

ศาลสร้างหลักกฎหมายได้หรือไม่? ตามทัศนะ เฮท แอล เอ ฮาร์ท กับ โรแนล ดวอกิน

Did the court create a legal? By H.L.A. Hart with Ronald M.Dworkin

สิทธิกร ศักดิ์แสง¹ และ กิตติพิชญ์ โสภา²
Sittikorn Saksang¹ and Kittipit Sopa²

บทคัดย่อ

ในประเด็นเรื่อง ศาลเป็นผู้สร้างกฎหมายได้หรือไม่ตามแนวคิดของ เฮท แอล เอ ฮาร์ท แห่งสำนักกฎหมายปฏิฐานนิยม กับแนวคิดของ โรแนล ดวอกิน แห่งสำนักกฎหมายธรรมชาติมาศึกษาวิเคราะห์ในประเด็นหัวข้อ “ศาลเป็นผู้สร้างหลักกฎหมายได้หรือไม่หรือศาลเป็นเพียงผู้ค้นหาหลักการทางกฎหมายได้เท่านั้น” เฮท แอล เอ ฮาร์ท ได้กล่าวถึงในประเด็นเกี่ยวกับศาลเป็นผู้สร้างหลักกฎหมาย มองว่าผู้พิพากษาสามารถที่จะสร้างกฎหมายขึ้นมาได้ในกรณีที่มีคดีที่มีความซับซ้อนทำให้หลักเกณฑ์ที่เป็นกฎหมายปฐมภูมิและกฎหมายทุติยภูมินั้นไม่เพียงพอที่จะนำไปบังคับใช้ หรือนำไปเป็นเหตุผลในการตัดสินต่างๆ กรณีนั้นถือว่าเป็นสถานการณ์ยกเว้น ตัวผู้ใช้กฎหมายโดยเฉพาะ ผู้พิพากษาย่อมมีโอกาสที่จะใช้ดุลยพินิจ “สร้างหลักกฎหมาย” ขึ้นมาโดยการ “ค้นหาเหตุผลหรือคิดสร้างเหตุผล” เพื่อใช้ประกอบในการตัดสินคดีผู้พิพากษา อาจจะต้องกระทำสิ่งคล้ายกับ “การสร้างหลักกฎหมาย” ขึ้นมา เพื่อให้ข้อพิพาทนั้นมีทางยุติได้ ซึ่งโรแนล ดวอกิน มองว่าผู้พิพากษามีหน้าที่เฉพาะที่จะ “ค้นหาหลักการ” ในคดีที่มีความยุ่งยากซับซ้อนหรือมีปัญหาเรื่อง “ช่องว่างของกฎหมาย” โดยผู้พิพากษาจะต้องสำนึกตลอดเวลาว่าตนมีหน้าที่ที่จะต้องค้นหา “หลักการทางกฎหมาย” และจะต้องเข้าใจว่ากฎหมายนั้นไม่ได้ปรากฏอยู่เฉพาะในกฎเกณฑ์ตัวอักษรที่ปรากฏในรูปพระราชบัญญัติเท่านั้น แต่จะมีกฎหมายอีกลักษณะหนึ่งคือ “หลักการทางกฎหมาย” ดังนั้นผู้พิพากษาจึงต้องมีหน้าที่ที่จะต้องค้นหา “หลักการทางกฎหมาย” เท่านั้นหาใช่เป็นการ “สร้างหลักกฎหมายที่เป็นกฎเกณฑ์” ไม่

คำสำคัญ : สร้างหลักกฎหมาย, หลักการทางกฎหมาย, ช่องว่างแห่งกฎหมาย

Abstract

In issue Did the court create a legal? By H.L.A. Hart with Ronald M.Dworkin in Legal Positivism School with Ronald M.Dworkin in Natural Law School. To Analyse the Issues "The court is the creator of the law or a court is a researcher for the legal principle only". H.L.A. Hart discussed about the court is the creator of the law that judge can create the legal in complex case, it makes primary and secondary legislation is not sufficient to enforce or used as a reason for any decision. That case is except situation,

¹ผู้ช่วยศาสตราจารย์, หลักสูตรนิติศาสตรบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยราชภัฏสุราษฎร์ธานี

¹Asst. Prof, Bachelor of Law Program (L.M.), Faculty of Law, Suratthani University, Thailand.

²อาจารย์ประจำ, หลักสูตรนิติศาสตรบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยราชภัฏสุราษฎร์ธานี

²Lecturer, Bachelor of Law Program (L.M.), Faculty of Law, Suratthani University, Thailand.

the judges have the opportunity to use discretion. "create law" by the "search a reason or create a reason" to support the trial judge. It may do similar "The creation of the law" it makes the judgment has end. Ronald M.Dworkin view that judges have the duty to "Search principle" in complex cases or problem of "Gap in the law". A judge must always realize that their duty to search. "Legal principle" and must understand that the law does not specifically in letter and appear in the Act only. Therefore the judge must have a duty to find "Legal principle" not only "Create a legal."

Keyword : Create a legal, Legal principle, Gap in the law

บทนำ

บทความเรื่องนี้เกิดจากประเด็นคำถามในชั้นเรียนของนักศึกษาในการเรียนการสอน วิชา **"นิติปรัชญา"** (Philosophy of Law) ซึ่งเป็นกระบวนการหนึ่งของผู้เขียนได้ใช้วิธีการเรียนการสอนแบบโสเครติส เมทอดอด (Socratic method) เป็นวิธีการเรียนการสอนที่ให้ผู้สอนและผู้เรียนใช้เหตุผลในการสืบค้นร่วมกัน โดยวิธีตั้งประเด็นคำถามไปเรื่อยจนสามารถระล่อมให้คนเรียนรู้และเข้าใจในบทเรียนได้ คำถามจะเป็นการยั่วให้คิด กระตุ้นให้ใช้เหตุผลใช้ตรรกะ ในการเรียนรู้และสามารถให้นักศึกษามีความเข้าใจและสามารถเรียนรู้ได้จากการแสดงความคิดเห็นและโต้ตอบกับผู้สอนเพื่อสร้างการเรียนรู้ด้วยตัวเองโดยมี

ผู้สอนเป็นคนแนะนำ เมื่อเกิดการเรียนรู้ ก็เกิดความเข้าใจความสำคัญในรายวิชา **"นิติปรัชญา"** (Legal Philosophy) ก็จะส่งผลให้นักศึกษามีความรู้ความเข้าใจในประเด็นหัวข้อที่จะศึกษา เกี่ยวกับแนวคิดสำนักกฎหมายธรรมชาติ¹ (Natural Law School) กับแนวคิดของสำนักกฎหมายปฏิฐานนิยม² (Positive Law School) หรือเรียกว่า **"สำนักกฎหมายบ้านเมือง"** โดยทำการศึกษาวิเคราะห์เปรียบเทียบแนวคิดของ เฮท แอล เอ ฮาร์ท (H.L.A. Hart) แห่งสำนักกฎหมายปฏิฐานนิยม กับแนวคิดของ โรนัลด์ ดวอร์กิน (Ronald M. Dworkin) แห่งสำนักกฎหมายธรรมชาติ หัวข้อ **"ศาลเป็นผู้สร้างหลักกฎหมายหรือศาลเป็นเพียงผู้ค้นหาหลักการทางกฎหมาย"**

¹เมื่อพิจารณาถึงหลักแนวคิดพื้นฐานของสำนักกฎหมายธรรมชาติ (Natural Law) มีหลักการสำคัญแยกพิจารณาได้เป็นข้อๆ ดังนี้

1. (เชื่อว่า) มีสิ่งที่เป็นหลักคุณค่าสัมบูรณ์ (Absolute values) และอุดมคติซึ่งเกิดขึ้นจากหลักคุณค่าเหล่านั้น ซึ่งสามารถนำมาใช้เป็นเกณฑ์พื้นฐาน (Touchstones) ในการตรวจสอบความสมบูรณ์แห่งกฎหมายต่างๆ
2. ในธรรมชาติมีระเบียบอันแน่นอนหนึ่ง ซึ่งประกอบด้วยควมมีเหตุผล (Rational) ซึ่งมนุษย์สามารถรับรู้ได้ (โดยอาศัยเหตุผลในธรรมชาติของมนุษย์) ดังนั้นบรรทัดฐานแห่งการกระทำของมนุษย์จึงอาจพิจารณาว่า "กฎแห่งธรรมชาติ" (Law of Nature) (กฎหมายธรรมชาติ)
3. หากสังเกตตรวจสอบและเข้าใจได้อย่างถูกต้องธรรมชาติจักให้เกณฑ์บรรทัดฐานซึ่งทำให้เราสามารถตระหนักได้ถึงหลักคุณค่า อันมีเนื้อหาที่สามารถหยั่งรู้ได้เป็นนิรันดร์และสากล และจากหลักคุณค่านี้เองซึ่งเราอาจช่วยให้เราได้มาซึ่งข้อกำหนดเชิงคุณค่า (Value statement) อันถูกต้องเหมาะสม
4. สิ่งที่ดี/มีคุณประโยชน์ คือ สิ่งที่สุดคล้องกลมกลืนกับธรรมชาติ สิ่งที่เลว ชั่วร้าย คือ สิ่งที่ขัดแย้งกับธรรมชาติ
5. กฎหมายซึ่งขาดไร้ความสมบูรณ์ทางศีลธรรมถือเป็นความผิดบกพร่องและไม่เป็นธรรม เป็นกฎหมายธรรมชาติสร้างความเป็นโมฆะแก่คำประกาศกฎหมายบางบทบัญญัติขึ้น (Positive Law) (อย่างไร้ศีลธรรม) และวางเกณฑ์อุดมคติซึ่งกฎหมายที่บัญญัติขึ้นควรบรรลุเป้าหมาย (L.B. Curzon. : 1995: 38) (เจริญ โฆษณานันท์ :2554 : 89)

²เมื่อพิจารณาถึงหลักแนวคิดพื้นฐานของปฏิฐานนิยมทางกฎหมาย (Positive Law) ประกอบด้วย หลักคิด 3 ประการ ดังนี้คือ

1. การยืนยันว่า การดำรงอยู่หรือความสมบูรณ์หรือความเป็นกฎหมายนั้นไม่ได้ขึ้นอยู่กับสิ่งที่เป็นมาตรฐานทางศีลธรรมหรือความยุติธรรมที่ต้องมีในตัวกฎหมาย กล่าวคือ อีกนัยหนึ่งคือการดำรงอยู่หรือความสมบูรณ์หรือความเป็นกฎหมายนั้นไม่จำเป็นต้องเกี่ยวข้องกับศีลธรรมหรือความยุติธรรม กฎหมายนั้นสืบเนื่องมาจากข้อเท็จจริงเกี่ยวกับอำนาจของรัฐที่เป็นผู้ให้กำเนิดเท่านั้น ส่วนเนื้อหาในกฎหมายจะสอดคล้องหรือไม่สอดคล้อง

แนวความคิดของ เฮท แอล เอ ฮาร์ท : ศาลเป็นผู้สร้างหลักกฎหมาย

เมื่อพิจารณาการศึกษาถึงแนวความคิดของ เฮท แอล เอ ฮาร์ท (H.L.A. Hart)³ ได้กล่าวถึงในประเด็นเกี่ยวกับศาลเป็นผู้สร้างหลักกฎหมาย โดยเริ่มต้น จากการอธิบายถึงกฎหมายระบบกฎหมายของ ฮาร์ท มองว่ากฎหมายโดยแท้จริงแล้วเป็นเรื่องของกฎเกณฑ์ที่รวมตัวกันเป็นระบบมีลักษณะเป็นบรรทัดฐาน ความประพฤติในระบบแห่งกฎเกณฑ์ (System of rules) ซึ่งมีการแยกกฎหมายออก 3 ประเภท คือ กฎหมายปฐมภูมิ กฎหมายทุติยภูมิ และข้อยกเว้น คือ กฎหมายที่ผู้พิพากษามีดุลพินิจที่สร้างหลักกฎหมาย ดังนี้ (Neil Mac Cormic :1981 :.2) (จรัญ โฆษณานันท์ : 2552 : 76)

1. กฎหมายปฐมภูมิ (Primary legislation) คือ กฎเกณฑ์ทั่วไปซึ่งวางบรรทัดฐานการประพฤติให้คนทั่วไปในสังคมและมีสภาพบังคับให้บุคคลมีหน้าที่ต้องปฏิบัติตาม ซึ่งก็คือ **“กฎเกณฑ์ที่กำหนดพันธะหน้าที่”** (Rules of obligation) นั้นเอง เช่น กฎหมายอาญา (Criminal Law) กฎหมายแพ่ง (Civil Law) กฎหมายปกครอง (Administrative Law) เป็นต้น แต่อาจจะมีปัญหาเรื่องความไม่

ชัดเจนความไม่แน่นอน เพราะสังคมจะมีการเปลี่ยนแปลง จึงต้องมีอีกกฎหมายประเภทหนึ่งที่จะเป็นตัวเข้ากำกับควบคุมกฎหมายปฐมภูมิ คือ กฎหมายทุติยภูมิ

2. กฎหมายทุติยภูมิ (Secondary legislation) เป็นกฎหมายที่สร้างขึ้นบนพื้นฐานของการยอมรับอำนาจที่ชอบธรรมหรืออำนาจที่ได้รับความยินยอม ลักษณะของกฎหมายทุติยภูมินั้นจะสะท้อนให้เห็นถึงลักษณะของสังคมที่พัฒนาตัวมันเอง สังคมสมัยเก่าจะไม่มีกฎหมายทุติยภูมิ เพราะทุกอย่างอยู่ที่ผู้นำในสังคมในการที่จะแก้ไขเปลี่ยนแปลง ส่วนในสังคมสมัยใหม่ ที่เราเรียกว่า **“ยุคกฎหมายเทคนิค”** นั้นการใช้อำนาจของสังคมจะต้องมีเหตุผลในแง่เกี่ยวกับที่มาที่ไป ตัวกฎหมายทุติยภูมิจึงเป็นกฎหมายที่เข้ามารองรับพัฒนาการของสังคมสมัยใหม่ โดยจะเป็นกฎหมายที่กำเนิดขึ้นมาเพื่อแก้ไขปัญหาของกฎหมายปฐมภูมิ หรืออาจกล่าวได้ว่ากำเนิดมาเพื่อที่จะกำกับการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ของรัฐในด้านกฎหมาย หรืออาจสรุปได้ คือ กฎหมายทุติยภูมิเป็นกฎเกณฑ์พิเศษที่สร้างขึ้นมาเสริมต่อความสมบูรณ์ของกฎหมายปฐมภูมิ หรือทำให้กฎหมายปฐมภูมิมิมีประสิทธิภาพมากขึ้นในการบังคับใช้⁴

กับศีลธรรมหรือความยุติธรรมก็ได้ ดังนั้น แม้กฎหมายที่ออกมาจะมีสาระที่ขัดแย้งกับโมธรรมของคน แต่ถ้ากฎหมายนั้นถูกสร้างขึ้นมาจากผู้มีอำนาจแล้ว ก็ถือว่าเป็นกฎหมายทั้งสิ้น

2. การยืนยันว่าการดำรงอยู่ของกฎหมายขึ้นอยู่กับมันถูกสร้างขึ้น โดยผ่านการตกลงใจของมนุษย์ในสังคม จุดแนวคิดที่พยายามเน้นความสำคัญของมนุษย์หรือของคน โดยเฉพาะคนที่เป็นผู้ปกครองหรือผู้มีอำนาจรัฐ ซึ่งเป็นจุดยืนที่พยายามจะตอบย้ำสภาวะธรรมชาติของกฎหมายที่แท้จริงว่าธรรมชาติของกฎหมายนั้นมาจากคน

3. เป็นจุดยืนเกี่ยวกับภาคบังคับ กฎหมายโดยธรรมชาติต้องมีสภาพบังคับหรือบทลงโทษต่างๆ อันนี้จะเป็นจุดยืนทั่วไป ซึ่งจะสะท้อนความสำคัญในการให้ความสำคัญกับสิ่งที่เป็นเรื่องของข้อเท็จจริง รวมทั้งการให้ความสำคัญกับสิ่งที่เป็นเรื่องของประสิทธิภาพให้ความสำคัญกับสิ่งที่เป็นเรื่องของทางปฏิบัติ ในลักษณะของปฏิบัตินิยม กล่าวคือสิ่งที่เป็นกฎหมายต้องมีสิ่งที่เป็นสภาพบังคับ สามารถบังคับให้ผู้ฝ่าฝืนรับโทษได้ ดังนั้นในสายตาปฏิฐานนิยม กฎหมายธรรมชาตินี้จึงไม่เป็นกฎหมายเพราะไม่มีสภาพบังคับ (จรัญ โฆษณานันท์ : 2554)

³เฮท แอล เอ ฮาร์ท (H.L.A. Hart) ชื่อเต็ม Herbert Lionel Adolphus Hart ชาวอังกฤษ เชื้อสายยิว เกิดวันที่ 18 กรกฎาคม ค.ศ. 1907-19 ธันวาคม 1992 นักนิติศาสตร์ที่ทรงอิทธิพลแห่งศตวรรษที่ 20 ศาสตราจารย์ด้านนิติปรัชญา มหาวิทยาลัยออกซฟอร์ด (เงษา ทองรุ่งโรจน์ :2557 :390)

⁴เมื่อพิจารณาการศึกษากฎหมายทุติยภูมิถูกมองว่าเป็นกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือเป็นกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการใช้อำนาจหน้าที่ของรัฐโดยจะใช้อำนาจในการแก้ไขในการบัญญัติ ในการตีความวินิจฉัยต่างๆ หรือในบางครั้งก็อาจเป็นกฎหมายที่กำหนดหน้าที่ให้กับเจ้าหน้าที่ของรัฐในการที่จะต้องปฏิบัติตามกฎเกณฑ์นั้น แยกออกได้ 3 ประการ ดังนี้ (H.L.A. Hart : 1981: 100-107)

1. เป็นกฎหมายที่กำหนดกฎเกณฑ์การรับรองความเป็นกฎหมายที่สมบูรณ์หรือกฎเกณฑ์ที่กำหนดเกณฑ์การพิสูจน์ความเป็นกฎหมาย กฎข้อนี้ จะเกี่ยวข้องกับเรื่องความชัดเจนของกฎหมายทำให้ทราบว่า กฎใด คือ กฎหมายต้องผ่านเกณฑ์พิจารณาอย่างไร ความสมบูรณ์ของกฎหมายหรือลักษณะผูกมัดของกฎหมายดำรงอยู่ในขอบเขตใด เป็นต้น

2. กฎที่กำหนดหลักเกณฑ์การบัญญัติและแก้ไขเปลี่ยนแปลงกฎหมาย กฎข้อนี้จะกำหนดแนวทางและขั้นตอนของการตรา และยกเลิกแก้ไขเปลี่ยนแปลงกฎหมายให้เหมาะสมกับสถานการณ์ เช่น บัญญัติขั้นตอนการบัญญัติกฎหมายจะต้องทำอย่างไร ใครเป็นผู้มีอำนาจในการเสนอกฎหมาย เสนอไปแล้วต้องผ่านกระบวนการอย่างไรบ้าง

3. กฎที่กำหนดเกณฑ์การวินิจฉัยชี้ขาดตัดสินคดี ซึ่งเป็นกฎหมายที่เข้ามากำกับผู้บังคับใช้กฎหมาย โดยเฉพาะผู้พิพากษาว่าในการใช้อำนาจชี้ขาดตัดสินคดีนั้นต้องมีกฎเกณฑ์ที่ควบคุมการใช้อำนาจกฎเกณฑ์ดังกล่าว เช่น กฎหมายวิธีพิจารณาความ กฎหมายพยานหลักฐาน เป็นต้น

เมื่อพิจารณาศึกษาวิเคราะห์ถึงกฎหมายปฐมนิติ สาร์ท ใช้คำว่า “**เชื่อฟังหรือปฏิบัติตาม**” ซึ่งการเชื่อฟัง หรือการปฏิบัติตาม จะเป็นการเน้นลักษณะภายนอกของ การกระทำ ส่วนกรณีกฎหมายทฤษฎี สาร์ท ใช้คำว่า “**การยอมรับจากเจ้าหน้าที่**” อันหมายถึง การยอมรับ ความรู้สึกนึกคิดภายในของเจ้าหน้าที่ ซึ่งพฤติกรรมในการ ยอมรับในตัวบทกฎหมายทฤษฎีนั้นต้องมีการประพฤติ ปฏิบัติดีมีนัยต่อตัวกฎหมาย ทฤษฎีอย่างมีจิตสำนึกอัน เป็นเงื่อนไขสำคัญ ในการที่จะชี้ให้เห็นการดำรงอยู่ของ กฎหมายทฤษฎีหรือเป็นมาตรฐานที่จะชี้ให้เห็นถึงการ ดำรงอยู่ของ ระบบกฎหมาย ชี้ให้เห็นสถานะของสังคมที่มี

ต่อระบบกฎหมาย อาจกล่าวได้ว่าเป็นเงื่อนไขที่จะให้ เห็น ถึงสังคมที่มีสภาพการปกครองด้วยกฎหมายหรือที่เรียกว่า “**การปกครองแบบนิติรัฐ**”⁵ (Legal State) **ที่ยึดหลัก นิติธรรม** (The Rule of Law) (สิทธิกร คักดีแสง : 2557 : 214ก)

3. ข้อยกเว้น คือ กฎหมายที่ผู้พิพากษามีดุลพินิจที่ สร้างหลักกฎหมาย นอกจากระบบกฎหมายทั้งสองประเภท แล้ว ในทฤษฎีของ สาร์ท ยังมีอีกกรณีหนึ่ง คือ ในกรณี ที่ อาจจะมีคดีที่มีความซับซ้อนทำให้ **หลักเกณฑ์ทั้งสอง หลักเกณฑ์นั้น**ไม่เพียงพอที่จะนำไปบังคับ ใช้หรือนำไปเป็น เหตุผลในการตัดสินต่างๆ กรณีนั้นถือว่าเป็นสถานการณ์

เมื่อพิจารณาศึกษาถึงแนวคิดเรื่อง “**หลักการปกครองแบบนิติรัฐ**” (Legal State) เริ่มต้นเกิดขึ้นในประเทศเยอรมนีที่ยอมรับประชาชนที่ฝึกฝั ลัทธิปัจเจกนิยม (Individualism) และรัฐธรรมนูญกับรัฐก็มีความสัมพันธ์กัน ซึ่ง “รัฐ” (State) ที่มีการปกครองในระบอบประชาธิปไตยจะต้อง เป็นนิติรัฐที่มีบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญรับรองสิทธิเสรีภาพของราษฎร เช่น เสรีภาพในชีวิตร่างกาย ทรัพย์สิน เสรีภาพในการทำสัญญาและการ ประกอบอาชีพ เป็นต้น “รัฐ” จึงมีฐานะเป็นคนรับใช้ของสังคมโดยถูกควบคุมอย่างเคร่งครัด จะเห็นได้ว่าการ “รัฐ” จะต้องเคารพต่อเสรีภาพต่างๆ ของราษฎรได้มีวิธีเดียว คือ “รัฐ” ยอมตนอยู่ใต้บังคับแห่งกฎหมาย (รัฐธรรมนูญ) โดยเคร่งครัดเท่านั้น และตราบดที่กฎหมาย (รัฐธรรมนูญ) ยังใช้ อยู่กฎหมายนั้นก็ผูกมัด “รัฐ” อยู่เสมอ และโดยที่รัฐธรรมนูญมีบทบัญญัติให้ราษฎรเป็นองค์กรของรัฐในการบัญญัติกฎหมายโดยตรง (สำหรับ “รัฐที่ ใช้หลักประชาธิปไตยโดยตรง” (Direct Democracy)) หรือทำโดยให้เลือกตั้งผู้แทนราษฎรมาออกกฎหมายมาแทนตน (สำหรับ “รัฐที่ใช้หลัก ประชาธิปไตยทางผู้แทน” (Representative Democracy)) การที่ “รัฐ” จะจำกัดสิทธิและเสรีภาพของราษฎร ก็ได้รับความยินยอมของราษฎรให้ จำกัดสิทธิและเสรีภาพซึ่งถือว่าเป็นการให้หลักประกันสิทธิและเสรีภาพของราษฎร เมื่อพิจารณาศึกษาถึงหลักการปกครองแบบนิติรัฐที่ถูกนำมาใช้ ในการปกครองประเทศนั้นจะต้องเป็นหลักการปกครองแบบนิติรัฐทั้งในเชิงรูปแบบและในเชิงเนื้อหา ดังนี้

1. หลักการปกครองโดยนิติรัฐในเชิงรูปแบบ เป็นรัฐที่มีการบัญญัติกฎหมายออกมาใช้บังคับเป็นกฎหมายของบ้านเมือง (Positive Law) และมี สภาพบังคับกับราษฎรทุกคน ในแง่นี้รัฐทุกวันนี้ปัจจุบันยอมรับเป็นนิติรัฐ เนื่องจากมีการตรากฎหมายออกมาใช้บังคับกับประชาชนทั้งสิ้น นิติรัฐใน ความหมายนี้เป็นเพียงรูปแบบเท่านั้น อาจเรียกว่าเป็น “การปกครองโดยใช้กฎหมายเป็นเครื่องมือของรัฐ” (Rule by Law) เป็นการปกครองโดย หลักกฎหมาย (Rule of Law) มุ่งหมายที่จะประกันความมั่นคงแน่นอนแห่งนิติฐานะบุคคลและความมั่นคงของระบบกฎหมาย

2. หลักการปกครองโดยนิติรัฐในเชิงเนื้อหา นิติรัฐจึงเป็นระบบกฎหมายที่มุ่งหมายคุ้มครองสิทธิเสรีภาพและประโยชน์ของประชาชนจากการ กระทำโดยอำนาจอธิปไตยของรัฐและเจ้าหน้าที่ของรัฐ ทั้งนี้ เพราะรัฐโดยยอมตนอยู่ภายใต้ระบบกฎหมายและยอมผูกพันการกระทำใดๆ ของตนกับกฎเกณฑ์ ของกฎหมายที่รัฐได้ตราขึ้นแต่ต้องเป็นกฎหมายที่บัญญัติขึ้น ดังนี้ (จันทจิรา เอี่ยมมยุรา : 4 : 2554)

1) อาศัยวิถีทางประชาธิปไตย (Democracy) คือ การตรากฎหมายโดยความเห็นชอบของประชาชนโดยตรงหรือขององค์กรผู้แทนปวงชน ในระบอบประชาธิปไตยโดยผู้แทน

2) เนื้อหาของกฎหมายไม่ฝ่าฝืนหลักกฎหมายทั่วไปอันเป็นหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติ เช่น หลักสมควรแก่เหตุ หรือหลักความได้ สดส่วนและหลักความเสมอภาค เป็นต้น มีบทบัญญัติที่รับรองคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ตลอดจนตั้งอยู่บนหลักการที่เคารพการใช้ สิทธิและรักษาเสรีภาพของประชาชน โดยทั่วไปกฎหมายที่บัญญัติรับรองคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนที่กล่าวมานี้ ได้แก่ กฎหมายสูงสุดของ แผ่นดิน คือ รัฐธรรมนูญ จึงสามารถให้หลักประกันแก่สถานภาพทางกฎหมายของประชาชนได้ดีที่สุด

เมื่อพิจารณาศึกษาถึงความคิดเรื่อง “**หลักนิติธรรม**” (The Rule of Law) เริ่มต้นที่ประเทศอังกฤษ เป็นความคิดที่วางหลักว่า การที่รัฐบาลจะ ปฏิบัติการใดๆ ต้องอยู่ใต้การผูกมัดของกฎเกณฑ์ (Rule) ที่แน่นอนและได้ประกาศล่วงหน้าแล้ว โดยที่กฎเกณฑ์ดังกล่าวจะช่วยให้สามารถคาดการณ์ ได้และช่วยให้สามารถวางแผนกิจการต่างๆ ได้บนพื้นฐานของความรู้ดังกล่าว ความคิดเรื่องหลักนิติธรรมมีขึ้นในประเทศอังกฤษซึ่ง เอ.วี. ไตซี่ (A.V. Dicey) นักกฎหมายรัฐธรรมนูญชาวอังกฤษได้อธิบายลักษณะหลักนิติธรรมไว้ดังนี้ (จรัญ โฆษณานันท์ : 2552)

1. ฝ่ายบริหารไม่มีอำนาจลงโทษบุคคลใดได้ตามอำเภอใจ เว้นเพียงในกรณีที่มีการละเมิดกฎหมายโดยชัดแจ้งและลงโทษที่อาจกระทำได้นั้นจะ ต้องกระทำตามกระบวนการปกติของกฎหมายต่อหน้าศาลปกติ (Ordinary Rights) ของแผ่นดิน

2. ไม่มีบุคคลใดอยู่นอกกฎหมาย ไม่ว่าเขาจะอยู่ในตำแหน่งหรือเงื่อนไขประการใด ไม่ว่าเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือบุคคลธรรมดาล้วนต้องอยู่ ภายใต้อำนาจและศาลเดียวกัน

3. หลักทั่วไปของกฎหมายรัฐธรรมนูญหรือสิทธิขั้นพื้นฐาน (Fundamental rights) ของประชาชนเป็นผลจากคำวินิจฉัยตัดสินของศาลหรือ กฎหมายธรรมดา มิใช่เกิดขึ้นจากการรับรองคำประกันเป็นพิเศษโดยรัฐธรรมนูญ

ยกเว้น ตัวผู้ใช้กฎหมายโดยเฉพาะผู้พิพากษาย่อมมีโอกาสที่จะใช้ดุลยพินิจสร้างกฎหมายขึ้นมา โดยการค้นหาเหตุผลหรือคิดสร้างเหตุผลเพื่อใช้ประกอบในการตัดสินคดีผู้พิพากษาอาจจะต้องกระทำสิ่งคล้ายกับการสร้างกฎหมายขึ้นมาเพื่อให้ข้อพิพาทนั้นมีทางยุติปัญหาควบคู่กับการยึดถือตัวบทกฎหมายและในการใช้ดุลพินิจดังกล่าวก็จำเป็นต้องอาศัยหรือคำนึงถึงความรอบคอบต่อเงื่อนไขที่มีใช้กฎหมาย (H.L.A. Hart :1981:200-207) (จรัญ โฆษณานันท์ :2552 :87) ในสถานการณ์นี้ ฮาร์ท ถือว่า ผู้พิพากษานั้นย่อมมีดุลยพินิจที่จะตีความหรือมีดุลยพินิจที่จะสร้างหลักกฎหมายขึ้นมา โดยฟังพยานที่มี **“เหตุผลทางศีลธรรมอุดมการณ์ทางความคิดหรือใช้สิ่งที่เป็นนโยบายทางสังคมหรือนโยบายทางการเมือง”** เข้ามาเกี่ยวข้องในการคิดสร้างเหตุผล ในการที่จะยุติปัญหา ซึ่ง ฮาร์ท ถือว่าเป็นกฎหมายประเภทที่ 3 นอกเหนือกฎหมายปฐมภูมิและกฎหมายทุติยภูมิ สถานการณ์ที่ผู้พิพากษาสร้างกฎหมายได้นั้นเป็นเพราะกฎหมายมีปัญหาความยุ่งยาก หรือหาข้อกฎหมายมาเป็นข้อยุติไม่ได้ อาจจะเป็นเพราะความจำกัดของถ้อยคำต่าง ๆ ที่ถูกนำมาใช้เป็นเครื่องมือในการบัญญัติกฎหมาย (หรืออาจจะนำมาใช้ในการตีความตามกฎหมาย)

เราจะเห็นว่า ฮาร์ท พยายามที่จะอ้างไปถึงสิ่งที่เป็นธรรมชาติของภาษาว่า โดยแท้แล้วธรรมชาติของภาษามันมีความจำกัดและในการใช้ภาษานั้นต้องมีการตีความ (Interpretation) ซึ่งมีการยอมรับกันว่าภาษาไม่สามารถครอบคลุมความจริงได้ทุกอย่าง เพราะมันมีความจำกัดแฝงอยู่ในตัวมันเอง ซึ่งหลายครั้งอาจมีปัญหา คือ กฎหมายปฐมภูมิ กฎหมายทุติยภูมิ มีความหมายหลายนัย หรือไม่มีกฎหมายปฐมภูมิ กฎหมายทุติยภูมิมาปรับใช้แก้คดี (เกิดช่องว่างแห่งกฎหมาย) ในสถานการณ์เช่นนี้ ผู้พิพากษาอาจจะต้องกระทำสิ่งที่เรียกว่า **“สร้างกฎหมาย”** (Judicial legislation) ขึ้นมาเพื่อหาข้อยุติในการบังคับใช้กฎหมาย แต่อย่างไรก็ตามแนวคิดของฮาร์ท ไม่ได้มองหรือให้ความสำคัญต่อหลักการแบ่งแยกอำนาจ (Separation of Power) ให้ศาลสร้างหลักกฎหมายในกรณีที่กฎหมายปฐมภูมิและกฎหมายทุติยภูมิ

มีไม่เพียงพอหรือต้องนำมาใช้ตีความที่อาจหักล้างทำลายเจตนารมณ์แห่งกฎหมายที่รัฐสภาตราขึ้น

เมื่อพิจารณาถึงแนวคิดของ ฮาร์ท ที่ว่า **“เมื่อไม่มีกฎหมายปฐมภูมิ กฎหมายทุติยภูมิใช้บังคับหรือมีไม่เพียงพอการใช้บังคับ”** หรือ เป็นกรณีที่ไม่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายมาปรับใช้แก้คดี ถือได้ว่าเข้าข่ายลักษณะของ **“การเกิดช่องว่างแห่งกฎหมาย”** (Gap in the Law) หรือไม่ ตามทัศนะของฮาร์ท เพราะกฎหมายปฐมภูมิและกฎหมายทุติยภูมิมีไม่เพียงพอต่อการใช้บังคับ จึงจำเป็นต้องให้ศาลเข้ามาใช้อำนาจในการสร้างหลักกฎหมายขึ้นมาเพื่อบังคับใช้กฎหมายได้ แต่อย่างไรก็ตามปัญหาที่ต้องขบคิดไปอีกชั้นหนึ่งที่นักกฎหมายสำนักกฎหมายธรรมชาติได้วิเคราะห์วิจารณ์แนวคิดของ ฮาร์ท คือ โรนัลด์ ดวอร์กิน (Ronald M.Dworkin) เห็นว่า **“ศาลไม่สามารถสร้างหลักกฎหมายได้”** สามารถทำได้เพียงแต่ **“ค้นหาหลักการทางกฎหมาย”** เท่านั้น ปรากฏอยู่ในงานสำคัญ เรื่อง **“Taking Rights”** (1977) (จรัญ โฆษณานันท์ : 2552 : 89-95)

แนวความคิดของโรนัลด์ ดวอร์กิน : ศาลเป็นเพียงผู้ค้นหาหลักการทางกฎหมาย

เมื่อพิจารณาศึกษาถึงแนวคิดของ โรนัลด์ ดวอร์กิน (Ronald M. Dworkin)⁷ มองว่าคำอธิบายของ เอช แอล เอ ฮาร์ท ที่สรุปได้ว่า กฎหมายนั้นมี 2 ประเภท คือ กฎหมายปฐมภูมิ กฎหมายทุติยภูมิ แล้วอาจจะมีกฎหมายประเภทที่ 3 คือ กฎหมายที่เกิดจากการสร้างของผู้พิพากษานั้นไม่ถูกต้อง เห็นว่า ฮาร์ท มองข้ามกฎหมายอีกรูปแบบหนึ่งซึ่ง ดวอร์กินเรียกว่า **“กฎหมายในรูปของหลักการ”** ซึ่ง **“หลักการ”** (Principles) หมายถึง หลักการทางศีลธรรม (Moral) หรือความเป็นธรรม (Fairness) ซึ่งกฎหมายในรูปของหลักการไม่ได้ถูกเขียนเป็นมาตราโดยตรง แต่หลักการนี้เป็นสิ่งที่สังคมยอมรับกัน หลักการแตกต่างจากสิ่งที่เป็นกฎหมายโดยทั่วไป และแตกต่างจากกฎหมายในรูปแบบกฎหมาย (ในแบบฉบับของฮาร์ท) ในแง่ที่ว่ากฎหมายทางกฎหมายนั้นมันปรากฏชัดเจนมีเขียนเป็นลายลักษณ์อักษรต่างๆ ส่วนหลักการนั้นจะไม่ปรากฏชัดเจนเป็นลายลักษณ์อักษร

⁷ โรนัลด์ ดวอร์กิน (Ronald M. Dworkin) เกิด 11 ธันวาคม ค.ศ. 1931 เป็นนักนิติปรัชญาชาวสหรัฐอเมริกาศาสตราจารย์และนิติปรัชญาที่มหาวิทยาลัยคอนเนลล ลอนดอน ศาสตราจารย์นิติศาสตร์ที่มหาวิทยาลัยนิวยอร์ก และสอนกฎหมายที่มหาวิทยาลัยเยลและมหาวิทยาลัยอ็อกซฟอร์ด ดวอร์กิน มีอิทธิพลต่อนิติปรัชญา/ปรัชญากฎหมายและปรัชญาการเมือง ดวอร์กินได้รับรางวัลฮาลเบอร์ก อินเตอร์เนชันแนล เมโมเรียลสาขามนุษยศาสตร์ ประจำปี 2007 จาก งานทางวิชาการเกี่ยวกับผลกระทบทั่วโลก คือ **“การอ่านเชิงศีลธรรม”** สำหรับการตีความรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกา (เจษฎา ทองรุ่งโรจน์ :2557 : 287)

อีกประการหนึ่งก็คือกฎเกณฑ์ที่มีลักษณะใช้ได้ทั่วไปมากกว่า ซึ่งก็เป็นเรื่องของหลักการแล้วจะต้องปรับใช้ ผู้พิพากษาจะต้องรู้จักเลือกค้นหาหลักการเข้ามาปรับใช้แล้ว แต่คดีตามแต่สถานการณ์ “หลักการ” นั้นค้นพบได้จากตัวคดีความซึ่งหมายถึงสิ่งที่เป็นคำพิพากษาต่างๆ โดยเฉพาะคำพิพากษาบรรทัดฐานหลายๆ เรื่องที่อาจจะวางหลักการกฎหมาย หลักการแห่งความยุติธรรมความเป็นธรรมนอกจากนั้นหลักการอาจจะค้นพบได้จากพระราชบัญญัติหรือตัวกฎหมายในรูปของกฎเกณฑ์ (แต่ไม่ได้เขียนไว้ในตัวมาตราโดยตรง) นอกนั้นหลักการอาจจะปรากฏในศีลธรรมของชุมชน^๖ (ศีลธรรมของชุมชนที่ได้รับการยอมรับและนำมาปรับใช้ในการยุติข้อพิพาทต่างๆ) (จรัญ โฆษณานันท์ : 2552 : 91) แนวความคิดนี้ได้ส่งผลต่อความคิดของ เจอร์เกน ฮาเบอร์มาส (Jürgen Habermas)^๗ ที่ให้ความสำคัญอย่างสูงต่อหลักการทางศีลธรรมในระบบกฎหมายสมัยใหม่ (John Tweed & Alan Hunt. : 1994 :302-303) (จรัญ โฆษณานันท์ :2555 : 220-221)

เมื่อพิจารณาศึกษาวิเคราะห์ถึง “ลักษณะทั่วไป” ที่เป็นหลักการ ของ โรนัลด์ ดวอกิน มีลักษณะสอดคล้องหรือสอดคล้องกับ “หลักกฎหมายทั่วไป” (General legal principles) โดยใช้กระบวนการให้เหตุผลในทางตรรกวิทยาหรือเรียกว่า “อุปนัย” (Induction) สกัดจากกฎเกณฑ์เฉพาะ

มาเป็น “หลักกฎหมายทั่วไป” โดยค้นหาจากมโนธรรมภายในใจของผู้พิจารณาคดี คือ การพิจารณาจากมโนธรรมภายในจิตใจ (ซึ่งในที่นี้ก็คือ ศีลธรรม) ของผู้พิพากษาว่าอะไรเป็นธรรม อะไรไม่เป็นธรรม ซึ่งจะอยู่ภายในจิตใจของมนุษย์ทุกคนเหมือนกัน ซึ่งในลักษณะทั่วไปของ ดวอกิน ก็คือ “การค้นหาหลักการทางกฎหมาย” นั้นเอง จากแนวคิดเรื่องหลักการทางกฎหมายของ ดวอกิน นั้นจะเห็นว่าเหตุผลทางศีลธรรมแฝงอยู่ในแง่ที่ไม่ยอมให้มีการเอาเปรียบ หรือไม่ยอมให้คนชั่วได้รับประโยชน์จากผลกรรมที่ตัวเองได้ทำขึ้น ซึ่งในจุดนี้ ดวอกิน ได้บอกว่า ณ ที่นั้นมีกรยอมรับว่ากฎหมายมีปรากฏในรูปของ “หลักการทางกฎหมาย” และยอมรับว่า ในเนื้อแท้ของ “หลักการทางกฎหมายมีสิ่งที่เป็นสำนึกในเรื่องเกี่ยวกับศีลธรรม” หรือสิ่งที่เป็น “หลักจริยธรรมแฝงอยู่ในธรรมชาติของกฎหมายที่สอดคล้องหรือเกี่ยวข้องกับศีลธรรม” ย่อมไม่อาจที่จะแยกออกจากกันได้

วิเคราะห์แนวความคิดระหว่าง ฮาร์ท กับ ดวอกิน ในประเด็นศาลสร้างหลักกฎหมายได้หรือไม่หรือเป็นเพียงผู้ค้นหาหลักการทางกฎหมายได้เท่านั้น

จากแนวคิดในประเด็นศาลสร้างหลักกฎหมายได้หรือไม่หรือเป็นเพียงผู้ค้นหาหลักการทางกฎหมายได้เท่านั้นตามแนวคิดของฮาร์ทกับดวอกิน ที่นักคิดทั้ง 2 ให้ความเห็นนั้น ผู้เขียนพบว่าประเด็น “ระบบกฎหมายทาง

^๖ศีลธรรมของชุมชนตามแนวคิดของ โรนัลด์ ดวอกิน ผู้เขียนเห็นว่ามีความใกล้เคียงกับหลักเกณฑ์ที่เป็นจารีตประเพณีที่ขึ้นจากจิตสำนึกร่วมของประชาชนที่เป็นจิตวิญญาณของประชาชนในแต่ละชุมชนหรือแต่ละสังคมบริบทตามแนวคิดของ ชาวยูยี แห่งสำนักกฎหมายประวัติศาสตร์ โปรตุเกตุ รายละเอียด (จรัญ โฆษณานันท์ :2552 : 197-206)

^๗แนวคิดเรื่องปริณทผลสาธารณะนี้เริ่มต้นจากงานเขียนของเจอเกน ฮาเบอร์มาส (Jürgen Habermas) ในหนังสือเรื่อง “การเปลี่ยนแปลงของพื้นที่สาธารณะ” (the transformation of public sphere) โดยฮาเบอร์มาสได้อธิบายปริณทผลสาธารณะว่า “อาณาเขตของชีวิตทางสังคมของเราที่สิ่งซึ่งเรียกว่า “ความคิดเห็นสาธารณะ” สามารถถูกสร้างขึ้นได้ และการเข้าถึงปริณทผลสาธารณะนั้นจะต้องเป็นระบบ และหลักการที่เปิดกว้างให้แก่พลเมืองทุกๆ คนได้มีส่วนร่วม” กล่าวคือปริณทผลสาธารณะเป็นสถานที่ซึ่งปัจเจกบุคคล (private person) มารวมตัวกัน เพื่อสนทนาแลกเปลี่ยนกันอย่างเสรีในประเด็นที่มีความสนใจใคร่รู้ร่วมกัน หรือ อีกนัยหนึ่งก็คือ ประเด็นสาธารณะ เพื่อที่จะนำไปสู่สิ่งที่เรียกว่า “ความคิดเห็นสาธารณะ” (public opinion) โดยฮาเบอร์มาสได้ตั้งต้นจากภาพของสังคมในสมัยคริสต์ศตวรรษที่ 18 ที่เริ่มมีการก่อตัวของชนชั้นกลางที่สถาปนาอำนาจนำขึ้นมาในสังคม แทนที่ชนชั้นในระบอบการปกครองเดิม (the rising of middle class) และสิ่งที่เกิดขึ้นตามหลังจากที่พวกเขาเข้ามามีบทบาท และอิทธิพลทางการเมืองก็คือ การเริ่มสนทนาในประเด็นเกี่ยวกับชีวิตความเป็นอยู่ของพวกเขา ไปจนกระทั่งถึงเรื่องราวที่เกี่ยวข้องกับการปกครอง และนโยบายสาธารณะของรัฐ โดยสถานที่ที่พวกเขาจับกลุ่มพูดคุยกันก็คือ สโมสร สมาคม หรือ ซาลอน (salon) ในฝรั่งเศส หรือ พับลิคเฮาส์ (public-house) ในอังกฤษ (ที่รู้จักกันในปัจจุบันภายใต้ชื่อ “ผับ”) เป็นต้น โดยปริณทผลเหล่านี้สามารถปรากฏขึ้นให้เห็นได้ในทุกๆ ที่ของสังคมซึ่งทำให้ปริณทผลสาธารณะนี้มีความแตกต่างจากตลาดกลางเมือง (agora) ในสมัยกรีกโบราณที่ถูกจำกัด และทำให้แคบอยู่เพียงแคบริเวณของตลาดที่ผู้คนสามารถมาพบปะเพื่อพูดคุยแลกเปลี่ยนได้เท่านั้น แนวคิดเกี่ยวกับเรื่องปริณทผลสาธารณะนั้นได้ถูกนำมาใช้ให้เกิดประโยชน์ในทางการเมืองในเวลาต่อมา เพราะปริณทผลสาธารณะนั้นได้เปิดโอกาสให้พลเมืองภายในรัฐนั้นได้มีโอกาสเข้ามามีส่วนร่วมในการอภิปรายนโยบายสาธารณะ และการจัดการปกครองของรัฐบาลมากกว่าเดิมจากการขยายขอบเขตของพื้นที่ๆ กลายเป็นสาธารณะจากเดิมที่กระจุกตัวอยู่เพียงแคภายในสถาบันทางการเมืองที่เป็นทางการของกลไกรัฐ มาเป็นพื้นที่นอกสถาบันทางการเมืองที่เป็นทางการซึ่งมีความหลากหลาย และกระจายไปตามส่วนต่างๆ ของสังคมอย่างไม่เคยปรากฏขึ้นมา ก่อน ซึ่งท้ายที่สุดได้นำไปสู่จุดกำเนิดของสิ่งที่เรารู้จักกันในนามของภาคประชาสังคม (วรการณ วนาพิทักษ์, 2554)

กฎหมาย” แนวคิด ของ เอช แอล เอ ฮาร์ท กับประเด็น “หลักการทางกฎหมาย” แนวคิดของ โรแนล ดวอกิน มีข้อวิเคราะห์ดังนี้

วิเคราะห์แนวคิดของ เอช แอล เอ ฮาร์ท ศาลเป็นผู้สร้างหลักกฎหมาย

ฮาร์ท มองว่าผู้พิพากษาสามารถที่จะสร้างกฎหมายขึ้นมาได้ในกรณีที่อาจจะมีคดีที่มีความซับซ้อนทำให้กฎหมายปฐมนุฎและกฎหมายทฤษฎีนั้นไม่เพียงพอที่จะนำไปปรับใช้แก้คดีหรือนำไปเป็นเหตุผลในการตัดสินต่างๆ กรณีเช่นนี้ถือว่าเป็นสถานการณ์ยกเว้น ตัวผู้ใช้กฎหมายโดยเฉพาะผู้พิพากษาย่อมมีโอกาสที่จะใช้ดุลยพินิจ “สร้างหลักกฎหมาย” ขึ้นมาโดยการ “ค้นหาเหตุผลหรือคิดสร้างเหตุผล” เพื่อใช้ประกอบในการตัดสินคดีผู้พิพากษา อาจจะต้องกระทำสิ่งคล้ายกับ “การสร้างหลักกฎหมาย” ขึ้นมา เพื่อให้ข้อพิพาทนั้นมีทางยุติได้ ในสถานการณ์นี้ ฮาร์ท ถือว่า ผู้พิพากษานั้นย่อมมีดุลยพินิจที่จะตีความหรือมีดุลยพินิจที่จะ “สร้างหลักกฎหมาย” ขึ้นมา โดยพึ่งพาสิ่งที่ “เหตุผลทางศีลธรรม” อุดมการณ์ทางความคิดหรือใช้สิ่งที่เป็นนโยบายทางสังคม หรือนโยบายทางการเมืองเข้ามาเกี่ยวข้องกับในการคิดสร้างเหตุผล ในการที่จะยุติปัญหา ซึ่ง ฮาร์ท ถือว่าเป็น “กฎเกณฑ์” หรือเป็นกฎหมายประเภทที่ 3 นอกเหนือกฎหมายปฐมนุฎและกฎหมายทฤษฎี ซึ่งฮาร์ท อธิบายว่าสถานการณ์ที่ผู้พิพากษาสร้างกฎหมายนั้นเป็นเพราะมีปัญหาความยุ่งยาก หรือหาข้อกฎหมายมาเป็นข้อยุติไม่ได้ อาจจะเป็นเพราะความจำกัดของถ้อยคำต่างๆ ที่ถูกนำมาใช้เป็นเครื่องมือในการใช้ตีความกฎหมายของกฎหมายปฐมนุฎ กฎหมายทฤษฎีที่ยังไม่มีข้อยุติหรือไม่มีกฎหมายปฐมนุฎ กฎหมายทฤษฎีมาปรับใช้แก้คดี ที่ต้องให้ศาลเข้ามามีบทบาทในการสร้างกฎเกณฑ์ที่เป็นกฎหมายเพื่อเสริมกฎหมายปฐมนุฎกับกฎหมายทฤษฎี

เมื่อพิจารณาถึงแนวคิดของ ฮาร์ท ผู้เขียนทำการพิจารณา อยู่ 2 ประเด็น คือ ให้ศาลใช้ดุลยพินิจสร้างหลักกฎหมายได้ต้องเป็นกรณีอะไรบ้าง การให้อำนาจศาลสร้างหลักกฎหมายได้ทุกเรื่องในกรณีที่ไม่มีกฎหมายปฐมนุฎ กฎหมายทฤษฎีหรือมีกฎหมายปฐมนุฎ กฎหมายทฤษฎี

ไม่เพียงพอ นั้นอาจจะเป็นการสุ่มเสี่ยงต่อการละเมิดหรือทำลาย “หลักการแบ่งแยกอำนาจ” (Separation of Powers) ภายใต้หลักนิติรัฐ (Legal State) ได้ เพราะบางเรื่องบางกรณีไม่อาจทำเช่นนั้นได้ โดยเฉพาะของกฎหมายอาญา (Criminal Law) หรือกฎหมายภาษีอากร (Tax Law) ได้กำหนดไว้ว่า “ไม่มีกฎหมายบัญญัติว่าเป็นการกระทำ ความผิดถือไม่มีความผิดไม่มีโทษ” ซึ่งถ้าเปิดโอกาสให้ศาลได้ใช้ดุลยพินิจในการสร้างหลักกฎหมายได้อาจเป็นการกระทำที่อาจละเมิดสิทธิเสรีภาพของประชาชนได้ แต่อย่างไรก็ตาม แนวความคิดของฮาร์ท นี้ผู้เขียนเห็นว่ายังคงต้องสนับสนุนให้ศาลได้ใช้ดุลยพินิจได้สร้างหลักกฎหมายได้ แต่คงต้องสนับสนุนให้ศาลได้ใช้ดุลยพินิจในการสร้างหลักกฎหมายได้ แต่เฉพาะกฎหมายเอกชน (Private Law) และกฎหมายปกครอง (Administrative Law) เท่านั้น

วิเคราะห์แนวคิดของ โรแนล ดวอกิน ศาลเป็นเพียงผู้ค้นหาหลักการทางกฎหมาย

ดวอกิน ได้นำเอาประเด็นเรื่องของหลักการเข้ามา วิพากษ์วิจารณ์ ฮาร์ท ที่มองกฎหมายในรูปของ “กฎเกณฑ์” โดยเฉพาะการนำเอากฎหมายในรูปของ “หลักการ” มา วิเคราะห์กฎหมายในรูปของการใช้ดุลยพินิจ “สร้างหลักกฎหมาย” โดยผู้พิพากษาของ ฮาร์ท โดย ดวอกิน ได้ได้ประเด็นเรื่องเกี่ยวกับดุลยพินิจที่เปิดกว้างของผู้พิพากษาในการ “สร้างหลักกฎหมาย” ขึ้นมา ดวอกิน เห็นว่าคำอธิบายของ ฮาร์ท ในเรื่องกฎหมายนั้นมีความไม่แน่นอนและเป็นคำอธิบายซึ่งอาจจะเป็น “การสนับสนุนให้ผู้พิพากษาใช้อำนาจได้ตามอำเภอใจในคดีที่มีความยุ่งยากซับซ้อน” เขาเสนอข้อคิดว่าหากคนส่วนใหญ่ยอมรับในทฤษฎีของ ฮาร์ท แล้ว ผู้พิพากษาอาจจะหาเหตุผลหรือคิดหาเหตุผลขึ้นมา “สร้างหลักกฎหมาย” โดยพลการ อันจะเป็นกฎหมายที่ไม่สอดคล้องกับสิ่งที่มีความรู้สึกของคนส่วนใหญ่ในสังคม หรือผู้พิพากษาอาจ “สร้างหลักกฎหมาย” ขึ้นมาโดยอิงนโยบายทางสังคมหรือทางการเมืองแล้วเอาเหตุผลนั้นมาเป็นตัวกฎหมายรองรับคำตัดสินของตัวเอง ซึ่งในจุดนี้ ดวอกิน มองว่า มันจะเป็นอันตรายต่อสิ่งที่เป็นสิทธิเสรีภาพของคู่ความ¹⁰ ดังนั้น ดวอกิน ไม่เห็นด้วยกับแนวคิดของฮาร์ท

¹⁰ ในทำนองนี้ฮาเบอร์มาสก็มองคล้ายคลึงกับ ดวอกินว่า ปฏิกิริยานิยมทางกฎหมายของฮาร์ทไม่ยอมรับเกี่ยวกับการสุ่มเสี่ยงอันตรายที่สนับสนุนผู้พิพากษามีอำนาจในการใช้ดุลยพินิจ (ส่วนตัว) มากเกินไปในการตัดสินคดีในลักษณะของการสร้างหลักกฎหมายขึ้นมาใหม่ (Judicial Legislation) เมื่อใดที่กฎเกณฑ์แห่งกฎหมายมีความไม่ชัดเจนอันเป็นสิ่งที่เกิดขึ้นบ่อยๆ อันเนื่องจากความไม่เด็ดขาดแน่นอนที่ไม่อาจหลีกเลี่ยงได้ (จรัญ โฆษณานันท์ :2554: 222-223)

ดวอกิ้น เห็นว่าผู้พิพากษาไม่มีสิทธิไม่มีอำนาจที่จะ “สร้างหลักกฎหมาย” ขึ้นมาได้ ผู้พิพากษามีหน้าที่เฉพาะใน “การตีความกฎหมาย” (Interpretation) ในการค้นหา “คันทาหลักการ” ในคดีที่มีความยุ่งยากซับซ้อนหรือมีปัญหาเรื่อง “ช่องโหว่ของกฎหมาย” (Ramond Wacks : 2558: 100-108) โดยผู้พิพากษาจะต้องสำนึกตลอดเวลาว่าตนมีหน้าที่ที่จะต้องค้นหา “หลักการทางกฎหมาย” และจะต้องเข้าใจว่ากฎหมายนั้นไม่ได้ปรากฏอยู่เฉพาะในกฎเกณฑ์ตัวอักษรที่ปรากฏในรูปพระราชบัญญัติเท่านั้น แต่จะมีกฎหมายอีกลักษณะหนึ่งคือ “หลักการทางกฎหมาย” ดังนั้นผู้พิพากษาจึงต้องมีหน้าที่ที่จะต้องค้นหา “หลักการทางกฎหมาย” นั้นมาใช้ไม่ใช่เป็นการ “สร้างหลักกฎหมายที่เป็นกฎเกณฑ์”

ดวอกิ้น ได้นำคดีที่ศาลมีคำพิพากษามาอธิบายสนับสนุนความเกี่ยวกับศาลเป็นเพียงผู้มีหน้าที่ค้นหาหลักการทางกฎหมาย เพื่อโต้แย้งแนวความคิดของฮาร์ท เกี่ยวกับเป็นผู้สร้างหลักกฎหมาย อยู่ 2 คดี ดังนี้ (Ronald M. Dworkin : 1977 : 23-24) (จรัญ โฆษณานันท์ : 2552 : 89-90)

คดีที่ 1 เกิดขึ้นในปี ค.ศ.1980 ประเด็นสำคัญในคดีนี้อยู่ที่ว่า บริษัทผู้ผลิตรถยนต์สามารถจัดความรับผิดชอบของตนในความเสียหายที่เกิดขึ้นอันเนื่องมาจากความบกพร่องของการผลิตได้ เพียงใด ข้อเท็จจริงปรากฏว่า ผู้ซื้อรถยนต์ได้ทำสัญญาขณะซื้อขายกับใคร ตกลงว่าความรับผิดชอบของผู้ขาย ในความบกพร่องใดๆ ของรถยนต์ที่ผลิตจะกำกับเพียงแต่การซ่อมแซมส่วนที่บกพร่องให้ดีขึ้นเท่านั้น ต่อมาผู้ซื้อโต้แย้งว่าในสถานการณ์ที่เกิดขึ้นกับเขาบริษัทผู้ผลิตไม่ควรได้รับการคุ้มครองโดยข้อจำกัดของ สัญญาดังกล่าว บริษัทควรต้องรับผิดชอบต่อค่ารักษาพยาบาลและค่าใช้จ่ายอื่นๆ อันเกิดขึ้นแก่ผู้ได้รับบาดเจ็บเนื่องจากการชนกัน คดีนี้ปรากฏว่า ผู้ซื้อไม่สามารถอ้างกฎหมายหรือหลักนิติกรรม (The Rule of Law) ที่หนักแน่นใดๆ ซึ่งห้ามบริษัทผู้ผลิตไม่ให้ทำข้อตกลงในลักษณะดังกล่าวได้ แต่อย่างไรก็ตามศาลกลับเห็นด้วยกับคำร้องของผู้ซื้อโดยให้เหตุผลว่า แม้หลักเรื่องเสรีภาพในการทำสัญญาจะเป็น “หลักการ” สำคัญในกฎหมาย แต่ก็ไม่ใช่ว่าหลักการดังกล่าวจะเป็นสิ่งที่ไม่อาจเปลี่ยนแปลงแก้ไขได้หรือต้องยอมรับอย่างไม่มีเงื่อนไขแต่อย่างใด ศาลเห็นว่าในสังคมที่ไครยนต์ในการเดินทางก็เป็นเรื่องที่เกิดขึ้นบ่อยครั้ง ซึ่งอาจจะเป็นผู้ขับขี่ผู้โดยสารและส่วนรวม บริษัทผู้ผลิตต้องมีภาระ

พิเศษในเรื่องการสร้างการโฆษณาและการขายรถยนต์ของตน โดยเหตุนี้ศาลจึงจำเป็นต้องตรวจพิจารณาข้อตกลงซื้อขายอย่างใกล้ชิดเพื่อจะดูแลผู้ซื้อและประโยชน์สาธารณะได้รับการปฏิบัติต่ออย่างเป็นธรรมหรือไม่ ศาลเชื่อว่าในประวัติศาสตร์ของกฎหมายแองโกลอเมริกันคงไม่มี “หลักการ” ที่คุ้มครองหรือได้รับการยอมรับอย่างหนักแน่นเท่ากับพื้นฐานที่ว่า ศาลสถิตย์ยุติธรรมจะไม่ยอมอยู่ใต้บังคับข้อตกลงต่อรองซึ่งคู่กรณี อีกฝ่ายหนึ่งที่ได้ฉกฉวยผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจอย่างไม่เป็นธรรมจากอีกฝ่ายหนึ่ง

คดีที่ 2 เกิดขึ้นในปี ค.ศ.1889 ที่ศาลนิวยอร์ก ซึ่งมีประเด็นพิจารณาสำคัญว่าทนายทรมรดกที่มีชื่อในพินัยกรรมของปู่สามารถมีสิทธิรับมรดกได้หรือไม่หากว่าเขาได้ทำฆาตกรรมปู่ของเขา และบังคับให้ปู่ยกมรดกให้เป็นของเขา คดีนี้ศาลให้เหตุผลว่าจากการพิจารณากันเพียงตัวอักษรแล้วเมื่อพินัยกรรมนั้นมีความสมบูรณ์ก็ต้องมอบทรัพย์สินมรดกให้แก่ฆาตกร แต่ศาลถือว่ากฎหมายทุกฉบับรวมทั้งนิติกรรมสัญญาอาจต้องอยู่ภายใต้การกำกับของหลักพื้นฐานทั่วไปของกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) ซึ่งมี “หลักการทั่วไป” ข้อหนึ่งว่า บุคคลเขามีอาจถือเอาประโยชน์จากความฉ้อฉลที่ตนได้ก่อขึ้น เขามีอาจถือเอาประโยชน์จากความผิดของตัวเอง เขามีอาจเรียกร้องใดๆ บนความยุติธรรมของตน เขาอาจมิได้รับทรัพย์สินจากอาชญากรรมของตนเองไปจาก “หลักทั่วไป” ซึ่งเห็นได้ว่า “ศาลเป็นเพียงผู้ค้นหาหลักการ” ดังกล่าว ศาลจึงตัดสินมิให้ฆาตกรผู้นั้นได้รับทรัพย์สินมรดกใดๆ ทั้งสิ้น

เมื่อพิจารณาศึกษาแนวคิดของ ดวอกิ้น ที่ว่า “ศาลไม่สามารถสร้างหลักกฎหมายได้” เป็นเพียงแต่ “ผู้ค้นหาหลักการทางกฎหมาย” ได้เท่านั้น ผู้เขียนเห็นว่าแนวคิดของ ดวอกิ้น มองถึงหลักการทางกฎหมายที่ศาลเป็นผู้ใช้และเป็น ผู้ตีความกฎหมายตามตัวอักษรและตามเจตนารมณ์แห่งกฎหมาย เท่านั้น ศาลไม่อาจวางตัวอยู่เหนือกฎหมายที่สร้างหลักเกณฑ์ในทางกฎหมายได้ ในส่วนนี้ผู้เขียนเห็นว่าแนวคิดของ ดวอกิ้นมีส่วนถูกเป็นอย่างมาก แต่อย่างไรก็ตามแนวคิดของ ดวอกิ้น อาจมีความคิดคับแคบไปนิด สำหรับกรณีที่ศาลเป็นผู้มีหน้าที่ค้นหาหลักการทางกฎหมายในการใช้และการตีความกฎหมาย แท้จริงแล้วมันก็คือการที่ศาลใช้ดุลพินิจในการสร้างหลักกฎหมายหรือสร้างระบบกฎเกณฑ์ในทางกฎหมายในกรณีที่ไม่มียกข้อยกเว้นแห่งกฎหมายลายลักษณ์อักษรมาปรับใช้แก่คดีนั้นเอง แต่

ต้องเป็นการสร้างหลักกฎหมายเอกชนและกฎหมายปกครองภายใต้กรอบและเจตนารมณ์แห่งกฎหมายเท่านั้น จะสร้างหลักกฎหมายโดยอำเภอใจไม่ได้ ถือว่าเป็นการกระทำที่ขัดต่อหลักการปกครองแบบนิติรัฐ (Legal State) ที่ยึดหลักนิติธรรม (The Rule of Law)

ในทรรศนะของ ดวอกกิน เห็นว่า “**มาตรฐานที่ศาลใช้เป็นเหตุผลของคำพิพากษา**” มิใช่สิ่งที่เข้าใจว่าเป็น “**กฎเกณฑ์ทางกฎหมาย**” แต่มันคือ “**หลักการทางกฎหมาย**” ต่างหาก ซึ่ง ดวอกกิน เห็นว่าเป็นเรื่องแตกต่างกันในการมองธรรมชาติของกฎหมายมิใช่เป็นเพียงเรื่องของ “**กฎเกณฑ์**” หรือ “**ระบบกฎแห่งกฎหมาย**” เท่านั้น แต่ยังมีสาระของเรื่อง “**หลักการ**” ประกอบอยู่ด้วย ดังนั้นแนวคิดของฮาร์ท เรื่อง “**ระบบกฎเกณฑ์**” ที่เกี่ยวข้องกับสังคมในแง่ข้อเท็จจริงที่ว่า กฎหมายปฐมภูมิที่มีได้รับการเคารพปฏิบัติตามสม่ำเสมอจากประชาชน กฎหมายทุติยภูมิที่มีได้รับการยอมรับยึดถือโดยเจ้าหน้าที่ทางกฎหมายแล้ว ก็ต้องจำทำให้ศาลใช้ดุลพินิจ “**สร้างหลักกฎหมาย**” ได้ ซึ่ง ดวอกกิน ถือว่า เป็นแนวคิดของ ฮาร์ท ที่อาจจะเป็นการตัดขาดกฎหมายออกจากบริบทอื่นๆ ของสังคมที่สำคัญ ไม่ว่าจะเป็นบริบททางเศรษฐกิจ การเมือง สังคมและวัฒนธรรม เท่ากับเป็นการละเลย “**ระบบกฎหมายเชิงสังคมวิทยา**”¹¹ หากปราศจากการพิจารณาสิ่งเหล่านี้อย่างจริงจังแล้ว ก็คงไม่สามารถยึดกุมหรือเข้าใจแนวคิดเกี่ยวกับกฎหมายได้อย่างสมบูรณ์

บทสรุปสังกัษ

เมื่อพิจารณาศึกษาเปรียบเทียบแนวความคิดของฮาร์ท กับ ดวอกกิน ในประเด็นที่เกี่ยวกับศาลเป็นผู้ “**สร้างหลักกฎหมาย**” ได้หรือไม่ หรือเป็นเพียงแคผู้ค้นหา “**หลักการของกฎหมาย**” ได้เท่านั้น คงมิใช่เป็นเรื่องที่จะหาข้อยุติให้เด็ดขาดได้ง่ายๆว่าฝ่ายใดผิดฝ่ายใดถูก นับเป็นเรื่องที่น่าคิดว่าเราจะใช้หรือตีความกฎหมายตามสถานการณ์ของสังคมอย่างไร ว่า “**การสร้างหลักกฎหมาย**” ของศาลนั้นสามารถสร้างหลักกฎหมายอะไรได้บ้าง หรือการใช้การตีความกฎหมายอย่างไรให้เกิดข้อยุติและเป็นธรรมในสังคม ซึ่งในสถานการณ์ปัจจุบัน เกี่ยวกับ “**นิติวิธีทางกฎหมาย**” (Legal Method) ซึ่งเป็นกระบวนการวิคิดที่เป็นระเบียบแบบแผนในทางกฎหมาย เช่น นิติวิธีทางกฎหมายเอกชน นิติวิธีทางกฎหมายมหาชน จะพบว่าจะมีนิติวิธีทางกฎหมายที่มีความแตกต่างกันในการใช้การตีความกฎหมายและการอุดช่องว่างแห่งกฎหมาย ประเด็นของฮาร์ท กล่าวว่า ถ้าไม่มีกฎหมายปฐมภูมิและกฎหมายทุติยภูมิหรือไม่เพียงพอให้ศาลมีดุลพินิจสร้างหลักกฎหมายได้ในลักษณะเช่นนี้ก็เกิด “**ช่องว่างแห่งกฎหมาย**” (Gap in the Law) ผู้พิพากษาย่อมมีโอกาสที่จะใช้ดุลยพินิจสร้างกฎหมายขึ้นมา โดยการค้นหาเหตุผลหรือคิดสร้างเหตุผลเพื่อใช้ประกอบในการตัดสินคดีผู้พิพากษาอาจจะต้องกระทำคล้ายกับการสร้างกฎหมายขึ้นมาเพื่อให้ข้อพิพาทนั้นมีทางยุติได้ ผู้เขียนเห็นด้วยกับ การโต้แย้ง

¹¹เมื่อพิจารณาศึกษาถึง “**แนวคิดทฤษฎีนิติศาสตร์เชิงสังคมวิทยา**” (Sociological Jurisprudence) จะมีความมุ่งหมายหรือกล่าวถึง ทฤษฎีนิติศาสตร์เชิงสังคมวิทยาเป็นแนวคิดหรือทฤษฎีทางเศรษฐศาสตร์ที่เน้นบทบาทความสัมพันธ์ของกฎหมายต่อสังคม โดยพิจารณาถึงเรื่องบทบาทหน้าที่ (Functional) หรือการทำงานของกฎหมายมากกว่าการสนใจกฎหมายในแง่ที่เป็นเนื้อหาสาระ ซึ่งเป็นนามธรรมลอย ๆ (Look move for the working of law than for its abstract) โดยเน้นไปที่การตรากฎหมายเพื่อแก้ไขปัญหาสังคมต่าง ๆ (Social legislation) ทฤษฎีนิติศาสตร์เชิงสังคมวิทยา นี้จัดเป็นกระแสการก่อตั้งในตะวันตก จากนั้นมีการแพร่หลายกันในหลาย ๆ เช่น ในเยอรมันมีนักนิติศาสตร์คนสำคัญ คือ รูดอล์ฟ ฟอน เยียร์ริง (Rudolf Von Jhering) เป็นบุคคลสำคัญที่ทำการเผยแพร่หรืออาจกล่าวได้ว่า เป็นผู้ให้กำเนิดทฤษฎีนิติศาสตร์เชิงสังคมวิทยา ในฝรั่งเศสมี ลีออน ดูวิต (Leon Duguit) เป็นผู้นำคนสำคัญโดยเฉพาะในการสร้างชื่อ ทฤษฎีความสมานฉันท์ของสังคม (Social Solidarisim) ในอเมริกา รอสโค ปาวด์ (Roscoe Pound) ภาพรวมทางความคิดของทฤษฎีนี้จะเป็นกระแสที่พยายามเน้นเรื่องบทบาทกฎหมายในการแก้ไขปัญหาคความขัดแย้งในสังคม โดยที่สามารถจะเห็นสภาพความคิดนี้ชัดเจนในงานเขียนของ เยียร์ริง เรื่อง “**กฎหมายในฐานะเป็นเครื่องมือเพื่อการเป้าหมาย**” (Law as a Means to an End) ซึ่งสร้าง “**แนวคิดทฤษฎีวิศวกรรมสังคม**” (Social Engineering) ขึ้นมา ซึ่ง แนวคิดทฤษฎีนิติศาสตร์เชิงสังคมวิทยาจะแบ่งออกเป็น 2 กลุ่ม คือ

1. กลุ่มที่มีแนวคิดโอนเอียงใกล้ชิดความคิดแบบสังคมนิยมมี ลีออน ดูวิต เป็นตัวแทนความคิด
2. กลุ่มที่มีแนวคิดโอนเอียงมาทางอนุรักษนิยม กลุ่มนี้มี รูดอล์ฟ ฟอน เยียร์ริง และรอสโค ปาวด์ เป็นตัวแทนแนวคิด (จรัญ โฆษณานันท์ :2552 : 237-272)

ของ ดวอกกิน ว่าหากคนส่วนใหญ่ยอมรับในทฤษฎีของ ฮาร์ท แล้วผู้พิพากษาอาจจะหาเหตุผลหรือคิดหาเหตุผลขึ้นมาสร้างกฎหมายโดยพลการ อันจะเป็นกฎหมายที่ไม่สอดคล้องกับสิ่งที่เป็นการรู้สึกของคนส่วนใหญ่ในสังคม หรือผู้พิพากษาอาจสร้างกฎหมายขึ้นมาโดยอิงนโยบายทางสังคมหรือทางการเมืองแล้วเอาเหตุผลนั้นมาเป็นตัวกฎหมายรองรับคำตัดสินของตัวเองอาจไม่เป็นธรรมต่อคู่กรณี เป็นเหตุให้มีความขัดแย้งทางการเมืองก่อให้เกิดการรัฐประหารขึ้นมาได้ ดังเห็นได้จากกรณีของประเทศไทย เมื่อวันที่ 22 พฤษภาคม 2557 ซึ่งเป็นส่วนที่มาจากคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 18-22/2555 ในจุดนี้ ดวอกกิน มองว่ามันจะเป็นอันตรายต่อสิ่งที่เป็นสิทธิเสรีภาพของคู่ความ ดังนั้นศาลจึงเป็นผู้วางหลักการทางกฎหมายได้เท่านั้น โดยเฉพาะกฎหมายอาญาและกฎหมายภาษีอากร ซึ่งเป็นกฎหมายที่เกี่ยวกับความมั่นคงปลอดภัยในชีวิตและทรัพย์สินของประชาชนอย่างยวดยิ่งควรให้ศาลเป็นเพียงผู้ “ตีความกฎหมาย” ในฐานะ “ผู้ค้นหาหลักการทางกฎหมาย” ได้เท่านั้น

เมื่อพิจารณาศึกษาสรุปการนำแนวความคิดของ ฮาร์ท กับ ดวอกกิน มาผสานหรือประนีประนอมให้เข้าหลักการใช้และการตีความกฎหมายในปัจจุบัน คือ ในกรณีที่

ไม่มีบทบัญญัติกฎหมายลายลักษณ์อักษรมาปรับใช้แก้คดีเกิด “ช่องว่างแห่งกฎหมาย” จึงจำเป็นต้องให้ศาลเป็นผู้สร้างหลักกฎหมายได้ ตามแนวคิดของฮาร์ทแต่ต้องอยู่ภายใต้กรอบหรือวัตถุประสงค์ของกฎหมายในเรื่องนั้นๆ หรือเรียกว่า “ตามเจตนารมณ์แห่งกฎหมาย” นั้นตามแนวคิดของ ดวอกกิน แต่อย่างไรก็ตามยังมีปัญหาหนึ่งทั้งฮาร์ทและดวอกกิน ไม่ได้กล่าวถึงถึงกรณีการใช้อำนาจนิติบัญญัติอย่างหนึ่งบ่อยครั้งที่รัฐสภาตรากฎหมายโดยประสงค์ให้มีความมุ่งหมายอย่างหนึ่ง แต่เมื่อเป็นกฎหมายออกมาใช้ศาลกลับตีความความไปอีกอย่างหนึ่ง จนกลายเป็นความหมายตามความเป็นจริง เพราะศาลใช้บังคับกฎหมายตามความหมายเช่นนั้นในทุกคดี ส่วนใดที่รัฐสภาก็ต้องออกกฎหมายแก้ไขบทบัญญัติเพื่อลบล้างแนวคิดความของศาลยิ่งกว่านั้นในประเทศที่ให้ศาลมีอำนาจลงล้างพิจารณาได้ว่ากฎหมายของรัฐสภาขัดต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่นั้น เท่ากับให้ศาลมีอำนาจลงล้างใช้อำนาจนิติบัญญัติได้เหมือนกับการยกเลิกกฎหมาย (สิทธิกร ศักดิ์แสง :2557 : 55-56 ข) ซึ่งถือว่าขัดต่อหลักการแบ่งแยกอำนาจ (Separation of Powers) : ซึ่งเป็นหลักที่สำคัญของ “หลักนิติรัฐ” (Legal State) ในการปกครองระบอบประชาธิปไตย (Democracy) หรือไม่นับเป็นต้องที่ต้องถกคิดต่อไป

เอกสารอ้างอิง

- จรัญ โฆษณานันท์. (2552). “**นิติปรัชญา**” กรุงเทพฯ : มหาวิทยาลัยรามคำแหง.
- _____. (2554) “สิทธิมนุษยชนไร้พรมแดน” กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์นิติธรรม, พิมพ์ครั้งที่ 2.
- _____. (2555). “**นิติปรัชญาแนววิพากษ์**” กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์นิติธรรม, พิมพ์ครั้งที่ 2.
- จันทจิรา เอี่ยมมยุรา. (2554). “**หลักนิติรัฐกับการพัฒนากระบวนการยุติธรรมในสังคมไทย**” นิติราษฎร์ : นิติศาสตร์เพื่อราษฎร <http://www.enlightened-jurists.com/> เข้าถึงข้อมูลวันพุธ ที่ 4 ธันวาคม 2554.
- วราภรณ์ วนาพิทักษ์. (2554). “**ทฤษฎีวิพากษ์ของเจอร์เกน ฮาเบอร์มาส : พื้นที่สาธารณะทางการเมือง และเสรีภาพในการแสดงออกบนอินเทอร์เน็ต**”. เข้าถึงวันที่ 30 กันยายน 2555 ใน <http://www.oknation.net/blog/print.php?id=728311>.
- สิทธิกร ศักดิ์แสง. (2557 ก). “**ศาลเป็นผู้สร้างหลักกฎหมายได้หรือไม่ในระบบกฎหมายไทย**” รวมบทความศาสตร์แห่งการตีความกฎหมาย กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์นิติธรรม, พิมพ์ครั้งที่ 2.
- _____. (2557 ข). “**หลักกฎหมายมหาชน**” กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์นิติธรรม, พิมพ์ครั้งที่ 2.

References

- Charan Cosananan. (2011). "Human Rights Without Borders". Bangkok: Lawyer Publishing House, 2nd edition.
- _____. (2012). "The Law of Critical Philosophy", Bangkok: Lawyer Publishing House, 2nd edition.
- Jantajira Aimmayura "Jurisprudence and the Development of the Judicial Process in Thai Society".
Jurisprudence:Law for the people <Http://www.enlightened-jurists.com/> Access to data Wednesday, December 4, 2011
- John Tweed & Alan Hunt. (1994). “*The Future of the Welfare State and Social Rights*”, Journal of Law and Society.Vol.21,No3,September .pp.302-303.
- H.L.A. Hart (1981). “*The Concept of Law*” Claredon Press, Oxford.
- L.B. Curzon. “*Jurisprudence*” (1995). London : Cavendish Publishing Limited, p 38.
- Ramond Wacks. (2014). "Legal Philosophy: Knowledge Packages" Bangkok: Open House Publishing House
- Ronald Dworkin “*Taking Rights Seriously*” (Duckwort,1977) pp.23-24.
- Waraporn Wanapitak. (2011). "Political surface theory and Freedom of expression on the Internet" on 30 September 2012 in <http://www.oknation.net/blog/print.php?id=728311>
- Sittikorn Saksang (2014 a). "Criminal Law in Thai Law System"Publisher: Jurisprudence, 2ndedition.
- _____. (2014 b). "Principle of Public Law". Bangkok: Nuttawut Publisher, 2nd Edition.