

วิเคราะห์กรณีของนักสำรวจสเปลันเซียนผ่านแนวคิดเชิงนิติปรัชญาของ
โรนัลด์ ดวอร์คิน และ ฮันส์ เคลเซ่น

Analysis of The Case of Speluncean Explorers Through
Ronald Dworkin and Hans Kelsens' Legal Philosophy Theories

ฉัตรระวี สุวรรณวงศ์

Chatrawee Suwanwong

พิมสุภา แพ่งสุภา

Pimsupa Pangsupa

สิรภัทร สุธนวัฒนาเจริญ

Sirapat Suthonwattanacharoen

สุวิชญา สุทธิสว่างวงศ์

Suvichaya Suttisawangvong

อรรวรา ยิ้มดี

Onvara Yimdee

นิสิตในหลักสูตรนิติศาสตรบัณฑิต

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ถนนพญาไท แขวงวังใหม่ เขตปทุมวัน กรุงเทพฯ 10330

LL. B Candidates

Faculty of Law, Chulalongkorn University, Phayathai Road, Pathumwan, Bangkok 10300

Corresponding author E-mail; 6240281434@student.chula.ac.th

บทคัดย่อ

ไม่ว่าจะเป็นในอดีตหรือปัจจุบัน รัฐประสบปัญหาการนำกฎหมายมาใช้ในทางปฏิบัติ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีที่มีความขัดแย้งกันระหว่างตัวบทกฎหมายกับหลักศีลธรรม ในบทความ “กรณีของนักสำรวจสเปลันเซียน (The Case of Speluncean Explorers)” โดย Lon L. Fuller ที่ตีพิมพ์ผ่านวารสารของมหาวิทยาลัยฮาร์วาร์ดในปี ค.ศ. 1949 ก็ปรากฏเนื้อหาที่แสดงถึงปัญหาดังกล่าวในการพิจารณาตัดสินคดี ผู้จัดทำบทความจึงเห็นว่าบทความดังกล่าวเหมาะที่จะนำมาเป็นกรณีศึกษา โดยมุ่งการวิเคราะห์กรณีของนักสำรวจสเปลันเซียน ผ่านทฤษฎีและแนวคิดทางนิติปรัชญาของนักนิติศาสตร์ร่วมสมัยสองท่านที่มีความโดดเด่นในทัศนะเรื่องศีลธรรมและกฎหมายบ้านเมือง เพื่อศึกษาทฤษฎีดังกล่าวและศึกษาประสิทธิภาพของแนวคิดผ่านการทดลองนำมาปรับใช้ในทางปฏิบัติกับกรณีศึกษา รวมทั้งวิพากษ์แนวคิดทางนิติปรัชญาโดยถ่วงน้ำหนักถึงจุดอ่อนของแนวคิดดังกล่าวด้วย

คำสำคัญ: ศีลธรรม, กฎหมายบ้านเมือง, นิติปรัชญา, ความขัดแย้งทางแนวคิด

Abstract

Whether in the past or present, to utilize the laws, states always encounter the conflict between morality and positive law. The legal article “The Case of Speluncean Explorers” by Lon L. Fuller, which was published via Harvard law review in 1949, as well manifests the above-mentioned issue in judicial decision. We therefore chose this article to analyze through the theories and ideas of two contemporary jurists who are distinguished for their aspects on morality and positive law, to study the effectiveness of those legal theories when sensually applying on the dilemma, and to additionally expound the defects of those legal theories.

Keyword: Morality, Positive Law, Legal Philosophy, Conflict of Ideas

1. บทนำ

โรนัลด์ ดวอร์คิน (Ronald Dworkin) เป็นนักนิติศาสตร์ชาวอเมริกาที่มีชีวิตอยู่ในช่วงปี ค.ศ.1931-2013 ดวอร์คินได้รับตำแหน่งศาสตราจารย์นิติปรัชญาต่อจาก เอช.แอล.เอ ฮาร์ท (H.L.A. Hart) ที่มหาวิทยาลัยออกซฟอร์ด โดยเขาได้สร้างความสั่นสะเทือนในวงการนิติปรัชญาจากการวิพากษ์แนวคิดปฏิฐานนิยมเชิงกฎหมายอย่างจริงจังและรอบด้าน โดยเฉพาะอย่างยิ่งต่อแนวคิดเรื่องแบบของฮาร์ท ดวอร์คินมีแนวคิดที่นับได้ว่ามีอิทธิพลอย่างต่อเนื่อง ในทุกครั้งที่มีการโต้เถียงในประเด็นเกี่ยวกับจริยธรรมจะปรากฏแนวคิดของดวอร์คินเสมอ ทั้งนี้แนวคิดของดวอร์คินมีขอบเขตที่กว้างขวางโดยได้อธิบายถึงบทบาทของศีลธรรมภายในกฎหมาย รวมถึงการปฏิบัติหน้าที่ของตุลาการดังปรากฏในงานเขียนของเขาชื่อ Law’s Empire

ฮันส์ เคลเซิน (Hans Kelsen) เป็นนักนิติศาสตร์สายสำนักกฎหมายปฏิฐานนิยมชาวออสเตรีย มีชีวิตอยู่ในช่วงปี ค.ศ. 1881-1973 เคลเซินมีประสบการณ์ในการทำงานเป็นตุลาการ, กรรมการยกร่างรัฐธรรมนูญออสเตรีย, และศาสตราจารย์ด้านกฎหมายในประเทศเยอรมนี, ออสเตรีย, เชโกสโลวาเกีย, และสวิตเซอร์แลนด์ แนวคิดของเคลเซินมีความโด่งดังอย่างมากและมีบทบาทในการพัฒนาแนวคิดทฤษฎีด้านกฎหมายและการเมือง ตัวอย่างเช่น ทฤษฎีกฎหมายบริสุทธิ์ (The Pure Theory of Law) มีอิทธิพลอย่างมากในระบบกฎหมายของฝั่งยุโรปและความเห็นของเคลเซินเรื่องความจำเป็นของศาลรัฐธรรมนูญ แสดง ณ การประชุมประจำปีโดยสมาคมอาจารย์กฎหมายมหาชนแห่งเยอรมนี (Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer) ในปี ค.ศ. 1928¹ ได้มีส่วนสำคัญอย่างยิ่งในพัฒนาการจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญในฐานะองค์กรที่มีหน้าที่ในการพิทักษ์รัฐธรรมนูญทั่วโลก โดยในหนังสือทฤษฎีกฎหมายบริสุทธิ์ (Pure Theory of Law) ซึ่งถูกตีพิมพ์ครั้งแรกในปี ค.ศ. 1934 ได้แสดงถึงแนวทางการทำงานและใช้ดุลพินิจของศาลที่ควรจะเป็นตามความคิดของเคลเซินอีกด้วย

¹ Lars Vinx, *The guardian of the Constitution: Hans Kelsen and Carl Schmitt on the limits of Constitutional Law* (Cambridge University Press 2015) 6.

ในปี ค.ศ. 1949 ลอน แอล. ฟูลเลอร์ (Lon L. Fuller) นักนิติปรัชญาชาวอเมริกัน (ค.ศ. 1902-1978) ผู้วิพากษ์แนวคิดของสำนักกฎหมายปฏิฐานนิยมและสนับสนุนแนวคิดของสำนักกฎหมายธรรมชาติ ได้เผยแพร่บทความ “กรณีของนักสำรวจสเปลันเซียน (The Case of Speluncean Explorers)” ผ่านวารสารของมหาวิทยาลัยฮาร์วาร์ด ซึ่งบทความดังกล่าวเป็นเรื่องราวสมมติเกี่ยวกับนักสำรวจถ้ำห้าคนที่ติดอยู่ในถ้ำและเลือกที่จะฆ่าและบริโภคเนื้อสมาชิกทีมสำรวจหนึ่งคนเพื่อความอยู่รอด และแสดงถึงความเห็นของผู้พิพากษาห้าคนที่ต้องตัดสินคดีนี้ซึ่งมีแนวคิดแตกต่างกันไป² โดยบทความดังกล่าวได้สะท้อนแนวคิดที่เกี่ยวข้องกับทฤษฎีทางนิติปรัชญาที่น่าสนใจโดยเฉพาะในเรื่องความไม่ลงรอยระหว่างศีลธรรมและกฎหมายบ้านเมือง บทความนี้จึงมุ่งหมายที่จะหยิบแนวคิดของดอว์คินและเคลเซนซึ่งมีความแตกต่างในแนวคิดเรื่องการทำงานของตุลาการมาวิเคราะห์กับบทความดังกล่าวเพื่อศึกษาถึงประสิทธิภาพของการนำทฤษฎีของนักกฎหมายทั้งสองมาปรับใช้กับกรณีศึกษาในทางปฏิบัติว่ามีมากน้อยเพียงใด และวิเคราะห์ถึงช่องโหว่ทฤษฎีของดอว์คินและเคลเซนเมื่อถูกปรับใช้ในทางปฏิบัติกับคดีที่สร้างภาวะกลืนไม่เข้าคายไม่ออกทางศีลธรรมให้แก่กระบวนการตัดสินของตุลาการและสังคม โดยในบทความนี้ผู้จัดทำ จะเล่าถึงเนื้อหาโดยรวมของข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในกรณีของนักสำรวจสเปลันเซียน ซึ่งรวมไปถึงคำพิพากษาและแนวความคิดของผู้พิพากษาในกรณีดังกล่าว แล้วจึงนำเสนอแนวคิดของนักกฎหมายสองท่าน ได้แก่ โรนัลด์ ดอว์คิน และฮันส์ เคลเซน เพื่อศึกษาเปรียบเทียบกับกรณีของนักสำรวจสเปลันเซียน ตลอดจนแสดงถึงข้อวิพากษ์ต่อแนวคิดของนักนิติศาสตร์ทั้งสองด้วยเป็นลำดับไป

2. ตายหรือตาย: กฎหมายหรือศีลธรรมต้องมาก่อน?

ต้นเดือนพฤษภาคม ปี 4299 ณ เครื่องจักรภาพ มีทีมสำรวจนำโดยหัวหน้าทีมสำรวจชื่อ “โรเจอร์ เวตมอร์ (Roger Whetmore)” เข้าไปสำรวจ ถ้ำแห่งหนึ่ง เกิดเหตุการณ์ดินถล่มไม่คาดฝันที่หน้าปากถ้ำ ทำให้นักสำรวจทั้งห้าคนติดอยู่ในถ้ำที่ปราศจากน้ำและอาหาร รัฐบาลแห่งเครื่องจักรภาพได้เริ่มแผนช่วยเหลือนักสำรวจทั้งห้าทันที แต่การช่วยเหลือเป็นไปได้โดยยากลำบากจนรัฐบาลฯ เสี่ยงงบประมาณจำนวนมากและทีมช่วยเหลือจำนวนสิบคนต้องเสียชีวิตจากการช่วยเหลือทีมสำรวจฯ

การรอคอยความช่วยเหลือกินระยะเวลายาวนานจนทั้งห้าเริ่มอดอยาก เวตมอร์ได้เสนอให้เลือกฆ่าสมาชิกหนึ่งคนในทีมสำรวจเพื่อนำเนื้อมาบริโภคเพื่อเอาตัวรอด และเสนอวิธีเสี่ยงทายโดยการใช้ลูกเต๋า (โดยก่อนหน้า เวตมอร์ได้ใช้วิทยุสื่อสารเพื่อถามถึงข้อเสนอแนะเรื่องวิธีเสี่ยงทายจากทั้งแพทย์ ฝ่ายตุลาการ ฝ่ายปกครอง และนักบวชแล้ว แต่ไม่มีใครมีข้อเสนอแนะใดทั้งสิ้น) ในตอนแรกทุกคนไม่เห็นด้วย กระทั่งระยะเวลาที่ติดถ้ำผ่านมาสักพัก สมาชิกในทีมสำรวจก็เปลี่ยนใจเห็นด้วยกับแผนนี้ แต่กลายเป็นเวตมอร์เสียเองที่ประกาศขอถอนตัวโดยมองว่าควรรอให้ผ่านไปอีกหนึ่งสัปดาห์จึงค่อยเล่นเกมดังกล่าว ทุกคนจึงมองว่าการขอถอนตัวของเวตมอร์เป็นการละเมิดความศรัทธา (breach of faith) และเริ่มเล่นเกมต่อไป

ทีมสำรวจฯ เลือกใช้วิธีทอยลูกเต๋าเพื่อเลือกว่าใครจะถูกกินตามที่เวตมอร์เสนอ โดยทุกคนทอยลูกเต๋าด้วยตัวเอง ยกเว้นเวตมอร์ที่มีสมาชิกฯ คนอื่นทอยลูกเต๋าแทนให้ โดยก่อนการทอยฯ สมาชิกคนอื่นได้ถามเวตมอร์ว่าต้องการคัดค้านใด ๆ เพื่อความยุติธรรมในการเล่นเกมนี้อีกไหม ซึ่งเวตมอร์ตอบว่าไม่มีอะไรคัดค้าน ผลของการเล่น

² Lon L. Fuller, *The case of the Speluncean explorers* (Harvard law review Vol. 62 No. 4 (feb., 1949) 616-645.

เกมทอยลูกเต๋าคือเวตมอร์เป็นผู้ถูกเลือก เวตมอร์จึงถูกฆ่าตามข้อตกลงแล้ว สมาชิกในทีมสำรวจที่เหลืออีกสี่คนก็ได้
นำเนื้อมาบริโภคและมีชีวิตรอดต่อไป โดยไม่ปรากฏข้อเท็จจริงว่าสมาชิกสี่คนใช้วิธีใดในการฆ่าเวตมอร์

วันที่ 32 ของการช่วยเหลือ ทีมช่วยเหลือได้ช่วยสมาชิกฯ สี่คนที่เหลือออกมาได้สำเร็จ ต่อมา ทั้งสี่ได้ถูกจับ
ฐานฆ่าผู้อื่นโดยเจตนา

จากเหตุการณ์ดังกล่าว ถัดมาในปี 4300 ศาลสูงสุดแห่งนิวอาร์ธมีหน้าที่ในการตัดสินคดีดังกล่าว โดยผู้
พิพากษาในคดีทั้งห้าคน ได้แก่ ผู้พิพากษาทรูเพนนี่, ผู้พิพากษาฟอสเตอร์, ผู้พิพากษาเทตติง, ผู้พิพากษาคีน, และ
ผู้พิพากษาแฮนดี ได้มีความคิดเห็นทางกฎหมายออกมาเป็นแนวทางที่แตกต่างกันไป ดังนี้

2.1 ตัวแทนแนวคิดแบบสำนักกฎหมายปฏิฐานนิยม (legal positivism): ความเห็นของผู้พิพากษาทรูเพนนี่ (Judge Truepenney) และผู้พิพากษาคีน (Judge Keen)

ผู้พิพากษาทรูเพนนี่มองว่าเมื่อบทกฎหมายได้มีการเขียนไว้อย่างชัดเจนว่า “ผู้ใดพรากชีวิตของผู้อื่นโดย
เจตนา ต้องถูกลงโทษด้วยความตาย (Whoever shall willfully take the life of another shall be punished
by death.)” ซึ่งเป็นบทกฎหมายที่มีความชัดเจนอยู่ในตัว ทั้งกฎหมายแห่งเครือจักรภพยังไม่มีข้อยกเว้นความรับ
ผิดอีกด้วย ดังนั้น จำเลยทั้งสี่ต้องรับผิดฐานฆ่าคนตายตามที่กฎหมายบัญญัติ³

อย่างไรก็ดี หลังจากที่มีการพิพากษาประหารชีวิตแล้ว ทั้งคณะลูกขุนและคณะผู้พิพากษาได้มีการเข้า
ปรึกษากับหัวหน้าฝ่ายบริหาร เพื่อขอเปลี่ยนจากโทษประหารชีวิตเป็นจำคุกหกเดือน แต่ผู้พิพากษาทรูเพนนี่เห็นว่า
ในคดีที่ยาก (Hard case) เช่นนี้ การที่ตัดสินไปตามกฎหมายอาจไม่ใช่วิธีการที่ยุติธรรมและฉลาด และแม้ว่า
ความเห็นอกเห็นใจของผู้พิพากษาจะทำให้ไม่ต้องการที่จะตัดสินไปตามกฎหมาย แต่เมื่อกฎหมายได้บัญญัติไว้
เช่นนั้นแล้ว ก็จะต้องตัดสินไปตามนั้น ส่วนจะสามารถเปลี่ยนการลงโทษได้หรือไม่ นั้น เป็นหน้าที่ของฝ่ายบริหารใน
การพิจารณา ซึ่งเป็นไปตามหลักการ Executive clemency⁴ กล่าวคือเรื่องการลดความเคร่งครัดของกฎหมาย
เป็นการใช้อำนาจของฝ่ายบริหาร ทั้งนี้ผู้พิพากษาทรูเพนนี่เห็นว่าหากจะให้ฝ่ายบริหารทำการปรับแก้กฎหมาย ก็คง
ต้องให้ฝ่ายบริหารเข้ามาศึกษาและพิจารณาคดีนี้ด้วยตัวเอง ซึ่งการกระทำเช่นนั้นย่อมต้องใช้เวลานาน ทั้งยัง
มิใช่หน้าที่ของฝ่ายบริหารอีกด้วย ผู้พิพากษาทรูเพนนี่เองจึงมีความเห็นในประเด็นนี้ว่า มันมีความเป็นไปได้ยากที่
จะเปลี่ยนจากโทษประหารชีวิตเป็นเป็นโทษจำคุก 6 เดือน แต่หากเป็นไปได้จริง ผู้พิพากษาทรูเพนนี่ก็ยินดีที่จะ
ตัดสินโทษจำคุกในคดีนี้ เนื่องจากไม่เป็นการขัดต่อบทบัญญัติของกฎหมายอีกต่อไป

สำหรับผู้พิพากษาคีน ตัดสินว่าจำเลยทั้งสี่มีความผิดฐานฆ่าผู้อื่นและต้องโทษประหารชีวิตเช่นเดียวกัน
โดยแนวคิดเบื้องหลัง คือ เห็นว่าข้อพิจารณาด้านศีลธรรมไม่จำเป็นต่อการนำมาใช้ในการตัดสินคดี

ผู้พิพากษาคีนมีแนวคิดว่าการตัดสินการกระทำใดว่าเป็นการกระทำที่ถูกหรือผิด ดีหรือชั่ว เป็นสิ่งที่ไม่
จำเป็นต่อการนำกฎหมายของแผ่นดิน (law of the land) มาใช้ โดยเขาเน้นย้ำไปที่การตีความกฎหมายผ่านทาง
ถ้อยคำที่ปรากฏจากกฎหมายอย่างตรงตัว โดยมองว่าเมื่อถอดเอาข้อความที่เกี่ยวกับสถานะทางธรรมาธิออก

³ Lon L. Fuller, *The case of the Speluncean explorers* (Harvard law review Vol. 62 No. 4 (feb., 1949) 619.

⁴ Brandon Sample, ‘Executive Clemency: Power of the President’ (2019) <<https://clemency.com/executive-clemency>>
accessed December 19, 2022

ทั้งหมดแล้ว นักสำรวจถ้าทั้งสี่คนจะมีความผิดตามกฎหมายนี้ เพราะการกระทำของนักสำรวจทั้งสี่คนครบองค์ประกอบความผิดตามกฎหมายบทนี้⁵

2.2 ตัวแทนแนวคิดแบบสำนักกฎหมายธรรมชาติ (legal naturalism): ความเห็นของผู้พิพากษาฟอสเตอร์ (Judge Foster)

ผู้พิพากษาฟอสเตอร์ไม่เห็นด้วยกับการที่ตัดสินโทษไปตามกฎหมายที่บัญญัติ เนื่องจากมันอาจก่อให้เกิดความไม่ยุติธรรมได้ โดยเขาได้ให้เหตุผลผู้สองประการ ประการแรกคือ “กฎหมายบ้านเมือง” ไม่สามารถถูกนำมาบังคับใช้กับสถานการณ์นี้ได้ แต่จะต้องบังคับใช้ “กฎหมายธรรมชาติ” เนื่องจากกฎหมายบ้านเมืองเป็นกฎหมายที่มาจากเจตจำนงร่วมกันของคนในสังคม เมื่อข้อเท็จจริงในคดีนี้พบว่าทุกคนมิได้มีเจตจำนงร่วมกันแล้ว จึงไม่สามารถใช้กฎหมายที่บัญญัติไว้ได้ และเนื่องจากเป็นการตกอยู่ภายใต้สถานการณ์ที่ไม่ปกติ จึงต้องมีการสร้างกฎเกณฑ์ที่เหมาะสมกับสถานการณ์นั้นขึ้นมา⁶ มากไปกว่านั้น ผู้พิพากษาฟอสเตอร์ยังมีการเปรียบเทียบถึงประเด็นในเรื่องของการสูญเสียคนงานสิบคน จากการพยายามเปิดถ้ำเพื่อเข้าช่วยเหลือ โดยเขาตั้งคำถามว่าเมื่อการสูญเสียสิบคนเพื่อช่วยเหลือห้าชีวิตที่ติดอยู่ในถ้ำ ไม่เป็นความผิด แล้วเหตุใดการสูญเสียหนึ่งชีวิต เพื่อช่วยสี่ชีวิตที่เหลือในถ้ำจึงเป็นความผิด⁷

ในส่วนของประการที่สอง ผู้พิพากษาฟอสเตอร์เห็นว่า เราสามารถกระทำการนอกเหนือจากที่กฎหมายบัญญัติโดยไม่เป็นการฝ่าฝืนกฎหมายได้ กล่าวคือเราไม่จำเป็นต้องตีความตามตัวบทกฎหมายที่บัญญัติขึ้นโดยตรง แต่ยังคงต้องทำตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย โดยเขาได้ยกตัวอย่างคดีเก่าที่เกิดขึ้นโดยมีการสร้างข้อยกเว้นที่ว่า “การฆ่าเพื่อป้องกันตัวเองไม่เป็นความผิด” ซึ่งข้อยกเว้นดังกล่าวก็มิได้มีการบัญญัติไว้ในกฎหมายเช่นเดียวกัน⁸ และผู้พิพากษาฟอสเตอร์ได้ทิ้งท้ายไว้ว่า การบังคับใช้กฎหมายโดยนอกเหนือจากสิ่งที่กฎหมายบัญญัติอันเป็นการแก้ไขจุดบกพร่องที่ชัดเจนของฝ่ายนิติบัญญัติ หรือการคอยสังเกตข้อผิดพลาดของกฎหมาย มิได้เป็นการก้าวล่วงอำนาจนิติบัญญัติ แต่เป็นการทำให้กฎหมายนั้นมีประสิทธิภาพ⁹

ดังนั้น ผู้พิพากษาฟอสเตอร์จึงเห็นว่า การกระทำของจำเลยทั้งสี่คนไม่ควรเป็นความผิด

2.3 ตัวแทนแนวคิดแบบสัจนิยมทางกฎหมาย (legal realism): ความเห็นของผู้พิพากษาแทตติง (Judge Tatting)

ผู้พิพากษาแทตติงได้ให้ความเห็นเชิงวิจารณ์ต่อแนวคิดของผู้พิพากษาฟอสเตอร์ในประเด็นเรื่องการนำกฎหมายธรรมชาติ (Natural law) มาใช้ภายใต้สภาวะธรรมชาติ (State of nature) และการที่เสรีภาพในการทำสัญญาที่มีอำนาจเหนือสิทธิในชีวิตและร่างกายว่าเป็นเรื่องไม่สมเหตุสมผล เนื่องจากหากนำกฎหมายธรรมชาติมาใช้จริงจะเกิดช่องโหว่¹⁰ ดังนี้

⁵ Lon L. Fuller, *The case of the Speluncean explorers* (Harvard law review Vol. 62 No. 4 (feb., 1949) 632.

⁶ ibid 620-621.

⁷ ibid 623.

⁸ ibid 624.

⁹ ibid 626.

¹⁰ ibid 626-628.

1. ความคลุมเครือในขอบเขตและเวลาที่มนุษย์จะตกอยู่ภายใต้อำนาจกฎหมายธรรมชาติ เนื่องจากไม่มีเกณฑ์ที่สามารถบอกได้ว่าเมื่อใดหรือสถานที่ใดที่อยู่นอกเหนือขอบเขตของกฎหมายบ้านเมืองและสามารถนำกฎหมายธรรมชาติมาใช้ได้

2. กฎเกณฑ์ใดที่ให้อำนาจแก่ผู้พิพากษาในการใช้กฎหมายธรรมชาติ การที่ผู้พิพากษามีอำนาจในการตัดสินคดีเนื่องจากรับมอบอำนาจตุลาการมาจากกฎหมายบ้านเมือง แต่หากต้องนำกฎหมายธรรมชาติมาใช้ในการตัดสินคดีแล้ว ผู้พิพากษาได้รับอำนาจจากฐานอำนาจใดเมื่อกฎหมายธรรมชาติไม่ได้เป็นสิ่งที่สถาปนาอำนาจพิพากษาคดีให้แก่ผู้พิพากษา

นอกจากนี้ ผู้พิพากษาแทตติงยังได้กล่าวถึงประเด็นการตีความวัตถุประสงค์ของกฎหมายโดยการพิจารณาถึงวัตถุประสงค์หรือความหมายที่ซ่อนอยู่ในตัวบทของผู้พิพากษาฟอสเตอร์ โดยมองว่าการตีความวัตถุประสงค์ของกฎหมายเป็นสิ่งที่ทำได้ยาก วัตถุประสงค์ของกฎหมายอาจมีได้หลายวัตถุประสงค์ เช่น กฎหมายมีขึ้นเพื่อข่มขู่ (deterrence), แก้แค้นทดแทน (retribution), และฟื้นฟูแก้ไข (rehabilitation) ซึ่งอาจอยู่ในกฎหมายบทเดียวกัน และมีความขัดแย้งกันเองได้ กรณีเช่นนี้จะยากต่อการค้นหาวัตถุประสงค์และตีความกฎหมาย ทั้งนี้ ผู้พิพากษาแทตติงยังเล็งเห็นถึงความสำคัญของการศึกษาคำพิพากษาที่เคยมีมา โดยเขาเห็นว่าในวงการตุลาการย่อมมีการนำคำพิพากษาก่อนหน้ามาเป็นแนวทางในการทำคำพิพากษาในคดีที่มีข้อเท็จจริงที่คล้ายคลึงกัน¹¹

อย่างไรก็ดี เนื่องจากปัญหาในการไม่สามารถแยกความรู้สึกส่วนตัวออกจากการตัดสินคดี ผู้พิพากษาแทตติงได้ขอถอนตัวออกจากการเป็นผู้พิพากษาในคดีนี้และปฏิเสธการมีส่วนร่วมในการทำคำพิพากษา และถึงกับกล่าวเอาไว้ว่าเขาเห็นว่าอัยการไม่ควรสั่งฟ้องคดีนี้มาตั้งแต่แรก นอกจากนั้น เขาได้ตั้งคำถามทิ้งท้ายถึงกรณีหากศาลตัดสินประหารชีวิตจำเลยทั้งสี่ จะคุ้มค่ากับทรัพยากรที่เครื่องจักรภพได้ลงทุนไปกับการช่วยเหลือนักสำรวจฯ หรือไม่

12

2.4 ตัวแทนแนวคิดแบบสำนักกฎหมายฝ่ายสังคมวิทยา (sociological jurisprudence): ความเห็นของผู้พิพากษาแฮนดี้ (Judge Handy)

ผู้พิพากษาแฮนดี้ตัดสินว่าจำเลยทั้งสี่ไม่มีความผิด เขาเสนอว่าศาลควรนำความคิดเห็นของสาธารณชน (public interest) และสามัญสำนึก (common sense) มาใช้ประกอบการพิจารณาคดี โดยผู้พิพากษาแฮนดี้ตระหนักถึงเสียงส่วนใหญ่ของคนในสังคมที่ต้องการให้จำเลยได้รับโทษที่น้อยลงหรือได้รับการปล่อยตัวไปเลย

แนวคิดของผู้พิพากษาแฮนดี้คือ เขามองผู้พิพากษาในฐานะของเจ้าหน้าที่ของรัฐบาล และคำถามที่ว่าพวกเขาในฐานะส่วนหนึ่งของรัฐบาลจะทำอะไรได้บ้างในคดี คำตอบของคำถามนี้ไม่สามารถตอบได้ด้วยทฤษฎีนามธรรมใด ๆ แต่ตอบได้ด้วยความเป็นจริงของมนุษย์ โดยเห็นว่ารัฐบาลปกครองมนุษย์โดยมนุษย์ ไม่ใช่โดยถ้อยคำบนเอกสารหรือทฤษฎีใด การปกครองเป็นเรื่องของความเข้าใจกันและกัน และจะล้มเหลวหากปราศจากความเข้าใจ¹³ เห็นได้จากในอดีตที่รัฐบาลมากมายถูกล้มล้างเพราะความไม่ลงรอยระหว่างผู้ปกครองกับผู้อยู่ใต้การปกครอง¹⁴ รัฐจึงจำเป็นที่จะต้องนำเอารูปแบบและแนวคิดคนในสังคมมาเป็นเครื่องมือเพื่อให้ได้มาจุดกลาง

¹¹ ibid 628-631.

¹² ibid 631.

¹³ ibid 637-638.

¹⁴ ibid 639.

ระหว่างทั้งสองฝ่ายและนำมาซึ่งความสงบสุขของสังคม การรับฟังความเห็นสาธารณชนจึงเป็นการรักษาสมดุลระหว่างการกระทำของผู้ปกครองที่บังคับใช้กฎหมายและความรู้สึกนึกคิดของผู้ที่อยู่ภายใต้บังคับแห่งกฎหมาย

คดีนี้เป็นคดีที่ได้รับความสนใจมาก มีการแสดงความคิดเห็นจากประชาชนเป็นจำนวนมากว่าต้องการให้จำเลยได้รับการอภัยโทษ และผู้พิพากษาแอนด์ก็เห็นว่าควรนำความเห็นเหล่านั้นมาใช้ประกอบการทำคำพิพากษา แม้จะมีคำวิจารณ์ส่วนหนึ่งว่าความคิดเห็นของสาธารณชนเป็นเรื่องของความรู้สึกและอารมณ์ แต่ผู้พิพากษาแอนด์ก็ได้อธิบายผ่านกระบวนการพิจารณาของเครื่องจักรกฎหมายว่า วิธีการที่ถูกกล่าวหาในคดีอาญาจะหลุดพ้นจากความผิดได้ ได้แก่ คำพิพากษาจากศาล, คำสั่งอภัยโทษ, คำตัดสินโดยคณะลูกขุน, และการอภัยโทษหรือการเปลี่ยนโทษโดยฝ่ายบริหาร ซึ่งไม่ว่าจะโดยวิธีการใดก็อาจแอบแฝงไว้ซึ่งปัจจัยทางอารมณ์หรือความคิดปัจเจกบุคคลทั้งสิ้น เมื่อเป็นเช่นนั้น ผู้พิพากษาแอนด์จึงเห็นว่าความเห็นสาธารณชนก็ควรถูกนำมาเป็นปัจจัยในการพิจารณาคดีได้เช่นกัน¹⁵

3. แนวคิดของดวอร์คินและเคลเซ่นต่อความเห็นของผู้พิพากษา

ในบทความดังกล่าว ฟูลเลอร์ได้อธิบายถึงความเห็นของผู้พิพากษาแต่ละท่านที่มีหน้าที่ในการพิจารณาคดีของจำเลยทั้งสี่ซึ่งมีความแตกต่างกันอย่างชัดเจน โดยความคิดเห็นเหล่านั้นล้วนแล้วแต่สะท้อนถึงแนวคิดของสำนักกฎหมายที่หลากหลาย ดังนี้ ผู้จัดทำบทความจึงขอหยิบยกแนวคิดกฎหมายของดวอร์คินและเคลเซ่นมาใช้ในการวิเคราะห์ความเห็นของผู้พิพากษาแต่ละท่าน เนื่องจากดวอร์คินเป็นนักกฎหมายที่เปิดโอกาสให้ผู้พิพากษาสามารถตามหาหลักการที่ไม่จำเป็นต้องเป็นกฎหมายที่บัญญัติไว้มาใช้ในการตัดสินคดีอย่างอิสระเสรี ในขณะที่เคลเซ่นเป็นนักกฎหมายที่มีแนวคิดเข้มข้นในทางสำนักปฏิฐานนิยมและกำหนดขอบเขตอำนาจของผู้พิพากษาตามบรรทัดฐานทางกฎหมายที่มีอยู่แล้วอย่างเคร่งครัด จึงนำศึกษาว่า ในคดีที่มีปัญหาความขัดแย้งระหว่างกฎหมายบ้านเมืองและศีลธรรมดังกรณีศึกษา ทฤษฎีของนักกฎหมายแต่ละท่านจะสามารถนำมาปรับใช้และประสิทธิ์ประสาทความยุติธรรมให้แก่สังคมได้หรือไม่ มากน้อยเพียงใด

3.1 การใช้กฎหมายธรรมชาติในการพิจารณาคดี

ดวอร์คินเป็นผู้บุกเบิกทฤษฎีกฎหมายแนวที่สามระหว่างปรัชญากฎหมายธรรมชาติและปฏิฐานนิยม นั่นคือ ทฤษฎีกฎหมายธรรมชาติแนวตีความหมายโดยทฤษฎีนี้ให้ความสำคัญกับการให้ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เป็นศูนย์กลางแห่งระบบศีลธรรมที่มนุษย์พึงยึดมั่น ดังนั้นดวอร์คินจึงเชื่อว่าความเที่ยงธรรมจะเกิดขึ้นได้ในสังคมที่ตั้งอยู่บนการเคารพสิทธิของประชาชน กล่าวคือทุกคนล้วนมีความเป็นมนุษย์และมีสิทธิที่เท่าเทียมกัน การปฏิบัติต่อประชาชนทุกคนจึงต้องเป็นไปอย่างเท่าเทียมด้วยเช่นเดียวกันด้วย

ดวอร์คินมองว่าการจะทำให้สังคมแห่งสิทธินั้นเกิดขึ้นได้จริงต้องมียุทธศาสตร์ประกอบที่เป็นหลักการเชิงศีลธรรมที่ให้ความสำคัญต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์และความเสมอภาค หลักการดังกล่าวเป็นมาตรฐานทางศีลธรรมที่ต้องพิจารณาควบคู่ไปกับกฎเกณฑ์เสมอ โดยผู้ที่จะมาทำหน้าที่ในการสืบสาวหาหลักการที่เป็นมาตรฐานทางศีลธรรม

¹⁵ ibid 640.

นั้นต้องเป็นผู้พิพากษาแบบเฮอร์คิวลิสเท่านั้น เพราะเป็นหนทางเดียวที่นำไปสู่กำหนดผลลัพธ์ที่ได้ขาดแน่นอนของกฎหมายซึ่งคำตอบที่ถูกต้องแน่นอนที่สุดเพียงคำตอบเดียวเท่านั้น

ด้วยเหตุนี้ดวอร์คินจึงปฏิเสธทฤษฎีแยกของสำนักปฏิฐานนิยมที่มีการแยกกฎหมายออกจากศีลธรรม โดยกฎหมายเป็นระบบแห่งกฎเกณฑ์เท่านั้น ประเด็นนี้เห็นได้ชัดจากการโต้แย้งทฤษฎีปฏิฐานนิยมของฮาร์ท ดวอร์คินมองว่าฮาร์ทตีความความเป็นกฎหมายอย่างแคบเกินไปจนมองข้ามหลักการทางศีลธรรมซึ่งจะนำมาสู่ความยุติธรรม¹⁶อันจะทำให้กฎหมายปราศจากความยุติธรรมเพราะหากกฎเกณฑ์ที่ปฏิบัติตามนั้นขาดความยุติธรรมในตัวเองแล้วการปฏิบัติตามกฎหมายดังกล่าวอาจนำมาสู่ความอยุติธรรมอย่างใหญ่หลวงได้¹⁷

เคลเซนปฏิเสธสำนักกฎหมายธรรมชาติ (legal naturalism) โดยสิ้นเชิง โดยเคลเซนไม่เห็นด้วยกับการที่กฎหมายธรรมชาติรวมกฎหมายกับศีลธรรมเป็นเรื่องเดียวกัน แต่มองว่ากฎหมายและศีลธรรมควรถูกแยกออกจากกัน ดังจะเห็นได้จากทฤษฎีกฎหมายบริสุทธิ์ ซึ่งเคลเซนต้องการที่จะแยกกฎหมายออกจากสิ่งที่ไม่ใช่กฎหมาย เพื่อให้กฎหมายนั้นมีความบริสุทธิ์ที่สุด อีกทั้งเคลเซนยังมีแนวความคิดว่ามนุษย์ทุกคนมีเหตุผลเป็นของตนเอง โดยกฎหมาย หรือที่เคลเซนเรียกว่ากฎเกณฑ์หรือบรรทัดฐาน (norm) นั้นเกิดจากเจตจำนงร่วมกันของมนุษย์ในสังคม และการที่กฎหมายจะมีผลบังคับใช้ได้ (validity) จะต้องมีการมีกฎหมายที่มีลำดับศักดิ์สูงกว่าให้อำนาจไว้ ต่างจากกฎหมายธรรมชาติที่มีแนวความคิดว่า กฎหมายคือเจตจำนงของพระเจ้า (will of God) และเป็นการพิจารณาเพียงว่าสิ่งใดถูกหรือสิ่งใดผิดเท่านั้น ซึ่งเคลเซนเล็งเห็นว่า เมื่อมนุษย์มีเหตุผลเป็นของตนเอง จึงอาจเกิดปัญหาในการตอบคำถามว่าสิ่งใดคือสิ่งที่ถูกและสิ่งใดคือสิ่งที่ผิด เนื่องจากไม่มีสิ่งที่เป็นเจตจำนงร่วมกันร่วมกัน

นอกจากนี้เคลเซนมีแนวความคิดในการแบ่งแยกข้อเท็จจริงและกฎหมายออกจากกัน (normativity thesis)¹⁸ โดยเคลเซนเห็นว่ากฎหมายไม่สามารถมีข้อยกเว้นได้ จะมีได้ก็แต่ในข้อเท็จจริงเท่านั้น ส่วนกฎหมายธรรมชาตินั้นอาจมีข้อยกเว้นได้ เนื่องจากกฎหมายธรรมชาติเกิดจากเหตุและผล (causation) หากข้อเท็จจริงเปลี่ยนไป ก็ส่งผลให้เกิดผลใหม่ขึ้นมาได้¹⁹ จึงเป็นเหตุให้กฎหมายธรรมชาติไม่มีความชัดเจนแน่นอน

3.2 การทำงานและการใช้ดุลพินิจของผู้พิพากษา

ดวอร์คินมีแนวคิดเกี่ยวกับการทำงานของผู้พิพากษาคือ ในการพิจารณาคดี อาจแบ่งได้เป็นการพิจารณาคดีปกติซึ่งเป็นคดีที่สามารถวินิจฉัยได้โดยตรงตามตัวบทกฎหมายเนื่องจากข้อเท็จจริงในคดีไม่ได้มีความซับซ้อนอะไร และการพิจารณาคดียาก (hard case) ซึ่งเป็นคดีที่มีข้อเท็จจริงที่มีความซับซ้อน เช่น มีความคาบเกี่ยวกันระหว่างกฎหมายกับศีลธรรม หรือกรณีที่ไม่มีการมีกฎเกณฑ์ที่สามารถนำมาปรับใช้ได้อย่างตรงตัว²⁰ กรณีเช่นนี้ดวอร์คินเห็นว่าผู้พิพากษาไม่อาจปรับใช้กฎหมายได้โดยตรง แต่จะต้องมีการตีความโดยการให้เหตุผลที่มีลักษณะคล้ายคลึงกับข้ออ้างเชิงจริยธรรม กล่าวคือให้ผู้พิพากษาค้นหาหลักการผ่านทางศีลธรรมนั่นเอง²¹

¹⁶ Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously* (Bloomsbury 2013) 22-45.

¹⁷ Ronald Dworkin, *A Matter of Principle* (Clarendon Press 2001) 12.

¹⁸ Stanley L. Paulson, *Continental Normativism and Its British Counterpart: How Different Are They?* (Ratio Juris vol. 6 no. 3 1993) 232.

¹⁹ Hans Kelsen, *General Theory of Law and State* (Harvard University Press 1946) 46-47.

²⁰ Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously* (Bloomsbury 2013) 81.

²¹ Ronald Dworkin, *Law's Empire* (Belknap Pr of Harvard University Press 1986) 216.

สำหรับดอร์คินแล้ว ผู้พิพากษาเป็นผู้ที่ทำหน้าที่ตีความกฎหมาย โดยต้องค้นหาสิ่งที่เรียกว่า ‘หลักการ’ หรือก็คือเจตนารมณ์ของกฎหมาย โดยหลักการของกฎหมายดังกล่าวสามารถค้นหาได้จากภายในตัวกฎหมายนั่นเอง²² ไม่จำเป็นต้องแสวงหาจากแหล่งที่มาอื่นใดภายนอกกฎหมายซึ่งเป็นการป้องกันการใช้ดุลพินิจตามอำเภอใจของผู้บังคับใช้กฎหมาย ดังนั้นในการทำหน้าที่ของผู้พิพากษา (โดยเฉพาะในคดียาก) ตามทฤษฎีของดอร์คินจึงเป็นการตีความกฎหมาย ไม่ใช่การสร้างกฎหมายขึ้นมา²³

นอกจากนี้ ดอร์คินยังได้อธิบายการตีความกฎหมายของผู้พิพากษาเปรียบเทียบกับวรรณกรรม โดยเขามองว่ากฎหมายไม่ต่างอะไรจากบทละครหรือนิยายในแง่ที่ต้องมีการตีความ ดอร์คินได้เปรียบผู้พิพากษาเป็นเหมือนนักเขียนกลุ่มหนึ่งที่ต้องช่วยกันเขียนนิยายลูกโซ่ต่อกันไปให้มีความถูกต้องและสอดคล้องกันที่สุด²⁴ จึงเป็นเรื่องสำคัญที่จะต้องมีการศึกษาทำความเข้าใจในเรื่องราวก่อนหน้า การทำงานของผู้พิพากษาเองก็เช่นกัน ผู้พิพากษาจะต้องรู้ว่าเคยมีคดีวินิจฉัยในประเด็นเกี่ยวกับคดีของตนอย่างไร แม้จะไม่ได้เกี่ยวข้องโดยตรงก็ตาม²⁵

ดอร์คินได้โต้แย้งทฤษฎีกฎหมายปฏิฐานนิยมของฮาร์ทที่ให้ผู้พิพากษามีอำนาจในการสร้างบรรทัดฐานทางกฎหมายขึ้นเองได้ในบางสถานการณ์ โดยดอร์คินเห็นว่าเป็นการขัดต่อหลักการทางประชาธิปไตยเพราะผู้พิพากษาไม่ได้มาจากการเลือกตั้งของประชาชนแล้วผู้พิพากษาจะใช้อำนาจในการบัญญัติกฎหมายซึ่งเป็นหน้าที่ของฝ่ายนิติบัญญัติได้อย่างไร แต่ถึงอย่างนั้นดอร์คินก็ไม่ได้ปฏิเสธอำนาจของผู้พิพากษาโดยสิ้นเชิงแต่ให้ผู้พิพากษามีอำนาจในการสืบสาวหาหลักการทางศีลธรรมเพื่อนำมาพิจารณาควบคู่ไปกับหลักกฎหมายเท่านั้นอำนาจของผู้พิพากษาของดอร์คินจึงมีการจำกัดความไว้มากกว่าทฤษฎีของฮาร์ท

สำหรับเคลเซน เคลเซนมีทัศนะว่า นิติศาสตร์โดยแท้ต้องปราศจากคุณค่า (value) อื่น ๆ โดยเคลเซนได้แยกกฎเกณฑ์ออกจากความจริง (normativity thesis) และศีลธรรม (separability thesis)²⁶ เนื่องจากเคลเซนมองว่าคุณค่าเหล่านี้เป็นเรื่องอัตวิสัย (objective) ที่สามารถถูกมองต่างกันไปในแต่ละปัจเจกบุคคลได้ ตัวอย่างเช่นเคลเซนได้ให้ความเห็นต่อ “ความยุติธรรม (justice)” ไว้ว่า หมายถึงความสุขของสังคมโดยรวม (social happiness) แต่เมื่อความสุขคือความรู้สึกอันเป็นอัตวิสัย จึงปฏิเสธไม่ได้ว่า ความสุขของผู้หนึ่งอาจขัดแย้งกับความสุขของอีกผู้ได้²⁷ เป็นต้น ดังนั้น สิ่งที่ไม่มีความเที่ยงตรงแน่นอนเช่นนี้จึงไม่ควรถูกนำมาปะปนกับกฎหมายที่ใช้บังคับในบ้านเมือง (positive law) ที่ควรเป็นเรื่องอัตวิสัย (subjective) สำหรับเคลเซนแล้ว การรับฟังเสียงสาธารณชนที่มีความคิดแตกต่างหลากหลายจะส่งผลต่อความมั่นคงแห่งนิติฐานะและหลักที่ว่ากฎหมายต้องปรับใช้เป็นการทั่วไป การจะต้องรับฟังเสียงของประชาชนที่ไม่มีความแน่นอนจึงเป็นเรื่องที่เคลเซนไม่สนับสนุน ดังนั้นทฤษฎีของเคลเซนจึงไม่สามารถนำมาปรับใช้ได้กับระบบลูกขุน เนื่องจากการมีอยู่ของระบบลูกขุนคือการนำความเป็นมนุษย์ ความรู้สึกนึกคิดของปวงชนธรรมดาทั่วไปมาช่วยเพิ่มมุมมองให้กับตุลาการ ซึ่งขัดแย้งกับเคลเซนในการยึดตัวบทกฎหมายมาใช้ในการตัดสินเป็นหลัก

²² ibid 228.

²³ Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously* (Bloomsbury 2013) 81.

²⁴ Ronald Dworkin, *Law's Empire* (Belknap Pr of Harvard University Press 1986) 229.

²⁵ ibid 239.

²⁶ Stanley L. Paulson, *Continental Normativism and Its British Counterpart: How Different Are They?* (Ratio Juris vol. 6 no. 3 1993) 232.

²⁷ Hans Kelsen, *What is Justice? Justice, Law and Politics in the Mirror of Science* (University of California Press 1957) 2.

แม้จะแยกคุณค่าอื่นออกจากความเป็นกฎหมาย แต่ในทฤษฎีกฎหมายบริสุทธิ์ ได้สะท้อนแนวคิดของเคล เช่นที่ว่า การที่กฎเกณฑ์/บรรทัดฐาน (norm) จะมีผลใช้บังคับ (valid) ในสังคมได้นั้นต้องมีระบบกฎหมายที่มีศักดิ์ สูงกว่าให้อำนาจและกำหนดขอบเขตเนื้อหาไว้เป็นทอด ๆ ในลักษณะคล้ายพีรามิดลำดับศักดิ์ของบรรทัดฐาน (the hierarchy of the norms) โดยอาจอธิบายให้เข้าใจได้ง่ายได้ว่า ทฤษฎีกฎหมายบริสุทธิ์ของเคลเช่นเสมือน กรอบที่ปราศจากรูปภาพ (a frame without a picture)²⁸ โดยกรอบ (frame) หมายถึงกฎหมายลำดับศักดิ์สูง กว่า (superior norm) ได้ตีกรอบ (frame) เพื่อจำกัดเนื้อหาและอำนาจของกฎหมายที่มีลำดับศักดิ์ต่ำกว่า (inferior norm) เท่านั้น แนวคิดเช่นนี้มุ่งหมายที่จะจำกัดอำนาจของผู้มีอำนาจมิให้สามารถออกกฎเกณฑ์ได้ตาม อำเอใจและเปิดโอกาสให้เฉพาะผู้ที่มีอำนาจตามที่ระบบกฎหมายได้ให้ไว้เท่านั้นที่มีอำนาจในการสร้างกฎเกณฑ์ ขึ้นได้เท่านั้น อย่างไรก็ตาม แม้จะแยกคุณค่าออกจาก “นิติศาสตร์” แต่เคลเช่นไม่เคยปฏิเสธการนำปัจจัยอื่นที่อยู่ นอกเหนือนิติศาสตร์มาใช้ในการสร้างบรรทัดฐานทางกฎหมาย เนื่องจากปัจจัยอื่น เช่น การเมือง เป็นเรื่องที่ไม่ สามารถแยกออกจากกระบวนการสร้างกฎหมาย (law-making process) ได้อยู่แล้ว²⁹ เช่นเดียวกับคำเปรียบเปรย “กรอบที่ปราศจากรูปภาพ” ที่กล่าวไปแล้วข้างต้น แม้กฎหมายลำดับศักดิ์สูงจะจำกัดกรอบเนื้อหาและอำนาจของ กฎหมายลำดับศักดิ์ต่ำกว่าไว้ แต่ก็ได้ให้พื้นที่ว่างเปล่า (without picture) ในกรอบที่ผู้สร้างกฎหมายลำดับศักดิ์ต่ำ กว่าจะสามารถละเลยสับสน (คือ การกำหนดเนื้อหาแห่งกฎหมาย) ได้อย่างเต็มที่นั่นเอง

ดังนั้น ในมุมมองเรื่องการใช้ดุลพินิจของผู้พิพากษา เคลเช่นมองว่า ในการสร้างกฎหมาย จำต้องกำหนด เนื้อหาให้มีความกว้างขวางในลักษณะเป็นบรรทัดฐานทั่วไป (general norm) แต่เนื่องด้วยผู้สร้างบรรทัดฐานอย่าง กว้าง ๆ ไม่สามารถคาดหมายถึงเหตุในอนาคตหรือพฤติกรรมแห่งคดีที่มีความละเอียดซับซ้อนในอนาคตได้ทำให้ เกิดภาวะความบกพร่องของบรรทัดฐานทั่วไป (the lack of general norm) ขึ้นมา ผู้พิพากษาจึงได้รับมอบ อำนาจให้กลายเป็นผู้สร้างกฎหมาย (legislator) และมีหน้าที่ในการนำบรรทัดฐานทั่วไปดังกล่าวที่เกี่ยวข้องกับคดี ที่ตนต้องตัดสินมาปรับและสร้างกฎหมายที่มีความเฉพาะแก่คดีนั้น ๆ เรียกว่า “บรรทัดฐานเฉพาะเรื่อง (individual norm)”³⁰

โดยกระบวนการสร้างบรรทัดฐานเฉพาะเรื่อง เคลเช่นมองว่าผู้พิพากษามีดุลพินิจกว้างขวางที่สามารถนำ เรื่องที่อยู่นอกเหนือนิติศาสตร์มาใช้ในการสร้างได้ แต่ขอบเขตเนื้อหาและอำนาจต้องเป็นไปตามแนวคิดเรื่องลำดับ ศักดิ์ของบรรทัดฐานด้วย เช่น ในเรื่องการคำตัดสินถูกผิดของผู้พิพากษานั้นไม่ใช่คำตัดสินในเชิงตรรกะหรือบรรทัด ฐานส่วนบุคคล แต่เป็นการตัดสินไปตามบรรทัดฐานทั่วไปที่มีผลบังคับใช้อยู่แล้ว โดยบรรทัดฐานเฉพาะเรื่องของผู้ พิพากษาที่ถูกจำกัดขอบเขตการใช้กับเหตุการณ์เฉพาะแต่ละเรื่องเท่านั้น ในขณะที่บรรทัดฐานทั่วไป (หรือที่ เรียกว่า “กฎหมาย”) ถูกบังคับใช้เป็นการทั่วไป³¹ ดังนั้น หากเป็นคดีที่ไม่มีบรรทัดฐานทั่วไปสอดคล้องอยู่แล้ว

²⁸ Frederick Schauer, *In Hans Kelsen's Pure Theory of Law: Conceptions and Misconceptions* (Archiv- für Rechts- und Sozialphilosophie, Beihefte Band 2020) 163.

²⁹ Hans Kelsen, *Science and Politics*, (The American Political Science Review Vol. 45 No. 3 (Sep., 1951) 654.

³⁰ Hans Kelsen, *General Theory of Law and State* (Harvard University Press 1946) 145-146.

³¹ Hans Kelsen, *Pure Theory of Law*, (University of California Press 1967) 19.

ผู้พิพากษาจะไม่สามารถสร้างบรรทัดเฉพาะเรื่องขึ้นมาได้เลย³² และไม่สามารถใช้วิธีเทียบเคียงกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่ง (analogy/argumentum e contrario)³³ ได้ด้วยเช่นกัน

นอกจากนั้น เคลเซ่นมองว่าผู้พิพากษามีภาระในการละทิ้งคุณค่าส่วนตัว (personal values) ในการทำงานด้วย³⁴ ดังนั้น การเป็นผู้พิพากษาจึงไม่สมควรอ้างเรื่องการไร้ความสามารถในการแยกแยะความรู้สึกส่วนตัวออกจากการตัดสินใจเพื่อปฏิเสธการทำงานดังที่ผู้พิพากษาสมมติในกรณีศึกษาอ้าง

3.3 การพิจารณาถึงเจตจำนงของกฎหมาย

ดวอร์คินให้ความสำคัญกับสิทธิของประชาชนที่จะได้รับความใส่ใจอย่างเท่าเทียมกัน โดยสิทธิที่สะท้อนศักดิ์ศรีแห่งความเป็นมนุษย์ดังกล่าวถือเป็นองค์ประกอบสำคัญที่จำเป็นต่อพื้นฐานของความเป็นกฎหมาย³⁵ ซึ่งสะท้อนความคิดของคนส่วนใหญ่ได้ ความเป็นสังคมแห่งสิทธิของดวอร์คินจึงมีองค์ประกอบเป็นหลักการที่มีคุณค่าเชิงศีลธรรมที่เน้นศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์รวมถึงความเสมอภาคและความเท่าเทียม สิทธิของประชาชนจึงเป็นเรื่องที่มีความสำคัญเหนือกว่าเรื่องอื่น ๆ ทั้งนโยบายและอรรถประโยชน์³⁶

หลักการแห่งกฎหมายยังเป็นตัวกำหนดความชอบธรรมของการใช้อำนาจตุลาการด้วยกล่าวคือเมื่อเป็นกรณีคดียาก ผู้พิพากษาอาจไม่ควรเลือกยึดติดกับตัวบทกฎหมายเพียงอย่างเดียว แต่ต้องอาศัยการตีความโดยการให้เหตุผลในลักษณะที่คล้ายคลึงกับข้ออ้างเชิงจริยธรรมเพื่อจะค้นหาหลักการของกฎหมายด้วย สามารถกล่าวได้ว่ากระบวนการตีความกฎหมายเป็นการให้ผู้พิพากษาศึกษาความหมายโดยค้นหาหลักการผ่านทางศีลธรรมเพื่อให้เกิดความเที่ยงตรงเป็นธรรมมากที่สุดอันเป็นการสอดคล้องกับแนวคิดมนุษยนิยมทางกฎหมาย จึงปฏิเสธไม่ได้เลยว่างานเขียนของดวอร์คินถือเป็นงานเขียนที่สำคัญที่สุดชิ้นหนึ่งในการทำ ความเข้าใจสิทธิมนุษยชน³⁷

สำหรับเคลเซ่น เมื่อพิจารณาในทางข้อเท็จจริงจะเห็นได้ว่า กฎหมายที่มีสภาพบังคับในสังคมจะผูกพันประชาชนอยู่ถึงแม้ผู้สร้างกฎหมายฉบับนั้น ๆ จะสิ้นชีพไปแล้ว ซึ่งสะท้อนให้เห็นว่า เจตจำนงหรือความคิดเบื้องหลังของผู้สร้างกฎหมายที่มีต่อกฎหมายที่ตนออกนั้นมีใช้สาร์ตละที่ต้องนำมาพิจารณาเมื่อใช้กฎหมายใด นอกจากนั้น เคลเซ่นได้คัดค้านแนวคิดของ จอห์น ออสติน (John Austin) นักทฤษฎีนิติศาสตร์ชาวอังกฤษที่กล่าวว่า กฎหมายสะท้อนถึงเจตจำนงของผู้สร้างกฎหมาย ว่าในความเป็นจริงอาจไม่เป็นเช่นนั้นทุกครั้ง ตัวอย่าง คือ ในการออกกฎหมายหลายฉบับ นักกฎหมายอาจเข้าใจถึงเจตนารมณ์ของกฎหมายนั้น ๆ แต่เข้าใจเนื้อหาของตัวบททุกอย่างเสมอไป³⁸ เช่น ในกรณีที่กฎหมายฉบับนั้น ๆ มีความเกี่ยวพันกับความรู้ศาสตร์อื่นที่ไม่สัมพันธ์กับนิติศาสตร์ เช่น วิทยาศาสตร์ เป็นต้น

³² Hans Kelsen, *General Theory of Law and State* (Harvard University Press 1946) 149-150.

³³ Stanley L. Paulson, 'Hans Kelsen on legal interpretation, legal cognition, and legal science' (2019) *Jurisprudence* 10/2 < <https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/20403313.2019.1604887?scroll=top&needAccess=true&role=tab> > accessed 26 December 2022

³⁴ Henry Cohen, *Kelsen's Pure Theory of Law* (The Catholic Lawyer Vol. 26 No. 2 1981) 155.

³⁵ Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously* (Bloomsbury 2013) 272-273.

³⁶ *ibid* 81-105 232 239 274.

³⁷ Jack Donnelly, *Book Review A Matter of Principle*, (The Johns Hopkins University Press) 342.

³⁸ Hans Kelsen, *The Pure Theory of Law and Analytical Jurisprudence*, (Harvard Law Review Vol. 55 No. 1 (Nov., 1941) 57-59.

จากแนวคิดดังกล่าวของเคลเซนแสดงให้เห็นว่า เคลเซนมองว่ากฎหมายมีสภาพบังคับในตัวเองอยู่แล้วโดยการใช้กฎหมายพิจารณาได้จากลักษณะถ้อยประโยคของกฎหมายนั้น ๆ ก็เพียงพอ จึงไม่มีความจำเป็นที่จะต้องพิจารณาถึงเจตจำนงของผู้สร้างกฎหมายแต่อย่างใด

3.4 เปรียบเทียบกรณีของนักสำรวจจสเปลันเซียนกับคดีที่เกิดขึ้นจริง

ในความเป็นจริง มีหลากหลายคดีที่มีประเด็นเรื่องความขัดแย้งทางศีลธรรมและกฎหมายบ้านเมืองซึ่งมีความน่าสนใจ เหมาะแก่การนำมาเปรียบเทียบเพื่อวิพากษ์และวิเคราะห์ถึงเหตุผลและหลักกฎหมายต่าง ๆ ที่ศาลอ้าง ตัวอย่างเช่น คดีระหว่างเกฟเคนกับประเทศเยอรมนี พิจารณาโดยศาลสิทธิมนุษยชนยุโรป (European Court of Human Rights หรือ ECHR) ในปี ค.ศ. 2010³⁹ หรือ คดีสัญญาฆ่ากินคนของอาร์มิน เมเวส (Armin Meiwes) เป็นต้น ซึ่งจากการเปรียบเทียบได้นำมาสู่ประเด็นพิจารณา ดังนี้

ในประเด็นสิทธิมนุษยชน แม้ฟูลเลอร์ไม่ได้เขียนไว้ในกรณีศึกษาว่าเครื่องจักรภาพเป็นภาคีหรือผูกพันกับกฎหมายระหว่างประเทศเรื่องสิทธิมนุษยชน แต่ในสังคมสมัยใหม่ สิทธิมนุษยชนถือว่าเป็นสิทธิทั่วไปที่มนุษย์สามารถรับรู้ได้อย่างสากลและสังคมต้องผูกพัน อย่างไรก็ตาม ความพยายามในการบัญญัติสิทธิมนุษยชนเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรระหว่างรัฐและองค์กรด้านกฎหมายทั่วโลกได้สร้างปัญหาว่า การยึดหลักโดยอาศัยเพียงสิทธิที่บัญญัติไว้ในบทบัญญัติกฎหมายกลับกลายเป็นการจำกัดความหมายและขอบเขตของสิทธิมนุษยชนให้แคบลงหรือไม่⁴⁰ ซึ่งคล้ายคลึงกับประเด็นปัญหาในการตีความหาขอบเขตของศีลธรรม ดังนั้น การที่ดอว์คินมีแนวคิดที่เปิดช่องให้สามารถตีความเพื่อค้นหาหลักการภายในกฎหมายที่ไม่ได้เป็นลายลักษณ์อักษรจึงอาจเป็นทางออกที่ทำให้การตีความขอบเขตของสิทธิมนุษยชน (และขอบเขตของศีลธรรม) ไม่ถูกตีกรอบให้แคบจนเกินไป

นอกจากสิทธิมนุษยชนของจำเลยทั้งสี่แล้ว อีกสิ่งสำคัญที่ศาลต้องพิจารณาประกอบด้วย คือ “สิทธิมนุษยชนของเวตมอร์” เนื่องจากขณะจำเลยได้กระทำความผิดตามกฎหมาย เวตมอร์ยังมีชีวิตอยู่และมีสิทธิมนุษยชนที่รัฐพึงปกป้องไม่ให้ใครละเมิดได้ (ในกรณีที่รัฐเป็นภาคีและผูกพันตามสนธิสัญญาระหว่างประเทศเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชน) สิ่งที่ต้องพิจารณาต่อมาคือ เวตมอร์มีสิทธิใดบ้างที่รัฐต้องปกป้อง

แน่นอนว่า สิทธิมนุษยชนพื้นฐานอย่างแรกที่รัฐต้องปกป้องคือ “สิทธิในการมีชีวิต (right to live)” ของเวตมอร์ที่ให้สมาชิกทั้งสี่พรากไปไม่ได้ อย่างไรก็ตาม ต้องคำนึงถึง “สัญญาเกมเสี่ยงทายชีวิต” ที่เวตมอร์ตกลงด้วย แม้พอคาดหมายได้ว่าสัญญาดังกล่าวขัดต่อหลักในการทำสัญญาพื้นฐานซึ่งทำให้สัญญาดังกล่าวตกไม่ชอบด้วยกฎหมาย⁴¹ แต่ต้องพิจารณาต่อว่า หากมองด้วยแนวคิดสังคมนิยม การกระทำดังกล่าวของเวตมอร์อาจเป็นการใช้สิทธิ

³⁹ *GÄFGEN v GERMANY* App no 22978/05 (ECtHR, 1 June 2010)

⁴⁰ Steven Greer, *Being "realistic" about human rights* (Northern Ireland Legal Quarterly Vol. 60 No. 2 2009) 156.

⁴¹ ในคดีที่ อาร์มิน เมเวส ตกเป็นจำเลย ในปี ค.ศ. 2004 ศาลได้มีคำตัดสินให้จำเลยมีความผิดฐาน “ฆ่าผู้อื่น (manslaughter) โดยมีเหตุกรรจ์ (Mord)” ตามมาตรา 211 แห่งประมวลกฎหมายอาญาของประเทศเยอรมนี แม้จำเลยอ้างว่าการฆ่าและบริโภคเนื้อผู้ตายจะเกิดจากสัญญาที่เกิดจากความสมัครใจ (a willingness agreement) ของจำเลยและผู้ตายก็ตาม โดยศาลให้เหตุผลว่าถึงแม้การกระทำของจำเลยจะไม่ได้เกิดจากเจตนาชั่วร้าย แต่การกระทำดังกล่าวก็ถูกมองว่า “เป็นสิ่งที่น่ารังเกียจในสังคมที่เจริญแล้ว” และ “การฆ่าและชำแหละมนุษย์ยังเป็นสิ่งที่ถูกประณามโดยสังคม” โดยต่อมา ในปี ค.ศ. 2005 ศาลเยอรมันได้มีคำสั่งให้พิจารณาคดีดังกล่าวใหม่และในปี ค.ศ. 2006 ศาลชั้นต้นแฟรงเฟิร์ตมีคำตัดสินให้

มนุษย์ชนเรื่อง “สิทธิเสรีภาพในการตัดสินใจ (freedom to make choices)” และสิทธิในการกำหนดตัวเอง (right of self-determination) ซึ่งสัญญาดังกล่าวอาจมีพฤติการณ์คล้ายคลึงกับกรณี “การุณยฆาต (euthanasia)”⁴² ซึ่งมีลักษณะของการทำให้ผู้อื่นตายตามเจตนาของผู้หนึ่งหรือไม่ แม้การมองในทัศนะเช่นว่าอาจทำให้การฆ่าเวตมอร์ของจำเลยทั้งสี่ตามสัญญาดูมีความชอบธรรมขึ้นมา แต่เมื่อวิเคราะห์แล้วจะเห็นข้อกังขาว่า ในทางปฏิบัติ ศาลมักอ้างสิทธิมนุษยชนกรณีที่เป็นสิทธิที่ปรากฏตามสนธิสัญญาระหว่างประเทศมากกว่าการอ้างสิทธิที่ไม่ถูกบัญญัติเป็นกฎหมาย และไม่ปรากฏหลักฐานใดในบทความของฟูลเลอร์ที่จะยืนยันได้เลยว่าเวตมอร์สมควรใจปฏิบัติตามสัญญาจริง นอกจากนั้น ในกรณีการุณยฆาต ยังไม่ปรากฏสนธิสัญญาระหว่างประเทศและกฎหมายภายในฉบับใดที่เขียนให้สิทธิในการเลือกที่จะตาย⁴³ ได้อย่างสมบูรณ์โดยปราศจากเงื่อนไข และในรัฐที่ยังไม่มีกฎหมายให้สามารถทำได้ การทำการุณยฆาตก็ยังถือเป็นความผิดฐานฆ่าผู้อื่นอยู่ จึงสังเกตได้ว่าแนวทางปฏิบัติตามความเป็นจริงมีความสอดคล้องกับแนวคิดของเคลเซ่นและแนวคิดของสำนักกฎหมายปฏิฐานนิยมที่มองว่าความชอบธรรมของการกระทำใด ๆ ขึ้นอยู่กับการมีกฎหมายบ้านเมืองให้อำนาจไว้นั่นเอง

3.5 แนวคิดของดวอร์คินและเคลเซ่นต่อกรณีของนักสำรวจสเปล์นเซียน

หากนำทฤษฎีของดวอร์คินมาปรับใช้ในการตัดสินกรณีดังกล่าวเป็นการยากที่จะบอกได้ว่าอะไรคือหลักการตามศีลธรรมที่จะนำไปสู่คำตอบที่ถูกต้องเพียงหนึ่งเดียว เพราะแนวคิดดังกล่าวของดวอร์คินไม่ได้กำหนดมาตรฐานใดไว้ทำให้เป็นการยากที่จะสรุปได้ว่าหากเป็นดวอร์คินแล้วเขาจะคิดเห็นอย่างไรและคำพิพากษาของผู้พิพากษาคนไหนที่จะเป็นคำตอบที่ถูกต้องหนึ่งเดียว เพราะไม่อาจรู้ได้ว่าผู้พิพากษาเฮอร์คิวลิสของดวอร์คินคือใคร กรณีนี้จึงเป็นตัวอย่างที่ทำให้เห็นว่าการเปิดโอกาสให้ผู้พิพากษาเป็นผู้ที่สืบสาวหาหลักการทางศีลธรรมเพื่อปรับใช้กฎเกณฑ์ของดวอร์คินนั้นเป็นเพียงการเปิดช่องให้ผู้พิพากษาใช้ความเชื่อส่วนตัวทางศีลธรรมในการกำหนดคำพิพากษาเท่านั้น⁴⁴

หากนำทฤษฎีของเคลเซ่นมาปรับใช้ในการตัดสินกรณีดังกล่าว ก็ต้องวิเคราะห์ถึงกฎหมายที่บัญญัติอยู่ในขณะนั้นว่าบัญญัติในเรื่องความผิดในกรณีดังกล่าวไว้อย่างไร และมีกฎหมายลำดับศักดิ์สูงกว่าให้อำนาจในการปรับลดโทษได้หรือไม่ เมื่อข้อเท็จจริงในคดีดังกล่าววิเคราะห์ได้ว่า ถึงแม้คดีจะพฤติการณ์ความกำกวมทางศีลธรรมที่สร้างสภาวะกลืนไม่เข้าคายไม่ออก แต่เมื่อกฎหมายแห่งเครือจักรภพได้บัญญัติโทษประหารให้แก่ความผิดฐานฆ่าคนตายโดยเจตนา และไม่ปรากฏบทลดโทษหรือลดโทษไว้ ผู้พิพากษาจึงต้องสร้างบรรทัดฐานเฉพาะเรื่องภายใต้กรอบกฎหมายดังกล่าวอย่างเคร่งครัด ดังนั้น จำเลยทั้งสี่จึงสมควรถูกลงโทษประหารชีวิต จากฐานความผิด

จำเลยมีความผิดฐานฆ่าผู้อื่น (Totschlag) ตามมาตรา 212 เพิ่มขึ้นมาด้วย ซึ่งศาลให้เหตุผลว่าจำเลยไม่สามารถยินยอมกับการทำสัญญาดังกล่าวได้เนื่องจาก “จำเลยมีภาระที่ต้องรับรู้ได้เองว่าผู้ที่ให้ความยินยอมในลักษณะดังกล่าวย่อมเกิดจากความผิดปกติทางจิตและความบกพร่องของความสามารถในการแสดงเจตนา” ดู Charles J. Reid Jr., *Eat What You Kill: Or, a Strange and Gothic Tale of Cannibalism by Consent* (2013) 39 N.C. J. Int'l L. 423.

⁴² Bald de Vries & Lyana Francot, *Information, Decision and Self-Determination: Euthanasia as a Case Study* (2009) 6 SCRIPTed 558.

⁴³ Leticia Mora, ‘An International Human Right to Die With Dignity?’ (2019) <<https://oneill.law.georgetown.edu/an-international-human-right-to-die-with-dignity/>> accessed December 24, 2022

⁴⁴ J.W. Harris, *Legal Philosophies*, (Oxford University 2011) 210.

ฆ่าผู้อื่นโดยเจตนา โดยไม่สามารถลดโทษหรือละเว้นโทษให้แก่จำเลยได้เนื่องจากปราศจากกฎหมายลำดับศักดิ์สูงกว่าที่ให้อำนาจให้ทำเช่นนั้นได้ แม้คำตัดสินดังกล่าวอาจค้านกับเสียงของสาธารณชนก็ตาม

4. ข้อวิจารณ์ทฤษฎีของดอร์คินและเคลเซ่น

ทั้งแนวคิดของดอร์คิน เรื่องกฎหมายกับศีลธรรมและการปฏิบัติหน้าที่ของผู้พิพากษา และแนวคิดของเคลเซ่น เรื่องทฤษฎีกฎหมายบริสุทธิ์ ต่างมีข้อดีต่อการมาปรับใช้กับกรณีศึกษาด้วยกันทั้งคู่ อย่างไรก็ตาม มีข้อสังเกตถึงข้อโหว่ของแนวคิดบางประการ ดังนี้

4.1 ข้อวิจารณ์ต่อแนวคิดของโรนัลด์ ดอร์คิน

- ความไม่แน่นอนของหลักการตามศีลธรรม

แนวความคิดของดอร์คินในเรื่องการพิจารณาหลักการทางศีลธรรมควบคู่ไปกับกฎเกณฑ์เสมอมนั้นถูกโต้เถียงจากนักนิติปรัชญาคนอื่น ๆ โดยประเด็นที่ชัดเจนที่สุดคือแนวความคิดของดอร์คินเป็นแนวความคิดที่ไม่มีมาตรฐานที่ใช้วัดคุณค่าทางจริยธรรม เราไม่อาจรู้ได้เลยว่ามาตรฐานทางศีลธรรมของดอร์คินคืออะไรดังที่ฮาร์ทได้กล่าวว่าดอร์คินเป็นนักฝันผู้รอบรู้ทุกสิ่งที่ไม่สามารถปฏิบัติได้⁴⁵ แนวคิดของดอร์คินจึงเป็นทฤษฎีกฎหมายที่เน้นความควรจะเป็นมากกว่าทฤษฎีกฎหมายที่มีความสมจริง ทฤษฎีดังกล่าวจึงเหมาะสมที่จะใช้ในระบบกฎหมายที่มีมาตรฐานความยุติธรรมแล้วเท่านั้น

นอกจากนั้น แนวความคิดของดอร์คินยังมีปัญหาในเรื่องของคำตอบที่ถูกต้องเพียงหนึ่งเดียวของข้อพิพาทที่ไม่มีผู้ใดจะสามารถรู้ได้ถึงคำตอบที่ถูกต้องเพียงหนึ่งเดียวนั้นได้เลย ดังจะเห็นได้จากในคดีที่ยากเรื่องหนึ่งความเห็นของผู้พิพากษาแต่ละคนอาจเห็นไม่เหมือนกัน สุดท้ายแล้วการเปิดโอกาสให้ผู้พิพากษาทำหน้าที่ในการสืบสาวหาหลักการตามศีลธรรมเพื่อนำไปสู่คำตอบที่ถูกต้องเพียงหนึ่งเดียวอาจเป็นเพียงการเปิดช่องให้ผู้พิพากษาใช้ความเชื่อส่วนตัวทางศีลธรรมในการกำหนดคำพิพากษานั้น⁴⁶

ดังนั้นจึงเห็นได้ว่าทฤษฎีกฎหมายธรรมชาตินี้แนวคิดความหมายของดอร์คินจึงเป็นเพียงแนวความคิดอันสุดโต่งไม่สามารถนำมาปรับใช้ในความเป็นจริงได้

- ใครคือผู้พิพากษาในอุดมคติ

จากแนวคิดของดอร์คินที่เชื่อมั่นในการดำรงอยู่ของหลักการเชิงศีลธรรมภายในกฎหมาย ดอร์คินจึงเชื่อในสิ่งที่เรียกว่า ‘คำตอบที่ถูกต้องเพียงหนึ่งเดียว’ และคำตอบที่ถูกต้องเพียงหนึ่งเดียวดังกล่าวสามารถค้นพบโดยผู้พิพากษาที่มีภาพลักษณ์ราวอุดมคติ ผู้ซึ่งมีความเข้าใจอย่างถ่องแท้ต่อการตีความกฎหมายซึ่งดอร์คินเรียกว่าผู้

⁴⁵ จรัญ โฆษณานันท์, *นิติปรัชญา* (สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง 2563) 200.

⁴⁶ J.W. Harris, *Legal Philosophies* (Oxford University 2011) 210.

พิพากษาเฮอร์คิวลิส แต่ทั้งนี้ก็มีข้อพิจารณาว่าทั้งแนวคิดเรื่องคำตอบที่ถูกต้องเพียงหนึ่งเดียว และผู้พิพากษาในอุดมคติของดอร์คินอาจไม่มีอยู่จริง

ผู้พิพากษาเฮอร์คิวลิส⁴⁷ คือผู้พิพากษาในอุดมคติตามแนวคิดของดอร์คินจะตัดสินคดีโดยยึดมั่นในหลักความยุติธรรม (justice) หลักความเป็นธรรม (fairness) และกระบวนการพิจารณาความเป็นธรรม (procedural due process)⁴⁸ โดยต้องพิจารณาซึ่งน้ำหนักหลักการทั้งสามและค้นหาทางออกที่ดีที่สุดที่เข้าได้กับข้อกฎหมายด้วย นอกจากนี้ผู้พิพากษาเฮอร์คิวลิสยังต้องใช้อำนาจตัดสินคดีโดยอยู่ภายในสิ่งเหนี่ยวรั้งภายใต้หลักนิติธรรม อาทิ เช่น ความซื่อตรงต่อหลักการ การไม่สร้างหลักกฎหมาย (ช้อยกเว้น) ขึ้นใหม่ตามใจชอบ การบังคับใช้กฎหมายตามหลักการอย่างคงเส้นคงวา หากผู้พิพากษาไม่ใช้อำนาจภายใต้สิ่งเหนี่ยวรั้งดังกล่าว ย่อมไม่อาจนำไปสู่คำตอบที่ถูกต้องได้ ทว่าในความเป็นจริงแล้วจะเห็นได้ว่าเป็นไปได้ยากนักที่ผู้พิพากษาจะสามารถยึดมั่นในหลักการทั้งหลายเหล่านี้ได้อย่างครบถ้วนสม่ำเสมอ ทั้งนี้เนื่องจากผู้พิพากษาเองก็เป็นมนุษย์ปุถุชนคนหนึ่งซึ่งอาจมีความคิด ความเชื่อ และประสบการณ์ส่วนตัว สดท้ายแล้วผู้พิพากษาอาจเลือกใช้ความคิดความเชื่อส่วนตัวในการกำหนดคำพิพากษาขึ้นได้ ดังนั้นแนวคิดเรื่องผู้พิพากษาในอุดมคติของดอร์คินจึงอาจเป็นไปได้ยากในความเป็นจริง

4.2 ข้อวิจารณ์ต่อแนวคิดของฮันส์ เคลเซน

- ความเข้มงวดของทฤษฎีกฎหมายบริสุทธิ์

ตัวอย่างเหตุการณ์ “กฤษฎีกาปรัสเซีย” ที่ประกาศใช้ตามมาตรา 48 แห่งรัฐธรรมนูญไวมาร์ นำไปสู่การโต้เถียงระหว่าง ฮันส์ เคลเซน และ คาร์ล ชมิทต์ (Carl Schmitt) ถึงเรื่องขอบเขตอำนาจของประธานาธิบดีที่มีพื้นที่กว้างจนกลายมาเป็นเครื่องมือในการกำจัดผู้ที่เห็นต่างทางการเมืองและส่งเสริมให้ประธานาธิบดีกลายเป็นเผด็จการผู้ใช้อำนาจสูงสุด โดยเคลเซนได้เสนอความคิดเห็นว่า รัฐสภา เป็นองค์กรทางการเมืองที่ดีที่สุด⁴⁹ เนื่องจากเป็นสถาบันที่เป็นตัวกลางระหว่างรัฐและประชาชนในการหาข้อตกลงร่วมกันและยุติความขัดแย้งทางการเมือง ความคิดในส่วนนี้สะท้อนถึงการสนับสนุนประชาธิปไตยแบบเสรีนิยมที่มุ่งขจัดความไม่สงบเรียบร้อยและความปรองดองในสังคมเพื่อไม่ให้เกิดวิกฤตการณ์ทางการเมืองอย่างที่เขาสงสัยพบเจอมา แต่ในขณะเดียวกัน เคลเซนเองปฏิเสธที่จะให้คำนิยามความยุติธรรมที่ยึดโยงกับคนในสังคม โดยเขากลับให้ความเห็นว่าคุณธรรมควรมองในแง่ของกฎหมายมากกว่าความรู้สึกนึกคิดของคน

นอกจากนั้น ในเรื่องแนวคิดของเคลเซนในประเด็นความเคร่งครัดเรื่องที่มาและขอบเขตของอำนาจและเนื้อหาของกฎหมายซึ่งมีผลให้ผู้พิพากษาไม่สามารถตัดสินเป็นอื่นให้ต่างจากบรรทัดฐานที่มีอยู่แล้วได้เลยแม้แต่ในกรณีที่กฎหมายล้าหลังหรือคดีมีพฤติการณ์ใหม่ ๆ ที่กฎหมายบ้านเมืองยังครอบคลุมไปไม่ถึง จึงเห็นได้ว่า ทฤษฎีของเคลเซนยังขาดมุมมองที่ว่า หากเกิดเหตุการณ์ที่ประชาชนไม่พอใจและยอมรับในคำตัดสินพิพากษาของศาล จะมีวิธีการการระงับความวุ่นวายขัดแย้งที่เกิดขึ้นให้ทันท่วงทีได้อย่างไร (นอกจากการปรับปรุงพัฒนาสร้างกฎหมายใหม่ในภายหลังซึ่งอาจล่าช้าเกินไป) ซึ่งในจุดนี้เคลเซนไม่ได้เสนอวิธีการรองรับไว้แต่อย่างใด

⁴⁷ Ronald Dworkin, *Law's Empire* (Belknap Pr of Harvard University Press 1986) 239.

⁴⁸ ibid 225.

⁴⁹ Hans Kelsen, *The Essence and Value of Democracy* (Rowman & Littlefield 2013) 40, 69.

ช่องว่างดังกล่าวนำไปสู่การโต้แย้งของสำนักแนวคิดสังคมนิยมทางกฎหมายต่อทฤษฎีของเคลเซ่นว่าเข้มงวดกับการใช้กฎหมายมากเกินไปจนไม่เปิดช่องว่างหรือพื้นที่สำหรับการนำไปปรับใช้กับเหตุการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไปอย่างรวดเร็วของสังคม ดังที่ขมิตต์เองก็ได้โต้แย้งเคลเซ่นในประเด็นนี้ด้วย

การวิเคราะห์ข้างต้นสอดคล้องกับผลลัพธ์การทดลองวินิจฉัยกรณีศึกษาตามแนวคิดของเคลเซ่นในบทก่อนหน้าว่า คำตัดสินย่อมขัดแย้งกับเสียงของสาธารณชนและมีแนวโน้มอย่างสูงที่จะนำสังคมไปสู่ความไม่พอใจและความวุ่นวายของประชาชน จึงตั้งข้อสังเกตได้ว่า การบังคับใช้กฎหมายโดยไม่ฟังเสียงของผู้ที่ต้องอยู่ภายใต้กฎหมาย, การบัญญัติกระบวนการพิจารณาที่เข้มงวดเกินไป, และการปราศจากวิธีระงับความวุ่นวายที่เกิดขึ้นอย่างทัน่วงที อาจทำให้ตัวบทกฎหมายเองกลายเป็นชนวนความขัดแย้งภายในสังคม ซึ่งย่อมตรงข้ามกับเจตจำนงของเคลเซ่นเองที่ต้องการให้สังคมประนีประนอมต่อกันเพื่อลดความขัดแย้ง

สรุป

จากการวิเคราะห์ทั้งหมดข้างต้นสรุปได้ว่า การหยิบยกทฤษฎีของดวอร์คินหรือเคลเซ่นมาใช้ในการพิจารณาคดีของตุลาการย่อมมีข้อดีในแง่การเปิดโอกาสให้ผู้พิพากษาค้นหาความจริงนอกเหนือกฎหมายบ้านเมือง (แนวคิดของดวอร์คิน) และในแง่การป้องกันมิให้ตุลาการสร้างบรรทัดฐานทางกฎหมายตามอำเภอใจได้ (แนวคิดของเคลเซ่น) อย่างไรก็ตาม หากหยิบยกแนวคิดของนักกฎหมายคนใดคนหนึ่งมาใช้อย่างเคร่งครัดโดยเฉพาะคดีที่มีความขัดแย้งทางศีลธรรมและกฎหมายบ้านเมืองดังกรณีศึกษา ก็อาจนำไปสู่ปัญหาตามข้อวิจารณ์ที่กล่าวไปแล้วได้ ดังนั้น เพื่อเป็นการก่อให้เกิดประโยชน์สูงสุด เราอาจนำแนวคิดทั้งหลายเหล่านี้มาปรับใช้ร่วมกันให้เข้ากับสถานการณ์ในสังคม โดยนำข้อดีไปใช้อย่างเหมาะสมและสร้างวิธีการเพื่อมาอุดข้อเสียของทฤษฎีของทั้งดวอร์คินและเคลเซ่นด้วย