

5.

ปฏิธานนิยมทางกฎหมาย,

การปฏิวัติรัฐประหาร และปัญหาสืบเนื่องทางปรัชญากฎหมาย

การศึกษาถึงเรื่องธรรมชาติของกฎหมาย ความชอบธรรมหรือปัญหาเกี่ยวกับการดำรงอยู่ของระบบกฎหมายในความหมายและในภาวะปกติคงไม่อาจสมบูรณ์พร้อมได้หากเราละเลยการพิจารณาปัญหาดังกล่าวอันเกิดขึ้นในภาวะที่ไม่ปกติ

โดยประสบการณ์และสามัญสำนึกของนักกฎหมายทั่วไป ย่อมเป็นที่รู้กันว่า กฎหมายกับการเมืองมีความสัมพันธ์กันอย่างใกล้ชิดเพียงใด บนความสัมพันธ์เช่นนี้ความเปลี่ยนแปลงในทางการเมืองย่อมมีผลในระดับใดระดับหนึ่งต่อกฎหมายทั้งในแง่เนื้อหา หรือการบังคับใช้ โดยที่ขีดขั้นหรือระดับความรุนแรงของการเปลี่ยนแปลงมักเป็นเหตุปัจจัยสำคัญที่กำหนดผลกระทบในส่วนนี้

การเปลี่ยนแปลงรัฐหรือสถาบันทางการเมืองย่อมมีทั้งวิถีทางปกติอันถูกต้องตามกฎหมาย และวิถีทางอันไม่ปกติซึ่งไม่เป็นไปตามครรลองแห่งกฎหมายดังที่เรียกกันว่าการทำปฏิวัติรัฐประหาร การเปลี่ยนแปลงในกรณีแรกดูไม่สู้มีปัญหาหนักต่อระบบกฎหมายทั้งหมด เพราะแม้รัฐบาลใหม่จะมีนโยบายปฏิรูปสูงเพียงใดก็ตาม กระบวนการเปลี่ยนแปลงก็ยังเป็นไปโดยผ่านสถาบัน, ขั้นตอนหรือหลักเกณฑ์ทางกฎหมายปกติ แต่กับการเปลี่ยนแปลงกรณีหลังต่างหากที่สร้างปัญหาหลาย ๆ เรื่องทางกฎหมายให้ต้องขบคิดกัน

แม้ในทางรัฐศาสตร์หรือนิติศาสตร์จะได้มีการถกเถียงอยู่มากเกี่ยวกับรูปศัพท์คำว่า “ปฏิวัติ”, “รัฐประหาร” หรือ แม้คำว่า “อภิวัฒน์” ในแง่ความแตกต่างของเรื่องวัตถุประสงค์,

ขอบเขตและผลลัพธ์ (ที่คาดหวังว่าจะเกิด) หลังการเปลี่ยนแปลงอำนาจรัฐโดยจับพลันดังกล่าว⁽¹⁾ ปัญหาสำคัญเบื้องต้นน่าจะอยู่ที่ว่า การเปลี่ยนแปลงที่มีได้เป็นไปตามวิถีปกติของกฎหมายบ้านเมืองนี้ จะเป็นที่ยอมรับของประชาชนหรือไม่ และมีเหตุผลในทางทฤษฎีกฎหมายรองรับหลังการเปลี่ยนแปลงอย่างไร

คำตอบต่อคำถามนี้ แน่ใจว่าคงมีลักษณะผันแปรอยู่ไม่น้อยในทางข้อเท็จจริงอันสุดแล้วแต่ปัญหาความชอบธรรมของการใช้อำนาจของรัฐทั้งที่ถูกล้มล้าง และรัฐใหม่ที่กำลังก่อตัวขึ้น อีกทั้งยังแปรไปกับอำนาจหรือความมั่นคงแห่งอำนาจของผู้ก่อการด้วย อย่างไรก็ตามหากมองในรายละเอียดแล้ว เราอาจพบว่ามีหลักการทางกฎหมายอยู่หลาย ๆ หลักที่อาจใช้เป็นตัวสนับสนุนหรือปฏิเสธความชอบธรรมของการกระทำการปฏิวัติรัฐประหารต่าง ๆ กล่าวคือ⁽²⁾

1. หลักความมีประสิทธิภาพ (The Principle of Effectiveness) ในการใช้บังคับ ซึ่งคำสั่งหรือกฎเกณฑ์ที่ออกโดยอำนาจของผู้ก่อการปฏิวัติรัฐประหาร

2. หลักความชอบธรรมของการไม่เคารพเชื้อพืงคำสั่งหรืออำนาจที่ใช้โดยวัตถุประสงค์ที่มีชอบ

3. หลักความจำเป็น (The Principle of Necessity) (หลักการยอมรับอำนาจรัฐที่แม้จะไม่ได้มาโดยไม่ถูกต้อง เพื่อเหตุผลเกี่ยวกับความสงบสุขหรือหลีกเลี่ยงภัยอันตรายอันมากกว่าที่จะเกิดต่อส่วนรวม)

(1) ดู ปรีดี พนมยงค์, “ความเป็นมาของศัพท์ไทย ปฏิวัติ, รัฐประหาร, วัฏจักร, อภิวัฒน์.” (กรุงเทพฯ : สถาบันสยามเพื่อการศึกษาวิทยาศาสตร์และวัฒนธรรม, 2519)

ปัญหาการถกเถียงถึงความหมายของคำข้างต้นนั้นในแง่มุมทางรัฐศาสตร์กล่าวโดยสรุปมักถือกันอยู่ไม่น้อยว่า การปฏิวัติต้องเป็นเรื่องการเปลี่ยนแปลงอย่างรุนแรงในโครงสร้างของระบบเศรษฐกิจหรือการเมืองใหม่ทั้งหมด อันแตกต่างจากรัฐประหารที่เป็นเพียงการเปลี่ยนแปลงคณะรัฐบาลหรืออำนาจรัฐโดยใช้กำลังเท่านั้น มิได้มุ่งการเปลี่ยนแปลงระบบการปกครองใหม่ งดความหมายเช่นนี้ก็มีผู้ไม่เห็นด้วย เช่นกัน ดังกรณีการคณะของปรีดี พนมยงค์ ซึ่งไม่เห็นด้วยต่อการใช้คำว่า “ปฏิวัติ” ภายทอดจากศัพท์ภาษาอังกฤษว่า Revolution โดยเสนอให้ใช้คำแปลว่า “อภิวัฒน์” แทน เพื่อสื่อแก่นแท้จริงของ Revolution ซึ่งมีลักษณะเป็นการเปลี่ยนแปลงหลักรัฐธรรมนูญของสังคมไปสู่สิ่งที่ดีหรือยิ่งใหญ่มากขึ้น

อย่างไรก็ตาม แม้ซึ่งจะมีคำตอบเป็นสองแนวกว้าง ๆ ต่อความหมายของคำปฏิวัติ/อภิวัฒน์ และรัฐประหาร คำอธิบายดังกล่าว ก็ยังเป็นเพียงนิยามศัพท์ที่ในเวลาปรับใช้เข้ากับข้อเท็จจริงของสถานการณ์ก็ยังมีปัญหาต้องตีความทั้งในระดับข้อเท็จจริงและระดับคุณค่าว่าแค่ไหนเพียงใด จึงจะเป็นการเปลี่ยนแปลงในระดับโครงสร้างและปรัชญาสังคมจนจัดได้ว่าก้าวพ้นระดับการกระทำรัฐประหารธรรมดา/ความยุ่งยากส่วนนี้ยังเกี่ยวข้องกับทัศนะของบางฝ่ายที่พยายามบิดความหมายของปฏิวัติ/อภิวัฒน์ให้เป็นเรื่องการเปลี่ยนแปลงโครงสร้างความสัมพันธ์ของการผลิตในแนวทางสังคมนิยมเป็นหลัก ปัญหาละ สืบค้นย้อนหลังปรากฏตัวอย่างเห็น แม้ในบริบทของประวัติศาสตร์ไทย ซึ่งมีการทุ่มเถียงกันอย่างมากในการเปลี่ยนแปลงการปกครองครั้งสำคัญเมื่อ พ.ศ. 2475 ว่าแท้จริงแล้ว จัดอยู่ในลักษณะใด อันปรากฏทรรศนะจากนักวิชาการต่าง กัน ไล่มาจากรวบรวมที่เห็นว่าเป็น “การปฏิวัติ” “การปฏิวัติที่อ่อนโยนสัน” “การปฏิรูปการปกครอง”, “การปฏิวัติรัฐธรรมนูญที่ไม่มีผลในทางปฏิบัติ”, “การเปลี่ยนแปลงการปกครองที่มีผลต่อม คือยังสร้างปัญหาการพัฒนาทางการเมือง”, “การรัฐประหารของพวกขุนนาง, ทหารและพ่อค้า”, “การปฏิวัติแบบมีข้อจำกัด” หรือ “การปฏิวัติที่ทรยศต่อประชาชน” (ดู นครินทร์ เมฆไตร์, “การปฏิวัติเปลี่ยนแปลงการปกครอง 2475 ของสยาม : พรหมแดนแห่งความรู้”, (วารสารธรรมศาสตร์, ปีที่ 11 เล่มที่ 2 มิถุนายน 2525), หน้า 7-35)

ส่วนในแง่มุมทางนิติศาสตร์ ก็มีผู้ให้ความเห็น (Hans Kelsen) ว่าการปฏิวัติต้องเป็นเรื่องการทำลายและจัดตั้งระบบกฎหมายใหม่ขึ้น ขณะที่รัฐประหารเป็นเพียงเรื่องการจัดอำนาจรัฐธรรมดา ทรรศนะเช่นนี้บ่งชี้ไม่แตกต่างจากฮาร์ท (H.L.A. Hart) นัก ที่เห็นว่ารรัฐประหารเป็นเพียงเรื่องการเปลี่ยนแปลงกฎหมายแต่ก็ยากกับกติกาดำเนินและกติกาดำเนินทางกฎหมายเท่านั้น (ดู วอพล์ เจริญพันธ์, “นิติปรัชญา”, (มหาวิทยาลัยรามคำแหง) หน้า 76 - 7)

(2) อ้างใน J.N. Eckelarr, “Principles of Revolutionary Legality”, in A.W.B Simpson (ed.), “Oxford Essays in Jurisprudence” (Second Series), (Clarendon Press, Oxford, 1973), PP 38-9

4. หลักการเรียกร้องค่าเสียหายชดเชยต่อการละเมิดสิทธิใด ๆ โดยถือว่าไม่มีผู้ใดจะแสวงหาประโยชน์ได้จากการกระทำอันมิชอบของตน แม้การปฏิบัติจะได้รับการรับรองความชอบธรรมภายหลัง แต่กระนั้นก็ต้องมีการจ่ายค่าทดแทนต่าง ๆ ให้ราษฎร หากมีความเสียหายใด ๆ เกิดขึ้นอันเนื่องจากการละเมิดสิทธิของคณะปฏิวัติรัฐประหารดังกล่าว

5. หลักที่ว่าศาลจะไม่ยอมปล่อยให้ตัวเองตกเป็นเครื่องมือของความไม่เป็นธรรม

6. หลักการให้การยอมรับทางกฎหมายต่อผู้ก่อการที่ควบคุมอำนาจรัฐได้อย่างมั่นคงในความเป็นจริง โดยถือว่าการยอมรับนี้เป็นไปก็เพื่อประโยชน์สาธารณะ

7. หลักสัญญาต้องเป็นสัญญา (pacta sunt servanda) หลักการข้อนี้ปรากฏรวมทั้งในกฎหมายเอกชนและกฎหมายมหาชน เป็นหลักที่โกรเชียส (Hugo Grotius) ถือว่าเป็นหัวใจสำคัญข้อหนึ่งในกฎหมายธรรมชาติ ตามหลักการนี้ถือว่า รัฐบาลที่ได้รับเลือกตั้งมาตามรัฐธรรมนูญยอมให้คำมั่นไม่ว่าโดยเปิดเผยหรือโดยปริยายต่อผู้เลือกตั้งว่าจะรักษาเขตแดนไว้ซึ่งรัฐธรรมนูญ เพราะฉะนั้นหากมีการยกเลิกรัฐธรรมนูญดังกล่าวก็ย่อมถือเป็นการทำลายสัจจะอันมีต่อผู้เลือกตั้งอันเป็นการฝ่าฝืนต่อหลักการข้อนี้

8. หลักที่ว่ารัฐบาลควรมาจากความยินยอมของประชาชน ไม่ว่าประชาชนนั้น ๆ จะเป็นผู้มีสิทธิออกเสียงเลือกตั้งหรือไม่

9. หลักเรื่องสิทธิในการกำหนดวิถิจนัยผลประโยชน์ของตัวเอง (The Principle of the Right to Self-determination) และการไม่ยอมรับต่อการเลือกปฏิบัติต่อเผ่าพันธุ์ (Racial Discrimination)

นอกจากปัญหาเกี่ยวกับการยอมรับในอำนาจของคณะปฏิวัติรัฐประหารดังกล่าวแล้วประเด็นสำคัญทางทฤษฎีกฎหมายที่ละเอียดอ่อนยังคงปรากฏถัดไป เนื่องจากโดยปกติเมื่อมีการทำปฏิวัติรัฐประหารเปลี่ยนแปลงการปกครองโดยใช้กำลัง สิ่งที่คณะปฏิวัติรัฐประหารจะกระทำเสมอในระหว่าง หรือหลังจากความสำเร็จของการก่อการก็คือ การประกาศยกเลิกรัฐธรรมนูญ และการออกประกาศหรือคำสั่งของคณะปฏิวัติขึ้นใช้บังคับเป็นชุด ๆ การกระทำดังกล่าวแม้โดยเนื้อหาก็จะเป็นเรื่องการเมืองโดยตรงแต่ทว่าในอีกด้านหนึ่ง ก็สร้างประเด็นคำถามในเชิงปรัชญากฎหมายที่ค่อนข้างสำคัญมากอย่างน้อย 2 ประเด็น คือ

ก. ในเมื่อรัฐธรรมนูญซึ่งถือเป็นกฎหมายมูลฐาน หรือเป็นแม่บทใหญ่ของกฎหมายทั้งหลายทั้งปวงถูกยกเลิกแล้ว บรรดากฎหมายอื่น ๆ ที่เป็นกฎหมายลูกบทอันตราขึ้นโดยอาศัยอำนาจจากรัฐธรรมนูญจะพลอยได้รับผลกระทบกระเทือนเพียงใดจากการนี้ จะถือว่าสิ้นผลไปตามกฎหมายแม่บทหรือยังคงมีผลใช้บังคับเช่นเดิมโดยไม่เปลี่ยนแปลง

ข. ประกาศหรือคำสั่งของคณะปฏิวัตินั้นมีสภาพของการเป็น "กฎหมาย" หรือไม่

ก. ปัญหาเรื่องผลกระทบของการยกเลิกรัฐธรรมนูญต่อความสมบูรณ์ของกฎหมาย

คำถามในเชิงทฤษฎีกฎหมายตามข้อ ก. นี้ อาจแยกแนวคำตอบออกเป็น 3 แนว คือ

แนวคำตอบแรก เห็นว่าการยกเลิกรัฐธรรมนูญโดยคณะปฏิวัติรัฐประหาร ซึ่งกระทำการสำเร็จย่อมมีผลให้ระบบกฎหมายที่มีอยู่เดิมหมดสภาพลง พร้อมกันนั้นก็ทำให้ความสมบูรณ์ของกฎหมายในระบบกฎหมายเดิมก่อนการปฏิวัติสิ้นสภาพลงเช่นกัน (Theory of Legal Discontinuity) กล่าวอีกนัยหนึ่งคือ การล้มเลิกรัฐธรรมนูญโดยใช้กำลังย่อมทำให้บรรดากฎหมายที่ใช้บังคับอยู่สิ้นสภาพและความสมบูรณ์ลงในทันที เนื่องจากถือว่ารัฐธรรมนูญเป็นพื้นฐานของระบบกฎหมาย แนวคำตอบนี้เป็นไปตามทฤษฎีปฏิฐานนิยมทางกฎหมาย โดยเฉพาะในแบบฉบับของ Hans Kelsen ซึ่งเขากล่าวว่า “รัฐและระบบกฎหมายของรัฐยังคงมีอยู่ต่อไปหรือมีผลเช่นเดิมตราบเท่าที่รัฐธรรมนูญไม่ถูกกระทบกระทั่ง หรือถ้าถูกเปลี่ยนแปลงก็ถูกเปลี่ยนแปลงตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ”⁽³⁾

น่าสนใจว่า แนวคำตอบหรือแนวความคิดดังกล่าวอย่างน้อยก็ได้รับการยอมรับในทางปฏิบัติจากศาลในประเทศเครือจักรภพอังกฤษถึง 4 ศาล คือ ศาลฎีกาของประเทศปากีสถาน, ศาลสูงสุดของอุกานดา, ศาลอุทธรณ์ของโรดีเซีย และ The Judicial Committee of The Privy Council ในอังกฤษ

อย่างไรก็ตาม ในทางปฏิบัติคณะปฏิวัติก็อาจออกประกาศให้คงการใช้กฎหมายเดิม หรือยอมรับความสมบูรณ์ของระบบกฎหมายเดิมต่อไป

ประเด็นสำคัญอีกประการหนึ่งก็คือ การสิ้นสภาพความสมบูรณ์ของกฎหมายดังกล่าวไม่มีผลย้อนหลัง โดยเหตุนี้ การก่อกองการปฏิวัติรัฐประหาร ซึ่งถือเป็นความผิดตามกฎหมายอาญาหรือความผิดต่อความมั่นคงของแผ่นดิน จึงยังคงเป็นความผิดตามกฎหมายอยู่นั่นเอง ในเชิงทฤษฎีกฎหมายแล้ว ความผิดต่อความมั่นคงดังกล่าวของคณะปฏิวัติ จะสิ้นสุดลงได้ก็ต่อเมื่อคณะปฏิวัติได้จัดตั้งหรือสร้างระบบกฎหมายใหม่ขึ้นสำเร็จ และอาศัยอำนาจจากระบบกฎหมายนั้นตรากฎหมายนิรโทษกรรมตัวเอง ที่จุดนี้มีข้อน่าสังเกตว่า ความสามารถในการจัดตั้งหรือสร้างระบบกฎหมายขึ้นใหม่ ตามแนวทฤษฎีของเคลเสนนี้อิงอยู่กับหลักเรื่อง “ประสิทธิภาพ” ของกฎหมายที่สามารถบังคับใช้ได้จริงจึง กล่าวคือ คณะปฏิวัตินั้นสามารถยึดอำนาจรัฐได้อย่างจริงจัง สามารถกำจัดพลังต่อต้านอื่นได้อย่างเด็ดขาด ตลอดจนประชาชนทั่วไปให้การยอมรับปฏิบัติตามคำสั่งต่าง ๆ ของคณะปฏิวัติอย่างสม่ำเสมอ โดยในภาวะดังกล่าว เคลเสน ถือว่าสิ่งที่เป็นบรรทัดฐานขั้นมูลฐาน (Basic Norm) (ตามทฤษฎีกฎหมายบริสุทธิ์ของเขา) ซึ่งเป็นแม่บทของบรรทัดฐานที่จะกำหนด

(3) อ้างใน รองพล เจริญพันธ์, “นิติปรัชญา”, (มหาวิทยาลัยรามคำแหง), หน้า 76 ; Hans, Kelsen, “General Theory of Law and State”, (1961), P. 117

ความสมบูรณ์ของบรรทัดฐานทางกฎหมายอื่น ๆ ได้ถือกำเนิดขึ้นมาอีกครั้งหนึ่ง ประเด็นนี้ได้เคยกล่าวไว้แล้วครั้งหนึ่ง ในทฤษฎีกฎหมายบริสุทธิ์ ของเคลเซน ในที่นี้จึงเพียงให้ระลึกถึงข้อวิจารณ์ต่าง ๆ ที่มีต่อความคิดของเคลเซนในส่วนนี้

แนวคำตอบที่สอง เห็นว่าการยกเลิกรัฐธรรมนูญโดยใช้กำลังอันมิชอบนั้น ไม่มีผลต่อระบบกฎหมายของรัฐหรือบรรดาความสมบูรณ์ของกฎหมายอื่น ๆ ในระบบกฎหมาย เนื่องจากการรัฐประหารเป็นการเปลี่ยนตัวรัฐอธิปไตยเท่านั้น แนวความคิดที่ยืนยันความต่อเนื่องของกฎหมายนี้เป็นของนักทฤษฎีกฎหมายในสำนักปฏิฐานนิยมทางกฎหมายบางคน กล่าวคือ โจเซฟ ราซ (Joseph Raz)⁽⁴⁾

ในทรรศนะของราซ เขาเห็นว่า รัฐธรรมนูญ เป็นกฎหมายแม่บทที่กำหนดเงื่อนไขความสมบูรณ์ของกฎหมายที่จะตราขึ้นใช้บังคับ กฎหมายใด ๆ ที่ถูกตราขึ้นแล้วตรงตามเงื่อนไขที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้ กฎหมายนั้นย่อมเป็นกฎหมายที่สมบูรณ์ในตัวของมันเองโดยมิได้ผูกอิงความสมบูรณ์ของมันอยู่กับรัฐธรรมนูญอีกต่อไป (ทรรศนะของราซเช่นนี้คงคล้ายกับอุปมาเรื่องการให้กำเนิดทารก หรือความเกี่ยวข้องสัมพันธ์ระหว่างผู้เป็นมารดา กับทารกที่อยู่ที่อยู่ในครรภ์ โดยเมื่อทารก (กฎหมายทั่วไป) คลอดออกมาแล้ว ความมีชีวิตหรือลมหายใจของทารกนั้นย่อมปรากฏเป็นอิสระเอกเทศจากมารดา (รัฐธรรมนูญ) แม้ผู้เป็นมารดาจะเสียชีวิตทารกนั้นก็ยังคงมีชีวิตอยู่ได้)

ในการนี้ ราซวิจารณ์เคลเซน (ซึ่งเป็นผู้นำการตีความในแนวแรก) ว่ามองข้ามข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการส่งผ่านอำนาจทางนิติบัญญัติอันดำรงอยู่ในกฎหมายแม่บท (ก่อนถูกยกเลิก) ต่อกฎหมายลูกบท เพราะฉะนั้นการยกเลิกกฎหมายแม่บท (รัฐธรรมนูญ) ที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายถัดไป จึงย่อมไม่มีผลกระทบต่อกฎหมายลูกบทที่สร้างขึ้นเรียบร้อยแล้ว โดยตัวของมันเอง ความเปลี่ยนแปลงเดียวที่เกิดขึ้นหลังจากมีการยกเลิกกฎหมายแม่บทดังกล่าวมีเพียงการทำลายอำนาจของกฎหมายนั้น ๆ ในการให้กำเนิดกฎหมายลูกบทฉบับใหม่เท่านั้น⁽⁵⁾ แน่แน่นอนว่าความสมบูรณ์ของกฎหมายลูกบทต้องเกิดจากอำนาจแห่งกฎหมายแม่บท แต่ทั้งนี้ก็เป็น การขึ้นตรงต่อเฉพาะ ในขณะที่บัญญัติมันขึ้นมาเท่านั้น หากว่าความสมบูรณ์ของมันต้องขึ้นอยู่กับ การดำรงอยู่โดยตลอดเวลาของกฎหมายแม่บทนั้น ๆ ไม่

นอกเหนือจากทรรศนะของราซข้างต้น ฟินนิส (John Finnis) นักทฤษฎีฝ่ายกฎหมายธรรมชาติคนสำคัญในปัจจุบันก็มีความเห็นพ้องในหลักการร่วมกับราซดังกล่าว แต่ทว่าได้เสริม

(4) เพิ่งอ้าง, หน้า 80

(5) Joseph Raz, "The Concept of a Legal System", (Clarendon Press, Oxford, 1978), P. 117

ความเห็นของราชโดยอ้างอิงความชอบธรรมของสิ่งที่เขาเรียกว่า “หลักการทั่วไปตามที่เข้าใจกันทั้งในทางทฤษฎีและทางปฏิบัติต่อกฎหมาย” ซึ่งมีความหมายอันเป็นที่ทราบกันดีว่า เมื่อมีการบัญญัติกฎหมายขึ้นอย่างถูกต้องสมบูรณ์ตามหลักการ (Criteria of Validity) แล้ว กฎหมายนั้น ๆ ย่อมมีอำนาจใช้บังคับโดยสมบูรณ์ตลอดไป จนกว่าจะมีการยกเลิกไปตามระยะเวลาใช้บังคับหรือระยะเวลาตามที่อนุมาณไว้ในกฎหมายนั้น หรือจนกว่าจะถูกยกเลิกไปตามเงื่อนไขซึ่งกำหนดไว้ในกฎหมาย และซึ่งยังคงปรากฏในขณะที่ทำการยกเลิกกฎหมายนั้น ๆ⁽⁶⁾ ฟินนิสเชื่อมั่นว่า “หลักการทั่วไป” ดังกล่าวมีความสำคัญเสมือนเป็นสิ่งค้ำประกันความสมบูรณ์ของกฎหมายภายหลังการปฏิวัติ ซึ่งตามมาด้วยการยกเลิกรัฐธรรมนูญอันเป็นกฎหมายแม่บท ในแง่นี้ความสมบูรณ์ของกฎหมายย่อมวางอยู่บนเหตุผลของหลักการทั่วไป อันรองรับกฎหมายซึ่งตราขึ้นโดยได้อำนาจอันสมบูรณ์ (ขณะนั้น) จากกฎหมายแม่บท จริงอยู่ว่า การปฏิวัติอาจส่งผลให้ยกเลิกกฎหมายรัฐธรรมนูญอันเป็นกฎหมายแม่บท แต่การกระทำเช่นนั้นย่อมมิใช่เป็นการทำทลายหรือล้มล้างหลักการทั่วไปดังกล่าว เว้นแต่คณะปฏิวัติจะแสดงออกโดยเจตนาที่จะล้มล้างระเบียบหรือกฎเกณฑ์ทั้งหมดของสังคมเท่านั้น

มีปัญหาคิดคิดว่า ทำไมเราจึงต้องยึดถือใน “หลักการทั่วไป” ซึ่งฟังดูคล้ายเป็นเรื่องนามธรรมอย่างมาก ๆ ต่อปัญหานี้ ฟินนิสให้คำตอบที่ฟังดูมีน้ำหนักว่า :

“เนื่องจาก “หลักการทั่วไป” ดังกล่าวมีความสำคัญในตัวของมันเองในแง่เป็นเงื่อนไขอันจำเป็น (Presupposes) ซึ่งแสดงออกและทำให้ปรากฏเป็นจริง (หรือค้ำประกัน) ซึ่งบทบาทหน้าที่อันเป็นเรื่องพื้นฐานและทั่วไปที่สุดของกฎหมาย กล่าวคือ บทบาทในการเชื่อมต่อดีด และปัจจุบันเข้าหากัน โดยที่กฎหมายเป็นการวางหลักซึ่งนำการกระทำอันเกิดขึ้นในปัจจุบัน และจะมีผลสืบเนื่องถึงอนาคต (แน่นอนว่าเมื่อถึงอนาคตแล้ว การกระทำในปัจจุบันย่อมถูกแปรเป็นอดีต) ดังนั้นแล้วย่อมเห็นได้ว่า หากเราละทิ้งหลักการทั่วไปนี้เสียกฎหมายย่อมไม่อาจเป็นหลักซึ่งนำการกระทำซึ่งจะมีผลบังคับต่อเนื่องไปถึงอนาคตได้อีกต่อไป อีกทั้งยังต้องถือว่าเป็นรูปแบบหนึ่งของความไม่เป็นธรรม (Unfairness) และการกระทำสิ่งผิดพลาดอันย่อมมีผลร้ายสนองตอบในภายหลัง”⁽⁷⁾

(6) J. M. Finnis, “Revolutions and Continuity of Law”, in A. W. B. Simpson (ed), “Oxford Essays in Jurisprudence”, Op. cit., P. 63

(7) Ibid., P. 65

แนวคำตอบที่สาม^(๑) ถือว่าการปฏิวัติรัฐประหารมีผลต่อรัฐธรรมนูญเฉพาะในบทบัญญัติ ที่เกี่ยวกับการเมืองเท่านั้น กล่าวคือ ทำให้บทบัญญัติในส่วนนี้สิ้นผลใช้บังคับไป โดยที่บทบัญญัติ ในส่วนอื่น ๆ ยังคงมีผลใช้บังคับอยู่เช่นเดิม

สำหรับในประเทศไทยแนวความคิดและแนวปฏิบัติเกี่ยวกับปัญหาเรื่องผลกระทบของ การกระทำปฏิวัติรัฐประหารต่อระบบกฎหมาย หรือความสมบูรณ์ของระบบกฎหมายดูเหมือน จะอิงอยู่กับแนวคำตอบที่สองเป็นสำคัญดังอาจสืบหลักฐานจากคำพิพากษาศาลฎีกา ซึ่งปรากฏ ว่าในกรณีที่มีการปฏิวัติรัฐประหารกระทำสำเร็จ ศาลฎีกาถือว่าแม้จะมีการยกเลิกกฎหมายรัฐธรรมนูญ ไปแล้ว กฎหมายในระบบเดิมก็ยังคงมีความสมบูรณ์อยู่ เว้นแต่จะมีประกาศหรือคำสั่งของ คณะปฏิวัติออกยกเลิกกฎหมายฉบับใดฉบับหนึ่ง :

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 45/2496 : ใน พ.ศ. 2490 คณะรัฐประหารได้ยึดอำนาจการปกครอง ประเทศไทยได้เป็นผลสำเร็จ การบริหารประเทศชาติในลักษณะเช่นนี้ คณะรัฐประหารย่อมมี อำนาจที่จะเปลี่ยนแปลงแก้ไขยกเลิกและออกกฎหมายตามระบบแห่งการปฏิวัติ เพื่อบริหาร ประเทศชาติต่อไปได้ มิฉะนั้นประเทศชาติจะตั้งอยู่ด้วยความสงบไม่ได้ ดังนั้นรัฐธรรมนูญ แห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พ.ศ. 2490 จึงเป็นกฎหมายอันสมบูรณ์

เหตุผลของศาลฎีกาดังกล่าวไม่สู้ให้รายละเอียดมากนัก แต่ที่น่าสนใจในเชิงขยายความดู จะเป็นบันทึกท้ายคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 45/2496 ของ ดร.หยุด แสงอุทัย ซึ่งเขียนไว้ว่า

“คำพิพากษาศาลฎีกาฉบับนี้ เป็นตัวอย่างอันดีที่จะพิจารณาว่า ศาลยุติธรรมจำต้องรับรอง ผลของการปฏิวัติหรือรัฐประหาร ซึ่งทำได้สำเร็จ และผู้กระทำได้กลายเป็นผู้มีอำนาจอันแท้จริง ในรัฐอย่างแน่นอน โดยที่การรัฐประหารเมื่อ พ.ศ. 2490 มีลักษณะอย่างเดียวกับการปฏิวัติของเยอรมัน ค.ศ. 1918 หลังสงครามโลกคราวแรก ผู้เขียนจึงขอถือโอกาสนี้แปลคำพิพากษาศาลฎีกาเยอรมัน เพื่อเป็นการเทียบเคียงดังต่อไปนี้ ในคำพิพากษาศาลฎีกาเยอรมัน เล่ม 99 หน้า 287 ศาลฎีกาเยอรมันได้ กล่าวไว้ว่า “กฎหมายนี้ คือกฎหมายที่รัฐบาลของคณะปฏิวัติได้ออกยอมเป็นอันสมบูรณ์และมีผล ผูกพันทางกฎหมาย เพราะแม้รัฐบาลซึ่งเป็นผู้ออกกฎหมายนั้นจะเกิดขึ้นโดยการปฏิวัติอันใช้กำลังก็ดี แต่ก็สามารถยืนยันหยัดฐานะอันทรงอำนาจของตนไว้ได้ ฉะนั้นในทางรัฐธรรมนูญจึงต้องยอมรับ อำนาจของรัฐบาลดังกล่าว” (คืออำนาจในการออกกฎหมาย) นอกจากนี้ในคำพิพากษาศาลฎีกาเยอรมัน เล่ม 100 หน้า 27 ศาลฎีกาเยอรมัน ยังได้กล่าวว่าอำนาจของรัฐใหม่อันเกิดขึ้นโดยการปฏิวัตินี้ ในทางรัฐธรรมนูญจะปฏิเสธไม่ยอมรับรับรองหาได้ไม่ เพราะการผิดต่อกฎหมายในการก่อให้เกิด

(๑) ดู “เอกสารการสอนชุดวิชา กฎหมายกับการเปลี่ยนแปลงของสังคม”, (มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช หน่วยที่ 1-7, 2527), หน้า 325

การปฏิวัติขึ้นนั้นเป็นการขัดแย้งกับอำนาจนั้นแต่ประการใดไม่ เพราะการชอบด้วยกฎหมายแห่งการก่อให้เกิดขึ้นย่อมไม่ใช่คุณลักษณะอันเป็นสาระสำคัญของอำนาจของรัฐอย่างใดเลย รัฐไม่อาจดำรงอยู่ได้โดยปราศจากอำนาจของรัฐ ทันทันที่อำนาจเก่าได้ถูกขจัดให้หมดไป ทันทันนั้นอำนาจใหม่ซึ่งสามารถทำการได้สำเร็จย่อมเข้ามาแทนที่อำนาจเก่า วิธีทางแห่งการปฏิวัติได้แสดงด้วยว่าอำนาจใหม่ได้เกิดขึ้นอย่างผู้ครอบครองรัฐภายหลังที่อำนาจเก่าได้ถูกทำลายลงไปแล้ว และยังคงดำรงอยู่ในการคลี่คลายจัดสรรอย่างมั่นคง ดังนั้นรัฐบาลใหม่จึงมีอำนาจออกกฎหมายได้..... คำพิพากษาฎีกาเยอรมันที่แปลมาข้างบนนี้แสดงว่าการปฏิวัติหรือรัฐประหารนั้น ในครั้งแรกเป็นการผิดกฎหมายแต่เมื่อใดผู้กระทำการปฏิวัติ หรือรัฐประหารจนสำเร็จบริบูรณ์ กล่าวคือสามารถยึดอำนาจอันแท้จริงของตนได้ โดยปราบปรามอำนาจของรัฐบาลเก่าหรือกลุ่มของบุคคลที่ต่อต้านแพรวพราบไปแล้ว ก็เป็นรัฐอธิปไตยมีอำนาจสูงสุดในรัฐขณะนั้นจึงอยู่ในฐานะที่จะให้รัฐธรรมนูญใหม่ และยกเลิกกฎหมายเดิม บัญญัติกฎหมายใหม่ตามชอบใจ ในคดีเรื่องนี้ปรากฏว่า เมื่อมีการรัฐประหารสำเร็จแล้วก็ประกาศใช้รัฐธรรมนูญฉบับชั่วคราว พ.ศ. 2490 ขึ้น รัฐธรรมนูญฉบับชั่วคราวย่อมใช้ได้ในฐานะเป็นรัฐธรรมนูญอันแท้จริง รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลัง ซึ่งแต่งตั้งโดยอาศัยรัฐธรรมนูญฉบับชั่วคราว จึงเป็นรัฐมนตรีที่สมบูรณ์ ในส่วนที่เกี่ยวกับกฎหมายต่าง ๆ นั้น กฎหมายใดที่รัฐประหารไม่ยกเลิกเสียก่อนประกาศใช้รัฐธรรมนูญฉบับชั่วคราว กฎหมายนั้นก็ยังใช้ได้ต่อไป.....”

มีข้อนำสังเกตว่า แนวการตีความขององค์กรสูงสุดทางตุลาการของไทยยึดถือเรื่อง “การได้อำนาจรัฐอธิปไตย” เป็นเกณฑ์สำคัญในการตัดสินความชอบธรรมในตัวเองของคณะปฏิวัติตลอดจนเป็นเกณฑ์สำคัญในการบ่งชี้อำนาจในการตรากฎหมายต่าง ๆ ลักษณะการให้เหตุผลที่ถือเอาเรื่องอำนาจอธิปไตย เป็นปัจจัยสำคัญสูงสุดเดียวในการวินิจฉัยบัญญัติดังกล่าวสะท้อนให้เห็นอิทธิพลของทฤษฎี ปฏิกฎานนิยมทางกฎหมายในแบบฉบับของ ออสติน และแบบฉบับการตีความของเคลเซน ซึ่งกำกับอยู่เบื้องหลังคำพิพากษาศฎีกาดังกล่าว

และจุดนี้เองที่ก่อให้เกิดปัญหาวิพากษ์วิจารณ์คำพิพากษาศฎีกาในแนวดังกล่าวในสายตาของนักนิติศาสตร์ไทยหลาย ๆ คน⁽⁹⁾ รวมทั้งแสดงให้เห็นรูปธรรมของการมีอิทธิพลครอบงำ (อย่างน้อยในระดับหนึ่ง) โดยทฤษฎีปฏิกฎานนิยมทางกฎหมาย ในวงการนิติศาสตร์ของไทยนับแต่การปฏิรูปกฎหมายในรัชกาลที่ 5 เป็นต้นมา

(9) ขอให้ดูวารสารนิติศาสตร์ ฉบับที่ 3 ปีที่ 11 พ.ศ. 2523 โดยเฉพาะข้อเขียนของ พันธ ทัศนียานนท์ ; วิชา มหาคุณ, “ทฤษฎีกฎหมายธรรมชาติ : หลักความยุติธรรมแห่งกฎหมาย”, (วารสารตุลาการ เล่ม 2 ปีที่ 27 มีนาคม - เมษายน 2523)

ประเด็นที่น่าสนใจต่อไปคือ เมื่อไม่ถือว่าการปฏิวัติรัฐประหารมีผลต่อการเปลี่ยนแปลงระบบกฎหมายที่ใช้อยู่เต็มวันแต่กฎหมายฉบับใดที่คณะปฏิวัติมีประกาศให้ยกเลิก ผลลัพธ์ตามมากล่าวคือ ความผิดต่อความมั่นคงของรัฐภายในราชอาณาจักร (ความผิดฐานขบถ) ก็น่าจะตกแก่คณะปฏิวัติโดยอัตโนมัติด้วย เหตุนี้เองที่ทำให้เห็นกันว่า ผู้ที่ทำการปฏิวัติรัฐประหารในประเทศไทยที่ผ่านมายังถือว่าตนคงมีความผิดตามกฎหมายอยู่⁽¹⁰⁾ ทำให้มีการตรวจกฎหมายนิรโทษกรรมแก่ผู้กระทำการดังเช่น พระราชกำหนดนิรโทษกรรมในคราวเปลี่ยนแปลงการปกครองแผ่นดิน พุทธศักราช 2475, พระราชบัญญัตินิรโทษกรรมแก่ผู้กระทำการรัฐประหาร พ.ศ. 2490, พระราชบัญญัตินิรโทษกรรมแก่ผู้ทำการปฏิวัติเมื่อวันที่ 20 ตุลาคม พ.ศ. 2501 พ.ศ. 2502, พระราชบัญญัตินิรโทษกรรมแก่ผู้ทำการปฏิวัติเมื่อวันที่ 17 พฤศจิกายน พ.ศ. 2514 พ.ศ. 2515 หรือพระราชบัญญัตินิรโทษกรรมแก่ผู้กระทำการยึดอำนาจการปกครองประเทศเมื่อวันที่ 6 ตุลาคม พ.ศ. 2519 เป็นต้น

หากพิจารณาทั้งนี้เพียงเท่านี้ทรรศนะสรุปต่อความผิดของคณะปฏิวัติและรูปธรรมอันปรากฏของกฎหมายนิรโทษกรรมภายหลังการกระทำปฏิวัติรัฐประหารทุกครั้งที่ผ่านมาก็ดูเหมือนจะสอดคล้องกลมกลืนกันดี แต่กระนั้นในอีกด้านหนึ่งก็ปรากฏทรรศนะในเชิงสนับสนุนความถูกต้องชอบธรรมทางกฎหมายโดยตัวเอง ในการกระทำของคณะปฏิวัติในทำนองไม่ต้องพึ่งพากฎหมายนิรโทษกรรมใดๆ ความข้อนี้เราอาจสังเกตได้เป็นอาทิ จากคำพิพากษาฎีกาที่ 1153 - 1154/2495 ซึ่งมีความน่าสนใจดังนี้

“การล้มล้างรัฐบาลเก่า ตั้งเป็นรัฐบาลขึ้นใหม่โดยใช้กำลังนั้น ในตอนต้นอาจไม่ชอบด้วยกฎหมายจนกว่าประชาชนจะได้ยอมรับนับถือแล้ว เมื่อเป็นรัฐบาลที่ถูกต้องตามความเป็นจริง คือหมายความว่าประชาชนได้ยอมรับนับถือแล้ว ผู้ก่อการกบฏล้มล้างรัฐบาลดังกล่าว ก็ต้องเป็นความผิดตามกฎหมายลักษณะอาญา มาตรา 102

ข้อกฎหมายที่จำเลยยกขึ้นตัดสินว่ารัฐบาลที่โจทก์หาว่าจำเลยกระทำการล้มล้างเป็นรัฐบาลที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้น เห็นว่ากฎหมายลักษณะอาญา ไม่มีบทวิเคราะห์ศัพท์คำว่ารัฐบาลไว้จึงต้องเข้าใจตาม หลักกฎหมายทั่วไป กล่าวคือ บุคคลหรือคณะบุคคลที่ใช้อำนาจบริหารประเทศชาติสามารถรักษาความสงบของบ้านเมืองไว้โดยปราศจากการขัดแย้งแย่งอำนาจเป็นรัฐบาลที่ถูกต้องตามความเป็นจริงได้ชื่อว่าเป็นรัฐบาลโดยชอบด้วยกฎหมายลักษณะอาญา” (ความที่เน้นกระทำโดยผู้เขียนเอง)

(10) ดูตัวอย่าง ความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกา (กรรมการร่างกฎหมายคณะที่ 3) ซึ่งปรากฏในการให้ความเห็นเรื่อง การใช้คำว่า “ปฏิวัติ” เป็นชื่อพรรคการเมืองในวารสารกฎหมายปกครอง, เล่ม 1 เมษายน 2525, ตอน 1, หน้า 217

เมื่อพิจารณาความเห็นของศาลฎีกาข้างต้น ดูเหมือนเรากำลังสัมผัสกับตรรกะแบบเคลเช่นที่เห็นเรื่อง “ประสิทธิภาพ” (การยอมรับ) ในอำนาจรัฐใหม่ที่เพิ่งก่อตั้งขึ้น ซึ่งศาลไทยถือเสมือนเป็น “หลักกฎหมายทั่วไป” ว่าจะไม่มีการพูดถึงความจำเป็นใด ๆ ในการมีกฎหมายนิรโทษกรรม การกระทำของคณะปฏิวัติในช่วงเริ่มต้นจนถึงช่วงก่อนที่ “ประชาชนจะได้ยอมรับนับถือแล้ว” อย่างไรก็ตามข้อนี้ก็อาจมีผู้โต้แย้งว่า เนื่องจากไม่เป็นประเด็นในการพิจารณา ปัญหาเรื่องความเคลือบคลุมจึงดูเหมือนยังมีอยู่ แต่กระนั้นความเชื่อในอำนาจอันชอบธรรมของคณะปฏิวัติ (โดยไม่ต้องฟังกฎหมายนิรโทษกรรม) ก็อาจอ้างอิงไปถึงทฤษฎีที่ชัดเจนกว่าซึ่งมีมาก่อนหน้าความเห็นของศาลฎีกาดังกล่าวด้วยซ้ำดังปรากฏในแถลงการณ์ (ฉบับที่ 15) ของคณะรัฐประหาร 2490 ที่ว่า :

“.....การกระทำรัฐประหารนั้น ในขั้นแรกเป็นการละเมิดรัฐธรรมนูญและกฎหมายที่ใช้อยู่ในปัจจุบัน แต่เมื่อได้กระทำรัฐประหารสำเร็จจนผู้กระทำรัฐประหารได้เข้าครองอำนาจอันแท้จริงในรัฐแล้ว ผู้กระทำรัฐประหารก็เป็นรัฐาธิปัตย์มีอำนาจเลิกรัฐธรรมนูญ และกฎหมายที่ใช้ได้อยู่ได้ และอาจออกรัฐธรรมนูญ และกฎหมายใหม่ได้ บรรดาการกระทำที่ได้เป็นการละเมิดรัฐธรรมนูญ และกฎหมายที่ใช้อยู่เดิม ย่อมไม่เป็นการละเมิดต่อไป.....”⁽¹¹⁾

ความข้างต้นจึงน่าจะซ่อนให้เห็นชัดถึงความลึกลับเชิงทฤษฎีความคิด ในวงนิติศาสตร์ไทยเกี่ยวกับเรื่องความจำเป็นในการมีกฎหมายนิรโทษกรรม กระนั้นก็ดีในทางปฏิบัติก็กลับปรากฏเอกภาพดังมีกฎหมายนิรโทษกรรมออกมาทุกครั้งหลังการกระทำปฏิวัติรัฐประหาร โดยไม่เว้นแม้การรัฐประหารในปี 2490 ซึ่งมีแถลงการณ์ยืนยันความบริสุทธิ์ทางกฎหมายของตัวเองดังกล่าวแล้วก็ตาม ปัญหาความไม่กลมกลืนระหว่างภาคทฤษฎีกับภาคปฏิบัติเช่นนี้ น่าจะอธิบายได้หลายอย่าง ด้านหนึ่งอาจมองว่าเป็นเพียงเรื่องจิตวิทยาทางการเมืองอย่างหนึ่งในการตรากฎหมายนิรโทษกรรม⁽¹²⁾ แต่ในอีกด้านก็อาจพิจารณาว่า เป็นประเพณีหรือวัฒนธรรมทางการเมืองแบบไทย ๆ ที่ตกทอดมาแต่ครั้งการปฏิวัติ 2475 ซึ่งคณะผู้ก่อการยังเล็งเห็นถึงความจำเป็นในการขอขมาหรือขอพระราชทานอภัยโทษจากองค์พระมหากษัตริย์ (ร.7) ในขณะนั้น⁽¹³⁾ นอกจากนี้คงเป็นเหตุผลอื่น ๆ

(11) อ้างใน เสน่ห์ จามริก, “การเมืองไทยกับพัฒนาการรัฐธรรมนูญ”, (สถาบันไทยคดีศึกษา, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์: มูลนิธิโครงการตำราสังคมศาสตร์และมนุษยศาสตร์, 2529), หน้า 268 (ความที่เน้นกระทำโดยผู้เขียนเอง)

(12) วิษณุ เครืองาม, “กฎหมายรัฐธรรมนูญ”, อ้างแล้ว, หน้า 378

(13) นอกจากคณะราษฎรจะได้เข้าเฝ้าเพื่อขอพระราชทานพระราชกำหนดนิรโทษกรรมแล้ว ยังเข้าเฝ้าทูลละอองธุลีพระบาทเพื่อขอพระราชทานอภัยโทษ ในการที่ออกประกาศซึ่งมีข้อความจริงจบบต่อกรกระทำของกษัตริย์ โดยนำดอกไม้ชูปเทียนทูลเกล้าถวายตามประเพณีด้วย (ดู ไพโรจน์ ชัยนาม, “รัฐธรรมนูญ บทกฎหมาย และเอกสารสำคัญในทางการเมืองของประเทศไทย”, (มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2520) เล่ม 2, หน้า 17, 25

ด้านความรอบคอบในการปกป้องตนเองให้พ้นจากการฟ้องร้องลงโทษอันอาจเกิดขึ้นภายหลัง ดังอย่างน้อยเคยมีคำพิพากษาฎีกาที่ 1874/2492 อ้างกฎหมายนิรโทษกรรมคุ้มครองจำเลยผู้ถูกกล่าวหาว่ายุยงทหารให้ก่อการกำเริบในคราวรัฐประหาร 2490 หรือในคราวปฏิวัติปี 2514 ก็มีผู้ฟ้องร้อง (นายอุทัย พิมพ์ใจชน และเพื่อนสมาชิกสภาผู้แทนอีก 2 คน) หัวหน้าคณะปฏิวัติว่า กระทำผิดฐานล้มล้างรัฐธรรมนูญโดยมิชอบ

อย่างไรก็ตามในภายหลังต่อมาได้มีความพยายามที่จะยับยั้งแนวปฏิบัติเรื่องการนิรโทษกรรม อันปรากฏตัวอย่างในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยปี 2517 มาตรา 4 ซึ่งบัญญัติว่า “การนิรโทษกรรมแก่ผู้กระทำการล้มล้างสถาบันพระมหากษัตริย์ หรือรัฐธรรมนูญจะกระทำมิได้” บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญดังกล่าวคงมีเหตุผลทางการเมือง ที่มุ่งปรามบุคคลที่จะทำการปฏิวัติต่อไป ในทำนองเขียนเสือให้วัวกลัว แต่ก็เป็นเรื่องไร้ผลในทางปฏิบัติ ดังปรากฏจากรัฐประหารในปี 2519 และการปรากฏของบทบัญญัติในมาตรา 29 แห่งรัฐธรรมนูญปี 2519 ซึ่งเป็นเสมือนบทนิรโทษกรรมคณะรัฐประหาร ควบคู่กับพระราชบัญญัตินิรโทษกรรมแก่ผู้กระทำการยึดอำนาจการปกครองประเทศเมื่อวันที่ 6 ตุลาคม พ.ศ. 2519

ปัญหาเรื่องบทนิรโทษกรรมนี้ เมื่อมองทั้งเหตุผลทางทฤษฎี และเหตุผลทางปฏิบัติ บนบริบทของการพัฒนาทางการเมืองของสังคมไทยในท้ายที่สุดแล้ว จึงดูเหมือนเป็นปัญหาที่ไม่อาจหาข้อยุติได้ง่าย ๆ นักอันเป็นปัญหาระหว่างทางสองแพร่งที่ต้องเลือก ระหว่างความจำเป็นในการพัฒนาทฤษฎีทางกฎหมายและความจำเป็นในการพัฒนาระบบการเมืองของไทย

ข. ปัญหาเรื่องสภาพการเป็น “กฎหมาย” ของคำสั่งหรือประกาศของคณะปฏิวัติ

ปัญหาว่า คำสั่งหรือประกาศของคณะปฏิวัติมีสภาพเป็นกฎหมายหรือไม่นี้ นับว่าเป็นอีกปัญหาหนึ่งที่มีความสำคัญในเชิงทฤษฎีกฎหมาย โดยเฉพาะทฤษฎีกฎหมายบนบริบทของสังคมไทยที่มีปัญหาเรื่องการปฏิวัติรัฐประหารอยู่เนือง ๆ นับแต่การเปลี่ยนแปลงการปกครองปี 2475 เป็นต้นมา

ในการพยายามหาคำตอบเรื่องนี้ เบื้องแรกสุดคงต้องตีกรอบคำสั่ง หรือประกาศคณะปฏิวัติเฉพาะที่มีลักษณะเป็นการวางบรรทัดฐานความประพฤติหรือคำสั่งให้คนทั่วไปต้องปฏิบัติตาม โดยแยกคำสั่งหรือประกาศฯ ที่หลาย ๆ กรณีเป็นเพียงเรื่องนโยบาย, แถลงการณ์ หรือคำสั่งในทางบริหารซึ่งเห็นได้ชัดในตัวเองว่า มิใช่เป็นคำสั่งหรือประกาศที่เป็นกฎหมายแต่อย่างใด อาทิเช่น ประกาศของคณะปฏิวัติฉบับที่ 21 (พ.ศ. 2515) เรื่องสมเด็จพระสังฆราช-สกลมหาปรินายกสิ้นพระชนม์

ในการพิจารณาถึงสภาพหรือสถานการณ์ของคำสั่งหรือประกาศคณะปฏิวัตินี้ แนวพิจารณาโดยทั่วไปจะวางอยู่บนกรอบทฤษฎีปฏิธานนิยมทางกฎหมาย ซึ่งยังแยกออกเป็นสองนัยการตีความกล่าวคือ

นัยแรก ถือว่าคำสั่งหรือประกาศคณะปฏิวัติเป็นกฎหมายโดยสมบูรณ์ โดยถือว่าเมื่อคณะปฏิวัติก่อการสำเร็จก็ย่อมถือได้ว่าเป็นองค์กรรัฐปัตย์ ซึ่งมีอำนาจในการออกกฎหมายโดยชอบธรรม เนื่องจากเชื่อว่า ความสำเร็จของการปฏิวัติที่ดำรงอยู่ จากข้อเท็จจริงที่ปราศจากการต่อต้านจากฝ่ายตรงข้ามหรือประชาชนให้การยอมรับสนับสนุน ย่อมเป็นเครื่องชี้ความชอบธรรมของคณะปฏิวัติในการล้มล้างระบบเก่า รวมทั้งความชอบธรรมในการสถาปนาระบบใหม่ ความชอบธรรมเช่นนี้จึงเป็นเหตุผลล้มล้างความผิดของคณะปฏิวัติในการกระทำรัฐประหารและรองรับความสมบูรณ์ทางกฎหมายของคำสั่งคณะปฏิวัติต่อมา อีกทั้งเป็นความจำเป็นในทางรัฐศาสตร์ หรือการปกครองขณะนั้นที่อำนาจรัฐใหม่พึงต้องมีอำนาจในการออกคำสั่งหรือประกาศต่าง ๆ ซึ่งมีสถานการณ์เป็นกฎหมายเพื่อความสงบเรียบร้อย หรือความต่อเนื่องในการบริหารราชการแผ่นดิน⁽¹⁴⁾ แนวการตีความเช่นนี้ ก็เป็นที่ยอมรับของสถาบันตุลาการของไทย ดังปรากฏในคำวินิจฉัยหลาย ๆ เรื่อง นับแต่คำพิพากษาฎีกาที่ 45/2495 ซึ่งกล่าวมาแล้วครั้งหนึ่ง หรือคำพิพากษาฎีกาต่อถัดมา อาทิ :

คำพิพากษาฎีกาที่ 1662/2505

เมื่อใน พ.ศ. 2501 คณะปฏิวัติได้ทำการยึดอำนาจการปกครองประเทศไทยได้เป็นผลสำเร็จ หัวหน้าคณะปฏิวัติย่อมเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองบ้านเมือง ข้อความใดที่หัวหน้าคณะปฏิวัติสั่งบังคับประชาชนก็ต้องถือว่าเป็นกฎหมาย แม้พระมหากษัตริย์จะมีได้ทรงตราออกด้วยคำแนะนำหรือยินยอมของสภาผู้แทนราษฎร หรือสภานิติบัญญัติของประชาชนก็ตาม

คำพิพากษาฎีกาที่ 1234/2523

แม้จะมีรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยออกประกาศใช้แล้วก็ตาม แต่ก็หาได้มีกฎหมายยกเลิกประกาศหรือคำสั่งคณะปฏิวัติหรือคณะปฏิรูปการปกครองแผ่นดินไม่ ประกาศหรือคำสั่งนั้นจึงยังคงเป็นกฎหมายใช้บังคับอยู่

คำวินิจฉัยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญที่ ต. 1/2513

ประกาศของคณะปฏิวัติฉบับที่ 43 แท้จริงไม่ใช่กฎหมายกำหนดโทษแก่ผู้กระทำความผิด.....การให้อำนาจเจ้าหน้าที่ฝ่ายบริหารกักตัวอันธพาลจึงไม่ถือเป็นการตั้งศาลขึ้นผิดรัฐธรรมนูญแต่อย่างใด ปัญหาเกี่ยวกับประกาศฯ ฉบับที่ 43 ถ้าจะมีก็อยู่เพียงที่จะตีความกันเท่านั้นว่าเป็นกฎหมายที่ดีหรือไม่เท่านั้น ซึ่งเป็นคนละเรื่องกับปัญหาว่าขัด หรือแย้งกับรัฐธรรมนูญหรือไม่

(14) อุ วิษณุ เครืองาม, “กฎหมายรัฐธรรมนูญ”, (สำนักพิมพ์นิติบรรณาการ, 2523), หน้า 378-9

คำวินิจฉัยของคณะกรรมการกฤษฎีกา⁽¹⁵⁾

“ความในข้อ 5 แห่งคำสั่งหัวหน้าคณะปฏิรูปการปกครองแผ่นดินที่ 38/2519 ลงวันที่ 21 ตุลาคม 2519 อันเป็นการเพิ่มเติมความในมาตรา 79 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2518 นั้นมีผลเป็นกฎหมายเพราะเป็นการกำหนดข้อห้าม และลักษณะแห่งการกระทำที่ถือว่าเป็นความผิด โดยให้ถือว่าผู้ฝ่าฝืนคำสั่งนี้กระทำความผิดวินัยอย่างร้ายแรง ดังนั้น การเป็นกรรมการผู้จัดการหรือผู้จัดการในบริษัทห้างร้านของเอกชน จึงเป็นการต้องห้ามตามคำสั่งดังกล่าว ส่วนการดำรงตำแหน่งที่มีหน้าที่อื่นในบริษัทห้างร้านของเอกชนจะเป็นการต้องห้ามต่อเมื่อทำให้บุคคลทั่วไป เข้าใจได้ว่าเป็นการยอมให้บริษัทห้างร้านของเอกชนเหล่านั้นอาศัยชื่อของตนเพื่อแสวงหาประโยชน์โดยตรงหรือทางอ้อม ซึ่งเป็นข้อเท็จจริงที่จะต้องพิจารณาเป็นราย ๆ ไป สำหรับปัญหาที่ว่า คำสั่งของคณะปฏิรูปการปกครองแผ่นดิน และคำสั่งหัวหน้าคณะปฏิรูปการปกครองแผ่นดินอื่น ๆ จะมีผลเป็นกฎหมายหรือไม่นั้น ต้องพิจารณาข้อความในคำสั่งเป็นฉบับ ๆ ไป และเพราะคำสั่งของคณะปฏิรูปการปกครองแผ่นดิน และคำสั่งหัวหน้าคณะปฏิรูปการปกครองแผ่นดิน บางฉบับก็มีลักษณะเป็นกฎหมาย แต่บางฉบับก็มีลักษณะเป็นเพียงคำสั่งในทางบริหารเท่านั้น ปรากฏว่าคณะที่ปรึกษากฎหมายของนายกรัฐมนตรี เห็นพ้องด้วยกับความเห็นของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาที่ว่า คำสั่งของคณะปฏิรูปการปกครองแผ่นดิน และคำสั่งหัวหน้าคณะปฏิรูปการปกครองแผ่นดินจะมีผลเป็นกฎหมายหรือไม่นั้นต้องพิจารณาจากข้อความในคำสั่งเป็นฉบับ ๆ ไป คำสั่งดังกล่าวบางฉบับมีลักษณะเป็นกฎหมาย แต่บางฉบับก็มีลักษณะเป็นเพียงคำสั่งในทางบริหารเท่านั้น สำหรับปัญหาที่ว่าคำสั่งหัวหน้าคณะปฏิรูปการปกครองแผ่นดิน 38/2519 ลงวันที่ 21 ตุลาคม 2519 จะมีผลเป็นกฎหมายหรือไม่นั้น เห็นว่าความในข้อ 5 แห่งคำสั่ง หัวหน้าคณะปฏิรูปการปกครองแผ่นดินดังกล่าวนี้มีลักษณะเป็นการกำหนดข้อความและลักษณะแห่งการกระทำที่ถือว่าเป็นความผิด โดยให้ถือว่าผู้ฝ่าฝืนคำสั่งนี้กระทำความผิดวินัยอย่างร้ายแรง ดังนั้นการเป็นกรรมการผู้จัดการหรือผู้จัดการในบริษัทห้างร้านเอกชน จึงเป็นการต้องห้ามตามคำสั่ง ดังกล่าว ส่วนการดำรงตำแหน่งที่มีหน้าที่อื่นในบริษัทห้างร้านเอกชนจะเป็นการต้องห้าม หรือไม่นั้น จะต้องพิจารณาจากข้อเท็จจริงเป็นเรื่อง ๆ ไป”

แนวการตีความของสถาบันสำคัญทางกฎหมายของไทยข้างต้นนับว่าสอดคล้องกับการตีความของศาลสูงสุดหลาย ๆ ประเทศเช่นกัน อาทิ ศาลฎีกาของเยอรมัน (1918), ศาลฎีกาของปากีสถาน (1959), ศาลสูงสุดของอุแกนดา (1966), ศาลอุทธรณ์ของโรดีเซีย (1959) และ The Judicial Committee of the Privy Council ในประเทศอังกฤษ ปี 1968

(15) อ้างใน วิชา กฎหมาย, “กฎหมายรัฐธรรมนูญ”, เพิ่งอ้าง, หน้า 386-7

อย่างไรก็ดี มีข้อสังเกตว่า แนวตีความเช่นนี้ก็เคยถูกปฏิเสธเช่นกัน จากศาลสูงสุดของในจีเรีย (1970) และศาลสูงสุดของประเทศปากีสถานในปี 1972⁽¹⁶⁾ รายละเอียดในเรื่องนี้มีอยู่ว่า ในปี 1970 ศาลสูงสุดของประเทศในจีเรียได้ตัดสินคดี Lakanmi Case โดยปฏิเสธที่จะปรับโทษของเคสเซน มาใช้บังคับโดยถือว่ารัฐประหาร โดยใช้กำลังทหารปี 1968 มิใช่การปฏิวัติที่แท้จริง แต่หากเป็นเพียงการเปลี่ยนโอนอำนาจ จากคณะรัฐมนตรีมาอยู่ในมือทหารนั้น ดังนั้นอำนาจในทางนิติบัญญัติของสถาบันใหม่ (ที่เกิดขึ้นภายหลังรัฐประหาร) จึงถูกจำกัดให้ขึ้นกับรัฐธรรมนูญฉบับก่อน กฎศีกษาของฝ่ายทหารที่เป็นเรื่องพิพาทเบื้องต้นศาล มิได้ตราขึ้นภายใต้หลักแห่งความจำเป็นใด ๆ (Doctrine of Necessity) จึงต้องถือว่าเป็นโมฆะ ส่วนในกรณีของปากีสถานนั้นปรากฏอยู่ในคดี Asma Jilani โดยศาลสูงสุดของปากีสถานไม่ยอมรับโทษของเคสเซนเรื่อง “ประสิทธิภาพ” เช่นกัน และตัดสินว่ากฎข้อบังคับอันเป็นปัญหาพิพาท (ให้อำนาจเจ้าหน้าที่ทหารกักขังบุคคลได้ โดยไม่ต้องผ่านการพิจารณาตัดสินอย่างไม่มีกำหนดเวลา) ซึ่งหัวหน้าคณะรัฐประหารประกาศใช้เป็นกฎข้อบังคับที่มีขอบด้วยกฎหมาย โดยวางบรรทัดฐานว่า กฎหมายจะมีความสมบูรณ์ (Valid) ได้ ก็โดยผ่านการรับรองจากศาลและการยอมรับขององค์กรด้านนิติบัญญัติ ซึ่งมีความสามารถที่จะออกกฎหมายได้ จนแม้รัฐธรรมนูญ (ของฝ่ายปฏิวัติ) ก็ต้องแสดงออกซึ่งเจตจำนงของประชาชน โดยผ่านผู้แทนที่ได้รับการเลือกตั้งขึ้นมา

นัยที่สองพิจารณาว่า⁽¹⁷⁾ การปฏิวัติย่อมถือเป็นการทำลายระบบกฎหมายเดิม ดังนั้นในระหว่างที่คณะปฏิวัติยังมิได้มีการจัดตั้งระบบกฎหมายขึ้นใหม่ บรรดาคำสั่งของคณะปฏิวัติจึงไม่ใช่กฎหมายที่สมบูรณ์ แต่มีลักษณะเป็นคำสั่งในสภาวะการณ์ฉุกเฉิน (Emergency Situation) ในช่วงระยะเวลานั้นจึงกล่าวได้ว่าเกิดสภาพไร้กฎหมายขึ้น (Legal Vacuum) ทางแก้ไขเรื่องนี้ จะกระทำได้อต่อเมื่อคณะปฏิวัติได้ก่อตั้งระบบกฎหมายของรัฐขึ้นมาใหม่ได้สำเร็จโดยอำนาจของคณะปฏิวัติซึ่งแสดงออกในรูปคำสั่งอันเป็นแนวปฏิบัติ ในเรื่องต่าง ๆ ได้รับการยอมรับถือปฏิบัติตามอย่างต่อเนื่องหรืออย่างมีประสิทธิภาพ จากประชาชนหรือเจ้าหน้าที่ด้านกฎหมายต่าง ๆ ของรัฐ หลังจากนั้นคณะปฏิวัติจึงต้องตรากฎหมายนิรโทษกรรมตัวเองและตรากฎหมายขึ้นมาบัญญัติรับรองผลทางกฎหมายของประกาศ หรือคำสั่งของคณะปฏิวัติ ให้ถือว่าบรรดาประกาศหรือคำสั่งฯ นั้นเป็นกฎหมายที่สมบูรณ์

แนวการตีความนัยนี้ แม้โดยหลักใหญ่ใจความจะมิได้รับการถือตามจากนักกฎหมายไทย คำที่ไม่ถือให้การปฏิวัติเป็นการทำลายระบบกฎหมายโดยส่วนรวม แต่ในทางข้อเท็จจริง วิธีการ

(16) ดู จรัญ โฆษณานันท์, “กฎหมายกับสิทธิเสรีภาพในสังคมไทยฯ”, อ้างแล้ว, หน้า 106-7

(17) รองพล เจริญพันธ์, “นิติปรัชญา”, (มหาวิทยาลัยรามคำแหง), หน้า 78 - 9

รับรองความสมบูรณ์ทางกฎหมายเช่นนี้ก็ปรากฏในเมืองไทยเราเช่นกัน ดังเช่นกรณีธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร 2515, มาตรา 21 ซึ่งบัญญัติว่า

“บรรดาประกาศของคณะปฏิวัติหรือคำสั่งของหัวหน้าคณะปฏิวัติ ที่ได้ประกาศหรือสั่งในระหว่างการปฏิวัติ วันที่ 17 พฤศจิกายน 2514 จนถึง วันประกาศธรรมนูญการปกครองนี้ ไม่ว่าจะ เป็นไป ในรูปใด และไม่ว่าจะประกาศหรือสั่งให้มีผลในทางนิติบัญญัติในทางบริหารหรือในทางตุลาการ ให้ถือว่าประกาศหรือคำสั่งตลอดจนการปฏิบัติตาม ประกาศหรือคำสั่งนั้นเป็นประกาศหรือคำสั่งหรือการปฏิบัติที่ชอบด้วยกฎหมาย”

แนวการตีความประการหลังนี้ มองในแง่เหตุผลแล้ว ดูจะมีความชอบธรรมน่าเชื่อถือมากกว่าแนวการตีความประการแรก คำที่พิจารณาความสมบูรณ์ของประกาศ หรือคำสั่งคณะปฏิวัติในลักษณะที่เป็นกระบวนการหรือเป็นระบบที่ค่อนข้างชัดเจนอย่างมีหลักเกณฑ์ มิใช่เป็นการสรุปความสมบูรณ์ในเชิงกฎหมายของประกาศหรือคำสั่งคณะปฏิวัติอย่างเป็นอัตโนมัติพร้อม ๆ กับความสำเร็จของคณะปฏิวัติ ซึ่งเป็นข้อสรุปที่ออกจะรวบรัดจนเกินไป (ถึงแม้ว่า จะมีความพยายามที่จะอธิบายแนวการตีความอย่างแรกให้ดูละเอียดขึ้นก็ตาม ในทำนองว่าอำนาจปฏิวัติที่เกิดขึ้นนั้นมีลักษณะเป็นกระบวนการที่ก่อให้เกิดกฎหมายในตัวของมันเองซึ่งก็คล้าย ๆ การก่อตัวของกฎหมายประเพณี เมื่ออำนาจปฏิวัติดำรงอยู่ได้และประชาชน ก็ยอมรับในอำนาจนั้น จนกลายเป็นธรรมเนียมประเพณี (อย่างกลาย ๆ) ในการยอมรับความชอบธรรมหรือความสมบูรณ์เป็นกฎหมายของคำสั่งคณะปฏิวัติ)⁽¹⁸⁾

อย่างไรก็ดี มาตรการที่เราจะสามารถสรุปถึงความมีเหตุผลเหนือกว่า ของแนวการตีความประการหลัง แต่หากพิจารณาที่กันโดยจริงจิงแล้ว แนวการตีความนี้ก็สร้างผลลัพธ์ที่ยุ้งยาก ไม่พึงปรารถนาในทางปฏิบัติ กล่าวคือปัญหาสภาพไร้กฎหมาย (Legal Vacuum) ซึ่งต้องเกิดขึ้นในช่วงขณะหนึ่งก่อนระบบกฎหมายใหม่จะถูกสถาปนาขึ้น ผลลัพธ์ก็คือรัฐไม่สามารถลงโทษผู้กระทำความผิดกฎหมายใด ๆ ในช่วงนั้น (ในทางทฤษฎี) ซึ่งนับว่า ขัดแย้งกับสถานการณ์ที่เป็นจริงอย่างที่สุด⁽¹⁹⁾ นอกจากนี้หากมองกันอย่างถึงที่สุดแล้ว คงต้องตั้งข้อสังเกตเช่นกันในเรื่องการตรากฎหมายขึ้นมาบัญญัติรับรองผลทางกฎหมายของประกาศ หรือคำสั่งของคณะปฏิวัตินี้ดังกล่าว ซึ่งน่าคิดว่าขั้นตอนหรือกระบวนการทำให้ถูกต้องตามกฎหมาย (Legalization) เช่นนี้เป็นเพียงเรื่อง

(18) ปรีดี เกษมทรัพย์, “คำบรรยายวิชาสัมมนากฎหมายแพ่ง”, (เอกสารบันทึกคำบรรยายรายชั่วโมงวิชา สัมมนา กฎหมายแพ่ง, มหาวิทยาลัยรามคำแหง ครั้งที่ 8 วันเสาร์ที่ 10 สิงหาคม 2517), หน้า 4

(19) S.K. Date-Bah, “Jurisprudence’s Day in Court in Ghana”, (International & Comparative Law Quarterly, Vol. 20, April 1971), P. 322

แบบพิธีภายนอกเท่านั้นหรือ เพราะไม่มีสายโยงอะไร ระหว่างแบบพิธีนี้กับสิ่งที่จะเป็นเสมือน ตัวแทนแห่งเหตุผลหรือตัวแทนแห่ง ความชอบธรรม ซึ่งอนุমানได้ว่าควรมีอยู่ในกฎหมายที่ สมบูรณ์ทั่วไป⁽²⁰⁾ เราจะเห็นว่า กฎหมายที่รับรองความสมบูรณ์ของประกาศหรือคำสั่งของ คณะปฏิวัตินั้น กล่าวคือ ธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร ก็เป็นกฎหมายแม่บทที่คณะปฏิวัติ เป็นผู้ประกาศขึ้นใช้เอง โดยอำนาจของคณะปฏิวัติล้วน ๆ เช่นกัน โดยมีได้ผ่านการลงประชามติหรือ ผ่านสถาบันหรือกระบวนการทางนิติบัญญัติภายใต้ระบอบประชาธิปไตยแต่ประการใด^(20A) ตรงจุดนี้ เองน่าจะถือว่า เป็นจุดอ่อนของแนวคิดความที่เปิดช่องว่างระหว่างรอยต่อเรื่องอำนาจกับความเป็น ธรรม หากยึดกุมหัวใจของทฤษฎีปฏิฐานนิยมทางกฎหมาย ในแบบฉบับสมัยใหม่ (ศต.ที่ 20) ซึ่งพยายามเชื่อมต่อเรื่องการใช้อำนาจของรัฐบาลปิตัยในการออกกฎหมายกับเรื่องสถาบัน, ขั้นตอน หรือกฎเกณฑ์การใช้อำนาจที่เป็นธรรมในฐานะเงื่อนไขสำคัญของการควบคุมหรือการถ่วงดุลการใช้ อำนาจแล้ว การยอมให้คณะปฏิวัติออกกฎหมายรับรองคำสั่งหรือประกาศของตัวเองย่อมเท่ากับ การรับรองว่า คณะปฏิวัติและสถาบันหรือกฎเกณฑ์ดังกล่าวเป็นสิ่งเดียวกันในตัวเอง หรือคณะปฏิวัติ ในฐานะองค์กรรัฐบาลปิตัยสามารถใช้อำนาจเชิงนิติบัญญัติของตน โดยไม่ต้องผ่านหรือเชื่อมต่อกับสถาบัน อื่นได้เลย

เงื่อนไขของความไม่ลงรอยระหว่างประกาศ หรือคำสั่ง ของคณะปฏิวัติกับกระบวนการ ที่ชอบธรรมของการใช้อำนาจออกหรือรับรองประกาศหรือคำสั่งนั้น ๆ ให้มีค่าบังคับเป็นกฎหมาย จึงนับเป็นเงื่อนไขสำคัญให้มีปฏิกริยาของการวิพากษ์วิจารณ์ ต่อสถานภาพการเป็นกฎหมาย ของประกาศหรือคำสั่งคณะปฏิวัติ โดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อประกอบกับประกาศหรือคำสั่งคณะ ปฏิวัติหลาย ๆ ฉบับมักมีปัญหาคะทบต่อสิทธิมนุษยชนหรือสิทธิเสรีภาพขั้นมูลฐานของประชาชน

เท่าที่ผ่านมาปฏิกริยาวิจารณ์ดังกล่าว คงปรากฏอยู่ในหลายลักษณะ ภายใต้ระดับอารมณ์ ความรู้สึกหรือเหตุผลที่แตกต่างกัน ส่วนที่มีอารมณ์เจ็บป่นมากหน่อยก็มักยืนยันเท่าที่ปฏิเสธ สถานภาพการเป็นกฎหมายของประกาศหรือคำสั่งคณะปฏิวัติทั่วไปหมด โดยเห็นในทำนองว่า

(20) โปรดพิจารณาเปรียบเทียบทรรศนะของ ดร.รองพล เจริญพันธ์ ที่ว่า “คำว่า อำนาจ” นี้ภาษาไทยไม่แยกระหว่าง Authority และ Power สำหรับรัฐที่มี Authority ในการตรากฎหมาย และฝ่ายบริหารอยู่ใต้บังคับ Legal process และ Authority ของสถาบันต่าง ๆ แล้ว เราต้องถือว่านี่เป็น “นิติรัฐ” (Legal State).....ส่วนรัฐที่มีแต่ Power โดยไม่มี Legal process และ Legal Institutions ในการปกครองนั้นเราจะถือว่าคำสั่งที่เกิดจาก Power ไม่ใช่กฎหมายเว้นแต่จะเป็นคำสั่งที่เป็นธรรมด้วย.....” (รองพล เจริญพันธ์, “กฎหมายคืออะไร”, ใน วารสารนิติศาสตร์, ฉบับที่ 3 ปีที่ 11 พ.ศ. 2523, หน้า 404

(20 A) โปรดพิจารณาเปรียบเทียบทรรศนะของชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศักดิ์ ในบทความเรื่อง “ฝันเพื่อเรื่องป้องกัน ปฏิวัติ” วารสารนิติศาสตร์, มหาวิทยาลัยรามคำแหง, ปีที่ 1 ฉบับที่ 5, 2520, หน้า 139-42

กฎหมายไม่ควรเกิดจากการกระทำที่ผิดกฎหมาย แต่ทรรคนะวิจารณ์ที่ใช้เหตุผลมองปัญหาอย่างรอบคอบ กลับเสนอให้ศาลสูงสุดเป็นผู้วางเงื่อนไขกำหนดให้ประกาศหรือคำสั่งของคณะปฏิวัติมีผลบังคับใช้เป็นกฎหมาย เฉพาะภายในช่วงเวลาประเทศอยู่ภายใต้การปกครองแบบปฏิวัติหรือรัฐประหารเท่านั้น โดยเมื่อบ้านเมืองกลับคืนสู่สภาวะปกติแล้ว (มีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญใหม่) ประกาศหรือคำสั่งฯ ที่มีผลกระทบกระเทือนต่อสิทธิเสรีภาพขั้นมูลฐานของประชาชนจะต้องสิ้นผลไปทันที⁽²¹⁾

น่าสังเกตว่าข้อเสนอดังกล่าวนับว่ามีส่วนคล้ายกับทรรคนะของนักรัฐศาสตร์คนสำคัญท่านหนึ่ง ซึ่งเห็นว่า คำสั่งหรือประกาศของคณะปฏิวัติมีศักดิ์หรือฐานะเพียง “เทียบเท่า” กฎหมายในสถานการณ์ปฏิวัติรัฐประหาร ซึ่งเป็นเรื่องชั่วคราวช่วยยาม และต้องหมดสภาพความเป็นกฎหมายทันทีโดยอัตโนมัติเมื่อประกาศใช้ระบอบรัฐธรรมนูญเข้าสู่กระบวนการนิติบัญญัติและตุลาการปกติ⁽²²⁾

ต่อปัญหาละเอียดอ่อนข้างต้น ผู้เขียนเคยแสดงทรรคนะ (ในงานเขียนชิ้นอื่น) แล้วว่าท่าทีวิพากษ์วิจารณ์ทั่วไปต่อคำสั่งหรือประกาศของคณะปฏิวัติใด ๆ น่าจะออกมาในรูปตัดสินวิจารณ์เป็นรายฉบับมากกว่าจะเป็นการยอมรับ, ปฏิเสธหรือประณามอย่างสิ้นเชิง โดยพิจารณาถึงสาระแห่งคำสั่งหรือประกาศฯ ว่ามีนัยใด ๆ หรือไม่ที่ขัดต่อหลักสิทธิมนุษยชน หรือหลักนิติธรรมเป็นอาทิ ทั้งนี้โดยมอบให้ศาลสถิตยุติธรรมเป็นองค์กรที่ดำเนินบทบาทวินิจฉัยตัดสินถึงความไม่สมบูรณ์ทางกฎหมายหรือความเป็นโมฆะของประกาศ หรือคำสั่งของคณะปฏิวัติที่ขัดต่อหลักสิทธิมนุษยชนหรือหลักนิติธรรมอย่างชัดแจ้ง⁽²³⁾

(21) ทรรคนะของ พันธ ทัศนียานนท์ จากบทความเรื่อง “สิทธิเสรีภาพส่วนบุคคลของชาวไทย” ใน วารสารนิติศาสตร์, เพิ่งอ้าง, หน้า 449

(22) เสน่ห์ จามริก, “การเมืองไทยกับพัฒนาการรัฐธรรมนูญ”, อ้างแล้ว, หน้า 274

ทรรคนะของท่านศาสตราจารย์ เสน่ห์ ดังกล่าวมีประเด็นชวนคิดอยู่บ้างว่าสมควรเป็นข้อสรุปที่ใช้เสมือนเป็นหลักการทั่วไป หรือใช้เฉพาะในบริบทของสังคมการเมืองไทย เนื่องจากเป็นการยืนยันให้คำสั่งหรือประกาศของคณะปฏิวัติทุกฉบับต้องสิ้นผลเป็นกฎหมายทันทีที่สถานการณ์สิ้นสุดลงความปกติมีประกาศใช้รัฐธรรมนูญแล้ว ปัญหาอยู่ยากอยู่ตรงที่เมื่อเราไปยอมรับให้คำสั่งหรือประกาศฯ มีฐานะเป็นกฎหมายแต่ตอนแรกแล้ว คำพิพากษาให้ “เงื่อนไข” เป็นตัวตัดสินฐานะความเป็นกฎหมายดังกล่าวจะพึงค้นหาข้อข้อเพียงไหน (ตรงนี้เราอาจต้องนึกย้อนไปเปรียบเทียบทรรคนะของราช (Joseph Raz) ซึ่งเห็นว่า หากกฎหมายถูกตราขึ้น (หรือได้รับการยอมรับเป็นกฎหมาย) โดยสมบูรณ์แล้ว ภาวะความเป็นกฎหมายนั้น ๆ ย่อมคงดำรงอยู่ แม้รัฐธรรมนูญ (หรือแหล่งอำนาจที่ให้กำเนิดกฎหมาย) จะถูกยกเลิก (หรือหมดสภาพ) ไปแล้วก็ตาม) ยังประเด็นสำคัญเรื่องความชอบธรรมในเนื้อหาของสาระของประกาศหรือคำสั่งคณะปฏิวัติก็มิได้ถูกนำมาขึ้นพิจารณา เช่นนี้แล้วประกาศหรือคำสั่งคณะปฏิวัติที่ (อาจ) มีเนื้อหาอันชอบธรรมก็ย่อมต้องสิ้นสภาพการเป็นกฎหมายอย่างไม่มีข้อยกเว้น ท้ายที่สุด สมมุติฐานแห่งข้อสรุปของศาสตราจารย์ เสน่ห์ ดูเหมือนจะวางอยู่ที่การไม่ยอมให้การปฏิวัติรัฐประหารเป็นสิ่งที่ชอบธรรมในกระบวนการเปลี่ยนแปลงทางการเมืองควบคู่กับการเปลี่ยนแปลงโดยวิถีทางแห่งรัฐธรรมนูญ (ซึ่งเขาเห็นว่าเป็นการชื่อ “มาตรฐานสองชั้น” หากไปยอมรับความชอบธรรมของการปฏิวัติรัฐประหาร) สมมุติฐานทางความคิดดังนี้ย่อมรับฟังได้เมื่อพิจารณาจากบริบทของสังคมการเมืองไทยที่ผ่านมาในรอบ 40 ปี (นับแต่การรัฐประหาร 2490) แต่ก็น่าคิดอยู่ว่าจะเป็นสมมุติฐานที่ใช้ได้โดยทั่วไป ทุกกาลหรือทุกบริบทของสังคมหรือ เพราะหากเป็นเช่นนั้นแล้วอย่างน้อย การปฏิวัติ 2475 ก็จะไม่ใช่ออกกเว้นด้วยเช่นกัน

(23) จริฎ โฆษณานันท์, “กฎหมายกับสิทธิเสรีภาพในสังคมไทยฯ”, อ้างแล้ว, หน้า 108-9

ข้อเสนอเหล่านี้รวมความแล้วโดยสภาพก็คงเป็นเพียงแนวคิดหนึ่ง ๆ ที่อาจเป็นเรื่องเล็งหวังผลได้ยากในทางเป็นจริงดังอาจหวนคิดถึงถ้อยคำโบราณในสุภาษิตกฎหมายของโรมันที่เคยกล่าวว่า “เมื่อเสียงปืนดังขึ้น กฎหมายก็ยอมเงียบเสียงลง” (Inter arma Silent leges) “แต่กระนั้นก็เป็นปัญหาคิดทางนิติปรัชญาว่า เมื่อเสียงปืนสงบเรียบลงไปแล้ว กฎหมาย (หรือความยุติธรรม) จะมีเสียงขึ้นมาบ้างไม่ได้หรืออย่างไร”⁽²⁴⁾

(24) ม.ร.ว. เสนีย์ ปราโมช, “การกักตัวอันธพาลโดยเจ้าหน้าที่ฝ่ายบริหารขัดต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่”, (วารสาร
บทบัณฑิตย์, เล่มที่ 27, ตอนที่ 3, 2513), หน้า 623, ความในวงเล็บเพิ่มเติมโดยผู้เขียนตำรา



นกฮูก

พระจันทร์กลมส่องสว่างในเวลากลางคืนอันงดงาม
เงาเล่นอยู่ในทางเดินอย่างเงิบเงียบ
ดอกไม้ยามค่ำคืนเผยกลิ่นหอมอบอวล
และน้ำค้างตกมาต้องดอกไม้เหล่านั้น
แต่... ในท่ามกลางความวิเวกและความเงียบสงบ
เสียงพื้พื้ของปีกนกอันลึกลับก็เริ่มต้น
มันคือนกฮูกซึ่งท่องเที่ยวไปในความมืด
และค้นหาอะไรบางอย่างที่เราไม่เห็น
มองดูนกกลางคืนแล้วทำให้ฉันคิดถึง
ชีวิตของเราที่อยู่ในจักรวาลกว้างใหญ่
เป็นไปได้ไหมที่เราจะค้นพบความรู้อันบริสุทธิ์
จากการเข้าใจความลับแห่งธรรมชาติ

SIRINDHORN

สมเด็จพระเทพรัตนราชสุดาฯ สยามบรมราชกุมารี⁽¹⁾

(1) สมเด็จพระเทพรัตนราชสุดาฯ สยามบรมราชกุมารี, “ความคิดคำนึง”, (ธนาคารกสิกรไทย จัดพิมพ์. 2527)