

ความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายกับความยุติธรรมในนิติปรัชญาของ เฮช. แอล. เอ. ฮาร์ท



บทคัดย่อและแฟ้มข้อมูลฉบับเต็มของวิทยานิพนธ์ตั้งแต่ปีการศึกษา 2554 ที่ให้บริการในคลังปัญญาจุฬาฯ (CUIR)
เป็นแฟ้มข้อมูลของนิสิตเจ้าของวิทยานิพนธ์ ที่ส่งผ่านทางบัณฑิตวิทยาลัย

The abstract and full text of theses from the academic year 2011 in Chulalongkorn University Intellectual Repository (CUIR)
are the thesis authors' files submitted through the University Graduate School.

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญาอักษรศาสตรมหาบัณฑิต
สาขาวิชาปรัชญา ภาควิชาปรัชญา
คณะอักษรศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
ปีการศึกษา 2558
ลิขสิทธิ์ของจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

RELATION BETWEEN LAW AND JUSTICE IN H.L.A. HART'S LEGAL PHILOSOPHY

Mr. Prompat Manachisap



A Thesis Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements
for the Degree of Master of Arts Program in Philosophy
Department of Philosophy
Faculty of Arts
Chulalongkorn University
Academic Year 2015
Copyright of Chulalongkorn University

หัวข้อวิทยานิพนธ์	ความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายกับความยุติธรรมในนิติ
	ปรัชญาของ เฮช. แอล. เอ. ฮาร์ท
โดย	นายพรหมพัฒน์ มานะชัยทรัพย์
สาขาวิชา	ปรัชญา
อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก	ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.เกษม เพ็ญภินันท์

คณะอักษรศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย อนุมัติให้หัวข้อวิทยานิพนธ์ฉบับนี้เป็นส่วนหนึ่ง
ของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญาโทบริหารธุรกิจ

.....คณบดีคณะอักษรศาสตร์
(รองศาสตราจารย์ ดร. กิ่งกาญจน์ เทพกาญจนา)

คณะกรรมการสอบวิทยานิพนธ์

.....ประธานกรรมการ
(อาจารย์ ดร. ปิยฤดี ไชยพร)

.....อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก
(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.เกษม เพ็ญภินันท์)

.....กรรมการภายนอกมหาวิทยาลัย
(รองศาสตราจารย์เนืองน้อย บุญยเนตร)

พรหมพัฒน์ มานะชัยทรัพย์ : ความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายกับความยุติธรรมในนิติปรัชญา
ของ เฮช. แอล. เอ. ฮาร์ท (RELATION BETWEEN LAW AND JUSTICE IN H.L.A.
HART'S LEGAL PHILOSOPHY) อ.ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก: ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.
เกษม เพ็ญภินันท์, หน้า.

ปัญหาเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายและความยุติธรรมเป็นปัญหาสำคัญใน นิติ
ปรัชญาของ เฮช. แอล. เอ. ฮาร์ท เขานิยามหลักการของกฎหมายปฏิฐานนิยมนั้นไม่จำเป็นต้อง
เชื่อมโยงกับศีลธรรม และอารมณ์ จากคำนิยามดังกล่าวนี้ทำให้นักกฎหมายธรรมชาติวิจารณ์ว่า
หลักการนี้ไม่เชื่อมโยงกับความยุติธรรม นอกจากนี้ กลุ่มสตรีนิยมยังได้วิจารณ์หลักการดังกล่าวที่ไม่ได้
ให้ความสำคัญแก่อารมณ์ วิทยานิพนธ์เล่มนี้ต้องการโต้แย้งข้อวิจารณ์ทั้งคู่ โดยเสนอข้อถกเถียงว่า
หลักการของกฎหมายปฏิฐานนิยมเชื่อมโยงทั้งศีลธรรมและอารมณ์เข้ากับเจตนารมณ์ ของกฎหมาย
ภายใต้บริบทที่กฎหมายดังกล่าวบัญญัติขึ้น



ภาควิชา ปรัชญา

สาขาวิชา ปรัชญา

ปีการศึกษา 2558

ลายมือชื่อนิสิต

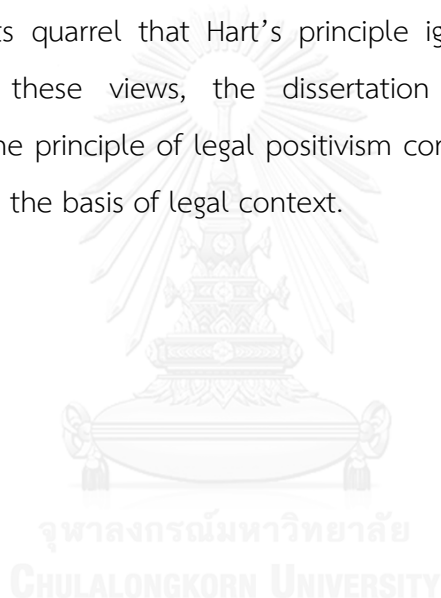
ลายมือชื่อ อ.ที่ปรึกษาหลัก

5580154022 : MAJOR PHILOSOPHY

KEYWORDS: H.L.A. HART / LAW / EMOTION

PROMPAT MANACHISAP: RELATION BETWEEN LAW AND JUSTICE IN H.L.A. HART'S LEGAL PHILOSOPHY. ADVISOR: ASST. PROF. KASEM PHENPINANT, Ph.D., pp.

The relation between law and justice is a major topic in H. L. A. Hart's legal philosophy. He defines that the principle of legal positivism does not contain a necessary relation of law to morality. Legal naturalist advocates question this aspect by criticizing that it does not reveal a connection between law and justice. By the same token, feminists quarrel that Hart's principle ignores the important role of emotion. To deny these views, the dissertation attempts to propose the argumentation that the principle of legal positivism correlates morality and emotion to the spirit of law on the basis of legal context.



Department: Philosophy

Student's Signature

Field of Study: Philosophy

Advisor's Signature

Academic Year: 2015

กิตติกรรมประกาศ

ขอขอบคุณอาจารย์ที่ปรึกษาที่ให้คำแนะนำและความช่วยเหลือทำให้วิทยานิพนธ์นี้สำเร็จ
ลุล่วงไปด้วยดี และขอขอบคุณทุกคนที่มีส่วนช่วยในการวิจัยนี้ครับ



สารบัญ

หน้า

บทคัดย่อภาษาไทย.....	ง
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ.....	จ
กิตติกรรมประกาศ.....	ฉ
สารบัญ.....	ช
บทที่ 1 บทนำ	10
ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา	10
วัตถุประสงค์	10
ขอบเขตการวิจัย	11
วิธีดำเนินการวิจัย	11
ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ.....	11
บทที่ 2	12
1.ระบบกฎหมายโดยทั่วไป.....	12
2.กฎหมายคืออะไร.....	13
2.1เนื้อหา(หรือหลักการ)ของกฎหมายคืออะไร.....	16
3.กฎหมายคืออะไร.....	17
3.1ไม่ใช่ข้อเท็จจริงทุกข้อเท็จจริงจะเป็นกฎ.....	17
3.2กฎหมายและความเคยชิน.....	18
3.3กฎหมายและศีลธรรม	20
3.3.1ศีลธรรมปฏิฐานนิยมคืออะไร.....	21
3.4การทำผิดกฎหมาย.....	24
4.สังคมคืออะไร	25
4.1สังคมประเภทแรก.....	25

4.2 สังคมประเภทที่สอง	27
4.3 สังคมประเภทที่สาม	28
บทที่ 3	32
1. คำนิยามกฎหมาย(กฎปฐมภูมิ)เป็นเพียงบทนำ.....	32
2. กฎปฐมภูมิ(primary rule)	33
3. ระบบกฎหมายหรือกฎทุติยภูมิ(secondary rule) หรือการใช้กฎร่วมกัน	33
3.1 การใช้กฎร่วมกันในความหมายแรก.....	34
3.2 การใช้กฎร่วมกันในความหมายที่สอง	36
3.3 การใช้กฎร่วมกันในความหมายที่สาม	37
4. ยืนยันว่าไม่ใช่กฎหมายธรรมชาติแบบอ่อนแต่เป็นกฎหมายปฏิธานนิยมแบบอ่อน	38
5. กฎหมายเผด็จการในกฎทุติยภูมิ	39
6. ความยุติธรรม	42
6.1 ระบบกฎหมาย(กฎทุติยภูมิ)และความยุติธรรม	42
6.2 ไม่มีความยุติธรรมเชิงศีลธรรม	43
6.3 ไม่มีความยุติธรรมเชิงกฎหมาย(กฎปฐมภูมิ)	44
7. ข้อสังเกตถึงฮาร์ท	45
7.1 ระบบกฎหมายของฮาร์ทประกอบด้วย2ขั้นตอน.....	47
7.2 ระบบกฎหมายไม่ใช่เรื่องกฎที่กำหนดด้วยตัวเอง(autonomously)	47
7.3 ระบบกฎหมายไม่มุ่งหากฎหมายบริสุทธิ.....	48
7.4 โครงการของฮาร์ทไม่มีที่ว่างให้คุณค่า.....	49
8. ข้อวิจารณ์ถึงฮาร์ท.....	50
บทที่ 4	51
1. กฎหมาย(กฎปฐมภูมิ)และศีลธรรมยังไม่พอสำหรับความยุติธรรม	51

2.ความเชื่อมโยงระหว่างกฎหมาย(กฎปฐมนุฎ)และอาวมณั.....	52
3.ความเข้าใจผิดประการแรกคือการคิดไปว่าตณหาอาชญากรรมและอาวมณัเป็นลัองเดยวกัน หรือเชื่อมโยงกัน	54
3.1ตณหาความหมายแรก.....	54
3.1.1ตัวอย่างแรกฉันโกรธและกฎหมายบอกวฉันบันดาลโทสะ	55
3.1.2ตัวอย่างที่สองฉันโกรธแต่กฎหมายบอกวฉันไม่บันดาลโทสะ.....	55
3.1.3ตัวอย่างที่สามฉันไม่โกรธ(วางแผนฆ่า)แต่กฎหมายบอกวฉันบันดาลโทสะ	56
3.2ตณหาความหมายที่สอง	57
4.ความเข้าใจผิดที่สองคือการคิดไปว่าการลงโทษเท่ากับความยุติธรรม	58
5.เปิดโอกาสให้อวมณัเข้ามาอยู่ในกฎตุตยฎมิ.....	60
บทที่ 5 สรุป.....	62
รายการอ้างอิง	65
ประวัติผู้เขียนวิทยานิพนั	68

บทที่ 1

บทนำ

ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

ปัญหาเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายและความยุติธรรมเป็นปัญหาสำคัญในนิติปรัชญาของ เอช. แอล. เอ. ฮาร์ท ศาสตราจารย์ทางนิติปรัชญาแห่งมหาวิทยาลัยออกซฟอร์ดได้นิยามว่าหลักการของกฎหมายปฏิฐานนิยมไม่จำเป็นต้องเชื่อมโยงกับศีลธรรมนอกจากนี้หลักการของกฎหมายปฏิฐานนิยมดังกล่าวยังไม่เชื่อมโยงกับอารมณ์ จากคำนิยามดังกล่าวทำให้นักกฎหมายธรรมชาติและกลุ่มสตรีนิยมทั่วไปวิจารณ์ว่ากฎหมายปฏิฐานนิยมไม่เชื่อมโยงกับความยุติธรรม

วิทยานิพนธ์นี้ไม่เห็นด้วยกับคำวิจารณ์ของนักกฎหมายธรรมชาติและกลุ่มสตรีนิยมดังกล่าวข้างต้น และต้องการพิสูจน์ให้เห็นว่ากฎหมายปฏิฐานนิยมเชื่อมโยงกับความยุติธรรม ฮาร์ทยอมรับว่าหลักการของกฎหมายเป็นเงื่อนไขจำเป็นของความยุติธรรม แต่หลักการของกฎหมายไม่ใช่เงื่อนไขเพียงเงื่อนไขเดียวที่จะทำให้เกิดความยุติธรรม

ในหนังสือของฮาร์ทมีใจความสำคัญอยู่ที่การนำหลักการของกฎหมายกลับเข้าไปอยู่ในบริบทและบริบทของกฎหมายที่สำคัญสำหรับฮาร์ทคือศีลธรรม ฮาร์ทได้ให้ความสำคัญเกี่ยวกับการอธิบายความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายและศีลธรรม(ในฐานะเป็นบริบทของกฎหมาย) แต่วิทยานิพนธ์นี้เห็นว่าโครงการนิติปรัชญาของฮาร์ทไม่ได้หยุดอยู่เพียงแค่นั้น โครงการทางนิติปรัชญาของฮาร์ทได้วางพื้นฐานในการทำความเข้าใจกฎหมายที่น่าสนใจเอาไว้ทำให้เราสามารถใช่โครงการทางนิติปรัชญาดังกล่าวเพื่อใช้อธิบายความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายและอารมณ์ได้เช่นกัน

วัตถุประสงค์

1. วิเคราะห์ความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายและความยุติธรรมในนิติปรัชญาของฮาร์ท

ขอบเขตการวิจัย

วิทยานิพนธ์นี้จะใช้หนังสือ Concept of Law เป็นหลักเพราะเป็นหนังสือที่เสนอโครงการทางปรัชญาของฮาร์ทโดยตรง และจะใช้หนังสือ Law, Liberty and Morality และหนังสือ Essays in jurisprudence and philosophy เป็นเอกสารประกอบและเอกสารอื่นๆที่เกี่ยวข้องเพื่อวิเคราะห์และแสดงให้เห็นถึงความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายและความยุติธรรมในนิติปรัชญาของฮาร์ท

วิธีดำเนินการวิจัย

วิทยานิพนธ์นี้เป็นการวิจัยเอกสารโดยจะวิจัยหนังสือของฮาร์ทและเอกสารอื่นๆที่มีประเด็นเกี่ยวข้องกันเพื่อหาข้อสรุป บทที่2จะเป็นการเดินตามคำนิยามกฎหมายของฮาร์ทเพื่อแสดงให้เห็นว่ากฎหมายและข้อเท็จจริงอื่นๆแตกต่างกันอย่างไรและกฎหมายได้กีดกันข้อเท็จจริงเหล่านั้นออกไปอย่างไร บทที่3จะเป็นการวิเคราะห์ให้เห็นว่าข้อเท็จจริงอื่นที่ถูกกีดกันจากคำนิยามกฎหมายได้กลับมาอยู่รวมในระบบกฎหมายในฐานะบริบทของกฎหมายและบริบทของผู้กระทำผิดอย่างไร ส่วนในบทที่4 จะเป็นการเสนอความคิดของวิทยานิพนธ์นี้โดยนำเนื้อหาในบทที่3เข้ามาวิเคราะห์ความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายและอารมณ์

ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

1. เข้าใจความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายและความยุติธรรมในนิติปรัชญาของฮาร์ท
2. เป็นแนวทางในการศึกษานิติปรัชญาต่อไป

บทที่ 2

1. ระบบกฎหมายโดยทั่วไป

ประเทศแถบตะวันตกมีระบบกฎหมายอยู่สองระบบที่มีลักษณะเฉพาะที่แตกต่างกันทำให้การวิจัยกฎหมาย(โดยเฉพาะที่มาจากฝั่งนิติศาสตร์)มีมุมมองต่อกฎหมายแตกต่างกันทั้งในแง่ของมนทัศน์และแตกต่างกันในแง่การเริ่มต้นวิจัยกฎหมาย ผู้วิจัยเห็นว่าก่อนที่จะศึกษาโครงการนิติปรัชญาเราจำเป็นต้องรู้ก่อนว่าโครงการดังกล่าวถูกพัฒนาขึ้นบนระบบกฎหมายประเภทใดเพื่อป้องกันไม่ให้เกิดความเข้าใจผิดเกี่ยวกับเนื้อหา

ระบบกฎหมายประเภทแรกคือระบบกฎหมายซีวิลลอว์(civil law, enacted law, code law)ที่เสนอว่าหลักการของกฎหมายอยู่ในประมวลกฎหมาย ระบบกฎหมายประเภทนี้เปิดโอกาสให้สภานิติบัญญัติเป็นผู้ร่างกฎหมายให้ออกมาเป็นประมวลกฎหมาย ทำให้ระบบกฎหมายประเภทนี้เริ่มต้นศึกษากฎหมายจากตัวประมวลกฎหมาย(text) ระบบกฎหมายประเภทนี้ให้ความสำคัญกับประมวลกฎหมายมากกว่าคำพิพากษา โดยอธิบายว่าหลักการของกฎหมายได้ถูกเขียนอยู่ในประมวลกฎหมายและคำพิพากษาของศาลเป็นเพียงตัวอย่างของการเอาหลักการนั้นไปใช้ ระบบกฎหมายซีวิลลอว์มีข้อดีคือมีประมวลกฎหมายทำให้เราศึกษาเกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายและศีลธรรมได้ง่ายกว่าระบบกฎหมายคอมมอนลอว์

ระบบกฎหมายประเภทที่สองคือระบบกฎหมายคอมมอนลอว์(common law, case law)ที่เสนอว่าหลักการของกฎหมายอยู่ในคำพิพากษาคดีตัวอย่าง ระบบกฎหมายประเภทนี้จะเปิดโอกาสให้ศาล(ในฐานะผู้เชี่ยวชาญด้านกฎหมาย)เป็นผู้วางหลักการของกฎหมายผ่านคำพิพากษา¹ ทำให้ระบบกฎหมายประเภทนี้เริ่มต้นศึกษากฎหมายจากคำพิพากษาของศาลผ่านคดีตัวอย่าง แม้ว่าระบบกฎหมายคอมมอนลอว์จะมีพระราชบัญญัติแต่พระราชบัญญัติก็เป็นเพียงกฎหมายฉบับย่อยๆที่จะต้องอธิบายโดยหลักการที่อยู่ในคำพิพากษา และเพราะว่ากฎหมายคอมมอนลอว์ไม่มีประมวลกฎหมาย(ในฐานะตัวบทและในฐานะแหล่งรวมหลักการของกฎหมาย)ทำให้การศึกษาเกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายและศีลธรรมเป็นประเด็นสำคัญในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์มากกว่าระบบกฎหมายซีวิลลอว์ เพราะการไม่มีประมวลกฎหมายทำให้เส้นแบ่งระหว่างกฎหมายและศีลธรรมของระบบกฎหมายคอมมอนลอว์มีความคลุมเคลือมากกว่าระบบกฎหมายซีวิลลอว์

จุดตัดหรือความแตกต่างที่สำคัญของระบบกฎหมายทั้งสองระบบคือระบบกฎหมายซีวิลลอว์มีประมวลกฎหมายในฐานะตัวบทและในฐานะแหล่งรวมหลักการของกฎหมาย ในทางกลับกันระบบ

¹ Joseph Dainow, "The Civil Law and the Common Law: Some Points of Comparison," *The American Journal of Comparative Law* 15, no. 3 (1966 - 1967) (419-35).

กฎหมายคอมมอนลอว์ไม่มีแหล่งรวมหลักการทางกฎหมายแต่หลักการทางกฎหมายได้กระจัดกระจายกันไปและอยู่ในรูปแบบของพระราชบัญญัติ(กฎหมายย่อยๆ)และอยู่ในคำพิพากษาดังกล่าว และการกระจัดกระจายของหลักการทางกฎหมายทำให้เกิดโจทย์สำคัญที่นักกฎหมายในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์จะต้องตอบก็คือ ในเมื่อไม่มีประมวลกฎหมายในฐานะตัวบทก่อนคำพิพากษาแล้วศาลใช้หลักการของอะไรในการตัดสินคดี หรือจะถามอีกอย่างว่าจุดเริ่มต้นของกฎหมายคืออะไร(บ่อเกิดของกฎหมายคืออะไร) เพราะในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์กระบวนการตัดสินของศาลไม่ได้แสดงออกมา(ไม่ได้ปรากฏออกมา)ให้คนภายนอกเห็น และกระบวนการที่ไม่ได้แสดงออกมาที่ลึกลับดังกล่าวส่งผลให้ราวกับว่าคำพิพากษาของศาลมันผุดขึ้นมาจากความว่างเปล่าราวเนรมิต นักปรัชญากฎหมายต่างก็แก้ไขปัญหาความลึกลับของกระบวนการตัดสินดังกล่าว เพื่อพิสูจน์ให้เห็นว่าแม้ว่ากระบวนการตัดสินของศาลจะไม่ได้ปรากฏออกมาให้คนภายนอกเห็นแต่กระบวนการดังกล่าวก็ได้ลึกลับ เพราะมันได้วางอยู่บนหลักการของกฎหมาย

นักกฎหมายปฏิฐานนิยมยกตัวอย่าง เช่น ฮาร์ท² ต้องการยืนยันว่าหลักการที่ศาลใช้ตัดสินคดีคือหลักการของกฎหมายปฏิฐานนิยมและเนื่องจากระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ไม่มีประมวลกฎหมายเป็นตัวบท จึงราวกับว่ากฎหมายปฏิฐานนิยมของเขาไม่ได้หมายถึงตัวบทแต่กฎหมายปฏิฐานนิยมใช้ในความหมายของหลักการบางอย่างที่ปรากฏอยู่เป็นข้อเท็จจริงในสังคมและศาล(ในฐานะผู้เชี่ยวชาญด้านกฎหมาย)ได้มองเห็นหลักการนั้นและนำหลักการนั้นมาใช้ตัดสินคดีและในตอนท้ายที่สุดหลักการนั้นก็ปรากฏเป็นตัวบทผ่านคำพิพากษาของศาล

ผู้วิจัยเห็นว่า แม้ว่าฮาร์ทจะสร้างโครงการทางปรัชญาของเขาบนระบบกฎหมายคอมมอนลอว์แต่ก็ไม่ได้หมายความว่าโครงการทางปรัชญาของเขาจะอธิบายได้แต่ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์และอธิบายระบบกฎหมายซีวิลลอว์ไม่ได้ แล้วระบบกฎหมายคอมมอนลอว์และระบบกฎหมายซีวิลลอว์จะแตกต่างกันแต่ทั้งสองระบบกฎหมายนี้ต่างก็มีจุดมุ่งหมายเดียวกันคือการเอากฎหมายไปใช้ให้เกิดความยุติธรรม

2.กฎหมายคืออะไร

โดยทั่วไปนักกฎหมายได้แบ่งกฎหมายออกเป็นสองสาขาคือกฎหมายวิธีสบัญญัติและกฎหมายสารบัญญัติ และการพูดถึงกฎหมายทั้งสองประเภทนี้รวมๆกันทำให้เกิดความสับสนได้ ทำให้การแยกแยะกฎหมายทั้งสองประเภทนี้ออกจากกันเป็นสิ่งจำเป็นที่จะทำให้เราเข้าใจกฎหมายได้ดีขึ้น

² Herbert Lionel Adolphus Hart Professor of Jurisprudence at Oxford University (18 July 1907 – 19 December 1992)

กฎหมายประเภทแรก กฎหมายวิธีสบัญญัติ(หรือลักษณะภายนอกกฎหมาย)คือ “รูปแบบ” ของกฎหมายทั้งในรูปแบบของการร่างกฎหมาย รูปแบบคำสั่งของกฎหมายที่ส่งผลไปยังภายนอกกฎหมาย รูปแบบคำสั่งลงโทษผู้กระทำผิดกฎหมาย และรูปแบบหรือข้อกำหนดที่ให้องค์กรศาลเป็นผู้ใช้กฎหมาย กฎหมายประเภทที่สอง กฎหมายสารบัญญัติ(หรือลักษณะภายในกฎหมาย)คือหลักการหรือเนื้อหาที่ปรากฏอยู่ในกฎหมาย การศึกษากฎหมายสารบัญญัติคือการศึกษาไปถึงหลักการที่อยู่ในกฎหมายรวมทั้งการศึกษาว่าอะไรบ้างที่เป็นกฎหมายและอะไรบ้างที่ไม่เป็นกฎหมาย ฮาร์ทไม่ได้ตั้งคำถามไปที่รูปแบบของกฎหมายหรือกฎหมายสารบัญญัติเพราะสำหรับฮาร์ทแล้วไม่มีปัญหาเกี่ยวกับองค์กรศาลในฐานะผู้ใช้กฎหมาย(official) แต่ในทางกลับกันสิ่งที่เป็หัวใจหรือจุดเริ่มต้นความคิดเรื่องระบบกฎหมายของฮาร์ท³คือในส่วนของหลักการหรือเนื้อหาที่ปรากฏอยู่ในกฎหมาย แม้ว่าฮาร์ทจะเน้นไปที่เนื้อหาของกฎหมายแต่ก็ไม่ได้หมายความว่าฮาร์ทจะไม่ได้กล่าวถึงรูปแบบการใช้กฎหมาย ฮาร์ทได้พูดถึงกฎหมายเอาไว้ทั้งสองประเภท เราจะเห็นว่าเนื้อหาในหนังสือของฮาร์ทบางครั้งจะกระโดดข้ามไปข้ามมาระหว่างเนื้อหาของกฎหมาย(หลักการของกฎหมาย)และรูปแบบของกฎหมาย(ทั้งในเรื่องของการลงโทษและผู้ใช้กฎหมาย) การโดดข้ามไปข้ามมาระหว่างเนื้อหาของกฎหมายและรูปแบบของกฎหมายแสดงให้เห็นว่าแม้ว่ากฎหมายทั้งสองประเภทจะแยกออกจากกันแต่กฎหมายทั้งสองประเภทนี้ต่างก็อ้างอิงไปถึงกันและกันและกฎหมายทั้งสองประเภทนี้ต้องอยู่ด้วยกันจึงจะเป็นกฎหมายที่มีสภาพบังคับและสมบูรณ์

ในกฎหมายทุกประเทศได้มีคำถามสำคัญคือหลักการหรือเนื้อหาที่ปรากฏอยู่ในกฎหมายคืออะไร คำถามนี้เป็นคำถามที่สำคัญมากเพราะต้องการชี้ให้เห็นว่ากฎหมายไม่ใช่คำสั่งของรัฐที่ส่งออกมาตามอำเภอใจอย่างไรก็ได้และนำมาใช้กับคนในรัฐอย่างไม่เป็นธรรมและไม่ยุติธรรม โดยเฉพาะกฎหมายคอมมอนลอว์⁴ ที่มีหัวข้อสำคัญอยู่ที่การอภิปรายถึงความเชื่อมโยงกันระหว่างกฎหมายและศีลธรรม

“In early arguments the search for the definition of law was assumed to be the task of identifying and describing the ‘essence’ or ‘nature’ of law, ...”⁵

³ H.L.A. Hart, "Problems of the Philosophy of Law (First Published 1967)," in *Essays in Jurisprudence and Philosophy* (Oxford: Oxford University Press, 1983), 112.

⁴ Common Law หนังสือบางเล่มแปลว่าหลักกฎหมายทั่วไป แต่หนังสือวิชาการกฎหมายส่วนมากแปลคำนี้ว่ากฎหมายจารีต และอธิบายไปในทางที่ว่าหลักการของกฎหมายมีที่มาจากจารีตประเพณี ผู้วิจัยเห็นว่าคำแปลทั้งสองคำเป็นคำแปลที่ให้ความหมายที่ผิดพลาดจึงจะขอใช้ทับศัพท์เอาไว้

⁵ Hart, "Problems of the Philosophy of Law (First Published 1967)," in *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, 89. ชีดเส้นใต้โดยผู้วิจัย

จากข้อความที่ยกมาดังกล่าวเราจะเห็นว่าหลายครั้งที่คำนิยามกฎหมายเริ่มต้นขึ้นมาจากยอมรับอะไรบางอย่างอยู่ก่อนแล้วและนำสิ่งนั้นเข้ามานิยามหรืออธิบายสาระสำคัญของกฎหมายหรือธรรมชาติของกฎหมาย และคำนิยามดังกล่าวจะส่งผลไปถึงการอธิบายหลักการหรือเนื้อหาของกฎหมาย สตีเฟน วี. เกเรย์ได้กล่าวถึงดอร์วีนเอาไว้ว่า

“Instead, Dworkin asserts that the participants believe that judges are restricted by the law in these instances, but a law that is grounded in the very moral norms that Hart supposedly excludes.”⁶

ราวกับว่าดอร์วีนได้อธิบายว่าหลักการในกฎหมายนั้นไม่ได้เป็นอะไรมากไปกว่าหลักการทางศีลธรรม(ถ้าจะใช้คำของทางกฎหมายคือ ในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์หลักการที่ศาลนำมาใช้ตัดสินคดีคือหลักการทางศีลธรรม และในระบบกฎหมายซีวิลลอว์หลักการที่สภานิติบัญญัตินำมาใช้บัญญัติประมวลกฎหมายคือหลักการทางศีลธรรม) และฮาร์ทได้กล่าวถึงเบนธัมเอาไว้ว่า

“... most of this work consist of the detailed working out of the Greatest Happiness Principle in relation to law and legal institutions, ...”⁷

ราวกับว่าเบนธัมได้อธิบายว่าหลักการในกฎหมายนั้นไม่ได้เป็นอะไรมากไปกว่าหลักการความสุขของคนส่วนใหญ่ จากทั้งสองข้อความที่ยกมาดังกล่าวแม้ว่าดอร์วีนและเบนธัมจะมีข้อเสนอที่ต่างกัน แต่ข้อเสนอของดอร์วีนและเบนธัมมีจุดร่วมกันอยู่อย่างหนึ่งก็คือ คำนิยามว่าหลักการ(หรือเนื้อหา)ในกฎหมายคือคุณค่าบางอย่าง คำนิยามดังกล่าวมันส่งผลให้การศึกษาเกี่ยวกับหลักการในกฎหมายได้เปลี่ยนไป กล่าวคือการศึกษาหลักการของกฎหมายจากคำนิยามดังกล่าวได้หลงลืมหรือละเลยกฎหมายในแบบที่มันเป็น และไปให้ความสำคัญหรือให้น้ำหนักไปที่ศีลธรรมและความสุขและอธิบายว่าหลักการของศีลธรรมและหลักการของความสุขคือหลักการของกฎหมาย ราวกับว่าสำหรับดอร์วีนแล้วหากนำหลักการของศีลธรรมออกไปจากกฎหมาย กฎหมายก็จะเป็นเพียงเปลือกกลวงๆที่ไม่มีหลักการอยู่ข้างใน และราวกับว่าสำหรับเบนธัมแล้วหากนำหลักการของศีลธรรมความสุขออกไปจากกฎหมาย กฎหมายก็จะเป็นเพียงเปลือกกลวงๆที่ไม่มีหลักการอยู่ข้างใน

ผู้วิจัยเห็นว่าคำนิยามดังกล่าวประกอบด้วยสามส่วนคือ 1.กฎหมาย 2.ควรจะเป็น(ought to be) 3.คุณค่า(คุณสมบัตินี้)บางอย่าง บนคำนิยามดังกล่าวส่วนที่สำคัญคือคำว่า “ควรจะเป็น” และคำนิยามดังกล่าวเป็นคำนิยามที่ผิดเพราะมันไม่ได้เป็นการวิเคราะห์กฎหมายอย่างจริงจัง(no dry

⁶ Stephen V. Carey, "What Is the Rule of Recognition in the United States?," *University of Pennsylvania Law Review* 157, no. No. 4 Apr. (2009): 1168.

⁷ H.L.A. Hart, *Essays on Bentham : Studies in Jurisprudence and Political Theory*, Reprinted 2011 ed. (Oxford: Oxford University Press, 1982), 1.

analysts) คำนิยามดังกล่าวไม่แยกคำถามที่ว่า กฎหมายคืออะไร(law as it is) ออกจากคำถามที่ว่า กฎหมายควรจะเป็นอย่างไร(law as it ought to be) ฮาร์ทกล่าวว่าคำนิยามดังกล่าวเกิดขึ้นมาจากการสับสนระหว่างกฎหมายและศีลธรรม⁸

คำนิยามนี้ได้ชี้ให้เราคิดไปว่ากฎหมายเท่ากับหรือเป็นสิ่งเดียวกับคุณค่านั้น บนคำนิยามดังกล่าวมันชี้ให้เราอยู่สองประการ ประการแรกทำให้คิดไปว่าการศึกษเกี่ยวกับศีลธรรมและการศึกษาเกี่ยวกับความสุขคือการศึกษเกี่ยวกับหลักการของกฎหมาย ประการที่สองทำให้เราไม่ได้สนใจหรือให้ความสำคัญเกี่ยวกับกฎหมายในแบบที่มันมีอยู่บนข้อเท็จจริง ยกตัวอย่างเช่นคำนิยามว่าหลักการในกฎหมายคือหลักการในศีลธรรม มันชี้ให้เราไปว่าการคิดไปถึงกฎหมายจำเป็นที่จะต้องคิดไปถึงศีลธรรมอย่างจำเป็นและคิดไปว่ากฎหมายและศีลธรรมเชื่อมโยงกันอย่างจำเป็น หรือคิดไปว่ากฎหมายและศีลธรรมมันเท่ากันหรือเป็นสิ่งเดียวกัน หรือแม้แต่คำนิยามว่าหลักการในกฎหมายคือหลักการของความสุข มันชี้ให้เราไปว่าการคิดไปถึงกฎหมายจำเป็นที่จะต้องคิดไปถึงความสุขอย่างจำเป็นและคิดไปว่ากฎหมายและความสุขเชื่อมโยงกันอย่างจำเป็น หรือคิดไปว่ากฎหมายและความสุขมันเท่ากันหรือเป็นสิ่งเดียวกัน คำนิยามทั้งสองคำดังกล่าวทำให้การศึกษเกี่ยวกับกฎหมายไม่ได้เป็นอะไรมากไปกว่าการสะท้อนให้เห็นถึงสิ่งที่ผู้นิยามได้ยอมรับอยู่ก่อนคำนิยาม(assume) ปัญหาของคำนิยามในลักษณะดังกล่าวคือ ผู้นิยามได้ยอมรับคุณค่าบางอย่างและคิดไปเองว่าคุณค่านั้นและกฎหมายเป็นสิ่งเดียวกันหรือเท่ากัน ทำให้การศึกษากฎหมายไม่ใช่การศึกษากฎหมายในแบบที่มันเป็น แต่เป็นการศึกษาค่าบางอย่างและคิดไปว่ามันคุณค่านั้นคือกฎหมาย การศึกษาดังกล่าวเป็นการศึกษาที่ผิดประเด็น ผู้วิจัยเห็นว่าคำนิยามดังกล่าวเป็นการทำให้การยอมรับอยู่ก่อนคำนิยาม(assume)ที่เป็นสิ่งที่พ้นไปจากกฎหมายเข้ามาถูกคิดหรือวิเคราะห์ “อยู่ใน” วิธีคิดของกฎหมายและการยอมรับดังกล่าวนี้เองที่ทำให้กฎหมายไม่ได้ถูกศึกษาในแบบที่กฎหมายเป็น

เพื่อสืบค้นกฎหมายในแบบที่มันเป็นโดยปราศจากการยอมรับอะไรบางอย่างอยู่ก่อน ฮาร์ทได้ใช้คำว่ากฎหมายในความหมายพิเศษโดยแบ่งกฎหมายออกเป็นสองประเภท ประเภทแรกคือกฎหมายปฐมภูมิในฐานะหลักการ(ไม่ว่าจะเป็นจากคำพิพากษาหรือจากพระราชบัญญัติ) ประเภทที่สองคือกฎหมายทุติยภูมิหรือจะเรียกว่าระบบกฎหมายหรือการใช้กฎร่วมกัน ในบพนี้จะกล่าวถึงกฎปฐมภูมิ ส่วนกฎทุติยภูมิจะกล่าวถึงในบพถัดไป

2.1 เนื้อหา(หรือหลักการ)ของกฎหมายคืออะไร

เนื้อหาของกฎหมายคือกฎสังคม(social rule) คำนิยามนี้เป็นคำนิยามที่สั้นๆที่ประกอบด้วยสองคำคือ “กฎ” และ “สังคม” แต่คำนิยามนี้ได้บอกว่าการศึกษามีเงื่อนไขจำเป็นอยู่อย่างน้อยสอง

⁸ Hart, "Positivism and the Separation of Law and Morals (First Published 1958)," in *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, 53.

ประการ เงื่อนไขแรกคือลักษณะของกฎ เงื่อนไขที่สองคือกฎนั้นจะต้องมีประธานหรือเจ้าของกฎคือสังคม หากขาดเงื่อนไขใดเงื่อนไขหนึ่งสิ่งนั้นก็จะไม่ใช่กฎหมาย เพราะฉะนั้นการที่จะรู้ว่าอะไรเป็นกฎหมายก็จำเป็นที่จะต้องเข้าไปพิจารณาว่ากฎในที่นี้หมายถึงอะไรและสังคมในที่นี้หมายถึงอะไร

3. กฎคืออะไร

เงื่อนไขแรกของการเป็นกฎหมายคือจะต้องเป็นกฎ และการคิดถึงกฎก็ไม่จำเป็นที่จะต้องคิดไปถึงศาสนาหรือคิดไปถึงพระเจ้าที่ได้สร้างกฎแล้วโยนลงมาจากสวรรค์เพื่อให้มนุษย์ปฏิบัติตามในทางกลับกันมนุษย์ก็ไม่ได้สร้างกฎขึ้นมาโดยตัวของเขาเองเพราะกฎนี้จะต้องมาจากข้อเท็จจริง กฎประเภทนี้ไม่ได้สร้างหรือกำหนดบรรทัดฐานความถูกต้องและความผิดให้แก่มนุษย์ เพราะบรรทัดฐานความถูกต้องและความผิดมันมีอยู่ก่อนแล้วในข้อเท็จจริง ในระบบกฎหมายซีวิลลอว์ประมวลกฎหมายและพระราชบัญญัติเป็นเพียงบันทึกข้อความที่น่าเอาความถูกต้องและความผิดเป็นข้อเท็จจริงและมีอยู่ก่อนแล้วมาเขียนเอาไว้เป็นหมวดหมู่ให้สวยงามและเข้าใจง่ายเท่านั้น กล่าวคือ สถานิติบัญญัติไม่ได้สร้างสรรค์อะไรใหม่และไม่ได้เป็นผู้สร้างเนื้อหาในกฎหมาย สถานิติบัญญัติเป็นเพียงพนักงานพิมพ์ดีดที่น่าข้อเท็จจริงมาปรับแต่งเป็นถ้อยคำทางกฎหมายและแบ่งเป็นหมวดหมู่ให้สวยงาม พร้อมทั้งจัดทำเป็นรูปเล่มและลงชื่อตามพิธีการเท่านั้น ด้วยเหตุดังกล่าวทำให้ความถูกต้องและความผิดมีอยู่ในข้อเท็จจริงก่อนที่จะร่างกฎหมาย หรือแม้แต่ยกเลิกกฎหมายความถูกต้องและความผิดก็ยังอยู่ในข้อเท็จจริงและไม่ได้ถูกยกเลิกไปตามกฎหมาย และในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์กฎหมายประเภทพระราชบัญญัติมีลักษณะเดียวกันกับระบบกฎหมายซีวิลลอว์ข้างต้น แต่เนื่องจากระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ไม่มีประมวลกฎหมายในฐานะตัวบทที่รวมหลักการเอาไว้ แต่ก็ไม่ได้หมายความว่าศาลเป็นผู้สร้างหลักการของกฎหมายจากคำพิพากษา เพราะหลักการของกฎหมายมีอยู่ก่อนแล้วและปรากฏอยู่ในข้อเท็จจริงของสังคม ศาลเป็นเพียงผู้ที่ทำให้หลักการดังกล่าวปรากฏชัดขึ้นผ่านคำพิพากษา

3.1 ไม่ใช่ข้อเท็จจริงทุกข้อเท็จจริงจะเป็นกฎ

สำหรับฮาร์ทแล้วกฎหมายคือกฎและกฎมาจากข้อเท็จจริงแต่ไม่ใช่ข้อเท็จจริงทุกข้อเท็จจริงจะเป็นกฎหมาย ฮาร์ทอธิบายถึงวิธีการแยกกฎหมายออกมาจากข้อเท็จจริงอื่นๆผ่านสองหัวข้อหลักๆ คือความคล้ายคลึงและแตกต่างกันระหว่างกฎหมายและความเคยชิน และความคล้ายคลึงและแตกต่างกันระหว่างกฎหมายและศีลธรรม ฮาร์ทได้อธิบายในหัวข้อนี้เอาไว้ราวกับว่าฮาร์ทได้มองว่ากฎหมาย ความเคยชิน และศีลธรรม มีที่มาเดียวกันคือข้อเท็จจริง และเมื่อทั้งสามสิ่งนี้มาจากข้อเท็จจริงเหมือนกันจึงคล้ายคลึงและแตกต่างกัน และโจทย์หลักหรือคำตอบที่ต้องการในหัวข้อนี้คือการแสดงให้เห็นว่าข้อเท็จจริงอะไรบ้างที่เป็นกฎหมายและข้อเท็จจริงอะไรบ้างที่ไม่เป็นกฎหมาย

สาเหตุที่ฮาร์ทต้องมาอธิบายในหัวข้อนี้ก็คือ สำหรับฮาร์ทแล้วกฎหมายมีอยู่ในข้อเท็จจริงแต่ข้อเท็จจริงของสังคมมันซับซ้อนและเกี่ยวพันกันจนอาจทำให้เกิดความสับสนระหว่างกฎหมายและสิ่งที่ไม่ใช่กฎหมาย และความสับสนดังกล่าวจะส่งผลให้การศึกษากฎหมายจากคำนิยามดังกล่าวผิดเพี้ยนไป

3.2 กฎหมายและความเคยชิน

กฎหมายและความเคยชินคล้ายกันเพราะมันวางอยู่บนข้อเท็จจริงเหมือนกัน แต่เราไม่ได้อยอมรับความเป็นกฎของกฎหมายเพราะความเคยชิน แม้ว่าเราจะรับรู้กฎหมายและรับรู้การลงโทษของการทำผิดกฎหมายว่ามันเกิดขึ้นซ้ำๆกันหลายครั้งและเหมือนกันในทุกๆวันหรือทุกๆครั้งที่มีการทำผิดกฎหมาย และเราได้รับรู้การลงโทษดังกล่าวว่ามันมีอยู่ตั้งแต่ที่เราเกิดมาจนถึงปัจจุบันผ่านข้อเท็จจริงแต่ตัวของกฎหมายโดยตัวของมันเองก็ไม่ใช่ความเคยชิน

ฮาร์ทยอมรับว่าความเคยชินเป็นข้อเท็จจริงที่มีอยู่ในสังคมและกฎหมายก็เป็นข้อเท็จจริงที่มีอยู่ในสังคมเช่นกัน และกฎหมายและความเคยชินเป็นสิ่งที่ดูเผินๆแล้วเป็นสิ่งเดียวกันเพราะมันปรากฏผ่านการกระทำของมนุษย์ซ้ำๆกันทุกวันราวกับว่าการทำตามกฎหมายคือความเคยชินของมนุษย์ แต่ความเข้าใจดังกล่าวเป็นความเข้าใจผิด เพราะการทำตามหลักการในกฎหมายและการทำตามความเคยชินเป็นสิ่งที่แตกต่างกันและไม่สามารถเป็นสิ่งเดียวกันได้ หลักการในกฎหมายจะไม่ใช่ความเคยชิน และความเคยชินจะไม่ใช่หลักการในกฎหมาย

เรายอมรับกฎหมายเพราะลักษณะภายในของกฎหมาย(หรือหลักการในกฎหมาย) เราไม่ได้อยอมรับกฎหมายตามความเคยชินที่เกิดขึ้นซ้ำๆว่าการทำผิดกฎหมายแล้วจะถูกลงโทษ หรือยอมรับตามความเคยชินว่าการทำตามกฎหมายแล้วจะไม่ถูกลงโทษ

ความเคยชินคือสิ่งที่เกิดขึ้นซ้ำๆหลายครั้งบนข้อเท็จจริง ความเคยชินได้แก่ การออกไปเที่ยวต่างจังหวัดทุก ๆ วันหยุดยาว งานฉลองปีใหม่ งานฉลองสงกรานต์ งานฉลองเงินเดือนออก การแห่จอบัตรการแสดงของวงดนตรีดัง การไปเที่ยวทุกคืนวันศุกร์ เป็นต้น เราจะเห็นว่าความเคยชินปรากฏบนการกระทำของมนุษย์เช่นเดียวกับกฎหมาย แต่ความเคยชินไม่ใช่(หรือไม่เชื่อมโยงกับ)หลักการในกฎหมายเพราะมีสาเหตุดังต่อไปนี้

สาเหตุที่หนึ่ง ความเคยชิน มีที่มาจากข้อเท็จจริงแต่เป็นการกระทำที่เกิดขึ้นซ้ำๆโดยที่ไม่มีรูปแบบการวิพากษ์(form of criticism)ว่าทำไปทำไมหรือทำไปเพื่ออะไร กล่าวคือไม่มีใครคิดว่าการออกไปเที่ยวต่างจังหวัดทุก ๆ วันหยุดยาว เป็นหน้าที่หรือเป็นกฎที่จะต้องผูกพันตนเข้าไปปฏิบัติอย่างเอาจริงเอาจัง ไม่มีใครมาคิดถึงข้อดีของการทำตามความเคยชินและคิดถึงข้อเสียของการไม่ทำตามความเคยชิน ไม่มีใครได้รับรางวัลจากการทำตามความเคยชินและไม่มีใครถูกลงโทษจากการไม่ทำตามความเคยชิน ความเคยชินเป็นเรื่องของ “นี่จะทำก็ทำ นี่จะไม่ทำก็ไม่ทำ” และไม่มีใครมาคาดหวัง

ว่าการทำตามความเคยชินแล้วจะเป็นเรื่องที่ถูกต้อง หรือค้นหาความถูกต้องและความผิดที่อยู่ในความเคยชิน เมื่อความเคยชินไม่ผ่านรูปแบบการวิพากษ์ ความเคยชินจึงไม่สามารถยืนยันหรือตัดสินการกระทำใดๆ

แต่ในทางกลับกันแม้ว่ากฎหมายจะปรากฏอยู่บนการกระทำของมนุษย์และเกิดขึ้นซ้ำๆ เหมือนกับความเคยชิน แต่กฎหมายได้ต่างออกไปเพราะกฎหมายมีรูปแบบการวิพากษ์ที่ชัดเจนในเรื่องความถูกต้องและความผิด ผู้ที่ทำตามกฎหมายเป็นผู้ที่วางรูปแบบการวิพากษ์⁹ เพื่อใคร่ครวญถึงการทำตามกฎหมาย โดยเขายอมรับข้อเท็จจริงอันเป็นที่มาของกฎหมาย เขายอมรับว่าข้อเท็จจริงอันเป็นที่มาของกฎหมายนั้นมีหลักการหรือเนื้อหาที่จะทำตาม และเขายอมผูกพันตนเข้ากับเนื้อหาความถูกต้องและความผิดที่ปรากฏอยู่ในกฎหมายนั้น ผู้ที่ทำตามกฎหมายเห็นด้วยกับเนื้อหาความถูกต้องและความผิดที่ปรากฏอยู่ในกฎหมาย และยืนยันแล้วว่าตนเองต้องการทำตามความถูกต้องและความผิดที่อยู่ในกฎหมายจึงได้ปฏิบัติตนออกมาให้สอดคล้องกับกฎหมายหรือทำตามกฎหมาย การทำตามกฎหมายไม่ใช่เรื่องของ “นี่จะทำก็ทำ นี่จะไม่ทำก็ไม่ทำ” แต่เป็นการยอมรับผ่านรูปแบบการวิพากษ์

สาเหตุที่สอง ความเคยชินเป็นสิ่งที่ไม่มีความหมาย เพราะไม่มีเหตุผลที่ดีจะสนับสนุนให้ทำตามความเคยชิน ความเคยชินเป็นการทำต่อ ๆ กันมาโดยไม่มีเหตุผลที่ดีมาสนับสนุนเนื้อหาของความเคยชินว่าทำไปเพื่ออะไร ไม่มีใครอธิบายหรือหาเหตุผลมาสนับสนุนถึงเนื้อหาที่ทำการกันอยู่ในความเคยชินว่าทำไปทำไม

แต่ในทางกลับกันกฎหมายได้ต่างออกไปเพราะเรามีเหตุผลที่ดีที่จะทำตามกฎหมาย¹⁰ เหตุผลที่ดีที่จะทำตามกฎหมายไม่ได้ใช้ในความหมายของความหวาดกลัวว่าถ้าทำผิดกฎหมายแล้วจะถูกลงโทษ และการทำตามกฎหมายแล้วจะได้ หน้าที่การงาน รางวัล ชื่อเสียง หรือผลตอบแทนที่ดี แต่เหตุผลที่ดีที่จะทำตามกฎหมายใช้ในความหมายถึงการยินยอมผูกพันตนเข้ากับเนื้อหาความถูกต้องและความผิดที่ปรากฏอยู่ในกฎหมาย กล่าวคือ ผู้ที่ทำตามกฎหมายเห็นเนื้อหาของความถูกต้องและความผิดที่ปรากฏอยู่ในกฎหมายและคิดใคร่ครวญแล้วเห็นด้วยกับเนื้อหานั้นและมีเหตุผลที่ดีที่จะทำตามกฎหมาย เพราะการทำตามกฎหมายเป็นการยืนยันไปถึงความถูกต้องและความผิดที่ผู้ทำตามกฎหมายเห็นด้วย และมีเหตุผลที่ดีที่จะทำตามความถูกต้องและความผิดที่ปรากฏอยู่ในกฎหมาย ผู้ใช้เหตุผลที่ดีที่สื่อตรงกับตัวเองก็จะต้องการทำตามความถูกต้องและความผิดที่ปรากฏอยู่ในกฎหมาย เพราะถ้าความถูกต้องและความผิดที่ปรากฏอยู่ในกฎหมายเป็นสิ่งที่มีความจริงแล้ว ผู้มีเหตุผลที่ดีก็จะต้องการปฏิบัติตามเพื่อเป็นการผูกพันตนในความถูกต้องและความผิดที่ปรากฏอยู่ในกฎหมาย

⁹ H.L.A. Hart, *Concept of Law*, 3rd ed. (Oxford: Oxford University Press, 2012), 55.

¹⁰ *Ibid.*, 55-56.

และแสดงตัวออกมาผ่านการปฏิบัติให้เห็นถึงความถูกต้องและความผิคนั้น ราวกับผู้ที่ผูกพันตนเข้ากับเนื้อหาความถูกต้องและความผิคนั้นที่ปรากฏอยู่ในกฎหมายประสบความสำเร็จในการยืนยันเหตุผลที่ดีของตัวเองผ่านการทำตามกฎหมาย

เราจะเห็นว่ากฎหมายและความเคยชินมีบางส่วนที่คล้ายคลึงกันเพราะมันได้ปรากฏอยู่บนการกระทำของมนุษย์เหมือนกัน แต่กฎหมายและความเคยชินแตกต่างกันในด้านของเนื้อหาภายในกฎหมายและเนื้อหาภายในความเคยชิน เพราะเนื้อหาภายในกฎหมาย(หรือหลักการภายในกฎหมาย) มีรูปแบบการวิพากษ์และมีเหตุผลที่ดีที่จะทำตามกฎหมาย แต่ความเคยชินไม่มีรูปแบบการวิพากษ์และไม่มีเหตุผลที่ดีที่จะทำตามความเคยชิน

3.3 กฎหมายและศีลธรรม

กฎหมายและศีลธรรมคล้ายกันตรงที่มันใช้อธิบายการกระทำของมนุษย์เหมือนกัน แต่กฎหมายและศีลธรรมแตกต่างกันอยู่สองประการ ประการแรกคือรูปแบบ ประการที่สองคือที่มาหรือประธาน(หรือเจ้าของ)ของมัน ในขณะที่กฎหมายสามารถอ้างอิงกลับไปที่ยุติธรรมทางสังคม¹¹ แต่ศีลธรรมได้ต่างออกไปศีลธรรมนั้นจะต้องมีที่มาจากสมาชิกแต่ละคน ศีลธรรมเกิดจากแต่ละคนคิดใคร่ครวญว่าความดีคืออะไรและสร้างรูปแบบศีลธรรมของตนขึ้นมา และความแตกต่างดังกล่าวทำให้กฎหมายและศีลธรรมไม่เชื่อมโยงกันอย่างจำเป็น(necessary)¹² และคำว่า “จำเป็น” เป็นคำสำคัญของฮาร์ทที่เราจะต้องให้ความสำคัญกับมันเพื่อไม่ให้เข้าใจผิดในสาระสำคัญของกฎหมายและศีลธรรม และคิดไปว่ากฎหมายและศีลธรรมไม่มีความเป็นไปได้ที่จะเชื่อมโยงกัน กล่าวคือ ยังมีความเป็นไปได้ที่กฎหมายและศีลธรรมเชื่อมโยงกันอย่างบังเอิญ

ผู้วิจัยจะทดลองหาความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายและศีลธรรมโดยจะสมมุติให้กฎหมายและศีลธรรมมีประธานเดียวกันเพื่อดูว่าจะมีความเป็นไปได้หรือไม่ที่กฎหมายและศีลธรรมจะเชื่อมโยงกันอย่างจำเป็น โดยจะลองสมมุติให้มีกฎหมายส่วนบุคคลและศีลธรรมปฏิฐานนิยม

กฎหมายส่วนบุคคล¹³ ในที่นี้หมายถึงกฎหมายที่สร้างขึ้นมาจากบริบทเฉพาะของคนใดคนหนึ่งที่เขาเข้าใจมันเพียงคนเดียว นั่นคือกฎหมายพิเศษที่คิดขึ้นมาคนเดียวและใช้กับเขาเพียงคนเดียว และนอกจากเขาแล้วไม่มีสมาชิกในสังคมคนใดอยู่ใต้การบังคับของกฎหมายนี้ กฎหมายประเภทนี้เป็นกฎที่เขาตัวเองคนเดียวเพราะมันเกิดจากข้อเท็จจริง(หรือบริบท)ของเขาเพียงคนเดียว และนอกจากเขาแล้วไม่มีสมาชิกในสังคมคนใดรู้จักกฎหมายนี้ กฎหมายนี้สามารถอ้างอิงกลับไปที่ข้อเท็จจริงของเขาเท่านั้น

¹¹ Ibid., 269.

¹² Ibid., 155.

¹³ กฎหมายส่วนบุคคลในที่นี้ไม่ได้ใช้ในความหมายของกฎหมายเอกชน(private law) ที่หมายความว่าคำพิพากษาที่มาจากกฎหมายเอกชนจะผูกพันกับคู่ความในคดีเท่านั้น และคนอื่นๆที่อยู่นอกคดีจะไม่ผูกพันกับคำพิพากษาดังกล่าว

และไม่สามารถอ้างอิงไปที่สังคม กฎหมายส่วนบุคคลในความหมายนี้ทำให้ความถูกต้องและความผิดตามกฎหมายเป็นสิ่งที่เขารู้เพียงคนเดียว

กฎหมายส่วนบุคคลนี้เป็นมโนทัศน์ที่ผิดพลาดในจุดเริ่มต้น เพราะหากกฎหมายส่วนบุคคลมีอยู่จริงเราก็ต้องยอมรับที่จะการเอากฎหมายส่วนบุคคลมาตัดสิน(พิพากษา)หรือลงโทษคนเพียงคนเดียวโดยที่คนอื่นๆที่ไม่ได้รับรู้กฎหมายส่วนบุคคลนั้น การยอมรับดังกล่าวคือการยอมรับว่ามีข้อเท็จจริงเป็นพิเศษที่ทำให้สมาชิกคนหนึ่งในสังคม ได้รับการปฏิบัติเป็นพิเศษจากกฎหมายพิเศษ ฮาร์ทได้ปฏิเสธกฎหมายส่วนบุคคลเพราะสำหรับฮาร์ทแล้วกฎหมายเป็นสิ่งที่บังคับใช้ทั่วไปในสังคม และการที่จะบังคับใช้ทั่วไปในสังคมได้ อย่างที่กล่าวไปในข้างต้นว่ากฎหมายจะต้องมีที่มา(หรืออ้างอิง)ไปที่ข้อเท็จจริงหรือบริบททางสังคม สำหรับฮาร์ทแล้วกฎหมายจะต้องวางอยู่บนระบอบอะไรบางอย่างที่ทำให้สมาชิกทุกคนที่อาศัยอยู่ในพื้นที่นั้นเข้าถึง เข้าใจ และอยู่ภายใต้กฎหมายเดียวกันได้ เมื่อกฎหมายส่วนบุคคลเป็นกฎหมายพิเศษที่คิดขึ้นมาคนเดียวและใช้เพียงคนเดียวและไม่มีที่มาจากสังคม กฎหมายส่วนบุคคลจึงไม่เป็นกฎหมาย ที่สำคัญคือไม่มีข้อเท็จจริงใดที่แสดงให้เห็นว่ามีศาลส่วนตัวที่ผู้พิพากษา จำเลย และผู้ร่างกฎหมายเป็นคนเดียวกัน และไม่มีคุกที่สร้างขึ้นมาใช้ลงโทษคนเพียงคนเดียว กฎหมายส่วนบุคคลจึงไม่มีอยู่จริง

จากที่กล่าวไว้ข้างต้นว่าดอร์กินนิยามว่าหลักการในกฎหมายคือหลักการศีลธรรม ข้ออ้างหลักๆของนักกฎหมายกลุ่มนี้คือบางครั้งก็ไม่ได้มีตัวบทก่อนคำพิพากษา การไม่มีตัวบทก่อนคำพิพากษาดังกล่าวทำให้นักกฎหมายกลุ่มนี้อ้างว่าก่อนที่จะเป็นหลักการในคำพิพากษาหลักการนั้นได้ปรากฏอยู่เป็นหลักการของศีลธรรม ข้ออ้างดังกล่าวทำให้กฎหมายจำเป็นที่จะต้องเชื่อมโยงกับศีลธรรม หากกฎหมายไม่เชื่อมโยงกับศีลธรรมแล้วกฎหมายก็จะล้มเหลวในการเป็นกฎหมาย เพราะกฎหมายจะไม่สามารถใช้ตัดสินได้ว่าอะไรดีและอะไรเลว ฮาร์ทได้โต้แย้งกับจุดตั้งต้นของตัวเองว่ากฎหมายจะต้องเป็นกฎสังคม หากมีหลักศีลธรรมใดที่เป็นกฎหมายแปลว่าหลักศีลธรรมนั้นจะต้องเป็นกฎที่มีประธานคือสังคมด้วย และอธิบายว่าถ้าจะมีศีลธรรมที่เชื่อมโยงอย่างจำเป็นกับกฎหมายศีลธรรมนั้นจะอยู่ในรูปศีลธรรมปฏิฐานนิยม

3.3.1 ศีลธรรมปฏิฐานนิยมคืออะไร

ฮาร์ทอธิบายว่าศีลธรรมปฏิฐานนิยมคือ “... positive morality,” ... ”¹⁴ แต่ความคิดเรื่องศีลธรรมปฏิฐานนิยมเป็นความคิดที่ผิดพลาดเพราะมันทำให้ราวกับว่าหลักการในกฎหมายไม่สามารถเป็นอะไรที่มากกว่าหลักการของศีลธรรมจนดูเหมือนว่า หากเรานำหลักการทางศีลธรรมออกไปจากกฎหมายจะทำให้กฎหมายกลายเป็นเปลือกกลวงๆที่ไม่มีหลักการที่อยู่ภายใน

¹⁴ H. L. A. Hart, *Law, Liberty and Morality, The Harry Camp Lectures at Stanford University* (Stanford, Calif.: Stanford University Press, 1963), 20.

“... and are to be contrasted with the moral principles or moral ideals which may govern an individual's life, but which he does not share with any considerable number of those with whom he lives.”¹⁵

จากข้อความดังกล่าวฮาร์ทได้ปฏิเสธศีลธรรมปฏิฐานนิยมและบอกว่าศีลธรรมปฏิฐานนิยมไม่สามารถเกิดขึ้นได้ เขายอมรับว่าศีลธรรมคล้ายกฎหมายตรงที่มันเป็นกฎที่ใช้ตัดสินการกระทำของมนุษย์ มันจริงที่ศีลธรรมเกิดขึ้นมาจากแต่ละคนคิดใคร่ครวญว่าความดีคืออะไรและสร้างรูปแบบศีลธรรมของตนขึ้นมา แต่ศีลธรรมไม่ได้เกิดขึ้นมาอย่างบังเอิญหรือเกิดขึ้นมาอย่างลอยๆไม่มีที่มาที่ไป เพราะศีลธรรมดังกล่าวมันสร้างขึ้นมาจากบริบทเฉพาะ(ข้อเท็จจริงเฉพาะ)ของคนใดคนหนึ่ง และสมาชิกคนอื่นๆก็มีศีลธรรมที่แตกต่างกันไปเพราะพวกเขาามีบริบทที่แตกต่างกันจนไม่สามารถนับได้(as an instrument are infinitely various)¹⁶ และความแตกต่างกันนี้เองที่ทำให้กฎศีลธรรมของแต่ละคนไม่เหมือนกันและเป็นกฎพิเศษเฉพาะตัวและมีจำนวนมากจนไม่สามารถนับได้

“The principal functions of the law as a means of social control are not to be seen in private litigation or prosecutions, which represent vital but still ancillary provisions for the failures of the system.”¹⁷

เมื่อศีลธรรมเป็นกฎพิเศษเฉพาะตัวจึงทำให้สมาชิกคนอื่นนอกจากเขาไม่สามารถแบ่งปันศีลธรรมดังกล่าวกับเขาได้ มีเพียงเขาที่รู้จักศีลธรรมดังกล่าวทำให้กฎดังกล่าวไม่สามารถใช้ร่วมกันในสังคมได้ เพราะศีลธรรมถูกสร้างขึ้นมาจากบริบทเฉพาะตัวที่แตกต่างกันและมีจำนวนมากจนไม่อาจนับได้ ทำให้รูปแบบของศีลธรรมของแต่ละคนแตกต่างกันและมีจำนวนมากจนไม่อาจนับได้ มีเพียงเขาเท่านั้นที่สามารถตัดสินความดีและความเลวทางศีลธรรมได้โดยตัวของเขาเอง การเอาหลักการทางศีลธรรมมาใช้เป็นหลักการทางกฎหมายจึงเป็นสิ่งที่ไม่ยุติธรรม

“The reduction of rules conferring and defining legislative and judicial powers to statements of the conditions under which duties arise has, in the public sphere, a similar obscuring vice.”¹⁸

¹⁵ Hart, *Concept of Law*, 155. ชีตเส็นได้โดยผู้วิจัย

¹⁶ Hart, "Problems of the Philosophy of Law (First Published 1967)," in *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, 112.

¹⁷ Hart, *Concept of Law*, 40.

¹⁸ *Ibid.*, 41.

เมื่อกฎหมายจะต้องมีที่มาจากกฎสังคม และการที่ศีลธรรมเกิดขึ้นมาจากกฎเฉพาะตัวของคน ในคนหนึ่ง การพยายามทำให้หลักการทางศีลธรรมเท่ากับหรือเป็นสิ่งเดียวกันกับหลักการของ กฎหมายจึงเป็นการพยายามทำให้กฎสังคมและกฎส่วนตัวเป็นสิ่งเดียวกัน การพยายามดังกล่าวเป็น ความคิดที่ล้มเหลวหรือผิดพลาดมาตั้งแต่ต้น เพราะกฎสังคมและกฎส่วนตัวเป็นข้อเท็จจริงที่แตกต่าง กันและไม่เป็นสิ่งเดียวกัน เมื่อศีลธรรมไม่เป็นกฎของสังคมศีลธรรมจึงไม่สามารถใช้ร่วมกันและยอมรับ ร่วมกันได้ เมื่อไม่สามารถใช้ร่วมกันหรือยอมรับร่วมกันได้กฎศีลธรรมจึงไม่มีทางเป็นศีลธรรมปฏิฐาน นิยม ศีลธรรมปฏิฐานนิยมจึงไม่มีอยู่จริง

กฎหมายและศีลธรรมใช้มนทัศน์ต่างกัน ในขณะที่ศีลธรรมพูดถึงความดีและความเลว(Good and Bad)แต่กฎหมายพูดถึงความถูกและความผิด(Right and Wrong) ทำให้การตัดสินความถูกต้อง และความผิดตามกฎหมายไม่เป็นสิ่งเดียวกันกับการตัดสินความดีและความเลวตามศีลธรรม¹⁹

ความแตกต่างกันอีกประการก็คือรูปแบบ สำหรับฮาร์ทแล้วศีลธรรมคือการควบคุมของแต่ละ คนแบบอัตวิสัย(individual conduct) กล่าวคือศีลธรรมถูกสร้างอยู่บน(หรือวางอยู่บน)ข้อเท็จจริง เฉพาะของแต่ละคน การที่ศีลธรรมวางอยู่บนข้อเท็จจริงเฉพาะทำให้สมาชิกในสังคมมีรูปแบบของ ศีลธรรมเป็นของตัวเอง ส่งผลให้รูปแบบของศีลธรรมมีหลายรูปแบบตามแต่ละคน จำนวนรูปแบบของ ศีลธรรมเท่ากับจำนวนของสมาชิกที่อยู่ในสังคม และรูปแบบของศีลธรรมที่มีจำนวนมากนี้เองที่ทำให้ เราไม่สามารถใช้รูปแบบศีลธรรมของคนใดคนหนึ่งเพื่อตัดสินการกระทำของอีกคนได้ เพราะไม่มี ข้อเท็จจริงใดพิสูจน์ได้ว่ารูปแบบศีลธรรมของเขาจะยุติธรรมกว่ารูปแบบศีลธรรมของคนอื่น ในทาง กลับกันกฎหมายมีรูปแบบเดียวเพราะกฎหมายมีที่มาจากสังคม และการอยู่ร่วมกันในสังคมเป็น ข้อเท็จจริงที่สมาชิกทุกคนในสังคมมีส่วนร่วม เมื่อสมาชิกทุกคนในสังคมมีข้อเท็จจริงร่วมกันจึงทำให้ กฎหมายที่วางอยู่บนข้อเท็จจริงนั้นมีรูปแบบเดียว ทำให้สมาชิกในสังคมทุกคนใช้กฎหมายที่เป็น รูปแบบเดียวกัน และการใช้กฎหมายรูปแบบเดียวกันเป็นวิธีที่จะนำไปสู่ความยุติธรรม

เราจะเห็นว่าฮาร์ทได้ปฏิเสธความเชื่อมโยงกันอย่าง ”จำเป็น” ของกฎหมายและศีลธรรม เพราะทั้งสองสิ่งนี้มีที่มาต่างกัน แต่เขาไม่ได้พูดถึงการเชื่อมโยงกันอย่างบังเอิญ เพราะฉะนั้นการกล่าว ว่าไม่มีความเป็นไปได้ที่กฎหมายและศีลธรรมจะเชื่อมโยงกันเป็นการกล่าวที่เกินไปจากฮาร์ท ความ เชื่อมโยงกันอย่างบังเอิญมันสามารถเป็นไปได้เพราะศีลธรรมและกฎหมายเป็นสิ่งที่วางอยู่บน ข้อเท็จจริงของสังคม เมื่อทั้งสองสิ่งนี้วางอยู่บนข้อเท็จจริงเหมือนกันจึงมีความเป็นไปได้ว่าทั้งสองสิ่งนี้ จะเชื่อมโยงกันอย่างบังเอิญ

ผู้วิจัยเห็นว่าหัวข้ออภิปรายเรื่องความเชื่อมโยงระหว่างกฎหมายและศีลธรรมเกิดขึ้นมาจากการ มองว่ากฎหมายและศีลธรรมพูดถึงเรื่องเดียวกันคือเรื่องของการกระทำของมนุษย์ กฎหมายและ

¹⁹ Ibid., 157-58.

ศีลธรรมได้ปรากฏอยู่บนข้อเท็จจริงเหมือนกัน แต่ถ้าเราพิจารณาดีๆแล้วจะเห็นว่า กฎหมายและศีลธรรมแตกต่างกัน คือกฎหมายมีที่มาจากสังคมและศีลธรรมมีที่มาจากสมาชิกแต่ละคน เมื่อกฎหมายและศีลธรรมมีที่มาจากต่างกันทำให้รูปแบบของกฎหมายและรูปแบบของศีลธรรมต่างกันทำให้กฎหมายและศีลธรรมไม่เชื่อมโยงกันอย่างจำเป็น

3.4 การทำผิดกฎหมาย

การทำผิดกฎหมายส่งผลให้ผู้ทำผิดกฎหมายได้รับผลทางกฎหมายอยู่สองประการ ประการแรกคือลักษณะภายนอกกฎหมาย(กฎหมายวิธีสบัญญัติ) ประการที่สองคือลักษณะภายในกฎหมาย(กฎหมายสารบัญญัติ)

ผลของลักษณะภายนอกกฎหมายคือผู้ที่ทำผิดกฎหมายจะต้องถูกลงโทษเช่น ถูกจำคุกหรือถูกลงโทษตามกฎหมาย ผลของลักษณะภายในกฎหมายคือ ผู้ที่ทำผิดกฎหมายคือผู้ที่ทำผิดหลักการของกฎหมายหรือเนื้อหาที่ปรากฏอยู่ในกฎหมาย การทำตามกฎหมายเป็นเหตุผลที่ดี เพราะเป็นการทำตามข้อเท็จจริงทางสังคมที่เกิดขึ้นในขณะนั้น ๆ และไม่ได้ฝืนตัวเองให้ทำในสิ่งที่ผิดแปลกไปจากข้อเท็จจริง ส่วนคนที่ทำผิดกฎหมาย(หรือทำความเสียหายต่อผู้อื่น) เป็นคนที่กำลังขัดแย้งกับตัวเอง

ขัดแย้งในความหมายแรกคือ คนที่กำลังทำผิดกฎหมายคือคนที่ขัดแย้งกับความรับรู้หรือข้อเท็จจริงของตนเอง กล่าวคือ ในขณะที่เขารับรู้ข้อเท็จจริงอย่างหนึ่งแต่กลับไม่เชื่อ(หรือขัดแย้ง)กับข้อเท็จจริงที่ตนเองรู้มาและกลับกระทำไปอีกแบบหนึ่งที่ผิดไปหรือขัดแย้งกับการรับรู้ของตนเอง และการขัดแย้งกับการรับรู้ของตนเองก็ส่งผลให้เขาทำผิดกฎหมาย ในขณะที่ข้อเท็จจริงทางสังคมเป็นแบบหนึ่งแต่เขาได้กระทำอีกแบบหนึ่งที่ผิดไปจากข้อเท็จจริงนั้น

ขัดแย้งในความหมายที่สองคือ ถ้าคนที่กำลังทำผิดกฎหมายคิดใคร่ครวญเห็นด้วย(หรือยอมรับ)ความถูกต้องและความผิดที่ปรากฏอยู่ในกฎหมายและเห็นว่าการทำตามกฎหมายมีค่าและมีเหตุผลที่ดีที่จะทำตามกฎหมาย แต่เขากลับไม่เชื่อตรงกับตัวเอง ในขณะที่เขาเห็นด้วยกับเนื้อหาในกฎหมาย แต่กลับปฏิเสธหรือทำลายเนื้อหานั้นด้วยการทำผิดกฎหมาย กล่าวคือ ในเวลาที่ทำผิดกฎหมายนั้นคนที่ทำผิดกฎหมายได้ยืนยันเนื้อหาความถูกต้องและความผิดในกฎหมาย แต่ในเวลาเดียวกันเขากลับปฏิเสธเนื้อหานั้นผ่านการกระทำที่ผิดกฎหมาย เราจะเห็นว่าคนที่ทำผิดกฎหมายทั้งยืนยันและปฏิเสธเนื้อหาเดียวกันในเวลาเดียวกัน ทั้ง ๆ ที่ตามข้อเท็จจริงแล้วคนที่ทำผิดกฎหมายยอมรับเนื้อหาในกฎหมายแต่กระทำในสิ่งที่ขัดแย้งกับเนื้อหาที่ตนเองยอมรับ ความขัดแย้งที่เกิดขึ้นนี้ราวกับว่าคนที่ทำผิดกฎหมายกำลังล้มเหลวในการยืนยันการคิดใคร่ครวญของตนเอง เพราะเขาไม่ยอมรับหรือกำลังปฏิเสธการคิดใคร่ครวญของตนเอง

เราจะเห็นว่าฮาร์ทยอมรับอยู่ก่อน(presuppose)แล้วว่ามันุขยต้องการทำในสิ่งที่ถูกต้องและต้องการหลีกเลี่ยงการทำผิด เมื่อการทำตามกฎหมายเป็นสิ่งที่ถูกต้องมนุษย์จึงมีเหตุผลที่ดี(หรือ

ต้องการ)ที่จะทำตามกฎหมาย โดยความถูกต้องดังกล่าวได้ตั้งอยู่บนข้อเท็จจริงที่มีอยู่จริงและเราสามารถรับรู้มันได้ นอกจากนี้การเปลี่ยนไปตามข้อเท็จจริงยังเป็นจุดแข็งของกฎหมาย(ปฏิฐานนิยม) กล่าวคือเราสามารถประกันได้ว่าการทำตามกฎหมายคือการทำตามข้อเท็จจริงที่มีอยู่ในขณะนั้นๆ เพราะถ้าข้อเท็จจริงได้เปลี่ยนไปกฎหมายก็จะเปลี่ยนตาม และการเปลี่ยนนี้เองที่ทำให้เราไม่ต้องทำตามข้อเท็จจริง(หรือเนื้อหา)ของเมื่อร้อยปีที่แล้ว เราสามารถทำตามข้อเท็จจริงของสิ่งที่เกิดขึ้นจริงๆ ในปัจจุบัน

การทำผิดกฎหมายไม่เชื่อมโยงอย่างจำเป็นกับการทำเลวทางศีลธรรม เมื่อหลักการของกฎหมายและหลักการของศีลธรรมไม่เชื่อมโยงกันอย่างจำเป็น เราจึงไม่อาจพูดได้ว่าการทำผิดกฎหมายทุกกรณีคือการทำเลว แต่มันมีความเป็นไปได้ว่าการทำผิดกฎหมายบางครั้งคือการทำเลว เพราะมีความเป็นไปได้ว่าการกระทำในครั้งดังกล่าวจะบังเอิญเป็นความผิดทางกฎหมายและความเลวในเวลาเดียวกัน

กฎหมายและศีลธรรมยังแตกต่างกันในแง่ของมโนทัศน์ คำนิยามกฎหมายคือคำนิยามว่ากฎหมายคืออะไร(law as it is) แต่ศีลธรรมให้ความสนใจหรือนิยามไปว่ากฎหมายควรจะเป็นอย่างไร (law as it ought to be)²⁰ และกฎหมายพูดถึงเรื่องของการทำถูกและผิดกฎหมายแต่ศีลธรรมพูดถึงเรื่องของความดีและความชั่ว นอกจากนี้ศีลธรรมและกฎหมายมีที่มา(ประธาน)ต่างกัน คือศีลธรรมมีประธานคือสมาชิกแต่ละคนแบบอัตวิสัยส่วนกฎหมายมีประธานคือสังคม และการที่กฎหมายและศีลธรรมมีประธานต่างกันทำให้รูปแบบของกฎหมายและศีลธรรมแตกต่างกัน

4.สังคมคืออะไร

เงื่อนไขที่สองของการเป็นกฎหมายคือ กฎนั้นจะต้องมีประธานเป็นสังคม ผู้วิจัยจะแบ่งสังคมเป็นสามประเภท ประเภทแรกคือสังคมในความหมายของสมาชิกส่วนใหญ่ในสังคม ประเภทที่สองคือสังคมในความหมายของชนบทรรมนิยมในพื้นที่ ประเภทที่สามคือสังคมในความหมายของความสัมพันธ์ระหว่างมนุษย์ และต้องการปฏิเสธสังคมในความหมายแรกและความหมายที่สอง และยอมรับสังคมในความหมายที่สาม โดยใช้มโนทัศน์เรื่องความแตกต่างและความไม่เข้าใจกัน²¹

4.1สังคมประเภทแรก

สังคมประเภทแรกคือสมาชิกส่วนใหญ่ในสังคม สังคมในความหมายนี้ได้เสนอว่ากฎหมายคือกฎที่สมาชิกส่วนใหญ่ในสังคมยอมรับและแบ่งปันกันว่ามันเป็นกฎหมาย โดยสังคมประเภทนี้

²⁰ Hart, "Positivism and the Separation of Law and Morals (First Published 1958)," in *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, 49-51.

²¹ Difference and Disagreement – เทอมทั่วไปของฮาร์ท

ยกตัวอย่างเช่น กฎ(เช่นกฎศีลธรรม)ที่สมาชิกส่วนใหญ่ยอมรับ ฮาร์ทได้ปฏิเสธกฎสังคมในแบบนี้โดยบอกว่า มันจริงที่สมาชิกส่วนใหญ่ยอมรับกฎดังกล่าว แต่การที่สมาชิกส่วนใหญ่ยอมรับก็ไม่ได้หมายความว่าสมาชิกทุกคน(all)จะยอมรับ เพราะสมาชิกส่วนใหญ่ยอมรับก็ยังคงเป็นแค่บางกลุ่ม(some) การที่สมาชิกส่วนใหญ่ยอมรับนั้นเป็นเพราะพวกเขาเหล่านั้นรับรู้ข้อเท็จจริงหรือรับรู้บริบททางสังคมบางอย่างเหมือนกันและการรับรู้ที่เหมือนกันนั่นเองทำให้พวกเขาเหล่านั้นคิดไปเองว่าสมาชิกคนอื่น ๆ ก็น่าจะยอมรับกฎที่มาจากบริบททางสังคมนั้นได้ แต่ที่จริงแล้วพวกเขาเหล่านั้นได้คิดผิดไป

ฮาร์ทได้ยืนยันหลักการสำคัญในความคิดของเขาคือความแตกต่างและความไม่เข้าใจกัน ความแตกต่างคือสมาชิกของสังคมแต่ละคนได้รับรู้บริบททางสังคมที่แตกต่างกันและสมาชิกคนหนึ่งจะไม่สามารถมีบริบทที่เหมือนกันทุกประการกับสมาชิกคนอื่น บริบทที่แตกต่างกันเช่น สภาพเศรษฐกิจ ครอบครัวย การศึกษา ศีลธรรม และบริบทที่แตกต่างกันนี้เองที่ทำให้สมาชิกแต่ละคนมีที่ยืนพิเศษเฉพาะตัว และที่ยืนพิเศษเฉพาะตัวนี้เองที่ทำให้ไม่เข้าใจสมาชิกคนอื่น

และจุดยืนเรื่องความแตกต่างนี้เองที่กลับมาปฏิเสธกฎที่สมาชิกส่วนใหญ่ยอมรับ เพราะสมาชิกส่วนน้อยที่ไม่ได้รับรู้ข้อเท็จจริงอันเป็นที่มาของกฎนั้นก็อาจจะไม่เข้าใจว่าทำไมจึงจะต้องยอมรับกฎนั้น และสมาชิกส่วนใหญ่มีอำนาจอะไรที่จะสั่ง(หรือคิดแทน)สมาชิกส่วนน้อย หากกฎหมายเกิดขึ้นบนสังคมในความหมายนี้ แปลว่ากฎหมายดังกล่าวได้ยอมรับข้อเท็จจริงหนึ่ง(ของสมาชิกส่วนใหญ่)แต่ในเวลาเดียวกันกฎหมายก็ได้ปฏิเสธอีกข้อเท็จจริงหนึ่ง(ของสมาชิกส่วนน้อย) ซึ่งกฎหมายเช่นนี้เป็นกฎหมายที่“เลือก”ข้อเท็จจริงหนึ่งมาและแกล้งทำเป็นไม่เห็นข้อเท็จจริงที่ต่างออกไป มันเป็นกฎหมายที่สร้างขึ้นมารับรองข้อเท็จจริงของสมาชิกส่วนใหญ่และปฏิเสธข้อเท็จจริงของสมาชิกส่วนน้อย

สมาชิกส่วนน้อยจะถูกบังคับให้ทำตามข้อเท็จจริงของสมาชิกส่วนใหญ่ และการบังคับดังกล่าวทำให้สมาชิกส่วนน้อยไม่สามารถใช้ชีวิตอย่างสอดคล้องกับบริบทของพวกเขาได้ เพราะกฎหมายได้บังคับให้พวกเขาทำในสิ่งที่ขัดแย้งกับบริบทของพวกเขา ในขณะที่ข้อเท็จจริงของสมาชิกส่วนน้อยเป็นอย่างหนึ่งแต่กลับถูกบังคับให้ทำตามกฎหมายที่มาจากข้อเท็จจริงอีกแบบหนึ่ง และกฎหมายดังกล่าวได้ขัดแย้งหรือแตกต่างจากบริบทของพวกเขา ทำให้พวกเขาใช้ชีวิตในสังคมอย่างยากลำบาก เพราะบริบทของพวกเขาถูกปฏิเสธจากกฎหมาย

การบังคับให้สมาชิกส่วนน้อยทำตามกฎหมายของสมาชิกส่วนใหญ่ไม่มีเหตุผลที่ดีมารองรับ เพราะพวกเขาคิดใคร่ครวญและไม่เห็นด้วยกับความถูกต้องและความผิดในกฎหมาย แต่พวกเขากลับถูกบังคับให้ทำตามความถูกต้องและความผิดนั้น ทั้งๆที่พวกเขาไม่เห็นเนื้อหาที่จะทำตามกฎหมายแต่พวกเขากลับต้องทำตามกฎหมายนั้น เพราะถ้าพวกเขาต้องการปฏิเสธที่จะทำตามความถูกต้องและความผิดในกฎหมาย และต้องการยืนยันที่จะทำตามความถูกต้องและความผิดในข้อเท็จจริง(บริบท)ของพวกเขา ก็เท่ากับว่าพวกเขากำลังทำผิดกฎหมายและพวกเขาจะถูกลงโทษ

กฎหมายดังกล่าวมันเป็น ”กฎ” ตามความหมายของฮาร์ทแต่มันไม่ใช่ ”กฎสังคม” เพราะมันเป็นกฎของกลุ่มคนบางกลุ่ม(แม้จะเป็นสมาชิกส่วนใหญ่แต่ก็ไม่ใช่กฎของทุกคน) ถ้ากฎหมายดังกล่าวได้บังคับใช้จริงก็เท่ากับว่ากำลังใช้กฎของกลุ่มคนเข้ามาแทนกฎสังคม กฎหมายดังกล่าวมันได้ ”เลือก” รับรองบริบทหนึ่งและ ”เลือก” ปฏิเสธอีกบริบทหนึ่ง และการเลือกนี้เองที่ทำให้กฎหมายดังกล่าวเป็นกฎหมายที่ลำเอียง และความลำเอียงนี้เองที่ทำให้กฎหมายในความหมายนี้ไม่ใช่กฎสังคมแต่เป็นกฎของกลุ่มคนหรือกฎหมาย

4.2 สังคมประเภทที่สอง

ฮาร์ทได้กล่าวถึงสังคมในฐานะที่มันเป็นข้อเท็จจริงและเป็นเรื่องของสมาชิกทุกคนในสังคม ผู้วิจัยจะลองสมมุติว่าสังคมที่ฮาร์ทกำลังกล่าวถึงก็คือชนบทรอบเนินในพื้นที่

สังคมประเภทที่สองคือชนบทรอบเนินในพื้นที่ สังคมในความหมายนี้ทำให้กฎหมายเป็นกฎที่ผูกเอาไว้กับพื้นที่ และการผูกกับพื้นที่ทำให้จะต้องวางกรอบก่อนว่าพื้นที่ที่กำลังกล่าวถึงคือพื้นที่ใด ยกตัวอย่างเช่นฮาร์ทที่ได้เขียนไว้ชัดเจนว่ากำลังพูดถึงกฎหมายในประเทศอังกฤษ²² พื้นที่ในที่นี้ไม่ได้หมายถึงแค่พื้นดิน แต่หมายถึงข้อเท็จจริงต่างๆ(ทั้งหมด)ที่เกิดขึ้นภายในพื้นที่นั้นๆ สังคมในความหมายนี้ได้ยอมรับ(หรือยืนยัน)ว่าสมาชิกทุกคนในสังคมใช้ชีวิตอยู่และอาศัยอยู่ในพื้นที่นั้น และการใช้ชีวิตอยู่ในพื้นที่ทำให้สมาชิกทุกคนในสังคมเป็นข้อเท็จจริงในพื้นที่ด้วย สังคมในความหมายนี้มีความหมายไปถึงสมาชิกทุกคนในสังคม และสังคมในความหมายนี้ได้วางกรอบที่ชัดเจนว่าเรากำลังพูดถึงกฎหมายของประเทศอะไร กล่าวคือข้อเท็จจริงที่อยู่ในพื้นที่นอกเหนือไปจากพื้นที่ของประเทศที่เรา กำลังศึกษาจะไม่ถูกนำมาคิดรวมอยู่ด้วย

กฎหมายที่มาจากสังคมประเภทนี้มีข้อดีคือ กฎหมายสามารถนำไปใช้ได้กับสมาชิกทุกคนที่อยู่ในชนบทรอบเนินในพื้นที่นั้นๆ แม้ว่าสมาชิกแต่ละคนจะมีบริบทที่แตกต่างกันและไม่เหมือนกัน แม้ว่าสมาชิกคนหนึ่งจะไม่เคยเจอหน้าสมาชิกอีกคนหนึ่ง แต่การไม่เคยเจอหน้าก็ไม่ใช่ข้อปฏิเสธว่าสมาชิกทั้งสองอยู่คนละสังคม เราต้องยอมรับว่าสมาชิกทั้งสองคนที่แตกต่างกันนั้นได้ใช้ชีวิตอยู่ในพื้นที่สังคมเดียวกัน

กฎหมายที่มาจากสังคมประเภทนี้มีข้อเสียคือ กฎหมายนี้ไม่สามารถนำไปใช้นอกพื้นที่นั้นๆได้ เพราะแต่ละพื้นที่ก็มีความแตกต่างกัน เช่น การเมือง สภาพแวดล้อม ประเพณี สภาพเศรษฐกิจ เป็นต้น การที่มีบริบทที่ต่างกันทำให้เราไม่สามารถนำกฎหมายจากพื้นที่หนึ่งไปใช้กับอีกพื้นที่หนึ่งได้ เพราะข้อเท็จจริงของสังคมที่แตกต่างกันไม่เปิดช่องให้ทำแบบนั้นได้ การนำกฎหมายจากพื้นที่หนึ่งไปใช้กับอีกพื้นที่หนึ่งคือการแก่งัดทำเป็นมองไม่เห็นข้อเท็จจริงที่แตกต่างกัน

²² Hart, *Concept of Law*, Chapter VI.

นอกจากนี้สังคมประเภทนี้ทำให้เกิดปัญหาคือการย้ายเข้า การย้ายเข้าหมายถึงคนหนึ่งได้ย้ายออกจากพื้นที่หนึ่งเข้ามาอยู่ในอีกพื้นที่หนึ่งที่มีกฎหมายที่แตกต่างกัน กล่าวคือเขาคอนนั้นได้เติบโตท่ามกลางบริบทของประเทศต้นทางและยอมรับกฎหมายของประเทศต้นทางที่แตกต่างไปจากกฎหมายประเทศปลายทาง แต่เมื่อเขาได้ย้ายประเทศไปอยู่ประเทศปลายทางที่มีกฎหมายหรือบริบททางสังคมที่แตกต่างกับประเทศต้นทางเขากลับต้องทำตามกฎหมาย(หรือข้อเท็จจริง)ที่แตกต่างกันไป (อาจจะโดยสิ้นเชิง)กับกฎหมายที่เขาได้ยึดถือมา

หากจะยกตัวอย่างที่เห็นได้ชัดเจนคือ การยืนอยู่บนด้านหนึ่งของเส้นเขตแดนระหว่างประเทศแล้วก้าวเท้าเพียงก้าวเดียวข้ามเส้นเขตแดนระหว่างประเทศจากประเทศหนึ่งไปอีกประเทศหนึ่ง(จากพื้นที่หนึ่งไปอีกพื้นที่หนึ่ง) กฎหมายที่ใช้อยู่ในประเทศต้นทางก็จะสิ้นผลไปเพียงแค่การก้าวเท้าเพียงก้าวเดียว

เพราะสังคมในความหมายนี้ให้สิทธิหรือให้ความสำคัญกับข้อเท็จจริง “ภายใน” พื้นที่นั้นๆ และไม่สนใจข้อเท็จจริงที่มาจาก “ภายนอก” พื้นที่ เพราะสังคมในความหมายนี้จะเกิดขึ้นได้ก็ต่อเมื่อเราได้ขีดเส้นแบ่งเอาไว้อย่างชัดเจนว่าพื้นที่ดังกล่าวมีขอบเขตแค่ไหน อะไรบ้างที่อยู่ในพื้นที่และอะไรบ้างที่ไม่อยู่ในพื้นที่ ทำให้กฎหมายที่มาจากสังคมในความหมายนี้จึงเป็นกฎหมายที่สนใจแต่เฉพาะข้อเท็จจริง(หรือบริบท)ภายในพื้นที่ของตนเองและไม่สนใจข้อเท็จจริง(หรือบริบท)ภายนอกพื้นที่ และด้วยเหตุดังกล่าวทำให้แต่ละพื้นที่ที่มีข้อเท็จจริง(หรือบริบท)ที่ต่างกันจึงมีกฎหมายที่แตกต่างกัน ก็มีความเป็นไปได้ที่กฎหมายที่เขายอมรับในประเทศต้นทาง(ที่ถูกกฎหมาย)จะกลายเป็นสิ่งผิดกฎหมายในประเทศปลายทาง

เรื่องนี้เป็นปัญหาที่จริงจัง เพราะเราปฏิเสธไม่ได้และต้องยอมรับอย่างจำเป็นว่าเขาได้เกิดมาและใช้ชีวิตอยู่ท่ามกลางบริบทเฉพาะตัวของเขา(ที่มีอยู่อย่างซับซ้อน) กฎหมายของประเทศต้นทางก็เป็นหนึ่งในบริบทดังกล่าว และเขาก็ได้อยู่ร่วม(หรือยอมรับ)กฎหมายของประเทศต้นทางว่ามันมีเหตุผลที่ดีที่จะทำตามและได้ทำตามกฎหมายประเทศต้นทางมาโดยตลอด แต่เมื่อเขาได้ย้ายบ้านไปอยู่ประเทศปลายทาง(หรือพื้นที่อื่น)ที่มีกฎหมายที่แตกต่างกันหรือมีกฎหมายที่ขัดแย้งกันทำให้เขาไม่สามารถใช้ชีวิตได้อย่างราบรื่นอย่างที่มนุษย์ทุกคนพึงมี(หรือใช้ชีวิตได้ยาก)

จากปัญหาดังกล่าวทำให้ผู้วิจัยเห็นว่าสังคมในความหมายนี้สามารถตอบโจทย์ของฮาร์ทได้บางส่วนแต่ไม่ใช่ทั้งหมดจึงขอเสนอสังคมในความหมายที่สาม

4.3 สังคมประเภทที่สาม

ฮาร์ทได้เขียนย้ำหลายครั้งไปถึงกฎหมายของประเทศอังกฤษและสังคมประชาธิปไตย ฮาร์ทได้เน้นย้ำไปถึงความแตกต่างของแต่ละพื้นที่แต่ละประเทศที่มีระบบกฎหมายที่แตกต่างกันและ/หรือมีตัวบทกฎหมายที่แตกต่างและไม่เหมือนกับอีกประเทศหนึ่ง จนอาจทำให้คนอ่านเข้าใจว่ากฎหมาย

ถูกวางโครงสร้างจากขนบธรรมเนียมของพื้นที่ใดๆแต่นั้นเป็นความเข้าใจที่ผิด ฮาร์ทได้พูดถึงจุดยืนของเขาเอาไว้ดังนี้

*“it is not tied to any particular legal system or legal culture, but seeks to give an explanatory and clarifying account of law as a complex social and political institution with a rule-governed (and in that sense 'normative') aspect.”*²³

เราจะเห็นว่าความคิดของฮาร์ทก็ไม่ได้หยุดอยู่แค่ในกรอบของพื้นที่เฉพาะหรือกรอบของประเทศอังกฤษ หรือความคิดของฮาร์ทไม่ได้ใช้อธิบายได้แค่กฎหมายประเทศอังกฤษและกลายเป็นแค่เศษกระดาษเมื่อเราพูดถึงกฎหมายประเทศอื่นๆ เรายังสามารถใช้ความคิดของฮาร์ทเข้าไปอธิบายระบบกฎหมายของประเทศอื่นๆได้ บนความเข้าใจที่ว่าแม้ว่าจะจะเป็นสังคมที่มีวัฒนธรรมที่แตกต่างกันหรือเป็นสังคมที่อยู่กันคนละช่วงเวลา ไม่ว่าจะเป็นประชาธิปไตยหรือเผด็จการ แต่ทุกประเทศหรือทุกสังคมก็มีสิ่งร่วมกันคือจุดเริ่มต้นหรือโครงสร้างของกฎหมายที่ถูกวางโครงสร้างมาจากข้อเท็จจริงของโครงสร้างทางสังคมที่ซับซ้อนและเป็น “แบบแผน” โดยตัวของมันเองผ่านข้อเท็จจริงและกฎหมายได้ปรากฏออกมาเป็นตัวบทผ่านขั้นตอนการร่างกฎหมายของสภาที่นำข้อเท็จจริง(แบบแผนดังกล่าว)มาปรับแต่งเป็นถ้อยคำทางกฎหมายและแบ่งเป็นหมวดหมู่ให้สวยงาม พร้อมทั้งจัดทำเป็นรูปเล่มและลงชื่อตามพิธีการ ด้วยเหตุนี้สถานะบัญญัติจึงไม่ใช่ผู้สร้างกฎหมาย

แบบแผนไม่ได้ใช้ในความหมายของคำสั่งของรัฐ หรือการถูกลงโทษโดยรัฐเมื่อมีการทำผิดกฎหมาย²⁴ แต่แบบแผนหมายถึงในแง่ของเนื้อหาภายในกฎหมายหรือหลักการภายในกฎหมาย แบบแผนหมายถึงแบบแผนในการใช้ชีวิตร่วมกันบนพื้นฐานของการยอมรับว่าทุกคนเท่าเทียมกัน และไม่มีใครได้รับการปฏิบัติเป็นพิเศษจากกฎหมาย เพราะจากข้อเท็จจริงแล้วไม่ว่าจะเป็นประชาธิปไตยหรือเผด็จการ ก็ไม่มีข้อเท็จจริงใดเป็นพิเศษที่ทำให้เราเชื่อได้ว่ามนุษย์ไม่เท่าเทียมกัน หรือคนใดมีความสำคัญกว่าคนอื่น

สังคมในแบบที่สามนี้จึงหมายถึงแบบแผนในการใช้ชีวิตร่วมกัน กล่าวคือแม้ว่าสมาชิกทุกคนจะมีบริบทที่แตกต่างกัน(และไม่มีสมาชิกคนใดสามารถมีบริบทที่เหมือนกันทุกประการกับสมาชิกอีกคนหนึ่งได้) เช่น การศึกษาที่ต่างกัน ศาสนาที่ต่างกัน ครอบครัวที่ต่างกัน กฎศีลธรรมที่ต่างกัน แต่ท่ามกลางสมาชิกแต่ละคนนั้นมันมีอะไรบางอย่างที่เชื่อมโยงพวกเขาเหล่านั้นเอาไว้ สิ่งนั้นก็คืความสัมพันธ์ระหว่างมนุษย์ที่ใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันภายในสังคมเดียวกัน และความสัมพันธ์ดังกล่าวนี้เองที่

²³ Ibid., 239.

²⁴ แต่ฮาร์ทก็ยอมรับกฎหมายในความหมายนี้ว่ามันเป็นองค์ประกอบภายนอกกฎหมายที่ปรากฏอยู่ในกฎหมายวิธีสบัญญัติซึ่งจะกล่าวถึงในบทต่อไป

เรานำมาเขียนเป็นกฎหมาย และกฎหมายที่เกิดจากแบบแผนในการใช้ชีวิตร่วมกันของสมาชิกทุกคน (หรือเกิดขึ้นจากความสัมพันธ์ระหว่างมนุษย์) จึงสามารถนำไปใช้กับสมาชิกทุกคนในสังคมได้ เพราะกฎหมายประเภทนี้ทำให้พวกเขาสามารถใช้ชีวิตได้อย่างสอดคล้องกับบริบทหรือข้อเท็จจริงของพวกเขาเอง เพราะกฎหมายในความหมายนี้ได้สอดคล้องกับความสัมพันธ์ระหว่างมนุษย์ที่เป็นข้อเท็จจริงของพวกเขา การทำตามกฎหมายก็จะเป็นสิ่งที่ง่ายมากเพราะมันคือการทำตามความสัมพันธ์ระหว่างมนุษย์ของพวกเขา โดยไม่จำเป็นที่จะต้องไปฝืนทำในสิ่งที่ตรงกันข้ามกับข้อเท็จจริงที่มีอยู่ของพวกเขา กล่าวคือการยอมรับกฎหมายคือการยอมรับความสัมพันธ์ระหว่างมนุษย์ที่ปรากฏบนข้อเท็จจริงว่ามันเป็น“แบบแผน”

“This internal aspect of rules may be simply illustrated from the rules of any game. Chess players do not merely have similar habits of moving the Queen in the same way which an external observer, who knew nothing about their attitude to the moves which they make, could record. In addition, they have a reflective critical attitude to this pattern of behaviour: they regard it as a standard for all who play the game. Each not only moves the Queen in a certain way himself but 'has views' about the propriety of all moving the Queen in that way. These views are manifested in the criticism of others and demands for conformity made upon others when deviation is actual or threatened, and in the acknowledgement of the legitimacy of such criticism and demands when received from others. For the expression of such criticisms, demands, and acknowledgements a wide range of 'normative' language is used. 'I (You) ought not to have moved the Queen like that', 'I (You) must do that', 'That is right', 'That is wrong'.”²⁵

ฮาร์ทได้เปรียบเทียบกฎหมายและกฎของหมากรุกเพื่ออธิบาย “แบบแผน” ให้เข้าใจง่ายขึ้น กล่าวคือการเล่นหมากรุกมันได้วางอยู่บนแบบแผน(หรือกฎ)ของหมากรุกทำให้เราคาดเดาการกระทำ (การเดินหมาก) ของคนอื่น ๆ ได้ ว่าเขาจะกระทำการสิ่งใด(เดินหมาก)ต่อไป และการคาดเดาการกระทำของคนอื่นทำให้หมากรุกและกฎหมายเหมือนกัน โดยการคาดเดาดังกล่าวได้วางอยู่บนพื้นฐานของแบบแผนและแบบแผนนี้เอาที่ทำให้เรารู้ว่าเราและคนอื่น ๆ ควรจะทำตัวอย่างไร โดยคำว่า “ควร” ในที่นี้มี

²⁵ Hart, *Concept of Law*, 56-57.

ความหมายแตกต่างจากจริยศาสตร์เพราะมันวางอยู่บนแบบแผนของกฎหมาย เพราะเมื่อกฎหมายวางอยู่บนแบบแผนของความสัมพันธ์ระหว่างมนุษย์ มันจึงทำให้คนที่ทำตามกฎหมายสามารถคาดการณ์การกระทำของคนอื่นได้ การคาดการณ์ไม่ได้เกิดขึ้นจากความเคยชินหรือการถอดจิตเข้าไปอ่านใจของคนอื่น แต่การคาดการณ์นี้เกิดขึ้นจากการยอมรับและทำตามแบบแผนที่เป็นหลักการในกฎหมายที่มีอยู่แล้วและเป็นข้อเท็จจริงของสังคม นอกจากนี้สังคมในกฎหมายนี้ก็ยิ่งทำให้พวกเขามั่นใจการกระทำทั้งของตนเองที่มีต่อผู้อื่น และการกระทำของผู้อื่นที่มีต่อตนเอง ว่าสิ่งที่พวกเขาทำออกไปบนความสัมพันธ์ระหว่างมนุษย์ไม่ใช่สิ่งผิดกฎหมาย และพวกเขาก็ไม่ต้องมากังวลหรือระแวงสมาชิกการกระทำของคนอื่นๆ เพราะกฎหมายในกฎหมายนี้ได้นำแบบแผนที่มีอยู่แล้วและเป็นข้อเท็จจริงในสังคมมาเขียนเป็นกฎหมาย ทำให้การบังคับใช้กฎหมายกับสมาชิกทุกคนในสังคมมีเหตุผล กล่าวคือพวกเขามีเหตุผลที่ดีที่จะทำตามกฎหมายเพราะกฎหมายสอดคล้องกับความสัมพันธ์ระหว่างมนุษย์ที่กำลังดำรงอยู่ ทำให้พวกเขายินยอมผูกพันตนเข้ากับเนื้อหาความถูกต้องและความผิดที่ปรากฏอยู่ในกฎหมาย

การยินยอมผูกพันตนเข้ากับเนื้อหาหรือหลักการที่อยู่ในกฎหมายคือการยอมรับความถูกต้องและความผิดบนกฎเกณฑ์ร่วมกัน กล่าวคือจะต้องมีแบบแผน X อยู่เป็นข้อเท็จจริงและเป็นบริบททางสังคมที่กล่าวถึงความสัมพันธ์ระหว่างมนุษย์ และมนุษย์ก็รู้ไปถึงแบบแผน X และเห็นด้วยกับแบบแผน X หลังจากนั้นจึงยินยอมผูกพันตนเข้ากับเนื้อหาหรือหลักการในแบบแผน X

และสังคมในกฎหมายนี้ก็ได้รับอิทธิพลจากกฎหมายเผด็จการอีกด้วย เพราะกฎหมายเผด็จการคือกฎหมายที่ตั้งขึ้นมาตามข้อเท็จจริงที่ถูก "เลือก" ขึ้นมาตามอำเภอใจของกลุ่มผู้ใช้อำนาจเผด็จการ (ความอำเภอใจก็คือจุดยืนเฉพาะตัวหรือข้อเท็จจริงเฉพาะตัวของพวกเขา) โดยที่พวกเขา รู้อยู่แก่ใจว่าสมาชิกคนอื่นมีบริบทที่แตกต่างออกไปจากกฎหมายเผด็จการ แต่พวกเขากลับใช้อำนาจบังคับให้สมาชิกคนอื่นทำตามกฎหมายที่ออกมาตามอำเภอใจ กฎหมายเผด็จการได้บังคับให้สมาชิกคนอื่นทำในสิ่งที่ขัดแย้งกับความสัมพันธ์ระหว่างมนุษย์ที่มีอยู่จริง กฎหมายเผด็จการเป็นกฎหมายที่ไม่มี ความชอบธรรมเพราะมันไม่ได้ตอบโจทย์ของสมาชิกทุกคนในสังคม เมื่อกฎหมายเผด็จการเกิดจากอำเภอใจจึงไม่ได้มีที่มาจากสังคมกฎหมายเผด็จการจึงไม่ใช่กฎหมาย แต่สิ่งที่น่าสนใจในกฎหมายเผด็จการก็คือ ประการแรกกลุ่มผู้ใช้อำนาจเผด็จการยอมรับเนื้อหาของกฎหมายเผด็จการ ประการที่สอง คนอื่นๆไม่ยอมรับเนื้อหา(หรือหลักการ)ที่อยู่ในกฎหมายเผด็จการ แต่กฎหมายเผด็จการกลับสามารถใช้งานได้ในสังคมเผด็จการ²⁶ แม้ว่ากฎหมายเผด็จการจะมองข้ามความสัมพันธ์ระหว่างมนุษย์

²⁶ ดูเพิ่มที่หัวข้อ กฎหมายเผด็จการในกฎหมายนิติบัญญัติ

บทที่ 3

1. คำนียามกฎหมาย(กฎปฐมภูมิ)เป็นเพียงบทนำ

จากบทที่แล้วเราจะเห็นว่าค่านียามกฎหมาย ว่ามันมีเหตุผลที่ดีที่จะทำตามกฎหมาย และกฎหมายได้เป็นแบบแผนการกระทำให้กับสมาชิกทุกคนในสังคม แม้สมาชิกคนนั้นจะมีบริบทที่แตกต่างไปจากสมาชิกคนอื่น ๆ เท่าไรก็ตาม แต่อย่างน้อยที่สุดเขาคนนั้นก็บริบทอยู่อย่างหนึ่งที่เหมือนกับสมาชิกคนอื่น นั่นก็คือความสัมพันธ์ระหว่างมนุษย์ที่เท่าเทียมกันและกฎหมายก็เกิดบนความเหมือนกันนั้น ทำให้เราสามารถมั่นใจได้ว่า การทำตามกฎหมายเป็นการทำตามแบบแผนความสัมพันธ์ระหว่างมนุษย์ แต่ค่านียามกฎหมายไม่ใช่จุดมุ่งหมายของฮาร์ท เพราะมันเป็นเพียงบทนำและ/หรือเป็นพื้นฐานความคิดของฮาร์ท ค่านียามกฎหมายได้มีขอบเขตที่กล่าวถึงสองประการ ประการแรกคือการแยกคำถามที่ว่า กฎหมายคืออะไร ออกจากคำถามที่ว่า กฎหมายควรจะเป็นอย่างไร โดยฮาร์ทกล่าวว่าคำถามที่ว่ากฎหมายควรจะเป็นอย่างไรเป็นคำถามที่ผิดเพราะมันเกิดจากการสับสนระหว่างกฎหมายและศีลธรรม และฮาร์ทยืนยันว่าคำถามที่ว่ากฎหมายคืออะไรเป็นคำถามที่ถูกเพราะมันเป็นจุดตั้งต้นให้เราศึกษากฎหมายในแบบที่มันเป็น

ประการที่สองคือการบอกว่าอะไรบ้างที่เป็นเนื้อหา(หรือหลักการ)ของกฎหมายและอะไรบ้างที่ไม่เป็นเนื้อหา(หรือหลักการ)ของกฎหมาย แต่ค่านียามกฎหมายดังกล่าวได้พูดถึงกฎหมายเพียงส่วนเดียว เพราะในแง่ของกฎหมายแล้วการกล่าวว่า “อะไรบ้างที่เป็นกฎหมายและอะไรบ้างที่ไม่เป็นกฎหมาย” ได้ปรากฏอยู่ในกฎหมายสารบัญญัติที่เป็นเพียงกฎหมายประเภทหนึ่ง(ซึ่งฮาร์ทเรียกมันว่ากฎปฐมภูมิ) และกฎหมายยังมีกฎหมายวิธีสบัญญัติที่กล่าวถึงลักษณะภายนอกกฎหมายหรือ “รูปแบบ” ของกฎหมาย²⁷ สิ่งที่ฮาร์ทต้องการนำเสนอหรือสิ่งที่ฮาร์ทได้มองแตกต่างออกไปในจุดนี้ก็คือ กฎหมายสารบัญญัติและกฎหมายวิธีสบัญญัติเป็นส่วนหนึ่งของการใช้กฎร่วมกัน(Rule of recognition)ซึ่งปรากฏอยู่ในระบบกฎหมาย²⁸

²⁷ โดยทั่วไป กฎหมายวิธีสบัญญัติกล่าวถึงรูปแบบ ไม่ว่าจะ เป็นรูปแบบของการร่างกฎหมายที่ต้องผ่านสภา รูปแบบของการเอากฎหมายไปใช้ รูปแบบของการลงโทษผู้กระทำความผิดกฎหมาย และมีประเด็นในเรื่องของการพิพากษาต้องทำโดยศาล ซึ่งเป็นเนื้อหาในวิชานิติศาสตร์ที่อยู่ห่างไปจากวิทยานิพนธ์นี้

²⁸ Legal System คำนี้เป็นคำที่มีปัญหา เพราะแต่เดิมคำนี้แปลว่าการใช้กฎหมาย แต่ปรากฏว่าการศึกษากฎหมายในประเทศไทยได้นำการใช้กฎหมายและการตีความกฎหมายมาสอนในหัวข้อเดียวกัน จนราวกับว่าการใช้กฎหมายและการตีความกฎหมายเป็นไม่มีความแตกต่างกัน จนทำให้ปัจจุบันมีนักศึกษจำนวนมากคิดไปว่าการใช้และการตีความกฎหมายเป็นเรื่องเดียวกัน และเพื่อป้องกันไม่ให้ผู้อ่านเกิดความสับสนดังกล่าว ผู้วิจัยจึงขอแปลคำนี้ว่า ระบบกฎหมาย

ก่อนที่เราจะเข้าไปทำความเข้าใจในเรื่องของการใช้กฎร่วมกันและระบบกฎหมาย เราจำเป็นที่จะต้องเข้าใจศัพท์เฉพาะของฮาร์ทในคำว่ากฎปฐมภูมิและกฏทุติยภูมิก่อน เพื่อให้เข้าใจความคิดของฮาร์ทต่อไป

2.กฎปฐมภูมิ(primary rule)

ฮาร์ทเรียกกฎหมายสารบัญญัติ(แบบปฏิฐานนิยม)ว่าเป็นกฎปฐมภูมิ และบอกว่ากฎดังกล่าวถูกสร้างขึ้นมาเป็นหลักหรือเป็นแบบแผนของสังคม และนอกจากกฎของสังคมที่เป็นแหล่งที่มาของกฎปฐมภูมิแล้ว ก็ไม่มีบริบทอื่นใดโดยเฉพาะบริบทส่วนตัวของคนใดคนหนึ่ง เช่นศีลธรรม หรือความสุขสามารถเข้ามาเปลี่ยนแปลงหรือเข้ามาอยู่ในตัวกฎปฐมภูมิได้ และกฎปฐมภูมิเป็นเหมือนกระจกที่สะท้อนกฎสังคมที่เป็นข้อเท็จจริง หมายความว่าบริบทอื่นที่พ้นไปจากกฎของสังคมเป็นสิ่งที่อยู่พ้นไปจาก(หรือไม่เชื่อมโยงอย่างจำเป็น)กับกฎปฐมภูมิ คำนิยามแบบนี้มีข้อดีคือมันทำให้เรารู้ว่าอะไรบ้างที่เป็นกฎหมายและอะไรบ้างที่ไม่เป็นกฎหมาย แต่คำนิยามนี้ก็ได้อธิบายปัญหาขึ้นมาเช่นกันเพราะมันได้ทำให้กฎหมายได้แยกตัวออกมาจากข้อเท็จจริงที่เป็นบริบทของมัน

3.ระบบกฎหมายหรือกฏทุติยภูมิ(secondary rule) หรือการใช้กฎร่วมกัน

กฏทุติยภูมิคือการเอากฎปฐมภูมิกลับเข้าไปอยู่ในบริบทของมัน แต่การเอากลับเข้าไปอยู่ในบริบทมีเงื่อนไขคือ มันจะต้องทำอยู่บน“รูปแบบ”ที่เขียนอยู่ในกฎหมายวิธีสบัญญัติ และการเอากฎปฐมภูมิกลับเข้าไปอยู่ในบริบทของมันผ่านรูปแบบดังกล่าวก็คือสิ่งที่ฮาร์ทเรียกว่าระบบกฎหมายหรือการใช้กฎร่วมกัน การใช้กฎร่วมกันสามารถสรุปออกมาได้สั้นๆตามที่ปรากฏในบทนำของหนังสือ Concept of Law ดังนี้

“Indeed, one of the central themes of the book is that neither law nor any other form of social structure (social institution, matter of fact) can be understood without an appreciation of certain crucial distinctions between two different kinds of statement, which I have called 'internal' and 'external' and which can both be made whenever social rules are observed.(matter of law)”²⁹

²⁹ Hart, *Concept of Law*, v.ภายในวงเล็บขยายความโดยผู้วิจัย

การใช้กฎร่วมกันของฮาร์ทใช้ใน 3 ความหมาย ความหมายแรกคือสมาชิกทุกคนในสังคมใช้กฎหมายเดียวกันร่วมกันและยึดถือเป็นบรรทัดฐานเดียวกัน ความหมายที่สองคือแม้จะต่างคดีกันแต่ก็วางอยู่บนกฎหมายเดียวกัน ความหมายที่สามคือใช้กฎหมายร่วมกับกับกฎศีลธรรม

3.1 การใช้กฎร่วมกันในความหมายแรก

“Wherever such a rule of recognition is accepted, both private persons and officials are provided with authoritative criteria for identifying primary rules of obligation.”³⁰

เมื่อสร้างกฎปฐมนิติขึ้นมาแล้วมันได้เป็นแบบแผนของสังคม และกฎปฐมนิติเป็นเงื่อนไขจำเป็นของการตัดสินคดี และการเป็นเงื่อนไขจำเป็นของการตัดสินคดีนี้เองคือการใช้กฎร่วมกันในความหมายแรกที่ว่าสมาชิกทุกคนในสังคมใช้กฎหมายเดียวกันร่วมกันและยึดถือเป็นบรรทัดฐานเดียวกัน แต่กฎปฐมนิติเพียงอย่างเดียวไม่ใช่เงื่อนไขพอเพียงของการตัดสินคดี เพราะสิ่งที่สำคัญที่สุดคือ จึงทำให้กฎปฐมนิติต้องถูกคิดหรือถูกประเมินด้วยข้อความสองข้อความ(หรือมุมมองสองมุมมอง) คือข้อความภายใน(มุมมองภายใน)และข้อความภายนอก(มุมมองภายนอก) การประเมินนี้เองทำให้เกิดกฎทุติยภูมิ และการประเมินดังกล่าวทำให้กฎปฐมนิติและกฎทุติยภูมิแตกต่างกัน³¹

ข้อความแบบแรกคือ กฎหมายถูกประเมินจากความสมเหตุสมผล(valid)ภายในตัวของกฎหมาย(internal) โดยกฎหมายจะต้องสมเหตุสมผลภายในระบบของมันเอง หรือกฎหมายจะต้องเดินตามกฎหรือเดินตามเงื่อนไขของมันเอง ในแง่หนึ่งมันเป็นการประเมินจากภายในกฎหมายไปยังภายนอกกฎหมาย

ข้อความแบบที่สองคือ การเอากฎหมายไปประเมินบริบทภายนอกกฎหมาย(external) กฎหมายถูกใช้แบบแผนของสังคม แต่ก็ไม่ได้ทำให้กฎหมายกลายเป็นข้อเท็จจริงเพียงอย่างเดียวที่ครอบคลุมไปทุกบริบทของสังคม ในชีวิตของมนุษย์ไม่ได้มีแต่กฎหมาย กฎหมายเป็นเพียงบันทึกข้อเท็จจริงที่เกี่ยวกับแบบแผนความสัมพันธ์ระหว่างมนุษย์ซึ่งเป็นเพียงหนึ่งในบริบทต่างๆที่ซับซ้อนและกฎหมายไม่สามารถเป็นไปได้มากกว่า/หรือพ้นไปจากแบบแผนความสัมพันธ์ระหว่างมนุษย์ ทำให้กฎหมายเป็นเพียงบริบทหนึ่งท่ามกลางบริบทที่มีมากมายในชีวิตของมนุษย์ที่มีบริบทหรือมีข้อเท็จจริงมากไปกว่ากฎหมาย มันจริงที่กฎหมายเป็นบริบทที่สำคัญที่ใช้เป็นแบบแผนการกระทำ แต่กฎหมายไม่ได้อยู่พ้นไปจากหรืออยู่เหนือบริบทอื่นๆด้วยจนสามารถแก้งทำให้เป็นไม่เห็นบริบทอื่นๆ กฎหมายสำคัญแต่กฎหมายก็ต้องอยู่ท่ามกลางหรือถูกคิดระหว่างบริบททางสังคมอื่นๆ และการที่มันอยู่

³⁰ Ibid., 100.

³¹ Ibid., 97.

ท่ามกลางบริบทอื่นๆทำให้การคิดถึงกฎหมายหรือการตัดสินจากกฎหมายจำเป็นที่จะต้องคิดไปถึงข้อเท็จจริงที่เป็นบริบทของกฎหมายด้วย

กล่าวสั้นๆคือ กฎทฤษฎีนิยมเป็นการเอากฎปฐมนิยมกับบริบทอื่นๆกลับเข้ามาอยู่ร่วมกัน ในฐานะที่มันเป็นข้อเท็จจริงของคดีที่เกิดขึ้นหรือข้อเท็จจริงของผู้กระทำผิด ในแต่ละคดีที่เกิดขึ้นไม่ได้มีแค่กฎหมายเป็นข้อเท็จจริงเพียงอย่างเดียว แต่ยังมีข้อเท็จจริงอื่นๆและเป็นข้อเท็จจริงสำคัญที่ไม่อาจมองข้ามไปได้และเป็นข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นจริง และแต่ละคดีก็ไม่ได้เกิดขึ้นมาอย่างลอยๆไม่มีที่มาที่ไปหรือเกิดขึ้นอย่างบังเอิญ แต่มันเกิดขึ้นบนบริบทหรือข้อเท็จจริงของผู้กระทำผิด เราจึงจำเป็นที่จะต้องคิดถึงบริบทเหล่านั้นด้วย ในจุดนี้ฮาร์ทอธิบายราวกับว่าผู้ตัดสิน³²ไม่สามารถให้ความยุติธรรมได้ถ้าหากปราศจากการคิดถึงบริบทหรือข้อเท็จจริงของผู้กระทำผิด ราวกับว่าการเข้าใจบริบทของผู้กระทำผิดจะทำให้เข้าใจไปถึงการกระทำของเขาได้

ตัวกฎหมาย(หรือกฎปฐมนิยม)มันเป็นแบบแผนการกระทำของมนุษย์ และขั้นตอนที่สมาชิกในสังคมคิดถึงกฎหมายหรือกระทำใดๆตามกฎหมาย เขาไม่ได้คิดหรือทำไปบนกฎหมายเพียงอย่างเดียว เพราะเขาได้คิดหรือกระทำบนบริบทที่ทับซ้อนกันทั้งบริบทของกฎหมายและบริบทภายนอกกฎหมายด้วย บริบทภายนอกกฎหมายคือบริบทเฉพาะของสมาชิกแต่ละคน และมันส่งผลให้สิ่งที่สำคัญที่สุดของการทำผิดกฎหมายในแต่ละคดีคือความแตกต่างของแต่ละคดีและไม่มีคดีใดเหมือนกันกับอีกคดี แม้ว่าจำเป็นกฎหมายข้อเดียวกันและทำผิดวันเดียวกัน หรือแม้แต่เวลาเดียวกัน หากมีบริบทแตกต่างกันก็ทำให้ทั้งสองคดีนี้แตกต่างกัน ฮาร์ทใช้เรื่องความแตกต่างของสมาชิกแต่ละคนเข้ามาโจมตีการใช้กฎหมายเพียงอย่างเดียวโดยไม่สนบริบทอื่นโดยอธิบายให้เห็นว่า การทำผิดกฎหมายในทุกๆคดีที่เกิดขึ้นมันเกิดขึ้นมาจากบริบทเฉพาะของแต่ละคดี กล่าวคือถ้าการทำผิดกฎหมายเป็นสิ่งที่วางอยู่บนข้อเท็จจริงของการกระทำนั้นๆ และการกระทำดังกล่าวไม่ได้เกิดขึ้นอย่างไม่มีที่มาที่ไปหรือเกิดโดยบังเอิญและไม่ได้เกิดขึ้นบนข้อเท็จจริงเดียว มันจริงที่การกระทำดังกล่าวมันผิดกฎหมายแต่มันไม่ได้ถูกวางอยู่บนกฎหมายเพียงอย่างเดียว แต่มันเกิดขึ้นบนข้อเท็จจริงหรือบริบทเฉพาะ(ที่หลากหลาย)ของการกระทำนั้นๆ การที่เราจะเข้าไปมองการกระทำนั้นๆก็จำเป็นที่จะต้องคิดไปถึงบริบทเฉพาะอันเป็นที่มาของการกระทำนั้นด้วย

“These truths can, however, only be clearly presented, and their importance rightly assessed, in terms of the more complex social situation where a secondary rule of recognition is accepted and used for the identification of primary rules of obligation.”³³

³² หรือศาลตามที่ปรากฏอยู่ในกฎหมายวิธีสบัญญัติ

³³ Hart, *Concept of Law*, 100.

ฮาร์ทยืนยันในความหมายที่แท้จริงของกฎหมายว่ามันมีอยู่เพียงอย่างเดียวและสมาชิกทุกคนเข้าใจมันได้เหมือนกันผ่านกฎปฐมภูมิว่ามันมีความหมายที่ตรงกัน(เป็นกระจกสะท้อนถึง)กฎสังคมและมันสมเหตุสมผลภายในกฎหมาย แต่ฮาร์ทยอมรับความแตกต่างในการยอมรับและการเอาไปใช้กฎหมายของสมาชิกในสังคมแต่ละคน เพราะกฎหมายไม่ได้อยู่เหนือหรืออยู่พ้นไปจากบริบทอื่นๆ การเข้าหากฎหมายของสมาชิกแต่ละคนเป็นการยอมรับและการเอาไปใช้กฎหมายที่วางอยู่บนเรื่องเฉพาะตัว และการยอมรับและการเอาไปใช้แบบเฉพาะตัวทำให้เกิดกฎหมาย

แม้ว่าฮาร์ทยืนยันว่ากฎหมายมีความหมายที่แท้จริงซึ่งตรงกับ(หรือเป็นกระจกสะท้อน)กฎสังคม แต่ฮาร์ทไม่ได้ปฏิเสธเรื่องของการเข้าหากฎหมายแล้วมีผลทางกฎหมายที่ต่างกัน(การตีความที่ต่างกัน) เพราะการเข้าหากฎหมายตั้งอยู่บนบริบทที่แตกต่างกันไปในสมาชิกแต่ละคน และการเข้าหากฎหมายที่ต่างกันมันจะต้องเกิดขึ้นอย่างแน่นอนโดยหลีกเลี่ยงไม่ได้เพราะไม่มีสมาชิกคนใดในสังคมมีบริบทที่เหมือนกันทุกประการ แต่การตีความที่แตกต่างนั้นเป็นเพียงของชั่วคราวที่ใช้เฉพาะคดีที่เกิดขึ้นในแต่ละคดี เมื่อคดีสิ้นสุดลงการตีความที่แตกต่างก็จะสิ้นสุดลงตามไปด้วย เพราะการตีความที่แตกต่างมันตั้งอยู่บนข้อเท็จจริงของคดีนั้นๆ และการตีความที่แตกต่างกันนี้จะต้องถูกตรวจสอบจากความหมายที่แท้จริงตามกฎปฐมภูมิอีกด้วย การตีความที่แตกต่างจะต้องอยู่ภายใต้(หรือถูกตรวจสอบอีกครั้งจาก)ความหมายที่แท้จริงด้วย

3.2 การใช้กฎร่วมกันในความหมายที่สอง

อาจมีคนโต้แย้งว่าการเปิดช่องให้มีการตีความที่ต่างกันทำให้เกิดเรื่องของสองมาตรฐาน ยกตัวอย่างเช่นคดีแปลกๆที่มีผลการตัดสินแตกต่างออกไป(หรือตีความต่างออกไป)จากตัวบทกฎหมาย(หรือกฎปฐมภูมิ) และตามข้อเท็จจริงแล้วเราต้องยอมรับกันว่าคดีแปลกๆดังกล่าวเป็นสิ่งที่เกิดขึ้นจริง

แม้ว่าฮาร์ทจะยอมรับการตีความที่ต่างกัน แต่ก็ไม่ได้หมายความว่าเราจะตีความกฎหมายเป็นอย่างไรก็ได้ตามใจ(หรือตามบริบทของเรา)โดยไม่สนใจสมาชิกคนอื่นในสังคมเลย หรือไม่สนใจแหล่งที่มาของกฎหมายเลย หรือตีความหมายต่อไปเรื่อยๆจากความหมายเดิมทำให้ความหมายที่ตีความไม่เชื่อมโยงกับกฎของสังคมที่เป็นข้อเท็จจริง จนทำให้การตัดสินของกฎหมายกลายเป็นสองมาตรฐาน เพราะฮาร์ทได้วางเงื่อนไขการตีความออกเป็นสองประการ

ประการแรกคือ การใช้กฎร่วมกันในความหมายที่สองคือแม้จะต่างคดีกันแต่ก็วางอยู่บนกฎหมายเดียวกัน เพราะกฎหมายหรือกฎเกณฑ์ที่ใช้เป็นกฎเดียวกัน กล่าวคือสมาชิกทุกคนในสังคมอยู่ภายใต้กฎหมายหรือกฎของสังคมเดียวกัน มีข้อเท็จจริงเดียวกันคือสมาชิกทุกคนอยู่ในพื้นที่สังคมเดียวกัน ทำให้สมาชิกทุกคนในสังคมได้กล่าวถึงหรือได้เข้าหากฎหมายเดียวกันแม้ว่าจะเข้าหากฎหมายจากบริบทที่ต่างกันแต่ก็อยู่ภายใต้กฎเกณฑ์เดียวกัน จึงเป็นมาตรฐานเดียวกัน

ประการที่สองคือ การตีความที่แตกต่างกันเป็นการเอาบริบท "ภายนอก" กฎหมาย (ซึ่งเป็นบริบทเฉพาะของผู้กระทำผิด) เข้าไปมองกฎหมาย แต่ยังมีสิ่งที่สำคัญอยู่อีกอย่างก็คือความสมเหตุสมผล "ภายใน" ตัวกฎหมาย ในขั้นตอนที่สมาชิกแต่ละคนเข้าหากฎหมายนั้น การเข้าหากฎหมายได้เริ่มจากบริบทเฉพาะตัว เมื่อบริบทเฉพาะตัวได้ปะทะเข้ากับกฎหมายจึงเกิดการตีความที่แตกต่างกัน แต่การตีความที่แตกต่างกันนั้นไม่ใช่เรื่องตามอำเภอใจที่จะตีความแบบไหนก็ได้ เพราะมันต้องมาพร้อมกับความสมเหตุสมผลที่อยู่ภายในตัวกฎหมายนั่นเอง และการตีความที่แตกต่างกันรวมกับความสมเหตุสมผลในกฎหมายนี้เองที่เรียกว่ากฎยุติธรรม มันเป็นความจริงที่สมาชิกแต่ละคนในสังคมตีความกฎหมายหรือเข้าหากฎหมายต่างกันเพราะมีบริบทที่ต่างกัน และบริบทที่ต่างกันมันเป็นข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นจริงและไม่สามารถปฏิเสธได้ และการตีความนั้นเป็นเหมือนกระจกสะท้อนบริบทที่ต่างต่างนั้นๆ ให้แสดงออกมา ทำให้กฎหมายข้อเดียวกันสามารถตัดสินต่างกันได้ มันสามารถมีคติแปลกๆ ที่ตัดสินต่างออกไปแต่การตัดสินต่างออกไปไม่ใช่ 2 มาตรฐานแต่เป็นข้อเท็จจริงหรือบริบทเฉพาะคดี "a secondary rule of recognition is accepted and used for the identification of primary rules of obligation."³⁴ ฮาร์ทได้ย้ำว่ากฎยุติธรรมไม่ได้เป็นสิ่งที่เพี้ยนไปจากกฎปฐมภูมิ เพราะกฎยุติธรรมนั้นเกิดจากการยอมรับกฎปฐมภูมิและนำกฎนั้นไปใช้ การตีความที่แตกต่างกันเป็นการเอาบริบท "ภายนอก" กฎหมายเข้าไปมองกฎหมาย แต่ยังมีสิ่งที่สำคัญอยู่อีกอย่างก็คือความสมเหตุสมผล "ภายใน" ตัวกฎหมาย ในขั้นตอนที่สมาชิกแต่ละคนเข้าหากฎหมายนั้น การเข้าหากฎหมายได้เริ่มจากบริบทเฉพาะตัว เมื่อบริบทเฉพาะตัวได้ปะทะเข้ากับกฎหมายจึงเกิดการตีความที่แตกต่างกัน แต่การตีความที่แตกต่างกันนั้นไม่ใช่เรื่องตามอำเภอใจที่จะตีความแบบไหนก็ได้ เพราะมันต้องมาพร้อมกับความสมเหตุสมผลที่อยู่ในตัว

3.3 การใช้กฎร่วมกันในความหมายที่สาม

การใช้กฎร่วมกันความหมายที่สาม การใช้กฎหมายร่วมกับกฎศีลธรรม คือการเปิดโอกาสให้ศีลธรรมเข้ามารวมอยู่ในกฎยุติธรรม³⁵ เรารู้อีกก่อนหน้านี้แล้วว่ากฎปฐมภูมิ(ตัวบทกฎหมายหรือ text) ไม่มีความเชื่อมโยงกันอย่างจำเป็นกับศีลธรรม แต่ฮาร์ทก็ไม่ได้ไว้เพียงขนาดคิดว่ากฎหมายเพียงอย่างเดียวจะสามารถใช้ตัดสินการกระทำได้โดยไม่สนบริบทอย่างอื่นเลย เพราะตัวกฎหมายเกิดขึ้นมาจากบริบทหนึ่งของสังคมและไม่สามารถอยู่เหนือหรืออยู่พ้นไปจากบริบทอื่นได้ การสนใจแต่เพียงกฎหมายโดยไม่สนบริบทอื่นเป็นการแกล้งทำเป็นไม่เห็นข้อเท็จจริงอื่น(บริบทอื่น) และการแกล้งทำเป็นไม่เห็นนี้จะทำให้กฎหมายล้มเหลวเพราะเป็นการนำตัวบทออกมาจากบริบทของมัน

³⁴ Ibid.

³⁵ ดูเพิ่มเติมในหัวข้อกฎหมายธรรมชาติแบบอ่อนและหัวข้อกฎหมายปฏิฐานนิยมแบบอ่อน

มันจริงที่กฎหมายเป็นบริบทที่สำคัญและไม่เชื่อมโยงอย่างจำเป็นกับศีลธรรม แต่ฮาร์ทก็ยอมรับว่าการเอากฎหมายมาตัดสินการกระทำใดๆก็ตามจำเป็นที่จะต้องคิดไปถึงศีลธรรมในฐานะที่ศีลธรรมเป็นบริบทหนึ่งของกฎหมาย และเมื่อศีลธรรมเป็นบริบทส่วนตัวของสมาชิกแต่ละคนและเป็นบริบทภายนอกกฎหมาย หมายความว่าอย่างน้อยที่สุดกฎหมายมิเกิดขึ้นมาจากการปะทะกันระหว่างกฎหมายและศีลธรรม(และบริบทอื่นๆ) ในฐานะที่ทั้งสองสิ่งนี้ได้วางอยู่บนปรากฏการณ์ของสังคม ความคิดดังกล่าวทำให้ฮาร์ทเรียกตัวเองว่าเป็นปฏิฐานนิยมแบบอ่อน(soft positivism)³⁶ และการที่ฮาร์ทยอมให้กฎหมายใช้ร่วมกับศีลธรรมทำให้ เลสลีย์ กรีน (Leslie Green)เขียนถึงจุดยืนของฮาร์ทเอาไว้ในบทนำของหนังสือ *Concept of Law 3 Edition* ว่าจุดยืนของฮาร์ทเป็นปฏิฐานนิยมแบบเปิด (inclusive positivism)³⁷

แต่เนื่องจากการยอมรับให้กฎหมายถูกประเมินจากบริบทส่วนตัว ทำให้กฎหมายมิถูกตีความหรือถูกใช้ในความหมายหรือในบริบทเฉพาะ ข้อดีของกฎหมายคือการเปิดโอกาสให้เราคิดไปถึงบริบทของผู้กระทำผิด เพราะขณะที่เกิดการกระทำผิดนั้นผู้กระทำผิดได้กระทำลงไปบนข้อเท็จจริง(บริบท)ของเขา ถ้าเรามองการกระทำผิดโดยใช้มุมมองของสมาชิกคนอื่นก็เท่ากับว่าเรากำลังยึดเยียดบริบทอื่น(ที่ไม่เกี่ยวข้องกับการกระทำผิดเลย)ไปให้ผู้กระทำผิด และปฏิเสธบริบทของผู้กระทำผิด การใช้บริบทของคนอื่นเข้ามาตัดสินจะทำให้ผิดพลาด

พูดในมุมกลับคือ ฮาร์ทยอมรับศีลธรรมที่หลากหลายแต่ศีลธรรมเองไม่ได้เป็นอะไรที่มากกว่าข้อเท็จจริงหรือบริบททางสังคมที่จะต้องอยู่ภายใต้กฎหมายในฐานะที่กฎหมายเป็นแบบแผนการกระทำของมนุษย์ เหมือนกับว่าฮาร์ทไม่ได้มองศีลธรรมในแบบที่มันเป็นแต่ฮาร์ทได้มองศีลธรรมว่ามันเป็นข้อเท็จจริง

4. ยืนยันว่าไม่ใช่กฎหมายธรรมชาติแบบอ่อนแต่เป็นกฎหมายปฏิฐานนิยมแบบอ่อน

การที่ฮาร์ทยอมให้ใช้กฎหมายปฏิฐานนิยมร่วมกับกฎหมายธรรมชาติ(ในกฎหมายมิ)ได้เปิดโอกาสให้นักกฎหมายธรรมชาติเข้ามาทำให้เห็นว่า แท้ที่จริงแล้วฮาร์ทได้ยอมรับว่ากฎหมายปฏิฐานนิยมผิดพลาด เพราะหากกฎหมายปฏิฐานนิยมยืนยันว่ากฎหมายไม่เชื่อมโยงกับศีลธรรมจริง ก็แปลว่าภายในกฎหมายปฏิฐานนิยมจะต้องมีหลักการอยู่ภายใน แต่ฮาร์ทกลับขัดแย้งกับตัวเองโดยการยอมให้

³⁶ Hart, *Concept of Law*, 250.

³⁷ ฮาร์ทยืนยันจุดยืนของตัวเองว่าเป็น soft positivism แต่คำว่า soft ดังกล่าวมันแสดงจุดยืนของฮาร์ทไม่ชัด เพราะไม่รู้ว่า soft ใช้ในความหมายอะไร กรีนจึงเสนอให้เรียกจุดยืนของฮาร์ทว่า inclusive positivism เพราะคำว่า inclusive มันได้แสดงจุดยืนของฮาร์ทที่แตกต่างจากนักกฎหมายปฏิฐานนิยมคนอื่นๆ ในขณะที่นักกฎหมายปฏิฐานนิยมคนอื่นๆได้ exclusive ข้อเท็จจริงอื่นๆที่เป็นบริบทของกฎหมายออกไป แต่ฮาร์ทได้ต่างออกไปเพราะฮาร์ทได้ inclusive ข้อเท็จจริงเหล่านั้นเข้ามาอยู่ในระบบกฎหมายของเขาในฐานะที่มันเป็นบริบทของกฎหมาย โปรดดู *ibid.*, xxxix.

ใช้หลักการของศีลธรรมเข้ามารวมอยู่ในกฎหมายด้วย ในขณะที่ฮาร์ทยืนยันจุดยืนของกฎหมายปฏิฐานนิยมแต่ฮาร์ทกลับยอมให้กฎหมายธรรมชาติ(หรือศีลธรรม)เข้ามารวมกับกฎหมายปฏิฐานนิยมในกฎหมายก็หมายความว่าฮาร์ทยอมรับว่าระบบกฎหมายจะต้องอาศัยหลักการที่อยู่ในศีลธรรมอย่างจำเป็น การยอมรับดังกล่าวแสดงให้เห็นว่า แท้ที่จริงแล้วหลักการของกฎหมายไม่เป็นอะไรมากไปกว่าหลักการของศีลธรรมที่จะต้องเข้าไปเติมเต็มให้กฎหมายสามารถใช้ตัดสินความดีและความเลวได้ กล่าวคือนักกฎหมายธรรมชาติได้กล่าวว่าความคิดของฮาร์ทมีหัวใจของกฎหมายคือหลักการของศีลธรรม(หรือกฎหมายธรรมชาติ)ส่วนกฎหมายปฏิฐานนิยมเป็นเพียงเปลือกนอก

มันจริงที่ฮาร์ททำให้กฎหมายธรรมชาติ(หรือศีลธรรม)และกฎหมายปฏิฐานนิยมเข้ามาคาบเกี่ยวกันในขั้นตอนของกฎหมาย ปัญหาในจุดนี้ก็คือฮาร์ทได้ให้น้ำหนักหรือให้ความสำคัญกับกฎประเภทใดมากกว่ากัน กฎหมายธรรมชาติและกฎหมายปฏิฐานนิยมสำคัญเท่ากัน หรือกฎหมายธรรมชาติสำคัญกว่ากฎหมายปฏิฐานนิยม หรือกฎหมายปฏิฐานนิยมสำคัญกว่ากฎหมายธรรมชาติ คำคามนี้สำคัญมากเพราะมันจะแสดงให้เห็นถึงจุดยืนของฮาร์ท

“This criticism of soft positivism seems to me to exaggerate both the degree of certainty which a consistent positivist must attribute to a body of legal standards and the uncertainty which will result if the criteria of legal validity include conformity with specific moral principles or values.”³⁸

คำตอบของปัญหาดังกล่าวคือ ในระบบกฎหมายของฮาร์ท ได้ให้น้ำหนักหรือให้ความสำคัญกับกฎหมายปฏิฐานนิยมก่อน โดยใช้กฎหมายปฏิฐานนิยมเป็นหลัก กล่าวคือความคิดหลักๆในระบบกฎหมายเป็นความคิดที่มาจากกฎหมายปฏิฐานนิยม และเมื่อเราใช้กฎหมายปฏิฐานนิยมเป็นหลักอยู่ก่อนแล้วกฎหมายธรรมชาติ(หรือศีลธรรม)จึงเป็นเพียงส่วนเสริม ที่เสริมเข้าไปในฐานะที่มันเป็นบริบทหนึ่งของสังคมที่อยู่ภายใต้กฎหมาย(under law)³⁹ ราวกับว่าฮาร์ทไม่ได้มองกฎหมายธรรมชาติ(หรือศีลธรรม)ในรูปแบบของแผนแผนหรือกฎ แต่มองมันในฐานะที่มันเป็นข้อเท็จจริงหนึ่งที่เป็นบริบทหนึ่งของสังคม

5.กฎหมายเผด็จการในกฎหมาย

มีหนังสือบางเล่มเสนอว่าฮาร์ทสนับสนุนกฎหมายเผด็จการว่ามีความชอบธรรมในฐานะกฎหมายดังต่อไปนี้

³⁸ Ibid., 251.

³⁹ Ibid., 52.

“ประเด็นข้อถกเถียงซึ่งเป็นที่รับรู้กันเป็นอย่างดี – แม้จะยังไม่เป็นที่ยุติ – มีที่มาจากนักปรัชญากฎหมายผู้มีชื่อเสียง 2 ท่านซึ่งต่างแสวงหาเหตุผลเพื่อชี้ให้เห็นว่ากฎหมายที่ฝืนต่อหลักศีลธรรมนั้นควรนับว่าเป็นกฎหมายหรือไม่และพึงมีหลักเกณฑ์ในการพิจารณาเช่นไร ประเด็นที่เป็นหัวใจสำคัญของเรื่องก็คือ คำตัดสินคดีของศาลในเยอรมันตะวันตกหลังสงครามโลกครั้งที่ 2 ในปี 1944 ระหว่างที่พรรคนาซียังมีอำนาจ สตรีคนหนึ่งผู้ต้องการกำจัดสามี ได้กล่าวโทษสามีของตนแก่หน่วยงานเกสตาโปว่า เขาได้แสดงข้อความดูหมิ่นความกระหายสงครามของฮิตเลอร์ สามีของเธอจึงถูกทรมานและถูกตัดสินประหารชีวิต แต่ต่อมาถูกเปลี่ยนโทษเป็นการถูกส่งไปประจำการในแนวรบด้านที่ต้องปะทะกับกองทัพรัสเซีย (เนื่องจากในเวลานั้น การทำสงครามกับรัสเซียเป็นแนวรบที่มีสภาพแวดล้อมและความเสี่ยงต่อชีวิตของทหารสูงมากที่สุด – ผู้แปล) เมื่อสงครามยุติลง ภริยาถูกดำเนินคดีและศาลตัดสินลงโทษในข้อหาทำให้สามีของตนต้องสูญเสียอิสรภาพ ภริยาต่อสู้คดีว่าสามีกระทำผิดตามกฎหมายนาซีที่ออกประกาศในปี 1934 ถึงกระนั้น ศาลยังคงตัดสินลงโทษโดยให้เหตุผลว่า บทกฎหมายอันเป็นเหตุแห่งการกระทำความผิดของสามีเป็นกฎหมายซึ่งล่วงละเมิดต่อ “สำนึกอันหนักแน่น (sound conscience) และบาปฐานแห่งความยุติธรรม (sense of justice) ของมนุษยชาติทั้งหมด” ”⁴⁰

ตัวอย่างคดีที่ยกมานี้มีสองประเด็นคือ ประเด็นแรกกฎหมายที่ขัดแย้ง(หรือไม่เชื่อมโยงอย่างจำเป็น)กับกฎหมายธรรมชาติ ประเด็นที่สองกฎหมายเผด็จการและความยุติธรรม ในที่นี้จะกล่าวถึงประเด็นแรกก่อน

ประเด็นแรกกฎหมายที่ขัดแย้งกับกฎหมายธรรมชาติ ในคดีนี้ เรย์มอน วิก ได้อธิบายเอาไว้ราวกับว่าฮาร์ทได้โต้แย้งคำตัดสินของศาลหรือโต้แย้งคำตัดสินของศาลที่ถือเอาคดีนี้เป็นบรรทัดฐานต่อมานั้นเป็นคำตัดสินที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย โดยให้เหตุผลว่าจากกฎหมายนาซีที่ออกประกาศในปี 1934 ถือได้ว่ามีฐานะเป็นกฎหมายแล้ว⁴¹ จนราวกับว่าฮาร์ทได้สนับสนุนกฎหมายเผด็จการว่ามันมีฐานะเป็นกฎหมาย แต่ที่จริงแล้วเรย์มอนได้เข้าใจฮาร์ทผิดประเด็น เพราะฮาร์ทไม่ได้โต้แย้งคำพิพากษาดังกล่าวในประเด็นของฐานะของกฎหมายแต่ฮาร์ทได้โต้แย้งคำพิพากษาดังกล่าวในประเด็นที่ว่า

⁴⁰ Raymond Wacks, *Law: A Very Short Introduction* (กฎหมาย: ความรู้ฉบับพกพา), trans. สุภาพนันทน์ นิพิฏฐกุล (กรุงเทพฯ: Openworlds, 2555), 147-48.

⁴¹ *Ibid.*, 148.

"This reasoning was followed in many cases which have been hailed as a triumph of the doctrines of natural law and as signalling the overthrow of positivism."⁴²

กล่าวคือฮาร์ทโต้แย้งคำพิพากษาดังกล่าวในประเด็นที่ว่าคำพิพากษาดังกล่าวได้ใช้กระบวนการอ้างเหตุผลที่ผิด เพราะคำพิพากษาดังกล่าวอ้างไปถึงกฎหมายธรรมชาติและใช้กฎหมายธรรมชาติตัดสินคดี และกระบวนการอ้างเหตุผลดังกล่าวทำให้หลักการของกฎหมายที่เป็นปฏิธานนิยมได้ถูกทิ้งออกไปจากคดี และการทิ้งหลักการของกฎหมายปฏิธานนิยมออกไปจากคดีเป็นกระบวนการอ้างเหตุผลที่ผิดพลาด

จากข้อความที่ยกมานี้เราจะเห็นว่าฮาร์ทโต้แย้งคำพิพากษาดังกล่าวในประเด็นของกระบวนการอ้างเหตุผลที่ผิด แต่การโต้แย้งดังกล่าวไม่ได้หมายความว่าฮาร์ทสนับสนุนกฎหมายเผด็จการ ผู้วิจัยเห็นว่าเรายังสามารถอ้างหลักการทางปฏิธานนิยมได้โดยที่ไม่จำเป็นต้องอ้างไปถึงหลักการของกฎหมายธรรมชาติแบบที่คำพิพากษาดังกล่าวได้ทำไว้

ผู้วิจัยเห็นว่าจากคำพิพากษาดังกล่าวฮาร์ทได้ยอมรับและปฏิเสธกฎหมายเผด็จการ ฮาร์ทยอมรับในองค์ประกอบภายนอกกฎหมายดังกล่าวในแง่ของการไม่ทำตามจะถูกลงโทษ แต่การยอมรับดังกล่าวไม่ได้หมายถึงฮาร์ทเห็นด้วยกับเนื้อหาภายในกฎหมายเผด็จการ

ประเด็นที่สองกฎหมายเผด็จการและความยุติธรรม ฮาร์ทได้ปฏิเสธกฎหมายเผด็จการในเนื้อหา(หรือขั้นตอนของกฎปฐมภูมิ)ว่ากฎหมายเผด็จการมันไม่ใช่กฎหมายเพราะเป็นกฎหมายที่ไม่สามารถอ้างอิงกลับไปสู่สังคมและเป็นกฎหมายที่เลือกข้อเท็จจริงบางอย่างและทำเป็นไม่เห็นข้อเท็จจริงของคนอื่นๆในสังคม แต่ระบบกฎหมายของฮาร์ทไม่ได้มีเพียงแค่มกฎหมายเพียงอย่างเดียว แต่ยังรวมไปถึงบริบทอื่น(หรือข้อเท็จจริงอื่นในสังคม)อีกด้วย และสิ่งที่เราต้องยอมรับคือ ในขณะที่คดีนี้เกิดขึ้นนั้นคือช่วงเวลาที่เกิดการเป็นบริบทหนึ่งของสังคมและมันเกิดขึ้นจริงอย่างปฏิเสธไม่ได้ กล่าวคือในขั้นตอนของกฎยุติภูมิเราจำเป็นที่จะต้องนำบริบทของเผด็จการเข้ามาพิจารณาด้วยในฐานะที่มันเป็นข้อเท็จจริงเฉพาะคดี หากเราทำเป็นมองไม่เห็นหรือมองข้ามกฎหมายเผด็จการ การตัดสินที่เกิดขึ้นมาจากการทำเป็นมองไม่เห็นนั้นจะไม่ยุติธรรม เพราะไม่ได้ตัดสินตามข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นจริง

กฎหมายเผด็จการสามารถเชื่อมโยงกับกฎหมายได้แต่ไม่ใช่ในฐานะที่มันเป็นตัวบท(กฎปฐมภูมิ) เพราะกฎหมายเผด็จการไม่ใช่กฎหมายสังคม แต่กฎหมายเผด็จการต้องถูกคิดในฐานะที่มันเป็นข้อเท็จจริงหนึ่งที่เป็นบริบทของกฎหมาย และมันสัมพันธ์กับการกระทำที่เกิดขึ้นในตอนนั้น จึงเป็น

⁴² Hart, "Positivism and the Separation of Law and Morals (First Published 1958)," in *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, 76.

เงื่อนไขจำเป็นที่จะต้องถูกคิดด้วย จากคำพิพากษาที่ยกมาดังกล่าวเราจะเห็นว่าคำพิพากษานั้นได้ปฏิเสธกฎหมายเผด็จการอย่างสิ้นเชิง ทำให้กฎหมายเผด็จการไม่ถูกคิดในฐานะที่มันเป็นบริบทของผู้กระทำผิดและบริบทของกฎหมาย ทำให้คำพิพากษาดังกล่าวไม่ยุติธรรม

6. ความยุติธรรม

ฮาร์ทบอกว่าความยุติธรรมคือความเท่าเทียม ต่อจากนี้เราจะมาสำรวจกันว่าความยุติธรรมคืออะไร

6.1 ระบบกฎหมาย(กฏทุติยภูมิ)และความยุติธรรม

กฏทุติยภูมิ ถ้าจะให้สรุปแบบง่ายๆคือ การยอมรับหลักการในกฎหมายและยอมอยู่ภายใต้หลักการ(หรือแบบแผน)และบริบทของหลักการนั้น กฏทุติยภูมิมีข้อดีคือ มันทำให้หลักการ(principle)ในกฎหมายได้กลับเข้ามาอยู่ในบริบทของมัน หรือจะพูดอีกอย่างว่ากฏทุติยภูมิทำให้หลักการในกฎหมายสามารถอยู่ร่วมกับบริบทเฉพาะของปัจเจกได้ ปัจเจกไม่จำเป็นต้องทิ้งบริบทของตัวเอง(เช่นศีลธรรม) และเรายังสามารถคิดไปถึงบริบทของผู้กระทำผิดหรือสามารถคิดจากมุมมองของผู้กระทำผิดได้

กฏทุติยภูมิมีข้อดีคือ กฏทุติยภูมิเริ่มต้นจากกฏปฐมภูมิ(กฎหมาย)ที่มาจากกฏสังคมและสมาชิกทุกคนทั่วไปสามารถเข้าใจมันได้ และเมื่อกฏปฐมภูมิได้กลายเป็นกฏทุติยภูมิก็ได้ทำให้กฎหมายเปลี่ยนไป⁴³ กฏทุติยภูมิได้กลายเป็นเรื่องเฉพาะคดี มันจริงที่กฏทุติยภูมิมีที่มาจากกฏปฐมภูมิ แต่ในอีกด้านหนึ่งกฏทุติยภูมิก็มีที่มา(หรือเกิดขึ้นจากการประเมิน)จากบริบทส่วนตัวของสมาชิกแต่ละคน(ปัจเจก) และบริบทส่วนตัวนี้เองที่ทำให้กฏทุติยภูมิเป็นกฏเฉพาะและสร้างขึ้นมาใช้กับผู้กระทำผิดคนนั้นเพียงคนเดียว

ระบบกฎหมายของฮาร์ทมีจุดเริ่มต้น(หรือหัวใจ)อยู่ที่การแบ่งว่าอะไรบ้างที่เป็นกฎหมายและอะไรบ้างที่ไม่เป็นกฎหมายและการแบ่งดังกล่าวเขาก็ได้มุ่งเน้นไปที่ความแตกต่างระหว่างกฎหมายและศีลธรรมบนความคิดที่ว่ากฎหมายและศีลธรรมเป็นสิ่งที่ปรากฏอยู่บนปรากฏการณ์ของสังคม(ข้อเท็จจริง)เหมือนกัน และแม้ว่าเขาจะมุ่งเน้นไปในเรื่องดังกล่าว แต่ก็ไม่ได้หมายความว่าปรากฏการณ์ของสังคม(ข้อเท็จจริงหรือบริบทของสังคม)จะมีแค่กฎหมายและศีลธรรม บริบทของสังคมเป็นบริบทที่ซับซ้อน(complex)และยังมีบริบทอีกมาก เช่น สภาพเศรษฐกิจ การศึกษา ครอบครัว

⁴³ Hart, *Concept of Law*, xv.

ระบบกฎหมายยุติธรรมเพราะ มันคือกฎยุติธรรมที่ทำให้ตัวบทกฎหมายกลับเข้ามาอยู่ในบริบทของมัน และได้เปิดโอกาสให้เราสามารถคิดจากมุมมองของผู้กระทำผิดผ่านขั้นตอนทางกฎหมายได้

ระบบกฎหมายของฮาร์ทมีจุดเริ่มต้น(หรือหัวใจ)อยู่ที่การแบ่งว่าอะไรบ้างที่เป็นกฎหมายและอะไรบ้างที่ไม่เป็นกฎหมาย สตีเฟน วิ, เกเรย์กล่าวว่าระบบกฎหมายของฮาร์ทเกิดขึ้นมาจากเนื้อหาสองส่วนรวมกัน คือเนื้อหาของกฎหมาย(matter of law)และเนื้อหาของข้อเท็จจริง(matter of fact)⁴⁴ หมายความว่าแม้ว่าฮาร์ทจะยอมรับหรือเปิดโอกาสให้ศีลธรรมเข้ามาอยู่ในระบบกฎหมายแต่ฮาร์ทก็ไม่ได้มองศีลธรรมในแบบที่มันเป็น เขายอมรับเนื้อหาที่อยู่ในศีลธรรมว่าศีลธรรมศึกษาเกี่ยวกับสิ่งที่ “ควร” และต่างจากเนื้อหาของกฎหมายที่ศึกษาเกี่ยวกับสิ่งที่ “เป็น” แต่ในขั้นตอนที่เขาได้นำศีลธรรมเข้ามารวมในระบบกฎหมายเขาได้มองว่าศีลธรรมเป็นข้อเท็จจริงหนึ่งที่มีอยู่ในสังคมหมายความว่าเนื้อหาของศีลธรรมจะต้องถูกคิดในฐานะที่มันเป็นข้อเท็จจริง เมื่อศีลธรรมเข้ามารวมในระบบกฎหมาย ฮาร์ทไม่ได้เปิดช่องให้ศีลธรรมโต้แย้งหรือตั้งคำถามไปถึงระบบกฎหมาย เพราะฮาร์ทได้เน้นว่าเมื่อศีลธรรมเข้ามารวมกับกฎหมายแล้วมันเป็นเพียงข้อเท็จจริงหนึ่งของผู้กระทำผิด

6.2 ไม่มีความยุติธรรมเชิงศีลธรรม

ศีลธรรมคือสิ่งที่สร้างขึ้นมาจากบริบทส่วนตัวของสมาชิกแต่ละคน และไม่เชื่อมโยงอย่างจำเป็นกับกฎหมายหรือไม่เชื่อมโยงอย่างจำเป็นกับกฎสังคม และคำว่า ”จำเป็น” เป็นคำสำคัญเพื่อแยกแยะกฎหมายและศีลธรรมออกจากกัน สิ่งที่เราจะต้องดูในหัวข้อนี้คือเป็นไปได้หรือไม่ที่หลักการในศีลธรรมคือหลักการที่ยุติธรรม

“One who makes an internal statement concerning the validity of a particular rule of a system may be said to presuppose the truth of the external statement of fact that the system is generally efficacious.”⁴⁵ สำหรับฮาร์ท ความยุติธรรมต้องเริ่มมาจากการยอมรับว่าคนเท่ากัน เมื่อศีลธรรมคือสิ่งที่สร้างขึ้นมาจากบริบทส่วนตัวของสมาชิกแต่ละคน ถ้ามีคนใดคนหนึ่งใช้ศีลธรรมของเขาเข้าไปตัดสินการกระทำของสมาชิกในสังคมคนอื่นๆ นั่นคือ เขาได้คิดไปเองว่าสมาชิกในสังคมคนอื่นๆมีบริบทเหมือนกันกับเขาหรือมีศีลธรรมแบบเดียวกับเขา หรือจะพูดอีกอย่างว่าเขาไม่ได้เคารพสมาชิกในสังคมคนอื่นๆที่มีบริบทที่ต่างกับเขาหรือแกล้งทำเป็นไม่เห็นบริบทที่ต่างกัน และเขาไม่ได้เคารพว่าสมาชิกในสังคมคนอื่นๆก็มีศีลธรรมที่พวกเขาเหล่านั้นได้สร้างขึ้นเอง และเขากลับเอาศีลธรรมของตนเป็นใหญ่โดยไม่สนใจสมาชิกในสังคมคนอื่นๆ หรือพูดอีกอย่างว่าเขานำศีลธรรมหรือข้อความภายใน(internal statement)ไปตัดสินสมาชิกในสังคมคนอื่นๆที่อยู่พ้นไป

⁴⁴ ดูเชิงอรรถที่ 23 ใน Carey, "What Is the Rule of Recognition in the United States?," 1167.

⁴⁵ Hart, *Concept of Law*, 104.

จากตัวเขาหรือนำไปตัดสินข้อความภายนอก(external statement) และการตัดสินแบบนี้คือสิ่งที่ผิดพลาด

ศีลธรรมมีข้อดีคือ มันเปิดโอกาสให้สมาชิกในสังคมแต่ละคนสามารถสร้างหรือเข้าถึงความดีได้ทุกคน โดยที่ไม่มีสมาชิกในสังคมคนใดคนหนึ่งผูกขาดความดีเอาไว้กับตัว แต่ความดีดังกล่าวเป็นความดีแบบอัติวิสัย มันเป็นเรื่องส่วนตัวของแต่ละคน ศีลธรรมเป็นสิ่งพิเศษที่คิดขึ้นมาคนเดียวและใช้กับเขาเพียงคนเดียวและเกิดขึ้นมาจากบริบทของเขาเพียงคนเดียว

ศีลธรรมมีข้อเสียคือ มันไม่เท่าเทียมตรงที่ศีลธรรมมีรูปแบบ(form)ที่แตกต่าง⁴⁶ และเป็นรูปแบบที่พิเศษเพราะเกิดขึ้นมาบนบริบทส่วนตัวของเจ้าของศีลธรรม มีสมาชิกในสังคมมากเท่าไรก็ยังมีรูปแบบของศีลธรรมที่แตกต่างมากเท่านั้นและไม่มีรูปแบบของศีลธรรมใดที่เหมือนกันทุกประการกับรูปแบบศีลธรรมอีกรูปแบบหนึ่ง ที่สำคัญคือเราบอกไม่ได้ว่าศีลธรรมของใครดีกว่าของสมาชิกคนอื่น เพราะไม่มีสมาชิกในสังคมคนใดอยู่เหนือสมาชิกคนอื่น ถ้าเราคิดว่าประธาน(หรือเจ้าของ)ศีลธรรมทุกคนในสังคมเท่าเทียมกัน ศีลธรรมทุกศีลธรรมที่มาจากบริบทของพวกเขาเหล่านั้นจึงเท่าเทียมกันไปด้วย เราจึงไม่สามารถ”เลือก”ศีลธรรมใดศีลธรรมหนึ่งเพื่อมาตัดสินการกระทำของสมาชิกทุกคนได้ ตรงนี้เหมือนกับว่าฮาร์ทสมมุติ(assume)ว่าทุกคนมีศีลธรรม เมื่อศีลธรรมเป็นเรื่องเฉพาะตัวและสร้างขึ้นมาใช้กับเจ้าของศีลธรรมนั้นเพียงคนเดียว การใช้ศีลธรรมมาตัดสินการกระทำของสมาชิกคนอื่นที่มีบริบทต่างออกไปจากเจ้าของศีลธรรมนั้นจึงเป็นการตัดสินที่ผิดพลาด และไม่เท่าเทียมหรือไม่ยุติธรรม ความยุติธรรมเชิงศีลธรรมจึงไม่มีอยู่จริง

6.3 ไม่มีความยุติธรรมเชิงกฎหมาย(กฏปฐมภูมิ)

กฏปฐมภูมิมีข้อดีคือ มันมีรูปแบบเดียวเพราะมันมาจากกฏสังคม และเป็นรูปแบบที่สามารถนำไปใช้กับสมาชิกทุกคนในพื้นที่นั้นๆได้ แม้ว่าสมาชิกแต่ละคนจะมีบริบทอื่นๆที่แตกต่างกันก็ตามแต่อย่างน้อยที่สุดทุกคนในพื้นที่นั้นมีบริบทเดียวกันคือการอาศัยอยู่บนพื้นที่สังคมเดียวกัน ทำให้ทุกคนในพื้นที่นั้นสามารถเข้าใจ และเข้าถึงกฎหมายได้เท่าเทียมกัน กฎหมายเป็นสิ่งที่สามารถเข้าใจได้ทั่วไป และสามารถเอามาใช้ได้กับทุกคนในสังคม(หรือพื้นที่นั้นๆ)

กฏปฐมภูมิมีข้อเสียคือ ถ้าเราใช้แต่เนื้อหาหรือหลักการของกฎหมาย(กฏปฐมภูมิ)โดยไม่สนใจบริบทอื่นเลยคือการทำเป็นไม่เห็นข้อเท็จจริงว่าสมาชิกแต่ละคนมีบริบทเฉพาะที่แตกต่างกัน(หรือมีบริบทพิเศษ) และการตัดสินโดยไม่สนใจบริบทของผู้กระทำผิดทำให้เกิดความผิดพลาดได้ เพราะทำให้เราไม่เข้าใจถึงเหตุผลของการกระทำนั้น การใช้กฏปฐมภูมิคือการโยนหนังสือกฎหมายเข้าไปในคดีโดยไม่สนใจว่าคดีแต่ละคดีได้เกิดขึ้นบนบริบทเฉพาะและไม่มีคดีใดเหมือนกับอีกคดี หรือจะพูดอีกอย่างว่ามันได้ยอมรับอยู่ก่อนแล้วว่า(presuppose) ข้อความภายนอกกฎหมาย(บริบทภายนอก

⁴⁶ Ibid., 158.

กฎหมาย)เหมือนหรือตรงกับข้อความภายในกฎหมาย และการยอมรับแบบนี้คือการ ”เลือก” ใช้กฎหมายเพียงอย่างเดียวโดยแกล้งทำเป็นไม่เห็นบริบท(หรือข้อเท็จจริง)อื่น การใช้กฎปฐมภูมิไม่ยุติธรรมเพราะมันไม่เปิดโอกาสให้เราพิจารณาไปถึงบริบทของผู้กระทำผิด

กล่าวโดยสรุปคือความยุติธรรมเชิงศีลธรรมคือความสมเหตุสมผลภายในศีลธรรม และความยุติธรรมเชิงกฎหมายคือความสมเหตุสมผลภายในกฎหมาย ความยุติธรรมทั้งสองประเภทนี้เริ่มต้นจากจุดที่ต่างกัน แต่มีจุดร่วมกันอยู่อย่างหนึ่งก็คือ การแกล้งมองเป็นไม่เป็นข้อเท็จจริงอื่น(บริบทอื่น)ที่ปรากฏอยู่ในคดีแต่ละคดี และสนใจแต่เพียงแค่ความสมเหตุสมผลภายในข้อความของตัวเองโดยไม่สนใจข้อเท็จจริงหรือบริบทของตัวเอง และ การไม่สนใจบริบทของตัวเองทำให้กฎหมายและศีลธรรมกลายเป็นอื่นไปและไม่ตรงกับสิ่งที่มันเป็น

และความยุติธรรมเชิงศีลธรรมและความยุติธรรมเชิงกฎหมาย(ปฐมภูมิ)ทั้งสองประเภทนี้ได้ผิดพลาดในพื้นฐานสำคัญกล่าวคือ คดีแต่ละคดีมีข้อเท็จจริงและบริบทที่แตกต่างกันและไม่มีทางเหมือนกันได้ เพราะฉะนั้นการตัดสินหรือความยุติธรรมในแต่ละคดีก็จำเป็นจะต้องคิดไปถึงบริบทเฉพาะคดีนั้นด้วย การที่ความยุติธรรมทั้งสองประเภทนี้สนใจเพียงแค่ความสมเหตุสมผลภายในตัวมันและไม่สนใจบริบทเฉพาะคดีจึงทำให้ความยุติธรรมทั้งสองประเภทนี้ไม่ยุติธรรม(แม้ว่าฮาร์ทจะไม่ได้ปฏิเสธความยุติธรรมสองประเภทนี้ก็ตาม)

7. ข้อสังเกตถึงฮาร์ท

ฮาร์ทสร้างโครงการทางปรัชญาขึ้นมา(หรือพัฒนาขึ้นมา)บนระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ และในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ได้กล่าวถึงปัญหา “เรื่องความสัมพันธ์(หรือการเชื่อมโยงกันอย่างจำเป็น)ระหว่างกฎหมายและศีลธรรม”เอาไว้อย่างจริงจัง ฮาร์ทเห็นว่าการที่จะตอบปัญหาดังกล่าวจะต้องเริ่มต้นจากการกลับไปนิยามว่าอะไรบ้างที่เป็นกฎหมายและอะไรบ้างที่ไม่เป็นกฎหมายและการเริ่มต้นดังกล่าวทำให้โครงการของฮาร์ทได้แสดงให้เห็นความคิดหลักๆในกฎหมายสองประการ

ประการแรก ในโครงการของฮาร์ทสิ่งที่¹เป็นกฎหมายและสิ่งที่²ไม่เป็นกฎหมายจะแยกออกจากกันอย่างชัดเจน และเกณฑ์ที่ฮาร์ทใช้นิยามมีอยู่สองเกณฑ์ เกณฑ์แรกคือชี้ให้เห็นว่ากฎหมายคือข้อเท็จจริงที่มีอยู่(is)แต่ศีลธรรมเป็นสิ่งที่ต่างออกไปเพราะศีลธรรมเป็นเรื่องที่ควรทำ(ought) เกณฑ์ที่สองคือชี้ให้เห็นว่ากฎหมายเป็นเรื่องสาธารณะ(หรือสังคม)แต่ศีลธรรมเป็นเรื่องส่วนตัว และเกณฑ์นี้เองที่ทำให้กฎหมายไม่เป็นสิ่งที่พ้นไปจากกฎหมาย หรือจะกล่าวอีกอย่างว่าการนิยามกฎหมายของฮาร์ททำให้เรื่องส่วนตัว(บริบทเฉพาะ)ของใครคนใดคนหนึ่งจะไม่ถูกนำมารวมกับกฎหมาย จากคำนิยามดังกล่าวได้ปฏิเสธกฎหมายของคนดี(ที่เกิดขึ้นมาจากศีลธรรมเฉพาะของคนใดคนหนึ่ง และนำมาบังคับให้คนอื่นๆทำตามศีลธรรมนั้นในฐานะที่มันเป็นหลักการในกฎหมาย) และปฏิเสธกฎหมาย

ศาสนาที่พยายามทำให้มีศาสนาประจำชาติ มันเป็นเรื่องตลกร้ายที่ผู้นับถือศาสนาอื่นหรือไม่ได้นับถือศาสนาจะต้องจ่ายภาษีให้กับศาสนาที่ตนเองไม่ได้นับถือหรือถูกบังคับให้นับถือศาสนาประจำชาติ

ประการที่สอง จากคำนิยามดังกล่าวทำให้โครงการปรัชญาของฮาร์ทได้ถอยกลับออกมาชี้ให้เห็นถึงประเด็นที่ถูกละเลยในกฎหมายหรือนิติศาสตร์ ในวิชากฎหมายผู้กระทำผิดกฎหมายจะถูกพิพากษาบนความสมเหตุสมผลทางกฎหมายทั้งในแง่ของรูปแบบ(กฎหมายวิธีสบัญญัติ)และเนื้อหาหรือหลักการของกฎหมาย(กฎหมายสารบัญญัติ) แต่ความสมเหตุสมผลทางกฎหมาย(ดูแต่กฎหมายโดยไม่ดูสิ่งอื่น)นี่เองที่ฮาร์ทชี้ให้เห็นว่ามันทำให้เกิดการหลงลืมของกฎหมาย สิ่งที่ถูกกฎหมายได้หลงลืมไปก็คือการกระทำผิดกฎหมายเป็นการกระทำของมนุษย์ การกระทำของมนุษย์(ไม่ว่าจะถูกหรือผิดกฎหมาย)เป็นสิ่งที่วางอยู่บนข้อเท็จจริง โดยการกระทำหนึ่งๆเมื่อเกิดขึ้นมาแล้วเราไม่สามารถชี้ชัดลงไปได้ว่าการกระทำดังกล่าวมันเกิดขึ้นบนบริบทเฉพาะของผู้กระทำหรือพื้นที่สาธารณะ แม้ว่าการกระทำดังกล่าวจะเกิดขึ้นผ่านการใคร่ครวญของเรา แต่การกระทำที่เกิดขึ้นมาจากการคิดนั้นไม่ได้เกิดขึ้นและส่งผลกับเราเพียงคนเดียว การกระทำที่เกิดขึ้นมันส่งผล(แสดงออกมา)โดยมีบริบทของสังคมรองรับการกระทำนั้น และการรองรับดังกล่าวนี้เองที่ทำให้การกระทำเดียวที่เกิดขึ้นได้ปรากฏอยู่บนบริบทเฉพาะของผู้กระทำและบริบทสาธารณะในเวลาเดียวกัน ทำให้เราไม่สามารถแยกบริบทเฉพาะของผู้กระทำและบริบทสาธารณะออกจากกันได้อย่างเด็ดขาด และการกระทำของมนุษย์ไม่ได้เป็นสิ่งที่เกิดขึ้นบนบริบทสาธารณะเพียงอย่างเดียวแต่มันยังเกิดขึ้นบนบริบทส่วนตัวของผู้กระทำผิดด้วย ทำให้การตัดสินการกระทำนั้นจำเป็นต้องคิดไปถึงบริบทเฉพาะของผู้กระทำผิดด้วย และการหลงลืมดังกล่าวนี้เองที่ทำให้กฎหมายเป็นเรื่องที่สนใจแต่บริบทสาธารณะโดยไม่สนใจบริบทส่วนตัวของมนุษย์จนทำให้กฎหมายไม่ยุติธรรม

ฮาร์ทใช้กฎหมาย(matter of law)ในฐานะกฎปฐมนิติได้แย่งศีลธรรมและข้อเท็จจริงอื่นๆในฐานะที่มันเป็น matter of fact)ว่ามันเกิดขึ้นมาจากบริบทเฉพาะทำให้มันมีหลายรูปแบบ และการมีหลายรูปแบบทำให้มันไม่ยุติธรรม และฮาร์ทใช้ศีลธรรมและข้อเท็จจริงอื่นๆได้แย่งกฎหมายว่า การยึดแค่ความสมเหตุสมผลตามกฎหมายเพียงอย่างเดียวโดยไม่สนข้อเท็จจริงอื่นทำให้กฎหมายไม่เป็นกฎหมายและไม่ยุติธรรม

เพื่อแก้ไขปัญหาคความไม่ยุติธรรมของกฎหมายดังกล่าว ฮาร์ทได้เสนอความคิดเรื่องการใช้กฎร่วมกัน(Rule of recognition) การใช้กฎร่วมกันคือการใช้กฎหมาย(matter of law)ร่วมกับข้อเท็จจริงอื่นๆของผู้กระทำผิดในฐานะที่มันเป็นบริบทของกฎหมาย(matter of fact) และการเอากฎหมายกลับเข้าไปอยู่ในบริบทของมันทำให้กฎหมายยุติธรรม

จากข้อเสนอเรื่องการใช้กฎร่วมกันดังกล่าวทำให้กฎหมายและศีลธรรม(รวมไปถึงข้อเท็จจริงอื่น)สำคัญเท่ากันในฐานะที่มันเป็นเงื่อนไขของความยุติธรรม ทำให้เราสามารถใช่ศีลธรรมพูดถึงความยุติธรรมได้เท่าๆกับการใช้กฎหมายพูดถึงความยุติธรรม

7.1 ระบบกฎหมายของฮาร์ทประกอบด้วย 2 ขั้นตอน

ขั้นตอนแรกคือการยึดถือหรือยอมรับกฎหมาย(กฎปฐมภูมิ) โดยยืนยันว่ากฎหมายปฏิญานนิยมไม่ใช่รูปแบบที่ว่างเปล่าที่ไม่มีหลักการภายในเหมือนที่นักกฎหมายธรรมชาติได้กล่าวไว้ แต่หลักการของกฎหมายปฏิญานนิยมมันมีหลักการของมันและหลักการดังกล่าวมีอยู่ในข้อเท็จจริง และปรากฏอยู่บนความสัมพันธ์ระหว่างมนุษย์ที่อยู่ในสังคม

ขั้นตอนที่สองการทำกฎปฐมภูมิให้เป็นกฎทุติยภูมิ(ทำให้ตัวบทกลับเข้ามาอยู่ในบริบทของมันผ่านรูปแบบของกฎหมายวิธีสบัญญัติ) และการอธิบายในส่วนนี้ไม่ได้มีบริบทใดเป็นจุดเริ่มหรือจุดสิ้นสุดอย่างชัดเจน เพราะการคิดถึงบริบทของสังคมไม่ว่าจะเป็นกฎหมายหรือศีลธรรมนั้น เรบอกไม่ได้ว่าบริบทใดมาก่อนและบริบทใดมาหลัง หรือบอกไม่ได้ว่าบริบทหนึ่งบริบทใดสำคัญกว่าบริบทอื่น มันจริงที่บริบทต่าง ๆ มันแตกต่างกัน(หรืออาจจะถึงขั้นตรงข้ามกัน)แต่มันก็อยู่รวมกันเป็นข้อเท็จจริงที่ปรากฏอยู่ในสังคม และการอยู่รวมกันทำให้เราไม่สามารถ”เลือก”ข้อเท็จจริงใดข้อเท็จจริงหนึ่งขึ้นมาเพื่ออธิบายทั้งสังคมและทำเป็นมองไม่เห็นข้อเท็จจริงอื่น ข้อเท็จจริงหรือบริบทต่าง ๆ มันซับซ้อนและมาด้วยกัน เราไม่สามารถบอกได้ว่าการกระทำของเรา(หรือของผู้กระทำผิด) เริ่มจากบริบทใดและสิ้นสุดลงที่บริบทใด ทุกบริบทจะต้องคิดถึงร่วมกันไม่ว่าจะเป็นกฎหมายหรือศีลธรรม

ฮาร์ทได้เริ่มอธิบายกฎทุติยภูมิว่าจะต้องใช้กฎหมายเป็นหลัก แต่การใช้กฎหมายเป็นหลักก็ไม่ได้หมายความว่าหลักการในกฎหมายจะอยู่เหนือบริบทหรือข้อเท็จจริงอื่น(แม้ว่าฮาร์ทจะใช้คำว่า *under rex*) แต่การเริ่มอธิบายดังกล่าวเป็นการยอมรับและปฏิบัติตามแบบแผนของหลักการในกฎหมายในฐานะที่มันเป็นกฎสังคม หมายความว่ากฎหมายกฎทุติยภูมิคือการเอากฎหมายกลับเข้าไปอยู่ในบริบทของมัน การเอากฎหมายกลับเข้าไปอยู่ในบริบทของมันคือการแจกแจงหรือการชี้ให้เห็นถึงการอยู่ร่วมกันระหว่างข้อเท็จจริงต่างๆ และมันเป็นการยืนยันไปถึงข้อเท็จจริงที่ว่ากฎหมายและศีลธรรมเป็นบริบทของกันและกันและปรากฏอยู่ในสังคมเดียวกันอย่างซับซ้อน และการประเมินแบบนี้ได้ทำไปเพื่อแสดงให้เห็นว่าการกระทำผิดที่เกิดขึ้นในแต่ละคดีว่ามันแตกต่างกัน และเพื่อป้องกันไม่ให้เกิดศาลเดี่ยวหรือป้องกันไม่ให้เกิดการแอบอ้าง กฎทุติยภูมิจึงจำเป็นที่จะต้องเกิดบนรูปแบบที่ปรากฏอยู่ในกฎหมายวิธีสบัญญัติ เช่นรูปแบบของการพิพากษาคดีจะต้องทำโดยการผ่านศาล

7.2 ระบบกฎหมายไม่ใช่เรื่องกฎที่กำหนดด้วยตัวเอง(autonomously)

“According to my theory, the existence and content of the law can be identified by reference to the social sources of the law ...”⁴⁷

⁴⁷ Ibid., 269.

แม้ว่าฮาร์ทจะยอมรับเรื่องบริบทส่วนตัวของปัจเจก(หรือผู้กระทำผิด)ที่มารวมกับกฎหมาย แต่บริบทส่วนตัวดังกล่าวก็ไม่ได้ทำให้กฎหมายกลายเป็นกฎที่กำหนดด้วยตัวเอง กฎหมายยังคงเป็นกฎของสังคมอยู่ ผู้กระทำผิดไม่ได้เป็นเจ้าของกฎหมาย แต่กฎหมายเกิดจากกฎปฐมนิติ(ที่ใช้เป็นการทั่วไป)ที่กลายเป็นกฎหมาย(ที่เข้ากับคดีนั้นๆ) แต่กฎหมายก็ไม่ได้ทำให้บริบทของผู้กระทำผิด(เช่นศีลธรรมของผู้กระทำผิด)มีผลต่อความถูกต้องหรือความผิดของกฎหมาย เพราะความถูกต้องหรือความผิดดังกล่าวกฎหมายได้เดินตามความสมเหตุสมผลที่อยู่ในกฎปฐมนิติ และกฎปฐมนิติก็เป็นเพียงกระจกที่สะท้อนความถูกต้องหรือความผิดที่ปรากฏอยู่และเป็นข้อเท็จจริงของสังคมที่มีสังคมเป็นประธานหรือเจ้าของ บริบทของผู้กระทำผิดไม่ได้กำหนดความถูกต้องหรือความผิดของกฎหมาย

ฮาร์ทยอมรับ “ความดี” และ “ความเลว” ที่หลากหลายตามศีลธรรมว่ามันมีอยู่ในข้อเท็จจริง และมันแตกต่างกันไปในแต่ละคน ศีลธรรมเป็นของปัจเจก แม้ว่าในสังคมจะมีศีลธรรมหลายรูปแบบแต่ก็ไม่ได้ส่งผลให้ความถูกต้องหรือความผิดของกฎหมายมีหลายรูปแบบไปด้วย เพราะฮาร์ทยืนยันว่าความถูกต้องหรือความผิดของกฎหมายนั้นมีเพียงอย่างเดียว เพราะมันถูกกำหนดจาก(หรือเป็นกระจกสะท้อนของ)กฎของสังคมที่มีสังคมเป็นเจ้าของ สาเหตุที่ทำให้ความดีและความเลวตามศีลธรรมไม่ได้ส่งผลต่อความถูกต้องหรือความผิดของกฎหมายเพราะกฎหมายและศีลธรรมเป็นคนละข้อเท็จจริงหรือเป็นคนละบริบท แม้ว่ากฎหมายและศีลธรรมจะปรากฏอยู่ในปรากฏการณ์(หรือข้อเท็จจริง)ของสังคมเดียวกัน

7.3 ระบบกฎหมายไม่มุ่งหากฎหมายบริสุทธิ์

ในทฤษฎีกฎหมายและระบบกฎหมายของฮาร์ทไม่ได้มีจุดมุ่งหมายอยู่ที่การค้นหาหรือไม่ได้พูดถึงกฎหมายบริสุทธิ์⁴⁸ (pure law) แม้ว่าค่านิยมกฎหมายจะเป็นจุดเริ่มต้นหรือเป็นหัวใจในทฤษฎีของฮาร์ท และค่านิยมดังกล่าวได้แสดงให้เห็นว่ากฎหมายแตกต่างจากสิ่งอื่นในฐานะที่มันปรากฏอยู่ในสังคมเดียวกัน แต่ในเวลาเดียวกันค่านิยมดังกล่าวกลับแสดงให้เห็นว่ากฎหมายได้วางอยู่บนโครงสร้างทางสังคมหรือบริบทของสังคม เมื่อกฎหมายเป็นบริบทหนึ่งของสังคมทำให้เราไม่สามารถแยกกฎหมายบริสุทธิ์ออกมาได้ เราทำได้แค่บอกว่ากฎหมายแตกต่างจากบริบทอื่นๆอย่างไร แต่เราไม่สามารถหยิบหรือยกกฎหมายออกมาจากบริบทของมันได้ การแยกกฎหมายออกมาจากบริบทของมันเพื่อทำให้เป็นกฎหมายบริสุทธิ์จะทำให้เราไม่สามารถเข้าใจกฎหมายได้ตามสิ่งที่มันเป็น เมื่อกฎหมายเป็นโครงสร้างทางสังคมหรือเป็นบริบทหนึ่งของสังคมทำให้เราจำเป็นต้องพูดถึงกฎหมายในฐานะของโครงสร้างทางสังคม กฎหมายไม่ได้เกิดขึ้นจากกระบวนการทางปรัชญา กระบวนการทางศาล หรือกระบวนการทางนิติศาสตร์ แต่กฎหมายเกิดขึ้นบนกระบวนการทางสังคม และสามารถ

⁴⁸ Ibid., xv.

เปลี่ยนได้หากสังคมเปลี่ยนไป เมื่อกฎหมายเกิดจากข้อเท็จจริง การคิดถึงกฎหมายจึงต้องทำความเข้าใจมั่นในฐานะที่มันเป็นข้อเท็จจริงหนึ่งของสังคมท่ามกลางข้อเท็จจริงของสังคม(หรือโครงสร้างทางสังคม)ที่ซับซ้อน และการเอากฎหมายกลับเข้าไปอยู่ในบริบทของมันไม่ใช่การกลับไปสู่จุดเริ่มต้น แต่เป็นการกระทำที่แสดงให้เห็นว่าเราเข้าใจกฎหมายในสิ่งที่มันเป็น

การหากฎหมายบริสุทธิ์คือการแยกกฎหมายออกมาจากบริบทของมัน และพิจารณาเพียงแต่ในกฎหมายโดยไม่สนใจข้อเท็จจริงอื่นๆที่เกิดขึ้น และทำให้กฎหมายได้กลายเป็นสิ่งอื่นไป เมื่อกฎหมายคือหนึ่งในโครงสร้างสังคมการพิจารณากฎหมายจึงจำเป็นที่จะต้องพิจารณามันในฐานะที่มันเป็นโครงสร้างทางสังคมไม่ใช่พิจารณามันในสภา ในหนังสือ หรือในห้องเรียน โดยไม่สนว่าข้อเท็จจริงของสังคมเป็นอย่างไร กฎหมายเป็นสิ่งที่จะต้องถูกพิจารณาโดยสังคมหรือทุกคนในสังคม

7.4 โครงการของฮาร์ทไม่มีที่ว่างให้คุณค่า

แม้ว่าฮาร์ทจะกล่าวถึงความแตกต่างระหว่างกฎหมายและศีลธรรมว่าขอบเขตของกฎหมายอยู่ที่การกล่าวถึงสิ่งที่เป็น(is) และขอบเขตของศีลธรรมอยู่ที่การกล่าวถึงสิ่งที่ควร(ought) และมันจริงที่งานเขียนของเขาได้กล่าวถึงความแตกต่างระหว่างข้อเท็จจริงและคุณค่าเอาไว้หลายครั้ง จนดูราวกับว่าฮาร์ทกำลังใช้ความแตกต่างของข้อเท็จจริงและคุณค่าเข้ามาชี้ให้เห็นถึงความแตกต่างระหว่างกฎหมายและศีลธรรม แต่ที่จริงแล้วประเด็นนี้ฮาร์ทไม่ได้ให้ความสำคัญเท่าไรนัก

มโนทัศน์(หรือเครื่องมือสำคัญ)ที่ฮาร์ทใช้แบ่งแยกแตกต่างระหว่างกฎหมายและศีลธรรม(รวมไปถึงบริบทส่วนต่างๆ)คือมโนทัศน์การแบ่งปัน(share) เนื่องจากบริบทส่วนตัวของแต่ละคนแตกต่างกันและไม่มีบริบทของคนใดคนหนึ่งจะไปเหมือนกับบริบทของอีกคนหนึ่งได้ทุกประการจึงทำให้ศีลธรรมที่เกิดขึ้นมาจากบริบทส่วนตัว(ข้อเท็จจริงส่วนตัว)ไม่สามารถแบ่งปันกับคนอื่นได้ มโนทัศน์นี้เป็นเครื่องมือสำคัญของฮาร์ทเพราะฮาร์ทได้เขียนเอาไว้ในหนังสือของเขาทั้งสองเล่มคือหนังสือ Concept of Law และหนังสือ Law, Liberty and Morality⁴⁹ โดยมโนทัศน์นี้เกิดขึ้นมาจากการที่ฮาร์ทไม่ได้มองศีลธรรมในแบบที่มันเป็น(หรือไม่ได้มองศีลธรรมในฐานะที่กล่าวถึงคุณค่า) แต่ฮาร์ทมองศีลธรรมในฐานะข้อเท็จจริงที่เป็นข้อเท็จจริงแบบส่วนตัว(หรืออัตวิสัย)ของแต่ละคน และการมองศีลธรรมในฐานะข้อเท็จจริงนี้เองที่ทำให้ศีลธรรมสามารถเข้ามาอยู่ร่วมกับกฎหมายได้ในขั้นตอนกฎหมายยุติภูมิ ผู้วิจัยเห็นว่าโครงการของฮาร์ทไม่เป็นอะไรมากไปกว่าการเชื่อมโยงระหว่างข้อเท็จจริงเข้าด้วยกัน คือการเชื่อมโยงกฎหมาย(ในฐานะข้อเท็จจริงที่เป็นแบบแผนของการอยู่ร่วมกัน)เข้ากับข้อเท็จจริงอื่นๆในฐานะบริบทของกฎหมาย

⁴⁹ ดูในหัวข้อ ศีลธรรมปฏิฐานนิยมคืออะไร

เมื่อโครงการของฮาร์ทหรือระบบกฎหมายของฮาร์ทคือการเชื่อมโยงข้อเท็จจริงเข้าด้วยกัน ความยุติธรรมที่เกิดจากระบบกฎหมายของฮาร์ทจึงเป็นภาวะการตัดสินที่ไม่ได้ตัดสินเชิงคุณค่า แต่เป็นภาวะการตัดสินที่วางอยู่บนข้อเท็จจริง

ความยุติธรรมในความหมายนี้มันเท่าเทียมเพราะมันยอมรับให้บริบทเฉพาะตัวของผู้กระทำผิดแต่ละคนในแต่ละคดีสามารถเข้ามาถูกพิจารณาอยู่ในระบบกฎหมาย และการยอมรับบริบทส่วนตัวดังกล่าวมันเป็นการยืนยันไปถึงจุดยืนของฮาร์ทที่ต้องการให้นำบริบทของผู้กระทำผิด(ในฐานะบริบทของกฎหมาย)เข้ามาพิจารณาอยู่ในระบบกฎหมาย

8. ข้อวิจารณ์ถึงฮาร์ท

ผู้วิจัยเห็นด้วยกับโครงการทางปรัชญาของฮาร์ท แต่โครงการของฮาร์ทได้สร้างปัญหาใหญ่ขึ้นมากล่าวคือ แม้ว่าฮาร์ทได้เปิดช่องให้ข้อเท็จจริงที่มีประธานแบบอัตวิสัยถูกคิดในฐานะที่มันเป็นบริบทของผู้กระทำผิดและบริบทของกฎหมาย ราวกับฮาร์ทเชื่อว่าการทำความเข้าใจเกี่ยวกับข้อเท็จจริงที่มีประธานแบบอัตวิสัยดังกล่าวจะสามารถทำให้กฎหมายตัดสินอย่างยุติธรรม แต่ฮาร์ทก็ไม่ได้กล่าวถึงการทำความเข้าใจเกี่ยวกับข้อเท็จจริงที่มีประธานแบบอัตวิสัย ในหนังสือของฮาร์ทได้ยอมรับศีลธรรมของผู้กระทำผิดแต่ฮาร์ทก็ไม่ได้อธิบายไปถึงการทำความเข้าใจเกี่ยวกับศีลธรรมนั้น ทำให้การยอมรับอารมณ์ของผู้กระทำผิดว่ามันเป็นบริบทของกฎหมายและเป็นบริบทของคดีตามโครงการทางปรัชญาของฮาร์ทจึงไม่สามารถอธิบายไปถึงการทำความเข้าใจเกี่ยวกับอธิบายไปถึงการทำความเข้าใจเกี่ยวกับได้เช่นกัน เพราะหากฝืนไปอธิบายจะเป็นการกล่าวที่เกินไปจากฮาร์ท

ผู้วิจัยเห็นว่าการเข้าในข้อเท็จจริงแบบอัตวิสัยเป็นปัญหาของฮาร์ทและปัญหาดังกล่าวก็หรือที่จะแก้ไขต่อไป

บทที่ 4

จากที่ผ่านมามาทั้งหมดเราจะเห็นว่าโครงการของฮาร์ทประกอบด้วยสองขั้นตอน ขั้นตอนแรกคือการกลับไปยังจุดเริ่มต้นของกฎหมายว่าอะไรที่เป็นกฎหมายและอะไรที่ไม่เป็นกฎหมาย(แต่สัมพันธ์กันในฐานะบริบทของกฎหมาย) และขั้นตอนที่สอง(หรือใจความสำคัญ)คือการนำหลักการของกฎหมายกลับเข้าไปอยู่ในบริบท แม้ว่าฮาร์ทจะมุ่งอธิบายถึงกฎหมายและศีลธรรม(ในฐานะบริบทของกฎหมาย) แต่ก็ไม่ได้หมายความว่าโครงการทางปรัชญาของฮาร์ทจะสิ้นสุดหรือสิ้นคำอธิบายที่ความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายและศีลธรรม ผู้วิจัยเห็นว่าโครงการทางนิติปรัชญาของฮาร์ทสามารถนำมาใช้อธิบายความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายและบริบทอื่นๆของกฎหมายได้ด้วย ยกตัวอย่างเช่นความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายและอารมณ์ในฐานะที่อารมณ์เป็นบริบทหนึ่งของกฎหมาย และการใช้โครงการทางปรัชญาของฮาร์ทมาอธิบายความสัมพันธ์ดังกล่าวจะทำให้เราเข้าใจความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายและความยุติธรรมได้ดียิ่งขึ้น

1. กฎหมาย(กฎปฐมนุฎ)และศีลธรรมยังไม่พอสำหรับความยุติธรรม

ปัจจุบันได้มีข้อเสนอว่าเมื่อพูดถึงความยุติธรรมมันไม่ได้หมายถึงแค่กฎหมายและศีลธรรม เพราะอารมณ์ก็เป็นส่วนหนึ่งของความยุติธรรม ข้อเสนอนี้ได้ถูกทำให้เป็นรูปเป็นร่างโดยกลุ่มสตรีนิยม และเป็นข้อเสนอที่ทำให้กฎหมายให้ความสำคัญมากจนต้องแยกไปศึกษาเป็นอีกหัวข้อหนึ่งต่างหาก⁵⁰ เพราะหากกฎหมายไม่สามารถแก้ไขปัญหาได้กฎหมายก็จะไม่เชื่อมโยงกับความยุติธรรม จากข้อเสนอดังกล่าวทำให้เกิดคลื่นระลอกใหญ่ในวงการกฎหมาย ในขณะที่นักกฎหมายกลุ่มนี้ต้องการให้ร่างกฎหมายใหม่ขึ้นมารองรับ นักกฎหมายอีกกลุ่มก็พยายามหาคำอธิบายความเชื่อมโยงกันระหว่างกฎหมายและอารมณ์ ทำให้การกระทำของมนุษย์ในปัจจุบันต้องใช้ทั้งกฎหมาย ศีลธรรม และอารมณ์ เข้ามามีส่วนร่วมในการตัดสิน ด้วยเหตุผลดังกล่าวทำให้การศึกษากฎหมายในปัจจุบันจึงมุ่งเน้นไปที่ความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายและอารมณ์ เทร์รี เอ, มารอนนี่ เสนอว่าการศึกษากฎหมายในปัจจุบันเกี่ยวข้องกับวิชาการหลายแขนง เช่น psychology, law, philosophy, and neuroscience⁵¹ ผู้วิจัยเห็นว่าโครงการทางปรัชญาของฮาร์ทสามารถแก้ไขปัญหาดังกล่าวได้ดังนี้

“Indeed, one of the central themes of the book is that neither law nor any other form of social structure (social institution, matter of

⁵⁰ Denise Meyerson, *Understanding Jurisprudence* (London: Routledge-Cavendish, 2007).chapter 8

⁵¹ Terry A. Maroney, "Law and Emotion: A Proposed Taxonomy of an Emerging Field," *Law and Human Behavior* 30, no. No. 2, Emotion in Legal Judgment and Decision Making Apr. (2006): 119.

fact) can be understood without an appreciation of certain crucial distinctions between two different kinds of statement, which I have called 'internal' and 'external' and which can both be made whenever social rules are observed.(matter of law)”⁵²

แม้ว่าในหนังสือ Concept of Law ฮาร์ทจะเน้นไปที่กฎหมายและศีลธรรมแต่ในโครงสร้างหลักในโครงการของฮาร์ทยังเปิดช่องให้กับข้อเท็จจริงอื่นๆ(ในฐานะที่มันเป็นข้อเท็จจริงที่เป็นบริบทของผู้กระทำผิดและบริบทของกฎหมาย) แม้ว่าการอธิบายไปถึงความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายและอารมณฺ์จะดูเหมือนเป็นเรื่องที่ทำให้โครงการของฮาร์ทยุ่งยากมากขึ้น แต่ผู้วิจัยเห็นว่าการอธิบายหัวข้อดังกล่าวไม่ได้เป็นความยุ่งยาก ในทางกลับกันมันยังช่วยให้เราเข้าใจโครงการของฮาร์ทได้ดีมากขึ้นกว่าเดิม ปัจจุบันกฎเกณฑ์ที่ใช้ในการตัดสินการกระทำของมนุษย์ได้ซับซ้อนมากขึ้น การใช้แค่กฎหมายและศีลธรรมเข้ามาตัดสินการกระทำของมนุษย์จึงไม่เพียงพอที่จะทำให้เกิดความยุติธรรม เพราะโดยทั่วไปได้มีข้อเสนอว่าการทำสิ่งใดๆของมนุษย์มีอารมณฺ์เป็นสภาวะเดียวกับการตัดสิน⁵³ ที่ผ่านมามีความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายและอารมณฺ์ได้ศึกษาผ่านหัวข้อต้นหาอาชญากรรม และเริ่มต้นที่กฎหมายมาตราที่ว่าด้วยการบันดาลโทษ ต่อจากนี้เราจะมาดูกันว่ากฎหมายและอารมณฺ์⁵⁴ จะเชื่อมโยงกันอย่างไรเป็นประจำหรือไม่ หรือจะกล่าวอีกอย่างว่าอารมณฺ์เป็นหลักการที่อยู่ในกฎหมายหรือไม่

2.ความเชื่อมโยงระหว่างกฎหมาย(กฎปฐมนุฎ)และอารมณฺ์

หัวข้อนี้จะเริ่มจากคำถามที่ว่ากฎหมายและอารมณฺ์เชื่อมโยงกันอย่างไรเป็นประจำหรือไม่ คำถามดังกล่าวทำให้เราจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องกลับไปพิจารณาที่จุดเริ่มต้น คือการเข้าไปดูว่ากฎหมายคืออะไร เมื่อฮาร์ทนิยามว่ากฎหมายคือกฎสังคม⁵⁵ หากอารมณฺ์จะเชื่อมโยงอย่างเป็นประจำกับกฎหมาย(หรือเป็นหลักการของกฎหมาย)ก็หมายความว่าอารมณฺ์จะต้องเป็นกฎสังคมด้วย ต่อจากนี้ไปเราจะมาดูกันว่าอารมณฺ์เป็นกฎสังคมหรือไม่

เงื่อนไขแรกอารมณฺ์มีประธานคือสังคมหรือไม่ อารมณฺ์คือข้อเท็จจริงหรือประสบการณ์แบบอัตวิสัย⁵⁶ (ส่วนตัว)ของผู้กระทำ(ไม่ว่าจะถูกหรือผิดกฎหมาย) มันเป็นข้อเท็จจริงเฉพาะการกระทำหรือข้อเท็จจริงเฉพาะคดีที่เกิดขึ้น และการที่อารมณฺ์เป็นข้อเท็จจริงแบบส่วนตัวทำให้อารมณฺ์เป็นสิ่งที่

⁵² Hart, *Concept of Law*, V.ภายในวงเล็บขยายความโดยผู้วิจัย

⁵³ เนื่องน้อย บุญเนตร, ความยุติธรรมในต้นหาอาชญากรรม (กรุงเทพฯ: โครงการจัดพิมพ์คบไฟ, 2557), 8.

⁵⁴ ผู้วิจัยเห็นว่าอารมณฺ์และความรู้สึกเป็นสิ่งเดียวกัน

⁵⁵ ดูบทที่2

⁵⁶ บุญเนตร, ความยุติธรรมในต้นหาอาชญากรรม, 8.

อยู่นอกเหนือเหตุผลของกฎหมาย⁵⁷ ไม่มีกฎหมายใดๆที่เขียนถึงอารมณ์⁵⁸ หรือไม่มีกฎหมายใดจะไปบังคับในเรื่องของอารมณ์⁵⁹ เรื่องของอารมณ์ไม่ใช่สาระของกฎหมายที่จะเข้าไปจัดการ เพราะสิ่งที่จะเข้าไปอยู่เป็นกฎในกฎหมาย(กฎปฐมภูมิ)ได้จะต้องมีที่มาจากสังคม⁶⁰ เมื่ออารมณ์เป็นเรื่องส่วนตัวและกฎหมายเป็นเรื่องสังคม(หรือสาธารณะ) อารมณ์และกฎหมายจึงไม่เชื่อมโยงกันอย่างจำเป็น หรือจะกล่าวอีกอย่างว่าอารมณ์ไม่เป็นหลักการที่อยู่ในกฎหมาย

เงื่อนข้อที่สองอารมณ์เป็นกฎหรือไม่⁶¹ กฎในที่นี้ไม่ได้หมายถึงกฎศีลธรรม(ที่กล่าวถึงเรื่องที่ดี) แต่หมายถึงกฎที่วางอยู่บนข้อเท็จจริง กฎหมายวางอยู่บนรูปแบบการวิพากษ์ที่กล่าวถึงความถูกต้องและความผิด และผู้ทำตามกฎหมายคือผู้ผูกพันตนเข้ากับความถูกต้องและความผิดนั้น ในทางกลับกัน อารมณ์ไม่ได้กล่าวถึงความถูกต้องและความผิดเหมือนกฎหมาย เพราะอารมณ์กล่าวถึงแง่ดี(เช่น ความรัก ความเมตตา)และแง่ลบ(เช่น ความโกรธ ความเกลียด) การที่อารมณ์กล่าวถึงแง่ดีและแง่ลบทำให้ผู้วิจัยเห็นว่าอารมณ์ได้วางอยู่บนรูปแบบการวิพากษ์เช่นเดียวกัน

แม้ว่าอารมณ์จะมีรูปแบบการวิพากษ์แต่อารมณ์ก็ไม่เป็นกฎเพราะเราไม่มีเหตุผลที่ดีที่จะทำตามอารมณ์ทุกประเภท มันจริงที่ว่าเรามีเหตุผลที่ดีที่จะทำตามอารมณ์แง่ดี เรามีเหตุผลที่ดีที่จะดูแลคนที่เรารักและเมตตา แต่ในทางกลับกันเราไม่มีเหตุผลที่ดีที่จะทำตามอารมณ์แง่ลบ เราไม่มีเหตุผลที่จะไปทำร้ายร่างกายคนที่เราเกลียด และเราไม่มีเหตุผลที่ดีที่จะไปฆ่าคนที่เราโกรธ

เมื่ออารมณ์ไม่เห็นกฎเพราะเราไม่มีเหตุผลที่ดีที่จะทำตามอารมณ์ในแง่ลบ และอารมณ์เป็นเรื่องส่วนตัวแบบอัตวิสัยจึงไม่มีประธานหรือเจ้าของคือสังคม ทำให้อารมณ์ไม่เป็นกฎสังคม เมื่ออารมณ์ไม่เป็นกฎสังคมอารมณ์จึงไม่มีความเชื่อมโยงอย่างจำเป็นกับหลักการของกฎหมาย

อาจมีคนโต้แย้งว่ากฎหมายและอารมณ์เชื่อมโยงกันผ่านกฎหมายมาตราที่ว่าด้วยการบันดาลโทษแต่เป็นความเข้าใจผิด และความเข้าใจผิดดังกล่าวเกิดขึ้นมาจากประเด็นที่คลุมเคลืออยู่สองประการ ประการแรกคือการคิดไปว่าบันดาลโทษ(ต้นหาอาชญากรรม)และอารมณ์เป็นสิ่งเดียวกัน ความเข้าใจผิดที่สองคือการคิดไปว่าการลงโทษเท่ากับความยุติธรรม ผู้วิจัยเห็นว่าทำให้ประเด็นทั้งสองชัดเจนขึ้นจะช่วยให้เราเห็นชัดว่าความโกรธ(อารมณ์)และการบันดาลโทษ(ที่อยู่ในกฎปฐมภูมิ) แตกต่างกันและไม่เกี่ยวข้องกัน

⁵⁷ Maroney, "Law and Emotion: A Proposed Taxonomy of an Emerging Field," 121.

⁵⁸ Hart, *Concept of Law*, 57.

⁵⁹ *Ibid.*, 11.

⁶⁰ *Ibid.*, 269.

⁶¹ ดูบทที่ 2 หัวข้อกฎหมายและความเคยชิน

3.ความเข้าใจผิดประการแรกคือการคิดไปว่าตัณหาอาชญากรรมและอารมณ์เป็นสิ่งเดียวกันหรือเชื่อมโยงกัน

อารมณ์ถูกทำให้กลายเป็นผู้ร้ายในกฎหมายผ่านหัวข้อตัณหาอาชญากรรม(crime of passion) ตัณหาอาชญากรรมประกอบด้วยคำสองคำคำแรกคือตัณหาคำที่สองคืออาชญากรรม คำว่าอาชญากรรมมีความหมายที่ชัดเจนและไม่มีข้อสงสัยว่ามันคือการกระทำที่ผิดกฎหมาย ส่วนคำที่มีปัญหาคือคำว่าตัณหาเพราะที่ผ่านๆมาการศึกษาในหัวข้อนี้ได้ผิดพลาดเพราะได้ให้ความหมายในคำว่า“ตัณหา”เอาไว้หลายความหมาย และการให้ความหมายหลายความหมายนี้เองที่ทำให้การศึกษาความเชื่อมโยงระหว่างกฎหมายและอารมณ์เกิดข้อผิดพลาด ผู้วิจัยจะเข้าไปแก้ปัญหาดังกล่าวและให้ความหมายคำว่าตัณหาเอาไว้สองความหมายดังนี้

3.1 ตัณหาความหมายแรก

ตัณหาความหมายแรกคืออารมณ์ผ่านกฎหมายมาตราที่ว่าด้วยการบันดาลโทสะ โดยมุ่งศึกษาอาชญากรรมที่ทำโดยอารมณ์ใน“ด้านลบ” เช่น ความอิจฉาริษยา ความเคืองแค้น ความโกรธ (ประเภทที่โกรธขึ้นมาทันที) ความเกลียด⁶² ตัณหาอาชญากรรมในความหมายนี้เป็นคำนิยามที่เกิดขึ้นมาจากอคติเพราะอาชญากรรมคือการทำผิดกฎหมายหรือการทำผิดทุกกรณี(ซึ่งเป็นคำในแง่ลบ) และตัณหาคืออารมณ์ในด้านลบ เมื่อนำสองคำนี้มารวมกันจึงหมายความว่าไปถึงการทำผิด(ซึ่งเป็นแง่ลบ)ที่เกิดจากตัณหา(อารมณ์ในแง่ลบ) และคำที่เกิดจากอคติดังกล่าวได้ชักจูง ชี้นำ หรือวางกรอบการศึกษาในเรื่องของอารมณ์และกฎหมายให้มุ่งศึกษาอารมณ์ใน“ด้านลบ”ที่อยู่“ภายใต้การทำผิดกฎหมาย”มาตราที่ว่าด้วยบันดาลโทสะ และไม่เป็นอะไรมากไปกว่าการอธิบายไปถึงการทำผิดและอารมณ์แง่ลบ

การอธิบายดังกล่าวเป็นการอธิบายที่ลำเอียงเพราะได้“เลือก”อารมณ์ในแง่ลบซึ่งเป็นเพียง“บางส่วน”ของอารมณ์มาอธิบายถึงการกระทำที่ผิดกฎหมายและ“เลือก”ที่จะไม่อธิบายไปถึงอารมณ์ในแง่ดี เช่น ความรัก ความเมตตา ซึ่งเป็นอีกด้านของอารมณ์มาอธิบาย(หรือสนับสนุน)การกระทำที่ถูกกฎหมาย เช่นกฎหมายที่พูดถึงบิดามารดามีหน้าที่เลี้ยงดูบุตรที่ยังไม่บรรลุนิติภาวะ และกฎหมายที่พูดถึงบุตรมีหน้าที่เลี้ยงดูบิดามารดา กฎหมายได้อธิบายราวกับว่าบิดามารดามีหน้าที่(ตามกฎหมาย)ดูแลบุตรและให้การศึกษาแก่บุตร และบุตรมีหน้าที่(ตามกฎหมาย)ดูแลบิดามารดาแยกแยะ แต่แท้ที่จริงแล้วกฎหมายทั้งสองมาตราดังกล่าวได้มีเรื่องของอารมณ์เข้ามาสนับสนุนด้วย เพราะความสัมพันธ์ระหว่างคนในครอบครัวมีอารมณ์ในแง่บวกเข้ามารองรับและอธิบายได้ เช่น ความรัก ความปรารถนาดี ระหว่างคนในครอบครัวซึ่งเป็นอารมณ์ในแง่บวก และอารมณ์ในแง่บวกดังกล่าว

⁶² บุญยเนตร, ความยุติธรรมในตัณหาอาชญากรรม, 18.

สามารถอธิบายเพื่อสนับสนุนการกระทำที่ถูกกฎหมายได้ และอารมณ์ในแง่บวกที่สนับสนุนการกระทำที่ถูกกฎหมายเป็นการแสดงให้เห็นว่าอารมณ์ก็สามารถเป็นเหตุผลที่ดีได้ แต่อารมณ์ในแง่ดีกลับ “ไม่ถูกเลือก” มาอธิบายในหัวข้อต้นหาอาชญากรรม ในทางกลับกันอารมณ์ในแง่ลบกลับ “ถูกเลือก” มาอธิบายในหัวข้อต้นหาอาชญากรรม และการถูกเลือกและไม่ถูกเลือกดังกล่าวทำให้อารมณ์ถูกทำให้เป็นผู้ร้ายในกฎหมาย(และไม่สามารถกลายเป็นเหตุผลที่ดีของการทำตามกฎหมาย) และเพื่อให้ประเด็นนี้ชัดเจนยิ่งขึ้นผู้วิจัยจะยกตัวอย่างที่แสดงให้เห็นว่ากฎหมายบันดัลโทสะและความโกรธแตกต่างกัน สามตัวอย่าง ตัวอย่างแรกฉันโกรธและกฎหมายบอกว่าฉันบันดัลโทสะ ตัวอย่างที่สองฉันโกรธแต่กฎหมายบอกว่าฉันไม่บันดัลโทสะ ตัวอย่างที่สามฉันไม่โกรธ(วางแผนฆ่า)แต่กฎหมายบอกว่าฉันบันดัลโทสะ

3.1.1 ตัวอย่างแรกฉันโกรธและกฎหมายบอกว่าฉันบันดัลโทสะ

ความโกรธแบบแรกคือความโกรธที่เกิดขึ้นในช่วงเวลาที่ไม่แน่นอนและไม่มีเวลาให้คิด หากรู้ถึงเหตุที่ทำให้โกรธแล้วจะต้องโกรธทันที ความโกรธแบบนี้ตรงกันกับการบันดัลโทสะของกฎหมายที่ว่า “กฎหมายมองว่าช่วงระยะเวลาที่บันดัลโทสะจะต้องไม่แน่นอนและไม่มีเวลาให้ ‘คิด’ เพราะ ‘หากทราบเหตุข่มเหงแล้วต้องบันดัลโทสะทันที...’ ”⁶³ ความโกรธแบบนี้มันตรงกับการบันดัลโทสะอย่างชัดเจนจนไม่มีข้อสงสัยใดๆ เพราะเป็นความโกรธที่เกิดขึ้นจากการถูกข่มเหงหรือถูกย่ำยี(ด้วยเหตุอันไม่เป็นธรรม)อย่างร้ายแรง จนทำให้(ผู้กระทำผิด)รู้สึกโกรธขึ้นมาอย่างทันทีทันใด และความโกรธนั้นมันรุนแรงมากถึงขั้นไม่มีสติควบคุมตนเองและได้แต่ปล่อยให้ความโกรธนั้นชักจูง(หรือชี้นำ)ตัวตนของเราจนกระทั่งเกิดการทำผิดขึ้น

3.1.2 ตัวอย่างที่สองฉันโกรธแต่กฎหมายบอกว่าฉันไม่บันดัลโทสะ

ความโกรธแบบที่สองคือความโกรธที่เกิดขึ้นจากการถูกรบกวนซ้ำๆติดต่อกันเป็นระยะเวลาอันยาวนานอาจจะหลายปี(ถูกข่มเหงซ้ำๆติดต่อกัน แต่ไม่ร้ายแรง) ความโกรธแบบนี้เหมือนกับภูเขาไฟที่ค่อยๆสะสมความร้อน(ความโกรธ)ทีละเล็กทีละน้อยจนกระทั่งวันหนึ่งถึงจุดที่ไม่สามารถเก็บความร้อนได้อีกต่อไปแล้ว ความโกรธทั้งหมดที่สะสมมาจึงได้ปะทุหรือระเบิดออกมาในเวลาเดียวและได้ตัดสิ้นใจทำผิด ความโกรธแบบนี้แตกต่างจากการบันดัลโทสะตามกฎหมายโดยสิ้นเชิงเพราะสาเหตุของการข่มเหงมัน(อาจจะ)ไม่ได้ร้ายแรงแต่สาเหตุของการข่มเหะนั้นได้เกิดขึ้นซ้ำๆกันและติดต่อกันเป็นระยะเวลาอันยาวนาน และ(ผู้ทำผิด)ไม่ได้โกรธทันทีทันใดที่รู้ถึงการข่มเหงในแต่ละครั้ง แต่โกรธหลังจากเหตุข่มเหะนั้นเกิดขึ้นหลายๆครั้งหลังจากนั้น กล่าวคือความโกรธแบบนี้ใช้เวลาสะสมนานมากที่จะโกรธ

⁶³ Ibid., 25.

ทั้งสองตัวอย่างข้างต้นแสดงให้เห็นว่าความโกรธแบบทันทีทันใดเท่านั้นที่ถูกเรียกว่าบันดาลโทษ แต่ความโกรธแบบใช้เวลาสะสมกลับไม่ถูกเรียกว่าบันดาลโทษ ประกอบกับไม่มีข้อเท็จจริงใดๆ ที่กฎหมายนำมาอธิบายหรือสนับสนุนในการแบ่งความโกรธออกเป็นหลายประเภทแล้ว “เลือก” ความโกรธแบบทันทีทันใดและ “ไม่เลือก” ความโกรธแบบใช้เวลาสะสม การเลือกและไม่เลือกดังกล่าวแสดงให้เห็นว่ากฎหมายและอาชญากรรมเป็นสองสิ่งที่แตกต่างกัน และยิ่งเห็นชัดเจนขึ้นในตัวอย่างที่สามที่กล่าวต่อไป

3.1.3 ตัวอย่างที่สามฉันไม่โกรธ(วางแผนฆ่า)แต่กฎหมายบอกว่าฉันบันดาลโทษ

สมมุติให้ภรรยา “รู้ก่อนแล้ว” ว่าสามีมีชู้ “แต่แกล้งทำเป็นไม่รู้” และทำตน(หรือแสดง)ออกมาว่าเหมือนไม่รู้โดยปิดบังเอาไว้อย่างแนบเนียนและไม่มีใครรู้ว่าเธอรู้ หลังจากนั้นจึงย้ายอาวุธปืนไปไว้ในที่หยิบฉวยได้ง่าย และตามสืบวันเวลาที่สามีกับชู้จะมาเจอกัน โดยมีเจตนาที่ตั้งมั่นว่าหากสามีกับชู้มาเจอกันจริงก็จะใช้ปืนดังกล่าวยิงทันที เจตนาที่ตั้งมั่นดังกล่าวเป็นการวางแผนและเป็นการกระทำ แม้ว่าภรรยาจะไม่ได้กระดุนหรือโน้มน้าวใจให้เหตุการณ์ดังกล่าวเกิดขึ้น แต่ภายในใจภรรยาได้รู้ก่อนแล้วว่าสามีกับชู้จะต้องมาเจอกัน เจตนาที่ตั้งมั่นและการรอให้เหตุการณ์เกิดขึ้นเปรียบเหมือนนายพรานกำลังรอให้เหยื่อเข้ามาติดกับ และพอสบโอกาสก็แกล้งทำเป็นไป “พบเจอโดยบังเอิญ” ถึงเหตุแห่งการฆาตกรรม “อย่างกระทันหัน” จนไม่มีเวลาให้คิดและใช้อาวุธปืนที่เตรียมไว้(ซึ่งย้ายมาเก็บไว้ตรงนั้นนานหลายวันหรือหลายเดือนแล้วจนดูเหมือนไม่ได้เตรียมไว้ตามแผนการนี้)ยิงสามีและชู้ตายคาเตียงทันที สาเหตุที่ต้องแกล้งพบเจอเหตุการณ์ดังกล่าวอย่างกระทันหันเป็นเพราะต้องการปิดบังเจตนาฆ่าเอาไว้และแสดงออกมาเหมือนกับการบันดาลโทษ แม้ว่าผลที่ได้คือความตายของสามีกับชู้เหมือนกัน แต่ความแตกต่างกันอยู่ที่การรับโทษตามกฎหมายที่แตกต่างกันการฆ่าโดยไตร่ตรองไว้ก่อนจะได้รับโทษหนักกว่าการบันดาลโทษซึ่งเป็นเทคนิคทางกฎหมาย

สิ่งที่น่าสนใจในตัวอย่างนี้ไม่ได้อยู่ที่การโกรธหรือไม่แต่อยู่ที่ช่วงเวลาที่เราที่รู้เหตุแห่งการฆาตกรรม เนื่องจากเราไม่สามารถเข้าไปอ่านในจิตใจหรือความคิดของผู้กระทำผิดได้จึงได้แต่ “เดา” เอาว่าผู้กระทำผิดรู้ถึงเหตุแห่งการฆาตกรรมในตอนนั้นและได้บันดาลโทษขึ้นมาทันทีทันใดหรือไม่ และการเดาดังกล่าวก็อาศัยการกระทำของผู้กระทำผิดเป็นแนวทางในการเดา แต่เนื่องจากในตัวอย่างนี้ผู้กระทำผิดได้ปิดบังการวางแผนฆ่าเอาไว้อย่างแนบเนียนจนไม่มีใครรู้และได้แสดงพฤติกรรมออกมาราวกับว่าเพิ่งรู้เหตุแห่งการฆาตกรรมด้วยเหตุอันไม่เป็นธรรมอย่างร้ายแรงนั้นและได้บันดาลโทษขึ้นมาทันทีจนทำให้ใช้อาวุธปืนที่เตรียมไว้ยิงสามีและชู้ตายคาเตียงทันที พฤติกรรม⁶⁴ ที่เป็นข้อเท็จจริงของตัวอย่างนี้ได้แสดงออกมามาตรงกันกับเจตนาของกฎหมายมาตราที่ว่าด้วยบันดาลโทษทุกประการ อาจมีคนโต้แย้ง

⁶⁴ ศัพท์กฎหมาย : พฤติกรรม+สถานการณ์ ที่วางอยู่บนข้อเท็จจริงที่คนทั่วไปสามารถรับรู้ได้

ว่าผู้กระทำผิดได้“รู้อยู่ก่อนแล้ว”แต่การรู้อยู่ก่อนแล้วไม่ได้ถูกแสดงออกมาให้เห็นเป็นพฤติกรรมของคดี กฎหมาย(กฎปฐมภูมิ)จึงต้อง“สรุปออกมาอย่างจำเป็น”ว่าตัวอย่างนี้เกิดขึ้นมาจากการบันดาลโทษ เพราะมันสมเหตุสมผลที่จะต้องสรุป(หรือตัดสิน)ออกมาเช่นนั้น

มาถึงตรงนี้เราจะเห็นว่ากฎหมายและอารรถณไม่เชื่อมโยงกันอย่างจำเป็นแม้ว่าจะมีกฎหมายที่ว่าด้วยการบันดาลโทษก็ตาม กฎหมายที่ว่าด้วยการบันดาลโทษและความโกรธแบบทันทีทันใดมันตรงกันโดยบังเอิญ เพราะไม่มีเหตุผลใดมาสนับสนุนว่าเหตุใดจึง“เลือก”ความโกรธแบบทันทีทันใดและ“ไม่เลือก”ความโกรธแบบใช้เวลาสะสม และความบังเอิญดังกล่าวก็ไม่ได้ทำให้ความโกรธ(อารรถณ)และบันดาลโทษ(กฎหมาย)เท่ากันหรือเป็นสิ่งเดียวกัน และยังเห็นชัดในตัวอย่างที่สามที่ไม่ได้โกรธแต่กฎหมายจำเป็นที่จะต้องตัดสินออกมาว่าบันดาลโทษเพราะมันสมเหตุสมผลในทางกฎหมาย ประกอบกับที่กล่าวไว้ในหัวข้อความเชื่อมโยงระหว่างกฎหมายและอารรถณข้างต้นว่ากฎหมาย(กฎปฐมภูมิ)และอารรถณไม่เชื่อมโยงกันอย่างจำเป็น ผู้วิจัยจึงเห็นว่าค้นหาในความหมายนี้จึงไม่สามารถใช้อธิบายคำว่าค้นหาอารรถณกรรมได้

3.2 ค้นหาความหมายที่สอง

ค้นหาความหมายที่สองคือการบันดาลโทษตามกฎหมาย ค้นหาในความหมายนี้ไม่ได้หมายถึงอารรถณใดๆแต่หมายถึงเหตุผล(หรือเทคนิค)ที่อยู่ในกฎหมาย เมื่อค้นหาหมายถึงเทคนิคที่อยู่ในกฎหมายและอารรถณกรรมคือการทำผิดกฎหมาย ทำให้ค้นหาอารรถณกรรมในความหมายนี้เป็นเรื่องที่ต้องพูดกันภายในกฎหมาย(กฎปฐมภูมิ) และเมื่อกฎหมายคือกฎสังคมและอารรถณคือประสบการณ์แบบอัตวิสัย ค้นหาอารรถณกรรมในความหมายนี้จึงไม่เชื่อมโยงกับอารรถณอย่างจำเป็น ทำให้การอธิบายถึงค้นหาอารรถณกรรมสามารถอธิบายได้โดยใช้กฎหมายบันดาลโทษเพียงอย่างเดียวและไม่จำเป็นที่จะต้องอธิบายไปถึงอารรถณ

สาเหตุที่ทำให้การบันดาลโทษแตกต่างจากความโกรธคือ เงื่อนไขของการเกิดบันดาลโทษบันดาลโทษจะเกิดขึ้นได้ก็ต่อเมื่อเกิดข้อเท็จจริงบางอย่างต่อบุคคล โดยข้อเท็จจริงนั้นจะต้องเป็น(1)เหตุข่มเหง(2)อย่างร้ายแรง(3)ด้วยเหตุไม่เป็นธรรม หากครบเงื่อนไขทั้งสามประการนี้กฎหมายจึงจะยอมรับว่าเกิดบันดาลโทษ กล่าวคือหากเกิดเหตุข่มเหงและเหตุนี้ไม่เป็นธรรมแต่เหตุนี้ไม่ร้ายแรงกฎหมายก็จะไม่ยอมรับว่าเกิดบันดาลโทษ และหากเกิดเหตุไม่เห็นธรรมและเหตุนี้ร้ายแรงแต่เหตุนี้ไม่ใช่เหตุข่มเหง กฎหมายก็จะไม่ยอมรับว่าเกิดบันดาลโทษเช่นกัน

ในทางกลับกันหากเงื่อนไขของการบันดาลโทษเกิดขึ้นครบกล่าวคือเกิดข้อเท็จจริงบางอย่างกับบุคคลโดยบุคคลนั้นถูกข่มเหงอย่างไม่เป็นธรรมและเหตุนี้ร้ายแรง กฎหมายก็จะยอมรับว่าบุคคลนั้นเกิดโทษโดยไม่สนใจว่าบุคคลนั้นจะรู้สึกโกรธหรือไม่และการยอมรับนี้เป็นการยอมรับโดยที่ไม่ได้สนใจหรือใส่ใจอารรถณของบุคคลในแบบที่มันเป็น และการไม่ได้ใส่ใจอารรถณในแบบที่มันเป็นทำให้

เกิดช่องว่างจนทำให้เกิดกรณี “ตัวอย่างที่สองฉันโกรธแต่กฎหมายบอกว่าฉันไม่บันดาลโทษ และตัวอย่างที่สามฉันไม่โกรธ(วางแผนฆ่า)แต่กฎหมายบอกว่าฉันบันดาลโทษ” ตามที่กล่าวไว้ข้างบน

4. ความเข้าใจผิดที่สองคือการคิดไปว่าการลงโทษเท่ากับความยุติธรรม

ผู้ทำผิดกฎหมายจะถูกลงโทษแต่การลงโทษไม่เท่ากับความยุติธรรม ในรูปแบบของกฎหมาย (องค์ประกอบภายนอกกฎหมายหรือจะเรียกอีกอย่างว่ากฎหมายสารบัญญัติ)มีส่วนที่กำหนดบทลงโทษผู้ทำผิดกฎหมายเอาไว้ แต่การลงโทษไม่ได้เท่ากับว่าการทำผิดในกฎหมายมาตราเดียวกันจะถูกลงโทษเท่ากัน เพราะคดีแต่ละคดีหรือการกระทำผิดในแต่ละครั้งเกิดขึ้นบนข้อเท็จจริงเฉพาะที่แตกต่างกันและข้อเท็จจริงที่แตกต่างกันนี้เองที่ทำให้การทำผิดกฎหมายข้อเดียวกันแต่ถูกลงโทษต่างกันและการถูกลงโทษที่ต่างกันนี้เองที่ทำให้กฎหมายถูกโต้แย้งว่ากฎหมายเปิดให้มี “การฆ่าที่มีเหตุผลถูกต้องชอบธรรม” กับ “การฆ่าที่มีข้อแก้ตัวที่มีเหตุผล”⁶⁵ ทำให้กฎหมายไม่ยุติธรรมหรือสองมาตรฐาน

ความยุติธรรมไม่ได้หมายถึงการลงโทษผู้กระทำผิดเท่ากันในข้อหาเดียวกัน เพราะการลงโทษ (หรือลดโทษ) มีประเด็นที่จะต้องพิจารณาเพิ่มเติมนอกเหนือไปกว่านั้น โดยเฉพาะผู้กระทำผิดที่เป็นแพทย์ หรือคดีที่สามีฆ่าภรรยาหรือภรรยาฆ่าสามีและผู้กระทำผิดมีบุตรที่ “อายุน้อย”⁶⁶ มีแนวโน้มที่จะได้รับการลดโทษมาก และเหตุแห่งการลดโทษตามกฎหมายสามารถอธิบายได้จาก “การฆ่าที่มีเหตุผลถูกต้องชอบธรรม” กับ “การฆ่าที่มีข้อแก้ตัวที่มีเหตุผล” บางส่วน แต่การลดโทษตามกฎหมายยังมีคำอธิบายอื่นดังนี้

ประการแรกการขังผู้กระทำผิดทำให้เกิดผลกระทบต่อคนรอบๆตัวของเขา ผู้กระทำผิดที่มีบุตรที่ “อายุน้อย” สมมุติว่าเป็นคดีสามีฆ่าภรรยา บุตรที่อายุน้อยเสียมารดาไปแล้วจากการกระทำผิด หากเราลงโทษผู้กระทำผิด(บิดาของเด็ก)สถานหนักก็จะทำให้บุตรอายุน้อยจำเป็นต้องไปอาศัยอยู่กับคนอื่นหรือสถานเลี้ยงเด็กกำพร้าและมีความเป็นไปได้ที่บุตรอายุน้อยจะไม่ถูกดูแลอย่างที่ควรและมีความเป็นไปได้ที่บุตรของผู้กระทำผิดจะเติบโตขึ้นมาและก่ออาชญากรรมในภายภาคหน้าเพราะไม่ได้รับการเลี้ยงดูที่ดี การขังผู้กระทำผิดเป็นการลงโทษผู้กระทำผิดอย่างไม่ต้องสงสัย แต่การลงโทษผู้กระทำผิดที่มีบุตรที่ “อายุน้อย” ไม่ได้เป็นการลงโทษผู้กระทำผิดคนเดียวแต่มันยังส่งผลกระทบต่อบุตรอายุน้อยที่เป็นผู้บริสุทธิ์ด้วยเหตุดังกล่าวจึงทำให้ผู้กระทำผิดมีบุตรที่ “อายุน้อย” มีแนวโน้มที่จะได้รับการลดโทษมาก

⁶⁵ บุญเนตร, ความยุติธรรมในต้นหาอาชญากรรม, 32.

⁶⁶ Ibid., 37.

นอกจากนี้กรณีที่สามมีข่าภรรยา การให้ผู้กระทำผิดเลี้ยงดูบุตรก็เป็นการลงโทษทางจิตใจอย่างหนึ่ง แม้ว่าผู้กระทำผิดไม่ต้องรับโทษทางกาย (เข้าไปอยู่ในคุก) แต่จะได้รับการลงโทษทางจิตใจแทน การลงโทษทางกาย ในกรณีที่บุตรอายุน้อยมาก ผู้กระทำผิดจะต้องเจอกับคำถามของบุตรซ้ำๆว่า ผู้ตาย(คนที่ถูกฆ่า)ไปไหน ผู้กระทำผิดจะต้องตอบคำถามนี้ซ้ำๆและการตอบคำถามซ้ำๆเป็นการตอกย้ำถึงการกระทำผิดที่ทำลายครอบครัวของตนเอง ในกรณีที่บุตรมากขึ้นมาหน่อยผู้กระทำผิดจะต้องเจอกับการกระทำของบุตรที่ห่างเหินเป็นการตอกย้ำถึงการกระทำผิดที่ทำลายครอบครัวของตนเอง และมีกฎหมายที่พูดถึงบิดามารดามีหน้าที่เลี้ยงดูบุตรที่ยังไม่บรรลุนิติภาวะและอาวมณีในแง่ดีคือความรักบุตรทำให้ผู้กระทำผิดไม่สามารถหลบหลีกหรือหลีกเลี่ยงหนีการลงโทษนี้ได้โดยตัวของเขาเอง

ประการที่สองกรณีที่ผู้กระทำผิดเป็นผู้เชี่ยวชาญด้านวิชาชีพ เช่น แพทย์หรือช่างกัญญา หากเราเชื่อว่าจิตของมนุษย์ที่พึงถือกำเนิดว่างเปล่าและความคิดต่างๆเกิดขึ้นหลังจากที่มนุษย์มีประสบการณ์กับสิ่งภายนอก⁶⁷ ถ้าเราเชื่อแบบนั้นจริงกฎหมายความว่าจากข้อเท็จจริงเราจะเห็นว่าในคุกมีนักโทษต่างๆจำนวนมากและก่อนหน้านั้นนักโทษแต่ละคนรู้แต่เพียงประสบการณ์การทำผิดของตัวเอง แต่เมื่อเข้าไปอยู่รวมกันในคุกก็มีความเป็นไปได้ที่นักโทษแต่ละคนจะแลกเปลี่ยนประสบการณ์แก่กันจนทำให้เกิดการเรียนรู้วิถีในการทำผิด กรณีที่ผู้กระทำผิดที่เป็นแพทย์รู้จักกายวิภาคของมนุษย์เป็นอย่างดีหากลงโทษแพทย์ให้เข้าไปอยู่ในคุกเวลานานก็มีความเป็นไปได้ว่านักโทษคนอื่นๆจะสามารถเรียนรู้กายวิภาคของมนุษย์เพื่อนำมาใช้ก่อความผิดในกายภาคหน้าได้ หรือกรณีที่ผู้กระทำผิดที่เป็นช่างกัญญาที่รู้วิธีไขกัญญาประตูบ้านหรือกัญญาแรดหากลงโทษให้เข้าไปอยู่ในคุกเวลานานก็มีความเป็นไปได้ว่านักโทษคนอื่นๆจะสามารถเรียนรู้วิธีไขกัญญาได้ เราจะเห็นว่าความยุติธรรมไม่เท่ากับการลงโทษเพราะในกฎหมายมีความคิดในเรื่องของเหตุผลโทษและเหตุผลโทษนี้สามารถถูกอธิบายได้จากข้อเท็จจริงที่คิดไปถึงผลกระทบของการคุมขังผู้กระทำผิด ทั้งผลกระทบของครอบครัวผู้กระทำผิดและผลกระทบของผู้กระทำผิดด้วยตนเองในระหว่างคุมขังและหลังจากพ้นโทษ เพราะสิ่งที่สำคัญมากกว่าการลงโทษผู้กระทำผิดก็คือการปกป้องผู้บริสุทธิ์(ครอบครัวของผู้กระทำผิด)

มาถึงตรงนี้เราจะเห็นว่าการศึกษเกี่ยวกับต้นหาอาชญากรรมได้วางอยู่บนความเข้าใจผิดสองประการคือ การเข้าใจผิดว่าความโกรธ(อารมณ์)เท่ากับกฎหมายบันดาลโทษ และความเข้าใจผิดว่าการลดโทษให้แก่ผู้บันดาลโทษคือความไม่ยุติธรรม ผู้วิจัยได้พิสูจน์ให้เห็นแล้วว่ากฎหมายบันดาลโทษไม่เชื่อมโยงกับอารมณ์และการลดโทษให้แก่ผู้บันดาลโทษก็ไม่ได้เกิดขึ้นอย่างไม่มีที่มาที่ไปแต่เกิดขึ้นมาจากบริบทของผู้กระทำผิดทั้งในแง่ของครอบครัวผู้กระทำผิดและความเชี่ยวชาญของผู้กระทำผิดซึ่งเป็นบริบทเฉพาะคดีที่ต้องพิจารณาเป็นรายๆไป

⁶⁷ John Locke, *An Essay Concerning Human Understanding* (Oxford: Oxford University Press, 1987). Book 1

5. เปิดโอกาสให้อารมณ์เข้ามาอยู่ในกฎทฤษฎี

ผู้วิจัยแสดงให้เห็นข้างต้นในหัวข้อความเชื่อมโยงระหว่างกฎหมาย(กฎปฐมนิติ)และอารมณ์ว่า คำว่า“ต้นหาอาชญากรรม”เป็นคำที่เต็มไปด้วยอคติที่มองอารมณ์ในแง่ลบในด้านของการทำผิดกฎหมายและการศึกษาเกี่ยวกับต้นหาอาชญากรรมไม่เป็นอะไรมากไปกว่าการศึกษาอารมณ์ในแง่ลบ เช่น ความโกรธ ความเกลียด โดยละเอียดหรือหลงลืมอารมณ์ในแง่ดี เช่น ความรัก ความเมตตา และการละเลยดังกล่าวเป็นปัญหาใหญ่ของการศึกษาความสัมพันธ์ระหว่างอารมณ์และกฎหมายเพราะการทำให้อารมณ์ต้นหาอาชญากรรมชัดมากเท่าไรก็ยิ่งตอกย้ำให้เห็นถึงการละเลยหรือหลงลืมอารมณ์ในแง่ดีมากขึ้น

นอกจากนี้การศึกษาเกี่ยวกับต้นหาอาชญากรรมเป็นการศึกษาเกี่ยวกับการบันดาลโทษซึ่งเป็นเทคนิคของกฎหมายและคิดไปว่าเทคนิคทางกฎหมายดังกล่าวตรงกันกับหรือเป็นสิ่งเดียวกับความโกรธ ความเข้าใจผิดดังกล่าวทำให้ผู้ที่ศึกษาในหัวข้อต้นหาอาชญากรรมกำลังเดินไปในทางที่ผิดเพราะได้ทำให้อารมณ์กลายเป็นเทคนิคทางกฎหมายและไม่ได้มองอารมณ์ในแบบที่มันเป็นและคิดไปว่ากฎหมายและอารมณ์เชื่อมโยงกันอย่างจำเป็นผ่านกฎหมายว่าด้วยการบันดาลโทษ เพื่อแก้ปัญหาดังกล่าว ผู้วิจัยเห็นว่าควรเรียกการตัดสินด้วยอารมณ์ว่า“ความยุติธรรมเชิงอารมณ์”มากกว่าเพราะจะขยายพื้นที่ให้คิดไปถึงอารมณ์ในแง่ดีด้วย เพราะการใช้คำว่า“ต้นหาอาชญากรรม”เป็นการศึกษาเกี่ยวกับอารมณ์ในแง่ลบและทำเป็นไม่เห็นอารมณ์ในแง่ดีทำให้“ต้นหาอาชญากรรม”ล้มเหลวในการอธิบายอารมณ์โดยตัวของมันเอง

แม้ว่าฮาร์ทจะยืนยันว่ากฎหมาย(กฎปฐมนิติหรือตัวบท)และอารมณ์ไม่เชื่อมโยงกันแต่การไม่เชื่อมโยงกันดังกล่าวก็ไม่ได้ทำให้อารมณ์และความยุติธรรมไม่เกี่ยวข้องกัน เพราะในระบบกฎหมายของฮาร์ท(หรือจะเรียกว่ากฎทฤษฎี)ได้เปิดโอกาสให้บริบทของผู้กระทำผิดไม่ว่าจะเป็นศีลธรรมหรือข้อเท็จจริงอื่นรวมทั้งอารมณ์ในฐานะที่มันเป็นข้อเท็จจริง(matter of fact)ได้เข้ามาถูกคิดอยู่ในระบบกฎหมายด้วย และการถูกรวมเข้ามาคิดดังกล่าวได้ทำให้ความยุติธรรมที่เกิดขึ้นมาจากระบบกฎหมายนี้ได้สัมพันธ์กับศีลธรรมและอารมณ์ของผู้กระทำผิด

ในระบบกฎหมายของฮาร์ทตั้งต้นว่ากฎหมายเป็นเงื่อนไขจำเป็นของความยุติธรรมแต่กฎหมายเพียงอย่างเดียวไม่เป็นเงื่อนไขเพียงพอเพราะกฎหมายเป็นเพียงส่วนเล็กๆในชีวิตของมนุษย์ จากจุดตั้งต้นดังกล่าวทำให้ ระบบกฎหมายหรือกฎทฤษฎีของฮาร์ทได้สร้างความยุติธรรมที่มองเห็นกลิ่นไอของอารมณ์(และศีลธรรม)ของผู้กระทำผิด(ในฐานะที่มันเป็นบริบทเฉพาะคดี)โดยที่เราไม่จำเป็นต้องไปแก้ไขตัวบทกฎหมายให้มีกฎหมายศีลธรรมหรือกฎหมายอารมณ์ ความยุติธรรมแบบนี้มีข้อดีคือมันเปิดโอกาสให้ทุกคนในสังคมสามารถเข้าถึงความยุติธรรมได้แม้ว่าสิ่งที่สำคัญที่สุดของความยุติธรรมคือกฎหมายแต่ความยุติธรรมนี้ได้เปิดให้ทุกคน(หรือผู้กระทำผิดทุกคน)สามารถแสดง

ตัวตนของตัวเองออกมาทั้งในด้านศีลธรรมหรืออารมณ์ผ่านบริบทของกฎหมาย ความยุติธรรมของ ฮาร์ทสัมพันธ์กับชีวิตของมนุษย์อย่างใกล้ชิดเพราะระบบกฎหมายของฮาร์ทเปิดให้บริบทเฉพาะของผู้กระทำผิดได้เข้ามามีส่วนร่วมในการตัดสิน ในจุดนี้ฮาร์ทไม่ได้กล่าวออกมาอย่างชัดเจนแต่ราวกับ ฮาร์ทเชื่อว่าผู้ตัดสิน(ศาล)หากได้รู้ถึงบริบทเฉพาะของผู้กระทำผิด ผู้ตัดสินจะสามารถเข้าใจถึงการกระทำผิดนั้นๆที่เกิดขึ้นได้และการรู้ไปถึงบริบทของผู้กระทำผิดไม่ได้หมายถึงการอ่านใจหรือฟัง กระแสจิตแต่การรู้ถึงบริบทของผู้กระทำผิดใช้ในความหมายถึงการรู้ข้อเท็จจริงทุกข้อเท็จจริงที่เป็น บริบทของคดีที่เกิดขึ้นจะทำให้ตัดสินได้อย่างยุติธรรม

ฮาร์ทได้ทำลายภาพลวงตาหรือความเข้าใจผิดเกี่ยวกับความยุติธรรมเชิงกฎหมายและความ ยุติธรรมเชิงศีลธรรม โดยอธิบายว่าความยุติธรรมเชิงกฎหมายและความยุติธรรมเชิงศีลธรรมเป็นความ ยุติธรรมที่ล้มเหลวเพราะมันเกิดขึ้นมาจากการไม่เข้าใจในชีวิตของมนุษย์โดยเข้าใจผิดไปว่าเราสามารถ แยกเรื่องสาธารณะและเรื่องส่วนตัว(อัตวิสัย)ออกจากกันได้ ฮาร์ทยอมรับว่าเรื่องสาธารณะและเรื่อง ส่วนตัวเป็นสิ่งที่แตกต่างกันแต่มันต้องอยู่ร่วมกัน และการเข้าใจว่ามันอยู่ร่วมกันคือการเข้าใจในชีวิต ของมนุษย์ และการเข้าใจในชีวิตของมนุษย์คือการเข้าใจความยุติธรรม

แม้ว่าในปัจจุบันเกณฑ์ที่ใช้ตัดสินความยุติธรรมจะมีมากขึ้นเช่นความยุติธรรมเชิงอารมณ์แต่ เกณฑ์การตัดสินที่มากขึ้นนี้ไม่ได้เป็นอะไรมากไปกว่าการที่มนุษย์เข้าใจตนเองมากขึ้นและต้องการ แสดงออกมาให้เห็น(และสนับสนุนโครงการทางปรัชญาของฮาร์ท)ว่ากฎหมายเพียงอย่างเดียวไม่ สามารถมอบความยุติธรรมได้หรือกฎหมายเพียงอย่างเดียวไม่สามารถอธิบายชีวิตของมนุษย์ได้ ทั้งหมด โครงการทางปรัชญาของฮาร์ททำให้อารมณ์เชื่อมโยงกับความยุติธรรมได้โดยตรง(แม้ว่าจะมี น้ำหนักน้อยกว่ากฎหมายตาม soft positivism)โดยที่เราไม่จำเป็นต้องไปแก้ไขกฎหมาย(ตัวบท)

บทที่ 5

สรุป

โครงการทางปรัชญาของฮาร์ทเริ่มต้นจากการวางทุกอย่างเอาไว้บนข้อเท็จจริง (matter of law) ของสังคมที่ซับซ้อน ฮาร์ทได้มองเห็นว่าท่ามกลางข้อเท็จจริงดังกล่าวกฎหมายเป็นข้อเท็จจริงที่สำคัญที่สุด (matter of law) แม้ว่ากฎหมายจะสำคัญที่สุดแต่ก็ไม่ได้ทำให้กฎหมายอยู่เหนือหรืออยู่พ้นไปจากข้อเท็จจริงอื่นๆ เพราะกฎหมายไม่สามารถดำรงอยู่ได้โดยตัวของมันเอง สิ่งที่ทำให้กฎหมายดำรงอยู่ได้คือข้อเท็จจริงอื่นๆ ที่อยู่พ้นไปจากกฎหมายในฐานะที่มันเป็นบริบทของกฎหมาย และการที่ฮาร์ทวางทั้งกฎหมายและบริบทของกฎหมายเอาไว้ที่ข้อเท็จจริงจึงทำให้ฮาร์ทยอมรับว่าตนเองเป็นนักกฎหมายปฏิฐานนิยม

ฮาร์ทตั้งต้นว่าสังคมทุกสังคมจะต้องมีกฎหมายแต่ในสังคมที่ฮาร์ทสร้างโครงการทางปรัชญาของเขาเป็นสังคมที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ที่ไม่มีประมวลกฎหมายเป็นตัวบท แต่การไม่มีตัวบทไม่ได้หมายความว่าไม่มีกฎหมาย คำว่ากฎหมายของฮาร์ทจึงเป็นอะไรที่พ้นไปจากตัวบท ฮาร์ทได้มองไปที่ข้อเท็จจริงของสังคมโดยตรงโดยมีจุดมุ่งหมายอยู่ที่การค้นหากฎหมาย และในที่สุดฮาร์ทก็เจอกฎหมายปรากฏอยู่เป็นข้อเท็จจริงและมันดำรงอยู่ก่อนแล้ว โดยศาลเป็นผู้ทำให้กฎหมายที่เป็นข้อเท็จจริงมันปรากฏออกมาผ่านคำพิพากษา

แต่การเขียนคำพิพากษาที่มาจากข้อเท็จจริงโดยตรงอย่างไม่ผ่านตัวบทในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ทำให้เกิดความเคลงใจเกิดขึ้น เพราะการไม่ผ่านตัวบทมันมีขั้นตอนภายในองค์กรศาลซึ่งไม่ปรากฏต่อบุคคลภายนอก และการไม่ปรากฏขั้นตอนดังกล่าวทำให้ในมุมมองของคนทั่วไปจะมองว่าอยู่ดีๆ ศาลก็เขียนคำพิพากษาขึ้นมาราวกับเนรมิตโดยไม่ผ่านตัวบทราวกับอยู่ดีๆ คำพิพากษาก็ไหลขึ้นมา และที่สำคัญคือการทำผิดกฎหมายข้อเดียวกันแต่กลับได้รับผลการตัดสินที่ต่างกันราวกับว่ากฎหมายมีสองมาตรฐาน

เพื่อแก้ไขความเคลงใจดังกล่าวฮาร์ทได้เสนอเรื่อง “การใช้กฎร่วมกัน” โดยพิสูจน์ให้เห็นว่าผลการตัดสินที่ต่างกันมันเกิดขึ้นมาจากบริบทของผู้กระทำผิดในแต่ละคดีในฐานะที่มันเป็นบริบทของกฎหมายและการคิดไปถึงบริบทดังกล่าวมันเป็นเงื่อนไขจำเป็น เพราะการคิดถึงแต่กฎหมายโดยไม่คิดถึงบริบทของมันทำให้กฎหมายกลายเป็นสิ่งที่ไม่ใช่กฎหมายส่งผลให้การตัดสินที่ตามมาไม่ยุติธรรม

ในปัจจุบันมีข้อเสนอว่าอารมณืเป็นเงื่อนไขหนึ่งของความยุติธรรม ข้อเสนอนี้ถูกทำให้เป็นรูปเป็นร่างโดยกลุ่มสตรีนิยม และข้อเสนอดังกล่าวทำให้เกิดคลื่นระลอกใหญ่ในวงการกฎหมายทำให้กฎหมายต้องการปรับเปลี่ยน วิทยานิพนธ์นี้เห็นด้วยกับการปรับเปลี่ยนดังกล่าวแต่อุปสรรคที่ใหญ่ของ

การปรับเปลี่ยนดังกล่าวคือกฎหมายเป็นกฎหมายที่มีประธานคือสังคมแต่อารรถนเป็นประสบการณ์ส่วนตัวแบบอัตวิสัย ด้วยเหตุที่อารรถนและกฎหมายมีประธานที่ต่างกันจึงเป็นไปได้ที่จะนำอารรถนใส่เข้าไปในกฎหมาย(หรือเป็นไปได้ที่จะทำให้หลักการของอารรถนเป็นหลักการเดียวกันกับกฎหมาย)

วิทยานิพนธ์นี้เห็นว่าการพยายามนำอารรถนใส่เข้าไปในกฎหมายเป็นการสำคัญตัวผิดของทางกฎหมาย มันจริงที่กฎหมายเป็นเงื่อนไขจำเป็นของความยุติธรรมแต่กฎหมายเพียงอย่างเดียวไม่ใช่เงื่อนไขเพียงพอ เพราะความยุติธรรมนั้นจำเป็นที่จะต้องคิดไปถึงบริบทของผู้กระทำผิดหรือบริบทของกฎหมายด้วยจึงจะเพียงพอ กล่าวคืออารรถนสามารถเชื่อมโยงกับความยุติธรรมได้โดยตรงโดยไม่จำเป็นต้องเข้าไปอยู่ในกฎหมายแต่อารรถนเชื่อมโยงกับความยุติธรรมได้ในฐานะที่มันเป็นบริบทของผู้กระทำผิดและบริบทของกฎหมาย

ฮาร์ทได้ชี้ชัดตรงกับจุดยืนของเขาที่เริ่มต้นว่ากฎหมายคือกฎสังคม แม้ว่าฮาร์ทจะเป็นนักกฎหมายปฏิฐานนิยมที่ยอมรับการเปลี่ยนแปลงกฎหมายตามข้อเท็จจริงแต่ข้อเท็จจริงที่จะมาเปลี่ยนแปลงกฎหมายจะต้องเป็นข้อเท็จจริงที่เป็นกฎสังคม ข้อเท็จจริงอื่นๆที่ไม่ใช่กฎสังคม เช่น ศีลธรรม หรืออารรถน ที่มีประธานแบบอัตวิสัยไม่สามารถทำให้กฎหมายเปลี่ยนแปลงได้ แต่การไม่สามารถเปลี่ยนแปลงกฎหมายได้ไม่ได้หมายความว่าข้อเท็จจริงที่มีประธานแบบอัตวิสัยจะไม่สามารถเชื่อมโยงกับความยุติธรรม ฮาร์ทได้เปิดช่องให้ข้อเท็จจริงที่มีประธานแบบอัตวิสัยถูกคิดในฐานะที่มันเป็นบริบทของผู้กระทำผิดและบริบทของกฎหมาย



- Carey, Stephen V. "What Is the Rule of Recognition in the United States?" *University of Pennsylvania Law Review* 157, no. No. 4 Apr. (2009): 1161-97.
- Dainow, Joseph. "The Civil Law and the Common Law: Some Points of Comparison." *The American Journal of Comparative Law* 15, no. 3 (1966 - 1967) (419-35).
- Hart, H. L. A. *Law, Liberty and Morality*. The Harry Camp Lectures at Stanford University. Stanford, Calif.: Stanford University Press, 1963.
- Hart, H. L. A. *Punishment and Responsibility Essays in the Philosophy of Law*. 2nd ed. Oxford: Oxford University Press,, 2008.
- Hart, H. L. A. and Tony Honoré. *Causation in the Law*. 2nd ed. Oxford: Clarendon,Oxford University Press., 1985.
- Hart, H.L.A. *Essays on Bentham : Studies in Jurisprudence and Political Theory*. Reprinted 2011 ed. Oxford: Oxford University Press, 1982.
- Hart, H.L.A. "Positivism and the Separation of Law and Morals (First Published 1958)." In *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, 49-87. Oxford: Oxford University Press, 1983.
- Hart, H.L.A. "Problems of the Philosophy of Law (First Published 1967)." In *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, 88-119. Oxford: Oxford University Press, 1983.
- Hart, H.L.A. *Concept of Law*. 3 rd ed. Oxford: Oxford University Press, 2012.
- Locke, John. *An Essay Concerning Human Understanding*. Oxford: Oxford University Press, 1987.
- Maroney, Terry A. "Law and Emotion: A Proposed Taxonomy of an Emerging Field." *Law and Human Behavior* 30, no. No. 2, Emotion in Legal Judgment and Decision Making Apr. (2006): 119-42.
- Meyerson, Denise. *Understanding Jurisprudence*. London: Routledge-Cavendish, 2007.
- Wacks, Raymond. *Law: A Very Short Introduction* (กฎหมาย: ความรู้ฉบับพกพา). Translated by สุภาพันท์ นิพิฏฐกุล. กรุงเทพฯ: Openworlds, 2555.
- บุญยเนตร, เนื่องน้อย. ความยุติธรรมในต้นหาอาชญากรรม. กรุงเทพฯ: โครงการจัดพิมพ์คบไฟ, 2557.

รายการอ้างอิง

Carey, Stephen V. "What Is the Rule of Recognition in the United States?" *University of Pennsylvania Law Review* 157, no. No. 4 Apr. (2009): 1161-97.

Dainow, Joseph. "The Civil Law and the Common Law: Some Points of Comparison." *The American Journal of Comparative Law* 15, no. 3 (1966 - 1967) (419-35).

Hart, H. L. A. *Law, Liberty and Morality*. The Harry Camp Lectures at Stanford University. Stanford, Calif.: Stanford University Press, 1963.

Hart, H. L. A. *Punishment and Responsibility Essays in the Philosophy of Law*. 2nd ed. Oxford: Oxford University Press,, 2008.

Hart, H. L. A. and Tony Honoré. *Causation in the Law*. 2nd ed. Oxford: Clarendon, Oxford University Press., 1985.

Hart, H.L.A. *Essays on Bentham : Studies in Jurisprudence and Political Theory*. Reprinted 2011 ed. Oxford: Oxford University Press, 1982.

Hart, H.L.A. "Positivism and the Separation of Law and Morals (First Published 1958)." In *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, 49-87. Oxford: Oxford University Press, 1983.

Hart, H.L.A. "Problems of the Philosophy of Law (First Published 1967)." In *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, 88-119. Oxford: Oxford University Press, 1983.

Hart, H.L.A. *Concept of Law*. 3 rd ed. Oxford: Oxford University Press, 2012.

Locke, John. *An Essay Concerning Human Understanding*. Oxford: Oxford University Press, 1987.

Maroney, Terry A. "Law and Emotion: A Proposed Taxonomy of an Emerging Field." *Law and Human Behavior* 30, no. No. 2, Emotion in Legal Judgment and Decision Making Apr. (2006): 119-42.

Meyerson, Denise. *Understanding Jurisprudence*. London: Routledge-Cavendish, 2007.

Wacks, Raymond. *Law: A Very Short Introduction* (กฎหมาย: ความรู้ฉบับพกพา). Translated by สุภาพนันทน์ นิพิฏฐกุล. กรุงเทพฯ: Openworlds, 2555.

บุญยเนตร, เนื่องน้อย. ความยุติธรรมในต้นหาอาชญากรรม. กรุงเทพฯ: โครงการจัดพิมพ์คบไฟ, 2557.





ภาคผนวก

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY

ประวัติผู้เขียนวิทยานิพนธ์

ประวัติการศึกษา

อักษรศาสตรบัณฑิต เอกปรัชญา มหาวิทยาลัยศิลปากร ปีการศึกษา 2551

นิติศาสตรบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ปีการศึกษา 2554

อักษรศาสตรมหาบัณฑิต เอกปรัชญา จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ปีการศึกษา 2558

ผลงานด้านวิชาการ

โครงการทุนวิจัยมหาบัณฑิต สกว. ด้านสังคมศาสตร์-มนุษยศาสตร์ รุ่นที่11 กลุ่มหัวข้อ"
เหตุผล ความจริง ความบ้า อารมณ์ การดำรงอยู่ของมนุษย์"

