

นิตธรรมในพรมแดนประวัติศาสตร์กฎหมายไทย Rule by Law in Context of Thai Legal History

กฤษณ์เพชร โสมณวัตร

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่ 239 ถนนห้วยแก้ว ตำบลสุเทพ อำเภอเมือง จังหวัดเชียงใหม่ 50200

Kitpatchara Somanawat

Faculty of Law, Chiang Mai University, 239 Huay Kaew Road, Muang District, Chiang Mai,
Thailand, 50200

E-mail : kitpatchara.s@cmu.ac.th

Received: August 14, 2020; Revised: September 29, 2020; Accepted: December 4, 2020

บทคัดย่อ

การศึกษาประวัติศาสตร์กฎหมายไทยที่ผ่านมาักดำเนินการโดยนักกฎหมาย ด้วยวิธีวิทยาตามความเคยชินของนักกฎหมายที่มีได้ระวางไหวต่อความหมายอันลึกลับของอดีต และให้ความสำคัญกับบทบาทของวงการกฎหมายโดยสัมพันธ์กับสถาบันพระมหากษัตริย์ จนส่งให้ประวัติศาสตร์กฎหมายไทยถูกรวบงำด้วยประวัติศาสตร์นิพนธ์แบบราชานิตินิยม ซึ่งมีส่วนสำคัญให้เกิดสภาวะยกเว้นกฎหมายหลากหลายรูปแบบ และกฎหมายกลายเป็นเพียงเครื่องมือของผู้มีอำนาจในการปกครองบ้านเมืองไปตามอำเภอใจของตน เรียกว่า “นิตธรรม”

ปาฐกถาของธงชัย วินิจจะกูล เรื่อง นิติรัฐอภิสิทธิ์และราชานิติธรรม เป็นผลงานสำคัญที่นักประวัติศาสตร์ได้ใช้วิธีการทางประวัติศาสตร์เพื่อตอบปัญหารากฐานของวงการกฎหมายไทยว่าระบบกฎหมายไทยสมัยใหม่นั้นเป็นการปกครองของกฎหมาย หรือการปกครองโดยใช้กฎหมายเป็นเครื่องมือกันแน่ ธงชัย วินิจจะกูล เสนอว่า สังคมไทยอยู่ภายใต้การปกครองโดยกฎหมายแบบนิตธรรมมาอย่างยาวนาน ด้วยรากฐานทางวัฒนธรรมไทยและเงื่อนไขทางประวัติศาสตร์ในช่วงปฏิรูประบบกฎหมายและการศาล ระบบกฎหมายไทยจึงเป็นส่วนผสมแห่งความบกพร่องของสำนักกฎหมายบ้านเมืองและสำนักกฎหมายธรรมชาติ อย่างไรก็ตาม ธงชัย วินิจจะกูล มิได้ให้ความสำคัญกับปัจเจกภาพและกระบวนการขัดเกลาของนักกฎหมายอย่างเพียงพอ ทำให้ข้อเสนอของธงชัย

วินิจจะกุล จึงให้ภาพเพียงระบบของกฎหมาย แต่ไม่ได้แสดงให้เห็นการปฏิสัมพันธ์ระหว่างนักกฎหมายกับระบบกฎหมายที่มีความวิปริต คือแม้ทราบดีแก่ตนว่าระบบกฎหมายไทยเป็นนิติรัฐอภิสิทธิ์และราชานิติธรรม แต่ก็ปฏิเสธสภาวะดังกล่าว พร้อมกับโฆษณาอุดมการณ์นิติรัฐและนิติธรรมเพื่อชวนฝันตนเองและสังคมส่วนรวม

คำสำคัญ: นิติธรรม, นิติรัฐ, นิติอธรรม, ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย

Abstract

Most Thai legal scholars have conducted Thai legal history studies with a traditional legal method, which is blinded to historical sensitivity in studying the past's fluid meaning. Most works of Thai lawyers usually focus on the relationship between legal institutions and monarchy. Consequently, the explanation of Thai legal history has been dominated by the hyper legal-royalism historiography concept, causing many forms of legal impunity in Thai society. Moreover, the law has become the primary power-seeking instrument of unauthorized authorities, so-called “the Rule by Law.”

The speech — The Privileged Rule of Law and Royal Legalism, given by Thongchai Winichakul, is an essential Thai legal history discourse. He applied the historical approach to explain the foundation legal problem in Thai legal study and asking a simple question if the Thai modern legal system is a Rule of Law or Rule by Law. Thongchai Winichakul proposed that Thai society has manipulated and was under unauthorized rule by law for an exceptionally long period due to the Thai cultural and historical conditions and contexts during the Thai legal reform and judicial reform. In his view, the Thai modern legal system mixes the defective legal positivism and naturalism. However, he lacks an explanation of the substance of individualism and the lawyers' refining process. This unclear explanation makes his proposal only depict about the legal system, but not the interactions between Thai lawyers and the dysfunction and paradoxical of the legal system. In other words, the Thai lawyers realize the existence of the Privileged Rule of Law and Royal Legalism.

However, they deny that fact but propagate and fantasize about the conventional concept of the rule of law to themselves and Thai society instead.

Keywords: The Rule of Law, Legal State, Rule by Law, Thai legal history

1. บทนำ

ไม่ว่าจะพลิกอ่านหนังสือพิมพ์ไทยหรือต่างประเทศ เลื่อนฟีดในสื่อสังคมสมัยใหม่ เปิดโทรทัศน์ช่องข่าวไม่ว่าจะเป็นการเมืองหรืออาชญากรรม เราในฐานะสมาชิกสังคมไทยคง “รู้สึก” ได้ไม่ยากกว่าความไว้วางใจของสาธารณชนต่อวงการกฎหมายอยู่ในระดับที่ย่ำแย่อย่างไม่เคยมีมาก่อน¹ ไม่ว่าจะเป็นเรื่องอัตวินิบาตกรรมของผู้พิพากษา การหายตัวไปอย่างไร้ร่องรอยของผู้เห็นต่างทางการเมือง การรุมทำร้ายนักกิจกรรมทางการเมือง และอภินิหารทางกฎหมาย ฯลฯ ขวนให้พิจารณาว่าสังคมไทยปัจจุบันเป็นสถานะที่อิทธิพลชนปราชจากความรับผิดชอบทางกฎหมาย

สถานะยกเว้นปราชจากความรับผิดชอบในระบบกฎหมายในปัจจุบัน ขวนให้ระลึกถึงการแสดงปาฐกถาพิเศษ ป่วย อังภากรณ์ ครั้งที่ 17 ของธงชัย วินิจจะกุล โดยมีเนื้อหาสาระที่เขย่าวากฐานแห่งองค์ความรู้นิติศาสตร์ไทย และเป็นการใช้วิธีวิทยาทางประวัติศาสตร์มาวิพากษ์และทำความเข้าใจระบบกฎหมายไทยอย่างสำคัญ ในชื่อเรื่อง “นิติรัฐอิทธิพล และราชานิติธรรม: ประวัติศาสตร์ภูมิปัญญาของ Rule by Law แบบไทย”² ซึ่งผู้เขียนถือวิสาสะเรียกข้อความคิดดังกล่าวอย่างสังเขป ด้วยถ้อยคำของ ธงชัย วินิจจะกุล เองว่า “นิติอิทธิพล” อย่างไรก็ตาม ดูเหมือนว่านิติธรรมกลับไม่ได้รับความใส่ใจจากวงการนิติศาสตร์มากนัก ในฐานะที่ผู้เขียนถือตนว่าเป็นนักเรียนประวัติศาสตร์ที่ทำงานในโรงเรียนกฎหมาย จึงยึดถือเป็นหน้าที่ต้องขยายผลของปาฐกถานี้สำหรับวงการกฎหมาย นอกจากเพื่อแสดงให้เห็นพลังของวิธีวิทยาข้ามศาสตร์ และ

¹ ผู้เขียนไม่ปรารถนาจะถกเถียงในประเด็นนี้ว่าเป็นข้อเท็จจริงหรือไม่ จึงขอแถลงในที่นี้ว่าประเด็นนี้มิใช่ข้อเท็จจริง แต่เป็นเรื่อง “อารมณ์ความรู้สึก” จริงอยู่ที่ว่าทั้งทางสังคมศาสตร์ มนุษยศาสตร์ และวิทยาศาสตร์ล้วนแต่มีวิธีวิทยาในความเข้าใจเรื่องอารมณ์ความรู้สึก เท่าที่ผู้เขียนพอจะแลกเปลี่ยนได้ อาทิ เช่น มาร์ธา นุสซาม, วิลเลียม เรดดี, ปีเตอร์ สเตริน ฯลฯ อย่างไรก็ตาม ประเด็นดังกล่าวมิได้เกี่ยวข้องโดยตรงกับปัญหาในบทความนี้

² กองบรรณาธิการ WAY MAGAZINE, “ปาฐกถาฉบับเต็ม ‘นิติรัฐอิทธิพลและราชานิติธรรม’ โดย ธงชัย วินิจจะกุล,” WAY MAGAZINE, 9 มีนาคม 2563, สืบค้นเมื่อวันที่ 1 ตุลาคม 2563, <https://waymagazine.org/thongchai-winchakul-rule-by-law/>.

เพิ่มความเข้มแข็งให้กับวิธีวิทยาทางนิติศาสตร์แล้ว สิ่งที่สำคัญที่สุด คือการเพิ่มพูนความรู้ดังกล่าว ย่อมมีส่วนทำให้ “นิติอรรถรม” กลายเป็นสิ่งล้ำสมัยจนสูญพันธุ์ในสังคมการเมืองไทยเสียที

เพื่อบรรลุวัตถุประสงค์ดังกล่าว บทความชิ้นนี้จะแบ่งออกเป็น 4 ส่วน ส่วนแรก ว่าด้วย มายาคติและความมีขอบเขตของวงการกฎหมายที่มีกฏเสธองค์ความรู้ศาสตร์อื่น ส่วนที่สองจะเป็น การปริทัศน์ข้อเสนอของธงชัย วินิจจะกุล ส่วนที่สามเป็นส่วนที่ว่าด้วยอนาคตและความหวังของ วงวิชาการทางกฎหมายและสังคมไทย ตามด้วยส่วนสรุปและส่งท้ายเป็นการเปิดประเด็น แลกเปลี่ยนและชวนสนทนากับข้อเสนอของธงชัย วินิจจะกุล ว่า การปกครองของกฎหมาย (The Rule of Law) จะเป็นคำตอบสุดท้ายของสังคมไทยได้เพียงใด

2. ระหว่างความยุติธรรมกับความทรงจำ: วิธีวิทยาของนิติศาสตร์ระหว่างประวัติศาสตร์

ปิยบุตร แสงกนกกุล เคยให้ความเห็นว่าวงการกฎหมายมีกำแพงที่สูงและหนาในการ รับฟังความคิดเห็นต่อกฎหมายของนักวิชาการด้านอื่นและประชาชน เพราะคนนอกเหล่านั้นมิได้ เป็นผู้รู้ทางกฎหมาย จึงไม่จำเป็นต้องรับฟัง³ สภาวะในวงการกฎหมายดังกล่าวส่งผลกระทบต่ออย่าง สำคัญต่อปฏิภานที่นักเรียนกฎหมายมีต่อข้อเสนอของธงชัย วินิจจะกุล แม้ว่าเขาจะได้เสนอ คำอธิบายสำคัญเกี่ยวกับรากฐานของวิชานิติศาสตร์สมัยใหม่ของไทยก็ตาม ด้วยเหตุนี้ การกล่าวถึง มายาคติระหว่างสาขาวิชาการระหว่างนิติศาสตร์กับประวัติศาสตร์ จึงมีความสำคัญ

พรหมแดนความรู้ของวิชาประวัติศาสตร์และวิชากฎหมายพยายามทำความเข้าใจซึ่งกัน และกันอยู่แล้วในปริมณฑลแห่งสาขาวิชาตน ในทางกฎหมาย ร.แสงกาด์ ได้พยายามวางรากฐาน ของวิชาประวัติศาสตร์กฎหมายไทย นักวิชาการทางกฎหมายอย่างเช่น แสวง บุญเฉลิมวิภาส ก็ดี กิตติศักดิ์ ปรกติ ก็ดี ก็พยายามเดินบนเส้นทางนี้เช่นกัน แม้แต่นักกฎหมายอาชีพอย่าง ม.ร.ว. เสนีย์ ปราโมช หรือธานินทร์ กรัยวิเชียร ก็มีบทบาทสำคัญในเชิงประวัติศาสตร์นิพนธ์กฎหมายไทย ซึ่งผู้เขียนเรียกว่า “ประวัติศาสตร์กฎหมายฉบับราชานิตินิยม” อันมีส่วนสำคัญในเชิงการประกอบ สร้างความทรงจำร่วมเกี่ยวกับรัฐและกฎหมายของสังคมไทย⁴ แม้แต่ วิษณุ เครืองาม ก็ได้ลงมือ

³ ปิยบุตร แสงกนกกุล, *ศาลรัฐประหาร: ตุลาการ ระบอบเผด็จการ และนิติรัฐประหาร*, (เนทบุรี: ฟาเดียกัน, 2560), 5-7.

⁴ กฤษณ์เพชร โสมณวัตร, “การประกอบสร้างอำนาจตุลาการในสังคมไทยสมัยใหม่,” (คุชชินีพนธ์ปรัชญาคุชชินี บัณฑิต, สาขาประวัติศาสตร์ คณะมนุษยศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่, 2562), 317-321.

ลงแรงพยายามร่วมผลักดันทอตาข่ายความทรงจำเกี่ยวกับกฎหมายผ่านนวนิยายอิงประวัติศาสตร์ด้วย⁵ ส่วนทางด้านประวัติศาสตร์ ความรู้ทางกฎหมายมักถูกใช้ในฐานะที่เป็นหลักฐานทางประวัติศาสตร์ ในการตอบปัญหาทางประวัติศาสตร์ที่นักประวัติศาสตร์แต่ละคนมีความสนใจ เช่น สายชล สัตยานุรักษ์ ใช้กฎหมายตราสามดวงอธิบายบทบาทของผู้หญิงในประวัติศาสตร์สังคมไทยช่วงต้นรัตนโกสินทร์⁶ นครินทร์ เมฆไตรรัตน์ ใช้ฎีกาข้อร้องทุกข์ในการศึกษาบรรยากาศก่อนการปฏิวัติสยามใน พ.ศ. 2475⁷ อรรถจักร์ สัตยานุรักษ์ ใช้กฎหมายเม็งรายศาสตร์ศึกษาระบอบทรัพย์สินในล้านนา⁸ นักประวัติศาสตร์รุ่นใหม่อย่างภิญญพันธ์ พงนะลาวัณย์ ก็ใช้กฎหมายผังเมืองในการตอบปัญหาเรื่องการจัดการพื้นที่⁹ หรือณัฐพงษ์ สกุลเสียว ใช้คำร้องเชิงคดีความของสามัญชนต่อเจ้ากรมการเมืองเพื่อศึกษาการกำเนิดขึ้นของรัฐสยามสมัยใหม่¹⁰ เป็นต้น

แต่โดยมากแล้ว ระหว่างนักประวัติศาสตร์และนักกฎหมาย มักอยู่ในฐานะที่ต่างคนต่างทำงานวิชาการของตนเองเสียมากกว่า นักกฎหมายใช้ประวัติศาสตร์เพื่อรับรองความชอบธรรมแห่งกฎหมาย ส่วนนักประวัติศาสตร์ก็ใช้กฎหมายเป็นหลักฐานทางประวัติศาสตร์เพื่ออธิบายปัญหาที่ตนสนใจ ความรู้ทางกฎหมายของนักประวัติศาสตร์ไทยจึงอยู่ในความรับรู้ของนักกฎหมายน้อยมาก ในทำนองเดียวกันประวัติศาสตร์ของนักกฎหมายก็ไร้พลังในการทำความเข้าใจอดีตเสียจนนักประวัติศาสตร์อาจไม่สนใจที่จะวิพากษ์มันอย่างจริงจัง และในมิตินี้ ข้อเสนอของธงชัย วินิจจะกุล จึงเป็นคำอธิบายต่อระบอบกฎหมายโดยตรงของนักประวัติศาสตร์ ซึ่งมีอยู่ไม่มากนักในวงวิชาการไทย

⁵ วิษณุ เครืองาม, *ข้ามสมุทร*, (กรุงเทพฯ: มติชน, 2558); วิษณุ เครืองาม, *ชีวิตของประเทศ*, (กรุงเทพฯ: มติชน, 2561).

⁶ สายชล สัตยานุรักษ์, *ประวัติศาสตร์รัฐไทยและสังคมไทย: ครอบครัวยุคใหม่ ชีวิตสามัญชน ความทรงจำ และอัตลักษณ์ทางชาติพันธุ์*. (เชียงใหม่: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยเชียงใหม่, 2558).

⁷ นครินทร์ เมฆไตรรัตน์, *การปฏิวัติสยาม พ.ศ. 2475*, (กรุงเทพฯ: ฟ้ามุข, 2553).

⁸ Sattayanurak, Attachak, "Property Regime in Rural Northern Thailand," (doctoral dissertation, Nagoya University, 2004), 44; 55; 88.

⁹ ภิญญพันธ์ พงนะลาวัณย์, "สภาวะการกลายเป็นมณฑลพายัพ: ประวัติศาสตร์ของอำนาจ-ความรู้ และการผลิตพื้นที่โดยสยาม (พ.ศ. 2416-2475)," (วิทยานิพนธ์ปรัชญาดุษฎีบัณฑิต สาขาประวัติศาสตร์ คณะมนุษยศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่, 2562).

¹⁰ ณัฐพงษ์ สกุลเสียว, "สามัญชนฝ่ายเหนือกับการก่อตัวของรัฐสมัยใหม่สยาม พ.ศ. 2400-2450," (วิทยานิพนธ์ปรัชญาดุษฎีบัณฑิต สาขาประวัติศาสตร์ คณะมนุษยศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่, 2561), 325-326.

เหตุผลสำคัญที่ทำให้ให้นักกฎหมายและนักประวัติศาสตร์ต่างระลึกถึงกันอยู่เสมอ แม้ไม่ได้มีปฏิสัมพันธ์กันโดยตรง คือ ถึงที่สุดแล้ววัตถุประสงค์ของวิชาการทั้งสองแขนงมีความเกี่ยวพันกันอย่างใกล้ชิด กล่าวคือ นักกฎหมายต้องการอธิบายกฎหมายและใช้กลไกของรัฐและกฎหมายที่สอดคล้องกับโมทัศน์เรื่อง “ความยุติธรรม” ของคนในสังคม ส่วนนักประวัติศาสตร์ต้องการอธิบายอดีตของสังคมมนุษย์ที่มีผลต่อการจัดการความสัมพันธ์ของมนุษย์ ซึ่งเกี่ยวข้องพ้องไปกับความยุติธรรมเช่นกัน ส่วนความยุติธรรมนั้นก็มิได้มีลักษณะเป็นพลวัต ความสับสนและแตกหักของปรากฏการณ์ต่างๆ ล้วนมีผลต่อสำนึกและความทรงจำร่วมต่อความยุติธรรมของมนุษย์ ซึ่งอาจเรียกว่า มโนทัศน์เรื่องความยุติธรรม (perception of justice) ดังนั้น ความยุติธรรมที่นักกฎหมายต้องการแสวงหาจึงอยู่ในความทรงจำหรือประวัติศาสตร์ของผู้คนในสังคม ในขณะที่สิ่งที่จะช่วยให้นักประวัติศาสตร์จะถักทอตาข่ายแห่งความทรงจำเรื่องการจัดการความสัมพันธ์ที่ยุติธรรมได้ก็คือหลักเกณฑ์ที่กำหนดระเบียบความคิดของความยุติธรรมในแต่ละช่วงเวลา ซึ่งชุดข้อมูลหลักฐานอันหนึ่งซึ่งชัดเจนที่สุดประการหนึ่งก็คือกฎหมายนั่นเอง

ปัญหาสำคัญในเรื่องการอาศัยความรู้ทางประวัติศาสตร์มาใช้ถักทอระบอบยุติธรรมของสังคมไทยของนักกฎหมาย¹¹ อาจแบ่งเป็นสองระดับ คือ การขาดความตระหนักรู้ คือ การพร่องความระวังไหว (sensitivity) ต่อความทรงจำอันละเอียดอ่อนเกี่ยวกับความยุติธรรมในการออกแบบระบบกฎหมาย ยกตัวอย่างเช่น เรื่องความทรงจำเรื่อง “คุกกี้ไว้ขังคนจน” ซึ่งมีเจ้าหน้าที่รัฐอาจพยายามอธิบายว่าถ้อยคำดังกล่าวเป็นเพียงวาทกรรม และพยายามโต้แย้งข้อกล่าวหาเหล่านั้นด้วยระเบียบวิธีทางกฎหมาย โดยมีได้ตระหนักเลยว่า สังคมไทยมีความทรงจำเรื่อง “คุกกี้ไว้ขังคนจน” มาอย่างยาวนาน โดยไม่เคยได้รับความพยายามที่จะชำระความทรงจำหรือประวัติศาสตร์ในเรื่องนี้ให้ลดความแหลมคมของปัญหาลง¹² และความบกพร่องในเชิงวิธีวิทยาทางประวัติศาสตร์ คือ การขาดความชำนาญในการบริหารจัดการหลักฐานทางประวัติศาสตร์ที่มี

¹¹ บทความนี้มีได้เสนอ แต่มิได้ปฏิเสธว่าการอ่านกฎหมายของนักประวัติศาสตร์อาจมีข้อผิดพลาดได้เช่นกัน เพราะข้อความทางกฎหมายในหลายกรณีต้องอาศัยความชำนาญและคุ้นเคยในเชิงนิติวิธี หรือวิธีวิทยาทางกฎหมาย (legal methodology) ในการตีความกฎหมาย วิธีพิจารณาความ ซึ่งหลายเรื่องเป็นเรื่องเทคนิคเฉพาะ

¹² การชำระความทรงจำหรือประวัติศาสตร์ในลักษณะดังกล่าว ยกตัวอย่างเช่น การเขียนประวัติศาสตร์เพื่อยอมรับและขอยกจากสาธารณชนในเหตุการณ์ที่มีข้อสงสัย ทั้งนี้ คาดว่าความพยายามดังกล่าวไม่เกิดขึ้น เพราะนักกฎหมายมักทักท้อเองว่าเมื่อคดีถึงที่สุด หรือมีการนิรโทษกรรมแล้ว เรื่องราวทั้งหมดจะยุติลง ซึ่งไม่จริง เพราะประวัติศาสตร์และความทรงจำของสังคมยังคงทำงานต่อไปโดยตอกย้ำให้คนพร้อมจะเชื่อเสมอ เมื่อเกิดกรณีที่ใกล้เคียงกัน

ความละเอียดอ่อนอยู่ตามสภาพที่แตกต่างของบริบทและช่วงเวลาระหว่างนักกฎหมายที่ศึกษาประวัติศาสตร์กับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในอดีต จนทำให้งานศึกษาประวัติศาสตร์กฎหมายของนักกฎหมายจำนวนมากเป็นเพียงการเล่าเรื่องในอดีตตามความเชื่อเดิมของตนหรือการคัดลอกพงศาวดาร โดยปราศจากการวิพากษ์หลักฐานตามสมควร ยกตัวอย่างเช่น การอธิบายเรื่องเสรีภาพในการค้าขายอย่างเต็มที่ในกรุงสุโขทัย โดยการอ้างศิลาจารึกหลักที่หนึ่ง¹³ แต่มิได้วิพากษ์ความน่าเชื่อถือของหลักฐานดังกล่าวแม้แต่น้อย¹⁴ กระนั้นก็ตาม ปัญญาชนทางกฎหมายคนสำคัญอย่าง ม.ร.ว. เสนีย์ ปราโมช และวิชฌุ เครืองาม เป็นตัวอย่างของนักกฎหมายที่ระวังไหวต่อความสำคัญของความทรงจำเป็นอย่างดีจนใช้ประโยชน์ทางการเมืองจากการประกอบสร้าง ความทรงจำต่อระบบกฎหมายได้ และกลบบังจุดอ่อนด้านวิธีวิทยาทางประวัติศาสตร์ ด้วยการเลือกรูปแบบการคิดเขียนไปในเชิงปาฐกถาและนวนิยายแทน

ผลที่ได้จากสภาพแวดล้อมทางความรู้ดังกล่าวคือ สังคมไทยมีความทรงจำและประวัติศาสตร์เกี่ยวกับการจัดการระบบยุติธรรมอยู่น้อยมาก และเท่าที่มีอยู่จากงานของนักประวัติศาสตร์ก็มีได้จิงใจตอบคำถามของนักกฎหมาย อีกส่วนก็เป็นประวัติศาสตร์กฎหมายของนักกฎหมายที่เขียนขึ้นโดยขาดหลักวิชาทางประวัติศาสตร์และทัศนวิพากษ์ จึงกลายเป็นการผลิตซ้ำความรู้ชุดเดิมอย่างซ้ำซาก ที่หนักหนาที่สุด คือประวัติศาสตร์กฎหมายไทยถูกครอบงำด้วยวิธีการเขียนประวัติศาสตร์อย่างมีกุศโลบายทางการเมืองแบบนิติรัฐอภิสิทธิ์และราชันดิธรรมอย่างเด่นชัด ซึ่งนำไปสู่สภาวะ “นิตอธรรม” ยิ่งขึ้นกว่าเดิม

คำถามสำคัญที่นักกฎหมายร่วมสมัยควรไตร่ตรองให้ดี คือวิชาชีพที่ถูกก้าวข้ามได้ด้วยอภิสิทธิ์ของชนชั้นนำทั้งทุนเศรษฐกิจและการเมืองจะเป็นวิชาชีพได้อย่างไร และปัญหาว่าอะไรคือ เงื่อนไขที่ทำให้การปกครองของกฎหมาย (the Rule of Law) กลายเป็นการปกครองโดยกฎหมาย (the Rule by Law) อย่างโจ่งแจ้งจนเสียดาในสังคมนี้ ทั้งสองเป็นคำถามที่ธงชัย วินิจจะกุล ตั้งไว้และได้พยายามตอบโดยประสานเอาทั้งองค์ความรู้ทางประวัติศาสตร์และองค์ความรู้ทางกฎหมาย ตลอดจนความพยายามช่วงชิงพื้นที่ของประวัติศาสตร์กฎหมายให้รับรู้ถึงความทรงจำของสามัญชนเสียบ้าง เพื่อเปิดเผยที่มาที่ไปของความอยู่ดีธรรมในสังคมไทย

¹³ แสวง บุญเฉลิมวิภาส, *ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย*, (กรุงเทพฯ: วิทยุชน, 2547), 67.

¹⁴ นิธิ เอียวศรีวงศ์, “เมื่อไม่มีตำแหน่ง “แม่ขุน” ก็ไม่มีตำแหน่ง “พ่อขุน”, ใน *กรุงแตก, พระเจ้าตากฯ และประวัติศาสตร์ไทย ว่าด้วยประวัติศาสตร์และประวัติศาสตร์นิพนธ์*, (กรุงเทพฯ: มติชน, 2543), 51-58.

3. ที่มาแห่งนิติธรรมในสังคมไทย

คำว่า “นิติธรรม” เป็นคำที่ ธงชัย วินิจจะกุล ประดิษฐ์ขึ้นเพื่ออธิบายลักษณะของ กระบวนการค้นทางนิติศาสตร์ไทยที่เป็น “การปกครองโดยกฎหมาย” (Rule by Law) ที่มีความเป็น นิติรัฐอภิสิทธิ์ และราชนิติธรรม โดยล่อกับคำว่า “นิติธรรม” ซึ่งเป็นหลักการพื้นฐานของกฎหมาย อันเป็นที่นิยมในวงการกฎหมายไทยร่วมสมัยอย่างกว้างขวาง ดังเห็นได้จาก “หลักนิติธรรม” ถูก นำมาใช้ในบทบัญญัติทางกฎหมายโดยตรงในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 ด้วย ดังข้อความว่า “รัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล องค์กรอิสระ และหน่วยงานของรัฐ ต้องปฏิบัติหน้าที่ ให้เป็นไปตามรัฐธรรมนูญ กฎหมาย และหลักนิติธรรม...” ทั้งนี้ สมคิด เลิศไพฑูรย์ กรรมการธิการ ยกร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 ได้อธิบายว่า “...ความจริงแล้วก็เป็นเรื่อง ที่นักวิชาการพูดกันโดยทั่วไปในมหาวิทยาลัยว่ามีความหมายที่ใกล้เคียงกัน ความจริงคำว่า นิติธรรม นั้นมาจากคำว่าภาษาอังกฤษ เดอะ รูล ออฟ ลอว์ ซึ่งเป็นหลักที่ทุกประเทศใช้... กระผมคิดว่า คำว่า นิติธรรม นั้นเป็นคำที่คนไทยโดยทั่วไป หรือพวกเราโดยทั่วไปเป็นคำที่คุ้นเคยและรู้จักกันดี ...”¹⁵ ฟังสังเกตว่า หลักนิติธรรม ในความเข้าใจของวงการกฎหมายนั้นมักพิจารณาว่าเป็นหลักการ ที่มีต้นแบบมาจากระบบคอมมอนลอว์ของอังกฤษอย่างตรงไปตรงมา

ในเชิงประวัติศาสตร์ความคิดทางกฎหมายเกี่ยวกับนิติรัฐ-นิติธรรมนั้น นักกฎหมายมักมัด ถกเถียงกันเรื่องศัพท์แสงที่ไม่เกี่ยวข้องกับสิทธิและเสรีภาพของผู้คน ในขณะที่ ธงชัย วินิจจะกุล ได้ อธิบายโต้แย้งประเด็นนี้ว่าคำว่า the Rule of Law ควรได้รับการแปลว่า “การปกครองของ กฎหมาย”¹⁶ และสังคมไทยมิได้รับหลัก the Rule of Law เข้ามาอย่างตรงไปตรงมา หากแต่ สังคมไทยรับเอาหลักการดังกล่าวบนรากฐานของระบบกฎหมายแบบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ภายใต้ สภาวะกึ่งอาณานิคม¹⁷ จึงทำให้พัฒนาการของระบบกฎหมายไทยยากที่จะดำเนินตามครรลอง เพราะสังคมไทยเริ่มเดินบนเส้นทางสู่ “นิติรัฐ-นิติธรรม” จากถนนคนละสาย โดยมุ่งคนละทิศกับ กระบวนการกลายเป็นสมัยใหม่ในยุโรป ดังที่ธงชัย วินิจจะกุล เปรียบเปรยว่า “...อาจเป็นเพราะเรา กำลังอยู่บนถนนคนละสาย ต่อให้มีจุดหมายที่ปรารถนาตรงกัน หนทางเดินคงจะต้องต่างกัน”¹⁸

¹⁵ อเนก วงศ์สวัสดิ์กุล บรรณาธิการ, *นิติรัฐ นิติธรรม*. (กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553), 363-364.

¹⁶ ธงชัย วินิจจะกุล, *นิติรัฐอภิสิทธิ์และราชนิติธรรม*, (กรุงเทพฯ: คณะเศรษฐศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2563), 86.

¹⁷ เรื่องเดียวกัน, 100.

¹⁸ เรื่องเดียวกัน, 94.

ทั้งนี้ ธงชัย วินิจจะกุล อธิบายต่อไปอีกว่าจุดเริ่มต้นบนเส้นทางสู่นิตศาสตร์สมัยใหม่ของไทยนั้นตั้งอยู่บนสถานะที่ทับซ้อน 3 กลุ่ม ได้แก่ ความเป็นองค์อธิปัตย์กับมายาคติของธรรมราชาไทย การรวมกฎหมายเข้าสู่รัฐสมบูรณาญาสิทธิราชย์ และสถานะกึ่งอาณานิคมในระบบกฎหมายไทย¹⁹

3.1 ความเป็นองค์อธิปัตย์และมายาคติของวัฒนธรรมธรรมราชาไทย

ปัจจัยประการแรกที่ควรกล่าวถึง คือความอ่อนแอของวัฒนธรรมกระฎุมพี ในขณะที่จารีตของกฎหมายที่ยึดถือความเป็นองค์อธิปัตย์ของพระมหากษัตริย์ยังเข้มแข็งอยู่มาก สำหรับประเด็นนี้ ธงชัย วินิจจะกุล ได้วิพากษ์ความเชื่อสำคัญในวงการกฎหมาย เรื่องความเป็นกฎหมายธรรมชาติของกฎหมายโบราณของไทย นักปรัชญากฎหมายไทยไม่ว่าจะเป็นปรีดี เกษมทรัพย์ หรือจรัญ โฆษณานันท์ ต่างก็อธิบายว่ากฎหมายโบราณของไทยมีรากฐานจากคัมภีร์พระธรรมศาสตร์²⁰ ทั้งนี้ โดยรวมแล้ว ความคิดแบบกฎหมายธรรมชาติ คือการเชื่อว่ามนุษย์ไม่มีสิทธิธรรมในการบัญญัติกฎหมาย เพราะกฎหมายคือ สัจจะ ซึ่งดำรงอยู่ตามธรรมชาติโดยไม่ผูกพันกับเจตจำนงของมนุษย์ ดังนั้น มนุษย์จึงไม่สามารถบัญญัติกฎหมายได้

โดยครรถองของนักประวัติศาสตร์ ธงชัย วินิจจะกุล ได้วิพากษ์ความน่าเชื่อถือในเชิงที่มาของคัมภีร์พระธรรมศาสตร์ ด้วยการชี้ให้เห็นว่า สังคมต่างๆ ที่รับคัมภีร์พระธรรมศาสตร์ล้วนแต่ได้รับการขัดเกลาให้สอดคล้องกับเงื่อนไขภายในของแต่ละสังคมทั้งสิ้น คล้ายกับ นิธิ เอียวศรีวงศ์ ที่เสนอไว้นานแล้วว่าไม่มีสังคมใดที่รับวัฒนธรรมของสังคมอื่นได้อย่างเต็มที่²¹ ธงชัย วินิจจะกุล อธิบายว่า พระธรรมศาสตร์มีทั้งฉบับที่เป็นฮินดูและพุทธ กรณีของฮินดูจะเน้นว่าพระธรรมศาสตร์เป็นคัมภีร์กฎหมายสูงส่งเหนือมนุษย์ ส่วนพระธรรมศาสตร์แบบพุทธมักถูกดัดแปลง เช่น พระธรรมศาสตร์ฉบับบาลีที่พบในมอญจะมีขนาดลดลงบ้าง ดัดบางเรื่องที่เป็นพิธีกรรมฮินดูออกไป

¹⁹ ธงชัย วินิจจะกุล อธิบายเรื่องบริบทและสถานะที่สำคัญในการผืนสู่นิตศาสตร์สมัยใหม่ของไทยว่ามีอยู่ทั้งสิ้น 7 ประการ แต่ผู้เขียนเห็นว่าหลายประเด็นมีความสับสนและสามารถอธิบายให้สอดคล้องพ้องกันได้จึงรวบรวมเหลือเพียงแค่ 3 ประเด็นเท่านั้น รายชื่อย่อ: โปรตุเกส ธงชัย วินิจจะกุล, *นิตริฐอภิลิทธิและราชนิตธรรม*, 100-105.

²⁰ จรัญ โฆษณานันท์, *นิตปรัชญา*, (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2552), หน้า 3.; จรัญ โฆษณานันท์, *ปรัชญากฎหมายไทย*, (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2545), หน้า 49-66. ปรีดี เกษมทรัพย์, *นิตปรัชญา*, (กรุงเทพฯ: คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553), 47-49,63.

²¹ นิธิ เอียวศรีวงศ์, *ปากไก่และใบเรือ: รวมความเรียงว่าด้วยวรรณกรรมและประวัติศาสตร์ต้นรัตนโกสินทร์*, (นนทบุรี: ฟาติงวากัน, 2555), คำนำ.

บ้าง หรือเปลี่ยน พระมณูสารจารย์ไปเป็นปุโรหิตของพระมหาสมมติบ้าง เป็นต้น²² ซึ่งรัชชย วินิจจะกุล อ้างถึงประเด็นนี้ เพื่อชี้ชวนให้เห็นความเป็นไปได้ว่าคัมภีร์พระธรรมศาสตร์นั้นอาจถูกดัดแปลงได้ จึงมิใช่สัจจะตามความเชื่อของนักกฎหมายธรรมชาติ และในกรณีของสังคมไทยยังมีความน่าสงสัย เพราะในปัจจุบันยังไม่ปรากฏพระธรรมศาสตร์ฉบับอื่นนอกเหนือจากที่ปรากฏในกฎหมายตราสามดวงเลย²³

ความน่าสงสัยของคัมภีร์พระธรรมศัตร์นักร้องให้ข้อเสนอสำคัญของ รัชชย วินิจจะกุล ว่าอาจเป็นความเข้าใจที่คลาดเคลื่อนว่าพระมหากษัตริย์ไทยไม่มีอำนาจในการบัญญัติกฎหมาย โดยสนทนาแลกเปลี่ยนกับงานของคริส เบเคอร์ และผาสุก พงษ์ไพจิตร²⁴ ทั้งนี้ หลักฐานสำคัญที่ รัชชย วินิจจะกุล ใช้คือสถานะของ “พระราชศาสตร์” กล่าวคือ โดยปกติพระราชศาสตร์ควรเป็นเพียงส่วนขยายของพระธรรมศาสตร์เท่านั้น และไม่มีผลผูกพันยืนยาวไปกว่ารัชสมัยของพระมหากษัตริย์แต่ละพระองค์ อย่างไรก็ตาม พระราชศาสตร์ในสังคมไทยกลับถูกแทรกวมอยู่กับพระธรรมศาสตร์ภายในกฎหมายตราสามดวง ซึ่งการแทรกกฎหมายของมนุษย์เข้าไปรวมกันในกฎหมายศักดิ์สิทธิ์ย่อมเกิดผลให้กฎหมายของมนุษย์เปลี่ยนสภาพจากกฎหมายชั่วคราวกลายเป็นกฎหมายถาวร และยังได้รับอานิสงส์ของความศักดิ์สิทธิ์ตามพระธรรมศาสตร์ไปด้วย²⁵ ดังตัวอย่างที่ รัชชย วินิจจะกุล อ้างถึงเรื่องการชำระกฎหมายตราสามดวงของพระบาทสมเด็จพระพุทธยอดฟ้าจุฬาโลก ที่ธรรมเนียมนักกฎหมายมักตีความว่าเป็นลักษณะของธรรมราชาที่สังคายนากฎหมายเพื่อความยุติธรรม แต่รัชชย วินิจจะกุล กลับตีความหลักฐานชุดเดียวกันในทางตรงกันข้าม โดยสอดคล้องกับ ร.แสงกาด์ ว่าการชำระกฎหมายตราสามดวงเป็นการแสดงให้เห็นพระราชอำนาจในการบัญญัติกฎหมายอย่างเห็นได้ชัด ดังข้อความว่า

“อันที่จริงมีอีกกรณีหนึ่งซึ่งรู้จักกันดีคือคดีอันเป็นจุดกำเนิดของการชำระกฎหมายตราสามดวง อำแดงป้อมเป็นขู้แล้วฟ้องหย่านายบุญศรีผู้เป็นสามี ลูกขุนตระลาการตัดสินใจให้หย่าขาดได้ พระเจ้าอยู่หัวรัชกาลที่ 1 จึงเข้าแทรกแซงเพราะเห็นว่าไม่ยุติธรรมต่อสามี จึงมีการสั่งให้ชำระกฎหมายทั้งหมด กรณีนี้นักประวัติศาสตร์กฎหมายแทบทุกคนถือเป็นหลักฐานยืนยันว่ากษัตริย์

²² รัชชย วินิจจะกุล, *นิติรัฐอภิสิทธิ์และราชนิติธรรม*, 111.

²³ Baker and Pasuk, 2015, pp 6-7. อ้างใน เรื่องเดียวกัน, 114.

²⁴ เรื่องเดียวกัน, 116-119.

²⁵ เรื่องเดียวกัน, 120.

ไทยยึดมั่นอยู่ในกรอบของพระธรรมศาสตร์ เมื่อเห็นว่าอาจจะมีการผิดเพี้ยนก็
ต้องย้อนกลับไปชำระสะสางให้แน่ใจ มียกเว้นคนหนึ่งที่เห็นต่างคือแลงกาต์...
แลงกาต์ตั้งข้อสังเกตและคำถามที่น่าสนใจมากกว่า พระเจ้าอยู่หัวรัชกาลที่ 1
มั่นใจว่ากฎหมายคลาดเคลื่อน แต่มิได้คิดเลยว่าอาจเป็นบทตั้งเดิมที่มีมานาน
แท้จริงก็ได้ พระองค์อาศัยความคิดของพระองค์เองเป็นเหตุผลเพื่อเข้าแก้ไข
กฎหมาย นี่เป็นการแสดงถึงโบราณราชประเพณีที่ให้อำนาจษัตริย์ในการ
วินิจฉัยว่าอะไรวิปลาสและอะไรยุติธรรม แล้วบัญญัติและแก้ไขกฎหมายตาม
ต้องการ หากพระองค์เห็นว่าเป็นไปเพื่อรักษาระเบียบสังคม”²⁶

ประเด็นนี้แสดงให้เห็นความแตกต่างระหว่างประวัติศาสตร์กฎหมายของนักกฎหมายและ
ประวัติศาสตร์กฎหมายของนักเรียนประวัติศาสตร์ คือความระมัดระวังทางบริบทและช่วงเวลาต่อ
ความหมายที่ละเอียดอ่อนของหลักฐานทางประวัติศาสตร์ ซึ่งต้องอาศัยวิธีวิทยาที่กว้างขวางทั้งทาง
ประวัติศาสตร์และทฤษฎีสังคม ซึ่งเป็นจุดอ่อนสำคัญของนักเรียนกฎหมายไทยในการทำ
ความเข้าใจสังคมและกฎหมายในทางปฏิบัติ ข้อเสนอของ ธงชัย วินิจจะกุล ที่สื่อสารต่อมายาคติใน
แวดวงกฎหมายโดยตรงจึงสมควรถูกหยิบยกขึ้นมาถกเถียงและพิจารณาต่อไปอย่างจริงจังในวงการ
ประวัติศาสตร์กฎหมายและระบบกฎหมายต่อไป

3.2 การรวมกฎหมายเข้าสู่รัฐธรรมนูญสิทธิราชย์

บริบทสำคัญในการถือกำเนิดขึ้นของนิตศาสตร์ไทยสมัยใหม่ คือ นิตศาสตร์สมัยใหม่ของ
ไทยตั้งอยู่ในบรรยากาศของการรวมอำนาจเข้าสู่ศูนย์กลางแบบสมบูรณาญาสิทธิราชย์และสภาวะ
อาณานิคมที่ปกคลุมทั่วโลก²⁷ ธงชัย วินิจจะกุล ได้แย้งความคิดความเชื่อทางประวัติศาสตร์
กฎหมายอีกครั้ง ด้วยการตั้งข้อสังเกตว่า ประวัติศาสตร์ฉบับชนบจะเน้นความสำคัญของสิทธิสภาพ
นอกอาณาเขตและความล้าหลังไร้ประสิทธิภาพของกระบวนการยุติธรรมเดิมของสยาม และการ
ปฏิรูปกฎหมายและการศาลได้เปลี่ยนให้ระบบกฎหมายของสยามเปลี่ยนโฉมหน้าจากกฎหมาย
จารีตที่อิงพระธรรมศาสตร์ ราชศาสตร์ ตามกฎหมายตราสามดวง มาสู่ความเป็นนิตศาสตร์

²⁶ เรื่องเดียวกัน, 123-124.

²⁷ เรื่องเดียวกัน, 100.

สมัยใหม่²⁸ อย่างไรก็ตาม ธงชัย วินิจจะกุล ชี้ชวนให้พิจารณาว่าการปฏิรูปกฎหมายสมัยใหม่ส่งผลให้เกิดระบบกฎหมายที่กระชับอำนาจ โดยได้รับอิทธิพลสำคัญจากชนบประเพณีเดิมในสังคมไทย²⁹

รูปแบบของการกระชับอำนาจที่สำคัญ คือการแผ่รังความไม่เสมอภาคเบื้องต้นกฎหมายในระบบกฎหมายสมัยใหม่ของไทย หรืออีกนัยหนึ่งการปฏิรูปกฎหมายเป็นเพียงการโฆษณาสร้างภาพพจน์เท่านั้น เช่น การเลิกไพร่ทาสหรือการจัดตั้งกองทัพแห่งชาติที่ดูเหมือนจะสร้างมโนทัศน์เกี่ยวกับสิทธิและความเสมอภาคในสังคมสยาม แต่เอาเข้าจริงพฤติกรรมเหล่านี้กลับมิได้ส่งผลให้เกิดความเข้าใจเรื่องความเสมอภาคและสิทธิแต่อย่างใด³⁰ ธงชัย วินิจจะกุล ได้รวบรวมตัวอย่างของพฤติกรรมดังกล่าว อาทิ ศาลยุติธรรมไม่มีเขตอำนาจในการกระทำความผิดของชนชั้นเจ้านายก็ดี การเลิกไพร่และทาสที่แม้จะทำให้สถานะไพร่ทาสหมดไป แต่ก็ได้เกิดความเสมอภาคตามมา เพราะกองทัพกลายเป็นเพียงสถาบันเชิงศักดิ์ินาแบบใหม่ ที่บรรดานายพลเป็นชนชั้นศักดิ์ินาในเครื่องแบบ ส่วนทหารเกณฑ์คือไพร่ที่เพียงเปลี่ยนนามเท่านั้น³¹ ทั้งนี้ ธงชัย วินิจจะกุล ได้สรุปว่า

“ภายใต้สมบูรณาญาสิทธิราชย์ ความแตกต่างระหว่างเจ้า ขุนนาง ข้าราชการ ราษฎร และสถานะของคน (ที่วัดกันด้วยอำนาจ) ยังดำรงอยู่เช่นเดิม ระบบกฎหมายที่สร้างขึ้นในสภาวะเช่นนั้น น่าจะสะท้อนความล้มพันธ์ระหว่างบุคคลกับรัฐ และระหว่างบุคคลต่างชั้นกันในสังคม ไม่น่าจะเป็นระบบกฎหมายที่ถือว่าปัจเจกบุคคลมีสิทธิเท่าเทียมกันและเสมอภาคกันทางกฎหมาย”³²

เมื่อระบบกฎหมายสมัยใหม่ของไทยถูกออกแบบมาเพื่อวัตถุประสงค์ในการกระชับอำนาจของระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์เป็นหลักก็มีผลทำให้ระบบกฎหมายสมัยใหม่ สยามไม่ปฏิเสธอิทธิพลทางวัฒนธรรมเดิมที่สนับสนุนให้เกิดความชอบธรรมของพระมหากษัตริย์ด้วย โดยเฉพาะอย่างยิ่งความผูกพันกันระหว่างพระพุทธศาสนากับระบบกฎหมาย ในลักษณะที่ระบบกฎหมายรัฐพุทธศาสนาปลัมภก³³ ซึ่งผลของการไม่แยกแยะความเป็นรัฐธรวาสาออกจาก

²⁸ เรื่องเดียวกัน, 130.

²⁹ เรื่องเดียวกัน, 141.

³⁰ เรื่องเดียวกัน, 142.

³¹ เรื่องเดียวกัน, 145, 148.

³² เรื่องเดียวกัน, 147.

³³ เรื่องเดียวกัน, 153.

รัฐสมบูรณาญาสิทธิราชย์ส่งผลให้วัฒนธรรมกรรมพิพจนนิยมที่ให้ความสำคัญต่อเสรีภาพและความเสมอภาคของบุคคลมีความสำคัญน้อยลงในระบบกฎหมายไทยด้วย โดยผลแห่งเหตุดังกล่าวจะปรากฏให้เห็นได้ชัดในการก่อรูปขึ้นของนิติรัฐอภิสิทธิ์ ที่จะอธิบายต่อไปข้างหน้า

ธงชัย วินิจจะกุล ยังอธิบายต่อไปว่าความพยายามในการรวมศูนย์อำนาจของสมบูรณาญาสิทธิราชย์สยามยังทำให้สำนักกฎหมายบ้านเมือง (positive law school) (นักวิชาการบางท่านเรียนปฏิฐานนิยมทางกฎหมาย) ซึ่งให้ความสำคัญกับกฎหมายในฐานะที่เป็นคำสั่ง คำบัญชาของรัฐ โดยธงชัย วินิจจะกุล ได้อ้างถึงกรมหลวงราชบุรีดิเรกฤทธิ์ว่า “กตหมายนั่นคือคำสั่งทั้งหลายของผู้ปกครองว่าการแผ่นดินต่อราษฎรทั้งหลาย เมื่อไม่ทำตามแล้วตามธรรมดาต้องโทษ... เพราะฉะนั้นพระบรมราชโองการหรือคำสั่งคำฉบับใดต่อราษฎรทั่วไป กำหนดโทษได้ทุกฉบับ... เราจะต้องระวังอย่าเอาความคิดกตหมายไปปนกับความดีความชั่วฤความยุติธรรม...”³⁴ ทั้งนี้ ธงชัย วินิจจะกุล เชื่อว่าสำนักกฎหมายบ้านเมืองเป็นรากฐานของการใช้อำนาจตามอำเภอใจตลอดจนเป็นหลักการที่ให้ความชอบธรรมทางนิติศาสตร์แก่การรัฐประหารในประเทศไทยตลอดมา³⁵ อย่างไรก็ตาม ธงชัย วินิจจะกุล ยังคงมีข้อสงสัยเกี่ยวกับอิทธิพลในเชิงลบอันมากล้นของสำนักกฎหมายบ้านเมืองดังกล่าวในประเทศไทย เพราะถึงที่สุดแล้วรากฐานของสำนักกฎหมายบ้านเมืองนั้นมีใช้การใช้อำนาจตามอำเภอใจของผู้ปกครองอย่างเถรตรง หากแต่เป็นภูมิปัญญาทางกฎหมายที่ต้องการแยกกฎหมายออกจากอำนาจเผด็จการธรรมเนียมยุโรป เพื่อให้ผู้ปกครองใช้อำนาจเหนือประชาชนได้ภายในขอบเขตของกฎหมายเท่านั้น ดังนั้น นักกฎหมายบ้านเมืองในอุดมคติย่อมไม่สามารถหยดต่อลายลักษณะอักษรและหลักการของกฎหมายได้ ในประเด็นนี้ วรเจตน์ ภาคีรัตน์ ให้ความเห็นไว้ว่าสำนักกฎหมายแบบบ้านเมืองมิได้เป็นปัญหาในตัวเอง และไม่ได้เป็นที่มาของการใช้อำนาจตามอำเภอใจของบรรดาผู้ปกครองในสังคมไทยแต่อย่างใด³⁶ ดังนั้น ถ้าฟังความคิดแบบสำนักกฎหมายบ้านเมืองก็ไม่ควรนำไปสู่การรับรองความชอบธรรมของเผด็จการแต่อย่างใด

สมมติฐานอันหนึ่งที่อาจพิจารณาได้ คือบริบทแห่งการประณามความคิดของสำนักกฎหมายบ้านเมือง และเชิดชูความคิดแบบสำนักกฎหมายธรรมเนียม ตลอดจนสำนักกฎหมายประวัติศาสตร์นั้นเกิดขึ้นในแวดวงทางกฎหมายไทยช่วงปลายทศวรรษ 2510 มีความสอดคล้องกับ

³⁴ เรื่องเดียวกัน, 155.

³⁵ เรื่องเดียวกัน, 157.

³⁶ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, *ประวัติศาสตร์ความคิดนิติปรัชญา*, (กรุงเทพฯ: อาน, 2561), 400-402.

การขยายตัวของเครือข่ายพระมหากษัตริย์ในวงการกฎหมาย และความรุ่งเรืองประวัติศาสตร์กฎหมายฉบับราชานิตินิยมในทางการเมือง³⁷ ที่มีความผูกพันกับคติ “ธรรมราชา” อย่างยิ่ง ตัวอย่างเช่น การกลายเป็น “นายกรัฐมนตรีพระราชทาน” ของสัญญา ธรรมศักดิ์ หลักเหตุการณ์ 14 ตุลาคม 2516 หรือการก้าวเข้าสู่อำนาจทางการเมืองของธานินทร์ กรัยวิเชียร หลังเหตุการณ์ 6 ตุลาคม 2519 เป็นต้น

3.3 สภาวะกึ่งอาณานิคมในระบบกฎหมายไทย

การรวบอำนาจเข้าสู่ศูนย์กลางของรัฐสมบูรณาญาสิทธิราชย์ของสยามได้ดำเนินไปในบริบทที่สภาวะกึ่งอาณานิคมปกคลุมเอเชียตะวันออกเฉียงใต้อย่างเข้มข้น ซึ่งส่งผลกระทบต่อวิถีคิดทางกฎหมายอย่างสำคัญ โดยเฉพาะในมิติที่ชนชั้นนำสยามปฏิบัติต่อประชาชนของตนมิใช่ในฐานะเจ้าของอำนาจอธิปไตย แต่เป็นวัตถุที่ถูกปกครองความรู้สึกรู้สึกนึกคิดอย่างรอบด้าน จริ่งอยู่ที่ข้อถกเถียงดังกล่าวยังไม่สามารถหาข้อยุติในทางประวัติศาสตร์ได้แน่ชัดนัก งานวิชาการบางชิ้นมุ่งอธิบายว่าชนชั้นนำสยามถูกกดดันให้ปฏิรูประบบกฎหมายและการศาลผ่านสนธิสัญญาก่อตั้งสิทธิสภาพนอกอาณาเขต ในลักษณะ “ระบบโลก” ในขณะที่ก็ปรากฏว่ามีงานวิชาการอีกจำนวนไม่น้อยเน้นอธิบายให้เห็นความสำคัญของปัจจัยภายในของสังคมสยามที่ต้องการปรับตัวเพื่อลดบทบาทของชนชั้นนำ อย่างไรก็ตาม บทความนี้มีได้มุ่งถกเถียงในประเด็นดังกล่าวนอกจากชี้ให้เห็นบทบาทของอิทธิพลทางความคิดแบบอาณานิคมที่นำมาสู่การออกแบบระบบกฎหมายสยามจนส่งผลสืบเนื่องให้ประชาชนสยามอยู่ในฐานะที่เป็น “พลเมือง” ในความหมายว่าเป็นพลั้งแห่งเมือง มากกว่าเป็นปัจเจกบุคคลที่เป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตย

สภาวะกึ่งอาณานิคม หมายถึง สภาพแวดล้อม วิธีคิด และวิธีรู้สึกของสังคมไทยนั้น ถูกครอบงำโดยสภาวะอาณานิคมอย่างสำคัญในทุกมิติ และแนบเนียนจนหลายคนในสังคมอาณานิคมหลงคิดที่ทักท้อเองว่าสภาวะดังกล่าวเป็นลักษณะจำเพาะแห่งสังคมตน³⁸ งานวิชาการในแนวหลังอาณานิคมศึกษา ยกตัวอย่างเช่น งานเรื่อง *Lords of Things* ของ เมมาเลซิโอ เปเลจจิ (Maurizio Peleggi) อธิบายว่าถึงแม้สยามจะอ้างว่าตนมาเคยตกเป็นเมืองขึ้น แต่วิถีปฏิบัติธรรมเนียมในท้องพระโรงสยามและวิถีชีวิตของเครือข่ายชนชั้นนำนั้นได้รับเอาจารีตธรรมเนียมของยุโรป

³⁷ ฤกษ์พร โสมณวัตร, “การประกอบสร้างอำนาจตุลาการในสังคมไทยสมัยใหม่,” (ดุสิตนิพนธ์ปรัชญาคุษฎีบัณฑิต สาขาประวัติศาสตร์ คณะมนุษยศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่, 2562), 317-321.

³⁸ Said, Edward, *Orientalism*, (London: Penguin, 2003), 43.

มาอย่างเต็มที่³⁹ เมื่อนำเงื่อนไขดังกล่าวมาใช้ ประวัติศาสตร์กฎหมายไทยฉบับหลังอาณานิคม (postcolonial legal historiography) จะได้สมมติฐานว่าวิถีคิดและวิธีรู้สึกในระบอบกฎหมายไทย ถูกครอบงำโดยสภาวะสังคมและอุดมการณ์ของเจ้าอาณานิคมอย่างใกล้ชิด ซึ่งธงชัย วินิจจะกุล ได้ยอมรับว่าข้อเสนอเรื่องนิตธรรมในสังคมไทยของเขาได้รับอิทธิพลจากนักคิดและงานศึกษาเกี่ยวกับประวัติศาสตร์กฎหมายเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ที่นิพนธ์ขึ้นบนแนวทางของหลังอาณานิคมศึกษา (postcolonialism)⁴⁰ โดยยกงานของทามาล่า ลูส (Tamara Loos) ขึ้นเพื่ออธิบายว่าชนชั้นนำสยามอาจแสดงบทบาทของตนในฐานะที่เป็นเจ้าอาณานิคมเหนือดินแดน เพื่อรวบและกระชับอำนาจภายในเสียเองด้วยการใช้การปกครองโดยกฎหมาย⁴¹

แนววิเคราะห์ของ ธงชัย วินิจจะกุล ในข้อคิดเรื่องนิตธรรมเองก็ได้รับเอาอิทธิพลทางความคิดในกระแสประวัติศาสตร์กฎหมายแบบหลังอาณานิคมมาใช้ด้วย⁴² เพียงแต่ได้ประสานกับสมมติฐานเรื่องปัจจัยวัฒนธรรมเดิมของสยามที่พระมหากษัตริย์ทรงเป็นองค์อธิปัตย์ดังที่ได้อธิบายไปแล้ว จนส่งผลให้ลักษณะของนิตธรรมไทยแปรสภาพไปเป็นนิตธรรม ดังจะเห็นได้จากข้อเสนอของ ธงชัย วินิจจะกุล ว่ารัฐไทยนั้นมีอภิสิทธิ์⁴³ ไม่ว่าจะเป็นเชิงอภิสิทธิ์โดยอ้างประโยชน์สาธารณะและความมั่นคงของรัฐ อภิสิทธิ์ในการไม่ต้องรับผิดชอบ ตลอดจนอภิสิทธิ์ในการสร้างสภาวะยกเว้น ซึ่งทั้งหมดทั้งมวลล้วนแต่เป็นอภิสิทธิ์บนรากฐานที่เลื่อนไหลไปตามสภาพแวดล้อมแห่งอำนาจในแต่ละช่วงเวลา อันส่งผลให้นิติรัฐ นิตธรรมของไทยจึงไม่เป็นหลักเป็นฐาน แต่เป็นอภิสิทธิ์ต่อรัฐและรวมถึงสถาบันพระมหากษัตริย์ ทั้งนี้ นิติรัฐอภิสิทธิ์ หมายถึง ธรรมเนียมปฏิบัติทางกฎหมายที่ยอมรับการใช้อำนาจของผู้ปกครองที่ไม่มีกฎหมายรับรอง ในภาษาของธงชัย วินิจจะกุล คือ “นิติรัฐแบบ *Administration by Law* หรือ *The Rule of Law* ที่เป็นการให้ความชอบธรรมแก่รัฐในทางปฏิบัติ”⁴⁴ ซึ่งโดยสภาพแล้วความเป็นนิติรัฐอภิสิทธิ์ดังกล่าวมีลักษณะย้อนแย้ง

³⁹ Peleggi, Maurizio, *Lords of Things: The Fashioning of Siamese Monarchy's Modern Image*, (Honolulu: University of Hawaii Press, 2002), 113.

⁴⁰ ธงชัย วินิจจะกุล, *นิติรัฐอภิสิทธิ์และราชานิตธรรม*, 95-100.

⁴¹ Loos, Tamara, *Subject Siam: Family, Law, and Colonial Modernity in Thailand*, (Chiang Mai: Silkworm, 2006).

⁴² ธงชัย วินิจจะกุล, *นิติรัฐอภิสิทธิ์และราชานิตธรรม*, 95-97; 100-101; 104-105.

⁴³ เรื่องเดียวกัน, หน้า 169.

⁴⁴ เรื่องเดียวกัน, หน้า 167.

(paradox) กับความเป็นนิติรัฐที่ต้องการให้กฎหมายเป็นหลักเป็นฐานเพื่อประกันสิทธิเสรีภาพของประชาชนและจำกัดอำนาจรัฐ

ดังที่เกริ่นไว้เบื้องต้นว่าอภิสิทธิ์ของรัฐในไทยนั้นดำรงอยู่หลายรูปแบบ ตัวอย่างหนึ่งที่ธงชัย วินิจจะกุล ยกขึ้น เพื่ออธิบายอภิสิทธิ์โดยอ้างประโยชน์สาธารณะของรัฐ คือ การจัดการป่าสำหรับประเด็นนี้ ธงชัย วินิจจะกุล ได้อ้างถึง สงกรานต์ ป่องบุญจันทร์ ที่อธิบายว่ากฎหมายว่าด้วยการจัดการป่าเป็นกฎหมายที่มีลักษณะอำนาจนิยม⁴⁵ ที่แม้ว่า ธงชัย วินิจจะกุล จะมีได้ระบุไว้อย่างชัดเจนถึงสภาวะอาณานิคมเหนือประโยชน์แห่งทรัพยากรธรรมชาติป่าไม้ แต่ในแวดวงวิชาประวัติศาสตร์การจัดการทรัพยากรนั้นมีความเห็นไปในแนวทางร่วมกันว่ากลไกกฎหมายจัดการทรัพยากรนั้นเป็นกฎหมายที่เน้นอำนาจการควบคุมทรัพยากรของรัฐสมบูรณ์อำนาจอธิปไตยในลักษณะอาณานิคม⁴⁶ ตัวอย่างประการหนึ่ง que แสดงให้เห็นการขยายอำนาจของรัฐในการจัดการทรัพยากรธรรมชาติผ่านกลไกการบังคับใช้กฎหมาย ซึ่งแยกไม่ขาดจากการจัดการความรู้-อำนาจด้านการจัดการทรัพยากรในสังคมไทย คือ คำอธิบายของภิญญพันธุ์ พจนะลาวัณย์ ดังข้อความว่า

“ในยุคอาณานิคม... การจัดการควบคุมป่าไม้แบบตะวันตกกับแนวคิดแบบอาณานิคมที่ว่าดินแดนดังกล่าวเป็นดินแดนป่าเถื่อนที่ควรถูกทำให้ศิวิไลซ์โดยเข้าไปจัดการด้วยวิธีการที่เป็นวิทยาศาสตร์ การจัดการป่ายังแยกไม่ออกไปจากความรู้แบบอาณานิคม... การตั้งกรมป่าไม้ขึ้นภายในเมืองเชียงใหม่เมื่อปลายทศวรรษ 2430 นอกจากจะเป็นการตั้งอำนาจทางเศรษฐกิจออกจากเจ้านายท้องถิ่นแล้ว สยามยังได้อำนาจในการควบคุมพื้นที่ป่ามาอยู่ในมือด้วย สยามควบคุมผ่านบริษัททำไม้ หรือผู้ได้รับสัมปทานป่าไม้อีกทอดปางไม้ ปางช้างของบริษัทต่างๆ กลายเป็นสถานีทางธุรกิจที่เรียกกันว่า “ตำบลป่า” เขตป่าจึงมิได้เป็นพื้นที่ว่างเปล่า หรือธรรมชาติอันบริสุทธิ์แต่ประกอบไปด้วยอำนาจและกลไกทางเศรษฐกิจการเมืองอย่างจริงจัง”⁴⁷

⁴⁵ เรื่องเดียวกัน, หน้า 169.

⁴⁶ Lohmann, Larry, “Land, Power and Forest Colonization in Thailand,” *Global Ecology and Biogeology*, 3, no. 4/6 (1993): 182.; Hirsch, Philip, “Forest, Forest Reserve, And Forest Land in Thailand”, *The Geographical Journal*, 156, no.2 (1990): 166.

⁴⁷ ภิญญพันธุ์ พจนะลาวัณย์, “สภาวะการกลายเป็นมณฑลพายัพ: ประวัติศาสตร์ของอำนาจ-ความรู้ และการผลิตพื้นที่โดยสยาม (พ.ศ. 2416-2475),” (ดุสิตนิพนธ์ปรัชญาดุษฎีบัณฑิต, สาขาประวัติศาสตร์ คณะมนุษยศาสตร์

การปฏิบัติต่อทรัพยากรส่วนรวมของประชาชนแห่งรัฐตน ราวกับเป็นกรรมสิทธิ์ของรัฐ โดยหวังกันการใช้ประโยชน์อย่างเข้มงวด และมีการกำหนดโทษทางอาญาดังกล่าว ย่อมเป็นท่าทีของเจ้าอาณานิคมมากกว่าการเป็นรัฐบาลแห่งประชาชาติ คล้ายกับงานของทามาล่า รูส ที่พูดถึงสยามในฐานะที่เป็นประธานในประวัติศาสตร์แบบอาณานิคมเหนือประเทศราชรอบข้างไม่ว่าจะเป็นล้านนาหรือปัตตานีก็ตาม ซึ่งเป็นลักษณะของระบบกฎหมายที่ถูกรื้อแบบมาภายใต้วิธีคิดแบบอาณานิคมนิยมทั้งสิ้น

4. ที่ไปของสังคมไทยบนเส้นทางนิตธรรม

การก่อรูปของรัฐและความลักลั่นในประวัติศาสตร์กฎหมายไทย ตั้งแต่รากฐานของระบบกฎหมายที่พระมหากษัตริย์เป็นองค์อธิปัตย์โดยอิงแอบความชอบธรรมของพระธรรมศาสตร์ ยิ่งเมื่อรับเอาระบบกฎหมายสมัยใหม่เข้ามาใช้ก็แสวงหาประโยชน์จากกฎหมายสมัยใหม่เพื่อกระชับอำนาจแห่งรัฐสมบูรณาญาสิทธิราชย์ให้เข้มข้นขึ้นกว่าเดิม ปรับใช้เทคนิควิธีการแบบอาณานิคมกับประชาชนในประเทศอย่างแนบเนียนในนามของกฎหมายสมัยใหม่ เปิดขับปัจเจกบุคคลและชุมชนให้พ้นไปจากสิทธิและอำนาจ และสถาปนาระบบกฎหมายที่เป็น “นิตธรรม” ขึ้น อันเป็นส่วนผสมของสำนักกฎหมายบ้านเมืองที่ซำรุด เรียกว่า “นิตรัฐอภิสิทธิ์” และสำนักกฎหมายธรรมชาติที่ถูกบิดเบือน หรือ “ราชนิตธรรม” การที่ทฤษฎีทางกฎหมายทั้งสองปนเปื้อนด้วยเงื่อนไขทางการเมือง และวัฒนธรรมไทย ดังกล่าวจึงนำสังคมไทยไปสู่การเป็นสังคมที่ปกครองกันโดยอาศัยกฎหมายเป็นเครื่องมือ หรือ “นิตธรรม” ซึ่งบนเส้นทางของนิตธรรมนี้ได้ก่อให้เกิดผลกระทบมากมายต่อสังคมไทย ทั้งในอดีต ในปัจจุบัน และในอนาคตต่อจากนี้

4.1 นิตรัฐอภิสิทธิ์

จริงอยู่ที่ว่ารัฐย่อมมีอภิสิทธิ์ในการดำเนินกิจการของรัฐในวิถีของการปกครอง ซึ่งธงชัย วินิจจะกุล เองก็ระลึกถึงปัญหานี้ แต่อภิสิทธิ์ของรัฐในสังคมต่างๆ มักถูกจำกัดอยู่ในขอบเขตที่ชัดเจนกว่า คาดหมายได้ง่ายกว่า และที่สำคัญคือ อภิสิทธิ์ของรัฐในประเทศต่างๆ นั้นย่อมผูกพันกับรัฐในเชิงสถาบันอย่างเดียว อภิสิทธิ์ของรัฐย่อมไม่ลุกลามบานปลายมาถึงปัจเจกบุคคลที่ดำรงตำแหน่งในรัฐหรือเป็นเครือข่ายอุปถัมภ์ของรัฐ ธงชัย วินิจจะกุล ได้ยกตัวอย่างอภิสิทธิ์แห่งรัฐในสังคมญี่ปุ่น และสิงคโปร์ ซึ่งอภิสิทธิ์แห่งรัฐนั้นผูกติดอยู่กับประเด็นทางเศรษฐกิจเป็นหลัก ดังนั้น

ถึงแม้สาธารณชนจะตระหนักถึงการดำรงอยู่และไม่พอใจต่อสิทธิแห่งรัฐนั้น แต่พวกเขาย่อมตระหนักดีไปพร้อมกันว่าตราบเท่าที่ ประชาชนไม่กล้าเส้นแห่งรัฐสิทธิที่ตั้งกล่าว พวกเขาจะไม่ได้รับผลกระทบ ด้วยเหตุนี้ ความตึงเครียดระหว่างประชาชนและรัฐสิทธิจึงดำรงอยู่ในขอบเขตที่ชัดเจน ต่างจากกรณีของสังคมไทย การอ้างความชอบธรรมของกฎหมายเพื่อให้สิทธิกับรัฐยังดำเนินไปหลายรูปแบบ ไม่ว่าจะเป็นการสภาวะยกเว้นสำหรับศาลพิเศษก็ดี การรัฐประหารก็ดี การประกาศกฎอัยการศึกก็ดี การนิรโทษกรรมสำหรับการใช้ความรุนแรงต่อประชาชนก็ดี ล้วนแต่เป็นสิทธิของรัฐที่ชนชั้นนำอ้างถึงระบบกฎหมายทั้งสิ้น และสิทธิเหล่านั้นตั้งอยู่บนความสิ้นไหลตามอำเภอใจของผู้มีอำนาจรัฐ ทำให้นิติรัฐสิทธิของไทยเป็นอันตรายต่อสังคมไทยอย่างยิ่ง

ความคลุมเครือของมาตรฐานการใช้อำนาจตามกฎหมายของไทยเพื่อธำรงไว้ซึ่งสิทธิของรัฐและชนชั้นนำนั้นสร้างปัญหาอันเรื้อรังให้กับสังคมไทยมานาน เมื่อไล่เรียงลงมาจะพบว่าการใช้อำนาจตามอำเภอใจจนเคยตัวของรัฐไทย ตั้งแต่การที่บรรดาเจ้านายไม่อยู่ในเขตอำนาจศาลในสมัยสมบูรณาญาสิทธิราชย์ เรื่อยมาจนถึงการตั้งศาลพิเศษในสมัยคณะราษฎร การรัฐประหาร และการรับรองความชอบด้วยกฎหมายของรัฐประหารโดยศาลฎีกา การประหารชีวิตผู้คนโดยไม่ผ่านกระบวนการยุติธรรมโดยชอบ การใช้ความรุนแรงกับชาวนา ชาวบ้าน นักศึกษา และประชาชนทุกฝ่าย สงครามยาเสพติด กรณีกรือเซะ-ตากใบ การอุ้มหาย การดำเนินคดีเชิงยุทธศาสตร์เพื่อรังแกประชาชน (strategic lawsuit against public participation-SLAPP) ฯลฯ และหลายครั้งที่ความไร้มาตรฐานนี้ถูกนำไปใช้เพื่อเอื้อประโยชน์ให้กับบรรดาอภิชน ซึ่งไม่ใช่รัฐ แต่เป็นพันธมิตรแห่งรัฐ

นิติรัฐสิทธิที่เกิดขึ้นในสังคมไทย คือ สภาวะที่นักกฎหมายยึดเอาตัวกฎหมายอย่างคร่ำครึ โดยไม่ได้สนใจเงื่อนไขทางสังคมแม้แต่น้อย แต่ความเคร่งครัดดังกล่าวกลับใช้กันเฉพาะในเรื่องที่ไม่กระทบประโยชน์ของชนชั้นนำ นักกฎหมายแบบนิติรัฐสิทธิจึงเชื่อฟังกฎหมายของคณะรัฐประหารอย่างง่าย ๆ โดยอ้างว่าคณะรัฐประหารมีอำนาจโดยชอบแล้ว เช่น การจับกุมและดำเนินคดีต่อผู้เห็นต่างทางการเมือง โดยอ้างอย่าล้าล้นถึงสถานการณ์ฉุกเฉินเชื่อมโยงกับโรคระบาดโควิด-19อย่างเคร่งครัด เป็นต้น แต่เมื่อนิติรัฐเข้าไปก้าวภายในดวงของอภิชนแล้ว นิติรัฐไทยกลับอ่อนแอลงอย่างน่ารังเกียจ ไม่ว่าจะเป็นการนิรโทษกรรมตนเองหลังการรัฐประหาร หรือบรรดาคดีของคนร้ายและผู้มากบารมีในสังคมไทยทั้งหลาย

4.2 ราชนิติธรรม

ไม่ว่าสังคมไทยจะเรียกหลักการปกครองของกฎหมายว่า “นิติรัฐ” หรือ “นิติธรรม” ก็ตาม ผลในทางทฤษฎีกฎหมายย่อมไม่แตกต่างกันอย่างมีนัยสำคัญ เพราะทั้งหมดล้วนแต่เป็นหลักการที่เกิดจากความปรารถนาของมนุษย์ในการจำกัดอำนาจของรัฐด้วยกฎหมาย ด้วยความเชื่อว่ากฎหมายย่อมเป็นหลักเป็นฐาน กฎหมายย่อมมีความหมายชัดเจนไม่ปิดพื้ลัวจนกะล่อน และกฎหมายย่อมไม่มีอภิสิทธิ์ที่ไม่อาจเข้าใจได้ ความแตกต่างระหว่างสองหลักการนี้ถึงจะมีอยู่บ้าง ก็เป็นความต่างที่ตั้งอยู่บนฐานของรากที่มาทางประวัติศาสตร์ซึ่งมีสภาพแวดล้อมและสถาบันการเมืองที่แตกต่างกัน คือ ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์อังกฤษและระบบกฎหมายแบบภาคพื้นยุโรป ทำให้กลไกในการตรวจสอบและจำกัดการใช้อำนาจรัฐย่อมจะแตกต่างไปบ้างตามสถาบันการเมืองที่มีอยู่ในแต่ละสังคม แต่จุดร่วมกันคือการกระทำของรัฐต้องชอบด้วยหลักแห่งกฎหมาย ในลักษณะที่เป็นการจำกัดอำนาจตามอำเภอใจของผู้ปกครอง⁴⁸ อย่างไรก็ตาม สองคำนี้เมื่อถูกนำมาเข้ามาในสังคมไทยกลับถูกนำไปถกเถียงกันจนเป็นเรื่องใหญ่โตจนผิดปกติ ซึ่งธงชัย วินิจจะกุล มีสมมติฐานว่าการแปล The Rule of Law และพยายามแยกนิติธรรมออกมาอย่างเด็ดขาดและจริงจังนั้นเป็นไปเพื่อสะท้อนภูมิหลังทางวัฒนธรรมแบบพุทธ และประวัติศาสตร์แบบราชานิตินิยมที่พระมหากษัตริย์เป็นองค์อธิปัตย์ ซึ่งมีได้สอดคล้องกับหลัง The Rule of Law แบบฉบับดังข้อความว่า

“...อย่างไรก็ตาม ธานินทร์ กรีวิเชียร เสนอว่าต้องสร้างความหมายของหลักนิติธรรมแบบไทยขึ้นมาเองให้เหมาะสมกับสภาพสังคม และวัฒนธรรมความเป็นอยู่ของคนไทย เพราะการรับเอาแนวคิดต่างประเทศเข้ามาโดยไม่มี การเชื่อมโยงปรับให้เข้ากับรากเหง้าและความเป็นจริงของสังคมไทยอาจทำให้ กลายเป็นแค่อุดมการณ์ที่จับต้องไม่ได้เท่านั้น... เราจะเห็นต่อไปว่าธานินทร์ และนักนิติศาสตร์หลายคนช่วยกันทำงานสำเร็จในที่สุด แต่ผลลัพธ์คือ “หลักนิติธรรม” ที่มี ความหมายต่างกัน The Rule of Law แบบบรรทัดฐานอย่าง มากถึงกับตรงกันข้ามก็มี เพราะรับมรดกจากสมบูรณาญาสิทธิราชย์แล้วพัฒนา

⁴⁸ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, “หลักนิติรัฐและหลักนิติธรรม,” *จุลนิติ* 9, ฉ.1 (2555): 50-51; 57-58.

ต่อมาในบริบทของการเมืองและสังคมไทยช่วงประมาณ 50-60 ปีที่ผ่านมา
ภายใต้ระบอบเผด็จการทหารและการฟื้นฟูพุทธจริยนิยม...⁴⁹

ธงชัย วินิจจะกุล อธิบายว่ารากฐานของหลักนิติธรรมแบบไทยได้รับอิทธิพลจากสำนัก
กฎหมายธรรมนิยม โดยเชื่อมความยุติธรรมเข้ากับหลักธรรมราชา ที่เป็นการประสานกันระหว่าง
พระพุทธศาสนาและสถาบันพระมหากษัตริย์ ภายใต้คติดังกล่าว การเข้าถึงความยุติธรรมนั้น
จะต้องอาศัยปัญญาพิเศษ โดยที่ความสามารถพิเศษดังกล่าวสัมพันธ์บุญบารมีของบุคคล และตาม
ธรรมดาแล้วบุคคลผู้มียานาจมากย่อมมีบุญบารมีตามไปด้วย ซึ่งอาจเป็นเพราะปรัชญาแบบพุทธ
มิได้มุ่งการตั้งคำถามต่ออำนาจไม่ว่าจะเป็นอำนาจทางการเมืองหรืออำนาจทางเศรษฐกิจ ด้วยเหตุ
นี้เอง จักรพรรดิราชผู้มีอำนาจสูงสุดย่อมมีบุญบารมีสูงสุด และพระมหากษัตริย์จึงเป็นแหล่งที่มา
ที่สำคัญที่สุดของความยุติธรรม พระมหากษัตริย์เป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตย เป็นผู้พิทักษ์
ประชาธิปไตย และเป็นธรรมราชาในยุคสมัยใหม่ ซึ่ง ธงชัย วินิจจะกุล เรียกสภาวะนี้ว่า “ราชนิติ
ธรรม”

การที่หลักนิติธรรมแบบไทยมีพระมหากษัตริย์เป็นศูนย์กลางของประเด็นความยุติธรรม
ทั้งปวง ทำให้หลักนิติธรรมแบบไทยหรือราชนิติธรรมนั้นเกิดสภาวะยกเว้นหลักการทางกฎหมายได้
ง่าย เพราะความมั่นคงของระบบยุติธรรมอยู่ที่องค์พระมหากษัตริย์ แต่ปัญหาคือ พระมหากษัตริย์
เองก็ทรงเป็นศูนย์กลางของอำนาจทางการเมืองด้วย ฉะนั้น เมื่ออำนาจของพระมหากษัตริย์
สั่นคลอน บุญบารมีของพระมหากษัตริย์ในการมีปัญญาพิเศษที่เข้าถึงและประทานความยุติธรรม
แก่สังคมนั้นก็ย่อมสั่นคลอนตามไป ทั้งนี้ ปัญหาที่สำคัญคือเมื่อการรักษาอำนาจกลายเป็นเรื่อง
เดียวกันกับการรักษาความยุติธรรม ราชนิติธรรมแบบไทยจึงเต็มไปด้วยสภาวะยกเว้น⁵⁰ ซึ่ง
ก่อให้เกิดผลประหลาดวิปลาสอย่างยิ่ง ในทำนองว่านักกฎหมาย ผู้นิยมหลักนิติธรรมแบบราช
นิติธรรมโดยไม่รู้ตัวนี้ จึงคัดค้านอำนาจของทหารเผด็จการในสมัยหนึ่ง เพราะเห็นว่าไม่สอดคล้อง
กับหลักนิติธรรม แต่เมื่อสังคมไทยเริ่มเอียงไปทางซ้าย นักกฎหมายราชนิติธรรมไทยกลับเห็นว่า
สามารถพักเรื่องหลักนิติธรรมไว้ก่อนได้ ยิ่งเมื่อตนกลายเป็นรัฐธำธิปไตยด้วยแล้วก็ละเลยหลัก
นิติธรรมที่ตนกลายอ้างเสียไม่มีชิ้นดี เป็นต้น

⁴⁹ ธงชัย วินิจจะกุล, *นิติรัฐอภิสิทธิ์และราชนิติธรรม*, 197-198.

⁵⁰ เรื่องเดียวกัน, 212.

4.3 นิตธรรม

ระบบกฎหมายนั้นตั้งอยู่บนรากฐานของความเชื่อมั่นที่สาธารณชนว่าระบบกฎหมายจะพ้นไปจากอติวิสัย ซึ่งความยุติธรรมนี้เองเป็นจุดร้อยเรียงประชาชนให้ยอมรับอำนาจรัฐ ยอมเสียสละผลประโยชน์ส่วนตน ยอมรับคำพิพากษาพิพากษาที่เขาอาจเสียประโยชน์ เพื่อเป้าหมายที่ยุติธรรมโดยรวมแล้ว นิตธรรม คือ ลูกผสมที่ได้รับลักษณะอันซ้ำรูดของนิตรัฐอภิสิทธิ์ที่เคร่งครัดต่อการบังคับใช้กฎหมายเฉพาะเมื่อรัฐและผู้เกี่ยวข้องกับรัฐได้ผลประโยชน์ กับราชชนิตธรรมที่ละทิ้งกฎหมายลายลักษณ์อักษร แต่สนับสนุนอำนาจของกฎหมายที่คลุมเครือ โดยยึดโยงกับสถาบันพระมหากษัตริย์ ดังนั้น นิตธรรมไทย จึงรับเอาส่วนที่ล้ำหลังที่สุดของสำนักกฎหมายบ้านเมืองคือ การรณรงค์ในตัวบทแห่งอำนาจ และส่วนที่ถูกวิจารณ์มากที่สุดของกฎหมายธรรมชาติคือความมลายในวาทกรรมแห่งความยุติธรรมมารวมไว้ด้วยกัน หรืออีกนัยหนึ่งก็คือ นิตธรรมเป็นการประสานกันของความเป็นเผด็จการโดยกฎหมายและเผด็จการโดยธรรม เมื่อประชาชนลุกขึ้นมาท้าทายอำนาจรัฐ พวกเขาจึงถูกระงับทั้งจากการดำเนินการทางกฎหมายอย่างเคร่งครัด และรวมไปถึงการตราหน้าในเชิงจริยธรรมทางสังคมว่าเป็นพวก “ซังชาติ” บ้าง “ล้มเจ้า” บ้าง “คอมมิวนิสต์” บ้าง “ซ้ายจัดตดจริต” บ้าง สุดแล้วแต่จะจินตนาการกัน

การที่สังคมไทยพยายามปรับปรุงนิตศาสตร์สมัยใหม่ขึ้นมา โดยรับเอาทั้งคติของระบบประมวลกฎหมาย ระบบกฎหมายจารีตประเพณี สำนักกฎหมายบ้านเมือง และสำนักกฎหมายธรรมชาติ แต่จนถึงที่สุดแล้วดูเหมือนสังคมไทยจะรับหลักการเหล่านี้เข้ามาเพียงเพื่อประดับตกแต่งระบบกฎหมายให้ดูสอดคล้องกับสมัยนิยมเท่านั้น นักกฎหมายไทยละทิ้งองค์ประกอบสำคัญที่ดีที่สุดของทั้งสำนักกฎหมายบ้านเมืองและสำนักกฎหมายธรรมชาติ แต่กลับเอาลักษณะที่บกพร่องซ้ำรูดของสำนักความคิดทางกฎหมายทั้งสองมาประติดประต่อยเพื่อฝัน โดยสร้างภาพ “นิตรัฐ-นิตธรรม” แบบปากว่าตาขยิบ ซึ่งวัฒนธรรมไทยคุ้นเคยดีอยู่แล้ว⁵¹ เช่น การแทรกพระราชศาสตร์ลงโดยปะปนกับพระธรรมศาสตร์ในกฎหมายตราสามดวง การตั้งศาลพิเศษขึ้นให้ดูเหมือนคติภฏจะได้รับการพิจารณาโดยองค์การตุลาการในสมัยคณะราษฎร การจะโฆษณาชวนเชื่อเรื่องสหรัฐฯ และความชั่วร้ายของคอมมิวนิสต์ แต่กลับอ้างถึงหลักแห่งกฎหมาย⁵² เป็นต้น

⁵¹ Jackson, Peter A., “The Thai Regime of Image,” *Sojourn: Journal of Social Issues in Southeast Asia*, 19, No. 2 (October 2004), 181-218.

⁵² กลุขพันธ์พร โสมณวัตร, “การประกอบสร้างอำนาจตุลาการในสังคมไทยสมัยใหม่,” (ดุสิตนิพนธ์ปรัชญาคุษฎีบัณฑิต, สาขาประวัติศาสตร์ คณะมนุษยศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่, 2562), 350-356.

ผลกระทบที่เกิดจากการเดินบนเส้นทางนิโตธรรมที่เห็นได้ชัด คือการใช้อำนาจรัฐจะมีแนวโน้มเป็นการกระทบกระเทือนสิทธิและเสรีภาพของประชาชน โดยเฉพาะต่อบุคคลผู้อยู่ในสถานะรอง (subaltern) และบุคคลที่ถูกกล่าวหาว่าเป็นศัตรูต่อความมั่นคงของชาติ ตัวอย่างเช่น การรื้อไล่ที่อยู่อาศัยของประชาชนไม่ว่าจะในป่า การที่นักกิจกรรมถูกรุมทำร้ายโดยไม่สามารถหาผู้กระทำความผิด การอุ้มหายครั้งแล้วครั้งเล่า ฯลฯ ทั้งหมดทั้งมวลสัมพันธ์กับปัญหาใหญ่ที่สำคัญที่สุดคือ เมื่อเลือกบนทางเดินนิโตธรรม สังคมไทยจะปราศจากกลไกในการจำกัดอำนาจรัฐให้มีมาตรฐาน จนทำให้สิทธิของประชาชนถูกคุกคามได้ง่าย

นิโตธรรมยังเป็นระเบิดเวลาที่สร้างความตึงเครียดระหว่างชนชั้นในระยะยาว เพราะโดยสภาพของนิโตธรรมนั้นเป็นสภาวะยกเว้น และการยกเว้นนั้นเป็นปฏิบัติการสองมาตรฐานไปในตัวที่ขัดแย้งต่อความเสมอภาค ความเสมอภาคนั้นมีหลายมิติทั้งในความสัมพันธ์ทางการเมือง เชื้อชาติ ศาสนา เพศ เศรษฐกิจ ฯลฯ เช่น บางครั้งความเสมอภาคระหว่างเพศเกิดขึ้นยากเพราะศาสนา วัฒนธรรม บางครั้งความเสมอภาคระหว่างเชื้อชาติภาษาก็ผูกพันอยู่กับการบริการจัดการของภาครัฐ ส่วนความเสมอภาคทางเศรษฐกิจก็ผูกพันกับระบบเศรษฐกิจและระบอบทรัพย์สิน เป็นต้น เหตุที่ยกความเสมอภาคหลากหลายมิติขึ้นมาอภิปรายเป็นเพราะผู้เขียนเห็นว่า ความเสมอภาคกันต่อหน้ากฎหมายเป็นกรณีที่เรียบง่ายและควรเป็นมาตรฐานขั้นต่ำที่สุดของชีวิตทางสังคม แต่นิโตธรรมยังคงกีดกันไม่ให้สามัญชนเข้าถึงคุณค่าพื้นฐานของสังคมนี้อย่างชัดเจน ซึ่งสถานะเช่นว่านั้น เป็นอันตรายต่อความเป็นสังคมที่สร้างสรรค์ มั่งคั่ง และยุติธรรม

ความตึงเครียดที่เกิดจากความเหลื่อมล้ำในสังคมนับว่าหนักหนาแล้ว แต่ยังไม่เท่ากับ ความป่วยไข้ทางสังคมที่เกิดจากการที่นักกฎหมายหลอกตัวเองอย่างซ้ำซากว่า สังคมไทยเพียบพร้อมด้วยนิติรัฐและนิติธรรมตามแบบฉบับแล้ว หากเรียกตามศัพท์แสงทางจิตวิเคราะห์แบบฌาคส์ ลากอง (Jacques Lacan) แล้ว อาการปากว่าตาขีบดั่งกล่าวสะท้อนความวิปริต (perversion) ของสังคมนักกฎหมายไทย คือการที่นักกฎหมายรู้ดีแก่ใจตนว่าสังคมhamnินิติธรรมแบบฉบับไม่ แต่กลับยืนยันว่ามี หรือการปฏิเสธนิติรัฐอภิสิทธิ์และราชานิติธรรม ทั้งที่ข้อเท็จจริงปรากฏให้เห็นอยู่ทั่วไปถึงการใช้อภิสิทธิ์เหนือกฎหมายของชนชั้นนำ ซึ่งการแก่งแย่งทำราวกับว่า นิโตธรรมไม่มีอยู่จริง ซึ่งเป็นอาการของความวิปริตในทางจิตวิเคราะห์ อาการทางจิตนี้ทำให้นักกฎหมายมักแสวงหาวัตถุแห่งความปรารถนา (fetish) ของนิติรัฐและนิติธรรมมาครอบครองไว้ เช่น เสื้อผ้าชุดครุยที่แสดงสถานะอันเหนือกว่า อาคารสถานที่สง่างามเกินงาม รูปปั้นอนุสาวรีย์ที่ถ่ายทอดความทรงจำลวง คำขวัญและสุภาษิตที่ใช้ท่องสะกดจิตตนเอง ฯลฯ โดยให้ความสำคัญกับ

วัตถุแห่งความปรารถนาเหล่านี้อย่างล้นเกินจนถึงขั้นศักดิ์สิทธิ์ เช่นความรู้สึกของผู้พิพากษาที่มีต่อชุดครุยตุลาการของตน ดังข้อความว่า “เครื่องแบบเป็นสัญลักษณ์ของหมู่เหล่า บอกถึงความเป็นระเบียบ บอกถึงการควบคุมบังคับบัญชา บอกถึงหน้าที่ความรับผิดชอบในการปฏิบัติงานรับใช้ประชาชนและเป็นการสะดวกต่อสาธารณะที่จะทราบว่ามันเป็นใคร... เครื่องแบบเป็นสื่อสากลที่ก่อให้เกิดความศักดิ์สิทธิ์และระเบียบสังคม ดังนั้นจึงเป็นที่มาของเสื้อครุยตุลาการ”⁵³ อย่างไรก็ตาม ธรรมดาของจิตใต้สำนึกที่วิปริตนั้น เมื่อพ้นไปจากสายตาผู้คน ก็มักแอบกระทำการละเมิดหลักการนิติรัฐและนิติธรรมที่ตนป่าวประกาศ แล้วโอบรับไว้ทั้งนิติรัฐอภิสิทธิ์และราชานิติธรรมไว้อย่างแนบแน่น⁵⁴

การรับรู้แต่ปล่อยให้รัฐอภิสิทธิ์ชนหลอกตนเองอย่างซ้ำซากนั้นทำให้นักกฎหมายไทยไม่กล้าที่จะจ้องมองความยุติธรรมอย่างตรงไปตรงมา ทุกครั้งที่นักกฎหมายประกาศให้ผู้คนเคารพในหลักนิติรัฐและนิติธรรม โดยไม่อ้างอิงถึงสถานะนิติรัฐอภิสิทธิ์และราชานิติธรรมกลับยิ่งทำให้ปัญหาพัวพันยุ่งเหยิงยิ่งขึ้นกว่าเดิม ยิ่งนักกฎหมายโฆษณาเรื่องชวนฝันอันเหนือจริงของนิติรัฐและนิติธรรมตามแบบฉบับเพียงใด ความฉีกขาดระหว่างสังคมไทย นักกฎหมายไทย กับนิติรัฐและนิติธรรมตามแบบฉบับยิ่งมากขึ้นเท่านั้น สิ่งนี้นักกฎหมายพึงทำคือ การยอมรับและสยบยอมต่อความบกพร่องจนแทบจะล่มสลายลงของเรื่องชวนฝันแบบนิติรัฐและนิติธรรมไทย และการดำรงอยู่ของนิติธรรมไทย เพื่อเปิดโอกาสให้ความกลางแกลงใจผลักดันให้นักกฎหมายไทยสบตากับความยุติธรรมตรงๆ เสียที ซึ่งสอดคล้องกับ ข้อความของธงชัย วินิจจะกูลว่า “สิบกว่าปีที่ผ่านมามีประเทศไทยกระโดดถอยหลังไปหลายช่วงอย่างเหลือเชื่อ เพราะเรากลัดกระดุมผิดเม็ดแล้วทำผิดซ้ำทับถมครั้งแล้วครั้งเล่าใน 70 กว่าปีที่ผ่านมามี เพราะเราไม่ตระหนักว่าพื้นฐานของนิติศาสตร์สมัยใหม่ของเราเป็นนิติรัฐอภิสิทธิ์และราชานิติธรรม”⁵⁵

⁵³ ช.ข้างทำหน้า, “เสื้อครุยตุลาการ,” *วารสารยุติธรรม* 13, ฉ.2 (2541): 13.

⁵⁴ สิงห์ สุวรรณกิจ, “ผาคส์ ลากอง: ไม่มีสิ่งใดที่เรียกได้ว่าเป็นมาตรฐานความ “ปกติ” ของสังคม ว่าด้วยโครงสร้างการเป็นประสาท (neurosis), วิปริต (perversion), วิกลจริต (psychosis),” *Res Residua*, 3 สิงหาคม 2561. สืบค้นเมื่อวันที่ 8 สิงหาคม 2563, <https://resresidua.wordpress.com/2018/08/03/lacan-neurosis-perversion-psychosis/>

⁵⁵ ธงชัย วินิจจะกูล, *นิติรัฐอภิสิทธิ์และราชานิติธรรม*, 239.

5. สรุป: วาทกรรมนิติรัฐ-นิติธรรมในฐานะเรื่องชวนฝันของนักกฎหมาย

ถึงแม้ว่า ธงชัย วินิจจะกูล จะพยายามเตือนให้สังคมไทยมีความปรารถนาและหวังต่อระบบกฎหมาย ดังข้อความว่า “นิติศาสตร์และระบบกฎหมายที่ยุติธรรมเป็นไปได้”⁵⁶ แต่เขาก็มิได้ปฏิเสธทำที่ของระบบกฎหมายที่เป็นเพียง “เสื่อคลุม” ที่ฉาบฉวยเพื่อปกปิดลักษณะเผด็จการ และเป็น “อาการ” (symptoms) ของความอ่อนแอของระบบกฎหมาย⁵⁷ การระลึกถึงความหวังที่อาจมีต่อระบบกฎหมาย นิติรัฐ และนิติธรรมตามแบบฉบับนั้นนับว่าอาจเป็นกลยุทธ์ที่น่าจะได้ผล หากพิจารณาจากความเป็นไปได้ในเงื่อนไขทางสังคมปัจจุบัน แต่เงื่อนไขที่ธงชัย วินิจจะกูล มองข้ามไปคือ สภาวะทางจิตของนักกฎหมายผ่านความผิดซ้ำที่ถดถอยมานั้นได้ก่อรูปความวิตกกังวลในโครงสร้างจิตใจของนักกฎหมายแล้ว ซึ่งอาจส่งผลให้นักกฎหมายไม่สามารถติดตามมองความยุติธรรมของนิติธรรมไทยตรงไปตรงมาอยู่ดี สืบเนื่องจากความเจ็บบังคับของวงการกฎหมายที่สืบเนื่องจากปฐกถาของธงชัย วินิจจะกูล เพราะสิ่งที่นักกฎหมายเป็นอยู่ก่อนคือ คนที่รับรู้ซึ่งถึงนิติรัฐอภิสิทธิ์และราชานิติธรรมเป็นอย่างดี แล้วถูกผนวกควมรวมอยู่ในสภาวะดังกล่าว แต่ปฏิเสธการดำรงอยู่ของมัน และให้ความสำคัญกับการแสวงหาวัตถุแห่งความปรารถนา เพื่อบอกตนเองว่านิติรัฐและนิติธรรมแบบฉบับนั้นมีอยู่จริง

ยกตัวอย่าง เช่น แมแต่ คณากร เพียรชนะ ผู้พิพากษาผู้สมควรแก่การคารวะ โดยการต่อสู้กับความอยุติธรรมในองค์กรศาลจนวายชนม์ แต่ก็ยังเชื่อมั่น “เกียรติภูมิ” ของผู้พิพากษาด้วยความบริสุทธิ์ใจว่าผู้พิพากษสามารถมอบคำพิพากษาที่ยุติธรรมให้แก่ประชาชนได้ ซึ่งก็แสดงว่าผู้พิพากษายังเป็นบุคลากรพื้นฐานของนิติศาสตร์ไทย เช่นข้อความว่า “ประชาชนเสื่อมศรัทธาในศาลยุติธรรมอย่างไม่เคยเป็นมาก่อน เป็นเหตุให้ผู้พิพากษาศาลชั้นต้นทั่วประเทศไม่ได้รับความเป็นธรรมทางด้านเกียรติภูมิ” หรือคำขวัญว่า “คืนคำพิพากษาให้ผู้พิพากษา คืนความยุติธรรมให้ประชาชน”⁵⁸ หรือกรณีของ ปัญพล เสน่ห์สังคม ซึ่งเป็นผู้พิพากษาที่ฝากผลงานอันน่าจดจำไว้ไม่น้อยจน เกษียร เตชะพีระ ยกย่องด้วยคำเรียกว่าเรียกว่า “ตุลาการภวิวัตน์ภาคประชาชน” และแม้แต่ วิจิต มั่นตรารามณ์ ก็ได้้นำคำพิพากษาคดีโรงไฟฟ้าบ้านอก-บ้านกรูด อภิปรายในที่ประชุมใหญ่

⁵⁶ เรื่องเดียวกัน, 245.

⁵⁷ เรื่องเดียวกัน, 84-85.

⁵⁸ MGR Online, “เปิดตัวตน ปัญพล เสน่ห์สังคม เจ้าของวาทะ ผมเป็นผู้พิพากษาของพระเจ้าอยู่หัว.” *ผู้จัดการออนไลน์*, 7 สิงหาคม 2558, สืบค้นเมื่อวันที่ 9 สิงหาคม 2563 <https://mgronline.com/onlinesection/detail/9580000089171>

สหประชาชาติว่าเป็นการคุ้มครองสิทธิทางสิ่งแวดล้อมของประชาชนอย่างสำคัญ แต่ในเชิงสำนึกในการทำงานของเขาก็ยึดมั่นถือมั่นว่าตนเองนั้นเป็น “ผู้พิพากษาของพระเจ้าอยู่หัว”⁵⁹

โครงสร้างทางจิตสำนึกของนักกฎหมายไทยจึงถูกกระทำจากนิติรัฐอภิสิทธิ์และราชนิติธรรมมาอย่างยาวนานจนบอบช้ำและสูญเสียตัวตน ซึ่งเป็นประเด็นที่ชี้ชวนให้พิจารณาว่าลำพังนิติรัฐและนิติธรรมแบบฉบับจะสามารถปลดแอกนักกฎหมายออกจากกับดักความคิดของนิติรัฐอภิสิทธิ์และราชนิติธรรมได้จริงหรือ เพียงใด และชวนให้นึกถึงข้อพิจารณาของสโลวอย ชิเชก (Slovoj Zizek) ว่าการปฏิวัติระเบียบทางกฎหมายจะผลิตซ้ำปัญหาของระเบียบเดิมอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ เพราะโดยธรรมชาติของกฎหมายนั้นเป็นอุปสรรคของความยุติธรรมอยู่ในตัวมันเอง⁶⁰

สโลวอย ชิเชก ได้พยายามอธิบายให้เห็นว่าระบบกฎหมายนั้นตั้งอยู่บนเรื่องชวนฝัน (fantasy) ที่ไม่สามารถเป็นจริงได้ แต่หากเรื่องชวนฝันนั้นพังทลายลงระบบกฎหมายย่อมพังทลายตามไปด้วย โดยที่เขาเรียกความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลกับระบบกฎหมาย (the Law) ว่าเป็นการดำรงอยู่ของจิตที่ถูกแบ่งแยก (divided psychic constitution) หมายความว่า บุคคลย่อมประสบกับรัฐสัจจะที่นำไปสู่สถานะภาพที่กีดขวางไม่ให้ฝันกลายเป็นจริง ซึ่งในกระบวนการนั้นจะเกิดความหฤหรรษ์ (pure enjoyment-jouissance) ของฝันที่จะไม่กลายเป็นจริงเสมอ⁶¹ เรื่องชวนฝันแฟนตาซีจึงเป็นสิ่งที่ต้องดำรงอยู่เพียงเพื่อหล่อเลี้ยงบุคคลด้วยความลึกลับหลอๆ ซากๆ ของการไม่บรรลุเรื่องชวนฝัน เพราะหากบรรลุถึงผลลัพธ์นั้นแล้ว ความหฤหรรษ์ต่างๆ ย่อมยุติลง ดังนั้น ชิเชกจึงมีข้อสรุปในแนวคิดของเขาว่ามนุษย์มีเรื่องชวนฝันที่เหนือจริงเพื่อแสวงหาความเปล็ดเปล็นจากความลึกลับหลอๆ ซากๆ ในการบรรลุสู่ผลลัพธ์แห่งเรื่องชวนฝัน อีกนัยหนึ่งคือ บุคคลจะไม่มีเรื่องชวนฝันก็ได้ แต่เมื่อมีแล้วก็ต้องห้ามไม่ให้ไปถึง เพราะความหฤหรรษ์สูงสุดที่มนุษย์อาจมีได้คือการวนเวียนอยู่ความเปล็ดเปล็นของความลึกลับหลอๆ ซากๆ เท่านั้น

จึงไม่ใช่เรื่องง่ายเลยที่จะทำให้เกิดพลังในการเปลี่ยนแปลงจากภายในแวดวงนักกฎหมาย เพราะถึงแม้จะรายล้อมด้วยเหตุผลอันสมควรอยู่มากมายที่จะรื้อทำลายเรื่องชวนฝันของนิติรัฐนิติธรรมแบบฉบับลง แต่สภาวะทางจิตของนักกฎหมาย ก็เฉกเช่นมนุษย์ทั่วไปคือ ยังแสวงหาความ

⁵⁹ MGR Online, “เปิดตัวตน ปัญญาพล เสน่ห์สังคม เจ้าของวาทะ ผมเป็นผู้พิพากษาของพระเจ้าอยู่หัว.” *ผู้จัดการออนไลน์*, 7 สิงหาคม 2558, สืบค้นเมื่อวันที่ 9 สิงหาคม 2563 <https://mgronline.com/onlinesection/detail/9580000089171>

⁶⁰ Rotenberg, Mooly Anne, “Changing the Subject: Rights, Revolution, and Capitalist Discourse”, in De Sutter, Laurent (eds.), Zizek and Law, (Abingdon: Routledge, 2015), 42.

⁶¹ *Ibid*, 43.

ทฤษฎีจากการเดินวนอยู่ในองค์ความรู้เดิมๆ เพื่อตามหาหลักนิติรัฐและนิติธรรมตามแบบฉบับ
อยู่ และในทุกๆ ก้าวที่นักกฎหมายเดินนิติรัฐอภิสิทธิ์ ราชนิติธรรม และทุนนิยมก็ยังคงทำงานอย่าง
ต่อเนื่องต่อไป

References

- Hirsch, Philip. “Forest, Forest Reserve, And Forest Land in Thailand.” *The Geographical Journal* 156, no.2 (1990).
- Jackson, Peter A. “The Thai Regime of Image.” *Sojourn: Journal of Social Issues in Southeast Asia* 19, no. 2 (October 2004): 181-218.
- Lohmann, Larry. “Land, Power and Forest Colonization in Thailand.” *Global Ecology and Biogeology* 3, no. 4/6 (1993).
- Loos, Tamara. *Subject Siam: Family, Law, and Colonial Modernity in Thailand*. Chiang Mai: Silkworm, 2006.
- Peleggi, Maurizio. *Lords of Things: The Fashioning of Siamese Monarchy’s Modern Image*. Honolulu: University of Hawaii Press, 2002.
- Rotenberg, Mooly Anne. “Changing the Subject: Rights, Revolution, and Capitalist Discourse,” in *Zizek and Law*. De Sutter, Laurent (eds.). Abingdon: Routledge. 2015.
- Said, Edward. *Orientalism*. London: Penguin, 2003.
- Sattayanurak, Attachak. “Property Regime in Rural Northern Thailand.” PhD Diss., Nagoya University, 2004.
- MGR Online. “เปิดตัวตน ปัญจพล เสน่ห์สังคม เจ้าของวาทะ ผมเป็นผู้พิพากษาของพระเจ้าอยู่หัว.” *ผู้จัดการออนไลน์*, 7 สิงหาคม 2558. สืบค้นเมื่อวันที่ 9 สิงหาคม 2563
<https://mgronline.com/onlinesection/detail/9580000089171>.
- กฤษณ์เพชร โสมณวัตร. “การประกอบสร้างอำนาจตุลาการในสังคมไทยสมัยใหม่.” *ดุสิตนิพนธ์ปรัชญา ดุษฎีบัณฑิต สาขาประวัติศาสตร์ คณะมนุษยศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่*, 2562.
- กองบรรณาธิการ. “ปาฐกถาฉบับเต็ม ‘นิติรัฐอภิสิทธิ์และราชานิติธรรม’ โดย ธงชัย วินิจจะกุล.” *เวย์แม็กกาซีน*, 9 มีนาคม 2563. สืบค้นเมื่อวันที่ 1 ตุลาคม 2563
<https://waymagazine.org/thongchai-winichakul-rule-by-law/>
- จรัญ โฆษณานันท์. *นิติปรัชญา*. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2552.
- จรัญ โฆษณานันท์. *ปรัชญากฎหมายไทย*. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2545.
- ช.ข้างเท้าหน้า. “เสด็จครุฑตุลาการ.” *วารสารยุติธรรม* 13, ฉ.2 (2541).

ณัฐพงษ์ สกุลเสียว. “สามัญชนฝ่ายเหนือกับการก่อตัวของรัฐสมัยใหม่สยาม พ.ศ. 2400-2450.”

ดุชนิพนธ์ปรัชญาดุชนิพนธ์บัณฑิต สาขาประวัติศาสตร์ คณะมนุษยศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่, 2561.

นครินทร์ เมฆไตรรัตน์. 2553. *การปฏิวัติสยาม พ.ศ. 2475*. กรุงเทพฯ: ฟ้าเดียวกัน, 2553.

นิธิ เอียวศรีวงศ์. 2555. *ปากไก่และใบเรือ: รวมความเรียงว่าด้วยวรรณกรรมและประวัติศาสตร์* *ต้นรัตนโกสินทร์*. นนทบุรี: ฟ้าเดียวกัน, 2555.

นิธิ เอียวศรีวงศ์. *กรุงแตก, พระเจ้าตากฯ และประวัติศาสตร์ไทย ว่าด้วยประวัติศาสตร์และประวัติศาสตร์นิพนธ์*. กรุงเทพฯ: มติชน, 2543.

บีบีซีไทย. “คณากร เพียรชนะ: 10 ข้อความในแถลงการณ์ 25 หน้า ที่สะท้อนระบบตุลาการไทย.”

บีบีซีไทย, 5 ตุลาคม 2562. สืบค้นเมื่อวันที่ 8 สิงหาคม 2563.

<https://www.bbc.com/thai/thailand-49943661>

ปรีดี เกษมทรัพย์. *นิติปรัชญา*. กรุงเทพฯ: คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553.

ปิยบุตร แสงกนกกุล. *ศาลรัฐประหาร: ตุลาการ ระบอบเผด็จการ และนิติรัฐประหาร*. นนทบุรี: ฟ้าเดียวกัน, 2560.

ภิญญพันธ์ พงนะลาวัณย์. “สภาวะการกลายเป็นมณฑลพายัพ: ประวัติศาสตร์ของอำนาจ-ความรู้ และการผลิตพื้นที่โดยสยาม (พ.ศ. 2416-2475).” *ดุชนิพนธ์ปรัชญาดุชนิพนธ์บัณฑิต สาขาประวัติศาสตร์ คณะมนุษยศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่*, 2562.

วรเจตน์ ภาคีรัตน์. “หลักนิติรัฐและหลักนิติธรรม.” *จุลนิติ* 9, ฉ.1 (2555).

วรเจตน์ ภาคีรัตน์. *ประวัติศาสตร์ความคิดนิติปรัชญา*. กรุงเทพฯ: อ่าน, 2561.

วิชฌุ เครื่องงาม. *ข้ามสมุทร*. กรุงเทพฯ: มติชน, 2558.

วิชฌุ เครื่องงาม. *ชีวิตของประเทศ*. กรุงเทพฯ: มติชน, 2561.

แสวง บุญเฉลิมวิภาส. *ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย*. กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2547.

สายชล สัตยานุรักษ์. *ประวัติศาสตร์รัฐไทยและสังคมไทย: ครอบครั้ว ชุมชน ชีวิตสามัญชน ความทรงจำ และอัตลักษณ์ทางชาติพันธุ์*. เชียงใหม่: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยเชียงใหม่, 2558.

สิงห์ สุวรรณกิจ. “ฉาคส์ ลากอง: ไม่มีสิ่งใดที่เรียกได้ว่าเป็นมาตรฐานความ “ปกติ” ของสังคม ว่าด้วย โครงสร้างการเป็นประสาท (neurosis), วิปริต (perversion), วิกลจริต (psychosis).” *Res Residua*, 3 สิงหาคม 2561. สืบค้นเมื่อวันที่ 8 สิงหาคม 2563

<https://resresidua.wordpress.com/2018/08/03/lacan-neurosis-perversion-psychosis/>

อเนก วงศ์สวัสดิ์กุล, บรรณาธิการ. *นิติรัฐ นิติธรรม*. กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553.