

การปรับใช้หลักกฎหมายทั่วไปในการพิจารณาพิพากษาคดี

นายเอกสิทธิ์ วินิจกุล*

ในการบัญญัติกฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษรในแต่ละมาตรา ในแต่ละเรื่อง หรือในแต่ละฉบับนั้น ฝ่ายนิติบัญญัติได้พยายามที่จะบัญญัติกฎหมายให้มีความครอบคลุมมากที่สุดเพื่อใช้บังคับให้ได้กับทุก ๆ กรณีที่เกี่ยวกับเรื่องนั้น ๆ ซึ่งในความเป็นจริงแล้ว ถือได้ว่าเป็นการทำงานที่ยากมากที่จะสามารถเขียนกฎหมายลายลักษณ์อักษรให้ครอบคลุมข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นทุกปัญหาและทุกประเด็นยิ่งไปกว่านั้น ข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นมีพลวัตรและอาจจะเปลี่ยนแปลงได้ตามกาลเวลา ดังนั้น การปรับใช้และบังคับใช้กฎหมายลายลักษณ์อักษรให้มีประสิทธิภาพ ส่วนหนึ่งก็ต้องอาศัยการตีความบทบัญญัติของกฎหมายจากองค์กรตุลาการเพื่อให้กฎหมายลายลักษณ์อักษรนั้น มีพัฒนาการและเติบโตไปตามบริบททางสังคมที่เปลี่ยนแปลงไป ดังนั้น จึงไม่อาจปฏิเสธได้ว่าองค์กรตุลาการจำเป็นที่จะต้องมีความรอบรู้ทั้งในบริบทข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในสังคม และความรู้ความเข้าใจในกฎหมายที่ปรับใช้แก่กรณี ทั้งในบทบัญญัติที่เป็นลายลักษณ์อักษรและเจตนารมณ์ของกฎหมายฉบับนั้น เพื่อปรับใช้บทบัญญัติแห่งกฎหมายกับข้อเท็จจริงให้มีประสิทธิภาพมากที่สุด

องค์กรตุลาการเป็นองค์กรหนึ่งที่เกี่ยวข้องโดยตรงในการตีความกฎหมายเพื่อสร้างแนวบรรทัดฐานในทางปฏิบัติ แต่จะเป็นองค์กรที่มีบทบาทในฐานะองค์กรตรวจสอบการปรับใช้กฎหมายเท่านั้น เช่น ศาลรัฐธรรมนูญมีบทบาทในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย ศาลปกครองมีบทบาทในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง และศาลยุติธรรมก็มีบทบาทในฐานะองค์กรระงับข้อพิพาทและพิจารณาปรับใช้กฎหมายที่ก่อให้เกิดนิติสัมพันธ์ระหว่างเอกชนด้วยกัน เป็นต้น ซึ่งโดยหลักการแล้ว องค์กรตุลาการจะต้องพิจารณาบทบัญญัติทางกฎหมายที่ตราขึ้นโดยองค์กรนิติบัญญัติเป็นหลัก ซึ่งถือว่าเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษร ประเด็นคำถามที่เกิดขึ้นตามมาว่าหากการทำหน้าที่ขององค์กรตุลาการไม่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่สามารถนำมาปรับใช้แก่คดีได้ องค์กรตุลาการเหล่านั้นจะอย่างไร ? องค์กรตุลาการจะรับคดีไว้พิจารณาหรือไม่ ? หรือมีอำนาจสั่งจำหน่ายคดีด้วยเหตุที่ไม่มีกฎหมายบังคับใช้แก่คดี ?

อันที่จริงแล้ว องค์กรตุลาการมีอำนาจพิจารณาพิพากษาโดยอาศัยทั้งกฎหมายที่มีการบัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษรและกฎหมายที่มิได้มีการบัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษรในการพิจารณาข้อพิพาทในแต่ละกรณี ซึ่งในการพิจารณาพิพากษาคดี หากองค์กรตุลาการไม่สามารถปรับใช้หรือบังคับใช้กฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษรได้ เนื่องจากไม่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรบัญญัติไว้โดยตรง หรือไม่สามารถตีความบทบัญญัติทางกฎหมายให้ครอบคลุมแก่กรณีที่เกิดขึ้นได้ องค์กรตุลาการจึงจะมีอำนาจในการปรับใช้กฎหมายที่มิได้มีบทบัญญัติที่เป็นลายลักษณ์อักษร ซึ่งอาจจะเป็นการตีประเพณี ข้อบังคับทางศาสนา หรือกฎเกณฑ์อื่นใดที่สังคมได้เรียนรู้ว่าจะต้องปฏิบัติตามได้กฎเกณฑ์เช่นนั้น แม้ฝ่ายนิติบัญญัติจะมิได้บัญญัติไว้เป็นกฎหมายก็ตาม ซึ่ง “หลักกฎหมายทั่วไป” ก็เป็นหนึ่งในกฎหมายที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษรที่องค์กรตุลาการสามารถหยิบยกขึ้นมาเพื่อใช้ในการพิจารณาพิพากษาคดีได้ ในกรณีที่ไม่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรใดนำมาปรับใช้แก่คดีได้ ดังความที่ปรากฏในบทบัญญัติมาตรา ๔ แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

* น.บ. มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, DEA du Droit Public (Droits fondamentaux) จาก Paul Cézanne University Aix-Marseille III ประเทศฝรั่งเศส, Master of internet law จาก Essex University ประเทศอังกฤษ, certificate of international public administration จาก École nationale d'administration (ENA) ประเทศฝรั่งเศส, พนักงานคดีปกครองชำนาญการ สำนักวิจัยและวิชาการ สำนักงานศาลปกครอง

“... กฎหมายนั้นต้องใช้ในบรรดากรณีซึ่งต้องด้วยบทบัญญัติใด ๆ แห่งกฎหมายตามตัวอักษร หรือตามความมุ่งหมายของบทบัญญัตินั้น ๆ

เมื่อไม่มีบทกฎหมายที่จะยกมาปรับคดีได้ ให้วินิจฉัยคดีนั้นตามจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น ถ้าไม่มีจารีตประเพณีเช่นนั้น ให้วินิจฉัยคดีอาศัยเทียบบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง และถ้าบทกฎหมายเช่นนั้นไม่มีด้วย ให้วินิจฉัยตามหลักกฎหมายทั่วไป ...”

และเช่นเดียวกันกับข้อ ๕ วรรคสองแห่งระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๓ ที่บัญญัติว่า “... ในกรณีที่กฎหมายหรือระเบียบตามวรรคหนึ่ง มิได้กำหนดเรื่องใดไว้โดยเฉพาะ ให้ดำเนินการตามหลักกฎหมายทั่วไปว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง ...”

๑. “หลักกฎหมายทั่วไป” คืออะไร

“หลักกฎหมายทั่วไป” มิได้มีสถานะเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษร แต่เป็นหนึ่งในบ่อเกิดของกฎหมายที่ใช้บังคับในสังคม แต่เดิมหลักกฎหมายทั่วไปเป็นเพียงกฎเกณฑ์ที่แต่ละสังคมยึดถือและปฏิบัติต่อกันมา โดยเชื่อว่าเป็นสิ่งที่ถูกต้องและได้รับการยอมรับอย่างแพร่หลาย และมีได้มีการบัญญัติเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษร^๑

หากย้อนไปดูสังคมในยุคสมัยโรมัน ซึ่งเป็นสังคมที่มีการปกครองโดยกฎหมาย ในความหมายของรัฐสมัยใหม่แล้ว (ที่มีการจัดตั้งองค์กรนิติบัญญัติขึ้นมาเพื่อออกกฎหมาย) ก็พบว่ามีกฎหมายหรือกฎเกณฑ์ที่ใช้บังคับกับสังคมที่มีลักษณะที่ใกล้เคียงกับหลักกฎหมายทั่วไป กล่าวคือ “*ius gentium*” ซึ่งเป็นกฎหมายลักษณะหนึ่งที่ไม่ได้รับการบัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษร หรือมิได้ปรากฏในประมวลกฎหมายใด ๆ โดยเฉพาะ แต่เป็นวิธีการปฏิบัติของคนในสังคมจนเป็นที่ยอมรับและเห็นตรงกันว่า เป็นกฎเกณฑ์ที่ต้องปฏิบัติโดยปริยาย ซึ่งอาจจะอยู่ในรูปของจารีต ประเพณี หรือความเชื่อที่เคารพและปฏิบัติสืบต่อกันมา และได้รับการเรียกขานในเวลาต่อมาว่า “กฎหมายแห่งประชาชน” หรือ “กฎหมายแห่งชนชาติ”^๒

ในยุคสมัยหนึ่งมีการถือเอาความเชื่อในทางศาสนาและกฎเกณฑ์ในทางศาสนา มาถือปฏิบัติในสังคมและได้รับการเคารพจากผู้คนในสังคมเสมือนว่าเป็นกฎหมายประเภทหนึ่งเช่นเดียวกัน และในเวลาต่อมาความเชื่อหรือหลักเกณฑ์ในทางศาสนาเหล่านั้นอาจจะได้รับการบัญญัติไว้เป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรและมีสภาพบังคับเป็นกฎหมาย ดังที่เกิดขึ้นในประเทศที่เป็นรัฐอิสลามที่ใช้กฎหมายชะรีอะฮ์ (Sharia) หรือแม้จะมีได้รับการบัญญัติเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรโดยตรง แต่องค์กรรัฐที่มีอำนาจในขณะนั้น สามารถปรับใช้และบังคับใช้โดยนำมากล่าวอ้างเพื่อบังคับตามได้ จึงอาจกล่าวได้ว่ากฎเกณฑ์ที่มีได้มีสถานะของกฎหมายลายลักษณ์อักษร อาจจะมีค่าบังคับในทางสังคมได้เช่นเดียวกันกับกฎหมายลายลักษณ์อักษร หากผู้คนในสังคมนั้นให้การยอมรับตรงกันว่าเป็นกฎเกณฑ์ที่เคารพนับถือร่วมกัน และยอมตนผูกพันภายใต้กฎเกณฑ์ดังกล่าว อาทิ กฎเกณฑ์เกี่ยวกับศีลธรรมอันดีของสังคม หรือแนวทางการปฏิบัติทางวิชาชีพ เป็นต้น

อนึ่ง คุณค่าของกฎเกณฑ์ที่มีได้เป็นลายลักษณ์อักษรนั้นจะมีมากหรือน้อยเพียงใด จึงขึ้นกับประเภทของกฎเกณฑ์และบริบทของแต่ละสังคม บางกรณีกฎเกณฑ์ที่มีได้เป็นลายลักษณ์อักษร อาจกลายเป็นกฎหมายที่มีคุณค่าและความสำคัญในลำดับรัฐธรรมนูญอันเป็นกฎหมายสูงสุดในการปกครอง

^๑ Dr. Jordan DACI, Legal Principles, Legal Values and Legal Norms: are they the same or different?, Academicus - International Scientific Journal, European School of Law and Governance, Universum University, p. 109-110.

^๒ N. M. KORKUNOV, General theory of law, UNIVERSITY OF ST. PETERSBURG, p. 238.

ประเทศดังเช่นที่เกิดขึ้นในประเทศอังกฤษที่ใช้ระบบคอมมอนลอว์^๓ หรือบางกรณีหลักเกณฑ์การปฏิบัติเหล่านั้นอาจจะสูญสลายหายไปตามกาลเวลา เมื่อความเชื่อของผู้คนในสังคมได้เปลี่ยนแปลงไปก็ได้ ซึ่งกรณีนี้เป็นเงื่อนไขประการสำคัญที่ทำให้กฎหมายที่มีได้เป็นลายลักษณ์อักษรแตกต่างจากกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่โดยสภาพจะยังคงอยู่ตลอดไปตราบที่ยังไม่ถูกยกเลิก

ยิ่งไปกว่านั้น พัฒนาการของกฎหมายที่มีได้เป็นลายลักษณ์อักษรจึงมีความยืดหยุ่นและปรับเปลี่ยนไปตามสังคมได้ง่ายกว่ากฎหมายลายลักษณ์อักษร ตัวอย่างเช่น ในยุคสมัยคลาสสิก (classical antiquity) เห็นว่า เป็นกฎเกณฑ์ที่เชื่อมโยงกับกฎหมายธรรมชาติ โดยท่าน jurist Gaius ซึ่งเป็นนักกฎหมายในยุคสมัยนั้น ได้ให้นิยามของ *ius gentium* ว่าเป็น “เหตุผลตามธรรมชาติของประชาชน” (natural reason has established among all peoples) และในเวลาต่อมาก็มีการยึดโยงกันกับ *ius civile* ซึ่งความหมายของ *ius civile* ในยุคนั้นคือ กฎหมายที่ประชาชนได้จัดทำขึ้นเพื่อใช้เป็นกติกาในการอยู่ร่วมกัน^๔

จึงกล่าวได้ว่า “หลักกฎหมายทั่วไป” เป็นหนึ่งในกฎเกณฑ์ที่มีได้เป็นลายลักษณ์อักษรที่ถูกยอมรับกันในสังคมและมีสภาพบังคับโดยปริยาย และกฎเกณฑ์ดังกล่าวถูกกล่าวอ้างโดยองค์กรที่ปรับใช้กฎหมายเพื่อนำมาใช้บังคับแก่กรณี

๒. “หลักกฎหมายทั่วไป” มาจากไหน

ในกฎหมายโรมันมีคำว่า “*non liquet*” แปลว่า “It is not clear” หรือ “ไม่ชัดเจน” ซึ่งจะนำมาใช้ในบริบทของกฎหมายที่ศาลไม่สามารถปรับใช้กฎหมายแก่คดีที่พิจารณาได้ไม่ว่าด้วยเหตุใดก็ตาม เช่น ไม่มีกฎหมายที่ใช้บังคับแก่คดีหรือกฎหมายมีความคลุมเครือมากเกินไป เป็นต้น^๕ ซึ่งเป็นประเด็นในทางกฎหมายต่อมาว่าศาลจะสามารถปฏิเสธการพิจารณาพิพากษาคดีด้วยเหตุที่ไม่สามารถปรับใช้กฎหมายแก่คดีได้หรือไม่ และคำตอบอันเป็นผลผลิตทางประวัติศาสตร์กฎหมายก็ได้ให้คำตอบว่า “ศาลจะปฏิเสธไม่พิจารณาพิพากษาคดี โดยอ้างว่าไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายที่จะนำมาปรับใช้กับคดีไม่ได้” ไม่ว่าจะเป็น the Prussian Civil Code of 1794 ที่ให้ตุลาการจะต้องหารือกับฝ่ายนิติบัญญัติ หากไม่สามารถปรับใช้กฎหมายตามที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายได้^๖ หรือในประเทศฝรั่งเศสที่ประมวลกฎหมายแพ่ง (the French Civil Code) กำหนดบทลงโทษผู้พิพากษา หากปฏิเสธการพิจารณาพิพากษาคดี^๗ หรือตุลาการสามารถสร้างหลักกฎหมายขึ้นมาเองเพื่อใช้บังคับแก่คดีได้ ดังเช่นความเป็นมาของระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ หรือแม้แต่ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของประเทศไทยก็บัญญัติในทำนองเดียวกันว่าห้ามศาลปฏิเสธการพิจารณาพิพากษาคดี ด้วยเหตุที่ไม่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่จะใช้บังคับแก่คดี^๘

^๓ Robert Blackburn, Britain's unwritten constitution, retrieved from <https://www.bl.uk/magna-carta/articles/britains-unwritten-constitution#sthash.klGm5ANk.dpuf> (7/02/2017)

^๔ Brian Tierney, The Idea of Natural Rights: Studies on Natural Rights, Natural Law, and Church Law, 1997, p. 136.

^๕ <https://definitions.uslegal.com/n/non-liquet/>

^๖ Franziska Knur, Non liquet, Oxford Bibliographies, <http://www.oxfordbibliographies.com/view/document/obo-9780199796953/obo-9780199796953-0130.xml>

^๗ the French Civil Code

Art. 4 A judge who refuses to give judgment on the pretext of legislation being silent, obscure or insufficient, may be prosecuted for being guilty of a denial of justice.

^๘ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง

มาตรา ๑๓๔ ไม่ว่ากรณีใด ๆ ห้ามมิให้ศาลที่รับฟ้องคดีไว้ปฏิเสธไม่ยอมพิพากษาหรือมีคำสั่งชี้ขาดคดี โดยอ้างว่าไม่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่จะใช้บังคับแก่คดีหรือว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่จะใช้บังคับนั้นเคลือบคลุมหรือไม่บริบูรณ์

ดังนั้น จึงอาจกล่าวได้ว่าแนวทางการปฏิบัติขององค์กรตุลาการย่อมไม่สามารถปฏิเสธการพิจารณาพิพากษาคดีได้ หากไม่มีกฎหมายที่จะสามารถนำมาปรับใช้แก้คดีได้ แต่องค์กรตุลาการสามารถกล่าวอ้างกฎหมายที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษรมาปรับใช้แก้คดีได้

ในประเทศฝรั่งเศสนั้น “หลักกฎหมายทั่วไป” หรือ “*principes généraux du droit*” เป็นการกล่าวอ้างในการปรับใช้กฎหมายที่มีได้เป็นลายลักษณ์อักษรเฉพาะกรณีของศาลปกครองเท่านั้น^๙ ซึ่งหากคณะตุลาการรัฐธรรมนูญกล่าวอ้างกฎหมายอื่นที่มีได้เป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรมาปรับใช้ในการพิจารณาพิพากษาคดี คณะตุลาการรัฐธรรมนูญก็จะไม่ใช่คำว่า “หลักกฎหมายทั่วไป” หรือ “*principes généraux du droit*” แต่จะใช้คำอื่น อาทิ หลักการทางสังคม เศรษฐกิจ และการเมืองที่จำเป็นอย่างยิ่งสำหรับยุคสมัยของเรา (*Les Principes politiques économiques et sociaux Particulièrement Nécessaires à Notre Temps*) หรือหลักการพื้นฐานของกฎหมายแห่งสาธารณรัฐ (*Principes fondamentaux reconnus par les lois de la République* หรือ *PFRLR*)^{๑๐} ซึ่งหลักการที่ถูกนำมากล่าวอ้างมิได้เป็นหลักการที่บัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษรในรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน แต่คณะตุลาการรัฐธรรมนูญเห็นว่าเป็นหลักการสำคัญอย่างยิ่งและปรากฏในที่อื่น เช่น สิทธิในการนัดหยุดงาน หรือสิทธิในการจัดตั้งสหภาพ เป็นต้น คณะตุลาการรัฐธรรมนูญจึงกล่าวอ้างและนำมาใช้ในการพิจารณาพิพากษาคดี และมีผลให้หลักการที่ถูกนำมากล่าวอ้างเหล่านั้นมีสภาพเป็นกรอบที่ใช้ในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย

จึงอาจกล่าวได้ว่า “หลักกฎหมายทั่วไป” ในบริบทของประเทศฝรั่งเศสนั้นเป็นนิยามที่ปรากฏเฉพาะบริบทของประเทศฝรั่งเศส กล่าวคือ หลักกฎหมายที่เฉพาะศาลปกครองกล่าวอ้างเพื่อใช้ในการพิจารณาพิพากษาคดี ในกรณีที่ไม่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่จะนำมาปรับใช้แก้คดีได้ ซึ่งองค์ประกอบของหลักกฎหมายทั่วไป (ในคดีปกครอง) ของประเทศฝรั่งเศสจะต้องมีองค์ประกอบสามประการดังต่อไปนี้ ๑. สามารถนำมาปรับใช้ได้ แม้จะไม่มีกรณีบัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษร ๒. เป็นหลักที่สกัดโดยคำพิพากษา ๓. เป็นหลักเกณฑ์ที่ใช้บังคับในสังคม และค้นพบโดยองค์กรตุลาการ^{๑๑}

อนึ่ง “หลักกฎหมายทั่วไป” ในความหมายทั่วไปนั้น เป็นหลักเกณฑ์ที่มีได้เป็นลายลักษณ์อักษรและได้รับการยอมรับกันในสังคมว่าควรจะต้องปฏิบัติตาม ดังเช่นที่บัญญัติในมาตรา ๓๘ แห่งธรรมนูญศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ (*Le Statut de la Cour internationale de Justice*) ที่กำหนดว่า “หลักกฎหมายทั่วไป ซึ่งเป็นหลักที่ได้รับการยอมรับจากชาติอารยะ” และจากมาตราดังกล่าวได้รับการยอมรับและนำมาใช้เป็นบ่อเกิดของกฎหมายระหว่างประเทศประเภทหนึ่งหรือที่ปรากฏในบทบัญญัติมาตรา ๔ แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของประเทศไทย

“... กฎหมายนั้นต้องใช้ในบรรดากรณีซึ่งต้องด้วยบทบัญญัติใด ๆ แห่งกฎหมายตามตัวอักษร หรือตามความมุ่งหมายของบทบัญญัตินั้น ๆ

เมื่อไม่มีบทกฎหมายที่จะยกมาปรับคดีได้ ให้วินิจฉัยคดีนั้นตามจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น ถ้าไม่มีจารีตประเพณีเช่นนั้น ให้วินิจฉัยคดีอาศัยเทียบบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง และถ้าบทกฎหมายเช่นนั้นไม่มีด้วย ให้วินิจฉัยตามหลักกฎหมายทั่วไป ...”

^๙ Catherine Prebissy-Schnall, *La théorie des principes généraux du droit*, Droit administratif général, Fiche de niveau 3, p. 1, Retrieved from http://france-jus.ru/upload/fiches_fr/La%20theorie%20des%20principes%20generaux%20du%20droit.pdf

^{๑๐} Domenico MENNA, *LA THÉORIE DES PRINCIPES GÉNÉRAUX DU DROIT À L'ÉPREUVE DE LA JURISPRUDENCE CONSTITUTIONNELLE*, p. 203

^{๑๑} <http://www.toupie.org/Dictionnaire/Pgd.htm>

และข้อ ๕ วรรคสองแห่งระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดว่า ด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๓ ที่บัญญัติว่า “... ในกรณีที่กฎหมายหรือระเบียบตามวรรคหนึ่ง มิได้กำหนดเรื่องใดไว้โดยเฉพาะ ให้ดำเนินการตามหลักกฎหมายทั่วไปว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง ...”

อาจกล่าวได้ว่า “หลักกฎหมายทั่วไป” ปรากฏขึ้น โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อให้องค์กรตุลาการมีอำนาจกล่าวอ้างหลักเกณฑ์ที่มีสถานะทางกฎหมาย เพื่อใช้ในการแก้ไขปัญหาการพิจารณาพิพากษาคดี กรณีที่ไม่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่นำมาใช้บังคับแก่คดีได้ หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งได้ว่า “หลักกฎหมายทั่วไป” เป็นกลไกทางด้านนิติศาสตร์ที่องค์กรตุลาการใช้ในการอุดช่องว่างในการบังคับใช้กฎหมายลายลักษณ์อักษร ในกรณีที่ไม่สามารถหากฎหมายลายลักษณ์อักษรมาบังคับใช้แก่คดีได้ ซึ่งกฎเกณฑ์ต่าง ๆ ที่องค์กรตุลาการสามารถหยิบยกขึ้นมาเพื่อนำมาใช้ในฐานะของหลักกฎหมายทั่วไป ซึ่งอาจจะอยู่ในรูปของจารีตประเพณี วัฒนธรรม หลักเกณฑ์ทางศาสนา เหตุผลทางประวัติศาสตร์ของประเทศ เป็นต้น แต่จะต้องเป็นกฎเกณฑ์ที่สังคมได้เรียนรู้ร่วมกันว่าจะต้องปฏิบัติภายใต้กฎเกณฑ์เช่นนั้น แม้ฝ่ายนิติบัญญัติจะมีได้บัญญัติไว้เป็นกฎหมายก็ตาม และอาจกล่าวได้ว่า องค์กรตุลาการมิใช่เป็นผู้สร้างหลักกฎหมายทั่วไป แต่เป็นผู้ค้นหาและค้นพบหลักกฎหมายทั่วไปที่จะนำมาใช้บังคับแก่คดี

๓. ลำดับศักดิ์ของหลักกฎหมายทั่วไป

๓.๑ ลำดับศักดิ์ของกฎหมายทั่วไปต่ำกว่ากฎหมายลายลักษณ์อักษร

หลักกฎหมายทั่วไปเป็นกฎเกณฑ์ที่ใช้บังคับในสังคมอยู่ก่อนแล้ว ซึ่งผู้คนในสังคมให้ความเคารพกฎเกณฑ์ดังกล่าวทั้งโดยชัดแจ้งและโดยปริยาย ดังนั้น การที่ศาลไปหยิบยกกฎเกณฑ์ที่ใช้อยู่ทั่วไปในสังคมอยู่แล้วมาใช้ในการพิจารณาพิพากษาคดี ศาลปกครองมิได้เป็นผู้สร้างหลักกฎหมายทั่วไป แต่ศาลปกครองเป็นเพียงผู้ค้นพบและนำหลักกฎหมายทั่วไปมาปรับใช้เท่านั้น เนื่องจาก “หลักกฎหมายทั่วไป” ได้รับการจัดประเภทให้เป็นกฎหมายที่มีได้เป็นลายลักษณ์อักษร ซึ่งเงื่อนไขสำคัญในการนำมาปรับใช้แก่คดีคือ ไม่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่นำมาปรับใช้แก่คดีได้ ตุลาการจึงจะสามารถหยิบยก (หลักเกณฑ์ใด ๆ ที่ได้รับการยอมรับจากสังคม) ขึ้นมาในฐานะหลักกฎหมายทั่วไปเพื่อใช้บังคับแก่คดีได้ ในทางกลับกัน หากในเวลาต่อมา มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรบัญญัติเกี่ยวกับเรื่องดังกล่าวบัญญัติไว้อย่างชัดแจ้งแล้ว ตุลาการต้องกล่าวอ้างกฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษรนั้น และการนำหลักกฎหมายทั่วไปในเรื่องนั้น จึงไม่สามารถนำมาปรับใช้ได้โดยตรงอีก อย่างไรก็ตาม ตุลาการก็ยังสามารถนำมาปรับใช้อย่างควบคู่กันไปกับบทบัญญัติของกฎหมายลายลักษณ์อักษร กล่าวคือ นำมาใช้ในการตีความการปรับใช้บทบัญญัติของกฎหมายลายลักษณ์อักษรเท่าที่ไม่ขัดหรือแย้ง^{๑๒}

ดังนั้น อาจกล่าวได้ว่า “หลักกฎหมายทั่วไป” (ในความหมายที่มีได้เป็นกฎหมายลายลักษณ์และองค์กรตุลาการสามารถหยิบยกขึ้นมาปรับใช้ได้) จึงมีลำดับศักดิ์ที่ต่ำกว่ากฎหมายลายลักษณ์อักษร

๓.๒ ลำดับศักดิ์ของหลักกฎหมายทั่วไปขึ้นกับองค์กรตุลาการที่กล่าวอ้าง

สถานะขององค์กรตุลาการที่กล่าวอ้างกฎหมายที่มีได้เป็นลายลักษณ์อักษรมาปรับใช้ในการพิจารณาพิพากษาคดี มีความสำคัญอย่างยิ่งกับลำดับศักดิ์ของกฎหมายที่กล่าวอ้าง กล่าวคือ ในกรณีของประเทศฝรั่งเศส หากตุลาการรัฐธรรมนูญอันเป็นองค์กรวินัยคดีความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายไม่สามารถปรับใช้บทบัญญัติรัฐธรรมนูญที่เป็นลายลักษณ์อักษรขึ้นมาใช้บังคับแก่

^{๑๒} La Toupie, Principes généraux du droit, retrieved from <http://www.toupie.org/Dictionnaire/Pgd.htm>

คดีได้ด้วยเหตุใด ๆ ก็ตาม จึงได้ไปหยิบยกหลักกฎหมายทั่วไปหรือกฎหมายที่มีได้เป็นลายลักษณ์อักษรอื่น เพื่อนำมาตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย หลักกฎหมายทั่วไปหรือกฎหมายที่มีได้เป็นลายลักษณ์อักษรที่ตุลาการรัฐธรรมนูญนำมาปรับใช้แก้คดีนั้น จะมีสถานะที่สูงกว่ากฎหมายที่ตราขึ้นโดยฝ่ายนิติบัญญัติ ซึ่งหากในเวลาต่อมาฝ่ายนิติบัญญัติจะตรากฎหมายใด ก็จะต้องคำนึงถึงหลักกฎหมายทั่วไปหรือกฎหมายที่มีได้เป็นลายลักษณ์อักษรตามที่ตุลาการรัฐธรรมนูญเคยกล่าวอ้างไว้

อย่างไรก็ตาม หากต่อมารัฐธรรมนูญได้บัญญัติเรื่องนั้นเป็นลายลักษณ์อักษรอย่างชัดแจ้งแล้ว ตุลาการรัฐธรรมนูญจะต้องกล่าวอ้างบทบัญญัติที่เป็นลายลักษณ์อักษรที่ปรากฏในรัฐธรรมนูญโดยตรงเท่านั้น ตุลาการรัฐธรรมนูญไม่สามารถปรับใช้หลักกฎหมายทั่วไปหรือกฎหมายที่มีได้เป็นลายลักษณ์อักษรตามที่ศาลได้เคยวินิจฉัยไว้ในคดีก่อนหน้านี้ได้

ดังนั้น จึงอาจกล่าวโดยเทียบเคียงได้ว่า หลักกฎหมายทั่วไปที่ศาลรัฐธรรมนูญกล่าวอ้างจึงมีลำดับศักดิ์ที่สูงกว่ากฎหมายลำดับพระราชบัญญัติ แต่มีลำดับศักดิ์ที่ต่ำกว่ารัฐธรรมนูญ

อีกกรณีหนึ่ง คือ ข้อพิพาทที่เกิดขึ้นในศาลปกครอง อันเป็นองค์กรวินิจฉัยข้อพิพาท และตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง ซึ่งในการทำงานตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายโดยศาลปกครองนั้น ศาลปกครองจะพิจารณาว่าการกระทำของฝ่ายปกครองขัดหรือแย้งต่อกฎหมายลำดับพระราชบัญญัติหรือไม่ และหากศาลปกครองไม่สามารถพิจารณาคดีได้เนื่องจากไม่มีพระราชบัญญัติหรือไม่อาจจะตีความพระราชบัญญัติให้ใช้บังคับแก้คดีได้ ศาลปกครองก็สามารถหยิบยกหลักกฎหมายทั่วไปหรือกฎหมายที่มีได้เป็นลายลักษณ์อักษรขึ้นมาปรับใช้แก้คดีได้ ซึ่งหลักกฎหมายที่ศาลปกครองกล่าวอ้างนั้น จึงอยู่ในลำดับที่สูงกว่ากฎหมายลำดับรองหรือการกระทำของฝ่ายปกครอง หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งได้ว่าฝ่ายปกครองจะต้องยึดถือและปฏิบัติตามแม้จะมีได้มีการบัญญัติไว้เป็นกฎหมายก็ตาม

หากต่อมา ฝ่ายนิติบัญญัติได้ตรากฎหมายลำดับพระราชบัญญัติที่สามารถใช้บังคับได้โดยตรงกับข้อเท็จจริงในคดีเดียวกัน ศาลปกครองก็ต้องกล่าวอ้างพระราชบัญญัตินั้นเท่านั้น ศาลปกครองไม่สามารถกล่าวอ้างหลักกฎหมายทั่วไปตามที่ได้วางแนวคำวินิจฉัยไว้ได้อีกต่อไป

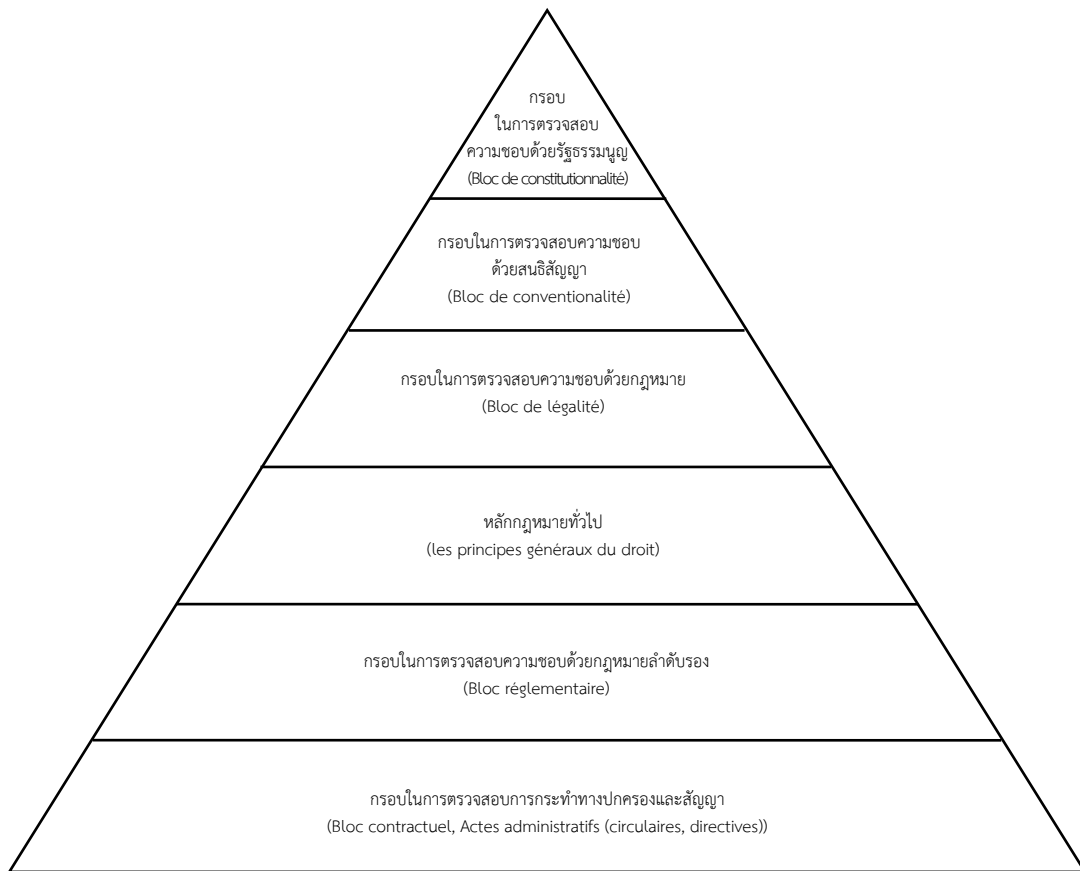
ดังนั้น หลักกฎหมายทั่วไปที่ศาลปกครองกล่าวอ้างจึงมีลำดับศักดิ์ที่สูงกว่ากฎหมายลำดับรอง แต่มีลำดับศักดิ์ที่ต่ำกว่ากฎหมายลำดับพระราชบัญญัติ

จึงอาจสรุปได้ว่า ประเพณีขององค์กรตุลาการมีผลโดยตรงต่อการกำหนดลำดับศักดิ์ของหลักกฎหมายทั่วไป และท้ายที่สุดย่อมมีผลต่อความสัมพันธ์กับองค์กร หน่วยงานหรือฝ่ายต่าง ๆ ที่อยู่ภายใต้บังคับของหลักกฎหมายทั่วไป กล่าวคือ หลักกฎหมายทั่วไปที่ศาลปกครองหยิบยกขึ้นมามีค่าบังคับเฉพาะหน่วยงานทางปกครองเท่านั้น ดังนั้น ในการทำงานของฝ่ายปกครองไม่ว่าจะเป็นการออกกฎ คำสั่ง หรือการกระทำอื่นใด ย่อมผูกพันกับหลักกฎหมายทั่วไปที่ศาลปกครองได้วางหลักไว้ในแต่ละคดี ในทางกลับกัน หลักกฎหมายทั่วไปที่ศาลปกครองได้หยิบยกขึ้นมานั้นมิได้มีผลผูกพันบังคับฝ่ายนิติบัญญัติแต่อย่างใด ดังนั้น ฝ่ายนิติบัญญัติจึงอาจบัญญัติกฎหมายที่ตรงข้ามหรือแตกต่างออกไปจากหลักกฎหมายทั่วไปที่ศาลปกครองได้หยิบยกขึ้นมาได้

๓.๓ ลำดับศักดิ์ของหลักกฎหมายทั่วไปในประเทศฝรั่งเศส

“หลักกฎหมายทั่วไป” ในบริบทของประเทศฝรั่งเศส เป็นการกล่าวอ้างกฎหมายที่มีได้เป็นลายลักษณ์อักษรมาใช้ในการพิจารณาพิพากษาคดีในชั้นของศาลปกครองเท่านั้น ดังนั้น ลำดับศักดิ์ของ “หลักกฎหมายทั่วไป” ในประเทศฝรั่งเศสจึงอยู่ต่ำกว่ากฎหมายที่ตราขึ้นโดยฝ่ายนิติบัญญัติและสูงกว่ากฎหมายของฝ่ายปกครอง ดังแสดงในแผนภูมิรูปภาพด้านล่าง

ลำดับชั้นของกฎเกณฑ์ที่มีสภาพบังคับนำเสนอในรูปแบบพีระมิด
(Pyramide des normes) ของประเทศฝรั่งเศส^{๑๓}



จากแผนภูมิรูปภาพข้างต้น เห็นได้ว่าระบบกฎหมายของประเทศฝรั่งเศสจัดให้ “หลักกฎหมายทั่วไป” อยู่ภายใต้กรอบในการใช้ตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมาย (กรณีนี้คือกฎหมายลำดับพระราชบัญญัติ) และอยู่สูงกว่ากรอบในการใช้ตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกฎหมายลำดับรอง (กรณีนี้คือรัฐกฤษฎีกา, และประกาศ (กระทรวง เทศบาล ฯลฯ))

๔. ตัวอย่างการปรับใช้หลักกฎหมายทั่วไปในคดีปกครองตามข้อ ๕ วรรคสอง แห่งระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๓

ข้อ ๕ วรรคสองแห่งระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๓ บัญญัติว่า

“... ในกรณีที่กฎหมายหรือระเบียบตามวรรคหนึ่ง มิได้กำหนดเรื่องใดไว้โดยเฉพาะ ให้ดำเนินการตามหลักกฎหมายทั่วไปว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง ...”

^{๑๓} http://www.toupie.org/Dictionnaire/Pyramide_normes.htm

จากบทบัญญัติดังกล่าว ศาลปกครองสูงสุดได้มีคำวินิจฉัยเกี่ยวกับหลักกฎหมายทั่วไปไว้หลายหลักด้วยกัน ซึ่งคดีที่ปรากฏในบทความนี้ เป็นเพียงตัวอย่างคดีที่ศาลปกครองสูงสุดได้กล่าวถึงหลักกฎหมายทั่วไปเท่านั้น

๑. หลักกฎหมายทั่วไปว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครองเกี่ยวกับหลักห้ามมิให้ศาลมีคำพิพากษาเกินไปกว่าหรือนอกเหนือจากที่ปรากฏในคำฟ้อง

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. ๙๘๕ /๒๕๕๙

ศาลปกครองสูงสุดพิจารณาว่า “... ผู้ฟ้องคดีมีคำขอให้ศาลมีคำพิพากษาหรือคำสั่งให้เพิกถอนคำสั่งของผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ ที่สั่งเลื่อนเงินเดือนผู้ฟ้องคดีในอัตราร้อยละ ๒.๕ และให้เลื่อนเงินเดือนผู้ฟ้องคดีใหม่ในอัตราร้อยละ ๒.๙ โดยให้เลื่อนเงินเดือนผู้ฟ้องคดีจากเดิมได้เลื่อน ๗๙๐ บาท เป็นได้เลื่อน ๙๑๐ บาท นั้น เห็นว่า การพิจารณาว่าผู้ฟ้องคดีควรจะได้รับ การเลื่อนเงินเดือนในอัตราเท่าใด เป็นกรณีที่ขึ้นอยู่กับ การประเมินผลการปฏิบัติราชการของผู้ฟ้องคดีในรอบการประเมินในครั้งนั้นตามที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ จะเห็นสมควรภายใต้กรอบที่กฎหมายกำหนด ศาลไม่อาจก้าวล่วงเข้าไปพิจารณาสั่งให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ เลื่อนเงินเดือนให้แก่ผู้ฟ้องคดีตามคำขอดังกล่าวได้ กรณีจึงเป็นคำขอที่ไม่อาจกำหนดค่าบังคับได้ตามมาตรา ๗๒ วรรคหนึ่ง (๑) แห่ง พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ นอกจากนี้ การที่ศาลปกครองชั้นต้นพิพากษาเพิกถอนคำสั่งของผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ เฉพาะส่วนของผู้ฟ้องคดีและให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ ดำเนินการประเมินเลื่อนเงินเดือนประจำปีงบประมาณ พ.ศ. ๒๕๕๓ รอบที่ ๒ ของผู้ฟ้องคดีใหม่ให้ถูกต้องตามระเบียบที่กฎหมายกำหนดต่อไป เป็นกรณีที่ผู้ฟ้องคดีมิได้มีคำขอ ตามหลักกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครองทั่วไปห้ามมิให้ศาลมีคำพิพากษาเกินไปกว่าหรือนอกเหนือจากที่ปรากฏในคำฟ้อง ศาลปกครองจึงไม่อาจพิจารณาพิพากษาเกินคำขอได้...”

๒. หลักกฎหมายทั่วไปว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครองเกี่ยวกับคำฟ้องเพิ่มเติมที่ยื่นต่อศาลนั้นต้องเกี่ยวข้องกับคำฟ้องเดิมพอที่จะรวมการพิจารณาและชี้ขาดตัดสินเข้าด้วยกันได้

คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ ๑๙๙/๒๕๕๖

“ศาลปกครองสูงสุดพิเคราะห์แล้ว เห็นว่า คดีมีประเด็นที่ต้องวินิจฉัยว่า คำฟ้องเพิ่มเติมของผู้ฟ้องคดีที่ ๙๙ ฉบับลงวันที่ ๑๐ พฤศจิกายน ๒๕๕๔ เป็นคำฟ้องที่ศาลจะรับไว้เพื่อพิจารณารวมกับคำฟ้องเดิมได้หรือไม่ เห็นว่า ตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ และระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๓ มิได้กำหนดว่าผู้ฟ้องคดีที่ได้ยื่นคำฟ้องคดีเรื่องใดเรื่องหนึ่งต่อศาลปกครองไว้แล้ว สามารถยื่นคำฟ้องเพิ่มเติมได้ในกรณีใดบ้างไว้โดยเฉพาะ ดังนั้น คำฟ้องเพิ่มเติมจึงต้องเป็นไปตามหลักกฎหมายทั่วไปว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครองตามข้อ ๕ วรรคสอง แห่งระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๓ กล่าวคือ คำฟ้องเพิ่มเติมที่ยื่นต่อศาลนั้นต้องเกี่ยวข้องกับคำฟ้องเดิมพอที่จะรวมการพิจารณาและชี้ขาดตัดสินเข้าด้วยกันได้ ศาลจึงจะรับคำฟ้องเพิ่มเติมดังกล่าวไว้พิจารณาได้ แต่หากมีประเด็นหรือคำขอเพิ่มขึ้นใหม่ต่างจากคำฟ้องเดิม ศาลไม่อาจรับประเด็นหรือคำขอใหม่นั้นไว้พิจารณาได้”

๕. ข้อสังเกต

ข้อสังเกตประการที่หนึ่ง ข้อพึงระวังในการปรับใช้หลักกฎหมายทั่วไป

การปรับใช้หลักกฎหมายทั่วไป (และรวมถึงกฎหมายที่มีได้เป็นลายลักษณ์อักษรอื่น ๆ ด้วย) ควรจะนำมาปรับใช้อย่างระมัดระวังและเป็นไปอย่างจำกัด เนื่องจากหลักการพื้นฐานประการหนึ่ง

ของระบอบนิติรัฐนั้น จะต้องมีการตรากฎหมายโดยองค์กรที่มีอำนาจไว้ล่วงหน้า ก่อนที่จะมีการบังคับใช้ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง การบังคับให้ประชาชนกระทำการหรืองดเว้นการกระทำอย่างหนึ่งอย่างใดนั้น จะต้องมีการตรากฎหมายลายลักษณ์อักษรกำหนดไว้อย่างชัดเจนแล้ว หรือในกรณีของกฎหมายปกครอง ที่อยู่บนพื้นฐานแนวคิดของการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองจะต้องมีกฎหมายบัญญัติให้อำนาจไว้อย่างชัดเจน และฝ่ายปกครองมีหน้าที่จะต้องดำเนินการตามที่กฎหมายลายลักษณ์อักษรกำหนดไว้อย่างเคร่งครัด ซึ่งหากไม่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรกำหนดไว้อย่างชัดเจนแล้ว ย่อมเป็นการกระทำที่ปราศจากอำนาจ และอาจจะมีผลเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายได้

ดังนั้น การที่องค์กรตุลาการทางปกครองจะหยิบยกหลักเกณฑ์ใด ๆ ที่มีได้มีการบัญญัติเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรเพื่อนำมาควบคุม ตรวจสอบหรือบังคับให้ฝ่ายปกครองกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใดโดยที่ไม่มีบทบัญญัติทางกฎหมายลายลักษณ์อักษรกำหนดไว้อย่างชัดเจน จึงควรจะทำในกรณีที่เป็นข้อยกเว้นอย่างยิ่ง ซึ่งในกรณีการปรับใช้หลักกฎหมายทั่วไปกับข้อพิพาทแห่งคดีนั้น ตุลาการจะต้องตรวจสอบแล้วว่า ๑. ไม่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรใดที่จะนำมาปรับใช้แก่คดีได้ และ ๒. หลักเกณฑ์ที่ถูกกล่าวอ้างว่าเป็นหลักกฎหมายทั่วไปจะต้องเป็นหลักเกณฑ์ที่รับรู้กันอย่างทั่วไป มิใช่เป็นหลักเกณฑ์ที่ศาลกล่าวอ้างลอย ๆ มิเช่นนั้นแล้ว หากตุลาการกล่าวอ้างหลักเกณฑ์ที่มีได้เป็นลายลักษณ์อักษรมาใช้ในการพิจารณาพิพากษาคดีทั้ง ๆ ที่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรบัญญัติไว้อย่างชัดเจน ก็จะเป็นการกล่าวอ้างหลักกฎหมายทั่วไปเพื่อเป็นข้ออ้างไม่นำกฎหมายลายลักษณ์อักษรมาปรับใช้แก่คดี โดยเฉพาะอย่างยิ่ง หากหลักกฎหมายทั่วไปที่กล่าวอ้างนั้นมิได้เป็นที่รับรู้กันอย่างทั่วไปว่าเป็นหลักเกณฑ์ที่ตีตามและมีการปฏิบัติอยู่ก่อนแล้วในสังคม ก็อาจเกิดความเคลือบแคลงสงสัยว่าศาลใช้อำนาจตุลาการที่ไม่ถูกต้องและชอบธรรม และมีผลเป็นการทำลายระบอบนิติรัฐในท้ายที่สุด

ข้อสังเกตประการที่สอง การกล่าวอ้างหลักกฎหมายทั่วไปมิใช่เป็นการตีความกฎหมายลายลักษณ์อักษรเพื่อปรับใช้แก่คดี และมีใช่เป็นการปรับใช้กฎหมายที่ใกล้เคียงกันอย่างยิ่ง

การหยิบยกหลักกฎหมายทั่วไปมาปรับใช้แก่คดี มิใช่เป็นการตีความกฎหมายลายลักษณ์อักษรเพื่อปรับใช้แก่คดี แต่จะต้องปรากฏว่าไม่สามารถที่จะกล่าวอ้างบทบัญญัติของกฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษรมาปรับใช้แก่คดีได้ ซึ่งหลักกฎหมายทั่วไปนั้น ศาลอาจเข้าไปพิจารณาเบื้องหลังของกฎหมายลายลักษณ์อักษรนั้น ว่ามาจากหลักกฎหมายใด และจึงกล่าวอ้างหลักดังกล่าวมาใช้บังคับแก่คดีในฐานะที่เป็น “หลักกฎหมายทั่วไป” ดังตัวอย่างที่จะนำเสนอต่อไป

ตัวอย่าง หลักกฎหมายทั่วไปมิใช่การตีความกฎหมายลายลักษณ์อักษร และมีใช่การปรับใช้บทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง

หลักกฎหมายทั่วไปประการหนึ่งคือ “หลักการฟังความทุกฝ่าย” ซึ่งจากหลักดังกล่าว ได้มีการนำมาบัญญัติเป็นตัวบทกฎหมายหลายมาตราตามที่ปรากฏในระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๓ เช่น

ข้อ ๔๕ “ในกรณีที่ตุลาการเจ้าของสำนวนเห็นว่าคำให้การของผู้ถูกฟ้องคดีไม่ครบถ้วนหรือชัดเจนเพียงพอจะสั่งให้ผู้ถูกฟ้องคดีดำเนินการแก้ไขหรือจัดทำคำให้การส่งมาใหม่ก็ได้”

หรือ ข้อ ๕๑ “ศาลมีอำนาจออกคำสั่งเรียกคู่กรณีหรือบุคคลที่เกี่ยวข้องมาให้ถ้อยคำได้ตามที่เห็นสมควร

คำสั่งของศาลตามวรรคหนึ่งจะกำหนดประเด็นข้อเท็จจริงที่จะทำการไต่สวนไว้ด้วยก็ได้

ศาลต้องแจ้งกำหนดการไต่สวนให้คู่กรณีที่เกี่ยวข้องทราบล่วงหน้าเพื่อเปิดโอกาสให้คู่กรณีนั้นคัดค้านหรือชี้แจงข้อเท็จจริงได้ แต่ถ้าข้อเท็จจริงที่จะทำการไต่สวนเป็นข้อเท็จจริงที่ไม่มีผลกระทบต่อการศึกษาพิพาทคดี หรือคู่กรณีที่เกี่ยวข้องได้ทราบข้อเท็จจริงนั้นมาก่อนแล้ว ศาลจะไม่แจ้งกำหนดการไต่สวนให้คู่กรณีนั้นทราบก็ได้

พยานที่ศาลมีคำสั่งเรียกมาให้ถ้อยคำอาจเสนอพยานหลักฐานใด ๆ เพื่อประกอบการให้ถ้อยคำของตนได้ ถ้าพยานหลักฐานนั้นอยู่ในประเด็นที่ศาลมีคำสั่งให้มีการไต่สวน”

หรือ ข้อ ๕๒ “ในกรณีที่ศาลเห็นสมควรจะรับฟังถ้อยคำของบุคคลใดและเป็นกรณีที่ต้องใช้คำให้การให้ศาลจัดหาลำโพงเพื่อให้คำให้การมาให้อีกฝ่ายหนึ่งฟัง”

หากในการพิจารณาพิพากษาคดีแล้ว ปรากฏว่ามีข้อเท็จจริงที่ไม่อาจจะปรับใช้บทบัญญัติกฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษรดังกล่าวได้ และการตีความบทบัญญัติลายลักษณ์อักษรเหล่านั้นก็ไม่สามารถครอบคลุมข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น กรณีเช่นนี้ศาลจึงต้องไปดูหลักกฎหมายที่อยู่เบื้องหลังกฎหมายลายลักษณ์อักษรดังกล่าว ซึ่งกรณีนี้ก็คือ “หลักการฟังความทุกฝ่าย” และศาลจึงจะสามารถอ้างหลักการฟังความทุกฝ่ายมาใช้บังคับแก่กรณีในฐานะที่เป็นหลักกฎหมายทั่วไปได้

อย่างไรก็ตาม การปรับใช้หลักกฎหมายทั่วไปมิใช่การปรับใช้กฎหมายโดยเทียบเคียงกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง ซึ่งการปรับใช้กฎหมายโดยเทียบเคียงกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งเป็นวิธีการในการอุดช่องว่างของกฎหมายประเภทหนึ่งเหมือนกับการใช้หลักกฎหมายทั่วไป แต่แตกต่างกันตรงที่ว่าการปรับใช้กฎหมายโดยเทียบเคียงกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งจะไปพิจารณาถึงกฎหมายลายลักษณ์อักษรอื่นที่มีได้นำมาบังคับใช้แก่คดี แต่อาจจะสามารถกล่าวอ้างเพื่อนำมาปรับใช้กับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นได้อย่างอนุโลมดังเช่นที่ปรากฏในระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๓ ข้อ ๗๗ ที่บัญญัติว่า “ให้นำความในลักษณะ ๑ ของภาค ๔ แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาใช้บังคับกับหลักเกณฑ์ในการพิจารณาคำขอ เงื่อนไขในการออกคำสั่งของศาลและผลของคำสั่งกำหนดมาตรการหรือวิธีการคุ้มครองอย่างใด ๆ เพื่อบรรเทาทุกข์ชั่วคราวก่อนการพิพากษา หรือวิธีการเพื่อคุ้มครองประโยชน์ของผู้ขอในระหว่างการศึกษาหรือเพื่อบังคับตามคำพิพากษาโดยอนุโลมเท่าที่สภาพของเรื่องจะเปิดช่องให้กระทำได้ และโดยไม่ขัดต่อระเบียบนี้และหลักกฎหมายทั่วไปว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง” หรือ ข้อ ๗๘ ที่บัญญัติว่า “บุคคลภายนอกซึ่งมิใช่คู่กรณีอาจเข้ามาเป็นคู่กรณีได้ด้วยการร้องสอด ทั้งนี้ ให้นำความในมาตรา ๕๗ และมาตรา ๕๘ แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาใช้บังคับโดยอนุโลม”

อนึ่ง จากตัวอย่างข้างต้น ระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครองฯ บัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรให้นำกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาใช้กับวิธีพิจารณาคดีปกครองโดยอนุโลม