

ปัญหาเกี่ยวกับช่องว่างของกฎหมาย (a Gap in the Law)

เมื่อได้มีการร่างบทบัญญัติใดออกมาและประกาศให้เป็นกฎหมายแล้ว ผู้ร่างย่อมมีความประสงค์หรือความมุ่งหมายที่จะให้กฎหมายนั้นมีผลบังคับใช้ได้เสมอ แต่ชีวิตและความเป็นอยู่ของมนุษย์นั้นลึกซึ้งมากกว่าที่จะบัญญัติเป็นกฎหมายได้ รวมทั้งกิจการของมนุษย์และเหตุการณ์ในอนาคตซึ่งความเจริญก้าวหน้าในวิทยาศาสตร์ เศรษฐกิจ สังคม นับเป็นเรื่องที่ยากต่อการคาดหมายว่าข้างหน้าจะเกิดอะไรขึ้น โดยวิธีการปฏิบัตินั้นย่อมก้าวหน้ากว่าเรื่องที่ถูกกฎหมายบัญญัติไว้ ฉะนั้นจึงมักมีเรื่องเกิดขึ้นเสมอที่ปรากฏว่ากฎหมายลายลักษณ์อักษรที่บัญญัติไปไม่ถึง เมื่อเกิดกรณีเช่นนั้นขึ้น เรียกกันว่าเกิดมีช่องว่างแห่งกฎหมาย (Gap in the Law)

ดังนั้นช่องว่างของกฎหมายหมายถึง การที่ผู้ใช้กฎหมายไม่สามารถจะนำกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่บัญญัติไว้ หรือกฎหมายจารีตประเพณีมาใช้ปรับแก้กรณีหนึ่งที่เกิดขึ้นได้โดยตรง ซึ่งอาจจะเรียกได้ว่าผู้ใช้กฎหมายที่จะนำมาปรับแก้กรณีที่เป็นคดีขึ้นไม่พบนั้นเองที่เป็นเช่นนี้อาจเป็นเพราะมีเหตุการณ์เกิดขึ้นใหม่ซึ่งในขณะร่างกฎหมาย ผู้ร่างกฎหมายไม่สามารถจะคาดการณ์ล่วงหน้าได้ จึงไม่มีบทบัญญัติเกี่ยวกับกรณีนั้นไว้ เช่นผู้ร่างกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 ย่อมไม่สามารถที่จะนึกถึงการร่างบทบัญญัติเกี่ยวกับไฟฟ้า เพราะขณะนั้นยังไม่มีไฟฟ้าใช้กันแพร่หลาย ดังนั้นในกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 จึงไม่มีบทบัญญัติกล่าวถึงการลักปล้นงาน เช่นการลักกระแสไฟฟ้าไปใช้ แล้วจะมีผิดที่จะต้องได้รับโทษในสถานใดนั้น หรืออีกกรณีหนึ่งที่เกิดช่องว่างของกฎหมายได้ก็คือ ผู้ร่างกฎหมายทราบถึงกรณีนั้น ๆ ที่จะเกิดขึ้นแล้ว แต่ควยเหตุที่ว่ากรณีที่รับบัญญัติเป็นกฎหมายขึ้น ในขณะนั้นที่ยังไม่เคยมีการศึกษาพิจารณาถึงเหตุการณ์นั้นเพียงพอ นอกจากจะทำให้บทกฎหมายที่บัญญัติ

ขึ้นมา นั้นไม่สมบูรณ์แล้วยังจะทำให้การเปลี่ยนแปลงหรือแก้ไขเพิ่มเติมในภายหลังเป็นไปได้โดยยาก เพราะเหตุที่ว่าเมื่อมีกฎหมายที่บัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรไว้แล้วผู้เกี่ยวข้องคือผู้ใดกฎหมายไม่ว่าจะเป็นผู้พิพากษา อัยการ หรือทนายความ ก็ตามก็มุ่งแต่ใช้ตัวบทกฎหมายที่มีอยู่ ไม่พยายามคิดหาหลักเกณฑ์อื่นที่เหมาะสมสำหรับกรณีนั้นต่อไป ผู้ร่างกฎหมายจึงปล่อยให้ มีช่องว่างของกฎหมาย ไว้โดยตั้งใจ

ดังนั้นพอจะสรุปได้ว่าช่องว่างของกฎหมายเกิดขึ้นได้ 2 กรณี คือ

1. ผู้ร่างกฎหมายไม่สามารถจะคาดการณ์ล่วงหน้าได้ว่าจะมีช่องว่างในกฎหมายเกิดขึ้น ซึ่งเป็นเหตุแห่งประการนี้ออกเป็น 2 ประการ คือ

1.1 ผู้ร่างกฎหมายสามารถจะนึกถึงช่องว่างแห่งกฎหมายได้ แต่เป็นความบกพร่องของผู้ร่างกฎหมาย ที่ไม่ได้นึกถึงช่องว่างแห่งกฎหมายนั้น และโดยเหตุนี้จึงไม่ได้ร่างบทบัญญัติสำหรับกรณีนั้น ๆ ไว้ เช่นในเวลาที่บัญญัติกฎหมายได้มีโทรศัพท์ที่ใช้แล้วแต่ผู้ร่างกฎหมายบกพร่องจึงไม่ได้มีบทบัญญัติเกี่ยวกับโทรศัพท์ เพราะไม่ได้คิดถึงเรื่องโทรศัพท์

1.2 ผู้ร่างกฎหมายไม่สามารถที่จะนึกถึงช่องว่างแห่งกฎหมายนั้นได้ เพราะยังไม่มีเหตุการณ์อันทำให้เกิดช่องว่างนั้นเกิดขึ้น ตัวอย่างเช่นผู้ร่างกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127 ย่อมไม่สามารถที่จะนึกถึงการร่างบทบัญญัติเกี่ยวกับไฟฟ้าไว้ ไซ้เหตุนี้จึงไม่มีบทบัญญัติกล่าวถึงการลักปล้นงานเช่นกระแสไฟฟ้าไว้ หรือเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นในปัจจุบันที่เป็นข่าวอยู่กรณีที่มีคามาarca เชื่อทางโหราศาสตร์ต้องการให้บุตรคนคลอดในวันที่ตนได้รับคำทำนายจากโหรว่าเป็นวันฤกษ์ดี เพื่อเด็กคลอดมาโตขึ้นจะได้เป็นใหญ่ บิดาก็ให้แพทย์ทำการคลอดโดยการผ่าตัด ทั้งนี้มารดาก็เห็นด้วยเพราะต้องการให้ร่างกายคนสวยเด็กตายในวันรุ่งขึ้น เช่นนี้เป็นปัญหาถกเถียงกันว่า บิดามารดา แพทย์ ผู้ทำการผ่าตัด หรือโหรผู้ให้คำทำนายใครเป็นผู้ผิด หรือผิดอย่างไร เป็นการทำให้หรือไมก็เพราะเด็กคลอดออกมามีสภาพบุคคล ดังนี้ เป็นต้น ซึ่งเป็นช่องว่างของกฎหมายอย่างหนึ่งซึ่งผู้ร่างกฎหมายไม่สามารถจะนึกถึงได้ว่าจะมีเหตุการณ์เช่นนี้เกิดขึ้น

2. ผู้ร่างกฎหมายคิดถึงช่องว่างของกฎหมายนั้น แต่เห็นว่าสำหรับกรณีที่เป็น

ของร่างแห่งกฎหมายนั้นยังไม่สมควรบัญญัติไว้ให้ตายตัว เพราะคำรากกฎหมายและคำพิพากษาฎีกาของศาลยังไม่ได้พิจารณาถึงปัญหาที่เป็นของร่างของกฎหมายอย่างเพียงพอ ยังได้มีการคัดค้านหลักเกณฑ์ที่เหมาะสมแก่ของร่างนั้น ดังนั้นการที่จะบัญญัติกฎหมาย สำหรับกรณีนี้ให้เป็นการตายตัวย่อมจะเป็นการรีบด่วนเกินไป เพราะกฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษร และบัญญัติเกี่ยวกับเรื่องใดไว้อย่างชัดเจนนั้นย่อมจะเป็นอุปสรรคขัดขวางต่อการที่คำรากและคำพิพากษาที่จะคัดลอกปัญหาดังกล่าวให้กระจ่าง และพยายามที่จะหาหลักเกณฑ์ที่สมบูรณ์ เพื่อมาใช้กับกรณีของร่างนั้นต่อไป ทั้งนี้เพราะถ้ากฎหมายเรื่องใดได้บัญญัติไว้ชัดเจนแล้ว คำรากกฎหมายหรือคำพิพากษาก็จะเป็นเพียงแต่อธิบายตัวบทกฎหมายเท่านั้น ผู้ร่างกฎหมายจึงไม่ร่างบทบัญญัติกฎหมายที่เห็นว่ามีของร่างนั้นโดยพลอยไว้ ดังนั้นจึงถือว่าของร่างของกฎหมายนี้เป็นการก่อให้เกิดมีของร่างแห่งกฎหมายโดยตั้งใจ

กรณีของร่างแห่งกฎหมายอาจทราบได้โดย

ตรวจกับกฎหมายที่ใช้อยู่ว่ามีข้อความบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร อย่างใดหรือไม่

1. ในกรณีที่ไม่มีการร่างกฎหมายบัญญัติไว้ เช่นในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 608 วรรคท้ายบัญญัติไว้ว่า "การรับขนทางทะเลท่านให้บังคับตามกฎหมายและกฎข้อบังคับว่าด้วยการนั้น" และมาตรา 868 ซึ่งบัญญัติไว้ว่า "อันสัญญาประกันภัยทางทะเล ท่านให้บังคับตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายทะเล"

จะเห็นได้ว่าการร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ พ.ศ. 2468 - 2477 ผู้ร่างกฎหมายมีความตั้งใจจะให้กฎหมายทะเลขึ้นต่างหากจากกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ แต่ความจริงปัจจุบันกฎหมายดังกล่าวกำลังร่างอยู่เท่านั้น ซึ่งก่อให้เกิดปัญหาขึ้นเกี่ยวกับการใช้กฎหมายทะเล ในเมื่อมีการพิพาทระหว่างผู้ขนส่งและผู้รับสินค้าหรือการรับขนทางทะเลว่าจะนำกฎหมายใดมาชี้ขาดในปัญหาเหล่านี้ เพราะกฎหมายทะเลโดยตรงนั้นยังไม่มีบทบัญญัติกฎหมายนั้นเลยเป็นกรณีที่ไม่มีการร่างกฎหมายบัญญัติ ในกรณีต่อไปเช่นในเรื่องสัญญาที่มีค่า

ตอบแทนยิ่งกว่าสัญญาเช่าซึ่งในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 3 ซึ่งบัญญัติเกี่ยวกับ เอกเทศนั้นก็มิได้บัญญัติถึงสัญญาที่มีค่าตอบแทนยิ่งกว่าสัญญาเช่าไว้ ดร. นานะ พิทยาภรณ์ กล่าวไว้ในบทความเรื่องสัญญาที่มีค่าตอบแทนยิ่งกว่าสัญญาเช่าในหนังสือวารสาร นิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ เล่ม 3 ตอน 2 กันยายน 2518 ว่า สัญญานี้มิใช่เป็นผลงานของฝ่ายนิติบัญญัติแต่เกิดขึ้นเนื่องจากการฝ่ายตุลาการ เทียบเคียงไต่กับกฎหมายที่ต่างประเทศ เรียกว่า Judge-made Law หรือกฎหมายที่เกิดขึ้นโดยฝ่ายตุลาการ ซึ่งทั้งนี้กฎหมายนี้เกิดขึ้น ก็เกิดจากความผูกพันในทางกฎหมายเท่านั้นเกี่ยวกับสัญญาเช่า แต่แตกต่างกับสัญญาเช่าธรรมดา คือ ฝ่ายตุลาการเห็นว่าหากจะบังคับตามกฎหมายลักษณะเช่าทรัพย์โดยเคร่งครัดแล้วผู้เช่าจะมิได้รับความเป็นธรรม ทั้งที่ผู้เช่าได้ให้ค่าตอบแทนอย่างแก่ผู้ให้เช่าที่นอกเหนือไปกว่าค่าเช่า ดังนั้นศาลฎีกาจึงวินิจฉัยว่าสัญญาดังกล่าวนี้เป็นสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษนอกเหนือไปกว่าสัญญาเช่าทรัพย์ธรรมดา จึงต้องบังคับกันแตกต่างไปจากสัญญาเช่าในบางประการ ซึ่งเป็นการออกช่องว่างจากกฎหมายอย่างหนึ่ง

กรณีที่มีกฎหมายบัญญัติไว้มีอีกกรณีหนึ่งได้แก่กรณีกฎหมายปิดปาก สำหรับหลักกฎหมายที่บัญญัติลงโทษโดยไม่ให้บุคคลซึ่งแสดงออกไม่ตรงกับความจริงดังกล่าวโต้แย้งว่า การแสดงออกของตนไม่ตรงกับความจริงนั้น คือ กฎหมายปิดปาก (Esloppel) ซึ่งมีทั้งประเภทที่มีบัญญัติของกฎหมายโดยเจตนา และประเภทที่ไม่มีบัญญัติในกฎหมาย ซึ่งมีนักกฎหมายบางท่านมีความเห็นว่า หลักกฎหมายปิดปากไม่น่าจะนำมาใช้กับประเทศที่ใช้ประมวลกฎหมายแพ่งประเทศที่ใช้ประมวลกฎหมายนั้นก็นับตามกฎหมายบัญญัติไว้แล้ว ในแต่ละเรื่อง ฉะนั้นหลักกฎหมายปิดปากซึ่งไม่มีการรับรอง หรือบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายจะนำวิภาษคดีไม่ได้ แต่สำหรับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของประเทศไทยเรานั้น แม้จะไม่ได้บัญญัติใช้ ใช้หลักกฎหมายปิดปากโดยตรง แต่เราก็อาจยกมาตรา 4 ขึ้นมาประกอบการใช้กฎหมายปิดปากได้¹

¹ ivo ลัยโยติภักชัย, กฎหมายปิดปาก, นิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ เล่ม 3 ตอน 3 นิติศาสตร์ ธันวาคม 2514 กรุงเทพฯ โรงพิมพ์ชวนพิมพ์.

2. กรณีที่กฎหมายบัญญัติไม่ชัดเจน ผู้ร่างกฎหมายคิดถึงช่องว่างของกฎหมายนั้น แต่เห็นว่าสำหรับคดีที่เป็นช่องว่างแห่งกฎหมายนั้นยังไม่สมควรบัญญัติไว้ให้ตายตัว เพราะ คำกฎหมายและคำพิพากษาฎีกาของศาลยังไม่ได้พิจารณาปัญหาที่เป็นช่องว่างของกฎหมาย อย่างเพียงพอ ยังไม่ได้มีการคิดค้นหลักเกณฑ์ที่เหมาะสมแก่ช่องว่างนั้น ดังนั้นการที่จะ บัญญัติตีความกฎหมายสำหรับกรณีนี้ให้เป็นการตายตัวย่อมจะเป็นการรีบด่วนเกินไป เพราะ บทกฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษรและบัญญัติเกี่ยวกับเรื่องใดไว้อย่างชัดเจนนั้นจะเป็น อุปสรรคขัดขวางต่อการที่ตำราและคำพิพากษาที่จะคลี่คลายปัญหาดังกล่าวให้กระจ่างและ พยายามค้นหาหลักเกณฑ์สมบูรณ์เพื่อมาใช้กับกรณีช่องว่างนั้นต่อไป

กรณีที่กฎหมายบัญญัติไว้อย่างชัดเจนคือมีความหมายเป็นที่สงสัยเพราะใช้ถ้อยคำ กำกวม หรือมีความหมายใดหลายทาง ดังนั้นจึงจำเป็นต้องมีการตีความในกฎหมายนั้น เสียก่อน ซึ่งในเรื่องนี้หลักการตีความนั้นเราจะกล่าวในบทต่อไป ตัวอย่างในกรณีที่บทกฎหมายบัญญัติไว้อย่างชัดเจน เช่นในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 29 ที่บัญญัติว่า "บุคคลวิกลจริตผู้ใด ถ้าภริยามีภักดี ผู้บุพการีกล่าวคือ บิดา มารดา ปู่ ย่า ตา ยาย ทวด ก็ดี ผู้สืบสันดาน กล่าวคือลูกหลานสืบก็ดี ผู้อนุบาลหรือผู้พิทักษ์ก็ดี หรือพนักงานอัยการ ก็ดีร้องขอต่อศาลแล้ว ศาลจะสั่งให้บุคคลผู้นั้นเป็นคนไร้ความสามารถก็ได้"

ดังนั้นจะเห็นว่าบุคคลผู้ที่จะมีสิทธิร้องขอให้บุคคลเป็นคนไร้ความสามารถได้แก่

1. ภริยาหรือสามีของผู้วิกลจริต
2. ผู้บุพการีของผู้วิกลจริต
3. ผู้สืบสันดานของผู้วิกลจริต
4. ผู้อนุบาลของผู้วิกลจริต
5. ผู้พิทักษ์ของผู้วิกลจริต
6. พนักงานอัยการ

ซึ่งผู้มีสิทธิร้องขอ พวกที่ 4 และพวกที่ 5 คือผู้อนุบาลและผู้พิทักษ์นั้นหมายถึง

ใครบ้างจะอธิบายรวมทั้งเรื่องผู้อนุญาต และผู้พิทักษ์ที่มีสิทธิร้องขอให้บุคคลใดเป็นคนไร้ความสามารถ

ในกรณีที่ผู้มีผู้อนุญาตเป็นผู้มีสิทธิร้องขอให้บุคคลใดเป็นคนไร้ความสามารถจะเห็นได้ว่าเมื่อบุคคลนั้นยังไม่ถูกศาลสั่งให้เป็นคนไร้ความสามารถ บุคคลนั้นก็ยังไม่เป็นผู้อนุญาตตามกฎหมาย เพราะตาม ป.พ.พ. มาตรา 30 บัญญัติว่า "บุคคลผู้ซึ่งศาลได้สั่งให้เป็นคนไร้ความสามารถนั้น ท่านว่าต้องจัดให้อยู่ในความอนุญาต" ฉะนั้นถ้าแปลความหมายคำว่า ผู้อนุญาตในที่นี้ว่า เป็นผู้อนุญาตตามกฎหมายหรือตามนิตินัยแล้วการที่มีผู้พิทักษ์ผู้อนุญาตเป็นผู้ร้องก็จะเป็นไร้ผลไป เพราะไม่มีเหตุที่ผู้อนุญาตจะร้องขอให้ผู้ที่อยู่ในความอนุญาตเป็นคนไร้ความสามารถอีก เพราะขณะที่ร้องขอคนวิกลจริตนั้นเป็นผู้ที่อยู่ในความอนุญาตอยู่แล้ว และในทางตรงกันข้าม ในกรณีที่ผู้พิทักษ์ตามกฎหมายหรือตามนิตินัย ถ้าจะแปลความหมายคำว่า ผู้พิทักษ์ในที่นี้ว่าผู้พิทักษ์ตามกฎหมายหรือตามนิตินัยแล้ว ผู้พิทักษ์ที่มีสิทธิร้องขอให้บุคคลใดเป็นคนเสมือนไร้ความสามารถก็จะเป็นไร้ผลไปเช่นเดียวกับเรื่องผู้อนุญาตร้องขอให้บุคคลวิกลจริตเป็นคนไร้ความสามารถ

ในเรื่องนี้ได้มีคำพิพากษาฎีกา (ประชุมใหญ่) ที่ความหมาย คำว่า "อนุญาต" และ "ผู้พิทักษ์" ตามมาตรา 29 วรรค 1 ในคำพิพากษาฎีกาที่ 964/2504

นายอิม ม่วงเทศ ผู้ร้อง

นางสาว พุ่ม ม่วงเทศ ผู้คัดค้าน

ผู้ร้องยื่นคำร้องว่า นางสาว พุ่ม ม่วงเทศ ซึ่งเป็นน้องอยู่บ้านเดียวกับผู้ร้อง อยู่ในความดูแลของผู้พิทักษ์ของผู้ร้อง มีอายุ 60 ปี กายและใจเสื่อมโทรมพันเพือน ไม่สามารถจัดทำกรงานของคนได้ ขอให้ศาลสั่งเป็นคนเสมือนไร้ความสามารถตั้งผู้ร้องเป็นผู้พิทักษ์

นางสาว พุ่ม ยื่นคำคัดค้าน และอ้างว่าผู้ร้องมิใช่บุคคลที่กฎหมายให้อำนาจร้อง

ศาลศาลชั้นต้นพิพากษายกคำร้อง โดยเห็นว่าผู้ร้องเป็นผู้ที่ขายของผู้ที่คัดค้านไม่ใช่บุคคลทั่วไปที่ระบุไว้ในมาตรา 29 ซึ่งคำว่าผู้พิทักษ์หมายถึงผู้ที่ศาลให้เป็นผู้พิทักษ์สำหรับบุคคลเสมือนไร้ความสามารถ ตามมาตรา 34 ผู้ร้องไม่มีสิทธิจะร้องพิพากษายกคำร้อง

ผู้ร้องอุทธรณ์

ศาลอุทธรณ์เห็นว่า บุคคลอยู่ในความดูแลรักษาของใคร ผู้นั้นก็เป็นผู้พิทักษ์ตามความจริงที่เป็นอยู่เมื่อผู้พิทักษ์นั้นต้องการจะจัดกิจการของผู้ที่อยู่ในความดูแลนั้น ก็ร้องขอศาลให้สั่งว่าผู้นั้นเป็นเสมือนไร้ความสามารถ และให้อยู่ในความพิทักษ์ของตนเสียก่อน พิพากษากลับให้ศาลชั้นต้นพิจารณาสืบพยาน และพิพากษาสั่งไปตามกระบวนการ

ศาลฎีกาปรึกษาโดยที่ประชุมใหญ่แล้วเห็นว่า ผู้ที่ร้องขอศาลเพื่อสั่งให้บุคคลใดเป็นไร้ความสามารถตาม ป.พ.พ. มาตรา 34 นั้นคือผู้ที่สั่งให้บุคคลใดเป็นคนเสมือนไร้ความสามารถตาม ป.พ.พ. มาตรา 34 นั้นก็อยู่ที่ระบุไว้ในมาตรา 29 ซึ่งรวมทั้งผู้พิทักษ์ของบุคคลที่ไม่สามารถจัดการงานของตนได้ด้วย ตามมาตรา 29 นี้เป็นที่เห็นได้ว่า ถ้าจะตีความว่าผู้พิทักษ์ที่ร้องขอให้ศาลมีคำสั่งแต่งตั้งก่อนแล้ว ก็ไม่มีทางจะมีผู้พิทักษ์ร้องขอเช่นนั้นได้ ที่มาตรา 29 ระบุว่าผู้พิทักษ์ยอมไร้ผล ตามมาตรา 34 ที่มีบัญญัติให้ศาลมีคำสั่งจัดให้คนเสมือนไร้ความสามารถอยู่ในความพิทักษ์นั้นไม่ได้หมายความว่า ผู้นั้นจะมีผู้พิทักษ์ตามพศุคนัยมาก่อนแล้วไม่ได้ เป็นแต่บัญญัติให้ศาลมีคำสั่งในเรื่องนี้ เมื่อศาลสั่งให้บุคคลนั้นเป็นคนเสมือนไร้ความสามารถด้วยเท่านั้น ศาลฎีกาจึงเห็นว่า ถ้าผู้ร้องเป็นผู้พิทักษ์ของผู้คัดค้านด้วยอยู่จริงผู้ร้องก็เป็นบุคคลเช่นที่ระบุไว้ในมาตรา 29 มีสิทธิร้องขอศาลในคดีนี้ได้ พิพากษายืน ยกฎีกาผู้คัดค้าน

จะนั้นตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 964/2504 นี้ ศาลฎีกาได้ตีความแล้วเห็นว่าผู้อนุบาลที่ร้องขอศาลสั่งให้บุคคลใดเป็นคนไร้ความสามารถหรือผู้พิทักษ์ที่ร้องขอศาลสั่งให้บุคคลใดเป็นคนไร้ความสามารถหรือผู้เสมือนไร้ความสามารถตามมาตรา 29

และมาตรา 34 นั้น ไม่ได้หมายถึงผู้อนุบาลหรือผู้พิทักษ์ตามนิตินัยเท่านั้น ยังรวมไปถึงผู้อนุบาลหรือผู้พิทักษ์ตามพฤตินัยหรือผู้พิทักษ์ตามข้อเท็จจริงด้วย จะเห็นได้ว่ากรณีที่ศาลฎีกาคิดความให้ความหมายเช่นนี้ เพราะการตีความเช่นนี้ดีกว่าที่จะตีความในทางให้กฎหมายไร้ผลบังคับ ในกรณีที่กฎหมายตีความได้เป็น 2 นัย ซึ่งหลักการของการตีความดังกล่าวของกฎหมายไทยจะได้กล่าวต่อไป

3. กรณีศาลใช้ดุลยพินิจ ในบางกรณีที่กฎหมายบัญญัติกำหนดกฎหมายไว้ การที่ให้คำนิยามหรือขอบเขตของกฎหมายที่บัญญัตินั้นเป็นการกว้างจนเกินไปจึงเป็นอำนาจของศาลที่จะใช้ดุลยพินิจตามที่เห็นสมควร เช่นในมาตรา 113 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บัญญัติไว้ว่า "การใดมีวัตถุประสงค์ เป็นการต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมาย ก็ดีเป็นการเพียวสัยก็ดี เป็นการ ชักขวางต่อความสงบเรียบร้อย หรือศีลธรรมอันดีของประชาชนก็ดี การนั้นเป็นโมฆะกรรม" ที่เขียนว่า "ความสงบเรียบร้อย" และ "ศีลธรรมอันดีของประชาชน" นี้ การที่จะให้คำนิยามหรือหาขอบเขตที่แท้จริงทำได้ไม่ง่าย และนอกจากนั้นในแต่ละประเทศ ความหมายของคำนี้ ย่อมแตกต่างกันไปตามแต่ละประเทศ

คำว่า "ความสงบเรียบร้อยของประชาชน" นี้มีความหมายอยู่ 2 กรณี คือ

1. กรณีที่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายบัญญัติไว้ในโดยตรง
2. กรณีที่ไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้

ซึ่งในกรณีหลังนี้ย่อมเป็นหน้าที่ของศาลที่จะต้องเป็นผู้วินิจฉัยว่ากรณีใดจึงจะนำเรื่องความสงบเรียบร้อยของประชาชนมาใช้บังคับโดยศาลจะให้ดุลยพินิจตามที่เห็นสมควรเกี่ยวกับคดีที่เกิดขึ้น ซึ่งเท่ากับเป็นการอุดช่องว่างของกฎหมายอย่างหนึ่ง ด้วยเหตุที่กล่าวมาแต่ต้นว่าความหมายของคำนี้ยากแก่การที่จะบัญญัติไว้ได้ จึงเป็นหน้าที่ของผู้ใช้กฎหมายจะต้องใช้ดุลยพินิจเอง

การที่จะทราบวาทกฎหมายใดจะเป็นกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนหรือไม่ ต้องพิจารณาคูบทบัญญัติแต่ละมาตรา จะพิจารณาจากมาตราใดมาตราหนึ่ง

ไม่ได้ ในบทบัญญัติบางบทพิจารณาบางบทบัญญัติก็อาจยาก ซึ่งปัญหาที่จะวางหลักเกณฑ์ให้แน่นอนไปก็ทำได้ แต่ก็มีหลักเกณฑ์อยู่ว่า กฎหมายที่เกี่ยวกับผลประโยชน์ของมหาชนทั่วไป ซึ่งได้แก่กฎหมายทั้งหลายที่บัญญัติในกฎหมายมหาชน (Public Law) เช่นกฎหมายอาญา กฎหมายปกครอง กฎหมายภาษี เป็นต้น ซึ่งกฎหมายเหล่านี้ไม่ได้เกี่ยวข้องกับเสรีโดยเฉพาะ จึงเป็นกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน

แต่ในกฎหมายเอกชน (Private Law) ก็ยังมีบทบัญญัติเกี่ยวกับผลประโยชน์มหาชนอยู่มาก ถึงแม้ว่าบทกฎหมายในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ซึ่งเป็นกฎหมายเอกชนโดยมาก ไม่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อย หรือศีลธรรมอันดีของประชาชนก็ตาม เช่นมาตรา 114 เอกชนอาจตกลงเป็นการลบล้างหรือแก้ไขให้ผิดแผกแตกต่างได้ แต่ก็มีบางมาตราที่ทำเช่นนั้นไม่ได้ เพราะเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยและความสามารถของบุคคล ได้แก่บทบัญญัติเกี่ยวกับครอบครัวและอำนาจในครอบครัว เรื่องทรัพย์สิน เรื่องที่เกี่ยวกับเศรษฐกิจ ซึ่งบทบัญญัติเหล่านี้คุ้มครองบุคคลภายนอกด้วย

จึงเป็นการยากที่จะหาหลักแบ่งขอบเขตได้ เพราะขึ้นอยู่กับอำนาจและความเห็นชอบของศาลผู้รักษาและใช้กฎหมายที่จะวินิจฉัยว่าการอย่างใดเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยเพราะแล้วแต่ยุคแต่ละสมัย ซึ่งบางเรื่องก็เป็นเรื่องนอกตัวบทกฎหมาย เช่นถ้าพระภิกษุอุปสมบทในพระพุทธศาสนาทำการค้าขายหากำไรหรือเรียกเอาเงินให้คนกู้แล้วเรียกดอกเบี้ย กฎหมายจะเข้ามาเกี่ยวข้องหรือไม่ หรือขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือไม่ เป็นเรื่องนอกบทบัญญัติ ซึ่งเป็นดุลยพินิจที่ผู้ใช้กฎหมายจะใช้ให้ถูกตองและเห็นควร

ส่วนคำว่า ศีลธรรมอันดีนั้น การที่จะถือว่าขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชนนั้น ควรจะมีกฎหมายบัญญัติไว้อย่างใดว่าเป็นการขัดต่อศีลธรรมอันดี แต่ในการปฏิบัตินั้นเป็นหน้าที่ของศาลที่จะเป็นผู้วินิจฉัย โดยศาลจะต้องคำนึงถึงความรู้สึกของประชาชนส่วนใหญ่ นั้นสังคมเป็นหลัก ซึ่งบางครั้งศาลผู้ใช้ดุลยพินิจจะวินิจฉัยในบางเรื่องยอมทำด้วยความลำบาก โดยที่หลักศีลธรรมอันดีมีความหมายกว้างขวางมาก และสามารถจะยืดหยุ่นได้ กฎหมายจึงให้ศาลใช้ดุลยพินิจว่าอย่างไร เป็นการขัดต่อศีลธรรมอันดีหรือไม่

ดังนั้น การกระทำที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชนและขัดต่อศีลธรรมอันดีซึ่งมีความหมายกว้างไม่สามารถที่จะนำมาเป็นบทบัญญัติในกฎหมายใดหมด จึงต้องให้ศาลใช้ดุลยพินิจในการพิจารณาคดีเป็นเรื่อง ๆ จึงนับว่าเป็นช่องว่างของกฎหมายอย่างหนึ่ง ซึ่งผู้ร่างกฎหมายไม่สามารถจะนำมาบัญญัติไว้ได้ จึงให้เป็นหน้าที่ของผู้ใช้กฎหมายจะพิจารณา และหากกฎหมายมาใช้กับกรณีนั้น เท่ากับเป็นการอุดช่องว่างและสร้างกฎหมายขึ้นใหม่อย่างหนึ่งของผู้ใช้กฎหมาย ซึ่งจะกล่าวต่อไปในเรื่องการอุดช่องว่างของกฎหมาย



ศูนย์วิทยทรัพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย