

## บทที่ 4

### การอุดช่องว่างของกฎหมาย

ช่องว่างของกฎหมาย (Loophole or gap in law) หมายถึง กรณีที่ไม่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่จะนำมาปรับใช้กับข้อเท็จจริงได้

ช่องว่างของกฎหมายเกิดขึ้นได้เพราะขณะที่บัญญัติกฎหมายยังไม่มีเหตุการณ์นั้นเกิดขึ้น ทำให้เกิดช่องว่างของกฎหมายขึ้นได้ หรือเป็นกรณีที่ผู้ร่างกฎหมายไม่ได้นึกถึงช่องว่างแห่งกฎหมายนั้น เช่น การทำคำสนองโดยทางโทรศัพท์หรือการลักกระแสน้ำไฟฟ้างจึงเป็นเหตุให้เกิดช่องว่างของกฎหมาย

กรณีที่มีช่องว่างของกฎหมาย มาตรา 4 วรรคสอง บัญญัติว่า “เมื่อไม่มีบทกฎหมายที่จะยกมาปรับคดีได้ ให้วินิจฉัยคดีนั้นตามจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น ถ้าไม่มีจารีตประเพณีเช่นนั้น ให้วินิจฉัยคดีอาศัยเทียบบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง และถ้าบทกฎหมายเช่นนั้นไม่มีด้วย ให้วินิจฉัยตามหลักกฎหมายทั่วไป”

เมื่อมีช่องว่างของกฎหมายเกิดขึ้น มีหลักทั่วไปทางกฎหมายแฟงมีว่า ศาลจะปฏิเสธไม่พิจารณาพิพากษาคดี โดยอ้างว่าไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่จะนำมาปรับใช้กับคดีไม่ได้ กล่าวอีกนัยหนึ่งคือศาลต้องหากฎหมายมาตัดสินคดีให้ได้ เพื่อให้ผู้เสียหายได้รับการเยียวยา ซึ่งต่างกับกฎหมายอาญา ซึ่งมีหลักการที่แตกต่างกัน กล่าวคือ ในทางอาญาหากไม่มีกฎหมายนี้จะนำมาปรับกับคดี ศาลต้องตัดสินยกฟ้อง จำเลยตามหลักการทั่วไปของกฎหมายอาญาที่ว่า “ไม่มีกฎหมาย ไม่มีความผิด ย่อมไม่มีโทษ” (nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege-no crime or punishment without law)

ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ได้บัญญัติวิธีการปิดช่องว่างของกฎหมายลายลักษณ์อักษรไว้ตามลำดับต่อไปนี้

1. จารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น คำว่า จารีตประเพณีนั้นเข้าใจเป็นสองทาง คือ จารีตประเพณีนิยมกันทั่วไปของประเทศ หรือจารีตประเพณีที่นิยมกันเฉพาะท้องถิ่น ความหมายของคำว่าจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น ตามมาตรานี้มีความหมายกว้างคือ

ประเทศไทยทั้งประเทศก็ถือว่าเป็นท้องถิ่นอันหนึ่ง<sup>1</sup> จารีตประเพณีที่นำมาอุดช่องว่างของกฎหมาย กฎหมาย ได้แก่ จารีตประเพณีการค้าของธนาคารพาณิชย์ จารีตประเพณีเกี่ยวกับการขนส่ง เป็นต้น

## 2. การเทียบเคียงกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่ง

ในกรณีที่ไม่มีกฎหมายจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น ก็ต้องพิจารณาโดยอาศัยกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่ง ซึ่งเป็นกรณีที่ยกบทกฎหมายที่บัญญัติไว้ในเรื่องอื่น แต่เป็นบทบัญญัติกฎหมายที่สามารถใช้สำหรับข้อเท็จจริงที่ใกล้เคียงกันหรือคล้ายคลึงกันอย่างยิ่ง ก็สามารถนำเอาบทกฎหมายที่บัญญัติไว้มาปรับกับคดีที่มีข้อเท็จจริงใกล้เคียงกันหรือคล้ายคลึงกันได้ ทั้งนี้เป็นตามหลักที่ว่า “สิ่งที่เหมือนกันควรได้รับการปฏิบัติอย่างเดียวกัน” หรือหลักที่ว่า “เมื่อมีเหตุผลอย่างเดียวกัน ก็ต้องใช้กฎหมายอย่างเดียวกัน” (UBI EADEM RATIO, IBI EADEM LEX; ET DE SIMILIBUS IDEM EST JUTCIUM)<sup>2</sup> ตัวอย่างเช่น ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1342 วรรคแรก บัญญัติว่า “บ่อ สระ หลุมรับน้ำโสโครก หรือหลุมรับปุ๋ย หรือขยะมูลฝอยนั้น ท่านว่าจะขุดในระยะสองเมตรจากแนวเขตที่ดินไม่ได้” สมมติว่า เจ้าของอสังหาริมทรัพย์ขุดดินไปขายจนเป็นหลุมลึกติดกับที่ดินข้างเคียง ถ้าหากข้อเท็จจริงมีดังนี้ เจ้าของอสังหาริมทรัพย์ก็น่าจะทำได้ เพราะไม่มีกฎหมายห้าม แต่ถ้านำเอามาตรา 1342 มาใช้เทียบเคียง เจ้าของอสังหาริมทรัพย์จะต้องขุดดินขายในระยะสองเมตรจากแนวเขตที่ดินไม่ได้ ถ้าหากการขุดดินขายเป็นเหตุให้ที่ดินข้างเคียงพังลงไป เจ้าของอสังหาริมทรัพย์อาจต้องรับผิดชอบละเมิดตามมาตรา 420

## 3. หลักกฎหมายทั่วไป

ในกรณีที่ไม่มีบทบัญญัติใกล้เคียงอย่างยิ่งมาอุดช่องว่างของกฎหมาย ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 4 วรรค 2 ให้นำหลักกฎหมายทั่วไปมาใช้อุดช่องว่างของกฎหมาย หลักกฎหมายทั่วไปมักจะได้แก่สุภาษิตกฎหมาย เช่น ผู้ซื้อพึงระวัง (caveat emptor-let the buyer beware) สัญญาต้องเป็นสัญญาหรือสัญญาต้องได้รับการปฏิบัติ

---

<sup>1</sup>พระยาเทพวิสุท (บุญช่วย วณิกกุล), คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 1-2 มาตรา 1 ถึง 241 (พระนคร: โรงพิมพ์ไทยพิทยา, 2509), หน้า 26.

<sup>2</sup>Where the same reason exists, there the same law prevails; and of thing similar, the judgment is similar. Black, Henry Campbell เรื่องเดิม, หน้า 1690.