

## บทที่ 10

### การอุดช่องว่างแห่งกฎหมาย

ช่องว่างแห่งกฎหมาย (Gap in the Law) หมายถึงกรณีที่ไม่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษร หรือกฎหมายจารีตประเพณีที่จะนำไปใช้ปรับแก้ข้อเท็จจริงได้ กล่าวคือ ผู้ใช้กฎหมายหากกฎหมายเพื่อมาใช้ปรับแก้กรณีไม่พบ

กรณีช่องว่างแห่งกฎหมายเกิดขึ้นได้อย่างไร ช่องว่างกฎหมายย่อมเกิดขึ้นได้ 2 กรณี คือ

1. ผู้ร่างกฎหมายคิดไปไม่ถึงว่าจะมีช่องว่างแห่งกฎหมายได้ ซึ่งอาจเป็นได้ด้วยเหตุ 2 ประการ คือ

ก. ผู้ร่างกฎหมายสามารถจะนึกถึงช่องว่างแห่งกฎหมายได้ และเป็นความบกพร่องของผู้ร่างกฎหมายเอง ที่ไม่ได้นึกถึงช่องว่างแห่งกฎหมายนั้น และโดยเหตุนี้จึงไม่ได้ร่างบทบัญญัติสำหรับกรณีนั้น ๆ ไว้ เช่น ในเวลาที่บัญญัติกฎหมายได้มีโทรศัพท์ใช้อยู่แล้ว แต่ผู้ร่างกฎหมายบกพร่องจึงไม่ได้คิดถึงโทรศัพท์ และไม่ได้บัญญัติกฎหมายไว้สำหรับกรณีติดต่อกันทางโทรศัพท์

ข. ผู้ร่างกฎหมายไม่สามารถที่จะนึกช่องว่างแห่งกฎหมายนั้นได้ เพราะยังไม่มีเหตุการณ์อันทำให้เกิดช่องว่างนั้นเกิดขึ้น อย่างผู้ร่างกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 ย่อมไม่สามารถที่จะนึกถึงการร่างบทบัญญัติเกี่ยวกับไฟฟ้า เพราะยังไม่ใช่แพร่หลาย โดยเหตุนี้จึงไม่มีบทบัญญัติกล่าวถึงการลักพลังงาน เช่น การลักกระแสไฟฟ้าไปใช้

2. ผู้ร่างกฎหมายคิดถึงช่องว่างแห่งกฎหมายนั้น แต่เห็นว่าสำหรับกรณีที่ช่องว่างแห่งกฎหมายยังไม่สมควรบัญญัติไว้ให้ตายตัว เพราะตำรากฎหมายและคำพิพากษาของศาลยังไม่ได้พิจารณาปัญหานั้นอย่างเพียงพอ โดยยังไม่ได้คิดค้นหลักเกณฑ์อันเหมาะสมไว้สำหรับเรื่องนั้น ๆ โดยเหตุนี้การที่จะบัญญัติกฎหมายสำหรับกรณีนั้น ๆ

ให้เป็นการตายตัวย่อมจะเป็นการรีบด่วนเกินไป เพราะบทกฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษรและบัญญัติไว้อย่างแข็งขันนั้น จะเป็นอุปสรรคขัดขวางต่อการที่ตำราและคำพิพากษาจะได้คลี่คลายปัญหาให้กระจ่างแจ่มแจ้งต่อไปในภายหน้าและหาหลักเกณฑ์ที่สมบูรณ์มาใช้ตรงกันข้ามถ้าจะบัญญัติกฎหมายไว้ชัดเจน ตำรากฎหมายหรือคำพิพากษา ก็จะได้แต่อธิบายด้วยบทกฎหมายที่บัญญัติไว้แล้วเท่านั้น ในกรณีดังกล่าวผู้ร่างกฎหมายก็ปล่อยช่องว่างแห่งกฎหมายทิ้งไว้ โดยไม่ให้มีบทบัญญัติกฎหมาย เป็นการปล่อยให้มีช่องว่างไว้โดยตั้งใจ

### หลักเกณฑ์การอุดช่องว่างแห่งกฎหมาย

1. ในกรณีที่กฎหมายมิได้กำหนดวิธีการอุดช่องว่างกฎหมายของตนเองไว้ มีหลักเกณฑ์การอุดช่องว่างแห่งกฎหมายดังนี้

ก. หลักเกณฑ์ทั่วไป มีว่าศาลยุติธรรมจะต้องพยายามหาหลักเกณฑ์มาพิพากษาคดีให้ได้เสมอ จะยกฟ้องโดยอ้างว่าไม่มีกฎหมายที่จะนำมาใช้ปรับแก้คดีไม่ได้ ประมวลวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 134 บัญญัติว่า “ไม่ว่ากรณีใด ๆ ห้ามมิให้ศาลที่รับฟ้องคดีไว้ ปฏิเสธไม่ยอมพิพากษาหรือมีคำสั่งชี้ขาดคดีโดยอ้างว่าไม่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่จะใช้บังคับแก้คดี หรือว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่จะใช้บังคับนั้น เคลือบคลุมหรือไม่บริบูรณ์” แต่ มาตรา 134 นี้หมายความว่าถึงอย่างไรจะต้องหาบทกฎหมายมาปรับแก้คดีจนได้ แต่มิได้หมายความว่าถึงอย่างไรก็ต้องให้จำเลยรับผิดชอบได้ ฉะนั้นในกรณีที่ไม่มีบทบัญญัติให้จำเลยรับผิดชอบในทางแพ่ง จำเลยก็ไม่ต้องรับผิดชอบอยู่นั่นเอง (ดูคำพิพากษาฎีกาที่ 769/2510) ทั้งนี้คือผู้พิพากษาจะต้องพยายามอุดช่องว่างแห่งกฎหมายโดยวางหลักเกณฑ์ที่เป็นความยุติธรรม แล้วนำมาปรับแก้ข้อเท็จจริงในคดี

ข. ข้อยกเว้นมีเฉพาะในเรื่องกฎหมายอาญา กล่าวคือแม้ในกฎหมายอาญาซึ่งเป็นกรณีที่ว่าด้วยความผิดและโทษ ศาลย่อมจะอุดช่องว่างแห่งกฎหมายได้แต่จะอุดช่องว่างไปในทางหนึ่งทางใดต่อไปนี้ไม่ได้ กล่าวคือ (1) จะอุดช่องว่างแห่งกฎหมายให้เป็น

การลงโทษบุคคลไม่ได้ (2) ศาลจะอุดช่องว่างแห่งกฎหมายไปในทางที่จะลงโทษบุคคล ให้นักขึ้นไม่ได้ แต่จะอุดช่องว่างแห่งกฎหมายในทางที่เป็นผลดีแก่ผู้ต้องหาได้

2. ในกรณีที่กฎหมายได้กำหนดการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายของตนเองไว้ ก็ ต้องดำเนินการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายตามวิธีที่กฎหมายนั้นกำหนดไว้ ได้แก่

2.1 การอุดช่องว่างแห่งกฎหมายตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่ง กฎหมาย

มาตรา 2 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481 บัญญัติว่า “เมื่อใดไม่มีบทบัญญัติในพระราชบัญญัติหรือกฎหมายอื่นใดแห่ง ประเทศสยาม ที่จะยกมาปรับแก้กรณีการขัดกันแห่งกฎหมายได้ ให้ใช้กฎเกณฑ์ทั่วไป แห่งกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล” ตามที่กล่าวมานี้แสดงว่าการที่พระราช บัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายฯ ได้กำหนดให้อุดช่องว่างแห่งกฎหมายโดยอาศัย กฎเกณฑ์ทั่วไปของกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล

2.2 การอุดช่องว่างแห่งกฎหมายตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความ อาญา

ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 15 บัญญัติว่า “วิธี พิจารณาข้อใดซึ่งประมวลกฎหมายนี้มีได้บัญญัติไว้โดยเฉพาะ ให้นำบทบัญญัติแห่ง ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาใช้บังคับเท่าที่พอจะใช้บังคับได้” ตัวอย่างเช่น ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ไม่มีบทบัญญัติว่าด้วยความผิดฐานละเมิด อำนาจศาล จึงต้องนำประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 30 มาตรา 31 มาตรา 32 และมาตรา 33 มาใช้บังคับเท่าที่พอจะใช้บังคับได้ กล่าวคือ ศาลที่พิจารณาคดี อาญาย่อมลงโทษบุคคลฐานละเมิดอำนาจศาลโดยนำมาตราดังกล่าวมาใช้บังคับได้

2.3 การอุดช่องว่างแห่งกฎหมายตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

มาตรา 4 วรรคสอง และวรรคสามของประมวลกฎหมายแพ่งและ พณิชย์บัญญัติว่า “เมื่อไม่มีบทกฎหมายที่จะยกมาปรับคดีได้ ให้วินิจฉัยคดีนั้นตาม จารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น ถ้าไม่มีจารีตประเพณีเช่นนั้น ให้วินิจฉัยคดีอาศัยเทียบบท

กฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง และถ้าบทกฎหมายเช่นนี้ก็ไม่มีด้วย ให้วินิจฉัยตามหลักกฎหมายทั่วไป” ตามที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บัญญัติไว้เช่นนั้น แสดงว่าได้กำหนดวิธีการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายไว้ตามลำดับดังต่อไปนี้

1. ให้ใช้จารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น ซึ่งเป็นข้อเท็จจริง เช่นมีปัญหาว่าการซื้อสิ่งของเช่นผลไม้ จะมีการแถมหรือไม่ เรื่องการแถมนี้ ไม่มีบทบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยการซื้อขาย จึงต้องอุดช่องว่างแห่งกฎหมายโดยพิจารณาว่าตามจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่นนั้น ๆ การซื้อสิ่งของประเภทนั้นมีการแถมหรือไม่

2. ถ้าไม่มีจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น ก็ต้องพิจารณาโดยอาศัยกฎหมายที่บทใกล้เคียงอย่างยิ่ง หรือการใช้กฎหมายโดยการเทียบเคียง (Analogy)

Analogy หมายถึงการให้เหตุผลโดยอ้างความคล้ายคลึงกันมีความหมายเช่นเดียวกัน Analogy แยกออกได้เป็น 2 ประเภท คือ

ก. การเทียบเคียงตัวบท คือการยึดกฎหมายบทใดบทหนึ่ง หรือมาตราใดมาตราหนึ่งโดยเฉพาะเป็นหลักในการเทียบเคียงหาเหตุผลสำหรับกรณีที่เกิดขึ้น เช่น ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1349 วรรค 2 บัญญัติว่า “...ที่ดินแปลงใดมีทางออกได้ แต่เมื่อต้องข้ามสระ บึง หรือทะเล หรือมีที่ชันอันมีระดับที่ดินกับทางสาธารณะสูงกว่ากันมากไซ้ ท่านว่าให้ใช้ความในวรรคต้นบังคับ...”

ถ้ากรณีเป็นว่าที่ดินแปลงหนึ่งมีทางออกได้ แต่ต้องข้ามชายเลน (ไม่ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 1349 วรรค 2) เราก็อาจใช้การเทียบเคียงเหตุผลตามตัวบทมาตรา 1349 วรรค 2 ได้ว่ากฎหมายบทนี้มีเจตนารมณ์จะให้出路ทางสาธารณะแก่เจ้าของที่ดินที่มีทางออกสู่ทางสาธารณะแล้ว แต่ทางออกนั้นไปได้ด้วยความลำบากยากยิ่ง การข้ามชายเลนก็เป็นทางออกไปได้ด้วยความลำบากยากยิ่ง เมื่อการข้ามชายเลนมีเหตุผลเช่นเดียวกับการข้ามสระ บึง ฯ เจ้าของที่ดินที่ถูกปิดล้อมด้วยที่ดินแปลงอื่นสามารถขอให้เปิดทางจำเป็นออกสู่สาธารณะได้ย่อมมีสิทธิได้เช่นเดียวกันตามมาตรา 1349 วรรคสอง

ข. การเทียบเคียงหลักกฎหมาย ในกรณีที่ไม่มีบทบัญญัติโดยเฉพาะเจาะจงที่จะชี้เทียบเคียงเป็นหลักได้ แต่เมื่อเราอ่านบทกฎหมายหลายบทที่เกี่ยวข้องกัน พินิจพิเคราะห์ให้ถ่องแท้แล้ว เรามักจะสามารถทราบหลักทั่วไปที่เป็นหลักที่อยู่เบื้องหลังตัวบทหลายบทเหล่านั้น เช่นถ้าเราศึกษาในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1303, 1329, 1330, 1331, 1332 ประกอบกัน จะอนุมานได้ว่ามาตราเหล่านี้มีหลักเกณฑ์ร่วมกันอยู่คือ “หลักป้องกันคุ้มครองบุคคลภายนอก” แม้จะไม่มีข้อความดังกล่าวเขียนไว้ในตัวบทเหล่านี้ แต่นักกฎหมายย่อมสามารถมองเห็นหลักนี้แล้วจึงดึงออกมาจากบทเหล่านั้นได้ หากมีกรณีเกิดขึ้นกับบทใกล้เคียงเหล่านี้ก็ต้องอาศัยเทียบเคียงเหตุผลจากหลักดังกล่าว

3. ในกรณีที่ไม่มีบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง สำหรับนำมาใช้ในการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้กำหนดให้อุดช่องว่างโดยนำเอาหลักกฎหมายทั่วไปมาใช้ ตัวอย่างเช่นการวินิจฉัยคดีเรื่องประกันภัยทางทะเล โดยใช้หลักกฎหมายทั่วไป เพราะกฎหมายทะเลของประเทศไทยยังไม่ได้มีเป็นลายลักษณ์อักษร และจารีตประเพณี (ดูคำพิพากษาฎีกาที่ 999/2496)