

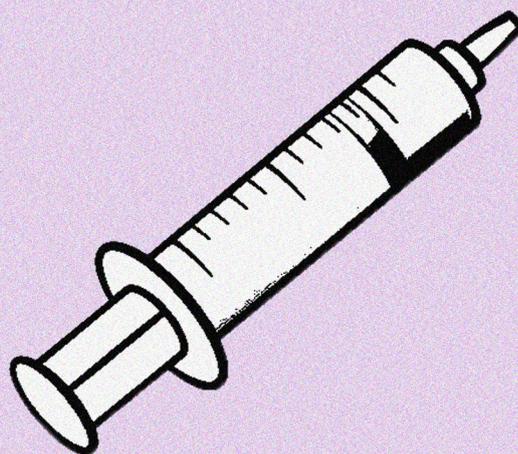
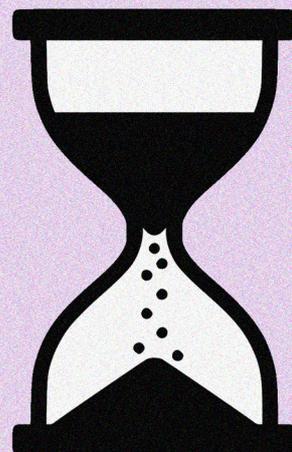


ปีที่ 5 ฉบับที่ 2 พฤษภาคม-สิงหาคม 2568

วารสารนิติปริทัศน์

# NITIPARITAT JOURNAL

Vol. 5 No. 2 May-August 2025



ISSN 3057-1219 (online)

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย  
ถนนพญาไท แขวงวังใหม่ เขตปทุมวัน กรุงเทพฯ 10330  
Faculty of Law, Chulalongkorn University  
Phyathai Road, Wang Mai, Pathumwan, Bangkok 10330  
Tel. 02 218 2029 | Email: nitiparitatjournal@law.chula.ac.th  
Website: <https://so06.tci-thaijo.org/index.php/NitiParij>

Nitiparitat Journal

วารสารนิติปริทัศน์



## วารสารนิติปริทัศน์

ปีที่ 5 ฉบับที่ 2 (พฤษภาคม-สิงหาคม 2568)

### บรรณาธิการ

ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.รวิทร์ ลีละพัฒนา

อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

### กองบรรณาธิการ

ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ภาวิณี สัตยานุรักษ์

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ดร.เบญจวรรณ ตั้งสถาพรพันธ์

ผู้อำนวยการบริหารสถาบันอนุญาโตตุลาการ (TAI)

ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.สุพัตรา แผนวิจิต

สาขาวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช

อาจารย์ ดร.วิสาชา ภู่อารว

คณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์

### กองจัดการ

สุพิชา จินฉนวนโส

วรลักษณ์ ทองใบ

วรินทร์ทิพย์ สายมงคลเพชร

# Nitiparitat Journal

Volume 5 Issue 2 (May-August 2025)

## Editor-in-Chief

---

Assistant Professor Dr.Rawin LEELAPATANA    Lecturer, Faculty of Law Chulalongkorn University

## Editorial Board

---

Assistant Professor Dr.Pawat SATAYANURUG    Faculty of Law, Chulalongkorn University

Dr.Benjawan TANGSATAPORNPAN    Director of the Thai Arbitration Institute (TAI)

Assistant Professor Dr.Supatra PHANWICHIT    Law Department, Sukhothai Thammathirat  
Open University

Dr.Visakha PHUSAMRUAT    School of Law, National Institute of  
Development Administration

## Management Team

---

Supicha CHINNAVASO

Vorraluk THONGBAI

Warintip SAIMONGKONPET

## วัตถุประสงค์

“วารสารนิติปริทัศน์” มุ่งหมายเผยแพร่ความรู้ด้านวิชาการด้านนิติศาสตร์อันทันสมัยและริเริ่มสร้างสรรค์ ทั้งนี้ตามมติของกองบรรณาธิการ

## กำหนดการพิมพ์

วารสารนิติปริทัศน์ มีกำหนดการตีพิมพ์ปีละ 3 ฉบับ ราย 4 เดือน ดังนี้

- ฉบับที่ 1 มกราคม - เมษายน
- ฉบับที่ 2 พฤษภาคม - สิงหาคม
- ฉบับที่ 3 กันยายน - ธันวาคม

## ประเภทของผลงานทางวิชาการที่รับตีพิมพ์

วารสารนิติปริทัศน์จะพิจารณาตีพิมพ์ผลงานที่มีลักษณะดังต่อไปนี้

- บทความวิชาการ** หมายถึง บทความที่นำเสนอข้อมูลใหม่ ๆ ในสาขานิติศาสตร์ และแสดงการวิเคราะห์หรือวิจารณ์ข้อมูลนั้นทั้งในเชิงทฤษฎี นิตินโยบาย หรือทางปฏิบัติ และให้ข้อเสนอแนะที่เป็นประโยชน์ต่อวงการวิชาการสาขาวิชานิติศาสตร์และต่อสังคมในวงกว้าง ทั้งนี้ บทความวิชาการควรประกอบด้วย ความนำ เนื้อเรื่อง ซึ่งแบ่งเป็นประเด็นหลัก ประเด็นรอง ประเด็นย่อย และบทสรุป
- บทความวิจัย** หมายถึง บทความที่มีฐานมาจากการวิจัยสาขานิติศาสตร์ และแสดงข้อค้นพบจากการวิจัยนั้นอย่างเป็นระบบ ทั้งนี้ บทความวิจัยควรประกอบด้วย ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา วัตถุประสงค์ สมมติฐานของการวิจัย (ถ้ามี) ขอบเขตที่ครอบคลุมในการวิจัย ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ เอกสารและงานวิจัยที่เกี่ยวข้อง วิธีดำเนินการวิจัย (เช่น ข้อมูลประชากร กลุ่มตัวอย่าง การสุ่มตัวอย่าง เครื่องมือการวิจัย การเก็บรวบรวมข้อมูล และการวิเคราะห์ข้อมูล เป็นต้น) ผลการวิจัย (สรุปผลการวิจัย อภิปรายผลและข้อเสนอแนะ)
- บทวิเคราะห์คำพิพากษา** หมายถึง งานเขียนวิเคราะห์คำพิพากษาของศาล
- บทแนะนำวิทยานิพนธ์** หมายถึง งานเขียนแนะนำวิทยานิพนธ์ทางนิติศาสตร์
- บทวิจารณ์หนังสือ** หมายถึง งานเขียนแนะนำหนังสือหรือตำราทางนิติศาสตร์

บทความหรือความคิดเห็นใด ๆ ที่ปรากฏใน “วารสารนิติปริทัศน์” เป็นวรรณกรรมและความรับผิดชอบของผู้เขียนโดยเฉพาะ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย บรรณาธิการ และกองบรรณาธิการ ไม่จำเป็นต้องเห็นพ้องด้วยหรือร่วมรับผิดชอบใด ๆ

## ภาษาที่รับตีพิมพ์

วารสารนิติปริทัศน์ รับตีพิมพ์ผลงานที่เขียนเป็นภาษาไทย และ/หรือ ภาษาอังกฤษ

## ลักษณะการประเมินบทความ

---

บทความวิชาการและบทความวิจัยทุกชิ้นจะต้องผ่านการประเมินโดยผู้ทรงคุณวุฒิอย่างน้อย 1 ท่าน ที่กองบรรณาธิการพิจารณาคัดเลือกแล้วเห็นว่าเป็นผู้ทรงคุณวุฒิที่มีความเชี่ยวชาญตรงตามสาขาวิชาของเนื้อหาที่นำเสนอในบทความ และการประเมินดังกล่าวเป็นการประเมินโดยลับทั้งสองทาง (Double-blinded peer review)

## การเผยแพร่วารสาร

---

วารสารนิติปริทัศน์เผยแพร่วารสารในรูปแบบออนไลน์

## แหล่งสนับสนุนการจัดทำวารสาร

---

วารสารนิติปริทัศน์ ได้รับการสนับสนุนการจัดพิมพ์จากคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

## Aim and Scope

---

“Nitiparitat Journal” is an academic journal of Faculty of Law, Chulalongkorn University aimed at publishing academic articles which are, in the view of the editorial board, creative and timely.

## Publication Frequency

---

Nitiparitat Journal is published every four months as follows:

- Issue 1 January - April
- Issue 2 May - August
- Issue 3 September - December

## Categories of Accepted Manuscripts

---

Nitiparitat Journal welcomes submissions of manuscripts, which fall within the following categories:

- **Academic articles** must illustrate new information in the scope of or relating to law and provide analysis or critique of such information from theoretical, policy-oriented or practical perspectives, as well as providing recommendations that are useful for legal academia and the general public. Academic articles should contain introduction and contents, which are divided into main issues, subordinate issues and conclusion.
- **Research articles** must be based on or derived from legal research and illustrate one or more of the findings from such research in a systematic manner. Research articles should contain introduction, illustration of the importance of the issue, research objective, hypothesis (if applicable), scope of the study, expected contributions, related research or literatures, research methodology (such as population, sample, data collection, data analysis), research findings, conclusion and recommendations.
- **Case comment** is a commentary piece that analyses or criticises a certain court decision.
- **Recommended thesis** is a commentary piece that recommends a master or doctoral dissertation.
- **Book review** is a commentary piece that recommends a book or a textbook in law.

Any opinions presented in Nitiparitat Journal solely belongs to and is under the responsibility of the respective authors, with which Faculty of Law, Chulalongkorn University, Editor-in-Chief and the Editorial Board do not have to agree.

## Language

---

Nitiparitat journal welcomes submissions of manuscripts in Thai and/or English language.

## **Peer Review**

---

Each academic and research articles shall be peer reviewed using the double-blinded process by at least one qualified individuals, whom the Editorial Board carefully select owing to their expertise corresponded with the substance presented in the articles.

## **Methods of Publication**

---

Nitiparitat journal is published in online versions.

## **Source of Support**

---

Nitiparitat journal is sponsored by Faculty of Law, Chulalongkorn University.

## บทบรรณาธิการ

สวัสดีผู้อ่านทุกท่าน วารสารนิติปริทัศน์ฉบับนี้เป็นฉบับประจำปีที 5 ฉบับที่ 2 (พฤษภาคม-สิงหาคม 2568) ซึ่งเนื้อหาของวารสารนิติปริทัศน์ฉบับนี้มีเนื้อหาสาระที่เกี่ยวกับกฎหมายในสาขาต่าง ๆ ทั้งในรูปแบบบทความวิชาการและบทความวิจัยจากผู้เขียนที่ทางกองบรรณาธิการได้ทำการเลือกสรรเพื่อนำมาเสนอให้แก่ผู้อ่านทุกท่าน ดังนี้

บทความแรกเป็นบทความวิชาการเรื่อง “การใช้ดุลยพินิจและเหตุผลของผู้พิพากษาในทฤษฎีทางนิติปรัชญาของ H.L.A. Hart” เขียนโดย คุณอรุณรุ่ง ขำนาท คุณวศิน ศิวาลัย คุณกันต์ธวิชัย ทັນประโยชน์ คุณเกษร วิจิตรพัฒนานนท์ คุณเนตรนภา เชียงเนา คุณวรวิจิที่สุกะ คุณธนัชญา สายันท์กุลดิถก และคุณภุริชญา นาคศรีเจริญ นิสิตในหลักสูตรนิติศาสตรบัณฑิต (ปริญญาตรี) คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

บทความที่สองเป็นบทความวิชาการเรื่อง “นิติปรัชญาภายใต้จริยธรรมในปัญญาประดิษฐ์ในกรณีศึกษารถยนต์ไร้คนขับ” เขียนโดย คุณกันต์ภา ฐนิตภาคิน คุณชญทัต พัฒนะภูมิ คุณชัตเจน วงศ์วานิช คุณณัฐกานต์ หวังรุ่งทรัพย์ คุณภักชิตา สุวรรณจรัส คุณมณลัษณ์ เศรษฐบุตร คุณสุวิชา จอกทอง นิสิตในหลักสูตรนิติศาสตรบัณฑิต (ปริญญาตรี) คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

บทความที่สามเป็นบทความวิชาการเรื่อง “วิเคราะห์แนวคิดและทฤษฎีเชิงนิติปรัชญาของเจเรมี เบนธัม และฮันส์ เคลเซน ผ่านกรณีศึกษา เรื่อง “โหวตโทษประหาร”” เขียนโดย คุณณัฐภา จิรฐาวงศ์ คุณทิพย์สุดา บุญทิพย์ คุณธนพร แก้วเชียงทอง คุณธิดารัตน์ สีนุจจิวัตร์ คุณพิชฌุตม์ ฐาเศรษฐสิริ และคุณสุวิช อคินธนโชติ นิสิตในหลักสูตรนิติศาสตรบัณฑิต (ภาคบัณฑิต) คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

บทความที่สี่เป็นบทความวิจัยเรื่อง “The Influence of Generative Artificial Intelligence on Intellectual Property Regime: The Comparative Studies” และได้รับการแปลเป็นภาษาไทยโดยใช้ชื่อว่า “อิทธิพลของปัญญาประดิษฐ์เชิงสร้างสรรค์ต่อทรัพย์สินทางปัญญา: การศึกษาเชิงเปรียบเทียบ” เขียนโดย คุณธนกิตต์ แซ่จู้ นักศึกษาในหลักสูตรนิติศาสตรบัณฑิต สาขากฎหมายธุรกิจ (หลักสูตรนานาชาติ) คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

บทความที่ทบทวนเป็นปกิณกะกฎหมายเรื่อง “ความเป็นไปได้ในการศึกษาการรับเข้า  
หลักนิติธรรมในระบบรัฐธรรมนูญไทย ผ่านแนวคิดการรับเข้ารัฐธรรมนูญ” เขียนโดย  
คุณฐาปนพงศ์ มั่นหมาย นักศึกษาปริญญาโท สำนักวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง  
และอาจารย์ ดร.ณัฐดนัย นาจันทร์ อาจารย์ประจำสาขาวิชากฎหมายมหาชน สำนัก  
วิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง

กองบรรณาธิการหวังว่าผู้อ่านทุกท่านจะได้รับประโยชน์จากผลงานที่ได้ตีพิมพ์  
เผยแพร่ในวารสารฉบับนี้ กองบรรณาธิการขอขอบคุณผู้อ่านทุกท่านที่ติดตามและสนับสนุน  
วารสารนิติปริทัศน์มาโดยตลอด หากผู้อ่านมีข้อเสนอแนะติชมประการใด กองบรรณาธิการยินดี  
อย่างยิ่งที่จะรับฟังและนำไปพัฒนาปรับปรุงวารสารฉบับต่อ ๆ ไป พบกันใหม่ฉบับหน้า

บรรณาธิการ

ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.รวินท์ ลีละพัฒนะ

# วารสารนิติปริทัศน์

ปีที่ 5 ฉบับที่ 2

(พฤษภาคม-สิงหาคม 2568)

## สารบัญ

### • บทความวิชาการ

- 1-12 การใช้ดุลยพินิจและเหตุผลของผู้พิพากษาในทฤษฎีทางนิติปรัชญาของ H.L.A. Hart  
อรุณรุ่ง ชำนาญ  
วศิน ศิวาลัย  
กัณฑ์วิชัย ทันประโยชน์  
เกษร วิจิตรพัฒนานนท์  
เนตรนภา เชียงเนา  
วรกิจ ที่สุกะ  
ธนัญญา สายันท์กุลติก  
ภูริชญา นาคศรีเจริญ
- 13-25 นิติปรัชญาภายใต้จริยธรรมในปัญญาประดิษฐ์ในกรณีศึกษารถยนต์ไร้คนขับ  
กัณฑ์ภา ฐนิตภาคิน  
ชญทัต พัฒนะภูมิ  
ชัตเจน วงศ์วานิช  
ณัฐกานต์ หวังรุ่งทรัพย์  
ภัชชิตา สุวรรณจรัส  
มณฑลลักษณ์ เศรษฐบุตร  
สุวิษา จอกทอง
- 27-42 วิเคราะห์แนวคิดและทฤษฎีเชิงนิติปรัชญาของเจเรมี เบนธัม และฮันส์ เคลเซน  
ผ่านกรณีศึกษา เรื่อง “โหวตโทษประหาร”  
ณัฐภา จิรฐาวงศ์  
ทิพย์สุดา บุญทิพย์  
ธนพร แก้วเชียงใหม่  
ธิดารัตน์ สิ้นธุระวัตร  
พิชญุตม์ ฐาเศรษฐศิริ  
สุวิษา อคินธนโชติ

- *บทความวิจัย*

- 43-71 อิทธิพลของปัญญาประดิษฐ์เชิงสร้างสรรค์ต่อทรัพย์สินทางปัญญา: การศึกษาเชิงเปรียบเทียบ  
ธนกิตต์ แซ่จู้

- *ปกิณกะกฎหมาย*

- 73-81 ความเป็นไปได้ในการศึกษาการรับเข้าหลักนิติธรรมในระบบรัฐธรรมนูญไทยผ่านแนวคิดการรับเข้ารัฐธรรมนูญ  
ฐาปนพงศ์ มั่นหมาย  
ณัฐดนัย นาจันทร์

---

\* บทความหรือความคิดเห็นใด ๆ ที่ปรากฏใน “วารสารนิติปริทัศน์” เป็นวรรณกรรมและความรับผิดชอบของผู้เขียนโดยเฉพาะ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย บรรณาธิการ และกองบรรณาธิการไม่จำเป็นต้องเห็นพ้องด้วยหรือร่วมรับผิดชอบใด ๆ

# Nitiparitat Journal

Vol. 5 No. 2

(May - August 2025)

## Contents

---

- *Academic articles*

- 1-12     **The Use of Discretion and Reasons of Judges through the Lens of Legal Philosophy of H.L.A. Hart**  
Arunrung Khamnat  
Wasin Siwarai  
Kanthawit Thanprayot  
Kesorn Vjittwattananon  
Netnapha Chiangnao  
Worakij Teesuga  
Tanatchya Sayankuldilok  
Phurichya Narksreecharoen
- 13-25     **Legal Philosophy Under Ethics in Artificial Intelligence: A Case Study of Autonomous Vehicles**  
Kanbha Danitpakeen  
Chayatat Pattanaphum  
Chadjen Wongvanich  
Nathakarn Wangroongsarb  
Patticha Suwancharus  
Monluck Sethabuttra  
Suwittha Jogthong
- 27-42     **Legal Philosophy Analysis of Jeremy Bentham and Hans Kelsen through the Case of The Killing Vote**  
Nuthapa Jirathawong  
Thipsuda Bunthip  
Tanaporn Kaewchaingthong  
Tidarat Sintujariwat  
Pichayut Rathasettasiri  
Surawit Akinthanachot

- *Research articles*

- 43-71    The Influence of Generative Artificial Intelligence on Intellectual Property Regime: The Comparative Studies  
Tanakit Saezhu

- *Legal Miscellaneous*

- 73-81    The Possibility of Studying the Adoption of the Rule of Law in Thailand Constitutional System through the Concept of Constitutional Import  
Thapanapong Munmai  
Natdanai Nachan

---

\* Any opinions presented in Nitiparitat Journal solely belongs to and is under the responsibility of the respective authors, with which Faculty of Law, Chulalongkorn University, Editor-in-Chief and the Editorial Board do not have to agree.

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

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

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

---

## บทคัดย่อ

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

ผู้พิพากษาในคดีที่มีความซับซ้อน เมื่อนำหลักเกณฑ์ทางกฎหมายประมุขและทฤษฎีมาปรับใช้ไม่ได้ ผู้พิพากษาย่อมมีอำนาจในการพิพากษานอกเหนือกฎหมายได้ เพื่อลดช่องว่างในการใช้กฎหมาย แต่การที่ให้ผู้พิพากษาใช้ดุลพินิจนอกเหนือกฎหมาย อาจเป็นการให้อำนาจผู้พิพากษาในการแก้ไขเปลี่ยนแปลงกฎหมาย เป็นการใช้อำนาจลบล้างอำนาจนิติบัญญัติ ซึ่งขัดต่อหลักการแบ่งแยกอำนาจอันเป็นหลักการที่สำคัญของหลักในระบบนิติรัฐ ดังนั้น เพื่อป้องกันการใช้อำนาจในลักษณะดังกล่าว ผู้พิพากษาสามารถใช้ดุลพินิจในการพิจารณาคดีโดยต้องกระทำตามกรอบของกฎหมาย และในกรณีที่มีความยุ่งยากซับซ้อน ไม่มีกฎหมายตามตัวอักษรที่จะยกมาปรับใช้กับคดีได้ เพื่อลดช่องว่างของกฎหมายผู้พิพากษาสามารถที่จะมีอำนาจในการพิจารณาคดีนอกเหนือจากกฎหมายตามตัวอักษร แต่ต้องอยู่ภายใต้หลักแห่งกฎหมายทั่วไป ซึ่งผู้พิพากษามีหน้าที่จะต้องค้นหา ถ้าต้องการที่จะเปลี่ยนแปลงแก้ไขก็ควรเป็นหน้าที่ฝ่ายนิติบัญญัติในการเปลี่ยนแปลงแก้ไข และถ้าต้องการเปลี่ยนแปลงการลงโทษก็ควรเป็นหน้าที่ของฝ่ายบริหารซึ่งเป็นไปตามหลักการ Executive Clemency ดังที่ผู้พิพากษาทรูเพนนี่ ได้ให้ความเห็นในบทความ กรณีนักสำรวจ speluncean (The Case of Speluncean Explorers)

**คำสำคัญ:** การใช้ดุลพินิจของผู้พิพากษา, ช่องว่างของกฎหมาย, หลักนิติรัฐ

## Abstract

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

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

## บทนำ

การใช้ดุลพินิจของผู้พิพากษาเป็นกระบวนการทางกฎหมายที่มุ่งเน้นการพิจารณาข้อพิพาทหรือคดีต่าง ๆ โดยส่วนใหญ่จะถูกนำมาใช้ในคดีที่มีความซับซ้อนหรือข้อขัดแย้งทางกฎหมายที่ต้องการการพิจารณาอย่างละเอียดถี่ถ้วน เช่น คดีอาญาที่มีการพิจารณาเกี่ยวกับการให้โทษ หรือการจับคดีที่ไม่ชัดเจน การใช้ดุลพินิจจะช่วยให้ศาลสามารถตัดสินคดีอย่างเป็นธรรมและยุติธรรมตามกฎหมายได้อย่างเหมาะสมและแท้จริง

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

เอช แอล เอ ฮาร์ท (H.L.A. Hart, ค.ศ. 1907 – 1992) เป็นนักนิติศาสตร์สายสำนักปฏิฐานนิยม (Legal Positivist) ในช่วงศตวรรษที่ 20 ฮาร์ทเป็นผู้เขียน “แนวคิดกฎหมาย (The Concept of Law)” โดยมองว่ากฎหมายเป็นเรื่องของกฎเกณฑ์ที่รวมตัวกันเป็นระบบมีลักษณะเป็นบรรทัดฐาน<sup>2</sup> ในทรรศนะของ ฮาร์ท เมื่อหลักเกณฑ์ทางกฎหมายที่สร้างขึ้นไม่เพียงพอที่จะใช้บังคับ หรือบทบัญญัติของกฎหมายที่สร้างขึ้นไม่เพียงพอที่จะนำมาปรับใช้กับคดีได้ เพื่อป้องกันการเกิดช่องว่างทางกฎหมาย (Gap in the Law) ศาลหรือผู้พิพากษาสามารถใช้ดุลพินิจที่เปิดกว้างในการตีความควบคู่ไปกับการยึดถือตัวบทกฎหมายที่ทางกฎหมาย แนวความคิดดังกล่าวของฮาร์ทจึงเป็นการที่ให้ผู้พิพากษาใช้ดุลพินิจนอกเหนือกฎหมายได้

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

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

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

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

กรณีของนักสำรวจสเปลันเซียน (The Case of the Speluncean Explorers) ถูกตีพิมพ์ครั้งแรกผ่านวารสารของมหาวิทยาลัยฮาร์วาร์ด ในปี ค.ศ. 1949 บทความดังกล่าวได้ถูกสมมติเรื่องของนักสำรวจถ้ำ 5 คน ที่ติดอยู่ในถ้ำและเลือกที่จะฆ่าหนึ่งในห้าคนสำรวจเพื่อนำเนื้อมาบริโภค โดยใช้เกมสันทนาการ ซึ่งนายเวตมอร์เป็นผู้ถูกเลือก นายเวตมอร์จึงถูกฆ่าตามข้อตกลง สมาชิกในทีมสำรวจที่เหลืออีก 4 คน ก็ได้นำเนื้อมาบริโภค ในบทความไม่ได้บอกว่าการฆาตกรรมนายเวตมอร์ และในวันที่ 32 ของการช่วยเหลือ นักสำรวจถ้ำทั้ง 4 คน ได้ถูกช่วยเหลือออกมาจากเหตุการณ์ดังกล่าว ภายหลังจากที่ได้รับการช่วยเหลือพวกเขาถูกตั้งข้อหาและพบว่ามีความผิดฐานฆาตกรรมนายเวตมอร์ ซึ่งกฎหมายของ Newgarth กำหนดไว้ในตัวบทกฎหมายอย่างชัดเจนว่า “ผู้ใดพรากชีวิตของผู้อื่นโดยเจตนา ต้องถูกลงโทษด้วยความตาย” (Whoever shall willfully take the life of another shall be punished by death)<sup>3</sup> บทความดังกล่าวได้สะท้อนแนวคิดที่เกี่ยวข้องกับทฤษฎีทางนิติปรัชญาที่น่าสนใจโดยเฉพาะ ข้อขัดแย้งของคำพิพากษาในการตัดสินคดีในเรื่องของข้อกฎหมายบ้านเมืองและศีลธรรม โดยเป็นการนำเสนอผ่านผู้พิพากษา 5 คน ที่ต้องตัดสินคดีนี้ในสถานะที่อยู่นอกเหนือสถานการณ์ปกติ ดังต่อไปนี้

**ผู้พิพากษาทรูเพนนี่ (Judge Truepenny)** มองว่าเมื่อกฎหมายได้มีการเขียนไว้อย่างชัดเจน จำเลยทั้งสี่ต้องรับผิดชอบฆ่าคนตายตามที่กฎหมายบัญญัติ ข้อเท็จจริงหลังจากมีการพิพากษาประหารชีวิตแล้ว ผู้พิพากษาทรูเพนนี่มีแนวคิดว่าการตัดสินคดีต้องทำไปตามตัวบทกฎหมายที่กฎหมายกำหนดให้ทำ หากจะมีการลดความรุนแรงของโทษ หรือให้อำนาจศาลในลักษณะดังกล่าวก็ควรถูกกำหนดโดยฝ่ายบริหาร

**ผู้พิพากษาคีน (Judge Keen)** มีความเห็นตรงกับผู้พิพากษาทรูเพนนี่ คือ ให้ลงโทษจำเลยทั้งสี่ฐานฆ่าผู้อื่นและต้องโทษประหารชีวิตตามที่ระบุในกฎหมาย N.C.S.A. (N.S.) § 12-A<sup>4</sup> โดยไม่สนใจถึงเรื่องของการกระทำของนักสำรวจทั้งสี่คนครบองค์ประกอบความผิดตามกฎหมาย บทนี้ ก็ต้องได้รับการลงโทษตามกฎหมาย

**ผู้พิพากษาฟอสเตอร์ (Judge Foster)** ไม่เห็นด้วยกับคำตัดสินของผู้พิพากษาทรูเพนนี่ เนื่องจากมันอาจก่อให้เกิดความไม่ยุติธรรมได้ ในสถานการณ์ดังกล่าวเป็นสภาวะธรรมชาติ (State of Nature) จึงควรนำกฎหมายธรรมชาติ (The Law of Nature)<sup>5</sup> เพื่อแก้ไขจุดบกพร่องที่ชัดเจนของกฎหมายปกติ ก็ควรใช้กฎหมายที่ได้มาจากหลักการและวิธีการที่เหมาะสม ผู้พิพากษาฟอสเตอร์ จึงเห็นว่า การกระทำของจำเลยทั้งสี่คนไม่ควรเป็นความผิด<sup>6</sup>

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

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

<sup>4</sup> Ibid 632.

<sup>5</sup> Ibid 622.

<sup>6</sup> Ibid.

of Nature) และการที่เสรีภาพในการทำสัญญามีอำนาจเหนือสิทธิในชีวิตและร่างกายว่าเป็นเรื่องไม่สมเหตุสมผล เนื่องจากหากนำกฎหมายธรรมชาติมาใช้จริงจะเกิดช่องโหว่<sup>7</sup> เนื่องจากไม่มีเกณฑ์ที่สามารถบอกได้ว่าเมื่อใดหรือสถานที่ใดที่อยู่นอกเหนือขอบเขตของกฎหมายบ้านเมืองและสามารถนำกฎหมายธรรมชาติมาใช้ได้ ในกรณีดังกล่าวหากใช้แนวคิดของผู้พิพากษาฟอสเตอร์ (Judge Foster) ในมุมมองที่ว่าจำเลยป้องกันตัวใน “สภาวะธรรมชาติ” ก็เท่ากับเป็นการลดคุณค่าหรือทำลายสิทธิตามธรรมชาติการเป็นมนุษย์ของนายเวตมอร์<sup>8</sup>

**ผู้พิพากษาแฮนดี้ (Judge Handy)** มีความเห็นว่าผู้พิพากษาในฐานะของเจ้าหน้าที่ของรัฐบาลและคำถามที่ว่าพวกเขาในฐานะส่วนหนึ่งของรัฐบาลจะทำอะไรได้บ้างในคดี คำตอบของคำถามนี้ไม่สามารถตอบได้ด้วยทฤษฎีนามธรรมใด ๆ แต่ตอบได้ด้วยความเป็นจริงของมนุษย์ โดยเห็นว่ารัฐบาลปกครองมนุษย์โดยมนุษย์ ไม่ใช่โดยถ้อยคำบนเอกสารหรือทฤษฎีใด การปกครองเป็นเรื่องของความเข้าใจกันและกัน และจะล้มเหลวหากปราศจากความเข้าใจ เห็นได้จากในอดีตที่รัฐบาลมากมายถูกล้มล้างเพราะความไม่ลงรอยระหว่างผู้ปกครองกับผู้อยู่ใต้การปกครอง รัฐจึงจำเป็นที่จะต้องนำเอารูปแบบและแนวคิดคนในสังคมมาเป็นเครื่องมือ เพื่อให้ได้มาซึ่งจุดกึ่งกลางระหว่างทั้งสองฝ่ายและนำมาซึ่งความสงบสุขของสังคม การรับฟังความเห็นสาธารณชนจึงเป็นการรักษาสมดุลระหว่างการกระทำของผู้ปกครองที่บังคับใช้กฎหมายและความรู้สึกนึกคิดของผู้อยู่ใต้ปกครองที่อยู่ภายใต้บังคับแห่งกฎหมาย<sup>9</sup>

## 2. แนวคิดของ เอช แอล เอ ฮาร์ท ในการใช้ดุลพินิจของผู้พิพากษาในการพิจารณาคดี

การใช้ดุลพินิจของผู้พิพากษามีความสำคัญมากในขั้นตอนการพิจารณาคดีเป็นหลักการที่ทำให้ผู้พิพากษามีอิสระในการพิจารณาคดี การใช้ดุลพินิจที่ถูกต้องของผู้พิพากษานอกจากจะช่วยให้คดียุติแล้ว การใช้ดุลพินิจให้ถูกต้องยังช่วยให้เกิดความเชื่อมั่นในระบบยุติธรรม ป้องกันการละเมิดสิทธิและเสรีภาพของบุคคล

### 2.1 การใช้ดุลพินิจของผู้พิพากษา ตามแนวคิดของ เอช แอล เอ ฮาร์ท

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

<sup>7</sup> Ibid 626-628.

<sup>8</sup> Ibid.

<sup>9</sup> Ibid 637-640.

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

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

น่าสังเกตว่าทฤษฎีกฎหมายได้เสนอแนวทางที่เปิดกว้างไว้สำหรับผู้พิพากษาในการใช้ดุลพินิจในการตัดสินคดี เพื่อเสริมให้กฎหมายปฐมภูมิมีประสิทธิภาพในการบังคับใช้ในกรณีที่กฎหมายปฐมภูมิ (Primary Legislation) ไม่เพียงพอที่จะนำมาพิจารณาในการตัดสินคดี ทำให้เกิดช่องว่างของกฎหมาย (Gap in the Law)<sup>12</sup> สถานการณ์ดังกล่าวผู้พิพากษาสามารถใช้ดุลพินิจในการตัดสินคดีนอกตัวบทกฎหมายได้

## 2.2 ความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายและศีลธรรมในการพิจารณาคดี

ฮาร์ทมีความคิดตามแนวทางของอรรถประโยชน์นิยมที่แยกศีลธรรมเชิงปฏิฐานและศีลธรรมเชิงวิพากษ์ออกจากกัน ศีลธรรมเชิงปฏิฐานเป็นศีลธรรมที่ได้รับการยอมรับและได้ปฏิบัติอยู่ในสังคม ในขณะที่ศีลธรรมเชิงวิพากษ์ เป็นหลักพื้นฐานของศีลธรรมที่ใช้ในการวิพากษ์เรื่องต่าง ๆ ในสังคม หากมองศีลธรรมในมุมมองแบบนี้ หลักการบังคับใช้กฎหมายและหน้าที่ที่ต้องปฏิบัติตามกฎหมาย ซึ่งเป็นเรื่องของศีลธรรมเชิงปฏิฐาน เปิดโอกาสให้ตั้งคำถามถึงศีลธรรมเชิงนี้ว่าเป็นคำตอบที่ดีทางศีลธรรมหรือไม่หากมองในเชิงวิพากษ์<sup>13</sup> ความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายและศีลธรรม ฮาร์ทได้ให้มุมมองไว้ในหนังสือ *The Concept of Law* ว่ามีอยู่ 3 ประเด็นด้วยกัน ได้แก่ ประเด็นแรก ความแตกต่างของความคิดทั่วไปเรื่องศีลธรรมและความยุติธรรม ซึ่งเป็นเรื่องที่มีผลต่อความสัมพันธ์กับกฎหมายโดยตรง ประเด็นที่สอง ปัจจัยที่ทำให้กฎเกณฑ์ทางสังคมหรือมาตรฐานอื่น ๆ ต่างจากกฎเกณฑ์ทางศีลธรรม ประเด็นที่สาม มุมมองที่ศีลธรรมและกฎหมายมีความเชื่อมโยงกัน<sup>14</sup> หลักการเรื่องความยุติธรรมเป็นหลักการที่มีผู้กล่าวว่าเป็นหลักที่แสดงถึงความเชื่อมโยงของกฎหมายและศีลธรรมได้อย่างชัดเจน แต่ฮาร์ทกลับมองว่าอาจมีกรณีที่เราไม่สามารถกล่าวอ้างหลักการดังกล่าวได้เสมอไป ฮาร์ทยกตัวอย่างว่า หากบิดาถูกกล่าวหาว่าทำร้ายบุตร เราอาจมองได้ว่าการกระทำของบิดานั้นชั่วร้ายและเป็นสิ่งที่ผิด แต่เราไม่สามารถกล่าวอ้างได้ว่าการกระทำของบิดานั้นไม่ยุติธรรม เพราะความยุติธรรมมีหลักการที่เฉพาะเจาะจงกว่าหลักศีลธรรมอื่น ตัวอย่างเช่น บิดาลงโทษบุตรที่กระทำความผิดแบบเดียวกันแต่ไม่เท่าเทียมกัน หรือโดยไม่ถามเลยว่าได้กระทำจริงหรือไม่ ตัวอย่างดังกล่าว สามารถสะท้อนได้ว่าการกระทำของบิดานั้น เป็นการกระทำที่ไม่ยุติธรรม<sup>15</sup>

ฮาร์ทมองว่า กฎหมายใดกฎหมายหนึ่งนั้นจะเป็นกฎหมายที่ดีหรือกฎหมายที่ไม่ดี เพราะกฎหมายนั้นยุติธรรมหรือไม่ยุติธรรม แต่ในทางกลับกันเราไม่สามารถบอกได้ว่ากฎหมายใดกฎหมายหนึ่งนั้นยุติธรรมหรือไม่ยุติธรรม เพราะกฎหมายนั้นดีหรือไม่ดี<sup>16</sup> ฮาร์ทมองความยุติธรรมเป็นเรื่องของความเท่าเทียม

<sup>11</sup> Ibid 96.

<sup>12</sup> Ibid 100-110.

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

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

<sup>15</sup> Ibid 153-154.

<sup>16</sup> Ibid 154.

ความได้สัดส่วน<sup>17</sup> เขามองว่า ความยุติธรรมสิ่งแรกที่ต้องคำนึงถึงไม่ใช่เรื่องของกฎหมายนั้นยุติธรรมหรือไม่ยุติธรรม แต่เป็นความยุติธรรมหรือไม่ยุติธรรมของการปรับใช้กฎหมายอย่างไม่มีอคติ หลังจากนั้นจึงค่อยพิจารณาถึงความยุติธรรมหรือไม่ยุติธรรมทางกฎหมาย<sup>18</sup> เมื่อกล่าวถึงความสมบูรณ์ของกฎหมายและคุณค่าทางศีลธรรมย่อมเกี่ยวพันกับเรื่องการตีความด้วย เพราะเมื่อใดก็ตามที่เกิดข้อเท็จจริงที่ต้องปรับใช้กับกฎหมาย สิ่งที่เขาไม่ได้เลย คือ การตีความถ้อยคำในบทบัญญัติ นอกจากนี้ กรณีการกระทำความผิดตามกฎหมายที่ได้มีความใกล้ชิดกับรัฐธรรมนูญ ซึ่งเป็นกฎหมายพื้นฐานของการปกครองบ้านเมืองที่รับรองสิทธิและเสรีภาพของบุคคลไว้ ย่อมมีเรื่องของ “ทางเลือกทางศีลธรรม” มาเกี่ยวข้องด้วย ซึ่งผู้ตัดสินคดีพึงแสดงให้เห็นถึงคุณธรรมในการตัดสินและวินิจฉัยกรณีดังกล่าว โดยมีความเป็นกลาง พิจารณาถึงประโยชน์ของผู้ที่ได้รับผลกระทบและใช้หลักการที่ยอมรับได้เป็นการทั่วไปมาเป็นเหตุผลในการตัดสินคดี ซึ่งฮาร์ทเห็นว่าหลักการดังกล่าวมีความสัมพันธ์ในการจำกัดการตีความกฎหมาย ที่อาจตกอยู่ภายในอิทธิพลของคุณค่าอื่น ๆ ในสังคมซึ่งรวมถึงศีลธรรมด้วยเพื่อเป็นหลักประกันว่าการตัดสินคดีจะเป็นไปตามบทบัญญัติของกฎหมาย<sup>19</sup>

### 3. บทวิเคราะห์แนวความคิดในการใช้ดุลพินิจของผู้พิพากษาในการตัดสินคดีนอกเหนือกฎหมาย ของ เอช แอล เอ ฮาร์ท

ระบบแห่งกฎเกณฑ์ (System of Rules) เป็นแนวคิดทางปฏิธานนิยมที่ไม่ได้มีแนวคิดทางกฎหมายเพียงอย่างเดียว แต่ยังมีองค์ประกอบอื่นอย่างเช่น คุณค่าทางศีลธรรม (Moral Value) แฝงอยู่<sup>20</sup> หลักการดังกล่าวแม้จะทำให้ช่องว่างระหว่างกฎหมายบ้านเมืองกับกฎหมายธรรมชาติลดน้อยลง แต่ทฤษฎีระบบกฎหมายของฮาร์ท ที่เปิดช่องให้ผู้พิพากษาใช้ดุลพินิจนอกเหนือกฎหมายก็ถูกวิจารณ์ในเรื่องของความไม่สมบูรณ์ของระบบแห่งกฎเกณฑ์ (System of Rules) และวัตถุประสงค์ภายในตัวกฎหมายที่เชื่อมโยงกฎหมายกับศีลธรรมในการพิพากษาคดี

#### 3.1 ข้อวิจารณ์ในเรื่องความไม่สมบูรณ์ของระบบแห่งกฎเกณฑ์

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

<sup>17</sup> Ibid 155.

<sup>18</sup> Ibid 157.

<sup>19</sup> Ibid 198-201.

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

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

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

ความแตกต่างในการใช้ดุลพินิจของผู้พิพากษานอกเหนือกฎหมายระหว่าง ฮาร์ท กับ ดอร์คิน คือ ฮาร์ทมองว่าผู้ที่ทำหน้าที่ในการแสดงว่าหลักการที่อยู่นอกเหนือจากที่กฎหมายบัญญัติเป็นหน้าที่ของผู้พิพากษา แต่ดอร์คินมองว่าแนวคิดดังกล่าวขัดต่อหลักประชาธิปไตย เพราะการที่ผู้พิพากษาแสวงหาหลักเกณฑ์อื่น ๆ นำมาตีความ กฎเกณฑ์ที่ถูกสร้างขึ้นโดยกระบวนการดังกล่าว ย่อมเป็นกฎหมายออกมา มีผลย้อนหลัง เพราะฝ่ายที่แพ้คดีถูกลงโทษตามหน้าที่ที่ศาลได้สร้างขึ้นในภายหลัง มิใช่เพราะถูกลงโทษในความละเมิดต่อหน้าที่ที่เขามีอยู่<sup>22</sup> นอกจากนี้ ดอร์คินยังมองว่า การที่ผู้พิพากษารวบรวมหลักการที่มีอยู่แล้วในระบบกฎหมายเพื่อมาสร้างเป็นกฎหมายอาจเป็นไปได้ เพราะปัญหาทางกฎหมายนั้น มีคำตอบที่ถูกต้องเพียงคำตอบเดียว ทำให้ผู้พิพากษานั้นจะนำหลักการที่มีอยู่แล้วในระบบกฎหมายมาสร้างเป็นกฎเกณฑ์ทางกฎหมายขึ้นเองไม่ได้ ทำได้เพียงแต่ระบุหรือกล่าวอ้างถึงหลักเกณฑ์ทางกฎหมายที่มีอยู่แล้วเท่านั้น อย่างไรก็ตาม ในบางกรณี ผู้พิพากษาไม่สามารถที่จะค้นหาคำตอบที่ถูกต้องที่มีอยู่หนึ่งเดียวได้ ดังนั้น จึงต้องทำความเข้าใจว่าการที่ผู้พิพากษาไม่สามารถค้นหาคำตอบนั้นได้ มิใช่หมายถึงปัญหาในกรณีดังกล่าวไม่ได้คำตอบที่ถูกต้องอยู่<sup>23</sup> คำว่า “กฎเกณฑ์” และ “หลักการ” ที่ได้มีการกล่าวถึงในแนวคิดของดอร์คินหลายครั้งนั้นมีความแตกต่างกัน สำหรับ “กฎเกณฑ์” หากมี 2 กฎที่ขัดแย้งกัน ย่อมต้องมีกฎเกณฑ์ใดกฎเกณฑ์หนึ่งที่ไม่สมบูรณ์หรืออาจเป็นไปได้เพียงแค่ข้อยกเว้นของอีกกฎเกณฑ์ ดังนั้น จึงไม่สามารถที่จะปรับใช้กฎเกณฑ์หลายกฎเกณฑ์พร้อมกันได้ อย่างไรก็ตาม สำหรับ “หลักการ” หากมีหลักการหลายหลักการที่มีความขัดแย้งกัน ผู้ปรับใช้หลักการนั้น ต้องใช้ดุลพินิจซึ่งนำหนักความสำคัญของทุก ๆ หลักการที่เกี่ยวข้อง ทำให้สามารถใช้หลักการหลายหลักการเพื่อแก้ปัญหาทางกฎหมายได้<sup>24</sup>

<sup>22</sup> Ibid 100.

<sup>23</sup> Ian McLeod, *Legal Theory* (Macmillan Press Ltd. 1999) 100.

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

### 3.2 ข้อวิจารณ์ในการใช้ดุลพินิจของผู้พิพากษากับความเชื่อมโยงทางศีลธรรมในการตัดสินคดี

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

อย่างไรก็ดี ดังที่ได้กล่าวไว้ข้างต้น แนวคิดของฮาร์ทเกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายและศีลธรรมนั้น ได้ถูกวิพากษ์วิจารณ์โดยนักกฎหมายที่ไม่มีแนวความคิดแบบปฏิฐานนิยม ดังเช่น ลอน ฟุลเลอร์ ที่ได้วิพากษ์วิจารณ์แนวคิดดังกล่าวในงานเขียน “Positivism and Fidelity or Law - A Reply to Professor Hart” (1958) ฟุลเลอร์มองว่าการแบ่งแยกศีลธรรมและกฎหมายออกจากกันตามแนวคิดสำนักปฏิฐานนิยมนั้นไม่ถูกต้อง และมองว่าแนวคิดของฮาร์ทนั้นได้แสดงถึงความขัดแย้งต่อข้อความคิดในเรื่องสิ่งที่เป็นอยู่ (What Is) และเรื่องสิ่งที่ควรจะเป็น (What Ought to Be) เพราะฮาร์ทเองนั้น ในด้านหนึ่งเห็นว่าความแตกต่างของกฎหมายและศีลธรรมเป็นสิ่งที่ดำรงอยู่จริงและจำต้องยอมรับ ในขณะที่อีกด้านหนึ่งเห็นว่า หากไม่มีการวิเคราะห์แนวคิดหรือการแก้ไขแนวคิดความแตกต่างระหว่างกฎหมายและศีลธรรมให้ชัดเจน อาจนำไปสู่การสูญเสีย “ความซื่อสัตย์ต่อกฎหมาย (Precious Moral Ideal)” ด้วยเหตุนี้ทำให้ฟุลเลอร์มองว่า แนวคิดของฮาร์ทเองแสดงถึงความขัดแย้งในตัวของมันเองและไม่ชัดเจน ว่าตามจริงแล้วแนวความคิดดังกล่าวเป็นเรื่องของข้อเท็จจริงที่เป็นอยู่ (Is) หรือสิ่งที่ควรจะเป็น (Ought)<sup>25</sup> “ความซื่อสัตย์ต่อกฎหมาย” ที่ได้กล่าวไว้ข้างต้น ฟุลเลอร์ มองว่ากฎหมายเป็นสิ่งที่มาพร้อมกับความซื่อสัตย์ ดังนั้น กฎหมายจึงสร้างขึ้นเพื่อตอบสนองต่อเป้าหมายและความต้องการของมนุษย์ มิใช่เป็นสิ่งที่สร้างขึ้นด้วยคำสั่งหรืออำนาจใด ๆ ก็ได้<sup>26</sup> ด้วยเหตุนี้ ทำให้ฟุลเลอร์ มีแนวคิดเรื่อง “ศีลธรรมของกฎหมาย (Morality of Law)” ซึ่งเชื่อมโยงต่อ “ความซื่อสัตย์ต่อกฎหมาย” โดยแสดงให้เห็นว่าผู้ที่มีอำนาจปกครอง หากจะสร้างกฎหมายต้องไม่สร้างกฎหมายในลักษณะที่ไร้เหตุผล ไม่อย่างนั้นแล้วผู้ปกครองนั้นจะเสียความภักดีได้ในที่สุด ด้วยเหตุนี้ คุณค่าทางศีลธรรมจึงได้บรรจุในกฎหมายที่สร้าง โดยปริยายนั่นเอง ทั้งนี้ ฟุลเลอร์ ได้เห็นว่าการเกิดขึ้นของกฎหมายได้นั้นต้องประกอบด้วย ศีลธรรมภายนอกกฎหมาย (External Morality of Law) หรือศีลธรรมที่ทำให้กฎหมายเป็นไปได้ ซึ่งเป็นแหล่งที่มาของกฎหมาย เป็นการยอมรับในคุณค่าที่เป็นพื้นฐานร่วมกันของสังคม อย่างไรก็ตาม การมีศีลธรรมภายนอกเพียงอย่างเดียวไม่สามารถทำให้เกิดกฎหมายได้ ต้องประกอบด้วยศีลธรรมภายใน (Internal Morality of Law)<sup>27</sup> ด้วย ซึ่งเป็นศีลธรรมตามกระบวนการกฎหมายธรรมชาติ (Procedural Version of Natural Law)<sup>28</sup> เช่น กฎหมายที่จะสร้างจะต้องมีความชัดเจน มีพื้นฐาน นอกจากนั้น ฟุลเลอร์ ได้กล่าวถึงคำโต้แย้งของฮาร์ทในประเด็นเรื่อง

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

<sup>26</sup> Ibid 632.

<sup>27</sup> Ibid 645.

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

การวินิจฉัยถึงความสมบูรณ์ของกฎหมายบางฉบับที่ออกโดยรัฐบาลนาซี ฟุลเลอร์ เห็นว่าการตีความกฎหมายที่ออกโดยรัฐบาลนาซีในช่วงที่นาซีครองอำนาจไม่สามารถคาดเดาได้เลยว่าศาลนั้นจะวินิจฉัยโดยใช้เหตุผลอะไร จึงทำให้เกิดความไม่มั่นคงแน่นอนในระบบกฎหมาย ทำให้เขาเห็นด้วยกับ รั้ดบรุค (Radbruch) และคำพิพากษาของศาลเยอรมนีที่วินิจฉัยในกฎหมายนี้เป็นโมฆะ ซึ่ง ฮาร์ท นั้น ไม่เห็นด้วย เพราะมองว่าเป็นการสร้างกฎหมายย้อนหลังเป็นโทษแก่บุคคลโดยคำพิพากษา ฮาร์ท เห็นว่าในกรณีแบบนี้ควรที่จะสร้างกฎหมายย้อนหลังเฉพาะกรณีนี้ โดยใช้การสร้างกฎหมายเฉพาะในกรณีที่ข้อเท็จจริงต่างกัน<sup>29</sup> อย่างไรก็ตาม ความเห็นของฟุลเลอร์เองอาจไม่มีน้ำหนักเพียงพอที่จะคัดค้านความเห็นของฮาร์ทได้ เนื่องจากการที่ ฟุลเลอร์ เห็นว่าการตีความของกฎหมายที่ไม่อาจคาดเดาได้ คณะผู้จัดทำเห็นว่าอาจเป็นการสนับสนุนแนวคิดของสำนักปฏิฐานนิยมเสียด้วยซ้ำ เพราะหากผู้พิพากษาของศาลเยอรมนีปรับใช้กฎหมายในการวินิจฉัยตามอำเภอใจ โดยไม่นำหลักการเรื่องความไม่สมบูรณ์ของกฎหมายมาใช้ในการพิจารณา และวินิจฉัยว่าการกระทำของรัฐบาลนาซีและคำพิพากษามีขอบด้วยกฎหมาย จะทำให้คำวินิจฉัยนั้นเป็นคำวินิจฉัยที่ขัดบทยุติของกฎหมายเสียเอง

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

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

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

<sup>29</sup> Lon L. Fuller, *supra* note 63, 652.

Clemency<sup>30</sup> ซึ่งเมื่อมีกฎหมายเปลี่ยนแปลงการลงโทษ ผู้พิพากษาทรูเพนนี่ ก็เห็นด้วยกับการเปลี่ยนแปลงคำตัดสิน<sup>31</sup> ถ้านำมาเทียบเคียงกับคดีที่ฮาร์ทวิจารณ์สูตรของ รั๊ดบรูก (Radbruch formula) ในคดี Grudge Informer Case<sup>32</sup> ฮาร์ทเห็นว่า ถ้ามีกฎหมายที่มีการประกาศใช้มาแล้วก็ต้องรักษาความดำรงอยู่ของกฎหมาย ถ้าจะมีการเปลี่ยนแปลงคำตัดสินก็ควรออกกฎหมายใหม่ เพื่อไม่เป็นการเปิดช่องให้มีการปฏิเสธสถานะความดำรงอยู่ของกฎหมาย<sup>33</sup> ดังนั้น จุดเชื่อมโยงแนวคิดของฮาร์ทกับความเห็นของผู้พิพากษาทรูเพนนี่ ยังคงเป็นเพียงเรื่องของการวินิจฉัยตัดสินให้เป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติเท่านั้น ในทางกลับกัน ถ้าข้อเท็จจริงในคดีดังกล่าวเปลี่ยนเป็นไม่มีกฎหมายที่บัญญัติเอาไว้ว่า “ผู้ใดพรากชีวิตของผู้อื่นโดยเจตนา ต้องถูกลงโทษด้วยความตาย” (Whoever shall willfully take the life of another shall be punished by death) เท่ากับว่าไม่มีกฎหมายตามแนวคิดของฮาร์ท การที่ผู้พิพากษาจะใช้ดุลพินิจที่เปิดกว้างในการพิพากษา รวมถึงการที่ให้ผู้พิพากษามีโอกาสที่จะใช้ดุลพินิจในการสร้างกฎหมายขึ้นมาเพื่อใช้ในการตัดสินคดี แนวคิดดังกล่าวมีส่วนคล้ายกับความเห็นของผู้พิพากษาฟอสเตอร์ (Judge Foster) ในเรื่องการสร้างกฎเกณฑ์ที่เหมาะสมกับสถานการณ์ ผู้พิพากษาจึงสามารถใช้ดุลพินิจนอกเหนือกฎหมายหรือการใช้ดุลพินิจเพื่อสร้างข้อยกเว้น เพื่อใช้ในการตัดสินคดี<sup>34</sup> หากแต่ประเด็นที่ทำให้แนวคิดของฮาร์ทแตกต่างไปจากความเห็นของผู้พิพากษาฟอสเตอร์ ที่แสดงความเห็นว่า การใช้ดุลพินิจทั้งในสถานการณ์ที่เกิดจากสภาวะธรรมชาติ (State of Nature) หรือสถานการณ์ที่ผิดปกติโดยธรรมชาติ โดยไม่สนใจความดำรงอยู่ของกฎหมายที่บังคับใช้อยู่ในขณะนั้น ฮาร์ทกลับมองว่า ถ้าเป็นการใช้ดุลพินิจที่เปิดกว้างต้องเป็นกรณีที่ไม่มีกฎหมายบังคับใช้อยู่ในขณะนั้น ถ้ามีกฎหมายที่บังคับใช้ ก็จะต้องตัดสินไปตามกฎหมายโดยไม่สนใจความชอบด้วยกฎหมาย สนใจเพียงความดำรงอยู่ของกฎหมายตามทฤษฎีแยก (Separability Thesis)

ความเห็นของผู้พิพากษาแทตติง (Judge Tatting) เป็นอีกความเห็นหนึ่งที่มีความคล้ายกับแนวคิดของฮาร์ท ต่างเห็นตรงกันในเรื่องที่ว่า การนำกฎหมายธรรมชาติมาใช้ในคดีดังกล่าวเป็นเรื่องที่ไม่เหมาะสม อย่างไรก็ตาม การใช้ดุลพินิจของผู้พิพากษาในความเห็นของผู้พิพากษาแทตติง ต้องตีความจากวัตถุประสงค์ของกฎหมายว่ากฎหมายมีเจตนารมณ์อย่างไร หรืออาศัยคำพิพากษาที่ก่อนหน้านี้ในคดีที่มีข้อเท็จจริงที่คล้ายคลึงกันมาเป็นหลักในการใช้ดุลพินิจเพื่อพิจารณา<sup>35</sup> เห็นได้ว่าการที่ศาลจะใช้ดุลพินิจการปรับใช้หรือตีความในการพิพากษาคดีนั้น นอกจากใช้กฎหมายที่ระบุไว้แล้วยังต้องพิจารณาเรื่องความยุติธรรม ทำให้การแสดงความคิดเห็นดังกล่าวกลับไปสอดคล้องกับแนวคิดทฤษฎีของฟูลเลอร์ ในเรื่อง “ศีลธรรมภายในของกฎหมาย” (“Inner Morality of Law”) ที่มองว่ากฎหมายไม่ได้มีเพียงแค่ตัวบทกฎหมายแต่ยังคงต้องประกอบด้วยความยุติธรรม ดังนั้น การที่ศาลจะใช้ดุลพินิจในการพิพากษานอกเหนือกฎหมายในคดีดังกล่าว นอกจากตัวบทกฎหมายแล้วยังต้องคำนึงถึงความยุติธรรมและวัตถุประสงค์ในการบังคับใช้กฎหมายด้วย ดังนั้น ความเห็นผู้พิพากษาแทตติง (Judge Tatting) จึงสะท้อนแนวคิดของ ฟูลเลอร์ แห่งสำนัก

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

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

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

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

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

<sup>35</sup> Ibid 628-631.

## กฎหมายธรรมชาติในยุคใหม่

การศึกษาแนวคิดของฮาร์ทผ่านบทความ “กรณีของนักสำรวจสเปลันเซียน (The Case of the Speluncean Explorers)” คดีนี้มีความแตกต่างจากคดีปกติทั่วไป ดังจะเห็นได้จากการแสดงเหตุผลวินิจฉัยของผู้พิพากษาทั้ง 5 คน ที่แตกต่างกันรวมทั้งมีข้อเท็จจริงที่มีความซับซ้อน หากแต่ปรากฏว่ามีกฎหมายที่ยังคงดำรงอยู่และมีการประกาศไว้อย่างชัดเจน ทำให้ผู้พิพากษาจะต้องปฏิบัติตามบทบัญญัติของกฎหมาย ดังนั้น คำพิพากษาลงโทษประหารชีวิตในความผิดฐานฆ่าคน จึงสอดคล้องกับแนวคิดของฮาร์ทที่อธิบายว่ากฎหมายเป็นระบบกฎเกณฑ์ ที่กำหนดเป็นบรรทัดฐานให้คนในสังคมต้องปฏิบัติตาม โดยใช้กันเป็นการทั่วไป มีลักษณะถาวรและมีสภาพบังคับ ในทางกลับกันถ้าไม่มีบทบัญญัติกฎหมายและเกิดช่องโหว่ของกฎหมายหรือกฎหมายที่มีอยู่ไม่เหมาะสม ผู้พิพากษาจำเป็นต้องอาศัยการใช้ดุลพินิจที่นอกเหนือจากตัวบทกฎหมาย ในส่วนนี้ทางคณะผู้จัดทำเห็นด้วยกับ ฮาร์ท ในบางคดีที่ประเด็นในข้อเท็จจริงไม่สามารถยุติคดีได้จากกฎหมายที่ดำรงอยู่ หรือกฎหมายที่ดำรงอยู่ไม่ชัดเจน ผู้พิพากษาอาจจำเป็นต้องใช้ดุลพินิจในการพิจารณาคดีที่อยู่นอกเหนือกฎหมาย แต่ในการใช้ดุลพินิจในลักษณะดังกล่าว ผู้พิพากษาต้องใช้ดุลพินิจภายใต้หลักการหรือเจตนารมณ์ของกฎหมาย<sup>36</sup> เพื่อป้องกันไม่ให้ผู้พิพากษาใช้ดุลพินิจโน้มเอียงไปตามความคิดของตนเอง ซึ่งส่งผลโดยตรงต่อคู่กรณี และถ้าต้องการเปลี่ยนแปลงการลงโทษ หรือต้องการที่จะลดโทษ ก็ควรเป็นหน้าที่ของฝ่ายบริหาร ดังที่ผู้พิพากษาทรูเพนนี่ ได้ให้ความเห็นในคดีดังกล่าวว่า “การที่ตัดสินไปตามกฎหมายอาจไม่ใช่วิธีการที่ยุติธรรมและฉลาด และแม้ว่าความเห็นอกเห็นใจของผู้พิพากษาจะทำให้ไม่ต้องการที่จะตัดสินไปตามกฎหมาย แต่เมื่อกฎหมายได้บัญญัติไว้เช่นนั้นแล้วก็ต้องตัดสินไปตามนั้น ส่วนจะสามารถเปลี่ยนแปลงการลงโทษได้หรือไม่ นั้น เป็นหน้าที่ของฝ่ายบริหารในการพิจารณา”<sup>37</sup>

## บทสรุป

แม้หลักการเรื่อง กฎเกณฑ์ทางกฎหมายของฮาร์ทจะยังมีข้อโต้แย้งจากนักกฎหมายในยุคหลัง แต่แนวคิดของฮาร์ท ก็เป็นแนวคิดที่ทำให้กฎหมายบ้านเมืองกับกฎหมายธรรมชาติมีความใกล้ชิดกันมากขึ้นในเรื่องของการใช้อัตวิสัยทางศีลธรรมในการตัดสินคดี และสำคัญที่สุดแนวคิดของ ฮาร์ท ทำให้เราตระหนักว่ากฎหมายเป็นสิ่งที่สามารถเปลี่ยนแปลงได้ตามอัตวิสัยทางศีลธรรมของผู้พิจารณาคดี ดังนั้น การใช้ศีลธรรมไม่ว่าจะอยู่ภายในหรือภายนอกกฎหมายในการพิจารณาคดีต้องใช้อย่างรอบคอบ แนวคิดของ ฮาร์ท ยังคงอย่่าเตือนให้เราระวังเพื่อไม่ให้ใครก็ตามอ้างเหตุทางศีลธรรม หรือธรรมชาติมาเป็นหลักในการใช้ดุลพินิจในการพิจารณาคดี ซึ่งจะเป็นการเปิดช่องให้มีการใช้อัตวิสัยและความเชื่อของผู้พิพากษาเข้ามาปะปนอยู่ในระบบกฎหมายมากกว่าที่จะอาศัยหลักของกฎหมาย ทำให้การกำหนดผลแห่งคดียิ่งออกห่างจากความยุติธรรม

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

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

นิติปรัชญาภายใต้จริยธรรมในปัญญาประดิษฐ์ในกรณีศึกษารถยนต์ไร้คนขับ  
Legal Philosophy Under Ethics in Artificial Intelligence:  
A Case Study of Autonomous Vehicles

กันต์ภา ฐนิตภาคิน

*Kanbha Danitpakeen*

ชญทัต พัฒนะภูมิ

*Chayatat Pattanaphum*

ชัดเจน วงศ์วานิช

*Chadjen Wongvanich*

ณัฐกานต์ หวังรุ่งทรัพย์

*Nathakarn Wangroongsarb*

พัชธิชา สุวรรณจรัส

*Patticha Suwancharus*

มณลักษ์ณ์ เศรษฐบุตร

*Monluck Sethabutra*

สุวิชชา จอกทอง

*Suwitcha Jogthong*

นิสิตในหลักสูตรนิติศาสตรบัณฑิต (ปริญญาตรี)

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ถนนพญาไท แขวงวังใหม่ เขตปทุมวัน กรุงเทพฯ 10330

LL.B Candidates

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

Corresponding author E-mail: nathakarn.wan@gmail.com

(Received: January 20, 2025; Revised: February 18, 2025; Accepted: February 20, 2025)

---

## บทคัดย่อ

ระบบปัญญาประดิษฐ์ในรถยนต์ไร้คนขับได้ก่อให้เกิดประเด็นด้านจริยธรรมและกฎหมายที่เกี่ยวข้อง ในการวิเคราะห์ศึกษาผ่านกรอบแนวคิดของสำนักกฎหมายธรรมชาติของลอน ฟุลเลอร์ จากกระบวนการพิจารณาศีลธรรมภายนอกกฎหมาย (External Morality of Law) ภายใต้หลักศีลธรรมภายในกฎหมาย (Internal Morality of Law) ทั้ง 8 ประการ เพื่อให้เกิดความชอบธรรมในการบังคับใช้ และสำนักกฎหมายบ้านเมืองผ่านทฤษฎีของเฮช. แอล. เอ. ฮาร์ท และฮันส์ เคลเซน รวมถึงแนวคิดอรรถประโยชน์นิยมของเจเรมี เบนท์แฮม พบว่าการตัดสินใจของระบบปัญญาประดิษฐ์ในสถานการณ์ที่มีความขัดแย้งทางจริยธรรม อาทิ การเลือกว่าจะขับรถยนต์พุ่งชนกลุ่มเด็กหรือผู้อาวุโส หรือถ้าหากว่าต้องเลือกระหว่างผู้ปฏิบัติตามกฎหมายจราจรกับผู้ปฏิบัติไม่ปฏิบัติตามกฎหมาย ไม่สามารถกำหนดความชอบธรรมได้อย่างสมบูรณ์ แม้ว่าการใช้หลักอรรถประโยชน์นิยมอาจนำไปสู่การตัดสินใจที่สอดคล้องกับประโยชน์สุขของ

ชนกลุ่มมากก็ตาม นอกจากนี้ ทฤษฎีกฎหมายบริสุทธิ์ของเคลเซนชี้ให้เห็นว่าหากกฎหมายยังไม่มีบทบัญญัติเฉพาะเกี่ยวกับความรับผิดชอบของระบบปัญญาประดิษฐ์ การกระทำของระบบปัญญาประดิษฐ์ในลักษณะดังกล่าวอาจถือเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมายทั้งสิ้น หรืออาจต้องพิจารณานำบทบัญญัติที่ใกล้เคียงที่สุดมาปรับใช้ ซึ่งกฎหมายในปัจจุบันยังไม่มีแนวทางที่เป็นสากลเกี่ยวกับความรับผิดชอบทางอาญาของระบบปัญญาประดิษฐ์ จึงจำเป็นต้องมีการกำหนดนิยามทางกฎหมายที่ชัดเจน รวมถึงขอบเขตความรับผิดชอบของผู้ขับขี่และผู้ผลิต เพื่อป้องกันการลงโทษบุคคลที่ไม่มีพฤติกรรมอันเป็นความผิดโดยตรง และในขณะเดียวกันยังคงไว้ซึ่งกลไกทางกฎหมายเพื่อให้เกิดการส่งเสริมการพัฒนาเทคโนโลยีอย่างมีประสิทธิภาพภายใต้ความยุติธรรมของกฎหมาย

**คำสำคัญ:** ความขัดแย้งทางจริยธรรม, ระบบปัญญาประดิษฐ์, รถยนต์ไร้คนขับ, นิติปรัชญา

## Abstract

Artificial intelligence (AI) in autonomous vehicles has raised significant ethical and legal concerns. This article analyzes these issues through the lens of natural law theory as proposed by Lon Fuller, his concept of External Morality of Law within the eight principles of Internal Morality of Law to establish legal legitimacy. Additionally, legal positivism—particularly the theories of H.L.A. Hart and Hans Kelsen—as well as Jeremy Bentham’s utilitarianism. The findings suggest that AI decision-making in ethically conflicting situations, such as choosing between colliding with a group of children or elderly individuals or determining whether to prioritize those who comply with traffic laws over those who violate them, lacks absolute justification. While utilitarian principles may lead to decisions that align with the greatest overall welfare, they do not provide a universally acceptable resolution. Furthermore, Kelsen’s pure theory of law highlights that, in the absence of explicit legal provisions governing AI liability, such actions could be deemed entirely unlawful or require the application of the closest applicable legal framework. Currently, there is no globally unified approach to the criminal liability of AI systems, underscoring the need for clear legal definitions and the delineation of liability for both drivers and manufacturers. This would prevent the unjust punishment of individuals who have not engaged in wrongful conduct while simultaneously maintaining a legal structure that supports technological advancement within the framework of justice and fairness.

**Keywords:** Ethical Dilemmas, Artificial Intelligence, Autonomous Vehicles, Legal Philosophy

## 1. บทนำ

ในการศึกษาความเป็นไปได้ของการนำระบบปัญญาประดิษฐ์ (Artificial Intelligence: AI) มาใช้ในรถยนต์ไร้คนขับได้ก่อให้เกิดประเด็นถกเถียงในเรื่องการตัดสินใจของระบบปัญญาประดิษฐ์ภายใต้สถานการณ์ที่มีความขัดแย้งทางจริยธรรม (Ethical Dilemma) ประเด็นสำคัญคือการกำหนดหลักการที่ระบบปัญญาประดิษฐ์ควรใช้ในการตัดสินใจที่ต้องอาศัยพื้นฐานของจริยธรรม ศีลธรรม และความถูกต้องตามกฎหมาย สถานการณ์ดังกล่าวมีงานวิจัยจาก MIT Technology Lab เป็นการจำลองสถานการณ์ให้รถยนต์ไร้คนขับเคลื่อนที่มาบนถนนที่มีเพียงช่องทางการเดินทางสองช่องทาง เมื่อมาถึงสี่แยกหนึ่งปรากฏว่ามีกลุ่มคนสองกลุ่มที่กำลังข้ามถนนมาทั้งทางด้านซ้ายกลุ่มหนึ่งและขวากลุ่มหนึ่ง ถ้าหากว่าระบบปัญญาประดิษฐ์ไม่หักหลบพวงมาลัยจะต้องชนเข้ากับกลุ่มคนทางด้านหนึ่ง หรือถ้าหากว่าหักหลบพวงมาลัยนั้นก็จะมีพวงมาลัยชนกลุ่มคนที่กำลังข้ามถนนมาในอีกด้านหนึ่ง ทำให้ระบบปัญญาประดิษฐ์จำเป็นต้องเลือกชนเพียงด้านใดด้านหนึ่งอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้

การตัดสินใจนี้ได้พิจารณาในประเด็นหลักสองประการ ได้แก่ อายุของกลุ่มคนที่แตกต่างกัน และพฤติกรรมการข้ามถนนว่าปฏิบัติตามกฎจราจรหรือไม่ ประเด็นแรก ฝ่ายหนึ่งเป็นกลุ่มเด็กที่มีอายุน้อย ขณะที่อีกฝ่ายหนึ่งเป็นกลุ่มผู้สูงอายุ และประเด็นที่สอง เรื่องพฤติกรรมการประกอบรถข้ามถนน โดยฝ่ายหนึ่งปฏิบัติตามกฎจราจรอย่างถูกต้อง ในขณะที่อีกฝ่ายฝ่าฝืนกฎจราจร

จากสองประเด็นข้างต้น ได้มีการวิเคราะห์โดยประกอบกับหลักนิติปรัชญาภายใต้สำนักกฎหมายธรรมชาติ และสำนักกฎหมายบ้านเมืองโดยอ้างอิงแนวคิดและทฤษฎีของ เอช. แอล. เอ. ฮาร์ท และฮันส์ เคลเซน เพื่อพิจารณาถึงจุดเด่นและข้อจำกัดของแต่ละแนวคิดในบริบทการตัดสินใจของระบบปัญญาประดิษฐ์ภายใต้สถานการณ์ที่มีความขัดแย้งทางจริยธรรม

## 2. สำนักกฎหมายธรรมชาติ

สำนักกฎหมายธรรมชาติมีแนวคิดสำคัญเกี่ยวกับการนำเอากฎระเบียบ หรือชุดคุณค่า (Value) ในเชิงศีลธรรมที่มีอยู่แล้วจากธรรมชาติมาปรับใช้เป็นกฎหมาย โดยมีฐานคิดว่ากฎหมายต้องมีสาระที่สอดคล้องกับคุณค่าเชิงศีลธรรมที่มีอยู่ในธรรมชาติเพื่อให้เกิดความสงบเรียบร้อยของสังคม ทั้งนี้ ในปัจจุบันแนวคิดของลอน ฟูลเลอร์ (Lon Luvois Fuller) ถือเป็นทฤษฎีกฎหมายธรรมชาติที่ทรงอิทธิพลที่สุด เนื่องจากการอธิบายแนวคิดว่าด้วยความสัมพันธ์ระหว่างศีลธรรมกับกฎหมายที่ทรงอิทธิพลในปัจจุบัน จากความสามารถในการนำเสนอแนวคิดของกฎหมายธรรมชาติที่มีความเป็นวิธีบัญญัติ (Procedural) และฆราวาสนิยม (Secular) ดังนั้น บทความนี้จะมุ่งเน้นอธิบายวิธีการตัดสินใจของระบบปัญญาประดิษฐ์ภายใต้แนวคิดของฟูลเลอร์

### แนวคิดเรื่อง Morality of Law

หนังสือ Morality of Law หรือศีลธรรมแห่งกฎหมายของฟูลเลอร์<sup>1</sup> ได้นำเสนอข้อโต้แย้งว่าระบบ

<sup>1</sup> Lon Luvois Fuller, *The Morality of Law: Revised Edition* (Yale University Press 1969).

กฎหมายกับศีลธรรมเป็นสิ่งที่ไม่อาจแยกออกจากกันได้ เนื่องด้วยกฎหมายที่ตราขึ้นจากกระบวนการที่ขาดความชอบด้วยศีลธรรมย่อมไม่อาจใช้บังคับในสังคมได้อย่างมีประสิทธิภาพ โดยระบบกฎหมายจะต้องมีวิธีบัญญัติที่ชอบด้วยศีลธรรมขั้นต่ำของสังคม หากไม่แล้วกฎหมายที่ตราขึ้นจากวิธีบัญญัติที่ขาดศีลธรรมก็ย่อมไม่อาจพิจารณาได้ว่าเป็นกฎหมายที่ชอบจะใช้บังคับในสังคมได้ ทั้งนี้ การพิจารณาคคุณค่าเชิงศีลธรรมในระบบกฎหมายอาจต้องแยกชุดคุณค่าเชิงศีลธรรมออกเป็นสองส่วน<sup>2</sup> ได้แก่ **1) คุณธรรมของการตั้งใจ (Morality of Aspiration)** หรือชุดคุณค่าเชิงศีลธรรมของสิ่งที่ปัจเจกพึงควรกระทำเพื่อความเจริญรุ่งเรืองของสังคม และ **2) คุณธรรมของหน้าที่ (Morality of Duty)** หรือชุดคุณค่าเชิงศีลธรรมที่เป็นจริงที่ปัจเจกชนจะต้องปฏิบัติตามในฐานะการกระทำขั้นต่ำที่จะทำให้สังคมเกิดความสงบเรียบร้อย

เนื่องด้วยคุณธรรมของการตั้งใจของแต่ละปัจเจกย่อมมีความแตกต่างกัน การตรากฎหมายจึงควรเป็นไปโดยสอดคล้องกับคุณธรรมของหน้าที่เท่านั้น เนื่องจากจะทำให้กฎหมายสามารถใช้บังคับได้อย่างเป็นธรรมและมีประสิทธิภาพเพราะสอดคล้องกับชุดคุณค่าเชิงศีลธรรมที่กำกับพฤติกรรมของปัจเจกในสังคม โดยในการตรากฎหมายให้สอดคล้องกับคุณธรรมของหน้าที่ต้องพิจารณาปัจจัยสองประการ ได้แก่

**1) จริยธรรมภายใน (Internal Morality)**<sup>3</sup> โดยมีสาระสำคัญเกี่ยวกับวิธีการตรากฎหมายที่ชอบด้วยศีลธรรม ซึ่งจะทำให้ใช้บังคับได้อย่างเป็นธรรมและมีประสิทธิภาพ โดยมีหลักทั้งสิ้น 8 ประการ ได้แก่

1. ความทั่วไป (Generality)
2. การเผยแพร่ (Promulgation)
3. การพิจารณาไปข้างหน้า (Prospectivity)
4. ความชัดเจน (Clarity)
5. ความไม่ขัดแย้งกันในตนเอง (Non-Contradiction)
6. ความเป็นไปได้ในการปฏิบัติตาม (Possibility of Compliance)
7. ความคงที่ไม่ถูกแก้ไขบ่อยจนเกินไป (Constancy)
8. ความสอดคล้องของตัวกฎหมายและการใช้บังคับ (Congruence)

**2) จริยธรรมภายนอก (External Morality)**<sup>4</sup> โดยมีสาระสำคัญเกี่ยวกับสาระของกฎหมายที่ชอบด้วยศีลธรรม ซึ่งอาจต้องพิจารณาหลักการความยุติธรรมอื่น ๆ ประกอบ อาทิ ความเท่าเทียม ความเป็นธรรมทางสังคม สิทธิมนุษยชน รวมถึงผลกระทบที่มีต่อสังคม เพื่อให้กฎหมายมีสารบัญญัติที่นำมาซึ่งความสงบเรียบร้อยและความเจริญรุ่งเรืองของสังคม

<sup>2</sup> Ibid 40-43.

<sup>3</sup> Ibid 46-94.

<sup>4</sup> Ibid 96-132.

## กระบวนการตัดสินใจของระบบปัญญาประดิษฐ์

เมื่อนำแนวคิดข้างต้นมาพิจารณาปัญหาเชิงศีลธรรม (Moral Dilemma) ของระบบปัญญาประดิษฐ์ในการตัดสินใจเลือกเปลี่ยนเส้นทางรถในสถานการณ์คับขันที่อาจเกิดโศกนาฏกรรมอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ใน 2 กรณี ได้แก่ กรณีที่มีอายุเป็นปัจจัย และกรณีที่มีเรื่องของการปฏิบัติตามกฎจราจรเป็นปัจจัย ฟุลเลอร์อาจแยกกรณีการพิจารณาออกเป็นแนวการตัดสินใจในเชิงสาร์ตละ โดยใช้ฐานความคิดจริยธรรมภายนอก ประกอบกับคุณธรรมของการตัดสินใจ และความชอบธรรมของการใช้แนวทางการตัดสินใจนั้นผ่านฐานความคิดศีลธรรมภายในกฎหมาย (Internal Morality of Law) ดังนี้

ในเชิงสาร์ตละ หากให้ระบบปัญญาประดิษฐ์มีแนวทางการตัดสินใจโดยใช้หลักของฟุลเลอร์จะต้องนำประเด็นเรื่องหลักศีลธรรมที่สังคมยึดถือ อาทิ สิทธิมนุษยชน การลดความเสียหายที่อาจเกิดขึ้นต่อสังคม และสวัสดิภาพของสังคมในระยะยาวเป็นองค์ประกอบในการตัดสินใจ ซึ่งในทั้ง 3 กรณี อาจก่อให้เกิดประเด็นถกเถียงขึ้นระหว่างการใช้แนวทางการตัดสินใจแบบอรรถประโยชน์นิยม (Utilitarianism)<sup>5</sup> ซึ่งเน้นเพิ่มประโยชน์ที่มีต่อสังคม และลดความเสียหายที่เกิดขึ้นต่อสังคมเป็นสิ่งสำคัญ หรือแนวทางการตัดสินใจแบบกฎนิยธรรม (Deontology)<sup>6</sup> ซึ่งยึดมั่นในคุณค่าของความเป็นมนุษย์ว่าเป็นสิ่งเด็ดขาดซึ่งไม่อาจละเมิดจึงอาจกล่าวได้ว่าการจะตัดสินใจให้ระบบปัญญาประดิษฐ์เลือกช่วยชีวิตคนกลุ่มใดบ้างอาจต้องพิจารณาด้วยว่าบริบทของสังคมส่วนใหญ่ในขณะนั้น หลักจริยธรรมที่ผู้วางระบบการตัดสินใจของระบบปัญญาประดิษฐ์ยึดมั่น รวมถึงคุณค่าเชิงศีลธรรมที่รัฐนั้น ๆ ยึดมั่น โนม์เอียงไปในแนวทางใดมากกว่า

อย่างไรก็ตาม ฟุลเลอร์อาจให้ความสนใจกระบวนการที่ระบบปัญญาประดิษฐ์จะทำการตัดสินใจมากกว่า โดยผู้ทำการวางระบบการตัดสินใจของระบบปัญญาประดิษฐ์อาจต้องพิจารณาให้สอดคล้องกับหลักศีลธรรมภายในกฎหมายซึ่งในกระบวนการดังกล่าวผู้ตรากฎหมายที่เกี่ยวข้อง ผู้วางระบบตัดสินใจ และผู้เกี่ยวข้องจะต้องดำเนินการ ดังนี้

- 1) ความทั่วไป: ระบบปัญญาประดิษฐ์จะมีแนวทางการตัดสินใจตามที่กล่าวในข้างต้นในทุกกรณี
- 2) การเผยแพร่: จะต้องแจ้งให้ผู้ขับขี่และสาธารณชนทราบเกี่ยวกับแนวทางการวางระบบการตัดสินใจข้างต้น
- 3) การพิจารณาไปข้างหน้า: ระบบการตัดสินใจดังกล่าวไม่ผูกพันกรณีการเลือกตัดสินใจของระบบปัญญาประดิษฐ์ก่อนวางระบบข้างต้น รวมถึงไม่ผูกพันความรับผิดชอบที่มีมาก่อนการจัดตั้งระบบนี้แต่อย่างใด
- 4) ความชัดเจน: ระบบการตัดสินใจจะเกิดขึ้นเฉพาะในกรณีที่ไม่สามารถหลบเลี่ยงโศกนาฏกรรมได้ และจะต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขสถานการณ์ที่กล่าวข้างต้นเท่านั้น โดยจะไม่พิจารณาเงื่อนไขสถานการณ์อื่น ๆ ประกอบ
- 5) ความไม่ขัดแย้งกันในตนเอง: จะต้องไม่บรรจุเงื่อนไขอื่นที่อาจก่อให้เกิดความขัดแย้งในการตัดสินใจของระบบปัญญาประดิษฐ์

<sup>5</sup> John Stuart Mill, *on Liberty & Utilitarianism* (Bantam Dell 2008) 186-196.

<sup>6</sup> Michael J. Sandel, *Justice: What's the Right Thing to Do?* (Farrar, Straus, and Giroux 2010) 103-138.

6) ความเป็นไปได้ในการปฏิบัติตาม: ในมิติของผู้ขับขี่ มีแนวโน้มที่จะยินยอมหรือไม่ที่จะให้ระบบปัญญาประดิษฐ์มีแนวทางการตัดสินใจเช่นนี้

7) ความคงที่ไม่ถูกแก้ไขบ่อยจนเกินไป: เมื่อมีการตั้งค่ากลไกการตัดสินใจเช่นนี้แล้วจะไม่มี การเปลี่ยนวิธีการตัดสินใจเฉพาะในสามกรณีข้างต้นบ่อยจนเกินไป ไม่เช่นนั้นอาจก่อให้เกิดความเดือดร้อน ต่อการพิจารณาความรับผิดชอบที่เกิดขึ้นจากโศกนาฏกรรมดังกล่าว

8) ความสอดคล้องของตัวกฎหมายและการใช้บังคับ: กลไกการตัดสินใจดังกล่าวต้องปฏิบัติได้จริง ในสถานการณ์คับขันภายใต้การนำปัจจัยของทั้งสองกรณีมาพิจารณาประกอบ

ดังนั้น อาจกล่าวได้ว่าแนวทางของฟุลเลอร์อาจไม่สามารถแยกได้อย่างชัดเจนว่าระบบปัญญา ประดิษฐ์ควรเลือกช่วยชีวิตกลุ่มใดมากกว่า ระหว่างคนอายุน้อยและคนอายุมาก หรือระหว่างผู้ปฏิบัติตาม กฎจราจรและผู้ที่มีได้ปฏิบัติตาม แต่ฟุลเลอร์ได้ให้กระบวนการที่จะทำให้สังคมสามารถหาคำตอบต่อ แนวทางการตัดสินใจของระบบปัญญาประดิษฐ์ได้ กล่าวคือ พิจารณาศีลธรรมภายนอกกฎหมาย (External Morality of Law) ว่าบริบทของสังคมนั้น ๆ น่าจะเลือกให้ต้องช่วยเหลือผู้ใดหากโศกนาฏกรรมจะเกิดขึ้น อย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ และเพื่อให้การนำแนวทางการตัดสินใจนั้นมาใช้อย่างชอบธรรม กระบวนการการนำแนว การตัดสินใจนั้น ๆ มาใช้จะต้องเป็นไปตามหลัก 8 ประการของศีลธรรมภายในกฎหมาย

### 3. สำนักกฎหมายบ้านเมือง

แนวคิดตามกฎหมายบ้านเมืองจะไม่สนใจเรื่องคุณธรรมและจริยธรรมหรือแนวคิดที่ว่าธรรมชาติ มีอยู่จริงหรือไม่ แต่ถือว่ากฎหมายของรัฐที่บังคับใช้เป็นกฎหมายที่สมบูรณ์ใช้ได้จริง มีความแน่นอนและ เกร่งครัด มีบทบัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษร และรัฐบัญญัติขึ้นมีอยู่จริงและจับต้องได้ จึงต้องเป็นบ่อเกิด ตามรูปแบบที่รัฐจัดทำขึ้น ให้ปรากฏเป็นลายลักษณ์อักษร มีเลขมาตรา มีที่มาตามรูปแบบ ต่างจากกฎหมาย ธรรมชาติไม่ปรากฏเป็นลายลักษณ์อักษร ปรัชญาของกฎหมายธรรมชาติเชื่อมโยงกับความเสมอภาค สิทธิ เสรีภาพ ร่างกาย ที่มาของกฎหมายธรรมชาติ ต้องมีเหตุผลกฎเกณฑ์ตามธรรมชาติ กฎหมายธรรมชาติ ควบคุมกฎเกณฑ์ ควบคุมความประพฤติของมนุษย์ซึ่งมีอยู่แล้วตามธรรมชาติ มาตามเนื้อหา ไม่นับเป็น กฎหมายบ้านเมือง

สำนักความคิดกฎหมายฝ่ายบ้านเมืองนี้มีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับสำนักความคิดกฎหมายธรรมชาติ โดยมุ่งหมายให้กฎหมายมีลักษณะที่เป็นมาตรฐานและตายตัว เพื่อเป็นเครื่องมือในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพ ของประชาชน สำนักความคิดนี้ไม่ได้สนใจในประเด็นเรื่องคุณธรรม จริยธรรม หรือคำถามเกี่ยวกับการมี อยู่จริงของกฎหมายธรรมชาติ แต่กลับยึดถือว่ากฎหมายที่ถูกบังคับใช้โดยรัฐนั้นเป็นกฎหมายที่สมบูรณ์และ สามารถนำมาใช้ได้จริง โดยมีความแน่นอนและเป็นระเบียบอย่างเคร่งครัด

#### 3.1 แนวคิดของเฮช. แอล. เอ. ฮาร์ต

H.L.A. Hart หรือ เฮช. แอล. เอ. ฮาร์ต เป็นนักปรัชญาที่สำคัญในสำนักคิดกฎหมายบ้านเมือง หรือสำนักคิดปฏิฐานนิยม (Legal Positivist) โดยมีแนวคิดสำคัญ คือ

1) กฎหมายและศีลธรรมไม่จำเป็นต้องเกี่ยวโยงกันเสมอไป

2) การดำรงอยู่ หรือความสมบูรณ์ของกฎหมาย เป็นเรื่องที่ต้องแยกออกจากเรื่องความชอบธรรม หรือไม่ชอบธรรมภายในกฎหมาย

3) ฮาร์ตยอมรับว่า มีหลายครั้งที่ “กฎหมาย” กับ “ศีลธรรม” จะมีความคาบเกี่ยวกัน (Overlap) แต่ก็ได้หมายความว่าจำเป็นต้องมีจุดเชื่อมโยงด้านความคิดระหว่างกฎหมายและศีลธรรมไปในแนวทางเดียวกันเสมอไป การดำรงอยู่ของกฎหมายนั้นขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงทางสังคมที่ซับซ้อน (Complex Social Facts) หลายประการ กฎหมายจึงอยู่ภายใต้การวิพากษ์วิจารณ์ทางศีลธรรมได้<sup>7</sup>

ในมุมมองของฮาร์ต เรื่องการนำจริยธรรมมาผสมผสานด้วยกันกับกฎหมาย แม้ฮาร์ตจะยอมรับว่ากฎหมายและจริยธรรมเป็นเรื่องที่แยกจากกัน แต่ก็สามารถมีความสัมพันธ์กันได้ผ่านความสัมพันธ์ในลักษณะที่เจ้าพนักงานของรัฐและคนในสังคมยอมรับ กล่าวคือหากกฎเกณฑ์บางประการแม้มีประเด็นความถูกต้องทางศีลธรรม แต่หากได้ผ่านการยอมรับผ่านกระบวนการทางนิติบัญญัติในการตรากฎหมายอย่างถูกต้อง ตลอดจนผ่านการยอมรับจากคนส่วนใหญ่ในสังคม กฎเกณฑ์ดังกล่าวย่อมเป็นที่ยอมรับได้ ซึ่งเป็นแนวคิดที่ผ่านกระบวนการพิจารณาทั้งกฎปฐมภูมิ (Primary Rules) ซึ่งเป็นกฎเกณฑ์ทั่วไป และกฎทุติยภูมิ (Secondary Rules)<sup>8</sup> เป็นการยอมรับการบังคับใช้จากเจ้าหน้าที่รัฐ

ฮาร์ตถือเอากฎที่กำหนดเกณฑ์การรับรองความเป็นกฎหมายที่สมบูรณ์เป็นกฎหมายที่สำคัญที่สุด เพราะเป็นกฎที่ทำให้ระเบียบกฎหมายของสังคมส่วนรวมสามารถเห็นได้ชัดเจนโดยทั่วไป ทั้งนี้ เมื่อมีการตราปฐมภูมิโดยการปฏิบัติตาม หากได้รับการยอมรับจากเจ้าหน้าที่รัฐตามกฎทุติยภูมิแล้วนั้น กฎหมายนั้นย่อมมีความสมบูรณ์ทั้งในแง่ที่เป็นข้อบังคับของรัฐที่ก่อให้เกิดพันธะต่อเอกชน หรือระหว่างเอกชนด้วยกันเองอันเป็นสภาพภายนอกของกฎหมายประการหนึ่ง และย่อมมีความสมบูรณ์ครบถ้วนในสภาพภายในของการตรากฎหมายอีกประการหนึ่ง ซึ่งเป็นการพิจารณาผ่านกฎที่กำหนดเกณฑ์การรับรองความเป็นกฎหมายที่สมบูรณ์ (Rules of Recognition) ในกระบวนการตรากฎหมาย และกฎหมายสามารถเปลี่ยนแปลงแก้ไขได้ผ่านกฎที่กำหนดเกณฑ์การบัญญัติและแก้ไขเปลี่ยนแปลงกฎหมาย (Rule of Changes) ซึ่งจะทำให้กฎหมายสามารถเปลี่ยนแปลงเพื่อให้ความสอดคล้องเหมาะสมกับสถานการณ์ หากมีการเปลี่ยนแปลงผลการวิจัยในอนาคต<sup>9</sup>

การวิเคราะห์เหตุการณ์สองประการประกอบกับแนวความคิดของสำนักกฎหมายบ้านเมือง โดยอ้างอิงแนวคิด และทฤษฎีของฮาร์ตสามารถพิจารณาแนวคิดในบริบทการตัดสินใจของระบบปัญญาประดิษฐ์ภายใต้สถานการณ์ที่มีความขัดแย้งทางจริยธรรม ได้ดังต่อไปนี้

### **ประเด็นที่ 1 : อายุแต่ละฝั่งที่ไม่เท่ากัน**

ทฤษฎีของฮาร์ตได้กล่าวถึงกฎ 2 ประการ คือ กฎปฐมภูมิ และกฎทุติยภูมิ เมื่อนำมาวิเคราะห์กับเหตุการณ์ที่รถยนต์ที่ขับเคลื่อนด้วยปัญญาประดิษฐ์ต้องเลือกว่าจะชนกลุ่มเด็กอายุน้อยหรือผู้สูงอายุ ดังนี้

กฎปฐมภูมิ หมายถึง กฎเกณฑ์ทั่วไปซึ่งวางบรรทัดฐานการประพฤติให้คนทั่วไปในสังคมปฏิบัติ และมีสภาพบังคับให้บุคคลมีหน้าที่ต้องปฏิบัติตาม หรือเรียกอีกอย่างว่า “กฎเกณฑ์ที่กำหนดพันธะหน้าที่” ซึ่งได้รับการยอมรับจากสังคม โดยระบบปัญญาประดิษฐ์อาจทำการตัดสินใจโดยอาศัยข้อมูลที่มีอยู่ซึ่งอาจเป็นข้อมูลเกี่ยวกับความปลอดภัยของการขับขี่

<sup>7</sup> ธนวัฒน์ พิสิฐจินดา, เอกสารประกอบการสอน วิชา นิติปรัชญา LAW 2801 (สาขา ศึกษานิติศาสตร์วิทยาลัยการเมืองและการปกครอง มหาวิทยาลัยราชภัฏสวนสุนันทา) 6.

<sup>8</sup> จริญญา โฆษณานันท์, นิติปรัชญา (พิมพ์ครั้งที่ 21, สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง 2563) 83.

<sup>9</sup> เพิ่งอ้าง 84.

กฎหมายเป็นกฎหมายที่มีขึ้นมาเพื่อให้กฎหมายมีความสมบูรณ์ และมีประสิทธิภาพในการบังคับใช้ผ่านการยอมรับจากเจ้าหน้าที่รัฐ กฎหมายกำหนดกระบวนการและเกณฑ์สำหรับการตัดสินใจในกรณีนี้อาจมีการให้ความสำคัญกับอายุของผู้เกี่ยวข้องในการพิจารณาการตัดสินใจ

ข้อจำกัดในการนำกฎหมายและกฎหมายมาใช้กับเหตุการณ์ที่รถยนต์ไร้คนขับที่ขับเคลื่อนด้วยระบบปัญญาประดิษฐ์ต้องเลือกว่าจะชนกลุ่มเด็กอายุน้อยหรือผู้สูงอายุคือไม่ว่ารถจะเลือกชนฝ่ายใดย่อมไม่มีความชอบธรรมและไม่ได้รับการยอมรับจากเจ้าหน้าที่ผู้บังคับใช้กฎหมายอย่างแน่นอน

ทั้งนี้ หากพิจารณาเพิ่มเติมในมุมมองของนักคิดในสำนักกฎหมายบ้านเมือง เช่นเดียวกับกับฮาร์ตอีกท่านหนึ่งคือ **เจเรมี เบนท์แฮม (Jeremy Bentham)** ที่ให้ความสำคัญกับ “แนวคิดอรรถประโยชน์นิยม” โดยมองว่าสิ่งใดก่อให้เกิดความสุขมวลรวมแก่คนจำนวนมากที่สุดสิ่งนั้นย่อมเป็นสิ่งที่ดี หรือนำมาซึ่งประโยชน์ของชนหมู่มากย่อมเกิดประโยชน์ที่สุด ดังนั้น การวิเคราะห์เพียงอาศัยเรื่องอายุขัยเฉลี่ยที่สามารถสร้างคุณประโยชน์ได้ (Lifespan) ย่อมทำให้ปัญญาประดิษฐ์เลือกที่จะชนผู้สูงอายุ อย่างไรก็ตามหากการที่ปัญญาประดิษฐ์เลือกชนเด็กอายุน้อยกว่า การที่จะวิเคราะห์ว่าจะก่อให้เกิดความสุขกับคนจำนวนมากมากกว่าเลือกชนผู้สูงอายุที่อายุมากกว่าหรือไม่ ย่อมไม่มีสิ่งใดตัดสินได้โดยแน่แท้ เนื่องจากต้องขึ้นอยู่กับเหตุผลประกอบอีกหลายประการ ยิ่งไปกว่านั้นถึงแม้ว่าคุณค่าใดต่อโลกหรือเป็นบุคคลที่ก่อสิ่งร้ายแรง ก็ไม่ได้หมายความว่าเลือกชนบุคคลนั้นจะดีกว่าการเลือกชนอีกฝ่ายหนึ่ง เพราะมนุษย์ทุกคนมีคุณค่าในตนเองซึ่งสอดคล้องกับหลักสิทธิมนุษยชนอีกประการหนึ่ง

ดังนั้น การใช้ดุลยพินิจโดยการตระหนักถึงบริบทแวดล้อมโดยเฉพาะปัจจัยทางด้านอายุ อาจต้องพิจารณารวมไปถึงปัจจัยที่เกี่ยวข้องต่าง ๆ ซึ่งหากปัญญาประดิษฐ์ให้ความสำคัญกับความปลอดภัยของผู้โดยสารที่มีอายุน้อยกว่าผู้โดยสารที่มีอายุมาก โดยคำนึงถึงอายุขัยเฉลี่ยที่สามารถสร้างคุณประโยชน์ได้ (Lifespan) นั้น การตัดสินใจดังกล่าวอาจต้องพิจารณาถึงมาตรฐานทางกฎหมายที่เกี่ยวข้อง ซึ่งหากไม่มีข้อกำหนดมารองรับ การตัดสินใจของปัญญาประดิษฐ์ต้องมีการพิจารณาว่าสอดคล้องกับมาตรฐานทางจริยธรรมหรือบรรทัดฐานทางจริยธรรมที่เป็นที่ยอมรับได้หรือไม่ ทั้งนี้ ไม่ว่าผลของการตัดสินใจจะเป็นไปในทางใด อาจเป็นการละเมิดหลักการความเสมอภาคของกฎหมาย

## **ประเด็นที่ 2 : การปฏิบัติตามกฎจราจรและการฝ่าฝืนกฎจราจร**

กฎหมายสามารถนำมาใช้กับประเด็นที่สองได้ ในกรณีที่ฝ่ายหนึ่งเป็นผู้ที่ปฏิบัติตามกฎจราจรและอีกฝ่ายหนึ่งเป็นผู้ที่ฝ่าฝืนกฎจราจร การที่รถยนต์ที่ขับเคลื่อนด้วยปัญญาประดิษฐ์จะเลือกว่าจะชนฝ่ายใด อาจนำมาซึ่งการตัดสินใจของคนในสังคมที่มองว่า การชนฝ่ายที่ฝ่าฝืนกฎจราจรย่อมมีความชอบธรรมมากกว่าชนฝ่ายที่ปฏิบัติตามกฎจราจร เนื่องจากเป็นที่ทราบโดยทั่วไปอยู่แล้วว่าผู้ฝ่าฝืนกฎจราจรอาจนำมาซึ่งอุบัติเหตุได้

กฎหมายให้อำนาจเจ้าหน้าที่ในการดำเนินการให้กฎหมายเกิดประสิทธิภาพยิ่งขึ้น ทำให้สามารถนำมาใช้ในเหตุการณ์ที่รถยนต์ที่ขับเคลื่อนด้วยปัญญาประดิษฐ์ต้องเลือกว่าจะชนฝ่ายที่ฝ่าฝืนกฎจราจรหรือฝ่ายที่ทำตามกฎจราจร ในจุดนี้ย่อมพิจารณาไม่ยากเพราะการฝ่าฝืนกฎจราจรคือการทำผิดต่อ

กฎจรรยาบรรณเป็นกฎหมาย ดั้งนั้น การเลือกชนฝ่ายที่ทำผิดกฎจรรยาบรรณจึงสอดคล้องกับกฎหมายนี้<sup>10,11</sup>

ในสถานการณ์นี้ อาจพิจารณาเพิ่มเติมถึงความสมดุลในการตัดสินใจโดยใช้หลักการและทฤษฎีของฮาร์ทในเรื่องกฎแห่งการรับรู้ (Rules of Recognition) ซึ่งเป็นกฎทางสังคมที่แยกความแตกต่างระหว่างกฎหมายที่ถูกต้องและไม่ถูกต้องภายในระบบกฎหมาย ในกรณีของการตัดสินใจของระบบปัญญาประดิษฐ์ กฎการรับรู้อาจคล้ายคลึงกับเกณฑ์หรือมาตรฐานที่เราตัดสินความถูกต้อง ตัวอย่างเช่น หากระบบปัญญาประดิษฐ์ปฏิบัติตามหลักการทางกฎหมายหรือแนวปฏิบัติด้านจริยธรรมที่กำหนดไว้ การตัดสินใจของระบบปัญญาประดิษฐ์โดยให้ความสำคัญกับผู้ปฏิบัติถูกต้องตามกฎหมาย อาจถือว่า “ถูกต้อง” ตามกฎแห่งการรับรู้ ทั้งนี้ เกณฑ์การตัดสินใจโดยคำนึงถึงการปฏิบัติตามกฎจรรยาบรรณ อาจเป็นปัจจัยแรกในการพิจารณาการตัดสินใจของระบบปัญญาประดิษฐ์ ตามทฤษฎีของฮาร์ทในทางตรงกันข้ามหากการตัดสินใจนั้นเป็นการเพิ่มความเสียหายให้เกิดความเสียหายกับบุคคลที่ไม่ได้กระทำผิดกฎหมาย อาจเกิดการละเมิดของหลักการจริยธรรม

การใช้ทฤษฎีสำนึกของฮาร์ทอาจไม่สามารถแก้ปัญหาทางจริยธรรมทั้งหมดได้อย่างสมบูรณ์ เนื่องจากมีปัจจัยและสถานการณ์ที่ซับซ้อนที่ไม่สามารถแก้ไขหรือพิจารณาได้ด้วยการใช้กฎหมายเท่านั้น เช่น ประเด็นของอายุ

กล่าวโดยสรุปคือ ไม่ว่าจะการตัดสินใจของระบบปัญญาประดิษฐ์จะถือว่า “ถูก” หรือ “ผิด” จากทฤษฎีของฮาร์ทจะขึ้นอยู่กับปัจจัยต่าง ๆ เช่น ความสอดคล้องของการตัดสินใจกับหลักการทางกฎหมายที่กำหนดไว้ ความชอบธรรมของกระบวนการตัดสินใจ และลำดับการตัดสินใจด้วยบรรทัดฐานหรือมาตรฐานที่เป็นที่ยอมรับภายในกรอบกฎหมายหรือจริยธรรมที่เกี่ยวข้อง

### 3.2 แนวคิดของฮันส์ เคลเซ่น

Hans Kelsen (11 ตุลาคม ค.ศ. 1881 – 19 ตุลาคม ค.ศ. 1973) หรือ **ฮันส์ เคลเซ่น** เป็นนักนิติศาสตร์และนักนิติปรัชญาชาวออสเตรีย ผู้ร่างรัฐธรรมนูญที่สาธารณรัฐออสเตรียลงมติรับเมื่อปี ค.ศ. 1920 ถือได้ว่าเป็นหนึ่งในบุคคลสำคัญในวงการกฎหมายแห่งศตวรรษที่ 20

หนึ่งในผลงานสำคัญของเคลเซ่นคือ **“เรื่องทฤษฎีบรรทัดฐานทั่วไป” Allgemeine Theorie der Normen, 1997** ซึ่งได้รับการแปลเป็นภาษาอังกฤษในชื่อ *General Theory of Norms* ที่ยืนยันสถานะทั่วไป คือ ความเป็นอิสระของศีลธรรม (พจนานุกรมอังกฤษ-ไทย ปรัชญา, 478) ทฤษฎีกฎหมายบริสุทธิ์ของเคลเซ่นมีมุมมองว่า กฎหมายเป็นสิ่งที่จะต้องถูกแยกออกมาโดยเฉพาะ ซึ่งไม่รวมถึงเรื่องศีลธรรม หรือเหตุผลอื่น ๆ ในการพิจารณาจึงต้องแยกต่างหากจากกัน โดยจะต้องพิจารณาเฉพาะตัวบทกฎหมายเท่านั้น<sup>12</sup>

<sup>10</sup> สิทธิกร ศักดิ์แสง และกิตติพิชญ์ โสภกา, ‘ศาลสร้างหลักกฎหมายได้หรือไม่? ตามทัศนะ เฮท แอล เอ ฮาร์ท กับ โรแนล ดวอกีน’ (2560) 22 วารสารสมาคมนักวิจัย สาขามนุษยศาสตร์และสังคมศาสตร์ 70, 81.

<sup>11</sup> จรัญ โฆษณานันท์, *นิติปรัชญา* (เชิงอรรถที่ 8), 73.

<sup>12</sup> Marmor, Andrei, ‘The Pure Theory of Law’ (*The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Fall 2021 Edition)*) <<https://plato.stanford.edu/archives/fall2021/entries/lawphil-theory/>> accessed 21 May 2024.

เคลเซนมองเห็นปัญหาที่ว่า “กฎหมายคืออะไร” และ “กฎหมายควรจะเป็นอย่างไร” ควรแยกออกจากกัน โดยปัญหาว่ากฎหมายควรจะเป็นอย่างไร จะต้องอาศัยแนวคิดหรือกฎเกณฑ์ในเรื่องศีลธรรมมาอธิบาย ซึ่งเป็นเหตุให้เกิดความไม่แน่นอนขึ้น โดยอาจเปลี่ยนแปลงตามสภาพสังคมหรือบุคคลได้<sup>13</sup>

ในมุมมองของเคลเซนจึงมองว่า กฎหมาย คือ กฎเกณฑ์ที่กำหนดขึ้น โดยจะต้องไม่มีหลักศีลธรรมและความยุติธรรมมาเจือปน โดยทฤษฎีกฎหมายบริสุทธิ์ (Pure Theory of Law) ของเคลเซน อธิบายว่า กฎหมายและศีลธรรม เป็นเรื่องที่ต้องแยกต่างหากจากกัน ไม่นำมาพิจารณาร่วมกัน โดยเป็นการทำให้กฎหมายนั้นบริสุทธิ์ที่สุด โดยแยกเรื่องอื่นที่ไม่ใช่กฎหมายโดยแท้ออกมาทั้งหมด จึงเรียกได้ว่าแนวคิดของเคลเซนพิจารณาแต่สิ่งที่กฎหมายเป็นเท่านั้น

### **ประเด็นที่ 1 : อายุแต่ละฝั่งที่ไม่เท่ากัน**

เมื่อพบเหตุการณ์ที่รถยนต์ไร้คนขับต้องเลือกพุ่งชนระหว่างเด็กกับผู้สูงอายุ การตัดสินใจนี้มีความซับซ้อนทั้งในแง่กฎหมายและจริยธรรม หากเกิดการพุ่งชน ไม่ว่าจะเลือกฝั่งใด ก็จะทำให้เกิดอันตรายและมีผู้บาดเจ็บ โดยหากมนุษย์เป็นคนขับเองแล้ว ย่อมมีความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา ทำให้ต้องได้รับโทษตามกฎหมาย

การที่มีอายุที่แตกต่างกันระหว่างทั้งสองฝั่งสามารถวิเคราะห์ถึงประโยชน์สูงสุดในการตัดสินใจ โดยต้องคำนึงถึงต้นทุนค่าเสียโอกาส (Opportunity Cost) หรือมูลค่าสูงสุดของทรัพยากรนั้นที่ถูกใช้ในทางเลือกอื่น โดยเกิดขึ้นเพราะทรัพยากรนั้นได้ถูกใช้ไปในทางเลือกหนึ่งแล้ว จึงไม่สามารถนำทรัพยากรนั้นมาใช้ในกิจกรรมหรือทางเลือกอื่นได้ การที่ไม่คำนึงถึงต้นทุนค่าเสียโอกาส อาจทำให้ตัดสินใจใช้ทรัพยากรอย่างไม่คุ้มค่าได้<sup>14</sup> โดยเมื่อพิจารณาในมุมมองนี้แล้ว การตัดสินใจเลือกชนผู้อาวุโสย่อมทำให้เกิดต้นทุนค่าเสียโอกาสน้อยกว่า

นอกจากนี้ การตัดสินใจโดยใช้ทฤษฎีอรรถประโยชน์อาจนำมาซึ่งผลการตัดสินใจที่ตรงกับความรู้สึกของผู้ตัดสินใจมากกว่าการคิดจากผลตอบแทนทางการเงินแต่เพียงอย่างเดียว และสามารถนำไปใช้อธิบายผลของการตัดสินใจได้ชัดเจนมากกว่าวิธีอื่น<sup>15</sup> เมื่อนำทฤษฎีอรรถประโยชน์มาวิเคราะห์ในด้านประโยชน์ต่อคนหมู่มากที่สุด รถยนต์ไร้คนขับอาจจะประมวลผลจากเรื่องช่วงอายุ (Lifespan) ของบุคคล โดยผู้อาวุโสจะมีช่วงอายุเหลืออยู่น้อยกว่าเด็กที่กำลังจะเติบโตเป็นอนาคตของชาติ อาจทำให้ระบบปัญญาประดิษฐ์ตัดสินใจหักกลับไปชนผู้สูงอายุ อย่างไรก็ตาม ในทางกฎหมายจะต้องพิจารณาเรื่องสภาพบุคคลประกอบด้วย โดยสภาพบุคคลตามกฎหมายนั้นแบ่งได้เป็น 2 แบบ คือผู้บรรลุนิติภาวะกับยังไม่บรรลุนิติภาวะ ดังนั้น ข้อขัดแย้งทางศีลธรรมกับกฎหมายตามแนวคิดของเคลเซนจึงไม่สามารถวิเคราะห์ได้ เพราะจะต้องคำนึงถึงเป็นสิ่งที่กฎหมายตราไว้เท่านั้น

<sup>13</sup> ศศิภา พุกฤษฏาจันทร์, ‘สำนักกฎหมายบ้านเมืองสมัยใหม่: ข้อความคิดว่าด้วยกฎหมายในทฤษฎีของ Hans Kelsen และ H.L.A Hart และข้อวิจารณ์’ (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2560) 21.

<sup>14</sup> สีนาด ตรีวรรณไชย, ‘เครื่องมือทางเศรษฐศาสตร์ในการประเมินผลกระทบ’ (การอบรมเชิงปฏิบัติการวิชาการประเมินผลกระทบด้านสุขภาพ ระหว่างวันที่ 24 - 26 มกราคม 2565, มหาวิทยาลัยสงขลานครินทร์) 8.

<sup>15</sup> นภดล ร่มโพธิ์, ‘การตัดสินใจโดยใช้ทฤษฎีอรรถประโยชน์ (Utility Theory)’ (2555) 35 วารสารบริหารธุรกิจ 15.

ทฤษฎีกฎหมายบริสุทธิของเคลเซ่นนั้นจะต้องแยกพิจารณาเฉพาะในมุมมองของกฎหมายเท่านั้น โดยไม่นำองค์ประกอบอื่นมาร่วมพิจารณาด้วย ดังนั้น เมื่อยังไม่ได้มีกฎหมายเกี่ยวกับปัญญาประดิษฐ์ได้บัญญัติไว้โดยเฉพาะ โดยในปัจจุบันมีแต่เพียงกฎหมายที่กล่าวถึงในกรณีที่มีมนุษย์เป็นผู้ขับขี่เอง ซึ่งในกรณีนี้การที่จะตัดสินชนเด็กหรือผู้อาวุโสก็ล้วนเป็นการกระทำที่ผิดตามกฎหมายทั้งสิ้น

## ประเด็นที่ 2 : การปฏิบัติตามกฎจราจรและการฝ่าฝืนกฎจราจร

การตัดสินใจของระบบปัญญาประดิษฐ์โดยที่ฝั่งหนึ่งเป็นผู้กระทำความผิดทางจราจร และอีกฝั่งหนึ่งเป็นผู้ที่ปฏิบัติตามกฎจราจร โดยในการที่จะต้องเลือกที่จะพุ่งชนฝั่งใดฝั่งหนึ่งนั้น ทฤษฎีกฎหมายบริสุทธิของเคลเซ่น กฎหมายเป็นเสมือนระบบแห่งบรรทัดฐาน การพิสูจน์ว่าบรรทัดฐานใดเป็นกฎหมายหรือไม่ หลักฐานสำคัญที่สุดคือการพิจารณาว่า บรรทัดฐานนั้นถูกตรารขึ้นหรือบัญญัติขึ้นมาโดยมีบรรทัดฐานอื่นที่เหนือกว่าให้อำนาจไว้หรือไม่<sup>16</sup>

เนื่องจากในระบบกฎหมายของไทยมีกฎหมายจราจรที่เป็นกฎหมายทางเทคนิค การฝ่าฝืนกฎจราจร อาทิ ฝ่าสัญญาณไฟจราจรมีความผิดตามพระราชบัญญัติจราจรทางบก พ.ศ. 2522 การที่ระบบปัญญาประดิษฐ์จะตัดสินใจพุ่งชนฝั่งใดนั้นจะต้องคำนึงถึงตัวบทกฎหมายเป็นหลัก เมื่อพระราชบัญญัติจราจรทางบก พ.ศ. 2522<sup>17</sup> ถือเป็นกฎหมายที่สมบูรณ์จากการตรารขึ้นโดยมีกฎหมายให้อำนาจไว้ นอกจากนี้จะมีการบัญญัติไว้ว่าการฝ่าฝืนสัญญาณจราจรนั้นมีความผิดและต้องได้รับโทษตามกฎหมายแล้ว การกระทำความผิดดังกล่าวยังเป็นการกระทำโดยประมาทซึ่งทำให้ผู้อื่นได้รับอันตรายโดยบาดเจ็บหรือเสียชีวิต ซึ่งตามประมวลกฎหมายอาญาได้มีบัญญัติไว้เป็นความผิดและมีโทษตามกฎหมาย ดังนั้น ตามทฤษฎีกฎหมายบริสุทธิ จึงจะต้องเลือกฝั่งที่มีการกระทำที่ฝ่าฝืนกฎจราจร

ในท้ายที่สุดเมื่อพิจารณาในแง่ของศีลธรรมภายใต้สถานการณ์ความขัดแย้งทางจริยธรรมจากการตัดสินใจของระบบปัญญาประดิษฐ์ที่ไม่มีสถานะบุคคลจะพบว่ามีความเกี่ยวข้องกับระบบปัญญาประดิษฐ์ในประเทศไทยยังไม่ชัดเจน โดยไม่มีบรรทัดฐานหรือหลักการที่เหนือกว่าส่งผลให้ข้อจำกัดในแง่ที่ว่าไม่มีกฎหมายเกี่ยวกับระบบปัญญาประดิษฐ์อันเป็นกฎหมายบ้านเมือง รวมไปถึงข้อเสียที่ว่าไม่มีตัวบทกฎหมายหรือแนวคำพิพากษาศาลไทยที่วางหลักหรือตีความวินิจฉัยไว้ ดังนั้น จึงต้องอาศัยตัวบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง ตามมาตรา 4 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เป็นแนวทางสำคัญ หากเจ้าของหรือผู้ครอบครองระบบปัญญาประดิษฐ์ได้จัดทำคู่มือการใช้งานแต่ไม่มีความรับผิดชอบ ความรับผิดชอบจะตกต่างไปยังผู้พัฒนาระบบ การกำหนดความรับผิดชอบทางอาญาจึงมีความสัมพันธ์กับผู้ที่เกี่ยวข้องให้ระบบนั้นทำงานผิดพลาด เทียบเคียงกับการออกคำสั่งให้สัตว์เลี้ยงทำร้ายผู้อื่น

## 4. แนวคิดทางกฎหมายและทางศีลธรรมในปัจจุบัน

ปัจจุบันในต่างประเทศได้เริ่มมีการศึกษาและร่างหลักกฎหมายรวมถึงหลักทั่วไปอันเกี่ยวกับความรับผิดชอบทางอาญาระหว่างบุคคลผู้ขับขี่รถยนต์กับตัวระบบของรถยนต์ที่ขับเคลื่อนด้วยระบบปัญญา

<sup>16</sup> ธนวัฒน์ พิสิฐจันทา, 'เอกสารประกอบการสอน วิชา นิติปรัชญา LAW 2801' (เชิงอรรถที่ 7) 7.

<sup>17</sup> พระราชบัญญัติจราจรทางบก พ.ศ. 2522 มาตรา 105.

ประดิษฐ์ในการเดินทาง<sup>18</sup> โดยสามารถแบ่งได้เป็นสองกลุ่ม คือ กลุ่มแรกเป็นกลุ่มประเทศที่กำหนดความรับผิดชอบให้แก่ผู้ขับขี่ผ่านการเพิ่มประสิทธิภาพของกฎหมายที่อยู่ให้สอดคล้องกับบริบทของรถยนต์ไร้คนขับ อันได้แก่ ประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศเยอรมนี ผ่านการกำหนดค่านิยมของผู้ขับขี่ การกำหนดหน้าที่ให้แก่ผู้ขับขี่ การกำหนดตัวผู้ต้องรับผิดชอบอันเกิดขึ้นขณะรถยนต์เคลื่อนที่โดยอัตโนมัติ ตลอดจนการกำหนดหน้าที่ให้แก่ผู้ประกอบการในการผลิตรถยนต์ให้ได้มาตรฐานที่กฎหมายกำหนด

สำหรับประเทศสหรัฐอเมริกา สำนักงานบริหารความปลอดภัยบนทางหลวงแห่งชาติ (National Highway Traffic Safety Administration : NHTSA) ได้มีการจัดระดับความสามารถของระบบปัญญาประดิษฐ์ในการขับขี่อัตโนมัติไว้ 5 ระดับ ตั้งแต่ระดับ 0 ถึง 4 ซึ่งเรียงลำดับจากการใช้ระบบปัญญาประดิษฐ์จากน้อยไปมาก โดยระดับ 4 คือระดับที่ไม่มีการใช้มนุษย์ควบคุมเลย สำหรับระดับ 3 และระดับ 4 ยังไม่มีการอนุญาตให้ใช้ระบบปัญญาประดิษฐ์เช่นว่านี้บนท้องถนนแต่อย่างใด กฎระเบียบของรัฐในปัจจุบันได้มีการบังคับใช้ในเพียง 4 รัฐ ได้แก่ แคลิฟอร์เนีย เนวาดา มิชิแกน และฟลอริดา โดยในแต่ละรัฐมีข้อบังคับในการจำกัดความสามารถของผู้ขับขี่ที่จะต้องเข้าควบคุมระบบปัญญาประดิษฐ์เมื่อเกิดเหตุฉุกเฉิน รวมไปถึงการขอใบอนุญาตที่ต้องได้รับการควบคุมจากรัฐ ยังจะกล่าวได้ว่ากฎหมายในปัจจุบันยังคงมุ่งเน้นไปที่ผู้ผลิตเพื่อสร้างความรับผิดชอบต่อเทคโนโลยีที่มีการพัฒนาอย่างรวดเร็ว โดยมีแนวโน้มที่จะหาจุดสมดุลระหว่างความรับผิดชอบของผู้ผลิต ผู้บริโภค และประชาชนทั่วไปเพื่อสร้างความปลอดภัยบนท้องถนนได้อย่างเหมาะสมต่อไป<sup>19</sup>

กลุ่มที่สองเป็นกลุ่มประเทศที่ได้กำหนดความคุ้มครองทางกฎหมายในลักษณะของช้อยกเว้นความรับผิดชอบอันเกิดขึ้นขณะรถยนต์ไร้คนขับ ได้แก่ ประเทศอังกฤษ เวลส์ และสกอตแลนด์ และประเทศฝรั่งเศส โดยได้กำหนดเงื่อนไขความสิ้นไปของความคุ้มครองดังกล่าวผ่านการกำหนดหน้าที่บางประการ เช่น การกำหนดให้ผู้ขับขี่จะต้องกลับเข้าแทรกแซงการทำงานของรถยนต์เมื่อระบบร้องขอภายใต้กำหนดเวลาที่เหมาะสม เป็นต้น

สำหรับประเทศไทยยังไม่มีบทบัญญัติในพระราชบัญญัติจราจรทางบก พ.ศ. 2522 ที่ครอบคลุมไปถึงระบบปัญญาประดิษฐ์ในรถยนต์ไร้คนขับ ดังนั้น จึงจำเป็นต้องมีการศึกษาเปรียบเทียบกับกฎหมายต่างประเทศเพื่อนำมาประยุกต์ใช้ในการกำหนดข้อบังคับเรื่อง นิยามของผู้ขับขี่ บทบาทและหน้าที่ของผู้ขับขี่ ความรับผิดในกรณีเกิดอุบัติเหตุ กฎหมายว่าด้วยความปลอดภัย ตลอดจนช้อยกเว้นความรับผิดชอบอันเนื่องมาจากการใช้รถยนต์ไร้คนขับ เพื่อให้สามารถกำกับดูแลและบังคับใช้กฎหมายได้อย่างมีประสิทธิภาพ

<sup>18</sup> อีนาถ มีทรัพย์ประเสริฐ, 'ความรับผิดของผู้ขับขี่อันเกิดจากการใช้ยานยนต์ขับเคลื่อนอัตโนมัติ : ศึกษาความรับผิดตามพระราชบัญญัติจราจรทางบก พ.ศ. 2522 DRIVER'S LIABILITY RESULTING FROM THE USAGE OF AUTONOMOUS VEHICLE PURSUANT TO THE LAND TRAFFIC ACT B.E. 2522' (2566) 16(4) วารสารบัณฑิตศึกษานิติศาสตร์ 458, 459.

<sup>19</sup> Steven D. Jansma, 'Autonomous vehicles: The legal landscape in the US' (Norton Rose Fullbright Publications, 2016) <<https://www.nortonrosefulbright.com/en/knowledge/publications/2951f5ce/autonomous-vehicles-the-legal-landscape-in-the-us>> accessed 13 February 2025.

## 5. บทสรุป

เมื่อพิจารณาประเด็นทั้งสองผ่านสำนักความคิดกฎหมายธรรมชาติ พบว่าประเด็นดังกล่าวนี้ไม่สามารถนำมาวิเคราะห์ได้ว่าระบบปัญญาประดิษฐ์ควรที่จะเลือกหันพวงมาลัยไปด้านใด อย่างไรก็ตาม หากพิจารณากระบวนการศีลธรรมภายนอกกฎหมายของฟุลเลอร์ (External Morality of Law) ที่ว่าในบริบทของสังคมหนึ่งจะต้องบังคับให้เลือกหนทางในการช่วยเหลืออย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ โดยนำมาใช้ประกอบการตัดสินใจผ่านหลักการ 8 ประการของศีลธรรมภายใน (Internal Morality of Law) จะสามารถทำให้สังคมค้นหาแนวทางในการนำไปปรับใช้กับระบบปัญญาประดิษฐ์ในรถยนต์ไร้คนขับได้ในที่สุด

ในการวิเคราะห์กรณีที่รถยนต์ขับเคลื่อนด้วยระบบปัญญาประดิษฐ์ผ่านมุมมองของฮาร์ด ที่จะต้องเลือกว่าจะชนกลุ่มเด็กหรือผู้อาวุโส โดยกฎปฐมภูมิเป็นกฎเกณฑ์ที่กำหนดพฤติกรรม ส่วนกฎทุติยภูมิเป็นกฎหมายที่เสริมกฎปฐมภูมิให้มีประสิทธิภาพ โดยให้อำนาจเจ้าหน้าที่ในการบังคับใช้ การตัดสินใจของระบบปัญญาประดิษฐ์ ในการชนฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่สามารถสร้างความชอบธรรมได้อย่างสมบูรณ์ แม้จะพิจารณาจากแนวคิดอรรถประโยชน์นิยมของเจเรมี เบนท์แฮม ที่ให้ความสำคัญกับประโยชน์สุขของชนกลุ่มมาก ในกรณีที่ฝ่ายหนึ่งปฏิบัติตามกฎจราจรและอีกฝ่ายฝ่าฝืนกฎจราจร การชนฝ่ายที่ฝ่าฝืนกฎจราจรย่อมได้รับการยอมรับมากกว่า อย่างไรก็ตาม การตัดสินใจของระบบปัญญาประดิษฐ์ต้องพิจารณาถึงความสอดคล้องกับกฎแห่งการรับรู้ (Rules of Recognition) และการพิจารณาปัจจัยจากผู้ขับชီးเอง

ทฤษฎีกฎหมายบริสุทธิ์ของเคลเซนเป็นการแยกระหว่างกฎหมายคืออะไร และกฎหมายที่ควรจะเป็นภายใต้ทฤษฎี Separability Thesis ทำให้ในประเด็นเรื่องกลุ่มคนที่มีอายุแตกต่างกันตามแนวคิดของเคลเซน ที่ว่าเมื่อยังไม่ได้มีการบัญญัติเกี่ยวกับความรับผิดชอบของระบบปัญญาประดิษฐ์ไว้โดยเฉพาะ การที่จะตัดสินใจชนกลุ่มเด็กหรือผู้อาวุโส ต่างมองว่าเป็นการกระทำที่ผิดตามกฎหมายทั้งสิ้น หรือในประเด็นที่มีฝ่ายหนึ่งกระทำผิดกฎจราจร เคลเซนจะพิจารณาว่ากฎหมายลำดับรองที่ได้ตราขึ้นไว้โดยเฉพาะ เช่น พระราชบัญญัติจราจรทางบกถูกตราขึ้นโดยมีกฎหมายให้อำนาจไว้หรือไม่ หากเป็นไปตาม Identity Thesis จะถือว่าเป็นกฎหมายที่สมบูรณ์และสามารถนำมาบังคับใช้ได้ ข้อจำกัดของกฎหมายด้านนี้ในมุมมองของเคลเซน คือการที่ไม่มีกฎหมายบัญญัติเรื่องการรับผิดชอบของปัญญาประดิษฐ์ไว้อย่างชัดเจน รวมไปถึงยังไม่มีแนวคำพิพากษาของศาลเพื่อนำมาปรับใช้กฎหมาย จึงจะต้องนำบทบัญญัติใกล้เคียงอย่างยิ่งมาปรับใช้ในการพิจารณาคดี

ทั้งนี้ สิ่งที่ต้องพิจารณาเพิ่มเติมนอกเหนือไปจากการพิจารณาประเด็นทางศีลธรรมของปัญญาประดิษฐ์ เป็นเรื่องของความปลอดภัยแบบอัตโนมัติจากการทำงานของระบบปัญญาประดิษฐ์ และปัจจัยจากตัวผู้ขับชီးเอง<sup>20</sup> โดยในปัจจุบันยังไม่มีข้อกำหนดแนวคิดและทฤษฎีทางกฎหมายอันเกี่ยวกับการทำงานของระบบปัญญาประดิษฐ์ในเรื่องความรับผิดทางกฎหมายอาญาที่เป็นหลักสากลขึ้นมาบังคับใช้ เพื่อป้องกันการลงโทษบุคคลที่ไม่มีพฤติกรรมอันเป็นความผิดโดยตรง และในขณะเดียวกันยังคงไว้ซึ่งกลไกทางกฎหมายที่เอื้อต่อการพัฒนาเทคโนโลยีให้สามารถดำเนินไปอย่างมีประสิทธิภาพภายใต้กรอบของกฎหมายที่เหมาะสม

<sup>20</sup> ณัฐชนน อักษรรัตนานนท์, 'ความรับผิดทางอาญาเกี่ยวกับระบบปัญญาประดิษฐ์ ศึกษากรณีเฉพาะรถยนต์ขับเคลื่อนด้วยระบบปัญญาประดิษฐ์' (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต 2565) 42-56.



วิเคราะห์แนวคิดและทฤษฎีเชิงนิติปรัชญาของเจเรมี เบนแธม และฮันส์ เคลเซิน  
ผ่านกรณีศึกษา เรื่อง “โหวตโทษประหาร”

Legal Philosophy Analysis of Jeremy Bentham and Hans Kelsen  
through the Case of The Killing Vote

ณัฐภา จิรฐาวงศ์

*Nuthapa Jirathawong*

ทิพย์สุดา บุญทิพย์

*Thipsuda Bunthip*

ธนพร แก้วเซียงทอง

*Tanaporn Kaewchaingthong*

ธิดารัตน์ สินธุจิวัต

*Tidarat Sintujariwat*

พิชญุตม์ ฐาเศรษฐสิริ

*Pichayut Rathasettasiri*

สุรวิช อकिनชอติ

*Surawit Akinthanachot*

นิสิตในหลักสูตรนิติศาสตรบัณฑิต (ภาคบัณฑิต)

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ถนนพญาไท แขวงวังใหม่ เขตปทุมวัน กรุงเทพฯ 10330

LL.B Candidates

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

Corresponding author Email: 6449055834@alumni.chula.ac.th

(Received: January 20, 2025; Revised: February 18, 2025; Accepted: February 20, 2025)

---

## บทคัดย่อ

บทความนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อศึกษาและวิเคราะห์แนวคิดและทฤษฎีเชิงนิติปรัชญาผ่านกรณีศึกษา เรื่อง โหวตโทษประหาร (The Killing Vote) ซึ่งเป็นซีรีส์เกาหลีได้ โดยเป็นการตั้งคำถามว่าจะเป็นอย่างไร ถ้าคะแนนเสียงของคนในประเทศจะสามารถนำมาใช้ตัดสินชะตาชีวิตของอาชญากรได้ เนื้อหาหลักของ กรณีศึกษา ได้ปรากฏความขัดแย้งกันทางความคิดของตัวละครเกี่ยวกับกฎหมายและความชอบธรรมของ กฎหมาย ว่าการลงโทษประหารชีวิตอาชญากรโดยอ้างอิงจากเสียงของประชาชนในลักษณะเช่นนี้เป็นสิ่ง ที่เหมาะสมหรือชอบธรรมทางกฎหมายหรือไม่ ทางผู้เขียนจึงนำประเด็นในเรื่องดังกล่าวมาวิเคราะห์และ เปรียบเทียบระหว่างแนวคิดอรรถประโยชน์นิยมของเจเรมี เบนแธม (Jeremy Bentham) และทฤษฎี บริสุทธิ์แห่งกฎหมายของฮันส์ เคลเซิน (Hans Kelsen)

**คำสำคัญ:** นิติปรัชญา, กฎหมายบ้านเมือง, แนวคิดอรรถประโยชน์นิยม, ทฤษฎีบริสุทธิ์แห่งกฎหมาย, ความยุติธรรม

## Abstract

This article aims to study and analyze the legal philosophy through the case study of a Korean series “The Killing Vote”. The main idea concentrated on the possibility events in certain situations if the votes of people in the country could lead, and can be used to decide the fate of criminals, which resulting in the conflicting opinions of the main characters. The issue is around concerning correctness and fairness, whether punishing criminals in this way is appropriate or not. We, therefore, brought up the issue in this matter, analysis those conflict through the legal philosophy concepts of the Utilitarianism of Jeremy Bentham, and Pure Theory of Law of Hans Kelsen.

**Keywords:** Legal Philosophy, Positive Law, Utilitarianism, Pure Theory of Law, Justice

## 1. บทนำ

กรณีศึกษาเรื่องโหวตโทษประหาร (The Killing Vote) เป็นซีรีส์ทางโทรทัศน์ของเกาหลีใต้ในปี ค.ศ. 2023 ที่เป็นการติดตามเรื่องราวโดยเริ่มจากมีบุคคลลึกลับที่รู้จักกันในชื่อ หน้ากากสุนัข (Dog Mask) ที่ตั้งตนเองขึ้นมาเป็นผู้จัดรายการ ทำการสำรวจความคิดเห็นของประชาชนทั่วไปผ่านระบบข้อความ เพื่อให้ทุกคนที่ตรงตามเงื่อนไขนั้นมีสิทธิในการตัดสินใจออกเสียงเพื่อลงโทษอาชญากร หากผลสำรวจมีผู้เห็นชอบมากกว่า ร้อยละ 50 หน้ากากสุนัขจะทำการประหารชีวิตอาชญากรนั้น ๆ

กรณีศึกษาดังกล่าวมุ่งเน้นไปยังประเด็นของการตั้งศาลเตี้ยขึ้นมา และอ้างการลงคะแนนเสียงของประชาชนส่วนมาก เพื่อให้ตนมีความชอบธรรมในการจัดการกับอาชญากร ซึ่งขัดแย้งกับฝ่ายเจ้าหน้าที่ตำรวจที่ปฏิบัติตามหน้าที่ในการดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิดตามอำนาจที่ได้รับจากกฎหมายตามกระบวนการยุติธรรมตามที่กฎหมายกำหนดไว้

กรณีศึกษานี้แสดงให้เห็นว่า แม้ตัวละครทั้งสองฝ่ายต่างมีจุดมุ่งหมายเดียวกัน คือ ต้องการสร้างสังคมที่มีความสงบสุขและปลอดภัยต่อชีวิตของประชาชน แต่มีวิธีการที่แตกต่างกัน กล่าวคือ หน้ากากสุนัขใช้คะแนนเสียงของประชาชนส่วนใหญ่ในการสร้างความชอบธรรม แต่เจ้าหน้าที่ตำรวจกระทำตามกระบวนการทางกฎหมายที่บัญญัติอยู่ในขณะนั้น จึงจะเห็นได้ว่าแนวคิดทางนิติปรัชญาที่แตกต่างกัน จะส่งผลให้เกิดการกระทำที่แตกต่างกัน ตามที่ฝ่ายตนนั้นคิดว่าถูกต้อง ตามหลักของแนวคิดทางนิติปรัชญานั้น ๆ

จึงเป็นการตั้งคำถามในการกระทำของหน้ากากสุนัขที่คำนึงถึงความสุขมากที่สุดที่เกิดขึ้นกับคนส่วนใหญ่ จะสามารถถือให้เป็นความยุติธรรมในทุกสถานการณ์หรือไม่ ซึ่งมีความเชื่อมโยงกับแนวคิดอรรถประโยชน์นิยมของเจเรมี เบนแธม (Jeremy Bentham) ที่ว่าด้วยการกระทำที่นำมาซึ่งความสุข

จำนวนมากที่สุดต่อผู้คนจำนวนมากที่สุด เทียบกับการกระทำของเจ้าหน้าที่ตำรวจ ที่เชื่อมโยงได้กับทฤษฎี บริสุทธิ์แห่งกฎหมายของฮันส์ เคลเซน (Hans Kelsen) ที่มีหลักการว่า กฎหมายเป็นระบบบรรทัดฐานที่เป็นอิสระจากคุณธรรม และอรรถประโยชน์ รวมไปถึงโครงสร้างของกฎหมายจะต้องมีความเป็นระบบ และมีลำดับชั้นของกฎหมายที่ชัดเจน

บทความนี้แบ่งการนำเสนอเนื้อหาออกเป็น 5 หัวข้อ ได้แก่ เรื่องย่อของซีรีส์โหวตโทษประหาร แนวคิดของเจอร์มี เบนแธม และทฤษฎีของฮันส์ เคลเซน ข้อวิพากษ์การกระทำของตัวละครในซีรีส์โหวตโทษประหาร ข้อวิจารณ์แนวคิดของแนวคิดของเจอร์มี เบนแธม และทฤษฎีของฮันส์ เคลเซน และบทสรุป โดยแต่ละหัวข้อมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

## 2. เรื่องย่อของซีรีส์โหวตโทษประหาร

เรื่องย่อของซีรีส์โหวตโทษประหารบอกเล่าเรื่องราวของบุคคลนิรนามที่ไม่มีใครทราบตัวตน แต่ต่างรู้จักภายใต้ชื่อว่า หน้ากากสุนัขที่มีที่มาจากกรณีที่บุคคลลึกลับดังกล่าวมักใส่หน้ากากรูปหน้าสุนัข และทำหน้าที่เป็นผู้จัดรายการ โดยในการดำเนินรายการแต่ละครั้ง หน้ากากสุนัขจะแสดงบุคคลหนึ่งขึ้นมา พร้อมประวัติอาชญากรรมของบุคคลนั้น ทั้งประวัติการกระทำผิดในอดีตและในปัจจุบัน โดยมีทั้งกรณีที่หน้ากากสุนัขจับบุคคลนั้นมาอยู่ในสถานที่ของตนพร้อมประหารชีวิตแล้วและบุคคลที่ยังไม่ได้ถูกจับมา แต่อยู่ในวิสัยที่ถ้าผลโหวตจบลง หน้ากากสุนัขสามารถประหารชีวิตได้ทันที ในการสำรวจความคิดเห็นนั้น หน้ากากสุนัขจะส่งข้อความไปยังพลเมืองทุกคนที่มีอายุ 18 ปีขึ้นไป พร้อมถ่ายทอดสัญญาณรายการสดดังกล่าวไปยังโทรศัพท์มือถือส่วนบุคคล เมื่อได้รับข้อความ พลเมืองนั้นจะมีสิทธิในการกดโหวตลงความเห็นของตนว่าเห็นชอบหรือไม่เห็นชอบ ที่จะให้อาชญากรหรือบุคคลที่ถูกเลือกมานั้นสมควรได้รับโทษประหารชีวิต เมื่อสิ้นสุดระยะเวลาการโหวต หากผลการโหวตออกมาว่ามีความเห็นมากกว่าร้อยละ 50 โหวตเห็นด้วยกับการประหารชีวิต หน้ากากสุนัขก็จะจัดการประหารชีวิตบุคคลนั้นทันที

เมื่อผลการโหวตรอบแรกจบลงด้วยผลโหวตเห็นชอบมากกว่าร้อยละ 50 และหน้ากากสุนัขได้ดำเนินการสังหารอาชญากรคนแรกไปแล้ว สำนักงานตำรวจแห่งชาติจึงได้แต่งตั้งทีมเจ้าหน้าที่ตำรวจขึ้นเฉพาะกิจเพื่อไล่ล่าหาบุคคลที่อยู่ภายใต้หน้ากากสุนัขโดยเฉพาะ

กรณีศึกษา นี้ จะมีตัวละครหลักอยู่ 2 ฝ่ายที่ชัดเจน ฝ่ายแรกคือ ฝ่ายหน้ากากสุนัขที่ยังมีตัวตน ลึกลับในช่วงแรก แต่กลับมีเหตุการณ์เชื่อมโยงไปยังศาสตราจารย์ทางนิติปรัชญาท่านหนึ่ง ชื่อควอนซอกจู อดีตอาจารย์มหาวิทยาลัยชื่อดังที่ได้ละทิ้งหลักการที่มีต่อระบบกฎหมายทั้งหมดลงและเลือกทำตามความคับแค้นและเสียใจที่ต้องเสียลูกสาววัย 8 ขวบเพียงคนเดียวไปจากเหตุการณ์ฆาตกรรม ที่แม้จะสามารถตามจับผู้ต้องสงสัยได้ แต่สุดท้ายก็พ่ายให้กับกระบวนการในชั้นศาลด้วยพยานหลักฐานที่ไม่เพียงพอที่จะเอาผิดได้ เขาจึงเลือกพึ่งตัวเองในการทวงคืนความยุติธรรมให้กับลูกสาว โดยการเลือกที่จะฆ่าผู้ต้องสงสัยด้วยมือของเขาเองและต้องรับโทษในเรือนจำนานกว่า 8 ปี และมาบรรจบกับเหตุการณ์ หน้ากากสุนัขในปัจจุบัน

ฝ่ายที่สอง คือ ฝ่ายเจ้าหน้าที่ตำรวจ นำโดยผู้กำกับชื่อ คิมมูซาน เป็นหัวหน้าทีมสอบสวน เฉพาะกิจของสำนักงานตำรวจแห่งชาติ ผู้มีชีวิตอยู่เพื่อการกวาดล้างผู้กระทำความผิดทางอาญา ได้รับฉายาว่า ราชาแห่งการเลื่อนตำแหน่ง จากการสร้างพยานหลักฐานเพื่อปิดคดีให้ได้ตามเป้าหมายของตัวเอง คิมมูซานไม่เคยหยุดพักแม้เหล่าอาชญากรยังคงลายนวลกระทำผิดซ้ำไม่หวั่นต่อกฎหมาย กระทั่งวันหนึ่ง เขาเริ่มสัมผัสได้ถึงแรงสั่นสะเทือนทั่ววงการตำรวจ เมื่อบุคคลลึกลับนามว่า หน้ากากสุนัข ได้อ้างตนเป็นผู้ผดุงความยุติธรรมด้วยการมอบบทลงโทษอันสาสมอย่างการประหารชีวิตให้กับอาชญากรผ่านเสียงโหวตของประชาชน เพื่อยุติการโหวตโทษประหารชีวิตในครั้งถัดไป เขาจึงต้องรวมทีมโดยเฉพาะทีมหน่วยงานตำรวจไซเบอร์ที่จะเข้ามาไขคดีและสืบสวนผ่านการตรวจสอบระบบที่อยู่ภายใต้การโหวตของหน้ากากสุนัข

ใจความสำคัญของกรณีศึกษาเรื่องโหวตโทษประหาร คือการตั้งคำถามว่า จะเป็นอย่างไร ถ้าคะแนนเสียงของคนในประเทศจะตัดสินชะตาชีวิตของอาชญากรผู้ถูกเลือกขึ้นมาได้ โดยเรื่องราวจะเกิดขึ้นในวันหนึ่งที่ประชาชนได้รับข้อความเกี่ยวกับการลงคะแนนเพื่อลงโทษประหารชีวิตอาชญากร และเจ้าหน้าที่ตำรวจต้องออกไล่ล่าบุคคลผู้อยู่เบื้องหลังการลงคะแนนโทษประหารชีวิตนี้ ในขณะที่เดียวกันเจ้าหน้าที่ตำรวจก็ต้องเผชิญกับภาวะกลืนไม่เข้าคายไม่ออกในการช่วยชีวิตอาชญากรที่สมควรตายจากการโหวตโทษประหารชีวิต

### 3. แนวคิดของเจเรมี เบนแธม และแนวคิดของฮันส์ เคลเซน

#### 3.1 แนวคิดอรรถประโยชน์นิยมของเจเรมี เบนแธม

แนวคิดอรรถประโยชน์นิยม (Utilitarianism) ได้รับการสนับสนุนอย่างมากจากแนวคิดสำนักกฎหมายบ้านเมือง (Positivism) โดยเฉพาะจากเจเรมี เบนแธมได้อ้างหลักนี้เป็นเครื่องมือในการปฏิรูปกฎหมาย และวิจารณ์ความไม่เหมาะสมของกฎหมายต่าง ๆ อย่างไรก็ตาม แนวคิดอรรถประโยชน์นิยมเป็น คนละส่วนกับแนวคิดสำนักกฎหมายบ้านเมือง เพราะแนวคิดอรรถประโยชน์นิยมเป็นเรื่องจริยธรรมตามกฎหมายหรือการนิติบัญญัติซึ่งชี้ขาดลักษณะของกฎหมายที่ควรจะเป็น ส่วนสำนักความคิดสำนักกฎหมายบ้านเมืองเป็นเรื่องของการศึกษาวิเคราะห์ลักษณะอันปรากฏชัดแจ้งของกฎหมายที่รัฐสร้างขึ้นเรียบร้อยแล้ว<sup>1</sup>

ในช่วงชีวิตของเจเรมี เบนแธมอยู่ภายใต้บริบททางสังคมของอังกฤษที่มีการเปลี่ยนแปลงไปสู่สังคมอุตสาหกรรมอย่างรวดเร็ว จึงมีความจำเป็นในการปฏิรูปแก้ไขกฎหมายใหม่ เพื่อให้สอดคล้องกับสภาพสังคมที่เปลี่ยนแปลงไป แต่ขณะเดียวกันก็ยังทิ้งร่องรอยของแนวคิดของสำนักกฎหมายธรรมชาติซึ่งเป็นอุปสรรคต่อการปฏิรูปกฎหมาย<sup>2</sup> โดยเจเรมี เบนแธม ได้นำแนวคิดของเดวิด ฮูม (David Hume) มาใช้ในการปฏิรูปกฎหมาย โดยฮูมมองว่า เหตุผลมีลักษณะผูกติดกับความต้องการของผู้กระทำ เหตุผลไม่อาจบอกได้ว่าเราควรกระทำอย่างไร บอกได้เพียงว่าเราจะบรรลุจุดมุ่งหมายที่เราเลือกไว้แล้วได้อย่างไร<sup>3</sup>

<sup>1</sup> จรัญ โฆษณานันท์, *นิติปรัชญา* (สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง 2566) 247-248.

<sup>2</sup> เพิ่งอ้าง 252.

<sup>3</sup> เพิ่งอ้าง 253.

เจเรมี เบนแธมเชื่อว่า การกระทำใดการกระทำหนึ่งย่อมเป็นการกระทำที่ถูกต้องในทางศีลธรรมได้ หากการกระทำนั้นเป็นการกระทำที่นำมาซึ่งความสุขจำนวนมากที่สุดต่อผู้คนจำนวนมากที่สุด การให้คุณค่าทางศีลธรรมของการกระทำจึงไม่ได้อยู่ที่การกระทำ แต่อยู่ที่ผลของการกระทำที่นำมาซึ่งความสุขของผู้คน<sup>4</sup> กล่าวคือ การกระทำใดจะถูกตองหรือผิดขึ้นอยู่กับผลลัพธ์ของการกระทำนั้น<sup>5</sup> ทำให้ความสุขและความทุกข์เป็นแรงจูงใจของพฤติกรรมทั้งหมด โดยเจเรมี เบนแธมมีทัศนะที่ว่า ความสุขของมนุษย์ไม่อาจถูกกำหนดได้ด้วยการอ้างถึงสิ่งที่ดีงามที่เป็นวัตถุวิสัย หรือสิทธิตามธรรมชาติต่าง ๆ อย่างที่ได้แถลงไว้ในคำประกาศอิสรภาพของอเมริกันหรือในคำประกาศของฝรั่งเศสว่าด้วยสิทธิของมนุษย์และพลเมือง<sup>6</sup> ซึ่งแสดงให้เห็นว่า เจเรมี เบนแธมปฏิเสธเรื่องกฎแห่งธรรมชาติ โดยสันนิษฐานว่า เบื้องหลังการเรียกร้องที่พึงประสงค์เหล่านี้ คือ ผลประโยชน์อันเห็นแก่ตัวทั้งหลายที่ซ่อนเร้นไว้อย่างดี หรือเก็บไว้ไม่มีติดใจ เขาคิดว่าหลักการเรื่องอรรถประโยชน์นิยมจะเตือนเราอยู่ตลอดเวลาว่าข้อเสนอต่าง ๆ ล้วนมีจุดกำเนิดมาจากบรรดาบุคคลที่มีผลประโยชน์ที่บอกได้ และในขณะที่เดียวกันก็สนับสนุนให้เราประเมินมันด้วยการถอยห่างออกมาตามทัศนะของหลักการเรื่องความสุขสูงสุด<sup>7</sup>

คำว่า ความสุขและความทุกข์ ในทัศนะของเจเรมี เบนแธมมีความหมายทั่วไปตามที่สามัญชนเข้าใจ โดยความสุขและความทุกข์ที่สัมผัสได้ด้วยประสาทสัมผัสภายนอก และแนวคิดของเจเรมี เบนแธมเป็นเรื่องอรรถประโยชน์แบบสุขนิยม (Hedonistic Utilitarianism) โดยเจเรมี เบนแธม ใช้ความสุขเป็นหลักในการตรวจสอบความถูกต้องของการกระทำ<sup>8</sup> และพิจารณาควบคู่ไปกับเหตุปัจจัยสำคัญอีก 7 ประการ คือ ความเข้มข้น ระยะเวลายาวนาน ความแน่นอน ความใกล้ชิดของการเกิดความสุข ความอุดมสมบูรณ์ ความบริสุทธิ์ที่แท้จริง และขอบเขตหรือการแผ่ขยาย<sup>9</sup> นอกจากนี้ เจเรมี เบนแธม ได้จำกัดความสุขในปริมาณของปัจเจกบุคคลเท่านั้น ไม่ได้เน้นไปที่ประโยชน์ของชุมชนหรือสังคม เพราะสังคมเป็นเพียงผลรวมของประโยชน์ของแต่ละปัจเจกชนอยู่ในสังคมเท่านั้น ทำให้แนวคิดของเจเรมี เบนแธมมีลักษณะเป็นแบบปัจเจกชนนิยม (Individualism Utilitarianism)<sup>10</sup>

การนำผลลัพธ์เรื่องความสุขเป็นตัวตัดสินความถูกต้องและจะต้องเป็นความสุขของปัจเจกชนเป็นหลัก<sup>11</sup> และเพื่อให้กฎหมายที่เป็นกฎเกณฑ์บังคับกับปัจเจกชนในสังคม ซึ่งเป็นตัวตัดสินความถูกต้องนั้น ก่อให้เกิดความสุขแก่ปัจเจกชนมากที่สุด ดังคำกล่าวที่ว่า ความสุขสูงสุดแก่จำนวนคนมากที่สุด (The Great Happiness of the Greatest Number)<sup>12</sup> เพราะสิทธิของมนุษย์ไม่ได้เป็นไปโดยธรรมชาติ แต่เป็นสิทธิ

<sup>4</sup> วรเจตน์ ภาศิริรัตน์, *ประวัติศาสตร์ความคิดนิติปรัชญา* (สำนักพิมพ์อ่านกฎหมาย 2565) 374-375.

<sup>5</sup> โทมัส ฮ็อบส์, *ประวัติปรัชญาการเมือง เล่มที่ 2* (สมบัติ จันทรวงศ์ ผู้แปล, โครงการจัดพิมพ์คบไฟ 2551) 90.

<sup>6</sup> เพิ่งอ้าง 98.

<sup>7</sup> เพิ่งอ้าง 106.

<sup>8</sup> จรัญ โฆษณานันท์, *นิติปรัชญา* (เชิงอรรถที่ 1) 255.

<sup>9</sup> Jeremy Bentham, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, eds. J.H. Burns & H.L.A. Hart (Athlone Press, London 1970) Chapter 1, 2. อ้างถึงใน จรัญ โฆษณานันท์, *นิติปรัชญา* (เชิงอรรถที่ 1) 255.

<sup>10</sup> Lord Lloyd of Hampstead, *Introduction to Jurisprudence*, Op.cit. 72, Note 12 ; W. Friedmann, *Legal Theory*, Op.cit. 315. อ้างถึงใน จรัญ โฆษณานันท์, *นิติปรัชญา* (เชิงอรรถที่ 1) 256.

<sup>11</sup> จรัญ โฆษณานันท์, *นิติปรัชญา* (เชิงอรรถที่ 1) 257.

<sup>12</sup> เพิ่งอ้าง 248.

ที่ได้รับมาจากกฎหมาย ยิ่งกฎหมายดีเท่าไรก็ยิ่งเป็นประโยชน์มากเท่านั้น ก็ทำให้ปัจเจกชนจำนวนมากที่สุดมีความสุขมากที่สุด<sup>13</sup> จึงทำให้เจเรมี เบนแธมมีความคิดในเชิงปฏิรูปกฎหมาย และเพื่อให้สอดคล้องกับแนวคิดดังกล่าว จึงได้กำหนดเป็นเป้าหมายสำคัญ 4 ประการ คือ<sup>14</sup>

- (1.) การหาปัจจัยสำหรับการดำรงอยู่ (Subsistence)
- (2.) สร้างสรรค์ความมั่งคั่งสมบูรณ์ (Abundance)
- (3.) ให้ความเสมอภาค (Equality)
- (4.) รักษาความมั่นคง (Security)

### 3.2 ทฤษฎีบริสุทธิ์แห่งกฎหมายของฮันส์ เคลเซ่น

ฮันส์ เคลเซ่นเป็นนักปรัชญากฎหมาย ที่มีผลงานชิ้นสำคัญ คือ “ทฤษฎีบริสุทธิ์แห่งกฎหมาย (Pure Theory of Law)” ที่ต้องการให้เป็น “ทฤษฎีกฎหมายแบบปฏิฐานนิยม (Theory of Positive Law)” และมีเป้าหมายหลักในการสร้างทฤษฎีกฎหมายหรือวิชานิติศาสตร์ให้เป็นศาสตร์เฉพาะของตนเองแยกออกจากศาสตร์อื่นที่ไม่ใช่กฎหมาย กล่าวคือ หากวิชานิติศาสตร์ถูกรวบงำโดยทฤษฎีทางจิตวิทยา สังคมวิทยา จริยศาสตร์ การเมือง ฯลฯ จะทำให้เกิดความสับสน เพราะมีวิธีคิดที่ต่างกันของแต่ละศาสตร์ จึงต้องมีการจัดอิทธิพลของศาสตร์เหล่านี้ออกไปจากนิติศาสตร์ หรือทำให้นิติศาสตร์เป็นศาสตร์ที่บริสุทธิ์<sup>15</sup> โดยทฤษฎีของฮันส์ เคลเซ่นได้รับอิทธิพลความคิดมาจากอิมมานูเอล คานท์ (Immanuel Kant) ในเรื่องความคิดของการแบ่งโลกออกเป็นโลกแห่งปรากฏการณ์ (Sein; Is) และโลกแห่งบรรทัดฐานหรือแบบแผนความประพฤติ (Sollen; Ought)<sup>16</sup> และได้รับอิทธิพลจากฮูม ผู้ให้กำเนิดลัทธิไม่เชื่อถือหรือสงสัย (Skepticism) ที่เห็นว่า การที่มนุษย์เฝ้าสังเกตปรากฏการณ์ธรรมชาติซ้ำ ๆ จนเกิดเป็นความเคยชินและเข้าใจไปเองว่า เหตุและผลในกฎธรรมชาติมีความสัมพันธ์กัน<sup>17</sup> ฮันส์ เคลเซ่นจึงเชื่อว่า สิ่งที่ควรจะเป็นหรือบรรทัดฐานต่าง ๆ ไม่สามารถตีความ หรืออนุมานจากสิ่งที่ปรากฏอยู่หรือข้อเท็จจริงได้<sup>18</sup>

แนวคิดข้างต้นนี้ทำให้ฮันส์ เคลเซ่นเห็นว่า ปัญหาที่ว่า “กฎหมายคืออะไร” (Is) กับ “ปัญหาที่ว่า กฎหมายควรจะเป็นอย่างไร” (Ought) นั้น ต้องแยกออกจากกันอย่างเด็ดขาด<sup>19</sup> เนื่องจากปัญหาเรื่องว่า กฎหมายควรจะเป็นอย่างไรเป็นคำถามทางการเมือง ซึ่งต้องอาศัยกฎเกณฑ์ทางศีลธรรม จริยธรรม และ

<sup>13</sup> ส.ศิริรักษ์, *นักปรัชญาการเมืองฝรั่ง* (สำนักพิมพ์ศึกษิตสยาม 2546) 200.

<sup>14</sup> Jeremy Bentham, *The Theory of Legislation* (C.K. Ogden ed, London 1931) 96. อ้างถึงใน จริญญา โฆษณานันท์, *นิติปรัชญา* (เชิงอรรถที่ 1) 257.

<sup>15</sup> Hans Kelsen, *Pure Theory of Law* (Max Knight tr, 5th edn, Law Book Exchange 2008) 1.

<sup>16</sup> จริญญา โฆษณานันท์, *นิติปรัชญา* (เชิงอรรถที่ 1) 61.

<sup>17</sup> สุรินทร์ ถั่วทอง, ‘นิติปรัชญา’ (ม.ป.ป.) 17 วารสารนิติศาสตร์ 42, 3 อ้างถึงใน รองพง เจริญพันธุ์, *นิติปรัชญา* (สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2520) 15, 89.

<sup>18</sup> Lord Lloyd of Hampstead, *Introduction to Jurisprudence* (London: Stevens & Sons 1979) 282. อ้างถึงใน จริญญา โฆษณานันท์, *นิติปรัชญา* (เชิงอรรถที่ 1) 61.

<sup>19</sup> Walter Ott, *Der Rechtspositivismus: Kritische Würdigung auf der Grundlage eines juristischen Pragmatismus* (2 Überarbeitete und erweiterte Aufl, Berlin: Duncker und Humblot 1992) 27.

สังคมในการอธิบาย<sup>20</sup> จึงมีลักษณะไม่แน่นอน เปลี่ยนแปลงไปตามสภาพบุคคลและสังคม หรือมีลักษณะเป็นอัตวิสัย (Subjective) จึงเป็นเพียงสิ่งสัมพัทธ์ (Relative)<sup>21</sup> ดังนั้น หน้าที่ของวิชานิติศาสตร์จึงต้องมุ่งเน้นแต่เรื่องกฎหมายที่บัญญัติขึ้นหรือตัวบทกฎหมายและแสวงหาคำตอบว่า กฎหมายคืออะไรเท่านั้น<sup>22</sup> จึงทำให้วิชานิติศาสตร์มีลักษณะเป็นภววิสัย (Objective) และเป็นศาสตร์ที่บริสุทธิ์ได้<sup>23</sup>

ฮันส์ เคลเซนอธิบายว่า กฎหมายเป็นเรื่องของบรรทัดฐานหรือสิ่งที่ “ควร” จะกระทำ (Ought)<sup>24</sup> ซึ่งการที่จะให้บรรทัดฐานของกฎหมายสารบัญญัติ (Positive Law) กลายเป็นสิ่งที่ เป็นภววิสัยของกฎหมาย และดำรงอยู่อย่างโดดเดี่ยวจึงเป็นสิ่งที่ไม่จำเป็น จากนั้นจึงแสวงหาคำตอบว่ากฎหมายคืออะไรในรูปแบบของบรรทัดฐานดังกล่าว<sup>25</sup> อย่างไรก็ตาม ปัญหาของการทำให้บรรทัดฐานซึ่งอยู่ในโลกของความควร กลายเป็นสิ่งที่ เป็นภววิสัยของกฎหมายได้ คือ บรรทัดฐานนั้นจะต้องมีความสมบูรณ์หรือมีผลบังคับ (Validity of Legal Norms) ก่อนจึงจะสามารถทำหน้าที่ให้ความหมายกับข้อเท็จจริงให้มีความหมายในทางกฎหมาย หรือที่เรียกว่า “Imputation”<sup>26</sup> ได้ ทั้งนี้ฮันส์ เคลเซนถือว่า บรรทัดฐานทางกฎหมายจะมีผลบังคับใช้ได้ (Validity) ก็ต่อเมื่อเป็นส่วนหนึ่งของระบบบรรทัดฐาน<sup>27</sup> กล่าวคือ บรรทัดฐานนั้นถูกบัญญัติขึ้นภายใต้กรอบทั้งเชิงกระบวนการ ซึ่งหมายถึง ภายใต้กระบวนการและโดยผู้มีอำนาจ เช่น ผ่านรัฐสภาโดยคณะรัฐมนตรี และกรอบเชิงเนื้อหา ซึ่งหมายถึง บรรทัดฐานทางกฎหมายสูงกว่าเรียงซ้อนกันไว้เป็นลำดับชั้น (Hierarchy)<sup>28</sup> ดังนั้น บรรทัดฐานทางกฎหมายจึงทำหน้าที่เป็นเสมือน “กรอบ” ที่กำหนดขอบเขตและให้อำนาจ รวมทั้งความสมบูรณ์แก่บรรทัดฐานในลำดับที่ต่ำกว่า แต่เนื้อหาของบรรทัดฐานทางกฎหมายลำดับที่ต่ำกว่าไม่ได้สืบสาวมาจากบรรทัดฐานที่สูงกว่าเสมอไป ซึ่งแตกต่างจากสำนักกฎหมายธรรมชาติ แต่ในทางตรงกันข้าม ผู้มีอำนาจตามบรรทัดฐานที่สูงกว่าในการออกบรรทัดฐานที่ต่ำกว่า มีดุลยพินิจที่จะกำหนดเนื้อหาของบรรทัดฐานที่ต่ำกว่าได้<sup>29</sup>

ในระบบกฎหมาย เมื่อเราสืบสาวไปยังบรรทัดฐานชั้นสูงสุดและไม่สามารถศึกษาหาบรรทัดฐานอื่นได้อีกต่อไป ฮันส์ เคลเซนจึงสมมุติสิ่งที่เรียกว่า บรรทัดฐานชั้นมูลฐาน (Grundnorm; Basic Norm)<sup>30</sup> ขึ้นมาเพื่อไม่ให้เกิดการสืบสาวไปอย่างไม่มีการสิ้นสุด โดย Grundnorm คือ ฐานที่เป็นสิ่งสมมุติโดยนักกฎหมาย เพื่อให้เราสามารถรับรู้ได้ถึงการเมืองอยู่ของระบบกฎหมาย จากตรงนี้จะเห็นว่า ฮันส์ เคลเซนหยิบเอาแนวคิด

<sup>20</sup> จรัญ โฆษณานันท์, *นิติปรัชญา* (เชิงอรรถที่ 1) 62.

<sup>21</sup> Lord Lloyd of Hampstead, *Introduction to Jurisprudence* (n 18) 282. อ้างถึงใน จรัญ โฆษณานันท์, *นิติปรัชญา* (เชิงอรรถที่ 1) 61.

<sup>22</sup> จรัญ โฆษณานันท์, *นิติปรัชญา* (เชิงอรรถที่ 1) 62.

<sup>23</sup> สมยศ เชื้อไทย, *นิติปรัชญาเบื้องต้น* (สำนักพิมพ์วิญญูชน 2565) 161.

<sup>24</sup> จรัญ โฆษณานันท์, *นิติปรัชญา* (เชิงอรรถที่ 1) 62.

<sup>25</sup> เพิ่งอ้าง 64.

<sup>26</sup> Mariano Croce and Andrea Salvatore, *The Legal Theory of Carl Schmitt* (Routledge 2013) 82.

<sup>27</sup> จรัญ โฆษณานันท์, *นิติปรัชญา* (เชิงอรรถที่ 1) 64.

<sup>28</sup> Hans Kelsen, *Introduction to the Problems of Legal Theory* (Bonnie Litschewski Paulson and Stanley L. Paulson trs, Clarendon Press 1992) 77-78.

<sup>29</sup> Lars Vinx, ‘Introduction’ in Vinx (ed and tr) *The Guardian of the Constitution Hans Kelsen and Carl Schmitt on the Limits of Constitutional Law* (Cambridge University Press 2015) 13.

<sup>30</sup> Hans Kelsen, *General Theory of Law and State* (New York Russell & Russell 1973) 111.

ของ อิมมานูเอล คานต์ว่า การที่มนุษย์จะสามารถรับรู้โลกปรากฏการณ์ได้นั้น มนุษย์จะต้องรับรู้ผ่านเงื่อนไข คือ สถานที่และเวลา (Transcendental Logic)<sup>31</sup> เมื่อฮันส์ เคลเซินนำมาปรับใช้ในการอธิบาย Grundnorm จึงเห็นได้ว่า เงื่อนไขที่จะทำให้มนุษย์รับรู้การมีอยู่ของระบบกฎหมายได้ก็คือ Grundnorm

## 4. ข้อวิพากษ์การกระทำของตัวละคร

### 4.1 ข้อวิพากษ์การกระทำของตัวละครผ่านแนวคิดของเจเรมี เบนธัม

#### (1.) การกระทำของหน้ากากสุนัข

พิจารณาการกระทำของหน้ากากสุนัขผ่านมุมมองของ เจเรมี เบนธัมเมื่อผลโหวตจากประชาชนมากกว่าร้อยละ 50 ต้องการให้หน้ากากสุนัขประหารชีวิตอาชญากร แสดงให้เห็นว่า ปัจเจกชนมองว่าตนเองจะมีความสุขหากมีการประหารชีวิตอาชญากรเกิดขึ้น โดยเหตุผลหลักของปัจเจกชนที่สนับสนุนการประหารชีวิต คือ ต้องการให้อาชญากรถูกลงโทษอย่างสาสมกับสิ่งที่กระทำ รวมไปถึงตัดโอกาสที่อาชญากรรายนั้นจะมีชีวิตรอดเพื่อก่อให้เกิดอันตรายขึ้นอีกจึงได้ทำการกดโหวต และผลโหวตจากประชาชนมากกว่าร้อยละ 50 ต้องการให้หน้ากากสุนัขประหารชีวิตอาชญากร ดังนั้น การกระทำที่หน้ากากสุนัขประหารชีวิตอาชญากร ก็ก่อให้เกิดความสุขสูงสุดแก่จำนวนคนมากที่สุด ผลที่เกิดขึ้นจะเป็นผลที่ก่อให้เกิดความสุขกับปัจเจกชนมากที่สุด ตามแนวคิดอรรถประโยชน์นิยมของเจเรมี เบนธัม

การกระทำของหน้ากากสุนัขแม้ปัจจุบันจะไม่ถือเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมาย เนื่องจากไม่ใช่คำสั่งของรัฐอธิปไตยตามแนวคิดของสำนักกฎหมายบ้านเมือง แต่ก็สะท้อนให้เห็นความต้องการของประชาชนในสังคม ดังนั้น ในฐานะนักปฏิรูปกฎหมายของเจเรมี เบนธัมที่เชื่อว่ากฎหมายต้องมีการแก้ไข ถ้าไม่ก่อให้เกิดประโยชน์แก่สังคม หากมีสิ่งใดนำมาสู่ความสุขแก่ปัจเจกชนมากที่สุดก็สามารถแก้ไขเปลี่ยนแปลงให้สิ่งนั้นเป็นกฎหมายได้ ในกรณีศึกษา นี้ เมื่อความสุขของปัจเจกชนส่วนใหญ่ คือ การลงโทษอาชญากรโดยการประหารชีวิต กฎหมายที่มีอยู่ในปัจจุบันซึ่งขัดแย้งกับความต้องการของปัจเจกชนสมควรจะต้องได้รับการแก้ไขหรือไม่ และสมควรแก้ไขให้เป็นอย่างไรเพื่อให้สอดคล้องกับความต้องการของปัจเจกชนในสังคม

#### (2.) การกระทำของเจ้าหน้าที่ตำรวจ

พิจารณาการกระทำของเจ้าหน้าที่ตำรวจ แม้การกระทำของเจ้าหน้าที่ตำรวจจะชอบด้วยกฎหมาย และกระทำการในฐานะตัวแทนของรัฐอธิปไตย โดยเจ้าหน้าที่ตำรวจต้องปฏิบัติหน้าที่เพื่อความสงบเรียบร้อยภายใต้ขอบเขตของประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ซึ่งกรณีนี้เจ้าหน้าที่ตำรวจมีหน้าที่ในการเข้าช่วยเหลืออาชญากร และนำอาชญากรเข้าสู่กระบวนการพิจารณาคดีที่ชอบด้วยกฎหมาย อย่างไรก็ตาม การกระทำของเจ้าหน้าที่ตำรวจขัดแย้งกับความต้องการของปัจเจกชนส่วนใหญ่ในสังคมที่ต้องการประหารชีวิตอาชญากร แสดงว่า การกระทำอันใดอันเป็นการยับยั้งไม่ให้เกิดการประหารชีวิตอาชญากร ก็จะเป็นการกระทำที่ตรงกันข้ามกับก่อให้เกิดความสุขสูงสุดแก่จำนวนคนมากที่สุด ทำให้ไม่

<sup>31</sup> สุรินทร์ ถั่วทอง, 'ฮันส์ เคลเซิน และทฤษฎีบริสุทธิแห่งกฎหมาย' (2522) 2(14) วารสารอัยการ 73-4.

เป็นไปตามแนวคตินิติปรัชญาของเจเรมี เบนธัม ดังนั้น การกระทำของเจ้าหน้าที่ตำรวจที่ทำตามกฎหมาย ซึ่งกฎหมายนั้นขัดกับความต้องการของปัจเจกชน กฎหมายนั้นสมควรที่จะได้รับการแก้ไข

## 4.2 ข้อวิพากษ์การกระทำของตัวละครผ่านทฤษฎีของฮันส์ เคลเซ่น

### (1.) การกระทำของหน้าากากสุนัข

พิจารณาการกระทำของหน้าากากสุนัขผ่านมุมมองของฮันส์ เคลเซ่น การที่หน้าากากสุนัขจัดให้ประชาชนร่วมโหวตเห็นชอบในการประหารชีวิตอาชญากรแต่ละคนที่หน้าากากสุนัขคัดเลือกมา โดยหากผลการโหวตมากกว่าร้อยละ 50 หน้าากากสุนัขก็จะลงมือประหารชีวิตอาชญากรทันที แสดงให้เห็นว่าในโลกแห่งปรากฏการณ์ (Sein; Is) ข้อเท็จจริงที่ปรากฏ คือ มีการตายของอาชญากรเกิดขึ้นจากการถูกฆ่าโดยหน้าากากสุนัข บรรทัดฐานทางกฎหมายซึ่งอยู่ในโลกแห่งความควร (Sollen; Ought)<sup>32</sup> ที่เข้ามาทำหน้าที่ให้ความหมายกับข้อเท็จจริงในทางกฎหมาย (Imputation)<sup>33</sup> ดังกล่าวได้นั้น จะต้องมียุติธรรมทางกฎหมาย (Validity) แล้ว ซึ่งในที่นี้ ประมวลกฎหมายอาญาถูกบัญญัติขึ้นภายใต้กรอบเชิงกระบวนการและเชิงเนื้อหาที่บรรทัดฐานสูงกว่ากำหนดไว้เป็นลำดับชั้น (Hierarchy)<sup>34</sup> ไป โดยมีบรรทัดฐานทางกฎหมายที่มีลำดับที่สูงกว่าทำหน้าที่เป็นเสมือน “กรอบ” ที่กำหนดขอบเขตและให้อำนาจรวมทั้งความสมบูรณ์แก่บรรทัดฐานในลำดับที่ต่ำกว่า ซึ่งกฎหมายที่อยู่สูงกว่านั้น คือ รัฐธรรมนูญ ดังนั้น ข้อเท็จจริงในเหตุการณ์นี้จึงได้รับการให้ความหมายโดยบรรทัดฐานในทางกฎหมายที่มีผลบังคับใช้ เป็นตัวบทกฎหมายตามแนวคิดของฮันส์ เคลเซ่น อีกทั้งยังครบตามองค์ประกอบความผิด ส่งผลให้การกระทำของหน้าากากสุนัขมีความผิดฐานฆ่าผู้อื่นโดยไตร่ตรองไว้ก่อน เพราะหน้าากากสุนัขมีการวางแผนเจาะเข้าระบบข้อความมีการคัดเลือกอาชญากรพร้อมข้อมูลอาชญากรรายนั้น มีการเตรียมฉากการถ่ายทอดสด รวมทั้งคิดวิธีการที่จะใช้ในประหารชีวิตอาชญากรเอาไว้แล้วล่วงหน้า

ขณะเดียวกัน เมื่อพิจารณาย้อนไปยังการกระทำของบุคคลที่ภายหลังได้กลายมาเป็นอาชญากรด้วยทฤษฎีของฮันส์ เคลเซ่น อาชญากรดังกล่าวย่อมมีการกระทำความผิดมาเช่นกัน และเมื่อครบองค์ประกอบความผิดตามบทบัญญัติของประมวลกฎหมายอาญาก็ “ควร” ต้องได้รับโทษที่บัญญัติไว้ แต่ผลปรากฏว่า อาชญากรเหล่านี้มีข้อเท็จจริงหรือเหตุบางประการแทรกเข้ามาเกี่ยวข้อง ทำให้ได้รับโทษไม่เหมาะสมกับความผิดที่ได้กระทำลง เช่น การสร้างพยานหลักฐานเท็จขึ้นมาและทำให้ศาลเชื่อได้สำเร็จ<sup>35</sup> ดังในกรณีศึกษา คือ คดีของลูกสาวของศาสตราจารย์ควอนซอกจู ที่นายฝั่งจําเลยสร้างพยานหลักฐานเท็จที่มีความน่าเชื่อถือและมีน้ำหนักมากพอ ประกอบกับการนำสืบในชั้นศาลของทนายความฝั่งจําเลย จนสามารถโน้มน้าวให้ศาลคล้อยตามและตัดสินคดีว่าจําเลยไม่มีความผิด หรือการที่ตัวบทกฎหมายได้บัญญัติถึงเหตุผลโทษแก่จําเลย<sup>36</sup> หากเข้าใจเงื่อนไขที่บัญญัติไว้ในกฎหมาย ดังในกรณีศึกษา คือ อาชญากรคนหนึ่งได้รับการลดโทษเพราะเป็นหัวหน้าครอบครัวที่ต้องดูแลภรรยา ส่งผลให้อาชญากรเหล่านี้ไม่ได้รับโทษหรือ

<sup>32</sup> จรัญ โฆษณานันท์, *นิติปรัชญา* (เชิงอรรถที่ 1) 61.

<sup>33</sup> Mariano Croce and Andrea Salvatore, *The Legal Theory of Carl Schmitt* (n 26) 82.

<sup>34</sup> Hans Kelsen, *Introduction to the Problems of Legal Theory* (n 28) 77-78.

<sup>35</sup> สุรินทร์ สกฤษฎ์พงศ์, *ฮันส์ เคลเซ่นและทฤษฎีบริสุทธิ์แห่งกฎหมาย*, (สำนักพิมพ์วิญญูชน 2562) 30-32.

<sup>36</sup> เพิ่งอ้าง.

ได้รับโทษที่น้อยกว่าที่กฎหมายกำหนด ทำให้ประชาชนในสังคมเกิดความไม่พอใจต่อคำพิพากษาของศาล เช่นเดียวกันกับหน้าากาสุนัขเองก็เช่นกันที่รู้สึกไม่พอใจต่อคำพิพากษาต่อคดีที่ตนมีความเกี่ยวข้อง และเบื้องหลังของหน้าากาสุนัขทุกคน ล้วนเป็นบุคคลที่เกี่ยวข้องกับเหยื่อของอาชญากรที่ถูกเลือกขึ้นมาให้ประชาชนโหวต และอาชญากรเหล่านี้ก็ไม่ได้รับโทษที่ควรได้รับ จึงเป็นเหตุให้หน้าากาสุนัขได้ตัดสินใจสร้างศาลเตี้ยขึ้นมาเพื่อทำการการโหวต โดยมีเป้าหมายเบื้องหน้าในเรื่องความยุติธรรม แต่มีเป้าหมายที่อยู่เบื้องหลังในการลงโทษอาชญากรด้วยตนเอง จนนำมาสู่ความวุ่นวายขัดแย้งในสังคม

อย่างไรก็ตาม ประเด็นเรื่องความวุ่นวายในสังคมดังกล่าวนี้ ฮันส์ เคลเซนไม่ได้เสนอวิธีการที่จะใช้ในการระงับความวุ่นวายให้ทันทั่วถึงไว้มาก่อนแต่อย่างใด เพียงแต่ฮันส์ เคลเซนได้เสนอให้มีการแก้ไขปรับปรุงหรือบัญญัติกฎหมายใหม่ ซึ่งท้ายที่สุดแล้วก็อาจมีความล่าช้าเกินไป เนื่องด้วยการผ่านกระบวนการที่ควรจะเป็นตามทฤษฎีของฮันส์ เคลเซน<sup>37</sup>

นอกจากนี้ ในการสร้างการโหวตหรือกระทำการใด ๆ ของหน้าากาสุนัข เบื้องหน้าหน้าากาสุนัข มักจะมีการกล่าวอ้างถึง “ความยุติธรรม (Justice)” ซึ่งในทัศนะของฮันส์ เคลเซน ที่ต้องการสร้างนิติศาสตร์ที่บริสุทธิ์ปราศจากความคิดที่เจือปนจากศาสตร์อื่น<sup>38</sup> จึงได้ยึดทฤษฎีแยก ซึ่งแยกกฎหมายออกจากศีลธรรม (Separability Thesis: Law and Morality)<sup>39</sup> ดังนั้น ความยุติธรรมจึงเป็นสิ่งที่อยู่ในโลกแห่งความควร เช่นเดียวกับ ศีลธรรมและจริยธรรม ฮันส์ เคลเซนจึงมองว่า ความยุติธรรมเป็นสิ่งที่มีความเป็นอัตวิสัยแปรเปลี่ยนไปตามมุมมองของแต่ละคน จึงไม่ใช่สิ่งที่เป็นนิติศาสตร์โดยแท้ต้องมาอธิบาย

อย่างไรก็ตาม ฮันส์ เคลเซนก็ไม่ได้ละทิ้งการอธิบายความยุติธรรมไปเสียทีเดียว ฮันส์ เคลเซนได้ให้ความเห็นต่อความยุติธรรมตามกฎหมาย ซึ่งแตกต่างจากความยุติธรรมในความหมายตามตัวอักษรที่เป็นคุณค่าสมบูรณ์<sup>40</sup> ไว้ว่า เขาเห็นด้วยกับแนวคิดอรรถประโยชน์นิยมของเจเรมี เบนธัมที่กล่าวว่าการอธิบายความยุติธรรมในแง่ของการแสวงหาความสุขของมนุษย์หรือปัจเจกชนแต่ละคนเป็นเงื่อนไขของความยุติธรรม หรือ ความยุติธรรม คือ ความสุขสูงสุดที่มนุษย์แต่ละคนพึงจะได้รับเป็นความสุขสูงสุดแก่คนจำนวนมากที่สุดด้วย (The Great Happiness of the Greatest Number)<sup>41</sup> ในความเห็นของฮันส์ เคลเซน ความยุติธรรมตามกฎหมายจึงเป็นความสุขของสังคมโดยรวม (Social Happiness) ไม่ใช่ความสุขตามความรู้สึกส่วนตัวของปัจเจกชน (Individual Happiness)<sup>42</sup> อย่างไรก็ตาม การอธิบายความยุติธรรมตามกฎหมายในแง่ของความสุขซึ่งเป็นสิ่งที่ไม่แน่นอน มีลักษณะเป็นอัตวิสัย อาจก่อให้เกิดเหตุการณ์ที่มนุษย์คนหนึ่งแสวงหาความสุขของตนแต่ขัดแย้งกับการแสวงหาความสุขของอีกคนได้ กลายเป็นเรื่องของผลประโยชน์ (Interest)<sup>43</sup> ซึ่งสมมุติฐานนี้ของฮันส์ เคลเซน มีความจำเป็นที่ต้องได้รับการพิสูจน์เพื่อให้อยู่

<sup>37</sup> ฉัตรระวี สุวรรณวงศ์ และคณะ, ‘วิเคราะห์กรณีของนักสำรวจปล้นเขียนผ่านแนวคิดเชิงนิติปรัชญาของโรนัลด์ ดวอร์คิน และ ฮันส์ เคลเซน’ (2566) 1 วารสารนิติปริทัศน์ 29.

<sup>38</sup> Hans Kelsen, *Pure Theory of Law* (n 15) 1.

<sup>39</sup> Ibid.

<sup>40</sup> Hans Kelsen, *What is Justice? Justice, Law and Politics in the Mirror of Science* (University of California Press 1957) 2.

<sup>41</sup> จรัญ โฆษณานันท์, *นิติปรัชญา* (เชิงอรรถที่ 1) 248.

<sup>42</sup> สุรินทร์ สกฤษฎ์พงศ์, *ฮันส์ เคลเซนและทฤษฎีบริสุทธิ์แห่งกฎหมาย* (เชิงอรรถที่ 35) 23.

<sup>43</sup> เพิ่งอ้าง 28.

ในขอบเขตของศาสตร์ที่บริสุทธิ์ เช่น ความสุขคืออะไร ซึ่งการพิสูจน์เรื่องดังกล่าว ฮันส์ เคลเซนมองว่าเป็นเรื่องของทฤษฎีของวิชาเศรษฐศาสตร์การเมืองและสังคมวิทยาการเมืองโดยเฉพาะ จึงอยู่นอกขอบเขตของทฤษฎีบริสุทธิ์แห่งกฎหมาย<sup>44</sup> ดังนั้น สำหรับฮันส์ เคลเซน ความสุขโดยรวมหรือการรับฟังเสียงของประชาชนที่มีความคิดแตกต่างหลากหลายจะส่งผลต่อความมั่นคงแห่งนิติฐานะและหลักที่วางกฎหมายต้องปรับใช้เป็นการทั่วไปตามแนวคิดกฎหมายบ้านเมือง ฮันส์ เคลเซนจึงไม่สนับสนุนวิธีการดังกล่าว

กล่าวโดยสรุป การกล่าวอ้างความยุติธรรมของหน้าากากสุนัข คือ การที่หน้าากากสุนัขพยายามค้นหาวิธีการบางอย่างที่จะสามารถสะท้อนให้เห็นถึงความต้องการหรือความสุขของประชาชนโดยรวม เพราะหน้าากากสุนัขต้องการยึดโยงความรู้สึกของประชาชนต่อการกระทำของตน หากผลการโหวตของประชาชนมากกว่าร้อยละ 50 เห็นด้วยกับการประหารชีวิตอาชญากร ผลโหวตนี้สะท้อนให้เห็นถึงความต้องการอันนำมาซึ่งความสุขของประชาชน<sup>45</sup> และเป็นความสุขโดยรวมของสังคม หรือ ความยุติธรรมตามกฎหมายที่ ฮันส์ เคลเซน ได้ให้ความเห็นไว้ แต่ขณะเดียวกัน ฮันส์ เคลเซน ได้อธิบายไปยังต้นว่า สุดท้ายการพิสูจน์ถึงความสุขดังกล่าว เป็นเรื่องของศาสตร์อื่นในการพิสูจน์อธิบาย การพยายามนำเรื่องของความยุติธรรมมาปะปนกับกฎหมายของหน้าากากสุนัข เพื่อให้ตนเองสามารถทำการประหารอาชญากรได้ เพราะความถูกต้องหรือยุติธรรม จึงเป็นการตีความและใช้คุณค่าอย่างบิดผัน<sup>46</sup> เป็นความยุติธรรมในความหมายตามตัวอักษรที่เป็นคุณค่าสมบูรณ์ซึ่งเป็นการปูทางไปสู่การปกครองแบบเผด็จการ<sup>47</sup> จึงกล่าวได้ว่าการกระทำของหน้าากากสุนัขนั้นไม่สามารถอ้างว่าเป็นกฎหมายตามทฤษฎีบริสุทธิ์แห่งกฎหมายของฮันส์ เคลเซน

## (2.) การกระทำของเจ้าหน้าที่ตำรวจ

พิจารณาการกระทำของเจ้าหน้าที่ตำรวจหรือสำนักงานตำรวจในฐานะองค์กรส่วนราชการของรัฐ เมื่อพิจารณาประกอบแนวคิดทฤษฎีบริสุทธิ์แห่งกฎหมายของฮันส์ เคลเซน จะเห็นว่า การที่องค์กรราชการหรือสำนักงานตำรวจได้รับการจัดตั้งขึ้นตามกฎหมาย (พระราชบัญญัติหรือพระราชกฤษฎีกา) ที่ถูกตราขึ้นภายใต้กรอบเชิงกระบวนการ (วิธีสบัญญัติ) สามารถสืบสาวไปยังกฎหมายที่สูงกว่าได้ คือ รัฐธรรมนูญ เพราะมีกรอบเชิงเนื้อหาระบุถึงการจัดตั้งและมีการประกาศใช้อย่างถูกต้องโดยผู้มีอำนาจ ให้จัดตั้งขึ้นเพื่อให้มีองค์กรและมีการแต่งตั้งเจ้าหน้าที่คอยดูแลความสงบสุขของสังคมและตรวจสอบการบังคับใช้กฎหมายของประชาชน ดังนั้น เจ้าหน้าที่ตำรวจจึงสามารถปฏิบัติหน้าที่โดยได้รับอำนาจตามขอบเขตที่ระเบียบหรือกฎหมายกำหนด

เมื่อการโหวตที่ถูกจัดตั้งขึ้นอย่างไม่ถูกต้องตามกฎหมายและก่อให้เกิดความวุ่นวายในสังคม เจ้าหน้าที่ตำรวจก็ต้องดำเนินการจับกุมตามขอบเขตอำนาจและสิ่งที่จะต้องกระทำตามที่กฎหมายกำหนด เพราะการกระทำของหน้าากากสุนัขถือว่าผิดกฎหมายเช่นกัน

<sup>44</sup> เพิ่งอ้าง.

<sup>45</sup> วรเจตน์ ภาคีรัตน์, *ประวัติศาสตร์ความคิดนิติปรัชญา* (เชิงอรรถที่ 4) 374-375.

<sup>46</sup> ศศิภา พุกภูษาจันทร์, 'สำนักกฎหมายบ้านเมืองสมัยใหม่: ข้อความคิดว่าด้วยกฎหมายในทรรศนะของ Hans Kelsen และ H.L.A. Hart และข้อวิจารณ์' (วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2560) 35.

<sup>47</sup> Hans Kelsen, 'The Pure Theory of Law and Analytical Jurisprudence' (1941) 55 *The Harvard Law Review* 44, 47-48.

## 5. ข้อวิจารณ์แนวคิดของเจเรมี เบนแธม และทฤษฎีของฮันส์ เคลเซ่น

### 5.1 ข้อวิจารณ์แนวคิดของเจเรมี เบนแธม

#### จุดเด่น

#### การให้ประชาชนเข้ามามีส่วนร่วมโดยตรง ส่งผลให้ลดความขัดแย้งในสังคมลงได้

ในระบอบประชาธิปไตย การเลือกตั้งคือการที่ราษฎรใช้สิทธิของตนเองลงคะแนนเสียงเลือกตัวแทน เพื่อทำหน้าที่แทนตนในการปกครองแต่ละระดับของประเทศ เป็นการให้ประชาชนเข้ามามีส่วนร่วมทางอ้อมในการใช้อำนาจนิติบัญญัติโดยผ่านทางผู้แทนที่ตนเลือก และเมื่อเปรียบเทียบกับข้อเท็จจริงในกรณีศึกษา มีความแตกต่างกัน คือ การให้ประชาชนโหวตเพื่อเลือกผลลัพธ์ ประชาชนมีสิทธิออกเสียงโดยตรง ผลที่ได้จากการโหวตย่อมที่จะได้ตรงตามความประสงค์ที่แท้จริงของประชาชนมากกว่าการใช้สิทธิผ่านทางผู้แทนของตนแน่นอน

ผลที่ตามมาคือสามารถลดข้อพิพาทระหว่างปัจเจกชนในสังคมลงได้ เพราะสามารถสันนิษฐานได้ว่า ปัจเจกชนทุกคนจะต้องคำนึงถึงความสุขของตัวเองเป็นที่ตั้งเสมอ ทำให้สามารถคาดการณ์ได้ว่า หากกฎหมายเป็นไปตามเจตจำนงของปัจเจกชน กฎหมายนั้นจะก่อให้เกิดความสุขอย่างแน่นอน เมื่อปัจเจกชนต่างมีความสุขเป็นจำนวนมากก็ทำให้ข้อพิพาทระหว่างกันน้อยลง เพราะต่างคนต่างมีความสุขของตนเอง ดังนั้น คำตัดสินหรือกฎหมายที่คำนึงถึงความสุขของปัจเจกชนจะนำมาซึ่งการลดข้อพิพาทระหว่างปัจเจกชนในสังคมลงได้

#### ข้อจำกัด

#### (1.) ความยุติธรรมที่คำนึงเฉพาะผลลัพธ์

แนวคิดนี้คำนึงถึงเฉพาะผลลัพธ์ โดยไม่ได้สนใจวิธีการเพื่อให้ได้ผลลัพธ์นั้นมา ส่งผลให้การกระทำต่าง ๆ เพื่อบรรลุผลไม่ได้ให้ความสำคัญกับศีลธรรม เพียงแต่ต้องการความสุขให้กับคนส่วนใหญ่เท่านั้น อาชญากรที่เป็นคนส่วนน้อยอาจถูกละเมิดสิทธิในการมีชีวิต และไม่มีสิทธิได้รับความเป็นธรรมจากกระบวนการพิจารณาที่ถูกต้องตามกระบวนการทางกฎหมาย

#### (2.) การให้ความสำคัญกับประชาชนแต่ไม่ได้กำหนดขอบเขตของประชาชนและผู้มีอำนาจในการเปิดให้มีการลงคะแนนเสียง

แนวคิดนี้มองแค่เพียงว่า ต้องนำมาซึ่งความสุขของปัจเจกชนส่วนใหญ่ โดยไม่ได้คำนึงคุณสมบัติหรือขอบเขตของกลุ่มคนที่จะมีสิทธิออกเสียง ดังเช่นในกรณีศึกษาที่เป็นการเปิดโหวตเป็นการทั่วไปและสาธารณะ โดยไม่ได้คำนึงถึงคุณสมบัติของผู้มีสิทธิโหวต ซึ่งแท้จริงแล้วบางกลุ่มคนอาจจะไม่ได้มีศักยภาพมากพอที่จะมาตัดสินเรื่องราวดังกล่าว ทำให้ผลที่ออกมาสุดท้ายแล้วอาจจะไม่ได้มีประสิทธิภาพมากเพียงพอ

เมื่อต้องการเสียงส่วนใหญ่ก็ต้องมีการเปิดให้ประชาชนลงคะแนนเสียง ซึ่งจัดขึ้นโดยบุคคลใด บุคคลหนึ่งที่มีอำนาจและเมื่อคะแนนเสียงออกมาเช่นไร ตามแนวคิดนี้จะถือว่าเป็นสิ่งที่ถูกต้อง ทำให้บุคคลนั้นเองมีบทบาทในการกำหนดทิศทางการลงคะแนนเสียงได้ แล้วหากบุคคลนั้นเป็นบุคคลไม่ดีแล้ว ก็มี

แนวโน้มที่จะนำเสนอข้อมูลให้ปัจเจกชนในสังคมรับทราบแต่เพียงด้านที่ต้องการให้รู้ เพื่อชี้นำความคิดเห็นของประชาชนให้เป็นไปตามที่ตนเองต้องการ แม้จะได้ผลลัพธ์ที่ปราศจากศีลธรรม แต่ก็อาศัยความชอบธรรมจากคะแนนเสียงของประชาชน ดังเช่นในกรณีศึกษา ที่สุดท้ายแล้วก็นำมาซึ่งการแย่งชิงการเป็นหน้ากากสุนัข เพื่ออาศัยความชอบธรรมในการโหวตว่าทำเพื่อประโยชน์ปัจเจกชน แล้วทำการประหารชีวิตบุคคลที่ตนเองต้องการได้ ซึ่งอาจนำไปสู่ระบอบเผด็จการ

## 5.2 ข้อวิจารณ์ทฤษฎีของฮันส์ เคลเซิน

### จุดเด่น

#### มีความชัดเจนและเป็นระบบ

ทฤษฎีนี้เสนอวิธีการวิเคราะห์กฎหมายที่ชัดเจนและเป็นระบบ โดยแบ่งกฎหมายออกเป็นบรรทัดฐานที่เชื่อมโยงถึงกันเป็นลำดับชั้น กล่าวคือ ถ้ามีบทบัญญัติที่ชัดเจนของกฎหมายที่ตราขึ้นมาโดยมีกรอบของกฎหมายที่มีลำดับศักดิ์สูงกว่าให้อำนาจและขอบเขตไว้เป็นลำดับชั้น ก็ชัดเจนว่าคือกฎหมายหรือบรรทัดฐานทางกฎหมายที่มีผลบังคับใช้ (Validity) และต้องปฏิบัติตาม รวมทั้งแนวคิดนี้พยายามแยกแยะกฎหมายออกจากคุณค่าทางศีลธรรมและการเมือง ช่วยให้นักกฎหมายวิเคราะห์กฎหมายโดยปราศจากอคติ อีกทั้งยังมีความสามารถประยุกต์ใช้กับระบบกฎหมายต่าง ๆ ทั่วโลก<sup>48</sup>

### ข้อจำกัด

#### (1.) ความเข้มงวดของทฤษฎีบริสุทธิ์แห่งกฎหมาย

เนื่องด้วยทฤษฎีของฮันส์ เคลเซินขึ้นอยู่กับฐานของสำนักกฎหมายบ้านเมืองที่ยึดบทบัญญัติของกฎหมายเป็นหลัก เมื่อนำทฤษฎีของฮันส์ เคลเซินมาปรับใช้ในการตัดสินใจคดีความใด ๆ ก็ตาม ก็ต้องวิเคราะห์ถึงกฎหมายที่บัญญัติอยู่ในขณะนั้นว่า บัญญัติในเรื่องนั้นไว้อย่างไรและมีกฎหมายลำดับสูงกว่าให้อำนาจไว้เป็นลำดับชั้นหรือไม่ แม้ว่าข้อเท็จจริงในการวิเคราะห์นั้นจะมีความกำกวม แต่หากกฎหมายบัญญัติไว้เช่นไร ก็ต้องพึงกระทำตามนั้น ผู้พิพากษาสามารถสร้างบรรทัดฐานที่สืบเนื่องจากข้อเท็จจริงในคดีนั้นได้เพียงภายใต้กรอบที่มีกฎหมายกำหนดขอบเขตไว้อย่างชัดเจนเท่านั้น จึงส่งผลให้การปรับใช้กฎหมายหรือคำตัดสินของศาลที่ยึดถือทฤษฎีนี้มีความแข็งกระด้างเกินไป<sup>49</sup>

ส่งผลในกรณีที่เกิดเหตุการณ์ที่กฎหมายมีความล้าหลังหรือคดีมีพฤติการณ์ใหม่ ๆ ที่กฎหมายบ้านเมืองยังไม่ครอบคลุม<sup>50</sup> ดังเช่นในกรณีศึกษา ในคดีความเกี่ยวกับการเผยแพร่จำหน่ายสื่อลามกอนาจารเด็กที่มีอายุต่ำกว่า 18 ปีผ่านทางเว็บไซต์ออนไลน์ โดยกระทำการร่วมกันเป็นขบวนการขนาดใหญ่และมีรายได้หลายพันล้านบาท และมีการใช้เทคโนโลยีเข้ามาเกี่ยวข้อง ไม่ว่าจะเป็นการเผยแพร่ทางออนไลน์ที่เชื่อมโยงถึงกันได้ง่ายมากขึ้น สามารถเข้าถึงผู้ซื้อได้มากขึ้นและไม่เป็นที่สังเกตโดยง่าย จึงส่งผลโดยตรงต่อ

<sup>48</sup> Alec Stone, *The Birth of Judicial Politics in France: The Constitutional Council in Comparative Perspective* (Oxford University Press 1992) 229; Hans Kelsen, *Pure Theory of Law* (n 15) 1.

<sup>49</sup> ฉัตรระวี สุวรรณวงศ์ และคณะ, 'วิเคราะห์กรณีของนักสำรวจสเปกตรัมเขียนผ่านแนวคิดเชิงนิติปรัชญาของโรนัลด์ ดวอร์คิน และ ฮันส์ เคลเซิน' (เชิงอรรถที่ 37) 29.

<sup>50</sup> เพิ่งอ้าง.

เหยื่อที่เป็นเยาวชนรวมทั้งครอบครัวจะได้รับผลกระทบเป็นอย่างมาก แต่เนื่องจากบทบัญญัติของกฎหมาย ในขณะที่มีการกระทำผิดเกิดขึ้นไม่ได้มีส่วนส่วนของโทษที่เหมาะสมกับความเสียหายที่เกิดขึ้นกับเหยื่อ โดยไม่ได้คำนึงถึงในเรื่องของศีลธรรม เพราะฮันส์ เคลเซินแยกออกจากนิติศาสตร์เพื่อความบริสุทธิ์ ดังนั้น การพิจารณาคดีตามกฎหมาย โทษที่อาชญากรได้รับจึงสูงสุดได้ตามที่กฎหมายบัญญัติไว้เท่านั้น และก่อให้เกิดเสียงวิพากษ์วิจารณ์จากประชาชนที่ไม่ยอมรับผลการตัดสินดังกล่าว ซึ่งทฤษฎีของฮันส์ เคลเซินไม่ได้อธิบายวิธีการระงับความวุ่นวายขัดแย้งที่เกิดขึ้นจากเหตุการณ์นี้<sup>51</sup> แม้ทฤษฎีของฮันส์ เคลเซินจะมีการกล่าวถึงเรื่องการปรับปรุงแก้ไขหรือสร้างกฎหมายได้ แต่ก็ยังต้องเป็นการบัญญัติขึ้นตามกระบวนการตรากฎหมาย ที่มีรัฐธรรมนูญกำหนดให้อำนาจไว้ ทำให้กฎหมายที่ได้รับการปรับปรุงนั้นมีความล่าช้าเกินไป เพราะคดีที่เกิดขึ้นจนนำมาสู่ความวุ่นวายแล้ว กล่าวคือ ทฤษฎีนี้ ขาดความยืดหยุ่นต่อการเปลี่ยนแปลงตามสังคม ทั้งในเรื่องมาตรฐานทางศีลธรรมหรือจริยธรรม เพราะต้องยึดตามบทบัญญัติของกฎหมายอย่างเข้มงวด

## (2.) ความเป็นไปได้ในการสร้างทฤษฎีที่มีความบริสุทธิ์

การพยายามทำให้ทฤษฎีนี้เป็นทฤษฎีที่บริสุทธิ์ ที่มุ่งอธิบายโลกออกเป็นโลกแห่งปรากฏการณ์<sup>52</sup> ซึ่งมีความแน่นอนเป็นภาวีสัย (Objective) เท่านั้น ทำให้เกิดปัญหาว่า กฎหมายควรจะเป็นอย่างไร เป็นคำถามทางการเมือง ซึ่งต้องอาศัยกฎเกณฑ์ทางศีลธรรม จริยธรรม และสังคมในการอธิบาย<sup>53</sup> ถูกกละเลยออกไป รวมทั้งการวิเคราะห์ตัวกฎหมายเอง ที่อย่างน้อยที่สุด ความแน่นอนชัดเจนในเนื้อหาของกฎหมาย ควรมีการศึกษาถึงการกระทำและเจตนารมณ์ของสถาบันกฎหมายซึ่งเกี่ยวข้องในการบัญญัติหรือตัดสินพิพากษากฎหมายด้วย<sup>54</sup> เนื่องจากกฎหมายถูกสร้างขึ้นมาเพื่อจัดระเบียบสังคมหรือระเบียบชีวิตของคนหมู่มากที่อยู่กันเป็นสังคม องค์กรประกอบต่าง ๆ ของสังคม ทั้งส่วนที่เป็นรูปธรรมหรือนามธรรม ย่อมมีอิทธิพลในการก่อกำเนิดเป็นสังคม ซึ่งสะท้อนออกมาในเจตนารมณ์ที่ใช้ในการบัญญัติกฎหมายนั้นขึ้นมา ดังนั้น กฎหมายในฐานะเป็นผลผลิตของสังคม และสังคมในฐานะผู้สร้างกฎหมาย การพยายามทำให้ทฤษฎีนี้มีความบริสุทธิ์เป็นการเพิกเฉยต่อสิ่งเหล่านี้ จึงทำให้เกิดคำถามว่า แท้จริงแล้วมีความเป็นไปได้มากน้อยเพียงใดถึงความบริสุทธิ์ และจะปฏิเสธความจริงในธรรมชาติทั่วไปของกฎหมายได้หรือไม่<sup>55</sup>

## (3.) การอธิบายความยุติธรรมในแง่ของกฎหมายมากกว่าความรู้สึกนึกคิดของคน

การที่ฮันส์ เคลเซินได้ให้ความเห็นต่อความยุติธรรมตามกฎหมาย (Justice) ว่าเป็นความสุขของสังคมโดยรวม (Social Happiness)<sup>56</sup> ตามแนวคิดอรรถประโยชน์นิยมของเจเรมี เบนแธมแต่การอธิบายความยุติธรรมในทางกฎหมายในแง่ของความสุขนั้น หากมีเหตุการณ์ที่มีคนหนึ่งได้ประโยชน์ ก็ย่อมมีคนหนึ่งเสียประโยชน์ หรือที่เรียกว่า ผลประโยชน์ (Interest)<sup>57</sup> ซึ่งเป็นเรื่องที่ไม่แน่นอน และปัญหาของการนิยามคำว่า ความสุข ต้องอาศัยศาสตร์อื่นในการอธิบาย จึงไม่อยู่ในขอบข่ายของทฤษฎีบริสุทธิ์ของ

<sup>51</sup> เพิ่งอ้าง.

<sup>52</sup> จรัญ โฆษณานันท์, *นิติปรัชญา* (เชิงอรรถที่ 1) 61.

<sup>53</sup> เพิ่งอ้าง 62.

<sup>54</sup> H.L.A. Hart, 'Kelsen Visited' (1963) 10 UCLA Law Review 109.

<sup>55</sup> จรัญ โฆษณานันท์, *นิติปรัชญา* (เชิงอรรถที่ 1) 69.

<sup>56</sup> Hans Kelsen, *What is Justice? Justice, Law and Politics in the Mirror of Science* (n 40) 2.

<sup>57</sup> สุรินทร์ สกฤษฎ์พงศ์, *ฮันส์ เคลเซินและทฤษฎีบริสุทธิ์แห่งกฎหมาย* (เชิงอรรถที่ 35) 28.

ฮันส์ เคลเซิน กล่าวคือ ฮันส์ เคลเซินปฏิเสธที่จะให้คำนิยามความยุติธรรมที่ยึดโยงกับคนในสังคม เพราะความยุติธรรมควรมองในแง่ของกฎหมายมากกว่าความรู้สึกนึกคิดของคน<sup>58</sup> ความสุขโดยรวมหรือการรับฟังเสียงของประชาชนที่มีความคิดแตกต่างหลากหลายจะส่งผลต่อความมั่นคงแห่งนิติฐานะและหลักที่ว่ากฎหมายต้องปรับใช้เป็นการทั่วไป

ทั้งนี้ ความยุติธรรมที่อ้างถึงข้างต้นนั้น เป็นความยุติธรรมตามกฎหมาย ที่แตกต่างจากความยุติธรรมในความหมายตามตัวอักษรที่เป็นคุณค่าสมบูรณ์<sup>59</sup> ที่ฮันส์ เคลเซินมองว่า ความยุติธรรมดังกล่าวขาดความแน่นอนชัดเจนและไม่ได้เป็นส่วนหนึ่งในระบบกฎหมาย และเป็นสิ่งสัมพัทธ์ที่เปิดช่องให้ผู้มีอำนาจสถาปนาคุณค่าบางอย่างให้เป็นคุณค่าสมบูรณ์ ซึ่งเป็นการปูทางไปสู่การปกครองแบบเผด็จการ<sup>60</sup> จะเห็นว่า การอธิบายคำว่า ยุติธรรมของฮันส์ เคลเซินนั้นก่อให้เกิดความสับสนอยู่บ้าง และให้ความสำคัญกับการอธิบายในแง่กฎหมายมากกว่าความรู้สึกนึกคิดของประชาชน จึงอาจส่งผลต่อการปรับใช้กฎหมายและนำไปสู่ความวุ่นวายของสังคม ซึ่งขัดกับความต้องการของฮันส์ เคลเซินที่ต้องการสร้างสังคมที่มีความประนีประนอม<sup>61</sup>

## 6. สรุป

เมื่อศึกษาและวิเคราะห์แนวคิดและทฤษฎีเชิงนิติปรัชญา ผ่านกรณีศึกษาเรื่องโหวตโทษตามแนวคิดอรรถประโยชน์นิยมของเจเรมี เบนแธมและทฤษฎีบริสุทธิ์แห่งกฎหมายของฮันส์ เคลเซินได้เป็นข้อสรุปดังนี้

เจเรมี เบนแธมเชื่อว่า การกระทำใดการกระทำหนึ่งย่อมเป็นการกระทำที่ถูกต้องในทางศีลธรรมได้หากการกระทำนั้นเป็นการกระทำที่นำมาซึ่งความสุขจำนวนมากที่สุดต่อผู้คนจำนวนมากที่สุด (The great happiness of the greatest number) ดังนั้น การให้คุณค่าทางศีลธรรมของการกระทำจึงอยู่ที่ผลของการกระทำที่นำมาซึ่งความสุขเป็นหลัก ในกรณีศึกษา การกระทำของหน้ากากสุนัขเป็นการทำให้เกิดความสุขสูงสุดแก่จำนวนคนมากที่สุด ผลที่เกิดขึ้นจะเป็นผลที่ก่อให้เกิดความสุขกับปัจเจกชนมากที่สุดตามแนวคิดอรรถประโยชน์นิยมของเจเรมี เบนแธม การกระทำของหน้ากากสุนัขแม้ปัจจุบันจะไม่ถือเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมาย แต่เมื่อความสุขของปัจเจกชนส่วนใหญ่คือการลงโทษอาชญากรโดยการประหารชีวิต จึงต้องพิจารณาว่ากฎหมายที่มีอยู่ในปัจจุบันที่ขัดแย้งกับความต้องการของปัจเจกชนสมควรจะต้องได้รับการแก้ไขหรือไม่ และสมควรแก้ไขให้เป็นอย่างไรจึงจะเหมาะสม ในส่วนของเจ้าหน้าที่ตำรวจนั้น มีการกระทำเพื่อยับยั้งไม่ให้เกิดการประหารชีวิตอาชญากร เป็นการกระทำที่ตรงกันข้ามกับก่อให้เกิดความสุขสูงสุดแก่จำนวนคนมากที่สุด จึงไม่เป็นไปตามแนวคิดอรรถประโยชน์นิยม ดังนั้นเมื่อกฎหมายนั้นขัดกับความต้องการของปัจเจกชน กฎหมายนั้นสมควรที่จะได้รับการแก้ไข

<sup>58</sup> ฉัตรระวี สุวรรณวงศ์ และคณะ, 'วิเคราะห์กรณีของนักสำรวจสเปกตรัมเขียนผ่านแนวคิดเชิงนิติปรัชญาของโรนัลด์ ดวอร์คิน และ ฮันส์ เคลเซิน' (เชิงอรรถที่ 37) 29.

<sup>59</sup> ศติภา พุกภูษาจันทร์, 'สำนักกฎหมายบ้านเมืองสมัยใหม่: ข้อความคิดว่าด้วยกฎหมายในทรรศนะของ Hans Kelsen และ H.L.A. Hart และข้อวิจารณ์' (เชิงอรรถที่ 46) 33.

<sup>60</sup> Hans Kelsen, 'The Pure Theory of Law and Analytical Jurisprudence' (n 47) 44, 47-48.

<sup>61</sup> Hans Kelsen, *Pure Theory of Law* (n 15).

ในขณะที่ตามทฤษฎีของฮันส์ เคลเซนการกระทำของหน้ากากสุนัขไม่เป็นกฎหมาย เพราะการตั้งโทษและอ้างอิงเสียงส่วนใหญ่ของประชาชนของหน้ากากสุนัข ที่สะท้อนความสุขจำนวนมากที่สุดนั้น ไม่สามารถอ้างความมีผลบังคับทางกฎหมาย (Validity) ตามบรรทัดฐานทางกฎหมายได้ตามทฤษฎีบริสุทธิ์แห่งกฎหมาย ดังนั้น การฆ่าผู้อื่นโดยอ้างว่าเป็นความสุขของสังคมโดยรวมหรือความยุติธรรม โดยไม่ได้มีที่มาของอำนาจให้กระทำและกำหนดขอบเขต ก็ไม่ต่างอะไรกับการฆาตกรรม เนื่องจากเป็นการกระทำที่ครบองค์ประกอบความผิดตามกฎหมายอาญา ซึ่งบัญญัติขึ้นตามรัฐธรรมนูญอันมีลำดับศักดิ์สูงกว่าสืบสาวกันเป็นลำดับชั้น จึงมีสภาพบังคับใช้กับประชาชนทั่วไป ส่วนการกระทำของเจ้าหน้าที่ตำรวจที่เป็นการดำเนินการสืบสวนเพื่อจับตัวหน้ากากสุนัขนั้น เพราะเจ้าหน้าที่ตำรวจปฏิบัติหน้าที่โดยอ้างอิงอำนาจในการทำหน้าที่ของเจ้าหน้าที่รัฐ ที่ถูกตราขึ้นภายใต้กรอบเชิงกระบวนการ ที่สามารถสืบสาวไปยังกฎหมายที่สูงกว่าได้ เพราะมีการอบเชิงเนื้อหาและระเบียบการปฏิบัติและการประกาศใช้อย่างถูกต้องโดยผู้มีอำนาจ เจ้าหน้าที่ตำรวจจึงสามารถปฏิบัติหน้าที่โดยได้รับอำนาจตามขอบเขตที่ระเบียบหรือกฎหมายกำหนด

สามารถเปรียบเทียบระหว่างแนวคิดอรรถประโยชน์นิยมของเจเรมี เบนธัม และทฤษฎีบริสุทธิ์แห่งกฎหมายของฮันส์ เคลเซนได้ดังนี้

(1.) แนวทางของกฎหมาย : เจเรมี เบนธัมมุ่งเน้นไปที่แง่มุมเชิงปฏิบัติ และประโยชน์ใช้สอยของกฎหมาย ดังนั้น กฎหมายจึงเป็นเครื่องมือในการส่งเสริมความสุขที่ยิ่งใหญ่ที่สุด และควรได้รับการประเมินประสิทธิภาพของกฎหมายตามผลลัพธ์ ในขณะที่ฮันส์ เคลเซนมุ่งเน้นไปที่หลักการที่ยึดถือได้ รวมไปถึงโครงสร้างของกฎหมายที่มีความเป็นระบบชัดเจน กฎหมายจึงเป็นระบบบรรทัดฐานที่เป็นอิสระจากศีลธรรม และอรรถประโยชน์ โดยเน้นความเชื่อมโยงภายในระบบที่วางไว้ และลักษณะลำดับชั้นของระบบกฎหมาย

(2.) อำนาจและที่มาของกฎหมาย : เจเรมี เบนธัมเน้นทฤษฎีการบังคับบัญชาของกฎหมาย โดยที่กฎหมายเป็นคำสั่งที่ออกโดยรัฐอธิปัตย์ และให้มีมาตรการคว่ำบาตร เป็นมาตรการสนับสนุนการบังคับใช้กฎหมาย ในขณะที่ฮันส์ เคลเซนเน้นโครงสร้างเชิงบรรทัดฐานของกฎหมาย โดยที่กฎหมายให้ผลใช้ได้ภายในระบบของบรรทัดฐานใน Grundnorm ตามหลักทฤษฎีบริสุทธิ์แห่งกฎหมาย

(3.) การแยกกันระหว่างกฎหมายและศีลธรรม : เจเรมี เบนธัมสนับสนุนให้แยกกฎหมายและศีลธรรมออกจากกัน โดยมีความเชื่อว่าย้ายที่สุดแล้ว กฎหมายจะเป็นสิ่งที่ส่งเสริมศีลธรรม ด้วยการส่งเสริมความสุขจำนวนมากที่สุด ในขณะที่ฮันส์ เคลเซนสนับสนุนให้แยกกฎหมายออกจากศีลธรรม ปัจจัยทางการเมือง และปัจจัยทางสังคมอื่น ๆ อย่างเด็ดขาด ตาม Separability Thesis กล่าวคือสนับสนุนให้แยกระหว่าง “กฎหมายคืออะไร (Is)” กับ “กฎหมายควรจะเป็นอย่างไร (Ought)” ให้ชัดเจน

The Influence of Generative Artificial Intelligence on  
Intellectual Property Regime: The Comparative Studies  
อิทธิพลของปัญญาประดิษฐ์เชิงสร้างสรรค์ต่อทรัพย์สินทางปัญญา:  
การศึกษาเชิงเปรียบเทียบ

*Tanakit Saezhu*

*ธนกิตต์ แซ่จู่*

International LL.B. Program in Business Law

Faculty of Law, Thammasat University, Pra Chan Road, Phra Nakorn, Bangkok, 10200

นักศึกษาในหลักสูตรนิติศาสตรบัณฑิต สาขากฎหมายธุรกิจ (หลักสูตรนานาชาติ)

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ถนนพระจันทร์ เขตพระนคร กรุงเทพฯ 10200

Corresponding author E-mail: 12677.jimmy@gmail.com

(Received: February 17, 2025; Revised: March 10, 2025; Accepted: March 10, 2025)

---

## Abstract

During this period, Generative Artificial Intelligence (AI) technologies have presented a new era of innovation across various industries, including intellectual property (IP) rights that are greatly affected. While AI helps promote some inventions and drive economic growth, it also presents significant challenges, particularly concerning copyright infringement. This research paper examines the multifaceted impact of AI, especially with intellectual property regimes: Copyright, Trademark, and Patent, highlighting its benefits and risks. For example, the AI user could not own the intellectual property rights of the AI-generated work. However, there is also a possible argument about whether or not the user using AI as a tool can own the work.

Furthermore, given the developing nature of AI technology, the paper emphasizes the urgent need for comprehensive regulation and control mechanisms to mitigate potential risks and ensure a balance between protecting intellectual property rights and economic and innovation development. The paper will conduct a comparative study of selected countries, analyzing their intellectual property law and regulations that could apply to Generative AI technology, including the United Kingdom, the United States of America, Thailand, China, and the European Union.

**Keywords:** Generative AI, ChatGPT, Stable Diffusion, Copyright, Trademark, Patent, Infringement

## บทคัดย่อ

ในช่วงเวลานี้ เทคโนโลยีปัญญาประดิษฐ์เชิงสร้างสรรค์ (Generative AI) ได้เปิดศักราชใหม่ของนวัตกรรมในอุตสาหกรรมต่าง ๆ รวมถึงสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา (IP) ซึ่งได้รับผลกระทบอย่างมาก แม้ว่าปัญญาประดิษฐ์จะช่วยส่งเสริมการพัฒนาและขับเคลื่อนการเติบโตทางเศรษฐกิจ แต่มันก็นำมาซึ่งความท้าทายสำคัญ โดยเฉพาะในประเด็นเกี่ยวกับการละเมิดลิขสิทธิ์

งานวิจัยนี้ศึกษาผลกระทบหลายมิติของปัญญาประดิษฐ์ต่อสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา โดยมุ่งเน้นไปที่ลิขสิทธิ์ (Copyright) เครื่องหมายการค้า (Trademark) และสิทธิบัตร (Patent) โดยเน้นทั้งประโยชน์และความเสี่ยง ตัวอย่างเช่น ผู้ใช้ปัญญาประดิษฐ์เชิงสร้างสรรค์ไม่สามารถเป็นเจ้าของสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาในผลงานที่ปัญญาประดิษฐ์สร้างขึ้นได้ อย่างไรก็ตาม ยังมีข้อถกเถียงเกี่ยวกับประเด็นที่ว่า การใช้ปัญญาประดิษฐ์เป็นเพียงเครื่องมือในการช่วยสร้างสรรค์ผลงาน ผู้ใช้ปัญญาประดิษฐ์เหล่านี้ยังสามารถมีสิทธิในผลงานหรือไม่

เนื่องจากเทคโนโลยีปัญญาประดิษฐ์ ยังคงพัฒนาอย่างต่อเนื่อง งานวิจัยนี้จึงเน้นย้ำถึงความจำเป็นเร่งด่วนของกฎระเบียบและกลไกควบคุมที่ครอบคลุม เพื่อลดความเสี่ยงที่อาจเกิดขึ้น และสร้างสมดุลระหว่างการคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญากับการพัฒนาเศรษฐกิจและนวัตกรรม

งานวิจัยนี้จะดำเนินการศึกษาเชิงเปรียบเทียบในบางประเทศ โดยวิเคราะห์กฎหมายและระเบียบเกี่ยวกับทรัพย์สินทางปัญญาที่สามารถนำมาใช้กับเทคโนโลยีปัญญาประดิษฐ์เชิงสร้างสรรค์ รวมถึงสหราชอาณาจักร สหรัฐอเมริกา ประเทศไทย สาธารณรัฐประชาชนจีน และสหภาพยุโรป

**คำสำคัญ:** ปัญญาประดิษฐ์เชิงสร้างสรรค์, แชนบอตปัญญาประดิษฐ์, การสร้างภาพโดยปัญญาประดิษฐ์, ลิขสิทธิ์, เครื่องหมายการค้า, สิทธิบัตร, การละเมิดทรัพย์สินทางปัญญา

## I. Introduction

Artificial Intelligence (AI) has become a widely used technology in various industries. Consequently, AI become impactful as a disruption in a wide span of legal areas, including intellectual property, as one of the most area being affected. In this article, the effect of AI on Intellectual Property Law will be discussed. But before we delve deep into the legal issue, the author would like to put the spotlight of this section on the basic knowledge of AI that is necessary to understand the whole content of this article, starting from what AI is.

### A. Definition and Characteristics of Artificial Intelligence

Artificial Intelligence or “AI” means the development of computer programs that are capable of simulating human intelligence.<sup>1</sup>

The term AI can also refer to any machine which exhibits characteristics associated with the human mind, such as learning and problem-solving. One important characteristic of AI is the ability to rationalize and take actions that have the chance of producing the best results.

AI systems are based on mathematics and computer science, and they use complex algorithms to solve problems, make decisions, and analyze data. At its most fundamental level, AI operates on an input-output system: the AI system receives and processes data (input). Then, create the response or action (output).<sup>2</sup>

### B. Types of AI: Weak AI vs. Strong AI

AI systems are typically classified into two types: weak AI and strong AI. Weak AI, also known as Narrow AI, is the most common type of AI which is found in business and consumer application. It is designed to perform a narrow task, such as facial recognition or recommendation algorithms, within specific parameters and constraints. Strong AI, also known as General AI, is a type of artificial intelligence that may have intelligence equal to or greater than humans.

If we look deeper into the category of General AI, we can see that some AI use neural networks to learn information from massive amounts of data. Deep learning is a type of machine learning that employs multiple input and output layers to extract information from large amounts of data. Deep learning AI has become more popular, and a new type of AI has been developed, which has changed the course of technology and business around the world. Generative AI is a deep learning model that can take raw data and learn to generate statistically expected outcomes when prompted.

### C. Impact of Generative AI on Intellectual Property (IP) Rights

At first, Generative AI was used for statistical analysis. However, it has now extended to the image, speech, text, and other data types. The most popular and

---

<sup>1</sup> ‘Artificial intelligence noun - definition, pictures, pronunciation and usage notes’ (*Oxford Advanced Learner’s Dictionary at Oxfordlearnersdictionaries.com*) <<https://www.oxfordlearnersdictionaries.com/definition/english/artificial-intelligence>> accessed 3 June 2024.

<sup>2</sup> Abdaladze N, ‘What Is Ai? A Complete Primer on Artificial Intelligence’ (*Skillcrush*, 13 September 2023) <<https://skillcrush.com/blog/what-is-artificial-intelligence/>> accessed 3 June 2024.

commonly used Generative AI among people would be ChatGPT and Stable Diffusion. As the technology and AI ability grow, the risk regarding the use of AI also rises, especially regarding intellectual property (IP) rights. The reason is that Generative AI can access and take data from various sources and generate outputs that have references or are direct from the original source.<sup>3</sup>

This process raised the issue of copyright infringement. Scholars and even the court also decided that AI-generated work lacks creative expression from humans and should not be protected by copyright.<sup>4</sup> Thus, this paper will specifically study the concerns about IP rights with Generative AI, focusing particularly on copyright issues since the public is still concerned about the ownership and liability arising from Generative works. The ability of Generative AI to create new works based on existing data creates significant challenges for IP regime. Questions arise about whether the output of Generative AI can be deemed original and creative enough to meet the threshold for copyright protection and whether the use of copyrighted material by AI systems can be considered fair use.

Aside from copyright, the paper will also study the impact of Generative AI on trademarks and patents. The author will examine some examples of Generative AI that have been used in public, which generate text and images for the user. The author will analyze some foreign laws regarding intellectual property and suggest how Thailand could adapt to this new technology trend.

## II. Generative AI and Intellectual Property Rights

As we already discussed, Generative AI could be thought of as a type of AI that poses the most challenges to the intellectual property regime. This section will explore those challenges widely before we move deeper into the subsequent sections.

### A. Challenges in Copyright

As the nature of Generative AI is more advanced, it typically has its own internal decision-making algorithms that use a combination of experience and feedback to enhance itself. The calculation and generation of the work from the Generative AI are

---

<sup>3</sup> Cole Stryker and Eda Kavlakoglu, 'What Is Artificial Intelligence (AI)?' (*IBM*, 25 August 2023) <<https://www.ibm.com/topics/artificial-intelligence>> accessed 3 June 2024.

<sup>4</sup> Shuchi Mehta, 'Analysis of Doctrines: 'Sweat of the Brow' & 'Modicum of Creativity' Vis-a-Vis Originality in Copyright Law' (*IndiaLaw LLP*, 11 April 2023) <<https://www.indialaw.in/blog/law/analysis-of-doctrines-sweat-of-brow-modicum-of-creativity-originality-in-copyright/>> accessed 3 June 2024.

from the data which some of them are subject to intellectual property rights. The issue then arises when there are works that generate through these data. The ability to create new works based on existing data creates challenges for the intellectual property regime. This raises questions about how copyright, trademark, and patent laws should be applied to AI-generated works.<sup>5</sup> This paper will conduct a study and focus on the following points in each intellectual property rights

In the area of copyright law, the question emerges as to whether the output of Generative AI can be deemed original and creative, or meet the threshold for copyright protection. Furthermore, the source data used by these AI systems often contains copyrighted material, raising concerns about derivative works and fair use.

#### B. Challenges in Trademark and Patent

For trademarks, the use of Generative AI to create brand elements such as logos and slogans raises issues of originality, distinctiveness, and potential infringement on existing trademarks. There could be possible concern whether marks created from Generative AI could be registered?

Additionally, the patents have the challenge of assessing the inventiveness of AI-generated innovations. The question of inventorship also occurs as the traditional understanding of inventors being human individuals becomes involved with AI-generated inventions.

In the next section, the author will discuss Generative AI and copyright, then move on to the trademark and patent. In the end, the author will suggest how Thailand should adapt its intellectual property law to Generative AI technology.

### III. Generative AI and Copyrights

In the area of Copyright Law, the question often arises as to whether or not the work is qualified for copyright protection. To be more precise, the questions usually are whether the work is a work of authorship and whether it is original. These questions also apply to AI-generated work. Although a clear consensus has not been reached, each jurisdiction has its own way of dealing with the copyrightability of AI-generated work or at least the principle that could be used to deal with the queries.

---

<sup>5</sup> Faye F. Wang, 'Copyright Protection for AI-Generated Works: Solutions to Further Challenges from Generative AI' (2023) 5 *Amicus Curiae* 89.

### A. United States Copyright Law

Generally speaking, copyright law will only protect the work that was created by humans. The United States (US) copyright law requires human authorship for the work to be protected under copyright law. There must be some element of human creativity in order for the work to be copyrightable, for instance, in the *Zarya of the Dawn* copyright registration case.<sup>6</sup> The applicant submitted the book for copyright registration. However, the applicant used Generative AI to create the illustration. The copyright office has decided that the text, story, and arrangement of the book are protected by copyright since they came from human authorship.

On the other hand, the illustration from the Generative AI does not receive copyright protection. This is an example of the issue of using Generative AI combined with the work created by humans. The rationale in this case is similar to the Monkey-selfie copyright dispute.<sup>7</sup> Both cases emphasize the importance of the work of authorship by humans. However, the difference is that *Zarya of the Dawn* has both AI-generated parts and work from human authorship parts. It is clear that the monkey-selfie case is not copyrightable because it is not created by humans, but in *Zarya of the Dawn*, the applicant tries to argue that she has put effort and creativity on the work such as editing the image through photoshop.

Traditionally, the copyright interpretation only intends to protect the work created by humans. The US copyright law has scope that the work may only be registrable if it qualifies as an original work of authorship fixed in any tangible medium of expression.<sup>8</sup> The term original consists of two elements, which are independent creation by human authorship and sufficient creativity. In this case, the AI-generated work faced issues on both components. The work is not independently created by a human author, and the work lacks creativity.

### B. Thai Copyright Law

For the Thai Copyright Act B.E. 2565, the law defines copyright as an exclusive right concerning the work created by the author. Thus, copyright is a protection granted to the creators of works resulting from original creative ideas using intellect, knowledge,

---

<sup>6</sup> 'Zarya of the Dawn Letter, 21 February 2023' (*copyright.gov*) <<https://www.copyright.gov/docs/zarya-of-the-dawn.pdf>> accessed 3 June 2024.

<sup>7</sup> *Naruto v. Slater* No. 16-15469 (9th Cir. 2018).

<sup>8</sup> *Urantia Found. v. Kristen Maaherra* 114 F.3d 955, 957-59 (9th Cir. 1997).

skills, and diligence.<sup>9</sup> Currently, there is no court decision regarding Copyright on AI-generated work yet.<sup>10</sup> Nonetheless, there is still a court decision confirming that a copyrighted work must originate from the creator's own original creativity, without copying or adapting from someone else's copyrighted work without permission.<sup>11</sup> Although it is not explicitly stated that the creator must be human, it is implied that the creation is of human origin.

Both Thai and US copyright laws apply traditional interpretations of copyright law, which protect the work created by human authorship.

Even so, the Thailand Department of Intellectual Property (DIP) has produced a podcast that questions the *Zarya of the Dawn* case.<sup>12</sup> The podcast raises the issue of whether the creator can use certain technologies to help create the work, such as Generative AI. Should we consider these types of work to be made by humans and protected by copyright law?

The author agrees with the DIP that it should be possible to consider Generative AI as a tool to help create the work. However, the author also thinks that the method to assess the threshold of using Generative AI as a tool is to evaluate the modicum of creativity and labor discretion.<sup>13</sup> These assessments help determine the originality of the work and check whether the creator contributes to the work enough and deserves copyright protection. For example, if the creator only uses the Generative AI to help rewrite and fix grammar for writing an article or the creator uses the Generative AI to help coloring the drawing, does this consider the work to have a sufficient amount of original authorship to qualify for copyright protection?

### C. United Kingdom and Commonwealth Copyright Law

In the United Kingdom (UK), copyright law has different interpretations. In case the work was created by a machine, the authorship is deemed to belong to the person

---

<sup>9</sup> 'บทที่ 2 ลิขสิทธิ์' <<https://www.ipthailand.go.th/images/2562/Suppress/lesson2.pdf>> accessed 12 June 2024.

<sup>10</sup> สกล หาญสุทธีวารินทร์, 'งานที่สร้างโดย AI มีลิขสิทธิ์หรือไม่: สกล หาญสุทธีวารินทร์' (*bangkokbiznews*, 20 September 2023) <<https://www.bangkokbiznews.com/tech/innovation/1089551>> accessed 12 June 2024.

<sup>11</sup> Thai Supreme Court Decision 1265/2563.

<sup>12</sup> กรมทรัพย์สินทางปัญญา, 'ผลงานที่ AI สร้างขึ้นมีลิขสิทธิ์ไหม? – Dip Podcast Ep1' (*Facebook*, 9 August 2023) <<https://www.facebook.com/ipthailand/videos/713163807287076>> accessed 3 June 2024.

<sup>13</sup> Shuchi Mehta, 'Analysis of Doctrines: 'Sweat of the Brow' & 'Modicum of Creativity' Vis-a-Vis Originality in Copyright Law' (*IndiaLaw LLP*, 11 April 2023) <<https://www.indialaw.in/blog/law/analysis-of-doctrines-sweat-of-brow-modicum-of-creativity-originality-in-copyright/>> accessed 3 June 2024.

who operated the machine and created the work under section 178 of the UK Copyright Designs and Patents Act 1998 (CDPA). However, it is still debatable whether this interpretation also covers AI-generated work.

There is a minor concern because the legislation does not distinguish between computer-generated and computer-assisted work. If AI-generated work is considered computer-generated work under section 178, the work will receive copyright protection without the need to consider creativity and human authorship. It does not matter whether the user uses AI to generate the whole work or only uses AI as an assistance tool and has an expression of ideas on his own. The UK copyright law intends to protect both types of work regardless of a modicum of creativity and contribution.

In the UK, AI-generated works are eligible for copyright protection, which differs distinctly from the US and Thai positions. Nevertheless, the House of Commons Science, Innovation and Technology Select Committee has advised that the current approach under the CDPA for “computer generated” works is unsuitable for AI. This is because AI technology not only assists in creating works but also independently produces them.<sup>14</sup>

Nonetheless, some scholars argue that AI-generated content should still be protected for technological innovation and economic development. In the United Kingdom, India, Hong Kong, South Africa, Ireland, and New Zealand, copyright law allows the person who organizes the process, including the algorithm, data feed, and training, to claim authorship of the computer-generated work created.<sup>15</sup> Generative AI output should be considered to be computer-generated work because building and training Generative AI is also considered to be a skilled and creative process.<sup>16</sup> The existing law in the UK and other countries also balances this protection by reducing the duration of protection, which is a period of 50 years after the work is made (section 12(7) of the CDPA).

#### D. European Union Copyright Law

On the European Union (EU) side, the EU AI Act was passed on March 13, 2024. The legislation addresses a wide range of artificial intelligence-related issues,

---

<sup>14</sup> Carlton Daniel, Joseph Grasser and James Collis, ‘Copyright Protection for AI Works: UK vs Us’ (*Global IP & Technology Law Blog*, 6 March 2024) <<https://www.iptechblog.com/2023/07/copyright-protection-for-ai-works-uk-vs-us/>> accessed 12 June 2024.

<sup>15</sup> Faye F. Wang, ‘Copyright Protection for AI-Generated Works: Solutions to Further Challenges from Generative AI’ (n 5) 92.

<sup>16</sup> *Ibid.* at 93.

including the scope of application, risk-based approach, AI system categories, prohibited AI practices, and general-purpose AI models.<sup>17</sup> The Act also addresses several regulations regarding copyright from AI use, such as the developer's need to comply with Article 53 of the Act. The service must follow transparency and copyright laws.<sup>18</sup> Recital 105 also needs the permission of the rightsholder to use copyrighted content for training and data mining purposes.<sup>19</sup>

The current EU AI Act addresses the procedure and responsibility for developers to avoid risk and danger to the public through the use of AI. However, the Act does not mention the subject of protecting AI output. In this case, the EU AI Act continues to follow existing copyright law, which is intended to safeguard creative work from human beings. As a result, AI-generated output is unlikely to get copyright protection because the criteria for originality rely on a natural person authoring the work.<sup>20</sup>

Nevertheless, there is discussion in parliament on how there should be some specific right to protect AI-generated output, such as applying the neighboring rights doctrine, because there is no human creation requirement to obtain protection, and there are some AI outputs that could get this type of rights like sui-generis databases.<sup>21</sup>

#### E. China Copyright Law

In China, the copyright law Third Amendment 2020 Article 3(8) grants copyright protection to computer software, but it does not extend or mention computer-generated work. However, there is a court decision that allows companies to have copyrights over AI-generated work.

---

<sup>17</sup> 'Artificial Intelligence (AI) act: Council gives final green light to the first worldwide rules on AI' <<http://consilium.tpa.eu/en/press/press-releases/2024/05/21/artificial-intelligence-ai-act-council-gives-final-green-light-to-the-first-worldwide-rules-on-ai/pdf>> accessed 15 June 2024.

<sup>18</sup> 'Eu Ai Act: Shaping Copyright Compliance in the Age of Ai Innovation' (KEA, 2 April 2024) <<https://keanet.eu/eu-ai-act-shaping-copyright-compliance-in-the-age-of-ai-innovation/>> accessed 15 June 2024.

<sup>19</sup> 'Recital 105' (EU Artificial Intelligence Act) <<https://artificialintelligenceact.eu/recital/105/>> accessed 15 June 2024.

<sup>20</sup> Hugenholtz, P.B. and Quintais, J.P., 'Copyright and Artificial Creation: Does EU Copyright Law Protect AI-Assisted Output?' (2021) 52 International Review of Intellectual Property and Competition Law 1190–1216.

<sup>21</sup> Stephane Sejourne and European Parliament, 'Report on Intellectual Property Rights for the Development of Artificial Intelligence Technologies' (2020/2015(INI), Committee on Legal Affairs, Rapporteur, 2 October 2020) 8-9.

The reason is that there is enough labor and technical effort to train and build the Generative AI to create the article.<sup>22</sup>

In November 2023, the Beijing Internet Court issued a landmark ruling that affirmed copyright protection for AI-generated images. The court recognized the originality and intellectual effort invested by the creator, particularly when the generated content reflects the aesthetic choices and personal judgment of a natural person, demonstrating a certain degree of originality. Judge Zhu Ge also gives the opinion that AI-generated images should be protected by copyright to promote creativity and support Generative AI as a tool for creating works.<sup>23</sup>

The recent Chinese court ruling has a significant impact on AI artists and creators in China. It indicates that the courts may recognize the copyrightability of AI-generated works in appropriate cases, which could provide legal protection for their creations. This decision could encourage the creation of AI-generated works and provide a boost to the industry.<sup>24</sup>

This ruling is considered to differ from the current US approach to AI laws and it could benefit Chinese tech companies and the country's economy in the long run. While it might be a positive development for those involved in creating AI-generated content, there are concerns about the potential negative impacts of the court ruling. Some experts are worried about the global impact, particularly how it might affect international copyright norms and the balance between protecting creators and fostering innovation. The ruling led to fallout overseas, with debates on whether AI-generated images with human contribution should be copyright-protected.<sup>25</sup>

## F. Conclusion

Currently, the consensus on copyright for AI-generated work is still difficult to establish since there are many different judicial views regarding Generative AI work. Generally, it is clear that AI cannot own copyright since it does not have a legal

---

<sup>22</sup> *Shenzhen Tencent Computer System Co Ltd v. Shanghai Yingxun Technology Co Ltd* (2019) Yue 0305 Min Chu No. 14010, Judgment decision on 24 December 2019 by Shenzhen Nanshan District People's Court.

<sup>23</sup> *Li v. Liu* (2023) Jing 0491 Min Chu No. 11279.

<sup>24</sup> Loke Khoon Tan, James Lau, and Harrods Wong, 'Copyright Protection for AI-Generated Works: A Landmark Chinese Court Ruling' (*Asia IP*, 29 February 2024) <<https://www.asiaplaw.com/section/in-depth/copyright-protection-for-ai-generated-works-a-landmark-chinese-court-ruling>> accessed 15 June 2024.

<sup>25</sup> Olivia Rafferty, 'Chinese Copyright Ruling on AI-Generated Images Leads to Fallout Overseas' (*World Trademark Review*, 15 December 2023) <<https://www.worldtrademarkreview.com/article/chinese-copyright-ruling-ai-generated-images-leads-fallout-overseas>> accessed 15 June 2024.

personality, but there are many opinions support the idea that AI-generated work should have copyright protection. For instance, without copyright protection, the work can be freely used and can directly compete with human-authored work in which users might use AI-generated work to evade copyright infringement liability.<sup>26</sup>

From the comparative study, the UK and China have different approaches to the US and Thai copyright, such that computer-generated work could have copyright protection. However, in practice, it is also challenging to determine the contribution to the creation of work. Therefore, there must be legal and technical measures to prepare the evidence and decide who makes the arrangements that create the work.

In the end, the issue of copyright on AI Generative work is very delicate. Each country's legislation has a different approach. In the author's opinion, we should adopt the UK and China approaches so that AI-generated work can be protected in some technological and economic aspects. However, there should also be a balance in the protection, such as the duration of protection. The author also suggests that there should be a test to determine the creativity and contribution to the AI-generated work. if there is insufficient labor, effort, or creativity, copyright protection should not be applied.

#### IV. Generative AI and Copyright Infringement Liability

As the technology of Generative AI progresses, the issue of infringement also arises from the usage of AI. Since the nature of Generative AI is a deep learning machine that is able to generate content based on the data that it learned, The AI could also create work from the content that is subject to copyright protection, which might be considered infringement by reproduction or adaptation without permission of the owner.

##### A. Liability of AI Developers vs. End-Users

When determining the potential infringement from Generative AI, the liability can be imposed on two sides. The creator of the Generative AI system or the end-users of the Generative AI systems.

The question arises whether the company that developed the Generative AI model will be held liable for the infringement created by their models, as the model itself is the tool that makes the infringing content. This is similar to the legal doctrine of

---

<sup>26</sup> Trapova A, Blogger KC and Hervey M, 'Copyright for AI-Generated Works: A Task for the Internal Market?' (*Kluwer Copyright Blog*, 14 June 2023) <<https://copyrightblog.kluweriplaw.com/2023/02/08/copyright-for-ai-generated-works-a-task-for-the-internal-market/>> accessed 15 June 2024.

contributory or vicarious liability, where the creator of the tool that enables infringement can be held liable for the infringement committed by the user. However, there is also an argument that the AI model is only a tool and the end-user is the one making the choice to use it to create infringing content, similar to how the creator of copying machine is not liable for infringement when the user makes unauthorized copies.

## B. Case Studies of AI Developer on Copyright Infringements

This section will assess the possible liability of each Generative AI that the public could use. First would be the ChatGPT, the Generative AI chatbot developed by OpenAI.

### 1. ChatGPT

From the technical aspect, Data mining and general AI training is not considered to be an acts of copyright infringement. The reason is these types of actions are not used for expressive purposes, and the data is not redistributed to the public. Copyrights intend to protect the expression of ideas, but AI training only extracts data for functional purposes.<sup>27</sup> However, the answer will be different regarding Generative AI.

ChatGPT is a Generative AI that is trained on large datasets from the internet, and the data might be subject to copyright protection. ChatGPT can potentially use the work that is protected by copyright and create the output. The output created by ChatGPT could be considered as derivative work based on the dataset that ChatGPT has learned. In this case, the nature of text-Generative AI does not copy the data but creates the text based on the input or prompt that the user has made and created through an AI algorithm that already learns the structures of sentences, paragraphs, and text formats.<sup>28</sup>

In the case of fair use defense, we have to assess the transformative test to see whether the output changes the purpose and character of use, nature of the original work, amount and substantiality of the portion taken, and effect on the market.<sup>29</sup>

---

<sup>27</sup> Jenny Quang, 'Does training AI violate copyright law?' (2021) 36 Berkeley Technology Law Journal <<https://btlj.org/wp-content/uploads/2023/02/0003-36-4Quang.pdf>> accessed 4 June 2024.

<sup>28</sup> Helms S, Krieser, J and Will M, 'Copyright Chaos: Legal Implications of Generative AI' (*Bloomberg Law*) <<https://www.bloomberglaw.com/external/document/XDDQ1PNK000000/copyrights-professional-perspective-copyright-chaos-legal-implic>> accessed 4 June 2024.

<sup>29</sup> Stim R and law RSA at, 'Measuring Fair Use: The Four Factors' (*Stanford Copyright and Fair Use Center*, 25 November 2021) <<https://fairuse.stanford.edu/overview/fair-use/four-factors/>> accessed 4 June 2024 ; *Andy Warhol Foundation v. Goldsmith* 598 U.S 508 (2023).

In general, the output from ChatGPT is usually created from an extensive data set without using any particular protected work. It is most likely that output from the ChatGPT combines all of the data and material, which produces the output that fits all the transformative test factors. Nonetheless, the answer could be different if the output of ChatGPT targets any protected work. For example, if the ChatGPT creates the output of fanfiction from protected work, this type of output might not consider to be fair use and could be copyright infringement.

According to ChatGPT's terms of use, the user owns the input, and ChatGPT provides output rights to the user as long as they do not infringe applicable legislation or terms of use. The terms intend to let the user be solely responsible for both input and output content in terms of copyright management.<sup>30</sup> Although it is still debatable whether the output of ChatGPT is protected under copyright or not, the question still arises of who would be responsible for the copyright infringement by ChatGPT program: the developer or the end user? However, before answering this question, we will proceed to the Visual Generative AI that will conclude the liability section.

## 2. PixAI - Stable Diffusion

PixAI is one of the Visual Generative AI on the internet that uses a Stable Diffusion system. It is a text-to-image model that uses diffusion techniques to generate images based on text descriptions. The Stable Diffusion Process involves two main steps: First is Text Representation. It starts with a text prompt converted into a vector representation by the CLIP text encoder (Contrastive Language-Image Pretraining), leading to image generation. Second is Image Representation Refinement; this process refines the random noise into vector representation and creates a high-resolution image as a final product. This process allows Stable Diffusion to create pictures that strongly adhere to the input text prompts. The entire technical process in Stable Diffusion is extremely complicated.<sup>31</sup>

Still, the key takeaway from the Stable Diffusion model is that the CLIP text encoder did not search or use any specific image or files that match with the input. The image generated through the Stable Diffusion has a similar concept to ChatGPT in that they did not copy the preexisting image or data. They learn the pattern and data,

---

<sup>30</sup> 'Terms of use' (*OpenAI*) <<https://openai.com/policies/terms-of-use/>> accessed 4 June 2024.

<sup>31</sup> Lee S, 'Stable Diffusion Explained and Visualized for Everyone' (*Medium*, 10 November 2023) <<https://medium.com/polo-club-of-data-science/stable-diffusion-explained-for-everyone-77b53f4f1c4>> accessed 4 June 2024.

which create the algorithm that allows them to create output that looks like the prompt's description.<sup>32</sup> The process of diffusion renders the output with a random image that is unrecognizable on which image it is used. The system is designed to construct and deconstruct the data from original sources and produce the result.<sup>33</sup>

In conclusion, both ChatGPT and the Stable Diffusion system itself did not copy any data or images; the Generative AI learns and trains through the large dataset and creates the output. Therefore, the act from the Generative AI system did not consider as copying, and the claim on copyright infringement and fair use defense doesn't need to be considered.<sup>34</sup> Therefore, in the author's view, the developer should not be held liable for copyright infringement since the technology behind these AIs is designed not to actually copy and produce similar work.

The development and function of Generative AI are designed to use the dataset only for training purposes and create an output that does not copy any data specifically. Thus, there should be no liability on the developer of Generative AI. However, the answer will be different regarding the end-user.

#### C. End-User Liability: The Role of Prompts and Output Management

In practice, the End-user is the one who is personally involved with alleged copyright infringement created by the Generative AI. Users are the ones who write and design the prompt, review the sample of output, select the final output, and determine the purpose of the work. The user is the person who makes all the important decisions when creating output that might be subject to copyright infringement.

To consider the liability of the end user, we will assume that the user is a human author who uses Generative AI to create work. The user has used AI as a tool to create creative work based on user prompts and order. Although the user creates work through Generative AI use much less creativity and effort than traditional artists, the process of making work is similar in that both sides have to determine what the image should look like, what composition and style should be used, how the final work should

---

<sup>32</sup> Michael D. Murray, 'Generative AI Art: Copyright Infringement and Fair Use' (2023) 26 SMU Sci & Tech L Rev 295.

<sup>33</sup> Suraj Patil et al., 'Stable Diffusion with Diffusers' (*HUGGING FACE*, 22 August 2022) <<https://perma.cc/CK5L-AEP5>> accessed 4 June 2024.

<sup>34</sup> Zirpoli, Christopher T., 'Generative Artificial Intelligence and Copyright Law' (*congress.gov*) <<https://crsreports.congress.gov/product/pdf/LSB/LSB10922>> accessed 10 June 2024.

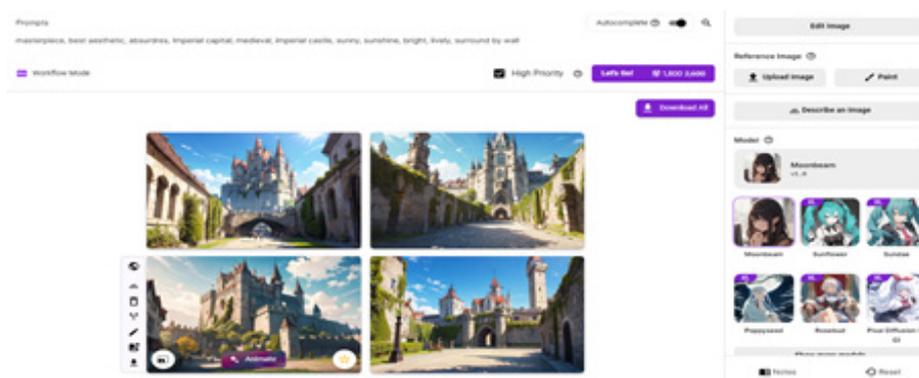
look and finalize the work that satisfied with their need.<sup>35</sup> These processes of thinking and work creation establish the ground claim for using Generative AI as a tool.

### 1. Fair Use Test in Visual Generative AI: Examples and Analysis

As we have mentioned above, the nature of Stable Diffusion does not copy the existing work. In practice, it is almost impossible to generate output that replicates the original work. However, it will be different if the user intends to use Generative AI for replicate purposes.

When the user uses Visual Generative AI such as PixAI, it uses Stable Diffusion. The user has to put a prompt on what type of image the user wants and what style and composition. Suppose the image is created based only on the prompt and model (pre-trained base model checkpoint, which is a large dataset with images that do not have specific images and references when creating output). In that case, the image is created by a Stable Diffusion system that does not use any specific image for reference.

#### Example 1



Additionally, there are other functions that the user would like to use because using the prompt to generate the image alone does not perfectly create the work that the user wants. The work creation is often very randomized, and the outcome cannot be predicted. In this paper, we will discuss two functions that are widely used among users, which are reference images and the LoRA model.

In general, if the user uses a reference image that does not have copyright protection, such as the user using personal sketch image. The Stable Diffusion system could use both prompt and reference images to produce the work that the user wants.

<sup>35</sup> Kirmer S, 'Art and Ai' (*Medium*, 17 February 2024) <<https://medium.com/@s.kirmer/art-and-ai-c5f5352d8ced>> accessed 10 June 2024.

## Example 2



**AI generated image**



**Sketch image**

When the user uses a reference image function, it could create a high possibility for the Generative AI to produce work that almost replicates the original work. One of the elements to prove whether the act from the user copies another copyrighted work is a substantial similarity test from the US Copyright Law. In this case, we must assess the work's extrinsic and intrinsic tests.<sup>36</sup>

The extrinsic test compares the similarity between two works and focuses only on the protective element of the work.<sup>37</sup> On the other hand, the Intrinsic test is a subjective evaluation of the overall look and feel of the works from the perspective of an ordinary, reasonable observer.<sup>38</sup> In practice, the court will assess both tests and filter out the unprotected element first. If there remain similarities, the court moves to the intrinsic test.

If we apply substantial similarity to the work created by reference image through Stable Diffusion, we have to filter out what elements are not protected. As mentioned above the style, genre, and element that is common for the work is not protected under doctrine of Scènes à Faire. The **Example 2** that the author has provided is the work generated through the author's sketch image. There is no concern about

---

<sup>36</sup> *Williams v. Crichton* 84 F.3d 581, 588 (2d Cir. 1996).

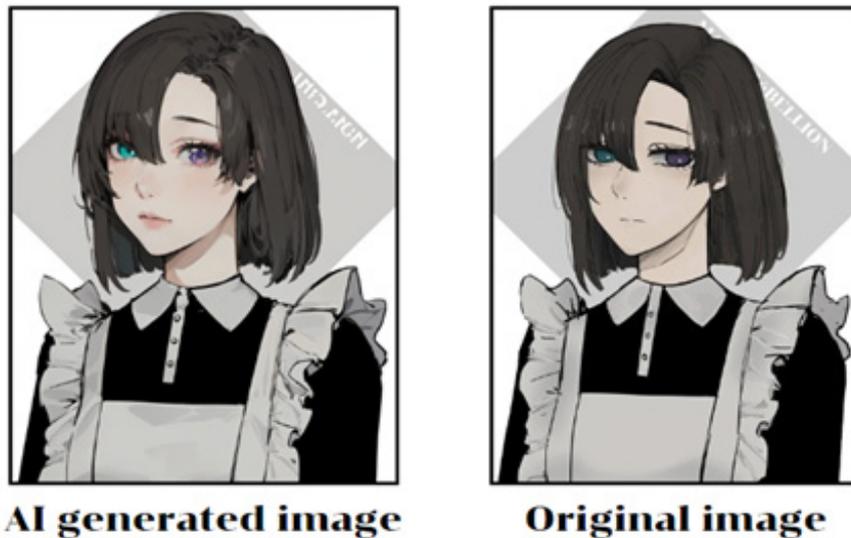
<sup>37</sup> *Cavalier v. Random House, Inc.* 297 F.3d 815, 822 (9th Cir. 2002).

<sup>38</sup> *Funky Films, Inc. v. Time Warner Entertainment Co.* 462 F.3d 1072, 1077 (9th Cir. 2006).

copyright infringement for **Example 2** since it is a case where the user uses personal work or unprotected work for reference.

For **Example 3**, it is the case where the user uses copyrighted work for the reference image.<sup>39</sup>

### Example 3



As shown in **Example 3**, the AI-generated work is very similar to the original work. Although the doctrine of Scènes à Faire will provide an exemption for genre, style, and type of work, in this case, the maid character in this picture is an original character created by the artist that is protected under copyright since it is not considered as genre or style but the character itself.<sup>40</sup> The AI-generated work does not change or alter the character's appearance at all. The only difference is that the AI-generated work has more vivid detail and color. For the intrinsic test, it still depends on the discretion of

---

<sup>39</sup> The Author has asked for permission to use the image for explanation in this paper from the artist herself, Ms. Saowapa Thammaratana.

<sup>40</sup> Under US copyright law, the character must have sufficient uniqueness and distinctiveness in order to be protected under copyright law ; in this case, we shall assume that the character in the example met the requirement for explanation purposes. Richard Stim A, 'Protecting Fictional Characters under U.S. Copyright Law' ([www.nolo.com](http://www.nolo.com), 16 April 2019) <<https://www.nolo.com/legal-encyclopedia/protecting-fictional-characters-under-copyright-law.html>> accessed 10 June 2024.

the court and reasonable person. The author analyzes that using a copyrighted work to generate an image with this extended similarity could be considered an unauthorized act of copying based on a substantial similarity test.<sup>41</sup>

Moving on to the following function, the LoRA model (fine-tuning certain model technique that applies tiny changes to standard checkpoint models). The LoRA model is different from the regular model in that it allows the user to create an independent or open-source model that the public can use. Some LoRA models are useful and do not have any risk of copyright infringement, such as detail enhancement and perfect hand models that solve the issues of AI-generated art having trouble generating hands.<sup>42</sup>

Nonetheless, the real problem with the LoRa model is that some users have trained and created the LoRA model to develop and generate the existing fictional character or even a natural person.<sup>43</sup> If the user uses this type of LoRA model to create a fictional character that is subject to copyright protection, then it could be considered to be an act of an unauthorized copy. Still, we also have to assess the substantial similarity test.

For this paper, the author will use Furina, the fictional character from a popular online game called Genshin impact, as an example.<sup>44</sup> (The author will not use any reference image function and only use Furina LoRA model)

---

<sup>41</sup> Under US copyright law, the work must be registered with the US copyright office in order for the right owner to file a copyright lawsuit against the infringer. In this case, the author only uses this image as an example for explanation; we shall assume that the work met the requirement to file a copyright lawsuit to mainly focus on a substantially similar test. 'First Steps in a Copyright Infringement Lawsuit' (*Justia*, 18 October 2023) <<https://www.justia.com/intellectual-property/copyright/infringement/first-steps-in-a-copyright-infringement-case/>> accessed 10 June 2024.

<sup>42</sup> Example of the LoRA model, 'Perfect hand model' <<https://pixai.art/model/1622080903277692835>>.

<sup>43</sup> Example of natural person model, 'Taylor Swift' <<https://pixai.art/model/tags/Taylor%20Swift?lang=en>>.

<sup>44</sup> Character information <<https://genshin.hoyoverse.com/en/character/Fontaine?char=6>>, Hoyoverse, the developer of the Genshin impact game, allows non-commercial use for the re-creation of the fictional character. Therefore, the character is allowed to be used as an example in this paper. <<https://www.hoyolab.com/article/143107>>

## Example 4



AI generated image



Official image

While the AI-generated work could not entirely replicate the character as there are still slight defects and differences, the author believes that most reasonable people will understand and believe that this character is substantially similar to the official character in both extrinsic and intrinsic tests. The reason is that the character itself is not subject to the doctrine of Scènes à Faire, and the AI-generated work attempted to replicate the character through the model that was specially trained to create this character.

As previously mentioned above, suppose we assume that the user could use Generative AI as a tool and have authorship over the work; the user can be liable for the act of copying, which leads to copyright infringement if the user is trying to achieve the output that is substantially similar to the copyrighted work by using the function that we have discussed. Additionally, the purpose of use for AI-generated work is also a factor in determining the fair use defense. For example, if the work is intended for parody or criticism, it could be subject to fair use defense.<sup>45</sup> However, if the purpose and function of the work are similar to the original work, then the fair use defense is not applicable.<sup>46</sup>

<sup>45</sup> Nathania Bates, 'Copyright Law: Parody and the 'heart' of the fair use privilege (Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc., 114 S. Ct. 1164 (1994))' (1996) 2 University of Florida Journal of Law and Public Policy <<https://scholarship.law.ufl.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1104&context=jlpp>> accessed 10 June 2024.

<sup>46</sup> *Dr Seuss Enters., v. ComicMix LLC* 983 E3d 443 (9th Cir. 2020).

#### D. Contributory and Vicarious Liability on the Developers

The concept of copyright protection and infringement can indeed be viewed as two sides of the same coin. When one is eligible for copyright protection, they must also be aware of their potential as an infringer. This dual nature emphasizes the responsibilities and risks that come with the creation and use of creative works. However, the situation becomes more complex with AI-generated content. If AI-generated works cannot acquire copyright protection due to the lack of human authorship, this does not automatically exempt the creators or users of AI from potential infringement liability.

The liability for copyright infringement in the context of AI can fall on multiple parties. It is questionable whether developers could be seen as contributory or vicarious infringers if their tools are used to produce infringing content, particularly if they fail to implement adequate safeguards against misuse. Conversely, end-users who input prompts and select outputs may bear direct liability if their actions result in the creation of works that violate existing copyrights.

To answer the question, the developer in this case should not be held liable for contributory or vicarious liability for several reasons. Firstly, they do not know the content that end users use to generate infringing work. The technology design of Generative AI is to create the work based on the dataset that is not predictable by the developer.<sup>47</sup> The work generated by the user also does not need approval or review from the developer, which makes it more difficult for the developer to know about infringement.

Secondly, the developer does not encourage the user to use Generative AI for infringement purposes. Moreover, the creator also does not have financial benefit from the infringing work from the user either.<sup>48</sup>

Thirdly, the developer should not be held liable for the user's conduct if the Generative AI can be used for substantial non-infringing purposes.<sup>49</sup> Generative AI can be used for infringement and noninfringement based on user prompts and control. We should not interpret Generative AI as an infringement tool but as an innovation that can be used for non-infringing activities that benefit the economy and society.

---

<sup>47</sup> Angell N, 'Style, Copyright, and Generative AI Part 2: Vicarious Liability' (*Creative Commons*, 8 November 2023) <<https://creativecommons.org/2023/03/24/style-copyright-and-generative-ai-part-2-vicarious-liability/>> accessed 10 June 2024.

<sup>48</sup> *Metro-Goldwyn-Mayer Studios Inc. v. Grokster, Ltd.* 545 U.S. 913, 937 (2005).

<sup>49</sup> *Sony Corp. of Am. v. Universal City Studios, Inc.* 464 U.S. 417, 437 (1984).

On the other hand, there could be an argument that what happens if the developer knows that there is copyright-protected content in the training data without exclusion measures, or is the developer opening the platform considered an act of facilitating?

In this case, they could arguably be liable under both theories. The developer can be liable under contributory liability if there is proof that the developer knew or should have known about the infringement with enough material contribution. If we use the example in the PixAI case, the platform has a browse engine that allows the user to find and search the model they want to use, including the character subject to copyright protection. These facts mean that PixAI made a material contribution by providing sites and facilities for users to commit direct infringement.

Moreover, if the developer also benefits financially from the infringing use of their AI and has control over its application, they could also face vicarious liability.

In conclusion, AI developers could potentially be liable for contributory or vicarious infringement if they knowingly include copyrighted material in training datasets and fail to take adequate measures to prevent resulting infringements. The degree of their liability would depend on their knowledge, the material contribution to infringing acts, their ability to supervise, and the financial benefits gained from the AI's infringing outputs.

## V. Generative AI and Trademark

Normally, the function and purpose of a trademark are to create an identity and brand that can identify the sources of a product or service, thereby ensuring full protection under trademark law. Registration is crucial for protecting brand identity and securing the business's intellectual property rights. However, Generative AI technology raises new questions about trademark law. Specifically, it brings into question whether marks created by Generative AI can be registered as trademarks.

Since Generative AI can create images and art much easier than before, it is possible for entrepreneurs to use Generative AI to design logos and symbols for their products or services. From the copyright perspective, most jurisdictions do not grant copyright protection for AI-generated work. However, the nature and purpose of trademark and copyright are different. Copyright is intended to protect and grant exclusive rights to the creator who contributes creativity, effort, and labor to the work. Meanwhile, trademarks are used to protect the brand for commercial and customer interest.<sup>50</sup>

---

<sup>50</sup> Amit Singh, 'Importance of Copyright and Trademark in Business' 2 Journal of Legal Research and Juridical Sciences <<https://jlrjs.com/wp-content/uploads/2023/03/78.-Amit-Singh.pdf>> accessed 19 June 2024.

### A. US Trademark Law

In US trademark law (Lanham Act), the registration qualifications are assessed on the use of the trademark or intent to use the trademark. There is no requirement for a trademark to have human authorship, unlike a copyright. The two basic requirements for a mark to be registrable are its use in commerce and its distinctiveness. There are some prohibitions on what makes marks not registrable, such as confusingly similar, generic terms, and primarily geographically descriptive. Therefore, the Lanham Act focuses on the use of marks in commerce and their distinctiveness rather than on authorship.<sup>51</sup>

Although there are possible concerns that the trademark generated by AI could potentially be similar to the existing trademark or use the existing trademark in the data training, if we look at the principle of trademark rights, the intention of a trademark is to avoid confusion about source, origin, or sponsorship of goods or services. As long as the output of Generative AI satisfies all the requirements under the Lanham Act, it should be registered for trademark protection.<sup>52</sup>

### B. Thai Trademark Law

In Thai trademark law, the law does not have requirements for human authorship. The main requirement for the mark to be registrable is specified in section 6 of the Trademark Act B.E 2559, which are:

1. Be distinctive.
2. Not be prohibited under this Act.
3. Not be the same as or similar to a trademark registered by another person.

---

<sup>51</sup> 'Lanham Act' (*Legal Information Institute*) <[https://www.law.cornell.edu/wex/lanham\\_act#:~:text=The%20Act%20provides%20for%20a,mark%20is%20likely%20to%20occur](https://www.law.cornell.edu/wex/lanham_act#:~:text=The%20Act%20provides%20for%20a,mark%20is%20likely%20to%20occur)> accessed 19 June 2024.

<sup>52</sup> 'AI and IP: Examining Legal Rights over AI-Generated Output' (*Moses & Singer LLP*) <<https://www.mosessinger.com/publications/ai-and-ip-examining-legal-rights-over-ai-generated-output>> accessed 19 June 2024.

Based on the Act, there is no prohibition regarding using AI to create trademarks either. The concept of trademark law between Thailand and the US is similar in that it intends to identify the sources of goods and services rather than protect the creator's rights like copyright law.<sup>53</sup>

Additionally, there could be possible concerns about the term owner of the trademark. Both the Lanham Act and the Thai Trademark Act require the owner to own the trademark in order to get registration. The question arises of what the owner means in this context.

In this case, the owner in a trademark context does not mean copyright ownership, but it is classified as a right to use the mark. The term owner in trademark law has to assess whether such a person has the right to use the trademark. In cases where the trademark was generated from AI, we have to look at the term of use of the Generative AI service. Suppose it allows the user to own and use the output. Then, it could be considered that the user is the owner of the trademark.

Currently, there are no court cases or decisions regarding using Generative AI to create trademarks and whether it is registrable. Nonetheless, if we look at the purpose and rationale of the law, the copyright and trademark purposes are different. Thus, the author views that even if the mark is created from Generative AI, as long as it satisfies all the requirements under trademark law, it should be registrable under trademark law regardless of copyright protection.<sup>54</sup>

## VI. Generative AI and Patent

Patent is an intellectual property right that grants protection for an invention or a design, ensuring that the inventor has exclusive rights to use, produce, and sell their invention for a specified period.

The question arises whether an invention can be protected under patent law when Generative AI plays a significant role in the creation process. Traditional patent law has been built on the premise that inventors are human individuals who apply their creativity, knowledge, and skills to develop new inventions. However, when AI systems

---

<sup>53</sup> Thai Trademark Act (No. 3) B.E. 2559, Section 6.

<sup>54</sup> From an inquiry with the Department of Intellectual Property, the official has confirmed that a trademark generated from AI is allowed to be registered as long as it meets the requirements under the Trademark Act.

contribute to or even independently create inventions, it challenges the understanding of inventorship. Determining the inventiveness of AI-generated innovations and assigning inventorship in such cases pose significant legal questions.

#### A. Generative AI as Inventor

Currently, there are cases where Generative AI named DABUS has applied for patents under many jurisdictions. The AI was developed by Stephen Thaler, and the creator claims that DABUS can create new inventions by learning from algorithms and data without human intervention.<sup>55</sup>

The issue is separate between two cases: Should AI be considered the property of the developer or have the status of an inventor of the inventions made by itself?

There was a debate on whether AI should have legal rights as an electronic person. In this case, we have to classify the category of AI to answer this problem. Firstly, both narrow and general AI should only be classified as the developer's property. The reason is these types of AI do not have Autonomy and Volition, which means thinking independently, making decisions independently, and forming intentions independently. If the creator cannot do these things, the AI should merely be considered the owner's property and have no other legal status.<sup>56</sup> Since Generative AI falls under the category of general AI, it should not have a legal personality to have status as an inventor.

For Instance, In the US case *Thaler v. Hirshfeld*, the court rejected the application for recognizing Generative AI as an inventor. This decision is grounded in the legal interpretation that inventor status is exclusively reserved for individual human beings. The court concluded that AI systems cannot hold or exercise the exclusive rights granted by a patent, nor can they personally derive benefits from such rights. Thus, the status of an inventor, according to the court, cannot be extended to non-human entities like AI.<sup>57</sup>

Additionally, In the United Kingdom, the court has ruled that AI cannot possess legal personality as an inventor under patent law. This decision emphasizes the requirement that an inventor must be a human being. Meanwhile, the owner or operator of an AI system can apply for a patent for innovations generated by AI.<sup>58</sup>

---

<sup>55</sup> Ryan Abbott, 'The Artificial Inventor Project' (WIPO, 11 December 2019) <[https://www.wipo.int/wipo\\_magazine/en/2019/06/article\\_0002.html](https://www.wipo.int/wipo_magazine/en/2019/06/article_0002.html)> accessed 21 June 2024.

<sup>56</sup> ภูมิินทร์ บุตรอินทร์, 'กฎหมายกับปัญญาประดิษฐ์' (2561) 47(3) วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 491-511.

<sup>57</sup> *Thaler v. Hirshfeld*, 558 F. Supp. 3d 238 (E.D. Va. 2021).

<sup>58</sup> *Thaler v. Comptroller General of Patents Trade Marks and Designs* (2021) EWCA Civ 1374.

On the other hand, In Australia, the court has ruled differently, stating that AI can be designated as an inventor. The main reason is that the law in Australia does not define inventor terms as limited to natural persons. However, despite this recognition of AI's inventive status, a human individual must still hold the application for a patent and the grantee's patent rights. Thus, while Australia acknowledges the creative contributions of AI, it maintains that the legal and procedural aspects of patent rights are strictly reserved for human applicants.<sup>59</sup>

For the Thai Patent Act B.E. 2542, the law mentions that an individual eligible to apply for a patent must be of Thai nationality, a juristic person with a main office in Thailand, or another nationality, as specified in section 14. Since AI does not have the status of a person with nationality and does not qualify as a juristic person, it cannot be considered an inventor under the Patent Act.<sup>60</sup>

In summary, the author believes that AI should not have the status of an inventor eligible for patent rights for the following reasons:

1. AI cannot exercise a patent holder's rights by the law's objectives without human intervention or control.
2. AI is not the entity that invests effort, knowledge, and expenses in creating inventions and thus should not be rewarded based on economic rationale.
3. Granting patents to AI does not incentivize research and innovation development.

#### B. Invention from Generative AI

The inventions created by AI should be entitled to patent protection if they meet the patent criteria under the Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS), such as novelty, inventive steps, and industrial applications.<sup>61</sup>

In this case, the owner of the AI should be entitled to be an inventor if the owner develops the AI with diligence and effort. However, if the owner or user of Generative AI is not the developer who built the AI, they should not receive the benefits of patent protection.

---

<sup>59</sup> *Thaler v. Commissioner of Patents* [2021] FCA 879.

<sup>60</sup> Thai Patent Act (No.3) B.E. 2542, Section 14.

<sup>61</sup> WTO TRIPS Agreement, Section 5, Article 27.

It should be noted that disclosing the technical characteristics and proving the level of inventiveness for inventions created from AI systems is not as easy as inventions created by humans, which poses a challenge in assessing the patent qualification criteria.

In the US case, the United States Patent and Trademark Office (USPTO) provided Inventorship Guidance for AI-assisted Inventions to the public, outlining how the USPTO will assess inventorship concerns as AI systems become more involved in the invention creation process. According to the guidance, while AI-assisted inventions are not automatically unpatentable, the inventorship assessment should prioritize human contributions, as patents are intended to incentivize and reward human innovation. Patent protection can be sought for inventions where a natural person makes a significant contribution to the invention.<sup>62</sup>

In addition, the Intellectual Property Task Force Chairs have reached a consensus among experts in various industries that:<sup>63</sup>

- Inventions facilitated by AI should be eligible for patent protection. Since humans bear responsibility for these inventions, they should be entitled to patent protection to drive innovation.
- Clear guidance is necessary to determine which “individual” qualifies as the inventor. When AI is involved in the invention process, guidelines are needed to define what constitutes a human’s inventive contribution in borderline cases.
- AI is a “tool” In the eyes of the law, AI’s role in innovation is that of an advanced tool that is not capable of independent conception and thus cannot qualify as an “inventor” in its own right.

Under the Thai Patent Act B.E. 2542, if an innovation created by AI meets all the criteria according to patent law and does not fall under the exceptions for protection, such as being a scientific and mathematical rule, theory, or a data system for computer operations, it can be patented according to the procedures specified by the law.<sup>64</sup>

---

<sup>62</sup> ‘Inventorship Guidance for AI-Assisted Inventions’ (*The Federal Register*) <<https://www.federalregister.gov/documents/2024/02/13/2024-02623/inventorship-guidance-for-ai-assisted-inventions>> accessed 21 June 2024.

<sup>63</sup> Iancu and Elluru, ‘When Ai Helps Generate Inventions, Who Is the Inventor?’ (*CSIS*) <<https://www.csis.org/analysis/when-ai-helps-generate-inventions-who-inventor>> accessed 21 June 2024.

<sup>64</sup> Thai Patent Act (No.3) B.E. 2542, Section 5 and 9.

In the end, while Generative AI systems, such as DABUS, have demonstrated the capability to create inventions, traditional patent laws are fundamentally built on the notion of human inventorship. The evolving landscape of AI and intellectual property will necessitate continuous dialogue and adaptation to balance technological advancements with legal principles.

## VII. Suggestion on How Thailand Should Adapt Its Legislation on Generative AI Technology

Since the advancement of Generative AI technology poses challenges for intellectual property regimes worldwide. Thailand also needs to adapt its IP laws to address the unique issues arising from AI-generated content. The author will provide some suggestions for Thailand's intellectual property law, particularly in relation to copyright, trademark, and patent.

### A. Copyright Act Suggestion

Currently, Thai copyright law does not explicitly address the issue of AI-generated work. The Author suggests that section 4 of the copyright act should be amended by adding the definition of artificial intelligence and AI-generated work. The Author believes that adding a defined term will help define the work and apply the law to the new AI technology.

Additionally, the Author views that section 6 of the copyright should also be amended by adding the AI-generated work to fall under copyright work. AI-generated work should have copyright protection in some circumstances. As we observe from multiple jurisdictions, works created with the assistance of AI should be copyrighted if humans are involved in the creative extension that requires sufficient creativity. Applicants for copyright must disclose when the creator's work includes content generated by AI. This aligns with the theory of motivation and balance between the creator and societal benefits, providing protection while primarily considering the public's interest and creating a balance for the creator's benefits.

### B. Copyright Infringement Suggestion

Under Thai copyright law, the act of reproduction has a similar concept to the act of copying under US copyright law. The user is liable under direct infringement if it can be proven that the user used copyrighted material to create work that is considered to imitate the original work, which fits with the definition under the Thai Copyright Act B.E. 2565.<sup>65</sup>

---

<sup>65</sup> Thai Copyright Act (No.5) B.E. 2565, Section 4 and 27.

There are still issues regarding the developer's liability since Thai law does not have a concept of vicarious and contributory liability. Moreover, secondary infringement under the Thai Copyright Act is not applicable in this case because the context and technology behind Generative AI do not fit the conditions under the law.<sup>66</sup>

Even under criminal law and tort law, it is still possible for the developer to be liable as a joint actor or facilitator.<sup>67</sup> Thai copyright law should implement a new and proper mechanism to deal with the infringement arising from AI technology that has conditions similar to vicarious and contributory liability under US law.

### C. Trademark Suggestion

The DIP permits the registration of trademarks for AI-generated work, provided that these trademarks comply with existing trademark regulations. However, this raises concerns regarding the clarity of ownership. It is important that the entity or individual utilizing AI to create a trademark possesses the legal right to do so. Applicants for trademark registration must demonstrate their legal entitlement to use the mark. This could be evidenced through adherence to the terms of use of the AI platform employed in the creation process.

### D. Patent Suggestion

For AI-generated inventions, the Thai Patent Act B.E. 2542 should maintain the principle that only human beings can be recognized as inventors. However, the contributions of AI in the invention process should be acknowledged, and the human who directed and supervised the AI should be listed as the inventor. Furthermore, the law should require transparency in AI use, which should be mandated through detailed disclosure requirements when filing for patents. This would involve explaining the role of AI in the invention process and specifying the contributions of both the AI and the human inventor.

### E. Conclusion

The arrival of Generative AI marks an important moment in the evolution of technology and intellectual property regimes. The comparative study has revealed significant disparities in how countries approach the protection and regulation of AI-generated works. While countries like the United Kingdom and China have taken more inclusive stances, allowing some level of protection for AI-generated content, others like

---

<sup>66</sup> Ibid, Section 31.

<sup>67</sup> Thai Penal Code, Section 86. ; Thai Civil and Commercial Code, Section 432.

the United States and Thailand adhere strictly to traditional interpretations of human authorship.

The core challenge lies in balancing the promotion of innovation and economic growth with the protection of intellectual property rights. As Generative AI continues to evolve, it becomes crucial for legal frameworks to adapt, ensuring that creators are adequately protected and incentivized.

As Thailand and other nations navigate the complexities of integrating Generative AI into their intellectual property regimes, there must be a balance that promotes innovation without compromising the foundational principles of intellectual property law. Thailand must ensure that its intellectual property laws remain relevant and adaptable in the face of AI advancements.



ความเป็นไปได้ในการศึกษาการรับเข้าหลักนิติธรรมในระบบรัฐธรรมนูญไทย  
ผ่านแนวคิดการรับเข้ารัฐธรรมนูญ  
The Possibility of Studying the Adoption of the Rule of Law in  
Thailand Constitutional System through the Concept of  
Constitutional Import

ฐาปนพงศ์ มั่นหมาย  
Thapanapong Munmai

นักศึกษาปริญญาโท  
สำนักวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง  
Master's Degree Student  
School of Law, Mae Fah Luang University  
Corresponding author E-mail: Thapanapong86@gmail.com

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

(Received: January 14, 2025; Revised: January 24, 2025; Accepted: January 27, 2025)

## บทคัดย่อ

แนวคิดการรับเข้ารัฐธรรมนูญ (Concept of Constitutional Import) เป็นหนึ่งในแนวทางการศึกษากฎหมายรัฐธรรมนูญเปรียบเทียบ โดยมุ่งศึกษาถึงพลวัตอันซับซ้อนของกระบวนการถ่ายโอนข้อความคิดทางกฎหมายรัฐธรรมนูญจากดินแดนหนึ่งไปสู่อีกดินแดนหนึ่ง และบรรดาการกระทำหรือเหตุการณ์ต่าง ๆ ซึ่งส่งผลให้ข้อความคิดทางกฎหมายที่ถ่ายโอนดังกล่าวเปลี่ยนแปลงไปในบริบทใหม่ งานชิ้นนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อนำเสนอข้อพิจารณาเบื้องต้นของแนวคิดการรับเข้ารัฐธรรมนูญและเพื่อชี้ชวนให้เห็นว่าแนวทางการศึกษาดังกล่าวเป็นกระแสนการศึกษาที่กำลังเฟื่องฟูอยู่ในวงวิชาการนิติศาสตร์ในต่างประเทศและในประเทศไทยได้มีตัวอย่างของงานวิชาการที่ใช้แนวคิดการรับเข้ารัฐธรรมนูญเป็นกรอบในการศึกษาในประเด็นต่าง ๆ แล้ว นอกจากนี้ ยังมุ่งชี้ชวนให้เห็นถึงความเป็นไปได้ในการปรับใช้แนวคิด

การรับเข้ารัฐธรรมนูญเป็นกรอบในการศึกษากระบวนการรับเข้าหลักนิติธรรม (The Rule of Law) ในระบบรัฐธรรมนูญไทย ทั้งนี้ เพื่อประเมินผลการรับเข้าหลักนิติธรรมในระบบรัฐธรรมนูญไทยว่าเป็นเช่นไร มีปัญหาหรืออุปสรรคใดบ้างที่ต้องทำความเข้าใจอย่างถ่องแท้ เพื่อจะได้ปรับแต่งให้เหมาะสมต่อไป

**คำสำคัญ:** การรับเข้ารัฐธรรมนูญ, กฎหมายเปรียบเทียบ, หลักนิติธรรม

## Abstract

The Concept of Constitutional Import is one of the approaches in the study of comparative constitutional law. It focuses on examining the complex dynamics of transferring constitutional legal ideas from one jurisdiction to another, as well as the actions or events that lead to changes in these ideas within a new context. This work aims to present preliminary considerations on the concept of constitutional import and to highlight that this approach is a burgeoning trend in the field of legal scholarship internationally. In Thailand, there are already examples of academic works utilizing the concept of constitutional import as a framework for studying various issues. Furthermore, this work seeks to explore the potential application of the concept of constitutional import as a framework for studying the process of importing the Rule of Law into Thailand's constitutional system. The objective is to evaluate how the Rule of Law has been integrated into Thailand's constitutional system, identifying any challenges or obstacles that require thorough understanding to ensure appropriate adaptation and refinement in the future.

**Keywords:** Constitutional Import, Comparative Law, Rule of Law

## 1. ความนำ

หลักนิติธรรม (the Rule of Law) ได้ถูกเริ่มบรรจุไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 ซึ่งปรากฏในมาตรา 3 วรรคสอง ที่บัญญัติว่า “การปฏิบัติหน้าที่ของรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล รวมทั้งองค์กรตามรัฐธรรมนูญและหน่วยงานของรัฐ ต้องเป็นไปตาม**หลักนิติธรรม**” ถือเป็นครั้งแรกที่แนวคิดอันเป็นเสาเอกสำคัญแห่งหลักกฎหมายนี้<sup>1</sup> ได้ปรากฏตัวขึ้นในฐานะบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญ<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> การเลือกเปรียบเทียบหลักนิติธรรมว่าเป็นเสาเอกสำคัญแห่งหลักกฎหมายนั้น เพราะผู้เขียนเห็นว่าลักษณะสำคัญประการหนึ่งของหลักนิติธรรมนั้นเกี่ยวข้องกับทฤษฎีเกี่ยวกับระบบกฎหมาย โดยนำเสนอคุณสมบัติต่าง ๆ ที่ควรจะมีปรากฏอยู่ในระบบกฎหมาย เช่น ความคาดหมายได้ของการกระทำของรัฐ ความชัดเจนของกฎหมาย ความเป็นกฎหมายทั่วไปของกฎหมาย ความเป็นอิสระของศาล ใน Nicholas Barber, ‘The Rechtsstaat and The Rule of Law’ (2003) 53 University of Toronto Law Journal 444-445. อ้างถึงใน วริษา อองสุพันธ์กุล, ‘พัฒนาการแนวคิดเรื่องหลักนิติรัฐ (Etat de droit) ในประเทศฝรั่งเศส’ (2566) 52(1) วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 32.

<sup>2</sup> ก่อนหน้านั้น The Rule of Law ได้ปรากฏตัวขึ้นผ่านงานวิชาการโดยมีการอ้างอิงถึงอิทธิพลของ เอ.วี.ไดซี (A.V. Dicey)

ส่งผลให้หลักนิติธรรมได้รับการกล่าวอ้างถึงอย่างกว้างขวางทั้งจากนักวิชาการ นักการเมือง รวมถึงตลอดถึงผู้ที่สนใจเหตุการณ์บ้านเมืองทั่วไป และกลายเป็นวัตถุแห่งการศึกษาในงานวิจัยต่าง ๆ โดยมีงานวิชาการทางด้านนิติศาสตร์จำนวนมากที่ได้อธิบายชี้แจงเพื่อพยายามไขคำตอบเกี่ยวกับความพิศวงในแง่มุมต่าง ๆ ของข้อความคิดนี้<sup>3</sup> และเพื่อพยายามปรับเปลี่ยนแนวคิด The Rule of Law ที่รับเข้ามาจากต่างประเทศให้เข้ากับแนวคิดกฎหมายและการเมืองแบบจารีตของไทย<sup>4</sup> กล่าวจำเพาะงานวิชาการในด้านกฎหมายรัฐธรรมนูญเปรียบเทียบ จากการสำรวจของผู้เขียนพบว่า มีงานที่ศึกษาหลักนิติธรรมจำนวนมากที่ศึกษาโดยการเปรียบเทียบเชิงหลักทฤษฎีกฎหมาย (Doctrinal Comparison) ซึ่งมุ่งศึกษาเปรียบเทียบหลักการและหลักคำสอนทางกฎหมาย การศึกษาในแนวทางดังกล่าวช่วยให้เห็นถึงความแตกต่างในด้านเนื้อหาและการบังคับใช้ระหว่างหลักนิติธรรมต้นฉบับอันมีต้นธารทางความคิดมาจากประเทศอังกฤษและหลักนิติธรรมที่ถูกรับเข้ามาประเทศไทย<sup>5</sup>

หากกล่าวในทางทฤษฎีแล้ว หลักนิติธรรมในความหมายกว้าง ๆ นั้น คือข้อความคิดที่มีวัตถุประสงค์ในการปกป้องปัจเจกบุคคลจากผู้ถือครองอำนาจในรัฐ<sup>6</sup> โดยเรียกร้องให้การกระทำของรัฐต้องมีกฎหมายรองรับ ถือกำเนิดขึ้นบนบริบททางสังคมและประวัติศาสตร์ในประเทศอังกฤษผ่านการคลี่คลายเชิงประวัติศาสตร์มาเป็นลำดับ ซึ่งการที่ข้อความคิดในทางกฎหมายดังกล่าวถูกรับเข้ามาสู่ระบบรัฐธรรมนูญของไทยที่มีบริบทแวดล้อมทางวัฒนธรรมกฎหมายเฉพาะของไทยนั้น ผู้เขียนเห็นว่าการศึกษาเปรียบเทียบในแง่มุมของการปลูกถ่ายกฎหมาย (Legal Transplants) ดังที่จะได้อธิบายต่อไป ผ่านแนวคิดการรับเข้ารัฐธรรมนูญ<sup>7</sup> อาจช่วยให้สามารถวิเคราะห์ลักษณะการปรากฏตัวขึ้นบนบริบทใหม่ในประเทศไทยของหลักนิติธรรม การปรับใช้หลักนิติธรรมในแต่ละบริบท รวมถึงวิเคราะห์แนวโน้มพัฒนาการของหลักนิติธรรมไทยในอนาคตได้

---

มาแล้ว โดยปรากฏอยู่ในฐานะปรัชญาหรือทฤษฎีทางกฎหมายที่มีการถกเถียงกันเฉพาะในวงวิชาการเท่านั้น โปรดดู เสนาะ เอกพจน์, 'The Rule of Law' ใน เอกบุญ วงศ์สวัสดิ์กุล (บรรณาธิการ) *นิติรัฐ นิติธรรม* (โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2553) และยังปรากฏในรูปของคำปรารภของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2517 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2549

<sup>3</sup> ถ้อยคำที่มีความหมายใกล้เคียงกับคำว่านิติธรรมและในข้อเขียนทางวิชาการไทยมักเรียกรวมกันกับหลักนิติธรรม (หรือ/และ) คือคำว่าหลักนิติรัฐ งานชิ้นสำคัญที่อธิบายให้เห็นความแตกต่างระหว่างหลักการทั้งสอง โปรดดู วรเจตน์ ภาคีรัตน์, *คำสอนว่าด้วยรัฐและหลักกฎหมายมหาชน* (แก้ไขเพิ่มเติม, พิมพ์ครั้งที่ 2, โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2557) 200-206.

<sup>4</sup> ลักษณะร่วมกันของคำอธิบายในแนวทางนี้คือ หลักนิติธรรมสามารถถูกยกเว้นได้ตามสถานการณ์ต่าง ๆ และเพื่อบรรลุเป้าหมายอันดีงามสามารถใช้วิถีทางที่ขัดแย้งกับหลักนิติธรรมได้ ตัวอย่างงานในแนวทางนี้ เช่น ธาณินทร์ โกรวิเชียร, 'บทบรรณาธิการ' ใน เอกบุญ วงศ์สวัสดิ์กุล (บรรณาธิการ) *นิติรัฐ นิติธรรม* (โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2553) ; บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, *หลักนิติธรรม ประชาธิปไตย และธรรมาธิปไตย* (เอกสารวิชาการส่วนบุคคล, สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ 2559)

<sup>5</sup> ตัวอย่างงานในแนวทางดังกล่าว โปรดดู กล้า สมทวนิช, 'ศาลรัฐธรรมนูญกับการแปลความหมาย สร้าง และบังคับใช้หลักนิติธรรมไทย' ใน เข็มทอง ต้นสกุลรุ่งเรือง (บรรณาธิการ) *นิติรัฐ นิติธรรม ประวัติศาสตร์ภูมิปัญญาเปรียบเทียบ* (อิลลูมินันซ์ เอ็ดดิชั่นส์ 2567)

<sup>6</sup> จริญญา โฆษณานันท์, *นิติปรัชญา* (มหาวิทยาลัยรามคำแหง 2537) 434.

<sup>7</sup> งานเขียนในภาคภาษาไทยที่นำเสนอข้อความคิดว่าด้วยการรับเข้ากฎหมายรัฐธรรมนูญในเชิงทฤษฎี โปรดดู ปูนเทพ ศิรินพวงศ์, 'การรับเข้ากฎหมายรัฐธรรมนูญ: ข้อความคิดและข้อพิจารณาเบื้องต้น' (2567) 6(2) *วารสารกฎหมายสงขลานครินทร์* 41-57.

บทความชิ้นนี้ แบ่งออกเป็นสี่ส่วน คือส่วนนำอันเป็นส่วนแรกของบทความนี้ จากนั้นความในส่วนที่สองจะได้อธิบายถึงข้อพิจารณาเบื้องต้นของแนวคิดการรับเข้ารัฐธรรมนูญในเชิงทฤษฎี ส่วนที่สามจะเป็นการอธิบายถึงความเป็นไปได้ในการศึกษาการรับเข้าหลักนิติธรรมในระบบรัฐธรรมนูญไทย และส่วนที่สี่จะเป็นส่วนสรุปของบทความนี้

## 2. การรับเข้ารัฐธรรมนูญ

แนวคิดที่ว่าด้วยการรับเข้ารัฐธรรมนูญ (Concept of Constitutional Import)<sup>8</sup> เป็นหนึ่งในแนวทางการศึกษากฎหมายรัฐธรรมนูญเปรียบเทียบ<sup>9</sup> โดยถูกพัฒนาขึ้นในช่วงทศวรรษที่ 1970 เริ่มต้นจากหนังสือชื่อ *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law* โดย อัลัน วัตสัน (Alan Watson)<sup>10</sup> ซึ่งเสนอว่าระบบกฎหมายจากประเทศหนึ่งสามารถนำไปปรับใช้ในอีกประเทศหนึ่งได้อย่างง่ายดาย แม้ว่ากฎหมายมักจะเป็นเครื่องสะท้อนของ “จิตวิญญาณของคนในชาติ” ก็ตาม จากนั้นได้เกิดงานเขียนชิ้นสำคัญที่ทำทลายแนวคิดดังกล่าว คือ “The Impossibility of Legal Transplants”<sup>11</sup> ของ ปีแอร์ เลอกรอง (Pierre Legrand) ซึ่งโต้แย้งว่ากฎหมายนั้นไม่สามารถถ่ายโอนหรือปลูกถ่ายแบบง่าย ๆ ได้ เนื่องจากความแตกต่างทางวัฒนธรรมและการตีความของพื้นที่ต่าง ๆ ที่อาจมีความแตกต่างกัน

ข้อถกเถียงเกี่ยวกับความเป็นไป (ไม่) ได้ของการถ่ายโอนกฎหมายดังกล่าวได้นำไปสู่การพัฒนาเป็นแนวคิดในทางทฤษฎี โดยพบจุดร่วมที่ว่า การถ่ายโอนหรือรับเข้ากฎหมายนั้นสามารถเกิดขึ้นได้จริงแต่ไม่ใช่สิ่งที่ทำกันได้ง่าย เพราะกฎหมายมีบริบทและวัฒนธรรมแวดล้อมประกอบอยู่ด้วย และตั้งแต่ปลายทศวรรษที่ 1980 การศึกษาแนวทางดังกล่าวได้รับการยอมรับกันอย่างแพร่หลายในวงวิชาการตะวันตก<sup>12</sup> ปุนเทพ ศิรินพงค์ กล่าวว่า “ในปัจจุบันกระแสการศึกษาตามแนวทางนี้ได้เฟื่องฟูขึ้นมาคู่ขนานกับการศึกษากฎหมายเปรียบเทียบแบบดั้งเดิม จนเกินกว่าที่จะนับว่าเป็นเพียงแนวการศึกษาทางเลือก โดยยกตัวอย่างใน *International Journal of Constitutional Law* ฉบับปี 2003 เล่มที่ 2 มีหลายบทความที่กล่าวถึงเรื่องนี้หรือในคู่มือศึกษา (Handbook) กฎหมายรัฐธรรมนูญมาตรฐานแทบทุกฉบับก็จะต้องมีหัวข้อเรื่องนี้้อยู่อย่างน้อยบทหนึ่ง”<sup>13</sup>

<sup>8</sup> เติ้งอ่าง.

<sup>9</sup> การศึกษาเปรียบเทียบกฎหมาย อาจแบ่งออกได้เป็น การเปรียบเทียบตามหน้าที่ (Functional Comparison) การเปรียบเทียบเชิงประวัติศาสตร์ (Historical Comparison) การเปรียบเทียบโครงสร้าง (Structural Comparison) การเปรียบเทียบเชิงหลักทฤษฎีกฎหมาย (Doctrinal Comparison) การเปรียบเทียบสังคมกฎหมาย (Socio-Legal Comparison) และการถ่ายโอนกฎหมาย (Legal Transplants).

<sup>10</sup> ดู Alan Watson, *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law* (2nd edn, University of Georgia Press: Athens 1993).

<sup>11</sup> ดู Pierre Legrand, ‘The Impossibility of ‘Legal Transplants’’ (1997) 4(2) *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 111-124.

<sup>12</sup> John W. Cairns, ‘Watson, Walton, and the History of Legal Transplants’ (2013) 41 *Ga. J. Int’l & Compar. L.* 637, 672.

<sup>13</sup> ปุนเทพ ศิรินพงค์, ‘การรับเข้ากฎหมายรัฐธรรมนูญ: ข้อความคิดและข้อพิจารณาเบื้องต้น’ (เชิงอรรถที่ 7) 43.

การศึกษาตามแนวทางการรับเข้ารัฐธรรมนูญนั้น มองการรับเข้าข้อความคิดทางกฎหมายรัฐธรรมนูญในฐานะ “กระบวนการ” ฟรานซ์ วิแอคเกอร์ (Franz Wieacker) อธิบายว่าการรับเข้าข้อความคิดทางกฎหมายไม่ใช่การกระทำเพียงครั้งเดียวแล้วจบ หากแต่เป็นกระบวนการอันประกอบด้วยการกระทำหลาย ๆ การกระทำ เหตุการณ์หลาย ๆ เหตุการณ์ซึ่งทำให้บทบัญญัติทางกฎหมายเกิดความเปลี่ยนแปลง เริ่มตั้งแต่การรับเข้ามาบัญญัติไว้เป็นกฎหมาย การบังคับใช้โดยองค์กรผู้ทรงอำนาจ การเรียนรู้ทำความเข้าใจบทบัญญัติที่รับเข้ามา ตลอดจนทัศนคติสำนึกของสาธารณชนที่มีต่อกฎหมายที่รับเข้ามา<sup>14</sup> เช่นนี้แนวคิดที่ว่าด้วยการรับเข้ารัฐธรรมนูญจึงมุ่งศึกษาปัญหาสำคัญที่ว่า เพราะเหตุใดรัฐ ๆ หนึ่งจึงตัดสินใจหยิบยืมข้อความคิด บทบัญญัติ หรือสถาบันทางกฎหมายรัฐธรรมนูญจากต่างประเทศ นอกจากเหตุผลเรื่องการประหยัดต้นทุนทางทรัพยากรต่าง ๆ โดยเฉพาะต้นทุนในด้านเวลาแล้ว ยังมีเหตุผลสนับสนุนอื่น ๆ ทั้งเหตุผลภายในของรัฐ ๆ นั้น หรือมีเหตุผลอันเกิดจากปัจจัยภายนอกหรือไม่<sup>15</sup> ทั้งนี้ ยังรวมถึงประเด็นสำคัญอื่น ๆ เช่น ในกระบวนการรับเข้ากฎหมายรัฐธรรมนูญดังกล่าว มีใครบ้างที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการรับเข้าและบุคคลเหล่านั้นเลือกหาข้อความคิด บทบัญญัติ หรือสถาบันอันจะนำมาเป็นต้นแบบจากที่ใดบ้าง<sup>16</sup> เส้นทาง (Routes) ในการนำกฎหมายจากต่างประเทศมาสู่รัฐปลายทางมีเส้นทางใดบ้าง<sup>17</sup> มีการเดินทางคู่ขนานหรือข้ามไปมาระหว่างกันของ “วัตถุ” ที่หยิบยืมกับ “เส้นทาง” ที่รับเข้าแต่ละลักษณะหรือไม่ รวมถึงประเด็นด้านอุปสรรคและข้อจำกัดในการรับเข้า<sup>18</sup>

จากการทบทวนวรรณกรรมทางวิชาการในประเทศไทยนั้น พบว่ามีงานศึกษาโดยใช้แนวคิดการรับเข้ารัฐธรรมนูญ เป็นกรอบในการศึกษาเกี่ยวกับประเด็นการหยิบยืมหรือการรับเข้าบทบัญญัติข้อความคิด หรือสถาบันทางการเมือง นั่นคือ งานของวริชา งามสุพันธุ์กุล เรื่อง พัฒนาการแนวคิดเรื่องหลักนิติรัฐในประเทศฝรั่งเศส<sup>19</sup> กล่าวโดยย่อ งานชิ้นดังกล่าวได้ศึกษาพัฒนาการทางประวัติศาสตร์ของแนวคิดหลักนิติรัฐ (Etat de Droit) ของประเทศฝรั่งเศส วิเคราะห์การปรากฏตัวของแนวคิด การปรับใช้หลักนิติรัฐในแต่ละบริบท รวมทั้งวิเคราะห์อิทธิพลของหลักนิติรัฐ (Rechtsstaat) ของประเทศเยอรมนีที่มีต่อหลักนิติรัฐของประเทศฝรั่งเศส โดยการรับเข้าผ่านคำสอนกฎหมายรัฐธรรมนูญของนักกฎหมายมหาชนชาวฝรั่งเศส ซึ่งชี้ให้เห็นถึงกำแพงด้านวัฒนธรรมทางกฎหมายรัฐธรรมนูญของฝรั่งเศสที่เป็นอุปสรรคต่อการรับเอาแนวคิดการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย อันเป็นหนึ่งในองค์ประกอบของหลักนิติรัฐของประเทศเยอรมนี เช่น ความไม่ไว้วางใจต่ออำนาจและความเป็นอิสระของศาล<sup>20</sup> การนิยามให้องค์กรทางการเมืองเป็นผู้พิทักษ์ความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ<sup>21</sup> รวมถึงอิทธิพล

<sup>14</sup> Franz Wieacker, *A History of Comparative Law in Europe with Particular Reference to Germany* (Clarendon Press 2003) 92-94 อ้างถึงใน มุนินทร์ พงศาปาน, ‘การรับเข้ากฎหมายต่างประเทศ’ ใน ดาราพร ธีระวัฒน์ (บรรณาธิการ) 60 ปี ดาราพร : รวมบทความวิชาการ เนื่องในโอกาส 60 ปี รองศาสตราจารย์ ดร.ดาราพร ธีระวัฒน์ (คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2555) 194.

<sup>15</sup> ปูนเทพ ศิริบุษงค์, ‘การรับเข้ากฎหมายรัฐธรรมนูญ: ข้อความคิดและข้อพิจารณาเบื้องต้น’ (เชิงอรรถที่ 7) 44.

<sup>16</sup> เฟื่องอ้าง 45.

<sup>17</sup> เฟื่องอ้าง 48.

<sup>18</sup> เฟื่องอ้าง 50.

<sup>19</sup> วริชา งามสุพันธุ์กุล, ‘พัฒนาการแนวคิดเรื่องหลักนิติรัฐ (Etat de droit) ในประเทศฝรั่งเศส’ (เชิงอรรถที่ 1) 26.

<sup>20</sup> เฟื่องอ้าง 33.

<sup>21</sup> เฟื่องอ้าง.

คำสอนของ ฌอง ฌากส์ รูสโซ (Jean-Jaques Rousseau) ที่ว่ากฎหมายระดับรัฐบัญญัติซึ่งผ่านความเห็นชอบจากผู้แทนย่อมแสดงออกถึงเจตจำนงร่วมกัน (Volonte Generale) ของคนในชาติ รัฐบัญญัติจึงมีความสำคัญอย่างมากในระบบกฎหมาย ส่งผลให้ลำดับชั้นของกฎหมายไม่ถูกบังคับใช้อย่างมีประสิทธิภาพในทางปฏิบัติ<sup>22</sup>

งานของปุนเทพ ศิรินุพงศ์ เรื่องสิทธิพิทักษ์รัฐธรรมนูญ ในกฎหมายรัฐธรรมนูญไทย : การกลายพันธุ์ของความคิดทางรัฐธรรมนูญที่รับเข้ามาจากต่างประเทศ<sup>23</sup> ได้ศึกษาการรับเข้ากฎหมายรัฐธรรมนูญผ่านมโนทัศน์ว่าด้วยการกลายพันธุ์ (Mutation) ของความคิดทางกฎหมายที่รับเข้ามาจากต่างประเทศ ซึ่งหมายถึง ปรากฏการณ์ที่วัตถุที่รับเข้ามาถูกให้ความหมายใหม่จนแตกต่างหรือถูกใช้งานไปจากเดิม<sup>24</sup> โดยอาจเกิดขึ้นจากการรับเข้าโดยที่ไม่เข้าใจความหมายที่แท้จริง ขาดความเข้าใจในบริบท หรือแปลความไม่ถูกต้อง กรณีศึกษาจากการรับเข้าซึ่งทฤษฎีว่าด้วย “ประชาธิปไตยที่ปกป้องตนเองได้” อันเป็นข้อความคิดจากระบบกฎหมายรัฐธรรมนูญเยอรมนี ปรากฏในระบบกฎหมายรัฐธรรมนูญไทยในชื่อ “สิทธิพิทักษ์รัฐธรรมนูญ” งานชิ้นดังกล่าวได้ชี้ให้เห็นถึงการปรับแต่งเนื้อหาและรายละเอียดบางประการของผู้ร่างรัฐธรรมนูญทำให้คำอธิบายดังกล่าว “กลายพันธุ์” จนมีลักษณะแตกต่างไปจากเจตนารมณ์ของบทบัญญัติต้นฉบับโดยสิ้นเชิง นอกจากนี้ยังเกิดการกลายพันธุ์โดยการใช้การตีความขององค์กรตุลาการด้วย

งานอีกหนึ่งชิ้นของปุนเทพ ศิรินุพงศ์ ที่ศึกษาภายใต้กรอบมโนทัศน์การกลายพันธุ์ของความคิดทางกฎหมายที่รับเข้ามาจากต่างประเทศ คือบทความเรื่องห้วงมังกุท้ายมังกร : การผสมพันธุ์กฎหมายที่รับเข้ามาจากต่างประเทศแบบผิดฝาผิดตัว<sup>25</sup> ซึ่งเสนอว่าการกลายพันธุ์ของข้อความคิดทางรัฐธรรมนูญที่รับเข้ามาจากต่างประเทศนั้นอาจเกิดขึ้นเพราะการรับเข้าโดยพยายามหยิบเอาส่วนผสมจากหลากหลายต้นทางมาประกอบกันในลักษณะผิดฝาผิดตัว<sup>26</sup> งานชิ้นนี้ได้ศึกษาการผสมพันธุ์แบบผิดฝาผิดตัวในประวัติศาสตร์กฎหมายรัฐธรรมนูญไทย โดยยกกรณีศึกษาจากประวัติศาสตร์กฎหมายรัฐธรรมนูญไทยร่วมสมัย 4 กรณี ได้แก่ กรณีบทบัญญัติว่าด้วยอำนาจสูงสุดในการตีความรัฐธรรมนูญกับบทบัญญัติว่าด้วยพระมหากษัตริย์ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสยาม พ.ศ. 2475 กรณีบทบัญญัติเกี่ยวกับการร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญและบทบัญญัติที่รับรองเสรีภาพทั่วไปตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฉบับปัจจุบัน (พ.ศ. 2560)<sup>27</sup>

นอกจากนั้น ยังพบการอ้างถึงแนวคิด (Legal Transplant) โดยสมชาย ปรีชาศิลป์กุล ในงานเสวนา “องค์กรอิสระ-ศาลรัฐธรรมนูญ ตรวจสอบอย่างไร ไม่ขวางประชาธิปไตย” ซึ่งสมชาย กล่าวถึงการรับเข้าศาลรัฐธรรมนูญในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ว่ามีวัตถุประสงค์เพื่อเป็นกลไกตรวจสอบถ่วงดุลระบบการเมืองที่เข้มแข็ง ช่วยปกป้องรัฐธรรมนูญและเสรีภาพของประชาชน มีงาน

<sup>22</sup> เฟื่องอ้าง 38.

<sup>23</sup> ปุนเทพ ศิรินุพงศ์, ‘สิทธิพิทักษ์รัฐธรรมนูญ ในกฎหมายรัฐธรรมนูญไทย: การกลายพันธุ์ของความคิดทางรัฐธรรมนูญที่รับเข้ามาจากต่างประเทศ’ (2561) 47(1) วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 81.

<sup>24</sup> เฟื่องอ้าง 85.

<sup>25</sup> ปุนเทพ ศิรินุพงศ์, ‘ห้วงมังกุท้ายมังกร: การผสมพันธุ์กฎหมายรัฐธรรมนูญที่รับเข้ามาจากต่างประเทศแบบผิดฝาผิดตัว’ (2566) 16(2) CMU Journal of Law and Social Sciences 38.

<sup>26</sup> เฟื่องอ้าง 40.

<sup>27</sup> เฟื่องอ้าง 43.

ศึกษาตัวแบบจากหลายประเทศเช่น ฝรั่งเศส เยอรมัน เพื่อนำมาปรับใช้ในประเทศไทย อย่างไรก็ตาม การนำมาใช้อย่างตรงไปตรงมาโดยไม่คำนึงถึงบริบทภายในประเทศ ผลที่ได้จึงเกิดความพลิกผัน จากเดิมที่มุ่งหวังให้ปกป้องประชาธิปไตยกลายเป็นพิทักษ์อำนาจนำดั้งเดิม<sup>28</sup>

### 3. การศึกษาการรับเข้าหลักนิติธรรมในระบบรัฐธรรมนูญไทยผ่านแนวคิดการรับเข้ารัฐธรรมนูญ

“หลักนิติธรรม (The Rule of Law) มาจากหลักกฎหมายของประเทศกลุ่มคอมมอนลอว์ (Common Law) เป็นหลักที่จำกัดการใช้อำนาจของผู้ปกครองไม่ให้เกินขอบเขตโดยปกครองภายใต้กฎหมาย...”

- บันทึกเจตนารมณ์รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

ช่วงปลายทศวรรษที่ 1950 ภายใต้บริบทการเมืองภายในประเทศที่ปกครองในระบอบเผด็จการทหารและบริบทการเมืองระหว่างประเทศภายใต้บรรยากาศของสงครามเย็น ได้ปลุกเร้าให้นักกฎหมายไทยจำนวนหนึ่งสำเร็จการศึกษาจากประเทศอังกฤษได้คิดหาหลักการใหม่ ๆ เพื่อนำมาคานากับอำนาจของฝ่ายการเมือง หลักนิติธรรมปรากฏขึ้นครั้งแรกในฐานะของความคาดหวังดังกล่าวผ่านข้อเขียนในงานวิชาการกฎหมาย<sup>29</sup> และราวสองทศวรรษจึงได้ปรากฏขึ้นในคำปรารภของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2517 ซึ่งร่างขึ้นภายหลังการโค่นล้มเผด็จการในเหตุการณ์ 14 ตุลาคม 2516<sup>30</sup> หลักนิติธรรมได้ปรากฏขึ้นครั้งสำคัญในฐานะบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550<sup>31</sup> บนความคาดหวังของผู้ร่างรัฐธรรมนูญเพื่อเป็นกรอบในการปฏิบัติหน้าที่ของบรรดาองค์กรของรัฐ<sup>32</sup>

อย่างไรก็ตาม ภายหลังจากที่หลักนิติธรรมได้ปรากฏตัวอย่างเป็นทางการในระบบกฎหมายไทย หลักการดังกล่าวกลับถูกใช้เพื่อละเมิดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ดังจะพบได้จากกลุ่มของคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่อ้างหลักนิติธรรมเป็นเหตุผลประกอบในการวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายหลายฉบับซึ่งแม้บทกฎหมายดังกล่าวจะมีเนื้อหาเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนอย่างไม่ได้สัดส่วน<sup>33</sup> หรือมีเนื้อหาเป็นการมอบอำนาจดุลพินิจให้หน่วยงานของรัฐมีอำนาจในการออก

<sup>28</sup> ‘ข้อเสนอติไซน์ใหม่ องค์กรอิสระ-ศาลรัฐธรรมนูญ ตรวจสอบได้ยึดโยงประชาชน’ (ประชาไทออนไลน์, 2567) <<https://prachatai.com/journal/2024/12/111569>> สืบค้นเมื่อ 6 ธันวาคม 2567.

<sup>29</sup> เข้มทอง ต้นสกุลรุ่งเรือง (บรรณาธิการ), *นิติรัฐ นิติธรรม ประวัติศาสตร์ภูมิปัญญาเปรียบเทียบ* (อิฐลูมิเนชั่นส์ เอ็ดดิชั่นส์ 2567) คำนวหน้า 15.

<sup>30</sup> เฟื่องอ้าง 16.

<sup>31</sup> บทความขึ้นนี้เขียนขึ้นด้วยความตระหนักถึงปัญหาเรื่องความไม่สอดคล้องของระบบกฎหมายในการใช้คำว่าหลักนิติธรรมในบริบทของไทย เนื่องจากเมื่อพิจารณาจากการจัดโครงสร้างของรัฐและการกำหนดความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับเอกชนในรัฐธรรมนูญไทยฉบับที่มุ่งหมายให้ใช้บังคับวาระนั้นนั้นเดินตามแนวทางของหลักนิติรัฐที่พัฒนามาจากระบบกฎหมายภาคพื้นยุโรป อย่างไรก็ตาม ในบทความขึ้นนี้ผู้เขียนไม่ได้มุ่งต้องการถกเถียงถึงประเด็นดังกล่าว.

<sup>32</sup> สำนักกรรมการ 3 สำนักวิชาการ สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, *เจตนารมณ์รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550* (สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, 2550) 2-3.

<sup>33</sup> คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 28-29/2555 ลงวันที่ 10 ตุลาคม 2555 เรื่องประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 112

คำสั่งทางปกครองโดยการอ้างความมั่นคงของรัฐ เกียรติภูมิของประเทศไทย ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน<sup>34</sup> นอกจากนั้นหลักนิติธรรมไทยยังถูกเสริมความหมายใหม่ออกไปจากหลักนิติธรรมต้นแบบจากเดิมที่ถือกำเนิดขึ้นเพื่อเป็นหลักที่ “เอกชน” ใช้ยื่นกับอำนาจ “รัฐ” โดยถูกขยายขอบเขตให้ครอบคลุมไปถึงเรื่องระหว่างองค์กรของรัฐใช้อำนาจต่อกันเองด้วย<sup>35</sup>

ความเปลี่ยนแปลงในลักษณะนี้จำเป็นที่จะต้องได้รับการศึกษาและอธิบายบนฐานคิดว่าหลักนิติธรรม ในฐานะหลักกฎหมายหนึ่ง ๆ นั้น มีปฏิสัมพันธ์และเปลี่ยนแปลงไปตามบริบทของสังคม การเมืองที่หลักการนั้นถูกใช้บังคับ และเนื่องจากแนวคิดการรับเข้ารัฐธรรมนูญ มองการรับเข้ากฎหมายรัฐธรรมนูญเป็น “กระบวนการ” ที่ต่อเนื่องยาวนานอันประกอบด้วยเหตุการณ์หลาย ๆ เหตุการณ์ซึ่งทำให้อกฎหมายเกิดความเปลี่ยนแปลงดังได้อธิบายไว้แล้ว แนวคิดดังกล่าวจึงดูจะมีความเหมาะสมที่จะถูกนำมาใช้เพื่ออธิบายความเปลี่ยนแปลงอันเกิดขึ้นกับหลักนิติธรรม โดยการศึกษาหลักนิติธรรมตามกรอบแนวคิดที่ว่าด้วยการรับเข้ารัฐธรรมนูญนั้น จะช่วยขยายขอบเขตการศึกษาหลักนิติธรรมออกไปให้กว้างขวางมากขึ้น โดยไม่ผูกมัดอยู่กับเพียงการพิจารณาการรับเข้าข้อความคิดทางกฎหมายแล้วนำมาสร้างตามแนวทางของต้นแบบที่รับมาเท่านั้น หากแต่จะย้อนกลับไปศึกษาถึงเหตุผลของการรับเข้า การปรับแต่งโดยผู้ร่างรัฐธรรมนูญ รวมถึงการให้ความหมายและการปรับใช้หลักการดังกล่าวโดยองค์กรผู้ทรงอำนาจ ว่าบรรดาเงื่อนไขและเหตุปัจจัยทั้งหลายเหล่านี้ ส่งผลต่อการรับเข้าและการกลายพันธุ์ของหลักนิติธรรมในประเทศไทยได้อย่างไร

นอกจากนี้ การที่แนวคิดการรับเข้ารัฐธรรมนูญเสนอว่าทบทวนญัตติหรือข้อความคิดทางกฎหมายสามารถถ่ายโอนหรือถูกหยิบยืมจากรัฐหนึ่งไปสู่รัฐหนึ่งได้ หากแต่ต้องคำนึงถึงวัฒนธรรมและบริบทของสังคมที่กำกับอยู่เบื้องหลังข้อความคิดทางกฎหมายดังกล่าวด้วยนั้น ทำให้ประเด็นเรื่อง “อุปสรรค” ของการกระบวนการรับเข้ารัฐธรรมนูญเป็นเรื่องที่ไม่อาจหลีกเลี่ยงศึกษาได้<sup>36</sup> โดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อหลักนิติธรรมไทยถูกบิดเบือนจนกลายพันธุ์จากหลักการที่มีวัตถุประสงค์ในการปกป้องปัจเจกบุคคลจากผู้ถือครองอำนาจในรัฐเป็นหลักการที่ถูกกล่าวอ้างถึงเพื่อละเมิดสิทธิเสรีภาพของประชาชน การศึกษาโดยใช้กรอบแนวคิดการรับเข้ารัฐธรรมนูญจะเป็นประโยชน์ต่อการประเมินผลความพยายามในการรับเข้าหลักนิติธรรมว่าเป็นเช่นไร หากผลลัพธ์คือหลักนิติธรรมได้ถูกใช้งานแตกต่างไปจากต้นฉบับที่ใช้เป็นแนวทางหรือไม่เป็นไปตามความมุ่งหวังของผู้ร่างรัฐธรรมนูญแล้ว มีปัญหาใดบ้างที่ต้องทำความเข้าใจหรือเกิดข้อผิดพลาดอย่างไรบ้าง เพื่อจะได้ปรับแต่งให้เข้ารูปหรือปฏิรูปองคัพพยพอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องให้เหมาะสม

ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 3 วรรคสอง มาตรา 29 และมาตรา 45 วรรคหนึ่งและวรรคสองหรือไม่

<sup>34</sup> คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 30/2555 ลงวันที่ 24 ตุลาคม 2555 เรื่องพระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. 2551 มาตรา 26 (7) และมาตรา 29 ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 3 มาตรา 29 และมาตรา 45 หรือไม่

<sup>35</sup> ตัวอย่างเช่น คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 9/2557 ลงวันที่ 7 พฤษภาคม 2557 เรื่องประธานวุฒิสภาส่งคำร้องของสมาชิกวุฒิสภาขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่า ความเป็นรัฐมนตรีของ นางสาวยิ่งลักษณ์ ชินวัตร นายกรัฐมนตรี สิ้นสุดลงเฉพาะตัวตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 182 วรรคหนึ่ง (7) ประกอบมาตรา 268 และมาตรา 266 (2) และ (3) หรือไม่

<sup>36</sup> ปูนเทพ ศิริบุพผะ, ‘การรับเข้ากฎหมายรัฐธรรมนูญ: ข้อความคิดและข้อพิจารณาเบื้องต้น’ (เชิงอรรถที่ 7) 50.

#### 4. บทสรุป

“ค้นบ่อออกจากบ้าน บ่เห็นด้านแดนไกล ค้นไปหาเขียน กะบ่มีความรู้”

“หากไม่ออกจากหมู่บ้าน ก็ไม่ได้เห็นบ้านอื่นเมืองอื่น หากไม่รำเรียนเขียนอ่านคิด ก็ไม่มีความรู้” ผู้เขียนนึกถึงผญาอีสานบทนี้ เพราะบ่อยครั้งที่ผู้เขียนมักได้ยินได้ฟังนักวิชาการบางกลุ่มกล่าวในทำนองที่ว่า “การพัฒนาต้องมาจากคนใน อย่าเอาทัศนคติคนนอกไปตัดสิน” ทัศนคติที่ฝังใจในมือคนในทั้งหมดดังกล่าว มักจะนำไปสู่การอำพรางคุณค่าที่เป็นสากลในนามการปกครองแบบไทย ๆ ได้โดยง่ายเช่นกัน เช่น ประชาธิปไตยแบบไทย ๆ หรือนิติธรรมแบบไทย ๆ ซึ่งด้านหนึ่งได้ปลุกเร้าความใส่ใจศึกษาต่อความหมายของข้อความคิดหลาย ๆ เรื่องที่มีต้นธารความคิดมาจากโลกตะวันตกในเชิงกฎหมายเปรียบเทียบกับผู้เขียน

ภายใต้ความตระหนักต่อคุณูปการในทางวิชาการและประโยชน์ของการศึกษากฎหมายเปรียบเทียบรูปแบบต่าง ๆ สิ่งที่น่าสนใจขึ้นเล็กน้อย ๆ นี้ ต้องการจะมอบให้ผู้อ่าน คือ การนำเสนอแนวทางการศึกษาการรับเข้ารัฐธรรมนูญที่ปัจจุบันกำลังเป็นกระแสการศึกษาที่เฟื่องฟูอยู่ในโลกวิชาการต่างประเทศและถูกหยิบเข้ามาใช้เป็นกรอบในการศึกษาในวงวิชาการนิติศาสตร์ของไทยแล้ว รวมถึงต้องการชี้ชวนให้เห็นถึงความเป็นไปได้ในการนำแนวคิดดังกล่าวมาใช้อธิบายปรากฏการณ์การรับเข้าหลักนิติธรรมในระบบรัฐธรรมนูญไทย



## คำแนะนำสำหรับผู้เขียน

### การเตรียมต้นฉบับ

---

ในการเตรียมผลงานเพื่อขอรับการพิจารณาเพื่อตีพิมพ์ในวารสารนิติปริทัศน์ ผู้เขียนจะต้องระบุรายละเอียดและดำเนินการตามรูปแบบ ดังต่อไปนี้

1. ข้อมูลที่ต้องระบุ
  - 1) ชื่อผลงาน ทั้งภาษาไทยและภาษาอังกฤษ ที่กระชับ ครอบคลุม และสื่อถึงเนื้อหาสาระของผลงานอย่างชัดเจน โดยให้พิมพ์ไว้ที่ตรงกลางของหน้าแรก
  - 2) ชื่อ-สกุลของผู้เขียน ทั้งภาษาไทยและภาษาอังกฤษ
  - 3) ตำแหน่งทางวิชาการของผู้เขียน (ถ้ามี) ทั้งภาษาไทยและภาษาอังกฤษ
  - 4) อีเมลของผู้เขียน โดยผู้เขียนอาจเลือกใช้อีเมลส่วนตัวหรืออีเมลของหน่วยงานต้นสังกัดได้
  - 5) ชื่อและที่อยู่ของหน่วยงานหรือสถาบันที่ผู้เขียนสังกัด ทั้งภาษาไทยและภาษาอังกฤษ
  - 6) บทคัดย่อ (Abstract) ทั้งภาษาไทยและภาษาอังกฤษ โดยมีความยาวอย่างละไม่เกิน 300 คำ
  - 7) คำสำคัญ (Keywords) ทั้งภาษาไทยและภาษาอังกฤษ อย่างน้อย 3 คำ
2. รูปแบบผลงาน
  - 1) พิมพ์ด้วยโปรแกรม Microsoft Word โดยบันทึกเป็นสกุล .doc หรือ .docx
  - 2) ตั้งค่าขนาดหน้ากระดาษที่ A4 (21 x 29.4 เซนติเมตร) หน้าเดียว
  - 3) กั้นหน้ากระดาษบน-ล่าง อย่างละ 1 นิ้ว (2.54 เซนติเมตร) และซ้าย-ขวา อย่างละ 1 นิ้ว (2.54 เซนติเมตร)
  - 4) พิมพ์เนื้อหาผลงานโดยใช้ตัวอักษร TH SarabunPSK หรือ TH Sarabun New ขนาดตัวอักษร 16 พอยต์
  - 5) ใช้ระยะห่างระหว่างบรรทัด 1 เท่า (single space)
3. การอ้างอิง
  - 1) การอ้างอิงให้ทำเป็นเชิงอรรถ ใช้ตัวอักษร TH SarabunPSK หรือ TH Sarabun New ขนาดตัวอักษร 12.5 พอยต์
  - 2) ผู้เขียนต้องใช้รูปแบบการอ้างอิงตามแบบ OSCOLA เช่น
    - รูปแบบกฎหมาย:  
รัฐธรรมนูญราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 มาตรา 30.  
พระราชบัญญัติการรับขนของทางทะเล พ.ศ. 2534 มาตรา 19.
    - รูปแบบคดี:  
*Balogh v Hungary* App no 47940/99 (ECtHR, 20 July 2004).

## - รูปแบบหนังสือ:

จุมพต สายสุนทร, *กฎหมายระหว่างประเทศ* (เล่ม 1, พิมพ์ครั้งที่ 2, วิญญูชน 2543) 44.  
 Andrew Burrow, *Remedies for Torts and Breach for Contract* (3rd edn, Oxford University Press 2004) 317.

## - รูปแบบบทความ:

Sophia Kopela, 'Archipelagos and archipelagic regime in the law of the the sea' in Gordon Houlden and Nong Hong (eds) *Maritime Order and the Law in East Asia* (Routledge 2020) 228.

เสาวนีย์ อัสวโรจน์, 'การระงับข้อพิพาททางการค้าระหว่างประเทศ' (2530) 2 วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 36, 38-40.

Jeremy Waldron, 'The Core of the Case against Judicial Review' (2006) 115 Yale Law Journal 1346, 1372.

## - รูปแบบวิทยานิพนธ์:

สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล, 'ความรับผิดชอบทางอาญาของนิติบุคคล: การศึกษาทางกฎหมายเปรียบเทียบ โดยเฉพาะที่เกี่ยวกับประเทศไทย' (วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2527) 130-133.

Ram S Jakhu, 'The Legal Regime of the Geostationary Orbit' (D.C.L. Thesis McGill University 1983) 40.

## - รูปแบบบล็อกและเว็บไซต์:

วีรพงษ์ สุนทรฉัตรวัฒน์ และคณะ, 'คุยกันแบบไทยๆ กับ ธงชัย วินิจจะกุล แปดเดือนก่อนแสดงปาฐกถา Rule by Law แบบไทย' (*Way Magazine*, 5 พฤษภาคม 2563) <<https://waymagazine.org/thongchai-vinijjakul>> สืบค้นเมื่อ 19 กันยายน 2563.  
 'Why does the data protection law apply to?' (*European Commission*) <[https://ec.europa.eu/info/law/law-topic/data-protection/reform/rules-business-and-organisations/application-regulation/who-does-data-protection-law-apply\\_en](https://ec.europa.eu/info/law/law-topic/data-protection/reform/rules-business-and-organisations/application-regulation/who-does-data-protection-law-apply_en)> accessed 11 October 2020.

## - การอ้างอิงซ้ำ:

กรณีมีเอกสารอื่นมาคั่น

<sup>50</sup> H Patrick Glenn, *The Cosmopolitan State* (Oxford University Press 2013) 156.

-----

<sup>65</sup> H Patrick Glenn, *The Cosmopolitan State* (n 50) 291.

\* งานเขียนภาษาไทยให้ใช้คำว่า (เชิงอรรถ 50)

กรณีไม่มีเอกสารอื่นมาค้น

<sup>15</sup> Michael G Bridge and others, 'Formalism, Functionalism, and Understanding Secured Transactions' (1999) 44 McGill Law Journal 580.

<sup>16</sup> Ibid.

<sup>17</sup> Ibid 320.

\* งานเขียนภาษาไทยให้ใช้คำว่า เฟ็งอ้าง

ดูเพิ่มเติมได้ที่:

[https://www.law.ox.ac.uk/sites/files/oxlaw/oscola\\_4th\\_edn\\_hart\\_2012.pdf](https://www.law.ox.ac.uk/sites/files/oxlaw/oscola_4th_edn_hart_2012.pdf)

4. ผู้เขียนควรตรวจสอบความถูกต้องของการสะกดคำ ไวยากรณ์ทั้งภาษาไทยและภาษาอังกฤษ และความสม่ำเสมอของการใช้คำที่ทับศัพท์มาจากภาษาอังกฤษทั้งผลงาน
5. เนื้อหาของผลงานรวมเชิงอรรถไม่ควรเกิน 30 หน้า ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับดุลพินิจของกองบรรณาธิการ

## การส่งต้นฉบับผลงาน

---

- วารสารนิติปรีทัศน์ เปิดรับผลงานผ่านช่องทางออนไลน์เท่านั้น เพื่อให้เป็นไปตามเกณฑ์มาตรฐานของศูนย์ดัชนีอ้างอิงวารสารไทย โดยผู้เขียนสามารถส่งผลงานผ่านเว็บไซต์ของวารสารกฎหมายในระบบ Thai Journals Online (ThaiJO) ได้ที่

<https://so06.tci-thaijo.org/index.php/NitiPariJ/about/submissions>

- กระบวนการส่งผลงานผ่านช่องทางออนไลน์มีดังนี้

- 1) โปรดเข้าไปยังเว็บไซต์ของวารสาร ที่ <https://so06.tci-thaijo.org/index.php/NitiPariJ/index> (สามารถอ่านได้ทั้งภาษาไทยและภาษาอังกฤษ โดยกดปุ่มเปลี่ยนภาษาที่มุมบนขวาของเว็บไซต์)

- 2) กรณีที่เป็นสมาชิก ThaiJO อยู่แล้ว สามารถเข้าสู่ระบบ (log in) ได้เลย แต่ถ้ายังไม่ได้เป็นสมาชิก จะต้องสมัครสมาชิกเสียก่อน จึงจะส่งบทความได้

- 3) ศึกษา “คำแนะนำสำหรับผู้เขียน” อย่างละเอียด เพื่อปรับแต่งและจัดรูปแบบผลงานให้ตรงตามที่วารสารกำหนด

- 4) ส่งบทความมายังวารสาร

- 5) คำอธิบายเพิ่มเติมสามารถศึกษาได้ที่

<https://drive.google.com/file/d/1y217JvKwnwdevJdP2X1fjNT5OPxZ2aaZ/view>

## กระบวนการพิจารณาผลงาน

---

การพิจารณาผลงานเพื่อตีพิมพ์ในวารสารนิติปรีทัศน์ จะดำเนินการตามขั้นตอนดังต่อไปนี้

1. เมื่อผู้เขียนส่งผลงานมายังกองบรรณาธิการเพื่อขอรับการพิจารณา ผลงานตามช่องทางที่กำหนด แล้วผู้เขียนจะได้รับแจ้งว่าผลงานเข้าสู่ระบบแล้ว

2. กองบรรณาธิการจะดำเนินการพิจารณาผลงานของผู้เขียนในขั้นต้น และแจ้งผลการพิจารณาในขั้นต้นให้ผู้เขียนทราบโดยไม่ชักช้า

- 1) หากกองบรรณาธิการมีความเห็นว่าควรรับผลงานของผู้เขียนไว้พิจารณา ผลงานจะได้รับการพิจารณาในขั้นตอนต่อไป

- 2) หากกองบรรณาธิการมีความเห็นว่าไม่ควรรับผลงานของผู้เขียนไว้พิจารณา ผลงานจะไม่ได้รับการพิจารณาตีพิมพ์

3. เมื่อกองบรรณาธิการมีความเห็นว่าควรรับผลงานของผู้เขียนไว้พิจารณา กองบรรณาธิการดำเนินการดังต่อไปนี้
  - 1) บทความวิชาการและบทความวิจัยทุกชิ้นจะต้องผ่านการประเมินโดยผู้ทรงคุณวุฒิอย่างน้อย 1 ท่าน ที่กองบรรณาธิการพิจารณาคัดเลือกแล้วเห็นว่าเป็นผู้ทรงคุณวุฒิที่มีความเชี่ยวชาญตรงตามสาขาวิชาของเนื้อหาที่นำเสนอในบทความ และการประเมินดังกล่าวเป็นการประเมินลับทั้งสองทาง (Double-blinded peer review)
  - 2) ผลงานอื่น ๆ กองบรรณาธิการจะเป็นผู้ร่วมกันพิจารณา
4. เมื่อผู้ทรงคุณวุฒิหรือกองบรรณาธิการประเมินผลงานของผู้เขียนแล้วเสร็จ ผู้ทรงคุณวุฒิหรือกองบรรณาธิการจะระบุความเห็นเกี่ยวกับคุณภาพของผลงาน อาทิ ข้อผิดพลาดทางวิชาการ การใช้ภาษา ความครอบคลุมของเนื้อหา คุณภาพทางวิชาการ ความชัดเจนในการนำเสนอ ความสำคัญในสาขาวิชา และแจ้งผลการประเมินโดยแบ่งเป็น 3 ระดับดังต่อไปนี้
  - 1) เห็นสมควรให้ตีพิมพ์โดยไม่มีการแก้ไข
  - 2) เห็นสมควรให้แก้ไข และเมื่อแก้ไขแล้ว ให้บรรณาธิการพิจารณาได้ทันทีหรือให้ส่งกลับมาที่ผู้ทรงคุณวุฒิเพื่อพิจารณาอีกครั้ง
  - 3) เห็นสมควรปฏิเสธการพิมพ์
5. กองบรรณาธิการจะแจ้งผลการประเมินโดยผู้ทรงคุณวุฒิหรือกองบรรณาธิการให้ทราบโดยไม่ชักช้า ตามแต่กรณีดังนี้
  - 1) กรณีผลงานได้รับการประเมิน “เห็นสมควรให้ตีพิมพ์โดยไม่มีการแก้ไข” ผลงานจะได้รับการพิจารณาในขั้นตอนต่อไป
  - 2) กรณีผลงานได้รับการประเมิน “เห็นสมควรให้แก้ไข และเมื่อแก้ไขแล้ว ให้บรรณาธิการพิจารณาได้ทันทีหรือให้ส่งกลับมาที่ผู้ทรงคุณวุฒิเพื่อพิจารณาอีกครั้ง” เมื่อผู้เขียนได้แก้ไขตามคำแนะนำของผู้ทรงคุณวุฒิ และบรรณาธิการหรือผู้ทรงคุณวุฒิ (แล้วแต่กรณี) เห็นสมควรให้ตีพิมพ์ได้ ผลงานจะได้รับการพิจารณาในขั้นตอนต่อไป
  - 3) กรณีผลงานได้รับการประเมิน “เห็นสมควรปฏิเสธการพิมพ์” ผลงานจะไม่ได้รับการพิจารณาตีพิมพ์
6. หลังจากได้รับผลการประเมินจากผู้ทรงคุณวุฒิหรือบรรณาธิการครั้งที่สอง กองบรรณาธิการพิจารณาตีพิมพ์ผลงานของผู้เขียนอีกครั้ง โดยกองบรรณาธิการสงวนสิทธิในการตรวจแก้ไขขอข้อมูลเพิ่มเติมจากผู้เขียน และจัดรูปแบบผลงานก่อนการตีพิมพ์ เพื่อให้เป็นไปตามรูปแบบผลงานและรายละเอียดที่วารสารฯ กำหนด ทั้งนี้ กองบรรณาธิการอาจส่งผลงานคืนไปให้ผู้เขียนเพื่อแก้ไขปรับปรุงเพิ่มเติมได้ แล้วแต่กรณี
7. กองบรรณาธิการจะตีพิมพ์ผลงานของผู้เขียนที่ได้รับผลการประเมินให้ตีพิมพ์ และได้จัดรูปแบบผลงานให้เป็นไปตามที่วารสารฯ กำหนดเรียบร้อยแล้วเท่านั้น โดยกองบรรณาธิการสงวนสิทธิในการพิจารณาจัดลำดับผลงานเพื่อตีพิมพ์ในวารสารฯ ในโอกาสอันควรต่อไป

## ข้อกำหนดอื่น

---

ในการส่งผลงานเพื่อขอรับการพิจารณาเพื่อตีพิมพ์ในวารสารนิติปริทัศน์ ผู้เขียนตกลง รับรอง ยอมรับ และรับประกันว่า

1. ผลงานที่ส่งมาเป็นผลงานใหม่ ไม่เคยถูกตีพิมพ์หรือเผยแพร่ที่ได้มาก่อนไม่ว่าในรูปแบบใดก็ตาม หรือไม่อยู่ระหว่างการพิจารณาเพื่อขอรับการตีพิมพ์หรือเผยแพร่ในวารสารอื่นภายใน 90 วัน นับจากวันที่กองบรรณาธิการได้รับต้นฉบับ
2. ผลงานที่ส่งมาเป็นผลงานของผู้เขียนแต่เพียงผู้เดียว หรือเป็นผลงานของผู้เขียนและผู้เขียนร่วม ตามที่ระบุไว้จริง
3. ผลงานที่ส่งมาไม่ได้ผ่านการคัดลอกโดยปราศจากการอ้างอิงอย่างเหมาะสมหรือละเมิดลิขสิทธิ์ของผู้ใด
4. กองบรรณาธิการสามารถแก้ไขเพิ่มเติม และ/หรือปรับเปลี่ยนรูปแบบของผลงานให้เป็นไปตามที่กองบรรณาธิการกำหนด และนำผลงานที่ตีพิมพ์ในวารสารนิติปริทัศน์มาแปลงเป็นไฟล์อิเล็กทรอนิกส์ (PDF) เพื่อเผยแพร่ในเว็บไซต์ของห้องสมุดระบบออนไลน์สำหรับการศึกษา ค้นคว้าและอ้างอิงแก่คณาจารย์และนิสิต และเผยแพร่ผลงานต่อไปได้ในอนาคต
5. การพิจารณาผลงานที่จะได้รับการตีพิมพ์เป็นดุลพินิจของกองบรรณาธิการวารสารนิติปริทัศน์ และผลการประเมินจากกองบรรณาธิการถือเป็นที่สุด โดยที่กองบรรณาธิการจะไม่รับผิดชอบในเนื้อหาหรือความถูกต้องของผลงาน

## Author's Guidelines

### Preparing Manuscript

---

Manuscripts submitted for consideration to be published by Nitiparitat Journal must comply with the following requirements:

1. Required information:
  - 1) Title of the manuscript, both in Thai and in English, which is concise, comprehensive and clearly represents the content of the manuscript.
  - 2) Author's name, both in Thai and in English.
  - 3) Author's academic title (if applicable), both in Thai and in English.
  - 4) Author's email, which can be either a personal account or an account belonging to author's affiliation or employer.
  - 5) Name and address of author's affiliation or employer, both in Thai and in English.
  - 6) Abstracts, both in Thai and in English, which do not exceed 300 words each.
  - 7) Minimum of 3 keywords, both in Thai and in English.
2. Required Format:
  - 1) Use Microsoft Word Processing Program and save in .doc or .docx format.
  - 2) Typewritten on A4 size (21 x 29.4 centimeters) on one side.
  - 3) Use top and bottom margin at 1 inch (2.54 centimeters) and left and right margin at 1 inch (2.54 centimeters).
  - 4) Use TH SarabunPSK or TH Sarabun New fonts with font size at 16 points for content.
  - 5) Use single spacing.
3. Citation Style:
  - 1) Use footnote format for citation, using TH SarabunPSK or TH Sarabun New fonts with font size at 12.5 points.
  - 2) Use OSCOLA Style Citation, for instance:
    - Legal Citation Format:

รัฐธรรมนูญราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 มาตรา 30.  
พระราชบัญญัติการรับขนของทางทะเล พ.ศ. 2534 มาตรา 19.
    - Case Citation Format:

*Balogh v Hungary* App no 47940/99 (ECtHR, 20 July 2004).

## - Book Citation Format:

จุมพต สายสุนทร, *กฎหมายระหว่างประเทศ* (เล่ม 1, พิมพ์ครั้งที่ 2, วิญญูชน 2543) 44.  
 Andrew Burrow, *Remedies for Torts and Breach for Contract* (3rd edn, Oxford University Press 2004) 317.

## - Article Citation Format:

กรศุทธิ์ ขอฟ่วงกลาง, ‘อิทธิพลของคำมั่นสัญญาในคำเสนอขงเวลา’ ใน สุดา วิศรุตพิชญ์ และคณะ (บรรณาธิการ) *60 ปีदारาพร* (โรงพิมพ์เดือนตุลา 2555) 25-40.

Sophia Kopela, ‘Archipelagos and archipelagic regime in the law of the the sea’ in Gordon Houlden and Nong Hong (eds) *Maritime Order and the Law in East Asia* (Routledge 2020) 228.

เสาวนีย์ อัครโรจน์, ‘การระงับข้อพิพาททางการค้าระหว่างประเทศ’ (2530) 2 วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 36, 38-40.

Jeremy Waldron, ‘The Core of the Case against Judicial Review’ (2006) 115 Yale Law Journal 1346, 1372.

## - Thesis Citation Format:

สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล, ‘ความรับผิดชอบทางอาญาของนิติบุคคล: การศึกษาทางกฎหมายเปรียบเทียบ โดยเฉพาะที่เกี่ยวกับประเทศไทย’ (วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2527) 130-133.

Ram S Jakhu, ‘The Legal Regime of the Geostationary Orbit’ (D.C.L. Thesis McGill University 1983) 40.

## - Blog and Website Citation Format:

วีรพงษ์ สุนทรฉัตรวัฒน์ และคณะ, ‘คุยกันแบบไทยๆ กับ ธงชัย วินิจจะกุล แปรเดือนก่อนแสดงปาฐกถา Rule by Law แบบไทย’ (*Way Magazine*, 5 พฤษภาคม 2563) <<https://waymagazine.org/thongchai-vinijjakul>> สืบค้นเมื่อ 19 กันยายน 2563.

‘Why does the data protection law apply to?’ (*European Commision*) <[https://ec.europa.eu/info/law/law-topic/data-protection/reform/rules-business-and-organisations/application-regulation/who-does-data-protection-law-apply\\_en](https://ec.europa.eu/info/law/law-topic/data-protection/reform/rules-business-and-organisations/application-regulation/who-does-data-protection-law-apply_en)> accessed 11 October 2020.

## - Subsequent Citation Format:

Full Citation

<sup>50</sup> H Patrick Glenn, *The Cosmopolitan State* (Oxford University Press 2013) 156.

Subsequent citation using shortened form of case name and a cross-citation to footnote 1 where the full citation can be found

<sup>65</sup> H Patrick Glenn, *The Cosmopolitan State* (n 50) 291.

\* Thai Version (เชิงอรรถ 50)

Full Citation

<sup>15</sup> Michael G Bridge and others, ‘Formalism, Functionalism, and Understanding Secured Transactions’ (1999) 44 McGill Law Journal 580.

Subsequent citation immediately after the full citation:

<sup>16</sup> Ibid.

Original source cited again but with different page numbers

<sup>17</sup> Ibid 320.

For more information, please visit:

[https://www.law.ox.ac.uk/sites/files/oxlaw/oscola\\_4th\\_edn\\_hart\\_2012.pdf](https://www.law.ox.ac.uk/sites/files/oxlaw/oscola_4th_edn_hart_2012.pdf)

4. Authors should ensure that all errors relating to spelling, Thai and English grammar, and inconsistency of using transliteration of English words be corrected throughout the manuscript.
5. Content and footnote of each manuscript should not exceed 30 pages, or under the sole discretion of the editorial board.

## Submitting Manuscript

---

1. Nitiparitat Journal only accepts manuscripts which are submitted through online channel, in accordance with the requirement prescribed by the Thai Citation Index (TCI). Authors can submit their manuscript through the website of the journal using the Thai Journals Online (ThaiJO) system at:

<https://so06.tci-thaijo.org/index.php/NitiPariJ/about/submissions>

2. Online submission process

1) Visit the journal website at: <https://so06.tci-thaijo.org/index.php/NitiPariJ/index> (readable in both Thai and English, but clicking change-language button at the top right of the website)

2) Registration as members of the ThaiJO System is required before submission.

3) Study the “Author’s Guidelines” carefully and perform preliminary formatting as prescribed by the journal.

4) Submit the manuscript

5) For more information, please visit:

<https://drive.google.com/file/d/1y217JvKwnwdevJdP2X1fjNT5OPxZ2aaZ/view>

## Review Process

---

The Editorial Board of Nitiparitat Journal will utilize the following procedure in receiving and reviewing the submitted manuscripts:

1. After the authors have submitted the manuscripts through the online channel, the authors will be informed of the acknowledgment of submission.

2. The Editorial Board will process the manuscripts for initial screening and inform the authors of the decision without delay.

1) The manuscripts that pass the initial screening will proceed to the following stage.

2) The manuscripts that are rejected in the initial screening will not be considered for publication.

3. If the manuscript passes the initial screening, it will undergo reviewing process.
  - 1) Each academic and research articles shall be peer reviewed using the double-blinded process by at least one qualified individuals, whom the Editorial Board carefully select owing to their expertise corresponded with the substance presented in the articles.
  - 2) Other manuscripts shall be reviewed by the Editorial Board.
4. Having reviewed the manuscripts, the reviewers or the Editorial Board will provide expert opinions on the quality of the manuscripts, such as academic errors, use of language, content comprehensiveness, academic quality, clarity, importance to the relevant academic field, and classify the decision into one of the followings:
  - 1) Accepted for publication without any revision.
  - 2) Revision is mandatory, and the revised manuscripts shall be sent to the Editor-in-Chief to consider or returned to the reviewers for further review.
  - 3) Not accepted for publication.
5. The Editorial Board will, without delay, inform the authors of one of the following decisions.
  - 1) If the manuscripts are “accepted for publication without any revision”, they will be eligible to proceed to the following stage.
  - 2) If the manuscripts are noted as “revision is mandatory, and the revised manuscripts shall be sent to the Editor-in-Chief to consider or returned to the reviewers for further review”, they will only be eligible to proceed to the following stage after the authors have revised them, and the Editor-in-Chief or the reviewers (as the case may be) have so agreed.
  - 3) If the manuscripts are “not accepted for publication”, they will not be considered for publication.
6. After receiving the follow-up evaluation from the reviewers, the Editorial Board will perform a final check of the manuscripts before proceeding to printing. The Editorial Board reserves the right to check, revise, request for additional information, and perform formatting in accordance with the prescribed style. The Editorial Board may request the author to perform additional revision if necessary.

7. The Editorial Board will publish the manuscripts that have been evaluated as “accepted for publication without any revision” or that, in the case of having been evaluated as “revision is mandatory, and the revised manuscripts shall be sent to the Editor-in-Chief to consider or returned to the reviewers for further review”, have been revised satisfactorily, and have been formatted in accordance with the prescribed style. The Editorial Board reserves the right to determine the order of publication in the appropriate occasion.

## Other Requirements

---

When submitting the manuscripts to be considered for publication, the authors agree, accept, and warrant that:

1. The manuscript has not been previously published in any form, nor is it under review for publication in any other journals within 90 days from the date when the Editorial Board has received this manuscript.
2. The manuscript is written exclusively by the author or along with the co-author(s) as submitted.
3. The manuscript is original, does not contain plagiarism, and does not infringe any copyright.
4. The Editorial Board reserves the right to perform additional revision and/or formatting into the prescribed style, to convert this manuscript into an electronic form (PDF) for publication in the website of Faculty of Law, Chulalongkorn University online library, and to publish this manuscript from the date hereof onwards.
5. Decision whether to publish the manuscript solely belongs to the Editorial Board, and such decision shall be final. The Editorial Board is not responsible for any contents nor accuracy in the manuscript.

## จริยธรรมการตีพิมพ์

### หน้าที่และความรับผิดชอบของผู้เขียน

---

#### ผู้เขียนจะต้อง

1. รับรองว่าผลงานที่ส่งมาเป็นผลงานใหม่ และมีการอ้างอิงอย่างถูกต้อง
2. รับรองว่าผลงานที่ส่งมาไม่เคยถูกตีพิมพ์หรือเผยแพร่ที่ใดมาก่อนไม่ว่าในรูปแบบใดก็ตาม หรือไม่อยู่ระหว่างการพิจารณาเพื่อขอรับการตีพิมพ์หรือเผยแพร่ในวารสารอื่นภายใน 90 วัน นับจากวันที่กองบรรณาธิการได้รับต้นฉบับ
3. รับรองว่าผลงานที่ส่งมาเป็นผลงานของผู้เขียนแต่เพียงผู้เดียว หรือเป็นผลงานของผู้เขียนและผู้เขียนร่วมตามที่ระบุไว้จริง และการเรียงลำดับผู้เขียนร่วมควรเป็นการตัดสินใจร่วมกันระหว่างผู้เขียนร่วมและสะท้อนสัดส่วนการจัดทำผลงานอย่างแท้จริง
4. นำเสนอแต่ข้อเท็จจริง
5. ส่งผลงานตามรูปแบบที่กำหนด
6. รับรองว่าผลงานที่ส่งมาไม่มีส่วนใดส่วนหนึ่งที่สื่อไปในทางหมิ่นประมาทหรือละเมิดลิขสิทธิ์หรือทรัพย์สินทางปัญญาอื่นใดของบุคคลที่สาม
7. แสดงแหล่งสนับสนุนการจัดทำผลงานให้แล้วเสร็จ
8. แสดงความเป็นไปได้ในการขัดกันซึ่งผลประโยชน์ (conflicts of interest) (ถ้ามี)
9. แจ้งบรรณาธิการหรือสำนักพิมพ์หากพบข้อผิดพลาดในผลงานที่ได้รับการตีพิมพ์แล้ว

### หน้าที่และความรับผิดชอบของบรรณาธิการ

---

#### บรรณาธิการจะต้อง

1. รับรองว่าผลงานที่ได้รับการพิจารณาให้ตีพิมพ์นั้นเป็นไปตามวัตถุประสงค์และขอบเขตของวารสารนิติปริทัศน์
2. รับรองว่าผลงานที่ได้รับการพิจารณาให้ตีพิมพ์นั้นมีคุณภาพ และยินดีที่จะตีพิมพ์การแก้ไขหรือคำอธิบายเพิ่มเติมหากจำเป็น
3. รับรองว่าผลงานที่ได้รับการพิจารณาให้ตีพิมพ์นั้นไม่ละเมิดลิขสิทธิ์ และมีมาตรการจัดการการคัดลอก (plagiarism) อย่างเข้มงวด
4. ไม่ตีพิมพ์ผลงานที่เคยได้รับการตีพิมพ์ที่อื่นมาแล้ว
5. ดำเนินการในลักษณะที่เป็นธรรม เป็นกลาง ไม่ชักช้า ไม่เลือกปฏิบัติบนฐานของสถาบันที่สังกัด เพศ เชื้อชาติ รสนิยมทางเพศ ศาสนา ความเห็นทางการเมือง หรือเหตุอื่นใดในลักษณะคล้ายกัน
6. รับรองว่าจะไม่มีการขัดผลประโยชน์ (conflict of interest)
7. จัดให้มีคำแนะนำสำหรับผู้เขียนเกี่ยวกับการส่งผลงาน
8. แจ้งผู้เขียนเกี่ยวกับความคืบหน้าการพิจารณาอย่างต่อเนื่อง

9. รักษาความลับเกี่ยวกับตัวตนของผู้เขียนและผู้ประเมินในระหว่างขั้นตอนการพิจารณาประเมินแบบลับ (double-blinded peer review)
10. จัดให้มีคำแนะนำสำหรับผู้ประเมินเกี่ยวกับการประเมินผลงาน
11. ตัดสินใจตีพิมพ์ผลงานในวารสารนิติปริทัศน์ บนฐานของคุณภาพผลงานและความเหมาะสม โดยไม่มีเหตุแทรกแซงจากภายนอก
12. จัดให้มีคำอธิบายกระบวนการพิจารณาผลงาน และสามารถให้เหตุผลได้หากมีการดำเนินงานขั้นตอนใดที่ไม่ตรงตามคำอธิบาย

## หน้าที่และความรับผิดชอบของผู้ประเมิน

---

### ผู้ประเมินจะต้อง

1. มุ่งมั่นที่จะพัฒนาคุณภาพของผลงานด้วยความระมัดระวัง อดวิสัย และรวดเร็ว
2. หลีกเลี่ยงการใช้ภาษาที่ไม่เหมาะสม ไม่สุภาพ หรือไม่ให้เกียรติ ในการประเมินผลงาน
3. แสดงความเป็นไปได้ในการขัดกันซึ่งผลประโยชน์ (conflicts of interest) (ถ้ามี) และปฏิเสธไม่ประเมินผลงานนั้น ๆ
4. ไม่เผยแพร่ข้อมูลใด ๆ ในผลงานที่อยู่ในขั้นตอนการพิจารณาประเมิน
5. แจ้งบรรณาธิการหากสงสัยว่าผลงานที่ตนประเมินนั้นมีการคัดลอก (plagiarism)

## Publication Ethics

### Responsibilities of Authors

---

Authors must:

1. Certify that their submitted manuscript is original with proper citation to avoid plagiarism.
2. Certify that their submitted manuscript has not been previously published in any form, nor is it under review for publication in any other journals within 90 days from the date when the Editorial Board has received this manuscript.
3. Certify that their submitted manuscript is written exclusively by the author or along with the co-author(s) as submitted and the listing of authors should be jointly determined and accurately reflect who carried out the research and wrote the article.
4. Present only true fact.
5. Submit the manuscript in accordance with the prescribed format.
6. Ensure that the manuscript does not contain any libelous matter or infringe any copyright or other intellectual property rights or any other rights of any third party.
7. Declare the source of funding or support in the completion of the manuscript.
8. Declare any potential conflicts of interest, if any.
9. Inform the Editor-in-Chief or publisher of any significant error in their published manuscript.

### Responsibilities of the Editor-in-Chief

---

The Editor-in-Chief must:

1. Ensure that the published manuscripts are in line with the aim and scope of Nitiparitat Journal.
2. Ensure the quality of the published manuscripts with willingness to publish corrections and clarifications when required.
3. Ensure that no published manuscripts infringe copyrights and measures against plagiarism be taken seriously.
4. Not publish manuscripts that have already been published elsewhere.

5. Act in a fair, balanced manner when carrying out his/her duties, without discrimination based on institutional affiliation, gender, ethnicity, sexual orientation, religious, political beliefs and other comparable grounds.
6. Ensure no conflicts of interests, if any.
7. Provide guidelines for authors regarding the submission of manuscripts.
8. Keep authors informed of the consideration progress.
9. Maintain confidentiality regarding the identify of both authors and reviewers throughout the entire double-blinded consideration period.
10. Provide reviewers with revision guidelines.
11. Make decisions based on quality and suitability for Ntiparitat Journal without any external interference.
12. Publish the description of peer review process and be able to justify any significant deviation from the described process.

## Responsibilities of Reviewers

---

Reviewers must:

1. Undertake to improve the quality of the manuscript under review with care consideration, objectivity, and in a timely manner.
2. Avoid using improper, inappropriate or disrespectful language for providing review feedback.
3. Declare any potential conflicts of interest, if any, and refuse to review any manuscripts if there are grounds for conflicts of interest.
4. Respect the confidentiality of any information or material contained in the manuscript during the review process.
5. Inform the Editor-in-Chief of any suspected plagiarism.

