

บทความวิชาการ

**ความหมายของกฎหมายและลักษณะของกฎหมาย : ความสมบูรณ์ของ
กฎหมายที่ส่งผลกระทบต่อการเมืองการปกครองของประเทศไทย**

**Meaning and Characteristic of Law : Completion of Law
Affecting Thai Politics and Government**

นฤมล ทิบบงษา¹

Naruemol Tibwongsa²

คณะมนุษยศาสตร์และสังคมศาสตร์ มหาวิทยาลัยราชภัฏพระนคร

9 ถนนแจ้งวัฒนะ แขวงอนุสาวรีย์ เขตบางเขน จังหวัดกรุงเทพมหานคร 10220.

E-mail: porjai-2558@hotmail.com

สิทธิกร ศักดิ์แสง³

Sitthikorn Saksang⁴

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยราชภัฏสุราษฎร์ธานี 272 หมู่ 9 ตำบลขุนทะเล

อำเภอเมืองสุราษฎร์ธานี จังหวัดสุราษฎร์ธานี 84100.

E-mail: ssaksang@gmail.com

¹ ผู้ช่วยศาสตราจารย์นฤมล ทิบบงษา อาจารย์ประจำสาขาวิชานิติศาสตร์ คณะมนุษยศาสตร์ และสังคมศาสตร์ มหาวิทยาลัยราชภัฏพระนคร

² Assistant Professor Naruemol Tibwongsa Lecturer at the Department of Law, Faculty of Humanities and Social Sciences, Phranakon Rajabhat University

³ รองศาสตราจารย์สิทธิกร ศักดิ์แสง อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยราชภัฏสุราษฎร์ธานี

⁴ Associate professor Sitthikorn Saksang Lecturer in Law, Faculty of Law, Suratthani Rajabhat University

บทคัดย่อ

นักกฎหมายไทยยอมรับความหมายและลักษณะของกฎหมาย ว่า “กฎหมาย คือ คำสั่งของรัฐบาลิปไตย ไม่ว่าจะได้อำนาจมาด้วยวิธีการตามวิถีทางรัฐธรรมนูญหรือนอกวิถีทาง รัฐธรรมนูญออกกฎหมายมาใช้บังคับปกครองประเทศ ถ้าไม่ปฏิบัติก็จะถูกลงโทษ” ตามแนวคิดปรัชญากฎหมายปฏิฐานนิยมทางกฎหมาย หรือกฎหมายบ้านเมือง (Positive Law) มากกว่าแนวคิดปรัชญากฎหมายธรรมชาติ (Natural Law) ที่เป็นการเสริมสร้างอำนาจผู้ปกครองมากกว่าการรับรองและประกันสิทธิเสรีภาพของประชาชน และให้ความสำคัญกับสิทธิในการกุมอำนาจของผู้ปกครองมากกว่าสิทธิเสรีภาพของประชาชน ในฐานะเจ้าของอำนาจอธิปไตย ทำให้กฎหมายที่เป็นเครื่องมือของรัฐควบคุมคนในสังคม เป็นเพียงองค์ประกอบร่วมของระบบการเมืองเท่านั้น ส่งผลให้เป็นอุปสรรคต่อการปกครองในระบอบประชาธิปไตยไทยในปัจจุบันและอนาคต

คำสำคัญ: กฎหมายปฏิฐานนิยม, กฎหมายธรรมชาติ, ความสมบูรณ์ของกฎหมาย

Abstract

Thai lawyers accept that the meaning and characteristic of law refer to “an order of sovereignty regardless of constitutional or unconstitutional way. The constitution issues law in order to rule the country. In case of breaching the law, the punishment will be imposed.” According to the positive law concept, the positive law has higher prestige than the Natural Law and supports the leader’s power rather than the acceptance and assurance of people’s liberty and rights as well as giving precedence to the rights of holding power rather than the liberty and rights of people as the owner of true sovereign power. It results in the government’s law as an instrument for controlling people is just an element of political system. It

becomes an obstacle for the democracy of Thailand in the present and the future.

Keywords: Positive Law, Natural Law, Completion of Law

ความนำ

กฎหมายเป็นเรื่องคู่กับสังคมตลอดมา คือ มีสังคมที่ไหนก็มีกฎหมายที่นั่น เป็นเพราะมนุษย์ต้องอยู่ร่วมกันเป็นสังคม โดยรวมตัวแบบชุมชนและรวมตัวแบบสมาคมผูกพันอยู่ติดกับดินแดนส่วนใดส่วนหนึ่งของโลก และมนุษย์ปรารถนาที่จะสนองตอบความต้องการของตนและปกป้องรักษาตน การที่มนุษย์อยู่ร่วมกันและมีความปรารถนาดังกล่าวนั้น เพื่อให้สังคมเกิดความสงบสุข จึงจำเป็นต้องมีกฎเกณฑ์หรือที่เรียกว่า “กติกากฎ”⁵ ถ้าไม่มีกฎเกณฑ์หรือกติกากฎ คนในสังคมก็จะทำอะไรตามอำเภอใจของตนเกิดความสับสนวุ่นวาย สังคมก็ไม่อาจอยู่เป็นสุขได้ จึงต้องมีการกำหนดกฎเกณฑ์หรือกติกากฎขึ้นมา เพื่อให้สังคมนั้นเป็นระเบียบเรียบร้อย⁶ ถ้าเรามองถึงสังคมใดสังคมหนึ่งจะเห็นได้ว่า คนในสังคมนั้นสามารถกำหนดกติกากฎเพื่อบังคับใช้คนในสังคม โดยแบ่งได้เป็น 2 กลุ่มด้วยกัน คือ กลุ่มผู้ปกครองกับกลุ่มผู้ถูกปกครอง กติกากฎของสังคมจะต้องออกมาจากบุคคล 2 กลุ่มนี้ แต่กติกากฎส่วนใหญ่จะมาจากกลุ่มผู้ปกครอง ซึ่งจะมีอำนาจเป็นผู้ดูแลสังคม กลุ่มนี้ก็จะออกกติกากฎส่วนใหญ่ เราเรียกว่า “กฎหมาย (Law)”

ดังนั้น บทความนี้ผู้เขียนจะทำการศึกษาวิเคราะห์ส่วนสำคัญที่เป็นองค์ประกอบของกฎหมาย ความหมายของกฎหมาย ลักษณะของกฎหมาย ความสมบูรณ์ของกฎหมายที่ส่งผลกระทบต่อการเมืองการปกครองไทย ดังนี้

⁵ จุลกิจ รัตนมาศทิพย์, *ปฏิภามหาชน เล่ม 1 วาทกรรมว่าด้วยสังคม, กฎหมายและความยุติธรรมในประเทศไทย*, (กรุงเทพฯ: บริษัทหอแอนด์เล้ง พับลิชชิง จำกัด, 2551), 21.

⁶ โภคิน พลกุล “เอกสารประกอบการสอน วิชาหลักกฎหมายมหาชน” (กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2528), 8.

ส่วนสำคัญที่เป็นองค์ประกอบของกฎหมาย

เมื่อพิจารณาศึกษาถึง “กติกา” ที่มนุษย์และพัฒนามาเป็น “กฎหมาย” นั้นจะต้ององค์ประกอบที่สำคัญ 3 ประการ คือ มนุษย์ สภาพแวดล้อม และเงื่อนไขทางสังคม ดังนี้⁷

1) มนุษย์

“มนุษย์” (Human) เป็นบุคคลที่มีชีวิตตามธรรมชาติที่รวมตัวกันอยู่ในสังคมที่รวมตัวกันแบบชุมชน และรวมตัวแบบสมาคม ดังนี้

1) ชุมชน (Community) เป็นสังคมมนุษย์ที่เกิดขึ้นเองตามธรรมชาติของมนุษย์ไม่ได้ตั้งใจก่อตั้งขึ้นมา แต่ชุมชนได้ค่อย ๆ เกิดขึ้น และวิวัฒนาการเปลี่ยนแปลงไปในตัวเอง เช่น ครอบครัว (Family) โคตรตระกูล เผ่า หรือชาติ เป็นต้น

2) สมาคม นั้นมีที่มาและลักษณะของประเภทของมนุษย์แบบสมาคม ที่มาของสังคมมนุษย์แบบสมาคม เป็นสังคมมนุษย์ที่มีการจัดตั้งองค์การอย่างเป็นทางการจะมีลักษณะ เช่น บริษัท สหภาพแรงงาน พรรคการเมือง เป็นต้น

ส่วนสำคัญที่เป็นองค์ประกอบของกฎหมายที่สำคัญ คือ ตัวมนุษย์นั้น จะพบว่า การรวมตัวกันของมนุษย์ในรูปแบบชุมชนและรูปแบบสมาคมจะทำให้ความหมายกฎหมาย ลักษณะความสมบูรณ์ของกฎหมายจะมีความแตกต่างกันจะทำให้ปรัชญาแนวคิดของคนแต่ละสังคมที่แตกต่างกันส่งผลต่อการเมืองการปกครองก็จะมีแตกต่างกัน

2) สภาพแวดล้อม

สภาพแวดล้อม หมายถึง องค์ประกอบตามสภาพแวดล้อมที่ปรากฏอยู่ภายนอกตัวมนุษย์ ซึ่งทำให้เกิดผลกระทบอย่างใดอย่างหนึ่งต่อมนุษย์ ได้แก่ มนุษย์คนอื่น ๆ บุคคลอื่นและนิติบุคคลตามกฎหมาย พยานหลักฐานทั้งที่เป็นพยานบุคคลและพยานวัตถุ

⁷ สิทธิกร ศักดิ์แสง, *หลักกฎหมายมหาชน*, พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพฯ: นิติธรรม, 2557), 130-

มูลเหตุและผลกระทบที่เกิดขึ้นและเกี่ยวข้องกัน รวมทั้งสภาพและสถาน การณ์ทางสังคม หรือเทศกาลบ้านเมืองในขณะนั้น เมื่อศึกษาถึงสภาพแวดล้อมที่เป็นสำคัญของ องค์ประกอบของกฎหมายที่เกิดขึ้นจะพบว่า สภาพแวดล้อมที่เกิดขึ้นในสังคมมนุษย์แต่ละ สังคมจะให้ความหมาย ลักษณะของกฎหมายต่อความสมบูรณ์ของกฎหมายที่จะส่งผล การเมืองการปกครองของแต่ละสังคมโดยนัยแตกต่างกัน

3) เงื่อนไขทางสังคม

เมื่อมองถึงเงื่อนไขทางสังคม ได้แก่ กฎ ระเบียบ ข้อบังคับ กฎเกณฑ์และ คำสั่ง อันเป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วไปของสังคม ตลอดจนขนบธรรมเนียม (Convention) หรือจารีตประเพณี (Custom) หรือประเพณี (Tradition) ซึ่งเป็นวิธีปฏิบัติทางสังคมส่วน ใหญ่ ซึ่งย่อมมีความแตกต่างไปจากวิถีประชา (Folkway) ที่จำกัดเฉพาะชุมชนใดชุมชน หนึ่งและไม่เป็นที่ยอมรับกันทั่วไปในสังคม

ส่วนของการศึกษาเงื่อนไขทางสังคมที่เป็นสิ่งสำคัญขององค์ประกอบของ กฎหมายจะพบว่า แต่ละสังคมที่มนุษย์รวมตัวกันแบบชุมชนกับแบบสมาคมในสภาพแวด ล้อมที่แตกต่างกัน เงื่อนไขทางสังคมของแต่ละสังคมจึงมีความแตกต่างกัน ย่อมทำให้ ให้ความหมาย ลักษณะของกฎหมายที่มีต่อความสมบูรณ์ของกฎหมายแตกต่างกันออกไป

ดังนั้น แนวคิดปรัชญาการให้ความหมายของกฎหมายต่อความสมบูรณ์ของ กฎหมายย่อมส่งผลต่อการเมืองการปกครองของแต่ละประเทศ แต่อย่างไรก็ตาม จะมีจุด ร่วมกันในส่วนสำคัญขององค์ประกอบกฎหมาย ประกอบด้วย มนุษย์ สภาพแวดล้อมและ เงื่อนไขทางสังคม คือ กฎ กติกาของสังคมที่ใช้บังคับของคนในสังคม คือ **“กฎหมาย (Law)”**

การให้ความหมายของกฎหมาย : ส่งผลต่อการเมืองการปกครอง

ความหมาย คำว่า **“กฎหมาย”** มีนักปรัชญา นักกฎหมายทั้งในต่างประเทศและ ของไทยได้ให้ความหมาย กฎหมาย ที่มี ความแตกต่างกันตามองค์ประกอบที่เป็นส่วน สำคัญของกฎหมาย คือ มนุษย์ สภาพแวดล้อมและเงื่อนไขทางสังคม แต่ก็มีจุดร่วมกันที่มี

ลักษณะใกล้เคียงกัน หรือในทำนองเดียวกัน คือ กฎหมายเป็นกติกาที่ใช้บังคับคนในสังคม ดังนี้

1) การให้ความหมายกฎหมายของนักกฎหมายต่างประเทศ

การให้ความหมายของนักปรัชญากฎหมายของต่างประเทศ จะพบว่า จะให้ความหมายที่มีลักษณะคล้าย ๆ กันแต่จะมีความแตกต่างกันไปตามสำนักคิด อันได้แก่ สำนักคิดปฏิฐานนิยม (Positive Law) เช่น จอห์น ออสติน (John Austin) นักปราชญ์ชาวอังกฤษได้กล่าวว่า กฎหมาย คือ คำสั่งทั่วไปที่มีอำนาจเหนือสิ่งต่อผู้อยู่ใต้ อำนาจของตน ให้กระทำการหรือละเว้น ไม่กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง ถ้าผู้ใดไม่ปฏิบัติตามผู้นั้นย่อมต้องได้รับโทษ⁸ เป็นต้น ส่วนสำนักคิดกฎหมายธรรมชาติ (Natural Law) เช่น ฌองจาครุสโซ (Jean Jacques Rousseau) นักปราชญ์ชาวฝรั่งเศส ได้ให้ความหมายของกฎหมาย คือ เจตจำนงของประชาชนในชาติ ซึ่งแสดงออกรวมกัน⁹ เซอร์พอล วินogradอฟ (Sir Paul Vinogradoff) ได้ให้ความหมาย กฎหมาย คือ หลักข้อบังคับความประพฤติที่บัญญัติขึ้น และบังคับโดยผู้ทรงอำนาจอธิปไตย¹⁰ เป็นต้น

2) การให้ความหมายกฎหมายของนักกฎหมายไทย

เมื่อกล่าวถึงการให้ความหมายกฎหมายของนักกฎหมายของไทยต่างก็ให้ความหมายที่มีความหมายของกฎหมายไปแนวทางเดียวกันกับสำนักคิดปฏิฐานนิยม (Positive Law) เช่น กรมหลวงราชบุรีดิเรกฤทธิ์ พระบิดาแห่งกฎหมายไทย ให้ความหมายของกฎหมาย หมายถึง คำสั่งทั้งหลายของผู้ปกครองว่าการแผ่นดินต่อราษฎรทั้ง

⁸ John Austin, *the Province of Jurisprudence determind*, ed. H.L. A. Hart, (London, 1954) อ้างใน จริญญา โฆษณานันท์, *นิติปรัชญา*, พิมพ์ครั้งที่ 7, (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2538), 37.

⁹ โกวิน พลุกล, “เอกสารประกอบการสอน วิชาหลักกฎหมายมหาชน,” 8.

¹⁰ Sir Paul Vinogradoff, *Common Sense in Law*, แปลโดย กำธร จิตคงไทย, *ความรู้ทางนิติศาสตร์ เล่มหนึ่ง*, (สภาวิจัยแห่งชาติ, 2515), 2.

หลาย เมื่อไม่ทำตามแล้วธรรมดาต้องรับโทษ¹¹ ส่วนหลวงจำรูญเนติศาสตร์ ได้อธิบายว่า กฎหมาย ได้แก่ ข้อบังคับว่าด้วยการปฏิบัติ ซึ่งผู้มีอำนาจของประเทศได้บัญญัติขึ้น และ บังคับว่าด้วยการปฏิบัติ ซึ่งผู้มีอำนาจของประเทศนั้นถือปฏิบัติตาม¹² ด้านศาสตราจารย์ พิเศษประสิทธิ์ โฆวิไลกุล ได้อธิบายว่า กฎหมาย คือ ระเบียบ ข้อบังคับของสังคม ซึ่งมนุษย์ เป็นผู้กำหนดขึ้นจะเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษร (Statute) หรือกฎหมายจารีตประเพณี (Customary Law) เพื่อให้ใช้บังคับสมาชิกในสังคม¹³ และในพจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2525 ให้ความหมายว่า กฎหมาย คือ กฎที่สถาบันหรือผู้มีอำนาจสูงสุดในรัฐ ตราขึ้นหรือที่เกิดขึ้นจากจารีตประเพณีอันเป็นที่ยอมรับนับถือเพื่อใช้ในการบริหารประเทศ เพื่อใช้บังคับบุคคลให้ปฏิบัติตาม หรือเพื่อกำหนดระเบียบแห่งความสัมพันธ์ระหว่างบุคคล หรือระหว่างบุคคลกับรัฐ¹⁴ เป็นต้น

กรณีความหมายของกฎหมายของนักปรัชญา จะพบว่า ส่งผลต่อการ เมืองการปกครองของประเทศ ซึ่งจะพบว่า มีแนวคิดปรัชญากฎหมายที่สำคัญที่ให้ความหมาย คือ แนวคิดปรัชญากฎหมายปฏิฐานนิยมทางกฎหมายหรือกฎหมายบ้านเมือง (Positive Law) ให้ทัศนะว่า กฎหมาย คือ กฎระเบียบข้อบังคับที่ควบคุมความประพฤติของรัฐ ออกโดยผู้มีอำนาจสูงสุดในรัฐใช้บังคับ ถ้าไม่ปฏิบัติก็จะถูกลงโทษ” ส่วนแนวคิดปรัชญากฎหมายธรรมชาติ (Natural Law) เห็นว่า กฎหมาย คือ กฎระเบียบข้อบังคับควบคุมความประพฤติของรัฐ ที่โดยผู้ปกครองที่ได้รับการยอมรับของคนในสังคมออกกฎหมายใช้บังคับโดยความยินยอมร่วมกันในสังคม

¹¹ โอสด โกสิน, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป, (คำสอนชั้นปริญญาตรี คณะรัฐศาสตร์ สังคมศาสตร์และวารสารศาสตร์ พุทธศักราช 2503), (พระนคร: แพร่การช่าง, 2502), 12.

¹² เรื่องเดียวกัน, 13.

¹³ ประสิทธิ์ โฆวิไลกุล, *เหลี่ยมหลังตุ๊กกฎหมายและความยุติธรรม*, (กรุงเทพฯ: นิติธรรม, 2540), 1.

¹⁴ พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2525, 3-4.

ดังนั้น สรุปได้ว่า กฎหมาย คือ บรรดากฎเกณฑ์ที่สถาบันหรือผู้มีอำนาจสูงสุดในสังคมกำหนดแบบแผน ความประพฤติของบุคคลในความสัมพันธ์ระหว่างกันและกัน ทั้งนี้ โดยจุดมุ่งหมายให้คนในสังคมมีความเป็นระเบียบเรียบร้อย และยุติธรรม¹⁵ ที่ทำให้สังคมเกิดความสงบสุข

ลักษณะของกฎหมาย : ความสมบูรณ์ของกฎหมาย

เมื่อกล่าวถึง “ลักษณะของกฎหมาย” (The Nature of Law) ศาสตราจารย์ ดร.หยุด แสงอุทัย ได้อธิบายถึงลักษณะของกฎหมายนั้น แยกออกเป็น 2 ประเภท คือ กฎหมายตามเนื้อความ กับกฎหมายตามแบบพิธี¹⁶ กล่าวคือ “กฎหมายตามแบบเนื้อความ” หมายถึง กฎหมายซึ่งบทบัญญัติมีลักษณะเป็นกฎหมายแท้ ได้แก่ ข้อบังคับของรัฐ ซึ่งกำหนดความประพฤติของมนุษย์ถ้าฝ่าฝืนจะได้รับผลร้ายหรือถูกลงโทษ ส่วน “กฎหมายตามแบบพิธี” หมายถึง กฎหมายที่ออกมาโดยวิธีบัญญัติกฎหมาย ไม่ต้องคำนึงว่า กฎหมายนั้นเข้าลักษณะเป็นกฎหมายตามแบบเนื้อความหรือไม่ ตัวอย่างเช่น พระราชบัญญัติงบประมาณประจำปี พระราชบัญญัติปรับปรุง กระทรวง ทบวง กรม เป็นต้น ซึ่งโดยปกติกฎหมายจะต้องมีทั้ง 2 ลักษณะประกอบกัน กล่าวคือ เป็นทั้งกฎหมายตามแบบเนื้อความและกฎหมายความแบบพิธี เช่น ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ประมวลกฎหมายที่ดิน เป็นต้น แต่ก็มีกฎหมายบางฉบับที่เป็นเฉพาะกฎหมายแบบพิธีเท่านั้น เช่น พระราชกฤษฎีกายกยอผู้แทนราษฎร พระราชบัญญัติงบประมาณประจำปี เป็นต้น

ดังนั้น ผู้เขียนเห็นว่า กฎหมายที่แท้จริงที่มีต่อความสมบูรณ์ของกฎหมาย คือ กฎหมายเป็นข้อกำหนดทั้งสิทธิและหน้าที่ให้กับบุคคลกระทำหรืองดเว้นการกระทำอย่าง

¹⁵ โกเมศ ขวัญเมือง และสิทธิกร ศักดิ์แสง, *แนวการศึกษาใหม่ : ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป*, (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2549), 19.

¹⁶ หยุด แสงอุทัย, *ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป*, (กรุงเทพฯ: ประกายพริก, 2545), 45-64.

ใดอย่างหนึ่ง ซึ่งจะต้องมีลักษณะสำคัญ 4 ประการ คือ กฎหมายเป็นข้อกำหนดแบบแผน ความประพฤติของมนุษย์ กฎหมายเป็นข้อบังคับออกจากรัฐ กฎหมายเป็นข้อบังคับความประพฤติของมนุษย์ที่มีความแตกต่างไปจากกฎเกณฑ์อื่นทางสังคมและกฎหมายมีสภาพบังคับ สามารถอธิบายและวิเคราะห์ได้ ดังต่อไปนี้¹⁷

1) กฎหมายเป็นข้อกำหนดแบบแผนความประพฤติของมนุษย์

กรณีลักษณะของกฎหมายในประเด็นแรก คือ กฎหมายเป็นข้อกำหนดแบบแผนความประพฤติของมนุษย์ ในความสัมพันธ์ระหว่างกันและกัน หมายความว่า กฎหมายเป็นข้อความที่กำหนดบังคับให้บุคคลกระทำการบางอย่างหรือห้ามบุคคลกระทำการบางอย่างหรืออนุญาตให้บุคคลกระทำการบางอย่าง ดังนี้

1.1) กฎหมายกำหนดให้บุคคลกระทำการบางอย่างหรือห้ามมิให้กระทำการบางอย่าง เมื่อศึกษาวิเคราะห์ถึงกฎหมายที่กำหนดให้บุคคลกระทำการบางอย่างก็ดีหรือห้ามมิให้กระทำการบางอย่างก็ดี เรียกว่า “กฎหมายกำหนดหน้าที่ให้บุคคลปฏิบัติ” ซึ่งมีหน้าที่ 2 ประการ ได้แก่ หากบังคับให้กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งเรียกว่า “หน้าที่กระทำการ” หากกฎหมายห้ามมิให้กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง คือ “หน้าที่งดเว้นกระทำการ” ซึ่งเป็น “ความผูกพัน” ที่ทำให้บุคคลตกอยู่ในสถานะที่ต้องกระทำการหรืองดเว้นกระทำการหรือยอมให้เขากระทำการเพื่อให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ของกฎหมาย

1.2) กฎหมายกำหนดอนุญาตให้บุคคลกระทำการบางอย่างหรืออนุญาตให้บุคคลงดเว้นกระทำการบางอย่าง เมื่อพิจารณาถึงกฎหมายที่กำหนดอนุญาตให้บุคคลกระทำการบางอย่างหรืออนุญาตให้บุคคลงดเว้นกระทำการบางอย่าง เรียกว่า “กฎหมายให้สิทธิแก่บุคคล” ซึ่งเป็นการรับรองคุ้มครองสิทธิของประชาชนในการกระทำ

¹⁷ โภคิน พลกุล, “เอกสารประกอบการสอน วิชาหลักกฎหมายมหาชน,” 8.

การต่าง ๆ ตามที่กฎหมายกำหนดอนุญาต คือ สิทธิในสภาพบุคคลและสิทธิในทรัพย์สิน ดังนี้¹⁸

1.2.1) สิทธิในสภาพบุคคล (Human rights Conditions) เมื่อศึกษาถึงสิทธิในสภาพบุคคลเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานของมนุษย์ ตามปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน แห่งสหประชาชาติ และตามที่ยกย่องไว้ในรัฐธรรมนูญตลอดจนกฎหมายอื่น ๆ คือ สิทธิในตัวบุคคล (The right Person) หมายถึง สิทธิซึ่งบุคคลย่อมจะต้องมีในฐานะเป็นเจ้าของ ตัวของตนเอง เช่น สิทธิในชีวิตร่างกาย อนามัย ชื่อเสียง ความคิดเห็น และสติปัญญา สิทธิในเคหสถาน เป็นต้น สิทธิในครอบครัว (The right Family) หมายถึง ประโยชน์หรืออำนาจที่กฎหมายรับรองในเรื่องที่เกี่ยวข้องกับครอบครัว เช่น ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ได้มีบทบัญญัติในการรับรองคุ้มครองสิทธิในครอบครัวไว้ในบรรพ 5 กรณีสิทธิของบิดามารดากับบุตร เป็นต้น¹⁹ และสิทธิในทางการเมือง (Political Rights) หมายถึง สิทธิที่ให้เฉพาะแก่บุคคลผู้มีสัญชาติของประเทศเมื่อมีอายุ และคุณสมบัติบางประการตามที่กฎหมายกำหนดไว้ ได้มีโอกาสเข้ามาเกี่ยวข้อง หรือร่วมมือในการปกครองบ้านเมืองของตน ได้แก่ สิทธิออกเสียงเลือกตั้ง และเป็นผู้สมัครรับเลือกตั้งในระดับชาติและระดับท้องถิ่น²⁰

1.2.2) สิทธิเกี่ยวกับทรัพย์สิน (Property Rights) เมื่อมองถึงสิทธิในทรัพย์สิน อัน หมายถึง ประโยชน์หรืออำนาจที่กฎหมายรับรองให้บุคคลมีอยู่เหนือทรัพย์สินต่าง ๆ ดังนี้ทรัพย์สิน สิทธิกรรมสิทธิ์ (Ownership) คือ ทรัพย์สินแสดงความเป็นเจ้าของในทรัพย์สิน สิทธิครอบครอง (Possessory Right) เป็นทรัพย์สินสิทธิประเภทเดียวกับกรรมสิทธิ์ ซึ่งเป็นทรัพย์สินที่แสดงความเป็นเจ้าของภาระจำยอม (Servitude) เป็นทรัพย์สินชนิดหนึ่งที่ตัดทอนอำนาจกรรมสิทธิ์ โดยทำให้เจ้าของอสังหาริมทรัพย์ต้องรับกรรม

¹⁸ โกเมศ ขวัญเมือง และสิทธิกร ศักดิ์แสง, *แนวการศึกษาใหม่ : ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป*, 19.

¹⁹ เรื่องเดียวกัน, 20.

²⁰ เรื่องเดียวกัน

บางอย่าง ซึ่งกระทบถึงทรัพย์สินของตนเพื่อประโยชน์แก่สังขาริมทรัพย์อื่น สิทธิอาศัย (Right to Live) เป็นสิทธิที่จะอยู่ในโรงเรือน สิทธิเหนือพื้นดิน (Right above the Ground) เป็นสิทธิที่บุคคลหนึ่งได้เป็นเจ้าของโรงเรือนสิ่งปลูกบนดินหรือใต้ดินของผู้อื่น เป็นต้น²¹ หรือสิทธิเรียกร้องในเรื่องหนี้ (บุคคลสิทธิ์) การที่บุคคลฝ่ายหนึ่งมีสิทธิเรียกร้องบุคคลอีกฝ่ายหนึ่งให้กระทำการหรืองดเว้นกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง

แต่กระนั้นก็ดี กฎหมายก็เป็นระเบียบแบบแผนควบคุมความประพฤติของมนุษย์ กล่าวคือ กฎหมายจึงเป็นข้อตกลงให้คนในสังคมปฏิบัติโดยอยู่ในรูปแบบของกฎระเบียบ ข้อบังคับ ประกาศ และคำสั่งต่าง ๆ นั้น มักจะมาจากวิธีปฏิบัติที่กระทำสืบเนื่องมาจากจารีตประเพณีนิยมที่เป็นบรรทัดฐานทางปฏิบัติทั้งหลายของสังคม (Practical Norms of Society) โดยคนส่วนใหญ่ให้การยอมรับและปฏิบัติตามมาเป็นเวลานาน โดยถือเป็นปรากฏการณ์ทางสังคม (Social Phenomenal) ในลักษณะเช่นเดียวกันกับศาสนาและศีลธรรม จนกระทั่งเรียบเรียงขึ้นเป็นบทบัญญัติลายลักษณ์อักษร เพื่อกำหนดสิทธิหน้าที่ของคนในสังคมให้กระทำหรืองดเว้นการกระทำ²²

2) กฎหมายต้องเป็นข้อบังคับออกจากรัฐ

ลักษณะของกฎหมาย คือ กฎหมายเป็นข้อบังคับออกจากรัฐ ซึ่งข้อบังคับนั้น ไม่ใช่มาจากบุคคลใดบุคคลหนึ่ง ต้องมาจากรัฐ (State) มาจากองค์กรที่มีอำนาจสูงสุด คำว่า “รัฐ” หมายถึง สังคมมนุษย์ที่รวมกันแบบชุมชนและรวมตัวแบบสมาคมผูกพันกันกับดินแดนส่วนใดส่วนหนึ่งของโลกมีการปกครองภายใต้อำนาจอธิปไตยของตนเอง ไม่ตกอยู่ในอำนาจอธิปไตย

รัฐอื่นมีสภาพเป็นนิติบุคคลมหาชน จึงต้องมีการกระทำแทนรัฐ คือ ผู้ปกครองในฐานะรัฐอธิปไตย (Sovereignty) ออกข้อบังคับ ใช้บังคับคนในสังคม

²¹ เรื่องเดียวกัน, 22.

²² จุลกิจ รัตนมาศทิพย์, *ปฏิภมมหาชน เล่ม 1 วาทกรรมว่าด้วยสังคม, กฎหมายและความยุติธรรมในประเทศไทย*, 21.

แต่อย่างไรก็ตาม กฎหมายเป็นข้อบังคับที่ออกจากรัฐ โดยรัฐอธิปไตย ซึ่งจะมีอยู่ 2 ลักษณะ ในการออกกฎระเบียบข้อบังคับต่าง ๆ ดังนี้

2.1) รัฐอธิปไตยที่ได้อำนาจตามวิถีทางรัฐธรรมนูญ มาจากความยินยอมพร้อมใจของคนส่วนใหญ่ส่งตัวแทนขึ้นไปปกครองโดยการเลือกตั้ง²³ หรือการ

²³ หากพิจารณาถึงพื้นฐานแนวความคิดร่วมกันของระบบการเลือกตั้งที่ใช้บังคับอยู่จริง เราอาจแยกระบบการเลือกตั้งออกได้เป็น 3 ระบบใหญ่ ๆ คือ การเลือกตั้งระบบเสียงข้างมาก การเลือกตั้งระบบสัดส่วน และการเลือกตั้งระบบกึ่งสัดส่วน

1) การเลือกตั้งระบบเสียงข้างมาก โดยหลักการแล้ว รัฐใดใช้ระบบการเลือกตั้งแบบเสียงข้างมาก (Majority of Vote System) รัฐนั้นจะมีการแบ่งเขตการเลือกตั้งออกเป็นหลายเขตโดยแต่ละเขตการเลือกตั้งมีขนาดใกล้เคียงกันผู้ที่ได้รับการเลือกตั้ง ดังนี้

1.1) การเลือกตั้งแบบเสียงข้างมากสัมพัทธ์ คือ ผู้สมัครรับเลือกตั้งที่ได้คะแนนสูงสุดในเขตการเลือกตั้งที่ตนลงสมัคร ในกรณีที่ในเขตการเลือกตั้งนั้นมีผู้ลงสมัครรับเลือกตั้งหลายคน ผู้สมัครที่ได้รับเลือกตั้งอาจได้คะแนนเสียงไม่ถึงครึ่งหนึ่งของคะแนนเสียงทั้งหมดของผู้มาใช้สิทธิเลือกตั้ง

1.2) การเลือกตั้งระบบเสียงข้างมากเด็ดขาดคือ ชนะด้วยคะแนนเสียงเกิน ร้อยละ 50

2) การเลือกตั้งระบบสัดส่วน ระบบนี้ใช้กับระบบการเลือกตั้งแบบบัญชีรายชื่อเป็นสำคัญ แนวคิดเบื้องต้นของวิธีการคิดแบบนี้ คือ ความประสงค์ที่จะให้ทุกพรรคการเมืองที่ได้รับคะแนนเสียงเลือกตั้งต้องได้รับการจัดสรรที่นั่งในสภาผู้แทนราษฎรตามสัดส่วนของคะแนนที่ได้รับ เป็นการอนุญาตให้ผู้มีสิทธิเลือกตั้งทุกกลุ่มทุกภาคส่วนของสังคม สามารถมีผู้แทนราษฎรที่แท้จริงของตนเอง ซึ่งถือว่า เป็นแนวคิดที่สะท้อนหลักการประชาธิปไตยมากที่สุดในปัจจุบัน ในการจัดการเลือกตั้งระบบสัดส่วนนี้ รัฐอาจกำหนดให้พรรคการเมืองทำบัญชีรายชื่อเพียงบัญชีเดียว ทั้งนี้ โดยใช้ประเทศเป็นเขตเลือกตั้ง หรืออาจกำหนดให้มีเขตการเลือกตั้งหลายเขต และให้พรรคการเมืองทำบัญชีรายชื่อผู้สมัครรับเลือกตั้งตามจำนวนเขตเลือกตั้งที่กำหนดก็ได้

3) ระบบการเลือกตั้งแบบผสม เนื่องจากทั้งระบบการเลือกตั้งแบบเสียงข้างมากและแบบสัดส่วน ต่างก็มีข้อดีข้อเสียจึงเกิดระบบการเลือกตั้งแบบผสมเพื่อรวมข้อดีของทั้งสองระบบไว้ด้วยกัน โดยมีการแบ่งที่นั่งในสภาผู้แทนเป็นสองส่วน ที่นั่งส่วนหนึ่งจะใช้วิธีการเลือกตั้งแบบเสียงข้างมาก ที่นั่งอีกส่วนหนึ่งใช้วิธีการเลือกตั้งแบบสัดส่วน ผู้มีสิทธิออกเสียงเลือกตั้งแต่ละคน มี 2 คะแนนเสียง โดยแต่ละคะแนนเสียงมีลักษณะดังนี้ คะแนนเสียงที่ 1 เป็นคะแนนเสียงที่ใช้ลงให้แก่ผู้สมัครรับเลือกตั้งในเขต

แต่งตั้งตามวิถีทางรัฐธรรมนูญ ออกกฎหมายใช้บังคับกับคนในสังคมและคนในสังคมยอมรับยินยอมปฏิบัติร่วมกัน

2.2) รัฐอธิปไตยที่ได้อำนาจนอกวิถีทางรัฐธรรมนูญ มาจากการใช้กำลังเข้าชิงอำนาจปกครองโดยการปฏิวัติ²⁴หรือรัฐประหาร²⁵ นอกวิถีทางรัฐธรรมนูญ ออกกฎหมายใช้บังคับกับคนในสังคม

เลือกตั้งนั้นของตน คະแนนเสียงที่ 2 เป็นคะแนนเสียงที่โหดให้แก่บัญชีเลือกตั้งบัญชีใดบัญชีหนึ่ง (อ้างในสิทธิกร ศักดิ์แสง, “วิเคราะห์เปรียบเทียบโครงสร้างและการเข้าสู่ตำแหน่งของสมาชิกรัฐสภาตามบทบัญญัติรัฐธรรมนูญ ในการปกครองระบอบประชาธิปไตยของประเทศไทย,” วารสารราชภัฏสุราษฎร์ธานี 1, ฉ.1 (2557): 8.

²⁴ การปฏิวัติ (Revolution) เมื่อนำมาใช้ในความหมายในทางการเมือง หมายถึง พฤติการณ์ในการเลิกล้มหรือล้มล้างระบอบการปกครองหรือรัฐบาลซึ่งครองอำนาจอยู่นั้นแล้ว โดยใช้กำลังบังคับแล้วสถาปนาระบอบการปกครองหรือจัดตั้งรัฐบาลใหม่ การปฏิวัติจึงเป็นการเปลี่ยนแปลงโครงสร้างครั้งใหญ่ โดยมีการเปลี่ยนแปลงตามระบบเดิม ซึ่งอาจยกเลิกใช้แบบใหม่หรือโครงสร้างเดิมเป็นส่วนใหญ่ เช่นจากระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์เปลี่ยนเป็นระบอบประชาธิปไตย เป็นต้น ดังนั้น เมื่อมีการปฏิวัติเปลี่ยนแปลงการปกครองก็ต้องมีการยกเลิกรัฐธรรมนูญฉบับนั้นด้วยเพื่อให้มีหลักการและโครงสร้างการปกครองจากเดิมเปลี่ยนแปลงตามที่คณะปฏิวัติต้องการ และอาจออกกฎหมายมารับรองการกระทำของตนให้ชอบด้วยกฎหมายหรือชอบด้วยรัฐธรรมนูญในเวลาต่อหลังจากการทำปฏิวัติเรียบร้อยแล้ว เป็นต้น

²⁵ การรัฐประหาร (Coup d' Etate) คือ การใช้กำลังอำนาจเข้าเปลี่ยนแปลงอำนาจของรัฐยึดอำนาจการปกครองของรัฐมาเป็นอำนาจของคณะรัฐประหาร เป็นการเปลี่ยนแปลงเฉพาะเพียงรัฐบาลหรือ กล่าวอีกนัยหนึ่งเป็นการล้มล้างรัฐบาลที่บริหารปกครองรัฐในขณะนั้น แต่ไม่ใช้การล้มล้างการปกครองหรือรัฐทั้งรัฐและไม่จำเป็นต้องมีการใช้ความรุนแรงหรือนองเลือดเสมอไป เมื่อคณะรัฐประหารเข้ามายึดครองอำนาจการปกครองประเทศจึงจำเป็นต้องยกเลิกรัฐธรรมนูญ เพราะรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดที่กำหนดไว้ไม่ให้มีการปฏิวัติรัฐประหาร จะมีความผิดในข้อหากบฏ เพื่อให้คณะรัฐประหารพ้นข้อหาของความผิดดังกล่าวได้นั้นต้องมีการยกเลิกรัฐธรรมนูญ แต่อย่างไรก็ตาม ความผิดนั้นยังมีความผิดอาญาอยู่ จึงต้องมีการดำเนินการ เช่น การออกกฎหมายนิรโทษกรรม หรืออาจกำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญว่าการกระทำของคณะรัฐประหารนั้นชอบด้วยกฎหมายและชอบด้วยรัฐธรรมนูญ เป็นต้น เพื่อให้ตนเองหรือคณะบุคคลดังกล่าวพ้นผิด

การวิเคราะห์ถึงลักษณะของกฎหมายในประเด็น ผู้เขียนเห็นว่า ในการปกครองระบอบประชาธิปไตยต่างถือว่า กฎหมายเป็นข้อบังคับที่ออกจากรัฐที่สมบูรณ์ได้นั้น จะต้องเป็น “**รัฐธำมณี**” ที่คนส่วนใหญ่ยินยอมพร้อมใจส่งตัวแทนให้เป็นผู้ปกครอง ในฐานะรัฐธำมณีตามวิถีทางรัฐธรรมนูญออกกฎหมายมาใช้บังคับและเป็นกฎหมายที่คนส่วนใหญ่ยอมรับปฏิบัติตามโดยทั่วไปภายใต้การปกครองแบบนิติรัฐที่ยึดหลักนิติธรรม

3) กฎหมายเป็นข้อบังคับความประพฤติของมนุษย์ที่มีความแตกต่างไปจากกฎเกณฑ์อื่นทางสังคม

กฎหมายเป็นข้อบังคับต้องกำหนดความประพฤติของบุคคลระหว่างกันและกันที่มีลักษณะทั่วไปซึ่งมีลักษณะบังคับอย่างเป็นกิจจะลักษณะ คือ การแสดงออกโดยการเคลื่อนไหวร่างกายหรือการดเว้น การเคลื่อนไหวร่างกายอย่างใดอย่างหนึ่ง ลำพังแต่จิตใจอย่างเดียวกฎหมายย่อมไม่มีผลบังคับและกรณีนี้เองทำให้กฎหมายแตกต่างกับกฎเกณฑ์ความประพฤติของสังคมในประเภทอื่น เช่น ข้อบังคับของศาสนาและข้อบังคับทางศีลธรรมและข้อบังคับจารีตประเพณี ดังนี้²⁶ เป็นต้น

3.1) กฎหมายกับศาสนา ศาสนา (Religion) หมายถึง กฎข้อบังคับที่ผู้นำของศาสนาต่าง ๆ กำหนดขึ้นไว้ให้มนุษย์ประพฤติปฏิบัติแต่ความดี ซึ่งกฎหมายกับข้อบังคับทางศาสนามีประเด็นที่ควรศึกษาวิเคราะห์อยู่ 3 ประเด็น ซึ่งจะมีความคล้ายคลึงความแตกต่างและมีความสัมพันธ์กัน ดังนี้

1) ประเด็นความคล้ายคลึงระหว่างกฎหมายกับศาสนา มีดังนี้ ศาสนาและกฎหมายต่างก็กำหนดความประพฤติของมนุษย์เหมือนกันถ้าผู้ใดฝ่าฝืนก็จะกลายเป็นคนชั่วหรือได้รับผลร้ายตามมา

2) ประเด็นความแตกต่างระหว่างกฎหมายกับศาสนา ในทางกฎหมายนั้นถ้าผู้ใดฝ่าฝืนก็จะมีสภาพบังคับ (Sanction) เกิดขึ้นทันที เช่น สภาพบังคับทางอาญา มีโทษ ประหารชีวิต จำคุก กักขัง ทรัพย์สิน และปรับหรือสภาพบังคับทางแพ่ง

²⁶ หยุต แสงอุทัย, *ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป*, 44-51.

ต้องขดใช้คำสนไหมทดแทน เป็นต้น ส่วนทางด้านศาสนาสภาพบังคับหรือผลที่ตามมานั้น อยู่ที่เขาติหน้าหรือกายภาคนหน้าไม่ได้เกิดพื้นที่เหมือนกฎหมาย

3) ความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายกับศาสนา พบว่า มีความสัมพันธ์ต่อกันในเรื่องต่าง ๆ หลายประเด็นด้วยกัน เช่น กฎหมายและศาสนาต่างมีอิทธิพลต่อกันและกัน ถ้ากฎหมายมีข้อบังคับที่ตียอมเป็นการส่งเสริมศาสนาไปด้วยในตัว ส่วนศาสนาที่ตียอมทำให้รัฐออกกฎหมายที่ดีได้ กฎหมายต้องมาจากธรรม ต้องชอบธรรมและเพื่อธรรมพลเมืองที่นับถือศาสนาอย่างเคร่งครัดย่อมจะเป็นผู้มีความประพฤติเรียบร้อยและยอมตนปฏิบัติตามกฎหมายของรัฐโดยไม่คิดหลีกเลี่ยง เป็นต้น หรือ กฎหมายและศาสนาย่อมคำนึงถึงซึ่งกันและกัน กล่าวคือ กฎหมายก็ต้องคุ้มครองศาสนา เช่น การให้หลักประกันเสรีภาพในการนับถือศาสนาและเสรีภาพในการปฏิบัติพิธีกรรมตามความเชื่อของตน ส่วนศาสนาก็ต้องคำนึงถึงกฎหมาย และสั่งสอนให้บุคคลปฏิบัติตามกฎหมายเช่นเดียวกัน ศาสนาย่อมกำหนดข้อห้ามจิตใจของมนุษย์ เช่น ห้ามไม่ให้มนุษย์คิดร้ายต่อผู้อื่น สอนให้คนทำความดีคือปฏิบัติตามกฎหมาย เป็นต้น

3.2) กฎหมายกับศีลธรรม ความหมายของศีลธรรม (Moral) หมายถึงความรู้สึกภายในจิตใจของมนุษย์ว่าการกระทำนั้นผิดหรือถูกอย่างไร ซึ่งกฎหมายกับศีลธรรมจะมีประเด็นที่จะศึกษาวิเคราะห์ อยู่ 2 ประเด็น คือ ความคล้ายคลึง มีความแตกต่างและมีความสัมพันธ์กัน ดังนี้

1) ความคล้ายคลึงระหว่างกฎหมายกับศีลธรรมกฎหมายกับศีลธรรมจึงมีความคล้ายคลึงกันในข้อที่ว่า ต่างกำหนดข้อบังคับแห่งความประพฤติด้วยกัน ด้วยการมีจิตใจหรือความรู้สึกที่จะกระทำการหรือไม่กระทำการใด ๆ เหมือน ๆ กัน

2) ความแตกต่างระหว่างกฎหมายกับศีลธรรม ซึ่งมีความแตกต่างกันในหลาย ๆ ประเด็นด้วยกัน ดังนี้

(ก) กฎหมายเป็นข้อบังคับของรัฐ แต่ศีลธรรมเป็นความรู้สึกที่เกิดจากจิตใจของมนุษย์แต่ละคน

(ข) กฎหมายกำหนดความประพฤติภายนอกของมนุษย์ที่แสดงออกมาให้เห็น แต่ศีลธรรมเป็นเพียงแต่คิดในทางไม่ชอบก็ผิดศีลธรรมแล้ว

(ค) ข้อบังคับของกฎหมายกำหนดเป็นลายลักษณ์อักษรเป็นส่วนใหญ่ ส่วนศีลธรรมนั้นไม่ได้มีการกำหนดเป็นลายลักษณ์อักษรแต่อย่างใด

(ง) กฎหมายนั้นถ้าผู้ใดฝ่าฝืนจะได้รับโทษ แต่ศีลธรรมนั้นผู้ที่มีความรู้สึกนึกคิดของคน ๆ นั้นไปโดยเฉพาะเป็นแต่เพียงกระทบจิตใจมาน้อยเพียงใดเท่านั้น

3.3) วิเคราะห์ความเกี่ยวพันระหว่างกฎหมายกับศีลธรรม พบว่ามีความสัมพันธ์ระหว่างกันที่ใช้บังคับร่วมกันของคนในสังคมให้เกิดสำนึกปฏิบัติตามกฎหมาย ดังนี้

(ก) ศีลธรรมกับกฎหมายมีอิทธิพลต่อกันมากและเกี่ยวข้องกับศีลธรรมเสมอ²⁷ เช่น การที่มีศีลธรรมสูงเป็นที่เชื่อได้ว่าไม่เคยฝ่าฝืนกฎหมายแต่อย่างใด

²⁷ นึกคิดของสำนักกฎหมายธรรมชาติ ฟุลเลอร์ (Lon Luvois Fuller ค.ศ. 1902 – 1978) ฟุลเลอร์ ได้พยายามเน้นสิ่งที่เป็นศีลธรรมในเชิงระบบกฎหมาย ฟุลเลอร์ ได้จำแนกศีลธรรมภายในกฎหมายหรือกฎหมายธรรมชาติในเชิงกระบวนการ ออกเป็นหลักการ 8 ข้อ ดังนี้ คือ

1) กฎหมายจะต้องมีลักษณะทั่วไปในฐานะที่เป็นกฎเกณฑ์ซึ่งใช้เป็นหลักชี้ว่าการกระทำต่าง ๆ โดยเฉพาะ

2) กฎเกณฑ์ดังกล่าวจะต้องพิมพ์เผยแพร่ ให้ปรากฏแก่สาธารณะหรืออย่างน้อยก็ต่อบุคคลทุกคนที่อยู่ภายใต้กฎเกณฑ์นี้

3) กฎเกณฑ์ต้องไม่มีผลย้อนหลัง

4) กฎเกณฑ์ต้องมีลักษณะชัดเจนและสามารถเป็นที่ยอมรับ

5) กฎเกณฑ์จะต้องไม่ขัดแย้งกัน

6) กฎเกณฑ์จะต้องไม่เป็นการกำหนดในสิ่งที่เป็นไปไม่ได้

7) กฎเกณฑ์จะต้องมีความมั่นคง แน่นนอนไม่มีการเปลี่ยนแปลงบ่อยเกินไป

เป็นต้น ในทางกลับกันคนที่ไม่มีศีลธรรม กฎหมายก็จะช่วยยกฐานะให้คน ๆ นั้น มีศีลธรรมดีขึ้น เช่น การลักเล็กขโมยน้อยกฎหมายก็ให้ติดคุกเมื่อออกมาแล้วมีศีลธรรมสูงไม่กล้าลักขโมยอีกต่อไป เป็นต้น

(ข) ศีลธรรมกับกฎหมายอาจเป็นศัตรูกันได้ เช่น กฎหมายอาจบังคับให้มนุษย์งดเว้นกระทำการซึ่งศีลธรรมบังคับให้กระทำเช่น การเบิกความเท็จต่อศาล ซึ่งกฎหมายลงโทษแต่ความจริงแล้วการกระทำนั้นกระทำลงไปเพื่อช่วยเหลือผู้มีการคุณต่อตน ดังนั้นกฎหมายจำเป็นต้องเกี่ยวข้องกับศีลธรรมก็ได้²⁸ เป็นต้น

3) กฎหมายกับจารีตประเพณี ความหมายของ จารีตประเพณี (Custom) หมายถึง สิ่งที่มีมนุษย์ปฏิบัติต่อเนื่องกันมาเป็นเวลาช้านานทำให้เป็นที่ยอมรับนับถือของคนในท้องถิ่น ซึ่งเป็นแนวปฏิบัติที่ควบคุมความประพฤติภายนอกของมนุษย์เท่านั้นและเป็นการปฏิบัติอย่างสม่ำเสมอ เช่น การพูด การแต่งตัว ตลอดถึงวัฒนธรรม

8) ต้องมีการกลมกลืนระหว่างกฎเกณฑ์ที่ถูกประกาศใช้กับการบังคับใช้กฎเกณฑ์นั้น เป็นความจริง อันเป็นเรื่องที่สอดคล้องกับการกระทำของเจ้าหน้าที่ที่บังคับใช้กฎหมายและตัวบทกฎหมายที่ประกาศใช้ด้วย

เงื่อนไขทั้ง 8 ประการนี้ ฟุลเลอร์ อธิบายว่าเป็นเสมือนศีลธรรม ภายในกฎหมาย หรือ “กฎหมายธรรมชาติในเชิงกระบวนการ” กล่าวโดยสรุป คือ ฟุลเลอร์ ได้พยายามเน้นมิติของกระบวนการเพื่อที่จะนำไปสู่ความเป็นกฎหมายอันสมบูรณ์แท้จริงโดยไม่ได้เน้นที่เนื้อหาสาระ (อ้างใน จริญญา โฆษณานันท์, *นิติปรัชญา*, พิมพ์ครั้งที่ 16, (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2552), 151-154.

²⁸ กฎหมายกับศีลธรรม มีนิกคิดจากสำนักปฏิฐานนิยม เอชแอล เอ ฮาร์ท (H.L.A. Hart) ได้ให้ความสำคัญกับศีลธรรมในระดับหนึ่ง โดยที่เขากล่าวว่า ข้ออ้างของปฏิฐานนิยมที่บอกว่าไม่จำเป็นต้องเกี่ยวข้องกับศีลธรรมนั้น เป็นจุดยืนที่สอดคล้องกับสังคมประชาธิปไตยที่เปิดกว้างให้มีการวิพากษ์วิจารณ์กฎหมายได้โดยเสรี เพราะไม่ผูกขาดว่ากฎหมายเป็นสิ่งที่อยู่เหนือศีลธรรมหรือเป็นอันหนึ่งอันเดียวกับศีลธรรม ดังนั้น จึงทำให้เราสามารถมองได้ว่า กฎหมายนั้นเป็นกฎเกณฑ์ที่มนุษย์สร้างขึ้น (มิใช่เป็นเสมือนสิ่งศักดิ์สิทธิ์ที่จะวิพากษ์วิจารณ์ไม่ได้) เมื่อมนุษย์เห็นว่าไม่เหมาะสมก็อาจจะแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้ อ้างใน เรื่องเดียวกัน, 77.

ต่าง ๆ ซึ่งอาจแตกต่างกันไปแต่ละท้องถิ่น เป็นต้น กฎหมายกับจารีตประเพณีสามารถศึกษาวิเคราะห์ อยู่ 3 ประเด็น คือ ความคล้ายคลึง มีความแตกต่างและมีความสัมพันธ์กัน ดังนี้

1) ความคล้ายคลึงระหว่างกฎหมายกับจารีตประเพณี เมื่อศึกษาจะพบว่า กฎหมายและจารีตประเพณีต่างเป็นข้อบังคับกำหนดความประพฤติภายนอกของมนุษย์ให้เป็นแบบเดียวกันและอยู่ร่วมกันของคนในสังคม

2) ความแตกต่างระหว่างกฎหมายกับจารีตประเพณี จะพบว่า มีความแตกต่างกัน ดังนี้

(ก) กฎหมายนั้น ผู้มีอำนาจในรัฐเป็นผู้บัญญัติและบังคับใช้แก่ทุกคนทั่วไปในรัฐ แต่จารีตประเพณีเป็นข้อบังคับเฉพาะของสังคมบางหมู่คณะหรือคนในสังคมหรือชุมชนที่เห็นดีเห็นชอบเท่านั้น

(ข) กฎหมายเป็นข้อบังคับสำหรับความประพฤติของมนุษย์เพียงบางอย่างเท่านั้น แต่จารีตประเพณีควบคุมการดำรงชีวิตของมนุษย์ทั้งหมด

(ค) การกระทำความผิดกฎหมายย่อมได้รับผลร้ายหรือถูกลงโทษ ทั้งในทางอาญา ทางแพ่ง แต่จารีตประเพณีไม่มีผลบังคับอย่างกฎหมาย โดยปฏิบัติตามก็ได้ ไม่ปฏิบัติตามก็ได้ ไม่มีสภาพบังคับ ผู้ไม่ปฏิบัติตามจารีตประเพณีจะได้รับผลร้ายทางสังคม คือ ได้รับการตำหนิตินานจากสังคมเท่านั้น

3) ความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายกับจารีตประเพณี พบว่า มีส่วนสัมพันธ์กับกฎหมายหลายประการทั้งในดีและด้านไม่ดี ดังนี้

(ก) กฎหมายย่อมได้รับอิทธิพลจากจารีตประเพณี เพราะมีจารีตประเพณี กฎหมายจึงได้บัญญัติไว้เป็นกฎหมายได้อย่างเหมาะสมและเป็นไปตามความต้องการของประชาชนในท้องถิ่นนั้น ๆ จารีตประเพณีจึงมีส่วนสำคัญในการเสริมการบังคับใช้กฎหมาย เพราะเป็นสิ่งที่ประชาชนปฏิบัติอยู่แล้ว

(ข) กฎหมายเกี่ยวพันกับจารีตประเพณีในบางเรื่องและจารีตประเพณีย่อมไม่ขัดต่อกฎหมายเพราะถ้าขัดแย้งแล้ว จารีตประเพณีอาจถูกขัดขวาง

และต้องยกเลิกไปในที่สุด แต่อย่างไรก็ตาม กฎหมายกับจารีตประเพณีต่างเป็นตรงกันข้ามกันได้ เช่น กฎหมายห้ามไม่ให้กระทำการใดๆ อย่างหนึ่งซึ่งจารีตประเพณีให้ทำได้ คือ ประเพณีผู้หญิงต้องล้างเท้าให้สามีก่อนขึ้นบ้านทางภาคเหนือของไทยซึ่งกฎหมายให้เลิกเสีย เป็นต้น

4) กฎหมายเป็นข้อบังคับที่มีสภาพบังคับ

กฎหมายเป็นข้อบังคับถ้าฝ่าฝืนจะต้องได้รับผลร้าย หรือถูกลงโทษซึ่งเรียกว่า สภาพบังคับของกฎหมาย (Sanction) การที่กฎหมายมีสภาพบังคับ ย่อมเป็นการทำให้มนุษย์ต้องปฏิบัติตามกฎหมาย ผู้ฝ่าฝืนอ้างว่าไม่รู้กฎหมายไม่ได้²⁹ สภาพบังคับที่เกิดขึ้นจากการฝ่าฝืนกฎหมายมี 4 ประเภท คือ สภาพบังคับทางอาญา สภาพบังคับทางแพ่ง สภาพบังคับทางปกครอง และสภาพบังคับทางรัฐธรรมนูญ ซึ่งผู้เขียนจะอธิบายได้ ดังนี้³⁰

1) กฎหมายที่มีสภาพบังคับทางอาญา ทำให้ผู้ฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามต้องได้รับทุกขกรรม หรือต้องสูญเสียสิทธิและเสรีภาพบางอย่างบางประการ เช่น สูญเสียเสรีภาพเพราะถูกจำคุกหรือกักขัง สูญเสียทรัพย์สินเพราะถูกริบทรัพย์สิน สูญเสียชีวิตเพราะถูกประหารชีวิต เป็นต้น ซึ่งเหล่านั้น คือ โทษทางอาญาเป็นไปตามกระบวนการยุติธรรมทางอาญา

2) กฎหมายที่มีสภาพบังคับทางแพ่ง เป็นการบังคับให้บุคคลที่ฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามกฎหมายต้องรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่ผู้ได้รับความเสียหายอันเนื่องมาจากการนั้น เพื่อให้ผู้ที่ได้รับความเสียหายอันเนื่องมาจากกฎหมายนั้น ได้กลับสู่ฐานะเดิมหรือมิฉะนั้นก็บังคับให้การกระทำบางอย่างบางประการที่ฝ่าฝืนกฎหมายเป็นการกระทำที่ไม่มีผลสมบูรณ์ตามความประสงค์ของผู้กระทำ เช่น ให้เป็นโมฆะหรือโมฆียะ ซึ่งเหล่าโทษเหล่านี้เป็นโทษทางแพ่ง เป็นต้น

²⁹ ประมวลกฎหมายอาญา, มาตรา 64.

³⁰ โกเมศ ขวัญเมือง และสิทธิกร ศักดิ์แสง, *แนวการศึกษาใหม่ : ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป*, 20-21

3) กฎหมายที่มีสภาพบังคับทางปกครอง เป็นการบังคับกับหน่วยงานทางปกครองที่กระทำละเมิดต่อเอกชนผู้เสียหายไม่ว่าจะเป็นการบังคับชดใช้ค่าเสียหายหรือการเพิกถอนคำสั่งทางปกครอง อันเกิดจากการกระทำทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย หรือชอบด้วยกฎหมาย ที่ทำให้ประชาชนได้รับความเดือดร้อน หรืออาจได้รับความเดือดร้อนเสียหาย เป็นต้น

4) กฎหมายที่มีสภาพบังคับทางรัฐธรรมนูญ โดยทั่วไปแล้วกฎหมายอื่นใดจะขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญจะใช้บังคับไม่ได้ หรือในกรณีของไทย บุคคลที่มีสิทธิมีหน้าที่ไปเลือกตั้ง ถ้าไม่ไปเลือกตั้งจะเสียสิทธินั้นมีสภาพบังคับในการตัดสินใจอย่าง คือ ในกรณีกำหนดให้การเลือกตั้งเป็นหน้าที่ ที่เป็นตัวอย่างที่เห็นได้ชัด ได้แก่ กำหนดให้ประชาชนผู้มีสิทธิเลือกตั้งมีหน้าที่ไปใช้สิทธิเลือกตั้ง ถ้าไม่ไปใช้สิทธิเลือกตั้งโดยไม่แจ้งเหตุอันควรที่ทำให้ไม่อาจไปใช้สิทธิเลือกตั้งย่อมเสียสิทธิ ตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและการได้มาซึ่งสมาชิกวุฒิสภา พ.ศ. 2550 เป็นต้น การกำหนดประชาชนที่มีหน้าที่ไปเลือกตั้งไม่ไปเลือกตั้งจะเสียสิทธิดังต่อไปนี้

(ก) ยื่นคำร้องคัดค้านการเลือกตั้ง ส.ส. ส.ว. สมาชิกสภาท้องถิ่น หรือผู้บริหารท้องถิ่นที่ทุจริตเลือกตั้ง

(ข) สิทธิสมัครรับเลือกตั้งและสิทธิได้รับการเสนอชื่อเข้ารับการสรรหาเป็นสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกวุฒิสภา สมาชิกสภาท้องถิ่นหรือผู้บริหารท้องถิ่น

(ค) สิทธิสมัครรับเลือกตั้งกำนันและผู้ใหญ่บ้านตามกฎหมายว่าด้วยลักษณะปกครองท้องที่

ความหมายและลักษณะของกฎหมายต่อความสมบูรณ์ของกฎหมายที่มีอิทธิพลต่อการเมืองการปกครองของประเทศไทย

ผู้เขียนได้ศึกษาความหมายของกฎหมายและลักษณะของกฎหมายแล้ว พบว่ามีแนวคิดปรัชญากฎหมายที่มีอิทธิพลต่อการให้ความหมายของกฎหมายและลักษณะของกฎหมายที่สำคัญอยู่ 2 แนวคิด คือ แนวคิดปรัชญากฎหมายธรรมชาติ (Natural Law) กับแนวคิดปรัชญากฎหมายปฏิฐานนิยมทางกฎหมายหรือกฎหมายบ้านเมือง (Positive Law) ต่อความสมบูรณ์ของกฎหมายที่มีผลต่อการปกครองของประเทศไทย ในการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขภายใต้รัฐธรรมนูญ พบว่า นักกฎหมายและศาลไทย ให้นิยามความหมายของกฎหมาย ลักษณะของกฎหมายต่อความสมบูรณ์นั้น ส่วนสำคัญที่เป็นองค์ประกอบของกฎหมาย มนุษย์และสภาพแวดล้อม ทำให้เกิดการเปลี่ยนแปลงในเงื่อนไขของสังคม ทำให้การให้ความหมายลักษณะของกฎหมายต่อความสมบูรณ์ของกฎหมายส่งผลต่อการเมืองการปกครองของประเทศไทยเป็นอย่างยิ่ง กล่าวคือ ได้ยอมรับความหมายและลักษณะของกฎหมายว่า “กฎหมาย คือ คำสั่งของรัฐราชาธิปไตย ไม่ว่าจะได้อำนาจมาด้วยวิธีการตามวิถีทางรัฐธรรมนูญหรือนอกวิถีทางรัฐธรรมนูญออกกฎหมายมาใช้บังคับปกครองประเทศ ถ้าไม่ปฏิบัติก็จะถูกลงโทษ” ตามแนวคิดปรัชญากฎหมายปฏิฐานนิยมทางกฎหมายหรือกฎหมายบ้านเมือง (Positive Law) มากกว่าแนวคิดแนวคิดปรัชญากฎหมายธรรมชาติ (Natural Law) ที่ให้ความหมายและลักษณะของกฎหมายว่า “กฎหมาย คือ กฎระเบียบแบบแผนควบคุมความประพฤติของมนุษย์ที่ใช้ร่วมกันของคนในสังคม โดยส่งหรือมอบอำนาจให้ผู้แทนตามความยินยอมพร้อมใจของคนในสังคมไปปกครองออกกฎหมายใช้บังคับและคนในสังคมส่วนรวมให้ความยอมรับและปฏิบัติร่วมกันและถ้าไม่ปฏิบัติก็จะถูกลงโทษตามกระบวนการยุติธรรมที่ชอบธรรมตามหลักการปกครองแบบนิติรัฐที่ยึดหลักนิติธรรม” ทำให้การเมืองการปกครองของประเทศไทยส่วนใหญ่จะอยู่ในอำนาจปกครองแบบเผด็จการนิยม ภายใต้การให้นิยามความหมายของกฎหมายและลักษณะของกฎหมายต่อความสมบูรณ์ของกฎหมายตามแนวคิดของกฎหมายปฏิฐานนิยมทางกฎหมายหรือกฎหมายบ้านเมือง (Positive Law) เป็นส่วนใหญ่ เพื่อต้องการความมั่นคงของอำนาจหรือความชัดเจนของกฎหมายที่จะบัญญัติขึ้นใช้เพื่อการจัดระเบียบสังคมที่กำลังพัฒนาในรัฐชาติ

สมัยใหม่ และเป็นไปเพื่อหลักประกันสิทธิเสรีภาพของประชาชนด้วย ขณะเดียวกัน
ปรัชญาความคิด ความเชื่อที่ยืนยันเป็นเรื่องของอำนาจหรือคำสั่งของรัฐบาลิปไตยโดยอาจ
หนุนรับทั้ง “ระบบเผด็จการโดยธรรม” ทำให้ขาดเอาใจใส่ต่อเรื่องที่มาหรือความชอบ
ธรรมของอำนาจหรือแรงสนับสนุนของสังคมต่อการใช้อำนาจในการออกกฎหมายที่เป็น
เครื่องมือของรัฐควบคุมคนในสังคมไทย ดังเห็นได้จากการรัฐประหารมักเกิดขึ้นบ่อยครั้ง
ทำให้การพัฒนาการเมือง การปกครองในระบบประชาธิปไตยไม่สามารถพัฒนาไป
ข้างหน้าสักเท่าไร และยังไม่ทราบว่าจะมีการรัฐประหารอีกหรือไม่ ถ้าเรายังคงให้
ความหมายของกฎหมายและลักษณะของกฎหมายต่อความสมบูรณ์ของกฎหมายแนวคิด
ปรัชญากฎหมายแบบปฏิฐานนิยมทางกฎหมายหรือกฎหมายบ้านเมือง (Positive Law)
ที่เป็นการเสริมสร้างอำนาจผู้ปกครองมากกว่าการรับรองและประกันสิทธิเสรีภาพของ
ประชาชน และให้ความสำคัญกับสิทธิในการกุมอำนาจของผู้ปกครองมากกว่าสิทธิ
เสรีภาพของประชาชนในฐานะเจ้าของอำนาจอธิปไตย ทำให้กฎหมายที่เป็นเครื่องมือของ
รัฐควบคุมคนในสังคมเป็นเพียงองค์ประกอบร่วมของระบบการเมืองเท่านั้น ส่งผลให้เป็น
อุปสรรคต่อการปกครองในระบบประชาธิปไตยของไทยในปัจจุบันและอนาคต

เอกสารอ้างอิง

โกเมศ ขวัญเมือง และสิทธิกร ศักดิ์แสง. *แนวการศึกษาใหม่ : ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับ
กฎหมายทั่วไป*. กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2549.

จุลกิจ รัตนมาศทิพย์. *ปฏิภามหาชน เล่ม 1 วาทกรรมว่าด้วยสังคม, กฎหมายและความ
ยุติธรรมในประเทศไทย*. กรุงเทพฯ: บริษัทหล่อแอนด์เล้ง พับลิชชิง จำกัด, 2551.

จรัญ โฆษณานันท์. *นิติปรัชญา*. พิมพ์ครั้งที่ 16. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยราม
คำแหง, 2552.

จรัญ โฆษณานันท์. *นิติปรัชญา*. พิมพ์ครั้งที่ 7. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยราม
คำแหง, 2538.

ประมวลกฎหมายอาญา

- ประสิทธิ์ โฆวิไลกุล. *เหลี่ยมหลังตุ๊กกฎหมายและความยุติธรรม*. กรุงเทพฯ: นิติธรรม, 2540.
- พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2525
- โกคิน พลกุล “เอกสารประกอบการสอน วิชาหลักกฎหมายมหาชน” กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2528.
- สิทธิกร ศักดิ์แสง. *หลักกฎหมายมหาชน*. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพฯ: นิติธรรม, 2557.
- สิทธิกร ศักดิ์แสง. “วิเคราะห์เปรียบเทียบโครงสร้างและการเข้าสู่ตำแหน่งของสมาชิกวุฒิสภาตามบทบัญญัติรัฐธรรมนูญในการปกครองระบอบประชาธิปไตยของประเทศไทย.” *วารสารราชภัฏสุราษฎร์ธานี* 1, ฉ.1 (2557): 8.
- หยุด แสงอุทัย. *ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป*. กรุงเทพฯ: ประกายพริก, 2545.
- โอสถ โกคิน. *ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป*. (คำสอนชั้นปริญญาตรี คณะรัฐศาสตร์ สังคมศาสตร์และวารสารศาสตร์ พุทธศักราช 2503). พระนคร: แพร่การช่าง, 2502.
- John Austin. *the Province of Jurisprudence determind*. ed. H.L. A. Hart, London, 1954.
- Sir Paul Vinogradoff. *Common Sense in Law*. แปลโดย กำธร จิตคงไทย. *ความรู้ทางนิติศาสตร์ เล่มหนึ่ง*. สภาวิจัยแห่งชาติ, 2515.

Reference

- Chulakit Rattanamasthip. *Public Appeals, Volume 1, Discourses on Society, Law and Justice in Thailand*. Bangkok: Lo and Leng Publishing Company Limited, 2008.
- Charan Kotsananan. *Philosophy of Law*. 7th Edition. Bangkok: Ramkhamhaeng University Press, 1995.
- Charan Kotsananan. *Philosophy of Law*. 16th Edition. Bangkok: Ramkhamhaeng University Press, 2009.

Criminal Code

Jitkongthai. *Legal knowledge*, Volume One, National Research Council of Thailand, 1972. Komet Khwanmueang and Sittikorn Saksang. *New Study Approach: Introduction to General Law*. Bangkok: Winyuchon, 2006.

Osot Kosin. *Basic Knowledge of General Law*. (Instruction for Undergraduate, Faculty of Political Science, Social Sciences and Journalism, 1960). Phra Nakhon: Phrae Karnchang, 1959.

Prasit Kovilaikool. *Look Back to Law and Justice*. Bangkok: Nititham, 1997.

Phokin Pholkul. "Teaching documents of Public Law". Bangkok: Ramkhamhaeng University Press, 1985.

Royal Institute Dictionary, 1982.

Sir Paul Vinogradoff. *Common Sense in Law*. translated by Kamthon Sittikorn Saksang. *Public Law Principle*. 2nd Edition. Bangkok: Nititham, 2014.

Sittikorn Saksang. "Comparative Analysis of Structure and Becoming a Parliamentary Member in Accordance with Constitution in Democracy in Thailand". *Rajabhat Surat Thani Journal* 1, Volume 1 (2014): 8.

Yud Saeng-uthai. *Basic Knowledge of General Law*. Bangkok: Prakai Phruek, 2002.