

12.

สัญนิยมทางกฎหมาย (Legal Realism)

ความทั่วไป

จนถึงบทนี้ หากกล่าวเปรียบเทียบภาพลักษณ์ (Image) ของกฎหมายกับมนุษย์แล้ว เราคงได้เห็นความหลากหลายในภาพลักษณ์ของกฎหมายที่อาจเป็นทั้งนักบุญ, นายเหนือหัว, คนรับใช้หรือมารร้ายตัวหนึ่ง อันแล้วแต่จุดยืนเชิงปรัชญากฎหมายของแต่ละคน : ปรัชญากฎหมายธรรมชาติ, ปฏิฐานนิยมทางกฎหมาย, นิตินิยมเชิงสังคมวิทยาหรือฝ่ายมาร์กซิสต์

ความแตกต่างในภาพลักษณ์เหล่านี้ แ่นละว่าในระดับหนึ่งย่อมก่อความสับสนต่อผู้เริ่มศึกษาปรัชญากฎหมาย แต่ในท้ายที่สุดแล้ว เราคงไม่อาจปฏิเสธได้ว่าความสับสนเช่นนี้ ย่อมมีส่วนกระตุ้นให้เกิดการถกเถียงทางปัญญามากขึ้น อันเป็นธรรมชาติของการพัฒนาที่มักกำเนิดผ่านกระบวนการขัดแย้งหรือประติการ (Dialectic) ทางความคิด

แม้จะมีผู้โต้แย้งข้อเสนอของคองท์ (August Comte) เรื่องลำดับขั้นในกระบวนการพัฒนาทางภูมิปัญญาของมนุษย์ จากยุคเทววิทยา (Theological Stage) ยุคอภิปรัชญา (Metaphysical Stage) เรื่อยมาถึงยุคปฏิฐานนิยม (The Stage of Positivism) แต่หากพิจารณาด้วยใจเป็นธรรมแล้ว เราคงเห็นพ้องอยู่ไม่มากนักน้อยว่าเส้นทางแห่งประวัติความคิดของมนุษยชาติได้มุ่งสู่จุดหมายแห่งสัจจะมากขึ้นเรื่อย ๆ จากการปลดปล่อยพันธนาการของความเชื่อในเรื่องมมาย, สิ่งศักดิ์สิทธิ์ที่อยู่เหนือธรรมชาติสู่โลกแห่งข้อเท็จจริงหรือความเป็นจริงที่พิสูจน์จับต้องได้

บนความเปลี่ยนแปลงเช่นนี้เอง ที่ภาพลักษณ์ในแง่ลบหรือบวกรของกฎหมายได้ปรากฏขึ้น โดยที่ต่างอ้างข้อเท็จจริงหรือเหตุผลเชิงปฏิฐาน (Positive) ขึ้นสนับสนุนด้วยกันทั้งสิ้น จากครั้งโบราณสมัยซึ่งกฎหมายถูกมองในแง่อุดมคติอันจำเป็นของสังคม ในฐานะเครื่องมือควบคุมศีลธรรมซึ่งมีบทลงโทษกำกับอยู่ การประเมินธรรมชาติของกฎหมายได้คลี่คลายสู่การพิจารณาบทบาทอันเป็นจริงของมันในสังคมมากขึ้นเรื่อย ๆ ด้วยทรรศนะหรือท่าทีแบบวิพากษ์วิจารณ์ (Critical) แทนที่ความคิดเก่า ๆ ที่มีการหลงบูชากฎหมายหรือความสำคัญของกฎหมายในลักษณะที่เกิน

ความเป็นจริง⁽¹⁾ ในแง่นี้ ท่าทีเชิงวิพากษ์วิจารณ์หรือเสียดสีกฎหมายของฝ่ายมาร์กซิสต์ (Marxist) อันเพิ่งกล่าวผ่านมา ก็นับร่วมเข้าได้กับกระแสความคิดดังกล่าว จากความพยายามที่จะก้าวล่วงผ่านความเชื่อเรื่องความศักดิ์สิทธิ์หรือลักษณะอุดมคติอันปรากฏในตัวอักษรกฎหมายต่าง ๆ และหันมาพิจารณาบทบาทที่เป็นจริงทางการเมืองของกฎหมายแทนที่

แม้คำตอบหรือประเด็นวิจารณ์กฎหมายในแง่ลบจากฝ่ายมาร์กซิสต์รุ่นแรก ๆ จะมีจุดบกพร่องให้ได้แย้งต่าง ๆ ดังได้กล่าวผ่านมาแล้ว ท่าทีในเชิงเหยียดหยันหมิ่นแคลนกฎหมายเช่นว่านั้นก็มิได้ปรากฏอยู่อย่างโดดเดี่ยวโดยสิ้นเชิง ว่าที่จริงแล้วแม้ในหมู่สามัญชนที่ไม่ใช่นักกฎหมายและไม่มีจิตสำนึกทางการเมือง ก็มักมีความรู้สึกที่ไม่ดีนักในระดับใดระดับหนึ่งต่อกฎหมาย และการบังคับใช้กฎหมายต่าง ๆ จากการสั่งสมประสบการณ์ หรือบทเรียนชีวิตส่วนตัวอันอาจพาดพิงกับการใช้บังคับ กฎหมายหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐผู้ถือกฎหมาย สิ่งเหล่านี้ย่อมทำให้คนทั่วไปรับรู้ด้วยตนเองถึงปัญหาเรื่อง “ราคาของความยุติธรรม” ซึ่งมักแพงเกินฐานะของสามัญชน ระดับล่างหรือระดับกลางหรือเข้าใจได้ว่า บ่อยครั้งที่กฎหมายหรือกลไกด้านกระบวนการยุติธรรมกระทำตัวประหนึ่งโยเยมุ่มมอันประประบางที่ติดจับได้เฉพาะสัตว์ตัวเล็ก ๆ เท่านั้น อีกทั้งยังเป็นเรื่องสูงส่งที่เข้าใจได้ยากยิ่ง เหตุนี้กระมังที่แม้งานเขียนเชิงวรรณกรรมของตะวันตกบางเรื่องก็เคยปรากฏข้อความเสียดสีว่าความยิ่งใหญ่ของหลักกฎหมายสืบเนื่องแต่การที่มันทำให้นักกฎหมายได้มีงานทำกัน⁽²⁾

บนความรู้สึกไม่มั่นใจในกฎหมายดังกล่าว ได้ปรากฏงานเขียนเชิงวิเคราะห์วิจารณ์กฎหมายในอีกมิติหนึ่ง ซึ่งมีโชมิติด้านการเมืองแบบมาร์กซิสต์ข้อสรุปของงานเขียนในลักษณะนี้ ปรากฏเป็นคำตอบซึ่งสอดคล้องกับความรู้สึกกังขาคับข้องต่อกฎหมายว่า แท้จริงแล้วภายใต้หลักตรรกะต่าง ๆ ที่ห่อหุ้มกฎหมาย ผู้พิพากษาได้พิจารณาตัดสินคดีตามใจชอบของตัว หรือว่าบรรดาถ้อยคำสำนวนกฎหมายอันมากมายและซับซ้อนนั้น ถูกเขียนขึ้นเพื่อให้เกิดความมวงงง หรือความไม่เข้าใจในหมู่ประชาชนทั่วไป งานเขียนเชิงวิเคราะห์ซึ่งเน้นเรื่องกระบวนการทางกฎหมายในเชิงปฏิบัติ เช่นนี้ เพิ่งปรากฏในคริสต์ศตวรรษที่ 20 อันอาจแยกออกเป็นสองแนวคิดสำคัญ แนวอธิบายหนึ่งปรากฏในสหรัฐอเมริกา และอีกแนวปรากฏในกลุ่มประเทศสแกนดิเนเวีย (Scandinavia) โดยทั้งสองแนวคิดนี้เป็นที่รู้จักร่วมในนาม “สำนัญมทางกฎหมาย” (Legal Realism)

(1) ไพโรจน์ กัมพูสิริ (ผู้แปล), “การหลงงมงายในกฎหมายกับวิถีการผลิต”, (วารสารทีระสิริวันพี 2526, งาม, จุฬา, คณาจารย์, ธรรมศาสตร์), หน้า 55

(2) J.W. Harris, “Legal Philosophies”, (London, Butterworths 1980), P. 93 หัวข้อเรื่อง “สำนัญมทางกฎหมาย” ในบทนี้ ข้อความทั่วไปเป็นการแปล เรียบเรียงจากงานเขียน(บทที่ 8) ของ Harris เล่มดังกล่าว เว้นแต่รายละเอียดเพิ่มเติมในบางประเด็นที่ปรากฏสอดคล้องเข้ามาก็มีการอ้างอิงเชิงอรรถเป็นการต่างหากหรือมิฉะนั้นก็เป็นทรรศนะส่วนตัวของผู้เขียน

ว่าด้วยสำนึกนิยม (Realism)

ก่อนจะกล่าวถึงรายละเอียดของแนวคิดสำนึกนิยมทางกฎหมาย น่าจะทำความเข้าใจในเบื้องต้นก่อนเกี่ยวกับเรื่อง “สำนึกนิยม” ซึ่งมีคำกล่าวว่าเป็นการนำถ้อยคำนี้มาผูกใช้กับกฎหมายอย่างไม่ถูกต้องนัก หากพิจารณาถึงมูลความหมายของ “สำนึกนิยม” ในประวัติศาสตร์ปรัชญาของตะวันตก

ความจริงแล้ว รูปศัพท์คำว่า “สำนึกนิยม” นี้ค่อนข้างจะมีความสับสนในความหมายอยู่มาก อีกทั้งยังผ่านการพัฒนาตีความหมายต่าง ๆ นานา แม้ในปัจจุบัน เราก็คงได้ยินได้ฟังผู้ที่อ้างตัวเป็นนักสำนึกนิยมอยู่เนือง ๆ ไม่ว่าจะเป็นสำนึกนิยมทางการเมือง, ศิลปะ, วรรณกรรมหรือทางด้านศาสนา แต่เราคงไม่สนใจนักว่ทั้งหมดนี้จะเป็นสำนึกนิยมในแนวเดียวกันหรือไม่ หรือว่าเพียงแค่ฟังฟังคำว่า “สำนึก” เป็นถ้อยคำรับรองความถูกต้องในความคิดหรือการกระทำของตัวเอง

หากกล่าวในแง่ประวัติศาสตร์ปรัชญาแล้ว “สำนึกนิยม” เป็นถ้อยคำซึ่งมีรากเหง้าแต่โบราณกาล ในประวัติศาสตร์ปรัชญาของตะวันตก ตามความหมายดั้งเดิมทางปรัชญา⁽³⁾ สำนึกนิยมเป็นลัทธิความคิดหนึ่งซึ่งเชื่อในการดำรงอยู่อย่างเป็นภาววิสัย (Objective) อันแท้จริงของสิ่งอันเป็นสากลซึ่งมิได้ปรากฏในรูปวัตถุในโลกแห่งประสบการณ์อันสัมผัสและต้องได้สำนึกนิยมเริ่มถือกำเนิดในตะวันตกตั้งแต่ครั้งที่โสกราตีส (Socrates) ยืนยันต่อต้านพวกโซฟิสต์ (Sophist) ว่า เรามีมาตรการสากลสำหรับตัดสินความจริง และมาตรการนั้นก็อยู่ในมนัสหรือจิตอันปลอดจากกิเลสของมนุษย์⁽⁴⁾

ความคิดสำนึกนิยม (ในความหมายนี้) ซึ่งปรากฏชื่อเสียงและมีอิทธิพลอย่างมากคงตกแก่ “ทฤษฎีเรื่องแบบ” (Theory of Forms) หรือบางครั้งก็เรียกว่า “ทฤษฎีความคิด” (Theory of Ideas) ของเพลโต (Plato) ผู้เป็นสานุศิษย์คนสำคัญของโสกราตีส ทฤษฎีนี้เชื่อว่า สรรพสิ่งในชีวิตประจำวันของเราเป็นเพียงแบบจำลองอันไม่สมบูรณ์ของ “แบบ” (หรือความเป็นจริงเชิงอุดมคติ) อันแท้จริงซึ่งดำรงอยู่เหนือประสาทรับรู้ของเรา “แบบ” เป็นสิ่งที่ไม่อาจจับต้องได้ แต่เป็นลักษณะกลางที่สิ่งหลายสิ่งมีร่วมกันและดำรงอยู่เป็นนิรันดร์กาล ที่สำคัญคือการจะเข้าถึงหรือประจักษ์ “แบบ” ของสิ่งต่าง ๆ จะกระทำได้ก็เพียงด้วยการใช้ปัญญาหรือจิตอันบริสุทธิ์เท่านั้น⁽⁵⁾ “แบบ” ในที่นี้จึงเปรียบเสมือน “สำนึก” อันผู้เป็นนักคิดนักปราชญ์ทั้งหลายจำต้องค้นพบให้จนได้ในที่สุด ความ เป็นมนุษย์ที่แท้ก็ดี, ความงาม, ความดีหรือความยุติธรรมก็ดี ทั้งหมดต่างล้วนเป็นตัวอย่างของ “แบบ” ที่กล่าวถึงทั้งสิ้น

(3) George C. Christie, “Jurisprudence”, (West Publishing Co., 1973), PP. 149

(4) กวีติ บุญเจือ, “แก่นปรัชญาปัจจุบัน”, (สำนักพิมพ์ไทยวัฒนาพานิช, กรุงเทพฯ 2522), หน้า 149

(5) รายละเอียดเกี่ยวกับทฤษฎีเรื่อง “แบบ” ของเพลโต ขอให้ดู วิทย์ วิศทเวทย์, “ปรัชญาทั่วไป”, (สำนักพิมพ์อักษรเจริญทัศน์, 2529), หน้า 9-20

ทฤษฎีเรื่อง “แบบ” ของเพลโตเช่นนี้ โดยเนื้อแท้เป็นแนวคิดแบบจิตนิยมหรือจิตธรรม (Idealism) ซึ่งถือเอาจิตเป็นประธานหรือบ่อเกิดของโลกทางวัตถุทั้งหมด นี่คือลักษณะของ “สัญนิยม” ในแบบดั้งเดิม แต่ครั้งถึงปรัชญาสมัยใหม่ ความหมายของสัญนิยมก็ประสบกับการเปลี่ยนแปลงอย่างมาก กลายเป็นลัทธิความคิดที่ตรงกันข้ามกับจิตธรรม กล่าวคือสัญนิยมในปัจจุบัน ยืนยันว่าสสารหรือวัตถุล้วนดำรงอยู่อย่างเป็นอิสระจากจิตซึ่งรับรู้วัตถุนั้น ๆ การปรากฏตัวของ สสารหรือวัตถุทางกายภาพ (Physical Objects) ไต่ ๆ จึงเป็นเรื่องจริงที่มีได้ขึ้นอยู่หรือเป็นผลปรุง แต่งจากจิตของผู้สังเกตแต่อย่างใด

สัญนิยมทั้งสองนัยจึงเป็นความคิดที่อยู่ขัดตรงข้ามกันอันไม่อาจปรับสมานร่วมกันได้ และเหตุที่ใช้ชื่อร่วมกันนี้ก็คงเนื่องจากแต่ละความคิดตั้งกล่าวต่างยืนยันการดำรงอยู่อย่างแท้จริง ของสิ่งอันตนเชื่อถือ (แบบ, วัตถุ) ว่าปรากฏอยู่จริง

โดยนัยคำอธิบายข้างต้น สัญนิยมทางปรัชญาบริสุทธิ์ดังกล่าวจึงล้วนมีลักษณะเฉพาะ เมื่อเปรียบเทียบกับความคิดสัญนิยมทางกฎหมาย เนื่องจากสัญนิยมทางด้านปรัชญากฎหมายกลับ เป็นเรื่องการวิพากษ์วิจารณ์ความคิดอันยึดถือกันแพร่หลายในนิติศาสตร์แต่ดั้งเดิม ซึ่งมองว่า กฎหมายเป็นเสมือนสิ่งอันใช้ปกป้องคุ้มครองบรรดาสรรพสิ่งทั้งหลายได้เหล่านี้ นักสัญนิยมทาง กฎหมายเห็นว่าพวกนักกฎหมายชอบพูดแต่เรื่อง “กฎเกณฑ์” ราวกับว่า เจ้ากฎเกณฑ์ต่างๆ นี้ มันมีตัวตนของมันเป็นเอกเทศในอีกโลกหนึ่งต่างหากซึ่งมิใช่โลกแห่งเวลาหรือความว่าง (Space) นอกจากนี้แนวคิดทางกฎหมาย หลาย ๆ เรื่องเช่น “สิทธิ”, “หน้าที่” หรือ “การครอบครอง” ก็ มักได้รับการปฏิบัติให้ความสำคัญคล้ายกับว่า พวกถ้อยคำเหล่านี้มี “เนื้อแท้” (Essence) ในลักษณะ อภิปรัชญาบางอย่าง อันปรากฏคู่กับสิ่งอื่นซึ่งอยู่พ้นโลกแห่งกฎหมาย สิ่งเหล่านี้ล้วนเป็นมายา ภาพในทรรศนะของพวกสัญนิยมทางกฎหมายซึ่งจำต้องถูกลบล้างออกไปด้วยแสงแห่งสัจจะ

อย่างไรก็ตาม น่าสังเกตว่าถึงที่สุดแล้วบรรดานักสัญนิยมทางกฎหมายก็คงมีจุดอ่อนคล้าย บรรดานักแสวงหาสัจจะอื่น ๆ ที่มีกษัตริย์ในที่สุดว่า การร่วมเสนอให้ยกเลิกสิ่งที่ตนเห็นว่าเป็น ความผิดพลาดบกพร่องนั้น เป็นเรื่องง่ายกว่าการเสนอแนะหรือค้นหา “ความจริง” (หรือ หลักความถูกต้อง) ที่ดีกว่าซึ่งจะนำมาใช้แทนที่สิ่งที่เห็นสมควรให้ยกเลิกไปดังกล่าว

สัญนิยมทางกฎหมายแบบอเมริกัน (American Legal Realism)

กล่าวโดยทั่วไป แรงบันดาลทางปัญญาของขบวนการสัญนิยมทางกฎหมายของอเมริกามี ที่มาจากงานความคิดของ โอลิเวอร์ เวนเดลล์ โฮล์มส์ (Oliver Wendel Holmes : 1841 - 1935) ผู้ดำรงตำแหน่งผู้พิพากษาศาลสูงสุดนับแต่ปี ค.ศ. 1902 ว่ากันโดยเนื้อแท้แล้ว โฮล์มส์ มิใช่ เป็นบุคคลประเภทชอบเย้ยหยันเสียดื้ออะไรต่อมิอะไร เขาไม่เชื่อว่าผู้พิพากษาจะสามารถตัดสิน

คดีตามใจชอบ โดยมองจากประสบการณ์การทำงานของตนซึ่งไม่อาจปรุงแต่งกฎหมายให้เป็นอย่างไรก็ได้ตามที่ตนต้องการ โฮล์มส์มีความเชี่ยวชาญอย่างมากใน Common Law และในกฎหมายรัฐธรรมนูญของอเมริกัน อีกทั้งเป็นนักปฏิรูปเชิงเสรีนิยมระดับหนึ่ง แต่กระนั้น - บรรดาคนที่ต้องการลบล้างบุคคลประเภทชอบสร้างความคิดรวบยอดจนเกินควร (Over - conceptualism) ในศาสตร์แห่งกฎหมายก็มักอ้างคำพูดสำคัญของโฮล์มส์อยู่เนือง ๆ ที่ว่าชีวิตของกฎหมายมีได้อยู่ที่ตรรกะ แต่ปรากฏอยู่ที่ประสบการณ์ต่างหาก (The life of the law has not been logic, it has been experience), “ควรพิจารณากฎหมายจากสายตาของพวกมิจจาซีฟ” (ผู้สนใจเพียงว่าศาลจะตัดสินลงโทษความผิดเช่นนั้นเช่นนี้อย่างไร), หรือ “กฎหมายในทรรศนะของข้าพเจ้าคือคำพยากรณ์ต่อสิ่งที่ศาลจะกระทำลงในความเป็นจริง มิได้มีสิ่งอื่นอันเสแสร้งมากกว่านี้”

แท้จริงแล้ว เป้าหมายสำคัญที่โฮล์มส์วิพากษ์วิจารณ์คือความคิดที่เชื่อว่าบทบัญญัติทั้งหมดในกฎหมายล้วนมีเหตุผลอันชอบธรรม รวมทั้งแนวโน้มใด ๆ ที่มุ่งอธิบาย “กฎหมาย” อย่างลอย ๆ ในลักษณะซึ่งมิได้มีความสัมพันธ์โดยตรงใด ๆ ต่อคำพิพากษาของศาล โฮล์มส์เชื่อว่ากฎหมายจำนวนมากถูกเขียนขึ้นบนบริบททางประวัติศาสตร์หนึ่ง ๆ ซึ่งถูกเปลี่ยนแปลงไปแล้วในภายหลัง ดังนั้นแล้วจึงสมควรให้มีการตรวจสอบทบทวนอย่างสม่ำเสมอต่อวัตถุประสงค์ของกฎหมายว่ายังมีความเหมาะสมหรือไม่ภายใต้เงื่อนไขสังคมซึ่งเปลี่ยนแปลงไป ในลักษณะนี้จึงไม่มีกรณีใด ๆ ซึ่งสมควรกล่าวอ้าง (ตามกระบวนการอนุมานความคิด) กฎหมายว่าเป็นเรื่องอย่างใดอย่างหนึ่ง โดยเฉพาะแน่นอน หากว่าในทางปฏิบัติ ศาลแสดงให้เห็นว่ากฎหมายที่แท้จริงเป็นอีกเรื่องหนึ่ง และจากความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายกับความเป็นจริงของสังคมตั้งแต่นั้นเองที่ทำให้เห็นว่ามีเพียงผู้พิพากษา (หรือทนายความ) ซึ่งเข้าใจดีถึงบริบททางประวัติศาสตร์, สังคมและเศรษฐกิจเท่านั้นจึงจะทำหน้าที่ได้อย่างเหมาะสมต่อบทบาทของตน⁽⁶⁾

นอกเหนือจากโฮล์มส์ซึ่งสนใจในประเด็นเกี่ยวกับบอคติของศาลยุติธรรม คำอธิบายอันคล้ายคลึงกันในทฤษฎีนิติศาสตร์ของอเมริกันเช่นนี้ ยังปรากฏในงานเขียนของจอห์น ชิพแมน เกรย์ (John Chipman Gray : 1839 - 1915)

เกรย์ก็คงเป็นเช่นเดียวกับโฮล์มส์ในแง่ที่มิใช่เป็นบุคคลจำพวกนักปฏิวัติกฎหมายงานเขียนหลายเล่มของเขาก็คงเป็นการพูดถึงกฎหมายเกี่ยวกับทรัพย์สินในแบบฉบับดั้งเดิมทั่วไป แต่ทว่าในฐานะของนักทฤษฎี เขาได้ยืนยันว่ากฎหมายประกอบด้วยกฎเกณฑ์ต่าง ๆ ซึ่งศาลยุติธรรมได้กำหนดไว้ บรรดาพระราชบัญญัติหรือตัวบทกฎหมายอื่น ๆ ต่างล้วนเป็นเพียง “ที่มา” (Sources)

(6) Edgar Bodenheimer, “Jurisprudence”, (Harvard University Press, 1981), P. 123

ของกฎหมายตั้งว่านั่นเท่านั้น ในจุดนี้เองที่เกรย์ไปไกลถึงขนาดยืนยันว่า แม้กระทั่งพระราชบัญญัติ ก็มีไม่ใช่เป็นกฎหมายจนกว่าจะมีการพิจารณาตีความจากศาลยุติธรรมเท่านั้น⁽⁷⁾

คาร์ล ลูเวลลิน (Karl Llewellyn : 1893 - 1962) ในฐานะสมาชิกคนสำคัญอีกท่านหนึ่งในขบวนการแนวของสังคมนิยมแบบอเมริกันก็กล่าวเตือนในทำนองเดียวกันไม่ให้ไว้วางใจนักต่อ “กฎเกณฑ์ในกระดาษ” (Paper Rules) โดยชี้แนะมิให้อ่านกฎหมายเพียงเท่าที่ปรากฏในหนังสืออย่างเดียว เขากล่าวว่า กฎหมายคือสิ่งที่เจ้าหน้าที่ได้กระทำลงในข้อพิพาทต่าง ๆ (กฎหมายคือสิ่งที่ปรากฏจากผลการสั่งการใด ๆ ของเจ้าหน้าที่ของรัฐ) ด้วยเหตุนี้ ลูเวลลิน จึงแนะนำให้เราเอาใจใส่ต่อพฤติกรรมหรือแบบแผนการวินิจฉัยตีความกฎหมายของศาลซึ่งมีลักษณะแตกต่างกันตามแต่ละและสถานที่ ตลอดจนสนใจต่อข้อมูลต่าง ๆ เกี่ยวกับคำตัดสินที่ปรากฏจริง ๆ อันอาจค้นพบได้ในผลงานวิจัยสังคมต่าง ๆ คำที่ล้ำพียงเพียงกฎเกณฑ์ซึ่งเป็นตัวหนังสือไม่อาจบอกอะไรแก่เรามากนักต่อการคาดคะเนผลการตัดสิน ที่เป็นเช่นนั้นก็เนื่องด้วยลักษณะสิ้นในตัวของกฎเกณฑ์ซึ่งอาจพิจารณาตีความกันได้หลาย ๆ ทาง และเป็นเพราะความสามารถหรือความเป็นไปได้ของเจ้าหน้าที่ในการหยิบยกกฎเกณฑ์อันมีมากมายแตกต่างกันขึ้นมาเป็นเหตุผลสนับสนุนคำสั่งคำวินิจฉัยของตนเอง ซึ่งแท้จริงแล้วอาจเป็นเหตุผลที่ไม่เกี่ยวข้องใด ๆ เลยกับกฎเกณฑ์ที่ถูกอ้างอิงนั้น ๆ ในความเป็นจริงการเลือกใช้ดุลยพินิจตัดสินมักแปรไปกับผลของความนิยมใน “นโยบาย” เรื่องใดเรื่องหนึ่งซึ่งอาจเกิดขึ้นภายในระดับจิตสำนึกปกติหรือระดับจิตใต้สำนึก การตีแผ่ “นโยบาย” ซึ่งอยู่เบื้องหลังการตัดสินใจจึงเป็นภารกิจสำคัญของสังคมนิยม⁽⁸⁾

อย่างไรก็ตาม ในภายหลังลูเวลลินก็เปลี่ยนท่าทีของเขาโดยยอมรับว่า ข้อสรุปที่กล่าวมายังไม่ใช่ข้อสรุปอันสมบูรณ์ แต่เป็นเพียง “ส่วนหนึ่ง” ของความจริงทั้งหมดเกี่ยวกับกฎหมายเท่านั้น จุดยืนความคิดระยะหลังของเขาจึงหันมายอมรับความสำคัญของกฎเกณฑ์หรือลักษณะบรรทัดฐานทั่วไปของกฎหมายมากขึ้นพร้อม ๆ กับการสนใจต่อเรื่องนิติศาสตร์เชิงสังคมวิทยา ซึ่งเขาเห็นว่ายังไม่มีมีการเชื่อมต่อกันความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายกับสังคมศาสตร์อื่น ๆ อย่างมีประสิทธิภาพอันแท้จริง งานในส่วนนี้จึงถือเป็นพันธะของนักกฎหมายทั่วไปที่จะต้องให้ความใส่ใจเพิ่มขึ้น⁽⁹⁾

นอกเหนือจากโฮล์มส์, เกรย์และลูเวลลินแล้ว ในบรรดานักคิดนักเขียนของกลุ่มสังคมนิยมนี้ ยังมีอีกท่านหนึ่งที่ยึดมั่นว่ามีความคิดเห็นล้ำหน้ามากที่สุด ท่านผู้นี้คือ ผู้พิพากษา เยโรม แฟรงค์

(7) Lord Lloyd of Hampstead, "Introduction to Jurisprudence", (London, Stevens & Sons, 1979), P. 455

(8) George C. Christie, "Jurisprudence", Op.cit., P. 642

(9) Edgar Bodenheimer, "Jurisprudence", Op.cit., P. 125

(Jerome Frank : 1889 - 1957) แฟรงก์ได้วิจารณ์นักเขียนอย่างลูเวลลินในสิ่งที่เขาเรียกว่า พวกโรคชอบทำตัวเหนือศาล (Upper - Courtitis) โดยที่นักเขียนพวกนี้เป็นเพียงแค่ “ผู้ที่ไม่เชื่อใจต่อกฎเกณฑ์” (Rule - sceptic) ในขณะที่แฟรงก์ถือว่าเขาเป็น “ผู้ที่ไม่เชื่อใจต่อข้อเท็จจริง” (Fact - sceptic) คำกล่าวเช่นนี้หมายความว่า แม้ในกรณีที่กฎเกณฑ์มีความชัดเจนง่ายต่อการตีความแล้วก็ตามกฎหมายดังกล่าวก็อาจส่งผลกระทบต่อคนน้อยเต็มทีในคำตัดสินของศาลระดับล่าง เฉพาะอย่างยิ่งภายใต้ระบบลูกขุน เนื่องจากบุคคลดังกล่าวสามารถยกข้อเท็จจริงใด ๆ ที่ตนพึงพอใจมาปรับเข้ากับกฎเกณฑ์ซึ่งจะให้ผลลัพธ์ตามที่ตนเองต้องการในที่สุดได้ นอกจากนี้ เหตุปัจจัยเรื่องความสมบูรณ์หรือบกพร่องของพยานหลักฐาน, ความสามารถของทนายความหรือผู้พิพากษาก็เป็นตัวกำหนดอันสำคัญต่อผลของคำพิพากษา ความสิ้นไหวหรือไม่แน่นอนของข้อเท็จจริงเหล่านี้ย่อมนับเป็นอุปสรรคในการคาดทำนายการตัดสินใจของศาล สำหรับแฟรงก์แล้ว สิ่งที่เป็นตัวกำหนดการตัดสินใจของศาลอันแท้จริงคือทรรศนะคติในระดับจิตสำนึกปกติและระดับจิตใต้สำนึก, ความเชื่อถือในเรื่องต่าง ๆ หรืออคติ (Prejudices) ซึ่งล้วนเป็นเรื่องผิดแปลกต่อคู่กรณีพิพาท, พยาน และข้อเท็จจริงในแต่ละคดี

ในทางปฏิบัติ กฎเกณฑ์จึงมีบทบาทเพียงเล็กน้อยในการตัดสินใจหรือพยากรณ์การตัดสินใจคดี ความเช่นนี้ปรากฏประจักษ์ชัดในข้อสรุปของแฟรงก์ที่ว่า :

“กล่าวสำหรับสามัญชนโดยเฉพาะแล้ว กฎหมายซึ่งเกี่ยวข้องกับมูลคดีหนึ่ง ๆ ก็คือคำตัดสินของศาลแห่งคดีนั้นซึ่งมีผลกระทบต่อบุคคลใดหนึ่งโดยเฉพาะ กฎหมายในเรื่องนั้น ๆ จะไม่ปรากฏการดำรงอยู่ตราบนานกว่าศาลจะได้มีคำพิพากษาแล้ว”

ข้อสรุปเช่นนี้ แน่แน่นอนว่าย่อมพึงดูแข่งกร้าวขัดกับสามัญสำนึกของนักกฎหมายทั่วไป แม้กระนั้นแฟรงก์ก็ยอมรับเช่นกันถึงความสำคัญของกฎหมายในฐานะเป็นหลักชี้นำทั่วไปสำหรับการพิพากษาคดี รวมทั้งกล่าวว่ากฎเกณฑ์เป็นตัวก่อรูปนโยบายสำคัญและอุดมคติเชิงศีลธรรมต่าง ๆ แต่ในเวลาเดียวกันเขาก็ยืนยันว่า บรรทัดฐานทางกฎหมายอันเป็นภววิสัยทั้งหลาย ในหลาย ๆ กรณีต่างถูกขัดขวาง, บิดเบือนโดย “บรรทัดฐานที่ปกปิดซ่อนเร้น, อยู่ใต้จิตสำนึก, เป็นอคติส่วนตัวหรือแฝงเพี้ยน” ซึ่งดำรงอยู่ภายใต้กระบวนการค้นหาข้อเท็จจริงโดยผู้พิพากษาซึ่งพิจารณาคดีหรือลูกขุน⁽¹⁰⁾

ทรรศนะของแฟรงก์ข้างต้นนี้นับว่ามีประเด็นชวนให้ครุ่นคิดอยู่มากกว่าเราจะเห็นด้วยหรือไม่ต่อภาวะอัตวิสัยในคำพิพากษา และจริง ๆ แล้วในการถกเถียงอย่างวิพากษ์วิจารณ์ต่อความชอบธรรมของความคิดสังคมนิยม (แบบอเมริกัน) ในฐานะเป็นขบวนการความคิดใหม่ทางนิติปรัชญา

(10) Ibid., P. 127

บ่อยครั้งที่เดียวซึ่งมักหยุดอ้างอิงกับคำถามว่าเราจะถือจริงจังเพียงใดต่อความคิดหรือข้อสรุปทำนองเดียวกับของแฟรงค์ซึ่งเพิ่งกล่าวมา ตัวแฟรงค์เองก็บอกกับเราว่า เขาไม่คิดตั้งใจที่จะให้คำนิยามทั่วไปของกฎหมายซึ่งสามารถใช้ได้ในทุก ๆ วัตถุประสงค์ทั้งยังสำคัญต่อว่ามักมีผู้ตั้งใจเอาข้อสรุปของเขาไปกล่าวอ้างอย่างเกินความเป็นจริง อย่างดีที่สุดสัจนิยมก็เพียงกล่าวว่า “กฎเกณฑ์” หาใช่เป็น “สิ่งทั้งหมด” ซึ่งเกี่ยวข้องกับการบริหารงานยุติธรรม บางทีแล้วอาจไม่มีนักทฤษฎีคนใดเลยกระมังที่จะปฏิเสธความจริงเช่นนี้ อย่างไรก็ตามหากกล่าวถึงสัจนิยมในแง่ดีแล้ว เราคงต้องยอมรับว่าขบวนการความคิดทางกฎหมายเช่นนี้ได้ก่ออิทธิพลในระดับหนึ่งให้มีการทำวิจัยศึกษาถึงสิ่งที่กำหนดการทำงานอันมิใช่เป็นเรื่องกฎเกณฑ์, ศึกษาถึงภูมิหลังส่วนตัวของผู้พิพากษา, การทำงานที่เป็นจริงของระบบลูกขุนความสำคัญเชิงปฏิบัติของประโยชน์การโต้แย้งเชิงกฎหมาย และผลลัพธ์ของระเบียบวิธีในกระบวนการยุติธรรม แม้ว่าประโยชน์อันกล่าวถึงนี้จะมีการพูดถึงมาก่อนหน้าสัจนิยมก็ตาม

ถึงบรรทัดนี้ นักกล่าวเพิ่มเติมว่า แม้แฟรงค์จะพยายามปฏิเสธเรื่องนิยามทั่วไปข้างต้นประเด็นสำคัญที่เขาเน้นอย่างมากคงแยกได้เป็นข้อสรุปสองประการ กล่าวคือ ประการแรก โดยธรรมชาติแล้ว กฎเกณฑ์หาใช่สิ่งที่สามารถควบคุมคำพิพากษาดัดสินของผู้พิพากษาหรือเจ้าหน้าที่ผู้เกี่ยวข้องกับกฎหมายอื่น ๆ และประการที่สอง บทบาทหน้าที่อันเด่นสุดของกฎหมายคือ การยุติข้อพิพาทต่าง ๆ

ข้อสรุปทั้งสองประการนี้ต่างมีความสัมพันธ์ต่อกันและกัน โดยหากเรามองจากจุดยืนของผู้พิพากษา เมื่อมีข้อพิพาทเป็นคดีขึ้นมาที่ย่อมเป็นที่เข้าใจว่า ส่วนใหญ่แล้ว กฎเกณฑ์ทางกฎหมายจะเป็นคำตอบในการยุติปัญหา ตรงจุดนี้เองที่แฟรงค์ยืนยันว่า ผู้พิพากษาและคนอื่น ๆ ต่างหลอกลวงตัวเองต่อความเข้าใจเช่นนั้น เนื่องจากในแง่จิตวิทยา คนพวกนี้ต่างล้วนมีความรู้สึกต้องการความแน่นอน, ความมั่นคง หรือความรู้สึกแบบเด็ก ๆ ซึ่งยังหลงค้างอยู่แฟรงค์เรียกความรู้สึกนี้ว่า “ปมพ่อ” (Father complex) หรือความต้องการสิ่งที่เด็ดขาดแน่นอนแบบการมีพ่อผู้มีอำนาจเหนือตน โดยที่ความต้องการเหล่านี้จะได้รับการตอบสนองหรือทดแทนด้วยความเชื่อที่ว่า “กฎหมาย” (ในจินตภาพคล้ายพ่อ) เป็นตัวกำหนดบงการอันเด็ดขาดแน่นอนต่อการพิจารณาตัดสินสิ่งที่เกิดขึ้น สิ่งเหล่านี้จึงย่อมถือว่าเป็นมายาการเพราะว่าแท้จริงแล้ว การก่อตั้งขึ้นของคำพิพากษาล้วนถูกกำหนดโดยมูลเหตุจูงใจมากมายซึ่งเข้ามามีบทบาทในระหว่างกระบวนการค้นหาข้อเท็จจริง และมูลเหตุจูงใจเหล่านี้เองที่ชักนำให้ผู้ตัดสินใจ (ผู้พิพากษา) พยายามแสวงหาข้อเท็จจริงที่สอดคล้องลงรอยกับกฎเกณฑ์ซึ่งรองรับคำตัดสินนั้น ๆ อีกชั้นหนึ่ง โดยที่มูลเหตุจูงใจเหล่านี้จะนำไปสู่การชี้ขาดตัดสินอย่างเดียวกันไม่ว่าจะมีกฎเกณฑ์ในลักษณะไหน โดยนัยเช่นนี้เพื่อ

รักษาไว้ซึ่งสัญจะ แฟรงค์จึงเสนอมติให้ละทิ้งความคิดที่ว่า มีกฎหมายปรากฏอยู่เบื้องหน้าคำพิพากษา นอกจากนี้ในปี ค.ศ. 1957 แฟรงค์ยังได้ร่วมเขียนงานชิ้นหนึ่งเรื่อง “ไร้ความผิด” (Not guilty) ซึ่งเป็นเรื่องการตรวจสอบความถูกต้องคดีความผิดจำนวนหนึ่ง ซึ่งบรรดาจำเลยต่างถูกตัดสินพิพากษาว่าประกอบอาชญากรรม แต่ได้รับการตัดสินใหม่ว่าเป็นผู้บริสุทธิ์ในศาลชั้นหลัง การค้นพบประจักษ์หลักฐานในความไม่แน่นอนแห่งกระบวนการตรวจสอบข้อเท็จจริงของศาลและความผิดพลาดต่าง ๆ อันเกิดขึ้นได้เหล่านั้นนับเป็นเหตุผลที่ทำให้เขาคัดค้านเรื่องการลงโทษประหารชีวิต อีกทั้งยังทำให้เขายืนยันความสำคัญของความเป็นธรรมในการพิจารณาพิพากษาคดีซึ่งไม่อาจนำไปแลกกับประสิทธิภาพ (ความรวดเร็ว) ในทางตุลาการ⁽¹¹⁾

เมื่อมองย้อนกลับสู่บทเสนอในเชิงปฏิเสธรกฏเกณฑ์ที่กล่าวมาทั้งหมดอีกครั้ง กล่าวในเชิงวิจารณ์แล้วต้องนับว่าเป็นเรื่องแทบเป็นไปได้เอาเลยทีเดียว ในการตรวจสอบทดลองความถูกต้องของบทเสนอเหล่านี้ เราอาจลองสมมุติว่ามีผู้ขับขีรยนต์ 10 คนที่ต่างถูกฟ้องร้องในข้อหาว่า ขับรถเกินกำหนดความเร็ว 30 ไมล์ต่อชั่วโมง ในเขตที่อยู่อาศัย โดยที่ทั้งหมดถูกฟ้องร้องต่อหน้าศาลซึ่งต่างมีอคติต่าง ๆ กัน หากเราสมมุติต่อว่า จริง ๆ แล้วมีคนขับรถยนต์ห้าคนเท่านั้นที่ขับเกินความเร็ว 60 ไมล์ต่อชั่วโมง ส่วนอีกห้าคนขับรถเพียงที่ความเร็ว 20 ไมล์ต่อชั่วโมง เมื่อพิจารณาถึงเหตุปัจจัยอันผันแปรต่าง ๆ อาทิเช่น การปรากฏตัวของผู้จะมาเป็นพยาน, ฐานะหรือระดับชนชั้นของคนเหล่านี้ และเหตุอื่น ๆ พร้อมกับเห็นฟ้องว่า กฎเกณฑ์ไม่มีความสำคัญใด ๆ หรือไม่มีกฎเกณฑ์ใด ๆ อยู่เบื้องหน้าการวินิจฉัย เช่นนี้แล้วก็ดูไม่น่าเป็นไปได้ว่า คนที่ขับรถเกินความเร็วจริง ๆ จะถูกตัดสินลงโทษในขณะที่มีได้ฝ่าฝืนจะได้รับการปล่อยตัว น่าสงสัยว่า ข้อสรุปแบบ (สัญนิยม) นี้จะเป็นไปได้ในความเป็นจริงสักเพียงไหน

ตัวอย่างสมมุติเช่นนี้ อาจมีผู้โต้แย้งว่าเป็นการทดสอบที่ไม่เป็นธรรมนักต่อข้อสรุปของแฟรงค์ เนื่องจากแฟรงค์ให้ความสนใจต่อคดีซึ่งน่าจะมีประเด็นปัญหาทางข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมาย มิใช่ปัญหาตามตัวอย่างซึ่งการขับขีรยนต์หรือต่ำกว่าความเร็วที่กำหนด อาจเป็นเรื่องที่ปรากฏแจ้งชัดเสียจนฝ่ายที่ขับรถเกินความเร็วจะยอมรับผิดเสียเอง ขณะที่อีกฝ่ายไม่มีทางถูกฟ้องร้องใด ๆ เลย ข้อโต้แย้งเช่นนี้ ถ้ายอมรับกันก็นับว่าเป็นการสร้างประเด็นยุ่งยากอย่างอื่นขึ้นมา กล่าวคือทำให้เราต้องตั้งคำถามต่อว่า จริงหรือที่สถานการณ์ดังกล่าว (ซึ่งกฎเกณฑ์มีผลเกี่ยวข้องโดยไม่มีข้อโต้แย้งตามมานั้น มีความสำคัญน้อยกว่าสถานการณ์ยุ่งยากอื่น ๆ ที่มีข้อพิพาทโต้แย้งจนกระทั่งเราไม่อาจนำมาใช้เป็นตัวอย่างชี้ถึงบทบาทอันแท้จริงของกฎหมายได้

(11) George C. Christie, "Jurisprudence", Op. cit., P. 697

ทฤษฎีของนักสัญนิยมที่เน้นความสำคัญในบทบาทของศาลจึงจำเป็นต้องนำมาเปรียบเทียบกับทฤษฎีอื่น ๆ ที่มองว่า หน้าที่ของกฎหมายอยู่ที่การชี้แนะหรือข่มขู่ให้มีการประพฤติปฏิบัติตามกฎเกณฑ์ ส่วนการยุติข้อพิพาทนั้นเป็นเพียงหน้าที่ปลีกย่อยเท่านั้น นอกจากนี้ เราคงต้องตั้งคำถามเชิงวิจารณ์ต่อว่า หากเชื่อตามทฤษฎีแบบสัญนิยมแล้ว คำตัดสินซึ่งยุติข้อพิพาทนั้นจะเกิดขึ้นได้อย่างไร แน่แน่นอนว่าผู้พิพากษาสามารถออกคำสั่งในลักษณะต่าง ๆ เช่น บังคับให้คู่กรณีฝ่ายหนึ่งจ่ายค่าเสียหาย, ส่งคืนทรัพย์สิน, ละเว้นจากการกระทำบางอย่าง, รับโทษจำคุกหรืออื่น ๆ แต่ทั้งนี้ หากถือว่ากฎเกณฑ์ทางกฎหมายซึ่งสร้างขึ้นโดยฝ่ายนิติบัญญัติไม่มีผลชี้ขาดต่อข้อพิพาทแล้ว ก็มีคำถามว่า เราไม่ควรคิดเลยหรือว่าคำสั่งของผู้พิพากษานั้น ๆ จะไม่มีผลลัพท์ใด ๆ ต่อคดีในลักษณะเดียวกันซึ่งเกิดขึ้นภายหลังอีก หากพระราชบัญญัติฉบับหนึ่ง ๆ มิใช่กฎเกณฑ์อันดำรงอยู่ก่อนสำหรับผู้พิพากษาแล้ว เหตุใดคำสั่งของผู้พิพากษาท่านหนึ่งจึงถือเป็นกฎเกณฑ์อันดำรงอยู่ก่อน (กล่าวคือเป็นบรรทัดฐาน) สำหรับผู้พิพากษาอีกท่านหนึ่งภายหลังได้

น่าสังเกตว่า ตามนัยการตีความข้างต้นหากผู้ใดเป็นเพียงแต่ผู้ไม่เชื่อใจต่อกฎเกณฑ์ (Rule-Sceptic) มิใช่ผู้ไม่เชื่อใจต่อข้อเท็จจริง (Fact - Sceptic) ผู้นั้นก็คงสามารถเป็นนักสัญนิยมเฉพาะเพียงในคดีที่ยังยากซับซ้อนเท่านั้น และแม้ในคดีที่ง่าย ๆ ชัดเจนจะใช้กฎเกณฑ์เป็นตัวตัดสิน แต่เมื่อใดที่กฎหมายมีความไม่ชัดเจนแน่นอน เมื่อนั้นเราก็ควรละทิ้งเรื่อง “การให้เหตุผลทางกฎหมาย” และหันมาจรรจบข้อสนใจเรื่องการพยากรณ์พฤติกรรม (Behaviour - prediction) (ของผู้พิพากษา) แทน หากถือว่าทฤษฎีเช่นนี้ถูกต้องอย่างเป็นระบบแล้ว ย่อมแปลความต่อได้ว่า ในคดีที่มีปัญหาโต้แย้งกัน เราก็ไม่จำเป็นต้องไปพูดให้ดูยุ่งยากลึกซึ้งถึงเรื่อง วัตถุประสงค์ของกฎหมาย เจตนารมณ์ของฝ่ายนิติบัญญัติหรือหลักกฎหมายใด ๆ ทั้งสิ้น เนื่องจากอคติของผู้พิพากษาอย่างเดียวเท่านั้นซึ่งจะเป็นตัวกำหนดคำตัดสินของเขา

หากมองกันแบบนี้แล้ว บางทีภาพลักษณ์ของกฎหมายก็จะเป็นดังที่มีผู้กล่าวว่า คือ ผู้ร้ายชั้นสูงคนหนึ่ง (High - Class racket) ซึ่งน่าคิดว่าเราจะเชื่อถือทฤษฎีข้างต้นได้แค่ไหนเพียงใด

นอกจากนี้ยังมีปัญหาย่อยอีกอื่น ๆ ที่นักวิจารณ์อาจยกขึ้นถามว่า หากศาสตร์แห่งกฎหมายถูกเปลี่ยนไปเป็นศาสตร์แห่งการพยากรณ์ (คำพิพากษา) ดังกล่าวแล้วคนที่ต้องศึกษาเรื่องนี้ก็คงเป็นพวกทนายความต่าง ๆ เช่นนี้แล้ว บรรดาผู้พิพากษา (ซึ่งเป็นวัตถุแห่งการพยากรณ์) จะต้องศึกษาทำอะไรกันอีกเล่า ข้อสรุปของฝ่ายสัญนิยมจึงดูเป็นเรื่องไร้ประโยชน์สำหรับผู้พิพากษา เนื่องจากผู้พิพากษาทำหน้าที่เกี่ยวข้องกับการตัดสินคดี มิได้ยุ่งอยู่กับการทำนายพฤติกรรมของตนเอง ต่อปัญหาโต้แย้งเช่นนี้ แพรงค์คงให้คำแนะนำอย่างดีที่สุดว่า บรรดาผู้พิพากษาคควรใช้มโนธรรมสำนึกของตนให้มากที่สุดในการมองย้อนเข้าหาด้านในของตัวเอง เพื่อตรวจสอบมูลเหตุจูงใจต่าง ๆ

ของตนอันเกี่ยวข้องกับคดีนั้น ๆ อย่างน้อยที่สุดพวกเขาต้องเข้าใจแจ่มแจ้งว่า จุดมุ่งหมายแห่งการว่าคดีของตนนั้นคือ ความยุติธรรม มิใช่เพียงข้อยุติอันถูกกำหนดโดย “ความยุติธรรมตามกฎหมาย” (ความยุติธรรมอันปรากฏตามตัวอักษรกฎหมาย)

ข้อเสนอแนะของแฟรงค์เช่นนี้นับว่า เป็นประเด็นที่น่ารับฟังระดับหนึ่ง (แม้ว่าเขาจะไม่เชื่อว่าจะมีผลเปลี่ยนแปลงมากนักก็ตาม) อย่างน้อยก็ทำให้ผู้พิพากษาต้องทบทวนตรึกตรองมากขึ้นถึงลักษณะอัตวิสัยในตน รวมทั้งการย้อนคิดถึงปัญหาการดำรงอยู่ของความยุติธรรมเชิงอุดมคติในฐานะจุดหมายที่อยู่เหนือกฎหมายอีกชั้นหนึ่ง นอกจากนี้ คงนับได้เป็นแรงผลักดันอีกอันหนึ่งที่จะกระตุ้นการตื่นตัวของผู้พิพากษาต่อการศึกษาสภาพความเป็นจริงทางสังคมหรือนิติศาสตร์เชิงสังคมวิทยาตั้งที่คาร์โดโซ (Benjamin N. Cardozo : 1870 - 1938) นักกฎหมายผู้ยิ่งใหญ่คนหนึ่งของอเมริกันได้พยายามกล่าวเน้นความสำคัญ ประเด็นเหล่านี้ย่อมนับว่ามีคุณค่าอย่างไม่ต้องสงสัย กระนั้น ก็มีข้อน่าเป็นห่วงต่อทฤษฎีดังกล่าวทั้งหมดซึ่งในมิติหนึ่งไม่เพียงแต่สนับสนุนความคิดในเชิงหมิ่นแคลนคุณค่าของกฎหมายหรือละทิ้งความคิดเกี่ยวกับคุณค่าหรือความสำคัญของความแน่นอนในกฎหมาย แต่ยังนำไปสู่ท่าทีแบบสิ้นหวังต่อประโยชน์ของการปฏิรูปกฎหมายใด ๆ โดยไม่ได้เสนอทางออกอันเหมาะสมแทนที่ ซึ่งน่าสงสัยว่า หากกฎเกณฑ์ทางกฎหมายเป็นเรื่องไร้ความหมายแล้ว เราจะใช้อะไรเป็นตัวกำหนดสถานะของบุคคล เราจะทราบได้อย่างไรว่าใครเป็นเจ้าของหน้าที่ของรัฐ, ใครเป็นผู้พิพากษา ในเมื่อทั้งหมดนี้ล้วนถูกกำหนดขึ้นโดยอาศัยกฎเกณฑ์ทั้งสิ้น

ที่กล่าวมานี้จึงคือปัญหาของสังคมนิยม เมื่อเราตั้งคำถามโยงสัมพันธ์ สู่รายละเอียดในโลกของความเป็นจริงมากขึ้น แต่ดูเหมือนพวกสังคมนิยมจะตระหนักในจุดอ่อนเช่นนี้เช่นกัน จึงพยายามออกตัวมิให้ขยายข้อสรุปของฝ่ายตนให้กว้างออกไปดังที่ถูกกล่าวหา ตรงนี้เลยกลายเป็นข้อยุ่งยากอีกจุดหนึ่งในการประเมินคุณค่าของแนวคิดสังคมนิยมนี้ ขอให้สังเกตคำพูดของลูเวลลินตอนหนึ่ง :

“สังคมนิยม มิใช่ปรัชญาความคิดกระแสหนึ่ง แต่หากเป็นเทคโนโลยีอย่างหนึ่ง สิ่งที่สังคมนิยมพูดถึงในอดีตและปัจจุบันคือเรื่องวิธีการ ไม่มีสิ่งใดนอกเหนือไปจากนี้”

สำหรับ “วิธีการ” ที่ฝ่ายสังคมนิยมนำมาใช้ก็เป็นเรื่องการผลิตผลการบันทึกรายละเอียดเกี่ยวกับการปฏิบัติงานของศาลกับความรู้อันเชิงญาณปัญญา (Intuition) โดยอาศัยเซาว์ปัญญาสามัญ (Horse Sense)

หากยอมรับในขอบเขตอันจำกัดของสังคมนิยมดังกล่าว บางทีแล้ว เราอาจเหลือเพียงคำถามว่า การค้นพบแนวคิดหรือท่าทีต่อกฎหมายใหม่ของฝ่ายสังคมนิยมนั้นจะต้องตรงกับความเป็นจริงหรือสอดคล้องกับคำตอบอันเกิดจากการค้นคว้าวิจัยเชิงสังคมวิทยาสักเพียงใด

สำนันิยมทางกฎหมายแบบสแกนดิเนเวียน (Scandinavian Legal Realism)

ขณะที่สำนันิยมทางกฎหมายในแบบฉบับนักกฎหมายอเมริกันพยายามอธิบายเชื่อมโยงกฎหมายในสภาพที่เป็นจริงเข้ากับพฤติกรรมหรือเงื่อนไขทางอติวิสัยของผู้พิพากษาหรือเจ้าหน้าที่ด้านกฎหมายฝายต่าง ๆ ความคิดเชิงสำนันิยมทางกฎหมายอีกสายหนึ่งก็ปรากฏตัวขึ้นในลักษณะที่ซับซ้อนกว่าโดยกลับมามีอธิบายกฎหมายในแง่ความรู้สึกทางจิตวิทยา กล่าวคือ ความรู้สึกอันก่อตัวขึ้นในจิตใจของคนอื่นเป็นผลจากถ้อยคำทางกฎหมาย (Legal Words) ความคิดสายนี้ก็คือ สำนันิยมทางกฎหมายแบบสแกนดิเนเวียนซึ่งก่อรูปขึ้นโดยงานความคิดของศาสตราจารย์ชาวสวีเดนชื่อ แอกเซล แอกเกอร์สตอร์ม (Axel Hagerstrom : 1868 - 1939)

งานวิเคราะห์ด้านปรัชญากฎหมายของแอกเกอร์สตอร์มมีนัยที่ละเอียดอ่อนซับซ้อนและมีลักษณะในเชิงลบ (Destructive) ความคิดอื่นเป็นส่วนใหญ่ สิ่งที่แอกเกอร์สตอร์มพยายามอดทนอธิบายอย่างมากก็คือเรื่องคำอธิบายในลักษณะอภิปรัชญาอันมักปรากฏในทฤษฎีต่าง ๆ เขามีความขังใจต่อบรรดาคำอธิบายเรื่องกฎหมายและศีลธรรม รวมทั้งคำยืนยันเรื่อง “การดำรงอยู่จริง” ของศีลธรรมหรือกฎเกณฑ์ทางกฎหมายเนื่องจากคำกล่าวเช่นนี้ เท่ากับเป็นการยอมรับการมีอยู่ของโลกอันผิดธรรมชาติซึ่งสรรพสิ่ง (กฎหมายหรือศีลธรรม) สามารถดำรงอยู่ภายในได้ เช่นนี้แล้วย่อมเท่ากับการเชื่อถือในโลกอีกภพหนึ่งซึ่งปรากฏเพียงคู่หรือยิ่งใหญ่เหนือกว่าโลกทางกายภาพปกติ

แอกเกอร์สตอร์มเห็นว่าในความเป็นจริง การตัดสินเชิงคุณค่าเกี่ยวกับเรื่องความถูกต้องผิดต่าง ๆ ล้วนเป็นเรื่องอารมณ์ความรู้สึกล้วน ๆ กล่าวคือ คำว่าถูกหรือผิดเป็นเพียงการแสดงออกซึ่งความรู้สึกชอบหรือไม่ชอบที่เรามีต่อสิ่ง ๆ หนึ่ง ในทำนองเดียวกัน กล่าวสำหรับกฎหมาย การยืนยันถึงการดำรงอยู่ของกฎเกณฑ์ซึ่งมีผลผูกมัดย่อมถือเป็นการอำพรางความเป็นจริง เนื่องจากสิ่งที่เรียกว่า “ความผูกมัด” (Bindingness) ในฐานะคุณภาพอย่างหนึ่งของกฎหมาย มิใช่สิ่งอันปรากฏให้เห็นได้โดยประสบการณ์ความรู้สึกงานวิจัยทางประวัติศาสตร์ของแอกเกอร์สตอร์มทำให้เขาเชื่อว่า ในกฎหมายสมัยโบราณมนุษย์มีความเชื่ออย่างจริงจังต่ออิทธิฤทธิ์อำนาจวิเศษต่าง ๆ และผูกมัดต่อถ้อยคำเจ้าพวก “สิทธิ์”, “หน้าที่” หรือ “หนี้” ในลักษณะที่สัมพันธ์สอดคล้องกับอำนาจวิเศษดังกล่าว (ในทำนองพระเจ้า/สิ่งศักดิ์สิทธิ์ เป็นผู้ประทานกฎหมายหรือสิทธิ์หน้าที่ต่าง ๆ) เมื่อกฎหมายมีการพัฒนามากขึ้นตามลำดับความเจริญของสังคม ความเชื่อในวิฤตหรืออำนาจวิเศษก็เสื่อมหายไป แต่ทว่าผู้คนก็ยังคงใช้ถ้อยคำทางกฎหมายดังกล่าวพร้อมกับพลังกดดันเชิงจิตวิทยาที่แฝงเร้นอยู่ เช่นเดิม เหมือนอย่างบรรพบุรุษที่มีความเชื่อมวงายก่อนหน้าพวกเขา การกล่าวอ้างว่าคนมี “พันธะหน้าที่” (ตามกฎหมาย) ก็ทำให้คนผู้นั้นเกิดความรู้สึกในเชิงถูกบังคับกักขังเช่นกัน (คล้าย ๆ กับมีอำนาจลึกลับกำกับอยู่เบื้องหลัง)

การพิจารณากฎเกณฑ์และแนวคิดเกี่ยวกับสภาพผูกมัดทางกฎหมายในลักษณะตั้งข้อสงสัย เช่นนี้ ได้รับการพัฒนาต่อมาอีกโดยนักคิดสำคัญในสำนักนี้หลาย ๆ คนและที่รู้จักกันมากที่สุดในโลกตะวันตกทั่วไป คือนักคิดสำคัญสองท่าน ท่านแรกเป็นชาวสวีเดน : คาร์ล โอลิเวอร์โครน่า (Karl Olivercrona : 1897 - 1980) และอีกท่านเป็นชาวเดนมาร์ก : แอลฟ์ รอสส์ (Alf Ross : 1899 - 1979) ท่านสองคนต่างก็พยายามสร้างภาพเกี่ยวกับกฎหมายโดยเริ่มต้นจากคำอธิบายของแฮกเกอร์สโตร์ม ซึ่งต่างมีมติร่วมกันว่า “ความเป็นจริงอันสอดคล้องกับกฎหมายมีปรากฏเพียงในความเป็นจริงทางจิตวิทยาเท่านั้น” (โลกแห่งความเป็นจริงทางกฎหมายมีปรากฏเพียงในโลกแห่งความเป็นจริงทางจิตวิทยา)

โอลิเวอร์โครน่า เปรียบเทียบกฎหมายกับ “สิ่งที่มีสภาพบังคับโดยตัวของมันเอง” (Independent Imperatives) และยืนยันว่าเป็นความผิดพลาดในการคิดถึงกฎหมายในแง่เป็นคำสั่งของบุคคลจริง ๆ เนื่องจากไม่มีบุคคลใดที่จะสามารถออกคำสั่งในทุก ๆ เรื่องที่มีอยู่ในกฎหมาย ขณะเดียวกัน การแทนคำผู้ออกคำสั่งทางกฎหมายด้วย “รัฐ” หรือ “ประชาชน” ก็ล้วนเป็นการกระทำในเชิงนามธรรมสมมุติ ซึ่งก็มีใช้ “ความเป็นจริง” ทั้งสิ้น สิ่งที่เกิดขึ้นจริง เมื่อมีการตรากฎหมายก็คือ การเสนอร่างกฎหมายต้องได้รับการลงคะแนนเสียงเห็นชอบจากรัฐสภา, ต้องมีการลงนามและการประกาศใช้กฎหมายอย่างเป็นทางการ เนื่องจากจิตใจของประชาชนตกอยู่ภายใต้การยึดอยู่กับกระบวนการอันเป็นทางการเหล่านี้เอง ทำให้กฎหมายหรือสาระเนื้อหาของกฎหมายได้รับอำนาจบังคับพิเศษอย่างหนึ่งทางจิตวิทยา ดังเราจะเห็นว่าบทบัญญัติของกฎหมายหนึ่ง ๆ จะประกอบด้วยสาระสองส่วน ส่วนแรกก็เป็นเรื่องราวด้วยความคิดเกี่ยวกับการกระทำที่เห็นว่าควรบัญญัติห้าม เช่น การลักทรัพย์, ฆ่าคนตาย และอีกส่วนก็เป็นถ้อยคำที่แสดงถึงลักษณะบังคับ อาทิถ้อยคำว่า “ควร”, “หน้าที่”, “ความผิด” สำหรับโอลิเวอร์โครน่าแล้ว บทบัญญัติกฎหมายดังกล่าวในตัวของมันเองเป็นเพียงแค่ตัวหนังสือบนกระดาษเท่านั้น ส่วน “ความเป็นจริง” อันสอดคล้องกับการพูดถึงกฎหมายอย่างเป็นวิทยาศาสตร์นั้น ย่อมอยู่ที่ปฏิกิริยาตอบสนองเชิงจิตวิทยาของปัจเจกชน ซึ่งหมายถึงการกระทำเชิงจินตนาการ และการก่อตัวของความรู้สึกในเชิงมีการบังคับและขัดขวาง ซึ่งเกิดขึ้นเมื่อครั้งโศดประสาทหรือสายตาของเราได้สัมผัสกับบทบัญญัติกฎหมายอย่างตั้งใจ ขอให้พิจารณาข้อเขียนของเขาโดยตรงในส่วนนี้ที่ว่า :

“ในความเป็นจริง กฎหมายของประเทศหนึ่ง ย่อมประกอบด้วยความคิดอันเกี่ยวข้องกับพฤติกรรมของมนุษย์เป็นจำนวนมากมาย ซึ่งสะสมตัวมาเป็นศตวรรษ ๆ จากผลแห่งการกระทำของผู้คนจำนวนนับไม่ถ้วน ความคิดเหล่านี้แสดงออกในรูปแบบการบังคับโดยคนรุ่นก่อนพวกเขา และโดยเฉพาะได้กระทำผ่านรูปการออกกฎหมายแบบทางการ และเก็บรักษาไว้ โดยจารึก

อย่างเป็นทางการเช่นกันในหนังสือกฎหมาย บรรดาความคิดนี้ได้ถูกทบทวนตอกย้ำครั้งแล้ว ครั้งเล่าในจิตใจของมนุษย์ ควบคู่ไปกับข้อความในเชิงบังคับเข้มงวดว่า “การกระทำดังบัญญัติ นี้จะต้องนำไปปฏิบัติ” หรือไม่ก็เป็นข้อความอื่น ซึ่งให้ผลเหมือน ๆ กัน”

โอลิเวอร์ โครนาคีร์ทอร์คเน่เกี่ยวกับบทบาทโดยส่วนรวมของกฎหมายเช่นเดียวกับ เคลเซน (Hans Kelsen) คือการผูกขาดอำนาจในมือเจ้าหน้าที่ของรัฐ แต่ขณะเดียวกัน เขาก็กล่าว ว่า หากเราต้องการทราบการทำงานอย่างแท้จริงของกฎหมายแล้ว เราจะต้องปฏิเสธแนวความคิด ของเคลเซนที่พิจารณากฎหมายว่าเป็นเรื่อง “บรรทัดฐาน” (Norm) ที่สร้างขึ้นเพื่อจัดการกับสภาพ ความเป็นจริง (ของปัญหา) อันเกิดขึ้น แท้จริงแล้วโลกแห่งกฎเกณฑ์ทางกฎหมายเป็นโลกแห่ง เหตุและผลซึ่งจะเห็นได้หากเราเข้าใจปรากฏการณ์ทางจิตวิทยา ดังกล่าว ในการนี้ โอลิเวอร์ โครนาคีร์ทอร์คเน่ มองบรรดาคนที่มีอำนาจในสังคมว่าคนพวกนี้ต่างรู้สึกจำเป็นในการกำหนดให้พฤติกรรมใหม่ ๆ ตกอยู่ภายใต้ข้อห้ามของกฎหมาย กฎหมายต่าง ๆ จึงถูกประกาศใช้บัญญัติห้ามมิให้กระทำการ บางอย่างควบคู่กับการมีบทข่มขู่ลงโทษผู้ฝ่าฝืน ในขั้นต้นเมื่อมีการประกาศใช้กฎหมาย ผู้คนที่ ตกเป็นเป้าหมายแห่งข้อห้ามก็อาจคิดคำนวณถึงผลได้ผลเสียของการปฏิบัติตามหรือฝ่าฝืนกฎหมาย แต่หนัก ๆ เข้า โดยธรรมชาติแห่งจิตใจมนุษย์ย่อมไม่สามารถยั้งหรือปล่อยให้ความอยาก (ฝ่าฝืนกฎหมาย) หรือความรู้สึกเขี้ยววนต่อสู้อยู่กับความรู้สึกเก็บกดหรือความกลัวการลงโทษ ได้อย่างคงทนตลอดเวลา ถึงจุดหนึ่งในที่สุดความรู้สึกขัดแย้งระหว่างความอยากจะทำผิดกฎหมาย และความกลัวไม่กล้าทำผิดกฎหมายก็จะถูกผลักดันให้เข้าไปสู่ระดับจิตใต้สำนึก (Subconscious) หมด ส่วนในระดับจิตสำนึกปกติก็จะมีสัญลักษณ์ถ้อยคำเชิงบังคับอย่างไม่มีเหตุผล เช่นคำว่า “ไม่ควรกระทำ” เข้ามาแทนที่และครั้นเมื่อการรับรู้ต่อกฎเกณฑ์ทางกฎหมายถูกแปรสู่กระบวนการ ภายในของจิตเช่นนี้แล้ว โดยปกติก็จะไม่มีความจำเป็นในการใช้วิธีการข่มขู่บังคับด้วยกำลังกัน อีกต่อไป เนื่องจากความคิดเกี่ยวกับการกระทำอันต้องห้ามโดยทั้งหมดนั้นจะเข้าไปอยู่ในจิตใจ พร้อมกับมีสัญลักษณ์ถ้อยคำห้ามมิให้กระทำประทับซ่อนอยู่

กระบวนการทางจิตวิทยาเหล่านี้เองที่โอลิเวอร์ โครนาคีร์ทอร์คเน่ถือว่าเป็นสิ่งเดียวกับการสร้างสิ่งที่ เรียกว่า “มาตรฐานทางศีลธรรม” ซึ่งนับเป็นข้อสังเกตที่กลับกันกับข้อสันนิษฐานทั่วไปเรื่อง ความสัมพันธ์เชิงประวัติศาสตร์ระหว่างศีลธรรมและกฎหมาย นอกจากนี้ความเคยชินของ กระบวนการทางจิตวิทยาดังกล่าวยังเอื้อประโยชน์ต่อผู้มีอำนาจในสังคมในการกำหนดบรรทัด ฐานความประพฤติใหม่ ๆ ขึ้นมาซึ่งสามารถมีอิทธิพลครอบงำบุคลิกภาพของบุคคลในระดับหนึ่ง แม้ว่าจะไม่มีพลังอำนาจอันแท้จริงคอยข่มขู่อยู่เบื้องหลังก็ตาม แน่ละว่าพลังอำนาจเป็นสิ่งจำเป็น สำหรับการคงไว้ซึ่งกระบวนการภายในจิตใจดังกล่าว แต่ก็ไม่จำเป็นต้องนำมาแสดงไว้เปิดเผย

ส่วนใหญ่แล้วพลังอำนาจมักถูกเก็บงำเอาไว้อยู่เบื้องหลัง กล่าวดังนี้กฎหมายจึงมีความสัมพันธ์กับพลังอำนาจ (Force) อยู่สองประการ กล่าวคือ ประการแรก ในระยะเริ่มแรกกฎหมายจะได้รับการยึดมั่นเชื่อฟังโดยกระบวนการทางจิตวิทยา และขยายพลังการยึดมั่นดังกล่าวต่อ ๆ มาโดยการบังคับการลงโทษ และประการที่สอง เนื้อหาในบทบัญญัติของกฎหมายจะเป็นตัวกำหนดโดยเฉพาะต่อสถานการณ์ซึ่งเห็นสมควรให้มีการใช้อำนาจ

งานวิเคราะห์เชิงจิตวิทยากฎหมายของโอลิเวอร์ โครน่าข้างต้น แม้ว่าจะให้แง่คิดหรือความเข้าใจเพิ่มเติมต่อปรากฏการณ์ทางกฎหมายบางเรื่อง ประเด็นวิจารณ์ก็มีปรากฏเป็นปกติเช่นความคิดทางปรัชญาทั่วไป ข้อที่วิจารณ์กันมากอันหนึ่งคือ งานทฤษฎีทั่วไปเกี่ยวกับกฎหมายเชิงจิตวิทยาที่กำเนิดขึ้นโดยใช้วิธีตรรกะหรือคิดเดาอยู่กับที่เอาเอง (Armchair Theorising) มากกว่าจะเป็นผลจากการค้นคว้าวิจัยเชิงประจักษ์ การกล่าวอ้างความสัมพันธ์เชิงเหตุเชิงผลในแง่จิตวิทยา ซึ่งเชื่อว่าทำให้ภาษาหรือถ้อยคำทางกฎหมายมีชีวิตมีพลังขึ้นมา นั้น ยังเป็นข้อที่กังขาอยู่สำหรับบางคน หลายคนสงสัยว่ากฎหมายเป็นกลไกสร้าง(มาตรฐานทาง)ศีลธรรมตามกระบวนการดังว่าจริง ๆ หรือ เพราะถ้าเป็นเช่นนั้นทำไมการฆาตกรรมจึงมักถือว่าเป็นความชั่วร้ายมากกว่าการลักขโมย ทั้ง ๆ ที่ในอดีตมีการลงโทษประหารชีวิตเหมือน ๆ กัน สำหรับความผิดทั้งสองมานานเป็นศตวรรษแล้ว ยังการกล่าวอ้างที่ว่า การดำรงอยู่ของความคิดในเชิง “ควรจะทำ” ในจิตใจเป็นเหมือนหลักฐานว่าบุคคลจะต้องงดงำความอยากต่าง ๆ ลงไว้ เพื่อให้พ้นจากความกลัวการลงโทษ ความข้อนี้ก็น่าคิดว่าเป็นเพียงการคาดคะเนเอาใช่หรือไม่ เนื่องจากไม่มีพื้นฐานด้านการวิจัยข้อเท็จจริงขึ้นรองรับแต่ประการใด ในทางตรงกันข้าม งานวิจัยปัจจุบันเกี่ยวข้องกับเรื่องความรู้หรือทัศนคติของบุคคลต่อกฎหมายดูเหมือนว่าจะไม่สามารถให้ภาพรวมทั้งหมดของบทบาทการทำงานกฎหมายในสังคมได้ ยิ่งในส่วนของเรื่องความไม่รู้กฎหมายแล้วเป็นเรื่องยากยิ่งสำหรับงานวิจัยที่จะสามารถบอกให้เราทราบถึงผลกระทบของกฎหมายที่มีต่อบุคคลผู้ไม่รู้กฎหมาย และหลักการของโอลิเวอร์ โครน่าย่อมเป็นอันพึงทลายลงเช่นกัน หากสามารถพิสูจน์กันได้ว่า ทั้ง ๆ ที่มีการบังคับการหรือเผยแพร่การบังคับการตามกฎหมายให้เป็นที่ยอมรับกันอย่างสม่ำเสมอแล้ว ปฏิกริยาของประชาชนต่อความถูกความผิดอันบัญญัติในกฎหมายก็มีได้เกิดขึ้นโดยอัตโนมัติ งานวิจัยเท่าที่ปรากฏในส่วนนี้กลับดูเหมือนจะยืนยันลักษณะผันแปรไม่แน่นอนของปฏิกริยาดังกล่าวมากกว่า โดยมีปัจจัยเรื่องอายุหรือกลุ่มสังคมเป็นตัวแปรสำคัญ

เมื่อหันมาพิจารณาทัศนคติของนักสังคมนิยมทางกฎหมายอีกท่านหนึ่งคือ แอลฟ์ รอสส์ (Ross) รอสส์เห็นด้วยกับโอลิเวอร์ โครน่าในเรื่อง “กฎหมายในเชิงปฏิบัติ” (Law in action) แต่ก็แย้งว่า หากเป็นกรณีที่มีการพูดถึง “กฎหมาย” ในเชิงนิติศาสตร์หรือทฤษฎีแล้ว จะไม่มุ่ง

ถึงเรื่องชีวิตทางจิตวิทยาของประชาชนโดยตรง ในกรณีนี้ทิศทางของคำอธิบายจะมุ่งสู่เรื่อง “แบบแผนของการตีความ” ซึ่งช่วยให้บุคคลสามารถทำนายพฤติกรรม (การตัดสินใจ) ของเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจทางกฎหมายได้ ขณะเดียวกันความคิดเกี่ยวกับเรื่อง “ควร” (หรือ “ไม่ควร”) ทางกฎหมาย ซึ่งถ่ายทอดจากอาจารย์ผู้สอนกฎหมายแก่นักศึกษา ก็มีใช่เรื่องที่จะมีผลกระตุ้นทางจิตวิทยา (ดังคำอธิบายของโอลิเวอร์โครน่า) ทว่ากลับเป็นสิ่งที่ช่วยให้นักศึกษาสามารถบอกถึงเรื่องที่คุณพิพากษาจะกระทำได้อีก เนื่องจากทราบถึงความรู้สึกเชิงต้องการบังคับควบคุมในจิตใจของผู้พิพากษา ในการนี้รอสส์พยายามเชื่อมต่อกับคำอธิบายของเขาเข้ากับลัทธิปฏิฐานนิยมทางตรรกะ (Logical Positivism) อันเป็นปรัชญาในเชิงภาษาวเคราะห์ (สนใจเรื่องความหมายของภาษาในฐานะเป็นตัวสื่อเนื้อหาความรู้) ซึ่งเน้นความสำคัญของตรรกวิทยาและตัดสินใจความน่าเชื่อถือของความรู้ที่การพิสูจน์ได้เชิงประจักษ์หรือเชิงประจักษ์ (Positive)

ตามแนวความคิดนี้ประโยคคำพูดที่มีเนื้อหาจะถือเป็นประโยคที่มีความหมายอันแท้จริงได้ ก็ต่อเมื่อสาระถ้อยคำในประโยคนั้นเป็นสิ่งที่สามารถพิสูจน์ตรวจสอบได้เชิงประจักษ์ ดังกล่าว ดังนั้น หากมีใครพูดถึงกฎเกณฑ์อันสมบูรณ์ซึ่งมีเนื้อหาแม้เพียงบางส่วนที่เป็นอิสระจากโลกแห่งกาลและเวลา (พิสูจน์ไม่ได้) อีกทั้งมีอำนาจผูกมัดที่ไม่เป็นธรรมชาติบางอย่างแล้ว ผู้นั้นก็กำลังพูดถึงเรื่องอภิปรายอันไร้ความหมายใด ๆ แต่ในกรณีที่พูดถึงปรากฏการณ์ทางจิตวิทยาอันคาดคะเนได้ว่าจะเกิดขึ้นในจิตใจของผู้พิพากษา การพูดเช่นนั้นต้องถือว่าสัมพันธ์อยู่กับโลกแห่งความเป็นจริงและสอดคล้องกับลัทธิปฏิฐานนิยมทางตรรกะ เนื่องจากเราสามารถพิสูจน์สิ่งนี้ได้จากการตรวจสอบทดลองในศาลยุติธรรม นัยคำอธิบายเช่นนี้จึงนับเป็นความพยายามของรอสส์ในการปลดปล่อยเนื้อหาส่วนที่เป็นบรรทัดฐานบริสุทธิ์และอยู่เหนือธรรมชาติ ออกจากความสมบูรณ์ของกฎหมาย พร้อม ๆ กับการขีดวงความสมบูรณ์แห่งกฎหมายให้อยู่ในโลกแห่งปรากฏการณ์ซึ่งสามารถสังเกตเห็นได้⁽¹²⁾

เมื่อประมวลประเด็นความคิดของรอสส์โดยสรุปแล้ว เราคงกล่าวได้ว่ารอสส์มีจุดสนใจคล้ายพวกสังคมนิยมฝ่ายอเมริกันซึ่งเน้นเรื่องบทบาทของศาลเป็นพิเศษ ณะเช่นนี้จึงทำให้เราตกอยู่ภายใต้ข้อวิจารณ์ทำนองเดียวกับเรื่องการแปลงคำตัดสินของศาลให้เป็นเพียงการคาดทำนายการตัดสินใจของผู้พิพากษา

อย่างไรก็ดี รอสส์เองก็มีจุดแตกต่างอันแน่นอนจากสังคมนิยมฝ่ายอเมริกันอยู่ตรงที่ยืนยันว่าคำตัดสินของศาลที่สอดคล้องกับกฎเกณฑ์ที่ดำรงอยู่ก่อนหน้าย่อมแสดงให้เห็นว่ากฎเกณฑ์เหล่านั้นกำกับควบคุมคำตัดสินได้อย่างมีประสิทธิภาพ แต่หากมันไม่สามารถควบคุมได้ดังกล่าว

(12) Edgar Bodenheimer, "Jurisprudence", Op.cit., P. 130

ที่ย่อมหมายความว่ามันขาดคุณสมบัติเรื่องการพิสูจน์ได้เชิงประจักษ์ เมื่อเปรียบเทียบระหว่าง
ทฤษฎีของรอสส์และแฟรงค์ แม้คนทั้งสองต่างเห็นพ้องร่วมกันต่อบทบาทของนักกฎหมาย
ในการคาดทำนายการตัดสินใจของศาล แต่ในขณะที่แฟรงค์เตือนให้ระมัดระวังต่อการยึดถือ
แต่กฎเกณฑ์ในฐานะเป็นพื้นฐานแห่งการคาดคะเนดังกล่าว รอสส์กลับกล่าวว่า กฎเกณฑ์จะ
ปรากฏอยู่จริงเฉพาะแต่เมื่อมันประกอบด้วยเหตุผลที่ดี (พิสูจน์ตรวจสอบได้) สำหรับการคาด
คะเน

ข้อเตือนใจเหล่านี้คงมีคุณค่าอยู่ในระดับหนึ่งต่อการศึกษายุติธรรมทางกฎหมายของ
ฝ่ายต่าง ๆ แต่ทั้งนี้ก็มีจุดน่าสังเกตว่า ในขณะที่แต่ละฝ่ายยืนยันเรื่องความยากลำบากในการคาด
ทำนายพฤติกรรมของศาล กลับไม่ปรากฏว่ามีผู้ใดที่อธิบายเรื่อง ความแน่นอนในการตัดสิน
คดีจำนวนมากของศาลที่กระทำภายใต้กฎเกณฑ์อันปรากฏชัดเจนจนไม่ต้องมีการคาดทำนายว่า
จะเป็นความผิดหรือไม่แต่อย่างใด

ในอีกแง่มุมหนึ่ง แม้แง่คิดจากการศึกษาพฤติกรรมของศาล อาจสร้างความรู้สึกเชิงลบ
ต่อสถาบันดังกล่าว แต่อย่างน้อยที่สุด ความปรวนแปรไม่แน่นอนของแนวคำพิพากษาในหลาย ๆ
กรณีก็ช่วยชี้ให้เห็นว่าศาลยังคงรักษาไว้เสมอซึ่งเสรีภาพในการพิจารณาคดีของตน โดยไม่ลด
บทบาทตัวเองให้เป็นเพียงผู้ปรับใช้แนวคำพิพากษาในอดีตอย่างเป็นกลไกต่อข้อเท็จจริงแห่ง
คดีใหม่เท่านั้น⁽¹³⁾

ข้อสำคัญยิ่งอีกจุดอันพึงพิจารณาต่อจากประเด็นนี้ก็คือ เสรีภาพในส่วนนี้ได้มีการใช้
อย่างมีเหตุผลหรือปราศจากอคติเพียงไหนในความเป็นจริง อีกทั้งมีการเปิดให้ตรวจสอบวิพากษ์
วิจารณ์การใช้เสรีภาพดังกล่าวกันเพียงไหนในแง่ของข้อเท็จจริง

ประเด็นสุดท้ายนี้อาจนับเป็นคุณูปการโดยอ้อมประการหนึ่งของแนวคิดแบบสังคมนิยม
แม้หลาย ๆ คนจะไม่รู้สึกสนใจต่อคำอธิบายเรื่องลักษณะอัตวิสัยของคำพิพากษาซึ่งอาจฟังดู
เกินความเป็นจริง แต่ประเด็นวิพากษ์วิจารณ์ดังกล่าวก็อาจทำให้เราคิดไกลไปได้ถึงปัญหาละเอียด
อ่อนเรื่องความรับผิดชอบของศาลต่อคำพิพากษาของตัวเอง (Judicial Responsibility/Judicial
Accountability) หรือปัญหาเรื่องคำพิพากษาตัดสินของศาลที่ผิดพลาด (Wrong Judicial Decisions)
ในปัจจุบันอาจกล่าวได้ว่าประเด็นละเอียดอ่อนนี้กำลังเป็นที่สนใจในวงการนิติศาสตร์สากลมากขึ้น
เราต่างทราบกันดีว่า การพิจารณาพิพากษาอรรถคดีเป็นการใช้อำนาจทางตุลาการ ซึ่งถือเป็น
อำนาจสำคัญยิ่งหนึ่งในทฤษฎีแบ่งแยกอำนาจอธิปไตย อันมีอำนาจนิติศาสตร์ และอำนาจบริหาร
เป็นอำนาจส่วนที่เหลือ ในขณะที่อำนาจนิติบัญญัติและอำนาจบริหารมีเหตุผลและกระบวนการ

(13) Lord Lloyd of Hampstead, "Introduction to Jurisprudence", Op.cit., P. 459

ในการตรวจสอบควบคุมหรือถ่วงดุลย์อำนาจซึ่งกันและกัน อำนาจตุลาการดูเหมือนจะปรากฏตัวเป็นอำนาจอิสระสมบูรณ์มาโดยตลอด

อิสระแห่งอำนาจตุลาการนับว่าเป็นหลักคุณค่าสำคัญสูงสุดอันหนึ่งที่เราต่างทราบกันดี ในฐานะหลักประกันการใช้อำนาจตุลาการเพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน บทบาทในส่วนนี้เองที่นับเป็นการยืนยันคำกล่าวที่ว่า ศาลเป็นที่พึ่งสุดท้ายของประชาชน อย่างไรก็ตามเมื่อมองที่ความสัมพันธ์ระหว่างอำนาจและวัตถุประสงค์แห่งอำนาจดังกล่าว เราอาจต้องคิดว่า อิสระของฝ่ายตุลาการที่ปลอดจากการแทรกแซงของอำนาจอื่น (โดยเฉพาะจากอำนาจบริหาร) โดยตัวของมันเองแล้ว หาใช่หลักคุณค่าสูงสุดหรือเป็นอำนาจที่เป็นจุดมุ่งหมายในตัวเองไม่ แต่หากแท้จริงเป็นหลักคุณค่าเชิงกลไก (Instrumental Value) ซึ่งสร้างขึ้นในลักษณะเครื่องมือเพื่อปกป้องหลักคุณค่าประการอื่น ที่เป็นเสมือนตัวเป้าหมายกล่าวคือ ความไม่ฝักใฝ่ฝ่ายใดของผู้พิพากษา (Impartiality of the Judge) และความเที่ยงธรรม (Fairness)⁽¹⁴⁾ อันเป็นหลักคุณค่าซึ่งถือเป็นกฎเกณฑ์พื้นฐานของหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติ (Natural Justice) มานานหลายศตวรรษแล้ว

หลักความเป็นอิสระ, ความไม่ฝักใฝ่ฝ่ายใดและความเที่ยงธรรมจึงเป็นหลักคุณค่าสำคัญที่เป็นเหตุผลชอบธรรมขั้นพื้นฐานซึ่งรับรองความเป็นอิสระของฝ่ายตุลาการมิให้อำนาจอื่นมาแทรกแซงโดยมิชอบ แต่ในขณะที่ยืนยันเรื่องความเป็นอิสระเช่นกล่าวนี้ แนวโน้มความคิดในตะวันตกก็เริ่มมีการตั้งคำถามต่ออำนาจอิสระของฝ่ายตุลาการมากขึ้น, เริ่มมีการพิจารณาปัญหาการปรับปรุงประสิทธิภาพการทำงานและความรับผิดชอบของศาลต่อความผิดพลาดอย่างร้ายแรง (Serious Error) ในการตัดสินคดีบางเรื่อง ในอเมริกาก็ปรากฏแนวโน้มการวิพากษ์วิจารณ์ผู้พิพากษาเป็นการส่วนตัวเพิ่มขึ้นจากคู่ความที่ไม่พอใจผลคำพิพากษา โดยเฉพาะในคดีเกี่ยวข้องกับสิทธิของราษฎร (Civil Rights) ปัญหาเหล่านี้ส่วนสำคัญคงเริ่มจากการตระหนักถึงปัญหาความเป็นมนุษย์ปุถุชนของผู้พิพากษาที่มีอารมณ์ความรู้สึกและรู้พลาดรู้พลั้งได้เป็นธรรมดา, การเพิ่มขึ้นอย่างมากของอำนาจหรือบทบาทฝ่ายตุลาการในรัฐสมัยใหม่ตามความซับซ้อนเพิ่มขึ้นของกิจกรรมชีวิตหรือกิจกรรมเศรษฐกิจซึ่งมีส่วนดึงให้ศาลยุติธรรมต้องเข้าไปมีบทบาทชี้ขาดความขัดแย้งซึ่งผลประโยชน์จำนวนมากของกลุ่มอิทธิพลต่าง ๆ ในสังคม ขณะเดียวกันก็มีการทบทวนหรือเน้นปรัชญาประชาธิปไตยในประเด็นที่ว่า “บุคคลผู้ใช้อำนาจสาธารณะใด ๆ มีหน้าที่ต้องให้เหตุผลการใช้อำนาจของตนเสมอ” หรือ “อำนาจซึ่งปราศจากความรับผิดชอบหา

(14) ดูรายละเอียด Mauro Cappelletti, “Who Watches the Watchmen?”, (The American Journal of Comparative Law, Vol.31, No.1 Winter 1983), PP. 15-16

อาจสมานเข้ากับระบบประชาธิปไตยได้ไม่” ภาวะการณ์เช่นนี้จึงทำให้หลักเรื่องความรับผิดชอบของฝ่ายตุลาการได้รับการกล่าวขานมากขึ้นควบคู่กับหลักความเป็นอิสระของตุลาการ แม้ว่าหลักทั้งสองจะขัดแย้งกันในที่ ก็พึงทำความเข้าใจว่า ความจริงแล้วต่างมีทิศทางอันสอดคล้องกันในแง่ที่หลักการทั้งสองเรื่องต่างมุ่งสู่เป้าหมายเรื่องการเมืองการไม่ฝักใฝ่ฝ่ายใดและความเที่ยงธรรมของการตัดสินคดี อันหมายถึงการปกป้องสิทธิเสรีภาพหรือผลประโยชน์ของประชาชนอย่างเป็นทางการและเสมอภาค การคุ้มครองประโยชน์ส่วนนี้ยังอาจนับเป็นที่มาสำคัญของข้อเสนอในทำนอง “กฎแห่งความรับผิดชอบทางวิชาชีพ” (The Rules of Professional Responsibility) ในฐานะเป็นเครื่องมือเพื่อควบคุมการใช้อำนาจของฝ่ายตุลาการในทางที่มีขอบเช่นเดียวกับกฎเกณฑ์ที่ควบคุมการประกอบวิชาชีพของพวกแพทย์หรือสถาปนิกต่าง ๆ ⁽¹⁵⁾

ความคิดต่าง ๆ ข้างต้นนี้อาจดูก้าวไปไกลเกินในบางทรรคนะหรือในบางสังคม ซึ่งอาจยังไม่เผชิญปัญหาอันคล้ายคลึงกันเกี่ยวกับการวิพากษ์วิจารณ์พฤติกรรมหรือบทบาทการทำงานของผู้พิพากษา แต่อย่างน้อย ประเด็นที่ยกขึ้นพิจารณาโดยรวบรัดนั้นก็อาจเป็นประโยชน์ในการคิดใคร่ครวญต่อถึงสิ่งที่เราเคยเชื่อเคยศรัทธาเรื่องอิสระของตุลาการหรือเรื่องการใช้เหตุผลบริสุทธิ์ของผู้พิพากษา แน่แน่นอนว่าประเด็นปัญหาบางเรื่องของตะวันตกย่อมต่างจากปัญหาที่เกิดขึ้นจริงในสังคมบ้านเรา แต่เราคงต้องยอมรับเช่นกันว่าคำอธิบายเชิงจิตวิทยาของฝ่ายสังคมนิยมก็ดี แนวคิดประชาธิปไตยของตะวันตกเรื่องการถ่วงดุลย์อำนาจก็ดี หรือประสบการณ์ในความเป็นจริงอันพบเห็นได้ในบ้านเมืองเราก็คงเกี่ยวกับการใช้อำนาจตุลาการในคดีสำคัญบางเรื่องซึ่งเป็นที่วิพากษ์วิจารณ์แพร่หลายในโอกาสต่าง ๆ ก็ดีเหล่านี้ อย่างน้อยก็น่าจะเป็นข้อคิดหรือแนวทางอันสามารถให้คำตอบแก่เราเพิ่มขึ้นในบางมิติได้บ้างกระมัง เกี่ยวกับปัญหาการบังคับใช้กฎหมาย, ปัญหาเรื่องกฎหมาย(ผู้ตัดสินกฎหมาย?) ข้าราชการหรือบุคลิกลักษณะแห่งผู้ใช้อำนาจตัดสินกฎหมายบนบริบทของสังคมแบบไทย ๆ

(15) Ibid., P. 56

อย่างไรก็ตาม หากกล่าวจากบริบทของสังคมไทยแล้ว ดูจะมีปัญหายุ่งยากอยู่ไม่น้อย ดังเคยมีตัวอย่างการฟ้องร้องผู้พิพากษาที่ทำงานผิดพลาด ปรากฏว่าศาลบอกว่าศาลทำในพระปรมาภิไธย เมื่อพระมหากษัตริย์ทำอะไรไม่ผิด ศาลก็ทำอะไรไม่ผิดเหมือนกันจึงยกฟ้องไป ดู “ความผิดฐานหมิ่นพระบรมเดชานุภาพกับการปกครองระบอบประชาธิปไตยที่มีพระมหากษัตริย์เป็นประมุข”, (อาจารย์สาร, ปีที่ 14, ฉบับที่ 6 พฤศจิกายน - ธันวาคม 2530), หน้า 38 นอกจากนี้ขอให้ดูข้อวิจารณ์พฤติกรรมในทางคดีของผู้พิพากษาและอัยการบางท่าน ในหน้า 18, 26, 30, 42, 44-5

“.....มนุษย์ที่ “ปฏิเสธ” ไม่ยอมทำนั่นแหละมนุษย์ชั่วลาด เห็นแก่ตัวแสร้งใหม่ มนุษย์
เท่านั้นที่รู้จัก “ปฏิเสธ” ที่รู้จักคำว่า “ไม่” ต้นไม้ สัตว์ มันไม่รู้จักปฏิเสธ มีไหม
ต้นไม้ที่ไม่ยอมให้น้ำหล่อเลี้ยงต้นของมัน ที่มันบอกว่าฉันจะไม่ยอมกินอาหาร ว่าฉัน
อยากตาย มีสัตว์ตัวไหนใหม่ที่มันบอกว่ามันจะไม่หิว ไม่สืบพันธุ์ ไม่ยอมมีชีวิตต่อไป
ดูสัตว์ขี้มันดีแค่นั้น มันยอมรับชีวิตง่าย ๆ มันอดทนไปไหนไปกันเป็นฝูง ช่วยประคับ-
ประคองกันไป ตัวไหนล้มตายลงตัวที่เหลือก็ยังคงฆ่าเห่าเดินต่อไปบนถนนสายเดียวกัน
ด้วยเจตนาเดียวกันที่จะสืบลูกหลานกันต่อมา มันไม่เคยปฏิเสธ ไม่เคยพยายามเปลี่ยน
แปลงวิถีชีวิตของบรรพบุรุษของมัน.....”

.....ความบางตอนจากบทละคร “อันตราคนี : ผู้มีไฟไม่สิ้นสุด”
โดย มัทนี รัตนิน และ สุชาวดี ตันชาวนิช