

ส่วนนำ

Justice และ **Legitimacy** เป็นคำที่นักวิชาการบางกลุ่มของทฤษฎีทางสังคมและกฎหมายในศตวรรษที่ 19

ได้ให้ความสนใจน้อยลง ทั้งนี้เพราะการศึกษาความยุติธรรม(**Justice**)กับความชอบธรรม(**Legitimacy**)

ถูกมองว่าเป็นการศึกษาที่คิดยึดอยู่กับคำถามที่เป็นคุณค่า (**Value**)

และไม่สามารถพิสูจน์ตามปรัชญาการศึกษาวิทยาศาสตร์ได้

ศาสตราจารย์ทางกฎหมายชาวเยอรมันที่มีชื่อเสียงอย่าง **Hans Kelsen** มองว่า คำถามเรื่องความยุติธรรม

มักมองว่ากันว่าเป็นคำถามทางคุณค่านิยมในหมู่นักกฎหมายกลุ่มหนึ่งที่พัฒนาทฤษฎีทางกฎหมายของตนให้หลุดจากทฤษฎีทางสังคมและประวัติศาสตร์ที่เรียกว่า **the pure theory of law** หรือ พวก **Positive law**

ในระหว่างช่วงศตวรรษที่ 19 พวกนี้มองกันว่าคำถามที่เกี่ยวกับคุณค่าเป็นคำถามที่ตอบได้ยากอย่างเป็นวิทยาศาสตร์

ทั้งที่จริงแล้ว **Kelsen** พยายามชี้ให้เห็นว่า การที่พวกนักกฎหมายกลุ่มนี้ต้องละเลยความสนใจทางทฤษฎีทางสังคมเหล่านี้

ทั้งนี้เพราะนักกฎหมายในแนว **Positive law**

ไม่สามารถอธิบายคุณค่าบางอย่างของกลุ่มคนที่ถือครองอำนาจรัฐที่มักใช้กฎหมายเพื่อประโยชน์ของตนได้

ไม่สามรถอธิบายคุณค่าบางอย่างของกลุ่มคนที่ถือครองอำนาจรัฐที่มักใช้กฎหมายเพื่อประโยชน์ของตนได้

Kelsen ชี้ว่า ในหมู่นักกฎหมายเองก็มีความคิดเห็นที่แตกต่างกันในเรื่องนี้ไม่น้อย

และไม่ใช่ว่าเรื่องที่จะไม่มีการถกเถียงในหมู่นักกฎหมายกลุ่มสำนักของนักกฎหมาย

ความแตกต่างเหล่านี้มีพื้นฐานที่สำคัญจาก **สมมติฐานของรัฐและสมมติฐานในอำนาจรัฐ**

จนเกิดเป็นสำนักความคิดที่มองในแง่มุมมองที่ต่างกันทางปรัชญา และความสัมพันธ์ของกฎหมายและรัฐ

ในการแบ่งอย่างกว้างๆ พวกหนึ่งจะเป็นพวกที่ถูกมองว่า **เป็นนักกฎหมายที่ไม่เป็นวิทยาศาสตร์** พวกนี้ก็ยังสนใจ

และให้ความสำคัญกับคุณค่าที่กฎหมายต้องเกี่ยวข้อง พวกนี้ยังเห็นว่า

การตอบคำถามเกี่ยวกับความยุติธรรมยังเป็นในการศึกษากฎหมาย พวกนี้พัฒนาตัวเองเป็นวิชา **Legal Philosophy**

และ พวก **Natural Law** ส่วนอีกพวกหนึ่งเห็นว่า **วิชากฎหมาย เป็น a Science** พวกนี้คือพวก **Positive**

Law และ พวกที่เชื่อในสมมติฐานเกี่ยวกับรัฐ และอำนาจของรัฐ อย่าง **Austin**

พวกนี้มีความเชื่อในปรัชญาการศึกษาแบบวิทยาศาสตร์ พวกนี้จะมองกฎหมายไม่ให้เป็นทฤษฎีที่แล้วแต่ใจผู้อ้างไม่ได้

(บวรศักดิ์, 2538: 95) และ พวกกลุ่มนักกฎหมายกลุ่มนี้ เรียกวิชาของตัวเองว่า **Legal science** (

นิติศาสตร์ ???) ที่ไม่สนใจตอบคำถามเรื่องความยุติธรรม และความเชื่อในคุณค่าของรัฐและสังคม

และเชื่อในความบริสุทธิ์ของทฤษฎีทางกฎหมาย”The Pure Theory of Law”¹

ในรายงานฉบับนี้จึงต้องการสะท้อนให้เห็นว่า

อันที่จริงแล้วการถกเถียงในเรื่องความเกี่ยวข้องกันของทฤษฎีทางกฎหมายและรัฐศาสตร์ เป็นสิ่งที่ไม่ควรจะถูกละเลย และประเด็นนี้กำลังมีความจำเป็นมากขึ้นทั้งในปัจจุบันและในอนาคตอันใกล้ ดังจะเห็นจากบทบาทของศาลรัฐธรรมนูญ ที่ต้องการความหลากหลายทางแนวความเห็นในการตัดสินประเด็นปัญหาสูงสุดทางความสัมพันธ์ของการเมืองและกฎหมาย

ที่ผ่านมาในวงการกฎหมายมีการมองตัวเองว่า เป็นศาสตร์ทางวิทยาศาสตร์ ในช่วงกว่าศตวรรษที่ผ่านมา

แนวทางการศึกษาได้รับการพัฒนาไปมากในทางอภิปรัชญา

ความเงื่อนไขของพาราไดม์ของมนุษยชาติที่มั่นใจในความสำเร็จอย่างวิทยาศาสตร์

วิทยาศาสตร์ได้ถูกตั้งคำถามในความเหมาะสมในการเข้าไปในหลายศาสตร์ คำถามนี้ควรจะถูกตั้งคำถามบ้างหรือไม่ว่า

ในวงการนิติศาสตร์ที่จะเกี่ยวข้องกับการเมือง อันที่จริงแล้วหากถ้ามีการยอมรับในพื้นฐานทางปรัชญาการศึกษาที่แตกต่างกัน

เราจะพบว่ากฎหมาย โดยเฉพาะส่วนที่เป็นกฎหมายมหาชน ได้รับการชี้แนะจากนักกฎหมายอย่าง **Kelsen**

ให้มีการปฏิบัติที่แตกต่างจากกฎหมายธรรมดาทั่วไป

กฎหมายมหาชนเป็นส่วนที่มีพื้นฐานทางปรัชญาอย่างเดียวกันกับปรัชญาทางรัฐศาสตร์

และมีความจำเป็นต้องใช้แนวทางกฎหมายที่ยอมรับในทฤษฎีทางสังคมศาสตร์

ความคิดเห็นเช่นนี้ไม่ได้มีแต่เพียงความเห็นส่วนตัวของนักรัฐศาสตร์ที่ไม่โด่งดังอะไรเลยอย่างข้าพเจ้า

นักกฎหมายที่มีชื่อเสียงในระดับโลกอย่าง **Hans Kelsen** หรือแม้แต่กับนักกฎหมายมหาชนไทยร่วมสมัยที่มีชื่อเสียงอย่าง ศาสตราจารย์บวรศักดิ์ ยังยอมรับความจริงข้อนี้ด้วย

ศาสตราจารย์ บวรศักดิ์ ได้กล่าวไว้ในส่วนคำนำของหนังสือของเขาที่ชื่อว่า กฎหมายมหาชน :

วิวัฒนาการทางปรัชญาและลักษณะของกฎหมายมหาชนในยุคต่างๆ ว่า “ สิ่งที่ผู้เขียนต้องการเน้นก็คือ กฎหมายมหาชน กับรัฐศาสตร์ และรัฐประศาสนศาสตร์เป็นสิ่งที่เกี่ยวข้องกันอย่างลึกซึ้งแยกจากกันไม่ได้ เพราะที่นามทางปรัชญาเป็นที่มาเดียวกัน และการศึกษาก็ศึกษาเรื่องเดียวกันแต่มองกันไปคนละมุมและใช้วิธีการที่อาจแตกต่างกันในการวิเคราะห์ปัญหา ถ้ารัฐศาสตร์ศึกษา “เกมแห่งการเมือง” หรือ “เกมแห่งอำนาจ” กฎหมายมหาชนก็ศึกษา “กติกาของเกมแห่งการเมือง” หรือ “กติกาของเกมแห่งอำนาจ” นั่นเอง เมื่อเป็นเช่นนี้

ผู้ศึกษาจะต้องระลึกเสมอว่าในการวิเคราะห์ปัญหาทุกปัญหาจะต้องใช้ศาสตร์ทั้งสามไปด้วยกันเสมอ

ถ้าใช้ศาสตร์ใดศาสตร์หนึ่ง เราก็จะไม่เข้าใจในปรากฏการณ์เชิงอำนาจได้หมด คนที่มุ่งศึกษาแต่”กฎหมาย”

ในฐานะเป็นเครื่องมือให้อำนาจและจำกัดอำนาจองค์กรเหล่านั้นจะเห็นแต่ภาพเชิงสถิตย์ (**Static**)

ของกฎเกณฑ์ที่ใช้กับองค์กรเหล่านั้น จะไม่มีทางเข้าใจจิตวิญญาณและวิถีความประพฤติก้องค์กรในเกมแห่งอำนาจได้เลย

เพราะสิ่งเหล่านี้เป็นพลวัต (**dynamic**) ตลอดเวลา” (เน้นโดยผู้ทำรายงาน)

ในรายงานฉบับนี้จะได้สำรวจความคิดทางกฎหมายของ **Kelsen** ว่า มีความคิดเห็นอย่างไรกับการศึกษากฎหมายมหาชน

และแนวความคิดทางกฎหมายมหาชนมีความเชื่อมโยงทางปรัชญากับการเมืองอย่างไร

โดยผ่านแนวความคิดเรื่องความยุติธรรม และความชอบธรรม

¹ ดู Kelsen (1971) ใน 2 บทคือ Science and Politics หน้า 363–368 ในส่วนที่อธิบายชื่อ Science of Law and Politics และบทที่หัวข้อ The pure theory of Law and analytical Jurisprudence หรือ ในคำพิพากษาของบวรศักดิ์ อุวรรณโณ (2538) หน้า 94-95

เหรียญสองด้านของ รัฐ: Legal Order และ Social Order

Kelsen มีการให้ความหมายของรัฐ กลับไปกลับมาระหว่างการทำหน้าที่ในฐานะ **Legal order** กับ **Social**

Order ทั้งที่เขามองว่า **Legal Order** ไม่ใช่ทุกส่วนของ **Social Order** อันที่จริงแล้ว

การอ่านงานของเขาอย่างพิถีพิถันระหัด ถ้าเขาเป็นนักวิชาการที่ไม่มี”เครดิต”อาจจะต้องตีความว่า

เขามีความสับสนในการให้คำแนะนํารัฐว่าเป็นอย่างใดกันแน่

แต่อันที่จริงแล้วการกลับไปกลับมาในความหมายและการทำหน้าที่ของรัฐของเขานั้นทำหน้าที่สองด้านเหมือนเหรียญอันเดียวกั

น ที่ด้านหนึ่ง รัฐ จะมีฐานะทาง **Social Order** ในอีกด้าน รัฐ จะอยู่ในฐานะ **Legal order**

อันมีความหมายถึงความเชื่อมโยงของนิติทางการเมืองสังคมและกฎหมายเป็นสิ่งที่แยกกันไม่ออกในความจริง

การมองคนละด้านของรัฐก็จะให้ความเป็นจริงที่ต่างกัน

Kelsen เริ่มต้นการให้ความหมายของรัฐอย่างเรียบง่ายว่า” ในแง่ความสัมพันธ์ของรัฐกับกฎหมาย

รัฐคือชุมชนทางการเมือง ซึ่งสร้างและบังคับใช้ ระเบียบทางสังคมที่เรียกว่า กฎหมาย(Law)”²

Kelsen ได้เริ่มต้นว่า คำว่าชุมชน มีความหมายที่แสดงถึงการรวมตัวของปัจเจกบุคคลที่มีบางสิ่งร่วมกัน(1971: 290)

ซึ่งมีบางคนสมมุติเอาว่า ชุมชนเป็นการรวมตัวของผลประโยชน์ร่วมกัน ซึ่งเขาไม่เห็นด้วยในแง่ที่เสียที่เดียว เขากลับเห็นว่า

จริงอยู่ที่ผลประโยชน์ร่วมกันจะเป็นมูลเหตุจูงใจการจัดตั้งชุมชน แต่ก็ใช่ว่าปัจเจกทุกคนจะมีมูลเหตุจูงใจเพียงอันเดียว หรือ

บางชุมชนอาจจะก่อตั้งมาโดยไม่มีผลประโยชน์ร่วมกันก็อาจเป็นไปได้เช่นกัน

หรือบางชุมชนอาจจะประกอบไปด้วยปัจเจกที่มีผลประโยชน์ขัดแย้งหรือตรงกันข้ามกันก็ได้

เขาได้อธิบายลงไปลึกอีกว่า การนิยามรัฐโดยทั่วไป รัฐ คือ

ชุมชนที่ตั้งขึ้นมาด้วยการกระทำของปัจเจกในผลประโยชน์ของปัจเจกที่รวมตัวกัน **Kelsen** เห็นว่า การนิยามเช่นนี้เป็นการละเลย

Kelsen ต้องการชี้ว่า รัฐมีแง่มุมในสองมิติ มิติหนึ่งเกี่ยวกับนิติทางกฎหมาย รัฐ คือ **Legal Order** กับอีกมิติ

คือรัฐในมิติสังคมหรือ **Social Order**

รัฐในฐานะ **Legal Order** นั้น **Kelsen** กล่าวว่า เป็นนิติที่มีรากฐานมาจาก พวก Roman Jurists

ที่มองว่า รัฐเป็นการรวมตัวของชุมชนด้วยผลประโยชน์ร่วมกัน ซึ่งนั่นก็คือรวมตัวกันทำตามกฎหมาย

รัฐจึงเป็นความสัมพันธ์ของกฎหมายซึ่งกฎหมายให้ความยุติธรรม ในที่ซึ่งมีความยุติธรรม จึงเป็นที่ซึ่งมีความสุข **Kelsen**

มองว่า สมมุติฐานนี้จะผิดหรือถูกก็ช่างแต่ก็เป็นการอุปโลกได้ว่า

² คุยกษ์ที่ใช้ว่า “As to the relation between law and state , it is usual to say that the state is a political community which creates or enforces social order called “Law“ “ (Kelsen :1947:291)

การเป็นชุมชนได้ก็เพราะปัจเจกร่วมกันทำตามกฎหมายและก็จินตนาการว่าเป็นสิ่งที่ดี รัฐจึงมีอำนาจทางกฎหมายจากการจินตนาการนี้

ในการอธิบายในส่วนนี้สิ่งที่น่าสังเกตคือ **Kelsen** ได้กล่าวถึง **Plato**

ผู้ให้ความสัมพันธ์ของความยุติธรรมในฐานะความสุข ซึ่งเขากล่าวชี้ให้เห็นว่า แนวความคิดเรื่องความยุติธรรมกับรากเหง้าของกฎหมายเกี่ยวพันกันอย่างไร

ข้าพเจ้าอยากจะกล่าวว่า **Kelsen** มีความลุ่มลึกไปกว่านั้น

เขาจึงไม่ได้หยุดที่ความพอใจในความเข้าใจรัฐเพียงแต่มีกฎหมาย เขาเห็นว่า ในอีกส่วนหนึ่ง รัฐ เป็นความสัมพันธ์ของปัจเจกในชุมชน ในส่วนทางการเมืองแล้ว รัฐทำหน้าที่สร้างกฎหมาย และบังคับใช้กฎหมาย ซึ่ง

รัฐกำลังแสดงออกเช่นการกระทำของบุคคล (1971:292) และนั่นก็เป็นการกระทำของคนจริงๆในรัฐ

รัฐออกกฎหมายหมายถึงคนกระทำในนามของรัฐ ซึ่งจะออกกฎหมายตาม **legal norm** ของกฎหมาย ปัญหาที่

Kelsen พยายามให้คิดก็คือ การกระทำของคนในนามของรัฐ เป็นความรับผิดชอบของรัฐในมิติดังไรกันแน่

Kelsen ต้องการให้มีการมองรัฐใน 2 มิติพร้อมกัน คือ มิติทางสังคมการเมืองของรัฐ และมีกฎหมาย

ในมิติทางการเมืองเป็นเรื่องของคนส่วนมาก ส่วนน้อย ความถูกผิดไม่ได้อยู่ที่คนส่วนมาก ส่วนน้อยเสมอไป รัฐในแง่นี้

รัฐก็เป็นชุมชน แต่ผลประโยชน์ร่วมกันของชุมชนอาจจะขัดโยงผ่าน **Social order** ซึ่งมีความแตกต่างจาก **Legal order**

Kelsen กล่าวว่า รัฐ ในฐานะ **social order** ถ้าจะบอกว่า เหมือนกันกับ **Law** เป็นสิ่งที่ไม่ถูกต้องเพราะ ไม่ทุก

Legal Order คือรัฐ (However , to say that the state as a social order is

identical with the law is not correct. Not every legal order is a state.)

สิ่งหนึ่งที่เราควรรับรู้ในความคิดของ **Kelsen** คือว่า ในการสะท้อนความคิดเช่นนี้ของเขา เป็นการเขียนตอบโต้ **G.**

Merle Bergman ในงานที่ชื่อว่า **The Communal concept of law**

ในงานชิ้นนี้เป็นการสะท้อนความคิดทางกฎหมายในแนว **Positive law** หรือ **The pure theory of law**

ซึ่ง **Kelsen** กล่าวชี้ให้เห็นว่า ในมิติทางกฎหมายอย่าง **positive law**

กำลังละเลยความเป็นจริงทางกฎหมายบางอย่าง นั่นคือการละเลยความเป็นจริงของกลุ่มคนในรัฐที่กำลังกระทำในนามของรัฐ

ที่เป็นเงื่อนไขอีกอย่างหนึ่งให้รัฐ ไม่อาจทำหน้าที่ได้ในเพียงมิติของ **Legal Order** ได้ อย่างไรก็ตาม ในขณะที่เดียวกัน

เขาก็ทำหน้าที่ของนักกฎหมายที่กำลังชี้ถึง ความเป็นวิชากฎหมายที่นักทฤษฎีทางสังคมสมควรที่จะต้องคบคิดเช่นกัน ในแง่ที่ว่า รัฐจะพิจารณาแต่เพียงการแสดงผลออกในเชิงรูปธรรม และในเชิงภาวะวิสัยอย่างเดียวไม่ได้

General Will : ในฐานะความยุติธรรม

เรายังไม่ได้ข้อสรุปที่ชัดเจนเลยว่า ในท้ายที่สุดแล้ว **Social order** ของ Kelsen เป็นเช่นไร รุสโซ
เป็นนักคิดคนหนึ่งที่เราสมควรกล่าวถึง ในฐานะที่เรานักรัฐศาสตร์ทราบกันว่า รุสโซเป็นนักทฤษฎีทางการเมืองประชาธิปไตย
ที่เป็นผู้เริ่มต้นแนวความคิดทางการเมืองประชาธิปไตยสมัยใหม่

เราควรจะทำความเข้าใจกันเพิ่มเติมกันอีกว่า หนังสือ “สัญญาประชาคม “นั้น
รุสโซมีความตั้งใจให้เป็นตำราทางกฎหมายมหาชนมากกว่า ดังแสดงจากชื่อหนังสือที่ขยายต่อมาว่า “หลักกฎหมายมหาชน”
หรือในภาษาฝรั่งเศสที่เขียนว่า “**du contrat social : principes du droit public**” (

บรรพตศั:2538: 55)

ในคำราชของรุสโซ ในแง่กฎหมายที่บรรพตศัสรุปไว้ บรรพตศักล่าวว่า “รุสโซเห็นว่า ในสังคมธรรมชาติ
กฎหมายธรรมชาติทำให้มนุษย์ไม่ทำอันตรายคนอื่น แต่ในสังคมสัญญาใหม่นี้ กฎใช้เป็นกฎหมาย
ซึ่งจะเป็นกฎหมายได้ก็ต้องมาจากเจตนารมณ์ร่วมกันของปวงชนเท่านั้น
และเมื่อกฎหมายเป็นการแสดงออกซึ่งเจตนารมณ์ร่วมกันของปวงชนแล้วกฎหมายเท่านั้นจึงจะจำกัดสิทธิเสรีภาพของคนแต่ละคน
ได้”

ในแง่นี้ Kelsen กลับเห็นว่า แนวความคิดของรุสโซที่เกี่ยวกับ **General will**

เป็นความคิดที่สอดคล้องกับมิติทาง **legal order** ของรัฐมากกว่า **Social Order** ทั้งนี้เพราะ ลักษณะของ

General will ทำตัวเหมือนกันกับอำนาจที่ลึกลับบางอย่างของการผูกพันของคนในประชาคม

Kelsen แสดงทำนองว่า สมควรอย่างยิ่งที่จะต้องรู้จักคำ 2 คำ คือ **General will** กับ **Will of All**

ซึ่งมีความแตกต่างกัน (1971: 298) ลักษณะของ **General will** นี้ จะต้องถูกต้องเสมอ
และมันก็หมายถึงความยุติธรรมในตัวของมันเอง ทั้งนี้เพราะ มันมีลักษณะที่เป็นผลประโยชน์ร่วมของในสมาชิกในชุมชนเสมอ
(1971: 298) โครงสร้างต่างๆของชุมชน หรือ รัฐที่ออกกฎหมายมันจะทำตามความยุติธรรมเสมอของ **General**

Will ซึ่งไม่ใช่เรื่องของสิ่งที่ เป็นเอกฉันท์ หรือ ไม่เป็นเอกฉันท์ หรือ คนส่วนมาก

Kelsen ดูจะมีความตั้งใจสะท้อนความสับสนบางอย่างในรุสโซ ถ้าพิจารณาในแง่ **Social order** และ **Legal**

order ตามแนวคิดของเขาว่า “เป็นไปได้ไหมถ้า **General will** จะปรากฏถ้ามันไม่เป็นไปตามเอกฉันท์ หรือ

เป็นไปได้ตามคนส่วนมากคิดเห็น” และ “ใครล่ะจะเป็นคนตัดสิน หรือ มีความสามารถตัดสินว่า อะไรคือ **Will of all**

และ อะไรคือ **General will** ว่า มันไม่ใช่สิ่งเดียวกันแน่” Kelsen บอกว่า ไม่มีคำตอบเหล่านี้ในงานของรุสโซ

Kelsen ได้พิจารณาต่อไปว่า ตอนที่รุสโซกล่าวถึงส่วนที่เกี่ยวกับกระบวนการเลือกตั้งในงานของเขา รุสโซ กล่าวว่า “
the vote of the majority always binds all the rest” นั้นหมายความว่า **General will**

สามารถมองได้จาก การนับคะแนน ใช่หรือไม่ ถ้าใช่ ก็ต้องตีความว่า การเป็นส่วนน้อยเป็นสิ่งที่ตรงกันข้ามกับ **General**
will ดังนั้นการเป็นเสียงส่วนมากจำเป็นต้องถูกเสมอ ซึ่งนั่นทำให้ Kelsen เสนอในเชิงสรุปว่า **general will**

กับ **will of all** จะตัดสินใจให้ไม่มีปัญหาไม่ใช่เรื่องที่ยากและยากที่จะไม่มีการถกเถียงกันต่อไป

ที่จะทำให้เห็นว่า **General Will** กำลังแสดงมิติครบสมบูรณ์ทั้งความยุติธรรมและประชาธิปไตย(1971: 298)

สิ่งหนึ่งที่นำชมเชยในตัวของ **Kelsen** ก็คือ การที่ **Kelsen** ถกเกี่ยวกับ **General Will**

โดยเขาพยายามแต่เพียงการสะท้อนถึงข้อจำกัดของ การตีความ “**General Will**”

ตามความเข้าใจแต่เพียงการเมืองว่ามีข้อจำกัดอย่างไร ด้วยพื้นฐานความรู้ทาง “*Law of Politics and*

Politics of Law” ของเขา **Kelsen** ไม่ได้ปฏิเสธ **General Will** ในการตีความแบบใดก็ตาม

แต่กลับถามไปด้วยความรู้ทางนิติการเมือง และ ความรู้ทางนิติกฎหมายที่เขามีความรู้ทั้งสองร่วมกัน

อันที่จริง **Kelsen** น่าจะเชื่อว่า รัฐโซ กำลังจะทำให้ **General Will**

มีพื้นฐานความจริงที่สากลเชื่อมเข้ากับการเปลี่ยนแปลงทางการเมือง ทั่วๆ ที่ **General Will**

ถือเป็นแนวความคิดที่มีรากฐานทางจินตนาการของนักกฎหมายโรมันโดยแท้ อย่างไรก็ตามแต่ อย่าลืมว่า **Kelsen**

กำลังจะบอกว่า มันยากเหมือนกันที่จะเอา **General will**

ที่เป็นเรื่องสากลเชื่อมโยงเข้ากับเรื่องของเสียงส่วนมากที่มีการเปลี่ยนแปลงตามแต่ละสังคม ตรงนี้

ถ้าอ่านงานเขาอย่างถี่ถ้วนทีไรจะเข้าใจว่า เขาไม่ได้คัดค้านอะไรเลย และไม่ได้แสดงความคิดเห็นอย่างไรเลย

ซึ่งข้าพเจ้าเห็นว่า ตัว **Kelsen** ก็คงเข้าใจว่า

เขาสามารถเข้าสู่หนทางจนมุมทางความคิดบางอย่างหากถ้ายอมรับความเห็นด้านใดด้านหนึ่ง อย่าลืมว่า **Kelsen**

ได้เสนอความเป็นจริงทั้งสองด้านของรัฐ ดังนั้นความเห็นที่ขัดแย้งกันเป็นแต่เพียงความเห็นที่มองกันละมุมตามความเห็นเขา

ข้าพเจ้าต้องชี้แจงก่อนว่า เราจะถกเกี่ยวกับรัฐโซต่อไป การถกเกี่ยวกับรัฐโซนี้ ไม่ได้เป็นความพยายามจะบอกว่า งานชิ้นนี้จะเสนอการตีว่าอย่างไรจึงจะถูกกันแน่ ในทางตรงกันข้ามกลับจะทำให้เห็นว่า งานของรัฐโซชิ้นเดียวกันนี้ กลับมีการเห็นที่แตกต่างกันของคนที่ศึกษา ข้าพเจ้าอยากจะเสนอว่าอะไรเป็นสาเหตุ อะไรที่ทำให้เป็นไปได้ต่างหาก

General Will: ในฐานะความชอบธรรม

คราวนี้เราจะมาพิจารณาคนที่ตีความ ความคิดของรัฐโซว่าเป็นทฤษฎี **Democratic Democracy**

โดยสรุปเขามองว่า **General will** มีอำนาจจากความชอบธรรมของ **Will of public**

และก่อนที่จะไปถึงจุดนั้นข้าพเจ้าอยากจะกำหนดจุดยืนตัวเองก่อนว่า ข้าพเจ้าจะนำเสนอ ความเห็นของ **Merquior**

ให้ใกล้เคียงความคิดเขาที่สุด เพื่อสะท้อนให้เห็นว่า ผู้ที่ศึกษางานของรัฐโซเป็นวิทยานิพนธ์อย่าง **Merquior**

มีความเข้าใจในสัญญาประชาคมไปในทางใด

ตรงส่วนนี้ไม่ใช่การแสดงความเห็นของข้าพเจ้าต่องานรัฐโซ เพราะว่า

การที่ข้าพเจ้าจะทำความเข้าใจงานรัฐโซได้ดีพอขนาดที่จะสามารถแสดงความคิดเห็นได้ดี

ข้าพเจ้าคงต้องใช้เวลาศึกษามากกว่านี้ ซึ่งมากไปกว่าการอ่านหนังสือ **Social Contract** เพียงสองสามครั้ง

แน่นอนข้าพเจ้าได้อ่านงานเขียน **Social Contract** และมีความรู้ในเนื้อหาโดยรวม

แต่นั่นก็ไม่ได้ทำให้ข้าพเจ้ามั่นใจเพียงพอว่า ในงานของรุสโซมีอะไรที่ซ่อนเร้นอยู่บ้าง และเป็นไปในทิศทางใด

J.G. Merquior เขียนหนังสือชื่อ **Rousseau and Weber : Two studies in the theory of legitimacy** เป็นหนังสือในปี 1979 งานชิ้นนี้เป็นวิทยานิพนธ์ปริญญาเอกที่ **the London School of Economics and Political Science** โดยมี **Professor Ernest Gellner**

เป็นอาจารย์ที่ปรึกษา และมี อาจารย์ที่ตรวจคนอื่นๆอีก อาทิ **Geoffrey Hawthorn** จาก **Cambridge**

งานของ **Merquior** ข้าพเจ้ามั่นใจว่า เขาคงจะได้อ่านงานของรุสโซที่เป็นต้นฉบับภาษาฝรั่งเศส

ทั้งนี้เพราะ **Merquior** เป็นคนฝรั่งเศส

Merquior

เป็นคนหนึ่งที่ค่อนข้างเชื่อในความสมบูรณ์ในหนังสือสัญญาประชาคมทั้งนี้เพราะแทบจะไม่มีส่วนไหนในหนังสือของเขาที่ตั้งคำถามกับงานของรุสโซ เขาเห็นว่า หนังสือเล่มนี้เป็นตัวแทนของความคิด **Democratic Legitimacy** โดย **M**

Merquior มองว่า ความชอบธรรมเป็นสิ่งที่สมบูรณ์ และเป็นสิ่งเดียวกันกับ **General Will** ความเห็นของ **M**

ไม่ต่างอะไรกับที่ **Kelsen** นำเสนอในส่วนนี้ ต่างกันตรงที่ 1) **Merquior**

ไม่มีคำถามเกี่ยวกับคุณสมบัติที่เกิดจากเสียงส่วนมากหรือ **Will of public** และ 2) **Merquior** ตีความว่า

General will มีความสมบูรณ์ก็เพราะเป็นคุณสมบัติของความชอบธรรม ส่วน **Kelsen** ตีความ **General**

will ว่ามีความสมบูรณ์และนำมาซึ่งความสุขและความยุติธรรม

ตรงส่วนที่บอกว่า เสียงส่วนมากเป็นส่วนที่สัมพันธ์กับ **General Will** นั้น อันที่จริง ทั้ง **Kelsen** และ **M**

Merquior ก็เห็นพร้อมกันว่า เป็นความคิดของรุสโซ พวกเขาต่างก็เพียง **M Merquior**

ไม่มีคำถามความเชื่อมโยงนี้ แต่ **Kelsen** กลับมีคำถามกับการเชื่อมโยงนี้ พูดยให้ชัดก็คือ **Will of ALL** กับ

General Will ของ **Kelsen** ที่เห็นว่ามีความแตกต่างกัน แต่ **M Merquior**

ไม่ได้เห็นความแตกต่างนั้นซึ่งนั่นน่าจะเป็นความคิดของรุสโซที่แท้จริง

ไม่ใช่ว่า **M Merquior** จะไม่คิดตอบโต้กับนักกฎหมายที่มอง **General will** เป็นความยุติธรรม

เขาตอบโต้ไปที่ความเห็นของ **Plamenatz**³ ที่เป็นนักกฎหมายแนว **Positive law** ที่ **Kelsen**

³ ดูจากส่วนหนังสืออ้างอิงแล้ว **Merquior** ไม่ได้ศึกษามอง **Kelsen** เลย

ก็ไม่ได้เป็นพวกที่ยอมรับในสำนักนี้ Plamenatz ก็เช่นนักกฎหมายสมัยใหม่จำนวนหนึ่ง
ที่ไม่อยากเอากฎหมายมาเกี่ยวข้องกับความสุขหรือ ความยุติธรรม เพราะเห็นว่าเป็นเรื่องของมนุษย์
ซึ่งMerquior ก็พยายามตอบได้ว่า หากมองกันจริงๆ
กฎหมายออกมาจากน้ำมือคนอย่างแน่นอนซึ่งใครก็ไม่สามารถจะปฏิเสธความจริงข้อนี้
และจะไม่ให้คนไปเกี่ยวข้องกับกฎหมายได้อย่างไร M ได้ให้ข้อเสนอตอบได้ว่า “ the more they come to
distinguish law from justice , the more concerned they are that law
should be just”(Merquior 61-62)

Merquior ได้พูดไว้ว่า การจะเห็นว่า กฎหมายนั้นสัมพันธ์อย่างไรกับคน ต้องลงไปตัดสินปัญหา ของการ ผูกพันกัน
(Merquior: 62) ซึ่งเขาได้กล่าวไว้ว่า “Rousseau ‘s doctrine of General will deserve
to be considered as the profoundest theoretical enterprise in this
connection , since his was the only social contract theory to equate
legitimacy law with the *will of the public* . Rousseau was the only one
fully to accept both the man-made character of modern normativeness
and its implications in the realm of political obligation.”

ข้าพเจ้าคิดว่า คงเป็นการชัดเจนในระดับหนึ่งว่า ในงานของรูสโซ สามารถให้ความหมาย *General will*
ในสองมุมกล่าวคือ มองทางการเมืองเป็น ความชอบธรรม ในมุมมองทางกฎหมาย
เป็นความยุติธรรมซึ่งที่เห็นต่างก็ตรงการมีคำถามกับการเชื่อมโยงของการตัดสินของสังคมกับลักษณะสมบูรณ์ของ
General Will ซึ่ง Merquior ให้ความสำคัญกับรูสโซที่ว่า
เขาสามารถเชื่อมโยงเรื่องทางคุณธรรมกับเรื่องของการผูกพันทางการเมืองได้ดี
เรื่องของการมีส่วนร่วมจึงเป็นเรื่องในทางบวก ในขณะที่นักกฎหมายมีความสงสัยว่า *Will of the public*
มันจะเหมือนกันกับ *General will* หรือและมันเป็นเรื่องในทางบวกเสมอไปหรือไม่
และหรือถ้าใช่ใครจะเป็นผู้ตัดสิน

รัฐธรรมนูญ กฎหมายที่ต้องเชื่อมโยงกับ **Will of Public**

Kelsen กล่าวว่า พวกนักกฎหมายแนว **Positive Law** กับนักกฎหมายแนวทฤษฎีของ Austin

เป็นคนละพวกกันเพราะกำเนิดมาด้วยสมมุติฐานที่ไม่ได้เป็นอันเดียวกัน อย่างไรก็ตาม ก็มีอะไรคล้ายกันที่จะพูดรวมไปด้วยกันได้
ทฤษฎีทางกฎหมายในแนวนี้ เคยถูกใช้อ้างอิงเพื่อตัดสินสถานภาพของคำประกาศณะปฏิวัติ ซึ่งได้ตีความว่า
คำประกาศมีฐานะทางกฎหมายสูงสุดดังเช่นกฎหมายรัฐธรรมนูญ โดยยึดหลักการที่ว่า
คำประกาศเป็นกฎหมายที่เกิดจากองค์อธิปัตย์

ความคิดพลาดของนักกฎหมาย pure theory of Law คือ การมองแต่เพียงว่า Law is a science และ Jurisprudence⁴ is a specific science of law ที่มีความแตกต่างจากความเป็นจริงของสังคม (Kelsen:1949: 266) พวกนี้ได้ประกาศตัวเองว่า เขาจะไม่ยุ่งกับคำถามของกฎหมายกับความยุติธรรม และก็จะไม่สนใจด้วยว่า อะไรคือพื้นฐานของคำถามเรื่องความยุติธรรม ซึ่ง Kelsen กลับเห็นว่า พื้นฐานทางปรัชญาและทฤษฎีของพวกเขาไม่สามารถตอบคำถามพวกนี้ได้ต่างหาก (Kelsen 1949:266)

Kelsen ได้แสดงความเห็นที่เกี่ยวกับทฤษฎีของ Austin ว่า เป็นทฤษฎีที่ขาดแนวความคิดทางกฎหมายในมิติของรัฐ ซึ่งบางครั้งเหมาะกับการใช้กับกฎหมายธรรมดาแต่ไม่เหมาะกับการใช้ในกฎหมายมหาชน(Kelsen1949: 282) เพราะ Austin เห็นว่า แนวความคิดทางการเมืองไม่มีใน “Juristic theory”

ในแง่กฎหมายรัฐธรรมนูญที่มีการตีความโดยยึดทฤษฎีของ Austin แล้ว

การตัดสินใจเช่นนี้ถือได้ว่าไม่ใช่การสะท้อนความคิดเห็นทางกฎหมายมหาชนโดยทั่วไปอย่างแท้จริง Kelsen กล่าวว่า กฎหมายรัฐธรรมนูญ ถือเป็นกฎหมายมหาชนที่สำคัญที่สุด แน่นอนว่า ลักษณะของกฎหมายมหาชนโดยปกติแล้วต้องมีความแตกต่างจากกฎหมายเอกชนซึ่งเป็นกฎหมายธรรมดาทั่วไป และแน่นอนที่สุดหลักทางกฎหมาย

ตลอดจนวิธีการปฏิบัติที่ใช้ก็สมควรปฏิบัติให้แตกต่างจากกฎหมายธรรมดาทั่วไปซึ่งแนวทางกฎหมายแบบ the pure theory of law มีจุดอ่อนตรงนี้

Kelsen ได้กล่าวถึงทฤษฎีทางกฎหมายของ Austin

ว่าอำนาจอธิปไตย”Sovereignty”เป็นสิ่งที่สำคัญในทางกฎหมาย ในความหมายของ Austin ก็คือ การไม่ได้มีลักษณะของเอกชน หรือ กลุ่มที่อยู่ในส่วนที่ใช้อำนาจนี้ แต่เป็นอำนาจรัฐในตัวของมันเอง(it is not a characteristic of the individual or group of individuals comprising this organ, but a characteristic of the state itself) (Kelsen1949: 288)

องค์อธิปัตย์(Sovereign) อาจเป็นเอกชน หรือกลุ่มคนแต่ไม่เคยมิจะเป็นทุกคนในชุมชน(Kelsen 280)

เขากล่าวว่า” all judge-made law is the creature of the sovereign or state

⁴ ศาสตราจารย์ปรีดี ได้ให้ความเข้าใจคำว่าJurisprudence ซึ่งออกเสียงได้ว่า 1)เป็นคำในภาษาฝรั่งเศสหมายถึงแนวคำพิพากษา2)เป็นชื่อวิชาเฉพาะของวิชาหนึ่งที่สอนในอังกฤษ วิชานี้เดิมสอนโดยAustin ดังนั้นความหมายของคำนี้ น่าจะหมายถึงคำพูดของนักทฤษฎีของAustin ใน ปรีดี กุญชรินทร์ นิตีปรัชญาและนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2539 หน้า 75-80

“(Kelsen1949: 280) และรัฐของเขาก็ไม่ได้หมายถึงสังคมการเมือง (political society)แต่ส่วนที่เกี่ยวกับคนเป็นเพียงผู้ที่ถืออำนาจอธิปไตยในสังคม(bearer of the sovereignty within the society) ซึ่งเขามองว่า อำนาจขององค์อธิปัตย์มีไม่จำกัดในทางกฎหมาย (1949:281) องค์อธิปัตย์จะทำอะไรก็ได้ไม่เกี่ยวกับทฤษฎีทางการเมืองเลย (1949:281)

Kelsen กล่าวว่า ที่ Austin เชื่อเช่นนี้ก็เพราะเขาเชื่อว่า องค์อธิปัตย์เป็นส่วนที่สูงที่สุด องค์อธิปัตย์

ไม่ใช่ลักษณะของคนหรือกลุ่มของคน แต่เป็นรัฐในตัวของมันเอง ซึ่งทำหน้าที่อย่าง National Legal order ซึ่งไม่มีอำนาจอะไรที่สูงเกินไปกว่านี้อีกแล้ว

มีส่วนที่น่าสนใจในหนังสือนิติปรัชญาของปริดี(2539) ที่ว่า Austin

ได้รับอิทธิพลทางความคิดกฎหมายจากความสำเร็จในการจัดทำกฎหมายเอกชน ของสำนัก Allgemeiner

Rechtslehre

ที่ประสบความสำเร็จในการค้นพบหลักกฎหมายทั่วไปทั้งที่ปรากฏในประมวลกฎหมายแพ่งและประมวลกฎหมายอาญาที่มีภาคทั้ วไป ที่เราได้ศึกษาในประมวลกฎหมายแพ่งและอาญาในปัจจุบันซึ่งล้วนแต่เป็นผลผลิตของนิติศาสตร์เยอรมันในศตวรรษที่ 19

Austin “ได้รับอิทธิพลนี้จากเยอรมัน เมื่อกลับประเทศของตนจึงได้ตั้งวิชา Jurisprudence ขึ้น” (

ปริดี:2539: 77)

เมื่อเข้ามาถึงจุดนี้ก็ต้องตั้งสรุปว่า การตีความคำประกาศของคณะปฏิวัติโดยใช้อำนาจทฤษฎีทางกฎหมายของ Austin

ในท้ายที่สุดก็น่าจะมีการทบทวนว่านั่นเป็นความผิดพลาดของการใช้ทฤษฎีที่เข้ามากระทบกับการเมืองโดยตรงหรือไม่

ในแง่การวิเคราะห์การเมืองแล้ว

เราขาดการเสนอมุมมองส่วนหนึ่งที่ทำให้เราเห็นว่าการปฏิวัติโดยทหารประสบความสำเร็จและดูเหมือนจะมีความชอบธรรมในการยึดอำนาจรัฐได้ และมีความง่ายดายนในการรักษาอำนาจ ก็ด้วยการประกาศกฎหมายรัฐธรรมนูญ

ส่วนหนึ่งเพราะโดยจิตวิญญาณของการเชื่อฟังกฎหมาย มีมิติหนึ่งของความดีเป็นองค์ประกอบตามหลัก *legal order*

ดังนั้นด้วยการใช้ทฤษฎีทางกฎหมายเช่นนี้ ก็เป็นการเอื้อต่อผู้ที่กระทำในนามรัฐ ทั้งๆที่นั่นอาจเป็นการขัดกับ *Will of all*

หรือ ไม่ใช่ประโยชน์ที่แท้จริงของสาธารณะ (*public*)

สิ่งนี้เป็นสิ่งที่น่าคิดและน่าตีความเป็นอย่างมากจากการที่เราได้รู้พื้นฐานการตีความและการพัฒนาทางทฤษฎีทางกฎหมายใช้หรือ

ซึ่งข้าพเจ้าอยากให้ผู้ที่อ่านงานนี้พยายามตั้งคำถามกับสิ่งเหล่านี้ซึ่งในอนาคตหลักกฎหมายจะไม่เพียงแต่ถูกอ้างจากคณะทหาร แต่อาจเป็นใครก็ตามแต่ที่เข้าไปเป็นบุคคลในบางส่วนของรัฐ

ประกอบกับการพัฒนาของนักกฎหมายส่วนหนึ่งที่ยังยึดการตีความที่เพิกเฉยมิติทางการเมือง

และพยายามสร้างความเป็นเทคนิคและความซับซ้อนในวิชาของเขา ข้าพเจ้าเห็นว่า ถ้าแนวโน้มเป็นเช่นนี้ต่อไป

ประชาชนจะยิ่งได้รับปัญหาจากการห่างกันของคนต่างคนต่างคิด ต่างพัฒนา

รัฐ กฎหมาย และ อำนาจ: ข้อเสนอทางแนวคิด

1) สิ่งที่ข้าพเจ้ากำลังนำเสนอตั้งต่อไปนี้ เป็นความคิดเห็นที่ข้าพเจ้ามีความเห็นสอดคล้องกันกับ นักกฎหมายอย่าง Hans Kelsen ศาสตราจารย์ทางรัฐศาสตร์ของมหาวิทยาลัย Berlin อย่าง Ulrich Preuss , William G. Andrews, สำนักกฎหมายกลุ่มของ Zenon Bankowski และ Kaarlo Tuor, อย่าง Philippe Gerard ด้วยสมมติฐานที่ว่า อะไรคือความเชื่อมโยงของกฎหมายกับการเมือง ซึ่งข้าพเจ้าเชื่อว่า มันแยกกันไม่ออก และอาจจะเป็นสิ่งเดียวกันเสียด้วยซ้ำ ข้าพเจ้าคิดว่า ที่ข้าพเจ้านำเสนอ ไปเกี่ยวกับรัฐ อาจจะเป็นประโยชน์ให้เห็นว่า อะไรคือ พื้นฐานการเข้าใจคำว่า “อำนาจรัฐ” ซึ่งอาจแตกต่างจาก”อำนาจของรัฐบาล” ซึ่งนักวิชาการรัฐศาสตร์หลายคนใช้สับสนกันมาก จนทำให้มีการตีความลักษณะอำนาจอย่างผิดๆ อย่างที่รับไม่ได้ แน่นอน Riggs(1966) เคยอธิบายการเมืองไทยว่า **Cabinet**⁵ เป็นเจ้าของอำนาจรัฐ

เพราะในสังคมไม่มีอำนาจทางการเมืองนอกรัฐอื่น อำนาจราชการ จึงเป็นฐานอำนาจทางการเมืองของ**Cabinet** สรุปว่า

Cabinet ไทย เคยสวมหมวกอำนาจหลายใบ

แต่อำนาจนี้มีการเคลื่อนไหวเปลี่ยนแปลงได้ตามการเปลี่ยนแปลงของทั้งสังคมและสถาบัน อย่างที่ข้าพเจ้าเสนอความเห็นของ ศ.บวรศักดิ์ ในแต่ต้น⁶

อำนาจราชการลดลง ก็หมายถึงอำนาจราชการมีศักยภาพน้อยลงในการเป็นทรัพยากรทางการเมืองของรัฐต่อไป ในทางตรงกันข้าม อำนาจรัฐกลับมีฐานทรัพยากร จากอำนาจทางการเมืองนอกระบบราชการมากขึ้น⁷ ซึ่งจะเห็นว่า เป็นอำนาจคนละชนิดกัน ดังนั้นข้อสรุปที่ว่า การเมืองไทยมีการเปลี่ยนแปลงแล้ว**อำนาจรัฐลดลง** จึงเป็นความคิดที่สะท้อนความไม่เข้าใจแนวคิดสองด้านของอำนาจรัฐและไม่เข้าใจว่า อำนาจที่เป็นทรัพยากรของอำนาจรัฐเปลี่ยนแปลงไปได้ซึ่งนั่นจะทำให้เหตุผลของรัฐเปลี่ยนแปลงไปได้เช่นกัน ไม่สอดคล้องอย่างพวกมาร์ซิสเชื่อ ตัวอย่างเช่น กรณีที่ ป.ป.ส. หรือ คณะกรรมการการเลือกตั้ง มีบทบาททางอำนาจมากขึ้น จากกรณีที่ ป.ป.ส. ถูกล้มอำนาจพรรคการเมือง ด้วยการตัดสินใจว่า สนั่น ขจรประศาสน์ ทำผิดกฎหมายในฐานะที่ให้ข้อมูลที่เป็นเท็จในการแจ้งบัญชีทรัพย์สิน ผลการตัดสินใจ มี**ผลทางกฎหมาย**⁸ให้พลตรี

⁵ โปรด สังกัดว่าทำไม ริชชี่ ไม่ใช่คำว่า รัฐบาล ข้าพเจ้าคิดว่า ริชชี่ต้องการให้ภาพในเชิงกลุ่มการเมือง

ที่กำลังใช้อำนาจรัฐบาล ซึ่งสะท้อนการแก่งแย่ง แข่งขัน และการแสดง เจตนา (**WILL**)

ที่แตกต่างของแต่ละคนในโครงสร้างทางการเมืองอย่างรัฐบาล

⁶ ดู การเปลี่ยนแปลงและการเป็นเจ้าของในการแสดงบทบาท ของวุฒิสมาชิกไทย ซึ่งมีการเปลี่ยนแปลงสิ้นเชิง

จากฐานการเมืองของรัฐบาลราชการ มาเป็น

อำนาจการเมืองใหม่ที่กำลังท้าทายพรรคการเมืองที่มีอำนาจทางการเมืองจากประชาชน

⁷ มันเดิมโคขึ้นมา ไม่ใช่มีอยู่แล้ว โปรดดูงานของเอนก และ ชัยอนันต์

⁸ ผลทางกฎหมายนี้จะไม่มีประโยชน์ในตุลาการเมืองรัฐราชการใช้หรือไม่ เพราะการถือรัฐธรรมนูญที่ทำได้ง่ายนิดเดียว

หากเขากำลังกุมอำนาจรัฐอยู่จริง นี่ก็แสดงอีกว่า ผู้ถือครองอำนาจรัฐที่เปลี่ยนไป มีผลถึง อำนาจรัฐที่เปลี่ยนไป

สนับสนุนจากอำนาจหน้าที่ในตำแหน่งทางการเมืองตามรัฐธรรมนูญ แต่ ผลทางการเมืองที่เกิดขึ้น คือ การที่พลตรี สนั่นยอมรับในความผิดทางการเมืองในระดับหนึ่ง ด้วยการลาออกจากการเป็นรองนายกรัฐมนตรี และรัฐมนตรีมหาดไทย และ จะรอผลการตัดสินสุดท้ายจากคำตัดสินของตุลาการรัฐธรรมนูญเป็นข้อยุติ ปรากฏการณ์นี้เป็นปรากฏการณ์ที่มีข้อน่าสังเกตว่า 1)

เป็นการมีอำนาจรัฐที่มากขึ้นภายในรัฐไทยของโครงสร้างสถาบันรัฐใหม่ที่ มีทรัพยากรทางการเมืองใหม่ที่เดิมโตมากขึ้นเรื่อยๆ

ทรัพยากรการเมืองเหล่านี้เป็นอำนาจใหม่ที่ขยายตัวโตมากขึ้นในสังคมและมีการแปรเปลี่ยนเป็นพลังการเมืองผ่านโครงสร้างสถาบันรัฐในรูปแบบใหม่ๆเหล่านี้ 2) น่าสนใจว่า กลไกทางการเมือง อาทิ การอภิปรายไม่ไว้วางใจในสภาที่ผ่านมา แม้จะเห็นภาพทางการเมืองว่า “ติดลบ” แต่รับวาทกรรมเหล่านี้ไม่สามารถมีผลกระทบต่อสถานะภาพผู้กุมอำนาจรัฐได้เท่ากับ ปรากฏการณ์ทางมิตติของกฎหมายเหล่านี้ กล่าวคือ การที่พลตรีสนั่นถูกอภิปรายไม่ไว้วางใจ

ทั้งที่ในสายตาประชาชนเขาได้ขาดความชอบธรรม แต่กระบวนการทางรัฐสภาไม่สามารถสะท้อนความเห็นของประชาชน ที่จะทำให้นักการเมืองแสดงความรับผิดชอบ เสมือนอย่างเช่น การตัดสิน ของ ปปส นี้ ในฐานะโครงสร้างสถาบันรัฐอันใหม่ ล้วนนี้เป็นสิ่งที่น่าสนใจที่เป็นการรอบคอบที่จะสรุปว่า โครงสร้างสถาบันอำนาจรัฐที่เกิดขึ้น มีประสิทธิภาพมากกว่า เพราะมีทรัพยากรทางการเมืองที่แตกต่างจากโครงสร้างสถาบันอำนาจรัฐแบบที่มีอยู่เดิม

มากกว่า นี้ การที่ ก.ก.ค. กล่าวเผชิญการตัดสินท้าทายผู้มีอำนาจในพรรคการเมืองในการไม่แต่งตั้ง ส.ว. ที่ทุจริตการเลือกตั้ง เหล่านี้ทางการเมือง⁹ ผู้ที่เป็นคณะกรรมการการเลือกตั้ง

ข้ามองในแง่ผลประโยชน์อนาคตทางผลประโยชน์การเมืองของพวกเขาซึ่งอาจขึ้นอยู่กับผู้มีอำนาจปัจจุบัน อย่างน้อย ก็รัฐบาลและพรรคการเมือง การตัดสินเหล่านี้มองในแง่อำนาจของรัฐ ของกคคนี้

โครงสร้างนี้ไม่ได้มีทรัพยากรอำนาจจากผู้กุมอำนาจรัฐในปัจจุบัน แต่มีอำนาจรัฐ ที่เกิดจาก

การเชื่อมโยงกับอำนาจสังคมที่มีการแปรเปลี่ยนเป็รแรงทางการเมืองได้มากขึ้นเรื่อยๆเช่นกัน

ปรากฏการณ์เหล่านี้จะเห็นอีกว่า 3) อำนาจรัฐอาจมีหลายมิติหลายเหตุผลขัดแย้งกันเองได้ขึ้นอยู่กับมิติของ ผู้ใช้

ผู้กุมอำนาจรัฐเหมือนและต่างกัน ซึ่งสมควรที่จะวิเคราะห์สองด้านของ Legal Order และ Social Order ของการแสดงออกของรัฐในการเข้าใจสิ่งเหล่านี้

โดยสรุปควรเข้าใจกันว่าแนวคิดของรูสโซที่ว่า “ยิ่งประชาชน มีอำนาจมาก รัฐก็ยิ่งมีอำนาจมาก “(the larger the population, the more concentrated should be the power of the government

อ้างใน Merquior:1980:22)

2) เพิ่มเติมจากนี้ต่อไป ข้าพเจ้าได้ข้อสรุปว่า ที่กล่าวข้อไปข้างต้น มีความเห็นถึงความสัมพันธ์ทางการเมืองและกฎหมาย โดยมีความเชื่อร่วมกันว่า กฎหมายมหาชน โดยเฉพาะกฎหมายรัฐธรรมนูญ

เป็นสิ่งที่ถูกกำหนดโดยความสัมพันธ์ทางอำนาจของสังคม ลักษณะความสัมพันธ์ทางอำนาจเหล่านั้น

ถ้าแสดงออกไปในลักษณะของความสัมพันธ์ของ รัฐ กฎหมาย และ สังคม จะเป็นลักษณะทางปรากฏการณ์ ซึ่งเรียกกันว่า

Constitutionalism

นักวิชาการเหล่านี้มีความเชื่อร่วมกันอีกว่า อำนาจที่สัมพันธ์ทางสังคม จะต้องได้รับการแสดงออกทางกฎหมายรัฐธรรมนูญ ซึ่งนั้น ยังมีมิติของการแข่งขันของผู้ที่กำกับกุมอำนาจรัฐ กับความเป็นจริงของลักษณะการเปลี่ยนแปลงของปรากฏการณ์อย่าง

Constitutionalism

ข้าพเจ้าจะวิเคราะห์เรื่องนี้อย่างละเอียดต่อไปในงานที่ชื่อว่า “ รัฐไทยหลังรัฐราชการ “ ซึ่งจะนำเสนอในงานสัมมนารายงานปริญาเอกในเร็ววัน

⁹ จึงต้องมีกฎหมายด้วยแต่ไม่กล่าวให้ชัดข้อหานี้

ที่มีพลวัตสูงอย่างที่บรรทัดก็ถือว่าเป็นนักกฎหมายไทยที่เข้าใจสิ่งเหล่านี้เป็นอย่างดีได้เสนอไว้ และในท้ายที่สุดกฎหมายรัฐธรรมนูญ ก็จะต้องแสดงออกไปตามความสัมพันธ์ของอำนาจ

พวกนักวิชาการแนวคิดนี้ ไม่ได้เห็นว่าการเปลี่ยนแปลงจะเป็นไปในลักษณะทางเดียว เช่นอะไรกำหนดอะไร
อย่างเป็นทางการแต่เป็นในลักษณะของความสัมพันธ์ กล่าวคือ
กฎหมายนั้นมิพ้องในการเปลี่ยนแปลงและกำหนดสังคมด้วยแน่นอน
กฎหมายมีสิ่งเหล่านั้นก็เพราะมันมีส่วนหนึ่งของรัฐที่กระทำไปตามเจตนาของบุคคลที่กำลังกระทำบทบาทในนามรัฐซึ่งสามารถไป
ซึ่งประโยชน์จากกฎหมายในนามของรัฐได้

Preuss กล่าวว่า หากเขากล่าวถึง รัฐธรรมนูญในฐานะที่เป็นกฎหมาย เขามายถึงสองส่วน คือ 1) ส่วนที่เป็น
Positive law และ 2) ส่วนที่มองว่า ความชอบด้วยกฎหมาย (legality) เป็นส่วนที่แยกจากระบบคุณค่า (morality) (Preuss:1995:13-14) ซึ่งเป็นแนวคิดที่นักกฎหมายทั่วไปยอมรับ และเป็นเพียงมิติอันเดียวของ
Kelsen (Legal order) แต่เมื่อ Preuss พุดถึง Constitutionalism ที่มองว่ามันเป็น

ความลึกซึ้งของความสัมพันธ์ของอำนาจ เป็นสิ่งที่น่าสนใจเพราะมันเป็นการสะท้อนแนวความคิด **Political**

Obligation ของรัฐโซ ซึ่ง Preuss ได้กล่าวว่า

แนวทางการเมืองที่แท้จริงเป็นแรงที่มีในความสัมพันธ์ของสังคมไม่ใช่รัฐธรรมนูญในกฎหมาย

รัฐธรรมนูญในกฎหมายเป็นแต่เพียงการทำให้มีการยอมรับความสัมพันธ์ทางอำนาจให้ถูกต้องตามกฎหมาย(Legality)

ข้าพเจ้าเห็นว่า

ประเด็นเรื่องอำนาจกับกฎหมายเป็นประเด็นที่ 'ไม่ได้'ใหม่อะไรทั้งนี้ทั้งนี้รัฐศาสตร์และนักกฎหมาย

แต่สิ่งที่เห็นจะใหม่คือการมองเห็นความเชื่อมโยงของปรากฏการณ์และทฤษฎีต่างหากที่เป็นสิ่งที่จำเป็น

หรือมีการพัฒนาองค์ความรู้ที่ต่างมุมมองแต่ให้”

มีการพูดภาษาเดียวกันให้รู้เรื่อง”มากขึ้น

Preuss กล่าวต่อไปว่า ความเป็นไปของกฎหมายรัฐธรรมนูญที่จริงมันเป็นไปของมันเองตามความสัมพันธ์ของอำนาจ

การคงอยู่และการเป็นไปของรัฐธรรมนูญ มันขึ้นอยู่กับความสัมพันธ์ของอำนาจ

รัฐธรรมนูญในฐานะกฎหมายจึงเป็นเพียงเอาความรู้ทางรัฐศาสตร์ที่เข้าใจในความสัมพันธ์ทางอำนาจไปทำให้ถูกกฎหมายเพียงเท่านั้น

แนวความคิดของ Preuss สอดคล้องไปกับแนวความคิดของ William G. Andrews ที่มองว่า ฉันทานุมัติ(consensus) เป็นตัวนำซึ่ง Constitutinalism

สถานะการณ์การแข่งขันของอำนาจนั้นละเป็นการกำหนดสภาพของcontitiomalism

และจะแสดงออกมาทางรัฐธรรมนูญในที่สุด (Andreas:12-13) อำนาจมีลักษณะสองด้าน ด้านหนึ่งไว้ห้าม

อีกด้านมีไว้กำหนด (power is prescribed and procedure prescribed) นั้นหมายความว่า ความสัมพันธ์ของรัฐกับประชาชน เป็นความสัมพันธ์ของการทำหน้าที่ทั้งสอง รัฐสามารถทำได้ทั้งการห้ามและการกำหนด ซึ่งเกิดจากการกำหนดของฉันทานุมัติ ซึ่งเป็นความสัมพันธ์ของอำนาจในสังคม

“It is usually within the power of people or their elected representatives to alter the scope of authority of government or change its procedures. Finally, we have seen that constitutunalism can not exist without wide support among the people , Nevertheless, this close relationship of constitinalism to the people is not narrowly derivative.....constitutionalism governs two separate but related types of relationship. First, there is the relationship of government to citizen . Second, there is the relationship of one governmental authority to another. The dichotomy is not sharp, for the latter type of relationship id regulated largely as a means of increasing the effectiveness of the control imposed on the former type.” (Andrews:14)

ส่วน Philippe Gerard พูดในเชิงมติดการเมืองมากขึ้น โดยมองว่า” ประชาธิปไตยก็ไม่ใช่อะไรอื่น นอกจากเป็นระบอบที่ให้ความสำคัญของอำนาจในสังคม หลัคต่างๆ

โครงสร้างต่างๆของในระบอบประชาธิปไตยมันไม่มีรูปแบบ มันเป็นไปตามแรงของสังคม” (Gerard:1997:176)

Gerard มองประชาธิปไตยเป็นเรื่องที่ใกล้ชิดกับความชอบธรรม เพราะประชาธิปไตย นำมาซึ่งความชอบธรรม เขากล่าวว่า Legal norm นั้นสมควรเป็นผลของกระบวนการตัดสินใจที่ประชาชนได้มีส่วนร่วม(Gerade:1997: 177) เขาได้สรุปไว้ชัดว่า” Law can not be legitimate if they could not be procedure by all members of a legal community participating in a rational and institutionalized legislative process” (178)... “However , since Habermas ‘s theory of validity refers to the regulative idea of consensus, one might wonder whether it corresponds to their conditions in which collective

autonomy can be implemented within democratic society. It seems doubtful that a consensus on community shared interests is the regulative idea of the democratic decision process.”(179) ใน Philippe Gerade: Democracy and the legitimacy of law: 1997

สรุป

ข้าพเจ้าคิดว่า รายงานฉบับนี้ คงได้ตอบคำถามจากหัวข้อที่ตั้งไว้ได้ระดับหนึ่ง ข้าพเจ้าคิดว่า ยังมีความรู้ในเรื่องเหล่านี้อีกมากที่ข้าพเจ้า จะต้องศึกษาและนำเสนอต่อไป อย่างน้อยที่สุด ผู้ที่อ่านงานชิ้นนี้จะสามารถตอบได้ว่า รัฐเป็นเช่นไร ข้าพเจ้าไม่คิดว่า

ความคิดเห็นเรื่องรัฐในมุมมองสองด้านจะเข้ากับแนวการอธิบายในแนวเศรษฐศาสตร์การเมือง หรือของSkocpol ไม่ได้ ในทางตรงกันข้ามมันกลับไปได้ดีทีเดียว และอาจเป็นการเสริมมุมมองวิเคราะห์การเมืองได้อีกมาก

ข้าพเจ้ายกแนวคิดของ **Kelsen** มาเป็นกระบอกเสียง ของนักรัฐศาสตร์ที่ไม่มีชื่อเสียงของข้าพเจ้า

ทั้งๆที่ข้าพเจ้าก็คิดได้ไม่แพ้เขา ซึ่งถ้าข้าพเจ้าเสนออะไรที่ซับซ้อน

ทุกคนก็จะมีปัญหาไปหมดหากเขาเหล่านั้นไม่พยายามลำดับความเข้าใจ และทำให้เข้าใจเสียแต่แรก ข้าพเจ้า ไม่ใช่

Amartaya Sen , Huntington, John Dunn , Habermas , Skocpol , และอีกมาก

ที่งานของเขาจะเป็นเช่นไร ก็พร้อมที่จะมีคนกระโจนหามันและแสดงความชื่นชม เชื่อมันกับมัน ทั้งที่บางครั้ง

ยังมีงานที่น่าชื่นชมอีกมากในโลกใบนี้ ข้าพเจ้าขอบอกว่า งานของ **Kelsen** ไม่ได้อ่านง่าย

ตรงไปตรงมาอย่างที่ข้าพเจ้านำเสนอ หากผู้ที่ไม่มีความรู้แบบ **Realist** และ **Hermeneutic** ที่ดีพอ และมี

ลักษณะนิสัยการศึกษาอย่าง **Positivist** และชื่นชอบแต่การเป็นนักพฤติกรรมนิยม ก็ยากที่เชื่อว่า

พวกเขาจะซาบซึ้งและเห็นคุณค่าอะไรของงานเขียนนี้ และที่สำคัญ พวกเขาเป็นพวกหมุ่มมากในสังคมเสียด้วย

หนังสืออ้างอิงหลัก

บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, กฎหมายมหาชน: การแบ่งกฎหมายมหาชน-เอกชนและพัฒนากฎหมายมหาชนในประเทศไทย, สำนักพิมพ์นิติธรรม, กรุงเทพฯ, พิมพ์ครั้งที่สอง, 2538

ปรีดี เกษมทรัพย์, นิติปรัชญา, โครงการตำรา คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, พิมพ์ครั้งที่สาม, 2539

บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, กฎหมายมหาชน: ที่มาและนิติวิธี, สำนักพิมพ์นิติธรรม, กรุงเทพฯ, 2538

Hans Kelsen translated by Anders Wedberg , General theory of Law and State , Harvard University Press, Cambridge and Massachusetts, 1949

Hans Kelsen translated by Max Knight, Pure Theory of Law, University of California press, Berkeley, 1970

Hans Kelsen, What is Justice?: justice , Law and Politicss in the mirror of science, University of Calofornai Press, Berkeley. 1971

Philippe Derard , Democracy and the Legitimacy of Law , in Law and Power : Critical and Socio-Legal Eassays edited by Kaarlo Tuori and Zenon Bankowski, Deborah Charles Publications, 1997

William G. Andrews , Constitutions and Constitutionalism, Third Edition, D.Von Nostrand company , Priceton , ไม่มีข้อมูลของปี

**Ulrich K. Preuss, The political meaning of constitutionalism , in
Richard Bellamy , Constitutinalism , Democracy and Sovereignty ,
Anerican and Perspective, Avery, IK, 1996**

**J.G. Merquior , Reousseau and Weber : Two studies in the theory of
legitimacy, Routledge Kegan Paul, London and Henley, 1980**

Dennis Lloyd, The idea of Law , Penguin Books, London, 1973

Steven Vago, Law and Society , Prentice Hall, USA, 1981

**Coral Harlow, editor, Public Law and Politics, London: Swee
Maxwell, 1986**

มหาวิทยาลัย

**Margaret Cilber , Reconsidering the “Actual Contract” Theory of
Political Obligation, Journal of Ethics (January 1999), the University
of Chicago Press**

**Duncan Ivison, Pluralism and the Hobbesian Logic of Negative
Constitutinalism , political studies (1999) XLVII**

**Stephen L. Esquist , Toward a democratic Rule of Law : East and
Wast, Political Theoty , Vol.27, June 1999**