



LAW
CHULA

Faculty of Law, Chulalongkorn University
คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
ISSN 2730-3918 (online)

วารสารนิติปริทัศน์

ปีที่ 4 ฉบับที่ 3 (กันยายน) 2567



Nitiparītat Journal

Vol. 4 No. 3 (September) 2024

สารบัญ

บทความวิชาการ

- 1-13 การวิเคราะห์ความชอบธรรมและความเหมาะสมของการพระราชทานอภัยโทษเป็นการทั่วไป
ของประเทศไทยในกรณีนายสมคิด พุ่มพวง ผ่านแนวคิดเชิงนิติปรัชญาของชาววิญญูญีและ
เบนแธม
จินตนา ปลอดภัย
ชนิตนันท์ สังข์รูป
เพิ่มพงศ์ ตัญยาธิคม
มิญกา รังสิธาดากุล
วนิดา แซ่โจว
- 14-28 ความเป็นกฎหมายของกฎหมายไว้ในมุมมองของสำนักความคิดปฏิฐานนิยมผ่านกรณีศึกษา
จากเรื่อง Alice in Borderland
ธีวรา ชิตจ้อย
ปริญดา รัตน์ไทย
พิชญา สตมภูมินทร์
พิมพ์ลดา ชูแสงเลิศวิจิตร
เมธิสา มรกตศรีวรรณ
แสงดาว เปรมพงษ์สวัสดิ์

บทความวิจัย

- 29-43 การบังคับใช้กฎหมายต่อต้านการฮั้วอย่างร้ายแรงในญี่ปุ่น
ธรรม์ธวัช หลิมจานนท์

ปกิณกะกฎหมาย

- 44-49 ปกิณกะกฎหมาย : ว่าด้วยนิติสงครามและรัฐธรรมนูญ
ณัฐดนัย นาจันทร์

Contents

Academic Articles

- 1-13 Analyzing the Legitimacy and Appropriateness of Thailand's General Royal Pardon Through the Case of Somkid Pumpuang in the Jurisprudential Perspectives of Savigny and Bentham

Jintana Plodpai

Chanidnun Sungthoop

Permpong Tathayatikom

Minka Rangsithadakul

Wanida Sae-zhou

- 14-28 Analysis of the Legality of Unjust Laws from the Perspective of Positivist Theory Through a Case Study of Alice in Borderland

Theewara Chitjuy

Parinda Rattanathai

Phitchaya Satapoomin

Pimlada Shoosanglertwijit

Methisa Morakotsriwan

Saengdao Prempongsawat

Research Articles

- 29-43 Enforcement of Hardcore Cartel in Japan

Thuntawat Limjanon

Legal Miscellaneous

- 44-49 Legal Miscellaneous : On the Lawfare and the Constitution

Natdanai Nachan

การวิเคราะห์ความชอบธรรมและความเหมาะสม
ของการพระราชทานอภัยโทษเป็นการทั่วไปของประเทศไทย
ในกรณีนายสมคิด พุ่มพวง ผ่านแนวคิดเชิงนิติปรัชญาของซาวินญูญีและเบนแธม
Analyzing the Legitimacy and Appropriateness of Thailand's
General Royal Pardon Through the Case of Somkid Pumpuang
in the Jurisprudential Perspectives of Savigny and Bentham

จินตนา พลอดภัย

Jintana Plodpai

ชนิตนันท์ สังข์รูป

Chanidnun Sungthoop

พิมพ์พงศ์ ตัญญาธิคม

Permpong Tathayatikom

มิญญา รังสิธาตากุล

Minka Rangsithadakul

วนิดา แซ่โจว

Wanida Sae-zhou

นิสิตในหลักสูตรนิติศาสตรบัณฑิต (ปริญญาตรี)

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ถนนพญาไท แขวงวังใหม่ เขตปทุมวัน กรุงเทพฯ 10330

LL.B Candidates

Faculty of Law, Chulalongkorn University, Phayathai Road, Pathumwan, Bangkok 10330

Corresponding author E-mail: 6440029934@student.chula.ac.th

(Received: July 11, 2024; Revised: July 11, 2024; Accepted: July 11, 2024)

บทคัดย่อ

กฎหมายว่าด้วยการอภัยโทษในประเทศไทยมีประวัติศาสตร์ยาวนานมาตั้งแต่สมัยอดีตจนถึงปัจจุบัน โดยมีรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ในมาตรา 179 ประกอบมาตรา 175 และประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ในมาตรา 261 ทวิ เป็นแม่บทหลักในการตราถึงอำนาจนั้น รวมไปถึงการกำหนดหลักเกณฑ์และคุณสมบัติในตัวบทกฎหมายย่อยตามพระราชกฤษฎีกา โดยวัตถุประสงค์ของกฎหมายว่าด้วยการอภัยโทษมีเพื่อให้ผู้กระทำผิดได้รับโอกาสกลับคืนสู่สังคมผ่านกระบวนการยุติธรรมอันมีกรมราชทัณฑ์ คณะรัฐมนตรี และกระทรวงยุติธรรมเป็นองค์กรฝ่ายบริหารคอยทำหน้าที่พิจารณากลับกรองในส่วนนั้น รวมถึงพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ในฐานะประมุขแห่งรัฐ อย่างไรก็ตาม แม้กฎหมายดังกล่าวจะมีความถูกต้องตามกระบวนการทางกฎหมาย แต่หากนำทัศนะแนวคิดเชิงนิติปรัชญามาพิจารณาประกอบจะเห็นได้ว่าการพระราชทานอภัยโทษยังมีข้อพิจารณาในส่วนของความชอบธรรมและความเหมาะสม โดยบทความนี้ผู้เขียนจะมุ่งวิเคราะห์ผ่านแนวคิดเชิงนิติปรัชญาของจอร์จ ฟรีดริค คาร์ล ฟอน ซาวินญูญี (Georg Friedrich Carl von Savigny) แห่งสำนักประวัติศาสตร์ ซึ่งมุ่งเน้นว่าความชอบธรรมของกฎหมายต้องสัมพันธ์กับจิตวิญญาณประชาชาติที่พัฒนามาจากประวัติศาสตร์ภายในชนชาติ ขณะที่เจอริมี เบนแธม (Jeremy Bentham) ผู้ก่อตั้ง

แนวความคิดอรรถประโยชน์นิยม (Utilitarianism) ซึ่งมองในเชิงของผลลัพธ์ว่ากฎหมายที่ดีที่สุดคือกฎหมายที่ก่อให้เกิดปริมาณความสุขมากที่สุดแก่คนในสังคม เขาจึงใช้หลักอรรถประโยชน์นิยมในการวัดคุณค่าของกฎหมาย บทความนี้จึงมุ่งพิจารณาความชอบธรรมและความเหมาะสมของการพระราชทานอภัยโทษเป็นการทั่วไปของประเทศไทยในปัจจุบันนี้ในกรณีนายสมคิด พุ่มพวง ผ่านแนวคิดเชิงนิติปรัชญาของชาววิญญูและเบนแธม

คำสำคัญ : การพระราชทานอภัยโทษ, พระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์, ความชอบธรรม, ความเหมาะสม, นิติปรัชญา

Abstract

The history of the law on pardons in Thailand is long-standing, from ancient times to the present. It is primarily governed by the Constitution of the Kingdom of Thailand, B.E. 2560 (2017), specifically in Sections 179 and 175, and the Criminal Procedure Code in Section 261 bis. These serve as the main framework outlining the authority, criteria, and qualifications for pardons, detailed further in subordinate laws enacted through royal decrees. The objective of the pardon law is to provide offenders with the opportunity to reintegrate into society through a justice process administered by the Department of Corrections, the Cabinet, and the Ministry of Justice as the executive bodies responsible for such considerations. However, while this law is procedurally correct, from the perspective of legal philosophy, there are considerations regarding its legitimacy and appropriateness. Analyzing through the legal philosophy of Georg Friedrich Carl von Savigny of the Historical School, it is emphasized that the legitimacy of law must relate to the national spirit developed from the nation's internal history. In contrast, Jeremy Bentham, the founder of modern utilitarianism, focuses on content and outcomes rather than formal aspects. He posits that a good law is one that maximizes happiness for the greatest number of people in society. Bentham uses the principle of utility to measure the value of actions and laws, believing that laws stem from the will of powerful individuals and can be amended, altered, or repealed to ensure the greatest benefit and minimize future suffering for the majority in society. This paper aims to evaluate whether the current practice of granting pardons in Thailand, particularly in the case of Somkid Pumpuang, aligns with the legal philosophies of Savigny and Bentham regarding legitimacy and appropriateness.

Keywords : Royal Pardons, Royal Power, Legitimacy, Appropriateness, Legal Philosophy

1. บทนำ

การตีความและการปฏิบัติตามกฎหมายมีบทบาทสำคัญในการก่อสร้างสังคมที่มีความยุติธรรมและเป็นระเบียบเรียบร้อย อย่างไรก็ตาม ความไม่เหมาะสมของหลักในบทบัญญัติย่อมเป็นตัวการให้เกิดความไม่ชอบธรรมในสิ่งที่กฎหมายต้องการจะสร้างได้ โดยเฉพาะในบริบทของกฎหมายว่าด้วยการอภัยโทษในประเทศไทย ที่ยังมีความคลุมเครือและความไม่แน่นอนในเรื่องของความชอบธรรมและความเหมาะสมกับการอภัยโทษในประเทศไทย ดังนั้น ผู้เขียนจึงนำปัญหาข้างต้นมาพิจารณาผ่านมุมมองของนักปรัชญาทั้งสองท่านดังต่อไปนี้

แนวคิดเชิงนิติปรัชญาของจอร์จ ฟรีดริค คาร์ล ฟอน ซาวิญญี่ (Georg Friedrich Carl von Savigny) แห่งสำนักประวัติศาสตร์ ซึ่งมุ่งเน้นว่าความชอบธรรมของกฎหมายต้องสัมพันธ์กับจิตวิญญาณประจำชาติที่พัฒนามาจากประวัติศาสตร์ภายในชนชาติ

แนวคิดเชิงนิติปรัชญาของเจอเร็มี เบนแธม (Jeremy Bentham) ผู้ก่อตั้งแนวความคิดอรรถประโยชน์นิยม (Utilitarianism) ซึ่งมองในเชิงของผลลัพธ์ว่ากฎหมายที่ดีคือกฎหมายที่ก่อให้เกิดปริมาณความสุขมากที่สุดแก่คนในสังคม เบนแธมจึงใช้หลักอรรถประโยชน์ในการวัดคุณค่าของการกระทำและกฎหมาย

ผู้เขียนขอแบ่งการนำเสนอเนื้อหาในบทความนี้ออกเป็น 4 หัวข้อ ได้แก่ 1) ความหมาย แนวคิด และวัตถุประสงค์ของการพระราชทานอภัยโทษในประเทศไทย 2) แนวคิดเชิงนิติปรัชญาของซาวิญญี่และเบนแธมต่อการพระราชทานอภัยโทษ 3) บทวิเคราะห์ความชอบธรรมและความเหมาะสมของการพระราชทานอภัยโทษเป็นการทั่วไปของประเทศไทยในกรณีศึกษาผ่านแนวคิดเชิงนิติปรัชญาของซาวิญญี่และเบนแธม 4) บทสรุปและข้อเสนอแนะ ตามลำดับ โดยแต่ละหัวข้อมีรายละเอียดดังจะได้บรรยายต่อไป

2. ความหมาย แนวคิด และวัตถุประสงค์ของการพระราชทานอภัยโทษในประเทศไทย

2.1 ความหมายของการพระราชทานอภัยโทษในประเทศไทย

การอภัยโทษ (Pardon) เป็นการยกโทษ ลดโทษ หรือเปลี่ยนโทษหนักให้เป็นเบาให้แก่ผู้โทษที่ได้รับคำพิพากษาให้รับโทษทางอาญา โดยยังถือว่าเป็นผู้กระทำความผิดและเคยต้องคำพิพากษา การอภัยโทษมิได้หมายถึงการลบล้างความผิดที่ได้กระทำไป แต่เป็นการให้อภัยเฉพาะในส่วนโทษที่ต้องรับเท่านั้น การอภัยโทษนี้สามารถเป็นได้ทั้งแบบเด็ดขาดไม่มีเงื่อนไข หรือมีเงื่อนไขใด ๆ ก็ตาม การอภัยโทษจึงไม่มีผลเป็นการลบล้างคำพิพากษา แม้ผู้ที่ได้รับการอภัยโทษจะได้รับการปล่อยตัวเป็นอิสระแล้วก็ตาม ก็ยังถือว่าเป็นบุคคลที่เคยเป็นผู้กระทำความผิดและต้องคำพิพากษาศาลมาแล้ว

ในประเทศไทย การอภัยโทษมีรูปแบบเป็นการพระราชทานอภัยโทษ กล่าวคือ การที่พระมหากษัตริย์ทรงพระราชทานพระมหากรุณาธิคุณแก่นักโทษผู้ต้องคำพิพากษาถึงที่สุดให้รับโทษทางอาญาให้ได้รับการยกโทษหรือเปลี่ยนโทษหนักให้เป็นเบา หรือลดโทษทั้งหมดหรือบางส่วน ซึ่งเป็นพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์โดยเฉพาะ การพระราชทานอภัยโทษจะกระทำได้เมื่อมีคำพิพากษาถึงที่สุดแล้วเท่านั้น และจะต้องกระทำในนามพระมหากษัตริย์ การพระราชทานอภัยโทษจึงเป็นพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์อันเนื่องในพระมหากรุณาธิคุณส่วนหนึ่ง ดังที่ปรากฏในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 179 ที่กำหนดให้พระมหากษัตริย์ทรงมีพระราชอำนาจในการพระราชทานอภัยโทษ ประกอบกับมาตรา 175 ที่กำหนดให้พระมหากษัตริย์ทรงไว้ซึ่งพระราชอำนาจในการตราพระราชกฤษฎีกา¹ การพระราชทานอภัยโทษเป็นการทั่วไปนั้นสามารถทำได้โดยการถวายคำแนะนำจากคณะรัฐมนตรีตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 261 ทวิ การพระราชทานอภัยโทษจะเกิดขึ้นได้ต่อเมื่อมีผู้ร้องขอหรือถวายเรื่องต่อพระมหากษัตริย์²

¹ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

มาตรา 175 “พระมหากษัตริย์ทรงไว้ซึ่งพระราชอำนาจในการตราพระราชกฤษฎีกาโดยไม่ขัดต่อกฎหมาย”

มาตรา 179 “พระมหากษัตริย์ทรงไว้ซึ่งพระราชอำนาจในการพระราชทานอภัยโทษ”

² ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 261 ทวิ “ในกรณีที่คณะรัฐมนตรีเห็นเป็นการสมควรจะถวายคำแนะนำต่อพระมหากษัตริย์ขอให้พระราชทานอภัยโทษแก่ผู้ต้องโทษก็ได้การพระราชทานอภัยโทษตามวรรคหนึ่ง ให้ตราเป็นพระราชกฤษฎีกา”

การอภัยโทษยังมีความหมายตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาที่กำหนดไว้ในภาค 7 มาตรา 259 ถึงมาตรา 267 ซึ่งระบุถึงหลักเกณฑ์และเงื่อนไขในการได้รับพระราชทานอภัยโทษ ผลของการอภัยโทษทางอาญากฎหมายห้ามมิให้บังคับโทษนั้นต่อไป หรือถ้าเป็นโทษปรับที่ชำระแล้วก็ให้คืนค่าปรับไป แต่ไม่ได้ลบล้างโทษทางอาญาที่เคยได้รับมาก่อน

2.2 แนวคิดของการพระราชทานอภัยโทษในประเทศไทย

การพระราชทานอภัยโทษเป็นแนวคิดที่มีรากฐานลึกซึ้งในประวัติศาสตร์และวัฒนธรรมไทย โดยมีที่มาจากภาคีทางกฎหมายหนึ่งที่เก่าแก่อันหนึ่งของอังกฤษกล่าวไว้ว่า “พระมหากษัตริย์ทรงเป็นที่มาของความยุติธรรม” หรือ “*The King is the Fountain of Justice.*”³ บทบาทของพระมหากษัตริย์ในฐานะผู้ทรงพระราชทานอภัยโทษมีความสำคัญอย่างสูงในสังคมปัจจุบัน เป็นการแสดงถึงความสัมพันธ์ที่แน่นแฟ้นระหว่างพระมหากษัตริย์กับราษฎร ซึ่งพระองค์เปรียบเสมือนที่พึ่งสุดท้ายในการแสวงหาความยุติธรรม

พระมหากษัตริย์ในฐานะประมุขของรัฐ ทรงใช้พระราชอำนาจในการพระราชทานอภัยโทษตามกฎหมายและเพื่อความเที่ยงธรรม ซึ่งสะท้อนให้เห็นถึงพระเมตตาและความกรุณาของพระองค์ การพระราชทานอภัยโทษนี้ไม่เพียงแต่ส่งผลให้ผู้ต้องโทษได้รับประโยชน์สุข แต่ยังส่งผลให้ครอบครัวของผู้ต้องโทษได้รับความสงบสุขและความหวัง

ประวัติศาสตร์การพระราชทานอภัยโทษในประเทศไทยสามารถย้อนไปได้ถึงสมัยสุโขทัย และได้มีการสืบทอดแบบแผนและประเพณีการปกครองมาจนถึงสมัยกรุงรัตนโกสินทร์ การพระราชทานอภัยโทษในอดีตและปัจจุบันถูกมองว่าเป็นการกระทำที่สะท้อนถึงบทบาทของพระมหากษัตริย์ในการเป็นศูนย์กลางของความยุติธรรม ซึ่งเป็นที่มาแห่งการให้อภัยและความเมตตาต่อราษฎรของพระองค์

แนวคิดหลักของการพระราชทานอภัยโทษจึงอยู่ที่การสร้างความยุติธรรมและเมตตาธรรมในสังคม โดยพระมหากษัตริย์ทรงเป็นผู้ถืออำนาจและใช้อำนาจนั้นด้วยความกรุณาและเที่ยงธรรม ซึ่งถือเป็นหลักการสำคัญที่ช่วยเสริมสร้างความสมานฉันท์และความผาสุกในสังคมไทย

2.3 วัตถุประสงค์ของการพระราชทานอภัยโทษในประเทศไทย

การพระราชทานอภัยโทษเป็นการยกโทษตามคำพิพากษาโดยมีผลทำให้อาจไม่ต้องได้รับโทษ หรืออาจได้รับโทษเพียงบางส่วน โดยมีจุดประสงค์ดังนี้

- (1) เพื่อแก้ไขและฟื้นฟูผู้กระทำผิด เป็นวิธีหนึ่งของแนวความคิดและทฤษฎีการลงโทษ เพื่อให้ผู้กระทำความผิดกลับตัวมาเป็นพลเมืองที่ดี และให้โอกาสผู้กระทำผิดกลับคืนสู่สังคม
- (2) เพื่อเป็นการบรรเทาความแออัดยัดเยียดของผู้ต้องขัง จึงใช้วิธีการอภัยโทษเพื่อที่จะลดจำนวนผู้ต้องขังลง
- (3) เพื่อแก้ไขความผิดพลาดในกระบวนการยุติธรรมตามหลักนิติธรรม รวมถึงเป็นการแก้ไขข้อผิดพลาด ในกรณีที่ศาลมีคำพิพากษาที่ผิดพลาดไป เช่น ศาลพิพากษาลงโทษผู้กระทำความผิด ทั้ง ๆ ที่มีข้อสงสัยหรือพยานหลักฐานไม่เพียงพอ

³ บุณญารัตน์ พัฒนมะรินทร์, ‘หัวข้อหลักนิติธรรม เรื่องจอมทัพไทย : กระบวนการยุติธรรมทหารกับหลักนิติธรรม’ (รายงานส่วนบุคคล วิทยาลัยรัฐธรรมนุญ สถาบันรัฐธรรมนุญศึกษา 2557) 2-3.

- (4) เพื่อเป็นเครื่องมือของฝ่ายบริหารโดยเฉพาะกิจการราชทัณฑ์ที่จะนำการพระราชทานอภัยโทษเป็นสิ่งจูงใจให้นักโทษประพฤติปฏิบัติตนอยู่ในระเบียบวินัย อยู่อย่างสงบเรียบร้อยเป็นผลดีต่อการปกครอง
- (5) ลดความเป็นปฏิปักษ์ต่อสังคมในความรู้สึกของนักโทษก่อให้เกิดสำนึกในการทำมาดีต่อไป เป็นการสนับสนุนนโยบายการแก้ไขนักโทษให้กลับตนเป็นคนดี ซึ่งสอดคล้องกับหลักอาชญาวิทยาและหลักทัณฑวิทยา
- (6) เพื่อประโยชน์ต่อสัมพันธไมตรีระหว่างประเทศ ในกรณีที่มีการร้องขอจากประมุขหรือผู้นำจากต่างประเทศ เช่น พระมหากษัตริย์ ประธานาธิบดี นายกรัฐมนตรี เป็นต้น

3. แนวคิดเชิงนิติปรัชญาของชาววิญญูและเบนแรมต่อการพระราชทานอภัยโทษ

3.1 แนวคิดเชิงนิติปรัชญาของชาววิญญูต่อการพระราชทานอภัยโทษ

กฎหมายว่าด้วยการพระราชทานอภัยโทษของไทยเป็นกฎหมายที่มีมาตั้งแต่สมัยสุโขทัยจนถึงปัจจุบัน ซึ่งมีการปรับปรุงเปลี่ยนแปลงเพื่อให้สอดคล้องกับสภาพสังคมที่ใช้บังคับอยู่ในขณะนั้น ทำให้การพิจารณาความชอบธรรมของกฎหมายนี้จึงต้องพิจารณาผ่านเจตนารมณ์ของกฎหมายที่มีรากฐานยึดโยงกับการเปลี่ยนแปลงทางประวัติศาสตร์ของไทย ด้วยเหตุนี้ แนวคิดของชาววิญญูซึ่งเป็นนักคิดคนสำคัญในสำนักประวัติศาสตร์จึงเหมาะสมในการนำมาพิจารณาถึงความชอบธรรมของกฎหมายว่าด้วยการพระราชทานอภัยโทษของไทย

แนวคิดของชาววิญญูกล่าวว่ากฎหมายมิใช่สิ่งที่มีอำนาจหรือรัฐอธิปไตยตราขึ้นมา แต่กฎหมายเกิดขึ้นและพัฒนาจากประวัติศาสตร์ของแต่ละชาติ⁴ ควบคู่ไปพร้อมกับการสร้างประเพณีและวัฒนธรรมร่วมภายในสังคมจนฝังลึกอยู่ในประวัติศาสตร์ของแต่ละชาติ โดยเริ่มแรกปรากฏในรูปจารีตประเพณีที่คนในชุมชนยึดถือและปฏิบัติตาม ต่อมาเมื่อสังคมมีความซับซ้อนขึ้นจึงยกระดับเป็นสาขาวิชานิติศาสตร์ที่นักกฎหมายเป็นผู้ปรับปรุงผ่านการนำอดีตร่วมกันของคนในชาติมาบัญญัติเป็นกฎหมายเพื่อปรุงแต่งกฎหมายให้มีความลึกซึ้งขึ้น และสามารถตอบสนองความต้องการของคนในชาติได้ จึงกล่าวได้ว่ากฎหมายตามแนวคิดของชาววิญญูจึงเกิดจากจิตสำนึกร่วมกันของประชาชนภายในชาติแต่ละชาติ คือ จิตวิญญาณประชาชาติ (Volksgeist)⁵ ซึ่งแต่ละชนชาติ แต่ละยุคสมัยย่อมมีจิตวิญญาณประชาชาติที่แตกต่างกัน ขึ้นอยู่กับเจตจำนงร่วมกันของประชาชนในขณะนั้น ทำให้กฎหมายจึงมีวิวัฒนาการเหมือนกับสิ่งมีชีวิตที่มีการเคลื่อนไหวและปรับตัวอยู่ตลอดเวลา⁶ ดังนั้น การพิจารณาถึงความชอบธรรมของกฎหมายตามแนวคิดชาววิญญูจึงต้องพิจารณาว่ากฎหมายนั้นสอดคล้องกับจิตวิญญาณประชาชาติหรือไม่

เมื่อนำแนวคิดของชาววิญญูมาพิจารณาการพระราชทานอภัยโทษในประเทศไทยพบว่ากฎหมายว่าด้วยการพระราชทานอภัยโทษมีมาตั้งแต่สมัยสุโขทัยตอนต้น ในลักษณะอำนาจเด็ดขาดของพระมหากษัตริย์ในการลงโทษและอภัยโทษเสมือนตั้งพ่อที่ปกครองและลงโทษลูก ทำให้จิตวิญญาณประชาชาติของประชาชนในสมัย

⁴ Frederick Charles von Savigny, *Of The Vocation of Our Age for Legislation and Jurisprudence* (Abraham Hayward, 2nd edn, Batoche Books, 1999) 14.

⁵ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, *ประวัติศาสตร์ความคิดนิติปรัชญา* (พิมพ์ครั้งที่ 2, สำนักพิมพ์อ่านกฎหมาย 2565) 369-372.

⁶ เพิ่งอ้าง 370.

สุขุทัยจึงยึดโยงอยู่กับการเคารพสถาบันพระมหากษัตริย์เหมือนดังพ่อที่ดูแลลูกในครอบครัว⁷ ดังนั้นพระมหากษัตริย์ในสมัยอยุธยาจึงมีอำนาจในการพระราชทานอภัยโทษโดยชอบธรรม ต่อมาในสมัยสุโขทัยตอนปลายต่อเนื่องมาจนถึงสมัยอยุธยาและรัตนโกสินทร์ตอนต้นได้มีการนำหลักธรรมราชาซึ่งเป็นหลักการทางพระพุทธศาสนาและหลักเทวราชาที่ยกย่องเป็นเจ้าของชีวิต ทรงมีพระราชอำนาจเด็ดขาดในการตัดสินคดีและอภัยโทษ ดังนั้น จิตวิญญูณประชาชาติในยุคนี้จึงเป็นการเคารพสถาบันพระมหากษัตริย์เปรียบดังเจ้าของชีวิต⁸

ต่อมาประเทศไทยในสมัยรัตนโกสินทร์ตอนกลางได้มีการเปลี่ยนระบอบการปกครองเป็นสมบูรณาญาสิทธิราชย์และปฏิรูปกฎหมายให้มีความทันสมัยเทียบเท่าชาติตะวันตก ประเทศไทยจึงนำแนวคิดและกฎหมายของชาติตะวันตกมาบัญญัติเป็นกฎหมาย และมีการสร้างส่วนราชการต่าง ๆ เพื่อช่วยพระมหากษัตริย์ในการบริหารราชการแผ่นดิน ไปจนถึงระบอบประชาธิปไตยในสมัยปัจจุบันที่มีการลดอำนาจของกษัตริย์ลงให้อยู่ภายใต้รัฐธรรมนูญ แต่ถึงกระนั้นหนึ่งในกฎหมายที่ยังคงยึดกับจารีตประเพณีดั้งเดิม คือกฎหมายว่าด้วยการพระราชทานอภัยโทษ โดยพระมหากษัตริย์ยังคงมีอำนาจในการพระราชทานอภัยโทษเช่นเดิม เพียงแต่มีการลดอำนาจพระมหากษัตริย์กษัตริย์ลงอย่างมาก เช่น พระมหากษัตริย์ไม่มีสิทธิแก้คำพิพากษาของศาล พระมหากษัตริย์ไม่มีอำนาจวินิจฉัยอรรถคดีดั้งเดิม จึงแสดงให้เห็นว่าในอดีตถึงแม้ระบอบการปกครองของประเทศไทยจะเปลี่ยนแปลงไป แต่สิ่งหนึ่งที่ไม่เปลี่ยนแปลงคือจิตวิญญูณประชาชาติที่เคารพต่อสถาบันพระมหากษัตริย์และให้อำนาจเด็ดขาดแก่พระมหากษัตริย์ในการพระราชทานอภัยโทษ

ในปัจจุบันประเทศไทยเปลี่ยนแปลงการปกครองในปี พ.ศ. 2475 มาเป็นระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ทำให้จากเดิมที่ที่อำนาจพระมหากษัตริย์มีอย่างล้นพ้นกลายเป็นอยู่ภายใต้รัฐธรรมนูญ ทำให้อำนาจบางประการของพระมหากษัตริย์ถูกจำกัดลง⁹ แต่ถึงกระนั้นประชาชนส่วนใหญ่ในประเทศไทยยังคงเคารพสถาบันพระมหากษัตริย์ ทำให้จิตวิญญูณประชาชาติยังคงเป็นการเคารพสถาบันพระมหากษัตริย์อยู่ ทำให้พระมหากษัตริย์จึงมีความชอบธรรมในการพระราชทานอภัยโทษอยู่ ดังเห็นได้จากรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 179 ที่วางหลักให้พระมหากษัตริย์ทรงไว้ซึ่งพระราชอำนาจในการพระราชทานอภัยโทษ แต่เนื่องจากตามแนวคิดของชาวิญญูที่เห็นว่าจิตวิญญูณประชาชาตินี้เป็นสิ่งที่สามารถเปลี่ยนแปลงไปได้เรื่อย ๆ ตามประวัติศาสตร์ที่เปลี่ยนแปลงไปส่งผลให้ในอนาคตจิตวิญญูณประชาชาติของประเทศไทยอาจแปรเปลี่ยนไปเป็นสิ่งอื่นได้ เช่น การเคารพสิทธิมนุษยชน

3.2 แนวคิดเชิงนิติปรัชญาของเบนแธมต่อการพระราชทานอภัยโทษ

แนวคิดเรื่องทฤษฎีประโยชน์นิยมของเบนแธมเป็นปรัชญาเชิงจริยธรรม¹⁰ ที่เชื่อว่า สิ่งที่จะถือเป็นการดีหรือความชั่วอันแท้จริงในโลกนี้อยู่ที่ว่าสิ่งนั้นสร้างความทุกข์หรือความสุขให้เกิดแก่มนุษย์ สิ่งที่ทำประโยชน์ซึ่งสร้างความสุขให้กับคนหมู่มากเป็นสิ่งที่ถูกต้อง ยิ่งเกิดความสุขมากก็ยิ่งดีมาก โดยจะไม่สนใจว่าการกระทำนั้นจะดีหรือจะเลว ถ้าเป็นการกระทำที่นำความสุขมาให้คนส่วนใหญ่ก็ถือว่าเป็นสิ่งที่ดีแล้วตามแนวคิดนี้ กล่าวคือ การกระทำใด ๆ ที่จะเรียกได้ว่าถูกต้องหรือดีงามต้องเป็นการกระทำที่สำเร็จประโยชน์ใน

⁷ ชฎารัตน์ ทองรอด, 'ความชอบธรรมของอำนาจในการอภัยโทษ' (วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย 2556) 172-175.

⁸ ชาตศิลา มุกสง, 'พระราชทานอภัยโทษ' (สถาบันพระปกเกล้า) <<http://wiki.kpi.ac.th/index.php?title=พระราชทานอภัยโทษ#>> สืบค้นเมื่อ 5 เมษายน 2567.

⁹ ชฎารัตน์ ทองรอด (เชิงอรรถ 7) 175.

¹⁰ William Sweet, 'Jeremy Bentham (1748-1832)' (*The Internet Encyclopedia of Philosophy*) <<https://iep.utm.edu/jeremy-bentham/>> accessed 11 May 2024.

การก่อให้เกิดความสุขแก่ทุกคนขึ้นมา และลดปริมาณความทุกข์ ความเจ็บปวด หรือความคับข้องไม่สมหวังทั้งหลาย

โดยนัยข้างต้นนี้ เมื่อนำเอาหลักดังกล่าวมาปรับใช้ในเชิงนิติปรัชญา จึงเป็นการพิจารณาที่บทบาทของรัฐในการออกกฎหมายเพื่อการอภัยโทษว่าสามารถสร้างความสุขให้เกิดแก่สังคมมากที่สุดแล้วหรือไม่¹¹ แม้จะมีการจำกัดสิทธิเสรีภาพของบุคคลไปบ้าง แต่เชื่อว่าหากมีการปฏิบัติตามกฎหมายเป็นการทั่วไปแล้วย่อมให้ผลลัพธ์ในแง่ประโยชน์สุขสูงสุดของสังคมโดยรวม โดยกฎหมายในทัศนะของเบนแธมเกิดจากเจตจำนงของมนุษย์ผู้ทรงอำนาจ จึงสามารถแก้ไข เปลี่ยนแปลง หรือยกเลิกกฎหมายได้ หากการนั้นจะนำมาสู่ประโยชน์สุขและไม่ก่อให้เกิดความทุกข์ในภายหลังแก่คนจำนวนมากในสังคม โดยเน้นที่ความสุขของสังคมในรูปแบบที่เข้าใจง่ายซึ่งเป็นการดูที่ผลลัพธ์มากกว่าการไปพิจารณาที่มาหรือเนื้อหาของกฎหมาย และมีพื้นฐานอยู่บนการคำนวณผลที่เกิดขึ้นตามมามากกว่าอยู่บนหลักการทางกฎหมาย

ดังนั้นแล้ว แนวความคิดประโยชน์นิยมนี้เป็นการวิเคราะห์ความเหมาะสมของกฎหมายได้โดยพิจารณาจากผลลัพธ์ที่เกิดขึ้น แม้ไม่สามารถนำมาพิจารณาความเป็นกฎหมายได้ แต่ตามความคิดของเบนแธม นิติศาสตร์กับจริยศาสตร์ต้องสัมพันธ์กัน กล่าวคือ กฎหมายจะต้องเป็นคำสั่งที่มีการใช้บังคับเพื่อประโยชน์สุขของสังคมส่วนรวม ถ้าประชาชนเห็นดีเห็นงามก็เชื่อได้ว่ากฎหมายฉบับนั้นยุติธรรม

เมื่อนำแนวคิดของเบนแธมมาพิจารณาความเหมาะสมของการพระราชทานอภัยโทษในประเทศไทย ต้องพิจารณาถึงผลลัพธ์ซึ่งเป็นความสุขที่เกิดขึ้นทั้งกระบวนการการลงโทษและการอภัยโทษละเอียดอ่อนในทางนิติปรัชญาตามแนวคิดประโยชน์นิยม หมายความว่า การที่จะตัดสินว่าการกระทำอย่างหนึ่งเป็นการกระทำที่ถูกต้องเหมาะสมหรือไม่ ต้องพิจารณาว่าการกระทำนั้นก่อให้เกิดผลดีแก่สังคมตามหลักประโยชน์นิยมหรือไม่ กล่าวคือ สิ่งนั้นก่อให้เกิดความสุขต่อคนจำนวนมากที่สุดหรือไม่ ถ้าใช่สิ่งนั้นก็เป็นการเหมาะสมแล้ว ดังนี้

ลำดับแรก การพิจารณาว่า “การลงโทษ” เหมาะสมหรือไม่ ต้องพิจารณาว่านำไปสู่ความสุขโดยรวมหรือประโยชน์สูงสุดต่อสังคมหรือไม่ ซึ่งตามแนวคิดของเบนแธมจะเห็นได้ว่าการที่สังคมจะมีความสุขได้นั้นก็เนื่องมาจากคนในสังคมอยู่ในกฎเกณฑ์ เคารพกฎหมาย ไม่กระทำความผิดขึ้น ฉะนั้นถ้าหากว่าเมื่อมีการลงโทษแล้วจะเป็นผลให้สามารถป้องกันคนในสังคมไม่ให้กระทำความผิดขึ้นได้¹² ถือว่าการลงโทษนั้นก่อให้เกิดผลดีเป็นสิ่งที่เหมาะสมและควรกระทำ เพราะการลงโทษนั้นบรรลุลวัตถุประสงค์เพื่อป้องกันสังคมไม่ให้เกิดการกระทำความผิดเช่นนี้ขึ้นมาอีก

ลำดับต่อมา การพิจารณาว่า “การให้อภัยโทษ” เหมาะสมหรือไม่ ต้องพิจารณาว่านำไปสู่ความสุขโดยรวมหรือประโยชน์สูงสุดต่อสังคมหรือไม่ ซึ่งตามแนวคิดของเบนแธมเห็นว่าการเมื่องเป็นเรื่องสำคัญที่สุดของหลักการในเรื่องการให้อภัยโทษ รัฐไม่ควรลดการลงโทษให้น้อยลง เนื่องจากการลงโทษเป็นการเหมาะสมที่ก่อให้เกิดประโยชน์สูงสุดของสังคมตามที่ได้พิจารณาแล้วข้างต้น จึงไม่ควรละเลยการลงโทษเพื่อที่จะป้องกันสังคมไม่ให้อาชญากรรมเกิดขึ้นอีก แต่เบนแธมเห็นด้วยว่ารัฐควรมุ่งเน้นไปที่การอภัยโทษมากขึ้นหากการอภัยโทษนั้นเป็นไปเพื่อประโยชน์สูงสุดของสังคม ไม่ว่าจะนำไปเพื่อฟื้นฟูผู้กระทำผิดให้กลับตัวมาเป็นพลเมืองที่ดีของสังคม หรือเพื่อเป็นเหตุจูงใจและลดความเป็นปฏิปักษ์ต่อสังคมในความรู้สึกของนักโทษ ซึ่งเป็นเครื่องมือ

¹¹ รูปทอง กว้างสวัสดิ์, ‘การศึกษาเชิงวิจารณ์หลักมทสุขของ จอห์น สจ๊วต มิลล์’ (วิทยานิพนธ์ ศิลปศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยเชียงใหม่ 2531) 22-24.

¹² Aditya Negi, ‘Theory of Bentham: Utilitarian principle’ (2023) 8(5) International Journal of Novel Research and Development 265.

ของฝ่ายบริหารโดยเฉพาะกิจการราชทัณฑ์ หรือเพื่อบรรเทาความแออัดโดยลดจำนวนผู้ต้องขังลง หรือเพื่อแก้ไขความผิดพลาดในกระบวนการยุติธรรมตามหลักนิติธรรมและผ่อนคลายความเคร่งครัดในการใช้บังคับกฎหมายตามลายลักษณ์อักษร ซึ่งถ้าหากการอภัยโทษทำให้บรรลู่วัตถุประสงค์เหล่านี้ก็ย่อมเกิดประโยชน์ต่อสังคม และเป็นการที่เหมาะสมแล้วตามแนวความคิดประโยชน์นิยม

4. บทวิเคราะห์ความชอบธรรมและความเหมาะสมของการพระราชทานอภัยโทษเป็นการทั่วไปของประเทศไทยในกรณีศึกษาผ่านแนวคิดเชิงนิติปรัชญาของซาวินญูญีและเบนแธม

4.1 กรณีศึกษาเกี่ยวกับการพระราชทานอภัยโทษเป็นการทั่วไปของประเทศไทย

ประวัติศาสตร์อันยาวนานของกฎหมายว่าด้วยการอภัยโทษสะท้อนแนวความคิดที่มีรากฐานมาจากค่านิยม วัฒนธรรม และเจตจำนงของผู้มีอำนาจออกกฎหมายนับแต่อดีตจนถึงปัจจุบัน สังคมไทยที่มีความเป็นพลวัตจึงก่อให้เกิดข้อเท็จจริงใหม่อันส่งผลให้เกิดการตั้งคำถามขึ้นต่อความเหมาะสมของกระบวนการอภัยโทษ

ในแง่ของกระบวนการอภัยโทษ กรมราชทัณฑ์จะเป็นองค์กรทางกระบวนการยุติธรรมที่เข้ามาทำหน้าที่ปฏิบัติต่อผู้กระทำผิดให้เป็นไปตามคำพิพากษาของศาล โดยดำเนินการตามกฎหมายว่าด้วยการราชทัณฑ์และกฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้อง หนึ่งในอำนาจขององค์กรดังกล่าวคือมีส่วนในการอภัยโทษให้แก่นักโทษที่เข้าเงื่อนไขหลังจากที่ศาลกำหนดโทษตามคำพิพากษาถึงที่สุดมาแล้ว ส่งผลให้มีลักษณะของการใช้อำนาจตุลาการเหนือฝ่ายตุลาการเสียเองเพราะเปลี่ยนแปลงโทษตามคำพิพากษาสูงสุดได้ โดยอาจมีเหตุผลในแง่ของผู้ต้องขังมีจำนวนมากกว่าความจุของเรือนจำมากจนกระทบต่อสุขอนามัยและความแออัดในเรือนจำ ผลที่เกิดขึ้นจากการกระทำของกรมราชทัณฑ์ตามขั้นตอนตามกฎหมายนั้นคือมีผู้ที่พ้นโทษออกมาจากเรือนจำก่อนกำหนดตามคำพิพากษา ซึ่งอาจจะยังไม่ได้รับการกลั่นกรองว่าพ้นระยะอันตรายอย่างสมบูรณ์และพร้อมกลับสู่สังคมแล้วหรือไม่ อันอาจเป็นการเพิ่มโอกาสที่จะเกิดอาชญากรรมจากการกระทำผิดซ้ำ

การศึกษาข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในสังคมไทย กรณีที่ผู้ต้องโทษได้รับอภัยโทษตามขั้นตอนทางกฎหมายจากกรมราชทัณฑ์ผ่านคดีของ “นายสมคิด พุ่มพวง”¹³ ฆาตกรต่อเนื่องซึ่งได้ก่อเหตุฆาตกรรมในช่วงเดือนมกราคมถึงมิถุนายน พ.ศ. 2548 ไปถึง 5 ศพในพื้นที่ภาคอีสานและภาคใต้ โดยมีความผิดหลายฐาน ได้แก่ ฐานฆ่าผู้อื่นโดยไตร่ตรองไว้ก่อน โดยทรมาณหรือกระทำทารุณโหดร้าย ฐานลักทรัพย์ ฐานซ่อนเร้น ย้าย หรือทำลายศพ หรือส่วนของศพเพื่อปิดบังการเกิด การตาย หรือสาเหตุแห่งการตาย และฐานเป็นการกระทำใด ๆ ต่อศพหรือสภาพแวดล้อมในบริเวณที่พบศพก่อนการชันสูตรพลิกศพเสร็จสิ้น ในประการที่น่าจะทำการชันสูตรพลิกศพหรือผลทางคดีเปลี่ยนแปลงไปเพื่ออำพรางคดี รวมทั้งสิ้น 5 คดี คดีส่วนใหญ่ศาลตัดสินให้ประหารชีวิตแต่จำเลยให้การสารภาพ ศาลพิจารณาคดีแล้วว่ามีคำสารภาพเป็นประโยชน์ จึงพิพากษาลดโทษจากประหารชีวิตเป็นจำคุกตลอดชีวิต เพราะไม่อาจตัดสินโทษให้ประหารชีวิต 5 ครั้งจากความผิดที่ฆ่าผู้อื่นไป 5 คนได้ นายสมคิดจึงเข้าเรือนจำไปด้วยโทษจำคุกตลอดชีวิต

การที่นายสมคิดกระทำความผิดตามประมวลกฎหมายอาญาหลายฐานข้างต้น เนื่องด้วยเป็นความผิดเกี่ยวกับชีวิตและร่างกาย ซึ่งเป็นความผิดในคดีอุกฉกรรจ์ คดีสะเทือนขวัญ หรือคดีที่เป็นที่สนใจของประชาชน

¹³ ผู้จัดการออนไลน์, ‘เผย “หลักทัณฑ์พินาศ” ลดโทษ “สมคิด พุ่มพวง” คุกตลอดชีวิตเหลือ 14 ปี ก่อนก่อเหตุซ้ำ’ (MGROnline, 17 ธันวาคม 2562) <<https://mgronline.com/onlinesection/detail/9620000120161>> สืบค้นเมื่อ 2 เมษายน 2567.; ไทยพีบีเอส, ‘ศาลตัดสินประหารชีวิต “สมคิด พุ่มพวง” ฆาตกรต่อเนื่อง’ (ThaiPBS, 2 เมษายน 2564), <<https://www.thaipbs.or.th/news/content/303022>> สืบค้นเมื่อ 2 เมษายน 2567.

ดังนั้น ในช่วงที่เป็นนักโทษเด็ดขาดเข้าใหม่ นายสมคิดจึงถูกจัดให้อยู่ในชั้นต้องปรับปรุงมาก อันเป็นลำดับขั้นต่ำสุดของการแบ่งชั้นนักโทษเด็ดขาด เป็นไปตามกระบวนการที่กำหนดไว้ในกฎกระทรวงกำหนดประโยชน์ของนักโทษเด็ดขาด และเงื่อนไขที่นักโทษเด็ดขาดซึ่งได้รับการลดวันต้องโทษจำคุกหรือการพักการลงโทษและได้รับการปล่อยตัวต้องปฏิบัติ พ.ศ. 2562 ข้อ 3(5) และข้อ 1(1)(จ) แห่งประกาศกระทรวงยุติธรรม เรื่อง กำหนดความผิดในคดีอุกฉกรรจ์ คดีสะเทือนขวัญ หรือคดีที่เป็นที่สนใจของประชาชน พ.ศ. 2563¹⁴

ในระหว่างถูกจำคุก นายสมคิดเป็นนักโทษที่ประพฤติตนดีเสมอมา จึงได้รับประโยชน์จากพระราชบัญญัติราชทัณฑ์ พ.ศ. 2560 มาตรา 52(5) ประกอบกับกฎกระทรวงกำหนดประโยชน์ของนักโทษเด็ดขาด และเงื่อนไขที่นักโทษเด็ดขาดซึ่งได้รับการลดวันต้องโทษจำคุกหรือการพักการลงโทษและได้รับการปล่อยตัวต้องปฏิบัติ พ.ศ. 2562 ข้อ 26(1) ซึ่งกำหนดให้แก่นักโทษเด็ดขาดที่แสดงให้เห็นว่ามีความประพฤติดี มีความอดทน ความก้าวหน้าในการศึกษา และทำการทำงานเกิดผลดี หรือทำความชอบแก่ทางราชการเป็นพิเศษ โดยนายสมคิดได้เลื่อนชั้นจนกระทั่งเป็นนักโทษชั้นเยี่ยมในที่สุด และได้ลดวันต้องโทษจำคุกเดือนละไม่เกิน 5 วันไปเรื่อย ๆ จากการเป็นนักโทษเด็ดขาดชั้นเยี่ยมที่รับโทษจำคุกตามคำพิพากษาถึงที่สุดมาแล้วไม่น้อยกว่า 10 ปีในกรณีที่ต้องโทษจำคุกตลอดชีวิตที่มีการเปลี่ยนโทษจำคุกตลอดชีวิตเป็นโทษจำคุกมีกำหนดเวลานี้จึงเป็นส่วนแรกที่ส่งผลให้วันต้องโทษจำคุกของนายสมคิดลดลง นอกจากตัวบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องดังกล่าว นายสมคิดก็ยังได้ลดวันต้องโทษจำคุกจากพระราชกฤษฎีกาพระราชทานอภัยโทษในโอกาสสำคัญ ๆ เรื่อยมา¹⁵

ภายหลังได้รับการลดวันต้องโทษจำคุกตามกระบวนการทางกฎหมายมาตามลำดับ ท้ายที่สุดนายสมคิดก็พ้นโทษออกจากเรือนจำเมื่อวันที่ 27 พฤษภาคม พ.ศ. 2562 นักโทษที่ต้องโทษตามคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุกตลอดชีวิตอย่างนายสมคิดจึงได้รับโทษจำคุกจริงเพียง 14 ปี เท่านั้น โดยเหตุผลที่นายสมคิดได้รับการลดโทษ แม้ว่าศาลได้มีคำพิพากษาถึงที่สุดให้ต้องโทษจำคุกตลอดชีวิตไปแล้วก็ตาม เนื่องมาจากกระบวนการยุติธรรมของศาลและกรมราชทัณฑ์แยกต่างหากจากกัน กล่าวคือ ภายหลังจากศาลซึ่งเป็นองค์กรฝ่ายตุลาการ

¹⁴ กฎกระทรวงกำหนดประโยชน์ของนักโทษเด็ดขาด และเงื่อนไขที่นักโทษเด็ดขาดซึ่งได้รับการลดวันต้องโทษจำคุกหรือการพักการลงโทษและได้รับการปล่อยตัวต้องปฏิบัติ พ.ศ. 2562

ข้อ 2 “การแบ่งชั้นนักโทษเด็ดขาดมีดังต่อไปนี้

- (1) ชั้นเยี่ยม
- (2) ชั้นดีมาก
- (3) ชั้นดี
- (4) ชั้นกลาง
- (5) ชั้นต้องปรับปรุง
- (6) ชั้นต้องปรับปรุงมาก”

ข้อ 3 “นักโทษเด็ดขาดเข้าใหม่ ให้จัดอยู่ในชั้นกลาง เว้นแต่กรณีดังต่อไปนี้ ...

- (5) นักโทษเด็ดขาดซึ่งกระทำความผิดในคดีอุกฉกรรจ์ คดีสะเทือนขวัญ หรือคดีที่เป็นที่สนใจของประชาชน ตามที่รัฐมนตรีประกาศกำหนด ให้จัดอยู่ในชั้นต้องปรับปรุงมาก”

ประกาศกระทรวงยุติธรรม เรื่อง กำหนดความผิดในคดีอุกฉกรรจ์ คดีสะเทือนขวัญ หรือคดีที่เป็นที่สนใจของประชาชน พ.ศ. 2563

ข้อ 1 “ความผิดในคดีอุกฉกรรจ์ คดีสะเทือนขวัญ หรือคดีที่เป็นที่สนใจของประชาชนดังต่อไปนี้ ให้จัดชั้นนักโทษเด็ดขาดเข้าใหม่ อยู่ในชั้นต้องปรับปรุงมาก

- (1) ความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา
- (จ) ความผิดเกี่ยวกับชีวิตและร่างกาย ตามมาตรา 289”

¹⁵ workpointTODAY, ‘สมคิด พุ่มพวง ถูกตัดสินจำคุกตลอดชีวิต ทำไม่รับโทษจริงแค่ 14 ปี’ (workpointTODAY, 17 ธันวาคม 2562) <<https://workpointtoday.com/somkid-3/>> สืบค้นเมื่อ 2 เมษายน 2567.

มีคำพิพากษาแล้วจึงจะเข้าสู่ขั้นตอนของกรมราชทัณฑ์ซึ่งเป็นหน่วยงานฝ่ายบริหาร เมื่อมีการจัดการที่แยกกัน ส่งผลให้กระบวนการอภัยโทษตามอำนาจหน้าที่ของกรมราชทัณฑ์ขัดแย้งกับคำพิพากษาของศาลนั่นเอง

อย่างไรก็ดี นายสมคิดได้ก่อคดีฆาตกรรมเหยื่อรายที่ 6 เมื่อปลายปี พ.ศ. 2562 ภายหลังจากที่เพิ่งพ้นโทษออกมาจากเรือนจำได้เพียง 6 เดือนเศษเท่านั้น ในปี พ.ศ. 2564 ศาลจังหวัดขอนแก่นจึงได้อ่านคำพิพากษาโดยสั่งประหารชีวิตสถานเดียว และริบของกลางในการก่อเหตุทั้งหมด โดยประเด็นสำคัญในคำพิพากษาคือการที่ศาลระบุว่า “จำเลยก่อเหตุซ้ำโดยไม่เกรงกลัวกฎหมายบ้านเมือง ทั้งไม่สำนึกในการกระทำ ความผิด ขาดความเมตตาปรานี สร้างความสูญเสียแก่สุจริตชน และที่สำคัญเป็นอันตรายต่อสังคมอย่างใหญ่หลวง ศาลจึงไม่มีเหตุบรรเทาโทษ”¹⁶

เมื่อพิจารณาจากคดีที่ยกเป็นกรณีศึกษานี้ เนื่องจากกระบวนการอภัยโทษในคดีดังกล่าวได้ปล่อยนักโทษคดีอุกฉกรรจ์สะเทือนขวัญ ที่ซ้ำยังไม่สำนึกผิดและเป็นอันตรายต่อสังคมอย่างใหญ่หลวง ให้ได้รับการลดหย่อนผ่อนโทษเร็วกว่าที่ควรจะเป็น ส่งผลให้เกิดความหวาดระแวงต่อคนในสังคมเป็นวงกว้าง เกิดความไม่ปลอดภัยและความสูญเสียขึ้นในสังคมภายหลังจากการอภัยโทษไปโดยฝ่าฝืนสำนึกความเป็นธรรมและความสุจริตชนอย่างไม่เหมาะสม จึงนับเป็นการกระทำตามกระบวนการทางกฎหมายอันนำมาซึ่งความทุกข์ของคนในสังคมจำนวนมาก

4.2 การวิเคราะห์ข้อเท็จจริงในกรณีศึกษาผ่านแนวคิดเชิงนิติปรัชญาของชาวิญญู

จากกรณีศึกษาเรื่องนายสมคิดข้างต้น กรณีนี้แม้ว่าจะประพัตินตัจจนได้เลื่อนขั้นเป็นนักโทษชั้นเยี่ยม กระทั่งเข้าเกณฑ์นักโทษที่ได้รับการลดวันต้องโทษตามพระราชบัญญัติราชทัณฑ์ พ.ศ. 2560 และได้รับอภัยโทษตามพระราชกฤษฎีกาพระราชทานอภัยโทษ อย่างถูกต้องและชอบธรรมตามกระบวนการทางกฎหมาย เนื่องจากพระราชบัญญัติราชทัณฑ์ดังกล่าวเป็นกฎหมายที่กำหนดอำนาจหน้าที่ของราชทัณฑ์และว่าด้วยการบังคับโทษจำคุกตามคำพิพากษาของประเทศไทย และพระราชกฤษฎีกาพระราชทานอภัยโทษได้ตราขึ้นมาโดยอาศัยรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 179 ประกอบมาตรา 175 ให้อำนาจไว้ นอกจากนี้ยังกล่าวได้ว่าการอภัยโทษก็กระทำผ่านพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์อันเป็นประมุขแห่งรัฐไทยทรงพระราชทานให้ ดังนั้น ในกระบวนการทางกฎหมายจึงมีความชอบธรรม และสะท้อนจิตวิญญาณประชาธิปไตยของประชาชนชาวไทยที่ให้ความเคารพต่อสถาบันพระมหากษัตริย์มาเป็นเวลายาวนาน

อย่างไรก็ดี การวิเคราะห์ประเด็นที่ว่า การอภัยโทษมีความชอบธรรมตามแนวความคิดของชาวิญญูไม่อาจตอบปัญหาเรื่องความเหมาะสมของการอภัยโทษต่อบางกรณีที่เกิดขึ้นจริงได้ อ้างอิงจากข้อเท็จจริงในกรณีศึกษาข้างต้นว่านายสมคิดไม่ได้สำนึกในความผิดที่ได้กระทำเลยหลังจากที่ได้รับโอกาสกลับคืนสู่สังคม หากแต่ยังก่อเหตุฆาตกรรมในรูปแบบเดิมจนส่งผลกระทบต่อความหวาดหวั่นเรื่องความปลอดภัยของประชาชนในสังคมเป็นวงกว้าง กรณีนี้จึงสะท้อนว่ากระบวนการอภัยโทษและหน่วยงานที่เกี่ยวข้องปล่อยตัวนายสมคิดกลับคืนสู่สังคมก่อนระยะปลอดภัย และผู้กระทำผิดได้รับโทษไม่เหมาะสมกับความผิดที่กระทำลงไปจริง เนื่องจากการพิจารณาจิตวิญญาณประชาธิปไตยตามบริบททางประวัติศาสตร์เพียงอย่างเดียวจะก่อให้เกิดการวิพากษ์วิจารณ์จากสังคมเรื่องความเหมาะสมในกระบวนการพิจารณาคดี เพราะแนวความคิดของชาวิญญูไม่สามารถเข้าไปวัดความต้องการหรือเจตจำนงของประชาชนในสังคมปัจจุบันได้ ด้วยเหตุที่จิตวิญญาณ

¹⁶ กระทรวงยุติธรรม, ‘กรมราชทัณฑ์ รับกรณีลดโทษ สมคิด พุ่มพวง ฆาตกรต่อเนื่องหลังก่อเหตุซ้ำ มีปัญหา’ (Ministry of Justice, 17 ธันวาคม 2562) <<https://www.moj.go.th/view/38841>> สืบค้นเมื่อ 2 เมษายน 2567.

ประชาชาติสามารถพัฒนาการได้อย่างต่อเนื่องตามประวัติศาสตร์และสังคมซึ่งเป็นพลวัต ส่งผลให้จิตวิญญาณประชาชาตินั้นย่อมแตกต่างกันไปตามกาลสมัยและท้องที่ ดังนั้น แนวความคิดของชาววิญญูซึ่งมุ่งสังเกตปรากฏการณ์ทางกฎหมายในทางประวัติศาสตร์จึงไม่ต้อบโจทย์เรื่องความเหมาะสมของการอภัยโทษที่จะอำนวยความสะดวกต่อประโยชน์สุขสูงสุดให้เกิดขึ้นจริงในสังคมปัจจุบันได้ เป็นเหตุให้ต้องคำนึงถึงความรู้สึกและจิตสำนึกผิดชอบชั่วดีตามบริบทของประชาชนในสังคมปัจจุบันนี้ประกอบกันด้วยนั่นเอง

4.3 การวิเคราะห์ข้อเท็จจริงในกรณีศึกษาผ่านแนวคิดเชิงนิติปรัชญาของเบนแธม

กฎหมายเพื่อการอภัยโทษหากสามารถบรรลุถึงวัตถุประสงค์อันก่อให้เกิดประโยชน์และสร้างความสุขให้เกิดแก่สังคมมากที่สุดย่อมเป็นกฎหมายที่มีความเหมาะสม อย่างไรก็ตาม ในบางกรณีที่การอภัยโทษนั้นไม่เป็นประโยชน์ต่อสังคมและไม่สมประโยชน์ตามวัตถุประสงค์ของการอภัยโทษ การได้รับอภัยโทษก็เป็นการไม่เหมาะสม

จากกรณีศึกษาเรื่องนายสมคิดข้างต้น แม้นายสมคิดจะเป็นนักโทษชั้นเยี่ยมหรือมีพฤติกรรมดีในเรือนจำเพียงใดและการลดโทษได้เป็นไปตามกระบวนการอภัยโทษตามกฎหมายก็ตาม แต่เมื่อพิจารณาถึงพฤติกรรมการก่อเหตุฆาตกรรมซึ่งเป็นคดีอาญาอุกฉกรรจ์และสะเทือนขวัญนั้นถึง 5 คดีต่อเนื่องกัน แสดงให้เห็นว่านายสมคิดผู้กระทำความผิดขาดสำนึกยังคิดและการยับยั้งชั่งใจ ทั้งเมื่อถูกปล่อยตัวออกจากเรือนจำเพียง 6 เดือนเศษก็ไม่สำนึกในความผิดและไม่ปรากฏว่ากระบวนการในเรือนจำช่วยฟื้นฟูแก้ไขให้นายสมคิดปรับตัวและกลับสู่สังคมได้อย่างเต็มที่จนนำไปสู่การกระทำผิดซ้ำ ดังที่เห็นได้จากการก่อเหตุฆาตกรรมอีกครั้งเป็นคดีที่ 6 นั่นเอง

กรณีดังกล่าวย่อมสะท้อนปัญหาว่าการอภัยโทษนี้ไม่มีความเหมาะสม อีกทั้งยังก่อให้เกิดประเด็นว่าการพิจารณาลดโทษนักโทษลักษณะดังกล่าวโดยใช้เกณฑ์ลดโทษมาตรฐานเช่นเดียวกับนักโทษทั่วไปนั้นไม่ก่อให้เกิดประสิทธิภาพมากพอที่จะบรรลุวัตถุประสงค์ของการอภัยโทษ การอภัยโทษที่เกิดขึ้นในกรณีศึกษาดังกล่าวไม่เหมาะสมตามแนวคิดประโยชน์นิยมของเบนแธม นายสมคิดผู้กระทำผิดไม่สมควรได้รับการอภัยโทษ เนื่องจากการอภัยโทษดังกล่าวไม่สามารถฟื้นฟูเขาให้กลับมาเป็นพลเมืองที่ดีของสังคมได้ จึงไม่สมประโยชน์ตามวัตถุประสงค์ของกฎหมายว่าด้วยการอภัยโทษ

นอกจากนี้ การอภัยโทษที่เกิดขึ้นได้สร้างความสูญเสียขึ้นอีกและยังเพิ่มความทุกข์แก่สุจริตชนอื่นในสังคม ทั้งยังก่อให้เกิดอันตรายต่อสังคม และนำมาซึ่งเพียงประโยชน์ส่วนตนของนายสมคิด เห็นได้อย่างชัดเจนว่าการอภัยโทษไม่เหมาะสมในกรณีนี้ เนื่องจากไม่ได้สร้างความสุขให้เกิดขึ้น ไม่ก่อให้เกิดประโยชน์ต่อสังคมและไม่บรรลุเป้าประสงค์ที่แท้จริงของการอภัยโทษ ดังนั้น ในการพิจารณาการพระราชทานอภัยโทษต้องพิจารณาข้อเท็จจริงเป็นรายกรณีไป เพราะในแต่ละกรณีย่อมมีข้อเท็จจริงที่ต่างกันซึ่งนำมาซึ่งผลลัพธ์เรื่องความเหมาะสมที่ต่างกัน

ตามแนวคิดประโยชน์นิยมของเบนแธม รัฐไม่ควรลงโทษน้อยลง แต่ควรมุ่งเน้นไปที่การอภัยโทษมากขึ้น อย่างไรก็ตามต้องพิจารณาการอภัยโทษเป็นรายกรณีไป โดยการนำแนวคิดที่มุ่งหวังผลประโยชน์สูงสุดและความสุขสูงสุดมาเป็นหลักในการตัดสินใจ จึงจะช่วยให้สังคมมีความเป็นธรรมและเหมาะสมเป็นที่ยอมรับ อันจะนำมาสู่ความสุขของคนในสังคมได้มากยิ่งขึ้นอย่างแท้จริง ดังนั้น เราสามารถนำแนวคิดเชิงนิติปรัชญาของเบนแธมมาใช้ในการอธิบายข้อพิจารณาเกี่ยวกับความเหมาะสมของการพระราชทานอภัยโทษที่แนวคิดชาววิญญูไม่สามารถเข้าไปให้คำตอบได้ เพื่อประโยชน์แห่งกฎหมายว่าด้วยการอภัยโทษที่พึงปรากฏทั้งความชอบธรรมและความเหมาะสมแห่งประโยชน์สุขของประชาชนในสังคม

5. บทสรุปและข้อเสนอแนะ

5.1 บทสรุป

กฎหมายว่าด้วยการอภัยโทษในประเทศไทยมีประวัติศาสตร์ยาวนานมาตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบัน โดยรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ในมาตรา 179 ประกอบมาตรา 175 รวมถึงประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาในมาตรา 261 ทวิ เป็นหลักในการกำหนดอำนาจและหลักเกณฑ์ต่าง ๆ วัตถุประสงค์ของกฎหมายนี้เพื่อให้ผู้กระทำความผิดได้รับโอกาสกลับคืนสู่สังคมผ่านกระบวนการยุติธรรม ซึ่งมีกรมราชทัณฑ์ คณะรัฐมนตรี กระทรวงยุติธรรม และพระมหากษัตริย์เป็นองค์กรที่มีบทบาทสำคัญ

เมื่อพิจารณาความชอบธรรมและความเหมาะสมของการพระราชอภัยโทษเป็นเรื่องที่ต้องพิจารณาอย่างละเอียดในหลายมิติ รวมถึงในทัศนะเชิงนิติปรัชญาของสองนักคิดสำคัญ คือ ชาวิญญูและเบนแธม การนำแนวคิดของทั้งสองมาปรับใช้ในบริบทของสังคมไทยปัจจุบันจะช่วยให้เห็นแนวทางที่เหมาะสมและยุติธรรมมากขึ้น

ชาวิญญูมองถึงความสำคัญของ “จิตวิญญาณประชาชาติ” ซึ่งเป็นหลักการที่มองว่ากฎหมายควรสอดคล้องกับวัฒนธรรมและค่านิยมของสังคมในแต่ละยุคสมัย ในบริบทของสังคมไทยในปัจจุบันที่เป็นพหุวัฒนธรรมและมีการเปลี่ยนแปลงทางสังคมอยู่เสมอ การพิจารณาจิตวิญญาณประชาชาติเป็นเรื่องที่ทำทนายเพราะจิตวิญญาณประชาชาตินั้นสามารถเปลี่ยนแปลงได้ไปตามกาลเวลาและบริบททางสังคม ตัวอย่างเช่น ในยุคสมัยหนึ่ง จิตวิญญาณประชาชาติอาจเน้นสิทธิมนุษยชนมากกว่าการยึดโยงกับสถาบันพระมหากษัตริย์ การนำแนวคิดชาวิญญูมาปรับใช้กับกฎหมายในปัจจุบันจึงต้องค้นหาจิตวิญญาณประชาชาติที่แท้จริง เพื่อให้กฎหมายมีความชอบธรรมในสายตาของประชาชน ดังนั้น การพระราชทานอภัยโทษต้องพิจารณาในมุมมองของสังคมปัจจุบัน ซึ่งอาจต้องมีการปรับปรุงกฎหมายและกระบวนการพิจารณาให้สอดคล้องกับค่านิยมและวิถีชีวิตของประชาชนในยุคปัจจุบัน

ในทางกลับกัน แนวคิดของเบนแธมไม่สามารถให้คำตอบได้ว่ากฎหมายนั้นมีความชอบธรรมพอที่จะเป็นกฎหมายหรือไม่ แต่สามารถให้คำตอบในเรื่องความเหมาะสมได้ โดยพิจารณาความเหมาะสมของกฎหมายจากหลักประโยชน์นิยมที่มุ่งเน้นว่ากฎหมายควรเป็นไปเพื่อประโยชน์สูงสุดของสังคม การพิจารณาความเหมาะสมของการพระราชทานอภัยโทษจึงควรพิจารณาว่าการอภัยโทษนั้นก่อให้เกิดผลดีต่อสังคมหรือไม่ หากเกิดผลดีต่อสังคมจึงถือว่ามีความเหมาะสม ดังนั้น ควรนำหลักนิติศาสตร์และจริยศาสตร์มาเชื่อมโยงให้สัมพันธ์กันเพื่อให้กฎหมายเป็นไปเพื่อประโยชน์สุขของสังคม

5.2 ข้อเสนอแนะ

ข้อเสนอแนะแนวทางแก้ไขปัญหาความชอบธรรมและความเหมาะสมของกฎหมายว่าด้วยการอภัยโทษผ่านทัศนะเชิงนิติปรัชญาของชาวิญญูและเบนแธม มีดังนี้

- (1) ปรับปรุงกระบวนการพิจารณา: การให้ศาลมีส่วนร่วมในการพิจารณาสิทธิประโยชน์เรื่องการอภัยโทษ จะเพิ่มความเป็นธรรมและความโปร่งใส เนื่องจากเดิมที่อำนาจหน้าที่นี้กรมราชทัณฑ์มีหน้าที่รับผิดชอบ ศาลไม่มีอำนาจเข้ามาแทรกแซงเมื่อได้มีการจัดทำคำพิพากษา จึงควรทำให้กระบวนการนั้นมีความเชื่อมโยงและต่อเนื่องกันมากขึ้น
- (2) แต่งตั้งคณะอนุกรรมการพิจารณาอิสระรายคดี: มาตรา 52(5) แห่งพระราชบัญญัติราชทัณฑ์ พ.ศ. 2560 ที่กำหนดให้ราชทัณฑ์มีอำนาจแต่งตั้งคณะอนุกรรมการมาพิจารณาเรื่องโทษ จึงควรเพิ่ม

ข้อกำหนดในการแต่งตั้งคณะกรรมการให้ประกอบด้วยผู้เชี่ยวชาญจากหลายสาขา รวมถึงนักกฎหมาย นักจิตวิทยา และผู้แทนจากภาคประชาสังคมเพื่อพิจารณาคำร้องขอภัยโทษ และให้มีการติดตามผู้ที่ได้รับการอภัยโทษเพื่อให้แน่ใจว่าผู้ที่ได้รับการอภัยโทษสามารถปรับตัวเข้าสู่สังคมได้อย่างมีประสิทธิภาพและไม่กลับมาก่อทำผิดซ้ำอีก

- (3) ปรับปรุงเกณฑ์การพิจารณาการลดโทษ: ควรมีเกณฑ์การพิจารณาที่ชัดเจนและเป็นรูปธรรม เช่น ประวัติและพฤติกรรมของผู้ต้องโทษ ลักษณะความผิด ระยะเวลาการต้องโทษ อายุ และสุขภาพ และสำหรับนักโทษคดีร้ายแรง ควรใช้เกณฑ์ประเมินการลดโทษที่ไม่เหมือนนักโทษทั่วไปเพื่อให้เกิดการประเมินที่เข้มข้นและรัดกุมมากยิ่งขึ้น
- (4) การส่งเสริมการมีส่วนร่วมของภาคประชาชน: ควรเปิดโอกาสให้ประชาชนมีส่วนร่วมในการพิจารณา และให้ความเห็นเกี่ยวกับการอภัยโทษ เพื่อให้กระบวนการดังกล่าวมีความโปร่งใสและได้ยอมรับจากสังคมและปรับปรุงกฎหมายและนโยบายให้สอดคล้องกับจิตวิญญาณประชาธิปไตยในปัจจุบัน เช่น การปรับปรุงรัฐธรรมนูญ มาตรา 175 และมาตรา 179 รวมถึงประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 261 ทวิ เพื่อให้กระบวนการอภัยโทษมีความชัดเจนและโปร่งใสมากขึ้น

ความเป็นกฎหมายของกฎหมายเลวในมุมมองของสำนักความคิดปฏิฐานนิยม
ผ่านกรณีศึกษาจากเรื่อง Alice in Borderland
Analysis of the Legality of Unjust Laws from the Perspective of Positivist
Theory Through a Case Study of Alice in Borderland

ธีวรา ชิตจ้อย

Theewara Chitjuy

ปริณดา รัตนไทย

Parinda Rattanathai

พิชญา สตภูมินทร์

Phitchaya Satapoomin

พิมพ์ลดา ชูแสงเลิศวิจิตร

Pimlada Shoosanglertwijit

เมธิสา มรกตศรีวรรณ

Methisa Morakotsriwan

แสงดาว เปรมพงษ์สวัสดิ์

Saengdao Prempongsawat

นิสิตในหลักสูตรนิติศาสตรบัณฑิต (ปริญญาตรี)

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ถนนพญาไท แขวงวังใหม่ เขตปทุมวัน กรุงเทพฯ 10330

LL.B Candidates

Faculty of Law, Chulalongkorn University, Phayathai Road, Pathumwan, Bangkok 10330

Corresponding author E-mail: 6440199934@student.chula.ac.th

(Received: June 18, 2024; Revised: July 19, 2024; Accepted: July 26, 2024)

บทคัดย่อ

บทความนี้มีจุดประสงค์เพื่อมุ่งวิเคราะห์กรณีศึกษาจากละครชุดของประเทศญี่ปุ่นเรื่อง Alice in Borderland ภาค 1 โดยการศึกษาผ่านการกระทำของตัวละครเอกที่ชื่ออะริสุ ผู้ที่ต้องการเอาชีวิตรอดในดินแดนมรณะ ณ โลกคู่ขนานร่วมกับผู้เล่นคนอื่น ๆ ผ่านการเล่นเกม ซึ่งแต่ละเกมจะมีผู้ที่ควบคุมและออกกฎเกณฑ์จากเบื้องบน และผู้เล่นแต่ละคนจะต้องปฏิบัติตามคำสั่งนั้น รวมถึงการต้องฆ่ากันเพื่อเอาชีวิตรอด ซึ่งการกระทำดังกล่าวไม่ถือว่าผิดกฎหมาย ด้วยสภาพบังคับของสังคมทำให้อะริสุต้องทำตามกฎของเกมแม้จะรู้สึกขัดแย้งในใจ ในขณะเดียวกัน ตัวละครอื่นที่ผู้เล่นในเกมบางคนกลับรู้สึกว่าการฆ่ากันนั้นไม่ใช่สิ่งที่ผิดทำให้เกิดประเด็นของความขัดแย้งระหว่างการบังคับใช้กฎหมายหรือคำสั่งและศีลธรรมขึ้น

คณะผู้จัดทำเห็นว่าประเด็นทางนิติปรัชญาจากละครชุดดังกล่าวมีความเหมาะสมเป็นอย่างยิ่งที่จะนำมาเป็นกรณีศึกษาในการพิจารณาเรื่องความเป็นกฎหมายของคำสั่งของผู้มีอำนาจสูงสุดในสถานะหนึ่งว่า กฎเกณฑ์อันเนื่องมาจากอำนาจในสถานะนั้น ๆ ถือว่ามีศักดิ์เป็นกฎหมายหรือไม่ ผ่านมุมมองแนวคิดและทฤษฎีทางกฎหมายของนักปรัชญาจากสำนักปฏิฐานนิยมอันได้แก่ จอห์น ออสติน และ เอช. แอล. เอ. ฮาร์ท รวมถึงวิเคราะห์ข้อจำกัดของทฤษฎีทางกฎหมายของนักปรัชญาทั้งสองดังกล่าว

คำสำคัญ : นิติปรัชญา, ทฤษฎีปฏิฐานนิยมทางกฎหมาย, รัฐธำธิปไตย, กฎแห่งการรับรอง

Abstract

This article aims to analyze a case study from the Japanese series “Alice in Borderland” Season 1 by examining the actions of the main character, Arisu, who strives to survive in a deadly parallel world along with other players through a series of games. Each game is controlled and regulated by an authority from above, and each player must follow these rules, including killing each other to survive, which is not considered illegal. Due to societal pressure, Arisu is compelled to follow the game rules despite internal conflict. Meanwhile, some other players feel that killing is not wrong, leading to a conflict between the enforcement of laws or commands and morality.

The authors believe that the legal philosophy issues presented in the series are particularly suitable as a case study for considering the legality of the commands of supreme authority in this given situation. They aim to examine whether the rules derived from such authority are considered laws through the perspectives and legal theories of positivist philosophers such as John Austin and H.L.A. Hart and analyze the limitations of these philosophers’ legal theories.

Keywords : Legal Philosophy, Legal Positivism, Sovereignty, Rule of Recognition

1. บทนำ

จากเหตุการณ์ในเรื่อง Alice in Borderland¹ ที่อยู่ ๆ เมืองโตเกียวได้กลับกลายเป็นโลกแห่งเกมอันตรายที่มีชีวิตเป็นเดิมพันพร้อมกับผู้คนจำนวนมากที่ล้วนจำต้องเล่นเกมตามคำสั่งของผู้ควบคุมเกม หากผู้เล่นไม่ยอมเล่นเกมหรือเล่นเกมไม่ชนะก็จะต้องเสียชีวิตลง จากเนื้อเรื่องดังกล่าวแสดงให้เห็นถึงการที่ผู้คุมเกมเป็นผู้มีอำนาจสูงสุดในสังคม และออกกฎเกณฑ์บังคับผู้เล่นในดินแดนแห่งนี้ให้ต้องปฏิบัติตาม รวมถึงมีบทกำหนดลงโทษหรือสภาพบังคับอันเป็นผลร้ายแก่สมาชิกภายในสังคม เรื่องราวในส่วนนี้ของละครชุดเรื่องดังกล่าวได้สะท้อนแนวความคิดเชิงนิติปรัชญาในเรื่องของความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายและศีลธรรม ทั้งยังสะท้อนให้เห็นถึงแนวคิดการกำหนดว่าสิ่งใดเป็นกฎหมาย ด้วยเหตุดังกล่าว บทความนี้จึงมีจุดมุ่งหมายที่จะศึกษากฎหมายในแง่นิติปรัชญาว่าสิ่งใดคือสิ่งที่เรียกว่ากฎหมายของสังคม โดยบทความนี้มุ่งประเด็นในการวิพากษ์เกี่ยวกับการกระทำของผู้คุมเกมและการเล่นเกมที่มีผลถึงแก่ชีวิตของผู้เล่น และวิเคราะห์การกระทำของผู้คุมเกมที่สร้างกฎใด ๆ ขึ้นให้ผู้อยู่ในดินแดนแห่งนี้ต้องทำตามโดยไม่คำนึงถึงศีลธรรม ซึ่งการวิเคราะห์เรื่องราวผ่านบทความนี้จะอธิบายโดยอ้างอิงถึงการสร้างกฎของผู้คุมเกมผ่านแนวคิดการกำหนดนิยามของกฎหมายของจอห์น ออสติน และ เอช. แอล. เอ. ฮาร์ท ว่าผู้ที่อยู่ภายใต้กฎจำต้องปฏิบัติตามกฎนั้นแฉกเช่นเป็นกฎหมายหรือไม่ ซึ่งเป็นการจุดประกายให้เกิดประเด็นคำถามเกี่ยวกับกฎที่ถูกบังคับใช้ในสังคมนั้น ๆ ว่าเมื่อไรที่จะถือว่สิ่งนั้นเป็นกฎหมาย

¹ Sanook, ‘รีวิวจีรีส์ Alice in Borderland อลิซในแดนมรณะ - ไฮไลต์ปลายปี ซีรีส์หนีตายสุดระทึก’ (Sanook, 13 ธันวาคม 2565) <<https://www.sanook.com/movie/106041/>> สืบค้นเมื่อ 5 เมษายน 2567.

2. เนื้อเรื่องย่อ Alice in Borderland ภาค 1

เรื่อง Alice in Borderland² ภาค 1 เป็นเรื่องราวของชายหนุ่มคนหนึ่งชื่ออะริสุ ในวันหนึ่งอะริสุได้นัดเพื่อน ๆ ให้มาเจอกัน ซึ่งเพื่อนของอะริสุประกอบไปด้วย คารุเบะ และโจตะ เมื่อทั้งสามคนได้มาเจอกัน คารุเบะแกล้งอุ้มอะริสุและวิ่งไปบนถนนจนทำให้รถชนกัน ตำรวจจึงตามไล่จับพวกเขาทั้งสามทำให้พวกเขาวิ่งหนีเข้าไปในท้องน้ำที่สถานีรถไฟ หลังจากนั้นจู่ ๆ ไฟก็ดับ และเมื่อออกมาจากท้องน้ำพวกเขาก็พบว่าในเมืองโตเกียวเวลานี้กลับไม่มีใครอยู่เลย เมืองทั้งเมืองกลายเป็นเมืองร้าง ทันใดนั้นเองก็มีป้ายโฆษณาปรากฏข้อความว่า “ยินดีต้อนรับผู้เล่นทุกท่าน อีกไม่นานเกมจะเริ่มขึ้น” หลังจากนั้นพวกเขาก็ได้พบกับคนอื่น ๆ ในเมืองซึ่งได้กลายเป็นผู้เล่นในเกมเช่นกัน และก็ได้ปรากฏคำสั่งให้พวกเขาหยิบโทรศัพท์คนละหนึ่งเครื่องแล้วให้สแกนใบหน้าเพื่อลงทะเบียนเป็นผู้เล่นเกมทันที เมื่อลงทะเบียนแล้วก็ต้องเล่นเกมให้จบเกมไปเรื่อย ๆ ตามคำสั่งของผู้คุมเกมเพื่อต่อชีวิตที่จะทำให้มีชีวิตอยู่รอด³ หากผู้เล่นไม่เล่นหรือไม่ยอมทำตามคำสั่ง ผู้เล่นก็ต้องตาย หรือต่อให้ผู้เล่นยอมเข้าร่วมเล่นเกม แต่ในการต่อสู้กันในแต่ละเกมนั้น หากไม่สู้หรือสู้ไม่ชนะ ฝ่ายที่แพ้ก็ต้องตาย

3. บทวิเคราะห์ทฤษฎีของนักปรัชญาผ่านตัวละครจากกรณีศึกษา

เมื่อทำการเปรียบเทียบแนวความคิดของสำนักความคิดทางปรัชญากฎหมายต่าง ๆ แล้ว อาจกล่าวสรุปโดยรวมได้ว่าฐานความคิดสำคัญของสำนักความคิดปฏิฐานนิยมที่แตกต่างจากฐานของสำนักความคิดกฎหมายธรรมชาติ คือ การพิจารณาเรื่องความเกี่ยวข้องกันของศีลธรรมและกฎหมาย โดยสำนักกฎหมายธรรมชาติมีแนวคิดว่าการพิจารณาความเป็นกฎหมายนั้นจำเป็นต้องพิจารณาทั้งกฎหมายและศีลธรรมควบคู่กันไป (Morality Thesis)⁴ และการไม่นำข้อเท็จจริงมารวมพิจารณาเข้ากับข้อกฎหมาย (Normativity Thesis)⁵ เนื่องจากสำนักกฎหมายธรรมชาติเห็นว่ากฎหมายจะต้องอยู่ภายใต้บังคับของศีลธรรม หรือต้องบรรจุหลักเกณฑ์ ศีลธรรม ภายในตัวบทกฎหมายด้วย ในขณะที่ฐานความคิดของสำนักปฏิฐานนิยมหรือสำนักกฎหมายบ้านเมืองนั้นมุ่งเน้นอธิบายกฎหมายที่เป็นรูปธรรมและเป็นอัตวิสัย โดยพยายามแยกหรือแสดงให้เห็นถึงความแตกต่างระหว่างกฎหมายที่เป็นอยู่ (Law as it is) และกฎหมายที่ควรจะเป็น (Law as it ought to be)⁶ ว่าเป็นสองสิ่งที่ไม่เหมือนกันและควรถูกแยกออกจากกัน กล่าวคือ สำนักกฎหมายบ้านเมืองมีมุมมองว่ากฎหมายนั้นสามารถดำรงอยู่ได้โดยลำพังโดยไม่จำเป็นต้องยึดโยงอยู่กับศีลธรรมเสมอไป ดังนั้น จึงเป็นผลให้มีการแยกกฎหมายที่มีผลบังคับใช้อยู่ออกจากกฎหมายที่ควรจะเป็น

ดังที่ได้กล่าวไปข้างต้น มีข้อพึงสังเกต คือ แม้นักปรัชญาในสำนักปฏิฐานนิยมนั้นจะมีจำนวนมากและล้วนมีแนวคิดทฤษฎีของตนเองซึ่งมีรายละเอียดที่แตกต่างกันออกไป อย่างไรก็ตาม โดยส่วนมากหลักความคิดสำคัญของนักปรัชญาจากสำนักกฎหมายปฏิฐานนิยมนั้นล้วนมีหลักพื้นฐานทางความคิดร่วมกัน คือ การพิจารณากฎหมายโดยมิได้ให้ความสำคัญว่ากฎหมายจะต้องอยู่คู่กันกับศีลธรรม กล่าวคือ การคิดอย่างปฏิฐาน

² แมวโมรีวิว, ‘รีวิวซีรีส์ญี่ปุ่น Alice in Borderland อลิสในแดนมรณะ’ (Kapook, 23 ธันวาคม 2565) <<https://creator.kapook.com/view263622.html>> สืบค้นเมื่อ 5 เมษายน 2567.

³ วีวัฒน์ อัจจุตมานัส, ‘Alice in borderland ซีรีส์เกมเอาชีวิตรอดในโลกเสมือน ที่ชวนให้คิดถึงการเอาตัวรอดในออฟฟิศแลนด์ในปี 2020’ (The Standard Pop, 21 ธันวาคม 2563) <<https://thestandard.co/alice-in-borderland-2/>> สืบค้นเมื่อ 20 พฤษภาคม 2567.

⁴ Hans Kelsen, *Introduction to Problems of Legal Theory* (Clarendon Press 1992) 26.

⁵ Ibid.

⁶ Bentham, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation* (Hafner Press 1948) อ้างถึงใน จริญญา โฆษณานันท์, *นิติปรัชญา* (พิมพ์ครั้งที่ 20, สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง 2558) 46.

นิยมจะไม่นำปัจจัยเรื่องศีลธรรมเข้ามาพิจารณาความเป็นกฎหมาย (Separability Thesis)⁷ ซึ่งสามารถแบ่งหลักคิดดังกล่าวย่อยออกได้อีกเป็นสองแนวทาง โดยแนวทางแรกเป็นลักษณะการพิจารณาตามทฤษฎีกฎหมายบริสุทธิ์ (Pure Theory of Law)⁸ ที่ถูกเสนอไว้โดยฮันส์ เคลเซน เป็นกรณีที่น่าจะไม่นำปัจจัยเรื่องศีลธรรมเข้ามาพิจารณาถึงกฎหมายแล้ว ยังเป็นทฤษฎีที่วางแนวทางว่าในการพิจารณาข้อกฎหมายก็สมควรจะนำเอาข้อเท็จจริงอื่นใดเข้ามาพิจารณาด้วย (Normativity Thesis) โดยทฤษฎีนี้เป็นทฤษฎีที่ถูกสร้างขึ้นเพื่อให้สามารถพิจารณาถึงความบริสุทธิ์โดยเนื้อหาของกฎหมายได้โดยไม่มีปัจจัยอื่นใดเข้ามาปนเป อย่่างไรก็ตาม แม้ว่าทฤษฎีกฎหมายบริสุทธิ์ดังกล่าวของเคลเซนจะได้รับการยอมรับอย่างกว้างขวาง แต่ก็ได้หมายความว่าทฤษฎีดังกล่าวจะเป็นสิ่งที่กำหนดแนวทางของสำนักความคิดปฏิฐานนิยมไว้โดยสิ้นเชิงโดยไร้ความเห็นต่างแต่อย่างใด เนื่องด้วยยังมีอีกแนวความคิดหนึ่งซึ่งแตกต่างจากทฤษฎีกฎหมายบริสุทธิ์หากแต่ก็ได้รับการยอมรับจากนักปรัชญากฎหมายอีกจำนวนไม่น้อย แนวทางดังกล่าวคือการพิจารณากฎหมายโดยการหลอมรวมข้อกฎหมายเข้ากับข้อเท็จจริง (Reductive Thesis)⁹ ซึ่งถึงแม้จะยังคงเป็นแนวทางที่มีได้ให้ความสำคัญในการพิจารณากฎหมายอยู่กับปัจจัยทางศีลธรรมอย่างสำนักกฎหมายธรรมชาติ แต่นักปรัชญากฎหมายที่มีความคิดตามแนวทางดังกล่าวก็เล็งเห็นว่าปัจจัยทางข้อเท็จจริงต่าง ๆ อันเป็นองค์ประกอบภายนอกซึ่งแวดล้อมข้อกฎหมายอยู่นั้นก็ย่อมจะเป็นสิ่งที่มีอิทธิพลต่อข้อกฎหมายได้เช่นกัน

โดยในการวิเคราะห์ผ่านกรณีศึกษาเรื่อง Alice in Borderland ภาค 1 คณะผู้จัดทำได้หยิบยกแนวคิดและทฤษฎีในการกำหนดนิยามความเป็นกฎหมายของนักปรัชญากฎหมายจากสำนักปฏิฐานนิยมที่โดดเด่นสองท่าน ได้แก่ จอห์น ออสติน และศาสตราจารย์ เอช. แอล. เอ. ฮาร์ท มาใช้ประกอบการวิเคราะห์กรณีศึกษา แม้จะปรากฏว่าสำนักปฏิฐานนิยมนั้นมีนักปรัชญาที่มีแนวความคิดอันโดดเด่นและแตกต่างกันจำนวนมาก โดยเฉพาะอย่างยิ่งนักปรัชญาสำนักบ้านเมืองในช่วงปลายศตวรรษที่ 20 จนถึงยุคสมัยปัจจุบันซึ่งมีหลักทฤษฎีที่ได้รับการพัฒนาจนมีความลึกซึ้งและเข้ากับยุคสมัยของสังคมหรือชุมชนทางการเมืองในปัจจุบันมากกว่าทฤษฎีของออสตินและฮาร์ทก็ตาม แต่เนื่องจากออสตินและฮาร์ทต่างมีฐานความคิดหนึ่งที่น่าสนใจซึ่งเป็นจุดเชื่อมร่วมกัน คือ การวางแนวคิดและเสนอความเห็นเกี่ยวกับการพิจารณาความเป็นกฎหมายโดยการแยกพิจารณากฎหมายออกจากศีลธรรม ซึ่งเป็นการแสดงออกผ่านผลงานทางปรัชญาว่าตนเป็นนักคิดสำนักปฏิฐานนิยมและมีความเห็นที่แตกต่างจากสำนักกฎหมายธรรมชาติ รวมถึงทั้งจอห์น ออสติน และศาสตราจารย์ เอช. แอล. เอ. ฮาร์ท ต่างก็นำเสนอแนวคิดและทฤษฎีทางนิติปรัชญาโดยเลือกอธิบายกฎหมายผ่านการหลอมรวมข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายเข้าด้วยกัน (Facticity Thesis) ประกอบการวิเคราะห์ความเป็นกฎหมาย¹⁰ และไม่ได้แยกระหว่างโลกของกฎหมายออกจากโลกของปรากฏการณ์ (ข้อเท็จจริง) ดังทฤษฎีของฮันส์ เคลเซน แต่อย่างใด

นอกจากนี้ ความน่าสนใจอีกประการหนึ่งคือการที่ฮาร์ทซึ่งเป็นผู้ที่มีชีวิตอยู่ในยุคสมัยภายหลังจากออสตินหลายทศวรรษนั้นพยายามที่จะนำเสนอการอธิบายกฎหมายในเชิงปฏิฐานนิยม (Positivism) โดยฮาร์ทไม่เพียงแต่ปรับปรุงทฤษฎีที่พัฒนาโดยออสตินเท่านั้น แต่ยังสามารถทำลายแนวคิดหัวใจหลักของออสตินซึ่งคือทฤษฎีคำสั่งทางกฎหมาย (Command Theory of Law) เนื่องจากฮาร์ทมุ่งพิจารณาว่ากฎหมายเป็นระบบที่ประกอบด้วยกฎหลายประเภท ซึ่งมีความยืดหยุ่นและสามารถพัฒนาได้ตามการเปลี่ยนแปลงของสังคม ในขณะที่ออสตินมองว่ากฎหมายคือคำสั่งของผู้มีอำนาจที่คนในชุมชนทางการเมืองนั้น ๆ จะต้องปฏิบัติตาม

⁷ Hans Kelsen (n 4) 26.

⁸ Hans Kelsen, *Pure Theory of Law* (University of California Press 1967) 1.

⁹ Ibid.

¹⁰ John Austin, *The Province of Jurisprudence Determined* (Cambridge University Press 2009) 176.

โดยไม่คำนึงถึงเนื้อหาของกฎนั้น ๆ แต่อย่างไร และมองว่าการลงโทษถือเป็นวิธีการหลักในการบังคับใช้กฎหมาย

ด้วยเหตุผลดังกล่าวเหล่านี้ ประกอบกับการที่ทั้งทฤษฎีของออสตินและฮาร์ทต่างก็มุ่งเน้นให้อธิบายถึงความเป็นกฎหมายของสังคมในฐานะที่เป็นชุมชนทางการเมือง ซึ่งมีความสอดคล้องและสามารถเทียบเคียงกับ “สังคม” ของเกมในกรณีศึกษาจากเรื่อง Alice in Borderland ภาค 1 นี้ได้ จึงเป็นจุดเชื่อมโยงทางความคิดสำคัญที่คณะผู้จัดทำเล็งเห็นว่าแนวคิดทฤษฎีของนักปรัชญาทั้งสองท่านดังกล่าวมีความน่าสนใจและนำมาสู่การวิเคราะห์ประเด็นปัญหาทางปรัชญากฎหมายผ่านกรณีศึกษา ซึ่งอาศัยแนวคิดและทฤษฎีที่มีแนวทางเดียวกันหากแต่มีความแตกต่างในรายละเอียดตามบทวิเคราะห์ดังต่อไปนี้

3.1 บทวิเคราะห์ผ่านทฤษฎีของจอห์น ออสติน (John Austin)

จอห์น ออสติน นักวิชาการด้านกฎหมายของอังกฤษซึ่งได้ชื่อว่าเป็นผู้บุกเบิกสำนักปฏิฐานนิยมนั้นได้ให้นิยามกฎหมายอย่างเคร่งครัดจากฐานของอำนาจรัฐอธิปไตย โดยออสตินมองว่า กฎหมายเป็นสิ่งที่ดำรงอยู่ด้วยตัวของมันเองจากสภาพบังคับที่ปรากฏอยู่จริง ไม่จำเป็นต้องสัมพันธ์เกี่ยวข้องกับเรื่องคุณค่าทางจริยธรรม ศีลธรรม หรือหลักคุณธรรมใด ตามที่ออสตินได้กล่าวไว้ว่า “การดำรงอยู่ของกฎหมายเป็นคนละประเด็นกับปัญหาความถูกต้องชอบธรรมของกฎหมาย” (The existence of law is one thing, its merit or demerit is another.)¹¹ และในการให้นิยามหรือศึกษากฎหมายนั้น ออสตินใช้วิธีการศึกษาไปถึงสิ่งซึ่งใกล้เคียงกับเรื่องที่ศึกษาด้วย กล่าวคือ ในการศึกษาสิ่งซึ่งเป็นกฎหมายนั้น ออสตินใช้วิธีการแยกจำแนกออกเป็นกฎซึ่งจะเป็นกฎหมาย (Law properly so-called) และกฎซึ่งไม่อาจเป็นกฎหมาย (Law not properly so-called)¹² ซึ่งประการที่จะนำมาพิจารณาในกรณีศึกษานี้ คือ กฎซึ่งเป็นกฎหมาย (Law properly so-called) ในลักษณะที่เป็นคำสั่งของรัฐอธิปไตย¹³ โดยจะเห็นได้ว่าจุดสำคัญของทฤษฎีดังกล่าวที่สอดคล้องกับกรณีศึกษานี้ คือ แนวคิดการแยกศีลธรรมกับกฎหมายออกจากกันอย่างชัดเจน ด้วยเหตุผลนี้ คณะผู้จัดทำจึงเห็นว่าทฤษฎีของจอห์น ออสติน เหมาะสมที่จะนำมาวิเคราะห์ร่วมกับกรณีศึกษาเพื่อหาคำตอบว่า “กฎในเกม” เป็นกฎหมายหรือไม่

ออสตินมองว่ากฎหมายอันแท้จริง (Positive Law)¹⁴ ต้องมีองค์ประกอบหลักคือ 1. คำสั่ง คำบัญชา (Command) หรือความปรารถนาของผู้สั่ง (Wish) 2. รัฐอธิปไตย (Sovereign) 3. การมีผลบังคับทั่วไป (General Application and Continuity) 4. การปฏิบัติตาม (Observance) 5. สภาพบังคับหรือการลงโทษ (Sanction)

เมื่อวิเคราะห์เนื้อหาบางส่วนจากละครชุดเรื่อง Alice in Borderland ภาค 1 ผ่านหลักการและแนวคิดทฤษฎีของจอห์น ออสติน พบว่าข้อเท็จจริงในเนื้อเรื่องเกี่ยวข้องและสามารถใช้ทฤษฎี “กฎหมายคือคำสั่ง คำบัญชาของรัฐอธิปไตย” ของออสตินอธิบายได้ดังต่อไปนี้

¹¹ จรัญ โฆษณานันท์, *นิติปรัชญา* (พิมพ์ครั้งที่ 22, สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง 2566) 33.

¹² John Austin (n 10) 157.

¹³ Ibid 118.

¹⁴ Wilfrid E. Rumble, ‘Legal Positivism of John Austin and the Realist Movement in American Jurisprudence’ (1981) 66 Cornell Law Review 986.

ในประการแรก ทฤษฎีคำสั่งทางกฎหมาย (Command Theory of Law)¹⁵ ได้อธิบายว่ากฎหมายคือคำสั่ง คำบัญชาของรัฐบาลปิตัย และผู้ที่ออกคำสั่งนั้นจะต้องเป็นรัฐบาลปิตัย¹⁶ ซึ่งเป็นบุคคลหรือกลุ่มบุคคลที่มีอำนาจสูงสุดในสังคมนั้น ๆ และประชาชนต้องเคารพเชื่อฟังคำสั่งของผู้นั้นเพียงผู้เดียว หรือเพียงกลุ่มเดียวโดยสม่ำเสมอ โดยที่รัฐบาลปิตัยนั้นไม่ได้ตกอยู่ภายใต้ข้อจำกัดของอำนาจทางกฎหมายใด ๆ ซึ่งถ้าเปรียบเทียบกับเนื้อเรื่อง จะเห็นว่า การที่ดินแดนมรณะแห่งนี้มีการบังคับให้ทุกคนต้องเล่นเกม รวมถึงในแต่ละเกมก็มีกติกา กฎเกณฑ์ต่าง ๆ ให้ปฏิบัติตามนั้น ตามทัศนะของออสตินสามารถมองได้ว่ากฎกติกาดังกล่าวถือเป็น “คำสั่ง/คำบัญชา” อย่างหนึ่ง เป็นการสะท้อนภาพในเชิงการใช้อำนาจแบบข่มขู่บังคับให้ผู้เล่นในเกมปฏิบัติตามความประสงค์ หรือความปรารถนา (Wish)¹⁷ ของผู้สั่ง โดยการแสดงออกซึ่งความประสงค์หรือความปรารถนา (Expression of the Wish) ของผู้สั่งออกมาผ่านคำสั่งนั้น ๆ โดยผู้มีอำนาจนั้นใช้ความเหนือกว่า (อำนาจ) ในการบังคับให้เป็นไปตามความปรารถนาของตน

ยิ่งไปกว่านั้น การแสดงออกซึ่งความประสงค์หรือความปรารถนานั้นหมายความว่าในตัวคำสั่งหรือการประกาศใช้จะต้องแสดงออกถึงความประสงค์ของผู้ออกคำสั่งอย่างชัดเจน ซึ่งกติกาในการเล่นของผู้เล่นเกมก็มีการกำหนดไว้ว่าจะให้ผู้เล่นเล่นเกมอย่างไร โดยผู้เล่นเกมจะประกาศกฎกติกาให้ผู้เล่นทราบผ่านหน้าจอของโทรศัพท์ที่ถูกวางไว้ประจำจุดต่าง ๆ ซึ่งมองได้ว่าเป็นการแสดงถึงความปรารถนาของผู้เล่นเกมว่าผู้เล่นทุกคนจะต้องใช้กฎกติกาที่ถูกกำหนดไว้เท่านั้นในการเล่นเพื่อให้มีชีวิตรอดต่อไป

จากเนื้อเรื่องจะเห็นว่าผู้เล่นเกมก็เปรียบเสมือนกับรัฐบาลปิตัยเพราะผู้เล่นเกมนั้นเป็นเพียงคนกลุ่มเดียวที่มีอำนาจในการออกคำสั่งและกฎเกณฑ์กติกาในการใช้ชีวิตในดินแดนมรณะ ซึ่งสามารถขึ้นชี้ตายชะตาชีวิตของผู้เล่นทุกคนที่อยู่ในดินแดนนี้ได้ โดยผู้เล่นเกมมีอำนาจควบคุมทุกคนในดินแดนแห่งนี้อยู่ตลอดเวลา ประกอบกับการที่ผู้เล่นทั้งหมดนั้นไม่มีสิทธิ์เลือกว่าจะเล่นหรือไม่เล่นตามความประสงค์ส่วนตัวของตนได้ ดังนั้น ผู้เล่นจึงทำได้เพียงแค่อปฏิบัติตามกฎในเกมแห่งโลกเสมือนจริงแห่งนี้เพื่อให้ตนนั้นมีชีวิตรอดและอยู่ต่อไป เท่ากับว่าผู้เล่นเกมถือเป็นรัฐบาลปิตัยแล้วตามทัศนะของออสติน โดยเป็นผู้ให้กำเนิดกฎและคำสั่ง และเป็นผู้ที่สามารถสั่งให้ประชาชนส่วนใหญ่เคารพเชื่อฟังได้ โดยที่รัฐบาลปิตัยหรือผู้เล่นเกมไม่ต้องเชื่อฟังใคร

ในเรื่องรัฐบาลปิตัยนี้มีประเด็นว่าตัวรัฐบาลปิตัยนั้นจะต้องไม่อยู่ภายใต้อำนาจอื่นหรือข้อจำกัดหรือกฎหมายอื่นใดเลยและต้องไม่มีการแบ่งแยกอำนาจอีกด้วย¹⁸ จึงหมายความว่าไม่อาจมีกฎเกณฑ์ใด ๆ ซึ่งมีฐานะเป็นกฎหมายมาจำกัดอำนาจของรัฐบาลปิตัยได้ แม้ว่ากฎหมายนั้นจะเป็นกฎหมายที่มีการออกและประกาศใช้โดยรัฐบาลปิตัยองค์ก่อนหน้าก็ตาม ซึ่งเมื่อนามาเปรียบกับในโลกเสมือนจริงแห่งนี้ก็เท่ากับว่ากฎหมายของประเทศญี่ปุ่นในโลกของความเป็นจริงที่มีการบัญญัติหลักห้ามฆ่าผู้อื่นเป็นกฎหมายนั้นก็สามารถมองได้ว่าเป็นตัวบทกฎหมายที่มีการออกและประกาศใช้โดยองค์รัฐบาลปิตัยองค์ก่อนหน้า และต่อมาเมื่อเกิดเหตุการณ์ที่เมืองโตเกียวอยู่ ๆ ก็กลายเป็นโลกในเกมนี้ขึ้นและมีผู้เล่นเกมซึ่งมีอำนาจที่ผู้เล่นทุกคนจะต้องให้การเคารพเชื่อฟังและปฏิบัติตามเกิดขึ้นมา ก็เปรียบได้ว่าผู้เล่นเกมเป็นองค์รัฐบาลปิตัยองค์ใหม่ที่มีการประกาศใช้กฎใหม่ขึ้นและกฎนั้นก็มิสภาพบังคับที่ทำให้ผู้เล่นทุกคนจะต้องปฏิบัติตาม ซึ่งจะเห็นว่ากฎในเกมดังกล่าวไม่ได้อยู่ภายใต้ข้อจำกัดกฎหมายใด ๆ ของกฎหมายญี่ปุ่นในโลกปกติซึ่งเป็นการประกาศใช้โดยรัฐบาลปิตัยองค์ก่อน

¹⁵ John Austin, 'Selections from The Province of Jurisprudence Determined (1832)' (2012) <https://ocw.mit.edu/courses/24-235j-philosophy-of-law-spring-2012/ca96ec9dab693c2df2bcd6d9ea15f09b_MIT24_235JS12_Session2.pdf> accessed 14 April 2024.

¹⁶ จริญญา โฆษณานันท์ (เชิงอรรถ 11) 48.

¹⁷ John Austin (n 10) 24.

¹⁸ จริญญา โฆษณานันท์ (เชิงอรรถ 11) 53.

หน้าเลย ดังนั้น ก็ยังเป็นที่ยืนยันว่าคำสั่งหรือกฎของผู้คุมเกมนี้สอดคล้องกับความเป็นกฎหมายตามทัศนะของออสติน

ทั้งนี้ ออสตินได้ให้ความสำคัญกับเรื่อง “การเคารพเชื่อฟังคำสั่งโดยสม่ำเสมอ” (Habitual Obedience)¹⁹ อีกด้วย โดยออสตินถือเอาหลักความมีประสิทธิภาพของคำสั่งเป็นปัจจัยสำคัญและเป็นบรรทัดฐานในการดำรงอยู่ของกฎหมาย²⁰ แต่ข้อสังเกตที่สำคัญคือออสตินเน้นเพียงลักษณะภายนอกของคำสั่งหรือกฎหมายนั้น กล่าวคือ เน้นพิจารณาที่ประสิทธิภาพของคำสั่งนั้น ๆ ว่ามีผู้คนส่วนมากยอมปฏิบัติตามหรือไม่เท่านั้น โดยไม่คำนึง ถึงลักษณะภายในของกฎหมายซึ่งก็คือศีลธรรมหรือความชอบธรรมของคำสั่งหรือกฎหมายนั้นเลย และไม่สนใจว่าผู้คนที่ยอมปฏิบัติตามนั้นเต็มใจทำตามจากใจจริงหรือไม่ ซึ่งตามกฎหมายที่ผู้คุมเกมกำหนดก็จะเห็นว่าเป็นกฎหรือคำสั่งที่มีสภาพบังคับที่ร้ายแรงซึ่งคือความตายของผู้เล่น ทำให้ผู้เล่นทุกคนไม่มีทางเลือก ถ้าไม่เล่นก็ต้องตาย โดยจากเนื้อเรื่องผู้เล่นทุกคนจะมีสิ่งที่เหมือนกับวีซ่าซึ่งมีจำกัดระยะเวลาอายุไว้ ถ้าเล่นเกมแล้วชนะจะได้ต่อเวลาชีวิตในวีซ่าเพิ่มขึ้น แต่ถ้าไม่ยอมเล่นเกม เวลาในวีซ่าของผู้เล่นคนนั้นก็หมดลงเรื่อย ๆ และท้ายที่สุดก็จะโดนยิงให้เสียชีวิตด้วยเลเซอร์ เท่ากับว่าสภาพบังคับของกฎนี้ (ความตาย) ทำให้ผู้คนส่วนใหญ่ในเกมนั้นหวาดกลัวและยอมทำตามกฎกติกาของผู้คุมเกมโดยการเล่นเกมไปเรื่อย ๆ แม้หลาย ๆ คนไม่ได้อยากเล่นและรู้สึกจำใจฝืนทนก็ตาม ดังนั้น เมื่อคำสั่งในเกมนั้นเป็นคำสั่งที่ผู้คนส่วนใหญ่ยอมปฏิบัติตามแล้ว ก็ถือได้ว่าคำสั่งนั้นมีประสิทธิภาพแล้วตามทัศนะของออสตินเพราะคำสั่งนั้นได้รับการเคารพเชื่อฟังโดยสม่ำเสมอ โดยไม่จำเป็นต้องพิจารณาเลยว่าผู้คนในเกมนั้นเต็มใจที่จะปฏิบัติตามหรือเห็นด้วยกับคำสั่งนั้นหรือไม่

ตามแนวคิดของออสติน “สภาพบังคับ”²¹ ก็เป็นหนึ่งในเงื่อนไขสำคัญของกฎหมายอย่างหนึ่ง ซึ่งจากในเนื้อเรื่องจะเห็นว่าคำสั่งของผู้คุมเกมนี้มีสภาพบังคับที่ร้ายแรง (การลงโทษโดยการฆ่า) ซึ่งอาจมองเทียบ กับสภาพบังคับทางอาญาตามกรณีปกติได้ โดยมองว่าการที่ผู้เล่นคนใดที่ไม่ทำตามเกมแล้วจะถูกฆ่านั้นเสมือนเป็นโทษประหารทางกฎหมายอาญา อย่างเช่นในฉากหนึ่งของละครชุดที่มีชายคนหนึ่งทนไม่ไหวและไม่สามารถเล่นเกมต่อไปได้อีกแล้ว เขาจึงไม่ยอมเล่นเกม ทำให้เวลาในวีซ่าหมดอายุและถูกแสงเลเซอร์ยิงผ่ากลางศีรษะและเสียชีวิตทันที เท่ากับว่าชายคนนั้นได้รับบทลงโทษในรูปแบบของความตาย เนื่องจากไม่ยอมทำตามกฎของผู้คุมเกม จึงสรุปได้ว่า ความตายนี้จึงเป็นสภาพบังคับที่ทำให้ผู้เล่นเกมทุกคนเกิดหน้าที่ที่จะต้องเล่นเกมให้ชนะเพื่อต่ออายุวีซ่าของตนเองเพื่อให้ตนเองรอดพ้นจากความตายให้ได้

นอกจากนี้ ออสตินมองว่าต้องมีการบังคับใช้คำสั่งหรือกฎหมายนั้นกับคนทุกคนถ้วนหน้าให้มีผลบังคับทั่วไป²² ไม่ใช่บังคับใช้กับคนเฉพาะกลุ่มหรือบุคคลใดบุคคลหนึ่งเท่านั้น เปรียบได้กับคำสั่งจากผู้คุมเกมที่ให้ใช้กับทุกคนในดินแดนแห่งนี้ว่าจะต้องทำตาม ไม่ได้มีการใช้กฎเฉพาะผู้เล่นกลุ่มใดกลุ่มหนึ่ง

จากที่ได้วิเคราะห์ข้อเท็จจริงจากเรื่อง Alice in Borderland ตามทฤษฎีกฎหมายที่แท้จริงของจอห์น ออสตินสามารถสรุปได้ว่ากฎในเกมนั้นถือเป็นกฎหมายในมุมมองของออสตินแล้ว เนื่องจากผู้คุมเกมเป็นผู้ที่มีอำนาจสูงสุดในโลกเสมือนจริงซึ่งเปรียบได้กับเป็นรัฐอธิปไตยของดินแดนแห่งนี้ และผู้เล่นทุกคนก็เชื่อฟังและปฏิบัติตามคำสั่งของผู้คุมเกมโดยสม่ำเสมอ นอกจากนี้ คำสั่งของผู้คุมเกมก็ยังมีสภาพบังคับที่ทำให้ผู้เล่น

¹⁹ John Austin (n 10) 166.

²⁰ จริฎ โฆษณานันท์ (เชิงอรรถ 11) 49.

²¹ John Austin (n 10) 22.

²² จริฎ โฆษณานันท์ (เชิงอรรถ 11) 48.

ทุกคนเกิดหน้าที่ที่จะต้องปฏิบัติตาม²³ โดยสภาพบังคับในที่นี้ก็คือความตาย อีกทั้งคำสั่งของผู้คุมเกมนั้นยังมีผลบังคับทั่วไปอีกด้วย ด้วยเหตุนี้ กฎของผู้คุมเกมนั้นจึงถือได้ว่าเป็นกฎหมายแล้วตามทฤษฎีของออสติน

3.2 บทวิเคราะห์ผ่านทฤษฎีของเซอร์เบิร์ต โลโอเนล ออดอล์ฟ ฮาร์ท (Herbert Lionel Adolphus Hart หรือ H.L.A. Hart)

เซอร์เบิร์ต โลโอเนล ออดอล์ฟ ฮาร์ท เป็นนักปรัชญาและนักกฎหมายชาวอังกฤษในช่วงปลายศตวรรษที่ 20 ที่ได้ประกาศตนว่าเป็นนักคิดสำนักความคิดปฏิฐานนิยม ทั้งยังได้แสดงความคิดเห็นที่ต่างออกไปจากนักคิดคนอื่นในสำนักความคิดเดียวกัน กล่าวคือ แม้อาร์ทจะกล่าวถึงความแตกต่างระหว่างกฎหมายและศีลธรรม เช่นเดียวกับนักคิดท่านอื่นในสำนักความคิดปฏิฐานนิยม แต่ฮาร์ทมิได้พิจารณาว่าปัจจัยด้านศีลธรรมเป็นสิ่งที่จะต้องถูกแยกออกจากกฎหมายอย่างสิ้นเชิง โดยฮาร์ทยอมรับว่ากฎหมายและศีลธรรมนั้นมีความเกี่ยวเนื่องเชื่อมโยงกันและไม่สามารถแยกออกจากกันอย่างสมบูรณ์ได้ เนื่องจากกฎหมายมีข้อกำหนดทางศีลธรรมเป็นฐานตั้ง²⁴ นอกจากนี้ ถึงแม้ว่าฮาร์ทจะได้รับอิทธิพลทางความคิดจากออสตินซึ่งเป็นนักคิดในยุคก่อนหน้าตน อย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณาว่าระยะเวลาที่ต่างกันย่อมทำให้สภาพสังคมนั้นแตกต่างกันไปด้วย เป็นผลให้มุมมองทางสังคมของนักคิดทั้งสองท่านย่อมมีความแตกต่างกันตามสภาพสังคมที่เปลี่ยนแปลงไป โดยฮาร์ทมองว่าแนวคิดในการพิจารณาความเป็นกฎหมายของออสตินนั้นแคบเกินไป เนื่องจากแนวคิดของออสตินวางหลักให้รัฐอธิปไตยเป็นผู้มีอำนาจสูงสุดในการออกกฎคำสั่งและการกำหนดบทลงโทษออกบังคับแก่ปัจเจกชนภายในสังคมหนึ่ง ๆ โดยไม่มีอำนาจใดสามารถบังคับตัวรัฐอธิปไตยได้ รวมถึงไม่พิจารณาถึงทัศนคติภายในของผู้ที่อยู่ภายใต้กฎนั้นว่าการทำตามกฎคำสั่งเหล่านั้นเป็นเพราะถูกข่มขู่ด้วยอำนาจหรือไม่²⁵ ในขณะที่ฮาร์ทไม่ได้คำนึงถึงปัจจัยภายนอกซึ่งสะท้อนผ่านความมีผลบังคับของกฎหมายเพียงอย่างเดียว หากแต่ยังคำนึงถึงทัศนคติภายในของคนที่ประกอบไปด้วย จากแนวคิดดังกล่าวจึงเห็นได้ว่าจุดเชื่อมโยงแนวคิดของฮาร์ทนั้นมีความสอดคล้องกับกรณีศึกษา ดังนั้น คณะผู้จัดทำจึงเห็นว่าทฤษฎีของฮาร์ทเหมาะสมที่จะนำมาวิเคราะห์ร่วมกับกรณีศึกษาเพื่อพิจารณาความเป็นกฎหมายของกฎในเกม

ตามแนวคิดของฮาร์ท ในสังคมยุคดั้งเดิมที่ผู้คนยังอยู่รวมตัวกันเป็นกลุ่มที่มีสมาชิกจำนวนไม่มากหรือรวมตัวกันเป็นชุมชนขนาดเล็ก เมื่อมีการออกกฎในการอยู่ร่วมกันในสังคมแล้วคนในสังคมนั้นยอมรับกฎดังกล่าว กฎที่ถูกยอมรับนั้นย่อมสามารถใช้บังคับกับคนในสังคมได้ และการฝ่าฝืนกฎที่ได้ยอมรับร่วมกันแล้วนั้นจึงไม่ใช่ที่ยอมรับของคนในสังคม ดังนั้น ฮาร์ทจึงเรียกกฎที่ใช้บังคับในสังคมนี้อีกว่ากฎปฐมภูมิ ซึ่งเป็นกฎที่ถูกขับเคลื่อนในรูปแบบของแรงกดดันทางสังคม²⁶ อย่างไรก็ตาม ฮาร์ทได้คำนึงถึงลักษณะสังคมที่มีการพัฒนาจนเป็นสภาพสังคมที่มีความซับซ้อนมากขึ้นเช่นเดียวกับสภาพสังคมในปัจจุบัน ว่าการที่กฎคำสั่งหนึ่งถูกกำหนดขึ้นและใช้บังคับกันภายในสังคมโดยอาศัยแรงกดดันทางสังคมอย่างเดียวนั้นไม่เพียงพอที่จะใช้บังคับให้ทุกคนในสังคมปฏิบัติตามไปในแนวทางเดียวกันได้ เนื่องจากในระบบสังคมที่มีคนจำนวนมากอาศัยอยู่ร่วมกันย่อมมีความแตกต่างทางมุมมองของคนในสังคมและเกิดบรรทัดฐานของปัจเจกชนที่ไม่ต้องตรงกันส่งผลให้เกิดระบบกฎหมายมีความซับซ้อนขึ้นตามไปด้วย อันระบบกฎหมายเช่นว่าตามแนวความคิดของฮาร์ทนั้นแบ่งกฎหมายออกเป็นสองชั้น คือ กฎปฐมภูมิ (Primary Rule) และกฎทุติยภูมิ (Secondary Rule)²⁷

²³ John Austin (n 10) 29.

²⁴ HLA Hart, *The Concept of Law* (Oxford University Press 2012) 202.

²⁵ Ibid 51.

²⁶ วรเจตน์ ภาศิริรัตน์, *ประวัติศาสตร์ความคิดนิติปรัชญา* (พิมพ์ครั้งที่ 2, สำนักพิมพ์อ่านกฎหมาย 2564) 474.

²⁷ จริญญา โฆษณานันท์ (เชิงอรรถ 11) 82.

กฎปฐมภูมิ (Primary Rule) คือกฎคำสั่งอันเป็นแบบแผนซึ่งจะกำหนดรูปแบบและแนวทางในการประพฤติปฏิบัติของคนในสังคม กล่าวคือ เป็นกฎอันก่อให้เกิดบรรทัดฐานความประพฤติที่หากได้รับการยอมรับ จึงจะมีสภาพที่ถือได้ว่าบังคับใช้กันเป็นกฎหมาย ส่วนกฎทุติยภูมิ (Secondary Rule) คือกฎที่เพิ่มเติมขึ้นมาจากการมีอยู่ของกฎปฐมภูมิ เป็นสิ่งที่จะเกิดขึ้นในสังคมที่มีความซับซ้อนโดยทำหน้าที่เป็นกฎเกี่ยวกับการใช้บังคับกฎปฐมภูมินั้นอีกครั้งหนึ่ง เรียกได้ว่าเป็นกฎของกฎ อันเป็นแนวคิดที่ฮาร์ทเสนอขึ้นด้วยมีเป้าประสงค์จะแก้ปัญหาที่เกิดขึ้นในกระบวนการทางกฎหมาย โดยกฎทุติยภูมิของฮาร์ทสามารถแบ่งออกไปเป็นสามกลุ่มย่อย ได้แก่ กฎแห่งการยอมรับ (Rule of Recognition) กฎแห่งการเปลี่ยนแปลง (Rule of Change) และกฎแห่งการตัดสินคดี (Rule of Adjudication) โดยกลุ่มย่อยทั้งสามกฎดังกล่าวนี้เป็นปัจจัยที่ทำให้ระบบกฎหมายมีความสมบูรณ์ตามแนวคิดของฮาร์ท

เนื่องจากการปรับใช้กฎทั้งสองประการร่วมกันจึงทำให้เกิดความเป็นระบบกฎหมายขึ้นในสังคม ดังนั้นในการพิจารณาความเป็นกฎหมายของกฎคำสั่งหนึ่ง ๆ ตามแนวคิดของฮาร์ทจึงจำเป็นต้องพิจารณากฎทั้งสองประเภทควบคู่กันไป ซึ่งการพิจารณากฎทั้งสองประเภทควบคู่กันไปในนั้นคือ การพิจารณากฎปฐมภูมิประกอบการพิจารณาในแง่ของกฎเกณฑ์แห่งการรับรอง (Rule of Recognition) ของกฎทุติยภูมิ ด้วยกฎแห่งการรับรองนั้นเป็นกฎที่ฮาร์ทสร้างขึ้นภายใต้แนวคิดเรื่องกฎทุติยภูมิ หรือ การมีกฎของกฎอีกชั้นหนึ่ง เป็นกฎที่เกิดจากจุดประสงค์ในการหาเครื่องมือเพื่อแก้ไขปัญหาเรื่องความไม่แน่นอนของกฎหมาย โดยกฎแห่งการยอมรับนี้จะอาศัยกลไกคือการวางหลักเกณฑ์และเงื่อนไขขึ้นเป็นฐานที่ตั้งเพื่อให้สามารถพิจารณาได้ว่ากฎคำสั่งใดควรถือเป็นกฎหมายโดยการเปรียบเทียบกับกฎแห่งการยอมรับ และในกรณีที่มีกฎหมายมากกว่าหนึ่งก็จะสามารถใช้เงื่อนไขและเกณฑ์กำหนดที่ตั้งขึ้นนี้มาพิจารณาได้ว่ากฎหมายใดควรมีลำดับสูงหรือต่ำกว่า เป็นการสร้างความเป็นระบบกฎหมายขึ้น มีการพิจารณาเป็นขั้นตอนตามรายการกำหนดเงื่อนไขอย่างชัดเจน และใช้เงื่อนไขเดียวกันในการตัดสินใจหรือพิจารณาความเป็นกฎหมายของกฎทั้งหมด เพื่อไม่ให้มีการใช้มาตรฐานที่ต่างกันหรือการนำทัศนะส่วนบุคคลหรือปัจจัยอื่น ๆ อันจะทำให้เกิดความเอนเอียงไปตามค่านิยมหรือผลประโยชน์อื่นใด ซึ่งเป็นสิ่งที่นอกเหนือไปจากการนำปัจจัยอื่นใดเข้ามาพิจารณาความเป็นกฎหมาย

ในการพิจารณาความเป็นกฎหมายตามความคิดของฮาร์ท การที่สังคมเคารพ เชื่อฟัง และให้การยอมรับแก่กฎคำสั่ง (Social Obedience)²⁸ เป็นปัจจัยสำคัญต่อการพิจารณาความเป็นกฎหมาย ซึ่งมีความแตกต่างจากการยอมรับในกฎคำสั่งเพราะถูกข่มขู่โดยผลร้ายของกฎหมายอันเป็นการพิจารณาถึงผลบังคับของกฎหมายเพียงอย่างเดียว โดยฮาร์ทมุ่งเน้นถึงการพิจารณามุมมองภายในของบุคคลต่อกฎหมาย กล่าวคือ การยอมรับต่อกฎคำสั่งไม่ว่าจะเป็นกฎปฐมภูมิหรือกฎทุติยภูมิ โดยแนวคิดเรื่องการยอมรับมีสองมุมมองแตกต่างกัน คือ การมองกฎคำสั่งอย่างบุคคลภายใน (Internal Point of View) ซึ่งเป็นการที่บุคคลในสังคมถือเอากฎคำสั่งนั้นมาเป็นบรรทัดฐานเพื่อวางรูปแบบพฤติกรรมของตนตามแนวทางนั้น และการมองกฎคำสั่งอย่างบุคคลภายนอก (External Point of View) ซึ่งเป็นสภาพการณ์ที่ปัจเจกนั้นมีบรรทัดฐานส่วนตัวซึ่งแตกต่างออกไปจากบรรทัดฐานที่กฎคำสั่งนั้นสร้างขึ้น อย่างไรก็ตาม ฮาร์ทมีทัศนะว่ากรณีที่เป็นสังคมในบุพกาล คนส่วนใหญ่ภายในสังคมนั้นต่างมีบรรทัดฐานที่คล้ายกันเสียหมดจึงไม่มีประเด็นเรื่องการมีมุมมองอย่างบุคคลภายนอกมากนัก หากแต่ในสังคมปัจจุบันที่มีความซับซ้อนมากขึ้น ย่อมส่งผลต่อทัศนะของปัจเจกชนต่อกฎคำสั่งหนึ่ง ๆ ภายในสังคมที่มีทั้งความเห็นที่ตรงกันและความเห็นที่ขัดแย้งกัน ดังนั้น ในการพิจารณาความเป็นกฎหมายของกฎคำสั่งใด ๆ จึงจำเป็นต้องพิจารณาความยอมรับทั้งสองลักษณะนี้ต่อกฎทั้งสองประเภทควบคู่กันจึงจะสามารถกล่าวได้ว่า กฎคำสั่งใดจะสามารถถูกบังคับให้มีสถานะเป็นกฎหมายได้

²⁸ W. Friedmann, *Legal Theory* (Columbia University Press 1967) 287.

จากกรณีศึกษาเมื่อวิเคราะห์ผ่านมุมมองของฮาร์ท สามารถพิจารณาได้ว่าสังคมภายในเกมเป็นสังคมที่มีความซับซ้อน เนื่องจากผู้เล่นแต่ละคนต่างเป็นปัจเจกที่มีทัศนะต่อกฎคำสั่งที่ถูกผู้คุมเกมกำหนดขึ้นนั้นแตกต่างกัน บ้างเห็นด้วยกับการกำหนดกฎเช่นว่าขึ้นเป็นกติกาบังคับใช้ บ้างมีความเห็นที่ขัดแย้งกับบรรทัดฐานดังกล่าวที่กติกากำหนดสร้างขึ้น ดังนั้น หากต้องการจะพิจารณาว่ากฎคำสั่งที่ถูกกำหนดขึ้นในรูปแบบของกติกาในเกมถือได้ว่าเป็นกฎหมายของสังคมในขณะที่เกมดำเนินอยู่นี้แล้วหรือไม่ พึงต้องพิจารณาถึงความยอมรับต่อกฎ ประการแรกจะเห็นว่ากติกาของเกมเป็นกฎคำสั่งที่กำหนดแนวการประพฤติให้แก่ผู้เล่นในเกม แม้จะมีทั้งผู้เล่นที่ยอมรับเอากฎคำสั่งเป็นบรรทัดฐานเพื่อกำหนดการกระทำของตน และมีทั้งผู้เล่นที่มีความเห็นไม่ตรงกับบรรทัดฐานเช่นว่า อย่างไรก็ตามสภาพของเกมเป็นสภาพสังคมที่มีผู้ยอมรับกฎคำสั่งโดยมีมุมมองของบุคคลภายในเป็นส่วนมาก จึงทำให้ท้ายที่สุดแล้ว กติกาของเกมเป็นกติกาที่ได้รับความยอมรับเนื่องจากแรงผลักดันจากสังคมโดยรวม ดังนั้น กติกาของเกมจึงเป็นกฎปฐมนิยามที่ได้รับความยอมรับจากคนในสังคมแล้ว ประการที่สอง เมื่อพิจารณาจากสภาพสังคมในเกมจะเห็นว่าผู้คุมเกมมีหน้าที่ควบคุมให้ผู้เล่นภายในเกมปฏิบัติตามกติกาของเกม ซึ่งได้พิจารณาไปในข้างต้นแล้วว่า มีลักษณะเป็นกฎปฐมนิยามของสังคมนี้ การที่ผู้คุมเกมทำการลงโทษผู้ที่ฝ่าฝืนกติกาจึงเป็นพฤติกรรมที่สะท้อนให้เห็นว่าผู้คุมเกมในฐานะผู้บังคับใช้กฎคำสั่งของสังคมให้ความยอมรับในตัวกติกา และยอมรับที่จะใช้อำนาจของตนทำหน้าที่เพื่อบังคับให้สังคมดำเนินต่อไป โดยมีกฎคำสั่งในรูปแบบของกติกาดังกล่าวเป็นบรรทัดฐาน ดังนั้น ถึงแม้จะมีได้ปรากฏเป็นข้อกำหนดอย่างชัดเจน แต่กฎหมายภายในเกมก็ได้เกิดขึ้นแล้ว

4. ข้อวิจารณ์ทฤษฎี

4.1 ข้อจำกัดทฤษฎีของจอห์น ออสติน

จากที่ได้วิเคราะห์เนื้อเรื่องข้างต้นผ่านแนวคิดของออสติน ทำให้เห็นได้ชัดเจนว่าทฤษฎีของออสตินมีปัญหาการใช้กฎหมายที่ไม่ต่อเนื่องกัน กล่าวคือ ออสตินเห็นว่ารัฐอธิปไตยต้องมีอำนาจสูงสุด ไม่อยู่ภายใต้กฎหมายหรืออำนาจอื่นใด ดังนั้น เมื่อมีการออกกฎหมายใหม่ กฎหมายของรัฐอธิปไตยองค์ก่อนหน้านั้นจะไม่สามารถนำมาใช้กับรัฐอธิปไตยองค์ปัจจุบันได้เลย ทุกคนจะต้องปฏิบัติตามกฎหมายที่สั่งและออกโดยรัฐอธิปไตยองค์ปัจจุบันเท่านั้น ทำให้การใช้กฎหมายไม่มีความต่อเนื่องกันเพราะต้องมีการเปลี่ยนแปลงตามองค์กรรัฐอธิปไตยที่ผลัดเปลี่ยนไปเรื่อย ๆ

นอกจากนี้ ข้อจำกัดทฤษฎีกฎหมายของออสตินอีกประการที่เห็นได้ชัดจากการวิเคราะห์เทียบกับละครชุดดังกล่าว คือ การจดจ่ออยู่กับที่มาและแหล่งกำเนิดเดียวของกฎหมายซึ่งคืออำนาจของรัฐอธิปไตย²⁹ โดยไม่คำนึงถึงประเด็นเรื่องความชอบธรรมของอำนาจหรือความชอบธรรมของการได้มาซึ่งอำนาจ (Authority of Power) แต่อย่างไรก็ตาม ออสตินมองว่ากฎหมายเป็นเรื่องของอำนาจมิใช่เหตุผล และแยกกฎที่ควรเรียกว่ากฎหมายออกจากสิ่งที่ไม่ควรเรียกว่ากฎหมาย ทั้งยังได้อธิบายความเป็นกฎหมายจากข้อเท็จจริงที่มันปรากฏออกมาอันเป็นปัจจัยภายนอกซึ่งนอกเหนือไปจากข้อกฎหมาย (เช่น เรื่องของรัฐอธิปไตย คำบัญชา การปฏิบัติตามคำบัญชาของรัฐอธิปไตย สภาพที่เป็นผลร้ายหากไม่ทำตามคำบัญชา) กล่าวโดยสรุปคือ ออสตินเชื่อมโยงกฎหมายเข้ากับข้อเท็จจริงซึ่งคือคำบัญชาและรัฐอธิปไตย โดยออสตินมองว่ารัฐอธิปไตยเป็นข้อเท็จจริงบางอย่างที่มีมาก่อนกฎหมายและไม่อยู่ภายใต้กฎหมาย ซึ่งเท่ากับว่ากฎหมายจะเป็นอย่างไรก็ขึ้นอยู่กับความปรารถนาและการตัดสินใจของรัฐอธิปไตยเป็นหลัก ประกอบกับการที่ออสตินเน้นมองประเด็นเรื่องประสิทธิภาพ³⁰ ของคำสั่งหรือกฎหมายนั้นเฉพาะแค่ “ลักษณะภายนอก” เท่านั้น โดยให้ความสำคัญแค่ว่ากฎ

²⁹ จริย โฆษณานันท์ (เชิงอรรถ 11) 53.

³⁰ วรเจตน์ ภาศิริตัน (เชิงอรรถ 26) 385.

คำสั่งที่จะเป็นกฎหมายได้นั้นจะต้องออกโดยรัฐอธิปัตย์และจะต้องมีสภาพบังคับหรือบทลงโทษที่ก่อให้เกิดหน้าที่ที่จะต้องปฏิบัติตามเพียงเท่านั้น จึงเป็นผลทำให้เกิดการสะท้อนภาพทางกฎหมายในเชิงของการใช้อำนาจแบบข่มขู่บังคับเพียงด้านเดียว ทำให้กฎหมายไม่ได้รับการตรวจสอบในเชิงเนื้อความแต่จำกัดแค่แบบพิธีเพียงเท่านั้น ทำให้แม้กฎหมายนั้นจะมีเนื้อความที่ไม่ยุติธรรม เลวร้าย กดขี่ประชาชน แต่ก็สามารถบังคับใช้ได้ อย่างสมบูรณ์เฉกเช่นเดียวกันกับกฎหมายที่ผู้คนส่วนใหญ่มองว่าดี³¹ เพราะเน้นพิจารณาความเป็นกฎหมายโดยยึดโยงอยู่กับข้อเท็จจริงอันเป็นปัจจัยภายนอกเท่านั้น เมื่อเป็นเช่นนี้ ก็ชี้ให้เห็นถึงบทบาทด้านลบของแนวคิดทฤษฎีของออสตินนี้ว่าการพิจารณาว่าคำสั่งของรัฐอธิปัตย์เป็นกฎหมายซึ่งอาจเป็นกฎหมายนั้นจึงอาจถูกนำไปใช้สนับสนุนการใช้อำนาจเบ็ดเสร็จของระบอบการเมืองเผด็จการได้ ดังนั้น จึงเป็นเหตุที่ว่าในการทำความเข้าใจนิยามของคำว่า “กฎหมาย” โดยใช้มุมมองผ่านทฤษฎีของออสตินเพียงทฤษฎีเดียวเป็นหลักอาจจะยังไม่เพียงพอ เนื่องจากอาจจะนำไปสู่การใช้กฎหมายที่ชั่วร้ายได้

อย่างไรก็ตาม แม้เมื่อวิเคราะห์เปรียบเทียบทฤษฎีของออสตินกับเนื้อเรื่องแล้วจะชี้ให้เห็นว่าคำสั่งที่เลวร้ายก็อาจมีสถานะเป็นกฎหมายได้ แต่ก็ไม่อาจด่วนสรุปได้ว่าทฤษฎีของออสตินดังกล่าวนี้เป็นความคิดที่ถูกสร้างขึ้นมาเพื่อเป็นเครื่องมือในการสนับสนุนเผด็จการหรือสนับสนุนการใช้กฎหมายที่ชั่วร้ายโดยตรง³² หากพิจารณาแล้วจะเห็นว่าแท้จริงแล้วทฤษฎีของออสตินนี้เกิดขึ้นจากหลายปัจจัยประกอบกัน กล่าวคือ หากศึกษาถึงชีวประวัติของจอห์น ออสติน จะพบว่าออสตินมีประสบการณ์รับราชการทหารนานหลายปี³³ และอาชีพทหารนี้เองเป็นตัวแปรสำคัญที่มีอิทธิพลต่อความคิดของออสตินอย่างมาก วิจารณ์ว่าอาจเป็นหนึ่งในหลายปัจจัยที่ส่งผลให้ออสตินมีแนวคิดที่ว่ากฎหมายคือคำสั่งของรัฐอธิปัตย์ กล่าวคือ ผู้มีอำนาจสูงสุดสามารถกำหนดมาตรฐานความประพฤติของผู้ที่อยู่ใต้ปกครองของตนได้ ประกอบกับบริบททางสังคมและประวัติศาสตร์ในยุคสมัยของออสตินนั้น (ช่วงศตวรรษที่ 18 ถึงศตวรรษที่ 19) เป็นยุคภายหลังจากการปฏิวัติอันรุ่งโรจน์³⁴ ของอังกฤษซึ่งมีการเปลี่ยนแปลงครั้งสำคัญ คือ การให้พระมหากษัตริย์อยู่ภายใต้รัฐธรรมนูญตามระบอบการปกครองแบบประชาธิปไตย มีการกำหนดสิทธิในการออกเสียงเลือกตั้งให้แก่ประชาชน และมีการตรากฎหมายต่าง ๆ เพื่อใช้บังคับด้วย ถือได้ว่าเป็นยุคที่กำลังมีการก่อตัวสร้างรัฐชาติสมัยใหม่ขึ้น อีกทั้งยังเป็นยุคที่ผู้คนให้ความสนใจในเรื่องวิทยาศาสตร์เป็นอย่างมาก จึงเกิดแนวคิดที่จะทำให้กฎหมายอยู่บนฐานของความมั่นคงเด็ดขาดและมีลักษณะเป็นภาวีสัยหรือมีความแน่นอนชัดเจนเพื่อจัดระเบียบของสังคมและเพื่อประกันสิทธิเสรีภาพของประชาชน³⁵ นอกจากนี้ การที่ออสตินมีความไม่ไว้วางใจในระบอบกฎหมายคอมมอนลอว์³⁶ ซึ่งอยู่ภายใต้แนวคิดของสำนักกฎหมายธรรมชาติอันไม่มีความชัดเจนแน่นอนในการกำหนดนิยามของกฎหมายนั้นก็อาจเป็นอีกปัจจัยหนึ่งที่ทำให้เกิดทฤษฎีกฎหมายของออสตินนี้ขึ้นมาเช่นกัน

นอกจากเหตุผลดังที่กล่าวข้างต้น ยังมีเหตุผลประการอื่นที่อาจนำมาพิจารณาได้ว่าจอห์น ออสติน มีได้สร้างทฤษฎีของตนขึ้นมาเพื่อเป็นเครื่องมือแก่ระบอบเผด็จการ นั่นก็คือการที่บริบทของสังคมประเทศอังกฤษในช่วงยุคสมัยที่ออสตินได้สร้างและเสนอทฤษฎีกฎหมายของตนขึ้นมานั้นเป็นขณะเดียวกันกับการ

³¹ จริญญา โฆษณานันท์ (เชิงอรรถ 11) 54.

³² เฟ็งอ้าง 56.

³³ Texas House of Representatives, *Biographical Directory of the Texan Conventions and Congresses 1832-1845* (Book Exchange, Inc. 1941) 46.

³⁴ Lois G Schwoerer, *The Revolution of 1688-1689: changing perspectives* (Cambridge University Press 1992) 260-271.

³⁵ จริญญา โฆษณานันท์ (เชิงอรรถ 11) 55.

³⁶ Torben Spaak, *The Cambridge Companion to Legal Positivism* (Cambridge University Press 2021) 225-247.

เปลี่ยนแปลงไปสู่รัฐสมัยใหม่ ในสังคมการเมืองการปกครองของอังกฤษในเวลานั้นได้มีหลักเรื่องการถืออำนาจสูงสุดของรัฐสภา (Supremacy of the Parliament หรือ Parliamentary Sovereignty)³⁷ ถือกำเนิดขึ้นผ่านการปรับเปลี่ยนรูปแบบรัฐสภาของประเทศ จากการที่เดิมทีแล้วอังกฤษมีการใช้ระบบสภาเดียว (Unicameralism) โดยมีสมาชิกคือเหล่าเชื้อพระวงศ์และผู้ทรงคุณวุฒิที่มาจากพระและขุนนางผู้มีอำนาจทั้งหลาย ซึ่งมีการก่อตั้งเป็นสภาที่ปรึกษาที่เรียกว่า มหาสภา (The Great Council) เพื่อทำหน้าที่ให้คำปรึกษาแก่พระมหากษัตริย์ และในเวลาต่อมาก็เริ่มมีการให้ประชาชนเข้ามามีบทบาทในสภามากขึ้น หากแต่ในช่วงแรกของการเปลี่ยนแปลงนี้ก็ยังมีปัญหาเรื่องความไม่เป็นเอกภาพของรัฐสภาอยู่ ด้วยเหล่าขุนนางในมหาสภาก็ยังคงสืบอำนาจอยู่ต่อไป ทำให้เกิดลักษณะของการแบ่งแยกกันจนเกิดเป็นสภาขุนนางและสภาสามัญชนขึ้น อย่างไรก็ตาม การที่มีการปรับเปลี่ยนเป็นระบบที่ให้ประชาชนสามารถเข้ามามีส่วนร่วมในระบอบรัฐสภาของประเทศได้นั้นก็นับได้ว่าเป็นจุดเปลี่ยนที่สำคัญต่อแนวทางของสังคมประเทศอังกฤษเป็นอย่างมาก เพราะในเวลาต่อมาในช่วงต้นคริสต์ศตวรรษที่ 20 ได้มีการปฏิรูปสภาขุนนางเกิดขึ้น ซึ่งเป็นสิ่งที่แสดงให้เห็นถึงการเข้ามามีส่วนร่วมของประชาชนและอิทธิพลของความเป็นประชาธิปไตยที่แทรกซึมเข้ามาในระบบการเมืองการปกครองของอังกฤษหลังจากที่ยึดถือระบบรัฐสภาแบบดั้งเดิมมาเป็นเวลายาวนาน จึงเป็นประเด็นข้อเท็จจริงที่นำมาพิจารณาได้ว่า ในขณะที่ออสตินได้เสนอทฤษฎีทางกฎหมายของตนขึ้นในช่วงเวลาดังกล่าวนี้อันเป็นยุคภายหลังจากที่เกิดการปฏิวัติขึ้นซึ่งเป็นช่วงที่เศรษฐกิจของประเทศอังกฤษพัฒนามากขึ้นนั้น ถือเป็นช่วงเวลาเดียวกันกับที่ประเทศอังกฤษได้มีระบอบรัฐสภาในรูปแบบของสภาสามัญชน (House of Commons)³⁸ อันเป็นช่วงที่รัฐสภาของประเทศอังกฤษเริ่มมีส่วนยึดโยงอยู่กับประชาชนโดยการให้มีผู้แทนจากฝ่ายประชาชนเป็นสมาชิกและสามารถมีบทบาทในฐานะสมาชิกรัฐสภามากขึ้น³⁹ จึงเป็นกรณีที่ควรพิจารณาว่าการอ้างถึงรัฐสภาธิปไตยในทฤษฎีของออสตินนั้นไม่ได้ผูกโยงอยู่กับผู้ปกครองที่เป็นพระมหากษัตริย์เพียงพระองค์เดียวหรือผู้ที่มีอำนาจปกครองเบ็ดเสร็จแต่เพียงผู้เดียวเหมือนอย่างในการปกครองภายใต้ระบอบเผด็จการแต่อย่างใด หากแต่เป็นกรณีที่ออสตินได้เสนอทฤษฎีนี้ขึ้นโดยต้องการจะหมายความว่ากฎซึ่งออกโดยรัฐสภาอังกฤษซึ่งมีความยึดโยงอยู่กับประชาชนในประเทศและมีฐานะและอำนาจอย่างรัฐสภาธิปไตยในขณะนั้นให้ถือเป็นกฎซึ่งอาจเป็นกฎหมายได้

นอกจากนี้ ตามแนวคิดของจอห์น ออสติน มิใช่ว่าออสตินปฏิเสธคุณค่าเชิงจริยธรรมโดยสิ้นเชิง เพียงแต่ออสตินมองว่าควรแยกให้ชัดเจนว่าการวินิจฉัยเชิงคุณค่าและความดีความชั่วของกฎหมายนั้นควรเป็นเรื่องของจริยศาสตร์ (The Science of Ethics)⁴⁰ หาใช่เรื่องทางนิติศาสตร์⁴¹ (Jurisprudence) ไม่ โดยในการพิจารณาในแง่จริยธรรมทางกฎหมายนั้น ออสตินอาศัยฐานความคิดตามทฤษฎีอรรถประโยชน์นิยม (Utilitarianism) ของเจเรมี เบนแธม อันค่อนข้างมีความเป็นรูปธรรมในการพิจารณากฎหมายที่ควรจะเป็น (Law as it ought to be) โดยถือเป็นเรื่องที่อยู่นอกขอบเขตของนิติศาสตร์ เพราะเรื่องทางนิติศาสตร์นั้นจะพิจารณาเพียงแค่ว่ากฎหมายคืออะไร (Law as it is) เท่านั้น

³⁷ 'Parliamentary Sovereignty' (UK Parliament) <<https://www.parliament.uk/site-information/glossary/parliamentary-sovereignty/>> accessed 15 April 2024.

³⁸ 'House of Commons' (UK Parliament) <<https://www.parliament.uk/site-information/glossary/parliamentary-sovereignty/>> accessed 15 April 2024.

³⁹ นววรรณ สุนทรภิชช, 'ข้อจำกัดของหลักอำนาจสูงสุดของรัฐสภาอังกฤษ' (วิทยานิพนธ์ นิติศาสตร์มหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2556) 6.

⁴⁰ Edgar Bodenheimer, *Jurisprudence: The Philosophy and Method of the Law* (Harvard University Press 1962) 96.

⁴¹ วรเจตน์ ภาคีรัตน์ (เชิงอรรถ 26) 385.

ด้วยเหตุผลดังที่ได้อภิปรายมาข้างต้นนี้จึงเป็นกรณีที่พิจารณาได้ว่า มิอาจกล่าวเป็นข้อสรุปได้ว่า ออสตินมีความประสงค์ที่จะสร้างทฤษฎีกฎหมายขึ้นมาเพื่อสนับสนุนความคิดแบบเผด็จการหรือกฎหมายชั่วร้ายแต่อย่างใด หากแต่การวิเคราะห์เช่นนี้น่าจะเป็นการชี้ให้เห็นถึงข้อจำกัดของทฤษฎีกฎหมายที่ออสตินสร้างขึ้นด้วยว่าในท้ายที่สุดก็ยังสามารถนำทฤษฎีดังกล่าวนี้มาเป็นหลักในการพิจารณาให้กฎหมายที่เลวร้ายเป็นกฎหมายได้แม้ว่าจะขัดต่อทัศนคติของผู้เสนอความคิดอย่างออสตินเองก็ตาม

4.2 ข้อจำกัดทฤษฎีของเฮร์เบิร์ต ไลโอเนล อดอล์ฟ ฮาร์ท

จากการวิเคราะห์กรณีศึกษาผ่านแนวคิดและทฤษฎีของฮาร์ท จะเห็นได้อย่างชัดเจนว่าในสังคมโลกสมมติได้เกิดระบบกฎหมายขึ้นมาผ่านการพิจารณาเงื่อนไขสองประการประกอบกัน⁴² อันได้แก่ กฎปฐมนุญและกฎยุติธรรม ซึ่งกฎแห่งการยอมรับ (Rule of Recognition) ของฮาร์ทมุ่งให้ความสนใจกับการยอมรับของผู้บังคับใช้กฎหมายเป็นสำคัญ กล่าวคือ เมื่อผู้เล่นในเกมได้ยอมรับปฏิบัติตามกฎในเกมเป็นการทั่วไป ไม่ว่าจะทำตามด้วยมุมมองของบุคคลภายในดังที่ผู้เล่นบางส่วนได้ยอมรับกฎของเกมและพราวชีวิตของผู้เล่นคนอื่นด้วยความสนุกสนาน หรือด้วยมุมมองของบุคคลภายนอกดังที่อะริสโตเติลในช่วงแรกที่ได้เข้าไปในโลกของเกมว่าตนไม่ได้อยากเล่นเกม แต่สุดท้ายก็ยอมเล่นเกม และเมื่อได้ผ่านไปจริงๆ เขาก็รู้สึกผิดต่อศีลธรรมภายในใจของตนเอง ในกรณีนี้เมื่อผู้เล่นได้ปฏิบัติตามกฎของเกมเป็นการทั่วไป กฎของเกมจึงเป็นกฎปฐมนุญที่คนในสังคมให้การยอมรับแล้ว ประกอบกับการที่ผู้คุมเกมในฐานะผู้บังคับใช้กฎหมายได้ยอมรับกฎของโลกเสมือนจริงนี้เป็นมาตรฐานการปฏิบัติงานของตน พร้อมทั้งลงโทษผู้เล่นตามกฎของเกม ดังนั้น ในโลกสมมตินี้จึงมีระบบกฎหมายเกิดขึ้นแล้ว กฎของเกมจึงมีผลบังคับเป็นกฎหมาย อย่างไรก็ตาม การที่แนวคิดของฮาร์ทพิจารณาการยอมรับของผู้บังคับใช้กฎหมายเป็นสำคัญ จึงอาจส่งผลให้ความสำคัญของการยอมรับจากใจจริง (Internal Point of View) ของผู้ปฏิบัติตามถูกตัดทอนลงไป เป็นช่องว่างให้กฎหมายที่เลวร้ายดังกฎของเกมในโลกสมมติมีสภาพบังคับใช้เป็นกฎหมายได้ ดังจะเห็นจากกรณีที่ผู้คุมเกมได้ทำการลงโทษผู้เล่นที่ไม่ชนะการแข่งขันและนั่งเฉยแม้ว่าผู้เล่นจะฆ่ากัน อีกทั้งยังไม่สนใจว่าเหตุที่ผู้เล่นจำยอมปฏิบัติตามกฎของเกมนั้นเป็นเพราะกลัวผลร้ายของกฎดังกล่าวหรือไม่ ดังนั้น แม้แนวคิดของฮาร์ทจะเป็นแนวคิดที่ค่อนข้างก้าวหน้าดังที่ได้พิจารณาไปข้างต้น แต่จากการวิเคราะห์ทฤษฎีประกอบประเด็นปัญหาทำให้มีข้อสังเกตว่าทฤษฎีที่ฮาร์ทสร้างขึ้นนี้ยังมีช่องโหว่ที่อาจถูกนำไปเป็นเครื่องมือสร้างความชอบธรรมให้แก่กฎหมายที่เลวร้ายได้

อย่างไรก็ดี จากการศึกษาและการพิจารณาแนวคิดของฮาร์ทประกอบกับข้อเท็จจริงตามกรณีศึกษาไปจนถึงการพิจารณาข้อจำกัดของแนวคิดและหลักการดังกล่าวที่ฮาร์ทได้เสนอไว้ มีข้อเท็จจริงที่พึงต้องพิจารณาและคำนึงถึงว่าฮาร์ทเป็นนักปรัชญาทฤษฎีกฎหมายอีกท่านหนึ่งซึ่งสนับสนุนระบอบประชาธิปไตยและการมีระบบกฎหมาย รวมถึงการแบ่งแยกอำนาจระหว่างรัฐสภาซึ่งมีหน้าที่ออกกฎหมายและศาลซึ่งมีหน้าที่ในการพิพากษาและพิจารณาคดี อีกทั้งในวิวาทคดี *The Case of The Grudge Informer*⁴³ ซึ่งเป็นคดีที่เกิดขึ้นในสาธารณรัฐไวมาร์ ในช่วงคาบเกี่ยวระหว่างเวลาที่รัฐถูกปกครองอยู่ภายใต้ระบอบนาซีและภายหลังจากอำนาจนาซีล่มสลายไป ในคดีดังกล่าวเป็นเรื่องของภริยาที่ได้รายงานต่อทางการนาซีว่าผู้เป็นสามีของตนได้ทำการดูหมิ่นฮิตเลอร์ ซึ่งกฎหมายนาซีในขณะนั้นกำหนดว่าการกระทำดังกล่าวมีความผิดและต้องได้รับโทษประหารชีวิต จากการรายงานนี้เป็นเหตุให้สามีถูกลงโทษจากทางการนาซีโดยถูกส่งตัวไปเป็นแนวหน้าในการสงครามแทนการได้รับโทษประหาร และถึงแม้ว่าสามีจะมีได้เสียชีวิตลงในสงคราม อย่างไรก็ตาม เมื่ออำนาจนาซีเสื่อมลงทำให้สภาพสังคมของสาธารณรัฐไวมาร์กลับเข้าสู่สภาพก่อนที่จะถูกปกครองด้วยระบอบนาซี ในเวลาต่อมา

⁴² เฟ็งอ้าง 484.

⁴³ Anthony A D'Amato, *Analytic Jurisprudence Anthology* (Anderson Publishing Company 1996) 90.

ครอบครัวฝ่ายสามีได้ตัดสินใจที่จะยื่นฟ้องภริยาว่าการกระทำของผู้เป็นภรรยาเป็นการพรากรสิทธิและเสรีภาพของผู้อื่น ซึ่งเป็นการฟ้องร้องที่อยู่ภายใต้ข้อบังคับของกฎหมายเยอรมัน ทำให้เกิดประเด็นเรื่องความขัดกันของกฎหมาย ในภายหลังฮาร์ทเองก็ได้เป็นหนึ่งในนักปรัชญากฎหมายซึ่งได้เข้ามาให้ความเห็นเอาไว้กับข้อเท็จจริงในกรณีนี้ โดยฮาร์ทได้แสดงทัศนะว่าแม้จะเป็นความจริงที่ภริยาสามารถเลือกที่จะนั่งเฉยก็ได้แต่กลับเลือกรายงานการกระทำของสามีต่อทางการนาซีด้วยเจตนาเพื่อผลประโยชน์ส่วนตน อย่างไรก็ตาม ฮาร์ทกล่าวว่า จะไม่สามารถฟ้องร้องเอาผิดหญิงผู้นี้ได้อย่างถึงกฎหมายเยอรมันได้ เนื่องจากในขณะที่เกิดการร้องเรียนขึ้นสังคมถูกบังคับอยู่ภายใต้กฎคำสั่งดังกล่าว หญิงผู้นี้จึงเป็นผู้มีสิทธิตามกฎหมายนาซี นอกจากนี้ ถึงแม้ว่ากฎหมายเยอรมันที่ออกภายใต้ระบอบนาซีจะเป็นกฎคำสั่งที่มีได้มีขึ้นเพื่อประโยชน์ของส่วนรวมก็ตาม หากแต่เมื่อได้ให้ความยอมรับว่ากฎคำสั่งนั้นเป็นกฎหมายของรัฐไปแล้ว ศาลจะย้อนมาเอาผิดกับการกระทำที่ทำได้ตามสิทธินั้นไม่ได้ โดยฮาร์ทได้เสนอแนวทางว่าหากต้องการจะฟ้องร้องให้หญิงผู้นี้รับผิด จะต้องอาศัยการบัญญัติกฎหมายขึ้นมาใหม่เป็นกฎหมายว่าด้วยการเอาผิดย้อนหลังแยกเป็นกรณีเฉพาะไป

จากการแสดงทัศนะของฮาร์ทต่อกรณีวิวาทะดังกล่าว สะท้อนให้เห็นว่าในการพิจารณากฎหมายฮาร์ทได้ให้ความสำคัญกับการนำข้อเท็จจริงเข้ามาพิจารณาพร้อมกับข้อกฎหมายโดยแยกปัจจัยเรื่องศีลธรรมออกมิล่อยให้ปัจจัยเรื่องศีลธรรมเข้ามาปนเปจจนทำให้ขาดความแน่นอนไป เพื่อให้เกิดประโยชน์แก่คนจำนวนมากกล่าวคือ หากฮาร์ทพิจารณาโดยให้น้ำหนักอยู่กับปัจจัยเรื่องศีลธรรมเป็นสิ่งสำคัญแล้ว ภรรยาผู้เลือกรายงานการกระทำของสามีต่อทางการนาซีเพื่อผลประโยชน์ส่วนตนย่อมถูกตัดสินให้มีความผิดและต้องรับโทษไปตามกฎหมายเยอรมัน แม้ว่าแท้ที่จริงแล้วหญิงผู้นี้จะใช้สิทธิตามกฎหมายนาซีซึ่งเป็นกฎหมายที่บังคับและกำหนดบรรทัดฐานของสังคมอยู่ในขณะนั้น จากวิวาทะคดี The Case of The Grudge Informer จึงชี้ให้เห็นว่าฮาร์ทเป็นนักปรัชญาที่คำนึงถึงประโยชน์ของคนส่วนมากเป็นสิ่งสำคัญ ดังนั้น ทฤษฎีและแนวคิดที่ถูกเสนอขึ้นโดยฮาร์ทย่อมมีได้มีขึ้นเพื่อเป็นการสนับสนุนให้เกิดระบอบเผด็จการที่ผู้นำมีอำนาจเบ็ดเสร็จเด็ดขาดในการกำหนดหน้าที่ให้ผู้อยู่ใต้อำนาจแต่อย่างใด แม้จากการวิเคราะห์จะชี้ให้เห็นว่าข้อความคิดดังกล่าวยังคงมีข้อจำกัดและช่องโหว่ที่เปิดช่องให้สามารถพิจารณาและตีความกฎหมายที่เลวร้ายให้มีสภาพบังคับเป็นกฎหมายขึ้นได้

5. บทสรุป

การศึกษาแนวคิดของจอห์น ออสติน และ เอช. แอล. เอ. ฮาร์ท และการนำแนวคิดและทฤษฎีของนักปรัชญากฎหมายทั้งสองมาวิเคราะห์ความเป็นกฎหมายของกฎหมายเลขผ่านกรณีศึกษาจากเรื่อง Alice in Borderland ภาค 1 นี้เป็นเพียงการที่คณะผู้จัดทำเลือกแนวคิดทางนิติปรัชญาที่มีความคล้ายคลึงกันมาเปรียบเทียบกันเพื่อทำการวิเคราะห์ในประเด็นปัญหาที่ตั้งขึ้นจากกรณีศึกษาดังกล่าวเท่านั้น แม้ว่าทั้งจอห์น ออสติน และศาสตราจารย์ เอช. แอล. เอ. ฮาร์ท จะเป็นนักคิดคนสำคัญของสำนักกฎหมายปฏิฐานนิยมและมีผลงานที่มีชื่อเสียง ถึงกระนั้นก็ได้หมายความว่าแนวคิดหรือความเห็นของนักคิดทั้งสองท่านจะสามารถสะท้อนว่าเป็นแนวความคิดของนักคิดทั้งหมดที่มีแนวคิดอย่างสำนักบ้านเมืองได้เสียทีเดียว กล่าวคือ แนวคิดหรือทฤษฎีของนักคิดทั้งสองนี้ไม่ว่าจะได้รับการยอมรับจากนักคิดท่านอื่นหรือจากบุคคลในแวดวงนิติปรัชญามากเพียงใด แต่ก็มีสามารถถือได้ว่าแนวคิดนั้นครอบคลุมทุกแง่มุมของสำนักความคิดปฏิฐานนิยมได้เสียทั้งหมด

อย่างไรก็ดี จุดประสงค์ในการจัดทำบทความชิ้นนี้ขึ้นมานั้นก็เพื่อมุ่งเน้นจะนำเสนอการตีความโดยการปรับหลักคิดของนักคิดทั้งสองท่านเข้ากับประเด็นปัญหาเพื่อชี้ให้เห็นว่าแนวคิดและทฤษฎีทางนิติปรัชญาที่มีอยู่นี้อาจถูกวิเคราะห์ได้อย่างหลากหลายและแตกต่างออกไปจากเป้าประสงค์เดิมที่ก่อให้เกิดหลักคิดนี้ขึ้นก็เป็นไปได้ ดังเช่นในกรณีศึกษานี้ หากพิจารณาตามองค์ประกอบของทฤษฎีที่ถูกเสนอขึ้นโดยออสตินและฮาร์ท

ทำให้เห็นว่าแนวคิดของทั้งสองซึ่งเป็นนักคิดจากสำนักกฎหมายบ้านเมืองซึ่งมองว่ากฎหมายที่เป็นอยู่และกฎหมายควรเป็นอย่างไรนั้นไม่จำเป็นต้องมองควบคู่กันเสมอไปและแนวคิดที่พิจารณาข้อกฎหมายและข้อเท็จจริงแยกออกจากกันนั้น ทำได้ดีแล้วอาจถูกนำมาตีความหรือปรับใช้จนส่งผลให้เกิดการให้เหตุผลและความชอบธรรมในการถือเอากฎหมายที่ไม่ดีเป็นกฎหมายได้เช่นกัน กล่าวคือ เมื่อนำทฤษฎีดังกล่าวมาพิจารณาประกอบกับข้อเท็จจริงตามกรณีศึกษาเรื่อง Alice in Borderland ภาค 1 เป็นกรณีที่สามารถพิจารณาได้ว่ากฎกติกาภายในเกมถือได้ว่ามีฐานะเป็นกฎหมายของสังคมที่ดำเนินอยู่ในขณะนั้นแล้วตามทฤษฎีของออสตินและฮาร์ท

ถึงแม้ว่านักคิดทั้งสองต่างเป็นนักปรัชญาจากสำนักปฏิฐานนิยมที่มีชีวิตอยู่ในยุคสมัยที่ต่างกัน จากการศึกษาแนวคิดของทั้งคู่กลับทำให้สามารถพิจารณาได้ว่าการตีความความเป็นกฎหมายของออสตินและฮาร์ทยังคงมีข้อจำกัดที่มีลักษณะร่วมกันอยู่ แม้ฮาร์ทจะพยายามพัฒนาแนวคิดและอุดช่องโหว่ในทฤษฎีของออสตินในบางประการแล้วก็ตาม โดยสิ่งที่พิจารณาว่าเป็นข้อจำกัดดังกล่าวของแนวคิดของนักคิดทั้งสองท่านคือ การมุ่งพิจารณาเพียงคุณค่าเชิงกฎหมายและให้ความสำคัญแก่คุณค่าเชิงกระบวนการมากกว่าคุณค่าเชิงเนื้อหา ทำให้คุณค่าเชิงศีลธรรมถูกละทิ้ง ซึ่งอาจเปิดช่องให้กฎหมายหรือคำสั่งอันมีลักษณะหรือเนื้อหาอันเลวร้ายและไม่เป็นธรรมนั้นมีสถานะเป็นกฎหมายได้ อันนำไปสู่การบังคับใช้กฎหมายที่ชั่วร้ายอย่างเช่นที่เห็นการทำร้ายและฆ่ากันอย่างโหดเหี้ยมของตัวละครในละครชุดดังกล่าว และท้ายที่สุดประชาชนก็จำต้องรับผลร้ายจากความยุติธรรมของกฎหมายที่เลวร้ายนั้น แม้จะมีข้อเท็จจริงที่นำมาประกอบการพิจารณาได้ว่านักคิดทั้งสองท่านมิได้สนับสนุนความคิดตามระบอบเผด็จการและมิได้ต้องการให้มีการบังคับใช้กฎหมายที่เลวร้ายก็ตาม หากแต่การตีความแนวคิดที่ถูกเสนอขึ้นเหล่านี้กลับสามารถเปิดช่องให้มีการพิจารณาให้กฎหมายคำสั่งอันเลวร้ายมีความเป็นกฎหมายได้ ยิ่งเป็นการเน้นย้ำให้เห็นข้อจำกัดของแนวคิดตามสำนักปฏิฐานนิยมได้ชัดเจนยิ่งขึ้น

การบังคับใช้กฎหมายต่อต้านการฮั้วอย่างร้ายแรงในญี่ปุ่น*

Enforcement of Hardcore Cartel in Japan

ธรรมธวัช ทิมจันนท์
Thuntawat Limjanon

นักศึกษานิติศาสตร์มหาบัณฑิต (ปริญญาโท)
คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยคิวชู จังหวัดฟูกูโอกะ ประเทศญี่ปุ่น
LL.M Candidates

Faculty of Law, Kyushu University, Fukuoka, Japan

Corresponding author E-mail: thun.limjanon@gmail.com

(Received: March 25, 2024; Revised: April 11, 2024; Accepted: May 15, 2024)

บทคัดย่อ

การวิจัยนี้ศึกษาเกี่ยวกับประวัติความเป็นมาและกรอบการบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศญี่ปุ่น โดยมุ่งเน้นที่วิวัฒนาการของหลักกฎหมายการแข่งขันและการจัดการกับการฮั้วอย่างร้ายแรง (Hardcore Cartel) เริ่มตั้งแต่ช่วงหลังการฟื้นฟูเมจิจนถึงหลังสงครามโลกครั้งที่สอง มีการสำรวจการเปลี่ยนแปลงของภูมิทัศน์ทางเศรษฐกิจของญี่ปุ่น โดยเฉพาะอย่างยิ่งการเน้นย้ำถึงการเปลี่ยนแปลงจากอุตสาหกรรมที่ควบคุมโดยรัฐบาลไปสู่สภาพแวดล้อมทางการตลาดที่มีการแข่งขันซึ่งได้รับแรงกระตุ้นจากการตรากฎหมายต่อต้านการผูกขาดชื่อว่า Antimonopoly Act (AMA) ในปี ค.ศ. 1974 โดยได้รับอิทธิพลจากกฎหมายต่อต้านการผูกขาดของสหรัฐอเมริกา กฎหมายฉบับนี้ได้กำหนดการควบคุมที่เข้มงวดเกี่ยวกับการควบรวมกิจการ ห้ามมิให้มีการแบ่งแยกอำนาจทางเศรษฐกิจอย่างไม่สมเหตุสมผล และจัดตั้งคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าของญี่ปุ่นเป็นหน่วยงานบังคับใช้หลัก

การวิจัยฉบับนี้ได้มีการวิเคราะห์เชิงลึกเกี่ยวกับการบังคับใช้กับการฮั้วอย่างร้ายแรงภายใต้กฎหมายต่อต้านการผูกขาดของญี่ปุ่น โดยเน้นที่ซึ่งเป็นความผิดทางอาญาและขั้นตอนการดำเนินการและพิจารณาคดี โดยเฉพาะ การศึกษานี้เจาะลึกการดำเนินคดีของการกระทำผิดในการฮั้วอย่างร้ายแรง และรูปแบบการบังคับใช้กฎหมายในทางอาญา นอกจากนี้ ยังตรวจสอบผลกระทบของการลงโทษทางอาญา โดยเน้นความเสียหายที่เกี่ยวข้องกับบุคคลที่ร่วมกระทำการต่อต้านการแข่งขันทางการค้า นอกจากนี้ การศึกษายังสำรวจขอบเขตกว้างของการลงโทษทางอาญาในการจัดการกับความพยายามในการร่วมกันกระทำความผิด

จากการศึกษานี้ ได้เน้นย้ำการบังคับใช้ของกฎหมายต่อต้านการผูกขาดของประเทศญี่ปุ่นในการส่งเสริมภูมิทัศน์ทางเศรษฐกิจที่มีการแข่งขันทางการค้า ขณะเดียวกันก็ต่อสู้กับพฤติกรรมที่ต่อต้านการแข่งขันทางการค้าผ่านมาตรการบังคับใช้ที่เข้มงวด

คำสำคัญ : กฎหมายการแข่งขันทางการค้าญี่ปุ่น, การฮั้วอย่างร้ายแรง, โทษทางอาญา

* This research article is a part and compiles from Thesis “Criminalization of Hardcore Cartels in Thailand: A Comparative Study” LL.M in Competition Law, Graduate School of Law, Kyushu University.

Abstract

This study examines the historical development and enforcement framework of Japanese Competition Law, with a specific focus on the evolution of competition law principles and the handling of hardcore cartels. Beginning with the period following the Meiji Restoration up to the aftermath of World War II, the transition of Japan's economic landscape is explored, particularly highlighting the shift from government-controlled industries to a competitive market environment catalyzed by the enactment of the Antimonopoly Act (AMA) in 1974. Influenced by United States antitrust laws, the AMA imposed stringent controls on mergers, prohibited unreasonable economic power disparities, and established the Japan Fair Trade Commission (JFTC) as the primary enforcement body.

An in-depth analysis is provided on the enforcement of hardcore cartels under the AMA, specifically focusing on their criminalization and procedural aspects. The study delves into the limited prosecution of hardcore cartels and the utilization pattern of criminal enforcement strategies. Furthermore, it examines the implications of criminal sanctions, emphasizing the stigma and dishonor associated with individuals involved in anticompetitive activities. Additionally, the study explores and the broad scope of criminal punishment in addressing collaborative efforts.

Through this examination, the study underscores the AMA's enforcement in fostering a competitive economic landscape while combatting anticompetitive behavior through rigorous enforcement measures.

Keywords : Japanese Competition Law, Hardcore Cartels, Criminal Sanction

A. History and Enforcement Structure of The Japanese Competition Law

1. Concept and History of Competition Law and Hardcore Cartel

The concepts of “free enterprise” and “free competition” emerged relatively recently in the Japanese business community. Following the Meiji Restoration of 1868, Japan's primary goals were to learn from and match Western industrial prowess. To achieve this, the government implemented a vigorous industrial development program, exemplified by the creation of nationalized steel mills that later transitioned into the private sector as the Japan Steel Corporation.

During this period, the government enacted laws allowing the formation of cartels and trade associations, granting it substantial control over various industries to execute economic policies. Alongside stringent economic regulations, the pre-war economic landscape was characterized by “zaibatsu,” large industrial conglomerates. These zaibatsu, such as Mitsui, Mitsubishi, and Sumitomo, encompassed enterprises spanning banking, coal, steel, heavy

industry, trading, securities, and other sectors. These conglomerates were typically organized under a holding company's control.

For instance, in the Mitsui zaibatsu, the Mitsui Company's head office held a controlling interest in entities like Mitsui Trading Company and Mitsui Bank. By 1942, there were 17 zaibatsu combined significantly influencing various sectors of Japanese industry. Given the dominance of zaibatsu and the government's tight economic regulation, establishing conditions conducive to "free enterprise" or "free competition" was extremely challenging. Consequently, the eighty years from the Meiji Restoration to the conclusion of the Pacific War can be characterized as an era of government control.¹

Following World War II, Japan and its industries were nearly destroyed, necessitating a comprehensive rebuilding of its industrial environment. The Allied Occupation Forces, commanded by the United States, gained control of Japan with the goal of rebuilding its economy on the principles of economic democracy through the implementation of an "economic democratization policy."

This policy comprised three major components: (1) agricultural land reform, (2) labor legislation, and (3) the decentralization program, along with the enactment of the Antimonopoly Law. Agricultural land reform sought to eliminate absentee landownership, establishing a system where farmers owned and cultivated their own land. Labor legislation involved the introduction of significant laws such as the Labor Standards Law, the Labor Union Law, and the Labor Adjustment Law, which were pivotal innovations in Japan, albeit unrelated to antimonopoly measures.

The third crucial aspect of the Economic Democratization Policy was the dismantling of zaibatsu and the implementation of the Antimonopoly Law. As mentioned earlier, zaibatsu held immense power over the Japanese economy until the end of World War II. The Occupation Forces decided to disband the zaibatsu and recommended their dissolution through memoranda to the Japanese government. In response, Japan enacted the Law to Eliminate Excessive Concentration of Economic Power and issued decrees, leading to the division of many large zaibatsu companies into separate entities. For instance, Mitsubishi Heavy Industries, Ltd., was split into three entities, and the Japanese Steel Corporation was divided into two.

Moreover, the Japanese government moved to eliminate holding companies that served as the headquarters of many zaibatsu. This decentralization effort successfully reshaped the Japanese economy. In tandem with this, a fundamental law was deemed necessary to lay the groundwork for free competition among enterprises. Consequently, the Antimonopoly Act (AMA) was enacted in 1974, earning the moniker "the economic

¹ Mitsuo Matsushita, *Introduction to Japanese Antimonopoly Law* (Yuhikaku Publishing Co., Ltd. 1990) 1.

constitution” of Japan. This legislative framework marked a significant step towards establishing a competitive and open economic environment in post-war Japan.²

1. The Antimonopoly Act

The original Antimonopoly Act (AMA), designed after United States antitrust laws, possessed distinct features that set it apart from current legislation. This initial iteration of the AMA was robust in several respects:

1. **Stringent Control Over Mergers and Acquisitions:** The AMA imposed rigorous control over mergers and acquisitions, aiming to prevent the concentration of economic power and maintain a competitive business environment.
2. **Prohibition of Unreasonable Differences in Economic Power:** It prohibited unreasonable differences in terms of economic power among enterprises, aiming to foster fair competition and prevent the dominance of any particular entity.
3. **Limited Exemptions:** The legislation severely limited exemptions, signaling a commitment to broad and consistent enforcement of antimonopoly measures.

Additionally, the AMA established the Japan Fair Trade Commission (JFTC) as the enforcement agency for the statute. Initially, under the influence of the Allied Occupation Forces, the AMA was rigorously enforced in the years immediately following its enactment. However, starting around 1950, enforcement saw a sudden relaxation.³

This shift in enforcement was influenced by broader geopolitical considerations. The Truman Doctrine and the onset of the Korean War led to a change in U.S. policy toward Japan. The focus shifted from discouraging Japan’s resurgence as a major economic power to actively supporting its reconstruction into a heavily industrialized country. This transformation aimed to position Japan as a strategic ally against the spread of Communism. Given the challenging post-war circumstances and the need for rapid rehabilitation, enforcing a strong competition policy, as embodied in the original AMA, was considered unrealistic.

As a result, the AMA remained largely dormant until around 1960, marking a period of reduced emphasis on antimonopoly enforcement as Japan focused on its economic recovery and industrialization.

In Japan, cartels are prohibited under the second half of Article 3 of Law No. 54 of the AMA, characterized as an “unreasonable restraint of trade.” While the AMA lacks specific provisions regarding extraterritorial applicability, it is widely construed to be relevant to

² Ibid 2.

³ Ibid 3.

international cartels. Both the JFTC and the prevailing view in Japan affirm that the AMA is applicable to conduct beyond Japan's borders.⁴

The AMA has undergone multiple amendments for various reasons, notably concerning provisions related to cartels. The 1953 Amendment is recognized as an adjustment aimed at easing regulatory constraints. Specifically regarding cartels, exemptions were introduced for depression cartels and rationalization cartels under specified conditions, signifying a relaxation of the AMA's application to these categories of cartels.

The 1973 Oil Crisis marked a pivotal shift in AMA enforcement. The discovery of hidden cartels in the petroleum industry, engaged in price-fixing, triggered public outrage over private industry's price manipulations. In response, JFTC formed a task force to explore AMA amendments, aiming to enhance its effectiveness against economic concentration. Subsequent government intervention led to the 1977 AMA amendment, a landmark development as the first instance of amending the AMA to bolster its legislative strength in addressing anti-competitive practices.⁵

Regarding the 1977 AMA, the government introduced the administrative surcharge system. This timeline is noteworthy because, unlike many other competition regimes, Japan did not initially adopt criminal sanctions for supplementary deterrent value. Instead, the country initially relied on criminal fines as a deterrent measure. While mechanisms for private redress existed, they were infrequently utilized due to the considerable time and cost involved in pursuing damages. Initially, the surcharge system was primarily aimed at the disgorgement of illicit gains.

As previously mentioned, the original AMA classified cartels as "per se illegal." The 1953 amendment introduced a conditional prohibition, making cartels illegal only if they substantially restrained competition "contrary to the public interest." Notably, depression cartels and rationalization cartels were permitted under certain conditions. Despite these modifications, cartels continue to be a primary focus of prohibition under the statute.

According to the AMA, a cartel is defined as an agreement or understanding among competitors aimed at eliminating or restricting competition among themselves. Examples of cartel activities include price-fixing, production limitation, and market/customer allocation. Any such activity that significantly restrains competition and runs contrary to the public interest is deemed illegal under the AMA.⁶

⁴ Hideto Ishida and Etsuko Hara, 'Japan: Cartels' (*Global Competition Review*, 20 February 2015) <<https://globalcompetitionreview.com/review/the-asia-pacific-antitrust-review/the-asia-pacific-antitrust-review-2015/article/japan-cartels>> accessed 18 April 2024.

⁵ Mitsuo Matsushita (n 1) 1.

⁶ Masako Wakui and Jonathan Galloway, 'The Japanese Cartel Fining System: The 2019 Amendments and Its Real Issue' (*SSRN*, 27 September 2020) <<https://ssrn.com/abstract=3672871>> accessed 20 April 2024.

In 1991, the turnover amount rose to 6%, and by 2005, it further increased to 10%.⁷ The introduction of the leniency system accompanied the reform of the surcharge system in 2005 through an amendment to the AMA. This amendment not only raised the surcharge calculation rate but also led to a rapid increase in the number of leniency applications. However, it is noteworthy that the current trend indicates a slight decline in the number of leniency applications.⁸

Recently, the AMA was successfully passed by the Diet on March 19, 2019, and it came into effect on December 25, 2020. The amendment primarily focuses on reforming the leniency system and enhancing the surcharge system. As per the AMA, the surcharge amount, which functions as an administrative fine, is determined by multiplying the relevant turnover by a fixed percentage, typically ten percent for cartel cases. Prior to the 2019 AMA Amendments taking effect, the surcharge calculation was applicable to up to three years of relevant turnover. However, with the amendment, this period is extended to up to ten years.

The Amendments also introduce changes such as the expansion of turnover subject to surcharge calculation, considerations for related business, granting the JFTC authority to estimate turnover, and adjustments to the percentage used in surcharge calculation. Notably, lower percentages previously applicable to retailers and wholesalers will be eliminated under the revised regulations.⁹

2. Organization of the Japan Fair Trade Commission

The Japan Fair Trade Commission (JFTC) is the enforcement agency established by the AMA. Although formally part of the Prime Minister's Office, it functions as an independent administrative commission. The JFTC comprises a Chairman and four commissioners, all appointed by the Prime Minister with the approval of both the House of Representatives and the House of Councilors.

“Article 28 The chairman and commissioners of the Fair Trade Commission exercise their authority independently.”¹⁰

⁷ Masako Wakui and Jonathan Galloway, 'The Japanese Cartel Fining System: The 2019 Amendments and Its Real Issue' (2020) Asian Competition Law Review 8.

⁸ Hideto Ishida and Etsuko Hara, 'Japan: Cartels' (*Global Competition Review*, 20 February 2015) <<https://globalcompetitionreview.com/review/the-asia-pacific-antitrust-review/the-asia-pacific-antitrust-review-2015/article/japan-cartels>> accessed 18 April 2024.

⁹ Masako Wakui and Jonathan Galloway, 'The Japanese Cartel Fining System: The 2019 Amendments and Its Real Issue' (SSRN, 27 September 2020) <<https://ssrn.com/abstract=3672871>> accessed 11 March 2024.

¹⁰ The Antimonopoly Act, 'Article 28 (1947)' (*The Japan Fair Trade Commission*) <https://www.jftc.go.jp/en/legislation_gls/amended_ama09/index.html> accessed 5 March 2024.

Article 28 of the AMA emphasizes the functional independence of the Chairman and commissioners, stipulating that directives from higher administrative levels cannot be issued to the JFTC, except in cases of judicial review.¹¹

The powers wielded by the JFTC are categorized into three main types:

(1) Administrative

The administrative powers of the JFTC encompass activities such as approving or licensing specific agreements for exemption from the AMA application, conducting consultations with and making requests to other government agencies, and engaging in economic research. Noteworthy instances of licensing power include approving depression cartels and rationalization cartels under Articles 24-3 and 24-4 of the AMA.

Various sections of the AMA outline reporting requirements, such as Article 8(2) mandating trade associations to report their establishment, Article 6(2) necessitating enterprises to report designated international agreements, and Article 15(2) requiring pre-notification for mergers. The JFTC is responsible for reviewing submitted reports and taking necessary measures as per the AMA.

Other statutes that exempt certain activities from AMA application often involve consultation, notification, or consent by the JFTC. For example, the Export/Import Transactions Law, which exempts export and import cartels from the AMA, stipulates that the Ministry of International Trade and Industry (MITI) must consult with the JFTC when approving such cartels. In these cases, the JFTC provides its perspective and endeavors to integrate competition policy considerations into enforcement agency decisions. There are provisions where the JFTC may inform the enforcement agency that the prerequisites for approving a particular cartel under a specific statute have ceased to exist, prompting a request for the revocation of the approval. Article 34(9) of the Export/Import Transactions Law exemplifies such a provision.

To complement AMA enforcement, the JFTC has issued numerous guidelines on various matters. Based on these guidelines, the commission establishes informal regulations through administrative guidance, forming a crucial aspect of the JFTC's administrative powers.

(2) Quasi-Legislative

The National Diet holds legislative authority; however, certain provisions within the AMA grant the JFTC expansive rule-making powers, resembling legislative authority. This authority is colloquially termed the JFTC's "quasi-legislative power."

Key provisions related to this power include Article 2(9), conferring authority upon the JFTC to designate unfair business practices. According to this provision, an unfair business

¹¹ Mitsuo Matsushita (n 1) 79.

practice is not inherently prohibited by law unless the JFTC issues a specific designation to that effect. Similarly, Article 24-2 empowers the JFTC to designate goods for which resale price maintenance is exempted from AMA application. Under this provision, the JFTC designates specific consumer goods as exempted items. While resale price maintenance is generally considered unlawful, this designation serves to exempt certain activities from the statutory application.

In both instances, the AMA does not outright prohibit an activity unless the JFTC designates specific conduct as contrary to the statute. Therefore, actions taken by the JFTC effectively create a legal prohibition, illustrating the quasi-legislative nature of its rule-making powers.

(3) Quasi-Judicial

The JFTC also initiates an investigation, conducts an administrative hearing, and subsequently issues a decision that forms the basis for a cease-and-desist order. This outlines the fundamental procedure employed by the JFTC in handling cases.

The JFTC's authority in this process is characterized as "quasi-judicial" since it essentially involves an adversarial process with an investigating attorney and the respondent. The proceedings are presided over by a hearing examiner, resembling a court proceeding in this regard. The quasi-judicial power grants the JFTC the ability to conduct hearings, render decisions, and issue cease-and-desist orders as part of its enforcement measures.¹²

1. Investigation

In the event of sufficient evidence warranting an investigation, the JFTC commences the procedure. The AMA outlines three circumstances that may trigger an investigation: (1) the submission of a report by an individual aware of a violation, (2) notification from the Prosecutor General to the JFTC, and (3) notification from the Director General of the Small Business Agency. Additionally, the JFTC may initiate its inquiry. Article 45 of the AMA allows any person aware of an AML infringement to report it to the JFTC with supporting evidence, prompting an investigation. However, it's important to note that the JFTC is not obliged to pursue legal action based on such reports; thus, Article 45 does not grant private parties the right to file lawsuits but serves as a means to provide information to the JFTC. Article 74 mandates the Prosecutor General to inform the JFTC of AMA violations discovered during a criminal investigation, though this provision is infrequently utilized in practice. Furthermore, Article 3 of the Law to Establish the Small Business Agency grants the Director General of the Agency the authority to notify the JFTC of AMA violations within his

¹² Ibid 79-81.

awareness. Apart from these channels, the JFTC may become aware of violations through routine surveillance conducted by the commission.¹³

2. Hearing

The initiation of an administrative hearing involves serving the respondent with a copy of the complaint. The appointed investigating attorney from the JFTC presents evidence and legal arguments, while the respondent, typically represented by a lawyer, presents its case concerning facts and the application of the law. Although the Commission typically oversees the hearing, it may appoint a hearing examiner from the officials of the Secretariat to preside over a case. In most instances, a hearing examiner conducts the proceedings. Upon the conclusion of the hearing (excluding cases presided over by the Commission), the hearing examiner formulates a draft decision and shares it with the respondent. This draft, along with the case records and any objections from the respondent, is submitted to the Commission. The Commission reviews the material and determines whether the alleged conduct constitutes a violation of the AMA. If a violation is established, the JFTC issues a decision mandating the respondent to cease and desist from the specified conduct.

3. Consent Decision

Once a hearing has begun, the party under investigation has the option to acknowledge the facts and legal interpretations outlined in the complaint. They can then suggest corrective actions to address the identified illegality. Upon evaluating the proposed measures, if deemed acceptable, the JFTC has the authority to conclude the hearing and issue a decision that includes the agreed-upon proposal

B. Enforcement Criminalization of Hardcore cartel in the Japanese Context

1. Criminal Procedure

Article 89 outlines criminal penalties for offenses such as private monopolization, hardcore cartel, and trade association actions that substantially limit competition. Additionally, Article 90 establishes criminal penalties for illegal international contracts, trade association constraints on membership numbers and activities, and non-compliance with final and binding decisions of the JFTC. Various other provisions prescribe criminal penalties for illicit stock-holding activities, related violations, and failures to comply with filing requirements. However, it's important to note that no criminal penalties are stipulated for unfair business practices. This absence is justified by the perception that unfair business practices are not regarded as gravely serious as offenses involving private monopolization or hardcore cartels.

¹³ Ibid 81.

Article 96 specifies that for a criminal indictment to be initiated by the public prosecutor, the Fair Trade Commission (FTC) must first file an accusation against an infringer with the Public Prosecutor. Investigators of the JFTC authorized by the AMA carry out the searches. If other crimes are involved, however, the police agency and/or public prosecutors may conduct their own investigation in accordance with the Criminal Procedure Law at the same time.¹⁴

2. The Limited Prosecution of Hard-Core Cartels

In the context of the AMA of Japan, criminal punishment primarily targets hard-core cartels, potentially involving private monopolization and communication among specific firms. Based on past experiences, only a limited number of hard-core cartels have been prosecuted as criminal cases.

In recent criminal cases, the court has specifically highlighted two factors in its judgments. Firstly, there is an emphasis on a perceived insufficient level of compliance spirit, suggesting that companies involved in these cases did not demonstrate a strong commitment to adhering to antimonopoly regulations. Secondly, the court has pointed to the active involvement of individuals in employing various strategies and tactics as contributing factors leading to the imposition of criminal punishment. These factors indicate that the court considers intentional and strategic actions by individuals, coupled with a lack of a robust compliance culture, as significant elements in determining criminal liability in antimonopoly cases.¹⁵

In summary, the number of cases that go to court in Japan, specifically regarding hardcore cartels potentially involving private monopolization and communication among certain firms, is relatively low. The focus on hardcore cartels in criminal cases is acknowledged, and the statement suggests that such cases are limited in number. Additionally, the criteria for criminal punishment in recent cases appear stringent, with an emphasis on compliance levels and active strategies employed by individuals.

Several examples of cases are as follows:

- 1.) The two companion rulings in the Petroleum Cartel case, issued on September 26, 1980, represent the most significant scrutiny of administrative practices in postwar Japan. In one judgment, the Tokyo High Court investigated the regulation of production volumes by a trade association, involving officials from the Ministry of International Trade and Industry (MITI). While the Petroleum Association and its officers were

¹⁴ Mitsuo M. and Eriko W., 'Japan' in Maher M. Dabbah and Barry E. Haw. (eds.) *Anti-Cartel Enforcement Worldwide: Antitrust and Competition Law* (Cambridge University Press 2019) 681.

¹⁵ Takayuki Suzuki, 'The Function of Criminal Punishment under the Antimonopoly Act of Japan' (2011) 2(1) *New Journal of European Criminal Law* 45-58.

acquitted, the case gained importance due to the court's determination that certain administrative practices by MITI officials were illegal. In the second ruling, the court found twelve companies and fourteen individuals involved in the wholesale of petroleum products guilty of price-fixing on five occasions in 1973, breaching article 8 (1)(1) of the AMA. Unlike the first case, where MITI officials played a significant role, here the defendants were found to have fixed prices independently. This had significant implications for Japan, particularly in terms of antitrust enforcement and regulatory practices. This ruling marks the first instance in which a Japanese court deemed a price-fixing cartel unlawful, subjecting its participants to criminal penalties. The prosecution and conviction of the companies and individuals involved in price-fixing sent a clear signal to other businesses in Japan that engaging in cartel behavior would have serious consequences. (Oil Cartel Criminal Case, The Tokyo District Court Decisions of Sep. 26, 1980) ¹⁶

- 2.) In the waterworks meter manufacturing industry, where the JFTC twice exposed bid-rigging, the manufacturers were convicted of bid-rigging in 1997. In the case of the third bid-rigging in 2002, the responsibility of the companies and the individuals was very heavy, because they had repeated similar anticompetitive conduct more deviously in spite of awareness of the previous crime. The JFTC investigated a bid-rigging case concerning water meters purchased by the Tokyo Metropolitan Government, and in July 2003 filed an accusation based on Section 73-1 of the Antimonopoly Act with the Public Prosecutor General against four companies and five individuals who were engaged in the sale of water meters purchased by the Tokyo Metropolitan Government. The Tokyo High Court sentenced 5 accused persons to 12-14 months imprisonment with a three-year stay of execution and 4 accused companies to fines of 20-30 million yen (Bid-rigging of waterworks meters to Metropolitan Tokyo, Tokyo District Court Decisions of Mar. 26, Apr. 30 and May 21, 2004)
- 3.) The firms persisted in bid-rigging activities, despite being aware of their illegality and having the opportunity to cease their anticompetitive behavior when the JFTC investigated another division of their company. The JFTC determined that the bidders collaborated to select the prospective bid winner, with the aim of preventing a decline in contract prices for human waste treatment facilities projects procured by municipal governments and other parties. Consequently, on January 16, 2007, the JFTC issued cease and desist orders and surcharge payment orders, as such actions violate Article

¹⁶ Repeta, L. 'The Limits of Administrative Authority in Japan: The Oil Cartel Criminal Cases and the Reaction of MITI and the FTC' (1982) 15 Law Japan 24.

3 of the AMA (Bid-rigging of human waste treatment facilities to local communities, Osaka District Court Decisions of Mar. 12, Mar. 15, and May 17, 2007)¹⁷.

- 4.) The culmination of a significant case involving three galvanized steel sheet companies and six former sales executives found guilty of violating The AMA through participation in a price-fixing cartel. The prosecution, based on evidence provided by the JFTC, revealed that representatives from Nisshin Steel Co., Ltd., Yodogawa Steel Works, Ltd., Nippon Steel & Sumikin Coated Sheet Corporation, and JFE Galvanizing & Coating Co., Ltd., conspired to increase the sales price of galvanized steel sheets by 10 yen per kilogram between April 2006 and June 2006. This collusion, controlling approximately 90% of the Japanese galvanized steel sheet market, significantly restrained competition as alleged by the JFTC. The investigation, prompted by a leniency application from JFE, led to criminal accusations against the companies and former executives in November 2008. The ensuing legal proceedings resulted in unprecedented fines totaling over 15.5 billion yen and prison sentences ranging from ten months to a year for the executives. Notably, this case showcased the JFTC's exercise of its new authority for compulsory investigations, resulting in the first criminal cartel accusation in over 17 years. Additionally, it highlighted the efficacy of the antitrust leniency program, sparing JFE and its employees from prosecution. This case underscores the increasing severity of penalties for antitrust violations in Japan, aligning with legislative amendments aimed at deterring such illegal practices (E-raising cartel of plating steel plates, Tokyo District Court Decision of Sep. 15, 2009).¹⁸

C. The Utilization Pattern of Criminal Enforcement

1. The Essence and Function of Criminal Sanction

The JFTC enforces surcharge payment orders on corporations through administrative procedures, while criminal penalties are imposed on both individuals and corporations by the Court. Criminal proceedings are initiated by the public prosecution with written accusations from the JFTC. Both actions impose disadvantages on the culpable parties, highlighting a distinction between administrative and criminal sanctions.

Criminal penalties exhibit distinct traits, including the so-called stigma effect, which solidifies specific forms of anti-competitive behavior as absolute wrongs within our economic society governed by the principles of a free market mechanism. Additionally, there is a sense

¹⁷ Takayuki Suzuki (n 15) 54.

¹⁸ Yoji Maeda, 'The Tokyo District Court fines three galvanized steel sheet companies and six former sales executives guilty of violating Japan's Antimonopoly Act for participating in a price-fixing cartel (Nisshin / NSS / JFE)' (*Concurrences*, 15 September 2009) <<https://www.concurrences.com/en/bulletin/news-issues/september-2009/The-Tokyo-District-Court-fines>> accessed 15 April 2024.

of dishonor associated with individuals found guilty of neglecting their corporate responsibilities. The potency of criminal punishment in influencing violators surpasses that of administrative sanctions, establishing it as the most stringent measure against anticompetitive actions.¹⁹

Criminal punishment, particularly through imprisonment, is a unique avenue that specifically targets individuals. This punitive measure involves taking away a portion of their valuable and limited lifespan, isolating them from general society, and widely publicizing their social guilt. Although it cannot be applied to corporations, imprisonment compels individuals to distance themselves from their professional networks, communities, and families. The fundamental essence of criminalization lies in the imposition of imprisonment. The severity of imprisonment for white-collar offenders results in pronounced stigma effects and feelings of dishonor to their personal lives. Additionally, these individuals, along with those around them, inevitably experience dishonorable feelings during the investigative process before the judgment leading to imprisonment. As a result, a key characteristic of criminal punishment lies in its ability to scrutinize individual responsibility and administer imprisonment as a consequence.²⁰

Based on the preceding information, two key points emerge regarding the role of criminalization in the AMA.

First, the expectation is that the Court, through the Public Prosecutor's Office, will resort to criminal punishment when an administrative order from the JFTC lacks a sufficient deterrent impact. The JFTC's policy statement, titled "The JFTC's Policy on Criminal Accusation and Compulsory Investigation of Criminal Cases regarding Antimonopoly Violations" (14), specifies that criminal charges are deemed appropriate for cases considered vicious and serious, with widespread influence on people's lives or involving firms or industries with a history of violations or non-compliance with elimination orders.

Secondly, the initiation of criminal proceedings against anticompetitive cases is deemed appropriate when an individual's actions carry personal criminal liability.²¹

2. Criminal Sanctions and Hardcore Cartel

Hard-core cartels, which may warrant criminal punishment, involve collaborative crimes that require accomplices. It is important to explore the connections among these accomplices as they organize and sustain a hardcore cartel. The accomplice relationships in a hardcore cartel can be viewed from three dimensions.

¹⁹ Takayuki Suzuki (n 15) 45-58.

²⁰ Ibid 43-44.

²¹ Ibid 45-46.

First, there exists an external joint relationship among the participating firms in the hard-core cartel.

Secondly, an internal joint relationship exists among the staff within a firm, particularly between a superior and their staff.

Thirdly, a collaborating joint relationship emerges when an external party attempts to facilitate a hard-core cartel, such as leaking confidential information to a specific bidder from an administrative agency conducting a public bid.

Criminal punishment can address the limitations of administrative measures, which only reveal external joint relationships among cartel participants, as these measures primarily target corporate entities. Criminal punishment has a broader scope, reaching internal joint relationships and collaborative efforts, as its primary focus is on individuals. This perspective reveals that hard-core cartels can be considered large-scale organized offenses.²²

In Summary

The evolution of Japanese Competition Law from the Meiji Restoration to the present day has witnessed significant transformations. The post-war era saw the enactment of the AMA and the dismantling of zaibatsu conglomerates, laying the foundation for a more competitive economic landscape. Subsequent amendments to the AMA have aimed at strengthening enforcement mechanisms, particularly against cartels. The recent 2019 AMA Amendments further enhanced the regulatory framework, focusing on reforming the leniency system and bolstering the surcharge system. Overall, these legislative developments reflect Japan's commitment to promoting fair competition and economic growth while addressing anti-competitive practices.

JFTC, established under the AMA, operates independently within the Prime Minister's Office. It consists of a Chairman and four commissioners, appointed by the Prime Minister with approval from both legislative houses.

Regarding the enforcement of criminal penalties under the AMA, the primary focus is on hardcore cartels, with limited prosecutions observed in recent cases. Key factors contributing to criminal liability include a lack of compliance spirit among companies and the active involvement of individuals in anti-competitive strategies. Despite occasional prosecutions, the overall number of cases involving hardcore cartels remains relatively low in Japan.

Criminal enforcement under the AMA plays a vital role in deterring anti-competitive behavior, particularly concerning hardcore cartels. Criminal penalties, including imprisonment,

²² Ibid 45-58.

carry significant stigma and dishonor, making them potent deterrents against violations. The utilization pattern of criminal enforcement focuses on cases deemed serious and impactful, targeting both corporate entities and individuals involved in anti-competitive activities. Furthermore, criminal punishment addresses the complex network of relationships within hardcore cartels, highlighting its effectiveness in combating organized anti-competitive behavior at both the corporate and individual levels.

ปกิณกะกฎหมาย : ว่าด้วยนิติสงครามและรัฐธรรมนูญ*
Legal Miscellaneous : On the Lawfare and the Constitution

ณัฐดนัย นาจันทร์
Natdanai Nachan

อาจารย์ประจำสาขาวิชากฎหมายมหาชน
สำนักวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง
อาคาร E2 เลขที่ 333 หมู่ 1 ตำบลท่าสุต อำเภอเมือง จังหวัดเชียงราย 57100
Lecturer in Public Law
School of Law, Mae Fah Luang University
E2 Building, 333 Moo 1, Thasudh, Chiang-Rai, 57100
Corresponding author E-mail: Natdanai.nac@mfu.ac.th

บทคัดย่อ

นิติสงคราม (Lawfare) คือคำที่สื่อความหมายถึงยุทธวิธีการใช้กฎหมายหรือระบบกฎหมายเพื่อสร้างความเสียหายหรือบ่อนทำลายชั่วคราวซ้ำของคู่ใช้กฎหมายเป็นเครื่องมือแห่งนิติสงคราม คำอธิบายว่าด้วยนิติสงครามนี้อาจจะดูใหม่ในสังคมไทย แต่งานชิ้นนี้พยายามจะชี้ชวนให้เห็นว่าการศึกษากฎหมายในฐานะเครื่องมือแห่งนิติสงครามนั้นได้กระทำมาอย่างยาวนานแล้วในงานที่เขียนเป็นภาษาต่างประเทศโดยเฉพาะภาษาอังกฤษ ในฐานะของปกิณกะกฎหมาย งานชิ้นนี้พยายามจะชี้ชวนให้เห็นถึงความเป็นไปได้ว่าแนวคิดเรื่องนิติสงครามนั้นสามารถถูกนำมาใช้เพื่ออธิบายการใช้รัฐธรรมนูญในฐานะกฎหมายภายในประเทศเพื่อเป็นเครื่องมือในการทำลายหรือทำให้คู่แข่งทางการเมืองได้รับความเสียหายได้ ทั้งนี้ การอธิบายในลักษณะนี้ไม่ได้เป็นการอธิบายในลักษณะใหม่จนถึงขนาดว่าไม่เคยมีผู้อธิบายมาก่อน แต่ผู้เขียนเห็นว่าหากมีการศึกษาความเชื่อมโยงระหว่างนิติสงครามและรัฐธรรมนูญอย่างเป็นกิจจะลักษณะ ผลลัพธ์ที่ได้ย่อมมีความน่าสนใจและอาจจะก่อประโยชน์ให้ผู้สนใจศึกษาความสัมพันธ์ระหว่างรัฐธรรมนูญกับสังคมและการเมืองอย่างลึกซึ้ง

คำสำคัญ : นิติสงคราม, รัฐธรรมนูญ, การเมือง

Abstract

Lawfare refers to the strategic use of legal systems and principles to damage or undermine an opponent. This concept may seem novel in Thai society, but this paper aims to illustrate that the study of law as a tool of lawfare has a long history in foreign literature, particularly in English. As a legal miscellaneous, this paper explores the potential of using the concept of lawfare to explain how constitutions can be employed as domestic laws to harm or neutralise political competitors. While this explanation is not entirely new, the author

* งานชิ้นนี้ได้รับการจัดประกายโดยเอกพล อรุณมาศ ซึ่งในขณะนี้กำลังทำวิทยานิพนธ์ในเรื่องนี้อยู่ ผู้เขียนไม่ได้ประสงค์ที่จะเขียนงานนี้เพื่อสรุปความในงานของเอกพล แต่ต้องการใช้งานชิ้นนี้เป็นเครื่องมือชี้ให้เห็นว่าประเด็นเรื่องนิติสงครามนั้นดำรงอยู่ในฐานะประเด็นที่ได้รับการศึกษาในวงวิชาการ และเป็นประเด็นที่สมควรที่จะได้รับการศึกษาอย่างเป็นระบบโดยเฉพาะในวงวิชาการไทย

believes that a systematic study of the relationship between lawfare and constitutional law could yield significant insights and benefits for those interested in the deep connections between constitutional law, society, and politics.

Keywords : Lawfare, Constitution, Politics

1. ความนำ

นิติสงคราม (Lawfare) จะเป็นคำใหม่ที่เพิ่งได้รับความสนใจในบริบททางการเมืองไทยโดยเฉพาะภายหลังจากปี พ.ศ. 2563 เมื่อปิยบุตร แสงกนกกุล ได้อธิบายภาพรวมของคำนี้ไว้ผ่านช่องทางออนไลน์ของพรรคอนาคตใหม่ โดยเชื่อมโยงการใช้กฎหมายในฐานะเครื่องมือเพื่อจัดการกับคู่ขัดแย้งทางการเมืองว่ามีลักษณะเป็นการทำนิติสงคราม¹ อย่างไรก็ตาม คำว่านิติสงครามนี้ (จากการสำรวจของผู้เขียน) ยังไม่ได้มีการจัดระบบองค์ความรู้ในเรื่องนี้ในทางวิชาการเป็นภาษาไทยมากนัก จนหลายครั้งอาจกล่าวได้ว่าคำและแนวคิดที่ว่าด้วยนิติสงครามนั้นคลุมเครือ และถูกตั้งคำถามว่ามีอยู่จริงหรือไม่

ภายใต้ความไม่ชัดเจนหรือภายใต้ความคลุมเครือดังกล่าว ผู้เขียนประสงค์ที่จะเขียนบทความขนาดสั้นนี้ (หวังว่าจะมีความยาวไม่เกิน 10 หน้า) ในฐานะปกิณกะกฎหมาย ที่เป้าหมายสำคัญไม่ได้อยู่ที่การชี้ชวนผู้อ่านให้ขบคิดและถกเถียงในประเด็นปัญหาทางวิชาการ แต่เป้าหมายสำคัญของบทความชิ้นนี้คือการชี้ชวนให้ผู้อ่านเห็นว่า คำและองค์ความรู้เกี่ยวกับนิติสงครามนั้นได้รับการยอมรับและได้รับการศึกษาแล้วในวงวิชาการระดับนานาชาติ รวมถึงชี้ชวนให้ผู้อ่านได้มองเห็นสายสัมพันธ์ระหว่างการใช้กฎหมายเป็นเครื่องมือแห่งนิติสงครามกับรัฐธรรมนูญ เพื่อแสดงให้เห็นว่าในบางแง่มุม รัฐธรรมนูญอาจไม่ได้มีสถานะเป็นกฎเกณฑ์สูงสุดแต่เพียงอย่างเดียว กลับกัน รัฐธรรมนูญสามารถถูกอธิบายในฐานะของเครื่องมือเพื่อประโยชน์ทางการเมืองได้ด้วย

ทั้งนี้ ความในส่วนที่สองของบทความนี้จะเป็นการอธิบายถึงภาพรวมของกรอบแนวคิดที่ว่าด้วยนิติสงคราม ส่วนที่สามจะเป็นการอธิบายความเชื่อมโยงระหว่างกรอบแนวคิดดังกล่าวกับรัฐธรรมนูญ และส่วนที่สี่จะเป็นการสรุปภาพรวมของบทความนี้

2. ว่าด้วยนิติสงคราม

จากการสำรวจของผู้เขียน อย่างน้อยที่สุดก็พอจะตั้งข้อสังเกตได้ว่า ตั้งแต่ปี พ.ศ. 2549 เป็นต้นมา ปริมาณงานเขียนในภาษาอังกฤษที่พยายามจะอธิบายถึงนิติสงครามดูจะมีปริมาณเพิ่มมากขึ้น² หากพิจารณา

¹ อนาคตใหม่ - Future Forward, ‘กระบวนกร “Lawfare” หรือ “นิติสงคราม” : ปิยบุตร แสงกนกกุล (คลิปสั้น)’ (18 พฤศจิกายน 2562) <<https://www.youtube.com/watch?v=hqysSy3a8sw>> สืบค้นเมื่อ 16 มิถุนายน 2567.

² Jaume Castan Pinos and Mark Friis Hau, *Lawfare: New Trajectories in Law* (Routledge, Taylor & Francis Group 2023); Kate Jean Dent, *Lawfare and Judicial Legitimacy: The Judicialisation of Politics in the Case of South Africa* (Routledge, Taylor & Francis Group 2024); Jaime Humberto Gándara Pizarro and Fabián Humberto Gándara Pizarro, ‘Lawfare’ (2022) EUNOMÍA. Revista En Cultura De La Legalidad 267, 267-287.; Siri Gloppen, ‘Conceptualizing Abortion Lawfare’ (2021) 17 Revista direito GV 1, 1-19.; Larry M. Goldstein, *A Table against Mine Enemies: Israel on the Lawfare Front* (Gefen Publishing House 2017); Cristiano Martins, Valeska Martins, and Rafael Valim, *Lawfare: Waging War through Law* (Routledge 2021); Patrick S. Nash, Deniz Guzel, *Total Lawfare: New Defense and Lessons from China’s Unrestricted Lawfare Program* (1st edn, Routledge, Taylor & Francis Group 2024); Ferenc Petruska, ‘Domestic Lawfare in South America’ (2024) 23 Academic and Applied Research in Military and Public Management Science 19, 19-34.; ‘Lawfare:

เชิงอรรถที่ 2 ผู้อ่านจะพบว่าอย่างน้อยที่สุดตั้งแต่เดือนมกราคม ปี พ.ศ. 2567 เป็นต้นมา มิงานเขียนเกี่ยวกับนิติสงครามได้รับการเผยแพร่ไปแล้วถึงสี่งาน การเพิ่มขึ้นของปริมาณงานเกี่ยวกับนิติสงครามอย่างน้อยก็สะท้อนให้เห็นการยอมรับว่าการใช้กฎหมายเป็นเครื่องมือแห่งสงครามและการเมืองนั้นมิได้อยู่จริง และเป็นการกระทำที่ได้รับการศึกษาอย่างกว้างขวางในระดับสากล

หากพิจารณางานเขียนที่สำคัญเกี่ยวกับนิติสงคราม โดยเฉพาะงานของ Orde F. Kittrie เรื่อง *Lawfare: Law as a Weapon of War*, งานของ Cristiano Zanin, Valeska Martins, และ Rafael Valim เรื่อง *Lawfare: Waging War through Law*, และงานของ Siri Gloppen, Thalia Gerzso, และ Nicolas van de Walle เรื่อง *Legal Strategies: Constitutional, Administrative, Judicial, and Discursive Lawfare* ซึ่งเป็นงานสามชิ้นที่ผู้เขียนได้อ่านและใช้เป็นฐานในการเขียนบทความนี้ ผู้อ่านจะพบว่า

1) ในปี พ.ศ. 2544 (2001) นิติสงคราม (Lawfare) ในฐานะคำที่สื่อความหมายถึงการใช้ “กฎหมาย” เป็น “เครื่องมือเพื่อทำให้เป้าหมายทางการทหารเกิดขึ้นได้จริง หรือใช้กฎหมายเป็นอาวุธแห่งสงคราม” ถูกใช้และถูกนิยามเป็นครั้งแรกในงานเขียนของ Charles Dunlap, Jr.³

2) แม้ในช่วงแรก การนิยามถึงนิติสงครามจะผูกโยงอยู่กับการทำ “สงคราม” ในแง่ของการใช้กำลังหรือใช้วิถีทางอื่นเพื่อให้ได้มาซึ่งเป้าหมายทางการเมืองที่รัฐหนึ่งกระทำต่ออีกรัฐหนึ่งหรืออีกดินแดนหนึ่ง (ความหมายในทางระหว่างประเทศ) แต่ในปัจจุบัน นิติสงครามจะได้รับการยอมรับว่าสามารถเกิดขึ้นได้ทั้งในทางระหว่างประเทศ เช่น การใช้กฎหมายเป็นเครื่องมือในการแย่งชิงดินแดน การใช้กฎหมายเป็นเครื่องมือในการสร้างแรงกดดันทางเศรษฐกิจ รวมถึงการใช้สื่อหรือใช้กฎหมายเป็นเครื่องมือในการสร้างความชอบธรรมให้เกิดการใช้กำลังทางทหารขึ้น⁴ ในขณะเดียวกัน นิติสงครามก็สามารถเกิดขึ้นในบริบททางการเมืองภายในประเทศ ผ่านการที่ชนชั้นนำทางการเมืองออกแบบกฎหมายหรือแสวงหาวิธีการในการใช้และตีความกฎหมายเพื่อประโยชน์ทางการเมืองของตนเองได้เช่นเดียวกัน⁵

3) ดังนั้น นิติสงครามในปัจจุบันจึงอาจถูกให้ความหมายได้ว่า “การใช้กฎหมายในทางกลยุทธ์ โดยมีเป้าประสงค์เพื่อทำให้ฝ่ายตรงข้าม (กับผู้ใช้กฎหมายเป็นเครื่องมือ) สูญเสียความชอบธรรม (Delegitimising) ได้รับความเสียหาย (Harming) หรือถูกทำลาย (Annihilating)”⁶ โดยนัยนี้ ผู้อ่านจะพบว่าการกระทำที่เรียกว่านิติสงครามนั้นเกิดขึ้นได้ทั้งในบริบททางการเมืองระหว่างประเทศและภายในประเทศ ดังที่ได้กล่าวไปแล้วในข้อก่อนหน้า

3. รัฐธรรมนูญกับนิติสงคราม

ในเมื่อนิติสงครามสามารถถูกให้ความหมายได้ว่าเป็นยุทธวิธีหรือเป็นกระบวนการของการใช้กฎหมายเป็นเครื่องมือเพื่อกระทำการบางประการ (ทำลายความชอบธรรม สร้างความเสียหาย หรือทำลายล้าง) บุคคล

Strategies and Tactics’ (Rodrigo Del Olmo) <<https://www.rodrigodelolmo.com/lawfare-estrategias-y-tacticas/>> accessed 13 June 2024.

³ Orde F. Kittrie, *Lawfare: Law as a Weapon of War* (Oxford University Press 2016) 6.

⁴ Cristiano Martins, Valeska Martins, and Rafael Valim (n 2) 14-62.

⁵ Siri Gloppen, Thalia Gerzso, and Nicolas van de Walle, ‘Legal Strategies: Constitutional, Administrative, Judicial, and Discursive Lawfare’ in Leonardo R. Arriola, Lise Rakner, and Nicolas van de Walle (eds), *Democratic Backsliding in Africa?: Autocratization, Resilience, and Contention* (Oxford University Press 2022) 62-71.

⁶ Cristiano Martins, Valeska Martins, and Rafael Valim (n 2) 7.

หรือกลุ่มบุคคลที่ดำรงอยู่ในฐานะชั่วคราวของผู้นิติสงคราม และนิยามเช่นว่านี้ไม่ได้ผูกยึดอยู่กับสงคราม ในบริบททางการเมืองระหว่างประเทศอีกต่อไป เช่นนั้น ย่อมมีความเป็นไปได้ที่จะอธิบายถึงการกระทำบางประการของบุคคลหรือกลุ่มบุคคลที่ตราหรือใช้รัฐธรรมนูญเป็นเครื่องมือทางการเมืองเพื่อสร้างความเสียหายให้กับบุคคลหรือกลุ่มบุคคลฝ่ายตรงข้าม ว่าเป็นการใช้รัฐธรรมนูญในฐานะเครื่องมือแห่งนิติสงครามได้เช่นกัน

หนึ่งในงานเขียนที่อธิบายเชื่อมโยงรัฐธรรมนูญกับนิติสงครามไว้อย่างชัดเจน นั่นคืองานของ Siri Gloppen, Thalia Gerzso, และ Nicolas van de Walle เรื่อง *Legal Strategies : Constitutional, Administrative, Judicial, and Discursive Lawfare* หากกล่าวโดยย่อ งานชิ้นดังกล่าวนำเสนอว่า รัฐธรรมนูญนั้นสามารถถูกใช้เป็นเครื่องมือแห่งนิติสงครามได้ในหลายลักษณะ การออกแบบรัฐธรรมนูญผ่านการตราหรือการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญสามารถถูกใช้เป็นเครื่องมือแห่งนิติสงครามที่เอื้อประโยชน์ให้กับฝ่ายผู้กุมอำนาจโดยตรง หรือเพื่อทำลายคู่แข่งชั้นทางการเมืองก็ได้ เช่น การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเพื่อขยายระยะเวลาการดำรงตำแหน่งของประมุขแห่งรัฐในระบอบประธานาธิบดีออกไป การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเพื่อวางข้อจำกัดต่อการเข้าสู่ตำแหน่งทางการเมืองบางประการไว้เพื่อให้คู่แข่งชั้นทางการเมืองไม่สามารถเข้าสู่สนามการเมืองได้ หรือการออกแบบระบบเลือกตั้งให้เอื้อประโยชน์แก่กลุ่มการเมืองของผู้ร่างรัฐธรรมนูญ อันจะส่งผลให้กลุ่มผู้ร่างรัฐธรรมนูญสามารถควบคุมเสียงในรัฐสภาได้ เป็นต้น⁷

นอกจากนี้ รัฐธรรมนูญยังอาจถูกใช้และตีความโดยองค์กรเช่นศาลรัฐธรรมนูญ ในฐานะองค์กรที่ถูกควบคุมโดยองค์กรทางการเมืองหนึ่งองค์กรทางการเมืองใด ให้กลายเป็นเครื่องมือเพื่อสร้างประโยชน์ทางการเมืองให้กับกลุ่มการเมืองที่ควบคุมศาลรัฐธรรมนูญ กรณีนี้สามารถทำได้โดยการใช้และการตีความเนื้อหาของรัฐธรรมนูญ เช่น กรณีการตีความให้การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญซึ่งจะจำกัดอายุของผู้ที่จะเข้ารับสมัครเพื่อชิงตำแหน่งประธานาธิบดีขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ทั้งนี้ เพื่อเปิดโอกาสให้ผู้สมัครจากฝ่ายการเมืองที่ควบคุมศาลรัฐธรรมนูญหรือศาลสูงซึ่งทำหน้าที่ตีความรัฐธรรมนูญสามารถเข้าสมัครเพื่อชิงตำแหน่งประธานาธิบดีได้ กรณีเช่นนี้อาจรวมถึงการให้ศาลตีความบทบัญญัติบางประการในรัฐธรรมนูญเพื่อขยายอำนาจทางการเมืองของฝ่ายบริหาร ในห้วงเวลาที่ฝ่ายบริหารนั้นขาดการสนับสนุนจากรัฐสภาด้วย⁸

ทั้งนี้ ผู้เขียนขอเรียนไว้ ณ ที่นี้ว่า การศึกษาถึงรัฐธรรมนูญในฐานะของเครื่องมือทางการเมืองนั้นไม่ใช่เรื่องใหม่ ความสัมพันธ์ระหว่างรัฐธรรมนูญรวมถึงบุคคลหรือกลุ่มบุคคลที่ควบคุม (Control) หรือมีอำนาจเหนือ (Dominate) กระบวนการร่างรัฐธรรมนูญ ไปจนถึงระบบการเมืองภายใต้รัฐธรรมนูญที่ถูกจัดสร้างขึ้นนั้น มีอยู่เป็นจำนวนมาก ในบรรดางานเขียนเหล่านี้ ประกอบด้วยงานที่น่าสนใจ เช่น Ginsburg ที่อธิบายรัฐธรรมนูญในฐานะสัญญาณระหว่างชนชั้นนำผู้มีอำนาจภายในรัฐ Hirschl ซึ่งนำเสนอการใช้กระบวนการร่างรัฐธรรมนูญเพื่อคลี่คลายความขัดแย้งและแบ่งสรรอำนาจระหว่างชนชั้นนำทางการเมือง งานของ Higley และ Burton และงานของ Slater และ Wong ซึ่งเป็นกลุ่มของงานที่พยายามจะชี้ชวนให้เห็นว่ารัฐธรรมนูญถือเป็นเครื่องมือสำคัญที่ชนชั้นนำทางการเมืองประสงค์ที่จะควบคุมกระบวนการร่างและใช้เป็นเครื่องมือทางการเมืองเพื่อรักษาหรือแสวงหาประโยชน์ทางการเมืองให้กับตนเอง โดยเฉพาะในช่วงเวลาของการเปลี่ยนแปลงการปกครอง รวมไปถึงงานของ Przewoski ที่พยายามอธิบายการตัดสินใจของชนชั้นนำทางการเมืองใน

⁷ Siri Gloppen, Thalia Gerzso, and Nicolas van de Walle (n 5) 63.

⁸ Ibid 68.

การดำรงรักษาไว้หรือทำลายรัฐธรรมนูญโดยขึ้นอยู่กับประเมินว่าการทำเช่นใดจึงจะมีแนวโน้มที่จะก่อให้เกิดประโยชน์ต่อตนเองหรือกลุ่มของชนชั้นนำทางการเมืองที่ตนสังกัดอยู่มากกว่ากัน?

การดำรงอยู่ของงานเขียนเหล่านี้คือส่วนพิสูจน์ว่าการมองรัฐธรรมนูญผ่านสายตาแห่งความเป็นจริง ในฐานะเครื่องมือที่สามารถถูกใช้ได้โดยคนบางกลุ่มของสังคม และในฐานะของเครื่องมือที่ได้รับผลกระทบจากความต้องการและการตัดสินใจของคนบางกลุ่มโดยเฉพาะนั้นได้รับการศึกษามานานแล้ว ด้วยเหตุนี้ สิ่งที่แนวคิดด้วยนิติสงครามนำเสนอ โดยเฉพาะการพิจารณาว่ารัฐธรรมนูญสามารถถูกใช้เป็นเครื่องมือในการทำลายหรือก่อให้เกิดความเสียหายแก่ชีวิตตรงข้ามทางการเมืองของผู้ใช้รัฐธรรมนูญเป็นเครื่องมือแห่งนิติสงครามนั้นอาจไม่ใช่สิ่งใหม่ทั้งหมด แต่สิ่งที่ปฏิเสธไม่ได้คือแนวคิดเรื่องนิติสงครามนั้นอาจสามารถมอบมุมมองใหม่ ๆ ที่น่าสนใจให้กับผู้ที่สนใจศึกษารัฐธรรมนูญในฐานะของกฎเกณฑ์ที่มีปฏิสัมพันธ์กับสังคมมนุษย์ได้ไม่มากนัก

4. บทสรุป

ในฐานะปณิธานกฎหมาย สิ่งที่น่าสนใจที่มุ่งที่จะมอบให้ผู้อ่าน คือการนำเสนอถึงความเป็นไปได้ในการทำ ความเข้าใจว่า กรอบแนวคิดที่จะโดดเด่นอยู่บนเวทีของกฎหมายระหว่างประเทศ¹⁰ อย่างนิติสงครามนั้น น่าจะสามารถเอามาใช้อธิบายปรากฏการณ์บางประการที่เกิดขึ้นภายในประเทศ โดยเฉพาะปรากฏการณ์ทางการเมืองที่เชื่อมโยงการใช้รัฐธรรมนูญเป็นเครื่องมือในการทำให้เกิดความเสียหายแก่คู่ขัดแย้งทางการเมืองได้

แม้กระทั่งในเวลาที่ยานงานนี้ ผู้เขียนเองก็ยังมีคำถามเล็ก ๆ อยู่ในใจของผู้เขียนว่าจำเป็นหรือไม่ที่ต้องนำเอาทฤษฎีนี้มาใช้เพื่ออธิบายปรากฏการณ์ทางการเมืองภายในรัฐ ในเมื่องานทางด้านกฎหมายรัฐธรรมนูญจำนวนมาก (ดังที่ได้ยกตัวอย่างส่วนหนึ่งของงานในกลุ่มนี้ไปแล้ว) ได้อธิบายหรือพยายามสร้างคำอธิบายให้กับการใช้รัฐธรรมนูญเป็นเครื่องมือทางการเมืองเอาไว้แล้ว อย่างไรก็ตาม ความแคลงใจหรือความไม่มั่นใจนี้ก็ถือเป็นคนละเรื่องกับ “ความเป็นไปได้” ในการนำเอาหลักการหรือทฤษฎีบางประการมาใช้เพื่ออธิบายสภาพความเป็นจริงอันเกิดจากการบังคับใช้กฎหมายดังเช่นรัฐธรรมนูญ

ผู้เขียนเชื่อเหลือเกินว่า ถ้าฟังความคลุมเครือหรือความไม่มั่นใจบางประการที่อาจจะเกิดขึ้นเมื่อผู้หนึ่ง ผู้ใดได้ยินหรือได้รับฟังคำกล่าวถึงนิติสงคราม ไม่ควรจะถูกนำมาใช้เป็นอุปสรรคในการศึกษาหาความรู้ รวมถึงศึกษาความเป็นไปได้ใหม่ ๆ ที่อาจจะเกิดขึ้นเมื่อแนวคิดที่ไม่ค่อยเป็นที่รู้จักหรือได้รับการยอมรับนัก (ในสายตาของผู้มองบางกลุ่ม) มาอธิบายปรากฏการณ์ที่ดำรงอยู่ในสังคม เพราะถึงที่สุดแล้ว การทำงานหรือการศึกษาทางวิชาการไม่ใช่สิ่งที่ผูกติดอยู่กับการศึกษาที่กระทำลงเพื่ออธิบายสิ่งที่ดำรงอยู่หรือได้รับการยอมรับอยู่แล้ว โดยไม่มีข้อโต้แย้ง แต่งานวิชาการคืองานที่พร้อมจะเปิดรับทุกความเป็นไปได้ และผู้ผลิตรวมถึงผู้อ่านงานทาง

⁹ Tom Ginsburg, ‘Constitutions as Contract, Constitutions as Charters’ in Denis J. Galligan and Mila Versteeg (eds), *Social and Political Foundations of Constitutions* (Cambridge University Press 2013); Ran Hirschl, ‘The Strategic Foundations of Constitutions’ in Denis J. Galligan and Mila Versteeg (eds), *Social and Political Foundations of Constitutions* (Cambridge University Press 2013); John Higley and Michael Burton, *Elite Foundations of Liberal Democracy* (Rowman & Littlefield Publishers 2006); Dan Slater and Joseph Wong, ‘The Strength to Concede: Ruling Parties and Democratization in Developmental Asia’ (2013) 11 *Perspectives on Politics* 717, 717-733.; Adam Przeworski, *Democracy and the Market: Political and Economic Reforms in Eastern Europe and Latin America* (Illustrated edn, Cambridge University Press 1991).

¹⁰ ว่ากันถึงที่สุดแล้ว นิติสงครามถูกเริ่มอธิบายอย่างเป็นทางการโดยผู้โยงเข้ากับการทำสงครามระหว่างรัฐกับรัฐหรือรัฐกับกลุ่มบุคคลในรัฐอื่น

วิชาการทั้งหลายควรทำหน้าที่ในฐานะผู้คอยติดตามเผ่าดูและพิจารณาอย่างระมัดระวังว่าการนำกรอบความคิดใหม่ ๆ มาใช้ในการศึกษาประเด็นปัญหาบางประการนั้นจะนำไปสู่ผลลัพธ์ใด และเราได้เรียนรู้อะไรจากผลลัพธ์เช่นนั้นบ้างในท้ายที่สุด

