกับ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1854/2551 ที่กล่าวมาแล้วในหัวข้อ 4.3.1.2 (ต) โดยคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1854/2551 พิพากษาว่า แม่ผู้ตายเป็นบุตรนอกกฎหมายที่บิดาได้รับรองแล้วตามประมวลกฎหมาย แพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1627 แต่ผลของบทกฎหมายดังกล่าวเพียงแต่ให้ถือว่าบุตรนั้นเป็น ผู้สืบสันดานเหมือนกับบุตรที่ชอบด้วยกฎหมายมีสิทธิได้รับมรดกของบิดาเท่านั้น หาได้มีผลทำให้บิดา ที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายกลับเป็นบิดาที่ชอบด้วยกฎหมายมีสิทธิได้รับมรดกของบุตรในฐานะทายาทโดย ธรรมตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1629 ด้วยไม่ ปัญหาดังกล่าวมีบทกฎหมายที่จะ ยกมาปรับแก้คดีได้อยู่แล้ว กรณีไม่ต้องด้วยมาตรา 4 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่จะต้อง อาศัยการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง ซึ่งคดีนี้ ศาลได้ยึดถือบทบัญญัติกฎหมายอย่าง

เครื่องครัด ทั้งนี้ จึงเป็นข้อสังเกตของผู้วิจัยว่า ตามมาตรา 1627 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ดังกล่าว เป็นบทบัญญัติของกฎหมายเอกชน อันมีลักษณะแตกต่างจากมาตรา 58 วรรคห้า แห่งพระราชบัญญัติกองทุนบำเหน็จบำนาญข้าราชการ พ.ศ. 2539 ที่เป็นกฎหมายมหาชน ซึ่งประสงค์ให้ประโยชน์ตอบแทนการรับราชการ รวมถึง ให้บำเหน็จตกทอดแก่ทายาทของสมาชิกหรือผู้รับบำนาญเพื่อบรรเทาความเดือดร้อนและเพื่อให้ทายาทของบุคคลดังกล่าวสามารถดำรงชีพอยู่ได้ เช่นนี้ จึงอาจเป็นเหตุผลที่ทำให้ศาลปกครองสูงสุดอาศัยนิติวิธีในการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งมาปรับใช้ให้สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของกฎหมาย

(ง) คำวินิจฉัยศาลปกครองสูงสุดที่ อ.290/2550 ว่าด้วยการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งกับพระราชบัญญัติการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2511

บทบัญญัติกฎหมาย : พระราชบัญญัติการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2511 มาตรา 29 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า “ในการส่งและการจำหน่ายพลังงานไฟฟ้า ให้ กฟผ. มีอำนาจ

(1) เดินสายส่งไฟฟ้าหรือสายจำหน่ายไฟฟ้าไปได้ เหนือ ตามหรือข้ามพื้นดินของบุคคลใด ปักหรือตั้งเสา สถานีไฟฟ้าย่อยหรืออุปกรณ์อื่น ลงในหรือบนพื้นดินของบุคคลใดซึ่งมิใช่เป็นที่ตั้งโรงเรือน

(2) ประกาศกำหนดเขตเดินสายไฟฟ้าเพื่อประโยชน์แห่งความปลอดภัยในการส่งพลังงานไฟฟ้า โดยประกาศไว้ ณ ที่ว่าการอำเภอแห่งท้องที่ซึ่งที่ดินนั้นตั้งอยู่ และจัดทำเครื่องหมายแสดงไว้ในที่ที่ประกาศกำหนดเขตนั้นตามสมควร

(3) รื้อถอนโรงเรือนหรือทำลายสิ่งอื่นที่สร้างขึ้นหรือทำขึ้น หรือทำลาย หรือตัดฟัน ตัดต้น กิ่ง หรือรากของต้นไม้หรือพืชผลในเขตเดินสายไฟฟ้า”

มาตรา 30 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า “ให้ กฟผ. จ่ายเงินค่าทดแทนตามความเป็นธรรม แก่เจ้าของหรือผู้ครอบครองทรัพย์สินหรือผู้ทรงสิทธิอื่นในกรณีดังต่อไปนี้

(1) การใช้ที่ดินปักหรือตั้งเสาเพื่อเดินสายส่งไฟฟ้าหรือสายจำหน่ายไฟฟ้า

- (2) การใช้ที่ดินปกหรือตั้งสถานีไฟฟ้าย่อยหรืออุปกรณ์อื่น
- (3) การใช้ที่ดินที่ประกาศกำหนดเป็นเขตเดินสายไฟฟ้า
- (4) การกระทำตามมาตรา 29 (3)”

ข้อเท็จจริง : บทบัญญัติมาตรา 29 วรรคหนึ่ง และมาตรา 30 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2511 มีเจตนารมณ์ที่จะให้ผู้ถูกฟ้องคดีจ่ายเงินค่าทดแทนตามความเป็นธรรมให้แก่เจ้าของหรือผู้ครอบครองทรัพย์สินหรือผู้ทรงสิทธิอื่นที่ได้รับความเสียหายจากการเดินสายส่งไฟฟ้าหรือสายจำหน่ายไฟฟ้า และประกาศกำหนดเขตเดินสายไฟฟ้าเพื่อประโยชน์ในการส่งและการจำหน่ายพลังงานไฟฟ้าเป็นสำคัญ โดยการที่มาตรา 30 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าวได้บัญญัติให้ผู้ถูกฟ้องคดีจ่ายเงินค่าทดแทนตามความเป็นธรรมให้แก่เจ้าของหรือผู้ครอบครองทรัพย์สินหรือผู้ทรงสิทธิอื่น ในกรณีที่มีการใช้ที่ดินปกหรือตั้งเสาเพื่อเดินสายส่งไฟฟ้าหรือสายจำหน่ายไฟฟ้า ในกรณีที่มีการใช้ที่ดินปกหรือตั้งสถานีไฟฟ้าย่อยหรืออุปกรณ์อื่น ในกรณีที่มีการใช้ที่ดินที่ประกาศกำหนดเป็นเขตเดินสายไฟฟ้า และในกรณีที่มีการรื้อถอนโรงเรือนหรือทำลายสิ่งอื่นที่สร้างขึ้นหรือทำขึ้น หรือทำลาย หรือตัดฟัน ตัดต้น กิ่ง หรือรากของต้นไม้ หรือพืชผลในการเดินสายส่งไฟฟ้านั้น เนื่องจากเป็นที่เห็นได้โดยชัดแจ้งว่าการกระทำในกรณีต่าง ๆ ดังกล่าวจะก่อความเสียหายแก่เจ้าของหรือผู้ครอบครองทรัพย์สินหรือผู้ทรงสิทธิอื่นในทรัพย์สิน

ช่องว่างแห่งกฎหมาย : การเดินสายส่งไฟฟ้าหรือสายจำหน่ายไฟฟ้า และประกาศกำหนดเขตเดินสายไฟฟ้าเพื่อประโยชน์ในการส่งและการจำหน่ายพลังงานไฟฟ้าดังกล่าว นั้น อาจก่อความเสียหายอย่างมีนัยสำคัญแก่เจ้าของหรือผู้ครอบครองทรัพย์สินหรือผู้ทรงสิทธิอื่นในกรณีอื่น นอกเหนือจากกรณีที่ระบุไว้ในบทบัญญัติดังกล่าว เช่น อาจก่อความเสียหายแก่เจ้าของหรือผู้ครอบครองที่ดินส่วนที่อยู่นอกเขตเดินสายไฟฟ้าด้วยก็ได้

การเทียบเคียง : สำหรับกรณีความเสียหายแก่เจ้าของหรือผู้ครอบครองที่ดินส่วนที่อยู่นอกเขตเดินสายไฟฟ้า ย่อมไม่ใช่เจตนารมณ์ของกฎหมายที่จะกำหนดให้ผู้ถูกฟ้องคดีจ่ายเงินค่าทดแทนตามความเป็นธรรมให้แก่เจ้าของหรือผู้ครอบครองทรัพย์สินหรือผู้ทรงสิทธิอื่นที่ได้รับความเสียหายจากการเดินสายส่งไฟฟ้าหรือสายจำหน่ายไฟฟ้า และประกาศกำหนดเขตเดินสายไฟฟ้าเฉพาะ

แต่ในกรณีที่ระบุไว้ในมาตรา 30 แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าวเท่านั้น ทั้งบทบัญญัติดังกล่าวมิได้ระบุห้ามมิให้จ่ายเงินค่าทดแทนตามความเป็นธรรมให้แก่เจ้าของหรือผู้ครอบครองทรัพย์สินหรือผู้ทรงสิทธิอื่นที่ได้รับความเสียหายอย่างมีนัยสำคัญจากการเดินสายส่งไฟฟ้าหรือสายจำหน่ายไฟฟ้า และประกาศกำหนดเขตเดินสายไฟฟ้าในกรณีอื่นนอกเหนือจากกรณีที่ระบุไว้ ดังนั้น จึงต้องนำบทบัญญัติมาตรา 30 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติข้างต้น มาใช้บังคับกับกรณีที่เจ้าของหรือผู้ครอบครองทรัพย์สินหรือผู้ทรงสิทธิอื่นได้รับความเสียหายอย่างมีนัยสำคัญจากการเดินสายส่งไฟฟ้าหรือสายจำหน่ายไฟฟ้า และการประกาศกำหนดเขตเดินสายไฟฟ้าในกรณีอื่นนอกเหนือจากที่ระบุไว้ในบทบัญญัติมาตราดังกล่าว ในฐานะที่เป็นบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งด้วย

ข้อสังเกตของผู้วิจัย : จากคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดได้นำนิติวิธีในการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งที่เป็นนิติวิธีในระบอบกฎหมายมาใช้ในการแก้ไขปัญหาในกฎหมายมหาชน โดยเทียบเคียงกรณีการเดินสายส่งไฟฟ้าหรือสายจำหน่ายไฟฟ้า และประกาศกำหนดเขตเดินสายไฟฟ้าเพื่อประโยชน์ในการส่งและการจำหน่ายพลังงานไฟฟ้างดงกล่าว กับกรณีอื่นนอกเหนือจากกรณีที่ระบุไว้ในบทบัญญัติ โดยอ้างการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งมาปรับใช้เพื่อช่วยเหลือประชาชน ทำให้ผู้ที่ได้รับความเสียหายได้รับเงินค่าทดแทนตามความเป็นธรรม พร้อมทั้งแสดงให้เห็นด้วยว่า บทบัญญัติของกฎหมายนั้นมิได้มีการระบุห้ามมิให้จ่ายเงินค่าทดแทนตามความเป็นธรรมให้แก่เจ้าของหรือผู้ครอบครองทรัพย์สินหรือผู้ทรงสิทธิอื่นที่ได้รับความเสียหายอย่างมีนัยสำคัญในกรณีอื่นๆ นอกจากกรณีที่ระบุเอาไว้ เช่นนี้ การเทียบเคียงจึงสามารถเกิดขึ้นได้

อนึ่ง เมื่อศึกษาถึงพระราชบัญญัติการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2511 ผู้วิจัยจึงขอกล่าวถึงคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1509/2552 กรณีตามพระราชบัญญัติการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2511 มาตรา 30 ดังกล่าว และพระราชบัญญัติว่าด้วยการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ พ.ศ. 2503 ที่ศาลฎีกาได้มีคำพิพากษาคัดสินว่า การจ่ายเงินค่าทดแทนการใช้ที่ดินตามพระราชบัญญัติการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย มาตรา 30 ที่บัญญัติไว้เพียงว่า ให้จ่ายเงินค่าทดแทนตามความเป็นธรรมแก่เจ้าของหรือผู้ครอบครองทรัพย์สิน แต่มิได้บัญญัติถึงรายละเอียดของหลักเกณฑ์ที่จะให้นำมาใช้ในการกำหนดและจ่ายเงินค่าทดแทนอย่างเป็นธรรมไว้เหมือนอย่างพระราชบัญญัติว่าด้วยการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ มาตรา 21 วรรคหนึ่ง ที่บัญญัติหลักเกณฑ์ไว้ว่า ให้กำหนดโดยคำนึงถึง (1) ถึง (5) แต่โดยที่พระราชบัญญัติทั้งสองฉบับดังกล่าวต่างมี

เจตนารมณ์ที่จะจ่ายเงินค่าทดแทนที่เป็นธรรมให้แก่เจ้าของหรือผู้ครอบครองทรัพย์สินเช่นเดียวกัน
 ดังนั้น การที่จะกำหนดและจ่ายเงินค่าทดแทนการใช้ที่ดินตามความเป็นธรรมตามพระราชบัญญัติการ
 ไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย มาตรา 30 ก็ควรคำนึงถึงหลักเกณฑ์ทำนองเดียวกับที่บัญญัติไว้ใน
 พระราชบัญญัติว่าด้วยการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ มาตรา 21 วรรคหนึ่ง (1) ถึง (5) เพื่อใช้เป็นฐานใน
 การกำหนดเงินค่าทดแทนการใช้ที่ดินแก่เจ้าของหรือผู้ครอบครองทรัพย์สิน

ตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1509/2552 นี้ แม้ศาลฎีกาจะมีได้อ้างถึงการเทียบเคียง
 บทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง แต่หมายเหตุคำพิพากษาศาลฎีกาก็มีความเห็นของผู้พิพากษาว่า
 การที่ศาลฎีกานำพระราชบัญญัติว่าด้วยการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์มาใช้ในการเดินสายส่งไฟฟ้าของ
 การไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทยเป็นการปรับใช้ในฐานะที่เป็นบทกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่งด้วย

**(จ) คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6042/2551 ว่าด้วยการปรับใช้การเทียบเคียงบท
 กฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งกับพระราชบัญญัติการปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรม พ.ศ. 2518 และ
 ระเบียบคณะกรรมการปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรมว่าด้วยหลักเกณฑ์ วิธีการและเงื่อนไขในการ
 โอนและการตกทอดทางมรดก สิทธิการเช่าหรือเช่าซื้อที่ดินในการปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรม
 พ.ศ. 2535**

บทบัญญัติกฎหมาย : พระราชบัญญัติการปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรม พ.ศ. 2518
 มาตรา 39 บัญญัติว่า “ที่ดินที่บุคคลได้รับสิทธิโดยการปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรมจะทำการแบ่งแยก
 หรือโอนสิทธิในที่ดินนั้นไปยังผู้อื่นมิได้ เว้นแต่เป็นการตกทอดทางมรดกแก่ทายาทโดยธรรม... ทั้งนี้ให้
 เป็นไปตามหลักเกณฑ์ วิธีการและเงื่อนไขที่กำหนดในกฎกระทรวง”

ข้อเท็จจริง : ตามสัญญาเช่าซื้อ ข้อ 10 วรรคหนึ่ง ระบุว่า หากผู้เช่าซื้อถึงแก่กรรมใน
 ระหว่างที่เช่าซื้อ... ที่ดินที่เช่าซื้อจะต้องตกอยู่ภายใต้บังคับมาตรา 39 แห่งพระราชบัญญัติการปฏิรูป
 ที่ดินเพื่อเกษตรกรรม พ.ศ. 2518

ช่องว่างแห่งกฎหมาย : มาตรา 39 แห่งพระราชบัญญัติการปฏิรูปที่ดินเพื่อ
 เกษตรกรรม พ.ศ. 2518 บัญญัติให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ วิธีการและเงื่อนไขที่กำหนดในกฎกระทรวง
 แต่ไม่ปรากฏว่ามีการออกกฎกระทรวงตามกฎหมายมาตราดังกล่าวแต่อย่างใด

การเทียบเคียง : เมื่อไม่ปรากฏว่ามี การออกกฎกระทรวงตามกฎหมายมาตราดังกล่าว แต่ก็มีระเบียบคณะกรรมการปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรมว่าด้วยหลักเกณฑ์ วิธีการและเงื่อนไขในการโอนและการตกทอดทางมรดก สิทธิการเช่าหรือเช่าซื้อที่ดินในการปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรม พ.ศ. 2535 ซึ่งออกโดยอาศัยอำนาจตามมาตรา 30 วรรคหก ของพระราชบัญญัติดังกล่าว ซึ่งตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 4 วรรคสอง ได้บัญญัติว่าเมื่อไม่มีบทกฎหมายที่จะยกมาปรับคดีได้ ให้วินิจฉัยคดีอาศัยเทียบบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง เมื่อระเบียบคณะกรรมการปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรมดังกล่าวใช้บังคับอยู่ก่อนที่ ฉ. ถึงแก่กรรม จึงต้องนำระเบียบคณะกรรมการปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรมดังกล่าวมาใช้กับที่ดินที่ ฉ. เช่าซื้อตามที่กำหนดไว้ในสัญญาเช่าซื้อข้อ 10 การสืบสิทธิการเช่าซื้อที่ดินของ ฉ. จึงต้องเป็นไปตามระเบียบคณะกรรมการปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรมดังกล่าว ดังนั้น สิทธิการเช่าซื้อของ ฉ. จึงตกทอดทางมรดกแก่คู่สมรสเป็นอันดับแรกก็คือโจทก์นั่นเองตามระเบียบคณะกรรมการปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรมว่าด้วยหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขในการโอนและการตกทอดทางมรดก สิทธิการเช่าหรือเช่าซื้อที่ดินในการปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรม พ.ศ. 2535 หมวด 2 การตกทอดทางมรดกของสิทธิการเช่าหรือเช่าซื้อข้อ 11 ที่กำหนดว่า เมื่อเกษตรกรถึงแก่กรรมให้สิทธิการเช่าหรือเช่าซื้อตกทอดแก่คู่สมรสเป็นอันดับแรก ดังนั้นมติของคณะกรรมการปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรมที่วินิจฉัยให้แบ่งสิทธิการเช่าซื้อของ ฉ. จึงไม่มีผลกระทบต่อสิทธิของโจทก์ จำเลยที่ 1 ต้องดำเนินการแบ่งสิทธิการเช่าซื้อของ ฉ. แก่โจทก์ทั้งหมด

ข้อสังเกตของผู้วิจัย : คดีนี้ เนื่องจากพระราชบัญญัติการปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรม พ.ศ. 2518 บัญญัติให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ วิธีการและเงื่อนไขที่กำหนดในกฎกระทรวง แต่เมื่อไม่ปรากฏว่ามี การออกกฎกระทรวงตามกฎหมายมาตราดังกล่าว จึงอาศัยการเทียบเคียงระเบียบคณะกรรมการปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรมว่าด้วยหลักเกณฑ์ วิธีการและเงื่อนไขในการโอนและการตกทอดทางมรดก สิทธิการเช่าหรือเช่าซื้อที่ดินในการปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรม พ.ศ. 2535 ซึ่งออกโดยอาศัยอำนาจตามมาตรา 30 วรรคหก ของพระราชบัญญัติการปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรม พ.ศ. 2518 ในฐานะที่เป็นบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งตามนิติวิธีในมาตรา 4 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งกล่าวโดยสรุปเป็นการที่กฎหมายลำดับพระราชบัญญัติให้ไปใช้กฎกระทรวงที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัตินี้ แต่เมื่อยังไม่มี การออกกฎกระทรวง จึงนำระเบียบคณะกรรมการฯ

มาเทียบเคียง อันเป็นการเทียบเคียงในกฎหมายลำดับรอง ซึ่งนำระเบียบข้อบังคับมาอุดช่องว่างแห่งกฎหมายในกรณีที่ยังมิได้มีการตรากฎกระทรวงดังกล่าวขึ้น

(ฉ) คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2659/2556 ว่าด้วยการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในพระราชบัญญัติประกันสังคม พ.ศ. 2533 มาตรา 4 (6) และพระราชกฤษฎีกากำหนดลูกจ้างตามมาตรา 4 (6) แห่งพระราชบัญญัติประกันสังคม พ.ศ. 2533 พ.ศ. 2545 กรณีความหมายของคำว่า “ลูกจ้าง”

บทบัญญัติกฎหมาย : พระราชบัญญัติประกันสังคม พ.ศ. 2533 มาตรา 4 บัญญัติว่า “พระราชบัญญัตินี้มิใช่บังคับแก่...(6) กิจการหรือลูกจ้างอื่นตามที่กำหนดในพระราชกฤษฎีกา”

พระราชกฤษฎีกากำหนดลูกจ้างตามมาตรา 4 (6) แห่งพระราชบัญญัติประกันสังคม พ.ศ. 2533 พ.ศ. 2545 มาตรา 4 บัญญัติว่า “ให้ลูกจ้างต่อไปนี้เป็นลูกจ้างตามมาตรา 4 (6) แห่งพระราชบัญญัติประกันสังคม พ.ศ. 2533 ...(6) ลูกจ้างของนายจ้างที่จ้างไว้เพื่อทำงานอันมีลักษณะเป็นครั้งคราว เป็นการจร หรือเป็นไปตามฤดูกาล (7) ลูกจ้างของนายจ้างที่เป็นบุคคลธรรมดา ซึ่งงานที่ลูกจ้างทำนั้นมิได้มีการประกอบธุรกิจรวมอยู่ด้วย (8) ลูกจ้างของนายจ้างซึ่งประกอบการค้าเร่หรือการค้าแผงลอย”

ข้อเท็จจริง : คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2659/2556 ศาลฎีกาแผนกคดีแรงงานวินิจฉัยว่า มีปัญหาต้องวินิจฉัยตามอุทธรณ์ของจำเลยประการเดียวว่าลูกจ้างของโจทก์เป็นลูกจ้างตามพระราชบัญญัติประกันสังคม พ.ศ. 2533 มาตรา 4 (6) และพระราชกฤษฎีกากำหนดลูกจ้างตามมาตรา 4 (6) แห่งพระราชบัญญัติประกันสังคม พ.ศ. 2533 พ.ศ. 2545 หรือไม่

ช่องว่างแห่งกฎหมาย : คำว่า “ลูกจ้างของนายจ้าง” ตามพระราชกฤษฎีกากำหนดลูกจ้างตามมาตรา 4 (6) แห่งพระราชบัญญัติประกันสังคม พ.ศ. 2533 พ.ศ. 2545

การเทียบเคียง : ศาลพิเคราะห์แล้ว พระราชบัญญัติประกันสังคม พ.ศ. 2533 มาตรา 4 บัญญัติว่า พระราชบัญญัตินี้มิใช่บังคับแก่...(6) กิจการหรือลูกจ้างอื่นตามที่กำหนดในพระราชกฤษฎีกา และพระราชกฤษฎีกากำหนดลูกจ้างตามมาตรา 4 (6) แห่งพระราชบัญญัติประกันสังคม พ.ศ. 2533 พ.ศ. 2545 มาตรา 4 บัญญัติว่า ให้ลูกจ้างต่อไปนี้เป็นลูกจ้างตามมาตรา 4

(6) แห่งพระราชบัญญัติประกันสังคม พ.ศ. 2533 ... (6) ลูกจ้างของนายจ้างที่จ้างไว้เพื่อทำงานอันมีลักษณะเป็นครั้งคราว เป็นการจร หรือเป็นไปตามฤดูกาล การแปลความหมายว่า ลูกจ้างของนายจ้าง นั้นจะเป็นลูกจ้างของนายจ้างที่จ้างไว้เพื่อทำงานอันมีลักษณะตามบทบัญญัติดังกล่าวหรือไม่ ต้องพิจารณาถึงความมุ่งหมายของบทบัญญัตินี้ โดยเทียบเคียงกับคำว่า “ลูกจ้างของนายจ้าง” ที่บัญญัติไว้ใน (7) และ (8) ซึ่งเป็นบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งตามบทบัญญัติมาตรา 4 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ดังนั้น ลูกจ้างของนายจ้าง ตามอนุมาตรา (6) จึงต้องหมายความถึง ลักษณะงานของนายจ้างหรือสภาพงานหลักของนายจ้าง ซึ่งโจทก์เป็นนิติบุคคลประเภทห้างหุ้นส่วนจำกัด มีวัตถุประสงค์ในการประกอบกิจการรับเหมาก่อสร้าง

โจทก์จ้างลูกจ้างเป็นพนักงานหรือกรรมกรก็เพื่อให้ทำงานก่อสร้างตามงานที่ได้รับจากผู้ว่าจ้าง งานที่โจทก์ให้ลูกจ้างทำจึงเป็นงานหลักของโจทก์ แม้โจทก์จะจ้างลูกจ้างทำงานตามแต่จะมีงานรับเหมาก่อสร้างเป็นครั้งคราว ซึ่งลูกจ้างจะสมัครใจทำงานหรือหยุดงานก็ได้โดยมีการจ่ายค่าจ้างเป็นรายวัน สภาพงานของโจทก์ก็มีโรงงานอันมีลักษณะเป็นครั้งคราว เป็นการจร หรือเป็นไปตามฤดูกาล ลูกจ้างของโจทก์จึงไม่เป็นลูกจ้างของนายจ้างที่จ้างไว้เพื่อทำงานอันมีลักษณะเป็นครั้งคราว เป็นการจร หรือเป็นไปตามฤดูกาลด้วย โจทก์ซึ่งเป็นนายจ้างจึงมีหน้าที่ต้องยื่นแบบรายการแสดงรายชื่อผู้ประกันตน อัตราค่าจ้าง และข้อความอื่นตามแบบที่เลขาธิการสำนักงานประกันสังคมกำหนดต่อสำนักงานประกันสังคมภายในสามสิบวันนับแต่วันที่ลูกจ้างดังกล่าวเป็นผู้ประกันตน และนำส่งเงินสมทบตามพระราชบัญญัติประกันสังคม พ.ศ. 2533 มาตรา 34 และมาตรา 47 เมื่อโจทก์ไม่ปฏิบัติ จำเลยจึงมีอำนาจดำเนินการตามมาตรา 47 ทวิ เรียกให้โจทก์ส่งเงินสมทบพร้อมเงินเพิ่มได้

ข้อสังเกตของผู้วิจัย : ศาลอาศัยนิติวิธีในการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งตามมาตรา 4 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ โดยการเทียบเคียงคำว่า “ลูกจ้างของนายจ้าง” ที่บัญญัติไว้ในมาตรา 4 (7) และ (8) พระราชกฤษฎีกากำหนดลูกจ้างตามมาตรา 4 (6) แห่งพระราชบัญญัติประกันสังคม พ.ศ. 2533 พ.ศ. 2545 ซึ่งเป็นบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง กับมาตรา 4 (6) ในพระราชกฤษฎีกาดังกล่าว ซึ่งการใช้นิติวิธีในคดีนี้ เป็นการอ้างถึงการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งและเป็นการเทียบเคียงในกฎหมายฉบับและมาตราเดียวกัน เพียงแต่ต่างอนุมาตราเท่านั้น ทั้งนี้ ศาลได้เทียบเคียงโดยแปลความหมายคำว่า “ลูกจ้างของนายจ้าง” โดยพิจารณาถึงความมุ่งหมายของบทบัญญัติกฎหมายเป็นสำคัญ ดังจะเห็นได้ว่า คำพิพากษาศาลฎีกาที่

2659/2556 ศาลได้ปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง ในการพิจารณาแปลความหมาย อีกทั้งยังอ้างถึงนิติวิธีตามมาตรา 4 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ นำมาใช้กับพระราชกฤษฎีกากำหนดลูกจ้างตามมาตรา 4 (6) แห่งพระราชบัญญัติประกันสังคม พ.ศ. 2533 พ.ศ. 2545 แต่กระนั้น ผู้วิจัยก็ตั้งข้อสังเกตว่า ในกรณีนี้ที่มีการแปลความหมายคำว่า “ลูกจ้างของนายจ้าง” โดยพิจารณาถึงความมุ่งหมายของบทบัญญัติกฎหมาย มีลักษณะคล้ายคลึงกับการตีความกฎหมายเสียมากกว่า

4.4.2.3 ข้อพิจารณาเกี่ยวข้องกับคำพิพากษาของศาลว่าด้วยการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในกฎหมายปกครอง

การที่กฎหมายปกครองมีช่องว่างแห่งกฎหมาย กล่าวคือ เมื่อได้พิจารณาบทบัญญัติแห่งกฎหมายปกครองแล้ว ปรากฏว่าไม่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายลายลักษณ์อักษรใดในกฎหมายปกครองที่จะยกขึ้นมาปรับใช้กับข้อเท็จจริงในคดีที่เกิดขึ้นได้ ซึ่งหากในระบบกฎหมายปกครองมีการบัญญัติหรือกำหนดหลักเกณฑ์ทางกฎหมายไว้อย่างสมบูรณ์แล้ว ช่องว่างแห่งกฎหมายก็จะไม่เกิดขึ้นเช่นนี้ เมื่อกฎหมายปกครองมีช่องว่างแห่งกฎหมาย จึงต้องมีการอุดช่องว่างแห่งกฎหมาย ดังจะเห็นได้ว่า นิติวิธีในการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งได้ถูกนำมาใช้ในการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายปกครองด้วย เช่น ในเรื่องการจัดทำสัญญาทางปกครองเมื่อมิได้มีกฎหมายกำหนดหลักเกณฑ์ไว้โดยเฉพาะ จึงถือว่ากฎหมายปกครองมีช่องว่างแห่งกฎหมาย ศาลปกครองสูงสุดจึงนำหลักเกณฑ์เรื่องคำเสนอและคำสนองตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาใช้ในฐานที่เป็นบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง โดยอ้างถึงมาตรา 4 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เพื่ออุดช่องว่างแห่งกฎหมาย ตามนัยคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.1020/2560 หรือในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3668/2540 ศาลได้นำเรื่องอายุความละเมิดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาใช้ในฐานที่เป็นบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งตามนิติวิธีในมาตรา 4 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เพื่ออุดช่องว่างกรณีที่พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือนซึ่งเป็นกฎหมายมหาชนไม่มีเรื่องกำหนดเวลาในการนำคดีมาฟ้องศาล แต่ทั้งนี้มีความเห็นตรงข้ามว่า กรณีนี้มีบทกฎหมายเรื่องอายุความตามมาตรา 193/30 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บัญญัติไว้โดยตรงแล้ว มิใช่ไม่มีบทกฎหมายที่จะยกมาปรับแก้คดีอันจะเป็นเหตุให้นำการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งมาปรับใช้เพื่ออุดช่องว่างแห่งกฎหมายได้ เป็นต้น

นอกจากนี้ ในการนำกฎหมายแพ่งมาใช้กับกฎหมายปกครองโดยการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง เนื่องจากความแตกต่างระหว่างกฎหมายแพ่งและกฎหมายปกครองและความเป็นเอกเทศของกฎหมายปกครอง จึงอาจมีผลทำให้การนำกฎหมายแพ่งมาใช้กับกฎหมายปกครองจำเป็นต้องคำนึงถึงนิติวิธีในทางกฎหมายเข้ามาประกอบด้วย ซึ่งขั้นตอนก่อนนำกฎหมายแพ่งมาใช้กับกฎหมายปกครองจำต้องพิจารณาถึงบทบัญญัติภายในกฎหมายปกครองก่อน รวมถึงพิจารณาว่ามีบทบัญญัติของกฎหมายปกครองที่กำหนดเชื่อมโยงให้นำกฎหมายแพ่งมาใช้เป็นการเฉพาะหรือเป็นการทั่วไปหรือไม่ ถ้าหากไม่มีบทบัญญัติกฎหมายที่กำหนดไว้ เช่นนี้ จึงมาพิจารณาขั้นตอนการปรับใช้นิติวิธีในการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งเพื่ออุดช่องว่างแห่งกฎหมายในกฎหมายปกครอง ซึ่งการเทียบเคียงอาจเป็นการนำบทกฎหมายอื่นๆ ทั้งกฎหมายแพ่งหรือกฎหมายปกครองเอง มาใช้กับกฎหมายปกครองในฐานะที่เป็นบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง

การนำบทบัญญัติในกฎหมายแพ่งมาใช้อุดช่องว่างโดยการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในกฎหมายปกครองนั้น เบื้องต้นยังควรต้องพิจารณาก่อนว่าบทบัญญัติกฎหมายแพ่งดังกล่าวมีข้อความคิดพื้นฐานทางกฎหมายคล้ายคลึงกับกฎหมายปกครองหรือไม่ ซึ่งอาจพิจารณาจากวัตถุประสงค์ของบทบัญญัติกฎหมายที่เกิดช่องว่างขึ้นประกอบกับวัตถุประสงค์ของบทบัญญัติกฎหมายที่จะนำมาอุดช่องว่าง อีกทั้ง ในการนำกฎหมายแพ่งมาใช้ในกฎหมายปกครองยังต้องไม่ขัดต่อหลักพื้นฐานของกฎหมายปกครอง และไม่ทำให้การบริการสาธารณะหรือประโยชน์สาธารณะถูกระทบกระเทือนด้วย

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY

ทั้งนี้ เรื่องการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง ในบางกรณีศาลก็ได้ปรับใช้นิติวิธีตามมาตรา 4 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ในการนำบทบัญญัติกฎหมายตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาใช้ในฐานะที่เป็นบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งเพื่ออุดช่องว่างแห่งกฎหมายในกฎหมายปกครองดังที่ได้ยกตัวอย่างมาข้างต้น แต่นอกจากนั้น ในบางกรณีการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งตามนิติวิธีในมาตรา 4 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ อาจนำไปใช้กับการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายปกครองซึ่งเป็นการเทียบเคียงนำกฎหมายปกครองมาใช้กับกฎหมายปกครองในฐานะที่เป็นบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งด้วย เช่น ตามนัยคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6042/2551 การที่กฎหมายลำดับพระราชบัญญัติให้ไปใช้กฎกระทรวงที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติ แต่เมื่อยังไม่มีกฎกระทรวงดังกล่าว ศาลจึงให้นำ

ระเบียบคณะกรรมการฯ ที่มีลักษณะใกล้เคียงกันมาเทียบเคียง หรือตามนัยคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2659/2556 ศาลได้วินิจฉัยเทียบเคียงในพระราชกฤษฎีกาและเป็นการเทียบเคียงในกฎหมายฉบับและมาตราเดียวกัน เพียงแต่ต่างอนุมาตราเท่านั้น ซึ่งก็มีการอ้างอิงนิติวิธีในการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งตามมาตรา 4 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ประกอบด้วย เป็นต้น อนึ่ง การใช้นิติวิธีที่กล่าวมาตามคำพิพากษาในบางกรณีก็มีความเห็นแย้งเป็นประการอื่นตามที่ได้แสดงไว้แล้ว

นอกจากนี้ ในบางกรณีศาลก็ได้อ้างอิงนิติวิธีในการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งที่เป็นนิติวิธีทั่วไปเพื่ออุดช่องว่างแห่งกฎหมายปกครองโดยมิได้กล่าวถึงบทบัญญัติตามมาตรา 4 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เลย ซึ่งถือว่าการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งเป็นนิติวิธีที่ใช้กันทั่วไปในระบบกฎหมาย ไม่ว่าจะเป็ระบบกฎหมายแพ่งหรือระบบกฎหมายปกครองก็ล้วนแล้วแต่ต้องพบเผชิญกับปัญหาเรื่องช่องว่างแห่งกฎหมายเช่นเดียวกัน การอุดช่องว่างแห่งกฎหมายโดยการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งจึงเป็นวิธีการหรือกระบวนการทางนิติวิธีที่ถูกนำมาใช้ในระบบกฎหมาย ดังนั้น การที่ศาลปกครองมิได้อ้างอิงนิติวิธีในการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งตามมาตรา 4 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ แต่นำเรื่องการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งมาปรับใช้เลย จึงอาจเป็นการแสดงให้เห็นว่าศาลปกครองก็ได้พิจารณานิติวิธีในการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในฐานะที่เป็นนิติวิธีทั่วไปในระบบกฎหมาย ตามนัยคำวินิจฉัยศาลปกครองสูงสุดที่ อ.290/2550 นอกจากนี้ ในบางกรณีศาลอ้างมิได้อ้างอิงการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งที่เป็นนิติวิธีทั่วไปในระบบกฎหมาย มิได้อ้างถึงมาตรา 4 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ แต่ก็อาจมีความเห็นของนักกฎหมายว่ากรณีนั้นๆ เป็นการที่ศาลปรับใช้นิติวิธีในการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งเช่นกัน ตามหมายเหตุท้ายคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1509/2552

ดังจะเห็นได้ว่า จากคำพิพากษาของศาลในการนำนิติวิธีเรื่องการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งมาใช้ในกฎหมายปกครองมีการอ้างอิงนิติวิธีในหลายรูปแบบ ซึ่งก็เป็นเครื่องชี้ชัดว่าในระบบกฎหมายปกครองสามารถนำเรื่องการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งมาปรับใช้เพื่ออุดช่องว่างแห่งกฎหมายปกครองได้ แต่อย่างไรก็ตาม การปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งต้องไม่มีกฎหมายระบุห้ามมิให้มีการเทียบเคียงถึงกรณีที่จะปรับใช้

เทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งกำหนดไว้ เพราะเมื่อมีกฎหมายบัญญัติไว้ชัดเจนยกเว้นสำหรับกรณีใดกรณีหนึ่ง จะมีการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งไปถึงกรณีนั้นย่อมไม่สามารถกระทำได้ ตามนัยคำวินิจฉัยศาลปกครองสูงสุดที่ อ.290/2550

อีกทั้ง ในการปรับใช้บทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง ศาลจำต้องคำนึงถึงเหตุผลและเจตนารมณ์ของกฎหมายด้วย การที่ศาลได้นำบทบัญญัติของกฎหมายที่บัญญัติไว้แล้วมาปรับใช้กับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นโดยอาศัยนิติวิธีในการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง การปรับใช้นิติวิธีดังกล่าวต้องผ่านขั้นตอนการเทียบเคียงเนื้อหาสาระและพิจารณาความคล้ายคลึงกัน ทั้งนี้ ในบางกรณีศาลอาจจำเป็นต้องใช้นิติวิธีในการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งเข้ามาปรับกับคดีพิพาทเพื่อให้เกิดความเป็นธรรม ซึ่งในการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งเพื่ออุดช่องว่างแห่งกฎหมายในกฎหมายปกครอง ดังเช่น คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.182/2553 ก็เป็นไปเพื่อช่วยเหลือประชาชนที่ได้รับความเดือดร้อนให้ได้รับการเยียวยาตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย เป็นต้น

4.4.3 การปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในกฎหมายอาญา

เนื่องด้วยหลักการและลักษณะเฉพาะของกฎหมายอาญาทำให้การศึกษาเกี่ยวกับการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในกฎหมายอาญามีความพิเศษและน่าสนใจเป็นอย่างมาก เช่นนี้ จึงมาศึกษาการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในกฎหมายอาญา ประกอบกับหลักการสำคัญที่เป็นรากฐานของกฎหมายอาญาที่จำเป็นต้องยึดถือโดยเคร่งครัด

4.4.3.1 หลักการและนิติวิธีในกฎหมายอาญา

กฎหมายอาญา คือ กฎหมายที่บัญญัติว่า การกระทำหรือไม่กระทำการอย่างใดเป็นความผิด และกำหนดโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดไว้ด้วย หรือกล่าวอีกนัยหนึ่ง คือ กฎหมายอาญาเป็นกฎหมายที่บัญญัติห้ามมิให้มีการกระทำอย่างหนึ่งอย่างใด หรือบังคับให้มีการกระทำอย่างหนึ่งอย่างใด โดยผู้ที่ฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามจะต้องได้รับโทษ³¹⁵ เช่นนี้ กฎหมายอาญาจึงเป็นกฎหมายที่ว่าด้วยความผิดและโทษ

³¹⁵ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, คำอธิบายกฎหมายอาญาภาค 1, หน้า 1

สำหรับโทษทางอาญาตามประมวลกฎหมายอาญามี 5 สถาน ได้แก่ ประหารชีวิต จำคุก กักขัง ปรับ ริบทรัพย์สิน เนื่องจากโทษทางอาญามีผลกระทบต่อชีวิต ร่างกาย เสรีภาพ และทรัพย์สินของประชาชน ด้วยเหตุนี้ กฎหมายอาญาจึงต้องมีลักษณะพิเศษที่แตกต่างจากกฎหมายอื่นๆ เช่น กฎหมายแพ่ง การบังคับใช้กฎหมายอาญาจึงต้องคำนึงถึงหลักการที่จะเข้ามาคุ้มครองสิทธิ เสรีภาพของประชาชนประกอบกันด้วย

ทั้งนี้ ตามบทบัญญัติมาตรา 2 วรรคหนึ่ง แห่งประมวลกฎหมายอาญา บัญญัติว่า “บุคคลจะต้องรับโทษในทางอาญาต่อเมื่อได้กระทำการอันกฎหมายที่ใช้ในขณะกระทำนั้นบัญญัติเป็น ความผิดและกำหนดโทษไว้ และโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดนั้นต้องเป็นโทษที่บัญญัติไว้ใน กฎหมาย” เช่นนี้ กฎหมายอาญาจึงมีหลักที่ยึดถือเป็นเคร่งครัดว่า การจะลงโทษบุคคลใดต้องเป็น กรณีที่มีกฎหมายบัญญัติไว้ว่าการกระทำของบุคคลนั้นเป็นความผิดและมีกฎหมายกำหนดโทษไว้ หากไม่แล้วจะลงโทษบุคคลโดยที่ไม่มีกฎหมายกำหนดว่าเป็นความผิดและมีได้มีโทษกำหนดไว้ไม่ได้ จึง เป็นหลักว่า “ไม่มีความผิดและไม่มีโทษโดยไม่มีกฎหมาย” หรือเรียกอย่างย่อว่า “หลักไม่มีโทษโดยไม่มีกฎหมาย” ดังภาษิตกฎหมายภาษาละติน “Nullum crimen, nulla poena, sine lege” หรือ แปลว่า “No crime nor punishment without law” ซึ่งมีที่มาจากการมุ่งรับรองศักดิ์ศรีความเป็น มนุษย์ โดยรัฐหรือผู้มีอำนาจจะจับกุมลงโทษประชาชน จะอ้างว่าประชาชนกระทำความผิดลอยๆ ไม่ได้ ประชาชนจะต้องได้รับโทษแต่เฉพาะกรณีที่ตนได้กระทำการอันกฎหมายบัญญัติว่าเป็นความผิด และกำหนดโทษไว้อย่างชัดเจนเท่านั้น ซึ่งเป็นการป้องกันมิให้เจ้าหน้าที่ของรัฐใช้อำนาจเกินขอบเขตที่ กฎหมายกำหนด³¹⁶ CHULALONGKORN UNIVERSITY

ด้วยเหตุนี้ หลักไม่มีความผิดและไม่มีโทษโดยไม่มีกฎหมายจึงอาจเรียกได้อีกว่าเป็น หลักประกันในกฎหมายอาญาและถือเป็นเรื่องหัวใจของกฎหมายอาญาด้วย เพราะการบัญญัติหลักไม่มี ความผิดและไม่มีโทษโดยไม่มีกฎหมายจะทำให้ประชาชนทราบได้ล่วงหน้าว่าประชาชนจะต้องปฏิบัติ

³¹⁶ แสง บุญเฉลิมวิภาส, หลักกฎหมายอาญา, หน้า 17-18.

ตนอย่างไร³¹⁷ และถ้าประชาชนมิได้กระทำผิดตามที่กฎหมายอาญาบัญญัติไว้ ก็เป็นการประกันสิทธิเสรีภาพของบุคคลว่าจะไม่มีผู้ใดมาลงโทษเขาได้

นอกจากนี้ ในระบอบกฎหมายไทยยังได้รับรองหลักดังกล่าวไว้ในรัฐธรรมนูญด้วย ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 มาตรา 29 บัญญัติว่า “บุคคลไม่ต้องรับโทษอาญาเว้นแต่ได้กระทำการอันกฎหมายที่ใช้อยู่ในเวลาที่กระทำนั้นบัญญัติเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ และโทษที่จะลงแก่บุคคลนั้นจะหนักกว่าโทษที่กำหนดไว้ในกฎหมายที่ใช้อยู่ในเวลาที่กระทำความผิดมิได้” ซึ่งเป็นการบัญญัติรองรับในรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ ส่งผลให้กฎหมายใดที่ขัดหรือแย้งกับหลักการนี้จะใช้บังคับมิได้

สำหรับหลักไม่มีความผิดและไม่โทษโดยไม่มีกฎหมาย เมื่อพิจารณาในรายละเอียดสามารถแยกสาระสำคัญได้ 4 ประการ³¹⁸ ดังนี้

ประการแรก กฎหมายอาญาต้องชัดเจนแน่นอน เนื่องจากหลักไม่มีความผิดและไม่โทษโดยไม่มีกฎหมายเป็นหลักที่มีขึ้นเพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน ฉะนั้น การบัญญัติกฎหมายอาญาต้องมีความชัดเจนแน่นอนปราศจากความคลุมเครือเพื่อให้ประชาชนได้ทราบว่าการกระทำหรือไม่กระทำอย่างไรเป็นความผิด โดยประสงค์ให้ประชาชนผู้อยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายได้มีโอกาสล่วงรู้ล่วงหน้าถึงกฎหมายดังกล่าว นอกจากนี้ กฎหมายอาญายังบัญญัติไว้อีกว่าบุคคลจะแก้ตัวว่าไม่รู้กฎหมายเพื่อให้พ้นจากความรับผิดในทางอาญาไม่ได้ ซึ่งถ้าหากกฎหมายคลุมเครือแล้วก็จะไม่เป็นธรรมต่อประชาชนที่ห้ามปฏิเสธว่าไม่รู้กฎหมาย

ประการที่สอง ห้ามใช้กฎหมายจารีตประเพณีลงโทษทางอาญาแก่บุคคล เนื่องจากกฎหมายจารีตประเพณีมิได้เกิดจากการบัญญัติ จึงต้องห้ามมิให้นำกฎหมายจารีตประเพณีมาใช้เพื่อลงโทษทางอาญาแก่บุคคล มิฉะนั้น จะขัดกับหลักไม่มีความผิดและไม่โทษโดยไม่มีกฎหมายตามบทบัญญัติมาตรา 2 แห่งประมวลกฎหมายอาญา และบทบัญญัติมาตรา 29 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 ซึ่งเฉพาะกฎหมายลายลักษณ์อักษรเท่านั้นที่จะกำหนดความผิดและ

³¹⁷ Jonathan Herring, *Criminal Law: Text, Cases and Materials* (New York: Oxford University Press, 2004), p. 10.

³¹⁸ แสง บุญเฉลิมวิภาส, *หลักกฎหมายอาญา*, หน้า 18-25.

โทษได้ อย่างไรก็ตาม สำหรับการนำกฎหมายจารีตประเพณีมาใช้ในกรณีที่เป็นคุณแก่ผู้กระทำผิด เมื่อไม่เป็นการต้องห้ามตามกฎหมายดังกล่าว อีกทั้ง ในกฎหมายอาญายังมีเหตุยกเว้นความผิดและเหตุยกเว้นโทษได้ การนำกฎหมายจารีตประเพณีมาใช้เพื่อเป็นคุณจึงสมควรกระทำได้ เช่น การชกมวย การแข่งขันกีฬา เป็นต้น

ประการที่สาม ห้ามใช้กฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งลงโทษทางอาญาแก่บุคคล เนื่องจากการลงโทษทางอาญาแก่บุคคลต้องมีกฎหมายบัญญัติไว้เท่านั้นตามบทบัญญัติมาตรา 2 แห่งประมวลกฎหมายอาญา และบทบัญญัติมาตรา 29 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 ซึ่งหากมีการนำการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งมาใช้เพื่อลงโทษบุคคลจะเป็นการกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนเป็นอย่างมาก เพราะทำให้ขาดหลักเกณฑ์หรือกฎหมายที่แน่นอนในการพิจารณาคดี เมื่อการพิจารณาคดีไม่เป็นไปตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายลายลักษณ์อักษรโดยตรง ประชาชนก็ไม่อาจทราบได้ล่วงหน้าถึงกฎหมายที่จะใช้บังคับกับตนเอง อันทำให้เกิดความไม่เป็นธรรมขึ้นมา

แต่อย่างไรก็ตาม การนำบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งมาใช้ในกรณีที่เป็นคุณแก่ผู้กระทำผิด มีความเห็นของนักกฎหมายเห็นว่า สามารถกระทำได้ เพราะการที่กฎหมายห้ามเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งมาจากหลักไม่มีความผิดและไม่มีโทษโดยไม่มีกฎหมาย จึงเป็นกรณีที่ห้ามใช้กฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งลงโทษทางอาญาแก่บุคคลเท่านั้น เช่นนี้ หากเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งแล้วเป็นคุณไม่มีข้อห้าม การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งเพื่อเป็นคุณแก่ผู้กระทำผิด เช่น กรณีเป็นเหตุที่ทำให้การกระทำชอบด้วยกฎหมาย เหตุที่กฎหมายยกเว้นโทษ หรือเหตุลดหย่อนโทษ เป็นต้น ซึ่งสามารถเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งได้

319

ประการสุดท้าย กฎหมายอาญาไม่มีผลย้อนหลัง เนื่องจากหลักไม่มีความผิดและไม่มีโทษโดยไม่มีกฎหมายเป็นหลักประกันในกฎหมายอาญา ทำให้ในขณะกระทำเมื่อบุคคลมิได้กระทำความผิดตามที่กฎหมายอาญาบัญญัติไว้ ก็เป็นการประกันสิทธิเสรีภาพของบุคคลว่าจะไม่ถูกลงโทษ ดังนั้น หากในขณะกระทำไม่มีบทบัญญัติเป็นความผิด แต่ต่อมามีการออกกฎหมายย้อนหลังโดยถือว่าการ

³¹⁹ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, คำอธิบายกฎหมายอาญาภาค 1, หน้า 24-26.

กระทำนั้นเป็นความผิด จึงมีอาจทำได้ เพราะในขณะที่กระทำบุคคลย่อมเชื่อได้โดยสุจริตว่ามีอำนาจกระทำ หากบุคคลนั้นถูกฟ้องร้องเพราะเหตุที่กฎหมายเปลี่ยนแปลงไปย่อมไม่เป็นธรรม แต่อย่างไรก็ตาม หากเป็นการใช้กฎหมายย้อนหลังในส่วนที่เป็นคุณแก่ผู้กระทำผิด เช่นนี้ สามารถกระทำได้ตาม บทบัญญัติมาตรา 2 วรรคสอง แห่งประมวลกฎหมายอาญา ที่บัญญัติว่า “ถ้าตามบทบัญญัติของกฎหมายที่บัญญัติในภายหลัง การกระทำเช่นนั้นไม่เป็นความผิดต่อไป ให้ผู้ที่ได้กระทำการนั้นพ้นจากการเป็นผู้กระทำความผิด และถ้าได้มีคำพิพากษาถึงที่สุดให้ลงโทษแล้ว ก็ให้ถือว่าผู้นั้นไม่เคยต้องคำพิพากษาว่าได้กระทำความผิดนั้น ถ้ารับโทษอยู่ก็ให้การลงโทษนั้นสิ้นสุดลง”

4.4.3.2 คำพิพากษาของศาลว่าด้วยการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในกฎหมายอาญา

(ก) คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 920/2550 เรื่องวิธีการนับระยะเวลาอายุความคดีอาญา

บทบัญญัติกฎหมาย : มาตรา 193/3 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บัญญัติว่า “ถ้ากำหนดระยะเวลาเป็นหน่วยเวลาที่สั้นกว่าวันให้เริ่มต้นนับในขณะที่เริ่มการนั้น” วรรคสอง “ถ้ากำหนดระยะเวลาเป็นวัน สัปดาห์ เดือนหรือปี มิให้นับวันแรกแห่งระยะเวลานั้นรวมเข้าด้วยกัน เว้นแต่จะเริ่มการในวันนั้นเองตั้งแต่เวลาที่ถือได้ว่าเป็นเวลาเริ่มต้นทำการงานกันตามประเพณี”

ข้อเท็จจริง : คดีนี้ ธนาคารปฏิเสธการจ่ายเงินตามเช็คฉบับแรกเมื่อวันที่ 20 พฤศจิกายน 2539 โดยโจทก์ฟ้องจำเลยวันที่ 20 กุมภาพันธ์ 2540

ประเด็นกฎหมาย : กฎหมายอาญาไม่ได้บัญญัติถึงวิธีการกำหนดนับระยะเวลาอายุความคดีอาญาไว้โดยเฉพาะ

คำพิพากษาของศาลฎีกา : เมื่อกฎหมายอาญาไม่ได้บัญญัติถึงวิธีการกำหนดนับระยะเวลาอายุความคดีอาญาไว้โดยเฉพาะ การนับระยะเวลาอายุความคดีอาญาจึงอยู่ในบังคับของหลักทั่วไปตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 193/3 วรรคสอง ซึ่งกำหนดมิให้นับวันแรกแห่งระยะเวลานั้นรวมเข้าด้วยกัน จึงเริ่มนับอายุความในวันรุ่งขึ้น เช่นนี้ การนับอายุความต้องเริ่ม

นับตั้งแต่วันที่ 21 พฤศจิกายน 2539 และจะครบกำหนด 3 เดือน วันที่ 20 กุมภาพันธ์ 2540 เมื่อโจทก์ฟ้องจำเลยวันที่ 20 กุมภาพันธ์ 2540 ซึ่งเป็นวันครบกำหนดอายุความวันสุดท้าย คดีโจทก์ตามเช็คฉบับแรกจึงไม่ขาดอายุความ

หมายเหตุท้ายคำพิพากษาศาลฎีกา โดย ดร.สุรสิทธิ์ แสงวิโรจน์พัฒน์ : มาตรา 95 ประมวลกฎหมายอาญา บัญญัติว่า “ในคดีอาญาถ้ามิได้ฟ้องและได้ตัวผู้กระทำความผิดมาศาลภายในกำหนดดังต่อไปนี้ นับแต่วันกระทำความผิด เป็นอันขาดอายุความ” หากพิจารณาจากข้อความที่ว่า “นับแต่วันกระทำความผิด” ก็ดูเหมือนว่ามาตรา 95 บอกแค่ว่าการกระทำที่เป็นความผิดนั้นจะถือว่าเป็นความผิดในวันไหน ส่วนปัญหาว่าเมื่อถึงวันไหนเป็นวันกระทำความผิดแล้วจะเริ่มนับอายุความเมื่อใดเป็นอีกเรื่องหนึ่ง ผู้เขียนหมายเหตุเข้าใจเอาว่า ศาลฎีกาในคดีนี้คงเข้าใจตามที่กล่าวไว้ข้างต้นไว้ในกฎหมายแพ่งมาใช้กับกฎหมายอาญาด้วย เพราะกฎหมายอาญาไม่ได้บัญญัติวิธีนับอายุความไว้ ปัญหาว่าจะนำหลักกฎหมายแพ่งมาใช้ในกฎหมายอาญาได้หรือไม่นั้น ถ้าพิจารณาจากประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาแล้วก็ดูเหมือนว่าน่าจะได้ เพราะประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 15 บัญญัติเปิดช่องไว้ให้นำประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาใช้ได้ อย่างไรก็ตาม ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญากับประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งเป็นเรื่องของกฎหมายวิธีพิจารณาความ แต่กฎหมายอาญาและกฎหมายแพ่งเป็นกฎหมายสารบัญญัติ และถ้าพิจารณาจากหลักในเรื่องบ่อเกิดของกฎหมายแล้ว ยิ่งจะเห็นได้ว่า ไม่อาจนำหลักในกฎหมายแพ่งมาใช้ในกฎหมายอาญาได้ เพราะในขณะที่หลักการเทียบเคียงกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งเป็นหลักที่กฎหมายแพ่งยอมรับ แต่ในส่วนของกฎหมายอาญาหากเป็นผลร้ายแก่จำเลยแล้ว ไม่อาจที่จะนำหลักการเทียบเคียงกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งมาใช้บังคับได้ นอกจากนี้ หลักการคำนวณระยะเวลาจำคุกก็เป็นอีกตัวอย่างหนึ่งที่แสดงให้เห็นว่าหลักกฎหมายอาญาแตกต่างจากหลักในกฎหมายแพ่ง

ข้อสังเกตของผู้วิจัย : คดีนี้ เนื่องจากกฎหมายอาญาไม่ได้บัญญัติถึงวิธีการกำหนดนับระยะเวลาอายุความคดีอาญาไว้โดยเฉพาะ แต่ศาลฎีกาได้นำหลักทั่วไปตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 193/3 วรรคสอง มาใช้กับการนับระยะเวลาอายุความคดีอาญา เช่นนี้ การนำกฎหมายแพ่งมาใช้กับกฎหมายอาญาต้องเป็นไปตามนิติวิธีเช่นใด ทั้งนี้ อาจพิเคราะห์จากคำพิพากษาของศาลฎีกาที่นำหลักทั่วไปตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาใช้ เมื่อไม่มีกฎหมายอื่น เป็น

กรณีศาลได้นำบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาใช้ในคดีอาญาโดยตรง ซึ่งกรณีนี้ก็ไม่จำเป็นต้องอาศัยการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง จึงมิใช่เป็นการอ้างถึงการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งเพื่ออุดช่องว่างแห่งกฎหมายตามหมายเหตุท้ายคำพิพากษาศาลฎีกาข้างต้น

แต่กระนั้น ตามหมายเหตุท้ายคำพิพากษาศาลฎีกาข้างต้นเห็นว่า การที่ศาลได้นำกฎหมายแพ่งมาใช้กับกฎหมายอาญาเพราะกฎหมายอาญาไม่ได้บัญญัติวิธีนับอายุความไว้ อันมีลักษณะเป็นการอ้างถึงการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งเพื่ออุดช่องว่างแห่งกฎหมาย ซึ่งผู้หมายเหตุพิจารณาต่อไปว่าหลักการเทียบเคียงกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งเป็นหลักที่กฎหมายแพ่งยอมรับ แต่ในส่วนของกฎหมายอาญาหากเป็นผลร้ายแก่จำเลยแล้ว ไม่อาจที่จะนำหลักการเทียบเคียงกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งมาใช้บังคับได้ ซึ่งจากคำพิพากษาศาลฎีกาได้นำบทบัญญัติตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 193/3 วรรคสอง มาใช้กับการนับระยะเวลาอายุความคดีอาญา ทำให้คดีเช็คไม่ขาดอายุความ จึงเป็นที่น่าสังเกตว่าจะกระทำหรือไม่รวมถึงการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในเรื่องวิธีนับระยะเวลาอายุความมิใช่บทบัญญัติว่าด้วยความผิดและโทษในกฎหมายอาญาด้วย

ทั้งนี้ จากหลักไม่มีความผิดและไม่มีโทษโดยไม่มีกฎหมาย ทำให้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งแล้วมีผลให้การกระทำหรือไม่กระทำการอย่างใดเป็นความผิด และให้ผู้กระทำได้รับโทษ เช่นนี้ จะนำการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งมาใช้เพื่อลงโทษทางอาญาแก่บุคคลจะกระทำไม่ได้ กรณีตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 920/2550 นี้ เมื่อพิจารณาแล้วจะพบว่าเป็นกรณีที่ประมวลกฎหมายอาญามีได้บัญญัติเรื่องการเริ่มต้นนับอายุความในคดีอาญาไว้ จึงถือได้ว่าไม่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรบัญญัติถึงเรื่องดังกล่าวไว้โดยเฉพาะเจาะจง ทำให้ไม่ต้องพิจารณาถึงการตีความกฎหมาย ตามหมายเหตุท้ายคำพิพากษาศาลฎีกาจึงอาศัยการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง โดยนำบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 1 ลักษณะ 5 ระยะเวลา มาตรา 193/3 มาใช้บังคับแก่กรณี แต่ทั้งนี้ ในการนำหลักการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายมาใช้แก่คดีอาญานั้น ย่อมต้องพิจารณาข้อจำกัดของกฎหมายอาญาด้วยว่าจะอุดช่องว่างแห่งกฎหมายเพื่อเป็นการลงโทษบุคคลหรือลงโทษบุคคลให้หนักขึ้นไม่ได้

(ข) คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 877/2501 เรื่องลัทธิกระแสไฟฟ้า

บทบัญญัติกฎหมาย : ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 334 บัญญัติว่า “ผู้ใดเอาทรัพย์สินของผู้อื่น หรือที่ผู้อื่นเป็นเจ้าของรวมอยู่ด้วยไปโดยทุจริต ผู้นั้นกระทำความผิดฐานลักทรัพย์ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี และปรับไม่เกินหกหมื่นบาท”³²⁰

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 137³²¹ บัญญัติว่า “ทรัพย์สิน หมายความว่า วัตถุที่มีรูปร่าง”

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 138³²² บัญญัติว่า “ทรัพย์สิน หมายความรวมถึงทรัพย์สินและวัตถุไม่มีรูปร่าง ซึ่งอาจมีราคาและอาจถือเอาได้”

ข้อเท็จจริง : โจทก์ฟ้องว่าจำเลยกับพวกที่ยังไม่ได้ตัวสมคบกันลักทรัพย์ (กระแสไฟฟ้า) ของการไฟฟ้ากรุงเทพฯ กรมโยธาเทศบาล เป็นราคา 9 บาท ขอให้ลงโทษตามกฎหมายลักษณะอาญา มาตรา 293, 294, 63

ประเด็นกฎหมาย : ศาลชั้นต้นสั่งรับฎีกาของจำเลยที่ 1 เฉพาะข้อกฎหมายที่ว่า กระแสไฟฟ้าไม่ใช่ทรัพย์สินตามความหมายของประมวลกฎหมายอาญา จึงยอมลี้กกันไม่ได้

คำพิพากษาของศาลฎีกา : ศาลฎีกาโดยที่ประชุมใหญ่ (ประชุมใหญ่ครั้งที่ 8/2501) มีมติว่า การลักกระแสไฟฟ้าย่อมเป็นผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 334 หรือ 335 แล้วแต่กรณี

ข้อสังเกตของผู้วิจัย : คดีนี้ ที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกามีมติให้การลักทรัพย์รวมถึงการลักกระแสไฟฟ้าด้วย แต่อย่างไรก็ตาม คำพิพากษาศาลฎีกาคิดดังกล่าวมิได้ให้เหตุผลว่าเหตุใดกระแสไฟฟ้าจึงผิดฐานลักทรัพย์ ซึ่งมีข้อถกเถียงตามความเห็นทางวิชาการเป็นจำนวนมากทั้งฝ่ายที่

³²⁰ อรรถาธิษ แกไขเพิ่มเติมโดยมาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 26) พ.ศ. 2560

³²¹ บทบัญญัติกฎหมายในขณะนั้น คือ มาตรา 98 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ พ.ศ. 2468

³²² บทบัญญัติกฎหมายในขณะนั้น คือ มาตรา 99 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ พ.ศ. 2468

เห็นด้วยและเห็นต่าง ผู้วิจัยจึงขอยกแนวทางการเห็นของนักกฎหมายและการให้เหตุผลประกอบการพิจารณาโดยสังเขป ดังนี้

ลำดับแรก ความเห็นของนักกฎหมายที่เห็นว่าการลัทธิกระแสไฟฟ้าเป็นการลักทรัพย์ซึ่งอาศัยการตีความกฎหมาย

ศาสตราจารย์บัญญัติ สุขีวะ ได้ให้ความเห็นไว้ว่า “คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 877/2501 มิได้ให้เหตุผลว่าเหตุใดลัทธิกระแสไฟฟ้าจึงเป็นผิดฐานลักทรัพย์ ซึ่งอาจเป็นการตัดสินตามแนวคำพิพากษาศาลฎีกาเดิมๆ ที่ตัดสินตามกฎหมายลักษณะอาญาว่า การลัทธิกระแสไฟฟ้าเป็นการลักทรัพย์ก็ได้ แต่กฎหมายลักษณะอาญา มาตรา 6 (10) ได้ให้คำอธิบายคำว่า ทรัพย์ ไว้ว่าหมายถึงบรรดาสิ่งของอันบุคคลสามารถมีกรรมสิทธิ์หรือถืออำนาจเป็นเจ้าของได้ ฉะนั้น ตามกฎหมายลักษณะอาญากระแสไฟฟ้าจึงเป็นทรัพย์ แต่เมื่อประมวลกฎหมายอาญามีได้ให้วิเคราะห์ศัพท์คำว่าทรัพย์ไว้ อย่างกฎหมายลักษณะอาญาแล้ว คำว่า ทรัพย์ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 334 และ 335 จึงไม่น่าจะมีความหมายอย่างเดิมต่อไป อย่างไรก็ตามโดยที่กระแสไฟฟ้าแม้จะเห็นด้วยตา จับต้องไม่ได้ แต่ก็ประกอบด้วยพลังอนุต่าง ๆ ซึ่งอาจพอถือว่าเป็นวัตถุมีรูปร่างได้กระมัง”³²³

ศาสตราจารย์จิตติ ดิงศรัทธี มีความเห็นว่า “เมื่อพิจารณาโดยจริงจังเข้าก็เห็นอยู่ว่า คำว่า ทรัพย์ หรือทรัพย์สินนั้น หาได้แยกใช้ต่างกันอย่างเคร่งครัดเสมอไปไม่ นอกจากนี้การลักทรัพย์ หมายถึงการลักทรัพย์เคลื่อนที่ได้ ซึ่ง ป.พ.พ. เรียกว่าสังหาริมทรัพย์ คำว่า สังหาริมทรัพย์ใน ป.พ.พ. ก็หมายความรวมถึงแรงแห่งธรรมชาติ เช่น แรงไฟฟ้าด้วยนั่นเอง แม้จะถือว่าแรงไฟฟ้าเป็นวัตถุไม่มีรูปร่าง แต่ก็มีราคาถือเอาได้ และนำพาไปเสียจากเจ้าของได้ ทั้งสามารถวัดปริมาณที่เอาไปได้ด้วย ดังนั้นจึงไม่มีเหตุอะไรที่จะเอาแรงไฟฟ้าของเขาไปโดยเจตนาทุจริตแล้วไม่ผิดฐานลักทรัพย์เหมือนเอาทรัพย์อื่นๆ ของเขาไป” การลัทธิกระแสไฟฟ้าจึงมีความผิดฐานลักทรัพย์ โดยขยายความคำว่า ทรัพย์ ตามมาตรา 334 ให้รวมถึงทรัพย์สินด้วย ทั้งนี้เพราะกระแสไฟฟ้านั้นเป็นวัตถุไม่มีรูปร่าง ซึ่งอาจมีราคาและอาจถือเอาได้ กรณีนี้จึงเป็นการตีความโดยขยายความ³²⁴

³²³ บัญญัติ สุขีวะ, คำอธิบายกฎหมายลักษณะทรัพย์ อนุสรณ์งานพระราชทานเพลิงศพ ศาสตราจารย์ บัญญัติ สุขีวะ (กรุงเทพมหานคร: บริษัท กรุงสยามพริ้นติ้ง กรุ๊ป จำกัด, 2540), หน้า 6.

³²⁴ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, คำอธิบายกฎหมายอาญาภาค 1, หน้า 27-28.

ลำดับต่อมา ความเห็นของนักกฎหมายที่เห็นว่าการลักกระแสไฟฟ้าไม่เป็นการลักทรัพย์ โดยเป็นการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งแล้วเป็นโทษแก่บุคคล ซึ่งต้องห้ามตามมาตรา 2 แห่งประมวลกฎหมายอาญา

ศาสตราจารย์ ดร.หยุด แสงอุทัย ให้ความเห็นไว้ว่า “กระแสไฟฟ้าไม่ใช่ทรัพย์ เพราะไม่ใช่วัตถุมีรูปร่าง ฉะนั้นตามประมวลกฎหมายอาญา การลักกระแสไฟฟ้าจึงไม่เป็นความผิด เมื่อกระแสไฟฟ้าไม่ใช่วัตถุมีรูปร่าง การที่จะถือว่ากระแสไฟฟ้าเป็นทรัพย์จึงเป็นการตีความโดยขยายความไปลงโทษผู้ต้องหาหรือจำเลย หรือเป็นการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งไปในทางเป็นผลร้ายแก่ผู้ต้องหา ซึ่งขัดกับหลักทั่วไปของกฎหมายอาญาและเป็นสิ่งที่ทำไม่ได้”³²⁵

ศาสตราจารย์ ดร.คณิต ฒ นคร ให้ความเห็นไว้ว่า “การลักทรัพย์นั้นคุ้มครองกรรมสิทธิ์และการครอบครอง สิทธิในกระแสไฟฟ้าไม่ใช่กรรมสิทธิ์ กรรมสิทธิ์คือสิทธิในทรัพย์ ทรัพย์คือสิ่งที่มีรูปร่าง ดังนั้น สิทธิในไฟฟ้าจึงไม่ใช่กรรมสิทธิ์เพราะไม่ใช่สิทธิในสิ่งที่มีรูปร่าง” “การเอาทรัพย์ไปนั้นก็มิปัญหาว่า เอาไป คืออะไร เอาไป คือ การกระทำที่เป็นการประทุษร้ายต่อกรรมสิทธิ์และการครอบครอง การไฟฟ้าฝ่ายผลิตครอบครองกระแสไฟฟ้าอย่างไร การครอบครองต้องมีอำนาจเหนือที่แสดงออกในทางกายภาพได้” “เรื่องนี้เป็น Analogy กฎหมาย ต้องห้ามตามมาตรา 2”³²⁶

ทั้งนี้ จากคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 877/2501 การที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกามีมติให้การลักทรัพย์รวมถึงการลักกระแสไฟฟ้าด้วย แต่คำพิพากษานี้ระบุแต่ผล มิได้ระบุเหตุว่าเหตุใดลักกระแสไฟฟ้าจึงผิดฐานลักทรัพย์ ซึ่งจากความเห็นของนักกฎหมายผู้ทรงคุณวุฒิหลายท่าน ได้พิเคราะห์และให้เหตุผล รวมถึงแสดงการใช้นิติวิธีที่แตกต่างกันไป โดยผู้วิจัยขอกล่าวถึงในบริบทของเรื่องการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง ซึ่งกรณีนี้ การที่ศาลฎีกาพิพากษาว่าจำเลยมีความผิดฐานลักกระแสไฟฟ้าตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 334 หรือ 335 แล้วแต่กรณี เมื่อพิจารณานิติวิธีในการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งจะพบว่า การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในกฎหมายอาญาจำต้องคำนึงถึงหลักไม่มีความผิดและไม่มีโทษโดยไม่มีกฎหมายตาม

³²⁵ หยุด แสงอุทัย, กฎหมายอาญา ภาค 2-3, พิมพ์ครั้งที่ 5 (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2520), หน้า 426.

³²⁶ คณิต ฒ นคร, "การตีความกฎหมายอาญา," ใน การใช้การตีความกฎหมาย, พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพมหานคร: กองทุนศาสตราจารย์จิตติ ดิงศภัทย์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553), หน้า 268-269.

มาตรา 2 แห่งประมวลกฎหมายอาญา และมาตรา 29 แห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 ซึ่งการอาศัยการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งจะเป็นการเทียบเคียงเพื่อลงโทษแก่การกระทำที่ไม่ควรเป็นความผิดเพราะไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้ไม่ได้ กรณีนี้ในขณะที่กระทำความผิดไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้โดยตรง การตัดสินให้ลักกระแไฟฟ้าเป็นความผิดฐานลักทรัพย์ด้วยจึงเป็นการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งเพื่อลงโทษแก่บุคคล การตัดสินเช่นนี้จึงเป็นการเทียบบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งที่ต้องห้ามสำหรับกฎหมายอาญา

สำหรับความแตกต่างระหว่างการตีความโดยขยายความกับการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง แม้ในทางทฤษฎีจะสามารถแยกออกจากกันได้ แต่ในทางปฏิบัติเรื่องดังกล่าวเป็นศิลปะแห่งนิติวิธีที่มีการปรับใช้นิติวิธีกับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในลักษณะที่ต่างกันไปยากที่จะพิจารณาผูกมัดได้ชัดเจน ทั้งนี้ ผู้วิจัยเห็นว่า ในการตีความโดยขยายความทางอาญานั้นจะขยายความจนขัดแย้งกับตัวอักษรแห่งบทบัญญัติในเรื่องนั้นๆ ไม่ได้ มิฉะนั้น จะกลายเป็นการอาศัยเทียบบทกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่งเพื่อลงโทษบุคคล³²⁷ ซึ่งการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งเพื่อลงโทษทางอาญาแก่บุคคลจะกระทำมิได้ เช่นนี้ ผู้วิจัยจึงวิเคราะห์ว่า ตามคำพิพากษาดังกล่าวมีลักษณะเป็นการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งและมีผลเป็นการลงโทษบุคคล ซึ่งกรณีนี้ไม่ควรให้มีการเทียบเคียงได้เลย จึงไม่ควรต้องลงโทษจำเลยในความผิดฐานลักทรัพย์ โดยคดีเช่นนี้ก็เคยเกิดที่ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 739/99 ลงวันที่ 1 พฤษภาคม ปี ค.ศ.1899 (พ.ศ. 2442) ของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ซึ่งศาลได้พิพากษาว่า ไม่ถือว่าลักกระแไฟฟ้าเป็นความผิดทางอาญา แม้ว่าในกรณีนี้ กฎหมายอาญาเกี่ยวกับความผิดฐานลักทรัพย์จะมีช่องว่างแห่งกฎหมายเกิดขึ้น แต่การอุดช่องว่างแห่งกฎหมายอาญาโดยการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งก็ไม่อาจนำมาใช้เพื่อก่อให้เกิดโทษทางอาญาแก่จำเลยได้³²⁸ กรณีการแก้ไขปัญหาลูกช่องว่างแห่งกฎหมาย ผู้วิจัยจึงเห็นว่า เมื่อเห็นควรให้การกระทำเช่นนี้เป็นความผิดทางอาญาก็จำเป็นต้องใช้วิธีการในการแก้ไขกฎหมายในภายภาคหน้าต่อไป

³²⁷ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, คำอธิบายกฎหมายอาญาภาค 1, หน้า 30.

³²⁸ มานิตย์ วงศ์เสรี, นิติวิธี การใช้และการตีความกฎหมาย : ศึกษาเปรียบเทียบระบบกฎหมายไทยและระบบกฎหมายเยอรมัน, หน้า 39.

4.4.3.3 ข้อพิจารณาเกี่ยวข้องกับคำพิพากษาของศาลว่าด้วยการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในกฎหมายอาญา

เนื่องด้วยกฎหมายอาญาเป็นกฎหมายมหาชนว่าด้วยความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับเอกชน เมื่อมีการกระทำความผิดอาญาเกิดขึ้น รัฐมีอำนาจบังคับใช้กฎหมายอาญาได้โดยตรง โดยกฎหมายอาญานั้นเป็นกฎหมายที่มีวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองบุคคลและรักษาความสงบเรียบร้อยของบ้านเมือง และมุ่งหมายเพื่อลงโทษผู้กระทำความผิด ซึ่งเป็นกฎหมายที่มีผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพ ชีวิต ร่างกาย และทรัพย์สิน ของบุคคล ดังนั้น กฎหมายอาญาจึงต้องยึดถือหลัก “ไม่มีความผิดและไม่มีโทษโดยไม่มีกฎหมาย” จะตีความโดยขยายความเพื่อลงโทษหรือเพิ่มโทษแก่ผู้กระทำความผิดหรือนำการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งมาใช้เพื่อลงโทษทางอาญาแก่บุคคลไม่ได้ อีกทั้ง ในกรณีที่มีความสงสัยต้องยกประโยชน์แห่งความสงสัยนั้นให้เป็นประโยชน์แก่จำเลยด้วย กระบวนการใช้บังคับกฎหมายอาญาจึงต้องพยายามหลีกเลี่ยงการนำตัวผู้บริสุทธิ์มาลงโทษให้ได้มากที่สุด

แต่อย่างไรก็ตาม การที่คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 920/2550 ศาลฎีกาได้พิพากษาว่า เมื่อกฎหมายอาญาไม่ได้บัญญัติถึงวิธีการกำหนดนับระยะเวลาอายุความคดีอาญาไว้โดยเฉพาะ การนับระยะเวลาอายุความคดีอาญาจึงอยู่ในบังคับของหลักทั่วไปตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 193/3 วรรคสอง อันเป็นการนำกฎหมายแพ่งมาใช้กับกฎหมายอาญา ซึ่งมีผู้หมายเหตุท้ายคำพิพากษาศาลฎีกาฉบับดังกล่าวว่า กรณีนี้เป็นการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง และเมื่อการเทียบเคียงกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในกฎหมายอาญาเป็นผลร้ายแก่จำเลยแล้ว ก็ไม่อาจกระทำได้

นอกจากนี้ จากความเห็นตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 877/2501 กรณีการตัดสินให้ลักกระแสนไฟฟ้าเป็นความผิดฐานลักทรัพย์ก็อาจพิจารณาได้เช่นกันว่าเป็นเรื่องการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งเพื่อลงโทษแก่บุคคล ซึ่งการตัดสินเช่นนี้เป็นการเทียบบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งที่ต้องห้ามสำหรับกฎหมายอาญา เพราะขัดกับหลักไม่มีความผิดและไม่มีโทษโดยไม่มีกฎหมายตามมาตรา 2 แห่งประมวลกฎหมายอาญา และมาตรา 29 แห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 ด้วย

อนึ่ง จากคำพิพากษาที่กล่าวมาข้างต้น อาจมีความเห็นของนักกฎหมายที่มีความเห็นแตกต่างกันออกไป โดยอาจเห็นว่ากรณีเหล่านี้มิใช่เป็นการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งดังที่ได้แสดงมา ทำให้การใช้นิติวิธีในกฎหมายอาญาเป็นเรื่องที่ละเอียดอ่อนและมีอาจกล่าวได้อย่างแน่นอนโดยชัดแจ้ง ซึ่งขึ้นอยู่กับความเห็นของนักกฎหมายที่ปรับใช้นิติวิธีที่ต่าง

กัน

นอกจากนั้น ในเรื่องการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในกฎหมายอาญา ผู้วิจัยก็เห็นว่าเป็นเรื่องที่นักกฎหมายพึงต้องใช้ความระมัดระวังเป็นอย่างมาก หากเกิดช่องว่างในกฎหมาย แม้ศาลจะอุดช่องว่างแห่งกฎหมายได้ แต่จะอุดช่องว่างแห่งกฎหมายให้เป็นการลงโทษบุคคลไม่ได้ หรือจะอุดช่องว่างแห่งกฎหมายไปในทางที่จะลงโทษบุคคลให้หนักขึ้นก็ไม่ได้เช่นกัน เพราะกฎหมายอาญาต้องมีความแน่นอนและต้องกำหนดความผิดและกำหนดโทษไว้โดยชัดเจนจึงจะนำมาใช้ได้กับประชาชนทั่วไปได้ ซึ่งเป็นการยึดถือหลักความแน่นอนชัดเจนของกฎหมาย ความมั่นคงของนิติฐานะ เช่นนี้ หากมีการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งแล้วขัดกับหลักการพื้นฐานของกฎหมายอาญาจะกระทำไม่ได้

4.5 สรุปการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งตามสาขาของกฎหมาย

จากการศึกษาการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งตามสาขาของกฎหมาย โดยแบ่งการศึกษาออกเป็น การปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในกฎหมายเอกชนและการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในกฎหมายมหาชนตามที่กล่าวมาข้างต้น ซึ่งจากการศึกษาการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในกฎหมายเอกชน โดยเฉพาะในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เนื่องด้วยเรื่องการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งเป็นนิติวิธีในการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายที่บัญญัติไว้โดยชัดแจ้งในมาตรา 4 วรรคสอง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เช่นนี้ ในทางปฏิบัติ ศาลจึงมีการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งเพื่ออุดช่องว่างแห่งกฎหมายในหลายกรณี ไม่ว่าจะเป็นการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในเรื่องการตั้งผู้แทนนิติบุคคลชั่วคราว การให้เข้าทรัพย์สินแบบสืบซึ่ง การรับขนของทางทะเล กฎหมายทรัพย์สิน กฎหมายครอบครัว กฎหมายมรดก เป็นต้น

เมื่อพิจารณาคำพิพากษาของศาลดังกล่าวพบว่า โดยหลักจะเป็นการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งโดยอ้างถึงนิติวิธีตามมาตรา 4 วรรคสอง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ในการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งเพื่ออุดช่องว่างแห่งกฎหมายในกรณีที่ไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายลายลักษณ์อักษรและไม่มีจารีตประเพณีที่จะสามารถยกขึ้นปรับใช้กับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นได้ ศาลจึงใช้นิติวิธีโดยอาศัยการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งเพื่ออุดช่องว่างแห่งกฎหมายนั้น ซึ่งคำพิพากษาของศาลในการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง บางกรณีก็ได้แสดงผลแห่งการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งไว้ แต่ในบางกรณีก็ได้แสดงผลและรายละเอียดในการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง ผู้วิจัยจึงได้ศึกษาและตั้งข้อสังเกตไว้ในคำพิพากษาของศาลในเรื่องต่างๆ พร้อมทั้งได้พิจารณาคำพิพากษาของศาลเพื่อนำไปสู่การวิเคราะห์ปัญหาการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในระบบกฎหมายไทยในบทที่ 6 ต่อไป

ทั้งนี้ การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง บางกรณีก็ดูเหมือนเป็นเรื่องใกล้เคียงกัน แต่หากเหตุผลของบทบัญญัติแห่งกฎหมายไม่สอดคล้องกับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น เช่นนี้ก็ไม่ว่าอาศัยการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งมาปรับใช้แก่กรณีได้ ในการพิพากษาคดี บทบาทสำคัญในการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งจึงตกอยู่ที่ของศาล ศาลจึงต้องปรับใช้นิติวิธีในทางกฎหมายให้สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของกฎหมายด้วย แต่อย่างไรก็ตาม ในการใช้นิติวิธีทางกฎหมายก็อาจมีความเห็นของนักกฎหมายที่พิจารณาแตกต่างกันออกไป

นอกจากนั้น ในปัญหาทางกฎหมายที่เกิดขึ้น นักกฎหมายอาจพิจารณาแล้วเห็นว่าข้อเท็จจริงไม่อาจปรับกับองค์ประกอบของกฎหมายได้ โดยบทบัญญัติของกฎหมายบัญญัติไว้ชัดเจนไม่ให้ครอบคลุมถึงกรณีเช่นนั้น จึงมิใช่เรื่องของช่องว่างแห่งกฎหมาย ทำให้ไม่อาจปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งได้ หรือในบางเรื่องเมื่อมีข้อตกลงกันแล้ว ศาลย่อมพิจารณาตามข้อตกลงดังกล่าว โดยยึดถือความเป็นอิสระในทางแพ่งและเสรีภาพในการแสดงเจตนาของบุคคลเป็นสำคัญในคดีแพ่ง ศาลจึงไม่พิพากษาให้ปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง แต่ในบางกรณีหากศาลพิจารณาตามพฤติการณ์ในคดีแล้วเห็นว่า กรณีไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายมาปรับใช้ได้โดยตรง ศาลก็อาจปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งเพื่ออุดช่องว่างแห่งกฎหมายและอำนวยความสะดวกให้เกิดขึ้นได้

การปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งจึงเป็นนิติวิธีที่จำต้องผ่านการศึกษาวิเคราะห์อย่างละเอียดรอบคอบในทางกฎหมาย โดยเฉพาะการศึกษาถึงหลักการและนิติวิธีในระบบกฎหมายนั้นๆ ประกอบด้วย สำหรับการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในกฎหมายมหาชน เนื่องด้วยกฎหมายมหาชนมีความมุ่งหมายในการรักษาผลประโยชน์สาธารณะ อันมิใช่ประโยชน์ของเอกชนหรือปัจเจกบุคคลตามกฎหมายเอกชน เช่นนี้ จึงต้องมาศึกษาหลักการและนิติวิธีเบื้องต้นในกฎหมายมหาชนประกอบกันไป ซึ่งในกฎหมายมหาชนพบว่าไม่มีกฎหมายบัญญัติถึงวิธีการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายไว้โดยตรง เมื่อพิจารณาตามหลักเกณฑ์แล้วก็น่าจะต้องใช้หลักเกณฑ์การอุดช่องว่างของกฎหมายเอกชน โดยดำเนินการทำนองเดียวกันกับมาตรา 4 วรรคสอง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งความเป็นจริงแล้ว ปัญหาในการใช้และการตีความกฎหมาย รวมถึงการอุดช่องว่างแห่งกฎหมาย เป็นปัญหาที่ปรากฏขึ้นในทุกสาขาของกฎหมาย ถึงแม้ว่าจะมีการแยกกฎหมายเอกชนและกฎหมายมหาชนออกจากกันก็ตาม ก็หาได้หมายความว่า ระบบกฎหมายเอกชนและระบบกฎหมายมหาชนจะดำรงอยู่โดยแยกจากกันอย่างเด็ดขาดและขาดความสัมพันธ์ต่อกันอย่างสิ้นเชิงไม่ ความเป็นเอกภาพในระบบกฎหมายทำให้ผู้ปรับใช้กฎหมายต้องคำนึงถึงระบบกฎหมายทั้งระบบด้วย

ในทางกลับกัน นอกจากจะต้องคำนึงถึงความเป็นเอกภาพในระบบกฎหมายแล้ว ผู้ปรับใช้กฎหมายยังจำต้องระมัดระวังถึงหลักการที่เป็นรากฐานสำคัญในกฎหมายสาขานั้นๆ ประกอบด้วยข้อสังเกตที่ได้จากการศึกษาคำพิพากษาของศาลว่าด้วยการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในกฎหมายมหาชน เช่น การปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในรัฐธรรมนูญ เนื่องจากหลักการและนิติวิธีในรัฐธรรมนูญยึดถือว่า รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ กฎหมายที่มีลำดับชั้นต่ำกว่าจะขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญมิได้ ถ้ากฎหมายที่มีลำดับชั้นต่ำกว่าขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ กฎหมายนั้นย่อมเป็นอันใช้บังคับมิได้ เช่นนี้ เมื่อรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศจึงไม่อาจถือว่ารัฐธรรมนูญมีช่องว่างแห่งกฎหมายและจำต้องอุดช่องว่างแห่งกฎหมาย คำวินิจฉัยหรือคำพิพากษาของศาลเท่าที่ได้ศึกษามาจึงมิพบว่ามี การปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในรัฐธรรมนูญ

สำหรับการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในกฎหมายปกครอง เนื่องจากความแตกต่างระหว่างกฎหมายแพ่งและกฎหมายปกครอง จึงต้องคำนึงถึงนิติวิธีในทาง

กฎหมายปกครองเข้ามาประกอบด้วย ซึ่งในการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง ในกฎหมายปกครองต้องระมัดระวังไม่ให้ขัดต่อหลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครอง ระมัดระวังมิให้มีการก้าวล่วงสิทธิและเสรีภาพของประชาชนโดยที่ไม่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรบัญญัติให้อำนาจไว้ และไม่ทำให้การบริการสาธารณะหรือประโยชน์สาธารณะถูกระทบกระเทือนด้วย ทั้งนี้ เรื่องการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในกฎหมายปกครอง บางกรณีศาลก็ได้ปรับใช้นิติวิธีตามมาตรา 4 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ในการนำบทบัญญัติกฎหมายตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาใช้ในฐานะที่เป็นบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งเพื่ออุดช่องว่างแห่งกฎหมายในกฎหมายปกครอง แต่ในบางกรณีการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งตามนิติวิธีในมาตรา 4 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ อาจเป็นการเทียบเคียงนำกฎหมายปกครองมาใช้กับกฎหมายปกครองในฐานะที่เป็นบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง โดยอ้างถึงนิติวิธีตามมาตรา 4 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ด้วย นอกจากนี้ ในบางกรณีศาลก็ยังได้อ้างถึงนิติวิธีในการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งที่เป็นนิติวิธีทั่วไปเพื่ออุดช่องว่างแห่งกฎหมายปกครองโดยมิได้กล่าวถึงบทบัญญัติตามมาตรา 4 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เลย จึงจะเห็นได้ว่า จากคำพิพากษาของศาลในการนำนิติวิธีเรื่องการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งมาใช้ในกฎหมายปกครองมีการอ้างอิงนิติวิธีในหลายรูปแบบ แต่ก็เป็นเรื่องบ่งชี้ว่าในกฎหมายปกครองสามารถนำเรื่องการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งมาปรับใช้เพื่ออุดช่องว่างแห่งกฎหมายปกครองได้

ส่วนการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในกฎหมายอาญา เนื่องด้วยกฎหมายอาญาเป็นกฎหมายที่มีผลกระทบต่อสิทธิ เสรีภาพ ชีวิต ร่างกาย และทรัพย์สิน ของบุคคล ดังนั้น ในกฎหมายอาญาจึงต้องยึดถือหลักที่ว่า “ไม่มีความผิดและไม่มีโทษโดยไม่มีกฎหมาย” อันส่งผลให้ไม่สามารถนำการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งมาปรับใช้เพื่อลงโทษทางอาญาแก่บุคคลได้ เพราะมิฉะนั้น จะเป็นการลงโทษทางอาญาแก่บุคคลโดยที่ขาดหลักเกณฑ์หรือกฎหมายที่แน่นอนในการพิจารณาคดี และเมื่อการพิจารณาคดีไม่เป็นไปตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายลายลักษณ์อักษรโดยตรง ประชาชนก็ไม่อาจทราบได้ล่วงหน้าถึงกฎหมายที่จะใช้บังคับกับตน ทำให้เกิดความไม่เป็นที่ธรรมขึ้นมา การปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในกฎหมายอาญา จึงเป็นเรื่องที่นักกฎหมายพึงต้องใช้ความระมัดระวังเป็นอย่างมาก หากเกิดช่องว่างในกฎหมาย แม้ศาลจะ

อุดช่องว่างแห่งกฎหมายได้ แต่จะอุดช่องว่างแห่งกฎหมายให้เป็นการลงโทษบุคคลไม่ได้ หรือจะอุดช่องว่างแห่งกฎหมายไปในทางที่จะลงโทษบุคคลให้หนักขึ้นก็ไม่ได้เช่นกัน

ดังจะเห็นได้ว่า ในการศึกษาการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งตามสาขาของกฎหมาย โดยศึกษาประกอบกับหลักการหรือลักษณะเฉพาะของกฎหมายแต่ละสาขา ทำให้เห็นถึงการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในภาพรวมยิ่งขึ้น ซึ่งตามแนวทาคำพิพากษาของศาลที่แสดงการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง ผู้วิจัยก็นำเสนอและตั้งข้อสังเกตถึงแนวทางการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งไว้ ทำให้ในท้ายที่สุดแล้วจะนำมาสู่การวิเคราะห์ถึงปัญหาการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งต่อไป ทั้งนี้ ในการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในระบบกฎหมายไทยไม่มีคำอธิบายทางทฤษฎีมากนัก อีกทั้ง ขอบเขตของการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งก็ยังไม่มีความชัดเจน จึงต้องศึกษาแนวทางปฏิบัติตามคำพิพากษาของศาลดังกล่าวเพื่อมาประกอบการพิจารณา

บทที่ 5

การปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งตามประเภทของบทบัญญัติแห่งกฎหมาย

ลายลักษณ์อักษรในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย

ในการศึกษาการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งตามประเภทของบทบัญญัติแห่งกฎหมายลายลักษณ์อักษรในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย เนื่องด้วยการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งเป็นนิติวิธีที่บัญญัติไว้ชัดเจนตามมาตรา 4 วรรคสอง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย ประกอบกับมีการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งเพื่ออุดช่องว่างแห่งกฎหมายโดยอาศัยการเทียบเคียงบทบัญญัติแห่งกฎหมายลายลักษณ์อักษรในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์หลากหลายกรณีในฐานะที่เป็นบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง เช่นนี้ จึงศึกษาการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ โดยจะพิจารณาในส่วนของเนื้อหากฎหมายที่สอดคล้องกับการจัดประเภทของบทบัญญัติแห่งกฎหมายลายลักษณ์อักษร เพื่อให้เห็นถึงโครงสร้างของบทบัญญัติแห่งกฎหมายและลักษณะภายในของบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้น ซึ่งจะเป็นส่วนสำคัญต่อการศึกษากฎหมายอย่างเป็นระบบต่อไป

5.1 ความนำ

บทบัญญัติกฎหมายลายลักษณ์อักษรเป็นบ่อเกิดของกฎหมายที่สำคัญที่สุดในระบบกฎหมายไทย โดยบทบัญญัติกฎหมายลายลักษณ์อักษรเป็นหลักประกันสิทธิให้กับบุคคล ทำให้บุคคลผู้ที่อยู่ภายใต้กฎหมายสามารถทราบถึงกฎหมายที่จะใช้บังคับได้ แต่กระนั้น ข้อจำกัดของบทบัญญัติกฎหมายลายลักษณ์อักษรประการสำคัญ คือ การบัญญัติกฎหมายลายลักษณ์อักษรไม่สามารถบัญญัติกฎหมายให้ครอบคลุมทุกกรณีที่เกิดขึ้นในสังคมได้อย่างครบถ้วน ทำให้จำเป็นต้องมีกลไกทางกฎหมายที่ทำหน้าที่ในการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายในสถานการณ์ที่ไม่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่จะนำมาปรับใช้กับข้อเท็จจริงได้ เช่นนี้ มาตรา 4 วรรคสอง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ จึงได้

กำหนดกฎเกณฑ์การใช้วิธีในการอุดช่องว่างแห่งกฎหมาย โดยการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งเป็นวิธีที่มีความสัมพันธ์เกี่ยวข้องกับบทบัญญัติกฎหมายลายลักษณ์อักษรอย่างชัดเจน ทำให้ในการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง ผู้พิพากษาต้องคำนึงถึงบทบัญญัติแห่งกฎหมายลายลักษณ์อักษรเป็นสำคัญ

ในการศึกษาถึงแนวทางการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง จึงดำเนินการศึกษาจากประเภทของบทบัญญัติแห่งกฎหมายลายลักษณ์อักษรในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย โดยเป็นการศึกษาจากหลักการตามประเภทของบทบัญญัติแห่งกฎหมายลายลักษณ์อักษรนั้นๆ พร้อมทั้งยกตัวอย่างประกอบ ซึ่งจะมีการพิจารณาถึงเจตนารมณ์ของกฎหมายในแต่ละเรื่องเป็นสำคัญด้วย แต่ทว่า ในการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งตามประเภทของบทบัญญัติแห่งกฎหมายลายลักษณ์อักษรในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย จะมิได้เป็นการศึกษาในทุกมาตรา แต่จะเป็นเพียงการศึกษาให้เห็นถึงตัวอย่างบทบัญญัติแห่งกฎหมายลายลักษณ์อักษรประเภทต่างๆ ที่จะนำมาพิจารณาประกอบกับเรื่องการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง ซึ่งเป็นที่คาดหวังว่า จะทำให้เกิดข้อควรพิจารณาหรือข้อควรคำนึงในการนำบทบัญญัติแห่งกฎหมายลายลักษณ์อักษรนั้นมาปรับใช้เทียบเคียงในฐานะที่เป็นบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งต่อไป

5.2 การแบ่งประเภทของบทบัญญัติแห่งกฎหมายลายลักษณ์อักษร

ในทางทฤษฎี การพิจารณากฎหมายต้องพิจารณาให้เห็นถึงโครงสร้างของกฎหมาย (The Structure of The Law) ที่พิเคราะห์ถึงบ่อเกิดต่างๆ ของกฎหมาย ลำดับชั้นของบ่อเกิดของกฎหมาย ประเภทและชนิดของบทบัญญัติแห่งกฎหมายเหล่านั้น³²⁹ การศึกษากฎหมายโดยมิได้ศึกษาถึงโครงสร้างของกฎหมายจะทำให้การเชื่อมโยงความรับรู้ประการต่างๆ ไม่สามารถพิจารณาต่อเนื่องกันได้ได้อย่างเป็นระบบ

โครงสร้างของบทบัญญัติกฎหมายลายลักษณ์อักษรจึงมีความสำคัญต่อการพิจารณาบทบัญญัติของกฎหมายลายลักษณ์อักษร โดยเฉพาะการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียง

³²⁹ ปรีดี เกษมทรัพย์, นิติปรัชญา, หน้า 22.

อย่างยั้งก็ต้องพิจารณาโครงสร้างของบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นๆ เป็นสำคัญ เพื่อให้การปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยั้งเป็นไปตามหลักวิชาการที่ถูกต้องเหมาะสมต่อไป

ทั้งนี้ โครงสร้างของบทบัญญัติกฎหมายลายลักษณ์อักษรโดยปกติสามารถแบ่งออกเป็น 2 ส่วน กล่าวคือ ส่วนแรก ข้อเท็จจริงที่เป็นองค์ประกอบที่เป็นส่วนเหตุ (Tatbestand) และส่วนที่สอง ผลในทางกฎหมายหรือส่วนที่เป็นผล (Rechtsfolge)³³⁰ และไม่ว่าจะเป็นบทบัญญัติของกฎหมายแพ่งหรือเป็นบทบัญญัติของกฎหมายอาญาก็ย่อมมีองค์ประกอบ 2 ส่วนเช่นเดียวกัน ตัวอย่างเช่น บทบัญญัติของกฎหมายแพ่ง มาตรา 19 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บัญญัติว่า “บุคคลย่อมพ้นจากภาวะผู้เยาว์และบรรลุนิติภาวะเมื่อมีอายุยี่สิบปีบริบูรณ์” หรือ บุคคลเมื่อมีอายุยี่สิบปีบริบูรณ์ ย่อมพ้นจากภาวะผู้เยาว์และบรรลุนิติภาวะ โดยข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบส่วนเหตุ คือ (1) เป็นบุคคล (2) อายุ 20 ปีบริบูรณ์ และผลในทางกฎหมาย คือ พ้นจากภาวะผู้เยาว์และบรรลุนิติภาวะ เช่นนี้ เมื่อเข้าข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบส่วนเหตุแล้ว ผลในทางกฎหมายตามบทบัญญัติของกฎหมายดังกล่าวย่อมเกิดขึ้น

ในที่นี้ การพิจารณาการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยั้งก็ต้องพิจารณาตามโครงสร้างของบทบัญญัติกฎหมายลายลักษณ์อักษรก่อน และในการแบ่งประเภทของบทบัญญัติแห่งกฎหมายลายลักษณ์อักษรก็จะช่วยทำให้การพิจารณาการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยั้งเป็นไปอย่างเป็นระบบต่อไป ซึ่งการแบ่งประเภทของกฎหมายลายลักษณ์อักษรนั้นจะมีความสำคัญยิ่งยวดต่อการนำกฎหมายไปปรับใช้ให้ถูกต้องตามนิติวิธี โดยการแบ่งประเภทของบทบัญญัติแห่งกฎหมายลายลักษณ์อักษรจะเป็นไปเพื่อประโยชน์ในการปรับใช้กฎหมายและการตีความกฎหมายต่างๆ เป็นต้น

การแบ่งประเภทของบทบัญญัติแห่งกฎหมายลายลักษณ์อักษรอาจแบ่งได้หลายประเภท ขึ้นอยู่กับการพิจารณากฎหมายในลักษณะหรือรูปแบบต่างๆ³³¹ เช่น บทกฎหมายยุติธรรม (jus aequum) และบทกฎหมายเคร่งครัด (jus strictum) หรือ บทกฎหมายบังคับตายตัว (jus cogens) และบทกฎหมายไม่บังคับตายตัว (jus dispositivum) หรือ บทกฎหมายทั่วไป (jus generale) และ

³³⁰ สมยศ เชื้อไทย, คำอธิบายวิชากฎหมายแพ่ง : หลักทั่วไป, หน้า 131.

³³¹ ปรีดี เกษมทรัพย์, กฎหมายแพ่ง : หลักทั่วไป, หน้า 52-60.

บทกฎหมายพิเศษ (jus special) หรือ บทกฎหมายหลัก (jus commune) และบทกฎหมายยกเว้น (jus singular) หรือ บทกฎหมายดั้งเดิม (indigenous law) และบทกฎหมายรับมา (received law) หรือ บทกฎหมายสมบูรณ์ (perfectum) และบทกฎหมายไม่สมบูรณ์ (imperfectum) เป็นต้น³³² การจัดประเภทของบทบัญญัติแห่งกฎหมายลายลักษณ์อักษรจึงอาจมีการจัดประเภทที่หลากหลาย ซึ่งมีได้มีการแบ่งประเภทอย่างแน่นอนในลักษณะเดียวกัน อีกทั้ง ระบบกฎหมายและข้อความคิดของกฎหมายก็เป็นปัจจัยหนึ่งที่มีความสำคัญต่อการพิจารณาบทบัญญัติแห่งกฎหมายด้วย³³³ โดยในส่วนของระบบกฎหมายซีวิลลอว์ กฎหมายก็เป็นผลผลิตที่ได้สืบทอดต่อกันมาตั้งแต่สมัยโรมัน ประกอบกับการจัดระบบระเบียบทางกฎหมายของประเทศต่างๆ เช่น ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ก็ทำให้การพิจารณาโครงสร้างของกฎหมายและบทบัญญัติแห่งกฎหมายลายลักษณ์อักษรมีความเป็นระเบียบ ซึ่งความเป็นระบบระเบียบนี้เป็นส่วนสำคัญในการศึกษานิติวิธีทางกฎหมาย

ในการแบ่งประเภทของบทบัญญัติแห่งกฎหมายลายลักษณ์อักษรจึงอาจทำให้การศึกษาการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยมีความเป็นระบบยิ่งขึ้น ซึ่งจะสามารถพิจารณาถึงโครงสร้างของบทบัญญัติแห่งกฎหมายและลักษณะภายในของบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นๆ เพื่อวิเคราะห์ถึงการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง โดยจะพิจารณาตั้งข้อสังเกตว่า บทบัญญัติแห่งกฎหมายลายลักษณ์อักษรแต่ละประเภทอาจนำมาปรับใช้ในฐานะที่เป็นบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งได้หรือไม่ และมีข้อจำกัดหรือข้อควรระวังในบทบัญญัติกฎหมายแต่ละประเภทอย่างไร จึงทำให้ต้องมาศึกษาถึงขอบเขตการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งตามประเภทของบทบัญญัติแห่งกฎหมายลายลักษณ์อักษรต่อไป

ในการนี้ ผู้วิจัยจะศึกษาการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งตามประเภทของบทบัญญัติแห่งกฎหมายลายลักษณ์อักษรในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย โดยแบ่งการศึกษาออกเป็น การปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในบทนิยาม การปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในบทสันนิษฐาน การปรับใช้การเทียบเคียง

³³² สมยศ เชื้อไทย, คำอธิบายวิชากฎหมายแพ่ง : หลักทั่วไป, หน้า 132-141.

³³³ Lewis A. Kornhauser, "Governance Structures, Legal Systems, and the Concept of Law," *Chicago-Kent Law Review* 79, 2 (2004).

บทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในบทสมมติ การปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในบทอนุโลม การปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในบทกฎหมายยุติธรรม การปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในบทกฎหมายเคร่งครัด การปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในบทกฎหมายบังคับตายตัว การปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในบทกฎหมายไม่บังคับตายตัว การปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในบทกฎหมายทั่วไป การปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในบทกฎหมายพิเศษ การปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในบทกฎหมายหลัก การปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในบทกฎหมายยกเว้น และการปรับใช้การเทียบเคียงหลักกฎหมาย ซึ่งผู้วิจัยเห็นว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายลายลักษณ์อักษรประเภทดังกล่าวมีลักษณะเฉพาะที่น่าสนใจและหวังว่าจะเป็นประโยชน์ต่อการพิจารณาเรื่องการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง

5.3 การปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในบทนิยาม

5.3.1 โครงสร้างและลักษณะของบทนิยาม

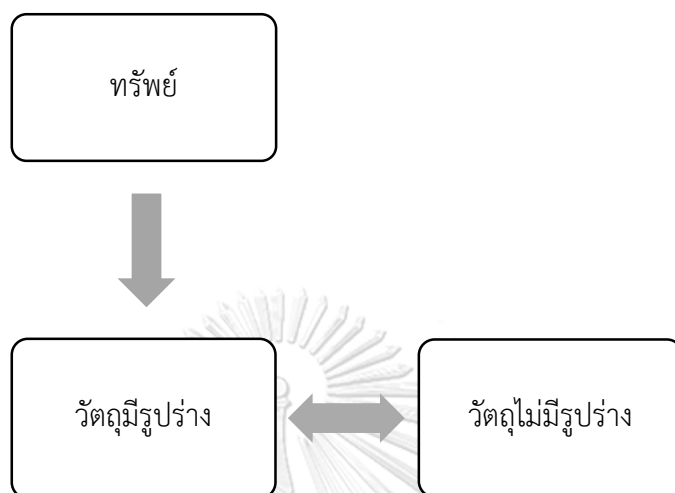
“นิยาม” หมายถึง การกำหนด, ทาง, อย่าง, วิธี หรือ การกำหนดหรือจำกัดความหมายที่แน่นอน³³⁴ ดังนั้น “บทนิยาม” จึงหมายถึง บทกำหนดหรือบทจำกัดความหมายที่แน่นอนของคำต่างๆ ที่บัญญัติอยู่ในบทบัญญัติของกฎหมายนั้นว่าให้มีความหมายแน่นอนตามที่บัญญัติไว้ในบทนิยาม ทั้งนี้กฎหมายต่างๆ มักจะมีบทนิยามหรือบทวิเคราะห์ศัพท์ เพื่อมุ่งให้ถ้อยคำในกฎหมายนั้นตรงกับเจตนารมณ์และวัตถุประสงค์ที่กฎหมายนั้นบัญญัติขึ้น

5.3.2 ข้อพิจารณาเกี่ยวข้องกับการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในบทนิยาม

ตัวอย่าง พิจารณาทบบัญญัติกฎหมายตามบรรพ 1 หลักทั่วไป ลักษณะ 3 ทรัพย์ มาตรา 137 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ที่ได้ให้นิยามความหมายว่า “ทรัพย์ หมายความว่า วัตถุมีรูปร่าง”

³³⁴ ราชบัณฑิตยสถาน, พจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554 เฉลิมพระเกียรติพระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัว เนื่องในโอกาสพระราชพิธีมหามงคลเฉลิมพระชนมพรรษา 7 รอบ 5 ธันวาคม 2554 หน้า 636.

การเทียบเคียงความหมายในบทนิยาม คำว่า “ทรัพย์สิน” ที่มีความหมายเฉพาะเจาะจงให้หมายถึงวัตถุมีรูปร่าง กับกรณีที่เป็นวัตถุไม่มีรูปร่าง การเทียบเคียงจะกระทำได้หรือไม่



รูปที่ 5 แผนภาพแสดงการพิจารณาตัวอย่างที่เกี่ยวข้องเนื่องกับการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในบทนิยาม

ทั้งนี้ เมื่อพิจารณาประกอบกับบทบัญญัติกฎหมายมาตรา 138 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ที่ได้นิยามความหมาย “ทรัพย์สิน” ไว้ว่า “ทรัพย์สิน หมายความว่าทรัพย์สินทั้งทรัพย์สินและวัตถุไม่มีรูปร่าง ซึ่งอาจมีราคาและอาจถือเอาได้” เช่นนี้ การเทียบเคียง “ทรัพย์สิน” ที่เป็นวัตถุมีรูปร่างกับกรณีที่เป็นวัตถุไม่มีรูปร่าง จะมีผลทำให้ความหมายของคำว่า “ทรัพย์สิน” กลายเป็น “ทรัพย์สิน” ไปเสียอีกทั้ง ถ้าหากบทบัญญัติกฎหมายมาตรา 137 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มีเจตนารมณ์ให้ “ทรัพย์สิน” เทียบเคียงได้กับวัตถุที่ไม่มีรูปร่างแล้ว การให้คำจำกัดความหมายก็คงจะได้นิยามไว้ชัดเจนเช่นกัน ซึ่งจะสังเกตได้ว่า บทบัญญัติกฎหมายมีเจตนาเพียงให้ “ทรัพย์สิน” หมายถึง วัตถุมีรูปร่างเท่านั้น ส่วนวัตถุที่ไม่มีรูปร่างจะอยู่ในขอบเขตความหมายของคำว่า “ทรัพย์สิน” ตามบทบัญญัติมาตรา 138 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

ดังนั้น การที่บทบัญญัติกฎหมายใดบทบัญญัติกฎหมายหนึ่งได้นิยามความหมายหรือให้คำจำกัดความของคำใดไว้เป็นการเฉพาะแล้ว ผู้ใช้กฎหมายจะอาศัยการเทียบเคียงความหมายในบทนิยามนั้นให้รวมถึงกรณีที่กฎหมายไม่ได้บัญญัติไว้โดยตรง เห็นว่าเป็นเรื่องที่มีควรให้กระทำได้ เพราะ

นอกจากเป็นการขยายความหมายและขอบเขตของกฎหมายไปถึงกรณีที่ถูกกฎหมายไม่ได้บัญญัติไว้แล้ว ยังเป็นการขัดต่อเจตนารมณ์และวัตถุประสงค์ที่กฎหมายมุ่งหมายบัญญัติขึ้น ซึ่งจากลักษณะของ บทนิยามเป็นบทกฎหมายที่กำหนดหรือให้คำจำกัดความหมายที่แน่นอนของคำต่างๆ ให้มีความหมายแน่นอนตามที่ได้นิยามไว้ การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในบทนิยามจึงกระทำไม่ได้



รูปที่ 6 แผนภาพแสดงขอบเขตของบทนิยาม

อนึ่ง ในบทนิยามความหมายอาจมีการใช้นิติวิธีในการตีความความหมายของคำในบทนิยามได้ ซึ่งขอบเขตความหมายของการตีความจะกว้างหรือแคบเพียงใดเป็นเรื่องของการใช้นิติวิธีในการตีความเข้ามาพิจารณา ซึ่งจะมีใช้การเทียบเคียงไปถึงกรณีที่กฎหมายมิได้บัญญัติขึ้น

สำหรับการที่กฎหมายอื่นๆ มิได้มีการให้คำนิยามความหมายไว้โดยเฉพาะ จึงอาศัยการเทียบเคียงความหมายจากบทบัญญัติกฎหมายในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ กรณีนี้เป็นการอาศัยการเทียบเคียงบทบัญญัติกฎหมาย ซึ่งการเทียบเคียงเช่นนี้คาดว่าจะสามารถกระทำได้ โดยมีใช่เป็นการเทียบเคียงขยายความหมายในบทนิยามกฎหมายนั้น

5.4 การปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในบทสันนิษฐาน

5.4.1 โครงสร้างและลักษณะของบทสันนิษฐาน

“สันนิษฐาน” เป็นการลงความเห็น การคาดคะเนไว้ก่อน³³⁵ บทสันนิษฐานในทางกฎหมาย จึงเป็นกรณีที่บทบัญญัติเกี่ยวกับข้อเท็จจริงในเรื่องหนึ่งเรื่องใดยังไม่แน่นอน กฎหมายจึงสันนิษฐานไว้

³³⁵ เรื่องเดียวกัน, หน้า 1207.

ก่อนว่าข้อเท็จจริงหรือผลลัพธ์นั้นเป็นอย่างไร³³⁶ ซึ่งโดยปกติสามารถนำพยานหลักฐานมาพิสูจน์หักล้างได้ ลักษณะของบทสันนิษฐาน เช่น ปรากฏคำว่า “ให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่า...” หรือ “ท่านให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่า...” เป็นต้น โดยบทสันนิษฐานมีทั้งบทสันนิษฐานความผิดและบทสันนิษฐานความรับผิด

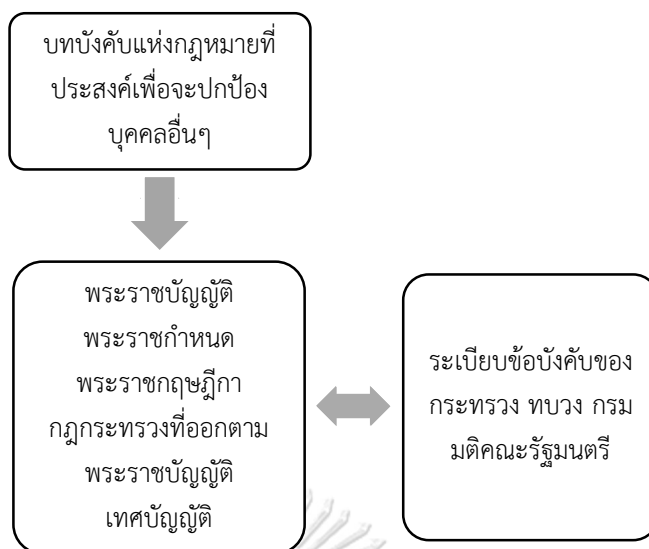
5.4.2 ข้อพิจารณาเกี่ยวข้องกับการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในบทสันนิษฐาน

ตัวอย่าง พิจารณาทบบัญญัติกฎหมายมาตรา 422 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บัญญัติว่า “ถ้าความเสียหายเกิดแต่การฝ่าฝืนบทบังคับแห่งกฎหมายใดอันมีที่ประสงค์เพื่อจะปกป้องบุคคลอื่นๆ ผู้ใดทำการฝ่าฝืนเช่นนั้น ท่านให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าผู้นั้นเป็นผู้ผิด”

มาตรานี้เป็นบทบัญญัติกฎหมายเรื่องละเมิดที่เป็นบทสันนิษฐานความผิด ซึ่งการกระทำที่ฝ่าฝืนบทบังคับแห่งกฎหมายที่บัญญัติไว้เพื่อคุ้มครองบุคคลอื่น กฎหมายให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าผู้กระทำเป็นผู้ผิด โดยหลักเกณฑ์ในมาตรา 420 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ที่ว่า การกระทำโดยผิดกฎหมายโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อเป็นอันสันนิษฐานได้ตามมาตรา 422 นี้ ซึ่งบทบังคับแห่งกฎหมายที่ประสงค์เพื่อจะปกป้องบุคคลอื่นๆ กฎหมายที่ว่านี้ เช่น พระราชบัญญัติ พระราชกำหนด พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวงที่ออกตามพระราชบัญญัติ เทศบัญญัติ เป็นต้น³³⁷ จึงเป็นที่น่าพิจารณาว่า การเทียบเคียงระเบียบข้อบังคับของกระทรวง ทบวง กรม หรือมติคณะรัฐมนตรี เพื่อให้เข้าบทสันนิษฐานของกฎหมายจะกระทำได้หรือไม่

³³⁶ สมยศ เชื้อไทย, คำอธิบายวิชากฎหมายแพ่ง : หลักทั่วไป, หน้า 140-141.

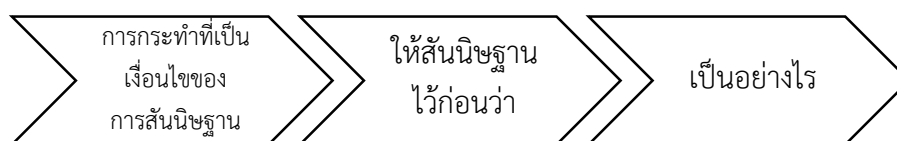
³³⁷ ไพจิตร ปุญญพันธุ์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะละเมิด และหลักกฎหมายลักษณะละเมิด เรื่องข้อสันนิษฐานความผิดทางกฎหมาย, พิมพ์ครั้งที่ 12 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2550), หน้า 27.



รูปที่ 7 แผนภาพแสดงการพิจารณาตัวอย่างที่เกี่ยวข้องกับการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่
ใกล้เคียงอย่างยิ่งในบทสันนิษฐาน

ทั้งนี้ ระเบียบข้อบังคับของกระทรวง ทบวง กรม หรือมติคณะรัฐมนตรี เช่น ระเบียบข้อบังคับของกระทรวงเกี่ยวกับการรักษาเงินของหน่วยงานในกระทรวง ไม่ใช่กฎหมายตามมาตรา 422 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ผู้ที่ฝ่าฝืนระเบียบจะถือว่าเป็นการกระทำโดยประมาทเลินเล่อไม่ได้ ต้องพิจารณาพฤติการณ์อย่างอื่นประกอบอีก กรณีไม่เข้าบทสันนิษฐานของกฎหมายมาตรา 422 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 502/2497 และคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 446/2501 อีกทั้ง ถ้าไม่ใช่กฎหมายที่บัญญัติขึ้นเพื่อปกป้องผู้อื่น แม้จะมีการฝ่าฝืนและมีความเสียหายเกิดขึ้น ก็มีโทษความเสียหายที่กฎหมายนั้นประสงค์จะปกป้อง จึงมิใช่กรณีที่กฎหมายมุ่งหมายจะสันนิษฐานว่าเป็นความผิดของผู้กระทำการฝ่าฝืน และข้อสันนิษฐานความผิดตามมาตรา 422 ไม่ใช่ข้อสันนิษฐานเด็ดขาด อาจสู้หักล้างได้

ดังจะเห็นได้ว่า บทสันนิษฐานในทางกฎหมายเป็นบทบัญญัติที่กฎหมายได้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าข้อเท็จจริงนั้นเป็นอย่างไร ซึ่งโดยปกติสามารถนำพยานหลักฐานเข้ามาสู้พิสูจน์หักล้างได้ การที่บุคคลใดจะถูกกฎหมายสันนิษฐานก็จำเป็นต้องพิจารณาถึงการกระทำที่เป็นเงื่อนไขของการสันนิษฐานด้วย เช่นนี้ ลักษณะของบทสันนิษฐาน เมื่อการกระทำนั้นมิได้เข้าเงื่อนไขในบทสันนิษฐาน ผลลัพธ์จึงมีเพียงไม่ถูกสันนิษฐานตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้น ไม่ว่าจะเป็นการที่กฎหมายสันนิษฐานให้เป็นประโยชน์หรือเป็นโทษต่อผู้ที่อยู่ในบังคับของบทสันนิษฐานก็ตาม



รูปที่ 8 แผนภาพแสดงลักษณะของบทสันนิษฐาน

จากลักษณะของบทสันนิษฐานที่เป็นเพียงการพิจารณาว่าเป็นไปตามข้อสันนิษฐานนั้นๆ หรือไม่ การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งเพื่อปรับให้เข้ากับเงื่อนไขของข้อสันนิษฐานในบทสันนิษฐานจึงเป็นเรื่องที่คาดหมายว่าไม่น่าจะกระทำได้

5.5 การปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในบทสมมติ

5.5.1 โครงสร้างและลักษณะของบทสมมติ

“สมมติ” คือ การรู้สึกเอาว่า ต่างว่า ถือเอาว่า³³⁸ บทสมมติเป็นบทบัญญัติที่สมมติเรื่องราวเกี่ยวกับข้อเท็จจริงในกรณีใดกรณีหนึ่ง เพื่อให้มีสถานะทางกฎหมายที่ชัดเจนแน่นอน³³⁹ ลักษณะของการบัญญัติบทสมมติมักปรากฏคำว่า “ให้ถือว่า...” หรือ “ท่านให้ถือว่า...” ตัวอย่างเช่น มาตรา 62 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บัญญัติว่า “บุคคลซึ่งศาลได้มีคำสั่งให้เป็นคนสาบสูญ ให้ถือว่าถึงแก่ความตายเมื่อครบกำหนดระยะเวลาดังที่ระบุไว้ในมาตรา 61” ซึ่งจะเห็นได้ว่า บุคคลนั้นอาจจะยังมีได้ถึงแก่ความตายโดยสภาพตามความเป็นจริง แต่เมื่อครบกำหนดระยะเวลาในกฎหมาย บทกฎหมายจึงสมมติให้ถือว่าบุคคลนั้นถึงแก่ความตายโดยบทบัญญัติแห่งกฎหมาย เป็นต้น

5.5.2 ข้อพิจารณาเกี่ยวข้องกับการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในบทสมมติ

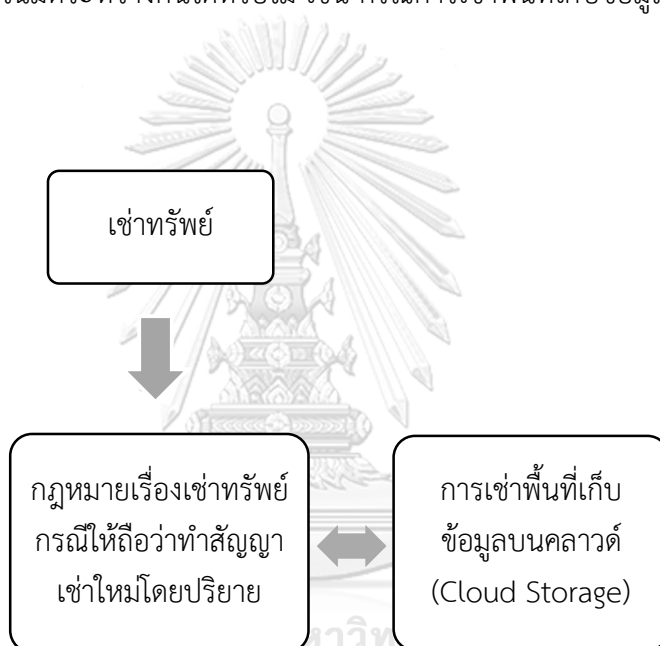
ตัวอย่าง พิจารณาบทบัญญัติกฎหมายเรื่องเช่าทรัพย์ มาตรา 570 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บัญญัติว่า “ในเมื่อสิ้นกำหนดเวลาเช่าซึ่งได้ตกลงกันไว้แล้ว ถ้าผู้เช่ายังคงครองทรัพย์สิน

³³⁸ ราชบัณฑิตยสถาน, พจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554 เฉลิมพระเกียรติพระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัว เนื่องในโอกาสพระราชพิธีมหามงคลเฉลิมพระชนมพรรษา 7 รอบ 5 ธันวาคม 2554 หน้า 1168.

³³⁹ สมยศ เชื้อไทย, คำอธิบายวิชากฎหมายแพ่ง : หลักทั่วไป, หน้า 141.

อยู่ และผู้ให้เข้ารู้ความนั้นแล้วไม่ทักท้วงไซ้ ท่านให้ถือว่าคู่สัญญาเป็นอันได้ทำสัญญาใหม่ต่อไปไม่มีกำหนดเวลา”

ทั้งนี้ บทบัญญัติตามมาตรา 570 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เป็นบทบัญญัติในกฎหมายเรื่องเช่าทรัพย์สิน ซึ่งมีการบัญญัติรับรองกรณีตามพฤติการณ์ดังกล่าวที่ให้ถือว่าคู่สัญญาเช่าเป็นอันได้ทำสัญญาใหม่ต่อไป ในทางกลับกัน หากข้อเท็จจริงเป็นการเช่าในลักษณะอื่นๆ จะมีการเทียบเคียงบทบัญญัติกฎหมายมาตรา 570 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ให้ถือว่าเป็นการต่อสัญญาเช่าโดยอัตโนมัติระหว่างกันได้หรือไม่ เช่น กรณีการเช่าพื้นที่เก็บข้อมูลบนคลาวด์ (Cloud Storage) เป็นต้น



รูปที่ 9 แผนภาพแสดงการพิจารณาตัวอย่างที่เกี่ยวข้องกับการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในบทสมมติ

เมื่อพิจารณากรณีการเช่าพื้นที่เก็บข้อมูลบนคลาวด์ (Cloud Storage) มีลักษณะเป็นการเช่าสิทธิที่ไม่มีรูปร่างประเภทอื่นๆ ที่มีเช่าทรัพย์สินตามที่กำหนดไว้ในบทบัญญัติของบรรพ 3 เอกเทศสัญญา ลักษณะ 5 เช่าทรัพย์สิน ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ที่น่าจะหมายเฉพาะการเช่าอสังหาริมทรัพย์ สัหาริมทรัพย์ธรรมดา สัหาริมทรัพย์ชนิดพิเศษ และสิทธิที่ไม่มีรูปร่างที่เกี่ยวข้องกับการเช่าอสังหาริมทรัพย์ สัหาริมทรัพย์ธรรมดาและสัหาริมทรัพย์ชนิดพิเศษเท่านั้น³⁴⁰ การเช่าพื้นที่

³⁴⁰ ศนันท์กรณ โสทธิพันธุ์, คำอธิบายเช่าทรัพย์สิน เช่าซื้อ, หน้า 65.

เก็บข้อมูลบนคลาวด์ (Cloud Storage) จึงไม่อยู่ในบังคับของบทบัญญัติกฎหมายมาตรา 570 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

ฉะนั้น เมื่อเกิดเหตุการณ์ในการเข้าพื้นที่เก็บข้อมูลบนคลาวด์ (Cloud Storage) ที่เมื่อครบกำหนดเวลาเช่าที่ได้ตกลงกันไว้แล้ว โดยผู้เช่ายังคงใช้งานอยู่ต่อไป และผู้ให้เช่าก็ยังคงให้บริการอยู่ เช่นนี้ จะเทียบเคียงนำมาตรา 570 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาปรับใช้ในฐานที่เป็นบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งหรือไม่

ทั้งนี้ เมื่อพิจารณาเรื่องเช่าทรัพย์สิน ตามปกติสัญญาเช่าที่มีกำหนดระยะเวลา เมื่อสิ้นกำหนดระยะเวลาที่ได้ตกลงกันไว้แล้ว สัญญาเช่าย่อมระงับไปโดยมิต้องบอกกล่าว ตามมาตรา 564 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ แต่กรณีนี้อาจเกิดสัญญาเช่าขึ้นต่อเนื่องจากสัญญาเช่าเดิมได้ หากเป็นไปตามมาตรา 570 โดยกฎหมายสมมติให้ถือว่าคู่สัญญาเป็นอันได้ทำสัญญาใหม่ต่อไปไม่มีกำหนดเวลา โดยที่ความสัมพันธ์ของคู่สัญญาเป็นไปตามเหตุการณ์ในมาตรา 570 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ กล่าวคือ เมื่อสิ้นกำหนดเวลาเช่าซึ่งได้ตกลงกันไว้ และผู้เช่ายังคงครอบครองทรัพย์สินที่เช่าอยู่ โดยพฤติการณ์นี้ย่อมแสดงให้เห็นว่าผู้เช่าประสงค์จะเช่าทรัพย์สินนั้นต่อไปโดยปริยาย และผู้ให้เช่ารู้ความนั้นแล้วไม่ทักท้วง ซึ่งเห็นได้ว่าผู้ให้เช่าก็ยินยอมให้ผู้เช่าทำการเช่าทรัพย์สินนั้น โดยการที่ผู้ให้เช่ารู้ความนั้นแล้วไม่ทักท้วง คือ การนิ่ง ซึ่งในกรณีนี้กฎหมายให้ถือว่าการนิ่งดังกล่าวเป็นการแสดงเจตนายอมให้ผู้เช่าเช่าทรัพย์สินต่อไป เช่นนี้ จึงถือว่าผู้เช่ากับผู้ให้เช่าได้ทำสัญญาใหม่ต่อไปโดยไม่มีกำหนดเวลา³⁴¹

สำหรับกรณีการเข้าพื้นที่เก็บข้อมูลบนคลาวด์ (Cloud Storage) เรื่องดังกล่าวนี้ย่อมเป็นไปตามหลักกฎหมายเรื่องนิติกรรมสัญญา ซึ่งต้องพิจารณาการแสดงเจตนาระหว่างกันของคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายตามพฤติการณ์ที่ปรากฏขึ้น กรณีนี้เมื่อปรับเข้ากับกฎหมายเรื่องนิติกรรมสัญญาได้แล้วก็ไม่จำเป็นต้องอาศัยการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งตามมาตรา 570 ประกอบมาตรา 4 วรรคสอง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์อีก โดยมีใช้กรณีที่เกิดเป็นช่องว่างแห่งกฎหมาย

³⁴¹ กรมกมล ประเสริฐศักดิ์, "ปัญหากฎหมายของการต่อสัญญาโดยอัตโนมัติ" (หลักสูตรปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์, คณะนิติศาสตร์, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2559), หน้า 155-156.

จากตัวอย่างจึงพิจารณาได้ว่า แม้บทสมมติเป็นบทบัญญัติที่กำหนดเรื่องราวเกี่ยวกับข้อเท็จจริงในกรณีใดกรณีหนึ่งเพื่อให้มีสถานะทางกฎหมายที่ชัดเจนแน่นอน แต่เมื่อเรื่องราวเกี่ยวกับข้อเท็จจริงนั้นสามารถพิจารณาโดยกฎหมายและพิเคราะห์ได้ผลลัพธ์ที่ชัดเจนทางกฎหมายแล้ว ก็ไม่มีความจำเป็นที่จะต้องอาศัยการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งอีก รวมทั้ง จากลักษณะของข้อเท็จจริงในบทสมมติเป็นบทบัญญัติกฎหมายที่อาศัยพฤติการณ์ที่เกิดขึ้นตามที่กฎหมายบัญญัติไว้เป็นเงื่อนไข เช่นนี้ ข้อเท็จจริงที่เป็นเงื่อนไขตามบทบัญญัติกฎหมายมาตรา 570 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ จึงเป็นการที่ผู้เช่ายังคงครองทรัพย์สินอยู่ และผู้ให้เช่ารู้ความนั้นแล้วไม่ทักท้วง ซึ่งจะเทียบเคียงข้อเท็จจริงที่เป็นเงื่อนไขของบทสมมติในส่วนนี้ให้ไปถึงเรื่องราวหรือพฤติการณ์อื่นๆ นอกเหนือไปจากที่บทบัญญัติกฎหมายกำหนดไว้ เห็นว่าไม่อาจกระทำได้ แต่บทบัญญัติกฎหมายตามมาตรา 570 นี้ อาจอาศัยนิติวิธีในการใช้การตีความกฎหมายเข้ามาช่วยพิจารณาได้

การพิจารณการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในบทบัญญัติที่เป็นบทสมมติ เมื่อพิจารณาประกอบกับโครงสร้างและลักษณะของบทสมมติ รวมถึงตัวอย่างที่แสดงมาข้างต้น ทำให้เห็นได้ว่า ในการพิจารณาบทสมมติต้องพิจารณาในส่วนของข้อเท็จจริงที่กฎหมายบัญญัติไว้ในบทสมมติ ซึ่งบทสมมติเป็นบทบัญญัติถึงเรื่องราวเกี่ยวกับข้อเท็จจริงในกรณีใดกรณีหนึ่ง และกฎหมายสมมติให้ถือว่าเป็นไปตามผลลัพธ์ที่กฎหมายกำหนดสถานะไว้ชัดเจนสำหรับข้อเท็จจริงนั้น



รูปที่ 10 แผนภาพแสดงลักษณะของบทสมมติ

จากลักษณะของบทสมมติ ข้อเท็จจริงในส่วนของเงื่อนไขตามบทบัญญัติกฎหมายจึงควรจะต้องเป็นข้อเท็จจริงที่แน่นอนตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ มิฉะนั้น หากมีการเทียบเคียงเพื่อให้เข้ากับข้อเท็จจริงที่เป็นเงื่อนไขตามบทบัญญัติกฎหมายจะเป็นการขยายบริบทในบทสมมติเกินกว่าที่กฎหมายมุ่งจะประสงค์ถึง อันทำให้ผลลัพธ์ของบทสมมติที่กฎหมายให้ถือว่ามิมีสถานะทางกฎหมาย

แน่นอนถูกขยายรวมไปถึงข้อเท็จจริงที่กฎหมายมิได้บัญญัติไว้ ซึ่งเป็นเรื่องที่ไม่ควรจะทำ เช่นนี้ การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในบทสมมติจึงควรงดเว้น

5.6 การปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในบทอนุโลม

5.6.1 โครงสร้างและลักษณะของบทอนุโลม

“อนุโลม” หมายถึง การใช้แทนกันได้ตามความเหมาะสม, คล้อยตาม หรือนำมาใช้โดยอาศัยหลักการอย่างเดียวกันแต่ให้แก้ไขในรายละเอียดได้ตามควรแก่กรณี³⁴² ในทางกฎหมายบทอนุโลมจึงเป็นบทบัญญัติที่กำหนดให้มีการนำกฎเกณฑ์ในเรื่องใดเรื่องหนึ่งไปใช้กับข้อเท็จจริงอีกเรื่องหนึ่ง ด้วยเหตุที่ว่ามิลักษณะอย่างเดียวกันจึงอนุโลมนำไปปรับใช้เท่าที่จะกระทำได้ ซึ่งจำเป็นต้องพิจารณาด้วยว่าข้อเท็จจริงดังกล่าวตรงกันในสาระสำคัญหรือไม่

บทบัญญัติในบทอนุโลมมักจะปรากฏคำว่า “....โดยอนุโลม” ซึ่งจะเห็นได้ว่าบทบัญญัติประเภทนี้จะไม่มีหลักเกณฑ์เป็นของตัวเอง จะต้องอ้างอิงบทบัญญัติในเรื่องอื่นเพื่อนำมาบังคับใช้โดยอนุโลม³⁴³ ตัวอย่างเช่น เรื่องละเมิดมาตรา 427 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บัญญัติว่า “บทบัญญัติในมาตราทั้งสองก่อนนั้น ท่านให้ใช้บังคับแก่ตัวการและตัวแทนด้วยโดยอนุโลม” หรือเรื่องทรัพย์มาตรา 1302 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บัญญัติว่า “บทบัญญัติแห่งสามมาตราก่อนนี้ ท่านให้ใช้บังคับถึงเรือกำปั่น หรือเรือมีระวางตั้งแต่หกตันขึ้นไป เรือกลไฟ หรือเรือยนต์ มีระวางตั้งแต่ห้าตันขึ้นไป ทั้งแพและสัตว์พาหนะด้วยโดยอนุโลม” เป็นต้น

นอกจากนั้น การอนุโลมยังอาจเป็นกรณีที่กฎหมายทั้งสองระบบมีความคล้ายคลึงกันหรือใกล้เคียงกันระดับหนึ่ง โดยผู้ร่างกฎหมายหรือฝ่ายนิติบัญญัติต้องการเปิดโอกาสให้ผู้ใช้อกฎหมายสามารถนำบทบัญญัติที่ปรากฏในกฎหมายแพ่งมาปรับใช้ให้เข้ากับระบบกฎหมายปกครองได้เท่าที่กฎหมายทั้งสองระบบนั้นไม่ได้มีความขัดแย้งกันด้วย³⁴⁴

³⁴² ราชบัณฑิตยสถาน, พจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554 เฉลิมพระเกียรติพระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัว เนื่องในโอกาสพระราชพิธีมหามงคลเฉลิมพระชนมพรรษา 7 รอบ 5 ธันวาคม 2554 หน้า 1371.

³⁴³ สมยศ เชื้อไทย, คำอธิบายวิชากฎหมายแพ่ง : หลักทั่วไป, หน้า 141.

³⁴⁴ มานิตย์ วงศ์เสรี, นิติวีธี การใช้และการตีความกฎหมาย : ศึกษาเปรียบเทียบระบบกฎหมายไทยและระบบกฎหมายเยอรมัน, หน้า 373-374.

5.6.2 ข้อพิจารณาเกี่ยวข้องกับการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง ในบทอนุโลม

ตัวอย่าง พิจารณาทบทบัญญัติกฎหมายเรื่องทรัพย์สิน มาตรา 1314 วรรคหนึ่ง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บัญญัติว่า “ท่านให้ใช้บทบัญญัติมาตรา 1310, 1311 และ 1313 บังคับตลอดถึงการก่อสร้างใดๆ ซึ่งติดที่ดินและการเพาะปลูกต้นไม้หรือธัญชาติด้วยโดยอนุโลม”

มาตรา 1310 วรรคหนึ่ง ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บัญญัติว่า “บุคคลใดสร้างโรงเรือนในที่ดินของผู้อื่นโดยสุจริตไซ้ท่านว่าเจ้าของที่ดินเป็นเจ้าของโรงเรือนนั้นๆ แต่ต้องใช้ค่าแห่งที่ดินเพียงที่เพิ่มขึ้นเพราะสร้างโรงเรือนนั้นให้แก่ผู้สร้าง” วรรคสอง “แต่ถ้าเจ้าของที่ดินสามารถแสดงได้ว่า มิได้มีความประมาทเลินเล่อจะบอกปิดไม่ยอมรับโรงเรือนนั้นและเรียกให้ผู้สร้างรื้อถอนไป และทำที่ดินให้เป็นตามเดิมก็ได้ เว้นไว้แต่ถ้าการนี้จะทำไม่ได้โดยใช้เงินพอควรไซ้ ท่านว่าเจ้าของที่ดินจะเรียกให้ผู้สร้างซื้อที่ดินทั้งหมดหรือแต่บางส่วนตามราคาตลาดก็ได้”

มาตรา 1311 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บัญญัติว่า “บุคคลใดสร้างโรงเรือนในที่ดินของผู้อื่นโดยไม่สุจริตไซ้ ท่านว่าบุคคลนั้นต้องทำที่ดินให้เป็นตามเดิมแล้วส่งคืนเจ้าของ เว้นแต่เจ้าของจะเลือกให้ส่งคืนตามที่เป็นอยู่ ในกรณีเช่นนี้เจ้าของที่ดินต้องใช้ราคาโรงเรือนหรือใช้ค่าแห่งที่ดินเพียงที่เพิ่มขึ้นเพราะสร้างโรงเรือนนั้น แล้วแต่จะเลือก”

มาตรา 1313 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บัญญัติว่า “ถ้าผู้เป็นเจ้าของที่ดินโดยมีเงื่อนไขสร้างโรงเรือนในที่ดินนั้น และภายหลังที่ดินตกเป็นของบุคคลอื่นตามเงื่อนไขไซ้ ท่านให้นำบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายนี้ว่าด้วยลาภมิควรได้มาใช้บังคับ”

กรณีปัญหาว่าการอนุโลมกับการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งเป็นอย่างเดียวกันหรือไม่

พิจารณาได้ว่า การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งเป็นกรณีของการอุดช่องว่างแห่งกฎหมาย เกิดขึ้นเนื่องจากความบกพร่องหรือความไม่สมบูรณ์ของบทบัญญัติกฎหมายลายลักษณ์อักษร แต่กรณีนี้ผู้ร่างกฎหมายกำหนดไว้อย่างชัดเจนว่าให้นำกฎหมายใดมาใช้โดยอนุโลม เช่น มาตรา 1314 วรรคหนึ่ง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ให้ใช้บทบัญญัติมาตรา 1310, 1311 และ

1313 บังคับตลอดถึงการก่อสร้างใดๆ ซึ่งติดที่ดินและการเพาะปลูกต้นไม้หรือธัญชาติด้วยโดยอนุโลม มีลักษณะเป็นการที่ผู้ร่างกฎหมายหรือฝ่ายนิติบัญญัติสามารถคาดการณ์และกำหนดวิธีการแก้ไข ปัญหาในเรื่องดังกล่าว โดยบัญญัติไว้อย่างชัดเจนแล้วสำหรับการก่อสร้างใดๆ ซึ่งติดที่ดินและการ เพาะปลูกต้นไม้หรือธัญชาติว่ามีลักษณะคล้ายคลึงพออนุโลมได้กับการสร้างโรงเรือนในที่ดิน เช่นนี้ กฎหมายจึงบัญญัติให้นำมาตรา 1310, 1311 และ 1313 มาใช้โดยอนุโลม

ดังนั้น การอนุโลมกับการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งจึงไม่ใช่อย่างเดียวกัน การอนุโลมยังเป็นการนำบทบัญญัติที่กฎหมายบัญญัติไว้สำหรับเรื่องหนึ่งมาใช้เท่าที่สามารถจะใช้ได้ หรือเข้าได้กับอีกเรื่องหนึ่งเท่านั้น โดยไม่จำเป็นต้องนำมาใช้ทั้งหมด ซึ่งการที่กฎหมายอนุโลมเป็นการปรับ ใช้กฎหมาย มิใช่การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งที่เป็นกรณีที่ไม่มีบทกฎหมายมาปรับใช้ แก่ข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น เพื่อเทียบเคียงอุดช่องว่างแห่งกฎหมายที่แท้จริงแต่อย่างใด³⁴⁵

ทั้งนี้ การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งอาจมีการเทียบเคียงได้ในบทอนุโลม ตาม นัยคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2743/2541 ซึ่งได้กล่าวมาแล้วเบื้องต้นในบทที่ 4 หัวข้อ 4.3.1.2 คำพิพากษาของศาลว่าด้วยการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในประมวล กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งศาลได้ปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งตามมาตรา 1314 ประกอบมาตรา 1310 ในกรณีที่สิ่งปลูกสร้างลูก้าเข้าไปในที่ดินของบุคคลอื่นโดยสุจริต โดย อาศัยการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง คือ มาตรา 1314 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและ พณิชย์ ซึ่งกำหนดให้ใช้บทบัญญัติมาตรา 1310 บังคับตลอดถึงการก่อสร้างใดๆ ซึ่งติดที่ดินด้วย โดย เทียบเคียงมาตรา 1310 ไปถึงการก่อสร้างสิ่งปลูกสร้างที่รุกล้ำในที่ดินของผู้อื่นโดยสุจริตตาม ข้อเท็จจริงในคดีที่เกิดขึ้น

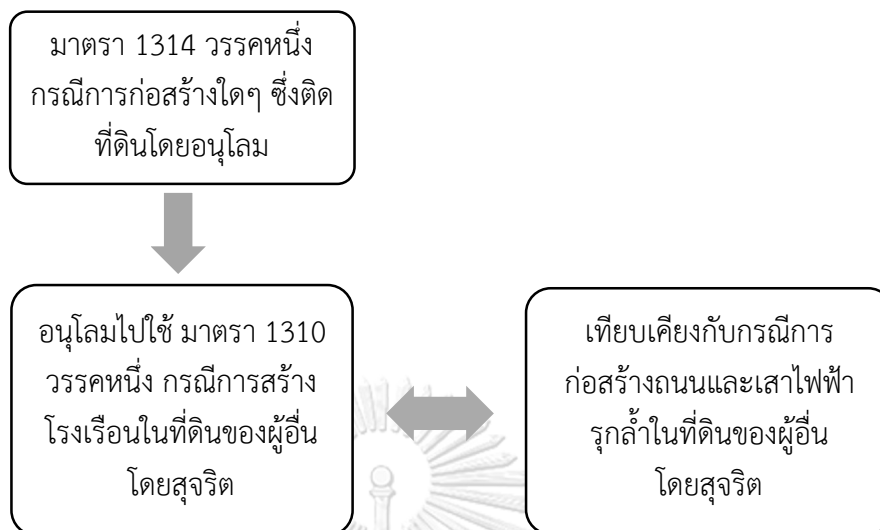
เมื่อพิจารณาจากข้อเท็จจริง จำเลยที่ 1 ทำการปรับปรุงถนนบนที่ดินที่ ส. อุทิศเป็น สาธารณประโยชน์โดยก่อสร้างเป็นถนนคอนกรีตเสริมเหล็ก และการก่อสร้างรุกล้ำเข้าไปในที่ดินของ โจทก์ตลอดแนวเขตเป็นเนื้อที่ประมาณ 15 ตารางวา และจำเลยที่ 3 ได้ปักเสาพาดสายไฟฟ้ารุกล้ำ ที่ดินของโจทก์ตามแนวขอบถนนจำนวน 4 ต้น โดยมี ส. เจ้าของที่ดินชี้แนวเขตในการสร้างถนน และ โจทก์รู้เห็นการก่อสร้าง ทั้งโจทก์และ ส. ก็ยังเข้าใจว่าไม่ได้รุกล้ำที่ดินของโจทก์ การกระทำของจำเลย

³⁴⁵ ศันสน์ภรณ์ โสทธิพันธุ์, คำอธิบายหลักพื้นฐานของกฎหมายเอกชน, หน้า 194.

ที่ 1 และที่ 3 จึงมิได้กระทำโดยเจตนาหรือประมาทเลินเล่อ ไม่เป็นการละเมิด แต่เป็นการก่อสร้างสิ่งปลูกสร้างรุกล้ำในที่ดินของผู้อื่นโดยสุจริต

เมื่อสิ่งที่ยื่นที่ 1 และที่ 3 ปลูกสร้างในที่ดินของโจทก์มิใช่โรงเรือน แต่เป็นถนนและเสาไฟฟ้าอันเป็นสาธารณูปโภคสำหรับประชาชนใช้ร่วมกัน แม้จำเลยที่ 1 และที่ 3 ปลูกสร้างรุกล้ำที่ดินของโจทก์โดยสุจริต กรณีก็ไม่อาจนำมาตรา 1312 ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาใช้บังคับได้ เพราะมาตรา 1312 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เป็นกรณีการสร้างโรงเรือนรุกล้ำเข้าไปในที่ดินของผู้อื่น

ทั้งนี้ ในมาตรา 1314 วรรคหนึ่ง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ให้ใช้บทบัญญัติมาตรา 1310, 1311 และ 1313 บังคับตลอดถึงการก่อสร้างใดๆ ซึ่งติดที่ดินและการเพาะปลูกต้นไม้หรือธัญชาติด้วยโดยอนุโลม เช่นนี้ การก่อสร้างถนนและเสาไฟฟ้าจึงอยู่ภายใต้บังคับของมาตรา 1314 วรรคหนึ่ง ที่เป็นบทอนุโลม แต่เมื่อเป็นกรณีการก่อสร้างสิ่งปลูกสร้างรุกล้ำในที่ดินของผู้อื่นโดยสุจริต จึงไม่สามารถปรับใช้มาตรา 1310 วรรคหนึ่ง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ได้โดยตรง ซึ่งมาตรา 1310 วรรคหนึ่ง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เป็นกรณีการสร้างโรงเรือนในที่ดินของผู้อื่นโดยสุจริต มิใช่การก่อสร้างที่รุกล้ำในที่ดินของผู้อื่น จึงเป็นกรณีที่ไม่มียกเว้นบทบัญญัติกฎหมายบัญญัติไว้โดยตรง เกิดเป็นช่องว่างแห่งกฎหมายที่จำต้องอาศัยวิธีในการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง



รูปที่ 11 แผนภาพแสดงการพิจารณาตัวอย่างที่เกี่ยวข้องเนื่องกับการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมาย
ที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในบทอนุโลม

ดังนั้น เมื่อไม่มีบทกฎหมายใดบัญญัติไว้โดยตรง จึงอาศัยเทียบบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่าง
ยิ่ง คือ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1314 วรรคหนึ่ง ซึ่งกำหนดให้ใช้บทบัญญัติมาตรา
1310 บังคับตลอดถึงการก่อสร้างใดๆ ซึ่งติดที่ดินด้วย และเมื่อสิ่งปลูกสร้างคดีนี้เป็นสาธารณูปโภค
สำหรับประชาชนใช้ร่วมกันซึ่งโจทก์ไม่อาจเป็นเจ้าของได้ โจทก์จึงคงมีสิทธิเพียงเรียกให้จำเลยที่ 1
และที่ 3 ชื้อที่ดินนั้นตามราคาตลาดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1310 วรรคสอง

จะเห็นได้ว่า จากคำพิพากษาของศาลฎีกาดังกล่าว มีการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่
ใกล้เคียงอย่างยิ่งโดยมีความเกี่ยวข้องกับบทอนุโลม ซึ่งผู้วิจัยก็เห็นพ้องตามคำพิพากษาของศาล
เช่นกัน เพราะเมื่อการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งเป็นการอุดช่องว่างแห่งกฎหมาย โดย
ข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในคดี ไม่มีบทบัญญัติกฎหมายที่จะมาใช้บังคับได้ แต่เมื่อสามารถปรับได้กับ
บทบัญญัติกฎหมายเรื่องใดเรื่องหนึ่ง ซึ่งบทบัญญัติกฎหมายเรื่องนั้นไม่มีกฎเกณฑ์เป็นของตัวเอง จึงไป
ใช้บทบัญญัติกฎหมายเรื่องอื่น และบทบัญญัติกฎหมายเรื่องอื่นก็มีความใกล้เคียงกับข้อเท็จจริงที่
เกิดขึ้น ดังนั้น จึงควรที่จะนำนิติวิธีในการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งมาปรับใช้เพื่อ
อุดช่องว่างแห่งกฎหมายได้ แต่กระนั้น ผู้วิจัยก็เห็นว่า การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง

ในกรณีเช่นนี้ ควรจะต้องระมัดระวังมิให้กระทบกระเทือนกับกฎเกณฑ์ของบทบัญญัติกฎหมายตามที่บทอนุโลมได้อนุโลมไปใช้ด้วย และการอนุโลมจะสามารถอนุโลมไปใช้เท่าที่จะใช้ได้เท่านั้น

5.7 การปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในบทกฎหมายยุติธรรม

5.7.1 โครงสร้างและลักษณะของบทกฎหมายยุติธรรม

บทกฎหมายยุติธรรม (jus aequum) ในกรณีที่บทบัญญัติแห่งกฎหมายใดมิได้กำหนดข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบส่วนเหตุและผลทางกฎหมายไว้อย่างชัดเจน โดยผู้ใช้ผู้ตีความกฎหมายจำเป็นต้องใช้ดุลพินิจประกอบเพื่อเพิ่มเติมเสริมแต่งเนื้อหาของบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นให้เป็นธรรมและเหมาะสมกับพฤติการณ์แห่งคดีตามกาลสมัย บทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นเป็นบทกฎหมายยุติธรรม³⁴⁶ ซึ่งความยืดหยุ่นของบทกฎหมายยุติธรรมอาจอยู่ที่องค์ประกอบของกฎหมายหรืออยู่ที่ผลของกฎหมายก็ได้ โดยกฎหมายที่เป็นบทยุติธรรมจะมีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับศีลธรรม ความถูกต้องเป็นธรรม และความรู้สึกผิดชอบชั่วดีของสังคม³⁴⁷

ในระบบกฎหมายเยอรมันยอมรับกันว่า บทกฎหมายที่เป็นบทยุติธรรมย่อมมีฐานะเหนือกว่าบทกฎหมายอื่น และการปรับบทกฎหมายด้วยบทยุติธรรมก็เพื่อทำให้กฎหมายไม่เคร่งครัดเกินไป โดยการปรับใช้บทกฎหมายยุติธรรมก็ต้องปรับให้สอดคล้องกับเหตุผลและความมุ่งหมายของกฎหมายนั้นด้วย³⁴⁸ ซึ่งในบทกฎหมายยุติธรรมจะมีลักษณะการบัญญัติกฎหมายไว้อย่างหลวมๆ โดยใช้คำศัพท์ทางกฎหมายที่มีความหมายกว้างๆ

ทั้งนี้ บทกฎหมายยุติธรรมมักจะบัญญัติในรูปบทบัญญัติที่เป็นคำศัพท์ทางกฎหมาย (Legal Concepts) เช่น “ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน” ตามมาตรา 150 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ที่บัญญัติว่า “การใดมีวัตถุประสงค์เป็นการต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมายเป็นการพันวิสัยหรือเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน การนั้นเป็นโมฆะ” ซึ่งต้องพิจารณาว่าความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนมีลักษณะอย่างไร กฎหมายใดบ้างที่เป็นกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน

³⁴⁶ ปรีดี เกษมทรัพย์, *กฎหมายแพ่ง : หลักทั่วไป*, หน้า 53-54.

³⁴⁷ van Zyl, "Justice in Roman Law and Legal Thought," *De Jure* 23, 1 (1990).

³⁴⁸ กิตติศักดิ์ ปรกติ, *ความเป็นมาและหลักการใช้นิติวิธีในระบบซีวิลลอว์และคอมมอนลอว์*, หน้า 53-54.

นอกจากนี้ บทกฎหมายยุติธรรมยังบัญญัติในรูปบทบัญญัติที่เป็นมาตรฐาน (Standard) ตัวอย่าง “การเปรียบเทียบกับมาตรฐาน” เช่น มาตรา 659 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บัญญัติว่า “ถ้าการรับฝากทรัพย์สินเป็นการทำให้เปล่าไม่มีบำเหน็จไซ้ร ทำนว่าผู้รับฝากจำต้องใช้ความระมัดระวังสงวนทรัพย์สินซึ่งฝากนั้นเหมือนเช่นเคยประพฤตินในกิจการของตนเอง” วรรคสอง “ถ้าการรับฝากทรัพย์สินนั้นมีบำเหน็จค่าฝาก ทำนว่าผู้รับฝากจำต้องใช้ความระมัดระวังและใช้ฝีมือ เพื่อสงวนทรัพย์สินนั้นเหมือนเช่นวิญญูชนจะพึงประพฤดิโดยพฤติการณ์ตั้งนั้น ทั้งนี้ยอมรวมทั้งการใช้ฝีมืออันพิเศษเฉพาะการในที่จะพึงใช้ฝีมือเช่นนั้นด้วย” และวรรคท้าย “ถ้าและผู้รับฝากเป็นผู้มิวิชาชีพเฉพาะกิจการค้าขายหรืออาชีพอย่างหนึ่งอย่างใด ก็จำต้องใช้ความระมัดระวังและใช้ฝีมือเท่าที่เป็นธรรมดาจะต้องใช้และสมควรจะต้องใช้ในกิจการค้าขายหรืออาชีพอย่างนั้น”

ตัวอย่าง “เรื่องการใช้ความระมัดระวังตามสมควร” เช่น มาตรา 430 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บัญญัติว่า “ครูบาอาจารย์ นายจ้าง หรือบุคคลอื่นซึ่งรับดูแลบุคคลผู้ไร้ความสามารถอยู่เป็นนิตย์ก็ดี ชั่วคราวก็ดี จำต้องรับผิดชอบร่วมกับผู้ไร้ความสามารถในการละเมิด ซึ่งเขาได้กระทำลงในระหว่างที่อยู่ในความดูแลของตน ถ้าหากพิสูจน์ได้ว่าบุคคลนั้น ๆ มิได้ใช้ความระมัดระวังตามสมควร”

ตัวอย่าง “การพิจารณาการสมแก่ฐานานุรูปแห่งตน” ตามมาตรา 24 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บัญญัติว่า “ผู้เยาว์อาจทำการใดๆ ได้ทั้งสิ้น ซึ่งเป็นการสมแก่ฐานานุรูปแห่งตนและเป็น การอันจำเป็นในการดำรงชีพตามสมควร”

อีกทั้ง บทกฎหมายยุติธรรมยังบัญญัติในรูปบทบัญญัติที่เป็นหลักการ (Principles) ตัวอย่างเช่น “หลักสุจริต” ตามมาตรา 5 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ที่บัญญัติว่า “ในการใช้สิทธิแห่งตนก็ดี ในการชำระหนี้ก็ดี บุคคลทุกคนต้องกระทำโดยสุจริต” หรือ “หลักการใช้สิทธิอันมิชอบ (Abuse of right)” ตามมาตรา 421 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ที่บัญญัติว่า “การใช้สิทธิซึ่งมีแต่จะให้เกิดเสียหายแก่บุคคลอื่นนั้น ทำนว่าเป็นการอันมิชอบด้วยกฎหมาย” เป็นต้น

5.7.2 ข้อพิจารณาเกี่ยวข้องกับการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง ในบทกฎหมายยุติธรรม

ตัวอย่าง พิจารณาทบทวนบทกฎหมายยุติธรรมในบทบัญญัติที่เป็นมาตรฐาน (Standard) กรณีการสมแก้ฐานานุกรมแห่งตนและเป็นการอันจำเป็นในการดำรงชีพตามสมควร ในบทบัญญัติมาตรา 24 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ที่บัญญัติว่า “ผู้เยาว์อาจทำการใดๆ ได้ทั้งสิ้น ซึ่งเป็นการสมแก้ฐานานุกรมแห่งตนและเป็นการอันจำเป็นในการดำรงชีพตามสมควร” ซึ่งคำว่า “สมแก้ฐานานุกรมแห่งตน” และคำว่า “จำเป็นในการดำรงชีพตามสมควร” เป็นคำที่ใช้กฎหมายสามารถใช้ดุลพินิจปรุงแต่งให้เหมาะสมกับพฤติการณ์ได้

ทั้งนี้ “การสมแก้ฐานานุกรมแห่งตนและเป็นการอันจำเป็นในการดำรงชีพตามสมควร” ตามบทบัญญัติมาตรา 24 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ จะมีความหมายกว้างเพียงใด และเมื่อบทกฎหมายยุติธรรมที่เป็นบทบัญญัติที่สามารถปรับใช้ดุลพินิจได้อย่างกว้างแล้ว จะเกิดช่องว่างแห่งกฎหมายในบทกฎหมายยุติธรรมที่จำต้องอาศัยการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งเข้ามาอุดช่องว่างแห่งกฎหมายอีกหรือไม่



รูปที่ 12 แผนภาพแสดงการพิจารณาตัวอย่างที่เกี่ยวข้องกับการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในบทกฎหมายยุติธรรม

สำหรับ “การสมแก้ฐานานุกรมแห่งตน” คือ สมแก้ฐานะทางการเงินและฐานะทางสังคมของผู้เยาว์ เช่น ผู้เยาว์มีฐานะและรายได้เพียงพอที่จะซื้อรถจักรยานยนต์สำหรับเป็นพาหนะใช้ไปโรงเรียน อาจถือได้ว่าการมียานพาหนะเพื่อใช้ไปโรงเรียนเป็นการสมแก้ฐานานุกรมแห่งตนและเป็นการอันจำเป็นในการดำรงชีพตามสมควร ทั้งนี้ การจะพิจารณาว่าสมแก้ฐานานุกรมแห่งตนหรือไม่ ต้องพิจารณาเป็นรายกรณีไป โดยอาจเทียบเอาจากบุคคลทั่วไปซึ่งมีฐานะทางสังคมและเศรษฐกิจระดับเดียวกันกับผู้เยาว์ว่าจะพึงมีใช้หรือไม่³⁴⁹

ส่วน “การจำเป็นในการดำรงชีพตามสมควร” เช่น ปัจจัย 4 ได้แก่ อาหาร เครื่องนุ่งห่ม ที่อยู่ อาศัย ยารักษาโรค และนอกเหนือจากนั้นอาจเป็นปัจจัยที่จำเป็นในการดำรงชีวิตในชุมชน เช่น การทำงาน การศึกษา หรือการสมาคม โดยไม่จำกัดเฉพาะการดำรงชีพเพื่อการมีชีวิตรอดเท่านั้น ความหมายของการอันจำเป็นในการดำรงชีพนี้จึงควรตีความอย่างกว้างมิใช่ตีความหมายอย่างแคบ³⁵⁰

ในการพิจารณาการสมแก้ฐานานุกรมแห่งตนและการอันจำเป็นในการดำรงชีพตามสมควรจึงเป็นเรื่องของการใช้การตีความกฎหมาย โดยพิจารณาว่าสิ่งใดเหมาะสมและสอดคล้องกับปัจจัยแวดล้อมในชีวิตของผู้เยาว์ โดยบทกฎหมายยุติธรรมนั้น เมื่อผู้ใช้กฎหมายสามารถใช้ดุลพินิจโดยพิเคราะห์ถึงมาตรฐาน ความเหมาะสม ความรู้สึกทางศีลธรรมของสังคม ผลในการปรับใช้กฎหมายจึงเป็นไปอย่างสอดคล้องกับพฤติการณ์เฉพาะคดี รวมถึง บทกฎหมายยุติธรรมนั้นเอื้ออำนวยต่อการปรับใช้กฎหมายกับข้อเท็จจริงทางสังคมที่เปลี่ยนแปลงไปตามกาลสมัยต่างๆ ด้วย แต่ในทางกลับกัน บทบัญญัติที่เป็นกฎหมายยุติธรรมนี้จะขาดความชัดเจนแน่นอน จึงอาจเกิดปัญหาในเรื่องการใช้ดุลพินิจเช่นกัน

ทั้งนี้ เมื่อการใช้การตีความบทกฎหมายยุติธรรมเป็นเรื่องที่ผู้ใช้กฎหมายสามารถปรับใช้ดุลพินิจได้อย่างกว้างแล้ว ผู้วิจัยจึงเห็นว่า ช่องว่างแห่งกฎหมายในบทกฎหมายยุติธรรม โดยพิจารณาในส่วนของ การบัญญัติบทยุติธรรม ไม่ว่าจะ เป็นในรูปคำศัพท์ทางกฎหมาย (Legal Concepts) บทมาตรฐาน (Standard) และหลักการ (Principles) จะไม่เกิดเป็นปัญหาช่องว่างแห่งกฎหมายที่ไม่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายมาปรับใช้แก่ข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น ที่จำต้องอาศัยการเทียบเคียงบทกฎหมายที่

³⁴⁹ กิตติศักดิ์ ปรกติ, หลักกฎหมายบุคคล, พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2553), หน้า 80.

³⁵⁰ เรื่องเดียวกัน, หน้า 78-79.

ใกล้เคียงอย่างยิ่งเข้ามาอุดช่องว่างในส่วนของคำศัพท์ทางกฎหมาย (Legal Concepts) บทมาตรฐาน (Standard) และหลักการ (Principles) ของกฎหมายนั้นอีก

อย่างไรก็ตาม การพิจารณาการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในบทกฎหมาย ยุติธรรมตามที่ได้กล่าวมานี้ เป็นการพิจารณาในส่วนของคำศัพท์ทางกฎหมาย (Legal Concepts) บทมาตรฐาน (Standard) และหลักการ (Principles) ในเบื้องต้นเท่านั้น โดยมีได้พิเคราะห์ถึงการเทียบเคียงในเนื้อหาส่วนอื่นๆ ของบทบัญญัติกฎหมายนั้น ซึ่งก็อาจเกิดการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในกฎหมายนั้นกับข้อเท็จจริงส่วนอื่นๆ หรือกฎหมายฉบับอื่นๆ ก็อาจเทียบเคียงมาใช้ บทกฎหมายยุติธรรมนี้

5.8 การปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในบทกฎหมายเคร่งครัด

5.8.1 โครงสร้างและลักษณะของบทกฎหมายเคร่งครัด

บทกฎหมายเคร่งครัด (jus strictum) ในกรณีที่บทบัญญัติแห่งกฎหมายใดกำหนดข้อเท็จจริง อันเป็นองค์ประกอบส่วนเหตุและผลทางกฎหมายไว้ชัดเจน โดยผู้ใช้ผู้ตีความกฎหมายไม่สามารถใช้ดุลพินิจเพิ่มเติมเสริมแต่งเนื้อหาของบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นให้เป็นอย่างอื่นได้ กฎหมายนั้นเป็น บทกฎหมายเคร่งครัด ซึ่งมีลักษณะเป็นกฎเกณฑ์ (Rule) บังคับไว้แน่นอนตายตัว ผู้ใช้กฎหมายจึงต้องตีความหรือใช้กฎหมายตามความที่บัญญัติไว้อย่างแจ่มชัดแล้วนั้น³⁵¹

บทกฎหมายที่บัญญัติให้เป็นบทเคร่งครัดจะมีข้อดีที่ว่า กฎหมายนั้นมีความชัดเจนแน่นอน ไม่จำเป็นต้องมีการโต้เถียงขัดแย้งกันในเนื้อหาของกฎหมายอีก³⁵² อันสอดคล้องกับอุดมคติที่ว่า กฎหมาย ต้องให้ผู้อ่านเข้าใจได้ง่ายและมีความชัดเจนเพื่อให้ผู้อยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายสามารถรับรู้ถึงสิทธิ และหน้าที่ของตนเองได้ ซึ่งเป็นข้อดีของบทกฎหมายเคร่งครัด แต่ในทางตรงกันข้าม บทกฎหมายเคร่งครัดจะไม่มีคามยืดหยุ่น ผลของการปรับใช้กฎหมายประเภทนี้จึงอาจไม่เหมาะสมกับพฤติการณ์ เฉพาะคดี หรืออาจไม่สอดคล้องกับข้อเท็จจริงที่เปลี่ยนแปลงไปตามกาลสมัย

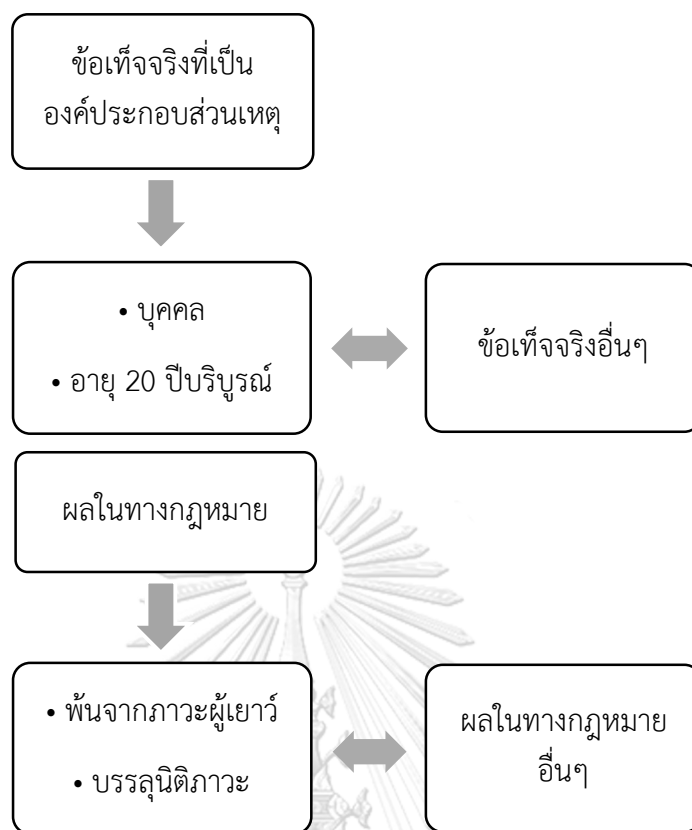
³⁵¹ ปรีดี เกษมทรัพย์, *กฎหมายแพ่ง : หลักทั่วไป*, หน้า 53.

³⁵² USLEGAL, "Jus Strictum Law and Legal Definition," [Online] Accessed: 2 October 2020. Available from: <https://definitions.uslegal.com/j/jus-strictum/>

5.8.2 ข้อพิจารณาเกี่ยวข้องกับการใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง ในบทกฎหมายเคร่งครัด

ตัวอย่าง พิจารณาทบบัญญัติของกฎหมายมาตรา 19 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บัญญัติว่า “บุคคลย่อมพ้นจากภาวะผู้เยาว์และบรรลุนิติภาวะเมื่อมีอายุยี่สิบปีบริบูรณ์” เช่นนี้ เมื่อพิจารณาโครงสร้างของบทบัญญัติของกฎหมายลายลักษณ์อักษรจะประกอบไปด้วย 2 ส่วน กล่าวคือ ส่วนแรก ข้อเท็จจริงที่เป็นองค์ประกอบที่เป็นส่วนเหตุ และส่วนที่สอง ผลในทางกฎหมายหรือส่วนที่เป็นผล ดังนั้น ตามบทบัญญัติมาตรา 19 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ จึงอาจพิจารณาได้ว่า บุคคลเมื่อมีอายุยี่สิบปีบริบูรณ์ ย่อมพ้นจากภาวะผู้เยาว์และบรรลุนิติภาวะ โดยข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบส่วนเหตุ คือ (1) เป็นบุคคล (2) อายุ 20 ปีบริบูรณ์ และผลในทางกฎหมาย คือ พ้นจากภาวะผู้เยาว์และบรรลุนิติภาวะ เช่นนี้ เมื่อเข้าข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบส่วนเหตุแล้ว ผลในทางกฎหมายตามบทบัญญัติของกฎหมายดังกล่าวย่อมเกิดขึ้น

การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งกับข้อเท็จจริงที่เป็นองค์ประกอบส่วนเหตุ หรือ การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งกับส่วนผลในทางกฎหมาย ในบทกฎหมายเคร่งครัดจะกระทำได้หรือไม่



รูปที่ 13 แผนภาพแสดงการพิจารณาตัวอย่างที่เกี่ยวข้องเกี่ยวกับการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในบทกฎหมายเคร่งครัด

ทั้งนี้ บทกฎหมายเคร่งครัดเป็นบทกฎหมายที่กำหนดข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบส่วนเหตุ และผลทางกฎหมายไว้อย่างชัดเจนแล้ว ตามมาตรา 19 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบส่วนเหตุ คือ บุคคลที่มีอายุ 20 ปีบริบูรณ์ จึงไม่สามารถเทียบเคียงให้เป็นอย่างอื่นได้ และผลในทางกฎหมาย คือ พ้นจากภาวะผู้เยาว์และบรรลุนิติภาวะ ซึ่งเมื่อกฎหมายบัญญัติผลไว้แล้ว หากเข้าข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบส่วนเหตุ ผลในทางกฎหมายก็ย่อมเกิดขึ้น ผู้ใช้กฎหมายจึงไม่สามารถใช้ดุลพินิจเพิ่มเติมเสริมแต่งเนื้อหาของบทบัญญัติแห่งกฎหมายให้เป็นอย่างอื่นได้ ดังนั้น เมื่อบทกฎหมายเคร่งครัดมีลักษณะเป็นกฎเกณฑ์ (Rule) บังคับไว้แน่นอนตายตัว การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในบทกฎหมายเคร่งครัด ไม่ว่าจะเป็นการเทียบเคียงกับข้อเท็จจริงที่เป็นองค์ประกอบส่วนเหตุ หรือการเทียบเคียงกับส่วนผลในทางกฎหมาย จึงเห็นว่าจะไม่สามารถกระทำได้

5.9 การปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในบทกฎหมายบังคับตายตัว

5.9.1 โครงสร้างและลักษณะของบทกฎหมายบังคับตายตัว

บทกฎหมายบังคับตายตัว (jus cogens) หมายถึง บทกฎหมายที่เอกชนไม่อาจตกลงยกเว้นให้เป็นอย่างอื่นได้ กล่าวคือ ในกรณีที่บทกฎหมายบางเรื่องเมื่อกฎหมายได้บัญญัติไว้อย่างใดอย่างหนึ่งแล้ว เอกชนจะตกลงยินยอมกันระหว่างคู่กรณีทุกฝ่ายให้เป็นอย่างอื่นไม่ได้ บทกฎหมายประเภทนี้เรียกว่า บทกฎหมายบังคับตายตัว อันมีลักษณะเป็นการจำกัดขอบเขตการตกลงของเอกชน³⁵³

ตัวอย่างบทกฎหมายบังคับตายตัว ได้แก่ กฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน โดยในกฎหมายเอกชนที่ถือว่าเป็นกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน เช่น กฎหมายที่กำหนดให้ต้องกระทำความผิดกรรมตามแบบพิธี กฎหมายที่บัญญัติขึ้นเพื่อสาธารณประโยชน์ กฎหมายที่บัญญัติเพื่อคุ้มครองบุคคลภายนอก กฎหมายที่บัญญัติขึ้นเพื่อป้องกันมิให้บุคคลกระทำการทุจริต กฎหมายที่บัญญัติขึ้นเพื่อคุ้มครองบุคคลผู้ที่อ่อนแอทางวุฒิภาวะ และกฎหมายที่บัญญัติขึ้นเพื่อศีลธรรมโดยตรง ซึ่งการฝ่าฝืนกฎหมายที่เป็นบทบังคับนี้ย่อมกระทำให้เกิดผลร้ายหรือได้รับโทษเสมอ³⁵⁴

นอกจากนี้ บทกฎหมายบังคับตายตัว (jus cogens) ยังใช้ในกฎหมายระหว่างประเทศ โดยในบางครั้งเรียกว่า “peremptory norms”³⁵⁵ เพื่อกล่าวถึงบรรทัดฐานพื้นฐานของกฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งเป็นหลักการที่อยู่เหนือกฎหมายระหว่างประเทศใดๆ โดยเป็นกฎเกณฑ์ที่ละเมิดมิได้ในกลุ่มสังคมระหว่างประเทศ และไม่สามารถเปลี่ยนแปลงได้เว้นแต่จะมีการกำหนดบรรทัดฐานอันใหม่ที่ มีรูปแบบมาตรฐานเดียวกัน ซึ่งลำดับชั้นของ jus cogens นั้นจะอยู่เหนือกว่าเมื่อเทียบกับกฎเกณฑ์อื่นๆ ทั่วไปของกฎหมาย³⁵⁶

³⁵³ ปรีดี เกษมทรัพย์, กฎหมายแพ่ง : หลักทั่วไป, หน้า 58.

³⁵⁴ หยุด แสงอุทัย แกไขปรับปรุงโดย สมยศ เชื้อไทย, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป, หน้า 76-77.

³⁵⁵ Jonathan Law and Elizabeth A. Martin, *A Dictionary of Law*, 7 ed. (New York: Oxford University Press, 2009). p.309.

³⁵⁶ Kamrul Hossain, "The Concept of Jus Cogens and the Obligation under the U.N. Charter," *Santa Clara Journal of International Law* 3, 1 (2005).

5.9.2 ข้อพิจารณาเกี่ยวข้องกับกรปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง ในบทกฎหมายบังคับตายตัว

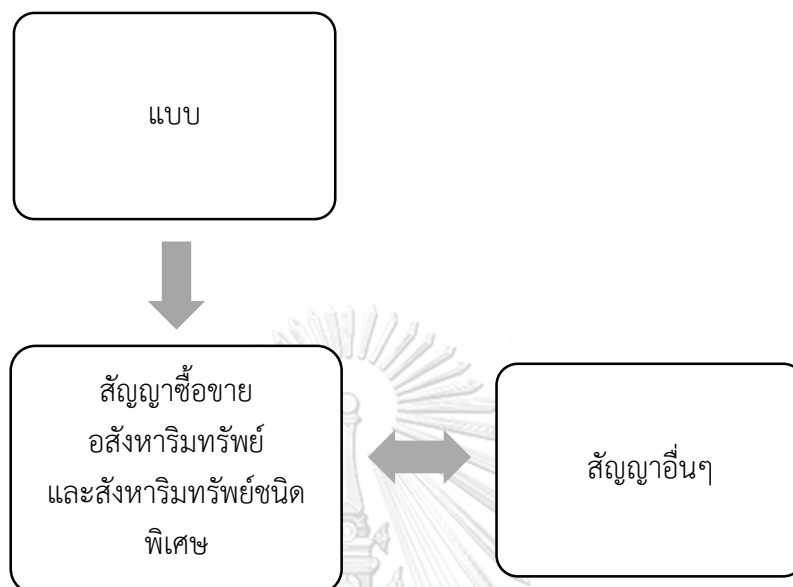
ตัวอย่าง พิจารณาทบบัญญัติกฎหมายเรื่องแบบ ตามมาตรา 152 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บัญญัติว่า “การใดมิได้ทำให้ถูกต้องตามแบบที่กฎหมายบังคับไว้ การนั้นเป็นโมฆะ”

มาตรา 456 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บัญญัติว่า “การซื้อขายสังหาริมทรัพย์ ถ้ามิได้ทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่เป็นโมฆะ วิธีนี้ให้ใช้ถึงซื้อขายเรือมีระวางตั้งแต่ห้าตันขึ้นไป ทั้งซื้อขายแพและสัตว์พาหนะด้วย” วรรคสอง “สัญญาจะขายหรือจะซื้อ หรือค้ำประกันในการซื้อขายทรัพย์สินตามที่ระบุไว้ในวรรคหนึ่ง ถ้ามิได้มีหลักฐานเป็นหนังสืออย่างหนึ่งอย่างใด ลงลายมือชื่อฝ่ายผู้ต้องรับผิดชอบ หรือได้วางประจำไว้ หรือได้ชำระหนี้บางส่วนแล้ว จะฟ้องร้องให้บังคับคดีหาได้ไม่” และวรรคท้าย “บทบัญญัติที่กล่าวมาในวรรคก่อนนี้ ให้ใช้บังคับถึงสัญญาซื้อขายสังหาริมทรัพย์ซึ่งตกลงกันเป็นราคาสองหมื่นบาท หรือกว่านั้นขึ้นไปด้วย”

ทั้งนี้ โดยหลักแล้ว ในการทำนิติกรรมสัญญาคู่สัญญาสามารถทำตกลงกันด้วยวิธีการอย่างใด ๆ ก็ได้ ไม่ว่าจะเป็นการทำสัญญาด้วยวาจา ด้วยกิริยาอาการ หรือด้วยลายลักษณ์อักษร เว้นแต่ในกรณีที่กฎหมายกำหนดบังคับไว้โดยเฉพาะดังเช่นสัญญาซื้อขายทรัพย์สินบางประเภทตามมาตรา 456 วรรคหนึ่ง ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ในกรณีการซื้อขายสังหาริมทรัพย์ การซื้อขายเรือมีระวางตั้งแต่ห้าตันขึ้นไป แพ และสัตว์พาหนะ ถ้ามิได้ทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ สัญญาซื้อขายนั้นตกเป็นโมฆะ โดยบทบัญญัติกฎหมายมาตรา 456 วรรคหนึ่ง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เป็นบทบัญญัติกฎหมายเรื่องแบบ อันแตกต่างจากบทบัญญัติกฎหมายมาตรา 456 วรรคสองและวรรคสามดังกล่าว ที่เป็นหลักฐานในการฟ้องบังคับคดี มิใช่กฎหมายที่บังคับเรื่องแบบแต่อย่างใด

ดังนั้น การที่กฎหมายกำหนดแบบของนิติกรรมสัญญาใดไว้เป็นเรื่องที่กฎหมายกำหนดบังคับตายตัวเป็นการเฉพาะ ซึ่งหากกฎหมายเรื่องใดมิได้บัญญัติถึงเรื่องแบบไว้ ก็ย่อมต้องหมายความว่านิติกรรมหรือสัญญานั้นไม่อยู่ภายใต้บังคับของเรื่องแบบ คู่สัญญาจึงสามารถแสดงเจตนาให้มีผลผูกพันกันด้วยวิธีการใดก็ได้ เช่นนี้ ย่อมถือว่าข้อพิพาทดังกล่าวมีข้อยุติโดยหลักเกณฑ์ในบทบัญญัติของ

กฎหมายแล้ว ไม่จำเป็นต้องแสวงหากฎหมายจากบ่อเกิดของกฎหมายลำดับรองตามมาตรา 4 วรรคสอง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์อีก³⁵⁷



รูปที่ 14 แผนภาพแสดงการพิจารณาตัวอย่างที่เกี่ยวข้องเนื่องกับการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในบทกฎหมายบังคับตายตัว

บทบัญญัติกฎหมายเรื่องแบบจึงมิใช่เป็นปัญหาเรื่องช่องว่างแห่งกฎหมายที่จำเป็นต้องมีการอุดช่องว่างแห่งกฎหมาย ในสัญญาอื่นๆ ที่มีได้มีกฎหมายบังคับเรื่องแบบไว้ จึงเป็นนิติกรรมสัญญาที่ไม่มีแบบ สามารถตกลงกันด้วยวิธีการใดก็ได้ ไม่จำเป็นต้องอาศัยการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งเข้ามาอุดช่องว่างแห่งกฎหมายนั้น เรื่องแบบจึงเป็นเรื่องเกี่ยวกับนิตินโยบายบางอย่างที่กฎหมายเข้ามามุ่งหมายบังคับ การใดที่มีได้ทำให้ถูกต้องตามแบบที่กฎหมายบังคับไว้ การนั้นจึงตกเป็นโมฆะ ประกอบกับมาตรา 152 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

ดังจะเห็นได้ว่า ในบทกฎหมายบังคับตายตัวมีลักษณะเป็นบทบัญญัติกฎหมายที่มุ่งหมายบังคับแก่กรณีที่กฎหมายมุ่งบัญญัติไว้ โดยมีลักษณะเป็นการจำกัดขอบเขตการตกลงของเอกชน ทั้งๆ ที่ หากไม่มีกฎหมายเรื่องแบบกำหนดไว้ เอกชนก็สามารถแสดงเจตนาตกลงกันอย่างไรก็ได้ บท

³⁵⁷ จุมพล แดงสกุล, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมาย : กฎหมาย วิชานิติศาสตร์ และนิติวิธี (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2562), หน้า 138.

กฎหมายบังคับตายตัวจึงเป็นเรื่องที่เอกชนไม่อาจตกลงยกเว้นให้เป็นอย่างอื่นได้ การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในบทกฎหมายบังคับตายตัวจึงเป็นเรื่องที่คาดหมายว่าไม่อาจกระทำได้เช่นกัน เพราะเมื่อบทบัญญัติกฎหมายได้บัญญัติถึงเนื้อหาที่กฎหมายมุ่งหมายจะบังคับแก่กรณีใดๆ ไว้โดยชัดเจนแล้ว จึงต้องควรยึดถือโดยเคร่งครัดและไม่ตกลงยกเว้นหรือปรับใช้เป็นอย่างอื่น อันจะสอดคล้องกับลักษณะของบทบัญญัติกฎหมายที่เป็นบทกฎหมายบังคับตายตัว

5.10 การปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในบทกฎหมายไม่บังคับตายตัว

5.10.1 โครงสร้างและลักษณะของบทกฎหมายไม่บังคับตายตัว

บทกฎหมายไม่บังคับตายตัว (jus dispositivum) เป็นกรณีที่บทกฎหมายเรื่องใดเรื่องหนึ่งเมื่อบัญญัติไว้อย่างใดแล้ว เอกชนจะตกลงยินยอมกันระหว่างคู่กรณีทุกฝ่ายให้เป็นอย่างอื่นได้ กล่าวคือ สามารถตกลงกันให้ผิดแผกแตกต่างไปจากที่บทบัญญัติของกฎหมายกำหนดไว้ได้ บทกฎหมายประเภทนี้ จึงเรียกว่า บทกฎหมายบังคับไม่ตายตัว ทั้งนี้ เนื่องมาจากการที่กฎหมายยอมให้เอกชนกระทำการใดๆ ได้ตามใจสมัครตามหลักอิสระในทางแพ่ง (Private Autonomy) ซึ่งการแบ่งแยกประเภทนี้เป็นการแบ่งแยกตามเนื้อหาและความมุ่งหมายของบทบัญญัติของกฎหมายที่แตกต่างกัน³⁵⁸

5.10.2 ข้อพิจารณาเกี่ยวข้องกับการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในบทกฎหมายไม่บังคับตายตัว

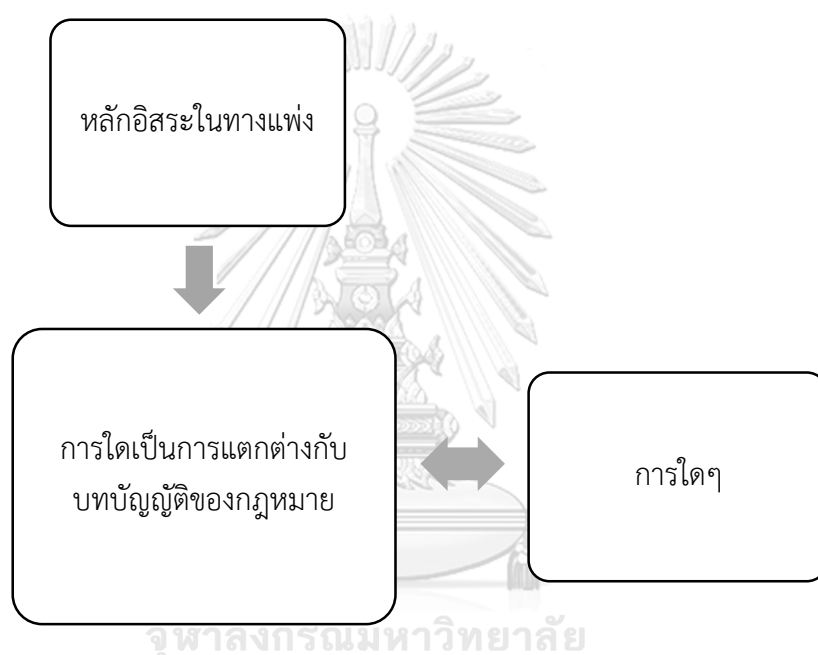
ตัวอย่าง พิจารณาทบทวนกฎหมายไม่บังคับตายตัว มาตรา 151 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บัญญัติว่า “การใดเป็นการแตกต่างกับบทบัญญัติของกฎหมาย ถ้ามิใช่กฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน การนั้นไม่เป็นโมฆะ”

ทั้งนี้ เนื่องจากโดยลักษณะของกฎหมายเอกชนจะเปิดโอกาสให้เอกชนด้วยกันสามารถตกลงสร้างความผูกพันในทางกฎหมายขึ้น ซึ่งเป็นการนำหลักอิสระในทางแพ่งมาใช้ โดยหลักอิสระในทางแพ่ง หมายถึง อิสระของเอกชนที่จะเลือกกำหนดนิติสัมพันธ์ของตนเองทั้งในเรื่องส่วนตัวและเรื่อง

³⁵⁸ ปรีดี เกษมทรัพย์, กฎหมายแพ่ง : หลักทั่วไป, หน้า 58.

ทรัพย์สินโดยอาศัยนิติกรรมเป็นเครื่องมือ ซึ่งการอาศัยนิติกรรมเป็นเครื่องมือบอกโดยนัยว่าต้องอาศัยเจตนาเป็นหัวใจสำคัญ³⁵⁹

บทบัญญัติกฎหมายมาตรา 151 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ จึงวางหลักให้บุคคลสามารถทำนิติกรรมให้แตกต่างจากบทบัญญัติของกฎหมายได้ ไม่ว่าในสวนใดๆ เช่น องค์ประกอบของนิติกรรม ทั้งเรื่องบุคคล วัตถุประสงค์ แบบ เจตนา แต่ทั้งนี้ ต้องไม่ขัดกับกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน มิฉะนั้นจะตกเป็นโมฆะ



รูปที่ 15 แผนภาพแสดงการพิจารณาตัวอย่างที่เกี่ยวข้องกับการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในบทกฎหมายไม่บังคับตายตัว

อย่างไรก็ตาม เป็นที่น่าพิจารณาว่าฐานะของหลักอิสระในทางแพ่งในระบบกฎหมายไทยเป็นเช่นใด ซึ่งหากพิจารณาบทบัญญัติมาตรา 151 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เป็นหลักอิสระในทางแพ่ง หลักอิสระในทางแพ่งดังกล่าวจะเป็นบทกฎหมายที่ถูกบัญญัติไว้เป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษร เช่นนี้ การปรับใช้หลักอิสระในทางแพ่งจึงเป็นนิติวิธีตามมาตรา 4 วรรคหนึ่ง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ แต่ในทางกลับกัน หากพิจารณาหลักอิสระในทางแพ่งเป็นหลักกฎหมาย

³⁵⁹ ศนันท์กรณ โสทธิพันธุ์, คำอธิบายนิติกรรม-สัญญา พร้อมคำอธิบายในส่วนของ พ.ร.บ. ว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 และกฎหมายใหม่ที่เกี่ยวข้อง, หน้า 27-35.

ทั่วไป การปรับใช้หลักอิสระในทางแพ่งก็จะขึ้นไปตามนิติวิธีตามมาตรา 4 วรรคสอง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ กล่าวคือ เมื่อไม่มีบทกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่จะยกมาปรับคดีได้ ให้วินิจฉัยคดีนั้นตามจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น ถ้าไม่มีจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น จึงให้วินิจฉัยคดีอาศัย การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง และถ้าไม่มีบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง ค่อยให้วินิจฉัยตามหลักกฎหมายทั่วไป

นอกจากนั้น เมื่อพิจารณาบทบัญญัติมาตรา 151 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งเป็นบทกฎหมายไม่บังคับตายตัวที่ยอมให้เอกชนตกลงกันให้ผิดแผกแตกต่างไปจากที่บัญญัติของกฎหมายกำหนดไว้ให้เป็นอย่างอื่นได้ ดังนั้น เอกชนจึงมีอิสระที่จะสร้างความผูกพันต่อกันและมีผลบังคับใช้เป็นกฎหมาย ลักษณะของบทบัญญัติมาตรา 151 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ จึงมีขอบเขตบังคับใช้อย่างกว้างขวาง ซึ่งผู้วิจัยคาดว่า จากลักษณะการบัญญัติบทกฎหมายไม่บังคับตายตัวตามมาตรา 151 นี้ จะไม่พบปัญหาช่องว่างแห่งกฎหมายตามมาอีก จึงทำให้ไม่ต้องมาพิจารณาเรื่องการอุดช่องว่างแห่งกฎหมาย

แต่กระนั้น สำหรับกรณีบทกฎหมายไม่บังคับตายตัวในเรื่องอื่นๆ เมื่อบทกฎหมายไม่บังคับตายตัวยอมให้คู่กรณีสามารถตกลงกันให้ผิดแผกแตกต่างไปจากที่บัญญัติของกฎหมายกำหนดไว้ได้ เช่นนี้ โดยลักษณะของบทกฎหมายไม่บังคับตายตัวจึงไม่มีเหตุผลพิเศษอันใดที่จะเป็นอุปสรรคขัดขวางให้มีโอกาสอาศัยการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในบทกฎหมายไม่บังคับตายตัวปรับแก้ข้อเท็จจริงเพื่ออุดช่องว่างแห่งกฎหมาย เพราะเมื่อบทกฎหมายไม่บังคับตายตัวยังยอมให้คู่กรณีสามารถตกลงกันเป็นอย่างอื่นได้ การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งที่เป็นการเทียบเคียงโดยอาศัยเหตุผลและสาระอย่างเดียวกันจึงย่อมต้องกระทำได้ ดังนั้น หากเกิดข้อเท็จจริงในคดีและเอกชนไม่ได้มีการตกลงกันได้ การพิจารณาตามบทบัญญัติของกฎหมายจึงอาจมีการเทียบเคียงบทบัญญัติกฎหมายที่ไม่บังคับตายตัวนั้นเพื่ออุดช่องว่างแห่งกฎหมายโดยปรับใช้กับข้อเท็จจริงในเรื่องที่เกิดขึ้นได้

5.11 การปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในบทกฎหมายทั่วไป

5.11.1 โครงสร้างและลักษณะของบทกฎหมายทั่วไป

การแบ่งแยกบทกฎหมายทั่วไป (jus generale) และบทกฎหมายพิเศษ (jus special) พิจารณาจากขอบเขตการบังคับใช้ของกฎหมายในเรื่องบุคคล สถานที่ เวลา และเรื่องราว โดยบทกฎหมายทั่วไป (jus generale) เป็นกฎหมายที่บังคับแก่บุคคลโดยทั่วไป และใช้บังคับทั่วอาณาเขตของรัฐ โดยไม่จำกัดสถานที่ใดสถานที่หนึ่งหรือในเวลาใดเวลาหนึ่งเท่านั้น และยังใช้บังคับกับเรื่องต่างๆ ไป กฎหมายประเภทนี้จึงเรียกว่า บทกฎหมายทั่วไป เช่น ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ประมวลกฎหมายอาญา เป็นต้น³⁶⁰

นอกจากนั้น เมื่อพิจารณากฎหมายแต่ละฉบับก็อาจพบทั้งบทกฎหมายทั่วไปและบทกฎหมายพิเศษ กล่าวคือ บทกฎหมายบางเรื่องเมื่อมีขอบเขตการใช้บังคับเกี่ยวกับเรื่องที่มีลักษณะทั่วไปก็จักเป็นบททั่วไป และในบางบทกฎหมายเมื่อมุ่งใช้บังคับเฉพาะเรื่องหรือเฉพาะบางกรณี บทบัญญัติกฎหมายนั้นก็จัดเป็นบทพิเศษหรือบทเฉพาะ เช่น กฎหมายละเมิด บทบัญญัติมาตรา 420 เป็นบทกฎหมายทั่วไป ซึ่งตามมาตรา 420 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บัญญัติว่า “ผู้ใดจงใจหรือประมาทเลินเล่อ ทำต่อบุคคลอื่นโดยผิดกฎหมายให้เขาเสียหายถึงแก่ชีวิตก็ดี แก่ร่างกายก็ดี อนามัยก็ดี เสรีภาพก็ดี ทรัพย์สินหรือสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดก็ดี ท่านว่าผู้นั้นทำละเมิด จำต้องใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อการนั้น” ซึ่งมีขอบเขตการบังคับใช้กับเรื่องการทำละเมิดทั่วไป แตกต่างจากบทบัญญัติมาตรา 437 ซึ่งบัญญัติว่า “บุคคลใดครอบครองหรือควบคุมดูแลยานพาหนะอย่างใดๆ อันเดินด้วยกำลังเครื่องจักรกล บุคคลนั้นจะต้องรับผิดชอบเพื่อการเสียหายอันเกิดแต่ยานพาหนะนั้น เว้นแต่จะพิสูจน์ได้ว่าการเสียหายนั้นเกิดแต่เหตุสุดวิสัย หรือเกิดเพราะความผิดของผู้ต้องเสียหายนั่นเอง” โดยมีลักษณะเป็นเรื่องเฉพาะจึงเป็นบทกฎหมายเฉพาะ เป็นต้น³⁶¹

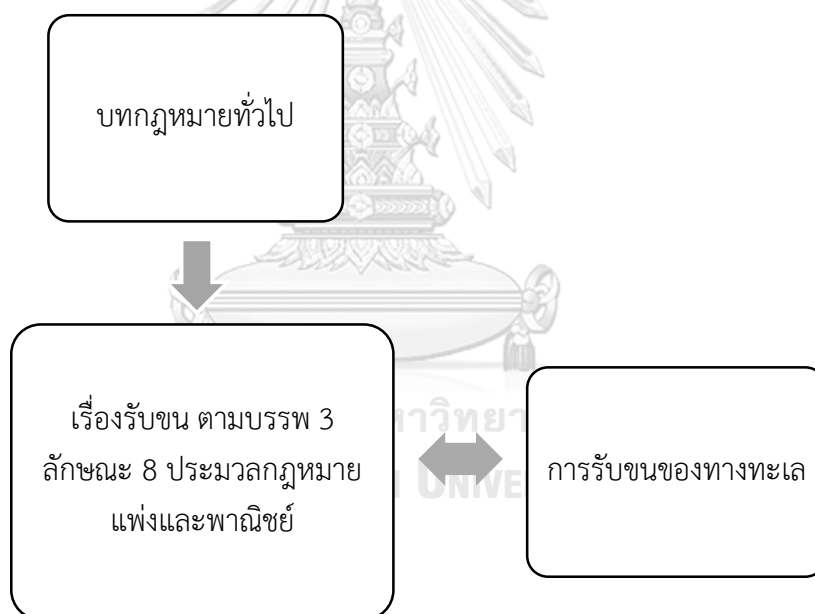
³⁶⁰ ปรีดี เกษมทรัพย์, กฎหมายแพ่ง : หลักทั่วไป, หน้า 57.

³⁶¹ สมยศ เชื้อไทย, คำอธิบายวิชากฎหมายแพ่ง : หลักทั่วไป, หน้า 137.

5.11.2 ข้อพิจารณาเกี่ยวข้องกับการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง ในบทกฎหมายทั่วไป

ตัวอย่าง พิจารณาทบทกฎหมายทั่วไปเรื่องรับขนตามบรรพ 3 ลักษณะ 8 ประมวลกฎหมาย
แพ่งและพาณิชย์ กับการรับขนของทางทะเล

ทั้งนี้ พระราชบัญญัติการรับขนของทางทะเล พ.ศ. 2534 ซึ่งเป็นกฎหมายพิเศษบัญญัติ
เฉพาะการรับขนของทางทะเลมีผลใช้บังคับเมื่อวันที่ 21 กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2535 เช่นนี้ หากมูลคดี
เกิดขึ้นก่อนที่พระราชบัญญัติดังกล่าวจะมีผลใช้บังคับ การพิจารณาคดีจะปรับใช้กฎหมายอย่างไร ซึ่ง
ก่อนที่มีการตราพระราชบัญญัติรับขนของทางทะเล พ.ศ. 2534 มาบังคับใช้ ไม่มีบทกฎหมายในการ
รับขนของทางทะเลบัญญัติไว้โดยตรง



รูปที่ 16 แผนภาพแสดงการพิจารณาตัวอย่างที่เกี่ยวข้องกับการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมาย
ที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในบทกฎหมายทั่วไป

ตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 563/2532, 1066/2532, 1287/2532, 2466/2532,
5809/2539, 121/2540, 189/2540, 1418/2540, 1912/2540, 5828/2540, 6437/2541,
6471/2541, 6795/2540, 7340/2541 ดังที่ได้กล่าวมาแล้วในบทที่ 4 หัวข้อ 4.3.1.2 คำพิพากษา

ของศาลว่าด้วยการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ในหัวข้อย่อย (ง) การปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในเรื่องรับขนตามบรรพ 3 ลักษณะ 8 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ก็กับการรับขนของทางทะเล (ขณะนั้นยังไม่มีพระราชบัญญัติการรับขนของทางทะเล พ.ศ. 2534) ซึ่งศาลได้วางหลักว่า คดีที่เกิดขึ้นในเรื่องรับขนของทางทะเล ซึ่งขณะเกิดข้อพิพาทพระราชบัญญัติการรับขนของทางทะเล พ.ศ. 2534 ยังไม่มีผลใช้บังคับ ทั้งไม่ปรากฏคลองจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่นว่าด้วยรับขนของทางทะเล จึงต้องวินิจฉัยคดีโดยอาศัยเทียบกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่ง ตามมาตรา 4 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ อันได้แก่บทบัญญัติตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 3 ลักษณะ 8

ดังนั้น การปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งจึงสามารถนำมาใช้เพื่ออุดช่องว่างแห่งกฎหมายในขณะที่ยังไม่มีกฎหมายบัญญัติขึ้นเป็นพิเศษเฉพาะในเรื่องนั้นๆ ได้ โดยเทียบเคียงมาใช้บทกฎหมายทั่วไป ซึ่งจะเห็นได้ว่า กฎหมายการรับขนของทางทะเลเป็นเรื่องเฉพาะนอกเหนือจากกฎหมายลักษณะรับขนที่กำหนดหลักเกณฑ์ไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เมื่อในขณะนั้นประเทศไทยยังไม่มีพระราชบัญญัติการรับขนของทางทะเล พ.ศ. 2534 ใช้บังคับ ข้อพิพาทเกี่ยวกับการรับขนของทางทะเลจึงไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายที่จะยกมาปรับกับคดีได้ ศาลจำต้องแสวงหากฎเกณฑ์อื่นๆ ตามมาตรา 4 วรรคสอง เพื่อนำมาปรับใช้กับข้อพิพาทที่เกิดขึ้น โดยศาลพิจารณาว่าเมื่อไม่ปรากฏคลองจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่นว่าด้วยรับขนของทางทะเล จึงให้นำเอาบทบัญญัติว่าด้วยการรับขนตามบรรพ 3 ลักษณะ 8 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาใช้บังคับในฐานะที่เป็นบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง

ดังจะเห็นได้ว่า ในการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในบทกฎหมายทั่วไป ได้มีการนำบทกฎหมายทั่วไปมาปรับใช้เพื่ออุดช่องว่างแห่งกฎหมายในการแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้น โดยเฉพาะอย่างยิ่งในบทกฎหมายทั่วไปตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ที่นำมาปรับใช้ในฐานะที่เป็นบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งเพื่ออุดช่องว่างแห่งกฎหมายในหลายกรณี และจากลักษณะของบทกฎหมายทั่วไปที่ใช้บังคับกับเรื่องต่างๆ ไป จึงทำให้เชื่อได้ว่า การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในบทกฎหมายทั่วไปสามารถกระทำได้

5.12 การปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในบทกฎหมายพิเศษ

5.12.1 โครงสร้างและลักษณะของบทกฎหมายพิเศษ

สำหรับบทกฎหมายพิเศษ (jus special) จะเป็นบทกฎหมายที่ใช้บังคับกับบุคคลเฉพาะกลุ่ม หรือเฉพาะพื้นที่ใดพื้นที่หนึ่ง หรือในเวลาใดเวลาหนึ่งเท่านั้น และยังใช้บังคับกับเรื่องพิเศษเฉพาะเรื่อง กฎหมายประเภทนี้จึงเรียกว่า บทกฎหมายพิเศษ³⁶² เช่น ประมวลกฎหมายที่ดิน พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 พระราชบัญญัติประกันสังคม พ.ศ. 2533 พระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2544 พระราชบัญญัติความรับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย พ.ศ. 2551 พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 พระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ. 2522 และ พระราชบัญญัติว่าด้วยการใช้กฎหมายอิสลามในเขตจังหวัดปัตตานี นราธิวาส ยะลา และสตูล พ.ศ. 2489 เป็นต้น หรือในตัวอย่างบทกฎหมายตามมาตรา 437 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย เป็นเรื่องละเมิดอันเกิดจากยานพาหนะอันเดินด้วยเครื่องจักรกล ซึ่งเป็นบทกฎหมายพิเศษที่บัญญัติเฉพาะเรื่อง แตกต่างกับมาตรา 420 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ที่เป็นบทบัญญัติเรื่องละเมิดทั่วไป³⁶³

ทั้งนี้ ในการแบ่งประเภทของบทบัญญัติกฎหมายออกเป็นบทกฎหมายทั่วไปและบทกฎหมายพิเศษจะเป็นประโยชน์ในแง่ของการใช้กฎหมาย กล่าวคือ ถ้าปรากฏบทกฎหมายสองบทในกฎหมายฉบับเดียวกัน บัญญัติเรื่องเดียวกันไว้ และแยกได้ว่าบทกฎหมายใดบทกฎหมายหนึ่งเป็นบทกฎหมายทั่วไปและอีกบทกฎหมายเป็นบทกฎหมายพิเศษ เช่นนี้ ให้ใช้บทกฎหมายพิเศษมาก่อนบทกฎหมายทั่วไป หรือ กฎหมายพิเศษตัดกฎหมายทั่วไป อันตรงกับหลักในภาษาลาตินที่ว่า “Specialis generalebus”

นอกจากนี้ ยังเป็นประโยชน์ในการพิจารณาเรื่องการยกเลิกกฎหมาย กล่าวคือ ถ้าปรากฏว่ามีกฎหมายสองฉบับบัญญัติในเรื่องเดียวกันไว้ และกฎหมายฉบับหนึ่งเป็นกฎหมายเก่า ส่วนกฎหมายอีกฉบับหนึ่งเป็นกฎหมายที่ออกมาใหม่ เช่นนี้ กฎหมายใหม่ยกเลิกกฎหมายเก่าโดยปริยาย แต่ทั้งนี้ ต้องพิจารณาด้วยว่ากฎหมายฉบับเก่าและกฎหมายฉบับใหม่ต้องเป็นบทกฎหมายประเภทเดียวกัน ถ้า

³⁶² เรื่องเดียวกัน, หน้า 137.

³⁶³ เรื่องเดียวกัน, หน้า 137.

กฎหมายฉบับเก่าเป็นกฎหมายพิเศษ กฎหมายฉบับใหม่ก็ต้องเป็นกฎหมายพิเศษ หรือถ้ากฎหมายฉบับเก่าเป็นกฎหมายทั่วไป กฎหมายฉบับใหม่ก็ต้องเป็นกฎหมายทั่วไปด้วย มิฉะนั้น ถ้าเป็นบทกฎหมายคนละประเภทแล้ว กฎหมายฉบับใหม่จะไม่สามารถยกเลิกกฎหมายฉบับเก่าได้โดยปริยาย³⁶⁴

5.12.2 ข้อพิจารณาเกี่ยวข้องกับการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในบทกฎหมายพิเศษ

ตัวอย่าง พิจารณาคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2659/2556 ว่าด้วยการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในบทกฎหมายพิเศษ คือ พระราชบัญญัติประกันสังคม พ.ศ. 2533 มาตรา 4 (6) และพระราชกฤษฎีกากำหนดลูกจ้างตามมาตรา 4 (6) แห่งพระราชบัญญัติประกันสังคม พ.ศ. 2533 พ.ศ. 2545 กรณีความหมายของคำว่า “ลูกจ้าง” ดังที่ได้กล่าวมาแล้วในบทที่ 4 หัวข้อ 4.3.1.2 คำพิพากษาของศาลว่าด้วยการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

คดีนี้ ศาลฎีกาแผนกคดีแรงงานวินิจฉัยว่า มีปัญหาต้องวินิจฉัยตามอุทธรณ์ของจำเลย ประการเดียวว่าลูกจ้างของโจทก์เป็นลูกจ้างตามพระราชบัญญัติประกันสังคม พ.ศ. 2533 มาตรา 4 (6) และพระราชกฤษฎีกากำหนดลูกจ้างตามมาตรา 4 (6) แห่งพระราชบัญญัติประกันสังคม พ.ศ. 2533 พ.ศ. 2545 หรือไม่

ศาลพิเคราะห์แล้ว พระราชบัญญัติประกันสังคม พ.ศ. 2533 มาตรา 4 บัญญัติว่า พระราชบัญญัตินี้มิใช่บังคับแก่...(6) กิจการหรือลูกจ้างอื่นตามที่กำหนดในพระราชกฤษฎีกา และพระราชกฤษฎีกากำหนดลูกจ้างตามมาตรา 4 (6) แห่งพระราชบัญญัติประกันสังคม พ.ศ. 2533 พ.ศ. 2545 มาตรา 4 บัญญัติว่า ให้ลูกจ้างต่อไปนี้เป็นลูกจ้างตามมาตรา 4 (6) แห่งพระราชบัญญัติประกันสังคม พ.ศ. 2533 ...(6) ลูกจ้างของนายจ้างที่จ้างไว้เพื่อทำงานอันมีลักษณะเป็นครั้งคราว เป็นการจร หรือเป็นไปตามฤดูกาล การแปลความหมายว่า ลูกจ้างของนายจ้างนั้นจะเป็นลูกจ้างของนายจ้างที่จ้างไว้เพื่อทำงานอันมีลักษณะตามบทบัญญัติดังกล่าวหรือไม่ ต้องพิจารณาถึงความมุ่งหมายของบทบัญญัตินี้ โดยเทียบเคียงกับคำว่า “ลูกจ้างของนายจ้าง” ที่บัญญัติไว้ใน (7) และ (8) ซึ่งเป็นบท

³⁶⁴ เรื่องเดียวกัน, หน้า 137-138.

กฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งตามบทบัญญัติมาตรา 4 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ดังนั้น ลูกจ้างของนายจ้าง ตามอนุมาตรา (6) จึงต้องหมายความถึง ลักษณะงานของนายจ้างหรือสภาพงานหลักของนายจ้าง ซึ่งโจทก์เป็นนิติบุคคลประเภทห้างหุ้นส่วนจำกัด มีวัตถุประสงค์ในการประกอบกิจการรับเหมาก่อสร้าง โจทก์จ้างลูกจ้างเป็นคนงานหรือกรรมกรก็เพื่อให้ทำงานก่อสร้างตามงานที่ได้รับจากผู้ว่าจ้าง งานที่โจทก์ให้ลูกจ้างทำจึงเป็นงานหลักของโจทก์ แม้โจทก์จะจ้างลูกจ้างทำงานตามแต่จะมีงานรับเหมาก่อสร้างเป็นครั้งคราว ซึ่งลูกจ้างจะสมัครใจทำงานหรือหยุดงานก็ได้โดยมีการจ่ายค่าจ้างเป็นรายวัน สภาพงานของโจทก์ก็มีชิ้นงานอันมีลักษณะเป็นครั้งคราว เป็นการจร หรือเป็นไปตามฤดูกาล ลูกจ้างของโจทก์จึงไม่เป็นลูกจ้างของนายจ้างที่จ้างไว้เพื่อทำงานอันมีลักษณะเป็นครั้งคราว เป็นการจร หรือเป็นไปตามฤดูกาลด้วย โจทก์ซึ่งเป็นนายจ้างจึงมีหน้าที่ต้องยื่นแบบรายการแสดงรายชื่อผู้ประกันตน อัตราค่าจ้าง และข้อความอื่นตามแบบที่เลขาธิการสำนักงานประกันสังคมกำหนดต่อสำนักงานประกันสังคมภายในสามสิบวันนับแต่วันที่ลูกจ้างดังกล่าวเป็นผู้ประกันตน และนำส่งเงินสมทบตามพระราชบัญญัติประกันสังคม พ.ศ. 2533 มาตรา 34 และมาตรา 47 เมื่อโจทก์ไม่ปฏิบัติ จำเลยจึงมีอำนาจดำเนินการตามมาตรา 47 ทวิ เรียกให้โจทก์ส่งเงินสมทบพร้อมเงินเพิ่มได้



รูปที่ 17 แผนภาพแสดงการพิจารณาตัวอย่างที่เกี่ยวข้องกับการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในบทกฎหมายพิเศษ

ทั้งนี้ จากคำพิพากษาของศาลดังกล่าว ศาลอาศัยวิธีในการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งตามมาตรา 4 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ โดยการเทียบเคียงคำว่า “ลูกจ้างของนายจ้าง” ที่บัญญัติไว้ในมาตรา 4 (7) และ (8) พระราชกฤษฎีกากำหนดลูกจ้างตามมาตรา 4 (6) แห่งพระราชบัญญัติประกันสังคม พ.ศ. 2533 พ.ศ. 2545 ซึ่งเป็นบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง กับมาตรา 4 (6) ในพระราชกฤษฎีกาดังกล่าว ซึ่งการใช้วิธีในคดีนี้ เป็นการอ้างถึงการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งและเป็นการเทียบเคียงในกฎหมายพิเศษฉบับและมาตราเดียวกัน เพียงแต่ต่างอนุมาตราเท่านั้น แต่กระนั้น ในเรื่องนี้ก็อาจตั้งข้อสังเกตในการปรับใช้วิธีทางกฎหมายเป็นประการอื่นได้ว่า การแปลความหมายคำว่า “ลูกจ้างของนายจ้าง” โดยพิจารณาถึงความมุ่งหมายของบทบัญญัติกฎหมาย อาจมีลักษณะคล้ายคลึงกับการตีความกฎหมาย อย่างไรก็ตาม การปรับใช้วิธีทางกฎหมายเป็นศิลปะและมุมมองที่อาจมีความคิดเชิงวิชาการที่แตกต่างกัน ซึ่งในหัวข้อนี้ ผู้วิจัยมุ่งเพียงกล่าวถึงในข้อพิจารณาเกี่ยวข้องกับการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในบทกฎหมายพิเศษ จึงขอยกคำพิพากษาของศาลที่ตัดสินให้มีการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในกฎหมายพิเศษขึ้นมาเป็นตัวอย่าง

ดังจะเห็นได้ว่า ในกฎหมายพิเศษก็อาจมีการปรับใช้วิธีในการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งได้เช่นกัน ซึ่งในคดีที่กล่าวมานี้ แม้เป็นการเทียบเคียงในกฎหมายพิเศษ แต่ก็ได้อ้างถึงวิธีตามมาตรา 4 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ดังนั้น เรื่องการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งจึงเป็นเรื่องที่ถูกนำมาปรับใช้อย่างแพร่หลาย รวมถึง ตามตัวอย่างคำพิพากษาของศาลในหลายคดีที่มีการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในกฎหมายพิเศษเรื่องอื่นๆ ก็ปรากฏพบได้หลากหลายเรื่อง ซึ่งสามารถศึกษาได้จากบทที่ 4 ที่ผู้วิจัยได้ยกคำพิพากษาของศาลไว้แล้ว

5.13 การปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในบทกฎหมายหลัก

5.13.1 โครงสร้างและลักษณะของบทกฎหมายหลัก

บทกฎหมายตามปกติจะประกอบไปด้วยข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบส่วนหนึ่ง แล้วอีกส่วนจะบัญญัติผลทางกฎหมาย ซึ่งบทกฎหมายหลัก (jus commune) เป็นบทบัญญัติที่บัญญัติ

องค์ประกอบอันเป็นข้อเท็จจริงโดยทั่วไป หรือเป็นข้อความโดยกว้างๆ จึงเรียกว่า บทกฎหมายหลัก³⁶⁵

ตัวอย่าง การทำนิติกรรมของผู้เยาว์ เช่น มาตรา 21 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บัญญัติว่า “ผู้เยาว์จะทำนิติกรรมใดๆ ต้องได้รับความยินยอมของผู้แทนโดยชอบธรรมก่อน การใดๆ ที่ผู้เยาว์ได้ทำลงปราศจากความยินยอมเช่นว่านั้นเป็นโมฆียะ เว้นแต่จะบัญญัติไว้เป็นอย่างอื่น” โดยมาตรา 21 เป็นบทหลัก ส่วนมาตรา 22 มาตรา 23 มาตรา 24 มาตรา 25 เป็นบทยกเว้นสำหรับนิติกรรมบางอย่างที่ผู้เยาว์สามารถกระทำได้โดยไม่ต้องรับอนุญาตจากผู้แทนโดยชอบธรรม

ตัวอย่าง การโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ซื้อขาย ตามมาตรา 458 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บัญญัติว่า “กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ขายนั้น ย่อมโอนไปยังผู้ซื้อตั้งแต่วันที่ผู้ขายได้ทำสัญญาซื้อขายกัน” ส่วนมาตรา 459 มาตรา 460 เป็นบทยกเว้น เป็นต้น

5.13.2 ข้อพิจารณาเกี่ยวข้องกับการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในบทกฎหมายหลัก

พิจารณากรณีการทำนิติกรรมของผู้เยาว์ ตามมาตรา 21 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งเป็นบทกฎหมายหลักได้บัญญัติไว้ว่า “ผู้เยาว์จะทำนิติกรรมใดๆ ต้องได้รับความยินยอมของผู้แทนโดยชอบธรรมก่อน การใดๆ ที่ผู้เยาว์ได้ทำลงปราศจากความยินยอมเช่นว่านั้นเป็นโมฆียะ เว้นแต่จะบัญญัติไว้เป็นอย่างอื่น”

สำหรับบทกฎหมายยกเว้นเป็นกรณีที่ผู้เยาว์ไม่จำเป็นต้องได้รับความยินยอมจากผู้แทนโดยชอบธรรมก่อน ตามมาตรา 22 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บัญญัติว่า “ผู้เยาว์อาจทำการใดๆ ได้ทั้งสิ้น หากเป็นเพียงเพื่อจะไปได้ซึ่งสิทธิอันใดอันหนึ่ง หรือเป็นการเพื่อให้หลุดพ้นจากหน้าที่อันใดอันหนึ่ง”

มาตรา 23 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บัญญัติว่า “ผู้เยาว์อาจทำการใดๆ ได้ทั้งสิ้น ซึ่งเป็นการต้องทำเองเฉพาะตัว”

³⁶⁵ ปรีดี เกษมทรัพย์, กฎหมายแพ่ง : หลักทั่วไป, หน้า 59.

มาตรา 24 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บัญญัติว่า “ผู้เยาว์อาจทำการใดๆ ได้ทั้งสิ้น ซึ่งเป็นการสมแก่ฐานะานุรูปแห่งตน และเป็นการอันจำเป็นในการดำรงชีพตามสมควร”

มาตรา 25 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บัญญัติว่า “ผู้เยาว์อาจทำพินัยกรรมได้เมื่อมีอายุสิบห้าปีบริบูรณ์”

ดังจะเห็นได้ว่า บทกฎหมายยกเว้นจะเป็นการยกเว้นจากบทกฎหมายหลัก ซึ่งเมื่อพิจารณาบทกฎหมายหลัก ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของบทกฎหมายหลักตามมาตรา 21 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ จะมีการบัญญัติโดยใช้ข้อความในกฎหมายอย่างกว้าง เป็นกรณีทั่วไป ซึ่งโดยหลักแล้วผู้เยาว์จะทำนิติกรรมใดๆ ต้องได้รับความยินยอมของผู้แทนโดยชอบธรรมก่อน การใดๆ ที่ผู้เยาว์ได้ทำลงโดยปราศจากความยินยอม ตามบทกฎหมายหลักมาตรา 21 นี้ บัญญัติผลทางกฎหมายให้ตกเป็นโมฆียะ เว้นแต่จะบัญญัติไว้เป็นอย่างอื่น ซึ่งก็คือ บทยกเว้นตามมาตรา 22 ถึงมาตรา 25



รูปที่ 18 แผนภาพแสดงการพิจารณาตัวอย่างที่เกี่ยวข้องกับการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในบทกฎหมายหลัก

ทั้งนี้ คำว่า “การใดๆ” เป็นกรณีที่กฎหมายบัญญัติโดยไม่เฉพาะเจาะจงแก่กรณีใดกรณีหนึ่ง เช่นนี้ เมื่อมีการบัญญัติกฎหมายไว้อย่างกว้างแล้ว จึงไม่เกิดเป็นปัญหาช่องว่างแห่งกฎหมายที่ไม่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายมาปรับใช้แก่ข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในส่วนนี้อีก ทำให้ไม่จำเป็นต้องอาศัยการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งเข้ามาอุดช่องว่างแห่งกฎหมาย

แต่อย่างไรก็ตาม หากบทกฎหมายหลักมาตราใดมีการบัญญัติข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบไว้อย่างกว้าง แต่เมื่อข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นอยู่นอกเหนือจากความหมายตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่เป็นบทหลัก เช่นนี้ การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งเพื่ออุดช่องว่างแห่งกฎหมายในบทกฎหมายหลักจะสามารถกระทำได้หรือไม่

สำหรับกรณีดังกล่าวผู้วิจัยคาดหมายว่า การปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในบทกฎหมายหลักเป็นเรื่องที่สามารถกระทำได้ เพราะบทกฎหมายหลักย่อมใช้บังคับแก่กรณีต่างๆ ไป ซึ่งบทกฎหมายหลักย่อมขยายความเพื่อบังคับใช้กับกรณีทั่วไปให้สมดังเจตนารมณ์ของกฎหมายได้ และในบางกรณีที่ขยายความอย่างกว้างแล้วความหมายตามบทบัญญัตินั้นยังไม่ครอบคลุมถึงกรณีตามข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น แต่หากเป็นกรณีที่มีความคล้ายคลึงกันกับบทบัญญัติที่กฎหมายบัญญัติไว้ ประกอบกับเหตุผลที่ว่า เรื่องที่มีเหตุผลเดียวกันต้องใช้บทบัญญัติเดียวกันบังคับ เช่นนี้ จึงยอมอาศัยการปรับใช้วิธีในการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งเพื่ออุดช่องว่างแห่งกฎหมายได้

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

5.14 การปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในบทกฎหมายยกเว้น

5.14.1 โครงสร้างและลักษณะของบทกฎหมายยกเว้น

เนื่องจากในระบบกฎหมายซีวิลลอว์ถือว่ากฎหมายลายลักษณ์อักษรเป็นเครื่องมือในการแก้ไขปัญหาในกรณีต่างๆ ได้ กฎหมายลายลักษณ์อักษรเป็นบทกฎหมายทั่วไป ซึ่งสามารถบังคับใช้ได้อย่างกว้างขวาง มิใช่เป็นเพียงกฎหมายเฉพาะกรณีเรื่องใดเรื่องหนึ่งอันมีความหมายที่แคบเท่านั้น แต่ทั้งนี้ ก็มีใช้ว่าตัวบทกฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษรในประมวลกฎหมายที่บัญญัติขึ้นนั้นจะเป็นบทหลัก

ทั้งหมด โดยในประมวลกฎหมายมีบทบัญญัติที่เป็นบทหลักและบทยกเว้นปะปนกันอยู่ ซึ่งบทหลักนั้น ย่อมใช้กับกรณีทั่วไป ส่วนบทยกเว้นนั้นจะใช้จำกัดเฉพาะกรณี³⁶⁶

บทกฎหมายยกเว้น (jus singular) จึงเป็นบทบัญญัติที่บัญญัติถึงข้อเท็จจริงในเรื่องเดียวกัน ในขอบเขตเดียวกัน แต่ได้มีการขมวดข้อเท็จจริงในวงแคบเฉพาะเรื่องว่าให้มีผลตรงกันข้ามหรือเป็น อย่างอื่นจากที่บัญญัติไว้ในบทหลัก (jus commune) จึงเรียกว่า บทกฎหมายยกเว้น³⁶⁷

ตัวอย่าง เช่น การโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ซื้อขาย บทกฎหมายหลักตามมาตรา 458 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บัญญัติว่า “กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ขายนั้น ย่อมโอนไปยังผู้ซื้อ ตั้งแต่ขณะเมื่อได้ทำสัญญาซื้อขายกัน”

บทกฎหมายยกเว้น ตามมาตรา 459 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งบัญญัติว่า “ถ้า สัญญาซื้อขายมีเงื่อนไข หรือเงื่อนไขบังคับไว้ ท่านว่ากรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินยังไม่โอนไปจนกว่าการ จะได้เป็นไปตามเงื่อนไข หรือถึงกำหนดเงื่อนไขเวลานั้น”

และตามมาตรา 460 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บัญญัติว่า “ในการซื้อขายทรัพย์สิน ซึ่งมีได้กำหนดลงไว้แน่นอนนั้น ท่านว่ากรรมสิทธิ์ยังไม่โอนไปจนกว่าจะได้หมาย หรือนับ ชั่ง ตวง วัด หรือคัดเลือก หรือทำโดยวิธีอื่นเพื่อให้บังตัวทรัพย์สินนั้นออกเป็นแน่นอนแล้ว

ในการซื้อขายทรัพย์สินเฉพาะสิ่ง ถ้าผู้ขายยังจะต้องนับ ชั่ง ตวง วัดหรือทำการอย่างอื่น หรือ ทำสิ่งหนึ่งสิ่งใดอันเกี่ยวแก่ทรัพย์สินเพื่อให้รู้กำหนดราคาทรัพย์สินนั้นแน่นอน ท่านว่ากรรมสิทธิ์ยังไม่ โอนไปยังผู้ซื้อจนกว่าการหรือสิ่งนั้นได้ทำแล้ว”

ทั้งนี้ บทบัญญัติที่เป็นข้อยกเว้นนั้นมักจะมีการใช้การตีความอย่างจำกัด โดยบทกฎหมาย ยกเว้นมักจะตีความโดยเคร่งครัด จึงต้องมาพิจารณาว่าจะนำไปอนุโลมใช้ในฐานะที่เป็นบทกฎหมายที่ ไกลเคียงอย่างยิ่งได้หรือไม่

³⁶⁶ เรื่องเดียวกัน, หน้า 76.

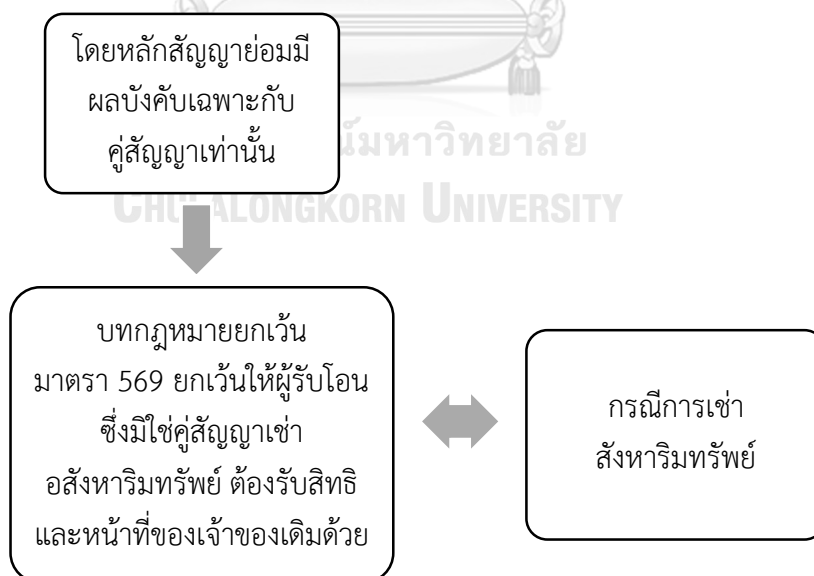
³⁶⁷ เรื่องเดียวกัน, หน้า 59-60.

5.14.2 ข้อพิจารณาเกี่ยวข้องกับการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง ในบทกฎหมายยกเว้น

ตัวอย่าง พิจารณาทบบัญญัติมาตรา 569 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บัญญัติว่า “อันสัญญาเช่าอสังหาริมทรัพย์นั้นย่อมไม่ระงับไปเพราะเหตุโอนกรรมสิทธิ์ทรัพย์สินซึ่งให้เช่า” และวรรคสอง “ผู้รับโอนย่อมรับไปทั้งสิทธิและหน้าที่ของผู้โอนซึ่งมีต่อผู้เช่านั้นด้วย”

ทั้งนี้ ตามมาตรา 569 ดังกล่าวมีลักษณะเป็นบทยกเว้น กล่าวคือ โดยหลักสัญญาย่อมมีผลบังคับเฉพาะกับคู่สัญญาเท่านั้น แต่ตามมาตรา 569 ยกเว้นให้ผู้รับโอนซึ่งมิใช่คู่สัญญาเช่าอสังหาริมทรัพย์ ต้องรับสิทธิและหน้าที่ของเจ้าของเดิมด้วย ดังนั้น บทบัญญัติมาตรา 569 จึงเป็นบทยกเว้นให้มีผลตรงกันข้ามหรือเป็นอย่างอื่นจากบทหลัก

อย่างไรก็ตาม บทบัญญัติตามมาตรา 569 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ กฎหมายได้บัญญัติชัดเจนให้ใช้บทบัญญัติมาตรานี้กับการเช่าอสังหาริมทรัพย์เท่านั้น เช่นนี้ กรณีที่เป็นการเช่าอสังหาริมทรัพย์ เช่น การเช่ารถยนต์ จะสามารถนำหลักเกณฑ์ในมาตราดังกล่าวมาใช้ในฐานะที่เป็นบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งได้หรือไม่



รูปที่ 19 แผนภาพแสดงการพิจารณาตัวอย่างที่เกี่ยวข้องเกี่ยวกับการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในบทกฎหมายยกเว้น

เมื่อพิจารณาตามแนวคิดที่ว่าด้วยนิติวิธีเกี่ยวกับการใช้กฎหมายลายลักษณ์อักษร บทบัญญัติในมาตรา 569 ดังกล่าว มีลักษณะเป็นบทกฎหมายยกเว้นจากหลักกฎหมายทั่วไปที่ว่า สัญญายอมผูกพันเฉพาะคู่สัญญา เช่นนี้ เมื่อบทบัญญัติมาตรา 569 เป็นบทกฎหมายยกเว้นจึงต้องตีความโดยเคร่งครัด จะตีความโดยขยายความเกินไปกว่าความหมายตามตัวอักษรของบทบัญญัติกฎหมายไม่ได้ รวมถึง ไม่อาจนำไปเทียบเคียงในฐานะที่เป็นบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งได้ เนื่องด้วยบทบัญญัติในลักษณะนี้ยอมบัญญัติขึ้นเพื่อนำมาใช้กับข้อเท็จจริงเฉพาะกรณี โดยประสงค์ให้กรณีเฉพาะดังกล่าวเป็นเรื่องยกเว้นให้มีผลแตกต่างไปจากบทกฎหมายหลักเท่านั้น หากมีการใช้บทยกเว้นอย่างไม่จำกัดก็อาจส่งผลให้ข้อยกเว้นนั้นกลายเป็นหลักไปในที่สุด ซึ่งเป็นเรื่องที่ไม่ถูกต้องทำให้บทบัญญัติที่เป็นหลักกฎหมายแท้ๆ แต่เดิมหมดความหมายไป การเทียบเคียงในบทกฎหมายยกเว้นจึงเห็นว่าเป็นการกระทำที่ไม่ต้องด้วยนิติวิธีและไม่สอดคล้องกับความประสงค์ในการปรับใช้กฎหมาย เช่นนี้ ในข้อเท็จจริงใดที่อยู่นอกเหนือบทกฎหมายยกเว้น ย่อมต้องปรับใช้ตามบทกฎหมายหลักตามเดิม

จึงกล่าวโดยสรุปว่า ในบทกฎหมายยกเว้นไม่อาจปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งได้ โดยหากมีการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในบทกฎหมายยกเว้นจะเป็นการขยายขอบเขตของบทกฎหมายหลักให้กว้างขึ้นไปอีก ซึ่งเป็นการกระทำที่ไม่ถูกต้องตามนิติวิธีในทางกฎหมาย จึงเป็นข้อควรระวังในการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง มิฉะนั้น จะไปกระทบกับระบบกฎหมายที่มีอยู่

5.15 การปรับใช้การเทียบเคียงหลักกฎหมาย

5.15.1 โครงสร้างและลักษณะของหลักกฎหมาย

ในการพิจารณาความหมายของ “หลักกฎหมายทั่วไป” อาจพิจารณาความเห็นออกเป็น 2 ประการ³⁶⁸ กล่าวคือ

ความเห็นประการที่หนึ่ง หลักกฎหมายทั่วไป ได้แก่ สุภาชิตกฎหมายลาตินต่างๆ ในตำรากฎหมาย เช่น หลักความยินยอมไม่ทำให้เป็นละเมิด (volenti non fit injuria) เป็นต้น

³⁶⁸ หยุด แสงอุทัย แก้วไขปรับปรุงโดย สมยศ เชื้อไทย, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป, หน้า 135.

ความเห็นประการที่สอง หลักกฎหมายทั่วไป เป็นหลักกฎหมายที่จะต้องค้นหาจากบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เท่านั้น โดยหลักกฎหมายทั่วไปเป็นหลักที่อยู่เบื้องหลังตัวบทกฎหมาย ซึ่งผู้ร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นำมาใช้ในการร่างประมวลกฎหมาย การที่จะทราบถึงหลักกฎหมายทั่วไปนี้ จะทราบได้จากการนำบทกฎหมายมาตราต่างๆ หลายๆ มาตราที่บัญญัติสำหรับข้อเท็จจริงที่คล้ายคลึงกันมาพิจารณา และเมื่อพิจารณาบทบัญญัติกฎหมายหลายมาตราดังกล่าวแล้ว ก็จะพบหลักกฎหมายทั่วไปที่ผู้ร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นำมาใช้ เช่น หลักคุ้มครองบุคคลภายนอกที่สุจริต หลักสุจริต เป็นต้น

5.15.2 ข้อพิจารณาเกี่ยวข้องกับการปรับใช้การเทียบเคียงหลักกฎหมาย

ในการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งตามประเภทของบทบัญญัติแห่งกฎหมายลายลักษณ์อักษรในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย แม้หลักกฎหมายจะมีใช้บทบัญญัติแห่งกฎหมายลายลักษณ์อักษร แต่ทั้งนี้ เนื่องจากหลักกฎหมายนั้นอาจพิจารณาว่าเป็นหลักกฎหมายที่อยู่เบื้องหลังตัวบทบัญญัติกฎหมายในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เช่นนี้ จึงมาพิจารณาถึงการปรับใช้หลักกฎหมายในความสัมพันธ์กับการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง

อย่างไรก็ตาม สำหรับการปรับใช้หลักกฎหมายทั่วไปในการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายเป็นไปตามนิติวิธีในมาตรา 4 วรรคสอง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย ซึ่งในการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายโดยใช้หลักกฎหมายทั่วไปเป็นการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายตามนิติวิธีในลำดับสุดท้าย แต่กระนั้น กรณีการเทียบเคียงหลักกฎหมาย หรือ Legal Analogy หรือ Analogia Iuris ได้ถูกกล่าวขึ้นในระบบกฎหมาย³⁶⁹ เช่นนี้ ในการปรับหลักกฎหมายทั่วไปกับข้อเท็จจริงในกรณีที่เป็นการอุดช่องว่างแห่งกฎหมาย และการเทียบเคียงหลักกฎหมายเพื่ออุดช่องว่างแห่งกฎหมายจะมีลักษณะอย่างไร

ตัวอย่าง พิจารณาหลักคุ้มครองบุคคลภายนอกที่สุจริตตามมาตรา 1303 มาตรา 1329 มาตรา 1330 มาตรา 1331 และมาตรา 1332 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

³⁶⁹ Damele, G., "Analogia Legis and Analogia Iuris: An Overview from a Rhetorical Perspective," in *Systematic Approaches to Argument by Analogy*.

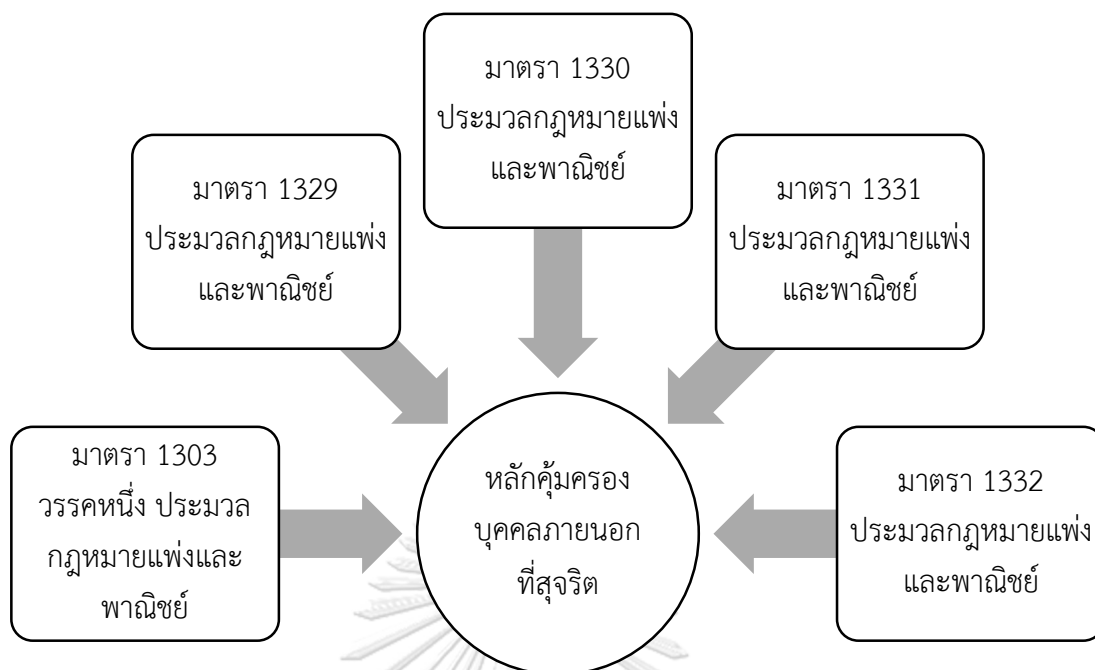
มาตรา 1303 วรรคหนึ่ง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บัญญัติว่า “ถ้าบุคคลหลายคนเรียกเอาสิ่งหามทรัพย์เดียวกัน โดยอาศัยหลักกรรมสิทธิ์ต่างกันไซ้ ท่านว่าทรัพย์สินตกอยู่ในครอบครองของบุคคลใด บุคคลนั้นมีสิทธิยิ่งกว่าบุคคลอื่นๆ แต่ต้องได้ทรัพย์นั้นมาโดยมีค่าตอบแทน และได้การครอบครองโดยสุจริต”

มาตรา 1329 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บัญญัติว่า “สิทธิของบุคคลผู้ได้มาซึ่งทรัพย์สินโดยมีค่าตอบแทนและโดยสุจริตนั้น ท่านว่ามีเสียไป ถึงแม้ว่าผู้โอนทรัพย์สินให้จะได้ทรัพย์สินนั้นมาโดยนิติกรรมอันเป็นโมฆียะ และนิติกรรมนั้นได้ถูกบอกล้างภายหลัง”

มาตรา 1330 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บัญญัติว่า “สิทธิของบุคคลผู้ซื้อทรัพย์สินโดยสุจริตในการขายทอดตลาดตามคำสั่งศาล หรือคำสั่งเจ้าพนักงานรักษาทรัพย์ในคดีล้มละลายนั้น ท่านว่ามีเสียไป ถึงแม้ภายหลังจะพิสูจน์ได้ว่าทรัพย์สินนั้นมีไซ้ของจำเลย หรือลูกหนี้โดยคำพิพากษา หรือผู้ล้มละลาย”

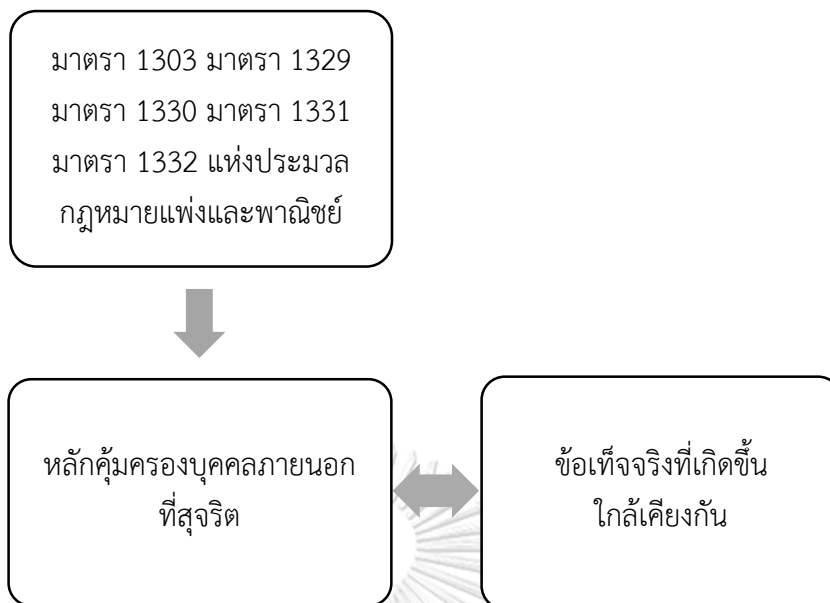
มาตรา 1331 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บัญญัติว่า “สิทธิของบุคคลผู้ได้เงินตรามาโดยสุจริตนั้น ท่านว่ามีเสียไป ถึงแม้ภายหลังจะพิสูจน์ได้ว่าเงินนั้นมีไซ้ของบุคคลซึ่งได้โอนให้มา”

มาตรา 1332 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บัญญัติว่า “บุคคลผู้ซื้อทรัพย์สินมาโดยสุจริตในการขายทอดตลาด หรือในท้องตลาด หรือจากพ่อค้าซึ่งขายของชนิดนั้น ไม่จำเป็นต้องคืนให้แก่เจ้าของแท้จริง เว้นแต่เจ้าของจะขอใช้ราคาซื้อขายที่ซื้อมา”



รูปที่ 20 แผนภาพแสดงการค้นหาลักกฎหมาย

กรณีดังกล่าวเป็นการที่บทบัญญัติของกฎหมายหลายมาตรา ทั้งมาตรา 1303 มาตรา 1329 มาตรา 1330 มาตรา 1331 และมาตรา 1332 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เป็นต้น เมื่อนำมาพิจารณาประกอบกันจะพออนุมานโดยวิธีการอุปนัย (Induction) ได้ว่า มาตราเหล่านี้มีหลักเกณฑ์ร่วมกัน คือ เป็นหลักป้องกันคุ้มครองบุคคลภายนอกที่สุจริต ซึ่งแม้ว่าจะไม่มีข้อความเขียนถึงหลักการนี้ไว้ในตัวบทกฎหมาย แต่นักกฎหมายก็ย่อมพิจารณาแล้วเห็นถึงหลักกฎหมายนี้ ดังนั้นหากมีข้อเท็จจริงเกิดขึ้นที่ใกล้เคียงกันกับบทกฎหมายเหล่านั้น ในระบบกฎหมายต่างประเทศตามที่ได้ศึกษามาแล้วในบทที่ 3 หัวข้อ 3.6.1.3 หลักการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในกฎหมายอิตาลี และหัวข้อ 3.6.2.3 หลักการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในกฎหมายเยอรมัน ก็มีการกล่าวถึงการเทียบเคียงหลักกฎหมายที่ได้มาจากบทบัญญัติกฎหมายหลายบทมาปรับใช้ในฐานะที่เป็นหลักกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งด้วย



รูปที่ 21 แผนภาพแสดงการพิจารณาตัวอย่างที่เกี่ยวข้องเนื่องกับการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมาย
ที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในหลักกฎหมาย

ทั้งนี้ กรณีการเทียบเคียงหลักกฎหมาย หรือ Legal Analogy หรือ Analogia juris เป็นกรณี
ที่ไม่มีบทกฎหมายบัญญัติโดยเฉพาะเจาะจงที่จะยึดถือเทียบเคียงเป็นหลักได้ แต่เมื่อพิจารณาถึง
บทกฎหมายหลายบทที่เกี่ยวข้องจะทำให้สามารถอนุมานถึงหลักทั่วไปที่อยู่เบื้องหลังตัวบทบัญญัติของ
กฎหมายเหล่านั้น และสามารถนำมาปรับใช้เทียบเคียงกับกรณีที่เกิดขึ้นได้

การเทียบเคียงหลักกฎหมายในการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายจึงเป็นการค้นหาหลักกฎหมายที่
อยู่เบื้องหลังของบทบัญญัติกฎหมาย ซึ่งสามารถนำหลักกฎหมายนี้มาเป็นหลักให้ยึดถือเทียบเคียง
โดยหากพบว่า กรณีที่เกิดขึ้นไม่สามารถค้นหาบทบัญญัติในกฎหมายลายลักษณ์อักษรมาเทียบเคียงใน
ฐานะที่เป็นบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งได้ แต่ปรากฏหลักกฎหมายที่ได้จากการพิจารณา
บทกฎหมายลายลักษณ์อักษรหลากหลายมาตราที่เกี่ยวข้อง เช่นนี้ ก็สามารถนำเอาหลักกฎหมายมา
เทียบเคียงเพื่อปรับใช้แก่กรณีที่เกิดขึ้นในการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายได้ ดังนั้น การปรับใช้การ
เทียบเคียงหลักกฎหมายกับข้อเท็จจริงรายการเพื่ออุดช่องว่างแห่งกฎหมาย จึงเป็นการที่ผู้ใช้
กฎหมายพิจารณาข้อเท็จจริงในคดีนั้นๆ แล้วเทียบเคียงเข้ากับหลักกฎหมาย

อย่างไรก็ตาม การเทียบเคียงหลักกฎหมายไม่ใช่วิธีการที่กล่าวถึงกันอย่างชัดเจนในการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายตามมาตรา 4 วรรคสอง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย ทั้งนี้ นักกฎหมายไทยปรับใช้มาตรา 4 วรรคสอง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เพื่ออุดช่องว่างของกฎหมายโดยอ้างเพียงการนำจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น การเทียบบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง และหลักกฎหมายทั่วไป มาใช้อุดช่องว่างแห่งกฎหมายตามนิติวิธีที่ได้รับการกล่าวไว้เท่านั้น ซึ่งการกล่าวถึงการเทียบเคียงหลักกฎหมายเพื่ออุดช่องว่างแห่งกฎหมายจะทำให้มีจุดยึดโยง โดยยึดโยงกับบทบัญญัติแห่งกฎหมายในหลายมาตราที่เกี่ยวข้อง อันเป็นการพิจารณาถึงเบื้องหลังที่มาของหลักกฎหมายนั้นๆ ได้อย่างชัดเจนขึ้น

5.16 สรุปการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งตามประเภทของบทบัญญัติแห่งกฎหมายลายลักษณ์อักษรในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย

จากการศึกษาการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งตามประเภทของบทบัญญัติแห่งกฎหมายลายลักษณ์อักษรในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย โดยศึกษาจากหลักการตามประเภทของบทบัญญัติแห่งกฎหมายลายลักษณ์อักษรนั้นๆ พร้อมทั้ง ยกตัวอย่างประกอบ ซึ่งจากการศึกษาเป็นการพิจารณาและตั้งข้อสังเกตประกอบกับลักษณะของบทกฎหมายลายลักษณ์อักษรประเภทต่างๆ ทั้งนี้ อาจยังไม่สามารถกล่าวได้โดยชัดเจนว่าบทบัญญัติของกฎหมายลายลักษณ์อักษรประเภทใดสามารถมีการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งได้หรือไม่ ซึ่งต้องยอมรับว่าเรื่องการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งเป็นศิลปะแห่งนิติวิธีที่จำเป็นต้องมีการปรับใช้ให้เหมาะสมแก่กรณี โดยต้องอาศัยข้อเท็จจริงและพฤติการณ์รายคดีที่เกิดขึ้นเข้ามาเป็นองค์ประกอบสำคัญในการวินิจฉัย แต่กระนั้น อาจพิจารณาได้ในเบื้องต้นถึงลักษณะเฉพาะของบทกฎหมายประเภทต่างๆ ในความสัมพันธ์กับเรื่องการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งเท่าที่มีความเกี่ยวข้องกัน โดยผู้วิจัยขอให้ถือว่า การศึกษานี้เป็นเพียงข้อสังเกตและข้อควรระวังที่มีต่อแนวทางการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งเท่านั้น

อีกทั้ง เมื่อพิจารณาตามประเภทของบทบัญญัติแห่งกฎหมายลายลักษณ์อักษรในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย ในการแบ่งประเภทของบทบัญญัติแห่งกฎหมายลายลักษณ์อักษรในบางเรื่องอาจไม่สอดคล้องกับการพิจารณาการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายโดยอาศัยการเทียบเคียง

บทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งมากนัก และในบางมาตราแห่งบทบัญญัติกฎหมายก็อาจจัดอยู่ในประเภทแห่งบทบัญญัติกฎหมายลายลักษณ์อักษรมากกว่าหนึ่งประเภท รวมถึง ในกรณีตัวอย่างอาจมิได้แสดงถึงช่องว่างแห่งกฎหมายและการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายโดยอาศัยการเทียบเคียง บทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งกับทุกกรณี โดยเมื่อมีข้อเท็จจริงอื่นๆ เกิดขึ้นการปรับใช้กฎหมายก็อาจเปลี่ยนแปลงไปได้ แต่อย่างไรก็ตาม ในบทนี้ผู้วิจัยพยายามพิจารณาและศึกษาตัวอย่างเพื่อให้สอดคล้องกับลักษณะเฉพาะของบทกฎหมายลายลักษณ์อักษรนั้นๆ ซึ่งท้ายที่สุดส่งผลให้ในบางกรณีสำหรับการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในบทกฎหมายลายลักษณ์อักษรบางประเภทเกิดข้อพึงระมัดระวังในการปรับใช้เทียบเคียงขึ้น

ทั้งนี้ สำหรับการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในบทนิยาม ผู้วิจัยเห็นว่า ต้องระวังจะเป็นการขยายความหมายและขอบเขตของกฎหมายที่บทนิยามมุ่งหมายไปถึง ทั้งยังขัดต่อเจตนารมณ์และวัตถุประสงค์ที่กฎหมายมุ่งบัญญัติขึ้น ซึ่งไม่ต้องด้วยลักษณะของบทนิยามที่กำหนดหรือให้คำจำกัดความหมายที่แน่นอนของคำต่างๆ

ส่วนการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในบทสันนิษฐาน เนื่องด้วยบทสันนิษฐานเป็นบทบัญญัติที่กฎหมายได้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าข้อเท็จจริงหรือผลลัพธ์นั้นเป็นอย่างไร การที่บุคคลใดจะถูกกฎหมายสันนิษฐานก็จำเป็นต้องพิจารณาถึงการกระทำที่เป็นเงื่อนไขของการสันนิษฐานด้วย เช่นนี้ เมื่อการกระทำนั้นมิได้เข้าเงื่อนไขในบทสันนิษฐาน ผลลัพธ์จึงมีเพียงไม่ถูกสันนิษฐานตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้น การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งเพื่อปรับให้เข้ากับเงื่อนไขของข้อสันนิษฐานในบทสันนิษฐานจึงเป็นเรื่องที่คาดหมายว่าไม่น่าจะกระทำได้

การปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในบทสมมติ เมื่อพิจารณาประกอบกับโครงสร้างและลักษณะของบทสมมติก็คล้ายคลึงกัน โดยข้อเท็จจริงในส่วนของเงื่อนไขตามบทบัญญัติกฎหมายควรจะต้องเป็นข้อเท็จจริงที่แน่นอนตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ มิฉะนั้น หากมีการเทียบเคียงเพื่อให้เข้ากับข้อเท็จจริงที่เป็นเงื่อนไขตามบทบัญญัติกฎหมายจะเป็นการขยายบริบทในบทสมมติเกินกว่าที่กฎหมายมุ่งประสงค์ถึง อันทำให้ผลลัพธ์ของบทสมมติที่กฎหมายให้ถือว่ามิสถานะทางกฎหมายแน่นอนถูกขยายรวมไปถึงข้อเท็จจริงที่กฎหมายมิได้บัญญัติไว้ ซึ่งเป็นเรื่องที่ไม่ควรกระทำ

สำหรับการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในบทอนุโลม ทั้งนี้ การอนุโลมกับการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งไม่ใช่อย่างเดียวกัน ซึ่งการอนุโลมเป็นการนำบทบัญญัติที่กฎหมายบัญญัติไว้สำหรับเรื่องหนึ่งมาใช้เท่าที่สามารถจะใช้ได้หรือเข้าได้กับอีกเรื่องหนึ่งเท่านั้น มิใช่การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งที่เป็นกรณีที่ไม่มีบทกฎหมายมาปรับใช้แก่ข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น เพื่อเทียบเคียงอุดช่องว่างแห่งกฎหมาย แต่อย่างไรก็ตาม การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งอาจมีการเทียบเคียงได้ในบทอนุโลมตามนัยคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2743/2541 ที่กล่าวมาแล้ว

ต่อมา การปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในบทกฎหมายยุติธรรม เนื่องด้วยบทกฎหมายยุติธรรมเป็นเรื่องที่ผู้ใช้กฎหมายสามารถปรับใช้ดุลพินิจได้อย่างกว้าง ผู้วิจัยจึงเห็นว่าช่องว่างแห่งกฎหมายในบทกฎหมายยุติธรรม โดยพิจารณาเฉพาะในส่วนของกรณีบัญญัติบทยุติธรรม ไม่ว่าจะเป็นในรูปคำศัพท์ทางกฎหมาย (Legal Concepts) บทมาตรฐาน (Standard) และหลักการ (Principles) จะไม่เกิดเป็นปัญหาช่องว่างแห่งกฎหมายที่ไม่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายมาปรับใช้แก่ข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น

ส่วนการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในบทกฎหมายเคร่งครัด เมื่อบทกฎหมายเคร่งครัดเป็นบทกฎหมายที่กำหนดข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบส่วนเหตุและผลทางกฎหมายไว้อย่างชัดเจน ดังนั้น หากเข้าข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบส่วนเหตุ ผลในทางกฎหมายก็ย่อมเกิดขึ้น ผู้ใช้กฎหมายจึงไม่สามารถใช้ดุลพินิจเพิ่มเติมเสริมแต่งเนื้อหาของบทบัญญัติแห่งกฎหมายให้เป็นอย่างอื่นได้ การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในบทกฎหมายเคร่งครัดจึงคิดว่าไม่สามารถกระทำได้

ในการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในบทกฎหมายบังคับตายตัว ซึ่งบทกฎหมายบังคับตายตัวมีลักษณะเป็นบทบัญญัติกฎหมายที่มุ่งหมายบังคับแก่กรณีกฎหมายมุ่งบัญญัติไว้ โดยเอกชนไม่สามารถตกลงกันเป็นอย่างอื่น การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในบทกฎหมายบังคับตายตัวให้เป็นอย่างอื่นจึงเป็นเรื่องที่คาดหมายในเบื้องต้นว่าไม่อาจกระทำได้เช่นกัน

ส่วนการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในบทกฎหมายไม่บังคับตายตัว บทกฎหมายไม่บังคับตายตัวเป็นบทกฎหมายที่เอกชนสามารถตกลงกันให้แตกต่างไปจากที่บัญญัติของกฎหมายกำหนดไว้ได้ เช่นนี้ โดยลักษณะของบทกฎหมายไม่บังคับตายตัว จึงเห็นว่า ไม่มีเหตุผลพิเศษอันใดที่จะต้องขัดขวางไม่ให้อาศัยการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในบทกฎหมายไม่บังคับตายตัวปรับแก้ข้อเท็จจริงเพื่ออุดช่องว่างแห่งกฎหมาย

กรณีการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในบทกฎหมายทั่วไป บทกฎหมายทั่วไปเป็นบทกฎหมายที่บังคับแก่บุคคลโดยทั่วไปและใช้บังคับกับเรื่องต่างๆ ไป ซึ่งการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในบทกฎหมายทั่วไปย่อมสามารถกระทำได้ และตามตัวอย่างคำพิพากษาศาลฎีกาที่ได้กล่าวมาแล้ว ก็พบว่าได้มีการนำการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งมาใช้เพื่ออุดช่องว่างแห่งกฎหมายในหลายกรณี

นอกจากนั้น ในการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในบทกฎหมายพิเศษ บทกฎหมายพิเศษเป็นบทกฎหมายที่ใช้บังคับกับเรื่องพิเศษเฉพาะเรื่อง รวมถึง ในกฎหมายพิเศษก็อาจมีการปรับใช้วิธีในการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งได้เช่นกัน โดยในการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในกฎหมายพิเศษก็อาจอ้างถึงวิธีตามมาตรา 4 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้

ต่อมา พิจารณาการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในบทกฎหมายหลัก บทกฎหมายหลักเป็นบทบัญญัติที่บัญญัติต้องประกอบอันเป็นข้อเท็จจริงโดยทั่วๆ ไป หรือเป็นข้อความโดยกว้างๆ แต่หากข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นอยู่นอกเหนือจากความหมายตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่เป็นบทหลัก เช่นนี้ การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในบทกฎหมายหลักก็คาดว่าจะสามารถกระทำได้ เพราะเมื่อบทกฎหมายหลักใช้บังคับแก่กรณีทั่วๆ ไป จึงไม่มีข้อจำกัดอื่นใดเป็นพิเศษ

ในทางตรงกันข้าม การปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในบทกฎหมายยกเว้น ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่บัญญัติถึงข้อเท็จจริงในเรื่องเดียวกันกับบทกฎหมายหลัก แต่ได้มีการขมวดข้อเท็จจริงในวงแคบเฉพาะเรื่องให้มีผลตรงกันข้ามหรือเป็นอย่างอื่น ดังนั้น บทบัญญัติที่เป็นข้อยกเว้น

จึงต้องตีความโดยเคร่งครัด จะใช้วิธีตีความโดยขยายความไม่ได้ และไม่อาจใช้วิธีตีความ
เทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งได้ด้วย

ประการสุดท้าย การปรับใช้การเทียบเคียงหลักกฎหมาย แม้หลักกฎหมายจะมีใช้บทบัญญัติ
แห่งกฎหมายลายลักษณ์อักษร แต่เนื่องจากหลักกฎหมายอาจพิจารณาว่าเป็นหลักกฎหมายที่อยู่
เบื้องหลังตัวบทบัญญัติกฎหมาย ซึ่งเมื่อพิเคราะห์ถึงบทกฎหมายหลายบทที่เกี่ยวข้องทำให้สามารถ
อนุมานถึงหลักที่อยู่เบื้องหลังตัวบทบัญญัติของกฎหมายเหล่านั้น จึงเกิดการนำเอาหลักกฎหมายมา
เทียบเคียงปรับใช้เมื่อไม่สามารถค้นหบทบัญญัติในกฎหมายลายลักษณ์อักษรมาเทียบเคียงในฐานะที่
เป็นบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งได้ จึงเป็นการเอาหลักกฎหมายมาเทียบเคียงแก่กรณีที่เกิดขึ้นเพื่อ
อุดช่องว่างแห่งกฎหมาย

กล่าวโดยสรุป ในการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งตามประเภทของ
บทบัญญัติแห่งกฎหมายลายลักษณ์อักษรในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย เมื่อพิจารณา
ประกอบกับโครงสร้างของบทบัญญัติกฎหมายและลักษณะภายในของบทบัญญัติกฎหมายนั้นๆ ทำให้
สามารถทราบถึงขอบเขตในเบื้องต้นของการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งแก่
กรณี ซึ่งในการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งตามประเภทของบทบัญญัติแห่ง
กฎหมายลายลักษณ์อักษรจะพบแนวทางการพิจารณาและข้อควรระวังในการเทียบเคียงบทกฎหมาย
ที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง ทั้งนี้ ปัญหาและอุปสรรคในการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่าง
ยิ่งในกรณีต่างๆ จะต้องพึงระวังในหลักการของกฎหมายและข้อเท็จจริงรายการกรณีที่จำต้องยึดถือเป็น
สำคัญด้วย

บทที่ 6

วิเคราะห์ปัญหาการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในระบบกฎหมายไทย

จากการศึกษาเรื่องการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง นำมาสู่การวิเคราะห์ประเด็นปัญหาที่เกิดจากการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งที่ยังคงมีความไม่แน่นอนตั้งแต่อดีตสืบเนื่องมาจนถึงปัจจุบันและที่อาจเกิดมีขึ้นในอนาคต ซึ่งจากการศึกษาในเรื่องดังกล่าวพบว่าความเข้าใจในหลักเกณฑ์และรายละเอียดในเรื่องการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งยังไม่มี ความชัดเจน จึงจำเป็นต้องมีการวิเคราะห์ปัญหาในประเด็นต่างๆ ให้กระจ่างชัดยิ่งขึ้น

อนึ่ง วิทยานิพนธ์ฉบับนี้มิได้ทำการศึกษาโดยวิเคราะห์เปรียบเทียบปัญหาการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในระบบกฎหมายต่างประเทศกับระบบกฎหมายไทย ด้วยเหตุเพราะนิติวิธีการบัญญัติกฎหมายและเนื้อหาของกฎหมายของแต่ละประเทศย่อมแตกต่างกันไปตามบริบทของประเทศนั้นๆ การศึกษาจึงเป็นเพียงการวิเคราะห์ปัญหาการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในระบบกฎหมายไทย โดยนำนิติวิธีการบัญญัติกฎหมายต่างประเทศเท่าที่เกี่ยวข้องมาแสดงเพื่อเป็นตัวอย่งการปรับใช้กฎหมายและการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายในการแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้น การศึกษากฎหมายต่างประเทศจึงเป็นเครื่องมือช่วยอธิบายในบริบทที่เหมาะสมเท่านั้น เช่นนี้ การวิเคราะห์ปัญหาการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งจึงมุ่งศึกษาวิเคราะห์ในระบบกฎหมายไทย เพื่อนำมาสู่บทสรุปและข้อเสนอแนะที่เหมาะสมกับระบบกฎหมายไทยต่อไป

6.1 ความนำ

ในการวิเคราะห์ปัญหาการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในระบบกฎหมายไทยจะเป็นการวิเคราะห์ที่สืบเนื่องมาจากนิติวิธี หลักเกณฑ์ทั่วไป และการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในระบบกฎหมายไทยเท่านั้น จากที่กล่าวมาข้างต้น วิทยานิพนธ์ฉบับนี้มิได้ทำการศึกษาโดยวิเคราะห์เปรียบเทียบเรื่องการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในระบบ

กฎหมายต่างประเทศกับในระบบกฎหมายไทย ซึ่งการศึกษาที่ผ่านมาเป็นการศึกษาที่เริ่มจากนิติวิธีของแต่ละระบบกฎหมาย เพื่อให้ทราบถึงข้อความคิดพื้นฐานว่าด้วยนิติวิธีที่เป็นรากฐานสำคัญของระบบกฎหมายนั้นๆ รวมถึง ศึกษานิติวิธีที่ใช้ในระบบกฎหมายไทย เพื่อให้ทราบถึงทัศนคติหรือมุมมองในด้านต่างๆ เบื้องต้นที่มีผลต่อการใช้การตีความและการอุดช่องว่างแห่งกฎหมาย อันนำมาสู่การวิเคราะห์ประเด็นปัญหาการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในความสัมพันธ์กับทัศนคติของผู้ใช้กฎหมายในระบบกฎหมายไทย ซึ่งจะกล่าวต่อไปในบพนี้

นอกจากนี้ ยังมีการศึกษาในข้อความคิดพื้นฐานว่าด้วยการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง เพื่อจะนำมาสู่การวิเคราะห์ประเด็นปัญหาการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งตามนิติวิธีในมาตรา 4 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ในเชิงระบบกฎหมายไทย ซึ่งจะทำให้เรื่อง การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งดำเนินไปอย่างเป็นระบบ จากนั้นจึงเป็นการศึกษาและวิเคราะห์ต่อเนืองว่า เมื่อการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งถูกนำมาใช้ในระบบกฎหมายแล้ว การปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในกฎหมายต่างๆ ตามสาขาของกฎหมายจะมีข้อควรคำนึงถึงในเบื้องต้นอย่างไร ซึ่งจะวิเคราะห์ประกอบกับคุณค่าลักษณะเฉพาะของกฎหมายนั้นๆ รวมถึง จะมีการกล่าวถึงปัญหาที่ได้จากการตั้งข้อสังเกตถึงแนวทางตามคำพิพากษาของศาลที่แสดงการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในกฎหมายต่างๆ ทั้งในกฎหมายเอกชน กฎหมายมหาชน ประกอบด้วย

ต่อมา เป็นการวิเคราะห์ถึงปัญหาขอบเขตการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง โดยมุ่งเน้นตามประเภทของบทบัญญัติแห่งกฎหมายลายลักษณ์อักษรในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย เนื่องด้วยเป็นนิติวิธีที่บัญญัติไว้ชัดแจ้งตามมาตรา 4 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ โดยศึกษาจากประเภทของบทบัญญัติแห่งกฎหมายลายลักษณ์อักษรประกอบกับโครงสร้างและลักษณะของบทบัญญัติกฎหมาย ทั้งนี้ จะวิเคราะห์และตั้งข้อสังเกตถึงการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งตามประเภทของบทบัญญัติแห่งกฎหมายลายลักษณ์อักษรในแต่ละประเภท เพื่อนำเสนอแนวทางในการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งตามนิติวิธีที่ถูกต้องและเหมาะสมต่อไป

6.2 ปัญหาการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในความสัมพันธ์กับทัศนคติของผู้ใช้กฎหมายในระบบกฎหมายไทย

การที่ประเทศไทยได้รับอิทธิพลการบัญญัติประมวลกฎหมายมาจากกฎหมายต่างประเทศ โดยเป็นกลุ่มประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายซีวิลลอว์ ระบบกฎหมายไทยจึงใกล้เคียงโดยตรงกับ ระบบกฎหมายแบบซีวิลลอว์ที่ยึดถือกฎหมายลายลักษณ์อักษรเป็นบ่อเกิดของกฎหมายลำดับต้น และมีการจัดทำประมวลกฎหมายมาใช้ในการพิจารณาตัดสินคดี ตามที่ได้ศึกษามาแล้ว ทั้งนี้ กรณีการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในความสัมพันธ์กับทัศนคติของผู้ใช้กฎหมายในระบบกฎหมายไทยจะเป็นเช่นใด ซึ่งเรื่องดังกล่าวเป็นเรื่องที่ผู้ปรับใช้กฎหมายหรือก็คือศาลต้องพึงระมัดระวังเป็นอย่างมาก เพราะในระบบกฎหมายไทยยึดถือกฎหมายลายลักษณ์อักษรเป็นบ่อเกิดเบื้องต้นของกฎหมาย คำพิพากษาของศาลเป็นเพียงคำอธิบายในการใช้ตัวบทกฎหมายปรับแก้คดี คำพิพากษาของศาลจึงมิใช่บ่อเกิดของกฎหมายตามมุมมองในระบบกฎหมายแบบซีวิลลอว์ เช่นนี้ การเปิดช่องให้ใช้นิติวิธีในการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งหากไม่ระมัดระวังอาจจะเป็นการขยายขอบเขตของกฎหมายมากเกินไป และในท้ายที่สุดก็อาจเป็นการสร้างหลักกฎหมายขึ้นมาใหม่ อันอาจทำให้เกิดกรณี Judge made law ตามระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ที่ยึดถือคำพิพากษาของศาลเป็นบ่อเกิดของกฎหมาย ซึ่งอยู่นอกเหนือไปจากความมุ่งหมายเพื่ออุดช่องว่างแห่งกฎหมายตามแนวคิดในระบบกฎหมายซีวิลลอว์

ในระบบกฎหมายซีวิลลอว์ การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งเพื่ออุดช่องว่างแห่งกฎหมายเป็นการที่บทกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่มีอยู่ไม่สามารถยกขึ้นมาปรับใช้แก้ไขข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นได้ โดยอาจจะเป็นกรณีที่ไม่มีบทกฎหมายลายลักษณ์อักษรบัญญัติถึงเรื่องนั้นๆ ไว้โดยตรงเลย หรือบทกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่มีอยู่ครอบคลุมไปไม่ถึงกรณีที่เกิดขึ้นจึงเกิดเป็นช่องว่างแห่งกฎหมาย ทำให้ผู้ใช้กฎหมายหรือศาลจำต้องแสวงหาวิธีการมาอุดช่องว่างแห่งกฎหมาย การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งจึงเป็นนิติวิธีอย่างหนึ่งในการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายโดยเทียบเคียงแก่กรณีที่อยู่ภายใต้กรอบของเหตุผลเดียวกัน ซึ่งจะส่งผลให้คดีต่างๆ ได้รับการพิจารณาพิพากษา เช่นนี้ การอุดช่องว่างแห่งกฎหมายในระบบกฎหมายซีวิลลอว์จึงไม่ใช่การที่ศาลสร้างหลักกฎหมายจากคำพิพากษาของศาลตามมุมมองในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์

แต่อย่างไรก็ตาม แม้กฎเกณฑ์ตามคำพิพากษาของศาลในระบบกฎหมายซีวิลลอว์จะมีได้มีอำนาจบังคับเป็นกฎหมาย แต่การที่คำพิพากษาของศาลนั้นๆ ได้รับการยอมรับและถือตามกันมาก็เพราะคำพิพากษานั้นมีการให้เหตุผลและมีการนำมาปรับใช้จนเป็นบรรทัดฐานที่ดี ดังนั้น แม้โดยหลักคำพิพากษาของศาลไม่ใช่บ่อเกิดของกฎหมาย แต่ในบางครั้งคำพิพากษาของศาลฎีกาบางฉบับก็อาจเป็นคำพิพากษาบรรทัดฐานที่มีอิทธิพลต่อความคิดในการปรับใช้กฎหมาย ดังเช่น คำพิพากษาของศาลกรณีการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งตามมาตรา 4 วรรคสอง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ในตัวอย่างตามคำพิพากษาที่ 9750/2544, 4623/2559, 821/2554, 2401/2515 กรณีทรัพย์ที่ได้มาเพราะความตายหรือทรัพย์ที่ได้มาหลังจากผู้ตายถึงแก่ความตายแล้ว เทียบเคียงเสมือนหนึ่งเป็นทรัพย์มรดกเพื่อให้ตกทอดแก่ทายาทโดยธรรม เพราะเป็นบุคคลที่เหมาะสมที่สุดซึ่งมีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับผู้ตายตามลำดับชั้นไป มิฉะนั้น จะเกิดปัญหาในการจัดการทรัพย์สินนั้น ในกรณีนี้ การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งจึงเข้ามามีบทบาทช่วยส่งเสริมต่อการปรับใช้กฎหมายและเอื้ออำนวยต่อการบริหารจัดการที่เหมาะสม ในกระบวนการยุติธรรม ดังที่กล่าวมาแล้วในบทที่ 4 เป็นต้น อีกทั้ง เมื่อคำพิพากษาที่เป็นบรรทัดฐานได้รับการยอมรับกันมานานจนมีการนำหลักในคำพิพากษานั้นมาบัญญัติไว้เป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษร เช่นนี้ก็เป็นกฎหมายที่ใช้บังคับได้

ในกรณีคำพิพากษาของศาลที่มีการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งเพื่ออุดช่องว่างแห่งกฎหมาย อาจจะต้องยอมรับกันว่า ความเป็นจริงแล้วคำพิพากษาของศาลในกรณีดังกล่าวย่อมมาจากกฎเกณฑ์ที่ศาลเห็นว่าเป็นกฎหมาย โดยตามมาตรา 4 วรรคสอง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ได้เปิดโอกาสให้ศาลใช้วิธีวิธีในการแสวงหากฎหมายมาปรับใช้ตามลำดับเพื่ออุดช่องว่างแห่งกฎหมายนั้น ซึ่งกฎเกณฑ์ที่ศาลเห็นว่าเป็นกฎหมายในการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง เมื่อปรากฏกรณีที่คล้ายคลึงกัน ในการพิจารณาอย่างเป็นธรรมแล้วข้อเท็จจริงที่คล้ายคลึงกันนั้นก็ควรได้รับการปฏิบัติอย่างเดียวกัน จึงเทียบเคียงบทกฎหมายมาปรับใช้แก่กรณีที่เกิดขึ้น การปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งเพื่ออุดช่องว่างแห่งกฎหมายจึงเป็นกฎเกณฑ์ที่มีขึ้นเพื่อวัตถุประสงค์ในการสร้างความเสมอภาคและเป็นธรรม

คำพิพากษาของศาลจึงมีส่วนช่วยแสดงให้เห็นว่ากฎหมายถูกนำมาปรับใช้อย่างไร และภายใต้เงื่อนไขประการใด ซึ่งคำพิพากษาของศาลเป็นการอธิบายถึงกฎหมายที่ปรับใช้กับข้อเท็จจริง โดยศาล

ย่อมต้องตัดสินคดีโดยอ้างถึงกฎเกณฑ์แห่งกฎหมาย และภายใต้ระบบกฎหมายที่ใช้บังคับกับทุกคนในสังคมอย่างเท่าเทียมกัน การที่ข้อเท็จจริงอย่างเดียวกันกลับให้ผลลัพธ์ทางกฎหมายที่แตกต่างกันเป็นเรื่องที่ไม่สมควรอย่างยิ่ง เช่นนี้ คำพิพากษาจึงเป็นผลจากการปรับใช้กฎหมายกับให้ตรงกับข้อเท็จจริงในคดี โดยเนื้อหาที่ปรากฏในคำพิพากษาย่อมมีรายละเอียดที่มากไปกว่าข้อความที่แสดงในบทบัญญัติแห่งกฎหมาย ทำให้ในการพิจารณาพิพากษาคดี บทบาทของศาลต้องมีความละเอียดรอบคอบ และด้วยความหลากหลายของบทบัญญัติกฎหมายในปัจจุบัน แม้ว่าข้อเท็จจริงที่พิพาทกันอาจปรับใช้นิติวิธีในทางกฎหมายได้หลายอย่าง แต่หากในมุมมองของศาลแล้ว การที่จะวินิจฉัยคดีโดยอาศัยบทบัญญัติกฎหมายนั้นอาจนำมาซึ่งผลลัพธ์ทางคดีที่ไม่เหมาะสมและไม่เกิดความเป็นธรรม ศาลในปัจจุบันก็นิยมใช้นิติวิธีตามมาตรา 4 วรรคสอง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เพื่อให้ข้อพิพาทเกิดผลทางกฎหมายที่เป็นธรรมในมุมมองของศาลมากยิ่งขึ้น ดังตัวอย่างคำพิพากษาที่ อ.182/2553 ตามที่ได้กล่าวมาแล้วในบทที่ 4 เป็นต้น

ในทางตรงกันข้าม สำหรับนักวิชาการที่ยังอาจขาดความเข้าใจถึงนิติวิธีในระบบกฎหมายซีวิลลอว์อย่างถ่องแท้จะกล่าวหาว่า นักกฎหมายในระบบกฎหมายซีวิลลอว์ยึดถือแต่ตัวบทกฎหมาย ไม่มีการปรับใช้กฎหมายให้ยืดหยุ่นแบบอังกฤษที่ถือว่ากฎหมายเป็นสิ่งที่เกิดจากการปรุงแต่งของผู้พิพากษา³⁷⁰ ซึ่งความเข้าใจเช่นนี้ก็ไม่ถูกต้องนักเช่นกัน เพราะแม้ว่านักกฎหมายในระบบกฎหมายซีวิลลอว์ยึดถือบทกฎหมายลายลักษณ์อักษรเป็นบ่อเกิดของกฎหมายลำดับต้น แต่ผู้ใช้กฎหมายก็ยังคงมีหน้าที่นำบทกฎหมายมาปรับใช้แก่ข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นด้วย อีกทั้ง บทกฎหมายทั้งปวงก็ต้องได้รับการวินิจฉัยพิเคราะห์อย่างละเอียดตามหลักวิชาการในการใช้กฎหมายและการตีความกฎหมาย หัวใจของการปรับใช้กฎหมายในระบบซีวิลลอว์จึงเป็นการปรับใช้กฎหมายให้ต้องด้วยกรณีที่เป็นข้อพิพาท ดังนั้น ถ้านักกฎหมายหรือผู้พิพากษาเห็นว่าบทกฎหมายที่มีอยู่ไม่ต้องแก่กรณี และผู้พิพากษาจำต้องตัดสินข้อพิพาทนั้นโดยไม่อาจอ้างได้ว่าไม่มีบทกฎหมายมาปรับใช้แก่กรณีได้ เช่นนี้ ผู้พิพากษาจึงต้องมีหน้าที่ปรับใช้กฎหมายที่ไม่อยู่ในขอบเขตของบทบัญญัติกฎหมายด้วย อาทิเช่น การนำเอาจารีตประเพณี หรือการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง หรือหลักกฎหมายทั่วไป มาปรับใช้

³⁷⁰ Luca Anderlini, Leonardo Felli, and Alessandro Riboni, *Statute Law or Case Law?* (London: LSE, 2008).

เพื่ออุดช่องว่างแห่งกฎหมายให้เหมาะสมตามนิติวิธีในระบบกฎหมาย ด้วยเหตุนี้ จึงทำให้ผู้พิพากษาเข้ามามีบทบาทสำคัญต่อการพัฒนาหลักเกณฑ์ในทางกฎหมายขึ้นมาโดยอาศัยวิธีการทางนิติวิธี

กรณีการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งตามมาตรา 4 วรรคสอง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย จึงเป็นกลไกที่กฎหมายมอบอำนาจให้ศาลใช้นิติวิธีนำกฎเกณฑ์มาตัดสินคดีในกรณีที่ไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายลายลักษณ์อักษรมาปรับใช้แก้ข้อเท็จจริงได้ ซึ่งการระบุนิติวิธีและลำดับในการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายเอาไว้ก็เพื่อเป็นแนวทางสำหรับศาลในการค้นหาและปรับใช้กฎเกณฑ์ดังกล่าว อีกทั้ง ยังเป็นการจำกัดอำนาจไม่ให้ศาลอ้างว่ากฎเกณฑ์ใดมีสถานะเป็นกฎหมายได้อย่างอิสระตามอำเภอใจ ดังนั้น จึงทำให้ในระบบกฎหมายไทยมีทั้งหลักประกันความศักดิ์สิทธิ์และความแน่นอนชัดเจนโดยอาศัยตัวบทกฎหมาย และในขณะเดียวกันก็มีหลักนิติวิธีที่อาศัยเหตุผลที่ดำรงอยู่ในบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นมาสนับสนุนการปรับใช้กฎหมายด้วย

สำหรับการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งเพื่ออุดช่องว่างแห่งกฎหมายตามมาตรา 4 วรรคสอง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย นอกจากจะเป็นกลไกที่กฎหมายมอบให้ศาลใช้นิติวิธีในการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายแล้ว ศาลยังจะต้องระมัดระวังไม่ให้เกิดการใช้อำนาจฝ่ายตุลาการในการตัดสินคดีก้าวล่วงเข้าไปในเขตแดนอำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติ เพราะเนื่องจากการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งเป็นการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายที่อยู่ นอกเหนือถ้อยคำของกฎหมายจึงต้องคำนึงถึงหลักการแบ่งแยกอำนาจ ซึ่งจากหลักการแบ่งแยกอำนาจ องค์การฝ่ายนิติบัญญัติได้รับอำนาจมาจากประชาชนผ่านการเลือกตั้งให้มีอำนาจในการตรากฎหมาย ซึ่งกฎหมายที่ฝ่ายนิติบัญญัติตราขึ้นย่อมผูกพันทั้งองค์กรฝ่ายบริหารและองค์กรตุลาการด้วย ดังนั้น ในการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งจึงจำต้องอยู่ภายในขอบเขตของการอุดช่องว่างแห่งกฎหมาย มิฉะนั้น จะทำให้ศาลซึ่งเป็นผู้ใช้อำนาจตุลาการกลายเป็นผู้บัญญัติกฎหมายหรือฝ่ายนิติบัญญัติเสียเอง อันเป็นการขัดต่อหลักการแบ่งแยกอำนาจ

ทั้งนี้ การที่องค์กรฝ่ายตุลาการมีอำนาจในการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายก็เนื่องมาจากการที่ฝ่ายนิติบัญญัติไม่สามารถบัญญัติกฎหมายให้ครอบคลุมทุกกรณีที่เกิดขึ้นได้ทั้งหมด ซึ่งสอดคล้องกับความเป็นจริงที่ว่า มนุษย์ไม่มีทางรับรู้ถึงความบกพร่องของกฎหมายทุกประการจนกว่าจะได้พบกับข้อเท็จจริงอันนำมาซึ่งปัญหาในการปรับใช้กฎหมายเช่นว่านั้น และเมื่อปัญหาในการปรับใช้กฎหมาย

ปรากฏขึ้น ผู้ประสบปัญหาที่ย่อมต้องการมาตรการมาช่วยคลี่คลายปัญหาได้อย่างทันถ่วงที³⁷¹ เช่นนี้ ฝ่ายตุลาการจึงมีหน้าที่ปรับใช้กฎหมาย พร้อมทั้งสามารถอุดช่องว่างแห่งกฎหมายโดยอาศัยอำนาจตามมาตรา 4 วรรคสอง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาช่วยคลี่คลายปัญหาในคดีพิพาทที่เกิดขึ้น

ดังนั้น สถาบันตุลาการจึงต้องมาพร้อมกับความรับผิดชอบที่ยิ่งใหญ่ โดยศาลในฐานะองค์กรที่ทำหน้าที่ยุติความขัดแย้งระหว่างบุคคลในสังคม ในทุกคดีที่พิพาทกัน ศาลต้องแสวงหากฎเกณฑ์ทางกฎหมายมาตัดสิน ซึ่งแม้ในบางคดีไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายที่ใช้บังคับกับข้อเท็จจริงนั้นโดยตรง ศาลก็ต้องแสวงหากฎเกณฑ์อื่นมาใช้พิพากษาคดี โดยกฎหมายรับรองให้ศาลมีอำนาจพิพากษาคดีตัดสินคดีให้เป็นไปตามกฎหมายโดยอาศัยมาตรา 4 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย เช่นนี้ มาตรา 4 ดังกล่าวจึงเป็นกฎหมายที่ให้อำนาจศาลในการใช้นิติวิธีเพื่ออุดช่องว่างแห่งกฎหมายในกรณีที่ไม่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายด้วย ซึ่งการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายตามมาตรา 4 วรรคสอง ย่อมตรงกับถ้อยคำที่ปรากฏว่า “เมื่อไม่มีบทกฎหมายที่จะยกมาปรับคดีได้” นิติวิธีในการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายจึงให้วินิจฉัยคดีนั้นตามจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น และถ้าไม่มีจารีตประเพณีเช่นนั้น จึงให้วินิจฉัยคดีโดยอาศัยการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง และถ้าบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งก็ไม่มีด้วย จึงค่อยให้วินิจฉัยตามหลักกฎหมายทั่วไป

นอกจากนั้น เมื่อพิจารณาประกอบกับนิติวิธีในระบบกฎหมายต่างประเทศที่ได้ศึกษามาแล้ว ในบทที่ 3 ตามแนวคิดในระบบกฎหมายอิตาลีในเรื่องการอุดช่องว่างแห่งกฎหมาย บทบัญญัติว่าด้วยการใช้กฎหมายทั่วไปอิตาลีก็ได้มีการบัญญัติให้ผู้พิพากษาจะต้องพิจารณาเกณฑ์อันใดก่อนหลังเพื่อเป็นการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายไว้ด้วย ซึ่งปรากฏนิติวิธีในการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งเป็นส่วนหนึ่งในนั้น อีกทั้ง บทบัญญัติแรกเริ่มดังกล่าวในกฎหมายอิตาลีก็เชื่อว่าเป็นแบบอย่างหนึ่งของที่มาแนวคิดในการบัญญัติมาตรา 4 วรรคสอง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย

เมื่อพิจารณาอำนาจในการปรับใช้กฎหมาย การตีความกฎหมาย และการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายของผู้พิพากษาอิตาลี ตามรัฐธรรมนูญอิตาลี ค.ศ. 1947 ก็ได้มีการกำหนดกรอบพื้นฐานสำหรับควบคุมสถาบันทางการเมืองและระบบกฎหมายของอิตาลีไว้ ทำให้ผู้พิพากษาอิตาลีใช้อำนาจ

³⁷¹ จุมพล แดงสกุล, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมาย : กฎหมาย วิชานิติศาสตร์ และนิติวิธี, หน้า 145.

ตุลาการในการถ่วงดุลอำนาจนิติบัญญัติและอำนาจบริหาร ซึ่งผู้พิพากษาจะมีอำนาจในการกำหนดบรรทัดฐานที่ถูกต้องในระบบกฎหมาย โดยเป็นการอ้างถึงอำนาจการตีความกฎหมายและอำนาจในการพิจารณากรณีที่เกิดช่องว่างแห่งกฎหมายด้วย³⁷² บทบาทสำคัญของผู้พิพากษาจึงสอดคล้องกับแนวคิดพื้นฐานเรื่องการแบ่งแยกอำนาจ ซึ่งอำนาจตุลาการไม่ควรอยู่ภายใต้ข้อจำกัดอื่นใดนอกจากตัวกฎหมายเอง และกฎที่จะใช้บังคับในการตีความหรือการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายจะต้องพบในกฎหมาย โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ปรากฏชัดเจนในบทบัญญัติว่าด้วยการใช้กฎหมายทั่วไปอิตาลี ซึ่งบทบัญญัติกฎหมายมาตรา 12 วรรคสอง แห่งบทบัญญัติว่าด้วยการใช้กฎหมายทั่วไปอิตาลี ค.ศ. 1942 ที่ใช้บังคับในปัจจุบันเป็นบทบัญญัติที่ให้อำนาจผู้พิพากษาในการพิจารณาอุดช่องว่างแห่งกฎหมาย โดยเมื่อไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายที่สามารถใช้ตัดสินได้โดยชัดเจน การอุดช่องว่างแห่งกฎหมายลำดับแรกให้ตัดสินคดีโดยพิจารณาบทบัญญัติกฎหมายที่ใช้บังคับกับคดีอย่างเดียวกันหรือเรื่องที่คล้ายคลึงกัน อันเป็นการอนุญาตให้ผู้พิพากษาเทียบเคียงจากหลักเกณฑ์ที่บัญญัติไว้

สำหรับระบบกฎหมายเยอรมัน ระบบกฎหมายเยอรมันยอมรับเรื่องเหตุผลและความมุ่งหมายของกฎหมาย โดยยอมรับว่าเหตุผลและความมุ่งหมายของกฎหมายมีลักษณะเป็นหลักการสำหรับปรับใช้กับสถานการณ์และสภาพสังคมที่เปลี่ยนแปลงไป โดยนัยนี้ บทกฎหมายบทหนึ่งจึงอาจใช้กับกรณีที่อยู่ภายใต้เหตุผลและความมุ่งหมายของบทกฎหมายอย่างเดียวกัน ถึงแม้ว่ากรณีนั้นๆ จะไม่ได้มีการกล่าวถึงไว้ในบทบัญญัติแห่งกฎหมายลายลักษณ์อักษรโดยตรงหรือความหมายตามตัวอักษรเกินความกว้างไปไม่ถึงก็ตาม ซึ่งอาจเป็นเพราะฝ่ายนิติบัญญัติไม่ได้เล็งเห็นถึงปัญหากรณีเฉพาะหน้านี้ จึงส่งผลให้เกิดช่องว่างทางกฎหมาย แต่ตามตำรากฎหมายเยอรมัน เมื่อเกิดช่องว่างแห่งกฎหมายผู้พิพากษาเยอรมันก็สามารถตัดสินคดีโดยอาศัยการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งเพื่ออุดช่องว่างแห่งกฎหมายได้³⁷³ แม้ว่าการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายจะไม่ได้มีการบัญญัติถึงนิติวิธีในการอุดช่องว่างไว้ในประมวลกฎหมายก็ตาม แต่เรื่องดังกล่าวเป็นนิติวิธีทั่วไปที่นักกฎหมายเยอรมันยอมรับรู้และเข้าใจมาโดยตลอด การบัญญัติถึงนิติวิธีจึงไม่มีความจำเป็น อันจะทำให้ประมวลกฎหมายมีลักษณะคลาดเคลื่อนกลายเป็นคำอธิบายกฎหมายไปได้

³⁷² Baschiera, M., "Introduction to the Italian Legal System. The Allocation of Normative Power: Issues in Law Finding," *International Journal of Legal Information*.

³⁷³ Foster, N. G. and S. Sule, *German Legal System and Laws*. p. 59.

ทั้งนี้ แนวคิดในการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายในระบบกฎหมายเยอรมันมาจากหลักประกันในการรับรองคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนโดยองค์กรตุลาการ หรือหลักประกันความคุ้มครองสิทธิพื้นฐานในการป้องกันต่อศาล โดยหลักการดังกล่าวส่งผลให้ศาลจะปฏิเสธหรือละเลยไม่วินิจฉัยชี้ขาดคดีโดยอ้างว่าไม่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่จะนำมาใช้ในการพิจารณาพิพากษาคดีไม่ได้ แต่อย่างไรก็ตาม ศาลจะต้องระมัดระวังมิให้เกิดการใช้อำนาจตุลาการก้าวล่วงเข้าไปในเขตแดนอำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติด้วย อันจะเป็นการขัดต่อหลักการแบ่งแยกอำนาจเช่นกัน

ในการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายของประเทศสวิตเซอร์แลนด์ ตามประมวลกฎหมายแพ่งสวิส ค.ศ. 1907 ได้บัญญัติให้ชัดเจนว่า ถ้าไม่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่จะนำมาใช้ในการพิพากษาคดีแล้ว ผู้พิพากษาจะต้องปฏิบัติอย่างไร หรือผู้พิพากษาจะต้องนำเกณฑ์อะไรมาปรับแก้คดีในการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายลำดับแรก รวมถึง ในกรณีที่ไม่สามารถใช้กฎเกณฑ์ลำดับแรกในการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายนั้นได้ ผู้พิพากษาจะต้องดำเนินการอย่างไรเพื่อให้เกิดการปรับใช้กฎหมายเพื่ออุดช่องว่างแห่งกฎหมายในการพิจารณาคดีที่เหมาะสม ซึ่งแม้ว่าประมวลกฎหมายแพ่งสวิสจะเพียงแต่กำหนดให้ผู้พิพากษาต้องตัดสินคดีโดยกฎเกณฑ์เสมือนอย่างตนมีหน้าที่เป็นผู้บัญญัติกฎหมาย โดยจะส่งผลให้ผู้พิพากษาสวิสมีอิสระในการตัดสินใจเป็นอย่างมาก แต่ผู้พิพากษาก็มิใช่ฝ่ายนิติบัญญัติที่มีหน้าที่ในการบัญญัติกฎหมายขึ้นมาจริงๆ การกำหนดให้เป็นหน้าที่ของผู้พิพากษาในการแสวงหากฎเกณฑ์มาตัดสินคดีเป็นการดำรงตำแหน่งหน้าที่เปรียบเสมือนผู้ร่างกฎหมายลอยๆ (in abstracto) ที่จะตั้งกฎเกณฑ์ขึ้นมาตัดสินคดีให้ต้องด้วยความยุติธรรม รวมถึง ในการนำการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งมาปรับแก้กรณีเพื่ออุดช่องว่างแห่งกฎหมายด้วย เช่นนี้ ในบทบัญญัติมาตรา 1 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งสวิส ค.ศ. 1907 จึงยังคงแสดงออกถึงการแบ่งแยกอำนาจ ซึ่งให้ผู้พิพากษาหรือศาลเป็นผู้ใช้อำนาจตุลาการในการบังคับใช้กฎหมายในคดีให้เป็นรูปธรรมตามแต่ละคดีต่อไป³⁷⁴

ดังจะเห็นได้ว่า ในการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายโดยอาศัยการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งทั้งในระบบกฎหมายไทยและในระบบกฎหมายต่างประเทศตามที่ได้ศึกษามา หลักการที่ประกอบไปด้วยทฤษฎีและข้อความคิดพื้นฐานที่มาสันนิษฐาน แต่ทั้งนี้ บทบัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับนิติวิธีหรือหลักการใช้นิติวิธีในกฎหมายแต่ละประเทศอาจมีลักษณะที่ไม่เหมือนกัน แม้จะเป็น

³⁷⁴ Overbeck, A. E. v., "Some Observations on the Role of the Judge under the Swiss Civil Code," Louisiana Law Review.

ประเทศที่อยู่ในระบบกฎหมายซีวิลลอว์เช่นเดียวกัน ซึ่งนิติวิธีจะเป็นหัวใจของระบบกฎหมายนั้นๆ จึงเป็นการยากที่จะกล่าวได้ว่าการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายโดยอาศัยวิธีการเช่นใดมีความเหมาะสมกว่ากัน ไม่ว่าจะเป็นนิติวิธีตามมาตรา 4 วรรคสอง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย หรือนิติวิธีตามมาตรา 12 วรรคสอง แห่งบทบัญญัติว่าด้วยการใช้กฎหมายทั่วไปอิตาลี ค.ศ. 1942 ที่บัญญัติถึงนิติวิธีไว้ อันเป็นการให้ผู้ใช้กฎหมายเข้ามาแก้ไขปัญหาตามนิติวิธีที่กำหนด ซึ่งจะส่งผลให้การอุดช่องว่างแห่งกฎหมายและการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งมีกฎหมายมารองรับชัดเจนแน่นอน ส่วนนิติวิธีในการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายตามระบบกฎหมายเยอรมัน ซึ่งเป็นนิติวิธีทั่วไปในระบบกฎหมายก็ช่วยให้การปรับใช้กฎหมายมีความยืดหยุ่นและครอบคลุมถึงการแก้ปัญหาต่างๆ ในระบบกฎหมาย หรือภายใต้บทบัญญัติมาตรา 1 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งสวิส ค.ศ. 1907 ก็เอื้ออำนวยให้ผู้พิพากษาสามารถปรับใช้กฎหมายให้เข้ากับสถานการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไปได้ตลอด

จากการพิจารณาข้อความคิดพื้นฐานว่าด้วยนิติวิธีและการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายในการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง จึงทำให้ทราบถึงนิติวิธีหรือทัศนคติของนักกฎหมายที่มีต่อระบบกฎหมายของตน โดยระบบกฎหมายไทยยอมรับทัศนคติต่อการใช้การตีความกฎหมายลายลักษณ์อักษรและการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายลายลักษณ์อักษรนั้น มาตรา 4 วรรคสอง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยจึงบัญญัติถึงนิติวิธีในการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง อันส่งผลให้ผู้ใช้กฎหมายสามารถตัดสินคดีเทียบเคียงปรับบทกฎหมายกับข้อเท็จจริงต่างๆ ได้โดยกฎหมายเปิดโอกาสให้มีการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งเพื่ออุดช่องว่างแห่งกฎหมาย จึงเป็นที่ชัดเจนว่า นิติวิธีในระบบกฎหมายไทยยอมรับอำนาจศาลในการเทียบเคียงบทกฎหมายเพื่อนำมาปรับใช้แก่คดีที่เกิดขึ้น กรณีการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง จึงเป็นการปรับใช้กฎหมายเพื่ออุดช่องว่างแห่งกฎหมายให้สอดคล้องกับเหตุผลและข้อเท็จจริงเพื่ออำนวยความสะดวกยุติธรรมแก่คดีให้ได้รับการพิจารณابนฐานของนิติวิธีในระบบกฎหมาย แต่ต้องระมัดระวังมิให้เกิดการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งแก่กรณีนอกเหนือไปจากการปรับใช้เพื่อการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายด้วย

6.3 ปัญหาการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งตามนิติวิธีในมาตรา 4 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ในเชิงระบบกฎหมายไทย

การวิเคราะห์ปัญหาการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งตามนิติวิธีในมาตรา 4 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ในเชิงระบบกฎหมายไทย ซึ่งมาตรา 4 ดังกล่าวบัญญัติถึงนิติวิธีของกฎหมายไว้ เช่นนี้ มาตรา 4 จะเป็นบทบัญญัติที่บัญญัติถึงนิติวิธีทั่วไปในระบบกฎหมายทั้งหมดซึ่งจะสามารถนำไปใช้กับทุกสาขากฎหมาย ทั้งสาขากฎหมายเอกชนและสาขากฎหมายมหาชน หรือเป็นนิติวิธีที่ใช้กับสาขากฎหมายเอกชนเท่านั้น หรือเป็นนิติวิธีที่ใช้เฉพาะในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เท่านั้น ทั้งนี้ เพราะหากพิจารณาว่ามาตรา 4 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เป็นนิติวิธีเฉพาะในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์แล้ว ในการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งก็จะมี การเทียบเคียงได้เฉพาะในบทบัญญัติของกฎหมายตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เท่านั้น แต่หากพิจารณาว่ามาตรา 4 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เป็นนิติวิธีที่ใช้กับสาขากฎหมายเอกชน ในการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งก็จะมี การเทียบเคียงได้ในบทบัญญัติของกฎหมายที่เป็นกฎหมายเอกชนทั้งหมด แต่ถ้าพิจารณาว่ามาตรา 4 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เป็นนิติวิธีทั่วไปในระบบกฎหมายแล้ว หลักการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งก็สามารถนำไปปรับใช้ได้กฎหมายสาขาต่างๆ ทุกสาขากฎหมาย แต่ก็อาจมีข้อยกเว้นในกฎหมายบางสาขาซึ่งต้องพิจารณาตามหลักการและนิติวิธีเฉพาะในกฎหมายนั้นๆ ต่อไป

ในการวิเคราะห์ถึงประเด็นปัญหาดังกล่าว เมื่อทุกสาขากฎหมายไม่ว่าจะเป็นสาขากฎหมายเอกชนหรือสาขากฎหมายมหาชนต่างต้องประสบพบเจอกับปัญหาพื้นฐานของการใช้และการตีความกฎหมายในลักษณะที่คล้ายคลึงกัน เนื่องจากบทบัญญัติของกฎหมายได้บัญญัติไว้เป็นการทั่วไป ซึ่งใช้บังคับกับบุคคลทุกคนและไม่เจาะจงเฉพาะกับกรณีใดกรณีหนึ่ง เช่นนี้ ในการวินิจฉัยปัญหาทางกฎหมายที่เกิดขึ้นโดยปรับบทกฎหมายแก่ข้อเท็จจริงใดข้อเท็จจริงหนึ่งซึ่งมีรายละเอียดเฉพาะเจาะจง

จึงเป็นปัญหาพื้นฐานของทุกสาขากฎหมาย การใช้นิติวิธีของสาขากฎหมายทั้งหลายจึงมีหลักการพื้นฐานร่วมกันในการแก้ไขปัญหาทางกฎหมายโดยนิติวิธี³⁷⁵

นอกจากนี้ เนื่องจากสาขากฎหมายเอกชนเป็นสาขากฎหมายที่เกิดขึ้นมาก่อน โดยมีเนื้อหาสาระที่ครอบคลุมและมีรายละเอียดมาก ซึ่งได้มีพัฒนาการในทางประวัติศาสตร์มาเป็นระยะเวลายาวนาน อันดำรงอยู่เป็นรากฐานของกฎหมาย เช่นนี้ การบัญญัติถึงนิติวิธีไว้ในสาขากฎหมายเอกชนตามมาตรา 4 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ จึงเปรียบเสมือนการวางรากฐานที่เป็นหลักการทั่วไป ไม่จำกัดเฉพาะในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เท่านั้น ซึ่งแม้จะเป็นการบัญญัตินิติวิธีไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ก็ตาม แต่การใช้นิติวิธีดังกล่าวควรยึดถือเป็นหลักการในการปรับใช้กฎหมายในทุกสาขากฎหมาย ซึ่งกฎหมายสาขาต่างๆ แม้จะมีการพัฒนาไปมากแล้ว แต่กฎหมายในแต่ละสาขาก็มิได้บัญญัติไว้ในทุกเรื่อง ประกอบกับ ในการจัดทำกฎหมาย เมื่อเรื่องใดมีการบัญญัติไว้แล้วจึงไม่นำมาบัญญัติซ้ำอีก เพราะจะมีความซ้ำซ้อนทำให้กฎหมายเยอะเก็นไป เช่นนี้ จากอุดมคติดังกล่าว กฎหมายต่างๆ จึงอาจย้อนกลับมาใช้กฎหมายตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้ อีกทั้ง คำว่า “กฎหมาย” ในมาตรา 4 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ก็ไม่ได้หมายความเฉพาะสาขากฎหมายใดสาขากฎหมายหนึ่ง แต่เป็นการกล่าวถึงบ่อเกิดของกฎหมายในระบบกฎหมายไทย เช่นนี้ การศึกษามาตรา 4 จึงควรเป็นการศึกษาในบริบทของระบบประมวลกฎหมายทั้งระบบด้วย แง่มุมทางนิติวิธี

ทั้งนี้ เมื่อวิเคราะห์ประกอบกับนิติวิธีในระบบกฎหมายต่างประเทศที่ได้ศึกษามา บทบัญญัติว่าด้วยการใช้กฎหมายทั่วไปอิตาลี ค.ศ. 1942 มีลักษณะเป็นบทบัญญัติทั่วไปที่มีการกล่าวถึงข้อความเบื้องต้นของประมวลกฎหมายแพ่งก่อนที่จะมีการเข้าถึงเนื้อหาสาระในประมวลกฎหมายแพ่งอิตาลี ซึ่งประมวลกฎหมายแพ่งอิตาลี ไม่มีการบัญญัติบรรพ 1 ที่เป็นหลักทั่วไปเหมือนกับกฎหมายเยอรมันหรือกฎหมายไทย ดังนั้น บทบัญญัติว่าด้วยการใช้กฎหมายทั่วไปอิตาลีนี้ จึงมิใช่มีลักษณะเป็นเนื้อหากฎหมายที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งของอิตาลีโดยตรง นอกจากนั้น บทบัญญัติของกฎหมายหลายมาตราในส่วนนี้ยังแสดงให้เห็นถึงความมุ่งหมายว่า บทบัญญัติส่วนนี้ไม่ได้ประสงค์ให้ใช้วิธีการนี้เฉพาะกับกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เท่านั้น แต่เหมือนเป็นหลักการพื้นฐานโดยรวมกฎหมายทุกสาขา

³⁷⁵ มานิตย์ วงศ์เสรี, นิติวิธี การใช้และการตีความกฎหมาย : ศึกษาเปรียบเทียบระบบกฎหมายไทยและระบบกฎหมายเยอรมัน, หน้า 35-36.

สำหรับมาตรา 1 วรรคสอง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งสวิส ค.ศ. 1907 ในการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายแก่กรณีที่ไม่มีบทกฎหมายมาบังคับใช้ การที่กำหนดให้ผู้พิพากษาจะต้องวินิจฉัยคดีตามกฎหมายเกณฑ์ซึ่งผู้พิพากษากำหนดขึ้น โดยให้ผู้พิพากษากำหนดขึ้นที่เหมือนอย่างตนมีหน้าที่เป็นผู้ร่างกฎหมาย และในมาตรา 1 วรรคสาม ก็ได้กำหนดให้ผู้พิพากษาสวิสจำเป็นต้องคำนึงถึงหลักกฎหมายและคำพิพากษาที่ได้รับรองเป็นแบบแผนไว้แล้วด้วย เช่นนี้ โดยนัยแล้วเป็นการวางหลักทางนิติวิธีให้ผู้พิพากษาสวิสปฏิบัติที่มีลักษณะเป็นการทั่วไป ดังนั้น การที่บทบัญญัติว่าด้วยการใช้กฎหมายทั่วไปอิตาลีในส่วนของนิติวิธีในการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายนี้ กับมาตรา 1 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งสวิส ค.ศ. 1907 ที่เป็นแบบอย่างการบัญญัติบทกฎหมายมาตรา 4 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย จึงทำให้การปรับใช้มาตรา 4 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย ควรเป็นนิติวิธีที่ปรับใช้เป็นการทั่วไปเช่นกัน อันจะส่งผลให้มีลักษณะทำนองเดียวกันกับในระบบกฎหมายเยอรมันที่แม้จะไม่มีบทบัญญัติถึงนิติวิธีไว้ในประมวลกฎหมาย แต่ก็เป็นนิติวิธีทั่วไปที่นักกฎหมายเยอรมันย่อมรับรู้และสามารถนำไปใช้

นอกจากนั้น เมื่อพิจารณาการปรับใช้บทบัญญัติบรรพ 1 หลักทั่วไป ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยก็ยิ่งพบว่า นักกฎหมายไทยได้นำบรรพ 1 นี้ ไปปรับใช้กับกฎหมายในสาขาต่างๆ ด้วย เช่น นิยามความหมายของคำว่า “ทรัพย์สิน” ตามบรรพ 1 ลักษณะ 3 มาตรา 137 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ก็ถูกกล่าวมาใช้ในกฎหมายอาญา หรือเรื่องอายุความทั่วไป ตามบรรพ 1 ลักษณะ 6 มาตรา 193/30 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ก็นำไปใช้กับกฎหมายสาขาอื่นๆ เป็นต้น จึงทำให้อาจพิจารณาว่าบทบัญญัติในบรรพ 1 หลักทั่วไป ตามมาตรา 4 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ก็มีความมุ่งหมายในการร่างโดยโครงสร้างแล้วจะสามารถนำไปใช้กับกฎหมายสาขาอื่นเช่นกัน

ดังนั้น เมื่อพิจารณาว่ามาตรา 4 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เป็นนิติวิธีทั่วไปในระบบกฎหมายแล้ว กรณีการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งเพื่ออุดช่องว่างแห่งกฎหมายก็จะเป็นนิติวิธีที่ผู้ใช้กฎหมายจะสามารถนำมาปรับใช้ได้กฎหมายต่างๆ พร้อมทั้ง ในการศึกษาการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งจากคำพิพากษาของศาลก็พบว่า ได้มีการนำนิติวิธีในการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งมาปรับใช้เพื่ออุดช่องว่างแห่งกฎหมายแก่กรณีที่เกิดขึ้นทั้งในเรื่องทางเอกชนและมหาชนเช่นกัน

นอกจากนั้น ในการจัดประเภทคำพิพากษาของศาลกรณีการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งที่ได้ศึกษามา อาจพิจารณาการแบ่งประเภทคำพิพากษาของศาลตามวิธีวิธีในเชิงระบบกฎหมายได้ดังนี้ ประเภทแรก คำพิพากษาของศาลที่แสดงการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งโดยอ้างถึงวิธีวิธีตามมาตรา 4 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ โดยพบว่าคำพิพากษาของศาลส่วนใหญ่ ไม่ว่าจะเป็นเรื่องทางเอกชนหรือมหาชนที่มีการนำการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งมาปรับใช้แก้คดี ก็มักจะมีการอ้างถึงวิธีวิธีตามมาตรา 4 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ในการนำมาใช้เพื่ออุดช่องว่างแห่งกฎหมาย

ประเภทที่สอง คำพิพากษาของศาลที่แสดงการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งโดยมิได้อ้างถึงวิธีวิธีตามมาตรา 4 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เพียงแต่อ้างว่าเป็นวิธีการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งมาปรับใช้กับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น ซึ่งคำพิพากษาเหล่านี้จะพบได้จากกรณีการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในกฎหมายมหาชน

อีกทั้ง จากคำพิพากษาของศาลในการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งเมื่อพิจารณาถึงการเทียบเคียงอาจเกิดการเทียบเคียงได้ในหลายกรณี กล่าวคือ กรณีแรก เมื่อไม่มีบทบัญญัติกฎหมายในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ปรับใช้แก้ข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นได้ จึงมีการเทียบเคียงบทบัญญัติกฎหมายมาตราที่ใกล้เคียงกันในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ในฐานะที่เป็นบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง ตัวอย่างเช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 8938/2542, 1820/2548, 7830/2560, 2743/2541, 6593/2550, 1511/2542, 9750/2544, 4623/2559, 821/2554, 2401/2515, 2401/2515, 4/2505 เป็นต้น ดังรายละเอียดที่ได้กล่าวมาแล้วในบทที่ 4

กรณีที่สอง เมื่อไม่มีกฎหมายในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บัญญัติไว้ ก็มีการเทียบเคียงให้เข้ากับกฎหมายเรื่องใดเรื่องหนึ่งที่ใกล้เคียงกันในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ในฐานะที่เป็นกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง ตัวอย่างเช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 8810/2543 ซึ่งมีใช้การเทียบเคียงในมาตราหนึ่งมาตราใดเท่านั้น แต่เป็นการเทียบเคียงสัญญาสี่ซึ่งเข้ากับลักษณะเช่าทรัพย์ตามเอกเทศสัญญา โดยหลักเกณฑ์ของสัญญาเช่าทรัพย์อาจไม่สามารถปรับใช้กับสัญญาสี่ซึ่งได้ทั้งหมด ผู้วิจัยจึงเห็นว่า กรณีนี้ในการอ้างถึงการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งตามมาตรา 4 วรรคสอง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ควรเป็นการเทียบเคียงจากบทบัญญัติกฎหมายในมาตราที่เฉพาะเจาะจง ดังรายละเอียดที่ได้กล่าวมาแล้วในบทที่ 4 เป็นต้น

กรณีที่สาม เมื่อไม่ปรากฏกฎหมายพิเศษในเรื่องนั้นๆ เช่น พระราชบัญญัติรับขนของทางทะเล พ.ศ. 2534 ยังไม่มีผลบังคับใช้ จึงเทียบเคียงกฎหมายทั่วไปในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ในฐานะที่เป็นกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง เช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 563/2532, 1066/2532, 1287/2532, 2466/2532, 5809/2539, 121/2540, 189/2540, 1418/2540, 1912/2540, 5828/2540, 6437/2541, 6471/2541, 6795/2540, 7340/2541 ในเรื่องรับขน หรือ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2898/2543 พระราชบัญญัติอาคารชุด พ.ศ. 2522 ไม่มีบทบัญญัติกฎหมายบัญญัติไว้ จึงจำต้องวินิจฉัยคดีโดยอาศัยการเทียบเคียงกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ หรือคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 774/2553, 776/2553 การที่พระราชบัญญัติประกันสังคม พ.ศ. 2533 มิได้นิยามความหมายของค่าไว้ จึงต้องเทียบเคียงกับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ หรือคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.1020/2560 การทำสัญญาทางปกครองมิได้มีการกฎหมายกำหนดหลักเกณฑ์ไว้โดยเฉพาะ จึงต้องเทียบเคียงกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งตามมาตรา 4 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ หรือคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3668/2540 พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือนเทียบเคียงมาใช้กฎหมายตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เป็นต้น ดังรายละเอียดที่ได้กล่าวมาแล้วในบทที่ 4

กรณีที่สี่ การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในกฎหมายอื่นๆ เมื่อไม่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่จะปรับใช้บังคับกับข้อเท็จจริงหรือคดีที่เกิดขึ้น จึงมีการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งเพื่ออุดช่องว่างแห่งกฎหมาย ตัวอย่างเช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2199/2561 โดยกรณีนี้เป็นการเทียบเคียงในบทเฉพาะกาลตามมาตรา 56 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 ซึ่งผู้วิจัยได้แสดงให้เห็นถึงการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในบทเฉพาะกาลไว้แล้วในบทที่ 4 หรือคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.182/2553 กรณีบิดาที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายขอรับบำเหน็จตกทอดเนื่องจากบุตรผู้เป็นสมาชิกถึงแก่ความตาย เทียบเคียงกับมาตรา 58 วรรคห้า แห่งพระราชบัญญัติกองทุนบำเหน็จบำนาญข้าราชการ ในฐานะที่เป็นบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง หรือคำวินิจฉัยศาลปกครองสูงสุดที่ อ.290/2550 เป็นการเทียบเคียงกรณีการเดินสายส่งไฟฟ้าหรือสายจำหน่ายไฟฟ้า และประกาศกำหนดเขตเดินสายไฟฟ้าเพื่อประโยชน์ในการส่งและการจำหน่ายพลังงานไฟฟ้างกล่าวกับกรณีอื่นนอกเหนือจากกรณีที่ระบุไว้ในบทบัญญัติตามพระราชบัญญัติการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2511 หรือคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6042/2551 พระราชบัญญัติการปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรม พ.ศ. 2518 บัญญัติให้เป็นไปตามกฎกระทรวง แต่เมื่อไม่ปรากฏว่ามีการออก

กฎกระทรวงตามมาตราดังกล่าว จึงอาศัยการเทียบเคียงระเบียบคณะกรรมการปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรมว่าด้วยหลักเกณฑ์ วิธีการและเงื่อนไขในการโอนและการตกทอดทางมรดก สิทธิการเช่า หรือเช่าซื้อที่ดินในการปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรม พ.ศ. 2535 หรือคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2659/2556 เทียบเคียงคำว่า “ลูกจ้างของนายจ้าง” ที่บัญญัติไว้ในมาตรา 4 (7) และ (8) กับมาตรา 4 (6) ในพระราชกฤษฎีกากำหนดลูกจ้าง พ.ศ. 2545 ที่ออกตามมาตรา 4 (6) แห่งพระราชบัญญัติประกันสังคม พ.ศ. 2533 เป็นต้น ดังรายละเอียดที่ได้กล่าวมาแล้วในบทที่ 4

จะเห็นได้ว่า เรื่องการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งถูกนำมาใช้อย่างหลากหลาย และการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งก็อาจมีการเทียบเคียงได้ทั้งในบทบัญญัติของกฎหมายฉบับเดียวกันหรือกฎหมายคนละฉบับ ซึ่งการเทียบเคียงในกฎหมายคนละฉบับเป็นการเทียบเคียงบทบัญญัติของกฎหมายในกรณีที่กฎหมายฉบับหนึ่งมิได้บัญญัติไว้ จึงเทียบเคียงโดยนำบทบัญญัติของกฎหมายอีกฉบับหนึ่งมาใช้อุดช่องว่างแห่งกฎหมายเพื่อบังคับใช้แก่คดีในฐานะที่เป็นบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง อีกทั้ง ในคดีที่เกิดขึ้นต่างๆ นี้ ไม่ว่าจะ เป็นคดีในศาลยุติธรรมหรือศาลปกครอง ก็จะได้เห็นว่าผู้พิพากษาหรือตุลาการมีการพิพากษาคัดสินคดีโดยอาศัยนิติวิธีในการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งมาปรับใช้เพื่ออุดช่องว่างแห่งกฎหมายเช่นกัน

อย่างไรก็ตาม ในบางกรณีก็พบว่า ศาลพิพากษาว่าการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งนำมาใช้ในการตัดสินกับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในคดีไม่ได้ ด้วยเหตุผลดังเช่น เหตุผลแรก ศาลพิจารณาแล้วเห็นว่า กรณีมีบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ใช้บังคับได้อยู่แล้ว ไม่ใช่เรื่องปัญหาช่องว่างแห่งกฎหมายที่ต้องอาศัยการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งเพื่ออุดช่องว่างแห่งกฎหมาย ตัวอย่างตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1854/2551 เป็นต้น หรือศาลพิจารณาแล้วเห็นว่า เนื่องจากข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นมีข้อตกลงอยู่แล้ว จึงไม่ใช่กรณีที่ต้องนำการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงยิ่ง มาปรับใช้ ตัวอย่างเช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 9764/2552 เป็นต้น หรือเหตุผลที่สอง ศาลพิจารณาแล้วเห็นว่า บทบัญญัติกฎหมายนั้นมีได้มีสาระที่ใกล้เคียงกันกับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น จึงไม่อาจอาศัยการเทียบเคียงบทบัญญัติกฎหมายนั้นในฐานะที่เป็นบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งเพื่ออุดช่องว่างแห่งกฎหมายได้ ตัวอย่างเช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6414/2551 เป็นต้น ตามรายละเอียดที่ได้กล่าวมาแล้วในบทที่ 4

นอกจากนั้น ยังมีบางกรณีในการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งที่อาจมีความเห็นของนักกฎหมายในการปรับใช้นิติวิธีทางกฎหมายที่แตกต่างกันไป เช่น กรณีที่เกิดขึ้นไม่ควรปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง แต่ศาลกลับนำนิติวิธีในการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งมาปรับใช้ หรือบางกรณีควรปรับใช้นิติวิธีในการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง แต่ศาลกลับไม่ได้ใช้ เป็นต้น ผลของคำพิพากษาของศาลจึงเป็นเพียงแนวทางหนึ่งของคำตอบที่อาจเป็นไปได้สำหรับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นเท่านั้น และหากผู้พิพากษาที่พิจารณาคดีมีความเห็นต่อข้อกฎหมายที่ปรับใช้กับคดีเป็นประการอื่นๆ เนื้อหาของคำพิพากษาก็อาจเปลี่ยนแปลงไปจากที่ปรากฏได้ การที่จะตัดสินว่านิติวิธีใดเป็นข้อสรุปเกี่ยวกับการปรับใช้กฎหมายที่ถูกต้องที่สุดสำหรับปัญหากฎหมายเรื่องหนึ่งจึงเป็นไปได้ยากหรืออาจเป็นไปได้เลย³⁷⁶ การหาข้อยุติเกี่ยวกับนิติวิธีที่ใช้สำหรับกฎหมายเรื่องหนึ่งว่าควรจะเป็นไปในทางทิศทางใด จึงมักจะต้องอ้างอิงอาศัยตัวอย่างการปรับใช้กฎหมายจากคำพิพากษาของศาล

ในทางเดียวกัน แม้ตามมาตรา 4 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เปิดช่องให้สามารถนำบทบัญญัติของกฎหมายไปปรับใช้กับกรณีที่ไม่ต้องด้วยบทบัญญัติตามตัวอักษรโดยตรงได้ แต่การปรับใช้การเทียบเคียงบทบัญญัติกฎหมายกับข้อเท็จจริงอื่นๆ โดยอาศัยวิธีการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง ผู้ใช้กฎหมายจำเป็นต้องอธิบายเหตุผลเพื่อรองรับการปรับใช้การเทียบเคียงกฎหมายกับข้อเท็จจริงนั้นด้วย เช่นนี้ การปรับใช้กฎหมายจึงมีควรอ้างแต่ผลของคำตัดสินที่เป็นไปตามกฎหมายเท่านั้น แต่ยังคงต้องแสดงให้เห็นถึงเหตุผลที่เหมาะสมในการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งซึ่งนำมาปรับใช้กับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น ความน่าเชื่อถือของคำอธิบายจึงอยู่ที่การแสดงผลประกอบอย่างสมเหตุผลสมผลและมีความหนักแน่น ซึ่งเมื่อมีคำพิพากษาถึงที่สุดนำหลักเกณฑ์นี้มาใช้บังคับก็อาจพอเป็นเครื่องยืนยันได้ว่า ศาลยอมรับถึงหลักเกณฑ์การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งกับกรณีดังกล่าว

นอกจากนั้น การปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งจากคำพิพากษาของศาล เมื่อพิจารณาตามสาขาของกฎหมายดังที่ได้ศึกษามา ก็เกิดข้อควรระวังจากการพิจารณาประกอบกับหลักการและลักษณะเฉพาะในกฎหมายแต่ละสาขาคือ ทั้งนี้ ในสาขาของกฎหมายเอกชน การปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งเพื่ออุดช่องว่างแห่งกฎหมายกับ

³⁷⁶ จุมพล แดงสกุล, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมาย : กฎหมาย วิชานิติศาสตร์ และนิติวิธี, หน้า 102.

ข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในคดีอยู่บนความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลสองฝ่ายที่อยู่ในฐานะเท่าเทียมกัน ซึ่งนิติวิธีทางกฎหมายเอกชนต้องตั้งอยู่บนพื้นฐานของหลักความเสมอภาค เช่นนี้ ศาลจึงต้องระมัดระวังไม่ให้เกิดการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งแล้วมีผลเป็นการเข้าข้างคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง

สำหรับการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในกฎหมายมหาชน เนื่องด้วยกฎหมายมหาชนมีความมุ่งหมายในการรักษาผลประโยชน์สาธารณะ รวมถึงเคารพและคุ้มครองสิทธิของประชาชนโดยรวม และวางระเบียบสังคมเพื่อให้ประชาชนอยู่อย่างสงบสุข จึงต้องระมัดระวังมิให้มีการก้าวล่วงสิทธิและเสรีภาพของประชาชน การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในกฎหมายมหาชนจึงต้องคำนึงถึงเจตนารมณ์ของกฎหมายมหาชนประกอบด้วย เช่นนี้ การวินิจฉัยคดีของศาลจึงต้องคำนึงถึงทั้งประโยชน์สาธารณะอันถือว่าเป็นผลประโยชน์ของประชาชนโดยรวมกับผลประโยชน์ของประชาชนในแง่ปัจเจกชนทั้งสองประการ และเพื่อมิให้ศาลใช้อำนาจตามอำเภอใจ มาตรา 4 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ จึงกำหนดกรอบการอุดช่องว่างในกฎหมายไว้ โดยศาลต้องดำเนินการพิจารณาพิพากษาคดีไปตามขั้นตอนดังกล่าวโดยเคร่งครัด จะอ้างว่าเป็นกรณีกฎหมายไม่ได้บัญญัติไว้จึงถือว่าศาลจะวินิจฉัยคดีอย่างไรก็ได้โดยอ้างเพียงเพื่อรักษาผลประโยชน์สาธารณะ เช่นนี้ย่อมกระทำมิได้ ศาลต้องใช้กระบวนการอุดช่องว่างตามที่กฎหมายบัญญัติเป็นกรอบไว้จนกระทั่งสุดท้ายจึงจะถึงขั้นตอนซึ่งน้ำหนักกว่าผลประโยชน์สาธารณะกับผลประโยชน์ของเอกชนจะรักษาไว้ด้วยวิธีการอย่างไร

นอกจากนั้น ในการปรับใช้กฎหมายยังจำต้องระมัดระวังถึงหลักการที่เป็นรากฐานสำคัญในกฎหมายสาขานั้นๆ ด้วย เช่น ในรัฐธรรมนูญ ต้องคำนึงถึงหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ เมื่อรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ จึงไม่อาจถือว่ารัฐธรรมนูญมีช่องว่างแห่งกฎหมายและจำเป็นต้องมีการอุดช่องว่างแห่งกฎหมาย ดังนั้น คำวินิจฉัยหรือคำพิพากษาของศาลเท่าที่ได้ศึกษามา จึงมิพบว่ามีการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในรัฐธรรมนูญ ในทางกลับกัน เมื่อรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศยังส่งผลให้กฎหมายที่มีลำดับชั้นต่ำกว่าจะขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญมิได้ ถ้ากฎหมายที่มีลำดับชั้นต่ำกว่าขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ กฎหมายนั้นย่อมเป็นอันใช้บังคับมิได้ ซึ่งในการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายลายลักษณ์อักษรโดยการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง ก็ควรจะต้องระวังไม่ให้เกิดการเทียบเคียงแล้วมีผลเป็นการขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญเช่นกัน

ส่วนการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในกฎหมายปกครองจะต้องระมัดระวังไม่ให้ขัดต่อหลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครองและไม่ทำให้การบริการสาธารณะหรือประโยชน์สาธารณะถูกระทบกระเทือนด้วย ซึ่งจากหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองที่ประกอบไปด้วยหลักที่ว่า “การกระทำทางปกครองต้องไม่ขัดต่อกฎหมาย” และ “หลักไม่มีกฎหมาย ไม่มีอำนาจ” ทำให้ต้องระวังมิให้มีการก้าวล่วงสิทธิและเสรีภาพของประชาชนโดยที่ไม่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรบัญญัติให้อำนาจไว้ เช่นนี้ หากเกิดช่องว่างในกฎหมายขึ้น การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งจะต้องไม่ให้เทียบเคียงแล้วเป็นการก้าวล่วงสิทธิและเสรีภาพของราษฎร และในกรณีที่ไม่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรบัญญัติไว้โดยชัดเจน องค์กรฝ่ายปกครองก็ไม่อาจใช้บทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งมาอุดช่องว่างแห่งกฎหมายไปในทางที่เป็นผลร้ายแก่บุคคลได้ อีกทั้งการปรับใช้กฎหมายปกครองจะต้องคำนึงถึงลำดับชั้นของกฎหมายด้วย โดยที่กฎหมายลำดับรองจะขัดหรือแย้งกับกฎหมายแม่บทไม่ได้ และกฎหมายแม่บทจะขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญไม่ได้

ในกฎหมายอาญา เนื่องด้วยกฎหมายอาญาเป็นกฎหมายที่มีผลกระทบต่อสิทธิ เสรีภาพ ชีวิต ร่างกาย และทรัพย์สิน ของบุคคล ดังนั้น ในกฎหมายอาญาจึงต้องยึดถือหลักที่ว่า “ไม่มีความผิดและไม่มีโทษโดยไม่มีกฎหมาย” อันส่งผลให้ไม่สามารถนำการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งมาปรับใช้เพื่อลงโทษทางอาญาแก่บุคคลได้ กฎหมายที่จำกัดสิทธิเสรีภาพของบุคคลหรือกลุ่มบุคคลจะต้องบัญญัติไว้ชัดเจน แน่นนอน และไม่คลุมเครือ การปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในกฎหมายอาญาจึงเป็นเรื่องที่นักกฎหมายพึงต้องใช้ความระมัดระวังเป็นอย่างมาก หากเกิดช่องว่างในกฎหมาย ศาลไม่อาจอุดช่องว่างแห่งกฎหมายโดยการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งให้เป็นการลงโทษบุคคลหรืออุดช่องว่างแห่งกฎหมายไปในทางที่จะให้บุคคลได้รับโทษหนักขึ้น

ดังจะเห็นได้ว่า การปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งตามสาขาของกฎหมาย โดยพิจารณาประกอบกับหลักการหรือลักษณะเฉพาะของกฎหมายแต่ละสาขา ทำให้เกิดแง่มุมในการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในเชิงระบบยิ่งขึ้น การวิเคราะห์ถึงปัญหาการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งตามนิติวิธีในเชิงระบบของกฎหมายไทยดังที่กล่าวมา จึงจำต้องอาศัยองค์ความรู้รอบด้าน ประกอบกับนิติวิธีที่เปรียบเสมือนคู่มือที่ระบุนสาระสำคัญเกี่ยวกับวิธีการปรับใช้กฎหมายเอาไว้เพื่อให้ผู้ใช้กฎหมายสามารถปรับใช้กฎหมายไปใน

ทิศทางเดียวกันได้ โดยความเข้าใจถึงนิติวิธีที่ถูกต้องจะทำให้การปรับใช้กฎหมายในสังคมซึ่งมีเนื้อหาหลากหลายเป็นไปอย่างสอดคล้องกันเป็นระบบ และสามารถเชื่อมโยงกันได้อย่างเป็นเหตุเป็นผลกัน

6.4 ปัญหาขอบเขตการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในระบบกฎหมายไทย

เนื่องจากการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในระบบกฎหมายไทยไม่มีคำอธิบายทางทฤษฎีมากนัก อีกทั้ง ขอบเขตของการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งก็ยังไม่มีความชัดเจน จึงต้องมาวิเคราะห์ถึงขอบเขตการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในระบบกฎหมายไทย ซึ่งในหัวข้อนี้จะเป็นการวิเคราะห์รายละเอียดที่ต่อเนื่องจากการศึกษาทั้งหมดที่ได้ดำเนินมา โดยอาศัยข้อพิจารณาของผู้วิจัยที่เกี่ยวข้องกับคำพิพากษาของศาลว่าด้วยการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในกฎหมายต่างๆ และข้อพิจารณาที่เกี่ยวข้องกับการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งตามประเภทของบทบัญญัติแห่งกฎหมายลายลักษณ์อักษรในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยเป็นประเด็น

ทั้งนี้ ขอบเขตการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในระบบกฎหมายไทย ผู้วิจัยแบ่งออกเป็น 3 แ่งมุม กล่าวคือ ขอบเขตการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในแง่มุมเชิงระบบกฎหมาย ขอบเขตการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในแง่มุมของการปรับใช้การเทียบเคียง และขอบเขตการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในแง่มุมตามประเภทของบทบัญญัติแห่งกฎหมายลายลักษณ์อักษร

ประการแรก ขอบเขตการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในแง่มุมเชิงระบบกฎหมาย

เนื่องด้วยการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งตามมาตรา 4 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย เป็นนิติวิธีในระบบกฎหมายดั่งที่ได้ศึกษาและวิเคราะห์มาแล้วข้างต้น การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งจึงสามารถนำมาปรับใช้เพื่ออุดช่องว่างแห่งกฎหมายได้ในกฎหมายต่างๆ แต่ทั้งนี้ ขอบเขตการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในกฎหมายนั้นๆ จะต้องไม่ขัดกับหลักการและลักษณะเฉพาะของกฎหมาย รวมถึงจะต้องไม่กระทบต่อระบบ

กฎหมายที่มีอยู่ด้วย ซึ่งหากมีการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งแล้วขัดกับหลักการหรือทฤษฎีของกฎหมาย ผู้วิจัยก็เห็นว่า การปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งไม่อาจกระทำได้ เช่น ในรัฐธรรมนูญ ที่ยึดถือหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ กฎหมายที่มีลำดับชั้นต่ำกว่าจะขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญมิได้ ดังนั้น เมื่อรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดจึงไม่อาจถือว่ารัฐธรรมนูญมีช่องว่างแห่งกฎหมายและจำเป็นต้องมีการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายโดยการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง หรือในกฎหมายอาญา มีหลักที่ว่า “ไม่มีความผิดและไม่มีโทษโดยไม่มีกฎหมาย” อันส่งผลให้ไม่สามารถนำการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งมาปรับใช้เพื่อลงโทษทางอาญาแก่บุคคลได้ เป็นต้น

สำหรับการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งที่จะต้องไม่กระทบต่อระบบกฎหมายที่มีอยู่ ทั้งนี้ เนื่องจากบทกฎหมายบทหนึ่งไม่ได้ดำรงอยู่อย่างโดดเดี่ยวเป็นเอกเทศจากบทกฎหมายอื่นๆ แต่ดำรงอยู่ในลักษณะที่มีความสัมพันธ์เชื่อมโยงเรียงร้อยกันจนเป็นระบบกฎหมายที่มีความเป็นเอกภาพ ความเป็นเอกภาพในระบบกฎหมาย จึงทำให้ผู้ใช้กฎหมายต้องคำนึงถึงระบบกฎหมายทั้งระบบ ดังนั้น หากมีการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งแล้วมีผลทำให้ขัดต่อบทกฎหมายอื่นๆ หรือทำลายความเป็นเอกภาพของระบบกฎหมายให้เสียไป ผู้วิจัยก็เห็นว่า การปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งไม่อาจกระทำได้เช่นกัน

นอกจากนี้ ในการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง ศาลจะต้องพิจารณาว่ามีบทบัญญัติใดที่มีข้อความใกล้เคียงกับกรณีที่กำลังจะวินิจฉัยอยู่ ซึ่งศาลต้องพิจารณาทบทบัญญัตินั้นจากระบบกฎหมายไทย ศาลไม่อาจเทียบเคียงโดยอ้างถึงความคล้ายคลึงกับบทกฎหมายในระบบต่างประเทศได้³⁷⁷ และในการค้นหากฎหมายที่มีลักษณะคล้ายคลึงกันกับกรณีที่มีช่องว่าง ศาลจะต้องพิจารณาจากกฎหมายในสาขากฎหมายเดียวกันก่อน แต่เมื่อไม่อาจนำกฎหมายในสาขากฎหมายเดียวกันมาใช้เพื่ออุดช่องว่างแห่งกฎหมายได้แล้ว จึงอาจไปพิจารณาจากสาขากฎหมายอื่นที่ใกล้เคียงกัน แต่ทั้งนี้ ก็จำเป็นต้องคำนึงถึงขอบเขตการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในกฎหมายนั้นๆ ที่จะต้องไม่ขัดกับหลักการและทฤษฎีของกฎหมาย สอดคล้องกับความเป็นเอกภาพใน

³⁷⁷ หลวงประดิษฐมนูธรรม (ปรีดี พนมยงค์), บันทึกข้อความสำคัญประกอบด้วยอุทธรณ์และคำแนะนำแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 1 หน้า 38.

ระบบกฎหมาย และต้องคำนึงถึงลำดับชั้นของกฎหมายด้วย ซึ่งการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งเมื่อเทียบเคียงแล้วจะต้องไม่ไปขัดกับกฎหมายที่อยู่ในลำดับชั้นสูงกว่าด้วยเช่นกัน

ประการที่สอง ขอบเขตการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในแง่มุมของการปรับใช้การเทียบเคียง

เนื่องจากขอบเขตการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งยังไม่มี ความชัดเจน ทำให้การปรับใช้บทบัญญัติของกฎหมายลายลักษณ์อักษรแก่กรณีในฐานะที่เป็นบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งไม่มีความแน่ชัด ดังนั้น จึงเป็นที่สงสัยว่ากรณีใดสามารถเทียบเคียงได้หรือกรณีใดที่ไม่อาจเทียบเคียงได้ ซึ่งในการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งควรมีขอบเขตในการปรับใช้อย่างไร การวิเคราะห์ในส่วนนี้จึงพิจารณาหาคำตอบในการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งเพื่อทำให้เกิดความชัดเจนในการปรับบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งแก่กรณีให้เหมาะสมและถูกต้องมากที่สุด

ประเด็นแรก เนื่องจากการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งเป็นการเทียบเคียงกฎหมายที่อยู่นอกเหนือออกมาจากความหมายตามบทบัญญัติของกฎหมายลายลักษณ์อักษรปกติ เช่นนี้ ขอบเขตของการนำบทกฎหมายลายลักษณ์อักษรมาใช้ในฐานะที่เป็นบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งจะกว้างขวางเพียงใด เพราะหากเปิดโอกาสให้ผู้ใช้กฎหมายสามารถปรับใช้กฎหมายโดยการเทียบเคียงได้ไม่จำกัดก็อาจนำมาซึ่งความเสียหายต่อบุคคลได้

ในประเด็นนี้ผู้วิจัยเห็นว่า เริ่มจากเรื่องการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งเป็นนิติวิธีในการอุดช่องว่างแห่งกฎหมาย กล่าวคือ ในกรณีที่บทกฎหมายลายลักษณ์อักษรไม่สามารถยกขึ้นมาปรับใช้แก่คดีได้ โดยอาจจะเป็นกรณีที่ไม่มียกกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่บัญญัติถึงเรื่องนั้นๆ ไว้โดยตรงเลย หรือบทกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่มีอยู่ครอบคลุมไปไม่ถึงกรณีที่เกิดขึ้น จึงเกิดเป็นช่องว่างแห่งกฎหมาย เช่นนี้ ผู้ใช้กฎหมายจึงต้องแสวงหาวิธีการมาอุดช่องว่างแห่งกฎหมาย การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งจึงถูกนำมาใช้เพื่ออุดช่องว่างแห่งกฎหมายนั้น ดังนั้น หากไม่มีช่องว่างแห่งกฎหมายเกิดขึ้น ผู้ปรับใช้กฎหมายก็จะไม่สามารถอ้างนิติวิธีในการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งมาใช้ได้ การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งจึงต้องอยู่ในขอบเขตของการอุดช่องว่างแห่งกฎหมาย

นอกจากนั้น พิจารณาการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายกับกรณีที่กฎหมายไม่ประสงค์ให้รวมถึง โดยในส่วนนี้หากเป็นกรณีที่กฎหมายไม่ประสงค์ให้รวมถึงจะไม่สามารถอ้างการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยั้งได้ ซึ่งต้องระมัดระวังจุดคาบเกี่ยวของขอบเขตในการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยั้งเพื่ออุดช่องว่างแห่งกฎหมายกับกรณีที่อยู่นอกเหนือที่ไม่สามารถอาศัยการเทียบเคียงได้ด้วย ตัวอย่างเช่น ในบางเรื่องข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นไม่อาจปรับกับองค์ประกอบของกฎหมายได้ อาจเป็นเพราะกฎหมายบัญญัติไว้ชัดเจนไม่ให้อบรมคลุมถึงกรณีที่เกิดขึ้น โดยมีใช้เรื่องของช่องว่างแห่งกฎหมายที่ศาลจะต้องไปค้นหากฎหมายมาใช้เพื่ออุดช่องว่างตามมาตรา 4 วรรคสอง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ศาลก็จะไม่ปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยั้ง (ข้อสังเกตตามนัยคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1854/2551)

แต่อย่างไรก็ตาม จากการศึกษาคำพิพากษาของศาลในหลายกรณี บางคดีศาลก็ได้ปรับใช้การเทียบเคียงบทบัญญัติของกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยั้งเพื่ออำนวยความสะดวกแก่คดี โดยเห็นว่าการตัดสินเช่นนี้จะเป็นธรรมในมุมมองของศาล (ข้อสังเกตตามนัยคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.182/2553) ดังนั้น การปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยั้งตามเหตุผลเพื่อความเป็นธรรมในคดีลักษณะนี้ควรจะดำเนินไปอย่างไร ซึ่งก็ต้องยอมรับว่าในบางเรื่องเมื่อพิจารณาถึงเหตุผลในคดีแล้ว การปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยั้งจะทำให้ผลลัพธ์ในคดีเกิดความเป็นธรรมขึ้นมาจริงๆ โดยการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยั้งก็เป็นไปเพื่อตอบสนองต่อการแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้น เช่นนี้ จึงเปรียบเสมือนเครื่องมือทางนิติวิธีในระบบกฎหมาย แต่กระนั้น แม้การปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยั้งในลักษณะดังกล่าวจะมีข้อดี แต่ก็ควรต้องใช้ความระมัดระวังเป็นอย่างสูงเช่นกัน เพราะการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยั้งแล้วมีผลเป็นการอำนวยความสะดวกแก่บุคคลหนึ่ง ในทางตรงกันข้ามก็อาจเป็นการกระทบถึงสิทธิและหน้าที่ของบุคคลอื่น จึงต้องคำนึงถึงคู่กรณีทั้งสองฝ่าย หรือหากการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยั้งแล้วเป็นธรรมในมุมมองของศาล แต่กลับผิดจากความเป็นจริงก็จะส่งผลเสียหายตามมา

ประเด็นที่สอง การปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยั้งจะพิจารณาอย่างไร ว่าบทบัญญัติของกฎหมายนั้นมีความคล้ายคลึงกันถึงขนาดที่จะสามารถนำมาเทียบเคียงกันได้ ทั้งนี้ ผู้วิจัยเห็นว่าจะต้องพิจารณาจากเหตุผลของบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นเป็นสำคัญ เนื่องจากการ

เทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งเป็นการเทียบเคียงโดยคำนึงถึงเหตุผลของบทกฎหมายที่ใกล้เคียงกัน โดยบทกฎหมายลายลักษณ์อักษรมีกำลังภายในที่สามารถนำไปปรับกับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นได้ การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง จึงเป็นการเทียบเคียงกฎหมายแก่กรณีที่อยู่ภายใต้กรอบของเหตุผลเดียวกันเพื่ออุดช่องว่างแห่งกฎหมาย ดังนั้น ในบางกรณีที่แม้จะดูเหมือนเป็นเรื่องที่ใกล้เคียงกัน แต่ถ้าหากเหตุผลและสาระของบทบัญญัติแห่งกฎหมายไม่สอดคล้องกับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น เช่นนี้ ก็ไม่อาจอาศัยการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งมาปรับใช้แก่กรณีได้ (ข้อสังเกตตามนัยคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 8938/2542 กับคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 8579/2553)

ในการพิพากษาคดี ศาลจึงต้องนำรายละเอียดข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในคดีมาวินิจฉัยเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง รวมถึงต้องพิจารณาด้วยว่าเจตนารมณ์ของกฎหมายสามารถเปิดกว้างให้การเทียบเคียงไปถึงได้หรือไม่ โดยศาลต้องปรับใช้นิติวิธีในกฎหมายให้สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของกฎหมายด้วย ซึ่งนิติวิธีในการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งจะถูกนำมาใช้เพื่ออุดช่องว่างแห่งกฎหมายโดยมุ่งให้มีผลสอดคล้องกับเจตนารมณ์ของกฎหมายนั้น อย่างไรก็ตาม ในบางเรื่องแม้จะมีการฟ้องคดีโดยอ้างถึงการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง แต่เมื่อศาลพิจารณาแล้วเห็นว่าไม่สามารถนำเรื่องดังกล่าวมาเทียบเคียงกันได้ เนื่องจากบทกฎหมายกับข้อเท็จจริงในคดีเป็นคนละเรื่องกัน ศาลก็จะไม่ปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในคดี (ข้อสังเกตตามนัยคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6414/2551) เป็นต้น

นอกจากนี้ เมื่อพิจารณาประกอบกับแนวคิดของเรื่องการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งตามที่ได้ศึกษามาในบทที่ 3 ผู้วิจัยจึงสรุปได้ว่า ในการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง หากสาระของกฎหมายไม่ได้มุ่งหมายไปถึงการเทียบเคียงแก่กรณีที่เกิดขึ้นนั้น การที่ผู้ใช้กฎหมายหรือก็คือศาลปรับกฎหมายแก่กรณีโดยอ้างถึงการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งจะเป็นการกระทำที่เสมือนเป็นการบัญญัติกฎหมายขึ้นมาใช้เอง แต่หากความมุ่งหมายของบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้น มีเหตุผลเบื้องหลังหรือมีเนื้อหาสาระที่มีความใกล้เคียงกันกับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น เช่นนี้ เมื่อเป็นเรื่องที่มีเหตุผลอย่างเดียวกัน การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งก็จะไปตามความคาดหวังที่ว่า ถ้าผู้ร่างกฎหมายได้ทราบถึงข้อเท็จจริงดังที่ปรากฏอยู่ในคดีเฉพาะหน้านี้ ก็คงบัญญัติกฎหมายไว้ให้ข้อเท็จจริงในคดีนั้นได้รับผลอย่างเดียวกัน จึงเกิดการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งเพื่ออุดช่องว่างแห่งกฎหมายได้

ประการที่สาม ขอบเขตการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในแง่มุมตามประเภทของบทบัญญัติแห่งกฎหมายลายลักษณ์อักษร

การวิเคราะห์ถึงขอบเขตการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในแง่มุมตามประเภทของบทบัญญัติแห่งกฎหมายลายลักษณ์อักษร เป็นการวิเคราะห์ที่กล่าวต่อเนื่องจากบทที่ 5 ที่ได้ศึกษาและวิเคราะห์มาแล้ว โดยพิจารณาถึงบทบัญญัติแห่งกฎหมายลายลักษณ์อักษรแต่ละประเภทว่ามีข้อควรคำนึงและข้อควรระวังในการพิจารณาขอบเขตการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในบทกฎหมายลายลักษณ์อักษรแต่ละประเภทอย่างไร ทั้งนี้ อาจยังไม่สามารถกล่าวได้โดยชัดเจนว่าบทบัญญัติของกฎหมายลายลักษณ์อักษรประเภทใดสามารถมีการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งได้หรือไม่ เพราะเมื่อพิจารณาตามประเภทของบทบัญญัติแห่งกฎหมายลายลักษณ์อักษรก็พบว่า บทบัญญัติมาตราในกฎหมายหนึ่งก็อาจจัดอยู่ในประเภทแห่งบทบัญญัติกฎหมายลายลักษณ์อักษรมากกว่าหนึ่งประเภท เช่น บทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ก็จัดเป็นบทกฎหมายทั่วไป และบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ก็ย่อมพบบทบัญญัติแห่งกฎหมายลายลักษณ์อักษรประเภทต่างๆ เป็นต้น ดังนั้น ในการศึกษาวิเคราะห์นี้ จึงเป็นเพียงแนวทางในการพิจารณาบทบัญญัติแห่งกฎหมายลายลักษณ์อักษรแต่ละประเภท ซึ่งจะทำให้เกิดข้อสังเกตหรือข้อควรระวังที่มีต่อแนวทางการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งเท่านั้น โดยในการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งจำต้องอาศัยข้อเท็จจริงและพฤติการณ์รายคดีที่เกิดขึ้นเข้ามาเป็นองค์ประกอบสำคัญในการพิจารณาวินิจฉัยด้วย

อย่างไรก็ตาม ในรายละเอียดต่อจากนี้ ผู้วิจัยได้จัดกลุ่มประเภทของบทบัญญัติแห่งกฎหมายลายลักษณ์อักษรในเบื้องต้นเพื่อให้สะดวกต่อการพิจารณา โดยการแบ่งกลุ่มดังกล่าวมาจากการศึกษาในบทที่ 5 โดยมีใช้การวิเคราะห์ในเนื้อหาสาระของบทบัญญัติกฎหมายในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ตามประเภทแห่งบทบัญญัติกฎหมายลายลักษณ์อักษรทุกมาตราและทุกแง่มุม

กลุ่มแรก ประเภทของบทบัญญัติแห่งกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่คาดว่าจะไม่เกิดเป็นช่องว่างแห่งกฎหมายที่จำต้องนำบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งมาปรับใช้เพื่ออุดช่องว่างแห่งกฎหมาย

ได้แก่ การปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในบทกฎหมายยุติธรรม (jus aequum) เนื่องจากบทกฎหมายยุติธรรมเป็นบทกฎหมายที่มีได้กำหนดข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบส่วนเหตุและผลทางกฎหมายไว้ชัดเจน ผู้ใช้ผู้ตีความกฎหมายจึงต้องใช้ดุลพินิจเพื่อเพิ่มเติมเสริมแต่งเนื้อหาของกฎหมายนั้นให้เหมาะสมและเป็นธรรม ซึ่งในบทกฎหมายยุติธรรมนี้มีความหมายกว้างในตัวเองจึงอาจไม่จำเป็นต้องมีการอุดช่องว่างแห่งกฎหมาย โดยอาศัยเพียงการตีความกฎหมาย ผู้วิจัยจึงเห็นว่า ช่องว่างแห่งกฎหมายในบทกฎหมายยุติธรรม โดยพิจารณาเฉพาะในส่วนของ การบัญญัติบทยุติธรรม ไม่ว่าจะ เป็นในรูป คำศัพท์ทางกฎหมาย (Legal Concepts) บทมาตรฐาน (Standard) และหลักการ (Principles) ในเนื้อหาส่วนที่แสดงว่าเป็นบทยุติธรรมนี้ จะไม่เกิดเป็นปัญหาช่องว่างแห่งกฎหมายที่ไม่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายมาปรับใช้แก่ข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นดังตัวอย่างที่ได้แสดงไว้แล้วในบทที่ 5

กลุ่มที่สอง ประเภทของบทบัญญัติแห่งกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่คาดว่าจะสามารถนำมาปรับใช้เพื่ออุดช่องว่างแห่งกฎหมายในฐานะที่เป็นบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งได้ แต่ทั้งนี้ต้องคำนึงถึงข้อควรระวังในประการต่างๆ และข้อเท็จจริงรายคดีที่เกิดขึ้นด้วย

ประเภทแรก การปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในบทอนุโลม ซึ่งบทอนุโลมเป็นบทบัญญัติที่กำหนดให้มีการนำกฎเกณฑ์ในเรื่องใดเรื่องหนึ่งไปใช้กับข้อเท็จจริงอีกเรื่องหนึ่ง ด้วยเหตุที่ว่า มีลักษณะอย่างเดียวกันจึงอนุโลมนำไปปรับใช้เท่าที่จะกระทำได้ ซึ่งการที่กฎหมายอนุโลมเป็นการปรับใช้กฎหมาย มิใช่การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งที่เป็นกรณีที่ไม่มีบทกฎหมายมาปรับใช้แก่ข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นเพื่อเทียบเคียงอุดช่องว่างแห่งกฎหมาย การอนุโลมกับการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งจึงไม่ใช่อย่างเดียวกัน แต่ในกรณีที่เมื่อข้อเท็จจริงในคดีไม่มีบทบัญญัติกฎหมายที่บังคับใช้ได้ โดยสามารถเทียบเคียงได้กับบทบัญญัติกฎหมายเรื่องใดเรื่องหนึ่งที่ไม่ใช่กฎเกณฑ์เป็นของตนเองจึงอนุโลมไปใช้กฎเกณฑ์เรื่องอื่น โดยกฎเกณฑ์เรื่องนั้นมีความใกล้เคียงกันกับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น เช่นนี้ ก็ควรที่จะนำวิธีในการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งมาปรับใช้เพื่ออุดช่องว่างแห่งกฎหมายได้ ตามนัยคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2743/2541 ที่กล่าวมาแล้วในบทที่ 4 และบทที่ 5 ซึ่งจะเห็นได้ว่า อาจมีการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งที่มีความเกี่ยวเนื่องกับบทอนุโลม นอกจากนี้ โดยผู้วิจัยยังมีข้อสังเกตว่า การเทียบเคียงบท

กฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในกรณีเช่นว่านี้ ควรจะต้องระมัดระวังอย่างสูงว่าจะไม่ไปกระทบกับ กฎเกณฑ์ของบทบัญญัติกฎหมายตามที่บทอนุโลมได้อนุโลมไปใช้ด้วย

ประเภทที่สอง การปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในบทกฎหมายไม่ บังคับตายตัว (jus dispositivum) เนื่องจากบทกฎหมายไม่บังคับตายตัวเป็นบทกฎหมายที่เอกชน สามารถตกลงกันให้แตกต่างไปจากที่บทบัญญัติของกฎหมายกำหนดไว้ได้ตามหลักอิสระในทางแพ่ง (Private Autonomy) ซึ่งจากลักษณะของบทกฎหมายไม่บังคับตายตัวที่มีขอบเขตบังคับใช้อย่าง กว้างขวาง จึงไม่มีเหตุผลพิเศษอันใดที่จะเป็นอุปสรรคขัดขวางทำให้มีอรรถาธิบายการเทียบเคียง บทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในบทกฎหมายไม่บังคับตายตัวปรับแก้ข้อเท็จจริงเพื่ออุดช่องว่างแห่ง กฎหมาย เพราะเมื่อบทกฎหมายไม่บังคับตายตัวยังยอมให้คู่กรณีสามารถตกลงกันเป็นอย่างอื่นได้ การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งที่อาศัยเหตุผลและสาระอย่างเดียวกันจึงย่อมต้อง กระทำได้

ประเภทที่สาม การปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในบทกฎหมายทั่วไป (jus generale) ซึ่งบทกฎหมายทั่วไปเป็นกฎหมายที่บังคับแก่บุคคลโดยทั่วไป และใช้บังคับทั่วอาณา เขตของรัฐ โดยไม่จำกัดสถานที่ใดสถานที่หนึ่งหรือในเวลาใดเวลาหนึ่งเท่านั้น และยังใช้บังคับกับเรื่อง ทั่วๆ ไป การปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในบทกฎหมายทั่วไปจึงอาจมีได้ เช่น ตัวอย่างคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 563/2532, 1066/2532, 1287/2532, 2466/2532, 5809/2539, 121/2540, 189/2540, 1418/2540, 1912/2540, 5828/2540, 6437/2541, 6471/2541, 6795/2540, 7340/2541 ในเรื่องรับขน์ที่มีการนำการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ ใกล้เคียงอย่างยิ่งมาใช้อุดช่องว่างแห่งกฎหมายในขณะที่ยังไม่มี การบัญญัติกฎหมายเป็นพิเศษขึ้น เป็นต้น ดังตัวอย่างคำพิพากษาของศาลที่ได้พิเคราะห์มาแล้วในบทที่ 4 และบทที่ 5

ประเภทที่สี่ การปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในบทกฎหมายพิเศษ (jus special) ซึ่งบทกฎหมายพิเศษเป็นบทกฎหมายที่ใช้บังคับกับบุคคลเฉพาะกลุ่ม หรือเฉพาะพื้นที่ ใดพื้นที่หนึ่ง หรือในเวลาใดเวลาหนึ่งเท่านั้น และยังใช้บังคับกับเรื่องพิเศษเฉพาะเรื่อง โดย บทกฎหมายพิเศษอาจเป็นกฎหมายคนละฉบับหรือเป็นกฎหมายที่อยู่ในฉบับเดียวกันก็ได้ ดังนั้น การ ปรับใช้การเทียบเคียงในบทกฎหมายพิเศษจึงต้องระมัดระวังในขอบเขตของกฎหมายด้วย นอกจากนี้

การปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในกฎหมายพิเศษแต่ละฉบับก็อาจมีการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งเพื่ออุดช่องว่างแห่งกฎหมายในกฎหมายพิเศษนั้นได้ ซึ่งก็อาจอ้างถึงนิติวิธีตามมาตรา 4 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เช่นกัน ตามตัวอย่างคำพิพากษาของศาลในหลายกรณีที่ได้ศึกษามาแล้วในบทที่ 4 เป็นต้น

ประเภทที่ห้า การปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในบทกฎหมายหลัก (jus commune) บทกฎหมายหลักเป็นบทบัญญัติที่บัญญัติองค์ประกอบอันเป็นข้อเท็จจริงโดยทั่วไป หรือเป็นข้อความโดยกว้างๆ จึงเรียกว่า บทกฎหมายหลัก ดังนั้น เมื่อข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นอยู่นอกเหนือจากความหมายตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่เป็นบทหลัก จึงอาจมีการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในบทกฎหมายหลักได้ เพราะเมื่อบทกฎหมายหลักใช้บังคับแก่กรณีทั่วไป แม้ความหมายของบทกฎหมายหลักจะมีได้ครอบคลุมถึงกรณีตามข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น แต่เมื่อเรื่องมีเหตุผลเดียวกันก็ย่อมปรับใช้นิติวิธีในการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งเพื่ออุดช่องว่างแห่งกฎหมายได้ โดยไม่ปรากฏว่ามีข้อจำกัดใดเป็นพิเศษจากลักษณะโดยทั่วไปของบทกฎหมายหลัก อันแตกต่างจากบทกฎหมายยกเว้นซึ่งจะได้กล่าวในการแบ่งกลุ่มที่สาม

ประเภทที่หก การปรับใช้การเทียบเคียงหลักกฎหมาย (Legal Analogy, Analogia iuris, Rechtsanalogie) ถึงแม้ว่าหลักกฎหมายจะมีใช้ประเภทของบทบัญญัติแห่งกฎหมายลายลักษณ์อักษร แต่เนื่องจากหลักกฎหมายอาจพิจารณาว่าเป็นหลักกฎหมายที่อยู่เบื้องหลังตัวบทบัญญัติกฎหมาย ซึ่งเมื่อพิเคราะห์ถึงบทกฎหมายหลายบทที่เกี่ยวข้องทำให้สามารถอนุมานถึงหลักที่อยู่เบื้องหลังตัวบทบัญญัติของกฎหมายเหล่านั้น จึงสามารถนำหลักกฎหมายมาปรับใช้เพื่ออุดช่องว่างแห่งกฎหมายได้ ดังนั้น ผู้วิจัยจึงเห็นว่ากรณีการเทียบเคียงหลักกฎหมายจึงเป็นกรณีที่ไม่สามารถค้นหามบทบัญญัติในกฎหมายลายลักษณ์อักษรมาเทียบเคียงในฐานะที่เป็นบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งได้แล้ว จึงพิจารณาค้นหาหลักกฎหมายมาเทียบเคียงปรับใช้แก่กรณีที่เกิดขึ้นในการอุดช่องว่างแห่งกฎหมาย เช่นนี้ การเทียบเคียงหลักกฎหมายจึงหมายถึง การที่ผู้ใช้กฎหมายพิจารณาข้อเท็จจริงในคดีนั้นๆ แล้วเทียบเคียงปรับเข้ากับหลักกฎหมายดังกล่าวเพื่ออุดช่องว่างแห่งกฎหมายนั่นเอง

กลุ่มที่สาม ประเภทของบทบัญญัติแห่งกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่คาดหมายว่าไม่สามารถนำมาปรับใช้เพื่ออุดช่องว่างแห่งกฎหมายในฐานะที่เป็นบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งได้ แต่ทั้งนี้เป็นการพิจารณาเฉพาะเรื่องและตั้งข้อสังเกตเท่านั้น จึงต้องคำนึงถึงข้อเท็จจริงรายคดีที่เกิดขึ้นด้วย

ประเภทแรก การปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในบทนิยาม เนื่องจากบทนิยามเป็นบทกำหนดหรือบทจำกัดความหมายที่แน่นอนของคำต่างๆ ที่บัญญัติอยู่ในบทบัญญัติของกฎหมายนั้นว่าให้ความหมายแน่นอนตามที่บัญญัติไว้ในบทนิยาม ผู้ใช้กฎหมายจะอาศัยการเทียบเคียงความหมายในบทนิยามนั้นให้รวมถึงกรณีที่กฎหมายไม่ได้บัญญัติไว้โดยตรง ผู้วิจัยเห็นว่าไม่ควรให้กระทำได้ เพราะจะเป็นการขยายความหมายและขอบเขตของกฎหมายที่บทนิยามมุ่งหมายไปถึง ทั้งยังขัดต่อเจตนารมณ์และวัตถุประสงค์ที่กฎหมายมุ่งบัญญัติขึ้น ซึ่งไม่ต้องด้วยลักษณะของบทนิยามที่กำหนดหรือให้คำจำกัดความหมายที่แน่นอนของคำต่างๆ แต่อย่างไรก็ตาม สำหรับการที่กฎหมายอื่นๆ มิได้ให้คำนิยามความหมายใดไว้โดยเฉพาะ จึงอาศัยการเทียบเคียงมาใช้บทบัญญัติกฎหมายที่มีนิยามความหมายไว้ การเทียบเคียงเช่นนี้ ผู้วิจัยเห็นว่าสามารถกระทำได้ เพราะมิใช่เป็นการเทียบเคียงภายในบทนิยามกฎหมายนั้น

ประเภทที่สอง การปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในบทสันนิษฐาน เนื่องด้วยบทสันนิษฐานในทางกฎหมายเป็นกรณีที่บทบัญญัติเกี่ยวกับข้อเท็จจริงในเรื่องหนึ่งเรื่องใดยังไม่แน่นอน กฎหมายจึงสันนิษฐานไว้ก่อนว่าข้อเท็จจริงนั้นเป็นอย่างไร ดังนั้น การที่บุคคลใดจะถูกกฎหมายสันนิษฐานก็จำเป็นต้องพิจารณาถึงการกระทำที่เป็นเงื่อนไขของการสันนิษฐานด้วย เช่นนี้ เมื่อการกระทำนั้นมิได้เข้าเงื่อนไขในบทสันนิษฐาน ผลลัพธ์จึงมีเพียงไม่ถูกสันนิษฐานตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้น การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งเพื่อเทียบเคียงเข้ากับเงื่อนไขของข้อสันนิษฐานในบทสันนิษฐานจึงเป็นเรื่องที่คาดหมายว่าไม่น่าจะกระทำได้

ประเภทที่สาม การปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในบทสมมติ เมื่อพิจารณาประกอบกับโครงสร้างและลักษณะของบทสมมติ ที่เป็นการสมมติเรื่องราวเกี่ยวกับข้อเท็จจริงในกรณีใดกรณีหนึ่ง เพื่อให้มีสถานะทางกฎหมายที่ชัดเจนแน่นอน โดยอาศัยพฤติการณ์ที่เกิดขึ้นตามที่กฎหมายบัญญัติไว้เป็นเงื่อนไข เช่นนี้ ข้อเท็จจริงในส่วนของเงื่อนไขตามบทบัญญัติกฎหมายจึงควรต้องเป็นข้อเท็จจริงที่แน่นอนตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ มิฉะนั้น หากมีการเทียบเคียง

เพื่อให้เข้ากับข้อเท็จจริงที่เป็นเงื่อนไขตามบทบัญญัติกฎหมายจะเป็นการขยายบริบทในบทสมมติเกินกว่าที่กฎหมายมุ่งประสงค์ถึง อันทำให้ผลลัพธ์ของบทสมมติที่กฎหมายให้ถือว่ามิมีสถานะทางกฎหมายแน่นอนถูกขยายรวมไปถึงข้อเท็จจริงที่กฎหมายมิได้บัญญัติไว้ ซึ่งเป็นเรื่องที่ไม่ควรให้กระทำ

ประเภทที่สี่ การปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในบทกฎหมายเคร่งครัด (jus strictum) เป็นกรณีที่บทบัญญัติแห่งกฎหมายได้กำหนดข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบส่วนเหตุและผลทางกฎหมายไว้ชัดเจน ผู้ใช้ผู้ตีความกฎหมายจึงไม่สามารถใช้ดุลพินิจเป็นอย่างอื่นได้ โดยกฎหมายนั้นมีลักษณะเป็นกฎเกณฑ์ (Rule) บังคับไว้แน่นอน จึงต้องใช้หรือตีความกฎหมายตามความที่บัญญัติไว้อย่างแจ่มชัดแล้วนั้น ดังนั้น เมื่อบทกฎหมายเคร่งครัดกำหนดข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบส่วนเหตุและผลทางกฎหมายไว้อย่างชัดเจนแล้ว หากเข้าข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบส่วนเหตุ ผลในทางกฎหมายก็ย่อมเกิดขึ้น ผู้วิจัยจึงเห็นว่า การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในบทกฎหมายเคร่งครัด ไม่ว่าจะเป็นการเทียบเคียงกับข้อเท็จจริงที่เป็นองค์ประกอบส่วนเหตุ หรือการเทียบเคียงกับส่วนผลในทางกฎหมาย ก็คาดหมายว่าไม่สามารถกระทำได้เช่นกัน โดยต้องยึดถือถ้อยคำและบทกฎหมายอย่างเคร่งครัด

ประเภทที่ห้า การปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในบทกฎหมายบังคับตายตัว (jus cogens) บทกฎหมายบังคับตายตัวเป็นบทบัญญัติกฎหมายที่มีลักษณะเป็นการจำกัดขอบเขตการตกลงของเอกชน โดยเอกชนจะตกลงยกเว้นให้เป็นอย่างอื่นไม่ได้ ต้องเป็นไปตามที่กฎหมายได้บัญญัติไว้เท่านั้น ดังนั้น ในการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในบทกฎหมายบังคับตายตัว ซึ่งเป็นบทบัญญัติกฎหมายที่มุ่งหมายบังคับแก่กรณีที่กฎหมายมุ่งบัญญัติไว้ การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในบทกฎหมายบังคับตายตัวให้เป็นอย่างอื่นจึงเป็นเรื่องที่คาดหมายว่าไม่อาจกระทำได้เช่นกัน เพราะเมื่อบทบัญญัติกฎหมายได้บัญญัติถึงเนื้อหาที่กฎหมายมุ่งหมายจะบังคับแก่กรณีใดๆ ไว้โดยชัดเจนแล้ว ก็ควรต้องยึดถือโดยเคร่งครัดตายตัว การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งเพื่อปรับใช้แก่กรณีอื่นๆ ด้วยจึงไม่สมควรให้เกิดขึ้น

ประเภทที่หก การปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในบทกฎหมายยกเว้น (jus singular) เนื่องจากบทกฎหมายยกเว้นเป็นบทบัญญัติที่บัญญัติถึงข้อเท็จจริงในเรื่องเดียวกัน ในขอบเขตเดียวกันกับบทหลัก (jus commune) แต่บทยกเว้นได้มีการขมวดข้อเท็จจริงในวงแคบเฉพาะ

เรื่องว่าให้มีผลตรงกันข้ามหรือเป็นอย่างอื่นจากที่บัญญัติไว้ในบทหลัก เช่นนี้ ในบทกฎหมายยกเว้น จะต้องตีความโดยเคร่งครัด จะตีความโดยขยายความเกินไปกว่าความหมายตามตัวอักษรของ บทบัญญัติกฎหมายไม่ได้ ดังนั้น การปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งใน บทกฎหมายยกเว้นจึงเห็นว่าไม่อาจนำการเทียบเคียงมาปรับใช้ในบทยกเว้นได้เช่นกัน เพราะมิฉะนั้น จะทำให้บริบทของบทยกเว้นกว้างออกไปมาก ซึ่งไม่ต้องตามลักษณะของบทยกเว้นที่บัญญัติขึ้นเพื่อนำมาใช้กับข้อเท็จจริงเฉพาะกรณี โดยประสงค์ให้กรณีเฉพาะดังกล่าวเป็นเรื่องยกเว้นให้มีผลแตกต่างไปจากบทกฎหมายหลักเท่านั้น ดังตัวอย่างมาตรา 569 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ที่แสดงมาแล้วในบทที่ 5 เช่นนี้ ในข้อเท็จจริงใดที่อยู่นอกเหนือบทกฎหมายยกเว้น ย่อมต้องปรับใช้ตามบทกฎหมายหลักตามเดิม การปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในบทยกเว้นจึงไม่สามารถกระทำได้

6.5 สรุปวิเคราะห์ปัญหาการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในระบบกฎหมายไทย

ในปัญหาการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในความสัมพันธ์กับทัศนคติของผู้ใช้กฎหมายในระบบกฎหมายไทย เป็นปัญหาที่ผู้ใช้กฎหมายที่อาจมีความเข้าใจถึงนิติวิธีในระบบกฎหมายไทยอย่างไม่ชัดเจน ซึ่งกรณีการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งตามมาตรา 4 วรรคสอง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย เป็นกลไกที่กฎหมายมอบอำนาจให้ศาลใช้นิติวิธีนำกฎเกณฑ์มาตัดสินคดีในกรณีที่ไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายลายลักษณ์อักษรมาปรับใช้แก่ข้อเท็จจริงได้ ทำให้ในระบบกฎหมายไทยมีทั้งหลักประกันความศักดิ์สิทธิ์และความแน่นอนชัดเจนโดยอาศัยตัวบทกฎหมาย และในขณะเดียวกันก็มีหลักนิติวิธีที่อาศัยเหตุผลที่ดำรงอยู่ในบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นมาสนับสนุนการปรับใช้กฎหมายด้วย แต่ทั้งนี้ การปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งเพื่ออุดช่องว่างแห่งกฎหมายจะต้องระมัดระวังมิให้เกิดการใช้อำนาจฝ่ายตุลาการในการตัดสินคดีก้าวล่วงเข้าไปในเขตแดนอำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติ ซึ่งจะขัดกับหลักการแบ่งแยกอำนาจ ดังนั้น การพิจารณาถึงนิติวิธีหรือทัศนคติของนักกฎหมายในลักษณะต่างๆ จึงทำให้กรณีการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งสามารถถูกนำมาใช้ให้เหมาะสมได้

สำหรับปัญหาการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งตามนิติวิธีในมาตรา 4 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ในเชิงระบบกฎหมายไทย เมื่อมาตรา 4 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยเป็นนิติวิธีทั่วไปในระบบกฎหมายแล้ว กรณีการเทียบเคียงบทกฎหมายที่

ใกล้เคียงอย่างยิ่งเพื่ออุดช่องว่างแห่งกฎหมายก็จะเป็นนิติวิธีที่ผู้ใช้กฎหมายจะสามารถนำมาปรับใช้ในกฎหมายต่างๆ ได้ โดยจากคำพิพากษาของศาลก็พบว่าได้มีการนำนิติวิธีในการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งมาปรับใช้เพื่ออุดช่องว่างแห่งกฎหมายแก่กรณีที่เกิดขึ้นทั้งในเรื่องทางเอกชนและมหาชน ซึ่งในการจัดประเภทคำพิพากษาของศาลกรณีการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งก็มีทั้งที่อ้างถึงนิติวิธีตามมาตรา 4 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และที่ไม่อ้างถึงนิติวิธีตามมาตรา 4 รวมถึงยังสามารถพิจารณาลักษณะของการเทียบเคียงได้อีกเป็น 4 กรณี นอกจากนี้ ยังพบว่าในบางเรื่องศาลก็ไม่อาจนำการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งมาใช้ในการตัดสินกับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในคดีได้ และในบางเรื่องก็อาจมีความเห็นของนักกฎหมายในการปรับใช้นิติวิธีที่แตกต่างกันไป อีกทั้ง การปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งจากคำพิพากษาของศาล เมื่อพิจารณาตามสาขาของกฎหมาย ก็ทำให้เกิดข้อควรระวังจากการพิเคราะห์ประกอบกับหลักการและลักษณะเฉพาะในกฎหมายแต่ละสาขาด้วย จากการวิเคราะห์ถึงปัญหาการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งตามนิติวิธีในเชิงระบบกฎหมายไทยดังที่กล่าวมา จึงทำให้เรื่องการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งมีความแพร่หลายในระบบกฎหมายไทย

ท้ายที่สุดจึงมาวิเคราะห์ปัญหาขอบเขตการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในระบบกฎหมายไทย ซึ่งแบ่งออกได้เป็น 3 แง่มุม กล่าวคือ ประการแรก ขอบเขตการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในแง่มุมเชิงระบบกฎหมาย ทำให้เห็นว่า การปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในกฎหมายนั้นๆ จะต้องไม่ขัดกับหลักการหรือทฤษฎีของกฎหมาย รวมถึงจะต้องไม่กระทบต่อระบบกฎหมายที่มีอยู่ด้วย และในการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง ศาลต้องพิจารณาบทบัญญัตินั้นจากกฎหมายไทย การค้นหากฎหมายที่มีลักษณะคล้ายคลึงกันก็จะต้องพิจารณาจากกฎหมายในระบบกฎหมายเดียวกันก่อน แล้วค่อยไปพิจารณาจากระบบกฎหมายอื่นที่ใกล้เคียงกัน ต่อมาประการที่สอง ขอบเขตการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในแง่มุมของการปรับใช้การเทียบเคียง โดยต้องระมัดระวังจุดคาบเกี่ยวของขอบเขตในการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งเพื่ออุดช่องว่างแห่งกฎหมายกับกรณีที่อยู่ นอกเหนือที่ไม่สามารถอาศัยการเทียบเคียงได้ด้วย ซึ่งการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งจะต้องพิจารณาสาระของบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นเป็นสำคัญ และพิจารณาด้วยว่า บทกฎหมายนั้นสามารถเปิดกว้างให้การเทียบเคียงไปถึงได้หรือไม่ ประการสุดท้าย ขอบเขตการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในแง่มุมตามประเภทของบทบัญญัติแห่งกฎหมาย ลายลักษณ์อักษร โดยแบ่งออกเป็น 3 กลุ่ม ดังนี้ กลุ่มแรก ประเภทของบทบัญญัติแห่งกฎหมาย

ลายลักษณ์อักษรที่คาดว่าจะไม่เกิดเป็นช่องว่างแห่งกฎหมายที่จำต้องนำบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งมาปรับใช้เพื่ออุดช่องว่างแห่งกฎหมาย กลุ่มที่สอง ประเภทของบทบัญญัติแห่งกฎหมาย ลายลักษณ์อักษรที่คาดว่าจะสามารถนำมาปรับใช้เพื่ออุดช่องว่างแห่งกฎหมายในฐานะที่เป็นบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งได้ และกลุ่มที่สาม ประเภทของบทบัญญัติแห่งกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่คาดว่าจะไม่สามารถนำมาปรับใช้เพื่ออุดช่องว่างแห่งกฎหมายในฐานะที่เป็นบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งได้ แต่ทั้งนี้ ในขอบเขตการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในแง่มุมมองตามประเภทของบทบัญญัติแห่งกฎหมายลายลักษณ์อักษร เป็นการพิจารณาเฉพาะเรื่องตามที่ได้ศึกษาและตั้งข้อสังเกตถึงแนวทางการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งเท่านั้น จึงไม่อาจยืนยันได้ชัดเจนในทุกประการว่า บทบัญญัติแห่งกฎหมายลายลักษณ์อักษรประเภทใดเทียบเคียงได้หรือไม่ อันจะต้องคำนึงถึงข้อเท็จจริงรายคดีที่เกิดขึ้นด้วย การพิจารณาในส่วนนี้ ส่งผลเพียงให้เกิดข้อสังเกตและข้อควรระวังในขอบเขตของบทกฎหมายแต่ละประเภทตามที่กล่าวมา

ดังจะเห็นได้ว่า เรื่องการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งเป็นเรื่องที่จำต้องได้รับการพิจารณาศึกษาวิเคราะห์อย่างรอบคอบในทางระบบกฎหมาย การวิเคราะห์ปัญหาการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในระบบกฎหมายไทยข้างต้น จึงทำให้การปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งสามารถดำเนินไปอย่างเป็นระบบและครอบคลุมยิ่งขึ้น และสุดท้ายจะนำไปสู่บทสรุปและข้อเสนอแนะในการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งต่อไป

บทที่ 7

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

7.1 บทสรุป

จากการศึกษาเรื่องปัญหาการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งเป็นนิติวิธีในการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายที่สำคัญในระบบกฎหมายไทย ดังนั้น เมื่อนิติวิธีเป็นเรื่องที่ครอบคลุมระบบกฎหมายทั้งระบบ เปรียบดั่งจิตวิญญาณของระบบกฎหมาย ในการศึกษาเรื่องการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง จึงจำเป็นต้องศึกษาให้สอดคล้องกับนิติวิธีในระบบกฎหมายไทย แต่เมื่อพิจารณาในระบบกฎหมายไทยกลับพบว่า ในการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในปัจจุบันยังไม่มีแนวทางที่ชัดเจน ทำให้ตามนิติวิธีการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในกฎหมายไทยไม่มีความสอดคล้องกันอย่างเป็นระบบ

ในบทสรุปนี้ ผู้วิจัยจึงขอสรุปผลการศึกษาศึกษาจากการศึกษาวิเคราะห์ที่ดำเนินมาแล้วในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ทั้งในส่วนของนิติวิธีและการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง ซึ่งในลำดับแรก การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งเพื่ออุดช่องว่างแห่งกฎหมายเป็นนิติวิธีในระบบกฎหมายซีวิลลอว์ ซึ่งในระบบกฎหมายซีวิลลอว์ยึดถือกฎหมายลายลักษณ์อักษรเป็นบ่อเกิดเบื้องต้นของกฎหมาย การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งถูกนำมาใช้ในฐานะที่เป็นเครื่องมือทางนิติวิธีในการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายเท่านั้น โดยการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายด้วยการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งเป็นการนำข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในคดีมาเทียบเคียงกับข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบที่บัญญัติไว้ในบทบัญญัติของกฎหมาย แต่อย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณาลงลึกไปในบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งที่จะนำมาปรับใช้เทียบเคียง บทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นๆ ย่อมแฝงไปด้วยเหตุผลเบื้องหลัง เช่นนี้ การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งควรเป็นการเทียบเคียงแก่กรณีที่อยู่ภายใต้กรอบของเหตุผลเดียวกัน ดังนั้น จึงสรุปได้ว่าการ

เทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งจำเป็นต้องคำนึงถึงสาระของบทกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งนั้นด้วย และเมื่อเกิดการเทียบเคียงแล้วจะนำผลของบทบัญญัติแห่งกฎหมายลายลักษณ์อักษรนั้นมาใช้กับคดีที่มีข้อเท็จจริงใกล้เคียงกัน นอกจากนั้น เมื่อพิจารณาถึงความสำคัญของเรื่องการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งพบว่า การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งมาจากเบื้องหลังความคิดที่มีหลักเหตุผลของเรื่องและหลักยุติธรรมที่แสดงออกถึงความเสมอภาคและเป็นธรรมประกอบด้วย กล่าวคือ “เรื่องที่มีเหตุผลเดียวกันต้องใช้บทบัญญัติเดียวกันบังคับ” อันทำให้บทบัญญัติกฎหมายที่สามารถปรับใช้กับข้อเท็จจริงที่ใกล้เคียงกันหรือคล้ายคลึงกันอาจนำมาปรับใช้โดยการเทียบเคียงกันได้

สำหรับการศึกษาข้อความคิดพื้นฐานว่าด้วยการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในระบบกฎหมายต่างประเทศ ทำให้เห็นถึงนิติวิธีในกฎหมายของแต่ละประเทศที่แตกต่างกัน ซึ่งนิติวิธีจะเป็นหัวใจของระบบกฎหมายประเทศนั้นๆ การที่กฎหมายกำหนดไว้ชัดเจนว่า ผู้พิพากษาจะต้องไปค้นหาฎีกาเกณฑ์อันใดก่อนหลังเพื่อมาอุดช่องว่างแห่งกฎหมาย เช่น ประเทศสาธารณรัฐอิตาลี แม้ว่าจะทำให้การตัดสินคดีมีความชัดเจนแน่นอน แต่ก็อาจเกิดข้อเสียที่ว่าจะเป็นการผูกมัดผู้พิพากษาในการใช้ฎีกาเกณฑ์ตัดสินข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น ซึ่งขาดความยืดหยุ่น ในทางกลับกัน การให้ผู้พิพากษามีหน้าที่หากฎเกณฑ์มาอุดช่องว่างแห่งกฎหมายได้ ดังเช่น ในประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี และสมาพันธ์รัฐสวิส แม้จะทำให้ผู้พิพากษาสามารถยกหลักเกณฑ์มาปรับแก้คดีในทางที่ตนเห็นว่าเป็นธรรม แต่กระนั้น ก็อาจทำให้การพิพากษาคดีเกิดความไม่แน่นอน จากการศึกษานิติวิธีในระบบกฎหมายต่างประเทศยังสะท้อนถึงนิติวิธีในการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งที่ดำรงอยู่ในฐานะที่แตกต่างกันไปด้วย ไม่ว่าจะเป็นในกฎหมายอิตาลี การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งถูกนำมาบัญญัติไว้เป็นหลักการตามบทบัญญัติว่าด้วยการใช้กฎหมายทั่วไปอิตาลี ค.ศ. 1942 จึงทำให้เรื่องการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งมีฐานะเป็นนิติวิธีที่ได้รับการบัญญัติไว้ในกฎหมาย แต่สำหรับในระบบกฎหมายเยอรมัน การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งเป็นนิติวิธีทั่วไปในระบบกฎหมาย ซึ่งมีได้มีการบัญญัติถึงนิติวิธีไว้ในประมวลกฎหมายแต่อย่างใด หรือประเทศสวิตเซอร์แลนด์ ในมาตรา 1 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งสวิส ค.ศ. 1907 บัญญัติให้ผู้พิพากษาจะต้องวินิจฉัยคดีตามฎีกาเกณฑ์ซึ่งผู้พิพากษาจะกำหนดขึ้น ถ้าผู้พิพากษานั้นได้กระทำตนให้มีหน้าที่

เสมือนเป็นฝ่ายนิติบัญญัติ เช่นนี้ ผู้พิพากษาจึงอาจปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่าง
ยิ่งได้

เมื่อพิจารณาในระบบกฎหมายประเทศไทย ถึงแม้ว่าประมวลกฎหมายไทยจะมีการรับเอา
แนวความคิดในประมวลกฎหมายของต่างประเทศมาใช้เป็นแนวทางในการบัญญัติกฎหมาย แต่
ประเทศไทยก็ได้ยึดถือแนวคิดของประเทศใดประเทศหนึ่งโดยเฉพาะ ซึ่งประเทศไทยมีการนำ
แนวความคิดมาปรับใช้ให้เข้ากับระบบกฎหมายไทย ด้วยเหตุนี้ มาตรา 4 แห่งประมวลกฎหมายแพ่ง
และพาณิชย์ของไทย จึงนับว่าเป็นความคิดสร้างสรรค์ที่ผู้ร่างกฎหมายใช้วิธีการผสมผสานแนวทาง
ต่างๆ ให้สอดคล้องและเหมาะสมกับสภาพสังคมไทย นิติวิธีในมาตรา 4 แห่งประมวลกฎหมายแพ่ง
และพาณิชย์ของไทยจึงเป็นที่ยอมรับกันว่ามีควมก้าวหน้า และกรณีการเทียบเคียงบทกฎหมายที่
ใกล้เคียงอย่างยิ่งก็เป็นนิติวิธีที่ได้รับการบัญญัติไว้ในกฎหมาย โดยการบัญญัติถึงนิติวิธีก็เปรียบเสมือน
การวางรากฐานที่เป็นหลักการทั่วไป ซึ่งไม่ควรจำกัดเฉพาะในกฎหมายใดกฎหมายหนึ่งเท่านั้น
การศึกษามาตรา 4 จึงเป็นการศึกษาในบริบทของระบบกฎหมายทั้งระบบ เช่นนี้ จึงจะทำให้กรณีการ
เทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งเพื่ออุดช่องว่างแห่งกฎหมายเป็นนิติวิธีที่ผู้ใช้กฎหมาย
สามารถนำมาปรับใช้ในกฎหมายต่างๆ ได้ พร้อมทั้ง ในการศึกษาการปรับใช้การเทียบเคียง
บทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งจากคำพิพากษาของศาลก็ได้มีการนำนิติวิธีในการเทียบเคียง
บทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งมาปรับใช้เพื่ออุดช่องว่างแห่งกฎหมายแก่กรณีที่เกิดขึ้น ทั้งในสาขา
กฎหมายเอกชนและในสาขากฎหมายมหาชน

จากการพิจารณาตามคำพิพากษาของศาล สำหรับการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่
ใกล้เคียงอย่างยิ่งในกฎหมายเอกชนโดยเฉพาะในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ พบการปรับใช้
การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งเพื่ออุดช่องว่างแห่งกฎหมายในเรื่องการตั้งผู้แทน
นิติบุคคลชั่วคราว กฎหมายเช่าทรัพย์ กฎหมายรับชน กฎหมายทรัพย์ กฎหมายครอบครัว และ
กฎหมายมรดก เป็นต้น โดยคำพิพากษาของศาลในการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียง
อย่างยิ่งบางกรณีก็ได้แสดงผลแห่งการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งไว้ แต่
ในบางกรณีก็ได้แสดงผลและรายละเอียดในการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียง
อย่างยิ่ง ผู้วิจัยจึงได้ศึกษาและตั้งข้อสังเกตไว้ในคำพิพากษาของศาลในเรื่องต่างๆ อีกทั้ง การปรับใช้
นิติวิธีทางกฎหมายในบางกรณีก็ยังคงมีความเห็นของนักกฎหมายที่พิจารณาแตกต่างกันออกไป

สำหรับการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในกฎหมายมหาชน ข้อสังเกตที่ได้จากการศึกษาคำพิพากษาของศาลว่าด้วยการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในกฎหมายมหาชน เช่น ในรัฐธรรมนูญ เนื่องด้วยหลักการและนิติวิธีในรัฐธรรมนูญ เมื่อรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ กฎหมายที่มีลำดับชั้นต่ำกว่าจะขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญมิได้ ถ้ากฎหมายที่มีลำดับชั้นต่ำกว่าขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ กฎหมายนั้นย่อมเป็นอันใช้บังคับมิได้ เช่นนี้ เมื่อรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศจึงไม่อาจถือว่ารัฐธรรมนูญมีช่องว่างแห่งกฎหมายและจำต้องอุดช่องว่างแห่งกฎหมาย และจากคำวินิจฉัยหรือคำพิพากษาของศาลเท่าที่ได้ศึกษามากก็ไม่พบว่ามี การปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในรัฐธรรมนูญ

ส่วนการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในกฎหมายปกครอง จะต้องคำนึงถึงหลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครอง ทั้งหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองที่ประกอบไปด้วยหลักที่ว่า “การกระทำทางปกครองต้องไม่ขัดต่อกฎหมาย” และ “หลักไม่มีกฎหมาย ไม่มีอำนาจ” เช่นนี้ จึงต้องระวังมิให้มีการก้าวล่วงสิทธิและเสรีภาพของประชาชนโดยที่ไม่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรบัญญัติไว้ การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งจึงมีอาจเทียบเคียงแล้วมีผลเป็นการก้าวล่วงสิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้ ทั้งนี้ เรื่องการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในกฎหมายปกครอง บางกรณีศาลก็ได้ปรับใช้นิติวิธีตามมาตรา 4 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ในการนำบทบัญญัติกฎหมายตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาใช้ ในฐานะที่เป็นบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งเพื่ออุดช่องว่างแห่งกฎหมายในกฎหมายปกครอง และในบางกรณีก็อาจเป็นการเทียบเคียงโดยการนำบทบัญญัติแห่งกฎหมายปกครองฉบับหนึ่งมาใช้ อุดช่องว่างในกฎหมายปกครองอีกฉบับหนึ่ง ในฐานะที่เป็นบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งด้วย

ในการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในกฎหมายอาญา กฎหมายอาญายึดถือหลักว่า “ไม่มีความผิดและไม่มีโทษโดยไม่มีกฎหมาย” ทำให้ไม่สามารถนำการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งมาปรับใช้เพื่อลงโทษทางอาญาแก่บุคคลได้ เพราะจะขัดกับหลักการดังกล่าว ซึ่งกฎหมายอาญาจำต้องมีความแน่นอนและต้องกำหนดความผิดและกำหนดโทษไว้โดยชัดเจนจึงจะสามารถนำมาใช้ได้กับประชาชนทั่วไปได้ ซึ่งเป็นการยึดถือหลักความแน่นอนชัดเจนของกฎหมาย ความมั่นคงของนิติฐานะ ดังนั้น การปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งแล้วขัดกับหลักการพื้นฐานของกฎหมายอาญา จึงกระทำไม่ได้

การศึกษาการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งตามสาขาของกฎหมาย โดยศึกษาประกอบกับหลักการและนิติวิธีของกฎหมายแต่ละสาขา ทำให้เห็นถึงการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในภาพรวมยิ่งขึ้น และจากคำพิพากษาของศาล การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งก็อาจมีการเทียบเคียงได้ในกฎหมายคนละฉบับ นอกจากนั้น ยังทำให้พบว่าถึงแม้จะมีการแบ่งเป็นสาขาของกฎหมายออกเป็นกฎหมายเอกชนและกฎหมายมหาชนก็ตาม แต่ก็หาได้หมายความว่าสาขากฎหมายเอกชนและสาขากฎหมายมหาชนจะดำรงอยู่โดยแยกจากกันอย่างเด็ดขาดและขาดความสัมพันธ์ต่อกันอย่างสิ้นเชิงไม่ ซึ่งความเป็นเอกภาพในระบบกฎหมายทำให้ผู้ใช้กฎหมายต้องคำนึงถึงระบบกฎหมายทั้งระบบ รวมถึง สาขากฎหมายต่างๆ ที่แยกอยู่ในปัจจุบันนี้ โดยกำเนิดมาจากกฎหมายเอกชน ดังนั้น แม้มีการแยกสาขาออกมาเพื่อวัตถุประสงค์เฉพาะ แต่กฎหมายในแต่ละสาขาก็มิได้มีมากเพียงพอหรือมีรายละเอียดครบถ้วนที่จะสามารถปรับใช้กับข้อเท็จจริงที่อาจเกิดขึ้นทั้งหมด โดยนิติวิธีเมื่อมีช่องว่าง จึงต้องย้อนกลับมาหาหลักของกฎหมายเอกชน ซึ่งเป็นพื้นฐานของกฎหมายทั้งหมด³⁷⁸ กระนั้น การพิจารณาถึงตำแหน่งที่ตั้งของบทกฎหมายว่าอยู่ในสาขาของกฎหมายใด ถือว่าเป็นสิ่งที่สำคัญมาก โดยบทกฎหมายบทหนึ่งไม่ได้ดำรงอยู่อย่างโดดเดี่ยวเป็นเอกเทศจากบทกฎหมายอื่นๆ แต่ดำรงอยู่ในลักษณะที่มีความสัมพันธ์เชื่อมโยงเรียวร้อยกันจนเป็นระบบกฎหมายที่มีความเป็นเอกภาพ การเทียบเคียงบทกฎหมายจึงไม่อาจละเลยบริบทต่างๆ ที่อยู่รายล้อมไปได้

ยิ่งไปกว่านี้ เมื่อพิจารณากรณีการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งตามประเภทของบทบัญญัติแห่งกฎหมายลายลักษณ์อักษร การศึกษาการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งตามประเภทของบทบัญญัติแห่งกฎหมายลายลักษณ์อักษรประกอบกับหลักการและตัวอย่าง ทำให้เห็นถึงข้อจำกัดและข้อพึงระวังในการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งตามประเภทของบทบัญญัติกฎหมายลายลักษณ์อักษรในแต่ละประเภท กล่าวคือ

การปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในบทนิยาม ผู้วิจัยเห็นว่าไม่ควรให้กระทำได้ เพราะขัดกับลักษณะของบทนิยามที่กำหนดหรือให้คำจำกัดความหมายที่แน่นอนของ

³⁷⁸ ศันท์กรณ โสติพันธ์, คำอธิบายหลักพื้นฐานของกฎหมายเอกชน, หน้า 20-21.

คำต่างๆ การปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในบทนิยามจะเป็นการขยายความหมายและขอบเขตของกฎหมายที่บทนิยามมุ่งหมายไปถึง

การปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในบทสันนิษฐาน ผู้วิจัยก็เห็นว่าการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งเพื่อปรับให้เข้ากับเงื่อนไขของข้อสันนิษฐานในบทสันนิษฐานก็ไม่อาจกระทำได้ เพราะบทสันนิษฐานเป็นบทบัญญัติที่กฎหมายได้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าข้อเท็จจริงนั้นเป็นอย่างไร การที่บุคคลใดจะถูกกฎหมายสันนิษฐานก็จำเป็นต้องพิจารณาถึงการกระทำที่เป็นเงื่อนไขของการสันนิษฐาน ดังนั้น เมื่อการกระทำนั้นมิได้เข้าเงื่อนไขในบทสันนิษฐาน ผลลัพธ์จึงมีเพียงไม่ถูกสันนิษฐานตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเท่านั้น

การปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในบทสมมติ ผู้วิจัยก็เห็นว่าไม่ควรจะกระทำ เพราะเมื่อพิจารณาประกอบกับโครงสร้างและลักษณะของบทสมมติก็คล้ายคลึงกัน โดยข้อเท็จจริงในส่วนเงื่อนไขตามบทบัญญัติกฎหมายก็ควรต้องเป็นข้อเท็จจริงที่แน่นอนตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ มิฉะนั้น หากมีการเทียบเคียงเพื่อให้เข้ากับข้อเท็จจริงที่เป็นเงื่อนไขตามบทบัญญัติกฎหมายจะเป็นการทำให้บริบทในบทสมมติเกินกว่ากรณีที่กฎหมายมุ่งประสงค์ถึง

การปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในบทอนุโลม ทั้งนี้ การอนุโลมกับการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งไม่ใช่อย่างเดียวกัน ซึ่งการอนุโลมเป็นการนำบทบัญญัติที่กฎหมายบัญญัติไว้สำหรับเรื่องหนึ่งมาใช้เท่าที่สามารถจะใช้ได้หรือเข้าได้กับอีกเรื่องหนึ่ง จากลักษณะของบทอนุโลมผู้วิจัยจึงเห็นว่า ในกรณีที่ข้อเท็จจริงในคดีไม่มีบทบัญญัติกฎหมายที่มาบังคับใช้ได้ แต่สามารถปรับได้กับบทบัญญัติกฎหมายเรื่องใดเรื่องหนึ่งที่ไม่มีความเกี่ยวเนื่องกับตนเองจึงอนุโลมไปใช้กฎหมายเรื่องอื่น โดยกฎหมายเรื่องนั้นมีความใกล้เคียงกันกับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น แม้อาจมีการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งที่มีความเกี่ยวเนื่องกับบทอนุโลมได้ตามนัยคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2743/2541 แต่ก็ต้องระวังมิให้ไปกระทบกับกฎหมายของบทบัญญัติกฎหมายตามทีบทอนุโลมได้อนุโลมไปใช้ด้วย

การปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในบทกฎหมายยุติธรรม เนื่องด้วยบทกฎหมายยุติธรรมเป็นเรื่องที่ผู้ใช้กฎหมายสามารถปรับใช้ดุลพินิจได้อย่างกว้าง ผู้วิจัยจึงเห็นว่าช่องว่างแห่งกฎหมายในบทกฎหมายยุติธรรม โดยพิจารณาเฉพาะในส่วนของการบัญญัติบทยุติธรรม

ไม่ว่าจะเป็นในรูปคำศัพท์ทางกฎหมาย (Legal Concepts) บทมาตรฐาน (Standard) และหลักการ (Principles) จะไม่เกิดเป็นปัญหาช่องว่างแห่งกฎหมายที่ต้องอาศัยการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งมาปรับใช้เพื่ออุดช่องว่างแห่งกฎหมายอีก

การปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในบทกฎหมายเคร่งครัด ผู้วิจัยเห็นว่า เมื่อบทกฎหมายเคร่งครัดเป็นบทกฎหมายที่กำหนดข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบส่วนเหตุและผลทางกฎหมายไว้อย่างชัดเจน ดังนั้น หากเข้าข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบส่วนเหตุ ผลในทางกฎหมายก็ย่อมเกิดขึ้น การปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในบทกฎหมายเคร่งครัดจึงไม่สามารถกระทำได้

การปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในบทกฎหมายบังคับตายตัว ผู้วิจัยเห็นว่า การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในบทกฎหมายที่บังคับตายตัวให้เป็นอย่างอื่นเป็นเรื่องที่คาดหมายว่าไม่อาจกระทำได้ เพราะบทกฎหมายบังคับตายตัวมีลักษณะเป็นบทบัญญัติกฎหมายที่มุ่งหมายบังคับแก่กรณีตามกฎหมายมุ่งบัญญัติไว้ โดยเอกชนไม่สามารถตกลงกันเป็นอย่างอื่น ต้องยึดถือโดยเคร่งครัดตายตัว

การปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในบทกฎหมายไม่บังคับตายตัว เนื่องจากบทกฎหมายไม่บังคับตายตัวเป็นบทกฎหมายที่เอกชนสามารถตกลงกันให้แตกต่างไปจากที่บทบัญญัติของกฎหมายกำหนดไว้ได้ ผู้วิจัยจึงเห็นว่า จากลักษณะของบทกฎหมายไม่บังคับตายตัวที่มีขอบเขตบังคับใช้อย่างกว้างขวาง จึงไม่มีเหตุผลพิเศษอันใดที่จะต้องขัดขวางไม่ให้อาศัยการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในบทกฎหมายไม่บังคับตายตัวปรับแก้ข้อเท็จจริงเพื่ออุดช่องว่างแห่งกฎหมาย

การปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในบทกฎหมายทั่วไป เมื่อบทกฎหมายทั่วไปเป็นบทกฎหมายที่บังคับแก่บุคคลโดยทั่วไปและใช้บังคับกับเรื่องต่างๆ ไป การปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในบทกฎหมายทั่วไปจึงอาจทำได้

การปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในบทกฎหมายพิเศษ แม้บทกฎหมายพิเศษเป็นบทกฎหมายที่ใช้บังคับกับเรื่องพิเศษเฉพาะเรื่อง รวมถึง ในกฎหมายพิเศษที่เป็น

กฎหมายเฉพาะ แต่ในขอบเขตของบทกฎหมายพิเศษหรือกฎหมายพิเศษก็มีความกว้างขวางในตัวเอง ดังนั้น จึงเห็นว่าอาจมีการปรับใช้นิติวิธีในการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งได้เช่นกัน ดังคำพิพากษาของศาลฎีกาในหลายกรณี

การปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในบทกฎหมายหลัก เนื่องจากบทกฎหมายหลักเป็นบทบัญญัติที่บัญญัติต้องประกอบอันเป็นข้อเท็จจริงโดยทั่วไป หรือเป็นข้อความโดยกว้างๆ เช่นนี้ การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในบทกฎหมายหลัก จึงเห็นว่า สามารถกระทำได้ เพราะแม้ความหมายของบทกฎหมายหลักจะมีได้ครอบคลุมถึงกรณีตามข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น แต่เมื่อเรื่องมีเหตุผลเดียวกันก็ย่อมปรับใช้นิติวิธีในการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งได้

การปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในบทกฎหมายยกเว้น เมื่อบทยกเว้นเป็นบทบัญญัติที่บัญญัติถึงข้อเท็จจริงในเรื่องเดียวกันกับบทกฎหมายหลัก แต่มีการขมวดข้อเท็จจริงในวงแคบเฉพาะเรื่องให้มีผลตรงกันข้ามหรือเป็นอย่างอื่น ดังนั้น บทยกเว้นจึงต้องตีความโดยเคร่งครัด จะตีความโดยขยายความไม่ได้ และไม่อาจใช้นิติวิธีในการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งได้ด้วย

การปรับใช้การเทียบเคียงหลักกฎหมาย แม้หลักกฎหมายจะมีใช้บทบัญญัติแห่งกฎหมายลายลักษณ์อักษร แต่เนื่องจากหลักกฎหมายอาจพิจารณาว่าเป็นหลักที่อยู่เบื้องหลังตัวบทบัญญัติกฎหมาย ซึ่งเมื่อพิเคราะห์ถึงบทกฎหมายหลายบทที่เกี่ยวข้องทำให้สามารถอนุมานถึงหลักที่อยู่เบื้องหลังตัวบทบัญญัติของกฎหมายเหล่านั้น จึงนำเอาหลักกฎหมายมาปรับใช้เทียบเคียงแก่กรณีที่เกิดขึ้นเพื่ออุดช่องว่างแห่งกฎหมาย เมื่อไม่สามารถค้นหบทบัญญัติในกฎหมายลายลักษณ์อักษรมาเทียบเคียงในฐานะที่เป็นบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งได้

กล่าวโดยสรุป สำหรับการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งตามประเภทของบทบัญญัติแห่งกฎหมายลายลักษณ์อักษร เมื่อพิจารณาประกอบกับโครงสร้างและลักษณะของบทบัญญัติกฎหมายนั้นๆ ทำให้สามารถทราบถึงข้อควรระวังในขอบเขตของการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย แต่ทั้งนี้ ในบางมาตราแห่งบทบัญญัติกฎหมายก็อาจจัดอยู่ในประเภทแห่งบทบัญญัติกฎหมายลายลักษณ์อักษรมากกว่าหนึ่งประเภท การ

พิจารณาการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งที่ได้ศึกษามา จึงเป็นเพียงหลักการที่ช่วยในการชี้แนวทาง แต่ไม่ใช่เป็นหลักตัดสินที่แน่นอนเสมอไป ดังนั้น จึงต้องพิจารณาอาศัยเนื้อหาของบทบัญญัติกฎหมายและข้อเท็จจริงรายคดีที่เกิดขึ้นเป็นข้อพิเคราะห์สำคัญด้วย โดยการศึกษานี้เป็นเพียงการสรุปจากตัวอย่างที่ได้พิเคราะห์มาแล้วเท่านั้น ซึ่งมุ่งหวังให้เกิดเพียงข้อสังเกตและข้อควรระวังในขอบเขตของบทบัญญัติกฎหมายแต่ละประเภทตามที่ได้กล่าวมา

สำหรับการศึกษาวิเคราะห์การปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งที่ผ่านมา แม้เรื่องการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งจะมีลักษณะเป็นนามธรรมอยู่มาก แต่ก็ถือว่าเป็นเรื่องที่สามารถพิจารณาจากแบบแผนในมุมมองต่างๆ โดยในบางเรื่องก็สามารถพิจารณาหาคำตอบได้ชัดเจนในตัวเอง แต่ในบางเรื่องก็อาจมีความเห็นของนักกฎหมายในการปรับใช้นิติวิธีที่แตกต่างกันไป ทั้งนี้ ในการวินิจฉัยปัญหาทางกฎหมาย เมื่อนิติวิธีเป็นเรื่องเกี่ยวกับกระบวนการคิดและวิเคราะห์อย่างเป็นระบบในทางกฎหมาย การแก้ปัญหากฎหมายโดยอาศัยนิติวิธี จึงอาจเกิดแนวทางการแก้ไขปัญหาได้ในหลากหลายรูปแบบ แต่ด้วยความเคารพอย่างสูง เมื่อพิจารณาคำพิพากษาของศาลในบางฉบับกลับพบว่า คำพิพากษาของศาลก็มิได้มีการแสดงผลในการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งอย่างชัดเจน ในบางกรณีศาลได้ปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายลายลักษณ์อักษรแก่คดีในฐานะที่เป็นบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งโดยอ้างเพียงมาตรา 4 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ แต่มิได้แสดงให้เห็นถึงการพิเคราะห์หลักการทางกฎหมายที่เหมาะสม ทำให้คาดหมายว่าความเข้าใจของนักกฎหมายที่ยังไม่ชัดเจนและยังไม่สอดคล้องกันในเรื่องการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งเพื่ออุดช่องว่างแห่งกฎหมายจะเป็นปัญหาและอุปสรรคในทางปฏิบัติ

จากประเด็นการศึกษาที่ได้กล่าวมาแล้วทุกประการข้างต้น ทำให้พิจารณาได้ว่าเรื่องการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในปัจจุบัน ควรจะต้องมีการกล่าวถึงหลักการและขอบเขตให้ชัดเจนมากยิ่งขึ้น เพื่อให้การนำบทกฎหมายมาเทียบเคียงแก่กรณีตามนิติวิธีในฐานะที่เป็นบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในระบบกฎหมายไทยมีความสอดคล้องกันอย่างเป็นระบบมากกว่าในอดีต โดยผู้วิจัยเห็นว่า การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งเมื่อเป็นไปตามนิติวิธีที่ถูกต้องแล้ว จะทำให้เกิดแนวทางการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งเพื่ออุดช่องว่างแห่งกฎหมายแก่กรณีอย่างเหมาะสมและเป็นธรรม ซึ่งจะเป็นประโยชน์ต่อการปรับใช้กฎหมายเพื่อ

แก้ไขปัญหาและตอบสนองเบื้องต้นต่อความเปลี่ยนแปลงในสังคมได้อย่างรวดเร็ว โดยมีจำต้องมีการบัญญัติกฎหมายขึ้นมาใหม่ หรือแม้แต่แก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติของกฎหมายนั้นๆ

7.2 ข้อเสนอแนะ

ในการพิจารณาเรื่องปัญหาการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งตามที่ได้ศึกษามา ผู้วิจัยได้ตั้งข้อเสนอแนะเป็น 2 แง่มุม กล่าวคือ ข้อเสนอแนะในแง่ของความเข้าใจทางทฤษฎีต่อนิติวิธีในการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในระบบกฎหมายไทย และข้อเสนอแนะในแง่ของการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในระบบกฎหมายไทย ซึ่งอาจกล่าวได้ดังนี้

ประการที่หนึ่ง ข้อเสนอแนะในแง่ของความเข้าใจทางทฤษฎีต่อนิติวิธีในการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในระบบกฎหมายไทย

ประการแรก ระบบกฎหมายไทยยึดถือกฎหมายลายลักษณ์อักษรเป็นบ่อเกิดเบื้องต้นของกฎหมาย คำพิพากษาของศาลเป็นเพียงคำอธิบายในการใช้ตัวบทกฎหมายปรับแก้คดี คำพิพากษาของศาลมิใช่บ่อเกิดของกฎหมายตามมุมมองในระบบกฎหมายซีวิลลอว์ เช่นนี้ การเปิดช่องให้ใช้นิติวิธีในการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง หากไม่ระมัดระวังจะเป็นการขยายขอบเขตของกฎหมายมากเกินไป ซึ่งจะอยู่นอกเหนือจากความมุ่งหมายในการปรับใช้การเทียบเคียงเพื่ออุดช่องว่างแห่งกฎหมาย อันไม่สามารถกระทำได้ จึงอาจเสี่ยงต่อการสร้างหลักกฎหมายขึ้นมาใหม่ ศาลจึงต้องระมัดระวังไม่ให้เกิดการใช้อำนาจฝ่ายตุลาการในการตัดสินคดีก้าวล่วงเข้าไปในเขตแดนอำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติ มิฉะนั้น จะขัดต่อหลักการแบ่งแยกอำนาจ

ประการที่สอง ในการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง ผู้ใช้กฎหมายควรตระหนักถึงหลักการและแนวคิดเบื้องหลังของเรื่องว่าด้วยการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง โดยเมื่อปรากฏกรณีที่คล้ายคลึงกัน ในการพิจารณาอย่างเป็นธรรมแล้ว ข้อเท็จจริงที่คล้ายคลึงกันนั้นก็ควรได้รับการปฏิบัติอย่างเดียวกัน จึงเทียบเคียงบทกฎหมายมาปรับใช้แก่กรณีที่เกิดขึ้นเพื่ออุดช่องว่างแห่งกฎหมาย ซึ่งสอดคล้องกับหลักความยุติธรรมที่ว่า “สิ่งที่เหมือนกันควรจะได้รับปฏิบัติอย่างเดียวกันหรือเท่าเทียมกัน” ดังนั้น เรื่องที่มีเหตุผลเดียวกันจึงต้องใช้บทบัญญัติเดียวกันบังคับ

ประการที่สาม กรณีการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งตามมาตรา 4 วรรคสอง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย เป็นกลไกที่กฎหมายมอบอำนาจให้ศาลใช้นิติวิธีนำ กฎเกณฑ์มาตัดสินคดีในกรณีที่ไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายลายลักษณ์อักษรมาปรับใช้แก่ข้อเท็จจริง ได้ เนื่องจากศาลไม่สามารถปฏิเสธการพิพากษาคดีโดยอ้างว่าไม่มีบทกฎหมายมาปรับใช้แก่กรณีได้ ทั้งนี้ การระบุนิติวิธีและลำดับในการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายเอาไว้ ก็เพื่อเป็นแนวทางสำหรับศาลในการ ค้นหาและปรับใช้กฎเกณฑ์ดังกล่าว อีกทั้ง ยังเป็นการจำกัดอำนาจไม่ให้ศาลอ้างถึงกฎเกณฑ์ใดๆ ได้อย่างอิสระตามอำเภอใจ จึงส่งผลให้ระบบกฎหมายไทยมีทั้งหลักประกันความศักดิ์สิทธิ์และความ แน่นนอนชัดเจนโดยอาศัยตัวบทกฎหมาย และในขณะเดียวกันก็มีหลักนิติวิธีที่อาศัยเหตุผลที่ดำรงอยู่ใน บทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นมาสนับสนุนการปรับใช้กฎหมายด้วย

ประการที่สี่ มาตรา 4 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยเป็นนิติวิธีทั่วไปใน ระบบกฎหมาย การศึกษามาตรา 4 จึงเป็นการศึกษาในบริบทของระบบกฎหมายทั้งระบบ เช่นนี้ การ นำนิติวิธีในการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งมาปรับใช้ จึงสามารถนำไปปรับใช้ได้ทั้งใน สาขาของกฎหมายเอกชนและสาขาของกฎหมายมหาชนโดยทั่วไป แต่จะต้องไม่ขัดกับหลักการและ ลักษณะเฉพาะในกฎหมายนั้นๆ ด้วย ซึ่งจะกล่าวถึงในประการถัดไป

ประการที่ห้า การปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งเมื่อพิจารณาตาม สาขาของกฎหมาย เกิดข้อพิจารณาและข้อควรระวังจากการวิเคราะห์ประกอบกับหลักการและ ทฤษฎีพื้นฐานในกฎหมายแต่ละสาขาคือ โดยในสาขากฎหมายเอกชน การปรับใช้การเทียบเคียง บทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งเพื่ออุดช่องว่างแห่งกฎหมายกับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นต้องตั้งอยู่บน พื้นฐานของความเท่าเทียมกัน ศาลจึงพึงต้องระมัดระวังมิให้เกิดการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมาย ที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งแล้วมีผลเป็นการเข้าข้างคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง

สำหรับการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในกฎหมายมหาชน ตาม รัฐธรรมนูญ ต้องคำนึงถึงหลักความเป็นกฎหมายสูงสุด เช่นนี้ เมื่อรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดของ ประเทศตามหลักการจึงไม่อาจถือว่ารัฐธรรมนูญมีช่องว่างแห่งกฎหมายและจำเป็นต้องมีการอุดช่องว่าง แห่งกฎหมาย ดังนั้น การปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งจึงไม่พบในรัฐธรรมนูญ ส่วนการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในกฎหมายปกครอง ในกฎหมาย

ปกครองมีหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองที่ประกอบไปด้วยหลักที่ว่า “การกระทำทางปกครองต้องไม่ขัดต่อกฎหมาย” และ “หลักไม่มีกฎหมาย ไม่มีอำนาจ” เช่นนี้ หากเกิดช่องว่างในกฎหมายขึ้น การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งจะต้อง ระมัดระวังมิให้เทียบเคียงแล้วเป็นการก้าวล่วงสิทธิและเสรีภาพของราษฎรโดยที่ไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้ ต่อมาสำหรับกฎหมายอาญา เนื่องด้วยกฎหมายอาญาเป็นกฎหมายที่มีผลกระทบต่อสิทธิ เสรีภาพ ชีวิต ร่างกาย และทรัพย์สิน ของบุคคล ดังนั้น ในกฎหมายอาญาจึงต้องยึดถือหลักที่ว่า “ไม่มีความผิดและไม่มีโทษโดยไม่มีกฎหมาย” อันส่งผลให้ไม่สามารถนำการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งมาปรับใช้เพื่อลงโทษทางอาญาแก่บุคคลโดยที่ไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้ได้ ดังจะเห็นได้ว่าการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งตามสาขาของกฎหมาย โดยพิจารณาประกอบกับหลักการและทฤษฎีของกฎหมายแต่ละสาขา จะเกิดข้อควรคำนึงหรือข้อจำกัดในการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในกฎหมายนั้นๆ ด้วย

ประการที่หก แนวทางในการแก้ไขปัญหาดังกล่าวตามคำพิพากษาของศาลที่แสดงการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในกฎหมายต่างๆ อย่างเหมาะสม อาจนำมาใช้เป็นตัวอย่างในการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งต่อไป ทั้งนี้ ในคำพิพากษาของศาลไม่ควรอ้างแต่ผลของคำตัดสินที่เป็นไปตามกฎหมายเท่านั้น แต่ควรต้องแสดงให้เห็นถึงเหตุผลที่เหมาะสมในการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งกับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นด้วย ซึ่งความน่าเชื่อถือของคำพิพากษาจะอยู่ที่การแสดงผลประกอบอย่างสมเหตุสมผลและมีความหนักแน่น ถูกต้องตามหลักกฎหมาย

ประการสุดท้าย การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งเป็นศิลปะแห่งนิติวิธี ในบางกรณีสำหรับการใช้นิติวิธีในการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง จึงอาจมีความเห็นของนักกฎหมายในการปรับใช้นิติวิธีทางกฎหมายในประการอื่นที่แตกต่างกันไป ซึ่งผลจากคำพิพากษาของศาลเป็นเพียงแนวทางหนึ่งของคำตอบที่อาจเป็นไปได้สำหรับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นเท่านั้น และหากผู้พิพากษาที่พิจารณาคดีมีความเห็นต่อข้อกฎหมายที่ปรับใช้กับคดีเป็นประการอื่นๆ เนื้อหาของคำพิพากษาก็อาจเปลี่ยนแปลงไปจากที่ปรากฏได้ การตัดสินว่านิติวิธีใดเป็นข้อสรุปที่ถูกต้องที่สุดสำหรับปัญหากฎหมายเรื่องหนึ่ง จึงเป็นไปได้ยากอย่างยิ่ง การปรับใช้นิติวิธีทางกฎหมาย จึงต้องอาศัยความร่วมมือจากผู้ที่เกี่ยวข้องด้านกฎหมายทั้งหมด ไม่ว่าจะเป็นผู้พิพากษา นักกฎหมาย และ

นักวิชาการที่ร่วมกันพิจารณาถึงปัญหาทางกฎหมายที่มีอยู่และที่อาจจะเกิดขึ้นในอนาคต เพื่อนำเสนอแนวทางในการปรับใช้กฎหมายเพื่อแก้ไขปัญหาล่าช้าอย่างเหมาะสมต่อไป

ประการที่สอง ข้อเสนอแนะในแง่ของการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในระบบกฎหมายไทย

ประการแรก การปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งต้องเป็นการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งเพื่ออุดช่องว่างแห่งกฎหมาย เช่นนี้ หากไม่ปรากฏช่องว่างแห่งกฎหมายจะนำการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งมาปรับใช้แก่คดีได้ ซึ่งช่องว่างแห่งกฎหมายเป็นกรณีที่ไม่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่จะสามารถยกขึ้นมาปรับใช้แก้ไขข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นได้ และการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายก็ต้องเป็นไปตามลำดับในมาตรา 4 วรรคสอง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

ประการที่สอง การปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งจะต้องพิจารณาจากบทบัญญัติกฎหมายในกฎหมายไทยเท่านั้น ไม่อาจนำบทบัญญัติกฎหมายในกฎหมายต่างประเทศมาปรับใช้เทียบเคียงในฐานะที่เป็นบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งเพื่ออุดช่องว่างแห่งกฎหมายกับกรณีที่เกิดขึ้นได้

ประการที่สาม การปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งจะต้องพิจารณาจากกฎหมายในสาขาเดียวกันก่อน ในกรณีที่ไม่มีกฎหมายในสาขาเดียวกันมาใช้อุดช่องว่างแห่งกฎหมายได้แล้ว จึงค่อยไปพิจารณาจากกฎหมายในสาขากฎหมายอื่นที่ใกล้เคียงกัน

ประการที่สี่ การปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งต้องพิจารณาถึงสาระของบทบัญญัติกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่ใกล้เคียงกันนั้นด้วย โดยการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง เป็นการปรับใช้กฎหมายแก่กรณีที่อยู่ภายใต้กรอบของเหตุผลเดียวกันเพื่ออุดช่องว่างแห่งกฎหมาย และในท้ายที่สุดก็จะนำผลของบทบัญญัติกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งนั้นมาใช้กับคดีที่มีข้อเท็จจริงใกล้เคียงกัน

ประการที่ห้า การปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งต้องคำนึงถึงเจตนารมณ์ของกฎหมายว่าเจตนารมณ์ของกฎหมายนั้นๆ สามารถเปิดกว้างให้การเทียบเคียงไปถึงได้

หรือไม่ โดยศาลต้องปรับใช้นิติวิธีในกฎหมายให้สอดคล้องคล้อยกับเจตนารมณ์ของกฎหมาย และเมื่อพิจารณาบริบทภายในแห่งกฎหมาย หากมีการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งแล้วขัดต่อคุณค่าพื้นฐานของกฎหมายนั้น การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งก็ไม่สามารถกระทำได้

ประการที่หก การปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งต้องไม่ขัดแย้งกับหลักความเป็นเอกภาพของระบบกฎหมาย เนื่องจากบทกฎหมายบทหนึ่งไม่ได้ดำรงอยู่อย่างโดดเดี่ยวเป็นเอกเทศจากบทกฎหมายอื่นๆ แต่ดำรงอยู่ในลักษณะที่มีความสัมพันธ์เชื่อมโยงเรียงร้อยกันจนเป็นระบบกฎหมายที่มีความเป็นเอกภาพ ความเป็นเอกภาพในระบบกฎหมายจึงทำให้ผู้ใช้กฎหมายต้องคำนึงถึงระบบกฎหมายทั้งระบบ ดังนั้น หากมีการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งแล้วมีผลทำให้ขัดต่อบทกฎหมายอื่นๆ หรือกระทบกระเทือนต่อระบบกฎหมายที่มีอยู่ การปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งก็ไม่อาจกระทำได้

ประการที่เจ็ด การปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งต้องคำนึงถึงลำดับชั้นของกฎหมายด้วย โดยกฎหมายลำดับรองจะเทียบเคียงแล้วมีผลเป็นการขัดหรือแย้งกับกฎหมายแม่บทไม่ได้ และกฎหมายแม่บทจะเทียบเคียงแล้วขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญไม่ได้ ทั้งนี้ การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งควรจะเป็นการเทียบเคียงในกฎหมายที่อยู่ในลำดับชั้นเดียวกัน ซึ่งจะถือว่าเป็นบทกฎหมายที่มีความใกล้เคียงกันอย่างยิ่ง

ประการที่แปด การปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งอาจเกิดการเทียบเคียงได้ในหลายกรณี กล่าวคือ กรณีแรก เมื่อไม่มีบทบัญญัติกฎหมายในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ปรับใช้แก่ข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นได้ จึงมีการเทียบเคียงบทบัญญัติกฎหมายมาตราที่ใกล้เคียงกันในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ในฐานะที่เป็นบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง กรณีที่สอง เมื่อไม่มีกฎหมายในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บัญญัติไว้ จึงมีการเทียบเคียงให้เข้ากับกฎหมายเรื่องใดเรื่องหนึ่งที่ใกล้เคียงกันในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ในฐานะที่เป็นกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง ซึ่งในกรณีนี้ เห็นว่า มิใช่การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง โดยการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งต้องเป็นการเทียบเคียงจากบทบัญญัติกฎหมายในมาตราที่เฉพาะเจาะจงเท่านั้น แต่อาจเป็นการเทียบเคียงหลักกฎหมายได้ หากพบว่าไม่มีหลักกฎหมายเช่นนั้น กรณีที่สาม ในกฎหมายใด เมื่อไม่มีบทบัญญัติในเรื่องใดเรื่องหนึ่งบัญญัติไว้ จึงวินิจฉัยคดีโดยอาศัยการ

เทียบเคียงกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เพื่ออุดช่องว่างแห่งกฎหมาย กรณีที่สี่ การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในกฎหมายอื่นๆ เมื่อไม่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่จะปรับใช้บังคับกับข้อเท็จจริงหรือคดีที่เกิดขึ้น จึงมีการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในกฎหมายใดๆ เพื่ออุดช่องว่างแห่งกฎหมาย ซึ่งจะเห็นได้ว่า การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งอาจมีการเทียบเคียงได้ทั้งในบทบัญญัติของกฎหมายเดียวกันหรือกฎหมายคนละฉบับ

ประการสุดท้าย ข้อควรระวังในการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งตามประเภทของบทบัญญัติแห่งกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่ได้ศึกษามา ทั้งการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในบทนิยาม การปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในบทสันนิษฐาน การปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในบทสมมติ การปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในบทอนุโลม การปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในบทกฎหมายยุติธรรม การปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในบทกฎหมายเคร่งครัด การปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในบทกฎหมายบังคับตายตัว การปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในบทกฎหมายไม่บังคับตายตัว การปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในบทกฎหมายทั่วไป การปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในบทกฎหมายพิเศษ การปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในบทกฎหมายหลัก การปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในบทกฎหมายยกเว้น และการปรับใช้การเทียบเคียงหลักกฎหมาย

ทั้งนี้ ในการศึกษาจนนำมาสู่ข้อเสนอแนะประการต่างๆ เป็นเพียงแนวทางที่วิทยานิพนธ์ฉบับนี้มุ่งพิจารณาถึงเท่านั้น ซึ่งผู้วิจัยได้ศึกษาและตั้งข้อสังเกตถึงแนวทางการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในระบบกฎหมายไทยไว้ โดยได้ตระหนักถึงหลักการและขอบเขตของการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งตามนิติวิธีให้เกิดความชัดเจนและมีความเป็นระบบมากยิ่งขึ้น แต่กระนั้น การพิจารณาการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งยังคงเป็นศิลปะแห่งนิติวิธี จึงจำต้องอาศัยบริบทแวดล้อมเข้ามาเป็นข้อพิเคราะห์ประกอบด้วยเสมอ ข้อเสนอแนะที่กล่าวมาข้างต้น จึงเป็นเพียงแนวทางและข้อควรคำนึงถึง ที่มุ่งหวังว่าจะเป็นประโยชน์ในการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งเพื่ออุดช่องว่างแห่งกฎหมายต่อไป

บรรณานุกรม

ภาษาไทย

- เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์. คำอธิบายกฎหมายอาญาภาค 1. พิมพ์ครั้งที่ 10. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์ พลสยาม พรินต์ติ้ง, 2551.
- แสวง บุญเฉลิมวิภาส. ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย. พิมพ์ครั้งที่ 12. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์ วิทยุชน, 2556.
- . หลักกฎหมายอาญา. พิมพ์ครั้งที่ 5. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิทยุชน, 2551.
- โสภณ รัตนการ. ระบบกฎหมายไทยเป็นระบบซีวิลลอว์หรือคอมมอนลอว์. ตุลพาห 2, 62 (2558): 1-11.
- ไพโรจน์ กัมพูสิริ. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ครอบครั้ว. พิมพ์ครั้งที่ 7. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553.
- ไพจิตร ปุญญพันธ์. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะละเมิด และหลักกฎหมายลักษณะละเมิด เรื่องข้อสันนิษฐานความผิดทางกฎหมาย. พิมพ์ครั้งที่ 12. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2550.
- กรณ์กมล ประเสริฐศักดิ์. ปัญหากฎหมายของการต่อสัญญาโดยอัตโนมัติ. หลักสูตรปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์, คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. 2559.
- กรมร่างกฎหมาย. Illustrations for Civil and Commercial Code. กรุงเทพมหานคร: สำนักคณะกรรมการกฤษฎีกา, 2466.
- . การตรวจแก้ร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 1-2 พ.ศ. 2468. กรุงเทพมหานคร: สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, 2468.
- . คำแปลร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 1 พ.ศ. 2466. กรุงเทพมหานคร: สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, 2466.
- กาญจน์ วรกุล. แนวความคิดเกี่ยวกับการร่างรัฐธรรมนูญกับการอุดช่องว่างของกฎหมาย. วารสารผู้ตรวจการแผ่นดิน 2, 2 (2552): 98-113.
- กิตติศักดิ์ ปรกติ. ความเป็นมาและหลักการใช้นิติวิธีในระบบซีวิลลอว์และคอมมอนลอว์. พิมพ์ครั้งที่ 5.

- กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2560.
- . ประวัติการร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย. วารสารนิติศาสตร์ 42, 4 (2556): 674-707.
- . หลักกฎหมายบุคคล. พิมพ์ครั้งที่ 4. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2553.
- . หลักทั่วไปในการใช้และตีความกฎหมาย. ใน การใช้การตีความกฎหมาย. พิมพ์ครั้งที่ 4. กรุงเทพมหานคร: กองทุนศาสตราจารย์จิตติ ดิงศภัทย์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553.
- คณิต ฅ นคร. การตีความกฎหมายอาญา. ใน การใช้การตีความกฎหมาย. พิมพ์ครั้งที่ 4. กรุงเทพมหานคร: กองทุนศาสตราจารย์จิตติ ดิงศภัทย์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553.
- จุมพล แดงสกุล. ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมาย : กฎหมาย วิชานิติศาสตร์ และนิติวิธี. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2562.
- ณรงค์ฤทธิ์ เพชรฤทธิ์. การใช้และการตีความกฎหมายปกครอง (ตอน 1). วารสารศาลยุติธรรมปริทัศน์ 5, 5 (2554): 101-144.
- ทวี ฤกษ์จำนง. รายงานการประชุมร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และ บันทึกประกอบ. บทบัญญัติ 20, 3 (2505): 587-612.
- ธานินทร์ กรัยวิเชียร. ความสำคัญของการตีความกฎหมายในวิชาชีพกฎหมาย. ใน การใช้การตีความกฎหมาย. พิมพ์ครั้งที่ 4. กรุงเทพมหานคร: กองทุนศาสตราจารย์จิตติ ดิงศภัทย์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553.
- ธานินทร์ กรัยวิเชียร และวิชา มหาคุณ. การตีความกฎหมาย. พิมพ์ครั้งที่ 5. กรุงเทพมหานคร: คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2548.
- บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. กฎหมายมหาชน : การแบ่งแยกกฎหมายมหาชน-เอกชน และพัฒนาการกฎหมายมหาชนในประเทศไทย. พิมพ์ครั้งที่ 1. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2537.
- . คำอธิบายวิชากฎหมายรัฐธรรมนูญ. พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพมหานคร: กรุงเทพมหานคร พับลิชชิ่ง, 2556.
- บัญญัติ สุชีวะ. คำอธิบายกฎหมายลักษณะทรัพย์สิน อนุสรณ์งานพระราชทานเพลิงศพ ศาสตราจารย์

- บัญญัติ สุชีวะ. กรุงเทพมหานคร: บริษัท กรุงสยามพริ้นติ้ง กรู๊ป จำกัด, 2540.
- ประชุม โฉมฉาย. กฎหมายเอกชนเปรียบเทียบเบื้องต้น : จารีตโรมันและแอ่งโกลแซกซอน. พิมพ์ครั้งที่ 4. กรุงเทพมหานคร: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, สิงหาคม 2555.
- ประสิทธิ์ ไชวีโลกุล. กฎหมายแพ่ง : หลักทั่วไป (คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 4-14). พิมพ์ครั้งที่ 4. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2554.
- ปรีดี เกษมทรัพย์. กฎหมายแพ่ง : หลักทั่วไป. พิมพ์ครั้งที่ 5. ห้างหุ้นส่วนจำกัดภาพพิมพ์: คณะกรรมการบริหารทางวิชาการ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, มิถุนายน 2526.
- . นิติปรัชญา. พิมพ์ครั้งที่ 11. กรุงเทพมหานคร: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553.
- ปัทมา สุขกำปัง. กฎหมายกับการพัฒนาประเทศ. วารสารศาลยุติธรรมปริทัศน์ 5, 3 (2554): 93-120.
- พระยาเทพวิฑูร (บุญช่วย วณิกกุล). คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ตอนที่ 1. พระนคร: โรงพิมพ์ปอทอง, 2476.
- พระยาบริรักษ์ นิติเกษตร. ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ พุทธศักราช 2468 บรรพ 1 และ 2 พระนคร: โรงพิมพ์เดลิแมล์, 2475.
- พิชาญ บุลงย หรือ เรอเน ก็ยอง แพลโดย วิษณุ วรรณุญ. การตรวจชำระและร่างกฎหมายในกรุงสยาม. วารสารนิติศาสตร์ 1, 23 (2538): 97-129.
- ภฤทธิ นิลสนิท. หลักกฎหมายทั่วไปในฐานะที่เป็นบ่อเกิดของกฎหมายตามมาตรา 4 แห่ง ป.พ.พ. : ศึกษาในเชิงประวัติศาสตร์และกฎหมายเปรียบเทียบ วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. 2543.
- ภาควิชานิติศึกษาทางสังคม ปรัชญา และประวัติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. บันทึกคำสัมภาษณ์พระยามานวราชเสวี (ปลอด วิเชียร ณ สงขลา). พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2557.
- ภูมินทร์ บุตรอินทร์. การใช้เหตุผลทางนิติศาสตร์. พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพมหานคร: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2562.
- มานิตย์ จุมปา. คำอธิบายกฎหมายปกครองว่าด้วยการกระทำทางปกครองและการควบคุมการกระทำ

- ทางปกครอง เล่ม 1. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2551.
- มานิตย์ วงศ์เสรี. นิติวิธี การใช้และการตีความกฎหมาย : ศึกษาเปรียบเทียบระบบกฎหมายไทยและระบบกฎหมายเยอรมัน. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2562.
- มุนินทร์ พงศาปาน. ระบบกฎหมายซีวิลลอว์ : จากกฎหมายสิบสองโต๊ะสู่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์. พิมพ์ครั้งที่ 1. กรุงเทพมหานคร: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2562.
- ร. แลงกาด์. ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย เล่ม 1. พิมพ์ครั้งที่ 1. กรุงเทพมหานคร: มูลนิธิโครงการตำราสังคมศาสตร์และมนุษยศาสตร์, 2526.
- รัฐสิทธิ์ ศุภสุวรรณ. กฎหมายแพ่ง : หลักทั่วไป. พิมพ์ครั้งที่ 4. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, สิงหาคม 2560
- ราชบัณฑิตยสถาน. พจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554 เฉลิมพระเกียรติพระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัว เนื่องในโอกาสพระราชพิธีมหามงคลเฉลิมพระชนมพรรษา 7 รอบ 5 ธันวาคม 2554 พิมพ์ครั้งที่ 1. กรุงเทพมหานคร: ศิริวัฒนาอินเตอร์พริ้นท์, 2556.
- ฤทัย หงส์สิริ. "นิติกรรมทางปกครอง" คู่มือการศึกษาวิชากฎหมายปกครอง กรุงเทพมหานคร: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2543.
- วรเจตน์ ภาคีรัตน์. การตีความกฎหมายมหาชน. ใน การใช้การตีความกฎหมาย. พิมพ์ครั้งที่ 4. กรุงเทพมหานคร: กองทุนศาสตราจารย์จิตติ ดิงศภัทย์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553.
- วรเจตน์ ภาคีรัตน์. ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายปกครอง : หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครองและการกระทำทางปกครอง พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2549.
- วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. หลักการพื้นฐานกฎหมายปกครอง คู่มือการศึกษาวิชากฎหมายปกครอง. กรุงเทพมหานคร: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2543.
- วิชา มหาคุณ. การใช้เหตุผลในทางกฎหมาย. พิมพ์ครั้งที่ 6. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2557.
- วิชญ์ เครื่องงาม. การนำวิธีการให้เหตุผลทางตรรกศาสตร์มาใช้ในทางนิติศาสตร์. วารสารรพี 1, 1

(2549): 1-10.

ศันนัทภรณ์ โสทธิพันธ์. คำอธิบายเช่าทรัพย์ เช่าซื้อ. พิมพ์ครั้งที่ 7. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2561.

———. คำอธิบายความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายเอกชนโรมัน กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2559.

———. คำอธิบายซื้อขาย แลกเปลี่ยน ให้. พิมพ์ครั้งที่ 8. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2560.

———. คำอธิบายนิติกรรม-สัญญา พร้อมคำอธิบายในส่วนของ พ.ร.บ. ว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 และกฎหมายใหม่ที่เกี่ยวข้อง. พิมพ์ครั้งที่ 22. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2561.

———. คำอธิบายหลักพื้นฐานของกฎหมายเอกชน. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2562.

สมยศ เชื้อไทย. คำอธิบายวิชากฎหมายแพ่ง : หลักทั่วไป. พิมพ์ครั้งที่ 26. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2562.

———. นิติปรัชญา. พิมพ์ครั้งที่ 16. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2556.

สุนทร มณีสวัสดิ์. เอกสารการสอนชุดวิชากฎหมายแพ่ง 1. พิมพ์ครั้งที่ 21. นนทบุรี: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช, 2551.

สุรัชดา รัตติ. เอกวิดี : หลักแห่งความยุติธรรมในกฎหมายอังกฤษ. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2562.

สุรินทร์ สถงษ์พงศ์. ฮันส์ เคลเซน และทฤษฎีบริสุทธิ์แห่งกฎหมาย. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2562.

สุรียา เพิ่มบุญ. การเรียกทรัพย์คืนตามหลักกฎหมายว่าด้วยลาภมิควรได้ในระบบกฎหมายมหาชน. หลักสูตรปริญญานิติศาสตร์มหาบัณฑิต สาขากฎหมายมหาชน, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. 2556.

หยุด แสงอุทัย. กฎหมายอาญา ภาค 2-3. พิมพ์ครั้งที่ 5. กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2520.

———. ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์แห่ง

มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2523.

———. ช่องว่างแห่งกฎหมาย. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2552.

———. หนังสือกฎหมายแพ่งมูลหนี้หนึ่ง. กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2517.

หยุด แสงอุทัย แก้ไขปรับปรุงโดย สมยศ เชื้อไทย. ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป. พิมพ์ครั้งที่

21. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2560.

หลวงประดิษฐมนูธรรม (ปรีดี พนมยงค์). บันทึกข้อความสำคัญประกอบด้วยอุทธรณ์และคำแนะนำแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 1 พระนคร: โรงพิมพ์นิติสาส์น, 2471.

อัคราทร จุฬารัตน. เอกสารการสอนชุดวิชากฎหมายแพ่ง 1 ฉบับปรับปรุงครั้งที่ 1. พิมพ์ครั้งที่ 24.

นนทบุรี: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช, 2553.

ภาษาอังกฤษ

Album, C. R. Corpus Juris Civilis: A Historical Romance. American Bar Association Journal 45, 6 (1959): 562-642.

Anderlini, L., Felli, L., and Riboni, A. Statute Law or Case Law? London: LSE, 2008.

Ando, B. On the Interpretation of Law and Legal Gaps: A Comparative Overview of the Delicate Trade-Off between Legal Rules and Judicial Creativity in Louisiana and Italy. Tulane European & Civil Law Forum 29 (2014): 101-123.

Archives and Publications Office of the Senate Service. "Constitution of the Italian Republic." Rome: the Senate Bookshop 2019.

Baade, H. W. The Casus Omissus: A Pre-History of Statutory Analogy. Syracuse Journal of International Law and Commerce 20 (1994): 45-94.

Barak, A. Purposive Interpretation in Law. New Jersey: Princeton University Press, 2005.

Baschiera, M. Introduction to the Italian Legal System. The Allocation of Normative Power: Issues in Law Finding. International Journal of Legal Information 34, 2 (2006): 279-326.

Berger, A. Encyclopedic Dictionary of Roman Law. Philadelphia: American

- Philosophical Society, 1968.
- Brouwer, R. On the Meaning of 'System' in the Common and Civil Law Traditions: Two Approaches to Legal Unity. Utrecht Journal of International and European Law 34, 1 (2018): 45-55.
- Cananea, G. D. Due Process of Law Beyond the State: Requirements of Administrative Procedure. Oxford University Press, 2016.
- Cheng, B. General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals. 3 ed. Cambridge: Cambridge University Press, 1994.
- Conant, E. B. The Laws of the Twelve Tables. Washington University Law Review 13, 4 (1928).
- Damele, G. Analogia Legis and Analogia Iuris: An Overview from a Rhetorical Perspective. In Systematic Approaches to Argument by Analogy. Switzerland: Springer International Publishing, 2014.
- Foster, N. G., and Sule, S. German Legal System and Laws. 3 ed. the United States: Oxford University Press, 2002.
- Hadfield, G. K. "The Quality of Law in Civil Code and Common Law Regimes: Judicial Incentives, Legal Human Capital and the Evolution of Law." 1-41. USC Center in Law, Economics and Organization: Research Paper No. C07-3, 2007.
- Hanson, S. Legal Method. London: Cavendish Publishing, 1999.
- Herring, J. Criminal Law: Text, Cases and Materials. New York: Oxford University Press, 2004.
- Hossain, K. The Concept of Jus Cogens and the Obligation under the U.N. Charter. Santa Clara Journal of International Law 3, 1 (2005): 72-98.
- Irti, C. The Problem of Legal Gaps. Tulane European & Civil Law Forum 29 (2014): 157-179.
- Kornhauser, L. A. Governance Structures, Legal Systems, and the Concept of Law.

- Chicago-Kent Law Review 79, 2 (2004): 355-381.
- Koszowski, M. Analogical Reasoning in Statutory Law. Journal of Forensic Research 8, 2 (2017): 372-381.
- Langenbucher, K. Argument by Analogy in European Law. Cambridge Law Journal 57, 3 (November 1998): 481-521.
- Law, J., and Martin, E. A. A Dictionary of Law. 7 ed. New York: Oxford University Press, 2009.
- Longdo Dict. Analogy [Online]. Available from:
<https://dict.longdo.com/search/analogy> [27 August 2018]
- Lund, T. Magna Carta: The Rule of Law in Early Common Law Litigation. International Review of Law and Economics 47, Supplement (2016): 47-52.
- Macagno, F. Analogy and Redefinition. In Systematic Approaches to Argument by Analogy. Switzerland: Springer International Publishing, 2014.
- MacCormick, N., and Summers, R. S. Interpreting Statutes: A Comparative Study. Dartmouth, 1991.
- McLeod, I. Legal Method. 7 ed. New York: Palgrave MacMillan, 2009.
- Merryman, J. H. The Italian Style 3: Interpretation. Stanford Law Review 18, 4 (1966): 583-611.
- Nerhot, P. Legal Knowledge and Analogy: Fragments of Legal Epistemology, Hermeneutics and Linguistics. Netherlands: Kluwer Academic Publishers, 1991.
- Oeser, E. Evolution and Constitution: The Evolutionary Selfconstruction of Law. Dordrecht: Springer Science & Business Media, 2003.
- Overbeck, A. E. v. Some Observations on the Role of the Judge under the Swiss Civil Code. Louisiana Law Review 37, 3 (1977): 681-700.
- Riccobono, S. Fontes Iuris Romani Antejustiniani [Online]. 1941. Available from:
https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/Leges/twelve_Riccobono.html#t8 [15

August 2020]

- Scragg, R. Principles of Legal Method. Oxford: Oxford University Press, 2008.
- Secondat, C. L. d., and Montesquieu, B. d. The Spirit of Laws. 4 ed. London: T. Evans, 1777.
- Steiner, E. French Legal Method. Oxford: Oxford University Press, 2002.
- Thommen, M. Introduction to Swiss Law. 2 ed. Bern: Carl Grossmann Publishers, 2018.
- USLEGAL. Jus Strictum Law and Legal Definition [Online]. 2020. Available from: <https://definitions.uslegal.com/j/jus-strictum/> [2 October 2020]
- Vecchio, G. D. General Principle of Law. Translated by Forte, F. Boston: Boston University Press, 1956.
- Williams, I. The Source of Law in the Swiss Civil Code. Zurich: Remak Verlag, 1976.
- . The Swiss Civil Code Zurich: Remak Verlag, 1976.
- Wolff, H. J. Roman Law: An Historical Introduction. Norman: University of Oklahoma Press, 1951.
- Zajtay, I. Reasoning by Analogy as a Method of Law Interpretation. Comparative and International Law Journal of Southern Africa 13, 3 (1980): 324-332.
- Zweigert, K., and Kötz, H.-J. Statutory Interpretation--Civilian Style. Tulane Law Review 44, 4 (1969-1970): 704-719.
- Zyl, v. Justice in Roman Law and Legal Thought. De Jure 23, 1 (1990): 110-117.



จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY

ประวัติผู้เขียน

ชื่อ-สกุล	กรณ์กมล ประเสริฐศักดิ์
วัน เดือน ปี เกิด	1 มกราคม 2535
สถานที่เกิด	จันทบุรี
วุฒิการศึกษา	- สำเร็จการศึกษาระดับมัธยมศึกษาจากโรงเรียนวัฒนาวิทยาลัย ปีการศึกษา 2552 - สำเร็จการศึกษาระดับปริญญานิติศาสตรบัณฑิต (เกียรตินิยมอันดับสอง) คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ปีการศึกษา 2556 - ได้รับประกาศนียบัตรหลักสูตรวิชาว่าความของสำนักฝึกอบรมวิชาว่าความ แห่งสหภาพนายความ รุ่นที่ 42 พ.ศ. 2557 - เนติบัณฑิตไทย จากสำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา สมัย ที่ 67 ปีการศึกษา 2557 - สำเร็จการศึกษาระดับปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต (วิทยานิพนธ์ดีมาก) คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ปีการศึกษา 2559 - สำเร็จการศึกษาระดับปริญญาตรุษฎีบัณฑิต (วิทยานิพนธ์ดี) คณะ นิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ปีการศึกษา 2563
ที่อยู่ปัจจุบัน	76 ซอยนวมินทร์ 74 แยก 3-12 หมู่บ้านกัญจน์เพชร ถนนนวมินทร์ แขวง รามอินทรา เขตคันนายาว กรุงเทพมหานคร 10230
ผลงานตีพิมพ์	- บทความเรื่อง "ข้อความคิดพื้นฐานว่าด้วยการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ ไกล่เคียงอย่างยิ่ง" ในวารสารกฎหมาย คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์ มหาวิทยาลัย ปีที่ 38 ฉบับที่ 2 เดือนกันยายน 2563 - บทความเรื่อง "นิติวิธีในการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง" ใน วารสารกระบวนการยุติธรรม ปีที่ 14 เล่มที่ 1 ฉบับเดือนมกราคม-เมษายน 2564