

2.

ทฤษฎีปฏิฐานนิยมทางกฎหมาย (Legal Positivism) : การก่อตัวและบทบาทความสำคัญ

ดังได้กล่าวไว้แล้วในตอนต้นว่าปัญหารากฐานสำคัญ ๆ ทางปรัชญากฎหมายอาจอธิบายได้จากหลาย ๆ แง่มุมสุดแต่สำนักคิดทางปรัชญากฎหมายหรือทฤษฎีกฎหมายที่แตกต่างกัน Legal Positivism หรือสำนักปฏิฐานนิยมทางกฎหมาย (บางท่านก็เรียกว่า สำนักกฎหมายบ้านเมือง) ก็เป็นหนึ่งในสำนักคิดหรือทฤษฎีจำนวนดังกล่าว ซึ่งมีพัฒนาการขึ้นมาอย่างเป็นระบบในคริสต์วรรษที่ 19 และ 20 ในลักษณะเป็นคู่ปรปักษ์กับปรัชญาสำนักกฎหมายธรรมชาติที่ก่อตัวมาก่อนหน้านับพัน ๆ ปี

ปัญหาว่าเหตุใดจึงหยิบยกทฤษฎีนี้ขึ้นมากล่าว เป็นเบื้องต้น ทั้งที่เมื่อมองในแง่ประวัติศาสตร์หรือมิติด้านเวลา ทฤษฎีนี้ก่อตัวขึ้นหลังปรัชญาความคิดแบบกฎหมายธรรมชาติดังกล่าวข้างต้น คำอธิบายในแง่วิธีเริ่มต้น (Approach) เช่นนี้ เหตุผลสำคัญสี่แต่ข้อเท็จจริงว่า สำนักคิดนี้เป็นสำนักคิดร่วมสมัยที่มีอิทธิพลหรือได้รับการยอมรับอยู่อย่างมากในปัจจุบัน จนอาจจัดเป็นกระแสหลักของความคิดทางกฎหมายที่กำลังดำเนินอยู่ แม้จะมีจุดอ่อนอยู่มากในตัว ดังจะกล่าวถึงในเบื้องต้นนี้ก็ตาม นอกจากนี้ คำอธิบายในระยะหลังของนักคิดในสำนักปฏิฐานนิยมทางกฎหมาย กล่าวคือ เคลเซน (Kelsen) หรือ ฮาร์ท (Hart) ที่พยายามเน้นแง่มุมของธรรมชาติกฎหมายในเชิงระบบหรือสถาบันในระดับมหภาค (Macro) ยังอาจนับเป็นจุดเด่นประการสำคัญอย่างน้อยก็ชวนให้พิสูจนความถูกต้องเที่ยงตรงของคำอธิบายเช่นนี้ การมองกฎหมายในลักษณะที่เป็นสถาบันซึ่งประกอบขึ้นเป็นระบบกฎหมายและเน้นความสำคัญของประสิทธิภาพหรือความชอบธรรมของระบบกฎหมายแทนการสนใจเนื้อหาของรายละเอียดของกฎหมายซึ่งมีลักษณะเป็นแบบจุลภาค (Micro) (อันเป็นลักษณะการศึกษาตามแนวปรัชญากฎหมายธรรมชาติ น่าจะถือเป็นลักษณะเด่นอันควรแก่การเริ่มต้นและดูเหมือนว่าจะสอดคล้องกับบริบท (Context) หรือพัฒนาการของสังคมไทยที่ยังมีลักษณะ “กำลังพัฒนา” ทั้งทางเศรษฐกิจ และการเมือง ซึ่งมีความจำเป็นต้องวางฐานความคิดเรื่องระบบกฎหมายที่ชอบธรรม, เรื่องนิติรัฐหรือการสร้างคามยอมรับในหลักนิติธรรม (The Rule of law) อย่างมั่นคง และจากการกำหนดความเหมาะสมเช่นนี้ก็สอดคล้องกับธรรมชาติประการสำคัญของนิติปรัชญาที่กล่าวมาก่อนหน้า

แล้ว กล่าวคือการเป็นศาสตร์ประยุกต์ที่อยู่ระหว่างปรัชญา และทฤษฎีการเมือง

ก่อนที่จะเริ่มเข้าสู่รายละเอียดทฤษฎี Legal Positivism เป็นการเฉพาะ มีประเด็นพื้นฐานที่พึงสนใจเพิ่มเติมในการศึกษาธรรมชาติ หรือภาพรวมของกฎหมายถึงแม้จะมีการจัดแบ่งสำนักปรัชญาหรือทฤษฎีกฎหมายออกเป็นแนวทางต่าง ๆ มากกว่า 5-6 แนวในการตอบปัญหาสำคัญทางปรัชญากฎหมายดังกล่าว หากพิจารณาโดยรวมย่อแล้วเราคงได้ข้อสังเกตอันหนึ่งว่า แท้จริงแล้วดูเหมือนว่าวิวาทะในเชิงปรัชญากฎหมายดำเนินอยู่ระหว่างสองแนวทางหลักเป็นส่วนใหญ่คือระหว่างแนวทางสังคมนิยม (Realist approach) และแนวทาง อุดมคตินิยม (Idealist approach) โดยในแต่ละแนวทางก็มีระดับหรือแง่มุมของความยึดมั่นเชื่อถือซึ่งแตกต่างกันออกไปอีก กรณีแนวทางสังคมนิยมอาจพิจารณาได้เป็นอุทาหรณ์ ซึ่งอาจรวมแนวทฤษฎีปฏิฐานนิยมทางกฎหมาย, นิติศาสตร์เชิงสังคมวิทยา, สังคมนิยมทางกฎหมาย หรือแนวความคิดเกี่ยวกับกฎหมายของมาร์กซิสต์ให้อยู่ในแนวเดียวกันนี้ได้ ค่าที่ทั้งหมดต่างก็พยายามจะอธิบายธรรมชาติหรือปรากฏการณ์ของกฎหมายในแง่ข้อเท็จจริง (Positivism) หรือตามสภาพความเป็นจริงให้มากหรือถูกต้องที่สุด แม้ว่าคำตอบที่ออกมาจะแตกต่างกันก็ตาม อย่างไรก็ตาม อย่างไรก็ดี แม้ในแนวทางย่อย ๆ ดังกล่าวนี้จะมีความแตกต่างกันรวมทั้งมีข้อวิพากษ์วิจารณ์ซึ่งกันและกัน ผลรวมทั้งหมดของความพยายามก็ทำให้เราเข้าใจกฎหมายอย่างถูกต้องเป็นจริงมากขึ้น

นอกจากเรื่องสองแนวทางหลักในวิวาทะเกี่ยวกับกฎหมายดังกล่าวแล้ว จากคำที่นิติปรัชญาเขียนอยู่ระหว่างปรัชญาและทฤษฎีการเมืองในการศึกษานิติปรัชญาจึงหลีกเลี่ยงไม่ได้ที่จะต้องพบกับคู่ความขัดแย้งของแนวความคิดสำคัญ ๆ หลายคู่ ทำนองเดียวกับการศึกษาทฤษฎีหรือปรัชญาทางการเมือง คู่ความขัดแย้งต่าง ๆ นี้ นับว่าเป็นประเด็นหัวใจสำคัญที่แฝงอยู่เบื้องหลังการถกเถียงหรือวิวาทะในปัญหาเชิงปรัชญากฎหมายต่าง ๆ และอาจกล่าวได้ว่าเป็นสิ่งที่ปรากฏอยู่ที่รากฐานของความเชื่อหรือจุดยืนทางปรัชญาชีวิตของคนทั่วไป คู่ความขัดแย้งพื้นฐานทางปรัชญาดังกล่าว ได้แก่⁽¹⁾

1. ปัจเจกชนและ เอกภพ (Individual and Universe) นัยของคู่ความขัดแย้งนี้คงอยู่ที่การโต้แย้งว่าระหว่าง ปัจเจกชนหรืออัตตา (Ego) กับ เอกภพหรือธรรมชาติ (Nature) สิ่งใดกันแน่ที่ เป็นผู้สร้างหรือผู้กำหนดอีกสิ่งหนึ่ง

2. เจตนาและความรู้อันเป็นภาวีสัย (Voluntarism and Objective Knowledge) คู่ความขัดแย้งนี้เกี่ยวกับปัญหาสำคัญว่าจิตหรือเจตน์จำนงของมนุษย์เป็นตัวชักนำ (Direct) หรือกำหนดความรู้ (Knowledge) หรือว่าความรู้เป็นตัวกำหนดหรือนำทางจิต โดยปัญหาสำคัญนี้จะเป็นตัวชี้

(1) W. Friedmann, "Legal Theory" op.cit, P.82-92

ขาดปัญหาต่อไปว่า ค่านิยมภววิสัย (Objective values) หรือค่านิยมอันแท้จริงมีปรากฏขึ้นได้หรือไม่ หรือว่าแท้จริงแล้ว จิตหรือเจตจำนงของมนุษย์เป็นผู้สร้าง หรือกำหนดค่านิยมขึ้นมาเอง

3. ปัญญา และ การสำนึกเอง/ญาณปัญญา/สหัชญาณ/อัชชฌตติกญาณ/ประสาทที่ 6 (Intellect and Intuition) คู่ขัดแย้งนี้ปรากฏจากการที่คนฝ่ายหนึ่งมีความเชื่อถือในอำนาจของเหตุผล หรือการคิดใคร่ครวญด้วยเหตุผลว่าเป็นมรรควิธีหรือปัจจัยที่จะนำไปสู่คำตอบปัญหาต่าง ๆ แต่ในอีกด้านหนึ่งก็มีผู้ที่ไม่เชื่อถือในเหตุผลแต่กลับศรัทธาเชื่อถือในการสำนึกเองหรือสัญชาติญาณ (Instinct) หรือญาณปัญญากลับว่าเป็นสิ่งที่จะสามารถให้คำตอบได้อย่างแท้จริง

นำบันทึกเพิ่มเติมว่า ปัญหาเกี่ยวกับคู่ความขัดแย้งนี้ ฟรีดริชโฮฟ คาปรั้า (Frijof Capra) นักฟิสิกส์เชิงพุทธคนสำคัญเห็นว่าเป็นรากเหง้าของวิกฤตการณ์ทางวัฒนธรรมที่กำลังดำเนินอยู่ สืบเนื่องจากการที่มนุษย์พยายามแยกการรับรู้ทั้งสองส่วนนี้ออกจากกันโดยเด็ดขาด แทนที่จะเห็นถึงความสัมพันธ์ซึ่งกันและกันหรือเอกภาพของคู่ความขัดแย้งนี้ ทรรศนะใหม่ในแนวนี้ยังได้โยงเปรียบเทียบกับคติโบราณของจีน (ลัทธิเต๋า) เรื่องเอกภาพของหยิง (ลักษณะธรรมชาติของมนุษย์ที่เป็นบุรุษ : การกระทำ, ความมีเหตุผล, การแข่งขันและวิทยาศาสตร์) และหยิน (ลักษณะธรรมชาติของมนุษย์ที่เป็นสตรี : การยินยอม, การรับรู้, การร่วมมือและรหัสลับ) ขณะเดียวกันที่ยืนยันถึงผลร้ายหรือความจำกัดของการเข้าสู่ความจริงด้วยความคิดเชิงเหตุผลหรือแบบวิทยาศาสตร์เพียงลำพัง อันปรากฏผลร้ายให้เห็น ๆ กันอยู่ทางวัฒนธรรม, จริยธรรม, ระบบนิเวศน์วิทยา ในสังคมโลกปัจจุบัน⁽²⁾

4. ความมั่นคง และ ความเปลี่ยนแปลง (Stability and Change) โดยทั่วไปแล้วเป็นที่เข้าใจว่า ธรรมชาติของความมั่นคงคือการหยุดนิ่งหรือนิ่งเฉย ส่วนการเปลี่ยนแปลงคือการเคลื่อนไหว สองสิ่งนี้โดยปกติย่อมถือกันตรงข้ามกัน แต่กระนั้นในเชิงปรัชญากฎหมายก็มีความจำเป็นที่จะต้องประสานสองสิ่งนี้เข้าหากันให้ได้ ดังเห็นได้จากกรณีของกฎหมายที่จะต้องมีความมั่นคงถาวร แต่กระนั้นกฎหมายก็ไม่อาจหยุดนิ่งแข็งทื่อได้ต้องมีการเปลี่ยนแปลงตามกาลและสถานการณ์ด้วยเหตุนี้การครุ่นคิดทั้งปวงเกี่ยวกับกฎหมายจึงเป็นความพยายามต่อสู้เพื่อที่จะประสานความต้องการเรื่องความจำเป็นของความมั่นคงและความจำเป็นของการที่ต้องการมีการเปลี่ยนแปลง แม้ว่าโดยทั่วไปแล้วจะมีแนวโน้ม ในทางทฤษฎีกฎหมายหรือในหมู่นักกฎหมายที่จะเน้นความสำคัญเรื่องความมั่นคงมากกว่าเรื่องความเปลี่ยนแปลงดังปรากฏในหมู่นักทฤษฎีกฎหมายธรรมชาติหรือพวกปฏิฐานนิยมเชิงกฎหมาย (Legal Positivist)

(2) ดูรายละเอียดได้ใน ฟรีดริชโฮฟ คาปรั้า, “ฟิสิกส์แบบพุทธ”, (อาจารย์สาร, ปีที่ 14 ฉบับที่ 4 กรกฎาคม - สิงหาคม 2530), หน้า 95 - 103; ฟรีดริชโฮฟ ชับประระ, “ลัทธิเต๋าแห่งฟิสิกส์”, (วนช แปล), (สำนักพิมพ์เทียนวรรณ, 2527)

5. ปฏิฐานนิยม และอุดมคตินิยม/จิตนิยม (Positivism and Idealism)

ในคู่ความขัดแย้งนี้ ฝ่ายแรก (Positivism) ยอมรับหรือให้ความสำคัญต่อสิ่งที่สัมผัสได้, เห็นได้ว่าเป็นสิ่งสำคัญหรือสิ่งที่มีบทบาทความสำคัญอันแท้จริง ในขณะที่ฝ่ายหลัง (Idealism) เน้นความเชื่อเรื่องความสำคัญของจิต, อุดมคติในลักษณะที่เป็นสัจ (Being) หรือสิ่งที่มีอยู่จริง ทฤษฎีกฎหมายที่เชื่อในอุดมคตินิยม จึงมักเริ่มต้นด้วยการยืนยันในหลักการเรื่องความรู้ที่มีอยู่ก่อน ประสบการณ์ (A priori principle) และจากหลักดังกล่าวนี้เองที่เป็นตัวกำหนดกฎหมายขึ้นโดยวิธีการอนุมาน (Deduce) ในทางตรงข้าม ทฤษฎีกฎหมายฝ่ายปฏิฐานนิยมก็มองกฎหมายว่าเป็นสิ่งที่ถูกกำหนดขึ้นด้วยความจำเป็นจากสิ่งที่ปรากฏหรือวัตถุ (Subject-matter) มิใช่สิ่งที่อนุมานมาจากหลักความรู้ลอย ๆ ทั่วไปไหน คู่ตรงข้ามของความคิดสองด้านนี้ปรากฏชัดเกี่ยวกับมาดลอด ในประวัติศาสตร์ความคิดทางกฎหมาย โดยได้รับการยอมรับแพร่หลายสลับไปมาตามความเปลี่ยนแปลงของยุคสมัยอันเกี่ยวโยงกับผลสำเร็จ หรือล้มเหลวจากการนำความคิดนั้น ๆ ไปปรับใช้กับสภาพความเป็นจริง

6. ลัทธิรวมการ และ ลัทธิปัจเจกชนนิยม (Collectivism and Individualism) เป็นที่ยอมรับว่า อุดมคติเกี่ยวกับความยุติธรรมนั้นมีที่มาจากทฤษฎีทางการเมือง และวิวาทะพื้นฐานเกี่ยวกับความคิดทางการเมืองในประวัติศาสตร์อารยธรรมตะวันตกก็เป็นเรื่องการต่อสู้เพื่อการยอมรับระหว่างอุดมคติแบบลัทธิรวมการ และอุดมคติแบบปัจเจกชนนิยม แม้ว่าจะมีความพยายามมานานนับพันปี โดยเมธอดต่าง ๆ ไม่ว่าจะเป็นการประท้วง, กฎหมาย หรือการเมืองในการแก้ไขความขัดแย้งนี้ด้วยการประสานข้อเรียกร้องความสำคัญของปัจเจกชนและชุมชน แต่ดูเหมือนว่าภารกิจนี้ก็ไม่เคยประสบความสำเร็จเสียทีเดียว ความสำคัญของชุมชนและปัจเจกชนยังเป็นข้อเรียกร้องที่มนุษย์ใฝ่หาขณะเดียวกับที่มนุษย์ยังหาคำตัดสินที่ลงรอยกันไม่ได้ว่าสิ่งใดที่มีความสำคัญเหนือกว่ากันหรือสิ่งใดที่ควรถือว่ามีคุณค่าสูงสุด

7. ประชาธิปไตย และ เอกาธิปไตย (Democracy and Autocracy) รูปการหลักของความขัดแย้งในขั้วความคิดตรงข้ามคู่นี้ คงเป็นไปเช่นเดียวกับกรณีก่อนหน้า กล่าวคือหลักการประชาธิปไตยมักจะปรากฏควบขนานกับลัทธิปัจเจกชนนิยม ในขณะที่เอกาธิปไตยก็มักยึดเอาเป้าหมายหรือหลักของลัทธิรวมการควบคู่กันไป อย่างไรก็ตามลักษณะคู่ขนานดังกล่าวก็มีใช้ว่าจะดำรงอยู่เช่นนี้เสมอไป รวมทั้งมิใช่ความจำเป็นในแง่ทฤษฎี (Theoretical necessity) เช่นกันด้วย กล่าวโดยทั่วไปแล้วลักษณะคู่ขนานของประชาธิปไตย กับปัจเจกชนนิยม ซึ่งเป็นปรปักษ์กับระบบเอกาธิปไตยซึ่งคู่กับลัทธิรวมการนั้นมีกำเนิดจากเหตุการณ์ทางประวัติศาสตร์มากกว่า โดยเฉพาะจากการขึ้นมาอำนาจรัฐของพวกชนชั้นกลาง

8. ลัทธิชาตินิยม และ ลัทธิสากลนิยม (Nationalism and Internationalism)

บ่อยครั้งที่ทฤษฎีกฎหมายของฝ่ายปัจเจกชนนิยมมักจะมีลักษณะสากลนิยม ในขณะที่ทฤษฎีของฝ่ายนิยมลัทธิรวมการมักมีลักษณะชาตินิยม อย่างไรก็ตามลักษณะควบคู่ดังกล่าวนั้นก็ไม่ใช่จำเป็นว่าจะต้องเกิดขึ้นเช่นนี้เสมอไป กล่าวในเชิงประวัติศาสตร์แล้ว การยืนยันความเชื่อเรื่องสิทธิสิทธิธรรมชาติ (Natural Rights) ของมนุษย์ มักจะเกี่ยวพันกับการขบถล้มล้างอำนาจรัฐ, เกี่ยวพันกับเรื่องอำนาจชอบธรรมและความเชื่อเชิงมนุษยธรรมในเรื่องความเสมอภาคและศักดิ์ศรีของมนุษย์ทุกคน ซึ่งบ่อยครั้งที่อุดมคติเรื่องความเสมอภาคของมนุษย์มักทำให้บรรดานักประชาธิปไตย เป็นพวกสากลนิยม

ขอบเขตและความหมายโดยทั่วไปของปฏิฐานนิยมทางกฎหมาย (Legal Positivism)

ก่อนที่จะเข้าสู่การอธิบายสาระความหมายของปฏิฐานนิยมทางกฎหมาย โดยตรงมีข้อวิจารณ์หรือข้อสรุปคำพิพากษาบางอันที่สมควรหยิบยกขึ้นแสดงเพื่อเป็นอนุสสติ หรืออย่างน้อยก็เพื่อช่วยการไต่หาความจริงต่อไปก็แล้วแต่เกี่ยวกับปฏิฐานนิยมทางกฎหมาย

- “ทฤษฎี Legal Positivism มีส่วนรับผิดชอบต่อการสนับสนุนการดำรงอยู่ของระบบกฎหมายนาซีที่ป่าเถื่อนทารุณ”

... ความเห็นของนักทฤษฎีกฎหมายตะวันตกบางคน ในการตัดสินคดีอาชญากรรมสงครามที่นูเรมเบิร์ก (Nuremburg)

- “(Legal Positivism เป็น) ความคิดของนักกฎหมายสกุลหนึ่งซึ่งรวมตลอดถึงประเทศไทยที่ไม่สนใจในทางจริยธรรมอื่นใด ยิ่งไปกว่าพื้นฐานทางอำนาจของผู้ปกครองเท่านั้น

... สุลักษณ์ ศิวรักษ์

- “ภายใต้การครอบงำแบบ Legal Positivism นักกฎหมายจึงไม่รู้รับผิดชอบสนองต่อปัญหาสังคม”

... ดร. ปรีดี เภษมทรัพย์

- “...การนำเอาแนวความคิดของ Legal Positivism มาใช้เป็นพื้นฐานในทางทฤษฎีของวิชากฎหมายไทย ทำให้กฎหมายสามารถรับใช้การปกครอง ในระบบสมบูรณาญาสิทธิราชได้เป็นอย่างดี... มองในแง่นี้แล้วก็จะเห็นว่ากฎหมายในสังคมไทยนั้นมีจุดกำเนิดขึ้นมาเพื่อสนับสนุนอำนาจรัฐโดยตรง”

... พันธ์ ทศยานนท์

“...เมื่อใน พ.ศ. 2501 คณะปฏิวัติได้ทำการยึดอำนาจปกครองประเทศไทยได้เป็นผลสำเร็จ หัวหน้าคณะปฏิวัติยอมเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองบ้านเมือง ข้อความใดที่หัวหน้าคณะปฏิวัติสั่งบังคับประชาชนก็ต้องถือว่าเป็นกฎหมาย แม้พระมหากษัตริย์จะมีได้ทรงตราออกมาด้วยคำแนะนำหรือยินยอมของสภาผู้แทนราษฎร หรือสภานิติบัญญัติของประเทศก็ตาม”

... คำพิพากษาฎีกาที่ 1662/2505

คำวิจารณ์หรือข้อสรุปเบื้องต้นคงสร้างคำถามให้ต้องขบคิดถึงความชอบธรรมหรือความสมเหตุสมผลในตัวเอง ขณะเดียวกันก็ชวนให้กังขาว่าบทบาทของทฤษฎีดังกล่าวจะส่งผลในทางปฏิบัติมากถึงเพียงนั้นหรือ...

กล่าวโดยเบื้องต้นทฤษฎีปฏิฐานนิยมทางกฎหมาย เป็นทฤษฎีความเห็นซึ่งยืนยันว่ากฎหมายเป็นผลผลิตหรือสิ่งที่ถูกสร้างขึ้นโดยอำนาจปกครอง (อำนาจรัฐ) ในสังคมในกระบวนการประวัติศาสตร์นอกจากนี้ทฤษฎีปฏิฐานนิยมทางกฎหมาย จะยืนยันถึงการแยกขาดจากกันโดยเด็ดขาดของกฎหมายส่วนบัญญัติหรือกฎหมายที่รัฐาธิปัตย์ตราขึ้น (Positive law) จากจริยธรรมและนโยบายของสังคม รวมทั้งมีความโน้มเอียงหรือชอบที่จะชี้ว่าความยุติธรรม (Justice) คือความถูกต้องตามกฎหมาย (Legality) (ความยุติธรรมตามกฎหมาย/Justice according to law) ซึ่งหมายถึงการเคารพปฏิบัติตามกฎเกณฑ์ที่รัฐตราขึ้น⁽³⁾

หากพิจารณาทั้งที่สาระประกอบพื้นฐานของทฤษฎีปฏิฐานนิยมทางกฎหมาย เราคงแยกองค์ประกอบที่เป็นเสมือนสมมติฐานสำคัญของทฤษฎีนี้ออกได้เป็น 2 ข้อ คือ⁽⁴⁾

1. การยืนยันว่า การดำรงอยู่ของกฎหมายใด ๆ มิได้ขึ้นอยู่กับการที่มันสนองตอบหรือสอดคล้องกับหลักคุณค่าทางศีลธรรมอันหนึ่งอันใดที่สามารถปรับใช้ได้อย่างเป็นสากลในทุก ๆ ระบบกฎหมาย จุดยืนข้อนี้จึงแตกต่างจากทฤษฎีของนักคิดทางกฎหมายหรือการเมืองคนสำคัญในอดีต อาทิ อริสโตเติล, มอนเตสกีเออ (Montesquieu) หรือแบล็กสโตน (Blackstone) ซึ่งต่างเชื่อว่าการดำรงอยู่และความสมบูรณ์ของกฎหมายมักจะมีรากที่มาไม่ทางใดทางหนึ่งจากกฎหมายธรรมชาติหรือบรรทัดฐานทางศีลธรรมซึ่งมีผลผูกมัดการกระทำของมนุษย์โดยธรรมชาติ โดยที่บรรทัดฐานนั้น ๆ มิได้เกิดจากการสร้างสรรค์ของมนุษย์แต่อย่างใด

2. การยืนยันว่า การดำรงอยู่ของกฎหมายขึ้นอยู่กับการที่มันถูกสร้างขึ้นโดยผ่านการตกลงปลงใจ (Decision) ของมนุษย์ในสังคม

สมมติฐานข้อแรกนับเป็นความเชื่อมั่นในเรื่องการแยกกฎหมายออกจากหลักคุณค่าทางจริยธรรมหรือหลักความยุติธรรมในอุดมคติได้ (Separability) thesis) สาระประกอบข้อนี้

(3) Edgar Bodenheimer, "Jurisprudence", (Harvard University Press, 1981), P.95

(4) D.N. MacCormick, "Law, Morality and Positivism", (Legal Studies, vol.1, 1981), P. 132-3

หมายความว่า เรื่องความสมบูรณ์ของกฎหมายเป็นเรื่องที่ต้องพิจารณาแยกออกจากหากจากเรื่อง ความยุติธรรมหรือหลักคุณค่าทางจริยธรรมใด ๆ ดังที่ จอห์น ออสติน (John Austin) เมธี คนสำคัญในสำนักคิดนี้ได้กล่าวไว้ว่า “การดำรงอยู่ของกฎหมายเป็นคนละเรื่องกับปัญหาความ ถูกต้องชอบธรรมของกฎหมาย” (The existence of law is one thing; its merit or demerit another)⁽⁵⁾ ความสมบูรณ์ของกฎหมายเป็นสิ่งที่ดำรงอยู่โดยตัวของมันเองจากสภาพบังคับ (Imperative) ที่ปรากฏอยู่อันเป็นข้อเท็จจริงที่เห็นได้ โดยไม่จำเป็นต้องสัมพันธ์เกี่ยวข้องกับเรื่องคุณค่าทาง จริยธรรม ศีลธรรม หรือหลักความยุติธรรมใด ๆ กล่าวอีกนัยหนึ่งระบบกฎหมายเป็นระบบที่มีความ สมบูรณ์อยู่ในตัวของมันเอง เราสามารถหาคำตอบว่ากฎหมายที่ดำรงอยู่คืออะไร โดยไม่ ต้องคิดหรือทำการตัดสินใจทางศีลธรรมใด ๆ กฎหมายเป็นเรื่องของข้อเท็จจริง (fact) ที่ปรากฏ อยู่จริง มิใช่เรื่องของคุณค่านิยมต่าง ๆ ซึ่งถือว่าหาความแน่นอนไม่ได้ เพราะฉะนั้นคำถามว่า กฎหมายคืออะไร (What the law is?) กับคำถามว่า กฎหมายควรจะเป็นอย่างไร (What the law ought to be?) จึงแยกออกจากกันโดยเด็ดขาด

ข้อสรุปประเด็นนี้นับเป็นทรรคนะพื้นฐานสำคัญของสำนักคิดนี้ที่ยืนยันว่า ข้อเท็จจริง หรือสิ่งที่เป็นอยู่จริง (IS) หาใช่เป็นสิ่งเดียวหรือสัมพันธ์กับหลักคุณค่าบรรทัดฐานหรือสิ่งที่ ควรจะเป็น (Ought) ไม่

Is (Descriptive statement) \neq Ought (Normative statement)

โลกแห่งข้อเท็จจริง (IS) และโลกแห่งจินตนาการที่มนุษย์คิดว่าควรจะเป็น (Ought) เช่นนั้นเช่นนี้ จึงเป็นโลกที่ต้องแยกออกจากกันโดยเด็ดขาดในสายตาของนักปฏิฐานนิยมทาง กฎหมายทั่วไปเพื่อหลีกเลี่ยงความสับสนในการพิจารณาธรรมชาติอันแท้จริงของกฎหมายที่ ปรากฏให้เห็น

นอกจากนี้จากการที่ปฏิฐานนิยมทางกฎหมาย ถือว่า ความสมบูรณ์ถูกต้องของกฎหมาย ปรากฏจากสภาพบังคับของกฎหมาย ดังนั้นทฤษฎีฝ่ายนี้จึงถือว่ากฎหมายของรัฐาธิปไตยไม่อาจ เป็นอยุติธรรมได้ เพราะสิ่งที่ถือว่าเป็นความยุติธรรม, ความอยุติธรรม หรือความถูกผิดเป็น สิ่งที่ถูกกำหนดโดยกฎหมายของรัฐาธิปไตยโดยปริยายอยู่แล้ว

สำหรับสมมติฐานข้อที่สองที่ถือว่ามนุษย์เป็นผู้สร้างกฎหมายขึ้นเอง คงเป็นข้อสรุปที่ เชื่อมั่นใน เจตจำนง, อำนาจ หรือความชอบธรรมของมนุษย์ในการบัญญัติกฎหมายขึ้นมา การปรากฏตัวของกฎหมายจึงมิได้มาจากการถ่ายทอดคำสั่ง หรือระเบียบกฎเกณฑ์ที่พระเจ้า,

(5) John Austin, "The Province of Jurisprudence Determined", (ed. H.L.A. Hart, London, 1954), P. 184-5

สิ่งที่มีอำนาจกลับหรือธรรมชาติแต่อย่างใด หากแต่มนุษย์เท่านั้นที่เป็นผู้สร้างกฎหมายขึ้นมา แต่ทั้งนี้ก็ต้องเข้าใจด้วยการตัดสินใจออกกฎหมายใด ๆ เป็นเรื่องของผู้มีอำนาจทางกฎหมาย (Legal Authorities) หาใช่สามัญชนทั่ว ๆ ไปไม่ และน่าสังเกตว่านักปฏิฐานนิยมทางกฎหมายดั้งเดิม (Thomas Hobbes, Jeremy Bentham, John Austin) จะแปลความเรื่องผู้มีอำนาจทางกฎหมาย เป็นเรื่องคำสั่งของบุคคลผู้มีอำนาจรัฐ ในขณะที่นักทฤษฎีรุ่นหลัง (Hans Kelsen, H.L.A.Hart) จะเน้นความหมายในเชิงระบบแห่งบรรทัดฐาน หรือการมีระบบแห่งกฎเกณฑ์ทางกฎหมาย

ลักษณะธรรมชาติของกฎหมายตามทฤษฎี Legal Positivism ดังที่กล่าวมาตลอดข้างต้นนี้ ศาสตราจารย์ฮาร์ท (H.L.A.Hart) ได้แยกย่อยให้ละเอียดลงไปอีก เป็นข้อ ๆ ได้ดังนี้⁽⁶⁾

1. กฎหมายเป็นคำสั่งคำบัญชาของมนุษย์
2. การวิเคราะห์แนวความคิดทางกฎหมายเป็นสิ่งที่ควรกระทำ แต่ต้องแยกออกจากการสืบค้นหรือตรวจสอบทางประวัติศาสตร์และสังคมวิทยา รวมทั้งต้องแยกออกจากการประเมินคุณค่าในเชิงวิจารณ์
3. ระบบกฎหมายเป็นระบบแห่งเหตุผลที่จบลงในตัวเองโดยที่คำพิพากษาคัดสินสามารถกระทำได้จากกรอนุমানทางตรรกะ จากกฎเกณฑ์ทางกฎหมายที่มีกำหนดไว้แล้วก่อนหน้า โดยไม่ต้องอาศัยการพิจารณาที่จุดมุ่งหมายทางสังคม, นโยบาย หรือศีลธรรม
4. การวินิจฉัยเชิงศีลธรรม (Moral Judgements) ไม่สามารถสร้างหรืออ้างอาศัยการโต้แย้งที่มีเหตุผล และไม่สามารถอ้างพยานหลักฐาน หรือการพิสูจน์ใด ๆ ได้
5. กฎหมายซึ่งได้บัญญัติขึ้นแล้วจริง ๆ (The law as it is) จำต้องแยกจากเรื่องกฎหมายที่ควรจะเป็น (The law that ought to be) กฎหมายไม่จำเป็นต้องสัมพันธ์กับศีลธรรม

ในส่วนประเด็นเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายกับศีลธรรมหรือความยุติธรรมนั้น การที่ทฤษฎีนี้ยืนยันว่าการพิจารณาวิเคราะห์ความสมบูรณ์ของกฎหมายต้องแยกประเด็นพิจารณาเรื่องกฎหมายออกจากศีลธรรมหรือความยุติธรรมโดยเด็ดขาด นั้นเช่นนี้คงมิได้หมายความว่าตรงข้ามว่าทฤษฎี Legal Positivism มองกฎหมายกับความยุติธรรมในลักษณะเป็นขั้วตรงข้ามที่เป็นปรปักษ์ หรือทฤษฎีนี้ปฏิเสธกฎหมายที่มีความยุติธรรมในตัวเองแล้วสนับสนุนกฎหมายที่ไม่เป็นธรรม ประเด็นสำคัญที่ทฤษฎีฝ่ายนี้ยืนยันก็คือว่า เมื่อจะพิจารณากันถึงเรื่องธรรมชาติหรือความสมบูรณ์ของกฎหมาย นักนิติศาสตร์ (Jurist) จะต้องสนใจคิดถึงแต่กฎหมายที่บัญญัติขึ้นแล้วซึ่งปรากฏอยู่จริง ๆ ส่วนการพิจารณาว่ากฎหมายควรเป็นเช่นนั้นเช่นนี้หรือการพิจารณา

(6) H.L.A. Hart, "Positivism and the Separation of Law and Morals", (Harvard Law Review, 71, 1958), P. 601 ข้อสรุปของฮาร์ทดังกล่าวต้องเข้าใจว่าเป็นการสรุปลักษณะของ Legal Positivism ในแบบฉบับที่ปรากฏในศตวรรษที่ 19

ว่ากฎหมายที่ดีกฎหมายที่ยุติธรรมควรจะเป็นอย่างนั้น หน้าที่การพิจารณาตรงนี้มีใช้เป็นของนิติศาสตร์แต่ต้องยกให้เป็นหน้าที่ของนักนิติบัญญัติ (Legislator) หรือนักปรัชญาด้านจริยธรรมเท่านั้น⁽⁷⁾ ประเด็นนี้จึงเป็นจุดละเอียดอ่อนที่ผู้ศึกษาไม่พึงสับสน เพราะแท้จริงแล้วนักปฏิญานนิยมทางกฎหมายมิได้ปฏิเสธความสำคัญของศีลธรรม พอ ๆ กับมิได้เป็นบุคคลจำพวกไม่เชื่อถือศีลธรรม (Moral Sceptics) ดังเราจะเห็นว่า เบนแธม (Bentham) ผู้ก่อตั้งคนสำคัญของสำนักคิดนี้ ก็เป็นบุคคลที่ท่อมเหตความสำคัญต่อประเด็นวิจารณ์ทางศีลธรรมต่อกฎหมายที่เขามุ่งมั่นจะทำกรปฏิรูป ข้อสำคัญอยู่ที่ว่าประเด็นทางศีลธรรม, ความยุติธรรมของกฎหมายต่าง ๆ สำนักคิดนี้กำหนดให้เป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกันในชั้นกระบวนการนิติบัญญัติเท่านั้น ต่อเมื่อกฎหมายตราออกมาจนประกาศใช้แล้วต้องถือว่าเป็นอันยุติประเด็นเกี่ยวกับหลักคุณค่าภายในกฎหมาย และพิจารณากฎหมายเฉพาะแต่ข้อเท็จจริงอันปรากฏภายนอก (Positive) เท่านั้น

น่าคิดว่า การจำกัดบทบาทของนักนิติศาสตร์ไว้เพียงที่การศึกษากฎหมายในแง่ข้อเท็จจริงที่ปรากฏแล้วเท่านั้นโดยไม่ต้องใส่ใจถึงปัญหาเชิงคุณค่า (Value) ภายในกฎหมายจะถือว่าเป็นการตีกรอบขังนักกฎหมายให้หมกมุ่นอยู่กับการเล่นแร่แปรธาตุตัวอักษรที่เขียนเป็นกฎหมายอย่างเดียวหรือไม่ และน่าจะมีผลเสียหรือผลดีมากกว่ากัน มีปัญหาว่าเราจะเชื่อถือในภูมิปัญญา, ความรอบคอบหรือความซื่อสัตย์บริสุทธิ์ใจของผู้เกี่ยวข้องกับการนิติบัญญัติได้เพียงไหน ซึ่งเป็นประเด็นที่เกี่ยวข้องไปไกลถึงปัญหาทางการเมือง, ปัญหาประชาธิปไตยต่าง ๆ อย่างไรก็ตามไม่ว่าในขณะนี้เราจะยอมรับการตีกรอบดังกล่าวหรือไม่ก็ตาม มีข้อสังเกตว่าแนวความคิดดังกล่าวก็ปรากฏตัวอยู่ในระบบคิดของนักนิติศาสตร์ไทยมาเป็นเวลานานแล้ว

ขอให้สังเกต “คำอธิบายว่าด้วยกฎหมาย” ของกรมหลวงราชบุรีดิเรกฤทธิ์ซึ่งทรงนิพนธ์ขึ้นแต่เดือนกันยายน รศ. 118 (พ.ศ. 2443) ที่กล่าวว่า

“...เราจะต้องระวังอย่าคิดเอาคดหมายไปปนกับความดีความชั่วฤความยุติธรรม กดหมายเป็นคำสั่งเป็นแบบที่เราจะต้องประพฤติตาม แต่กดหมายนั้นบางทีก็จะชั่วได้ ถ้าไม่ยุติธรรมก็ได้ ความคิดว่าอะไรดี อะไรชั่วฤ อะไรเป็นยุติธรรม อะไรไม่ยุติธรรม มีบ่อที่จะเกิดขึ้นหลายแห่ง เช่นตามศาสนาต่าง ๆ แต่กดหมายนั้นเกิดขึ้นได้แห่งเดียว คือจากผู้ปกครองแผ่นดิน ถ้าที่ผู้ปกครองแผ่นดินอนุญาตเท่านั้น”⁽⁸⁾

(7) ข้อสรุปนี้เป็นทรรศนะของ John Austin ผู้ก่อตั้งคนสำคัญของทฤษฎีนี้ดู Edgar Bodenheimer, “Jurisprudence”, op.cit. P.96

(8) พระเจ้าลูกยาเธอพระองค์เจ้าพีพัฒนศักดิ์, “โลกเชอร์กฎหมาย”, (กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์โสภณพิพรรฒธนากร)

และพรรณนาดังกล่าวก็ดูเหมือนไม่แตกต่างกับพรรณนาของนักกฎหมายไทยคนสำคัญหลาย ๆ ท่าน อาทิ เช่น ดร. หยุต แสงอุทัย ดังปรากฏในบทความเรื่อง “กฎหมายคืออะไร”

“...องค์ประกอบของกฎหมายตามเนื้อความมี 4 ประการคือ 1) ต้องเป็นข้อบังคับ 2) ของรัฐ 3) กำหนดความประพฤติ 4) ผู้ใดฝ่าฝืนจะต้องได้รับผลร้ายหรือถูกลงโทษ ฉะนั้น ถ้าข้อความใดไม่เข้าลักษณะ 4 ประการ ข้อความนั้นก็ไม่ใช่กฎหมายตามเนื้อความ ...บางท่านได้เห็นว่ากฎหมายควรจะได้มีความหมายกว้างกว่านั้น คือควรที่จะรวมถึงหลักแห่งความยุติธรรม คือสิ่งที่บุคคลรู้ว่าอะไรถูกอะไรผิดอะไรเป็นธรรมไม่เป็นธรรมด้วย หลักแห่งความยุติธรรมนี้ควรอยู่เหนือกฎหมายของรัฐ กฎหมายของรัฐเป็นแต่ส่วนหนึ่งแห่งความยุติธรรมมาบัญญัติไว้เท่านั้น ...แต่ข้าพเจ้าคิดว่าความคิดว่าให้มีหลักแห่งความยุติธรรม นอกเหนือไปจากบทกฎหมายนั้น เป็นการฟื้นฟูนำหลักกฎหมายธรรมชาติมาใช้อีก ซึ่งกฎหมายนี้เวลานี้ นักกฎหมายโดยมากก็ได้ถือว่าไม่ใช่กฎหมายที่มีอยู่โดยแท้จริง ...ความยุติธรรมนั้นควรจะเป็นจุดหมายปลายทางของกฎหมาย ...การตีความในกฎหมายก็ต้องตีความไปในทางที่จะนำความยุติธรรมมาให้คู่ความ ถ้าถ้อยคำของกฎหมายจะเปิดช่องให้ตีความได้ และถ้าถ้อยคำของกฎหมายชัดเจนอยู่แล้ว และไม่ปรากฏเจตนารมณ์เป็นอย่างอื่น การใช้กฎหมายตามถ้อยคำ และตามเจตนารมณ์ของกฎหมายนั้นแหละคือความยุติธรรม”⁽⁹⁾

แบบฉบับสองแบบของทฤษฎีปฏิฐานนิยมทางกฎหมาย (Legal Positivism) ในคริสต์วรรษที่ 19 และ 20

นอกเหนือจากการทำความเข้าใจถึงสาระประกอบพื้นฐานของทฤษฎีปฏิฐานนิยมทางกฎหมายดังกล่าวมาทั้งหมดข้างต้น สิ่งที่ยังตระหนักเป็นเบื้องต้นอีกประการก็คือ สาระที่ถือเป็นหัวใจสำคัญของทฤษฎีเช่นนั้น เป็นสาระสรุปกว้าง ๆ ซึ่งมีรายละเอียดแยกย่อยออกไปอีกหลาย ๆ ประการ ที่สำคัญกว่านั้นก็คือรายละเอียดดังกล่าวมีการขยายตัวพัฒนาไม่หยุดนิ่งตายตัว เป็นการพัฒนารายละเอียดของทฤษฎีความคิด ซึ่งพยายามจะทำให้ทฤษฎีนี้มีความสมบูรณ์และมีความเป็นระบบมากขึ้น

พัฒนาการทางทฤษฎีเช่นนี้เป็นผลให้ทำการแยกทฤษฎีอย่างหยาบ ๆ ออกได้เป็นสองแบบฉบับ (Version) คือ

- แบบฉบับดั้งเดิมในศตวรรษที่ 19 ซึ่งทฤษฎีนี้เริ่มกำเนิดขึ้นอย่างเป็นทางการและเป็นระบบและ
- แบบฉบับซึ่งได้รับการพัฒนาเสริมแต่งในศตวรรษที่ 20

(9) หยุต แสงอุทัย, “กฎหมายคืออะไร”, (หนังสืออนุสรณ์งานพระราชทานเพลิงศพศาสตราจารย์ หยุต แสงอุทัย, พ.ศ. 2523)

แบบฉบับดั้งเดิมก็เป็นไปตามความคิดของนักนิติศาสตร์อังกฤษ (Jeremy Bentham, John Austin)

ส่วนแบบฉบับที่ผ่านการพัฒนาแก้ไขปรับปรุงใน ศตวรรษที่ 20 ก็เกิดจากผลงานของนักนิติศาสตร์ที่มีชื่อเสียงหลาย ๆ ท่าน ดังอาทิ Hans Kelsen, H.L.A. Hart

ข้อแตกต่างที่สำคัญของทฤษฎีปฏิฐานนิยมทางกฎหมาย ทั้งสองแบบฉบับนี้ อยู่ที่ปัญหาการแปลความหมายของ “ที่มา” หรือสาระประกอบของคำว่า “สภาพบังคับเด็ดขาด” (Imperative nature) ซึ่งได้กล่าวไว้แล้วว่าเป็นหัวใจสำคัญประการหนึ่งในการพิจารณาธรรมชาติหรือความสมบูรณ์ของกฎหมาย⁽¹⁰⁾ แบบฉบับดั้งเดิมจะเน้นที่ลักษณะภายนอกของสภาพบังคับกฎหมายหรือเน้นที่ตัวบุคคลผู้มีอำนาจออกกฎหมาย ดังนั้นจึงสรุปนิยามกฎหมายได้อย่างสั้น ๆ ว่าเป็นคำสั่งของรัฐาธิปัตย์ ซึ่งมีบทลงโทษ แต่แบบฉบับในศตวรรษที่ 20 หันมาเน้นเรื่องลักษณะภายในของสภาพบังคับกฎหมายหรือประสิทธิภาพ (Efficiency) ของกฎหมายในแง่การสนับสนุนหรือการเคารพเชื่อฟังกฎหมายของประชาชน โดยเน้นจึงให้ความสำคัญต่อเรื่องอำนาจอันชอบธรรม (Authority) หรือความชอบธรรมของผู้ใช้อำนาจทางนิติบัญญัติ (แทนที่การใส่ใจต่อประเด็นเรื่องอำนาจ (Power) ล้วน ๆ ของรัฐาธิปัตย์ ดังทรรศนะของนักทฤษฎีรุ่นแรก) และจากประเด็นความสำคัญเรื่อง ประสิทธิภาพหรืออำนาจอันชอบธรรมเหล่านี้จึงนำไปสู่การสร้างคำอธิบายที่ละเอียดสมบูรณ์ขึ้น ในเรื่องกฎเกณฑ์หรือเงื่อนไขที่จะโยงไปสู่ประเด็นเกี่ยวกับประสิทธิภาพหรือความชอบธรรมดังกล่าว ดังที่เคลเซนได้เสนอเรื่อง บรรทัดฐานขั้นมูลฐาน (Basic Norm) หรือเรื่องห่วงโซ่ความสมบูรณ์ของกฎหมาย ขณะที่ฮาร์ท เสนอเรื่องกฎทุติยภูมิ (Secondary Rule) ในฐานะเป็นกฎเกณฑ์พิจารณาทางกฎหมายซึ่งจะทำให้กฎหมายมีลักษณะเป็นสถาบันหรือเป็นระบบโดยแท้จริง ทรรศนะดังนี้คงมีรากฐานจากความเชื่อว่ากฎเกณฑ์, กระบวนการ, ระบบการนิติบัญญัติหรือการมีสถาบันทางกฎหมายที่แน่นอนชัดเจนจะเป็นเงื่อนไขที่นำมาซึ่งความชอบธรรมของกฎหมาย, การใช้อำนาจทางกฎหมายต่าง ๆ หรือทำให้กฎหมายมีมาตรฐานหรือจุดบกพร่องน้อยที่สุด

ภูมิหลังทางประวัติศาสตร์ของการก่อตัวทฤษฎีปฏิฐานนิยมทางกฎหมายในคริสต์ศตวรรษที่ 19

ก่อนที่จะได้กล่าวถึงภูมิหลังการก่อตัวขึ้นมาอย่างเป็นระบบของ ปฏิฐานนิยมทางกฎหมายในศตวรรษที่ 19 คำถามหนึ่งอาจเกิดขึ้นได้ว่า แนวความคิดในทำนองปฏิฐานนิยมทางกฎหมาย

(10) ดูรายละเอียดใน ดร.รองพล เจริญพันธ์, “นิติปรัชญา”, (มหาวิทยาลัยรามคำแหง), หน้า 2-3

ซึ่งมองกฎหมายในแง่ของอำนาจหรือคำสั่งของผู้มีอำนาจปกครอง เพิ่งจะเริ่มปรากฏขึ้นในศตวรรษที่ 19 นี้เองหรือ

ต่อปัญหานี้ เราคงต้องยอมรับว่า จริง ๆ แล้วแนวความคิดที่ถือเอาอำนาจเป็นธรรมหรือเป็นที่มาของกฎหมายนี้ มีปรากฏอยู่ในประวัติศาสตร์มาเป็นเวลาช้านานแล้ว ตั้งแต่สมัยกรีกโบราณ นับแต่ศตวรรษที่ห้า ก่อนคริสตกาล ซึ่งปรากฏอยู่ในทรศนะของพวก โซฟิสต์ (Sophists) บางคน โซฟิสต์ เป็นชื่อของกลุ่มนักคิดนักปราชญ์ชาวกรีกผู้มีความรู้เชี่ยวชาญวิชาการสาขาต่าง ๆ ซึ่งหาเลี้ยงชีพโดยการสอนหนังสือแบบเรียกค่าตอบแทน โซฟิสต์ยึดถือความสำคัญของการมีอิสระทางความคิด โดยยึดถือคุณธรรมแบบอัตนัยนิยม (Subjectivism) หนึ่งในจำนวนโซฟิสต์ที่กล่าวถึง คือ Antiphon ผู้ยืนยันว่า กฎหมาย (norms) มีกำเนิดจากอำเภอใจของมนุษย์ (Human Arbitrariness) และมีใช้สิ่งอื่นใด นอกจากสิ่งที่ถูกสร้างขึ้นมาเองอย่างไม่มีการเกณฑ์แน่นอน โดยมีการเปลี่ยนแปลงไปตามกาลเวลา, มนุษย์, และสถานะการณ์ Thrasymachus ซึ่งเป็น Sophist อีกผู้หนึ่งก็ยืนยันว่า กฎหมายเป็นสิ่งที่ถูกสร้างขึ้นโดยมนุษย์ และกลุ่มบุคคลซึ่งมีอำนาจเพื่อสนับสนุนหรือส่งเสริมผลประโยชน์ของกลุ่มตน ส่วนความยุติธรรมนั้นเล่าก็มิใช่ อะไรอื่นนอกจากสิ่งที่ประ โยชน์ต่อผู้ที่เข้มแข็งเท่านั้น กล่าวโดยสรุปแล้ว ในทรศนะของพวกโซฟิสต์(กลุ่มหนึ่ง) กฎหมายเป็นเครื่องมือของผู้มีอำนาจในการปกครอง เป็นสิ่งที่ถูกสร้างขึ้นและเปลี่ยนแปลงไปตามอำเภอใจของผู้มีอำนาจ กฎหมายจึงไม่อาจก่อให้เกิดความยุติธรรมที่แท้จริงแก่มนุษย์ได้ โดยเหตุนี้ Anacharsis โซฟิสต์อีกผู้หนึ่งจึงได้กล่าววาทะอันเป็นที่เลื่องลือต่อมาว่า “กฎหมายเปรียบเสมือนโยแมงมุมที่ซึ่งจับได้แต่เฉพาะสัตว์อ่อนแอ สัตว์ตัวโตที่แข็งแรงมีอำนาจก็จะสามารถหลุดพ้นไปได้”(11)

ตัวอย่างแนวคิดข้างต้น คงพอสะท้อนให้เห็นการปรากฏตัวของความคิดในเชิงอำนาจนิยมทางกฎหมายที่มีมาช้านานแล้ว แต่เรื่องการยอมรับหรือความเชื่อถือศรัทธาอย่างจริงจังนั้น เป็นอีกเรื่องหนึ่ง จวบจนเข้าสู่คริสตศตวรรษที่ 19 เท่านั้นที่แนวคิดปฏิฐานนิยมทางกฎหมายได้ก่อรูปขึ้นอย่างเป็นระบบ อีกทั้งได้รับการยอมรับเชื่อถือจากฝ่ายต่าง ๆ จนจัดเป็นกระแสหลักของความคิดทางปรัชญากฎหมายที่มีอิทธิพลอยู่ โดยทั่วไปในดินแดนตะวันตกที่ใช้ภาษาอังกฤษทั้งหลาย

การขึ้นมามีบทบาทในประวัติศาสตร์ความคิดทางกฎหมายเช่นนี้ คงมิใช่เป็นเรื่องบังเอิญ แต่หากประกอบด้วยเหตุปัจจัยหลาย ๆ ประการรองรับอยู่ ซึ่งสมควรพิจารณาประกอบกันไป อันได้แก่

(11) Edgar Bodenheimer, "Jurisprudence", op.cit, PP. 5-6; ลิวส์ คิริไล, "ปรัชญากฎหมาย", อ้างแล้ว, หน้า 21

1. การพิจารณาที่ภูมิหลังหรือเหตุผลทางการเมือง⁽¹²⁾

เมื่อมองย้อนหลังสู่ภูมิหลังทางประวัติศาสตร์ของตะวันตก ในช่วงศตวรรษที่ 18-19 ลักษณะเด่นประการหนึ่งของพัฒนาการทางสังคมตะวันตกยุคนั้น คือการกำเนิดและขยายตัวฟื้นฟูของชาติ (Nation-state) สมัยใหม่ที่มีดินแดนแน่นอนและมีการปกครองเหนือดินแดนที่แน่นอนตายตัว กำเนิดและพัฒนาการของชาติเช่นนี้ดำเนินไปในท่ามกลางการขึ้นมาอำนาจในสังคมของชนชั้นกลางพร้อม ๆ กับการเสื่อมลงของระบบศักดินา หรือความสัมพันธ์แบบศักดินาในสังคม การเคลื่อนไหวเปลี่ยนแปลงของสังคมจากระบบศักดินามาสู่รัฐชาติสมัยใหม่เช่นนี้ทำให้ประชาชน(โดยเฉพาะชนชั้นกลาง)มีเสรีภาพในทางสังคมมากขึ้น อีกทั้งมีการรวมศูนย์การใช้อำนาจอธิปไตยภายในรัฐที่มีขอบเขต และอำนาจปกครองที่แน่นอน จุดนี้เองที่นำไปสู่ความเชื่อมั่นว่าเป็นความจำเป็นที่รัฐต้องมีอำนาจเด็ดขาด เพื่อการจัดการสังคมที่กำลังเปลี่ยนแปลงโครงสร้างต่าง ๆ, เป็นความจำเป็นที่จะต้องสร้างความชอบธรรมหรือความศักดิ์สิทธิ์เด็ดขาดในการใช้อำนาจรัฐโดยอิสระโดยไม่ต้องพึ่งพิงการสนับสนุนจากศาสนาจักร ซึ่งก่อนหน้ามักอ้างตัวว่าเป็นผู้รับทอดพระประสงค์ หรือโอองการของพระเจ้าเป็นเจ้าของในการใช้อำนาจปกครองบ้านเมืองต่าง ๆ พัฒนาการของสังคมตะวันตกดังนี้ย่อมทำให้เกิดความจำเป็นที่ต้องมีระบบกฎหมายที่แน่นอนมีระเบียบและมีประสิทธิภาพมากขึ้น เพื่อตอบสนองความต้องการแห่งยุคสมัย

กล่าว โดยสรุปความต้องการหรือความจำเป็นทางประวัติศาสตร์ดังกล่าว ทำให้เกิดแนวความคิดทางการเมืองหรือทฤษฎีทางการเมือง รวมทั้งทฤษฎีทางกฎหมายที่จะสนับสนุนความชอบธรรมของการใช้อำนาจโดยเด็ดขาดของรัฐในการตรากฎเกณฑ์ต่าง ๆ ขึ้นบังคับใช้ในการปกครองประเทศ อย่างไม่มีข้อแม้ใด ๆ (The idea of unfettered legislative capacity) การเปลี่ยนแปลงความคิดเกี่ยวกับอำนาจของรัฐ ในการบัญญัติกฎหมายเช่นนี้เองที่เป็นเสมือนเงื่อนไขทางสังคมที่นำไปสู่การก่อรูปทางทฤษฎี

การปรากฏตัวขึ้นมาของ Legal Positivism นอกจากจะสัมพันธ์กับข้อเท็จจริงทางสังคมแล้ว ยังเป็นผลจากการผสมผสานของอิทธิพลความคิดทางการเมืองของปรัชญาเมธีคนสำคัญบางคนที่สนับสนุนความเข้มแข็งใหญ่โตของอำนาจรัฐอธิปัตย์ อาทิเช่น Thomas Hobbes ผู้เคยกล่าวว่า สิ่งที่กำหนดกฎหมายคือ อำนาจ หากใช้สัจธรรมใด ๆ ไม่และยืนยันอำนาจอันไม่จำกัด

(12) ดู W. Friedmann, "Legal Theory", Op.cit., P.256; Lord Lloyd of Hampstead, "Introduction to Jurisprudence", (London, Stevens & Sons, 1979), PP. 170-1; ดร.ปรีดี เกษมทรัพย์, "เอกสารประกอบการศึกษาวิชานิติปรัชญา ชั้นปริญญาตรี ภาคสอง บทนำทางประวัติศาสตร์", (คณะกรรมการบริหารทางวิชาการ คณะนิติศาสตร์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2526), หน้า 185-186, หน้า 312

และหลักอรรถประโยชน์ (Utilitarianism) และท้ายที่สุดคำสอนของลัทธิประจักษ์วาทได้แตก
หน่อไปเป็นลัทธิปฏิฐานนิยม (Positivism) ในคริสต์ศตวรรษที่ 19 โดยถือว่าเป็นรูปแบบหนึ่งของ
ประจักษ์วาทที่เน้นแนวคิดแบบวิทยาศาสตร์⁽¹³⁾

ปฏิฐานนิยม (Positivism) เป็นถ้อยคำเฉพาะที่โอกุสต์ คองท์ (August Comte : 1798-
1857) นักปรัชญาชาวฝรั่งเศสเป็นผู้คิดสร้างขึ้น เพื่ออธิบายแนวคิดหรือแทนค่าขั้นตอนสุดท้าย
ของความเจริญในอารยธรรมความคิดของมนุษย์ โดยที่คองท์ได้แบ่งแยกวิวัฒนาการของความคิด
ทางปรัชญาของมนุษย์ออกเป็น 3 ขั้นตอน กล่าวคือ

1. ยุคของเทววิทยา (Theological Stage) เป็นยุคที่คำอธิบายปัญหาต่าง ๆ จะอ้างอิง
พระเจ้าหรือสิ่งศักดิ์สิทธิ์
2. ยุคอภิปรัชญา (Metaphysical Stage) เน้นความเชื่อในเรื่องนอกเหนือธรรมชาติ หรือ
หลักการนามธรรมต่าง ๆ ที่ไม่อาจพิสูจน์ได้
3. ยุคปฏิฐานนิยม (Positivistic Stage) เป็นยุคที่มนุษย์มีวิธีคิดแบบวิทยาศาสตร์ ศึกษา
และเชื่อแต่สิ่งที่เห็นประจักษ์หรือตรวจสอบได้⁽¹⁴⁾

ปฏิฐานนิยม (Positivism) จึงเป็นปรัชญาที่ยืนยันว่า ความรู้อันแท้จริงทั้งหมดล้วนมีลักษณะ
เป็นวิทยาศาสตร์ (scientific) ในแง่ที่ว่าเป็นการพรรณนาถึงการดำรงอยู่และผลตามมาของปรากฏ
การณ์ซึ่งสามารถสังเกตเห็นได้ วิชาการที่ถูกต้องนั้นจะต้องเริ่มต้นจากสิ่งที่เป็นข้อเท็จจริงซึ่งเรา
สามารถสังเกตเห็นหรือสัมผัสได้ กล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือการยืนยันว่า สิ่งที่เราสังเกตเห็นได้เท่านั้นที่
เป็นจริง รากฐานของความคิดแบบปฏิฐานนิยมสืบมาแต่ความสำเร็จอันกว้างใหญ่ไพศาลของ
วิทยาศาสตร์ธรรมชาติ (Natural Science) ในระหว่างครึ่งแรกของคริสต์ศตวรรษที่ 19 ความสำเร็จ
ดังว่านี้เองที่ได้ดึงดูดเร้าอย่างมากให้ทำการประยุกต์วิธีการทางวิทยาศาสตร์ธรรมชาติ เข้ามา
ใช้ในปริณทลของสังคมศาสตร์ (Social Science) และปรัชญาปฏิฐานนิยม (Positivism) ของ
Comte ก็เป็นเสมือนผลผลิตที่สรุปขึ้นมาจากวิธีการของวิทยาศาสตร์ธรรมชาติ และเพียงเมื่อ
เริ่มต้นครึ่งหลังของ ศตวรรษที่ 19 แนวคิดในเชิงปฏิฐานนิยมก็ได้สั่งแทรกแผ่อิทธิพลไปยัง
วิชาการด้านสังคมศาสตร์ทุกสาขาอันรวมถึงนิติศาสตร์ (Legal Science) ด้วย⁽¹⁵⁾

(13) Alan Bullock & Oliver Stallybrass, (Ed.) "The Fontana Dictionary of Modern Thought", (Fontana
Books, 1981), P.488

(14) อ้างใน Edgar Bodenheimer, "Jurisprudence". Op.cit., P.91

(15) Ibid.p, P. 94

อย่างไรก็ตาม การกล่าวถึงอิทธิพลของแนวคิดในเชิงปฏิฐานนิยมต่อนิติศาสตร์เช่นนี้ ต้องเข้าใจว่า หมายถึงแนวโน้มนำปรากฏในช่วงปลายคริสต์ศตวรรษที่ 19 หากว่าปรัชญาปฏิฐานนิยมของคองท์ มีอิทธิพลต่อการก่อตัวของปฏิฐานนิยมทางกฎหมายไม่ เนื่องจากปฏิฐานนิยมทางกฎหมายก่อตัวขึ้นตั้งแต่ก่อนหน้าดังพิจารณาได้จากงานเขียนสำคัญของเบนแธม อาทิ A Fragment on Government (1776) หรือ An Introduction to the Principles of Morals and Legislation (1782) แต่กระนั้นก็กล่าวได้ว่าทั้งปฏิฐานนิยม (Positivism) ของคองท์ และปฏิฐานนิยมทางกฎหมาย (Legal Positivism) มีสายที่มาทางความคิดร่วมกันในลัทธิประจักษ์วาทซึ่งมีกำเนิดสัมพันธ์กับพัฒนาการทางวิทยาศาสตร์ดังกล่าวข้างต้นอีกทั้งกล่าวได้ด้วยว่า นักปฏิฐานนิยมทางกฎหมายโดยทั่วไปมีจุดยืนความคิดในแบบปฏิฐานนิยมเนื่องจากเมื่อกล่าวโดยทั่ว ๆ ไป ปรัชญาปฏิฐานนิยมทางกฎหมาย มีจุดร่วมกับปรัชญาปฏิฐานนิยมในแง่ที่ทั้งสองแนวคิด ต่างก็รังเกียจหรือปฏิเสธการนึกคิดคาดหมายในเชิงอภิปรายรวมทั้งต่างเดียดฉันท์ต่อการแสวงหาหลักอันติมะใด ๆ (Ultimate Principles)

ที่จุดนี้ยังมีข้อที่ต้องพึงระมัดระวังว่า แม้ปฏิฐานนิยมทางกฎหมายและปฏิฐานนิยมจะมีจุดร่วมทางทฤษฎีดังที่เพิ่งกล่าวถึงและต่างเน้นการแสวงหาความรู้จากข้อเท็จจริง (Fact) แต่ทั้งนี้ก็ได้หมายความว่านักกฎหมายผู้ใดที่สนใจข้อเท็จจริงในสังคมหรือศึกษากฎหมายควบคู่ไปกับการศึกษาข้อเท็จจริงในสังคมหรือศึกษากฎหมายควบคู่ไปกับการศึกษาข้อเท็จจริงในสังคมจะเป็นนักปฏิฐานนิยมทางกฎหมายทุกคน⁽¹⁶⁾ เนื่องจากการเป็นนักปฏิฐานนิยมทางกฎหมายจะต้องจำกัดเฉพาะผู้ที่เชื่อว่าการกฎหมายคือเจตน์จำนงหรือคำสั่งของรัฐบาลปิตัย, เชื่อว่าความสมบูรณ์ของกฎหมายอยู่ที่สภาพบังคับเด็ดขาด และเชื่อว่าการกฎหมายนั้นไม่จำเป็นต้องผูกติดสัมพันธ์กับความยุติธรรมหรือหลักจริยธรรมใด ๆ

ในแ่งนี้นักกฎหมายผู้สนใจศึกษากฎหมาย ควบคู่ไปกับการศึกษาข้อเท็จจริงทางสังคมคงอาจจัดได้ว่าเป็นนักปฏิฐานนิยมคนหนึ่ง ดังเราอาจใช้เรียกบรรดานักนิติศาสตร์เชิงสังคมวิทยา (Sociological Jurisprudence), นักกฎหมายที่มีจุดยืนแบบสังคมนิยมในการวิเคราะห์ธรรมชาติหรือบทบาทกฎหมายในสังคม หรือแม้กระทั่งนักปรัชญากฎหมายในสำนักประวัติศาสตร์ ซึ่งเน้นการศึกษาข้อเท็จจริงทางประวัติศาสตร์

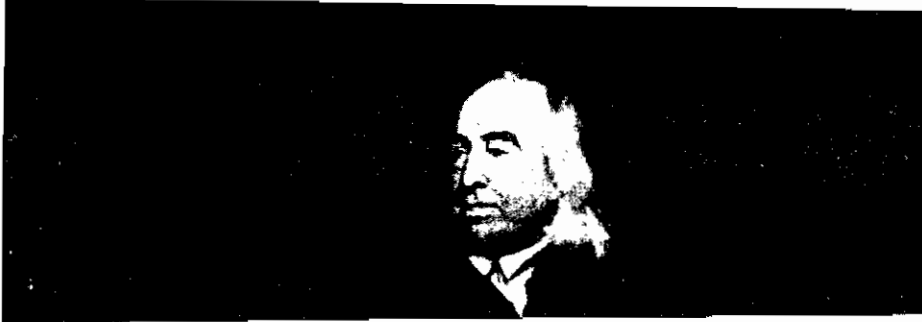
ปรัชญาเมธีผู้ให้กำเนิดทฤษฎีปฏิฐานนิยมทางกฎหมาย ในคริสต์ศตวรรษที่ 19

เมื่อหันมาพิจารณาในแง่ของตัวบุคคลผู้เกี่ยวข้องกับทฤษฎีนี้ เมธีท่านแรกซึ่งสมควร

(16) ดร.ปรีดี เกษมทรัพย์, “เอกสารประกอบการศึกษาวิชานิติศาสตร์ปรัชญา ชั้นปริญญาตรี ภาคสอง บทนำทางประวัติศาสตร์”, อ้างแล้ว, หน้า 189

Objective) มากที่สุด การวัดกันชัดชัดเจน ๆ เกี่ยวกับคุณลักษณะกฎหมายจึงมีเชิงวิจารณ์การกล่าวอ้างนามธรรมลอย ๆ ใด ๆ เช่น ศีลธรรม, ความยุติธรรม หรือเหตุผลบริสุทธิ์ต่าง ๆ ในแ่งนี้ หากจะลองคาดกันตามเบนแธมว่า ความยุติธรรมคืออะไรแล้วเขาก็คงจะตอบว่า คือหลักที่จะนำมาซึ่งความสุขจำนวนมากที่สุดแก่คนจำนวนมากที่สุด

โดยพื้นฐานความคิดแล้วเบนแธมเป็นคนต่อต้านพวกจารีตนิยม (Anti-traditionalist) เมื่อครั้งยังวัยหนุ่ม ขณะฟังคำบรรยายของ เซอร์ วิลเลียม แบล็คสโตน (William, Blackstone)



ที่มาจากความสับสนประเด็นเรื่องกฎหมายที่เป็นอยู่จริง กับกฎหมายที่ควรจะเป็น (The confusion of law as it is with law as it ought to be)

น่าสนใจต่อว่าสาเหตุความสับสนของความคิดข้างต้น ในทศวรรษของเบนแธมยังสืบแต่การไม่รู้จักแยกแยะศาสตร์ทางนิติศาสตร์อันแตกต่างกันสองเรื่องที่เขาเรียกว่า นิติศาสตร์เชิงวิเคราะห์ หรือนิติศาสตร์เชิงอธิบาย (Analytical Jurisprudence/Expository Jurisprudence) กับนิติศาสตร์ที่ว่าด้วยการตรวจสอบกฎหมาย (Censorial Jurisprudence)⁽¹⁷⁾ โดยที่นิติศาสตร์อย่างแรกจะเน้นการศึกษาวิเคราะห์ห่องค์ประกอบความหมายของกฎหมายที่ดำรงอยู่ ส่วนอย่างหลังเป็นการพินิจพิจารณากฎหมายในแง่มุมมองทางศีลธรรม, ค้นหาจุดบกพร่องต่าง ๆ เพื่อการปฏิรูปแก้ไขต่อไป ซึ่งถือว่าเป็นเรื่องของนิติศาสตร์เชิงจริยศาสตร์ (Ethical Jurisprudence) ในลักษณะนี้คำอธิบายของแบลกลสโตนที่ถือว่ากฎหมายเป็นเสมือนการแสดงออกหรือตัวก่อรูปสิทธิธรรมชาติเป็นการหลอมรวมศาสตร์ทางนิติศาสตร์อันแตกต่างกันทั้งสองเข้าหากัน ซึ่งนับเป็นความสับสนทางความคิดที่เป็นอันตราย

กล่าวโดยสรุป ประเด็นความคิดใหม่ที่เบนแธมเสนอก็คือ การตอบคำถามว่า “กฎหมายคืออะไร” นั้น เป็นภารกิจของนิติศาสตร์เชิงวิเคราะห์หรือนิติศาสตร์เชิงอธิบาย และต้องถือว่าเป็นคนละเรื่องคนละคำถามกับประเด็นว่า “กฎหมายควรจะเป็นอย่างไร” ที่เป็นภารกิจของนิติศาสตร์ที่ว่าด้วยการตรวจสอบกฎหมายอีกทั้งการตอบคำถามในส่วนหลังนี้ก็ต่อกระทำโดยอ้างอิงหลักอรรถประโยชน์ (Principle of Utility) หาใช้อ้างอิงความเชื่อผิด ๆ เรื่องกฎหมายธรรมชาติหรือสิทธิธรรมชาติ เบนแธมเห็นว่า การพิจารณากฎหมายจำเป็นต้องมองกันที่ข้อเท็จจริง เช่นข้อเท็จจริงเชิงการเมืองเรื่อง อำนาจ, การบัญญัติกฎหมายโดยมนุษย์, การลงโทษ และการให้รางวัล ซึ่งล้วนเป็นข้อเท็จจริงที่ปรากฏให้เห็นในกฎหมาย⁽¹⁸⁾ ในลักษณะนี้เองที่การนิยามหรือให้ความหมายของกฎหมายในสภาพที่เป็นจริงจึงหลีกเลี่ยงไม่พ้นที่จะนิยามกฎหมายว่าเป็นเจตน์เจานงหรือคำสั่งของรัฐอธิปัตย์หรือผู้มีอำนาจรัฐที่บัญญัติขึ้นใช้บังคับแก่ประชาชน

ดังความในรายละเอียดที่เขา กล่าวว่า “กฎหมายคือการประชุมของถ้อยคำ, คำประกาศแห่งเจตน์เจานงที่รัฐอธิปัตย์ได้คิดขึ้นหรือให้การรับรอง, โดยเป็นเรื่องของการกระทำอย่างใดอย่างหนึ่ง ซึ่งเกี่ยวข้องกับบุคคลหรือชนชั้นหนึ่ง ๆ ที่อยู่ใต้อำนาจรัฐอธิปัตย์ต้องให้การเคารพเชื่อฟัง”⁽¹⁹⁾

นอกจากนี้ การที่เบนแธมมองกฎหมายว่าเป็นเรื่อง เจตน์จำนง (Volition) ของรัฐชาติปัดย ยังเกี่ยวเนื่องกับความคิดในเชิงปฏิรูปกฎหมายของเขาอย่างมากเช่นกัน ในฐานะนักปฏิรูปกฎหมาย เขาถือว่ากฎหมายนั้นต้องมีการแก้ไขถ้าไม่ทำประโยชน์ให้เกิดแก่สังคม กฎหมายที่ใช้สูตรคณิตศาสตร์ที่คงตัวอยู่ชั่วนิรันดร์ไม่ ในกรณีนี้ เบนแธมจึงโจมตีระบบคิดแบบอภิปรัชญา หรือกฎหมายธรรมชาติที่ถือว่าผู้พิพากษามีหน้าที่ใช้จิตและเหตุผลบริสุทธิ์คิดค้นสูตรความยุติธรรมอันเป็นนิรันดร์ที่เป็นอสมพันธ์ โดยเขากล่าวว่าเป็นเรื่องความมงงาย (Mystification) เพราะแท้จริงแล้วกฎหมายเป็นเพียงตัวสำแดงของจิต (will) ของผู้ใช้อำนาจนิติบัญญัติกฎหมายจึงเป็นคำสั่งให้กระทำหรือละเว้นการกระทำและโดยเหตุที่มนุษย์เป็นผู้สร้างกฎหมายขึ้นมนุษย์จึงย่อมเลิกล้มเปลี่ยนแปลงดัดแปลงแก้ไขกฎหมายได้ เพื่อให้เกิดความสุขแก่มนุษย์มากที่สุดเท่าที่จะทำได้⁽²⁰⁾

น่าสังเกตว่างานความคิดเชิงปรัชญากฎหมายของเบนแธมเช่นนี้ ส่วนใหญ่แล้วมิได้มีการตีพิมพ์แพร่หลายในขณะที่เขามีชีวิตอยู่ จบจนกระทั่งหลังจากที่เขาเสียชีวิตไปแล้วว่าหนึ่งศตวรรษในปี ค.ศ. 1945 จึงได้มีการตีพิมพ์หลังจากเพิ่งค้นพบต้นฉบับงานเขียนของเขาชิ้นนี้ ด้วยเหตุนี้เองที่ทำให้ Bentham ไม่ได้รับการกล่าวขวัญมากในฐานะผู้ก่อตั้งและเผยแพร่ทฤษฎีปฏิฐานนิยมทางกฎหมาย แต่เกียรติคุณด้านนี้ก็กลับตกไป(อย่างไม่ถูกต้อง)แก่ จอห์น ออสติน (John Austin) (1790 - 1859) ผู้เป็นสานุศิษย์ของเขาก็คงคนหนึ่ง

จอห์น ออสติน ผู้สืบทอดและแพร่หลายทฤษฎีปฏิฐานนิยมทางกฎหมาย

จอห์น ออสติน เกิดเมื่อวันที่ 3 มีนาคม ค.ศ. 1790 ช่วงชีวิตในวัยหนุ่มเขาเข้ารับราชการทหารอยู่ 5 ปี ก่อนที่จะหันมาศึกษากฎหมายอย่างจริงจัง ตามประวัติปรากฏว่าออสตินชอบชีวิตทหารอยู่มาก และกล่าวได้เช่นกันว่าประสบการณ์ในการเป็นทหารมีอิทธิพลอย่างสูงต่อออสติน ทั้งในแง่บุคลิกลักษณะและความคิดอ่านต่าง ๆ ซึ่งน่าจะคิดว่าประสบการณ์ในส่วนนี้จะสัมพันธ์มากน้อยเพียงใดต่อการที่เขารับเอาอิทธิพลความคิดของฮอบส์ (Thomas Hobbes) อย่างลึกซึ้งในเรื่องอำนาจอันไม่จำกัดของรัฐชาติปัดย

โดยทั่วไปแล้ว ออสตินเป็นคนเฉลียวฉลาด, ขยันขันแข็ง, ทะเยอทะยาน และเป็นคนที่มีความปรารถนาอย่างแรงกล้าในการพัฒนามนุษยชาติ แต่ในขณะเดียวกันเขาออกจะเป็นคนตั้งมาตรฐานแห่งความสำเร็จไว้สูงส่งจนบ่อยครั้งนำมาสู่ความกังวลใจหรือความไม่มั่นคงทางอารมณ์ต่าง ๆ มองที่บรรยายกาครอบข้างตัวเขา ออสตินออกจะโชคดีที่ได้กัลยาณมิตรหลาย ๆ คนคอยแนะนำช่วยเหลือ นับแต่ Sarah Taylor ภรรยาผู้รอบรู้ของเขา ที่สำคัญก็คงเป็นเพื่อนบ้าน

(20) ดร.รองพล เจริญพันธ์, “นิติปรัชญา”, (มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์), หน้า 94-5

เขาที่เป็นเมธียิ่งใหญ่ เช่น Jeremy Bentham, (1748 - 1832), James Mill (1773 - 1836) และ John Stuart Mill (1806 - 1873)⁽²¹⁾

ดูเหมือนว่างานความคิดของออสติน จะเริ่มปรากฏขึ้นหลังจากปี ค.ศ. 1827 อันเป็นปีที่เขาได้รับแต่งตั้งให้เป็นศาสตราจารย์ด้านนิติศาสตร์ (Jurisprudence) คนแรกของมหาวิทยาลัยลอนดอน ในปี 1833 คำอธิบาย 6 ลักษณะของออสตินภายใต้ชื่อเรื่องว่า “ปริมณฑลของวิชานิติศาสตร์ตามที่กำหนดไว้” (The Province of Jurisprudence Determined) ก็ได้รับการตีพิมพ์เผยแพร่ ซึ่งถือได้ว่าเป็นงานเขียนหลักของเขาที่อธิบายถึงทฤษฎีคำสั่งแห่งกฎหมาย (The Command Theory of Law) หรือซึ่งเรียกกันแพร่หลายภายหลังว่า สำนักนิติศาสตร์เชิงวิเคราะห์ (Analytical School of Jurisprudence) หรือนิติศาสตร์เชิงวิเคราะห์ (Analytical Jurisprudence) ซึ่งถือว่าการศึกษากฎหมายโดยทั่วไปจะต้องใช้วิธีการวิเคราะห์แยกองค์ประกอบ ของลักษณะข้อความในกฎหมายที่เห็นได้ชัดเจนก็คือคำสั่งของรัฐบาลัตย์ที่มีสภาพบังคับ โดยเหตุนี้เองที่ทำให้เขาสรุปว่ากฎหมายคือคำสั่งของรัฐบาลัตย์ ซึ่งกำหนดมาตรฐานความประพฤติให้กับผู้อยู่ใต้อำนาจปกครองของตน ซึ่งหากไม่ปฏิบัติตามแล้วจะต้องได้รับโทษ

จากข้อสรุปดังนี้ทำให้เห็นว่ากฎหมายอันแท้จริง (Positive Law) ซึ่งเป็นเรื่องของคำสั่งจะประกอบด้วยสาระสำคัญคือ⁽²²⁾

1. ความประสงค์หรือความปรารถนา (Wish) ของผู้สั่ง
2. บทลงโทษ หรือสภาพบังคับ (Sanction) ซึ่งกินความถึงการก่อให้เกิด “หน้าที่” ที่บุคคลทั่วไปต้องปฏิบัติ
3. การแสดงออกซึ่งความประสงค์หรือความปรารถนา (Expression of the Wish)
4. การมีผลบังคับทั่วไป (Generality)
5. การประกาศใช้โดยรัฐบาลัตย์ (Sovereign) ผู้มีอำนาจสูงสุดทางการเมืองที่อาจเป็นบุคคลหรือองค์การ องค์กรรัฐบาลัตย์นี้เองที่ เป็นผู้แสดงเจตนาออกกฎหมายและกำหนดการลงโทษผู้ฝ่าฝืน

น่าสนใจว่า ออสตินกำหนดนิยามรัฐบาลัตย์ให้หมายถึงบุคคลหรือกลุ่มบุคคลที่มีอำนาจทางการเมืองสูงสุดในประชามันั้น ๆ ซึ่งประชาชนให้การเคารพเชื่อฟังคำสั่งโดยสม่ำเสมอเพียงผู้เดียว/กลุ่มเดียว โดยที่องค์กรรัฐบาลัตย์นั้นมิได้ตกอยู่ภายใต้ข้อจำกัดของอำนาจทางกฎหมาย

(21) รายละเอียดเกี่ยวกับประวัติชีวิตของออสตินขอให้ดู George C. Christie, "Jurisprudence", (West Publishing, 1973), PP. 459-67

(22) John Austin, "The Province of Jurisprudence Determined", ed. H.L.A. Hart, (London, 1954)

ใด ๆ อีก นอกจากนี้การที่ออสตินเน้นประเด็น เรื่อง “การเคารพเชื่อฟังคำสั่งโดยสม่ำเสมอ” (Habitual Obedience) เท่ากับถือเอาหลักความมีประสิทธิภาพ (Efficiency) ของคำสั่ง/กฎหมาย เป็นเงื่อนไขสำคัญหรือบรรทัดฐานที่ขาดการดำรงอยู่ของกฎหมายหรือระบบกฎหมาย (Criterion of Existence) อีกทั้งยังเท่ากับเป็นการนำเอาหลักรัฐศาสตร์และจิตวิทยามาผสมผสานในทฤษฎีกฎหมายของเขาอีกด้วย

เมื่อพิจารณาประเด็นเกี่ยวกับ “ประสิทธิภาพ” ของกฎหมายกันโดยละเอียดคงเห็นได้ว่าออสตินเน้นเฉพาะแต่ “ลักษณะภายนอก” ของกฎหมายทั้งสิ้น กล่าวคือเป็นการพิจารณากฎหมาย จากลักษณะภายนอกของกฎหมายคือ ประสิทธิภาพของคำสั่งและบทกำหนดโทษ ซึ่งทำให้ผู้คนต้องปฏิบัติตาม โดยไม่คำนึงถึงลักษณะภายในของกฎหมาย กล่าวคือ ความชอบธรรมของตัวบทกฎหมายนั้น ๆ ซึ่งเป็นปัจจัยสำคัญที่ทำให้ประชาชนเห็นดีเห็นชอบปฏิบัติตามกฎหมายนั้นอย่างแท้จริงหาใช่เพียงเพราะกลัวอำนาจหรือการลงโทษจากรัฐอย่างเดียวไม่ นอกจากนี้ลักษณะภายในของกฎหมายยังคลุมความถึง โครงสร้างของระบบกฎหมายและกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการก่อตั้งสถาบันทางกฎหมาย ซึ่งในสายตาของปฏิญานนิยมทางกฎหมาย รุ่นใหม่ในศตวรรษที่ 20 ถือว่าเป็นองค์ประกอบสำคัญที่จะทำให้กฎหมายได้รับการสนับสนุนจากสังคมจริง ๆ หรือทำให้คนเคารพกฎหมายเพราะความเชื่อถือจริง ๆ สำหรับออสตินแล้ว เขาไม่ถือว่าเนื้อหาสาระซึ่งปรากฏอยู่ในตัวบทกฎหมาย จะมีผลกระทบต่อความสมบูรณ์หรือไม่สมบูรณ์ของกฎหมาย สิ่งที่เขาสนใจก็คือกฎหมายนั้นตราขึ้นโดยรัฐาธิปัตย์หรือไม่ และกฎหมายนั้นมีสภาพบังคับจริง ๆ หรือไม่ ถ้าใช่แล้วคำสั่งนั้นก็คือ กฎหมายโดยสมบูรณ์ ด้วยเหตุนี้เองที่ออสตินเห็นว่ากฎหมายระหว่างประเทศมิใช่เป็นกฎหมายในความหมายอันแท้จริง เพราะขาดสาระสำคัญดังกล่าว โดยเฉพาะเรื่องสภาพบังคับหรือบทลงโทษ สถานะของกฎหมายระหว่างประเทศในสายตาของออสติน จึงมีค่าเป็นเพียง “พันธะทางศีลธรรม” (Moral Obligation) เท่านั้น ซึ่งรัฐแต่ละรัฐจะปฏิบัติตามหรือไม่ก็ได้ขึ้นอยู่กับความสมัครใจ ในทำนองเดียวกัน กฎหมายรัฐธรรมนูญก็ดี (Constitutional Law) หรือกฎหมายจารีตประเพณี (Customary Law) ก็ดี ก็ไม่จัดว่าเป็นกฎหมายอันแท้จริงในทรรศนะของออสติน เนื่องจากมิได้เป็น “คำสั่ง” ของรัฐาธิปัตย์ แต่มีค่าเป็นเพียง “หลักศีลธรรมเชิงปฏิญาน” (Positive Morality) เท่านั้น

ที่จุดนี้ สมควรอธิบายเพิ่มเติมว่าในทฤษฎีนิติศาสตร์เชิงวิเคราะห์ (Analytical Jurisprudence) ของออสตินนั้นเขาได้จำแนกแยกแยะความหมายของคำว่า “กฎหรือกฎหมาย” (Law) ออกเป็น 2 ประเภท คือ⁽²³⁾

(23) J.W. Harris, “Legal Philosophies”, Op.cit., PP.26-78

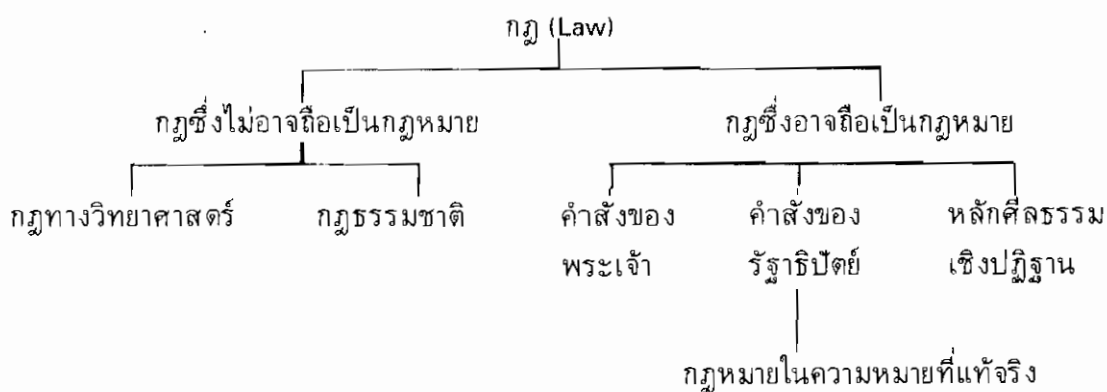
1. กฎซึ่งไม่อาจเป็นกฎหมายหรือกฎในความหมายเทียบเคียง (Law by Analogy) เช่น กฎว่าด้วยกระแสไฟฟ้าหรือกฎทางฟิสิกส์อื่น ๆ รวมทั้งกฎธรรมชาติทั่วไป กฎเหล่านี้แม้จะมีชื่อเรียกในภาษาอังกฤษว่า "Law" แต่ก็มีใช้ "Law" ในความหมายทางนิติศาสตร์ (Law improperly so-called)

2. กฎซึ่งอาจเป็นกฎหมาย (Law properly so-called) ซึ่งหมายถึงคำสั่งหรือกฎเกณฑ์ ความประพฤติทั่วไปและออสตินแยกออกเป็น 3 ประการคือ

2.1 คำสั่งของพระเจ้า (Commands of God/Divine Laws) หรือกฎที่ผู้มีอำนาจเหนือมนุษย์ตราขึ้น ออสตินถือว่าคำสั่งหรือกฎหมายอันศักดิ์สิทธิ์ของพระเจ้านี้เป็นเสมือนหลักกฎหมายที่พึงเป็นสำหรับกฎหมายอันแท้จริง และในฐานะที่ออสตินเป็นนักอรรถประโยชน์ (Utilitarian) เขาจึงเชื่อว่ากฎหมายของพระเจ้าเช่นนี้ อาจถูกค้นพบได้โดยเริ่มจากการตั้งคำถามว่า กฎเกณฑ์ใดที่จะนำมาซึ่งความสุขมากที่สุดแก่มนุษย์ และหลักอรรถประโยชน์นี้เช่นกันที่ออสตินถือว่าเป็นจุดมุ่งหมายอันเหมาะสมของรัฐบาลิบัติย์ในการกำหนดนโยบายหรือกระทำการต่าง ๆ

2.2 คำสั่งของรัฐบาลิบัติย์ (Command of the Sovereign) หรือกฎหมายส่วนบัญญัติ (Positive Law) อันถือว่าเป็นกฎหมายในความหมายอันแท้จริงอันเดียว

2.3 คำสั่งของสิ่งอื่น ๆ (Command of Others) ซึ่งมีใช้คำสั่งของพระเจ้าหรือคำสั่งของรัฐบาลิบัติย์ คำสั่งหรือกฎเกณฑ์ในลักษณะนี้ออสตินเรียกว่า หลักศีลธรรมเชิงปฏิฐานหรือเชิงประจักษ์ (Positive Morality) อันหมายถึงคำสั่งของมนุษย์หรือบุคคลที่มีใช้รัฐบาลิบัติย์รวมทั้งกฎเกณฑ์ซึ่งได้รับการสนับสนุนโดยมติมหาชน (Public Opinion) อันมิใช่คำสั่งของบุคคลใดบุคคลหนึ่ง กฎเกณฑ์ดังว่านี้จึงกินความถึงกฎหมายระหว่างประเทศหรือกฎหมายจารีตประเพณีต่าง ๆ



จากแผนผังซึ่งปรากฏข้างต้น คงทำให้เห็นภาพกระจ่างขึ้นในวิธิตัดหรือวิธีการวิเคราะห์ ความหมายของกฎหมายของออสติน ซึ่งยึดอยู่กับจุดยืนแบบ Positivism ที่เน้นลักษณะภายนอก อันปรากฏชัดเจนของกฎหมายคือ ลักษณะที่เป็นคำสั่งของผู้มีอำนาจปกครองในรัฐและลักษณะ

ที่มีสภาพบังคับในตัว การยึดอยู่กับลักษณะประจำตัวของกฎหมายเช่นนี้ ทำให้ออสตินเชื่อว่าเป็นเรื่องไร้ประโยชน์หรือไม่มีความจำเป็นที่จะต้องคิดให้มากเรื่องว่ากฎหมายนั้นสอดคล้องกับบรรทัดฐานทางศีลธรรม หรือหลักความยุติธรรมใด ๆ หรือไม่ สำหรับเขาแล้วเห็นว่าบทบาทหน้าที่ของนักนิติศาสตร์อยู่ที่การวิเคราะห์ตัวบทบัญญัติแห่งกฎหมาย ที่ใช้อยู่ในปัจจุบันว่าเป็นอย่างไร ไม่ใช่ไปพิจารณาว่ากฎหมายควรจะเป็นอย่างไร ถ้ากฎหมายนั้นไม่ดีหรือไม่เป็นธรรมในสายตาของคนบางคนก็เป็นเรื่องของผู้มีหน้าที่เกี่ยวข้องในทางนิติบัญญัติ หรือนักปราชญ์ด้านจริยธรรมอื่น ๆ แต่ไม่ใช่หน้าที่ของนักนิติศาสตร์

ตรงจุดนี้เองที่เราจะได้เห็นอีกครั้งว่าออสตินได้แยกเรื่อง “สิ่งที่เป็นอย่างจริง” (Is) ออกจากเรื่อง “สิ่งที่ควรจะเป็น” (Ought) ทำนองเดียวกับเบนแธม (Bentham) ก่อนหน้า แต่กระนั้นก็พึงเข้าใจต่อดังนี้ว่า ในท่ามกลางความเหมือนกันเช่นนี้ ทั้งสองท่านก็มีจุดแตกต่างกันในรายละเอียดตรงจุดนี้⁽²⁴⁾ กล่าวคือในขณะที่เบนแธม จัดให้เรื่อง “กฎหมายที่ควรจะเป็น” (Law as it ought to be) อยู่ในปริมณฑลของนิติศาสตร์แขนงหนึ่งคือ นิติศาสตร์ที่ว่าด้วยการตรวจสอบกฎหมาย (Cencorial Jurisprudence) อันแตกต่างจากนิติศาสตร์เชิงวิเคราะห์ (Analytical Jurisprudence) ออสตินกลับแยกเรื่องนิติศาสตร์ (Jurisprudence) และจริยศาสตร์ (Science of Ethics) ออกจากกันโดยเด็ดขาด สำหรับเขาศาสตร์ทางนิติศาสตร์ (The Science of Jurisprudence) หรือนิติศาสตร์จำกัดวงแห่งเนื้อหาเฉพาะเรื่องกฎหมายที่ปรากฏอยู่จริง (Positive Law) เท่านั้น โดยไม่เข้าไปข้องแวะกับเรื่องความดี ความเลวของกฎหมายนั้น ๆ ประเด็น ทางคุณค่ากฎหมายประการหลังต้องถือเป็นเรื่องของศาสตร์ทางนิติบัญญัติ (Science of Legislation) ซึ่งออสตินจัดเป็นสาขาหนึ่งของจริยศาสตร์ หากนิติศาสตร์ไม่ ข้อสรุปในจุดนี้ถือเป็นลักษณะสำคัญมากที่สุดข้อหนึ่งในทฤษฎีของออสติน (รวมทั้งอาจถือเป็นจุดเสียหายและจุดด้อยทางทฤษฎีเมื่อเทียบกับเบนแธม) และจากทัศนคติเช่นนี้เองที่นำไปสู่การจำกัดบทบาทของนักนิติศาสตร์ (Jurist) ให้สนใจแต่เฉพาะเรื่องเกี่ยวกับกฎหมายที่เป็นอยู่, สนใจแต่การอธิบายวิเคราะห์หลักการหรือความแตกต่างของถ้อยคำสำคัญในกฎหมาย เช่น สิทธิ, หนี้, ความเสียหาย, สภาพบังคับ, การลงโทษ หรือการชดเชย ค่าเสียหายต่าง ๆ

ถึงบรรทัดนี้เองที่เชื่อว่า หลายคนคงเริ่มเข้าใจดีขึ้นต่อคำวิจารณ์ที่ยกขึ้นกล่าวในตอนต้นที่ว่า

“ภายใต้การครอบงำแบบ Legal Positivism นักกฎหมายจึงไม่รู้สัก Respond ต่อปัญหาสังคม”

(24) Edgar Bodenheimer, “Jurisprudence”, Op.cit., P. 96

หรือเริ่มเข้าใจเหตุผลที่มาจากทฤษฎีเบื้องหลัง คำพิพากษาฎีกาที่ 1662/2505 หรือคำพิพากษาฎีกาที่ 1234/2523 ซึ่งมีเหตุผลเบื้องหลังทำนองเดียวกัน

อย่างไรก็ตาม แม้ที่กล่าวมาทั้งหมด จะคล้ายสร้างภาพยักษ์มารที่ไร้ศีลธรรมแก่ภาพลักษณ์ของออสติน โดยทางส่วนตัวกลับปรากฏว่าออสตินเป็นบุคคลผู้สนใจอย่างมากในเรื่อง “กฎหมายที่ควรจะเป็น” จากค่าที่เขาได้รับอิทธิพลร่วมสมัยในการเฟื่องฟูของลัทธิอรรถประโยชน์พร้อมกับการขึ้นสู่กระแสสูงของขบวนการปฏิรูปในอังกฤษระหว่างปลายคริสต์ศตวรรษที่ 18 ถึงต้นศตวรรษที่ 19 สิ่งเหล่านี้ล้วนมีส่วนสำคัญที่ทำให้เขายอมรับว่ากล่าวโดยที่สุดแล้ว การปฏิรูปกฎหมายเป็นเรื่องที่สำคัญมากกว่าเรื่อง การวิเคราะห์ถ้อยคำทางกฎหมายต่าง ๆ⁽²⁵⁾

ข้อเท็จจริงส่วนนี้ น่าจะทำให้เราเข้าใจออสตินดีขึ้นว่าเขาไม่ใช่คนประเภทเอาแต่เล่นแร่แปรธาตุถ้อยคำกฎหมายเท่านั้น พ้นจากคำอธิบายเรื่องนิติศาสตร์เชิงวิเคราะห์แล้ว เขายังยึดมั่นในเรื่องจริยธรรมทางกฎหมาย โดยมีลัทธิอรรถประโยชน์ (Utilitarianism) เป็นฐานความคิดส่วนนี้ และน่าแปลกใจอยู่มากว่าออสตินยึดอยู่กับฐานความคิดเชิงจริยธรรมนี้อย่างเหนียวแน่นจนถึงกับกล้าประกาศว่าการจับอาวุธขึ้นต่อสู้กับลัทธิอรรถประโยชน์ของประชาชนเป็นความชอบธรรม พร้อมกับสรรเสริญการปฏิวัติในฝรั่งเศส (ค.ศ. 1789) ทั้ง ๆ ที่โดยแท้จริงเขามีจุดยืนทางการเมืองแบบอนุรักษนิยมและไม่เห็นดีเห็นชอบต่อการให้ความสำคัญแก่เรื่องประชาธิปไตยของมวลชนซึ่งเขาไม่เห็นว่าจะเป็นประโยชน์ต่อการเพิ่มพูนสวัสดิสุขแก่สังคมแต่อย่างใด⁽²⁶⁾

จากจุดนี้เองที่พึงคิดทบทวนว่า ออสตินสมควรได้รับการตำหนิวิพากษ์เป็นการส่วนตัวหรือไม่ต่อการมีส่วนร่วม (อย่างน้อยทางทฤษฎี) ปลูกฝังนักนิติศาสตร์เชิงวิเคราะห์ที่มีจิตสำนึกคับแคบสนใจแต่วิชาชีพของตน โดยไม่รู้ร้อนรุ่มหนาวต่อปัญหาทางด้านจริยธรรมกฎหมายที่อาจปรากฏอยู่ในสังคมตน

ข้อวิจารณ์ทฤษฎีปฏิฐานนิยมทางกฎหมายในแบบฉบับที่ปรากฏในคริสต์ศตวรรษที่ 19

บทวิจารณ์ทฤษฎีปฏิฐานนิยมทางกฎหมาย ที่จะกล่าวถึงคงมุ่งเน้นไปที่ตัวทฤษฎีของจอห์น ออสติน ค่าที่เขาทำให้ความคิดทฤษฎีนี้เป็นระบบแพร่หลาย และมีอิทธิพลครอบงำวงการนิติศาสตร์สากลอยู่ระยะหนึ่ง ประเด็นวิจารณ์ทฤษฎีของเขาอาจแบ่งได้ออกเป็นสองแง่มุม แง่มุมแรกคงเป็นการวิเคราะห์ในตัวรายละเอียดทฤษฎีของเขา และแง่มุมที่สองคงเน้นที่ผลกระทบ(ซึ่งเชื่อว่ามี) จากการปรับใช้ทฤษฎีของเขาในสภาพเป็นจริง

(25) George C. Christie, "Jurisprudence", Op.cit., P. 467

(26) W.L. Morison, "John Austin", (Edward Arnold, 1982), PP. 122-8 ; George Whitecross Paton, "A Text Book of Jurisprudence", (The English Language Book Society & Oxford University Press, 1964) P. 10

กล่าวในเนื้อหาของทฤษฎี การที่ออสตินเน้นธรรมชาติของกฎหมาย ในแง่คำสั่งของ
รัฐาธิปัตย์ซึ่งกำหนดหน้าที่ เปิดช่องว่างให้ได้แย้งได้ว่า จริง ๆ แล้วมีกฎหมายบางประเภทที่ไม่
อาจปรับเข้ากับนิยามความหมายดังกล่าวได้ กล่าวคือเป็นกฎหมายลักษณะพิเศษที่โดยเนื้อหา
มิได้กำหนด “หน้าที่” ให้ประชาชนต้องปฏิบัติตาม อาทิเช่น

- กฎหมายจัดตั้งองค์การหรือจัดตั้งหน่วยราชการต่าง ๆ
- กฎหมายที่กำหนดสิทธิทางการเมือง อันเกี่ยวข้องกับกาเลือกตั้ง
- กฎหมายที่ให้อำนาจในการทำพินัยกรรมหรือสัญญาต่าง ๆ
- กฎหมายเกี่ยวกับวิธีพิจารณาความต่าง ๆ
- กฎหมายงบประมาณ
- กฎหมายประกันสังคมต่าง ๆ ฯลฯ

การมองกฎหมายว่าเป็นเรื่องคำสั่งอันเกิดจากการใช้อำนาจของรัฐาธิปัตย์ ยังอาจถูกโต้แย้ง
ได้ว่าเป็นการจรดจ้อยู่กับแหล่งกำเนิดเดียวของกฎหมาย, เป็นเพียงการอธิบายความต่อรูปแบบ
หนึ่งของกฎหมายที่ผ่านการตราโดยรัฐเท่านั้น ซึ่งไม่สามารถให้คำตอบได้ว่ากฎหมายในระบบ
คอมมอนลอว์ เกิดขึ้นมาได้อย่างไร การอ้างความเป็นปฏิฐานนิยมจากลำพังข้อเท็จจริงส่วนนี้
ของออสตินย่อมนับได้ว่าเป็นลัทธิปฏิฐานนิยมทางกฎหมายที่ง่าย ๆ และไร้เดียงสา (Naive) จน
เกินไป

นอกจากนี้การที่ออสตินถือเอาเรื่อง “สภาพบังคับ” (Sanction) ในฐานะเป็นเงื่อนไขสำคัญ
ของกฎหมาย ก็ทำให้มีผู้ตั้งข้อสังเกตว่า ตามความเป็นจริงมีกฎหมายหรือประกาศอยู่ไม่น้อยซึ่งถือว่าเป็น
กฎหมาย แม้จะไม่มีสภาพบังคับหรือบทลงโทษก็ตาม กล่าวในแง่นี้จึงชวนให้เข้าใจว่าวิเคราะห์
ศัพท์คำว่ากฎหมายของออสตินดูเหมือนจะใช้ได้ แต่เฉพาะกฎหมายอาญาหรือกฎหมายที่มีบท
ลงโทษทางอาญาเท่านั้น⁽²⁷⁾ อย่างไรก็ตาม ข้อนี้ก็มิใช่มีผู้พยายามกล่าวแก้แทนออสตินเช่นกันว่า
สภาพบังคับของกฎหมายนั้นมีอยู่หลาย ๆ ประเภท มิใช่มีเฉพาะสภาพบังคับทางอาญาเท่านั้น

ประเด็นวิจารณ์ในแง่เนื้อหาที่น่าสนใจอีกข้อหนึ่งคือเรื่องการเน้นอำนาจสูงสุดของรัฐา
ธิปัตย์ในฐานะผู้วางกฎเกณฑ์ ซึ่งออสตินยืนยันว่ารัฐาธิปัตย์คือผู้มีอำนาจสูงสุด ซึ่งไม่อยู่ภายใต้
ข้อจำกัดทางกฎหมายใด ๆ รวมทั้งไม่มีการแบ่งแยกอำนาจของรัฐาธิปัตย์ ด้วยเหตุนี้จึงไม่อาจมี
กฎเกณฑ์ซึ่งมีฐานะเป็นกฎหมายที่จะมาจำกัดอำนาจของรัฐาธิปัตย์ได้ แม้จะเป็นกฎหมายที่
ประกาศใช้โดยองค์รัฐาธิปัตย์ก่อนหน้าก็ตาม ทฤษฎีของออสตินจึงมีจุดโหว่เรื่องการต่อเนื่อง
ของกฎหมายจากรัฐาธิปัตย์คนหนึ่งไปยังรัฐาธิปัตย์คนใหม่⁽²⁸⁾

(27) ดูรายละเอียดใน H.L.A. Hart, "The Concept of Law", (Oxford, Clarendon Press, 1981), PP. 18-25

(28) J.W. Harris, "Legal Philosophies", Op.cit., P. 32

นอกจากนี้ การยืนยันอำนาจอันไม่จำกัดของรัฐชาติปิตัยยังขัดต่อสภาพความเป็นจริงในรัฐสมัยใหม่ที่ล้วนมีรัฐธรรมนูญกำหนดขอบเขตแห่งสิทธิและหน้าที่ทางกฎหมายแก่รัฐชาติปิตัย ยังการสรุปของออสตินที่ไม่นับให้รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายก็ขัดแย้งกับข้อเท็จจริงที่ปรากฏ

สำหรับประเด็นวิพากษ์วิจารณ์ในแง่ผลกระทบของการปรับใช้ทฤษฎีนั้น จุดใหญ่คงอยู่ที่การกล่าวหาว่า ทฤษฎีของออสตินเป็นทฤษฎีทางกฎหมายที่สนับสนุนระบบเผด็จการหรือระบบอำนาจเบ็ดเสร็จ (Totalitarianism) คำที่ทฤษฎีนี้เน้นแต่อำนาจของรัฐชาติปิตัยหรือเรื่องอำนาจล้วน ๆ ว่าเป็นที่มาของกฎหมาย โดยไม่คำนึงถึงประเด็นเรื่องความชอบธรรม (Authority) ของอำนาจ (Power) หรือความชอบธรรมของการได้มาซึ่งอำนาจดังกล่าวเลย จุดนี้เองที่ทำให้เซอร์พอล วินogradoff (Vinogradoff) กล่าววิจารณ์ว่า “ทฤษฎีนี้มองกฎหมายในแง่แบบพีธีเท่านั้น มิได้ยอมรับการสำรวจตรวจสอบ...หรือการสอบสวนถึงลักษณะของอำนาจในทางการเมืองซึ่งรัฐชาติปิตัยมีอยู่ กฎหมายจึงเป็นยานพาหนะที่สามารถบรรทุกสินค้าใด ๆ ก็ได้ กฎหมายที่มีลักษณะกดขี่ และไม่ยุติธรรม ก็ใช้บังคับได้สมบูรณ์เช่นเดียวกับกฎหมายที่ดีที่สุด”⁽²⁹⁾ การที่กฎหมายถูกอธิบายหรือทำให้เข้าใจว่าเป็นเรื่องของอำนาจมิใช่เหตุผล อีกทั้งมีการยืนยันข้อสรุปตามมาว่า ไม่มีกฎหมายใด ๆ ที่เป็นกฎหมายที่ไม่เป็นธรรม (No law can be unjust) คำอธิบายเช่นนี้เองที่ทำให้เกิดข้อวิจารณ์ว่าเท่ากับเป็นการมีนิจาจิตสำนักเรื่องความเป็นธรรมแก่คนทั่วไปให้สยบยอมหรือหลงเชื่อเช่นนั้น และในด้านกลับกันก็เท่ากับเป็นการสนับสนุนการใช้อำนาจเผด็จการต่าง ๆ ซึ่งอ้างความเป็นกฎหมายที่สมบูรณ์ในคำสั่งของตน ตัวอย่างสนับสนุนข้อวิจารณ์นี้ที่มียกขึ้นแสดงบ่อย ๆ หลังสงครามโลกครั้งที่สองก็คือ กรณีของเผด็จการนาซีเยอรมันที่รัฐบาลใช้อำนาจออกกฎหมายที่เหี้ยมโหดต่าง ๆ จนทำให้มีนักกฎหมายที่มีชื่อเสียงของตะวันตกหลาย ๆ คนสรุปเหมาเอาเลยว่า ปรัชญาปฏิฐานนิยมทางกฎหมาย เป็นเครื่องมือนำไปสู่ระบบเผด็จการนาซี

และเช่นเดียวกันในเมืองไทยเรา ก็มีนักนิติศาสตร์หลาย ๆ ท่านที่พยายามจะคิดในทำนองเดียวกันด้วยการโยงปรัชญากฎหมายดังกล่าวเข้ากับความล้มล้าง ของระบบประชาธิปไตยในสังคมไทย

ข้อวิจารณ์ในแง่บทบาทของทฤษฎีปฏิฐานนิยมทางกฎหมาย ในเชิงการเมืองดังกล่าวหากจะพิจารณาด้วยใจเป็นธรรมแล้วในความเห็นส่วนตัว คงต้องกล่าวว่ามีทั้งหมดที่ถูก และส่วนที่ค่อนข้างเกินเลยความเป็นจริง

(29) Sir Paul Vinogradoff, “Common Sense in Law” (ภัทร จิตคงไทย ผู้แปล, ในหนังสือ ความรู้ทางนิติศาสตร์ เล่ม 1 โรงพิมพ์สำนักทำเนียบนายกรัฐมนตรี, กรุงเทพฯ, 2515), หน้า 4

มองย้อนกลับไปอีกครั้งที่ภูมิหลังทางประวัติศาสตร์ของทฤษฎี เราคงจำได้ว่าปฏิฐานนิยมทางกฎหมาย ก่อตัวขึ้นในลักษณะขานรับต่อความต้องการของรัฐในสมัยนั้นที่ต้องการความมั่นคงของอำนาจหรือความชัดเจนของกฎหมายที่จะบัญญัติขึ้นใช้เพื่อการจัดระเบียบสังคมที่กำลังพัฒนาในรัฐชาติสมัยใหม่ และเพื่อเป็นหลักประกันสิทธิเสรีภาพของราษฎรด้วย ขณะเดียวกันปรัชญาความเชื่อที่ยืนยันว่ากฎหมายเป็นเรื่องของอำนาจหรือคำสั่งของรัฐบาลปิตัยเช่นนี้ย่อมมีลักษณะเป็นดาบสองคมในตัวเองสุดแล้วแต่คุณธรรมในตัวของรัฐบาลปิตัย หรือผู้มีอำนาจสูงสุดของรัฐ โดยอาจหนุนรับทั้งระบบเผด็จการโดยธรรม และระบบเผด็จการโดยอธรรม จุดอ่อนของทฤษฎีปฏิฐานนิยมทางกฎหมายตรงนี้จะอยู่ที่ออสตินมองกฎหมายในแง่ที่เป็นศาสตร์อิสระเกินไป โดยไม่มีการโยงความสัมพันธ์ของอำนาจรัฐบาลปิตัยกับทฤษฎีประชาธิปไตยโดยแต่อย่างใด หรือพิจารณาแต่ลักษณะภายนอกของอำนาจอย่างเดียว โดยขาดความใส่ใจต่อเรื่องที่มาหรือความชอบธรรมของอำนาจหรือแรงสนับสนุนของสังคมต่อการใช้อำนาจนั้น ๆ⁽³⁰⁾

นี่คือความบกพร่องประการสำคัญของทฤษฎีนี้ แต่อย่างไรก็ตามเราก็คงไม่อาจพูดได้ว่าทฤษฎีนี้ถูกสร้างขึ้นมาเพื่อสนับสนุนหรือเป็นเครื่องมือของระบบเผด็จการโดยตรง มองกันที่มูลเหตุจูงใจของผู้เป็นต้นคิดทฤษฎี อย่างน้อยก็น่าเชื่อว่ามีฐานความคิดที่มีเหตุมีผล 2 ประการรองรับอยู่⁽³¹⁾ ประการแรกก็เกิดจากความต้องการให้กฎหมายมีลักษณะเป็นภววิสัย (Objectivity) หรือมีความแน่นอนชัดเจน ความต้องการส่วนนี้คงเป็นผลมาจากความกังขาไม่ไว้วางใจในระบบคุณค่านิยมต่าง ๆ (Value Skepticism), ความไม่ไว้วางใจในระบบคิดของกฎหมายคอมมอนลอว์ซึ่งอยู่ภายใต้อิทธิพลของปรัชญากฎหมายธรรมชาติ อันเป็นปรัชญาที่บางคนเชื่อว่าด้านหนึ่งมีส่วนสนับสนุนให้เกิดความวุ่นวายหรือสภานาธิปไตยขึ้นได้จากแนวคิดดั้งเดิมประการหนึ่งในปรัชญากฎหมายธรรมชาติที่ว่า กฎหมายซึ่งขัดต่อความถูกต้องหรือความยุติธรรมมิใช่เป็นกฎหมาย และเป็นความชอบธรรม ในการต่อต้านหรือคัดค้านกฎหมายที่ไม่เป็นธรรมดังกล่าว มูลเหตุจูงใจประการที่สองตั้งอยู่ที่ฐานความเชื่อถือในปรัชญาอรรถประโยชน์ (Utilitarianism) ซึ่งถือว่าประโยชน์สุขหรือความผาสุกของคนจำนวนมากที่สุดเท่านั้น ที่เป็นมาตรฐานแห่งคุณความดีซึ่งเป็นรูปเป็นร่างหรือเป็นจริงเป็นจังมากที่สุด และที่สำคัญปรัชญาอรรถประโยชน์เป็นแนวความคิดที่ต่อต้านปรัชญากฎหมายธรรมชาติซึ่งมองว่ามีส่วนสนับสนุนให้เกิดความวุ่นวายในสังคมดังกล่าว

มองโดยส่วนรวมทั้งหมดแล้ว คงอาจพูดได้ว่าทฤษฎีปฏิฐานนิยมทางกฎหมายกำเนิดขึ้นภายใต้ปรัชญาว่าด้วยความมั่นคงและความต้องการแน่นอนชัดเจน กำเนิดขึ้นด้วยความมุ่งมั่น

(30) ดร.วิชฌ เกรืองาม, “คำอธิบายความรู้เบื้องต้นทางนิติปรัชญา” อ้างแล้ว, หน้า 148

(31) David A.J. Richards, “Terror and the Law”, (Human Rights Quarterly, Vo. 5, No. 2, May 1983) P. 174

ที่สร้างความเป็นอิสระให้แก่ศาสตร์ด้านนิติศาสตร์ ซึ่งอยู่บนพื้นฐานความคิดแบบวิทยาศาสตร์ อีกทั้งมีลักษณะเป็นประติการ (Dialectic) ต่อปรัชญากฎหมายธรรมชาติ เมื่อมองภาพรวม ๆ เช่นนี้แล้วจึงไม่เชื่อว่า ออสตินจะมีความคิดแบบเผด็จการหรือทฤษฎีนี้ถูกสร้างขึ้นมาเพื่อเป็นเครื่องมือระบบเผด็จการโดยตรงด้วยเหตุนี้ข้อวิจารณ์ของนักคิดตะวันตกบางคนที่ว่า ปรัชญากฎหมายดังกล่าวเป็นเครื่องมือนำไปสู่ระบบเผด็จการนาซีเยอรมัน จึงดูเหมือนเป็น “การคิดฟุ้งซ่านอย่างสุดโต่งเกินไป ซึ่งไม่เพียงจะละเลยต่อบทบาทของความคิดจิตธรรมของเยอรมัน (German Idealism) ปรัชญา Neo-Hegelianism แต่ยังไม่ให้คำอธิบายใด ๆ ว่าทำไมประเทศอังกฤษ ซึ่งมีแนวโน้มยึดมั่นในลัทธิประจักษ์วิชา (Empiricism) และอเมริกา อันเป็นดินแดนของลัทธิปฏิบัตินิยม (Pragmatism) จึงไม่เดินสู่เส้นทางเผด็จการเสียยิ่งกว่าเยอรมัน”⁽³²⁾ อย่างไรก็ตามเราก็คงไม่อาจปฏิเสธบทบาทด้านลบของปรัชญาความคิดนี้ที่มีส่วนขานรับต่อการใช้อำนาจเบ็ดเสร็จของระบบการเมืองเผด็จการ และต้องไม่ลืมว่า โดยรากฐานความคิดแล้ว ปฏิธานนิยมทางกฎหมายปฏิเสธทฤษฎีหรือความเชื่อเรื่องสิทธิมนุษยชน (Human Rights) ซึ่งมีส่วนโยงใยอย่างสำคัญแรกเริ่มกับปรัชญากฎหมายธรรมชาติ แต่ทั้งนี้ก็ฟังต้องระมัดระวังไม่ขยายความสำคัญในบทบาทด้านลบดังกล่าวมากจนเกินไป จนถือเอาความบกพร่องของปรัชญาความคิดนี้เป็นเหตุปัจจัยสำคัญของความล้มเหลวทางประชาธิปไตยหรือการเมือง ซึ่งแท้จริงแล้วมีเหตุปัจจัยหรือตัวแปรอื่นซึ่งสำคัญยิ่งกว่า⁽³³⁾ ในท้ายที่สุดของคำวิจารณ์คงต้องกล่าวเพิ่มเติมว่า ทฤษฎีปฏิธานนิยมทางกฎหมาย กำเนิดขึ้นมาจากความจำกัดของบริบท (Context) ทางสังคมและประวัติศาสตร์ ยุคหนึ่งที่เรียกร้องความมั่นคงเด็ดขาดของกฎหมายอย่างสูงพร้อมกับการอยู่ภายใต้อิทธิพลของความคิดแบบหลงใหลวิทยาศาสตร์ ข้อเท็จจริงทางสังคมเช่นนี้เองที่ทำให้เกิดการมองปัญหาแต่เพียงด้านเดียวในสายตาของผู้สนับสนุนความคิดนี้ ความจำกัดของสถานะการณ์หรือกาละดังกล่าวนับว่าได้สร้างมาภาพขึ้นในความคิดของคนหลายคนให้หลงเชื่อว่า อำนาจและรัฐาธิปัตย์ล้วนมี “ความเป็นวิทยาศาสตร์” ซึ่งมีธรรมชาติที่เป็นกลาง, บริสุทธิ์ไร้ซึ่งจิตเจตนาร้ายและไม่ต้องการการตรวจสอบกลั่นกรองโดยมนุษย์, ระบบหรือกฎเกณฑ์ใด ๆ อีกเลย

(32) Lord Lloyd of Hampstead, "Introduction to Jurisprudence", Op.cit., P. 198

(33) รายละเอียดเพิ่มเติมในประเด็นนี้ขอให้อู จรรย์ โฆษณานันท์, "กฎหมายกับสิทธิเสรีภาพในสังคมไทย : เส้นขนานจาก 2475 ถึงปัจจุบัน", (กลุ่ม ประสานงานศาสนา เพื่อสังคม, 2528), หน้า 112

อิมสมิ สติ อิทํ โหติ
อิมสสุปปาหา อิทํ อุปฺปชฺชติ
อิมสมิ อสตี อิทํ น โหติ
อิมสฺส นิโรธา อิทํ นิรุชฺฌติ

เมื่อสิ่งนี้มี สิ่งนี้จึงมี
เพราะสิ่งนี้เกิดขึ้น สิ่งนี้จึงเกิดขึ้น
เมื่อสิ่งนี้ไม่มี สิ่งนี้ก็ไม่มี
เพราะสิ่งนี้ดับไป สิ่งนี้ก็ดับ (ด้วย)

พุทธพจน์

พระเทพเวที (ประยูรค์ ปยุตฺโต) (ถอดความ)