

บทที่ 4

การอุดช่องว่างของกฎหมาย

ในระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษรอย่างเช่นในประเทศไทยนั้น เมื่อมีคดีความหรือข้อเท็จจริงอย่างใดอย่างหนึ่งเกิดขึ้นในทางแพ่ง ศาลซึ่งเป็นผู้ใช้กฎหมายจะต้องนำทบทบัญญัติกฎหมายลายลักษณ์อักษรไปปรับกับข้อเท็จจริงในคดีที่เกิดขึ้นตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในมาตรา 4 วรรคแรก ตามที่ได้กล่าวมาแล้วในเรื่องการใช้และการตีความกฎหมายแพ่ง แต่ในกรณีที่ไม่มีบทบัญญัติกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่นำไปปรับกับข้อเท็จจริงในคดีได้ ซึ่งเราเรียกว่า “ช่องว่างของกฎหมาย” จึงเกิดปัญหาขึ้นว่าศาลจะพิพากษาคดีนั้นอย่างไร

ช่องว่างของกฎหมาย (Gap in the law) หมายถึง กรณีที่ไม่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรจะนำไปใช้ปรับกับข้อเท็จจริงได้ ช่องว่างของกฎหมายอาจเกิดขึ้นได้เนื่องจากในขณะที่ร่างกฎหมายนั้นผู้ร่างกฎหมายไม่คาดคิดว่าจะมีกรณีนั้น ๆ เกิดขึ้นมา จึงไม่ได้บัญญัติกฎหมายให้ครอบคลุมถึงเหตุการณ์หรือกรณีนั้น ๆ เอาไว้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อโลกมีวิวัฒนาการก้าวหน้าขึ้นเรื่อย ๆ ความเจริญก้าวหน้าทางวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีตลอดจนความเปลี่ยนแปลงทางเศรษฐกิจและสังคมอาจมีผลทำให้กฎหมายลายลักษณ์อักษรก้าวไม่ทันความเจริญก้าวหน้าในด้านต่าง ๆ จึงเกิดเป็นช่องว่างของกฎหมายขึ้น เช่น ช่องว่างของกฎหมายที่เกิดจากการผสมเทียม ช่องว่างของกฎหมายที่เกิดจากการค้าระหว่างประเทศ ช่องว่างของกฎหมายที่เกิดจากการทำสัญญารูปแบบใหม่ ๆ ฯลฯ เป็นต้น

เมื่อมีช่องว่างของกฎหมายเกิดขึ้น มีหลักทั่วไปว่าศาลจะปฏิเสธไม่พิจารณาพิพากษาคดีโดยอ้างว่าไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่จะนำมาใช้ปรับกับคดีนั้นไม่ได้ ศาลจะต้องใช้กฎหมายโดยวิธีอุดช่องว่างของกฎหมายตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กฎหมายได้กำหนดไว้

4.1 การอุดช่องว่างกฎหมายตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 4 วรรค 2 บัญญัติว่า “...เมื่อไม่มีบทกฎหมายที่จะยกมาปรับคดีได้ให้วินิจฉัยคดีนั้นตามจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น ถ้าไม่มีจารีตประเพณีเช่นนั้น ให้วินิจฉัยคดีอาศัยเทียบบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง และถ้ากฎหมายเช่นนั้นก็ไม่มีด้วยให้วินิจฉัยตามหลักกฎหมายทั่วไป”

ดังนั้นจะเห็นได้ว่า เมื่อมีคดีมาสู่ศาลแล้วแม้ไม่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษร ศาลก็ต้องพิจารณาพิพากษาคดีนั้นเสมอ ด้วยวิธีการอุดช่องว่างของกฎหมายตามมาตรา 4 วรรค 2 ตามลำดับดังนี้

4.1.1 จารีตประเพณี เมื่อไม่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษร ศาลจะต้องใช้จารีตประเพณีมาปรับกับข้อเท็จจริงในคดีที่เกิดขึ้นเป็นลำดับแรก จารีตประเพณีคือระเบียบแบบแผนที่มนุษย์ยอมรับนับถือและปฏิบัติสืบต่อกันมาเป็นเวลานานจนบุคคลทั่วไปรู้สึกว่าเป็นข้อบังคับที่จะนำมาใช้ได้และมีผลเช่นเดียวกับกฎหมายลายลักษณ์อักษร จารีตประเพณีที่จะนำมาใช้นั้นควรมีลักษณะดังต่อไปนี้คือ

- 1) ต้องเป็นจารีตประเพณีที่บุคคลในท้องถิ่นได้ถือปฏิบัติกันทั่วไป
- 2) ต้องเป็นจารีตประเพณีที่ถือปฏิบัติติดต่อกันมาเป็นเวลานาน
- 3) ต้องเป็นจารีตประเพณีที่ไม่ขัดต่อกฎหมายหรือขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน
- 4) ต้องเป็นจารีตประเพณีที่ทราบกันทั่วไป
- 5) ต้องเป็นจารีตประเพณีที่มีเหตุผลและเป็นธรรม

จารีตประเพณีที่จะนำมาใช้อุดช่องว่างของกฎหมาย มักมีที่ใช้ในกรณีที่เป็นเรื่องในทางการค้าพาณิชย์ เช่น การค้าขายระหว่างประเทศ การขนส่งประเพณีทางการค้าของธนาคาร ฯลฯ เป็นต้น

คำพิพากษาฎีกาที่ 845/2497

ธรรมเนียมประเพณีวงการค้าเกี่ยวกับการขนส่งที่ทราบกันอยู่ระหว่างคู่สัญญา นั้นแล้วว่าถ้าเสียเวลาที่มีการคิดค่าเสียเวลาให้แก่กัน ดังนี้แม้ไม่ได้เขียนระบุไว้เป็นอย่างอื่น ประเพณีนั้นก็ย่อมใช้บังคับกันได้เท่ากับเป็นการตกลงโดยปริยาย

คำพิพากษาฎีกาที่ 2122/2499

จารีตประเพณีการค้าของธนาคารพาณิชย์นั้น ถ้าไม่ปรากฏว่าคู่กรณีฝ่ายหนึ่งได้รู้จะนำเอาประเพณีนั้นมาบังคับคู่กรณีฝ่ายนั้นให้นอกเหนือไปจากข้อตกลงในสัญญาไม่ได้ ตามคำพิพากษาฎีกาดังกล่าว จารีตประเพณีที่สามารถนำมาใช้ในการอุดช่องว่างของกฎหมายได้นั้นต้องเป็นจารีตประเพณีที่คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งจะต้องทราบด้วย มิฉะนั้นก็ไม่อาจนำมาใช้ในการตัดสินคดีได้

4.1.2 การเทียบบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง

ในกรณีที่ไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่จะนำมาใช้ปรับกับคดี และก็ไม่มีการจารีตประเพณีที่จะนำมาใช้ด้วย ศาลจะต้องวินิจฉัยคดีนั้น โดยการเทียบบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งเป็นอันดับต่อไป

การเทียบบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง คือการเปรียบเทียบข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในคดีซึ่งมีช่องว่างของกฎหมายกับข้อเท็จจริงที่มีกฎหมายบัญญัติไว้ว่ามีความคล้ายคลึงกันหรือไม่ ถ้าเป็นเรื่องที่คล้ายคลึงกันอย่างยิ่ง คือใกล้เคียงกันถึงขนาด ก็สามารถนำเอาบทกฎหมายที่มีบัญญัติไว้นั้นมาปรับกับคดีที่มีข้อเท็จจริงใกล้เคียงกันถึงขนาดได้

เหตุผลของการให้มีการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งนั้นมาจากหลักที่ว่า “สิ่งที่เหมือนกันควรจะได้รับปฏิบัติอย่างเดียวกันหรือเท่าเทียมกัน” เช่น บิดามารดามีบุตรสองคน บุตรทั้งสองคนควรจะได้รับปฏิบัติที่เท่าเทียมกัน เป็นต้น แต่กฎหมายนั้นมีลักษณะที่แตกต่างจากเรื่องทั่วไป ๆ ไปอยู่ที่กฎหมายมีที่มาจากเหตุผลและ

ความถูกต้องชอบธรรม การเทียบเคียงกฎหมายจึงต้องพิจารณาข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นนั้นด้วยว่ามีเหตุผลอย่างเดียวกันหรือไม่ มิใช่พิจารณาว่าข้อเท็จจริงเป็นอย่างไรเท่านั้น ถ้ามีเหตุผลเดียวกันก็เทียบเคียงกฎหมายเดียวกันได้ตามหลักที่ว่า "เรื่องที่มีเหตุผลเดียวกัน ต้องใช้บทบัญญัติเดียวกัน" (Ubi eadem ratio idem jus esse debet)

ตัวอย่าง เช่น การขุดหลุมรับน้ำโสโครก หลุมรับปุ๋ย หรือหลุมรับขยะมูลฝอยมีกฎหมายบัญญัติไว้ว่าจะขุดในระยะสองเมตรจากแนวเขตที่ดินไม่ได้ (มาตรา 1342) เพราะมีเหตุผลว่าการขุดหลุมดังกล่าวใกล้แนวเขตที่ดินเกินไป อาจก่อความเดือดร้อนรำคาญแก่บุคคลที่อยู่ในที่ดินข้างเคียงได้ แต่หลุมที่รับกากสารเคมีไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้ว่าขุดได้หรือไม่ เมื่อข้อเท็จจริงในเรื่องการขุดหลุมรับกากสารเคมีที่ไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้ นั้น มีเหตุผลที่ควรจะห้ามมิให้ขุดในระยะที่ใกล้เคียงกับแนวเขตที่ดินเพราะอาจให้เกิดความเดือดร้อนรำคาญแก่บุคคลที่อยู่ในที่ดินข้างเคียงได้เช่นเดียวกัน ดังนั้นจึงนำเอามาตรา 1342 มาใช้เทียบเคียงกับการขุดหลุมรับกากสารเคมีได้

ขั้นตอนในการเทียบบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง

ในการเทียบบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง มีขั้นตอนในการพิจารณาดังนี้

1) พิจารณาข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในคดี ว่ามีความคล้ายคลึงกับข้อเท็จจริงที่มีกฎหมายบัญญัติไว้หรือไม่ เช่น การวางท่อแก๊สผ่านที่ดินของบุคคลอื่น (ไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้) มีความคล้ายคลึงกับการวางท่อน้ำ ท่อระบายน้ำ หรือสายไฟ ซึ่งมีกฎหมายบัญญัติไว้ว่าเจ้าของที่ดินเมื่อได้รับค่าตอบแทนตามสมควรแล้ว ต้องยอมให้ผู้อื่นวางท่อดังกล่าวผ่านที่ดินของตน ซึ่งถ้าหากไม่ยอมให้ผ่านก็ไม่มีทางจะวางได้ (มาตรา 1352) หรือไม่ถ้าข้อเท็จจริงคล้ายคลึงกันก็อาจเทียบบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งได้

2) พิจารณาถึงเหตุผลของข้อเท็จจริงทั้งสองกรณีว่ามีเหตุผลเดียวกันหรือเหตุผลที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งหรือไม่ ถ้ามีเหตุผลเดียวกันหรือใกล้เคียงกันอย่างยิ่งก็อาจเทียบเคียงกันได้ เช่น การวางท่อน้ำ ท่อระบายน้ำหรือสายไฟเป็นการวางสิ่งซึ่งเป็นสาธารณูปโภค ซึ่งมีความจำเป็นแก่บุคคลทุกคนและในการวางสิ่งดังกล่าวจำเป็นจะต้องไปเชื่อมต่อกับส่วนอื่น ๆ

ไม่ว่าจะเป็นท่อเมน หรือสายไฟเมนใหญ่ ในการนี้อาจมีความจำเป็นจะต้องวางผ่านที่ดินของบุคคลอื่น มิฉะนั้นก็ไม่อาจจะวางได้ ดังนั้นเจ้าของที่ดินควรจะต้องยอมให้วางผ่านที่ดินของตนแต่ก็ควรจะได้รับค่าทดแทนจากผู้ที่วางสิ่งเหล่านั้นตามสมควรเนื่องจากการใช้ที่ดินนั้น เพื่อพิจารณาจากข้อเท็จจริงของการวางท่อน้ำ ท่อระบายน้ำและสายไฟมีเหตุผลอย่างเดียวกับการวางท่อแก๊สก็อาจเทียบบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งได้

แต่ข้อเท็จจริงบางกรณีเป็นข้อเท็จจริงที่มีเหตุผลพิเศษกำหนดไว้เป็นการเฉพาะ ซึ่งไม่มีเหตุผลเหมือนกับกรณีอื่นจึงไม่อาจนำไปเทียบเคียงกันได้ เช่น การจัดตั้งห้างหุ้นส่วนสามัญนั้น ถ้าผู้เป็นหุ้นส่วนคนใดคนหนึ่งตายหรือล้มละลายหรือตกเป็นผู้ไร้ความสามารถห้างหุ้นส่วนสามัญย่อมเลิกกัน (มาตรา 1055) ที่กฎหมายบัญญัติไว้เช่นนี้ก็เพราะในสัญญาจัดตั้งห้างหุ้นส่วนสามัญนั้นมีเหตุผลพิเศษที่ถือเอาคุณสมบัติของผู้เป็นหุ้นส่วนเป็นสาระสำคัญของสัญญา เนื่องจากผู้เป็นหุ้นส่วนจะต้องร่วมกันรับผิดชอบในหนี้ของห้างหุ้นส่วนที่เกิดขึ้นโดยไม่จำกัดจำนวน จึงไม่ควรให้สิทธิในการเป็นหุ้นส่วนตกทอดถึงทายาท ซึ่งผู้เป็นหุ้นส่วนอื่นไม่ทราบถึงคุณสมบัติใด ๆ มาก่อน ดังนั้น จึงไม่สามารถนำเอามาตรา 1055 มาเทียบเคียงกับการทำสัญญาอย่างอื่นที่คล้ายคลึงกันแต่ไม่ถือเอาคุณสมบัติของกลุ่มสัญญาเป็นสาระสำคัญ เช่น สัญญาจัดตั้งบริษัทในกรณีที่ผู้ถือหุ้นคนใดคนหนึ่งตายได้

3) พิจารณากฎหมายที่จะนำมาเทียบเคียงว่าเป็นบททั่วไปหรือเป็นบทยกเว้น ถ้าเป็นบททั่วไปก็อาจนำมาเทียบเคียงกับกรณีที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งได้แต่ถ้าเป็นบทยกเว้นก็ไม่อาจนำมาเทียบเคียงกันได้ เช่น ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 569 บัญญัติว่า “อันสัญญาเช่าอสังหาริมทรัพย์ย่อมไม่ระงับไปเพราะโอนกรรมสิทธิ์ ทรัพย์สินซึ่งให้เช่า ผู้รับโอนย่อมรับไปทั้งสิทธิและหน้าที่ของผู้โอนที่มีต่อผู้เช่าด้วย”

มาตรา 569 เป็นบทบัญญัติที่เป็นข้อยกเว้นจากหลักทั่วไปที่ว่า “สัญญามีผลผูกพันเฉพาะคู่สัญญาเท่านั้น” เป็นบทยกเว้นที่ให้ผู้รับโอนอสังหาริมทรัพย์ที่แม้ไม่ใช่คู่สัญญาต้องรับเอาสิทธิหน้าที่ของเจ้าของทรัพย์สินซึ่งเป็นผู้โอนไปด้วยเมื่อมีการโอนกรรมสิทธิ์ใน

อสังหาริมทรัพย์นั้น ซึ่งเป็นลักษณะเฉพาะของการเช่าอสังหาริมทรัพย์ ดังนั้นจึงนำเอา มาตรา 569 ไปใช้เทียบเคียงกับการเช่าอสังหาริมทรัพย์ไม่ได้

4) พิจารณากฎหมายที่จะนำมาเทียบเคียงว่าเป็นกฎหมายเรื่องเดียวกันหรือเป็น กฎหมายพิเศษเฉพาะเรื่อง ถ้าเป็นกฎหมายเรื่องเดียวกันก็นำมาเทียบเคียงกันได้ เช่น บท บัญญัติมาตราต่าง ๆ ของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ในเรื่องใดเรื่องหนึ่งย่อมนำมา ใช้เทียบเคียงกับกรณีที่คล้ายกันได้ แต่ถ้าเป็นเรื่องที่ต้องใช้กฎหมายพิเศษที่บัญญัติขึ้นเกี่ยว กับเรื่องใดเรื่องหนึ่งเป็นการเฉพาะก็ไม่อาจนำมาเทียบเคียงกันได้

คำพิพากษาฎีกาที่ 2398/2527

เมื่อหุ้นพิพาทที่โจทก์ซื้อตามคำสั่งของจำเลยเป็นหลักทรัพย์ตามพระราชบัญญัติ ตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย พ.ศ. 2517 ซึ่งเป็นกฎหมายพิเศษที่บัญญัติเพื่อกิจการนี้ โดยเฉพาะ จึงไม่ตกอยู่ภายใต้บังคับแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1129

ในการวินิจฉัยคดี ศาลต้องนำกฎหมายมาปรับแก้คดีให้ตรงตามรูปคดีที่พิพาทกัน ไม่จำเป็นต้องพิพากษาไปตามคำแถลงของคู่ความหรือตามความประสงค์ของคู่ความ เมื่อฟัง ว่าเป็นเรื่องพิพาทกันตามพระราชบัญญัติตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทยอันเป็น กฎหมายพิเศษ ก็จะนำประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาวินิจฉัยคดีหาได้ไม่ แม้จะ เป็นความประสงค์ของคู่ความหรือคู่ความแถลงขอก็ตาม

เพื่อความเข้าใจอันดีเกี่ยวกับการเทียบบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งขอให้ดู ตัวอย่างคำพิพากษาต่อไปนี้ประกอบ

คำพิพากษาฎีกาที่ 1848/2512

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1312 เป็นบทบัญญัติเรื่องผู้ไม่มีสิทธิใน ที่ดินสร้างโรงเรือนรุกล้ำเข้าไปในที่ดินของผู้อื่น

โจทก์และสามีจำเลยต่างซื้อที่ดินจากเจ้าของเดิมซึ่งตัดแบ่งขายเป็นแปลง ๆ จำเลยรับมรดกสามีโจทก์จำเลยจึงมีที่ดินติดต่อกัน โจทก์ซื้อที่ดินของโจทก์ภายหลังสามีจำเลยซื้อที่ดินของจำเลยโดยที่ดินของโจทก์อยู่ในสภาพที่มีกันสาคติของจำเลยรुकล้าที่ดินของโจทก์อยู่ก่อนดังนี้ โจทก์จึงมิใช่เป็นผู้สร้างตึกพร้อมทั้งกันสาคติที่พิพาท หากแต่เจ้าของที่ดินเป็นผู้สร้างในที่ดินของตนเองในขณะยังไม่ได้แบ่งออกเป็นสองแปลง ซึ่งเจ้าของที่ดินมีสิทธิสร้างได้โดยชอบด้วยกฎหมาย แล้วต่อมาเจ้าของที่ดินนั้นแบ่งที่ดินออกเป็นสองแปลง จึงทำให้กันสาคติของโรงเรียนที่สร้างไว้ในที่ดินแปลงหนึ่งรुकล้าเข้าไปในที่ดินที่แบ่งแยกอีกแปลงหนึ่ง กรณีจึงไม่อยู่ในบังคับแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1312 เพราะการรुकล้ามิได้เกิดจากจำเลยเป็นผู้สร้าง

มาตรา 1312 เป็นบทยกเว้นเรื่องส่วนควบและแดนแห่งกรรมสิทธิ์โดยบุคคลผู้สร้างโรงเรียนรुकล้าเข้าไปในที่ดินของผู้อื่นโดยสุจริต มีสิทธิใช้ที่ดินของผู้อื่นในส่วนที่รुकล้านั้นได้ แต่ต้องเสียเงินให้แก่เจ้าของที่ดินเป็นค่าใช้ที่ดิน และจดทะเบียนสิทธิเป็นภาระจำยอม

ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1312 วรรคแรก ผู้สร้างโรงเรียนรुकล้าโดยสุจริต ย่อมมีสิทธิในที่ดินที่ถูกรुकล้านั้นได้ โดยเจ้าของที่ดินที่ถูกรुकล้าไม่มีสิทธิบังคับให้รื้อ

จำเลยมิได้เป็นผู้สร้างตึกพร้อมกันสาคติที่พิพาท หากแต่เจ้าของที่ดินเป็นผู้สร้างในที่ดินของตนเองโดยชอบด้วยกฎหมาย เพราะขณะสร้างยังมีได้แบ่งแยกที่ดินออกเป็นสองแปลง ดังนั้นถ้าจะบังคับให้รื้อก็มีผลเท่ากับจำเลยเป็นผู้สร้างตามมาตรา 1312 วรรคสอง ย่อมไม่เป็นธรรม เพราะแม้จำเลยเป็นผู้สร้างรुकล้าเอง ถ้าโดยสุจริต กฎหมายยังยอมให้จำเลยมีสิทธิใช้ที่ดินในส่วนที่รुकล้าได้ แล้วไหนถ้าจำเลยมิได้เป็นผู้สร้างรुकล้าเอง แต่การที่สร้างนั้นเป็นการสร้างโดยชอบด้วยกฎหมายซึ่งยิ่งกว่าเป็นการสร้างโดยสุจริตเสียอีกแล้วกลับจะถูกบังคับให้รื้อถอนเพราะไม่มีสิทธิจะใช้กรณีดังกล่าวไม่มีบทกฎหมายที่จะยกมาปรับคดีได้ เมื่อเป็นช่องว่างแห่งกฎหมายดังนี้จึงต้องนำประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 4 มาใช้ สำหรับกรณีนี้ไม่มีจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่นที่จะยกมาปรับคดีได้

จึงต้องอาศัยเทียบบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง บทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งก็คือ มาตรา 1312 วรรคแรก คือ จำเลยมีสิทธิใช้ส่วนแห่งแดนกรรมสิทธิ์ที่ดินของโจทก์เฉพาะที่กันสาครรุกล้ำเข้าไปนั้นได้ โจทก์ไม่มีอำนาจฟ้องขอให้จำเลยรื้อ แต่มีสิทธิที่จะเรียกเงินเป็นค่าที่จำเลยใช้ส่วนแห่งแดนกรรมสิทธิ์ที่ดินของโจทก์ต่อไป ตลอดจนการที่จะดำเนินการจดทะเบียนสิทธิเป็นภาระจำยอม

คำพิพากษาฎีกาที่ 3973/2532

เทศบาลเมืองสมุทรปราการซึ่งมีสิทธิในที่ดินราชพัสดุที่ตั้งของอาคารพิพาท ได้ทำสัญญาให้จำเลยที่ 1 เป็นผู้ก่อสร้างอาคารพาณิชย์ ในที่ดินดังกล่าวโดยใช้ทุนของจำเลยที่ 1 และให้โอนกรรมสิทธิ์แก่ กระทรวงการคลัง โดยให้สิทธิจำเลยที่ 1 เช่าอาคารจากกระทรวงการคลัง เป็นเวลา 20 ปี และยอมให้จำเลยที่ 1 โอนสิทธิการเช่าอาคารได้ ทั้งนี้เทศบาลเมืองสมุทรปราการจะเป็นผู้นำจำเลยที่ 1 หรือบุคคลอื่นซึ่งจำเลยที่ 1 โอนสิทธิการเช่าให้ไปทำสัญญาเช่ากับ กระทรวงการคลังโดยตรง เมื่อจำเลยที่ 1 ก่อสร้างอาคารแล้ว โจทก์ได้ทำสัญญาเช่าอาคารพิพาทรวม 3 คูหาจากจำเลยที่ 1 หลังจากนั้นจำเลยที่ 3 ได้ทำสัญญาเช่าอาคารคูหาเดียวกันจากจำเลยที่ 1 อีกซึ่งทั้งโจทก์และจำเลยที่ 3 ต่างมิได้จดทะเบียนสิทธิการเช่าต่อพนักงานเจ้าหน้าที่เพียงแต่ตามสัญญากำหนดว่าจำเลยที่ 1 จะเป็นผู้จัดให้ผู้เช่าเป็นผู้ทำสัญญาโดยตรงกับเทศบาลเมืองสมุทรปราการ กรณีดังกล่าวมิใช่การเช่าช่วงแต่มีลักษณะเป็นการโอนสิทธิเรียกร้องของจำเลยที่ 1 ที่มีต่อเทศบาลเมืองสมุทรปราการ และกระทรวงการคลัง ให้แก่โจทก์หรือจำเลยที่ 3 เมื่อไม่ปรากฏว่าทั้งโจทก์และจำเลยที่ 3 ได้จัดให้มีการแจ้งการโอนสิทธิการเช่าดังกล่าวให้เทศบาลเมืองสมุทรปราการทราบ กรณีจึงไม่อยู่ในบังคับของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 307 ที่จะวินิจฉัยว่าโจทก์หรือจำเลยที่ 3 มีสิทธิในอาคารพิพาทดีกว่ากันทั้งไม่มีกฎหมายที่จะยกมาปรับแก้คดีโดยตรง ต้องนำประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 4 มาใช้ โดยอาศัยเทียบบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งคือ มาตรา 543(3) คดีนี้แม้โจทก์จะทำหนังสือสัญญาโอน

สิทธิการเช่าอาคารพิพาทกับจำเลยที่ 1 ก่อนจำเลยที่ 3 ก็ตาม แต่เมื่อปรากฏว่าจำเลยที่ 3 ได้เช่าครอบครองอาคารพิพาทแล้ว จึงมีสิทธิดีกว่าโจทก์ซึ่งไม่ได้จดทะเบียนการเช่าและไม่ได้เช่าครอบครองอาคารพิพาท

ตามคำพิพากษาฎีกานี้เป็นเรื่องการโอนสิทธิเรียกร้องตามสัญญาเช่าอาคารหลังหนึ่งให้แก่บุคคลหลายคน ซึ่งไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้ว่าใครจะมีสิทธิดีกว่ากัน ดังนั้นจึงต้องเทียบเคียง มาตรา 543(3) ซึ่งเป็นเรื่องการนำทรัพย์สินเดียวกันไปให้บุคคลหลายคนเช่า โดยกฎหมายบัญญัติให้ผู้ที่ได้ครอบครองทรัพย์สินที่เช่าก่อนมีสิทธิดีกว่าผู้เช่าอื่นที่จะต้องจดทะเบียนการเช่าแต่ไม่ได้ไปจดทะเบียนไว้และไม่ได้เข้าไปครอบครองทรัพย์สินที่เช่าด้วย

คำพิพากษาฎีกาที่ 563/2532

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 609 วรรคสอง บัญญัติว่ารับขนของทางทะเล ท่านให้บังคับตามกฎหมายและกฎข้อบังคับว่าด้วยการนั้น แต่ประเทศไทยยังไม่มีกฎหมายและกฎข้อบังคับว่าด้วยการรับขนของทางทะเลใช้บังคับและไม่ปรากฏว่ามีประเพณีการขนส่งทางทะเลที่ถือปฏิบัติอยู่ จึงต้องนำบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะรับขน ในหมวดรับขนของ อันเป็นกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งมาปรับแก้คดี

ตามคำพิพากษาฎีกานี้ ไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายลายลักษณ์อักษรของไทยที่จะนำมาใช้กับการรับขนของทางทะเล และจารีตประเพณีในการรับขนของทางทะเลก็ไม่มี จึงต้องนำบทบัญญัติของกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะ 8 รับขน หมวด 1 รับขนของ (ทางบก) ตั้งแต่มาตรา 610 ถึงมาตรา 633 มาเทียบเคียงกับกรณีรับขนของทางทะเล

4.1.3 หลักกฎหมายทั่วไป

ในกรณีที่ไม่มีบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งสำหรับนำมาใช้อุดช่องว่างของกฎหมายก็ต้องนำเอาหลักกฎหมายทั่วไปมาใช้เป็นอันดับสุดท้าย

คำว่า “หลักกฎหมายทั่วไป” หมายถึงหลักกฎหมายที่เป็นรากฐานหรือเป็นที่มาของ บทบัญญัติกฎหมายในเรื่องต่าง ๆ หลักกฎหมายทั่วไปนี้อาจได้มาจากกรณีดังต่อไปนี้

1) หลักกฎหมายทั่วไป ซึ่งเป็นรากฐานหรือที่มาของกฎหมายที่ใช้อยู่ในระบบกฎหมายของประเทศไทยเอง ระบบกฎหมายไทยคือระบบซีวิล ลอว์ (Civil law) มีที่มาจากกฎหมายโรมัน ดังนั้นหลักกฎหมายโรมันหรือสุภายติกฎหมายที่เขียนไว้เป็นภาษาลาติน ก็เป็นหลักกฎหมายทั่วไปที่สามารถนำไปใช้อุดช่องว่างของกฎหมายได้ เช่น หลักที่ว่า “บุคคลต้องปฏิบัติตามสัญญา” ภาษาลาตินเรียกว่า Pacta sunt servanda หลักนี้เกิดจาก หลักทางศีลธรรมที่ให้คนต้องรักษาสัจจะของตน เป็นหลักกฎหมายทั่วไปที่แฝงอยู่เบื้องหลังบทบัญญัติมาตราต่าง ๆ ในเรื่องนิติกรรมสัญญา การที่บุคคลต้องปฏิบัติตามคำมั่นที่ตนได้ให้ไว้ก็ดี หรือการที่บุคคลต้องผูกพันและต้องปฏิบัติตามสิทธิและหน้าที่ที่กำหนดไว้ในสัญญาหรือในบทบัญญัติของกฎหมายในกรณีที่มีข้อพิพาทโต้แย้ง อันเนื่องมาจากสัญญานั้นก็ดี ล้วนมีรากฐานมาจากหลักนี้ทั้งสิ้น ดังนั้นในกรณีที่มีช่องว่างของกฎหมายเกิดขึ้นเนื่องจากการนำเอาสัญญาแบบใหม่ ๆ มาใช้ในประเทศไทย เช่น สัญญาใช้บัตรเครดิต สัญญาให้ใช้สิทธิ (Licensing agreement) สัญญาเช่า (Leasing agreement) หรือสัญญาแฟรนไชส์ (Franchise agreement) ฯลฯ ซึ่งยังไม่มีกฎหมายบัญญัติในเรื่องดังกล่าวเอาไว้ ศาลก็สามารถนำเอาหลักทั่วไปที่ว่า “บุคคลต้องปฏิบัติตามสัญญา” นี้มาใช้ตัดสินคดีได้

นอกจากนี้หลักกฎหมายทั่วไปนี้อาจได้มาจากหลักหรือรากฐานที่ผู้ร่างกฎหมายนำมาใช้ในการร่างกฎหมายนั้น หากได้ศึกษาความเป็นมาของกฎหมายและเปรียบเทียบกับของหลาย ๆ ประเทศตลอดจนการศึกษาวิเคราะห์ด้วยบทหลาย ๆ มาตราที่บัญญัติสำหรับข้อเท็จจริงที่คล้ายคลึงกันให้ดีก็จะพบหลักกฎหมายทั่วไปอันเป็นรากฐานที่อยู่เบื้องหลังบทบัญญัติเหล่านั้น ที่จะนำมาใช้ปรับกับคดีได้ เช่น หากพิจารณาประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 155, 413, 905, 916, 1299, 1300, 1303, 1311, 1312, 1329, 1330, 1331,

1332 ก็จะพบว่า มีหลักร่วมกันอยู่ คือ “หลักคุ้มครองผู้สุจริต” ซึ่งไม่รู้ข้อเท็จจริงอันเป็นความเกี่ยวพันของคู่กรณีที่เกี่ยวข้องมาก่อนย่อมได้รับความคุ้มครองของกฎหมาย ย่อมเป็นหลักกฎหมายทั่วไปที่สามารถนำไปใช้อุดช่องว่างของกฎหมายได้

2) หลักกฎหมายทั่วไปที่มาจากกฎหมายในระบบอื่นหรือกฎหมายอันเป็นหลักสากลของนานาอารยประเทศ กฎหมายในระบบอื่น เช่น ระบบคอมมอน ลอว์ (Common law) เฉพาะส่วนที่เป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษร ซึ่งมีอิทธิพลต่อการร่างกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บางลักษณะของไทย ก็ย่อมมีหลักกฎหมายทั่วไปอันเป็นรากฐานที่ผู้ร่างกฎหมายนำมาใช้ด้วย นอกจากนี้กฎหมายในระบบคอมมอน ลอว์ บางเรื่องยังถือเป็นหลักสากลที่ใช้กันอยู่ทั่วไปในนานาอารยประเทศ เช่น เรื่องการประกันภัยทางทะเลหรือเรื่องพาณิชย์นาวีก็สามารถนำมาใช้เป็นหลักกฎหมายทั่วไปในการอุดช่องว่างของกฎหมายได้เช่นเดียวกัน

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 999/2496 ข้อเท็จจริงมีว่า เรือตรังกานูได้รับบรรทุกปูนซีเมนต์ของโจทก์ออกจากท่าเรือกรุงเทพฯ เพื่อขนส่งไปยังจุดหมายปลายทางคือจังหวัดสงขลา ระหว่างทางเรือตรังกานูมีสภาพไม่ปลอดภัยพอที่จะเดินทางต่อไปยังจุดหมายปลายทางได้ จึงต้องเดินทางกลับ แต่เรือมีสภาพทรุดโทรมเกินกว่าที่จะกลับมาถึงท่าเรือได้เสียแล้ว เรือตรังกานูจึงได้อัปปางลงในอ่าวไทย ทำให้สินค้าที่บรรทุกในเรือเสียหายหมดสิ้น รวมทั้งปูนซีเมนต์จำนวน 1,500 ตัน ของโจทก์ด้วย โจทก์ได้ทำประกันภัยในการขนส่งปูนซีเมนต์ทางทะเลไว้กับจำเลย โดยทำกรมธรรม์ไว้เป็นภาษาอังกฤษ โจทก์จึงฟ้องจำเลย (ผู้รับประกันภัย) ให้ชดเชยค่าเสียหายตามกรมธรรม์ ศาลฎีกาวินิจฉัยว่าประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 868 บัญญัติไว้ว่า “อันสัญญาประกันภัยทางทะเล ท่านให้บังคับตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายทะเล” กฎหมายทะเลของประเทศไทยยังไม่มีเป็นลายลักษณ์อักษร ทั้งจารีตประเพณีก็ไม่ปรากฏ จึงต้องวินิจฉัยคดีเรื่องประกันภัยทะเลตามหลักกฎหมายทั่วไปโดยเทียบเคียงกฎหมายอังกฤษในเรื่องนี้

ในคดีนี้ ศาลฎีกาไม่ได้เทียบบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง แต่จากการที่ศาลฎีกาได้เข้าไปใช้หลักกฎหมายทั่วไปในมาตรา 4 ตอนท้ายก็แสดงให้เห็นอยู่ในตัวแล้วว่าศาลฎีกาเห็นว่าไม่มีเหตุที่จะเทียบบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง

4.2 การอุดช่องว่างของกฎหมายอื่น ๆ

4.2.1 การอุดช่องว่างของกฎหมายตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481 บัญญัติว่า “เมื่อใดไม่มีบทบัญญัติในพระราชบัญญัติหรือกฎเกณฑ์อื่นใดแห่งประเทศสยามที่จะยกมาปรับแก้กรณีการขัดกันแห่งกฎหมายได้ ให้ใช้กฎเกณฑ์ทั่วไปแห่งกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล”

กฎหมายขัดกัน เกิดขึ้นเนื่องจากพลเมืองของประเทศหนึ่งได้ไปทำสัญญากับพลเมืองของประเทศหนึ่ง ทำให้เกิดปัญหาคือว่าจะใช้กฎหมายของประเทศใดบังคับเมื่อมีข้อพิพาทเกิดขึ้นซึ่งกฎหมายของทั้งสองประเทศนั้นก็ไม่มีบทบัญญัติที่แตกต่างกันอีกด้วย พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันของกฎหมาย พ.ศ. 2481 ได้แก้ปัญหาดังกล่าวโดยกำหนดไว้ว่ากรณีใดต้องใช้กฎหมายของประเทศใดบังคับ แต่ก็อาจมีปัญหาช่องว่างของกฎหมายเกิดขึ้นได้เหมือนกัน ดังนั้นในมาตรา 2 ของพระราชบัญญัตินี้จึงได้กำหนดวิธีการอุดช่องว่างเอาไว้โดยให้ใช้กฎเกณฑ์ทั่วไปของกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลในการค้นหากฎเกณฑ์ทั่วไปของกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลก็จะเป็นเช่นเดียวกับการค้นหาหลักกฎหมายทั่วไปในการอุดช่องว่างของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ดังที่ได้กล่าวมาแล้วนั่นเอง

4.2.2 การอุดช่องว่างของกฎหมายตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามาตรา 15 บัญญัติว่า “วิธีพิจารณาข้อใดซึ่งประมวลกฎหมายนี้มีได้บัญญัติไว้โดยเฉพาะให้นำบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาใช้บังคับเท่าที่พอจะบังคับได้” เช่น ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณา

ความอาญาไม่มีบทบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดฐานละเมิดอำนาจศาล จึงต้องนำ
บทบัญญัติประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งในเรื่องการกระทำความผิดฐานละเมิด
อำนาจศาลมาใช้ในการพิจารณาคดีอาญาด้วย เป็นต้น