

ด้านหนึ่งบางคนอาจเห็นว่าน่าจะเป็นการพัฒนาทางด้านเทคโนโลยี ซึ่งจะเป็นการช่วยมนุษย์ในอนาคต แต่บางคนไม่รู้ว่ามีคนจะมาช่วยหรือทำให้เราตกเป็นทาส หรือติดกับดักของการสร้างพรมแดนเหล่านี้ คือเส้นแบ่งมันไม่ชัดเจน แต่ถ้าเผื่อว่าเราไปปล่อยให้มีใครทำหน้าที่เหมือนกับเป็นผู้พิพากษา แบ่งมันจนชัดเจนจนเกินไป แล้วมันชัดสำหรับเพื่อประโยชน์ของคนบางคน แต่สำหรับบางคนยังไม่ชัดเท่าไรหรือยังเป็นประโยชน์มากเท่านั้น อันนี้ก็ก่อให้เกิดปัญหาแตกต่างกันในสิ่งเหล่านี้

ด้วยเหตุนี้ถ้าเปิดโอกาสให้มีการมีส่วนร่วมเกี่ยวกับการถกเถียงในเรื่องดังกล่าวมากขึ้นและหลักการเกิดขึ้นมาจากการมีส่วนร่วมเหล่านั้นซึ่งก็เป็นมิติหนึ่งของ Legal Pluralism อันนี้น่าจะเป็นประโยชน์ในการก่อให้เกิดกระบวนการสร้างหลักการ ซึ่งเป็นประโยชน์ต่อคนจำนวนมาก เป็นการสร้างประชาธิปไตยและเป็นการจัดการอย่างมีประสิทธิภาพ แล้วก็ให้ความเป็นธรรม รวมทั้งสามารถตามทันเทคโนโลยีที่เปลี่ยนแปลงไปได้ด้วย

ผมคิดว่าเท่าที่พูดมาแล้วนี้ในเรื่องความสำคัญของ Legal Pluralism ก็คงจะเริ่มทำให้เราเห็นแล้วว่าถ้าเราไม่นำเอามิติหรือแนวความคิดนี้ เข้ามาเปิดพื้นที่ใหม่ๆ ให้กับการศึกษากฎหมาย กฎหมายของเราก็คงจะล้าหลัง แล้วก็ยังไม่เปิดโอกาสให้กับคนบางคนที่ทำหน้าที่เป็นเหมือนกับผู้พิพากษาดัดสินแทนคนอื่นเป็นจำนวนมาก จนกระทั่งเกิดความขัดแย้งมากขึ้นในสังคม

ดังนั้นการที่เราหันกลับมาสนใจในเรื่องการเปิดพรมแดนของความรู้เหล่านี้มันจะเป็นอย่างไรบ้าง ผมคิดว่าในเวลาสั้นๆ เช่นนี้ ก็คงจะพอทำหน้าที่ในการไปสำรวจพรมแดนและสถานภาพความรู้มา เพื่อให้เราตระหนักถึงว่ามันทำอะไรได้และความสำคัญขนาดไหน? ได้เพียงเท่านี้

พหุนิยมทางกฎหมาย (Legal Pluralism)

ผศ. สมชาย ปรีชาศิลปกุล*

ในการพิจารณาถึงสถานะความเป็นกฎหมาย ของกฎเกณฑ์ประเภทต่าง ๆ ที่ดำรงอยู่ในสังคมว่าจะถูกจัดเป็นสิ่งที่เรียกว่ากฎหมายหรือไม่ แนวความคิดที่มีอิทธิพลอย่างสำคัญก็คือ แนวความคิดแบบศูนย์กลางนิยมทางกฎหมาย (concept of legal centralism) ซึ่งแนวความคิดนี้จะให้คำอธิบายว่ากฎหมายคือสิ่งที่เป็น และควรจะเป็นกฎหมายของรัฐ เป็นรูปแบบเดียวสำหรับทุกคน กีดกันกฎหมายอื่น ๆ และถูกบังคับใช้โดยองค์กรของรัฐที่เป็นระบบเดียว ("law is and should be the law of the state, uniform for all persons, exclusive of all other law, and administered by a single set of state institutions")¹ ด้วยความคิดนี้ รัฐจึงเป็นองค์กรเดียวที่มีอำนาจในระบบของกฎหมาย ไม่มีกฎเกณฑ์อื่นใดที่จะถูกนับว่าเป็นกฎหมายที่แท้จริง ดังนั้น จารีต ประเพณี ข้อกำหนดทางศาสนา กฎเกณฑ์ของชุมชนท้องถิ่น ก็ล้วนไม่มีสถานะ

* อาจารย์ประจำสาขาวิชานิติศาสตร์ คณะสังคมศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่

¹ Griffiths, John, "What is Legal Pluralism," 24 *Journal of Legal Pluralism*.

เป็นกฎหมายแต่อย่างใด²

แม้ว่าการพิจารณาสถานะของกฎหมายในลักษณะที่กล่าวมาข้างต้นจะมีอิทธิพลต่อการทำความเข้าใจกฎหมายในกระแสความคิดหลักทางด้านนิติศาสตร์อย่างไรก็ตาม การทำความเข้าใจต่อกฎหมายเช่นนี้อาจเป็นข้อจำกัดต่อการศึกษาถึงปรากฏการณ์ด้านกฎหมายที่เป็นจริงในสังคม เนื่องจากในความเป็นจริงแทบทุกสังคมมีกฎเกณฑ์อื่นๆ นอกจากกฎหมายของรัฐดำรงอยู่และมีผลบังคับใช้ในทางปฏิบัติจริง แม้ว่าการแยกแยะถึงสิ่งที่เป็นกฎหมายที่แท้จริงจะมีความจำเป็นโดยเฉพาะอย่างยิ่งสำหรับผู้ประกอบวิชาในทางกฎหมาย เมื่อต้องปฏิบัติหน้าที่ในกระบวนการยุติธรรม ไม่ว่าการฟ้องร้องดำเนินคดี การวินิจฉัยข้อพิพาท แต่สำหรับคนส่วนใหญ่ในสังคมอาจไม่มีการแยกความแตกต่างระหว่างกฎหมายที่แท้จริงซึ่งเป็นของรัฐกับกฎเกณฑ์ประเภทอื่น³ เช่น เมื่อเกิดความเสียหายขึ้นจากการกระทำละเมิด แทนที่จะดำเนินการตามขั้นตอนของกฎหมายเพื่อให้ได้รับการเยียวยา ผู้เสียหายอาจใช้วิธีให้ผู้อาวุโสไปเจรจา ใช้วิธีทางสังคม เพื่อกดดันให้อีกฝ่ายต้องรับผิดชอบในการเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้น คำอธิบายว่ากฎหมายของรัฐเท่านั้นที่เป็นกฎหมายที่แท้จริงจึงเป็นเพียงคำยืนยันในเชิงอุดมคติแต่มีใช้การยืนยันถึงข้อเท็จจริง (The claim that the normative order of the state is the only true law is thus an ideological assertion, not a statement of fact)⁴ ดังนั้น การมุ่งทำความเข้าใจเฉพาะกฎหมายของรัฐก็อาจจะทำให้ไม่สามารถเข้าใจปรากฏการณ์ทางกฎหมายได้อย่างเพียงพอ

² กล่าวได้ว่าแนวความคิดการพิจารณาความเป็นกฎหมายในลักษณะเช่นนี้เป็นอิทธิพลจากปรัชญากฎหมายแบบปฏิฐานนิยม (Legal Positivism) ซึ่งถือว่าสิ่งที่จะจัดว่าเป็นกฎหมายได้ก็เฉพาะแต่กฎเกณฑ์ที่บัญญัติขึ้นโดยรัฐเท่านั้น กฎเกณฑ์ประเภทอื่นแม้จะมีผลผูกพันให้ประชาชนปฏิบัติตามแต่ก็ไม่ถือว่าเป็นกฎหมายในความหมายที่แท้จริง ดูรายละเอียดของแนวความคิดนี้ได้ใน จรัญ โสธะนันทน์, *นิติปรัชญา* (กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์ชวนพิมพ์, 2532) บทที่ 2

³ Woodman, Gordon R., "The Idea of Legal Pluralism," in Baudouin Dupret, Maurits Berger and Laila al-Zwainai (eds.), *Legal Pluralism in the Arab World* (Hague : Kluwer Law International, 1999) p.12

⁴ ความเห็นของ John Griffiths อ้างใน Ibid. , p.11

พหุนิยมทางกฎหมาย (Legal Pluralism)⁵ เป็นแนวความคิดที่จะเป็นประโยชน์ต่อการเข้าถึงและทำความเข้าใจต่อปรากฏการณ์ทางกฎหมาย แนวความคิดนี้ถูกใช้ในการศึกษากฎหมายทางสังคมศาสตร์ (social scientific study of law) โดยพหุนิยมทางกฎหมายนั้นจะให้ความสนใจต่อชุดของระบบกฎหมาย (body of law) ที่ดำรงอยู่ในสังคม อันหมายถึงกฎเกณฑ์ต่างๆ ที่มีอยู่และได้รับการปฏิบัติตามโดยสมาชิกในสังคม โดยไม่แยกจากผู้ซึ่งมีหน้าที่บังคับใช้กฎหมาย รวมถึงการใช้และปฏิบัติโดยนักกฎหมาย และโดยผู้ที่เป็นบุคคลธรรมดาทั่วไป การพิจารณาถึงชุดของกฎหมายผ่านกรอบความคิดแบบพหุนิยมทางกฎหมายจึงเป็นการขยายกรอบการวิเคราะห์ปรากฏการณ์ทางกฎหมายที่กว้างขวางขึ้น

ความหมายของพหุนิยมทางกฎหมาย

แนวความคิดของพหุนิยมทางกฎหมาย อาจไม่สามารถเข้าใจได้ในประเทศที่มีระบบกฎหมายเชิงเดี่ยว (mono-legal system) ซึ่งกฎหมายของประเทศมีเพียงกฎเกณฑ์ของรัฐเป็นหลักเท่านั้น ปรากฏการณ์ของพหุนิยมทางกฎหมายเป็นสิ่งที่เกิดขึ้นกับประเทศส่วนใหญ่ในเอเชียและแอฟริกา ที่ในระบบกฎหมายจะมีชุดของกฎหมาย 2 ชุดหรือมากกว่าขึ้นไปถูกใช้บังคับ

แบร์รี ฮุกเกอร์ (Barry Hooker) ได้ให้ความหมายของ Legal Pluralism ไว้ว่า "สถานการณ์ที่มีปฏิสัมพันธ์ของชุดกฎหมาย 2 ชุดหรือมากกว่าเกิดขึ้น" (the situation in which two or more laws interact)⁶ ทั้งนี้กฎหมายที่ถูกใช้บังคับซึ่งมีมากกว่าเพียงกฎหมายของรัฐอาจหมายถึงจารีตประเพณี ขนบของ

⁵ เนื่องจากแนวความคิด Legal Pluralism ยังไม่เป็นที่รู้จักกันมากในวงวิชาการของไทย โดยเฉพาะในแวดวงวิชาการทางด้านนิติศาสตร์ คำว่า Legal Pluralism จึงยังไม่มีคำแปลในภาษาไทยซึ่งเป็นที่ยอมรับกันทั่วไป การแปลคำนี้ว่าพหุนิยมทางกฎหมายจึงเป็นการเสนอนิยามในภาษาไทยที่พยายามให้ได้คำออกมามีความหมายใกล้เคียงกับคำในภาษาอังกฤษให้ได้มากที่สุด

⁶ Hooker, M.B., *Legal Pluralism: An Introduction to Colonial and Neo Colonial laws* (Oxford: Clarendon Press, 1975) p. 6.

ชนพื้นเมือง กฎศาสนา เป็นต้น กฎหมายที่มีลักษณะของปฏิสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายหลายๆ ชุดเช่นนี้ถือว่าเป็นลักษณะเฉพาะที่เรียกว่าเป็นกฎหมายพันธุ์ผสม (hybrid law)⁷

ทั้งนี้ในระบบของพหุนิยมทางกฎหมาย สามารถจะแบ่งประเภทชุดของกฎหมายภายในระบบกฎหมายของรัฐได้เป็น 3 ประเภทสำคัญ คือ

1. กฎหมายจากการนิติบัญญัติ (Legislation) หมายถึงกฎหมายที่มีผลบังคับใช้โดยผ่านขั้นตอนและกระบวนการนิติบัญญัติของรัฐสมัยใหม่ ซึ่งจะมีองค์กรและขั้นตอนกำหนดไว้ชัดเจนต่อการบัญญัติกฎหมายอันหนึ่งอันใดขึ้นมาใช้บังคับ

2. กฎหมายจารีตประเพณี (Customary Law) เป็นกฎเกณฑ์ที่ได้รับการยอมรับโดยชุมชนมาเป็นระยะเวลานาน ซึ่งมักจะเกิดจากการปฏิบัติติดต่อกันมาจนเป็นที่รับรู้กันภายในชุมชนหรือสังคมนั้นๆ กฎหมายจารีตประเพณีมักจะไม่ได้อำนาจในรูปของการเขียนบันทึกเป็นลายลักษณ์อักษรหากเป็นรูปของการบอกเล่าสืบทอดมา ในปัจจุบันกฎหมายจารีตประเพณีในหลายเรื่องมีบทบาทน้อยลง โดยเฉพาะอย่างยิ่งจารีตประเพณีที่ขัดแย้งหรือต่างไปจากกฎหมายของรัฐ ซึ่งสามารถบังคับใช้ได้อย่างกว้างขวางเนื่องจากการมีอำนาจบังคับเป็นเครื่องมือ

3. กฎหมายศาสนา (Religious Law) เป็นกฎเกณฑ์ที่มาจากบทบัญญัติของศาสนาในการกำหนดแนวทางการดำเนินชีวิตของผู้เลื่อมใส

ในการบังคับใช้กฎหมายแต่ละประเภทรูปนั้น ถ้ากฎหมายทั้งหมดได้รับการยอมรับในระบบกฎหมายของรัฐก็จะมีการใช้กฎหมายที่แตกต่างกันสำหรับกลุ่มคนที่มีความแตกต่างกันด้วยเหตุผลทางด้านชาติพันธุ์ ศาสนา ภูมิภาค ซึ่งจะทำให้เกิดปัญหาทางกฎหมายที่ซับซ้อนขึ้นมาว่า เมื่อใดที่จะใช้กฎหมายอื่นที่ไม่ใช่กฎหมายของรัฐบังคับกับข้อพิพาทหรือการดำเนินกิจกรรมต่าง ๆ บุคคลนั้นขึ้นอยู่กับกลุ่มใด บุคคลจะสามารถเปลี่ยนแปลงกฎหมายที่ใช้บังคับกับตนได้หรือไม่

⁷ Wu Min Aun, *The Malaysian Legal System*. second edition (Kuala Lumpur: Pearson Education Malaysia SDN. BHD., 1999) p.168.

หรือในกรณีที่กฎเกณฑ์ต่างๆ ไม่ได้รับการยอมรับจากระบบกฎหมายของรัฐก็อาจทำให้เกิดปัญหาได้ว่ากฎหมายของรัฐที่เกิดขึ้นโดยกระบวนการนิติบัญญัตินั้นขัดแย้งหรือไม่สอดคล้องกับกฎเกณฑ์เดิมซึ่งดำรงอยู่ในสังคม เช่น อาจไม่สอดคล้องกับจารีตประเพณีของแต่ละท้องถิ่น กรณีเช่นนี้อาจทำให้กฎหมายของรัฐที่ได้ประกาศใช้ไม่มีประสิทธิภาพในการเป็นเครื่องมือกำหนดความสัมพันธ์ของบุคคลในสังคมได้

จุดเริ่มต้นของพหุนิยมทางกฎหมาย

สภาวะของพหุนิยมทางกฎหมายในศตวรรษที่ 20 ซึ่งเกิดขึ้นกับประเทศหลายประเทศในเอเชียและแอฟริกาเป็นผลมาจากการเคลื่อนตัวของระบบกฎหมายข้ามพรมแดนที่มีความแตกต่างทางวัฒนธรรม ซึ่งกระบวนการนี้เริ่มต้นในศตวรรษที่ 17 ด้วยการขยายตัวของระบบกฎหมาย ทั้งระบบประมวลกฎหมาย (Civil Law) และระบบคอมมอนลอว์ (Common Law) ไปยังนอกทวีปยุโรป และมีอิทธิพลอย่างมากในศตวรรษที่ 19 และ 20⁸ ในยุคสมัยของลัทธิอาณานิคม กฎหมายของตะวันตกได้มีผลกระทบต่อศาสนา ความเชื่อ และกฎเกณฑ์จำนวนมากที่ไม่ได้ปรากฏในรูปลายลักษณ์อักษร

แบร์ ฮุกเกอร์ ได้ศึกษาถึงดินแดนในเอเชียและแอฟริกาที่ได้ถูกยึดเป็นอาณานิคมของอังกฤษและฝรั่งเศสที่แม้จะมีการนำเข้ระบบกฎหมายของตะวันตกเข้าไปปรับใช้ที่ดินแดนที่ตนยึดครอง แต่ระบบกฎหมายแบบใหม่ก็ไม่อาจเข้าไปแทนระบบกฎหมายของท้องถิ่นได้ทั้งหมดระบบกฎหมายใหม่ได้ถูกใช้ควบคู่ไปกับกฎหมายจารีตประเพณีและกฎหมายศาสนา อินโดนีเซียซึ่งตกเป็นดินแดนอาณานิคมของเนเธอร์แลนด์ก็ได้รับเอากฎหมายดัตช์เข้ามาบังคับใช้ แต่พัฒนาการระบบกฎหมายของอินโดนีเซียในภายหลังก็ได้ยอมรับระบบพหุนิยมทางกฎหมายเช่นเดียวกัน ซึ่งในกระบวนการนำเข้กฎหมายของตะวันตกส่วนหนึ่งเกิดจากการใช้อำนาจบังคับในฐานะของประเทศเจ้าอาณานิคมต่อดินแดนที่ยึดครองได้

⁸ Hooker, M.B., *Op. cit.* , p. 1

ดังปรากฏในดินแดนหลายแห่งที่ต้องตกเป็นดินแดนในอาณานิคม แต่ในหลายประเทศการนำเข้ากฎหมายตะวันตกก็เกิดขึ้นโดยที่ประเทศต่างๆ เหล่านั้นไม่จำเป็นต้องตกเป็นดินแดนอาณานิคม เช่น ไทย ตุรกี

การนำเข้าของกฎหมายจากยุโรปซึ่งเกิดขึ้นภายใต้บริบททางสังคมที่แตกต่างกันไปจากดินแดนที่ตกเป็นอาณานิคม หลักการของกฎหมายจากตะวันตกมีระบบวิธีคิดที่แตกต่างจึงไม่อาจผสมผสานเข้ากับกฎหมายท้องถิ่นได้โดยง่าย⁹ เช่น กฎหมายครอบครัวหรือกฎหมายที่มีพื้นฐานจากความเชื่อทางด้านศาสนาตามกฎหมายอิสลาม เป็นต้น เป็นผลให้ระบบกฎหมายที่นำเข้ามาไม่สามารถทดแทนกฎหมายท้องถิ่นที่มีอยู่ก่อนหน้าการเข้ามาของยุโรป

ระบบกฎหมายจากยุโรปที่ไม่สอดคล้องหรือขัดแย้งกับกฎหมายท้องถิ่นไม่ว่าจะเป็นกฎหมายจารีตประเพณีหรือกฎหมายศาสนา ได้ทำให้เกิดสภาพที่ภายในสังคมมีกฎหมายหลายชุดในการบังคับใช้กฎหมาย ที่นำเข้ามาจากประเทศเจ้าอาณานิคมแม้จะมีอำนาจทางการเมืองคอยหนุนหลัง แต่อาจไม่ได้รับการปฏิบัติตามหากประชาชนเห็นว่าการดังกล่าวขัดแย้งอย่างรุนแรงกับกฎเกณฑ์ที่ตนเองยึดถืออยู่ในขณะนั้น ขณะที่กฎเกณฑ์อื่นเป็นจารีตประเพณีแม้จะปราศจากอำนาจทางการเมืองแต่ก็ได้รับการปฏิบัติตาม สภาวะเช่นนี้จึงทำให้เกิดกฎหมายของรัฐและกฎหมายของท้องถิ่นที่แตกต่างกัน แต่อย่างไรก็ตาม การดำรงอยู่ของกฎหมายหลายชุดมิได้จำกัดไว้เพียงระหว่างกฎหมายภายนอกและกฎหมายภายในเท่านั้น แต่ในกฎหมายภายในก็ยังมีลักษณะที่แตกต่างกันปรากฏขึ้น

⁹ แต่ทั้งนี้มิได้หมายความว่าระบบกฎหมายของท้องถิ่นแต่ละแห่งก่อนหน้าการเข้ามาของระบบกฎหมายจากตะวันตกจะดำรงอยู่อย่างบริสุทธิ์โดยไม่ได้รับสัมผัสหรือได้รับอิทธิพลจากวัฒนธรรมอื่น ระบบกฎหมายของยุโรปไม่ใช่อิทธิพลจากภายนอกลำดับแรกที่มีผลกระทบกับดินแดนในอาณานิคม Geertz ได้ศึกษาถึงความซับซ้อนของกฎหมายชาว ซึ่ง เป็นผลผลิตจากปฏิสัมพันธ์ของผู้ตั้งถิ่นฐานจากจีนตอนใต้ เวียดนาม อินเดีย ชุมชนการค้าชาวจีน ครุสอนศาสนาอิสลาม ประเทศเจ้าอาณานิคม และรัฐอินโดนีเซีย ดูรายละเอียดใน Geertz, Clifford, *Local Knowledge : Further Essays in Interpretive Anthropology* (New York : Basic Books, 1983) p.226

ทั้งนี้สาเหตุประการสำคัญ สืบเนื่องจากระบวนการก่อตัวของรัฐชาติในประเทศที่ได้ตกเป็นดินแดนอาณานิคมหรืออยู่ภายใต้แรงกดดันของการล่าอาณานิคมจากประเทศตะวันตก รัฐชาติที่ถือกำเนิดขึ้นจะประกอบไปด้วยกลุ่มคนที่มีความหลากหลายทางด้านชาติพันธุ์ ศาสนา ภาษา เป็นผลให้กฎเกณฑ์ในการกำหนดความสัมพันธ์ของบุคคลมีหลายประเภท และมีมาตรฐานความเชื่อที่แตกต่างกันไป เช่น มาเลเซีย ที่มีการรวมเอาดินแดนซึ่งมีผู้คนทั้งเชื้อสายมาเลย์ จีน อินเดีย ชนพื้นเมือง เข้ามารวมกันเป็นรัฐชาติขึ้น, ฟิลิปปินส์ที่ประกอบด้วยผู้นับถือศาสนาคริสต์ อิสลาม ชนพื้นเมือง กระบวนการก่อตัวของรัฐชาติที่ได้รับอิทธิพลจากภายนอกเช่นนี้ทำให้ในแต่ละรัฐมีความหลากหลายในด้านต่าง ๆ อยู่อย่างเข้มข้น

เพราะฉะนั้น แม้กับระบบกฎหมายภายในรัฐก็ยังคงมีความแตกต่างกัน กฎหมายจารีตประเพณีก็มิได้มีลักษณะเดียวกันในทุกชุมชน¹⁰ ซึ่งก็ได้เกิดเป็นข้อขัดแย้งในรัฐหลายแห่งที่พยายามสร้างระบบกฎหมายที่เป็นบรรทัดฐานเดียวกันมาดังในแอฟริกาที่ชนชั้นนำเห็นว่าการสร้างชาติต้องการระบบกฎหมายที่เป็นทางการขึ้นมา แต่ก็ต้องเผชิญกับการต่อต้านอย่างกว้างขวางจากกลุ่มต่าง ๆ ที่ได้รับการกฎเกณฑ์ต่าง ๆ ของตนไว้¹¹

การดำรงอยู่ของกฎหมายหลายชุดภายในรัฐแห่งใดแห่งหนึ่งหรือสภาวะที่เรียกว่าพหุนิยมทางกฎหมาย ได้นำไปสู่รูปแบบของระบบกฎหมายที่แตกต่างกัน 2 รูปแบบ¹² คือ รูปแบบแรก ระบบกฎหมายนั้นจะยอมรับชุดของกฎหมาย 2 ชุด (หรือมากกว่า) ไว้ภายในกฎหมายของรัฐ ตัวอย่างในประเทศแอฟริกาหลายประเทศได้ใช้กฎหมายจารีตประเพณีสำหรับชาวแอฟริกัน ส่วนชาวยุโรปก็จะใช้กฎหมายที่ได้นำเข้ามาบังคับใช้ การเลือกกฎหมายที่จะบังคับใช้กับบุคคลจึงขึ้นอยู่กับว่าบุคคลนั้นเป็นใคร การใช้ชุดของกฎหมายที่แตกต่างกันได้รับการยอมรับ

¹⁰ Wu Min Aun, Op. cit., p. 168

¹¹ Geertz, Clifford, Op. cit., p. 228

¹² Woodman, Gordon R., Op. cit., pp. 5-6

เอาไว้ในกฎหมายของรัฐให้สามารถกระทำได้ รูปแบบของระบบนี้ถูกเรียกว่า พหุนิยมทางกฎหมายโดยรัฐ (state law pluralism) สำหรับรูปแบบที่สอง ระบบกฎหมายของรัฐและกฎเกณฑ์ชุดอื่นๆ ต่างดำรงอยู่โดยไม่มีความเกี่ยวข้องกันโดยตรง ระบบกฎหมายของรัฐไม่ได้รับรองให้กฎเกณฑ์อื่นมีผลใช้บังคับได้โดยนิตินัย ตัวอย่างการใช้คำสั่งของกลุ่มแบ่งแยกดินแดนในการทำสงครามกับรัฐบาลรูปแบบนี้ถูกเรียกว่า พหุนิยมทางกฎหมายเชิงลึก (deep legal pluralism)

ความเปลี่ยนแปลงของพหุนิยมทางกฎหมาย

ในระยะเริ่มต้นของแนวความคิดพหุนิยมทางกฎหมาย จะเป็นการให้ความสำคัญในการวิเคราะห์ถึงการปะทะและปฏิสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายที่ถูกนำเข้ามาจากยุโรปและกฎหมายที่เป็นของท้องถิ่น ซึ่งพื้นที่ที่จะถูกทำการศึกษาก็คือดินแดนที่ได้ตกเป็นอาณานิคมและดินแดนที่พ้นจากสภาพของการเป็นอาณานิคม และได้กลายเป็นรัฐเกิดขึ้น ทิศทางของการทำความเข้าใจต่อกฎหมายในลักษณะนี้เป็นพหุนิยมทางกฎหมายแบบคลาสสิก (classic legal pluralism)¹³

อย่างไรก็ตาม นับตั้งแต่ทศวรรษ 1970 เป็นต้นมา ได้เกิดกระแสความสนใจในการนำเอากรอบความคิดแบบพหุนิยมทางกฎหมายไปทำการศึกษเกี่ยวกับกฎหมายในสังคมที่ไม่เคยมีประสบการณ์ของการถูกยึดครองเป็นอาณานิคมโดยเฉพาะประเทศที่มีความเจริญก้าวหน้าด้านอุตสาหกรรม เช่น สหรัฐอเมริกาและประเทศในยุโรป ทำให้เกิดงานวิจัยเป็นจำนวนมากที่ได้ขยายขอบเขตการศึกษาที่เดิมเป็นความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายของประเทศที่ยึดครองและกฎเกณฑ์ของดินแดนที่ถูกยึดครอง ไปสู่การศึกษาวิเคราะห์ถึงความสัมพันธ์ของกลุ่มที่มีอำนาจเหนือกว่ากับกลุ่มที่มีอำนาจด้อยกว่า (dominant groups and subordinate groups) ซึ่งอาจมีสาเหตุจากศาสนา ชาติพันธุ์ กลุ่มผู้อพยพ ดังตัวอย่างการศึกษาถึงการบังคับใช้กฎหมายกับชาวอเมริกันอินเดียน การศึกษา

¹³ Merry, Sally Engle, "Legal Pluralism," in Peter Sack (ed.), *Law and Anthropology*, pp. 872-873

ถึงรูปแบบของกฎเกณฑ์ที่ไม่เป็นทางการในสังคม ทิศทางการวิเคราะห์ที่เกิดขึ้นนี้ถูกเรียกว่าพหุนิยมทางกฎหมายแบบใหม่ (new legal pluralism)

ด้วยกรอบการมองแบบพหุนิยมทางกฎหมายแบบใหม่ จะสามารถพบกฎเกณฑ์เชิงบรรทัดฐาน (normative orders) ที่มีใช้กฎเกณฑ์ซึ่งรัฐบัญญัติขึ้นในทุกสังคม อันเป็นความเปลี่ยนแปลงที่มีความสำคัญ พหุนิยมทางกฎหมายแบบใหม่ได้เคลื่อนไปจากคำถามเกี่ยวกับผลกระทบของกฎหมายต่อสังคม หรือผลกระทบของสังคมที่มีต่อกฎหมาย ไปสู่การสร้างกรอบความคิดของปฏิสัมพันธ์ที่ซับซ้อนและส่งผลซึ่งกันและกัน (complex and interactive relationship) ระหว่างกฎเกณฑ์ที่เป็นทางการและไม่เป็นทางการ แทนการมองกฎเกณฑ์สองประเภทว่าแยกกันดำรงอยู่ต่างหากจากกัน แนวความคิดนี้จะมองว่ากฎเกณฑ์หลายประเภทต่างก็มีบทบาทในพื้นที่ทางสังคม กฎเกณฑ์ของท้องถิ่นและกฎหมายของรัฐต่างเป็นบทบาทภายใต้บริบทเฉพาะของแต่ละสังคมซึ่งมักจะผสมผสาน (intertwine) กันในกระบวนการทางสังคมระดับกลุ่มย่อย¹⁴

พหุนิยมทางกฎหมายแบบใหม่มีลักษณะสำคัญ 3 ประการที่แตกต่างไปจากพหุนิยมทางกฎหมายแบบคลาสสิก ประการแรก การวิเคราะห์ปฏิสัมพันธ์ระหว่างกฎเกณฑ์ต่าง ๆ ที่มีความแตกต่างกันในระดับพื้นฐาน ประการที่สอง การวิเคราะห์ถึงกฎหมายจารีตประเพณีในฐานะการสืบทอดติดต่อกันมาในทางประวัติศาสตร์ ประการที่สาม ในกรอบความคิดพหุนิยมทางกฎหมายแบบคลาสสิก กฎเกณฑ์ต่าง ๆ และปฏิภณารวมถึงการโต้ตอบของกลุ่มคนที่ได้รับผลกระทบจะสามารถมองเห็นได้อย่างชัดเจน เมื่อมีการนำเข้ากฎหมายของต่างชาติไปบังคับใช้กับชาวปาปวนในหมู่เกาะปาปัวนิวกินี ปฏิภณารที่มีต่อกฎหมายนี้เป็นที่ชัดเจนเพราะความแตกต่างอย่างมากของกฎหมายจากต่างชาติกับกฎหมายของท้องถิ่นเฉพาะบางพื้นที่เท่านั้นที่บางกลุ่มหันไปยอมรับกฎหมายของต่างชาติ

¹⁴ Griffiths, John, "Introduction," A Allot and G. Woodman (eds.), *People's Law and State Law : The Bellagio Papers*. (Dordrecht : Foris, 1985) pp. 17-18.

แต่สำหรับสังคมที่ปราศจากประสบการณ์ของการเป็นอาณานิคม กฎเกณฑ์ที่ไม่ใช่ของรัฐจะไม่ปรากฏอย่างชัดเจน กรอบความคิดพหุนิยมกฎหมายแบบใหม่กฎหมายจะไม่ได้จำกัดอยู่เฉพาะกฎเกณฑ์ของรัฐที่ถูกใช้โดยนักกฎหมาย หากจะเป็นกฎเกณฑ์ที่ดำรงอยู่ทั่วไปทั้งในท้องถิ่น สำนักงาน ที่จอดรถ ความสะดวกของพหุนิยมทางกฎหมายแบบใหม่จึงต้องการที่จะบ่งบอกถึงกฎเกณฑ์ในรูปแบบต่างๆ ซึ่งมีผลต่อการกำหนดวิถีชีวิตของผู้คน

พัฒนาการของพหุนิยมทางกฎหมายได้ทำให้เกิดการศึกษาวิจัยเกี่ยวกับระบบกฎหมายที่กว้างขวางมากขึ้น จากเดิมที่เป็นการศึกษาเฉพาะกฎหมายของยุโรปและท้องถิ่นในดินแดนที่ตกเป็นอาณานิคม ได้ขยายมาสู่การศึกษาถึงกฎเกณฑ์ในสังคมที่แม้จะไม่เคยตกเป็นอาณานิคมมาก่อน รวมถึงสังคมของประเทศอุตสาหกรรม พหุนิยมทางกฎหมายจึงไม่ได้จำกัดเฉพาะไว้เพียงการศึกษาถึงจารีตประเพณีของชุมชนในประเทศด้อยหรือกำลังพัฒนา หรือเป็นจารีตประเพณีที่ดำรงอยู่มาอย่างยาวนานในสังคมเกษตร หากยังรวมถึงกฎเกณฑ์ต่าง ๆ ที่ถูกสร้างและพัฒนาขึ้นจนเป็นที่ยอมรับและปฏิบัติตามของผู้คน

วิวาทะและปัญหาของแนวคิดพหุนิยมทางกฎหมาย

แนวความคิดพหุนิยมทางกฎหมายจะมีผลกระทบอย่างมากต่อประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายเชิงเดี่ยว (mono-legal system) อันหมายถึงว่า ในประเทศนั้นจะมีกฎหมายของรัฐแต่เพียงอย่างเดียวที่ได้รับการยอมรับว่าเป็นกฎเกณฑ์ตามกฎหมายในการกำหนดความสัมพันธ์ของบุคคล กฎหมายนั้นจะใช้บังคับกับคนทุกกลุ่ม เชื้อชาติ วัฒนธรรม และเป็นมาตรฐานหลักบังคับใช้กับประชาชน ระบบกฎหมายเชิงเดี่ยวปรากฏขึ้นในหลายประเทศที่ได้รับเอกราชภายหลัง ค.ศ. 1945 เมื่อดินแดนที่เคยตกเป็นอาณานิคมของตะวันตกจำนวนมากได้รับอิสระและกลายเป็นรัฐ แต่ประเทศต่าง ๆ เหล่านี้มีจำนวนไม่น้อยที่ยังคงกฎหมายของประเทศเจ้าอาณานิคมเอาไว้ โดยเห็นว่าระบบกฎหมายเหล่านี้มีความทันสมัยและเป็นวิทยาศาสตร์ นอกจากนี้ก็ยังต้องการใช้กฎหมายเป็นเครื่องมือในการ

สร้างความเป็นเอกภาพของชาติ¹⁵ เนื่องจากประเทศส่วนใหญ่เกิดขึ้นบนดินแดนที่เคยตกเป็นอาณานิคมอันประกอบไปด้วยผู้คนที่มีความแตกต่างทางด้านชาติพันธุ์ ศาสนา วัฒนธรรม

แต่สำหรับแนวความคิดพหุนิยมทางกฎหมายแล้ว ระบบกฎหมายของรัฐไม่จำเป็นต้องมีลักษณะที่เป็นหนึ่งเดียวสำหรับทั่วทั้งดินแดนของรัฐ นอกจากกฎหมายของรัฐก็ยังมีกรยอมรับถึงกฎเกณฑ์ประเภทอื่น เพราะฉะนั้น กฎหมายตามแนวความคิดนี้จึงสามารถแตกต่างกันไปได้ตามแต่ละกลุ่ม สถานที่ อันทำให้การพิจารณาถึงระบบกฎหมายภายใต้แนวความคิดพหุนิยมทางกฎหมายมีความสลับซับซ้อนมากขึ้น

แนวความคิดพหุนิยมทางกฎหมายเสนอว่าในการพิจารณาถึงกฎหมายไม่ควรจำกัดไว้เฉพาะบทบัญญัติที่เป็นของรัฐ แต่ควรรวมถึงกฎเกณฑ์ประเภทอื่น ๆ เช่น จารีตประเพณี ข้อบัญญัติทางศาสนา กฎเกณฑ์ของชุมชน แม้ว่าแนวความคิดนี้จะเป็นการเปิดพื้นที่ให้กับการสร้างกฎเกณฑ์จากหน่วยทางสังคมอื่น ทำให้กฎหมายมิใช่มีลักษณะเป็นข้อบังคับจากผู้ปกครองที่ใช้บังคับแก่ประชาชนในลักษณะบนลงล่าง (top-down) อย่างไรก็ตาม ความยุ่งยากประการหนึ่งก็คือการยอมรับกฎเกณฑ์หลายประเภทให้บังคับใช้ในสังคมเดียวกันจะดำเนินไปได้อย่างไร เช่น การยอมรับจารีตประเพณีนั้นจะเป็นจารีตประเพณีของกลุ่มในลักษณะใดที่จะยอมรับให้มีสถานะเป็นกฎหมายได้บ้าง ต้องมีการสืบทอดปฏิบัติติดต่อกันมาเป็นระยะเวลานานเท่าใด การยอมรับจารีตประเพณีควรมีการจำกัดขอบเขตไว้ในบางเรื่องหรือว่าอนุญาตให้มีผลใช้บังคับในทุก ๆ ด้าน หากว่าในจารีตประเพณีมีกฎเกณฑ์วางไว้ เป็นต้น

การขีดเส้นแบ่งระหว่างกฎเกณฑ์ของรัฐและกฎเกณฑ์ประเภทอื่นจึงมีความสำคัญและมีคำถามว่าจะดำเนินไปในลักษณะใด เพราะการยอมรับกฎเกณฑ์ประเภทอื่นโดยปราศจากขอบเขตก็อาจมีผลกระทบต่อระบบกฎหมายของรัฐ

¹⁵ Freidman, Lawrence M., *Law and Society: An Introduction* (New Jersey: Prentice Hall, 1977) p. 46.

โดยรวม ซึ่งในปัจจุบันหลายประเทศได้ยอมรับกฎเกณฑ์อื่นๆ ให้มีผลบังคับใช้ใน เรื่องที่เกี่ยวข้องกับครอบครัว มรดก การจัดการทรัพยากรธรรมชาติ ขณะที่กฎหมาย ของรัฐยังคงมีผลใช้บังคับในเรื่องความผิดทางอาญาโดยเฉพาะอย่างยิ่งความผิดที่ รุนแรง เช่น การฆ่าคนตาย การจะยอมรับแนวความคิดพหุนิยมทางกฎหมายจึงมี ความสลับซับซ้อนในการจัดความสัมพันธ์ระหว่างกฎเกณฑ์ประเภทต่าง ๆ ว่าจะ ดำรงอยู่ร่วมกันในลักษณะเช่นใด

การยอมรับกฎเกณฑ์อื่นตามแนวความคิดพหุนิยมทางกฎหมายอาจ นำไปสู่ปัญหาด้านศีลธรรมหรือบรรทัดฐานทางสังคมติดตามมาเนื่องจากกฎเกณฑ์ อื่นๆ เช่น จารีตประเพณีอาจมีข้อกำหนดที่ขัดต่อมาตรฐานและความรู้สึกของผู้คน ในสังคมปัจจุบันดังการทำสูทกับเด็กผู้หญิงของบางเผ่าในประเทศแถบแอฟริกา การแต่งงานระหว่างเด็ก (child marriage) ในประเทศอินเดีย โดยจารีตประเพณี เป็นกฎเกณฑ์ที่ถูกสร้างขึ้นและดำรงอยู่ในแต่ละสังคมกฎเกณฑ์เหล่านี้จึงตอบสนอง ต่อลักษณะเฉพาะของสังคมแต่ละแห่งหากสังคมใดมีลักษณะของสังคมปิตาธิปไตย (หรือสังคมที่ชายเป็นใหญ่) กฎเกณฑ์ข้อบังคับต่างๆ ก็อาจดำเนินไปโดยไม่สนใจ ต่อสถานภาพหรือสิทธิเสรีภาพพื้นฐานของเพศหญิง การยอมรับจารีตประเพณี ให้มีผลบังคับใช้ตามแนวความคิดแบบพหุนิยมทางกฎหมาย จึงอาจเป็นการหวน กลับไปสู่การนำกฎเกณฑ์ที่ละเมิดต่อมาตรฐานทางศีลธรรมหรือสิทธิมนุษยชน ของสังคมปัจจุบัน

บรรณานุกรม

- จรัญ โฆษณานันท์. นิติปรัชญา. กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์ชวนพิมพ์, 2532
- Allot A. and Woodman G. (editors) 1985. *People's Law and State Law: The Bellagio Papers*. Dordrecht : Foris.
- Baudouin Dupret; Maurits Berger and Laila al-Zwainai. (editors) 1999. *Legal Pluralism in the Arab World*. Hague: Kluwer Law Internation.
- Freidman, Lawrence M. 1977. *Law and Society: An Introduction*. New Jersey: Prentice Hall.
- Geertz, Clifford. 1983. *Local Knowledge: Further Essays in Interpretive Anthropology*. New York: Basic Books.
- Hooker, M.B. 1975. *Legal Pluralism: An Introduction to Colonial and Neo Colonial laws*. Oxford: Clarendon Press.
- Wu Min Aun. 1999. *The Malaysian Legal System* second edition. Kuala Lumpur: Pearson Education Malaysia SDN. BHD..