

การใช้ดุลยพินิจและเหตุผลของผู้พิพากษาในทฤษฎีทางนิติปรัชญาของ
H.L.A. Hart
The Use of Discretion and Reasons of Judges through the Lens of
Legal Philosophy of H.L.A. Hart

อรุณรุ่ง ขำนาท
Arunrung Khamnat
วศิน ศิวาลัย
Wasin Siwarai
กัณฑ์วิชญ์ ทันประโยชน์
Kanthawit Thanprayot
เกษร วิจิตรวัฒนานนท์
Kesorn Vijitwattananon
เนตรนภา เชียงเนา
Netnapha Chiangnao
วรกิจ ทีสุกะ
Worakij Teesuga
ธัญญา สายันท์กุลดิлок
Tanatchya Sayankuldilok
ภุริชญา นาคศรีเจริญ
Phurichya Narksreecharoen

นิสิตในหลักสูตรนิติศาสตรบัณฑิต (ปริญญาตรี)
คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ถนนพญาไท แขวงวังใหม่ เขตปทุมวัน กรุงเทพฯ 10330
LL.B Candidates
Faculty of Law, Chulalongkorn University, Phayathai Road, Pathumwan, Bangkok 10300
Corresponding author Email: 6449007734@student.chula.ac.th
(Received: January 20, 2025; Revised: January 30, 2025; Accepted: January 30, 2025)

บทคัดย่อ

“ศาลเป็นที่พึ่งสุดท้ายของประชาชน” เป็นการกล่าวถึงอำนาจในการพิจารณาพิพากษาคดีซึ่งผู้พิพากษาต้องใช้ดุลยพินิจในการพิจารณาและพิพากษา ในเวลาที่มีความขัดแย้งต้องการความยุติธรรม และต้องการคำตัดสิน ตามหลักของนิติรัฐ ผู้พิพากษาใช้อำนาจทางตุลาการตามหลักการแบ่งแยกอำนาจคู่ไปกับฝ่ายนิติบัญญัติที่มีหน้าที่ในการตรากฎหมาย และฝ่ายบริหารที่มีหน้าที่ในการตรวจสอบและควบคุมการใช้อำนาจรัฐเพื่อคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน การใช้ดุลยพินิจของผู้พิพากษามาตามแนวคิดของ เอช แอล เอ ฮาร์ท แห่งสำนักกฎหมายบ้านเมือง ในศตวรรษที่ 20 ได้มีการกล่าวถึงการใช้ดุลยพินิจของ

ผู้พิพากษาในคดีที่มีความซับซ้อน เมื่อนำหลักเกณฑ์ทางกฎหมาย ปฐมภูมิ และทุติยภูมิ มาปรับใช้ไม่ได้ ผู้พิพากษาย่อมมีอำนาจในการพิพากษานอกเหนือกฎหมายได้ เพื่อลดช่องว่างในการใช้กฎหมาย แต่การที่ให้ผู้พิพากษาใช้ดุลพินิจนอกเหนือกฎหมาย อาจเป็นการให้อำนาจผู้พิพากษาในการแก้ไขเปลี่ยนแปลงกฎหมาย เป็นการใช้อำนาจลบล้างอำนาจนิติบัญญัติ ซึ่งขัดต่อหลักการแบ่งแยกอำนาจอันเป็นหลักการที่สำคัญของหลักในระบบนิติรัฐ ดังนั้น เพื่อป้องกันการใช้อำนาจในลักษณะดังกล่าว ผู้พิพากษาสามารถใช้ดุลพินิจในการพิจารณาคดีโดยต้องกระทำตามกรอบของกฎหมาย และในกรณีที่คดีมีความยุ่งยากซับซ้อน ไม่มีกฎหมายตามตัวอักษรที่จะยกมาปรับใช้กับคดีได้ เพื่อลดช่องว่างของกฎหมาย ผู้พิพากษาสามารถที่จะมีอำนาจในการพิจารณาคดีนอกเหนือจากกฎหมายตามตัวอักษร แต่ต้องอยู่ภายใต้หลักแห่งกฎหมายทั่วไป ซึ่งผู้พิพากษามีหน้าที่จะต้องค้นหา ถ้าต้องการที่จะเปลี่ยนแปลงแก้ไขก็ควรเป็นหน้าที่ฝ่ายนิติบัญญัติในการเปลี่ยนแปลงแก้ไข และถ้าต้องการเปลี่ยนแปลงการลงโทษก็ควรเป็นหน้าที่ของฝ่ายบริหารซึ่งเป็นไปตามหลักการ Executive Clemency ดังที่ผู้พิพากษาทรูเพนนี่ ได้ให้ความเห็นในบทความ กรณีนักสำรวจสเปลันเซียน (The Case of Speluncean Explorers)

คำสำคัญ: การใช้ดุลพินิจของผู้พิพากษา, ช่องว่างของกฎหมาย, หลักนิติรัฐ

Abstract

“Court is the last resort of people” is the statement about the power to try and adjudicate cases in which judges have to have the discretion to try and adjudicate cases when controversies have arisen, and a sentence is needed for justice. According to the legal state and Separation of Powers, judges have the judicial power. Legislatures have the legislative power. Executives are responsible for inspecting and controlling the state power for people’s rights and freedom protection. H. L. A. Hart stated the discretion in complicated cases in which primary law and subordinate legislation could not be applied. Judges could have the power to try and adjudicate cases without those laws to reduce the gap in law enforcement. However, discretion without laws may result in the power of law adjustment which overthrows the legislative power and goes against the Separation of Powers which is an important principle of the legal state. Therefore, to protect against the abovementioned abuse of power. The judges should try and adjudicate cases under the laws. In complicated cases in which written law cannot be applied, the judges could try and adjudicate cases without those laws but still be under the general principles of law. It is the responsibility of the judges to search for it. Let the legislatures be responsible for law adjustment. Let the executives be responsible for the adjustment of the penalties. Those follow the principles of Executive Clemency and Truepenny Judge’s comments in the Case of Speluncean Explorers.

Keywords: Adjudication of Judge, Gap of Law, Legal State

บทนำ

การใช้ดุลพินิจของผู้พิพากษาเป็นกระบวนการทางกฎหมายที่มุ่งเน้นการพิจารณาข้อพิพาทหรือคดีต่าง ๆ โดยส่วนใหญ่จะถูกนำมาใช้ในคดีที่มีความซับซ้อนหรือข้อขัดแย้งทางกฎหมายที่ต้องการการพิจารณาอย่างละเอียดถี่ถ้วน เช่น คดีอาญาที่มีการพิจารณาเกี่ยวกับการให้โทษ หรือการจับคดีที่ไม่ชัดเจน การใช้ดุลพินิจจะช่วยให้ศาลสามารถตัดสินคดีอย่างเป็นธรรมและยุติธรรมตามกฎหมายได้อย่างเหมาะสมและแท้จริง

ในมุมมองการใช้ดุลพินิจของผู้พิพากษาในการพิจารณาคดี ได้ถูกนำเสนอในรูปแบบของบทความอย่างแพร่หลาย หนึ่งในบทความที่มีการกล่าวถึงการใช้ดุลพินิจของผู้พิพากษาในการตัดสินคดี คือ บทความ “กรณีของนักสำรวจสเปลันเซียน (The Case of the Speluncean Explorers)” ของนักเขียนนักปรัชญาด้านกฎหมาย ลอน ฟูลเลอร์ (Lon Fuller ค.ศ. 1902-1978)¹ บทความดังกล่าว ถูกตีพิมพ์ครั้งแรกใน Harvard Law Review ปี ค.ศ. 1949 ฟูลเลอร์ได้อธิบายถึงความเห็นของผู้พิพากษาแต่ละท่านที่มีหน้าที่ในการพิจารณาคดีของจำเลยทั้งสี่ ซึ่งมีความแตกต่างกันอย่างชัดเจน โดยความคิดเห็นเหล่านั้นล้วนแล้วแต่สะท้อนถึงแนวคิดของสำนักกฎหมายที่หลากหลายประกอบด้วย 1. แนวคิดแบบสำนักกฎหมายปฏิฐานนิยม (Legal Positivism), 2. แนวคิดแบบสำนักกฎหมายธรรมชาติ (Legal Naturalism), 3. แนวคิดแบบสังคมนิยมทางกฎหมาย (Legal Realism), และ 4. แนวคิดแบบสำนักกฎหมายฝ่ายสังคมวิทยา (Sociological Jurisprudence) ซึ่งแต่ละแนวคิดก็มีความเห็นที่แตกต่างในการใช้ดุลพินิจของผู้พิพากษานอกเหนือกฎหมาย เมื่อมีสถานการณ์ที่ต้องอาศัยความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายกับศีลธรรม

เฮช แอล เอ ฮาร์ต (H.L.A. Hart, ค.ศ. 1907 – 1992) เป็นนักนิติศาสตร์สายสำนักปฏิฐานนิยม (Legal Positivist) ในช่วงศตวรรษที่ 20 ฮาร์ตเป็นผู้เขียน “แนวคิดกฎหมาย (The Concept of Law)” โดยมองว่ากฎหมายเป็นเรื่องของกฎเกณฑ์ที่รวมตัวกันเป็นระบบมีลักษณะเป็นบรรทัดฐาน² ในทรรศนะของ ฮาร์ต เมื่อหลักเกณฑ์ทางกฎหมายที่สร้างขึ้นไม่เพียงพอที่จะใช้บังคับ หรือบทบัญญัติของกฎหมายที่สร้างขึ้นไม่เพียงพอที่จะนำมาปรับใช้กับคดีได้ เพื่อป้องกันการเกิดช่องว่างทางกฎหมาย (Gap in the Law) ศาลหรือผู้พิพากษาสามารถใช้ดุลพินิจที่เปิดกว้างในการตีความควบคู่ไปกับการยึดถือตัวบทกฎหมายทางกฎหมาย แนวความคิดดังกล่าวของฮาร์ตจึงเป็นการที่ให้ผู้พิพากษาใช้ดุลพินิจนอกเหนือกฎหมายได้

บทความนี้จึงมีจุดมุ่งหมายที่จะหยิบเอาแนวคิดของ เฮช แอล เอ ฮาร์ต ในเรื่องการใช้ดุลพินิจของผู้พิพากษานอกเหนือกฎหมายมาวิเคราะห์เปรียบเทียบกับความคิดเห็นทางกฎหมายของผู้พิพากษาทั้ง 5 คนจากบทความ “กรณีของนักสำรวจสเปลันเซียน (The Case of the Speluncean Explorers)” เพื่อให้เข้าใจถึงความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายกับศีลธรรมในการตัดสินคดี รวมถึงรูปแบบของเสรีภาพในการใช้ดุลพินิจของผู้พิพากษาเพื่อสร้างความยุติธรรมและความเท่าเทียมในการดำเนินคดี

¹ Lon L. Fuller, ‘The Case of The Speluncean Explorers’ (1949) 62 Harvard Law Review 616-645.

² H.L.A. Hart, *The Concept of Law* (Oxford University Press 1961) 100.

1. การใช้ดุลพินิจของผู้พิพากษาจากบทความ “กรณีของนักสำรวจสเปลันเซียน (The Case of the Speluncean Explorers)”

กรณีของนักสำรวจสเปลันเซียน (The Case of the Speluncean Explorers) ถูกตีพิมพ์ครั้งแรกผ่านวารสารของมหาวิทยาลัยฮาร์วาร์ด ในปี ค.ศ. 1949 บทความดังกล่าวได้ถูกสมมติเรื่องของนักสำรวจถ้ำ 5 คน ที่ติดอยู่ในถ้ำและเลือกที่จะฆ่าหนึ่งในห้าคนสำรวจเพื่อนำเนื้อมาบริโภค โดยใช้เกมสันทนาการ ซึ่งนายเวตมอร์เป็นผู้ถูกเลือก นายเวตมอร์จึงถูกฆ่าตามข้อตกลง สมาชิกในทีมสำรวจที่เหลืออีก 4 คน ก็ได้นำเนื้อมาบริโภค ในบทความไม่ได้บอกว่าการฆาตกรรมนายเวตมอร์ ซึ่งกฎหมายของ Newgarth กำหนดไว้ในตัวบทกฎหมายอย่างชัดเจนว่า “ผู้ใดพรากชีวิตของผู้อื่นโดยเจตนา ต้องถูกลงโทษด้วยความตาย” (Whoever shall willfully take the life of another shall be punished by death)³ บทความดังกล่าวได้สะท้อนแนวคิดที่เกี่ยวกับทฤษฎีทางนิติปรัชญาที่น่าสนใจโดยเฉพาะ ข้อขัดแย้งของคำพิพากษาในการตัดสินคดีในเรื่องของข้อกฎหมายบ้านเมืองและศีลธรรม โดยเป็นการนำเสนอผ่านผู้พิพากษา 5 คน ที่ต้องตัดสินคดีนี้ในสถานะที่อยู่นอกเหนือสถานการณ์ปกติ ดังต่อไปนี้

ผู้พิพากษาทรูเพนนี่ (Judge Truepenny) มองว่าเมื่อกฎหมายได้มีการเขียนไว้อย่างชัดเจน จำเลยทั้งสี่ต้องรับผิดชอบฆ่าคนตายตามที่กฎหมายบัญญัติ ข้อเท็จจริงหลังจากมีการพิพากษาประหารชีวิตแล้ว ผู้พิพากษาทรูเพนนี่มีแนวคิดว่าการตัดสินคดีต้องทำตามตัวบทกฎหมายที่กฎหมายกำหนดให้ทำ หากจะมีการลดความรุนแรงของโทษ หรือให้อำนาจศาลในลักษณะดังกล่าวก็ควรถูกกำหนดโดยฝ่ายบริหาร

ผู้พิพากษาคีน (Judge Keen) มีความเห็นตรงกับผู้พิพากษาทรูเพนนี่ คือ ให้ลงโทษจำเลยทั้งสี่ฐานฆ่าผู้อื่นและต้องโทษประหารชีวิตตามที่ระบุในกฎหมาย N.C.S.A. (N.S.) § 12-A⁴ โดยไม่สนใจถึงเรื่องของสถานการณ์ หรือศีลธรรมเมื่อการกระทำของนักสำรวจทั้งสี่คนครบองค์ประกอบความผิดตามกฎหมาย บทนี้ ก็ต้องได้รับการลงโทษตามกฎหมาย

ผู้พิพากษาฟอสเตอร์ (Judge Foster) ไม่เห็นด้วยกับคำตัดสินของผู้พิพากษาทรูเพนนี่ เนื่องจากมันอาจก่อให้เกิดความไม่ยุติธรรมได้ ในสถานการณ์ดังกล่าวเป็นสภาวะธรรมชาติ (State of Nature) จึงควรนำกฎหมายธรรมชาติ (The Law of Nature)⁵ เพื่อแก้ไขจุดบกพร่องที่ชัดเจนของกฎหมายปกติ ก็ควรใช้กฎหมายที่ได้มาจากหลักการและวิธีการที่เหมาะสม ผู้พิพากษาฟอสเตอร์ จึงเห็นว่าการกระทำของจำเลยทั้งสี่คนไม่ควรเป็นความผิด⁶

ผู้พิพากษาแทตติง (Judge Tatting) ได้ให้ความเห็นเชิงวิจารณ์ต่อแนวคิดของผู้พิพากษาฟอสเตอร์ ในประเด็นเรื่องการนำกฎหมายธรรมชาติ (Natural Law) มาใช้ภายใต้สภาวะธรรมชาติ (State

³ Lon L. Fuller, 'The Case of The Speluncean Explorers' (n 1) 616-645.

⁴ Ibid 632.

⁵ Ibid 622.

⁶ Ibid.

of Nature) และการที่เสรีภาพในการทำสัญญาที่มีอำนาจเหนือสิทธิในชีวิตและร่างกายว่าเป็นเรื่องไม่สมเหตุสมผล เนื่องจากหากนำกฎหมายธรรมชาติมาใช้จริงจะเกิดข้อขัดแย้ง⁷ เนื่องจากไม่มีเกณฑ์ที่สามารถบอกได้ว่าเมื่อใดหรือสถานที่ใดที่อยู่นอกเหนือขอบเขตของกฎหมายบ้านเมืองและสามารถนำกฎหมายธรรมชาติมาใช้ได้ ในกรณีดังกล่าวหากใช้แนวคิดของผู้พิพากษาฟอสเตอร์ (Judge Foster) ในมุมมองที่ว่าจำเลยป้องกันตัวใน “สภาวะธรรมชาติ” ก็เท่ากับเป็นการลดคุณค่าหรือทำลายสิทธิตามธรรมชาติการเป็นมนุษย์ของนายเวตมอร์⁸

ผู้พิพากษาแฮนดี้ (Judge Handy) มีความเห็นว่าผู้พิพากษาในฐานะของเจ้าหน้าที่ของรัฐบาลและคำถามที่ว่าพวกเขาในฐานะส่วนหนึ่งของรัฐบาลจะทำอะไรได้บ้างในคดี คำตอบของคำถามนี้ไม่สามารถตอบได้ด้วยทฤษฎีนามธรรมใด ๆ แต่ตอบได้ด้วยความเป็นจริงของมนุษย์ โดยเห็นว่ารัฐบาลปกครองมนุษย์โดยมนุษย์ ไม่ใช่โดยถ้อยคำบนเอกสารหรือทฤษฎีใด การปกครองเป็นเรื่องของความเข้าใจกันและกัน และจะล้มเหลวหากปราศจากความเข้าใจ เห็นได้จากในอดีตที่รัฐบาลมากมายถูกล้มล้างเพราะความไม่ลงรอยระหว่างผู้ปกครองกับผู้อยู่ใต้การปกครอง รัฐจึงจำเป็นที่จะต้องนำเอารูปแบบและแนวคิดคนในสังคมมาเป็นเครื่องมือ เพื่อให้ได้มาซึ่งจุดกึ่งกลางระหว่างทั้งสองฝ่ายและนำมาซึ่งความสงบสุขของสังคม การรับฟังความเห็นสาธารณะจึงเป็นการรักษาสมดุลระหว่างการกระทำของผู้ปกครองที่บังคับใช้กฎหมายและความรู้สึกนึกคิดของผู้อยู่ใต้ปกครองที่อยู่ภายใต้บังคับแห่งกฎหมาย⁹

2. แนวคิดของ เอช แอล เอ ฮาร์ท ในการใช้ดุลพินิจของผู้พิพากษาในการพิจารณาคดี

การใช้ดุลพินิจของผู้พิพากษามีความสำคัญมากในขั้นตอนการพิจารณาคดีเป็นหลักการที่ทำให้ผู้พิพากษามีอิสระในการพิจารณาคดี การใช้ดุลพินิจที่ถูกต้องของผู้พิพากษานอกจากจะช่วยให้คดียุติแล้ว การใช้ดุลพินิจให้ถูกต้องยังช่วยให้เกิดความเชื่อมั่นในระบบยุติธรรม ป้องกันการละเมิดสิทธิและเสรีภาพของบุคคล

2.1 การใช้ดุลพินิจของผู้พิพากษา ตามแนวคิดของ เอช แอล เอ ฮาร์ท

ฮาร์ทกล่าวถึงประเด็นการใช้ดุลพินิจของศาลไว้ในงานเขียนเรื่อง “แนวคิดกฎหมาย (The Concept of Law)” โดยอธิบายว่ากฎหมายเป็นเรื่องระบบแห่งกฎเกณฑ์ (System of Rules) ฮาร์ทมองว่ากฎหมายเป็นเรื่องของกฎเกณฑ์ที่อยู่ร่วมกันระหว่างกฎหมายปฐมภูมิ (Primary Legislation) กับกฎหมายทุติยภูมิ (Secondary Legislation)¹⁰ กฎหมายปฐมภูมิ (Primary Legislation) คือ กฎเกณฑ์ทั่วไปซึ่งวางบรรทัดฐานการประพฤติให้คนทั่วไปในสังคม และมีสภาพบังคับให้บุคคลต้องมีหน้าที่ต้องปฏิบัติตาม ซึ่งก็คือกฎเกณฑ์ที่กำหนดพันธะหน้าที่ (Rule of Obligation) นั่นเอง กฎหมายทุติยภูมิ (Secondary Legislation) คือ กฎเกณฑ์พิเศษที่สร้างขึ้นมาเพื่อเสริมให้กฎหมายปฐมภูมิมิประสิทธิภาพในการบังคับใช้

⁷ Ibid 626-628.

⁸ Ibid.

⁹ Ibid 637-640.

¹⁰ H.L.A. Hart, *The Concept of Law* (n 2) 93-95.

เป็นกฎที่สร้างความชอบในการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายต้องคำนึงถึงและยอมรับที่จะปฏิบัติตามกฎนี้อย่างตั้งใจหรืออย่างมีจิตสำนึก โดยฮาร์ทได้แยกองค์ประกอบของกฎหมายทฤษฎีออกมาเป็นกฎย่อย คือ 1. กฎที่กำหนดเกณฑ์การรับรองความเป็นกฎหมายที่สมบูรณ์ (Rule of Recognition), 2. กฎที่กำหนดเกณฑ์การบัญญัติ และแก้ไขเปลี่ยนแปลงกฎหมาย (Rule of Change) และ 3. กฎที่จะกำหนดกฎเกณฑ์การวินิจฉัยชี้ขาดตัดสินคดี (Rule of Adjudication)¹¹

น่าสังเกตว่ากฎหมายได้เสนอแนวทางที่เปิดกว้างไว้สำหรับผู้พิพากษาในการใช้ดุลพินิจในการตัดสินคดี เพื่อเสริมให้กฎหมายปฐมภูมิมีประสิทธิภาพในการบังคับใช้ในกรณีที่กฎหมายปฐมภูมิ (Primary Legislation) ไม่เพียงพอที่จะนำมาพิจารณาในการตัดสินคดี ทำให้เกิดช่องว่างของกฎหมาย (Gap in the Law)¹² สถานการณ์ดังกล่าวผู้พิพากษาสสามารถใช้ดุลพินิจในการตัดสินคดีนอกตัวบทกฎหมายได้

2.2 ความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายและศีลธรรมในการพิจารณาคดี

ฮาร์ทมีความคิดตามแนวทางของอรรถประโยชน์นิยมที่แยกศีลธรรมเชิงปฏิฐานและศีลธรรมเชิงวิพากษ์ออกจากกัน ศีลธรรมเชิงปฏิฐานเป็นศีลธรรมที่ได้รับการยอมรับและได้ปฏิบัติอยู่ในสังคม ในขณะที่ศีลธรรมเชิงวิพากษ์ เป็นหลักพื้นฐานของศีลธรรมที่ใช้ในการวิพากษ์เรื่องต่าง ๆ ในสังคม หากมองศีลธรรมในมุมมองแบบนี้ หลักการบังคับใช้กฎหมายและหน้าที่ที่ต้องปฏิบัติตามกฎหมาย ซึ่งเป็นเรื่องของศีลธรรมเชิงปฏิฐาน เปิดโอกาสให้ตั้งคำถามถึงศีลธรรมเชิงนี้ว่าเป็นคำตอบที่ดีทางศีลธรรมหรือไม่ หากมองในเชิงวิพากษ์¹³ ความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายและศีลธรรม ฮาร์ทได้ให้มุมมองไว้ในหนังสือ *The Concept of Law* ว่ามีอยู่ 3 ประเด็นด้วยกัน ได้แก่ ประเด็นแรก ความแตกต่างของความคิดทั่วไปเรื่องศีลธรรมและความยุติธรรม ซึ่งเป็นเรื่องที่มีผลต่อความสัมพันธ์กับกฎหมายโดยตรง ประเด็นที่สอง ปัจจัยที่ทำให้กฎเกณฑ์ทางสังคมหรือมาตรฐานอื่น ๆ ต่างจากกฎเกณฑ์ทางศีลธรรม ประเด็นที่สาม มุมมองที่ศีลธรรมและกฎหมายมีความเชื่อมโยงกัน¹⁴ หลักการเรื่องความยุติธรรมเป็นหลักการที่มีผู้กล่าวว่าเป็นหลักที่แสดงถึงความเชื่อมโยงของกฎหมายและศีลธรรมได้อย่างชัดเจน แต่ฮาร์ทกลับมองว่าอาจมีกรณีที่เรไม่สามารถกล่าวอ้างหลักการดังกล่าวได้เสมอไป ฮาร์ทยกตัวอย่างว่า หากบิดาถูกกล่าวหาว่าทำร้ายบุตร เราอาจมองได้ว่าการกระทำของบิดานั้นชั่วร้ายและเป็นสิ่งที่ผิด แต่เราไม่สามารถกล่าวอ้างได้ว่าการกระทำของบิดานั้นไม่ยุติธรรม เพราะความยุติธรรมมีหลักการที่เฉพาะเจาะจงกว่าหลักศีลธรรมอื่น ตัวอย่างเช่น บิดาลงโทษบุตรที่กระทำความผิดแบบเดียวกันแต่ไม่เท่าเทียมกัน หรือโดยไม่ถามเลยว่าได้กระทำจริงหรือไม่ ตัวอย่างดังกล่าว สามารถสะท้อนได้ว่าการกระทำของบิดานั้น เป็นการกระทำที่ไม่ยุติธรรม¹⁵

ฮาร์ทมองว่า กฎหมายใดกฎหมายหนึ่งนั้นจะเป็นกฎหมายที่ดีหรือกฎหมายที่ไม่ดี เพราะกฎหมายนั้นยุติธรรมหรือไม่ยุติธรรม แต่ในทางกลับกันเราไม่สามารถบอกได้ว่ากฎหมายใดกฎหมายหนึ่งนั้นยุติธรรมหรือไม่ยุติธรรม เพราะกฎหมายนั้นดีหรือไม่ดี¹⁶ ฮาร์ทมองความยุติธรรมเป็นเรื่องของความเท่าเทียม

¹¹ Ibid 96.

¹² Ibid 100-110.

¹³ H.L.A. Hart, *Law, Liberty and Morality* (London: Oxford University Press 1963) 17.

¹⁴ H.L.A. Hart, *The Concept of Law* (n 2) 153.

¹⁵ Ibid 153-154.

¹⁶ Ibid 154.

ความได้สัดส่วน¹⁷ เขามองว่า ความยุติธรรมสิ่งแรกที่ต้องคำนึงถึงไม่ใช่เรื่องของกฎหมายนั้นยุติธรรมหรือไม่ยุติธรรม แต่เป็นความยุติธรรมหรือไม่ยุติธรรมของการปรับใช้กฎหมายอย่างไม่มีอคติ หลังจากนั้นจึงค่อยพิจารณาถึงความยุติธรรมหรือไม่ยุติธรรมทางกฎหมาย¹⁸ เมื่อกล่าวถึงความสมบูรณ์ของกฎหมายและคุณค่าทางศีลธรรมย่อมเกี่ยวพันกับเรื่องการตีความด้วย เพราะเมื่อใดก็ตามที่เกิดข้อเท็จจริงที่ต้องปรับใช้กับกฎหมาย สิ่งที่เขาไม่ได้เลย คือ การตีความถ้อยคำในบทบัญญัติ นอกจากนี้ กรณีการกระทำความผิดตามกฎหมายที่ได้มีความใกล้ชิดกับรัฐธรรมนูญ ซึ่งเป็นกฎหมายพื้นฐานของการปกครองบ้านเมืองที่รับรองสิทธิและเสรีภาพของบุคคลไว้ ย่อมมีเรื่องของ “ทางเลือกทางศีลธรรม” มาเกี่ยวข้องด้วย ซึ่งผู้ตัดสินคดีพึงแสดงให้เห็นถึงคุณธรรมในการตัดสินและวินิจฉัยกรณีดังกล่าว โดยมีความเป็นกลาง พิจารณาถึงประโยชน์ของผู้ที่ได้รับผลกระทบและใช้หลักการที่ยอมรับได้เป็นการทั่วไปมาเป็นเหตุผลในการตัดสินคดี ซึ่งฮาร์ทเห็นว่าหลักการดังกล่าวมีความสัมพันธ์ในการจำกัดการตีความกฎหมาย ที่อาจตกอยู่ภายในอิทธิพลของคุณค่าอื่น ๆ ในสังคมซึ่งรวมถึงศีลธรรมด้วยเพื่อเป็นหลักประกันว่าการตัดสินคดีจะเป็นไปตามบทบัญญัติของกฎหมาย¹⁹

3. บทวิเคราะห์แนวความคิดในการใช้ดุลพินิจของผู้พิพากษาในการตัดสินคดีนอกเหนือกฎหมาย ของ เอช แอล เอ ฮาร์ท

ระบบแห่งกฎเกณฑ์ (System of Rules) เป็นแนวคิดทางปฏิธานนิยมที่ไม่ได้มีแนวคิดทางกฎหมายเพียงอย่างเดียว แต่ยังมียุคประกอบอื่นอย่างเช่น คุณค่าทางศีลธรรม (Moral Value) แฝงอยู่²⁰ หลักการดังกล่าวแม้จะทำให้ช่องว่างระหว่างกฎหมายบ้านเมืองกับกฎหมายธรรมชาติลดน้อยลง แต่ทฤษฎีระบบกฎหมายของฮาร์ท ที่เปิดช่องให้ผู้พิพากษาใช้ดุลพินิจนอกเหนือกฎหมายก็ถูกวิจารณ์ในเรื่องของความไม่สมบูรณ์ของระบบแห่งกฎเกณฑ์ (System of Rules) และวัตถุประสงค์ภายในตัวกฎหมายที่เชื่อมโยงกฎหมายกับศีลธรรมในการพิพากษาคดี

3.1 ข้อวิจารณ์ในเรื่องความไม่สมบูรณ์ของระบบแห่งกฎเกณฑ์

ระบบแห่งกฎเกณฑ์ (System of Rules) มีแนวคิดที่ว่ากฎหมาย คือ ระบบกฎหมาย เมื่อกฎหมายบัญญัติกฎหมายไว้อย่างไร ผู้พิพากษาก็มีหน้าที่ต้องปฏิบัติตาม เว้นแต่กฎหมายที่มีอยู่ไม่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายมาปรับใช้แก้คดี ทำให้เกิดช่องว่างแห่งกฎหมาย ตามทฤษฎีของฮาร์ทได้เสนอแนวทางที่เปิดกว้างไว้สำหรับผู้พิพากษาในการใช้ดุลพินิจในการตัดสินคดีที่มีความยุ่งยากหรือในคดีที่มีแรงกดดันจากสังคม เป็นการให้ผู้พิพากษาใช้ดุลพินิจนอกเหนือกฎหมายได้ หลักการดังกล่าว โรนัลด์ ดวอร์คิน (Ronald Dworkin, ค.ศ. 1931 - 2013) ได้แสดงความเห็นไว้ในงานเขียนที่สำคัญ เรื่อง “Taking Rights Seriously” (1997)²¹ ว่า ฮาร์ทให้ความสำคัญกับเรื่องระบบแห่งกฎเกณฑ์ โดย ดวอร์คิน ให้ความสำคัญว่า

¹⁷ Ibid 155.

¹⁸ Ibid 157.

¹⁹ Ibid 198-201.

²⁰ D.N. MacCormick, ‘Law, Morality and Positivism’ (1981) 1 Legal Studies 137-138.

²¹ R.M. Dworkin, *Taking Rights Seriously* (Duckworth 1977) 23-24.

แนวคิดของฮาร์ท นั้นเป็นข้อสรุปที่ไม่สมบูรณ์และคับแคบเกินไป เพราะจริง ๆ แล้ว “กฎเกณฑ์” มิใช่เป็นเนื้อหาสาระเดียวในกฎหมาย กฎเกณฑ์เป็นเพียงส่วนหนึ่งของกฎหมายเท่านั้น ดวอร์คิน ให้ความเห็นว่ากฎหมายนอกจากกฎเกณฑ์ ยังมีส่วนประกอบอื่นที่สำคัญ คือ เนื้อหาสาระที่เป็นเรื่องของ “หลักการ” (Principles) ที่หมายถึง หลักทางศีลธรรม (Moral) หรือความเป็นธรรม (Fairness) ซึ่งกฎหมายในรูปของหลักการไม่ได้ถูกเขียนเป็นมาตราโดยตรง แต่หลักการนี้เป็นสิ่งที่สังคมยอมรับ ดวอร์คิน เรียกว่า “กฎหมายในรูปของหลักการ” หลักการนี้เป็นสิ่งที่สังคมยอมรับกัน หลักการแตกต่างจากสิ่งที่กฎหมายโดยทั่วไป และแตกต่างจากกฎหมายในรูปแบบกฎเกณฑ์ (ในแบบฉบับของฮาร์ท) ในแง่ที่ว่ากฎหมายนั้นปรากฏชัดเจนมีเขียนเป็นลายลักษณ์อักษรต่าง ๆ ส่วนหลักการนั้นจะไม่ปรากฏชัดเจนเป็นลายลักษณ์อักษรอีกประการหนึ่ง ก็คือ กฎเกณฑ์ที่มีลักษณะใช้ได้ทั่วไปมากกว่า ซึ่งก็เป็นเรื่องของหลักการแล้วจะต้องปรับใช้ ผู้พิพากษาจะต้องรู้จักเลือกค้นหาหลักการเข้ามาปรับใช้แล้วแต่คดีตามแต่สถานการณ์ “หลักการ” นั้นค้นพบได้จากตัวคดีความ ซึ่งหมายถึง สิ่งที่เป็นคำพิพากษาต่าง ๆ โดยเฉพาะคำพิพากษา บรรทัดฐานหลาย ๆ เรื่องที่อาจจะวางหลักการกฎหมาย หลักการแห่งความยุติธรรม ความเป็นธรรม นอกจากนั้น หลักการอาจจะค้นพบได้จากพระราชบัญญัติ หรือตัวกฎหมายในรูปของกฎเกณฑ์ (แต่ไม่ได้เขียนไว้ในตัวมาตราโดยตรง) นอกนั้นหลักการอาจจะปรากฏในศีลธรรมของชุมชน ซึ่งมีความใกล้เคียงกับหลักเกณฑ์ที่เป็นจารีตประเพณีที่เกิดขึ้นจากจิตสำนึกร่วมกันของประชาชน

ความแตกต่างในการใช้ดุลพินิจของผู้พิพากษานอกเหนือกฎหมายระหว่าง ฮาร์ท กับ ดวอร์คิน คือ ฮาร์ทมองว่าผู้ที่ทำหน้าที่ในการแสดงว่าหลักการที่อยู่นอกเหนือจากที่กฎหมายบัญญัติเป็นหน้าที่ของผู้พิพากษา แต่ดวอร์คินมองว่าแนวคิดดังกล่าวขัดต่อหลักประชาธิปไตย เพราะการที่ผู้พิพากษาแสวงหาหลักเกณฑ์อื่น ๆ นำมาตีความ กฎเกณฑ์ที่ถูกสร้างขึ้นโดยกระบวนการดังกล่าว ย่อมเป็นกฎหมายออกมา มีผลย้อนหลัง เพราะฝ่ายที่แพ้คดีถูกลงโทษตามหน้าที่ที่ศาลได้สร้างขึ้นในภายหลัง มิใช่เพราะถูกลงโทษในความละเมิดต่อหน้าที่ที่เขามีอยู่²² นอกจากนี้ ดวอร์คินยังมองว่า การที่ผู้พิพากษารวบรวมหลักการที่มีอยู่แล้วในระบบกฎหมายเพื่อมาสร้างเป็นกฎหมายอาจเป็นไปได้ เพราะปัญหาทางกฎหมายนั้น มีคำตอบที่ถูกต้องเพียงคำตอบเดียว ทำให้ผู้พิพากษานั้นจะนำหลักการที่มีอยู่แล้วในระบบกฎหมายมาสร้างเป็นกฎเกณฑ์ทางกฎหมายขึ้นเองไม่ได้ ทำได้เพียงแต่ระบุหรือกล่าวอ้างถึงหลักเกณฑ์ทางกฎหมายที่มีอยู่แล้วเท่านั้น อย่างไรก็ตาม ในบางกรณี ผู้พิพากษาไม่สามารถที่จะค้นหาคำตอบที่ถูกต้องที่มีอยู่หนึ่งเดียวได้ ดังนั้น จึงต้องทำความเข้าใจว่าการที่ผู้พิพากษาไม่สามารถค้นหาคำตอบนั้นได้ มิใช่หมายถึงปัญหาในกรณีดังกล่าวไม่ได้คำตอบที่ถูกต้องอยู่²³ คำว่า “กฎเกณฑ์” และ “หลักการ” ที่ได้มีการกล่าวถึงในแนวคิดของดวอร์คินหลายครั้งนั้นมีความแตกต่างกัน สำหรับ “กฎเกณฑ์” หากมี 2 กฎที่ขัดแย้งกัน ย่อมต้องมีกฎเกณฑ์ใดกฎเกณฑ์หนึ่งที่ไม่สมบูรณ์หรืออาจเป็นไปได้เพียงแค่ข้อยกเว้นของอีกกฎเกณฑ์ ดังนั้น จึงไม่สามารถที่จะปรับใช้กฎเกณฑ์หลายกฎเกณฑ์พร้อมกันได้ อย่างไรก็ตาม สำหรับ “หลักการ” หากมีหลักการหลายหลักการที่มีความขัดแย้งกัน ผู้ปรับใช้หลักการนั้น ต้องใช้ดุลพินิจซึ่งนำหนักความสำคัญของทุก ๆ หลักการที่เกี่ยวข้อง ทำให้สามารถใช้หลักการหลายหลักการเพื่อแก้ปัญหาทางกฎหมายได้²⁴

²² Ibid 100.

²³ Ian McLeod, *Legal Theory* (Macmillan Press Ltd. 1999) 100.

²⁴ R.M. Dworkin, *Is Law a System of Rules* (The Philosophy of Law 1977) 47.

3.2 ข้อวิจารณ์ในการใช้ดุลพินิจของผู้พิพากษากับความเชื่อมโยงทางศีลธรรมในการตัดสินคดี

กล่าวได้ว่าทฤษฎีทางกฎหมายของฮาร์ทนั้น ถึงแม้ว่าจะให้ความสำคัญในเรื่องมุมมองภายในของกฎหมาย (Internal Aspect of Law) อย่างไรก็ดี ฮาร์ทเองได้ยอมรับแนวความคิดบางส่วนของเนื้อหาขั้นต่ำของกฎหมายธรรมชาติ (Minimum Content of Natural Law) และการที่ ฮาร์ท ยอมรับข้อความคิดดังกล่าว ซึ่งได้คำนึงถึงความชอบธรรมของอำนาจ อาจมองได้ว่าเป็นผลทำให้คลายความแข็งแกร่งของระบบกฎหมายแบบปฏิฐานนิยม

อย่างไรก็ดี ดังที่ได้กล่าวไว้ข้างต้น แนวคิดของฮาร์ทเกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายและศีลธรรมนั้น ได้ถูกวิพากษ์วิจารณ์โดยนักกฎหมายที่ไม่มีแนวความคิดแบบปฏิฐานนิยม ดังเช่น ลอน ฟุลเลอร์ ที่ได้วิพากษ์วิจารณ์แนวคิดดังกล่าวในงานเขียน “Positivism and Fidelity or Law - A Reply to Professor Hart” (1958) ฟุลเลอร์มองว่าการแบ่งแยกศีลธรรมและกฎหมายออกจากกันตามแนวคิดสำนักปฏิฐานนิยมนั้นไม่ถูกต้อง และมองว่าแนวคิดของฮาร์ทนั้นได้แสดงถึงความขัดแย้งต่อข้อความคิดในเรื่องสิ่งที่เป็นอยู่ (What Is) และเรื่องสิ่งที่ควรจะเป็น (What Ought to Be) เพราะฮาร์ทเองนั้น ในด้านหนึ่งเห็นว่าความแตกต่างของกฎหมายและศีลธรรมเป็นสิ่งที่ดำรงอยู่จริงและจำต้องยอมรับ ในขณะที่อีกด้านหนึ่งเห็นว่า หากไม่มีการวิเคราะห์แนวคิดหรือการแก้ไขแนวคิดความแตกต่างระหว่างกฎหมายและศีลธรรมให้ชัดเจน อาจนำไปสู่การสูญเสีย “ความซื่อสัตย์ต่อกฎหมาย (Precious Moral Ideal)” ด้วยเหตุนี้ ทำให้ฟุลเลอร์มองว่า แนวคิดของฮาร์ทเองแสดงถึงความขัดแย้งในตัวของมันเองและไม่ชัดเจน ว่าตามจริงแล้วแนวความคิดดังกล่าวเป็นเรื่องของข้อเท็จจริงที่เป็นอยู่ (Is) หรือสิ่งที่ควรจะเป็น (Ought)²⁵ “ความซื่อสัตย์ต่อกฎหมาย” ที่ได้กล่าวไว้ข้างต้น ฟุลเลอร์ มองว่ากฎหมายเป็นสิ่งที่มาพร้อมกับความซื่อสัตย์ ดังนั้น กฎหมายจึงสร้างขึ้นเพื่อตอบสนองต่อเป้าหมายและความต้องการของมนุษย์ มิใช่เป็นสิ่งที่สร้างขึ้นด้วยคำสั่งหรืออำนาจใด ๆ ก็ได้²⁶ ด้วยเหตุนี้ ทำให้ฟุลเลอร์ มีแนวคิดเรื่อง “ศีลธรรมของกฎหมาย (Morality of Law)” ซึ่งเชื่อมโยงต่อ “ความซื่อสัตย์ต่อกฎหมาย” โดยแสดงให้เห็นว่าผู้ที่มีอำนาจปกครองหากจะสร้างกฎหมายต้องไม่สร้างกฎหมายในลักษณะที่ไร้เหตุผล ไม่อย่างนั้นแล้วผู้ปกครองนั้นจะเสียความภักดีได้ในที่สุด ด้วยเหตุนี้ คุณค่าทางศีลธรรมจึงได้บรรจุในกฎหมายที่สร้าง โดยปริยายนั่นเอง ทั้งนี้ ฟุลเลอร์ ได้เห็นว่าการเกิดขึ้นของกฎหมายได้นั้นต้องประกอบด้วย ศีลธรรมภายนอกกฎหมาย (External Morality of Law) หรือศีลธรรมที่ทำให้กฎหมายเป็นไปได้ ซึ่งเป็นแหล่งที่มาของกฎหมาย เป็นการยอมรับในคุณค่าที่เป็นพื้นฐานร่วมกันของสังคม อย่างไรก็ดี การมีศีลธรรมภายนอกเพียงอย่างเดียวไม่สามารถทำให้เกิดกฎหมายได้ ต้องประกอบด้วยศีลธรรมภายใน (Internal Morality of Law)²⁷ ด้วย ซึ่งเป็นศีลธรรมตามกระบวนการกฎหมายธรรมชาติ (Procedural Version of Natural Law)²⁸ เช่น กฎหมายที่จะสร้างจะต้องมีความชัดเจน มีพื้นฐาน นอกจากนั้น ฟุลเลอร์ ได้กล่าวถึงคำโต้แย้งของฮาร์ทในประเด็นเรื่อง

²⁵ Lon L. Fuller, ‘Positivism and Fidelity to Law: A Reply to Professor Hart’ (1958) 71 Harvard Law Review 630.

²⁶ Ibid 632.

²⁷ Ibid 645.

²⁸ Lon L. Fuller, *The Morality of Law* (Revised edn, Yale University Press 1969) 96.

การวินิจฉัยถึงความสมบูรณ์ของกฎหมายบางฉบับที่ออกโดยรัฐบาลนาซี ฟุลเลอร์ เห็นว่าการตีความกฎหมายที่ออกโดยรัฐบาลนาซีในช่วงที่นาซีครองอำนาจไม่สามารถคาดเดาได้เลยว่าศาลนั้นจะวินิจฉัยโดยใช้เหตุผลอะไร จึงทำให้เกิดความไม่มั่นคงแน่นอนในระบบกฎหมาย ทำให้เขาเห็นด้วยกับ รั๊ดบรุค (Radbruch) และคำพิพากษาของศาลเยอรมนีที่วินิจฉัยในกฎหมายนี้เป็นโมฆะ ซึ่ง ฮาร์ท นั้น ไม่เห็นด้วย เพราะมองว่าเป็นการสร้างกฎหมายย้อนหลังเป็นโทษแก่บุคคลโดยคำพิพากษา ฮาร์ท เห็นว่าในกรณีแบบนี้ควรที่จะสร้างกฎหมายย้อนหลังเฉพาะกรณีนี้ โดยใช้การสร้างกฎหมายเฉพาะในกรณีที่ข้อเท็จจริงต่างกัน²⁹ อย่างไรก็ตาม ความเห็นของฟุลเลอร์เองอาจไม่น่าหนักเพียงพอที่จะคัดค้านความเห็นของฮาร์ทได้ เนื่องจากการที่ ฟุลเลอร์ เห็นว่าการตีความของกฎหมายที่ไม่อาจคาดเดาได้ คณะผู้จัดทำเห็นว่าอาจเป็นการสนับสนุนแนวคิดของสำนักปฏิฐานนิยมเสียด้วยซ้ำ เพราะหากผู้พิพากษาของศาลเยอรมนีปรับใช้กฎหมายในการวินิจฉัยตามอำเภอใจ โดยไม่นำหลักการเรื่องความไม่สมบูรณ์ของกฎหมายมาใช้ในการพิจารณา และวินิจฉัยว่าการกระทำของรัฐบาลนาซีและคำพิพากษามีชอบด้วยกฎหมาย จะทำให้คำวินิจฉัยนั้นเป็นคำวินิจฉัยที่ขัดบัพัญญัติของกฎหมายเสียเอง

3.3 แนวคิดของ เอช แอล เอ ฮาร์ท ในการใช้ดุลพินิจของผู้พิพากษาในการตัดสินคดี จากบทความ “กรณีของนักสำรวจสเปลันเซียน (The Case of the Speluncean Explorers)”

มุมมองของฮาร์ท ที่มีต่อแนวคิดเกี่ยวกับการใช้ดุลพินิจของผู้พิพากษา สามารถแบ่งการใช้ดุลพินิจออกเป็น 2 กรณี คือ กรณีที่เป็นคดีที่สามารถวินิจฉัยได้โดยตรงตามตัวบทกฎหมาย เพราะข้อเท็จจริงในคดีไม่มีความยุ่งยากซับซ้อน และอีกกรณีเป็นคดีที่ข้อเท็จจริงมีความยุ่งยากซับซ้อน เช่น มีความคาบเกี่ยวกันระหว่างกฎหมายกับศีลธรรม การทำความเข้าใจแนวคิดของผู้พิพากษาแต่ละคนในบทความ “กรณีของนักสำรวจสเปลันเซียน (The Case of the Speluncean Explorers)” สะท้อนผ่านแนวคิดของฮาร์ท สำหรับแนวคิดในกรณีการใช้ดุลพินิจของผู้พิพากษา ในการตัดสินคดีเพียงการวินิจฉัยให้เป็นไปตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย จะมองว่าผู้พิพากษาอยู่ในบังคับที่ต้องปฏิบัติตาม ไม่ว่ากฎหมายนั้นจะเลวร้ายหรือขัดต่อศีลธรรมเพียงใด เมื่อบทกฎหมายได้มีการเขียนไว้ชัดเจนและไม่มีข้อยกเว้นความรับผิด รวมทั้งกฎหมายจะต้องมีสภาพบังคับ ดังนั้น เมื่อพิจารณาตามกฎหมาย N.C.S.A. (N.S.) § 12-A ที่บัญญัติว่า “ผู้ใดพรากชีวิตของผู้อื่นโดยเจตนา ต้องถูกลงโทษด้วยความตาย” (Whoever shall willfully take the life of another shall be punished by death) และเมื่อกฎหมายดังกล่าวมีสภาพบังคับ การพิพากษาลงโทษประหารชีวิตจำเลยทั้งสี่คนให้ต้องรับผิดฐานฆาตกรรมตามความเห็นของผู้พิพากษาคิน (Judge Keen) กฎหมายดังกล่าวจึงถือว่าเป็นกฎหมายที่ถูกต้องตามหลักการเรื่อง ระบบแห่งกฎเกณฑ์ (System of Rules) สอดคล้องกับแนวคิดของฮาร์ท

แต่ทว่าคดีดังกล่าว มีข้อเท็จจริงที่มีความยุ่งยากซับซ้อนมากกว่าคดีทั่วไป อีกทั้งยังเป็นคดีที่ยากในการตัดสิน (Hard Case) การที่ผู้พิพากษาทรูเพนนิ ให้เหตุผลต่อคำตัดสินที่เป็นไปตามกฎหมายบัญญัติไว้ ขณะเดียวกันถ้าจะเปลี่ยนแปลงการลงโทษ หรือลดโทษ ควรเป็นหน้าที่ฝ่ายบริหาร ตามหลัก Executive

²⁹ Lon L. Fuller, *supra* note 63, 652.

Clemency³⁰ ซึ่งเมื่อมีกฎหมายเปลี่ยนแปลงการลงโทษ ผู้พิพากษาทรูเพนนี่ ก็เห็นด้วยกับการเปลี่ยนแปลงคำตัดสิน³¹ ถ้านำมาเทียบเคียงกับคดีที่ฮาร์ทวิจารณ์สูตรของ รั๊ดบรูก (Radbruch formula) ในคดี Grudge Informer Case³² ฮาร์ทเห็นว่า ถ้ามีกฎหมายที่มีการประกาศใช้มาแล้วก็ต้องรักษาความดำรงอยู่ของกฎหมาย ถ้าจะมีการเปลี่ยนแปลงคำตัดสินก็ควรออกกฎหมายใหม่ เพื่อไม่เป็นการเปิดช่องให้มีการปฏิเสธสถานะความดำรงอยู่ของกฎหมาย³³ ดังนั้น จุดเชื่อมโยงแนวคิดของฮาร์ทกับความเห็นของผู้พิพากษาทรูเพนนี่ ยังคงเป็นเพียงเรื่องของการวินิจฉัยตัดสินให้เป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติเท่านั้น ในทางกลับกัน ถ้าข้อเท็จจริงในคดีดังกล่าวเปลี่ยนเป็นไม่มีกฎหมายที่บัญญัติเอาไว้ว่า “ผู้ใดพรากชีวิตของผู้อื่นโดยเจตนา ต้องถูกลงโทษด้วยความตาย” (Whoever shall willfully take the life of another shall be punished by death) เท่ากับว่าไม่มีกฎหมายตามแนวคิดของฮาร์ท การที่ผู้พิพากษาจะใช้ดุลพินิจที่เปิดกว้างในการพิพากษา รวมถึงการที่ให้ผู้พิพากษามีโอกาสที่จะใช้ดุลพินิจในการสร้างกฎหมายขึ้นมาเพื่อใช้ในการตัดสินคดี แนวคิดดังกล่าวมีส่วนคล้ายกับความเห็นของผู้พิพากษาฟอสเตอร์ (Judge Foster) ในเรื่องการสร้างกฎเกณฑ์ที่เหมาะสมกับสถานการณ์ ผู้พิพากษาจึงสามารถใช้ดุลพินิจนอกเหนือกฎหมายหรือการใช้ดุลพินิจเพื่อสร้างข้อยกเว้น เพื่อใช้ในการตัดสินคดี³⁴ หากแต่ประเด็นที่ทำให้แนวคิดของฮาร์ทแตกต่างไปจากความเห็นของผู้พิพากษาฟอสเตอร์ ที่แสดงความเห็นว่า การใช้ดุลพินิจทั้งในสถานการณ์ที่เกิดจากสภาวะธรรมชาติ (State of Nature) หรือสถานการณ์ที่ผิดปกติโดยธรรมชาติ โดยไม่สนใจความดำรงอยู่ของกฎหมายที่บังคับใช้อยู่ในขณะนั้น ฮาร์ทกลับมองว่า ถ้าเป็นการใช้ดุลพินิจที่เปิดกว้างต้องเป็นกรณีที่ไม่มีการบัญญัติบังคับใช้อยู่ในขณะนั้น ถ้ามีกฎหมายที่บังคับใช้ ก็จะต้องตัดสินไปตามกฎหมายโดยไม่สนใจความชอบด้วยกฎหมาย สนใจเพียงความดำรงอยู่ของกฎหมายตามทฤษฎีแยก (Separability Thesis)

ความเห็นของผู้พิพากษาแทตติง (Judge Tatting) เป็นอีกความเห็นหนึ่งที่มีความคล้ายกับแนวคิดของฮาร์ท ต่างเห็นตรงกันในเรื่องที่ว่ากฎหมายธรรมชาติมาใช้ในคดีดังกล่าวเป็นเรื่องที่ไม่เหมาะสม อย่างไรก็ตาม การใช้ดุลพินิจของผู้พิพากษาในความเห็นของผู้พิพากษาแทตติง ต้องตีความจากวัตถุประสงค์ของกฎหมายว่ากฎหมายมีเจตนารมณ์อย่างไร หรืออาศัยคำพิพากษาก่อนหน้านี้ในคดีที่มีข้อเท็จจริงที่คล้ายคลึงกันมาเป็นหลักในการใช้ดุลพินิจเพื่อพิจารณาตัดสิน³⁵ เห็นได้ว่าการที่ศาลจะใช้ดุลพินิจการปรับใช้หรือตีความในการพิพากษาคดีนั้น นอกจากใช้กฎหมายที่ระบุไว้แล้วยังต้องพิจารณาเรื่องความยุติธรรม ทำให้การแสดงความคิดเห็นดังกล่าวกลับไปสอดคล้องกับแนวคิดทฤษฎีของฟูลเลอร์ ในเรื่อง “ศีลธรรมภายในของกฎหมาย” (“Inner Morality of Law”) ที่มองว่ากฎหมายไม่ได้มีเพียงแค่ตัวบทกฎหมายแต่ยังคงต้องประกอบด้วยความยุติธรรม ดังนั้น การที่ศาลจะใช้ดุลพินิจในการพิพากษานอกเหนือกฎหมายในคดีดังกล่าวนอกจากตัวบทกฎหมายแล้วยังต้องคำนึงถึงความยุติธรรมและวัตถุประสงค์ในการบังคับใช้กฎหมายด้วย ดังนั้น ความเห็นผู้พิพากษาแทตติง (Judge Tatting) จึงสะท้อนแนวคิดของ ฟูลเลอร์ แห่งสำนัก

³⁰ Brandon Sample, ‘Executive Clemency: Power of The President’ (Clemency.com, 30 December 2018) <<https://clemency.com/executive-clemency>> accessed 28 March 2024.

³¹ Lon L. Fuller, ‘The Case of The Speluncean Explorers’ (n 1) 636-637.

³² Michael Giudice, *Social Construction of Law: Potential and Limits* (Edward Elgar 2020) 42.

³³ H.L.A. Hart, ‘Positivism and the Separation of Law and Morals’ (1958) 71 Harvard Law Review 616-620.

³⁴ Lon L. Fuller, ‘The Case of The Speluncean Explorers’ (n 1) 632.

³⁵ Ibid 628-631.

กฎหมายธรรมชาติในยุคใหม่

การศึกษาแนวคิดของฮาร์ทผ่านบทความ “กรณีของนักสำรวจสเปลันเซียน (The Case of the Speluncean Explorers)” คดีนี้มีความแตกต่างจากคดีปกติทั่วไป ดังจะเห็นได้จากการแสดงเหตุผลวินิจฉัยของผู้พิพากษาทั้ง 5 คน ที่แตกต่างกันรวมทั้งมีข้อเท็จจริงที่มีความซับซ้อน หากแต่ปรากฏว่ามีกฎหมายที่ยังคงดำรงอยู่และการประกาศไว้อย่างชัดเจน ทำให้ผู้พิพากษาจะต้องปฏิบัติตามบทบัญญัติของกฎหมาย ดังนั้น คำพิพากษาลงโทษประหารชีวิตในความผิดฐานฆ่าคน จึงสอดคล้องกับแนวคิดของฮาร์ทที่อธิบายว่ากฎหมายเป็นระบบกฎเกณฑ์ ที่กำหนดเป็นบรรทัดฐานให้คนในสังคมต้องปฏิบัติตาม โดยใช้กันเป็นการทั่วไป มีลักษณะถาวรและมีสภาพบังคับ ในทางกลับกันถ้าไม่มีบทบัญญัติกฎหมายและเกิดช่องโหว่ของกฎหมายหรือกฎหมายที่มีอยู่ไม่เหมาะสม ผู้พิพากษาจำเป็นต้องอาศัยการใช้ดุลพินิจที่นอกเหนือจากตัวบทกฎหมาย ในส่วนนี้ทางคณะผู้จัดทำเห็นด้วยกับ ฮาร์ท ในบางคดีที่ประเด็นในข้อเท็จจริงไม่สามารถยุติคดีได้จากกฎหมายที่ดำรงอยู่ หรือกฎหมายที่ดำรงอยู่ไม่ชัดเจน ผู้พิพากษาอาจจำเป็นต้องใช้ดุลพินิจในการพิจารณาคดีที่อยู่นอกเหนือกฎหมาย แต่ในการใช้ดุลพินิจในลักษณะดังกล่าว ผู้พิพากษาต้องใช้ดุลพินิจภายใต้หลักการหรือเจตนารมณ์ของกฎหมาย³⁶ เพื่อป้องกันไม่ให้ผู้พิพากษาใช้ดุลพินิจโน้มเอียงไปตามความคิดของตนเอง ซึ่งส่งผลโดยตรงต่อคู่กรณี และถ้าต้องการเปลี่ยนแปลงการลงโทษ หรือต้องการที่จะลดโทษ ก็ควรเป็นหน้าที่ของฝ่ายบริหาร ดังที่ผู้พิพากษาทรูเพนนิ ได้ให้ความเห็นในคดีดังกล่าวว่า “การที่ตัดสินไปตามกฎหมายอาจไม่ใช่วิธีการที่ยุติธรรมและฉลาด และแม้ว่าความเห็นอกเห็นใจของผู้พิพากษาจะทำให้ไม่ต้องการที่จะตัดสินไปตามกฎหมาย แต่เมื่อกฎหมายได้บัญญัติไว้เช่นนั้นแล้วก็ต้องตัดสินไปตามนั้น ส่วนจะสามารถเปลี่ยนการลงโทษได้หรือไม่ นั้น เป็นหน้าที่ของฝ่ายบริหารในการพิจารณา”³⁷

บทสรุป

แม้หลักการเรื่อง กฎเกณฑ์ทางกฎหมายของฮาร์ทจะยังมีข้อโต้แย้งจากนักกฎหมายในยุคหลัง แต่แนวคิดของฮาร์ท ก็เป็นแนวคิดที่ทำให้กฎหมายบ้านเมืองกับกฎหมายธรรมชาติมีความใกล้ชิดกันมากขึ้นในเรื่องของการใช้อัตวิสัยทางศีลธรรมในการตัดสินคดี และสำคัญที่สุดแนวคิดของ ฮาร์ท ทำให้เราตระหนักว่ากฎหมายเป็นสิ่งที่สามารถเปลี่ยนแปลงได้ตามอัตวิสัยทางศีลธรรมของผู้พิจารณาคดี ดังนั้น การใช้ศีลธรรมไม่ว่าจะอยู่ภายในหรือภายนอกกฎหมายในการพิจารณาคดีต้องใช้อย่างรอบคอบ แนวคิดของ ฮาร์ท ยังคงย้าเตือนให้เราระวังเพื่อไม่ให้ใครก็ตามอ้างเหตุทางศีลธรรม หรือธรรมชาตินมาเป็นหลักในการใช้ดุลพินิจในการพิจารณาคดี ซึ่งจะเป็นการเปิดช่องให้มีการใช้อัตวิสัยและความเชื่อของผู้พิพากษาเข้ามาปะปนอยู่ในระบบกฎหมายมากกว่าที่จะอาศัยหลักของกฎหมาย ทำให้การกำหนดผลแห่งคดียิ่งออกห่างจากความยุติธรรม

³⁶ Ronald Dworkin, *Law's Empire* (Belknap Press of Harvard University Press 1986) 228.

³⁷ Lon L. Fuller, 'The Case of The Speluncean Explorers' (n 1) 616-645.