

บทที่ 3

ช่องว่างแห่งกฎหมายและวิธีการอุดช่องว่างแห่งกฎหมาย

3.1. ช่องว่างแห่งกฎหมาย

ในบทนี้นั้นจะพิจารณาถึงความหมายของช่องว่างแห่งกฎหมายและวิธีการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายโดยทั่วไปซึ่งเป็นที่ป็นรากฐานสำคัญในการศึกษาและก่อให้เกิดความเข้าใจถึงกลไกการอุดช่องว่างตามข้อ 7(2) แห่ง CISG

3.1.1. ความหมายของช่องว่างแห่งกฎหมาย

ท่านศาสตราจารย์ ดร. ปรีดี เกษมทรัพย์ ได้กล่าวถึงช่องว่างแห่งกฎหมาย(lacuna of law/gap of law)ไว้ว่า “ในระบบกฎหมายที่เป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรส่วนใหญ่ มักจะเกิดปัญหาขึ้นเสมอและหลีกเลี่ยงไม่ได้ว่า เมื่อมีคดีเกิดขึ้นแล้ว เป็นกรณีซึ่งกฎหมายลายลักษณ์อักษรไม่ได้บัญญัติไว้โดยตรง ระบบของกฎหมายนั้นจะดำเนินการกับกรณีที่กฎหมายบกพร่องหรือมีว่างช่องว่างเช่นนี้อย่างไร หน้าทีของนักนิติศาสตร์และหน้าที่ของศาล จะต้องพยายามหาบทบัญญัติมาปรับแก้คดีที่เกิดขึ้นเช่นนั้นเสมอ ศาลจะปฏิเสธไม่ตัดสินคดีโดยอ้างว่ากฎหมายไม่ได้บัญญัติไว้หรือกฎหมายบัญญัติไว้ไม่ชัดเจนไม่ได้”¹ ดังนั้นอาจจะพิจารณาได้ว่าช่องว่างแห่งกฎหมายนั้นคือกรณีที่ไม่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่จะนำไปปรับใช้แก้ไขข้อเท็จจริงได้² ซึ่งมีนัยคือ ผู้ใช้กฎหมายหากกฎหมายมาปรับใช้แก่กรณีไม่พบ³ ซึ่งหากมีช่องว่างแห่งกฎหมายเกิดขึ้นแล้วศาลหรือผู้ปรับใช้

¹ ปรีดี เกษมทรัพย์, กฎหมายแพ่ง: หลักทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 5, (กรุงเทพมหานคร: คณะกรรมการบริหารทางวิชาการ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2526), น. 75.

² มานิตย์ จุมปา, “การตีความและการอุดช่องว่าง”ใน ความรู้พื้นฐานทางกฎหมาย, มานิตย์ จุมปา(บรรณาธิการ) พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2544), น. 109.

³ หยุด แสงอุทัย, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 16, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์ประกายพรึก, 2548), น. 142.

กฎหมายจะต้องทำการอุดช่องว่างแห่งกฎหมาย(lacunae/gap-filling)เนื่องจากไม่อาจปฏิเสธที่จะยกฟ้องโดยอ้างว่าไม่มีกฎหมายใช้บังคับแก่คดี

อย่างไรนั้นมีข้อถกเถียงทางกฎหมายที่น่าสนใจประการหนึ่งที่ว่าโดยแท้แล้วนั้น ช่องว่างแห่งกฎหมายนั้นมีอยู่หรือไม่ เนื่องจากกลไกที่ว่าหากศาลหรือผู้ปรับใช้กฎหมายไม่สามารถหาบทบัญญัติแห่งกฎหมายมาปรับใช้แก่กรณี ผู้ปรับใช้กฎหมายย่อมจะต้องทำการอุดช่องว่างโดยไม่อาจหลีกเลี่ยงได้ เช่นนั้นแล้วในแง่มุมหนึ่งนั้นจึงสามารถพิจารณาได้ว่าโดยแท้แล้วช่องว่างแห่งกฎหมายหาได้มีอยู่ไม่ โดยที่เมื่อนักกฎหมายบางท่านได้ให้ความเห็นว่า คำว่าช่องว่างแห่งกฎหมายเป็นเพียงสิ่งที่สมมุติขึ้นมาให้เห็นภาพเท่านั้น (Metaphorical Expression)เนื่องจากในความเป็นจริงที่ผู้ปรับใช้กฎหมายต้องพิจารณานำบรรทัดฐานหรือหลักเกณฑ์อย่างอื่น ๆ นอกเหนือจากกฎหมายลายลักษณ์อักษรมาปรับใช้แก่กรณีที่เป็นช่องว่างแห่งกฎหมาย เช่นนั้นตราบใดที่ยังมีหลักเกณฑ์ที่ยังสามารถปรับใช้แก่คดีหรืออีกนัยหนึ่งตราบใดที่ยังมีผู้พิพากษาย่อมมีทิศทางที่จะมีช่องว่างแห่งกฎหมาย⁴ผู้จัดทำนั้นมีความคิดเห็นในประเด็นดังกล่าวในลักษณะที่ว่าช่องว่างแห่งกฎหมายนั้นมีอยู่ในแต่ในความหมายที่ว่าเป็นช่องว่างแห่งกฎหมายที่ไม่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรมาปรับใช้แก่กรณีคือเป็นช่องว่างแห่งกฎหมายลายลักษณ์อักษรเช่นประมวลกฎหมายซึ่งเมื่อเกิดช่องว่างเช่นว่า ผู้ปรับใช้กฎหมายหรือก็คือศาลหรืออนุญาโตตุลาการนั้นจะต้องทำการอุดช่องว่างดังกล่าวด้วยหลักเกณฑ์ทางกฎหมายอื่นๆ เช่น จารีตประเพณี กฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่งหรือหลักกฎหมายทั่วไป เช่นนั้นแล้วช่องว่างแห่งกฎหมายจึงมีอยู่แต่ในความหมายที่ว่าเป็นช่องว่างแห่งกฎหมายของกฎหมายลายลักษณ์อักษรเช่น ช่องว่างแห่งกฎหมายของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์แห่งรัฐไทย ช่องว่างแห่งอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศ (CISG) แต่ทว่าช่องว่างแห่งกฎหมายในนัยที่ว่าปราศจากกฎเกณฑ์ทางกฎหมายใดๆ ทั้งสิ้นที่จะสามารถปรับใช้แก่กรณีเลยนั้นจะไม่มีอยู่เนื่องจากศาลหรืออนุญาโตตุลาการต้องปรับใช้การอุดช่องว่างแห่งกฎหมายลายลักษณ์อักษรเพื่อหาหลักเกณฑ์ทางกฎหมายมาปรับใช้แก่กรณีเสมอ

⁴ Carlos de la Vega Benayas, JUDICIAL METHOD OF INTERPRETATION OF CODES, Louisiana Law Review 1982 Special Issue, Retrieved March 5 2009 from Westlaw Database.

ท่านศาสตราจารย์ ดร. หยุด แสงอุทัย ได้อธิบายถึงสาเหตุของการเกิดช่องว่างแห่งกฎหมายไว้ดังนี้คือ⁵

“1) ผู้ร่างกฎหมายคิดไปไม่ถึงว่าจะมีช่องว่างในกฎหมาย ซึ่งอาจเป็นไปได้ด้วยเหตุ 2 ประการกล่าวคือ

ก. ผู้ร่างกฎหมายสามารถจะนึกถึงช่องว่างแห่งกฎหมายได้ และเป็นความบกพร่องของผู้ร่างกฎหมายเอง ที่ไม่ได้นึกถึงช่องว่างแห่งกฎหมายนั้น และโดยเหตุนี้จึงไม่ได้ร่างบทบัญญัติสำหรับกรณีนั้นๆ ไว้ เช่น ในเวลาที่บัญญัติกฎหมายได้มีโทรศัพท์ที่ใช้อยู่แล้ว แต่ผู้ร่างกฎหมายบกพร่อง จึงไม่ได้คิดถึงโทรศัพท์ และไม่ได้บัญญัติกฎหมายสำหรับกรณีติดต่อกันทางโทรศัพท์

ข. ผู้ร่างกฎหมายไม่สามารถที่จะนึกถึงช่องว่างแห่งกฎหมายนั้นได้ เพราะยังไม่มีเหตุการณ์อันทำให้เกิดช่องว่างแห่งกฎหมายนั้นขึ้น อย่างเช่นผู้ร่างกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. ๑๒๗ ย่อมไม่สามารถที่จะนึกถึงการร่างบทบัญญัติเกี่ยวกับไฟฟ้า เพราะยังไม่ใช้แพร่หลาย โดยเหตุนี้จึงไม่มีบทบัญญัติกล่าวถึงการลักปล้นงาน เช่น การลักกระแสไฟฟ้าไปใช้

๒. ผู้ร่างกฎหมายคิดถึงช่องว่างแห่งกฎหมายนั้น แต่เห็นว่าสำหรับกรณีที่เป็นช่องว่างแห่งกฎหมายยังไม่สมควรบัญญัติไว้ให้ตายตัว เพราะตำรากฎหมายและคำพิพากษายังไม่ได้พิจารณาปัญหานั้นอย่างเพียงพอ โดยยังไม่ได้คิดค้นหลักเกณฑ์อันเหมาะสมไว้สำหรับเรื่องนั้นๆ โดยเหตุนี้การที่จะบัญญัติกฎหมายสำหรับกรณีนั้นๆ ให้เป็นการตายตัวย่อมจะเป็นการรีบด่วนเกินไป เพราะบทกฎหมายลายลักษณ์อักษรและบัญญัติไว้อย่างชัดเจนนั้นจะเป็นอุปสรรคขัดขวางต่อการที่ตำราและคำพิพากษาจะได้คลี่คลายปัญหานั้นให้กระจ่างแจ่มแจ้งต่อไปในภายภาคหน้า และหาหลักเกณฑ์ที่สมบูรณ์มาใช้ ตรงกันข้ามถ้าจะบัญญัติกฎหมายไว้ชัดเจนตำรากฎหมายหรือคำพิพากษาก็จะได้แต่อธิบายตัวบทกฎหมายที่บัญญัติไว้แล้วเท่านั้น ในกรณีดังกล่าว ผู้ร่างก็ปล่อยช่องว่างแห่งกฎหมายทิ้งไว้ โดยไม่ให้มีบทบัญญัติกฎหมาย เป็นการปล่อยให้ช่องว่างโดยตั้งใจ”

3.1.2 หลัก Casus Omissus

เนื่องจากแนวคิดในการอุดช่องว่างในกฎหมายลายลักษณ์อักษรนั้นเป็นสิ่งที่มีความสำคัญมาจากระบบกฎหมายซีวิลลอว์ ขณะที่ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์มีแนวคิดที่จะพยายามไม่ปรับใช้ในลักษณะขยายขอบเขตของตัวกฎหมายลายลักษณ์อักษรเนื่องจากถือว่าโดย

⁵ หยุด แสงอุทัย, อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 3, น.เดียวกัน.

แต่กฎหมายลายลักษณ์อักษรนั้นเป็นกรณียกเว้นของกฎหมายที่มาจากคำพิพากษาซึ่งเป็นที่มาของกฎหมายทั่วไป จึงต้องปรับใช้ความกฎหมายลายลักษณ์อักษรอย่างแคบฉะนั้นแนวคิดในระบบกฎหมายคอมมอนในประเด็นการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายจึงแตกต่างจากระบบซีวิลลอว์ จึงมีความจำเป็นที่จะต้องพิจารณาแนวคิดของทางระบบคอมมอนลอว์อันเกี่ยวข้องกับช่องว่างแห่งกฎหมายเพื่อจะเกิดความเข้าใจต่อกลไกการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายตามข้อ 7(2) แห่ง CISG ได้อย่างชัดเจนเพราะ CISG นั้นได้รับอิทธิพลจากแนวคิดทางกฎหมายทั้งในระบบซีวิลลอว์และระบบคอมมอนลอว์ โดยที่หลักกฎหมายที่มีความเกี่ยวข้องกับช่องว่างแห่งกฎหมายในกรณีของคอมมอนลอว์คือหลัก Casus Omissus โดยที่หลัก Casus Omissus ตาม Black's law Dictionary นั้นหมายความว่า สถานการณ์ที่มีได้ถูกกำหนดไว้ในพระราชบัญญัติหรือตามสัญญา เช่นนั้นแล้ว สถานการณ์เช่นว่าต้องพิจารณาตามหลักกฎหมายตามคำพิพากษาของศาล (Case Law/ Judge made law)⁶ หลัก Casus Omissus มาจากหลักกฎหมายละตินที่ว่า "casus omissus pro omisso habendus" ซึ่งสามารถถอดความเป็นภาษาอังกฤษได้ว่า A case (or class of cases) omitted is to be held as (intentionally) omitted.⁷ โดยสำหรับภาษาไทยนั้นท่าน ศาสตราจารย์ พิชัยศักดิ์ หรยางกูร ได้ถอดความเป็นภาษาไทยไว้ว่า "เรื่องที่จะไว้ต้องถือว่าตั้งใจละ"⁸ไว้ซึ่งมีนัยว่ากรณีหรือสิ่งใดที่ถูกละเว้นจากการกล่าวถึงในตัวบทกฎหมายนั้นจะต้องตีความว่าผู้ร่างมีเจตนาละเว้นจากการปรับใช้กฎหมายเช่นว่าแก่กรณีหรือสิ่งๆนั้น หลักดังกล่าวนี้จะนำมาปรับใช้ต่อเมื่อปรากฏให้เห็นชัดเจนถึงการละเว้นที่จะกล่าวถึงอย่างชัดแจ้ง การปรับใช้หลัก Casus omissus นั้นหาจำเป็นต้องปรับใช้แก่กรณีที่มีการลงโทษทางอาญาที่ต้องตีความโดยเคร่งครัดไม่ แต่สามารถ

⁶ Bryan A. Garner, Black's Law Dictionary, Eighth Edition, St Paul MN : West Publishing Co., 1999, p. 232.

⁷ Derek Auchie, THE UNDIGNIFIED DEATH OF THE CASUS OMISSUS RULE, Statute Law Review 2004, Retrieved March 5 2009 from Westlaw Database.

⁸ พิชัยศักดิ์ หรยางกูร, รวมศัพท์และภาษิตกฎหมายลาติน-ไทย, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย 2544), น. 122.

นำมาปรับใช้แก่กรณีมีเหตุผลที่ชัดเจนว่า กรณีบางกรณี บุคคลบางประเภทหรือสิ่งบางสิ่งนั้นควร
ละเว้นการปรับใช้กฎหมายดังกล่าวผู้ร่างจึงไม่ระบุไว้ในตัวกฎหมาย⁹

การทำความเข้าใจหลัก Casus Omissus นั้นมีความจำเป็นต่อการทำความเข้าใจ
เรื่องช่องว่างทางกฎหมายและกลไกการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายอย่างยิ่งเนื่องจากหากเข้าใจกรณี
ของ Casus Omissus ต้องถือว่าผู้ร่างมีเจตนาที่จะละเว้นการปรับใช้กฎหมายเช่นว่าแก่กรณี
ดังนั้น Casus Omissus เป็นหลักซึ่งไม่อนุญาตให้ศาลทำการอุดช่องว่างแก่กรณีเพราะการที่ไม่
สามารถปรับใช้กฎหมายแก่กรณีนั้นเกิดจากเจตนาของผู้ร่าง โดยหลักการห้ามอุดช่องว่างดังกล่าว
นั้นมีรากฐานมาจากหลักอำนาจอธิปไตยเป็นของรัฐสภา (parliamentary sovereignty)¹⁰ ซึ่ง
รัฐสภานั้นเป็นผู้แทนของประชาชนย่อมเป็นองค์การเดียวที่มีอำนาจในการออกกฎหมายที่อาจมีผล
เป็นการลดทอนสิทธิและเสรีภาพของประชาชนและองค์การตุลาการไม่อาจเข้าแทรกแซงใช้อำนาจ
ดังกล่าวได้นั้น โดยที่หลัก Casus Omissus เป็นหลักที่ห้ามศาลทำหน้าที่ตั้งเป็นผู้ออกกฎหมาย
(judicial legislation)¹¹ เนื่องจากศาลมีหน้าที่เป็นเพียงผู้ตีความและไม่มีอำนาจในการร่าง
กฎหมายหากบทบัญญัติของกฎหมายนั้นมีความผิดพลาดจะต้องแก้ไขโดยผ่านกระบวนการทาง
นิติบัญญัติในการแก้ไขหรือยกเลิกกฎหมายเช่นว่า เช่นนั้นแล้วในกรณีของ Casus Omissus ศาล
ไม่อาจทำการอุดช่องว่างได้¹²

เช่นนั้นแล้วหากสามารถพิจารณาได้ถึงเจตนารมณ์ของผู้ร่างที่ไม่ปรารถนาที่จะปรับ
ใช้บทกฎหมายแก่กรณีจึงไม่ทำการบัญญัติถึงกรณีดังกล่าวไว้ในตัวบทกฎหมายอันเป็นกรณีของ
Casus Omissus ศาลหรืออนุญาโตตุลาการย่อมไม่อาจปรับใช้กลไกการอุดช่องว่างแก่กรณีได้ซึ่ง
ผู้จัดทำเห็นว่าอาจสามารถพิจารณาได้ลำดับหนึ่งว่ากรณีเช่นนั้นไม่มีช่องว่างแห่งกฎหมาย
(Lacuna of Law) เนื่องจากศาลหรืออนุญาโตตุลาการย่อมสามารถวินิจฉัยผลของคดีโดยใช้

⁹ Please see *People v. Manantan* GR L-14129, 31 July 1962 (5 SCRA 684)
retrieved March 7 2009 from <<http://berneguerrero.co-ph.com/2003/03/24/digest-people-v-manantan-gr-l-14129-31-july-1962/>>

¹⁰ Derek Auchie, *supra note 7*.

¹¹ *Ibid.*

¹² R. Devarajan, *Legal Decisions and Analysis* retrieved March 7 2009 from
<<http://www.rishabhdara.com/sc/view.php?case=20314>>.

เจตนาของผู้ร่างไว้ในกรณีดังกล่าวนี้ไม่ได้ถือว่าเป็นกรณีที่อยู่ในบังคับของกฎหมายฉบับดังกล่าวและไม่มีผลทางกฎหมายตามกฎหมายเช่นว่า

โดยตัวอย่างของคดีที่มีการปรับใช้หลัก Casus Omissus ก็เช่นคดี Hitt Construction And Zurich American Insurance Company V. Richard J.E. Pratt, Jr.¹³ ศาลอุทธรณ์แห่งมลรัฐเวอร์จิเนียได้ตัดสินคดีบนหลัก Casus Omissus โดยมีเนื้อหาแห่งคดีที่เกี่ยวข้องกับหลักดังกล่าวที่ว่า ฝ่ายโจทก์ในชั้นอุทธรณ์คือบริษัทประกันภัย Hitt Construction And Zurich American ได้อ้างว่าการพิจารณาค่าอุทธรณ์ของคณะกรรมการค่าทดแทนแรงงานที่วินิจฉัยให้โจทก์ชำระค่าทดแทนสำหรับความพิการบางส่วนอย่างถาวรแก่จำเลยนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมายโดยเหตุที่ว่าในการพิจารณาอุทธรณ์นั้นมีคณะกรรมการที่ได้รับแต่งตั้งโดยชอบด้วยกฎหมาย (Statutorily Authorized) เพียงสองคนซึ่งไม่ครบตามที่กฎหมายกำหนดให้คณะกรรมการประกอบไปด้วยสมาชิก 3 คน โดยที่ข้อเท็จจริงในประเด็นดังกล่าวมีดังนี้คือ กรรมการ TARR ได้เกษียณ ณ วันที่ 1 กุมภาพันธ์ 2008 ทำให้เกิดมีตำแหน่งว่าง The General Assembly ได้คัดเลือกกรรมการ Williams ให้ดำรงตำแหน่ง ณ วันที่ 23 เมษายน ค.ศ. 2008 โดยจะเริ่มปฏิบัติหน้าที่ตั้งแต่วันที่ 1 พฤษภาคม ค.ศ. 2008 โดยที่การวินิจฉัยอุทธรณ์ของโจทก์นั้นเกิดขึ้น ณ วันที่ 21 กุมภาพันธ์ 2008 ซึ่งเป็นช่วงระหว่างที่กรรมการ Tarr เกษียณและก่อนที่กรรมการ Williams จะเข้าดำรงตำแหน่ง โดยที่ก่อนที่จะมีการแต่งตั้งคณะกรรมการคนใหม่นั้น ประธานของคณะกรรมการคือกรรมการ Diamond ได้แต่งตั้งผู้ช่วยกรรมการ Szablewicz ให้เข้าทำหน้าที่คณะกรรมการจนกว่าจะมีการแต่งตั้งกรรมการคนใหม่และได้เข้าร่วมที่พิจารณาอุทธรณ์ของโจทก์ เช่นนั้นแล้วคณะกรรมการที่พิจารณาอุทธรณ์ของโจทก์ได้แก่กรรมการ Diamond กรรมการ Dudley และ ผู้ช่วยกรรมการ Szablewicz ศาลได้วินิจฉัยว่าการแต่งตั้งผู้ช่วยกรรมการ Szablewicz ให้ทำหน้าที่ในฐานะคณะกรรมการนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมายเนื่องจากตามประมวลกฎหมายของมลรัฐเวอร์จิเนียข้อ 65.2-704(B) (Virginia Code § 65.2-704(B)) ที่เกี่ยวข้องนั้นการที่ประธานคณะกรรมการจะแต่งตั้งให้ผู้ช่วยกรรมการเข้าทำหน้าที่ในฐานะคณะกรรมการในการพิจารณาอุทธรณ์นั้นจะต้องเป็นกรณีที่มีกรรมการคนหนึ่งคนใด

¹³ Please see HITT CONSTRUCTION AND ZURICH AMERICAN INSURANCE COMPANY V. RICHARD J.E. PRATT, JR., COURT OF APPEALS OF VIRGINIA (Record No. 0723-08-4) (available at <<http://www.courts.state.va.us/opinions/opncavwp/0723084.pdf>>)

นั้นไม่เข้าร่วมการพิจารณา(Absent)หรือต้องห้ามมิให้ปฏิบัติหน้าที่(Prohibited) ซึ่งศาลอุทธรณ์แห่งมลรัฐเวอร์จิเนียนั้นมองว่ากรณีเช่นนั้นไม่อาจถือว่าเป็นกรณีที่กรรมการคนที่สามไม่เข้าร่วมพิจารณาหรือถูกต้องห้ามมิให้ปฏิบัติหน้าที่เนื่องจากในขณะนั้นไม่มีกรรมการคนดังกล่าวอยู่ เช่นนั้นจึงไม่ถือว่าการแต่งตั้งผู้ช่วยกรรมการ Szablewicz ให้ทำหน้าที่ในฐานะคณะกรรมการนั้นเป็นไปตามมลรัฐเวอร์จิเนียข้อ 65.2-704(B)(Virginia Code § 65.2-704(B))

ขณะที่ฝ่ายจำเลยได้โต้แย้งว่าเสียงส่วนใหญ่ของคณะกรรมการสามารถแต่งตั้งให้ผู้ช่วยกรรมการให้ทำหน้าที่หรือให้ดำรงตำแหน่งของคณะกรรมการที่ว่างอยู่ได้แม้จะเป็นไปเพื่อวัตถุประสงค์ของการตรวจวินิจฉัยอุทธรณ์ซึ่งหาได้ปรากฏว่ามีกรรมการไม่เข้าร่วมการพิจารณา(Absent)หรือต้องห้ามมิให้ปฏิบัติหน้าที่(Prohibited) ซึ่งเมื่อศาลพิจารณาแล้วนั้นหาได้มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรใดๆที่กำหนดถึงอำนาจดังกล่าวของคณะกรรมการค่าทดแทนแรงงาน แต่จำเลยได้กล่าวอ้างถึงประมวลกฎหมายของมลรัฐ Virginia ข้อ 12.1-8 (Virginia Code § 12.1-8) ซึ่งเป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับคณะกรรมการเกี่ยวกับบริษัทแห่งรัฐเวอร์จิเนีย (The State Corporation Commission) ซึ่งกำหนดให้เสียงส่วนใหญ่ของคณะกรรมการนั้นถือว่าเป็นองค์ประกอบที่เพียงพอที่จะใช้อำนาจในเชิงพิจารณาคดี ร่างกฎหมาย และการใช้ดุลพินิจ ไม่ว่าจะไม่มีตำแหน่งของกรรมการว่างลงหรือไม่ แต่อย่างไรนั้นไม่ถือว่าเป็นองค์ประกอบที่เพียงพอที่จะใช้อำนาจทางบริหาร ซึ่งหาได้เป็นบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับคณะกรรมการค่าทดแทนแรงงานอย่างไร ไม่ โดยที่จำเลยอ้างว่าจะต้องนำบทบัญญัตินี้ดังกล่าวไปปรับใช้แก่คณะกรรมการค่าทดแทนแรงงานเช่นกัน โดยถึงหลักเกณฑ์ทั่วไปของกฎหมายคณะกรรมการค่าทดแทนแรงงานนั้นจะต้องเอื้อต่อการเยียวยาแก่ผู้ให้แรงงานและตีความอย่างกว้าง แต่ศาลปฏิบัติเสถียรแนวคิดดังกล่าวเนื่องจากแม้ว่าหลักเกณฑ์เช่นนี้จะเหมาะสมต่อวัตถุประสงค์ของคณะกรรมการแต่ไม่เหมาะสมกับการปรับใช้ในเรื่องของโครงสร้างของคณะกรรมการ

สำหรับข้อต่อสู้ของจำเลยที่ว่าผู้ร่างมีเจตนาที่จะกำหนดอำนาจดังกล่าวให้แก่คณะกรรมการค่าทดแทนแรงงานเช่นเดียวกับคณะกรรมการเกี่ยวกับบริษัทแต่ไม่เห็นว่ามีความจำเป็นที่จะต้องระบุไว้อย่างชัดเจน ซึ่งศาลเห็นว่าในกรณีแห่งปัญหาเช่นนั้นเป็นกรณีตามหลัก Casus Omissus โดยถือว่าการดังกล่าวนั้นถือเป็นผู้ร่างกฎหมายได้ละที่จะกล่าวถึงอำนาจของเสียงข้างมากของคณะกรรมการค่าทดแทนแรงงานในการแต่งตั้งตำแหน่งของกรรมการที่ว่างลงจึงถือว่าผู้ร่างมีเจตนาที่จะกำหนดให้คณะกรรมการค่าทดแทนแรงงานไม่มีอำนาจเช่นว่า โดยศาลอุทธรณ์แห่งมลรัฐเวอร์จิเนีย ได้พิจารณาไว้ในเบื้องต้นว่าในการตีความกฎหมายลายลักษณ์อักษรนั้นการไม่ปรากฏบทบัญญัติในกฎหมายสำหรับเรื่องหนึ่งเรื่องใดให้ถือว่าเกิดจาก

ความตั้งใจหากกฎหมายในเรื่องที่คล้ายคลึงกันนั้นปรากฏบทบัญญัติเช่นว่า จากหลักการเช่นว่า ศาลเห็นว่า General Assembly ต้องการให้อำนาจของเสียงส่วนใหญ่ของกรรมการที่จะแต่งตั้งกรรมการนั้นเป็นเรื่องเฉพาะของคณะกรรมการบางประเภทที่กฎหมายกำหนดอำนาจเช่นว่าไว้ และโดยศาลยังได้วินิจฉัยว่าศาลไม่อาจจะทำการเพิ่มอำนาจดังกล่าวให้แก่คณะกรรมการค่าชดเชยได้เพราะเปรียบเสมือนเป็นการเพิ่มบทบัญญัติอันมีลักษณะเป็นการออกกฎหมายซึ่งอำนาจในการนิติบัญญัตินั้นเป็นขององค์การนิติบัญญัติซึ่งจากกรณีคือ General Assembly เท่านั้น ศาลมีเพียงแต่ทำหน้าที่ตีความ

จากคดีดังกล่าวนี้ศาลปฏิเสธที่จะอุดช่องว่างในเรื่องของอำนาจของเสียงส่วนใหญ่ของคณะกรรมการค่าทดแทนแรงงานในการแต่งตั้งผู้ที่จะดำรงตำแหน่งที่ว่างลงโดยใช้บทกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่งที่ให้อำนาจแก่คณะกรรมการเกี่ยวกับบริษัทในลักษณะเช่นว่าเทียบเคียงมาปรับใช้แก่คณะกรรมการค่าทดแทนแรงงาน โดยเห็นว่ากรณีดังกล่าวนี้เป็นกรณีของ Casus Omissus เนื่องจากศาลพิจารณาถึงเจตนาของ General Assembly ที่กำหนดให้อำนาจเช่นว่าเป็นอำนาจเฉพาะของคณะกรรมการบางประเภทเท่านั้น

3.2. วิธีการอุดช่องว่างแห่งกฎหมาย

ในเรื่องของวิธีการอุดช่องว่างนั้น ท่านศาสตราจารย์ ดร. หยุต แสงอุทัย ได้ให้ความเห็นไว้ว่า¹⁴ “ประมวลกฎหมายได้บัญญัติวิธีการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายไว้ต่างกันซึ่งอาจแยกออกได้เป็นสองวิธี คือ

1) ปล่อยให้เป็นที่พิพากษาที่จะหากฎเกณฑ์ใดๆ มาอุดช่องว่างแห่งกฎหมายตามชอบใจ (เช่นประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส เยอรมัน ประมวลกฎหมายสวิส ค.ศ. 1907 มาตรา 1 เป็นต้น)

2) ประมวลกฎหมายบัญญัติเสียเองว่า ผู้พิพากษาจะต้องพิจารณากฎเกณฑ์อันใดก่อน (ประมวลแพ่งและพาณิชย์สยาม มาตรา 4 วรรค 2 ประมวลกฎหมายแพ่งออสเตรีย ค.ศ. 1911 มาตรา 7 บทบัญญัติว่าด้วยการประกาศ การแปลและการใช้กฎหมายทั่วไปอิตาลีซึ่งได้ประกาศใช้พร้อมด้วยประมวลกฎหมายแพ่งอิตาลี ค.ศ. 1865 ประมวลกฎหมายแพ่งอาเจนติน

¹⁴ หยุต แสงอุทัย, ช่องว่างแห่งกฎหมาย, พิมพ์ครั้งที่ 1, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน), 2551, น. 17.

ค.ศ. 1869 มาตรา 16 ประมวลกฎหมายแพ่งบราซิล 1916 มาตรา 6 ประมวลแพ่งจีน ค.ศ. 1929 มาตรา 1)”

โดยที่หากพิจารณาแล้วในทั้งสองวิธีนั้นเมื่อประมวลกฎหมายลายลักษณ์อักษรนั้นปรากฏช่องว่างผู้ทำการอุดช่องว่างจะต้องทำการค้นหากฎเกณฑ์ที่จะนำมาใช้ในการอุดช่องว่างโดยที่รัฐในระบบซีวิลลอว์นั้นได้กำหนดถึงที่มาแห่งกฎเกณฑ์เช่นว่าไว้ต่างกันเช่น มาตรา 3 วรรค 2 แห่งบทบัญญัติว่าด้วยประกาศ การแปลและการใช้กฎหมายทั่วไป อิตาลี ค.ศ. 1865 กำหนดให้ผู้พิพากษาจะต้องเปรียบเทียบบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งก่อน เมื่อไม่เป็นผลแล้วจึงวินิจฉัยตามหลักกฎหมายทั่วไป กรณีของมาตรา 6 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งแห่งสเปน (ค.ศ. 1888) กำหนดให้กรณีที่มีช่องว่างแห่งกฎหมาย ผู้พิพากษาจะวินิจฉัยจะนำจารีตประเพณีและหลักกฎหมายทั่วไปขึ้นปรับแก้คดี ประมวลกฎหมายแพ่งบราซิล (ค.ศ.1916) บัญญัติให้ผู้พิพากษาอุดช่องว่างแห่งกฎหมายโดยการใช้บทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง ถ้าไม่อาจทำได้ให้ใช้หลักกฎหมายทั่วไป และประมวลกฎหมายแพ่งจีน (ค.ศ.1929) มาตรา 1 บัญญัติให้ผู้พิพากษาอุดช่องว่างแห่งกฎหมายด้วยจารีตประเพณี ถ้าไม่มีจารีตประเพณีให้ใช้หลักกฎหมายทั่วไป¹⁵ โดยที่หากพิจารณานั้น ที่มาของกฎเกณฑ์ที่ศาลจะนำมาอุดช่องว่างแห่งกฎหมายลายลักษณ์อักษรนั้น อาจจะได้แก่ บทกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่ง(analogy) จารีตประเพณี(custom) หรือหลักกฎหมายทั่วไป โดยในลำดับต่อไป ผู้จัดทำจะขอทำการพิจารณาที่มาแห่งกฎเกณฑ์ที่ศาลจะใช้ในการอุดช่องว่างแต่ละประเภท

(1) จารีตประเพณี (customs)

โดยปกตินั้นจารีตประเพณีจะเป็นที่มาแห่งกฎหมายอย่างหนึ่งในระบบกฎหมายซีวิลลอว์แต่ไม่ได้รับความสนใจมากเท่าที่ควรเนื่องจากมีความสำคัญในทางปฏิบัติค่อนข้างน้อย แต่อย่างไรนั้นในบางพื้นที่ของประเทศสเปนนั้น มีการให้ความสำคัญกับจารีตประเพณีอย่างมากเช่น ในกรณีของแคว้นคาตาลันเนีย (Catalonia) กฎหมายแพ่งแห่งสเปนจะไม่นำไปปรับใช้แก่กรณีที่อยู่

¹⁵ ไพรดดู บทที่ 6 แบบแผนของการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายตามประมวลกฎหมายต่างๆ ในหยุด แสงอุทัย, ช่องว่างแห่งกฎหมาย, พิมพ์ครั้งที่ 1, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2551), น. 19-27.

ภายใต้บังคับของกฎหมายจารีตประเพณีท้องถิ่น (local customary laws (fueros))¹⁶ โดยในรัฐอื่นในระบบซีวิลลอว์นั้นจะมีได้ให้ความสำคัญแก่จารีตประเพณีถึงขนาดกรณีดังกล่าวโดยที่ความสำคัญของจารีตประเพณีในสายตาของนักกฎหมายในแต่ละรัฐในระบบซีวิลลอว์นั้นมีความแตกต่างกัน เช่น โดยทั่วไปในทางทฤษฎีนั้นนักกฎหมายฝรั่งเศสและนักกฎหมายเยอรมันนั้นจะมีมุมมองที่แตกต่างกันในความสำคัญของจารีตประเพณีโดยที่นักกฎหมายฝรั่งเศสนั้นมีแนวโน้มที่จะพิจารณาว่าจารีตประเพณีเป็นที่มาแห่งกฎหมายที่ไม่เหมาะสมกับสถานการณ์ปัจจุบันดังนั้นจึงให้ความสำคัญแก่จารีตประเพณีเพียงเล็กน้อยเท่านั้นเมื่อเทียบกับกฎหมายลายลักษณ์อักษร ขณะที่นักกฎหมายเยอรมันมีแนวโน้มที่จะพิจารณาว่ากฎหมายลายลักษณ์อักษรและจารีตประเพณีเป็นที่มาแห่งกฎหมายที่มีความสำคัญในระดับเดียวกันซึ่งอาจเป็นผลมาจากสำนักแนวคิดประวัติศาสตร์ (Historical School) ซึ่งได้ปลูกฝังแนวคิดที่ว่ากฎหมายนั้นเป็นผลผลิตของสามัญสำนึกของประชาชนส่วนใหญ่ (popular conscious) แต่อย่างไรก็ตามความแตกต่างเชิงทฤษฎีที่กล่าวมานั้นหาได้มีผลในทางปฏิบัติไม่ เนื่องจากในความเป็นจริงในทางปฏิบัตินั้นทั้งในรัฐฝรั่งเศสและเยอรมันนักกฎหมายประพจน์ในลักษณะที่ยึดถือกฎหมายลายลักษณ์อักษรแทบจะเป็นที่มาของกฎหมายเพียงอย่างเดียว¹⁷

จารีตประเพณีที่มีลักษณะเป็นกฎหมายนั้นจะต้องประกอบด้วยคุณลักษณะสองประการคือประการแรกต้องเป็นจารีตประเพณีที่ได้มีการปฏิบัติกันอย่างสม่ำเสมอเป็นเวลานาน และประการต่อมา ประชาชนต้องมีความรู้สึกว่าเป็นสิ่งที่ถูกต้องและผูกพันต้องปฏิบัติตาม¹⁸ โดยในคุณสมบัติประการแรกนั้นเป็นคุณสมบัติเชิงกายภาพขณะที่คุณสมบัติประการที่สองนั้นเป็นคุณสมบัติในเชิงจิตใจ

¹⁶ Mary Ann Glendon, Michael Wallace Gordon and Christopher Osakwe, Comparative Legal Traditions Text, Materials and Cases, 2nd edition St. Paul Minn : West Publishing Co., 1994, p.204.

¹⁷ René David and John E. C. Brierley, Major Legal Systems in the World Today : An Introduction to the Comparative Study of Law, 1st edition, London: Stevens & Sons, 1968, p.101.

¹⁸ กิตติศักดิ์ ปรกิติ, “หลักทั่วไปเกี่ยวกับการใช้การตีความกฎหมาย” ในหนังสือ 100 ปี ชาตกาล ศาสตราจารย์จิตติ ติงศภัทย์ จัดพิมพ์โดยกองทุนศาสตราจารย์จิตติ ติงศภัทย์, (กรุงเทพมหานคร: กองทุนศาสตราจารย์จิตติ ติงศภัทย์), น. 52.

(2) บทกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่ง (analogy)

การใช้บทกฎหมายใกล้เคียงอย่างยี่งั้น หมายถึงการให้เหตุผลโดยอ้างความคล้ายคลึงกันโดยเป็นการเทียบเคียงข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบที่บัญญัติไว้ในกฎหมายกับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในคดีโดยพิจารณาว่า ข้อเท็จจริงนั้นมีความคล้ายคลึงกันหรือไม่หรือบทบัญญัตินั้นเป็นบทบัญญัติที่ใกล้เคียงอย่างยี่งั้นหรือไม่ ถ้าเป็นบทบัญญัติที่ใกล้เคียงอย่างยี่งั้น คือใกล้เคียงขนาดก็เป็นบทบัญญัติที่จะนำมาปรับกับคดีได้¹⁹ เหตุผลเบื้องหลังแห่งการใช้บทกฎหมายใกล้เคียงอย่างยี่งั้นนั้นเพราะเหตุผลของเรื่อง (nature of things) และความเป็นธรรมที่จะบังคับในตัวของมันเอง²⁰ ซึ่งอยู่บนบนหลักของความเสมอภาค (equality) ที่ว่าสิ่งที่มีสาระสำคัญเหมือนกันควรจะได้รับปฏิบัติอย่างเดียวกัน (the like must be treated likely) เนื่องจากหากว่าข้อเท็จจริงแห่งคดีนั้นมีความใกล้เคียงอย่างยี่งั้นกับข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบแห่งกฎหมายโดยพิจารณาจากเหตุผลของเรื่อง (nature of things) หรือเหตุผลเบื้องหลังแห่งบทบัญญัติ (ratio legis) ข้อเท็จจริงแห่งคดีนั้นก็ควรได้รับการพิจารณานบทบัญญัติแห่งกฎหมายเช่นว่ามีเช่นนั้นแล้วย่อมไม่ก่อให้เกิดความเป็นธรรมหรือความเสมอภาคเนื่องจากข้อเท็จจริงที่มีเนื้อหาสาระเช่นเดียวกันกลับได้รับการปฏิบัติต่างกัน

โดยท่าน อาจารย์ กิตติศักดิ์ ปกรติได้ให้ความคิดเห็นเกี่ยวกับความแตกต่างของการปรับใช้บทกฎหมายใกล้เคียงอย่างยี่งั้นและการตีความกฎหมายลายลักษณ์อักษรไว้อย่างน่าสนใจว่า “การใช้บทกฎหมายโดยเทียบบทกฎหมายนี้.....เป็นการใช้บทกฎหมายแก่กรณีที่อยู่ภายใต้กรอบของเหตุผล (ratio legis) เดียวกัน แต่การใช้บทกฎหมายโดยเทียบบทกฎหมายนี้ยังไกลเกินกว่าการใช้กฎหมายตามความมุ่งหมาย (Spirit or Purpose) ของบทกฎหมายในความหมายอย่างแคบ เพราะหากเป็นกรณีที่อาจใช้บทกฎหมายนั้นได้ ก็ย่อมจะสามารถปรับใช้โดยการตีความกฎหมายในความหมายอย่างกว้าง (Extensive Interpretation)แล้ว ด้วยเหตุนี้เราจึงต้องสรุปว่าการใช้บทกฎหมายใกล้เคียงอย่างยี่งั้นไม่ใช่การตีความแต่เป็นการใช้กฎหมายที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษรอย่างหนึ่ง ซึ่งก็คือเหตุผลที่แฝงอยู่ในบทบัญญัติใดบทหนึ่งนั่นเองซึ่งเทียบเคียงมาปรับใช้แก่กรณีที่บทบัญญัตินั้นไม่ได้มุ่งหมายจะให้ปรับใช้นั่นเอง”²¹

¹⁹ ปรีดี เกษมทรัพย์, อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 1, น. 75

²⁰ เฟิงอ้าง, น. 75

²¹ กิตติศักดิ์ ปกรติ, อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 18, น. 55

การปรับใช้บทกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่งนั้นมีหลักเกณฑ์ที่สำคัญอันจะต้องพิจารณานั้นคือจะต้องวินิจฉัยเสียก่อนว่า บทกฎหมายที่จะนำไปเทียบเคียงแก่กรณีนั้นเป็นกฎหมายหลัก (Jus Commune) หรือกฎหมายบทยกเว้น (Jus Singulare) เนื่องจากบทกฎหมายที่จะนำมาเทียบเคียงใช้จะต้องเป็นบทที่กฎหมายมุ่งหมายให้นำไปปรับใช้ได้อย่างกว้างขวางไม่จำกัดเฉพาะกรณีใดกรณีหนึ่ง²² เพราะหากเป็นบทยกเว้นแล้วนั้นเหตุผลเบื้องหลังบทบัญญัติย่อมอยู่ในลักษณะที่จะต้องนำมาปรับใช้แก่อันที่จริงเฉพาะเท่านั้น เช่นนั้นในกรณีที่ เป็นบทกฎหมายที่จะนำมาเทียบเคียงนั้นเป็นบทกฎหมายหลักและผู้ปรับใช้กฎหมายไม่สามารถปรับแก่อันที่จริงบางประการได้ ทั้งๆที่ได้ตีความอย่างกว้างขวางแล้ว ความหมายของตัวบทนั้นก็ยังคงครอบคลุมไม่ถึงกรณีนั้นๆ แต่เนื่องจากกรณีเหล่านี้ “เรื่องที่เกิดผลเดียวกัน ต้องใช้บทบัญญัติเดียวกัน” (Ubi eadem ratio idem jus esse debet) แต่ถ้าหากว่าถ้าบทบัญญัติใดเป็นบทบัญญัติที่เป็นข้อยกเว้น (Jus Singulare) อันเป็นบทบัญญัติที่ใช้บังคับแก่อันที่จริงเฉพาะกรณี จึงต้องตีความโดยเคร่งครัด ก็ย่อมจะใช้เทียบเคียงเหตุผลที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งไม่ได้²³

(3) หลักกฎหมายทั่วไป

ในประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายซีวิลลอว์นั้นเป็นระบบกฎหมายที่อยู่บนพื้นฐานของตรรกะแบบนิรนัยนั้นคือยึดกฎหมายเป็นหลักเกณฑ์ทั่วไปและนำไปปรับใช้แก่อันที่จริงต่างๆ ดังนั้นในระบบซีวิลลอว์จึงมีความเชื่อว่ามีหลักการทางกฎหมายอันเป็นรากฐานเบื้องหลังบทบัญญัติแห่งกฎหมายโดยที่หลักการรากฐานเช่นว่ามีสาเหตุผลที่พิจารณาตามความต้องการแห่งผู้ร่างเท่านั้นแต่คือเหตุผลแห่งการมีอยู่ดำรงอยู่แห่งตัวบทกฎหมายนั้นๆโดยที่เป็นหน้าที่นักนิติศาสตร์ที่จะต้องพิจารณาว่าหลักการเบื้องหลังแห่งการมีอยู่ของกฎหมายเช่นว่านั้นคือเหตุใดและแสดงให้เห็นปรากฏ²⁴ เช่นนั้นจึงอาจกล่าวได้ว่าบทบาทของนักนิติศาสตร์ (jurists) นั้นมิใช่จำกัดอยู่แต่การปรับใช้กฎหมายเท่านั้น (application of law) แต่ทว่ารวมถึงการก่อให้เกิดกฎหมาย (the formulation of law) โดยการมีส่วนร่วมในการพิจารณาว่าสิ่งใดคือหลักกฎหมายทั่วไป ซึ่งการมีอยู่ของหลักกฎหมายทั่วไปนั้นอาจจะปรากฏในตัวกฎหมายลายลักษณ์อักษรหรือในกรณีที่จำเป็นนอกตัวบทกฎหมายดังกล่าว²⁵ ในบางกรณีนั้นผู้ร่างกฎหมายนั้นอาจจะงดเว้นหน้าที่ในการบัญญัติ

²² เฟิ่งอ๋าง, น. 55.

²³ ปรีดี เกษมทรัพย์, อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 1, น. 77.

²⁴ กิตติศักดิ์ ปรกิต, อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 18, น. 37.

²⁵ René David, *supra* note 17, p. 115.

กฎหมายของตนและปล่อยให้ให้นักนิติศาสตร์เข้ามามีบทบาทในการทำหน้าที่ดังกล่าวที่จะเข้ามาพิจารณาถึงแนวทางที่จะปรับใช้แก้ไขข้อเท็จจริงที่ปรากฏขึ้นอย่างมหาศาลในสังคมที่ยากเกินกว่าที่จะกำหนดหลักเกณฑ์ที่พึงพอใจในกฎหมายลายลักษณ์อักษร การยอมรับถึงข้อจำกัดของกฎหมายลายลักษณ์อักษรดังกล่าวปรากฏอย่างเด่นชัดเมื่อผู้ร่างได้มอบอำนาจแก่ผู้พิพากษาในการอ้างอิงถึงหลักความเป็นธรรม แนวปฏิบัติ หรือแม้กระทั่งกฎหมายธรรมชาติ (ในกรณีของมาตรา 7 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งออสเตรีย รวมทั้งการค้นหาลักกฎหมายทั่วไป แต่อย่างไรนั้นการให้บทบาทแก่นักนิติศาสตร์ที่จะเข้าอุดช่องโหว่ของกฎหมายลายลักษณ์อักษรอันมาจากพื้นฐานแห่งความเชื่อที่ว่าหลักความเป็นธรรมนั้นจะต้องเป็นองค์ประกอบในทุกส่วนของกฎหมายและปฏิเสธถึงการยอมรับถึงการเสียสละความยุติธรรมในคดีเพื่อรักษากฎเกณฑ์ของสังคม (social order) ซึ่งเป็นผลลัพธ์ของการยึดตัวบทกฎหมายลายลักษณ์อักษรอย่างเคร่งครัดตามสำนักแนวคิดกฎหมายบ้านเมือง ดังนั้นแนวคิดในการกำหนดบทบาทของนักนิติศาสตร์ในการเป็นผู้สร้างหลักกฎหมายทั่วไปที่จะมาเติมเต็มกฎหมายลายลักษณ์อักษรจึงถูกโจมตีอย่างหนักจากสำนักกฎหมายบ้านเมืองแต่อย่างไรนั้นข้อต่อสู้ของสำนักกฎหมายบ้านเมืองนั้นก็กลับปราศจากน้ำหนักเมื่อพิจารณาถึงความไม่เหมาะสมของการปรับใช้กฎหมายลายลักษณ์อักษรในระยะเวลาที่ยาวนานที่อาจจะมีข้อเท็จจริงทางสังคมที่ผันแปรไป²⁶

โดยที่ปัญหาของที่มาแห่งหลักกฎหมายทั่วไปเป็นปัญหาสำคัญประการหนึ่ง โดยที่นักกฎหมายนั้นได้มีความคิดที่ต่างกันในเรื่องที่มาของหลักกฎหมายทั่วไป

ความเห็นแรกนั้น พิจารณาว่าที่มาของหลักกฎหมายทั่วไปนั้นไม่มีข้อจำกัดข้อเพียงแต่ให้สามารถนำมาวินิจฉัยคดีได้ก็เพียงพอ แต่ท่านอาจารย์ปรีดี เกษมทรัพย์เห็นว่า

“แนวคิดดังกล่าวไม่เหมาะสมเนื่องจากไม่มีขอบเขตทำให้หลักเกณฑ์ที่นำมาปรับคดีเป็นสิ่งที่ไม่แน่นอน ซึ่งขัดต่อวิสัยของวิชานิติศาสตร์ ที่พยายามทำให้กฎหมายมีความแน่นอน เพื่อเป็นเครื่องชี้ว่าอะไรผิดอะไรถูก อีกประการหนึ่งความเห็นนี้เปิดโอกาสให้นำหลักกฎหมายหรือบทบัญญัติของระบบกฎหมายอื่นมาใช้และหลักกฎหมายหรือบทบัญญัตินั้นๆ อาจมีลักษณะขัดแย้งกับหลักหรือเจตนารมณ์ของกฎหมายก็ได้”²⁷

ความเห็นประการที่สองนั้นเห็นว่าหลักกฎหมายทั่วไปนั้นจะต้องทำการค้นหาภายในระบบของกฎหมายของรัฐนั้นๆ เท่านั้น โดยค้นหาได้จากหลักกฎหมายที่แฝงอยู่ในบทกฎหมายลาย

²⁶ René David, *supra note* 17, pp. 115-116.

²⁷ ปรีดี เกษมทรัพย์, *อ้างแล้วเชิงอรรถที่* 1, น. 26.

ลักษณะอักษรทั้งหลายของประเทศนั้นเอง แต่ไม่รวมถึงกฎหมายต่างประเทศที่ไม่ได้รับการยอมรับจากระบบของกฎหมายประเทศนั้น สำหรับการอ้างสุภาษิตกฎหมายเช่น สุภาษิตกฎหมายโรมันจะอ้างได้เฉพาะแต่ภาษิตที่สอดคล้องหรือมีความเชื่อมโยงกับหลักกฎหมายแห่งรัฐนั้นๆด้วย²⁸

²⁸ กิตติศักดิ์ ปรกิติ, อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 18, น. 58.