

บทที่ 2

สิทธิอำนาจทางการการเมือง: ความยุติธรรม กฎหมายและผลบังคับใช้

2.1 ความยุติธรรมและกฎหมาย: สถานะทางความรู้กับรากฐานทางปรัชญาและความคิด

โดยหลักการแล้ว การศึกษาทางนิติศาสตร์จำเป็นต้องให้ความสำคัญต่อความยุติธรรม ก่อนที่เรารู้เนื้อหาเกี่ยวกับตัวบทกฎหมาย แต่ความเป็นจริงที่เกิดขึ้นก็คือ วงวิชาการนิติศาสตร์ไทยให้ความสำคัญต่อบทบัญญัติและเจตนารมณ์ของกฎหมายเป็นหลัก ดังนั้น การศึกษาเรื่องความยุติธรรมจึงเป็นสิ่งที่มีความสำคัญน้อยกว่าการศึกษาตัวบทกฎหมายเป็นอย่างมาก ทั้งนี้เนื่องจากนักนิติศาสตร์มุ่งความสนใจไปยังตัวบทกฎหมาย สิทธิอำนาจที่รองรับความชอบธรรมของกฎหมาย และผลการบังคับใช้ นอกจากนี้ ความเป็นวิชาชีพของนักกฎหมายเอง ทำให้นักกฎหมายต้องให้ความสำคัญต่อการฝึกฝนทางด้านกฎหมาย (legal practice) ได้แก่ การศึกษาฎีกาและคำพิพากษาต่างๆ การปฏิบัติตามขนบและระเบียบแบบแผนของวิชาชีพนี้ และการตีความตัวบทกฎหมายมากกว่า การสังเคราะห์ทางความคิดเพื่อให้เข้าใจต่อความยุติธรรม สัมพันธภาพระหว่างกฎหมายและความยุติธรรม

อย่างไรก็ตาม ความพยายามนำเนื้อหาเกี่ยวกับความยุติธรรมผนวกเข้ามาในการศึกษาวิชากฎหมายได้เริ่มต้นขึ้น เมื่อมีการจัดทำหลักสูตรการศึกษากฎหมายของคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ในปี พ.ศ. 2514-2515 โดยบรรจุวิชาใหม่ให้เป็นวิชาบังคับ 2 วิชา คือ ‘นิติปรัชญา’ และ ‘หลักวิชาชีพนักกฎหมาย’ ไว้ในหลักสูตรที่ปรับปรุงขึ้นใหม่ โดยมีปรีดี เกษมทรัพย์ เป็นอาจารย์ผู้สอน เนื้อหาสาระสำคัญของวิชาทั้งสองให้ความสำคัญต่อความรู้ความเข้าใจในแนวคิดของกฎหมายสำนักต่างๆ และจารีตปฏิบัติ ซึ่งก่อให้เกิดความตระหนักถึงปัญหาทางความคิดเรื่องความยุติธรรม ความเป็นกฎหมาย และคุณค่าทางจริยศาสตร์หรือศีลธรรมของกฎหมาย ซึ่งได้รับการเน้นย้ำผ่านแนวคิดกฎหมายธรรมชาติและแนวคิดอื่นๆ เช่น สำนักประวัติศาสตร์ เป็นต้น จนทำให้ความรู้เบื้องต้นต่อหลักการทางกฎหมาย ได้ผนวกความยุติธรรมไว้ในความเข้าใจเบื้องต้นต่อกฎหมาย นอกจากนี้ ปรีดียังได้กล่าวถึงวัตถุประสงค์ของวิชานี้ไว้ในหน้าแรกของหนังสือ *นิติปรัชญา* อีกด้วยว่า เพื่อลบล้างข้อวิพากษ์วิจารณ์ต่อนักนิติศาสตร์

เอกสารประกอบการประชุมศุภกร์เสวนา 25 กรกฎาคม 2551

เกษม เพ็ญภินันท์. สิทธิที่จะก่อให้เกิดความรุนแรงหรือเหตุผลของรัฐต่อความชอบธรรมทางการเมือง. บทความประกอบการสัมมนา ความรุนแรง “ซ่อนหา” สังคมไทย 19-20 พฤศจิกายน 2550

ว่าเป็น “ผู้ที่มีทัศนคติคับแคบ และมีแนวโน้มที่จะยึดมั่นด้วยทฤษฎีหมายตามตัวอักษรจนเกินไป โดยไม่คำนึงถึงความเป็นจริงและความเปลี่ยนแปลงของสังคมและบ้านเมือง” (ปรีดี, 2550: 17) รวมทั้ง ยังต้องการให้นักนิติศาสตร์ สนใจต่อเนื้อหาสาระเกี่ยวกับปรัชญาและความคิดที่เป็นรากฐานของด้วยทฤษฎีหมาย แม้ว่า “**วิชานิติศาสตร์ . . . สอนให้ ‘รู้กฎหมายและใช้กฎหมายเป็น’**” (ปรีดี, 2550: 20, ตัวหนาที่ปรากฏอยู่ เน้นโดยปรีดี) ในคำนำของหนังสือ *นิติปรัชญาเบื้องต้น* สมยศ เชื้อไทย ได้กล่าวย้ำประเด็นนี้ โดยกล่าวถึงประวัติการศึกษานิติปรัชญานั้นเริ่มต้นขึ้นจากคำริของปรีดี เกษมทรัพย์ ที่ต้องการให้นักนิติศาสตร์มีองค์ความรู้และขอบข่ายการพิจารณาปัญหาทางกฎหมายและคติความ ที่ก้าวไกลกว่าด้วยท และสามารถเปิดโลกทัศน์ทางความคิดอีกด้วย

วิชานิติปรัชญาได้รับการบรรจุไว้ในหลักสูตรของวิชานิติศาสตร์ในประเทศเป็นครั้งแรก โดยท่านศาสตราจารย์ ดร. ปรีดี เกษมทรัพย์ เพื่อแก้ไขข้อวิจารณ์เกี่ยวกับนักกฎหมายที่ว่า นักกฎหมายเป็นผู้ที่มีความคิดและทัศนคติคับแคบ มีแนวโน้มที่จะยึดมั่นและเล่นแร่แปรธาตุกับด้วยทฤษฎีหมายลายลักษณะอักษร จนล้มพิจารณาถึงความเป็นจริงและการเปลี่ยนแปลงของสังคมและบ้านเมือง ขาดการพิจารณาถึงอุดมคติหรืออุดมการณ์ของกฎหมาย คำสอนในวิชานิติปรัชญาของท่านจึงมุ่งให้นักกฎหมายมีความรอบรู้เกี่ยวกับวิชาการของโลก เกี่ยวกับกฎหมายอย่างกว้างขวางและลึกซึ้งยิ่งขึ้น โดยพยายามสอนให้เข้าถึงแก่นแท้ของกฎหมาย สถานะและภารกิจของกฎหมายในสังคม บ้านเมืองและในโลกหรืออุดมการณ์ของกฎหมาย ในแง่มุมต่างๆ (สมยศ, 2549: 6)

แต่ในทางปฏิบัติแล้ว การจัดการเรียนการสอนทางด้านนิติศาสตร์ ในรายวิชานิติปรัชญายังคงมีความสำคัญน้อยอยู่ และผู้เรียนก็ให้ความสนใจด้วยทฤษฎีหมายมากกว่าการสืบค้นหรือไตร่ตรองถึงรากฐานทางความคิดทางปรัชญาและปัญหาความยุติธรรม ดังนั้น วิชานิติปรัชญาตามการรับรู้ของนักนิติศาสตร์ส่วนใหญ่จึงเป็นเพียงวิชาที่ช่วยให้เข้าใจต่อแนวคิดทางกฎหมาย แต่ไม่สามารถมีความสำคัญต่อการศึกษาและการฝึกฝนทางกฎหมายในเชิงวิชาชีพได้ สมยศกล่าวไว้ดังนี้

นิติปรัชญาเป็นวิชาศึกษาศาสตร์ที่ตรงกับกฎหมายในลักษณะทั้งหมด (as a whole) เป็นการศึกษาที่ตรงทางนามธรรมขั้นสูงที่เกี่ยวกับกฎหมาย นิติปรัชญาจึงไม่เหมือนวิชานิติศาสตร์ โดยแท้ในแง่ที่ว่าวิชานิติศาสตร์โดยแท้ศึกษากฎหมายที่ใช้บังคับอยู่เป็นเรื่องราว แต่นิติปรัชญาศึกษาปัญหาเจาะลึกถึงความคิดขั้นรากฐานว่าแก่นของกฎหมายคืออะไร (สมยศ, 2549: 55)

เอกสารประกอบการประชุมศุภกร์เสวนา 25 กรกฎาคม 2551

เกษม เพ็ญภินันท์. สิทธิที่จะก่อให้เกิดความรุนแรงหรือเหตุผลของรัฐต่อความชอบธรรมทางการเมือง. บทความประกอบการสัมมนา ความรุนแรง “ซ่อนหา” สังคมไทย 19-20 พฤศจิกายน 2550

กล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ *นิติปรัชญาศึกษาเกี่ยวกับอะไรกันแน่?* คำตอบส่วนใหญ่ที่ได้รับก็คือ ความสำคัญต่อธรรมชาติของกฎหมาย สำนักคิด ทฤษฎีหรือแนวคิดทางกฎหมายต่างๆ การให้เหตุผลทางกฎหมาย ระบบและสถาบันทางกฎหมาย ส่วนประเด็นที่สำคัญและ/หรือเป็นพื้นฐานที่สุดของนิติปรัชญา ก็คือ ความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายและความยุติธรรม ซึ่งดูเหมือนว่า เป็นประเด็นที่ได้รับการกล่าวถึงน้อยลงเรื่อยๆ ตราบเท่าที่ที่เนื้อหาของวิชานิติปรัชญาพัฒนามากขึ้น

ปริดี เกษมทรัพย์ ถือได้ว่าเป็นบุคคลแรกๆ ที่นำประเด็นความยุติธรรมของกฎหมาย ความยุติธรรมในกฎหมาย ความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายและความยุติธรรม เป็นเนื้อหาสาระสำคัญของนิติปรัชญา ส่วนหนังสือ *นิติปรัชญา* ของเขาก็เป็นตำรา ซึ่งพัฒนามาจากเอกสารประกอบการเรียนการสอนในวิชาดังกล่าว บรรดาสาณูศิษย์ของปริดีได้รวบรวมบันทึกคำสอนของเขาและนำมารวบรวมเป็นเอกสารทางวิชาการ¹ และตีพิมพ์เป็นหนังสือในเวลาต่อมา แม้ว่าหนังสือเล่มนี้จะมาจากการบันทึกคำสอน แต่เนื้อหาของมันยังเป็นแนวทางในการทำความเข้าใจเนื้อหาทางปรัชญา ความคิด และสำนักคิดทางกฎหมายสำนักต่างๆ ในวงวิชาการไทยที่สำคัญที่สุดเล่มหนึ่ง *นิติปรัชญา* แบ่งเนื้อหาออกเป็น 3 ส่วน คือ บรรพทางทฤษฎี บรรพทางประวัติศาสตร์ และบรรพเกี่ยวกับปัญหาพื้นฐานของกฎหมาย คือ วิวัฒนาการของกฎหมาย ความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายกับศีลธรรมและจารีตประเพณี ความหมายของกฎหมาย หลักวิชาสำนักกฎหมาย สาระสำคัญของการทำความเข้าใจเนื้อหาทางนิติปรัชญา กฎหมายและความยุติธรรม อยู่ในบรรพที่ 2 เนื่องจากเนื้อหาในส่วนนี้ทำให้เราเข้าใจเกี่ยวกับที่มา แนวคิด และรากฐานทางกฎหมายที่รับรู้กันอยู่ในปัจจุบัน ปริดีกล่าวถึงเนื้อหาในส่วนนี้ว่าเป็นสิ่งที่จะช่วยให้เข้าใจต่อปัญหารากฐานของมนุษย์ “เพื่อเป็นภูมิหลังทางความคิดเกี่ยวกับกฎหมายของโลกตะวันตก ที่ย่อมจะแฝงอยู่ในระบบกฎหมายที่ไทยเรารับมาเป็นแบบอย่างอยู่บ้างไม่มากก็น้อย” (ปริดี, 2550: 85-6) อย่างไรก็ตาม ปัญหาที่เกิดขึ้นจากเนื้อหาในส่วนนี้ ก็คือ ความผิดพลาดที่เกิดขึ้นจากการอ้างอิงแนวคิดทางปรัชญาตะวันตก เป้าประสงค์ของผู้วิจัยจะไม่ได้ต้องรื้อฟื้นความผิดพลาด แต่ต้องการชี้ให้เห็นเพียงแต่ความผิดพลาดดังกล่าว มีผลต่อการวางกรอบความคิดและมโนทัศน์ทางนิติปรัชญา ความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายและความยุติธรรม ที่สำคัญ เนื่องจากอิทธิพลของหนังสือเล่มนี้มีผลอย่างมากในกระบวนการศึกษาของนักศึกษานิติศาสตร์

แม้ว่าปริดีจะยอมรับว่ามีข้อผิดพลาดไม่น้อยในคำนำของหนังสือ *นิติปรัชญา* แต่สาระสำคัญกลับเต็มไปด้วยข้อผิดพลาดอย่างไม่น่าให้อภัยในหลายๆ แห่ง เมื่อกล่าวถึง

¹ สำหรับบรรดาสาณูศิษย์ของปริดี เกษมทรัพย์ ที่รวบรวมคำบรรยายในวิชานิติปรัชญา ได้แก่ สมยศ เชื้อไทย วรพจน์ วิศรุตพิชญ์ กิตติศักดิ์ ปกติ จำปี ไสตถิพันธุ์ นอกจากนี้ กิตติศักดิ์ยังได้เป็นบรรณาธิการในการจัดทำต้นฉบับหนังสือเล่มดังกล่าวอีกด้วย (ปริดี, 2550: 6-7)

เอกสารประกอบการประชุมศุภกร์เสวนา 25 กรกฎาคม 2551

เกษม เพ็ญภินันท์. สิทธิที่จะก่อให้เกิดความรุนแรงหรือเหตุผลของรัฐต่อความชอบธรรมทางการเมือง. บทความประกอบการสัมมนา ความรุนแรง “ซ่อนหา” สังคมไทย 19-20 พฤศจิกายน 2550

ประวัติศาสตร์ทางความคิดและความรู้ทางปรัชญาตะวันตก ทั้งการกล่าวถึงเนื้อหาทางความคิด และการอ้างอิงตัวบททางปรัชญาอย่างผิดๆ ถูกๆ เช่น การอ้างคำพูดในบทสนทนาของธราซิมาคัส (Thrasymachus) กับโสเครตีส (Socrates) ในหนังสือ *อุดมรัฐ (The Republic)* ซึ่งปริดีอ้างว่า ธราซิมาคัสกล่าวว่า “Might is right” ปริดีแปลประโยคนี้น่า “อำนาจคือธรรม” (ปริดี, 2550: 103) แต่ความหมายที่ถูกต้องคือ “ผู้ที่แข็งแรงย่อมถูกต้อง” ธราซิมาคัสต้องการกล่าวถึงความถูกต้องจะเกิดขึ้นเมื่อผู้ที่แข็งแรงสามารถกำหนดสิ่งที่ยุติธรรมได้ คำพูดนี้เป็นเพียงการขยายความต่อมาจากความเข้าใจต่อความยุติธรรมของธราซิมาคัส: “ความยุติธรรมคือความได้เปรียบของผู้ที่แข็งแรงกว่า” เป็นต้น นอกจากนี้ ปริดียังกล่าวถึงเนื้อหาทางปรัชญาในสิ่งที่ตรงข้ามกับสิ่งที่ปรากฏอยู่ในตัวบทต้นฉบับเดิมกล่าวไว้ในหลายๆ แห่ง เช่น การกล่าวถึงความดีเรื่อง ราชานิติปรัชญา (Philosopher King) ในบริบทของบทสนทนา *Stateman* ของเพลโต ปริดีอธิบายเนื้อหาในส่วนนี้ไว้ดังนี้ คือ

เมื่อได้ *Philosopher King* ซึ่งเป็นคนดี รู้อะไรถูกอะไรผิด มีความเป็นธรรมประจำใจแล้ว กฎเกณฑ์อื่นๆ ก็ไม่จำเป็นต้องมี กฎหมายก็ไม่จำเป็น เพราะเมื่อคนเช่นนี้ตัดสินใจทำอะไรแล้ว ย่อมจะสอดคล้องกับความเป็นธรรมเสมอ ไม่จำเป็นจะต้องมีกฎเกณฑ์ใดๆ มาคอยควบคุม การตัดสินใจของเขาคือ การปกครองที่ดีที่สุดจึงไม่ใช่การปกครองโดยกฎหมาย (ปริดี, 2550: 112)

เมื่อข้อความนี้จบลง ปริดีอ้างบทสนทนา *Stateman*, 294a ในเชิงอรรถ แต่ข้อความที่ปรากฏอยู่ในหน้า 294a ของบทสนทนาดังกล่าว เป็นส่วนหนึ่งในข้อถกเถียงเกี่ยวกับผู้ปกครองที่ไม่จำเป็นต้องมีหลักนิติรัฐหรือนิติธรรมรองรับนั้นเป็นไปได้เพียงใด ใน *Stateman* เพลโตกล่าวถึงรูปแบบการปกครองที่ดีที่สุดนั้น ไม่ใช่ราชานิติปรัชญา (Philosopher King) แต่ควรต้องเป็น *ผู้ปกครองที่อยู่ได้หลักนิติรัฐหรือนิติธรรม* สิ่งที่ปริดีเข้าใจจึงเป็นสิ่งที่ตรงข้ามกับเนื้อหาที่ตนเองได้อ้างอิงไว้ กล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ ถ้าข้อความของปริดีถูกต้อง เขาต้องอ้างอิงข้อความนี้กับ *อุดมรัฐ* เท่านั้น ส่วนความจริงเกี่ยวกับ *อุดมรัฐ* ประการหนึ่งซึ่งไม่มีใครตระหนักถึง ก็คือ เรื่องราวของการได้มาซึ่งราชานิติปรัชญาใน *อุดมรัฐ* เองก็เกิดขึ้นในโลกสมมติเท่านั้น หลังจากโสเครตีสยืนยันว่า “ไม่มีความยุติธรรมที่แท้จริงได้ ในตอนท้ายของ *อุดมรัฐ* เล่มที่หนึ่ง เขาจึงนำผู้ร่วมสนทนากับเขาเดินทางเข้าไปในโลกสมมติ ในเล่มที่สอง ที่สมมติว่าความยุติธรรมสามารถทำให้เกิดขึ้นจริงได้ เรื่องราวของราชานิติปรัชญาจึงเป็นสิ่งสมมติที่อยู่นอกบริบทของสังคมการเมือง ที่ช่วยให้เราแสวงหาอุดมคติของการเมืองมนุษย์ในโลกที่เรามีชีวิตอยู่ ดังนั้น ราชานิติปรัชญาจึงไม่มีอยู่จริงในโลกมนุษย์ นี่ก็เป็นเหตุผลหลักประการหนึ่งที่เพลโตเปลี่ยนความคิดเรื่องราชานิติปรัชญามาเป็น และให้ความสำคัญต่อหลักนิติรัฐหรือนิติธรรม

เอกสารประกอบการประชุมศุภกร์เสวนา 25 กรกฎาคม 2551

เกษม เพ็ญภินันท์ . สิทธิที่จะก่อให้เกิดความรุนแรงหรือเหตุผลของรัฐต่อความชอบธรรมทางการเมือง. บทความประกอบการสัมมนา ความรุนแรง “ซ่อนหา” สังคมไทย 19-20 พฤศจิกายน 2550

ในฐานะที่เป็นรากฐานทางการปกครองและรูปแบบสังคมการเมืองที่สามารถทำให้ทุกคนมีชีวิตอยู่อย่างสงบสุข

แม้ว่า ศาสตราจารย์ทางนิติศาสตร์ท่านนี้จะได้รับความเคารพในวงวิชาการนิติศาสตร์ไทยสักเพียงใด ความผิดพลาดดังกล่าวคงไม่ทำให้ความเคารพนับถือในตัวท่านลดน้อยลงแต่อย่างใด และสถานะทางวิชาการของหนังสือ *นิติปรัชญา* ก็มีได้ด้อยคุณค่าทางวิชาการหายไป แต่เนื้อหาทางปรัชญาที่ก่อให้เกิดความเข้าใจผิดเหล่านั้น ล้วนส่งผลต่อความเข้าใจในความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายและความยุติธรรมและการให้คุณค่าทางศีลธรรมต่อกฎหมาย ถ้าเราเชื่อมโยงรากฐานทางปรัชญาและประวัติศาสตร์ทางความคิดของกฎหมาย เข้ากับปัญหาพื้นฐานของกฎหมายในบรรพที่ 3 ของ *นิติปรัชญา* เราพบว่า คำอธิบายเกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายกับศีลธรรม และจารีตประเพณีของปริดี ได้วางชนบและรากฐานทางความคิดกับความเข้าใจเกี่ยวกับกฎหมายว่าเป็น *ความจริงของความยุติธรรม* ยิ่งไปกว่านั้น อิทธิพลของปริดีและหนังสือเล่มนี้ได้ส่งผ่านชนบและรากฐานทางความคิดมาสู่สานุศิษย์อย่างมาก จนสามารถวางแนวทางในการทำความเข้าใจต่อความหมายของกฎหมาย คุณค่าทางศีลธรรมและความยุติธรรมเป็นสิ่งที่อยู่คู่กับกฎหมายอย่างเป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน รวมทั้งการวิพากษ์สำนักกฎหมายบ้านเมืองที่เพิกเฉยต่อประเด็นทางศีลธรรมจริยธรรม แต่ข้อวิพากษ์ของปริดีและสานุศิษย์² ก็สร้างความเข้าใจผิดในประเด็นเกี่ยวกับการละเลยต่อความยุติธรรมของสำนักกฎหมายบ้านเมืองให้แก่วงวิชาการนิติศาสตร์ไทยด้วย โดยแท้จริงแล้ว สำนักกฎหมายบ้านเมืองมิได้ละเลยต่อเนื้อหาดังกล่าว แต่ทุกอย่างอยู่ในกระบวนการทางนิติบัญญัติที่การบัญญัติกฎหมายใดๆ ต้องได้รับการตรวจสอบ ถกเถียง และหาทางออกที่ถูกที่ควร ด้วยคำถามเรื่องความยุติธรรมเป็นสำคัญ ในระหว่างการร่างกฎหมายและก่อนการนำมาบังคับใช้ นอกจากนี้ อิทธิพลของปริดีได้ทำให้ความรู้ที่เกิดจากการสังเคราะห์เนื้อหาทางปรัชญาและความคิด กลายเป็นแนวทางและหลักการของวิชาซีพกฎหมาย เขามักจะกล่าวถึงนักวิชาซีพกฎหมายที่ดีควบคู่ไปกับเนื้อหาของวิชานิติศาสตร์ ที่ทำให้ความยุติธรรมปรากฏขึ้นในตัวของกฎหมาย ปริดีย้ำสิ่งเหล่านี้ในหนังสือของเขาในหลายๆ แห่ง เช่น

‘ความยุติธรรมคือเจตจำนงอันแน่วแน่ตลอดกาลที่จะให้แก่ทุกคนในสิ่งที่เขาพึงจะได้’ นี้ก่อให้เกิดจิตสำนึกเกี่ยวกับความยุติธรรมขึ้นในจิตใจของนักกฎหมายเหล่านั้น และเป็นหลักยึดที่เหนียวแน่นเสมอมา ถือกันว่าเป็นคุณธรรมของนักกฎหมายที่สำคัญอย่างยิ่งในวัฒนธรรมตะวันตก (ปริดี, 2550: 342)

² ไปรอดดู (ปริดี, 2550: 339-52)

เอกสารประกอบการประชุมศุภกัรวินาศ 25 กรกฎาคม 2551

เกษม เพ็ญภินันท์ . สิทธิที่จะก่อให้เกิดความรุนแรงหรือเหตุผลของรัฐต่อความชอบธรรมทางการเมือง. บทความประกอบการสัมมนา ความรุนแรง “ซ่อนหา” สังคมไทย 19-20 พฤศจิกายน 2550

อย่างไรก็ตาม ทรรศนะต่อความยุติธรรมและวิชานิติศาสตร์ของปรีดีนั้น ก่อให้เกิดความพหุามัวเกี่ยวกับความเข้าใจของนักวิชาชีพกฎหมาย ในประเด็นเกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายและความยุติธรรม เนื่องจาก ทรรศนะเช่นนี้ทำให้ความเข้าใจต่อความยุติธรรม เป็นสิ่งที่อยู่คู่กับนักกฎหมายมากกว่าตัวบทกฎหมาย ส่วนการตระหนักต่อความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายและความยุติธรรมจึงมีความสำคัญน้อยกว่า แนวทางปฏิบัติของนักกฎหมายและความเป็นวิชาชีพของพวกเขาที่จะเข้าถึงความยุติธรรมได้ ถ้าเราจะอนุมานจากอิทธิพลของปรีดีและเนื้อหาในหนังสือของเขาก็คือ เขาได้บรรจงสร้างความเข้าใจต่อสถานภาพของกฎหมายว่าเป็นความยุติธรรม ซึ่งดำรงอยู่ในการฝึกฝนทางด้านกฎหมาย (legal practice) โดยขั้นตอนและกระบวนการต่างๆ ได้ส่งผ่านความเข้าใจนี้จากรุ่นสู่รุ่น จนกลายเป็นครรลองของนักวิชาชีพกฎหมายในการเข้าถึงหรืออ้างอิงความยุติธรรมผ่านการปฏิบัติตนตามหลักวิชาชีพ ในขณะที่เดียวกัน ความยุติธรรมก็เป็นเพียงแค่แหล่งอ้างอิงของตัวบทกฎหมาย เพื่อการชี้ขาดกรณีพิพาทหรือคำตัดสินพิพากษาคดีความต่างๆ ฉะนั้น ผลงานและความสำเร็จของปรีดีต่อการบรรจงสร้างความเข้าใจเหล่านี้ จึงมีความสำคัญและมากกว่าการทำความเข้าใจต่อรากฐานทางปรัชญาและความคิด ทั้งทฤษฎีทางกฎหมายและความหมายของความยุติธรรม

พินัย ไชยแสงสุขกุล กล่าวถึงทฤษฎีทางกฎหมายและองค์ความรู้ทางนิติปรัชญา โดยปราศจากการให้ความสำคัญต่อความยุติธรรมอีกเช่นกัน ในหนังสือ *นิติปรัชญา* เขาได้แบ่งเนื้อหาเกี่ยวกับแนวคิดทางกฎหมายออกเป็น 3 ส่วน คือ สำนักกฎหมายธรรมชาติ สำนักกฎหมายบ้านเมือง และนิติปรัชญาไทย ตามแบบแผนการเรียนการสอนทางนิติปรัชญาทั่วไป เนื้อหาโดยรวมจะเป็นประวัติศาสตร์ทางความคิดที่พัฒนาการของแนวคิดต่างๆ ได้รับการบ่มเพาะโดยนักปราชญ์และนักคิดต่างๆ ในแนวทางที่แตกต่างกัน หนังสือเล่มนี้จัดทำขึ้นเพื่อเป็นเอกสารประกอบการเรียนการสอนในระดับปริญญาตรี จึงไม่ได้มีความโดดเด่นอันใดในด้านเนื้อหา แต่รายละเอียดเกี่ยวพัฒนาการทางแนวคิดถือว่าเป็นตำราที่ดีเล่มหนึ่ง สำหรับส่วนที่ 3 ของ *นิติปรัชญา* พินัยกล่าวถึงเนื้อหาความเป็นมาและประวัติศาสตร์ของระบบกฎหมายไทย โดยอ้างอิงเอกสารชั้นต้นของกฎหมายล้านนาที่ได้รับการปริวรรตเป็นอักษรไทย ซึ่งกลับไม่มีส่วนใดที่เกี่ยวกับความคิดทางกฎหมายและนิติปรัชญา แต่เป็นเพียงกฎหมายในการปกครอง การพิจารณาคดี และนิติเหตุเท่านั้น

สมยศ เชื้อไทย ให้ความสำคัญต่อวิชานิติปรัชญาไว้ในหนังสือ *นิติปรัชญาเบื้องต้น* ว่าเป็นวิชาที่เกี่ยวกับทฤษฎีทางกฎหมายมากกว่าการพิจารณาตัวบทกฎหมาย เขาได้แบ่งแยกเนื้อหาเกี่ยวกับนิติปรัชญาออกเป็น 3 ส่วน คือ 1) อภิปรัชญากฎหมายหรือทฤษฎีความเป็นของกฎหมาย โดยมุ่งเน้นการศึกษาระดับความคิดและสภาวะของกฎหมาย 2) ญาณปรัชญากฎหมายหรือ

เอกสารประกอบการประชุมศุภกร์เสวนา 25 กรกฎาคม 2551

เกษม เพ็ญภินันท์. สิทธิที่จะก่อให้เกิดความรุนแรงหรือเหตุผลของรัฐต่อความชอบธรรมทางการเมือง. บทความประกอบการสัมมนา ความรุนแรง “ซ่อนหา” สังคมไทย 19-20 พฤศจิกายน 2550

ทฤษฎีความรู้ของนิติศาสตร์ ซึ่งสนใจต่อปัญหาเกี่ยวกับที่มาของกฎหมาย และการอ้างสิทธิอำนาจของความเป็นกฎหมาย ข้อถกเถียงที่เกิดขึ้นในประเด็นดังกล่าวส่งผลต่อการทำความเข้าใจเกี่ยวกับสำนักคิดทางกฎหมาย 2 สำนักคิดสำคัญ คือ สำนักกฎหมายธรรมชาติหรือธรรมนิยม (Natural Law School) และสำนักกฎหมายบ้านเมือง (Legal Positivism) 3) จริยปรัชญาหรือทฤษฎีความยุติธรรม เป็นการศึกษาเพื่อทำความเข้าใจต่อความยุติธรรมคืออะไร กฎหมายที่ดีและไม่ดีเป็นเช่นใด และการประเมินคุณค่าทางกฎหมาย (โปรดดู สมยศ, 2549: 55-7) เป็นต้น อย่างไรก็ตาม ทรรศนะของสมยศยังคงให้ความสำคัญต่อกฎหมายที่มากกว่าและมาก่อนความยุติธรรมยิ่งไปกว่านั้น เนื้อหาโดยรวมในข้อเขียนของสมยศได้บ่งทอนความคิดทางกฎหมายให้กลายเป็นความรู้ และทรรศนะต่อความยุติธรรมจะดำรงอยู่หรือปรากฏออกมาให้เห็นเมื่อมีการพิพากษาคดีความหรือข้อพิพาทเท่านั้น

ความยุติธรรมทั่วไปจะปรากฏออกมาให้เห็นเมื่อมีเหตุการณ์เกิดขึ้นเป็นปัญหาขัดแย้ง ซึ่งจะต้องมีการวินิจฉัย มีการชี้ขาดว่า ในกรณีเฉพาะเรื่องที่เกิดขึ้นนั้น อะไร อย่างไรผิดอย่างไร ถูก การปรากฏชัดของความยุติธรรมออกมาเป็นตัวเป็นตนนี้เรียกว่า **การคลี่คลายตัวของความยุติธรรม (The Concretization of the Idea of Justice)** (สมยศ, 2549: 185, ตัวหนาที่ปรากฏอยู่ เน้นโดยสมยศ)

ถ้าทรรศนะของสมยศทำให้เราเข้าใจต่อความยุติธรรมได้โดยง่าย เราก็จะพบว่า ความยุติธรรมจะเป็นสิ่งที่สัมผัสได้ด้วยกระบวนการทางตุลาการ ที่มีกฎหมายเป็นรูปธรรมของความยุติธรรม แต่ทรรศนะดังกล่าว ก็ก่อให้เกิดความเข้าใจคลาดเคลื่อนเกี่ยวกับความยุติธรรมเป็นอย่างมาก เนื่องจาก สมยศมิได้กล่าวถึงนัยยะและความหมายของความยุติธรรม แต่กลับกล่าวถึงบทบาทของความยุติธรรมซึ่งเป็นเป้าหมายของตัวบทกฎหมายมากกว่า

สำหรับหนังสือ *นิติปรัชญา* ของรองพล เจริญพันธ์ ถือว่าเป็นตำราทางนิติปรัชญาที่มีเนื้อหาเกี่ยวกับปรัชญาและความคิดเกี่ยวกับกฎหมาย ความยุติธรรม และ ปัญหาเชิงจริยศาสตร์ของกฎหมาย หนังสือเล่มนี้มีรายละเอียดที่ถูกต้องและกระชับอย่างมาก แต่ไม่ง่ายนักสำหรับผู้ที่จะเริ่มสนใจต่อประเด็นทางความคิดทางกฎหมายหรือนิติปรัชญา เนื่องจากเนื้อหาส่วนใหญ่ต้องอาศัยพื้นฐานความรู้มาก่อนเป็นอย่างมาก ฉะนั้น จึงไม่ใช่เรื่องประหลาดใจแต่อย่างใด ที่หนังสือเล่มนี้ไม่ค่อยที่จะเป็นที่รู้จักในวงวิชาการนิติศาสตร์ไทยเท่าใดนัก

กระนั้นก็ตาม เนื้อหาในหนังสือเล่มนี้ช่วยให้เราเข้าใจต่อปัญหาเชิงจริยศาสตร์ของกฎหมายเป็นอย่างดี (โปรดดู รองพล, 2520: 39-121) รองพลตอบปัญหานี้ในรูปแบบประวัติศาสตร์ความคิด เพื่อให้คำตอบต่อปัญหาดังกล่าวคลี่คลายตัวออกมาผ่านแนวคิดของนัก

เอกสารประกอบการประชุมศุภกร์เสวนา 25 กรกฎาคม 2551

เกษม เพ็ญภินันท์. สิทธิที่จะก่อให้เกิดความรุนแรงหรือเหตุผลของรัฐต่อความชอบธรรมทางการเมือง. บทความประกอบการสัมมนา ความรุนแรง “ซ่อนหา” สังคมไทย 19-20 พฤศจิกายน 2550

ปรัชญาแต่ละคนตั้งแต่ เพลโต อริสโตเติล จนถึงแนวคิดปฏิฐานนิยม (Positivism) แต่ในขณะเดียวกัน รองพลกลับตั้งโจทย์ทางจริยศาสตร์ของกฎหมายชุดใหม่ ซึ่งมีความสำคัญอย่างมากต่อความเป็นวิชาชีพของนักกฎหมายที่จะต้องคำนึงถึง แม้ว่าจะไม่มีนักกฎหมายคนใดตระหนักก็ตาม รองพลนำเสนอประเด็นไว้ดังต่อไปนี้

- (a) กฎหมายที่มีอยู่ วัฒนนาการไม่ทันกับสังคมที่เปลี่ยนแปลงไป คุณค่า (value) ของกฎหมายเดิมจึงลดลง เพราะภาพพจน์ของคุณค่าปริวรรตไปไกล
- (b) กฎหมายที่ออกมา รักษาผลประโยชน์ของผู้ออกกฎหมายเป็นสำคัญ ส่วนผลประโยชน์ของสังคมจะกลายเป็นจุดหมายรอง เมื่อเป็นเช่นนี้ ภาพพจน์ของคุณค่ากฎหมายจึงเป็นภาพพจน์ (image) ที่เสียในสายตาของคนในสังคม
- (c) ผู้ใช้กฎหมายโดยไม่คำนึงถึงวัตถุประสงค์อันเป็นจริยธรรม (รองพล, 2520: 40)

แม้ว่า รองพลจะพยายามค้นหาทางออกให้แก่โจทย์ของตนเอง และไม่ได้นำเสนอทางออกที่ชัดเจนก็ตาม นี่ก็ไม่ใช่ปัญหาหลักของรองพลหรือจุดอ่อนของหนังสือเล่มนี้ ในทางตรงข้าม ทั้งหมดคือคุณูปการของหนังสือที่ถูกทอดทิ้งจากวงวิชาการนิติศาสตร์เล่มนี้ ให้แก่นักนิติศาสตร์และนักกฎหมายได้หาคำตอบแก่ตนเองด้วยมโนธรรมสำนึก (conscience) มากกว่า

ในขณะที่หนังสือ *นิติปรัชญา* ของจรัล โฆษณานันท์ ถือได้ว่าเป็นตำราที่ดีที่สุดอีกเล่มเกี่ยวกับแนวคิดของสำนักกฎหมายสำนักต่างๆ เท่าที่มีมาในวงวิชาการไทย แม้ว่าหนังสือเล่มนี้จะไม่ได้นำเสนอประวัติศาสตร์ความคิดทางกฎหมายหรือรากฐานทางปรัชญา เหมือนกับหนังสือ *นิติปรัชญา* ของปรีดี เกษมทรัพย์ ก็ตาม แต่ข้อเขียนของจรัลทำให้เราเข้าใจถึงพัฒนาการของสำนักกฎหมายธรรมชาติหรือธรรมนิยม และ สำนักกฎหมายบ้านเมือง อย่างชัดเจน นอกจากนี้ จรัลยังกล่าวถึงแนวคิดทางกฎหมายอื่นๆ อีกด้วย เช่น ทฤษฎีนิติศาสตร์เชิงสังคมวิทยา (Sociological Jurisprudence) ทฤษฎีกฎหมายของมาร์กซิสต์ (The Marxist Theory of Law) ศัจนิยมทางกฎหมาย (Legal Positivism) เป็นต้น กล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ จรัลต้องการนำเสนอเนื้อหาเกี่ยวกับทฤษฎีว่าด้วยความหมายของกฎหมาย และมโนทัศน์ต่างๆ ที่รัดร้อยไว้ในระบบคิดทางกฎหมาย ซึ่งเชื่อมกับความยุติธรรม พัฒนาการของหลักนิติรัฐหรือนิติธรรม (rule of law) สิทธิมนุษยชน (human right) การดื้อแพ่งต่อกฎเกณฑ์ของรัฐหรืออารยะขัดขืน (civil obedience) และข้อถกเถียงเกี่ยวกับอะไรที่ยุติธรรม (the just) แม้ว่าจรัลจะเน้นเนื้อหาเกี่ยวกับสำนักกฎหมายบ้านเมืองเป็นหลัก โดยกล่าวถึงแนวคิดทางทฤษฎีกฎหมายของ ฮันส์ เคลเซน (Hans Kelsen) และ ฮาร์ท (H. L. A. Hart) ก็ตาม แต่หนังสือเล่มนี้ทำให้เราเข้าใจต่อบทบาทของกฎหมาย เป้าหมายในเชิงคุณค่า

เอกสารประกอบการประชุมศุภกร์เสวนา 25 กรกฎาคม 2551

เกษม เพ็ญภินันท์ . สิทธิที่จะก่อให้เกิดความรุนแรงหรือเหตุผลของรัฐต่อความชอบธรรมทางการเมือง. บทความประกอบการสัมมนา ความรุนแรง “อ่อนหา” สังคมไทย 19-20 พฤศจิกายน 2550

ของมันที่เด่นชัดขึ้น และ การเชื่อมโยงสถานภาพของกฎหมายเข้ากับสภาวะการณ์ทางการเมือง สิทธิอำนาจความชอบธรรม และอำนาจรัฐ

จรัลกล่าวถึงสัมพันธภาพระหว่างกฎหมายและการเมืองไว้ในหนังสือ *นิติปรัชญา* เพื่ออธิบายผลกระทบต่อตัวบทกฎหมาย ทั้งในด้านเนื้อหาสาระและการบังคับใช้ ซึ่งยังผลให้เราเข้าใจ ปัญหาความชอบธรรมทางการเมืองอันเป็นเหตุมาจากกฎหมายได้

โดยประสบการณ์และสามัญสำนึกของนักกฎหมายทั่วไป ย่อมเป็นที่รู้กันว่า กฎหมายกับการเมืองมีความสัมพันธ์กันอย่างใกล้ชิดเพียงใด บนความสัมพันธ์เช่นนี้ความเปลี่ยนแปลงในทางการเมืองย่อมมีผลในระดับใดระดับหนึ่งต่อกฎหมายทั้งในแง่เนื้อหา หรือการบังคับใช้ โดยชี้ชัดขึ้นหรือระดับความรุนแรงของการเปลี่ยนแปลงมักเป็นเหตุปัจจัยสำคัญที่กำหนดผลกระทบส่วนนี้ (จรัล, 2544: 97)

จรัลกล่าวถึงการปฏิวัติรัฐประหารเป็นสาระสำคัญในประเด็นนี้ เพื่ออธิบายถึงความสืบเนื่องและการสืบทอดตัวบทกฎหมาย ที่มีผลบังคับใช้จากอำนาจรัฐ (โปรดดู จรัล, 2544: 97-114) อย่างไรก็ตาม เขากลับมิได้นำเสนอเนื้อหาสาระในส่วนนี้ที่เกี่ยวกับความรุนแรงอันเกิดจากความชอบธรรมของอำนาจรัฐหลังการเปลี่ยนแปลงทางการเมืองและตัวบทกฎหมาย แต่กล่าวถึงหลักการทางกฎหมาย ที่จะสนับสนุนหรือปฏิเสธความชอบธรรมของการทำการปฏิวัติรัฐประหาร รวมทั้งยังพิจารณาถึงการยอมรับสิทธิอำนาจของคณะปฏิวัติรัฐประหาร และความสำคัญของคำสั่งคณะปฏิวัติรัฐประหารในฐานะที่เป็นกฎหมาย

นอกจากตำราทางนิติปรัชญาทั้ง 5 เล่มที่กล่าวมาข้างต้นแล้ว ตำราทางด้านนิติศาสตร์อีกส่วนหนึ่งก็ให้ความรู้ความเข้าใจต่อรากฐานทางปรัชญาและความคิดตะวันตกแก่เราอีกเช่นกัน คืองานเขียนของนักนิติศาสตร์ที่ศึกษากฎหมายมหาชน เช่น วิษณุ เครืองาม (2523) บวรศักดิ์ อุวรรณโณ (2548ก และ 2548ข) ศุภลักษณ์ พินิจภูวดล (2523) และ ภูริชญา วัฒนรุ่ง³ (2543) เป็นต้น งานเขียนของบรรดานักนิติศาสตร์เหล่านี้ มักจะเริ่มต้นจากรากฐานทางความคิดทางการเมืองกรีกหรือสมัยใหม่

ในหนังสือ *กฎหมายมหาชน เล่ม 1 วิวัฒนาการทางปรัชญาและลักษณะของกฎหมายมหาชนยุคต่างๆ* บวรศักดิ์ อุวรรณโณได้สำรวจแนวคิดทางปรัชญาและความคิดเกี่ยวกับกฎหมายมหาชนของนักปรัชญาและนักคิดคนต่างๆ ตั้งแต่กรีกจนถึงปัจจุบัน โดยนำเสนอความคิดที่ก่อให้เกิดกฎหมายมหาชนและสถานะของกฎหมายมหาชนในความคิดเรื่องรัฐ การปกครอง และ

³ หรือ ในชื่อเดิม โสภา สงวนเกียรติ

ระบอบการเมือง ตามแนวคิดหรือแนวทางทางการเมืองอันหลากหลาย งานเขียนของบวรศักดิ์เล่มนี้วางเนื้อหาอิงอยู่กับหนังสือ *Histoire des idées politiques* ของ Marcel Prélot และ Georges Lescuyer เป็นหลัก แต่ที่น่าประหลาดใจที่สุดก็คือ เนื้อหาบางส่วนกลับบกพร่องและผิดพลาดอย่างเกินคาดเช่น ข้อความบางตอนที่บวรศักดิ์กล่าวถึงเพลโต

เพลโต (428-347 ปีก่อนคริสตกาล) ได้เขียนหนังสือวิเคราะห์การเมืองการปกครองนครรัฐไว้ที่มีชื่อเสีย 2 เล่ม คือ สาธารณรัฐหรืออุดมรัฐ (the Republic) กับ กฎหมายหรือนิติรัฐ (the Laws) นอกจากนั้นก็ยังมีเรื่องการเมือง (the Politics) ซึ่งเพลโตเขียนตอนหนุ่ม วิธินำเสนอการวิเคราะห์การเมืองการปกครองใช้วิธินำเสนอ ‘อุดมคติ’ ที่พึงประสงค์ในทางการเมืองการปกครอง เพราะ เพลโตเองผิดหวังถึงสามครั้งในความเป็นจริง กล่าวคือ ไม่สามารถทำให้ทหารกลายเป็นปราชญ์ที่ปกครองนครรัฐได้ จึงไม่ใช้วิธีวิเคราะห์การเมืองการปกครองในความเป็นจริง (2548ก: 11)

ความผิดพลาดนี้อาจเกิดจากความไม่รอบคอบของบวรศักดิ์ หรืออาจจะมาด้วยเหตุผลอื่นใดก็ตาม อาจจะทราบได้ แต่สิ่งหนึ่งที่สำคัญ คือ งานเขียนของนักนิติศาสตร์ที่กล่าวถึงปรัชญาและความคิดนั้น ล้วนอาศัยหนังสือประเภทประวัติศาสตร์ทางความคิด เป็นคู่มือในการกล่าวถึงเนื้อหาทางความคิดมากกว่าการอ้างอิงงานเขียนของนักคิด นักปรัชญาเหล่านั้น ด้วยเหตุนี้เอง ความผิดพลาดจึงเกิดขึ้นง่ายกว่า แม้ว่าการอ้างอิงข้อเขียนเชิงประวัติศาสตร์ความคิดจะง่ายกว่าการกล่าวถึงเนื้อหาในงานเขียนของนักคิด นักปรัชญาเหล่านั้นก็ตาม

ภูริชญา วัฒนรุ่งได้เขียนงานเกี่ยวกับปรัชญาและแนวคิดต่างๆ ที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายมหาชนเช่นกัน ในส่วนแรกของหนังสือ *ปรัชญาและพัฒนากฎหมายมหาชน* ภูริชญา กล่าวถึง พัฒนาการด้านความคิดเชิงปรัชญาจากกรีกเป็นต้นมา โดยเรียบเรียงและวางเค้าโครงของเนื้อหาที่คล้ายคลึงกับข้อเขียนของบวรศักดิ์ ขณะที่ส่วนหลังจะกล่าวถึงพัฒนาการของกฎหมายมหาชนไทย โดยลำดับเนื้อหาตามแบบแผนประวัติศาสตร์กฎหมายไทย ด้วยการลำดับเนื้อหาจากโครงเรื่องประวัติศาสตร์จากอาณาจักรสุโขทัย จนถึงปัจจุบัน ลักษณะหรือรูปแบบของกฎหมายจากพระธรรมศาสตร์ กฎหมายตราสามดวง และกฎหมายไทยสมัยใหม่

วิษณุ เครืองาม เรียบเรียงเนื้อหาของ *กฎหมายรัฐธรรมนูญ* ด้วยการกล่าวถึงที่มา กับสาระสำคัญของรัฐธรรมนูญและสิทธิอำนาจที่รองรับรูปแบบการปกครอง ตลอดจนประวัติศาสตร์ของรัฐธรรมนูญของประเทศไทยและประเทศต่างๆ ในขณะที่งานเขียนของศุภลักษณ์ พิณีภูวดล คือ *หลักและวิธีปฏิบัติในการบังคับใช้รัฐธรรมนูญในกรณีที่มีบทบัญญัติว่า “ทั้งนี้ เป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติ”* เริ่มต้นจากความคิดทางการเมืองสมัยใหม่ โดยอ้างอิงแนวคิดสัญญาประชาคม

เอกสารประกอบการประชุมศุภกร์เสวนา 25 กรกฎาคม 2551

เกษม เพ็ญภินันท์. สิทธิที่จะก่อให้เกิดความรุนแรงหรือเหตุผลของรัฐต่อความชอบธรรมทางการเมือง. บทความประกอบการสัมมนา ความรุนแรง “อ่อนหา” สังคมไทย 19-20 พฤศจิกายน 2550

(Social Contract) ในฐานะที่เป็นแนวทางของการอธิบายอำนาจรัฐ การวางแม่บทของกฎหมายมหาชน และรัฐธรรมนูญ

ถ้อยงานเขียนของบรรดานักนิติศาสตร์สายกฎหมายมหาชนกลุ่มนี้ ตระหนักถึงรากฐานทางความคิด และแนวทางในการทำความเข้าใจต่อสถานะของกฎหมาย เพื่อช่วยให้เราเข้าใจต่อสิทธิอำนาจที่รับรองความชอบธรรมของกฎหมายนั้นๆ ซึ่งแยกขาดจากเนื้อความในตัวบทกฎหมาย ในขณะเดียวกัน กลุ่มนักกฎหมายมหาชนจากคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ เช่น สมคิด เลิศไพฑูรย์ สุรพล นิติไกรพจน์ วรเจตน์ ภาคีรัตน์ บรรรเจ็ด สิงห์คเนติ เป็นต้น ที่ผลิตงานเขียน ตำรา และหนังสือทางด้านกฎหมายมหาชน กลับมิได้กล่าวถึงรากฐานทางปรัชญาและความคิดแต่อย่างใด ส่วนใหญ่จะเน้นเนื้อหาของตัวบทกฎหมายและการตีความตามเจตนารมณ์ของกฎหมายเป็นหลัก ซึ่งเป็นเรื่องทางเทคนิคและการอธิบายความตามเหตุผลต่อประเด็นต่างๆ ที่ศึกษามากกว่า

นอกจากนี้ ความพยายามสืบค้นรากฐานทางปรัชญาของกฎหมายไทยจากมุมมองของปรัชญาตะวันออก หรืออิทธิพลของปรัชญาอินเดียที่มีผลต่อแม่บทของกฎหมายไทยนั้น ก็มีอยู่บ้าง และดูเหมือนว่างานเขียนของปรีชา ช้างขวัญยืน คือ ระบบปรัชญาการเมืองในมานวธรรมศาสตร์ ที่ศึกษาและนำเสนอรากฐานทางความคิดทางการเมืองออกมา เพื่อเชื่อมโยงกับข้อเสนอของปรีชา เรื่องปรัชญาการเมืองแบบสาธารณรัฐประชาธิปไตย อย่างไรก็ตาม งานเขียนชิ้นนี้ยังคงจัดวางลำดับโครงเรื่องที่ล้อและเทียบเคียงกับแนวทางการศึกษาของโลกตะวันตกอยู่ โดยการเปรียบเทียบสาระสำคัญของปรากฏอยู่ในตัวบทมานวธรรมศาสตร์ กับ ลักษณะและรูปแบบทางกฎหมายธรรมชาติและกฎหมายบ้านเมือง ตัวอย่าง เช่น ปรีชากล่าวถึงคุณลักษณะของกฎหมายธรรมชาติ (ปรีชา, 2529: 60-74) เป็นต้น

ถ้าเราสรุปจากการประมวลองค์ความรู้ทางนิติศาสตร์ ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับรากฐานทางนิติปรัชญาหรือแนวคิดทางกฎหมายที่ปรากฏอยู่ในวงวิชาการไทย เราพบว่าตำราทางนิติศาสตร์ส่วนใหญ่ไม่ได้ให้ความสำคัญต่อองค์ความรู้ชุดนี้มากนัก รวมทั้ง ประเด็นอื่นๆ ที่เกี่ยวข้องหลักกับการของกฎหมาย รากฐานทางสิทธิอำนาจที่รองรับความชอบธรรมของกฎหมาย และข้อถกเถียงเกี่ยวกับการศึกษาทางนิติปรัชญาหรือแนวคิดทางกฎหมายแนวทางใดก็ตาม ผลที่ตามมาของการขาดแคลนการให้ความสำคัญต่อรากฐานทางปรัชญาและความคิดทางกฎหมาย ก็คือ องค์ความรู้ทางนิติศาสตร์จำกัดตัวเองอยู่แค่เนื้อหาในตัวบทกฎหมายที่บัญญัติขึ้นมา การตีความ การพิจารณาหรือวินิจฉัย และการวิเคราะห์เนื้อหาหรืออธิบายความในฎีกาต่างๆ

การจำกัดตัวเองขององค์ความรู้ทางนิติศาสตร์นี้ก่อให้เกิดปัญหาสำคัญตามมา ก็คือ ความลึกลับและความคลุมเครือของที่มาของสิทธิอำนาจในตัวบทกฎหมาย นักกฎหมายละเลยและไม่ได้ให้ความสำคัญต่อสิ่งเหล่านี้โดยสิ้นเชิง และยึดถือตัวบทกฎหมายเป็นที่ตั้งหรือให้

เอกสารประกอบการประชุมศุภกัศเสวนา 25 กรกฎาคม 2551

เกษม เพ็ญภินันท์ . สิทธิที่จะก่อให้เกิดความรุนแรงหรือเหตุผลของรัฐต่อความชอบธรรมทางการเมือง. บทความประกอบการสัมมนา ความรุนแรง “ซ่อนหา” สังคมไทย 19-20 พฤศจิกายน 2550

ความสำคัญมากกว่า นอกจากนี้ เนื้อหาในประวัติศาสตร์กฎหมายไทยสมัยใหม่ที่เขียนขึ้นยังแยกขาดการได้มาซึ่งตัวบทกฎหมายออกจากระบบการเมืองการปกครอง ซึ่งเป็นบรรทัดฐานสำหรับการอ้างอิงสิทธิอำนาจตามองค์อธิปัตย์ และความชอบธรรมของการบัญญัติกฎหมาย ดังนั้นประวัติศาสตร์กฎหมายไทยสมัยใหม่จึงบรรจงสร้างปัญหานี้โดยไม่รู้ตัว

ด้วยเหตุนี้เอง เราจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องสืบค้นประวัติศาสตร์ของระบบกฎหมายไทยสมัยใหม่ เพื่อความเข้าใจอันดีต่อการทำความเข้าใจต่อปัญหาดังกล่าว ปรีดี เกษมทรัพย์ ได้จัดแบ่งยุคในประวัติศาสตร์กฎหมายไทยออกเป็น 2 ยุคใหญ่ๆ คือ ยุคกฎหมายไทยดั้งเดิม และ ยุคกฎหมายไทยสมัยใหม่ (ปรีดี, 2550: 47) กล่าวคือ ยุคกฎหมายไทยดั้งเดิมจะเป็นระบบกฎหมายที่มีรากเหง้ามาจากอารยธรรมอินเดียและชนบประเพณีของไทยตั้งแต่อดีต อันประกอบไปด้วยกฎหมายตราสามดวง อิทธิพลของพระคัมภีร์มานวธรรมศาสตร์ กิตติศักดิ์ ปกติ ได้ให้มุมมองและความเข้าใจต่อระบบกฎหมายไทยในช่วงเวลานั้นว่า เป็นระบบกฎหมายที่เป็นอันหนึ่งอันเดียวกับธรรมะ เป็นสิ่งสูงสุด สมบูรณ์ ถูกต้องและศักดิ์สิทธิ์ “แม้พระมหากษัตริย์ก็เปลี่ยนแปลงแก้ไขตามอำเภอใจไม่ได้” (กิตติศักดิ์, 2549: 50) ดังนั้น เขาจึงสรุปว่า

เป็นที่เข้าใจกันโดยทั่วไปในสมัยโบราณว่าพระมหากษัตริย์มิได้เป็นผู้ตั้งกฎหมายขึ้น เพราะถือว่ากฎหมายในส่วนแก่นแท้นั้น ย่อมมีอยู่ในพระธรรมศาสตร์และจารีตประเพณีอยู่แล้ว หากจะมีพระบรมราชโองการกำหนดกฎเกณฑ์ขึ้นใหม่อย่างไร ก็เป็นแต่เพียงการจัดระเบียบหรือ วางข้อบังคับให้เป็นไปตามหลักในพระธรรมศาสตร์ หรือ จารีตประเพณีดั้งเดิม หรือ สอดคล้องกับเทศกาลบ้านเมืองเท่านั้น (กิตติศักดิ์, 2549: 53)

อย่างไรก็ตาม ทรรศนะของกิตติศักดิ์ก็ดูเหมือนว่าจะจะเป็นอุดมคติจนเกินจริง ในขณะที่ ร. แลงการ์ดชี้ให้เห็นถึงข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นว่า

ข้อบังคับอันจะจำต้องให้มีการเคารพปฏิบัติตามนั้น พระมหากษัตริย์หาทรงแต่งตั้งขึ้นไม่ เพราะในครั้งนั้นถือกันว่า กฎหมายย่อมอยู่ในจารีตประเพณีและในคัมภีร์ธรรมศาสตร์โดยสิ้นเชิง พระมหากษัตริย์ทรงเป็นผู้ป้องกันและให้ความอุปถัมภ์ค้ำชูจารีตประเพณีและธรรมศาสตร์ แต่กระนั้นลักษณะการที่เป็นดังนี้ ก็หาได้เป็นอุปสรรคมิให้พระองค์ทรงเป็นอธิปัตย์ที่ทรงอำนาจเด็ดขาดเต็มที่ และทรงสามารถจัดทำกรทุกอย่างตามความพอพระราชหฤทัย ฉะนั้น จึงเป็นอันว่า พระองค์ทรงมีความเป็นอิสระเต็มที่ในอันที่จะทรงวินิจฉัยชี้ขาด หรือ บัญญัติในการเป็นไปในทางที่ขัดที่ตรงกันข้ามกับธรรมศาสตร์ หรือกับจารีตประเพณีอันมีอยู่แล้วนั้นได้ แต่พระราชวินิจฉัยชี้ขาดหรือราชโองการนี้ จะพึงมีก็แต่อำนาจในเชิงบังคับด้วยกำลังเท่านั้น หากอำนาจในเชิงบทกฎหมายไม่ (แลงการ์ด, 2526: 44)

เอกสารประกอบการประชุมศุภกวีเสวนา 25 กรกฎาคม 2551

เกษม เพ็ญภินันท์ . สิทธิที่จะก่อให้เกิดความรุนแรงหรือเหตุผลของรัฐต่อความชอบธรรมทางการเมือง. บทความประกอบการสัมมนา ความรุนแรง “ซ่อนหา” สังคมไทย 19-20 พฤศจิกายน 2550

แลงกาตี่ชี้ให้เห็นว่า ระบบกฎหมายไทยดั้งเดิมนั้นประสบกับปัญหาคือ พระราชวินิจฉัยและพระบรมราชโองการของพระมหากษัตริย์เป็นเพียงคำสั่ง สามารถเพิกถอนได้ และมีผลบังคับในแต่รัชกาลเท่านั้น ดังนั้น คำกล่าวอ้างของกิติติศักดิ์จึงไม่ถูกต้อง แม้ว่าเขาจะอ่านและอ้างอิงหนังสือประวัติศาสตร์กฎหมายไทย ของแลงกาตี่ก็ตาม ดังนั้น ถ้าข้อเท็จจริงที่แลงกาตี่กล่าวไว้ในหนังสือเล่มดังกล่าว ระบบกฎหมายไทยดั้งเดิมจึงมีปัญหาและไม่สามารถนำไปใช้เป็นหลักปฏิบัติและเป็นนิติวิธีในทางการศาลได้ กล่าวคือ “เป็นกฎหมายที่มีสมมุติฐานทั้งหมดอยู่ที่ข้อบังคับ ซึ่งมีได้เขียนขึ้นเป็นลายลักษณ์อักษร และเป็นข้อบังคับที่เกิดขึ้นโดยอาศัยความเคยชินของบรรดาสมาชิกในชุมชนคนไทยในทางปฏิบัติติดต่อกันมาตั้งแต่สมัยที่เก่าแก่ออกนอกพ้นความสามารถที่จะจดจำจารึกได้” (แลงกาตี่, 2526: 41)

สำหรับระบบกฎหมายไทยสมัยใหม่ คือระบบกฎหมายที่ได้รับอิทธิพลจากความคิดตะวันตก ในช่วงเวลาที่ชาวตะวันตกได้ขยายอำนาจเข้ามาในภูมิภาคนี้ผ่านการสร้างอาณานิคมในศตวรรษที่ 19 ซึ่งในเวลานั้น สยามจำเป็นต้องปรับตัวเองด้วยเหตุผลของการอยู่รอดของราชอาณาจักร จนทำให้เกิดการปฏิรูประบบราชการขึ้น โดยนำแบบแผนการบริหารระบบราชการของตะวันตกมาใช้เป็นแบบแผนของตนเอง เช่น การจัดตั้งกระทรวงต่างๆ ขึ้นมา เป็นต้น

สำหรับด้านการศาลและกฎหมายไทยสมัยใหม่ ได้มีการปฏิรูป โดยจัดระบบกฎหมายและการบังคับใช้ตามกฎหมายที่ทุกคนต้องปฏิบัติตาม รวมทั้งการยกสถานะและสิทธิเสรีภาพของบุคคลภายใต้สังกัดของรัฐธรรมนูญใหม่ ที่มีกฎหมายรองรับสภาพบุคคลดังกล่าว ส่วนรูปธรรมและความสำเร็จในเรื่องนี้ ก็คือ การเลิกทาส ที่ทำให้เกิดการเปลี่ยนสภาพไพร่ ทาส เป็นบุคคล พลเมืองของรัฐอย่างสมบูรณ์แบบ ภายใต้กฎเกณฑ์ของกฎหมายและความเป็นรัฐชาติสมัยใหม่

ประวัติศาสตร์กฎหมายไทยสมัยใหม่เริ่มต้นจาก การวางระเบียบการศาลใหม่ การชำระกฎหมายเก่าด้วยการยกเลิก และบัญญัติกฎหมายใหม่ขึ้นมาบังคับใช้ตามแบบแผนของตะวันตก การจัดตั้งกระทรวงยุติธรรม การจัดวางระเบียบการศึกษากฎหมายและการจัดตั้งโรงเรียนกฎหมายขึ้น ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย ของ ร. แลงกาตี่ ได้ให้ความสำคัญต่อเหตุการณ์ดังกล่าวว่าเป็นช่วงเวลาที่การเปลี่ยนแปลงระบบกฎหมายอย่างครบถ้วน เพื่อรองรับกับเหตุผลของรัฐ ที่สถานะขององค์อธิปัตย์ต้องผูกติดกับพันธกิจสำคัญ 2 ประการ คือ การรักษาดินแดนและการควบคุมประชากรผ่านระเบียบรัฐ

ประวัติศาสตร์กฎหมายไทยสมัยใหม่ จึงเป็นประวัติศาสตร์ของการนำเข้าสู่ของระบบกฎหมายของประเทศตะวันตก และชนบแบบแผนในกระบวนการด้านตุลาการ โดยถือว่า กฎหมายคือข้อบังคับของรัฐที่กำหนดความประพฤติของประชาชนทุกคน ดังนั้น กฎหมายจึงเป็นสิ่งที่ชอบ

เอกสารประกอบการประชุมศุภกัศวานา 25 กรกฎาคม 2551

เกษม เพ็ญภินันท์ . สิทธิที่จะก่อให้เกิดความรุนแรงหรือเหตุผลของรัฐต่อความชอบธรรมทางการเมือง. บทความประกอบการสัมมนา ความรุนแรง “ซ่อนหา” สังคมไทย 19-20 พฤศจิกายน 2550

ธรรมและมีสิทธิอำนาจที่ได้การรับรองจากองค์อธิปัตย์ ด้วยเหตุนี้เอง การศึกษาประวัติศาสตร์กฎหมายไทยสมัยใหม่จึงมุ่งพิจารณาที่ตัวบทกฎหมายต่างๆ ที่บัญญัติขึ้นและมีผลบังคับใช้ เพื่อนำมาอธิบายปัญหาในคดีความต่างๆ หนังสือ *ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย* ของพระยานิติศาสตร์ไพศาลย์ ได้กล่าวถึงลักษณะของประวัติศาสตร์กฎหมายไว้ว่า เป็นการศึกษาความแตกต่างและพัฒนาการของตัวบทกฎหมายในเรื่องใดเรื่องหนึ่ง กล่าวคือ “กฎหมายบทนั้นบทนั้นเดิมมีความคิดเห็นเป็นมาอย่างไร และเดี๋ยวนี้มีความคิดเห็นเป็นอย่างไร” (นิติศาสตร์ไพศาลย์, 2502: 21) อย่างไรก็ตาม ความเข้าใจต่อประวัติศาสตร์กฎหมายที่เน้นเฉพาะเนื้อหาและขอบข่ายการพิจารณาคดีความ ทำให้ละเลยต่อสิทธิอำนาจและความชอบธรรมของกฎหมายที่อยู่เคียงคู่กับระบอบการเมืองการปกครอง และสถานภาพขององค์อธิปัตย์

การละเลยดังที่กล่าวส่งผลอย่างไรต่อการทำความเข้าใจต่อสถานะของรัฐ ในฐานะผู้บัญญัติกฎหมาย และเหตุผลของรัฐ คำถามนี้เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับการบังคับใช้กฎหมายโดยตรง กล่าวคือ ประวัติศาสตร์กฎหมายไม่เคยช่วยให้เราเข้าใจถึงที่มาของสิทธิอำนาจในตัวบทกฎหมาย ซึ่งรองรับด้วยรูปแบบของการเมืองการปกครองและองค์อธิปัตย์ หรือการสืบค้นรากฐานทางสิทธิอำนาจที่รับรองความชอบธรรมของกฎหมาย แต่ต้องการบ่งบอกว่า การบังคับใช้กฎหมายมีลักษณะเช่นใดบ้าง การให้ความสำคัญเพียงแต่การบังคับใช้จึงเป็นการซ่อนเร้นการนำเสนอรากฐานทางสิทธิอำนาจ และไม่สามารถตั้งคำถามต่อความไม่ชอบธรรมของที่มาของกฎหมายนั้นๆ ผ่านประวัติศาสตร์ได้เลย

ในขณะเดียวกัน เราไม่สามารถแยกระบบกฎหมายไทยสมัยใหม่ออกจากความเข้าใจต่อแบบแผนทางกฎหมายที่ยึดถือปฏิบัติกันมาในขั้นตอนของระบบศาลไทยได้ ทั้งนี้เนื่องจากพัฒนาการของระบบกฎหมายไทยสมัยใหม่ เกิดจากการปรับตัวเองของรัฐและผู้นำทางการเมืองในแต่ละยุคแต่ละสมัย ให้สอดคล้องกับระเบียบปฏิบัติทางกฎหมายของชาวตะวันตก และการควบคุมพลเมืองของตนเองให้

ยิ่งกว่านั้น ความคลุมเครือและความอิหลักอิเหลื่อของแบบแผนทางกฎหมาย ระหว่างกฎหมายแนวจารีต (common law) และประมวลกฎหมาย (civil law) หรือกฎหมายที่บัญญัติด้วยลายลักษณ์อักษร ซึ่งเกิดขึ้นมาพร้อมกับการวางรากฐานการศึกษากฎหมายสมัยใหม่ในประเทศไทย

การนำแบบแผนทางกฎหมายแนวจารีตเข้ามาใช้ในประเทศไทย เริ่มต้นหลังจากกลุ่มนักเรียนไทยที่สำเร็จการศึกษาทางด้านนิติศาสตร์จากประเทศอังกฤษ และนำเอาแบบแผนทางกฎหมายของอังกฤษมาใช้ราวกับว่าเป็นกฎหมายไทย ยิ่งกว่านั้น หนึ่งในนักเรียนไทยกลุ่มนี้คือ กรมหลวงราชบุรีดิเรกฤทธิ์ พระองค์ยังได้ทรงตั้งโรงเรียนกฎหมายขึ้นในกระทรวงยุติธรรม และยัง

เอกสารประกอบการประชุมศุภกวีเสวนา 25 กรกฎาคม 2551

เกษม เพ็ญภินันท์ . สิทธิที่จะก่อให้เกิดความรุนแรงหรือเหตุผลของรัฐต่อความชอบธรรมทางการเมือง. บทความประกอบการสัมมนา ความรุนแรง “ซ่อนหา” สังคมไทย 19-20 พฤศจิกายน 2550

ทรงสอนวิชากฎหมายด้วยพระองค์เองอีกด้วย นอกจากนี้ พระองค์ทรงเขียนตำราทางกฎหมาย และทรงร่วมวางหลักเกณฑ์ของระบบกฎหมายไทยสมัยใหม่อีกด้วย โดยเฉพาะ กฎหมายแพ่งและกฎหมายอื่นๆ ที่เกี่ยวข้องกับสัญญาทางการค้า พระองค์ทรงนำหลักเกณฑ์ของกฎหมายอังกฤษมาปรับใช้กับกฎหมายเหล่านี้ และบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร จนนักกฎหมายรุ่นต่อมาเข้าใจกันว่าเป็น แบบแผนทางกฎหมายแพ่งของไทย แม้ว่าจะมีหลักเกณฑ์จะเป็นเช่นเดียวกับกฎหมายอังกฤษก็ตาม⁴

ส่วนประมวลกฎหมายถูกนำมาใช้เป็นครั้งแรกในช่วงปี พ.ศ. 2452 เนื่องจากประเทศไทยหรือสยามในขณะนั้นมีศาลกงสุลทำหน้าที่พิจารณาคดีความต่างๆ แต่เมื่อมีชาวต่างด้าวที่ต้องการฟ้องร้องศาลกงสุลมากขึ้น ก็สร้างปัญหาให้แก่สยามเป็นอย่างมาก ในขณะนั้น ญี่ปุ่นได้เจรจายกเลิกศาลกงสุลกับต่างประเทศสำเร็จ ด้วยการเปลี่ยนมาใช้ประมวลกฎหมายและจัดการระบบศาลเสียใหม่ สิ่งนี้จึงเป็นเหตุให้สมเด็จพระยาดำรงราชานุภาพทรงมีพระราชปรารภที่ต้องการสิทธิทางการศาลในการพิจารณาคดีความชาวต่างด้าวในสยาม จึงนำเอาประมวลกฎหมายเข้ามาใช้ โดยคัดลอกระเบียบแบบแผนจากประเทศต่างๆ ในภาคพื้นทวีปยุโรปเป็นหลัก แม้ว่าจะไม่ได้รับการเห็นด้วยจากกรมหลวงราชบุรีฯ ที่ทรงต้องการให้ใช้กฎหมายจารีตตามอย่างประเทศอังกฤษก็ตาม ส่วนประมวลกฎหมายฉบับแรกที่ประกาศใช้ ก็คือ ประมวลกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127

หยุด แสงอุทัย ได้เปรียบเทียบลักษณะทางกฎหมายจารีตตามแบบแผนทางกฎหมายของอังกฤษ และ ประมวลกฎหมาย ซึ่งเป็นรูปแบบทางกฎหมายของประเทศในภาคพื้นทวีปยุโรปไว้ 7 ประการ ดังต่อไปนี้

1) รูปแบบและลักษณะของกฎหมาย ประเทศในภาคพื้นทวีปยุโรปที่ใช้ประมวลกฎหมายเป็นแบบแผนทางกฎหมายนั้น ย่อมให้ความสำคัญต่อบทบัญญัติของกฎหมาย ที่ตราขึ้นและผ่านความเห็นชอบจากรัฐสภาผู้ออกกฎหมายฉบับนั้นๆ ในขณะที่ประเทศอังกฤษซึ่งใช้กฎหมายจารีต ย่อมให้น้ำหนักของคำพิพากษาของศาลเป็นหลัก ดังนั้น การศึกษาในแบบแผนของกฎหมายจารีต จึงเน้นที่การศึกษาฎีกาและการพิจารณาความตามแนวทางที่จารีตประเพณีวางไว้

2) คำพิพากษาในแนวทางการใช้ประมวลกฎหมาย ย่อมขึ้นอยู่กับการศึกษาความดับทกฎหมาย ดังนั้น “คำพิพากษาของศาลยุติธรรมจึงไม่ใช่ ‘ที่มาของกฎหมาย’” ส่วนกฎหมายจารีตจะยึดถือคำวินิจฉัยของผู้พิพากษา และ “คำพิพากษาของศาลย่อมถือถือว่าเป็นบรรทัดฐานของศาลต่อไป... โดยนัยนี้คำพิพากษาจึงเป็น ‘ที่มา’ (Source) ของกฎหมาย” (หยุด, 2548: 36)

⁴ ตัวอย่างเช่น พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาความแพ่ง ร.ศ. 127 และ พระราชบัญญัติลักษณะเข้าหุ้นส่วนบริษัท ร.ศ. 130 เป็นต้น

3) จารีตประเพณีและคำพิพากษาของศาลเป็นพื้น การตีความในตัวเอง ขณะที่ยกกฎหมายจารีต เน้นคำพิพากษา

4) ความแตกต่างในการเคารพนับถือคำพิพากษาของศาล แบบแผนของประมวลกฎหมายยึดถือกฎหมายเป็นตัวเอง การเคารพกฎหมายจึงขึ้นอยู่กับตัวเองกฎหมาย ส่วนผู้พิพากษาเป็นเพียงส่วนหนึ่งในกระบวนการด้านตุลาการ แต่กฎหมายจารีตจะให้ความสำคัญต่อศาลยุติธรรมว่ามีความสำคัญอย่างยิ่งยวด และคำพิพากษาได้รับความเคารพประหนึ่งว่าเป็นกฎหมาย ในขณะที่ผู้พิพากษาจึงเป็นบุคคลสำคัญ และดูหมิ่นไม่ได้

5) ที่มาของกฎหมายของกฎหมายทั้งสองแตกต่างกัน ประมวลกฎหมายมีรากเหง้ามาจากกฎหมายโรมัน แต่กฎหมายจารีตเกิดจากการสั่งสมทางประวัติศาสตร์ของการพิจารณาตีความและฎีกาเป็นหลัก

6) ประมวลกฎหมายได้แยกประเภทกฎหมายออกเป็นกฎหมายมหาชนและกฎหมายเอกชน และจัดตั้งศาลปกครองสำหรับการวินิจฉัยคดีปกครองแยกจากศาลยุติธรรม ส่วนกฎหมายจารีตจะไม่มีแบ่งแยกกฎหมายออกเป็นเช่นนั้น และไม่แบ่งแยกประเภทของคดีความอีกด้วย แต่จะถือว่า “ศาลยุติธรรมทั่วไปเป็นผู้พิจารณาพิพากษาคดี” (หยุด, 2548: 37)

7) ประมวลกฎหมายจะยึดถือหลักเกณฑ์เป็นหลัก ขณะที่กฎหมายจารีตยึดถือผลในการพิพากษาคดีเป็นใหญ่

การเปรียบเทียบของหยุดนี้ ทำให้เราเข้าใจถึงพัฒนาการของกระบวนการด้านตุลาการของไทยว่า แนวทางและชนบต่างๆ ในระบบกฎหมายไทย ไม่เพียงแต่ผสมผสานแบบแผนทางกฎหมายทั้งสอง แต่ยังยึดถือเกณฑ์ปฏิบัติที่เป็นประโยชน์ต่อวิชาชีพของตนมากกว่าการยึดถือหลักการแห่งการพิพากษาข้อกฎหมาย (Jurisprudence) การใช้แบบแผนและลักษณะของชนบทางกฎหมายจารีตเป็นแนวทางที่ทุกคนที่อยู่ภายใต้กฎหมายต้องปฏิบัติตามบทบัญญัติของกฎหมาย แต่ผู้พิพากษากลับแสดงตนเสมอเหมือนอำนาจทางกฎหมาย ในการพิจารณาคดีความทางกฎหมาย กล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ การเสมอเหมือนว่าเป็นตัวแทนของอำนาจขององค์อธิปัตย์ของผู้พิพากษา ทำให้เป็นเกราะกำบังอำพรางตนเองไว้ เพื่อไม่มีใครสามารถละเมิด ดูหมิ่น หรือแม้กระทั่ง การโต้แย้งผ่านการตีความตัวเองกฎหมายที่แตกต่างจากคำวินิจฉัยของศาลไม่ได้ เพราะว่าการวินิจฉัยของศาลสถิตินั้นเป็นที่สิ้นสุด ยิ่งกว่านั้น ฎีกาและคำพิพากษามีความสำคัญมากกว่าบทบัญญัติของกฎหมาย เนื่องจากทั้งสองสิ่งนี้ถือว่าเป็นใบเบิกทางสู่การค้นหาค้นหาเจตนารมณ์ของกฎหมาย ในขณะเดียวกัน การอ้างอิงความสมเหตุสมผลของการพิจารณาคดีกลับใช้ประมวลกฎหมายเพื่อเปิดช่องทางในการวินิจฉัย ตีความ และอธิบายเนื้อความตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย เนื่องจากกฎหมายได้บัญญัติไว้ ผลที่ตามมาคือ ปัญหาในกระบวนการทางตุลาการ ที่หาแบบแผนที่

เอกสารประกอบการประชุมศุภกร์เสวนา 25 กรกฎาคม 2551

เกษม เพ็ญภินันท์ . สิทธิที่จะก่อให้เกิดความรุนแรงหรือเหตุผลของรัฐต่อความชอบธรรมทางการเมือง. บทความประกอบการสัมมนา ความรุนแรง “ซ่อนหา” สังคมไทย 19-20 พฤศจิกายน 2550

แน่นอนไม่ได้เลย จนดูราวว่าไม่มีหลักการอันใดรองรับ นอกจากความเป็นกฎหมายที่หยิบยกมาอ้างอิงเพื่อเป็นเหตุผลและสิ่งที่ยุติธรรม (the just)

หยุด แสงอุทัยยังชี้ให้เห็นด้วยว่า การนำขนบทางกฎหมายทั้งสองแบบแผน มาใช้ในกระบวนการด้านความยุติธรรมของไทยประสบกับปัญหาความขัดแย้งภายในตัวเอง ทั้งในหลักการแห่งการพิพากษาข้อกฎหมายหรือหลักธรรมศาสตร์ (Jurisprudence) และการทำเข้าใจต่อหลักการทางกฎหมายกับสถานะของกฎหมายเองอีกด้วย กล่าวคือ

เมื่อประเทศไทยได้ใช้ประมวลกฎหมายโดยครบถ้วนแล้ว การนำเอาหลัก ‘ธรรมศาสตร์’ ของอังกฤษมาใช้แก่ประเทศไทยจึงไม่เป็นการถูกต้อง เพราะความคิดในทางกฎหมายไม่เหมือนกัน นักกฎหมายอังกฤษเองก็ยอมรับว่า ‘ธรรมศาสตร์’ ของอังกฤษต่างกับ ‘ธรรมศาสตร์’ ของประเทศในภาคพื้นยุโรป (หยุด, 2548: 35)

หยุดยังได้กล่าวเสริมต่อไปว่า ระบบกฎหมายไทยควรต้องยึดถือหลักการทางกฎหมายใดหลักการหนึ่ง เพื่อความเหมาะสมในหลักการแห่งการพิพากษาข้อกฎหมายหรือหลักธรรมศาสตร์ “เมื่อประมวลกฎหมายของประเทศไทย ได้ดำเนินการตามประมวลกฎหมายของประเทศภาคพื้นยุโรป จึงต้องนำหลัก ‘ธรรมศาสตร์’ ของประเทศภาคพื้นยุโรปมาใช้” (หยุด, 2548: 35)

ความอึดถือเหลือนี้เป็นมูลเหตุที่สำคัญต่อปัญหาที่เกิดขึ้น ในกระบวนการทางด้านความยุติธรรมของไทย เนื่องจากการซ้อนทับทางแบบแผนทางกฎหมาย ได้ทำให้กฎหมายมี 2 สถานะคือ ถ้าเรายึดถือประมวลกฎหมายเป็นแบบแผน กฎหมายคือแหล่งอ้างอิง เพื่อความถูกต้องชอบธรรมของสิ่งที่เขียนไว้ว่าเป็นระเบียบข้อปฏิบัติ ผลบังคับใช้ และบทลงโทษ ที่ทุกคนเชื่อว่าร่องรอย (trace) ของความยุติธรรมดำรงอยู่ในตัวบทกฎหมายนั้นๆ ดังนั้น ทุกคนย่อมมีสิทธิที่จะเข้าถึงความเป็นกฎหมายผ่านการตีความ อธิบายความ หรืออ้างบทบัญญัติในกฎหมาย ในขณะที่เดียวกัน ถ้าเรายึดถือกฎหมายจารีตเป็นแบบแผน ในการพิจารณาวินิจฉัยคดีความต่างๆ แม้ว่า นักกฎหมายจะอ้างกฎหมายเพื่ออิงความถูกต้อง หรือความสมเหตุสมผลก็ตาม แต่กฎหมายเป็นเพียงส่วนขยายที่ขาดเสียไม่ได้ (supplement) เท่านั้น

ดังนั้น การรื้อสร้างการซ้อนทับทางแบบแผนทางกฎหมายจึงยุติธรรม เพื่อให้ความยุติธรรมต่อกฎหมายและนำกฎหมายมาสัมพันธ์กับความยุติธรรมอีกครั้ง (ถ้าเป็นไปได้)

เอกสารประกอบการประชุมศุภกร์เสวนา 25 กรกฎาคม 2551

เกษม เพ็ญภินันท์ . สิทธิที่จะก่อให้เกิดความรุนแรงหรือเหตุผลของรัฐต่อความชอบธรรมทางการเมือง. บทความประกอบการสัมมนา ความรุนแรง “ซ่อนหา” สังคมไทย 19-20 พฤศจิกายน 2550

2.2 ความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายกับความยุติธรรม

ด้วยสามัญสำนึกอันดีของสังคมและปราศจากการตั้งคำถามใดๆ ทั้งสิ้น ทุกคนล้วนทราบกันเป็นอย่างดีว่า กฎหมายและความยุติธรรมเป็นสิ่งที่อยู่คู่กันจนดูราวกับว่าเป็นสิ่งเดียวกัน ยิ่งไปกว่านั้น ทุกครั้งที่เราได้ยินคำพิพากษาของผู้พิพากษาที่ประกาศออกมา คำพิพากษานั้นๆ ล้วนอ้างว่า ยุติธรรมและถือว่าเป็นที่สิ้นสุด โดยไม่มีสิทธิ์ที่จะโต้แย้งหรือแม้กระทั่งวิพากษ์วิจารณ์ จากคุณลักษณะเช่นนี้ เราแน่ใจหรือว่า กฎหมายคือความยุติธรรมอย่างแท้จริง หรือบทบัญญัติของกฎหมายก่อให้เกิดความเข้าใจและเข้าถึงความยุติธรรมที่ปรากฏอยู่ในตัวบทหรือคำพิพากษา คำถามนี้ทำให้เราต้องกลับมาพิจารณาความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายและความยุติธรรม ซึ่งเป็นความสัมพันธ์ที่พื้นฐานที่สุด แต่กลับถูกละเลยมากที่สุด ส่วนสาเหตุที่เชื่อว่าความสัมพันธ์นี้เป็นสิ่งที่พื้นฐานที่สุด ก็เพราะว่า ทั้งกฎหมายและความยุติธรรมเกี่ยวข้องและสัมพันธ์กันอย่างไรเมื่อกฎหมายอ้างว่ายุติธรรม หรือ การทำให้เชื่อว่า ‘กฎหมายคือความยุติธรรม’ และ ‘กฎหมายจำเป็นต้องยุติธรรม’ ได้บดบังความเข้าใจต่อธรรมชาติของความยุติธรรมความสามารถในการวิพากษ์กฎหมายจากจุดยืนของความยุติธรรม ยิ่งไปกว่านั้น การยอมรับข้อสรุปที่ว่า ถ้ากฎหมายไม่ยุติธรรม ย่อมไม่ใช่กฎหมาย ทำให้รอยต่อและจุดแบ่งแยกของสัมพันธภาพระหว่างกฎหมายความยุติธรรมไม่เคยปรากฏขึ้นจริง ทั้งๆ ที่ ทั้งสองเป็นคนละสิ่งกัน

ทำไมนักนิติศาสตร์ส่วนใหญ่จึงมองไม่เห็น หรือ มองข้ามความแตกต่างระหว่างกฎหมายและความยุติธรรม? ถ้ามีคำตอบ ก็คือ นักนิติศาสตร์ส่วนใหญ่เชื่อว่า กฎหมายทำให้ความยุติธรรมเป็นจริง หรือ อะไรก็ตามที่ยุติธรรมย่อมปรากฏให้เห็นได้ในกฎหมาย ถ้าคำตอบเป็นเช่นนั้นจริง ความยุติธรรมจึงไม่ใช่ปัญหาหลักของนักนิติศาสตร์ และพวกเขาจำเป็นต้องให้ความสำคัญต่อกฎหมายมากกว่า เนื่องจาก กฎหมายย่อมต้องยุติธรรม มีความชอบธรรมและมีสิทธิอำนาจรองรับการบังคับใช้ ส่วนความยุติธรรมก็เป็นเพียงปัญหาทางปรัชญาและอุดมคติมากกว่าเนื้อหาทางกฎหมาย ในทางตรงข้ามกันนั้น นักปรัชญาหรือนักปรัชญาการเมืองมักจะกล่าวถึงความยุติธรรมโดยพิจารณาคูณค่าของมัน หรือให้ความสำคัญต่อการดำรงอยู่และสิ่งที่เป็นไปได้ของการทำให้ความยุติธรรมเป็นจริง ก่อนให้ความสำคัญต่อกฎหมาย

ด้วยเหตุนี้เอง ความเข้าใจและความรู้เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายและความยุติธรรมจึงเต็มไปด้วยข้อจำกัดที่จำกัดการรับรู้ไว้ในเนื้อหาเฉพาะที่เกี่ยวข้องกับแขนงวิชา และความสนใจของตนเองเป็นหลัก จนในที่สุด เราต่างก็ละเลยความแตกต่างระหว่างกฎหมายและความยุติธรรม เนื่องจากทั้งคู่ต่างก็มีธรรมชาติ ฐานคติทางความคิด คุณลักษณะที่ไม่เหมือนกัน แม้ว่านักนิติศาสตร์ให้ความสำคัญต่อองค์ความรู้ทางประวัติศาสตร์ความคิดและปรัชญา ตั้งแต่

เอกสารประกอบการประชุมศุภกร์เสวนา 25 กรกฎาคม 2551

เกษม เพ็ญภินันท์ . สิทธิที่จะก่อให้เกิดความรุนแรงหรือเหตุผลของรัฐต่อความชอบธรรมทางการเมือง. บทความประกอบการสัมมนา ความรุนแรง “ซ่อนหา” สังคมไทย 19-20 พฤศจิกายน 2550

กรีกจนถึงยุคสมัยใหม่ เพื่อทำความเข้าใจ และผลิตสร้างองค์ความรู้เกี่ยวกับแนวทางแห่งการพิพากษาข้อกฎหมาย (Jurisprudence) นิติปรัชญา สำนักกฎหมายต่างๆ หรือแม้กระทั่งแนวคิดทางกฎหมายอันมากมาย แต่นักนิติศาสตร์เองก็ไม่สามารถทำให้ความแตกต่างดังกล่าวเกิดขึ้นมาได้ มิฉะนั้น กฎหมายจะไม่สามารถอ้างเหตุอันชอบธรรมให้แก่ความยุติธรรมของตัวบทกฎหมายได้ในทางตรงข้าม พวกเขากลับเชื่อมโยงกฎหมายและความยุติธรรมเข้าหากันให้เป็นสิ่งเดียวกัน โดยเชื่อมโยงเนื้อหาทางปรัชญาให้สอดคล้องกับความจำเป็นและการดำรงอยู่ของกฎหมาย สำนักคิดและทฤษฎีกฎหมาย จากข้อเท็จจริงนั้น เมื่อใดก็ตามที่นักนิติศาสตร์ให้ความสำคัญแก่กฎหมายมากกว่า และ/หรือ เหนือกว่าความยุติธรรม เมื่อนั้นนักนิติศาสตร์มักจะสูญเสียการอ้างอิงหรือกล่าวถึงความยุติธรรมโดยสิ้นเชิง อะไรที่นักนิติศาสตร์กล่าวถึงจึงเป็นเพียงแค่ตัวบทกฎหมายที่บัญญัติไว้เท่านั้น ด้วยเหตุนี้เอง พัฒนาการของวิชานิติศาสตร์จึงมิได้เน้นการกลับไปไต่สวนเกี่ยวกับรากฐานทางปรัชญา ความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายและความยุติธรรม กระบวนการบัญญัติกฎหมายที่จำเป็นต้องถูกตรวจสอบได้ด้วยความคิดเรื่องความยุติธรรม แต่มุ่งเน้นที่การบัญญัติกฎหมาย ภาษาทางกฎหมาย และ ความชอบธรรมของกฎหมายที่มีสิทธิอำนาจรองรับก่อนการนำไปบังคับใช้

ในอีกด้านหนึ่ง เมื่อใดก็ตามที่นักนิติศาสตร์ให้ความสำคัญทั้งกฎหมายและความยุติธรรม เมื่อนั้นนักนิติศาสตร์มักจะเผชิญกับปัญหาความไม่สามารถตัดสินใจ (the undecidable) หรือหาข้อสรุปเพื่อบัญญัติกฎหมายได้ เนื่องจาก ตัวบทกฎหมายจะต้องถูกแย้งทั้งในเนื้อหาและรายละเอียดด้วยความคิดหรือปัญหาเกี่ยวกับความยุติธรรมตลอดเวลา

ทั้งหมดนี้ คือ การไร้ทางออกของในความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายและความยุติธรรม ซึ่งเป็นโอกาสอันดีที่เราสามารถกลับมาเริ่มต้นใหม่ ในการทบทวนสถานะของความยุติธรรมในฐานะที่เป็นคุณค่าพื้นฐานทางจริยศาสตร์และปรัชญาการเมือง ดังนั้น เราจำเป็นต้องพิจารณาความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายและความยุติธรรม (ก่อนที่เราเคลื่อนไปสู่ความรุนแรงของกฎหมายและสิทธิอำนาจ ที่รองรับการใช้กำลังและผลบังคับใช้อย่างชอบธรรม) ออกเป็น 2 ประเด็น คือ 1) ความเข้าใจเบื้องต้นต่อสิ่งที่ยุติธรรม (the just) และสัมพันธ์ภาพต่อกฎหมาย เพื่อเข้าถึงธรรมชาติฐานคติทางความคิด คุณลักษณะของความยุติธรรม ที่แตกต่างโดยสิ้นเชิงจากกฎหมาย 2) สิทธิอำนาจที่รองรับกฎหมายให้มีความชอบธรรม และการอ้างอิงกลับมาหาความยุติธรรมเป็นไปได้เพียงใด ถ้าวางที่ ‘กฎหมาย’ อาจจะเป็นเพียงแค่ความเป็นไปได้ของความยุติธรรมเท่านั้นเอง

ทำไมต้องความยุติธรรม? คงจะไม่มีใครปฏิเสธได้ว่า ความยุติธรรม (justice) คือ คุณค่าพื้นฐานทางจริยศาสตร์คุณค่าหนึ่ง ที่ทุกคนในสังคมการเมืองยอมรับว่ามีความสำคัญมากต่อการดำเนินชีวิตร่วมกันในประชาคม ความเข้าใจต่อความยุติธรรมในลักษณะนี้เริ่มต้นจากกรีกและ

เอกสารประกอบการประชุมศุภกร์เสวนา 25 กรกฎาคม 2551

เกษม เพ็ญภินันท์ . สิทธิที่จะก่อให้เกิดความรุนแรงหรือเหตุผลของรัฐต่อความชอบธรรมทางการเมือง. บทความประกอบการสัมมนา ความรุนแรง “ซ่อนหา” สังคมไทย 19-20 พฤศจิกายน 2550

ส่งผ่านมาถึงปัจจุบัน แม้ว่าความเปลี่ยนแปลงของกาลเวลาและยุคสมัยจะทำให้เราเรียนรู้ยยะและความหมายของความยุติธรรมที่แตกต่างจากกันก็ตาม แต่ความยุติธรรมยังคงเป็นสัจธรรมหลักในการทำความเข้าใจต่อการกระทำทางการเมือง เป้าหมายของชุมชนทางการเมืองและหลักนิติรัฐอยู่ดี ลีโอ สเตราส์ (Leo Strauss) กล่าวไว้ในหนังสือ *City and Man* ว่า “สาระสำคัญของปรัชญาการเมืองคือเมืองและมนุษย์” (Strauss, 1978: 1) แต่ทั้งคู่มิมีความสำคัญก็เพียงแค่นี้ในปรัชญาการเมืองก็เพราะว่า ในโลกทางปรัชญาการเมืองสมัยใหม่กลับแปรสภาพเมืองและมนุษย์ให้เป็นอื่น และไม่ได้นำมาเกี่ยวข้องกับปรัชญาการเมืองอีกต่อไป เขาให้เหตุผลว่า ปรัชญาการเมืองสมัยใหม่ให้ความสำคัญกับธรรมชาติและประวัติศาสตร์ แทนสัมพันธ์ภาพระหว่างเมืองและมนุษย์ ด้วยการทำให้ธรรมชาติถูกเข้าใจผ่านวิทยาศาสตร์ธรรมชาติและประวัติศาสตร์ ความเปลี่ยนแปลงที่เกิดขึ้นในยุคสมัยใหม่ ได้ทำให้สเตราส์กลับมาพิจารณาประเด็นพื้นฐานทางปรัชญาการเมืองกรีกอีกครั้ง เพราะว่า พัฒนาการของศาสตร์สมัยใหม่และกำเนิดของสังคมศาสตร์ ได้ทำให้ความเข้าใจต่อศาสตร์ทางการเมืองแปรเปลี่ยนจากการศึกษาความสัมพันธ์ระหว่างมนุษย์และชุมชนทางการเมือง คุณค่าในการดำเนินชีวิตทางการเมือง รวมทั้งรูปแบบการปกครอง มาสู่การศึกษาความเป็นจริงและความเป็นไปของการเมือง ระบบการเมือง และกิจกรรมทางการเมือง สเตราส์กล่าวว่า “สังคมศาสตร์ไม่สามารถนำความกระจ่างชัดของการกระทำต่าง ๆ ได้เลย ถ้ามันไม่ยึดถือความเข้าใจอย่างสอดคล้องและถ่วงแท้ในอะไรรก็ตามที่เรียกกันว่า ทรรศนะที่ต่างล่องรู้ร่วมกันว่าเป็นการกระทำทางการเมือง” (Strauss, 1978: 11) กล่าวคือ การศึกษาทางสังคมศาสตร์เป็นแค่เพียงความเข้าใจต่อสิ่งที่เกิดขึ้นหรืออะไรที่เห็นและเป็นอยู่ในแต่ละสภาวะการณ์ทางการเมือง รวมทั้งประเด็นปัญหาที่เกี่ยวกับความชอบธรรมของกิจกรรมทางการเมืองเพียงเท่านั้น ด้วยเหตุนี้เอง เขาจึงเสนอว่า ปัญหาพื้นฐานของกิจกรรมทางการเมืองควรจะต้องเกี่ยวข้องกับการดำรงอยู่ร่วมกันในสังคมการเมือง หรือชุมชนทางการเมือง ตลอดจนเนื้อหาสาระที่กำหนดระเบียบแบบแผนทางสังคมการเมืองและรูปแบบการปกครอง

ร่องรอยของปัญหาความยุติธรรมได้เริ่มต้นและปรากฏอยู่ในหนังสือ *อุดมรัฐ (The Republic)* เล่มที่หนึ่งของเพลโต แต่เนื้อหาสาระหรือค่านิยมว่า ‘ความยุติธรรมคืออะไร’ กลับเต็มไปด้วยปัญหา เพราะว่า มันไม่มีความกระจ่างชัด และไม่มีความสมบูรณ์แบบของค่านิยมเลย แม้ว่าเราจะพบในบทสนทนาบทนี้เกี่ยวกับอะไรที่เป็นความยุติธรรมบ้าง และ ทำไมต้องมีความยุติธรรมก็ตาม แต่ในท้ายที่สุดแล้ว บทสนทนาบทนี้กลับจบลงเหมือนบทสนทนาบทอื่นๆ ของเพลโต คือ ‘ไม่มีคำตอบ’

เอกสารประกอบการประชุมศุภกวีเสวนา 25 กรกฎาคม 2551

เกษม เพ็ญภินันท์ . สิทธิที่จะก่อให้เกิดความรุนแรงหรือเหตุผลของรัฐต่อความชอบธรรมทางการเมือง. บทความประกอบการสัมมนา ความรุนแรง “ซ่อนหา” สังคมไทย 19-20 พฤศจิกายน 2550

การไม่มีคำตอบนี้ก็มิได้เป็นสิ่งที่แย่เสียทีเดียว เพราะว่า มันทำให้การสืบค้นหาความหมายของความยุติธรรมเป็นปัญหาปลายเปิด เพื่อเปิดให้เราได้เห็นถึงข้อจำกัดหรือความเป็นไปไม่ได้ที่จะบ่งบอกหรือบ่งชี้อะไรที่จริงแท้ของความยุติธรรม ในทางตรงข้าม ข้อดีของการไม่มีคำตอบได้ทำให้เรากลับมาตระหนักต่ออะไรก็ตามที่เราคิด เชื่อ และยอมรับว่าเป็นความยุติธรรม โดยปราศจากข้อสงสัย คำถาม หรือแม้กระทั่งไต่ตรองถึงรูปธรรมของความยุติธรรม

บทสนทนาระหว่างโสเครตีสกับมิตรัสหายไม่ได้เริ่มต้นในนครรัฐเอเธนส์ แต่เกิดขึ้นที่ Piraeus ซึ่งเป็นสถานที่อยู่ในกำแพงเมืองที่กั้นชาวเมืองไว้ภายในเมืองและป้องกันศัตรูเข้ามารุกรานจากภายนอก โสเครตีสตั้งใจที่จะสนทนาปัญหาความยุติธรรม ณ ที่นี้ เพื่อเทียบเคียงกับความยุติธรรม เนื่องจากความยุติธรรมไม่ได้ดำรงอยู่ทั้งภายในและภายนอกชุมชนทางการเมือง แต่อยู่ในระหว่างพื้นที่ทั้งสอง ความยุติธรรมอาจจะไม่ปรากฏให้เห็นได้ในชุมชนทางการเมืองก็จริง แต่เราก็ไม่สามารถปฏิเสธมันได้ กล่าวคือ เราไม่สามารถแยกความยุติธรรมออกจากชีวิตและกิจกรรมทางการเมืองได้

ข้อถกเถียงเกี่ยวกับความยุติธรรมในเล่มที่หนึ่งของหนังสือ *อุดมรัฐ* มี 3 ประเด็น ดังต่อไปนี้ 1) การพูดความจริงและการใช้หนี้ (Justice as telling the truth and paying one's debts) 2) การทำดีต่อมิตรและไม่ทำร้ายต่อศัตรู (Justice is helping friends and harming enemies) 3) ความยุติธรรมคือความได้เปรียบของผู้ที่แข็งแรงกว่า (Justice as the advantage of the stronger)⁵ ทรรศนะเกี่ยวกับความยุติธรรมทั้งสามนี้ ได้กลายเป็นกรอบและแนวทางของการสร้างนิยามความหมายให้แก่ความยุติธรรมต่อๆ มา และดูเหมือนว่า ยังไม่มีการให้นิยามความหมายแก่ความยุติธรรมหลุดพ้นไปจากค่านิยมทั้งสามได้เลย กล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ ทุกวันนี้ เรายังไม่สามารถค้นหาหรือค้นพบ นิยามความหมายใหม่ๆ ที่แตกต่างไปสิ่งที่ปรากฏอยู่ในหนังสือ *อุดมรัฐ* ได้เลย แม้กระทั่งจอห์น รอลส์ (John Rawls) นักปรัชญาชาวอเมริกัน ได้นิยาม ‘ความยุติธรรมคือความเที่ยงธรรมต่อกัน’ (justice as fairness) ก็ยังคงประสบกับปัญหาต่อการอธิบาย เพราะว่า ความเท่าเทียมกันย่อมเกิดขึ้นไม่ได้ หากรากฐานทางความคิดไม่ได้เกิดขึ้นและดำรงอยู่ในสังคมพหุนิยมและเป็นประชาธิปไตย⁶ หรือแม้กระทั่งงานเขียนชิ้นสำคัญของปอล ริเคอะเซอร์ (Paul Ricœur) คือ *The*

⁵ โปรดดูข้อถกเถียงต่างๆ เหล่านี้ใน (Plato, 1991: 331a-354c)

⁶ สำหรับผู้ที่สนใจในข้อเสนอและข้อถกเถียงของรอลส์ เกี่ยวกับเรื่องความยุติธรรมได้ในหนังสือ *A Theory of Justice* ซึ่งตีพิมพ์ครั้งแรกในปี ค.ศ. 1971 เขาได้กลับมาพิจารณาแก้ไขรายละเอียดอีกครั้งในฉบับที่พิมพ์ปี ค.ศ. 1999 อย่างไรก็ตาม สารสำคัญของหนังสือเล่มนี้ยังคงเหมือนเดิม ส่วนสิ่งที่รอลส์แก้ไขคงมีเพียงการแปลและถอดความความหมายของตัวบทที่รอลส์อ้างอิงจากภาษาอื่นๆ ที่ไม่ใช่ภาษาอังกฤษ ส่วนเหตุผลหลักนั้นเกิดจากการแปลหนังสือเล่มนี้สู่ภาษาเยอรมันนั้น กลับทำให้น้ำหนักและนัยยะทางปรัชญาที่รอลส์อ้างอิงเอกสารประกอบการประชุมศุภกร์เสวนา 25 กรกฎาคม 2551

เกษม เพ็ญภินันท์ . สิทธิที่จะก่อให้เกิดความรุนแรงหรือเหตุผลของรัฐต่อความชอบธรรมทางการเมือง. บทความประกอบการสัมมนา ความรุนแรง “อ่อนหา” สังคมไทย 19-20 พฤศจิกายน 2550

Just, Reflections on the Just และ *Le juste, la justice et son échec*⁷ ที่ยืนยัน สถานะของความยุติธรรมจะรับรู้ได้ผ่านความสัมพันธ์ระหว่างตัวเราและผู้อื่น ที่ราวกับว่าเป็น ‘ตัวตนคนเดียวกัน’ (selfsame) ในแต่ละการกระทำที่เกิดขึ้น แต่ความยุติธรรมก็ไม่อาจจะนิยามหรือดำรงอยู่ได้โดยลำพังโดยปราศจากการเล่าเรื่อง เพราะว่า ในเรื่องราวที่เล่า ย่อมทำให้เราเข้าใจถึงสภาวะการณ์ต่างๆ ที่ความยุติธรรมปรากฏขึ้น มิฉะนั้นแล้ว เราจะไม่สามารถกล่าวได้ว่า ‘อะไรที่ยุติธรรม’

อย่างไรก็ตาม ความไม่สามารถค้นหานิยามความหมายที่เที่ยงแท้ หรือคำตอบที่สมบูรณ์ต่อความยุติธรรมกลับเป็นสภาวะการณ์อันดี ที่ช่วยเราเข้าใจต่อสิ่งที่นำเสนอความยุติธรรมอย่างเป็นรูปธรรมมากขึ้น *ทั้งนี้มีไว้เพราะว่า* เราต้องการแยกแยะอะไรบางอย่างที่ ‘ใช่’ และ ‘ไม่ใช่’ ความยุติธรรม *แต่เนื่องจาก* เราสามารถตรวจสอบความเข้าใจต่ออะไรที่เป็นรูปธรรมของความยุติธรรมได้ กล่าวคือ ถ้ารูปธรรมดังกล่าวบ่งชี้ให้เราเข้าถึงความยุติธรรมได้ นั่นหมายความว่า มันย่อมสามารถทำให้ความยุติธรรมเผยออกมา (revealing) แม้ว่า เนื้อหาสาระของมันจะปกปิด (concealing) ความสมบูรณ์แบบของความยุติธรรมก็ตาม ด้วยเหตุนี้เอง นักปรัชญาตั้งแต่ยุคกรีกจนถึงปัจจุบันจึงให้ความสำคัญต่อ ‘กฎหมาย’ ในฐานะที่เป็น รูปธรรมที่สามารถทำให้ ‘ความจริงของความยุติธรรม’ นั้นสามารถจับต้องได้ แม้ว่าพวกเขาจะให้ความสำคัญต่อกฎหมาย แต่กฎหมายก็อาจจะเข้ามาแทนที่หรือทดแทนความยุติธรรมได้ บรรดานักปราชญ์เหล่านี้กลับพัฒนาแนวทางที่จะทำให้กฎหมายเป็นหลักการพื้นฐานของสังคมการเมืองกับรูปแบบการปกครองและระเบียบแบบแผนของชุมชน ที่ทุกคนจะดำรงชีวิตอยู่ร่วมกันอย่างสงบสุข นอกจากนี้ พวกเขายังได้ละวางเนื้อหาที่เกี่ยวข้องกับความยุติธรรม แต่มุ่งเน้นที่กฎหมายนั้นสามารถนำความยุติธรรมให้ปรากฏขึ้นได้เพียงใด ดังนั้น พัฒนาการขององค์ความรู้ด้านนิติปรัชญาจึงเน้นความสำคัญที่กฎหมาย กับการอ้างอิงถึงความยุติธรรม มากกว่าการสืบค้นเนื้อหาของความยุติธรรมที่ปรากฏอยู่ในกฎหมาย ยิ่งไปกว่านั้น พันธกิจของวิชานิติปรัชญายังได้เคลื่อนที่จากการกล่าวถึงคุณค่าทางความยุติธรรม มาสู่ความชอบธรรมกับสิทธิอำนาจที่รองรับการบังคับใช้กฎหมาย และการพัฒนาแนวคิดทางกฎหมาย แต่ในทางกลับกัน เมื่อเรากลับมาพิจารณาความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายและความยุติธรรม เรากลับพบว่า พัฒนาการของแนวคิดทางกฎหมายได้นำไปสู่การหลงลืมที่จะไต่สวนความแตกต่างระหว่างกฎหมายและความยุติธรรม และประสิทธิภาพของกฎหมาย ทั้งนี้ก็เพราะว่า เมื่อกฎหมายมีประสิทธิภาพในการบังคับใช้เพียงใด ความยุติธรรมย่อมถูกปกคลุมด้วย

มีความเด่นชัดมากกว่าต้นฉบับเดิมในภาษาอังกฤษ สิ่งนี้ทำให้รอลส์ต้องกลับมาแก้ไขต้นฉบับในภาษาอังกฤษโปรดดู (Rawls, 1971) และ (Rawls, 1999)

⁷ โปรดดู (Ricœur, 2003), (Ricœur, 2007) และ (Ricœur, 2006)

เอกสารประกอบการประชุมศุภกวีเสวนา 25 กรกฎาคม 2551

เกษม เพ็ญภินันท์. สิทธิที่จะก่อให้เกิดความรุนแรงหรือเหตุผลของรัฐต่อความชอบธรรมทางการเมือง. บทความประกอบการสัมมนา ความรุนแรง “ซ่อนหา” สังคมไทย 19-20 พฤศจิกายน 2550

การบังคับใช้ของกฎหมาย จนบางที่เราไม่สามารถแลเห็นความเป็นไปได้ของความยุติธรรมที่อยู่ในกฎหมายได้เลย

การกลับมาพิจารณาความสัมพันธ์ระหว่างความยุติธรรมและกฎหมายเริ่มต้นอีกครั้ง เมื่อคำถามต่อความเป็นไปได้ของความยุติธรรมในตัวบทกฎหมายปรากฏขึ้น รวมทั้งคำถามเกี่ยวกับสิทธิอำนาจที่รองรับต่อความชอบธรรมของกฎหมายนั้นเกี่ยวข้องกับความยุติธรรมหรือไม่

ฉะนั้น ‘กฎหมายคือความเป็นไปได้ของความยุติธรรม’ ได้กลายเป็นเนื้อหาสำคัญของนักปรัชญาชาวฝรั่งเศสนามว่า ฌาคส์ แดร์ริดา (Jacques Derrida) ที่ต้องการรื้อสร้าง (deconstruct) สิทธิอำนาจของกฎหมาย โดยทบทวนความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายและความยุติธรรมบนเงื่อนไขทางความคิดของมิเชล เดอ มงเต (Michel de Montaigne) นักปรัชญาชาวฝรั่งเศสในยุคต้นสมัยใหม่ และ วอลเตอร์ เบนยามิน (Walter Benjamin) นักคิดชาวเยอรมัน โดยมีสาระสำคัญเกี่ยวกับปัญหาความรุนแรงของการบังคับใช้กฎหมาย

“Force of Law: the Mystical Foundation of Authority” เป็นงานเขียนชิ้นสำคัญของแดร์ริดา เกี่ยวกับปัญหาเรื่องกฎหมาย ความยุติธรรม และความรุนแรงของการบังคับใช้กฎหมาย เขาได้เปิดประเด็นเกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายและความยุติธรรมว่า ทั้งสองเป็นคนละสิ่งกัน และอธิบายด้วยว่า ทั้งกฎหมายและความยุติธรรมต่างมีคุณลักษณะที่แตกต่างกันโดยสิ้นเชิง แต่กลับเชื่อมโยงกันเมื่อกฎหมายอ้างอิงความยุติธรรม

ข้อเขียนชิ้นนี้เริ่มต้นตั้งแต่การถ่ายทอดเนื้อหาในลักษณะที่เป็น ‘คำพูด’ ที่เปล่งออกมา ก่อนการบรรยายสาระสำคัญต่างๆ ที่ต้องการกล่าวถึง: “C’est ici un devoir, je dois *m’adresser* à vous en angles” ข้อความนี้แปลเป็นภาษาอังกฤษว่า: “This is an obligation, I must *adress* myself to you in English” แดร์ริดาเปล่งออกมาตามหลังข้อความเดิมในภาษาฝรั่งเศส เพื่อกล่าวซ้ำความหมายเดิมในภาษาฝรั่งเศส ครั้งที่ข้อเขียนนี้เป็นปาฐกถาในการประชุมทางวิชาการ หัวข้อ “Deconstruction and the Possibility of Justice” ณ Benjamin N. Cardozo School of Law, Yeshiva University มหานครนิวยอร์ก ข้อความดังกล่าวไม่มีความสลับซับซ้อนอันใดในความหมายและการสื่อความ ที่ทุกคนที่สดับรับฟังย่อมเข้าใจได้ง่าย: “นี่คือพันธสัญญา ณ ตรงนี้ ข้าพเจ้า [แดร์ริดา] ต้องกล่าวกับท่านด้วยตนเองเป็นภาษาอังกฤษ”⁸

กระนั้นก็ตาม ถ้าข้อความดังกล่าวไม่มีความสลับซับซ้อนในเชิงเนื้อหา ทำไมแดร์ริดาต้องกล่าวซ้ำถึง 2 ครั้ง เพื่อบ่งบอกถึงความหมายเดียวกัน หรือ ถ้านัยที่อยู่ในประโยคดังกล่าวมีความสำคัญมากกว่าความหมายเดียวกันที่บ่งบอกให้ผู้ฟังได้รับรู้และรับทราบ ใครคือผู้รับรู้หรือรับทราบ แน่นนอนว่า ผู้ที่รับรู้หรือรับทราบ คือ ผู้ที่ฟังทั้งภาษาฝรั่งเศส ‘และ/หรือ’ ภาษาอังกฤษได้

⁸ ในสำนวนแปลของผู้วิจัยจะยึดตัวบทในภาษาฝรั่งเศสเป็นหลัก

หมายความว่า การแปลจะไม่ใช่ประเด็นหลักในการสื่อความ แต่ถ้าผู้ฟังรู้เพียงภาษาอังกฤษเท่านั้น ความจำเป็นจะต้องมีการแปลความหมายจึงสำคัญ แต่สิ่งที่สำคัญกว่านั้น คือ ทำไมผู้พูดจึงต้องกล่าวออกมาเป็นภาษาอังกฤษด้วยตนเอง กล่าวอีกนัยหนึ่ง ก็คือ การกล่าวซ้ำนั้นมันมีนัยอื่นใดหรือไม่ ถ้ามี อะไรคือสาระสำคัญของการกล่าวซ้ำ แดรวริดาอธิบายว่า เขาต้องพูดภาษาอังกฤษ เพราะนั่นเป็นกฎเกณฑ์เบื้องต้น เพราะว่า กติกากำหนดไว้ว่า ‘เขาต้องพูดในภาษาของผู้ฟังเพื่อความยุติธรรม’ แดรวริดาแจกแจงเหตุผลของเขาดังนี้

1) เขาต้องพูดภาษาอังกฤษ กล่าวคือ แดรวริดาต้องกล่าวออกมาเป็นภาษาอังกฤษ เพื่อให้ผู้ฟังเข้าใจในสิ่งที่เขาต้องการนำเสนอ

2) เขาต้องสื่อความด้วยภาษาของผู้ฟัง เพื่อความยุติธรรมต่อผู้ฟังเอง เนื่องจากกฎเกณฑ์ต่างๆ บังคับให้เขาต้องสื่อความออกมาเป็นภาษาอังกฤษและผู้ฟังส่วนใหญ่ก็เป็นบุคคลที่ใช้ภาษาอังกฤษเป็นหลักอีกด้วย

3) เขาต้องพูดภาษาอื่นที่ไม่ใช่ภาษาของตนเอง กล่าวคือ แดรวริดาต้องพูดในภาษาของผู้อื่นเพื่อสื่อกับผู้อื่นเพื่อความยุติธรรมจะเกิดขึ้นกับตัวเขาเอง เมื่อต้องปฏิบัติตามกฎเกณฑ์ข้อบังคับ

เหตุผลทั้งสามประการดังที่กล่าวมานั้นบ่งบอกถึงอะไร? มีความสำคัญอย่างไรต่อปัญหาเรื่องกฎหมายและความยุติธรรม? สำหรับแดรวริดาแล้ว คำตอบต่อคำถามเหล่านี้อาจจะไม่สำคัญเท่ากับกระบวนการและขั้นตอนที่เขาจำเป็นต้องยอมรับต่อกฎเกณฑ์ต่างๆ ที่ควบคุมการสื่อความระหว่างเขาและผู้ฟัง เขาต้องปฏิบัติตามกฎเกณฑ์ข้อบังคับ เนื่องจากกฎเกณฑ์ข้อบังคับล้วนมีผลบังคับใช้ให้ทุกคนต้องปฏิบัติ แดรวริดากล่าวถึงวลีในภาษาฝรั่งเศส คือ ‘*appliquer la loi*’ หรือ ‘*to enforce the law*’ ในภาษาอังกฤษ ซึ่งมีความหมายเกี่ยวกับ ‘การบังคับใช้กฎหมาย’ โดยการบังคับใช้นี้ล้วนเป็นผลมาจากสิทธิอำนาจต่างๆ ที่กำกับให้กฎหมายนั้น มีความชอบธรรมเพื่อให้เราต้องปฏิบัติตาม ดังนั้น สิ่งที่แดรวริดาได้กล่าวออกมาว่า เขาต้องกล่าวกับผู้ฟังด้วยตัวเองเป็นภาษาอังกฤษ จึงมีความหมายมากกว่าการกล่าวถ้อยคำดังกล่าวออกมา แต่เขาถูกบังคับให้ปฏิบัติตามกฎเกณฑ์ที่กำกับให้เขายอมรับต่อสิทธิอำนาจซึ่งบ่งบอกแก่เขาว่า การกล่าวออกมาเป็นภาษาอังกฤษย่อมยุติธรรม เพราะว่าความยุติธรรมนี้ดำรงอยู่ในกฎเกณฑ์ที่บังคับใช้อยู่

อาร์มภพของแดรวริดาในบทความ “Force of Law: the Mystical Foundation of Authority” ต้องการชี้ให้เห็นว่า กฎหมายล้วนมีผลบังคับใช้ การมีผลบังคับใช้คือสิ่งที่ทำให้กฎหมายเป็นกฎหมาย และไม่มีกฎหมายใดที่ไม่ผลการบังคับใช้ ดังนั้น เมื่อใดก็ตามที่กฎหมายได้มีการประกาศใช้ เมื่อนั้นกฎหมายย่อมบังคับให้ทุกคนต้องปฏิบัติตาม และต้องอยู่ภายใต้กฎหมายอย่างเท่าเทียมกันโดยไม่มีเงื่อนไขใดๆ แต่ถ้าผู้ใดฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามกฎหมาย เขาย่อมต้องถูก

เอกสารประกอบการประชุมศุภกร์เสวนา 25 กรกฎาคม 2551

เกษม เพ็ญภินันท์. สิทธิที่จะก่อให้เกิดความรุนแรงหรือเหตุผลของรัฐต่อความชอบธรรมทางการเมือง. บทความประกอบการสัมมนา ความรุนแรง “ซ่อนหา” สังคมไทย 19-20 พฤศจิกายน 2550

ลวงโทษ ทั้งนี้ก็เพราะว่า กฎหมายนอกจากจะมีผลบังคับใช้ให้ทุกคนต้องปฏิบัติตามแล้ว มันยังมีบทลงโทษหากผู้ใดละเมิดหรือกระทำความผิด

ด้วยเหตุผลนี้เอง แดร์ริดาจึงจำเป็นต้องสืบค้นคุณลักษณะของกฎหมาย โดยมุ่งความสนใจไปยังรากฐานทางด้านสิทธิอำนาจของกฎหมาย เนื่องจากสิทธิอำนาจนี้เป็นสิ่งที่น่าฉงน และเคลือบแฝงไปด้วยเงื่อนงำมากมาย เขาพบเงื่อนงำนี้ในงานเขียนของมองเต โดยมองเตกล่าวไว้ใน *The Essays* ว่า “ใครก็ตามที่เคารพกฎหมายเพราะว่ากฎหมายนั้นยุติธรรม กลับมิได้เคารพกฎหมายอย่างที่เขาคควรจะ [เคารพ]” (*Quiconque leur obéit parce qu’elles sont justes, ne leur obéit pas justement par où il doibt*) ข้อความนี้ค่อนข้างแปลกและชวนสงสัยเป็นอย่างยิ่ง เพราะว่า เราไม่สามารถเข้าใจได้โดยง่าย ๆ ว่า ถ้าเราเคารพกฎหมาย นั้นหมายความว่า กฎหมายย่อมยุติธรรม แต่ต้องพิจารณาใจความสำคัญของประโยคนี้ คือ ‘เราไม่ได้เคารพกฎหมายอย่างที่ควรจะเป็น’ ปัญหาสำคัญอยู่ที่ ‘อะไรที่ควรจะเป็น’ หมายความว่าอย่างไร มองเตหมายความว่าสิ่งที่กฎหมายควรจะเป็นก็คือ ‘ความจริงของความยุติธรรม’ (*la vérité de la justice* หรือ *the truth of justice*) แต่สิ่งที่เกิดขึ้นก็คือ เราเคารพกฎหมาย ก็เพราะว่า กฎหมายคือกฎหมาย ไม่ใช่ความยุติธรรม ยิ่งไปกว่านั้น ความยุติธรรมไม่เคยปรากฏให้เห็นหรือเผยออกมาในตัวบทกฎหมายอย่างที่กฎหมายเป็น แต่ สิ่งที่กฎหมายเป็น ก็คือ อะไรที่กฎหมายกำหนดและมีผลบังคับใช้ ซึ่งเป็นคนละสิ่งกับความยุติธรรม *ในทางกลับกัน* กฎหมายจำเป็นต้องคงไว้ซึ่งความยุติธรรม ถ้ากฎหมายไม่มี ความยุติธรรม กฎหมายนั้นย่อมไม่ต่างไปจากอำนาจของทราชา

แดร์ริดาพบเงื่อนงำดังกล่าวอีกครั้งในงานเขียนชิ้นหนึ่งของปาสกาล (Pascal) คือ *Pensées* ซึ่งกล่าวถึงความยุติธรรมไว้ว่า “สิ่งที่ยุติธรรมย่อมมาจากอะไรที่ยุติธรรม ฉะนั้นจึงจำเป็นต้องมาจากอะไรที่เข้มแข็งที่สุด” (*Il est juste que ce qui est juste soit suivi, il est nécessaire que ce qui est le plus fort soit suivi*) แดร์ริดาอ่านข้อความของปาสกาลนี้ว่า ความยุติธรรมกับการใช้กำลังย่อมเป็นสิ่งคู่กัน สิ่งที่ยุติธรรมย่อมเป็นผลมาจากการมีกำลังที่เข้มแข็งพอที่จะรักษาความถูกต้อง เนื่องจากทุกอย่างที่เป็นอะไรที่ยุติธรรมและอะไรที่เข้มแข็งย่อมต้องถูกต้องและเหมาะสมต่อกัน ยิ่งไปกว่านั้น ในงานเขียนชิ้นเดียวกันนี้ ปาสกาลยังได้กล่าวต่อไปอีกว่า “ความยุติธรรมที่ปราศจากกำลังย่อมไร้อำนาจ” (*La justice sans la force est impuissante*) แดร์ริดาเข้าใจความหมายที่ปาสกาลกล่าวไว้ว่า ความยุติธรรมไม่อาจเกิดขึ้นได้หากไม่มีอำนาจ และความยุติธรรมที่ปราศจากการใช้กำลังย่อมไม่เป็นความยุติธรรม ดังนั้น ความยุติธรรมจะเกิดขึ้นได้ย่อมจะต้องมีการใช้กำลังที่สามารถบังคับให้เกิดขึ้นได้อย่างถูกต้อง แม้ว่าปาสกาลจะไม่ได้กล่าวถึงการใช้กำลังที่สามารถบังคับใช้ได้ แต่นัยยะแฝงที่ปรากฏอยู่ในข้อความของเขาคือความคิดของมองเต แม้ว่าปาสกาลจะไม่ได้เอ่ยชื่อมองเตเลย แต่เนื้อหาสาระทั้งหมดมาจากมองเต กล่าวคือ ถ้าความยุติธรรมจะเกิดขึ้น

เอกสารประกอบการประชุมศุภกร์เสวนา 25 กรกฎาคม 2551

เกษม เพ็ญภินันท์ . สิทธิที่จะก่อให้เกิดความรุนแรงหรือเหตุผลของรัฐต่อความชอบธรรมทางการเมือง. บทความประกอบการสัมมนา ความรุนแรง “ซ่อนหา” สังคมไทย 19-20 พฤศจิกายน 2550

ได้ย่อมจะต้องมีการใช้กำลังที่สามารถบังคับให้เกิดขึ้นได้อย่างถูกต้อง การใช้กำลังดังกล่าวนี้ย่อมต้องมาจากสิทธิอำนาจที่ยอมรับว่าชอบธรรม แต่ความชอบธรรมของสิทธิอำนาจนี้ก็กลับมิได้มาจากความยุติธรรม หรือแหล่งที่มาอื่นใดเลย นอกจาก ‘การใช้กำลังที่สามารถบังคับใช้ในตัวเอง’

เมื่อสิทธิอำนาจได้รับเป็นการสถาปนาขึ้น การยืนยันตัวเองต่อความชอบธรรมกลับเต็มไปด้วยความลึกกลับซับซ้อน เนื่องจาก การใช้กำลังเป็นเพียงสิ่งเดียวที่บ่งบอกความยุติธรรม แต่การใช้กำลังนี้ก็กลับมิใช่ความยุติธรรม หรือความถูกต้อง หรือแม้กระทั่งความชอบธรรมในตัวเอง ความลึกลับและความขมขื่นในการใช้กำลังดังกล่าวก็เกิดขึ้น เพราะว่า เราไม่สามารถพบความยุติธรรมที่แท้จริงได้ในการใช้กำลังบังคับใช้ แต่ในทางกลับกัน เราก็ไม่สามารถปฏิเสธได้เลยว่าการใช้กำลังบังคับใช้ต้องมีความยุติธรรม มิฉะนั้นแล้ว การใช้กำลังนี้จะไม่มีสิทธิอำนาจใดๆ มารองรับความชอบธรรมได้เลย ความลึกลับและความขมขื่นดังกล่าวจึงเป็นปัญหาที่มาจากรากฐานของสิทธิอำนาจในการใช้กำลัง ซึ่งเต็มไปด้วยความลึกกลับซับซ้อน โดยมีปมปริศนาที่การดำรงอยู่ของความยุติธรรมไม่เคยปรากฏออกมาให้เห็นอย่างเที่ยงแท้ได้เลย มองแต่เรียกความชอบธรรมของการใช้กำลังบังคับใช้วางอยู่บน ‘รากฐานอันลึกลับซับซ้อนของสิทธิอำนาจ’ (the mystical foundation of authority) และไม่มีใครสามารถปฏิเสธได้เลยว่า มันทำให้ความเป็นไปได้ที่ความยุติธรรมจะปรากฏออกมาอย่างเป็นรูปธรรมที่สุด

รากฐานอันลึกลับซับซ้อนของสิทธิอำนาจ คือหนึ่งในประเด็นสำคัญของบทความ “Force of Law: the Mystical Foundation of Authority” หลังจากเดวิดได้กล่าวถึงการบังคับใช้ของกฎหมาย รากฐานทางสิทธิอำนาจนี้ได้กลายเป็นที่มาของความเป็นกฎหมายและทำให้กฎหมายเต็มไปด้วยชอบธรรม ยิ่งไปกว่านั้น มันยังได้เป็นสิ่งเชื่อมโยงกับกระบวนการทางตุลาการให้มีความชอบธรรมในการใช้กฎหมาย แม้ว่าเราจะพบว่ากฎหมายที่บัญญัติขึ้นมานั้นไม่ยุติธรรมก็ตาม แต่มันยังคงยืนยันความชอบธรรมในฐานะที่เป็นกฎหมาย ทั้งหมดนี้ทำให้เราเข้าใจถึงสาระของกฎหมายว่าเป็น การยืนยันสิทธิอำนาจของตัวเองกับการบังคับใช้ และแยกสาระของตัวเองออกจากเนื้อหาของความยุติธรรม ซึ่งในที่สุดไม่มีอะไรที่เชื่อมโยงความยุติธรรม นอกจากการกล่าวอ้างความยุติธรรมตามกฎหมาย

ด้วยเหตุนี้เอง เราจึงกล่าวได้ว่า กฎหมายไม่ได้อ้างความยุติธรรม แต่โดยแท้จริงแล้วกฎหมายอ้างตัวเองในฐานะที่เป็นกฎหมาย เพราะว่า ความสามารถในการบังคับใช้ (enforceability) ได้บังคับให้ทุกคนต้องปฏิบัติตามโดยปราศจากเงื่อนไขใดๆ ทั้งสิ้น ใน “Force of Law: the Mystical Foundation of Authority” เดวิดทำให้เราได้เห็นว่า กฎหมายเป็นกฎหมายก็เพราะว่ารากฐานอันมีเงื่อนไขของสิทธิอำนาจ เขายังได้ย้ำด้วยว่า กฎหมายและความยุติธรรมต้องแยกออกจากกัน และกล่าวต่อไปอีกด้วยว่า กฎหมายไม่ได้บรรจุสาระทางด้านจริยธรรม หากมี

เอกสารประกอบการประชุมศุภกร์เสวนา 25 กรกฎาคม 2551

เกษม เพ็ญภินันท์. สิทธิที่จะก่อให้เกิดความรุนแรงหรือเหตุผลของรัฐต่อความชอบธรรมทางการเมือง. บทความประกอบการสัมมนา ความรุนแรง “ซ่อนหา” สังคมไทย 19-20 พฤศจิกายน 2550

เพียงผลบังคับใช้ที่เกิดจากสิทธิอำนาจ ในการอ่าน *The Essays* ของแดร์ริดานั้น เขายืนยันว่ามอง
 ได้แยกกฎหมายออกจากความยุติธรรม เพื่อเปิดประเด็นเกี่ยวกับสิทธิอำนาจที่อยู่ในกฎหมาย

ณ ตรงนี้ มองเต แยกแยะกฎหมาย ในความหมายของ *droit* ออกจากความยุติธรรมอย่าง
 ชัดเจน ความยุติธรรมของกฎหมาย ความยุติธรรมในฐานะที่เป็นกฎหมายไม่ใช่ความ
 ยุติธรรม กฎหมายไม่ยุติธรรมดังที่เป็นกฎหมาย [แต่] เรายังเชื่อฟังกฎหมาย ไม่ใช่เพราะว่า มัน
 ยุติธรรม แต่เพราะว่า กฎหมายมีสิทธิอำนาจ (Derrida, 1992: 12)

แดร์ริดาให้ความสำคัญต่อสิทธิอำนาจนี้ เพราะว่ กระบวนการทางด้านนิติบัญญัติ ทำให้กฎหมาย
 วางอยู่บนรากฐานทางสิทธิอำนาจใดสิทธิอำนาจหนึ่ง (รัฐสภาธิปไตยหรือกฎเกณฑ์ทางธรรมชาติ
 (law of nature)) ดังนั้น กฎหมายต้องยุติ (สิ่งที่ไม่ชอบ) ธรรม และ ให้ความชอบธรรมต่อสิ่งที่
 กฎหมายบัญญัติไว้เท่านั้น ในขณะที่ความยุติธรรมที่ดำรงอยู่ในกฎหมาย ย่อมเป็นเพียงแค่สิ่งที่บ่ง
 บอกความยุติธรรม (the just) เนื่องจาก “ความยุติธรรม ในความหมายของ *droit* (สิทธิหรือ
 กฎหมาย) จะต้องไม่ขึ้นอยู่กับการใช้กำลังหรืออำนาจทางสังคมใดๆ” (Derrida, 1992: 13)

สำหรับแดร์ริดาแล้ว กฎหมายเป็นสิ่งที่ถอดถอน แทนที่ และรื้อสร้างได้ เพราะว่ามันเป็นสิ่ง
 ที่บัญญัติขึ้นมา กฎหมายที่บัญญัติขึ้นย่อมต้องมีผลบังคับใช้ ส่วนการตีความตัวบทกฎหมาย
 อาจจะแตกต่างกันได้ แต่เราต้องเคารพต่อความสมเหตุสมผลของการตีความนั้นๆ ยิ่งไปกว่านั้น
 กฎหมายยังยืนยันความสมเหตุสมผลนี้ ด้วยสิทธิอำนาจในการวินิจฉัยข้อกฎหมายและการอ้างอิง
 ตัวบทกฎหมาย ซึ่งขั้นตอนนี้ได้ทำให้ความยุติธรรมหายไปในการบวนการพิจารณาความยุติธรรม
 ตามตัวบทกฎหมาย แต่ความยุติธรรมจะปรากฏขึ้นมาอีกครั้ง ก็ต่อเมื่อการตีความจบลงและคำ
 พิพากษาออกตัวขึ้นนั้นมีความถูกต้องอย่างเที่ยงธรรม (the verdict is just right) นอกจากนี้ การ
 ยืนยันความยุติธรรมของกฎหมายคือการยืนยันตนเองของกฎหมายว่ายุติธรรม มากกว่า การ
 ยืนยันความยุติธรรมว่าเป็นสิ่งที่ เป็นจริงและรูปธรรมได้ สิ่งนี้ทำให้เห็นว่า ความยุติธรรมเป็นสิ่งที่อยู่
 นอกตัวกฎหมายโดยสิ้นเชิง

ในทางตรงข้าม ความยุติธรรมเป็นสิ่งที่ถอดถอน แทนที่ และรื้อสร้างไม่ได้ เพราะว่ ความ
 ยุติธรรมเป็นสิ่งที่เราคาดคะเนไม่ได้ว่า มันจะปรากฏออกมาในลักษณะใด เมื่อใด และอย่างไร
 ทั้งหมดนี้คือทางตันหรือการไร้ทางออกของการให้นิยามความหมายแก่ความยุติธรรม ยิ่งไปกว่านั้น
 แดร์ริดายังกล่าวว่าความยุติธรรมเป็นประสบการณ์ของความเป็นไปไม่ได้ เพราะว่ มันเป็นไป
 ไม่ได้ที่จะบ่งบอกถึงสิ่งเรียกว่า ความยุติธรรมที่แท้จริง นอกจากความยุติธรรมในตัวมันเอง ซึ่งไม่
 สามารถให้นิยามความหมายได้เลย เว้นเสียแต่ว่ามันจะถูกห่อหุ้มด้วยกฎหมาย คำพิพากษา และ
 นัยยะต่างๆ ที่สามารถบ่งบอกได้ว่า ยุติธรรม (the just) แดร์ริดาอธิบายต่อไปอีกด้วยว่า ความ

เอกสารประกอบการประชุมศุภกร์เสวนา 25 กรกฎาคม 2551

เกษม เพ็ญภินันท์. สิทธิที่จะก่อให้เกิดความรุนแรงหรือเหตุผลของรัฐต่อความชอบธรรมทางการเมือง. บทความ
 ประกอบการสัมมนา ความรุนแรง “ซ่อนหา” สังคมไทย 19-20 พฤศจิกายน 2550

ยุติธรรมไม่สามารถบั่นทอนลงมาอยู่ในรูปของกฎหมายได้ แต่สิ่งที่แย้งกันก็คือ ความยุติธรรมก็มิอาจดำรงอยู่อย่างเป็นรูปธรรมได้หากไม่มีกฎหมาย

ทางออกจากการแย้งต่อกันนี้คืออะไร แดร์ริดาให้ความสำคัญต่อความรับผิดชอบของกฎหมายต่อความยุติธรรม ซึ่งทั้งไม่มีขีดจำกัดและก่อนการตระหนักต่อกฎเกณฑ์ ข้อบังคับ หรือ กติกาต่างๆ ที่กฎหมายมีผลบังคับใช้ในการตัดสินและคำพิพากษาในกรณีต่างๆ กล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ ความยุติธรรมต้องมาก่อนกฎหมายในกระบวนการตัดสิน ขั้นตอนการวินิจฉัยคดีความและการพิพากษา และในขณะเดียวกัน ความยุติธรรมย่อมตรวจสอบและรื้อสร้าง (deconstruct) กฎหมายได้ เพื่อค้นหาความอับจนและไร้ทางออก (*aporia*) ของความยุติธรรมผ่านกฎหมายในความสัมพันธ์ของทั้งสอง แดร์ริดาเสนอว่า “กฎหมาย (*droit*) ย่อมอ้างการบังคับใช้ในนามของความยุติธรรม และความยุติธรรมก็ต้องการสถาปนาตัวเองในนามของกฎหมายที่ต้อง ‘มีผลการบังคับใช้’” (Derrida, 1992: 22) ยิ่งกว่านั้น เขายังได้ยกตัวอย่างขั้นตอนที่ทั้งกฎหมายและความยุติธรรมอยู่ด้วยกันในความความสัมพันธ์ที่การรื้อสร้างได้พยายามจัดวางตำแหน่งแห่งที่ของกฎหมายในความเป็นไปได้ของความยุติธรรม ดังนี้

1. การใ้แสงเลี้ยวให้แก่กฎเกณฑ์ (*épokhè of the rule*) แดร์ริดายอมรับว่า ความยุติธรรมมักจะยึดโยงกับกฎเกณฑ์ กติกา หรือกฎหมาย จนในที่สุดเราไม่สามารถแยกความยุติธรรมออกจากสิ่งเหล่านี้ได้ ความยุติธรรมมักทำให้เป็นรูปธรรมด้วยกฎหมาย แต่สิ่งที่ยุติธรรม (*the just*) กลับไม่ปรากฏให้เห็นอย่างแน่นอนได้ เมื่อกฎหมายได้เข้ามาแทนที่ความยุติธรรม แดร์ริดาเสนอทางออกว่า เราจำเป็นต้องใ้แสงเลี้ยวให้แก่ให้แก่กฎเกณฑ์ กติกา หรือกฎหมาย เพื่อปลอดจากความกระชับแน่นของการบังคับใช้ในข้อกำหนด และเราจำเป็นต้องเล็ดลอดผ่านข้อกำหนดดังกล่าว เพื่อยืนยันสิ่งที่ยุติธรรม (*the just*) ในคุณค่าที่เป็นเนื้อใน (*self-evidence*) ของกฎเกณฑ์ กติกา หรือกฎหมาย กล่าวอีกนัยหนึ่ง ก็คือ “... เพื่อให้ความยุติธรรมปรากฏขึ้น การตัดสินของผู้พิพากษาต้องไม่เพียงแต่การปฏิบัติตามกฎเกณฑ์ของกฎหมายหรือกฎหมายทั่วไป หากต้องยึดถือว่าเป็นกติกา ให้การยอมรับและยืนยันต่อคุณค่าของมัน โดยการกระทำการกล่าวซ้ำและย้ำต่อการตีความ [ตัวบทกฎหมาย], . . . , เหมือนประหนึ่งว่าผู้พิพากษาประดิษฐ์กฎเกณฑ์ขึ้นเองในทุกกรณี” (Derrida, 1992: 23) แดร์ริดาให้ความสำคัญต่อการยึดถือ การยอมรับและการยืนยันต่อคุณค่าของกฎหมาย (ซึ่งก็คือ ความยุติธรรม นั่นเอง) เพราะว่า การตัดสินที่ยุติธรรม (*the just*) ย่อมเกิดขึ้นได้ ถ้าการรู้ถึงความยุติธรรม (*justice*) เป็นเช่นใดในการเข้าใจและเข้าถึงสิ่งที่ยุติธรรม (*the just*) ที่ดูราวกับว่าเราประดิษฐ์คิดค้นขึ้นในแต่ละการตัดสินของเรา

เอกสารประกอบการประชุมศุภกร์เสวนา 25 กรกฎาคม 2551

เกษม เพ็ญภินันท์ . สิทธิที่จะก่อให้เกิดความรุนแรงหรือเหตุผลของรัฐต่อความชอบธรรมทางการเมือง. บทความประกอบการสัมมนา ความรุนแรง “อ่อนหา” สังคมไทย 19-20 พฤศจิกายน 2550

2. การหลอกหลอนของความสามารถตัดสินไม่ได้ (the ghost of the undecidable) ปัญหาสำคัญที่เดวิดเดวิดฮิบยกขึ้นมาว่าถึงก็คือ กระบวนการตัดสินทางกฎหมาย กล่าวคือ ความยุติธรรมไม่สามารถเกิดขึ้นมาได้ ถ้าหากไม่มีการตัดสิน แต่การตัดสินทุกครั้งย่อมถูกหลอกหลอนด้วยความไม่สามารถตัดสินได้ เนื่องจาก มันเป็นประสบการณ์ที่สร้างความแปลกแยกให้เกิดขึ้นต่อ กฎเกณฑ์ กติกา หรือข้อบังคับของกฎหมาย จากไถ่ล้างของความยุติธรรมที่หรือสร้างการตัดสินของกฎหมายทุกครั้ง กล่าวคือ ความยุติธรรมเป็นสิ่งไม่สามารถถูกกดทอนมาเป็นกฎหมายหรือการพิพากษาได้ แต่ความยุติธรรมยังคงดำรงอยู่ รื้อสร้างไม่ได้ โดยดำรงอยู่ภายใต้สภาวะการณ์ที่ความไม่สามารถตัดสินได้ยืนยันสิ่งที่ตัดสินได้ว่าเป็นสิ่ง ถูกต้อง (และ) ยุติธรรม ในขณะนั้น (ในทุกความหมายของคำว่า *just right*) เท่านั้น

3. ความเร่งรีบที่แทรกแซงขอบฟ้าแห่งความรู้หรือข้อมูลหลักฐาน (the urgency that obstructs the horizon of knowledge) เดวิดเดวิดเริ่มต้นด้วยการอธิบายความหมายของขอบฟ้าว่าเป็นสิ่งที่เปิดกว้างและขีดจำกัดภายในตัวเอง เมื่อนำมาทำความเข้าใจต่อขอบเขตของความรู้หรือข้อมูลหลักฐานที่ใช้ประกอบการตัดสิน ย่อมบ่งบอกให้เราทราบว่า ความรู้หรือข้อมูลหลักฐานล้วนไม่มีที่สิ้นสุด และในขณะเดียวกัน ก็เป็นปัญหาถ้ามีข้อจำกัด อย่างไรก็ตาม เดวิดเดวิดเสนอว่า ในการตัดสิน เราจำเป็นต้องแทรกแซงขอบฟ้าแห่งความรู้หรือข้อมูลหลักฐานนี้อย่างรีบเร่ง เนื่องจากเราไม่สามารถรอคอยความสมบูรณ์ของความรู้หรือข้อมูลหลักฐานได้ เดวิดเดวิดยังกล่าวต่อไปอีกด้วยว่า เราต้องรีบเร่งตัดสินให้ได้ แม้ดูราวกับว่าการตัดสินอย่างฉับพลันนั้นเหมือนเป็นความบ้าก็ตาม แต่สิ่งที่สำคัญที่สุดก็คือ การกล่าวซ้ำและย้ำ (reinstitution) ให้เห็นถึงกฎเกณฑ์ กติกา หรือกฎหมายที่ไม่ได้ขึ้นอยู่กับเงื่อนไขภายใต้ความรู้หรือข้อมูลหลักฐาน แต่ต้องเป็นการยืนยันถึงการดำรงอยู่ของกฎเกณฑ์ กติกา หรือกฎหมายที่บ่งบอกให้เห็นทราบว่า *ยุติธรรม* (the just) ได้ แม้ว่าในสภาวะการณ์นี้เราจะไม่ทราบถึงความหมายของความยุติธรรมก็ตาม

แม้ว่า ข้อเสนอของเดวิดเดวิดต่อทางออกของการไร้ทางออกในเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายและความยุติธรรมจะเป็นเพียงข้อควรระวังต่อปัญหาการบังคับใช้กฎหมาย เพื่อให้ความยุติธรรม (justice) เป็นพื้นฐานรองรับต่อสิ่งที่ยุติธรรม (the just) ให้เกิดขึ้นก็ตาม แต่ในท้ายที่สุดทั้งหมดเป็นเพียงความเป็นไปได้ของความยุติธรรม ที่รอยต่อในความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายและความยุติธรรมยังคงปรากฏอยู่ในการตัดสินหรือการพิพากษาลดเวลา

อย่างไรก็ตาม ในเชิงหลักการแล้ว การตระหนักต่อความยุติธรรมในกระบวนการทางตุลาการจะมีมากน้อยเพียงใดคงจะเป็นคำถามปลายเปิดต่อบทกฎหมาย โดยมีความอัปจนที่ไร้ทางออกต่อความยุติธรรมเป็นวาระที่นักนิติศาสตร์ต้องกลับมาเริ่มต้นพิจารณาบทบาท และ การบังคับใช้ของกฎหมายอย่างจริงจังเสียที แม้ว่า ในความเป็นจริงนั้น นักกฎหมายไม่ได้ใส่ใจหรือให้

เอกสารประกอบการประชุมศุภกร์เสวนา 25 กรกฎาคม 2551

เกษม เพ็ญภินันท์ . สิทธิที่จะก่อให้เกิดความรุนแรงหรือเหตุผลของรัฐต่อความชอบธรรมทางการเมือง. บทความประกอบการสัมมนา ความรุนแรง “ซ่อนหา” สังคมไทย 19-20 พฤศจิกายน 2550

ความสำคัญต่อสถานภาพของความยุติธรรมสักเท่าใด แต่ความยุติธรรมคือคำถามที่นักกฎหมายต้องเผชิญหรือหลีกเลี่ยงที่จะเผชิญอยู่ตลอดเวลา เว้นเสียแต่ว่า บรรดานักกฎหมายเหล่านั้นมองความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายและความยุติธรรมเพียงผิวเผินและสรุปว่า ‘กฎหมายคือ (ภาพสะท้อนของ) ความยุติธรรม’ จนเป็นเหตุทำให้กฎหมายเป็นสิ่งที่สังคมไม่รู้สึกรู้สาต่อความยุติธรรม (the banality of justice) อีกต่อไป หรืออาจจะสรุปได้เพียงว่า ‘ความยุติธรรมคืออะไรก็ตามที่เป็นธรรมตามกฎหมาย’ ซึ่งไม่ได้บ่งบอกอะไรแก่เราเลย นอกจากสภาวะการคิดไม่ได้ (thoughtlessness) ต่อความเข้าใจในความแตกต่างระหว่างกฎหมายและความยุติธรรมและความสัมพันธ์ของทั้งสอง ซึ่งมีปรากฏให้เห็นเป็นกรณีที่น่าจะศึกษาอย่างมากมายในประเทศเพื่อนบ้านของพม่า

ในประเทศไทย คำถามเกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายและความยุติธรรม และข้อสรุปที่ว่ากฎหมายและความยุติธรรมนั้นเป็นคนละสิ่งกัน เป็นสิ่งที่กล่าวถึงมานานแล้ว แต่ในขณะเดียวกันนั้น ความทรงจำเกี่ยวกับความสัมพันธ์นี้ก็กลับเลือนหายไปพร้อมๆ กับการตรึงเนื้อหาสาระเกี่ยวกับคุณธรรม จริยธรรม ความเที่ยงธรรมไว้ในตัวบทกฎหมายเพื่ออ้างความยุติธรรมตามกฎหมาย ตลอดจน เนื้อหาทางกฎหมายได้กลายเป็นประเด็นทางเทคนิคของการร่างกฎหมาย และนักนิติศาสตร์ก็กลายเป็นผู้เชี่ยวชาญเฉพาะที่สามารถจัดการกับกับกระบวนการต่างๆ ทางกฎหมายเพียงผู้เดียวเท่านั้น

เราอาจจะกล่าวได้ว่า กรมหลวงราชบุรีดิเรกฤทธิ์ คือ บุคคลแรกๆ ที่หยิบยกเรื่องการแยกกฎหมายออกจากความยุติธรรมในประเทศไทย กล่าวคือ กฎหมายและความยุติธรรม นอกจากจะเป็นคนละสิ่งกันแล้ว เนื้อหาทางกฎหมายและความยุติธรรมก็เป็นสิ่งที่เดินคู่ขนานกันตลอดเวลา เมื่อกฎหมายมีผลบังคับใช้ กรมหลวงราชบุรีฯ ทรงกล่าวถึง กฎหมายว่าเป็น “คำสั่งทั้งหลายของผู้ปกครองว่าการแผ่นดิน ต่อราษฎรทั้งหลายเมื่อทำตามแล้ว ตามธรรมดาต้องโทษ” (ราชบุรีดิเรกฤทธิ์, 2468: 2) และทรงแยกสาระสำคัญของกฎหมายออกจากความยุติธรรม เพื่อยืนยันว่า การพิพากษาจำเป็นต้องมีที่สิ้นสุด โดยสิ้นสุดที่กฎหมายเท่านั้น กรมหลวงราชบุรีฯ ทรงกล่าวไว้ในหนังสือ *เด็กเซอร์ของพระพี่นางเธอกรมหลวงราชบุรีดิเรกฤทธิ์* โดยมีใจความสำคัญว่า

ในประเทศไทย คำพิพากษาเก่าๆ แลคำพิพากษาเดี๋ยวนี้ด้วย อ้างความยุติธรรมขึ้นตั้งเสมอๆ แต่คำที่เรียกว่ายุติธรรมเป็นคำไม่ดี เพราะเป็นการที่ทุกคนเห็นต่างกันตามนิไสยซึ่งไม่เป็นกิจของกตมหาย กตมหายต้องเป็นยุติ จะเถียงแปลกออกไปไม่ได้ แต่เราเถียงได้ว่า อย่างไรเป็นยุติธรรมทุกเมื่อทุกเรื่อง (ราชบุรีดิเรกฤทธิ์, 2468: 6)

เอกสารประกอบการประชุมศุภกร์เสวนา 25 กรกฎาคม 2551

เกษม เพ็ญภินันท์ . สิทธิที่จะก่อให้เกิดความรุนแรงหรือเหตุผลของรัฐต่อความชอบธรรมทางการเมือง. บทความประกอบการสัมมนา ความรุนแรง “อ่อนหา” สังคมไทย 19-20 พฤศจิกายน 2550

กล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ กรมหลวงราชบุรีฯ ทรงให้ความสำคัญกับกฎหมายว่าเป็นแบบแผนของกระบวนการยุติธรรม แต่มิใช่ความยุติธรรม ถ้าเราเน้นข้อความที่พระองค์ทรงตรัสว่า “กฎหมายต้องเป็นยุติ จะเถียงแปลกออกไปไม่ได้” เราจะเห็นว่า พระองค์ท่านทรงให้ความสำคัญของที่มาของสิทธิอำนาจของกฎหมายนั้นมิได้อ้างอิงถึงความยุติธรรม แต่มาจาก “ผู้ปกครองว่า การแผ่นดิน จะเป็นมนุษย์คนเดียวก็ดี ฤารวมหลายคนด้วยกันก็ดี มีอำนาจสิทธิ์ขาดสูงสุดที่จะว่ากล่าว ออกคำสั่งแก่ผู้อื่นที่เรียกว่าราชกร แลคำสั่งทั้งหลายนี้ เมื่อราชกรไม่ทำตาม ตามธรรมดาต้องโทษ” (ราชบุรีดิเรกฤทธิ์, 2468: 1) กล่าวคือ กฎหมายคือคำสั่งของรัฐอธิปไตยนั่นเอง

เราจะต้องระวังอย่าคิดเอากฎหมายไปปนกับความดีความชั่ว ฤาความยุติธรรม กฎหมายเป็นคำสั่งแบบที่เราจะต้องประพฤติตาม แต่กฎหมายนั้นบางทีก็จะชั่วได้ ถ้าไม่เป็นยุติธรรมก็ได้ ความคิดว่าอะไรดีอะไรชั่ว ฤาอะไรเป็นยุติธรรมอะไรไม่ยุติธรรม มีบ่อที่จะเกิดขึ้นหลายแห่ง เช่นตามศาสนาต่างๆ แต่กฎหมายนั้นเกิดขึ้นได้แห่งเดียว คือจากผู้ปกครองแผ่นดินฤาที่ผู้ปกครองแผ่นดินอนุญาตเท่านั้น (ราชบุรีดิเรกฤทธิ์, 2468: 3)

กิตติศักดิ์ ปรกิติ กล่าวถึงสาระสำคัญของการแยกกฎหมายออกจากความยุติธรรมไว้ในหนังสือ *การปฏิรูประบบกฎหมายไทยภายใต้อิทธิพลยุโรป* ว่า ข้อคิดเห็นของกรมหลวงราชบุรีฯ วางอยู่บนแนวคิดทางกฎหมายสำนักกฎหมายบ้านเมือง (Legal Postivism) ซึ่งเป็นอิทธิพลของนักนิติศาสตร์คนสำคัญในช่วงเวลานั้น คือ จอห์น ออสติน (John Austin) แนวคิดกฎหมายสำนักนี้ นอกจากจะเกิดขึ้นมาเพื่อรองรับและให้ความสำคัญต่อองค์รัฐอธิปไตย ในฐานะที่เป็นศูนย์กลางหรือผู้ถือครองความชอบธรรมในการบัญญัติกฎหมาย แนวคิดนี้ยังให้สิทธิ์ขาดแก่รัฐในวางกฎเกณฑ์ทางสังคม โดยมีกฎหมายเป็นระเบียบรัฐ กิตติศักดิ์ได้ขยายความเกี่ยวกับอิทธิพลของสำนักกฎหมายบ้านเมืองไว้ในเชิงอรรถอีกด้วยว่า

คนในยุคหนึ่งจึงเชื่อมั่นว่า การจัดการบ้านเมืองให้เจริญรุ่งเรืองจะต้องกระทำโดยอำนาจสิทธิ์ขาดของรัฐ เชื่อว่ารัฐเป็นอำนาจสูงสุดบนพื้นพิภพนี้ กฎหมายซึ่งรัฐใช้เป็นเครื่องมือในการจัดระเบียบสังคมก็ควรมีลักษณะมีอำนาจสิทธิ์ขาด และสมบูรณ์ในตัวโดยไม่ต้องอยู่ใต้อาณัติหรือข้อจำกัดของศีลธรรมความยุติธรรมหรือสิ่งอื่นใด (กิตติศักดิ์, 2549: 65)

แม้ว่า กิตติศักดิ์จะไม่เห็นด้วยหรือต้องการโต้แย้งกับแนวคิดทางกฎหมายของกรมหลวงราชบุรีฯ ก็ตาม เขาก็มิได้แสดงออกมาด้วยการวิพากษ์จุดยืนทางความคิดของกรมหลวงราชบุรีฯ แต่กิตติศักดิ์กลับแย้งผ่านข้อสรุปที่มีต่อแนวคิดของสำนักกฎหมายบ้านเมืองว่า

เอกสารประกอบการประชุมศุภกร์เสวนา 25 กรกฎาคม 2551

เกษม เพ็ญภินันท์ . สิทธิที่จะก่อให้เกิดความรุนแรงหรือเหตุผลของรัฐต่อความชอบธรรมทางการเมือง. บทความประกอบการสัมมนา ความรุนแรง “ซ่อนหา” สังคมไทย 19-20 พฤศจิกายน 2550

1. ยกย่องว่า ‘รัฐ’ เป็นอำนาจสูงสุด ไม่อยู่ใต้กฎเกณฑ์ใดๆ ทั้งสิ้น
2. เมื่อถือว่ากฎหมายเป็นเรื่องของ ‘คำสั่ง’ ทำให้ต้องรับต่อไปว่า กฎหมายเป็นเรื่องของ ‘อำนาจ’ แทนที่จะเป็นเรื่องความถูกต้อง ชอบธรรม ยุติธรรม เพราะคำสั่งนั้นเป็นสิ่งที่ ‘ผู้มีอำนาจเหนือ’ จะบงการให้ผู้อยู่ใต้บังคับแห่งอำนาจ ‘จำใจ’ ต้องปฏิบัติตามเจตจำนงของผู้มีอำนาจ
3. เมื่อกฎหมายเป็นเรื่องของอำนาจ ผู้มีอำนาจจะสั่งอย่างไรก็ได้ไม่จำกัดกฎหมายจึงมีที่มาจาก ‘เจตจำนง (will)’ ของมนุษย์ซึ่งมีผลทางความคิดต่อไปว่า ‘กฎหมาย’ จะมีเนื้อความเป็นอย่างไร ถูกต้องเป็นธรรมหรือไม่ ไม่ใช่เรื่องที่น่ากนิตศาสตร์จะต้องพิจารณาอีกต่อไป เพียงแต่พิจารณาว่า กฎหมายมาจาก ‘เจตจำนง (will)’ ของผู้มีอำนาจอธิปไตยหรือไม่เท่านั้น กฎเกณฑ์ใดมาจากการตัดสินใจขององค์อธิปัตย์กฎเกณฑ์นั้นย่อมเป็นกฎหมาย เนื้อความจะดีจะชั่วอย่างไรไม่ใช่เรื่องที่น่ากนิตศาสตร์จะก้าวล่วงเข้าไปพิจารณา
4. ด้วยเหตุนี้กฎหมายจึงเป็นกฎเกณฑ์ที่แยกจากและเป็นคนละเรื่องกับกฎเกณฑ์ทางศีลธรรม จารีตประเพณี ดังที่อาจได้ยินนักกฎหมายกล่าวอยู่เสมอว่า ‘นี่เป็นความยุติธรรมตามกฎหมาย’ ซึ่งมีความหมายโดยปริยายว่า ‘ความยุติธรรมตามกฎหมายนั้น อาจจะไม่เป็นธรรมก็ได้ (กิตติศักดิ์, 2549: 71)’

นอกจากนี้ เขายังได้ผนวกการแยกกฎหมายออกจากความยุติธรรมเข้ากับหลักนิติรัฐหรือนิติธรรม ที่ยึดถือกฎหมายเป็นหลักการและแม่บทของสังคม กิตติศักดิ์ชี้ให้เห็นถึงอันตรายที่พึงจะเกิดขึ้นคือ

การยึดถือหลักคำสอนข้างต้นจึงนับว่าเป็นอันตรายทางความคิดอย่างยิ่ง เพราะเมื่อผนวกกับหลัก นิติธรรม หรือ ‘The Rule of Law’ ซึ่งหมายถึง ‘หลักการปกครองโดยถือกฎหมายเป็นใหญ่’ แล้ว การถือกฎหมายเป็นใหญ่ภายใต้แนวคิดแบบสำนักกฎหมายบ้านเมืองก็เท่ากับการถือหลักผู้มีอำนาจเป็นใหญ่นั้นเอง นักกฎหมายซึ่งต้องรับใช้กฎหมายก็จะกลายเป็นผู้รับใช้ผู้มีอำนาจ เมื่อแสวงหาข้อยุติว่ากฎหมายมีอยู่อย่างไรก็จะเพ่งอยู่แต่เฉพาะส่วนที่เป็นภาคคำสั่ง ซึ่งแสดงปรากฏเป็นลายลักษณ์อักษรไม่ถามถึงหลักการและเหตุผลที่อยู่เบื้องหลังอักษรเหล่านั้น พอใจอยู่กับการปฏิบัติตามคำสั่งหรือนโยบายของผู้มีอำนาจเหนือ เพราะเมื่อถือว่ากฎหมายก็จะไม่พยายามอย่างสุดความสามารถในการแสวงหาความเป็นธรรม เมื่อผลทางกฎหมายเกิดติดขัดต่อมโนสำนึกก็จะเกิดทุกขวิรือนแต่กลับสยบยอมด้วยคำอธิบายง่าย ๆ ว่า ‘มันเป็นเรื่องช่วยไม่ได้เพราะกฎหมายเป็นอย่างนี้’ เมื่อเกิดการประทุษร้ายต่อหลักการสำคัญหรือรัฐธรรมนูญกฎหมายสูงสุดของบ้านเมือง โดยใช้อำนาจบาตรใหญ่ทำปฏิวัติรัฐประหาร นักกฎหมายที่เชื่อในคำสอนเช่นนี้ก็มักจะกระดากอายสะดุ้งสะเทือนหรืออดอ้อนที่

เอกสารประกอบการประชุมศุภศรีเสวนา 25 กรกฎาคม 2551

เกษม เพ็ญภินันท์ . สิทธิที่จะก่อให้เกิดความรุนแรงหรือเหตุผลของรัฐต่อความชอบธรรมทางการเมือง. บทความประกอบการสัมมนา ความรุนแรง “ซ่อนหา” สังคมไทย 19-20 พฤศจิกายน 2550

จะให้ความร่วมมือหรือรับใช้ผู้ทำการประทุษร้ายต่อรัฐธรรมนูญเหล่านั้น (กิตติศักดิ์, 2549: 71-2)

อย่างไรก็ตาม ข้อวิพากษ์ของกิตติศักดิ์ก็กลับละเลยต่อ ‘ที่มาซึ่งมาก่อน’ ข้อสรุปที่ว่า ‘กฎหมายคือคำสั่งของรัฐสภาปิตัย’ และ ‘การแยกกฎหมายออกจากความยุติธรรม’ อย่างสิ้นเชิง เพราะว่า ในความเป็นจริงแล้ว สำนักกฎหมายบ้านเมืองมิได้ปฏิเสธความยุติธรรม หรือลดทอนคุณค่าของความยุติธรรมลงเลย แต่สำนักกฎหมายบ้านเมืองเน้นสิ่งที่กฎหมายซึ่งได้บัญญัติขึ้นจริงๆ (the law as it is) และจำเป็นต้องแยกคุณค่าต่างๆ ที่เกี่ยวข้องกับสิ่งที่กฎหมายควรจะเป็น (the law as it ought to be) ในขณะเดียวกัน สำนักกฎหมายบ้านเมืองก็ไม่ได้จัดวางกฎหมายและความยุติธรรมเป็นคู่ตรงข้ามกัน (binary opposition) หรือปฏิเสธความยุติธรรมด้วยการพิจารณา และให้ความสำคัญต่อสิ่งบัญญัติขึ้นมาเป็นกฎหมายเท่านั้น ในทางตรงข้าม สำนักกฎหมายบ้านเมืองถือว่ากฎหมายเป็นคำสั่งของรัฐที่บัญญัติขึ้นมานั้น ย่อมต้องผ่านการไตร่ตรองถึงความยุติธรรมที่บทบัญญัติในกฎหมายจะครอบคลุมถึง ในขั้นตอนนี้เอง การถกเถียงเนื้อหาสาระ ความคิดหรืออุดมคติเกี่ยวกับความยุติธรรมจะบรรจุอยู่ในกระบวนการทางนิติบัญญัติ เพื่ออนุมานได้ว่า กฎหมายนั้นยุติธรรม (the just) สำหรับสำนักกฎหมายบ้านเมืองแล้ว กฎหมายที่บัญญัติขึ้นมาใช้นั้นย่อมต้องมีความยุติธรรมจุดหมายปลายทาง เมื่อมีผลบังคับใช้

ยิ่งไปกว่านั้น ทรรศนะของกิตติศักดิ์ก็มิได้เกิดจากการจัดวางข้อวิพากษ์ไว้บนแนวคิดทางกฎหมายที่ชัดเจน หรือเกิดจากความเข้าใจต่อเรื่องการแยกกฎหมายออกจากความยุติธรรมของสำนักกฎหมายบ้านเมืองเลย⁹ ในทางกลับกัน ข้อวิพากษ์ของกิตติศักดิ์ล้วนเกิดจาก การประทุษิตนและจรรยาบรรณของนักกฎหมายเอง ที่นำเอาข้อสรุปหรือเด็ดขาดทางความคิดของแนวคิดของกฎหมายบ้านเมืองไปรองรับ และให้ความชอบธรรมของการอ้างสิทธิอำนาจของรัฐในการบัญญัติกฎหมายที่สนับสนุนผู้ปกครองประเทศ โดยปราศจากการถกเถียงปัญหาความยุติธรรมที่อยู่ในขั้นตอนการบัญญัติกฎหมาย

อย่างไรก็ดี ผลพวงของการแยกกฎหมายออกจากความยุติธรรม ในช่วงเวลาแห่งการปฏิรูประบบกฎหมายไทยภายใต้อิทธิพลทางความคิดตะวันตก ได้ทำให้เกิดการจัดการด้านการศึกษาและกระบวนการทางด้านตุลาการที่มีแบบแผนอย่างชัดเจน รวมทั้งยังอำนวยความสะดวกต่อ

⁹ ข้อวิพากษ์ของกิตติศักดิ์ต่อสำนักกฎหมายบ้านเมือง ส่วนใหญ่จะอ้างอิงจากทรรศนะของบวรศักดิ์ อุวรรณโณ ใน (บวรศักดิ์, 2537) ทรรศนะของบวรศักดิ์นั้นเป็นเพียงข้อวิพากษ์ต่อข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในประเทศไทย มากกว่าการวิพากษ์แนวคิดของสำนักกฎหมายบ้านเมืองโดยตรง ด้วยเหตุนี้เอง ข้อวิพากษ์ของกิตติศักดิ์จึงมิได้อยู่การวิพากษ์ฐานคิดของแนวคิดทางกฎหมายบ้านเมือง หากสรุปจากความเป็นจริงที่เกิดขึ้นในประเทศไทย จนทำให้กิตติศักดิ์เข้าใจผิดต่อแนวคิดทางกฎหมายและความยุติธรรมของสำนักกฎหมายบ้านเมือง

เอกสารประกอบการประชุมศุภกร์เสวนา 25 กรกฎาคม 2551

เกษม เพ็ญภินันท์ . สิทธิที่จะก่อให้เกิดความรุนแรงหรือเหตุผลของรัฐต่อความชอบธรรมทางการเมือง. บทความประกอบการสัมมนา ความรุนแรง “ซ่อนหา” สังคมไทย 19-20 พฤศจิกายน 2550

การจัดการบริหารราชการแผ่นดินในช่วงเวลานั้นด้วยอีกด้วย กล่าวคือ การวางขั้นตอนและกระบวนการพิจารณาความศาลที่มีประมวลกฎหมายเป็นหลักในการพิพากษา นอกจากนี้ ยังส่งผลให้การใช้ประมวลกฎหมายมีความสำคัญมากขึ้น และยังเข้ามาแทนที่ตัวบทกฎหมายดั้งเดิมคือ กฎหมายตราสามดวงอย่างสมบูรณ์ จนทำให้รัฐไทยสามารถรวมศูนย์อำนาจไว้ที่ส่วนกลางและสลายอำนาจของเจ้าเมืองที่ปกครองหัวเมืองต่างๆ ผ่านกระบวนการทางด้านตุลาการ และการอ้างอิงความคิดเรื่อง ‘กฎหมายคือคำสั่งของรัฏฐาธิปัตย์’ ยังคงเป็นแนวทางสำหรับการอ้างอิงสิทธิอำนาจและผลการบังคับใช้ และยังคงยึดถือเป็นแนวทางปฏิบัติมาจนถึงทุกวันนี้

การแยกกฎหมายออกจากความยุติธรรมได้รับการบ่มเพาะ การวางระเบียบปฏิบัติหรือการสืบสานเนื้อหาสาระ จนมาเป็นแนวทางในการพิจารณาคดีความในกระบวนการทางตุลาการ ราชการในกระทรวงยุติธรรม วงการศึกษาทางด้านกฎหมาย และยังมีข้อเขียนที่เกี่ยวข้องกับประเด็นนี้ปรากฏอยู่ในตำรากฎหมายไทยหลายเล่ม เช่น *ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย* และ *คำสอนชั้นปริญญาตรี วิชาประวัติศาสตร์กฎหมายไทย* ของพระยานิติศาสตร์ไพศาลย์ (วัน จามรมาน) เป็นต้น นอกจากนี้ ความคิดเรื่องการแยกกฎหมายออกจากความยุติธรรมยังใช้เป็นหลักการทางด้านกรวินิจฉัยข้อพิพาททางกฎหมายและพิจารณาคดีความต่างๆ ควบคู่ไปกับความคิดเรื่อง ‘กฎหมายคือคำสั่งของรัฏฐาธิปัตย์’ เป็นเวลายาวนานกว่าครึ่งศตวรรษ จนมาถึงในช่วงหลังปี พ.ศ. 2500 ที่การเปลี่ยนแปลงขนบธรรมเนียม องค์ความรู้หรือความคิดทางนิติศาสตร์และหลักปฏิบัติทางวิชาชีพกฎหมาย ที่เริ่มต้นลงหลักปักฐานผ่านการวางแนวคิดกฎหมายธรรมชาติหรือธรรมเนียม (natural law) ในวงการนิติศาสตร์ไทย ตลอดจน การรื้อฟื้นและให้ความสำคัญต่อสถาบันกษัตริย์ในช่วงรัฐบาลสมัยจอมพลสฤษดิ์ ธนะรัชต์ ได้เข้ามาแทนที่แนวทางเดิมของวงการศาลไทยที่ยึดถือแนวคิดกฎหมายบ้านเมืองอย่างเคร่งครัดโดยกรมหลวงราชบุรีดิเรกฤทธิ์

การให้ความสำคัญต่อแนวคิดกฎหมายธรรมชาติหรือธรรมเนียม เริ่มต้นด้วยการกลับไปทบทวนปัญหาเรื่องเสรีภาพและสิทธิตามธรรมชาติ (natural right) ของมนุษย์ ซึ่งมีนัยสำคัญต่อการสนับสนุนการปกครองในระบอบประชาธิปไตย และการเคลื่อนไหวเรียกร้องประชาธิปไตย สิทธิเสรีภาพทางการเมืองในประเทศไทยช่วงก่อนเหตุการณ์ 14 ตุลาคม 2516 ประกอบกับในช่วงเวลานั้น บรรดานักกฎหมายที่สำเร็จการศึกษาจากประเทศในภาคพื้นยุโรป ล้วนได้รับอิทธิพลจากแนวคิดกฎหมายธรรมชาติหรือธรรมเนียม ซึ่งก่อร่างทางความคิดเพื่อวิพากษ์และโต้แย้งต่อความคิดในเรื่อง ‘กฎหมายคือคำสั่งของรัฏฐาธิปัตย์’ ของสำนักกฎหมายบ้านเมือง ที่รับรองและยืนยันความชอบธรรมของการกระทำของรัฐในช่วงสงครามโลกครั้งที่ 2 รวมทั้งการเคลื่อนไหวของมวลชนในโลกตะวันตกในช่วงทศวรรษ 1960 จนทำให้นักนิติศาสตร์ส่วนใหญ่ได้นำเนื้อหาสาระเกี่ยวกับสิทธิ เสรีภาพ หลักสัญญาประชาคม นิติรัฐ (the rule of law) สิทธิมนุษยชน และ

เอกสารประกอบประชุมศุภกร์เสวนา 25 กรกฎาคม 2551

เกษม เพ็ญภินันท์. สิทธิที่จะก่อให้เกิดความรุนแรงหรือเหตุผลของรัฐต่อความชอบธรรมทางการเมือง. บทความประกอบการสัมมนา ความรุนแรง “ซ่อนหา” สังคมไทย 19-20 พฤศจิกายน 2550

แนวคิดรัฐธรรมนูญนิยม (constitutionalism) มาสู่วงการศาลไทย โดยยึดถือเป็นหลักกฎหมาย กระบวนการทางตุลาการ และรากฐานของการบัญญัติกฎหมาย ในอีกด้านหนึ่ง การวางรากฐานแนวคิดกฎหมายธรรมชาติหรือธรรมนิยม คือ การกลับไปพิจารณาเรื่องกฎเกณฑ์ทางธรรมชาติ (the law of nature)¹⁰ ที่นักปรัชญาในศตวรรษที่ 17 ได้วางเนื้อหาเรื่องความเป็นเหตุเป็นผลให้ขึ้นกับกฎเกณฑ์ทางธรรมชาติ ด้วยความเชื่อที่ว่า กระบวนการพัฒนาตนเองของธรรมชาติ มีกฎเกณฑ์รองรับตัวมันเองในการให้เหตุผลต่อการดำรงอยู่ของสิ่งต่างๆ ดังนั้น ความเข้าใจต่อระบบเหตุผลนี้ ได้กลายเป็นปัจจัยหลัก ที่กระบวนการทางตุลาการใช้อ้างอิงความสมเหตุสมผลของการพิจารณาคดีความ นอกจากนี้ ความเข้าใจต่อกฎเกณฑ์ทางธรรมชาติดังเกี่ยวข้องกับเรื่องสิทธิตามธรรมชาติ ซึ่งนักนิติศาสตร์นำมาอธิบายเรื่องสิทธิของการมีชีวิต กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สิน และเสรีภาพอันเท่าเทียมกันของปัจเจกบุคคลอีกด้วย

ยิ่งไปกว่านั้น เนื้อหาสาระสำคัญของแนวคิดกฎหมายธรรมชาติหรือธรรมนิยมยังเกี่ยวข้องกับปัญหาเชิงจริยธรรมและศีลธรรมอีกด้วย ทั้งนี้เนื่องจาก พัฒนาการของสำนักกฎหมายธรรมชาติที่เกิดจากการยอมรับต่อเหตุผลนั้น ยังบ่งบอกไปถึงการกระทำยอมมีคุณค่าทางจริยศาสตร์และศีลธรรมในการกระทำนั้นๆ ว่าเป็นการกระทำที่ถูกหรือผิด ดีหรือเลว ชอบหรือไม่ชอบอีกด้วย การซ่อนเร้นเนื้อหาทางจริยศาสตร์และศีลธรรมนี้ ได้เป็นช่องทางสำคัญที่กฎหมายและความยุติธรรมมาบรรจบรวมเป็นเนื้อเดียวกัน ฮูโก กรุทส์ (Hugo Grotius)¹¹ นักคิดคนสำคัญของสำนักกฎหมายธรรมชาติชาวดัตช์ ได้วางรากฐานและความสอดคล้องระหว่างกฎหมายและความยุติธรรมไว้ในความเชื่อที่ว่ามนุษย์ตามสภาพธรรมชาติย่อมต้องอยู่รวมกันเป็นสังคม โดยมีกฎเกณฑ์ทางธรรมชาติรองรับความสงบสุขและความยุติธรรม ส่วนความยุติธรรมย่อมเป็นสิ่งที่ขัดต่อกฎเกณฑ์ทางธรรมชาติ ฉะนั้น การดำรงรักษาความยุติธรรมไว้ย่อมต้องปฏิบัติตามกฎหมายธรรมชาติ

¹⁰ ผู้วิจัยเข้าใจใช้คำว่า กฎหมายธรรมชาติ (natural law) และ กฎเกณฑ์ทางธรรมชาติ (law of nature) ให้มีนัยยะและความหมายที่แตกต่างกัน ณ ที่นี้ เพื่อมิให้เกิดความสับสนระหว่าง แนวคิดทางกฎหมาย และแนวคิดทางปรัชญาสมัยใหม่ ทั้งๆ ที่คำทั้งสองในภาษาอังกฤษ คือ ‘natural law’ และ ‘law of nature’ ส่วนนี้ใช้ในความหมายเดียวกัน และมีได้จำแนกหรือมีความแตกต่างกันแต่อย่างไรเลย

¹¹ ฮูโก กรุทส์ (Hugo Grotius) นักกฎหมายและนักการทูตชาวดัตช์ผู้เริ่มความคิดเกี่ยวกับทฤษฎีกฎหมายธรรมชาติ เพื่ออธิบายและให้ความชอบธรรมต่อสงครามที่เป็นธรรม (just war) แนวความคิดของเขาได้เปิดมุมมองต่อเรื่องความยุติธรรมที่จะทำสงคราม และความยุติธรรมในการจัดการกับเรื่องสงคราม ซึ่งต่อมา มีอิทธิพลอย่างมากในการร่างกฎหมายระหว่างประเทศงานเขียนชิ้นสำคัญของกรอเทียส คือ *De jure belli ac pacis (On the Law of War and Peace)* ได้รับการตีพิมพ์ครั้งแรกในปี 1625 ที่ฝรั่งเศส และพิมพ์ครั้งที่ 2 ที่เนเธอร์แลนด์ในปี 1631 หนังสือเล่มนี้ได้รับการแปลมาสู่ภาษาอังกฤษภายใต้ชื่อว่า *On the Right of War and Peace*

เอกสารประกอบการประชุมศุภกัศ 25 กรกฎาคม 2551

เกษม เพ็ญภินันท์ . สิทธิที่จะก่อให้เกิดความรุนแรงหรือเหตุผลของรัฐต่อความชอบธรรมทางการเมือง. บทความประกอบการสัมมนา ความรุนแรง “ซ่อนหา” สังคมไทย 19-20 พฤศจิกายน 2550

ในประเทศไทย การวางรากฐานเกี่ยวกับแนวคิดกฎหมายธรรมชาติหรือธรรมเนียม ในกระบวนการทางตุลาการ นอกจากความต้องการหลุดพ้นจากอิทธิพลของกฎหมายบ้านเมืองในเรื่องระเบียบและแนวทางในการพิจารณาคดีความ ในทางกลับกัน การวางรากฐานนี้มิได้เกิดขึ้นเพื่อต่อสู้หรือหักล้างทางความคิดหรือแนวคิดต่างๆ ที่ปรากฏอยู่ในกฎหมายบ้านเมืองเสียทีเดียว แต่กลับกลายเป็นว่า การผนวกแนวคิดกฎหมายธรรมชาติหรือธรรมเนียมเข้ามานี้ กลับขยายพรมแดนความรู้ทางแนวคิดด้านกฎหมาย เพียงเพื่อตอบปัญหาทางด้านคุณธรรม จริยธรรม และเพื่ออธิบายสถานะของกฎหมายในฐานะที่เป็นระเบียบปฏิบัติ ที่มีหน้าที่ธำรงรักษาความยุติธรรมของสังคมไว้ รวมทั้งพันธกิจทางสังคมของนักนิติศาสตร์ที่ต้องมีหน้าที่ผดุงคุณธรรม จริยธรรม และความยุติธรรมของสังคมเพื่อประโยชน์สุขของสังคมเอง อย่างไรก็ตาม ความชัดเจนและการวางรากฐานเกี่ยวกับแนวคิดกฎหมายธรรมชาติหรือธรรมเนียมไว้ในตัวบทกฎหมายนั้น ก็มีได้นำไปใช้ออกเถียงเกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายและความยุติธรรมสักเท่าใด แม้ว่าจะมีการกล่าวถึงเนื้อหาเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพตามแนวคิดกฎหมายธรรมชาติก็ตาม แต่ในท้ายที่สุด ทั้งหมดก็เป็นเพียง “ประโยชน์ที่กฎหมายรับรองและคุ้มครองให้ ซึ่งหมายความว่า เป็นประโยชน์ที่กฎหมายคุ้มครอง คือ คุ้มครองมิให้มีการละเมิดสิทธิรวมทั้งบังคับให้เป็นไปตามสิทธิในกรณีที่มีการละเมิดด้วย” (เกรียงไกร, 2550: 139)

ปัญหาสำคัญของเรา คงจะไม่ใช้คำถามที่ว่า อะไรคือความแตกต่างระหว่างแนวคิดทางกฎหมายของสำนักกฎหมายบ้านเมือง และ สำนักกฎหมายธรรมชาติหรือธรรมเนียม ต่อเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายและความยุติธรรม แต่ทั้งหมดเกี่ยวข้องกับสถานะภาพของกฎหมายนั้นบ่งบอกให้เราเห็นถึงความยุติธรรมหรือไม่ สิ่งที่เราได้รับ ก็คือ คุณลักษณะของกฎหมายและความยุติธรรมมีความแตกต่างกันโดยสิ้นเชิง กฎหมายไม่ใช่ภาพสะท้อนของความยุติธรรม และความยุติธรรมก็ไม่ได้ปรากฏให้เห็นในตัวบทกฎหมาย กฎหมายเป็นกฎหมาย ก็เพราะว่า กฎหมายมีผลบังคับใช้และบทลงโทษ และความยุติธรรมเป็นมโนทัศน์เชิงอุดมคติ ที่มีความสำคัญต่อสัมพันธ์ภาพพื้นฐานทั้งทางสังคมและส่วนบุคคล ในทางตรงข้ามวงการนิติศาสตร์ไทยกลับผนวกความยุติธรรมให้เป็นสิ่งเดียวกับกฎหมาย โดยเริ่มต้นขึ้น เมื่อนักกฎหมายพยายามหยั่งรากความยุติธรรมไว้ในตัวบทกฎหมาย ด้วยการโยงเนื้อหาทางกฎหมายเข้าหาคุณค่าทางจริยศาสตร์ จริยธรรมหรือศีลธรรม และตรึงคุณค่าเหล่านี้ด้วยเจตนารมณ์ของกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่บัญญัติไว้ในกฎหมาย และแบบแผนทางวิชาชีพที่นักกฎหมายต้องอ้างอิงคุณธรรม จริยธรรม ความโปร่งใส ความบริสุทธิ์ และความยุติธรรม เพื่อเป็นหลักการของความเที่ยงธรรม และการยืนยันสิทธิอำนาจของตนหรือวิชาชีพของตนในกระบวนการทางตุลาการ หรือความชอบธรรมในการใช้สิทธิอำนาจดังกล่าว ทั้งหมดนี้คือสิ่งที่ชอบทำกันมาจนเป็นจารีตของวงวิชาการนิติศาสตร์

เอกสารประกอบการประชุมศุภกร์เสวนา 25 กรกฎาคม 2551

เกษม เพ็ญภินันท์ . สิทธิที่จะก่อให้เกิดความรุนแรงหรือเหตุผลของรัฐต่อความชอบธรรมทางการเมือง. บทความประกอบการสัมมนา ความรุนแรง “อ่อนหา” สังคมไทย 19-20 พฤศจิกายน 2550

ไทย ทั้งๆ ที่สถานการณ์ของกฎหมายที่สามารถบ่งบอกให้เราได้เห็นถึงความยุติธรรมจะเกิดขึ้น ก็ต่อเมื่อการโต้แย้งทางแนวคิด ประเด็นปัญหาของบทบัญญัติทางกฎหมายและความคิดเรื่องความยุติธรรม หรือ ความสอดคล้องระหว่างกระบวนการทางตุลาการและความเป็นจริงทางสังคม เพื่อให้กฎหมายธำรงรักษาอุดมคติเกี่ยวกับความยุติธรรมเกิดขึ้น ในขั้นตอนการบัญญัติกฎหมายและการพิจารณาคดีความ ในขณะที่ ความเป็นจริงในการบัญญัติกฎหมายของไทยมิได้ให้ความสำคัญต่อเนื้อหาสาระและอุดมคติของความยุติธรรมเลย ในทางตรงข้าม กลับเน้นขั้นตอนของการร่างกฎหมาย โดยนักนิติศาสตร์ผู้สามารถ ‘เขียน’ กฎหมายให้ถูกต้องและรัดกุมตามกฎหมายเกณฑ์ ข้อบังคับ หลักวิชาชีพและแบบแผนของการร่างกฎหมาย¹² แต่สามารถซ่อนเร้นการให้สิทธิอำนาจแก่รัฐสภาธิปไตยในการใช้อำนาจรัฐอย่างถูกต้องและชอบธรรม ยิ่งไปกว่านั้น ขั้นตอนในการร่างกฎหมายกลายเป็นหน้าที่เฉพาะของ ‘นักนิติศาสตร์’ หรือ ‘นิติบริกร’ เป็นหลัก และกระบวนการร่างกฎหมาย มีความสำคัญในเชิงเทคนิคมากกว่าหลักการในอำนาจตุลาการ เนื่องจาก พวกเขาสามารถเขียนและทำให้รอยต่อของความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายและความยุติธรรม ที่สอดรับกันในเชิงเนื้อหาและรูปแบบ จนทำให้กฎหมายกลายเป็นสิ่งที่ป็นรูปธรรมของความยุติธรรมได้ รวมทั้งยังปกคลุมความยุติธรรมให้ดำรงอยู่ภายใต้เงื่อนงำที่กำกับด้วยกฎหมาย ภายใต้วาทะที่ซ่อนเร้นความยุติธรรมให้เป็นความยุติธรรมตามตัวบทกฎหมาย

¹² ถ้าสังเกตตำรากฎหมายในประเทศไทย เราจะเห็นว่า ตำราส่วนหนึ่งที่ใช้ประกอบการเรียนการสอนและเผยแพร่สู่สาธารณชน คือ หนังสือที่เกี่ยวข้องกับเทคนิคต่างๆ ในการร่างกฎหมาย เช่น (ปรีดี, 2541) เอกสารประกอบการประชุมศุภกร์เสวนา 25 กรกฎาคม 2551 เกษม เพ็ญภินันท์ . สิทธิที่จะก่อให้เกิดความรุนแรงหรือเหตุผลของรัฐต่อความชอบธรรมทางการเมือง. บทความประกอบการสัมมนา ความรุนแรง “ซ่อนหา” สังคมไทย 19-20 พฤศจิกายน 2550