

บทที่ 5

การตีความกฎหมายและการอุดช่องว่าง

ระบบประมวลกฎหมาย เป็นการร่างกฎหมายไว้เป็นลายลักษณ์อักษร รวบรวมไว้เป็นหมวดหมู่ เพื่อสะดวกในการค้นหา ศึกษา และอ้างอิง เป็นลักษณะเด่นของกฎหมายลายลักษณ์อักษร นอกจากนี้กฎหมายลายลักษณ์อักษรยังมีรูปแบบที่เหมาะสมแก่การพัฒนากฎหมายเป็นอย่างยิ่ง แต่ในขณะเดียวกันข้อด้อยของกฎหมายลายลักษณ์อักษร อาจเกิดขึ้นจากความหมายของถ้อยคำบางคำที่ใช้ในบทบัญญัติ และความแข็งแกร่งของกฎหมายที่ผู้ร่างมีอาจคาดการณ์เหตุการณ์บางเหตุได้ล่วงหน้าทุกกรณี จึงเกิดช่องว่างของกฎหมายขึ้น (Gap in the Law) คือ ในบางกรณีกฎหมายก็ไม่ได้กำหนดถึงการกระทำหรือความผิดบางประเภทไว้ ทำให้ไม่มีบทกฎหมายที่จะนำมาใช้บังคับกรณีนั้นได้ หรือกรณีมีปัญหาเกี่ยวกับความไม่ชัดเจนของถ้อยคำในบทบัญญัติแห่งกฎหมายทำให้ต้องมีการตีความกฎหมายเพื่อให้กฎหมายที่มีอยู่บังคับกับกรณีดังกล่าว ดังนั้น การศึกษากฎหมายนอกจากการศึกษาถ้อยคำในตัวบทแล้ว ผู้ศึกษาควรศึกษากการตีความกฎหมาย (Interpretation) หรือถ้อยคำในตัวบทและการอุดช่องว่างของกฎหมายควบคู่กันไปด้วย เพื่อให้การกฎหมายระบบประมวลมีประสิทธิภาพตามเจตนารมณ์แห่งกฎหมายแต่ละฉบับ

5.1 การตีความกฎหมาย (Interpretation)

การตีความกฎหมาย หมายถึง การค้นหาความหมายของกฎหมายที่มีถ้อยคำไม่ชัดเจนแน่นอน คือ กำกวมหรือมีความหมายได้หลายทาง เพื่อหยั่งทราบถ้อยคำของบทบัญญัติและเจตนารมณ์ของกฎหมายว่าต้องสื่อความหมายอย่างไร

ก่อนที่จะได้ศึกษาถึงหลักในการตีความ จะต้องทำความเข้าใจธรรมชาติของระบบกฎหมายต่าง ๆ ในเบื้องต้นเสียก่อน เพราะเนื่องจากในระบบกฎหมายที่ต่างกัน ที่มาของกฎหมายหรือบ่อเกิดของกฎหมายก็มีความแตกต่างกันด้วย เช่น การใช้กฎหมายลายลักษณ์อักษรหรือระบบประมวลนั้น ศาลจะต้องใช้ตัวบทบัญญัติแห่งกฎหมายเป็นหลักเสมอ กล่าวคือ ศาลจะต้องถือตัวบทบัญญัติแห่งกฎหมายเป็นแนวทางในการพิจารณาพิพากษาคดีตามหลักนิติรัฐ (Legal State)

ส่วนกฎหมายจารีตประเพณีนั้น ศาลต้องใช้จารีตประเพณีอันดีงามแห่งท้องถิ่นมาพิจารณาพิพากษาคดี จนกระทั่งมีคำพิพากษาของศาลสูงสุดแล้วศาลอื่น ๆ จะต้องถือเอาคำพิพากษาของศาลสูงสุดนั้นเป็น **บรรทัดฐาน (Precedent)** คือ หากมีข้อเท็จจริงในคดีคล้ายคลึงกันจะต้องพิพากษาคดีตามคำพิพากษาสูงสุดที่เป็นบรรทัดฐานเสมอ

หลักการใช้กฎหมายในระบบประมวลและการใช้กฎหมายระบบจารีตประเพณีนั้นอาจกล่าวสั้น ๆ ว่า ระบบประมวลถือใช้ตัวบทบัญญัติเป็นหลัก ส่วนระบบจารีตประเพณีถือคำพิพากษาศาลสูงสุดเป็นหลัก ด้วยเหตุที่ระบบประมวลใช้ตัวบทบัญญัติเป็นหลัก จึงจะต้องเคร่งครัดในความหมายแห่งบทบัญญัติเป็นอย่างยิ่ง แต่วิธีปฏิบัติของศาลไทยอาจมีบางกรณีที่ศาลยังเคารพต่อคำพิพากษาของศาลฎีกาด้วย เนื่องจากศาลไทยมักใช้คำพิพากษาของศาลฎีกาในการอธิบายความตัวบทบัญญัติ และเป็นบรรทัดฐานในการตีความกฎหมาย ทั้งนี้ เพราะกฎหมายของไทยได้อิทธิพลบางส่วนจากกฎหมายอังกฤษ แต่อย่างไรก็ดีแนวทางที่ถูกต้อง คือ การใช้

กฎหมายต้องยึดถือด้วยบทบัญญัติแห่งกฎหมายเป็นหลัก แต่อาศัยแนวคำพิพากษาของศาลฎีกาเป็นที่ยืนยันหลักเกณฑ์ของกฎหมายเท่านั้น เนื่องด้วยระบบประมวลกฎหมายนั้นศาลมิใช่เป็นผู้สร้างกฎหมาย

กรณีที่ต้องมีการตีความตีความ ได้แก่ กรณีที่ด้วยบทบัญญัติในกฎหมายลายลักษณ์อักษร มีความหมายเป็นที่สงสัย กำกวม มีความหมายหลายอย่างไม่ชัดเจน ดังนี้จำเป็นต้องอาศัยการตีความหมายเพื่อค้นหาความหมายที่แท้จริงว่าร่างกฎหมายต้องสื่อความแบบใด

เมื่อต้องมีการตีความกฎหมาย จึงเกิดคำถามขึ้นว่า **“ใครเป็นผู้ตีความกฎหมาย”** คำตอบก็คือ **“ผู้ใช้กฎหมาย”** เป็นผู้ทำหน้าที่ในการตีความซึ่งปกติ ได้แก่ ศาลซึ่งเป็นผู้พิจารณาพิพากษาอรรถคดีเป็นผู้ตีความ โดยมีหลักว่า ศาลจะต้องตัดสินคดีตามเจตนารมณ์ของผู้ร่างหรือรัฐสภาเสมอ ศาลหรือผู้พิพากษาจะสร้างกฎหมายขึ้นใหม่ไม่ได้ ทั้งนี้ เพื่อป้องกันมิให้ศาลตัดสินคดีหรือใช้อำนาจตามอำเภอใจเพราะกฎหมายที่มาจากรัฐสภาก็เสมือนกฎหมายที่ออกตามเจตนารมณ์ของประชาชน (General Will) ดังนั้น ศาลต้องใช้กฎหมายที่มาจากรัฐสภาในการพิจารณาพิพากษาคดีเสมอ โดยหลักเกณฑ์การตีความกฎหมายลายลักษณ์อักษรนั้นมีหลักในการตีความ ดังนี้

5.1.1 การตีความตามตัวอักษร

การตีความตามตัวอักษร ได้แก่ การตีความโดยอาศัยด้วยบทบัญญัติเป็นหลักโดยดูความหมายจากถ้อยคำที่ปรากฏเป็นตัวอักษรตามตัวบทในกฎหมายนั้น ๆ มีหลัก 3 ประการ

(1) **กรณีกฎหมายใช้ความหมายพิเศษ** หมายถึง กรณีที่กฎหมายต้องการความหมายพิเศษ นอกเหนือไปจากความหมายธรรมดา กรณีนี้กฎหมายจะบัญญัติคำนิยามศัพท์ (Definition) ไว้เฉพาะจะต้องตีความตามคำนิยามศัพท์นั้นเสมอ ตัวอย่างเช่น ประมวลกฎหมายอาญาได้ให้คำนิยามศัพท์ไว้ ดังนี้

มาตรา 1 (1) “โดยทุจริต” หมายความว่า เพื่อแสวงหาประโยชน์ที่มีควรได้โดยชอบด้วยกฎหมายสำหรับตนเองหรือผู้อื่น

มาตรา 1 (3) “สาธารณสถาน” หมายความว่า สถานที่ใด ๆ ที่ประชาชนมีความชอบธรรมที่จะเข้าไปได้

มาตรา 1 (4) “เคหสถาน” หมายความว่า ที่ซึ่งเป็นที่อยู่อาศัย เรือน โรงเรือหรือแพ ซึ่งคนอยู่อาศัยและให้หมายความรวมถึงบริเวณของที่ซึ่งเป็นที่อยู่อาศัยด้วย จะมีรั้วล้อมหรือไม่ก็ตาม

มาตรา 1 (5) “อาวุธ” หมายความว่า สิ่งซึ่งไม่เป็นอาวุธโดยสภาพแต่ซึ่งได้ใช้หรือเจตนาจะใช้ประทุษร้ายร่างกายถึงอันตรายสาหัสอย่างอาวุธ

มาตรา 1 (11) “กลางคืน” หมายความว่า เวลาระหว่างพระอาทิตย์ตกและพระอาทิตย์ขึ้น

(2) **กรณีกฎหมายใช้ภาษาธรรมดา** หมายถึง กรณีที่กฎหมายมิได้บัญญัติคำนิยามศัพท์ไว้ กรณีนี้ต้องตีความหมายธรรมดา อาจอาศัยพยานุกรม หรืออาศัยตำราทางราชการต่าง ๆ เช่น ความหมายทางวิทยาศาสตร์ ทางเคมี ทางชีวภาพ ทางวิศวกรรมศาสตร์หรือทางการแพทย์ เป็นต้น

(3) **กรณีกฎหมายตัดสิทธิและเสรีภาพ** หมายถึง กรณีเป็นกฎหมายเกี่ยวข้องกับการตัดสิทธิและเสรีภาพ ต้องตีความตามบัญญัติอย่างเคร่งครัด

5.1.2 การตีความตามเจตนารมณ์

การตีความตามเจตนารมณ์ ได้แก่ การตีความโดยอาศัยเจตนารมณ์ (Spirit) ของกฎหมายว่ากฎหมายนั้นมีความมุ่งหมายในการใช้อย่างไร เพื่อค้นหาเจตนารมณ์ที่แท้จริงของผู้ร่างกฎหมายนั่นเอง การตีความตามเจตนารมณ์มิใช่กระทำได้ง่ายนักเพราะต้องศึกษาหลายแง่หลายมุมเพื่อจะหยั่งทราบเจตนารมณ์ของผู้ร่าง ศาสตราจารย์ ดร. หยุต แสงอุทัย ได้อธิบายวิธีการหยั่งทราบเจตนารมณ์ของผู้ร่างไว้ ดังนี้

- 1) ต้องศึกษาบันทึกเหตุผลของการร่างกฎหมายแต่ละฉบับ
- 2) ต้องศึกษาสถานการณ์ที่เป็นอยู่ก่อนร่างกฎหมาย เพราะกฎหมายย่อมร่างเพื่อแก้ไข

ข้อบกพร่องก่อนมีกฎหมายเสมอ

3) อ่านกฎหมายในเรื่องเดียวกันหลาย ๆ มาตรา ในกฎหมายเดียวกันและกฎหมายที่เกี่ยวข้อง เพื่อเปรียบเทียบค้นหาความหมายที่ควรจะเป็น

4) ต้องตีความตามความมุ่งหมายของกฎหมายที่อาจบังคับใช้ได้เสมอ คือ เมื่อตีความแล้วจะต้องเป็นผลไปในการใช้กฎหมายบังคับได้ มิใช่ตีความแล้วกฎหมายไม่สามารถนำมาใช้บังคับได้

5) กรณีที่กฎหมายบัญญัติตัดสิทธิเสรีภาพของราษฎร จะขยายความไม่ได้เป็นอันขาด หรือเรียกอีกอย่างหนึ่งว่าตีความอย่างเคร่งครัด

5.1.3 การตีความกฎหมายของศาลฎีกา

สถาบันที่มีบทบาทในการใช้กฎหมายที่สำคัญ ได้แก่ ศาลสูงสุด (Supreme Court) ของแต่ละประเทศ สำหรับประเทศไทยนั้น ได้แก่ ศาลฎีกา หมายความว่าเมื่อศาลชั้นต้น (Court of First Instance) ได้พิพากษาคดีแล้วคู่ความยังไม่พอใจ คู่ความก็มีสิทธิอุทธรณ์คำพิพากษาไปยังศาลอุทธรณ์ (Appeal Court) เพื่อขอให้พิจารณาพิพากษายกฟ้อง แยกหรือกลับคำพิพากษาของศาลชั้นต้นอีกครั้งหนึ่ง หากคู่ความยังไม่พอใจคำพิพากษาของศาลอุทธรณ์ ก็มีสิทธิยื่นสุดท้ายที่จะเสนอคดีต่อศาลฎีกา เพื่อขอให้พิจารณาพิพากษาของศาลอุทธรณ์ ก็มีสิทธิยื่นสุดท้ายที่จะเสนอคดีต่อศาลฎีกา เพื่อขอให้พิจารณาพิพากษายกฟ้อง แยกหรือกลับคำพิพากษาของศาลอุทธรณ์ได้โดยถือหลักว่า คำพิพากษาของศาลฎีกา **ให้ถือว่าเป็นที่สุด** และคู่ความจะต้องปฏิบัติตามเสมอ

การจัดทำคำพิพากษาของศาลฎีกา ประกอบด้วยองค์คณะผู้พิพากษาจำนวน 3 คน ซึ่งตัดสินชี้ขาดคดีด้วยเสียงใหญ่ หรือในกรณีสำคัญจะใช้การตัดสินชี้ขาดด้วยผู้พิพากษาศาลฎีกาทุกท่านในศาลฎีกามีประมาณ 60 ท่าน แล้วชี้ขาดด้วยเสียงส่วนใหญ่เรียกว่า **“ประชุมใหญ่”** ซึ่งนับว่าผลการชี้ขาดตัดสินคดีของศาลฎีกาย่อมมีมาตรฐานและน่าเชื่อถือและเป็นที่ยิ่งของประชาชน

ดังนั้น คำพิพากษาของศาลฎีกาโดยส่วนใหญ่จึงถือเป็นบรรทัดฐานที่ควรเคารพและศาลอื่นสามารถใช้พิจารณาเทียบเคียงได้ แต่อย่างไรก็ตามคำพิพากษาศาลฎีกาคดีหนึ่ง ๆ ก็ไม่สามารถบังคับให้ศาลในคดีอื่น ๆ ปฏิบัติตามได้ เนื่องด้วยระบบกฎหมายของไทยยังเป็นระบบประมวลกฎหมาย **จึงต้องยึดถือตัวบทบัญญัติเป็นสำคัญ** แตกต่างกับกฎหมายระบบจารีตประเพณี ที่จะต้องปฏิบัติตามคำพิพากษาของศาลสูงสุดเสมอไป

ด้วยเหตุนี้ ศาลในฐานะเป็นผู้ใช้กฎหมายเพื่อตัดสินคดี จึงมีหน้าที่ต้องใช้กฎหมายตามตัวบทบัญญัติแห่งกฎหมาย โดยหากมีช่องว่างของตัวบทหรือกฎหมาย ศาลจะต้องทำหน้าที่ตีความกฎหมาย เพื่อให้สามารถวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทแห่งคดีให้มีข้อยุติอย่างยุติธรรมหรือในกรณีไม่ปรากฏว่าความรับผิดชอบที่จะต้องยกฟ้องคดีไป เสมือนกับว่าศาลเป็นผู้แสดงหลักกฎหมายหรือผู้อธิบายหลักกฎหมายที่สภานิติบัญญัติออกมานั่นเอง

ตัวอย่างเช่น คำว่า “สาธารณสถาน” ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 1 (3) ให้คำนิยามศัพท์ไว้ว่า “สาธารณสถาน หมายความว่า สถานที่ใด ๆ ซึ่งประชาชนมีความชอบธรรมที่จะเข้าไปได้”

เมื่อมีปัญหาว่า ร้านขายของ เป็นสาธารณสถานหรือไม่ ศาลฎีกาได้อธิบายไว้เป็นบรรทัดฐาน ดังนี้

ฎีกาที่ 1326/2508 ร้านขายของ เป็นสถานที่เชื่อเชิญให้ผู้มีฐานะเกี่ยวข้องของเข้าไปได้ จึงไม่ใช่ที่รโหฐาน แต่เป็นสาธารณสถาน

หรือคำว่า “ทรัพย์” ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 334 บัญญัติความผิดฐานลักทรัพย์ไว้ว่า “ผู้ใดลักทรัพย์ของผู้อื่นหรือผู้อื่นเป็นเจ้าของทรัพย์ร่วมอยู่ด้วยไปโดยทุจริต ผู้นั้นกระทำความผิดฐานลักทรัพย์ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี และปรับไม่เกินห้าพันบาท” และได้บัญญัติการลักทรัพย์ที่จะต้องลงโทษหนักขึ้นไว้ในมาตรา 335 เช่น ลักทรัพย์ที่มีไว้ใช้เพื่อสาธารณประโยชน์

เมื่อมีปัญหาว่า การลักกระแสไฟฟ้า มีความผิดฐานลักทรัพย์หรือไม่ เพราะประมวลกฎหมายอาญามีได้ให้คำนิยามคำว่า “ทรัพย์” ไว้ ปัญหาที่ศาลฎีกาได้วางบรรทัดฐานไว้ดังนี้

ฎีกาที่ 877/2501 (ประชุมใหญ่) การลักกระแสไฟฟ้าเป็นความผิดตามมาตรา 334,335 แล้วแต่กรณี

คำว่า “เข้าไป” ในความผิดฐานบุกรุก ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 362 ได้บัญญัติความผิดฐานบุกรุกไว้ว่า “ผู้ใดเข้าไปในอสังหาริมทรัพย์ของผู้อื่นเพื่อถือการครอบครองอสังหาริมทรัพย์นั้นทั้งหมดหรือแต่บางส่วนหรือเข้าไปกระทำการใด ๆ อันเป็นการรบกวนการครอบครองอสังหาริมทรัพย์ของเขาโดยปกติสุข ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งปี หรือปรับไม่เกินสองพันบาทหรือทั้งจำทั้งปรับ”

เมื่อมีปัญหาว่า การที่เจ้าของบ้านซึ่งเป็นผู้ให้เช่า เอาไม้กระดานตีขวางประตูบ้านเช่าไม่ให้ผู้เช่าเข้าไปในบ้านเช่าได้ ดังนี้ จะเป็นความผิดฐานบุกรุกในฐานะที่เข้าไปรบกวนการครอบครองโดยปกติสุข ตามมาตรา 362 หรือไม่ ศาลฎีกาได้อธิบายไว้ดังนี้

ฎีกาที่ 1/2512 (ประชุมใหญ่) แม้ห้องพิพาทจะเป็นอสังหาริมทรัพย์ของจำเลย แต่เมื่อโจทก์ยังครอบครองอสังหาริมทรัพย์นั้นและยังได้แย่งสิทธิตามสัญญาเช่าอยู่ถ้าจำเลยเข้าไปกระทำการใด ๆ อันเป็นการรบกวนครอบครองของโจทก์โดยปกติสุข จำเลยมีความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 362 ดังนั้น การที่จำเลยใช้ไม้กระดานตีขวางทับประตูห้องโจทก์ครอบครองในขณะที่โจทก์ไม่อยู่และปิดห้องไว้ทำให้โจทก์เข้าอยู่ในห้องไม่ได้เป็นการล่วงล้ำเข้าไปในอำนาจการครอบครองของโจทก์ถือได้ว่าเข้าไปกระทำการ

รบกวนการครอบครองของโจทก์โดยปกติสุขตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 326 แล้ว จำเลยถึงกระทำผิดฐานบุกรุก

ดังนั้น จึงสามารถสรุปขั้นตอนในการใช้กฎหมาย และลำดับการตีความกฎหมายได้ดังนี้

1. การใช้กฎหมายยึดถือตัวบทบัญญัติแห่งกฎหมายเป็นหลัก หมายถึง กรณีที่ตัวบทบัญญัติชัดเจนไม่มีข้อสงสัย

2. กรณีตัวบทบัญญัติแห่งกฎหมายมีข้อสงสัย คือ มีความหมายไม่ชัดเจน กำกวม หรือมีความหมายหลายนัย ต้องอาศัยหลักในการตีความ โดยยึดลำดับขั้นตอน ดังนี้

2.1 การตีความกฎหมาย ต้องใช้การตีความตามตัวอักษรก่อน เมื่อการตีความตามตัวอักษรไม่สามารถทำได้จึงอาศัยการตีความตามเจตนารมณ์ของผู้ร่างกฎหมายนั้น โดยการตีความกฎหมายต้องพิจารณาตามความหมายพิเศษในนิยามศัพท์ก่อน หากไม่มีถ้อยคำที่กฎหมายบัญญัติไว้เป็นพิเศษจึงใช้การตีความตามความหมายธรรมดา

2.2 หากการตีความตามตัวอักษรไม่สามารถแก้ไขปัญหาได้ ให้พิจารณาใช้กฎหมายตามเจตนารมณ์ของผู้ร่างเป็นลำดับต่อไป

ทั้งนี้ การใช้และการตีความกฎหมายยังมีความแตกต่างกันในรายละเอียดของแต่ละประเภทกฎหมาย ตัวอย่างเช่น การตีความกฎหมายอาญา จะใช้วิธีการตีความตามตัวบทบัญญัติอย่างเคร่งครัด โดยจะตีความเพื่อขยายความของถ้อยคำในตัวบทไม่ได้เป็นอันขาด ดังนั้น กฎหมายอาญาจึงไม่ใช้การตีความโดยอาศัยเจตนารมณ์ของกฎหมาย ดังมีคำกล่าวว่า “การตีความกฎหมายอาญานั้นไม่ต้องคิดถึงผู้ร่าง แม้ผู้ร่างยังมีชีวิตอยู่หรือตายไปแล้วก็ตามไม่ต้องคำนึงถึง แต่อาศัยตัวบทบัญญัติเป็นหลักอย่างเคร่งครัดเท่านั้น” เพราะกฎหมายอาญาเป็นบทบัญญัติที่กระทบกระเทือนสิทธิเสรีภาพของประชาชนโดยตรง

ส่วนการตีความกฎหมายแพ่งที่อาศัยทั้งการตีความตามตัวบทบัญญัติ และตีความตามเจตนารมณ์หรือตีความตามมุ่งหมายของกฎหมาย โดยมาตรา 4 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บัญญัติว่า “กฎหมายนั้นต้องใช้บรรดากรณีซึ่งต้องด้วยบทบัญญัติแห่งกฎหมายตามตัวอักษรหรือตามความมุ่งหมายของบทบัญญัตินั้น ๆ...” ทั้งนี้ โดยมีวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่ได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหาย

5.2 การอุดช่องว่างของกฎหมาย

ช่องว่างของกฎหมาย (Gap in the Law) หมายถึง กรณีที่ไม่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่จะนำมาปรับแก้ข้อเท็จจริงได้ ศาลในฐานะเป็นผู้ใช้กฎหมายมีความจำเป็นต้องหากกฎหมายมาวินิจฉัยชี้ขาดคดีเพื่ออำนวยความสะดวกให้แก่ประชาชนด้วยความยุติธรรม ฉะนั้น ปัญหาช่องว่างกฎหมายจึงแตกต่างกับปัญหาการตีความ เพราะช่องว่างของกฎหมายเป็นกรณีที่ไม่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรบัญญัติไว้ แต่ปัญหาการตีความเป็นกรณีที่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรบัญญัติไว้แต่ความหมายยังไม่ชัดเจนเป็นที่สงสัยวิธีการใช้กฎหมายที่มีช่องว่าง จึงเป็นวิธีการใช้กฎหมายที่เรียกว่า “การอุดช่องว่างของกฎหมาย”

การอุดช่องว่างของกฎหมายมีหลายวิธี โดยปกติจะต้องศึกษากฎหมายนั้น ๆ ก่อนว่ามีระเบียบวิธีวิธีอุดช่องว่างไว้ด้วยหรือไม่ หากกฎหมายฉบับนั้นบัญญัติไว้แล้ว ให้ใช้วิธีการตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ เช่น

5.2.1 การอุดช่องว่างตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 4 วรรคสอง บัญญัติถึงวิธีการใช้กฎหมายและการอุดช่องว่างไว้ว่า “เมื่อไม่มีบทกฎหมายที่จะยกมาปรับคดีได้ ให้วินิจฉัยคดีนั้นตามจารีต ประเพณีแห่งท้องถิ่น ถ้าไม่มีจารีตประเพณีเช่นว่านั้น ให้วินิจฉัยตามหลักกฎหมายทั่วไป”

จากบทบัญญัติดังกล่าวจะเห็นได้ว่า ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้บัญญัติวิธีการอุดช่องว่างโดยจัดลำดับวิธีการไว้ กล่าวคือ เมื่อไม่มีตัวบทบัญญัติที่จะมาปรับคดีได้ ให้อุดช่องว่างตามลำดับ ดังนี้

1) การให้ใช้จารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น หมายความว่า ให้พิจารณาจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่นว่ามีปฏิบัติกันมาอย่างไร เช่น การซื้อขายลำไยของชาวสวนในภาคเหนือใช้วิธีประเมินทั้งสวนขณะที่ลำไยอยู่ในระหว่างฤดูออกดอก โดยไม่รู้ราคาผลลำไยเท่าใดซึ่งถือปฏิบัติกันมาเป็นเวลาช้านาน

2) การให้ใช้กฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่ง ในกรณีไม่มีจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่นเช่นนั้น ให้อาศัยบทกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่ง เช่น นายกนกวานให้นายขจรให้ซื้อหนังสือพิมพ์ ปรากฏว่านายขจรได้ซื้อหนังสือพิมพ์ให้นายกนกตามที่บ้าน ขณะที่ถือหนังสือพิมพ์มาให้นายขจรนั้น หนังสือพิมพ์หล่นจากมือไปที่พื้นถนนเป็นเหตุให้หนังสือพิมพ์เปียกเสียหาย ดังนั้นนายขจรจะต้องรับผิดชอบอย่างไร กรณีนี้ไม่มีกฎหมายบัญญัติเกี่ยวกับความเสียหายอันเกิดจากการดังกล่าวไว้ แต่เมื่อวิเคราะห์ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้บัญญัติกรณีใกล้เคียงไว้ในเรื่องฝากทรัพย์ มาตรา 659 วรรคหนึ่ง “ถ้าการรับฝากทรัพย์เป็นการทำให้เปล่าไม่มีบำเหน็จไซ้ ท่านว่าผู้รับฝากจำต้องใช้ความระมัดระวังสงวนทรัพย์สินซึ่งฝากนั้น เหมือนเช่นเคยประพฤติในกิจการของตน” ดังนั้น ถ้านายขจรเคยใช้ความระมัดระวังในการซื้อหนังสือพิมพ์ของตนอย่างไร และนายขจรได้ระมัดระวังอย่างเดียวกันแล้วนายขจรไม่ต้องรับผิดชอบแต่อย่างใด

3) ให้ใช้กฎหมายทั่วไป ในกรณีที่ไม่มีกฎหมายใกล้เคียงให้เทียบเคียงได้ให้ใช้บทกฎหมายทั่วไปมาวินิจฉัยคดีหลักกฎหมายทั่วไป คือ หลักแห่งความยุติธรรมทั่ว ๆ ไปที่ศาลจะใช้ดุลพินิจนำมาวินิจฉัยชี้ขาดคดี เช่น หลักสุจริต หลักสัญญาต้องเป็นสัญญา หรือหลักมาก่อนได้ก่อน เป็นต้น

ข้อสังเกต มาตรการตามที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บัญญัติไว้ในมาตรา 4 วรรคสอง จะเห็นได้ว่าประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยเรามีคุณสมบัติเด่นตรงที่เราเป็นประเทศที่ใช้ระบบประมวล แต่เรามีรูปแบบของการนำจารีตประเพณีมาเป็นส่วนหนึ่งของการพิจารณาชี้ขาดตัดสินคดีด้วยจากลักษณะของกฎหมายเช่นนี้ทำให้ระบบกฎหมายของไทยจึงเป็นระบบที่ได้ขจัดความขัดข้องที่ว่าระบบประมวลกฎหมายมีข้อเสียในเรื่องของความกระด้างของกฎหมายได้เป็นอย่างดีอีกทั้งหลักดังกล่าวสอดคล้องกับหลักการที่ว่า “ในคดีแพ่งศาลจะต้องหาวิธีการชี้ขาดคดีให้ได้ จะยกฟ้องโดยอ้างเหตุว่าไม่มีกฎหมายมาปรับแก้คดีไม่ได้”

5.2.2 การอุดช่องว่างตามประมวลกฎหมายอาญา

ประมวลกฎหมายอาญาของไทยมิได้บัญญัติการอุดช่องว่างของกฎหมายไว้ เพราะกฎหมายอาญาเป็นกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับสิทธิเสรีภาพเนื่องจากกฎหมายอาญาเป็นกฎหมายที่กำหนดบทลงโทษที่กระทบต่อสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานหรือกระทำต่อเนื้อตัวร่างกายของประชาชนโดยตรง ดังนั้น การใช้การตีความกฎหมายอาญาจึงจำเป็นต้องใช้กฎหมายด้วยความระมัดระวัง โดยการใช้กฎหมายอาญานั้นต้องใช้ตามบทบัญญัติที่เป็นลายลักษณ์อักษร หากไม่มีบทบัญญัติไว้ว่าการกระทำใดเป็นความผิด ศาลจะลงโทษผู้กระทำความผิดไม่ได้ ฉะนั้น ในกฎหมายอาญาจึงไม่สามารถนำวิธีการอุดช่องว่างของกฎหมายตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาใช้ได้ตามคำกล่าวที่ว่า “ไม่มีความผิด ไม่มีโทษ โดยไม่มีกฎหมาย”

5.2.3 การอุดช่องว่างตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา

ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามาตรา 15 บัญญัติว่า “วิธีพิจารณาข้อใดซึ่งประมวลกฎหมายนี้มีได้บัญญัติไว้โดยเฉพาะ ให้นำบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาใช้เท่าที่พอจะใช้ได้” เช่น ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาไม่ได้บัญญัติว่าด้วยความผิดละเมิดอำนาจศาลไว้ จึงต้องนำมาตรา 30,31,32 และมาตรา 33 มาบังคับใช้ในคดีอาญาเท่าที่จะใช้บังคับได้

5.2.4 การอุดช่องว่างตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการชดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481

กรณีที่ศาลไทยจะต้องวินิจฉัยคดีที่มีข้อเท็จจริงเกี่ยวข้องกับกฎหมายต่างประเทศ มาตรา 2 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการชดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481 บัญญัติว่า “เมื่อใดไม่มีบัญญัติในพระราชบัญญัติ หรือกฎหมายอื่นใดแห่งประเทศสยาม ที่จะยกมาปรับแก้คดีการชดกันแห่งกฎหมายได้ให้ใช้กฎหมายทั่วไปแห่งกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล” เช่น คดีมีข้อพิพาทเกี่ยวกับการทำนิติกรรมสัญญาระหว่างคนไทยกับคนต่างชาติ ในการทำนิติกรรมสัญญาค้าขายระหว่างกัน พระราชบัญญัติว่าด้วยการชดกันแห่งกฎหมายให้ใช้กฎหมายของประเทศอันเป็นสถานที่ทำนิติกรรมสัญญาบังคับ เป็นต้น

ดังนั้น สำหรับผู้ศึกษากฎหมายแล้ว ความสำคัญของการศึกษากฎหมายจึงมิใช่อยู่ที่การศึกษาและท่องจำเพียงตัวบท ผู้ศึกษาสมควรจะต้องศึกษาการคิดและวิธีการตีความกฎหมาย และเข้าใจเจตนารมณ์ของกฎหมายแต่ละประเภทประกอบด้วย จึงจะได้ชื่อว่าเป็นผู้รู้และเข้าใจกฎหมายอย่างแท้จริง