

บททวนบทวิพากษ์ของ เออเซนี เมรีโอ (Eugénie Mérieau) ผ่าน *Constitutional Bricolage: Thailand's Sacred Monarchy vs. The Rule of Law*

Review Analysis of The Case of Eugénie Mérieau Through Constitutional Bricolage: Thailand's Sacred Monarchy vs. The Rule of Law

เมธัส มนัสถาวร

Metus Manasthaworn

นันท์มนัส กล่อมเกลี้ยง

Nanmanat Klomkliang

นิสิตในหลักสูตรนิติศาสตรบัณฑิต

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ถนนพญาไท แขวงวังใหม่ เขตปทุมวัน กรุงเทพฯ 10330

LL. B Candidates

Faculty of Law, Chulalongkorn University, Phayathai Road, Pathumwan, Bangkok 10300

Corresponding author E-mail; 6240211534@student.chula.ac.th

บทคัดย่อ

บทความนี้ศึกษาความเกี่ยวข้องของรัฐธรรมนูญต่อการเมืองไทยในมุมมองของนิติปรัชญา โดยศึกษาและทบทวนงานศึกษา *Constitutional Bricolage: Thailand's Sacred Monarchy vs. The Rule of Law* โดยเออเซนี เมรีโอ (Eugénie Mérieau) เพื่อวิเคราะห์ถึงบทบาทของ “การผสมปนเปทางรัฐธรรมนูญ” (constitutional bricolage) ในกระบวนการปลูกถ่ายทางกฎหมายรัฐธรรมนูญ ทั้งเสนอคำวิพากษ์เกี่ยวกับความเข้าใจกระแสหลักเกี่ยวกับนิติศาสตร์แบบปฏิฐานนิยม (Legal Positivism) โดยยกทฤษฎีและความคิดของนักกฎหมายสำนักปฏิฐานนิยมมาทำความเข้าใจใหม่ บทความนี้จึงเสนอแง่มุมที่เสริมความรู้ความเข้าใจเกี่ยวกับนิติปรัชญาและการศึกษากฎหมายนอกระเบียบวิธีที่เป็นนิติศาสตร์โดยแท้ไปพร้อมกัน

คำสำคัญ: การผสมปนเปทางรัฐธรรมนูญ

Abstract

With the ongoing political turmoil and pluralism in Thailand, its constitutions have been systematically subjected to debates and reviews from a legal perspective. This article also discusses the phenomena in the Legal Philosophy lens, through reviewing *Constitutional Bricolage: Thailand's Sacred Monarchy vs. The Rule of Law* by Eugénie Mérieau. It also analyzes the service of Constitutional Bricolage to Comparative Law coupling Legal Transplants and general perception regarding Legal Positivism and Legal Positivism in Thailand. Ultimately, this article sheds a new light regarding Legal Philosophy and legal study beyond traditional “juristic” thinking.

Keyword: constitutional bricolage

1. บทนำ

วิกฤตการเมืองไทยสมัยใหม่นับแต่ปี พ.ศ. 2540 จนถึงปัจจุบันเป็นสิ่งที่ผ่านการศึกษา วิเคราะห์ และตีความ เป็นจำนวนมากโดยเฉพาะในด้านของการออกแบบรัฐธรรมนูญ (constitutional design) ที่ศึกษาถึงความ เปลี่ยนแปลงของบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่เป็นไปในทางที่เสรีน้อยลงและเป็นอำนาจนิยมมากยิ่งขึ้น กล่าวคือ แดน ของการเมืองการเลือกตั้ง (electoral politics) คับแคบลง ในขณะที่อำนาจขององค์กรอิสระและศาลในการตรวจสอบ ฝ่ายการเมืองมีมากยิ่งขึ้น และปรากฏภาวะทวีลักษณ์ที่บทบัญญัติประกันสิทธิเสรีภาพเพิ่มมากขึ้นในทำนองเดียวกันซึ่ง รัฐธรรมนูญนิยมแบบไทยสามารถศึกษาเปรียบเทียบในทางกฎหมายได้หลายแง่มุม ไม่ว่าจะเป็น รัฐธรรมนูญนิยมแบบ พุทธ (Buddhist Constitutionalism)¹ ระบอบรัฐธรรมนูญนิยมที่บิดผัน (Abusive Constitutionalism) รัฐธรรมนูญ ยุคหลังการเมือง (Postpolitical Constitution) ชีวิตหลังความตายของรัฐธรรมนูญ (Constitutional Afterlife)² รัฐธรรมนูญนิยมแบบอำนาจนิยม (Authoritarian Constitutionalism)³ หรืออาจศึกษารัฐธรรมนูญไทยในฐานะส่วน หนึ่งของรัฐธรรมนูญนิยมแบบภูมิภาคเอเชีย (Asian Constitutionalism)⁴ ได้ด้วยเช่นกัน และสิ่งที่เป็นที่สนใจอย่างยิ่ง ในระบอบรัฐธรรมนูญไทยคือบทบาททางการเมืองของศาลรัฐธรรมนูญ ที่มีการให้คำนิยามอย่างกว้างขวางว่าเป็นการ ทำให้การเมืองเป็นข้อพิพาททางรัฐธรรมนูญ หรือ “ตุลาการณัฏวิวัฒน์” (Judicialization of Politics) การทำให้ศาล เป็นการเมือง (Politicization of Judiciary)⁵ ตุลาการธิปไตย (Juristocracy)⁶ หรือการรัฐประหารโดยตุลาการหรือ ศาลรัฐประหาร (Juridical Coup)⁷ เป็นต้น

Constitutional Bricolage: Thailand's Sacred Monarchy vs. The Rule of Law โดย เออเจนี เมรีโอ (Eugénie Mérieau)⁸ เป็นหนึ่งในงานที่ศึกษาเปรียบเทียบรัฐธรรมนูญไทยที่กล่าวถึงประเด็นข้างต้นด้วยเช่นกัน โดยที่ สารสำคัญอยู่ที่การเสนอ “การผสมปนเปทางรัฐธรรมนูญ” (“constitutional bricolage”) ซึ่งหมายถึงการเลือกสรร ขึ้นส่วนทางรัฐธรรมนูญจากแหล่งต่าง ๆ มาปรับใช้และประกอบเป็นรัฐธรรมนูญที่เหมาะสมกับบริบทของสังคมไทย เพื่อ ใช้ศึกษากฎหมายรัฐธรรมนูญเปรียบเทียบแทนการศึกษาแบบปฏิฐานนิยมเชิงรูปนัย (formalistic-positivism) และ แนวคิดเกี่ยวกับ “การปลูกถ่ายทางกฎหมาย” (Legal Transplants) ทั้งมีการกล่าวถึงบทบาทของนักกฎหมาย รัฐธรรมนูญไทยที่รับความคิดจากนักกฎหมายสำนักปฏิฐานนิยมมาปรับใช้กับการร่าง การอธิบาย หรือการตีความ รัฐธรรมนูญไทย เออเจนี เมรีโอ มองกระบวนการดังกล่าวว่าเป็นการผสมปนเปทางรัฐธรรมนูญที่แสดงให้เห็นถึง ความคิดสร้างสรรค์ของนักกฎหมายไทยอยู่ด้วย ไม่ใช่เพียงการหยิบยืมบทบัญญัติหรือหลักกฎหมายรัฐธรรมนูญมา อย่างเรียบง่ายอย่างทำงานศึกษารัฐธรรมนูญเปรียบเทียบส่วนใหญ่นำเสนอ

¹ See Eugénie Mérieau, *Buddhist Constitutionalism in Thailand: When Rājadharmā Supersedes the Constitution* (Asian Journal of Comparative Law 2018).

² See Tom Ginsburg, ‘Constitutional Afterlife: The Continuing Impact of Thailand’s Post-Political Constitution’ (2009) International Journal of Constitutional Law 83.

³ Mark Tushnet, ‘Authoritarian Constitutionalism’ (2005) 100 Cornell Law Review 391.

⁴ การมองอธิบายว่าภูมิภาคเอเชียมีวัฒนธรรมแบบลัทธิขงจื้อ (Confucianism) หรือมีองค์ประกอบที่เป็น “คุณค่าแบบเอเชีย” (Asian Values) ที่เน้นความ เป็นอันหนึ่งอันเดียวกันของสังคม (communitarianism) ที่ต่างจากรัฐธรรมนูญนิยมแบบตะวันตก ทำให้เป็นรัฐธรรมนูญนิยมแบบไม่เสรี (illiberal constitutionalism), see Thio Li-ann, ‘Rule of law within a non-liberal ‘communitarian’ democracy: the Singapore experience’ in Rendall Peerenboom (ed.), *Asian Discourses of Rule of Law: Theories and implementation of rule of law in twelve Asian countries* (Routledge 2004); and Wen-Chen et al., *Constitutionalism in Asia: Cases and Materials* (Hart 2014).

⁵ See Björn Dressel, ‘Judicialization of Politics or Politicization of the Judiciary?’ Considerations from Recent Events in Thailand’ (2010) 23(5) The Pacific Review 671.

⁶ See Ran Hirschl, *Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism* (Harvard University Press 2007).

⁷ See Alec Stone Sweet, ‘The Juridical Coup D’État and the Problem of Authority’ (2007) 8 The German Law Journal 915.

⁸ Eugénie Mérieau, *Constitutional Bricolage: Thailand’s Sacred Monarchy vs. The Rule of Law* (Hart Publishing 2022).

เมื่อเป็นดังที่กล่าวไปข้างต้น งานเขียนของ เออเชนี เมรีโอ ซึ่บนี้จึงเหมาะแก่การนำมาทบทวน วิเคราะห์ และวิพากษ์วิจารณ์ในมุมมองของนิติปรัชญาอย่างยิ่ง เนื่องจากสมมติฐาน วิธีการศึกษา และข้ออ้างของผู้เขียนมีส่วนที่เกี่ยวข้องกับนิติศาสตร์แบบปฏิฐานนิยมและนิติศาสตร์เชิงรูปนัยที่เป็นรูปแบบการศึกษากฎหมายอย่างหนึ่ง ทั้งยังเกี่ยวข้องกับคำถามเชิงจริยศาสตร์เกี่ยวกับความดีงามหรือความถูกต้องของกฎหมายอีกด้วย การศึกษา constitutional bricolage ในมุมมองของนิติปรัชญาอย่างรอบคอบเขตความรู้ความเข้าใจเกี่ยวกับนิติปรัชญาและรัฐธรรมนูญให้กว้างขึ้นอีกระดับหนึ่ง

2. ทบทวนการผสมปนเปทางรัฐธรรมนูญ (Constitutional Bricolage)

Constitutional bricolage เป็นทฤษฎีเกี่ยวกับการศึกษารัฐธรรมนูญนิยมในประเทศไทยที่มีความแตกต่างจากทฤษฎีการปลูกถ่ายทางกฎหมาย⁹ (legal transplants) และแนวคิดการแยกเรื่องทางโลกกับทางธรรมออกจากกัน (Secularization) กล่าวคือ ผู้เขียนมองว่าทฤษฎีทั้งสองข้างต้นเป็นการวิพากษ์กฎหมายไทยโดยเอาความคิดแบบเสรีนิยมประชาธิปไตยตะวันตกเป็นศูนย์กลาง และเป็นการศึกษากฎหมายเปรียบเทียบแบบปฏิฐานนิยมเชิงรูปนัย ทำให้ขาดมุมมองเกี่ยวกับความเป็นเหตุเป็นผล (rationale) อีกทั้งยังไม่พยายามทำความเข้าใจเบื้องหลังรัฐธรรมนูญนิยมแบบไทยและเป็นการตัดสินผิดถูกหรือเสนอทางออกโดยไม่ก่อให้เกิดองค์ความรู้ใหม่ ผู้เขียนจึงเสนอทฤษฎีการผสมปนเปทางรัฐธรรมนูญสำหรับการศึกษากฎหมายรัฐธรรมนูญของไทยโดยใช้มุมมองด้านที่ “ไม่เป็นทางการ” (informal) เข้ามาประกอบด้วย¹⁰

ความพยายามศึกษาแง่มุมของกฎหมายรัฐธรรมนูญไทยในมุมมองใหม่ ๆ สังเกตเห็นได้จากการที่ผู้เขียนศึกษาประวัติศาสตร์รัฐธรรมนูญและการเมืองไทยตั้งแต่การตรากฎหมายตราสามดวงในช่วงปลายศตวรรษที่ 19 การพยายามร่างรัฐธรรมนูญของกษัตริย์ไทย รัฐธรรมนูญหลังการปฏิวัติ 2475 และวิฤตรัฐธรรมนูญไทยในปัจจุบัน ซึ่งกล่าวถึง มิติทางการเมือง อำนาจและทางศาสนาที่แยกออกจากรัฐธรรมนูญไทยไม่ออก กล่าวคือ ระเบียบทางรัฐธรรมนูญของไทย (constitutional order) เกิดขึ้นนับแต่มีกฎหมายตราสามดวง ซึ่งตำราพระธรรมศาสตร์ได้รับอิทธิพลของธรรมะแบบฮินดูกับพุทธผสมกัน แนวคิดของรัฐธรรมนูญไทยแต่เริ่มเกิดจากการรองรับอำนาจปกครองของกษัตริย์ โดยการร่างรัฐธรรมนูญของรัชกาลที่ 5 โครงการดุสิตธานีของรัชกาลที่ 6 และความพยายามร่างรัฐธรรมนูญของรัชกาลที่ 7 นั้น ไม่ปรากฏความคิดของตัวเองแทนจากประชาชนแต่อย่างใดแต่รับเอารูปแบบการจำกัดอำนาจสถาบันกษัตริย์มาจากประเทศทางยุโรปอย่างกำกวม จึงเป็นการผนวกกันของอำนาจกษัตริย์ไทยตามแนวคิดธรรมราชาเข้ากับรูปแบบสถาบันกษัตริย์ที่ปรับให้เป็นตะวันตกและทันสมัยมากยิ่งขึ้น (westernized)¹¹

ผู้เขียนวิเคราะห์ว่าประวัติศาสตร์การปกครองของไทยนับแต่รัชกาลที่ 4 จนถึงรัชกาลที่ 6 เป็นราชาธิปไตยที่ใช้กฎหมายปกครองเท่านั้น ทั้งยังทั้งมรดกกฎหมายที่ส่งเสริมอำนาจและสถานะของสถาบันกษัตริย์เอาไว้จำนวนมาก ได้แก่ กฎมณเฑียรบาล กฎอัยการศึก และกฎหมายความผิดต่อองค์พระมหากษัตริย์ (lese-majesté law) รัฐธรรมนูญที่เกิดจากการประนีประนอมกันระหว่างคณะราษฎรและฝ่ายเจ้า (ฉบับ 10 ธันวาคม พ.ศ. 2475) ยังช่วยให้ความชอบธรรมกับแนวคิดกษัตริย์ปกครองราชกรอย่างสมยศุขทัยอยู่ กล่าวคือรัฐธรรมนูญเป็นสัญลักษณ์ของกษัตริย์ที่มีอำนาจศักดิ์สิทธิ์พระราชทานอำนาจปกครองให้กับราษฎรแทน จนกระทั่งการรัฐประหารยุคต่อมาทำให้เกิดโครงสร้าง

⁹ See Alan Watson, *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law* (University of Georgia Press 1993).

¹⁰ Mériau (n 9) 1-31.

¹¹ ibid 35-78.

รัฐธรรมนูญที่เสริมสถานะของกษัตริย์ยิ่งขึ้น ไม่ว่าจะด้วยการเพิ่มกลไกวุฒิสภาแบบแต่งตั้งและองคมนตรี พร้อมกับการเพิ่มหลักการเรื่องสิทธิเสรีภาพเพื่อสร้างความชอบธรรม¹²

ในส่วนของมุมมองเกี่ยวกับการศึกษากฎหมายแบบปฏิฐานนิยม ผู้เขียนได้วิพากษ์ความคิดของนักกฎหมายรัฐธรรมนูญไทยในยุคครึ่งหลังศตวรรษที่ 20 ที่มีอิทธิพลต่อกฎหมายไทยด้วยเช่นกัน โดยเฉพาะการนำแนวคิดของนักกฎหมายสำนักปฏิฐานนิยมอย่างความชอบของการปฏิวัติ (revolutionary legality) การรัฐประหารสำเร็จ (*fait accompli*) และสารัตถะของรัฐธรรมนูญ (*Verfassung*) มาให้ความชอบธรรมแก่การรัฐประหาร มีการอธิบายหลักข้อเกิดของกฎหมายรัฐธรรมนูญและหลักกษัตริย์ไม่อาจทำผิด (King can do no wrong) โดยปรับให้เข้ากับโครงสร้างอำนาจของประเทศไทย ทั้งยังมีการนำหลักกฎหมายธรรมชาติมาสนับสนุนแนวคิดแบบพุทธราชาเพื่อรับรองว่ากษัตริย์เป็นจอมทัพไทย เป็นตัวแทนของประชาชน และมีอำนาจแทรกแซงในสถานการณ์ฉุกเฉินซึ่งเป็นอำนาจนอกรัฐธรรมนูญ (extra-constitutional)¹³

ผู้เขียนได้วิเคราะห์ถึงการตีความกฎหมายแบบปฏิฐานนิยมของนักกฎหมายไทย ที่แม้จะใช้วิธีการหรือแนวคิดของสำนักกฎหมายประวัติศาสตร์ในบางคราว แต่แท้จริงก็ยังเป็นความเข้าใจกฎหมายแบบทางการและยึดติดกับตัวบทกฎหมายอยู่เช่นเคย เช่น การแบ่งแยกระหว่างอำนาจตามรัฐธรรมนูญและอำนาจนอกรัฐธรรมนูญของกษัตริย์ออกจากกันอย่างชัดเจน และทำให้เสมือนว่ากษัตริย์ไม่ต้องรับผิดชอบต่ออำนาจนอกรัฐธรรมนูญ หรือแม้แต่การบัญญัติว่ากษัตริย์ไม่มีอำนาจปกครองตามรัฐธรรมนูญและมีอำนาจเพียงเท่าที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้ แต่อำนาจอย่างหลังก็ขึ้นอยู่กับดุลพินิจของกษัตริย์และรัฐมนตรีผู้รับผิดชอบซึ่งปราศจากการควบคุมตรวจสอบ มากไปกว่านั้น นักกฎหมายบางท่านใช้แนวคิดเกี่ยวกับอำนาจอธิปไตยมาอธิบายสนับสนุนว่าอำนาจปกครองยังเป็นอำนาจของกษัตริย์ในทางนิตินัย แต่ประชาชนเป็นผู้ใช้อำนาจอธิปไตยตามความเป็นจริง หรือกระทั่งเห็นว่ากษัตริย์และประชาชนเป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตยร่วมกัน เป็นต้น ทั้งหมดนี้ เออเชนิ เมรีโอ เห็นว่าการตีความของนักกฎหมายไทยข้างต้นส่งผลให้กษัตริย์มีอำนาจล้นพ้นไม่ว่าตามรัฐธรรมนูญหรือนอกรัฐธรรมนูญ โดยเฉพาะอำนาจในการพระราชทานอภัยโทษแก่ผู้ทำรัฐประหารและการยอมรับให้แก้ไขหรือร่างรัฐธรรมนูญใหม่ภายหลังจากการรัฐประหาร¹⁴

เมื่อวิเคราะห์ประวัติศาสตร์รัฐธรรมนูญไทยแล้ว ผู้เขียนยังได้กล่าวถึงรัฐธรรมนูญไทยในสมัยใหม่จำนวน 3 ฉบับ ได้แก่ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2450 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 ซึ่งเป็นวัตถุของการศึกษารัฐธรรมนูญเปรียบเทียบจำนวนมาก รัฐธรรมนูญทั้งสามฉบับปรากฏการหิบบั่มโครงสร้างรัฐธรรมนูญจากตะวันตกมาเป็นจำนวนมาก ไม่ว่าจะแนวคิดของศาลรัฐธรรมนูญ องค์กรแต่งตั้ง และวุฒิสภาเพื่อยืนยันกับอำนาจของรัฐสภาและการเมืองฝ่ายเลือกตั้ง และมีความเปลี่ยนแปลงของบทบัญญัติเกี่ยวกับระบอบการปกครองแบบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขไปถึงขั้นที่ไม่อาจแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้ ทั้งหมดนี้คือรัฐธรรมนูญนิยมแบบไทยที่มีธรรมเนียมปฏิบัติทางรัฐธรรมนูญนิยมกว้างใหญ่กว่าตัวบท วิฤตของตุลาการไทยและการทำให้การเมืองเป็นข้อพิพาททางกฎหมาย (judicialization of politics) ในปัจจุบันอาจมีรากฐานมาจากโครงสร้างดังกล่าวนี้เอง¹⁵

เห็นได้ว่า ผู้เขียนตั้งสมมติฐานของงานเขียนนี้ไว้ว่าความเฉพาะตัวของสถาบันกษัตริย์ไทยอาจทำให้การศึกษากฎหมายรัฐธรรมนูญและการศึกษาระบอบกษัตริย์ได้รัฐธรรมนูญกว้างขวางขึ้น โดยศึกษาการรับเอาหลักกฎหมายรัฐธรรมนูญมาปรับใช้ให้เข้ากับโครงสร้างอำนาจของประเทศไทยโดยพิจารณาถึงการกระทำของตัวละครทางการเมืองและบุคคลที่มีผลประโยชน์เกี่ยวข้องประกอบด้วยเพื่อทำความเข้าใจถึงแรงจูงใจหรือเหตุผลเบื้องหลังของรัฐธรรมนูญ

¹² ibid 79-129.

¹³ ibid 131-51.

¹⁴ ibid 141-73.

¹⁵ ibid 177-246.

ไทย ผู้เขียนจึงเสนอให้ใช้การผสมปนเปทางกฎหมายของประเทศผู้นำเข้าหลักกฎหมายมากยิ่งขึ้น และมองว่ากระบวนการหยิบยืมหลักกฎหมายเป็นการให้ความหมายใหม่อย่างสร้างสรรค์ ทำให้เกิดความรู้ความเข้าใจและความ เป็นเหตุเป็นผลของกฎหมายรัฐธรรมนูญไทยเพื่อที่จะได้ศึกษาวิกฤตรัฐธรรมนูญไทยสมัยใหม่ได้อย่างละเอียดลึกซึ้งมากยิ่งขึ้น

เนื่องจากโครงสร้างทางรัฐธรรมนูญของไทยมีส่วนที่ไม่เป็นทางการอยู่มาก การศึกษาเพียงนำบทบัญญัติของประเทศผู้ส่งออกและประเทศผู้รับมาเปรียบเทียบกันอาจแสดงให้เห็นเพียงความเหมือนหรือความต่างเท่านั้น การศึกษารัฐธรรมนูญเปรียบเทียบโดยใช้วิธีการที่ยึดติดกับรูปแบบและความเป็นทางการย่อมไม่ก่อให้เกิดความรู้ความ เข้าใจเกี่ยวกับระเบียบทางรัฐธรรมนูญไทยได้มากขึ้นเท่าใดนัก

3. นิติศาสตร์ปฏิฐานนิยม (Legal Positivism) และนิติศาสตร์รูปนัยนิยม (Legal Formalism): ทฤษฎีที่ถูกอ้างอิงถึงใน *Constitutional Bricolage: Thailand's Sacred Monarchy vs. The Rule of Law*

เนื่องจากสิ่งที่การศึกษากฎหมายเปรียบเทียบแบบสำนักกฎหมายปฏิฐานนิยม (Legal Positivism) และสำนักรูปนัยนิยม (Legal Formalism) เป็นสิ่งที่ เออเซนี เมรีโอ เห็นต่างกับทฤษฎีการปลูกถ่ายกฎหมาย จึงสมควร ทบทวนและทำความเข้าใจกับแนวคิดทางกฎหมายข้างต้นเสียก่อนที่จะได้วิเคราะห์เกี่ยวกับ constitutional bricolage ต่อไป

3.1 ทฤษฎีกฎหมายปฏิฐานนิยม (Legal Positivism)

วิวัฒนาการของสำนักกฎหมายนี้เริ่มต้นจากความคิดประจักษ์นิยมเชิงตรรกะ (logical empiricism) ที่เน้น การใช้วิธีศึกษากฎหมายแบบวิทยาศาสตร์ (scientific method of empirical observation) กล่าวคือ ความรู้เกิดได้ จากการรับรู้ที่เป็นประจักษ์ของมนุษย์ ซึ่งผ่านการคิด ทดลอง และอธิบายความเป็นเหตุเป็นผลของมนุษย์แล้ว ทำให้ไม่นำสิ่งที่เหนืออภิปราย (metaphysical) หรือเทววิทยา (theological) มาศึกษาด้วย สำนักกฎหมายปฏิฐานนิยมจึง เดินตามแนวทางของตรรกศาสตร์ ที่เปลี่ยนวัตถุประสงค์ของการศึกษา จากการศึกษาโลกกายภาพอย่างที่เป็นอยู่ (physical world as it is) เป็นการศึกษากฎหมายอย่างที่เป็นอยู่ (law as it is) หรือในฐานะที่เป็นข้อเท็จจริงหนึ่ง ๆ ตาม ธรรมชาติ (social fact)¹⁶

ด้วยความคิดพื้นฐานทางประจักษ์นิยมดังกล่าว สำนักความคิดแบบปฏิฐานนิยมจึงมีสาระสำคัญที่การสังเกต ข้อเท็จจริงและสรุปความรู้ความเข้าใจที่ได้ เนื่องจากความคิดอ่านของมนุษย์ไม่สามารถสังเกตการณ์และสร้างองค์ ความรู้ว่า “อะไรคือสิ่งที่ควรจะเป็น” ดังนั้น การพยายามดึงสิ่งที่ควรเป็น (ought) ออกมาจากสิ่งที่เป็นอยู่ (is) ย่อมใช้ ไม่ได้ ข้อเท็จจริงที่ได้ต้องสกัดมาจากความเป็นเหตุเป็นผลโดยแท้ (pure reason) ซึ่งผ่านกระบวนการสังเกตการณ์ และการให้เหตุผลแบบนิรนัยอย่างเป็นตรรกะ (logical deduction)¹⁷

¹⁶ Suri Ratnapala, *Jurisprudence* (Cambridge University Press 2017) 25-30.

¹⁷ ความคิดเกี่ยวกับกฎหมายที่ตั้งบนฐานของประจักษ์นิยมเชิงตรรกะเริ่มพัฒนาและเป็นระบบโดยรับเอาปรัชญาของ David Hume และ Immanuel Kant มาปรับใช้กับการศึกษากฎหมาย, see *ibid* 30.

นักกฎหมายฝ่ายปฏิฐานนิยมจึงมุ่งเน้นที่การตอบคำถามว่า “อะไรคือกฎหมาย” และ “อะไรเป็นสิ่งบ่งชี้ความสมบูรณ์ (validity) ของกฎหมาย” และ “ความชอบธรรมของกฎหมายวัดจากอะไร” เท่านั้น ส่วนคำถามว่า “กฎหมายที่ดีคืออะไร” เป็นการศึกษาด้านศีลธรรมซึ่งอยู่นอกแดนของการศึกษากฎหมาย

3.1.1 สำนักกฎหมายปฏิฐานนิยมแบบคลาสสิก (Classical Legal Positivism)

สำนักกฎหมายปฏิฐานนิยมแบบคลาสสิกได้รับอิทธิพลความคิดจากนักกฎหมายในระบบคอมมอนลอว์ คือ เจเรมี เบนแธม (Jeremy Bentham) และ จอน ออสติน (John Austin) โดยสำนักกฎหมายปฏิฐานนิยมคลาสสิกเสนอใจความสำคัญความคิดของตนว่าประกอบด้วย 3 องค์ประกอบ คือ (1) ทฤษฎีการแบ่งแยกระหว่างกฎหมายและศีลธรรม (separability thesis) (2) กฎหมายเป็นระบบของกฎเกณฑ์ที่มีอำนาจบังคับ (law as a command) และ (3) กฎหมายมีป้อเกิดจากรัฐาธิปไตย¹⁸ ซึ่งเห็นได้จากความคิดของนักปรัชญาและนักกฎหมายอังกฤษ ดังต่อไปนี้

เจเรมี เบนแธม (Jeremy Bentham) ให้นิยาม “กฎหมาย” ว่า “สิ่งต่าง ๆ ที่เป็นสัญญาที่รัฐาธิปไตยแสดงเจตจำนงเหนือรัฐหนึ่ง ๆ ว่าการกระทำใด ในพฤติการณ์ใด โดยบุคคลหรือกลุ่มบุคคลใด ต้องตกอยู่ใต้บังคับของอำนาจของรัฐาธิปไตยบ้าง ซึ่งคำประกาศแสดงสัญญาดังกล่าวจะมีผลสมบูรณ์ต่อเมื่อส่งผลให้บุคคลหรือกลุ่มบุคคลดังกล่าวปฏิบัติตาม หรือบรรลุป่าหมายที่ตั้งใจไว้”¹⁹

เห็นได้ว่ากฎหมายในความคิดของเบนแธมมีคุณสมบัติเกี่ยวกับสภาพบังคับ (coercive) เข้ามาประกอบด้วย ในส่วนนี้เบนแธมเห็นว่าป้อเกิดของกฎหมายคือรัฐาธิปไตย การพิจารณาว่าผู้ใดหรือกลุ่มบุคคลใดเป็นรัฐาธิปไตยนั้น ต้องพิจารณาว่าสังคมหนึ่ง ๆ ให้ความเคารพยำเกรง ซึ่งสนองต่อความต้องการปกครองสังคมการเมืองนั้น ๆ ของบุคคลนั้นหรือกลุ่มบุคคลนั้นหรือไม่ ดังนั้น กฎหมายจะเป็นกฎหมายได้ต่อเมื่อมีอำนาจบังคับของรัฐาธิปไตยมาตรวจตราและลงโทษผู้กระทำฝ่าฝืนด้วย ในทำนองเดียวกับความคิดของโทมัส ฮอบส์ (Thomas Hobbes) ที่มองว่า อำนาจบังคับของกฎหมายต้องไหลเวียนมาจากอำนาจของรัฐาธิปไตยเป็นสิ่งที่ทำให้บรรทัดฐานทางกฎหมายมีผลสมบูรณ์

เหตุที่เบนแธมมีมุมมองต่อกฎหมายในทำนองดังกล่าวมีผลมาจากการมองว่ากฎหมายในระบบคอมมอนลอว์เป็นสิ่งเทียมที่สังคมสร้างขึ้นไม่ใช่เป็นเจตจำนงในทางนิติบัญญัติของรัฐาธิปไตย (legislative will of a sovereign) ซึ่งเขาเห็นว่าระบบกฎหมายคอมมอนลอว์เป็นระบบที่กฎเกณฑ์ไม่จำเป็นต้องประกาศใช้ (unpromulgated) และไม่ต้องถูกประมวลให้เป็นระบบ (uncodified)²⁰ เขาจึงเชื่อว่ากฎหมายควรมาจากเจตจำนงทางนิติบัญญัติของรัฐาธิปไตย และจัดทำเป็นประมวล เนื่องจากจะทำให้กฎเกณฑ์มีความมั่นคงแน่นอน

ในด้านศีลธรรมนั้น เบนแธมแยก “ความดี” ออกจาก “พันธะหน้าที่” ซึ่ง “ความดี” นั้น อธิบายได้ในได้ว่าหมายถึงความพึงพอใจและภาวะที่ปราศจากความทุกข์ทรมาน ในขณะที่ “พันธะหน้าที่” คือการกระทำที่บุคคลถูกตั้งเงื่อนไขให้กระทำ ซึ่งอาจทำให้เกิดความพึงพอใจ (pleasure) หรือความทุกข์ทรมาน (pain) ก็ได้ดังนั้น คำตอบของเบนแธมเกี่ยวกับว่า “กฎหมายที่ควรเป็นคืออะไร” หรือ “อะไรคือกฎหมายที่ดี” หรือ “อะไรคือกฎหมายที่เป็นธรรม” ย่อมอยู่ในทำนองที่ว่า กฎหมายนั้นต้องให้ประโยชน์สูงสุดแก่สังคม ตามหลักอรรถประโยชน์นิยม (principle of utility)²¹ และเขาเห็นว่ากฎหมายที่ออกโดยรัฐาธิปไตยก่อให้เกิดประโยชน์สูงสุดต่อส่วนรวม (public utility) มากกว่ากฎหมายแบบคอมมอนลอว์

ความคิดเกี่ยวกับรัฐาธิปไตย เบนแธมเห็นว่ายังมีกฎเกณฑ์ที่สูงกว่า (transcendent laws) บางประการที่ผูกมัดรัฐาธิปไตยอยู่ แต่เป็นกฎเกณฑ์ศีลธรรมแบบปฏิฐานนิยม (rules of positive morality) เนื่องจากอำนาจของ

¹⁸ Ibid 30; and Anthony J. Sebok, ‘Misunderstanding Positivism,’ (1995) 93 Mich. L. Rev. 2954, 2063-66.

¹⁹ Jeremy Bentham, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation* (1970) 1.

²⁰ Ibid 298.

²¹ Shirley Robin Letwin, *On the History of the Idea of Law* (Cambridge University Press 2009) 153-166.

รัฐอธิปไตยไม่อาจถูกจำกัดได้โดยกฎหมายปฏิธานนิยมทางโลกได้ หากมีสิ่งอื่นที่มีอำนาจเหนือกว่ารัฐอธิปไตยยอมขัดแย้งกับสถานะสูงสุดของรัฐอธิปไตยเสียเอง

จอห์น ออสติน (John Austin) ให้นิยามกฎหมายอย่างง่ายและแคบที่สุด (law properly so called) ว่า หมายความว่าถึง “กฎเกณฑ์ที่ผู้ปกครองบังคับกับผู้อยู่ใต้ปกครอง”²² เนื่องจากเขาเห็นว่าการศึกษากฎหมายไม่รวมการประเมินคุณค่าความดีงามเนื่องจากเป็นเรื่องของจริยศาสตร์ และกฎหมายควรหมายถึงกฎหมายทางโลกเท่านั้น (temporal law)

ทฤษฎีที่สำคัญของออสตินคือทฤษฎีการบังคับของกฎหมาย (command theory of law) ซึ่งมีส่วนผสมเกี่ยวกับเจตจำนงของรัฐอธิปไตยเช่นเดียวกับแนวคิดของเบนแธม สิ่งที่แยกคำสั่งคำสั่งที่เป็นกฎหมายออกจากคำสั่งคำสั่งที่ไม่ใช่กฎหมาย คือ (1) คำสั่งนั้นมีบทลงโทษตามมา และ (2) คำสั่งนั้นเป็นการทั่วไป²³ และออสตินได้พัฒนาความคิดเกี่ยวกับรัฐอธิปไตยต่อจากเบนแธม กล่าวคือ บุคคลใดจะเป็นรัฐอธิปไตยได้ บุคคลนั้นต้องมีคุณสมบัติ 5 ประการดังต่อไปนี้ ได้แก่ (1) บุคคลนั้นเป็นมนุษย์ที่มีสถานะเหนือกว่าผู้อื่น และสามารถระบุด่วนได้ (2) ประชากรส่วนใหญ่ให้ความเคารพบุคคลนั้นเป็นปกติวิสัย (3) บุคคลนั้นไม่จำเป็นต้องปฏิบัติตามคำสั่งคำสั่งของบุคคลอื่นเป็นปกติวิสัย (4) บุคคลนั้นไม่อาจถูกจำกัดอำนาจโดยกฎหมายได้ และ (5) คุณสมบัติข้างต้นแบ่งแยกไม่ได้ (indivisible)²⁴

ออสตินมีความคิดเกี่ยวกับศีลธรรมแบบปฏิธานนิยมเช่นเดียวกัน แต่อธิบายเอาไว้แตกต่างกับเบนแธม กล่าวคือ ในความคิดของออสติน เมื่อกฎหมายปฏิธานนิยมเป็นกฎหมายทางโลก ศีลธรรมแบบปฏิธานนิยมก็ย่อมมาจากทางโลกด้วยเช่นกัน ซึ่งศีลธรรมทางโลกมาจากการที่สาธารณชนหรือคนส่วนใหญ่ยึดถือคุณค่าหรือคิดเห็นร่วมกัน หรือที่เรียกว่า “ธรรมเนียมปฏิบัติ” แต่ธรรมเนียมปฏิบัติดังกล่าวย่อมไม่ใช่กฎหมาย เป็นเพียงแต่คุณค่าทางศีลธรรม ไม่ใช่กฎเกณฑ์ทางศีลธรรม และรัฐอธิปไตยมีพันธะต้องเคารพปฏิบัติตามกฎหมายพระเจ้าเท่านั้น และในกรณีที่กฎหมายปฏิธานนิยมขัดกับกฎเกณฑ์ศีลธรรม กฎหมายปฏิธานนิยมย่อมมีผลบังคับเหนือกว่าในทางกฎหมาย ส่วนในทางการเมืองนั้นเป็นสิ่งที่สังคมต้องแสวงหาข้อสรุปกันเอง²⁵ ในทำนองเดียวกัน หากกฎหมายมนุษย์ขัดกับกฎหมายพระเจ้า ในทางกฎหมายแล้วไม่ได้แปลว่ากฎหมายมนุษย์ไม่มีผลบังคับผูกพันหรือไม่ใช่กฎหมายเสียเลย แต่เป็นเรื่องไร้สาระ (stark nonsense) เท่านั้น²⁶

สำนักกฎหมายปฏิธานนิยมแบบคลาสสิกมุ่งเน้นให้การให้เหตุผลทางกฎหมาย (legal reasoning) เป็นสิ่งที่ควบคุมผลทางกฎหมาย (legal results) ของรัฐอธิปไตย และควบคุมกำหนดไม่ให้ประชาชนใช้สิทธิเสรีภาพของตนให้เป็นภัยต่อสิทธิเสรีภาพของผู้อื่น (*sic utere*) และเห็นได้เช่นกันว่าความคิดนิติศาสตร์ปฏิธานนิยมแบบคลาสสิกยังไม่มุ่งเน้นที่กฎหมายในฐานะศาสตร์อันบริสุทธิ์อย่างหนึ่ง²⁷

3.1.2 สำนักกฎหมายปฏิธานนิยมสมัยใหม่

สำนักกฎหมายปฏิธานนิยมเฟื่องฟูในสหรัฐอเมริกาในเวลาต่อมาจนเกิดเป็นศาสตร์อันบริสุทธิ์ (pure science of law) ที่แยกต่างหากจากสาขาอื่น และมีแก่นความคิดอยู่ที่จิตนิยมอุตรวิสัย (transcendental idealism) และความเชื่อว่านักกฎหมายสามารถใช้กฎหมายโดยไม่ต้องคำนึงถึง “กฎหมายที่ควรเป็น” ได้ และเห็นว่าปฏิธานนิยมเกิดจากความเชื่อว่ากฎหมายมีความสมบูรณ์ในตัวเอง ผู้พิพากษาและนักกฎหมายเพียงแต่นำถ้อยคำของกฎหมายมา

²² John Austin, *The Province of Jurisprudence Determined* (1984).

²³ *ibid* 60.

²⁴ *ibid* 272-76; Ratnapala (n 17) 46-50.

²⁵ Ratnapala (n 17) 51.

²⁶ John Austin, *The province of jurisprudence determined* (Cambridge University Press 1995) 158.

²⁷ Sebok (n 19) 2093.

ถ่ายทอดเท่านั้น²⁸ ทั้งนี้เพื่อ “ความสม่ำเสมอ” ของการตัดสินพิพากษา โดยนักกฎหมายปฏิฐานนิยมที่มีอิทธิพลต่อความคิดดังกล่าว คือ

ฮันส์ เคลเซน (Hans Kelsen) ให้นิยามความเป็น “ปฏิฐานนิยม” ของกฎหมายเอาไว้ว่า กฎหมายจะเป็นปฏิฐานนิยมได้ต่อเมื่อมีข้อเท็จจริงว่า “กฎหมายนั้นสร้างขึ้นและเพิกถอนโดยการกระทำของมนุษย์ กฎหมายจึงไม่ผูกพันกับศีลธรรมหรือบรรทัดฐานทางสังคมอย่างใด จุดนี้เองที่เป็นความแตกต่างของกฎหมายปฏิฐานนิยมและกฎหมายธรรมชาติซึ่งมองว่าบรรทัดฐานของสังคมเป็นเจตจำนงของธรรมชาติหรือเหตุผลอันบริสุทธิ์

ความคิดดังกล่าวส่งผลไปยังทฤษฎีบริสุทธิ์แห่งกฎหมาย (Pure Theory of Law) ซึ่งแยกความรู้ความเข้าใจในกฎหมายปฏิฐานนิยมออกจากปัจจัยภายนอกอื่น ๆ โดยความรู้ความเข้าใจดังกล่าวต้องอยู่บนฐานความเข้าใจว่าศาสตร์แห่งกฎหมายต้องแยกจากปรัชญาเกี่ยวกับความยุติธรรมและสังคมวิทยา รวมทั้งสภาพสังคมและอื่น ๆ”²⁹ และทฤษฎีนี้เป็นวิธีการคิด (mode of thought) อย่างหนึ่งเท่านั้น เนื่องจากเคลเซนเห็นว่าปรัชญาเกี่ยวกับความยุติธรรมเป็นการตัดสินให้คุณค่าที่ได้รับอิทธิพลจากปัจจัยที่เป็นอัตวิสัยอื่น ๆ ทฤษฎีบริสุทธิ์แห่งกฎหมายเป็นทฤษฎีเกี่ยวกับกฎหมายปฏิฐานนิยมโดยทั่วไปที่พยายามตอบคำถามว่า “กฎหมายคืออะไร” เท่านั้น หรือที่เรียกว่าเป็น “ศาสตร์แห่งกฎหมาย” (science of law หรือ jurisprudence)³⁰

“กฎหมาย” ในความคิดของเคลเซน คือ “การที่กฎเกณฑ์ว่าไว้หรือตั้งเงื่อนไขเกี่ยวกับการกระทำของมนุษย์ที่อาจจะเกิดขึ้น เพื่อให้มนุษย์มีพฤติกรรมสอดคล้องตามเจตจำนงของคำสั่ง และคำสั่งจะไม่มีผลทางกฎหมายหากปราศจากมติด้านจิตวิทยาดังกล่าว”³¹ และเห็นว่า “บรรทัดฐาน” (norm) คือ “สิ่งที่ควรทำหรือไม่ควรทำ” ซึ่งอยู่ในโลกไอดีเดียว บรรทัดฐานจะเป็นข้อเท็จจริงในโลกกายภาพได้ต่อเมื่อเป็นสิ่งกายภาพอย่างหนึ่งอันเป็นผลจากสิ่งกายภาพอีกอย่างหนึ่ง บรรทัดฐานทางกฎหมายที่เกิดขึ้นจากบรรทัดฐานทางกฎหมายที่สมบูรณ์อีกบรรทัดฐานหนึ่งที่มีความชัดเจนกว่าบรรทัดฐานทางศีลธรรมอยู่มากกว่าที่มาหรือต้นสายปลายเหตุเป็นอย่างไร บรรทัดฐานทางกฎหมายจึงเป็นข้อเท็จจริงทางกายภาพ

เคลเซนเห็นว่าความสมบูรณ์ (validity) ของกฎหมายเกิดจากบรรทัดฐานชั้นสูงกว่าที่ให้อำนาจกฎหมายดังกล่าว และเมื่อไล่ลำดับขึ้นไป บรรทัดฐานทางกฎหมายทั้งระบบจะต้องสมบูรณ์หากมีรากเหง้ามาจากกฎเกณฑ์พื้นฐาน (Grundnorm or Basic norms) ซึ่งเป็นสิ่งที่เคลเซนสันนิษฐานไว้ (presupposed) เพื่อสร้างทฤษฎีของตนเท่านั้น และให้สันนิษฐานว่าสมบูรณ์ถูกต้องอยู่เสมอ โดยความถูกต้องสมบูรณ์กฎเกณฑ์พื้นฐานนี้ไม่อยู่ในข่ายที่มนุษย์สามารถให้ความหมายทางกฎหมายได้ และไม่ใช่ว่าพระเจ้าหรือธรรมชาติด้วยเช่นกัน คำอธิบายที่ว่า “บุคคลต้องปฏิบัติตามกฎหมาย เพราะกฎหมายนั้นมีผลสมบูรณ์” จึงเป็นมุมมองแบบนิติศาสตร์โดยแท้ ไม่ใช่จากมุมมองด้านศีลธรรมหรือศาสนา

อย่างไรก็ดี เคลเซนไม่ได้ปฏิเสธความคิดเกี่ยวกับ “กฎหมายที่ควรเป็น” (oughts) เสียทีเดียว เนื่องจากกฎเกณฑ์พื้นฐานกล่าวไว้ว่าผู้คนมีหน้าที่ต้องยอมรับปฏิบัติตามกฎเกณฑ์พื้นฐานที่มีผลสมบูรณ์ สมมติฐานของหลักดังกล่าวจึงมีมิติสังคมวิทยาของกฎหมายอยู่ด้วย แต่มิตินี้ต้องไม่นำมาใช้ศึกษาด้านกฎหมาย³² และเคลเซนยังอธิบายว่า “บรรทัดฐาน” คือ สิ่งที่ควรเป็น (ought to be) หรือสิ่งที่ควรจะเกิด (ought to happen) ซึ่งเป็นเรื่องนอกเขต

²⁸ Morris R. Kohen, ‘Positivism and the Limits of Idealism in the Law’ (1927) 27 Colum. L. Rev. 237 cited in Anthony J. Sebok, *Legal Positivism in American Jurisprudence* (Cambridge University Press 2009) 40.

²⁹ Henry Cohen, ‘Kelsen’s Pure Theory of Law’ (1981) 26 Catholic Lawyer 147.

³⁰ Tim Murphy, ‘Hans Kelsen’s Pure Theory of Law’ (2004) *Western Jurisprudence* 251.

³¹ Hans Kelsen, *General Theory of Law and State* (1945) 53.

³² Hans Kelsen, *Pure Theory of Law* (University of California Press 1967) cited in Liam Murphy, *What Makes Law: An Introduction to the Philosophy of Law* (Cambridge University Press 2014) 29.

แดนกฎหมายอยู่แล้ว หากไม่ตั้งสมมติฐานเอาไว้เช่นนี้ก็ย่อมไม่สามารถอธิบายระบบกฎหมายแท้จริงโดยปราศจากคำถามว่าอะไรผิดหรือถูกได้ จึงไม่จำเป็นต้องพยายามอธิบายความชอบธรรมของกฎเกณฑ์พื้นฐานแต่อย่างใด (cannot and need not be justified) และเป็นเหตุตั้งต้นของระบบกฎหมายทั้งหมด (First Cause of legal system)³³

ความคิดของเคลเซนข้างต้นตั้งอยู่บนฐานคิดของการศึกษาในเชิงวิทยาศาสตร์ด้วยเช่นกัน กล่าวคือ เคลเซนสนใจเพียงข้อเท็จจริง หรือ “สิ่งที่เป็นอยู่” ที่สามารถสืบหาที่มาหรือความเป็นเหตุเป็นผลได้โดยตรรกะของมนุษย์ ข้อเท็จจริงอย่างหนึ่งเป็นผลมาจากข้อเท็จจริงอีกอย่างหนึ่ง (causation) บรรทัดฐานทางกฎหมายย่อมเกิดขึ้นหรือเป็นผลได้จากบรรทัดฐานทางกฎหมายอื่น

เฮช แอล เอ ฮาร์ท H.L.A Hart เป็นนักคิดปฏิฐานนิยมที่ให้ความสำคัญกับทฤษฎีการแบ่งแย่ง (separability thesis)³⁴ ที่มีสาระสำคัญอยู่ที่การแยก “กฎหมายอย่างที่เป็นอยู่” (law as it is) กับ “กฎหมายที่ควรเป็น” (law as it ought to be) เพื่อใช้วิเคราะห์ความสมบูรณ์ของกฎหมาย กล่าวในอีกด้านหนึ่งได้ว่า ความสมบูรณ์ของกฎหมายไม่ได้ขึ้นอยู่กับคุณค่าหรือศีลธรรมใด ๆ แต่กฎหมายสมบูรณ์ในตัวเอง และการศึกษากฎหมายแบบปฏิฐานนิยมมุ่งเน้นเพื่อแสวงหาความเป็นจริงตามที่เป็นอยู่เท่านั้นเหมือนข้อเท็จจริงทางสังคมอื่น ๆ³⁵ ด้วยเชื่อว่าการศึกษากฎหมายโดยไม่มีปัจจัยอื่นเจือปนเป็นการศึกษาหาความจริง (truism) เพื่อให้ได้ความจริงที่กว้างขวางยิ่งกว่าเดิม³⁶

หลักคิดที่สำคัญอีกประการของฮาร์ทคือ เกณฑ์การรับรอง (Rule of Recognition) ซึ่งเป็นตัวบ่งชี้ความสมบูรณ์ของกฎหมายแตกต่างกันตามประเภทของกฎเกณฑ์ กล่าวคือกฎเกณฑ์อยู่ 2 ประเภท คือ กฎเกณฑ์ปฐมภูมิ (primary rules) และกฎเกณฑ์ทุติยภูมิ (secondary rules) โดยกฎเกณฑ์ปฐมภูมิจะมีผลสมบูรณ์ได้ต่อเมื่อผ่านเกณฑ์การรับรอง 2 ประการ คือ (1) พลเมืองยอมรับปฏิบัติตาม และ (2) เจ้าหน้าที่ของรัฐยึดถือเป็นแนวปฏิบัติ ในขณะที่กฎเกณฑ์ทุติยภูมิจะมีผลสมบูรณ์ต่อเมื่อ (1) รัฐสภาเป็นผู้ตรากฎหมาย และ (2) ศาลพิจารณาแล้วเห็นว่ากฎหมายมีผลบังคับใช้ได้ ความรับรองดังกล่าวไม่ต้องการคำสั่งจากผู้ใด หากแต่เป็นการปฏิบัติตามทฤษฎีภายใน (internal point of view) ของบุคคลเหล่านั้น³⁷

เห็นได้ว่า ฮาร์ทมองว่า “ความยอมรับ” เป็นฐานของระบบกฎหมาย ความสมบูรณ์ (validity) ของกฎหมายฉบับหนึ่งจึงต่างจากประสิทธิผล (efficacy) ของระบบกฎหมาย ซึ่งระบบกฎหมายยังดำเนินต่อไปได้ตราบเท่าที่ผ่านเกณฑ์การรับรองกฎเกณฑ์ปฐมภูมิ และระบบกฎหมายจะผ่านเกณฑ์การรับรองได้ย่อมเป็นกฎหมายที่ประกันความมั่นคงปลอดภัยของชีวิต เสรีภาพ ทรัพย์สิน และการทำสัญญา³⁸ บรรทัดฐานทางศีลธรรมจึงอาจเป็นสิ่งที่นักกฎหมายหรือผู้พิพากษาใช้ได้ หากระบบกฎหมายเปิดช่องว่างให้นักกฎหมายหรือผู้พิพากษามีอำนาจดังกล่าว ทำให้เห็นได้ว่าความคิดของฮาร์ทมีมิติทางสังคมรวมอยู่ด้วย และฮาร์ทยอมรับว่ากฎหมายตามความเป็นจริงอาจถูกประเมินว่ามีคุณค่าทางศีลธรรมมากน้อยเพียงใดได้ แต่ไม่ใช่ในขอบเขตของการศึกษาแบบปฏิฐานนิยม³⁹

จากที่ได้พิจารณาไปเบื้องต้น กล่าวได้ว่าสมมติฐานของนักกฎหมายฝ่ายปฏิฐานนิยมคือการแบ่งแยกกฎหมายออกจากศีลธรรม ในนัยที่ว่า ศีลธรรมหรือปัจจัยภายนอกอย่างอื่นไม่ใช่สิ่งบ่งชี้ว่าอะไรคือกฎหมาย⁴⁰ และไม่มีผลต่อ

³³ ibid 4-5; Ratnapala (n 17) 70.

³⁴ H.L.A Hart. 'Positivism and the Separation of Law and Morals' (1958) 71 Harvard Law Review 593.

³⁵ Alexander Somek, 'The Spirit of Legal Positivism' (2011) 12 German Law Journal 729, 733-34.

³⁶ ibid 621.

³⁷ H.L.A Hart, *The Concept of Law* (Oxford University Press 1994) 110-16.

³⁸ ibid 199.

³⁹ ibid 185-86.

⁴⁰ Liam Murphy, *What Makes Law: An Introduction to the Philosophy of Law* (Cambridge University Press 2014) 23.

ความสมบูรณ์ของกฎหมาย (legal validity) เพราะเชื่อว่าการศึกษากฎหมายเช่นนี้เป็นวิธีอย่างวิทยาศาสตร์ (scientific approach) ไม่ใช่การศึกษาบทบาทของกฎหมายในสังคมเพื่อการศึกษากฎหมายโดยแท้ และสิ่งที่นักคิดสำนักปฏิฐานนิยมเห็นตรงกันในขั้นต่ำที่สุดคือการมองว่ากฎหมายเป็นชุดของกฎเกณฑ์ (system of rules)

3.2 นิติศาสตร์แบบรูปนัยนิยม (Legal Formalism)

นิติศาสตร์แบบรูปนัยนิยมเป็นการศึกษากฎหมายในเชิงรูปแบบมุ่งเน้นไปที่การลดความเป็นอัตวิสัยในกฎหมายและเพิ่มความเป็นภาวะวิสัยของกฎหมาย โดยแต่เดิมนักกฎหมายมีหน้าที่สกัดหลักกฎหมายมาจากข้อมูลและคติความต่าง ๆ ที่บันทึกไว้ เมื่อได้หลักการอย่างกว้างแล้วจึงจะตีความหรือวิเคราะห์กฎเกณฑ์ต่าง ๆ ตามหลักการเหล่านั้นต่อไปได้ ภายหลังจากที่ผ่านกระบวนการแสวงหาข้อเท็จจริงแล้ว นักกฎหมายต้องหยิบยกหลักกฎหมายพื้นฐานและกฎเกณฑ์ต่าง ๆ ที่ผ่านการคิดวิเคราะห์ทางตรรกะมาใช้ได้เท่านั้นเพื่อให้เกิดผลที่ถูกต้อง⁴¹ ในขณะที่นักกฎหมายร่วมสมัยบางท่านอธิบายว่ากฎหมายเชิงรูปแบบหมายความว่า “อำนาจบังคับของถ้อยคำ” กล่าวคือ กฎหมายจะเป็นกฎหมายได้ต่อเมื่อมีความเป็นรูปแบบช่วยบังคับให้กฎหมายเป็นสอดคล้องกับเจตนารมณ์ของผู้ร่าง ผู้พิพากษาไม่มีอำนาจตีความไกลเกินกว่าถ้อยคำหรือบริบทของกฎหมายนั้น ความเป็นทางการจึงเป็นสิ่งที่ควบคุมไม่ให้ผู้พิพากษานำเอาคุณค่าหรือความรู้สึกส่วนตัวเข้าไปปนเมื่อตีความกฎหมาย (decision making according to rule) แม้การตีความในเชิงรูปแบบอาจดูตื้นเขินและแข็งกระด้าง แต่ก็ช่วยจำกัดผู้พิพากษาไม่ให้ใช้อำนาจไปในทางที่ไม่ชอบได้ (judicial constraints) ทั้งนี้ เพื่อธำรงหลักกฎเกณฑ์แห่งกฎหมาย⁴²

แนวคิดของการตีความกฎหมายในเชิงรูปนัยจึงมีสาระสำคัญอยู่ที่ “ผู้มีอำนาจใช้กฎหมายที่ปราศจากการกำกับควบคุม” อันมีรากฐานมาจากความคิดแบบเสรีนิยมที่ต้องการควบคุมการใช้อำนาจ เนื่องจากสำนักกฎหมายฝ่ายนี้มองว่าหากผู้มีอำนาจใช้กฎหมายโดยไม่ถูกควบคุม ย่อมเป็นภัยต่อความเป็นกลางและความเป็นภาวะวิสัยของกฎหมายนั่นเอง⁴³

4. วิเคราะห์และทบทวน *Constitutional Bricolage: Thailand's Sacred Monarchy vs. The Rule of Law*

4.1 ข้อวิพากษ์ของเออเชนี เมรีโอ ต่อทฤษฎีการปลูกถ่ายทางกฎหมาย

4.4.1 ทฤษฎีการปลูกถ่ายทางกฎหมายเป็นนิติศาสตร์ปฏิฐานนิยมจริง

อลัน วัตสัน (Alan Watson) เป็นผู้คิดค้นแนวคิดการปลูกถ่ายทางกฎหมายในบริบทของการศึกษากฎหมายเปรียบเทียบ⁴⁴ โดยแนวทางการศึกษากฎหมายของเขาคือการศึกษาเชิงประวัติศาสตร์ ในขณะที่วิธีศึกษากฎหมายเปรียบเทียบของวัตสันอยู่ที่การศึกษาความสัมพันธ์ของระบบกฎหมายสองระบบ คือ ผู้รับ (donee) และผู้ถ่าย (donor) โดยมองว่ากฎหมายที่รับมานั้นไม่จำเป็นต้องมีความเชื่อมโยงอย่างใดกับสังคมของประเทศผู้รับก็ได้⁴⁵ เนื่องจากการศึกษาเปรียบเทียบดังกล่าวนี้เป็นการเปรียบเทียบ “กฎเกณฑ์” (legal rules) เท่านั้น จึงไม่รวมจิตวิญญาณของระบบกฎหมาย⁴⁶ เห็นได้ว่าวิธีการศึกษาของวัตสันเป็นที่ประจักษ์ว่ามีแนวทางแบบปฏิฐานนิยมและปฏิเสธไม่ใช้มิติ

⁴¹ Michael Robertson, *Stanley Fish on Philosophy, Politics and Law: How Fish Works* (Cambridge University Press 2014) 206-07.

⁴² *ibid* 210-212.

⁴³ *ibid* 179.

⁴⁴ Watson (n 9).

⁴⁵ John W. Cairns, ‘Watson, Walton, and the History of Legal Transplants’ (2013) 41 GA. J. INT’L & COMP. L. 637.

⁴⁶ Alan Watson, *Legal transplants and European Private Law* (Belgrade 2006).

ทางสังคมในทฤษฎีการปลูกถ่ายทางกฎหมาย อย่างไรก็ตาม สิ่งที่ว่าต้นตอคือการหยิบยืมกฎเกณฑ์ของกฎหมายโรมัน โดยเฉพาะ *Corpus Juris Civilis* มาปลูกถ่ายในประเทศต่าง ๆ ในภูมิภาคยุโรป และกลายเป็นรากฐานของระบบกฎหมายในภูมิภาคยุโรปจนปัจจุบัน⁴⁷

ในขณะเดียวกัน ทฤษฎีการปลูกถ่ายทางกฎหมายได้รับคำวิพากษ์วิจารณ์อย่างแพร่หลายด้วยเช่นกัน เป็นต้นว่า โรเบิร์ต บี. ซีตแมน (Robert B. Seidman) เห็นว่าแนวทางการศึกษากฎหมายเปรียบเทียบดังกล่าวเป็นวิธีอย่างสำนักปฏิฐานนิยมที่ละไม่นำปัจจัยด้านสังคมอื่น ๆ มาพิจารณาประกอบด้วย⁴⁸ ทำนองเดียวกัน ออทโท คาห์น-ฟรอนด์ (O. Kahn Freund) ได้วิพากษ์ทฤษฎีการปลูกถ่ายทางกฎหมายว่าการศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายโดยปราศจากบริบทเช่นนี้เป็นการศึกษากฎหมายด้วยจิตวิญญาณที่เป็นนิติศาสตร์ล้วน (legalistic spirit) โดยไม่สนใจบริบทแวดล้อมใด ๆ⁴⁹

ปีแอร์ เลอกรองด์ (Pierre Legrand) เป็นนักคิดที่โต้แย้งทฤษฎีการปลูกถ่ายทางกฎหมายอย่างแข็งขัน กล่าวคือ เขาเชื่อว่าความหมายที่มนุษย์ให้กับสิ่งหนึ่ง ๆ ไม่ถ่ายทอดจากวัฒนธรรมหนึ่งไปสู่อีกวัฒนธรรมหนึ่งได้หากไม่มีการแปลความหมาย (transliterate) โดยวัฒนธรรมผู้รับได้ ดังนั้น กฎหมายหนึ่ง ๆ ที่ได้รับมามาย่อมผ่านการ “ประนีประนอม” ทางด้านสังคมและวัฒนธรรมมาก่อนแล้ว นักกฎหมายเปรียบเทียบทั้งหลายจะเข้าใจความละเอียดลึกซึ้งของระเบียบทางกฎหมายของระบบกฎหมายอื่นได้ต่อเมื่อศึกษากฎหมายในฐานะที่เป็นโลกทัศน์อย่างหนึ่ง ไม่ใช่เพียงแต่ระบบของกฎเกณฑ์⁵⁰ เขาจึงสรุปว่ากฎหมายเป็นกฎเกณฑ์ที่ต้องพึ่งบริบท (context-dependent) เสมอ การปลูกถ่ายทางกฎหมายจึงไม่อาจเกิดขึ้นได้ สิ่งที่ถ่ายทอดได้มีเพียงแต่ถ้อยคำเปล่า ๆ (meaningless form of words) เท่านั้น⁵¹

ในเบื้องต้น เห็นได้ว่าทฤษฎีการปลูกถ่ายทางกฎหมายแสดงให้เห็นถึง 2 ขั้นตอน คือ (1) ถ้อยคำหรือบทบัญญัติของกฎหมายจากวัฒนธรรมหนึ่งซึ่งปลูกถ่ายลงในอีกวัฒนธรรมหนึ่งเป็นอย่างไร และ (2) ผลของการปลูกถ่ายเป็นอย่างไร ซึ่งการมองเช่นนี้จะเห็นได้ว่าในส่วนที่ทูกวิพากษ์วิจารณ์ว่าเป็นการศึกษานิติศาสตร์แบบปฏิฐานนิยมเชิงรูปธรรมคือขั้นที่ (1) นั้นเอง

เมื่อพิจารณาถึงทฤษฎีการปลูกถ่ายทางกฎหมายแนวทางของอลัน วัตสัน นั้นชัดเจนว่ามีแนวทางในการศึกษานิติศาสตร์แบบบริสุทธ์ที่ทำงานองเดียวกับนักคิดสำนักปฏิฐานนิยมในยุคใหม่ กล่าวคือ วัตสันเห็นว่า (1) ต้องศึกษาโดยแยกนิติศาสตร์บริสุทธ์ออกจากปัจจัยอื่น (2) ระบบกฎหมายเป็นระบบปิดที่สมบูรณ์ ดำรงอยู่ด้วยตนเองได้ และ (3) กฎหมายคือระบบของกฎเกณฑ์ต่าง ๆ ทำให้กลไกของทฤษฎีการปลูกถ่ายทางกฎหมายมีขอบเขตไม่กว้างขวางนัก อย่างไรก็ตาม อาจมองได้ว่าทฤษฎีการปลูกถ่ายทางกฎหมายทำหน้าที่ตามวัตถุประสงค์ของตนแล้ว เนื่องจากวัตสันตั้งใจศึกษาเพียงการเคลื่อนย้ายของกฎเกณฑ์ ผลที่ได้จากการศึกษาการเคลื่อนย้ายของกฎเกณฑ์ก็ย่อมได้ออกมาเท่าที่ตั้งใจไว้ คือ ความเหมือนหรือความต่างของกฎหมายที่นำมาเปรียบเทียบ จึงเป็นการศึกษาแบบเส้นตรง (linear) ที่สนใจเพียงความสัมพันธ์ระหว่างเหตุและผล (cause and effect) เท่านั้น ข้อวิพากษ์วิจารณ์ว่าวัตสันตั้งใจศึกษาการปลูกถ่ายของกฎหมายโดยไม่ได้พิจารณาถึงปัจจัยภายนอกกฎหมายอย่างอื่น (external forces) จึงเป็นข้อวิจารณ์ที่ไม่ผิดนัก

⁴⁷ William Ewald, ‘Comparative Jurisprudence (II): The Logic of Legal Transplants’ (1995) 43 *The American Journal of Comparative Law* 489, 498.

⁴⁸ R.B. Seidman, ‘Book Review’ (1975) 55 B.U. REV. 682 cited in John W. Cairns, ‘Watson, Walton, and the History of Legal Transplants’ (2013) 41 GA. J. INT’L & COMP. L. 637.

⁴⁹ O. Kahn-Freund, ‘On Uses and Misuses of Comparative Law’ (1974) 37 *The Modern Law Review* 1.

⁵⁰ Pierre Legrand, ‘The Impossibility of ‘Legal Transplants’’, [1997] MJ 4 111.

⁵¹ *ibid* 120.

4.4.2 บทบาทของทฤษฎีการปลูกถ่ายทางกฎหมายในการศึกษากฎหมายเปรียบเทียบ

ทฤษฎีการปลูกถ่ายทางกฎหมายสามารถใช้เป็นเบื้องต้นในการศึกษากฎหมายเปรียบเทียบได้ เนื่องจากการให้คำตอบต่อไปว่าผลของการปลูกถ่ายเป็นอย่างไร หรือกระบวนการปลูกถ่ายมีปัจจัยใดเข้าเกี่ยวข้องบ้าง ย่อมละไม่ได้ที่ต้องชี้ให้เห็นความ “ผิดแปลก” จากต้นฉบับของกฎเกณฑ์ที่รับมาก่อนเสมอ ซึ่งเออเชนี เมรีโอ ไม่ได้ปฏิเสธคุณค่าของการเปรียบเทียบกฎเกณฑ์แต่อย่างใด และเมื่อพิจารณาถึงงานวิชาการที่ศึกษากฎหมายเปรียบเทียบ การพิจารณาถึงการปลูกถ่ายหรือการหยิบยืมหลักกฎหมายเป็นองค์ประกอบที่สำคัญด้วยเช่นกัน เช่น *Abusive Constitutional Borrowing* ที่กล่าวถึงการหยิบยืม “โครงสร้างทางรัฐธรรมนูญแบบบรรทัดฐาน” (normative constitutional design) คือ รูปแบบและความคิดแบบเสรีนิยมประชาธิปไตย มาใช้บนโครงสร้างเฉพาะอันฝังลึก (deep empirical assumptions) ที่บ่อนทำลายเสรีนิยมประชาธิปไตยเสียเอง⁵² งานเขียนชิ้นนี้จึงชี้ให้เห็นลักษณะดาบสองคมของบรรทัดฐานของประชาธิปไตยแบบเสรีนิยมที่สามารถย้ายถิ่นโดยปราศจากเนื้อหาสาระอย่างที่โลกเสรีตั้งใจไว้ โดยศึกษาการหยิบยืมพร้อม ๆ กับวิเคราะห์บริบทแวดล้อมการของหยิบยืมดังกล่าว

ทฤษฎี constitutional bricolage เองก็ใช้ทฤษฎีการปลูกถ่ายทางกฎหมายเพื่อศึกษาที่มาที่ไปของบทบัญญัติทางรัฐธรรมนูญของประเทศไทยอย่างเลี่ยงไม่ได้ เนื่องจากการที่ผู้ร่างรัฐธรรมนูญไทยหยิบยืมหลักการทางรัฐธรรมนูญมาจากต่างประเทศเป็นข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น เช่น การตั้งศาลปกครองที่รับมาจากสาธารณรัฐฝรั่งเศสและสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีเยอรมนี และการตั้งศาลรัฐธรรมนูญที่รับมาจากสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี เป็นต้น อย่างไรก็ตาม เออเชนี เมรีโอ ไม่ได้หยุดเพียงเท่านั้น หากแต่คิดค้นวิธีศึกษารัฐธรรมนูญเปรียบเทียบที่มีมิติมากกว่าการมองแบบเส้นตรงเดี่ยวดังกล่าวด้วย ไม่ว่าจะด้วยการมองตามกระแสโลกหลังยุคสงครามเย็น บทบาทขององค์การระหว่างประเทศในการผลักดันหลักเสรีนิยมประชาธิปไตย และแรงจูงใจหรือผลประโยชน์ของตัวละครทางการเมืองภายในประเทศที่มีอิทธิพลต่อรัฐธรรมนูญไทย การศึกษาการปลูกถ่ายทางกฎหมายจึงมีความละเอียดลึกซึ้งมากยิ่งขึ้น เนื่องจากการศึกษา constitutional bricolage ได้เติมมิติด้านสังคม การเมือง และวัฒนธรรมเข้าไปด้วย

4.2 นิติศาสตร์ปฏิฐานนิยมกับรัฐธรรมนูญไทย

4.2.1 นักนิติศาสตร์อาจไม่ใช่ นักกฎหมายปฏิฐานนิยม

เออเชนี เมรีโอ ชี้ให้เห็นการเติมความหมายให้กับช่องว่างที่เรียกว่า “กฎเกณฑ์พื้นฐาน” ของนิติศาสตร์ปฏิฐานนิยมโดยนักกฎหมายไทย นักกฎหมายบางท่านมองว่าการรัฐประหารเป็นบ่อเกิดที่ขอบของระบบกฎหมายได้ โดยขยายเกี่ยวกับความชอบและความสมบูรณ์ของการรัฐประหารต่อไปโดยหยิบเอาหลักคิดอื่น ๆ มาสนับสนุนเพิ่มเติม ไม่ว่าจะเป็นอำนาจก่อตั้ง (constituent power) ความชอบของการปฏิวัติ (revolutionary legality) และการปฏิวัติสำเร็จ (*fait accompli*) มาอธิบายว่า เหตุใดคณะรัฐประหารจึงเป็นกฎเกณฑ์พื้นฐานของระบบกฎหมายได้ และมีอำนาจเปลี่ยนแปลงแก้ไขสาระสำคัญของรัฐธรรมนูญ (*Verfassung*) ได้โดยไม่ติดกรอบของรัฐธรรมนูญที่มีผลใช้อยู่ปัจจุบัน ในสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญไม่มีอำนาจเช่นนั้น เพราะอำนาจที่ร่างรัฐธรรมนูญอยู่นั้นเป็นเพียงอำนาจลำดับรองที่ได้รับมอบมาจากรัฐธรรมนูญฉบับที่ใช้อยู่ จึงไม่สามารถเขียนกฎหมายขัดกับสาระสำคัญของรัฐธรรมนูญนั้นได้

การนำทฤษฎีของเคลเซนที่มองว่า เมื่อระเบียบทางกฎหมายใหม่เข้าแทนที่ระเบียบทางกฎหมายเดิม (โดยวิธีการที่ระเบียบเก่าไม่ได้กล่าวถึง) ระเบียบกฎหมายเก่าย่อมสิ้นผลไปแล้ว ไม่ว่าจะการเกิดระเบียบทางกฎหมายใหม่จะชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ นั่นก็ไม่ผิดนักและเป็นเหตุเป็นผลในทางนิติศาสตร์ เพียงแต่นักกฎหมายไทยไม่หยุดนิยามและอธิบายสิ่งนอกเหนือระบบกฎหมาย และเป็นการสนับสนุนการรัฐประหารอย่างชัดแจ้ง (*blatantly*) ไปเสียทีเดียว

⁵² See Rosalind Dixon and David Landau, *Abusive Constitutional Borrowing: Legal Globalization and the Subversion of Liberal Democracy* (Oxford University Press 2021); See Rosalind Dixon and David Landau, ‘1989-2019: From democratic to abusive constitutional borrowing’ (2019) 17 International Journal of Constitutional Law 489.

หรือการปรับหลัก “กษัตริย์ไม่ทรงทำผิด” (The King can do no wrong) มาอธิบายว่าถึงสถานะปลอดความรับผิดชอบต่อสภา (irresponsibility) สถานะละเมิดมิได้ (inviolability) และความถูกต้องสมบูรณ์ในหน้าที่ว่ากษัตริย์เป็นตัวแทนประชาชน (infallibility)

ข้อสังเกตที่สำคัญ คือ หลักการที่นักกฎหมายไทยหยิบยืมมานั้นไม่ใช่ทฤษฎีกฎหมายแบบปฏิฐานนิยมที่มุ่งอธิบายว่ากฎหมายคืออะไร แต่เป็น “ความคิดของนักกฎหมายฝ่ายปฏิฐานนิยม” เกี่ยวกับ “ความชอบธรรมทางการเมืองหรือความเป็นเหตุเป็นผลทางการเมืองในระบบของตน” ในขณะที่แก่นของนิติศาสตร์แบบปฏิฐานนิยม (ซึ่งได้อธิบายไปแล้วในส่วนที่ 3) ตั้งใจจะประเด็นดังกล่าวเอาไว้เพื่อการศึกษากฎหมายในฐานะที่เป็นระบบอันสมบูรณ์ในตัวเองเท่านั้น การที่นักกฎหมายไทยนำความคิดของนักกฎหมายฝ่ายปฏิฐานนิยมจำนวนมากมาอธิบายความชอบธรรมแก่อำนาจนอกรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นเรื่องนอกระบบกฎหมายที่ความคิดแบบปฏิฐานนิยมปฏิเสธ (antithesis) การที่เออเชนี เมรีโอ นำตัวอย่างข้างต้นมาเพื่อสนับสนุนว่านักกฎหมายไทยมีความคิดเป็นปฏิฐานนิยมนั้นไม่ได้แสดงถึงบทบาทของนักกฎหมายปฏิฐานนิยมกระบวนการ constitutional bricolage ในประเทศไทยนัก

4.2.2 Constitutional bricolage โดยนักกฎหมายไทยเป็นเรื่องการเมือง ไม่ใช่เรื่องกฎหมาย

นิติศาสตร์แบบปฏิฐานนิยมมีคุณและมีโทษอยู่ในตัวมันเอง สภาพที่เป็นภาวะวิสัย เพิกเฉย (indifference) และเป็นนิรันดร์ (timeless) ของสำนักคิดปฏิฐานนิยมทำให้ภาพของระบบกฎหมายชัดเจนขึ้น เนื่องจากการตีความหรือศึกษากฎหมายโดยละที่ว่างเอาไว้ให้กับประเด็นศีลธรรมหรือความชอบธรรมที่เป็นเรื่องทางสังคม นิติศาสตร์แบบปฏิฐานนิยมจึงใช้ได้กับทุกบริบทอย่างแท้จริง และบทบาทของนักกฎหมายรัฐธรรมนูญไทยที่เออเชนี เมรีโอ ยกมานั้นเป็นการเติมเต็มช่องว่างที่นิติศาสตร์แบบปฏิฐานนิยมละไว้ จึงเห็นได้ว่าคุณค่าหรือความชอบธรรมเป็นสิ่งที่ฝ่ายการเมืองทั้งหลายพยายามช่วงชิงกัน ปรากฏเป็นปรากฏการณ์ทางการเมืองต่าง ๆ ที่เห็นในประเทศไทยปัจจุบัน

กฎเกณฑ์พื้นฐาน (Grundnorm or Basic norms) ที่เคลเซนสันนิฐานไว้โดยละไม่กล่าวถึงความชอบธรรมหรือความดีงามกลายเป็นพื้นที่ให้สังคมการเมืองให้ความหมาย “ความชอบธรรม” ตามที่ตนยึดถือ เช่น นักกฎหมายบางท่านมองว่าระบบกฎหมายมีบ่อเกิดอันชอบจากประชาชนเท่านั้น บ้างมองว่าระบบกฎหมายมีบ่อเกิดจากอำนาจปกครองที่แท้จริง ความคิดของนักกฎหมายสำนักกฎหมายปฏิฐานนิยมจำนวนมากจึงถูกนำมาใช้อธิบายโดยผนวกเข้ากับบริบทอย่างใดก็ได้ และความเชื่อเกี่ยวกับความเป็นปฏิฐานนิยมของกฎหมายส่งเสริมให้กฎหมายปฏิฐานนิยมเป็นเครื่องมืออันดีของการเมืองฝ่ายอนุรักษ์นิยม ระบอบอำนาจนิยมเกิดขึ้นได้ก็ไม่ใช่สิ่งแปลกใหม่ เนื่องจากฮาร์ทเคยวิพากษ์วิจารณ์ลอน ฟูลเลอร์ (Lon Fuller) ว่าเป็นนักกฎหมายเยอรมันสำนักปฏิฐานนิยมมีส่วนช่วยให้ระบอบนาซีเรื่องอำนาจเช่นกัน⁵³

อย่างไรก็ดี การวิเคราะห์เกี่ยวกับบทบาทของนักกฎหมายไทยของ เออเชนี เมรีโอ อาจทำให้เข้าใจได้ว่านิติศาสตร์แบบปฏิฐานนิยมเป็นตัวการที่ทำให้ความคิดของนักกฎหมายไทยเป็นไปในลักษณะดังกล่าว ทั้งที่สิ่งที่ยกมานั้นไม่ใช่ความคิดทางกฎหมายที่เป็นปฏิฐานนิยม แต่เป็นคำอธิบายทางการเมืองของนักกฎหมายเพื่อให้ความชอบธรรมกับระบบกฎหมายไปเสียทีเดียว สิ่งที่ เออเชนี เมรีโอ ต้องการชี้ให้เห็นว่าเป็น constitutional bricolage จึงน่าจะเป็นบทบาทของนักกฎหมายไทยในเรื่องการเมือง ซึ่งเป็นด้านที่ไม่เป็นทางการของรัฐธรรมนูญไทย มากกว่าบทบาทของความคิดนิติศาสตร์ปฏิฐานนิยมเชิงรูปนัย

5. บทสรุป

⁵³ Hart (n 26) 593.

Constitutional Bricolage: Thailand's Sacred Monarchy vs. The Rule of Law โดยเออเชนี เมรีโอ แสดงให้เห็นถึงการศึกษารัฐธรรมนูญเปรียบเทียบที่ช่วยสร้างองค์ความรู้ใหม่และขยายความรู้ความเข้าใจเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญได้มากยิ่งขึ้น โดยเฉพาะระเบียบทางรัฐธรรมนูญของประเทศไทยที่มีด้านที่ไม่เป็นทางการและอยู่นอกเหนือบทบัญญัติของกฎหมายอยู่มาก หากศึกษารัฐธรรมนูญของประเทศไทยโดยใช้มุมมองแบบปฏิฐานนิยมเชิงรูปนัยเพียงประการเดียวย่อมขาดองค์ประกอบที่สำคัญของรัฐธรรมนูญไทยไปอย่างมหันต์ และเมื่อศึกษาทบทวนงานเขียนชิ้นนี้โดยในมุมมองของนิติปรัชญา งานเขียนชิ้นนี้ให้แง่คิดเกี่ยวกับองค์ความรู้ที่มีต่อกฎหมาย ไม่ว่าจะด้านอภิปรัชญา (Metaphysics) ญาณวิทยา (Epistemology) หรือจริยศาสตร์ (Ethics) ทำให้ความคิดเกี่ยวกับกฎหมายขยายไปมากกว่าตัวบทกฎหมายและสามารถจัดเรียงความเป็นเหตุเป็นผลของระบบกฎหมายหนึ่ง ๆ ได้อย่างมีระบบมากยิ่งขึ้น