

# ข้อพิจารณาบางประการเกี่ยวกับหลักเกณฑ์การใช้กฎหมายที่ได้รับการบัญญัติ ไว้ในมาตรา 4 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

## A Brief Commentary on the Methods of Application of Law stipulated in Section 4 of the Civil and Commercial Code

ทศพร แสนสวัสดิ์  
Thossaporn Saensawatt

อาจารย์ประจำ  
คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง แขวงหัวหมาก เขตบางกะปิ กรุงเทพมหานคร 10240  
Full-time Lecturer  
Faculty of Law, Ramkhamhaeng University, Hua Mak, Bang Kapi, Bangkok, 10240  
Corresponding author E-mail: thossaporn.s@rumail.ru.ac.th  
(Received: January 24, 2023; Revised: May 4, 2023; Accepted: May 8, 2023)

### บทคัดย่อ

บทความฉบับนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อค้นหาคำตอบว่า ระบบกฎหมายไทยมีบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่กำหนด “วิธีการตีความกฎหมาย” ไว้เป็นการเฉพาะหรือไม่ โดยมุ่งศึกษาและวิเคราะห์หลักเกณฑ์การใช้กฎหมายและการอุดช่องว่างของกฎหมายซึ่งปรากฏเป็นรูปธรรมอยู่ในบทบัญญัติมาตรา 4 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ จากการศึกษาพบว่า มาตรา 4 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ไม่ใช่บทบัญญัติที่กำหนด “วิธีการตีความกฎหมาย” ของระบบกฎหมายไทย แต่เป็นบทบัญญัติว่าด้วย “การใช้กฎหมาย” กล่าวคือ เป็นบทบัญญัติที่แสดงถึงขอบเขตการปรับใช้กฎหมาย ระบุบ่อเกิดของกฎหมายในระบบกฎหมายไทยและกำหนดลำดับการใช้กฎหมายตามบ่อเกิด รวมถึงรับรองวิธีการอุดช่องว่างของกฎหมายที่เรียกว่า “การเทียบบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง” ไว้อย่างชัดเจน นอกจากนี้บทความฉบับนี้ยังได้วิเคราะห์ถึงความสัมพันธ์เชิงโครงสร้างระหว่างมาตรา 4 วรรคหนึ่งและวรรคสองแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ผ่านข้อความคิดที่เรียกว่า “การอุดช่องว่างของกฎหมาย” และอธิบายถึงหลักการทำงานของนักกฎหมายเมื่อค้นพบช่องว่างของกฎหมายไว้โดยสังเขป

**คำสำคัญ:** กฎหมาย, การใช้และการตีความกฎหมาย, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

## Abstract

This academic paper has a purpose to inquire whether there exists in the Thai legal system any legal provision which specifically stipulated “methods of interpretation of law”. The analysis focuses mainly on the concrete rules for applying the law provided by Section 4 of the Civil and Commercial Code. The results suggest that Section 4 of the Civil and Commercial Code is not a provision which laid down the “methods of interpretation of law” of the Thai legal system, but rather a provision regarding the “application of law”, that is, the provisions which determines the applicable scope of law, sources of law in the Thai legal system and the sequence of application, as well as recognized *expressis verbis* a methodological solution to the gap of law called “analogy”. In addition, this article contains an analysis of the logical connection between both subsections of Section 4 of the Civil and Commercial Code, delineated through the concept of the fulfilment of “the gap in the law”, as well as discusses certain principles to be relied upon when a gap or potential gap in the law was found.

**Keywords:** Law, Application and Interpretation of law, Civil and Commercial Code

### 1. บทนำ

บ่อยครั้งที่อุปสรรคในการศึกษาวิชากฎหมายรวมถึงการทำงานในฐานะนักกฎหมายไม่ได้เกิดจากการที่เราไม่สามารถค้นหาคำตอบของคำถามหรือปัญหาใดปัญหาหนึ่งได้ หากแต่เกิดจากสภาพการณ์ที่เรามักจะพบ “คำตอบหลายคำตอบ” ในแต่ละคำถามหรือปัญหาทางนิติศาสตร์ ตามวลีที่นักกฎหมายคุ้นเคยว่า “สองนักกฎหมาย สามความเห็น” ตัวอย่างเช่น แม้กระทั่งในปัจจุบันนักกฎหมายยังคงเข้าใจและอธิบายคำว่า “กฎหมาย” แตกต่างกันอย่างออกไป ทั้งที่นิยามของคำว่ากฎหมายเป็นส่วนประกอบ (building block) ที่พื้นฐานที่สุดของวิชานิติศาสตร์ ในด้านหนึ่งสำนักกฎหมายธรรมชาติอธิบายว่ากฎหมายเป็นบางสิ่งบางอย่างที่มีลักษณะคล้ายกับกฎเกณฑ์ของธรรมชาติที่มีความมั่นคงถาวรและเป็นสากล<sup>1</sup> หากยึดถือความคิดดังกล่าวโดยเคร่งครัดจะเห็นได้ว่ากฎเกณฑ์หลายอย่างในปัจจุบันจัดว่าเป็น “กฎหมาย” นั้น จะไม่ถือว่าเป็นกฎหมายที่แท้จริงตามคำอธิบายดังกล่าว เนื่องจากกฎเกณฑ์

---

<sup>1</sup> แนวความคิดดังกล่าวปรากฏตัวให้เห็นอย่างชัดเจนตั้งแต่ในงานเขียนของ Marcus Tullius Cicero (106–43 ก่อนคริสตกาล) ซึ่งได้กล่าวไว้ว่า กฎหมายที่แท้จริงหรือกฎหมายในอุดมคติ (true law) ไม่ขึ้นอยู่กับกาลเวลาและสถานที่ ไม่เปลี่ยนแปลงไปในแต่ละสังคมและยุคสมัย “กฎหมายจะต้องไม่เป็นอย่างหนึ่งที่เราเห็นแต่กลับเป็นอีกอย่างที่กรุงโรม” โปรดดู Marcus Tullius Cicero, *De Re Publica* (Massachusetts: Harvard University Press, 1928), Book III, p.33.

เหล่านี้น่าจะคุณลักษณะที่สำคัญที่กฎหมายต้องมี ได้แก่ ความเป็นสากล (universality) เช่น กฎหมายจราจรซึ่งมีลักษณะเป็นกฎหมายเทคนิคอาจได้รับการกำหนดแตกต่างกันออกไปในแต่ละสังคมได้ หรือ การกระทำอย่างหนึ่งอาจเป็นความผิดในสังคมหนึ่งแต่กลับไม่เป็นความผิดในอีกสังคม เมื่อประสบปัญหา เช่นว่า นักกฎหมายอีกกลุ่มหนึ่งจึงหันมาอธิบายว่า กฎหมายคือคำสั่งของผู้มีอำนาจสูงสุดที่แท้จริงของรัฐ (sovereignty) ดังนั้น กฎหมายจึงไม่ได้จำเป็นต้องมันคงถาวรหรือกำหนดไว้เหมือนกันในทุกสังคม หากแต่ถูกต้องแล้วที่จะต้องแตกต่างกันออกไปขึ้นอยู่กับเจตจำนงของผู้มีอำนาจสูงสุดที่แท้จริงของรัฐหรือผู้มีอำนาจบัญญัติกฎหมายในความเป็นจริง เป็นต้น

ในกรณีนี้นักกฎหมายมีคำตอบหรือความเห็นที่ขัดแย้งกันต่อปัญหาใดปัญหาหนึ่ง โดยปกติแล้ว นักกฎหมายมักหาทางออกโดยการประสานคำตอบหรือความเห็นที่แตกต่างกันดังกล่าวให้สอดคล้องกัน ให้ได้มากที่สุด (synthesis) กระบวนการดังกล่าวมักนำไปสู่ความเห็นใหม่ที่มีลักษณะเป็นคำตอบหรือความเห็น “ตรงกลาง” หรือ “ประนีประนอม” (compromise) ระหว่างความเห็นที่ขัดแย้งกันทั้งสองฝ่าย (กระบวนการข้างต้นอาจเป็นที่มาของวลีที่ว่า “สองนักกฎหมาย สามความเห็น”) เช่น เมื่อนักกฎหมายแต่ละสำนักมีความเห็นที่ขัดแย้งหรือแตกต่างกันออกไปต่อคำถามที่ว่า “กฎหมายคืออะไร?” และการยึดถือคำตอบของสำนักใดสำนักหนึ่งจะส่งผลทำให้เราไม่สามารถอธิบายปรากฏการณ์ที่สังคมต่าง ๆ มองว่าเป็น “กฎหมาย” ได้ทั้งหมด<sup>2</sup> ดังนั้น ในปัจจุบันนักกฎหมายจึงมักให้คำนิยามคำว่า “กฎหมาย” ไว้เพียงกว้าง ๆ เช่น อธิบายว่า “กฎหมายคือบรรดาปทัสฐาน (norms) ที่ได้รับการประกันผลใช้บังคับโดยอำนาจเชิงองค์กร”<sup>3</sup> ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าเป็นนิยามที่รัดกุมเพียงพอที่จะครอบคลุมบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่เป็นวัตถุแห่งการศึกษาในวิชานิติศาสตร์ทั้งหมดและสามารถแยกปรากฏการณ์ที่เป็นกฎหมายออกจากบรรทัดฐานอื่นที่มีลักษณะคล้ายคลึงกับกฎหมายได้ระดับหนึ่ง<sup>4</sup>

อย่างไรก็ตาม วิธีการค้นหาความเห็นตรงกลางที่กล่าวข้างต้นอาจไม่ใช่วิธีการที่เหมาะสมจะนำมาใช้เพื่อค้นหาคำตอบว่า “นักกฎหมายต้องใช้กฎหมายอย่างไร” เนื่องจากในแต่ละระบบกฎหมายย่อมต้องมีวิธีการหรือแนวทางในการปรับใช้กฎหมายที่ได้รับการยอมรับว่าถูกต้องและสอดคล้องกับวัตถุประสงค์

---

<sup>2</sup> ตัวอย่างเช่น หากมองว่ากฎหมายคือกฎเกณฑ์ที่มันคงถาวรและเป็นสากล ย่อมไม่อาจอธิบายกฎหมายเทคนิคที่แตกต่างกันออกไปในแต่ละสังคมได้ หรือหากมองว่ากฎหมายคือคำสั่งของผู้มีอำนาจสูงสุดที่แท้จริงของรัฐ จะทำให้หลักการบางอย่างที่มีได้ปรากฏตัวในคำสั่งของผู้มีอำนาจสูงสุดไม่มีสถานะเป็นกฎหมายทันที ซึ่งมีผลเป็นการปฏิเสธความมีอยู่ของกฎหมายจารีตประเพณีและหลักกฎหมายทั่วไปจำนวนมาก.

<sup>3</sup> Manfred Rehbinder, *Einführung in die Rechtswissenschaft* (Berlin: Walter de Gruyter, 1983), p.56.

<sup>4</sup> โดยทั่วไปแล้ว ปรากฏการณ์ที่มีลักษณะคล้ายคลึงกับกฎหมายมีอยู่สามประการ ได้แก่ ศาสนา ศีลธรรม และจารีตประเพณี โปรตดู หยุด แสงอุทัย, *ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป* (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์ประกายพรึก, 2548), 68–75 ปัญหาว่าศาสนา ศีลธรรม และจารีตประเพณีเป็นที่มาหรือ “นำไปสู่” การเกิดขึ้นของกฎหมายได้หรือไม่นั้น เป็นปัญหาที่อยู่ในขอบเขตหัวข้อว่าด้วยบ่อเกิดของกฎหมาย (Sources of Law) ไม่ใช่หัวข้อว่าด้วยความหมายหรือนิยามของกฎหมายซึ่งกำลังพิจารณาอยู่ในที่นี้.

และเจตนารมณ์ของกฎหมายอยู่ แม้วิธีการหรือแนวทางในการใช้การตีความกฎหมายอาจแตกต่างกันออกไปในแต่ละระบบกฎหมาย แต่ในระบบกฎหมายหนึ่ง ๆ ย่อมจะต้องมีความชัดเจนแน่นอนระดับหนึ่งและไม่เปลี่ยนไปตามความเห็นส่วนตัวของนักกฎหมายกลุ่มใดกลุ่มหนึ่ง ข้อความคิดดังกล่าวนำมาสู่ปัญหาเบื้องต้นที่ว่า นักกฎหมายจะค้นหาวิธีการหรือแนวทางในการใช้การตีความกฎหมายในระบบกฎหมายของตนได้จากแหล่งใด บทความฉบับนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อค้นหาคำตอบว่า ระบบกฎหมายไทยมีบทบัญญัติที่กำหนด “วิธีการ” ใช้และตีความกฎหมายไว้เป็นการเฉพาะหรือไม่ โดยมุ่งศึกษาและวิเคราะห์หลักเกณฑ์การใช้กฎหมายและการอุดช่องว่างของกฎหมายซึ่งปรากฏเป็นรูปธรรมอยู่ในบทบัญญัติมาตรา 4 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ โดยอาศัยทฤษฎีว่าด้วยบ่อเกิดของกฎหมาย การใช้การตีความกฎหมาย และการอุดช่องว่างของกฎหมายที่ได้รับการพัฒนาขึ้นในวิชานิติศาสตร์ ทั้งนี้โดยมีที่มา หลักการ และเหตุผลอันเป็นที่มาของการศึกษาโดยสังเขป ดังต่อไปนี้

## 2. บทวิเคราะห์มาตรา 4 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เป็นหนึ่งในตัวบทกฎหมายสมัยใหม่ของประเทศไทยและมีบทบาทสำคัญในกระบวนการปฏิรูประบบกฎหมายไทยให้ทันสมัยทัดเทียมประเทศตะวันตก<sup>5</sup> นับตั้งแต่วันที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มีผลใช้บังคับจนถึงปัจจุบันเป็นระยะเวลากว่า 97 ปี ประมวลกฎหมายฉบับนี้ก็ได้รับการปรับปรุงและแก้ไขเพิ่มเติมให้ทันสมัยสอดคล้องกับสภาพการณ์ปัจจุบันของสังคมไทยมาโดยตลอด อย่างไรก็ตาม บทบัญญัติจำนวนมากที่ปรากฏในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ในปัจจุบันยังคงไว้ซึ่งหลักการที่ได้รับการบัญญัติไว้ตั้งแต่ในตัวบทฉบับดั้งเดิมที่ประกาศใช้ในปี พ.ศ. 2468 หนึ่งในบทบัญญัตินี้ได้แก่ มาตรา 4 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ อันเป็นบทบัญญัติที่ได้รับการวางตำแหน่งไว้เป็นมาตราแรกของลักษณะ 1 บทเบ็ดเสร็จทั่วไป ของบรรพ 1 หลักทั่วไป ดังนั้น บทบัญญัติมาตรานี้จึงเป็นกฎหมายในทางเนื้อหา (material law) มาตราแรกของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ การวางตำแหน่งบทบัญญัติข้างต้นย่อมแสดงให้เห็นถึงความสำคัญของมาตรา 4 ในสายตาของผู้จัดทำประมวลกฎหมายฉบับนี้ได้เป็นอย่างดี

ทั้งนี้ สมควรพิจารณาเปรียบเทียบบทบัญญัติมาตรา 4 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบัน<sup>6</sup> กับบทบัญญัติที่ปรากฏในตัวบทฉบับดั้งเดิม ดังนี้

<sup>5</sup> โปรตดู สุรพล ไตรเวทย์, การร่างประมวลกฎหมายในประเทศไทย (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2550), หน้า 82-98.

<sup>6</sup> แก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติให้ใช้บทบัญญัติบรรพ 1 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่ได้ตรวจชำระใหม่ พ.ศ. 2535

มาตรา 4 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ตัวบทปัจจุบัน)	มาตรา 4 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ตัวบทเดิม)
<p>“กฎหมายนั้น ต้องใช้ในบรรดากรณีซึ่งต้องด้วย บทบัญญัติใด ๆ แห่งกฎหมายตามตัวอักษร หรือ ตามความมุ่งหมายของบทบัญญัตินั้น ๆ</p> <p>เมื่อไม่มีบทกฎหมายที่จะยกมาปรับคดีได้ ให้วินิจฉัยคดีนั้นตามจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น ถ้าไม่มีจารีตประเพณีเช่นว่านั้น ให้วินิจฉัยคดีอาศัยเทียบบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง และถ้า บทกฎหมายเช่นนั้นก็ไม่มีด้วย ให้วินิจฉัยตาม หลักกฎหมายทั่วไป”</p>	<p>“อันกฎหมายนั้น ท่านว่าต้องใช้ในบรรดากรณีซึ่งต้อง ด้วยบทบัญญัติใด ๆ แห่งกฎหมายตามตัวอักษร หรือ ตามความมุ่งหมายของบทบัญญัตินั้น ๆ</p> <p>เมื่อใดไม่มีบทกฎหมายที่จะยกมาปรับคดีได้ ท่านให้ วินิจฉัยคดีนั้นตามคลองจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น ถ้าและไม่มีจารีตประเพณีเช่นว่านั้น ท่านให้วินิจฉัย คดีอาศัยเทียบบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง และ ถ้าบทกฎหมายเช่นนี้ก็ไม่มีด้วยไซ้ ท่านให้วินิจฉัยตาม หลักกฎหมายทั่วไป”</p>

จากการพิจารณาเปรียบเทียบบทบัญญัติข้างต้นจะเห็นได้ว่า บทบัญญัติมาตรา 4 ที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบันมิได้เปลี่ยนแปลงไปจากหลักการในตัวบทฉบับดั้งเดิม (ใช้บังคับตั้งแต่ปี พ.ศ. 2468 จนถึงปี พ.ศ. 2535) ในสาระสำคัญแต่ประการใด ความแตกต่างระหว่างบทบัญญัติทั้งสองปรากฏเพียงในส่วนของการใช้ถ้อยคำและการยุบรวมข้อความในวรรคสามของตัวบทดั้งเดิมเข้ามาเป็นส่วนหนึ่งของวรรคสองของตัวบทปัจจุบันเท่านั้น ข้อเท็จจริงดังกล่าวส่งผลให้การศึกษาและวิเคราะห์มาตรา 4 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบันยังสามารถนำบริบททางประวัติศาสตร์ของการจัดทำกฎหมาย (genesis of law) อันเป็นส่วนหนึ่งของการตีความกฎหมายตามประวัติความเป็นมา (historical interpretation) มาพิจารณาประกอบการใช้และการตีความบทบัญญัติดังกล่าวได้อย่างมีประสิทธิภาพ รวมถึงการศึกษาและวิเคราะห์วรรณกรรมและคำอธิบายที่ตีพิมพ์เผยแพร่ในขณะที่ตัวบทฉบับดั้งเดิมยังคงมีผลใช้บังคับอยู่ด้วยเช่นเดียวกัน

นอกจากจะเป็นกฎหมายในทางเนื้อหามาตราแรกของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 4 ยังเป็นบทบัญญัติที่วางหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการใช้กฎหมายในระบบกฎหมายไทยไว้อย่างเป็นรูปธรรมด้วยเหตุนี้ ความรู้ความเข้าใจเกี่ยวกับขอบเขตและภารกิจของมาตรา 4 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์จึงมีความสำคัญอย่างยิ่งต่อวิชานิติศาสตร์ไทย ดังจะเห็นได้จากการที่หลักสูตรการศึกษาของคณะนิติศาสตร์มักกำหนดให้ผู้เข้าศึกษาเริ่มต้นศึกษาหลักการทั่วไปของกฎหมายแพ่งจากการทำความเข้าใจบทบัญญัติต่าง ๆ ในบรรพ 1 ของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งรวมถึงมาตรา 4 ด้วย เมื่อพิจารณาในแง่นี้ มาตรา 4 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์จึงเปรียบเสมือน “ประตูบานแรกสู่วิชานิติศาสตร์ไทย” บทบาทและความสำคัญข้างต้นเป็นที่มาของการศึกษาและวิเคราะห์หลักเกณฑ์

การใช้กฎหมายและการอุดช่องว่างของกฎหมายที่ได้รับการบัญญัติไว้ในมาตรา 4 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ดังนี้

## 2.1 มาตรา 4 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์วางหลักเกณฑ์การตีความกฎหมายของระบบกฎหมายไทยไว้หรือไม่?

### 2.1.1 พิจารณาจากมาตรา 4 วรรคหนึ่ง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

สมควรกล่าวเบื้องต้นในที่นี้ว่า การใช้กฎหมาย (application of law) กับการตีความกฎหมาย (interpretation of law) แม้จะมีความสัมพันธ์กันแต่ก็ไม่ใช่สิ่งเดียวกัน<sup>7</sup> การใช้กฎหมายเป็นการนำข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในโลกความเป็นจริงมาปรับเข้ากับองค์ประกอบทางกฎหมายของตัวบทเพื่อสรุปผลในทางกฎหมาย นักกฎหมายมักเรียกว่า “การปรับบท” (subsumption) วิธีการใช้กฎหมายเป็นสิ่งที่นิสิตและนักศึกษาคณะนิติศาสตร์เรียนและฝึกฝนเป็นหลักในหลักสูตรนิติศาสตรบัณฑิต (เช่น การเขียนตอบข้อสอบอุทธรณ์) ในขณะที่การตีความกฎหมายเป็นการค้นหาความหมายหรือความต้องการที่แท้จริงของบทบัญญัติแห่งกฎหมายโดยอาศัย “วิธีการตีความกฎหมาย” ที่ได้รับการพัฒนาขึ้นและเป็นที่ยอมรับในวิชานิติศาสตร์ ดังนั้น การตีความกฎหมายจึงเป็นเงื่อนไขของการใช้กฎหมาย การที่นักกฎหมายจะใช้กฎหมายได้อย่างถูกต้องจะต้องตีความกฎหมายนั้นก่อนเสมอ<sup>8</sup>

วิธีการตีความกฎหมายที่ได้รับการยอมรับโดยทั่วไปในประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายซีวิลลอว์ในปัจจุบัน (โดยเฉพาะอย่างยิ่งประเทศเยอรมนี) ได้รับการพัฒนาขึ้นและสืบทอดมาจากแนวความคิด

<sup>7</sup> ปรีดี เกษมทรัพย์, “การใช้การตีความกฎหมาย”, *วารสารนิติศาสตร์* ปีที่ 15 ฉบับที่ 1 (มกราคม 2530), หน้า 65; สมยศ เชื้อไทย, *คำอธิบายวิชากฎหมายแพ่ง : หลักทั่วไป* (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2549), หน้า 160.

<sup>8</sup> ผู้เขียนไม่เห็นพ้องด้วยกับแนวความคิดที่ว่า “ถ้ากฎหมายชัดเจนแล้วก็ไม่จำเป็นต้องตีความ” (interpretatio cessat in claris – Interpretation stops in the face of clarity.) ในทรรศนะของผู้เขียน ไม่มีสิ่งที่เรียกว่าความชัดเจนโดยปราศจากการตีความ ถ้อยคำในกฎหมายทุกคำมีความหมายเฉพาะตามวัตถุประสงค์และเจตนารมณ์ของกฎหมายและของผู้บัญญัติกฎหมายเนื่องจากกฎหมายเป็นสิ่งที่มนุษย์สร้างขึ้นเพื่อบรรลุวัตถุประสงค์ที่ต้องการ ดังนั้น ถ้อยคำในกฎหมายทุกคำ (ไม่ว่าจะดูชัดเจนหรือธรรมดาสามัญเพียงใด) ย่อมเป็นเพียงเครื่องหมายแสดงออก (representation) ซึ่งข้อมูลข่าวสาร (information) ที่ผู้บัญญัติกฎหมายได้เข้ารหัส (encode) ไว้ การจะเข้าใจตัวบทกฎหมายอย่างถ่องแท้จึงต้องมีการถอดรหัส (decode) โดยอาศัยการตีความกฎหมายเท่านั้น ในประเด็นนี้ผู้เขียนเห็นพ้องด้วยกับ ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช, *ความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับกฎหมาย* (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2545), หน้า 97-98: “ไม่มีถ้อยคำในตัวบทกฎหมายที่นักกฎหมายอ่านแล้วเข้าใจได้ทันทีแม้ว่าถ้อยคำหรือวลีดังกล่าวจะมีความชัดเจนอยู่ในตัวแล้วหรือไม่คลุมเครือก็ตามเพราะว่าถ้อยคำมิได้มีความหมายสมบูรณ์ในตัวเอง แต่ขึ้นอยู่กับบริบท (context) ที่แวดล้อมข้อความหรือถ้อยคำนั้น กฎหมายลายลักษณ์อักษรไม่สามารถอธิบายตัวมันเองได้ แต่ต้องมีคนมาอธิบายและคนที่จะมาทำหน้าที่นี้ก็จะต้องเป็นผู้ที่มีความสามารถที่จะหยั่งทราบถึงเจตนารมณ์ของกฎหมาย (ratio legis) และรู้จักตีความกฎหมายให้สอดคล้องกับสภาพของสังคมที่แปรเปลี่ยนไป” และนักนิติศาสตร์อื่นที่มีความเห็นในแนวทางเดียวกัน เช่น ปรีดี เกษมทรัพย์, *กฎหมายแพ่ง : หลักทั่วไป* (กรุงเทพมหานคร: คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2525), หน้า 62-63; กิตติศักดิ์ ปรกติ, *การปฏิรูประบบกฎหมายไทยภายใต้อิทธิพลยุโรป* (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2556), หน้า 281-287; สมยศ เชื้อไทย, *คำอธิบายวิชากฎหมายแพ่ง : หลักทั่วไป*, หน้า 165-167.

ของ Friedrich Carl von Savigny<sup>9</sup> คำอธิบายของชาววินัยได้รับการพัฒนาต่อโดยนักนิติศาสตร์จนกลายเป็น “วิธีการทั่วไปในการตีความกฎหมาย” ซึ่งผู้ตีความกฎหมายจะต้องพิจารณาประกอบการตีความ ดังนี้<sup>10</sup>

- 1) การพิจารณาความหมายของถ้อยคำหรือการตีความตามหลักภาษาและไวยากรณ์
- 2) การพิจารณาบริบททางประวัติศาสตร์ของการจัดทำกฎหมาย
- 3) การตีความตามประวัติความเป็นมาของกฎหมาย
- 4) การตีความโดยพิจารณาความสัมพันธ์เชิงระบบและโครงสร้าง
- 5) การตีความโดยพิจารณาเจตนารมณ์และวัตถุประสงค์ของกฎหมาย

ผู้เขียนเห็นว่า แม้มาตรา 4 วรรคหนึ่ง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์จะปรากฏถ้อยคำ “ตามตัวอักษร” และ “ตามความมุ่งหมายของบทบัญญัติ” ซึ่งในแง่หนึ่งคล้ายคลึงกับวิธีการในการตีความกฎหมายในระบบกฎหมายซีวิลลอว์ข้างต้น<sup>11</sup> อย่างไรก็ตาม เมื่อเราพิจารณามาตรา 4 วรรคหนึ่งอีกครั้ง จะพบว่า ไม่ปรากฏคำว่า “ตีความ” (interpret หรือ construe) หรือ “การตีความ” ในบทบัญญัตินี้ แต่ประการใด หากแต่ปรากฏเพียงคำว่า “ใช้” (apply) ในถ้อยบัญญัติส่วนที่ว่า “กฎหมายนั้น ต้องใช้ในบรรดากรณี...” เท่านั้น<sup>12</sup> ด้วยเหตุนี้ ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่ามาตรา 4 วรรคหนึ่ง แห่งประมวลกฎหมาย

<sup>9</sup> ฟรีดริช คาร์ล ฟอน ซาวิญยี (ค.ศ. 1779–1861) นักกฎหมายสำนักประวัติศาสตร์และนักนิติศาสตร์ชาวเยอรมันได้รับการยกย่องว่าเป็นนักกฎหมายที่ทรงอิทธิพลที่สุดท่านหนึ่งในประวัติศาสตร์กฎหมายเยอรมัน โปรดดูประวัติโดยสังเขปและผลงานของชาววินัยใน Franz Wieacker, *A History of Private Law in Europe* (Oxford: Clarendon Press, 1995), p.303–316; บุญศรี มิ่งศรีอุโฆษ, 21 *นักนิติศาสตร์เยอรมัน* (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2564), หน้า 155–171. ในประเทศไทยเราพบการอ้างถึง “หลักในการแปลความในกฎหมาย” ของชาววินัยตั้งแต่ในคำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของพระยาจินดาภิรมย์ฯ (จิตร ฌสงขลา) พระยาเทพวิฑูรฯ (บุญช่วย วัฒนิกกุล) พระยามานวราชเสวี (ปลอดวิเชียร ฌสงขลา) ซึ่งตีพิมพ์ในปี พ.ศ. 2476.

<sup>10</sup> โปรดดูคำอธิบายวิธีการทั่วไปในการตีความกฎหมายใน Bernd Rüthers/Christian Fischer/Axel Birk, *Rechtstheorie und Juristische Methodenlehre* (München: Verlag C.H.Beck, 2022), § 22; Thomas M.J. Möllers, *Legal Methods* (München: Verlag C.H.Beck, 2020), 109ff.; Hartmut Maurer, *Staatsrecht I* (München: Verlag C.H.Beck, 2010), § 1, Rn. 50ff.

<sup>11</sup> นักกฎหมายที่เห็นว่า มาตรา 4 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เป็นบทบัญญัติที่กำหนดหลักการหรือวิธีการตีความกฎหมายของระบบกฎหมายไทย อาทิ หุศต แสงอุทัย, *ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป*, หน้า 133: “หลักการตีความในกฎหมายทั่วไปมีอยู่สองประการคือ การตีความตามอักษร และการตีความตามเจตนารมณ์ ทั้งนี้ จะเห็นได้จากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 4 วรรคแรก ซึ่งบัญญัติไว้ว่า ‘กฎหมายนั้น ต้องใช้ในบรรดากรณีซึ่งต้องด้วยบทบัญญัติใด ๆ แห่งกฎหมายตามตัวอักษรหรือตามความมุ่งหมาย (คือ Spirit หรือเจตนารมณ์) ของบทบัญญัตินั้น ๆ’ ซึ่งแสดงว่า การตีความมีหลักเกณฑ์สองประการดังกล่าวแล้ว คือ การตีความตามตัวอักษร และการตีความตามเจตนารมณ์นั่นเอง”; ดิเรก คุรสมาคม, *ความรู้ทั่วไปและหลักการพื้นฐานทางกฎหมาย* (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2564), หน้า 214: “ส่วนการตีความนั้น มีหลักตามมาตรานี้ว่า ตีความตามตัวอักษรควบคู่ไปกับการตีความตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย”; กรณ์กมล ประเสริฐศักดิ์, *ปัญหาการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง*. วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรดุษฎีบัณฑิตกณະนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2563; หน้า 62–63.

<sup>12</sup> โปรดพิจารณาประกอบกับบทบัญญัติมาตรา 4 วรรคหนึ่ง ฉบับภาษาอังกฤษใน กรมร่างกฎหมาย, *การตรวจแก้ร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 1–2 พ.ศ. 2468* (กรุงเทพมหานคร: สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, 2468), 79/14: “The law must be applied in all cases which come within the letter or the spirit of any of its provisions.”

แพ่งและพาณิชย์ไม่ใช่บทบัญญัติที่กำหนด “วิธีการ” หรือ “หลักการ” ในการตีความกฎหมายของระบบกฎหมายไทยไว้เป็นการเฉพาะ<sup>13</sup> วัตถุประสงค์ของมาตรา 4 วรรคหนึ่งตามความเห็นของผู้เขียน ได้แก่ การกำหนดให้นักกฎหมายมีหน้าที่ต้องปรับใช้กฎหมายหากข้อเท็จจริงหรือปัญหาทางกฎหมายที่เกิดขึ้นในโลกความเป็นจริง (“บรรดากรณี”) เข้ากรณีใดกรณีหนึ่งในสองกรณีที่มาตรา 4 วรรคหนึ่งบัญญัติไว้ คือ (1) กรณีที่ข้อเท็จจริงหรือปัญหาทางกฎหมายอยู่ในขอบเขตของกฎหมายตามตัวอักษร หรือ (2) กรณีที่ข้อเท็จจริงหรือปัญหาทางกฎหมายอยู่ในขอบเขตตามความมุ่งหมายของกฎหมาย ส่วนปัญหาว่าข้อเท็จจริงหรือปัญหาทางกฎหมายที่เกิดขึ้นในโลกความเป็นจริงจะถือได้ว่าเข้ากรณีใดกรณีหนึ่งในสองกรณีข้างต้นหรือไม่นั้น จะต้องหาคำตอบโดยการปรับใช้วิธีการทั่วไปในการตีความกฎหมายที่ได้กล่าวถึงแล้วข้างต้น ซึ่งไม่ได้จำกัดอยู่เพียงการพิจารณาตัวอักษรและความมุ่งหมายของกฎหมายดังที่ปรากฏในถ้อยบัญญัติมาตรา 4 วรรคหนึ่ง เท่านั้น

ในอีกด้านหนึ่งอาจมีผู้โต้แย้งความเห็นข้างต้นว่า เป็นการวิเคราะห์ที่อาศัยแต่เพียงการพิจารณา “ถ้อยบัญญัติ” (wording หรือ text) ของมาตรา 4 วรรคหนึ่ง โดยไม่ได้คำนึงถึงเจตนารมณ์ของผู้จัดทำประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์หรือความมุ่งหมายของบทบัญญัติดังกล่าวประกอบ เนื่องจากผู้เขียนสรุปความแบบตรงไปตรงมาว่า เมื่อไม่ปรากฏคำว่า “ตีความ” ในมาตรา 4 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บทบัญญัติมาตรานี้จึงไม่ใช่บทบัญญัติที่กำหนด “วิธีการในการตีความกฎหมาย” ของระบบกฎหมายไทย ข้อโต้แย้งดังกล่าวแม้จะมีน้ำหนักอยู่บ้าง แต่ผู้เขียนเห็นว่าถ้อยคำที่ได้รับการบัญญัติไว้ในมาตรา 4 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้แสดงให้เห็นถึงเจตนารมณ์ของผู้จัดทำประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ไว้อย่างชัดเจนอยู่แล้วในตัว กล่าวคือ การที่ผู้จัดทำประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เลือกบัญญัติคำว่า “ใช้” ไว้ในมาตรา 4 วรรคหนึ่ง ในขณะที่เดียวกันก็บัญญัติคำว่า “ตีความ” หรือ “การตีความ” ไว้ในบทบัญญัติอื่น ๆ ของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์<sup>14</sup> ย่อมแสดงให้เห็นถึง

<sup>13</sup> โปรดดูความเห็นในทางเดียวกันใน จินดา ชัยรัตน์, “การตีความในกฎหมายไทย”, วารสารนิติศาสตร์ ปีที่ 1 ฉบับที่ 2 (ธันวาคม 2515), หน้า 11: “เมื่อพิเคราะห์ดูแล้วจะเห็นได้ว่ามาตรา 4 เป็นบทบัญญัติว่าด้วยที่มาของกฎหมายหรือปรับบทใช้กฎหมายหาใช่เป็นบทว่าด้วยการตีความในกฎหมายไม่”; ประกอบ หุตะสิงห์, “การตีความกฎหมายลายลักษณ์อักษร เทียบเคียงกับหลักกฎหมายเยอรมัน”, *รวมสารคดีการใช้การตีความกฎหมาย รวบรวมโดย ดร. ปรีดี เกษมทรัพย์*, บรรณาธิการโดยจำปี หยกกุลล (โครงการปริญญาโท คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2526), หน้า 6: “ส่วนการตีความกฎหมายลายลักษณ์อักษรนั้น กฎหมายมิได้มีบัญญัติไว้ดังเช่นการตีความแสดงเจตนาของบุคคลในทางแพ่ง มาตรา 4 วรรค 1 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บัญญัติไว้แต่เพียงว่า ‘อันกฎหมายนั้นท่านว่าต้องใช้ในบรรดากรณี ซึ่งต้องด้วยบทบัญญัติใด ๆ แห่งกฎหมายตามตัวอักษร หรือตามความมุ่งหมายแห่งบทบัญญัตินั้น’ แต่ถ้าบทบัญญัตินั้น ๆ คลุมเครือไม่ชัดเจนวิธีและหลักเกณฑ์ที่จะตีความบทบัญญัตินั้น ให้ได้ความชัดเจนและถูกต้องในการที่จะนำมาปรับเข้ากับกรณีซึ่งมีอยู่เฉพาะหน้าได้อย่างไรนั้น กฎหมายไม่ได้บัญญัติไว้ ย่อมเป็นหน้าที่ของนักกฎหมายที่จะค้นคว้าหาวิธีและหลักเกณฑ์ในการที่จะตีความบทบัญญัตินั้น ๆ เพื่อให้ได้ใช้กฎหมายให้ถูกต้องเสมอ”.

<sup>14</sup> ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 10 “เมื่อความข้อใดข้อหนึ่งในเอกสารอาจตีความได้สองนัย นัยไหนจะทำให้เป็นผลบังคับได้ ให้ถือเอาตามนัยนั้นดีกว่าที่จะถือเอาที่ไร้ผล” มาตรา 11 “ในกรณีที่มีข้อสงสัย ให้ตีความไปในทางที่เป็นคุณแก่คู่กรณีฝ่ายซึ่งจะเป็นผู้ต้องเสียในมูลหนี้” มาตรา 171 “ในการตีความการแสดงเจตนาอันแท้จริงยิ่งกว่าถ้อยคำสำนวนหรือตัว

เจตนารมณ์ของผู้จัดทำได้อย่างชัดเจนว่า มาตรา 4 วรรคหนึ่งเป็นเรื่องของการใช้กฎหมายมิใช่การตีความกฎหมาย<sup>15</sup> นอกจากนี้ หากพิจารณามาตรา 4 วรรคหนึ่งเปรียบเทียบกับบทบัญญัติที่กำหนดวิธีการในการตีความกฎหมายไว้อย่างชัดเจนในประมวลกฎหมายแพ่งของต่างประเทศ เช่น มาตรา 3 วรรคหนึ่งแห่งประมวลกฎหมายแพ่งสเปน<sup>16</sup> จะเห็นได้ถึงความแตกต่างในสาระสำคัญของการเลือกใช้ถ้อยบัญญัติให้ถูกต้องระหว่าง “การใช้” (apply) กับ “การตีความ” (construe) กฎหมาย

ตามแนวทางการวิเคราะห์ข้างต้น มาตรา 4 วรรคหนึ่ง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ จึงไม่มีความเกี่ยวข้องกับข้อถกเถียงของนักกฎหมายบางส่วนเกี่ยวกับประเด็นที่ว่า กฎหมายนั้นจะต้องตีความตามตัวอักษรหรือตีความตามเจตนารมณ์ (ความมุ่งหมาย) แต่ประการใด สาเหตุหนึ่งที่เกิดข้อถกเถียงข้างต้นมาจากถ้อยบัญญัติของมาตรา 4 วรรคหนึ่ง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่ใช้คำว่า “หรือ” ซึ่งนักกฎหมายส่วนหนึ่งเห็นว่าไม่สอดคล้องกับหลักการที่ถูกต้องในการตีความกฎหมายที่จะต้องพิจารณาทั้งตัวอักษรและความมุ่งหมายของกฎหมายประกอบกันเสมอ และสรุปต่อไปว่าถ้อยบัญญัติของมาตรา 4 วรรคหนึ่ง ก่อให้เกิดปัญหาในการตีความกฎหมาย เนื่องจากถ้อยบัญญัติที่เหมาะสมควรจะต้องใช้คำว่า “และ” มิใช่คำว่า “หรือ” อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนเห็นว่าข้อถกเถียงดังกล่าวตั้งอยู่บนฐานความเข้าใจที่คลาดเคลื่อนตั้งแต่ต้นเกี่ยวกับความหมายและภารกิจของมาตรา 4 วรรคหนึ่ง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เนื่องจากมาตรา 4 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มิใช่บทบัญญัติที่กำหนดวิธีการในการตีความกฎหมาย หากแต่เป็นบทบัญญัติว่าด้วย “การใช้กฎหมาย”<sup>17</sup> เมื่อพิจารณา

---

อักษร” มาตรา 368 “สัญญาอันให้ตีความไปตามความประสงค์ในทางสุจริต โดยพิเคราะห์ถึงปรกติประเพณีด้วย” และมาตรา 1684 “เมื่อความข้อใดข้อหนึ่งในพินัยกรรมอาจตีความได้เป็นหลายนัย ให้ถือเอาตามนัยที่จะสำเร็จผลตามความประสงค์ของผู้ทำพินัยกรรมนั้นได้ดีที่สุด”.

<sup>15</sup> อย่างไรก็ตาม ประเด็นที่บทความฉบับนี้ต้องการนำเสนอ ได้แก่ มาตรา 4 วรรคหนึ่ง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มิใช่บทบัญญัติที่ “กำหนดวิธีการ” ในการตีความกฎหมายไว้โดยชัดเจน แต่มีได้หมายความว่า การใช้กฎหมายตามมาตรา 4 วรรคหนึ่ง ไม่เกี่ยวข้องกับการตีความกฎหมาย ในทางกลับกัน การตีความกฎหมายเป็นขั้นตอนที่จำเป็นและขาดไปเสียมิได้สำหรับการปรับใช้กฎหมายตามที่ได้อ้างแล้วข้างต้น โปรดดู Carlos de la Vega Benayas, “Judicial Method of Interpretation of Codes”, *Louisiana Law Review* Vol. 42 No. 5 (Special Issue 1982), p.1651: “[I]n truth, interpretation is no more than one part of the overall application of the law.”

<sup>16</sup> Ministerio de Justicia, *Spanish Civil Code* (2012), p.1: “Art. 3 1. Rules shall be construed according to the proper meaning of their wording and in connection with the context, with their historical and legislative background and with the social reality of the time in which they are to be applied, mainly attending to their spirit and purpose.”

<sup>17</sup> ในประเด็นนี้ผู้เขียนเห็นพ้องด้วยกับ ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช, *ความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับกฎหมาย*, หน้า 100-101: “การตีความกฎหมายเป็นนิติวิธี (juristic method) หรือเป็นศาสตร์โดยตัวมันเอง มิใช่เป็นบทบัญญัติที่มีเนื้อหาทางกฎหมาย ดังนั้น จึงไม่มีความจำเป็นที่จะต้องบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมาย แต่คำสอนว่าด้วยวิธีการตีความกฎหมายนั้นจะปรากฏอยู่ในงานเขียนของนักนิติศาสตร์ และตัวอย่างของการตีความกฎหมายจะปรากฏอยู่ในคำพิพากษาของศาล อย่างไรก็ตามนักกฎหมายบางท่านเห็นว่า หลักการตีความกฎหมายไทยบัญญัติไว้ในหลายลักษณะอักษรอยู่ในมาตรา 4 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ แต่แท้ที่จริงแล้ว มาตรา 4 วรรคแรก มิใช่เป็นเรื่องของการตีความกฎหมายว่าให้ศาลต้องตีความกฎหมายตามตัวอักษรก่อน หากผลที่ได้ออกมาไม่ยุติธรรมแล้วจึงค่อยตีความ

ในแง่นี้การที่มาตรา 4 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า “กฎหมายนั้น ต้องใช้ในบรรดากรณีซึ่งต้องด้วยบทบัญญัติใด ๆ แห่งกฎหมายตามตัวอักษร หรือตามความมุ่งหมายของบทบัญญัตินั้น ๆ” จึงเป็นการเลือกใช้ถ้อยคำที่ถูกต้องแล้ว<sup>18</sup> กล่าวอีกนัยหนึ่ง มาตรา 4 วรรคหนึ่ง เกี่ยวข้องกับขั้นตอนการปรับใช้กฎหมายกับข้อเท็จจริง ซึ่งเป็นขั้นตอนที่ล่วงเลยการตีความกฎหมายมาแล้ว โดยการบัญญัติให้เห็นถึงขอบเขตการปรับใช้กฎหมายสองเขตแดนที่ทับซ้อนกันอยู่ ได้แก่ เขตแดนที่เรียกว่า “ความมุ่งหมายของบทบัญญัติ” และเขตแดนที่เรียกว่า “ตามตัวอักษร”<sup>19</sup> หากข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นกรณีหนึ่งเข้ามาอยู่ในบริเวณเขตแดน

ตามความมุ่งหมายของบทบัญญัตินั้น ๆ มาตรา 4 เป็นเรื่องบ่งชี้ของกฎหมายที่เป็น ‘legal sources’ และลำดับการใช้กฎหมาย ไม่ใช่เรื่อง การตีความกฎหมาย”; โปรดดูความเห็นของ จินดา ชัยรัตน์, “การตีความในกฎหมายไทย”, วารสารนิติศาสตร์ ปีที่ 1 ฉบับที่ 2 (ธันวาคม 2515), หน้า 24: “การตีความเป็นหลักทางวิชา โดยเหตุผล จึงไม่เป็นเรื่องที่ควรจะต้องลงไว้เป็นตัวบทกฎหมาย แต่ใครจะเป็นผู้ตีความอาจ จะตราไว้ได้ เพราะฉะนั้นการตีความจึงต้องอาศัยเหตุผลทางวิชากฎหมายเป็นหลัก แต่ก็ไม่มีอะไรห้ามที่จะตรากฎหมายว่าด้วยการตีความ” ทั้งนี้ ผู้เขียนมีข้อสังเกตจากการค้นคว้าวรรณกรรมที่เกี่ยวข้องในประเด็นนี้ว่า ในตำรา **กฎหมายแพ่ง : หลักทั่วไป** ของท่านศาสตราจารย์ ดร.ปรีดี เกษมทรัพย์ (อ้างแล้วในเชิงอรธ 8) ได้กล่าวถึงมาตรา 4 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าเป็น “บทบัญญัติอันสำคัญว่า ด้วยการตีความ” (64) ซึ่งสอดคล้องกับความเห็นของบทความฉบับนี้และบรรดานักกฎหมายที่อ้างถึงข้างต้น เนื่องจาก “บทบัญญัติอันสำคัญ ว่าด้วยการตีความ” ไม่ได้มีความหมายเป็นอย่างเดียวกันกับ “บทบัญญัติที่กำหนดวิธีการในการตีความกฎหมาย” ดังจะเห็นได้อย่างชัดเจน ในคำอธิบายของท่านศาสตราจารย์ ดร.ปรีดี เกษมทรัพย์ ในส่วนถัดมาของหน้าเดียวกันว่า “มาตรานี้บัญญัติไว้ในวรรคต้นว่า ‘อันกฎหมาย นั้นท่านว่าต้องใช้ในบรรดากรณีซึ่งต้องด้วยบทบัญญัติใด ๆ แห่งกฎหมายตามตัวอักษร หรือตามความมุ่งหมายของบทบัญญัตินั้น ๆ’ ข้อนี้ หมายความว่า**การใช้กฎหมายนั้น**ไม่ใช่บังคับแต่เพียงกรณีที่กฎหมายบัญญัติไว้โดยชัดแจ้งเท่านั้น แต่ยังคงต้อง**ใช้บังคับ**ในบรรดากรณีซึ่ง กฎหมายประสงค์จะบัญญัติไว้ด้วย” (เน้นข้อความโดยผู้เขียน) เมื่อมาตรา 4 วรรคหนึ่ง บัญญัติหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการใช้กฎหมาย และเมื่อ การใช้กฎหมายหมายความรวมถึงการตีความกฎหมายอยู่ด้วยในตัว การอธิบายว่า “มาตรา 4 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เป็น บทบัญญัติอันสำคัญว่าด้วยการตีความ” จึงไม่ได้ขัดหรือแย้งกับข้อสรุปของบทความที่ว่า “มาตรา 4 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ไม่ใช่บทบัญญัติที่กำหนดวิธีการในการตีความกฎหมาย” แต่ประการใด.

<sup>18</sup> โปรดพิจารณาเปรียบเทียบกับความเห็นของ ศนรินทร์กร โสทธิพันธุ์, **คำอธิบายหลักพื้นฐานของกฎหมายเอกชน** (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2566), หน้า 184: “ในวรรคแรกกล่าวชัดเจนถึงการใช้กฎหมายว่าต้องใช้ตามบทบัญญัติที่เป็น ลายลักษณ์อักษร ในขณะที่เดียวกันก็กำหนดว่า ‘หรือ’ ตามความมุ่งหมายของบทบัญญัตินั้นๆ หากพิจารณาการใช้ซึ่งต้องพิจารณากฎหมาย ลายลักษณ์อักษรและความมุ่งหมายของกฎหมายก็คือหลักในการตีความกฎหมายในระบบซีวิลลอว์ ซึ่งประเทศที่อยู่ในระบบซีวิลลอว์ก็จะมี การใช้การตีความแบบเดียวกันเช่นนี้ดังที่ได้กล่าวมาแล้วในบทที่ 4 จึงทำให้เข้าใจว่า คำว่า ‘หรือ’ ในมาตรา 4 ความจริงคือ ‘และ’ เพราะ การพิจารณาตัวอักษรและเจตนารมณ์ต้องไปพร้อมกัน [...] บทบัญญัติในมาตรา 4 วรรคหนึ่งจึงเป็นทั้งการปรับใช้และการตีความกฎหมาย ไปด้วยในตัวนั่นเอง” เมื่อพิจารณาความเห็นข้างต้นในประเด็นการตีความคำว่า “หรือ” ให้กลายเป็นคำว่า “และ” ผู้เขียนเห็นว่าความเห็น ดังกล่าวอาจตั้งคำถามต่อไปได้ว่า หากเป็นเช่นนั้นจริง คำว่า “หรือ” ความจริงคือ “และ” เพราะเหตุใดผู้ร่างประมวลกฎหมายแพ่งและ พณิชย์จึงเลือกที่จะใช้คำว่า “หรือ” ในมาตรา 4 วรรคหนึ่ง และเพราะเหตุใดผู้ร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์จึงใช้คำว่า “or” ในมาตรา 1 วรรคหนึ่ง (“The law applies according to its wording or interpretation to all legal questions for which it contains a provision.”) แทนที่จะใช้คำว่า “และ” หรือ “and” ทั้งที่สามารถใช้ได้.

<sup>19</sup> กรณีสมควรกล่าวในที่นี้ว่า ขอบเขตการปรับใช้กฎหมายทั้งสองเขตแดนของบทบัญญัติแห่งกฎหมายหนึ่งจะกว้างหรือ แคบเพียงใด หรือแตกต่างกันมากน้อยแค่ไหน ย่อมขึ้นอยู่กับเลือกใช้ถ้อยคำของร่างกฎหมายและการตีความบทกฎหมายนั้น ในบางกรณีเขตแดนการใช้บังคับ “ตามตัวอักษร” กับเขตแดนการใช้บังคับตาม “ความมุ่งหมายของบทบัญญัติ” ของบทบัญญัตินั้นอาจไม่ ได้แตกต่างกันอย่างมีนัยสำคัญ หากผู้ร่างกฎหมายได้เลือกใช้ถ้อยคำที่สามารถสื่อความมุ่งหมายของบทบัญญัตินั้นออกมาได้อย่างครบถ้วน สมบูรณ์ อย่างไรก็ตาม ในบางกรณีบทบัญญัติหนึ่งอาจมีเขตแดนการใช้บังคับตาม “ความมุ่งหมายของบทบัญญัติ” ที่กว้างหรือแคบกว่า

การปรับใช้กฎหมายไม่ว่าจะขอบเขตใดก็ตาม (เป็นที่มาของคำว่า “หรือ” ในมาตรา 4 วรรคหนึ่ง) นักกฎหมายย่อมต้องปรับใช้กฎหมายดังกล่าวกับข้อเท็จจริงนั้น ด้วยเหตุนี้ แม้ข้อเท็จจริงนั้นจะยังไม่เข้ามาถึงเขตแดนชั้นใน (ไม่ว่าเขตแดนชั้นในนั้นจะเป็นเขตแดน “ตามตัวอักษร” หรือเขตแดน “ความมุ่งหมายของบทบัญญัติ” ก็ตาม) ขอเพียงแค่เข้ามาอยู่ในเขตแดนชั้นนอกก็เป็นกรณีที่ต้องใช้กฎหมายบังคับกับข้อเท็จจริงนั้นแล้ว<sup>20</sup>

### 2.1.2 พิจารณาจากมาตรา 4 วรรคสอง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

กรณียังคงมีประเด็นต้องพิจารณาต่อไปว่า มาตรา 4 วรรคสอง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งบัญญัติว่า “เมื่อไม่มีบทกฎหมายที่จะยกมาปรับคดีได้ ให้วินิจฉัยคดีนั้นตามจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น ถ้าไม่มีจารีตประเพณีเช่นนั้น ให้วินิจฉัยคดีอาศัยเทียบบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง และถ้าบทกฎหมายเช่นนั้นก็ไม่มีด้วย ให้วินิจฉัยตามหลักกฎหมายทั่วไป” เกี่ยวข้องกับวิธีการตีความกฎหมายหรือไม่ หากพิจารณาบทบัญญัติข้างต้นจะเห็นได้ว่า มาตรา 4 วรรคสองกล่าวถึง “ลำดับการใช้กฎหมาย” โดยพิจารณาตามบ่อเกิดของกฎหมายและวิธีการอุดช่องว่างของกฎหมายในระบบกฎหมายไทย ดังนี้<sup>21</sup>

- 1) ให้ใช้กฎหมายลายลักษณ์อักษร (“บทกฎหมาย”) เป็นลำดับแรก
- 2) ถ้าไม่มีบทกฎหมายลายลักษณ์อักษรให้ใช้กฎหมายจารีตประเพณี<sup>22</sup>

เขตแดนการใช้บังคับ “ตามตัวอักษร” ก็ได้ ตัวอย่างเช่น บทบัญญัติที่ใช้อ้อยคำทางกฎหมายที่มีความหมายไม่เฉพาะเจาะจง การแยกเขตแดนทั้งสองออกจากกันเป็นเงื่อนไขพื้นฐานของการปรับใช้กฎหมายตามหลักนิติวิธีในระบบกฎหมายแบบซีวิลลอว์ โปรตุเกส บริติช เกษมทรัพย์, “การใช้การตีความกฎหมาย”, *วารสารนิติศาสตร์* ปีที่ 15 ฉบับที่ 1 (มกราคม 2530), หน้า 69-70: “ความจริงนั้นความมุ่งหมายหรือเจตนารมณ์อาจจะกว้าง แต่ไม่ใช่ว่าเข้าในความมุ่งหมายแล้วก็เข้าด้วยบท ขึ้นอยู่กับว่าถ้าเจตนารมณ์กว้างแต่ด้วยบทแคบ จะทำให้ด้วยบทกว้างไปตามความมุ่งหมายหรือเจตนารมณ์ได้หรือไม่ [...] ถ้าถ้อยคำตรงกับความมุ่งหมายพอดี ก็ไม่มีปัญหา แต่ถ้าความมุ่งหมายแคบกว่าถ้อยที่ใช้ก็ต้องตีความแคบเท่าความมุ่งหมาย [sic!]”.

<sup>20</sup> เพื่อให้เห็นภาพเราอาจอธิบายข้อความคิดดังกล่าวเปรียบเทียบกับกรณีที่ผู้บุกรุกเข้ามาในบริเวณที่ดินผืนหนึ่งซึ่งมีสิ่งปลูกสร้างตั้งอยู่ภายในที่ดินนั้น ผู้บุกรุกย่อมกระทำความผิดฐานบุกรุกตามกฎหมายตั้งแต่ที่ได้เข้าไปในที่ดินของผู้อื่นแล้ว โดยไม่จำเป็นต้องรอให้เข้าไปข้างในสิ่งปลูกสร้างที่อยู่ภายในที่ดินนั้นถึงจะเป็นความผิดแต่ประการใด ตามตัวอย่างเปรียบเทียบนี้ที่ดินยอมเทียบเคียงได้กับเขตแดนการปรับใช้กฎหมายชั้นนอกและสิ่งปลูกสร้างย่อมเทียบเคียงได้กับเขตแดนการปรับใช้กฎหมายชั้นใน.

<sup>21</sup> ตัวอย่างบทบัญญัติที่รับรองบ่อเกิดของกฎหมาย (sources of law) ไว้ในทำนองเดียวกันกับมาตรา 4 วรรคสอง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เช่น มาตรา 1 วรรคหนึ่ง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งสเปน ซึ่งบัญญัติว่า “The sources of the Spanish legal system are statutes, customs and general legal principles.” กรณีมีข้อสังเกตว่า ประมวลกฎหมายแพ่งสเปนได้แยกการเทียบบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง (analogy) ออกไปบัญญัติไว้ในมาตรา 4 วรรคหนึ่ง ซึ่งอยู่ในหัวข้อว่าด้วย “การปรับใช้กฎหมาย” (Application of legal rules) โปรตุเกสลำดับการปรับใช้กฎหมายตามบ่อเกิดของกฎหมายใน Carlos de la Vega Benayas, “Judicial Method of Interpretation of Codes”, *Louisiana Law Review* Vol. 42 No. 5 (Special Issue 1982), p.1649.

<sup>22</sup> แม้มาตรา 4 วรรคสอง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์จะใช้ถ้อยบัญญัติว่า “จารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น” ก็ตาม แต่ผู้เขียนเห็นว่า “จารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น” ในที่นี้หมายถึงบรรดาจารีตประเพณีที่มีสถานะหรือค่าบังคับเป็นกฎหมายหรือ “กฎหมายจารีตประเพณี” เท่านั้น เนื่องจากมาตรา 4 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เป็นบทบัญญัติที่กำหนดวิธีการใช้และลำดับการปรับใช้ “กฎหมาย” ดังนั้น หากตีความคำว่า “จารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น” ตามมาตรา 4 วรรคสอง ให้หมายความรวมไปถึงบรรดาจารีตประเพณี

- 3) ถ้ากรณีนั้นไม่มีกฎหมายจารีตประเพณีให้อุดช่องว่างโดยเทียบบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง
- 4) ถ้าไม่สามารถหากกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่งมาเทียบได้ ให้วินิจฉัยตามหลักกฎหมายทั่วไป

เนื่องจากระบบกฎหมายไทยจัดอยู่ในกลุ่มระบบกฎหมายแบบซีวิลลอว์<sup>23</sup> ดังนั้น บ่อเกิดของกฎหมายที่สำคัญที่สุดในระบบกฎหมายไทยย่อมได้แก่ “กฎหมายที่บัญญัติขึ้น” หรือกฎหมายลายลักษณ์อักษร กล่าวคือ เมื่อมีข้อพิพาทในทางกฎหมายเกิดขึ้นศาลหรือองค์กรที่มีอำนาจหน้าที่วินิจฉัยข้อพิพาทในทางกฎหมายจะต้องค้นหาและนำเอากฎหมายลายลักษณ์อักษรมาวินิจฉัยข้อพิพาทหรือตัดสินคดีนั้นก่อน ในกรณีที่ไม่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่สามารถใช้ปรับกับคดีนั้นได้เท่า่นั้นศาลจึงจะสามารถพิจารณากฎหมายที่กำเนิดมาจากบ่อเกิดอื่น ๆ ได้ อย่างไรก็ตาม เนื่องจากบ่อเกิดของกฎหมายในระบบกฎหมายแบบซีวิลลอว์นั้นโดยทั่วไปแล้วมีอยู่ด้วยกันหลายบ่อเกิด หากศาลไม่สามารถค้นหากฎหมายจากบ่อเกิดลำดับแรกได้ (ไม่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรในเรื่องนั้น) กรณีจึงมีประเด็นต้องพิจารณาต่อไปว่าศาลต้องค้นหากฎหมายจากบ่อเกิดใดเป็นลำดับถัดไป ผู้วางรากฐานระบบกฎหมายไทยได้ให้คำตอบในประเด็นนี้ไว้ในมาตรา 4 วรรคสอง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ โดยการกำหนดให้ใช้กฎหมายตามลำดับที่ได้กล่าวข้างต้น จากข้อพิจารณาดังกล่าวจะเห็นได้ว่า มาตรา 4 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นั้นไม่ได้บัญญัติกำหนด “วิธีการในการตีความกฎหมาย” ของระบบกฎหมายไทยไว้ ไม่ว่าจะในวรรคหนึ่งหรือวรรคสองก็ตาม

ในหัวข้อถัดไปของบทความฉบับนี้จะได้กล่าวถึงข้อสังเกตบางประการเกี่ยวกับมาตรา 4 วรรคสอง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ได้แก่ การรับรองหลักการอุดช่องว่างของกฎหมายโดยการ “เทียบบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง” อันเป็นประเด็นที่สมควรได้รับการอภิปรายประกอบการศึกษาและทำความเข้าใจความหมายและภารกิจของมาตรา 4 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

## 2.2 มาตรา 4 วรรคสอง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์วางหลักเกณฑ์การใช้กฎหมายไว้อย่างไร?

ตามที่ได้อธิบายในข้อ 2.1.2 ข้างต้นแล้วว่า มาตรา 4 วรรคสอง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เป็นบทบัญญัติที่กำหนดลำดับการใช้กฎหมายตามบ่อเกิดของกฎหมาย นั้น หากพิจารณาโดยละเอียดจะพบว่า สิ่งที่เราเรียกว่า “การเทียบบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง” นั้นไม่ถือเป็นบ่อเกิดของกฎหมายในความหมายโดยแท้ หากแต่เป็นวิธีการหนึ่งในการอุดช่องว่างของกฎหมาย

---

ทั่วไปที่มีคำบังคับเป็นกฎหมายด้วย ย่อมเป็นการตีความที่ขัดกับหลักการตีความตามระบบและโครงสร้างของกฎหมาย (systematical interpretation) และหลักการตีความตามความมุ่งหมายของกฎหมาย (teleological interpretation).

<sup>23</sup> ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช, **ความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับกฎหมาย**, หน้า 126 ให้ข้อสังเกตไว้อย่างน่าสนใจว่า “ประเทศไทยใช้ระบบกฎหมาย (legal system) ซีวิลลอว์ แต่มีธรรมเนียมปฏิบัติทางกฎหมาย (legal tradition) เป็นคอมมอนลอว์” ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าเป็นคำอธิบายที่สอดคล้องกับสภาพความเป็นจริงรวมถึงทัศนคติของนักกฎหมายไทยมากกว่าการอธิบายแต่เพียงว่า ประเทศไทยจัดอยู่ในกลุ่มประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายแบบซีวิลลอว์.

เหตุผลสนับสนุนข้อสรุปข้างต้นนั้นตั้งอยู่บนคำอธิบายข้อความคิดว่าด้วย “บ่อเกิดของกฎหมาย” ที่ได้รับการยอมรับเป็นสากลในวิชานิติศาสตร์ กล่าวโดยสรุป บ่อเกิดของกฎหมายหมายความถึง บรรดาสื่อกลาง (agencies) ที่ส่งผลทำให้กฎเกณฑ์ต่าง ๆ ซึ่งเคลื่อนไหวผ่านสื่อกลางเหล่านั้นได้รับ สถานะความเป็นกฎหมายขึ้นเป็นครั้งแรก<sup>24</sup> กล่าวอีกนัยหนึ่ง สิ่งที่จะถือเป็นบ่อเกิดของกฎหมายได้นั้น จะต้องมีความสำคัญประการหนึ่ง ได้แก่ จะต้องสามารถแปลงสภาพ (transform) สิ่งที่ไม่ใช่กฎหมาย เช่น จารีตประเพณี ธรรมเนียมปฏิบัติ หรือเจตจำนงทางการเมืองของประชาชน ให้กลายมาเป็นกฎหมายได้ จากความหมายของบ่อเกิดของกฎหมายข้างต้นจะเห็นได้ว่า “การเทียบบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง” มิได้มีความสำคัญของความเป็นบ่อเกิดของกฎหมาย เนื่องจากการเทียบบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งเป็นการนำกฎหมาย “ที่มีอยู่แล้ว” มาปรับใช้กับกรณีปัญหาที่ยังไม่มีกฎหมายใช้บังคับ (หรือที่เรียกว่าช่องว่างของกฎหมาย) โดยกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งดังกล่าวย่อมมีสถานะ “เป็นกฎหมายอยู่แล้ว” ก่อนที่จะนำมาปรับใช้โดยเทียบเคียง ดังนั้น การเทียบบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งจึงไม่มีผลทำให้สิ่งที่ไม่เป็นกฎหมาย” แปลงสภาพกลายเป็นกฎหมาย แต่ประการใด

มาตรา 4 วรรคสอง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ไม่เพียงแต่เป็นบทบัญญัติที่ระบุบ่อเกิดของกฎหมายในระบบกฎหมายไทยและกำหนดลำดับการใช้กฎหมายตามบ่อเกิดเท่านั้น หากแต่ยังเป็นบทบัญญัติที่รับรองวิธีการอุดช่องว่างของกฎหมายที่เรียกว่า “การเทียบบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง” ไว้อย่างชัดเจน (*expressis verbis*) โดยกำหนดให้ผู้ซึ่งกฎหมายต้องเทียบบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งเพื่อวินิจฉัยข้อพิพาทเสียก่อนในกรณีที่ไม่มีกฎหมายจากบ่อเกิดสองลำดับแรก ได้แก่ กฎหมายลายลักษณ์อักษรและกฎหมายจารีตประเพณี ต่อเมื่อไม่อาจเทียบบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งได้แล้วเท่านั้นจึงจะสามารถวินิจฉัยโดยใช้ “หลักกฎหมายทั่วไป” ซึ่งเป็นบ่อเกิดลำดับที่สามและลำดับสุดท้ายได้

เพื่อประโยชน์ในการทำความเข้าใจความหมายและขอบเขตของการเทียบบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งตามมาตรา 4 วรรคสอง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บทความฉบับนี้จะกล่าวถึงข้อความคิดทั่วไปว่าด้วยการอุดช่องว่างของกฎหมาย รวมถึงหลักการทำงานของนักกฎหมายเมื่อค้นพบช่องว่างของกฎหมายโดยสังเขป ในหัวข้อถัดไป

---

<sup>24</sup> Sir Carleton Kemp Allen, *Law in the Making* (Oxford: Oxford University Press, 1964), p.1; คำอธิบายในแนวทางเดียวกัน เช่น Sheldon Amos, *A Systematic View of the Science of Jurisprudence* (London: Longmans, Green, and Co., 1872), p.52: “immediate group of circumstances through which a legal rule acquires its essential character as such”; Lasse Oppenheim, *International Law: A Treatise* Vol. I (London: Longmans, Green, and Co., 1948), p.24: “an historical fact out of which rules of conduct rise into existence and legal force”; P. J. Fitzgerald, *Salmond on Jurisprudence* (London: Sweet & Maxwell, 1966), 110: “gates through which new principles can find entrance into the law”.

### 3. ข้อความคิดทั่วไปว่าด้วยการอุดช่องว่างของกฎหมาย

#### 3.1 ความหมายของ “ช่องว่างของกฎหมาย”

ในเบื้องต้นสมควรกล่าวถึงคำอธิบายในทางตำราของคำว่า “ช่องว่างของกฎหมาย” ศาสตราจารย์ ดร.หยุด แสงอุทัย ได้กล่าวถึง “ช่องว่างแห่งกฎหมาย” (Gap in the Law) ไว้ในตำรา *ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป* ของท่านว่า “หมายถึงกรณีที่ไม่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรหรือกฎหมายจารีตประเพณีที่จะนำไปใช้ปรับแก้ข้อเท็จจริงได้ กล่าวคือ ผู้ใช้กฎหมายหากกฎหมายเพื่อมาใช้ปรับแก้กรณี ‘ไม่พบ’<sup>25</sup> โดยปกติแล้วมักเป็นกรณีที่เกิดข้อพิพาททางกฎหมายขึ้น (เช่น คดีในศาล) แต่ปรากฏว่า ยังไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้ว่าจะต้องวินิจฉัยกรณีดังกล่าวอย่างไร หรืออาจเป็นกรณีที่มีกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับเรื่องนั้นแต่กลับไม่ครอบคลุมถึงข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในคดีที่จะต้องวินิจฉัยดังกล่าว สาเหตุที่ก่อให้เกิดช่องว่างของกฎหมายอาจมีได้หลายประการ ไม่ว่าจะเป็นเพราะความคาดไม่ถึงของผู้ร่างกฎหมาย เพราะพัฒนาการในเรื่องนั้นยังไม่เกิดขึ้นในขณะที่มีการตรากฎหมายนั้น หรือเพราะผู้ร่างกฎหมายเห็นว่าเป็นเรื่องที่ยังไม่สมควรบัญญัติไว้ให้ตายตัว<sup>26</sup>

อย่างไรก็ตาม เนื่องจากคำว่า “ช่องว่างของกฎหมาย” เป็นถ้อยคำในทางนิติศาสตร์ที่มีความเข้าใจหลากหลายและยังไม่มีคำจำกัดความที่ได้รับการยอมรับตรงกันโดยนักนิติศาสตร์ทั้งหมด<sup>27</sup> ในบทความฉบับนี้จึงจะกล่าวถึงคำว่า “ช่องว่างของกฎหมาย” ในฐานะที่เป็นศัพท์เทคนิค (*terminus technicus*) ในความหมายของ “ช่องว่างของระบบกฎหมาย” ไม่ใช่ “ช่องว่างของกฎหมายลายลักษณ์อักษร”<sup>28</sup> กล่าวอีกนัยหนึ่ง การที่ผู้ใช้กฎหมายจะทราบข้อพิพาทในเรื่องนั้นกำลังประสบกับปัญหาช่อง

<sup>2</sup> หยุด แสงอุทัย, *ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป*, หน้า 142.

<sup>2</sup> หยุด แสงอุทัย, *ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป*, หน้า 142-143.

<sup>27</sup> Bernd Rüthers/Christian Fischer/Axel Birk, *Rechtstheorie und Juristische Methodenlehre*, Rn. 832ff.

<sup>28</sup> อย่างไรก็ตาม สมควรกล่าวในที่นี้ว่า นักกฎหมายในประเทศไทยจำนวนหนึ่งใช้คำว่า “ช่องว่างของกฎหมาย” เพื่อหมายความถึง “ช่องว่างของกฎหมายลายลักษณ์อักษร” เท่านั้น โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกลุ่มนักกฎหมายที่อธิบายว่า หลักเกณฑ์ที่บัญญัติไว้ในมาตรา 4 วรรคสอง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เป็นเรื่องของการอุดช่องว่างของกฎหมาย “ทั้งวรรค” กล่าวคือ ทั้ง “จารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น” “[การ]เทียบบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง” และ “หลักกฎหมายทั่วไป” ในมาตรา 4 วรรคสองล้วนแต่เป็น “วิธีการอุดช่องว่างของกฎหมาย” อาทิ ศันันท์กรณม์ โสทธิพันธุ์, *คำอธิบายหลักพื้นฐานของกฎหมายเอกชน*, หน้า 217-238; มานิตย์ วงศ์เสวี, *นิติวิธี การใช้และการตีความกฎหมาย : ศึกษาเปรียบเทียบระบบกฎหมายไทยและระบบกฎหมายเยอรมัน* (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2562), หน้า 150-154 กล่าวโดยสรุป นักกฎหมายกลุ่มนี้เห็นว่าช่องว่างของกฎหมายเกิดขึ้นเมื่อ “ผู้ใช้กฎหมายไม่สามารถหาบทกฎหมายลายลักษณ์อักษรมาปรับแก้ข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น” และวิธีการต่าง ๆ ที่บัญญัติไว้ในมาตรา 4 วรรคสอง “เป็นเรื่องของการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายในกรณีที่ไม่สามารถใช้บทกฎหมายลายลักษณ์อักษรปรับแก้คดีที่เกิดขึ้นได้” (กรณม์มล ประเสริฐศักดิ์, “ปัญหาการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง”, 69 และ 167 ตามลำดับ) คำว่า “ช่องว่างของกฎหมาย” ตามคำอธิบายของนักกฎหมายกลุ่มนี้จึงมุ่งหมายถึงกรณีที่ไม่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรมาปรับแก้คดีเป็นสำคัญ แม้จะยังมีจารีตประเพณีที่มีค่าบังคับเป็นกฎหมายหรือหลักกฎหมายทั่วไปให้ปรับแก้คดีอยู่ก็ถือว่าเกิดช่องว่างของกฎหมายขึ้นแล้ว ซึ่งเป็นคนละมโนทัศน์กับช่องว่างของกฎหมายในความหมาย “ช่องว่างของระบบกฎหมาย” ที่ใช้ในบทความฉบับนี้ เนื่องจากตามความเห็นของผู้เขียนนั้น ในกรณีที่ระบบกฎหมาย (พิจารณาในองค์กรรวมทั้งระบบ)

ว่างของกฎหมายอยู่หรือไม่ นั่น ผู้ใช้กฎหมายจะต้องค้นหากฎหมายจนแน่ใจเสียก่อนว่า เป็นกรณีที่ “ไม่มีกฎหมาย” บัญญัติถึงกรณีดังกล่าวไว้เลย การที่จะแน่ใจเช่นนั้นได้ ผู้ใช้กฎหมายย่อมต้องทราบเสียก่อนว่า “บ่อเกิดของกฎหมาย” ในระบบกฎหมายของตนมีอะไรบ้าง และจะต้องค้นหากฎหมายจากทุกบ่อเกิดที่มีอยู่ทั้งหมดในระบบกฎหมายไปตลอดจนแน่ใจว่าไม่มีกฎหมายที่จะปรับกับกรณีนั้นได้จริง อย่างไรก็ตาม ในอีกด้านหนึ่ง ผู้ใช้กฎหมายย่อมต้องคำนึงเสมอว่า ระบบกฎหมายทุกระบบย่อมมีความประสงค์ที่จะเป็นระบบที่ไร้ช่องโหว่ (lückenlos) ดังนั้น แม้จะเป็นกรณีที่ตนได้ตรวจค้นกฎหมายที่ใช้อยู่ในปัจจุบันแล้วไม่พบบทบัญญัติที่สามารถนำมาปรับกับคดีได้โดยตรงก็ตาม หลักในการทำงานที่ถูกต้องของนักกฎหมายย่อมไม่ใช้การเร่งรัดด่วนสรุปทันทีว่าเป็นกรณีที่เกิดช่องว่างของกฎหมาย เนื่องจาก การสรุปว่าข้อเท็จจริงกรณีหนึ่งกรณีใดเป็นกรณีที่ระบบกฎหมายมีช่องว่างอยู่จริงนั้นจะต้อง “พิสูจน์” สมมติฐานให้ได้เสียก่อนว่า ในบรรดาบทบัญญัติแห่งกฎหมาย “ทั้งหมด” ที่ใช้บังคับอยู่ในระบบกฎหมายในเวลานั้น ไม่มีบทบัญญัติใดเลยที่สามารถนำมาปรับใช้เพื่อวินิจฉัยข้อเท็จจริงดังกล่าวได้ ไม่ว่าจะเป็นการปรับใช้โดยตรงหรือโดยการตีความกฎหมาย<sup>29</sup>

ด้วยเหตุนี้ การที่จะพิสูจน์ว่าข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นเป็นกรณีที่ระบบกฎหมายมีช่องว่างไม่สามารถนำบทบัญญัติแห่งกฎหมายบทใดบทหนึ่งมาใช้ในการวินิจฉัยได้จริง นักกฎหมายไม่เพียงแต่จะต้องตรวจค้นกฎหมายทั้งหมดที่ใช้บังคับอยู่จริงในระบบกฎหมายเท่านั้น (ไม่ว่าจะเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรหรือกฎหมายจารีตประเพณี) หากแต่ยังจะต้อง “ตีความ” บทกฎหมายที่มีอยู่ทั้งหมดโดยอาศัยวิธีการในการ

---

“ยังมีกฎหมาย” ที่สามารถปรับใช้กับกรณีนั้นได้ ไม่ว่าจะกฎหมายดังกล่าวจะมีที่มาจาก “บ่อเกิด” ใดก็ตาม (กฎหมายจารีตประเพณีหรือหลักกฎหมายทั่วไป) ย่อมยังมีใช้สถานการณ์ที่สมควรจะนำคำว่า “ช่องว่าง” มาใช้ เพราะไม่ได้มีช่องว่างเกิดขึ้นในระบบกฎหมายแต่ประการใด หากแต่เป็นกรณีที่ไม่มีกฎหมายสำหรับข้อเท็จจริงนั้นในบ่อเกิดของกฎหมายหนึ่ง แต่ยังมีอยู่ในอีกบ่อเกิดหนึ่ง นักกฎหมายย่อมมีหน้าที่ต้องนำกฎหมายที่มีอยู่ในบ่อเกิดนั้นมาปรับใช้แก่กรณีดังกล่าว หากเดินตามแนวความเห็นนี้ ในบรรดาหลักเกณฑ์ที่บัญญัติไว้ในมาตรา 4 วรรคสองย่อมมีเพียงการ “เทียบบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง” เท่านั้นที่จัดเป็นวิธีการอุดช่องว่างของกฎหมาย จากเหตุผลที่ได้กล่าวข้างต้นผู้เขียนจึงไม่เห็นด้วยกับการอธิบายว่ามาตรา 4 วรรคสอง เป็นบทบัญญัติว่าด้วยการอุดช่องว่างของกฎหมาย “ทั้งวรรค” เว้นเสียแต่จะได้ระบุลงไปให้ชัดเจนในคำอธิบายว่าหมายถึงความถึง “ช่องว่างของกฎหมายลายลักษณ์อักษร” หรือ “ช่องว่างของตัวบทกฎหมาย” ผู้ที่สนใจทรงสนของผู้อ่านอาจเห็นภาพได้ชัดเจนมากขึ้นหากพิจารณาคำอธิบายของนักกฎหมายที่มีอธิบายข้อความคิดว่าด้วย “บ่อเกิดของกฎหมาย” ในเชิงอุปมาโวหารว่าเปรียบเสมือน “บ่อน้ำ” (เช่น ปรีดี เกษมทรัพย์, **กฎหมายแพ่ง : หลักทั่วไป**, หน้า 16: “เมื่อเกิดปัญหาขึ้นมาใครคิดใครถูก จะไปหากกฎหมายจากไหนมาตัดสินคำตอบก็คือเราต้องไปหาที่บ่อของมันเป็นเหมือนกับเราไปหาน้ำ ถ้าเราไม่รู้จักบ่อน้ำไหนก็ไม่พบ”) เนื่องจากหากสมมติสถานการณ์ขึ้นว่าเรากระหน่ำและหาน้ำไม่พบจากบ่อหนึ่ง แต่ยังคงมีน้ำที่ดื่มและใสสะอาดอยู่ในอีกบ่อหนึ่งที่ใกล้เคียงกัน คงไม่มีผู้ใดเรียกรณีนี้น้ำว่า “สภาพขาดแคลนน้ำ” ในทำนองเดียวกันนี้เอง ผู้เขียนจึงไม่เรียกสภาพการณ์ที่ยังมีกฎหมายจากบ่อเกิดใดบ่อเกิดหนึ่งสามารถปรับใช้กับกรณีนั้น ๆ ว่าเป็นกรณีที่เกิด “ช่องว่างของกฎหมาย”.

<sup>29</sup> กล่าวอีกนัยหนึ่ง หากมีผู้สามารถพิสูจน์ในทางกลับกันได้ว่า ยังมีบทบัญญัติแห่งกฎหมายบทใดบทหนึ่งที่สามารถปรับใช้กับข้อเท็จจริงนั้นได้ ย่อมมีผลทลายสมมติฐานที่ว่ากรณีนั้นเป็นกรณีช่องว่างของกฎหมายทันที อุปมาได้กับการพิสูจน์สมมติฐานที่ว่า “ไม่มีกาดัวใดเป็นกาวัว” จะต้องพิสูจน์ให้ได้ว่ากาดัวทุกตัวบนโลกเป็นสีดำ (หรือสีอื่นใดที่ไม่ใช่สีขาว) การที่เราพบเห็นกาดัวเป็นจำนวนมากหรือค้นพบกาดัวมากขึ้นเรื่อย ๆ ย่อมไม่เพียงพอที่จะพิสูจน์สมมติฐานดังกล่าวได้ เนื่องจากหากมีผู้ค้นพบกาดัวสีขาว “เพียงตัวเดียว” ย่อมมีผลเป็นการหักล้างสมมติฐานข้างต้นทันที การพิสูจน์ว่าสิ่งหนึ่งสิ่งใด “ไม่มี” จึงยากกว่าการพิสูจน์ว่า “มี” เสมอ.

ตีความกฎหมายที่เป็นที่ยอมรับในระบบกฎหมายนั้นจนมั่นใจเสียก่อนว่า ไม่มีบทบัญญัติใดเลยที่สามารถนำมาใช้ในการวินิจฉัยกรณีนั้นได้ ทั้งนี้ สอดคล้องกับที่ศาสตราจารย์ ดร.หยุด แสงอุทัย ได้อธิบายว่า ช่องว่างแห่งกฎหมายนั้นทราบได้โดยการ “ตรวจค้น” และ “ตีความ” กฎหมายที่ใช้อยู่<sup>30</sup> กล่าวโดยสรุป “ช่องว่างของกฎหมาย” เป็นกรณีที่เกิดขึ้น (หากมี) ในขั้นตอนของการปรับใช้กฎหมาย (application) ซึ่งจะต้องผ่านขั้นตอนการตีความกฎหมาย (interpretation) มาแล้วเสียก่อน เท่านั้น<sup>31</sup>

ข้อพิจารณาข้างต้นช่วยให้เราเข้าใจความสัมพันธ์ระหว่างกันของมาตรา 4 วรรคหนึ่งและมาตรา 4 วรรคสอง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้ชัดเจนยิ่งขึ้น กล่าวคือ ในกรณีที่เกิดปัญหาทางกฎหมายขึ้นผู้ใช้กฎหมายจะต้องปรับใช้บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่มีอยู่ในเรื่องนั้น หากไม่สามารถปรับใช้ได้ตามขอบเขตของถ้อยบัญญัติทันที (“กรณีซึ่งต้องด้วยบทบัญญัติใด ๆ แห่งกฎหมายตามตัวอักษร”) ก็จะต้องตีความบทกฎหมายนั้นตามวิธีการในการตีความกฎหมาย หากการตีความนำไปสู่ผลลัพธ์ในเชิงบวก คือ บทกฎหมายนั้นสามารถนำมาปรับใช้กับปัญหาที่เกิดขึ้นได้ ผู้ใช้กฎหมายมีหน้าที่ต้องปรับใช้บทกฎหมายนั้น (“ตามความมุ่งหมายของบทบัญญัตินั้น ๆ”) ที่กล่าวมาจนถึงขั้นตอนนี้เป็นกรณีตามมาตรา 4 วรรคหนึ่ง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งตรงกับขั้นตอนแรกในการใช้กฎหมายที่ได้อธิบายข้างต้น ได้แก่ “การตรวจค้นและตีความ(กฎหมายลายลักษณ์อักษร)”<sup>32</sup> ในขณะที่มาตรา 4 วรรคสอง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์จะบัญญัติหลักการเกณฑ์การทำงานของนักกฎหมายในกรณีที่ขั้นตอนการตรวจค้นและตีความไม่ประสบผลสำเร็จ โดยกำหนดให้นักกฎหมายค้นหาและปรับใช้กฎหมายในบ่อเกิดลำดับถัดไป รวมถึงปรับใช้ “หลักการอุดช่องว่างของกฎหมาย” ตามที่จะได้อธิบายต่อไปในบทความฉบับนี้<sup>33</sup>

<sup>30</sup> โปรตตุ หยุด แสงอุทัย, *ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป*, หน้า 143.

<sup>31</sup> ผู้สนใจประวัติความเป็นมาของการกำหนดลำดับการปรับใช้กฎหมายในมาตรา 4 วรรคสอง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ โดยเฉพาะอย่างยิ่งประเด็นที่มาตรา 4 วรรคสอง บัญญัติให้ต้องเทียบบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งก่อนการค้นหากฎหมายจากบ่อเกิดในลำดับสุดท้าย (หลักกฎหมายทั่วไป) โปรตตุ กรณักรมล ประเสริฐศักดิ์, “ปัญหาการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง”, หน้า 156-165.

<sup>32</sup> อย่างไรก็ตาม ผู้ศึกษาไม่ควรเข้าใจว่ามาตรา 4 วรรคหนึ่ง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์กำหนดวิธีการในการตีความกฎหมายไว้ ดังที่ได้อธิบายโดยละเอียดในบทความฉบับนี้ มาตรา 4 วรรคหนึ่ง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บอกผู้ใช้กฎหมายแต่เพียงว่า “จงตีความกฎหมายก่อนใช้” แต่ไม่ได้อธิบายว่า “จะต้องตีความกฎหมายอย่างไร” ซึ่งสอดคล้องกับความเห็นทางวิชาการของนักนิติศาสตร์ว่า วิธีการในการตีความกฎหมายควรได้รับการพัฒนาโดยคำสอนของนักนิติศาสตร์และไม่มีความจำเป็นที่จะต้องนำไปบัญญัติไว้ในตัวบทกฎหมาย.

<sup>33</sup> นอกจากประวัติความเป็นมาของการร่างกฎหมายที่ผู้เขียนได้อ้างถึงในเชิงอรรถก่อนหน้าแล้ว ผู้เขียนยังมีข้อสังเกตว่าการที่ผู้ร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ได้บัญญัติในมาตรา 4 วรรคสองว่า หากเป็นกรณีที่ไม่มีบทกฎหมายลายลักษณ์อักษรและกฎหมายจารีตประเพณีให้ผู้ใช้กฎหมาย “เทียบบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง” ทันทีและหากไม่สามารถดำเนินการได้จึงจะสามารถวินิจฉัยโดยใช้หลักกฎหมายทั่วไปได้ ทั้งที่การเทียบบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งเป็นเพียงวิธีการอุดช่องว่างของกฎหมายและไม่ถือเป็นบ่อเกิดของกฎหมาย อาจแสดงให้เห็นถึงความเข้าใจของผู้จัดทำประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ในขณะนั้น) ว่า หลักกฎหมายทั่วไปไม่ถือเป็น

## 3.2 หลักการทำงานของนักกฎหมายเมื่อค้นพบช่องว่างของกฎหมาย

### 3.2.1 ขั้นตอนที่ 1 การระบุประเภทของช่องว่างของกฎหมาย

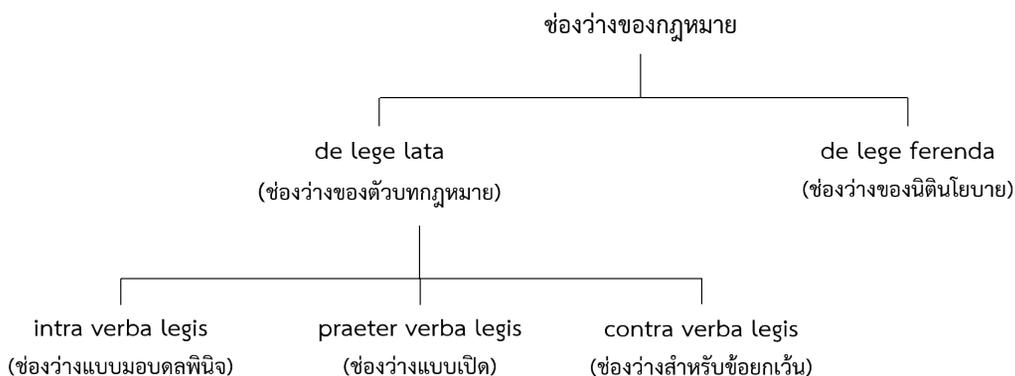
เมื่อได้ดำเนินการตามขั้นตอน “การตรวจค้นและตีความ” จนแน่ใจแล้วว่าเป็นกรณีที่กฎหมายมีช่องว่าง ผู้ใช้กฎหมายยังคงต้องพิจารณาต่อไปว่า ช่องว่างของกฎหมายดังกล่าวเป็นช่องว่างประเภทใด เนื่องจากช่องว่างของกฎหมายมีอยู่หลายประเภทและแต่ละประเภทมีวิธีการจัดการที่แตกต่างกัน อย่างไรก็ตาม เนื่องจากการแบ่งประเภทช่องว่างของกฎหมายนั้นมียุ่หลายรูปแบบขึ้นอยู่กับเกณฑ์ที่นักกฎหมายใช้ในการพิจารณา<sup>34</sup> เพื่อความชัดเจนผู้เขียนจึงขออ้างอิงการแบ่งประเภทช่องว่างของกฎหมายจากหนังสือ *คำสอนว่าด้วยนิติวิธี* (Juristische Methodenlehre) ของ Prof. Dr. Ernst A. Kramer ดังนี้<sup>35</sup>

---

องค์ประกอบส่วนหนึ่งของกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่จริงในบ้านเมือง (positive law) ตัวอย่างเช่น อาจมีที่มาจากกฎหมายของต่างประเทศ หรืออาจเป็นหลักกฎหมายที่สืบทอดมาตั้งแต่ในสมัยโบราณ ดังเช่นที่เคยปรากฏว่าศาสตร์กฏาได้อ้างถึงหลักกฎหมายในประมวลกฎหมายของพระเจ้าจัสติเนียนหรือ Corpus Iuris Civilis ในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 419/129 (โปรดดู ปิติ โพธิ์วิจิตร, “อิทธิพลของกฎหมายต่างประเทศต่อพัฒนาการของระบบการฟ้องคดีอาญาโดยผู้เสียหายของประเทศไทย”, *วารสารนิติศาสตร์* ปีที่ 49 ฉบับที่ 4 (ธันวาคม 2563), หน้า 718–719) เนื่องจากในทางนิติวิธี การนำวิธีการอุดช่องว่างของกฎหมายมาใช้ต้องเป็นกรณีที่ “ไม่มีกฎหมายในระบบกฎหมายที่ปรับใช้ได้แล้ว” เท่านั้น การอนุญาตให้วินิจฉัยคดีโดยใช้หลักกฎหมายทั่วไปจึงเปรียบเสมือนการนำ “สิ่งแปลกปลอม” มาใช้เพื่อป้องกันมิให้เกิดกรณีที่ไม่มีกฎหมายที่จะใช้ในการตัดสินคดี (ซึ่งเป็นผลลัพธ์ที่ร้ายแรงที่สุดอันอาจสั่นคลอนความมั่นคงของระบบกฎหมายได้) อย่างไรก็ตาม ในปัจจุบันหลังจากที่ระบบกฎหมายไทยได้รับการก่อตั้งและพัฒนาด้านตนเองมาเป็นระยะเวลาหนึ่งจนเกิดการก่อตัวขึ้นของ “หลักกฎหมายทั่วไปภายในระบบกฎหมาย” อาทิ หลักกฎหมายทั่วไปในทางวิธีพิจารณาคดี หลักทั่วไปในทางกฎหมายปกครอง (ซึ่งเป็นเขตแดนทางกฎหมายที่อยู่ในขั้นตอนการพัฒนาและยังอาศัยหลักกฎหมายทั่วไปและหลักกฎหมายที่พัฒนาขึ้นจากแนวบรรทัดฐานคำพิพากษาของศาลเป็นหลัก) กรณีอาจมีประเด็นที่นักนิติศาสตร์ไทยต้องพิจารณาร่วมกันว่า ลำดับการปรับใช้กฎหมายและการอุดช่องว่างของกฎหมายตามมาตรา 4 วรรคสอง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ยังคงสอดคล้องหรือเหมาะสมกับสภาพการณ์ในปัจจุบันของระบบกฎหมายอยู่หรือไม่ ตัวอย่างเช่น ในเขตแดนของกฎหมายมหาชน (โดยเฉพาะอย่างยิ่งกฎหมายปกครอง) หากเป็นกรณีที่ไม่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรและกฎหมายจารีตประเพณีแต่เป็นกรณีที่มีหลักกฎหมายทั่วไปในเรื่องนั้นอยู่ ผู้ใช้กฎหมายสามารถปรับใช้หลักกฎหมายทั่วไปได้เลยหรือจะต้องเทียบกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งก่อน ตามหลักเกณฑ์ในมาตรา 4 วรรคสอง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ข้อพิจารณาข้างต้นจะทวีความสำคัญขึ้นกลายเป็นปัญหาในวิชานิติศาสตร์หากทั้งสองทางนำไปสู่ผลในทางกฎหมายที่แตกต่างกันโดยสิ้นเชิง สำหรับข้ออภิปรายเกี่ยวกับลำดับขั้นตอนการปรับใช้กฎหมายจารีตประเพณีในกฎหมายมหาชน โปรดดู วรเจตน์ ภาคีรัตน์, *คำสอนว่าด้วยรัฐและหลักกฎหมายมหาชน* (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์อานกฏหมาย, 2564), หน้า 468–469 และมานิตย์ วงศ์เสรี, *นิติวิธี การใช้และการตีความกฎหมาย : ศึกษาเปรียบเทียบระบบกฎหมายไทยและระบบกฎหมายเยอรมัน*, หน้า 233 ซึ่งมีความเห็นไปในแนวทางเดียวกันว่า ในกฎหมายมหาชนสมควรใช้กฎหมายลายลักษณ์อักษรให้สิ้นเสียก่อนทั้งโดยตรงหรือโดยการเทียบเคียง ต่อเมื่อไม่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรให้ใช้จึงใช้กฎหมายจารีตประเพณีได้ อย่างไรก็ตาม ประเด็นเกี่ยวกับลำดับการปรับใช้หลักกฎหมายทั่วไปที่ผู้เขียนได้ยกขึ้นพิจารณาข้างต้นดูเหมือนจะยังไม่ได้มีการอภิปรายในวงวิชาการไทยเท่าที่ควร.

<sup>34</sup> Bernd Rüthers/Christian Fischer/Axel Birk, *Rechtstheorie und Juristische Methodenlehre*, Rn. 841.

<sup>35</sup> โปรดดู Ernst A. Kramer, *Juristische Methodenlehre* (Bern: Stämpfli Verlag, 2013), p.193–202.



แผนภาพ: การแบ่งประเภทช่องว่างของกฎหมายตามคำอธิบายของ Prof. Dr. Ernst A. Kramer<sup>36</sup>

### (1) ช่องว่างของ “นิตินโยบาย” หรือช่องว่างแบบ de lege ferenda<sup>37</sup>

ช่องว่างของกฎหมายประเภทแรกนี้เป็นกรณีที่เกิดขึ้นจริง ๆ แล้วระบบกฎหมาย “ควรจะมี” กฎหมายในเรื่องนั้นออกมาใช้บังคับ แต่ปรากฏว่าฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายการเมืองยังไม่ได้ดำเนินการออกกฎหมายที่ครอบคลุมถึงเรื่องดังกล่าว (หรือกำลังจะออกในอนาคต) ส่งผลทำให้เมื่อเกิดข้อพิพาทขึ้นในปัจจุบันจึงไม่มีตัวบทกฎหมายใดในระบบกฎหมายที่จะนำมาใช้ในการวินิจฉัยคดีได้ แม้กรณีดังกล่าวอาจพิจารณาได้ว่าเป็นช่องว่างทางกฎหมายชนิดหนึ่งก็ตาม แต่หากพิจารณาให้ถี่ถ้วนจะพบว่า การที่ไม่มีกฎหมายที่สามารถนำมาใช้บังคับกับคดีที่เกิดขึ้นได้ในกรณีนี้ไม่ใช่เรื่องเหนือความคาดหมาย เนื่องจากเป็นกรณีที่ “นิตินโยบาย” เห็นว่ายังไม่จำเป็นที่จะต้องมีการออกกฎหมายในเรื่องนั้น ดังนั้น ในกรณีที่ผู้ใช้กฎหมายค้นพบช่องว่างแบบ de lege ferenda **ผู้ใช้กฎหมายไม่สามารถนำเอาหลักการอุดช่องว่างของกฎหมายมาใช้แก้ไขปัญหาได้** เนื่องจากช่องว่างแบบ de lege ferenda นี้ไม่เกี่ยวข้องกับนิติวิธีและไม่ใช่น้ำที่ของผู้ใช้กฎหมาย หากแต่เป็นหน้าที่ของฝ่ายนิติบัญญัติที่จะต้องไปดำเนินการออกกฎหมายในเรื่องนั้น หรือหากฝ่ายนิติบัญญัติแสดงความประสงค์หรือนิตินโยบายที่ชัดเจนว่า ไม่ประสงค์จะออกกฎหมายในเรื่องนั้น กรณีดังกล่าวย่อมคงสภาพเป็นช่องว่างของนิตินโยบายต่อไป

### (2) ช่องว่างของตัวบทกฎหมายหรือช่องว่างแบบ de lege lata<sup>38</sup>

ช่องว่างของกฎหมายประเภทนี้ ได้แก่ กรณีที่กฎหมายที่มีอยู่ทั้งหมดในปัจจุบันของระบบกฎหมายไม่สามารถนำไปปรับกับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นได้ ทั้ง ๆ ที่กรณีดังกล่าวอยู่ในขอบเขตของ

<sup>36</sup> ที่มาของแผนภาพ Ibid., p.194.

<sup>37</sup> คำว่า lex ferenda หมายถึง “กฎหมายที่ควรจะเป็นในอนาคต” หรือ “กฎหมายแห่งอนาคต”.

<sup>38</sup> คำว่า lex lata หมายถึง “กฎหมายที่เป็นอยู่ในปัจจุบัน” หรือ “กฎหมายแห่งปัจจุบัน”.

วัตถุประสงค์ที่ระบบกฎหมายต้องการคุ้มครองหรือกำหนดกฎเกณฑ์มาบังคับใช้ (เช่น ระบบกฎหมายที่ต้องการคุ้มครองเสรีภาพในชีวิตร่างกายของบุคคล ย่อมมีเจตนารมณ์คุ้มครองบุคคลจากการกระทำ “ทุกรูปแบบ” ที่อาจละเมิดเสรีภาพในชีวิตร่างกายของบุคคล “ไม่ว่าจะกระทำโดยวิธีการใด” และ “ไม่ว่าจะกระทำโดยใคร”) ช่องว่างแบบ de lege lata จึงแตกต่างจากช่องว่างแบบ de lege ferenda เนื่องจากไม่ใช่กรณี “ยังไม่ได้มีการออกกฎหมาย” แต่เป็นกรณีที่ “มีการออกกฎหมายแล้วแต่กลับใช้ได้ไม่ครอบคลุมตามวัตถุประสงค์” ทั้งนี้ นักกฎหมายแยกช่องว่างของตัวบทกฎหมายหรือช่องว่างแบบ de lege lata ออกเป็น 3 รูปแบบย่อย ดังนี้

### (ก) ช่องว่างแบบมอบดุลพินิจ หรือ intra verba legis

ช่องว่างแบบมอบดุลพินิจ หมายถึง กรณีที่ผู้ออกกฎหมายบัญญัติกฎหมายโดยใช้ถ้อยคำที่ไม่เฉพาะเจาะจง เช่น “ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน” หรือ “ความเสียหายอย่างร้ายแรงต่อประโยชน์สาธารณะ” เพื่อมอบ “ดุลพินิจ” (discretion) ให้ผู้ใช้กฎหมาย (ไม่ว่าจะเป็นฝ่ายปกครองหรือศาล) ปรับใช้กฎหมายให้เข้ากับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นได้อย่างเหมาะสม มีประสิทธิภาพและยืดหยุ่นเปลี่ยนแปลงไปตามสภาพสังคมที่เปลี่ยนแปลงไปได้ นักกฎหมายบางส่วนเห็นว่ากรณีเหล่านี้ไม่ถือเป็นช่องว่างของกฎหมายโดยแท้ เนื่องจากหากพิจารณาจะพบว่าเป็นกรณีที่ “มีกฎหมายให้ปรับใช้” ในขณะที่นักกฎหมายอีกส่วนหนึ่งยังคงจัดให้กรณีเหล่านี้ถือเป็นช่องว่างของกฎหมายเนื่องจากเห็นว่าการที่ผู้ใช้กฎหมายตัดสินใจว่าข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในกรณีใดบ้างถือว่าอยู่ในขอบเขตที่จะใช้บทกฎหมายดังกล่าวได้ (ตัดสินใจปรับใช้กฎหมาย) ย่อมถือเป็นการอุดช่องว่างเช่นเดียวกัน และเมื่อการปรับใช้กฎหมายเหล่านี้ถือเป็นการอุดช่องว่างของกฎหมาย ดังนั้น กฎหมายเหล่านี้ในตัวของมันเองจึงต้องถือว่าเป็นที่มาของช่องว่างของกฎหมาย (หากเปลี่ยนจากคำว่า “ช่องว่างของกฎหมาย” เป็น “ช่องว่างของระบบกฎหมาย” ในกรณีนี้จะเห็นภาพชัดเจนขึ้น) ทั้งนี้ กรณีจะเห็นได้ว่าช่องว่างของกฎหมายแบบ intra verba legis มีที่มาจากความจำเป็นหรือข้อจำกัดของการนิติบัญญัติ ตัวอย่างเช่น ฝ่ายนิติบัญญัติย่อมไม่สามารถบัญญัติรายละเอียดไล่เรียงลงไปตามกฎหมายได้อย่างครบถ้วนสมบูรณ์ว่า ข้อเท็จจริงหรือเหตุการณ์ใดบ้างที่หากเกิดขึ้นแล้วจะถือว่า “ขัดความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน” หรือเป็น “ความเสียหายอย่างร้ายแรงต่อประโยชน์สาธารณะ” เนื่องจากในความเป็นจริงจำนวนที่เป็นไปได้ของข้อเท็จจริงหรือเหตุการณ์ที่จะถือว่าเข้าองค์ประกอบดังกล่าวอาจมีอยู่มากมายนับไม่ถ้วน<sup>39</sup>

<sup>39</sup> โปรตดู ปรีดี เกษมทรัพย์, “การใช้การตีความกฎหมาย”, *วารสารนิติศาสตร์* ปีที่ 15 ฉบับที่ 1 (มกราคม 2530), หน้า 71: “อย่างไรก็ดีตัวบทกฎหมายมีข้อจำกัด ส่วนข้อขัดแย้งที่ต้องวินิจฉัยมีมากมายล้นซับซ้อนเหนือความสามารถของนิติบัญญัติหรือนิติศาสตร์ นักกฎหมายจึงมีเครื่องมือจำกัดในการแก้ปัญหาทุกอย่าง แต่ต้องทำงานให้ได้ผล ดังนั้นนักกฎหมายจึงต้องมีฝีมือและมีนี่เองที่นักกฎหมายจะต้องเรียนรู้ ฝีมือสำหรับนักกฎหมายก็คือการใช้กฎหมายซึ่งเป็นความสามารถที่ต้องเรียน”.

### (ข) ช่องว่างแบบเปิด หรือ *praeter verba legis*

ช่องว่างแบบเปิด หมายถึง กรณีที่ระบบกฎหมายคิดว่ากฎหมายที่ตนมีอยู่ทั้งหมดนั้นครอบคลุมถึงข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นแล้ว แต่พอจะค้นหากฎหมายเพื่อมาปรับกับข้อเท็จจริงดังกล่าวกลับปรากฏว่าไม่พบตัวบทกฎหมายที่สามารถนำมาปรับกับกรณีนั้นได้ กล่าวคือ ตัวบทกฎหมายที่เกี่ยวข้องที่สุดเท่าที่มีอยู่ยังคง “แคบไป” ถึงขนาดที่ตีความไปจนสุดแล้วก็ยังครอบคลุมไปไม่ถึงกรณีที่ต้องการปรับใช้นั้น ช่องว่างลักษณะนี้มักเกิดขึ้นจากการที่ผู้ร่างกฎหมายคาดไม่ถึงว่ากรณีดังกล่าวจะหลุดรอดจากขอบเขตความหมายของตัวบทไป ดังเช่นที่ Prof. Dr. Claus-Wilhelm Canaris อธิบายว่า เป็นกรณีที่กฎเกณฑ์หายไปจากตัวบทกฎหมายนั้นโดย “ผิดไปจากแผน” (*planwidrig*)<sup>40</sup> เนื่องจากหากเราพิจารณาระบบกฎหมายอย่างเป็นองค์รวม (*as a whole*) จะหยั่งทราบถึงเจตนารมณ์ของระบบกฎหมายว่า ประสงค์จะให้มีการตีความที่คับขันกับข้อเท็จจริงเช่นนั้น ในกรณีที่พบช่องว่างแบบ *praeter verba legis* นักกฎหมายจะต้องดำเนินการอุดช่องว่างดังกล่าวโดยอาศัยวิธีการอุดช่องว่างของกฎหมาย<sup>41</sup>

### (ค) ช่องว่างสำหรับข้อยกเว้น หรือ *contra verba legis*

ช่องว่างสำหรับข้อยกเว้น หมายถึง กรณีที่กฎหมายบัญญัติเรื่องนั้นไว้โดยใช้ถ้อยคำที่ “กว้างไป” จนทำให้ขอบเขตการบังคับใช้ครอบคลุมไปจนถึงกรณีที่กฎหมายไม่ต้องการให้ครอบคลุมถึงหากพิจารณาจากเจตนารมณ์ของกฎหมายนั้น (*overinclusive*) โดยทั่วไปแล้วผู้บัญญัติกฎหมายจะป้องกันไม่ให้เกิดช่องว่างประเภทนี้โดยการบัญญัติ “ข้อยกเว้น” ไว้ในตัวบทดังกล่าวด้วย เพื่อตัด (*exclude*) บรรดากรณีที่กฎหมายไม่ต้องการออกจากขอบเขตของตัวบทนั้น ตัวอย่างเช่น ใช้คำว่า “เว้นแต่” หรือ “ไม่หมายความรวมถึง” เป็นต้น อย่างไรก็ตาม ช่องว่างแบบ *contra verba legis* อาจเกิดขึ้นได้หากผู้ออกกฎหมายไม่ได้บัญญัติข้อยกเว้นไว้ (ทั้งที่ควรจะต้องบัญญัติไว้) จนทำให้ตัวบทนั้นครอบคลุมไปถึงกรณีที่อยู่เหนือเจตนารมณ์ของตัวบทกฎหมาย ในกรณีนี้นักกฎหมายจะแก้ปัญหาโดยใช้หลักการอุดช่องว่างกฎหมายที่เรียกว่า “การลดรูปถ้อยคำและสร้างข้อยกเว้นให้สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของกฎหมาย” (*teleological reduction*)<sup>42</sup> เพื่อปรับขอบเขตบังคับใช้ให้สอดคล้องกับเจตนารมณ์ที่แท้จริงของตัวบทกฎหมายนั้น

#### 3.2.2 ขั้นตอนที่ 2 การปรับใช้หลักการอุดช่องว่างของกฎหมาย

ในกรณีที่ผู้ใช้กฎหมายดำเนินการตามขั้นตอนที่ 1 แล้วพบว่า ปัญหาที่กำลังวินิจฉัยเป็นกรณีช่องว่างของตัวบทกฎหมายแบบเปิด หรือ *praeter verba legis* ผู้ใช้กฎหมายต้องพิจารณาต่อไปว่า

<sup>40</sup> Ernst A. Kramer, *Juristische Methodenlehre*, หน้า 191.

<sup>41</sup> โปรดดูข้อ 3.2.2.

<sup>42</sup> โปรดดู วรเจตน์ ภาคีรัตน์, คำสอนว่าด้วยรัฐและหลักกฎหมายมหาชน, หน้า 466-467.

สามารถนำ “หลักการอุดช่องว่างของกฎหมาย” มาใช้แก้ปัญหาดังกล่าวได้หรือไม่<sup>43</sup> กรณีสมควรกล่าวในที่นี้ว่า หลักการอุดช่องว่างของกฎหมายเป็นส่วนหนึ่งของศาสตร์ที่เรียกว่า “นิติวิธี” ซึ่งโดยทั่วไปแล้วไม่จำเป็นต้องได้รับการนำมาบัญญัติไว้เป็นเนื้อหาของตัวบทกฎหมายตามที่ได้อธิบายข้างต้น อย่างไรก็ตามในบางกรณีผู้ร่างกฎหมายอาจนำวิธีการอุดช่องว่างของกฎหมายมาบัญญัติไว้ในตัวบทกฎหมายได้<sup>44</sup> ตัวอย่างเช่น ระบบกฎหมายไทยได้บัญญัติรับรองวิธีการอุดช่องว่างของกฎหมายที่เรียกว่า “การเทียบบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง” ไว้อย่างชัดเจนในมาตรา 4 วรรคสอง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เป็นต้น

ผู้เขียนมีความเห็นว่า “การเทียบบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง” ตามมาตรา 4 วรรคสอง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ครอบคลุมถึงวิธีการอุดช่องว่างของกฎหมายที่ได้รับการพัฒนาขึ้นในวิชานิติศาสตร์อย่างน้อยที่สุดสามวิธี ได้แก่ (1) การให้เหตุผลเชิงอุปมาน หรือการเทียบบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในความหมายโดยแคบ (2) การให้เหตุผลแบบ “ยิ่งต้องเป็นเช่นนั้น” และ (3) การให้เหตุผลแบบ “มีเช่นนั้นแล้ว” ซึ่งจะได้อธิบายต่อไปโดยสังเขป ดังนี้

### (1) การให้เหตุผลเชิงอุปมาน<sup>45</sup> (argumentum a simile หรือ analogy)

วิธีการคิดที่เรียกว่า analogy นั้นเป็นหนึ่งในเครื่องมือทางปัญญาที่สำคัญของมนุษย์มาแต่โบราณกาล เช่น ในวิชาคณิตศาสตร์ analogy มีความสัมพันธ์ใกล้ชิดอย่างยิ่งกับข้อความคิดเรื่อง “สัดส่วน” (proportion) ในวิชาเรขาคณิต<sup>46</sup> หรือในพระพุทธศาสนามีหลักที่เรียกว่า “มหาปเทศ 4”

<sup>43</sup> กรณีมีข้อควรระวังว่า ในการแก้ปัญหาช่องว่างของกฎหมายผู้ใช้กฎหมายจะต้องอ้างถึงหลักการหรือวิธีการอุดช่องว่างที่พัฒนาขึ้นและได้รับการยอมรับเป็นการทั่วไปโดยนักนิติศาสตร์เท่านั้น ผู้ใช้กฎหมายไม่สามารถอุดช่องว่างของกฎหมายโดยการคิดเนื้อหาหรือขยายขอบเขตของบทบัญญัติของกฎหมายตามอำเภอใจของตนได้.

<sup>44</sup> ผู้เขียนเห็นว่ากรณียุติวิธีการอุดช่องว่างของกฎหมายไว้ในตัวบทกฎหมายมีประโยชน์อย่างน้อยสองประการ ได้แก่ (1) เป็นการกำหนดแนวทางการแก้ปัญหาที่ชัดเจน (clear guidance) ให้แก่ระบบกฎหมายและผู้ใช้กฎหมายในกรณีที่เกิดช่องว่างที่ผู้บัญญัติกฎหมายคาดไม่ถึง และ (2) การที่ตัวบทกฎหมายระบุวิธีการอุดช่องว่างวิธีใดวิธีหนึ่งไว้อย่างชัดเจน ยังส่งผลทำให้วิธีการดังกล่าวมีตำแหน่งของเรื่อง (sedes materiae) ที่ชัดเจนในระบบกฎหมายและทำให้การปรับใช้วิธีการดังกล่าวเพื่ออุดช่องว่างของกฎหมายมีความชอบธรรม (legitimacy) เหตุผลในประการที่สองนี้แตกต่างจากกรณีของการบัญญัติหรือไม่บัญญัติวิธีการตีความกฎหมาย เนื่องจากตีความกฎหมายเป็นขั้นตอนการทำงานของนักกฎหมายที่ตั้งอยู่บนฐานของ “บทบัญญัติแห่งกฎหมาย” ที่ตราขึ้นโดยฝ่ายนิติบัญญัติ ดังนั้น โดยปกติการใช้และตีความกฎหมายจึงมีความชอบธรรมอยู่ในตัวผ่านความชอบธรรมในการตรากฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติ ในทางตรงกันข้าม การอุดช่องว่างของกฎหมายเป็นการปรับใช้กฎหมายกับกรณีที่ “อยู่นอกเหนือความคาดหมายของฝ่ายนิติบัญญัติ” หรือหลุดรอดไปจากแผนงานด้านกฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติโดย “ผิดแผน” ดังนั้น การอุดช่องว่างของกฎหมายจึงเรียกร้องความชอบธรรมมากกว่าการตีความกฎหมาย ทำให้บ่อยครั้งผู้ร่างกฎหมายมักนำวิธีการอุดช่องว่างของกฎหมายมาบัญญัติไว้ในตัวบทกฎหมายที่สำคัญหรือเป็นเสาหลักของระบบกฎหมายนั้น.

<sup>45</sup> จากการสำรวจวรรณกรรมทางกฎหมายในประเทศไทยผู้เขียนพบว่า ศาสตราจารย์พิเศษ ดร.อรุณ ภาณุพงศ์ ได้ถอดความคำว่า Analogy หรือ a simile ไว้เป็นอย่างดีแล้วว่า “หลักตรรกศาสตร์เชิงอุปมาน” (โปรดดู อรุณ ภาณุพงศ์, “การตีความกฎหมาย”, วารสารนิติศาสตร์ ปีที่ 26 ฉบับที่ 3 (กันยายน 2541), หน้า 563).

<sup>46</sup> Edward Rothstein, *Emblems of Mind: The Inner Life of Music and Mathematics* (New York: Times Books, 1995), p.164–167.

(จตุรมาหาประเทศกา) ซึ่งพระพุทเจ้าได้ประทานไว้แก่พระภิกษุเพื่อใช้ในการพิจารณาว่าสิ่งใดควรสิ่งใดไม่ควรในกรณีที่พระพุทเจ้าไม่ได้ห้ามหรือไม่ได้อนุญาตสิ่งนั้นไว้โดยชัดแจ้ง โดยอาศัยการพิจารณาว่าสิ่งนั้นอนุโลมเข้ากับสิ่งที่พระพุทเจ้าห้ามไว้ว่าไม่ควรหรืออนุญาตไว้ว่าควรได้หรือไม่<sup>47</sup>

สำหรับในวิชานิติศาสตร์นั้น analogy เป็นเครื่องมือทางนิติวิธีที่สำคัญทั้งในระบบกฎหมายแบบคอมมอนลอว์และในระบบกฎหมายแบบซีวิลลอว์ เช่น การนำหลักกฎหมายที่ศาลได้พัฒนาขึ้นในคดีหนึ่งไปปรับใช้กับอีกคดีหนึ่งในระบบคอมมอนลอว์ซึ่งตั้งอยู่บนหลักการที่ว่า “คดีที่มีข้อเท็จจริงในสาระสำคัญอย่างเดียวกันก็ควรได้รับการวินิจฉัยโดยหลักกฎหมายเดียวกัน” ย่อมต้องอาศัยการให้เหตุผลแบบ analogy เพื่อวินิจฉัยว่า เมื่อใดจึงถือได้ว่าคดีทั้งสองนั้น “มีสาระสำคัญอย่างเดียวกัน” ส่วนในระบบซีวิลลอว์ซึ่งเน้นการตีความและปรับใช้ตัวบทกฎหมายลายลักษณ์อักษรนั้น analogy เป็นหนึ่งในหลักทั่วไปในการใช้กฎหมายที่ได้รับการนำมาบัญญัติไว้ใน Digest ของพระเจ้าจัสติเนียน (ซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของประมวลกฎหมายของพระเจ้าจัสติเนียนหรือ Corpus Iuris Civilis)<sup>48</sup> และมีบทบาทที่สำคัญอย่างยิ่งต่อการใช้กฎหมายในฐานะที่เป็นวิธีการอุดช่องว่างของกฎหมายที่เรียกว่า argumentum a similitudo หรือการให้เหตุผลเชิงอุปมาจนมาจวบจนปัจจุบัน

การให้เหตุผลเชิงอุปมาเริ่มต้นจากการนำ “กรณี” (cases) สองกรณีมาเปรียบเทียบกัน กรณีแรกคือกรณีที่มีตัวบทกฎหมายบัญญัติกำหนดหลักเกณฑ์ไว้แล้ว (ในที่นี้จะเรียกว่า “กรณีต้นแบบ”) กรณีที่สองคือข้อเท็จจริงที่ต้องได้รับการวินิจฉัยแต่ไม่ปรากฏบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่นำมาใช้วินิจฉัยได้ (ในที่นี้จะเรียกว่า “กรณีปัญหา”) เพื่อพิจารณาว่า กรณีต้นแบบกับกรณีปัญหานั้น “เหมือนกัน” (similar) หรือไม่ หาก “ไม่เหมือน” หรือเพียง “คล้ายกันอย่างยิ่ง” ย่อมไม่สามารถนำกฎหมายของกรณีต้นแบบมาใช้ในการวินิจฉัยกรณีปัญหาได้<sup>49</sup> อย่างไรก็ตาม ในการพิจารณาว่ากรณีต้นแบบกับกรณีปัญหา “เหมือนกัน” ถึงขนาดที่จะสามารถปรับใช้บทบัญญัติของกรณีต้นแบบได้หรือไม่นั้น ไม่ได้จำเป็นว่ากรณีต้นแบบกับ

<sup>47</sup> พระไตรปิฎกเล่มที่ 5 พระวินัยปิฎกเล่มที่ 5 (ฉบับมหาจุฬาฯ) มหาวรรค ภาค 2: “พระผู้มีพระภาคได้ประทานมหาปเทศไว้ 4 ข้อ คือ 1. ภิกษุทั้งหลาย สิ่งใดเราไม่ได้ห้ามไว้ว่า ‘สิ่งนี้ไม่ควร’ ถ้าสิ่งนั้นอนุโลมเข้ากับสิ่งที่ไม่ควร ชัดกับสิ่งที่ควร สิ่งนั้นไม่ควร 2. ภิกษุทั้งหลาย สิ่งใดเราไม่ได้ห้ามไว้ว่า ‘สิ่งนี้ไม่ควร’ ถ้าสิ่งนั้นอนุโลมเข้ากับสิ่งที่ควร ชัดกับสิ่งที่ไม่ควร สิ่งนั้นควร 3. ภิกษุทั้งหลาย สิ่งใดเราไม่ได้อนุญาตไว้ว่า ‘สิ่งนี้ควร’ ถ้าสิ่งนั้นอนุโลมเข้ากับสิ่งที่ไม่ควร ชัดกับสิ่งที่ควร สิ่งนั้นไม่ควร 4. ภิกษุทั้งหลาย สิ่งใดเราไม่ได้อนุญาตไว้ว่า ‘สิ่งนี้ควร’ ถ้าสิ่งนั้นอนุโลมเข้ากับสิ่งที่ควร ชัดกับสิ่งที่ไม่ควร สิ่งนั้นควร”

<sup>48</sup> Digest 1,3,12 (Julianus); โปรดดู Thomas M.J. Möllers, *Legal Methods*, Chapter 6, p.102.

<sup>49</sup> ดังนั้น ความเหมือนกัน (similarity) ของข้อเท็จจริงจึงเป็นเงื่อนไขบังคับของการให้เหตุผลเชิงอุปมา (analogy) โดยความเหมือนกันนี้จะต้องมากกว่าความคล้ายคลึงหรือความใกล้เคียง การที่จะใช้วิธีการ analogy ได้จึงต้องเข้าใจก่อนว่าอะไรคือความเหมือนกันของสองสิ่ง เนื่องจากเราเจอเอากฎหมายของกรณี A มาใช้กับกรณี B ได้ก็ต่อเมื่อ “A เหมือนกันกับ B” เท่านั้น ในทางตรงกันข้าม หากเป็นเพียงกรณีที่ “A คล้ายกันกับ B” ย่อมไม่เพียงพอที่จะใช้วิธีการ analogy เพื่ออุดช่องว่างของกฎหมายได้ เนื่องจากผู้ใช้กฎหมายไม่สามารถยืนยันได้ว่า ผู้มีอำนาจบัญญัติกฎหมายย่อมประสงค์อยากให้ใช้บังคับกฎหมายต้นแบบกับกรณีนี้ “เพียงแค่อันเดียวกัน” ดังกล่าว ช่องว่างของกฎหมายในกรณีนี้อาจเป็นเพียงช่องว่างของนโยบายก็เป็นได้.

กรณีปัญหาจะต้องเหมือนกัน “ทุกประการ” หรือเหมือนกันใน “ทุกแง่มุม” เพราะหากเป็นเช่นนั้นแล้ว ทั้งกรณีต้นแบบและกรณีปัญหาย่อมเป็น “สิ่งเดียวกัน” (identical) และเมื่อเป็นสิ่งเดียวกันย่อมไม่มีช่องว่างของกฎหมายที่จะต้องนำเอา analogy มาใช้ การพิจารณา “ความเหมือนกัน” ในที่นี้จึงหมายถึง ความเหมือนกันของคุณสมบัติ (characteristics) หรือของแง่มุม (aspects) บางประการที่ทั้งสองกรณีมีอยู่ร่วมกันและเป็นเหตุผลที่อยู่เบื้องหลังบทบัญญัติแห่งกฎหมายต้นแบบดังกล่าว

ตัวอย่างที่เคยเกิดขึ้นในสมัยสาธารณรัฐโรมัน เช่น ปัญหาว่าบทบัญญัติที่ออกมาใช้บังคับกับ “สัตว์สี่เท้า” จะนำไปปรับใช้โดยเทียบเคียงกับกรณีของ “สัตว์สองเท้า” ได้หรือไม่ กล่าวคือ ในกฎหมาย 12 โต๊ะหรือมัด (Lex Duodecim Tabularum)<sup>50</sup> ที่บัญญัติขึ้นในช่วง 449 ปีก่อนคริสตกาล มีแบบคำฟ้องเรียกว่า actio de pauperie ซึ่งระบุว่าการผิดที่ “สัตว์สี่เท้า” (quadrupes) ของผู้ใดก่อให้เกิดความเสียหายโดยความจงใจ (dolus) หรือประมาทเลินเล่อ (culpa) ผู้นั้นต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่สัตว์นั้นก่อให้เกิดขึ้น ต่อมาในช่วงหลังสงครามพิวนิก (264–146 ปีก่อนคริสตกาล) ได้มีการนำนกกระจอกเทศ (ซึ่งเป็นสัตว์สองเท้า) จากทวีปแอฟริกาเข้ามาเลี้ยงอย่างแพร่หลายในดินแดนอิตาลี ทำให้เกิดปัญหาต้องพิจารณาว่า กรณีที่นกกระจอกเทศไปก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้อื่น ผู้เสียหายจะสามารถฟ้องให้เจ้าของนกกระจอกเทศต้องรับผิดชอบโดยใช้แบบคำฟ้อง actio de pauperie ได้หรือไม่ ในกรณีนี้นักกฎหมายโรมันพิจารณาแล้วเห็นว่า แบบคำฟ้องที่เรียกว่า actio de pauperie นี้มีเจตนารมณ์กำหนดความรับผิดที่เกิดจากสัตว์ (liability for animals) ดังนั้น “ความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสัตว์” และ “ความบกพร่องในการควบคุมดูแลสัตว์” ย่อมเป็นเหตุผลอันเป็นที่มาของการสร้างหลักความรับผิดชอบนี้ขึ้น ดังนั้นคุณสมบัติทางกายภาพของสัตว์ เช่น จำนวนขา ย่อมไม่ใช่คุณสมบัติอันเป็นสาระสำคัญในบริบทของบทบัญญัตินี้ ด้วยเหตุผลข้างต้น แม้ถ้อยบัญญัติจะระบุไว้อย่างชัดเจนว่าแบบคำฟ้องกรณีนี้ใช้บังคับกับ “สัตว์สี่เท้า” แต่หากพิจารณาตามความมุ่งหมายของบทบัญญัตินี้เราต้องถือว่านกกระจอกเทศมีสาระสำคัญเหมือน “สัตว์สี่เท้า” ดังนั้น จึงควรปรับใช้ actio de pauperie กับกรณีที่สัตว์สองเท้าก่อให้เกิดความเสียหายด้วยเช่นกัน<sup>51</sup>

<sup>50</sup> ประชุม โฉมฉาย, *ภาษาละตินสำหรับนิติศาสตร์และสังคมศึกษา* (กรุงเทพมหานคร: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556), หน้า 14: “กฎหมายสิบสองโต๊ะมาจากคำว่า Twelve Tables ถ้าแปลเป็นโต๊ะเป็นความไขว่ไขว เพราะ table ในที่นี้หมายถึงแผ่นหรือ tablet เอกสารโรมันอยู่ในแผ่นไม้ประกบกันเหมือนแฟ้มที่ใช้กันอยู่ในปัจจุบันที่พลิกไปมาได้ [...] น่าจะเรียกเป็นมัดมากกว่า มีสิบสองมัด เป็นไปได้ว่าตอนหลังมีการเอากฎหมายนี้มาตีพิมพ์ที่ศูนย์กิจกรรมของโรมเรียกว่า Forum เอามาบันทึกในแนวตั้งไว้ให้คนยืนอ่านกัน”.

<sup>51</sup> กรณี actio de pauperie เป็นตัวอย่างที่หนังสือตำราสากลนิยมยกขึ้นเป็นตัวอย่างของการปรับใช้หลัก analogy โดยนักกฎหมายโรมัน เช่น Ernst A. Kramer, *Juristische Methodenlehre*, p.205 เป็นต้น สำหรับการแก้ปัญหาโดยใช้ actio utilis เพื่อขยายขอบเขตการใช้บังคับไปยังสัตว์อื่นที่ไม่ใช่สัตว์สี่เท้า โปรดดู Digest 9,1,4; Richard William Leake/Alan Martin Prichard, *Leake's Roman Private Law* (London: Macmillan, 1961), p.426; William Warwick Buckland, *A Text-Book of Roman Law from Augustus to Justinian*, 3rd Edition (Cambridge: Cambridge University Press, 1966), p.603.

กล่าวโดยสรุป การให้เหตุผลเชิงอุปมาน หรือ analogy เปรียบเสมือนสะพานที่เชื่อมขั้นตอนการตีความกฎหมายกับขั้นตอนการใช้กฎหมายเข้าด้วยกัน เนื่องจากการอุดช่องว่างของกฎหมายโดยวิธีนี้เป็นการปรับใช้ตัวบทกฎหมายที่มีอยู่แล้วกับกรณี “แม้จะไม่อยู่ภายในขอบเขตชั้นนอกสุดของถ้อยคำตามตัวอักษรของตัวบทกฎหมายนั้น แต่เห็นได้ชัดว่าสอดคล้องกับเจตนารมณ์ที่สถิตอยู่เบื้องหลังตัวบทกฎหมายดังกล่าว”<sup>52</sup> ในแง่นี้ analogy จึงมีผลเป็นการขยายขอบเขตชั้นนอกสุดที่ได้จากการตีความกฎหมายนั้นออกไปอีกเพื่อให้ครอบคลุมไปถึงพื้นที่ที่ควรไปถึงหากพิจารณาเจตนารมณ์ที่แท้จริงของตัวบทกฎหมายนั้น

## (2) การให้เหตุผลแบบ “ยิ่งต้องเป็นเช่นนั้น” (argumentum a fortiori)

ในทางคำอธิบายว่า การให้เหตุผลแบบ “ยิ่งต้องเป็นเช่นนั้น” หรือ argumentum a fortiori เป็นรูปแบบพิเศษรูปแบบหนึ่งของการให้เหตุผลแบบ analogy<sup>53</sup> ดังนั้น การให้เหตุผลแบบ argumentum a fortiori ย่อมถือเป็นส่วนหนึ่งของ “การเทียบบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง” ตามมาตรา 4 วรรคสอง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และเป็นวิธีการที่สามารถนำมาใช้ในการอุดช่องว่างของกฎหมายในระบบกฎหมายไทยได้เช่นเดียวกัน การให้เหตุผลแบบ “ยิ่งต้องเป็นเช่นนั้น” มีหลักพิจารณาพื้นฐาน ดังนี้

“การที่กฎหมายบัญญัติให้ใช้บังคับกับกรณี A หมายความว่ากฎหมายนี้ยังต้องใช้บังคับกับกรณี B ได้ด้วยเช่นกัน แม้ว่ากฎหมายจะมีได้บัญญัติหรือกล่าวถึงกรณี B ไว้เลย”

หลักพื้นฐานข้างต้นที่ว่า “หากใช้บังคับกับ A ได้ ยิ่งต้องใช้บังคับกับ B ได้” หมายความว่า โดยเหตุผลของเรื่องแล้ว A กับ B มีความสัมพันธ์ซึ่งกันและกันอยู่ในตัว ดังนั้น นักกฎหมายจึงสามารถหยิบยกความสัมพันธ์ดังกล่าวมาเป็นเหตุผลในการอุดช่องว่างของกฎหมายได้ กล่าวคือ หากเกิดกรณี B ขึ้นเป็นข้อพิพาทและยังไม่มีบทบัญญัติใดในระบบกฎหมายที่สามารถนำมาใช้วินิจฉัยกรณี B ได้ แต่มีบทบัญญัติที่บัญญัติถึงกรณี A ไว้แล้ว บทบัญญัติดังกล่าวสามารถนำมาปรับใช้กับกรณี B เพื่ออุดช่องว่างของระบบกฎหมายได้ ภายใต้เงื่อนไขว่า A และ B เป็นกรณีที่มีสาระสำคัญเดียวกันและมีความสัมพันธ์เชิงระดับ (degree) กันในลักษณะใดลักษณะหนึ่ง ดังนี้

## (ก) การให้เหตุผลจากกรณีเบาไปสู่กรณีหนัก (argumentum a minori ad maius)<sup>54</sup>

กรณี A และกรณี B มีความสัมพันธ์กันในลักษณะที่ A มีความสำคัญน้อยกว่าหรือมีระดับความรุนแรงน้อยกว่าหรือเป็นเรื่องที่เล็กกว่า B ดังนั้น หากกฎหมายบัญญัติผลทางกฎหมายหนึ่งสำหรับกรณี A ไว้

<sup>52</sup> Edgar Bodenheimer, *Jurisprudence: The Philosophy and Method of the Law* (Massachusetts: Harvard University Press, 1981), p.414–415.

<sup>53</sup> Bernd Rüthers/Christian Fischer/Axel Birk, *Rechtstheorie und Juristische Methodenlehre*, Rn. 897; Ernst A. Kramer, *Juristische Methodenlehre*, p.211.

<sup>54</sup> ศาสตราจารย์ ดร.วรเจตน์ ภาคีรัตน์ เรียกว่า การให้เหตุผล “จากสิ่งที่เล็กกว่าไปสู่สิ่งที่ใหญ่กว่า” โปรดดู วรเจตน์ ภาคีรัตน์, *คำสอนว่าด้วยรัฐและหลักกฎหมายมหาชน*, หน้า 464.

กฎหมายนั้นย่อมต้องมีเจตนารมณ์ให้ใช้กับกรณี B ซึ่งมีความสำคัญมากกว่าหรือมีระดับความรุนแรงมากกว่าหรือเป็นเรื่องที่ใหญ่กว่าด้วย ตัวอย่างเช่น หากบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญกำหนดให้ผู้ถูกเวนคืนอสังหาริมทรัพย์โดยชอบด้วยกฎหมายมีสิทธิได้รับค่าทดแทนการเวนคืน บทบัญญัติดังกล่าวย่อมต้องยังมีผลใช้บังคับ (โดยเทียบเคียง) กับกรณีการเวนคืนโดยมิชอบด้วยกฎหมายด้วยเช่นกัน<sup>55</sup> เนื่องจากการเวนคืนโดยมิชอบด้วยกฎหมายยิ่งจะส่งผลกระทบต่อหลักการคุ้มครองกรรมสิทธิ์ของเอกชน ดังนั้นตามเหตุผลของเรื่องผู้ถูกเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ย่อมมีสิทธิได้รับค่าทดแทนการเวนคืน ไม่ว่าจะการเวนคืนนั้นจะชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ก็ตาม

### (ข) การให้เหตุผลจากกรณีหนักไปสู่กรณีเบา (argumentum a maiori ad minus)

เป็นกรณีโดยตรงกันข้ามกับข้อ (ก) ข้างต้น คือ ในกรณีนี้ A จะเป็นกรณีที่มีความสำคัญมากกว่าหรือมีระดับความรุนแรงมากกว่าหรือเป็นเรื่องที่ใหญ่กว่า B ตัวอย่างเช่น หากกฎหมายกำหนดให้คู่สัญญาสามารถบอกเลิกสัญญาได้ฝ่ายเดียวโดยไม่จำเป็นต้องบอกกล่าวล่วงหน้าในกรณีหนึ่ง การที่คู่สัญญาบอกเลิกสัญญาโดยการบอกกล่าวล่วงหน้าในกรณีดังกล่าวย่อมเป็นการเลิกสัญญาที่ยังชอบตามกฎหมายนั้นด้วยเช่นกัน<sup>56</sup>

### (3) การให้เหตุผลแบบ “มิเช่นนั้นแล้ว” (argumentum e contrario)<sup>57</sup>

การให้เหตุผลแบบ “มิเช่นนั้นแล้ว” หรือ argumentum e contrario มีหลักพิจารณาพื้นฐานดังนี้

“การที่กฎหมายบัญญัติไว้อย่างชัดเจนว่าใช้บังคับกับกรณี A หมายความว่ากฎหมายไม่ต้องการผลใช้บังคับกับกรณี B หรือกรณีอื่น ๆ ที่มีใช้กรณี A มิเช่นนั้นแล้วกฎหมายก็คงจะบัญญัติถึงกรณีเหล่านั้นไว้ด้วยแล้วตั้งแต่ต้น”

การให้เหตุผลแบบ “มิเช่นนั้นแล้ว” เป็นวิธีการให้เหตุผลที่เรียกได้ว่าเป็น “คู่ตรงข้าม” กับการให้เหตุผลแบบ analogy<sup>58</sup> เนื่องจากการอุดช่องว่างแบบ analogy (ไม่ว่าจะเป็น argumentum a simile หรือ argumentum a fortiori) จะให้ผลลัพธ์ในเชิงบวก (positive) คือ ผู้ใช้กฎหมายสามารถปรับใช้

<sup>55</sup> Thomas M.J. Möllers, *Legal Methods*, Chapter 6, p.117; Bernd Rüthers/Christian Fischer/Axel Birk, *Rechtstheorie und Juristische Methodenlehre*, Rn. 898.

<sup>56</sup> Thomas M.J. Möllers, *Legal Methods*, Chapter 6, p.115.

<sup>57</sup> ศาสตราจารย์ ดร.วรเจตน์ ภาคีรัตน์ เรียกการให้เหตุผลแบบนี้ว่า “กรณีที่กฎหมายไม่บัญญัติเท่ากับกฎหมายไม่ต้องการผลทางกฎหมายในกรณีนั้น” โปรตตุ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, *คำสอนว่าด้วยรัฐและหลักกฎหมายมหาชน*, หน้า 465.

<sup>58</sup> แม้จะเป็นคู่ตรงข้าม (inverse) แต่นักกฎหมายยังคงจัดให้ argumentum e contrario เป็นส่วนหนึ่งของการให้เหตุผลแบบ analogy เช่น James L. Dennis, “Interpretation and Application of the Civil Code and the Evaluation of Judicial Precedent”, *Louisiana Law Review* Vol. 54 No. 1 (September 1993), p.11 (Note 50) ดังนั้น argumentum e contrario จึงเป็นองค์ประกอบหนึ่งของ “การเทียบบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง” ตามมาตรา 4 วรรคสอง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ด้วยเช่นกัน

กฎหมายต้นแบบที่มีอยู่โดยเทียบเคียงเพื่ออุดช่องว่างกรณีปัญหาได้ ในขณะที่การให้เหตุผลแบบ “มีเช่นนั้นแล้ว” จะให้ผลลัพธ์ในเชิงลบ (negative) คือ ผู้ใช้กฎหมายไม่สามารถปรับใช้กฎหมายต้นแบบที่มีอยู่ กับกรณีปัญหานั้นได้ กล่าวอีกนัยหนึ่ง *argumentum e contrario* มักจะถูกนำมาใช้เพื่อ “ปฏิเสธ” ว่า กรณีที่กำลังวินิจฉัยไม่ใช่ช่องว่างของกฎหมาย ดังนั้นจึงไม่สามารถนำเอาการให้เหตุผลแบบ analogy มาใช้ได้<sup>59</sup> ดังนั้น การให้เหตุผลแบบ “มีเช่นนั้นแล้ว” จะนำมาใช้ได้ต่อเมื่อผู้ใช้กฎหมายพิจารณาแล้วเห็นว่า “ข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นไม่สอดคล้องกับวัตถุประสงค์หรือเจตนารมณ์ของกฎหมายที่มีอยู่”<sup>60</sup> และความไม่สอดคล้องดังกล่าวเป็นผลมาจากการที่ข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น (กรณี B) มีคุณสมบัติหรือแง่มุมบางประการที่แตกต่างกับกรณีต้นแบบ (กรณี A) ในสาระสำคัญ “เมื่อมองจากมุมมองของจิตวิญญาณของกฎหมาย” อันส่งผลทำให้ไม่สามารถนำกฎหมายของกรณีต้นแบบมาใช้บังคับโดยเทียบเคียงได้

ตัวอย่างสมมติ เช่น เดิมมีการออกกฎหมายฉบับหนึ่งที่กำหนดโทษปรับทางปกครองกับผู้จำหน่ายสินค้าเครื่องดื่มที่มีส่วนผสมของสารจำพวกน้ำตาลเกินปริมาณที่กำหนด อย่างไรก็ตาม ต่อมาเครื่องดื่มที่มีส่วนผสมของสารจำพวกวิตามินได้รับความนิยมมากขึ้น เกิดปัญหาต้องวินิจฉัยว่า รัฐสามารถนำกฎหมายดังกล่าวมาบังคับใช้ “โดยเทียบเคียง” กับกรณีเครื่องดื่มที่มีส่วนผสมของสารจำพวกวิตามินได้หรือไม่ เมื่อพิจารณาวัตถุประสงค์และเจตนารมณ์ของกฎหมายดังกล่าวแล้วจะเห็นได้ว่า การกำหนดโทษปรับทางปกครองกับเครื่องดื่มที่มีส่วนผสมของสารจำพวกน้ำตาลเป็นไปเพื่อป้องกันไม่ให้ประชาชนบริโภคน้ำตาลเกินขนาด เนื่องจากมีผลการวิจัยทางวิทยาศาสตร์รองรับไว้อย่างชัดเจนว่าการบริโภคน้ำตาลเกินกว่าปริมาณที่ปลอดภัยจะก่อให้เกิดโทษต่อร่างกาย กรณีจึงมีประเด็นต้องพิจารณาว่า การใช้บังคับกฎหมายฉบับนี้โดยเทียบเคียงกับเครื่องดื่มที่มีส่วนผสมของสารจำพวกอื่นที่มีใช้น้ำตาลจะสอดคล้องกับวัตถุประสงค์หรือเจตนารมณ์ของกฎหมายข้างต้นหรือไม่ ในตัวอย่างสมมตินี้ ข้อเท็จจริงเป็นที่ยุติว่า วิตามินเป็นสารที่ต่างจากน้ำตาลอย่างมีนัยสำคัญและยังไม่มีผลการวิจัยเรื่องโทษที่เกิดขึ้นจากการบริโภคเกินขนาดในลักษณะเดียวกันกับสารจำพวกน้ำตาล ดังนั้น ในกรณีนี้ผู้ใช้กฎหมายควรอาศัยการให้เหตุผลแบบ “มีเช่นนั้นแล้ว” เพื่อ “ปฏิเสธ” การนำบทกฎหมายดังกล่าวมาใช้โดยเทียบเคียง กล่าวคือ อาจให้เหตุผลว่าการที่กฎหมายบัญญัติไว้อย่างชัดเจนว่าใช้บังคับกับ “เครื่องดื่มที่มีส่วนผสมของสารจำพวกน้ำตาล” หมายความว่ากฎหมายไม่ต้องการผลใช้บังคับกับ “เครื่องดื่มที่มีส่วนผสมของสารจำพวกวิตามิน” มีเช่นนั้นแล้วกฎหมายก็คงจะบัญญัติถึง “เครื่องดื่มที่มีส่วนผสมของสารจำพวกวิตามิน” ไว้ด้วยแล้วตั้งแต่ต้น ส่วนคำถามว่าเพราะเหตุใดเราจึงทราบว่าผู้บัญญัติกฎหมายไม่ประสงค์ผลเช่นนั้น สามารถตอบตามหลักเหตุและผลได้ว่า เมื่อข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นไม่อยู่ในวัตถุประสงค์หรือเจตนารมณ์ของกฎหมายกรณีดังกล่าวย่อมไม่ใช่ช่องว่างของกฎหมายแบบเปิด (*praeter verba legis*) และเมื่อไม่ใช่ช่องว่างของกฎหมายแบบเปิดย่อมไม่อาจแก้ไขปัญหาโดยการใช้หลักการอุดช่องว่างของกฎหมายได้ ทั้งนี้ กรณีเป็น

<sup>59</sup> Ernst A. Kramer, *Juristische Methodenlehre*, p.212–213.

<sup>60</sup> Thomas M.J. Möllers, *Legal Methods*, Chapter 6, p.119.

ไปได้ว่าข้อเท็จจริงดังกล่าวอาจเป็นช่องว่างของนิติบัญญัติ (de lege ferenda) ซึ่งเป็นเรื่องที่ต้องแก้ไข หรืออุดช่องว่างผ่านกระบวนการนิติบัญญัติต่อไป

ทั้งนี้ ช่องว่างของกฎหมายบางกรณีสามารถแก้ไขได้ไม่ว่าจะโดยวิธีการให้เหตุผลแบบ “ยิ่งต้องเป็นเช่นนั้น” หรือการให้เหตุผลแบบ “มิเช่นนั้นแล้ว” โดยที่การปรับใช้วิธีการอุดช่องว่างทั้งสองวิธีต่างนำไปสู่ข้อสรุปที่สมเหตุสมผลทั้งคู่ (ไม่ว่าจะสรุปผลโดยวิธีใดวิธีหนึ่งย่อมไม่ถือเป็นการให้เหตุผลที่ทำให้เกิดตรรกวิบัติ หรือ fallacy) อย่างไรก็ตาม ตามที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้นว่า การให้เหตุผลทั้งสองวิธีจัดเป็นการให้เหตุผลที่เป็นคู่ตรงข้ามกันเนื่องจากนำไปสู่ผลลัพธ์ที่ขัดแย้งกันในตัว (การ “ใช่” หรือ “ไม่ใช่” กฎหมายนั้นโดยเทียบเคียง) จึงไม่สามารถนำมาปรับใช้พร้อมกันในกรณีเดียวกันได้ กล่าวอีกนัยหนึ่ง มีเพียงวิธีการเดียวที่เป็นการให้เหตุผลที่ถูกต้องสำหรับปัญหาช่องว่างของกฎหมายปัญหาหนึ่ง ๆ ในกรณีเช่นว่านี้ เมื่อหลักตรรกศาสตร์อนุญาตให้ทั้งสองวิธีเป็นการให้เหตุผลที่สมเหตุสมผลทั้งคู่ สิ่งนี้นักกฎหมายจะต้องนำมาพิจารณาประกอบการวินิจฉัยชี้ขาดย่อมได้แก่ “วัตถุประสงค์และเจตนารมณ์ของกฎหมาย” นั่นเอง กล่าวคือ นักกฎหมายต้องพิจารณาว่า การให้เหตุผลโดยวิธีการใดจะนำไปสู่ผลทางกฎหมายที่สอดคล้องกับวัตถุประสงค์และเจตนารมณ์ของบทบัญญัติแห่งกฎหมายของกรณีต้นแบบนั้นมากกว่า

#### 4. บทส่งท้าย

การปรับใช้กฎหมายมีลักษณะเป็นทั้งศาสตร์และศิลป์ ในด้านหนึ่งผู้ใช้กฎหมายต้องมีความรู้ความเข้าใจที่ถูกต้องเกี่ยวกับนิติวิธี อันเป็นศาสตร์แขนงหนึ่งในเขตแดนของวิชานิติศาสตร์ การปรับใช้บทบัญญัติแห่งกฎหมายกับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในกรณีหนึ่งเปรียบเสมือนจุดหมายปลายทางของการเดินทางของผู้ใช้กฎหมาย ซึ่งเริ่มต้นตั้งแต่การหยั่งทราบก่อเกิดของกฎหมายในระบบกฎหมายของตน การค้นหากฎหมายตามลำดับก่อเกิดเพื่อปรับใช้กับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น การตีความบทบัญญัติแห่งกฎหมายซึ่งต้องพิจารณาทั้งขอบเขตความหมายของถ้อยบัญญัติตามตัวอักษร เจตนารมณ์ของผู้บัญญัติกฎหมาย ประวัติความเป็นมาของการจัดทำกฎหมาย วัตถุประสงค์และความมุ่งหมายของตัวบทบัญญัตินั้นเอง ในกรณีที่ผู้ใช้กฎหมายไม่สามารถค้นหาตัวบทกฎหมายมาวินิจฉัยข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นได้ ผู้ใช้กฎหมายยังต้องตรวจสอบต่อไปว่าเป็นกรณีที่เกิดช่องว่างของกฎหมายขึ้นหรือไม่ ในขั้นตอนนี้ผู้ใช้กฎหมายต้องระบุประเภทของช่องว่างของกฎหมายและปรับใช้หลักการอุดช่องว่างของกฎหมายได้อย่างถูกต้องตามหลักวิชานิติศาสตร์ ในอีกด้านหนึ่ง การตีความกฎหมายรวมถึงการปรับใช้หลักการอุดช่องว่างของกฎหมายยังต้องอาศัยความสามารถในการคิดวิเคราะห์และการให้เหตุผลของผู้ใช้กฎหมาย ดังนั้น ประสพการณ์ มุมมอง และทัศนคติรวมถึงปรัชญาที่ผู้ใช้กฎหมายแต่ละคนมีอยู่แตกต่างกันย่อมส่งผลต่อการใช้กฎหมายโดยมีอาจหลีกเลี่ยงได้ ขั้นตอนการทำงานทั้งหมดที่กล่าวมาข้างต้นคือความหมายและภารกิจที่แท้จริงของมาตรา 4 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บทบัญญัติที่เป็นดังประตูปานแรกสู่วิชานิติศาสตร์ไทย