



นิติวิธีในการเทียบเคียงบทกฎหมาย ที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง*

Juristic Method of Analogy

กมลกร ประเสริฐศักดิ์ **
Kornkamon Prasertsak

■ บทคัดย่อ

ในการบัญญัติกฎหมายให้ครอบคลุมกับทุกกิจกรรมในสังคมเป็นเรื่องที่ยอมรับกันว่าเป็นไปได้ยากอย่างยิ่ง ในระบบกฎหมาย Civil Law จึงอาจเกิดปัญหาช่องว่างแห่งกฎหมายเมื่อผู้ใช้กฎหมายไม่สามารถแสวงหาบทบัญญัติของกฎหมายลายลักษณ์อักษรมาปรับแก้ข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น ประกอบกับการที่ผู้พิพากษามีหน้าที่ต้องพิพากษาคดี จะปฏิเสธการตัดสินคดีโดยอ้างว่าไม่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่จะใช้บังคับแก้คดีหรือว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่จะใช้บังคับนั้นเคลือบคลุมหรือไม่บริบูรณ์ไม่ได้ ดังนั้น นิติวิธีในระบบกฎหมายจึงเข้ามามีบทบาทเกื้อหนุนให้ผู้ใช้กฎหมายสามารถปรับใช้กฎหมายและแสวงหาวิธีทางแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้น บทความนี้จึงมุ่งแสดงถึงการใช้นิติวิธีในการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งเพื่ออุดช่องว่างแห่งกฎหมายในการแก้ไขปัญหาดังกล่าว โดยการศึกษาเริ่มจาก ความหมายของนิติวิธี นิติวิธีในระบบกฎหมาย เพื่อแสดงให้เห็นถึงทัศนคติของนักกฎหมายในมุมมองต่าง ๆ แล้วจึงมาศึกษาถึงนิติวิธีในการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง ในกฎหมายต่างประเทศและในกฎหมายไทย ตลอดจน

* บทความนี้เป็นส่วนหนึ่งของวิทยานิพนธ์เรื่อง “ปัญหาการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง” หลักสูตรนิติศาสตรดุษฎีบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย โดยมีศาสตราจารย์ ดร. ศันท์กรณ โสทธิพันธุ์ เป็นที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์
This article is part of a thesis on “Legal problems of analogy”, Doctor of Laws Program. This thesis is under supervised by Prof. Sanunkorn Sotthibandhu, Dr.Jur, Faculty of Law, Chulalongkorn University.

** น.บ. (เกียรตินิยมอันดับ 2) ธรรมศาสตร์, น.บ.ท., น.ม. (สาขากฎหมายเอกชนและธุรกิจ) จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, นิลิตินหลักสูตรนิติศาสตรดุษฎีบัณฑิต จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
Bachelor of Laws (Second Class Honours), Thammasat University., Thai Barrister at law, The Thai Bar Under The Royal Patronage., Master of Laws, Chulalongkorn University., J.S.D. Candidate of Doctor of Laws Program, Chulalongkorn University.

Received: August 4, 2020 Revised: October 9, 2020 Accepted: October 9, 2020

วิเคราะห์การใช้นิติวิธีในการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในความสัมพันธ์กับทัศนคติของผู้ใช้กฎหมายในระบบกฎหมายไทย พร้อมทั้งให้ข้อคิดเห็นที่เกี่ยวข้องกับการศึกษาซึ่งท้ายที่สุด เมื่อการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งเป็นนิติวิธีในระบบกฎหมายไทยที่กฎหมายได้วางกลไกไว้ ผู้ใช้กฎหมายจึงสามารถปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งตามเหตุผลกับความมุ่งหมายของกฎหมายเพื่อนำมาอุดช่องว่างแห่งกฎหมายได้ การศึกษานี้จึงคาดหวังว่าจะเป็นประโยชน์ต่อกระบวนการยุติธรรมของประเทศไทยในการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งเพื่ออำนวยความสะดวกแก่คดีตามนิติวิธีในระบบกฎหมายต่อไป

คำสำคัญ: นิติวิธี, การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง, ช่องว่างแห่งกฎหมาย

■ Abstract

In enacting legislation to cover all social activities, it is considered to be extremely difficult. In the Civil Law System, there are gaps in the law when lawyers are unable to find provisions of written law to apply to the fact. Together with the duty of the judges in the judgment of the case, they cannot deny the decision by claiming that there are no legal provisions to enforce the case or the legal provisions to be enforced are ambiguous or incomplete. Therefore, the juristic methods in the legal system may

play a supporting role for lawyers to apply the law and find solutions. This article focused on the juristic method of analogy to fill the gap in the law in solving such problems. The studies began with the meaning of juristic method, and juristic methods in the legal systems to show the attitudes of lawyers from various perspectives. Next, this article presented a juristic method of analogy in foreign law and Thai law. Also, this paper analyzed the use of the juristic method of analogy in relation to the attitudes of lawyers in the Thai legal system, as well as providing recommendations associated with the studies. Finally, when the analogy was a juristic method accepted in the Thai legal system, lawyers could apply analogy which was based on reason and law's purpose to fill the gap in the law. This article is expected that it will benefit the judicial process of Thailand in applying analogy to bring justice for cases under juristic methods in the legal system.

Keywords: Juristic Method, Analogy, Gap in the Law

■ บทนำ

ระบบกฎหมายไทยเป็นระบบประมวลกฎหมาย โดยมีกฎหมายลายลักษณ์อักษรเป็นบ่อเกิดของกฎหมายที่สำคัญที่สุด ซึ่งประมวล

กฎหมายไทยได้รับอิทธิพลทางความคิดสืบสายมาจากกฎหมายเอกชนโรมันผ่านการจัดทำประมวลกฎหมายตามแบบประมวลกฎหมายในยุโรปตะวันตกซึ่งเป็นกลุ่มประเทศที่ใช้ระบบกฎหมาย Civil Law ทั้งนี้ ประมวลกฎหมายที่ใช้บังคับจะมีความเป็นระบบระเบียบ เป็นแบบแผนเชื่อมโยงซึ่งกันและกัน ซึ่งสะท้อนให้เห็นถึงโครงสร้างของการจัดระเบียบประมวลกฎหมาย เช่น ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้แบ่งโครงสร้างออกเป็น บรรพ (book) ลักษณะ (title) หมวด (chapter) ส่วน (part) มาตรา (section) อันทำให้ผู้ศึกษากฎหมายหรือผู้ใช้กฎหมายนอกจากจะต้องพิจารณาถึงเนื้อหาของกฎหมาย (legal content) แล้ว ยังจะต้องศึกษาเกี่ยวกับนิติวิธี (juristic method) ประกอบด้วย โดยนิติวิธีเป็นคำที่มีความหมายเฉพาะทางนิติศาสตร์ กล่าวถึงการดำเนินการทางกฎหมาย ทั้งการใช้กฎหมายและการตีความกฎหมาย เป็นต้น ซึ่งนักกฎหมายจะนำนิติวิธีทางกฎหมายมาปรับใช้ได้อย่างถูกต้องก็จำเป็นต้องมีความรู้ความเข้าใจโดยรอบด้านในระบบกฎหมายของตนเองเสียก่อน (ศันันท์ภรณ์ โสคติพันธ์, 2562) นิติวิธีในระบบกฎหมายจึงเป็นเรื่องที่มีความสำคัญมาก

ด้วยเหตุนี้ นิติวิธีในระบบกฎหมายจึงมีบทบาทส่งเสริมให้ผู้ใช้กฎหมายสามารถปรับใช้กฎหมายและแสวงหาวิถีทางแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้นในสังคมตามแนวทางในการใช้นิติวิธีที่เหมาะสมได้ ซึ่งจากลักษณะของระบบกฎหมาย Civil Law เป็นการบัญญัติหลักเกณฑ์ของกฎหมายไว้อย่างกว้าง แต่ในบางคราวเมื่อการบัญญัติกฎหมายไม่ได้บัญญัติให้ชัดเจนหรือครอบคลุมถึงปัญหาที่เกิดขึ้น รวมทั้งการบัญญัติกฎหมาย

ใหม่เพิ่มเติมหรือแก้ไขปัญหาต่าง ๆ ก็เป็นเรื่องที่กระทำได้ล่าช้า ดังนั้น นิติวิธีจึงเป็นสิ่งสำคัญที่รองรับปัญหา และสร้างความเป็นธรรมในการบังคับใช้กฎหมาย นักกฎหมายที่มีความรู้ความเข้าใจในนิติวิธีของระบบกฎหมายอย่างถ่องแท้ก็จะสามารถปรับใช้กฎหมายกับข้อเท็จจริงและสภาพการณ์ต่าง ๆ ที่เกิดขึ้นในสังคม ดังที่ หยุตแสงอุทัย (2552) มีคำปรารภไว้ว่า “การทำ ความเข้าใจในนิติวิธีที่ถูกต้องตามระบบของกฎหมายนั้นเป็นวิถีทางวิชาการที่จะทำให้กฎหมายของไทยมีประสิทธิภาพและเป็นปัจจัยสำคัญในการผดุงความยุติธรรมในสังคมได้อย่างแท้จริง”

ทั้งนี้ ในกรณีที่ไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายบัญญัติไว้โดยตรงอันเกิดเป็นช่องว่างแห่งกฎหมายขึ้น ผู้ปรับใช้กฎหมายโดยเฉพาะผู้พิพากษาจึงต้องมาอุดช่องว่างแห่งกฎหมาย ด้วยการนำสิ่งที่ระบบกฎหมายได้ยอมรับมาใช้พิจารณาแก้ไขปัญหในการอุดช่องว่างเหล่านั้น การใช้นิติวิธีในทางกฎหมายจึงอาจทำให้เกิดการปรับใช้กฎหมายโดยการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งเพื่ออุดช่องว่างแห่งกฎหมาย ซึ่งการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งเมื่อเป็นเรื่องที่ก้าวข้ามออกมาจากตัวบทกฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษรปกติทำให้ในการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งจำเป็นต้องศึกษาถึงนิติวิธีในระบบกฎหมายนั้นอย่างละเอียด โดยจำต้องพิจารณาก่อนว่านิติวิธีในระบบกฎหมายได้เปิดโอกาสให้ผู้ใช้กฎหมายสามารถใช้วิธีการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งได้หรือไม่ แนวคิดและทัศนคติของนักกฎหมายที่มีต่อการปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง

เป็นอย่างไร โดยบทความนี้จะเน้นศึกษาถึงนิติวิธีในการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เป็นสำคัญ

ความหมายของนิติวิธี

“นิติวิธี” หรือ “Juristic Method” เมื่อพิจารณาความหมายตามตัวอักษร หมายถึง การดำเนินการทางกฎหมาย ไม่ว่าจะเป็น การปรับใช้กฎหมายและการตีความกฎหมาย นอกจากนั้น ยังได้ปรากฏความหมาย จากคำอธิบายทางนิติศาสตร์ของนักกฎหมายชั้นครู เช่น ปรีดี เกษมทรัพย์ (2526) ได้กล่าวถึง “นิติวิธี” ไว้ว่า นิติวิธีเป็นเรื่องเกี่ยวกับความคิดและทัศนคติของนักกฎหมายที่มีต่อระบบกฎหมายของตน คือ ทัศนคติที่มีต่อกฎหมายลายลักษณ์อักษร ต่อจารีตประเพณี ต่อคำพิพากษาของศาล ตลอดจนต่อหลักกฎหมายหรือความยุติธรรมทั่วไป แม้กระทั่งวิธีคิด วิธีใช้ วิธีตีความกฎหมาย วิธีแบ่งแยกหมวดหมู่ของกฎหมาย การใช้กฎหมายตามตัวอักษร หรือการปรับใช้กฎหมาย โดยการเทียบเคียง (analogy) ซึ่งก็เป็นส่วนหนึ่งในนิติวิธีด้วย อีกทั้ง ในการบัญญัติกฎหมาย วิธีการบัญญัติกฎหมาย การแบ่งหมวดหมู่ของบทบัญญัติกฎหมาย รูปลักษณะของการบัญญัติกฎหมายก็เป็นเครื่องบ่งชี้แสดงให้เห็นว่า ในระบบกฎหมายนั้นมีนิติวิธีอย่างไร นอกจากนั้น นิติวิธียังแสดงออกผ่านวิธีการสอน วิธีศึกษา หรือวิธีทำให้กฎหมายงอกงามหรือเปลี่ยนแปลงไปตามกาลสมัยนั้น ๆ ด้วย โดยเปรียบระบบประมวลกฎหมายเหมือนกับบุคคล ส่วนที่เป็นเนื้อหาของกฎหมายที่แบ่งแยกเป็นหมวดหมู่ แผนก มีข้อความเป็นระเบียบเป็นส่วนทางรูปธรรมเปรียบเหมือนรูปพรรณร่างกายของคน แต่นิติวิธี

นั้นเป็นวิญญาณทางนามธรรมเปรียบเสมือนกับความคิดสติปัญญาของประมวลกฎหมาย เช่นนี้ นิติวิธีจึงเป็นสิ่งที่แทรกซึมอยู่กับตัวกฎหมาย ไม่สามารถแยกออกจากกันโดยเด็ดขาดได้ มิฉะนั้น หากกฎหมายมีเพียงข้อความตามตัวอักษรก็เทียบได้กับกฎหมายที่มีเพียงร่างกาย แต่ขาดจิตวิญญาณและเจตนารมณ์อันเป็นส่วนของนิติวิธี ซึ่งบุคคลนั้นต้องมีทั้งร่างกายและจิตใจที่สมบูรณ์ ภายกับใจต้องอาศัยซึ่งกันและกัน เหมือนดังประมวลกฎหมายที่ต้องอาศัยนิติวิธีเป็นหัวใจ โดยนิติวิธีไม่ได้เกิดจากการสร้างขึ้นมาจากนักกฎหมายบุคคลใดบุคคลหนึ่ง แต่เกิดจากภูมิหลังแนวความคิดในระบบกฎหมายที่ได้รับการถ่ายทอดสืบต่อกันมาแต่ดั้งเดิม ดังนั้น จึงควรต้องเข้าใจถึงทัศนคติของนักกฎหมายในระบบกฎหมายนั้น ๆ เพื่อให้เกิดความเข้าใจในนิติวิธีให้กระจ่างชัดเจนยิ่งขึ้น

นิติวิธีในระบบกฎหมาย

นิติวิธีสามารถเป็นเครื่องบ่งชี้ถึงความแตกต่างระหว่างระบบกฎหมายแต่ละระบบ ซึ่งการแบ่งระบบกฎหมายในโลกนี้อาจแบ่งออกได้เป็นหลากหลายระบบ แต่ทว่า ระบบกฎหมายที่มีอิทธิพลอย่างยิ่งต่อกฎหมายไทย ได้แก่ ระบบกฎหมาย 2 ระบบใหญ่ คือ ระบบกฎหมาย Civil Law (civil law system) กับระบบกฎหมาย Common Law (common law system) โดยระบบกฎหมาย Civil Law เป็นระบบกฎหมายที่ใช้อยู่ในกลุ่มประเทศภาคพื้นยุโรป ซึ่งมีทัศนคติต่อบ่อเกิดของกฎหมายและวิธีการทางกฎหมายที่แตกต่างกันไปจากระบบกฎหมาย Common Law ของกลุ่มประเทศแองโกลแซกซอน การศึกษานิติวิธีในระบบกฎหมายจึงล้วนมีความสำคัญอย่างยิ่ง โดยปรากฏให้เห็นจากทัศนคติ

ของนักกฎหมายกับมุมมองในด้านต่าง ๆ ที่มีต่อระบบกฎหมายของตน นิติวิธีจึงเป็นแนวทางวิธีการคิดที่ทำให้ระบบกฎหมายแต่ละระบบมีความแตกต่างกันไป เช่นนี้ การศึกษาค้นคิดของนักกฎหมายในมุมมองต่าง ๆ เบื้องต้นจึงทำให้เห็นถึงนิติวิธีในระบบกฎหมายนั้นโดยภาพรวม เพื่อเป็นแนวทางพิจารณานิติวิธีในการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งต่อไป

1. นิติวิธีในระบบกฎหมาย Civil Law

เนื่องด้วยระบบกฎหมาย Civil Law เป็นระบบกฎหมายที่มีวิวัฒนาการสืบเนื่องมาจากกฎหมายโรมัน โดยเห็นว่า กฎหมายมีรากฐานมาจากเหตุผลธรรมดาที่มีอยู่ในจิตใจของมนุษย์ และกฎหมายเป็นสิ่งที่สามารถนำมาพิเคราะห์พิจารณาและศึกษาได้ด้วยเหตุผล โดยเฉพาะประมวลกฎหมายถือว่าเป็นระบบของเหตุผล โดยแท้ นักกฎหมายในระบบ Civil Law จึงมีทัศนคติต่อกฎหมายลายลักษณ์อักษรว่า กฎหมายลายลักษณ์อักษรเป็นระบบเหตุผลที่ถูกต้อง โดยระบบนี้ให้ความสำคัญต่อกฎหมายลายลักษณ์อักษรว่าเป็นบ่อเกิดของกฎหมายที่สำคัญที่สุด มีการตราประมวลกฎหมายขึ้นมาใช้บังคับเพื่อวางเป็นหลักกฎหมายที่มีลักษณะทั่วไปและสามารถนำไปปรับใช้ในกรณีต่าง ๆ ได้ ซึ่งการบัญญัติกฎหมายลายลักษณ์อักษรจะบัญญัติเป็นหลักกฎหมายทั่วไปในบางเรื่องและบัญญัติบทที่เป็นรายละเอียดในบางเรื่องหากไม่สามารถวางหลักเกณฑ์ทั่วไปได้อย่างสมบูรณ์ และในการบัญญัติกฎหมายเพื่อให้สามารถครอบคลุมกรณีต่าง ๆ มากที่สุดก็มักจะมีการบัญญัติบททั่วไปเปิดกว้างไว้ ทำให้ผู้ใช้กฎหมายสามารถใช้ดุลพินิจปรับบทกฎหมายให้เหมาะสมและเป็นธรรมแก่กรณีได้

เมื่อระบบกฎหมาย Civil Law ยึดถือกฎหมายลายลักษณ์อักษรเป็นหลักและเป็นกฎหมายทั่วไป การใช้การตีความกฎหมายลายลักษณ์อักษรจึงต้องมีหลักเกณฑ์มากำกับไว้ในการตีความกฎหมายต้องตีความตามตัวอักษรและเจตนารมณ์ไปพร้อมกัน ซึ่งยอมรับกันว่ากฎหมายลายลักษณ์ อักษรมีกำลังภายใน (projecting force of law) ที่สามารถนำไปปรับใช้กับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นได้ (ปรีดี เกษมทรัพย์, 2526) นักกฎหมายในระบบ Civil Law จึงอาจตีความกฎหมายลายลักษณ์อักษรในลักษณะต่าง ๆ เช่น การตีความอย่างกว้าง การตีความอย่างแคบ ตามเหตุผลในบทกฎหมายนั้น หรือเมื่อไม่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรบัญญัติไว้โดยตรงก็อาจปรับใช้บทกฎหมายลายลักษณ์อักษรโดยการเทียบเคียงเพื่ออุดช่องว่างแห่งกฎหมายได้ ซึ่งเป็นนิติวิธีอย่างหนึ่งในระบบกฎหมาย Civil Law (กิตติศักดิ์ ปรกติ, 2560)

นอกจากนี้ สำหรับทัศนคติของนักกฎหมายที่มีต่อศีลธรรม ขนบธรรมเนียม จารีตประเพณี เนื่องจากในระบบกฎหมาย Civil Law มีความเป็นมาทางประวัติศาสตร์มายาวนาน ในสมัยโรมันกฎหมายลายลักษณ์อักษรเป็นการบันทึกกฎหมายประเพณีและหลักกฎหมายที่มีอยู่แล้ว กฎหมายลายลักษณ์อักษร จึงเป็นกฎหมายที่อยู่เคียงคู่กับจารีตประเพณี โดยถือว่ากฎหมายเป็นเครื่องค้ำจุนศีลธรรมประเพณี และเมื่อจารีตประเพณีต่าง ๆ เกิดจากเหตุผลทางศีลธรรมในจิตใจมนุษย์ ความรู้สึกว่ากฎหมายเป็นปฏิปักษ์ต่อศีลธรรมจารีตประเพณีจึงมีน้อย อีกทั้งในระบบกฎหมาย Civil Law ยังยอมรับว่าประเพณีเป็นบ่อเกิดของกฎหมายในลำดับรองด้วย

ส่วนทัศนคติที่มีต่อคำพิพากษาของศาล ศาลในระบบกฎหมาย Civil Law ทำหน้าที่เป็นเพียง ผู้ปรับใช้กฎหมายและต้องเคารพต่อบทบัญญัติของกฎหมาย โดยศาลต้องตัดสินคดีให้เป็นไปตามกฎหมาย ทั้งนี้ ในกรณีที่บทบัญญัติของกฎหมายไม่ตรงกับกรณีปัญหาที่เกิดขึ้น ศาลก็จะเป็นผู้ตีความกฎหมาย รวมถึง มีบทบาทในการปรับบทกฎหมายแก่กรณีต่าง ๆ ดังนั้น ในระบบกฎหมาย Civil Law จึงถือว่าคำพิพากษาของศาล เป็นคำอธิบายการใช้ตัวบทกฎหมายหรือเป็นตัวอย่างในการปรับตัวบทกฎหมายแก่คดี อันเป็นเครื่องแสดงออกถึงความมีอยู่ของหลักเกณฑ์ที่ใช้วินิจฉัยคดีนั้น ๆ ซึ่งคำพิพากษาของศาลไม่ใช่บ่อเกิดของกฎหมายในระบบกฎหมาย Civil Law การวินิจฉัยคดีของศาลจึงไม่ผูกมัดให้ต้องตัดสินไปตามคดีที่ได้รับการพิจารณามาก่อน

2. นิตินิติวิธีในระบบกฎหมาย Common Law

ระบบกฎหมาย Common Law เป็นระบบกฎหมายที่ยึดถือคำพิพากษาของศาลเป็นบ่อเกิดของกฎหมาย จึงเรียกกันว่า “Judge made law” หรือ “ผู้พิพากษาเป็นผู้สร้างหลักกฎหมาย” ซึ่งศาลจะวางหลักกฎหมายจากคำพิพากษา โดยคำพิพากษาของศาลจะเป็นบรรทัดฐานทางกฎหมาย (precedent) ที่ผูกมัด การตัดสินในคดีต่อมา ทัศนคติของนักกฎหมายที่มีต่อคำพิพากษาของศาลจึงถึงขนาดที่ถือว่า ตัวคำพิพากษานั้นเองเป็นตัวบทกฎหมาย (Hadfield, 2007) ซึ่งศาลสามารถวางหลักกฎหมายจากคำพิพากษาขึ้นมาได้เลยโดยไม่ต้องนำมาบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรก่อน คำพิพากษาของศาลในระบบกฎหมาย Common Law จึงมีบทบาททั้งการปรับใช้กฎหมายแก่ข้อเท็จจริงและบทบาท

ในการวางหลักนิตินิติวิธีในทางกฎหมายด้วย ทั้งนี้ หลักกฎหมายในระบบกฎหมาย Common Law มาจากคำพิพากษาของศาลที่พิจารณาตามเหตุผลธรรมดาที่มีอยู่ในจิตใจมนุษย์ประกอบกับเหตุผลซับซ้อนที่นักกฎหมายได้ปรุงแต่งขึ้น ซึ่งถูกถ่ายทอดจากการตัดสินคดีเหล่านั้น โดยคดีที่มีลักษณะอย่างเดียวกัน ศาลในคดีหลังก็ต้องตัดสินตามแนวคำพิพากษาบรรทัดฐานในคดีก่อน

อย่างไรก็ตาม ในระบบกฎหมาย Common Law ทัศนคติที่มีต่อกฎหมายลายลักษณ์อักษรกลับเห็นว่า กฎหมายลายลักษณ์อักษรเป็นกฎหมายที่ยกเว้นหลักทั่วไป เป็นกฎหมายพิเศษเฉพาะเรื่องเฉพาะราว ในการใช้และการตีความกฎหมายลายลักษณ์อักษรจึงต้องใช้วิธีการตีความตามตัวอักษรโดยเคร่งครัด ไม่ตีความโดยขยายความอีก และไม่สามารถนำบทกฎหมายลายลักษณ์อักษรไปใช้โดยวิธีการเทียบเคียงได้ ดังนั้น การบัญญัติกฎหมายในระบบกฎหมาย Common Law จึงต้องบัญญัติกฎหมายให้มีความชัดเจนละเอียดและครอบคลุม กฎหมายจึงมีลักษณะคล้ายสัญญามากกว่าที่จะเป็นตัวบทกฎหมายเพื่อผูกมัดให้ผู้ใช้กฎหมาย คือ ศาลได้ใช้หรือตีความกฎหมายตามเจตนารมณ์ที่ฝ่ายนิติบัญญัติประสงค์

ทั้งนี้ แม้กฎหมายลายลักษณ์อักษรมีฐานะเป็นบ่อเกิดของกฎหมายลำดับรอง แต่ในปัจจุบัน บทกฎหมายลายลักษณ์อักษรก็ได้เพิ่มทวีความสำคัญมากยิ่งขึ้น อันเนื่องมาจากสภาพสังคมที่เปลี่ยนแปลงไป เกิดปัญหาใหม่ ๆ ที่สลับซับซ้อนขึ้นจึงจำเป็นต้องใช้กลไกการบัญญัติกฎหมายเพื่อควบคุมสังคมในด้านต่าง ๆ กฎหมายลายลักษณ์อักษรจึงเป็นที่ยอมรับกันในปัจจุบัน แต่กระนั้นก็ตาม บทบัญญัติแห่งกฎหมาย

ลายลักษณ์อักษรก็ยังคงมีฐานะที่ต่ำกว่าหลักกฎหมายจากคำพิพากษาของศาล ทศนคติเช่นนี้ทำให้บทกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่ฝ่ายนิติบัญญัติบัญญัติขึ้นไม่ได้รับการกล่าวอ้างอย่างจริงจังจนกว่าจะมีคำพิพากษาของศาลที่นำบทบัญญัติกฎหมายนั้นมาใช้บังคับก่อน และเมื่อศาลได้นำบทกฎหมายนั้นมาใช้บังคับแล้ว หากเกิดคดีพิพาทขึ้นในทำนองเดียวกันในภายหลัง ศาลที่พิจารณาตัดสินคดีหลังก็นิยมอ้างถึงคำพิพากษาที่เคยปรับใช้บทกฎหมายลายลักษณ์อักษรนั้นมากกว่าที่จะมีการอ้างตัวบทกฎหมายที่ใช้บังคับเสียอีก (กิตติศักดิ์ ปรกติ, 2560)

นอกจากนี้ ในระบบกฎหมาย Common Law ทศนคติของนักกฎหมายมีความโน้มเอียงไปในทางที่เห็นว่า กฎหมายลายลักษณ์อักษรแตกต่างจากศีลธรรมขนบธรรมเนียมและประเพณี คล้ายกับว่าทั้งศีลธรรมขนบธรรมเนียมและประเพณีเป็นคนละเรื่องไม่เกี่ยวข้องและเป็นปฏิปักษ์กับกฎหมายลายลักษณ์อักษรนั้นด้วย

จากที่กล่าวมาข้างต้นโดยสังเขป จะเห็นได้ว่า นิติวิธีเป็นสิ่งสำคัญอย่างยิ่งที่ทำให้ระบบกฎหมายแต่ละระบบมีลักษณะเฉพาะที่แตกต่างกันออกไป ดังนั้น ในการศึกษากฎหมาย ทศนคติหรือมุมมองของนักกฎหมายที่มีต่อระบบกฎหมายของตนจึงไม่อาจเป็นเรื่องที่ละเลยจากการศึกษากฎหมายในแต่ละระบบกฎหมายไปได้

นิติวิธีในการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง

“การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง” หรือ “Analogy” ตามความหมายธรรมดาสามัญเป็นที่เข้าใจได้ว่า ต้องมีการ

เทียบเคียงหรือเปรียบเทียบสิ่งใดสิ่งหนึ่งกับอีกสิ่งหนึ่งที่มีลักษณะคล้ายคลึงกันอย่างมากหรือแทบไม่แตกต่างกันเลย และเมื่อมาพิจารณาความหมายทางนิติศาสตร์ “การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง” หรือ “Analogy” ในทางตำราถือว่าเป็นการให้เหตุผลโดยอ้างถึงความคล้ายคลึงกันย่อมมีความหมายอย่างเดียวกัน เช่นเดียวกับคำว่า “Argumentum a simile”

สำหรับนิติวิธีในการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง เมื่อระบบกฎหมาย Common Law ยึดถือคำพิพากษาของศาลในคดีก่อนเป็นหลักในการตัดสินคดี การตัดสินคดีที่เกิดขึ้นมาใหม่จึงต้องพิจารณาหลักกฎหมายจากคดีที่เกิดขึ้นมาแล้ว แต่กระนั้น ในบางกรณีข้อเท็จจริงในคดีไม่เหมือนกันโดยตรง แต่อาจจะมึลักษณะที่คล้ายคลึงกันหรือใกล้เคียงกัน คำว่า “Analogy” ในระบบกฎหมาย Common Law จึงถูกนำมาใช้ในความหมายที่ว่า เป็นเทคนิคเกี่ยวกับการปรับเหตุผลในการวินิจฉัย (ratio decidendi) ของคดีก่อนกับคดีที่เกิดขึ้นมาใหม่ (Langenbucher, 1998) ซึ่งอาจต้องอาศัยการเทียบเคียงข้อเท็จจริงและหลักกฎหมายในคดีก่อนกับคดีหลังเพื่อปรับเหตุผลและวินิจฉัย โดยมีใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งเพื่ออุดช่องว่างแห่งกฎหมายลายลักษณ์อักษรตามความหมายที่เข้าใจกันในระบบกฎหมาย Civil Law

ส่วนในระบบกฎหมาย Civil Law ยึดถือกฎหมายลายลักษณ์อักษรเป็นบ่อเกิดเบื้องต้นของกฎหมาย “การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง” หรือ “Analogy” ในระบบกฎหมาย Civil Law จึงถูกนำมาใช้ในฐานะที่เป็นเครื่องมือในการอุดช่องว่างแห่งบทบัญญัติกฎหมายนั้น โดยระบบกฎหมาย Civil Law

บทบัญญัติตามประมวลกฎหมายจะมีลักษณะเป็นกฎหมายทั่วไป การบัญญัติกฎหมายในระบบกฎหมาย Civil Law จึงบัญญัติกฎหมายไว้อย่างกว้างให้ครอบคลุมแก่กรณี และมีการยอมรับเหตุผลและเจตนารมณ์ของกฎหมาย ตลอดจนเปิดกว้างให้มีการใช้เหตุผลเข้ามาเป็นฐานแห่งการตีความ รวมถึงในการเทียบเคียงบทกฎหมายด้วย จึงแสดงให้เห็นว่า ระบบกฎหมาย Civil Law เป็นระบบกฎหมายที่ยึดถือเหตุผลและยึดถือหลักการของกฎหมายที่สอดคล้องกัน การอ้างอิงเหตุผลจึงทำให้สามารถนำกฎหมายนั้นมาปรับใช้กับข้อเท็จจริงต่าง ๆ ที่อาจแปรผันเปลี่ยนแปลงไปตามกาลเวลาได้

กรณีการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งจึงถูกนำมาใช้เพื่ออุดช่องว่างแห่งกฎหมายในระบบกฎหมาย Civil Law เมื่อไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายที่จะยกขึ้นมาปรับแก้กรณีที่เกิดขึ้นได้โดยตรง การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งจึงเป็นนิติวิธีอย่างหนึ่งที่เข้ามามีบทบาทช่วยให้เกิดการปรับใช้บทบัญญัติของกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งกับกรณีที่เกิดขึ้น โดยการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งจะเป็นการนำข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในคดีมาเทียบเคียงกับข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบที่บัญญัติไว้ในบทกฎหมาย ทั้งนี้ ตามหลักการและเหตุผลที่ว่า ข้อเท็จจริงอย่างเดียวกันก็ควรที่จะได้รับการปรับใช้หลักเกณฑ์เดียวกัน จึงส่งผลให้ได้รับผลลัพธ์เดียวกันเพื่อให้เกิดความเป็นธรรม อันทำให้เรื่องการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งมาปรับใช้เพื่ออุดช่องว่างแห่งกฎหมายตามแนวความคิดในระบบกฎหมาย Civil Law ซึ่งจะได้ศึกษาหลักการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งตามนิติวิธีของ

ประเทศต่าง ๆ ในระบบกฎหมาย Civil Law เพื่อเป็นประโยชน์ต่อการวิเคราะห์ถึงนิติวิธีในการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งต่อไป

การศึกษานิติวิธีในการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งเพื่ออุดช่องว่างแห่งกฎหมาย จึงแบ่งการศึกษาออกเป็นดังนี้

1. นิติวิธีในการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในกฎหมายอิตาลี

สาธารณรัฐอิตาลีเป็นประเทศที่ยึดถือระบบกฎหมาย Civil Law ในกฎหมายอิตาลีมีการบัญญัติถึงนิติวิธีในการปรับใช้กฎหมายไว้อย่างชัดเจนตามมาตรา 3 แห่งบทบัญญัติว่าด้วยการประกาศ การตีความ และการใช้กฎหมายทั่วไปอิตาลี ค.ศ. 1865 และมาตรา 12 แห่งบทบัญญัติว่าด้วยการประกาศ การตีความ และการใช้กฎหมายทั่วไปอิตาลี ที่แก้ไขใหม่ในปี ค.ศ. 1942 ซึ่งบทบัญญัติดังกล่าวมีลักษณะชี้ชัดถึงการใช้นิติวิธีในกฎหมาย ทั้งนี้ ตามมาตรา 12 วรรคแรก แห่งบทบัญญัติว่าด้วยการประกาศ การตีความ และการใช้กฎหมายทั่วไปอิตาลี ค.ศ. 1942 เป็นเรื่องของการตีความบทบัญญัติของกฎหมายที่มุ่งหมายให้เกิดการตีความโดยคำนึงถึงการเชื่อมโยงบทบัญญัติของกฎหมายกับเจตนารมณ์ของผู้บัญญัติกฎหมาย โดยเจตนารมณ์ของผู้บัญญัติกฎหมายจะนำมาสู่เนื้อหากฎหมายที่ดำเนินตามวัตถุประสงค์ที่เป็นบรรทัดฐานที่แท้จริง (Merryman, 1966) ส่วนมาตรา 12 วรรคสอง แห่งบทบัญญัติว่าด้วยการประกาศ การตีความ และการใช้กฎหมายทั่วไปอิตาลี ค.ศ. 1942 เป็นเรื่องของปัญหาช่องว่างทางกฎหมาย ซึ่งในกฎหมายอิตาลีมีนิติวิธีในการอุดช่องว่างแห่งกฎหมาย ดังนี้

ถ้ามีข้อโต้แย้งที่ไม่สามารถตัดสินได้ โดยบทบัญญัติของกฎหมายที่ชัดเจน การตัดสินคดีให้พิจารณาโดยบทบัญญัติกฎหมายที่ใช้บังคับกับคดีอย่างเดียวกันหรือเรื่องที่คล้ายคลึงกัน หากคดียังคงเป็นที่สงสัยอยู่ ให้พิจารณาตามหลักกฎหมายทั่วไปของรัฐ

. . . If the controversy cannot be decided by a precise provision, consideration is given to provisions that regulate similar cases or analogous matters; if the case still remains doubtful, it is decided according to the general principles of the legal order of the State.

เมื่อพิจารณามาตรา 12 วรรคสอง แห่งบทบัญญัติว่าด้วยการใช้กฎหมายทั่วไปอิตาลี ค.ศ. 1942 ดังกล่าว จะประกอบไปด้วยองค์ประกอบที่สำคัญ 3 ประการ คือ ประการแรก การที่ไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายที่ชัดเจนหรือการมีช่องว่างแห่งกฎหมาย (lacuna) ประการที่สอง การเทียบเคียงบทบัญญัติกฎหมายที่ใช้บังคับกับคดีอย่างเดียวกันหรือเรื่องที่คล้ายคลึงกัน (analogy) และประการสุดท้าย การปรับใช้หลักกฎหมายทั่วไปของรัฐ (the general principles of the legal order of the state) ซึ่งทั้งหมดนี้เป็นเรื่องของช่องว่างทางกฎหมาย และการอุดช่องว่างทางกฎหมาย โดยในท้ายที่สุดแล้วจะทำให้ไม่เกิดปัญหากรณีที่ไม่มีกฎหมายมาบังคับใช้ในการพิจารณาพิพากษาคดีอีก

ดังจะเห็นได้ว่า วิธีการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายอิตาลีจะบัญญัติไว้ชัดเจนว่า ผู้พิพากษาจะต้องอุดช่องว่างแห่งกฎหมายโดยอาศัยวิธีการอันใดก่อนหลัง ซึ่งวิธีการเทียบเคียงเป็นนิติวิธีในการอุดช่องว่าง แห่งกฎหมายที่สำคัญเป็น

ลำดับแรกในกฎหมายอิตาลี โดยเมื่อไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายที่สามารถใช้ตัดสินได้ โดยชัดเจน การตัดสินคดีให้พิจารณาโดยบทบัญญัติกฎหมายที่ใช้บังคับกับคดีอย่างเดียวกันหรือเรื่องที่คล้ายคลึงกัน อันมีลักษณะเป็นการใช้เกณฑ์การเปรียบเทียบโดยอ้างถึงความคล้ายคลึงกัน และเป็นการอนุญาตให้ผู้พิพากษาเทียบเคียงจากบรรทัดฐานที่บัญญัติไว้ (formulated norm)

หลักการนี้มีนักกฎหมายบางท่านเห็นว่าพื้นฐานดังกล่าวอยู่บนแนวคิดการกระจายอำนาจในการสร้างกฎหมาย ซึ่งเป็นกรณีที่ฝ่ายนิติบัญญัติส่งต่อให้ผู้พิพากษาเป็นผู้สร้างกฎหมายขึ้นมาเพื่อช่วยในการอุดช่องว่างแห่งกฎหมาย เช่นนี้ถึงแม้ว่ากฎหมายจะไม่ได้ถูกบัญญัติในวิธีการโดยตรง แต่ก็ผ่านการสร้างกฎหมายในทางอ้อมโดยศาล (Merryman, 1966) แต่อย่างไรก็ตามแนวคิดเรื่องดังกล่าวถูกล้อมกรอบไว้เฉพาะในแง่มุมมองทางความคิดเท่านั้น และในทางทฤษฎีนักกฎหมายก็มีข้อถกเถียงกันว่า ผู้พิพากษาเป็นผู้ใช้กฎหมายมิใช่มีหน้าที่เป็นผู้บัญญัติกฎหมาย ถึงแม้ว่าผู้พิพากษาจะได้รับสิทธิตามกฎหมายอย่างชัดเจนก็ตาม แต่ผู้พิพากษาก็ไม่ได้เป็นฝ่ายนิติบัญญัติ ผู้พิพากษามีเพียงอำนาจที่จะค้นหาวิธีการแก้ไขปัญหาในคดีโดยดำเนินการตามหลักการและกฎหมายที่มีอยู่ (Irti, 2014) ดังนั้นในการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายผู้พิพากษาจึงได้รับอนุญาตให้เข้ามาแก้ไขปัญหามาตามนิติวิธีที่กำหนดไว้

การเทียบเคียงจึงเป็นกระบวนการทางตรรกะที่ผู้พิพากษานำมาใช้เป็นเครื่องมืออย่างหนึ่งในการพิจารณาวินิจฉัยคดี การเทียบเคียงถูกสร้างขึ้นบนพื้นฐานของการเปรียบเทียบ

ทั้งความเหมือนและความแตกต่าง (Barak & Bashi, 2005) ซึ่งกระบวนการเทียบเคียงไม่ได้แสดงออกแค่ผลลัพธ์ในการวินิจฉัยคดี แต่ต้องมีกระบวนการที่จำเป็นสมควรที่จะตรวจสอบได้ว่าผู้พิพากษาใช้หลักเกณฑ์ หรือขั้นตอนใดในการพิจารณาตัดสิน ซึ่งนักวิชาการส่วนใหญ่ยอมรับขั้นตอนตรรกะที่เป็นเหตุเป็นผลในการตัดสินใจ รวมถึงการเทียบเคียงเพื่อที่จะทำการตัดสินมีความสอดคล้องกันอย่างเป็นระบบ และยั่งยืนถูกต้องตามกฎหมาย (Irti, 2014)

2. นิติวธีในการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในกฎหมายเยอรมัน

เมื่อศึกษาจากประวัติศาสตร์ความเป็นมาของการร่างประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ในต้นร่างฉบับแรกของประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ฉบับปี ค.ศ. 1896 คือ German Civil Code (1896) มีการวางหลักว่า “ในกรณีที่ไม่มีบทบัญญัติเฉพาะเจาะจง ผู้พิพากษาพึงนำวิธีการเทียบเคียงมาใช้ และหากการเทียบเคียงไม่สามารถนำมาใช้ได้ ให้ใช้หลักกฎหมายทั่วไป” หรือ “in the absence of a specific rule, the judge should have recourse to analogy, and, where this was not possible, to principles drawn from the legal order as a whole.”

แต่อย่างไรก็ตาม บทบัญญัติดังกล่าวถูกปฏิเสธในการบัญญัติเข้าไปเป็นหลักการสำคัญในชั้นพิจารณาร่างกฎหมาย โดยผู้ร่างกฎหมายเห็นว่าข้อความในกฎหมายฉบับร่างนั้นยังรอบคอบรัดกุมไม่เพียงพอ ซึ่งหากนำมาบัญญัติไว้อาจจะทำให้เกิดปัญหาในเรื่องการใช้กฎหมาย และการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายขึ้นมาได้ อีกทั้งยังเป็นเรื่องที่ใช้กฎหมายเข้าใจกันอยู่แล้ว โดยได้รับการปลูกฝังสั่งสอนกันเรื่อยมาในสถาบัน

การศึกษา จึงไม่จำเป็นต้องนำมาใส่ไว้ในประมวลกฎหมายอีก มิฉะนั้น จะทำให้ประมวลกฎหมายมีลักษณะคลาดเคลื่อนกลายเป็นคำอธิบายกฎหมายไปได้ ด้วยเหตุนี้ บทบัญญัติของหลักการดังกล่าวที่เคยเสนอในการร่างประมวลกฎหมายเยอรมันครั้งแรกจึงถูกรรมาธิการของสภาตัดออกไป (Cheng, 1994) ซึ่งปัจจุบันตามประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ฉบับปี ค.ศ. 2002 อันเป็นฉบับที่มีการปรับปรุงแก้ไขก็ได้ปรากฏพบว่า มีหลักการดังกล่าวบัญญัติไว้เช่นเดิม

ในทางตรงกันข้าม แม้ว่าหลักการในการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายจะมีได้มีการบัญญัติไว้โดยชัดเจนในประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน แต่ทว่าเรื่องการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายกลับเป็นเรื่องที่นักกฎหมายเยอรมันทราบและเข้าใจได้เป็นอย่างดี เพราะเป็นสิ่งที่ทั่วไปที่นักกฎหมายเยอรมันจะต้องรับรู้อยู่แล้ว ดังนั้น จึงทำให้นิติวธีในการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายถูกนำมาใช้โดยทั่วกัน นอกจากนี้ การอุดช่องว่างแห่งกฎหมายก็ไม่ได้เป็นเพียงแค่เครื่องมือสำคัญในทางนิติวธีเท่านั้น แต่ยังสะท้อนให้เห็นถึงบทบาทและหน้าที่ของศาลในระบบนิติรัฐที่รับรองคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน ทำให้ศาลไม่สามารถปฏิเสธการวินิจฉัยคดีโดยอ้างว่าไม่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่จะนำมาใช้ในการพิจารณาพิพากษาคดี (มานิตย์ วงศ์เสรี, 2562)

สำหรับการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายโดยอาศัยการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งก็เป็นหนึ่งในนิติวธีที่สำคัญที่ถูกนำมาใช้เพื่ออุดช่องว่างแห่งกฎหมายในระบบกฎหมายเยอรมัน (Foster & Sule, 2002) โดยนักกฎหมายอาจขยายความบทกฎหมายไปในทางที่ถือว่า

บทกฎหมายแต่ละบทย่อมแฝงไว้ด้วยหลักทั่วไป (general principle) ซึ่งจะไม่ใช้การตีความขยายความตามความหมายที่ตัวอักษรของบทบัญญัติกฎหมาย อาจมีความหมายไปถึงได้เท่านั้น การปรับใช้กฎหมายอาจครอบคลุมถึงกรณีอื่น ๆ ที่อยู่ภายใต้หลักเหตุผลเดียวกันด้วย ในกรณีดังกล่าวนี้จึงไม่เรียกว่าการตีความ แต่เป็นการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งที่อยู่ภายใต้หลักของเหตุผล อันทำให้โดยนัยนี้ บทกฎหมายบทหนึ่งอาจใช้กับกรณีที่อยู่ภายใต้เหตุผลและความมุ่งหมายของบทกฎหมายอย่างเดียวกันได้ แม้ว่าในกรณีนั้น ๆ จะไม่ได้มีการกล่าวถึงไว้ในบทบัญญัติแห่งกฎหมายตามตัวอักษรโดยตรงหรือตัวอักษรนั้นกินความหมายกว้างไปไม่ถึงก็ตาม ก็อาจใช้วิธีการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งเข้ามามีส่วนในการปรับบทกฎหมายให้เป็นไปตามเหตุผลและความเป็นธรรม (กิตติศักดิ์ ปรกติ, 2560)

3. นิตินิติวิธีในการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในกฎหมายไทย

บทบัญญัติมาตรา 4 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย พ.ศ. 2535 อันเป็นบทบัญญัติที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบัน ซึ่งตามมาตรา 4 ดังกล่าวบัญญัติว่า “กฎหมายนั้นต้องใช้ในบรรดากรณี ซึ่งต้องด้วยบทบัญญัติใด ๆ แห่งกฎหมายตามตัวอักษร หรือตามความมุ่งหมายของบทบัญญัตินั้น ๆ” และในวรรคสอง “เมื่อไม่มีบทกฎหมายที่จะยกมาปรับคดีได้ ให้วินิจฉัยคดีนั้นตามจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น ถ้าไม่มีจารีตประเพณีเช่นว่านั้น ให้วินิจฉัยคดีอาศัยเทียบบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง และถ้าบทกฎหมายเช่นนั้นก็ไม่มีด้วย ให้วินิจฉัยตามหลักกฎหมายทั่วไป”

เมื่อพิจารณาบทบัญญัติมาตรา 4 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยอย่างละเอียดถี่ถ้วนอาจกล่าวได้ว่า ตามมาตรา 4 วรรคหนึ่งแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เป็นเรื่องของนิตินิติวิธีในการใช้กฎหมายและการตีความกฎหมาย ส่วนในมาตรา 4 วรรคสองดังกล่าว เป็นเรื่องของการอุดช่องว่างแห่งกฎหมาย ในกรณีที่ไม่สามารถใช้บทบัญญัติกฎหมายลายลักษณ์อักษรมาปรับแก้กรณีที่เกิดขึ้นได้ ซึ่งความประสงค์อันสำคัญยิ่งของมาตรา 4 วรรคสอง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย คือ เพื่อเป็นการอุดช่องว่างแห่งกฎหมาย โดยปรารถนาให้สามารถนำนิตินิติวิธีทางกฎหมายไปปรับใช้กับกรณีปัญหาช่องว่างแห่งกฎหมายที่เกิดขึ้นได้มากที่สุด

ทั้งนี้ เนื่องจากในการใช้การตีความกฎหมาย ผู้ใช้กฎหมายจะต้องใช้และตีความกฎหมายตามตัวอักษรและตามเจตนารมณ์หรือความมุ่งหมายของบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นไปพร้อมกัน แต่กระนั้น เมื่อได้มีการใช้การตีความบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดแล้ว แต่ก็ยังไม่สามารถวินิจฉัยปัญหานั้นได้ โดยเกิดเป็นช่องว่างแห่งกฎหมายขึ้น ในทางนิตินิติวิธีจึงได้แก้ปัญหาโดยใช้วิธีการอุดช่องว่างแห่งกฎหมาย เช่นนี้ ในการศึกษานิตินิติวิธีในการปรับใช้กฎหมายเพื่ออุดช่องว่างแห่งกฎหมายตามมาตรา 4 วรรคสอง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ จึงเป็นการอุดช่องว่างกฎหมายนอกเหนือจากที่บทบัญญัติของกฎหมายลายลักษณ์อักษรบัญญัติไว้ ซึ่งจะต้องกระทำตามลำดับ ดังนี้ ประการแรก ถ้าไม่มีบทบัญญัติกฎหมายที่จะยกมาปรับแก้กรณีได้ ให้พิจารณาว่ากรณีนี้มีจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่นปฏิบัติกันมาอย่างไร

ประการที่สอง ในกรณีที่ไม่มีจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่นที่จะยกมาปรับแก้กรณี ให้ศาลวินิจฉัย โดยเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง โดยศาลจะต้องพิจารณาว่ามีบทบัญญัติใดที่มีข้อความใกล้เคียงกับกรณีที่กำลังจะวินิจฉัยอยู่ ซึ่งศาลต้องพิจารณาบทบัญญัตินั้นจากกฎหมายไทย ศาลไม่อาจเทียบเคียงโดยอ้างความคล้ายคลึงกันกับบทบัญญัติของกฎหมายต่างประเทศได้ (ปรีดี พนมยงค์, 2471) และประการสุดท้าย ในกรณีที่ไม่สามารถหาบทบัญญัติของกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งมาปรับแก้กรณีได้ ให้วินิจฉัยโดยใช้หลักกฎหมายทั่วไปในการอุดช่องว่างแห่งกฎหมาย

สำหรับกรณีการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง คำอธิบายทางตำรานิติศาสตร์โดยทั่วไปมีการกล่าวถึงไว้ว่า การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งเป็นการนำข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในคดีมาเทียบเคียงกับข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบที่บัญญัติไว้ในบทกฎหมาย เนื่องด้วยบทกฎหมายลายลักษณ์อักษรมิได้บัญญัติไว้โดยตรง จึงเกิดการเทียบเคียงเพื่ออุดช่องว่างแห่งกฎหมาย โดยพิจารณาว่าข้อเท็จจริงนั้นมีความคล้ายคลึงกันกับข้อเท็จจริงที่เป็นองค์ประกอบของบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นหรือไม่ ถ้าข้อเท็จจริงนั้นมีความคล้ายคลึงกันกับบทบัญญัติของกฎหมาย บทบัญญัติของกฎหมายนั้นก็สามารถนำมาอุดช่องว่างแห่งกฎหมายในฐานะที่เป็นบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งได้ (สมยศ เชื้อไทย, 2562) แต่ทั้งนี้ขอบเขตในเบื้องต้น บทบัญญัติกฎหมายที่จะเป็นบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งได้จะต้องมีความใกล้เคียงกันถึงขนาดหรือต้องตรงกันในสาระสำคัญจึงจะสามารถถือว่าเป็นบทกฎหมาย

ที่จะนำมาปรับแก้คดี ซึ่งจะให้มีผลทางกฎหมายอย่างเดียวกันกับบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งนั้น (ปรีดี เกษมทรัพย์, 2562)

ตัวอย่าง การปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในกฎหมายมรดกกรณีทรัพย์สินที่ได้มาเพราะความตายหรือทรัพย์สินที่ได้มาหลังจากถึงแก่ความตายแล้ว

บทบัญญัติกฎหมาย: มาตรา 1600 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บัญญัติว่า “ภายใต้บังคับของบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายนี้ กองมรดกของผู้ตายได้แก่ทรัพย์สินทุกชนิดของผู้ตาย ตลอดทั้งสิทธิหน้าที่และความรับผิดชอบต่าง ๆ เว้นแต่ตามกฎหมายหรือว่าโดยสภาพแล้วเป็นการเฉพาะตัวของผู้ตายโดยแท้”

ข้อเท็จจริง: คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 9750/2544 ผู้เอาประกันภัยและผู้รับประโยชน์ถึงแก่ความตายพร้อมกัน สิทธิของผู้รับประโยชน์ตามกรมธรรม์ประกันภัยจึงยังไม่เกิด จึงไม่เป็นมรดกตกทอดแก่ทายาทของผู้รับประโยชน์

ช่องว่างแห่งกฎหมาย: เมื่อมรดก คือทรัพย์สินของผู้ตาย ทรัพย์สินนั้นจึงต้องเป็นของผู้ตายอยู่แล้วในเวลาที่ถึงแก่ความตาย เมื่อความตายเป็นเหตุให้ผู้ตายสิ้นสภาพบุคคลนับแต่ตายแล้วเป็นต้นไปผู้ตายก็ไม่มีอาจมีสิทธิหรือหน้าที่ได้ ดังนั้น ทรัพย์สินที่ได้มาเพราะความตายหรือหลังจากนั้นก็ไม่มีอาจนับได้ว่าเป็นทรัพย์สินของผู้ตาย จึงไม่เป็นมรดกของผู้ตาย

การเทียบเคียง: เงินตามสัญญาประกันชีวิตไม่ใช่ทรัพย์สินมรดกที่ผู้เอาประกันภัยมีอยู่ขณะถึงแก่ความตาย แต่ไม่มีใช้มรดกของผู้เอาประกันภัยเพราะได้มาหลังจากผู้เอาประกันถึงแก่ความตายแล้ว กรณีนี้จึงต้องอาศัยการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งตาม

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 4 วรรคสอง เงินดังกล่าวจึงตกแก่ทายาทโดยธรรมของผู้เอาประกันภัยเสมือนหนึ่งเป็นทรัพย์มรดก

ข้อสังเกตของผู้วิจัย: ทรัพย์มรดกต้องเป็นทรัพย์สินที่ผู้ตายมีอยู่ในขณะที่ถึงแก่ความตายตามมาตรา 1600 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ดังนั้น ทรัพย์ที่ได้มาเพราะความตายหรือทรัพย์ที่ได้มาหลังจากผู้ตายถึงแก่ความตายแล้ว เช่น เงินประกันชีวิตตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4623/2559, 821/2554, 2401/2515 เป็นต้น เงินสังฆารานุเคราะห์ตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2401/2515 เงินบำนาญตกทอดตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4/2505 เป็นต้น แม้มีไม่มรดกของผู้ตาย แต่ศาลก็เทียบเคียงเสมือนหนึ่งเป็นทรัพย์มรดกที่มีความใกล้เคียงกัน เพื่อให้ตกทอดแก่ทายาทโดยธรรม มิฉะนั้น จะเกิดปัญหาในการจัดการทรัพย์สินนั้น และการให้เป็นมรดกตกทอดแก่ทายาทโดยธรรมตามกฎหมายก็เห็นว่า เนื่องจากเป็นบุคคลที่เหมาะสมที่สุด ซึ่งมีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับผู้ตายตามลำดับชั้นไปในกรณีนี้ การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งจึงเข้ามามีบทบาทช่วยส่งเสริมต่อการปรับใช้กฎหมายและเอื้ออำนวยต่อการบริหารจัดการที่เหมาะสมในกระบวนการยุติธรรม

วิเคราะห์การใช้นิติวิธีในการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในความสัมพันธ์กับทัศนคติของผู้ใช้กฎหมายในระบบกฎหมายไทย

เนื่องจากประเทศไทยได้รับอิทธิพลการบัญญัติประมวลกฎหมายมาจากกฎหมายต่างประเทศ เช่น ประเทศญี่ปุ่น ประเทศเยอรมนี เป็นต้น โดยเป็นกลุ่มประเทศที่ใช้ระบบกฎหมาย Civil Law ระบบกฎหมายไทย จึงใกล้ชิดโดยตรงกับระบบกฎหมายแบบ Civil Law ที่มีประมวล

กฎหมายเป็นหลักในการพิจารณาตัดสินคดีอย่างชัดเจน การศึกษากฎหมายไทยจึงศึกษาจากประมวลกฎหมาย แม้ในบางกรณีผู้พิพากษาจะอ้างอิงอาศัยเหตุผล และดำเนินรอยตามคำพิพากษาของศาลฎีกาในคดีก่อน แต่กระนั้นก็มีใช้หลักเคร่งครัดเป็นนิติประเพณีเหมือนในระบบกฎหมาย Common Law ที่จำต้องยึดถือปฏิบัติตาม แต่เป็นเพียงประเพณีปฏิบัติที่ศาลเห็นว่า คำพิพากษาของศาลฎีกานั้นมีเหตุผลที่เหมาะสมและสมควรยึดถือเป็นแบบอย่าง (โสภณ รัตนกร, 2558)

ทั้งนี้ กรณีการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในความสัมพันธ์กับทัศนคติในระบบกฎหมายไทยจะเป็นเช่นใด ซึ่งเรื่องดังกล่าวเป็นเรื่องที่ผู้ปรับใช้กฎหมายหรือก็คือศาลต้องพึงระมัดระวังเป็นอย่างมาก เพราะในระบบกฎหมายไทยยึดถือกฎหมายลายลักษณ์อักษรเป็นบ่อเกิดเบื้องต้นของกฎหมาย คำพิพากษาของศาลเป็นเพียงคำอธิบายในการใช้ตัวบทกฎหมายปรับแก้คดี คำพิพากษาของศาลจึงมีใช้บ่อเกิดของกฎหมายตามมุมมองในระบบกฎหมายแบบ Civil Law เช่นนี้ การเปิดช่องให้ใช้นิติวิธีในการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งหากไม่ระมัดระวังอาจจะเป็นการเปิดโอกาสให้ศาลสร้างกฎหมายขึ้นมาใหม่ได้ อันอาจทำให้เกิดกรณี Judge made law ดังเช่นในระบบกฎหมายแบบ Common Law (Hadfield, 2007) ที่อยู่นอกเหนือไปจากความมุ่งหมายเพื่ออุดช่องว่างแห่งกฎหมายตามแนวคิดในระบบกฎหมาย Civil Law

นอกจากนั้น ในทางตรงกันข้ามนักวิชาการจำนวนมากที่ขาดความเข้าใจถึงนิติวิธีในระบบ Civil Law อย่างถ่องแท้จะกล่าวหาว่า นักกฎหมาย

ในระบบ Civil Law ยึดถือแต่ตัวบทกฎหมาย ไม่มีการปรับใช้กฎหมายให้ยืดหยุ่นแบบอังกฤษ ที่ถือว่ากฎหมายเป็นสิ่งที่เกิดจากการปรุงแต่งของผู้พิพากษา หรือ Judge made law ซึ่งความเข้าใจเช่นนี้อาจจะไม่ถูกต้องนักเช่นกัน เพราะแม้ว่านักกฎหมายในระบบกฎหมาย Civil Law ยึดถือบทกฎหมายลายลักษณ์อักษรเป็นบ่อเกิดของกฎหมายลำดับต้น แต่ผู้ใช้กฎหมายก็ยังคงมีหน้าที่นำบทกฎหมายมาปรับใช้แก้ข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นด้วย อีกทั้ง บทกฎหมายทั้งปวงก็ต้องได้รับการวินิจฉัยวิเคราะห์อย่างละเอียดตามหลักวิชาการในการใช้กฎหมายและการตีความกฎหมาย หัวใจของการปรับใช้กฎหมายในระบบ Civil Law จึงเป็นการปรับใช้กฎหมายให้ต้องด้วยกรณีที่เป็นข้อพิพาท ดังนั้น ถ้านักกฎหมายหรือผู้พิพากษาเห็นว่าบทกฎหมายที่มีอยู่ไม่ต้องการกรณี และผู้พิพากษาจำต้องตัดสินข้อพิพาทนั้นโดยไม่อาจอ้างได้ว่าไม่มีบทกฎหมายมาปรับใช้แก้กรณีได้ เช่นนี้ ผู้พิพากษาจึงต้องมีหน้าที่ปรับใช้กฎหมายที่ไม่อยู่ในขอบเขตของบทบัญญัติกฎหมายด้วย อาทิ การนำเอาจารีตประเพณี หรือการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง หรือหลักกฎหมายทั่วไป มาปรับใช้เพื่ออุดช่องว่างแห่งกฎหมายให้เหมาะสมตามนิติวิธีในระบบกฎหมายด้วยเหตุนี้ จึงทำให้ผู้พิพากษาเข้ามามีบทบาทสำคัญต่อการพัฒนาหลักเกณฑ์ในทางกฎหมายขึ้นมาโดยอาศัยวิธีการทางนิติวิธี

ตัวอย่าง ดังคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 563/2532, 1066/2532, 1287/2532, 2466/2532, 5809/2539, 121/2540, 189/2540, 1418/2540, 1912/2540, 5828/2540, 6437/2541, 6471/2541, 6795/2540, 7340/2541 กรณีปัญหา ก่อนที่มีการตราพระราชบัญญัติรับขน

ของทางทะเล พ.ศ. 2534 มาบังคับใช้ ไม่มีบทกฎหมายในการรับขนของทางทะเลบัญญัติไว้โดยตรง ศาลจึงวางหลักไว้ว่า คดีที่เกิดขึ้นในเรื่องรับขนของทางทะเล ซึ่งขณะเกิดข้อพิพาท พระราชบัญญัติการรับขนของทางทะเล พ.ศ. 2534 ยังไม่มีผลใช้บังคับ ทั้งไม่ปรากฏคลองจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่นว่าด้วยรับขนของทางทะเล จึงต้องวินิจฉัยคดีโดยอาศัยเทียบกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่งตามมาตรา 4 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ อันได้แก่ บทบัญญัติตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 3 ลักษณะ 8 รับขน เพื่ออุดช่องว่างแห่งกฎหมายในขณะที่ยังไม่มีบทกฎหมายบัญญัติขึ้น เป็นต้น

กรณีการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งตามมาตรา 4 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย จึงเป็นกลไกที่กฎหมายมอบอำนาจให้ศาลใช้นิติวิธีนำกฎเกณฑ์มาตัดสินคดีในกรณีที่ไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายลายลักษณ์อักษรมาปรับใช้แก้ข้อเท็จจริงได้ ซึ่งการระบุนิติวิธีและลำดับในการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายเอาไว้ก็เพื่อเป็นแนวทางสำหรับศาลในการค้นหาและปรับใช้กฎเกณฑ์ดังกล่าว อีกทั้ง ยังเป็นการจำกัดอำนาจไม่ให้ศาลอ้างว่ากฎเกณฑ์ใดมีสถานะเป็นกฎหมายได้อย่างอิสระตามอำเภอใจ ดังนั้น จึงทำให้ในระบบกฎหมายไทยมีทั้งหลักประกันความศักดิ์สิทธิ์และความแน่นอนชัดเจนโดยอาศัยตัวบทกฎหมาย และในขณะเดียวกันก็มีหลักนิติวิธีที่อาศัยเหตุผลที่ดำรงอยู่ในบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นมาสนับสนุนการปรับใช้กฎหมายด้วย

ข้อคิดเห็น

สำหรับการศึกษานิติวิธีในการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในกฎหมายต่างประเทศทำให้ทราบถึงนิติวิธี แนวคิดและหลักการปรับใช้การเทียบเคียงกฎหมาย ลำดับการปรับใช้กฎหมายเพื่ออุดช่องว่างแห่งกฎหมาย เป็นต้น โดยบทบัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับนิติวิธีหรือหลักการใช้นิติวิธีในกฎหมายแต่ละประเทศอาจมีลักษณะที่ไม่เหมือนกัน แม้จะเป็นประเทศที่อยู่ในระบบกฎหมาย Civil Law เช่นเดียวกัน ซึ่งนิติวิธีจะเป็นหัวใจของระบบกฎหมายนั้น ๆ จากการศึกษานิติวิธีในระบบกฎหมายต่างประเทศตามที่กล่าวมาข้างต้น จึงเป็นการยากที่จะกล่าวได้ว่านิติวิธีในการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายโดยอาศัยวิธีการเช่นใดมีความเหมาะสมกว่ากัน

ทั้งนี้ นิติวิธีตามมาตรา 12 วรรคสอง แห่งบทบัญญัติว่าด้วยการใช้กฎหมายทั่วไปอัตรา ค.ศ. 1942 ก็ทำให้การอุดช่องว่างแห่งกฎหมายมีความชัดเจนแน่นอน แต่ในทางตรงกันข้ามก็ทำให้การปรับใช้กฎหมายเพื่ออำนวยความสะดวกธรรมชาติความยืดหยุ่น ส่วนนิติวิธีในการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายตามระบบกฎหมายเยอรมัน ซึ่งเป็นนิติวิธีทั่วไปในระบบกฎหมายก็ช่วยให้การปรับใช้กฎหมายมีความยืดหยุ่นโดยผู้พิพากษามีอิสระที่จะทำให้ผลของการตัดสินคดีเป็นไปในทางที่ผู้พิพากษาเห็นว่ายุติธรรมมากที่สุด แต่กระนั้น การให้อิสระแก่ผู้พิพากษาก็อาจทำให้การพิพากษาคดีเกิดความไม่แน่นอนและอาจส่งผลกระทบต่อความยุติธรรมเช่นกัน

นอกจากนี้ หลักนิติวิธีในการปรับใช้กฎหมายเพื่ออุดช่องว่างแห่งกฎหมายในกฎหมายต่างประเทศดังกล่าว ยังสะท้อนถึงนิติวิธีในการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งที่

ดำรงอยู่ในฐานะที่แตกต่างกันไปด้วย ไม่ว่าจะ เป็นในกฎหมายอิตาลี การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งถูกนำมาบัญญัติไว้เป็นหลักการตามบทบัญญัติว่าด้วยการใช้กฎหมายทั่วไปอัตรา ค.ศ. 1942 จึงทำให้เรื่อง การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งมีฐานะเป็นนิติวิธีตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย แต่สำหรับในระบบกฎหมายเยอรมัน การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งเป็นนิติวิธีทั่วไปในระบบกฎหมาย ซึ่งในระบบกฎหมายเยอรมันไม่มีการบัญญัติถึงนิติวิธีไว้ในกฎหมายแต่อย่างใด

จากการศึกษาข้อความคิดพื้นฐานว่าด้วยการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในระบบกฎหมายต่างประเทศ จึงทำให้เห็นถึงบทบาทฐานะของหลักการใช้นิติวิธีในการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งที่แตกต่างกันไป ซึ่งความแตกต่างนี้จะมีเอกลักษณ์เฉพาะในระบบกฎหมายของแต่ละประเทศ ดังนั้นในการศึกษาถึงข้อความคิดพื้นฐานว่าด้วยการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในระบบกฎหมายต่างประเทศดังกล่าว จึงทำให้เกิดมุมมองการใช้นิติวิธีในการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในรูปแบบที่หลากหลาย

สำหรับข้อความคิดพื้นฐานว่าด้วยการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในกฎหมายไทย ตามมาตรา 4 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับนิติวิธีในกฎหมาย ซึ่งถือเป็นหัวใจสำคัญของระบบกฎหมายไทย โดยมาตรา 4 ดังกล่าวเป็นบทบัญญัติที่บัญญัติถึงนิติวิธีทั่วไปสำหรับการใช้และการตีความกฎหมาย การบัญญัติถึง

นิติวิธีจึงเปรียบเสมือนการวางรากฐานที่เป็นหลักการทั่วไป ซึ่งไม่ควรจำกัดเฉพาะในกฎหมายใดกฎหมายหนึ่งเท่านั้น แม้มาตรา 4 ดังกล่าว จะถูกบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ก็ตาม แต่นิติวิธีซึ่งเป็นหัวใจของระบบกฎหมายได้ครอบคลุมกฎหมายทั้งระบบ การศึกษามาตรา 4 จึงเป็นการศึกษาในบริบทของระบบประมวลกฎหมายทั้งระบบนั่นเอง เช่นนี้ จึงจะทำให้การใช้นิติวิธีในระบบกฎหมายไทยจะสามารถใช้ได้อย่างกว้างเหมือนในระบบกฎหมายเยอรมันที่ยึดถือนิติวิธีเป็นนิติวิธีทั่วไปในระบบกฎหมาย

นอกจากนี้ การที่มาตรา 4 วรรคสอง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย ให้ปรับใช้จารีตประเพณีเพื่ออุดช่องว่างแห่งกฎหมายก่อนการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง ยังสะท้อนถึงเหตุผลที่สังคมไทยยึดถือและผูกพันกับจารีตประเพณีมาช้านาน และจารีตประเพณีก็มีความใกล้เคียงกับวิถีชีวิตในทางปฏิบัติของสังคมไทยมากกว่าการเทียบเคียงบทกฎหมาย เช่นนี้ เมื่อไม่มีจารีตประเพณี การอุดช่องว่างแห่งกฎหมายลำดับต่อมาจึงค่อยปรับใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง และเมื่อไม่มีบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งอันจะมาปรับแก้คดีได้ค่อยใช้หลักกฎหมายทั่วไปในการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายลำดับสุดท้าย ซึ่งลักษณะการบัญญัติกฎหมายตามมาตรา 4 วรรคสอง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย คล้ายคลึงกับมาตรา 12 แห่งบทบัญญัติว่าด้วยการประกาศ การตีความ และการใช้กฎหมายทั่วไปอิตาลี ค.ศ. 1942 แต่ในกฎหมายอิตาลีดังกล่าวก็มิได้มีการกล่าวถึงการใช้จารีตประเพณีเพื่ออุดช่องว่างแห่งกฎหมายเหมือนดัง

ในกฎหมายไทย มาตรา 4 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย จึงนับว่าเป็นความคิดสร้างสรรค์ที่ผู้ร่างกฎหมายใช้วิธีการผสมผสานแนวทางต่าง ๆ ให้สอดคล้องและเหมาะสมกับสภาพสังคมไทย นิติวิธีในมาตรา 4 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยจึงเป็นที่ยอมรับกันว่ามีความก้าวหน้ามาก ซึ่งนักวิชาการกฎหมายในประเทศอื่น ๆ ยังอาจต้องยอมรับว่ากฎหมายไทยมีความคิดที่แยกคางในเรื่องดังกล่าวนี้

■ สรุป

จากการศึกษาข้อความคิดพื้นฐานว่าด้วยนิติวิธีทำให้ทราบถึงนิติวิธีหรือทัศนคติของนักกฎหมายที่มีต่อระบบกฎหมายของตน ซึ่งแสดงออกผ่านวิธีการคิด วิธีการใช้กฎหมาย วิธีการตีความกฎหมาย และวิธีการอุดช่องว่างแห่งกฎหมาย เป็นต้น โดยทั้งหมดนี้เป็นส่วนหนึ่งของนิติวิธีที่ผ่านกระบวนการคิดและวิเคราะห์อย่างละเอียดรอบคอบออกมาเป็นระบบในทางกฎหมาย ทั้งนี้ ระบบกฎหมายไทยเป็นระบบประมวลกฎหมาย ได้รับอิทธิพลแนวความคิดทางกฎหมายถ่ายทอดมาจากกลุ่มประเทศที่ยึดถือระบบกฎหมาย Civil Law โดยยอมรับทัศนคติต่อการตีความกฎหมายลายลักษณ์อักษรและการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายลายลักษณ์อักษรนั้น ซึ่งนิติวิธีในการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งเป็นนิติวิธีอย่างหนึ่งในระบบกฎหมาย Civil Law เนื่องจากการบัญญัติกฎหมายลายลักษณ์อักษรกับทุกกรณีที่เกิดขึ้นเป็นเรื่องที่เป็นไปได้ยากยิ่งหรือมิอาจเป็นไปได้ เช่นนี้ หากไม่สามารถใช้บทบัญญัติกฎหมายที่เป็น

ลายลักษณ์อักษรได้โดยตรง จึงมีการใช้นิติวิธี โดยการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียง อย่างยิ่งเข้ามาช่วยในการอุดช่องว่างแห่งกฎหมาย มาตรา 4 วรรคสองแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยจึงบัญญัติถึงนิติวิธีในการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียง อย่างยิ่ง อันส่งผลให้ผู้ใช้กฎหมายสามารถตัดสินใจ คัดเทียบเคียงปรับบทกฎหมายกับข้อเท็จจริง ต่าง ๆ ได้ โดยกฎหมายเปิดโอกาสให้มีการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งเพื่ออุดช่องว่างแห่งกฎหมาย จึงเป็นที่ชัดเจนว่า นิติวิธีในระบบกฎหมายไทยยอมรับอำนาจศาล ในการเทียบเคียงบทกฎหมายเพื่อนำมาปรับใช้ แก้คดีที่เกิดขึ้น ซึ่งการเทียบเคียงบทกฎหมาย ที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งจะเป็นการเทียบเคียงตัวบทกฎหมาย ไม่ใช่การนำบทกฎหมายลายลักษณ์ อักษรที่เป็นตัวบทกฎหมายมาใช้โดยตรง แต่อาศัยการเทียบเคียงเหตุผลและความมุ่งหมาย ของตัวบทกฎหมายนั้น เช่นนี้ กรณีการเทียบเคียง บทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งจึงเป็นการปรับใช้กฎหมายเพื่ออุดช่องว่างแห่งกฎหมาย ให้สอดคล้องกับเหตุผลและข้อเท็จจริงเพื่อ อำนวยความยุติธรรมแก่คดีที่ได้รับการพิจารณา บนฐานของนิติวิธีในระบบกฎหมาย

■ บรรณานุกรม

กิตติศักดิ์ ปรกติ. (2560). *ความเป็นมาและ หลักการใช้นิติวิธีในระบบซีวิลลอว์และ คอมมอนลอว์* (พิมพ์ครั้งที่ 5). กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

ปรีดี เกษมทรัพย์. (2526). *กฎหมายแพ่ง: หลักทั่วไป* (พิมพ์ครั้งที่ 5). กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

ปรีดี พนมยงค์. (2471). *บันทึกข้อความสำคัญ ประกอบด้วยอุททากรณ์และคำแนะนำแห่ง ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 1*. พระนคร: นิตินาสัน.

มานิตย์ วงศ์เสวี. (2562). *นิติวิธี การใช้และการตีความกฎหมาย: ศึกษาเปรียบเทียบ ระบบกฎหมายไทยและระบบกฎหมาย เยอรมัน*. กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

ศันันท์กรณ โสทธิพันธุ์. (2562). *คำอธิบาย หลักพื้นฐานของกฎหมายเอกชน*. กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

สมยศ เชื้อไทย. (2562). *คำอธิบายวิชากฎหมาย แพ่ง: หลักทั่วไป* (พิมพ์ครั้งที่ 26). กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

โสภณ รัตนากร. (2558). ระบบกฎหมายไทย เป็นระบบซีวิลลอว์หรือคอมมอนลอว์. *ดุสิตพาท*, 62(2), 1-11.

หยุด แสงอุทัย. (2552). *ช่องว่างแห่งกฎหมาย* (พิมพ์ครั้งที่ 2). กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

หนังสือต่างประเทศ

Barak, A., & Bashi, S. (2005). *Purposive interpretation in law*. Oxford: Princeton University Press.

Cheng, B. (1994). *General principles of law as applied by international courts and tribunals* (3 ed.). London: Cambridge University Press.

Foster, N., & Sule, S. (2002). *German legal system and laws* (3 ed.). The United States: Oxford University Press.

- Hadfield, G. K. (2007). *The quality of law in civil code and common law regimes: Judicial incentives, legal human capital and the evolution of law*. Retrieved February 20, 2020, from https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=967494
- Irti, C. (2014). The problem of legal gaps. *Tulane European & Civil Law Forum*, 29, 157-179.
- Langenbucher, K. (1998). Argument by analogy in European law. *Cambridge Law Journal*, 57(3), 481-521.
- Merryman, J. H. (1966). The Italian style III: Interpretation. *Stanford Law Review*, 18(4), 583-611.

