

อย่างรุนแรง โดยไม่ตระหนักว่า อาจจะทำให้ระบอบประชาธิปไตยเกิดมีปัญหาลึกลงไปอีกเป็นต้น และกลไกทางสังคมเศรษฐกิจ เช่น การจัดการศึกษา ฯลฯ เพื่อที่ฝ่ายตนจะได้ครองความได้เปรียบทางการเมือง รวมทั้งมี “อภิสิทธิ์” ทางสังคม และสถานภาพทางกฎหมาย รวมทั้งกระบวนการยุติธรรม ฯลฯ “เหนือ” กลุ่มชนชั้นนำและพรรคพวกที่อยู่ตรงกันข้าม

ในตรงจุดนี้ อาจกล่าวได้ว่าแนวคิดและลักษณะของสังคม “ฐานันดร” ก็นับเป็นกลไกหนึ่ง ซึ่งเป็นผลมาจากความแตกแยกภายในกลุ่มชนชั้นนำดังกล่าวข้างต้น ยกตัวอย่างเช่น ระบบการศึกษา ซึ่งในฝ่ายผู้นำหัวก้าวหน้าของไทย มีความประสงค์ต้องการยก “สถานะแห่งชาติ” คือ(ให้)คนทั้งหมดเขยิบสูงขึ้น ย่อมมีกำลังที่จะแข่งขันต่อสู้กับชาติอื่นๆ ได้ในทุกวิถีอาชีพ” (เป็นคำกล่าวของเจ้าพระยาธรรมศักดิ์มนตรี เสนาบดีกระทรวงธรรมการในสมัยรัชกาลที่ 6 อ้างอยู่ใน เสน่ห์, 2543: 3-4) หรือ ต้องการตั้งมหาวิทยาลัยเปิดขึ้นเพื่อ “เป็นบ่อน้ำดับความกระหายของราษฎร” อันเป็นปรัชญาของมหาวิทยาลัยวิชาธรรมศาสตร์และการเมืองเมื่อแรกก่อตั้งในปี พ.ศ.2477 เป็นต้น ความเห็นในลักษณะนี้มุ่งต้องการให้มีการศึกษาชาติ (National education) เพื่อประชาชน หรือเพื่อมวลชน หรือคนส่วนใหญ่เพื่อที่คนส่วนใหญ่จะได้มี “สถานภาพ” ทางการศึกษา ซึ่งหมายรวมถึงสถานภาพทางสังคมด้วยนั้น เกิดความเสมอๆ กัน

เรื่องดังกล่าวข้างต้น มีความแตกต่างอย่างตรงกันข้ามกับความเห็นของชนชั้นนำไทยอีกกลุ่มหนึ่ง ซึ่งต้องการจัดการศึกษาในแบบสูงต่ำ คือ การจัดศึกษาเพื่อคนส่วนน้อยที่มีฐานะกำเนิดดี และมีฐานะทางเศรษฐกิจกับฐานะทางสังคมดี รวมทั้ง เมื่อมีการศึกษาเพื่อคนระดับล่างก็จัดเก็บภาษีคนระดับล่างเป็นการพิเศษ เรียกว่า “เงินศึกษาพลี” ในขณะที่เมื่อจัดการศึกษาให้กับคนมีฐานะกลับเป็นการศึกษาแบบให้เปล่า หรือมีความคิดเห็นในทำนองว่าว่า มหาวิทยาลัยเปิดเป็นมหาวิทยาลัยที่ไม่มีคุณภาพ เป็นการศึกษาที่เสียงบประมาณ และส่งเสริมให้คนชั้นล่างได้มีโอกาสเขยิบฐานะมากเกินไปจนควร ฯลฯ ฉะนั้น จึงต้องเปลี่ยนแปลงเป็นมหาวิทยาลัยปิด คือควรคัดเลือกรับนักศึกษาจำนวนน้อย เพื่อจะได้มีการศึกษาที่มีคุณภาพ เป็นต้น

กลุ่มคน “ผู้ที่ได้มีวาสนา ได้รับการศึกษา” (ดู เสน่ห์, 2543: 6) ทั้งที่อาจจะตั้งใจและไม่ตั้งใจ นับเป็นกลุ่มคนที่เป็นฐานของการหล่อหลอม และรวมตัวกันเป็นกลุ่มสังคมฐานันดรต่างๆ ของสังคมการเมืองไทยสมัยใหม่ ทั้งที่เรียกกันว่าเป็นชนชั้นกลางบ้าง เป็นเทคโนแครตผู้เชี่ยวชาญบ้าง เป็นนายทุนผู้ประกอบการ และคนงานปกขาวบ้าง ฯลฯ กลุ่มฐานันดรต่างๆ เหล่านี้ มีความสัมพันธ์กันในลักษณะเป็น “พันธมิตร” โดยมีการเชื่อมโยงสถานะทางสังคมเข้ากับเศรษฐกิจ และเชื่อมโยงกิจกรรมทางเศรษฐกิจเข้ากับอำนาจการเมือง ผลลัพธ์ก็คือ การพัฒนาประเทศของไทยในยุคร่วมสมัย ได้มุ่งเน้นแต่การจำเริญเติบโตในมิติเดียว โดยละเลยและเพิกเฉยต่อการกระจายความมั่งคั่ง การกระจายโอกาส และความยุติธรรมในสังคม

สังคมชนบทและสังคมเกษตรของไทย แม้ว่าแต่เดิมจะไม่ได้มีความมั่งคั่ง แต่หากพิจารณาในเชิงเปรียบเทียบแล้ว กล่าวได้ว่า มิใช่เป็นสังคมที่มีความ “ยากจน” หรือด้อยด้อยค่าอย่างมากเมื่อเทียบกับสังคมเมือง (ในห้วงเวลาเดียวกัน) แต่ประการใด ในทางตรงข้ามสังคมชนบทของไทยนั้น เป็นสังคมที่มี “พลวัต” เป็นอย่างยิ่ง เช่น มีการบุกเบิกที่ดินทำกินใหม่ด้วย

ตนเอง มีการเพาะปลูกพืชการเกษตรแบบหลากหลายด้วยตนเอง ฯลฯ แต่ปัญหาคือ ทิศทางและกลไกของการพัฒนาในระยะ 30-40 ปีที่ผ่านมา ซึ่งมุ่งเน้นกดสังคมชนบทให้เป็นรอง หรือด้อยค่าลงไป ทั้งนี้ มีกลไกทางภาษีการส่งออกข้าว ซึ่งมีผลก่อให้เกิดการโอนย้ายถ่ายเทความมั่งคั่งจากสังคมเกษตรเข้ามาสู่สังคมเมืองโดยตรง อีกทั้งการมีการปล่อยปละละเลยในเรื่องของ “กรรมสิทธิ์” ที่ดิน เช่น การปล่อยให้ถือครองที่ดินจำนวนมากโดยไม่ต้องทำกิน การให้องค์กรราชการครอบครองสิทธิที่ดินเหนือชุมชน มีการออกเอกสารสิทธิที่ดินหลายชั้น และการให้ใช้ที่ดินเป็นเอกสารค้ำประกันการกู้เงินจากธนาคาร รวมทั้งมีการเปลี่ยนแปลงสภาพที่ดินบางแห่งอย่างมากโดยการจัดพื้นที่ชลประทานใหม่ เป็นต้น ฉะนั้น สภาพการณ์ของความยากจนในสังคมชนบท หรือสังคมเกษตร จึงเป็นสิ่งที่ถูกสร้าง หรือถูกผลักดันให้เกิดขึ้นในช่วงเวลาที่สังคมไทยได้ย่างก้าวเข้าสู่สังคมสมัยใหม่ ใน 3-4 ทศวรรษนี้เอง (ขอให้อ่าน การวิเคราะห์ของ เบลโล, 2542: บทที่ 8 เรื่อง “ความเสื่อมถอยทางการเกษตร” และดู นิธิ, 2543)

ความแตกต่างระหว่างสังคมเมืองและชนบทของไทย ซึ่งแยกกันออกเป็นละแวก กอปรกับเป็นสังคมที่มีสถานภาพแตกต่างกันนี้ ในระยะต่อมาเมื่อระบบการเลือกตั้งมีพัฒนาการอย่างต่อเนื่อง ปรากฏว่า สังคมเมืองและชนบทต่างได้สร้างระบบคุณค่าทางการเมืองของตนเองขึ้นคนละส่วน โดยพิจารณาบุคคลที่มี “คุณงามความดี” ของตนเองเป็นการเฉพาะ เกิดเป็นสภาวะทางการเมืองของ “สองนคร” ที่แยกออกจากกัน โดยมีการต่อสู้กันอย่างไม่ลดละ ทั้งในช่วงก่อนและภายหลังจากมีการใช้กฎหมายรัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ.2540 (ความเห็นและการวิเคราะห์ทางการเมืองในแนวนี้ อธิบายไว้เป็นอย่างดี โดย เอนก, 2544)

กล่าวโดยสรุปคือ สังคมการเมืองไทยสมัยใหม่ เป็นสังคมที่ผู้คนไม่ได้เกาะตัวกันเป็นชนชั้นตามลักษณะการผลิตสมัยใหม่ และไม่ได้แบ่งเป็นชนชั้นผู้ปกครองกับผู้ถูกปกครองอันเป็นลักษณะของสังคมอำนาจนิยมแบบเบ็ดเสร็จ รวมทั้งเป็นสังคมที่บุคคลไม่ได้แยกย่อยออกเป็นปัจเจกชนที่มีความเสรี ในทางตรงข้ามลักษณะเด่นของสังคมไทย คือสังคมฐานันดร ซึ่งผู้คนเกาะเกี่ยวกันโดยสถานภาพทางสังคม การศึกษา ฐานะกำเนิด และระบบอภิสิทธิ์ ซึ่งมีพัฒนาการ ความคลี่คลาย และมีการขยายฐานออกไปในสังคมไทยสมัยใหม่

สังคมฐานันดรของไทย ซึ่งสามารถดำรงอย่างต่อเนื่องได้ข้างต้น ในประการสำคัญข้อหนึ่งเกิดขึ้นเพราะชนชั้นนำของไทยนั่นเอง มีความแตกต่าง ไม่สมานฉันท์กัน และต่อสู้กันโดยต่างกลุ่มต่างมีกฎกติกาของตนเอง ฉะนั้น การที่สังคมมีความแตกต่างกันโดยมีการแบ่งเป็นกลุ่มสถานภาพต่างๆ ไว้ จึงมีนัยยะของการรองรับให้เกิด “สิทธิ” และมี “สิทธิมนุษยชนแบบจำกัดวง” (Exclusive Human Right)³ ซึ่งดำเนินไปเนื่องมาจากการใช้ “อำนาจ” ชนิดต่างๆ ในสังคมการเมืองไทยมีลักษณะของการบิดเบือน เลือกรร ดัดแปลง ใช้เป็นการเฉพาะกรณี และแปลความหมายของ “สิทธิ (ที่อ้างว่าเป็น) สาธารณ” (Universal Right) ไปในทิศทางต่างๆ เพื่อให้เข้ากับบริบท และโครงสร้างทางสังคมการเมือง ซึ่งในกรณีของไทย ก็คือสังคมของฐานันดรนั่นเอง

ภาษาการเมืองทางการกับการปฏิบัติทางการเมืองแบบไม่เป็นทางการ

สังคมฐานันดรไทยสมัยใหม่ เป็นสังคมที่ถูกหล่อหลอมด้วย “หลักนิติธรรม” และ “เกณฑ์คุณค่า” ที่สามารถจัดแบ่งออกเป็น 2 ส่วนเป็นอย่างน้อย ได้แก่ ระบบคุณค่าของสังคม (ซึ่งเชื่อกันว่าเป็นของ) ตะวันตก หรือเป็นเกณฑ์ของหลักการสากลส่วนหนึ่ง กับระบบคุณค่าของสังคม (ซึ่งเชื่อกันว่าเป็นของ) คนพื้นเมือง หรือสังคมฐานันดรเดิม ซึ่งเป็นหลักการของสังคมไทยอีกส่วนหนึ่ง อย่างไรก็ตาม เนื่องด้วยหลักการของสังคมตะวันตกนั้น ผู้คนในสังคมฐานันดรไทยระดับเบื่องบน “นำเข้า” เฉพาะส่วนยอดโดยมิได้นำเอาฐานคิด และองค์ประกอบของความคิดส่วนอื่นๆ เข้ามาด้วย ในขณะที่เดียวกันระบบคุณค่าเดิมของไทย ไม่ว่าจะเป็นพระธรรมศาสตร์ แนวคิดว่าด้วยความยุติธรรมของคนต่างฐานันดร ฯลฯ มิได้มีการศึกษาและถ่ายทอดอย่างต่อเนื่อง อีกทั้ง เมื่อมีการปฏิบัติการในทางสังคมการเมือง ซึ่งย่อมมีการใช้อำนาจทางการเมืองโดยกลุ่มชนชั้นนำ และโดยกลุ่มอำนาจที่มีการต่อสู้และเผชิญหน้ากัน ฉะนั้น เนื้อหาสาระของหลักการกับการปฏิบัติในสังคมการเมืองไทย จึงมีความหมายที่แตกต่างกันอยู่เป็นอันมาก ความแตกต่างนี้เห็นได้ชัดเมื่อพิจารณาสภาพการณ์ความเป็นไปของชีวิตของบุคคลจากกลุ่มฐานันดรต่ำเปรียบเทียบกับบุคคลที่มีสถานภาพสูง

ความแตกต่างนี้ ในทางหลักการความคิดและระบบนิติธรรมแล้ว พอจะกล่าวได้ว่า มีรากฐานมาจากการที่สังคมการเมืองไทยเดิมมีแนวคิดที่เกี่ยวข้องกับระบบยุติธรรมและปรัชญาการปกครองบ้านเมืองไปในแนวทางของสำนักกฎหมายธรรมชาติ กับสำนักกฎหมายจารีตประเพณี (ทั้งสองสำนักมีวิวัฒนาการควบคู่กันมา โดยมีการประนีประนอมกันบ้าง ต่อสู้และหักล้างกันบ้าง) ในขณะที่ชนชั้นนำ ผู้มีอำนาจ ตลอดจนกลุ่มคนที่มีการศึกษาในสายนิติศาสตร์สมัยใหม่ของไทย มีหลักแนวคิดในแบบของสำนักกฎหมายบ้านเมือง โดยเฉพาะอย่างยิ่งจากสายความคิดของ John Austin และ Thomas Hobbes เป็นสำคัญ (โดยนำเฉพาะหลักการและแนวความคิดของสำนักกฎหมายบ้านเมืองเข้ามาแต่ “ยอด” หรือผลสรุปในขั้นสุดท้าย และมีได้นำเอา “รากฐาน” ความคิดของสำนักกฎหมายดังกล่าวเข้ามาด้วยทั้งระบบ)

เมื่อความขัดแย้งในโลกสมัยใหม่ของสังคมการเมืองไทย มีหลักการ และฐานคิดที่แตกต่างกันอย่างมากระหว่างออกเป็น 3 ขั้ว ดังกล่าวข้างต้น การตัดสินใจและดำเนินการต่างๆ ที่เกี่ยวข้องกับ “มนุษย์” ของสังคมไทย จึงแสดงออกด้วยความแตกต่างกันอย่างมากระหว่างภาษาการเมืองทางการ กับการปฏิบัติที่ไม่เป็นทางการ ความแตกต่างดังกล่าวนี้ บางสมัยถือว่าเป็นปัญหาที่จะต้องมีการปรับปรุง หรือแก้ไขอย่างเร่งด่วน ในขณะที่ในบางสมัย ถือว่าเป็นเรื่องปกติธรรมดา หรือเป็นเรื่องที่ยอมรับกันได้ว่าควรจะมี ความแตกต่างกันนั้นอยู่ต่อไป และในบางสมัยมีการยกหลักการแบบหนึ่งขึ้น “หักล้าง” หรือ “ข่ม” อีกหลักการฝ่ายตรงข้าม

ตัวอย่างเช่น ในบางสมัย (พ.ศ.2500-2515) ซึ่งถือกันว่าเป็นสมัยของการปกครองในระบอบประชาธิปไตยแบบไทย และมีการใช้อำนาจเบ็ดเสร็จในแบบเผด็จการ ทั้งนี้ โดยอำนาจของมาตรา 17 ในธรรมนูญการปกครองแผ่นดิน พ.ศ.2502 และโดยประกาศคณะปฏิวัติ ซึ่งถือว่าเป็นกฎหมายบ้านเมืองที่มี “ศักดิ์” เท่ากับกฎหมายที่ตราขึ้นโดยกระบวนการรัฐสภา รวมทั้งมีคุณ

ค่าที่เหนือกว่าหลักการประชาธิปไตยตะวันตกที่ถูกวิพากษ์วิจารณ์อย่างมากในช่วงสมัยนั้นว่า เป็นหลักการที่ไม่สอดคล้องกับสังคมและวัฒนธรรมดั้งเดิมของไทย

ฉะนั้น จึงเป็นประเด็นสำคัญที่เราสมควรจะพิจารณาและตรวจสอบว่า ความแตกต่างระหว่างภาษาการเมืองทางการเมือง การปฏิบัติที่ไม่เป็นทางการในสังคมไทยสมัยใหม่ ว่าได้เริ่มต้นมาอย่างไร และคลี่คลาย รวมทั้งมีการปรับตัวในลักษณะใด

การลงนามในสนธิสัญญาเบาริงกับประเทศอังกฤษในปี พ.ศ.2398 รวมทั้งสนธิสัญญาต่อเนื่องกับสนธิสัญญาในลักษณะเดียวกันกับประเทศอื่นๆ นับได้ว่าเป็นจุดเริ่มต้นของการ “แตกหัก” ระหว่างระบบคุณค่าแบบเดิม กับระบบคุณค่าแบบใหม่ เนื่องด้วย ประเทศมหาอำนาจในเวลานั้นพิจารณาว่าหลักนิติธรรมเดิมของไทยในเวลานั้น คือพระธรรมศาสตร์และกฎหมายตราสามดวงเป็นเครื่องที่แสดงความเป็นสังคม “ป่าเถื่อน” ของไทย อาทิเช่น การที่กฎหมายไทยอนุญาตให้สามีนำภรรยาไปขายเป็นทาสสินไถ่ได้ เป็นต้น ฉะนั้น เมื่อหลักการแตกต่างกันเป็นเช่นนี้ ประเทศมหาอำนาจจึงบังคับให้ไทยลงนามยินยอมสละ “สิทธิสภาพนอกอาณาเขต” (Extra-territoriality Right) ให้แก่ฝ่ายตนไปเป็นระยะเวลาจนถึง 83 ปี (พ.ศ.2398-2481) ซึ่งนับแล้วเป็นเวลาที่ยาวนานอยู่ไม่น้อย รวมทั้งได้บังคับให้ฝ่ายไทยต้องปรับปรุงระบบกฎหมายไปตามแบบอย่างของประเทศมหาอำนาจด้วย

อย่างไรก็ดี ในทางปฏิบัติ การปรับปรุงระบบกฎหมายและหลักนิติธรรมของฝ่ายไทยนั้น ฝ่ายไทยเองสามารถที่จะกำหนด หรือเลือกได้ด้วยตนเองเป็นอันมาก อาทิเช่น จะเลือกใช้ระบบกฎหมายแบบอังกฤษ ฝรั่งเศส เยอรมัน สหรัฐอเมริกา และแม้กระทั่งระบบกฎหมายของประเทศญี่ปุ่น ฯลฯ ก็สามารถกระทำได้ โดยที่ภายหลังจากที่ประเทศไทยได้ประกาศใช้ระบบกฎหมายแบบใหม่ไปแล้ว 5 ปี ประเทศไทยจึงจะสามารถมี “สิทธิ” ที่เปิดการเจรจาเพื่อยกเลิกสนธิสัญญาสัมพันธไมตรีที่มีลักษณะไม่เสมอภาค (Unequal Treaty) ซึ่งเรียกกันตามลักษณะของสนธิสัญญาต้นแบบว่า สนธิสัญญาเบาริงกับนานาประเทศได้

ในทางปฏิบัติอีกเช่นเดียวกัน ปรากฏว่าชนชั้นนำของไทยมีความเห็นที่แบ่งออกไปเป็นหลายสายและหลายกลุ่ม กลุ่มสำคัญกลุ่มแรกมีความเห็นว่าลักษณะของกฎหมายและระบบนิติธรรม “ที่ดี” ควรจะมีความยืดหยุ่น คือควรจะมีการ “ทดลอง” ปฏิบัติกันไปเองภายในประเทศสักระยะเวลาหนึ่ง แล้วจึงรวบรวมหลักการต่างๆ เช่น พระราชโองการ พระบรมราชวินิจฉัย พระราชนิยม มติของเสนาบดีสภา ความเห็นของเสนาบดีผู้ใหญ่ คำพิพากษาของศาล พระราชบัญญัติต่างๆ ฯลฯ เพื่อจัดทำโดยการประมวลรวมกันเป็นกฎหมายฉบับเดียว หรืออาจจะเป็นหลายฉบับก็จะเป็นการดี เรียกกันว่าเป็นระเบียบแบบแผนของการปกครอง คือ เป็นพระธรรมศาสตร์ หรือ อาจจะเรียกว่าเป็น “พระธรรมนูญการปกครอง” ของไทยสมัยใหม่ (ความเห็นของกลุ่มนี้ ปรากฏอยู่ในข้อคิดและงานเขียนทางกฎหมายของกรมหมื่นพิชิตปรีชากร ของกรมหลวงราชบุรีดิเรกฤทธิ์ ของเจ้าพระยาธรรมศักดิ์มนตรี รวมทั้งในแนวพระราชดำริของพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว และในพระราชดำริของพระบาทสมเด็จพระปกเกล้าเจ้าอยู่หัว เป็นอาทิ)

ในขณะเดียวกัน ชนชั้นนำอีกกลุ่มหนึ่ง โดยเฉพาะอย่างยิ่งนักเรียนกฎหมายฝรั่งเศส และกลุ่มปัญญาชนที่สำเร็จการศึกษาจากภาคพื้นทวีปยุโรป มีความเห็นว่าการปฏิบัติเป็นเรื่องๆ หรือเป็นครั้งๆ คราวๆ นั้น หาได้เป็นเครื่องแสดงความเป็น “อารยะประเทศ” ไม่ ฉะนั้น ประเทศสยาม ซึ่งต่อมาเปลี่ยนชื่อเป็นประเทศไทย จึงควรเร่งรีบดำเนินการตรากฎหมายสูงสุดขึ้นเป็น “กฎหมายรัฐธรรมนูญ” ของประเทศเสียก่อน โดยที่ชนชั้นนำกลุ่มนี้ เห็นว่าเมื่อมีกฎหมายสูงสุดขึ้นเป็นหลักแล้ว กฎหมายฉบับอื่นๆ และการปฏิบัติในแบบเดิมๆ ก็จำเป็นต้องปรับตัวไป ทั้งโดยการบังคับให้มีความคิด บังคับให้มีความเชื่อ มีความเห็นคล้อยตามและคงจะมีการกระทำตามประการหนึ่ง รวมทั้งอาจจะมีการสร้างเงื่อนไขทางกฎหมาย ทางสังคมและการศึกษาเพื่อการกล่อมเกล่าและชักจูงให้ “คนไทย” มีการปฏิบัติตามด้วยความสมัครใจก็เป็นไปได้ในอีกทางหนึ่ง (ดู Charles Taylor “Conditions of an Unforced Consensus on Human Rights” in Bauer and Bell, editors, 1999, pp.124-144)

ความเห็นของคนกลุ่มที่สองนี้ ปรากฏอยู่ในงานเขียนและการแสดงความคิดเห็นของที่ปรึกษากฎหมายชาวต่างประเทศ คือเจ้าพระยาอภัยราชา (Gustave Rolin-Jaequemyns) และของขุนนางชาวไทย อาทิ เช่น เจ้าพระยาภาสกรวงศ์ ของเจ้านาย อาทิ เช่น พระองค์เจ้าปฤษฎางค์ และในพระดำริของสมเด็จพระเจ้าฟ้าฯ กรมหลวงพิษณุโลกประชานารถ เป็นต้น ในระยะต่อมาจะเป็นความคิดหลักของผู้ที่ศึกษากฎหมายมาจากประเทศฝรั่งเศส อาทิเช่น หลวงประดิษฐมนูธรรม เป็นต้น

ชนชั้นนำกลุ่มแรกซึ่งแตกสายอยู่ในแวดวงและในองค์กรต่างๆ ของไทย เข้าใจว่าน่าจะมีอิทธิพลอยู่ในฝ่ายตุลาการ นักนิติศาสตร์ นักกฎหมาย และผู้มีการศึกษาซึ่งนิยมให้ระบบจารีตประเพณีปรับตัวไปเองตามธรรมชาติและตามกาลเวลา ในขณะที่ฝ่ายหลังเข้าใจว่าจะมีพลังแฝงอยู่นอกจากแผนกกฎหมายฝรั่งเศสของโรงเรียนกฎหมาย กระทรวงยุติธรรม (ในขณะที่ยังอีกแผนกหนึ่งที่อยู่ตรงกันข้ามคือ แผนกกฎหมายอังกฤษ ซึ่งก่อตั้งมานับตั้งแต่ปี พ.ศ.2440) ซึ่งก่อตั้งแผนกดังกล่าวขึ้นในโรงเรียนกฎหมาย กระทรวงยุติธรรมเมื่อปี พ.ศ.2457 และต่อมากลายมาเป็นฐานพลังให้แก่ฝ่ายคณะราษฎรผู้นำการเปลี่ยนแปลงการปกครอง พ.ศ.2475 แล้ว ในระยะต่อมา แนวความคิดหลังมีพลังแฝงอยู่กับกลุ่มผู้สำเร็จวิชากฎหมายจากมหาวิทยาลัยวิชาธรรมศาสตร์และการเมือง แต่ไม่ได้รับราชการในสายตุลาการ และอยู่ในกลุ่มนิยมรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษร ซึ่งบางท่านนิยมเรียกตนเองว่าเป็นพวกนักรัฐธรรมนูญนิยม (Constitutionalists) ซึ่งส่วนใหญ่อยู่กับฝ่ายคณะกรรมการกฤษฎีกา นักนิติศาสตร์ในแผนกกฎหมายมหาชน กลุ่มทนายความ และคณะผู้เรียกร้องให้มีการจัดตั้งศาลปกครองในระบบศาลคู่ คือแยกศาลปกครองออกจากศาลปกติ เป็นต้น

การเผชิญหน้าของแนวความคิดและการเคลื่อนไหวของกลุ่มชนชั้นนำไทยทั้งสองฝ่ายข้างต้น อาจกล่าวได้ว่าในบางสมัยมีความรุนแรงมาก บางสมัยมีความขัดแย้งกันพอประมาณ และในบางสมัยมีความขัดแย้งกันเพียงเล็กน้อยเท่านั้น ตัวอย่างเช่น ในสมัยช่วงปี พ.ศ.2469-2475 ซึ่งฝ่ายแรกพยายามยืนยันในหลักแนวคิดและระบบนิติธรรมที่ว่าประเทศไทยนั้นมีรัฐธรรมนูญ

กฎหมายจารีตประเพณี (คือไม่ได้เขียนเป็นลายลักษณ์) อยู่แล้ว ฉะนั้น จึงไม่เห็นควรที่จะมีการร่างกฎหมายรัฐธรรมนูญลายลักษณ์ขึ้นให้เป็นการซ้ำซ้อนและเป็นการ “หมิ่นพระราชอำนาจ” ในขณะที่ฝ่ายหลังได้เรียกร้องอย่างแข็งขันในหน้าหนังสือพิมพ์การเมือง โดยการถวายฎีกา โดยการชุมนุมทางการเมือง และโดยการเคลื่อนไหวทางการเมือง และกระทำการ “ยึดอำนาจ” (ซึ่งไม่มีประเพณีใดรองรับมาก่อนเลย เพราะในอดีต หากมีการยึดอำนาจก็มักจะเป็นการสถาปนาพระมหากษัตริย์ หรือสถาปนาพระราชวงศ์ขึ้นใหม่) เพื่อการสถาปนากฎหมายรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรขึ้นอยู่ “เหนือ” พระมหากษัตริย์พระองค์เดิม (นครินทร์, 2543: บทที่ 8 และบทที่ 9)

การอภิปรายเพื่อการแก้ไขและยกร่างพระราชบัญญัติคณะกรรมการองคมนตรีสภาในปี พ.ศ.2470-2471 นับเป็นตัวอย่างที่แสดง “หลักการ” และ “ฐานคิด” ที่แตกต่างของคนกลุ่มต่างๆ ได้อยู่ไม่น้อย เนื่องด้วยองคมนตรีสภา (Privy Council) เป็นองค์กรที่มีมาตั้งแต่สมัยรัชกาลที่ 5 ฝ่ายแรกจึงมีความเห็นว่าควรจะปล่อยให้วิวัฒนาการไปตามธรรมชาติ ไม่ควรแก้ไข หรือทำให้การปฏิบัติใดๆ ให้มีความชัดเจนตายตัว หรือทำให้เป็นลายลักษณ์อักษรไปทั้งหมด อาทิเช่น ไม่ควรที่จะเขียนว่ากรรมการองคมนตรีสภาประกอบด้วยสมาชิกถาวรจำนวน 40 คน (ในขณะที่องคมนตรีจริงๆ มีจำนวน 200-300 คน) และกรรมการองคมนตรีสภาจำนวนหนึ่งเช่นจำนวน 5 คน หากเห็นว่าองคมนตรีสภาควรจะมีการประชุมกันเอง ก็สามารถเข้าชื่อกันขอเปิดประชุมต่อประธานสภาได้ แม้ว่าเรื่องดังกล่าวจะยังไม่มี “พระบรมราชานุญาต” ก็ตาม ความเห็นของกลุ่มนี้ อาจจะเรียกได้ว่าเป็นความเห็นแบบวิวัฒนาการ หรือสำนักจารีตประเพณี

ในขณะที่อีกกลุ่มหนึ่งเห็นว่า เพื่อความเจริญก้าวหน้าของบ้านเมือง การประมวลและ “เขียน” กฎหมายให้เป็นลายลักษณ์อักษรนับว่าเป็นสิ่งที่หลีกเลี่ยงได้ยาก เนื่องด้วยผู้คนที่เขาเรียกร้องให้ประเทศมีการปกครองในระบบรัฐสภานั้น เขาไม่ได้พิจารณาจารีตประเพณีของไทยกันอย่างจริงจัง หากแต่คิดถึงรัฐสภา (ซึ่งมีอยู่ในต่างประเทศ) ด้วย “อารมณ์” และอยากจะให้รัฐสภามีขึ้นหรือบังเกิดขึ้นในประเทศไทยจงได้ ดังนั้น การเขียนกฎหมายให้เป็นลายลักษณ์อักษรจะเป็นการบังคับให้มีการปฏิบัติ หรือ “ทดลอง” กันจริงๆ ว่าองคมนตรีสภาจะสามารถเป็น “สภานิติบัญญัติทดลอง” ว่าประเทศไทยสามารถมีความ “พร้อม” ที่จะปกครองในระบบรัฐสภาได้หรือไม่? (เมื่อเห็นว่าพร้อม หรือไม่พร้อม ก็น่าเชื่อว่าจะตัดสินใจกันใหม่ได้) ความเห็นนี้ เราสามารถจัดได้ว่าเป็นความเห็นที่เอนเอียงไปในแบบกฎหมายบ้านเมือง

อย่างไรก็ตาม เมื่อได้มีการแก้ไขพระราชบัญญัติองคมนตรีสภา และมีการจัดตั้ง “กรรมการองคมนตรีสภา” ขึ้นในปี พ.ศ.2471 รวมทั้งได้มีการ “ทดลอง” กันจริงๆ เป็นเวลา 4 ปี จนถึงปี พ.ศ.2475 ปรากฏว่าการมีสภานิติบัญญัติทดลองนั้นล้มเหลว คือปีหนึ่งๆ แทบจะไม่มีการประชุมกันเลย และเป็นการประชุมเรื่องที่ไม่ค่อยสำคัญเสียด้วย (หากจะเปรียบเทียบกับการประชุมของเสนาบดีสภา) การณ์กลับเป็นว่า แนวคิดของกลุ่มสำนักกฎหมายบ้านเมือง ก็ไม่ได้หุดหายไป แต่กลับมีความเข้มแข็งขึ้นอีก โดยการพิจารณาว่า การตรากฎหมายกรรมการองคมนตรีสภาที่ดี การมีสภานิติบัญญัติทดลองที่ดี ฯลฯ เป็น การปกครองที่ “หลงลง” คือ ยัง

ไม่ได้ทำกันอย่างจริงจังตามที่กฎหมายกำหนด รวมทั้งยังไม่ได้มีกฎหมายที่มีศักดิ์ “เหนือ” กว่าพระราชบัญญัติกรรมการรองคณบดีสภาขึ้นบังคับใช้

ตัวอย่างข้างต้นนี้ หากพิจารณาตามแบบสำนักวิวัฒนาการ หรือสำนักจารีตประเพณี แล้ว คงจะสรุปได้ว่า สถาบันหรือสิ่งใดๆ ก็ตาม หากมีการทดลองใช้แล้ว ปรากฏว่าใช้ไม่ได้ หรือ ล้มเหลว เราก็ควรที่จะล้มเลิกความคิดดังกล่าวเสีย โดยควรพิจารณาถึงสถาบันที่ดำรงอยู่และ สิ่งที่ปฏิบัติใช้ได้จริง ว่าคืออะไร และมีคุณค่าอย่างไรบ้าง กระนั้นก็ตาม เรื่องดังกล่าวต่างจาก ฐานคิดของสำนักกฎหมายบ้านเมืองอย่างสิ้นเชิง เนื่องด้วยฐานคิดของสำนักนี้ คือ “เหตุผล” (Rationality) ซึ่งมนุษย์ต้องคิดหรือพิจารณาตนเอง ดังนั้น ความล้มเหลวของสถาบันและองค์กร ใดๆ ไม่ได้แปลว่าสถาบันดังกล่าวใช้ไม่ได้ แต่ความล้มเหลวอาจจะเกิดขึ้น เพราะยังมีกฎหมาย บังคับใช้ที่ไม่ดีพอประการหนึ่ง และอาจจะเป็นเพราะว่ามี “อุปสรรค” ขัดขวางอีกประการหนึ่ง เช่น มีงบประมาณจำนวนน้อย มีองค์กรอื่นๆ ทำหน้าที่ซ้ำซ้อนกัน ฯลฯ ดังนั้น การแก้ไข กฎหมายให้มีความเหมาะสมประการหนึ่ง และการขจัดอุปสรรคต่างๆ ให้หมดสิ้นไปในอีก ประการหนึ่ง จึงมีความสำคัญมากกว่าการตัดสินใจตาม “ประเพณี” ว่าสิ่งใดควรให้คุณค่าและยก ย่อง

ที่กล่าวมา นับเป็นที่มาทางความคิดและทางภูมิปัญญาของการเปลี่ยนแปลงทางการเมือง การปกครองวันที่ 24 มิถุนายน พ.ศ.2475 แม้จะอ้างองค์พระบาทสมเด็จพระปกเกล้าเจ้าอยู่หัวจะทรงพยายามอย่างมากในการปรับสถาบันทางการเมืองที่ดำรงอยู่และวิวัฒนาการมาแล้วก็ตาม แต่ก็หาได้สร้างให้เกิดการยอมรับจากกลุ่มคนที่มีฐานคิดในแบบสำนักกฎหมายบ้านเมือง ได้ คนกลุ่มหลังพิจารณาว่า จารีตประเพณีเป็นเรื่องพ้นสมัย คุณค่าของระบอบการปกครองคือการสถาปนาระบบใหม่ขึ้น เมื่อนั้นอาจจะอนุญาตให้จารีตประเพณีบางประการดำรงอยู่ได้ แต่ก็มี สถานะที่เป็น “รอง” หรือขึ้นต่อระบบใหม่ที่เริ่มต้นขึ้น

การเมืองการปกครองของไทยนับจากปี พ.ศ.2475-2490 นับเป็นช่วงเวลาที่ความคิดของสำนักกฎหมายบ้านเมือง และกลุ่มสมัยใหม่นิยม (Modernism) มีพลังทางการเมือง “เหนือ” สำนักจารีตประเพณี หรือสำนักวิวัฒนาการ ซึ่งในช่วงสมัยนี้ จะเป็นช่วงเวลาที่มีการสถาปนา กฎหมายสมัยใหม่ขึ้นอย่างมากมายและอย่างรวดเร็ว ตัวอย่างเช่น กฎหมายครอบครัว ซึ่งหาก เชื่อในแบบสำนักจารีตประเพณีแล้ว การบัญญัติกฎหมายครอบครัวขึ้นใหม่ควรจะทำอย่างค่อย เป็นค่อยไป โดยระมัดระวังถึงลักษณะจารีตประเพณีของครอบครัวไทยให้มากที่สุดว่าเป็นมา เช่นใด เรื่องดังกล่าวตรงข้ามกับสำนักกฎหมายบ้านเมือง ซึ่งนอกจากจะไม่ยอมรับในคุณค่าของ ประเพณีแล้ว (มีการโจมตีว่าการที่ผู้ชายไทยมีภรรยาหลายคนเป็นเรื่องของสังคมที่ไม่มีความ เจริญ) ยังเห็นว่าการบัญญัติกฎหมายขึ้นใหม่ตามแบบอย่างของประเทศที่เจริญแล้ว จะเป็น เครื่องช่วยให้สังคมการเมืองไทยก้าวขึ้นเป็นประเทศอารยะอีกด้วย เช่น การที่รัฐจะรับจะ ทะเบียนสมรสเฉพาะแก่สามีและภรรยาเดียวเท่านั้น ตามฐานคิดของความเป็นนิติบุคคลสมัย ใหม่

นอกจากการบัญญัติกฎหมายขึ้นจำนวนมากและอย่างรวดเร็ว ในห้วงเวลานี้ (พ.ศ.2475-2490) ยังเป็นห้วงเวลาที่มีการยกเลิกจารีตประเพณีและสถาปนาแนวคิดใหม่ๆ ทางสังคมเศรษฐกิจ และวัฒนธรรมขึ้นเป็นจำนวนมากอีกด้วย ตัวอย่างเช่น ได้มีการเปลี่ยนชื่อประเทศจากสยามเป็นไทย มีการ “ปฏิวัติ” ทางภาษาและวัฒนธรรม เช่น มีการประดิษฐ์คำว่า สวัสดิ์ ใช้คำว่ารับและคะ การบังคับให้ใช้ชื่อตนตรงกับเพศชายและหญิง (เช่น ห้ามผู้ชายชื่อสมศรี) บังคับให้คนเลิกกินหมาก สวมหมวก ใส่กระโปรงและนุ่งกางเกง แทนการนุ่งผ้าซิ่นและผ้าโจงกระเบน บังคับให้คนใช้ช้อนและช้อมแทนการรับประทานอาหารด้วยมือ ฯลฯ

กระบวนการของการเปลี่ยนแปลงทางสังคมการเมือง และหลักนิติธรรมดังกล่าว เป็นที่น่าสังเกตว่า นอกจากจะเป็นการสำแดงพลังของสำนักกฎหมายบ้านเมืองแล้ว ยังมีส่วนช่วยฟื้นฟูสำนักกฎหมายธรรมชาติขึ้นในสังคมการเมืองไทยในอีกทางหนึ่งด้วย กล่าวคือ ในกระบวนการของการคิดและประดิษฐ์สิ่งใหม่ๆ ขึ้นซึ่งนอกจากจะเป็นไปเพราะมีความจำเป็นต่อความเจริญรุ่งเรืองของรัฐ หรือเป็นเหตุผลของรัฐแล้ว ยังเป็นเพราะว่ามนุษย์โดยทั่วไปที่เป็นสากล ก็ยังมี “ธรรมชาติ” ดังกล่าว เช่น การนุ่งกางเกงแทนผ้าโจงกระเบน (ซึ่งรัฐมีเหตุผลต้องการให้เป็นไปเช่นนั้น) ก็ยังคงเพราะว่ามนุษย์ที่เจริญแล้วในนานาอารยประเทศ เขาก็นุ่งกางเกงด้วยกันทั้งสิ้น และโดยการดำเนินไปตามตรรกะหรือการให้เหตุผลเช่นนี้ ได้ทำให้สำนักกฎหมายธรรมชาติของไทยซึ่งแต่เดิมเคยมีตัวตนมาก่อน (ในกรอบคิดเดิมคือสำนักพระธรรมศาสตร์ ซึ่งถือว่าระเบียบการปกครองและความยุติธรรมสูงสุด มิได้มาจากการตรากฎหมายของฝ่ายผู้ปกครอง แต่มาสิ่งที่มีอยู่โดยธรรมชาติซึ่งจารีตอยู่ที่ขอบกำแพงจักรวาล) ได้มีโอกาสฟื้นตัวกลับมา โดยในครั้งนี้ มีหลักปรัชญาของตะวันตก รวมทั้งของมนุษย์โดยทั่วไป เช่น หลักปรัชญาของพุทธศาสนา เป็นต้น เป็นฐานของการคิดช่วยจรรโลงสำนักธรรมชาติให้กลับมามีความสำคัญในสังคมการเมืองไทยอีกครั้งหนึ่ง

กล่าวได้ว่า สำนักกฎหมายบ้านเมืองและสำนักกฎหมายธรรมชาติ ได้ร่วมมือกัน และเป็นพันธมิตรต่อกันในกระบวนการสร้างกฎหมายประเภทต่างๆ อย่างมากมายและอย่างรวดเร็ว ในช่วง พ.ศ.2475-2490 ซึ่งกฎหมายบางฉบับก็เป็นไปเพื่อประโยชน์ของรัฐอย่างแท้จริง เช่น พระราชบัญญัติป้องกันรัฐธรรมนูญ และพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลพิเศษ ฯลฯ ในขณะที่กฎหมายบางฉบับก็เป็นไปตามหลักคิดของสำนักกฎหมายธรรมชาติที่เป็นสากล ซึ่งอาจจะปฏิบัติได้บ้างและไม่ได้บ้าง เช่น พระราชบัญญัติยกเลิกการปรับไหมศักดินา พระราชบัญญัติยกเลิกการยึดทรัพย์ พระราชบัญญัติจัดเก็บภาษีมรดก พระราชบัญญัติจัดตั้งเทศบาล และพระราชบัญญัติยกเลิกบรรดาศักดิ์และราชทินนาม เป็นต้น

หากพิจารณาไปถึงกฎหมายที่แม้ว่าตราขึ้นโดยรัฐ ซึ่งอาจจะพิจารณาว่าเป็นหลักของสำนักกฎหมายบ้านเมืองได้ในทางรูปแบบ แต่โดยเนื้อหาแล้ว ผู้วิจัยมีความเห็นมาจากฐานคิดของสำนักกฎหมายธรรมชาติเป็นสำคัญ เช่น การจัดเก็บภาษีมรดก ก็มีหลักปรัชญาเพื่อช่วยปรับให้คนเสมอภาคกัน และการยกเลิกบรรดาศักดิ์และราชทินนาม ก็เพื่อขจัดฐานะความสูงต่ำและลดทอนการยกย่องฐานันดรของบุคคล ซึ่งทั้งสองตัวอย่างนั้นเป็นเรื่องที่อยู่คนละมุมกับฝ่าย

สำนักจารีตประเพณี เนื่องด้วยฝ่ายจารีตประเพณีเห็นว่า บรรดาศักดิ์กิติ การยกคนหนึ่งให้สูงกว่าอีกคนหนึ่งกิติ และการไม่จัดเก็บภาษีมรดกกิติ เป็นคุณงามความดีของสังคมการเมืองไทย ซึ่งไม่ควรจะทำลายหรือทำให้เสื่อมคลายไป

เมื่อสังคมการเมืองไทยเผชิญหน้ากับความขัดแย้งและแตกต่างกันในลักษณะดังกล่าวข้างต้น ปรากฏว่าทางออกของฝ่ายบ้านเมือง ก็คือ การชลอเรื่องดังกล่าวไปก่อน โดยการไม่จัดเก็บภาษีมรดกจนกระทั่งเรื่องภาษีมรดกหมดความสำคัญลงไป หรือในอีกทางหนึ่งคือ การไม่ดำเนินการจัดตั้งเทศบาลให้เต็มรูปหรือเต็มกำลัง ซึ่งจะกระทบต่ออำนาจของฝ่ายบ้านเมืองและฝ่ายจารีตประเพณีที่ยังคงถือหลักว่าข้าหลวงประจำจังหวัดและนายอำเภอ มีความสำคัญอย่างยิ่งยวด หรือหากจำเป็นต้องยกเลิกก็ยกเลิกบรรดาศักดิ์เฉพาะฝ่ายชาย โดยที่ผู้ยกเลิกบรรดาศักดิ์ยังคงนำบรรดาศักดิ์มาใช้เป็นนามสกุลของตนได้ต่อไป (เช่น นามสกุลพิบูลสงคราม ซึ่งเดิมคือนามสกุลชิตตะสังคะ) และยังคงบรรดาศักดิ์ของฝ่ายหญิงไว้ ดังเช่นที่ตำแหน่ง ท่านผู้หญิง คุณหญิง ฯลฯ ยังคงมีความสำคัญ และเป็นเครื่องแสดงสถานภาพประการหนึ่งของสังคมฐานันดรไทยร่วมสมัย

ในบางช่วงเหตุการณ์และในระยะต่อมา ความขัดแย้งของทั้งสองฝ่าย อาจมิใช่เป็นเรื่องคอขาดบาดตาย หากแต่มีการประนีประนอมยอมกันในทางหลักแนวความคิดและมีการสร้าง “ระบอบนิติธรรม” ขึ้นมาใหม่ ตัวอย่างเช่น ในช่วงสมัย พ.ศ.2490 ครอบคลุมถึง พ.ศ.2515 ซึ่งชนชั้นนำหลายกลุ่ม หลายสายและหลายคณะที่ร่วมกันทำรัฐประหารเมื่อวันที่ 8 พฤศจิกายน พ.ศ.2490 โดยเฉพาะอย่างยิ่งกลุ่มที่มีความสืบเนื่องต่อมาในโครงสร้างอำนาจส่วนเบื้องบน ได้ร่วมกันคนละไม้คนละมือสถาปนา “ระบอบนิติธรรมแบบไทย” (คำศัพท์เฉพาะนี้เป็นของเสน่ห์ จามริก ขอให้ดู เสน่ห์, 2540: 239-263) ขึ้นเป็นแบบแผนหลักในการปกครองประเทศ กล่าวคือ ในสมัยนี้ ประเทศไทยปกครองด้วยธรรมนูญการปกครองแผ่นดิน (มิใช่รัฐธรรมนูญดังที่เป็นในช่วงแรกเริ่มของการปกครองประเทศในระบอบประชาธิปไตย) โดยคำประกาศของคณะปฏิวัติ โดยคำสั่งสำนักนายกรัฐมนตรี และการใช้คำสั่งทางทหาร เช่น กฎอัยการศึก เป็นต้น ซึ่งทำให้ “ช่องว่าง” ระหว่างหลักการสิทธิเสรีภาพตามแนวคิดของสำนักกฎหมายมหาชนชาติดูจะมีความห่างจาก หลักการและการปฏิบัติของสำนักกฎหมายบ้านเมือง ซึ่งในช่วงสมัยนี้ได้กำลังจากสำนักกฎหมายจารีตประเพณี หรือกลุ่มสำนักคิดแบบจารีตประเพณีนิยมของไทยเข้าไปเสริม

กล่าวในอีกนัยหนึ่งก็คือ พันธมิตรของสำนักกฎหมายบ้านเมือง กับสำนักกฎหมายมหาชนชาติได้แตกสลาย โดยที่ฝ่ายสำนักคิดแบบจารีตประเพณีได้สร้างความร่วมมือและความปรองดองใหม่กับฝ่ายสำนักกฎหมายบ้านเมืองขึ้นแทน และได้ทำให้ฝ่ายสำนักกฎหมายมหาชนชาติกลายเป็น “สิ่งแปลกปลอม” ในทางการเมือง กล่าวคือ สำนักคิดมหาชนชาตินำหลักการปกครองที่เป็นของตะวันตกเข้ามาใช้อย่างไม่เหมาะสมกับวัฒนธรรมและจารีตประเพณีไทย และมุ่งทำให้ประเทศไทยเปลี่ยนแปลงไปตามแบบสากลมากเกินไปจนเกินความจำเป็น เช่น กล่าวโจมตีว่า ต้องการยกฐานะให้ฝ่ายรัฐสภาที่มาจากการเลือกตั้งโดยประชาชนเป็นใหญ่ โดยการจัดให้มีการ

เลือกตั้งสมาชิกทั้งสองสภา และโจมตีว่าต้องการเปลี่ยนการปกครองประเทศเป็นแบบมหาชนรัฐ เป็นต้น

ภายหลังการเปลี่ยนแปลงทางการเมืองในเดือนตุลาคม พ.ศ.2516 เป็นต้นมา แนวคิดของสำนักกฎหมายบ้านเมือง รวมทั้งของสำนักกฎหมายจารีตประเพณีของไทย เข้าใจว่าดูจะเสื่อมพลังอำนาจลงไปเป็นอันมาก เนื่องด้วยแนวคิดของสำนักกฎหมายธรรมชาติที่ยังคงฝังตัวอยู่ในบางส่วนของสังคมการเมืองไทยสมัยใหม่ ได้มีพลังเพิ่มขึ้นอย่างผิดหูผิดตาโดยการเคลื่อนไหวของนิสิตนักศึกษา ปัญญาชน เสรีชน พลังของนักคิดนักเขียน นักหนังสือพิมพ์ และชนชั้นกระฎุมพีที่ต้องการมี “อิสระ” (Liberate) ตนเองออกจากการครอบงำของชนชั้นนำของกลุ่มทหารและข้าราชการพลเรือน (ซึ่งนิยมเรียกอย่างเป็นองค์รวมว่าเป็นการปกครองในระบอบอำมาตยาธิปไตย-Bureaucratic Polity) ในระดับหนึ่ง กฎหมายรัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ.2517 รวมทั้งสถานะที่สูงขึ้นของระบบรัฐสภา และสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรจะเป็นภาพสะท้อนของการเปลี่ยนแปลงในทางหลักแนวคิดและหลักนิติธรรมในสมัยนี้ เนื่องด้วยเป็นกฎหมายรัฐธรรมนูญดังกล่าว นับเป็นฉบับแรกที่มีบทบัญญัติในเรื่องของสิทธิเสรีภาพของคนไทยอย่างกว้างขวาง รวมทั้งมีบทบัญญัติห้ามข้าราชการประจำเป็นนายกรัฐมนตรีและเป็นรัฐมนตรี มีบทบัญญัติให้ประธานสภาผู้แทนราษฎรเป็นประธานรัฐสภา และมีบทบัญญัติให้ผู้บริหารขององค์กรปกครองท้องถิ่นมาจากการเลือกตั้ง เป็นต้น

พลังของแนวความคิดของสำนักกฎหมายธรรมชาติ ยังแสดงออกในการเคลื่อนไหวทางการเมืองวัฒนธรรมของผู้คนในระดับกลางและระดับล่างของสังคม ซึ่งเรียกร้องความเป็นธรรมทางสังคมอย่างขนานใหญ่และอย่างกว้างขวางในหลากหลายมิติ นับตั้งแต่การเรียกร้องค่าแรงและการประกันทางสังคมให้แก่คนงาน การเรียกร้องให้รัฐดำเนินการปฏิรูปที่ดินและจัดการกตัญญูที่ดินในภาคชนบท การเรียกร้องให้มีการปฏิรูปการศึกษา และยกเลิกการศึกษาวรรณกรรมของพวกศักดินา ฯลฯ ซึ่งฐานคิดของคนกลุ่มนี้ พิจารณาว่าจารีตประเพณีก็ดี และอำนาจของบ้านเมืองก็ดีเป็นแหล่งของ “ความไม่เป็นธรรม” ซึ่งจำเป็นต้องขจัดปิดเป่าหรือปรับปรุงแก้ไข

อย่างไรก็ดี เนื่องด้วยโครงสร้างพื้นฐานของชนชั้นนำไทยมีความแตกต่างทั้งในเชิงของภูมิหลัง แนวความคิด ลักษณะการใช้อำนาจ ผลประโยชน์ และมีฐานคิดที่เกี่ยวข้องกับระบอบนิติธรรมที่แตกต่างกันอยู่พอสมควร กฎหมายรัฐธรรมนูญ พ.ศ.2517 และแนวคิดของสำนักกฎหมายธรรมชาติ จึงไม่ได้อยู่ในฐานะที่มีความมั่นคงแต่ประการใด ข้อเรียกร้องต่างๆ ที่มุ่งเน้นสร้าง “ความเสมอภาค” และสร้างความ “เป็นธรรม” ให้บังเกิดขึ้นในสังคมการเมืองไทย ไม่ว่าจะเป็นการเรียกร้องให้มีการปฏิรูปที่ดิน และการกระจายความมั่งคั่งที่กระจุกตัวอยู่กับกลุ่มฐานันดรหนึ่งไปให้แก่คนส่วนใหญ่ในนามของ “ประชาชน” และ “กรรมกรและชาวนา” จึงถูกตอบโต้กลับ ทั้งนี้ กลุ่มสำนักกฎหมายประเพณี กับกลุ่มสำนักกฎหมายบ้านเมือง ได้ร่วมมือร่วมใจกันอีกครั้งหนึ่ง โดยมีพลังของระบอบอำมาตยาธิปไตยเป็นปัจจัยหนุนเสริม โดยปรับลักษณะทางการเมืองที่จะมีลักษณะเป็น “เผด็จการ” และอำนาจนิยมแบบขวาจัดให้มีความอ่อนละมุน อีกทั้งมี

ลักษณะที่ “เสรี” มากขึ้น โดยเฉพาะอย่างยิ่งต่อกลุ่มฐานันดรใหม่ๆ ที่เกิดขึ้นตามการเปลี่ยนแปลงทางเศรษฐกิจสังคม และตามทิศทางของการพัฒนาประเทศ

กล่าวได้ว่า ฐานคิดของสำนักกฎหมายบ้านเมือง สำนักกฎหมายธรรมชาติ และสำนักกฎหมายประเพณี ได้มีปฏิสัมพันธ์ต่อกัน เกื้อกูลกัน ประนีประนอมต่อกัน และมีการต่อสู้หักล้างกันอยู่เสมอๆ ในตลอดช่วงของพัฒนาการทางการเมืองของไทยสมัยใหม่ ทั้งนี้มีโครงสร้างของสังคมฐานันดรไทย ซึ่งผู้คนเกาะเกี่ยวกันโดยสถานภาพและบทบาท เป็นปัจจัยแวดล้อมสำคัญของการสร้างปฏิสัมพันธ์ต่อกันในแบบต่างๆ

ตัวอย่างรูปธรรมเป็นเรื่องเฉพาะกรณีที่เราจะกล่าวในที่นี้ได้ ซึ่งจะเป็นการเพิ่มเติมจากสภาพการณ์ทั่วไปดังที่ได้กล่าวสรุปมาแล้วข้างต้น ในประการแรก น่าจะได้แก่ สถานภาพของประมุขแห่งรัฐ ซึ่งโดยทั่วไปแล้วมีสถานภาพ 2 ส่วนซ้อนทับกันอยู่ระหว่างฐานะที่เป็นเอกชน (De Jure gestionis) ประการหนึ่ง กับฐานะที่เป็นรัฐาปัตย์ (De Jure imperii) ในอีกส่วนหนึ่ง เรื่องนี้ หากมองจากแง่มุมของสำนักกฎหมายธรรมชาติ และกฎหมายบ้านเมืองแล้ว เข้าใจได้ว่าทั้งสองกลุ่มควรจะเป็น “พันธมิตร” ต่อกัน และมีความเห็นไปในทิศทางเดียวกันได้มาก กล่าวคือทั้งสองฝ่ายควรจะต้องถือว่า สถานภาพในประการหลัง คือสถานภาพเนื่องมาจากการดำรงตำแหน่งประมุขแห่งรัฐมีความสำคัญสูงสุด และควรจะต้องแยกออกจากสถานะที่เป็นเอกชนอย่างเด่นชัดด้วยเหตุเพราะ หากไม่มีการแยกแยะทั้งสองส่วนออกจากกันแล้ว ประมุขแห่งรัฐก็อาจจะใช้สองสถานะปะปนกัน ฉะนั้น การจัดเก็บภาษีก็ดี การฟ้องร้องในคดีความต่างๆ ก็ดี ก็ไม่สามารถจะกระทำได้เลย (เพราะไม่อาจจะทราบได้ว่า ส่วนใดเป็นกิจกรรมของเอกชน และส่วนใดเป็นกิจกรรมของประมุขแห่งรัฐ) (ขอให้ดูบทความสั้นๆ แต่น่าสนใจเป็นอย่างยิ่งของ ภาสกร, 2538: 359-364)

ในทางตรงข้าม เรื่องดังกล่าว หากพิจารณาจากฐานคิดของสำนักกฎหมายประเพณีแล้ว เรื่องดังกล่าวไม่ควรจะเป็นประเด็นและไม่ควรจะต้องตั้งเป็นคำถามเลย เนื่องด้วย สำนักนี้พิจารณาว่า ทุกบ้านเมือง หรือทุกชุมชนทางการเมืองย่อมมีจารีตประเพณีของตนเองอยู่ ตามหลักวิวัฒนาการและตามหลักคิดที่ว่าด้วยการดำรงอยู่ของสถาบันที่มีประวัติความเป็นมาช้านานและมีคุณค่าในชุมชนทางการเมืองหนึ่งๆ ฉะนั้น จากกรอบของสำนักกฎหมายนี้ ประมุขแห่งรัฐของทุกทุกรัฐ จึงควรมี “พระราชอำนาจตามประเพณี” (Prerogative Right/Power) จำนวนหนึ่ง และไม่บังควรที่จะไปกระทำการใดๆ ให้ “อภิสิทธิ์” ของประมุขแห่งรัฐดังกล่าวนั้นลดน้อย หรือ “หย่อน” ลง เนื่องด้วยจะกระทบต่อความสมบูรณ์พูนสุขและความร่มเย็นของบ้านเมือง

จะเห็นได้ว่า เฉพาะเรื่องพระราชอำนาจ และ “สิทธิ” ของประมุขแห่งรัฐ ชนชั้นนำไทยก็มีความเห็นและมีฐานคิดที่แตกต่างออกจากกันเสียแล้ว กระนั้นก็ตาม ทุกฝ่ายและทุกส่วนก็ยินยอมประสานเข้าไปด้วยกันได้ โดยที่แต่ละฝ่ายมิได้สละและละทิ้งฐานความคิดของตนไปอย่างเด็ดขาด อย่างไรก็ตาม การมีความเห็นที่แตกต่างกันนั้นย่อมถือเป็นเรื่องธรรมดา แต่ความเห็นพ้องกันในพื้นฐานบางประการนั้น ควรจะต้องนับว่ามีความจำเป็น โดยเฉพาะอย่างยิ่งในส่วนที่เกี่ยวข้องกับศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ (Human dignity) และความเสมอภาคในความเป็นมนุษย์

ฉะนั้น หากเราพิจารณาจากตัวอย่างแรกนี้ เราย่อมเห็นได้ว่า ภาษาทางการของสำนักคติดกฎหมายบ้านเมืองก็ดี โดยเฉพาะอย่างยิ่งภาษาที่เป็นหลักการและเป็นอุดมการณ์ของสำนักกฎหมายธรรมชาติ (ในกรณีนี้ อาจจะยกเว้นภาษาของสำนักกฎหมายประเพณี) หากนำมาเทียบหรือเปรียบกับภาษาทางการเมืองในทางปฏิบัติ ซึ่งเป็นการเมืองที่ไม่เป็นทางการแล้ว ย่อมจะเห็นได้ว่ามีความแตกต่างกันมาก ไม่ว่าจะเป็นเรื่องของการบัญญัติให้บุคคลทุกคนมีหน้าที่ต้องไปใช้ “สิทธิ” ในการเลือกตั้งตามบทบัญญัติของกฎหมายรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ พ.ศ.2540 แต่เนื่องด้วยประมุขแห่งรัฐ และพระบรมวงศานุวงศ์เป็น “บุคคล” ที่มีฐานะพิเศษตามจารีตประเพณี จึงมีข้อยกเว้นให้ว่า จะไปทำหน้าที่ใช้ “สิทธิเลือกตั้ง” ดังกล่าว หรือไม่ได้ โดยไม่มีผลต้องบังคับใช้กฎหมายที่จะไป “ตัดสิทธิ” หากประมุขแห่งรัฐและพระบรมวงศานุวงศ์ไม่ไปใช้ “สิทธิ” ดังกล่าวนั้น

อีกตัวอย่างหนึ่ง ได้แก่เรื่องราวที่เกี่ยวข้องกับประชาชนผู้มีความกระตือรือร้นทางการเมือง และมีความปรารถนาอย่างแรงกล้าที่จะผลักดันนำการเปลี่ยนแปลงทางการเมืองให้บังเกิดขึ้น เรื่องนี้เป็นที่เข้าใจได้ว่าคนกลุ่มนี้โดยทั่วไปแล้ว จะมีความคิดและทัศนะโน้มเอียงไปทางสำนักกฎหมายธรรมชาติอยู่เป็นอันมาก อาทิเช่น มีความเชื่อว่า มนุษย์เกิดมาแล้วมีสิทธิเสรีภาพเสมอกัน หรือมีความเชื่อว่าบุคคลย่อมมี “สิทธิ” ในทางการเมืองเสมอกัน (เช่นมีความเชื่อว่าบ้านเมืองนี้เป็นของเราทุกคน) เป็นต้น อย่างไรก็ตาม ในเรื่องเดียวกันนี้ สำนักคติดกฎหมายบ้านเมือง และสำนักคติดกฎหมายประเพณี ดูจะมีความเห็นไปในทางเดียวกัน และเป็น “พันธมิตร” ในทางการเมืองต่อกันได้มากกว่า โดยต่างฝ่ายต่างอ้างว่า เรื่องสิทธิทางการเมืองของบุคคล และสิทธิมนุษยชน จะมีลักษณะอย่างไร กว้างขวางมากน้อยขนาดไหน หรือครอบคลุมเรื่องใดบ้าง ก็ย่อมขึ้นกับกฎหมายของบ้านเมืองและขึ้นกับจารีตประเพณีของบ้านเมืองนั้นๆ เป็นสำคัญ กล่าวคือ หากกฎหมายไม่ได้รับรอง หรือมีบทบัญญัติไว้ บุคคลจะอ้างว่าตนเองมี “สิทธิ” ทางการเมืองหาได้ไม่

คติความทางการเมือง หรือบุคคลที่ต้อง “คติทางการเมือง” นับเป็นตัวอย่างที่สามารถแสดงความสอดคล้องและความแตกต่างในระหว่างสำนักคติดกฎหมายแบบต่างๆ และในระหว่างภาษาทางการเมืองทางการเมือง กับการปฏิบัติอย่างไม่เป็นทางการของการเมืองไทย ซึ่งทองใบ ทองเปาด์และคณะเรียกว่า เป็นความแตกต่างระหว่าง “ทฤษฎี” ในทางหนึ่ง กับ “การปฏิบัติ” ของไทยในอีกทางหนึ่ง (ทองใบ และคณะ, 2529)

อาทิเช่น คติความของพระพิมลธรรม วัดมหาธาตุในปี พ.ศ.2501 คตินายสุภาพ พัดอ่อง กับพวกในปี พ.ศ.2519 คตินายแพทย์ประเวศ วะสีกับพวกที่ปฏิบัติงานในเขตอำเภอราศีไศล จังหวัดศรีสะเกษในปี พ.ศ.2525 คตินายชัชวรินทร์ ไชยวัฒน์กับพวกในปี พ.ศ.2527 และคตินายสุวัฒน์ มุ่งเชิดชูธรรมกับพวกในปี พ.ศ.2529 ฯลฯ ซึ่งต้องขอหามีการกระทำความผิดตามพระราชบัญญัติป้องกันการกระทำอันเป็นคอมมิวนิสต์ พ.ศ.2495 โดยที่กฎหมายฉบับดังกล่าวได้นิยามคำว่า “การกระทำอันเป็นคอมมิวนิสต์” ไว้ว่า หมายถึง การกระทำที่มุ่ง (ก) เลิกล้มการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์เป็นประมุข (ข) การเปลี่ยนแปลงระบบ

เศรษฐกิจของประเทศอันทำให้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สิน หรือปัจจัยในการผลิตของเอกชนตกเป็นของรัฐโดยการรับ หรือโดยวิธีการอื่นอันมิได้มีการชดเชยค่าทดแทนอันเป็นธรรม หรือ (ค) บังคับด้วยการขู่เข็ญทำให้เกิดความหวาดกลัวก็ดี การก่อวินาศกรรมก็ดี หรือการใช้อุบายด้วยการประการใดๆ เช่น ยุยงให้เกิดความเกลียดชังระหว่างประชาชน

พิจารณาจากภาษากฎหมายของสำนักกฎหมายบ้านเมืองในพระราชบัญญัติป้องกันการกระทำอันเป็นคอมมิวนิสต์ พ.ศ.2495 ซึ่งในเรื่องนี้สามารถผสมกลมกลืนกับภาษาของสำนักคิดประเพณีได้บางส่วน และหากนำไปเปรียบเทียบกับภาษาของสำนักกฎหมายธรรมชาติแล้ว ย่อมเห็นได้ชัดว่ามีข้อเท็จจริงที่แตกต่างกันมาก กล่าวคือ ในสังคมการเมืองไทยมีการ “ละเมิด” หลักการสิทธิของบุคคล และสิทธิมนุษยชนโดยทั่วไปทั้งในทางกฎหมายและโดยข้อปฏิบัติ ซึ่งพวกสำนักกฎหมายธรรมชาติ เช่น เจริญ คัมภีรภาพ มีความเห็นว่า เรามีความจำเป็นต้องเข้าใจหลักการของสำนักสิทธิโดยธรรมชาติให้ถ่องแท้ เพื่อจะใช้เป็น “อาวุธที่ทรงพลานุภาพ” นำการเปลี่ยนแปลงให้บังเกิดขึ้นในสังคมไทยตามลำดับ (เจริญ, 2529 โดยเฉพาะอย่างยิ่ง หน้าบทนำ)

อีกตัวอย่างหนึ่ง เป็นเหตุการณ์ร่วมสมัยซึ่งเป็นประเด็นที่มีการโต้เถียงกันอย่างมากในเวลานี้ คงจะได้แก่ ปัญหาของคนจนที่เกี่ยวข้องกับเรื่องที่ดินทำกิน ซึ่งเรื่องนี้กลุ่มสำนักกฎหมายบ้านเมืองจะพล้งมากเป็นพิเศษ เนื่องด้วยเป็นกลุ่มที่ถือว่ากฎหมายที่ตราขึ้นโดยรัฐเท่านั้นจะเป็นกลไกของการกำหนดกรรมสิทธิ์ในที่ดินต่างๆ ได้ ในขณะที่ฝ่ายกฎหมายจารีตประเพณีของไทยเอง ก็เรียกร้องให้ฝ่ายรัฐให้การยอมรับกับ “สิทธิ” ต่างๆ ซึ่งชุมชนท้องถิ่นและคนยากจนได้ถือปฏิบัติกันเสมอมา ในสภาพการณ์เช่นนี้ ความเห็นของสำนักกฎหมายธรรมชาติจึงดูมีความสำคัญอยู่ไม่น้อยว่า จะหันเหหรือโน้มเอียงไปในทิศทางใดในระหว่างรัฐกับคนยากจน

โดยการพิจารณาตามแนวทางดังที่กล่าวพรรณนาพอเป็นสังเขปนี้ อาจจะสรุปได้ว่าความแตกต่างระหว่าง “ทฤษฎี” กับ “การปฏิบัติ” ในสังคมการเมืองไทย เป็นความแตกต่างอันเนื่องมาจาก (ก) ความแตกต่างอันเป็นธรรมชาติของลักษณะการเมืองและสังคมแบบเป็นทางการ กับไม่เป็นทางการ และเป็นธรรมชาติในระหว่างความคาดหวังของผู้คน กับการปฏิบัติที่เป็นไปได้จริง ประการหนึ่ง กับ (ข) เป็นความแตกต่างที่เกิดมาจากการที่สังคมการเมืองไทยมีฐานคิดว่าด้วยกฎหมายและความเป็นธรรมที่แตกต่างกัน และเกิดจากผสมปนเปกันระหว่างสำนักกฎหมายธรรมชาติหนึ่ง สำนักกฎหมายจารีตประเพณีหนึ่ง และสำนักกฎหมายบ้านเมืองอีกกลุ่มหนึ่ง

ผู้วิจัยเห็นว่า การศึกษาวิจัยที่ผ่านมามักเน้นความแตกต่างไปในแนวทางแบบที่หนึ่งเกือบทั้งสิ้น (อาทิเช่นงานของ เจริญ, 2529 และของทองใบ กับคณะ, 2529 เป็นต้น) ทั้งๆ ที่ในความเป็นจริงแล้ว ความแตกต่างที่มาจากสาเหตุปัจจัยที่สองมีความสำคัญอย่างมาก อีกทั้งปัจจัยในประการที่สองมีความสัมพันธ์กับลักษณะโครงสร้างฐานันดรของไทย และสัมพันธ์กับโครงสร้างของชนชั้นนำไทยที่ไม่มีเอกภาพและไม่สมานฉันท์กันด้วย

หากสมมติฐานและความเข้าใจของผู้วิจัยมีความถูกต้อง คือ สามารถอธิบายปรากฏการณ์ได้อย่างครอบคลุม และสะท้อนความเป็นไปในสังคมการเมืองไทยสมัยใหม่ได้อย่างกว้าง

ขวาง อีกทั้งมีลักษณะเป็นองค์รวม (Holistic approach) เนื่องด้วยไม่ได้แบ่งฝักฝ่าย (Partisan) โดยการอ้างอิงว่าสำนักกฎหมายธรรมชาติมีหลักการที่ถูกต้อง ในขณะที่การปฏิบัติจริงมีลักษณะเป็นการละเมิด และในขณะเดียวกัน ก็ไม่ได้อ้างอิงว่าฐานคิดแบบจารีตประเพณีมีความดีงาม ในขณะเดียวกันกับที่โจมตีหลักการของสำนักกฎหมายธรรมชาติว่าเป็นของที่มาจาก “ต่างประเทศ” จึงไม่เหมาะสมกับสังคมการเมืองไทย

อย่างไรก็ตาม การพิจารณาโดยภาพที่เป็นองค์รวม อีกทั้งไม่ได้แบ่งแยกเป็นฝักฝ่าย มีความหมายว่าในแต่ละสำนักคิดย่อมมีความเป็นไปได้ที่จะมีทั้งข้ออันตราย (ซึ่งพึงถูกโจมตีและวิพากษ์วิจารณ์) ในขณะเดียวกันในแต่ละสำนักกฎหมายและสำนักความคิด ซึ่งผสมปนเปกัน ในสังคมการเมืองไทยนั้น ย่อมมีจุดแข็งที่สามารถจะพัฒนาเป็นแนวทางของค้ำประกัน “สิทธิของบุคคล” และ “สิทธิมนุษยชน” ของมนุษย์อย่างถ้วนทั่วทุกคนภายในสังคมการเมืองไทยได้ต่อไป

ผู้วิจัยจึงขอเสนอแนวทางที่จะอาจจะช่วยแก้ไขปัญหาความแตกต่างระหว่างภาษาการเมืองทางการเมืองกับการปฏิบัติที่ไม่เป็นทางการ โดยการผสมผสาน หรือประสานมุมมองทั้งสองเข้าด้วยกัน ทั้งนี้ในแต่ละสำนัก หรือ ในแต่ละฐานคิดของสำนักทางกฎหมายก็ล้วนมีแนวทางที่เป็นทั้งจุดแข็งและจุดอ่อนของตนเองอยู่ด้วยกันทั้งสิ้น

เหตุปัจจัยที่ก่อให้เกิดช่องว่างระหว่างหลักการกับการปฏิบัติ	แนวคิดที่ก่อให้เกิดปัญหา	แนวทางการประสานและแก้ไข
The present tense (Presentism)	Common sense	Sociality theory
Cultural essentialism (Culturalism)	Traditionalism	Emancipation
Scientific objectivity (Positivism)	Relativism	Universality

แผนภาพที่ 2 แสดงเหตุปัจจัย แนวคิดที่ก่อให้เกิดปัญหา และแนวทางประสานการมองสภาพการณ์ความเป็นไปจากกรอบของภาษาและวาทกรรมด้วยสิทธิและสิทธิมนุษยชนแบบต่างๆ (ดัดแปลงจาก Ken Booth “Three Tyrannies” in Dunne and Wheeler, eds., 1999, p.32)

จากตารางอธิบายเพิ่มเติมได้ว่า สำนักกฎหมายธรรมชาติจะเกิดปัญหาเมื่ออธิบายสภาพการณ์ปัจจุบันเป็นหลัก ทั้งนี้เนื่องมาจากข้อสมมติต่างๆ ของสำนักนี้มีลักษณะเป็นนามธรรมชาติ และมาจากวิธีคิดเชิงปรัชญาล้วนๆ และปัญหาจะเกิดขึ้นอย่างมากหากใช้สามัญสำนึก ทางออกคือ การคิดถึงหลักสิทธิมนุษยชนจากฐานของทฤษฎีที่แอบอิงกับประสบการณ์ทางสังคม

ในขณะเดียวกัน สำนักจารีตประเพณีจะเกิดปัญหาหากผู้ศึกษาเน้นแก่นแท้ทางวัฒนธรรม เช่น การอธิบายถึงสำนึกและคุณค่าแบบไทย และปัญหาจะเกิดอย่างมากอีกหากเห็นว่าทุกสิ่งทุกอย่างล้วนมีความสำคัญอยู่ที่จารีตประเพณีเท่านั้น ส่วนทางออกจากช่องว่างของการคิดแบบนี้ ก็คือ การตระหนักว่าในวิวัฒนาการของมนุษยชาตินั้น เป้าหมายสำคัญที่มากกว่าการรักษาจารีตประเพณีใดๆ ก็คือ การปลดปล่อยมนุษย์ให้หลุดพ้นจากระบบทาสทาสย์และการกดขี่ทั้งปวง

ในส่วนของสำนักกฎหมายบ้านเมืองนั้น การเน้นความเป็นนิติศาสตร์ และการเน้นให้เป็นหลักสากลว่าคำสั่งของรัฐเท่านั้น คือกฎหมาย เรื่องนี้เป็นปัญหาในตัวเองอย่างยิ่ง และเป็นที่มาของการเกิดช่องว่างระหว่างหลักการกับการปฏิบัติ นอกจากนี้ หากวิธีคิดนี้ไปผสมกับหลักสัมพัทธนิยม เช่น ใช้ข้ออ้างเดียวกันจากฐานของสังคมการเมืองไปสู่อีกสังคมหนึ่ง (สิ่งที่รัฐไทยตราขึ้นเป็นกฎหมายทั้งสิ้น เพราะฉะนั้นรัฐใดๆ ตราอะไรขึ้น ก็ย่อมเป็นกฎหมายเช่นเดียวกัน) แนวมองแบบนี้จะเป็นปัญหามากยิ่งขึ้นไปอีก กระนั้นก็ตาม สำนักนี้ดูจะไม่มีทางออกอื่นใดได้นอกจากจะต้องอ้างหลักการสากล และพัฒนาหลักการของตนให้เป็นสากลมากยิ่งขึ้น ซึ่งอาจจะช่วยให้มีกรอบของสิทธิและสิทธิมนุษยชนที่สามารถครอบคลุม “ชุมชนทางการเมือง” ต่างๆ ได้ทั้งหมด ไม่ว่าจะเป็นพิจารณาจากกรอบของภูมิภาค ทวีป ทั้งชุมชนการเมืองในจักรภพเดียวกัน ชุมชนการเมืองที่มาจากต่างจักรภพ และ“ชุมชนของสัตว์” ต่างๆ ด้วยหากจะพึงมีความสัมพันธ์กันต่อไป (เช่น จะให้สัตว์เลี้ยง มี“สิทธิ” อย่างไรบ้างในชุมชนทางการเมืองของมนุษย์)

วิเคราะห์ปัญหาพื้นฐานว่าด้วย “สิทธิในการเป็นสมาชิก” ชุมชนการเมือง

นอกจากเรื่องชนชั้นนำและความแตกต่างในฐานคิดที่เกิดจากการมีแนวความคิดทางกฎหมายและความยุติธรรมในแบบต่างๆ ดังได้กล่าวแล้วข้างต้น ปัญหาพื้นฐานที่สำคัญอย่างยิ่งในอีกประการหนึ่งของการพิจารณาเรื่องราวของสิทธิและสิทธิมนุษยชนในบริบทของสังคมการเมืองไทยยุคใหม่ ได้แก่ การที่สังคมการเมืองไทย มีแนวความคิดและการปฏิบัติบางประการที่มุ่งขีดเส้น หรือกำหนดขอบเขตว่าใคร หรือบุคคลประเภทใดจึงจะมี “สิทธิ” ในการเข้าเป็นสมาชิกชุมชนทางการเมืองของไทย ทั้งการเป็นสมาชิกของสังคมทางการเมืองโดยรวม และการเป็นสมาชิกของสังคมและสถาบันที่มีลักษณะเฉพาะประเภทต่างๆ

“สิทธิ” ในการเป็นสมาชิกของชุมชนทางการเมือง ตลอดรวมทั้ง “สิทธิ” ในการเป็นสมาชิกของสังคมและของสถาบันย่อยๆ ประเภทต่างๆ กล่าวได้ว่ามีความสำคัญเป็นอย่างยิ่งรวมทั้งเป็นฐานของการศึกษา “สิทธิมนุษยชน” ของประเทศนั้นๆ ด้วย ทั้งนี้ในประการเบื้องต้นเราคงไม่ลืมว่ารัฐและสังคมไทยสมัยโบราณนั้นประกอบไปด้วยผู้คนหลายฐานันดร หลายสถานภาพ อีกทั้งมีลักษณะหลายชนชาติและหลายวัฒนธรรม อาทิเช่น แบ่งคนเป็นมูลนาย-ไพร่ และแบ่งคนออกเป็นคนไทย คนมอญ คนเขมร คนจีน คนอาหรับ คนลาว คนข่า คนขมุ ฯลฯ นับรวมกันแล้วประมาณว่าในดินแดนของไทยมีการใช้ภาษาท้องถิ่นต่างๆ มากกว่า 60 ภาษา หรือในอีก

นัยหนึ่งคือ ผู้คนกลุ่มต่างๆ มิได้มีการ “กลืน” กันเป็นอันหนึ่งอันเดียว (Oneness) รวมทั้งมิได้มีการบวนการที่เข้มแข็งในอันที่จะก่อให้เกิดการผสมกลมกลืนกันเป็นหนึ่งเดียวเสียด้วย

อย่างไรก็ดี เมื่อประเทศไทย ซึ่งแต่เดิมชื่อประเทศสยามพัฒนาเข้าสู่สังคมสมัยใหม่ กระบวนการของการ “สร้าง” หรือทำให้ผู้คนกลายเป็นหนึ่งเดียวกัน ก็ไม่ใช่ว่าจะเกิดขึ้นได้โดยง่ายหรือเกิดขึ้นอย่างฉับพลันในช่วงเวลาข้ามคืน นี่คือปัญหาในทางโครงสร้าง เป็นปัญหาในกระบวนการทางการเมือง และเป็นปัญหาในทางจิตสำนึกว่าจะทำให้ผู้คนเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันไปเพื่ออะไร มีประโยชน์อะไร และการกระทำเช่นนั้นจะทำให้บ้านเมืองมีความมั่นคง มั่งคั่ง มีสันติภาพและสันติสุขได้ หรือไม่ ฯลฯ

ปัญหาดังกล่าวข้างต้น อาจจะพอเทียบเคียงได้กับลักษณะที่ Dankwart Rustow (1967 และ 1970) เรียกว่าเป็น “ปัญหาขอบเขตของการเป็นสมาชิกชุมชนการเมือง” (Membership boundary problem) ซึ่งหากชุมชนใดยังไม่ได้มีการบวนการของเรื่องดังกล่าวอย่างชัดเจนและเป็นที่ยุติ กล่าวคือ ผู้คนยังคงคิดและตระหนกอยู่ตลอดเวลาว่าตนเองไม่ได้เป็น “สมาชิก” ร่วมกันของชุมชนทางการเมืองหนึ่งๆ อีกทั้งเรื่องของฐานะกำเนิดรวมทั้งฐานะทางสังคมของบุคคล เช่น เชื้อชาติ ศาสนา ฯลฯ ยังคงเป็นประเด็นทางการเมืองในอันที่จะใช้เป็นเครื่อง “ชี้ดวง” หรือชี้เส้นว่าบุคคลใดจะเป็น “สมาชิก” ของชุมชนทางการเมืองนั้นๆ ได้หรือไม่แล้ว ต่อสภาพการณ์ความเป็นไปนี้ แदनควอร์ท รัสโทว์มีความเห็นและได้วิเคราะห์ไว้ว่า พัฒนาการทางการเมืองและการพัฒนาการไปสู่ระบอบประชาธิปไตยของประเทศนั้นๆ ก็คงจะประสบความสำเร็จ และมีความมั่นคง ก่อปรด้วยควมมีเสถียรภาพ ยุติธรรมและมีความยั่งยืนหาได้ไม่

ประเด็นและแง่คิดดังกล่าวนี้ แม้ว่าจะเป็นคำอธิบายในแบบเก่าๆ ตามแนวทางของทฤษฎีพัฒนาการเมืองและความทันสมัยทางการเมือง ซึ่งอาจจะไม่สอดคล้องกับทฤษฎีทางสังคมการเมืองใหม่ๆ ที่เกิดขึ้นในภายหลัง แต่ผู้วิจัยยังคงมีความเห็นพ้องด้วย และน่าจะเชื่อว่ายังคงเป็นแนวทางวิเคราะห์ที่จะสามารถใช้พิจารณาปัญหาพื้นฐานทางการเมืองของรัฐไทยสมัยใหม่ที่เกี่ยวข้องกับเรื่อง “สิทธิ” และ “สิทธิมนุษยชน” ได้ ทั้งนี้เนื่องมาจากการกำหนดขอบเขตของการเข้าเป็นสมาชิกชุมชนทางการเมืองของไทย ยังคงเป็นประเด็นปัญหาที่ไม่สามารถหาข้อยุติที่เป็นธรรม มีความยุติธรรม และเป็นที่เห็นพ้องกันได้อย่างกว้างเป็นการทั่วไป ครอบงำจนปัจจุบัน

ตัวอย่างประกอบการพิจารณาตัวอย่างแรก ผู้วิจัยขอให้พิจารณาปัญหาการได้สัญชาติไทย หรือการมี “สิทธิเป็นคนไทย” เสียก่อนเป็นปฐม เรื่องนี้เป็นที่กล่าวกันว่ากระทบต่อการปฏิบัติตามแนวคิดสิทธิและสิทธิมนุษยชนในสังคมการเมืองไทยเป็นอย่างมาก ทั้งนี้เพราะ “การที่บุคคลเกิดมาในแผ่นดินหนึ่ง แต่ถูกปฏิเสธไม่ให้มีสายสัมพันธ์กับแผ่นดินนั้น.. นับเป็นเรื่องที่บั่นทอนต่อบูรณภาพและศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์เป็นอย่างยิ่ง” (นพนิติ, 2537: 107)

คงจะเป็นที่พอทราบกันว่า แนวคิดเรื่องสัญชาติ (Nationality) อย่างหนึ่ง และสัญชาติที่สัมพันธ์กับรัฐอีก (Nationality and the state) อย่างหนึ่ง นับรวมกันเป็นแนวคิดใหม่ของสังคมไทยโดยแท้ เนื่องด้วยมิได้เป็นความคิดและการปฏิบัติของไทยมาแต่ก่อนเก่า ประกอบกับการ

เมืองการปกครองของไทยในระหว่าง พ.ศ.2398 จนถึง พ.ศ.2481 รวม 83 ปี ประเทศไทย ซึ่งในสมัยนั้นยังคงใช้ชื่อว่าประเทศสยามได้เสียสิทธิสภาพนอกอาณาเขตให้แก่ประเทศต่างๆ รวม 16 ประเทศ ฉะนั้น บุคคลใดก็ตามที่มีสัญชาตินั้นๆ ไม่ว่าจะมาจากประเทศเมืองแม่ หรือมาจากดินแดนอาณานิคมของประเทศนั้นก็ตาม เช่น ชาวอินเดีย ซึ่งเป็นคนบังคับอังกฤษ เป็นต้น เมื่อเดินทางมาประเทศไทยก็ได้รับการปฏิบัติเป็นพิเศษทางด้านกระบวนการยุติธรรม โดยที่ในช่วงต้น บุคคลเหล่านั้นมี “อภิสิทธิ์” ที่เหนือกว่า “สิทธิ” โดยปกติของชาวสยาม กล่าวคือ หากมีคดีความก็สามารถขึ้นศาลกงสุลของตนเองได้ ในระยะต่อมา เมื่อประเทศสยามได้จัดตั้งศาลเป็นพิเศษเรียกว่า ศาลต่างประเทศ เพื่อดำเนินการกับบุคคลต่างสัญชาติเหล่านี้ แต่ทั้งนี้ บุคคลต่างสัญชาติ ยังคงมี “อภิสิทธิ์” บางประการที่สามารถ “ดึง” คดีความของตนไปพิจารณาในศาลของประเทศตนในระดับของศาลฎีกาได้ (มีข้อกำหนดต่างๆ ที่มีรายละเอียดอยู่มาก จึงไม่ขอกล่าวในที่นี้)

คนจีนหรือชาวจีนนับเป็นกลุ่มบุคคลที่มีปัญหามากที่สุด เนื่องด้วยประเทศจีนเองมีความสัมพันธ์กับประเทศมหาอำนาจอย่างซับซ้อน กล่าวคือส่วนใหญ่ของประเทศจีนเองได้ “เสียสิทธิสภาพนอกอาณาเขต” ให้แก่ต่างชาติจำนวนหลายประเทศเช่นเดียวกับไทย และมีดินแดนบางส่วนของประเทศจีนต้องตกเป็น “เขตเช่า” ของต่างชาติอีกด้วย ดังนั้น ชาวจีนที่เดินทางมาประเทศสยาม จึงมีหลายสถานภาพ อีกทั้งการขอเป็นคนบังคับต่างชาติของชาวจีนเอง ก็สามารถกระทำได้ง่าย โดยการกรอกคำร้อง และเสียค่าธรรมเนียมเพียงเล็กน้อยที่เขตเช่า รวมทั้งที่สถานทูตและสถานกงสุลของประเทศมหาอำนาจในประเทศไทยเอง แต่นี่ก็ต้องนับเป็น “อภิสิทธิ์” ที่ชาวจีนที่มีฐานะและมีการศึกษาทั้งหลาย ต้องการจะได้รับมากที่สุด เหตุผลก็คงเป็นเพราะตนเองสามารถเดินทางไปในที่ต่างๆ ได้โดยสะดวก และหากมีคดีความก็จะได้รับการพิจารณาคดีเป็นพิเศษตามสถานะของ “สัญชาติ” ที่ตนเองครอบครองอยู่

นอกจากนี้ รัฐบาลจีนเอง เมื่อมีความจำเป็นต้องปรับตัวไปตามกระแสความคิดของการกำหนดสัญชาติให้แก่ประชากรของตน ประเทศจีนได้ใช้หลักการให้สัญชาติตามสายโลหิตเป็นสำคัญ โดยไม่คำนึงถึงหลักดินแดนเลย ฉะนั้น ชาวจีนมีเดินทางและอพยพมาอยู่ในดินแดนโพ้นทะเล จึงมี “สิทธิเป็นพลเมืองจีน” โดยอัตโนมัติ กล่าวคือ สามารถเข้าศึกษาในประเทศจีนสามารถรับราชการเป็นนายทหารจีน เดินทางเข้าออกประเทศจีน ฯลฯ ได้ตามที่ตนต้องการ เป็นต้น

เหตุที่กล่าวถึงเรื่องหลักสัญชาติ อภิสิทธิ์ของคนต่างชาติ และหลักการกำหนดสัญชาติของชาวจีนในสมัยนั้นพอเป็นสังเขป ก็เพราะเรื่องต่างๆ ดังกล่าวล้วนมีผลกระทบต่อการกำหนดสัญชาติของประเทศสยาม ซึ่งต่อมาเปลี่ยนชื่อเป็นประเทศไทย รัฐบาลสยามเอง ซึ่งมีความจำเป็นต้องตรากฎหมายเรื่องสัญชาติขึ้น ปรากฏว่าในช่วงแรกรัฐบาลสยามใช้หลัก “สัญชาติโดยเจตนาของรัฐ” เป็นหลัก โดยไม่ยอมรับการกำหนดสัญชาติโดยหลักดินแดน หรือหลักสายโลหิต หรือหลักการเกิด หรือหลักการแสดงเจตนาของบุคคลเลย (ดูการวิเคราะห์หลักเกณฑ์ต่างๆ ได้จาก พันธุ์ทิพย์, 2537 และ และพันธุ์ทิพย์, 2537: 1-33)

กล่าวในอีกนัยหนึ่งก็คือ รัฐบาลไทย และรัฐบาลสยามในอดีตมีหลักพิจารณาเน้นไปที่ "ความจงรักภักดี" และประโยชน์ที่รัฐพึงได้รับเป็นสำคัญ เช่น พิจารณาว่าผู้ใดมีประวัติความเป็นมาดี มีการงานทำในประเทศและมีความซื่อสัตย์สุจริต ฯลฯ รัฐบาลสยามก็จะให้ "สัญชาติสยาม" ตามหลักสัญชาติ และการแปลงสัญชาติ (Naturalization)

อย่างไรก็ดี เมื่อแรกที่แนวคิดเรื่อง Nationality กับ Naturalization เข้ามาในประเทศสยามฝ่ายกระทรวงการต่างประเทศได้ทำการรวบรวมกฎหมายเปลี่ยนชาติของประเทศต่างๆ เช่น เยอรมัน เนเธอร์แลนด์ สวีเดน บัลแกเรีย เม็กซิกัน คอสตาริกา ฯลฯ ซึ่งส่วนใหญ่ออกบังคับใช้ในช่วง ทศวรรษที่ 2430 นำมาศึกษาพิจารณา (หจช.กต.2/4) และมีบันทึกความเห็นของ หลวงสุริยานุวัตร (เกิด บุนนาค, 2405-2478) นำเสนอความเห็นที่ตนได้ศึกษา และสนทนากับ นายฟูเกอร์สัน (J.Heleus Ferguson) ราชทูตเนเธอร์แลนด์ประจำประเทศจีน ผู้แต่งหนังสือเรื่อง Naturalization ประกอบการพิจารณาว่า "คอเวอนเมนต์สยามจะตั้งกฎหมายเปลี่ยนชาติขึ้นใช้ในกรุงสยามให้เหมือนกับชาติยุโรปทั้งปวงบ้างจะดีหรือไม่" (หจช.กต.2/23)

คำตอบคือ ประเทศที่เจริญแล้วในสมัยนั้นมีความเห็นว่าเป็นการสมควรที่จะมีกฎหมายเปลี่ยนชาติขึ้นใช้ แต่ในกรณีของสยาม ซึ่งมีปัญหาสิทธิสภาพนอกอาณาเขต หลวงสุริยานุวัตร กล่าวตามความเห็นของนายเฟอร์กูสันว่า "ไม่มีกฎหมายเช่นนี้เสียเลยจะดีกว่า" เพราะเมื่อมีขึ้นแล้วก็จะก่อให้เกิดความยุ่งยากมากยิ่งขึ้น เนื่องด้วยประเทศสยามจำเป็นต้องยอมรับกฎหมายเปลี่ยนชาติของประเทศอื่นๆ ไปพร้อมกัน เพราะเราเองได้รับหลักการเรื่องดังกล่าวไปเสียแล้ว อย่างไรก็ดี ในกรณีของข้าราชการทั้งที่เป็นทหารและพลเรือน หลวงสุริยานุวัตรกล่าวแสดงความเห็นอย่างหนักแน่นว่า เป็นการ "สมควรอย่างยิ่งที่จะทำให้คนเหล่านั้นอยู่ในบังคับของคอเวอนเมนต์โดยสิทธิขาดอย่างที่สุด" (หจช.กต.2/23 หลวงสุริยานุวัตร กราบเรียนพระยาดำรงครุราชพลชั้น 30 พฤศจิกายน ร.ศ.108)

รัฐบาลสยาม โดยเสนาบดีกระทรวงการต่างประเทศ ภายหลังจากประชุมปรึกษาหารือกับคณะเสนาบดีอื่นๆ และในประการสำคัญคือ องค์พระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัวแล้ว ได้ตอบหนังสือของหลวงสุริยานุวัตร ไปดังนี้

"..ที่ประชุมนักปราชญ์ ึ่งเรียกว่าที่ชุมนุมด้วยอำนาจอันชอบธรรมในระหว่างนานาประเทศนี้ ไม่มีอำนาจจะบังคับให้ชาติหนึ่งชาติใดทำตามคำปฤกษาของที่ชุมนุมนั้น เป็นแต่ที่มีธรรมานุภาพแผ่ไปในเมืองใด ซึ่งชอบใจจะถือความยุติธรรม เมืองนั้นก็จะเอาศรัยความคิดตามคำปฤกษานั้น ข้างแต่เมืองใดที่ไม่ชอบใจ ไม่สมประโยชน์ของเขาแล้ว เมืองนั้นก็จะไม่ทำตาม" (หจช.กต.2/23 กรมหลวงเทวะวงศ์ฯ ถึงพระยาดำรงครุราชพลชั้น 27 ธันวาคม ร.ศ.108)

นั่นคือ รัฐบาลสมบูรณาญาสิทธิราชย์สยาม พิจารณาความคิดเห็นของที่ประชุมสมาคมกฎหมายนานาประเทศว่าเป็นสิ่งที่มีพึงใส่ใจ รวมทั้งในเรื่องของกฎหมายเปลี่ยนชาติก็ไม่ควรให้

ความสำคัญมากนัก ทราบจนถึงปี พ.ศ.2443 เสนาบดีกระทรวงมหาดไทย สมเด็จพระยา
ดำรงราชานุภาพ ได้กราบบังคมทูลแสดงเหตุผลถึงความจำเป็นต้องมีกฎหมายเปลี่ยนชาติ มี
ความตอนหนึ่งทรงกล่าวว่า

"ข้าพระพุทธเจ้า เห็นด้วยเกล้าฯว่า บัดนี้ (หมายถึงปี พ.ศ.2443-ผู้อ้าง) ถึงเวลาแล้วที่
ควรออกกฎหมายเปลี่ยนชาติ เพราะเป็นเวลาทีที่คนในบังคับต่างประเทศกำลังเดือดร้อน
อยากเป็นคนในบังคับไทย และถ้าทิ้งไว้ รัฐบาลต่างประเทศคงจะจัดการร้องขอให้ซื้อที่
ดินได้ หรือทำอย่างไอย่างหนึ่งป้องกันทางนี้ไว้เสีย และถ้ามีกฎหมายเช่นนี้ (หมายถึง
กฎหมายเปลี่ยนชาติ-ผู้อ้าง) จะเป็นประโยชน์แก่บ้านเมืองเป็นอันมาก..."
(กรมพระยาดำรงราชานุภาพ กราบทูลรัชกาลที่ 5 วันที่ 2 มกราคม 120 ใน หจข.ร.5
ด.5/3)

สำหรับฝ่ายที่มีความเห็นว่ายังไม่เป็นการสมควรที่จะมีกฎหมายเปลี่ยนชาติในสมัยนั้นที่
สำคัญที่สุดคือ องค์พระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว พระองค์ทรงมีพระราชหัตถเลขา
ถึง กรมหลวงเทเวศร์วัชรปการ ในเดือนมกราคม พ.ศ.2450 ทรงอธิบายถึงแนวพระราชดำริที่
ทรงมีแต่เดิม และทรงเคยกล่าวย้ำตลอดมาว่าถ้าหากจะตรา "กฎหมาย" ขึ้นก็พึงไม่ให้มีข้อเสีย
สภาพการณ์ของประเทศสยามนั้นต่างจากประเทศอื่นๆอยู่มาก ไม่เพียงแต่ปัญหาสิทธิสภาพ
นอกอาณาเขตเท่านั้น แต่ยังเกี่ยวพันถึง "โพลิซีย่างเก่า" พระองค์ทรงอธิบายไว้อย่างน่าสนใจ
เป็นอย่างยิ่งว่า "นโยบายอย่างเก่า" นั้น บรรดาจีนที่เข้ามาอยู่ในพระราชอาณาเขตแล้วนับว่าเป็น
ไทย (วิเคราะห์ได้ว่าคือแนวคิดของสำนักกฎหมายจารีตประเพณี หรือการให้สัญชาติตามหลัก
ดินแดน- ผู้วิจัย) มีประโยชน์อย่างเดียวกับไทย เช่น เป็นเจ้าของที่ดิน เป็นผู้ใหญ่บ้าน กำนัน
ตลอดจนเป็นขุนนางได้ ส่วนคนต่างประเทศอื่นๆก็เช่นเดียวกัน มีจำนวนน้อย ปล่อยให้ทำมาค้า
ขาย ได้ประโยชน์มากกว่า เรื่องการซื้อขายที่ดินก็มีเขตกำหนดไว้ชัดเจนตามสัญญา กฎหมาย
เปลี่ยนชาติที่มีการยกวางขึ้นนั้นได้เปลี่ยนสภาพการณ์ต่างๆที่เป็นมาไปอย่างสิ้นเชิง (คือเปลี่ยน
ไปตามหลักแนวคิดของสำนักกฎหมายบ้านเมือง คือกฎหมายเท่านั้นที่จะกำหนดสถานะของ
บุคคล-ผู้วิจัย) พระองค์ทรงกล่าวอธิบายได้ตรงประเด็นว่า บรรดาคนจีนทั้งหมดที่อยู่มาแต่เดิม
ในประเทศสยามจะกลายเป็น "คนต่างชาติ" ไปทันที อีกทั้งหากทำเรื่องเปลี่ยนชาติกันขึ้น คนจีน
ที่เปลี่ยนชาติก็มีฐานะเป็น "คนต่างประเทศคนหนึ่ง" ซึ่งยอมมาอยู่ในอำนาจศาลของสยาม พระ
องค์ทรงกล่าวว่า

"นับว่าผลประโยชน์ที่จีนเคยได้ลดลงกว่าแต่ก่อน.ข้าผิดไปกว่าประเทศอื่น ด้วยจะเห็น
เอาเงินค่าราชการเหมือนชาวสยาม แต่ไม่ให้ประโยชน์เท่าชาวสยาม"

ในท้ายที่สุด พระองค์ทรงสรุปว่า

“ความคิดค้นแลปลายมันผืนตัวกันอยู่อย่างนี้ ฉันทจึงขอผัดผ่อนพิจารณาหรือชี้แจงให้เข้าใจก่อน ว่าที่ตั้งแต่ความคิดนั้นจะเอาอย่างไร.. ฉันทจึงว่า ยังไม่ถึงเวลาที่พิจารณาร่างกฎหมายอันนี้ ขอให้วินิจฉัยข้อต้นให้ชัดเจนก่อน”

(หจข.ร.5 ม.2.21 ข/10 พระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว ถึงกรมหลวงเทเวศร์ 30 มกราคม ร.ศ.127)

เรื่องนี้วิเคราะห์ได้ว่า พระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัวทรงยึดหลักความ “ยุติธรรม” แก่คนส่วนใหญ่เป็นสำคัญตามฐานคิดของสำนักกฎหมายจารีตประเพณี พระองค์ทรงพิจารณาว่ากฎหมายเปลี่ยนชาติที่ใช้กันอยู่ในต่างประเทศในสมัยนั้น เกิดขึ้นเพราะรัฐบาลประเทศนั้นๆกับคนที่จะเปลี่ยนชาติได้รับประโยชน์ร่วมกัน เช่น จักรพรรดินโปเลียนที่ 3 แห่งฝรั่งเศสรับชาวสวิสเปลี่ยนชาติเพื่อก่อเหตุเข้าแทรกแซงในเมืองเม็กซิโก เป็นต้น ในกรณีของประเทศสยาม หากประกาศใช้กฎหมายเปลี่ยนชาติ เข้าใจว่าจะไม่มีใครได้ประโยชน์ และจะกระทบต่อคนเป็นจำนวนมาก ไม่ใช่กระทบต่อคนจีนเพียง 2-3 คน แต่เป็นคนจำนวนมากทั้งหมดทั้งในปัจจุบันและในภายหน้า (หจข.ร.5 ม.2.21 ข/10)

กระนั้นก็ตาม เมื่อหลักแนวทางของกฎหมายเปลี่ยนชาติเกิดขึ้น โดยที่ในทางปฏิบัติได้มีการตรา “พระราชบัญญัติ” เปลี่ยนชาติ หรือแปลงชาติสำหรับบุคคลเป็นการเฉพาะขึ้นหลายรายนับจากปี พ.ศ.2441 เป็นต้นไป อย่างเช่น มีการแปลงชาติพระดิฐการภักดี หรือนายเซเลสติน มาเรีย ชาเวีย (หจข.ร.5 ต.2.10/1; ปชศ, เล่ม 16:498-499) และมีการแปลงชาติคนอื่นๆ อย่างเช่น พี่น้องสามคนตระกูลดีเยซุ ซึ่งเป็นพี่น้องของพระยาพิพัฒโกษา นายแฮนอาดัมเซน นายเดลิก็ ชาวลิงหพ (ต่อมาเป็นพระยารรถการประสิทธิ์ เจ้ากรมอัยการ ต้นสกุลคณะดิลก) นายเยดับลิว เฮนดริกซ์ เป็นต้น (ดูรายละเอียดหนังสือถวายฎีกาขอแปลงชาติจาก หจข.ร.5 ม.2.21 ข/6) ซึ่งในความเห็นของที่ปรึกษากฎหมายชาวต่างประเทศเห็นว่ารัฐบาลสยามควรตรากฎหมายขึ้นเป็นการทั่วไป น่าจะมีความเหมาะสมมากกว่าตราพระราชบัญญัติเพื่อบุคคลเป็นรายๆ ไปเป็นการเฉพาะ (หจข.ร.5 ม.2.21 ข/10 “Westerngard to Prince Devawongse” 16 January 1909) เรื่องนี้เข้าใจว่าจะเป็นแรงผลักดันที่ทำให้มีการตรา “พระราชบัญญัติแปลงชาติ ร.ศ.130” ขึ้นเป็นการทั่วไปแทนการตรากฎหมายเป็นการเฉพาะสำหรับบุคคล โดยที่เป้าหมายของการแปลงชาติกระทำขึ้นเพื่อให้ “ประชากร” มีฐานะใหม่ คือเพื่อเป็นคนในบังคับสยาม (naturalized as a Siamese subjects) (ดูคำประกาศภาษาไทยและภาษาอังกฤษเปลี่ยนชาติของนายเซเลสติน มาเรีย ชาเวียใน หจข.ร.5 ต.2.10/1 เป็นตัวอย่าง)

จากที่กล่าวมาจะเห็นได้ว่า การมี “สิทธิ” เป็นประชากรของรัฐไทย แต่เดิมในสมัยโบราณถือหลักดินแดนเป็นตัวตั้ง (ตามพระบรมราชาธิบายของรัชกาลที่ 5 ข้างต้น) และได้เปลี่ยนมาเป็นการแสดงเจตนาโดยรัฐ คือบุคคลต้องยื่นหนังสือต่อรัฐและขึ้นอยู่กับรัฐเป็นสำคัญว่าจะอนุญาตหรือไม่ นี่ต้องนับเป็นโครงสร้างของประชากรของรัฐไทยที่น่าสนใจยิ่ง เราคงไม่ลืมว่าหากรัฐ