

3.

ฮันส์ เคลเซิน (Hans Kelsen) และทฤษฎีกฎหมายบริสุทธิ์

แม้ว่าทฤษฎีนิติศาสตร์เชิงวิเคราะห์หรือปฏิฐานนิยมเชิงวิเคราะห์ (Analytical Positivism) ของจอห์น ออสติน จะประสบความสำเร็จในการวิพากษ์วิจารณ์ต่าง ๆ นานา ดังตัวอย่างที่ยกขึ้นแสดงในบทที่แล้ว ข้อบกพร่องเหล่านั้นก็ทำให้การเติบโตของขบวนการความคิดในแนวปฏิฐานนิยมทางกฎหมายหยุดยั้งลงไม่ น่าสังเกตว่า ทฤษฎีกฎหมายของออสตินแทบจะไม่ได้ได้รับความสนใจเลยในขณะที่เขายังมีชีวิตอยู่ แต่ภายหลังจากนั้นก็กลับมามีอิทธิพลอย่างใหญ่หลวงต่อการพัฒนาระบบคิดทางนิติปรัชญาของอังกฤษ อีกทั้งยังแพร่หลายต่อไปยังประเทศตะวันตกอื่น ๆ ด้วยดังปรากฏอิทธิพลในงานเขียนของนักนิติศาสตร์ที่มีชื่อเสียง อาทิเช่น Bergbohm (เยอรมัน) John Chipman Gray, Wesley N. Hohfeld (อเมริกัน), George Paton (ออสเตรเลีย), John Salmond (นิวซีแลนด์)

การรับเอาอิทธิพลความคิดของออสตินข้างต้น ส่วนใหญ่ก็ประกอบด้วยการปรับเปลี่ยนทฤษฎีในส่วนที่เห็นว่าบกพร่องมากกว่าจะเป็นการยอมรับโดยบริสุทธิ์ ในแง่นี้ปฏิฐานนิยมทางกฎหมายจึงมีการพัฒนาในตัวเองโดยตลอดนับแต่ได้ก่อรูปร่างมาอย่างจริงจังในต้นศตวรรษที่ 19

และดูเหมือนว่า กระบวนการพัฒนาความสมบูรณ์ของทฤษฎีได้ปรากฏให้เห็นที่ยอมรับกันมากที่สุดในงานความคิดของฮันส์ เคลเซิน (Hans Kelsen) ผู้เป็นเจ้าของทฤษฎีกฎหมายบริสุทธิ์ (The Pure Theory of Law) และสานุศิษย์ทั้งหลายของเคลเซินซึ่งเรียกกันรวม ๆ ว่า “สำนักเวียนนา” (Vienna School) ตามชื่อเมืองเวียนนาในประเทศออสเตรีย อันถือเป็นแหล่งที่ทฤษฎีกฎหมายบริสุทธิ์กำเนิดขึ้น

ประวัติและความคิดพื้นฐานของเคลเซิน

ฮันส์ เคลเซิน (Hans Kelsen) (1881-1973) ในฐานะนักคิดนักปรัชญากฎหมายร่วมสมัย ผู้มีชื่อเสียงโด่งดังเป็นชาวยิว ออสเตรีย เกิดในปี ค.ศ. 1881 ที่เมืองปราก (Prague) ในประเทศเชโกสโลวาเกีย แต่มาเจริญเติบโตและได้รับการศึกษาที่เยอรมันและออสเตรีย เขาเริ่มงานสอนวิชากฎหมายว่าด้วยรัฐ และกฎหมายปกครองที่มหาวิทยาลัยเวียนนา ซึ่งต่อมาก็มีการโยกย้ายเปลี่ยนแปลง

สถาบันที่สอนหลาย ๆ แห่งที่ เยอรมัน สวิตเซอร์แลนด์ และท้ายที่สุดก็ไปปรากฏงานวิชาการ เขาที่อเมริกา อันเป็นดินแดนที่งานความคิดเขาปรากฏชื่อเสียงแพร่หลาย⁽¹⁾

หากจะเริ่มมองกันที่รากฐานปรัชญาความคิดของเคลเซน กล่าวโดยสรุปรวมที่สุดแล้ว คงต้องกล่าวว่า เคลเซนเริ่มต้นจากอิทธิพลความคิดของเดวิด ฮูม (David Hume 1711-1776) บิดาแห่งลัทธิประจักษ์วาทผู้ยิ่งใหญ่ชาวอังกฤษและอิมมานูเอล คานท์ (Immanuel Kant : 1724-1804) นักปรัชญาชาวเยอรมัน นอกจากนี้เขายังได้รับอิทธิพลความคิดจากวิทยาศาสตร์ธรรมชาติโดยเฉพาะจากหลักทฤษฎีทางฟิสิกส์เรื่องทฤษฎีสัมพันธภาพของไอส์ไตน์ (Einstein's Theory of Relativity)

ฮูมถือว่าเป็นปรัชญาเมธีที่มีชื่อเสียงที่สุดคนหนึ่งของอังกฤษ ผู้ให้กำเนิดลัทธิไม่เชื่อถือหรือสงสัย (Scepticism) ซึ่งต่อมาได้พัฒนาสู่ลัทธิประจักษ์วาท (Empiricism) อย่างเป็นระบบสำหรับฮูมแล้วเขาถือว่าความรู้เกี่ยวกับสิ่งต่าง ๆ ในธรรมชาติจะเกิดขึ้นได้ก็โดยวิธีใช้ สัญชาตญาณ/ การรับรู้ (Perception) กับผัสสะทั้งห้าและประสบการณ์ อย่างไรก็ตามคำตอบต่าง ๆ เกี่ยวกับความรู้ก็อาจไม่ลงรอยหรือมีลักษณะไม่แน่นอนเนื่องจากมายาการที่อาจเกิดขึ้นได้จากประสาทสัมผัส ด้วยเหตุนี้สิ่งที่เรียกว่า กฎแห่งความเป็นเหตุผลของธรรมชาติจึงมีความน่าสงสัย ความเ็นเหตุเป็นผลของชาติน่าจะมีความหมายเพียงการเกิดขึ้นอย่างต่อเนื่องของเหตุการณ์เท่านั้น หากได้มีสิ่งทีเรียกว่า ความสัมพันธ์แบบกวนนิยมหรือความสัมพันธ์ที่จำเป็น (Necessary Connection) ไม่ เหตุอย่างหนึ่งจึงไม่จำเป็นต้องก่อให้เกิดผลอย่างหนึ่งเสมอไป ความสัมพันธ์ระหว่างเหตุกับผลจึงเป็นเพียงความเข้าใจของมนุษย์ที่เกิดจากการสังเกตปรากฏการณ์ธรรมชาติซ้ำ ๆ กันหลายครั้งจนเกิดความเคยชินสั่งสมเป็นปกตินิสัยในการคิด⁽²⁾ โดยเหตุนี้ฮูม จึงถือว่าระเบียบหรือคำสั่งทางศีลธรรมต่าง ๆ จึงไม่สามารถสร้างหรืออนุมานจากโลกทางกายภาพได้ อันหมายถึงว่า “สิ่งที่ควรจะเป็น” (“Ought”) หรือลักษณะอันเป็นบรรทัดฐานไม่อาจสรุปความมาจากสิ่งที่ปรากฏอยู่แล้วเป็นข้อเท็จจริง หรือ “สิ่งที่เป็นอย่างจริง” (“Is”) ศีลธรรมและเกณฑ์บรรทัดฐานต่าง ๆ จึงเป็นเพียงสิ่งสัมพัทธ์ (Relative) ที่แปรตามความคิดแบบอัตวิสัย (Subjective) ของมนุษย์⁽³⁾

(1) ผู้สนใจประวัติชีวิตของเคลเซนโดยละเอียดเพิ่มเติม ขอให้ดูใน สุรินทร์ ถั่วทอง, “ฮันส์ เคลเซน และทฤษฎีบริสุทธ์แห่งกฎหมาย”, (วารสารอัยการ, ปีที่ 2 ฉบับที่ 14, 2522) หน้า 70 - 2

(2) สุรินทร์ ถั่วทอง, เพิ่งอ้าง, ฉบับที่ 17 หน้า 42 - 3 ; ดร.รองพล เจริญพันธ์ “นิติปรัชญา”, (มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2520), หน้า 15, 89

(3) Lord Lloyd of Hampstead, “Introduction to Jurisprudence”, Op.cit., P. 282

สำหรับค่าน้ำ ประเด็นความคิดที่คล้ายคลึงกับฮูมข้างต้นมาจาก ข้อสรุปของค่าน้ำที่ว่า การใช้เหตุผลต้องอาศัยข้อมูลแห่งผัสสะ คือการใช้เหตุผลต้องอาศัยประสบการณ์มาประกอบ ซึ่งเขาเรียกเหตุผลนี้ว่า เหตุผลปฏิบัติ (Practical Reason)⁽⁴⁾ เมื่อจิตต้องใช้ประสบการณ์ช่วยความคิดหรือความรู้ต่าง ๆ ที่จิตคิดได้ก็ย่อมแปรเปลี่ยนไปตามประสบการณ์ด้วย กล่าวคือเป็นแบบสัมพัทธ์ (Relativism) ตรงจุดสำคัญนี้ขอให้ตระหนักเพิ่มเติมว่า ในทฤษฎีว่าด้วยความรู้ หรือ ญาณวิทยา (Epistemology) ของค่าน้ำ เขาเชื่อว่าการเรียนรู้ของมนุษย์ล้วนมีขอบเขตจำกัด โดยขึ้นอยู่กับญาณปัญญาหรือการสำนึกได้เอง (Intuition) ของมนุษย์อันเกี่ยวข้องกับสถานที่ (Space) กาลเวลา (Time) และความเป็นเหตุเป็นผล (Causation) จากพื้นฐานความเชื่อเรื่อง Intuition นี้เอง ความรู้ในสาขาวิชาต่าง ๆ จึงเป็นเพียงความรู้ในระดับปรากฏการณ์ (Phenomena) ซึ่งสัมพัทธ์อยู่กับสถานที่ กาลเวลาหรือความเป็นเหตุเป็นผลเช่นว่า โดยถือว่าเป็นความรู้ที่มีขอบเขตจำกัด มิได้หยั่งลึกถึงเบื้องหลังแก่นแท้ของสิ่งที่ศึกษานั้น เว้นแต่จะมีการตั้งสมมุติฐาน (Hypothesis) แล้วพิสูจน์เหตุผลเอาตามวิธีการวิทยาศาสตร์ (Scientific Method)⁽⁵⁾ นอกจากนี้ค่าน้ำก็ยังยืนยันให้แยกโลกแห่งข้อเท็จจริงธรรมชาติหรือวิทยาศาสตร์ (Sein/IS) ออกจากโลกแห่งบรรทัดฐานหรือแบบแผนความประพฤติ (Sollen/Ought) ซึ่งถือว่ามีได้อยู่ในกรอบแห่งความเป็นเหตุเป็นผล อันแน่นอนเมื่อเทียบกับอย่างแรก

จากพื้นฐานทางปรัชญาความคิดดังกล่าว ทำให้เคลเซ่นมีจุดยืนอยู่กับฝ่ายปฏิฐานนิยมทางกฎหมาย โดยเห็นว่าปัญหาว่า “กฎหมายคืออะไร” (IS) ต้องแยกออกจากปัญหาว่า “กฎหมาย

(4) ดร.รองพล เจริญพันธ์, “นิติปรัชญา”, (มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์), หน้า 84 อย่างไรก็ตามในงานเขียนชิ้นสุดท้ายของค่าน้ำคือ “Groundwork of the Metaphysics of Morals” เขากลับอธิบายโลกออกเป็น 2 แบบ คือ โลกแห่งผัสสะ (sensible World) และโลกแห่งปัญญา (Intelligible World)

โดยที่ในโลกแห่งปัญญานี้มนุษย์สามารถค้นพบหลักอุดมคติหรือสัจจะทางศีลธรรมอันเป็นนิรันดร์ได้ด้วยเหตุผล โดยไม่ต้องพึ่งประสบการณ์ (A Priori) และปรากฏในรูปแบบที่เขาเรียกว่าเป็น “เรื่องแน่นอนอย่างปราศจากข้อแม้” (Categorical Imperative) แนวคำอธิบายของค่าน้ำในท้ายที่สุดจึงก้าวไปไกลถึงกับยอมรับเรื่องหลักความยุติธรรมอันเป็นสากล รวมทั้งยืนยันถึงบทบาทความสำคัญของความยุติธรรมในฐานะเป็นหลักกฎหมายความควบคุมกฎหมายอีกชั้นหนึ่ง จนกระทั่ง d’Entrevies นักคิดฝ่ายกฎหมายธรรมชาติร่วมสมัยยกให้ค่าน้ำเป็นผู้สนับสนุนทฤษฎีกฎหมายธรรมชาติสมัยใหม่ที่มีอิทธิพลมากที่สุด

เมื่อมองที่จุดสุดท้ายนี้เปรียบเทียบกับฮูม จึงน่าคิดว่าปรัชญาเมธีที่มีอิทธิพลต่อความคิดของเคลเซ่นอย่างแท้จริง น่าจะเป็นฮูมมากกว่าค่าน้ำใช่หรือไม่ ในเมื่อเคลเซ่นยึดมั่นในลัทธิประจักษ์วาท (Empiricism), สัมพัทธ์นิยมทางจริยธรรม (Ethical-Relativism) และไม่ยอมรับเรื่องโลกแห่งปัญญาอันเป็นนิรันดร์ ดังกล่าว ผู้สนใจประเด็นละเอียดงอกรนี้ ขอให้ดู Alida Wilson, “Is Kelsen Really a Kantian?” ใน Richard Tur & William Twining (eds), “Essays on Kelsen”, (Clarendon Press, Oxford, 1986), PP. 37-64

(5) สุรินทร์ ชิวทอง, สันติ์ เกลเซ่น และทฤษฎีบริสุทธิ์แห่งกฎหมาย”, อ้างแล้ว, ฉบับที่ 14 หน้า 73-4

ควรจะเป็นอะไร” (Ought) เนื่องจากปัญหาที่สองมีลักษณะเป็นคำถามในทางการเมืองต้องอาศัยกฎเกณฑ์ทางศีลธรรม จริยธรรม และสังคมเป็นเครื่องอธิบาย ซึ่งหามาตรฐานได้ยากและแปรเปลี่ยนอยู่เรื่อย ๆ ดังนั้นทฤษฎีกฎหมายจึงต้องสนใจแต่เรื่องกฎหมายที่บัญญัติขึ้นใช้จริง ๆ และภาระหน้าที่ของนักกฎหมายก็ต้องแสวงหาเฉพาะคำตอบว่า กฎหมายคืออะไรเท่านั้น ซึ่งเป็นคำถามในเชิงวิทยาศาสตร์ ในการตอบคำถามเกี่ยวกับธรรมชาติของกฎหมายที่ปรากฏอยู่จริงนี้ เมื่อยึดเกณฑ์การตั้งสมมติฐานและสังเกตตรวจสอบแบบวิทยาศาสตร์เป็นกรอบการตัดสินใจ เคลเซนสรุปว่า เนื้อแท้ (Objects) ของกฎหมาย ศาสตร์ทางกฎหมายมีลักษณะเป็น “บรรทัดฐาน” (Norms) ความประพฤติที่กำหนดให้การกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งชอบหรือไม่ชอบด้วยกฎหมาย⁽⁶⁾ โดยเคลเซนได้นิยาม “บรรทัดฐาน” ว่า หมายถึง “สิ่งที่ควรจะเป็นหรือควรจะเป็น โดยเฉพาะอย่างยิ่งหมายถึง สิ่งที่มีมนุษย์ควรประพฤติปฏิบัติโดยแน่นอน” นิยามของ “บรรทัดฐาน” เช่นนี้ เมื่อพิจารณาจากอรรถาภิธานแล้วย่อมเห็นได้ว่า อธิบายไว้กับ บรรทัดฐานทางศีลธรรมหรือบรรทัดฐานทางศาสนา ด้วย แต่กระนั้น เคลเซนก็อธิบายเสริมถึงลักษณะเฉพาะของบรรทัดฐานทางกฎหมาย กล่าวคือแตกต่างกับบรรทัดฐานอื่น ๆ ตรงที่มีองค์ประกอบเรื่องสภาพบังคับ การลงโทษหรือการข่มขู่เพิ่มเติมเข้ามา ตามนี้ เขาจึงเห็นว่า “กฎหมายคือระเบียบแห่งพฤติกรรมของมนุษย์ที่มีสภาพบังคับ”⁽⁷⁾ นอกจากนี้ ผลพวงของการเน้นธรรมชาติกฎหมายที่สภาพบังคับหรือการข่มขู่ยังโยงไปสู่ปัญหาเกี่ยวกับสภาพของกฎหมายระหว่างประเทศที่เคลเซนยืนยันว่า “เป็นกฎหมาย” เนื่องจากมีความเป็น “ระเบียบแห่งพฤติกรรมที่มีสภาพบังคับ” เช่นเดียวกับกฎหมายภายใน รัฐ เพียงแต่สภาพบังคับของกฎหมายระหว่างประเทศเป็นไปในแบบต้อง “ช่วยตัวเอง” (Self-help) ซึ่งปรากฏในรูป “การแก้แค้น” และ “การทำสงคราม” สภาพบังคับเช่นนี้จึงมีลักษณะกระจายตัวได้รวมศูนย์อยู่ที่องค์ใดเหมือนกฎหมายภายในรัฐ ในแง่นี้ระบบการบังคับลงโทษของกฎหมายระหว่างประเทศจึงเป็นแบบระบบกฎหมายครั้งโบราณ คือระบบดาต่อตาฟันต่อฟัน หรือระบบอาฆาตพยาบาท (Vendetta System) อย่างไรก็ตาม เคลเซนเชื่อว่าสภาพบังคับของกฎหมายระหว่างประเทศกำลังมีการพัฒนาจากระบบกระจายอำนาจลงโทษไปสู่การรวมศูนย์อำนาจลงโทษมากขึ้น เช่นเดียวกับพัฒนาการในเรื่องนี้ของกฎหมายภายในรัฐ⁽⁸⁾

สำหรับประเด็นเกี่ยวกับธรรมชาติแห่งความเป็น “บรรทัดฐาน” ของกฎหมายข้างต้น

(6) Hans Kelsen, “The Pure Theory of Law”, Transl M. Knight (Berkeley, 1967), P.4

(7) Ibid., P. 33

(8) Holdley Bull, “Hans Kelsen and International Law”, in Richard Tur & William Twining, “Essays on Kelsen”, Op.cit., PP. 322-6

เมื่อย้อนไปดูนิยามที่เคลเซนให้ไว้อีกที “บรรทัดฐาน” เช่นว่ายอมจัดอยู่ในเรื่อง “สิ่งที่ควรจะทำ” (Ought) หาใช่เป็นเรื่องที่เกิดขึ้นจริง ๆ หรือเรื่องที่จะต้องทำโดยไม่อาจหลีกเลี่ยงได้ไม่ฟังดูแล้วอาจรู้สึกสับสนบ้าง แต่ขอให้เข้าใจว่าตรงนี้เคลเซนพยายามพูดถึงธรรมชาติของตัวบทกฎหมายหรือกฎเกณฑ์ทางกฎหมายเปรียบเทียบกับกฎเกณฑ์ทางวิทยาศาสตร์ธรรมชาติอื่น ๆ ในทรรศนะของเคลเซน เขาถือว่ากฎหมายหรือศาสตร์เกี่ยวกับกฎหมายมิใช่ศาสตร์เกี่ยวกับธรรมชาติที่มีสภาพแห่งความเป็นเหตุและผลที่แน่นอน (เช่น ถ้าผลไม้หลุดจากกิ่ง ผลไม้ก็จะร่วงลงสู่ดิน) แต่สาระเนื้อหาของกฎหมายจะเป็นเรื่องความสัมพันธ์ของสิ่งที่ควรเป็นหรือควรเกิด (Ought-relationships) กฎหมายจึงเป็นศาสตร์ที่ว่าด้วย บรรทัดฐานหรือมาตรฐานความประพฤติของมนุษย์ โดยที่ธรรมชาติของบรรทัดฐานจะเป็นเรื่องของคำว่า “ควร” (Ought) มากกว่าคำว่า “ต้อง” ซึ่งนับเป็นจุดแตกต่างระหว่างบรรทัดฐานกับวิทยาศาสตร์ธรรมชาติ ตัวอย่างขยายความก็เช่น กรณีบรรทัดฐานทางกฎหมายที่บัญญัติว่า “บุคคลใดที่ประกอบอาชญากรรม บุคคลนั้นจะต้องได้รับโทษ แม้ข้อความจะบัญญัติว่า “ต้อง” รับโทษ แต่ในความเป็นจริง กลับเป็นเรื่อง “ควร” ต้องรับโทษ เพราะผู้กระทำผิดอาจไม่ต้องรับโทษ เนื่องจากเหตุผลหลายประการ เช่น หนีไปได้ ดิดสินบนพนักงานเจ้าหน้าที่ คดีขาดอายุความ หรือได้รับนิรโทษกรรม เป็นต้น ในแง่นี้จึงเป็นที่เข้าใจได้ว่าสภาพบังคับของกฎหมายมิได้มีความเด็ดขาดแน่นอนเสมอไป โดยเหตุนี้เคลเซนจึงยืนยันว่า กฎหมายมิได้เป็นส่วนหนึ่งของความเป็นจริงตามธรรมชาติ ทว่า เป็นบรรทัดฐานซึ่งอาจใช้ตรวจวัดความเป็นจริง⁽⁹⁾

น่าสังเกตว่า การยืนยันในประเด็นนี้นับเป็นทรรศนะที่ค่อนข้างเด็ดเดี่ยวของเคลเซน หากเปรียบเทียบกับทรรศนะในประเด็นอื่น ๆ ของเขา ซึ่งมีการเปลี่ยนแปลงแก้ไขอยู่เสมอ ๆ

ทฤษฎีกฎหมายบริสุทธิ

เคลเซนสร้างทฤษฎีกฎหมายบริสุทธิขึ้นบนรากฐานของแนวความคิดเชิงวิทยาศาสตร์จากการมองกฎหมายหรือวิเคราะห์กฎหมายเฉพาะตัวกฎหมายที่ปรากฏอยู่ล้วน ๆ โดยแยกกันเรื่องศีลธรรม การเมือง ความยุติธรรม หรือสังคมวิทยาออกไป เคลเซนเห็นว่า ทฤษฎีกฎหมายจะต้องบริสุทธิในแง่ที่ว่ามันจะต้องสร้างแนวความคิดเกี่ยวกับกฎหมายขึ้นมาเองโดยไม่ต้องคำนึงถึงองค์ประกอบอื่น ๆ โดยเขาต้องการแยกให้เห็นความแตกต่างอย่างเด่นชัด ระหว่างศาสตร์ของกฎหมาย หรือปรัชญากฎหมาย กับปรัชญาเรื่องความยุติธรรมหรือสังคมวิทยา เริ่มจากจุดนี้เคลเซนจึงคัดค้านออสตินที่นิยามกฎหมายในรูปของ “คำสั่ง” ที่ทุกคนต้องปฏิบัติ เนื่องจากนิยามเช่นนี้ได้้นำเรื่องจิตวิทยา (ปัญหาการเคารพเชื่อฟัง) เข้ามาเกี่ยวข้องด้วย นอกจากนี้ ยังการกล่าวอ้างความเป็นคำสั่งเท่ากับถือว่ากฎหมายเป็นเรื่องของสิ่งที่ “ต้อง” กระทำ ซึ่งถ้าไม่กระทำก็ “ต้อง” ถูกลงโทษอย่างไม่อาจหลีกเลี่ยงได้ ประเด็นนี้อีกเช่นกันที่ขัดแย้งกับเคลเซนที่มองกฎหมายว่าเป็นเรื่อง

(9) J.W. Harris, “Legal Philosophies”, Op.cit. P. 59

“บรรทัดฐาน” หรือสิ่งที่ “ควร” จะกระทำ สวนสภาพบังคับนั้นก็ไม่น่าจะเหมือนนักวิทยาศาสตร์ ดังที่กล่าวมาแล้ว โดยเหตุนี้ สิ่งที่จะต้องทำในการสร้างทฤษฎีใหม่ของเคลเสน คือ การแยก เรื่องบรรทัดฐานของ กฎหมายสารบัญญัติ (Positive Law) ให้ดำรงอยู่อย่างโดดเดี่ยว (บริสุทธิ์) โดยบรรทัดฐานนี้เองซึ่งถือว่าเป็นสาระอันเป็นภววิสัยของกฎหมาย และจากนั้นจึงนิยามธรรมชาติ ของกฎหมายในรูปของบรรทัดฐานดังกล่าว มีข้อสังเกตเพิ่มเติมที่จุดนี้ว่าความจริงเคลเสนแยก เรื่องบรรทัดฐานออกเป็นสองประเภทคือ บรรทัดฐานปฏิฐาน (Positive Norm) ซึ่งมนุษย์สร้างขึ้น อันหมายถึงกฎหมาย และบรรทัดฐานที่ไม่เป็นปฏิฐาน (Non Positive Norms) คือ บรรทัดฐาน ที่มนุษย์มิได้สร้างขึ้น แต่ถือว่ามีอยู่แล้วในจิตใจซึ่งทุกคนรู้สึกได้เอง เช่น ความดี ความยุติธรรม ความสุข ซึ่งเคลเสนรวมบรรทัดฐานชนิดนี้ว่าเป็นบรรทัดฐานทางการเมือง

บรรทัดฐานทางการเมืองเหล่านี้ เคลเสนถือว่าเป็นเรื่องน่านาจิตตัง ไม่อาจทราบได้อย่าง เป็นภววิสัย ดังนั้นจึงไม่ควรถือเป็นส่วนหนึ่งในศาสตร์แห่งกฎหมาย โดยดรกรเช่นนี้ เคลเสน จึงกล่าวว่า มันไม่ใช่กิจของศาสตร์แห่งกฎหมาย ในการรับรองหรือไม่ให้การรับรองความถูกต้อง ชอบธรรมของกฎหมาย⁽¹⁰⁾ นักกฎหมายก็ต้องเคร่งครัดในบทบาททางวิชาชีพของตัวเองอย่างถึง ที่สุด โดยไม่ต้องเข้ามายุ่งเกี่ยวกับตัดสินปัญหาความถูกต้องดังกล่าว ซึ่งต้องถือเป็นภารกิจต่างหาก ทางด้านรัฐศาสตร์ จริยศาสตร์หรือศาสนา

ปัญหาสำคัญในศาสตร์แห่งกฎหมายควรอยู่ที่เรื่อง ความสมบูรณ์ของกฎหมาย (Legal Validity) สำหรับเคลเสนแล้ว สัจจะอันเป็นสากลเกี่ยวกับกฎหมายมีอยู่สองเรื่อง เรื่องแรกคือ กฎหมายเป็นเรื่องบังคับข่มขู่ (Coercive) และอีกเรื่องคือ มันเป็นระบบแห่งบรรทัดฐาน ประเด็น หลังนั้นนับว่าสำคัญยิ่งในทฤษฎีกฎหมายบริสุทธิ์ เนื่องจากเคลเสนถือว่า บรรทัดฐานทางกฎหมายใด จะมีความสมบูรณ์ (Valid) ได้ก็ต่อเมื่อเป็นส่วนหนึ่งของระบบบรรทัดฐานนี้ แนวคิดเรื่องระบบ แห่งบรรทัดฐานเป็นการเน้นเรื่องกระบวนการสร้างกฎหมาย เน้นลักษณะพลวัตภายในระบบ กฎหมายอันเป็นจุดที่เคลเสน เห็นเป็นข้อบกพร่องในทฤษฎีของออสติน ในการนี้เคลเสนพิจารณา กฎหมายในฐานะเป็นศาสตร์ที่ว่าด้วยบรรทัดฐาน ซึ่งมีลำดับชั้นของบรรทัดฐานที่มีความสำคัญ แตกต่างกันไปเรียงซ้อนกันเป็นชั้น ๆ (Hierarchy) ในลักษณะเป็นระบบโดยบรรทัดฐานชั้นต่ำได้ อำนาจและความสมบูรณ์มาจากบรรทัดฐานชั้นที่สูงขึ้นไปอีกตามลำดับจนถึงบรรทัดฐานอันเป็น ชั้นสูงสุดซึ่งเป็นรากฐานแห่งกฎหมายทั้งหลาย ซึ่งเคลเสนเรียกว่า บรรทัดฐานชั้นมูลฐาน (The Basic Norm)⁽¹¹⁾ บรรทัดฐานชั้นมูลฐานดังกล่าวแสดงออกให้เห็นปรากฏการณ์หลายรูปแบบ อาทิเช่น รัฐธรรมนูญ ทั้งที่เป็นลายลักษณ์อักษรและรัฐธรรมนูญจารีตประเพณี โดยความสัมพันธ์ของ

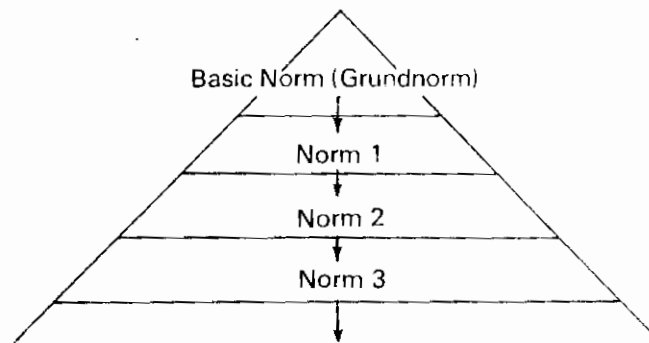
(10) Ibid., P. 60

(11) Hans Kelsen, "General Theory of Law and State", (New York, Russell & Russell, 1973), P. 111

บรรทัดฐานในระดับต่าง ๆ มีลักษณะเป็นแบบห่วงโซ่ที่สัมพันธ์กัน บรรทัดฐานความประพฤติต่าง ๆ ที่ใช้บังคับเป็นกฎหมายจึงมีความสมบูรณ์ต่อเนื่องเป็นลูกโซ่ไปจนถึงรัฐธรรมนูญ ซึ่งถือว่าเป็นบรรทัดฐานขั้นมูลฐาน และลักษณะความสัมพันธ์เช่นนี้เองที่เคิลเซนเรียกว่า แนวความคิดเรื่องห่วงโซ่แห่งความสมบูรณ์ (The Concept of a Chain of Validity) บรรทัดฐานขั้นมูลฐานคือ บรรทัดฐานที่รัฐสมมุติขึ้น (Presupposed Norm) เป็นกฎที่กำหนดวิธีการในการตรากฎหมาย ส่วนบัญญัติหลักเกณฑ์ต่าง ๆ ในบรรทัดฐานขั้นมูลฐาน คือ แนวทางการกำหนดขั้นตอนต่าง ๆ ในการใช้อำนาจตรากฎหมายหรือกำหนดบรรทัดฐานขั้นใช้บังคับ

กล่าวโดยสรุป ตามทฤษฎีกฎหมายบริสุทธิ์ กฎหมายเป็นเสมือนระบบแห่งบรรทัดฐานอันซึ่งความสมบูรณ์ของกฎหมายได้มาจากบรรทัดฐานขั้นมูลฐาน การจะพิสูจน์ว่าบรรทัดฐานใดเป็นกฎหมายหรือไม่ หลักสำคัญที่สุดอยู่ที่การพิจารณาว่า บรรทัดฐานนั้นตราหรือบัญญัติขึ้นมา โดยมีบรรทัดฐานอื่นที่เหนือกว่าให้อำนาจหรือไม่

Kelsen : Legal system as a hierarchy of norms



ตัวอย่างเช่น ข้อบัญญัติห้ามสูบบุหรี่บนรถประจำทาง ย่อมถือเป็นกฎหมายที่สมบูรณ์ เพราะบัญญัติขึ้นโดยอาศัยอำนาจจากกฎกระทรวงคมนาคม ซึ่งเป็นกฎหมายลูกบทที่มีความสมบูรณ์ตามอำนาจที่ได้รับจากกฎหมายลำดับสูงขึ้นไปเป็นทอด ๆ กล่าวคือ พระราชกฤษฎีกา พระราชบัญญัติ และจนชั้นที่สุดคือ รัฐธรรมนูญ

ปัญหาว่า ถ้าถามต่อว่ารัฐธรรมนูญได้อำนาจมาจากไหน เคิลเซนก็อธิบายว่า ให้ไปดูว่ามีรัฐธรรมนูญฉบับก่อนหน้าหรือไม่ที่ให้อำนาจตรารัฐธรรมนูญฉบับที่ใช้อยู่ในปัจจุบัน โดยไล่ย้อนกลับไปยังรัฐธรรมนูญฉบับก่อน ๆ ไปเรื่อย ๆ จนในที่สุดเราก็จะไปถึงจุดเริ่มต้นทางประวัติศาสตร์ ซึ่งเป็นตัวสร้างบรรทัดฐานขึ้นมา (Historical Starting - Point for Norm - Creation) และที่จุดนี้เองซึ่งเคิลเซนกล่าวว่า เราจะค้นพบสิ่งที่เป็นบรรทัดฐานขั้นมูลฐาน อันเป็นบรรทัดฐานที่จะให้อำนาจบุคคลในการตราหรือประกาศใช้รัฐธรรมนูญขึ้นเป็นครั้งแรก บรรทัดฐานดังกล่าว อาจมีลักษณะ

เป็นหลักความเชื่อถือ ซึ่งสืบทอดกันมาเป็นประเพณีหรือหลักแห่งตรรก ซึ่งทำให้เกิดการยอมรับ
ความเป็นกฎหมายขึ้นมา โดยที่หลักดังกล่าวมีกำเนิดมาจากจินตนาการหรือความคิดของนักปราชญ์
หรือนักทฤษฎี⁽¹²⁾

ถึงตรงนั้นเท่าความเข้าใจต่อว่า ปัญหาเรื่องบรรทัดฐานขั้นมูลฐานของเคสเช่นความจริงแล้ว
เป็นปมปัญหายุ่งยากในตัวทฤษฎีของเคสเช่นอยู่มาก ๆ โดยเราอาจทำให้เนื้อความของทฤษฎี
กฎหมายบริสุทธิ์ส่วนนี้ให้เป็นเรื่องง่าย ๆ หรือเรื่องยากก็ได้ หากมองให้ง่ายเข้าก็เพียงจดจำว่า
บรรทัดฐานขั้นมูลฐานก็คือรัฐธรรมนูญ และมีบทบาทสำคัญในแง่ตัวกำเนิดสำคัญของระบบ
กฎหมาย และในแง่เป็นเหตุผลพื้นฐานที่ใช้ชี้ขาดความสมบูรณ์ของกฎหมาย แต่หากมองให้ละเอียด
ลึกซึ้งขึ้นด้วยการสาวย้อนไปหาต้นตอแรกเริ่มของบรรทัดฐานขั้นมูลฐาน ดูเหมือนเราจะพบกับ
ความคลุมเครืออยู่ไม่น้อย หลายคนอาจสงสัยว่าเจ้าบรรทัดฐานพิเศษนี้มีธรรมชาติแท้จริงอย่างไร
มีเนื้อหาอะไรบ้าง และในกรณีที่มีบรรทัดฐานมูลฐานหลายอันเคียงแข่งกัน เราจะเลือกหรือถือเอา
อันไหนเป็นหลัก สาเหตุแห่งปัญหาเหล่านี้ส่วนหนึ่งคงมาจากความคลุมเครือในคำอธิบายของ
เคสเช่นที่ใช้คำพจน์หลักของบรรทัดฐานนี้ต่าง ๆ กันนับแต่ “ข้อสมมุติล่วงหน้า” (Presupposition)
“ข้อสมมุติอันไม่ต้องพิสูจน์” (Hypothesis) หรือ “เรื่องคิดนึกขึ้นเอง” (Fiction) ในการสรุปล่าสุด
เคสเช่นก็อธิบายว่าบรรทัดฐานขั้นมูลฐานนี้มีได้มีลักษณะปฏิฐาน (Positive) ในแง่ที่ถูกสร้างขึ้นจาก
เจตจำนงอันแท้จริงขององค์กรทางกฎหมาย แต่มันเป็นสิ่งสมมุติสร้างขึ้นอันเกี่ยวกับความคิด
เชิงนิติศาสตร์ (Juristic Thinking) เป็นการสรุปตัดสินคุณค่านิยมทางนิติศาสตร์ (Juristic value
judgment) ซึ่งมีลักษณะเป็นสมมุติฐานแรกเริ่ม (Hypothetical character) ที่ก่อตัวขึ้นเป็นเสาหลัก
ของระบบกฎหมายในแต่ละสังคม ซึ่งอาจมีเนื้อหาแตกต่างกันไปตามแต่พัฒนาการของสังคมหรือ
ความคิดของบุคคลผู้สร้างข้อสมมุตินั้น ๆ ขึ้น โดยนัยนี้ เคสเช่นจึงยืนยันว่า บรรทัดฐานนี้มีลักษณะ
เป็น “อภิกฎหมาย” (Meta-legal) แต่ในขณะที่เดียวกันก็ถือเป็น “กฎหมาย” ในแง่ของควมมี
บทบาทสัมพันธ์กับกฎหมาย⁽¹³⁾ สมมุติฐานแรกเริ่มนี้เองที่เป็นตัวกำหนดความสมบูรณ์ให้แก่
รัฐธรรมนูญฉบับแรกสุดในสังคม เมื่อก้าวลึกลงถึงจุดนี้แล้ว เราคงได้พบเส้นแบ่งแยกระหว่าง
บรรทัดฐานขั้นมูลฐานกับบรรทัดฐานที่เป็นรัฐธรรมนูญเดิมสุด (Ultimate constitutional norms)
อันเป็นข้อสรุปซึ่งต่างจากความเข้าใจอย่างง่าย ๆ ที่เทียบเคียงบรรทัดฐานขั้นมูลฐานกับรัฐธรรมนูญ

คำอธิบายเกี่ยวกับรากเหง้าของบรรทัดฐานขั้นมูลฐานข้างต้น ฟังแล้วดูเหมือนจะเป็น
เรื่องนามธรรมอย่างมาก ๆ แต่กระนั้นเคสเช่นก็ย้ำว่า “สมมุติฐานแรกเริ่มดังกล่าวนี้มีใช่เป็น

(12) Ibid., P. 115, 134

(13) อ้างความใน Lord Lloyd of Hampstead, “Introduction to Jurisprudence”, Op.cit., P. 291

เรื่องนามธรรมคลุมเครือแต่อย่างใด ทว่าวางอยู่บนข้อเท็จจริงอันยืนยันได้เป็นทวิวิสัย กล่าวคือ “ความมีประสิทธิภาพ” (Effectiveness)⁽¹⁴⁾ ในที่นี้เราจึงได้ประจักษ์อีกครั้งว่า ประสิทธิภาพ หรือหลักแห่งความมีประสิทธิภาพ (Principle of Effectiveness) ในฐานะเป็นแกนกลางสำคัญใน ทฤษฎีปฏิฐานนิยมทางกฎหมายได้ปรากฏบทบาทสำคัญให้เห็นอีกครั้งหนึ่ง โดยที่ประสิทธิภาพ ดังกล่าวหมายถึงความสามารถบังคับใช้ได้จริงจริงของบรรทัดฐาน อันสะท้อนจากข้อเท็จจริง ที่ประชาชนหรือผู้คนทั่วไปเชื่อฟังและประพฤติปฏิบัติตามบรรทัดฐานนั้น ๆ ตรงจุดนี้อีกเช่นกัน ที่มีข้อควรสังเกตเกี่ยวกับการปรับเปลี่ยนความคิดของเคลเซนเอง เนื่องด้วยในความคิดระยะต้น ๆ เคลเซนไม่ยึดมั่นนักว่า ความสมบูรณ์ของบรรทัดฐานทางกฎหมายใด ๆ จะต้องขึ้นกับเงื่อนไข ความมีประสิทธิภาพตราบเท่าที่ระบบกฎหมายโดยรวมยังมีประสิทธิภาพอยู่ แต่ในระยะหลัง เขากลับยืนยันความสัมพันธ์อย่างแนบแน่นระหว่างเรื่อง “ความสมบูรณ์ของกฎหมาย” และ “ประสิทธิภาพของกฎหมาย” ความจำเป็นที่ต้องมีประสิทธิภาพอย่างน้อยที่สุดที่ระดับหนึ่ง กลายเป็นเงื่อนไขแห่งความสมบูรณ์ของบรรทัดฐานทางกฎหมายนั้น ๆ แม้ว่าบรรทัดฐานนั้น จะบัญญัติขึ้นโดยได้รับอำนาจอันชอบธรรมจากบรรทัดฐานทางกฎหมายที่มีระดับชั้นสูงกว่า แล้วก็ตาม⁽¹⁵⁾ ประสิทธิภาพหรือกำลังบังคับอย่างมีผลจึงเป็นตัวบรรทัดฐานที่ขาดความเป็นกฎหมาย ที่สมบูรณ์หรือทำให้กฎหมายนั้นมีลักษณะปฏิฐาน

บางทีเราจะเข้าใจประเด็นเกี่ยวกับประสิทธิภาพได้ดีขึ้นเมื่อหันมาพิจารณา รูปธรรมเพิ่มเติมของกรณีที่มีการเปลี่ยนแปลงบรรทัดฐานมูลฐานปัจจุบันของกฎหมาย กล่าวคือรัฐธรรมนูญ ด้วยการใช้อำนาจหรือการกระทำปฏิวัติรัฐประหาร

ต่อปัญหานี้ เคลเซนให้ความเห็นว่า หากการปฏิวัติดังกล่าวกระทำสำเร็จ และคำสั่ง ของผู้ทำการปฏิวัติเริ่มมี “ประสิทธิภาพ” กล่าวคือ ผู้คนทั่วไปต่างปฏิบัติตามคำสั่งใหม่ดังกล่าว อย่างแท้จริงและทั่วกัน คำสั่งใหม่นี้ก็จะกลายเป็นคำสั่งที่สมบูรณ์ เป็นตัวกำหนดความชอบหรือไม่ ชอบธรรมของการกระทำตามกฎหมาย และจากจุดนี้เองที่ถือว่าบรรทัดฐานมูลฐานใหม่ได้เกิดขึ้น แล้ว⁽¹⁶⁾ ในแง่นี้บรรทัดฐานมูลฐานจึงประกอบด้วยอำนาจแรกเริ่ม (Original Power) ในการกำหนด วางบรรทัดฐานที่จะใช้บังคับต่อผู้อื่น ซึ่งกินความหมายไปถึงสิ่งที่เรียกว่า รัฐ (อำนาจรัฐ) หรือ อำนาจอธิปไตย

(14) Ibid., P. 293

(15) Edgar Bodenheimer, “Jurisprudence” Op.cit., P. 102

(16) Hans Kelsen, “General Theory of Law and State”, Op.cit., P. 118

จากประเด็นต่าง ๆ ที่กล่าวมาทั้งหมด เราคงพอสรุปได้ว่า เรื่องความสมบูรณ์ของกฎหมายในทฤษฎีของเคลเสน ขึ้นอยู่กับการใช้อำนาจตามที่กำหนดในบรรทัดฐานขั้นมูลฐาน ซึ่งถือว่าเป็นเหตุหรือเหตุผลแห่งความสมบูรณ์ (The reason of validity) ของบรรทัดฐานที่เป็นกฎหมาย (Legal norm)

น่าสนใจว่า วิธีการสร้างทฤษฎีของเคลเสนได้กระทำโดยอิงวิธีการทางวิทยาศาสตร์ด้วยการกำหนด “สมมติฐาน” (บรรทัดฐานขั้นมูลฐาน) เป็นเบื้องต้นในฐานะเป็นเงื่อนไขพื้นฐานของการเกิดและการดำรงอยู่ของระบบกฎหมายหรือกฎหมายระดับรอง ขณะเดียวกันก็นำหลัก “ประสิทธิภาพ” (ซึ่งถือเป็น “ความจริง” เกี่ยวกับการมีกำลังอำนาจของกฎหมาย) มาเป็นเครื่องพิสูจน์การดำรงอยู่อย่างแท้จริงของสมมติฐานดังกล่าว พร้อมกันนี้ก็อาศัยหลักความเป็นเหตุเป็นผล (Causation) อันต่อเนื่องเข้ามาเชื่อมต่อกันกลายเป็นแนวคิดเรื่องห่วงโซ่ความสมบูรณ์ของกฎหมายข้างต้น ทั้งหมดนี้เองที่เคลเสนถือว่าเป็นวิธีการอันบริสุทธิ์ในการแสวงหาคำตอบเกี่ยวกับกฎหมายหรือธรรมชาติกฎหมายอันปรากฏเป็นทฤษฎีกฎหมายบริสุทธิ์ที่นักวิจารณ์หลายท่านยกย่องให้เป็นทฤษฎีกฎหมายที่มีชื่อเสียงในสากลมากที่สุด ในศตวรรษนี้

ข้อวิจารณ์ทฤษฎีกฎหมายบริสุทธิ์ของเคลเสน

กล่าวในเบื้องต้นแรก งานความคิดของเคลเสนในเรื่องกฎหมายบริสุทธิ์ มีกำเนิดอยู่บนฐานความคิดแบบวิทยาศาสตร์ ซึ่งต้องการสร้างความชัดเจน ความเป็นเอกเทศในศาสตร์แห่งกฎหมาย รวมทั้งความเป็นระบบภายในศาสตร์นี้ ซึ่งทั้งหมดนี้คงไม่อาจปฏิเสธได้ว่าเป็นด้านบวกในงานความคิดของเขา

อย่างไรก็ตาม มีข้อน่าคิดว่าภายใต้เจตนาที่ต้องการสร้างความ “บริสุทธิ์” ให้แก่กฎหมายนั้น จริง ๆ แล้วมีความเป็นไปได้เพียงไหน การพิจารณาถึงธรรมชาติ ความเคลื่อนไหว หรือความสมบูรณ์ของกฎหมาย จะกระทำเพียงแค่การวิเคราะห์ที่ตัวกฎหมาย (Positive Law) โดยไม่ต้องคำนึงถึงองค์ประกอบใด ๆ เลยหรือ อย่างน้อยที่สุดก็ยอมเป็นที่เข้าใจว่า ความแน่นอนชัดเจนในเนื้อหาของกฎหมายคงไม่อาจเกิดขึ้นได้หากละเลยการศึกษาถึงการกระทำและเจตนารมณ์ของสถาบันทางกฎหมายซึ่งเกี่ยวข้องในการบัญญัติหรือตัดสินพิจารณากฎหมายนั้น ๆ⁽¹⁷⁾ ในขณะที่กฎหมายเป็นกติกาที่สร้างขึ้นเพื่อจัดระเบียบสังคมหรือระเบียบชีวิตของคนหมู่มาก องค์ประกอบต่าง ๆ ของสังคมหรือชีวิตไม่ว่าจะเป็นในส่วนที่เป็นรูปธรรมและนามธรรม นับแต่เศรษฐกิจ การเมือง วัฒนธรรม อุดมการณ์ จริยธรรม จึงล้วนมีอิทธิพลหรือประกอบอยู่ภายใต้อักษรหรือกฎเกณฑ์ที่เขียนขึ้นเป็นกฎหมาย ถ้ายอมรับว่าสังคมเป็นผู้สร้างกฎหมาย ไม่ว่าเราจะ

(17) H. L. A. Hart, "Kelsen Visited", (10 UCLA Law Review, 1963), P. 109

แทนค่าคำว่าสังคมดังกล่าวอย่างหยาบหรืออย่างละเอียด แทนค่ามันด้วยรัฐาธิปัตย์ สถาบันหรืออำนาจใด ๆ กฎหมายในฐานะผลผลิตของสังคมย่อมไม่อาจตัดขาดสายเลือดของมันจากสังคมในฐานะผู้สร้างได้ ทำนองเดียวกับทารกแรกเกิดที่ไม่อาจถือว่ามีธรรมชาติหรือกำเนิดที่บริสุทธิ์จากสายเลือด, ยีนส์ของบิดามารดา แม้เราจะไม่สามารถ ถัดหรือคำนวณส่วนถ่ายทอดทั้งหลายระหว่างผู้ให้กำเนิดและผู้กำเนิดอย่างแน่ชัดก็ตาม

ฉันใดก็ฉันนั้น การอ้างความเป็นศาสตร์อันบริสุทธิ์ผุดผ่องของกฎหมาย ที่ไม่ข้องแวะกับเรื่องทางสังคมวิทยา จริยธรรม หรือความยุติธรรม ซึ่งเคลงเคลงมองว่าเป็นประเด็นทางการเมือง ซึ่งไร้ความแน่ชัด จึงยอมเป็นการปฏิเสธความเป็นจริงในธรรมชาติทั่วไปของกฎหมาย และอันที่จริงแล้วข้อบกพร่องส่วนนี้ดูเหมือนจะสอดคล้องกับข้อบกพร่องพื้นฐานในวิชาสังคมศาสตร์สาขาต่าง ๆ ที่มีแยกโครงสร้างวิชาออกเป็น ส่วน ๆ แล้วเข้าใจเอาเองว่าทุกส่วนล้วนเป็นอิสระจากกัน ทำให้เกิดแนวโน้มสนใจแต่เฉพาะสาขาวิชาที่ตนเกี่ยวข้อง การมองว่ากฎหมายเป็นเรื่องของลำดับชั้นของบรรทัดฐาน ซึ่งประกอบกันขึ้นมาเป็นระบบกฎหมาย แม้จะสร้างผลดีขึ้นบางประการดังกล่าวข้างต้น แต่ผลลัพธ์อีกด้านหนึ่งก็เกิดขึ้นได้หากยึดอยู่แต่ทฤษฎีความเชื่ออย่างเป็นคัมภีร์ (Dogmatic) เพราะเท่ากับเป็นการทำให้ระบบกฎหมายหรือกฎหมายแปรสภาพเป็นเสมือนกลุ่มนามธรรมของลำดับชั้นแห่งบรรทัดฐานที่ไร้เลือดเนื้อ ทั้ง ๆ ที่แท้จริงภายในกฎหมายมีเนื้อหาที่มีชีวิตชีวาอยู่ท่ามกลางภาวะการเคลื่อนไหวของสังคมอยู่ตลอดเวลา

จุดอ่อนในการเน้น “ความบริสุทธิ์” ของทฤษฎีในประเด็นนี้ หากพิจารณาในมุมกว้างแล้ว น่าคิดว่าจะสัมพันธ์โดยตรงกับความบกพร่องของวิธีคิดแบบปฏิฐานนิยม (Positivism) ซึ่งมีผู้กล่าววิจารณ์ว่า :

“แนวคิดแบบปฏิฐานนิยมมีพื้นฐานจากวิทยาศาสตร์ธรรมชาติ สืบเนื่องมาจากปรัชญาของกระแสมืดที่ถือว่าวิทยาศาสตร์มีลักษณะเป็นอิสระ ปรัชญาดังกล่าวทำให้คนทั่วไปมองไม่เห็นรากเหง้าทางสังคม (Social Genesis) และหน้าที่ทางสังคม (Social Function) ของบรรดาวิทยาการต่าง ๆ ที่เกิดขึ้นมาในสังคม ในเวลาเดียวกันก็สร้างทรรศนะว่า “ความรู้คือการพรรณนาโลกอย่างที่เป็นอยู่” แต่ไม่สอนให้คนรู้จัก “วิพากษ์” โลกภายใต้ข้ออ้างว่า นักวิทยาศาสตร์ไม่มีหน้าที่ตัดสินทางคุณค่าว่าจะอะไรดีอะไรเลว โลกของวิทยาศาสตร์จึงเป็นโลกของข้อเท็จจริงสำเร็จ รูปที่ผู้ศึกษาเป็นเพียงผู้สังเกตว่ามีอะไรเกิดขึ้นอย่างตั้งรับ (Passive) และไม่เป็นฝ่ายกระทำ”⁽¹⁸⁾

(18) Leszek Kolakowski, "Main Current of Marxism", (Vol. 3), (Oxford University Press, 1978), P. 352
อ้างใน กาญจนา แก้วเทพ, “พัฒนาการความคิดมาร์กซิสต์ในศตวรรษที่ 20 : สำนักแฟรงเฟิร์ต”, (วารสารเศรษฐศาสตร์การเมือง, ปีที่ 4 เล่ม 1 กันยายน 2527), หน้า 78 (ดูเพิ่มเติมข้อวิจารณ์ในทำนองเดียวกัน หน้า 81-2)

ภาพรวมทั้งหมดของกฎหมายมิใช่เป็นเพียงลำดับชั้นของบรรทัดฐานที่แข่งกระด้างเท่านั้น (แม้เราจะถือว่ามันเป็นส่วนหนึ่งก็ตาม) กฎหมายมิได้เป็นเพียงแต่ตัวอักษรที่ปรากฏเท่านั้น ในบางครั้งกฎหมายซึ่งมีผลใช้บังคับหรือกฎหมายที่มีชีวิต (Living Law) ต้องประกอบด้วย “ความรู้สึกทางกฎหมาย” (Legal Sentiments) ซึ่งเป็นทัศนคติทางสังคมที่ปรากฏอยู่ต่างหาก ยกตัวอย่างเช่น ในดินแดนแห่งหนึ่งซึ่งผู้ปกครองค่อนข้างเคร่งครัดศีลธรรม มีการออกกฎหมายกำหนดบทลงโทษแก่บิดามารดาที่ปล่อยให้บุตรชายพาหญิงสาวที่ยังมิได้แต่งงานด้วยมาหลบนอนในบ้าน กรณีดังกล่าวนี้ หากประชาชนส่วนใหญ่ไม่มีความรู้สึกทางกฎหมายร่วมด้วย กล่าวคือไม่คิดว่ากระทำความผิดจะควรถือเป็นอาชญากรรมและไม่ให้ความร่วมมือใด ๆ กฎหมายดังกล่าวย่อมไม่มีผลบังคับจริงจัง ๆ หรือขาดประสิทธิภาพในการใช้บังคับโดยสิ้นเชิง ซึ่งหากเป็นเช่นนั้นกฎหมายดังกล่าวย่อมสูญเสียความสมบูรณ์ของกฎหมาย⁽¹⁹⁾ ตัวอย่างอันนี้จึงอาจให้ภาพคิดได้ว่าลำดับชั้นของบรรทัดฐานตามความคิดของเคลเซนมิใช่จะนำมาซึ่งความสมบูรณ์หรือการยอมรับในกฎหมายเสมอไปไม่

นอกจากนี้ประเด็นเรื่อง “บรรทัดฐานขั้นมูลฐาน” (Basic Norm) (ซึ่งอาจถือว่าเป็นหัวใจสำคัญในทางทฤษฎีของเคลเซน) ก็มีจุดยุ่งยากที่ต้องตั้งคำถามอย่างมากเช่นกันหากสาวความหมายหรือบทบาทของมันลงไปลึก ๆ ดังได้กล่าวแล้วว่าแนวคิดเรื่องบรรทัดฐานนี้สร้างขึ้นเพื่อใช้เป็นเกณฑ์พิสูจน์หรือรับรองความสมบูรณ์หรือความชอบธรรมของกฎหมายเป็นตัวกำหนดหลักเกณฑ์หรือขั้นตอนการใช้อำนาจรัฐเชิงนิติบัญญัติให้เกิดประสิทธิภาพ ซึ่งกล่าวโดยหยาบ ๆ ก็ให้หมายถึงรัฐธรรมนูญ ปัญหายุ่งยากเรื่องนี้เกิดขึ้นในกรณีที่มีการเปลี่ยนแปลงบรรทัดฐานขั้นมูลฐานดังกล่าว โดยเฉพาะในกรณีที่เกิดปฏิวัติรัฐประหารมีการล้มล้างรัฐธรรมนูญโดยใช้กำลังอำนาจซึ่งได้กล่าวถึงประเด็นนี้ไปแล้วว่าเคลเซนยึดเอาหลักเรื่อง “ประสิทธิภาพ” เป็นสำคัญในการพิจารณาสถานภาพคำสั่งของคณะปฏิวัติ และการเกิดขึ้นใหม่ของบรรทัดฐานขั้นมูลฐาน โดยประสิทธิภาพดังกล่าวพิจารณากันที่คนทั่วไปยอมปฏิบัติตามคำสั่งใหม่ของคณะปฏิวัติและจากเงื่อนไขที่อนุমানเอาถึงการเกิดขึ้นใหม่ของบรรทัดฐานขั้นมูลฐาน จุดนี้เองที่นำไปสู่ข้อวิพากษ์วิจารณ์ต่อความชอบธรรมของบรรทัดฐานขั้นมูลฐาน รวมทั้งบทบาทที่เคยเข้าใจว่าจะเป็นสิ่งกั้นกรองการใช้อำนาจให้เป็นธรรม ซึ่งในสถานการณ์เช่นนี้ ดูเหมือนว่าจะกลับเป็นตรงข้าม ในเรื่อง “ประสิทธิภาพ” ของกฎหมายก็เช่นกันในกรณีนี้ดูเหมือนเคลเซนจะพิจารณาประสิทธิภาพของกฎหมายเฉพาะที่ลักษณะภายนอกของสภาพบังคับของคำสั่งคณะปฏิวัติเท่านั้น กล่าวคือการมีผลบังคับให้ทุกคนเชื่อฟัง แต่ไม่ได้พิจารณาถึงลงไปว่า การเชื่อฟังนั้นเป็นไปเพราะความเห็นดีเห็นชอบเองหรือว่าเป็นไป

(19) J.W. Harris, . . . *Legal Philosophies*”, Op.cit., PP.62-3

เพราะความกลัวในอำนาจของคณะปฏิวัติที่กำกับอยู่ ยิ่งกว่านั้นหากจะพิสูจน์ถึงว่ามีประสิทธิภาพ ดังกล่าวกันจริง ๆ ก็หลีกเลี่ยงไม่พ้นที่จะต้องเข้าไปสืบค้นหาข้อเท็จจริงทางสังคมหรือการเมือง หรือนำหลักจิตวิทยาทางการเมืองเข้ามาเกี่ยวข้อง แต่ทว่า ทฤษฎีกฎหมาย “บริสุทธิ” ก็ไม่เปิดช่อง ให้กระทำการอันขัดต่อธรรมชาติของทฤษฎีเอง เมื่อถึงจุดนี้เคลเซนจึงตกอยู่ในสถานการณ์ที่ไม่ต่าง จาก จอห์น ออสติน จากการถูกวิจารณ์โจมตีว่ายึดถือเอาแต่เรื่องอำนาจเป็นสิ่งสำคัญในการกำหนด ความสมบูรณ์ของกฎหมาย ยึดถือเอาอำนาจว่าเป็นความถูกต้อง (Might is Right) ซึ่งขัดต่อสำนักทาง จริยธรรมของวิญญูชนทั่วไป ชำร่วยทฤษฎีความคิดของเคลเซน ในส่วนนี้ยังถูกนำไปใช้เป็นเหตุผล ข้ออ้างจริง ๆ ในการปฏิบัติที่เกิดขึ้นหลายแห่ง อาทิ ในประเทศปากีสถาน โรดีเซีย อุแกนดา⁽²⁰⁾ ข้อเท็จจริงเหล่านี้จึงสะท้อนให้เห็นจุดเปราะบางและสิ่งซึ่งกลายเป็นความขัดแย้งในตัวเองใน ทฤษฎีของเคลเซน เมื่อตั้งเอาทฤษฎีนี้เข้ามาสัมผัสกับโลกแห่งความเป็นจริง

(20) รายละเอียดขอให้ดู จรัญ โสภณานันท์, “กฎหมายกับสิทธิเสรีภาพในสังคมไทย”, อ้างแล้ว, หน้า 105

“...ก่อนการเคลื่อนไหวใด ๆ ไปสู่พัฒนาการสิทธิมนุษยชน กรอบของระบบกฎหมายที่ใช้กันจะต้องได้รับการสถาปนาขึ้นอย่างมั่นคงเสียก่อน ในที่ใดที่ความมั่นคงของระบบกฎหมายมิได้นิ่งอยู่ในที่นั้น เงื่อนไขของความรุนแรงก็จะแผ่กระจายไปทั่ว ซึ่งผลที่ตามมาจะเป็นเครื่องช่วยให้อำนาจกลายเป็นธรรมนั่นเอง ... ในที่ใดที่กฎหมายและสิทธิเหล่านั้นของผู้พิทักษ์กฎหมายสิ้นสุดลง ในที่นั้นไม่ว่าความมั่นคงหรือเสรีภาพที่ย่อมไม่อาจเป็นไปได้...”

Richard P. Claude

ศจ.เสน่ห์ จามริก (ถอดความ)