

บทความวิชาการ

**ความหมายและลักษณะของหลักการทางกฎหมาย: การศึกษาวิเคราะห์เชิง
มโนทัศน์จากแนวคิดปรัชญากฎหมายสมัยใหม่**

**The Meaning and Characteristics of Legal Principles: A
Conceptual Analysis from the Perspective of Modern Legal
Philosophy**

กฤษณ์ วงศ์วิเศษธร¹

Kritz Wongvisadethorn²

วิทยาลัยการเมืองและการปกครอง มหาวิทยาลัยราชภัฏสวนสุนันทา

เลขที่ 1 ถนนอุทองนอก เขตดุสิต กรุงเทพมหานคร 10300.

College of Politics and Government, Suan Sunandha Rajabhat University*

No.1 U-Thong nok Road, Dusit, Bangkok 10300.

Corresponding author E-mail: Kritz.wo@ssru.ac.th

วันที่รับบทความ : 10 มิถุนายน 2568 วันที่แก้ไขบทความ : 1 ธันวาคม 2568

วันที่ตอบรับ : 18 กันยายน 2568 วันที่เผยแพร่ : 28 ธันวาคม 2568

¹ อาจารย์กฤษณ์ วงศ์วิเศษธร, อาจารย์ประจำ วิทยาลัยการเมืองและการปกครอง มหาวิทยาลัยราชภัฏสวนสุนันทา

² Mr.Kritz Wongvisadethorn, Lecturer, College of Politics and Government, Suan Sunandha Rajabhat University

บทคัดย่อ

บทความวิชาการฉบับนี้มีวัตถุประสงค์ เพื่อศึกษาความหมายและลักษณะของหลักการทางกฎหมาย เนื่องด้วยในทางวิชาการนิติศาสตร์ในประเทศไทย ยังมิได้ปรากฏว่า มีการให้ความหมายและลักษณะที่ชัดเจนของหลักการทางกฎหมาย จึงกลายเป็นช่องว่างในทางทฤษฎีที่ไม่ได้มีการศึกษาอย่างจริงจังและชัดเจน บทความนี้ใช้วิธีการศึกษาด้วยการวิเคราะห์หัตถ์ (conceptual analysis) จากนักปรัชญากฎหมายร่วมสมัยที่มีอิทธิพลสูงในทางวิชาการเกี่ยวกับการอธิบายข้อความคิดว่าด้วยหลักการทางกฎหมาย อันได้แก่ رونัลด์ ดอว์กิน (Ronald Dworkin) โจเซฟ แรซ (Joseph Raz) และ โรเบิร์ต อเล็กซี (Robert Alexy)

ผลการศึกษาพบว่า หลักการทางกฎหมาย คือ บรรดาแบบแผนเชิงบรรทัดฐานที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษร มีลักษณะทั่วไป ซึ่งมีผลโดยตรงในฐานะเครื่องชี้นำหรือเหตุผลในการตัดสินใจหรือประพฤติปฏิบัติอย่างใด ๆ ของบุคคลอันที่จะเกี่ยวข้องกับเรื่องในทางกฎหมาย โดยมีลักษณะที่สำคัญ 3 ประการคือ (1) หลักการทางกฎหมายเป็นแบบแผนเชิงบรรทัดฐาน (2) หลักการทางกฎหมายมีลักษณะทั่วไปหรือมีความเป็นนามธรรมกว่ากฎเกณฑ์ (3) หลักการทางกฎหมายเป็นเหตุผลหรือเครื่องมือชี้นำการตัดสินใจในทางกฎหมาย ทั้งนี้ หลักการทางกฎหมายอาจมีสถานะได้ทั้งที่เป็นกฎหมายและไม่เป็นกฎหมาย โดยหลักการทางกฎหมายที่จะมีสถานะเป็นกฎหมายได้ ต้องเป็นกรณีที่ศาลนำมาปรับใช้เพื่อพิจารณาคดีโดยตรงในฐานะกฎหมายที่ใช้ในการพิพากษาชี้ขาดคดี

ผู้เขียนมีข้อเสนอแนะ ดังต่อไปนี้ (1) หลักการทางกฎหมายควรเป็นเรื่องในมิติทางกฎหมาย (Law) เท่านั้น เว้นแต่กรณีจำเป็นอย่างยั้งจึงจะถูกพิจารณาในทางมิติด้านศีลธรรมหรือศีลรองที่พึงมีพึงเป็น (Moral) (2) ศาลควรค้นหาหลักการทางกฎหมายจากแหล่งที่มาซึ่งมีความแนบชิดอย่างยิ่งกับบทบัญญัติลายลักษณ์อักษรหรือระบบกฎหมายเสียก่อน หากไม่พบจึงสามารถจะหาหลักการทางกฎหมายจากแหล่งที่มาอื่น ๆ ได้

คำสำคัญ: บรรทัดฐานเชิงแบบแผนทางกฎหมาย, หลักการทางกฎหมาย, หลักกฎหมาย

ทั่วไป, คุณค่าทางกฎหมาย, เหตุผลในการปฏิบัติ

ABSTRACT

This academic article aims to examine the meaning and characteristics of legal principles. In Thai legal scholarship, there has been no clear or systematic definition of the meaning and nature of legal principles, resulting in a theoretical gap that has not been seriously or clearly addressed. This article employs a conceptual analysis approach, drawing upon the works of influential contemporary legal philosophers who have significantly contributed to the theoretical understanding of legal principles, namely Ronald Dworkin, Joseph Raz, and Robert Alexy.

The findings indicate that legal principles are unwritten normative standards of a general nature that function directly as guiding reasons or grounds for decision-making or conduct in matters related to law. Legal principles possess three key characteristics: (1) they are normative standards; (2) they are general or more abstract in nature than legal rules; and (3) they serve as reasons or guiding tools for legal decision-making. Legal principles may have either legal or non-legal status. A legal principle attains legal status only when it is directly applied by a court in adjudicating a case as a legal norm forming the basis of the judgment.

The author offers the following recommendations: (1) legal principles should primarily be considered within the legal dimension (law) and should only exceptionally be examined through the moral dimension when absolutely necessary; and (2) courts should first identify legal principles from sources that are closely connected to written law or the legal system itself, and only if such principles cannot be found should courts seek legal principles from other sources.

Keywords: Legal normative standards, Legal principles, General principles of law, Legal values, Practical reasons

1. ความนำ

หลักการทางกฎหมาย (Legal principle) เป็นสิ่งที่ได้รับการยอมรับโดยทั่วไปว่า มีความสำคัญต่อการร่าง การใช้และการตีความกฎหมายเป็นอันมาก แต่ทว่าจากการสำรวจในทางวิชาการนิติศาสตร์ในประเทศไทยกลับไม่พบคำอธิบายถึงความหมายและลักษณะอย่างแน่ชัดของหลักการทางกฎหมาย จะคงมีก็แต่เพียงการอธิบาย “หลักกฎหมายทั่วไป” ซึ่งเป็นถ้อยคำหรือศัพท์ที่ปรากฏในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย มาตรา 4 เท่านั้น ซึ่งก็ไม่พบคำอธิบายอีกเช่นกันว่า หลักกฎหมายทั่วไปมีลักษณะเช่นเดียวกับหลักการทางกฎหมายหรือไม่ และมีลักษณะในทางกฎหมายอย่างไรกันแน่ เราจะพบก็แต่เพียงการอธิบายที่มาและตัวอย่างเท่านั้น

ในบทความนี้จึงวางเป้าหมายในการศึกษาความหมายและลักษณะของหลักการทางกฎหมายที่เสมือนอยู่ในพื้นที่แห่งความสับสนให้กระจ่างชัดขึ้นมา โดยเริ่มต้นจากการศึกษาแนวคิดของนักนิติศาสตร์คนสำคัญที่มีอิทธิพลอย่างยิ่งในทางความคิดเรื่องหลักการทางกฎหมาย ได้แก่ โรนัลด์ ดอว์กิน (Ronald Dworkin) โจเซฟ แรซ (Joseph Raz) และโรเบิร์ต อเล็กซี (Robert Alexy) ซึ่งหากเราสำรวจงานเขียนเกี่ยวกับหลักการทางกฎหมายในวงวิชาการนิติศาสตร์ต่างประเทศและประเทศไทยย่อมต้องพบอิทธิพลและการอ้างอิงแนวคิดของนักนิติศาสตร์ทั้งสามท่านนี้อยู่เสมอ และโดยที่นักนิติศาสตร์ทั้งสามท่านมีงานเขียนจำนวนมากไม่น้อยที่กระจัดกระจายอยู่ และมีลักษณะการเขียนที่เป็นนามธรรมหรือในทางปรัชญากฎหมายค่อนข้างมาก ผู้เขียนจึงพยายามสังเคราะห์แนวคิดเกี่ยวกับหลักการทางกฎหมายของทั้งสามท่านอย่างเป็นระบบและสกัดคุณลักษณะของหลักการทางกฎหมาย (Legal principle) เพื่อแสวงหาคำตอบและทำให้ความเข้าใจอันไม่กระจ่างชัดในทางวิชาการนิติศาสตร์เกี่ยวกับเรื่องดังกล่าวนี้ให้มีความชัดเจนขึ้น

2. แนวคิดที่สำคัญเกี่ยวกับหลักการและหลักการทางกฎหมาย

2.1. แนวคิดของโรนัลด์ ดอว์กิน (Ronald Dworkin)

ในเบื้องต้น การทำความเข้าใจทฤษฎีว่าด้วยหลักการ (Theory of principle) ของดอว์กิน จะต้องทำความเข้าใจระบบของสิ่งที่เขาเรียกว่า “standard” (บรรทัดฐาน) เสียก่อน โดยดอว์กินอธิบายว่า ระบบของบรรทัดฐานประกอบไปด้วยสิ่งที่เรียกว่า “กฎเกณฑ์” (Rule) และสิ่งที่ไม่ได้มีลักษณะเป็นกฎเกณฑ์เรียกว่า “หลักการ” (principle) และ “นโยบาย” (policy) (Dworkin, 1977, p. 22) โดยดอว์กินอธิบายว่า “นโยบาย” คือ “บรรทัดฐาน (standard) ชนิดหนึ่งที่มีการตั้งเป้าหมายเอาไว้อย่างแน่ชัด โดยทั่วไปอาจเป็นเป้าหมายในการพัฒนาทางเศรษฐกิจ การเมือง หรือสังคม” (Dworkin, 1977, p. 22) โดยเขามองว่า นโยบายเหล่านี้มีต่อการตัดสินใจในการวินิจฉัยคดีของผู้พิพากษา

2.1.1 ความหมายและลักษณะของหลักการและกฎเกณฑ์

ดอว์กิน ได้นิยาม “หลักการ” ว่า หมายถึง “บรรทัดฐานซึ่งควรปฏิบัติตาม ไม่ใช่เพราะมันจะทำให้เกิดความก้าวหน้าหรือความมั่นคงทางเศรษฐกิจ การเมือง หรือสังคม หากแต่เป็นไปเพราะข้อเรียกร้องอย่างจำเป็นของความยุติธรรม ความเป็นธรรม หรือแม้แต่อื่นใดทางจริยธรรม (morality)” (Dworkin, 1977, p. 22) สำหรับคำว่า “กฎเกณฑ์” นั้นดอว์กินมิได้ให้นิยามเอาไว้โดยตรง แต่อธิบายผ่านแนวคิดเรื่องผลบังคับผูกพันของกฎหมาย (legal obligation) ว่า ในกรณีที่ข้อเท็จจริงเกิดขึ้นตรงตามเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในกฎเกณฑ์ ผลลัพธ์จะเกิดขึ้นตามที่กฎเกณฑ์นั้นได้กำหนดไว้เสมอ (Dworkin, 1977, p. 24)

2.1.2 ข้อแตกต่างระหว่างหลักการและกฎเกณฑ์

ดอว์กิน อธิบายข้อแตกต่างระหว่างหลักการและกฎเกณฑ์เอาไว้ดังนี้

ประการแรก หลักการเป็นบรรทัดฐานที่ควรต้องทำ แต่กฎเกณฑ์เป็นบรรทัดฐานที่เรียกว่า “มีผลทั้งหมดหรือไม่มีผลเลย” (all-or-nothing fashion) กล่าวคือ เมื่อข้อเท็จจริงเกิดขึ้น จะมีผลลัพธ์เดียวเท่านั้น สำหรับกฎเกณฑ์คือ ใช้บังคับได้หรือใช้บังคับไม่ได้เลยสำหรับข้อเท็จจริงนั้น ในขณะที่หลักการไม่มีลักษณะเช่นนั้น (Dworkin, 1977, p. 24) ซึ่งนำไปสู่ข้อแตกต่างประการที่สอง

ประการที่สอง ในการปะทะกันของบรรทัดฐาน หากกฎเกณฑ์ปะทะกับกฎเกณฑ์จะส่งผลให้มีหนึ่งในกฎเกณฑ์ต้องสิ้นผลไปในทันที เช่น กฎเกณฑ์เฉพาะขัดกับกฎเกณฑ์ทั่วไป กฎเกณฑ์ที่มาก่อนขัดกับกฎเกณฑ์ที่ออกภายหลัง หรือกฎเกณฑ์ที่ออกโดยที่มาที่สูงกว่าขัดหรือแย้งต่อกฎเกณฑ์ที่มีลำดับชั้นต่ำกว่า ในขณะที่การปะทะกันของหลักการจะมีผลเพียงแค่หลักการหนึ่งถูกพิจารณาให้มีน้ำหนักกว่าอีกหลักการหนึ่งเท่านั้น ซึ่งไม่ส่งผลให้หลักการใดหลักการหนึ่งสิ้นผลไป เพียงแค่ให้นำมาใช้กับข้อเท็จจริงเฉพาะเรื่องนี้เท่านั้น (Dworkin, 1977, p. 26)

อย่างไรก็ตาม ดอว์กินเองก็ยอมรับว่า บางครั้งกฎเกณฑ์และหลักการก็แยกออกจากกันได้ยากลำบาก โดยเฉพาะอย่างยิ่งกฎเกณฑ์ลายลักษณ์อักษรที่บัญญัติถ้อยคำในลักษณะหลักการเอาไว้โดยเขามองว่าในกรณีเช่นนี้ ความแตกต่างเดียวที่มีอยู่คือ “รูปแบบ” ของบรรทัดฐานเท่านั้น (Dworkin, 1977, p. 27)

หลักการตามแนวคิดของดอว์กินมีลักษณะเป็นบรรทัดฐานในเชิงข้อเรียกร้องมากกว่าในเชิงบังคับ โดยข้อเรียกร้องดังกล่าวนี้ยึดโยงกับข้อเรียกร้องด้านความยุติธรรม ด้านความเป็นธรรม หรือมิติอื่นใดในทางจริยธรรม ซึ่งทั้งหมดนี้เป็นเรื่องในทางความคิด หรือเป็นเรื่องภายในจิตใจทั้งสิ้น จึงไม่แปลกใจนักที่ดอว์กินจะถูกวิพากษ์เรื่องความเลื่อนลอยนี้ กระนั้นก็ตาม ดอว์กินก็นำทฤษฎีว่าด้วยหลักการของเขาไปพัฒนาเชื่อมโยงกับแนวความคิดรัฐธรรมนูญที่ตัวเขาเอง เรียกว่า Moral reading ส่งผลให้ทฤษฎีของเขาเป็นระบบอันโยงใยและสลับซับซ้อนมากยิ่งขึ้น

2.2 แนวคิดของโจเซฟ แรซ (Joseph Raz)

โจเซฟ แรซ (Joseph Raz) เป็นนักนิติศาสตร์ นักนิติปรัชญาคนสำคัญคนหนึ่ง ที่ออกมาโต้แย้งแนวคิดที่ว่าด้วยหลักการของโรนัล ดอว์กิน (Ronald Dworkin) ซึ่งตัวแรซเองนั้นถูกจัดว่า เป็นนักคิดสกุลปฏิฐานนิยมแบบเคร่งครัด (exclusive positivism) เนื่องจากเขาปฏิเสธความสัมพันธ์ระหว่างคุณธรรมศีลธรรม (moral) กับกฎหมายอย่างสิ้นเชิง (Wacks, 2012, p. 110) โดยมองว่าการพิจารณาเนื้อหาของกฎหมายนั้นไม่จำเป็นต้องพิจารณาเรื่องทางคุณธรรมศีลธรรมแต่อย่างใดและสำหรับคำถามที่ว่า “กฎหมายคืออะไร” นั้น

สำหรับเราเองมองว่า เป็นปัญหาในทางข้อเท็จจริง ไม่ใช่ปัญหาที่ต้องหยาบยึกศีลธรรมขึ้นพิจารณาด้วยแต่อย่างใด (Wacks, 2012, p. 106) ดังนั้น ด้วยรากฐานทางความคิดเช่นนั้น ส่งผลให้เราสร้างชุดคำอธิบายเกี่ยวกับกฎหมายและระบบกฎหมายอย่างเป็นเอกลักษณ์ของเขาเอง แม้จะมีรากฐานบางประการร่วมกันกับสำนักคิดปฏิฐานนิยมทางกฎหมายคนอื่น ๆ ก็ตาม แต่ทว่า เรากลับพยายามศึกษากฎหมายในฐานะระบบของเหตุผลในทางปฏิบัติ (practical reason) ผ่านข้อเสนอเรื่อง “ที่มาหรือบ่อเกิด” ของแบบแผนเชิงบรรทัดฐาน (source thesis)

ในบทความเรื่อง “หลักการทางกฎหมายและข้อจำกัดของกฎหมาย” (Legal Principles and the Limits of Law) ที่เราเขียนขึ้นในปี ค.ศ. 1972 เป็นข้อโต้แย้งสำคัญในเรื่องมุมมองที่มีต่อหลักการทางกฎหมาย (Legal principle) ของเขาที่มีต่อตัวอื่น โดยบทความนี้เป็นผลึกทางความคิดอันสลับซับซ้อนที่ต้องทำความเข้าใจผ่านอีกแนวคิดของเขา คือ แนวคิดเรื่อง “เหตุผลในการปฏิบัติ” (Practical reason) และข้อเสนอเรื่อง “ที่มาหรือบ่อเกิด” (source thesis) แต่ด้วยข้อจำกัดด้านขอบเขตการศึกษาที่มุ่งศึกษาเฉพาะหลักการทางกฎหมายเท่านั้น ผู้เขียนจึงขอหยาบยึกเฉพาะเนื้อหาทางความคิดของโจเซฟ เรา มาเฉพาะเท่าที่จำเป็นต่อการทำความเข้าใจและเป็นการปูพื้นเรื่องหลักการทางกฎหมายตามความคิดของเราเท่านั้น โดยจะเริ่มต้นที่การทำความเข้าใจในระบบของเหตุผลและบรรทัดฐาน หลังจากนั้นจึงได้แสดงให้เห็นถึงข้อโต้แย้งของเราที่มีต่อตัวอื่นซึ่งเป็นข้อใหญ่ใจความของบทความที่เราเขียนขึ้นนี้ และท้ายสุดนำไปสู่ทัศนะของเราที่มีต่อหลักการทางกฎหมายว่ามีบทบาทอย่างไรในระบบกฎหมาย

2.2.1 แนวคิดพื้นฐานว่าด้วยระบบบรรทัดฐานและสถานะของหลักการทางกฎหมายในระบบกฎหมาย

โจเซฟ เรา ได้นำเสนอแนวคิดเรื่อง “เหตุผลในการปฏิบัติ” (practical reason) เพื่ออธิบายระบบการตัดสินใจของมนุษย์จนนำไปสู่การสร้างระบบของบรรทัดฐานขึ้น ในความเห็นของเรา แบบแผนเชิงบรรทัดฐาน (norm) สามารถอธิบายได้โดยการหาความสัมพันธ์ระหว่างเหตุผล (reason) และการกระทำ (action) (Raz, 2002, p. 15)

ซึ่งในบรรดารูปแบบของการใช้เหตุผลโดยมนุษย์ทั้งหลายมีเฉพาะก็แต่เพียง “เหตุผลที่เข้าใจในฐานะข้อเท็จจริง” (reasons understood as facts) ซึ่งมีผลต่อพฤติกรรมหรือความประพฤติของมนุษย์เท่านั้น ที่จะถือว่าเป็นฐานะเป็นแบบแผนเชิงบรรทัดฐาน (norm) (Raz, 2002, p. 18) และในบรรดาแบบแผนเชิงบรรทัดฐานเหล่านั้น แรชจำแนกแยกย่อยออกเป็นสองกลุ่มใหญ่ คือ แบบแผนเชิงบรรทัดฐานที่เป็นเรื่องทางกฎหมาย (Legal norm) และแบบแผนเชิงบรรทัดฐานที่ไม่เป็นเรื่องในทางกฎหมาย (Non legal norm)

สำหรับแบบแผนเชิงบรรทัดฐานทางกฎหมาย (Legal norm) นั้นเขาแบ่งเป็นแบบแผนเชิงบรรทัดฐานทางกฎหมายที่มีลักษณะเฉพาะเรื่อง หรือเฉพาะกรณี (particular) และแบบแผนเชิงบรรทัดฐานทางกฎหมายที่มีลักษณะโดยทั่วไป (general) ซึ่งประเภทหลังนี้ได้แก่ กฎเกณฑ์ทางกฎหมาย (Legal rule) และ หลักการทางกฎหมาย (Legal principle) นั่นเอง โดยสิ่งที่เรียกว่า “หลักการทางกฎหมาย” นี้จะแตกต่างจาก “กฎเกณฑ์ทางกฎหมาย” ในแง่ที่ว่า หลักการทางกฎหมายจะมีลักษณะทั่วไปอย่างเป็นนามธรรม มากกว่ากฎเกณฑ์ทางกฎหมายซึ่งลักษณะเฉพาะเรื่อง (Raz, 1971, p. 49) กล่าวอีกนัยหนึ่ง ในทรรศนะของโจเซฟ แรชแล้ว “หลักการทางกฎหมาย” (Legal principle) เป็นบรรดาแบบแผนเชิงบรรทัดฐานทางกฎหมายที่มีลักษณะเป็นการทั่วไปหรือมีความเป็นนามธรรมสูง ซึ่งส่งผลโดยตรงต่อการตัดสินใจหรือพฤติกรรมที่เกี่ยวกับการใช้อำนาจตามกฎหมาย แต่ไม่ได้หมายความว่า หลักการทางกฎหมาย มีฐานะเป็นกฎหมาย (law) เนื่องจาก ในชุดความคิดของแรช ความเป็นกฎหมายจะผูกมัดโยงกับ “บ่อเกิด” หรือ “ที่มา” (source thesis) ดังนั้น สิ่งที่จะถือว่าเป็นกฎหมายจะต้องมีบ่อเกิดหรือที่มาจากอำนาจรัฐอันชอบธรรม (Authority) ผ่านความสัมพันธ์และการยอมรับของสถาบันที่ทรงอำนาจรัฐ (institution) ต่าง ๆ เช่น องค์กรนิติบัญญัติ หรือศาล อาจกล่าวได้ว่าสำหรับแรชแล้ว “กฎหมายอยู่ในฐานะอำนาจรัฐอันชอบธรรมแบบหนึ่ง” (law as authority) ดังนั้น แม้แบบแผนเชิงบรรทัดฐาน (norm) บางเรื่องจะสอดคล้องและถูกต้องตามศีลธรรม แต่หากสถาบันที่ทรงอำนาจรัฐเหล่านั้นไม่ยอมรับ ก็ไม่เป็นกฎหมายในทางกลับกันแบบแผนเชิงบรรทัดฐานใดก็ตาม แม้ไม่ได้สอดคล้องกับเรื่องในทาง

คุณธรรมศีลธรรม (moral) หากสถาบันที่ทรงอำนาจรัฐยอมรับ ย่อมถือได้ว่ามีสถานะเป็นกฎหมาย (Wacks, 2012, p. 107) ฉะนั้น หลักการทางกฎหมาย (Legal principle) สำหรับเราแล้วไม่มีสถานะเป็นกฎหมาย หากไม่ได้มีที่มาหรือบ่อเกิดจากอำนาจรัฐโดยชอบธรรม (Authority)

2.2.2 ข้อโต้แย้งที่มีต่อแนวคิดว่าด้วยหลักการของดอร์กิน (Dworkin)

โจเซฟ แรช ได้พุ่งเป้าไปที่รากฐานของการดำรงอยู่ของหลักการในระบบกฎหมายอันเป็นผลพวงมาจากแนวคิดเรื่องเหตุผลในการปฏิบัติ (practical reason) และระบบบรรทัดฐาน โดยเขาตั้งข้อสังเกตว่า ไม่ใช่ว่าอะไรก็ตามที่ดูคล้ายหลักการทางกฎหมาย (Legal principle) จะเป็นหลักการทางกฎหมายจริง ๆ อย่างที่ดอร์กินเข้าใจ (Raz, 1971, p. 829) แม้สิ่งนั้นจะไปปรากฏตัวในคำพิพากษาของศาล เพราะสิ่งนั้นอาจเป็นเพียงการอ้างอิงแบบย่อ (abbreviated reference) ของกฎหมายหลากหลายฉบับ ทำให้เนื้อความหรือเนื้อหาที่มีลักษณะเป็นหลักการทางกฎหมายแต่อย่างใดไม่ เช่นการที่ใครสักคนกล่าวว่า ในประเทศของเขา หลักการเกี่ยวกับเสรีภาพในการแสดงออก (principle of freedom of speech) ได้รับการยอมรับโดยกฎหมาย แต่ถามว่าเขาเข้าใจอย่างไรนั้น ก็มักจะตอบกันว่า เป็นเพราะกฎหมายของประเทศเขาจะจำกัดเสรีภาพในการแสดงออกเฉพาะบางกรณีซึ่งน้อยมาก เช่น กฎหมายห้ามมิให้มีการดูหมิ่นหรือหมิ่นประมาทกฎหมายบางฉบับตรวจคัดกรองภาพยนตร์ หนังสือหรือสื่อมหรสพเฉพาะประเด็นที่เกี่ยวกับการคุ้มครองผู้เยาว์เท่านั้น นอกนั้นกฎหมายไม่จำกัดสิทธิเสรีภาพในการแสดงออกเลย ทำให้เห็นว่าหลักการเช่นว่านี้อยู่ในระบบกฎหมาย ซึ่งลักษณะเช่นนี้แรชมองว่าไม่ใช่ “หลักการทางกฎหมาย” แต่เป็นแค่การกล่าวอย่างย่นย่อถึงกฎหมายฉบับต่าง ๆ เท่านั้น (Raz, 1971, p. 828)

นอกจากนี้ เขายังแย้งว่า ในความคิดของดอร์กินที่มองว่าระบบของแบบแผนเชิงบรรทัดฐานประกอบไปด้วยสิ่งที่เรียกว่า “กฎเกณฑ์” (Rule) และสิ่งที่ไม่ได้ มีลักษณะเป็นกฎเกณฑ์ เรียกว่า “หลักการ” (principle) และ “นโยบาย” (policy) (Dworkin, 1977, p. 22) ก็ไม่น่าจะเป็นความคิดที่ถูกต้องเท่าใดนัก เพราะในทฤษฎีของแรช ระบบ

กฎหมายประกอบไปด้วยสิ่งที่ไม่เป็นแบบแผนเชิงบรรทัดฐาน และสิ่งที่เป็นแบบแผนเชิงบรรทัดฐาน (norm) โดยเฉพาะอย่างยิ่งในมุมมองของแรช อาจมีกฎหมายที่ไม่มีลักษณะเป็นแบบแผนเชิงบรรทัดฐาน (norm) ในระบบกฎหมายก็ได้ กล่าวคือ กฎหมายนั้นไม่ได้เป็นแบบแผนที่มีผลเป็นการกำหนดชี้แนะ (guide) โดยตรงต่อความประพฤติของบุคคลหรือก่อให้เกิดหน้าที่ในทางกฎหมาย (duty-imposing) เช่น กฎหมายบางมาตรา ที่มีลักษณะเป็นการกำหนดนิยามของคำที่ใช้เฉพาะในกฎหมายฉบับนั้น (Raz, 1971, p. 824) (เป็นเพียงคำอธิบายศัพท์ ไม่ได้กำหนดนาโดยตรงว่าให้ใครต้องทำอะไรหรือใครต้องมีหน้าที่อย่างไร) หรือ การที่กฎหมายบัญญัติว่า บุคคลที่มีอายุตามที่กฎหมายกำหนด มีความสามารถในการทำปณิกรรมได้ ก็ไม่มีลักษณะเป็นแบบแผนเชิงบรรทัดฐานที่กำหนดชี้แนะความประพฤติของบุคคลหรือก่อให้เกิดหน้าที่ในทางกฎหมายเช่นกัน (บุคคลจะทำปณิกรรมหรือไม่ กฎหมายไม่เป็นแบบแผนบังคับในเชิงหน้าที่ว่าบุคคลต้องทำหรือไม่ต้องทำ) ซึ่งผิดจากกรณีกฎหมายอาญาที่บัญญัติห้ามมิให้ผู้ใดฆ่าผู้อื่น ผลคือบุคคลใด ๆ ก็ตามย่อมต้องห้ามที่จะทำเช่นนั้นหรือก่อให้เกิดหน้าที่ในทางกฎหมาย (duty-imposing) ที่จะต้องไม่ทำเช่นนั้น กฎหมายในลักษณะนี้จึงเป็นกฎหมายที่ลักษณะเป็นแบบแผนเชิงบรรทัดฐาน (norm) ซึ่งเราอาจกล่าวเช่นนี้ได้กับกรณีของกฎเกณฑ์เช่นกัน กล่าวคือ หากบรรดา “กฎเกณฑ์” (rules) ทั้งหมดมิได้เป็นการกำหนดชี้แนะความประพฤติโดยตรงในลักษณะเป็นเหตุผลในทางปฏิบัติของบุคคล (practical reason) ให้เกิดหน้าที่อย่างหนึ่งอย่างใดในทางกฎหมาย เราย่อมไม่อาจถือได้ว่ากฎเกณฑ์เหล่านั้น เป็น “กฎเกณฑ์ทางกฎหมาย” (Legal rule) (Raz, 1971, p. 835) เช่นนี้เอง “หลักการ” (principles) อันใดที่มีได้มีผลโดยตรงเป็นการกำหนดหน้าที่ของบุคคลย่อมไม่เป็นแบบแผนเชิงบรรทัดฐาน (norm) จึงผิดแผกแตกต่างจาก “หลักการทางกฎหมาย” (Legal principle) ซึ่งมีลักษณะชี้แนะหรือเรียกร้องทางหน้าที่อันส่งผลต่อพฤติกรรมของบุคคลอันมีลักษณะเป็นแบบแผนเชิงบรรทัดฐาน (norm)

ดังนั้น เราอาจกล่าวโดยสรุปได้ว่า โจเซฟ แรช มองว่า ในระบบกฎหมาย “หลักการ” อาจมีทั้งที่เป็นหลักการที่ไม่เป็นแบบแผนเชิงบรรทัดฐาน (Non legal principle หรือหลักการทั่วไปในเรื่องอื่น ๆ) และหลักการทางกฎหมาย (Legal principle) ซึ่งเป็นแบบแผนเชิงบรรทัดฐาน และด้วยชุดความคิดนี้ของแรช เขาจึงตั้งข้อสังเกตว่า แนวคิดที่ว่าด้วยหลักการของดอร์กินั้นมีความครอบคลุมเพียงพอหรือไม่ เพราะคำว่า “หลักการ” (principle) ในความเข้าใจของ ดอร์กิน นั้น แรชสันนิษฐานว่า ดอร์กินน่าจะหมายถึงเฉพาะก็แต่เพียง หลักการประเภท “หลักการทางกฎหมาย” (Legal principle) เท่านั้น หาได้กินความรวมถึง “หลักการ” ที่ไม่เป็นแบบแผนเชิงบรรทัดฐาน ซึ่งก็ดำรงอยู่ในระบบกฎหมายด้วย (Raz, 1971, p. 835) โดยนัยนี้แรชกำลังโต้แย้งดอร์กิน ถึงความสมบูรณ์และความไม่ครอบคลุมของแนวคิดที่ว่าด้วยหลักการที่ละเลยหลักการแบบอื่น ๆ ที่ไม่เป็นหลักการทางกฎหมาย (แต่ก็เกี่ยวข้องกฏหมายไม่ทางใดก็ทางหนึ่ง)

ในท้ายที่สุด แรชได้โจมตีข้อด้อยของแนวคิดดอร์กินเกี่ยวกับประธานหรือตัวแสดง (norm-subjects) ที่ทำให้หลักการทางกฎหมายปรากฏตัวว่า คับแคบเกินไปที่จะหมายถึง แต่เฉพาะศาลเท่านั้น โดยในความคิดของแรชมองว่า บุคคลหรือสถาบันอื่น ๆ (นอกจากศาล) อาจมีบทบาทในฐานะผู้แสดงออกหรือใช้หลักการทางกฎหมายได้เช่นกัน แม้เราอาจปฏิเสธไม่ได้ว่าการบังคับตามกฎหมายนั้นย่อมต้องอาศัยองค์กรตุลาการเป็นกลไกสำคัญก็ตาม แต่องค์กรตุลาการไม่ใช่ผู้ผูกขาดหลักการทางกฎหมาย (Raz, 1971, p. 836)

แม้ความคิดของโจเซฟ แรชจะสลับซับซ้อนและเข้าใจได้ยากในเรื่องระบบแห่งแบบแผนเชิงบรรทัดฐาน (system of norm) ของเขา แต่ก็ไม่อาจปฏิเสธได้ว่า แรชทำให้ตำแหน่งแห่งที่ของ “หลักการ” ในระบบกฎหมายชัดเจนมากขึ้นกว่า นักคิดบุคคลอื่นในช่วงเวลาเดียวกันนี้ สำหรับแรชแล้วสิ่งที่จะเป็นกฎหมายได้นั้น จะต้องเป็นผลผลิตแห่งการใช้อำนาจของรัฐ ดังนั้น หลักการทางกฎหมายจะประกาศใช้หรือถูกยกเลิกได้ด้วยธรรมชาติแบบเดียวกับกฎหมายที่ออกโดยฝ่ายนิติบัญญัติหรือองค์กรเจ้าหน้าที่รัฐ และจะมีผลผูกพันทางกฎหมายได้ก็แต่โดยอาศัยอำนาจตุลาการของศาลที่พิพากษาในคดีเท่านั้น (Raz, 1971, p. 848)

เราอาจสรุปได้ว่า จนถึงที่สุดแล้ว แรชไม่ยอมรับหลักการทางกฎหมายที่มีสถานะเป็นกฎหมายในตัวของมันเอง ซึ่งความคิดเช่นนี้อาจเสนอขึ้นได้ในทางความคิดหรือข้อถกเถียงในเชิงปรัชญาเท่านั้น แต่ทว่าในสภาพความเป็นจริง องค์การตุลาการทั้งหลาย โดยเฉพาะอย่างยิ่งในระบบกฎหมายแบบซีวิล ลอว์ ได้มีการใช้หลักการทางกฎหมายในฐานะเป็นกฎหมายที่บังคับโดยตรงแก่ข้อเท็จจริงได้ อาทิ ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย มาตรา 4 ได้ยอมรับหลักการทางกฎหมายให้เอามาใช้ในฐานะกฎหมายที่บังคับโดยตรงแก่คดีได้เมื่อไม่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่นำมาปรับแก้คดี ในนามของสิ่งที่เรียกว่า “หลักการกฎหมายทั่วไป” หรือในระบบกฎหมายปกครองฝรั่งเศสเองก็ยอมรับให้คณะตุลาการทางปกครอง (Conseil d'État) สามารถวินิจฉัยข้อพิพาททางปกครองโดยหลักการทางกฎหมายที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษรโดยตรงแก่คดี ที่เรียกว่า “หลักทั่วไปทางกฎหมายปกครอง” (Le principe général du droit) ดังนั้น มุมมองของแรช อาจไม่สอดคล้องกับสภาพความเป็นจริงในระบบกฎหมายต่าง ๆ ได้

2.3 แนวคิดของโรเบิร์ต อเล็กซี

2.3.1 แนวคิดพื้นฐานเกี่ยวกับ “หลักการ” และ “กฎเกณฑ์”

ทฤษฎีหลักการ (Theory of principle) ของโรเบิร์ต อเล็กซี (Robert Alexy) ได้รับอิทธิพลและพัฒนาต่อยอดมาจากคำอธิบายของ ดอร์กิน (Dworkin) แต่กระนั้นก็ตาม อเล็กซีได้ประกอบสร้างทฤษฎีดังกล่าวนี้ขึ้นจากแนวคิดหลักอยู่ด้วยกัน 3 เรื่อง ได้แก่ แนวคิดเกี่ยวกับหลักการในฐานะข้อเรียกร้องหลายระดับของความเป็นไปได้ทั้งในทางข้อเท็จจริงและข้อกฎหมาย (Principles as Optimization Requirement) แนวคิดเรื่องการแข่งขันกันของหลักการ (The Law of Competing Principles) และมีการพัฒนาแนวคิดอันสำคัญยิ่ง เพื่ออุดช่องว่างในคำอธิบายของดอร์กิน คือ แนวคิดเกี่ยวกับการชั่งน้ำหนักและสร้างสมดุลของหลักการ (Balance and Weighting) อย่างไรก็ตามในบทความนี้ที่มีวัตถุประสงค์เฉพาะเพื่อการศึกษาความหมายและลักษณะของหลักการทางกฎหมาย ผู้เขียนจึงขอหยิบยกเฉพาะแนวคิดของอเล็กซีเรื่องหลักการในฐานะ

ข้อเรียกร้องหลายระดับ (Principles as Optimization Requirement) มาอธิบายเท่านั้น โดยมีรายละเอียดดังนี้

2.3.2 แนวคิดเกี่ยวกับหลักการในฐานะข้อเรียกร้องหลายระดับของความเป็นไปได้ทั้งในทางข้อเท็จจริงและข้อกฎหมาย (Principles as Optimization Requirement)

โรเบิร์ต อเล็กซี เริ่มต้นการอธิบายทฤษฎีหลักการจากการอธิบายระบบแห่งแบบแผนเชิงบรรทัดฐาน (norm) ว่าประกอบไปด้วยสองสิ่งคือ แบบแผนเชิงบรรทัดฐานบรรทัดฐาน ที่เรียกว่า “กฎเกณฑ์” (Rules) และ แบบแผนเชิงบรรทัดฐานที่เรียกว่า “หลักการ” (Principles) (Alexy, 2002, p. 48) โดยบรรทัดฐานทั้งสองสิ่งนี้มีความแตกต่างกันในเชิงเนื้อหา กล่าวคือ กฎเกณฑ์ (Rules) เป็นบรรทัดฐานที่เมื่อข้อเท็จจริงเกิดขึ้นและพิจารณาตามเงื่อนไขในกฎเกณฑ์แล้ว ผลทางกฎหมายจะเกิดขึ้นโดยทันทีและมีเพียงแค่ระดับเดียวคือใช้กฎเกณฑ์นั้นบังคับแก่ข้อเท็จจริงได้ทั้งหมด หรือในทางตรงกันข้ามไม่สามารถใช้กฎเกณฑ์บังคับแก่ข้อเท็จจริงนั้นได้ทั้งหมด (fulfilled or not) (Alexy, 2002, p. 48) ในขณะที่หลักการ (principles) นั้นเป็นแบบแผนเชิงบรรทัดฐานที่ไม่เกิดผลแบบเด็ดขาด (prima facie) หลักการจึงมีความเข้มข้นของระดับในการใช้หลักการหนึ่ง ๆ ได้หลายระดับ โดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อเกิดการแข่งขัน (competing) กันของหลักการ ตัวอย่างเช่น ผู้ประกอบการโรงงานยาสูบย่อมได้รับความคุ้มครองการดำเนินงานภายใต้หลักการเกี่ยวกับเสรีภาพในการประกอบอาชีพตามรัฐธรรมนูญ อย่างไรก็ตาม หากมีข้อเท็จจริงเชิงประจักษ์ว่า ยาสูบหรือบุหรี่ก่อให้เกิดอันตรายต่อสุขภาพของประชาชนอย่างร้ายแรง และกระทบแม้กระทั่งกับคนที่ไม่สูบบุหรี่โดยตรง ซึ่งสิทธิเสรีภาพในสุขอนามัยได้รับการคุ้มครองในฐานะหลักการเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพในเนื้อตัวร่างกาย กรณีจึงเกิดการแข่งขันกันของหลักการสองหลักการซึ่งศาลจะต้องชั่งน้ำหนัก และเลือกหลักการใดหลักการหนึ่งให้น้ำหนักมากกว่า แต่ต้องไม่ทำให้อีกหลักการสูญสิ้นผลไปโดยสิ้นเชิง ดังนั้น หากศาลมีคำสั่งให้ผู้ประกอบการพิมพ์คำเตือนอันตรายของยาสูบไว้บนซองผลิตภัณฑ์ทุกครั้ง เท่ากับว่าหลักการที่เกี่ยวกับสิทธิในเนื้อตัวร่างกายถูกเลือกให้น้ำหนัก

เหนือกว่าหลักการเกี่ยวกับเสรีภาพในการประกอบอาชีพ แต่หลักการเกี่ยวกับเสรีภาพในการประกอบอาชีพก็ได้สิ้นผลไป แต่ยังคงอยู่ในระดับที่ลดความเข้มข้นลง ในขณะเดียวกันหลักการที่เกี่ยวกับสิทธิในเนื้อตัวร่างกาย แม้จะมีน้ำหนักมากกว่าแต่ก็ไม่ได้ถูกบังคับใช้อย่างที่มีระดับความเข้มข้นสูงสุดเช่นกัน

เหตุนี้ Robert Alexy จึงนิยามว่า “หลักการ คือ แบบแผนเชิงบรรทัดฐาน (norms) ที่เรียกร้องให้บางสิ่งถูกทำให้เกิดผลขึ้นจริงอย่างมากที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้ทั้งในทางข้อเท็จจริงและในทางกฎหมาย” (Alexy, 2021, p. 147) โดย “บางสิ่งที่จะถูกทำให้เกิดผลขึ้นจริง” ตามที่อเล็กซ์กล่าวก็คือ สภาวะที่ควรจะเป็นในเชิงอุดมคติ (ideal ought) ของสิ่งใดสิ่งหนึ่ง เช่น หลักการเกี่ยวกับเสรีภาพในการประกอบอาชีพ เรียกร้องให้การประกอบอาชีพของปัจเจกชนมีเสรีภาพมากที่สุดเท่าที่จะทำได้ทั้งในทางข้อเท็จจริงและในทางกฎหมาย แต่ก็ได้หมายความว่า เสรีภาพในการประกอบอาชีพเช่นนั้นจะต้องมีระดับความเข้มข้นสูงสุดเสมอไป โดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อมีการแข่งขันกัน (competing) กับหลักการอื่น ๆ ย่อมนำไปสู่การลดระดับความเข้มข้นของหลักการลง ในขณะที่กฎเกณฑ์ (rules) มีความแน่นอนชัดเจน มีสภาพของ “สิ่งที่ควรเป็นอย่างแท้จริง” (real ought) เนื่องจากกฎเกณฑ์มีการกำหนดผลเอาไว้แล้วเป็นการเฉพาะ เมื่อข้อเท็จจริงสามารถปรับเข้ากับองค์ประกอบส่วนเหตุของกฎเกณฑ์ ผลที่เกิดขึ้นจะเป็นไปตามที่ผลของกฎเกณฑ์นั้นกำหนดไว้เสมอ ไม่เป็นอื่น ไม่มีระดับความเข้มข้นของผลและการปรับใช้อย่างที่หลักการเป็น (Alexy, 2002, pp. 47-48)

กล่าวโดยสรุป หลักการอาจถูกปรับใช้กับข้อเท็จจริงในความระดับเข้มข้นที่แตกต่างกันไปแต่ละกรณี แต่กฎเกณฑ์จะปรับใช้กับข้อเท็จจริง เพื่อเกิดผลอย่างแน่นอนอย่างใดอย่างหนึ่งเสมอ การปรับใช้หลักการจึงสามารถระดับความเข้มข้นได้หลายระดับขึ้นอยู่กับกรณีการชั่งน้ำหนักในแต่ละกรณี

แม้ทฤษฎีว่าด้วยหลักการของโรเบิร์ต อเล็กซ์จะพัฒนาขึ้นโดยต่อยอดเพื่ออุดช่องโหว่ทางทฤษฎีของโรนัลด์ ดอว์กิน (Ronald Dworkin) ก็ตาม แต่ทฤษฎีว่าด้วยหลักการของอเล็กซ์ก็ยังมีข้อที่ยังสามารถวิพากษ์วิจารณ์ได้อยู่ในหลายเรื่อง แต่ประเด็น

สำคัญกลับอยู่ที่การขาดการอธิบายรากฐานของแบบแผนเชิงบรรทัดฐานประเภทหลักการ โดยอเล็กซ์อธิบายว่าภายใต้ระบบบรรทัดฐาน (norm) ประกอบไปด้วยบรรทัดฐานอยู่สองประการด้วยกัน คือ บรรทัดฐานประเภทกฎเกณฑ์ (Rules) และบรรทัดฐานประเภทหลักการ (Principles) ซึ่งการสร้างคำอธิบายตามแนวทางของโรนัลด์ ดอร์กิน โดยเริ่มอธิบายที่ความแตกต่างระหว่าง “กฎเกณฑ์” และ “หลักการ” เป็นสำคัญ ซึ่งการอธิบายดังกล่าวนี้ เป็นการอธิบายเชิงเปรียบเทียบคู่ตรงข้าม เพื่อหาคุณลักษณะของหลักการ (axiological foundation) (Avila, 2007, p. 11) ทำให้ขาดมิติในทางที่มาหรือรากฐานของหลักการว่ากำเนิดเกิดขึ้นจากสิ่งใด ส่งผลให้การพิจารณาบรรทัดฐานประเภทหลักการขาดมุมมองอย่างรอบด้าน นอกจากนี้ คำอธิบายของอเล็กซ์ยังคงมีบางประเด็นที่ยังไม่กระจ่างชัดว่าเหตุใดระบบกฎหมายต่าง ๆ จึงมีหลักการทางกฎหมายรองรับเป็นพื้นฐาน (underlying principle) ตลอดจนยังมีช่องว่างในการอธิบายการใช้หลักการทางกฎหมายกับการให้เหตุผลทางกฎหมายด้วยรูปแบบวิธีอื่นโดยองค์กรผู้บังคับใช้กฎหมายว่ามีการแตกต่างกันอย่างไร

3. บทวิเคราะห์และบทนำเสนอ: ความหมายและลักษณะที่สำคัญของหลักการทางกฎหมาย

จากศึกษาพบว่า หลักการทางกฎหมาย (Legal principle) มีลักษณะที่แตกต่างจากหลักการธรรมดาทั่วไปอยู่หลายประการ แต่ประการที่สำคัญและเป็นข้อยุติร่วมกันในทางวิชาการ คือ หลักการทางกฎหมายมีลักษณะเป็น “แบบแผนเชิงบรรทัดฐาน” (norm) ประเภทหนึ่งที่มีส่งผลโดยตรงต่อการตัดสินใจหรือเป็นเครื่องชี้แนะโดยตรงต่อพฤติกรรมในทางกฎหมาย ซึ่งปัญหาที่สมควรพิจารณาประการต่อมาคือ หลักการทางกฎหมายมีความแตกต่างจากแบบแผนเชิงบรรทัดฐานประเภทอื่น โดยเฉพาะอย่างยิ่ง กฎเกณฑ์ทางกฎหมาย (Legal rule) ที่ไม่อยู่ในรูปแบบลายลักษณ์อักษรคล้ายคลึงกับหลักการทางกฎหมาย ที่เรียกว่า “กฎหมายจารีตประเพณี” (Customary law) ได้อย่างไร และเราจะสามารถทราบได้อย่างไรว่า ในการพิจารณารรคดีขององค์กรที่ใช้อำนาจตุลาการมีการใช้หลักการทางกฎหมายเป็นเครื่องมือในการตัดสินใจ หรือเป็นเครื่องชี้แนะในการวินิจฉัยหรือไม่ ซึ่งในประเด็นนี้ผู้เขียนจะแสวงหาคำตอบโดยการวิเคราะห์

มนทัศน์หรือข้อความคิดว่าด้วยหลักการทางกฎหมาย (Legal principle) ของนักปรัชญากฎหมายทั้งสามท่านที่ได้กล่าวมาในข้างต้น เพื่อสังเคราะห์ความหมายและลักษณะของหลักการทางกฎหมาย นอกจากนี้ ผู้เขียนยังสร้างข้อเสนอเพิ่มเติมเพื่ออธิบายหรืออุดช่องว่างที่คำอธิบายของนักปรัชญากฎหมายเหล่านี้ไปไม่ถึงหรือยังไม่ชัดเจนอยู่ โดยพบว่า หลักการทางกฎหมายมีคุณลักษณะที่สำคัญ ดังนี้

3.1 หลักการทางกฎหมายเป็นแบบแผนเชิงบรรทัดฐานประเภทหนึ่ง

3.1.1 นิยามของแบบแผนเชิงบรรทัดฐาน

ในวงวิชาการภาษาไทยไม่ว่าจะเป็นในทางสังคมวิทยา มานุษยวิทยา ปรัชญาหรือในทางนิติศาสตร์ มักแปลคำว่า Norm แตกต่างกันไป เช่น แปลว่า บรรทัดฐาน แบบแผน ปทัสถาน กฎเกณฑ์ความประพฤติ ฯลฯ สำหรับผู้เขียนแล้วขอใช้คำว่า “แบบแผนเชิงบรรทัดฐาน” ในการแปลคำว่า norm ซึ่งจะปรากฏในบทความนี้ เพื่อให้เห็นความแตกต่างอย่างชัดเจนกับคำว่า “แบบแผน” และ “บรรทัดฐาน” ซึ่งอาจปรากฏในความเข้าใจทั่วไปในลักษณะที่มันแตกต่างจากคำว่า norm เช่น บุคคลทั่วไปอาจเข้าใจคำว่า “แบบแผน” มาจากภาษาอังกฤษว่า plan ซึ่งก็ใช้ปะปนกันอยู่ในชีวิตประจำวัน หรืออาจเข้าใจคำว่า “บรรทัดฐาน” ไปในทางว่าหมายถึง standard หรือ good practice อันมีลักษณะไม่ตรงตามความมุ่งหมายในการศึกษาของบทความฉบับนี้ ผู้เขียนจึงขอหลีกเลี่ยงความสับสนดังกล่าวด้วยการใช้คำว่า “แบบแผนเชิงบรรทัดฐาน” อันมีลักษณะเป็นคำเฉพาะที่ไม่ซ้ำซ้อนกับความเข้าใจเป็นการทั่วไป

จากการสำรวจนิยามของบรรทัดฐานเชิงแบบแผน (norm) พบว่า แม้จะมีการนิยามไว้โดยแหล่งที่มาเป็นจำนวนมาก แต่ทั้งหมดก็ล้วนแล้วแต่มีลักษณะในสาระสำคัญที่สอดคล้องไปในทางเดียวกัน เช่น พจนานุกรมศัพท์สังคมวิทยาของอ็อกฟอร์ด (Oxford Dictionary of Sociology) ให้ความหมายของ norm ว่าหมายถึง “ความคาดหวังร่วมกันเกี่ยวกับพฤติกรรม ซึ่งสื่อถึงสิ่งที่ถือว่าเป็นที่พึงปรารถนาและเหมาะสมตามวัฒนธรรม...พฤติกรรมที่เกิดขึ้นจริงอาจแตกต่างจากสิ่งที่ถือว่าเป็นไปตามบรรทัดฐาน และหากพฤติกรรมนั้นถูกตัดสินโดยบรรทัดฐานที่มีอยู่ ก็อาจถูกมองว่าเป็นพฤติกรรม

เบี่ยงเบน (deviant) ...” (Scott, 2014, p. 359) นิยามนี้แสดงลักษณะสำคัญสองประการของแบบแผนเชิงบรรทัดฐาน กล่าวคือ

ประการแรก แบบแผนเชิงบรรทัดฐานเป็นเรื่องที่ส่งผลโดยตรงต่อการกำหนดพฤติกรรมของผู้คนในลักษณะของ “สิ่งที่ควรจะเป็น” (ought to) เห็นได้จากกรณีเมื่อบุคคลใดก็ตามประพฤติปฏิบัติแตกต่างไปจากแบบแผนเชิงบรรทัดฐานจะถือว่าเป็น “พฤติกรรมเบี่ยงเบน” (deviant) โดยการเบี่ยงเบนนี้คือ การเบี่ยงเบนจาก “สิ่งที่ควรจะเป็น” นั่นเอง

ประการที่สอง นิยามแสดงให้เห็นความสัมพันธ์บางอย่างระหว่าง “สิ่งที่พึงปรารถนา” หรือเรียกอีกอย่างว่า “คุณค่า” (value) ที่สังคมนั้น ๆ ยึดถือกับแบบแผนเชิงบรรทัดฐาน ดังนั้น แบบแผนเชิงบรรทัดฐานจึงเกิดขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์ในการตอบสนองคุณค่าบางอย่างบางประการของสังคมนั่นเอง

สำหรับพจนานุกรมศัพท์ทางปรัชญาของออกฟอร์ด (Oxford Dictionary of Philosophy) ได้นิยาม Norm ไปในทางเดียวกันว่า หมายถึง “กฎเกณฑ์เกี่ยวกับพฤติกรรม หรือแบบแผนพฤติกรรมที่แน่นอน ซึ่งหากมีการเบี่ยงเบนจากบรรทัดฐานนั้น บุคคลอาจต้องเผชิญกับการตำหนิหรือการลงโทษบางอย่าง ในความหมายนี้ บรรทัดฐานอาจรวมถึงบรรทัดฐานทางไวยากรณ์ บรรทัดฐานมารยาท ตลอดจนบรรทัดฐานทางศีลธรรมด้วย”(Blackburn, 2005, p. 255)

ในทางกฎหมายนั้น พจนานุกรมศัพท์กฎหมาย Black’s Law ให้ความหมายของคำว่า Norm หมายถึง “1. แบบแผนหรือมาตรฐานที่สังคมหรือกลุ่มใหญ่ยอมรับ (ไม่ว่าจะโดยสมัครใจหรือไม่ก็ตาม) ซึ่งใช้เป็นเกณฑ์ในการตัดสินบุคคลหรือสิ่งใดสิ่งหนึ่ง 2. มาตรฐานที่เกิดขึ้นจริงหรือถูกกำหนดขึ้น โดยอิงจากพฤติกรรมที่มักพบหรือพบบ่อยที่สุดในกลุ่มคนใดกลุ่มหนึ่ง” (Garner & Black, 2009, pp. 1159-1160) ซึ่งก็มีลักษณะใจความสำคัญสอดคล้องไปในทางเดียวกันกับพจนานุกรมทั้งสองฉบับในข้างต้น

เราจึงอาจสรุปลักษณะสำคัญของ “แบบแผนเชิงบรรทัดฐาน” (norm) ว่าหมายถึง “แบบแผนหรือมาตรฐานที่เป็นข้อเรียกร้องเชิงพฤติกรรม อันส่งผลต่อการประพฤติปฏิบัติในแต่ละเรื่องของบุคคลทั้งหลาย”

3.1.2 เหตุที่หลักการทางกฎหมายเป็นแบบแผนเชิงบรรทัดฐาน

ในการจัดระบบแบบแผนเชิงบรรทัดฐานนั้น นักวิชาการทั้งหลายล้วนมีแนวคิดในการจัดระบบและแบ่งประเภทของแบบแผนเชิงบรรทัดฐานที่แตกต่างกันออกไป จากการสำรวจแนวคิดและทฤษฎีของนักนิติศาสตร์ทั้งสามซึ่งทรงอิทธิพลต่อการพัฒนาแนวคิดเรื่องหลักการทางกฎหมาย แม้จะมีรายละเอียดที่แตกต่างและมีข้อถกเถียงกันอยู่บ้าง แต่ทุกคนต่างเห็นพ้องต้องกันอย่างเอกฉันท์ว่า “หลักการทางกฎหมาย” มีฐานะเป็น “แบบแผนเชิงบรรทัดฐาน” (norm) โดยโรนัลด์ ดอว์กิน มองว่า กฎหมายมิได้มีเฉพาะมาตรฐาน (standard) ที่เป็น กฎเกณฑ์ (rule) เท่านั้น แต่ยังประกอบไปด้วยมาตรฐานประเภท “หลักการ” (policy) และนโยบาย (policy) อยู่ด้วย ซึ่งสิ่งเหล่านี้ล้วนส่งผลต่อการวินิจฉัยบรรดาอรรถคดีของผู้พิพากษา (Dworkin, 1977, p. 22) ซึ่งโจเซฟ แรช วิเคราะห์ว่า “หลักการ” ตามความเข้าใจของดอว์กิน คือ หลักการที่มีลักษณะเป็นข้อเรียกร้องในทางหน้าที่ (principle of obligation) หรือที่เรียกว่า “หลักการทางกฎหมาย” (Legal principle) นั้นเอง (Raz, 1971, p. 828) สำหรับตัว แรช (Raz) เอง เขามองว่า หลักการทางกฎหมายเป็นแบบแผนเชิงบรรทัดฐานทางกฎหมาย (Legal norm) ประเภทหนึ่ง มีลักษณะเป็นเหตุผลที่เป็นการชี้แนะ (guide) ในการตัดสินใจหรือส่งผลในทางหน้าที่โดยตรงต่อความประพฤติของบุคคลในทางกฎหมาย (Raz, 1971, p. 835) กล่าวอีกนัยหนึ่ง หลักการทางกฎหมายมีลักษณะเป็นแบบแผนในทางข้อเรียกร้องต่อความประพฤติหรือการตัดสินใจใด ๆ ในทางกฎหมายนั่นเอง ซึ่งอเล็กซ์เสนอเพิ่มเติมว่า หลักการ (ทางกฎหมาย) เป็นข้อเรียกร้องให้เกิดผลขึ้นจริงมากที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้ทั้งในทางกฎหมายและข้อเท็จจริง (Principles are optimization requirements) (Alexy, 2002, p. 47) เราอาจเปรียบเทียบหลักการเหมือน “พิมพ์เขียว” (utopian blueprint) (Clark, 1984, p. 196) ของบ้านที่เกิดจากการแปลงสภาพในอุดมคติของบ้านในทาง

ความคิดที่ควรจะเป็น (ought to) ออกมาเป็นข้อเรียกร้องต่อบรรดาผู้รับเหมาให้สร้างบ้านตามพิมพ์เขียวนี้เพื่อให้สอดคล้องกับบ้านในทางอุดมคติที่เจ้าของนึกคิดไว้ให้ได้มากที่สุดเท่าที่จะมากได้ หากพูดในมิติของกฎหมายแล้วอาจยกตัวอย่างได้ว่า “หลักความเสมอภาค” ซึ่งเป็นหลักการทางกฎหมายที่สำคัญ มีลักษณะเป็นข้อเรียกร้องต่อการตัดสินใจหรือหน้าที่ในทางกฎหมายของผู้ใช้ผู้ตีความกฎหมายให้ไปถึงซึ่งความเสมอภาคที่ “ควรจะเป็น” ในอุดมคตินั้นเอง เช่นนี้แล้ว หลักการทางกฎหมายจึงมีฐานะเป็นแบบแผนเชิงบรรทัดฐาน (norm) เนื่องจากหลักการทางกฎหมายมีผลต่อการคิดการตัดสินใจตลอดจนการปฏิบัติหน้าที่ทางกฎหมายของบุคคล ไม่ว่าจะเป็นบรรดาองค์กรของรัฐหรือปัจเจกชนก็ตาม เช่น หลักสุจริต (Treu und Glauben) เรียกร้องต่อปัจเจกบุคคลภายใต้ระบบกฎหมายให้ประพฤติตนอย่างซื่อสัตย์และไว้วางใจต่อกัน หลักความสุจริตจึงเป็นอุดมคติของสังคม (สมยศ เชื้อไทย, 2566, หน้า 256-257)

3.2. หลักการทางกฎหมายมีลักษณะทั่วไปหรือมีความเป็นนามธรรมกว่ากฎเกณฑ์

แบบแผนเชิงบรรทัดฐานในทางกฎหมาย (Legal norm) นอกจากหลักการทางกฎหมายแล้วยังมีแบบแผนเชิงบรรทัดฐานที่มีคุณลักษณะใกล้เคียงกันกับหลักการคือ “กฎเกณฑ์ทางกฎหมาย” (Legal rule) การจำแนกแบบแผนเชิงบรรทัดฐานทั้งสองประเภทออกจากกันมีข้อเสนอที่ได้รับการอภิปรายอย่างกว้างขวาง ดังที่ได้เห็นมาแล้วในข้างต้น อย่างไรก็ตาม ในวงวิชาการนิติศาสตร์ต่างเห็นพ้องต้องกันประการหนึ่งว่า หลักการทางกฎหมายและกฎเกณฑ์ทางกฎหมายแตกต่างกันอย่างสำคัญในเรื่องระดับของความเป็นทั่วไป (generality) (Alexy, 2002, p. 47) กล่าวคือ หลักการทางกฎหมายมีเนื้อหาที่ไม่ได้เฉพาะเจาะจงใช้กับข้อเท็จจริงใดเป็นการเฉพาะ ในขณะที่กฎเกณฑ์ทางกฎหมายจะใช้กับข้อเท็จจริงที่มีความเฉพาะเจาะจง (Raz, 1971, p. 838; 2002, p. 49) ด้วยเหตุนี้การบังคับใช้กฎเกณฑ์ทางกฎหมายจึงก่อให้เกิดผลทางกฎหมายอย่างแน่นอนชัดเจนกว่าการใช้หลักการทางกฎหมาย (Alexy, 2002, p. 49)

จะเห็นได้ว่า คุณลักษณะในแง่หนึ่งของหลักการทางกฎหมาย เป็นเครื่องช่วยจำแนกระหว่างหลักการทางกฎหมายกับแบบแผนเชิงบรรทัดฐานในทางกฎหมายอื่น ๆ ที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษรเช่นกันอย่าง “กฎหมายจารีตประเพณี” (Customary law) ซึ่งหากพิจารณาถึงระดับความเป็นทั่วไป (generality) ของกฎหมายจารีตประเพณีแล้วจะพบว่า มีความเฉพาะเจาะจงกับข้อเท็จจริงเฉพาะเรื่องมากกว่า เช่น

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ พ. 12/2546

“...โดยทั่วไป กฎหมายจะกำหนดไว้แต่เพียงว่า การออกกฎกระทรวงเป็นอำนาจของรัฐมนตรีว่าการกระทรวง โดยไม่ได้บัญญัติและไม่มีกฎหมายใดบัญญัติให้ต้องผ่านความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรีไว้ก็ตาม แต่ก่อนที่รัฐมนตรีจะออกกฎกระทรวง จะต้องสร้างกฎกระทรวงดังกล่าวไปให้คณะรัฐมนตรีพิจารณาให้ความเห็นชอบและปฏิบัติสืบทอดกันตลอดมา จึงพอถือได้ว่า ได้มีกฎหมายจารีตประเพณีกำหนดให้การออกกฎกระทรวง กฎทบวง หรือกฎอื่นที่มีฐานะเทียบเท่ากฎกระทรวง จะต้องผ่านความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรีดังกล่าวแล้ว...”

เห็นได้ว่า กฎหมายจารีตประเพณีที่ว่าการออกกฎกระทรวงต้องผ่านความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรีนั้น มีระดับความเฉพาะเจาะจงสูง กล่าวคือ สามารถนำไปบังคับใช้กับการออกกฎกระทรวงเท่านั้น หาใช่เรื่องทั่วไปที่จะเอาไปใช้กับกฎหมายอื่น ๆ ได้ ซึ่งที่หากเทียบกับคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 50/2542 ที่ว่า

“...ซึ่งการยกเลิกกฎหมายจัดตั้งรัฐวิสาหกิจ ต้องเป็นไปตามหลักกฎหมายทั่วไปในการยกเลิกกฎหมาย ตามหลักกฎหมายทั่วไป การยกเลิกกฎหมายอาจกระทำได้ทั้งการยกเลิกกฎหมายโดยตรงและการยกเลิกกฎหมายโดยปริยาย แต่อย่างไรก็ตาม การยกเลิกกฎหมายไม่ว่าจะยกเลิกทั้งฉบับหรือบางส่วนจะต้องดำเนินการโดยกฎหมายที่มีลำดับชั้นของกฎหมายเท่ากันหรือสูงกว่า ...”

หลักการทางกฎหมายที่ว่าการยกเลิกกฎหมายต้องดำเนินการโดยกฎหมายลำดับชั้นที่เท่ากันหรือสูงกว่า เป็นแบบแผนเชิงบรรทัดฐานที่นำไปใช้ในข้อเท็จจริงที่มีระดับความเป็นทั่วไปมากกว่ากฎหมายจารีตประเพณี กล่าวคือ หลักการทางกฎหมายนี้นำไป

ปรับใช้กับการออกกฎหมายได้ทั้งหมดในระบบกฎหมายอย่างกว้างขวาง ทั้งนี้โดยไม่จำกัดว่าเป็นระบบกฎหมายไทยเพียงอย่างเดียว แต่ทว่าหลักการทางกฎหมายนี้ได้รับการยอมรับทั่วไปในทุกประเทศ ในทางตรงกันข้ามกฎหมายจารีตประเพณีที่หยิบยกมาในข้างต้น นอกจากใช้บังคับกับข้อเท็จจริงเฉพาะเรื่องแล้วอาจไม่สามารถนำไปบังคับใช้กับการออกกฎลำดับรองในระบบกฎหมายอื่น ๆ ได้

ดังนั้น หลักการทางกฎหมายจึงเป็นแบบแผนเชิงบรรทัดฐานที่มีระดับความเข้มงวดไปสูงกว่ากฎเกณฑ์ทางกฎหมายอื่น ๆ ในประเด็นนี้จึงเป็นเครื่องช่วยจำแนกหลักการทางกฎหมายกับจารีตประเพณี (ที่เป็นกฎเกณฑ์ทางกฎหมาย) ได้อย่างชัดเจน

3.3 หลักการทางกฎหมายเป็นเหตุผลหรือเครื่องมือขึ้นำการตัดสินใจในทางกฎหมาย

จากคุณลักษณะประการแรกของหลักการทางกฎหมายที่ว่า หลักการทางกฎหมายเป็นแบบแผนเชิงบรรทัดฐาน (norm) ที่เป็นเครื่องมือขึ้นำ (guide) การตัดสินใจหรือมีผลโดยตรงต่อพฤติกรรมของบุคคลในทางกฎหมาย ซึ่งการตัดสินใจหรือพฤติกรรมในทางกฎหมายก็ไม่ใช่ว่าสิ่งใดเลยนอกไปจากการ “การร่าง การใช้และการตีความกฎหมาย” นั่นเอง อย่างไรก็ตามหากเราจำกัดให้แคบลงเฉพาะการใช้การตีความกฎหมายโดยฝ่ายตุลาการ การจำแนกการใช้การตีความกฎหมายโดยมีที่จากหลักการทางกฎหมายกับการใช้การตีความกฎหมายจากเหตุผลทางกฎหมายอื่น ๆ (postulate) กระทำได้ค่อนข้างยาก แต่กระนั้นก็ตาม การจำแนกดังกล่าวนี้มีความจำเป็นอย่างยิ่งในการศึกษาและวิเคราะห์ในการทำความเข้าใจความหมายและลักษณะของหลักการทางกฎหมาย โดยพิจารณาเนื้อหาของกรณีวินิจฉัยซึ่งมักปรากฏร่องรอยของการใช้หลักการทางกฎหมายโดยมักมีลักษณะดังนี้

3.3.1 หลักการทางกฎหมายเป็นฐานหรือเหตุผลโดยตรงให้ศาลปรับใช้กฎหมายอื่นแก่ข้อเท็จจริงในคดีเพื่อให้เกิดผลทางกฎหมาย

ในรูปแบบนี้ไม่ใช่กรณีที่ศาลเอาหลักการทางกฎหมายไปบังคับโดยตรงแก่คดี แต่เป็นกรณีที่ศาลปรับใช้หลักการทางกฎหมายในลักษณะเป็นฐานสุดท้าย

(principles are defined as immediately finalistic norms) เพื่อการปรับใช้กฎหมายอื่นแก่คดี (Avila, 2007, p. 93) หรือที่โจเซฟ แรชเรียกว่า หลักการทางกฎหมายเป็น “เหตุผลในการปฏิบัติ” (practical reason) เพื่อปรับใช้กฎหมาย (Raz, 2002) โดยมีตัวอย่างที่ปรากฏในคำพิพากษาศาลฎีกาของไทย ดังนี้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2264/2521

“...ตามพระราชบัญญัติอาวุธปืนฯ คำว่า มี หมายความว่า มีกรรมสิทธิ์หรือมีไว้ในครอบครอง และคำว่า ครอบครอง นั้น มิได้บัญญัติให้มีความหมายเป็นพิเศษ จึงต้องถือว่าต้องมีเจตนายึดถือเพื่อตน ทั้งนี้ตามหลักกฎหมายทั่วไป การที่เป็นของกลางอยู่ที่บ้านจำเลยโดยเจ้าของปืนนำมาฝากบุตรภรรยาจำเลยไว้ชั่วคราว จำเลยเป็นแต่เพียงยึดถือไว้แทนเจ้าของเท่านั้น มิได้ยึดถือเพื่อ จึงถือไม่ได้ว่าจำเลยเป็นผู้ครอบครองปืนของกลางอันเป็นความผิดตามฟ้อง...”

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5039/2546

“...จำเลยรับฝากหมีควายไว้จากผู้ใหญ่บ้านเพื่อส่งมอบให้แก่สถานีเพาะเลี้ยงสัตว์ป่า แต่ทางสถานีเพาะเลี้ยงสัตว์ป่ายังก่อสร้างบ่อเลี้ยงหมีควายไม่แล้วเสร็จ จึงให้จำเลยเลี้ยงดูไปก่อน จึงต้องถือว่าการครอบครองในกรณีนี้ต้องมีเจตนายึดถือเพื่อตน ทั้งนี้ตามหลักกฎหมายทั่วไป ดังนั้นการที่จำเลยรับเลี้ยงดูหมีควายซึ่งเป็นสัตว์ป่าคุ้มครองไว้ชั่วคราวเพื่อรอให้สถานีเพาะเลี้ยงสัตว์ป่ามารับไปภายหลัง จำเลยไม่มีเจตนายึดถือเพื่อตน จึงหาใช่เป็นการมีไว้ในครอบครองอันเป็นความผิดตามมาตรา 19 และมาตรา 47 ไม่...”

ตามคำพิพากษาศาลฎีกาทั้งสองฉบับ เป็นการวินิจฉัยองค์ประกอบความผิดฐานที่เกี่ยวกับการ “ครอบครอง” สิ่งของที่ผิดกฎหมาย ในคดีแรกเป็นเรื่องอาวุธปืนและคดีที่สองเป็นเรื่องการครอบครองสัตว์ป่าโดยไม่ได้รับอนุญาตตามพระราชบัญญัติสงวนและคุ้มครองสัตว์ป่า พ.ศ. 2535 มาตรา 19 ซึ่งจะครบองค์ประกอบได้ ต้องมี “การครอบครอง” เสียก่อน แต่ข้อเท็จจริงในคดีกลับมีปัญหว่าการยึดถือแทนเป็นการครอบครองหรือไม่ก็ปรากฏว่าไม่มีกฎหมายบัญญัตินิยามเอาไว้อย่างแจ่มชัด ศาลจึงต้องอาศัย “หลักการทางกฎหมาย” ที่เรียกว่า หลักกฎหมายทั่วไปมาตีความถ้อยคำดังกล่าว จะเห็นได้ว่า เมื่อ

หลักการทางกฎหมายมีเนื้อหาว่า การครอบครองต้องยึดถือเพื่อตน จึงเป็นฐานสุดท้าย (finalistic) หรือเหตุผล (practical reason) โดยตรงในการที่ศาลวินิจฉัยว่า การกระทำของจำเลยไม่เป็นความผิด เพราะไม่เข้าลักษณะเป็นการครอบครองอันเป็นองค์ประกอบของกฎหมาย

อนึ่ง สมควรกล่าวด้วยว่า ตัวอย่างตามคำพิพากษาเหล่านี้ เป็นลักษณะที่เกิดขึ้นบ่อยครั้งในการปรับใช้หลักการทางกฎหมายในคำพิพากษาของศาล เราจึงต้องพิจารณาอย่างยุ่งยากก็ปรากฏให้เห็นร่องรอยอย่างชัดเจนของการใช้หลักการทางกฎหมาย แต่ทว่ายังมีการใช้หลักการทางกฎหมายในคำพิพากษาอีกรูปแบบหนึ่งที่ใช้หลักการทางกฎหมายเป็นฐานสุดท้ายหรือเหตุผลในการปรับใช้กฎหมายแก่ข้อเท็จจริงเพื่อให้เกิดผลทางกฎหมาย แต่ศาลมิได้อ้างถึงโดยตรงว่าเป็นหลักการทางกฎหมาย นั่นคือ การที่คำพิพากษาของศาลอ้างถึง “โครงสร้าง” “หลักพื้นฐาน” หรือ “รากฐาน” ของระบบกฎหมายหรือระบอบการปกครอง เนื่องด้วยเราอาจค้นหาหลักการทางกฎหมายจากโครงสร้างของระบบกฎหมายที่ยึดโยงกฎหมายต่าง ๆ เข้าไว้ด้วยกัน (วรเจตน์ ภาคีรัตน์, 2557, หน้า 141) หรือศาลอาจใช้วิธีทางตรรกะแบบอุปนัย (induction) โดยการนำกฎหมายหลาย ๆ ฉบับมาพิจารณาและสกัดหลักการทางกฎหมายออกมาเพื่อปรับใช้ (วรเจตน์ ภาคีรัตน์, 2557, หน้า 141; หยุต แสงอุทัย, 2552, หน้า 131) รวมถึงการอ้างอิงถึงสิ่งที่เป็นนามธรรมอย่าง “คุณค่า” (value) บางอย่างบางประการ โดยคุณค่าเหล่านั้นมีลักษณะเป็นนามธรรม คือ ไม่มีรูปร่าง ไม่อาจสัมผัสได้โดยใช้ประสาทสัมผัส แต่เป็นสิ่งที่จำเป็นพื้นฐานของการอยู่ร่วมกันของมนุษย์ (คณิต ณ นคร, 2543, หน้า 33) เช่น สิทธิเสรีภาพของประชาชน ความยุติธรรมตามธรรมชาติ (สมยศ เชื้อไทย, 2566, หน้า 138) โดยศาลจะอ้างสิ่งเหล่านี้เป็นลักษณะที่เป็นฐานสุดท้าย หรือเหตุผลที่นำไปสู่การปรับใช้กฎหมายเพื่อวินิจฉัยคดี ซึ่งอันที่จริงแล้วศาลไม่นำคุณค่ามาใช้เป็นเหตุเป็นผลโดยตรง แต่เป็นการละไว้ที่จะไม่กล่าวอ้างหลักการทางกฎหมายที่เกิดขึ้นเพื่อปกป้องคุณค่าเหล่านั้นเท่านั้นเอง หากกล่าวอย่างถึงที่สุดแล้ว นี่คือการนำหลักการทางกฎหมายซึ่งมีการกิจหรือเป้าประสงค์ในปกป้องคุณค่า (value) ในเรื่องนั้นมาใช้เป็นฐานสุดท้ายหรือ

เหตุผลในการปรับใช้กฎหมายเข้ากับข้อเท็จจริงในคดีเพื่อสร้างผลทางกฎหมาย แต่ทั้งนี้ ต้องไม่เข้าใจผิดไปว่า หลักการทางกฎหมายและคุณค่าเป็นสิ่งเดียวกัน แม้ศาลในบางกรณี เช่น ศาลรัฐธรรมนูญเยอรมันใช้คำว่าหลักการและคุณค่าสลับกันไปมาประหนึ่งว่าเป็นสิ่งเดียวกันก็ตาม (Alexy, 2002, p. 86) แต่หลักการทางกฎหมายและคุณค่าก็แตกต่างกันในแง่สถานะการเป็นแบบแผนเชิงบรรทัดฐาน (norm) หลักการทางกฎหมายเป็นแบบแผนเชิงบรรทัดฐานที่มีผลต่อการเรียกร้องว่าบุคคลควรต้องทำอะไรหรืองดเว้นกระทำการสิ่งใด ในขณะที่คุณค่าเป็นเรื่องของประการเมิน (axiological concept) (Alexy, 2002, p. 92) แต่กระนั้นก็ตาม หลักการและคุณค่ามีความสัมพันธ์แนบชิดอย่างแยกไม่ออก เพราะเมื่อประเมินว่าสิ่งใดมีคุณค่าแล้ว หลักการจะทำหน้าที่เป็นแบบแผนเชิงบรรทัดฐานที่เรียกร้องโดยตรงต่อพฤติกรรมทางกฎหมายให้ปกป้องคุณค่าเช่นนั้น เราจึงสามารถวิเคราะห์หรือทราบเนื้อหาของหลักการทางกฎหมายเรื่องนั้น ๆ ได้อย่างถูกต้อง หากเราสามารถค้นหาได้ว่าหลักการดังกล่าวปกป้องคุณค่าในเรื่องอะไรอยู่ (Avila, 2007, p. 29) เช่น

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1012/2503

“...ข้อความในมาตรา 18(1) พระราชบัญญัติโรกระบาดสัตว์ พ.ศ. 2499 ที่ว่า “ออกประกาศหรือสั่งเป็นหนังสือ” นั้น ศาลฎีกาเห็นว่า จะออกเป็นรูปประกาศหรือเป็นรูปคำสั่งก็ตาม จะต้องทำเป็นหนังสือทั้งนั้นที่ว่า “ออกประกาศหรือสั่งเป็นหนังสือ” คือ ประสงค์ให้เป็นหลักฐานสามารถตรวจสอบได้ว่า ประกาศไว้อย่างไรหรือสั่งไว้อย่างไร ถ้าตีความตามฎีกาของโจทก์ คือ ให้ออกประกาศด้วยวาจาได้ ย่อมปราศจากหลักฐานและเป็นช่องทางให้ได้เสียกันได้ หาใช้ความประสงค์ของกฎหมายนี้ไม่ เพราะมาตรานี้มุ่งบังคับเอากับประชาชน ควรวินิจฉัยตีความให้เป็นยุติธรรมแก่ประชาชนและหลักการวินิจฉัยตีความตามกฎหมายในส่วนอาญา จำต้องระลึกลึงลึงสิทธิเสรีภาพของบุคคลประกอบด้วย ถ้ายอมให้ประกาศบังคับเอากับประชาชนด้วยวาจา หากข้อความที่ประกาศด้วยวาจานั้นบิดเบือนหรือผิดเพี้ยนผันแปรไปประการใด ประชาชนอาจได้รับความเดือดร้อน ไม่ชอบด้วยการวินิจฉัยตีความตามกฎหมาย ตามพระราชบัญญัติฉบับนี้ ในมาตราอื่น ๆ ที่ต่อเนื่องเป็นเรื่องเดียวกัน ก็ได้บัญญัติไว้ให้ออกประกาศหรือสั่งเป็นหนังสือ

เช่น มาตรา 10, 15 และ 16 เป็นต้น การพิจารณาตราอื่น ๆ ประกอบด้วย ย่อมช่วยให้สามารถหยั่งรู้ถึงความประสงค์ของมาตรา 18 ดีขึ้นได้...จำเลยฝ่าฝืน ยังไม่มีความผิด เพราะสัตว์แพทย์ประกาศด้วยวาจาไม่ใช่เป็นหนังสือ”

คำพิพากษากฎีกาฉบับนี้เป็นตัวอย่างที่ดีเพราะอุดมไปด้วยเทคนิควิธีการในการปรับใช้หลักการทางกฎหมายโดยไม่จำต้องระบุเป็นตัวอักษรอย่างชัดเจนว่าเป็นหลักการทางกฎหมาย นั้นเพราะ ประการแรกจะเห็นได้ว่าศาลอ้างถึง “คุณค่า” (values) ในเรื่อง “ความยุติธรรม” ซึ่งเป็นอุดมคติของระบบกฎหมาย และ “สิทธิเสรีภาพของประชาชน” ซึ่งได้รับการยอมรับว่าเป็นคุณค่าสำคัญของการปกครองโดยกฎหมาย (Rule of Law) แต่ไม่เพียงเท่านั้น ประการต่อมา ศาลในคดีนี้ยังใช้เทคนิคทางตรรกะแบบอุปนัย (induction) โดยการสกัดหลักการทางกฎหมายออกมาจากกฎหมายหลาย ๆ มาตรา เพื่อหาหลักการทางกฎหมายที่มีลักษณะทั่วไป (general) นำมาประกอบการวินิจฉัยคดีโดยการตีความคำว่า “ออกประกาศ” นั้นไม่สามารถทำได้ด้วยวาจาเพราะจะขัดต่อ “หลักทางกฎหมาย” ที่คุ้มครองความยุติธรรมและสิทธิเสรีภาพประชาชน

3.3.2 หลักการทางกฎหมายเป็นกฎหมายที่ปรับใช้โดยตรงเพื่อให้เกิดผลทางกฎหมายแก่ข้อเท็จจริงในคดี

กรณีนี้มีข้อถกเถียงในทางวิชาการเป็นอันมากถึงการปรับใช้หลักการทางกฎหมายโดยตรงแก่คดี เพราะเป็นการสร้างความไม่แน่นอนชัดเจนให้เกิดขึ้นแก่ตัวระบบกฎหมายเป็นสิ่งที่ไม่ว่าจะยอมรับได้ อย่างไรก็ตาม ในความเป็นจริงปฏิเสธไม่ได้ว่ามีจำนวนไม่น้อยที่ศาลนำเอาหลักการทางกฎหมายมาปรับใช้ในฐานะ “กฎหมาย” โดยตรงแก่คดี ซึ่งจะแตกต่างจากรูปแบบที่หนึ่งที่ได้กล่าวมาแล้วในช่วงต้น เนื่องด้วยรูปแบบแรกนั้น ศาลนำเอาหลักการทางกฎหมายมาใช้ในฐานะฐานสุดท้ายหรือเหตุผลในการปรับใช้กฎหมายอีกทีหนึ่งเพื่อให้เกิดผลแก่คดี แต่ในรูปแบบที่สองนี้ หลักการทางกฎหมายมีสถานะโดยตรงเป็นกฎหมายในคดี ทำให้ปฏิเสธไม่ได้ที่จะต้องยอมรับหลักการทางกฎหมายให้มีสถานะเป็นกฎหมายไปโดยปริยาย ซึ่งผู้เขียนเห็นว่า มีเหตุผลและความจำเป็นอย่างน้อยสองประการที่สนับสนุนแนวคิดดังกล่าวนี้

เหตุผลประการแรก เป็นเหตุผลหรือธรรมชาติของเรื่อง (nature of thing) อันเป็นผลมาจากการที่ศาลไม่อาจปฏิเสธการวินิจฉัยคดีได้เพียงเพราะไม่มีบทกฎหมายที่ปรับใช้แก้คดีได้ ศาลจึงมีหน้าที่ต้องค้นหากฎหมายที่นอกเหนือจากกฎหมายลายลักษณ์อักษรมาปรับใช้เพื่อวินิจฉัยบรรดาบรรดาคดีทั้งหลายให้ยุติลงอย่างเป็นธรรม (หยุด แสงอุทัย, 2552, p. 129)

เหตุผลประการที่สอง ในระบบกฎหมายของประเทศต่าง ๆ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในระบบกฎหมายซีวิล ลอว์ (Civil Law) หลายประเทศยอมรับให้ศาลนำเอาหลักการทางกฎหมายมาใช้เป็นกฎหมายในฐานะบทสำรอง (subsidiary law) เมื่อไม่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายปรับใช้แก้คดีได้ เช่น ในร่างแรกของประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ฉบับปี ค.ศ. 1888 มาตรา 1 ความว่า

“ในกรณีที่ไม่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายมาปรับแก้คดี ก็ให้นำมาใช้โดยการเทียบเคียง หากไม่มีบทบัญญัติเช่นนั้น ก็ให้บังคับไปตามหลักการอันเกิดขึ้นจากจิตวิญญาณแห่งระบบกฎหมาย” (*Auf perhältnisse, für welche das Gesetz keine Vorschrift enthält, finden die für rechtsähnliche Verhältnisse gegebenen Vorschriften entsprechende Anwendung. In Ermangelung solcher Vorschriften sind die aus dem Geiste der Rechtsordnung sich ergebenden Grundsätze maßgebend.*)

จะเห็นได้ว่า มาตรา 1 แห่งร่างประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ปี ค.ศ. 1888 มีลักษณะคล้ายคลึงกับมาตรา 4 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยในปัจจุบัน และยิ่งไปกว่านั้นร่างประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันฉบับนี้ยังเป็นต้นร่างของประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่น ซึ่งต่อมามีส่งอิทธิพลต่อไปยังประมวลกฎหมายแพ่งเกาหลีประมวลกฎหมายแพ่งไต้หวัน และอีกหลายประเทศ แสดงให้เห็นถึงอิทธิพลและรากฐานทางความคิดของระบบกฎหมายเยอรมันที่มีต่อระบบกฎหมายโรมาน-เยอรมานิก หรือที่เรียกว่า ระบบกฎหมายซีวิลลอว์ในกลุ่มประเทศเอเชียตะวันออกและเอเชียตะวันออกเฉียงใต้

นอกจากนี้ แม้ร่างประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ค.ศ. 1888 จะไม่ได้กล่าวถึงถ้อยคำ “หลักการทางกฎหมาย” โดยตรง แต่หากพิจารณาให้ถี่ถ้วน สิ่งที่เรียกว่า “หลักการอันเกิดขึ้นจากจิตวิญญาณแห่งระบบกฎหมาย” (Geiste der Rechtsordnung sich ergebenden Grundsätze maßgebend.) ในมาตรา 1 ก็เป็นสิ่งเดียวกันกับ “หลักการทางกฎหมาย” ตามที่เข้าใจในปัจจุบันนั่นเอง แม้ว่าประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันฉบับที่บังคับใช้อยู่ในปัจจุบันจะมีได้ปรากฏถ้อยคำดังกล่าวนี้แล้วก็ตาม แต่ในทางปฏิบัติกลับปรากฏว่าวินิจฉัยของศาลเยอรมันในแต่ละยุคสมัยซึ่งหยิบยกหรือกล่าวอ้างหลักการอันเป็นเครื่องสะท้อนจิตวิญญาณของระบบกฎหมายขึ้นใช้ในการตัดสินบรรดาอรรถคดีเป็นจำนวนมากไม่น้อย โดยมีชื่อเรียกที่แตกต่างกันไป เช่น หลักความสุจริต, หลักความเป็นธรรม, หลักความผาสุกของสังคม เป็นต้น (Haferkamp, 2016, pp. 543-578)

ในประมวลกฎหมายแพ่งของเกาหลีใต้ มาตรา 1 เองก็ได้บัญญัติถึงนิติวิธี และการอุดช่องว่างของกฎหมายโดยทั่วไปเอาไว้ว่า

“หากไม่มีบทบัญญัติที่จะนำมาใช้บังคับแก่กรณีใดได้ ให้บังคับไปตามกฎหมายจารีตประเพณี และหากจารีตประเพณีเช่นนั้นไม่ปรากฏ ก็ให้วินิจฉัยไปตามหลักการแห่งเหตุผล”

คำว่า “หลักการแห่งเหตุผล” หรือที่เรียกว่า “โชริ” (chori) ตามที่ปรากฏในข้างต้น ประมวลกฎหมายแพ่งของเกาหลีได้รับแนวคิดดังกล่าว มาจากสิ่งที่เรียกว่า โจริ ในระบบกฎหมายญี่ปุ่น ซึ่งมีที่มาจากกฤษฎีกา (decree) ของอภิมন্ত্রิสภาของญี่ปุ่น ฉบับที่ 103 ปี ค.ศ. 1875 มีความมุ่งหมายในการจัดระบบกฎหมายและการศาลในช่วงการปฏิรูปสมัยเมจิ โดยในมาตรา 3 ได้วางหลักการสำคัญเกี่ยวกับบ่อเกิดหรือที่มาของกฎหมายญี่ปุ่น ว่าประกอบไปด้วย บทบัญญัติลายลักษณ์อักษร, กฎหมายจารีตประเพณี และหลักการแห่งเหตุผล (Kim, 2012, p. 278)

โยชิยุกิ โนตะ (Yoshiyuki Noda) นักวิชาการนิติศาสตร์ชาวญี่ปุ่น อธิบายว่า หลักการแห่งเหตุผล (jori) ไม่ใช่สิ่งใดเลยนอกไปจากหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติ (natural justice) เป็นเรื่องของสามัญสำนึก และการใช้เหตุผลโดยทั่ว ๆ ไป

(Noda & Angelo, 1976, p. 187) จะเห็นได้ว่าจากคำอธิบายของโนดะ สิ่งที่เราเรียกว่า “หลักการแห่งเหตุผล” หรือ โจริ (jori) ในระบบกฎหมายญี่ปุ่นอาจเทียบเคียงได้กับ “หลักการทางกฎหมาย” ตามที่ปรากฏแนวคิดในระบบกฎหมายต่าง ๆ นั่นเอง ด้วยเหตุดังกล่าวนี้ “โชริ” (chori) ในระบบกฎหมายเกาหลีใต้ซึ่งนำมาจาก “โจริ” (jori) ในระบบกฎหมายญี่ปุ่น ทำให้เห็นได้ว่า ระบบกฎหมายเกาหลีใต้ ยอมรับนับถือให้ “หลักการทางกฎหมาย” หรืออีกนัยคือ “หลักการแห่งเหตุผล” มีค่าบังคับเป็นกฎหมายซึ่งศาลสามารถนำมาใช้ในการวินิจฉัยคดีได้

จากที่กล่าวมา จะเห็นได้ว่าระบบกฎหมายในประเทศทั้งหลายต่าง ยอมรับให้หลักการทางกฎหมายเป็นกฎหมายที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษร (unwritten law) โดยสำหรับประเทศไทย ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 4 เองก็ยอมรับให้ “หลักการทางกฎหมาย” มีสถานะเป็นกฎหมายในระบบกฎหมายได้โดยเรียกว่า “หลักกฎหมายทั่วไป” ตัวอย่างเช่น

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5640/2541

“...เมื่อจำเลยที่ 3 ขายที่ดินพิพาทให้แก่จำเลยที่ 4 ไป แม้จำเลยที่ 4 ซื้อไว้โดยสุจริตเสียค่าตอบแทนและจดทะเบียนถูกต้องตามกฎหมายจำเลยที่ 4 ก็ไม่มีสิทธิอย่างใดในที่ดินพิพาท ตามหลักกฎหมายทั่วไปที่ว่า ผู้รับโอนไม่มีสิทธิดีกว่าผู้โอน... พิพากษากลับว่า ให้เพิกถอนนิติกรรมการซื้อขายที่ดินระหว่างจำเลยที่ 1 จำเลยที่ 3 และจำเลยที่ 4...”

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2911/2566

“...ตามหลักกฎหมายทั่วไปที่ว่า ผู้รับโอนไม่มีสิทธิดีกว่าผู้โอน โจทก์ทั้งสิบเจ็ดไม่มีอำนาจฟ้องจำเลยทั้งสิบ และปัญหาเรื่องอำนาจฟ้องเป็นปัญหาอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนที่ศาลฎีกามีอำนาจยกขึ้นวินิจฉัย...พิพากษาแก้เป็นว่า ให้ยกฟ้องโจทก์ทั้งสิบเจ็ด...”

ตัวอย่างของคดีทั้งหลายที่หยิบยกมานี้ จะพบลักษณะสำคัญคือ ศาลใช้หลักกฎหมายทั่วไป (ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์) ในลักษณะเป็น “กฎหมาย” ที่ใช้วินิจฉัยตัดสินคดีโดยตรง ไม่ใช่ในลักษณะเป็นเหตุผล หรือฐานในการใช้กฎหมายอื่นใดอีก กล่าวอีกนัยหนึ่ง หลักการทางกฎหมาย (หลักกฎหมายทั่วไป) ในลักษณะนี้ มีสถานะเป็น “กฎหมาย” ที่ไม่อยู่ในรูปแบบลายลักษณ์อักษร ซึ่งเป็นกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในบ้านเมืองแบบหนึ่งนั่นเอง

3.4 บทสรุป บทสังเคราะห์ ความหมายและลักษณะของหลักการทางกฎหมาย

จากการสำรวจ การวิเคราะห์และสังเคราะห์เกี่ยวกับความหมายและลักษณะของหลักการทางกฎหมาย (Legal principle) เราอาจนิยามได้ว่า “หลักการทางกฎหมาย คือ บรรดาแบบแผนเชิงบรรทัดฐานที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษร มีลักษณะทั่วไป ซึ่งมีผลโดยตรงในฐานะเครื่องชี้แนะหรือเหตุผลในการตัดสินใจหรือประพฤติปฏิบัติอย่างใด ๆ ของบุคคลอื่นที่จะเกี่ยวข้องกับเรื่องในทางกฎหมาย” โดยหลักการทางกฎหมายอาจมีสถานะเป็นกฎหมายหรือไม่เป็นกฎหมายก็ได้ขึ้นอยู่กับลักษณะของการปรับใช้แก่คดีโดยองค์กรที่มีอำนาจวินิจฉัยคดีข้อพิพาท สำหรับระบบกฎหมายไทยนั้น มักจะรู้จักหลักการทางกฎหมายในนามของ “หลักกฎหมายทั่วไป” โดยผู้เขียนมีข้อสังเกตว่าหลักกฎหมายทั่วไปที่ปรากฏในมาตรา 4 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ตามความมุ่งหมายน่าจะหมายถึงเฉพาะหลักการทางกฎหมายที่มีสถานะเป็นกฎหมายเท่านั้น เพราะหากพิจารณาจากเจตนารมณ์และในแง่ภารกิจ (function) แล้ว หลักกฎหมายทั่วไปตามมาตรา 4 มีขึ้นเพื่ออุดช่องว่างแห่งบทบัญญัติลายลักษณ์อักษร กรณีจึงเป็นลักษณะหลักการทางกฎหมายที่จะถูกบังคับโดยตรงในฐานะกฎหมายในคดี ซึ่งมีสถานะเป็นกฎหมายที่ใช้บังคับจริงในบ้านเมือง ผู้เขียนจึงหลีกเลี่ยงที่จะใช้คำว่า “หลักกฎหมายทั่วไป” ในงานเขียนนี้ เพื่อไม่ให้เกิดความสับสนและเพื่อให้ขอบเขตทางการศึกษาไม่แคบเกินไปนัก

5. บทส่งท้าย

กล่าวโดยสรุป หลักการทางกฎหมาย คือ บรรดาแบบแผนเชิงบรรทัดฐานที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษร มีลักษณะทั่วไป ซึ่งมีผลโดยตรงในฐานะเครื่องชี้นำหรือเหตุผลในการตัดสินใจหรือประพฤติปฏิบัติอย่างใด ๆ ของบุคคลอื่นที่จะเกี่ยวข้องกับเรื่องในทางกฎหมาย อาจมีสถานะที่เป็นกฎหมาย หรือไม่เป็นกฎหมายก็ได้ ขึ้นอยู่กับบทบาทในการบังคับใช้ขององค์กรผู้ทำหน้าที่ใช้กฎหมายในการวินิจฉัยคดี สำหรับหลักการทางกฎหมายที่มีสถานะเป็นกฎหมายนั้น ศาลจะต้องระมัดระวังในการนำมาใช้เป็นอย่างยิ่ง เพราะโดยตัวของมันเองเป็นการขัดแย้งต่ออำนาจนิติบัญญัติและระบบกฎหมายแบบซีวิล ลอว์ (Civil Law) ที่ยึดหลักความมาก่อนของกฎหมายลายลักษณ์อักษร และด้วยเหตุที่ว่าหลักการทางกฎหมายมีลักษณะทั่วไปหรือค่อนข้างกว้างแบบเป็นนามธรรม ส่งผลให้การมอบสถานะทางกฎหมายให้หลักการทางกฎหมายเท่ากับเป็นการทำให้กฎหมายที่ควรมีความชัดเจนแน่นอนภายใต้แนวคิดเรื่องการปกครองโดยกฎหมาย (Rule of Law) ถูกสั่นคลอนโดยการยอมรับกฎหมายที่ไม่ชัดเจนแน่นอนแบบนี้ แต่อย่างไรก็ตาม ในทางวิชาการมีข้อเสนอว่าหลักการทางกฎหมายที่มีสถานะเป็นกฎหมายมีข้อจำกัดอยู่บางประการ เช่น หลักการทางกฎหมายต้องสกัดมาจากบทบัญญัติลายลักษณ์อักษรทั้งหลาย หรือรากฐานของระบบกฎหมายนั้น ๆ หรือมีความยึดโยงกับคุณค่าที่ระบบกฎหมายต้องการปกป้องเช่น ความยุติธรรม สิทธิเสรีภาพของประชาชน นอกจากนี้หลักการทางกฎหมายที่มีสถานะเป็นกฎหมายจะต้องนำมาใช้เมื่อความปรากฏว่า ศาลไม่อาจหากกฎหมายอื่นใดมาปรับใช้เพื่อวินิจฉัยให้คดีนั้นยุติลงได้ เมื่อศาลไม่อาจปฏิเสธการวินิจฉัยพิจารณาคดีด้วยเหตุว่าไม่มีกฎหมายปรับใช้ได้ หลักการทางกฎหมายจึงเป็นเหตุผลสุดท้ายอันจำเป็น (Ultima ration) ที่จะยอมรับหลักการทางกฎหมายให้เป็นกฎหมายเพื่อให้ภารกิจของรัฐทางตุลาการสำเร็จลุล่วงลงได้ ดังนั้น ศาลจึงต้องระมัดระวังในการใช้หลักการทางกฎหมายเพื่อวินิจฉัยคดี โดยต้องถือว่าเป็นข้อยกเว้นหรือความจำเป็นอย่างยิ่งในการปรับใช้กฎหมาย เช่นว่านี้แก่คดี เพื่อมิให้เกิดสภาวะการปกครองตุลาการขึ้นอันเป็นอันตรายต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนอย่างยิ่ง

ผู้เขียนจึงมีข้อเสนอแนะ ดังต่อไปนี้

1. หลักการทางกฎหมายจึงต้องมีความยืดหยุ่นอย่างยิ่งกับมิติทางกฎหมายผ่านระบบกฎหมายหรือตัวบทกฎหมายต่าง ๆ เสียก่อนเป็นเบื้องต้น แต่ทว่า เมื่อมีความจำเป็นอย่างยิ่งที่มีมิติทางกฎหมายไม่อาจจะทำงานในการหาหลักการทางกฎหมายได้แล้ว จึงเป็นหน้าที่ของนิติในทางศีลธรรมหรือครรลองที่พึงมีพึงเป็น (Moral)

2. กรณีที่ต้องใช้หลักการทางกฎหมายเพื่ออุดช่องว่างแห่งบทบัญญัติกฎหมาย ศาลต้องให้เหตุผลและอธิบายรูปลักษณะของช่องว่างของกฎหมายที่เกิดขึ้นในคดีว่ามีลักษณะเช่นไรเสียก่อน จากนั้นจึงทำการอุดช่องว่างกฎหมายตามนิติวิธีที่สอดคล้องกับระบบกฎหมาย โดยนำหลักการทางกฎหมายมาใช้เมื่อไม่อาจค้นบทกฎหมายใกล้เคียงเป็นอย่างยิ่งและกฎหมายจารีตประเพณีมาปรับใช้ได้

3. ศาลต้องอธิบายที่มา เนื้อหา ตลอดจนเหตุผลในการปรับใช้หลักการทางกฎหมายในการตีความหรืออุดช่องว่างกฎหมายทุกครั้งในคำวินิจฉัย เพื่อความโปร่งใส ความรับผิดชอบในการใช้อำนาจ และความสามารถในการถูกตรวจสอบได้โดยสาธารณะชน

เอกสารอ้างอิง

คณิต ณ นคร. (2543). *กฎหมายอาญาภาคทั่วไป*. กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

วรเจตน์ ภาคีรัตน์. (2557). *คำสอนว่าด้วยรัฐและหลักกฎหมายมหาชน*. (พิมพ์ครั้งที่ 2).

กรุงเทพฯ: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

สมยศ เชื้อไทย. (2566). *ความรู้กฎหมายทั่วไป*. (พิมพ์ครั้งที่ 30). กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

หยุด แสงอุทัย. (2552). *ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป*. (พิมพ์ครั้งที่ 17).

กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

Alexy, R. (2002). *A theory of constitutional rights* (R. Julian, Trans.). Oxford University Press.

Alexy, R. (2021). *Law's ideal dimension*. Oxford University Press.

Avila, H. (2007). *Theory of legal principles*. Springer.

- Blackburn, S. (2005). *The Oxford dictionary of philosophy*. Oxford University Press.
- Clark, G. L. (1984). A theory of local autonomy. *Annals of the Association of American Geographers*, 74(2), 195-208.
- Dworkin, R. M. (1977). *Taking rights seriously*. Harvard University Press.
- Garner, B. A., & Black, H. C. (2009). *Black's law dictionary* (9th ed.). West.
- Haferkamp, H.-P. (2016). On the German History of Method in Civil Law in Five Systems. *German Law Journal*, 17(4), 543-578. <https://doi.org/10.1017/S2071832200021362>
- Kim, M. S.-H. (2012). *Law and custom in Korea : comparative legal history*. Cambridge University Press.
- Noda, Y., & Angelo, A. H. (1976). *Introduction to Japanese law*. University of Tokyo Press.
- Raz, J. (1971). Legal principles and the limits of law. *Yale Law Journal* 81, 823.
- Raz, J. (2002). *Practical reason and norms*. Oxford University Press.
- Scott, J. (2014). *A dictionary of sociology* (Fourth edition ed.). Oxford University Press.
- Wacks, R. (2012). *Understanding jurisprudence : an introduction to legal theory* (3rd ed.). New York : Oxford University Press.