

การอุดช่องว่างของกฎหมาย

ตามที่โลกกล่าวมาแล้วในบทก่อนว่า เมื่อกฎหมายโคบัญญัติขึ้นมากีมีความมุ่งหมายที่จะให้มีผลบังคับได้เสมอ มิฉะนั้นกฎหมายนั้นจะไร้ผล แต่ชีวิตมนุษย์และเหตุการณ์ในอนาคตเป็นสิ่งที่คาดหมายได้ยากว่าจะมีอะไรเกิดขึ้น ซึ่งเมื่อมีปัญหาเกิดขึ้นปรากฏว่ากฎหมายลายลักษณ์อักษรไม่มีบัญญัติในเรื่องนั้นไว้ทำให้เกิดช่องว่างแห่งกฎหมาย จึงเป็นปัญหาสำหรับผู้ใช้กฎหมายไม่ว่าจะเป็นศาล เจ้าพนักงานหรือราษฎรว่าหากมีปัญหาเกี่ยวกับช่องว่างแห่งกฎหมายเกิดขึ้นผู้ใดกฎหมายจะมีทางใดที่จะอุดช่องว่างหรือหาบทบัญญัติกฎหมายใดให้ใช้บังคับแก่กรณีที่เกิดขึ้นได้ เพราะเมื่อคดีมาถึงศาลแล้วศาลจะปฏิเสธไม่ยอมให้ความยุติธรรมแก่คู่กรณีโดยอ้างว่าไม่มีกฎหมายหาใดไม่ ต้องปฏิบัติอย่างไรอย่างหนึ่ง ใ้คดีที่มาสู่ศาลนั้น "ได้รับการตัดสินชี้ขาดให้ความยุติธรรมแก่คู่กรณี ซึ่งอาจทำได้ตามวิธีการที่กฎหมายกำหนดไว้หรือตามหลักเกณฑ์ทั่วไป ถึงแม้ประเทศไทยจะไม่มีบทบังคับในเรื่องนี้ไว้ เช่นเดียวกับกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส ที่บัญญัติว่า "ผู้พิพากษาไม่ตัดสินคดีโดยอ้างว่ากฎหมายไม่บัญญัติไว้ก็ดี หรือมีความไม่ชัดเจนก็ดี หรือไม่เพียงพอที่อาจถูกฟ้องฐานปฏิเสธความยุติธรรมได้" ก็ตาม แต่กฎหมายไทยมีข้อห้ามบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาตรา 134 ว่าไม่ว่ากรณีใดๆ ห้ามมิให้ศาลที่รับฟ้องคดีไว้ปฏิเสธ ไม่ยอมพิพากษาหรือมีคำสั่งชี้ขาดคดีโดยอ้างว่าไม่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่จะใช้บังคับแก่คดีหรือว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ใช้บังคับนั้นเคลือบคลุมหรือไม่บริบูรณ์" ซึ่งศาลยุติธรรมของไทยยอมจะวินิจฉัยคดีข้อพิพาทที่เกิดขึ้นได้เสมอ ทั้งนี้เพราะว่าถ้าคดีพิพาทเป็นคดีอาชญากรก็มีหลักอยู่ถ้าหากไม่มีกฎหมายบัญญัติเป็นความคิดและกำหนดโทษไว้ศาลจะลงโทษไม่ได้จะต้องพิพากษายกฟ้อง หลักนี้อยู่ในมาตรา 2 วรรคแรก แห่งประมวลกฎหมายอาญาที่บัญญัติว่า "บุคคลจะรับโทษทางอาญาได้ก็ต่อเมื่อกระทำการที่กฎหมายบัญญัติเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ และโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดนั้น ต้องเป็นโทษที่บัญญัติไว้ในกฎหมาย"

สำหรับคดีแห่งที่ปฏิบัติตามมาตรา 4 แห่งประมวลกฎหมายแพ่ง และพาณิชย์ซึ่งจะกล่าวโดยละเอียดต่อไปในภายหลัง การอุทธรณ์ของวาทกฤษฎีกามีหลักเกณฑ์และวิธีกำหนดไว้ในกฎหมายต่าง ๆ ซึ่งจะต้องแยกพิจารณาออกเป็นเรื่อง ๆ ไปคือ

- ก. กฎหมายอาญา
- ข. พระราชบัญญัติว่าด้วยการชดกันแห่งกฎหมาย
- ค. กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา
- ง. ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

ก. กฎหมายอาญา

ในทางกฎหมายอาญาจะต้องแยกพิจารณาออกเป็น 2 กรณีคือ

1. จะมีการอุทธรณ์ของวาท เพื่อเป็นการลงโทษจำเลย หรือลงโทษจำเลยให้หนักขึ้นไม่ได้ เพราะเป็นการชดกันประมวลกฎหมายอาญา และรัฐธรรมนูญซึ่งได้กล่าวมาในตอนต้น เช่นในขณะ ยังไม่มีกฎหมายว่าด้วยการลักพลังงาน เช่นลักพลังงานไฟฟ้าศาลจะอุทธรณ์ของวาทกฤษฎีกา โดยถือว่า "พลังงาน" เป็น "ทรัพย์สิน" และลงโทษผู้ลักพลังงานไฟฟ้าไม่ได้¹

2. การอุทธรณ์ของวาทในกฎหมายนั้นจะทำในทางลงโทษบุคคลให้หนักขึ้นไม่ได้ แต่ถ้าวาทกฤษฎีกาให้ผลเป็นคุณแก่จำเลยได้ คือจะปล่อยจำเลยหรือลงโทษน้อยลงได้

ข. พระราชบัญญัติว่าด้วยการชดกันแห่งกฎหมาย

ในกรณีเกี่ยวกับกฎหมายต่างประเทศในส่วนบุคคล ต้องอาศัยหลักในกฎหมายระหว่างประเทศที่บุคคล คือ พระราชบัญญัติว่าด้วยการชดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481 มาตรา 2 บัญญัติว่า "เมื่อใด ไม่มีบทบัญญัติในพระราชบัญญัติหรือกฎหมายอื่นใดแห่งประเทศสยามที่จะยกมาปรับแก้ กรณีการชดกันแห่งกฎหมายได้ ให้ใช้กฎเกณฑ์ทั่วไปแห่งกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล" มาตรานี้เป็นบทบัญญัติให้อุทธรณ์ของวาทกฤษฎีกา โดยอาศัยหลักเกณฑ์ทั่วไปของกฎหมาย ระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลซึ่งคง เป็นการให้ค้นหากฎหมายทั่วไปมาใช้

¹ ติงศกร แสงอุทัย, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป เคยอ้างแล้ว หน้า 138.

ค. กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา

ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 15 บัญญัติว่า "วิธีพิจารณาข้อใดซึ่งประมวลกฎหมายนี้มิได้บัญญัติไว้โดยเฉพาะ ท่านให้นำบทบัญญัติแห่งกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาใช้บังคับเท่าที่จะพอจะใช้บังคับได้" ตัวอย่างเช่น ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาไม่มีบทบัญญัติว่าด้วยความผิดฐานละเมิดอำนาจศาล จึงต้องนำประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 30 มาตรา 31 มาตรา 32 และมาตรา 33 มาใช้บังคับเท่าที่พอจะใช้บังคับได้คือ ศาลที่จะพิจารณาคดีอาญาย่อมมองโทษบุคคลละเมิดอำนาจศาล โดยนำเอามาตราดังกล่าวในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาใช้ เป็นกัน

ง. ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

การออกของวางตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นั้นถือเป็นเรื่องสำคัญ เพราะมีกรณีเกิดขึ้นเสมอที่ว่ากิจการอันก่อให้เกิดข้อพิพาทเป็นคดีขึ้นนั้นไม่มีกฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษรมาซึ่งขาดบังคับคดีให้ความยุติธรรมแก่คู่กรณีได้ เพราะเหตุการณ์ในทางคดีแพ่งและเกี่ยวกับการพาณิชย์มักเป็นเรื่องยุ่งยากและซับซ้อน ในขณะที่เกี่ยวกับวิทยาการรวมทั้งถึงประดิษฐ์ต่าง ๆ นั้นเจริญรวดเร็วขึ้น จึงเป็นการยากแก่การที่จะบัญญัติกฎหมายไว้ให้ละเอียดคลุมไปได้ทุกกรณี ทางแก้ในเรื่องนี้ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้บัญญัติเพื่อจะแก้ปัญหาและช่องว่างของกฎหมายไว้เช่นกันคือ บทบัญญัติในมาตรา 4 ซึ่งจะมีรายละเอียดดังนี้คือ

1. บทบัญญัติมาตรา 4 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ในมาตรา 4

เป็นมาตราที่สำคัญที่สุดในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ในมาตรา 4 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บัญญัติไว้ในบรรพ 1 ลักษณะ 1 ในบทเบ็ดเสร็จทั่วไปมีความว่า

"อันกฎหมายนี้ ท่านว่าต้องใช้ในบรรดาคดี ซึ่งต้องด้วยบทบัญญัติใด ๆ แห่งกฎหมายตามตัวอักษร ตามความมุ่งหมายของบทบัญญัตินั้น ๆ

เมื่อใดไม่มีบทกฎหมายที่จะยกมาปรับคดีใดท่านให้วินิจฉัยคดีตามคลองจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น

ถ้าไม่มีจารีตประเพณีเช่นว่านั้น ท่านให้วินิจฉัยคดีอาศัยเทียบบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งและถ้าบทกฎหมายเช่นนี้ก็ไม่มีด้วยไซ้ท่านให้วินิจฉัยตามหลักกฎหมายทั่วไป" โดยหลัก

แล้วประมวลแพ่งและพาณิชย์บรรพ 1 นี้ เป็นหลักทั่วไปของกฎหมายแพ่งเพราะในบรรพอื่น ๆ นั้นเป็นเฉพาะของแต่ละเรื่องแต่ในบรรพนี้เป็นเรื่องทั่วไปที่จะต้องนำไปใช้ในบรรพอื่นเรา จึงแยกว่าหลักทั่วไป

มาตรา 4 นี้ ถือนับว่าเป็นแม่บทใหญ่ของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เพราะบัญญัติถึง "ที่มาของกฎหมาย" (Sources of Law) อันจะทำให้รู้ได้ว่ากฎหมายมีชั้นหรือมีอยู่ในลักษณะใด หรือชุดๆ ใดว่าอะไรเป็นกฎหมาย ซึ่งมาตรานี้ทำให้ทราบถึงที่มาของกฎหมายได้ถูกต้อง ประการต่อไปของความสำคัญของมาตรานี้ ก็คือทำให้ทราบว่า เราจะตีความกฎหมายอย่างไร และใช้กฎหมายอย่างไร เป็นเรื่องที่มีความสำคัญอย่างยิ่งในวิชา นิติศาสตร์

ดังนั้นจึงสรุปได้ว่า มาตรา 4 บัญญัติถึงเรื่องบ่อเกิดและการใช้ตีความของกฎหมาย จึงนับว่า มาตรา 4 นี้ เป็นมาตราที่สำคัญที่สุดในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

ตามมาตรา 4 วรรคแรก คำว่ากฎหมายนี้หมายถึงกฎหมายที่บัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรซึ่งผู้มีอำนาจทางนิติบัญญัติได้บัญญัติไว้โดยถูกต้องตามวิถีทางของการใช้อำนาจอธิปไตย ประเทศไทยเป็นประเทศที่บัญญัติกฎหมายไว้เป็นลายลักษณ์อักษรตามที่เรากล่าวมาแล้วข้างต้น ไม่เหมือนบางประเทศที่เป็นกฎหมายที่ไม่ได้บัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร ดังนั้นการที่เราเอาจารีตประเพณีหรือกฎหมายที่ใกล้เคียงกับหลักกฎหมายทั่ว ๆ ไป ดังที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 4 วรรคสองและสาม มาใช้ได้ในบางกรณีนั้น จารีตประเพณี หรือกฎหมายที่ใกล้เคียงกับหลักกฎหมายที่ใกล้เคียงกับหลักกฎหมายทั่วไปเหล่านี้ ไม่ใช่กฎหมายตามความหมายในวรรคแรกและคำว่า "กฎหมาย" ในวรรคแรกนี้มีความหมายเฉพาะกฎหมายของไทย และรวมถึงกฎข้อบังคับต่าง ๆ ซึ่งออกโดยอำนาจกฎหมายอันมีผลบังคับเป็นกฎหมายกวย เช่น กฎกระทรวง เป็นต้น

ในวรรคแรกของมาตรา 4 จะเห็นว่าเป็นเรื่องการใช้กฎหมายในการตีความกฎหมายซึ่งจะได้อธิบายในหัวข้อเกี่ยวกับเรื่องตีความในภายหลัง

สำหรับวรรค 2 และวรรค 3 ที่บัญญัติไว้เช่นนั้นแสดงว่าเป็นการกำหนด วิธีการออกของร่างกฎหมาย สำหรับคดีแพ่งไว้โดยเฉพาะซึ่งการบัญญัติดังกล่าวนี้กำหนดวิธีการออกของร่างกฎหมายไว้เป็น 3 ขั้นตอนคือ

1. ถ้าไม่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรก็ให้ใช้จารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น
2. ถ้าจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่นไม่มีก็ให้อาศัยเทียบกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง
3. ถ้าบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งไม่มีอีก ก็ให้ใช้หลักกฎหมายทั่วไป ซึ่งจะกล่าวถึงการอุดช่องว่างโดยละเอียดทั้ง 3 กรณีต่อไป โดยจะกล่าวถึงขอบเขตการใช้บังคับของมาตรา 4 เสียก่อน

2. ขอบเขตการใช้บังคับบทบัญญัติมาตรา 4

เมื่อรัฐบัญญัติกฎหมายขึ้นมา การใช้กฎหมายลายลักษณ์อักษรบังคับเป็นหน้าที่ของฝ่ายปกครองและศาลยุติธรรม

เจ้าพนักงานทางฝ่ายการปกครองใช้กฎหมายบังคับทุกวัน เช่นการให้และออกใบอนุญาตซึ่งกฎหมายบังคับไว้สำหรับประกอบกิจการบางอย่าง การเก็บภาษี การเกณฑ์ชายฉกรรจ์ เข้ารับราชการทหาร การเปิดโรงเรียนของรัฐบาลหรือการอนุญาตให้เปิดดำเนินการ หรือสั่งปิดกิจการโรงเรียนราษฎร์เหล่านี้ เป็นต้น

ในการปฏิบัติงานเหล่านี้ เป็นหน้าที่ประจำวัน เจ้าพนักงานฝ่ายการปกครองต้องปฏิบัติตามแบบอย่างและประเพณีแห่งกระทรวงหรือกรมของตน โดยในบางครั้งเจ้าพนักงานก็ได้อาศัยคำสั่ง เป็นลายลักษณ์อักษรของรัฐมนตรีหรือผู้บังคับบัญชาของตนซึ่งชี้แจงว่าจะต้องใช้กฎหมายนั้นอย่างไร แต่อันนี้ปฏิบัติกันน้อยมากในประเทศไทย ในทุกกรณี การปกครองต้องอาศัยการใช้กฎหมายอยู่เสมอ

ส่วนการใช้กฎหมาย โดยศาลยุติธรรมนั้น เมื่อมีคดีเกิดขึ้นไม่ว่าจะเป็นคดีอาญาหรือคดีแพ่งขึ้น โดยที่อาจจะ เป็นพนักงานอัยการเป็นโจทก์หรือผู้เสียหายเป็นโจทก์เองขอให้ศาลลงโทษตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ในคดีอาญาหรือขอให้ชดเชยค่าสินไหมทดแทนในคดีแพ่ง ในกรณีเช่นนี้ศาลยอมเป็นผู้ใช้กฎหมาย ศาลจึงมีหน้าที่ตีความกฎหมายเพื่อให้ความยุติธรรมแก่คู่ความซึ่งในเรื่องการตีความจะกล่าวถึงในหัวข้อต่อไป

ขอบเขตของการใช้บังคับของกฎหมาย มีอยู่ 3 กรณี คือ

1. กฎหมายใช้เมื่อใด
2. กฎหมายใช้ที่ใด
3. กฎหมายใช้แก่บุคคลใด

ในกฎหมายทุกฉบับที่รัฐบัญญัติขึ้นนั้น บัญญัติให้ผู้ใช้กฎหมายจะต้องพิจารณาหลักในกฎหมายทุกฉบับก็เป็นเช่นนี้ ในทำนองเดียวกัน มาตรา 4 นี้ การใช้จารีตประเพณีในกรณีที่ไม่มีการบัญญัติไว้จะใช้สำหรับบุคคลในประเทศไทยหรือท้องถิ่นนั้นเท่านั้น ทั้งนี้ เพราะ

จารีตประเพณีเกิดขึ้นควบคู่กันมาและตามแบบคนสมัยโบราณ โดยการที่มนุษย์อยู่รวมกันเป็นหมู่เป็นเหล่าและปฏิบัติดังตามคำสั่งเดียวกัน จนกลายมาเป็นข้อบังคับ และจารีตประเพณีเหล่านี้เกิดจากความรู้สึก ความเชื่อถือ ความเป็นอยู่ การทำมาหากิน เฉพาะคนในหมู่นั้น เหล่านั้นเท่านั้น คนต่างหมู่ต่างเหล่าย่อมจะรับรู้ไม่ได้ นอกจากนั้นจารีตประเพณีในแต่ละประเทศนั้นยังมีข้อแตกต่างกันเองภายในประเทศอีก จารีตประเพณีจึงใช้บังคับกับบุคคลที่อาศัยอยู่ในเมืองเดียวกันหรือในภาคใด ภาคหนึ่งของประเทศเท่านั้น ดังนั้นหากมีบุคคลหนึ่งต้องเดินทางผ่านหลาย ๆ เมือง จารีตประเพณีก็ย่อมเปลี่ยนไปเรื่อย เช่นนี้ย่อมจะใช้บังคับบุคคลผู้ที่ไม่รู้จารีตประเพณีไม่ได้ นอกจากนั้นจารีตประเพณียังยากต่อการพิสูจน์ในบางครั้ง เพราะผู้พิพากษาบางครั้งก็ไม่รู้เลย ถ้าเป็นจารีตประเพณีของเมืองอื่นหรือประเทศอื่น ในกรณีซึ่งอาจไม่อาจจะพิสูจน์หรือยากต่อการพิสูจน์ทำให้บุคคลบางคนแพคดี เพราะไม่สามารถพิสูจน์ได้ว่ามีจารีตประเพณีนั้นจริง ๆ

ในวรรคแรกของมาตรา 4 ให้บังคับใช้ในกฎหมายโดยให้ใช้ตามตัวอักษร และความมุ่งหมายในการบัญญัติกฎหมายนั้น ซึ่งจะกล่าวต่อไปโดยละเอียด เพราะเป็นเรื่องเกี่ยวกับความคิด การใช้กฎหมายจึงเป็นนิติวิธีของกฎหมายของแต่ละระบบ แต่ละประเทศซึ่งขึ้นอยู่กับประวัติศาสตร์ทางกฎหมายของแต่ละระบบแต่ละประเทศ ซึ่งไม่เหมือนกัน

ส่วนในวรรค 2 เป็นเรื่องเกี่ยวกับการอุดช่องว่างของกฎหมายเอง

ในที่นี้เราจะกล่าวเฉพาะขอบเขตการใช้บังคับบทบัญญัติ มาตรา 4 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เพียงประการเดียว

เมื่อประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เป็นกฎหมายฉบับหนึ่งของประเทศไทยที่รัฐบัญญัติโดยถูกต้องตามวิธีทางนิติบัญญัติ ขอบเขตของการใช้บังคับก็ได้แก่ 3 กรณีดังกล่าวคือ

1. ทางเนื้อหา
2. กาลเวลา หรือกฎหมายไข้เมื่อใด
3. สถานที่หรือกฎหมายไข้ที่ใด

1. ขอบเขตการไข้บังคับบัญญัติ มาตรา 4 ทางเนื้อหา

ขอบเขตการไข้บังคับบัญญัติมาตรา 4 ตามลักษณะทั่วไปของกฎหมาย มีความสำคัญประการหนึ่งของกฎหมายก็คือ ต้องเป็นคำสั่งหรือข้อห้ามที่ไข้บังคับแก่บุคคลทั่วไป ฉะนั้นกฎหมายที่ประกาศไข้แล้ว ย่อมมีผลบังคับแก่บุคคลที่อยู่ในราชอาณาจักร ตามหลักก็คือไข้บังคับแก่คนในบังคับของประเทศที่เป็นเช่นนี้ เพราะเหตุผลที่ว่ากฎหมายจากรัฐอธิปไตยเป็นการแสดงอำนาจอธิปไตยอย่างหนึ่ง เพราะฉะนั้นกฎหมายจึงต้องไข้บังคับ แก่บุคคลทุกคน ซึ่งอยู่ใต้อำนาจนี้ ไม่ว่าจะบุคคลนั้นจะมีสัญชาติไทยหรือไม่

แต่ก็มีบุคคลบางกน หรือบางจำพวกไม่ต้องอยู่ใต้อำนาจบังคับของกฎหมายเพราะได้รับการยกเว้นจากบทบัญญัติของกฎหมายภายในประเทศ หรือจากกฎหมายระหว่างประเทศ เหตุผลในเรื่องนี้ก็เพื่อให้เกียรติแก่บุคคลเหล่านั้นในฐานะที่เป็นประมุขต่างประเทศหรือบรรดาทูตต่าง ๆ เป็นต้น

2. ขอบเขตการไข้บังคับบัญญัติ มาตรา 4 ตามกาลเวลา

ตามปกติเมื่อมีการบัญญัติกฎหมายขึ้นมา ย่อมมีบทบัญญัติกำหนดเวลาไข้ระบุไว้ในกฎหมายนั้นด้วย โดยที่พระราชบัญญัติทุกฉบับจะเริ่มตนด้วยมาตรา 3 บัญญัติชื่อของกฎหมายเหมือนคนทุกคนที่เกิดมาแล้วก็ต้องมีการตั้งชื่อ เพื่อสะดวก แก่การค้นหาและอ้างอิง เมื่อถึงมาตรา 2 ก็จะระบุเวลาการไข้กฎหมายโดยตรง ฉะนั้นการที่จะทราบว่ากฎหมายไข้เมื่อใดนั้นจึงต้องดูจากมาตรา นี้

กำหนดเวลาเริ่มไข้กฎหมายมีต่างกันดังนี้

2.1 ให้ไข้ตั้งแต่วันประกาศในราชกิจจานุเบกษา ทั้งนี้เพราะบัญญัติกฎหมายแต่ละลักษณะย่อมจะต้องพิจารณาถึงเหตุการณ์เฉพาะหน้าว่า เมื่อกำหนดเวลาไข้กฎหมายแล้วผลที่ได้รับจะตรงกับความมุ่งหมายของกฎหมายหรือไม่ หรือเช่นประกาศออกไข้แล้วจะเป็น

ประโยชน์และจะไม่ก่อความเสียหายอย่างใด เช่นเรื่องเกี่ยวกับภาษีอากร ถ้าราษฎรผู้ก่อน อาจจะได้รับหาทางหลบเลี่ยงบทบังคับกฎหมายเสียก่อน เช่นพระราชกำหนดพิทักษ์ตราศุลกากร พ.ศ. 2503 ซึ่งให้ใช้บังคับตั้งแต่วันประกาศในราชกิจจานุเบกษาเป็นต้นไป

2.2 ให้ใช้ตั้งแต่วันถัดจากวันประกาศในราชกิจจานุเบกษา ทั้งนี้เป็นความประสงค์ของผู้อนุมัติกฎหมายทั่วไปที่จะให้ประชาชนมีโอกาสทราบข้อความของกฎหมายรู้อย่าง ทั่วถึงกัน ซึ่งวิธีนี้ใช้ปฏิบัติอยู่เป็นประจำสำหรับกฎหมายทั่วไปในสมัยปัจจุบัน เช่นพระราช บัญญัติให้ใช้ประมวลกฎหมายที่ดิน พ.ศ. 2497 ซึ่งบัญญัติไว้ในมาตรา 2 ว่า "พระราชบัญญัติ นี้ให้ใช้บังคับตั้งแต่วันถัดจากวันประกาศในราชกิจจานุเบกษาเป็นต้นไป"

2.3 กำหนดเวลาให้ใช้กฎหมายในอนาคต ทั้งนี้โดยความมุ่งหมายเพื่อให้เจ้า พนักงานและประชาชนได้มีโอกาสทราบและมีเวลาเตรียมการที่จะปฏิบัติตามกฎหมายนั้น การ กำหนดเวลาให้ใช้ในอนาคตรมี 3 วิธีด้วยกัน คือ

ก. กำหนดวันใช้บังคับในราชกิจจานุเบกษาที่วันที่กฎหมายจะใช้ไว้ต่าง กัน เช่น พระราชกฤษฎีกาให้ใช้บทบัญญัติ บรรพ 4 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ประกาศ เมื่อวันที่ 16 มีนาคม 2473 แต่ให้บังคับในวันที่ 1 มกราคม 2485 เป็นต้นไป และพระราชบัญญัติให้ใช้บทบัญญัติบรรพ 5 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ พ.ศ. 2477 ซึ่งประกาศ เมื่อวันที่ 2 พฤษภาคม 2478 แต่ให้ใช้บังคับแห่งบรรพ 5 ตั้งแต่วันที่ 1 ตุลาคม 2478

ข. กำหนดเป็นระยะเวลาใดเวลาหนึ่งไว้ภายหลังวันประกาศใช้กฎหมาย เช่น พระราชบัญญัติโรงงาน พ.ศ. 2512 ให้ใช้บังคับเมื่อพ้นกำหนดเก้าสิบวันนับแต่วัน ประกาศในราชกิจจานุเบกษาเป็นต้นไป

ค. กำหนดการกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งไว้เป็นเงื่อนไขในการใช้กฎหมาย ขึ้นโดยประกาศให้ใช้วันประกาศหรือวันถัดจากวันประกาศในราชกิจจานุเบกษา แต่ใช้กฎหมาย ในเขตใด เวลาใด ในประกาศโดยพระราชกฤษฎีกาอีกครั้งหนึ่ง เช่น พระราชบัญญัติควบคุม คาเช่านา พ.ศ. 2493 ซึ่งในมาตรา 2 บัญญัติว่าพระราชบัญญัตินี้ให้ใช้บังคับตั้งแต่วันถัดจาก วันประกาศในราชกิจจานุเบกษาเป็นต้นไป และเมื่อจะให้ใช้บังคับในท้องที่ใดเมื่อใด จะได้

ประกาศโดยพระราชกฤษฎีกา นอกจากนั้นยังมีพระราชบัญญัติควบคุมเด็กและนักเรียน พ.ศ. 2481 พระราชบัญญัติสงเคราะห์อาชิวุแกคนไทย พ.ศ. 2499 พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลคดีเด็กและเยาวชนกลาง พ.ศ. 2494 มาตรา 3 บัญญัติว่า ให้จัดตั้งศาลคดีเด็กและเยาวชนกลางขึ้น ในจังหวัดพระนคร ภายในหนึ่งร้อยแปดสิบวันนับแต่วันไช้บังคับพระราชบัญญัตินั้น แต่ในส่วนเขตจังหวัดอื่นจะตั้งศาลนี้ได้เมื่อใดจะได้ประกาศโดยพระราชกฤษฎีกาเป็นต้น

2.4 ให้ไช้บังคับหลังขึ้นไปก่อนวันประกาศในราชกิจจานุเบกษา ในการปฏิบัติวิธีนี้ไม่ค่อยไช้ เพราะการไช้กฎหมายบังคับแก่ประชาชนมีหลักทั่ว ๆ ไป ว่ากฎหมายบัญญัติขึ้นเพื่อให้ไช้ในอนาคต คือ ไช้บังคับการกระทำที่เกิดขึ้นภายหลังการประกาศไช้กฎหมาย มิฉะนั้นกฎหมายมาดบังสิทธินั้นเสียเมื่อใดก็ได้ เว้นแต่กฎหมายใดมีความประสงค์ให้มีผลย้อนหลัง และไ้ระบุไว้ในกฎหมาย ก็จำต้องปฏิบัติไปตามบทบัญญัติซึ่งให้มีผลย้อนหลังนั้น แต่ทั้งนี้ต้องเป็นไปตามประเพณีการปกครองประเทศใ้ระบอบประชาธิปไตย กล่าวถึงหลักของกฎหมายย้อนหลังนี้คือ

- (1) จะมีผลย้อนหลังเป็นการลงโทษบุคคลในทางอาญาไม่ได้
- (2) จะลงโทษบุคคลหนักขึ้นไปกว่าที่กำหนดไว้ในกฎหมายที่ไช้อยู่ในเวลากระทำ ความผิดนั้นไม่ได้

ปัญหาที่จะต้องพิจารณาต่อไปคือ กฎหมายที่ออกไช้บังคับ จะมีผลย้อนหลังได้หรือไม่จึงต้องแยกพิจารณาออกตามลักษณะต่าง ๆ ของกฎหมายที่จะกล่าวเพียงสังเขป

ก. กฎหมายอาญา

ในกฎหมายอาญาหลักคือ กฎหมายอาญาไม่มีผลย้อนหลัง ซึ่งมีความหมายห้ามเฉพาะเรื่องราวลงโทษและเพิ่มโทษสูงขึ้นเท่านั้น หากเป็นเรื่องที่เป็นคุณแก่ผู้กระทำผิดกฎหมายอาญามีผลย้อนหลัง ซึ่งจะมี 2 กรณีคือ

- (1) ตามบทบัญญัติของกฎหมายที่บัญญัติในภายหลัง การกระทำเช่นนั้นไม่
เป็นความผิด

(2) กฎหมายใหม่แตกต่างกับกฎหมายเก่า โดยมีกฎหมายบัญญัติที่เป็นคุณ
แก่ผู้กระทำผิด

หลักดังกล่าวนี้บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 2 และมาตรา 3

ข. กฎหมายแพ่งและพาณิชย์

กฎหมายแพ่งและพาณิชย์มีหลักทั่วไปว่ากฎหมายไม่มีผลย้อนหลัง เช่นเดียวกับกฎหมายอาญา เพราะเรื่องที่เกี่ยวข้องสิทธิในทางแพ่งและพาณิชย์กฎหมายถือเอาความตกลงของคู่สัญญาเป็นสำคัญในการทำนิติกรรมต่อกันโดยมีความสมัครใจทำการผูกนิติสัมพันธ์ระหว่างกันเพื่อก่อ เปลี่ยนแปลง สงวนหรือระงับซึ่งสิทธิไว้ กฎหมายใหม่จึงไม่ประสงค์จะเข้าไปเกี่ยวข้องกับแก้ไขการตกลงของคู่กรณี ทั้งนี้เพราะการทำนิติกรรมนั้นเมื่อคู่กรณีผูกพันตามวิธีการที่ชอบด้วยกฎหมาย กฎหมายใหม่ออกมามีผลย้อนหลัง ผลที่เขาทำไว้ อาจถูกยกเลิกไปไม่สมที่เขากระทำได้ โดยเฉพาะเรื่องหนี้และสัญญา เมื่อไม่มั่นคงแล้วย่อมไม่มีความเชื่อถือที่จะประกอบกิจการใดในทางแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งนอกจากที่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่ประชาชนทั่วไปแล้ว ยังเป็นการขัดต่อความเจริญและความก้าวหน้าในทางเศรษฐกิจของประเทศอีกด้วย ฉะนั้นกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ จึงไม่มีผลย้อนหลัง เว้นแต่จะมีเป็นกรณีเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน

หลักที่ว่ากฎหมายในทางแพ่งและพาณิชย์ไม่ย้อนหลังให้กระทบกระเทือนถึงสิทธิอันใดที่มิ่ก่อนใช้กฎหมายใหม่ เว้นแต่กรณีเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ในกรณีเช่นนี้ ถ้าเป็นเรื่องเกี่ยวกับสัญญาพอจะมองเห็นได้ชัด แต่ถ้าเป็นเรื่องสิทธิของบุคคลโดยเฉพาะ เช่น เรื่องสามีภรรยาหรือบุตร จะมีปัญหาว่าเป็นเรื่องเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนหรือไม่ และควรจะให้กฎหมายมีผลย้อนหลังหรือไม่ เพราะถ้าหากไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้ชัดแจ้งก็จะทำให้เกิดปัญหาซึ่งผู้ใช้กฎหมายจะต้องตีความ แต่ปัญหานี้หมดไป เนื่องจากมีกฎหมายบัญญัติไว้ไม่ให้กฎหมายในเรื่องนี้มีผลย้อนหลัง โดยความในพระราชบัญญัติให้ใช้บทบัญญัติบรรพ 5 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ พ.ศ. 2477 ที่บัญญัติไว้ดังนี้

มาตรา 3 "ให้เพิ่มบทบัญญัติบรรพ 5 ตั้งแต่มาตรา 1435 ถึงมาตรา 1598 ตามที่ได้อรรถาธิบายพระราชบัญญัตินี้ เข้ามาเป็นส่วนหนึ่งแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์และให้ใช้บทบัญญัติแห่งบรรพนี้ตั้งแต่วันที่ 1 ตุลาคม 2478 เป็นต้นไป"

มาตรา 4 บทบัญญัติแห่งบรรพนี้ไม่กระทบกระเทือนถึง

(1) การสมรสซึ่งได้มีอยู่ก่อนวันใช้ประมวลกฎหมายบรรพนี้และทั้งความสัมพันธ์ในครอบครัวอันเกิดแก่การสมรสนั้น

(2) การใช้อำนาจปกครอง ความปกครอง การอนุบาล การรับบุตรบุญธรรม ซึ่งมีอยู่ก่อนวันใช้ประมวลกฎหมายบรรพนี้ หรือสิทธิและหนี้อันเกิดแก่การนั้น ๆ

คำพิพากษาฎีกาที่ 252/2495 วินิจฉัยว่า สามภรรยาซึ่งแต่งงานกันก่อนใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ 5 และระหว่างอยู่กินกันได้ที่ดินเป็นสินสมรสชิ้นนั้น การแบ่งสินสมรสต้องถือเกณฑ์ชาย 2 หญิง 1 ส่วนตามกฎหมายเก่า เพราะตามความในมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติให้ใช้ประมวลบรรพ 5 บัญญัติว่า การสมรสซึ่งได้มีอยู่ก่อนวันใช้ประมวลนี้และทั้งความสัมพันธ์ในครอบครัวอันเกิดแก่การสมรสนั้น ๆ บทบัญญัติในประมวลแพ่งไม่กระทบกระเทือนถึง

นอกจากนั้นยังมีพระธรรมนูญศาลยุติธรรมและกฎหมายวิธีพิจารณา กฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมประชาชน กฎหมายที่ออกมาเพื่อตีความกฎหมายเก่าซึ่งไม่จำเป็นที่จะต้องกล่าวถึงผลย้อนหลังในที่นี้

จากที่กล่าวมาข้างต้นจะเห็นได้ว่าขอบเขตการใช้กฎหมายบังคับมีกาลเวลา ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 4 นี้ ก็มีขอบเขตการใช้บังคับเช่นเดียวกันกับกฎหมายอื่น ๆ อันให้ใช้ตั้งแต่วันที่ 1 เดือนมกราคม พ.ศ. 2496 เป็นต้นไป

นอกจากนี้การใช้กฎหมายมาตรานี้ นอกจากจะไม่มีผลย้อนหลังยังต้องเป็นกฎหมายที่บังคับใช้โดยไม่ถูกยกเลิก สำหรับการใช้จารีตประเพณีนั้น จารีตประเพณีนั้นต้องมีมานานพอสมควร ใช้ไม่ขาดระยะและไม่ขัดกับกฎหมายโดยชัดกับจารีตประเพณีนั้น

(3) ขอบเขตการใช้บังคับบทบัญญัติ มาตรา 4 ในเรื่องเกี่ยวกับสถานที่

ตามหลักทั่วไป กฎหมายใช้บังคับได้ทั่วราชอาณาจักรไทย เว้นแต่จะมีบทบัญญัติว่ากฎหมายใดให้ใช้เฉพาะท้องถิ่นใด หรือให้ใช้บังคับแก่การกระทำหรือเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นนอกราชอาณาจักร ซึ่งจะแยกพิจารณาได้ดังต่อไปนี้

(3.1) กฎหมายใช้บังคับทั่วราชอาณาจักร

ตามที่กล่าวมาแล้วข้างต้นว่า โดยหลักทั่วไป กฎหมายใช้บังคับได้ทั่วราชอาณาจักรไทยซึ่งเป็นหลักธรรมดา แต่กฎหมายต้องการให้ใช้ได้เฉพาะบางท้องถิ่นไม่ว่าราชอาณาจักร หรือให้ใช้ได้ไปถึงนอกราชอาณาจักร ก็จำเป็นต้องมีบทบัญญัติไว้ให้แจ้งชัด เพราะเป็นข้อยกเว้นจากหลักทั่วไป

คำว่าราชอาณาจักร ในที่นี้หมายถึง

- ก. พื้นดิน รวมทั้งแม่น้ำลำคลองในประเทศไทย
- ข. พื้นอากาศเหนือดินแดนของประเทศไทย
- ค. พื้นทะเลห่างจากฝั่งไทยไม่เกิน 12 ไมล์ทะเล
- ง. เรือไทยในท้องทะเลหลวง

นอกจากนี้มาตรา 4 วรรคสอง ประมวลกฎหมายอาญาบัญญัติถึงการกระทำความผิดในเรือไทยหรืออากาศยานไทย ไม่ว่าจะอยู่ ณ ที่ใด ให้ว่าเป็นการกระทำความผิดในราชอาณาจักรและยังมีบทบัญญัติเกี่ยวกับประมวลกฎหมายอาญากำหนดให้ความผิด ซึ่งแม้ได้กระทำความผิดนอกราชอาณาจักร ให้ถือว่าเป็นความผิดในราชอาณาจักร เช่น ในกรณีดังต่อไปนี้

- (1) ความผิดส่วนหนึ่งส่วนใดกระทำในราชอาณาจักร
- (2) ผลแห่งการกระทำเกิดในราชอาณาจักร โดยผู้กระทำประสงค์ให้ผลนั้นเกิดในราชอาณาจักร เป็นต้น

(3.2) กฎหมายใช้บังคับเฉพาะท้องถิ่น

กฎหมายบางฉบับมีความมุ่งหมายเพื่อใช้บังคับเฉพาะแต่ท้องถิ่นใดท้องถิ่นหนึ่งภายในราชอาณาจักร แบ่งออกเป็นประเภทต่าง ๆ กันคือ

ก. กฎหมายเกี่ยวกับการบริหารราชการส่วนท้องถิ่น ได้แก่ข้อบัญญัติจังหวัดใช้ เฉพาะจังหวัดเทศบัญญัติใช้เฉพาะในเขตเทศบาล ข้อบังคับสุขาภิบาลใช้ในเขตสุขาภิบาล และข้อบัญญัติตำบลใช้ในเขตตำบล

ข. กฎหมายใช้บังคับทั่วไป แต่มีบทบัญญัติให้ใช้บางท้องถิ่นเท่านั้น เช่น พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลคดีเด็กและเยาวชนกลาง พ.ศ. 2494 ให้ใช้เฉพาะจังหวัดพระนคร และถ้าจะให้ใช้ในจังหวัดอื่น จะประกาศให้ทราบโดยพระราชกฤษฎีกาซึ่งในปัจจุบันออกจาก กรุงเทพมหานครแล้วมีที่ชลบุรี นครราชสีมาและสงขลา เป็นต้น

ค. บทบัญญัติที่หยกเว้นการใช้กฎหมายในบางท้องถิ่น เช่นพระราชบัญญัติว่าด้วยการใช้กฎหมายอิสลามในเขตจังหวัด บัตตานี นราธิวาส ยะลา สตูล พ.ศ. 2498 มาตรา 3 บัญญัติว่า "ในการวินิจฉัยชี้ขาดคดีแพ่ง เกี่ยวกับเรื่องครอบครัวและมรดก อิสลามศาสนิกชนของศาลชั้นต้นในจังหวัดบัตตานี นราธิวาส ยะลา สตูลซึ่งอิสลามเป็นทั้ง โจทก์และจำเลย หรือเป็นผู้เสนอคำขอคดีไม่มีข้อพิพาท ให้ใช้กฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดกบังคับแทนบทบัญญัติ แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยการนั้น เว้นแต่บทบัญญัติว่าด้วยอายุความมรดก ทั้งนี้ ไม่ว่ามูลคดีเกิดขึ้นก่อนหรือหลังการใช้พระราช บัญญัตินี้"

(3.3) กฎหมายที่ใช้บังคับถึงการกระทำที่เกิดขึ้นนอกราชอาณาจักร

ซึ่งเป็นข้อยกเว้นของหลักทั่วไปที่ว่า กฎหมายจะใช้แต่ภายในราชอาณาจักร เพราะยังมีบทบัญญัติของกฎหมายซึ่งกำหนดว่าแม้การกระทำจะได้เกิดนอกราชอาณาจักร กฎหมายก็ยังมีอำนาจบังคับไปถึง ซึ่งแยกออกเป็น

ก. ทางอาญา

ข. ทางแพ่ง

ก. ทางอาญา

มีประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 7-9 บัญญัติให้ความนิคบางประเภทที่เกิดภายนอกราชอาณาจักรใช้กับกฎหมายในราชอาณาจักรไว้ ส่วนใหญ่เป็นคดีเกี่ยวกับทรัพย์สินและความ

มั่นคงแห่งราชอาณาจักร

สำหรับคดีเกี่ยวกับความมั่นคงแห่งราชอาณาจักรในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 7 และมาตรา 9 ศาลจะลงโทษได้โดยไม่ต้องมีผู้ร้องขอ ส่วนมาตรา 8 นั้น ต้องมีการร้องขอและยังแยกผู้กระทำผิดที่เป็นคนไทยและคนต่างชาควัย

ข. ทางแพ่ง

ในทางแพ่งมีพระราชบัญญัติว่าด้วยกรซัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481 บัญญัติหลักเกณฑ์เกี่ยวกับคดีมีข้อเท็จจริงพัวพันกับต่างประเทศ คือกฎหมายไทยอาจจะคลุมไปถึงการกระทำที่เกิดในต่างประเทศก็ได้ หรือในบางกรณีให้ใช้กฎหมายต่างประเทศได้เช่นกัน ส่วนใหญ่เป็นเรื่องเกี่ยวกับสัญญา ซึ่งต้องเข้าหลักเกณฑ์ตามที่กฎหมายระหว่างประเทศแยกคดีบุคคลกำหนดไว้ซึ่งกฎหมายนี้บางทีก็เรียกว่ากฎหมายซัดกัน (Conflict of Law)

สำหรับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยนั้น ขอบเขตการใช้บังคับตามสถานที่ยอมใช้สำหรับในราชอาณาจักรไทยของไทย คั้งนั้นบทบัญญัติในมาตรา 4 ก็ใช้บังคับในราชอาณาจักร คือเมื่อมี ปัญหาในการที่จะต้องตีความการใช้กฎหมายไทย โดยดูจากความมุ่งหมายของผู้บัญญัติกฎหมายสำหรับกรณีที่เกิดของว่าง จารีตประเพณีที่จะนำมาใช้จะต้องเป็นจารีตประเพณีในท้องถิ่น เช่นประเพณีในจังหวัดเชียงใหม่ว่า เมื่อผู้ใดได้ยกยงกันน้ำในที่นาตำบลใดต้องเข้าใจว่าผู้นั้นเป็นผู้ถือนาอัน ซึ่งศาลฎีกาได้เคยตัดสินให้ตามประเพณีนี้ เช่นนี้ถือว่าบทบังคับใช้บทบัญญัติในมาตรา 4 ใช้เฉพาะในท้องถิ่นนั้นเท่านั้น หรือในกรณีที่ต้องใช้หลักทั่วไปแห่งกฎหมายหรือใช้กฎหมายใกล้เคียงก็ต้องดูจากกฎหมายในประเภทเดียวกันเสียก่อน ซึ่งส่วนใหญ่จะต้องอาศัยบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์หรือกฎหมายที่ใกล้เคียงกัน ถ้าเป็นกฎหมายต่างประเทศก็ต้องใกล้เคียงกับบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เรื่องในการออกของว่างในมาตรา 4 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์วรรค 2 และวรรค 3 นั้น แบ่งออกเป็น 3 ขั้นตอนคือ

1. ถ้าไม่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรก็ให้ใช้จารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น
2. ถ้าไม่มีจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่นก็ให้อาศัยเทียบเคียงกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง
3. ถ้าบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งไม่มี ก็ให้ใช้หลักกฎหมายทั่วไป

ดังนั้นจึงเห็นได้ว่า คดีแพ่งและพาณิชย์เมื่อมาสู่ศาลแล้ว ศาลต้องวินิจฉัยได้เสมอด้วยวิธีการอุกของว่างตามมาตรา 4 นี้ ซึ่งจะอธิบายเป็นลำดับดังนี้

1) จารีตประเพณี

เมื่อไม่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่จะนำมาตัดสินกับคดีที่มาสู่ศาล จารีตประเพณีเป็นอันดับแรกที่จะนำมาใช้แทนกฎหมายได้

คำว่า จารีตประเพณีหมายถึงระเบียบแบบแผนที่มนุษย์ยอมรับนับถือและปฏิบัติสืบต่อกันมาจนคนทั่วไปรู้สึกว่าเป็นข้อบังคับในกฎหมาย

จารีตประเพณีอาจนำมาใช้บังคับเป็นกฎหมายได้ใน 2 กรณี คือ

(1) เมื่อไม่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรบัญญัติไว้ ดังที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 4 วรรคสองว่า "เมื่อใดไม่มีบทกฎหมายที่จะยกมาปรับคดีได้ท่านให้วินิจฉัยคดีนั้นตามครรลองจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น"

(2) เมื่อมีกฎหมายลายลักษณ์อักษรรับรองให้ใช้ได้ ดังที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 368 ว่า "สัญญาอันท่านให้ตีความไปตามความประสงค์ในทางสุจริต โดยพิเคราะห์ถึงปกติประเพณี"

สำหรับจารีตประเพณีที่จะนำมาใช้ได้และมีผล เช่นเดียวกับกฎหมายในกรณีที่ไม่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรซึ่งเป็นการอุกของว่างแห่งกฎหมายนั้นควรมีลักษณะดังต่อไปนี้ คือ

1.1 ต้องเป็นประเพณีซึ่งบุคคลในท้องถิ่นได้ถือปฏิบัติตามกันทั่วไป และต้องได้มีการใช้สืบต่อกันเรื่อยมาโดยไม่มีการสละหยุดลงอันเนื่องจากการขัดขวางของบุคคลอื่น ถ้า

หากมีความจำเป็นที่ต้องหยุดใช้ประเพณีนั้นชั่วคราวเนื่องจากมีเหตุทางธรรมชาติไม่ถือว่าเป็นการตัดหยุดตกลง.

1.2 ต้องเป็นประเพณีซึ่งใช้มานาน เกินความทรงจำของบุคคลในปัจจุบันว่าประเพณีได้เริ่มใช้เมื่อใด

1.3 ต้องได้มีการใช้โดยสุจริตและเปิดเผย คือไม่ใช่กำบังบังคับ

1.4 ต้องเป็นประเพณีที่มีเหตุผลอันสมควร

1.5 ต้องเป็นประเพณีที่มีความแน่นอน ทั้งสถานที่และบุคคลที่เกี่ยวข้องรวมทั้งการที่มีการปฏิบัติตามโดยแท้จริง

1.6 ต้องเป็นประเพณีที่ไม่ขัดต่อกฎหมาย หรือขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน

1.7 ต้องเป็นประเพณีที่ไม่ใช่เป็นเรื่องเกี่ยวกับคดีอาญาทั้งนี้ เพราะประเพณีไม่อาจดลางกฎหมายอาญาได้

จารีตประเพณีที่จะนำมาใช้อุดช่องว่างของกฎหมายได้มีที่ใช้ในกรณีต่าง ๆ กัน เช่น การค้าขาย การขนส่งทางทะเล ทางบก การจ้างลูกเรือ การส่งลูกเรือกลับบ้าน เกิดเมืองนอน การกำหนดค่าสินไหมทดแทนในการที่ผู้ขนส่งส่งมของชำ

คำพิพากษาฎีกาที่ 845/2497 ซึ่งศาลฎีกาวินิจฉัยว่า ประเพณีในการขนส่งที่คู่สัญญาเข้าใจกันดีแล้วว่า ถ้าการขนส่งเสียเวลาผู้จ้างต้องใช้เวลาให้ผู้รับขนนี้ ยอมบังคับได้โดยไม่ต้องระบุไว้ในสัญญา เท่ากับเป็นการตกลงกันโดยปริยาย ข้อที่จำเลยเถียงว่าเวลาเสียเวลาเมื่อไม่ใคร่ระบุไว้ในสัญญาอันให้ทำกันเป็นหนังสือไว้ โจทก์ก็ไม่มีสิทธิเรียกร้องนั้น ศาลเห็นว่าเมื่อทั้งสองฝ่ายเข้าใจกันดีแล้วว่า ธรรมเนียมประเพณีในการขนส่งชนิดนี้มีอยู่อย่างไรถ้าไม่ใคร่ระบุไว้เป็นอย่างอื่น ประเพณี นั้นก็ยอมใช้บังคับกันได้เท่ากับเป็นการตกลงกันโดยปริยาย" และมีคำพิพากษาฎีกาเก่าคือ คำพิพากษาฎีกาที่ 599/ร.ศ. 129 ซึ่งวินิจฉัยว่า เมื่อในมณฑลพายัพมีประเพณีว่าช่างมีเจ้าของพลัดเข้าไปผู้ใดจับได้เจ้าของช่างจะต้องเสียค่ารักษาให้แก่ผู้จับเป็นรายตัวเดือนละ 4 บาท เชนนี้ ศาลก็ยกเอาประเพณีนั้นขึ้นวินิจฉัยให้เจ้าของช่างเสียเงินแก่ผู้จับตามนั้นให้

การใช้จารีตประเพณีในการออกช่องว่างนั้น เป็นเรื่องเกี่ยวกับข้อเท็จจริงเพราะว่าปัญหาที่เกิดขึ้นนั้นไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้ จะต้องพิจารณาว่า ตามคลองจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่นนั้นได้มีการปฏิบัติกันสืบต่อมาหรือไม่

2. ถ้าไม่มีจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่นก็ให้เทียบเคียงกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง

เมื่อมีกรณีใดเกิดขึ้นแต่ไม่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรและทั้งไม่มีจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่นที่จะนำมาวินิจฉัยคดีได้ การออกช่องว่างแห่งกฎหมายดำทับต่อไปก็คือ การค้นหามบทบัญญัติที่มีอยู่ในกฎหมายลายลักษณ์อักษรมาใช้บังคับโดยถือหลักสำคัญว่าต้องเป็นบทบัญญัติในเรื่องที่มีความใกล้เคียงอย่างยิ่งกับกรณีที่เกิดขึ้น

แต่เมื่อมีพิเคราะห์แล้วเห็นว่า "บทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง" แล้วน่าจะมีความหมายเป็น 3 กรณี คือ

- ก. อาศัยบทบัญญัติในมาตราต่าง ๆ ที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในตัวของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นั้นเองก็ได้
- ข. บทกฎหมายไทยในลักษณะอื่นที่ไม่ใช่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์แต่มีข้อความที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งกับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ก็ได้
- ค. กฎหมายต่างประเทศที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งกับบทบัญญัติในเรื่องนั้นของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ก็ได้

จากตัวอย่างในคำสอนของ ดร. หยุต แสงอุทัย ดร. เชื้อ คงคากุล อ. โอสถ โกสิน ก็กล่าวเกี่ยวกับบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เรื่องฝากทรัพย์สินมาใช้ถ้าหากผู้รับวานทำความเสียหายเกิดขึ้นแก่ของที่ไปซื้อให้ หรือเรื่องความสามารถของผู้ที่มีจิตใจไม่สมประกอบไม่มีบทบัญญัติไว้ ก็ให้เอาบทบัญญัติเรื่องความสามารถของผู้เยาว์มาใช้

ดังนั้นจะเห็นได้ว่าการใช้ "บทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง" ไม่น่าจะหมายถึงถึงบทบัญญัติในประมวลกฎหมายต่างประเทศ ทั้งนี้ควรเหตุผลที่ว่า

- ก. คำว่า "บทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง" ในมาตรานั้นถ้าพิเคราะห์จาก

คำแปลภาษาอังกฤษของมาตรานี้แล้วควรจะใช้คำว่า "บทบัญญัติ" จึงจะเหมาะสมกว่าเพราะภาษาอังกฤษใช้ "Provision" ซึ่งแปลว่า "บทบัญญัติ" ไม่ได้ใช้คำว่า "Law" หรือ "Act" ซึ่งแปลว่า "กฎหมาย" หรือ "พระราชบัญญัติ" แต่อย่างไร และในตัวอย่างที่ให้หลักกฎหมายทั่วไปนั้นภาษาอังกฤษใช้คำว่า "General principles of Law" ซึ่งทำให้เห็นชัดว่าคำว่า "บทกฎหมาย" นั้นหมายถึงบทบัญญัติหรือมาตราใดมาตราหนึ่งในประมวลกฎหมายนั้นเองหรือในมาตรา 868 บัญญัติไว้ว่า "อันสัญญาประกันภัยทางทะเลทานให้บังคับตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายทะเล" คำว่าบทบัญญัติในมาตรานี้ใช้ภาษาอังกฤษว่า "Provision" นอกจากนี้ยังมีคำพิพากษาฎีกาที่ 999/2496 วินิจฉัยว่าการนำกฎหมายต่างประเทศมาวินิจฉัยนั้นถือว่าเป็นการวินิจฉัยตามหลักกฎหมายทั่วไป ไม่ใช่อาศัยเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งตามข้อนี้

ข. การที่กฎหมายให้ใช้ความว่าบทกฎหมายที่ใกล้เคียง "อย่างยิ่ง" นี้คำว่า "อย่างยิ่ง" น่าจะมีความหมายว่า ควรเป็นบทบัญญัติในกฎหมายเดียวกันมิใช่เอามาจากกฎหมายต่างลักษณะกัน เช่นคำว่าสุจริตในประมวลกฎหมายแพ่งจะนำไปเทียบกับไม่สุจริตในกฎหมายอาญาย่อมทำไม่ได้

ดังนั้นการใช้บทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งตามมาตรา 4 เพื่ออุดช่องว่างของกฎหมายนั้น ก็ควรจะเป็นบทบัญญัติในประมวลกฎหมายนั้นเอง เช่นในเรื่องวานก็นำเรื่องเกี่ยวกับการฝากทรัพย์สินมาใช้บังคับ เป็นต้น

3. หลักกฎหมายทั่วไป

สำหรับการอุดช่องว่างของกฎหมายในกรณีที่ไม่สามารถจะหาทั้งกฎหมายลายลักษณ์อักษร จารีตประเพณี และบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งมาใช้ได้แล้ว ในกรณีต่อไปให้นำเอาหลักกฎหมายทั่วไปซึ่งนับว่าเป็นขั้นสุดท้ายตามที่กำหนดไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาใช้ความหมายของคำว่า "หลักกฎหมายทั่วไป" นี้มีความเห็นอยู่สองประการกล่าวคือ

(ก) สุภาษิตกฎหมาย ซึ่งส่วนมากกล่าวไว้ในภาษาลาตินและรู้จักในทุกประเทศ เช่น สุภาษิตกฎหมายที่ว่า "ผู้ซื้อต้องระวัง" ซึ่งหมายความว่า ต้องระวังตรวจทรัพย์สินที่จะ

ชื่อก่อนที่จะซื้อ ถ้าซื้อไปแล้วต่อมาปรากฏว่ามีความชำรุดบกพร่องจะเอาทรัพย์สินที่ซื้อไปแล้ว มาคืนผู้ขายไม่ได้

(ข) หมายถึงหลักข้อบังคับ ความประพฤติของบุคคลที่แม่มีได้ประกาศใช้ เป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรแต่ประเทศต่าง ๆ ทั้งหลายยอมรับรองและในบางครั้ง ศาลยุติธรรม อาจนำมาใช้บังคับแก่คดี เพราะเห็นว่าเป็นการตรงต่อความรู้สึกของคนทั่วไป บางทีหลักกฎหมายทั่วไปนี้อาจจะใช้หลักกฎหมายต่างประเทศมาวินิจฉัยได้ ตัวอย่างเช่นคำพิพากษาฎีกาที่ 999/2496 เป็นต้น

การตีความกฎหมาย

บทบัญญัติแต่ละมาตราต่าง ๆ ที่ได้ตราออกใช้บังคับแก่ประชาชนพลเมืองแต่ละฉบับนั้นอาจใช้ถ้อยคำ ศัพท์หรือสำนวนซึ่งไม่ชัดเจนและบางกรณีก็เกิดเป็นปัญหาขึ้น ทั้งนี้เพราะการร่างกฎหมายให้รัดกุม และอธิบายไว้ทุกมาตราพุ่มเพื่อหยักไม้ได้ นอกจากนั้นอาจมีกรณีที่บทบัญญัติของกฎหมายนั้น มิได้ครบถ้วนสมบูรณ์หรือผู้ร่างกฎหมายตั้งใจจะเขียนอย่างหนึ่ง แต่ผู้อื่นอาจเห็นว่าน่าจะมีความหมายเป็นอีกอย่างหนึ่งหรือในหมู่ผู้ใช้กฎหมายเอง มีความเห็นแตกต่างกันออกไป แม้แต่ศาลเองเมื่อมีคดีพิพาทขึ้นสู่ศาล ไม่ว่าจะเป็คดีแพ่งหรือคดีอาญา ก็ยังมีปัญหาเกี่ยวกับข้อความกฎหมายอยู่เนือง ๆ ทำให้จำเป็นต้องตีความหมายของกฎหมายว่าหมายควาอย่างไร ซึ่งในบางครั้งศาลชั้นต้นวินิจฉัยคดีในข้อความอย่างหนึ่ง ศาลสูงมีความเห็นอีกอย่างหนึ่ง ไม่เหมือนกัน ดังนั้นจึงต้องมี 3 ศาลไว้กลั่นกรองเพื่อความแน่นอน

จากเหตุผลที่กล่าวมาแล้วข้างต้นพอจะสรุปได้ว่า การตีความของกฎหมายก็คือ การค้นหาความมุ่งหมายของกฎหมายที่มีข้อความเป็นที่สงสัยไม่ชัดเจนซึ่งแต่เดิมเรียกว่าแปลกฎหมาย การใช้กฎหมายและการตีความเป็นของคู่กันเสมอ ผู้ที่ใช้กฎหมายจะใช้ได้ถูกต้องต่อเมื่อรู้และเข้าใจความหมายแห่งกฎหมายนั้น บทกฎหมายใด เมื่อนำมาปรับเข้ากับกรณีที่เกิดขึ้นและมีข้อสงสัยว่าไม่สามารถจะใช้ปรับได้หรือโดยอาจจะมีถ้อยคำที่ไม่ชัดเจนก็จำเป็น

จะต้องมีการตีความบทกฎหมายนั้น แต่บทบัญญัติใดบ้างที่ชัดเจนอยู่แล้ว หรือบทบัญญัติใดบ้างที่ยังต้องตีความอยู่นั้น ไม่อาจที่จะกำหนดเป็นกฎเกณฑ์แน่นอนลงไปได้ ทั้งนี้ต้องขึ้นอยู่กับความรู้ความสามารถของผู้ใช้กฎหมายเอง

ตามที่กล่าวมาแล้วในบทที่ 2 ว่า สิ่งที่ทำให้ทัศนคติเกี่ยวกับกฎหมายแตกต่างกันออกไปนั่นก็คือ "นิติวิธี" ซึ่งเป็นทัศนคติของนักนิติศาสตร์ในระบบกฎหมายแต่ละระบบ ซึ่งนิติวิธีเหล่านี้ มิได้หมายถึงตัวบทหรือกฎหมายลักษณะต่าง ๆ แต่หมายถึงระบบที่เป็นมาในทางประวัติศาสตร์ ว่ากฎหมายเหล่านั้นมีที่มาอย่างไร และมีการเปลี่ยนแปลงอย่างไร และเมื่อเป็นกฎหมายที่ถูกบัญญัติออกมาแล้วจะใช้อย่างไร ศึกษาอย่างไร

ตัวอย่างทัศนคติของผู้พิพากษาในอังกฤษมีต่อกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่เป็น Status ที่ออกโดยรัฐสภานั้น ผู้พิพากษาจะมีทัศนคติว่า Common Law ก็แล้ว จึงไม่ค่อยเต็มใจจะใช้จึงตีความพระราชบัญญัติโดยวิธีตีความตามตัวอักษร (Litteral Interpretation) โดยไม่พิจารณาถึงเจตนารมณ์ของกฎหมายเลย แต่ทัศนคติของนักกฎหมายเยอรมันต่อกฎหมายลายลักษณ์อักษร ซึ่งนำมาจารึกประเพณีในท้องถิ่นส่วนหนึ่งและนำมาจากกฎหมายโรมันส่วนหนึ่งเป็นกฎหมายเยอรมันนั้น จะตีความตามกฎหมายลายลักษณ์อักษรโดยดูถึงประวัติศาสตร์ของกฎหมาย เพื่อที่จะสามารถตีความตามเจตนารมณ์ของกฎหมายภายหลังได้¹

จากตัวอย่างจะเห็นว่าภูมิหลังประวัติศาสตร์ของกฎหมายของแต่ละประเทศนั้นไม่เหมือนกัน ทำให้นิติวิธีของกฎหมายทั้งสองประเทศที่ยกตัวอย่างมานี้แตกต่างกันออกไป ซึ่งมีผลทำให้ระบบกฎหมายของทั้งสองประเทศแตกต่างกันออกไปด้วย

¹ วิชัย เอื้ออังกณานุกูล

ข้อวิจารณ์และเปรียบเทียบ นิติวิธีในการใช้ ป.พ.พ. ไทยในมาตรา 4 กับ
นิติวิธี

พระคริสต์พิทยาคม แนวใหม่ (Neo-Scholasticism ของ Francois Geny
วารสารนิติศาสตร์ ฉบับที่ 2 ปีที่ 9 พ.ศ. 2520 หน้า 87 โรงพิมพ์มหา-
วิทยาลัยธรรมศาสตร์ กรุงเทพมหานคร, 2520

ก่อนที่จะทราบหลักการตีความในกฎหมายไทย ขอกล่าวถึงการตีความในกฎหมายของต่างประเทศบางประเทศ

ก. การตีความประมวลกฎหมายในสมัยโรมัน

ในสมัยพระเจ้าจัสติเนียนแห่งจักรวรรดิโรมันได้ให้การร่างประมวลกฎหมายขึ้นใช้ฉบับหนึ่งเรียกว่า "Corpus Juris Civilis" และได้มีการห้ามเขียนคำบรรยาย (Commentarius) ประมวลกฎหมายของพระองค์ไว้ โดยพระองค์เห็นว่าประมวลกฎหมายของพระองค์รวบรวมไว้เพียงพอที่จะตอบปัญหากฎหมายได้โดยปราศจากการตีความ (Interpretation) หรือคำบรรยาย (Commentaries) โดยผู้เชี่ยวชาญทางกฎหมาย รวมทั้งรับสั่งให้เผาต้นฉบับเสีย แต่คำสั่งของพระองค์ก็ไม่ได้ผลนัก และมิได้รับความสนใจระหว่างชีวิตของพระองค์ และด้วยเหตุนี้เอง น่าจะทำให้กฎหมายของพระองค์มีลักษณะที่แข็งกระด้างไม่ยืดหยุ่น เพราะมีการห้ามการตีความหรือเขียนคำอธิบาย ดังกล่าวมาจึงทำให้เห็นประมวลกฎหมายนั้นจำเป็น จะต้องมีนิติวิธีในการตีความมิฉะนั้นจะไม่สามารถแก้ไขปัญหาสังคมได้ทุกกรณี การร่างกฎหมายให้สมบูรณ์ ตามอุดมการณ์โดยปราศจากนิติวิธี เป็นไปไม่ได้ และเมื่อต่อมาเกิดการฟื้นฟูการศึกษากฎหมายโรมันในอิตาลี (ยุค Renaissance) เช่นมหาวิทยาลัยโบโลญญา (Bologna) มีการศึกษากฎหมายใหม่ที่เรียกว่า "gloss" ดังนั้นการที่จะเข้าใจกฎหมายโรมันจึงจำเป็นต้องมีการตีความ (Interpretation) โดยได้มีการเขียนคำอธิบายโดยย่อไว้ในระหว่างบรรทัดของประมวล (Logic or Diacetic) มีการศึกษาแบบวิเคราะห์และวิจารณ์เปรียบเทียบ ด้วยการหาเหตุผลแบบการตรรกวิทยา ซึ่งใน ค.ศ. 1100-1250 มีสำนักกฎหมายเรียกว่า School of Glossator

ใน ค.ศ. 1250-1500 มีสำนัก Post Glossator หรือ Commentators งานสำคัญของสำนักนี้คือการปรับกฎหมายโรมันที่ Glossator ได้ทำไว้ให้เข้ากับภาวะสังคมในสมัยกลาง เป็นการแสดงให้เห็นถึงนิติวิธีในการพัฒนากฎหมายให้สอดคล้องกับสภาพสังคมในยุคนั้นโดยการนำเอาปรัชญากรีกโดยเฉพาะของอริสโตเติลมาผสมกับปรัชญาทางคริสต์ศาสนา ตั้งแต่ศตวรรษของสำนักนี้ เพื่อหาวิธีสร้างกฎหมายที่สมบูรณ์ทั้งระบบมีลักษณะเกี่ยวกับพวก

Scholasticism ในสมัยกลางจึงเรียกวิธีนี้ว่า Scholastic Method ที่นำมาใช้เพื่อ
แสวงหาหลักกฎหมายทั่วไปและสร้างทฤษฎี ซึ่งนิติวิธีของสำนักนี้แตกต่างกัน นิติวิธีของ
Glossators ซึ่งเป็นแนว Exegesis หรือ Dialectic Method

จากนิติวิธีของนักนิติศาสตร์ที่พัฒนากฎหมายโรมันโดยใช้วิธีแบบหลักตรรกวิทยา
(Logic หรือ Dialectic) นี้ ซึ่งมีอิทธิพลจากศาสนาคริสต์ จึงเป็นการพัฒนาเข้าหา
อิทธิพลของ Scholasticism ซึ่ง Peter Abelard นักกฎหมายพระซึ่งมีชีวิตอยู่ใน
ระหว่าง ปี ค.ศ. 1079-1142 ได้อธิบายถึงสมมุติฐานของ Scholasticism ไว้
2 ข้อ

1. Authority Scholasticism สมมุติว่าตัวบทเป็นสัจจะคือมีประกาศิต
2. อาจจะมีช่องว่างของกฎหมาย และ ข้อขัดแย้งของกฎหมายที่เกิดขึ้นได้ใน
text ที่เป็น Authority

และยอมรับว่ากฎหมายมีช่องว่างและความขัดแย้ง (Contractiation) ใน
ตัวบทเช่น ในตัวบทเดิมเป็นบทเฉพาะเรื่อง เมื่อสร้างเป็นหลักวิธีตามวิชาวิธี (Dialectic)
แล้วจะตีความโดยจำกัดไม่ได้ ต้องขยายขอบเขต Context ให้รวมถึงเรื่องต่าง ๆ ที่มี
สาระสำคัญและอยู่ในประเภทเดียวกับกฎหมายเฉพาะเรื่อง

นิติวิธีที่สำคัญของสถาบันนี้คือพัฒนากฎหมายไปตามหลักตรรกวิทยา คือ

1. หลักการอุปนัย (Deduction)
2. หลักนिरนัย (Induction)
3. หลักการหาเหตุผลโดยการเทียบเคียง คือหลัก analogy

1. Deduction Method หรือการอนุมาน คือการใช้กฎทั่วไปมาตัดสินคดีเฉพาะ
เรื่อง Deduction Method นี้ ในทางตรรกวิทยาเรียกว่าการอ้างเหตุผลโดยอ้างข้อเท็จ
จริงเป็น 2 ตอน ซึ่งเรียกว่า Syllogistic หรือ Aristotelian Syllogistic
ซึ่งวิธีการเช่นนี้ต้องการรากฐานในการอนุมานข้อสรุปเสมอ รากฐานนี้เรียกว่า Premisses

ซึ่งมี 2 ประการ คือ Major Premisses และ Minor Premisses ดังนั้นในทางตรรกวิทยานั้นถ้าจะมีการอนุมานข้อสรุปแต่ละครั้งจะต้องหา Major Premisses เสียก่อน ซึ่งเป็นหน้าที่ซึ่งเกินกว่านักตรรกวิทยาสนาใจแต่การอนุมานตามครรลองแห่งแบบฟอร์มเท่านั้น เรื่องนี้ถูกไม่คำนึงถึง เมื่อมาประยุกต์หลักการอนุมานหรือ Deductive Method มาใช้ในวิชากฎหมายนั้นรากฐานคือ Major Premisses ในการอนุมานข้อสรุปก็คือแหล่งที่มาของกฎหมายเรียกว่า Formal นั่นเองในกฎหมายของประเทศที่ใช้ระบบประมวลกฎหมายตัวอย่างของ Formal Sources of Law คือตัวบทกฎหมายและจารีตประเพณีที่กฎหมายยอมรับนั่นเอง

2. Inductive Method หรือ Statistical Syllogism คือการศึกษากฎเกณฑ์หลายกฎหรือศึกษาคดีเฉพาะคดีหลายคดีเพื่อที่จะมาสร้างเป็นหลักกฎหมายทั่วไป บางคนเรียกวิธีการนี้ว่า Process of Generalization ได้กล่าวมาแล้วว่า Deductive Method เป็นไปในรูปของ Syllogistic Logic ซึ่งต้องการรากฐานในการอนุมานข้อสรุป ดังนั้นจะเห็นได้ว่า Deductive Method นี้จะมีได้เมื่อมีกฎหมายหรือรากฐานในการวางข้อสรุปไว้อย่างชัดเจน แต่ในบางคดีข้อเท็จจริงที่เป็นประเด็นไม่เคยมีกฎหมายว่าไว้ดังนั้นจะใช้ Deductive Method โดยตรงไม่ได้ เพราะไม่มีรากฐานในการอนุมานข้อสรุป กล่าวคือกฎหมายมีของวางขึ้นแล้วนั่นเองประเด็นใหม่ที่ไม่มีตัวบทนี้เรียกว่า Res Integra คดีแบบนี้เรียกว่า Case of First Impression ซึ่งศาลต้องการรากฐานคือ Premisses เสียก่อน โดยการนำเอากฎเฉพาะเรื่องหลาย ๆ อันมาเทียบดูแล้วตัดสินว่ากฎต่าง ๆ เหล่านี้เป็นตัวอย่างหรือตัวสำแดงของหลักกฎหมายทั่วไป กล่าวคือพิจารณาตัวอย่างเฉพาะคดีเพื่อไปหาหลักกฎหมายทั่วไป ครั้นเมื่อได้หลักกฎหมายทั่วไปแล้วจึงนำเอาหลักนั้นมาอนุมานข้อสรุปตามแบบ

3. Reasoning by analogie คือการให้เหตุผลในคำพิพากษาโดยการเทียบเคียงจากกฎหมายที่ใกล้เคียงที่สุดเช่นรู้ว่า ก. มีหลักเกณฑ์อย่างนี้แล้วจึงนำมาพิจารณา ข. ซึ่งยังไม่รู้แน่ชัดเพียงแต่รู้ว่า ข. มีลักษณะคล้ายคลึงกับ ก. แล้ว จึงสรุปว่าหลักเกณฑ์ที่ใช้กับ ก. สามารถใช้กับ ข. ได้ด้วย แต่หลักเกณฑ์ที่นำมาเทียบเคียงกันนั้นต้องเป็นหลักเกณฑ์ที่มีลักษณะ

สาระสำคัญคล้ายกับการให้เหตุผล ในรูปการเทียบเคียงนี้ในสมัยกรีก Aristotle เรียกว่า Resoning by Example การให้เหตุผลแบบเทียบเคียงนี้เป็นการให้เหตุผลเป็น 2 ตอน คือ

1. จะต้องนำเอาตัวแทนที่เป็นหลักมาเทียบเคียงกับคดีที่เกิดขึ้นในปัจจุบัน
2. จะต้องมีการตัดสินว่าควรจะใช้ประยุทธ์ (applied)

กฎหมายนั้น ๆ มาเป็นหลักในการตัดสินคดีปัจจุบันหรือไม่ ซึ่งศาลจะต้องดูสาระสำคัญของ Material Fact ของตัวบทหรือคำพิพากษาที่จะมาเปรียบเทียบเหมือนหรือใกล้เคียงกับคดีปัจจุบันที่กำลังตัดสินอยู่หรือไม่และศาลจะต้องวินิจฉัยต่อไปว่าตัวบทหรือคำพิพากษาที่จะมาเทียบเคียงนั้นเป็นเรื่องที่เทียบเคียงกันได้จริง ๆ หรือไม่ เช่น ถ้าตัวบทนั้นเกี่ยวข้องกับเรื่องใดเรื่องหนึ่งโดยเฉพาะเจาะจง (Specific Case) ก็นำมาเทียบเคียงกับเรื่องอื่น ๆ ไม่ได้

ตัวอย่างของการใช้เทียบเคียง Analogie ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย เช่น ก.ให้รถยนต์ ข.ยืมไป 3 วัน พอครบกำหนด ก. ก็วานให้ ค.ไปรับรถนั้นก็กลับมา การวานไม่มีบำเหน็จ แต่ขณะที่ ค. ขับรถกลับมานั้นก็เกิดอุบัติเหตุเพราะฝนตกถนนลื่นแล้ว ค. จะใช้ความระมัดระวังเสมือนว่าของนี้เป็นของคนที่จริง แต่ไม่ไ้ระมัดระวังเพียงพอจนทั้งหลายถึงระวาง ปัญหาจึงมีอยู่ว่า ก.ฟ้องค. ฐานประมาท ทำให้เกิดความเสียหายตามมาตรา 420 ได้หรือไม่ เพราะเป็นเรื่องของกรณีพิเศษ คือเป็นเรื่องของการวานไม่มีบำเหน็จ

โดยปกติแล้วนั้นเรื่องมาตรฐานของความระมัดระวัง เพื่อให้ไม่ประมาทตามมาตรา 420 นั้น ไม่มีกฎหมายระบุไว้แน่ชัดโดยทั่วไป โดยปกติเขาใช้หลักกฎหมายทั่วไปว่าควรจะใช้มาตรฐานของวิญญูชน Reasonable man แต่กรณีพิเศษก็มีกฎหมายบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร เช่น เรื่องการฝากทรัพย์สิน ม. 659 วรรคแรกบัญญัติไว้ว่า "ถ้าการรับฝากทรัพย์สินเป็นการทำให้เปล่าไม่มีบำเหน็จไร้อันว่าผู้รับฝากจำต้องใช้ความระมัดระวังสูงทรัพย์สินซึ่งฝากนั้นเสมือนเช่นเคยประพฤติในกิจการของตนเอง"

ฉะนั้นเราจะเอาเรื่องของการวางมาเทียบกับการผูกพันตามความในมาตรา 659 ก็น่าจะได้เพราะสาระสำคัญอยู่ที่ เรื่องของการที่บุคคลหนึ่งได้เข้าครอบครองหรือควบคุมทรัพย์สินของบุคคลอื่นโดยความยินยอมของเจ้าของ เพื่อประโยชน์ของเจ้าของโดยไม่มีบา-
 เหน็จ ในแง่ของความยุติธรรม (Social Justice) ไม่ควรที่จะให้เขาผู้นั้นต้องรักษา
 มาตราฐานของความระมัดระวังมากไปกว่าที่เขาจะรักษาของของเขาเอง

จากทฤษฎีของScholasticismนี้จึงเป็นเรื่องพิสูจน์ว่าประมวลกฎหมายนั้นแม้
 จะพยายามร่างให้สมบูรณ์เพียงใดก็ตามก็ไม่สามารถจะสมบูรณ์ทั้งหมดได้ นอกจากจะมีวิธี
 พัฒนากฎหมายให้สอดคล้องกับสภาพสังคมในยุคนั้น ๆ

หลักการตีความกฎหมายลายลักษณ์อักษรของอังกฤษ

ในระบบกฎหมายอังกฤษ คำว่า "ตีความ" มีศัพท์กฎหมายใช้อยู่ 2 คำ คือ
 "Interpretation" และ "Construction" คำทั้งสองคำมีความหมายแตกต่างกัน
 คำว่า "Interpretation" มีความหมายแต่เพียงเป็นการให้ความหมายธรรมดาของถ้อย
 คำที่ใช้ในกฎหมายว่ามีประการใด กล่าวคือในกรณีที่มีปัญหาอันเป็นข้อพิพาทเกี่ยวกับกฎหมาย
 ลายลักษณ์อักษร ศาลปรับบทกฎหมายเข้าข้อเท็จจริงในคดีนั้น ส่วนคำว่า "Construction"
 นั้นใช้ในการแปลความหมายของถ้อยคำที่ใช้ในกฎหมาย กล่าวคือในกรณีที่ศาลจะต้องแปลความ
 หมายของถ้อยคำที่ใช้ในกฎหมายก่อนที่จะปรับบทกฎหมายนั้น เข้ากับข้อเท็จจริงในคดีนั้น แต่ใน
 การปฏิบัตินั้นไม่สามารถจะแยกออกจากกันได้โดยเด็ดขาด และศาลเองก็ไม่ประสงค์จะแยก
 ว่าเรื่องใดเป็นเรื่องในทางวิชาการแยกออกเป็น 2 กรณี เช่นนี้ เพื่อประโยชน์ว่าใช้อะไร
 เป็นเครื่องมือในการตีความ เพราะบางครั้งอาจจะใช้ได้เฉพาะเรื่องใดเรื่องเดียว เช่น
 พจนานุกรมและคำพิพากษาอันเป็นบรรทัดฐานของศาลเป็นเครื่องมือช่วยตีความในด้าน
 "Construction" สำหรับเครื่องมือตีความที่เรียกว่า "Interpretation" ได้แก่ตัวบท
 กฎหมายลายลักษณ์อักษรฉบับนั้นเอง

อำนาจหน้าที่ของศาลยุติธรรมเกี่ยวกับการตีความกฎหมายลายลักษณ์อักษร หน้าที่
 สำคัญที่สุดก็คือการค้นหาเจตนารมณ์ของรัฐสภาซึ่งเป็นผู้ใช้อำนาจนิติบัญญัติตามกฎหมายอังกฤษ

หลักการหาเจตนารมณ์ของรัฐสภา มี 3 ประการคือ

1. หลักการตีความตามตัวอักษร (The literal rule)
2. หลักการตีความโดยเล็งผลเลิศ (The golden rule)
3. หลักการตีความโดยอาศัยเหตุที่มีการแก้ไขข้อบกพร่องว่าที่มีอยู่ก่อนออกกฎหมายลายลักษณ์อักษรนั้นเป็นเครื่องมือช่วยตีความ (The mischief rule)

หลักการตีความทั้ง 3 ประการนี้แตกต่างกันและไม่แน่ว่าศาลจะใช้หลักใดหลักหนึ่งเพียงอย่างเดียว แต่อาจจะใช้ทั้ง 3 หลักก็ได้

1. หลักการตีความตามตัวอักษร (The literal rule)

ตามหลักนี้ ศาลจะต้องหาเจตนารมณ์จากความหมายธรรมดาแห่งถ้อยคำที่ใช้กฎหมายลายลักษณ์อักษรนั้น หากปรากฏว่าความหมายธรรมดาแห่งถ้อยคำที่ใช้ในคัมภีร์กฎหมายลายลักษณ์อักษรนั้นมีมากกว่าหนึ่งความหมาย หลักการตีความหลักนี้ยอมไม่ใช่บังคับ แต่หากปรากฏความหมายตามตัวอักษรแห่งถ้อยคำที่ใช้นั้นมีเพียงความหมายเดียว แต่ก็ไม่แน่ว่าที่จะมีความหมายเช่นนั้น ตามหลักการตีความตามตัวอักษรนี้จะต้องใช้ความหมายเช่นนั้น เพราะมีข้อสันนิษฐานตามหลักการตีความประการนี้ว่ารัฐสภาประสงค์จะใช้ถ้อยคำให้มีความหมายธรรมดาของถ้อยคำนั้น (Parliament intends the ordinary and natural meaning of words in imploy) การยึดมั่นในหลักการตีความเช่นนี้มีปรากฏผลแห่งคดีเป็นไปในทางที่ไม่น่าจะเป็น คดีเช่นนี้เรียกว่า "a manifest absurdity" ซึ่งมีเป็นจำนวนมากที่ศาลได้ตัดสิน ตามหลักการตีความตามตัวอักษรและก่อให้เกิดผลในทางที่ไม่ควรเป็น จึงมีแนวโน้มของการตีความโดยอาศัยเหตุที่มีการแก้ไขข้อบกพร่องที่มีอยู่ก่อนประกาศใช้กฎหมายฉบับนั้นเป็นเครื่องมือช่วยตีความดังที่ลอร์ด เคนนิ่งอิมพิคตีผู้พิพากษาศาลอุทธรณ์ได้เคยกล่าวไว้ในคดี Corocraft V. Pan American Airways Inc. (1969) 1Q.B.616 ว่าการตีความตามตัวอักษรนั้น ย่อมจะใช่บังคับไม่ได้เป็นอันขาดถ้าหากว่าการตีความเช่นนั้นจะมีผลในทางที่ไม่ควรจะเป็นซึ่งผลเช่นนั้นไม่ใช่อะไรซึ่งฝ่ายที่นิติบัญญัติปรารถนา (The literal meaning of the words is never allowed to prevail where it would

produce manifest absurdity or consequences which can never have been intended by the legislature.)

2. หลักการตีความโดยเล็งผลเลิศ (The golden rule)

หลักนี้มีสาระสำคัญว่าถ้อยคำในกฎหมายลายลักษณ์อักษรจะต้องตีความไปในทางที่จะละเว้นไม่ให้เกิดผลอันไม่พึงปรารถนา

ในกรณีที่กฎหมายลายลักษณ์อักษรนั้นอาจจะแปลความหมายไปได้สองความหมายหรือมากกว่านั้น ศาลย่อมจะตีความไปในทางที่สมควรและมีใช้ไปในทางที่ไม่ควรจะเป็น (a manifest absurdity)

อย่างไรก็ตามในกรณีที่ถ้อยคำในกฎหมายลายลักษณ์อักษรนั้นมีความหมายตามอักษรเพียงประการเดียว แต่ศาลก็ยังไมยอมตีความตามความหมายนั้น หากแต่ตีความถ้อยคำนั้นไปในทางที่ให้ความหมายอันสมเหตุสมผลมากกว่าความคาดหมายตามตัวอักษรซึ่งไม่น่าจะเป็นเช่นนั้นเลย

หลักการตีความแบบเล็งผลเลิศนี้ ได้รับการวิพากษ์วิจารณ์ว่าเป็นการเปิดโอกาสให้ศาลตีความตามเจตนารมณ์ของฝ่ายนิติบัญญัติโดยอาศัยเหตุผลอื่น นอกจากถ้อยคำและความหมายธรรมดาแห่งถ้อยคำที่ปรากฏในตัวกฎหมายลายลักษณ์อักษรนั้นเอง ซึ่งศาลไม่สมควรจะมีอำนาจจะกระทำเช่นนั้น

3. หลักการตีความโดยอาศัยเหตุที่มีฉกรรจ์แก้ไขข้อบกพร่องที่มีอยู่ก่อนออกกฎหมายลายลักษณ์อักษรนับนั้นเป็นเครื่องมือช่วยตีความ (The mischief rule)

ในกรณีที่ข้อบกพร่องอยู่และต่อมาในกฎหมายลายลักษณ์อักษรมาแก้ไขกฎหมายลายลักษณ์อักษรนั้น ศาลย่อมจะตีความกฎหมายใหม่ไปในทางแก้ไขข้อบกพร่องที่มีอยู่ก่อนออกกฎหมายใหม่นั้น

หลักการที่ความประการที่ 3 นี้ คดี Heydon's Case (1584) 3 Co.Rep. 7A. ได้บรรยายไว้ว่ามีข้อพิจารณาที่สำคัญ 4 ประการด้วยกันคือ

- (1) ก่อนที่จะมีพระราชบัญญัติฉบับนั้นใช้บังคับ คอมมอนลอว์มีอยู่ประการใด
- (2) มีข้อมบทร้องประการใดที่คอมมอนลอว์มิได้ให้ช่องทางแก้ไขไว้
- (3) รัฐสภาได้ให้ทางแก้ไขข้อมบทร้องนั้นไว้ประการใด และ
- (4) เหตุผลแห่งการแก้ไขข้อมบทร้องนั้นมีประการใด

พึงสังเกตว่า หลักการที่ความประการที่ 3 นี้ เป็นเพียงข้อยกเว้นของหลักการที่ความตามตัวอักษรเท่านั้น ในการที่ศาลจะใช้หลักการที่ความประการที่ 3 นี้ โดยปกติศาลจะต้องอ้างถึงเหตุผลที่ฝ่ายนิติบัญญัติตรากฎหมายฉบับนั้นขึ้นใช้บังคับจากคำปรารภในกฎหมายลายลักษณ์อักษรนั้นเอง หรือจากรายงานของคณะกรรมการพิจารณาค้นคว้าปรับปรุงแก้ไขกฎหมายฉบับนั้น

ในกรณีที่ไม่มีความหมายบังคับในเรื่องหนึ่ง ศาลอังกฤษจะปฏิบัติอย่างไร

ในกรณีที่ไม่มีความหมายบังคับ เรียกตามศัพท์กฎหมายอังกฤษ "a casus omissus" ในกรณีเช่นนี้ ศาลอังกฤษต้องพยายามที่จะเดาหาว่าถ้ารัฐสภาเผชิญกับปัญหานี้มาก่อน รัฐสภาจะบัญญัติกฎหมายในเรื่องนี้เป็นประการใด หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งว่า ในกรณีเช่นนี้ศาลอังกฤษเข้าทำหน้าที่เป็นฝ่ายนิติบัญญัติเสียเอง ซึ่งผู้พิพากษาศาลอังกฤษที่เป็นฝ่ายอนุรักษนิยมไม่ประสงค์ที่จะถือปฏิบัติ

ในทางปฏิบัติ โดยปรากฏเป็นครั้งคราวว่า ศาลอังกฤษได้เข้าทำหน้าที่เป็นฝ่ายนิติบัญญัติของว่างของกฎหมายอยู่เหมือนกัน อาทิเช่นในคดี *Ewards V. Porter* (1925) A.C.1 ซึ่งมีปัญหาว่าในการตีพิมพ์หนังสือพิมพ์มีสามีเกี่ยวกับทรัพย์สินของหญิงนั้น สามีจะต้องเข้าเป็นจำเลยร่วมกับภริยาหรือไม่ ถ้าหากโจทก์ประสงค์เช่นนั้น ในพระราชบัญญัติเดอะ มาร์รีด วีเมินส์ พรอพเพอร์ตี้ แลคท์ 1882 (The Married Women's Property Act, 1882) บัญญัติไว้แต่เพียงว่า สามีไม่จำเป็นต้องเข้ามาเป็นคู่ความรวมในคดีแต่มีได้บัญญัติว่า

โจทก์ประสงค์จะฟ้องเป็นจำเลยร่วมได้

หลักการตีความทั้งสามประการดังกล่าวข้างต้นเป็นหลักใหญ่ในการตีความของศาลอังกฤษ นอกจากหลักดังกล่าวแล้ว คัมภีร์จะนำเอาหลักปลีกย่อย ซึ่งใช้ผู้มีใจแคบเพียงเฉพาะหลักเหล่านี้ใช้ เฉพาะหลักการตีความกฎหมายลายลักษณ์อักษร หากแต่เป็นหลักในการตีความพินัยกรรมและสัญญาด้วย มาพิจารณาประกอบ

1. การตีความกฎหมายลายลักษณ์อักษรจะตองตีความโดยพิจารณากฎหมายฉบับนั้นทั้งฉบับ

โดยเหตุที่ถ้อยคำ ถ้าเกี่ยวกันอาจจะมีความหมายต่างกันได้ทั้งนี้ยอมแล้วแต่ว่าถ้อยคำอื่นที่ใช้ประกอบถ้อยคำดังกล่าวนั้นมีอยู่อย่างใด ฉะนั้น ในการตีความถ้อยคำที่ปรากฏในกฎหมายลายลักษณ์อักษร แต่ละฉบับจึงต้องพิจารณาถ้อยคำอื่นที่ใช้ประกอบคำที่มีปัญหาทั้งในบทบัญญัตินั้น ๆ และบทบัญญัติอื่น ๆ ในกฎหมายฉบับเดียวกันนั้นด้วย อย่างไรก็ตาม ปรากฏว่าความหลักการตีความกฎหมายของอังกฤษนั้น หัวข้อย่อยที่จัดพิมพ์ไว้ข้างหัวบท (marginal notes) เครื่องหมายวรรคตอน (punctuations) การร่างท้ายพระราชบัญญัติ (Schedules) ซึ่งมีใ้ใ้ระบุว่าเป็นส่วนหนึ่งแห่งพระราชบัญญัติ โดยปกติไม่ถือเป็นข้อพิจารณาประกอบการตีความ

2. หลักการตีความที่ว่า คำทั่วไปมีความหมายในแนวเดียวกันกับคำเฉพาะที่มาก่อน ธิ อียัสเดม เจนเนอริส (The eiusdem generis)

หลักในการร่างกฎหมายลายลักษณ์อักษรของอังกฤษก็คือ ในกรณีที่ใช้ถ้อยคำเฉพาะซึ่งตามมาด้วยคำทั่วไป คำทั่วไปที่ตามหลังมานั้นมีความหมายแคบกว่าความหมายธรรมดาของคำนั้นเอง กล่าวคือมีความหมายเฉพาะในเรื่องและประเภทเดียวกันกับคำเฉพาะที่มาก่อนหน้านั้น

มีข้อสงสัย เกิดเกี่ยวกับหลักการตีความที่ว่าคำทั่วไปมีความหมายในแนวเดียวกันกับคำเฉพาะที่มาก่อน คือ จะใช้หลักนี้ไ้จะต้องมีคำเฉพาะตั้งแต่ 2 คำขึ้นไป ถ้าหากมี

คำเฉพาะเพียงคำเพียวจะไขหลักเฉพาะนี้ไม่ได้

3. กฎหมายที่มีโทษทางอาญาหรือกฎหมายเกี่ยวกับภาวะอาการต้องตีความโดย
เคร่งครัด

ในกรณีตีกฎหมายบัญญัติไว้คลุมเคลือหรือไม่แน่นอน จะต้องตีความให้เป็นคุณต่อผู้
ต้องหาหรือจำเลย

เหตุที่มีหลักการตีความเรื่องนี้ คือ ข้อสันนิษฐานของกฎหมายตีความเรื่องนี้ไม่
อาจลบล้างหลักการตีความใหญ่ในเรื่องการตีความตามตัวอักษรได้ ถ้าหากกฎหมายฉบับใด
ระบุความในเรื่องใดไว้แจ่มชัดแล้ว แม้ศาลจะเห็นว่าไม่เป็นธรรมแก่จำเลย ศาลก็ต้องตี
ความตามตัวอักษรนั้น

4. การตีความตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการตีความกฎหมาย ค.ศ. 1889
(Interpretation Act 1889)

ในระบบกฎหมายอังกฤษ มีพระราชบัญญัติว่าด้วยการตีความ ค.ศ. 1889 ไว้
สำหรับช่วยศาลในการตีความกฎหมายลายลักษณ์อักษร พระราชบัญญัตินี้ได้ให้คำนิยาม
ศัพท์และวลีที่ใช้ในกฎหมายลายลักษณ์อักษร เป็นจำนวนมาก โดยบัญญัติไว้ว่า ถ้าข้อความใน
พระราชบัญญัติแต่ละฉบับมิได้แสดงให้เห็นเป็นอย่างอื่นก็ให้ถือว่ามีความหมายตามที่บัญญัติไว้
ในพระราชบัญญัตินั้น อาทิเช่น คำที่บ่งระบุถึงเพศชายก็ให้รวมถึงหญิงด้วย คำที่อยู่ใน
เอกพจน์ก็ให้รวมถึงคำพหูพจน์ด้วยและในทางกลับกันคำพหูพจน์ก็ให้รวมถึงคำในเอกพจน์
ด้วย คำว่า "เคื่อน" ให้ความหมายรวมถึงเคื่อนในทางปฏิทิน

ข้อสันนิษฐานของกฎหมายในการตีความ (Presumptions in construction)

ตามหลักการตีความของกฎหมายอังกฤษ มีข้อสันนิษฐานเกี่ยวกับการตีความอยู่
หลายประการด้วยกัน ข้อสันนิษฐานเหล่านี้เป็นเพียงข้อสันนิษฐานเบื้องต้น หากพบบัญญัติ
กฎหมายระบุไว้ชัดแจ้ง เป็นประการอื่น ข้อสันนิษฐานในเรื่องการตีความย่อมไม่ใช้บังคับ

ขอให้พิจารณาข้อสันนิษฐานในเรื่องการตีความของกฎหมายบางเรื่อง ต่อไปนี้

1. ข้อสันนิษฐานที่ว่ารัฐสภาไม่ประสงค์จะแก้ไขกฎหมาย (Presumption against alteration of the Law)

มีข้อสันนิษฐานว่ารัฐสภาซึ่งเป็นฝ่ายใช้อำนาจนิติบัญญัตินั้นกฎหมายเช่นเดียวกับศาล ดังนั้นถ้าหากว่าพระราชบัญญัติฉบับใดมิได้บัญญัติแก้ไขกฎหมายในเรื่องใดไว้โดยแจ่มชัด ย่อมต้องสันนิษฐานไว้ก่อนว่ารัฐสภาไม่ประสงค์จะแก้ไขกฎหมายในเรื่องนั้น

2. ข้อสันนิษฐานในเรื่องไม่มีการให้บุคคลรับผิดในเรื่องที่ตนไม่มีความผิด (Presumption against the imposition of liability without fault)

ตามหลักคอมมอน ลอว์ เจตนาร้าย (mens rea) อันเป็นองค์ประกอบสำคัญ ถ้าจำเลยกระทำการอันใดซึ่งกฎหมายบัญญัติเป็นความผิดโดยมีเจตนาร้าย โดยปราศจากเจตนาร้ายดังกล่าว ก็ไม่มีความผิดเพราะบุคคลไม่ควรจะต้องรับผิดชอบในการกระทำซึ่งตนไม่มีความผิดหรือไม่ควรจะได้รับตำหนิ อย่างไรก็ตามหากฝ่ายนิติบัญญัติ บัญญัติไว้ในกฎหมายโดยแจ่มชัดให้บุคคลใดรับผิดชอบในการกระทำซึ่งตนไม่มีความผิดในการกระทำอันใดอันหนึ่ง แม้ว่าตนจะไม่มีเจตนาร้ายก็ตามบุคคลนั้นก็จะต้องรับผิดชอบตามนั้น และข้อสันนิษฐานการตีความกฎหมายบนนี้ย่อมตกไป

3. ข้อสันนิษฐานว่ากฎหมายลายลักษณ์อักษร ไม่ผูกพันฝ่ายบริหาร (Presumption that a statute does not bind the Crown)

พระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ในฐานะประมุขของฝ่ายบริหารที่ยังเหลือมาจนปัจจุบันนี้มีเพียงเล็กน้อย ข้อสันนิษฐานที่ว่ากฎหมายลายลักษณ์อักษร ไม่ผูกพันฝ่ายบริหารนั้นก็ยังเป็นเอกลักษณ์ของฝ่ายบริหารอยู่ อย่างไรก็ตามในกรณีละเมิด เรอะ คราวน์ โพรซีดีจิงส์ แอ็คต์ 1947 (the Crown Proceedings Act 1949) ถือว่าฝ่ายบริหารอยู่ในฐานะเช่นเดียวกับบุคคลธรรมดา โดยมีข้อยกเว้นอยู่บางประการ ความโน้มเอียงของกฎหมายโดยฝ่ายนิติบัญญัติที่ตรากฎหมายมาในทางที่จะให้ฝ่ายบริหารมีสิทธิและหน้าที่เช่นบุคคลธรรมดา

มีมากขึ้นเป็นลำดับ

เครื่องมือช่วยในการตีความหมาย

เครื่องมือช่วยในการตีความที่เรียกว่า "Construction" มี 2 ประเภทด้วย

กัน คือ

1. เครื่องมือตีความอันใดแก่ ตัวพระราชบัญญัตินั่นเอง และ
2. เครื่องมือตีความอันใดแก่ เรื่องอื่น ๆ อันมิใช่ตัวพระราชบัญญัตินั้น

(1) เครื่องมือตีความโดยอาศัยตัวพระราชบัญญัตินั่นเอง อาศัยบทกฎหมาย

ซึ่งจัดพิมพ์โดยควีนส์ พรินเตอร์ส คอปปี ออฟ เซอะ สแททิว (The Queen's Printer's Copy of the Statute) กฎหมายลายลักษณ์อักษรตามหลักการตีความจะต้องอ่านทั้งฉบับ แต่เดิมมาชื่อเต็มของกฎหมายลายลักษณ์อักษรไม่ต้องเป็นเครื่องมือช่วยตีความ

พระราชปรารภ (Preamble) พระราชปรารภเป็นข้อความที่ปรากฏอยู่ในตอนต้นของพระราชบัญญัติแต่ละฉบับ ในพระราชปรารภมีการอ้างเหตุผลแห่งการตราพระราชบัญญัติฉบับนั้นไว้บ้าง แต่ในสมัยเดิมพระราชปรารภเป็นเครื่องมือตีความที่สำคัญ แต่พระราชบัญญัติอังกฤษในปัจจุบันมักจะไม่มีการอ้างเหตุผล และในกรณีที่มีพระราชปรารภก็เป็นเพียงข้อความสั้น ๆ ซึ่งไม่ช่วยในการตีความแต่ประการใด¹

ศูนย์วิจัยทรัพยากร

¹ในทางปฏิบัติในการตราพระราชบัญญัติของประเทศไทยในสมัยดั้งเดิมก็เดินตามแบบกฎหมายลายลักษณ์อักษรของอังกฤษ กล่าวคือ มีพระราชปรารภแสดงเหตุผลที่บัญญัติกฎหมายนั้น ๆ ขึ้นอย่างละเอียดแต่ในปัจจุบันไม่มีพระราชปรารภอยู่ในตัวพระราชบัญญัติส่วนเหตุผลในการตราพระราชบัญญัตินั้นไว้บ้างกลับปรากฏในราชกิจจานุเบกษาฉบับที่ประกาศใช้พระราชบัญญัตินั้น ๆ ในตอนท้ายพระราชบัญญัติในฐานะเป็นหมายเหตุ มีข้อความสั้น ๆ และไม่ถือว่าเป็นส่วนหนึ่งของพระราชบัญญัติ

ชื่อลักษณะและชื่อหมวดกฎหมายที่ปรากฏในพระราชบัญญัตินั้น ตามหลักการตีความกฎหมายอังกฤษไม่ว่าชื่อดังกล่าวนี้เป็นส่วนหนึ่งของพระราชบัญญัติ แมกระนั้นก็ดี ในกรณีที่มีบทบัญญัติของกฎหมายเคลือบคลุม ศาลก็เคยใช้ชื่อดังกล่าวเป็นเครื่องมือในการตีความกฎหมายเหมือนกัน

หัวข้อย่อข้างพระราชบัญญัติ (Marginal notes) หัวข้อย่อข้างพระราชบัญญัติไม่ว่าเป็นส่วนหนึ่งของพระราชบัญญัติ แต่ว่ามีไว้เพื่อความสะดวกในการกล่าวอ้างถึงบทบัญญัติในพระราชบัญญัตินั้นนั่นเอง

บทนิยามศัพท์ (Interpretation section) การร่างกฎหมายในรูปพระราชบัญญัติของอังกฤษในปัจจุบันมีการร่างบทนิยามศัพท์รวมไว้ในตัวพระราชบัญญัติเพื่อช่วยในการตีความกฎหมายฉบับนั้นควย โดยปกติ หลักการตีความบทนิยามศัพท์มีอยู่ว่า เว้นแต่ข้อความในตัวบทบัญญัติแต่ละบทแสดงให้เห็นเป็นประการอื่น คำที่มีบทนิยามศัพท์ไว้อย่อมมีความหมายตามที่ปรากฏในบทนิยามศัพท์นั้น .

ตารางท้ายพระราชบัญญัติ (Schedules) ตารางท้ายพระราชบัญญัตินี้โดยปกติถือว่าเป็นส่วนหนึ่งแห่งพระราชบัญญัตินั้นเอง ถ้าหากว่ามีบทบัญญัติบางระบุมุ่งไว้ดังกล่าวอย่างใดก็ดี ถ้อยคำในตารางดังกล่าวนี้จะเปลี่ยนแปลงแก้ไขถ้อยคำและความหมายของตัวบทในพระราชบัญญัติไม่ได้

2. เครื่องมือช่วยในการตีความอื่น ๆ อันมิใช่ตัวพระราชบัญญัตินั้นเอง

รายงานการอภิปรายเกี่ยวกับการร่างกฎหมายของรัฐสภา (Parliamentary Debates in Hansard) และรายงานการอภิปรายในคณะกรรมการร่างกฎหมายของรัฐสภา (Reports of Debates in Select Committee) ตามหลักการตีความกฎหมายของอังกฤษนั้น รายงานการอภิปรายเกี่ยวกับการร่างพระราชบัญญัติ แต่ละฉบับนั้นไม่ว่าจะเป็นเครื่องมือในการช่วยตีความกฎหมาย ซึ่งตรงข้ามกับหลักการตีความกฎหมายของประเทศที่ใช้ประมวลกฎหมาย ซึ่งถือหลักว่ารายงานการประชุมร่างกฎหมายลายลักษณ์อักษร ที่เรียกว่า "ทราไว เปรปาราตัวร์ส" (travaux preparatoire) แต่ละ

ฉบับเป็นเครื่องมือสำคัญอย่างยิ่งในการที่ค้นหาเจตนารมณ์อันแท้จริงของฝ่ายนิติบัญญัติ หลักกฎหมายอังกฤษซึ่งห้ามมิให้อ่างอิงถึงรายงานการอภิปรายเกี่ยวกับร่างกฎหมายในการตีความนั้น เริ่มมีมาแต่คริสต์ศตวรรษที่ 18 เหตุผลสำคัญที่ศาลอังกฤษไม่ยอมอ้างอิงรายงานดังกล่าวก็คือศาลอังกฤษถือหลักที่ว่า ศาลจำเป็นต้องค้นหาเจตนารมณ์ของฝ่ายนิติบัญญัติจากตัวบทกฎหมายนั้นเอง เป็นสำคัญ ส่วนรายงานการอภิปรายกับการร่างกฎหมายของรัฐสภานั้น หากจะให้อ่างอิงโดยอมจะเสียเวลาของคู่ความแต่ละฝ่ายในการค้นคว้าเป็นอันมากประการหนึ่ง และอีกประการหนึ่ง รายงานการอภิปรายของคณะกรรมการร่างกฎหมายนั้นก็มิได้มีการเปิดเผยให้สาธารณชนทราบ

พจนานุกรม ถ้อยคำที่ใช้ในพระราชบัญญัตินั้นมีข้อสันนิษฐานว่าเป็นถ้อยคำที่มีความหมายธรรมดา ดังนั้นศาลจึงชอบที่จะอ้างอิงพจนานุกรมซึ่งให้ความหมายของแต่ละคำไว้ซึ่งมิใช่เป็นคำที่มีความหมายพิเศษในกฎหมาย

รายงานของคณะกรรมการ เกี่ยวกับการปรับปรุงแก้ไขกฎหมาย (Reports of Committee) รายงานของคณะกรรมการปรับปรุงแก้ไขกฎหมายที่เรียกว่า "ลอร์ริฟอรัม คอมมิทีตี" (Law Reform Committee) ศาลยอมรับฟังเพียงเพื่อที่จะพิจารณาว่าสมควรจะให้หลักการตีความโดยอาศัยเหตุที่มีการแก้ไขชอบพร้อมที่มีอยู่ก่อนออกกฎหมายลายลักษณ์อักษรเป็นเครื่องมือช่วยตีความ (The mischief rule) มาใช้ อย่างไรก็ตาม ศาลอังกฤษจะไม่ตีความคำในพระราชบัญญัติตามข้อเสนอแนะของคณะกรรมการดังกล่าว ซึ่งมีปรากฏอยู่ก่อนพระราชบัญญัตินั้น ๆ ออกใช้บังคับ

ในการที่ศาลได้เคยตีความถ้อยคำในพระราชบัญญัติฉบับใดฉบับหนึ่งไว้ ซึ่งแม้จะมีความสำคัญสำหรับกรณีที่มีข้อเท็จจริงในทำนองเดียวกันขึ้นมาสู่ศาลในอีกคดีหนึ่ง และศาลที่มีศักดิ์ต่ำกว่าจะคงถือตามคำวินิจฉัยในเรื่องเกี่ยวกับการตีความตามที่ศาลนั้นๆ ได้เคยมีคำพิพากษาไว้ก่อนนั้นก็สำหรับ ในกรณีอื่น ๆ นั้นการตีความถ้อยคำในกฎหมายใด ๆ ในคำพิพากษาคืออื่น ๆ ถือว่าเป็นเพียงเหตุผลที่ศาลพึงพิจารณาประกอบ ซึ่งศาลเองไม่จำเป็นต้องถือตามนั้น หากแต่ศาลจะต้องไขชุดพินิจของศาลในการที่จะวินิจฉัยว่าคำในพระราชบัญญัติ

นั้นมีความหมายประการใด ตรงกันข้ามถ้าแปลจะต่างถือตามการตีความน้อยคำที่ปรากฏใน คำพิพากษาของศาลที่มีมาก่อนก็จะมีผลเท่ากับว่า ศาลเป็นผู้บัญญัติกฎหมายนั้น แทนที่จะหา เจตนารมณ์ของฝ่ายนิติบัญญัติจากตัวกฎหมายนั่นเอง

กรณีศาลได้เคยตีความใดในพระราชบัญญัติใดไว้แล้ว ศาลที่มีศักดิ์ต่ำกว่าหรือต่ำกว่า จะต้องถือตามความหมายที่ศาลได้เคยตีความไว้ เฉพาะในคดีที่มีข้อเท็จจริง เหมือนกัน กับคดีก่อนดังกล่าวมาข้างต้น แต่ในกรณีที่คำเดียวกันนั้นใช้ในพระราชบัญญัติหลายฉบับ ศาลที่มีศักดิ์ต่ำกว่ามีความผูกพันที่จะต้องถือตามการตีความของศาลที่มีศักดิ์เท่าหรือสูงกว่าเฉพาะ ในกรณีที่พระราชบัญญัติเหล่านั้นเป็นกฎหมายที่ควบคุมเรื่องเดียวกันเท่านั้น ซึ่งเรียกว่า *in pari materia* (deal with the same subject matter) หากเป็นเรื่องอื่น แล้วศาลใบ้จำต้องผูกพันตามนั้น ¹

หลักเกณฑ์ในการตีความกฎหมายฝรั่งเศส

ในประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสในเรื่องการตีความไม่มีบัญญัติไว้ เช่นกฎหมายทั่วไป ทั้งนี้เพราะเหตุที่ว่าพจนานุกรมกฎหมายฝรั่งเศสเห็นว่าหลักนี้เป็นหลักวิชากฎหมายโดยแท้ ซึ่งจำเป็นจะต้องศึกษาเอาผู้ทรงอำนาจนิติบัญญัติไม่จำเป็นจะต้องกล่าวไว้เป็นต้นบท ดังนั้นการค้นหาลักษณะการตีความกฎหมายฝรั่งเศส จึงพบแต่ในตำราของนักกฎหมายซึ่งทางก็แสดงความคิดเห็นของตน ² หลักเกณฑ์ในการตีความกฎหมาย

¹ ชานิทท์ กรีวิเยียร์, กฎหมายแองโกลแซกซอน, กำนับรยายสำหรับนิติศึกษา
โท จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย อักส์เนา

² จีค เกร็ชบุต, คร. หลักเบื้องต้นแห่งการตีความตามตัวบทกฎหมาย, บทบัลดิทซ์
เล่ม 11 พ.ศ. 2481-2482 หน้า 1200

ในการตีความกฎหมายนั้น นักนิติศาสตร์ฝรั่งเศสได้ถกเถียงกันมานานแล้วว่าควร
จะวางหลักเกณฑ์อย่างไร จึงจะถือว่าเหมาะสมที่สุด แต่ก็ยังงกตกลงเป็นที่ยุติกันไม่ได้จึงมี
ความเห็นสรุปเป็นหลักสำคัญไครวม 3 ประการ คือ

1. จะตองตีความกฎหมายตามเจตนารมณ์ของผู้บัญญัติกฎหมาย
2. จะตองตีความกฎหมายตามความประสงค์ของสังคมนั้นในขณะที่ใช้กฎหมายนั้น
บังคับโดยไม่งำนึ่งถึงเจตนารมณ์ของผู้บัญญัติกฎหมาย
3. จะตองตีความกฎหมายโดยคำเนินตามทางสายกลางระหว่าง (1) และ
(2) กล่าวคือโดยวิธีตีความ (1) และ (2) ผสมกัน

1. การตีความกฎหมายตามเจตนารมณ์ของผู้บัญญัติกฎหมาย นักนิติศาสตร์ที่มี
ความเห็นว่าการตีความกฎหมายจะตองกำนึ่งถึงเจตนารมณ์ของผู้บัญญัติกฎหมายเป็นหลักสำคัญ
นั้น นิยมใช้วิธีขยายความกฎหมาย (Methode exegetique)⁽¹⁾

โดยอ่านตัวบทกฎหมายโดยละเอียด แล้วพยายามค้นหาเจตนารมณ์ของผู้บัญญัติ
กฎหมายจากข้อความเหล่านั้นโดยอาศัยหลักภาษาและไวยากรณ์ตลอดจนการค้นหาเหตุผล
ทางตรรกวิทยา (Logic or Dialectic) เช่น การใช้เหตุผลอย่างเดียวกัน (La
raisonnement a pari) หรือใช้เหตุผลในทางตรงข้าม (La raisonnement a
contrario) การใช้เหตุผลที่เหมาะสมยิ่งกว่า (La raisonnement a fortiori)
หรือการใช้วิธีหาเหตุผลที่เรียกว่า de eo quod plerumque fit

ในกรณีที่มีบทบัญญัติของกฎหมายฉบับใดมีข้อความคลุมเคลือหรือมีความหมายไม่ชัด
เจน ผู้ตีความกฎหมายมีหน้าที่ค้นหาเจตนารมณ์หรือเหตุผลที่แท้จริงของผู้บัญญัติกฎหมาย
ในขณะที่ได้มีการบัญญัติกฎหมายฉบับนั้น เมื่อหาเจตนารมณ์ของผู้บัญญัติกฎหมายได้แล้ว ก็ให้
ตีความกฎหมายตามเจตนารมณ์ของผู้บัญญัติกฎหมายนั้น วิธีที่จะค้นหาเจตนารมณ์ของผู้บัญญัติ
กฎหมายในชั้นนี้มีอยู่ด้วยกันหลายวิธี คือ

¹ วารวิ วิชา นนท์, การตีความกฎหมายฝรั่งเศส วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัย-
ธรรมศาสตร์ ธันวาคม 2513 หน้า 127-132.

ก. พยายามค้นหาความหมายจากบทบัญญัติของกฎหมายอื่น ๆ ที่ใช้ถ้อยคำอย่างเดียวกันด้วยเพื่อที่จะนำมาเปรียบเทียบกับถ้อยคำในกฎหมายที่ไม่ชัดเจนนั้น ว่าถ้อยคำเฉพาะคำใดคำหนึ่งในกฎหมายต่าง ๆ กันนั้นมีความหมายอย่างเดียวกันหรือต่างกันอย่างไร

ข. พยายามค้นหาเจตนารมณ์ของผู้บัญญัติกฎหมายหรือจากเหตุการณ์ที่ล่วงมาแล้ว (précédents historique)

ค. พยายามค้นหาเจตนารมณ์ของผู้บัญญัติกฎหมาย จากเอกสารที่ใช้ในการเตรียมการร่างกฎหมาย (travaux préparatoires)

เมื่อได้ใช้วิธีการดังกล่าวแล้ว แต่ก็ยังไม่สามารถทราบเจตนารมณ์ที่แท้จริงของผู้บัญญัติกฎหมายได้ ให้ใช้วิธีสันนิษฐาน หรือสมมติเจตนารมณ์ของผู้บัญญัติกฎหมายเอง โดยคำนึงถึงหลักฐานบางประการหรือคำนึงถึงสิ่งซึ่งกฎหมายได้ระบุไว้ในกรณีอื่น ๆ หรือโดยการตีความ ในกรณีกฎหมายมิได้ระบุไว้ในกรณีหนึ่งกรณีใด หรือโดยคำนึงถึงเหตุการณ์ที่ล่วงมาแล้ว โดยการคำนึงถึงสิ่งต่าง ๆ ที่กล่าวมาแล้วนี้ ก็อาจสันนิษฐานได้ว่าผู้บัญญัติกฎหมายควรจะมีเจตจำนงที่กองการวางกฎหมายไว้อย่างใดบ้างและต้องการรักษากฎที่ระบุไว้ในกฎหมายเดิมอย่างไรบ้าง

เมื่อกรณีที่ปรากฏแน่แท้ว่า ผู้บัญญัติกฎหมายมิได้ประสงค์ที่จะบัญญัติถึงกรณีใดกรณีหนึ่งก็ต้องพิจารณาโดยใช้การเปรียบเทียบ (a l' analogie) ซึ่งอาจถือได้ว่าเป็นไกลเกินกว่าการสันนิษฐานหรือสมมติเจตนารมณ์ดังกล่าว ผู้ตีความกฎหมายจะต้องพยายามค้นคว้าต่อไปว่า ผู้บัญญัติกฎหมายจะบัญญัติอย่างไร ถ้าเป็นกรณีดังกล่าวเกิดขึ้น และโดยวิธีเปรียบเทียบนี้เอง เท่ากับว่า ผู้ตีความกฎหมายเป็นผู้แสดงเจตนาแทนผู้บัญญัติกฎหมายเสียเอง บัญญัติกฎหมายและเจตนารมณ์ของผู้บัญญัติกฎหมาย การตีความวิธีนี้มักจะต้องตีความอย่างเดียวกันเสมอไป เป็นการไม่คำนึงถึงความเปลี่ยนแปลงของสังคม ดังนั้นในบางกรณีจึงไม่เหมาะสมกับสถานการณ์ปัจจุบัน

2. การตีความกฎหมายความประสงค์ของสังคมในขณะที่ใช้กฎหมายนั้นบังคับ
เนื่องจากการตีความกฎหมายโดยวิธีที่กล่าวมานั้นอาจจะไม่พบเจตนารมณ์ที่แท้จริงของผู้บัญญัติกฎหมายหรือไม่เหมาะสมกับภาวะการณ์ของบ้านเมืองที่เปลี่ยนแปลงไป จึงมีผู้เห็นว่า

การตีความกฎหมายจะต้องดำเนินไปตามความประสงค์ของสังคม ในขณะที่ใช้กฎหมายนั้นคือใช้หลักประวัติศาสตร์ และสังคมศาสตร์ (Historique & Sociologique) เพราะกฎหมายก็ถือข้อบังคับที่กำหนดขึ้นให้เหมาะสมกับภาวะการณปัจจุบันของสังคม ด้วยเหตุนี้จึงถือว่า กฎหมายนั้นเมื่อสถานการณ์บัญญัติจนมิดแล้วก็เปลี่ยนจากตัวบัญญัติกฎหมายโดยสิ้นเชิง ความหมายของกฎหมายจำต้องเปลี่ยนแปลงไปตามกาลสมัย เพื่อให้สอดคล้องกับความเปลี่ยนแปลงของสังคม

เหตุที่ความหมายของกฎหมายต้องเปลี่ยนแปลงไปนี้ เนื่องจากเจตนารมณ์ของผู้บัญญัติกฎหมาย ย่อมมีความสำคัญน้อยกว่าความจำเป็นและความต้องการของสังคม เจตนารมณ์ของผู้บัญญัติกฎหมายเป็นเพียงการ แสดงออกซึ่งความประสงค์ของสังคม และความประสงค์ของสังคมนี้ไต่วิวัฒนาการมาโดยลำดับ ฉะนั้น จึงไม่มีเหตุอันใดที่จะยึดถือเจตนารมณ์ที่ล้าสมัย

3. การตีความกฎหมายโดยดำเนินตามทางสายกลางระหว่างวิธีที่หนึ่งและวิธีที่สอง โดยที่มีผู้คัดค้านวิธีตีความกฎหมายทั้งสองวิธีดังกล่าว จึงมีผู้เสนอให้ใช้วิธีตีความกฎหมายโดยดำเนินตามทางสายกลางระหว่างวิธีที่หนึ่งและที่สอง การตีความกฎหมายวิธีนี้ไม่ถือว่าเจตนารมณ์ของผู้ร่างกฎหมายเป็นสาระสำคัญ เพราะคามที่ใดกล่าวมาแล้วจะเห็นได้ว่ากฎเกณฑ์ของกฎหมายนั้นถ้าบัญญัติไว้ไม่ชัดเจนแล้วก็จะเกิดปัญหาในการใช้กฎหมายและเมื่อจำเป็นต้องมีการตีความ ก็จำเป็นต้องมีการเลือกหาวิธีที่ดีที่สุด (Synthèse) เพราะกฎหมายธรรมชาติเป็นกฎหมายทั่วไป กฎหมายลายลักษณ์อักษร เป็นกฎหมายที่บัญญัติขึ้นใช้เฉพาะแต่ละประเทศจึงแตกต่างกันไปแต่ละประเทศ เนื่องจากผู้บัญญัติกฎหมายมีแนวความคิดต่างกัน และมีวัตถุประสงค์ที่จะสนองความต้องการของสังคมโดยใช้วิธีการทางวิชาการ กฎหมายเป็นการแสดงเจตนาอย่างหนึ่ง ผู้มีหน้าที่ในการตีความกฎหมาย จึงต้องดำเนินการด้วยความระมัดระวังในการแสวงหาเจตนารมณ์ของผู้บัญญัติกฎหมายอย่างแท้จริง โดยคัดเจตนารมณ์ของผู้ตีความกฎหมายซึ่งถือเอาเอาใจของตนเองออกโดยเด็ดขาด ซึ่งการดำเนินการนี้ผู้ถือหลักการตีความโดยวิธีขยายความไม่ได้คำนึงถึงหรือจะกล่าวโดยย่อก็คือ รากฐานของระบบการตีความกฎหมายก็คือการค้นหาเจตนารมณ์ของผู้บัญญัติกฎหมายในขณะที่ประกาศ

ใช้กฎหมายนั้น

วิธีการตีความกฎหมายดังกล่าวมานี้ เหมาะที่จะใช้กับข้อเท็จจริงที่มีได้แตกต่างไปจากกฎหมายที่บัญญัติไว้ในขณะที่ประกาศใช้กฎหมาย จึงเกิดมีปัญหาคือว่า ถ้าการกระทำที่เกิดขึ้นใหม่นั้นแตกต่างไปจากข้อเท็จจริงที่ผู้บัญญัติกฎหมายบัญญัติไว้ก็ดี หรือไม่ได้บัญญัติไว้ หรือมิได้คาดคิดไว้ก็ดีจะหาอย่างไร ปัญหาดังกล่าว Francois Gény ได้เสนอให้ใช้วิธีที่เรียกว่าหลักการการค้นคว้าทางวิชาการอย่างอิสระ (La Lira recherche scientifique) คือ ในกรณีที่ไม่มีการบัญญัติไว้ชัดเจน ผู้ตีความกฎหมายจะต้องกำหนดกฎเกณฑ์ที่เหมาะสมที่สุดโดยอาศัยข้อเท็จจริงเท่าที่มีอยู่โดยถือหลักเหตุผลของกฎหมายและเหตุผลทางวิชาการประกอบกัน แต่การตีความโดยวิธีนี้ทำให้มีผู้คัดค้านได้ว่า ถ้าผู้ตีความกฎหมายใช้วิธีนี้แล้วก็จะเป็นการให้อำนาจผู้ตีความกฎหมายเป็นผู้สร้างกฎหมายเสียเอง

ดังนั้นก่อนที่จะใช้วิธีค้นคว้าทางวิชาการอย่างอิสระจำเป็นต้องมีข้อสงวนไว้บางประการคือ ประการแรกจะต้องคนหารากฐานของข้อยุ่งยากใหม่ ๆ โดยพิจารณาจากบทบัญญัติและใจความของกฎหมาย เพราะเป็นการไม่ชอบด้วยกฎหมายหรือที่จะใช้บทบัญญัติของกฎหมายกับกรณีที่เขาอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์ทั่วไปที่ผู้บัญญัติกฎหมายเป็นผู้กำหนดไว้ แม้ว่าผู้บัญญัติกฎหมายจะไม่สามารถคาดคิดถึงกรณีนี้และใช้ทางแก้เกี่ยวกับกรณีนี้มาก่อนก็ตาม ซึ่งการระบุดังกล่าวเช่นนี้จะทำได้ก็ภายใต้เงื่อนไขที่ไม่ขัดต่อเจตนารมณ์ของผู้บัญญัติกฎหมาย ประการที่สอง การใช้วิธีตีความกฎหมายตามเจตนารมณ์ของผู้บัญญัติกฎหมายน้อยกว่าความคิดที่ผู้บัญญัติกฎหมายได้ยึดถือเป็นหลัก ประการสุดท้าย คงเหลือแต่การตีความโดยอาศัยวิชาการซึ่งอุปสรรคหนึ่งว่า ผู้ตีความกฎหมายมิได้มีอิสระในการตีความอย่างเต็มที่ ทั้งนี้เพื่อที่จะไม่ให้ความเห็นในทางกฎหมายของบุคคลเหนือหลักกฎหมายทั่วไป และเป็นการรักษาไว้ซึ่งเจตนารมณ์ของผู้บัญญัติกฎหมาย

วิธีการตีความของกฎหมายฝรั่งเศสที่กล่าวมาข้างต้น เป็นวิธีการตีความแบบอาศัยตรรกวิทยาในการพัฒนากฎหมายคือ กฎหมายที่รองรับไว้ไว้บ้าง ด้วยการตีความโดยวิธีอุปนุมาณ (Deduction) และวิธีอุปมาน (Induction) แต่ตามกฎหมายมีช่องว่างไม่มีตัวบท

มาปรับแก้คดี ศาลจะปฏิเสธว่า ไม่มีกฎหมายปรับแก้คดีแล้วยกฟ้องไม่ได้ Francosis Geny ได้เสนอวิธีการในการอุดช่องว่างของกฎหมายโดยใช้จารีตประเพณี (custom) และทฤษฎีกฎหมายที่นานับถือ (Jurisprudential or Dactrinal Authority) ต่อจากนั้นได้เสนอวิธีอุดช่องว่าง 2 วิธี

1. การใช้ Analogy
2. การใช้ Geny Objective Method

Francosis Geny เป็นนักนิติศาสตร์ชาวฝรั่งเศสได้เสนอให้ "นักนิติศาสตร์สร้างหลักกฎหมายใหม่ ๆ ได้ โดยไม่มีเค้าโครงเดิม บางคนเรียกว่า "หลักอิสระในการวิจัยทางวิชาการ" (The Principle of Free Scintific Research) ซึ่งงานเขียนของเขาชื่อ The Method of Interpretation in Positive Private Law ในบทความนี้เขาได้แสดงให้เห็นว่า สำนักกฎหมายธรรมชาตินิยมถือหลักการวางประมวลกฎหมายฝรั่งเศสโดยอาศัยเหตุผลที่ถูกต้องนำไปสู่การตีความตัวอักษรตายตัวเรียกว่า "Formalism" หรือ Exegetical Method (หรือ Exegeses) ทั้งนี้เนื่องมาจากมีแนวคิดแบบอุดมการณ์นิยมปรนัย (Objective Idealism) เชื่อว่ากฎหมายที่มีอยู่ (Positive Law) สามารถตอบปัญหากฎหมายได้ทุกเรื่องทุกกรณี และเชื่อว่าผู้บัญญัติกฎหมายได้มองเห็นเหตุการณ์ล่วงหน้าและวางหลักเกณฑ์ทุกสิ่งทุกอย่างไว้หมดแล้ว เมื่อกฎหมายมีช่องว่างก็ต้องใช้วิธีการหาหลักกฎหมายทั่วไปจากตัวบทกฎหมายนั้นเองเป็นวิธีการที่เรียกว่า "Induction" ซึ่ง Geny เห็นว่าเป็นวิธีการที่ไม่ถูกต้องเพราะกว้างเกินไปทำให้ไม่ยุติธรรมในบางกรณี

Geny เสนอวิธีตีความใหม่ เมื่อกฎหมายมีช่องว่างก็ไม่จำเป็นต้องแสวงหาเจตนารมณ์ของผู้บัญญัติกฎหมาย โดยให้ความเป็นอิสระในการแสวงหาหลักกฎหมาย ในการพิจารณาการของกฎหมายและความเกี่ยวเนื่องกับสภาพแวดล้อมในสังคม เมื่อกฎหมายมีช่องว่าง Geny ให้ใช้จารีตประเพณี (Custom, Tradition) และผู้พิพากษามีอิสระอย่างมากในการตีความ แมว่าจะอยู่นอกเจตนารมณ์ของกฎหมาย ในการแสวงหาหลักกฎหมาย

นี้ต้องโดยอิสระ (freely) และอย่างถูกหลักวิชาการ "อิสระ" เพราะว่าการกฎหมายที่ดี
 ความไม่ผูกพันบังคับไว้ "ตามหลักวิชาการ" เพื่อแสวงหาความจริง (Objective truth)
 ไม่ให้ตัดสินตามอำเภอใจตนเอง วิชาการต้องขึ้นอยู่กับเหตุผลความรู้ลึกซึ้งชอบและสังคม
 ในชีวิตจริง Geny เรียกว่า ลักษณะปฏิฐาน (The Nature of Positive Things)

นอกจากนี้ Geny ยังใช้ Pure Reason (เหตุผลบริสุทธิ์) และ Practical Reason (เหตุผลปฏิบัติ) ในการวิจัยอย่างอิสระทางวิชาการด้วย ซึ่งหลักความคิดเห็น
 ของ Geny เหล่านี้ Geny เสนอความคิดเห็นในการออกของร่างของกฎหมาย 2 ประการ
 ดังกล่าวข้างต้น คือ

1. วิธี Analogy ในการเทียบเคียงเพื่อออกของร่างของกฎหมาย โดยสามารถ
 เทียบเคียงใช้ได้เป็นคดีไป นอกจากนั้น Analogy ที่ Geny เสนอว่าเป็นสิ่งสำคัญใน
 Free Research นี้ไม่ใช้การตีความกฎหมาย แต่เป็นการสร้างกฎหมายและมีได้มีวัตถุประสงค์
 ประสงค์ที่จะอ้างว่าเป็นเจตนารมณ์ของผู้บัญญัติกฎหมายด้วย แต่เป็นสิ่งที่ทำให้กฎหมายนั้นถูก
 สร้างขึ้นได้แก่คือธรรมเนียมการเมือง, เศรษฐกิจ และสถานะสังคม ซึ่งจะแก้ปัญหากฎหมายข้อ
 นั้นได้โดยผู้ตีความสามารถเทียบเคียงได้อย่างอิสระไม่มีสิ่งใดบังคับ คือไม่อาศัยตรรกวิทยา
 ที่ตีความจากตัวบท ซึ่งวิธีการตีความนี้จึงมีแนวโน้มให้ใช้ Comparative Law

2. Geny Objective method เป็นการตีความแบบภาวะวิสัยเป็นการนำ
 กฎหมายทั้งหมดมาวิเคราะห์เพื่อแก้ปัญหาและมีใช้คู่แต่ที่กฎหมายเท่านั้น แต่ยังนำวิชาการใน
 ด้านอื่น ๆ มาใช้รวมด้วย ซึ่งวิธีนี้มีลักษณะไปในการสังคมวิทยา

วิธีการ Free Scientific Research ของ Francois Geny อาศัย
 หลัก 3 ประการ

1. หลักของความเป็นอิสระของเจตจำนง (Autonomy of the will)
 ในกรณีที่ตัวบทไม่มีบัญญัติไว้ก็ไม่จำเป็นต้องผูกพันกับตัวบท ให้อาศัยภาวะแวดล้อมในสังคม
 เป็นเครื่องแสวงหาหลักกฎหมาย

2. หลักของความเป็นระเบียบในสังคม (Public Order)

3. หลักความสมดุลประโยชน์ในสังคม (Equilibrium of Interests)

เป็นการแสวงหาคำตอบของกฎหมาย โดยพยายามเปรียบเทียบความขัดแย้งของผลประโยชน์ที่เกี่ยวข้องให้อยู่ในสภาวะสมดุลย์ให้สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของสังคม หลักดังกล่าวนี้เป็นเครื่องชี้แนวนักนิติบัญญัติในหลายกรณี ในกรณีที่กฎหมายเกิดช่องว่างให้สมควรนำมาใช้กับการที่ความของศาลได้ เพราะเป็นที่ทราบกันอยู่แล้วว่าภาวะสังคม เศรษฐกิจ ย่อมเปลี่ยนแปลงไป กฎหมายอาจจะล้าสมัย และฝ่ายนิติบัญญัติก็ไม่แน่ว่าจะสามารถออกกฎหมายมาทันเหตุการณ์ได้หรือไม่ ดังนั้นถ้าเปิดให้ศาลใช้ Free Scientific Research แล้วจะแก้ไขปัญหาได้ และหลักกฎหมายนั้นถ้าถูกมอง ใช้ไปนาน ๆ ทิศตอกันก็จะกลายเป็นจารีตประเพณี ซึ่งเป็นแนวทางให้ฝ่ายนิติบัญญัติบัญญัติเป็นกฎหมาย ก่อให้เกิดความยุติธรรมและสอดคล้องกับความเป็นจริง และมีประโยชน์ด้วย

การตีความกฎหมายไทย

สำหรับเรื่องการตีความกฎหมายไทยนั้น ได้มีบัญญัติไว้ มาตรา 4 แห่ง ป.พ.พ.

ในมาตรา 4 วรรค 1 ตามที่กล่าวมาในหัวข้อที่ 1 นั้น แต่เดิมบัญญัติอยู่ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ฉบับ พ.ศ. 2466 (ซึ่งยกเลิกไป) ในมาตรา 13-14 อยู่ในลักษณะ 2 ว่าด้วยการปรับกฎหมาย¹ อันเป็นประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ฉบับแรกของประเทศไทยในประเทศต่าง ๆ เช่น ฝรั่งเศส เยอรมัน ญี่ปุ่น นั้นประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์จะแยกกันอยู่เป็นคนละประมวล เพราะการค้าทงเกี่ยวข้องกับสาธารณชน ส่วนมากต้องการความรวดเร็วและในทางคำมีประเพณีทางการค้ามากจึงจำเป็นต้องแยกและคุ้มครองเป็นพิเศษ² ส่วนของไทยนั้น ทั้ง 2 ประมวลรวมกันเพราะฐานะทางแพ่งและ

¹ โดยจินดา ชัยรัตน์ เรื่องเดิม หน้า 11.

² หลวงประดิษฐมนูธรรม (ปรีดี พนมยงค์), บันทึกข้อความสำคัญประกอบคำพูดหาเหตุผล และคำแนะนำแห่ง ป.พ.พ. บรรพ 1 (พระนคร, โรงเรียนนิติศาสตร์, 2471), หน้า 3, 4, 5.

พาณิชย์ไม่แตกต่างกัน

ใน ป.พ.พ. ฉบับ พ.ศ. 2468 มาตรา 13, 14 บัญญัติไว้มีใจความว่า

"มาตรา 13 ถ้าไม่มีกฎหมายที่ระบุปรับแก้คดีใด ท่านให้ยกเอาจารีตประเพณีมาปรับแก้คดีนั้น"

"มาตรา 14 ถ้าไม่มีบทกฎหมายจารีตประเพณีที่นำมาวินิจฉัยแก้คดีใดท่านให้วินิจฉัยคดีนั้นอาศัยบทที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง ถ้าเทียบหลักกฎหมายอันแพร่หลาย"

นิติวิธี ป.พ.พ. ฉบับ 2466 คือ

1. ตัวกฎหมาย
2. จารีตประเพณี
3. เทียบเคียง (Analogy)

4. หลักกฎหมายทั่วไป (General principles) ต่อมาได้มีการแก้ไขเพิ่มเติม ป.พ.พ. บรรพ 1-2 เป็นฉบับ พ.ศ. 2468 (คือฉบับที่ใช้ปัจจุบันนี้) รวมทั้งให้ยกเลิก มาตรา 13-14 เสีย และร่างเป็นมาตรา 4 ป.พ.พ. ไทยปัจจุบันซึ่งต้นกำเนิด (Historical source) นำมาจากประมวลแพ่งสวิสมาตรา 1 ซึ่งร่างโดย Proffer Eugen Heber แห่ง Berne University ที่ร่างแบบ Germanic Historical School ซึ่งตีความโดยอาศัยคูประวัติศาสตร์ได้อยู่แล้วในทางทฤษฎี กฎหมายแพ่งเยอรมันก็มีการร่างตามกฎหมายโรมันโดยพวก Romanist กับกฎหมายจารีตประเพณีเฝ้าเยอรมันโดยพวก Germanist มาจัดระบบการศึกษาแบบมีระเบียบ (Systematic) กว่า Code Napoléan ของฝรั่งเศส Code Napoléan นั้น มีการนำกฎหมายโรมันทางตอนใต้และกฎหมายจารีตประเพณี เฝ้าเยอรมันทางตอนเหนือมารวมกัน เช่นเดียวกันแม้จะมีแนวคิดแต่แรกเป็นแบบอุดมการณ์สูงสุด Transcendental Idealism

สำหรับมาตรา 4 ของไทยนี้วรรคแรก นำมาจากมาตรา 1 วรรค 2 ของประมวลแพ่งสวิส ส่วนวรรคสองและวรรคสามของมาตรา 4 นี้ พอดีเทียบได้กับมาตรา 13

และมาตรา 14 ของฉบับ พ.ศ. 2466 ตามลำดับ คงเป็นวรรคหนึ่งของฉบับ พ.ศ. 2466 ไม่มีบัญญัติไว้ จึงใคร่ร่างขึ้นอนุโลมตามประมวลกฎหมายแพ่งสวีต มาตรา 1 ซึ่งอาจเห็นได้ทันทีว่า ไซ้ถ้อยคำตามวรรคหนึ่งของประมวลกฎหมายแพ่งสวีต (ฉบับภาษาอังกฤษ) ทุกตัวอักษร สำหรับกฎหมายต่างประเทศอื่นนั้น พอจะเทียบได้กับมาตรา 6 ของประมวลกฎหมายแพ่งสเปน มาตรา 16 ของประมวลกฎหมายแพ่งโปรตุเกสและมาตรา 3 ของ Provisions governing the publication, interpretation and application of general laws ของกฎหมายอิตาลี

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ฉบับ พ.ศ. 2468
 มาตรา 4 อนุสัญญานั้น ท่านว่าต้องใจในบังคับกรณีซึ่งต้องด้วยบทบัญญัติใด ๆ แห่งกฎหมายตามตัวอักษร ถ้าตามความมุ่งหมายของบทบัญญัตินั้น ๆ

เมื่อใดไม่มีบทกฎหมายที่จะยกมาปรับคดีได้ ท่านให้วินิจฉัยคดีนั้นตามคลองจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น

ถ้าและไม่มีจารีตประเพณีเช่นนั้น ท่านให้วินิจฉัยคดีอาศัยเทียบบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง และถ้าบทกฎหมายเช่นนั้นไม่มีด้วยไร ท่านให้วินิจฉัยตามหลักกฎหมายทั่วไป

4. 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.

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ฉบับ พ.ศ. 2466

มาตรา 13 ถ้าไม่มีบทกฎหมายที่จะยกมาปรับแก้คดีใด ท่านให้ยกเอาจารีตประเพณีมาปรับแก้คดีนั้น

13. If there is no law applicable to a case, custom shall apply.

มาตรา 14 ถ้าไม่มีบทกฎหมายจารีตประเพณีที่จะนำมาวินิจฉัยแก้คดีใด ท่านให้วินิจฉัยคดีนั้นอาศัยเทียบบทที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง ถ้าเทียบหลักกฎหมายอันแพร่หลาย

14. 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 of law.

ประมวลกฎหมายแพ่งสวีต

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 the 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.

2. ความประสงค์อันสำคัญยิ่งของมาตรานี้ก็เพื่อที่จะอุดช่องว่างแห่งกฎหมาย กล่าวคือ เพื่อที่จะนำกฎหมายไปใช้ปรับกรณีให้ได้มากที่สุด มิฉะนั้น กฎหมายก็จะมีผลประการใด ดังจะเห็นได้ว่าบัญญัติวิธีใช้กฎหมายไว้ 5 วิธีด้วยกัน เพื่อที่จะให้ผู้ใช้กฎหมายได้ใช้กฎหมายได้ ซึ่งในท้ายที่สุดก็ให้ใช้กฎหมายทั่วไป

การใช้กฎหมายในมาตรานี้เข้าใจว่า ผู้ร่างประสงค์ให้ใช้ไปตามลำดับดังนี้ คือ (1) ตามตัวอักษร (2) ตามความมุ่งหมาย (3) ตามคลองจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น (4) เทียบบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งและ (5) ตามหลักกฎหมายทั่วไป มิใช่ว่าเมื่อตัวอักษรชัดเจนแล้วจะนำ (2) (3) (4) หรือ (5) มาพิจารณาในการตีความ การตีความจะกระทำเมื่อพิจารณาตามตัวอักษร แล้วก็ยังไม่ชัดเจนหรือยังมีข้อสงสัยอยู่ โดยพิจารณาความมุ่งหมายของผู้ตรากฎหมายนั้นก่อน แต่จะเข้าไปพิจารณาจารีตประเพณีหรือเทียบบทกฎหมายใกล้เคียงหรือหลักกฎหมายทั่วไปหาได้ไม่¹ อนึ่ง คำว่า "ตามตัวอักษร" ที่ใช้อยู่ในมาตรานี้ควรจะหมายความว่า "ตัวอักษร" ที่ปรากฏอยู่ในหนังสือราชกิจจานุเบกษา ซึ่งเป็นหนังสือของทางราชการ มิใช่ในตัวอักษรที่ตีพิมพ์จากที่อื่นซึ่งอาจไม่ตรงกับต้นฉบับที่ประกาศในราชกิจจานุเบกษามาพิจารณา

คำว่า "กฎหมาย" โดยทั่ว ๆ ไปย่อมเข้าใจกันว่าหมายถึงกฎหมายทั่วไป มิได้หมายเฉพาะกฎหมายลายลักษณ์อักษร ซึ่งเรียกว่าบทบัญญัติกฎหมายเท่านั้น ยังหมายถึงข้อบังคับอื่น ๆ อันได้บังคับได้อย่างกฎหมาย เช่น จารีตประเพณี เป็นต้น

แต่ในมาตรา 4 ว่ากฎหมายนี้ หมายความว่าถึงกฎหมายอันเป็นลายลักษณ์อักษร ซึ่งเทียบจากมาตรา 4 ในบรรพ 1 เก่า ซึ่งมีบทวิเคราะห์คำว่ากฎหมาย² ไว้

ดังนั้นหลักการตีความในกฎหมายที่นี้จึงเป็นหลักการตีความตัวบทกฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษร เพราะอันที่จริงแล้วกฎหมายที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษร ก็ไม่มีปัญหาอะไรที่จะต้องตีความกัน เพราะหากจะมีก็คงรวมอยู่ในการพิจารณาลำดับหาข้อบังคับแห่งกฎหมายอยู่แล้ว³

¹ ทีวี ฤกษ์จำนง, รายงานการประชุมร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์และบันทึกประกอบ (บทบัญญัติ เล่ม 20 ตอน 3) ก.ค. 2505, หน้า 606-608.

² คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ 1-2 มาตรา 1-240 ของพระยาเพชรพิรุณ (บุญช่วย วณิกกุล) โรงพิมพ์ ไทยพิทยา พระนคร 2509.

³ การตีความในกฎหมายไทย โดยนายจินดา ชัยรัตน์ เคยอ้างแล้ว

สำหรับกฎหมายที่มีบทบัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษรถ้าพิจารณาแล้วจะเห็นว่าเมื่อกฎหมายบัญญัติไว้ชัดเจนก็ไม่มีอะไรตีความหมายคงใช้บังคับตามตัวอักษรที่บัญญัติไว้ในแต่ละมาตราแต่ตามที่โคกถาวมาแทนแล้วว่าเป็นการยากที่จะบัญญัติไว้โดยละเอียดในทุกกรณีในกรณีที่มีข้อสงสัยไม่ชัดเจนจึงต้องมีการตีความ

ตามธรรมชาติแล้ว จะประกาศใช้กฎหมายใดออกมาให้ราษฎรปฏิบัติตาม ผู้ร่างกฎหมายย่อมจะต้องระมัดระวังที่จะใช้ถ้อยคำตลอดจนเรียงลำดับมาตราต่าง ๆ เพื่อให้เข้าใจง่ายและสะดวกในการใช้ ในขณะที่เดียวกันก็พยายามป้องกันมิให้เกิดปัญหาสงสัยขึ้นในอนาคต แต่ก็เป็นที่ยอมรับกันว่ากฎหมายเป็นสิ่งที่เกิดจากผลงานของมนุษย์ปุถุชนธรรมดาจึงปรากฏอยู่เสมอว่า อาจเกิดปัญหาเกี่ยวกับกฎหมายในภายหลัง ทั้งนี้เพราะไม่มีผู้ใดสามารถจะคาดหมายถึงเหตุการณ์ในอนาคตได้ว่าจะมีอะไรเกิดขึ้น ดังนั้นจึงปรากฏอยู่เสมอว่ากฎหมายที่ประกาศออกมาใช้บังคับแก่ราษฎรนั้นไม่สมบูรณ์เท่าที่ควร ซึ่งอาจจะเป็นกรณีที่ว่าข้อความในกฎหมายไม่ชัดเจน มีความหมายหลายทางหรือมีข้อวางคลุมไม่ถึงบางกรณีที่เกิดขึ้น ทำให้มีปัญหาเรื่องการตีความเกิดขึ้น

เมื่อพิจารณาแล้วจะเห็นได้ว่าในมาตรา 4 เป็นบทบัญญัติที่มาของกฎหมายหรือที่จะนำบทกฎหมายมาใช้ ไม่ใช่เป็นบทกำหนดวิธีตีความ แต่ในมาตรา 4 นี้เอง กล่าวถึงในบางครั้งก่อนใช้กฎหมายปรับแก้คดีที่เกิดขึ้นต้องมีการตีความก่อน

จากบันทึกรายงานการประชุมร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์และบันทึกประกอบของหลวงสารสาสน์ประพันธ์ว่า ในร่างนี้มีคำว่า Analogy อยู่ด้วยแปลว่ารวมทั้งที่มาแห่งกฎหมาย ที่จะใช้บังคับแก่คดีได้ เหมือนตัวบทคือ

- 1) ตัวบทเป็นลายลักษณ์อักษร
- 2) ประเพณีที่เรียกกันว่า จารีตประเพณี
- 3) หลักกฎหมายทั่วไป

นอกจากนี้ยังมีหลักการแปลเจตนาความประสงค์ของผู้ทำตัวบทและความหมายของตัวบทกฎหมายซึ่งเรียกว่าลักษณะการแปลกฎหมายรวมอยู่ในมาตราเดียวกันคือ

- 1) แปลโดยเทียบบททั้งหาหลักกฎหมายที่ไม่มีบทโดยตรงบอกไว้
- 2) ความเห็นของผู้มีความรู้กฎหมาย เขียนตำราเรียน เอามาช่วยการแปลหลักกฎหมาย บทกฎหมาย
- 3) หลักกฎหมายที่เกิดจากวิชากฎหมาย Juris prudance อาจจะเป็นคำพิพากษาของศาลสูงที่ถึงที่สุดเค็ดขาดแล้วฎาวิชากฎหมายต่างประเทศ¹

การตีความ ก็คือการค้นหาเพื่ออธิบายความหมายของบทบัญญัติในกฎหมายนั้นๆ ถ้าปราศจากเสียซึ่งการค้นหาความแจ่งชัดของบทบัญญัติที่ว่านั้นแล้วก็ไม่อาจนำบทบัญญัติของกฎหมายนั้นไปใช้บังคับอย่างถูกต้องได้ หรือมีผู้กล่าวว่า การตีความจึงหมายถึงการแปลกฎหมายและจะใช้บังคับกับเหตุการณ์ได้อย่างไร และด้วยเหตุนี้เองการตีความกฎหมายกับการใช้กฎหมาย (Interpretation and Application of Statutes) จึงเป็นเรื่องที่ต้องพิจารณาและศึกษาควบคู่กันไป² การตีความของกฎหมายนับว่าเป็นเรื่องสำคัญในการใช้กฎหมาย ทั้งนี้เพราะกฎหมาย เมื่อเกิดปัญหาในการใช้กฎหมายไม่ชัดเจนก็ต้องตีความให้ชัดเจนว่ามีความหมายอย่างไร จะนำมาใช้ปรับแก้ข้อเท็จจริงได้เพียงใด

การตีความในกฎหมายนั้น ได้มีคำสอนเกี่ยวกับความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไปของ อาจารย์ หลายท่านได้ให้ความเห็น เช่น อาจารย์ โอสถ โกศิน, อาจารย์ พิชญ์ รพินทร์ ว่าควรแยกพิจารณาออกเป็น 2 ตอน คือ

1. ใครเป็นผู้ตีความกฎหมาย
2. หลักในการตีความ

1. ใครเป็นผู้ตีความในกฎหมาย

1. หลักเกณฑ์ทั่วไปมีอยู่ว่า ผู้ใดจะต้องใช้กฎหมาย ผู้นั้นก็ต้องตีความในกฎหมาย

¹ ทีวี ถูกจำนอง เรื่องเดิม หน้า 600

² ดร. อัคราธร จุฬารัตน์ หลักทั่วไปของการตีความในกฎหมายอิตาเลียน

ในสมัยสมบูรณาญาสิทธิราชย์ พระมหากษัตริย์ทรงใช้พระราชอำนาจตีความในกฎหมายใดก็ตาม เมื่อได้มีการใช้รัฐธรรมนูญ มีการกระจายอำนาจของพระมหากษัตริย์ออกเป็นสามและทรงใช้อำนาจตุลาการทางศาล จึงไม่มีหน้าที่บัญญัติให้พระมหากษัตริย์ตีความในปัจจุบัน

ดังนั้นการตีความในกฎหมายจึงเป็นหน้าที่ของบุคคลที่จำเป็นที่ใช้กฎหมาย เพราะฉะนั้นเรื่องการตีความจึงไม่เกี่ยวแต่เฉพาะเจ้าหน้าที่งานซึ่งมีหน้าที่ใช้กฎหมายเท่านั้น แต่เกี่ยวกับนักกฎหมายทั่วไป แม้ผลในทางกฎหมายที่ได้จากการตีความจะแตกต่างกันก็ตาม คือการตีความโดยเจ้าหน้าที่ผู้ใช้กฎหมายเช่นผู้พิพากษา ย่อมมีผลผูกพันในบังคับได้อย่างน้อยก็เฉพาะกรณี เฉพาะเรื่องในคำพิพากษาและคำสั่งของศาล ส่วนการตีความโดยนักนิติศาสตร์หรือนายความนั้น เป็นการส่วนตัวไม่มีผลบังคับใดก็ตาม แต่ผลที่ได้ในทางหลักวิชาย่อมเป็นอย่างเดียวกัน เพราะว่าทั้งเจ้าหน้าที่ตีความโดยหน้าที่ราชการและบุคคลธรรมดาซึ่งตีความเป็นส่วนตัว ย่อมมีจุดประสงค์อันเดียวกัน คือการตีความให้ถูกต้องตรงกับความมุ่งหมายของกฎหมายนั้น ๆ ¹

การตีความในกฎหมายจึงตกเป็นหน้าที่ของบุคคลดังต่อไปนี้

1. ผู้ใช้กฎหมาย
2. ผู้ร่างกฎหมาย
3. นักนิติศาสตร์
4. ศาล
5. ผู้ตีความเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญ

(1) ผู้ใช้กฎหมาย ตามหลักทั่วไปผู้ใดต้องใช้กฎหมายผู้นั้นต้องตีความในกฎหมายเสียก่อนทั้งนี้เพื่อป้องกันผิดพลาดในการใช้ ผู้ใช้กฎหมายนี้เราแบ่งบุคคลเหล่านี้ออกเป็น 2 จำพวก

¹ศาสตราจารย์ ดร. ประกอบ หุตะสิงห์ การตีความกฎหมายลายลักษณ์อักษร เทียบเคียงกับกฎหมายเยอรมัน นิติศาสตรวิทยาสถาสร เล่ม 1 ตอน 3 โรงพิมพ์รวมพิมพ์ 2518 หน้า 69.

ก. ราษฎร ที่จำเป็นต้องใช้กฎหมายก็ต้องตีความกฎหมายเพื่อประโยชน์ของตนเอง เช่นในการแบ่งก็ต้องตีความเพื่อเป็นผลประโยชน์ เช่นในการทำนิติกรรมหรือสัญญา ระหว่างกัน เพื่อให้ถูกต้องตามกฎหมาย หรือเพื่อให้รู้ว่าตนมีสิทธิและหน้าที่ระหว่างกันอย่างไร ในทางอาญาเมื่อจะทำหรืองดเว้นการใดอันมีข้อสงสัย ว่าเป็นกรณีที่ถูกกฎหมายอาญาบัญญัติว่าเป็นความผิดหรือไม่ ดังนั้นเมื่อมีกรณีสงสัย ซึ่งราษฎรผู้ใช้กฎหมายไม่เข้าใจสงสัยว่ามีความหมายอย่างไรก็อาจจะนำปรึกษากับผู้รู้กฎหมายหรือทนายความก็ได้

ข. เจ้าพนักงาน เจ้าพนักงานเป็นผู้หน้าที่ปฏิบัติกรณหน้าที่ราชการโดยปกติ ดังนั้นต้องปฏิบัติตามกฎหมายทั้งทางแพ่งและทางอาญารวมทั้งระเบียบวินัยทางปกครอง จึงมีสิทธิที่จะตีความในกฎหมายนั้น ๆ ได้ ในการตีความของเจ้าพนักงานนี้ บางกรณีมีกฎหมายบัญญัติว่าวินิจฉัยของเจ้าพนักงานเป็นผู้วินิจฉัย ถ้ากรณีไม่พอใจก็อุทธรณ์ต่อไป ถ้ากรณีในเรื่องนั้นเห็นว่าการวินิจฉัยไม่ชอบด้วยกฎหมาย อาจฟ้องร้องศาลต่อไปได้

แต่ในบางเรื่องกฎหมายอาจจะบัญญัติไว้คำว่า คำวินิจฉัยอุทธรณ์ของเจ้าพนักงานให้ถือว่าเป็นที่สุด แต่วิธีนี้ไม่ค่อยจะนิยมกัน เพราะการออกกฎหมายเช่นนี้เป็นการเสี่ยงต่อภาระผิดสิทธิของราษฎรตามที่มีอยู่ในรัฐธรรมนูญ และคณะกรรมการตุลาการรัฐธรรมนูญอาจชี้ขาดว่ากฎหมายนั้นเป็นโมฆะได้ อย่างไรก็ตามการบัญญัติว่าคำวินิจฉัยอุทธรณ์ของเจ้าพนักงานให้ถือเป็นที่สุดนี้ก็เป็นที่สุดเฉพาะด้านฝ่ายบริหาร ผู้ไม่พอใจคำวินิจฉัยยังอาจฟ้องต่อศาลต่อไปได้

ส่วนในกรณีที่ไม่มีบทกฎหมายบัญญัติไว้โดยตรงให้เจ้าพนักงานในตำแหน่งหน้าที่ต้องใช้กฎหมายใด เจ้าพนักงานนั้น ก็จะเป็นผู้ตีความกฎหมาย เช่น พนักงานฝ่ายปกครอง หรือ ตำรวจ พนักงานอัยการ ฯลฯ เป็นต้น

2. คู่มือกฎหมาย

ในบางกรณีที่กฎหมายที่ประกาศใช้แล้วมีข้อความเป็นปัญหาไม่ชัดเจนในทางปฏิบัติ ศาลแต่ละศาลมีความเห็นไม่เหมือนกัน ตีความแตกต่างกันไป อันจะทำให้เป็นดราม่าล้อมประโยชน์

ของกฎหมายลายลักษณ์อักษร ซึ่งต้องเป็นข้อบังคับที่มีความหมายไต่หยั่งค้ำอย่างเดียวกันทั่วราชอาณาจักร เพื่อแกไขข้อขัดข้องนี้บัญญัติกฎหมายอาจจะออกกฎหมายอีกฉบับหนึ่งที่มีความหมายฉบับเดิมโดยอธิบายข้อความที่เคลือบคลุมไม่ชัดเจน ให้มีผลบังคับย้อนหลังไปถึงวันที่กฎหมายฉบับเก่าได้ ทั้งนี้เพราะเป็นกฎหมายที่เป็นประโยชน์แก่ผู้กระทำความผิดซึ่งกล่าวมาแล้วในเรื่องการมีผลย้อนหลังในเรื่องของเขตการไต่หยั่งค้ำบทบัญญัติ มาตรา 4 ในเรื่องกาลเวลาหรือผู้ร่างกฎหมายร่างกฎหมายเกี่ยวกับเรื่องนั้นใหม่ทั้งฉบับแทนกฎหมายที่ไม่ชัดเจนนั้นก็ได้ ซึ่งตาม **ธรรมเนียม** เป็นอำนาจของผู้ร่างกฎหมายนั้นใด ก็มีอำนาจที่จะตีความในกฎหมายได้เช่นกัน ส่วนในสมัยสมบูรณาญาสิทธิราชย์อำนาจออกกฎหมายอยู่กับพระมหากษัตริย์จึงทรงไว้ซึ่งอำนาจที่จะตีความกฎหมายได้ ในพระธรรมนูญศาลยุติธรรม ร.ศ. 127 มาตรา 6 บัญญัติไว้ว่า "ถ้าความเรื่องใดมีปัญหา ข้อกฎหมายหรือมีข้อสงสัยอันใดในกระบวนการพิจารณา และกรรมการศาลฎีกา เห็นสมควรที่จะนำความกราบบังคมทูลพระกรุณา ขอพระราชทานพระบรมราชวินิจฉัยก็ให้ศาลฎีกามีอำนาจนำความขึ้นกราบทูลพระกรุณาได้ก่อนพิพากษาคดีนั้น"

ควยกฎหมายบทนี้ศาลฎีกา ได้เคยขอความกราบบังคมทูล ขอพระบรมราชวินิจฉัยเรื่องกฎกระทรวงว่าควยที่ถูกศาลสถาน ปรากฏตามฎีกาที่ 288 ถึง 291 ปี 2466 นอกจากทรงตีความแล้ว ยังได้เคยทรงตราออกเป็นกฎหมายก็มี เช่นประกาศ ลงวันที่ 27 มิถุนายน พ.ศ. 2474 มีว่า ตามความในประกาศแก้ไขเพิ่มเติมภาษี เรือนโรงงาน พุทธศักราช 2474 ซึ่งมีว่า "ให้ใช้แต่วันออกประกาศเป็นต้นไป" นั้นให้พึงเข้าใจว่าให้ใช้ข้อความในประกาศ นั้นในการเก็บภาษีเรือนโรงงานสำหรับ พ.ศ. 2473 ซึ่งกำหนดเก็บใน พ.ศ. 2474 ควย

ในสมัยเมื่อเปลี่ยนแปลงการปกครองแล้วก็เช่นเดียวกัน ไม่มีอะไรเป็นข้อห้ามให้ผู้ทรงอำนาจนิติบัญญัติ จะตรากฎหมายตีความในเรื่องใดเรื่องหนึ่ง เท่าที่จำได้เคยพบในพระราชบัญญัติสุลากร (ฉบับที่ 9) พุทธศักราช 2482 มาตรา 16 มีนัยให้เห็นว่าเป็นบทความว่าควยการตีความ ดังจะเห็นได้จากข้อความในตัวบทอันมีว่า "การกระทำที่บัญญัติไว้

ในมาตรา 27 และมาตรา 99 แห่งพระราชบัญญัติ ศาลากร พุทธศักราช 2496 นั้น ให้อธิบายว่าเป็นความผิด โดยมีพิพจน์ว่า ผู้กระทำความผิดหรือกระทำโดยประมาทเดินเลอหรือหาไม่" แต่อาจมีข้อเถียงว่ามาตรานี้ไม่ใช่บทตีความ แต่เป็นบทเพิ่มเติมซึ่งก็เป็นเหตุผลที่น่าฟัง

คณะกรรมการกฤษฎีกา แม้ไม่ใช่ผู้ทรงอำนาจนิติบัญญัติ ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยคณะกรรมการกฤษฎีกา พุทธศักราช 2476 มาตรา 5 นอกจากมีหน้าที่จัดทำร่างกฎหมายแล้ว ยังมีหน้าที่รับปรึกษาให้ความเห็นในทางกฎหมายแก่ทบวงการเมืองของรัฐบาลด้วยเท่าที่ปฏิบัติมา การรับปรึกษาให้ความเห็นนั้น ก็นับความถึงการตีความในกฎหมายด้วย แต่การตีความโดยคณะกรรมการกฤษฎีกานั้นว่าด้วยหลักไม่มีผลเด็ดขาด เพราะไม่มีบทบังคับว่าผู้ใช้จำต้องยึดถือตามแต่ในทางปฏิบัติย่อมมีประโยชน์ไม่น้อย

3. นักนิติศาสตร์ วิธีตีความชนิดนี้มีประโยชน์มากสำหรับประมวลกฎหมายและพระราชบัญญัติต่าง ๆ ซึ่งเมื่อจะเริ่มใช้ ทั้งนี้เพราะนักนิติศาสตร์ เป็นผู้ศึกษาค้นคว้าเกี่ยวกับวิชากฎหมาย บุคคลเหล่านี้เขียนอธิบายบทบัญญัติต่าง ๆ ของกฎหมาย ย่อมมีสิทธิที่จะให้ความเห็นของตนเองในการตีความในคุณค่าของบทบัญญัตินั้น ๆ พร้อมทั้งแสดงว่าจะมีผลอย่างไร อาจจะเป็นคำสอน คำอธิบาย คำว่า บทความต่าง ๆ เป็นการตีความในกฎหมายเพื่อให้ทราบความหมายที่แน่นอน เป็นแต่ต้องระวังมิให้ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนเท่านั้น ความเห็นของนักกฎหมายที่นี้อาจเป็นที่ยอมรับนับถือในการที่ใช้กฎหมายได้ โดยที่มหาชนได้เลือกเอาความคิดเห็นต่าง ๆ ที่ถูกต้องไปยึดถือเป็นหลัก ในต่างประเทศการตีความของนักนิติศาสตร์ที่มีชื่อเสียง ได้มีอิทธิพลเหนือคำพิพากษาของศาลเป็นอันมาก เพราะผู้พิพากษาได้ยอมรับและนำหลักเกณฑ์จากคำรานั้น ๆ ไปใช้ในคำพิพากษา

การตีความโดยนักนิติศาสตร์เช่นนี้เป็นกรกล่าวความทั่ว ๆ ไป ไม่เกี่ยวกับคดีของบุคคลในบุคคลหนึ่งโดยเฉพาะและเป็นอิสระฉะนั้นผู้ตีความไม่ต้องรับผิดชอบในการที่ให้ความคิดเห็นแต่อย่างใด เพียงแต่ถาตีความผิดพลาดขอย ๆ อาจเป็นการเสียชื่อเสียงและ

เลื่อมความเชื่อถือจากบุคคลทั่วไปได้ ท่านศาสตราจารย์เอส เอกูต์ อธิบายว่าการตีความโดยนักนิติศาสตร์ ดังกล่าวมานี้ให้เข้าใจว่าไม่ใช่การให้ความเห็นในคดีเรื่องใดเรื่องหนึ่งโดยเฉพาะและมีค่าเหนือคำอ้าง เช่นทนายความให้ความเห็นในคดีที่คู่ความนำปรีกษาเป็นต้น¹

ประโยชน์ที่ได้จากการตีความโดยวิธีนี้ก็คือเป็นการช่วยเหลือบุคคลซึ่งธรรมดาที่ไม่ใคร่กฎหมายให้ความเข้าใจกฎหมายดีขึ้น คือให้รู้อะไรสิ่งใดที่กระทำและกิจการซึ่งต้องละเว้นนั้นมิใช้อย่างไร นอกจากนี้ยังช่วยเหลือ การพิจารณาของศาลและการบัญญัติกฎหมายโดยทำให้รู้อาพมัญญัตินั้น ๆ มีข้อบกพร่องควรเปลี่ยนแปลงแก้ไขอย่างไรหรือไม่

4. ศาล การตีความโดยศาลนับเป็นเรื่องสำคัญที่สุดและมีมากที่สุด เนื่องด้วยศาลยุติธรรมมีหน้าที่นำกฎหมายมาใช้ปรับแก้คดีต่าง ๆ ที่มีผู้ยื่นฟ้องต่อศาลอยู่เป็นประจำในการวินิจฉัยชี้ขาดคดี แต่ในบางคราวถ้าหากข้อบัญญัติของกฎหมายไม่ชัดเจนมีปัญหาหรือมีข้อความที่สงสัยหรือไม่มีความชัดแจ้งที่จะบังคับแก้คดีที่เกิดขึ้น ศาลจะต้องตีความเพื่อนำกฎหมายมาวินิจฉัยชี้ขาดแก้คดีให้เป็นไปในทางหนึ่งทางใด เพื่อรักษาไว้ซึ่งความยุติธรรมและความสงบเรียบร้อยของประชาชน

การตีความทางศาลนี้ ผู้พิพากษาซึ่งทำหน้าที่พิจารณาพิพากษาคดีเป็นผู้ตีความกฎหมาย การตีความโดยศาลเป็นวิธีที่มีน้ำหนักมาก เพราะนอกจากเป็นการจำเป็นที่ศาลต้องตัดสินแล้ว การตีความของศาลยังมีผลบังคับแก่กรณีให้เป็นไปตามคำพิพากษา หรือคำสั่งของศาลนั้นด้วย

ในการตีความโดยวิธีนี้คู่ความมีสิทธิอุทธรณ์ฎีกาได้เสมอ เมื่อศาลฎีกาชี้ขาดอย่างไรในวงการณ์กฎหมายย่อมถือว่าเป็นบรรทัดฐานอ้างอิงกันได้เสมอ เมื่อศาลฎีกาชี้ขาดอย่างไรถึงแม้จะไม่เขียนกฎหมายใดบังคับไว้ แต่ศาลล่างมักจะยึดถือเป็นหลักที่ถูกต้อง และเดินตามหลัก

¹ นายอนุวัติ ใจสมุทร ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป เคยอ้างแล้ว
หน้า 165.

การตีความนั้น ทั้งนี้อาจเป็นเพราะเกรงจะถูกกลับคำพิพากษาโดยศาลสูง ดังท่านศาสตราจารย์เอส เอกูต์ ได้ให้ความคิดเห็นไว้ตอนหนึ่งว่า "การตีความในกฎหมายโดยผู้พิพากษานั้นอยู่ในข้อบังคับพิเศษ ผู้พิพากษาตีความไม่ได้ตามอำเภอใจดังเช่นนักนิติศาสตร์ เพราะคู่ความอาจอุทธรณ์ได้ ในการตีความโดยผู้พิพากษานั้นมีผู้พิพากษาชั้นสูงเป็นผู้รองอีกชั้นหนึ่ง และอาจแสดงความไม่เห็นชอบไว้โดยเปิดเผย คงมีแต่ศาลฎีกาศาลเดียวเท่านั้นที่ตีความได้โดยอิสระ

ในบางประเทศ ผู้พิพากษาจำเป็นต้องให้ความเห็นของตนในปัญหาอันมีข้อสงสัย เช่น ประเทศฝรั่งเศส เคยมีประมวลกฎหมายแพ่งมาตรา 4 บัญญัติว่า "ผู้พิพากษาคนใดไม่ตัดสินคดีโดยอ้างว่ากฎหมายไม่ได้บัญญัติไว้ก็ดี หรือมีความไม่ชัดเจนก็ดี หรือไม่เพียงพอสำหรับชำระคดีก็ดี อาจถูกฟ้องฐานปฏิเสธความยุติธรรม" ซึ่งมีโทษปรับและห้ามมิให้รับราชการควย¹

สำหรับกฎหมายไทย ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาตรา 134 บัญญัติ "ไม่ว่าในกรณีใด ๆ ห้ามมิให้ศาลที่รับฟ้องคดีไว้ปฏิเสธไม่ยอมพิพากษาหรือชี้ขาดคดีโดยอ้างว่าไม่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่จะใช้บังคับแก่คดี หรือว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่จะใช้บังคับเคลื่อนคลุม หรือไม่สมบูรณ์ แต่ทั้งนี้ไม่มีบทลงโทษการปฏิเสธนั้นเช่นฝรั่งเศส และถ้าพิจารณาคูแล้วก็ไม่มีช่องทางที่ศาลจะต้องปฏิเสธ ไม่ต้องตัดสินคดีโดยอ้างว่าไม่มีตัวบทกฎหมาย ทั้งนี้เพราะถ้าเป็นคดีอาญาแล้วเมื่อไม่มีบทบัญญัติกฎหมายให้ลงโทษศาลต้องตัดสินยกฟ้องคดีนั้น ๆ และถ้าเป็นเรื่องในคดีแพ่งของไทยก็มีประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 4 ซึ่งเป็นบทบัญญัติรัดกุมพอที่จะให้ศาลดำเนินคดี และกึ่งวินิจฉัยชี้ขาดไปได้โดยให้ศาลให้หลักกฎหมายทั่วไปดังนี้ ศาลย่อมมีทางวินิจฉัยชี้ขาดคดีได้เสมอ

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

¹นายอนุวัติ ใจสมุทร ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป เคยอ้างแล้ว

มีตัวอย่าง คำพิพากษาศาลฎีกาอยู่มากที่แสดงให้เห็นความสำคัญและสิทธิของศาลในการตีความในกฎหมาย ขอยกมาให้ดูสักสองเรื่องคือ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1011/2475 ซึ่งเป็นปัญหาเกี่ยวกับมาตรา 7 แห่งพระราชบัญญัติเนรเทศ ร.ศ. 131 (ในปัจจุบันมีมาตรา 10 แห่งพระราชบัญญัติการเนรเทศ พ.ศ. 2499 ซึ่งมีข้อความทำนองเดียวกัน) ภาคนี้อธิบายไว้ว่า ถ้าผู้ที่ต้องคำสั่งเนรเทศถูกส่งตัวออกไปแล้วหลบหนีกลับเข้าประเทศไทยอีก ผู้นั้นจะต้องมีโทษจำคุกไม่เกิน 1 ปี แล้วให้เนรเทศออกไปอีก หรือจำคุก 10 ปี แล้วไม่ต้องเนรเทศอีก

มีปัญหาว่า ศาลจะลงโทษเนรเทศหรืองดการเนรเทศตามมาตรานี้ได้หรือไม่ ศาลฎีกาวินิจฉัยในปัญหากฎหมายนี้ว่า อำนาจเนรเทศนี้เป็นอำนาจของฝ่ายบริหาร ศาลจึงไม่มีอำนาจจะพิจารณาให้เนรเทศหรืองดการเนรเทศได้¹

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 227/2498 คดีนี้เป็นปัญหาเกี่ยวกับประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 90 ซึ่งบัญญัติว่า ถ้าคู่ความใดประสงค์จะอ้างเอกสารเป็นต้น ก็ให้ส่งสำเนาเอกสารนั้นแก่คู่ความอีกฝ่ายหนึ่งก่อนวันสืบพยานไม่น้อยกว่า สามวัน

มีปัญหาว่าถ้าในกระบวนการพิจารณาที่มีการสืบพยานหลายครั้งแล้วการส่งสำเนาเอกสาร "ก่อนวันสืบพยาน" นั้นหมายความว่า การสืบพยานคราวใดก็จะถือนัดแรกของการสืบพยาน หรือว่านัดที่จะมีการสืบพยานเอกสารกันจริง ๆ

ศาลฎีกาตีความในมาตรา 90 นี้มีคำว่า "ก่อนวันสืบพยาน" หมายถึงวันสืบพยานเอกสารนั้น" มิใช่วันสืบพยานนัดแรก²

¹พระนิติการณประสม, ธรรมสาร เล่ม 16 พ.ศ. 2475 พิมพ์ที่โรงพิมพ์บำรุงนุกุลกิจ

²โอสถ โภกิน, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป เกษอังกแล้ว หน้า 193

การเขียนคำพิพากษาเกี่ยวกับปัญหาการตีความนั้น ส่วนใหญ่ต้องเขียนบรรยายข้อเท็จจริงด้วยความระมัดระวังและด้วยความชัดเจน แยกปัญหาข้อกฎหมายและชี้ขาดตัดสินโดยแสดงเหตุผลซึ่งยกมาจากตัวบทกฎหมาย หรือหลักกฎหมายทั่วไปอันเป็นเหตุที่จะต้องให้คำขาดตัดสิน ในข้อนี้คำพิพากษาของศาลไทย ยังไม่เป็นที่พอใจนัก เพราะผู้พิพากษามักจะกล่าวว่ามีความเห็นดังนั้น แต่ไม่แสดงเหตุผลหรืออ้างตัวบทของประมวลกฎหมายหรือพระราชบัญญัติอันพึงใช้ตัดสินนั้นไว้

เช่นคำพิพากษาฎีกาที่ 93/2469 ตัดสินไว้ว่า สัญญาจะขายที่ดินนั้นเมื่อผู้ซื้อได้วางเงินมัดจำให้ผู้ขายรับไปแล้ว แม้จะไต่ตกลงด้วยวาจาก็ใช้ได้

ศาลฎีกาได้ประชุมปรึกษาแล้วว่า ข้อเท็จจริงในคดีเรื่องนี้ ศาลล่างได้อธิบายมาโดยละเอียดแล้ว คงฟังตามคำพิพากษาของศาลล่าง แต่ขอที่ว่าจำเลยคัดค้านว่าไม่ได้ทำหนังสือสัญญาเป็นหลักฐานนั้น ศาลฎีกาเห็นว่าเมื่อทั้งสองฝ่ายไต่ตกลงกันจะซื้อขายและผู้ซื้อได้วางเงินมัดจำให้ผู้ขายรับไปแล้ว แม้จะตกลงกันด้วยวาจาก็ใช้ได้ ดังมีคำพิพากษาฎีกาที่ 226 ร.ศ. 118 เป็นแบบอย่างแล้ว ฎีกาของจำเลยฟังไม่ขึ้น ให้ยกฎีกาของจำเลยเสียให้จำเลยเสียค่าทนายให้โจทก์ในชั้นฎีกานั้น 50 บาท¹

จากคำพิพากษาฎีกาที่ 93/2469 นี้จะเป็นว่าตัดสินตามมาตรา 456 วรรค 2 ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ แตมิได้อ้างตัวบทนั้นเลย ซึ่งการตัดสินโดยวิธีนี้คำพิพากษาของศาลคงกล่าวอาจใช้เป็นตัวอย่างของการตีความในเรื่องอื่นๆ ได้ยากทำให้วิทยาการในค่านกฎหมายจะเจริญก้าวหน้าไปไม่ได้ดีเท่าที่ควร

ศาลหรือผู้พิพากษาอาจตีความกฎหมายผิดก็ได้ แต่ทั้งนี้จะไปกล่าวหาว่าผู้พิพากษาทำผิดกฎหมายหาได้ไม่ เพราะศาลทรงไว้ซึ่งดุลยพินิจที่จะตัดสินคดีใดก็ตามอำนาจของกฎหมาย

¹พระนิติการณประสม, คำพิพากษาฎีกาที่ 93/2469 จากธรรมเนียม เล่ม 10 พิมพ์ที่โรงพิมพ์บำรุงนุกุลกิจ พ.ศ. 2469.

แต่จะตัดสินนอกเหนือกฎหมายไม่ได้ เพราะถ้าศาลตัดสินคดีด้วยความซื่อสัตย์สุจริตไปแล้ว เกิดผิดพลาด คุณความก็มีสิทธิที่จะอุทธรณ์ฎีกาอีกได้ นอกจากนั้นคุณความยังมีสิทธิที่จะคัดค้าน ผู้พิพากษาได้อีกตามประมวลวิธีพิจารณาความแพ่งมาตรา 11 ในกรณีที่ผู้พิพากษาคณใดมีผล ประโยชน์เกี่ยวข้องกับคุณความ เช่น อาจเป็นญาติของคุณความ ฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดได้อีกด้วย

ตามที่กล่าวมาแต่ควาตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาตรา 134 ของไทยนั้นห้ามมิให้ศาลปฏิเสธไม่ตัดสินคดีเพราะไม่มีทนายรับไว้ แต่มีใ้กล่าวถึงโทษไว้ เช่น กฎหมายฝรั่งเศส แต่ศาลตัดสินยกฟ้องก็ถือว่าชำระคดีแล้ว มิใช่ศาลปฏิเสธว่าไม่มีกฎหมาย และเมื่อศาลวินิจฉัยชี้ขาดประการใดแล้ว ย่อมมีผลเด็ดขาดผูกมัดคุณความ มิให้รื้อ ฟันฟ้องร้องให้เป็นอย่างอื่นอีก (ประมวลกฎหมายแพ่ง มาตรา 145-148)

5. ผู้ที่มีความเกี่ยวข้องกับรัฐธรรมนูญ

การที่ความเกี่ยวข้องกับรัฐธรรมนูญเป็นบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญซึ่งบัญญัติไว้โดยเฉพาะ ในรัฐธรรมนูญแต่ละฉบับ เช่น ในรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2475 ก็ได้บัญญัติถึงอำนาจการตีความไว้ใน มาตรา 112 ที่ให้อำนาจแก่สภาไว้โดยเฉพาะในอันที่จะตีความของรัฐธรรมนูญในเรื่อง ที่เกี่ยวกับการปฏิบัติงานของสภาผู้แทนราษฎร ทั้งนี้ให้การตีความของสภาอันเป็นเสร็จเด็ด ขาด เช่น สภาอาจตีความในปัญหาที่ว่า ประธานสภามีอำนาจเพียงใด หรือในเรื่องอำนาจ ของตำรวจสภาที่จะจัดการกับสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรได้เพียงใดจึงจะถือว่าเป็นการกระทำ เพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยในสภา

ในมาตรา 114 คณะตุลาการรัฐธรรมนูญมีอำนาจวินิจฉัยว่า บทบัญญัติในกฎหมาย ใดมีข้อความขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญหรือไม่

จากรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2475 และรัฐธรรมนูญฉบับอื่น ๆ จะเห็นว่า การตีความ เกี่ยวกับรัฐธรรมนูญนั้นแยกออกได้เป็น

ก. การตีความในวงงานรัฐสภา เช่น รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2492 มาตรา 177 วรรคแรกบัญญัติว่า "ภายในบังคับมาตรา 179 ถ้ามีปัญหาการตีความ

รัฐธรรมนูญอันอยู่ในหน่วยงานของวุฒิสภา สภาผู้แทนหรือที่ประชุมร่วมกันของรัฐสภาให้เป็นอำนาจของรัฐสภาที่จะตีความ และให้ถือว่าการตีความรัฐสภาเป็นเด็ดขาด"

ข. อำนาจการตีความของตุลาการรัฐธรรมนูญ ถ้ามีปัญหาว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดมีข้อความแย้งหรือขัดต่อกฎหมายรัฐธรรมนูญ ย่อมเป็นอำนาจของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญโดยเฉพาะ (มาตรา 178, 179) รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2492

หรือในรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2511 มาตรา 174 บัญญัติไว้ว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดมีข้อความแย้งหรือขัดต่อรัฐธรรมนูญนี้ บทบัญญัตินั้นเป็นอันใช้ไม่ได้

ค. การตีความในกรณีอื่น ๆ นั้นถ้าผู้ใดใช้รัฐธรรมนูญผู้นั้นก็ย่อมจะตีความได้ ดังเช่น ในรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2511 มาตรา 175 บัญญัติว่า "ในการที่ศาลจะใช้บทบัญญัติแห่งกฎหมายบังคับคดีใด ถ้าศาลเห็นว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นเองต้องควบบทบัญญัติมาตรา 174 ก็ให้ศาลรอการพิจารณาพิพากษาคดีไว้ชั่วคราว แต่ส่งข้อความเห็นเช่นนั้นตามทางการเพื่อตุลาการรัฐธรรมนูญจะไต่พิจารณาวินิจฉัย คำวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญให้ถือเป็นเด็ดขาดและให้ใช้ได้โดยคดีทั้งปวง แต่ไม่กระทบกระทั่งคำพิพากษาของศาลอันถึงที่สุดแล้ว"

จากบทบัญญัตินี้ จะเห็นว่าคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ เป็นผู้ตีความรัฐธรรมนูญแต่ทั้งนี้มิได้หมายความว่า ศาลหรือบุคคลอื่นจะตีความว่ากฎหมายฉบับใดฉบับหนึ่งว่าขัดต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ ไม่ได้ ซึ่งจะเห็นได้จาก

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 456/2478 สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรย่อมมีอำนาจเสนอญัตติหรือขอความใด ๆ ว่ากล่าวรัฐบาลได้ ถ้าหากการกระทำนั้นอยู่ภายใต้บังคับแห่งกฎหมายและในขอบเขตแห่งเอกสิทธิ์ของคนที่จะกระทำได้ในฐานะ เป็นสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร

กฎหมายลักษณะอาญาแก้ไขเพิ่มเติม มาตรา 104 พ.ศ. 2470 มิได้ขัดหรือแย้งกับบทมาตราใดแห่งรัฐธรรมนูญ จึงไม่ตกเป็นโมฆะ ตามมาตรา 61 แห่งรัฐธรรมนูญ นอกจากนี้คำพิพากษาคดีศาลอาญากรมสงคราม ที่ 1/2489 วินิจฉัยไว้ว่าศาลเป็นผู้อำนาจที่จะ

ซึ่งศาลฎีกาเห็นว่าขัดต่อรัฐธรรมนูญว่าเป็นโมฆะตามรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2487 มาตรา 61 ได้
คำพิพากษาฎีกาที่ 766/2505 วินิจฉัยว่า ศาลยุติธรรมมีอำนาจตีความว่าบทกฎหมายใดแย้ง
หรือขัดต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่บังคับแก่คดีมิได้

คำพิพากษาฎีกาที่ 222/2506 วินิจฉัยว่า พระราชบัญญัติว่าด้วยการออกสำรวจ
การโอนโฉนดที่ดิน พ.ศ. 2496 จะขัดต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ ซึ่งได้วินิจฉัยว่า ศาลมีอำนาจ
ที่จะตีความว่าบทกฎหมายใดขัดต่อรัฐธรรมนูญได้ เว้นแต่จะมีบทกฎหมายโดยเฉพาะ บัญญัติ
ให้อำนาจหน้าที่ที่จะตีความไปตกอยู่แก่สถาบันอื่นในเรื่องหนึ่งเรื่องใดโดยเฉพาะ มาตรา
114 แห่งรัฐธรรมนูญ พุทธศักราช 2475 แก้ไขเพิ่มเติม พุทธศักราช 2495 ที่ให้ศาลส่ง
ความเห็นไปให้ตุลาการรัฐธรรมนูญพิจารณาถึงถูกยกเลิกโดยธรรมนูญการปกครอง ในธรรม
นูญการปกครองมาตรา 5, 9 และ 20 แสดงว่า อำนาจตีความเพื่อไขกฎหมายเป็นอำนาจ
ของศาล ตุลาการรัฐธรรมนูญมีอำนาจเฉพาะปัญหาที่เกิดขึ้นในวงงานสภาเท่านั้น

ตามคำพิพากษานี้ก็แสดงว่ามีอำนาจเข้าไปตีความรัฐธรรมนูญได้ด้วย¹ และ
ศาลไทยก็เคยใช้อำนาจนี้ในกรณีรัฐธรรมนูญมิได้กำหนดผู้ตีความไว้ชัดเจนซึ่งการตีความ
โดยศาลนี้เรียกว่า (Judicial review)

การตีความในรัฐธรรมนูญส่วนใหญ่รัฐธรรมนูญไทยมิได้บัญญัติวิธีไว้ แต่ในรัฐ-
ธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2519 ซึ่งมีเพียง 29 มาตรา ได้กำหนดวิธีวิธีทาง
รัฐธรรมนูญ ไว้ในมาตรา 25 ว่า "เมื่อไม่มีบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้บังคับแก่กรณีใด ก็
ให้วินิจฉัยกรณีนั้นไปตามประเพณีการปกครองประเทศไทย ในระบอบประชาธิปไตย นอก
จากนั้นเจ้าหน้าที่ฝ่ายบริหารที่มีหน้าที่ใช้กฎหมายก็มีอำนาจเด็ดขาดที่ตีความในกฎหมายใน
กฎหมายเรื่องนั้นได้เหมือนกัน แต่บางที่การตีความของเจ้าหน้าที่นั้นไม่ผลเด็ดขาดอาจตกอยู่
กับศาลดังเช่นในพระราชบัญญัติภาษีโรงเรือน พ.ศ. 2475 และประมวลรัษฎากร เป็นต้น

¹จินดา ชัยรัตน์, การตีความกฎหมายไทย เคยอ้างแล้ว หน้า 28.

2. หลักเกณฑ์ในการตีความ

การที่จะทำความเข้าใจการตีความกฎหมายของไทยนั้นได้ จึงควรทราบถึง ทฤษฎีต่าง ๆ ของการตีความของกฎหมายทั่วไปมีอยู่อย่างไร การตีความในกฎหมายแยก ออกอย่างไรทั้งนี้ ตามที่กล่าวมาแต่ต้นนั้นแล้วว่า จุดประสงค์ของการตีความก็คือการแปล ความหมายของบทกฎหมายให้ชัดเจน และยึดถือเป็นหลักเกณฑ์ได้

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์แบบ 1 และ 2 ของไทยได้รับอิทธิพลมาจาก กฎหมายเยอรมันเป็นส่วนใหญ่ ฉะนั้นผู้เขียนจึงเห็นว่าหลักในการตีความจึงน่าจะรับวิธีวิธี ประเทศเยอรมันด้วย

การตีความกฎหมาย ในตำรากฎหมายส่วนใหญ่จะแยกออกเป็น

- (1) การตีความในวิชากฎหมายโดยทั่วไป
- (2) การตีความกฎหมายโดยหลักวิชา (Wissenschaftliche Interpretation)

1. การตีความบทกฎหมายโดยทั่วไป

การตีความบทกฎหมายโดยบทบัญญัติกฎหมายขึ้นใหม่ (Legal interpretation) ในกรณีใดที่มีการบัญญัติกฎหมายขึ้นใหม่หรือแก้ไขกฎหมายขึ้นใหม่หรือแก้ไข กฎหมายจารีตประเพณี เพื่อที่จะตีความบทกฎหมาย กรณีเป็นการตีความโดยผู้บัญญัติกฎหมาย หรือโดยรัฐเป็นผู้ตีความ การตีความดังกล่าวในข้อนี้ ผู้ตีความที่ทำหน้าที่เดียวกับหน้าที่ของ พระมหากษัตริย์ในสมัยสมบูรณาญาสิทธิราชย์ การตีความในกรณีนี้ หาใช่การตีความซึ่งเรา เข้าใจกันโดยทั่วไปไม่ แต่เป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษร หรือกฎหมายจารีตประเพณีซึ่งเกิด ขึ้นใหม่ การตีความโดยวิธีนี้มีลักษณะพิเศษที่ว่า บทกฎหมายหรือกฎหมายจารีตประเพณีซึ่ง เกิดขึ้นใหม่นี้ใช้บังคับได้ทันที เหมือนว่าเนื้อความแห่งกฎหมายใหม่นี้ได้มีปรากฏอยู่ในกฎหมาย ซึ่งได้ตีความมานั้น และนอกจากนั้นยังมีผลย้อนหลังไปถึงเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นก่อนบัญญัติกฎหมายฉบับใหม่

การตีความโดยวิธีนี้จะเห็นผลได้ในปัญหาเรื่องการมีผลย้อนหลังของกฎหมาย และมีผลผูกพันให้ผลใช้ได้ถึงแม้จะไม่ถูกต้องกับความมุ่งหมายที่ใช้อยู่เดิมก็ตาม แต่ในข้อที่

กฎหมายมีผลย้อนหลังนั้นได้เป็นที่ยอมรับรองกันโดยทั่วไป แล้วตามหลักวิชากฎหมายปัจจุบัน เช่นกฎหมายให้ยกเลิกโทษอาชญากรรมมีความมุ่งหมายค้ำว่าพวกทาสที่เป็นทาสอยู่จนกระทั่งเวลา ออกกฎหมายนั้นให้ถือว่าไคพ้นจากความเป็นทาสมาตั้งแต่กำเนิดก็ได้ การมีผลย้อนหลังของกฎหมายเช่นนี้จะได้รับความรับรองก็ต่อเมื่อมีความประสงค์ของกฎหมายได้มีไว้โดยแจ้งชัดว่ากฎหมายฉบับนั้นมีผลย้อนหลังและความมุ่งหมายในการมีผลย้อนหลัง เช่นนี้มักจะมีอยู่ใน บทกฎหมายซึ่งมีบัญญัติขึ้นเพื่อตีความบทกฎหมายเดิมให้ชัดเจน และผู้พิพากษาก็มีหน้าที่ที่จะใช้กฎหมายใหม่ ซึ่งมีผลย้อนหลังให้เสมือนกับว่าข้อความของบทบัญญัติใหม่นี้ได้มีอยู่แล้วใน กฎหมายซึ่งใช้อยู่เดิมฉะนั้น¹

2. การตีความบทกฎหมายโดยทางหลักวิชา

การตีความบทกฎหมายโดยทางหลักวิชานี้อาจแยกออกได้เป็นการตีความทาง ไวยากรณ์หรือตีความตามตัวอักษร และการตีความโดยเหตุผล ซึ่งขึ้นอยู่กับการตีความนั้น เกี่ยวกับภาษา ถ้อยคำสำนวนในตัวบทกฎหมายหรือเหตุผลที่ความมุ่งหมายอันเป็นเจตนารมณ์ ของบทบัญญัติกฎหมายนั้น และโดยเหตุที่ว่าการตีความกฎหมายนั้นจะต้องดูทั้งลายลักษณ์อักษร และเจตนารมณ์ประกอบไปด้วย ซึ่งจะเห็นได้จากมาตรา 4 วรรคแรกแห่งประมวลกฎหมาย แห่งและพาณิชย์ไคววางหลักไว้ว่า

“อันกฎหมายนั้น ท่านว่าต้องไซ้ ในบรรดากรณีซึ่งต้อง ค้ำยบทบัญญัติใดแห่งกฎหมาย ตามตัวอักษรตามความมุ่งหมายของบทบัญญัตินั้น ๆ”

ซึ่งจะเห็นไควว่าในกรณีแรกการตีความกฎหมายนั้นต้องตีความตามตัวอักษรและ ในกรณีที่การตีความกฎหมายต้องตีความตามความมุ่งหมายของบทบัญญัตินั้น ๆ ซึ่งเรียกว่า การตีความตามเจตนารมณ์ (Spirit)

¹ประกอบ หุตะสิงห์, “การตีความกฎหมายลายลักษณ์อักษรเทียบเคียงกับหลัก กฎหมายเยอรมัน” นิติศาสตร์ ชันวาคม หน้า 70.

Kohler ชาวเยอรมันมีความคิดเห็นว่าการตีความบทกฎหมายโดยถือเอาเจตนาของผู้บัญญัติกฎหมายเป็นหลักนั้นเป็นการไม่ถูกต้อง เจตนาของผู้บัญญัติกฎหมายนั้นได้แยกขาดออกจากความมุ่งหมายหรือเจตนาของกฎหมายแล้ว ฉะนั้นในการตีความบทกฎหมาย หากใช้เจตนาของผู้บัญญัติกฎหมาย ที่จะต้องยึดถือเป็นหลักไม่ แต่ต้องเพ่งเล็งถึงความมุ่งหมายของบทบัญญัติของกฎหมายนั้นเอง ความมุ่งหมายที่เรียกว่าเจตนาของกฎหมายนั้นจะค้นหาได้จากถ้อยคำสำนวน ซึ่งผู้บัญญัติไว้กว้างไว้ เป็นการตีความหมายโดยคำนึงถึงคุณค่าแห่งคำพิพากษาและพฤติการณ์ทั่วไป ที่เป็นอยู่เฉพาะหน้า แต่ถ้อยคำของกฎหมายมีอยู่ตามเดิม แต่อาจนำบทกฎหมายนั้นมาใช้ให้เหมาะสมกับความก้าวหน้าในทางวิทยาการและการพาณิชย์ การตีความตามทฤษฎีนี้ต้องค้นหาความหมายของถ้อยคำในบทกฎหมายนั้น ๆ ในฐานะที่เป็นอิสระต่างหากจากความมุ่งหมายของผู้บัญญัติและทฤษฎีการนี้ถือว่าถ้าได้ประกาศใช้ในกฎหมายใดแล้ว ก็ควรถือว่ากฎหมายสายลักษณะอักษร เป็นอิสระในตัวเอง คือหลุดพ้นจากกระบวนการบัญญัติกฎหมายแล้วและมีความหมายเป็นเอกเทศขึ้นต่างหาก

การตีความตามทฤษฎีอำเภอการณี่นี้จึงทำให้กฎหมายทันสมัยอยู่เสมอ ซึ่งท่านศาสตราจารย์ ดร. ประภอม หุตะสิงห์ ให้ความเห็นว่ากรณีเช่นนี้ทำให้เรื่องการตีความไม่ แต่กลายเป็นเรื่องการเติมช่องว่างในกฎหมาย เพราะฉะนั้นทฤษฎี Objektive theorie จึงเอาเรื่องการตีความบทกฎหมายมาปนกัน เรื่องการอุดช่องว่างทั้งนี้เพราะนำบทกฎหมายมาใช้ เท่าที่ถ้อยคำของกฎหมายจะเปิดช่องให้ทำเช่นนั้นได้ ได้มีผู้วิจารณ์เกี่ยวกับทฤษฎีทั้งสองที่จะนำมาใช้เพียงทฤษฎีใดทฤษฎีหนึ่งไม่ถูกเช่น ศาสตราจารย์ ดร. หยุต แสงอุทัย กล่าววว่า

"ทฤษฎีอำนาจอัจฉิต ไม่ได้คำนึงถึงการพัฒนาในทางสังคม ซึ่งต้องสร้างสรรค์กฎหมาย ส่วนทฤษฎีอำเภอการณี่ก็ละเลยไม่คำนึงว่า การเจริญเติบโตของกฎหมายนั้นเป็นผลเนื่องมาจากประวัติศาสตร์ ทฤษฎีอำเภอการณี่นั้นมีข้อดีในการส่งเสริมเสถียรภาพในทางกฎหมาย เพราะเจตน์จำนงของผู้บัญญัติกฎหมายย่อมไม่เปลี่ยนแปลงแต่ก็มีข้อเสียที่ทำให้กฎหมายตายตัวแข็งกระด้าง ไม่สามารถปรับตนเองให้เข้ากับสังคมซึ่งก้าวหน้าไปโดยไม่หยุดหย่อน ส่วนข้อดีของ

ทฤษฎีอำเภอกาการนั้นคือ สามารถทำให้กฎหมายเหมาะสมกับการปฏิรูปหรือการปฏิวัติเหตุการณ์ในทางสังคมตอ ๆ มาได้เพราะเจตน์จำนง ให้ความหมายของกฎหมายเหมือนกับเรื่องอื่น ๆ ของสังคมคือ เปลี่ยนแปลงไคและผู้บัญญัติกฎหมายนั้นแม้จะไม่ได้แก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายโดยชัดแจ้งก็อาจมีลัทธิจำนงให้ความหมายของกฎหมายเปลี่ยนแปลงไคโดยปริยาย ฉะนั้นจึงควรให้ทฤษฎีทั้งสองประกอบกันเพื่อให้ไคประโยชน์มากที่สุด¹

ความเห็นของ ดร.ปรีดี เกษมทรัพย์ ก็มีความเห็นในทำนองเดียวกันว่าการใช้กฎหมายนั้นต้องพิจารณาไปตามตัวอักษรและความมุ่งหมายไปพร้อม ๆ กันมิใช่พิจารณาตามตัวอักษรก่อน² การตีความกฎหมายนั้นเป็นการที่จะนำเอากฎหมายมาใช้ปรับกับข้อเท็จจริง การจะนำมาใช้ไคนั้นผู้ใช้จะต้องเข้าใจกฎหมายนั้น ฉะนั้นจึงต้องอาศัยการตีความ ตามตัวอักษรก่อนในเบื้องต้น คือต้องวิเคราะห์ตัวอักษรจากบทบัญญัติกฎหมายนั้นก่อน แล้วจึงไปสู่ความหมายตัวอักษรนี้ และการที่จะรู้ความหมายของตัวอักษรไคถูก ต้องวิเคราะห์เหตุผลตามกฎหมายหรือความมุ่งหมายควย ฉะนั้นการตีความกฎหมายจะต้องวิเคราะห์ไค 2 ด้าน

ก. วิเคราะห์ตามตัวอักษร

ข. วิเคราะห์เหตุหรือความมุ่งหมายของกฎหมายหรือที่เรียกว่าเจตนารมณ์

ก. วิเคราะห์ตามตัวอักษร

การวิเคราะห์กฎหมายตามตัวอักษร คือ การอ่านบทบัญญัตินั้น ๆ เพื่อความหมายว่ากฎหมายบทนั้น ๆ มีความหมายอย่างไร การวิเคราะห์กฎหมายตามตัวอักษรไม่มีข้อยุ่งยากทุกบทมาตราเสมอไปเพราะในเมื่อตัวบทในมาตราไคเขียนไม่ชัดเจนนก็เป็นข้อยุ่งยากไม่น้อย

¹ หยุด แสงอุทัย, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป เคยอ้างถึงแล้ว หน้า 125-126.

² ปรีดี เกษมทรัพย์, คำอธิบายสัญญาแห่ง เคยอ้างแล้ว หน้า 69-72.

ในการที่ต้องมีการตีความเพราะแม่แต่ผู้ร่างกฎหมายเองในขณะร่างก็ยังไม่แย้งกันในบางมาตรา

สำหรับบางมาตราที่อ่านแล้วตามอักษรแปลความหมายได้ทันที เช่นประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 5 ที่มีบัญญัติว่า "บุคคลทุกคนต้องกระทำโดยสุจริต" ซึ่งก็ย่อมหมายถึงความสุจริตที่ประกอบด้วยความระมัดระวังอย่างวิญญูชน ดังนั้นถ้าผู้ใดประมาทเลินเล่อก็ย่อมถือได้ว่าเป็นเหตุที่ไม่ได้ใช้ความระมัดระวัง เช่น วิญญูชนทั้งหลายพึงปฏิบัติ จึงต้องรับผิดชอบ จะมากล่าวอ้างเป็นผู้สุจริตหาได้ไม่ เพราะไม่จำเป็นต้องเป็นผู้สุจริตในการกระทำที่ได้ชื่อว่าประมาทเลินเล่อ เพียงสุจริตแต่ไม่ได้ใช้ความระมัดระวัง เช่น วิญญูชนก็ถือได้ว่าเป็นประมาทเลินเล่อต้องรับผิดชอบ¹ หรือประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 19 ว่า "เมื่อมีอายุยี่สิบปีบริบูรณ์บุคคลย่อมพ้นจากภาวะผู้เยาว์ และบรรลุนิติภาวะ"

ซึ่งในมาตรานี้ความหมายชัดเจนอนุญาตไม่จำเป็นต้องตีความหมายอะไรอีก ถ้าจะมีการยกปัญหาว่าจะมีความหมายเฉพาะบุคคลธรรมดาไม่รวมถึงบุคคลสหภาพด้วยเป็นต้น แต่ครั้งนี้ไม่ใช่การตีความ เช่น

คำพิพากษาฎีกาที่ 195/2483 ว่าเมื่อตัวบทภาษาไทยมีข้อความชัดอยู่แล้ว จะให้ยกข้อความในต้นร่างภาษาอังกฤษมาลงข้อบัญญัติในตัวบทหาได้ไม่ หรืออีกนัยหนึ่งคือเมื่อตัวบทชัดเจนอนุญาต ก็จะต้องแปลเป็นต้นอื่นอีกไม่ได้ การตีความนับว่าจำเป็นต่อเมื่อถ้อยคำสำนวนหรือข้อความเคลือบคลุมไม่ชัดแจ้ง เมื่อพบบทกฎหมายที่เคลือบคลุมเช่นนี้สิ่งแรกที่ผู้ใช้กฎหมายต้องพิจารณาหาก็คือ ถ้อยคำและสำนวนตัวอักษรที่ปรากฏอยู่ในบทกฎหมายนั้น โดยเฉพาะถ้อยคำสำนวนที่เป็นคำเฉพาะในภาษากฎหมายเพ่งเล็งถึงกฎเกณฑ์ไวกรณ์และการใช้ภาษา เช่น

¹ เชื้อ กงคากูด, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป เกษอ้างแล้ว

ในกรณีที่ยืมทฎหมายนั้นใช้ภาษาธรรมดา ก็ต้อง เข้าใจว่ามีความหมายตามที่เข้าใจ อยู่ตามธรรมดาของถ้อยคำนั้น ๆ ในกรณีที่ยืมทฎหมายนั้นใช้ภาษาเทคนิคหรือภาษาทางวิชาการ ก็ต้อง เข้าใจว่ามีความหมายตามที่เข้าใจกันทางเทคนิคหรือในทางวิชาการนั้น ๆ

ในกรณีที่ยืมทฎหมายนั้นประสงค์จะใช้ถ้อยคำให้มีความหมายเป็นพิเศษไปกว่าที่ เข้าใจกันอยู่ในภาษาธรรมดาหรือภาษาเทคนิค หรือภาษาในทางวิชาการ กฎหมายจะได้ กำหนดให้มีบทวิเคราะห์ศัพท์หรือนิยาม (definition) เพื่ออธิบายให้ความหมายของ ถ้อยคำนั้น ๆ ไว้เป็นพิเศษ เพื่อให้ความหมายกว้างหรือแคบกว่าที่เข้าใจกันในความหมาย ธรรมดาหรือทางเทคนิคหรือทางวิชาการของถ้อยคำนั้น ๆ เช่นว่า "กระทำ" ตามภาษา ธรรมดาเข้าใจกันว่าต้องมีการเคลื่อนไหวร่างกาย แต่ประมวลกฎหมายอาญาต้องการให้มีความหมายพิเศษให้รวมถึงการไม่เคลื่อนไหวร่างกายด้วย เพราะฉะนั้นจึงจำต้องมีบทวิเคราะห์ ศัพท์ไว้ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 59 วรรค 5 ว่า "การกระทำให้หมายความรวมถึง การให้เกิดผลอันหนึ่งอันใดขึ้น โดยคนเว้นที่จักต้องกระทำเพื่อป้องกันผลนั้นด้วย" อนึ่งมี ข้อควรระวังอีกอย่างว่า บทวิเคราะห์ศัพท์หรือนิยามของกฎหมายฉบับใด ก็ใช้ได้เฉพาะกฎหมาย นั้นเท่านั้น

การวิเคราะห์ตัวอักษรจะต้องวิเคราะห์กฎหมายเป็นประเภทไป บทบัญญัติของ กฎหมายประกอบด้วยคำศัพท์ประเภทต่าง ๆ ซึ่งแยกออกเป็นหลักเกณฑ์ 3 ประการ ดังนี้ กล่าวคือ

ก. คำศัพท์ธรรมดา ในกรณีที่กฎหมายใช้ภาษาไทยกับอย่างภาษาธรรมดามี ความตามที่เป็นปรากฏในปทานุกรม ก็ต้อง เข้าใจว่ามีความหมายที่เข้าใจอยู่ตามธรรมดาของ ถ้อยคำนั้น ๆ จะตีความหมายให้ผิดจากหลักภาษาไทยไม่ได้ และถ้อยคำธรรมดานี้จะต้อง หมายความว่าถึงภาษา ที่ใช้ในทางราชการไม่รวมถึงภาษาท้องถิ่นในแต่ละท้องถิ่น ซึ่งแต่ละ ท้องถิ่นย่อมมีความหมายแตกต่างกันออกไปได้ ภาษากฎหมายนี้ต้องใช้ภาษาที่ใช้ในราชการ เสมอ หรืออีกนัยหนึ่งเป็นคำที่ปรากฏอยู่ในปทานุกรม

คำพิพากษาฎีกาที่ 324/2490 วินิจฉัยว่าถ้อยคำที่กล่าวตามภาษาไทยธรรมดา นั้น ศาลเป็นผู้พิจารณาความหมายได้เอง คู่ความไม่ต้องสืบพยานแสดงความหมาย

ข. คำศัพท์ที่ใช้เฉพาะทางวิชาการ คำศัพท์หรือถ้อยคำที่ใช้เฉพาะในทางวิชาการ หรือที่เรียกว่าศัพท์เทคนิคนั้น ย่อมมีความหมายแตกต่างกับคำสามัญ ซึ่งในบางครั้งผู้ที่ไม่ได้เกี่ยวข้องกับวิชาการนั้นอาจไม่เข้าใจความหมายนั้นเลยก็ได้ การแปลความหมายเหล่านี้จึงต้องแปลความตามหลักวิชานั้น ๆ เฉพาะราย ๆ ไป เช่น ศัพท์ในทางวิทยาศาสตร์ ทางเครื่องมือช่างกลและทางการแพทย์ เป็นต้น เช่น ตัวอย่างชื่อยาเสพติดให้โทษต่าง ๆ ตามที่กฎกระทรวงออกตามความในพระราชบัญญัติยาเสพติดให้โทษ พ.ศ. 2465 ได้แก่ เบริโคน, เมธาโคน, ฯลฯ เหล่านี้จะเป็นยาหรืออะไร และหมายถึงอะไรก็ต้องอาศัยแปลจากหลักวิชาทางแพทยศาสตร์หาข้อความหมายจากคำธรรมดาไม่เพราะคำศัพท์เหล่านี้มีความหมายพิเศษตามเนื้อเรื่อง ดังนั้นการใช้การตีความก็ต้องตีความไปตามความหมายจากข้อความหรือเหตุผล

คำพิพากษาฎีกา ที่ 284/2490 วินิจฉัยว่าในคดีอาญาที่ประจักษ์พยานอ่านเบิกความถึงวันเดือนปี ข้างขึ้นจีนเมื่อศาลไม่เข้าใจก็ควรให้ผู้อ่านนำลามา หรือผู้รู้มาอธิบายไม่ควรยกฟ้องเสียทีเดียว

ค. ศัพท์ที่มีกฎหมายให้ความหมายไว้ กรณีศัพท์ต่าง ๆ ในบทบัญญัติของกฎหมาย เมื่อกฎหมายต้องการให้มีความหมายผิดไปจากความหมายสามัญ, กฎหมายก็มีบทบัญญัติให้ความหมายหรือคำจำกัดความของคำนั้น ๆ ไว้โดยเฉพาะซึ่งมีได้หลายลักษณะ

1. ศัพท์ธรรมดา แต่มีความหมายพิเศษในทางกฎหมายแตกต่างไปจาก ความหมายธรรมดา เช่น คำว่า "อาวุธ" คนโดยทั่วไปเข้าใจว่าหมายถึง ของที่มีอันตรายหรือของมีคม เช่น มีด ปืน แต่ในประมวลกฎหมายอาญา 2499 มาตรา 1 บัญญัติไว้ว่า อาวุธหมายความว่ารวมถึงสิ่งซึ่งไม่เป็นอาวุธโดยสภาพ แต่ซึ่งได้ใช้หรือเจตนาจะให้ประทุรร้ายร่างกายถึงอันตรายสาหัสอย่าง "อาวุธ"

หรือ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 1 "ศาลหมายความว่า ศาลยุติธรรมหรือผู้พิพากษาที่มีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดี" ศาลในความเข้าใจของคนทั่วไปได้แก่สถานที่ก่อสร้างตัวตึก

หรือ คำว่า "หนี้" คนโดยทั่วไปเข้าใจว่า หนี้หมายถึงหนี้เงินแต่ความหมายทางกฎหมายนั้น หนี้หมายถึงความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลสองฝ่าย ฝ่ายหนึ่งที่เป็นเจ้าหนี้กับอีกฝ่ายหนึ่งที่เป็นลูกหนี้และฝ่ายเจ้าหนี้มีสิทธิเรียกร้องให้ลูกหนี้กระทำการหรืองดเว้นการกระทำหรือส่งมอบทรัพย์สิน ไม่จำเป็นจะต้องเป็นหนี้เงิน

คำว่า "เจตนา" ปกติเข้าใจกันว่า หมายถึงความตั้งใจหรือจงใจ แต่ความหมายในทางกฎหมาย เจตนา นั้นรวมถึงการกระทำโดยสำนึกและยอมเล็งเห็นผลของการกระทำนั้นด้วย

คำศัพท์เหล่านี้เป็นสิ่งคู่ศึกษาตามกฎหมาย ผู้ใช้กฎหมายจะต้องไขความกระจ่างอย่างยิ่ง

2. ศัพท์พิเศษในทางกฎหมายอาจเกิดจากคำพิพากษา ศัพท์บางตัวในกฎหมายธรรมดา ๆ แต่เพราะกาลไต่ความ ศัพท์ที่ใช้ในกฎหมายทำให้ศัพท์ เหล่านั้นเปลี่ยนแปลงมีความหมายเพิ่มไปจากความหมายธรรมดา เช่นคำว่า "ผู้เสียหาย" ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา (4) และมาตรา 28 หมายความว่า บุคคลผู้ได้รับความเสียหายเนื่องจากการกระทำผิดฐานใดฐานหนึ่ง คำพิพากษาของศาลไต่ความคำว่าผู้เสียหายว่าจะต้อง เป็นผู้เสียหายโดยนิตินัยคือ ผู้เสียหายนั้นมีได้เป็นผู้กระทำความผิดนั้นด้วย เมื่อศาลไต่ความคำว่าผู้เสียหายในคำศัพท์ทางกฎหมายมีความหมายต่างไปจากปกติ

3. ศัพท์พิเศษในทางกฎหมายเกิดจากการอธิบายของนักนิติศาสตร์ ซึ่งเป็นที่ยอมรับกันทั่วไปจนกลายเป็นหลักกฎหมายในเรื่องนั้น เช่นในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 3 คำว่า "เหตุสุดวิสัย" หรือคำว่า "นิติกรรม" ในมาตรา 112 อธิบายว่านิติกรรมคืออะไร แต่นิติกรรมไม่ใช่ศัพท์กฎหมายที่สร้างขึ้นมา แต่เป็นคำอธิบายในตำรากฎหมายมานานจนเป็นที่รู้ในวิชานิติศาสตร์ เมื่อกล่าวถึง ก็ไขต้องมาอธิบายคืออะไรกันอีก เพราะได้มืออธิบายไว้ในมาตรา 112 แล้วว่าคืออะไร แต่ไม่ไขกำหนดว่านิติกรรมต้องเป็นเช่นนั้นเช่นนี้

4. ศัพท์พิเศษในทางกฎหมายอาจเกิดขึ้นจากการให้คำนิยามด้วยเหตุผลในทางเทคนิคบางประการให้เพี้ยนหรือแตกต่างจากความเป็นจริง ทั้งนี้เพื่อประโยชน์บาง

ประการในกฎหมายเท่านั้นตัวอย่าง เช่นพระราชบัญญัติการประมง พ.ศ. 2490 มาตรา 4 (1) บัญญัติว่า "สัตว์น้ำ" หมายความว่า ปลา เต่า กระ กุ้ง ปู สัตว์น้ำจำพวกปลิงทะเล จำพวกฟองน้ำ และจำพวกสาหร่ายทะเล... ซึ่งความจริงสาหร่ายทะเลไม่ใช่สัตว์ แต่เป็นพืชน้ำชนิดหนึ่งที่เกิดในน้ำ กฎหมายต้องการห้ามไม่ให้จับสัตว์น้ำและห้ามไม่ให้เก็บสาหร่ายทะเลกับสัตว์น้ำไว้ด้วยทั้ง ๆ ที่คำว่าสาหร่ายไม่ใช่สัตว์น้ำ ดังนั้นจึงมีความหมายเฉพาะในกฎหมายเท่านั้น

5. ศัพท์บางคำใช้ในกฎหมายปกติมีความหมายธรรมดา ถ้าใช้ในกฎหมายจะต้องมีความหมายในทางนิตินัยของคำนั้น เช่น ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 111 (2) "ดอกผลนิตินัย" กล่าวคือว่าดอกเบ็ญ กำไร ค่าเช่า ค่าปันผลหรือลาภอื่น ๆ ที่ได้เป็นครั้งเป็นคราวแก่เจ้าทรัพย์จากผู้อื่น เพื่อที่จะใช้ทรัพย์นั้น" หรือคำว่า "บิดา" หมายความว่าถึง บิดาที่ชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น แต่ทั้งนี้มิใช่จะจะต้องยึดถือเช่นนั้นเสมอไป ขึ้นอยู่กับสิ่งแวดล้อมเช่น ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1627 "บุตรนอกกฎหมายที่บิดาได้รับรองแล้วให้ถือว่าเป็นผู้สืบสันดานเหมือนกับบุตรที่ชอบด้วยกฎหมายตามความหมายแห่งประมวลกฎหมายนี้"

คำว่าบิดาตามมาตรา 1627 นี้ย่อมต้องหมายความว่าบิดานอกกฎหมายจะแปลว่าบิดาที่ชอบด้วยกฎหมายไม่ได้

แต่ในบางครั้ง ขอความที่บัญญัติแวดล้อมอยู่นั้นไม่บังคับ ซึ่งอาจแปลความไปทั้งทางพฤตินัยและนิตินัย จึงต้องตีความโดยไขข้อความเป็นธรรมเข้ามาเช่นคำว่า "บิดาได้รับรองแล้ว" ในมาตรา 1627 ดังกล่าว ความหมายในทางนิตินัยก็คือการรับรองบุตรโดยการจดทะเบียนตามความหมายในมาตรา 1526 แต่ในทางพฤตินัยการรับรองอาจเป็นการรับรองบุตรโดยการส่งเสียค่าเล่าเรียนให้การศึกษา ให้อาศัยนามสกุลของบิดา การแสดงเช่นนี้เป็นการใช้ให้เห็นว่าบิดารับรองบุตรนั้นแล้วในทางสังคม ฉะนั้นเมื่อมีปัญหาเกิดขึ้นว่า การรับรองมีความหมายไปในทางใดก็มีคำพิพากษาฎีกาที่ 1601/2492 วินิจฉัยไปในทางที่ว่า การรับรองโดยทางพฤตินัยก็คือว่ารับรองแล้ว

ในการตีความ ศัพท์กฎหมาย โดยเฉพาะศัพท์กฎหมายที่เป็นคำศัพท์ที่มีเนื้อความไม่แจ่มชัด (Unbestimmtes Rechtsbegriff) เช่นคำว่า "ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนใน มาตรา 113 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ คำว่า "สมฐานะรูปแห่งตน" ในมาตรา 24 คำว่า "จัดการตามสมควร" ในมาตรา 452 " "โดยเหตุอันสมควร" ในมาตรา 1327 เป็นต้น

ศัพท์เหล่านี้ ผู้ตีความหมายต้องไขความระมัดระวังจะตีความแบบอักษรที่เป็นแนวบรรทัดไว้ไม่ได้ ต้องพิจารณาถึงความรู้สึกนึกคิดชอบศีลธรรม ความเป็นธรรมตามกาลสมัย มาพิจารณาประกอบเสมอ

คำศัพท์ที่มีความหมายผิดไปจากธรรมดาเช่นเดียวกับ การตีความต้องไขความระมัดระวังอย่างยิ่ง เพราะศัพท์ในส่วนนี้คล้ายกับเป็นข้อยกเว้นจากความมุ่งหมายธรรมดาหากตีความกว้างขึ้นมากจนเกินไป อาจทำให้เกิดความรู้สึกไม่เป็นธรรมขึ้นได้

นอกจากนี้ ถ้าเป็นคำธรรมดาสำคัญ ก็ต้องตีความตามความหมายพิเศษ แต่ต้องไขความระมัดระวังดังที่ได้อธิบายมาแล้วข้างต้น¹

ขอควรระวังการตีความอีกประการหนึ่งคือการตีความต้องเป็นไปโดยสม่ำเสมอ กล่าวคือ เมื่อมีแนวการตีความอยู่แล้วก็ให้ตีความไปตามนั้น และหากไม่มีความจำเป็นก็ไม่ควรเปลี่ยนแปลงแนวการตีความเพราะกฎหมายต้องการแน่นอน แต่ก็ไม่ใช่เป็นหลักที่ตายตัว ถ้าเกิดกรณีจำเป็นก็อาจตีความเป็นอย่างอื่นได้

ข. วิเคราะห์เหตุหรือความมุ่งหมายของกฎหมายหรือที่เรียกว่าเจตนารมณ์

การวิเคราะห์ความตัวอักษรและเจตนารมณ์ทางกฎหมายนั้น จะแยกออกจากกันไม่ได้ ดังที่ได้อธิบายมาแล้ว แต่ถ้ามองที่วิเคราะห์ตัวอักษรได้เป็นอย่างหนึ่ง และวิเคราะห์ตาม

¹ปรีดี เกษมทรัพย์, สัมมนาในวิชากฎหมายแพ่ง เคยอ้างแล้ว หน้า 75.

เจตนารมณ์ของกฎหมายได้ความอีกอย่างหนึ่ง เกิดความคลาดเคลื่อนระหว่างความหมายทางตัวอักษรกับเจตนารมณ์ของกฎหมาย วิธีที่จะแก้ไขก็โดยการทำให้ความหมายทั้งสองนี้มีความหมายสอดคล้องกันโดยให้สอดคล้องกับหลักเหตุผลหรือเจตนารมณ์ของกฎหมาย

การวิเคราะห์ตามความมุ่งหมายของกฎหมายคือการค้นหาความมุ่งหมายอันแท้จริงของกฎหมายว่าอย่างไร กฎหมายบัญญัติขึ้นเพื่อจะให้เป็นไปตามเจตนารมณ์หรือความมุ่งหมายอย่างใดอย่างหนึ่ง การแสดงความมุ่งหมายทำได้โดยเลือกถ้อยคำที่ผู้ร่างกฎหมายเห็นว่ามีความหมายควรกับเจตนารมณ์ดังนี้ในเบื้องต้น เราจึงทราบความมุ่งหมายแห่งกฎหมายได้โดยอาศัยถ้อยคำในบทกฎหมายนั่นเอง แต่ในบางครั้งเพียงแต่อ่านจากตัวอักษรเท่านั้น อาจมีข้อความไม่ชัด การวิเคราะห์กฎหมายตามเจตนารมณ์นั้น ความมุ่งหมายเพื่อให้ได้ประโยชน์อันแท้จริงตามตัวอักษร ทั้งนี้ดังกล่าวแล้วว่าถ้ามีการขัดแย้งเกิดขึ้นต้องพยายามหาความหมายให้สอดคล้องกับเจตนารมณ์เป็นใหญ่

หลักในการวิเคราะห์กฎหมายตามเจตนารมณ์ของกฎหมายมีดังต่อไปนี้

(1) การวิเคราะห์ใจความในบทกฎหมาย

ต้องอ่านถ้อยคำในถ้อยบทแห่งมาตรานั้น ๆ แล้วเพ่งเล็งถึงความหมายแห่งถ้อยคำ เช่น ศัพท์ที่กฎหมายก็ต้องแปลไปในทางศัพท์กฎหมายโดยเฉพาะ นอกจากนั้นยังต้องวิเคราะห์ถึงตำแหน่งแห่งที่ของถ้อยบท คือ ต้องดูว่ามาตรานั้นอยู่ในกฎหมายอะไร กล่าวคือพิจารณาว่าเป็นกฎหมายเอกชนหรือกฎหมายสังคม แล้วพิจารณาว่าอยู่ในหมวดหมู่หรือบรรพอะไร

โดยหลักถ้าเป็นกฎหมายเอกชน ก็ต้องตีความหมายตามหลักนิติศาสตร์และหลักความเป็นธรรมโดยให้ความเป็นธรรมแก่กรณีทั้งสองฝ่ายในลักษณะเท่าเทียมกัน ถ้าเป็นกฎหมายอาญาก็ต้องคำนึงถึงหลักโดยทั่วไปของการตีความที่ว่า การตีความกฎหมายอาญาต้องตีความโดยเคร่งครัด ซึ่งการตีความโดยเคร่งครัดนี้เฉพาะในส่วนที่เป็นองค์ประกอบของความผิดเท่านั้น ไม่ใช่เกี่ยวกับกฎหมายอาญาทั้งหมด ทั้งนี้เพราะถ้าตีความอย่างกว้างขวางจะทำให้มีการลงโทษคนโดยไม่ผิดก็ได้ซึ่งเป็นการขัดกับหลักที่ว่า "ไม่มีความผิดโดยปราศจากกฎ-

(3) วิเคราะห์ระบบและหลักกฎหมายที่อยู่เบื้องหลังการออกกฎหมายนั้น ตามที่กล่าวมาแล้วในข้างต้นว่าระบบกฎหมายมีที่มาแตกต่างกัน ดังนั้นเจตนารมณ์ของกฎหมายที่เกิดขึ้นย่อมแตกต่างกันออกไป บทบัญญัติที่วิเคราะห์นี้อยู่ในระบบใด เช่นในระบบ Common Law ก็ย่อมมีเจตนารมณ์ของกฎหมายแตกต่างกันออกไป หรือระบบ Civil Law ก็แตกต่างกันออกไปอีก ซึ่งระบบทั้งสองนี้มีที่มาแตกต่างกันออกไป ก็ต้องคำนึงถึงหลักการตีความของแต่ละระบบของกฎหมายด้วย

ส่วนที่ว่าหลักกฎหมายที่อยู่เบื้องหลังนั้น ต้องวิเคราะห์ให้ละเอียดเยียมความมีประสงคฺ์อย่างไรสำหรับตัวบทนั้น ๆ เช่นในเรื่องเกี่ยวกับกฎหมายบัญญัติ ว่าควยเจตนาในการกระทำที่กฎหมายถือว่าเป็นความผิดทางอาญา มีโทษแรงกว่าการกระทำที่เป็นการประมาทเดินเลอ แต่กัต้องวิจารณ์ความประสงคฺ์ของกฎหมายในเรื่องนี้ให้มีเหมือนกันว่าอย่างไรจึงจะเรียกว่าเป็นการกระทำโดยเจตนารายตามประสงคฺ์ของตัวบทมาตราใดจะมุ่งหมายอย่างไรไม่ใช่ของง่ายเสมอไปเช่น หลักกฎหมายใน ป.พ.พ. ในมาตรา 1303 อันเป็นบทบัญญัติที่เกิดจากหลักที่ว่า "การไคกรรมสิทธิ์โดยสุจริต" ซึ่งตรงกันข้ามกับหลักที่ว่า "ผู้รับโอนไม่มีสิทธิดีกว่าผู้โอน" การรู้หลักกฎหมายเหล่านี้ ช่วยทำให้การตีความดีขึ้นและไม่เกิดความสับสนหรือในมาตรา 421 ซึ่งมาจากหลักที่ว่า "การใช้สิทธิของตนจะเป็นที่เสียหายแก่ผู้อื่นไม่ได้" ถ้าอ่านเพียงแต่ตัวบทเท่านั้นก็อาจไม่เข้าใจความมุ่งหมายที่แท้จริงของกฎหมายได้ หรือใน ป.พ.พ. มาตรา 801 ที่บัญญัติไว้ดังนี้คือ "ถ้าตัวแทนได้รับมอบอำนาจทั่วไปท่านว่าจะทำกิจการใด ๆ ในทางจัดการแทนตัวการก็ยอมทำได้ทุกอย่างแต่การ เช่นที่ตัวอย่างจะกล่าวต่อไปนี้ ท่านว่าท่านอาจทำได้ไม่คือ

1. ขายหรือจํานองอสังหาริมทรัพย์
2. ให้เช่าอสังหาริมทรัพย์กว่าสามปีขึ้นไป
3. ให้
4. ปรารถนั้ประนอมยอมความ
5. ยื่นฟ้องต่อศาล
6. มอบขอพิพาทให้อนุญาตไคตุลาการพิจารณา "

ตามบัญญัตินี้มีปัญหาคือ นิติกรรมอื่น ๆ หรือกิจการใด ๆ ที่มีไคร้ระบุไว้ในมาตรา นี้ ตัวแทนไคร้กระทำไปจะไร้ไคร้หรือไม่ ในเมื่อตัวการให้อำนาจไปทำ เช่นตัวแทนจะบอก รับหรือสละความเป็นทนายจะทำการก่อสร้างในที่ดิน ขยายหรือเปลี่ยนแปลงโรงเรือน เเหล่านี้ซึ่งมีไคร้กิจการที่ระบุไว้ในมาตรา 801 แต่ประการใด ที่จะถือว่าตัวแทนทำไคร้หรือ ไม่ อย่างนี้เรียกว่าเกิดปัญหาในการตีความตามตัวบทแห่งมาตรา 801 แล้ว เมื่อเป็นเช่น นี้ต้องวิเคราะห์ดูว่าการที่ตัวแทนตามที่กล่าวมาข้างต้นจะทำให้ตัวการเสื่อมประโยชน์หรือ อาจเป็นอันตรายแก่ผลประโยชน์ของตัวการและอาจทำให้ตัวการเสียหายสิ้นส่วนใดส่วน หนึ่งหรือไม่ มาตรา 801 จะไคร้ระบุนิติกรรมเหล่านี้ไว้ไม่เป็นข้อสำคัญ เพราะถ้าถือว่าผู้ บัญญัติกฎหมายมีความประสงค์ที่จะห้ามด้วยยอมทำไม่ได้ จึงเป็นการตีความเจตนารมณ์โดย ความมุ่งหมายของกฎหมาย ไม่ใช่ของแต่ตัวอักษรแห่งตัวบทเท่าที่มีบัญญัติไว้เท่านั้น

การค้นหาคำมุ่งหมายของตัวบทกฎหมายตามที่กล่าวมานี้เป็นเรื่องยากไม่ใช่ น้อยในสมัยก่อน ๆ ก็อาจจะดูจากคำพระราชปรารภใดบ้าง ในการค้นหาคำมุ่งหมายของ กฎหมาย แต่ในปัจจุบันนี้พระราชปรารภมีถ้อยคำสั้นมากจึงไม่ปรากฏคำมุ่งหมายแห่งกฎหมาย จำต้องค้นคว้าจากรายงานการประชุมของสภาผู้แทนราษฎร โดยอ่านหลักการเสนอร่าง กฎหมายซึ่งจะพอทำให้เห็นเหตุผลแห่งการร่างกฎหมาย พอจะจับเค้าความมุ่งหมายของ กฎหมายนั้น ๆ ถ้าได้วิเคราะห์ร่างของกรรมการร่างกฎหมายประกอบแล้วก็ยังมีการ ทราบถึงความมุ่งหมายนั้น ๆ ได้ดี และถูกต้องยิ่งขึ้น

การตีความโดยวิธีค้นคว้าหาคำมุ่งหมายอย่างแท้จริงของกฎหมายนั้นไม่ ใช่ง่าย

(4) วิเคราะห์ถึงสถานการณ์ในขณะที่บัญญัติกฎหมายนั้น เพื่อให้รู้เจตนารมณ์ และเหตุผลของผู้บัญญัติกฎหมาย ในขณะที่บัญญัติกฎหมายนั้น โดยคำนึงถึงสถานการณ์ของ บ้านเมืองทางเศรษฐกิจการเมืองซึ่งความมุ่งหมายในการที่รัฐบาลจะออกกฎหมายใช้บังคับ แก่เรื่องหนึ่งเรื่องใดนั้นเรียกได้ว่ายอมต้องมีนโยบายเป็นแนวชี้ทางไว้ก่อนว่า จะออกกฎ- หมายโดยเหตุผลนั้น ๆ ทั้งนี้ยอมมีทางทราบความมุ่งหมายของกฎหมายนั้นได้ นอกจากนั้น

เจตนารมณ์ของกฎหมายนี้รวมทั้งข้อเท็จจริงอื่น ๆ ตลอดจนวิวัฒนาการทางนิติศาสตร์ และ คำพิพากษาที่เป็นบรรทัดฐานประกอบด้วย รวมทั้งหลักกฎหมายที่ใช้อยู่ในเมื่อร่างกฎหมายนั้น ขึ้นก็ย่อมต้องล้ากับหลักกฎหมายที่เคยใช้เป็นแนวทางให้วิเคราะห์เพราะกฎหมายจะร่างขึ้น ก็เพื่อเหตุการณ์อันใดอันหนึ่งหรือเพื่อเศรษฐกิจหรือศีลธรรมอันดีงามของประชาชน

(5) วิเคราะห์สถานการณ์ในขณะที่ใช้กฎหมายนั้น เพราะถึงแม้ข้อสำคัญจะต้อง วิเคราะห์ถึงความหมายการบัญญัติกฎหมาย แต่การบัญญัติกฎหมายก็ไม่ใช่เอามาใช้ในขณะที่ บัญญัติเท่านั้น แต่ความมุ่งหมายที่จะใช้เหมาะสมกับสถานการณ์ในอนาคตด้วย ดังนั้นเพื่อที่จะ ใช้ตัวบทให้เหมาะสมกับกาลเทศะจึงต้องคำนึงถึงสถานการณ์ที่จะใช้ด้วย ด้วยเหตุนี้ความ หมายของแต่ละคำศัพท์จึงอาจจะเปลี่ยนแปลงตามกาลเทศะได้

สิ่งที่จะต้องวิเคราะห์นอกจากอ่านตัวบทเป็นมาตรา ๆ หรือบทกฎหมายในมาตรา อื่น ๆ ที่มีบัญญัติคำศัพท์ต่อกัน ชื่อของลักษณะชื่อของกฎหมาย ชื่อของหมวดหมู่ของกฎหมาย รวมถึงคำปรารภด้วย นอกจากสิ่งเหล่านี้แล้วก็ให้วิเคราะห์ถึงสิ่งอื่นอีก โดยยึดหลักคำสอน ของยุโรปว่า "สิ่งใดที่สามารถช่วยให้มองเห็นเจตนารมณ์ของกฎหมายก็ย่อมมีใช้พิจารณาประ- กอบได้" เช่นรายงานการประชุมของสภา รายงานของกรรมการที่ร่างกฎหมาย หรือเหตุ ผลประกอบร่างที่เสนอต่อฝ่ายนิติบัญญัติเป็นต้น อย่างไรก็ตาม เอกสารเหล่านี้ อาจนำมาใช้ ประกอบในการตีความเท่านั้น ไม่ใช่ในฐานะเป็นกฎหมาย ในข้อนี้ต่างกับความคิดของนัก กฎหมายอังกฤษที่ว่าเอกสารเหล่านี้มาช่วยวิเคราะห์กฎหมายไม่ได้ เพราะเป็นคำสั่งนอก เรื่อง¹

เมื่อวิเคราะห์จากแนวการพิจารณาดังกล่าวทั้ง 5 ประการนี้แล้ว หากปรากฏว่า ความหมายตามเจตนารมณ์ของกฎหมายขัดกับความตามตัวอักษรจะทำอย่างไร หลักนี้อยู่ ว่า ต้องถือเอาเจตนารมณ์เป็นใหญ่และต้องตีความตามตัวอักษรเข้ามาหากการตีความตามเจตนา-

¹ปรีดี เกษมทรัพย์, ด้มนาในวิชากฎหมายแพ่ง เคยอ้างแล้ว หน้า 77-78.

รรมณ์ ซึ่งทำได้โดยวิธีการตีความในการตีความกฎหมาย ถ้าจะพิจารณาในแง่วิธี (Means) ในการตีความแล้วอาจจำแนกออกได้ 4 วิธี คือ

- (1) การตีความโดยจำกัด
- (2) การตีความโดยขยาย
- (3) การตีความโดยเจตนารมณ์ของกฎหมาย
- (4) การตีความเพื่อผลในปฏิบัติ

ซึ่งจะพิจารณาถึงหลักการตีความกฎหมายแต่ละหัวข้อเป็นลำดับดังต่อไปนี้ คือ

(1) การตีความโดยจำกัด

การตีความโดยจำกัดหรือตีความอย่างแคบ (Restrictive Interpretation) นั้น ในกรณีที่มีตัวอักษรในกฎหมายกว้างเกินกว่าเหตุผลหรือเจตนารมณ์ของกฎหมาย เราก็ตองตีความตัวอักษรนั้นให้แคบเข้ามาให้ตรงกับเหตุผลหรือเจตนารมณ์ของกฎหมาย ซึ่งใช้สำหรับกฎหมายประเภทซึ่งตีความโดยจำกัด จะขยายความได้เท่าที่จำเป็นจริง ๆ ภายในขอบเขตแห่งถ้อยคำในคัมภีรเท่านั้น จะตีความขยายออกใช้ให้เกินกว่าขอบเขตไม่ได้ กฎหมายนั้นได้แก่

- (ก) กฎหมายอาญา
- (ข) กฎหมายจำพวกจำกัดสิทธิของบุคคล
- (ค) ข้อยกเว้น บทกฎหมายที่เป็นข้อยกเว้นต้องตีความโดยเคร่งครัด

(ก) กฎหมายอาญา จะต้องตีความใช้โดยเคร่งครัดตามตัวอักษรจะตีความโดยขยายอย่างเช่นกฎหมายแพ่งไม่ได้ เนื่องจากกฎหมายอาญามีลักษณะพิเศษกว่ากฎหมายแพ่ง เพราะโทษที่ลงก็ร้ายแรงมีผลต่อชีวิตร่างกาย อนามัย เสรีภาพของบุคคลจึงต้องตีความตามตัวบทโดยเคร่งครัด จะค้นหาความมุ่งหมายนอกจากถ้อยคำในคัมภีรไม่ได้ นอกจากนั้นจะเทียบเคียงใช้บทเทียบเคียงอย่างอื่นหรืออาศัยกฎหมายทั่วไปอย่างทางแพ่งไม่ได้เช่นเดียวกัน

คำพิพากษาฎีกาที่ 191/2473 การวินิจฉัยกฎหมายที่จะลงโทษจำเลยทางอาญา ศาลต้องวินิจฉัยเคร่งครัดตามตัวบท

คำพิพากษาศาลฎีกา ที่ 393/2483

"คำว่าทรัพย์สิน" หมายถึงอสังหาริมทรัพย์ คือที่ดินด้วย

บทบัญญัติประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1382 มีได้กลางบทบัญญัติมาตรา 1299 ประการใด แท้จริงบทบัญญัติทั้งสองนี้ต่างประกอบขยายความซึ่งกันและกันหลักนี้นับเนื่องมาจากกฎหมายอาญามาตรา 2 ที่บัญญัติว่า "บุคคลควรรับโทษทางอาญาต่อเมื่อได้กระทำการอันกฎหมายที่ใช้อยู่ในขณะกระทำนั้นบัญญัติเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ซึ่งตรงกับหลักในภาษาลาตินที่ว่า "สิ่งที่น่าเกลียดกลัว ต้องตีความโดยจำกัด และ "เมื่อไม่มีกฎหมายก็ไม่รับโทษ และโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดนั้นต้องมีกฎหมายบัญญัติไว้"

ทั้งนี้ตามเหตุผลที่กล่าวมาข้างต้นแล้วว่า โทษในทางอาญาร้ายแรงอาจจะเป็นถึงชีวิตจำกัดเสรีภาพ หรือต้องเสียทรัพย์สินอย่างใดอย่างหนึ่ง ในเมื่อโทษที่จะลงร้ายแรงแก่ผู้กระทำความผิด ดังนั้นเมื่อจะลงโทษก็จะต้องใช้ความระมัดระวังโดยเคร่งครัด การที่ศาลจะลงโทษผู้ใดก็จำเป็นจะต้องแน่ใจว่าการวินิจฉัยของตนนั้นถูกต้องตามประสงค์ของผู้บัญญัติกฎหมาย แต่ก็ไม่มียุติวิธีอื่นใดที่จะรู้ได้แน่ชัดนอกจากความในข้อบท ถ้าความในข้อบทของกฎหมายแม้เพียงเป็นที่สงสัยก็ควรยกประโยชน์แห่งความสงสัยให้เป็นผลดีแก่ผู้ต้องหา (คำพิพากษาศาลฎีกา ที่ 1011/2474)

คำพิพากษาศาลฎีกา ที่ 434-435/2472, 732/2482 กฎหมายอาญามาตรา 158 เป็นเรื่องฟ้องเท็จในทางอาญาเท่านั้น ถ้าหากฟ้องเท็จในคดีล้มละลายหรือคดีแพ่งไม่ผิดมาตรานี้ แต่เป็นผิดฐานแจ้งความเท็จตามมาตรา 118

คำพิพากษาศาลฎีกา ที่ 830/2475 ผู้จัดการเป็นผู้เผยแพร่ความลับของห้าง หามีผิดตามกฎหมายลักษณะอาญามาตรา 280 ไม่ เพราะไม่ใช่ผู้ประกอบวิชาชีพโดยการใช้อุบายศาสตร์

ดังนั้นในการ ที่ความกฎหมายอาญาซึ่งต้องใช้หลักเกณฑ์ที่ความที่เคร่งครัดจึง
ต้องมีหลักเกณฑ์พิเศษพอจะสรุปได้ดังนี้ คือ

(1) กฎหมายอาญาจะต้อความโดยเคร่งครัด คือถ้าบัญญัติว่าการกระทำ
หรืองดเว้นการกระทำอย่างใดเป็นความผิด จะต้อปรากฏว่าป้องัดความผิดไว้ชัดแจ้งใน
กฎหมาย ฉะนั้นจะตีความให้ขยายออกไปใช้กับการกระทำที่ไม่มีกฎหมายระบุไว้แจ้งชัดไม่
ได้ตามหลักในมาตรา 2 แห่งประมวลกฎหมายอาญาที่กล่าวมาข้างต้น

(2) จะตีความตามประมวลกฎหมายอาญาในการ ขยายความให้เป็นการ
ลงโทษหรือเป็นโทษแก่ผู้กระทำผิดหนักขึ้นไม่ได้ เช่น เมื่อประมวลกฎหมายอาญามาตรา
241 กำหนดว่าการหลอกลวงโดยทุจริตให้บุคคลส่งทรัพย์สินเป็นความผิด จะตีความให้ขยาย
ออกไปว่า การหลอกลวงโดยทุจริตให้บุคคลส่งแรงงานให้ เช่นหลอกลวงว่าที่ตรงนั้นมี
น้ำมันให้เขาซุกถัง ๆ ที่ไม่มีเพราะตนต้องการซุกบ่อน้ำในบริเวณนั้น เช่นนี้เท่ากับเป็นการ
หลอกลวงให้เขาส่งแรงงานให้ ศาลจะตีความว่าการส่งแรงงานก็เหมือนส่งทรัพย์สินก็ได้
เพราะเป็นการขยายความให้เป็นการ ลงโทษบุคคล

(3) การตีความในกฎหมายอาญาจะให้มีผลย้อนหลังเพื่อเป็นผลร้ายแก่
บุคคลใดมิได้ ตามที่กล่าวมาแล้วว่ากฎหมายอาญาไม่มีผลย้อนหลัง เพื่อเป็นการ ลงโทษบุคคล
ตีความในมาตรา 2 ที่กล่าวมาข้างต้นแล้วว่าคุณจะถูกลงโทษก็ต่อเมื่อกระทำการอันผิด
กฎหมายที่ใช้ในขณะกระทำนั้น ฉะนั้นกฎหมายใหม่จะมีผลย้อนหลังไปใช้ถึงการกระทำก่อน
กฎหมายไม่ได้ หลักนี้มีบัญญัติไว้ในมาตรา 67 แห่งรัฐธรรมนูญ พุทธศักราช 2475 ซึ่ง
บัญญัติว่า "การตราพระราชบัญญัติขึ้นเป็นกฎหมายให้มีผลย้อนหลังเป็นการ ลงโทษบุคคลใน
ทางอาญา หรือลงโทษบุคคลหนักขึ้นกว่าโทษที่กำหนดไว้ในกฎหมายที่ใช้อยู่ในเวลากระทำ
มิได้" แต่จากการตีความในกฎหมายซึ่งให้มีผลย้อนหลังนั้นมีผลเป็นคุณแก่จำเลยแล้วยอม
ทำได้ ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 3 แห่งประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ.2499 ว่า "ถ้า
กฎหมายที่ใช้ในขณะกระทำความผิดแตกต่างกับกฎหมายที่ใช้ในภายหลังการกระทำผิด
ให้ใช้กฎหมายในส่วนที่เป็นคุณแก่ผู้กระทำผิดไม่ว่าในทางใด" นอกจากนั้นยังมีประมวลวิธี
พิจารณาความอาญามาตรา 39 (5) บัญญัติไว้ว่า "สิทธินำคดีอาญามาฟ้องย่อมระงับไป

ดังต่อไปนี้ เมื่อมีกฎหมายออกใช้ภายหลังการกระทำผิดยกเลิกความผิดเช่นนั้น" จากบทบัญญัติดังกล่าวย่อมชี้ให้เห็นว่ากฎหมายที่ยกเลิกความผิดตามกฎหมาย ย่อมใช้ย้อนหลังไปถึงการกระทำผิด ซึ่งเกิดขึ้นในระบัตที่ยังใช้กฎหมายเก่าอยู่และเฉพาะกฎหมายที่เป็นคุณแก่จำเลยจึงมีผลย้อนหลัง เพียงแต่เป็นคำสั่งที่ไม่มีผลตามหลักนี้ เช่น

คำพิพากษาศาลฎีกา ที่ 31-32/2490 ซึ่งวินิจฉัยว่าจำเลยไม่แจ้งปริมาณและสถานที่เก็บผ้าตามประกาศของคณะกรรมการ จังหวัดอันเป็นความผิดตามพระราชบัญญัติควบคุมเครื่องอุปโภคบริโภคและของอื่น ๆ ในภาวะคับขันอยู่แล้ว แม้ต่อมามีประกาศของรัฐมนตรีให้เลิกการควบคุมผ้าในท้องที่นั้นก็ไม่ทำให้จำเลยพ้นจากความผิดเพราะคำสั่งไม่ใช้กฎหมาย จึงมิใช่เป็นเรื่องมีกฎหมายต่างกันและมีใช้กฎหมายใหม่ยกเลิกความผิดเช่นนั้น

คำพิพากษาศาลฎีกา ที่ 1031/2498 จำเลยทำผิดไว้ตามกฎหมายเก่าซึ่งมีโทษสูง แต่ถูกฟ้องเมื่อมีกฎหมายใหม่กำหนดโทษต่ำลงไป การนับอายุความต้องถือจากอัตราโทษตามกฎหมายใหม่ เพราะ เป็นการใช้กฎหมายในทางเป็นคุณแก่จำเลย

(4) ถ้าป็นกรณีที่ เป็นสงสัยว่ากฎหมายที่ใช้อยู่นั้นรวมถึงการกระทำของจำเลยว่าเป็นความผิดหรือไม่ ต้องตีความโดยยกประโยชน์แห่งความสงสัยให้แก่จำเลยคือต้องตีความในทางที่ว่าจำเลยไม่ผิด ทั้งนี้โดยเทียบเคียงจากหลักในการพิจารณาความอาญา ตามประมวลกฎหมายพิจารณาความอาญา มาตรา 227 ที่มีบัญญัติว่า "ให้ศาลใช้ดุลพินิจวินิจฉัยชี้ว่าหนักพยานหลักฐานทั้งปวง เมื่อมีความสงสัยโดยสมควรว่าจำเลยได้ทำความผิดหรือไม่ให้ยกประโยชน์แห่งความสงสัยให้จำเลย"

(ข) กฎหมายจำพวกจำกัดสิทธิของบุคคล

เพราะสิทธิและเสรีภาพของราษฎรมีอยู่ตามรัฐธรรมนูญอันเป็นหลักทั่วไป การใช้สิทธิเสรีภาพต้องเป็นไปตามกฎหมายเมื่อมีกฎหมายออกมาจำกัดหรือตัดให้น้อยลง จึงยอมเป็นข้อยกเว้นและจะตีความโดยเคร่งครัด เช่นคดีเรื่อง อุหลุม ต่อกตีความโดยเคร่งครัดเพราะห้ามฟ้องบุพการี เป็นการตัดสิทธิเช่นกัน

คำพิพากษาศาลฎีกา ที่ 1111/2497 วินิจฉัยว่า มาตรา 153 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ซึ่งบัญญัติให้ผู้ใดฟ้อง "บุพการี" ของตนในคดีแพ่งหรืออาญานั้นเป็นกฎหมายจำกัดสิทธิของบุคคลจึงต้องตีความโดยเคร่งครัดและหมายถึงบุพการีของตนโดยตรง จะขยายความรวมไปถึงนารกาของภรรยาไม่ได้

(ก) ข้อยกเว้น บทกฎหมายที่เป็นข้อยกเว้นต้องตีความโดยเคร่งครัด

มีสุภาษิตบทหนึ่งกล่าวว่า "Exceptio est Strictissaeinter - pretationis" ซึ่งหมายความว่าข้อยกเว้นจากบทที่เป็นหลักทั่วไปแล้ว จะขยายความแห่งข้อยกเว้นนั้นออกไปไม่ได้จะตีความโดยเคร่งครัดและถ้ากรณีใดไม่เข้าข้อยกเว้นก็ต้องกลับมาหาบทอื่นเป็นหลักทั่วไป ทั้งนี้เพราะเหตุว่า การร่างกฎหมายเมื่อจะร่างข้อยกเว้นก็ต้องกล่าวไว้ชัดแจ้ง และในขณะที่ร่างกันก็ไม่มีเหตุผลอันใดที่จะยกเอาข้อยกเว้นไปขยายความใช้บังคับกรณีนอกจากที่ระบุไว้นั้นอีก

เช่นมาตรา 21 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เป็นหลักทั่วไป บัญญัติว่า "อันผู้เยาว์ใดทำนิติกรรมใด ๆ ต้องได้รับความยินยอมของผู้แทนโดยชอบธรรมก่อน บรรดาการใด ๆ อันผู้เยาว์ใดทำลงโดยปราศจากความยินยอม เช่นว่านั้นท่านว่าเป็นโมฆะ เว้นแต่ที่จะกล่าวไว้ในมาตราทั้ง 4 ต่อไปนี้"

และในมาตรา 22, 23, 24, 25 ก็บัญญัติเป็นข้อยกเว้นไว้เพียง 4 ประการว่าอะไรบางอย่างที่ผู้เยาว์จะกระทำได้โดยไม่ต้องได้รับความยินยอมของผู้แทนโดยชอบธรรม คือการใช้สิทธิหรือการกระทำที่พ้นจากหน้าที่การที่ต้องทำเฉพาะตัว เช่นในมาตรา 23 บัญญัติว่า "ผู้เยาว์อาจทำการใด ๆ ได้ทั้งสิ้นซึ่งเป็นการกระทำเองเฉพาะตัว" ผู้เยาว์อาจทำได้โดยไม่ต้องได้รับความยินยอมของผู้แทนโดยชอบธรรม เป็นข้อยกเว้นมาตรา 21 ดังนั้นต้องตีความข้อยกเว้นในมาตรา 23 โดยเคร่งครัดและต้องใช้มาตรา 21 บังคับทุก ๆ กรณีที่ไม่เกี่ยวข้องกับการที่กระทำเฉพาะตัว เช่นถ้าผู้เยาว์ถูกฉ้อโกงหรือถูกหลอกลวงโดยผู้แทนโดยชอบธรรมก่อนจึงจะฟ้องคดีเรียกค่าสินไหมทดแทนได้

หรือมาตรา 456 วรรค 2 ซึ่งบัญญัติว่า "อนึ่งสัญญาจะขายหรือจะซื้อทรัพย์สินอย่างใด ๆ ดังกล่าวมานี้ก็ดี คำมั่นในการซื้อขายทรัพย์สินเช่นว่ามานั้นก็ดี ถ้ามิได้มีหลักฐานเป็นหนังสืออย่างหนึ่งอย่างใด ลงลายมือชื่อฝ่ายผู้รองรับเป็นสำคัญหรือใ้กว้างประจำไว้ หรือโคจราระหนึ่งบางส่วนแล้วท่านว่าจะฟ้องร้องให้บังคับคดีหาได้ไม่" มาตรานี้มีหลักว่าสัญญาจะซื้อจะขายอสังหาริมทรัพย์หรือคำมั่นในการจะซื้อจะขายอสังหาริมทรัพย์ต้องทำเป็นหนังสือ แต่บัญญัติข้อยกเว้นไว้ 2 ประการ คือ กรณีที่เป็นการประจำหรือชำระหนี้บางส่วน ถ้าไม่เข้ากรณีข้อยกเว้นทั้ง 2 ประการนี้แล้ว ก็ต้องใช้หลักทั่วไป คือสัญญาจะซื้อจะขายอสังหาริมทรัพย์หรือคำมั่นในการซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ถ้าไม่ได้ทำเป็นหนังสือแล้วจะนำมาฟ้องร้องบังคับคดีไม่ได้

หรือในกรณี มาตรา 801 ระบุไว้ว่า ถ้าวแทนทั่วไปจะ "ยื่นฟ้องศาล" ไม่ได้ นั้นจะขยายความให้เกิดถึงการยื่นพิสูจน์ในคดีล้มละลายด้วยไม่ได้ (คำพิพากษาฎีกา ที่ 141 /2479)

หรือเช่นตัวอย่างในเรื่องบุริบสิทธิที่ให้เจ้าหน้าที่มีสิทธิได้รับชำระหนี้ก่อนเจ้าหน้าที่สามัญเป็นข้อยกเว้นจากหลักทั่วไปที่ว่าเจ้าหน้าที่ทั้งหลายย่อมมีสิทธิที่จะได้รับชำระหนี้จากทรัพย์สินทั้งหลายของลูกหนี้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 214 นั้น

ในมาตราเหล่านี้เป็นข้อยกเว้นจึงต้องตีความโดยเคร่งครัดจะขยายความไม่ได้ อย่างไร เรียกว่าหลักหรือหลักทั่วไป และอย่างไร เป็นข้อยกเว้นนั้นมีหลักว่าถ้าข้อความในบทบัญญัติหนึ่งมีความกว้างกว่าในอีกบทบัญญัติหนึ่งในเรื่องเดียวกันหรือคล้ายคลึงกันต้องถือว่าเอาบทที่กว้างเป็นหลัก บทที่แคบเป็นข้อยกเว้น ตัวอย่างคู่ได้จากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 290 กับมาตรา 297 มาตรา 660 กับมาตรา 672 มาตรา 799 กับมาตรา 836 มาตรา 143 กับ มาตรา 865

คำพิพากษาฎีกา ที่ 427/2478 กฎหมายพิเศษก็ตีความโดยเคร่งครัด เหมือนกับกฎหมายพิเศษอื่นที่จริงก็ถือว่าเป็นกฎหมายจำพวกข้อยกเว้นเหมือนกันหากแต่อยู่

ในกฎหมายต่างลักษณะหรือต่างเล่มเท่านั้น

คำพิพากษาศาลฎีกา ที่ 573/2500 เรื่องพลตรีประยูร ภมรมนตรี ได้รับเลือกตั้งที่เชียงใหม่และถูกศาลฎีกาวินิจฉัยว่าไม่มีสิทธิเลือกตั้งโดยวินิจฉัยตามพระราชบัญญัติการเลือกตั้ง พ.ศ. 2499 มาตรา 121 ว่าเป็นหมิ่นกษัตริย์ห้ามข้าราชการประจำมิให้สมัครรับเลือกตั้ง และในมาตรานั้นมีข้อยกเว้นทั้งบุคคลต่าง ๆ รวมทั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร กว่ยการที่พลตรีประยูร เป็นทั้งข้าราชการประจำและสมาชิกสภาประเภท 2 ในเวลาเดียวกันไม่ทำให้เขาอยู่ในข้อยกเว้นเพราะข้อยกเว้นต้องตีความโดยเคร่งครัดจึงถือว่าต้องห้ามเพราะการเป็นข้าราชการประจำ

แต่อย่างไรก็ตาม การตีความโดยเคร่งครัดตามตัวบทนั้น ก็ยังต้องถือตามเจตนารมณ์ของกฎหมายอยู่ เช่นเดียวกัน

(2) การตีความโดยขยาย (Extensive Interpretation)

การตีความโดยขยายหรือการตีความอย่างกว้างขวางนั้นใช้ในกรณีให้ตัวอักษรในบทบัญญัติกฎหมายเขียนไว้แคบกว่าเหตุผล หรือเจตนารมณ์ของกฎหมาย ก็ต้องตีความตัวอักษรให้กว้างขึ้น เช่น ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1627 คำว่า "บิดารับรองแล้ว" คือการรับรองตามนิติบัญญัติที่จะต้องมีการจดทะเบียน แต่เมื่อศาลฎีกาวินิจฉัยจากเหตุผลของเรื่องและความเป็นธรรมชาติแล้วคำว่าบิดารับรองน่าจะกว้างกว่าความหมายในทางนิติบัญญัติ ศาลจึงตีความรวมไปถึงการรับรองโดยพฤตินัยซึ่งไม่ได้จดทะเบียน แต่เป็นการรับรองโดยพฤตินัย เช่นการส่งเสียค่าเล่าเรียน การให้ใช้นามสกุล เป็นต้น

การตีความเช่นนี้เป็นประโยชน์และเพื่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน

แต่ถึงอย่างไรก็ตาม กรณีตีความอย่างกว้างต้องอยู่ภายในขอบเขต ทั้งนี้ก็จากสภาพแวดล้อมในขณะเดียวกันก็ต้องคำนึงถึงความยุติธรรมอยู่ด้วยเสมอ

(3) การตีความโดยเจตนารมณ์ของกฎหมาย

ตามที่กล่าวมาในข้างต้นว่าการตีความตามตัวอักษรและเจตนารมณ์นั้นจะแยกออกจากกันไม่ได้ ต้องตีความให้สอดคล้องกันไป การตีความตามเจตนารมณ์ หมายความว่า การหยั่งทราบความหมายของถ้อยคำในบทกฎหมายจากเจตนารมณ์หรือความมุ่งหมายของกฎหมายนั้น ๆ

เหตุที่ต้องมีหลักการตีความตามเจตนารมณ์ก็เนื่องมาจากหลักที่ว่า กฎหมายที่บัญญัติขึ้นมานั้นก็เพื่อให้เป็นไปตามเจตนารมณ์หรือความมุ่งหมายอย่างใดอย่างหนึ่ง และกฎหมายแต่ละฉบับย่อมมีความมุ่งหมายเพื่อบังคับการกระทำหรือเหตุการณ์แตกต่างกัน เช่น กฎหมายอาญามีความมุ่งหมายถึงความผิดและการกำหนดโทษ กฎหมายแพ่งและพาณิชย์มีความมุ่งหมายเพื่อคุ้มครองความเกี่ยวพันระหว่างเอกชน และกำหนดค่าเสียหายชดเชยทดแทนการละเมิด ดังนั้นเมื่อสามารถทราบถึงความมุ่งหมายและเจตนารมณ์แล้วก็จะสามารถเข้าใจความหมายของถ้อยคำที่เขียนไว้ จะทำให้ตีความถูกต้องตามเจตนารมณ์ของผู้บัญญัติกฎหมายได้

การตีความตามความมุ่งหมายของบทบัญญัติ จึงมีความสำคัญกว่าการตีความตามตัวอักษร กล่าวคือการตีความแม่ตามตัวอักษร ชัดแย้งกับการตีความตามความมุ่งหมายของบทบัญญัติเป็นใหญ่ ก็ตีความตามความมุ่งหมายหรือเจตนารมณ์ การตีความตามเจตนารมณ์มีวิธีที่จะหยั่งทราบความมุ่งหมายทางกฎหมายได้โดยอาจจะพิจารณาจากหลักฐานดังต่อไปนี้

(ก) พระราชปรารภ กฎหมายในสมัยสมบูรณาญาสิทธิราช เมื่อพระมหากษัตริย์ทรงตรากฎหมายไว้ มักจะมีพระราชปรารภแสดงสาเหตุแห่งการบัญญัติกฎหมายนั้นไว้โดยละเอียดซึ่งเป็นการช่วยให้ทราบความมุ่งหมายของกฎหมายได้ชัดเจน แต่ในสมัยการปกครองระบอบประชาธิปไตย คำปรารภของพระราชบัญญัติมักจะมีข้อความสั้นเพียงให้ทราบว่า เป็นการออกกฎหมายใหม่หรือแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายเก่าเท่านั้น ไม่แสดงให้เห็นความมุ่งหมายหรือเจตนารมณ์ของกฎหมายได้เพียงพอ ข้อยกเว้นคงมีเฉพาะพระราชปรารภในรัฐธรรมนูญ ซึ่งแสดงเจตนารมณ์ไว้บ้าง คำปรารภส่วนมากก็ประโยชน์ในการช่วยให้ทราบ

ความมุ่งหมายของกฎหมาย และในกรณีที่พระราชปรารภแสดงความมุ่งหมายของกฎหมายไว้ก็สามารถจะนำมาใช้เป็นเครื่องมือในการตีความในกฎหมายตามเจตนารมณ์ได้

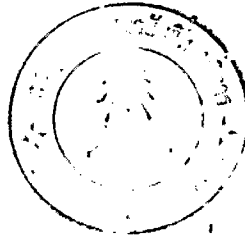
(ข) บันทึกลักการและเหตุผลของในการประกาศใช้กฎหมาย เนื่องด้วยคำปรารภในการออกกฎหมายนี้ข้อความสั้นไม่เพียงพอจะช่วยให้ตีความเข้าใจความมุ่งหมายได้ ในปัจจุบันกฎหมายต่าง ๆ จึงมีหมายเหตุแสดงเหตุผลในการประกาศแสดงไว้ก่อนท้ายพระราชบัญญัติ พระราชกำหนด พระราชกฤษฎีกาหรือกฎกระทรวงโดยโฆษณาในราชกิจจานุเบกษาด้วย เหตุผลที่กล่าวนี้มีประโยชน์ในการช่วยให้ทราบความมุ่งหมาย เช่นเดียวกับคำปรารภในสมัยก่อนเหมือนกัน

(ค) บทกฎหมายทั้งฉบับควรอ่านกฎหมายที่ประสงค์จะตีความทั้งฉบับโดยพิจารณาข้อความที่เกี่ยวข้องกันในมาตราต่าง ๆ ทั้งแต่มาตราต้นจนมาตราสุดท้ายอาจทำให้เข้าใจความมุ่งหมายของกฎหมายนั้นได้ หรืออ่านกฎหมายหลายฉบับในเรื่องเดียวกันซึ่งในบางกรณีมีกฎหมายบัญญัติไว้หลายฉบับ เช่นฉบับก่อนแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายฉบับเดิม หรือปีกฎหมายใหม่รวบรวมกฎหมายเดิมและที่แก้ไขเพิ่มเติมให้เป็นฉบับเดียวกัน ทั้งการอ่านหลายฉบับประกอบกันบางที่อาจทำให้เราทราบเจตนารมณ์หรือความมุ่งหมายของกฎหมายนั้นได้ เช่นเราพิจารณาคอนที่แก้ไขเพิ่มเติมเราก็ทราบว่าเจตนาได้ว่าทำไมจึงต้องแก้ไขเพิ่มเติม

(ง) ประวัติ ฐานะ และพฤติการณ์ก่อนและระหว่างการบัญญัติกฎหมาย การอ่านกฎหมายประกอบกับ ประวัติ ฐานะและพฤติการณ์ของบ้านเมืองในเวลาก่อนและระหว่างบัญญัติกฎหมาย อาจช่วยให้ทราบถึงเหตุผลที่ออกกฎหมายนั้น ซึ่งเป็นอีกทางหนึ่งที่จะสามารถหยั่งรู้ความหมายของกฎหมาย

(4) การตีความเพื่อผลในการปฏิบัติ

การตีความในกฎหมายควร ยึดหลักเกณฑ์อีกครั้งหนึ่งคือเมื่อเกิดกรณีที่มีความสงสัยซึ่งอาจจะตีความได้สองทางคือให้กฎหมายมีผลใช้บังคับได้ทางหนึ่งและให้กฎหมายไร้ผลอีกทางหนึ่ง ต้องถือว่ากฎหมายมีความมุ่งหมายที่จะให้กฎหมายนั้นมีผลใช้บังคับได้ เพราะการบัญญัติกฎหมายย่อมมีวัตถุประสงค์จะให้ใช้บังคับได้เสมอ มิฉะนั้นก็คงไม่



บัญญัติกฎหมายขึ้นมา

เช่นการทำนิติกรรมสัญญาตามธรรมดา คู่กรณีย่อมมุ่งหมายจะให้บังคับได้ไม่ใช้ทำขึ้นโดยไร้สาระประโยชน์ และในขณะที่เขี่ยกันยอมมุ่งถึงความสุจริตต่อกัน ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 368 จึงบัญญัติไว้ถึงเรื่องการที่ความในสัญญาต้องที่ไปโดยสุจริต และในมาตรา 10 บัญญัติว่า การที่ความในเอกสาร เมื่อเอกสารอาจที่ความได้เป็นสองนัยท่านให้ถือเอาอันที่มีผลบังคับได้ ทั้งนี้การที่ความในกฎหมายก็ควรจะเป็นเช่นเดียวกัน ต้องที่ความให้สอดคล้องของกันกับความยุติธรรมและเพื่อให้ผลในการปฏิบัติได้ควย เพราะกฎหมายย่อมมีความประสงค์เช่นนั้นเหมือนกัน

คำพิพากษฎีกา ที่ 935/2376 วินิจฉัยว่า การที่ความในกฎหมาย ไม่ควรที่ความไปในทางที่จะขัดต่อความสะดวกและสาธารณะประโยชน์

4. การใช้กฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่ง (Analogy)

Analogy แปลตามศัพท์แปลว่าการสรุปโดยการเทียบเคียงความคล้ายคลึงกัน ซึ่งในการใช้การเทียบเคียงนี้ใช้กับวิชาแขนงอื่นหลายแขนง ซึ่งเป็นการใช้เหตุผลโดยการเทียบเคียง สำหรับในทางกฎหมาย หมายควาว่าในการที่จะใช้กฎหมายบทหนึ่งไปบังคับเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นซึ่งไปตรงกับบทบัญญัติบทนั้นโดยตรงทีเดียว แต่เนื่องจากเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นมีลักษณะคล้ายคลึงกัน บทบัญญัติของบทนั้น ๆ จึงมีเหตุผลที่จะใช้บทบัญญัตินั้นกับเหตุการณ์หรือข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นนั้น ในฐานะที่บทนั้นเป็นบทกฎหมายที่ใกล้เคียง เหตุการณ์นั้นอย่างยิ่ง

ที่ต้องใช้ Analogy เพราะมีหลักว่า เมื่อมีเหตุผลเดียวกันก็ต้องใช้หลักกฎหมายเดียวกัน ซึ่งเป็นหลักธรรมดาสามัญที่เกิดขึ้นเอง มนุษย์มีใจกั้งตื่น และเป็นหลักที่เกิดในจิตใจมนุษย์เองโดยธรรมชาติ

ตามข้อที่ 1 ใ้กล่าวถึงที่มาของกฎหมายนั้นมีที่มาจากมนุษย์อยู่ร่วมกันจำต้อง มีแบบแผน ว่าสิ่งใดผิดสิ่งใดถูก อันเป็นความคิดคิดตัวมาโดยธรรมชาติที่เรียกว่าสัจปัญญา

(Reason) ก่อให้เกิดแบบแผนหรือข้อปฏิบัติ ความคิดเหล่านี้เกิดขึ้นเองจากพื้นฐานจิตใจของมนุษย์ (Idia of Justice) ซึ่งเป็นความสำนึกของมนุษย์กาทหลักกฎหมายธรรมชาติ (Law of Nature) กฎหมายเหล่านี้จะเกิดขึ้นเองและเมื่อมีการยอมรับในสิ่งเหล่านี้ ก่อให้เกิดกฎหมาย ก็ว่ากฎหมายเกิดขึ้นโดยอำนาจเป็นที่ยอมรับกันว่าเป็น Authority ซึ่งมีการยอมรับกันก่อนว่า หลักการประพาศปฏิบัตินี้ค่อนข้างกลายเป็นศีลธรรม และเป็นจารีตประเพณี มี 2 ประเพณีด้วยกัน คือ 1. ประเพณีธรรมดา ใครจะปฏิบัติหรือไม่ปฏิบัติก็ได้ 2. ประเพณีสำคัญ

ประเพณีซึ่งสามารถใช้เป็นกฎหมายได้เพราะมีการรักษาประเพณีไว้ด้วยวิธีช่วยเหลือตัวเอง (self help) ซึ่งประเพณีเหล่านี้สังคมส่วนรวมสนับสนุน อาจจะเรียกว่ากฎหมายประเพณี (Customary law) จารีตประเพณีในขั้นแรกก็ไม่ใช่เป็นลายลักษณ์อักษร ก่อเมื่อมนุษย์รู้จักอ่านเขียนก็นำมาบันทึกเป็นลายลักษณ์อักษร เช่นกฎหมาย 12 โต๊ะของจักรวรรดิโรมัน (450 B.C.) ซึ่งเป็นกฎหมายที่สำคัญที่สุดในยุคนั้น และยุคต่อ ๆ มา เมื่อกฎหมายเป็นลายลักษณ์อักษรขึ้นก็มีการตีความ มีการเปลี่ยนแปลง จึงเป็นรากฐานในการตีความและโต้เถียง เมื่อเวลาผ่านไปนาน ๆ ความคิดข้อโต้เถียงในการตีความก็ซับซ้อนแค่ว่าอักษรไม่เปลี่ยนแปลง โดยที่ความคิดของนักนิติศาสตร์ย่อมเปลี่ยนแปลงไปตามกาลสมัย จึงเห็นได้ว่ากฎหมายนั้นนอกจากเป็นจารีตประเพณีแล้วทำให้เกิดหลักกฎหมายขึ้น

เช่นใน กฎหมาย 12 โต๊ะ นั้นก็มีมาตราบัญญัติว่า "เมื่อสัตว์ 2 ตัวของบุคคลใดไปทำให้ผู้อื่นเสียหาย เจ้าของสัตว์จะต้องรับผิดชอบในความเสียหายนั้น" หลักไต่ถามที่บัญญัติไว้ถึงความรับผิดชอบของบุคคล ซึ่งความเสียหายที่เกิดขึ้นนั้นไม่ใช่เฉพาะที่บุคคลเป็นผู้ก่อเท่านั้น

ต่อมาเมื่อเกิดปัญหาในการใช้มาตรานี้มุ่งเฉพาะสัตว์คือความเสียหายแล้ว เจ้าของต้องรับผิดชอบเป็นสาระสำคัญ ส่วนจำนวนสัตว์ก็ไม่ใช่เป็นสาระสำคัญ ซึ่งเป็นวิวัฒนาการของกฎหมายเข้าหลักกฎหมายที่ว่า "เรื่องที่มีเหตุผลอย่างเดียวกัน ก็ต้องใช้กฎหมายเรื่องอย่างเดียวกันบังคับ" หลักเทียบเคียง Analogy) นี้ช่วยขยายความหลักเดิมให้คลุม

ถึงกรณีใกล้เคียงซึ่งทำให้กฎหมายวิวัฒนาการตัวเองในระยะสั้น ๆ

หรือในหลักเรื่องครอบครอง เช่นคนป่าจับสัตว์ป่ามาได้แล้วก็คนอื่นมาแย่งไป เช่นนี้ถือว่าคุณครอบครองอยู่ก่อนเป็นเจ้าของ แต่ถ้าเป็นการล่าสัตว์ป่า เช่นคนหนึ่งล่าสัตว์ป่าแล้วสัตว์ป่าวิ่งผ่านมายังอีกคนหนึ่งคนหลังนี้ถูกระบุสัตว์ไว้ได้ เช่นนี้ยอมถือหลักว่าใครจับได้ก่อนมีสิทธิคือว่า ในกรณีตรงข้าม ถ้าคนล่าสัตว์คนแรกพุ่งหอกถูกสัตว์ป่าได้รับบาดเจ็บแล้วคนหลังจับสัตว์ป่าที่บาดเจ็บได้ กฎตามเหตุผล คนแรกน่าจะมีสิทธิคือว่า เพราะเป็นผู้ทำให้สัตว์บาดเจ็บ น่าจะเป็นผู้มีอำนาจเหนือสัตว์แล้ว ซึ่งหลักนี้นำมาบัญญัติใน ป.พ.พ.

มาตรา 1322

กฎหมาย 12 โทะนั้น คือมาพระเจ้า Justinian ได้รวบรวมพร้อมหลักกฎหมายอื่น ๆ มาเป็นประมวลกฎหมายแพ่งของจักรวรรดิโรมัน หรือที่เรียกว่า Corpus Juris Civilis ประมวลกฎหมายแพ่งอันนี้ประกอบด้วยหลักกฎหมายซึ่งมารวมกับกฎหมายอื่น

ในยุคแรกนั้นกฎหมายเริ่มจากการที่มีผู้ทรงคุณวุฒิ ซึ่งเป็นผู้เฒ่าที่ได้รับการยกย่องเป็นผู้ตัดสินและมีการยอมรับปฏิบัติมานานมีข้อความง่ายชัดเจน คือความง่าย ต่อเมื่อมีรวบรวมเป็นกฎหมาย 12 โทะ ก็เป็นเพียง "กฎ" ที่มีถ้อยคำง่าย ๆ ชัดเจน เกรงครัด ที่ความหมายและแคบ ต่อมากฎหมายเริ่มล่าสมัย จึงมีการแก้ไข ซึ่งกฎหมายเหล่านี้ออกโดยบุคลากรประเภทหนึ่งเรียกว่า Praetors Urbanus ซึ่งพวกนี้ไม่ใช่วิชาการทางนิติศาสตร์ ต้องขอคำปรึกษาจากนักนิติศาสตร์ที่เรียกว่า Jurisprudentes และการตีความและการสร้างกฎหมายจึงอยู่ในอำนาจของนักนิติศาสตร์ที่เป็นสงฆ์นิกายหนึ่งเรียกว่า The Pontiffs¹ ซึ่งหน้าที่แปลและสร้างกฎหมายพระที่เรียกว่า Sacerdotes พระสงฆ์พวกนี้มีความสามารถและมีอิทธิพลในการวิวัฒนาการทางวิชาการมากกว่าผู้พิพากษา และ

¹ รອງพล เจริญพันธ์, กฎหมายแพ่งหลักทั่วไป (The Allgemeniner Tell), หน้า 33.

พระสงฆ์บางองค์เคยเป็นผู้พิพากษาตามความข้างองค์ เป็นทั้งผู้พิพากษาและพระ ทั้งนี้เพราะ
 ในสังคมโรมัน ซึ่งมีลักษณะพิเศษอยู่ประการหนึ่งคือให้พระสงฆ์หรือผู้นำทางศาสนานั้น ครอบ
 รับภารกิจทางบ้านเมืองไปด้วย พระสงฆ์เหล่านี้ได้รับหน้าที่ให้พัฒนาวิชานิติศาสตร์ โดย
 ในกรณีนี้มีหน้าที่ 2 ประการคือ ให้คำปรึกษาที่เรียกว่า *Cautelary opinion*¹
 และหน้าที่รับปรึกษาคดีเรียกว่า *Pontifical Jurisprudence* ซึ่งงานทั้งสองนี้รวม
 เรียกว่า *Judicial Opinions* การตีความกฎหมายพระในสมัยนี้เคร่งครัดโดยใช้หลัก
 ของ *Social Law* ซึ่งพระสงฆ์เป็นจำนวนมากไม่รับปรัชญากรีก ฉะนั้นการใช้คำทั่วไป
 ในการเขียนกฎหมาย จึงไม่นิยมแพร่หลายเท่าที่ควร ในตอนปลายสมัยของสาธารณรัฐ
 การตีความกฎหมายจึงคู่ตัวอักษรและวากยสัมพันธ์ (*Syntax*) เป็นหลัก ส่วนขอบเขต
 (*Context*) มักไม่มีความสำคัญเพราะลักษณะตัวบทกฎหมายมิใช่คำทั่วไปจึงไม่จำเป็นต้อง
 ค้นหาขอบเขต (*Context*) ของคำมากนัก

ครั้นต่อมาอีกไม่นาน การเขียนตัวบทกฎหมายด้วยการใช้ถ้อยคำทั่วไปก็เกิดขึ้น
 การวิวัฒนาการของยุคนี้เรียกว่า *Hellenistic Period* คือยุคที่รับเอาปรัชญาของกรีก
 ที่เรียกว่า "วิภาษวิธี" (*Dialectical Process*) เข้ามาใช้ในการเขียนตัวบท
 กฎหมาย

การวิวัฒนาการของปรัชญากรีกในค่านิถิวินิจฉัยกฎหมายโรมันเกิดขึ้นด้วยเหตุ
 2 ประการคือ

1. การสร้างระบบผู้พิพากษาอาชีพ (*The creation of the System of professional Judges*)
2. เกิดป็นักนิติศาสตร์ที่เป็นสามัญชน และเลื่อนไปศึกษาปรัชญากรีกอย่าง
 แยกแยะ จนสองชั้นนี้ร่วมกันสร้างระบบกฎหมายใหม่ซึ่งภายหลังรุ่งเรืองมากในยุคกลาง

¹ ร็องพล เจริญพันธ์, เรื่องเดิม, หน้า 175.

(Classical Period) ในยุคหลังสาธารณรัฐนั้น ได้มีการตั้งสามัญชนเป็นผู้พิพากษา ผู้พิพากษามีสองระดับ ระดับแรก คือ Praetor ระดับสองคือ Judex Praetor เป็นผู้ที่มีความสำคัญมากกว่า Judex เพราะเป็นผู้ที่ควบคุมการไต่สวน ฟ้องร้อง และเขียนประเด็น ตลอดจนกำหนดเงื่อนไขทางกฎหมายในการตัดสินคดี เงื่อนไขและตัวบทจะปรากฏเป็นแบบฟอร์มในคำฟ้องร้อง เพราะแต่เดิมกระบวนการวิธีพิจารณาความจะมีบทบาทมากในการพัฒนากฎหมายสารบัญญัติ (Substantive Law) การเขียนตัวบทกฎหมายในยุคหลังนี้จึงตกอยู่ในมือของ Praetor ส่วน Judex นั้นเป็นเพียงผู้พิพากษาที่ทำหน้าที่ตัดสินประเด็นตามตัวบทกฎหมายที่เขียนโดย Praetor

ปัญหาของ Praetor ในทางกฎหมายมีมาก เพราะพวกนี้มีใช้นักนิติศาสตร์ ในสมัยนั้นผู้พิพากษาถูกเลือกจากชนโรมันที่มีสิทธิสัมปัญญาบริบูรณ์เมื่ออายุเกิน 25 ปี มีฐานะทางสังคมสูง ด้วยเหตุนี้ Praetor จึงต้องพึ่งความเห็นของนักนิติศาสตร์เสมอ ในตอนแรกเมื่อนักนิติศาสตร์เป็นพระสงฆ์อิทธิพลของกรีกจึงน้อย ต่อมาแม้แต่พระสงฆ์ก็หันมารับนับถือปรัชญากรีก และเมื่อสามัญชนกลายเป็นนักนิติศาสตร์ อิทธิพลของปรัชญากรีกจึงมีมากและทวีสูงขึ้นตามลำดับ

ปรัชญากรีกที่เรียกว่า "วิทยาวิธี" (Dialectic) กำเนิดขึ้นในสำนักสอนวิชาการของ Socrates วิทยาวิธีเป็นวิธีการให้เหตุผล (Method of reasoning) ซึ่งแต่เดิมปรากฏเป็นบทสนทนา (Dialogue) (Tekne dialeklike) ในสมัยนั้นนักปราชญ์เป็นจำนวนมากมีความคิดเห็นไม่ตรงกันคือขัดแย้งกัน คนเหล่านี้ต่างก็มาประชุมสนทนากันและทำการสรุปความเห็น (Conceptualization) เช่น Plato Aristotle ว่าเป็นการวางหลักทั่วไปทั้งนั้นและเริ่มจากเรื่องเฉพาะไปสู่การสร้างหลักทั่วไป จึงเป็นวิธีการที่เรียกว่าอุปนัย (Induction) เพราะฉะนั้น กฎหมายที่เกิดขึ้นจากการสรุปย่อคใจความจึงเป็นคำทั่วไปเป็นส่วนมาก ในปลายสมัยสาธารณรัฐอิทธิพลของปรัชญากรีกเหล่านี้เริ่มแพร่หลายเข้ามามากขึ้น ตัวบทกฎหมายเริ่มมีคำที่เป็น Concepts มากขึ้น เช่นคำว่า "สุจริต" (Good faith) "ศีลธรรมอันดีงาม" (Bonos Mores)

"เอควิตี้" (Equity) "ฉ้อฉล" (fraud) เป็นต้น Professor Stein ในหนังสือ *Regulae Juris* เล่าว่าเป็นพระสงฆ์ Pontiff ฆราวาสหนึ่งเป็นนักนิติศาสตร์ ชื่อ G. Mucius Scalvala หันมาสนใจปรัชญากรีก ในราว 100 ปี ก่อนคริสตกาล พระสงฆ์รูปนี้เขียนหนังสือชื่อว่า *Treatise on Jus Civile* เขานำเอาปรัชญากรีกมาใช้วางหลักกฎหมายทั่วไปขึ้นเป็นจำนวนมาก

การสร้างหลักทั่วไปที่มีคำทั่วไปอันมีลักษณะเป็น Concept นี้ เป็นกรรมวิธีที่ยากยิ่ง นักนิติศาสตร์ทงศึกษาคดีเฉพาะเรื่อง เป็นคดีไป และต้องศึกษาความคิดโต้แย้งไปตรงกันของนักนิติศาสตร์คนอื่น ๆ เมื่อสร้าง Concept ขึ้นมา แล้วนักนิติศาสตร์พวกนี้แสดงกรรมวิธีในการตีความกรรมวิธีในการสร้างประวัติความเป็นมาของ Concept อย่างละเอียด จึงสะดวกในการตีความ

ในสมัยหลังคลาสสิกโดยเฉพาะในสมัยของ Justinian คำบทกฎหมายมีคำทั่วไปที่กว้างมาก เป็นคำทั่วไปที่กว้างที่สุดเรียกว่า *Maximum word* คำว่า *Maximum* แปลว่ามากที่สุด เพราะฉะนั้นกฎหมายเหล่านี้เรียกว่า *Legal Maxim* แปลกฎหมายที่กว้างที่สุดอย่างเช่น "ผู้รับโอนไม่มีสิทธิดีกว่าผู้โอน" (*Nemo dat quod non habet*) ไขว้ข้อระวัง (*Caveat Emptor*) เป็นต้น *Legal Maxims* เหล่านี้บรรจุอยู่ในหัวข้อสุดท้ายใน *Pandect (Digest)* ของ Justinian คือหัวข้อที่ 50.17 (*Title 50.17*) มีอยู่ 211 ข้อด้วยกัน กฎที่กว้างกว้างมากเช่นนี้ ก่อปัญหาในการตีความมากที่สุด

ก่อนสมัย Justinian นั้น Professor Stein อธิบายไว้ว่า *Legal Maxim* เหล่านี้ถูกศาสตร์ความกว้างมาก ตัวอย่างต่าง ๆ ที่เป็นต้นกำเนิดของกฎเหล่านี้ดูไม่มีความหมายเพราะสาลนำกฎไปใช้ในสถานการณ์ที่ต่างกับตัวอย่างเดิมมากจนทำให้ขอบเขตกว้างเกินไป แต่เดิมนักกฎหมายโรมันตีความโดยดูขอบเขต (*Context*) ในขณะที่ถูกสร้างขึ้น ซึ่งเป็นหลักที่เรียกว่า *Noscitur a Socus* (ตีความโดยค้นหาขอบเขตของตัวบท แต่ในยุคหลังคลาสสิกศาสตร์ความกว้างมากจนเลยขอบเขตไปไกลมากคือทำลาย (*Context*) เดิมหมด

การตีความกว้างแบบนี้มีผู้อ้างว่า Justinian รู้ลึกซึ้งต่อหลักนิติศาสตร์ดั้งเดิม จึงทรงบัญญัติไว้ใน Pandect (Digest) ทว่ามิให้ศาสตร์ความกว้างกว่าปกติคือทองคำนี้ ถึงขอบเขตเดิม (Context) ตลอดเวลา ที่จริงแล้วจะเห็นว่า การที่คนโรมันตีความ Concept โดยดูขอบเขต (Context) ตามหลัก Noscitur a Socus นั้นก็เพราะใน สมัยคลาสสิกนั้น ผู้พิพากษาที่เคยมีอำนาจวางหลักกฎหมายคือ Praetors เริ่มถูกรัฐเข้า ควบคุมสกัดทอนอำนาจให้น้อยลง แต่เดิม Praetors เคยมีอำนาจวางหลักกฎหมายใหม่ได้ ก็เพราะหลักทางนิติศาสตร์ 2 ประการ คือ

1. หลักว่าด้วยกระบวนการวิธีพิจารณาความ (Actiones) ซึ่ง Praetor มีอำนาจเขียนคำฟ้องและแบบฟอร์มคำฟ้อง ทำให้เขาสามารถแปลงหลักกฎหมายใหม่หรือ วางหลักกฎหมายใหม่ตามนัยคำฟ้องได้มากมาย

2. หลักเทียบเคียง (Analogy) ซึ่งแต่เดิมตามหลักกฎหมายโรมันที่มีแต่ คดีเฉพาะเรื่อง (Casuistic Method) ผู้พิพากษาสามารถเทียบเคียงคดีไปใช้กับคดี อื่น ๆ ที่มีสาระสำคัญคล้ายกันและอยู่ในประเภทเดียวกัน

ที่จริงหลัก Analogy นี้ทำให้กฎหมายวิวัฒนาการไปมาก แต่ต่อมาเมื่อ อำนาจของ Praetor ถูกตัดรอนจนการใช้ Analogy ถูกห้ามเด็ดขาด ทำให้กฎหมาย ไม่ค่อยวิวัฒนาการ ข้อบกพร่องอันนี้มีผลมาถึงการแปล Concepts ด้วย เนื่องจากศาล Analogy ไม่ได้การตีความ Concepts จึงต้องคู่แท้คือเป็นพื้นฐานของ Concepts เท่านั้น จะมาตีความ Concepts ให้คลุมกว้างไปถึงคดีอื่นที่ใกล้เคียงกับคดีพื้นฐานนั้นไม่ได้ เพราะฉะนั้นจึงต้องตีความโดยกำหนดเจาะจงที่คดีพื้นฐานเท่านั้น จะเอา Concepts ไปใช้กับคดีอื่นไม่ได้ ถือว่าทำลายขอบเขตเดิม (Original Context) ของคำบท กฎหมาย¹

¹ รອງพล เจริญพันธ์, เรื่องเจ้เดิม, หน้า 186.

การใช้หลักเทียบเคียง (Analogy) นั้น ต้องใช้ใบขอบเขตจำกัดเหมือนกัน ถ้าจะพูดกันอย่างกว้าง ๆ การ Analogy นั้น ต้องพิเคราะห์ถึงเหตุผล (Reason) และความยุติธรรม ซึ่งจะกล่าวถึงรายละเอียดต่อไป

ตัวอย่างการตีความโดยอาศัยบทกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่ง เช่น ในคดีฆ่าคนตาย 2 คดี คดีแรก เป็นการกระทำโดยเจตนา โดยมีการตกลงใจที่จะกระทำไว้ก่อน ผู้กระทำผิดในคดีนี้ถูกตัดสินประหารชีวิต และจำคุกเสียหายนให้กับญาติของผู้ตาย สำหรับ คดีที่สอง ความตายเกิดขึ้นจากการกระทำประมาทเลินเล่อ ของผู้กระทำ ถ้าจะนำ Analogy มาพูด เราจะใช้วินิจฉัยกับคดีทั้ง 2 คดีนี้อย่างไร คดีทั้ง 2 นี้เกิดขึ้นโดยมีองค์ประกอบของการกระทำผิดต่างกัน แต่ผลของการกระทำผิดที่เกิดขึ้นเหมือนกัน เมื่อคำนึงถึงผลของการกระทำผิด ความเสียหายที่เรียกจากคดีทั้ง 2 ก็ควรจะเท่ากัน แต่โทษที่ได้รับนั้นต่างกันโดยคำนึงถึงการกระทำหรือกรรมเป็นหลัก

เมื่อนำเอาการตีความโดยอาศัยบทกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่งมาปรับกัน คดีที่กล่าวแล้วเราก็จะสามารถได้กฎเกณฑ์ที่ว่า "WHERE THERE IS THE SAME REASON OF THE LAW, THERE IS THE SAME DISPOSITION OF THE LAW" (USI EADEM EST LEGIS RATIO, EADEM EST LEGIS DESPOSITIO)

ความหมายที่ว่า Analogy คือการนำเอากฎหมายใกล้เคียงมาใช้ในการตีความนั้นเป็นที่ทราบกันอยู่ทั่วไปแล้ว แต่กฎหมายต้องการวิธีปฏิบัติที่ละเอียดถี่ถ้วนกว่านั้น เพื่อให้จะได้เป็นไปตามที่กล่าวมาแล้ว จึงได้เกิดมีทฤษฎีต่าง ๆ เกิดขึ้น ซึ่งแยกออกได้ คือ

1. ทฤษฎีแรก (First Principle) กล่าวไว้ว่า กฎที่เป็นที่ยอมรับกันแล้ว (Approved rule) ควรจะตีความด้วยการใช้ Analogy ส่วนกฎที่รุนแรง (Vicious rule) ควรตีความให้แคบ ตามคำกล่าวที่ว่า "Favores sunt ampliandi, odiosa vero sunt restringenda"

2. ทฤษฎีที่สอง (Second Principle) กล่าวไว้ว่า ทุก ๆ กฎที่เกี่ยวข้องกับ Common Law ควรจะตีความขยายโดย Analogy และ ทุก ๆ กฎซึ่งมิใช่

Common Law ควรจะตีความอย่างแคบหรืออย่างเคร่งครัด

สรุปแล้วจึงสามารถกล่าวได้ว่า ทฤษฎีแรกเป็น Moral Order สำหรับทฤษฎีที่สองนั้นเป็น Constructive order

เมื่อกล่าวถึงทฤษฎีทั้ง 2 แล้วจะเห็นว่า การตีความโดยอาศัยบทกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่งใน Common Law นั้น แตกต่างกับการตีความในกฎที่ยอมรับกันแล้ว (Approved rule) อย่างมาก เพราะการตีความในกฎเกณฑ์ที่ยอมรับกันแล้วนั้นเน้นหนักไปในทางสังคมและศีลธรรม ในขณะที่การตีความใน Common Law เน้นหนักไปในหลักเกณฑ์กฎหมาย

การตีความโดยอาศัยบทกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่งในกฎหมายโรมัน (Analogy in Roman Law) กฎหมายโรมันเป็นที่ทราบกันอยู่ทั่วไปว่าแบ่งออกเป็นกฎหมายเฉพาะ (Jus Singulare) กับกฎหมายลักษณะทั่วไป (Jus Generale) สำหรับ Jus Singulare นั้นไม่สามารถใช้การตีความโดยอาศัยบทกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่งได้ แต่ Jus Generale กฎหมายโรมันบัญญัติให้ใช้ การตีความโดยใช้ Analogy ได้

ในประเทศฝรั่งเศส นับตั้งแต่เริ่มมีกฎหมาย จนถึงสมัยจัดทำประมวลกฎหมายแพ่ง ได้มีการใช้ Analogy ทั้งใน Common Law กฎหมายพิเศษ ตลอดจนกระทั่งใช้ใน Vicious rules ด้วย¹

Analogy แยกออกได้เป็น 2 ประเภท คือ

(1) Gesetzesanalogie คือการเทียบเคียงตัวบท คือการยึดกฎหมายบทใดบทหนึ่ง หรือมาตราใดมาตราหนึ่งโดยเฉพาะเป็นการเทียบเคียงหาเหตุผลสำหรับ

¹ จากหนังสือ Philosophy in the Development of Law-Pierre de Tourtoulon Modern Legal Philosophy Series Vol., XII.

กรณีที่เกิดขึ้น เช่น ตัวอย่างในมาตรา 1349 วรรคสอง ถ้ากรณีเป็นว่าที่ดินแปลงใดมีทางออกได้ แต่ต้องข้ามเลน สระ บึง หรือทะเล หรือมีที่ชั้นอื่นที่ระกบที่ดินกับทางสาธารณะ สูงกว่ากันมาก กฎหมายขอให้ใช้ความในวรรคหนึ่งของมาตรา 1349 บังคับ คือเจ้าของที่ดินแปลงที่ถูกล้อมอยู่จนไม่มีทางออกทางสาธารณะไอนั้น จะย่นที่ดินซึ่งล้อมอยู่ไปสู่ทางสาธารณะได้ ดังนั้นเราก็อาจใ้การเทียบเคียงเหตุผลคำพิพากษามาตรา 1349 วรรคสอง ได้ว่ากฎหมายฉบับนี้มีเจตนารมณ์จะให้ออกสู่ทางสาธารณะแก่เจ้าของที่ดินที่มีทางออกสู่ทางสาธารณะแล้ว แต่ทางออกนั้นไปไม่ได้ด้วยความยากลำบากอย่างยิ่ง

(2) Rechtsanalogie การเทียบเคียงหลักกฎหมายหรือจะเรียกว่าหลักกฎหมายทั่วไปก็ได้ โดยเฉพาะเจาะจงจะให้ยึดเทียบเคียงเป็นหลักได้ก็ต่อเมื่อเราอ่านบทกฎหมายหลายบทที่เกี่ยวข้องกันพิถีพิถันเพื่อให้ต้องแน่แล้ว เรายังจะสามารถหาหลักทั่วไปที่เป็นหลักที่อยู่เบื้องหลังของทั้บทหลายบทเหล่านั้น แล้วหลักที่อนุมานได้นี้เป็นหลักกฎหมายทั่วไปที่จะนำไปใช้บังคับคดีที่เกิดขึ้น เช่นถ้าเราศึกษาในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1303, 1329, 1330, 1331 และ 1332 ประกอบกันจะอนุมานได้ว่า มาตราเหล่านี้มีหลักเกณฑ์ร่วมกันอยู่คือ "หลักป้องกันคุ้มครองบุคคลภายนอก" แม้จะไม่มีข้อความดังกล่าวเขียนไว้ในตัวบทเหล่านั้น แต่นักกฎหมายย่อมสามารถมองเห็นหลักนี้แล้วดึงออกมาจากตัวบทเหล่านั้นได้ หากมีกรณีเกิดขึ้นในโลกเดียวกับบทเหล่านั้น ก็ต้องอาศัยเทียบเคียงเหตุผลจากหลักดังกล่าว ถ้าปรากฏว่าหลักเกณฑ์ไม่มีให้ตัดสินตามหลักความเป็นธรรมทางธรรมชาติ

ข้อที่ควรสังเกตุอย่างหนึ่งคือ ความผิดแยกแตกต่างกันระหว่างการตีความบทกฎหมาย (Gesetzesinterpretation) กับการเทียบกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งเพื่อยกขึ้นวินิจฉัยคดี Analogy การตีความบทกฎหมายคือการแปลบทกฎหมายซึ่งมีความหมายไม่ชัดเจนให้ชัดขึ้น ส่วนการเปรียบเทียบกฎหมายที่ใกล้เคียงเพื่อยกขึ้นวินิจฉัยคดีนั้น เป็นการขยายความหมายของกฎหมายให้กว้างขวางขึ้น ให้ใช้ได้ถึงกรณีซึ่งคล้ายคลึงกัน คือถ้ายกบทกฎหมายนั้นมาปรับคดีซึ่งเทียบเคียงกันนี้แล้ว ผลที่จะได้รับย่อมคล้ายคลึงกัน จะแตกต่างกันบ้างก็แต่ในข้อที่ไม่เป็นสาระสำคัญ เพราะฉะนั้น จึงต่างกับกับการตีความบทกฎหมาย

ความแตกต่างกันนี้เป็นสิ่งจำเป็นยิ่งที่จะต้องวิเคราะห์ถึง โดยเฉพาะสำหรับกฎหมายอาญา เพราะการวินิจฉัยคดีอาญานั้นต้องถือตรงตามบทโดยเคร่งครัด ถ้าไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้แล้ว จะลงโทษผู้ที่กระทำผิดไม่ได้ (Nulla poena sine lege) ดังมาตรา 2 วรรค 1 แห่งประมวลกฎหมายอาญาซึ่งบัญญัติไว้ว่า "บุคคลกรรับโทษทางอาญาต่อเมื่อใดกระทำการอันกฎหมายซึ่งใช้อยู่ในเวลาที่กระทำนั้นบัญญัติว่าเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้" ทั้งนี้จะเห็นได้ว่ากฎหมายอาญานั้นต้องใช้ตรงตามตัวบท จะขยายความออกเทียบใช้สำหรับกรณีที่ไม่ใกล้เคียงนั้นไม่ได้ ส่วนสำหรับกฎหมายแพ่งนั้นไม่มีข้อกำหนดเช่นนี้ ตรงกันข้ามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 4 วรรค 2 และ 3 บัญญัติไว้ด้วยว่า "เมื่อใดไม่มีบทกฎหมายที่จะยกปรับคดีไว้ ท่านให้วินิจฉัยคดีนั้นตามคลองจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น ถ้าและไม่มีจารีตประเพณีเช่นนั้น ท่านให้วินิจฉัยอาศัยเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง..." โดยหลักเกณฑ์ดังกล่าวแล้วในคดีอาญาจึงห้ามการเทียบกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งขึ้นวินิจฉัยคดี แต่ส่วนการตีความนั้นหาต้องห้ามตามกฎหมายดังกล่าวไม่ ในกฎหมายอาญาก็อาจมีการตีความกฎหมายได้

เพื่อให้เข้าใจได้ง่ายขึ้น พอดีสรุปได้ว่า Analogy มี 2 ประเภทคือ

- (1) อุปมานบทกฎหมาย คือหาบทกฎหมายบทใดบทหนึ่งได้แล้วให้บังคับโดยอนุโลม
- (2) อุปมาหลักกฎหมาย คือหาบทกฎหมายหลาย ๆ บทมารวมกันเพื่อหาหลักกฎหมายที่เหมือนกันเพื่อที่จะนำหลักกฎหมายนั้นไปใช้บังคับคดี

การตีความโดยการเทียบเคียงกฎหมายใกล้เคียงนี้เป็นการเทียบเคียงวิเคราะห์บทที่ส่งสัยนั้นกับบทกฎหมายหรือบทมาตราอื่นในเรื่องเดียวกันหรือคล้ายคลึงกันแล้ว จึงเป็น

การตีความกฎหมายที่สงสัยนั้นคือหาจุดมุ่งหมายของกฎหมาย

คำพิพากษาฎีกา ที่ 464/128

การตีความพระธรรมนูญศาลทหาร เว้นนั้น ควรระลึกกฎหมายก่อนนี้เทียบเคียงกันดู คือระบบพระธรรมนูญศาลยุติธรรมและพระธรรมนูญศาลทหารบก

คำพิพากษาฎีกา ที่ 643/2472

คำว่า "ผู้รับจำนำ" ตามความหมายในมาตรา 22 แห่งพระราชบัญญัติโรงจำนำนั้น หมายความว่าผู้ที่ได้รับอนุญาตให้ตั้งโรงรับจำนำ

คำพิพากษาฎีกา ที่ 629/2477

เงินที่จะต้องเสียภาษีตามพระราชบัญญัติภาษีเงินได้นั้น กฎหมายให้เรียกเก็บเอาจากจำนวนเงินที่ได้รับจริง ๆ ในปีนั้น ทั้งคงคิดจากยอดเงินที่ได้รับทั้งหมด ไม่ใช่แยกเป็นปี ๆ ที่ได้รับ

คำพิพากษาฎีกา ที่ 1141/18

เจ้าของรวมปลูกเรือนลงในที่ดิน ต่อมาได้แบ่งแยกที่ดินแล้วโอนขายค่อ ๆ กันทั้งแปลง เมื่อรังวัดสอบเขตจึงปรากฏว่ารุกล้ำอยู่ในเขตที่ดินที่แบ่งออกอีกแปลงหนึ่งถึง 60 ซม. ดังนี้เจ้าของที่ดินปลูกโรงเรือนโดยสุจริตตามที่ปัสสิทธิปลูกได้ตามกฎหมายกับผู้รับโอนทราบก่อนวันโอนว่าเรือนรุกล้ำ ก็ไม่อาจอุทธรณ์บังคับให้รื้อถอนอาคารส่วนที่รุกล้ำได้ กองไขมาตรา 4 วินิจฉัยเทียบเคียง ม. 1312 ซึ่งเป็นกฎหมายใกล้เคียงให้เจ้าของได้รับค่าใช้คืนที่รุกล้ำเข้ามาเท่านั้น

แต่คงเข้าใจไว้ว่าการเทียบเคียงตามที่กล่าวไว้ในตอนต้นที่ว่าเป็นคนละเรื่องกับการวินิจฉัยคดีอาศัยเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง ดังที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 4 วรรค 3 นั้น เพราะเป็นเรื่องนำเอากฎหมาย

ใกล้เคียงอย่างยิ่งมาใช้ เนื่องจากกฎหมายที่น่าจะมาปรับกับคดีที่เกิดขึ้นนั้นไม่มี เป็นช่องว่างของกฎหมาย ตามที่กล่าวมาแต่คนแสดงว่าในระบบกฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษรส่วนใหญ่ มักจะเกิดปัญหาขึ้นเสมอและไม่สามารถจะหลีกเลี่ยงได้ว่าเมื่อเกิดคดีขึ้นแล้ว ไม่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรบัญญัติไว้ เป็นหน้าที่ของผู้พิพากษาจะต้องหากกฎหมายมาปรับกับคดีที่น่ามาสู่ศาล ศาลจะปฏิเสธไม่ตัดสินคดีโดยอ้างว่ากฎหมายไม่ได้บัญญัติไว้หรือกฎหมายบัญญัติไว้ไม่ชัดเจนไม่ได้ ซึ่งเป็นวิธีการที่จะอุดช่องว่างแห่งกฎหมายประการหนึ่ง ซึ่งนับว่าเป็นที่มาอย่างหนึ่ง ของกฎหมายหรือการปรับใช้กฎหมายโดยตรงซึ่งไม่ใช่การตีความซึ่งกล่าวมาในตอนต้น

ส่วนการใช้กฎหมายเทียบเคียงในการตีความนี้ กฎหมายในเรื่องนั้นก็มีอยู่ หากแต่ไม่ชัดเจน จำต้องเทียบเคียงวิเคราะห์กับบทกฎหมายหรือบทมาตราอื่น ๆ ในทำนองเดียวกัน เพื่อค้นหาความมุ่งหมาย และด้วยเหตุผลจากหลักความเป็นธรรมที่ว่า "สิ่งที่เหมือนกันควรได้รับการปฏิบัติต่อกันที่เหมือนกันหรือเท่าเทียมกัน" และหลักนี้เองที่ทำให้เกิดเป็นหลักที่สุภาษิตกฎหมายว่า "สิ่งที่มีความคล้ายกัน เช่นเดียวกัน จะต้องใช้บทบัญญัติเดียวกัน บังคับ" (Ubi eadem ratio idem Jus esse debet) จึงเห็นได้ว่าการใช้กฎหมายแบบ Analogy ไม่ใช่เพราะมีมาตรา 4 บัญญัติให้ใช้แต่เป็นเพราะเหตุผลของเรื่องและความเป็นธรรมที่บังคับต้องให้มีการใช้ Analogy ในกฎหมาย¹

ในการใช้กฎหมาย Analogy มีขั้นตอนในการวิเคราะห์ดังนี้คือ

- (1) บทบัญญัติของกฎหมายที่จะใช้ในการตีความ
- (2) ขอบเขตของการกฎหมายที่จะใช้ในการตีความ

(1) บทบัญญัติของกฎหมายที่จะใช้ในการตีความแบ่งแยกได้คือ

ก. ต้องดูจากบทบัญญัติของกฎหมายว่าเป็นกฎหมายประเภทอะไร บทบัญญัตินั้น

¹ปรีดี เภษมทรัพย์, สืบนาในวิชากฎหมายแพ่ง, เรื่องเดิม, หน้า 184-85.

เป็นบทหลักหรือบทยกเว้น

การที่เราจะพิจารณาแยกบทบัญญัติกฎหมายออกเป็น 2 ประเภท คือ กฎหมายที่เป็นหลัก (Jus Commune) และกฎหมายที่เป็นบทยกเว้น (Jus Singulare) ย่อมเป็นประโยชน์อย่างยิ่งในการใช้กฎหมาย ก็จะได้รู้ว่าควรจะตีความตามกฎหมายใดเพียงใด จะใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายใกล้เคียง Analogy ได้เพียงใดหรือไม่

สำหรับระบบ Civil Law นั้นโดยปกติแล้วจะถือว่าบทบัญญัติของกฎหมายเป็นกฎหมายทั่วไป อันสามารถใช้บังคับแก่กรณีต่าง ๆ ได้อย่างกว้างขวางมิใช่เป็นเพียงกฎหมายเฉพาะกรณี ซึ่งมีความหมายอย่างแคบเท่านั้น

หลักเกณฑ์ของระบบ Civil Law ถือว่ากฎหมายลายลักษณ์อักษรเป็นเครื่องมือช่วยแก้ปัญหาได้ทุกกรณีที่มีความสำคัญยิ่งสำหรับกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่ได้บัญญัติขึ้นในรูปของประมวลกฎหมาย แต่ก็มีใช้ว่าบทกฎหมายที่บัญญัติขึ้นนั้นจะเป็นกฎหมายหลักไปเสียทั้งหมด ทั้งนี้เนื่องมาจากกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่เป็นตัวบทกฎหมายมีจำนวนมาก จึงต้องมีหลักและข้อยกเว้นจากหลัก ซึ่งข้อยกเว้นนั้นก็มีความสำคัญที่ควรนำมาลงบัญญัติไว้เช่นกัน บทบัญญัติที่เป็นหลักนั้น โดยปกติก็ย่อมใช้แก่กรณีทั่ว ๆ ไป ส่วนข้อยกเว้นก็ต้องใช้จำกัดเฉพาะกรณี จะตีความให้กว้างขวางเกินไป ก็อาจจะทำให้ข้อยกเว้นกลายเป็นหลักไปได้ และบทบัญญัติที่เป็นหลักแท้ ๆ อยู่แต่เดิมนั้นอาจจะมีผลหรือส่งผลให้สมความมุ่งหมายก็ได้ ฉะนั้นจึงมีหลักอยู่ที่ว่า ถ้าเป็นบทกฎหมายที่เป็นหลักทั่วไป (Jus Commune) โดยปกติแล้วจะต้องมีแนวโน้มไปในทางที่จะตีความอย่างกว้าง เพื่อให้บังคับได้กับกรณีทั่วไป สอดคล้องเจตนารมณ์ของกฎหมาย

นอกจากจะตีความได้อย่างกว้างขวางแล้ว ในกรณีที่บทกฎหมายที่เป็นหลักนั้นใช้บังคับแต่ข้อเท็จจริงบางประการไม่ได้ทั้ง ๆ ที่ได้ตีความอย่างกว้างขวางแล้วและความหมายของตัวบทนั้นก็ยังไม่ครอบคลุมถึงกรณีนั้น ๆ แต่เนื่องจากกรณีเหล่านั้นมีความคล้ายคลึงกันกับกรณีที่ตัวบทกฎหมายได้บัญญัติไว้ก็ย่อมจะใช้เทียบเคียงบทบัญญัติที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง

(Analogy) ได้ ทั้งนี้เนื่องมาจากเหตุผลที่ว่า "เรื่องที่เกี่ยวข้องกัน ต้องใช้บทบัญญัติเดียวกัน (Ubi eadem ratio idem jus esse debet) ในกรณีตรงกันข้ามถ้าบทบัญญัติใดเป็นบทบัญญัติที่เป็นข้อยกเว้น (Jus Singulare อันเป็นบทบัญญัติที่ใช้บังคับแก่ข้อเท็จจริงเฉพาะกรณี จึงต้องตีความโดยเคร่งครัด ก็ย่อมจะใช้เทียบเคียงเหตุผลที่ใกล้เคียงอย่างปึง (Analogy) ไม่ได้

ตัวอย่างเช่นประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 569 บัญญัติว่า "อันสัญญาเช่าอสังหาริมทรัพย์นั้น ย่อมไม่ระงับไป เพราะโอนกรรมสิทธิ์ทรัพย์สินซึ่งให้เช่า

ผู้รับโอนย่อมรับไปทั้งสิทธิและหน้าที่ของผู้โอนซึ่งมีอยู่ขณะนั้นด้วย" มาตรา 569 นี้ พิจารณาแล้วจะเห็นได้ว่ามีลักษณะที่เป็นบทบัญญัติยกเว้น (Jus Singulare) จากหลักทั่วไปที่ว่า "สัญญาการปกคิมิผลเฉพาะคู่สัญญาเท่านั้น" แต่ในมาตรา 569 นี้เป็นบทบัญญัติยกเว้นให้ผู้รับโอนซึ่งแม้ไม่ใช่คู่สัญญาในสัญญาเช่าอสังหาริมทรัพย์ ต้องรับไปทั้งสิทธิและหน้าที่ของเจ้าของเดิมด้วย ดังนั้นบทบัญญัติ มาตรา 569 จึงจะใช้ตีความโดยการใช้ Analogy ไปเทียบเคียงกับการเช่าอสังหาริมทรัพย์ด้วยไม่ได้

2) บทบัญญัติของกฎหมายเป็นต้องแยกออกเป็นส่วนที่เป็นสาระสำคัญและส่วนที่ไม่ใช่สาระสำคัญ เพราะเหตุว่า การใช้ Analogy นั้นเป็นการนำเอาข้อเท็จจริงที่บัญญัติไว้เป็นองค์ประกอบที่เกี่ยวข้องมา เทียบกับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นว่ามีความคล้ายคลึงกันหรือไม่ หรือบทบัญญัตินั้นเป็นบทบัญญัติที่ใกล้เคียงกันอย่างยิ่งหรือไม่ ทั้งนี้โดยแยกกฎหมายออกเป็นข้อเท็จจริงอื่นเป็นองค์ประกอบออกเป็น 2 ส่วน คือส่วนที่เป็นสาระสำคัญกับสิ่งที่ไม่ใช่สาระสำคัญ ตัวอย่างเช่นในกฎหมายสิบสองโฑะ นักกฎหมายบัญญัติถึงความรับผิดชอบของเจ้าของสัตว์ 2 เท้า ปัญหาเกิดขึ้นเพราะสัตว์นั้นเจ้าของต้องรับผิดชอบผู้เสียหาย จำนวนเท่าของสัตว์ไม่ใช่สาระสำคัญ เมื่อเกิดความเสียหายจากสัตว์ 4 เท้า นักกฎหมายก็สามารถจะเทียบเคียงบทบัญญัติดังกล่าวมาใช้กับข้อเท็จจริงที่ไม่ใช่บัญญัติไว้

หลักในการวิเคราะห์ Analogy ที่กล่าวมาข้างต้น เป็นเพียงแนวใหญ่ ๆ

ในการวิเคราะห์ แต่ไม่ใช่หลักตัดสินแน่นอนเสมอไป การชี้ขาดตัดสินว่าจะใช้ Analogy ไก่หรือไม่ ต้องอาศัยสภาพแวดล้อมเป็นข้อวิเคราะห์ประกอบด้วยเสมอ การใช้ Analogy นั้นจึงขึ้นอยู่กับนิติวิธีของแต่ละระบบกฎหมาย

(2) ขอบเขตของการตีความโดยการใช้กฎหมายใกล้เคียง

โดยปกติในระบบกฎหมาย Civil Law บทบัญญัติทุกบทโดยปกติต้องถือว่ามีการกำบังกายใน (Protecting Force of Law) ที่จะใช้กฎหมายโดย Analogy ได้แก่ การใช้ Analogy ก็ย่อมต้องมีขอบเขตต้องเป็นเรื่องที่จะพอใช้เหตุผลเทียบเคียงกับกรณีที่ถูกกฎหมายบัญญัติไว้ได้จริง ดังนั้นจึงต้องพิจารณาจากตัวบทนั้นเองว่ามีเหตุผลพิเศษที่บัญญัติไว้เจาะจงไม่ต้องการให้ใช้กับกรณีที่มีบัญญัติไว้หรือไม่ เหตุผลพิเศษเช่นนี้เรียกว่า Argumentum contrario (เหตุผลในทางตรงกันข้าม) ถ้ามีเหตุผลพิเศษเช่นนี้ก็แปลว่าเราจะใช้การ Analogy ในกรณีนั้นไม่ได้ เช่นในมาตรา 801 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บัญญัติว่า "ถ้าตัวแทนได้รับมอบอำนาจทั่วไปท่านว่าจะทำกิจการใด ในทางจัดการตัวแทนตัวการก็ย่อมทำให้ได้ทุกอย่าง

แต่การเช่นนี้ยากจะกล่าวต่อไปนี้ ท่านว่าหาอาจทำได้หรือไม่คือ

- (1) ชายหรือจ้างองอสังหาริมทรัพย์ (2)
- (3) (4)
- (5) (6)

โดยปกติตัวแทนผู้ได้รับมอบอำนาจทั่วไป ย่อมทำการแทนในกิจการใด ๆ ได้ทุกอย่าง ยกเว้นที่กล่าวไว้ในวรรคสองอยู่ (1) ถึง (6) ซึ่งเป็นกิจการสำคัญ ถ้าตัวการมีความประสงค์ให้จัดการให้ ก็ต้องมอบเป็นหนังสือไว้สำหรับกิจการนั้นอย่างชัดเจนเป็นกรณี ๆ ไป ตามกฎหมายกำหนดให้ทำ แต่ปัญหาอาจเกิดขึ้นได้ทั้งตัวแทน "แลกเปลี่ยนอสังหาริมทรัพย์" ซึ่งเป็นของตัวการเหมือนกันทั้งสองกรณี และตัวการจะได้ทรัพย์สินอื่นมาตอบแทนเหมือนกันตรงกันเพียงแต่ว่าตัวการชายได้เป็นเงินตรา ส่วนแลกเปลี่ยนได้เป็นทรัพย์สินสิ่งอื่นตอบแทนซึ่งมิใช่

เงินตรา ถ้าเปรียบเทียบกับเรื่องจำนองแล้วตัวแทนรับมอบอำนาจทั่วไปไม่มีสิทธิที่จะทำได้ ทั้ง ๆ ที่กรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์ของตัวการโอนไปยังบุคคลภายนอก โดยที่ตัวการไม่ได้รับรู้ถึงนั้นเมื่อเป็นการแลกเปลี่ยนซึ่งกรรมสิทธิ์ต้องตกไปเป็นของบุคคลภายนอกก็ไม่ควรอนุญาตเช่นเดียวกับการที่ไม่อนุญาตให้ขายหรือจำนองอสังหาริมทรัพย์ของตัวการ ฉะนั้น มาตรา 801 (1) ก็ควร เป็นบทใกล้เคียงอย่างยิ่งโดยนำมาใช้กับกรณีแลกเปลี่ยนอสังหาริมทรัพย์ได้โดยอนุโลมเพราะสัญญาทั้งสองคล้ายคลึงกันมาก

ตัวอย่างในการใช้กฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่ง

(1) มาตรา 1349 "ที่ดินแปลงใดที่มีที่ดินแปลงอื่นล้อมอยู่จนไม่มีทางออกถึงทางสาธารณะได้ไซ้ ท่านว่าเจ้าของที่ดินแปลงนั้นจะบ้านที่ดินซึ่งล้อมอยู่ไปสู่ทางสาธารณะได้ ที่ดินแปลงใดมีทางออกได้แต่เมื่อต้องการข้ามสระ บึง หรือทะเล หรือมีที่ชั้นอันระดับที่ดินกับทางสาธารณะสูงกว่ากันมากไซ้ ท่านว่าให้ใช้ความวรรคต้นบังคับ..."

เรื่องทางจำเป็นทางมาตรา 1349 นั้นเป็นหลักย่อยที่ด้อยอาศัยกันระหว่างเพื่อนบ้าน ดังนั้นเมื่อเป็นที่ดินที่ถูกล้อมรอบโดยไม่มีทางออกสู่ทางสาธารณะเลย กฎหมายจึงกำหนดให้เจ้าของที่ดินที่ถูกล้อมนั้นเกินข้ามที่ดินของผู้อื่นไปสู่ทางสาธารณะได้ ส่วนในกรณีความวรรคสอง เป็นกรณีที่ดินไม่ได้ถูกล้อมหมดทุกด้านมีทางหนึ่งออกสู่ทางสาธารณะได้เหมือนกันแต่ต้องข้ามสระ บึง หรือทะเล หรือที่ชั้นอันระดับที่ดินกับทางสาธารณะสูงกว่ากันมาก กฎหมายก็อนุญาตให้ไปข้ามที่ดินของคนอื่นได้เพื่อความสะดวก

ถ้าเกิดปัญหาขึ้นว่า ที่ดินนั้นทางออกไปสู่ทางสาธารณะได้แต่ไม่ใช่ต้องข้าม สระ บึง หรือทะเล แต่ต้องข้ามที่เป็นชายเลน ซึ่งมาตรา 1349 วรรคสองไม่ได้บัญญัติถึงเจ้าของที่ดินแปลงนั้นจะข้ามที่ดินของคนอื่นได้หรือไม่ อาศัยเหตุผลข้างต้นที่กล่าวมาแล้วข้างต้น การข้ามชายเลนก็เป็นกรณีสืบเนื่องกันกับการข้ามสระ บึง หรือทะเล เมื่อกรณีการข้ามชายเลนมีเหตุผลเช่นเดียวกับการข้ามสระ บึง ฯลฯ แต่กฎหมายไม่ได้บัญญัติไว้ จึงต้องใช้การเทียบเคียงเหตุที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง (Analogy) ว่าในกรณีที่ดินมีทางออกได้

แต่ต้องข้ามชายเลน ก็ย่อมมีสิทธิได้เช่นเดียวกันตามมาตรา 1349 วรรคสองดังกล่าว

(2) มาตรา 1352 "ท่านว่า ถ้าเจ้าของที่ดินได้รับค่าทดแทนตามสมควรแล้ว กองยอมให้ผู้อื่นวางท่อน้ำ ท่อระบายน้ำ สายไฟฟ้า หรือสิ่งอื่นซึ่งคล้ายกันผ่านที่ดินของตน เพื่อประโยชน์แก่ที่ดินติดต่อกัน ซึ่งถ้าไม่ยอมให้ผ่านก็จะไม่มีทางวางได้ หรือถ้าจะวางได้ก็ เปลืองเงินมากเกินไป..." คำว่า "...หรือสิ่งอื่นซึ่งคล้ายกัน..." เป็นคำศัพท์กฎหมายที่มาตรา 1352 บัญญัติวิธีการ Analogy ลงในคัมภีร์เกี่ยวกับนั้นหากเป็นท่อแก๊สซึ่ง มีความคล้ายคลึงกับท่อน้ำ ท่อระบายน้ำ ในสาระสำคัญที่ว่าเป็นของใช้ที่จำเป็นในชีวิตของ มนุษย์แล้ว ลักษณะก็จะต้องเป็นท่อผ่านที่ของผู้อื่น หรือผ่านทางของผู้อื่น บทบัญญัติใน มาตรา 1352 จึงเป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับการใช้ Analogy ในตัวโดยไม่ต้องใช้มาตรา 4 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เลย

(3) มาตรา 1312 "บุคคลใดสร้างโรงเรือนรุกล้ำเข้าไปในที่ดินของผู้อื่น โดยสุจริตไซ้ ท่านว่าบุคคลนั้นเป็นเจ้าของโรงเรือนที่สร้างขึ้น แต่ต้องเสียเงินให้เจ้าของที่ดินเป็นค่าใช้ที่ที่ดินนั้น และจดทะเบียนสิทธิเป็นการจำยอม..."

กรณีมาตรา 1312 เป็นเรื่องที่มีบุคคลสร้างโรงเรือนรุกล้ำเข้าไปในที่ดินของผู้อื่น มีปัญหาเกิดขึ้นว่าที่ดินแปลงหนึ่งมีโรงเรือนอยู่แล้ว ต่อมามีการแบ่งแยกที่ดินนั้น ทำให้โรง เรือนบางส่วนรุกล้ำเข้าไปในที่ดินที่ของผู้อื่นที่แบ่งแยก ซึ่งเป็นกรณีที่จะถือว่าเป็นการปลูก โรงเรือนรุกล้ำมาตรา 1312 มิได้ มีคำพิพากษาฎีกา ที่ 1838/2512 ซึ่งวินิจฉัยโดยที่ ประชุมใหญ่ว่า "เจ้าของที่ดินปลูกสร้างตึกขึ้นในที่ดินของตน ต่อมาได้มีการแบ่งแยกที่ดิน เป็น 2 แปลง จึงทำให้กันสาดของตึกรุกล้ำเข้าไปในที่ดินที่แบ่งแยกอีกแปลงหนึ่ง ดังนั้น กรณีไม่เข้ามาตรา 1312 เพราะการรุกล้ำมิได้เกิดจากเจ้าของที่ดินเป็นคนสร้าง แต่กรณี ดังกล่าวไม่มีกฎหมายที่จะยกมาปรับคดีได้จึงต้องนำมาตรา 4 มาใช้ โดยนำมาตรา 1312 ซึ่งเป็นบทปกัลเคียงอย่างยิงมาปรับ"

(4) มาตรา 1342 "บ่อ สระ หลุมรับน้ำโสโครก หรือหลุมรับปุ๋ย หรือขยะ มูลฝอยนั้น ท่านว่าหาชุดในระยะเวลาสองเมตรจากแนวเขตที่ดินไม่ได้..." ในมาตรา 1342

บัญญัติไว้เกี่ยวกับ บ่อ สระ หลุมรับน้ำโสโครกหรือขยะมูลฝอย ถ้าเป็นกรณีที่เกิดขึ้นเกี่ยวกับหลุมที่รับสิ่งที่เป็นเคมีหรือวัสดุอย่างอื่น ซึ่งมาตรา 1342 นี้ไม่ได้บัญญัติไว้มีปัญหาว่าจะชุกในระยะสองเมตรจากแนวเขตที่ดินใดหรือไม่ เมื่อเราพิจารณาถึงเจตนารมณ์ของมาตรา 1342 แล้วจะเห็นได้ว่าหลุมค่าง ที่บัญญัติไว้ว่าจะชุกในระยะสอง เมตรจากแนวเขตที่ดินข้างเคียงได้รับความเดือดร้อนได้ ทั้งนี้หากเป็นหลุมที่รับสิ่งที่เป็นสาร เคมีหรือวัสดุอย่างอื่น ซึ่งอาจก่อความเดือดร้อนแก่บุคคลที่อยู่ที่ดินข้างเคียงแม้มาตรา 1342 จะไม่ได้บัญญัติไว้ แต่ด้วยเหตุผลของเรื่องที่ว่าเรื่องที่เหมือนกันมีเหตุผลเดียวกัน ก็คงใช้บทบัญญัติเดียวกันบังคับ จึงต้องเทียบเคียงในกรณีหลุมที่เป็นสาร เคมีหรือวัสดุอย่างอื่นว่ามีคล้ายคลึงกับหลุมค่าง ๆ ที่มาตรา 1342 บัญญัติไว้ด้วย Analogy ว่าตามเจตนารมณ์ของกฎหมายแล้ว การชุกหลุมรับสิ่งที่เป็นสาร เคมีหรือวัสดุอย่างอื่น จะชุกในระยะสอง เมตรจากแนวเขตที่ดินใดได้เช่นเดียวกัน

(5) มาตรา 511 "ห้ามมิให้บุคคลขายสุราแก่คนเป็นผู้อำนวยการเอง" ความประสงค์ของกฎหมายมีอยู่ชี้ชัดว่า ต้องการให้ทำการขายทอดตลาดด้วยความจริงและยุติธรรม มิให้ผู้ใดทำให้ผลของการนั้นผันแปรไปได้ ถ้ายอมให้ผู้อำนวยการทอดตลาดสุราแก่ใครแล้ว ผู้นั้นอาจซื้อได้โดยราคาต่ำที่สุด อันเป็นการทำให้การขายทอดตลาดผิดพลาดไปจากความจริง

ต่อไปนี้จะยกตัวอย่างให้เห็นพอเป็นแนวทางโดยสังเขปของการตีความบทกฎหมายมาตรา 1050 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่มีบัญญัติว่า "การใด ๆ อันผู้เป็นส่วนหมกทุกคนยอมมีความผูกพันในการนั้น ๆ ด้วย..." คำว่า "การค้ายา" ในมาตรานี้ไม่ได้หมายความว่า เป็นการ ค้ายาตามความหมายธรรมดาแต่อย่างเดียวเมื่อเทียบกับมาตรา 1012 จะแลเห็นได้ว่า ผู้ส่วนบริษัทยาจะกระทำกิจการซึ่งมิใช่การค้าขายตามที่เรานิยามความตามธรรมดาอีกได้ เช่น ผู้ส่วนในสำนักงานนายความ หรือ

สำนักงานแพทย์ การเป็นหน่วยความและแพทย์ไม่ใช่เป็นการค้าขาย แต่เป็นการวิชาชีพ¹

ตัวอย่างการเทียบกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งขึ้นวินิจฉัยคดี ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บางที่กฎหมายได้บัญญัติไว้ให้ที่เรียกว่าให้ยกบทกฎหมายใดขึ้นเทียบเคียงใช้ เช่นในลักษณะแลกเปลี่ยน มาตรา 519 ได้บัญญัติไว้ว่าให้เทียบใช้บทบัญญัติทั้งหลายในลักษณะซื้อขายกับลักษณะแลกเปลี่ยนโดยให้ถือว่าผู้เป็นคู่สัญญาแลกเปลี่ยนเป็นผู้ขายในส่วนทรัพย์สินซึ่งตนได้ส่งมอบและเป็นผู้ซื้อในส่วนทรัพย์สินซึ่งตนได้รับการเปลี่ยนนั้น แต่ในบางกรณีกฎหมายไม่ได้บัญญัติไว้ดังนี้ เราจะลองค้นหาเอาเอง เช่น มาตรา 801 ได้บัญญัติกิจการที่ตัวแทนได้รับมอบอำนาจทั่วไปไปโดยกระทำไว้ 6 ข้อ ข้อ (1) ห้ามมิให้ขายหรือจำนองอสังหาริมทรัพย์ แต่หาได้มีบัญญัติห้ามมิให้ทำการแลกเปลี่ยนอสังหาริมทรัพย์ด้วยไม่ เราก็จะต้องขยายความมาตรานี้ ให้มีความหมายใกล้เคียงกัน คือตัวแทนได้รับมอบอำนาจทั่วไปนั้น ก็ต้องห้ามมิให้ทำการแลกเปลี่ยนอสังหาริมทรัพย์ด้วย เพราะสัญญาทั้งสองชนิดนี้คล้ายคลึงกันถึงกล่าวแล้ว

ตัวอย่างอีกอันหนึ่ง คือ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1029 "ถ้าผู้เป็นหุ้นส่วนเอาทรัพย์สินมาใช้เป็นการลงทุน ความเกี่ยวพันระหว่างผู้เป็นหุ้นส่วนคนนั้นกับหุ้นส่วน ในเรื่องส่งมอบและซ่อมแซมก็คือ ความรับผิดชอบเพื่อชำระคบกพร่อง เพื่อการรอนสิทธิและชอยกเว้นความรับผิดชอบก็ให้บังคับบทบัญญัติว่าด้วย เจ้าทรัพย์" และมาตรา 1031 บัญญัติว่า "ถ้าผู้เป็นหุ้นส่วนให้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินเป็นการลงทุน ก็ให้บังคับในเรื่องดังกล่าวแล้วด้วยบทบัญญัติว่าด้วยซื้อขาย" แต่ในเรื่องที่ผู้เป็นหุ้นส่วนลงแรงทุนไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้เลยทำให้เอาบทบัญญัติลักษณะใดมาบังคับ เมื่อเอาบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งขึ้นมาเทียบใช้แล้วในกรณีที่ผู้เป็นหุ้นส่วนลงแรงเป็นทุนนั้น ความเกี่ยวพันดังกล่าวแล้วระหว่างทางหุ้นส่วนกับผู้เป็นหุ้นส่วนกับคนนั้น ก็จะต้องบังคับตามบทบัญญัติว่าด้วยจำ

¹ สัญญา ธรรมศักดิ์, ถูคำสอนของมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ฯ 2481 ว่าด้วยหุ้นส่วนและบริษัทสหภาพ, หน้า 29.

แรงงานหรือจ้างทำของแล้วแต่กรณี

สำหรับคดีอาญา เช่นกฎหมายมีความประสงค์ว่าความผิดฐานลักทรัพย์นั้น ถ้า ประกอบด้วยเหตุอุกฉกรรจ์ด้วยก็ควรรับโทษหนักกว่าธรรมดา ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 335 ได้บรรยายถึงเหตุอุกฉกรรจ์เหล่านี้ไว้ เช่นลักทรัพย์ในเวลาค่าคืน ลักทรัพย์ โดยเป็นฝ่าย ลักทรัพย์โดยย่องเบาเข้าทางช่องทางอันมิใช่สำหรับให้คนไปมา ฯลฯ เป็นต้น และเมื่อพิเคราะห์ถึงความผิดฐานบุกรุก จะแลเห็นได้ว่าประมวลกฎหมายอาญาได้บัญญัติไว้ ในมาตรา 365 ในทำนองเดียวกัน ก็คือความผิดฐานบุกรุกนั้นถ้ากระทำโดยประกอบด้วย เหตุอุกฉกรรจ์ก็จะต้องได้รับโทษหนักกว่าธรรมดา เช่นกระทำการบุกรุกในเวลาค่าคืน กระทำโดยอุบายใช้กำลังทำร้ายเขา หรือกระทำด้วยมีศาสตราวุธ ฯลฯ เป็นต้น เมื่อเทียบ กฎการกระทำผิดทั้งสองลักษณะนี้ แม้เราจะมีความเห็นว่าการผิดทั้งสองชนิดนี้คล้ายคลึงกัน และในทั้ง 2 เรื่องนี้ความประสงค์ของผู้ร่างกฎหมายก็เป็นเช่นเดียวกัน คือให้ลงอาญาให้หนักแก่ผู้กระทำผิดโดยวิธีอันร้ายแรงก็ตาม เราก็จะนำเอาเหตุอุกฉกรรจ์ที่มีบัญญัติไว้ใน มาตรา 335 มาลงโทษในฐานะการบุกรุกนั้นกระทำโดยเป็นฝ่ายหรือโดยย่องเบาเข้าทาง ช่องทางอันมิใช่สำหรับให้คนไปมา ซึ่งเป็นเหตุอุกฉกรรจ์ตามมาตรา 335 การบุกรุกดัง กล่าวนี้ก็จะลงโทษให้หนักกว่าธรรมดาตามนัยแห่งมาตรา 365 ไม่ได้ เพราะมาตรา 365 ไม่ได้บัญญัติเหตุอุกฉกรรจ์ดังกล่าวไว้ทั้งนี้ก็โดยหลักที่ว่าในกฎหมายอาญาจะเทียบใช้กฎหมาย ที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งขึ้นวินิจฉัยคดีไม่ได้นั่นเอง ดังนั้นข้อพิจารณาในการใช้กฎหมายแบบ Analogy มีอยู่ 4 ข้อ คือ

1. ต้องวิเคราะห์บทที่จะใช้ ให้เข้าใจอย่างลึกซึ้งจริงจึงว่าบทนั้นมีความหมายเพียงไร แค่นั้น เช่น มาตรา 1349 วรรคแรกกล่าวว่า "ที่ดินแปลงใดเป็นที่ดินแปลง อื่นล้อมอยู่จนไปปีทางออกถึงทางสาธารณะได้ใคร่ท่านว่า เจ้าของที่ดินแปลงนั้นจะย้ายที่ดิน ซึ่งล้อมอยู่ไปสู่ทางสาธารณะได้" เราคงรู้ว่าทางสาธารณะคืออะไรในความหมายที่แท้ จริง เช่น คลองก็เป็นทางสาธารณะเพราะใช้สัญจรไปมาได้ แต่คลองที่แห้งขอดแม้ในบาง ฤดู ถ้าพิพากษาถือว่าไม่ใช่ทางสัญจร เพราะใช้สัญจรไม่ได้ เมื่อรู้อย่างนี้ คลองที่แห้งขอด

ก็แสดงว่าไม่ใช่ทางสาธาณะคดีแผ่นดิน (อนึ่ง บางทีก็มีคนใช้สัญญาบ้าง แต่ก็ไปเป็นปกติ กลองนั้นก็ไม่ใช่ทางสาธาณะ)

2. พิจารณาต่อไปว่าบัญญัตินั้นเป็นกฎหมายประเภทไหน โดยเฉพาะว่าเป็นกฎหมายหลักหรือกฎหมายยกเว้น ทั้งนี้เนื่องจากหลักที่ว่ากฎหมายหลักย่อมใช้ที่ความกว้างขวางและตีความเทียบเคียงในบทกฎหมายกว้างได้

3. โดยบทบัญญัติของกฎหมายนั้นมีเหตุผลพิเศษที่จะไม่ให้ตีความกฎหมายโดยอนุโลม ทั้งนี้ก็ควรพิจารณาในแต่ละเรื่องไปเช่นในมาตรา 569 ซึ่งมีเหตุผลพิเศษคือบัญญัติไม่ต้องการให้ในมาตรานี้กับสัญญาเช่าสังหาริมทรัพย์

ข้อนี้ทำให้เห็นความแตกต่างระหว่าง Common Law และ Civil Law โดยระบบ Common Law กล่าวว่าการบัญญัติไว้แค่นั้น อย่างไรก็ตามการใช้เช่นนั้น การตีความไม่ได้ระบุถึงกรณีอื่น แสดงว่าการตีความไม่ต้องการให้ใช้บทบัญญัตินี้กับกรณีอื่น ตามความคิดของพวก Common Law เชื่อว่า "กล่าวถึงสิ่งหนึ่ง หมายถึงปฏิเสธสิ่งอื่น ๆ" เช่นมาตรา 1349 ก็คงตีความแต่สิ่ง 4 อย่างที่เป็นสิ่งก็กว้างทางสาธาณะ ได้แก่ สระ บึง ทะเล ที่ชัน เท่านั้น ถ้าไม่เข้า ก็ใช้บทนี้ไม่ได้ เช่นชายเลน

ส่วน Civil Law เห็นว่าการให้เหตุผลแบบ Common Law นั้นเป็นแบบขอไปที เพราะบางครั้งบัญญัติอาจไม่ได้นึกไปถึงว่าต้องใช้กฎหมายตีความได้ พวก Civil Law ถือว่าถ้าเป็นเรื่องเหตุผลเดียวกันก็ตีความเดียวกันบ้างคับ เช่นในมาตรา 1349 ระบบ Civil Law มีได้ก็เฉพาะ บึง สระ ทะเล ที่ชัน แทนความถึงสิ่งโลกที่เข้าลักษณะคล้าย 4 อย่าง ดังกล่าว

4. กรณีที่เกิดขึ้นมีเหตุผลหรือลักษณะคล้ายคลึงกับกรณีกฎหมายบัญญัติไว้ถึงขนาดที่จะใช้บทบัญญัตินั้นกับกรณีที่เกิดขึ้น (หมายความว่าถ้าไม่ใช่กฎหมาย) เช่นมาตรา 1349 เหตุผลที่เอา สระ บึง ทะเล ที่ชัน มาไว้ด้วยกันมิใช่เพราะคล้ายเหมือนกันเช่น ที่ชันกับทะเล แต่ที่เอามารวมเพราะทั้ง 4 เป็นอุปสรรคที่จะทำให้ผ่านสู่

ที่สาธารณะได้ลำบาก เช่นขายเลน เมื่อพิจารณาแล้วถ้าปีลักษณะเป็นอุปสรรคให้นำไปสู่ที่
สาธารณะได้ยากก็ควรใช้มาตรา 134๑ บังคับกับกรณีที่เกิดขึ้นได้

การตีความโดยอาศัยบทกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่ง (Analogy) นี้ได้มีบทบาท
สำคัญอย่างมากในการตีความกฎหมาย และในปัจจุบันการนำเอา Analogy ไปใช้นี้ได้
กระทำกันอย่างจริงจังเพราะเหตุ และละเอียดถี่ถ้วนมากขึ้น จนกระทั่งสามารถกล่าวได้ว่า
Analogy มีความสำคัญมากกว่า General Logic เสียอีก

(5) จารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น

ตามมาตรา 4 วรรค 2 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ที่มีบัญญัติไว้จะ
เห็นได้ว่า เมื่อไม่กฎหมายลายลักษณ์อักษรใช้ปรับแก้คดีแล้วจารีตประเพณีเป็นสิ่งที่จะนำมา
ใช้แทนกฎหมายได้เป็นอันดับแรก

ในภาษาไทย คำว่าจารีตประเพณีในภาษาไทย มีการเรียกต่าง ๆ ออกไป
เช่นธรรมเนียมประเพณีบ้าง ประเพณีบ้าง ปกติประเพณีบ้าง ซึ่งคำเหล่านี้ต่างก็มีความ
หมายอย่างเดียวกันทั้งสิ้น

จารีตประเพณี คือระเบียบแบบแผนที่มนุษย์ยอมรับนับถือ และปฏิบัติสืบต่อกันมา
อันคนทั่วไปมีความรู้สึกเสมือนว่าเป็นข้อบังคับในกฎหมาย ทั้ง ๆ ที่ไม่ได้ตราไว้เป็นลาย
ลักษณ์อักษร¹

จารีตประเพณีนี้เป็นเรื่องที่มีมาก่อนกฎหมาย โดยที่คนโบราณแรกถือระเบียบ
ปฏิบัติกันมา และคนรุ่นหลังต่อกันก็ปฏิบัติกันมาเรื่อย ไม่ขาดสาย นอกจากนั้นจารีตประเพณี
ยังเป็นที่มาของกฎหมายทางหนึ่งด้วย สำหรับประเทศที่ใช้ประมวลกฎหมายเช่นประเทศไทย

¹พิชญ์ รพินทร์, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป, เรื่องเดิม, หน้า 14.

เป็นต้น ทั้งนี้เพราะจารีตประเพณีนั้นเกี่ยวข้องกับถึงการดำรงชีวิตทั้งมวลต่างกันตามชั้นและอาชีพของมนุษย์ จารีตประเพณีและกฎหมายต่างก็มีขอบบังคับกำหนดความประพฤติภายนอกของมนุษย์เหมือนกัน แต่การทำผิดประเพณีนั้นเพียงใดแต่รับความรังเกียจและคำติเตียนจากสังคมเท่านั้น ส่วนกฎหมายนั้นถ้าทำผิดอาจต้องได้รับโทษตามที่กฎหมายกำหนดไว้

ตามที่กล่าวมาในข้างต้นว่า คำว่าจารีตประเพณี ในภาษาไทยเรายังสับสนมีอยู่ด้วยกันหลายคำซึ่งดูได้จากบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์กับคำพิพากษาศาลฎีกา เพื่อเปรียบเทียบกัน

เช่นในมาตรา 4 ตามที่กล่าวมาแล้วใช้คำว่า กลองจารีตประเพณี

มาตรา 368 "สัญญาอันท่านให้ก็ความไปความประสงค์ในทางสุจริตโดยพิเคราะห์ถึง ปกติประเพณีด้วย"

ในมาตรา 368 นี้ใช้คำว่า "ปกติประเพณี"

จากคำพิพากษาศาลฎีกา ที่ 855/2497 ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า ประเพณีในการขนส่งที่คู่สัญญาเข้าใจกันดีแล้วว่า ถ้าการขนส่งเสียเวลาผู้จ้างต้องชดเชยเวลาให้ผู้รับขนนั้นย่อมใช้บังคับได้โดยไม่ต้องระบุไว้ในสัญญาเท่ากับเป็นการตกลงกันโดยปริยาย และในคำพิพากษาศาลฎีกานี้มีตอนหนึ่งเขียนไว้ดังนี้คือ

"ข้อที่จำเลยเถียงว่าค่าเสียหายเมื่อไม่ไคร่ระบุไว้ในสัญญาอันใดทำกันเป็นหนังสือไว้ โจทก์ก็ไม่มีสิทธิเรียกร้องนั้น ศาลฎีกาว่าฟังไม่ขึ้น เพราะเมื่อทั้งสองฝ่ายเข้าใจกันดีแล้วว่า ธรรมเนียมประเพณี ในการขนส่งชนิดนี้ขึ้นอยู่กับอย่างไรถ้าไม่ได้เขียนระบุไว้เป็นอย่างอื่น ประเพณีนั้นก็ย่อมใช้บังคับกันได้ เท่ากับเป็นการตกลงกันโดยปริยาย"

คำพิพากษาศาลฎีกา ที่ 2122/2499 ประเพณีการค้า ของธนาคารพาณิชย์นั้นถ้าไม่ปรากฏว่าคู่กรณีฝ่ายหนึ่งไคร่ จะนำเอาประเพณีนั้นมาใช้กับคู่กรณีฝ่ายนั้นให้นอกเหนือไปจากข้อตกลงในสัญญาไม่ได้

จากคำพิพากษาศาลฎีกาทั้งสองจะเห็นว่า ก็ใช้คำเกี่ยวกับจารีตประเพณีแตกต่างกัน
ออกไป

จารีตประเพณีที่ใช้ในกรณีต่าง ๆ กัน เช่น ประเพณีในการค้าขาย ซึ่ง กร.
หยุด แสงอุทัย เขียนไว้ในความรู้อย่างหนึ่งเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไปว่าเป็นปัญหาข้อเท็จจริง
เช่นมีปัญหาว่าการซื้อสิ่งของ เช่น ผลไม้จะมีการแถมหรือไม่ เรื่องการแถมนี้ไม่มีหมับัญญัติ
ไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยการซื้อขาย เมื่อมีปัญหาเกิดขึ้น ก็เป็นหน้าที่
ของผู้ใช้กฎหมายจะต้องออกช่องว่างแห่งกฎหมายด้วยการพิจารณาว่าความคล่องจารีตประ
เพณีแห่งท้องถิ่นนั้น ๆ การซื้อสิ่งของประเภทนั้นมีการแถมหรือไม่

นอกจากประเพณีที่ใช้ในการค้าขาย ไม่ว่าจะเป็นทางบกหรือทางน้ำ การจ้างลูกเรือ
การส่งลูกเรือกลับบ้านเกิดเมืองนอน การกำหนดค่าสินไหมทดแทนในการที่ผู้ขนส่งมอบสิ่ง
ของชำ (จากคำพิพากษาศาลฎีกา ที่ 845/2497)

มีคำพิพากษาศาลฎีกาเก่ายุคคือ

คำพิพากษาศาลฎีกา ที่ 599/ร.ศ.129 วินิจฉัยว่า เมื่อในमतพลพายุพมมีประเพณี
ว่าช่างมีเจ้าของจะต้องเสียค่ารักษาให้แก่ผู้จับได้ เจ้าของช่างจะต้องเสียค่ารักษาให้แก่ผู้
จับเป็นรายตัวเดือนละ 4 บาท เช่นนี้ ศาลยกเอาประเพณีนั้นขึ้นอ้างให้เจ้าของช่างเสีย
เงินแก่ผู้จับตามนั้นได้

จารีตประเพณีที่จะนำมาใช้ในการออกช่องว่างแห่งกฎหมายนั้นจะต้องมีผล เช่น
เกี่ยวกับกฎหมาย กล่าวคือจะต้องเป็นจารีตประเพณีที่มีลักษณะดังนี้

1. ต้องเป็นประเพณีซึ่งมีมานาน
2. ต้องเป็นประเพณีอันสมควร
3. ต้องมีกำหนดแน่นอนโดยสถานที่และบุคคลที่เกี่ยวข้อง
4. ยังมิได้มีพระราชบัญญัติยกเลิกหรือขัดกับประเพณีนั้น

ในกรณีที่ท้องมีมานานนั้นมีคำพิพากษากฎีกา ที่ 637/2474 ยืนยันไว้ด้วย ดังนั้น การนำจารีตประเพณีมาใช้ในกฎหมายจะท้องมีมานานและปฏิบัติมาโดยไปชวาระยะซึ่งจะต้องเกิดขึ้นตามกาลเวลาและตามแบบอย่างคนสมัยโบราณ จะมาอ้างว่าประเพณีมา 5 หรือ 6 ปี หรือแม้ 9 - 10 ปี ก็ไม่พอ และต้องเป็นประเพณีที่สมควร เช่นไม่ขัดต่อผลประโยชน์หรือความชอบธรรมของมหาชน และในขณะเดียวกันประเพณีที่ขัดต่อ บทบัญญัติของกฎหมายก็ย่อมใช้ไม่ได้ ทั้งนี้ก็เป็นเรื่องธรรมดา เพราะในมาตรา 4 นี้ เป็นการอุดช่องว่างของกฎหมายดังนั้นจะใช้ก็ต่อเมื่อเกิดกรณีที่ไม่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรบัญญัติไว้เท่านั้นจึงจะใช้จารีตประเพณีได้ ถ้ามีกฎหมายอยู่แล้วต้องบังคับไปตามกฎหมาย แต่ก็มีข้อยกเว้นในกรณีที่นำจารีตประเพณีบางเรื่องซึ่งกฎหมายรับรองหรืออ้างอิงถึงให้ใช้เป็นกฎหมายได้ เช่น จารีตประเพณี เกี่ยวกับกฎหมายอิสลามที่ใช้ใช้ใน 4 จังหวัดภาคใต้ของไทย คือ ปัตตานี ยะลา นราธิวาส และสตูล ในคดีเกี่ยวกับคดีครอบครัวสำหรับผู้ถือศาสนาอิสลาม จารีตประเพณีเกี่ยวกับสัญญาเช่า ตามมาตรา 550 ที่บัญญัติว่า ผู้ให้เช่ายอมต่อรับผิดในความชำรุดบกพร่องอันเกิดขึ้นในระหว่างเวลาเช่า และผู้ให้เช่าต้องจัดการซ่อมแซมทุกอย่างบรรดาซึ่งเป็นการจำเป็น เว้นแต่การซ่อมแซมชนิดซึ่งมีกฎหมายหรือจารีตประเพณีว่าผู้เช่าจะต้องทำเอง หรือมาตรา 559 ที่บัญญัติว่า ถ้าไม่มีกำหนดโดยสัญญาหรือโดยจารีตประเพณี ว่าจะพึงชำระค่าเช่า ณ เวลาใดให้นั้นให้ชำระเมื่อสิ้นระยะเวลาอันได้ตกลงกำหนดกันไว้ทุกครั้งไป กล่าวคือถ้าเช่ากันเป็นรายปีก็พึงชำระค่าเช่าเมื่อถึงปี ถ้าเช่ากันเป็นรายเดือนก็ถึงชำระค่าเช่าเมื่อสิ้นเดือน

สำหรับจารีตประเพณีเกี่ยวกับกฎหมายจ้างแรงงาน ตามมาตรา 580 บัญญัติว่า ถ้าไม่มีกำหนดโดยสัญญาหรือจารีตประเพณี จะพึงจ่ายสินจ้างเมื่อไร ท่านว่าพึงจ่ายเมื่องานได้ทำแล้วเสร็จ ถ้าการจ่ายสินจ้างนั้นได้กำหนดกันไว้เป็นระยะเวลาให้พึงจ่ายเมื่อสุกระยะเวลาเช่นนั้นทุกครั้งไป

ในเรื่องตามที่กล่าวมาข้างต้นศาลต้องบังคับไปตามจารีตประเพณี โดยไม่ต้องมาคำนึงถึงว่าจารีตประเพณีที่ยกมาเปรียบแก่คดีนั้นจะขัดกฎหมายหรือไม่ เพราะในเรื่อง

เช่นนี้ผลบังคับ ในกฎหมายได้มาจากบทกฎหมายที่รับรองหรืออ้างอิงจารีตประเพณีนั้น ๆ
ซึ่งในเรื่องนี้คู่โต้จากคำพิพากษาศาลฎีกา ที่ 780/2470 ที่วินิจฉัยว่า ในคดีที่โจทก์จำเลย
จำเลยพิพาทกันเรื่องที่ดินซึ่งอยู่ ณ กรุงเทพมหานครนั้นต้องใช้กฎหมายกรุงเทพมหานคร

การแบ่งปันทรัพย์มรดก (ที่ดินหรือมิใช่ที่ดินก็ได้) เอกชนผู้ถือศาสนาอิสลามใน
มณฑลปัตตานี โดยโจทก์จำเลยก็เป็นคนนับถือศาสนาอิสลามนั้นท่านให้ใช้กฎหมายสำหรับ
ปกครองบริเวณจังหวัดปัตตานี ร.ศ. 120 ข้อ 32 เป็นบทบังคับ

หมายเหตุฎีกา 780/70

ตามหลักกฎหมายว่าด้วย Conflict of Law (กฎหมายขัดกัน) คดีเรื่องใด
โจทก์จำเลยพิพาทกันเรื่องกรรมสิทธิ์ที่ดิน ศาลต้องพิจารณาคดีนั้น ตามกฎหมายของประเทศ
ซึ่งที่ดินนั้นตั้งอยู่ ศาสนาหรือสัญชาติของบุคคลผู้พิพาทในคดี อาจทำให้เปลี่ยนแปลงหลัก
ดังกล่าวนี้ไม่ไกล คดีนี้โจทก์จำเลยพิพาทกันเรื่องที่ดินมรดกซึ่งอยู่ในมณฑลปัตตานีถึงแม้จะ
ปรากฏว่าโจทก์จำเลยและคู่กายจะเป็นคนนับถือศาสนาอิสลามก็ดี การวินิจฉัยคดีเรื่องนี้
จะเอาลัทธิศาสนาขึ้นเป็นเกณฑ์หาได้ไม่ ต้องวินิจฉัยตามกฎหมายสยาม แต่กฎหมายสยาม
ที่ใช้ในมณฑลปัตตานีซึ่งเป็นบริเวณที่มีคนนับถือศาสนาอิสลามอยู่มาก สำหรับการแบ่งปันทรัพย์
มรดกของผู้นับถือศาสนาอิสลามซึ่งเป็นที่ดินหรือมิใช่ที่ดินก็ได้ โดยโจทก์จำเลยเป็นคนนับถือ
ศาสนาอิสลามนั้นได้มีกฎหมายบัญญัติไว้เป็นพิเศษต่างกับในท้องที่มณฑลอื่น ๆ คือกฎข้อบังคับ
สำหรับปกครองบริเวณจังหวัดปัตตานี ร.ศ. 120 ข้อ 32 เพราะฉะนั้นเมื่อกฎหมายนี้บัญญัติ
ไว้อย่างไรก็ต้องบังคับตามนั้น

ในกรณีข้อข้องวาทกรรมมาตรา 4 ในกรณีที่อนุญาตให้นำจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น
มาใช้บังคับ คำว่าจารีตประเพณีนั้นอาจเข้าใจได้เป็น 2 ทางคือ

1. ประเพณีนิยมทั่วไปของประเทศ
2. ประเพณีที่นิยมกันเฉพาะท้องถิ่น

แต่คำที่ใช้ในมาตรา 4 นี้ ใช้คำว่า "คลองจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น" เมื่อมาพิจารณาความหมายความถึงประเพณีทั้ง 2 กรณีหรือเฉพาะในกรณีที่ 2 ถ้าพิจารณาตามบทบัญญัติแล้วน่าจะมีความหมายเฉพาะกรณีที่ 2 แต่ถ้าพิจารณาทั่วไปตลอดจนพิจารณาถึงที่มาของมาตรา 4 นี้แล้ว ปรากฏว่าคล้ายกับมาตรา 1 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งสวีต ซึ่งกล่าวถึงประเพณีทั่วไปด้วย เท่ากับแปลความหมายของคำว่าท้องถิ่นกว้าง ประเทศไทยทั้งประเทศที่ถือว่าเป็นท้องถิ่นหนึ่งเหมือนกัน

ในกรณีที่ 1 ที่กล่าวถึงประเพณีทั่วไป เช่นประเพณีเกี่ยวกับการหมั้นหรือการสมรส หรือเกี่ยวข้องอำนาจอิสระระหว่างบิดามารดากับบุตร ประเพณีเหล่านี้ก็คือว่าเป็นส่วนแห่งกฎหมายของบ้านเมืองอยู่แล้วก็ได้ เช่นในระบบกฎหมาย Common Law ที่ใช้ประเทศอังกฤษ เป็นกฎหมายที่ไม่ได้บัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษร แต่ราษฎรถือว่าเป็นกฎหมายและรัฐก็ได้ใช้ข้อบังคับเช่นว่านี้เสมือนกฎหมายในรูปลักษณะเดียวกับตลอดมา¹

ด้วยเหตุนี้เมื่อมีปัญหาเกี่ยวกับคดีในเรื่องข้างต้นนี้ ศาลก็อาจนำจารีตประเพณีที่นับถือว่าเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายมาตัดสินได้เอง โดยที่ผู้ความไม่ตองนำพยานมาสืบ เช่นตามมาตรา 21 บัญญัติไว้ว่าผู้เยาว์จะทำนิติกรรมใด ๆ ต้องได้รับความยินยอมของผู้แทนโดยชอบธรรมก่อน แต่ก็มีบัญญัติไว้ในกฎหมายว่า "ผู้แทนโดยชอบธรรม" คือใคร ถ้าเกิดปัญหาขึ้นศาลอาจจะวินิจฉัยตามประเพณีว่า บิดามารดา เป็นผู้ปกครองบุตรจึงเป็นผู้แทนโดยชอบธรรม คำพิพากษาฎีกาที่ 594/72 สัญญาแบ่งทรัพย์สินมรดกซึ่งมารดาเข้าทำแทนบุตรผู้เยาว์ที่อยู่ในความปกครองโดยชอบธรรมนั้น ท่านว่าบุตรต้องผูกพันในสัญญานั้นด้วย

ในกรณีที่ 2 ที่กล่าวถึงประเพณีนิยมกันเฉพาะท้องถิ่นนั้น เป็นประเพณีที่ประพฤติกฎีกันเฉพาะแต่ละตำบล เช่นในจังหวัดเชียงใหม่มีประเพณีว่า เมื่อผู้ใดได้ยกย่นางหน้า

¹ หยุด แสงอุทัย, คำบรรยายความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป, เรื่องเดิม, หน้า 74.

กันน้ำในที่นาตำบลใด เขาใจว่าผู้้นั้นเป็นผู้ถือที่นาอัน ศาลฎีกาได้เคยตัดสินให้ตามประเพณีนี้ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 64/2467 ประเพณีทำนาเกลือ จำเป็นต้องอาศัยวังและเหมืองที่ขังน้ำทะเล โจทก์โอนขายนาเกลือให้แก่จำเลย แม้ว่าในสัญญาจะมีใ้กล่าวถึงที่วังและเหมืองด้วยก็ตอง เขาใจว่าจำเลยผู้รับซื้อย่อมมีสิทธิที่จะใช้วังและเหมืองได้อย่างที่ใครได้เคยใช้นาแต่เดิมนี้¹

ในกรณีเฉพาะท้องถิ่นนั้น เมื่อผู้ใดอ้างขึ้นมาเป็นหน้าที่ของผู้้นั้นจะตองนำสืบว่า ประเพณีนั้นในท้องถิ่นจริง ๆ การอุทธรณ์ของว่างของกฎหมายในอันฉบับแรกนั้นจะเห็นได้ว่าเมื่อมีกฎหมายลายลักษณ์อักษร จะตองพยายามหาหนทาง นำเอาจารีตประเพณีมาปรับแก้คดีให้ ได้เป็นอันฉบับแรก เมื่อหาจารีตประเพณีท้องถิ่นไม่ได้ จึงให้วินิจฉัยโดยเทียบกฎหมายที่ใกล้เคียง (Analogy) ท่อไป ซึ่งใ้กล่าวมาในหัวข้อที่ 4 ในกรณีที่ใช้ตีความตามความหมาย และในขณะเดียวกันก็ใ้ใช้ในการอุทธรณ์ของว่างของกฎหมายได้ด้วย

6. การใช้หลักกฎหมายทั่วไป

การใช้หลักกฎหมายทั่วไป นับว่าเป็นขั้นสุดท้ายของการอุทธรณ์ของว่างแห่งกฎหมาย ตามที่กำหนดไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ในกรณีที่ไม่สามารถหาจารีตประเพณี มาใ้ใช้ใ้หรือบทกฎหมายใกล้เคียงอย่างยั้งมาใช้แล้วในมาตรา 4 ให้ใ้หลักกฎหมายทั่วไป หลักกฎหมายทั่วไปคืออะไร และจะนำมาใ้ใ้ได้จากที่ใด ศาสตราจารย์ ประมุข สุวรรณศรี ได้เขียนไว้ในคำอธิบายกฎหมายลักษณะพยานฉบับพิเศษครั้งที่ 2 หน้า 21 ว่า "พอจะตอบ ได้กว้าง ๆ ว่า หลักกฎหมายทั่วไปนั้นคือหลักกฎหมายที่ประเทศส่วนมากในโลกยอมรับรอง และใ้ใ้ด้วยกัน

¹ พระนิติการณประสม, ผู้รวบรวม ธรรมสาร เล่ม 3 หน้า 711 พ.ศ.2473
โรงพิมพ์บุญถุกกิจ

² หนังสือธรรมสาร เล่ม 8 หน้า 25 พ.ศ.2475 โรงพิมพ์บำรุงบุญถุกกิจ

สำหรับอาจารย์ เชื้อ กงกุกูล เขียนไว้ในหนังสือความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไปให้ความหมายของคำว่า หลักกฎหมายทั่วไปคือ หลักความประพฤติของบุคคลในอันที่จะปฏิบัติกัน เนื่องจากการที่อยู่ร่วมกันเป็นหลักจรรยาอันควรใช้เป็นแบบแผนใด แต่ทว่าหลักเหล่านี้ไม่ได้ประกาศเป็นบทกฎหมายลายลักษณ์อักษร หลักกฎหมายทั่วไปนั้นโดยมากเป็นภาษาลาติน ซึ่งสมควรหยิบยกขึ้นกล่าวเพียงบางข้อ ชนิดที่สำคัญ ๆ สุภาษิตเหล่านี้มีแต่โบราณ ซึ่งในกฎหมายและคำพิพากษาของเราเคยมีกล่าวถึง นักกฎหมายบางท่านก็เคยรวบรวมสุภาษิตกฎหมายไว้

การหยิบยกสุภาษิตกฎหมายขึ้นกล่าวอย่างนั้น ต้องพิเคราะห์ให้ดีเสียก่อนว่า สุภาษิตนั้น ๆ มีความหมายอย่างไร ผู้ใช้จะต้องระมัดระวังอย่าให้ผิดวัตถุประสงค์ประสงค์ของสุภาษิตนั้นได้ เพราะถ้าใช้ถูกที่ถูกต้องความหมายแล้วก็เป็นหลักให้การใช้กฎหมายนั้น เป็นไปโดยสมบูรณ์

สำหรับอาจารย์ โอด โกลีน ได้ให้ความเห็นไว้ในตำราความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไปของท่านว่า สุภาษิตกฎหมายที่นักนิติศาสตร์เห็นเป็นหลักกฎหมายทั่วไปนั้นไม่สู้ถนัดนัก ทั้งนี้เพราะว่าไม่ทราบว่าสุภาษิตเหล่านั้นใครเป็นผู้สร้าง และมีผู้นิยมกันทั่วไปหรือไม่ ภาษิตกฎหมายจึงอาจเป็นแต่เพียงเครื่องประกอบการพิจารณาของศาลในการที่จะใช้กฎหมายเท่านั้น อย่างไรก็ตามภาษิตกฎหมายอาจเป็นหลักกฎหมายทั่วไปได้เมื่อมีบทกฎหมายสนับสนุนคือบทบัญญัติเช่นเกี่ยวกับภานิต เช่น ภาษิตที่ว่า "ผู้รับโอนไม่มีสิทธิดีกว่าผู้โอน" ซึ่งในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยก็มีบัญญัติไว้ การใช้ภาษิตเป็นหลักกฎหมายทั่วไปจึงต้องเข้าใจด้วยความระมัดระวังจนกว่าจะมีคำพิพากษาของศาลฎีกามาวางบรรทัดฐานให้เห็นชัดก่อน

ท่านศาสตราจารย์ เอส เอกูต์ อธิบายว่า "หลักกฎหมายทั่วไปเป็นข้อบังคับของกฎหมาย ซึ่งศาลใช้บังคับแก่คดีเรื่องใดเรื่องหนึ่งหรือนักนิติศาสตร์ได้เขียนไว้ในตำรา แม้จะไม่มีตัวบทกฎหมายบัญญัติไว้ ตัวอย่างหลักกฎหมายทั่วไปก็คือ หลักที่ว่าใครอ้างสิทธิอันใดผู้นั้นต้องนำสืบ หลักที่ว่า ผู้ใดจะโอนให้แก่บุคคลอื่นซึ่งสิทธิอันสมบูรณ์ยิ่งกว่าที่ตนมีอยู่ไม่ได้ หรือ หลักที่ว่า บุคคลทุกคนต้องปฏิบัติตามกฎหมาย หลักว่าคายนิติกรรมต้องทำตามแบบท้องถิ่น (Locus Regit actum) ลักษณะที่ว่าเป็นหลักทั่วไปนี้จะปรากฏได้ว่าหลักเหล่านั้นมักจะมีกล่าวไว้ใน

ภาษาลาดินและรู้จักกันทุกประเทศ

แต่ศาลใช้หลักกฎหมายเหล่านี้บังคับแก่คดีเรื่องใดเรื่องหนึ่งก็เพราะเหตุว่าหลักเหล่านั้นเป็นที่รับรองกันทั่วไป อาจจะเป็นในเขตท้องที่ของศาลนั้นก็ดีหรือในประเทศหนึ่งหรือหลายประเทศก็ดี ถ้าศาลไม่ใช้หลักเหล่านั้นก็ย่อมรู้สึกเป็นการขัดต่อความรู้สึกของคนทั่วไป และถ้าใช้บังคับก็เพราะเห็นว่า ตรงกับความรู้สึกของคนทั่วไป อีกนัยหนึ่งว่าหลักเหล่านี้เกิดมาจากจารีตประเพณี กล่าวคือเกิดจากจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่นถ้าเป็นประเพณีซึ่งใช้เฉพาะท้องถิ่นของศาลที่ใช้จารีตประเพณีนั้น เกิดจากจารีตประเพณีของประเทศถ้าเป็นข้อบังคับที่ใช้ได้แต่ในประเทศนั้น เกิดจากจารีตประเพณีระหว่างประเทศถ้าหลายประเทศได้ถือตามหลักกฎหมายทั่วไปจึงไม่เป็นที่มาของกฎหมาย หลักกฎหมายทั่วไปนี้ปะปนอยู่กับจารีตประเพณีและมีข้อขัดข้องคล้าย ๆ กันอยู่ กล่าวคือเป็นการยากที่จะพิสูจน์ได้

ในการตีความในกฎหมายมีข้อบังคับเช่นนี้อยู่หลายข้อ ที่เป็นข้อบังคับซึ่งได้รับการรับรองกันทั่วไป แต่มิได้มีปรากฏอยู่ในตัวบทกฎหมาย ข้อบังคับเหล่านี้มีอยู่เป็นภาษาลาดิน เป็นภาษิตกฎหมายซึ่งปฏิบัติตามกันคล้ายกันว่าเป็นกฎหมาย¹

นอกจากภาษิตลาดินซึ่งนับว่าเป็นหลักกฎหมายทั่วไปแล้ว หลักกฎหมายต่างประเทศนับถือก็คือว่าเป็นหลักกฎหมายทั่วไปอย่างหนึ่ง เช่น

คำพิพากษาศาลฎีกา ที่ 999/2496 ซึ่งวินิจฉัยคดีที่พิพาทเกี่ยวกับเรื่องความรับผิดชอบตามกรมธรรม์ประกันภัยทางทะเล ซึ่งมาตรา 868 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บัญญัติว่า "อันสัญญาประกันภัยทางทะเลท่านให้บังคับตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายทะเล" แต่จนกระทั่งบัดนี้เรายังไม่มีกฎหมายทะเล ซึ่งเป็นปัญหาว่าเราจะใช้กฎหมายอะไรบังคับคดีนี้

¹อนุนิติ ใจสมุทร, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป, เรื่องเดิม หน้า

ศาลฎีกาให้คำวินิจฉัยไว้ดังนี้ "จริงอยู่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 868 บัญญัติไว้ว่า "อันสัญญาประกันภัยทางทะเลทานให้บังคับตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายทะเลซึ่งกฎหมายทะเลของประเทศไทยยังหาไม่มี ทั้งจารีตประเพณีก็ไม่ปรากฏ ควรเทียบวินิจฉัยคดีนี้ตามหลักกฎหมายทั่วไปตามมาตรา 4 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ สัญญาประกันภัยรายนี้ทำขึ้นเป็นภาษาอังกฤษ ศาลฎีกาเห็นว่าควรถือกฎหมายว่าด้วยการประกันภัยทางทะเลของประเทศไทยอังกฤษเป็นกฎหมายทั่วไป เพื่อเทียบเคียงวินิจฉัยด้วย" และศาลฎีกาก็ได้ยกพระราชบัญญัติประกันภัยทางทะเล ก.ศ. 1906 ของอังกฤษขึ้นวินิจฉัยเทียบเคียงคดีนี้ ทั้งได้ยกคำพิพากษาของศาลอังกฤษขึ้นประกอบคำวินิจฉัยด้วย แต่เป็นที่น่าเสียดายที่ศาลฎีกาพูดถึงว่าเรื่องประกันภัยทางทะเล เรายังไม่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษร เราไม่มีจารีตประเพณีแล้วก็ตามเลยไปให้หลักกฎหมายทั่วไป โกลีย์มีใ้กล่าวถึงว่าเป็นกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างไรหรือไม่ เพราะเรื่องนี้ควรมาก่อนหลักกฎหมายทั่วไป ดังที่มาตรา 4 ใ้เรียงลำดับไว้¹

ตัวอย่างของสุภาษิตกฎหมายที่ถือ เป็นหลักกฎหมายทั่วไป

(1) การที่กล่าวถึงคนหนึ่ง ปฏิเสธสำหรับคนอื่น "qui dicit de uno de altero negat" ข้อนี้หมายความว่า เมื่อกฎหมายบัญญัติไว้อย่างหนึ่งสำหรับเรื่องหนึ่ง ที่เท่ากับบัญญัติไว้ตรงกันข้ามสำหรับอีกเรื่องหนึ่ง เมื่อกฎหมายให้สิทธิแก่บุคคลใดเป็นพิเศษก็เท่ากับไม่ให้คนอื่น เมื่อกฎหมายบัญญัติไว้สำหรับนิติกรรมอย่างใดเป็นพิเศษก็เท่ากับบัญญัติไว้ตรงกันข้ามสำหรับนิติกรรมอื่น

ตัวอย่างเช่น ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 698 บัญญัติไว้ว่า "อันผู้ค้าประกันยอมหลุดพ้นจากความรับผิดชอบเมื่อหนี้ของลูกหนี้ระงับสิ้นไปไม่ว่าเพราะเหตุใด ๆ ผลจึงมีว่าถ้าหนี้ยังไม่ระงับ เช่นมีการชำระหนี้แต่บางส่วนเป็นต้น ผู้ค้าประกันยังไม่หลุดพ้น เพราะกฎหมายบัญญัติว่าต้องชำระหนี้ทั้งหมดหนี้จึงจะระงับ

¹ โอสถ โกสิน, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป, เรื่องเดิม หน้า

มาตรา 72 อนุมาตรา 3 และ 6 บัญญัติว่า ห้างหุ้นส่วนที่จดทะเบียนแล้ว และ
มูลนิธิที่ได้รับอำนาจแล้วย่อมเป็นนิติบุคคล ดังนี้ หมายความว่า ห้างหุ้นส่วนที่ไม่ได้จดทะเบียน
และมูลนิธิที่ไม่ได้รับอำนาจย่อมไม่เป็นนิติบุคคลจึงไม่ได้รับประโยชน์ทั้งหลายอันได้แก่นิติบุคคล

ในกรณีที่กฎหมายกล่าวถึงบุคคลบางคนหรือนิติกรรมบางชนิด เพราะว่าประสงค์
จะให้เป็นอย่างเท่านั้น ไม่ไ้ประสงค์จะบัญญัติให้เป็นตรงกันข้าม สำหรับบุคคลอื่นหรือ
นิติกรรมอื่น ๆ ดังนี้ มีสุภาษิตอีกอันหนึ่งซึ่งมีความว่า "Ubi eadem Ratio idem Jus
esse debet" แปลว่า เมื่อมีเหตุผลอย่างเดียวกันต้องใช้บัญญัติเช่นเดียวกัน แม้กฎ
หมายจะไม่ได้บัญญัติไว้โดยชัดเจนเช่นมาตรา 511 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ซึ่ง
บัญญัติว่า "ท่านห้ามมิให้ผู้ทอดลาคเข้าสู่ราคาหรือใช้ให้ผู้อื่นผู้ใดเข้าสู่ราคาในการทอด
ลาคซึ่งตนเป็นผู้ดำเนินการเอง ความประสงค์ของกฎหมายย่อมจะปรากฏชัดว่า ต้องการ
ให้ทำการขายทอดลาคด้วยความจริงและยุติธรรม มิให้ผู้ใดทำให้ผลของการนั้นผันแปรไป
ได้ ถ้ายอมให้ผู้ดำเนินการทอดลาคเข้าสู่ราคาได้แล้วผู้นั้นอาจซื้อได้โดยราคาต่ำที่สุด อัน
เป็นการทำให้การขายทอดลาคผิดพลาดไปจากความจริง

สำหรับตัวแทนซึ่งได้รับมอบหมายให้ขายทรัพย์สินใดสิ่งหนึ่งที่มีเหตุผล เช่นเดียวกัน
กับที่โลกกล่าวมานี้ การที่ตนเป็นตัวแทนจะต้องขายให้ไ้ราคาแพงที่สุด เพราะฉะนั้น เพื่อป้องกัน
มิให้การขายผิดพลาดไปจากความจริง ต้องวินิจฉัยว่าตัวแทนมีหน้าที่ขาย จะซื้อเสียเอง
ไม่ได้ โดยอาศัยเทียบเคียงบทบัญญัติของมาตรา 511

ถ้านำสุภาษิตข้างต้นมาใช้เมื่อกล่าวห้ามแต่เฉพาะผู้ทอดลาคไม่มีบัญญัติโลกกล่าว
ห้ามถึงตัวแทน ก็แสดงว่าไม่ห้ามตัวแทนเข้าซื้อของมันเองได้

(2) ขอยกเว้นต่อตีความโดยเคร่งครัด("Exceptio est Strictissima
interperlations", An exception is to be strictly construed)
สุภาษิตนี้หมายความว่า เมื่อมีบทกฎหมายเป็นข้อยกเว้นของข้อบังคับทั่วไป จะขยายความ
ข้อยกเว้นออกไม่ได้ จะต้องตีความโดยเคร่งครัด และจำกัดใช้หลักทั่วไปทุก ๆ กรณีที่ไม่
ตรงกับข้อยกเว้นนั้น

มาตรา 17 แห่งประมวลกฎหมายอาญา บัญญัติว่า "บทบัญญัติในภาค 1 แห่งประมวลกฎหมายนี้ให้ใช้กรณีแห่งความผิดตามกฎหมายอื่นด้วย เว้นแต่กฎหมายนั้น ๆ จะได้บัญญัติไว้เป็นอย่างอื่น"

ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 30 มีบทบัญญัติสำหรับการกำหนดโทษกักขังแทนค่าปรับอยู่ ซึ่งเป็นหลักทั่วไป โดยอัตรา 5 บาท ต่อหนึ่งวัน ถ้ามีกฎหมายใดบัญญัติถึงอัตราการกำหนดโทษกักขังแทนค่าปรับต่างออกไปเป็นอย่างอื่นในกฎหมายใด สำหรับกฎหมายนั้นก็ต้องใช้บังคับตามนั้น จะนำหลักทั่วไปมาใช้บังคับไม่ได้ เทียบคำพิพากษาศาลฎีกา 977/2457

การกระทำผิดพระราชบัญญัติเป็นหลายครั้ง ใช้มาตรา 72 แห่งกฎหมายลักษณะอาญาว่าด้วยการกระทำผิดหลายครั้งไม่ซ้ำกันแต่บังคับไม่ได้ ต้องใช้มาตรา 68 แห่งพระราชบัญญัติเป็น พ.ศ. 2472 บังคับ เพราะเป็นบทบัญญัติพิเศษสำหรับเงิน (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 302/2474)

ในเรื่องล้มละลาย การรับผิดชอบเกี่ยวกับความผิดที่ผู้อื่นไม่ถูกต้องด้วยกฎหมาย ต้องใช้มาตรา 14 ของพระราชบัญญัติลักษณะล้มละลาย ว่าด้วยหน้าที่เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ บังคับ ไม่ใช่มาตรา 87 ของพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาความแพ่งว่าด้วยความรับผิดชอบของเจ้าหน้าที่ (ดูคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 798/2472)

การที่มีบัญญัติกฎหมายบัญญัติข้อบังคับเป็นพิเศษสำหรับเรื่องหนึ่งไว้โดยเฉพาะก็เพราะประสงค์ให้ใช้ข้อบังคับนั้นแทนข้อบังคับทั่วไปเฉพาะในกรณีนั้น ๆ และเห็นว่าข้อบังคับทั่วไปไม่เหมาะแก่การที่จะนำมาใช้ในกรณีนั้น

มีข้อควรสังเกตว่า กรณีที่ไม่มีบทบัญญัติพิเศษบัญญัติ ก็ต้องใช้หลักทั่วไปบังคับ เช่น ในบรรพ 1 และบรรพ 2 ของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มีข้อบังคับทั่วไปว่า ด้วยหนี้ ในบรรพ 3 มีข้อบังคับพิเศษสำหรับสัญญาบางชนิด ในคดีที่เกี่ยวข้องด้วยสัญญาเหล่านี้ต้องใช้ข้อบังคับพิเศษของบรรพ 3 บังคับ ถ้าไม่มีข้อบังคับพิเศษที่จะใช้บังคับแก่คดีนั้นได้ ต้องกลับมา

ใช้ข้อบังคับทั่วไป ซึ่งมีอยู่ในบรรพ 1 และบรรพ 2

สำหรับคดีอาญา ต้องตีความโดยเคร่งครัดตามตัวอักษร และแปลความโดยขยายความเพื่อลงโทษหรือลงโทษให้หนักขึ้นไม่ได้

ตัวอย่าง เช่น ผู้ที่พำนักสาโทจะถูกลงโทษตามพระราชบัญญัติอากรชั้นใน จ.ศ. 1248 ไม่ได้ เพราะว่าเป็นพระราชบัญญัตินั้นไม่ได้ระบุไว้ว่าการพำนักสาโทเป็นความผิด (คำพิพากษาศาลฎีกา 961/2456)

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 918/2467 ในเรื่องนี้จำเลยเป็นลูกหนี้จำนวนหนึ่งแก่ร้านขายของแห่งหนึ่ง โททำสัญญาเช่าร้าน 4 เชื้อกเป็นประกัน ช่างต้มเสียบ 3 เชื้อก จำเลยพยายามทำให้เจ้าหนี้เชื่อว่าช่างเชื้อกที่ 4 โทหลุดหายไป ความจริงจำเลยได้เอาไปซ่อนไว้ที่บ้านผู้อื่น โดยประสงค์จะคงเจ้าหนี้และชักเอาประโยชน์แห่งการประกันนั้นเสียจากเจ้าหนี้ เจ้าหนี้ได้ฟ้องคดีขอให้ลงโทษจำเลย ศาลอุทธรณ์ได้พิพากษาว่า จำเลยมีความผิดตามกฎหมายลักษณะอาชญามาตรา 309 ให้จำคุกไว้มีกำหนด 2 เดือน แต่ศาลฎีกาได้ยกฟ้องของโจทก์ปล่อยตัวจำเลยไปโดยอ้างว่าจะใช้มาตรา 309 ลงโทษไม่ได้

ตามมาตรา 309 นี้ บัญญัติว่า "ผู้ใดเจตนาจะป้องกันขัดขวางมิให้แบ่งปันทรัพย์สินอย่างใดตามกฎหมายให้แก่พวกเจ้าหนี้ของตนเอง หรือแก่เจ้าหนี้ของผู้อื่นและมีนัยชื้อบยายเอาทรัพย์สินนั้นไปให้แก่ผู้อื่นก็... ฯลฯ" ศาลฎีกาเห็นว่ามาตรานี้ประสงค์ลงโทษลูกหนี้ที่ทุจริตในการขัดขวางหรือป้องกันการแบ่งปันทรัพย์สินของลูกหนี้ ระหว่างพวกเจ้าหนี้ทั้งหลายหากินถึงคดีเช่นนี้ไม่ จริงอยู่ที่การคัดสินเช่นนี้ เป็นการทำให้บุคคลที่หลอกลวงผู้อื่นหลุดพ้นโทษ แต่การคัดสินไปในทางอื่นและขยายบทกฎหมายให้โตมิ่งคืบในเรื่องที่ไม่ต้องควมบทบัญญัติของกฎหมายตามตัวอักษรแล้ว อาจลงโทษผู้ที่ทุจริตได้ ก็บุคคลซึ่งโลกกระทำการอันตนเชื่อว่าอนุญาตให้ทำได้ ถ้าผู้บัญญัติกฎหมายเห็นว่าควรลงโทษการใด ๆ ซึ่งศาลไปลงโทษ ผู้บัญญัติกฎหมาย อาจออกกฎหมายใหม่ให้ลงโทษการกระทำเช่นนั้นได้

(4) ความไม่รู้ข้อเท็จจริงแก่ตัวใจ ("Ignorantia facti excusat"

Ignorance of the fact excuse)

หลักกฎหมายข้อนี้มีบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญามาตรา 62 ซึ่งวรรคแรกว่า "ข้อเท็จจริงใจ ถ้ามีอยู่จริง จะทำให้การกระทำไม่มีความผิด หรือทำให้ผู้กระทำไม่ต้องรับโทษหรือได้รับโทษน้อยลง แม้ข้อเท็จจริงนั้นจะไม่มีอยู่จริง แต่ผู้กระทำสำคัญผิดว่ามีอยู่จริง ผู้กระทำย่อมไม่มีความผิดหรือได้รับยกเว้นโทษหรือได้รับโทษน้อยลงแล้วแต่กรณี" ส่วนวรรคสองกล่าวถึงการสำคัญผิดว่า ถ้าเกิดขึ้นเพราะความประมาท ถ้าการกระทำนั้นมีกฎหมายบัญญัติให้ลงโทษฐานประมาทก็จะต้องรับโทษ" ส่วนวรรคสามกล่าวว่า "บุคคลจะต้องรับโทษหนักขึ้นโดยอาศัยข้อเท็จจริงใจ บุคคลนั้นจะต้องไต่ข้อเท็จจริงนั้น"

ในกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 ไม่มีหลักดังกล่าวนี้มีบัญญัติไว้ แต่ศาลก็ได้วินิจฉัยท่านองว่ามีหลักเช่นนี้มีบัญญัติไว้ในกฎหมาย แม้คำพิพากษาของศาลจะมีไต่ถามมากแล้วอ้างโดยแจ้งชัดก็ตาม

ตัวอย่างคำพิพากษาศาลฎีกา

คำพิพากษาศาลฎีกา ที่ 267/2469 อัยการจังหวัดพังงา โจทก์ นายแดง จำเลย ผู้ตายชวนจำเลยมาเฝ้าบ้าน แล้วตนเองไปนอนค้างที่โรงนา ตกตอนดึกผู้ตายลอบเข้ามาทางป่าหลังบ้าน ซึ่งไม่ใช่ทางเดิน ทำกริยากอมของอยู่ข้างฝาเรือน ประสงค์จะรู้ว่าจำเลยเป็นฐกับกริยาของตนจริงหรือไม่ จำเลยร้องถามว่าใคร ผู้ตายก็ไม่ตอบ จำเลยเข้าใจผิดคิดว่าเป็นผู้ร้ายจึงแทงตาย ศาลฎีกาพิพากษาว่าจำเลยได้กระทำโดยเข้าใจผิดคิดว่าเป็นผู้ร้าย เพื่อป้องกันทรัพย์พอสมควรแก่เหตุ

คำพิพากษาศาลฎีกา ที่ 499 - 500/2475 คดีระหว่างอัยการชัยนาท และนายป้อ โจทก์นายพิง จำเลย ศาลพิจารณาคดีความว่าเคยมีผู้ร้ายเข้ามาลักทรัพย์ของจำเลย 2 ครั้ง กับมีคนเคยลอบแทงคนบนเรือนของจำเลยครั้งหนึ่ง ต่อมาคืนเกิดเหตุ เวลาประมาณ 4.00 น. ผู้ตายซึ่งเป็นคนรักของบุตรจำเลย ไต่ป็นขึ้นไปบนเรือนจำเลย ๆ เข้าใจผิดคิด

ว่าเป็นผู้ร้ายจึงให้ปิ่น ยิงถูกชายนั้นตาย ศาลฎีกาพิพากษาว่า ผู้ตายเป็นผู้ร้าย โดยถือเอาความสำคัญผิดของจำเลยนั้น ถือว่าจำเลยกระทำโดยป้องกันชีวิตและทรัพย์สินของสมภวกรแก่เหตุ ตามกฎหมายลักษณะอาชญาบาตรา 50 และคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 797/2477 อัยการอุทธรษา โจทก์ นายสงหรือเฮง จำเลยซึ่งเป็นเรื่องเข้าใจผิดคิดว่าผู้ตายลักทรัพย์ กำลังพาวิ่งหนีไป และคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 168/2495 จำเลยยิงปิ่นเข้าไปที่พวกตำรวจโดยเข้าใจผิดคิดว่าเป็นพวกปล้น

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 710/2500 ในเวลากลางวัน (4.00 น.) จำเลยนอนหลับตื่นขึ้นเห็นเงาตะกุ่ม ๆ จำเลยร้องถามสองครั้งว่าใคร ๆ ก็ไม่มีเสียงตอบ จำเลยคิดว่าเป็นคนร้ายจึงใช้ไม้ไผ่หรือไม้ตะบองตีไปสามที ปรากฏว่าผู้ถูกตีเป็นพ่อเลี้ยงของจำเลย ซึ่งกลับจากเที่ยว และผู้ถูกตีได้ตายโดยเข้าใจผิดว่าผู้ตายเป็นคนร้ายขึ้นไปบนเรือน เพื่อจะลักทรัพย์ และการที่คนขึ้นมาในเวลาวิกาลซึ่งมีจำเลยเป็นผู้ขายคนเคี้ยว ลามถึงสองครั้งก็ไม่คอบนั้นเป็นภัยอันตรายถึงขนาดที่อาจต้องเสียชีวิตหรือทรัพย์สินสิ้นได้ ใ้ถือว่าจำเลยสำคัญผิดในข้อเท็จจริง ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 62 และการกระทำของจำเลยเป็นการป้องกันอันนับว่าพอสมควรแก่เหตุ ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 68 จำเลยไม่มีความผิด

(5) ความไม่รู้ของกฎหมายแต่ตัวไม่ได้ ("Ignorantia Juris non excusat" Ignorance of the law excuses no man)

คือจะแก้ตัวว่าไม่รู้ว่ามีกฎหมายหรือรู้ว่ามีกฎหมายแต่ไม่เข้าใจความหมายของกฎหมายไม่ได้ ตามหลักที่กล่าวมาแล้ว กฎหมายจะใจบังคับเมื่อได้มีประกาศให้ทราบแล้ว

ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 64 บัญญัติว่า "บุคคลจะแก้ตัวว่าไม่รู้กฎหมายเพื่อโทษจากความรับผิดชอบในทางอาญาไม่ได้ แต่ถ้าวัดเห็นว่าตามสภาพและพฤติการณ์ผู้กระทำ ความผิดอาจจะไม่รู้ว่ามีกฎหมายบัญญัติว่าการกระทำนั้นเป็นความผิด ศาลอาจอนุญาตให้แสดงพยานหลักฐานต่อศาล และถ้าศาลเชื่อว่าผู้กระทำไม่รู้ว่ามีกฎหมายบัญญัติไว้เช่นนั้น ศาลจะลงโทษน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดนั้นเพียงใดก็ได้" เดิมบัญญัติไว้ในกฎหมาย

อาชญามาตรา 45 แต่ไม่มีข้อยกเว้น เหตุที่ความประมวลกฎหมายอาญาบัญญัติให้มีข้อยกเว้นที่ยอมให้สืบข้อเท็จจริงหักล้างได้ เพราะในสมัยใหม่มีความผิดชนิดที่เป็นความผิดเพราะกฎหมายห้าม (mala prohibita) ซึ่งไม่ไว้ในความผิดในตัวเอง (malaisien) ความผิดที่เป็นผิดเพราะกฎหมายห้าม เช่นการขายของเกินราคาที่ทางการกำหนด ผู้กระทำผิดอาจไม่ทราบว่าผิดกฎหมายบัญญัติว่าเป็นความผิดก็ได้

ตัวอย่างคำพิพากษาศาลฎีกา

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 209/2464 กรมอัยการโจทก์ นายเรือเอกทนอ รัตนกุล จำเลย ในเรื่องนี้มีประกาศอันชอบด้วยกฎหมายให้เรือทุก ๆ ลำที่ออกจากช่องกึ่งซึ่งมีโรคร้ายเกิดขึ้น และจอดที่ตาดนทรวจโรคก่อนเข้ามากรุงเทพฯ ฯ ทางราชการได้ประกาศโฆษณาให้มหาชนทราบตลอดจนตัวจำเลยก็มีโอกาสค้นควรทราบด้วยแล้ว จำเลยจะร้องว่าตนไม่ทราบประกาศนั้นไม่ได้ ต้องมีความผิด กฎหมายไม่ยอมรับฟังข้อแก้ตัวเช่นนี้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 500/2500 นางกระปือเข้ามาในราชอาณาจักรโดยไม่ผ่านด่านศุลกากร จะต่อสู้ว่าไม่มีเจตนาหลีกเลี่ยงภาษีไม่ได้ โปอนุญาตสัตวแพทย์ให้นำเข้ามาตรวจโรคไม่คุ้มให้พบผิด

(6) กรรมเป็นเครื่องชี้เจตนา ("Acta exteriora indicant interiora secreta" External actions show internal secrets. Acts indicate the intention

"กรรม" หมายถึงกริยาอาการที่แสดงออกในการกระทำอย่างใดอย่างหนึ่ง การแสดงออกโดยการกระทำนั้นบุคคลใด ๆ เห็นเข้าใจได้ว่าแสดงออกอย่างนั้น เป็นหลักวินิจฉัยเจตนา คือ ความตั้งใจของบุคคลว่าแสดงออกโดยกระทำอย่างนั้นผู้กระทำมีความตั้งใจ มีเจตนาอย่างไร เพราะเจตนาเป็นเรื่องในใจมองไม่เห็น เหตุนี้กฎหมายจึงถือเอา "กรรม" หรือการกระทำเป็นเครื่องชี้เจตนาหรือความตั้งใจของบุคคลถือเป็นหลักบุคคลกระทำ ความตั้งใจ

ในการพิพากษาคดี ศาลมีใ้ถือกรรมเป็นเครื่องชี้เจตนาแต่เพียงอย่างเดียวเป็น
หลักชี้ขาด แต่จะอาศัยเหตุและผลในการกระทำผิดประกอบด้วย เช่น ลักษณะซากแมลงอาวุธ
ที่ไร้ เป็นต้น

ตัวอย่างคำพิพากษาศาลฎีกาที่วินิจฉัยว่ามีเจตนาฆ่าคนตาย

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 514/128 ฟ้นถนนทางบ้านหลังถูกที่ไ้ไล้ เขาตายในกินั้น
ปรากฏว่ามีสาเหตุโกรธเคืองกัน

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 878/2459 สองคนวิวาทกัน ภายหลังเขาล้มลงนอนตะแคงไม่
มีอาวุธจะต่อสู้แล้ว จำเลยก้กับขึ้นล้อมทับผู้ตาย แล้วแทงซ้ำอีกหลายที่จนมีผู้ร้ายก้ยังไม่เลิก

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1596/2459 กลุ่มรุมทำร้ายเขามีบาดแผลถึง 24 แห่ง

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 456/2465 เขาฉกแทง เมื่อเขาล้มลงแล้วยังเอาขวานฟัน
ซ้ำอีก 16 ที แล้วพูดว่ากูสันคนตายแล้ว ให้ก้านันผู้ใหญ่บ้านมาดู

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 538/2472 เขาเห่าตะไปถูกมือของผู้ตายหลุดจากมือแล้วไ้
เอามือฟันผู้ตายต่อไปจนตาย วินิจฉัยว่าพฤติการณ์ที่กระทำนั้นเป็นเครื่องชี้เจตนาว่าจะฆ่า
ให้ตาย

อาวุธที่ไร้กระทำเป็นตลอดสันนิษฐาน เจตนา ที่คำพิพากษาศาลฎีกาเป็นอันมาก
วินิจฉัยไว้ เช่น ถ้าอาวุธปืนยิง สันนิษฐานว่าเจตนาฆ่า

เอามือเห็นยาวประมาณ 1 ศอก ฟ้นเขาโดยแรงถูกกระโหลกศีรษะแตก เขา
อยู่ไ้ 5 วันก็ตาย วินิจฉัยว่าอาวุธที่กระทำร้าย ผู้กระทำต้องรู้ดีว่าถ้าไ้ลงมือฟันหรือแทง
ลงโดยแรง อาจถึงแก่ความตายได้ (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1211/2462)

เขาไม่ตะพดขนาดใหญ้ที่เขาถูกศีรษะ 2 แห่ง กระโหลกศีรษะยุบคำพิพากษา
ฎีกาที่ 1671/2466)

ใช้ขวานที่เป็นอาวุธอันร้ายพันโดยเต็มแรง จนกระโหลกศีรษะแตกมันสมองไหล (คำพิพากษาฎีกาที่ 581/2471)

เอาไม้ค่างผู้ตายเนื่องจากวิวาทต่อสู้กัน ปรากฏว่าจำเลยเมาสูรา และใช้ไม้คขนาดเล็กเป็นอาวุธ ทั้งไม้ค่างผู้ตายเพียงที่เดียวเท่านั้น ตัดสินว่าคดียังไม่พอชี้ขาดว่าจำเลยเจตนาฆ่า จำเลยว่ามีคตามมาตรา 251 (คำพิพากษาฎีกาที่ 483/2494)

จำเลยเป็นหญิงพันสามีทางหลังสองที่ แผลแรกถูกที่คอทางเบื้องหลังลึก 6 ซม. ศาลอุทธรณ์เห็นว่าจำเลยพันทาง เบื้องหลังควยพัวใหญ่ แผลแรกถูกที่สำคัญเป็นแผลฉกรรจ์ แสดงว่ามีเจตนาฆ่า จึงลงโทษจำเลยฐานพยายามฆ่าคนตาย

ศาลฎีกาว่าเห็นว่า เมื่อพิเคราะห์ถึงเพศหญิง ที่สามีคดเคลือบเมียน้อยทอดหน้าให้ หลบเข้าไปนอนเสียในเรือน เพื่อพ้นหน้าพันคากไม่ฟัง จึงเกิดโทสะพลุ่งพล่านและกว่าพัว ไม้ค่างพันลงไปที่ โดยไม้ค่างเตรียมการมาก่อน แม้จำเลยจะพันรุนแรงไปบ้างก็เพราะ โทสะพลุ่งพล่านขึ้นมาในสภาพการณ์เช่นนั้น และแผลที่สองก็มีไม้ค่างพันรุนแรงเหมือนแผลที่หนึ่ง ประมวลเหตุการณ์ต่าง ๆ ดังกล่าว และช่วยกันพิเคราะห์ตามรูปคดีเห็นยังฟังไม่ถนัด จำเลยเจตนาฆ่าสามีให้ตายจึงให้ลงโทษฐานทำร้ายร่างกาย เมื่อลดโทษแล้วให้รอลงโทษไว้ (คำพิพากษาฎีกาที่ 19/2500)

(7) จะลงโทษเขาต้องให้เขาตัว เขารู้เห็นด้วย ("Audi alteram Partem" Both sides must be heard.)

หลักสุภาษิตข้อนี้มีบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 172 วรรคแรกว่า "การพิจารณาและสืบพยานในศาล ให้ทำด้วยเปิดเผยต่อหน้าจำเลย เว้นแต่บัญญัติไว้เป็นอย่างอื่น" ทั้งนี้เพื่อให้โอกาสจำเลยได้กระทำต่อสู้คดีอย่างเต็มที่และการต่อสู้คดีนี้จะต้องให้โอกาสจำเลยตั้งแต่ระยะแรก เพราะฉะนั้น ในวันยื่นฟ้องโจทก์จะต้องให้จำเลยมาหรือคุมตัวมาศาล เมื่อศาลประทับฟ้องแล้ว และโจทก์หรือทนายโจทก์และจำเลยมาอยู่ต่อหน้าศาลแล้ว และศาลเชื่อว่าเป็นจำเลยจริง ให้อ่านและอธิบายฟ้องให้

ให้จำเลยฟัง และถามว่าใครกระทำผิดจริงหรือไม่จะให้การต่อสู้อย่างไรบ้าง ทำให้การของจำเลยให้จกไว้ ถ้าจำเลยไม่ยอมให้การ ก็ให้ศาลจัดรายงานไว้และดำเนินการพิจารณาต่อไป (มาตรา 172 วรรคสอง) ในระหว่างพิจารณาแม้จะมีเหตุบางประการอันจำเป็นต้องรักษาความเรียบร้อยในศาล เช่น จำเลยละเมิดอำนาจศาล ฯ จะสั่งให้จำเลยออกจากบริเวณศาลไม่ได้ เพราะประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 180 ว่า "ห้ามมิให้จำเลยออกจากห้องพิจารณา เว้นแต่จำเลยชักชวนการพิจารณา"

เมื่อจะพิพากษาก็ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 182 บังคับไว้ว่า "ให้อ่านคำพิพากษาหรือคำสั่งในศาลโดยเปิดเผยในวันเสร็จการพิจารณาหรือภายในเวลาสามวันนับแต่เสร็จคดี ถ้ามีเหตุอันสมควรจะเลื่อนไปอ่านวันอื่นก็ได้ แต่ต้องจกรายงานเหตุนั้นไว้"

วรรคสองกล่าวว่า "ในกรณีที่จำเลยไม่อยู่ โดยไม่มีเหตุสงสัยว่าจำเลยหลบหนีหรือจงใจไม่มาฟัง ก็ให้ศาลรอการอ่านไว้จนกว่าจำเลยจะมาศาล..." ซึ่งกฎหมายมีวัตถุประสงค์ให้จำเลยมีโอกาสสู้คดีในศาลสูงต่อไป

ในการพิจารณาของศาลสูง ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 203 บัญญัติว่า "ให้ศาลอุทธรณ์พิจารณาโดยเปิดเผย เฉพาะแต่ในกรณีที่หนักหรืออนุญาตให้รู้ความมาพร้อมกัน หรือมีการสืบพยาน" ก็ยังยึดหลักให้โอกาสจำเลยสู้คดีโดยไม่เสียเปรียบ การอ่านคำพิพากษาศาลสูงก็ต้องปฏิบัติตามมาตรา 182 เช่นเดียวกัน

คำพิพากษาฎีกาที่ 6/2487 แม้ในข้อที่โจทก์ขอให้เพิ่มโทษจำเลย ศาลก็ตั้งขึ้นนั่งพิจารณาสอบถามจำเลยว่า เคยทวงโทษแล้วจริงตามข้อกล่าวหาของโจทก์หรือไม่ ซึ่งจะเห็นได้ว่าจำเลยทวงมีโอกาสนำข้อเท็จจริงเห็นข้อกล่าวหา และจะต่อสู้คดีหรือแก้ข้อหาอย่างไรก็ได้

(8) บุคคลย่อมไม่ถูกบังคับให้กล่าวโทษตนเอง ("Nemotenetur

Seipsam accusare" No one is compelled to accuse himself)

สุภาษิตบทนี้หมายความว่าไปควรจะมีการบังคับขู่เข็ญหรือล่อลวงด้วยประการใด ๆ ใ้บุคคลกล่าวรับ เขาได้กระทำความผิดและจะตองรับโทษ เพราะจะทำให้ผู้ต้องหาหรือจำเลยรับสารภาพผิด โดยที่ความจริงไม่ได้ทำผิด กฎหมายไม่ประสงค์จะลงโทษคนบริสุทธิ์

ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 134 บัญญัติว่า "เมื่อผู้ต้องหา ถูกเรียก หรือส่งตัวมาหรือเข้าหาพนักงานสอบสวนเอง หรือปรากฏว่า ผู้ใดซึ่งมาอยู่ต่อหน้า เจ้าพนักงานเป็นผู้ต้องหาให้ถามชื่อตัว นามสกุล ชาติ บังคับ บิดามารดา อายุ อาชีพ ที่อยู่ ที่เกิด และแจ้งข้อหาให้ทราบ และตองบอกให้ทราบก่อนว่าโดยคำที่ผู้ต้องหากล่าวนั้น อาจ ไรเป็นพยานหลักฐานยืนยันเข้าในการพิจารณาใด เมื่อผู้ต้องหาเต็มใจให้การอย่างใด ก็ไ้จัด คำให้การไว้ ถ้าผู้ต้องหาไปเต็มใจให้การ เลยกก็ให้บันทึกไว้"

มาตรา 135 "ห้ามมิให้พนักงานสอบสวนทำหรือจ้กให้ทำการใด ๆ ซึ่งเป็นการ ล่อลวงหรือขู่เข็ญ หรือให้สัญญากับผู้ต้องหา เพื่อจูงใจให้เข้าให้การอย่างใด ๆ ในเรื่อง ที่ ตองหา นั้น"

สำหรับในชั้นการพิจารณาของศาลมาตรา 176 บัญญัติว่า "ในชั้นพิจารณา ถ้า จำเลยให้การรับสารภาพตามฟ้อง ศาลจะพิจารณาโดยไม่สืบพยานหลักฐานต่อไปก็ได้ เว้นแต่ ักที่มีข้อหาในความผิดซึ่งจำเลยรับสารภาพนั้น กฎหมายกำหนดอัตราโทษอย่างต่ำไว้ให้ จำคุกตั้งแต่ห้าปีขึ้นไป หรือโทษสถานหนักกว่านั้น ศาลตองฟังพยานใจท้จนกว่าจะพอใจว่า จำเลยได้กระทำผิดจริง"

ทานแซลมอนด์ (Salmond) นักปราชญ์กฎหมายอังกฤษมีความเห็นเป็นท่านองว่า ควรให้จำเลยให้การโดยละเอียดถึงเหตุการณ์ที่ใดเกิดขึ้น เพื่อให้ความเป็นธรรมแก่จำเลย โดยบริสุทธิ์ คือไปควรบังคับให้จำเลยถวรับหรือปฏิเสธ เช่นให้ผู้ออกมา เพียงว่า "จริง" หรือ "ไม่จริง" ซึ่งการรับรับเช่นนั้น อาจทำให้เกิดผิดพลาดได้ง่าย เว้น ักที่ทำร้ายร่างกายหรือฆ่าคนตาย เจ้าพนักงานหรือศาลถามว่า "พันเขาจริงไหม" หรือ

"พันเขาคายจริงไหม" ถ้าบังคับให้เขาคอมเพียงว่า "จริง" ถ้าเขาทำจริงและถือว่าเป็นการรับสารภาพเต็มตามข้อตกลงแล้ว ก็อาจจะเกิดการผิดพลาดได้ง่าย เพราะถ้าจะถามต่อไปว่า "เหตุใดจึงทำเขา" ผู้กระทำผิดอาจตอบว่า ผู้เสียหายหรือผู้ตายใช้อาวุธที่ร้ายแรงกว่าทำร้ายเขาก่อนและจำทำซ้ำอีกถ้าไม่ทำตอบตนเองจะต้องตาย ดังนั้นความที่ปรากฏนี้เป็นเรื่องที่ถูกกฎหมายอนุญาตให้ผู้กระทำ ทำได้ เรียกว่า "การป้องกัน" ตามประมวลอาญามาตรา 68 แม้จะทำจริง ก็ไม่มีความผิด

ตัวอย่างคำพิพากษาศาลฎีกา

คำพิพากษาศาลฎีกา ที่ 218/2475 นายอำเภอผู้ถามปากคำได้แนะนำจำเลยว่า "ถ้ารับเสียคงได้รับความกรุณาจากศาล เพราะเรื่องนี้มีหลักฐาน" กรรมการศาลฎีกาเห็นว่า ที่เจ้าพนักงานพูกเช่นนั้นเป็นเหตุให้จำเลยหลงเชื่อ จึงรับสารภาพ คำรับชื่อนี้จะฟังว่าจำเลยรับโดยสุจริตไม่ได้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1039/2482 ปลัดอำเภอผู้คดีสัญญาบัตรกับจำเลยว่าจะไม่ฟ้องจำเลยอีกจำเลยจึงให้การรับเพื่อหวังประโยชน์จะเป็นพยานให้แก่โจทก์ ดังนั้นคำรับฟังยันจำเลยไม่ได้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 894/2478 ศาลไม่จำต้องฟังคำรับสารภาพของจำเลยลงโทษจำเลยเสมอไป อยู่ในดุลพินิจของศาลที่จะวินิจฉัยว่า ควรลงโทษจำเลยตามคำรับหรือไม่

จำเลยให้การต่อสู้ว่า ไล่ทำร้ายเขาโดยป้องกัน แต่ได้รับสารภาพว่าได้ทำเกินควรแก่เหตุ จึงทำให้ผู้นั้นถึงตาย ดังนั้น เมื่อทางพิชการณาฟังได้ว่า จำเลยไล่กระทำโดยป้องกันพอสมควรแก่เหตุ ศาลพิพากษาให้ปล่อยตัวจำเลยไปได้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1576/2479 คำรับสารภาพของจำเลยที่ยอมรับสมอ้าง เพื่อช่วยเหลือจำเลยอื่น ๆ ให้พ้นผิดนั้น ศาลจะฟังเพื่อลงโทษจำเลยคนนั้นไม่ได้

ประมวลวิธีพิจารณาคความอาญา มาตรา 232 ห้ามมิให้โจทก์อาจจำเลยเป็นพยาน และมาตรา 235 วรรค 2 ว่า ห้ามมิให้ (ศาล) ตามจำเลยเพื่อประโยชน์แต่ละจะเพิ่มเติมคดีโจทก์ซึ่งบทพร้อม เว้นแต่จำเลยจะอ้างตนเองเป็นพยาน

บทกฎหมายที่นำมากล่าวแล้วล้วนแต่บัญญัติตามสุภาษิตกฎหมายที่กล่าวในข้อนี้ทั้งสิ้น

(9) บุคคลย่อมจะเป็นผู้ตัดสินคดีของตนเองไม่ได้ ("Nemodebet esse Judex in propria causa" No one should be judge in his own cause.)

ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามาตรา 27 บัญญัติว่า (ผู้พิพากษาในศาลใดซึ่งชำระคดีอาญา จะถูกตั้งรังเกียจความเมฆบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ซึ่งบัญญัติไว้ในเรื่องนั้นก็ได้ มาตรา 15 ให้นำประมวลวิธีพิจารณาความแพ่งซึ่งมีได้บัญญัติไว้ในประมวลวิธีพิจารณาความอาญา มาใช้บังคับโดยอนุโลม

เหตุและวิธีดำเนินการเกี่ยวกับกรตั้งรังเกียจผู้พิพากษานั้นบัญญัติไว้ในประมวลวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 11 - 14 เรียกว่าการกักกันผู้พิพากษา ซึ่งเหตุที่จะกักกันนั้นมีได้มีเฉพาะผู้พิพากษาเป็นคู่ความเท่านั้น แต่ขยายไปถึงคดีซึ่งผู้พิพากษานั้นมีส่วนได้เสียเกี่ยวข้องกับพิพาทใกล้ชิดอยู่ด้วย เสมือนเป็นคู่ความเอง เพราะฉะนั้นถ้าจะให้ผู้พิพากษานั้นเป็นผู้พิจารณาหรือพิพากษาคดีเหล่านั้นอาจตัดสินคดีไม่เป็นธรรมได้ กฎหมายจึงบัญญัติให้ผู้พิพากษานั้นถอนตัวจากคดีนั้นเสียเอง หรือมิฉะนั้นก็ให้ถูกความกักกันได้

ประมวลวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 11 บัญญัติว่า "เมื่อคดีถึงศาลผู้พิพากษาคคนหนึ่งคนใดในศาลนั้นอาจถูกกักกันได้ ในเหตุใดเหตุหนึ่งดังต่อไปนี้

- (1) ถ้าผู้พิพากษานั้นมีผลประโยชน์ได้เสียเกี่ยวข้องกับคดีนั้น
- (2) ถ้าเป็นญาติเกี่ยวข้องกับคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง ถือว่าเป็นบุพพการี หรือผู้สืบสันดานไม่ว่าชั้นใด ๆ หรือเป็นที่นองหรือถูกที่ถูกนองนับได้เพียงภายในสามชั้น หรือเป็นญาติเกี่ยวพันทางแต่งงานนับได้เพียงสองชั้น
- (3) ถ้าเป็นผู้ที่ถูกอ้างเป็นพยานโดยที่ใครก็ได้เห็นเหตุการณ์ หรือโดยเป็นผู้เชี่ยวชาญมีความรู้พิเศษเกี่ยวข้องกับคดีนั้น

(4) ถ้าได้เป็นหรือเป็นผู้แทนโดยชอบธรรม หรือผู้แทนหรือได้เป็นนายความของคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมาแล้ว

(5) ถ้าได้เป็นผู้พิพากษานั่งพิจารณาคดีเกี่ยวกับนั้นในศาลอื่นมาแล้ว หรือเป็นอนุญาโตตุลาการมาแล้ว

(6) ถ้ามีคดีอีกเรื่องหนึ่งในระหว่างพิจารณา ซึ่งผู้พิพากษานั้นเองหรือภริยาหรือญาติทางสืบสายโลหิตตรงขึ้นไปหรือลงมาของผู้พิพากษานั้นฝ่ายหนึ่ง พินาศกับคู่ความฝ่ายหนึ่งหรือภริยาหรือญาติทางสืบสายโลหิตตรงขึ้นไปหรือตรงลงมาของคู่ความฝ่ายนั้นอีกฝ่ายหนึ่ง

(7) ถ้าผู้พิพากษานั้นเป็นเจ้านั้นหรือลูกหนี้ หรือเป็นนายจ้างของคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง "มาตรา 13 วรรค 2 บัญญัติว่า "เมื่อไต่ถามคำร้องดังกล่าวแล้ว ให้ศาลงดกระบวนการพิจารณาทั้งปวงไว้ก่อน จนกว่าจะได้มีคำชี้ขาดในเรื่องที่คัดค้านแล้วนั้น แต่ความข้อนี้มีให้ใช้แก่กระบวนการพิจารณาซึ่งต้องดำเนินโดยมิชักช้า อนึ่ง กระบวนการพิจารณาทั้งหลายที่ดำเนินไปก่อนไต่ถามคัดค้านก็ดี และกระบวนการพิจารณาทั้งหลายในคดีที่จะต้องดำเนินโดยมิชักช้า แม้ถึงที่จะได้ดำเนินไปภายหลังที่ไต่ถามคำร้องคัดค้านก็ดี เหล่านี้ย่อมสมบูรณ์ไม่เสียไป เพราะเหตุที่ศาลมีคำสั่งยอมฟังคำคัดค้านแล้วแต่ศาลจะได้กำหนดไว้ในคำสั่งเป็นอย่างอื่น" ตามข้อยกเว้นนี้ เป็นเรื่องให้อำนาจศาลที่จะไต่ถามคู่พิพาทพิจารณาถึงกระบวนการพิจารณาที่กระทำไปโดยผู้พิพากษาที่ถูกคัดค้านนั้นว่ากระทำไปถูกต้องยุติธรรมหรือไม่เพียงใด ดังนั้นอาจสั่งให้ดำเนินกระบวนการพิจารณาเหล่านั้นใหม่ทั้งหมด หรือบางส่วนก็ยอมทำได้

(10) ประโยชน์ของประชาชนย่อมเป็นกฎหมายสูงสุด ("Salus populi est suprema lex" The welfare of the public, is supreme law)

หมายความว่าสิทธิและประโยชน์ของมหาชนสำคัญกว่าเอกชน ทั้งนี้เพราะเมื่อมนุษย์อยู่ร่วมกันมาก ๆ สิทธิผลประโยชน์อาจขัดกันได้ ถ้าประโยชน์ของก่นส่วนน้อยขัดกับประโยชน์ของส่วนใหญ่ ให้ถือว่าส่วนนี้อาจเป็นฝ่ายต้องเสียสละ ถือว่าสละส่วนน้อยเพื่อส่วนรวม เช่น การรื้อโรงเรียนเพียงหลังเดียวเพื่อตัดถนนไฟซึ่งกำลังไหม้ลุกลาม ถ้าไม่รื้อเสียไฟจะลุกลามไหม้ต่อไปอีกทั้งหมู่บ้าน ตำบล เสนั้นเมื่อกระทำด้วยเจตนาอันสุจริตอันเป็นการต้องทำเพื่อป้องกันความเสียหาย เจ้ารองโรงเรียนที่ถูกรื้อจะฟ้องร้องขอใหลงโทษ

ฐานทำให้เสียหายไม่ได้ (การที่ผู้กระทำไปนี้จะปรับด้วยเหตุที่จำเป็นเพื่อป้องกัน ความเห็นในเรื่องนี้ยังไม่แน่นอน)

ในทางแพ่งมีประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 450 วรรคแรกบัญญัติว่า "ถ้าบุคคลทำบุบสลายฤๅทำลายทรัพย์สินสิ่งหนึ่งสิ่งใด เพื่อจะบังคับป้องกันภัยซึ่งมีมาเป็นสาธารณะโดยฉุกเฉิน ท่านว่าไม่จำเป็นต้องใช้กำลังใหม่ทดแทน หากความเสียหายนั้น ไม่เกินสมควรแก่เหตุอันตราย"

นอกจากนี้ การที่รัฐบาลออกกฎหมายเวนคืนที่ดินเพื่อนำมาใช้เพื่อสาธารณะประโยชน์ต่าง ๆ เช่น ทำถนน ทำทางรถไฟ ชุกลอง ทำการชลประทาน เป็นต้น ความแก่เรื่องสิทธิของเอกชนถูกรบกวน เพื่อประโยชน์ของมหาชนทั้งสิ้น

(11) ความจำเป็นที่ทำให้เกิดอำนาจ ("Necessitas inducit prerilegium")

ตัวอย่างสุดท้ายคือนิติบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญา 3 คือ มาตรา 67 มาตรา 68 มาตรา 69 มาตรา 67 บัญญัติว่า "ผู้กระทำความผิดด้วยความจำเป็น"

(1) เพราะอยู่ในที่บังคับหรือภายใต้อำนาจซึ่งไม่สามารถที่จะหลีกเลี่ยงหรือขัดขืนได้ หรือ

(2) เพราะเพื่อให้ตนเองหรือผู้อื่นพ้นจากภัยอันตรายที่ใกล้จะถึง และไม่สามารหลีกเลี่ยงให้พ้นโดยวิธีอื่นได้ เมื่อภัยอันตรายนั้นตนมิได้ก่อให้เกิดขึ้นเพราะความผิดของตน

ถ้าการกระทำนั้นไม่เป็นการเกินสมควรแก่เหตุแล้วผู้นั้นไม่ต้องรับโทษ

มาตรา 68 "ผู้ใดที่ตองกระทำการใด เพื่อป้องกันสิทธิของตน หรือของผู้อื่น ให้พ้นภัยอันตรายซึ่งเกิดจากการประทุษร้าย อันละเมิดต่อกฎหมาย และเป็นภัยอันตรายที่ใกล้จะถึง ถ้าได้กระทำพอสมควรแก่เหตุ การกระทำนั้นเป็นการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย ผู้นั้นไม่มีความผิด"

การกระทำโดยป้องกันเป็นการกระทำโดยความจำเป็นเช่นเดียวกันเพราะเป็น เรื่องจำต้องกระทำ ถ้าไม่กระทำสิทธิของตนหรือของผู้อื่นจะไม่พ้นอันตรายหรือเกิดจากการกระทำอันละเมิดกฎหมายของบุคคลอื่น ในเรื่องป้องกันนี้กฎหมายบัญญัติว่าผู้กระทำการป้องกันไม่มีความผิดเป็นเรื่องกฎหมายอนุญาโตให้กระทำได้ และให้ดูประมวลอาญามาตรา 70 ด้วย

ในเรื่องนิรโทษกรรม ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ 449 ว่า "บุคคลใดเมื่อกระทำการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายก็ดี กระทำการตามคำสั่งอันชอบด้วยกฎหมายก็ดี หากก่อให้เกิดเสียหายแก่ผู้อื่นไซ้ ท่านว่าบุคคลนั้นหากต้องรับผิดใช้ค่าสินไหมทดแทนไม่..."

มาตรา 451 ว่า "บุคคลใดกำลังเพื่อป้องกันสิทธิของตน ถ้าตามพฤติการณ์จะขอให้ศาลฯ เจ้าหน้าที่ยื่นฟ้องให้ทันที่ที่ไม่ได้ และถ้ามิได้ทำในทันทีก็มิใช่การที่ตนจะได้สมดังสิทธินั้นจะต้องประวิงไปมากฤาถึงแก่สามสูญอยู่ไซ้ ท่านว่าบุคคลนั้นหากต้องรับผิดใช้ค่าสินไหมทดแทนไม่"

การไว้กำลังดังกล่าวมาในวรรคก่อนนั้นท่านว่าต้องจำกัดครั้งแต่เฉพาะที่จำเป็น เพื่อจะบำบัดภัยอันตรายเท่านั้น..."

ในเรื่องความจำเป็นตามคำสอนตำราธรรมศาสตร์ของท่านศาสตราจารย์พระยานิติศาสตร์ไพศาลย์ เขียนไว้ตอนหนึ่งว่า "หน้าที่ที่จะต้องกระทำตามกฎหมายที่ใช้อยู่ในขณะนั้นเป็นเหตุให้แก้ตัวได้ สำหรับกริยาการกระทำของบุคคลซึ่งถ้ามิได้มีกฎหมายอยู่เช่นนั้นแล้วจะเป็นผิด เช่นเจ้าพนักงานของเรือนจำ นำนักโทษไปคุมขังไว้ตามหมายศาลหรือเพชรฆาต นำนักโทษประหารชีวิตตามคำพิพากษาของศาลหรือตำรวจจับบุคคลกระทำผิดอาญาแผ่นดินไปสถานีตำรวจ เป็นต้น"

ตามหลักของท่านหลอดเบคอน¹ ความจำเป็นมี 3 อย่างคือ (1) ความจำเป็น

¹นายอนุวัติ ใจสมุทร ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป เรื่องเกม

เพื่อให้ชีวิตทรงอยู่ (2) ความจำเป็นต่องานปฏิบัติ (3) ความจำเป็นโดยสภาพ หรือโดย
 ปรียาอาการของบุคคลที่สาม

(12) อะไรที่ปรากฏ ย่อมจะไม่ถือว่าใคมีอยู่ ("De non apparen tebiy
 et non existemtifus eadem est ratio")

สุภาษิตบทนี้ เกี่ยวกับข้อสันนิษฐาน ของกฎหมายในการกระประเด็นกำหนด
 หน้าที่นำสืบคือ เมื่อสันนิษฐานว่าสิ่งที่ไม่ปรากฏก่อนกาลย่อมไม่มีอยู่ ฝ่ายไหนต้องการ
 ประโยชน์ในข้อที่ว่า มีอยู่ ต้องนำสืบความข้อนั้น

ประมวลพิจารณาความแพ่ง มาตรา 84 วรรคแรก บัญญัติว่า ถ้าผู้ความฝ่ายใด
 ฝ่ายหนึ่งกล่าวอ้างขอเท็จจริงอย่างใด ๆ เพื่อสืบรับทุน ค่าฟ้อง หรือค่าไถ่การของตน
 ให้หน้าที่นำสืบขอเท็จจริงนั้นตกอยู่กับผู้กล่าวอ้าง

มาตรา 93 "การอ้างเอกสาร เป็นพยานนั้น ให้ยอมรับฟังให้แต่คนฉบับเอกสาร
 เท่านั้นเว้นแต่ ฯลฯ"

(2) ถ้าคนฉบับเอกสารจำไม่ได้เพราะสูญหายหรือถูกทำลายโดยเหตุสุจริต
 หรือไม่สมารถนำคนฉบับมาใช้โดยประการอื่น ศาลจะอนุญาตให้นำสำเนาหรือพยานบุคคล
 มาสืบก็ได้ ฯลฯ

ดังนี้ถ้าฝ่ายใดอ้างสิทธิโดยอาศัยพยาน หลักฐานใด ก็จะต้องมีหลักฐานนั้นมา
 แสดงต่อศาล เว้นพยานกรรหรือหนังสือสัญญาการซื้อขายสังหาริมทรัพย์ เป็นต้น ถ้าไม่มี
 หลักฐานมาแสดงศาลไม่ฟังว่ามีสิทธิหรือนั้น เพราะสุภาษิตกฎหมายสันนิษฐาน ไปในทางที่
 ว่าไม่มี ถ้าผู้นั้นอ้างต่อไปว่าไม่มีการสูญหายหรือถูกทำลายโดยเหตุสุจริต ก็คงนำสืบให้ได้
 ความปรากฏตามที่อ้าง มิฉะนั้นศาลไม่รับฟัง

คำพิพากษาฎีกาที่ 435/2479 หนังสือสัญญาสูญหายไปโดยถูกผู้ร้ายลัก ศาลยอมให้
 เจ้าหน้าที่นำพยานบุคคลเข้าสืบได้ว่าใคมีอยู่สืบกันดอย่างนั้นจริง

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 221/2480 เรื่อง เงินกู้ถูกหนี้รับว่าถูกเงินจริง แต่อ้างว่าได้ชำระแล้ว ตามหลักในคดีแห่งสิ่งที่ถูกความรับกันแล้วไม่ต้องนำสืบ เพราะฉะนั้นเมื่อตามกฎหมายลูกหนี้ต้องแสดงใบเสร็จรับเงิน เมื่อลูกหนี้ต่อสู้คดีว่ามีใบรับเงินเป็นหลักฐานแต่ไฟไหม้ใบรับเงินนั้นเสียคั้งนี้ต้องนำสืบ

(13) เมื่อมีสิทธิหรือมีกฎหมายต้องมีการสำหรับบังคับด้วย (Ube jus

ibe remedium" Whenever there is a right. There should also be an action for its Inforcement)

ทั้งนี้หมายความว่า เมื่อกฎหมายสารบัญญัติกำหนดสิทธิหน้าที่ของเอกชนหรือกำหนดโทษเมื่อมีผู้ฝ่าฝืนกฎหมาย กฎหมายจะต้องกำหนดสภาพบังคับไว้ด้วย เพียงแต่มีกฎหมายสารบัญญัติดังกล่าวก็ยังไม่อาจบังคับให้เป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ เหตุนี้จึงจำเป็นต้องมีกฎหมายอีกพวกหนึ่งซึ่งบัญญัติถึงวิธีการดำเนินคดีเพื่อให้เป็นไปตามที่กฎหมายสารบัญญัติซึ่งกล่าวถึงสิทธิของโจทก์ว่าเกิดขึ้นเมื่อไร ฟ้องไต่อย่างไร ที่ไหน ดำเนินการหลังฟ้องอย่างไร หลอกลวงการพิจารณาแล้วบังคับให้เป็นไปตามคำพิพากษาได้โดยวิธีใด ซึ่งแยกตามสภาพบังคับของกฎหมายสารบัญญัติคือ การดำเนินคดีส่วนแพ่งมีประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง การดำเนินคดีส่วนอาชญากรรมมีประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาชญาเป็นหลัก (ขอให้ดู ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 213 คดีอาชญาใหญ่ประมวลอาชญา มาตรา 29 - 30 ประกอบ)

(14) กฎหมายรับรู้อะไรที่ใกล้กับเหตุเท่านั้น (In jus non remot

a causa, sed proxima spectatur "In law the proximate and not the remote, Cause id to be regarded.)

หมายความว่า เมื่อมีการละเมิดกฎหมายใดขึ้น ย่อมต้องรับผิดชอบในผลจากการละเมิดกฎหมายนั้น ผลที่เกิดขึ้นกฎหมายแยกออกเป็นผลที่ใกล้ชิดกับเหตุ กับผลที่ไกลกว่าเหตุ คือ ตามเหตุผลที่เกิด ที่เนื่องจากเหตุ และที่ย่อมจะเกิดผลได้ตามธรรมดาเหตุที่ควรที่จะเกิดผลใกล้ชิดกับเหตุนี้ผู้ละเมิดกฎหมายจะต้องรับผิดชอบ ส่วนผลที่ไกลเกินเหตุเป็นเรื่องที่ไม่ควรให้

ผู้กระทำต้องรับผิดชอบ เพราะถ้าจะมองไม่เห็นผลอันนั้นเมื่อกระทำละเมิดกฎหมายก็ได้ ในเรื่อง
ผลใกล้เคียงกับเหตุนี้ บางทีใช้คำเรียกว่าผลโดยตรง

คำพิพากษาศาลฎีกา ที่ 280/2490 นายสง เสง กับพวกโจทก์นางใจกับพวกจำเลย
ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า ค่าใช้จ่ายในการไปมาของพวกนั้น จะมาขอให้จำเลยผู้แพคดีรับผิดชอบไม่ได้
โดยถือว่าไม่ใช่วินิจฉัยโดยตรงอันเกิดจากการกระทำของจำเลย

คำพิพากษาศาลฎีกา ที่ 390/2474 จำเลยปล่อยให้เช่า เป็นมูลดินทราย เข้าไปใน
ส่วนของโจทก์ทำให้ผลไม่ของโจทก์เสียหาย ต้องรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนแก่เจ้าของสวน

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 66/2474 การกำหนดค่าเสียหายซึ่งไม่ใช่เป็นค่าเช่าหรือค่า
คอกเบี้ยนั้นศาลไม่กำหนดค่าเสียหายในอนุาคติให้

ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 765 บัญญัติว่า ถ้าผลของการกระทำมีความผิดใด
ทำให้ผู้กระทำต้องรับโทษหนักขึ้น ผลของการกระทำความผิดนั้นต้อง เป็นผลที่ตามธรรมดา
ย่อมเกิดขึ้นได้"

ตัวอย่างคำพิพากษาศาลฎีกา

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 147/2457 จำเลยแทงเขา เขารักษาแผลเกือบหายแล้วต่อมา
พลัดตกเรือและบาดแผลนั้นกลายเป็นบาดทะยักทำให้เขาตาย ตัดสินว่าจำเลยไม่มีความผิด
ฐานฆ่าคนตาย เพราะบุคคลจะต้องรับผิดชอบผลธรรมดาที่บุคคลกระทำเท่านั้น

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 510/2476 จำเลยใช้ลวดทองแดงผูกถึงก๊อกน้ำประปา แล้วปล่อย
กระแสไฟฟ้าไปตามสายลวด ผู้ตายเอาถังไปวางน้ำ และจับก๊อกน้ำ กระแสไฟฟ้าเข้าถังถึง
แก่ความตาย ตัดสินว่าการต่อสายไฟฟ้าเป็นการทำร้าย เมื่อการทำร้ายเกิดมีผลเกินความ
คาดหมายก็ต้องรับผิดชอบถึงการผิดความตาย

(15) บุคคลย่อมไม่สามารถถือเอาประโยชน์ อันเกิดแก่ความผิดของตนเอง

("Nullus commodum capere potest de inguiea sua propria")

ตัวอย่าง

(1) ตัวอย่างคำพิพากษาศาลฎีกาที่อ้างสุภาษิต 7 บทนี้คือ ฎีกาที่ 118/123 ได้ความว่าจำเลยกับพวกบุกรุกเข้าไปไถหว่านปักดำทำนาในที่ดินของโจทก์ ๆ ตักเตือนห้ามปรามไม่เชื่อฟัง เมื่อโจทก์แจ้งความให้พนักงานฝ่ายปกครองว่ากล่าวจับได้ จำเลยกับพวกก็หลบหน้าไปเสียเป็นครั้งคราวเท่านั้น แล้วพวกจำเลยก็ยังคงทำนานั้นต่อไป โจทก์ต้องดำเนินคดีฟ้องร้องต่อศาล ซึ่งทางพิจารณาไต่ความสมจริงว่าเป็นนาโจทก์แต่โจทก์เป็นบริษัทที่ปฏิบัติกิจการชุกคลงกุณาสยามที่ดินมากน่าย ฝ่ายพวกจำเลยจึงแอบเข้าบุกรุกแย่งทำนาโดยไม่สุหน่า ครั้นต่อมาตนชาวออกวางถึงอุฎฺเฏเก็บเกี่ยวมีคนร้ายลักเก็บเกี่ยวเอาไปบ้าง โจทก์เก็บเกี่ยวเอาไว้ม่าง จำเลยกับพวกจะหวลกลับมาเป็นโจทก์ฟ้องเรียกเอาข้าวจากโจทก์ครั้งนี้ ถ้ายอมให้จำเลยชนะได้ข้าวไปจากโจทก์ก็ยอมเป็นการยอมให้จำเลยถือเอาประโยชน์อื่นเกิดแก่ความผิดของจำเลยเอง เพราะชาวเหล่านั้นเกิดควยทำการอันบุกรุกของจำเลย (ฎประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 1311 - 1314 ประกอบ)

(2) บ้านโจทก์จำเลยติดกัน โจทก์นำเครื่องยนต์ที่มีเสียงดังแรงและทำให้สิ้นสะเทือนมากมาเดินเครื่องอยู่ตลอดเวลา จำเลยหลับนอนไม่ได้เพราะเสียงรบกวนจากเครื่องยนต์ ตักเตือนโจทก์โจทก์ก็ไม่ฟังจึงเข้าค้ำเครื่องยนต์นั้นเสียเอง โจทก์จึงฟ้องเรียกค่าสินไหมทดแทนฐานละเมิด ทั้งนี้จะให้จำเลยใช้ค่าสินไหมไม่ได้ เพราะเป็นความผิดของโจทก์ที่ทำให้เกิดความรำคาญเดือดร้อนแก่ชาวบ้านเป็นเรื่องจำเลยมีสิทธิป้องกัน เพราะความจำเป็น (ฎข้อ 11)

ในทางอาญา เมื่อถือว่าการกระทำของจำเลยเป็นการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายฝ่ายหนึ่ง ป้องกันซ้อนกันมิได้

นอกจากตัวอย่างดังกล่าวแล้ว มีกรณีที่โจทก์ไม่อำนาจโดยอาศัยการกระทำผิดของตนเองเป็นผู้ก่อขึ้นเอง และประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ไม่ได้ถือว่าเป็นผู้เสียหายโดยนิตินัย เพราะมีส่วนร่วมในการกระทำผิดเป็นผู้ให้สินบน ต่างคนต่างทำความผิด เช่นต่างคนต่างดักกัน ผู้จางใช้ให้ผู้อื่นกระทำผิดจะต้องเรียกเงินคืนเป็นต้น

ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 411 บัญญัติว่า "บุคคลใดได้กระทำการ เพื่อชำระหนี้เป็นการอันฝ่าฝืนข้อห้ามตามกฎหมาย ถ้าที่ลธรรมอันดีท่านว่าบุคคลนั้นหาอาจ เรียกร่องคืนทรัพย์ได้ไม่"

(16) จะให้ทรัพย์ของคนอย่างไร อย่างก่อให้เกิดเสียหายแก่ผู้อื่น

(Sicutere tug ut alienum non laedas" So cise your property as not to in jiuve your neighbove s:)

หมายความว่า การใช้ทรัพย์ การใช้สิทธิ แม้จะเป็นของตนเอง ก็มีขอบเขต ในการใช้ต้องไม่กระทบกระ เทือนเดือดร้อนเสียหายต่อสิทธิของผู้อื่นซึ่ง เขาก็มีอำนาจที่จะใช้ สิทธิของเขาเหมือนกัน ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความ มาตรา 421 บัญญัติว่า "การใช้สิทธิซึ่งมีแต่จะก่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่นนั้น ท่านว่าเป็นการอันไม่ชอบด้วย กฎหมาย" ได้กล่าวในข้อ (15) แล้วว่า ผู้ที่ใช้สิทธิเกินขอบเขตตามสมควรแห่งความ จำเป็น

ทรัพย์บางอย่างโดยสภาพเป็นที่เห็นได้ว่าอาจเกิดความกระทบกระ เทือนในสิทธิ ของเพื่อนบ้านบ้าง เช่นโรงสี บ่อมีเสียงอันมีเด้ามีแกลบ มีรำ เช่นนี้คงค่านึงควยว่า กฎหมายกำหนดหน้าที่ให้ผู้รับอนุเคราะห์ตั้งโรงสี ต้องปฏิบัติอย่างไรบ้างถ้าเขาได้ปฏิบัติ ตามที่กฎหมายว่าไว้ แล้วเขาจะละเลยอันเป็นเหตุให้เกิดเดือดร้อนเสียหายแก่ผู้อื่น ผู้เป็น เจ้าของโรงสีจะถือว่าโรงสี เป็นของคนอยู่ในที่ดินของตนจะใช้ได้อย่างไรก็ได้ บ่ยอมเดียง ไม่ชน

ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 1337 บัญญัติไว้ว่า "บุคคลใด ใช้สิทธิของตน เป็นเหตุให้เจ้าของอสังหาริมทรัพย์ได้รับความเสียหายหรือเดือดร้อนเกิน ที่ควรคิด หรือคาดหมายได้ว่าจะ เป็นไปตามปกติและ เหตุอันควรในเมื่อเอาสภาพและตำแหน่ง ที่อยู่แห่งทรัพย์สินนั้นมาค่านึงประกอบไซ้ ท่านว่าเจ้าของอสังหาริมทรัพย์มีสิทธิจะปฏิบัติการ เพื่อยังความเสียหายหรือเดือดร้อนนั้นให้สิ้นไป ทั้งนี้ไม่สมดังสิทธิที่จะ เรียกเอาค่าทดแทน"

กันได้ กฎาตรา 1340 - 1348 ตัวอย่างในมาตรา 433 - 437 และ 452 ประกอบด้วย

คำพิพากษาฎีกาที่ 636/2485 คนนุ่ในในบ้านจำเลยชำรุดเอนจะทับเรือนโจทก์ ๆ
เดือนให้ตัดจำเลยยังไม่ตัด ครั้นลมพายุพัดมากคนนุ่เลยล้มทับบ้านโจทก์ครั้งนี้จำเลยต้องรับผิดชอบ

(17) ผู้ที่มาก่อนย่อมมีสิทธิเรียกร้องตามกฎหมายเหนือผู้อื่น ("Qui prior est tempore potior est jure" He who is first in time has the strongest claim in law)

สุภาษิตบทนี้ไร้เป็นข้อสันนิษฐานสิทธิของบุคคลที่โต้แย้งกันว่าใครมีสิทธิดีกว่ากัน เช่น แย่งสิทธิในอสังหาริมทรัพย์ เช่น ที่รกร้างว่างเปล่า แย่งสังหาริมทรัพย์ เช่น ผลไม้ สัตว์ป่า เป็นต้น ซึ่งให้ถือว่าคนก่อนมีสิทธิดีกว่า ก่อนในที่นี้อาจเป็นการเข้ายึดถือไว้ก่อนหรือเข้าครอบครองก่อนแล้วแต่กรณี เรื่องนี้จะมีกฎหมายบัญญัติรายละเอียดไว้อีกชั้นหนึ่ง เช่น บัญญัติถึงเรื่องสังหาริมทรัพย์ไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 1318 ว่าบุคคลอาจได้มาซึ่งกรรมสิทธิแห่งสังหาริมทรัพย์อันไม่มีเจ้าของ โดยเข้าถึงเอาเว้นแต่การเข้าถือเอานั้นต้องห้าม ตามกฎหมายหรือฝ่าฝืนสิทธิของบุคคลอื่นที่จะเข้าถือเอาสังหาริมทรัพย์นั้น" ในมาตราต่อไปนี้บัญญัติถึงว่าสังหาริมทรัพย์ใดบ้างที่เรียกว่าไม่มีเจ้าของ เพราะฉะนั้นเกี่ยวกับสังหาริมทรัพย์ที่ไม่มีเจ้าของ ตามหลักใครเข้าถือเอาก่อนผู้นั้นมีสิทธิดีกว่า

ในเรื่องสัตว์ป่ามาตรา 1322 บัญญัติพิเศษออกไปอีกว่า "บุคคลใดทำให้สัตว์ป่าบาดเจ็บแล้ว ติดตามไปและบุคคลอื่นจับสัตว์นั้นไว้ก็ได้ หรือสัตว์นั้นตามลงไปในที่ดินของบุคคลอื่นก็ได้ ท่านว่าบุคคลแรกเป็นเจ้าของสัตว์"

สำหรับอสังหาริมทรัพย์ประเภทที่ดิน มาตรา 1334 บัญญัติว่า "ที่ดินรกร้างว่างเปล่า และที่ดินซึ่งมีผู้เวนคืนหรือทอดทิ้งหรือกลับมาเป็นของแผ่นดินโดยประการอื่นตามกฎหมายที่ดินนั้น ท่านว่าบุคคลอาจได้มาตามกฎหมายที่ดิน" แต่อย่างไรก็ดี แม้จะปฏิบัติตาม

กฎหมายที่คิด เช่น มีการจับจ้องลูกตองตามกฎหมาย แต่ความจริงผู้นั้นมิได้เข้าเกี่ยวข้องกับยึก
 ถือครอบครองที่คิดนั้นแต่ประการใดเลย ศาลฎีกาวินิจฉัยไว้เป็นอันมากแล้วว่าผู้มีสิทธิ กล่าว
 คือผู้ยึกถือครอบครองจริง ๆ ผู้ที่เข้าครอบครองจริง ๆ ค่ายกัน ผู้ที่ยึกถือครอบครองก่อนมี
 สิทธิก็กว่า เหตุนี้ผู้ที่มิแต่หลักฐานเช่นไปจ้อง หนังสือแสดงการครอบครอง (ส.ค.1) หนังสือ
 สิวรับรองการทำประโยชน์ (น.ส. 3) แต่ความจริงตนมิได้เกี่ยวข้องกับครอบครองทำประ
 โยชน์อะไรเลย ดังนั้นย่อมไม่มีสิทธิเหนือที่คิดนั้นเลย ในเรื่องครอบครองประมวลกฎหมาย
 วิธีพิจารณาความแพ่ง มีบัญญัติไว้ในมาตรา 1367 - 1386 ซึ่งมาตรา 1365 มีบัญญัติว่า
 "บุคคลใดยึกถือทรัพย์สิน โดยเจตนาจะยึกถือเพื่อตน ท่านว่าบุคคลนั้นได้มาซึ่งสิทธิครอบ
 ครองมาตรา 1366 มีบัญญัติว่า "บุคคลใดได้มาซึ่งสิทธิครอบครองโดยผู้อื่นยึกถือไว้ให้

ฎีกาที่ 770/2479 วินิจฉัยว่า เพียงแต่ให้คนไปเก็บผลไม้และตัดไม้ยังไม่ถือว่า
 เป็นผู้มีสิทธิครอบครองที่คิด

(18) สิ่งนั้นแสดงอยู่ในตัวเอง ("Res upsa loquitur The thing
 speaks for itself")

หมายถึงวัตถุสิ่งของต่าง ๆ แสดงอยู่ในตัวของสิ่งของนั้นตามสภาพของมันเอง
 เป็นบทสันนิษฐานเกี่ยวกับหน้าที่นำสืบว่า ถ้าเกิดความเสียหายเพราะสิ่งของอันนั้นเป็นคน
 เหตุหน้าที่นำสืบปฏิเสธ ความรับผิดชอบและตกอยู่กับผู้ใด เช่น ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณา
 ความแพ่ง มาตรา 437 มีบัญญัติว่า "บุคคลใดครอบครองตุ๊กตาบคุมกุญแจยานพาหนะอย่างใด ๆ
 อันเดินควายกำลังเกร็งจักรกล บุคคลนั้นจะต้องรับผิดชอบ เพื่อการเสียหายอันเกิดแก่คนพาห
 ณะนั้น เว้นแต่จะพิสูจน์ได้ว่า การเสียหายนั้นเกิดแก่เหตุสุดวิสัย ถ้าเกิดเพราะความผิดของ
 ผู้ตองเสียหายนั่นเอง

ความข้อนี้ให้ใช้บังคับได้ตลอดถึงบุคคลผู้มีไว้ในครอบครองของตนซึ่งทรัพย์สินอันเป็น
 ของ เกิดอันตรายได้โดยสภาพ ถ้าโดยความมุ่งหมายที่จะไว้ ถ้าโดยอาการกลไกของทรัพย์สิน
 นั้นตาย"

ซึ่งหมายความว่าบุคคลผู้ครอบครอง ความคุ้มครองแลทรัพย์สินที่กล่าวไว้เหล่านี้ซึ่งโดยสภาพแห่งทรัพย์สินอาจเกิดอันตรายต่อบุคคลอื่นได้ง่าย จะต้องรับผิดชอบโดยข้อสันนิษฐานของกฎหมายเพื่อทรัพย์สินนั้นต่อความเสียหายที่เกิดกับบุคคลใดคนหนึ่งหน้าที่น่าสับสนว่าไม่ต้องรับผิดชอบในความเสียหาย จึงตกกับผู้ครอบครองความคุ้มครองแลยานพาหนะอันเดินด้วยกำลังเครื่องจักรได้แก่ตัวอย่างรถยนต์ เรือยนต์ ทรัพย์สินที่เกิดอันตรายได้โดยสภาพ เช่นดินปืน น้ำมันเบนซิน กระแสไฟฟ้า ทรัพย์สินที่เกิดอันตรายได้โดยความมุ่งหมายเช่น ปืน เครื่องจักรไอน้ำเวลาใช้ไฟคมน้ำ

ทรัพย์สินที่เกิดอันตรายได้โดยอาการกลไกของทรัพย์สินนั้น เช่นเครื่องจักรกลต่าง ๆ คำพิพากษาฎีกาที่ 828/2490 ศาลฎีกาวินิจฉัยในคดีรถยนต์ชนกันว่า "ในกรณีที่ยานพาหนะซึ่งเกิดโค่นกันชน ต่างเดินด้วยกำลังเครื่องจักรกลด้วยกัน ที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกาเห็นว่าในกรณีเช่นนี้จะนำประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาตรา 437 มาบังคับหาได้ไม่ เพราะกฎหมายบทนี้มีเจตนารมณ์เป็นที่เห็นได้ชัดว่า สำหรับกรณีที่มีฝ่ายหนึ่งใช้เครื่องจักรกลอีกฝ่ายหนึ่งมิได้ใช้ จึงจะได้รับการประนีประนอมแห่งข้อสันนิษฐานของกฎหมายข้อนี้ แต่แม้ต่างฝ่ายต่างใช้เครื่องจักรกลด้วยกันแล้ว ก็ต้องใช้หลักทั่วไป (ในเรื่องหน้าที่น่าสับสน)

คำพิพากษาฎีกาที่ 634/2501 กรณีรถยนต์โดยสารคว่ำทับคนตาย ผู้ควบคุมรถจะอ้างว่านอกคันส่งพวงมาลัยหลุด รถจึงคว่ำคังนี้อ้างไม่ได้ เป็นหน้าที่ของคนที่ต้องตรวจตราดูแลให้เรียบร้อย

กรณีสายไฟฟ้าขาดถูกคนเป็นอันตราย ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า คดีต้องด้วยมาตรา 437 ผู้จำหน่ายกระแสไฟฟ้าจะต้องรับผิดชอบ เว้นแต่จะพิสูจน์ได้ว่าความเสียหายนี้เกิดแต่เหตุสุดวิสัย ฯลฯ (ฎีกาที่ 1869/2492) กับขอให้ฎีกาที่ 2028/2499 ซึ่งศาลฎีกาวินิจฉัยว่า ผู้เสียหายมอบอำนาจให้บุคคลอื่นฟ้องคดีอาญาแทนไม่ได้ เพราะมีกฎหมายบัญญัติถึงผู้เสียหายผู้มีอำนาจฟ้องคดีอาญาไว้ชัดแล้ว โดยอ้างหลักสุภาษิตข้อนี้เอาในคำพิพากษาคว่า

(19) ผู้รับโอนไม่มีสิทธิดีกว่าผู้โอน ("Nemo dat quod non habet")

No man give a better little then that which he himself has.)

สุภาษิตกฎหมายบทนี้มีความสำคัญมาก กฎหมายควรวางว่า ผู้รับโอนสิทธิได้ สิทธิไปเพียงเท่าที่ผู้โอนมีสิทธิอยู่ เพราะเป็นการโอนสิทธิของผู้โอน ผู้รับโอนก็ย่อมจะมี สิทธิดีกว่าผู้โอนไปไม่ได้ สิทธิของผู้โอนมาที่ขอบกพร่องมีความผูกพันอยู่อย่างไร ความบกพร่องขอผูกพันในสิทธินั้นก็ตกติดตามไปยังผู้รับโอนด้วย ผู้รับโอนจะอ้างเหตุอันใดมาปลด ปลื้องความบกพร่อง จะอ้างความสุจริตความไม่รู้ถึงความบกพร่องมาลดกลาง ตามหลักแล้ว จะอ้างไม่ขึ้นทั้งสิ้น หลักในเรื่องนี้แม้จะไม่บัญญัติไว้ชัดแจ้งในกฎหมายที่นำมาใช้บังคับ สุภาษิต บทนี้ยังใช้ได้อยู่ บางกรณีกฎหมายบัญญัติยืนยันหลักนี้ไว้ด้วย เช่น ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณา ความแพ่ง มาตรา 569 "อันสัญญาเช่าอสังหาริมทรัพย์นั้นย่อมไม่ระงับไปเพราะโอนกรรม สิทธิทรัพย์สินหรือให้เช่า" วรรค 2 ว่า "ผู้รับโอนย่อมรับไปทั้งสิทธิและหน้าที่ของผู้ซึ่งมีอยู่ ต่อผู้เช่านั้นด้วย"

มาตรา 1385 "ถ้าโอนการครอบครองแก่กัน ผู้รับโอนจะนับเวลาซึ่งผู้โอน ครอบครองอยู่ก่อนนั้น รวมเข้ากับเวลาครอบครองของตนก็ได้ ถ้าผู้รับโอนนับรวมเช่นนั้น และถ้ามีขอบกพร่องในระหว่างครอบครองของผู้โอนไซ้ ทานว่าขอบกพร่องนั้นอาจยกขึ้น เป็นข้อต่อสู้ผู้รับโอนได้" และให้ดูมาตรา 1393 - 1394 ด้วย

แต่อย่างไรก็ดี บางกรณีกฎหมายเห็นสมควรให้ผู้รับโอนมีสิทธิดีกว่าผู้โอนได้ กรณี เหล่านี้กฎหมายจะคงบัญญัติไว้โดยชัดแจ้ง เพราะเป็น ข้อยกเว้นหลัก ที่กล่าวข้างต้น ข้อยก เว้นเหล่านี้บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ในลักษณะต่าง ๆ กัน เรียก ได้ว่า "ผู้รับโอนมีสิทธิดีกว่าผู้โอน" กฎตัวอย่างได้วางมาตรา 916, 1299 - 1303,

1329 - 1332

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 485/2472 ผู้รับโอนโอนคดีคืนไว้ โดยออกทับมือของผู้อื่นซึ่งผู้ อื่นก็ไม่มีกรรมสิทธิ์ในที่ดินนั้น ผู้รับโอนหาสิทธิดีกว่าผู้อื่น (เงาของแท้จริงไม่)

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 868/2476 คู่จ้าง เป็นผู้รายลักหรือยักยอกทรัพย์สินของนาย
ไปขาย ผู้รับซื้อไม่ไ้กรรมสิทธิ์

(20) ผู้ซื้อต้องระวัง ("Caveat emptor หรือ Caveat Venditor"
let the Seller beware)

คู่กรณีข้อนี้ หมายความว่าก่อนตกลงซื้อขายอะไรกัน ผู้ซื้อต้องระวังตรวจ
ดูสิ่งของที่ตกลงการซื้อไว้ให้ถูกต้องกับความตกลงการกอนทั้งชนิด คุณภาพ สภาพของสิ่งนั้นจึง
ตกลงราคาซื้อขายกัน เมื่อตกลงราคาแล้วต้องตรวจอีก เมื่อมีการส่งมอบของจะต้องตรวจ
อีกถึงจำนวนปริมาณ สภาพ คุณภาพของสิ่งของที่ซื้อว่าตรงกับที่ตกลงซื้อขายหรือไม่ เมื่อรับ
มอบมาแล้วต้องสันนิษฐานว่าได้ตรวจถูกต้องแล้วจึงรับของมา ทั้งนี้เพื่อให้โอกาสผู้ซื้อจะได้
ตรวจตราได้ควย ตามหลักผู้ขายต้องรับผิดชอบในความชำรุดบกพร่องของทรัพย์สินที่ขาย แต่
ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 473 บัญญัติว่า "ผู้ขายย่อมไม่ตองรับผิดชอบใน
กรณีนี้จะกล่าวต่อไปนี้ คือ

- (1) ถ้าผู้ซื้อได้รู้อยู่แล้วแต่ในเวลาซื้อขายว่ามีความชำรุดบกพร่องหรือควรจะ
ได้รู้เช่นนั้น หากได้ใช้ความระมัดระวังอันจะพึงคาดหมายได้แต่วิญญูชน
 - (2) ถ้าความชำรุดบกพร่องนั้นเป็นเห็นประจักษ์แล้วในเวลาส่งมอบและผู้ซื้อ
รับเอาทรัพย์สินนั้นไว้โดยมิได้อิดเอื้อน
 - (3) ถ้าทรัพย์สินนั้นได้ขายทอดตลาด
- (21) กฎหมายคุ้มครองตนเองเอาใจใส่ในสิทธิของตน ไม่คุ้มครองผู้นอน

หลับทับสิทธิ์ ("vigilantibus, et non dormientibus; gura subveniunt"
the vigilant and not the sleepy are assisted by the laws)

เมื่อกฎหมายรับรองบุคคลมีสิทธิ กฎหมายจะคุ้มครองป้องกันมิให้บุคคลใด
ละเมิดสิทธินั้น แต่ตามผู้มีสิทธิละเลยเพิกเฉยไม่นำพาสิทธิอันนั้น สิทธิเหล่านั้นก็สูญเปล่าไร้ประ
โยชน์เพราะไม่ได้ใช้ ดังนั้นกฎหมายเห็นสมควรกำหนดว่าสิทธิของบุคคลต่าง ๆ ถ้าผู้ทรงสิทธิ
ไม่ได้ใช้สิทธินั้นโดยนอนหลับทับสิทธิ์เสีย กฎหมายจะไม่คุ้มครองบังคับบัญชาให้ต่อไป ถือเป็นอน
ว่าผู้นั้นสละสิทธิแล้ว เป็นการลงโทษผู้นอนหลับทับสิทธิ์ โทษอันนี้คือการที่กฎหมายกำหนดเวลา

ว่าถ้าผู้ทรงสิทธิไม่ใช่สิทธินั้นในกำหนด จะใช้สิทธินั้นต่อไปไม่ได้ เช่นอายุความสำหรับฟ้องคดีซึ่งบัญญัติไว้ เป็นหลักทั่วไป ตั้งแต่มาตรา 163 - 193 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง บางกรณีบัญญัติไว้เป็นพิเศษเฉพาะเรื่องด้วย นอกจากนี้ถ้าบัญญัติบทลงโทษผู้ละเลยไม่ใช่สิทธิในระยะเวลาที่วางไว้ว่า จะใช้สิทธินั้นไม่ได้ เช่นมาตรา 1375 เป็นต้น เมื่อผู้อื่นเข้าถือสิทธิไปประโยชน์ในสิทธินั้น ผู้ทรงสิทธิจะฟ้องร้องว่ากล่าวเขาไม่ได้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 918/2423 โจทก์ซื้อที่ดินว่างเปล่าจากผู้อื่นโดยทำสัญญาซื้อขายกันที่อำเภอ แต่ซื้อแล้วก็ทิ้งให้กร้างว่างเปล่าหลายปี จนมีผู้มาจับจอง เจ้าพนักงานผู้ไปทำการรังวัดก็เห็นเป็นที่ว่างเปล่าจึงออกใบเทียบบง่าให้ แล้วผู้นั้นก็ได้ครอบครองที่ดินนี้ ผู้ขอจับจองและเข้าครอบครองจึงมีสิทธิดีกว่าผู้ซื้อคือโจทก์

ในเรื่องมรดก เมื่อเจ้าของมรดกถึงแก่ความตาย ททรัพย์มรดกตกทอดแก่ทายาททุกคนตามกฎหมายก่อนแบ่งทรัพย์ตายเท มาตรา 1754 วรรคแรก "ห้ามมิให้ฟ้องคดีมรดกเมื่อพ้นกำหนดหนึ่งปี นับแต่เมื่อเจ้ามรดกตาย หรือนับแต่ทายาทโดยธรรมได้รู้หรือควรได้รู้ถึงความตายของเจ้าของมรดก"

คำพิพากษาศาลฎีกา ที่ 886/2486 วินิจฉัยว่า ยื่นฟ้องแบ่งมรดกภายใน 1 ปี แล้วยื่นคำร้องเพิ่มเพื่อขอแบ่งทรัพย์สมบัติอื่นเมื่อเกิน 1 ปีได้ ไม่ขาดอายุความ

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 834/2485 ทายาทได้เข้าครอบครองทรัพย์มรดกร่วมกันภายใน 1 ปี แม้ยังมีได้แบ่งปันกัน ทายาทยอมฟ้องแบ่งเมื่อเกิน 1 ปีได้ และมรดกเป็นกองกลางและเจ้าของร่วมกันแล้ว สิทธิของทายาทจะสูญไปก็ต่อเมื่อพ้นกำหนดอายุความแห่งกรรมสิทธิตามประเภททรัพย์

สังเกต กฎหมายกำหนดอายุความไว้ 2 พวก คือ อายุความเสียสิทธิ เป็นบทลงโทษผู้นอนหลับทับสิทธิกับอายุเป็นบทเอื้อเพื่อต่อผู้เอาใจใส่ในสิทธิ แม้จะเป็นของผู้อื่น (ดูประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1382)

(22) การฟ้องร้องกันระหว่างคู่ความ ไม่ควรให้บุคคลภายนอกเสียหายด้วย
 ("Res inter alias acta alteri nocere nan debet" Amatter litigated
 between two parties ought not to perjure a third party)

สุภาษิตบทนี้เกี่ยวกับคำพิพากษาของศาล ซึ่งมีหลักอยู่ว่า "คำพิพากษาผูกพันคู่ความ" เพราะฉะนั้น จะนำคำพิพากษาไปใช้บังคับบุคคลอื่น ซึ่งเป็นบุคคลภายนอกไม่มีโอกาสต่อสู้เรื่องในคดียอมไม่ได้ เพราะคำพิพากษาของศาล หลักในข้อนี้มีบัญญัติในวิธีพิจารณาความคือ

ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 46 "ในการพิพากษาคดีส่วนแพ่ง ศาลจำต้องถือข้อเท็จจริงตามที่ปรากฏอยู่ในคำพิพากษาคดีส่วนอาญา" ดังนั้นจะนำข้อเท็จจริงในคดีอาญาไม่ถึงข้อผูกพัน บุคคลภายนอกซึ่งไม่ได้เป็นคู่ความในคดีอาญานั้นด้วยไม่ได้ คำพิพากษาศาลฎีกาในเรื่องนี้ มีอยู่เป็นอันมาก ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 145 บัญญัติว่า "ภายใต้บังคับบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายนี้ด้วยการอุทธรณ์ฎีกา และการพิจารณาใหม่ คำพิพากษาหรือคำสั่งใด ๆ ให้ถือว่าผูกพันคู่ความในกระบวนการพิจารณาของศาลที่พิพากษา หรือมีคำสั่งนับตั้งแต่วันที่ไต่พิพากษา หรือมีคำสั่งจนถึงวันที่พิพากษา หรือคำสั่งนั้นได้ถูกเปลี่ยนแปลงแก้ไขหรือยกเลิก ถ้าหากมี

ถึงแม้ศาลจะไต่กล่าวไว้โดยทั่วไปว่า ให้ใช้คำพิพากษาหรือคำสั่งนั้นยอมไม่ผูกพันบุคคลภายนอก เว้นแต่ที่มีบัญญัติไว้ในมาตรา 142 (1), 245 และ 274 แล้วในข้อต่อไปนี้

(1) คำพิพากษาเกี่ยวกับฐานะ หรือความสามารถของบุคคล หรือคำสั่งเรื่องล้มละลาย เหล่านี้บุคคลภายนอกจะยกขึ้นอ้างอิงหรือจะใช้ยื่นแก่บุคคลภายนอกก็ได้

(2) คำบรรยายที่วินิจฉัยถึงกรรมสิทธิ์แห่งทรัพย์สินใด ๆ เป็นคุณแก่คู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง อาจใช้ยื่นบุคคลภายนอกได้ เว้นแต่บุคคลภายนอกนั้นจะพิสูจน์ได้ว่าตนมีสิทธิ์ดีกว่า"

สังเขก

อาจสงสัยว่า ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 4 วรรคสุดท้ายที่บัญญัติว่า "ถ้าบทกฎหมาย เช่นนี้ไม่มีค้ำยไขร ทานให้วินิจฉัยตามหลักกฎหมายทั่วไป ซึ่งเป็นเรื่องของกฎหมาย เหตุใดจึงนำสุภาษิตกฎหมายและตัวอย่างบทกฎหมายทางด้านอาญา มากล่าวค้ำย ings นี้ขออธิบายว่าหลักทั่วไปที่มีอยู่ในกฎหมายแพ่ง โดยปกตินำไปใช้กับความแพ่ง แต่เมื่อไปใช้วินิจฉัยคดีส่วนแพ่งใดก็ถือเสมือนเป็นส่วนหนึ่งของบทบัญญัติในวิธีพิจารณาความแพ่ง

โดยเหตุผลเช่นเดียวกัน เมื่อเป็นบทกฎหมายทั่วไป ก็ย่อมใช้ได้ทั่วไปซึ่งหมายความว่านำไปใช้กับคดีอาญาได้ค้ำย เหตุนี้หลักทั่วไปในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ไม่ว่าบัญญัติไว้ในบรรพไหน ก็อาจนำไปใช้กับคดีส่วนอาญาได้ เสมือนหนึ่งว่าเป็นหลักทั่วไปซึ่งบัญญัติไว้ในกฎหมายส่วนอาญาการจะนำไปใช้ได้จริง ๆ เพียงใดนั้นเป็นอีกเรื่องหนึ่ง เช่นหลักวินิจฉัยเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิงใช้กับคดีอาญาไม่ได้ เป็นต้น

ในกฎหมายสารบัญญัติ อาจบัญญัติถึงกฎหมายสารบัญญัติไว้ค้ำยก็ได้ เช่นประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 1534 บัญญัติว่า "ผู้ใดจะฟ้องบุพการีของตนเป็นคดีแพ่งหรืออาญาไม่ได้ แต่เมื่อผู้นั้นร้องขอพนักงานอัยการจะยกคดีขึ้นว่ากล่าวก็ได้" ในทางกลับกันอาจมีบทกฎหมายมาตราบัญญัติอยู่ในกฎหมายวิธีสบัญญัติก็ได้ (ขอให้ดูประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 33 และ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 49 วรรคท้ายและมาตรา 15) จึงเห็นว่า คำว่าหลักกฎหมายทั่วไปในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 4 น่าจะหมายถึงหลักทั่วไปที่มีบัญญัติไว้ในกฎหมายต่าง ๆ และรวมถึงหลักทั่วไปที่ยอมรับเช่นสุภาษิตกฎหมายต่าง ๆ ค้ำย¹

¹นายอนุวัติ ใจสมุทร, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป เรื่องเดิม หน้า