

กฎหมายคืออะไร

โดย

ศาสตราจารย์ หยุต แสงอุทัย

เมื่อข้าพเจ้ายังเป็นผู้สอบปากเปล่านักศึกษาผู้จะสำเร็จปริญญาตรีหรือระดับบัณฑิตอยู่ ข้าพเจ้ามักจะตั้งปัญหาให้นักศึกษาอธิบายความหมายของคำว่า “นิติกรรม” “เจตนา” “ประมาท” “ฉ้อโกง” ซึ่งปรากฏว่าเป็นคำถามง่าย ๆ แต่ปรากฏว่าหลายคนตอบไม่ได้ เช่นเดียวกันในปัจจุบันนี้ข้าพเจ้าได้ถามนักศึกษาปริญญาโท คณะรัฐศาสตร์ถึงความหมายของคำว่า “รัฐธรรมนูญ” “เลือกตั้ง” หลายคนตอบได้ไม่ชัดเจนตามที่คาดหมาย ทั้งนี้ทำให้ข้าพเจ้าเข้าใจได้ว่า มีนักศึกษาโดยมากคิดว่า เขาได้เข้าใจความหมายของถ้อยคำเหล่านี้ โดยมีรู้สึกตัวเองว่าเขายังไม่เข้าใจหรือเข้าใจยังไม่แจ่มแจ้งชัดเจนพอ บางทีเขาเข้าใจความหมายของคำเหล่านั้นอย่างคนธรรมดาสามัญเข้าใจ ซึ่งไม่ชัดเจนแจ่มแจ้งหรือถูกหลักวิชา ข้าพเจ้าได้เตือนนักศึกษาที่ศึกษาวิชานิติศาสตร์และรัฐศาสตร์อยู่เสมอว่า เมื่อเขาอ่านหรือใช้ถ้อยคำใด ๆ อันเป็นคำที่ใช้อยู่ในวิชากฎหมายหรือในวิชารัฐศาสตร์ เขาต้องคิดว่าคำนั้น ๆ มีความหมายว่าอย่างไร ถ้ายังไม่เข้าใจก็ต้องศึกษาให้เข้าใจเสียก่อน แล้วจึงใช้คำนั้น อย่าใช้ถ้อยคำใดโดยไม่เข้าใจความหมายอันแท้จริงเป็นอันขาด

ข้าพเจ้าได้อ่านบทความ “ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์
บรรพ ๑-๒-๓ ข้อคิดบางประการ ฯลฯ ของศาสตราจารย์ พระสาร
ดาส์ประพันธ์ ในวารสารธรรมศาสตร์ เล่ม ๓ ตอน ๓ หน้า ๕๔๑
และรู้สึกยินดีที่บทความนี้แสดงให้เห็นว่า แม้ความหมายของคำว่า
“กฎหมาย” ก็จะต้องพยายามเข้าใจให้ถ่องแท้

ข้าพเจ้าได้เคยสอนวิชา “ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป” ในคณะรัฐศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ มาหลายปี ข้าพ
เจ้าได้สังเกตเห็นไม่อธิบายความหมายของคำว่า “กฎหมาย” โดย
ทั่ว ๆ ไปไว้^(๑) เพราะเหตุว่ากฎหมายมีสองชนิด ซึ่งมีลักษณะ และ
ความหมายแตกต่างกันคือ (๑) กฎหมายตามเนื้อความ และ
(๒) กฎหมายตามแบบพิธี ฉะนั้นเมื่อพระสารดาส์ประพันธ์ ได้อ้าง
ว่าข้าพเจ้าแสดงว่า “กฎหมายได้แก่ข้อบังคับของรัฐซึ่งกำหนดความ
ประพฤติของมนุษย์ ถ้าฝ่าฝืนจะได้รับผลร้ายหรือถูกลงโทษ บางเรื่อง
กฎหมายกำหนดให้ผู้ฝ่าฝืนกฎหมายชำระค่าเสียหายในทางแพ่ง บาง
เรื่องให้รับโทษทางอาญา” นั้น เป็นความหมายเฉพาะ “กฎหมายตาม
เนื้อความ” เท่านั้น ส่วน “กฎหมายตามแบบพิธี” นั้นท่านไม่ได้
กล่าวไว้ ข้าพเจ้าจึงขอกด่าเพิ่มเติมว่า หมายถึงกฎหมายที่ออกมา
โดยวิธีบัญญัติกฎหมาย โดยไม่ต้องคำนึงว่ากฎหมายนั้นเข้าลักษณะ

(๑) ความจริงการให้ความหมายของคำว่า “กฎหมาย” โดยทั่วไปสามารถทำได้
และมีตัวอย่างอยู่ในตำราความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไปของเยอรมัน อังกฤษ
และฝรั่งเศส แต่จะยากเกินไปสำหรับนักศึกษามหาวิทยาลัยของรัฐศาสตร์ ซึ่งไม่ต้อง
การศึกษานักไปในทางกฎหมายมากนัก ที่ว่ายากเกินไปนั้นเพราะจะต้องอธิบายปัญหา
อื่นๆที่เกี่ยวข้องอีกหลายปัญหา เช่นสภาพบังคับ (Sanction) เป็นองค์ประกอบของ
กฎหมายหรือไม่ และมีสภาพอย่างไร ฯลฯ เป็นต้น

เป็นกฎหมายตามเนื้อความหรือไม่^(๑) ทั้งนี้ คือแม้จะไม่มีสภาพบังคับ แต่ถ้าได้ ออกมา โดยวิธีบัญญัติกฎหมาย เช่นพระราชบัญญัติงบประมาณ ฯ ก็เป็นกฎหมายตามแบบพิธีเหมือนกัน

กฎหมายตามแบบพิธีย่อมมีในรัฐที่ได้มีการปกครองระบอบประชาธิปไตย เพราะในระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ การกระทำของพระมหากษัตริย์ย่อมไม่จำเป็นต้องแยกออกว่าได้กระทำในฐานะเป็นนิติบัญญัติหรือบริหาร การกระทำอันเดียวกันอาจเป็นทั้งเรื่องนิติบัญญัติและบริหารด้วยก็ได้ กฎหมายตามแบบพิธีเกิดขึ้นเมื่อได้มีรัฐสภาแล้ว และเป็นชัยชนะของรัฐสภาต่อฝ่ายบริหาร โดยรัฐสภาได้ใช้อำนาจออกกฎหมายซึ่งไม่มีลักษณะเป็นกฎหมายตามเนื้อความ แต่เป็นกฎหมายตามแบบพิธี เช่นในเรื่องงบประมาณ เรื่องเงินตรา การจัดระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน การจัดระเบียบข้าราชการตุลาการ การจัดระเบียบข้าราชการพลเรือน การจัดตั้งจังหวัด การจัดกระทรวงทบวงกรม หรือนิติบุคคลตามกฎหมายมหาชนอื่น ๆ เป็นต้น ทั้งนี้เพราะเมื่อเป็นเรื่องที่รัฐสภาจะออกกฎหมายแล้ว ก็เป็นอำนาจของรัฐสภาที่จะอนุมัติหรือไม่ หรือจะกำหนดรายละเอียดอย่างไร ในปัจจุบันนี้การออกกฎหมายตามแบบพิธีย่อมกระทำในกรณี ดังต่อไปนี้

(๑) รัฐธรรมนูญได้กำหนดให้ออกกฎหมายตามแบบพิธี ทั้งนี้โดยรัฐธรรมนูญอาจกำหนดหลักการใหญ่ ๆ ไว้ แล้วมอบให้รัฐ

(๑) คำสอน “ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป” ของคณะรัฐศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ พิมพ์ครั้งที่ ๒ พ.ศ. ๒๕๐๐ หน้า ๕๓ ทั้งนี้หมายความว่ากฎหมายตามแบบพิธีนั้น บางกฎหมายอาจเป็นกฎหมายตามเนื้อความด้วยก็ได้ แต่ไม่จำเป็นจะต้องเป็นกฎหมายตามเนื้อความเสมอไป

สภาไปกำหนดรายละเอียดก็ได้ หรือจะไม่กำหนดหลักการใหญ่ ๆ เลย
เป็นแต่กำหนดเรื่องซึ่งรัฐสภาจะไปออกกฎหมายตามแบบพิธีก็ได้^(๑)

(๒) รัฐสภาได้อธิปไตยเป็นอำนาจของรัฐสภาเองที่จะออกกฎหมายตามแบบพิธีเพื่อฝ่ายบริหารจะได้บริหารราชการภายในขอบเขตแห่งกฎหมายดังกล่าว

(๓) ฝ่ายบริหารเองรู้ดีว่า เพื่อความเป็นระเบียบเรียบร้อยสมควรจะมีกฎหมายเกี่ยวกับบริหารราชการของตนเอง นอกจากนี้กฎหมายยังจะผูกมัดฝ่ายตุลาการด้วย

กฎหมายตามแบบพิธีนี้ได้แก่พระราชบัญญัติ พระราชกำหนด พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง เทศบัญญัติ ข้อบังคับสภามณฑล ข้อบังคับจังหวัด และข้อบังคับตำบล

ถ้อยกฎหมายตามเนื้อความนั้น ความหมายของคำว่า “กฎหมาย” จะเป็นความหมายที่ถูกต้องก็ต่อเมื่อได้คลุมถึง “กฎหมายจารีตประเพณี” ด้วย เพราะแม้ประเทศไทยจะเป็นประเทศที่ใช้ประมวลกฎหมาย ก็มีกฎหมายใหญ่ ๆ บัญญัติไว้ในรูปของประมวลกฎหมาย เช่น แห่งแพ่งพาณิชย์ อาญา วิธีพิจารณาความแพ่ง วิธีพิจารณาความอาญา พระธรรมนูญศาลยุติธรรม และที่ดิน แต่ก็มีใช้ว่าการมีประมวลกฎหมายจะกีดกันมิให้กฎหมายจารีตประเพณีเกิดขึ้น เป็นแต่สำหรับประเทศที่ใช้ประมวลกฎหมาย โอกาสที่กฎหมายจารีตประเพณีจะเกิดขึ้นย่อมมีน้อยกว่าประเทศที่ใช้กฎหมาย Common Law เป็นธรรมดา ในประเทศเยอรมันและประเทศสวิต ซึ่ง

(๑) เห็นรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส ค.ศ. ๑๘๔๘ มาตรา ๓๕

เป็นประเทศที่ใช้ประมวลกฎหมาย ทั้งตำรากฎหมายและคำพิพากษา ศาลสูงต่างก็ยอมรับว่ามีกฎหมายจารีตประเพณี เป็นแต่ในกฎหมายอาญา กฎหมายจารีตประเพณีไม่สามารถจะสร้างความผิดอาญาขึ้นใหม่ หรือเพิ่มโทษความผิดอาญาให้สูงขึ้น แต่อาจให้อ่านาคบุคคลกระทำการใด ๆ ซึ่งเป็นความผิดตามกฎหมายอาญา เช่นให้อ่านาคบิดามารดาที่จะมอบอำนาจให้ผู้เลี้ยงดูบุตรของตนเช่นพระภิกษุ ที่จะเปลี่ยนตัวบุตรของตนเพื่อส่งสอนตามสมควร ซึ่งการกระทำดังกล่าวย่อมจะไม่เป็นความผิดตามกฎหมายอาญาฐานทำร้ายร่างกาย เป็นต้น

มีความเห็นมากหลายที่ว่าทำไมกฎหมายจารีตประเพณีจึงใช้บังคับได้ แต่ข้าพเจ้าเห็นว่าเป็นเพราะราษฎรเห็นจริงว่าข้อบังคับนั้น ๆ เป็นกฎหมายจารีตประเพณี และได้มีการใช้กฎหมายจารีตประเพณีเป็นกฎหมายจริง ๆ ในประเทศ^(๑)

ตามที่กล่าวมาแล้วย่อมแสดงว่า กฎหมายจารีตประเพณีก็เป็นกฎหมายตามเนื้อความได้ เพราะเป็น “ข้อบังคับ” ของรัฐ เหมือนกับกฎหมายที่รัฐสภาของรัฐเป็นผู้ออกมาเอง เพราะการที่เจ้าพนักงานหรือศาลของรัฐยอมใช้กฎหมายจารีตประเพณีก็เท่ากับยอมรับว่าเป็น “ข้อบังคับ” ของรัฐนั่นเอง “ข้อบังคับ” นี้ได้แก่คำสั่งซึ่งกำหนดความประพฤติของมนุษย์โดยให้กระทำ หรืองดเว้นกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง และเมื่อฝ่าฝืนคำสั่งนั้นย่อมจะได้รับผลร้ายหรือถูกลงโทษ (ซึ่งเรียกกันว่าสภาพบังคับ) กฎหมายจารีตประเพณีนี้ก็เหมือนกฎหมายที่รัฐได้ประกาศใช้เอง ต่อไปนี้จะขอแยกแยะองค์ประกอบของ “กฎหมายตามเนื้อความ” ซึ่งมีดังนี้

(๑) ดูคำสอนที่กล่าวมาแล้ว หน้า ๖๐

(๑) ความคิดที่ว่ากฎหมายเป็นคำสั่งนั้นมีมานานแล้ว
 ออสตินได้กล่าวว่ากฎหมายย่อมเป็นคำสั่ง (Command) ชนิดหนึ่ง คือ
 ต้องมีลักษณะเป็นคำสั่งบังคับ ไม่ใช่เป็นเพียงคำแนะนำเท่านั้น^(๑)

(๒) จะเป็นกฎหมายได้ นอกจาก จะต้องมีลักษณะเป็นคำสั่ง
 แล้ว คำสั่งนี้จะต้องเป็นคำสั่งของรัฐด้วย จริงอยู่เวลานี้เราเห็นการ
 ที่รัฐบาลมอบอำนาจให้ออกกฎหมายโดยทั่ว ๆ ไป เช่นมอบให้เทศบาล
 ออกเทศบัญญัติ เป็นต้น แต่นั่นก็มีกฎหมายของรัฐคือพระราชบัญญัติ
 เทศบาลบัญญัติให้ราษฎรปฏิบัติตามเทศบัญญัติซึ่งเทศบาลเป็นผู้ออก
 เท่ากับเป็นคำสั่งของรัฐให้ราษฎรปฏิบัติตามเทศบัญญัตินั่นเอง ที่ว่า
 จะเป็นกฎหมายได้ต้องเป็นข้อบังคับของรัฐนี้ ทำให้กฎหมายแตกต่าง
 กับข้อบังคับของศาสนา ศีลธรรม และจารีตประเพณี (ที่ไม่เข้า
 ลักษณะเป็นกฎหมายจารีตประเพณีดังกล่าวมาข้างต้น) มีข้อที่ควร
 ดังกล่าว การที่กฎหมายมีลักษณะไม่เป็นบทบังคับ^(๒) ไม่ได้หมายความว่า
 ความว่ากฎหมายนั้นจะไม่มีสภาพบังคับ เช่น ตามประมวลกฎหมาย
 แพ่งและพาณิชย์ ผู้ซื้อต้องชำระราคาของที่ซื้อเมื่อผู้ขายส่งมอบ (ดู
 มาตรา ๕๙๐) แต่มาตรา ๕๙๐ นี้ไม่ใช่บทบังคับ ฉะนั้นผู้ซื้อและผู้ขาย
 อาจตกลงทำสัญญาซื้อขายซึ่งกัน เช่นตกลงกันว่าต้นเดือนหน้าจึงจะ
 ชำระราคาเป็นต้น ซึ่งข้อตกลงนี้ใช้ได้ตามหลักความศักดิ์สิทธิ์แห่ง
 เจตนา (ดูมาตรา ๓๓๙) แต่มาตรา ๕๙๐ นี้ก็มีสภาพบังคับ เพราะถ้า
 ไม่ตกลงกันเป็นอย่างอื่นผู้ซื้อก็มีหน้าที่ชำระราคาตามที่มาตรา ๕๙๐
 บัญญัติไว้ ฉะนั้นจะต้องใช้ค่าเสียหายให้แก่ผู้ขาย มาตรา ๕๙๐ เป็น

(๑) ดู John Austin, The Province of Jurisprudence determined
 (ฉบับ Library of Ideas, 1954, P. 13)

(๒) ดู คำสอน หน้า ๘๘-๘๐

แต่อนุญาตให้คู่กรณีตกลงกันได้เป็นอย่างอื่น ตามหลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งเจตนาเท่านั้น และความตกลงนี้มีผลเฉพาะคู่กรณี ไม่มีผลเป็นกฎหมาย

(๓) ข้อบังคับนั้นจะต้องกำหนดความประพฤติของมนุษย์ด้วย ทั้งนี้คือ (ก) กฎหมายจะไม่เข้าไปเกี่ยวข้องกับจิตใจของมนุษย์ ซึ่งเป็นเรื่องของศาสนาและศีลธรรม กฎหมายเหมือนกับจารีตประเพณี คือมุ่งเฉพาะความประพฤติภายนอกของมนุษย์เท่านั้น (ข) กฎหมายบัญญัติสำหรับความมีชีวิตอยู่ร่วมกันระหว่างมนุษย์ จึงบัญญัติเฉพาะความประพฤติของมนุษย์เท่านั้น สัตว์แม้จะร่ายฆ่ามนุษย์ตายดักเท่าใดก็ไม่ใช่ว่าผิดกฎหมาย แต่เจ้าของสัตว์อาจรับผิดชอบในทางอาญาหรือทางแพ่งได้ (ค) ความประพฤติหมายความว่า เป็นการกำหนดให้กระทำหรืองดเว้นไม่กระทำกรอย่างใดอย่างหนึ่ง ทั้งนี้อาจเป็นการกำหนดโดยตรงหรือปริยาย การกำหนดโดยปริยายมีตัวอย่างเช่น กฎหมายกำหนดให้บุคคลหนึ่งมีสิทธิอันใดอันหนึ่งก็เท่ากับกำหนดให้บุคคลอีกคนหนึ่ง ที่จะกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใดให้เป็นไปตามสิทธินี้ (สำหรับกรณีบุคคลสิทธิ) หรือให้บุคคลทุกคนงดเว้นที่จะละเมิดต่อสิทธินั้นๆ (สำหรับกรณีทรัพย์สินสิทธิ ฯลฯ)

(๔) ผู้ใดฝ่าฝืนข้อบังคับนั้น จะต้องได้รับโทษ หรือผลร้ายอย่างใดอย่างหนึ่ง นี่เป็นสาระสำคัญของกฎหมายตามเนื้อความ และชั้นนี้เองทำให้คำสอนความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไปของข้าพเจ้าหลีกเลี่ยงไม่ให้ความหมายของคำว่า “กฎหมาย” โดยทั่วไป และได้ชี้ให้เห็นว่า กฎหมายมีสองอย่าง คือ กฎหมายตามเนื้อความ และกฎหมายตามแบบพิธี ซึ่งกฎหมายตามแบบพิธีนั้นไม่ต้องมีสภาพ

บังคับก็ได้ ถ้ากฎหมายนั้นบัญญัติมาโดยวิธีที่บัญญัติกฎหมาย คือถ้าได้ผ่านรัฐสภาอย่างการบัญญัติกฎหมายก็ถือจำเป็น “กฎหมาย” ได้ สภาพบังคับจึงเป็นองค์ประกอบที่สำคัญของกฎหมายตามเนื้อความเพราะเหตุว่าเป็นการทำให้มีการปฏิบัติตามกฎหมาย (enforcement of obedience) ^(๑) เพราะคนอาจไม่ปฏิบัติตามกฎหมายเสมอไป ^(๒) บางท่านคิดว่าสภาพบังคับจะต้องเป็นโทษอาญา หรือการให้ชดใช้ค่าเสียหายในทางแพ่งเท่านั้น แต่ความจริงสภาพบังคับจะควรเป็นอย่างไรย่อมขึ้นอยู่กับลักษณะของการฝ่าฝืน เช่นเมื่อจำเลยไม่ไปยื่นคำให้การต่อสู้คดีในทางแพ่ง ศาลย่อมพิจารณาคดีของโจทก์ไปฝ่ายเดียว ผู้ที่ไม่ยื่นบัญชีระบุพยานภายในเวลาที่กฎหมายกำหนด ย่อมจะสืบพยานไม่ได้ ซึ่งเป็น “ผลร้าย” ที่ผู้ฝ่าฝืนได้รับ แต่เป็นสภาพบังคับตามกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง และเป็น “สภาพบังคับ” ไม่ผิดอะไรกับการให้ชดใช้ค่าเสียหายในทางแพ่ง ซึ่งเป็นเรื่องของประมวลกฎหมายแพ่งฯ โดยมาก

เมื่อได้ถือว่าองค์ประกอบของกฎหมายตามเนื้อความมี ๔ ประการคือ (๑) ต้องเป็นข้อบังคับ (๒) ของรัฐ (๓) กำหนดความประพฤติ (๔) ผู้ใดฝ่าฝืนจะต้องได้รับผลร้ายหรือถูกลงโทษ ฉะนั้นถ้าข้อความใดไม่เข้าลักษณะ ๔ ประการ ข้อความนั้นก็ไม่ใช่มุขหมายตามเนื้อความ โดยเหตุนี้คำพิพากษาของศาลสูงจึงไม่ใช่ “กฎหมาย” แต่เป็นตัวอย่างของการใช้กฎหมายเท่านั้น คำพิพากษาศาลสูงจึงอาจโต้แย้งในทางดาราได้ เว้นแต่จะได้พิพากษาคัดต่อเรื่อยมาจนเป็น

(๑) ดู Austin ในหนังสือที่ออกชื่อมาแล้ว หน้า ๑๕

(๒) Gaston May, Introduction du Droit, Troisième édition 1932 หน้า ๔๘ และต่อๆ ไป

กฎหมายจารีตประเพณี ปัญหาจึงมีว่า ความหมายของ“กฎหมาย”ดังกล่าวแคบไปหรือไม่ บางท่านได้เห็นว่ากฎหมายควรจะมีความหมายกว้างกว่านั้น คือควรจะรวมถึงหลักแห่งความยุติธรรม คือสิ่งที่บุคคลรู้ว่าอะไรผิดอะไรถูกอะไรเป็นธรรมไม่เป็นธรรมด้วย หลักแห่งความยุติธรรมนั้นควรจะอยู่นอกกฎหมายของรัฐ กฎหมายของรัฐเป็นแต่คำสั่งหนึ่งแห่งความยุติธรรมมาบัญญัติไว้เท่านั้น ในบางประเทศเช่นเยอรมัน ฝรั่งเศส ก็ได้แยกออกเป็น“กฎหมาย”(das Recht, le droit) ซึ่งมีความหมายกว้างรวมถึงทุกอย่างที่ใช้เป็นกฎหมายจริงๆในบ้านเมือง และ“บทกฎหมาย”(das Gesetz, la loi) ซึ่งมีความหมายแคบโดยหมายถึงกฎหมายที่รัฐได้ตราขึ้นโดยเฉพาะ แต่ข้าพเจ้าคิดว่าความคิดที่ว่าให้มีหลักแห่งความยุติธรรมนอกเหนือไปจากกฎหมายนั้นเป็นการฟื้นฟูนำหลักกฎหมายธรรมชาติมาใช้อีก ซึ่งกฎหมายนี้เวลานี้มักกฎหมายโดยมากก็ได้ถือว่าไม่ใช่กฎหมายที่มีอยู่โดยแท้จริง แม้จะยังคงมีบางคนที่ยังถือว่ามีอยู่จริงๆ^(๑) ข้าพเจ้าคิดว่าความยุติธรรมนั้นควรจะถือว่าเป็นจุดหมายปลายทางของกฎหมาย คือกฎหมายทุกฉบับก็บัญญัติขึ้นเพื่อความยุติธรรม การตีความในกฎหมายก็ต้องตีความไปในทางที่จะนำความยุติธรรมมาให้คู่ความ ถ้าถ้อยคำของกฎหมายจะเปิดช่องให้ตีความได้ และถ้อยคำของกฎหมายชัดเจนอยู่แล้วและไม่ปรากฏเจตนารมณ์เป็นอย่างอื่น การใช้กฎหมายตามถ้อยคำและตามเจตนารมณ์ของกฎหมายนั้นแหละคือความยุติธรรม

(๑) เช่น J. B. de la Gressage et M. La borde—La coste, Introduction Générale à l'Etude du Droit, Paris, 1947 p. 42.

โดยเหตุที่ผู้บัญญัติกฎหมายเกรงว่าผู้พิพากษาอาจกีดกันแห่ง
ความยุติธรรมขึ้นมาตัดสินเอาเอง ฉะนั้น กฎหมายบางฉบับจึงได้มี
บทบัญญัติกำหนดวิธีอุดช่องแห่งกฎหมายไว้ให้แก่ผู้พิพากษา ดังจะ
เห็นได้ดังนี้

(๑) พระราชบัญญัติว่าด้วยการ ชักกัน แห่งกฎหมาย พ.ศ.
๒๔๘๑ มาตรา ๓ ซึ่งบัญญัติว่า “เมื่อใดไม่มีบทบัญญัติในพระราช-
บัญญัติหรือกฎหมายอื่นใดแห่งประเทศไทยที่จะยกมาปรับกับกรณี
ชักกันแห่งกฎหมายได้ ให้ใช้กฎหมายทั่วไปแห่งกฎหมายระหว่าง
ประเทศแผนกคดีบุคคล ”

(๒) ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา ๔ ซึ่งบัญญัติว่า

“อันกฎหมายนั้น ท่านว่าต้องใช้ในบรรดากรณีซึ่งต้องด้วย
บทบัญญัติใด ๆ แห่งกฎหมายตามตัวอักษร ฤตามความมุ่งหมาย
ของบทบัญญัตินั้น ๆ

เมื่อใดไม่มีบทกฎหมายที่จะยกมาปรับคดีได้ ท่านให้วินิจฉัย
คดีนั้นตามคลองจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น

ถ้าและไม่มีจารีตประเพณีเช่นนั้น ท่านให้วินิจฉัยคดีอาศัย
เทียบบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง และถ้าบทกฎหมายเช่นนั้นไม่มี
ด้วยซ้ำ ท่านให้วินิจฉัยตามหลักกฎหมายทั่วไป ”

มีข้อที่ควรสังเกตว่าการอุดช่องว่างตามประมวลกฎหมายแพ่ง
และพาณิชย์ มาตรา ๔ นี้ไม่ได้ทำให้คลองจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น
(ซึ่งไม่ใช่กฎหมายจารีตประเพณี) การอาศัยเทียบบทกฎหมายที่
ใกล้เคียงอย่างยิ่ง หรือหลักกฎหมายอื่นทั่วไปนั้นกลายเป็นกฎหมาย

แต่เป็นสิ่งที่นำมาปรับแก้คดีเฉพาะคดีนั้นแทนที่กฎหมายเท่านั้น เพราะศาลจะยกฟ้องโดยอ้างว่าไม่มีกฎหมายหาได้ไม่ (ดู วิ. แห่ง มาตรา ๑๓๔) คู่ความอาจโต้เถียงกันถึงข้อความแห่งจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น การอาศัยเทียบบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งหรือหลักกฎหมายทั่วไปได้ และเป็นเรื่องซึ่งคู่ความจะต้องนำสืบหรือแสดงต่อศาล

จริงอยู่มีกฎหมายเป็นอันมากที่ผู้บัญญัติกฎหมายมิได้บัญญัติถึงเรื่องการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายไว้ เช่นประมวลกฎหมายอาญา เป็นต้น ศาลจะอย่างไร ข้าพเจ้าเห็นว่าศาลก็อาจอุดช่องว่างแห่งกฎหมายเพื่อตัดดินคดียุติได้ แต่การอุดช่องว่างไม่ใช่เป็นการค้นหากฎหมาย แต่เป็นการหาหลักเกณฑ์มาใช้แทนกฎหมาย ทั้งนี้ก็ต้องคำนึงถึงระเบียบ (order) ของกฎหมายนั่นเอง เช่นกฎหมายอาญานั้นมีระเบียบว่าจะลงโทษได้ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายที่ใช้อยู่ในขณะกระทำบัญญัติว่าเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ และโทษก็ต้องเป็นโทษตามกฎหมายที่ใช้อยู่ในขณะกระทำเว้นแต่กฎหมายภายหลังจะมีโทษเบากว่า และในกรณีเป็นที่สงสัยต้องตีความให้เป็นผลดีแก่ผู้ต้องหา ฉะนั้น จะอุดช่องว่างแห่งกฎหมายโดยการเปรียบเทียบบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง (analogy) ทำให้การกระทำที่ขณะกระทำไม่มีความผิดให้เป็นความผิดไม่ได้ หรือขณะกระทำมีโทษน้อย จะอุดช่องว่างให้โทษมากก็ไม่ได้ แต่อาจเทียบบทที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งให้เป็นผลดีแก่จำเลยได้ดังนี้ เป็นต้น

วิชากฎหมายเป็นวิชาที่ยาก แม้ในเรื่องกฎหมายคืออะไรอย่างเดียว ถ้าข้าพเจ้าจะอ่านตำราที่ข้าพเจ้ามีอยู่ จะต้องใช้เวลาสัก ๒-๓ เดือน แต่ในฐานะที่ข้าพเจ้าได้สอนกฎหมายที่มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

ติดต่อกันมา ๒๔ ปี ข้าพเจ้าใคร่จะกล่าวว่ ความยากยิ่งกว่านั้น ก็คือการสอนวิชากฎหมาย เพราะไม่ใช่ความรู้หรือค้นคว้าอะไรมาได้นำมาสอนได้เสมอไป ภายในเวลาที่มหาวิทยาลัยกำหนด ผู้สอนจะต้องให้นักศึกษามีความรู้ในวิชากฎหมายเรื่องนั้นจนจบหลักสูตร และจะต้องให้นักศึกษารู้จักคิดในทางกฎหมาย ให้ตรงต่อระเบียบของกฎหมายแต่ละลักษณะ เช่นคดีอย่างระเบียบกฎหมายแพ่ง กฎหมายอาญา กฎหมายรัฐธรรมนูญ กฎหมายวิธีพิจารณาความ ฯลฯ เป็นต้น วิชาอย่างเดียวกันถ้าสอนในปีการศึกษาปีที่ ๑ อาจต้องสอนอย่างหนึ่ง แต่ถ้าสอนในปีที่ ๔ จะต้องสอนอีกอย่างหนึ่ง เพราะความรู้ของนักศึกษาแตกต่างกัน บางทีเพื่อให้คำสอนง่าย ผู้สอนต้องข้ามไม่พูดถึงปัญหาต่างๆ เป็นอันมาก ปัญหาบาง ปัญหา ก็ใหม่เกินไปสำหรับประเทศไทย ซึ่งจะนำมาถกเถียงกันได้อีกเมื่อปัญหาอื่นๆ ได้ถกเถียงจนเป็นที่เข้าใจเสียก่อน เช่นปัญหาที่เกี่ยวกับความหมายของคำว่า "กฎหมาย" ซึ่งยังมีปัญหาที่ยังไม่ได้มีผู้กล่าวถึงในประเทศไทยอีกเป็นอันมาก แต่สำหรับประเทศไทยนั้นยากเกินกว่าที่จะกล่าวไว้ใน "ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป" ซึ่งมีความมุ่งหมายจะเป็นบันไดขั้นต้นของความเข้าใจกฎหมายอื่นๆ เท่านั้น การพิจารณาคุณค่าของคำสอน ย่อมไม่ใช่หยิบข้อความ บางตอนมาพิจารณา แต่ต้องพิจารณาคำสอนทั้งหมดประกอบกันรวมทั้งความมุ่งหมายของคำสอนด้วย.