

ขยับ ปรับ เปลี่ยน: มองกฎหมายในโลกพลิกผัน¹

สฤณี อาชวานันทกุล

บริษัท ป่าสาละ จำกัด 2 สุขุมวิท ซอย 43 แขวงคลองตันเหนือ เขตวัฒนา กรุงเทพฯ 10110

Sarinee Achavanuntakul

Sal Forest Co., Ltd. 2 Sukhumvit Soi 43, Klongton Nua, Wattana, Bangkok 10110

E-mail : sarinee@salforest.com

ยอมรับว่ารู้สึกหัวใจที่ต้องมาพูดเรื่องกฎหมายในท้องที่เต็มไปด้วยนักศึกษากฎหมายและผู้เชี่ยวชาญทางกฎหมาย แต่ในเมื่อนักคิดนักเขียนหลายท่านบอกว่า “กฎหมายนั้นสำคัญเกินกว่าจะปล่อยให้เป็นเรื่องของนักกฎหมาย” การมองเรื่องการเขียนและการใช้กฎหมายจากทัศนะของคนนอก ก็อาจเป็นประโยชน์ต่อนักกฎหมายได้เหมือนกัน

นกอยู่บนฟ้าไม่เห็นฟ้า ปลาอยู่ในน้ำไม่เห็นน้ำฉันใด นักกฎหมายก็อาจมองไม่เห็นผลกระทบของกฎหมาย ถ้าไม่เคยถอยห่างจากตัวบทฉันนั้น

ในฐานะที่เรียนมาด้านเศรษฐศาสตร์และการเงิน วันนี้อายมากมาชวนทุกท่านมองกฎหมายจากมุมมองเกี่ยวกับเป้าประสงค์ ต้นทุน คุณค่า และแรงจูงใจ รวมถึงข้อสังเกตบางประการเกี่ยวกับสถาบันตุลาการไทย ในฐานะที่เคยเป็นผู้ถูกกล่าวหาในคดีละเมิดอำนาจศาลเมื่อปีกลาย (2562)

หลายเรื่องที่มาชวนแลกเปลี่ยนวันนี้สารภาพว่าตัวเองยังไม่มีคำตอบ แต่คิดว่าเป็นคำถามที่ควรถาม เป็นโจทย์วิจัยที่ควรตั้ง โดยเฉพาะสำหรับการบุกเบิก ‘นิติเศรษฐศาสตร์’ (law and economics) ในประเทศไทย ศาสตร์ที่ใช้ระเบียบวิธีทางเศรษฐศาสตร์ในการวิเคราะห์กฎหมาย ตั้งแต่การออกแบบกฎหมาย การประเมินความคุ้มค่าของกฎหมาย ไปจนถึงผลกระทบของกฎหมายต่อปัจเจกและสังคม

¹ คำกล่าวเปิดงาน การประชุมวิชาการนิติสังคมศาสตร์ระดับชาติ “จินตนาการใหม่ภูมิทัศน์นิติศาสตร์ไทย” คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่ ณ โรงแรมฟูรามา จังหวัดเชียงใหม่ 20 พฤศจิกายน 2563 เผยแพร่ครั้งแรกบนเว็บไซต์ <http://www.scribd.com> และ <https://www.fringer.co>

หัวข้อในวันนี้คือ “ซยับ ปรับ เปลี่ยน: มองกฎหมายในยามพลิกผัน” สื่อว่าไม่ได้อยากชวนมองกฎหมายใดๆ แต่อยากให้มองตำแหน่งแห่งที่ของกฎหมาย “ในยามพลิกผัน” ด้วย คิดว่ายิ่งเราอยู่ในยุคแห่งความพลิกผัน เรายิ่งต้องหันกลับมาถามคำถามพื้นฐานเกี่ยวกับกฎหมาย เพราะนี่คือยุคที่กระบวนการยุติธรรมของไทยถูกตั้งคำถามอย่างไม่เคยปรากฏมาก่อน และกฎหมายก็กำลังถูกใช้เป็นเครื่องมือทางการเมือง ถูกใช้ปิดปาก คุณความ และปิดกั้นสิทธิเสรีภาพของประชาชน ใช้อย่างเลือกปฏิบัติชนิดไร้เงาอายุ มากมายแทบจะรายวัน ให้อาจารย์นิติศาสตร์ทั่วประเทศใช้เป็นกรณีศึกษาในห้องเรียนไปได้อีกนาน

กฎหมายคืออะไร

นิยาม ‘กฎหมาย’ ที่คิดว่าครอบคลุมและดีที่สุดนิยามหนึ่ง เป็นของศาสตราจารย์ ลอน ฟุลเลอร์ ผู้นิยามไว้ในทศวรรษ 1960 ว่า “กฎหมาย คือ การควบคุมความประพฤติของมนุษย์ให้อยู่ภายใต้การปกครองของกฎ”

น่าสังเกตว่านิยามนี้ไม่ได้ระบุว่า *ใคร* คือผู้เขียนกฎหมาย เรามักจะอนุมานว่ากฎหมายต้องเขียนขึ้นโดยสภานิติบัญญัติ นักกฎหมาย และ/หรือศาล เพราะเหล่านั้นคือกลไกที่เราคุ้นเคย แต่ความจริงไม่จำเป็นต้องเป็นเช่นนั้นเสมอไป ทั้งโลกมีตัวอย่างมากมายของกฎที่คนในชุมชนร่วมกันบัญญัติขึ้นใช้เอง ใช้สืบทอดยาวนานหลายชั่วอายุคน อีกทั้งกฎนั้นก็ไม่ต้องเป็นลายลักษณ์อักษรเสมอไป มันอาจเกิดขึ้นเองตามธรรมชาติ จากปฏิสัมพันธ์ในสังคมที่ทำซ้ำกันเป็นแสนเป็นล้านครั้งจากรุ่นสู่รุ่น วันนี้เรามีชื่อเรียกกฎที่เราไม่รู้ที่มาที่ไปว่า ค่าธรรมเนียม หรือค่านิยมทางสังคม ซึ่งอาจสืบทอดยาวนานกว่ากติกาที่เขียนขึ้นเป็นลายลักษณ์อักษรก็ได้ ดังที่อาจารย์ นิธิ เอียวศรีวงศ์ เคยเสนอว่าเรามี “รัฐธรรมนูญฉบับวัฒนธรรมไทย” ซึ่งผู้กร้อยสัมพันธ์ภาพทางอำนาจผ่านสถาบันต่างๆ เกิดการยอมรับร่วมกันจนกลายเป็นวัฒนธรรมการเมือง

ผู้มีเกียรติทุกท่าน เรามักได้ยินคำพูดทำนองว่า “ทุกคนมีหน้าที่เคารพกฎหมาย” และ “กฎหมายจะศักดิ์สิทธิ์ได้ ก็ต่อเมื่อทุกคนทำตามกฎหมาย” แต่ความจริงที่ครบถ้วนกว่านั้นก็คือ ถ้าหากว่าตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบัน คนทุกคนเคารพกฎหมายโดยที่ไม่เคยมีใครคิดตั้งคำถามถึงความถูกต้องของกฎหมาย ความสอดคล้องเหมาะสมกับการเปลี่ยนแปลงในสังคม จนถึงวันนี้โลกเราจะยังคงมีการค้าทาส ผู้หญิงทั่วโลกยังคงไม่มีสิทธิออกเสียงเลือกตั้ง และเราคงยังต้องกระเปียดกระเสียดส่งเงินถ้าไม่ยอมถูกเกณฑ์แรงงานมารับใช้มูลนาย

เพราะหลายสิ่งหลายอย่างในวันนี้เราจับไม่ได้ ครั้งหนึ่งล้วนแต่เคยเป็นเรื่องที่ “ถูกกฎหมาย” มาแล้วทั้งสิ้น กฎหมายจึงไม่ใช่สิ่งที่ควรตอกรัดรั้งสังคมให้หยุดอยู่กับที่ หากควรก้าวไปข้างหน้าพร้อมกันกับสังคม หรือแม้กระทั่งมีบทบาทนำในการพัฒนาสังคม เพราะกฎหมายส่งผลต่อแรงจูงใจและพฤติกรรมของคน เราควรตั้งคำถามและทบทวนกฎหมายอย่างสม่ำเสมอว่า มันยังเหมาะสมสอดคล้องกับสังคมปัจจุบันอยู่หรือไม่

ยิ่งไปกว่านั้น กฎหมายควรถูกตั้งคำถามก่อนจะออกมาบังคับใช้ว่า ‘จำเป็น’ หรือไม่ในการรับมือกับโจทย์ของสังคม หรือเพื่อเปลี่ยนพฤติกรรมคนไปในทิศทางที่เราต้องการ เรามีทางเลือกอื่นนอกเหนือจากกฎหมายหรือไม่

เราควรถามคำถามนี้เพราะกฎหมายควรเป็น ‘ทางเลือกสุดท้าย’ ของสังคม เหตุผลที่ควรเป็นทางเลือกสุดท้ายก็คือการออกแบบและการบังคับใช้กฎหมายมีต้นทุนที่สูงมากต้นทุนหลายอย่างเราไม่อาจมองเห็นได้ด้วยตาเปล่า และต้นทุนบางอย่างจะปรากฏชัดก็ต่อเมื่อเวลาผ่านไปนานพอเท่านั้น

ต้นทุนของกฎหมาย

กฎหมายมี “ต้นทุน” อะไรบ้าง? เราอาจคำนวณ “ต้นทุนทางตรง” ของกฎหมายได้จากค่าใช้จ่ายในการร่างและออกกฎหมาย เช่น ค่าตอบแทนของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร และค่าใช้จ่ายในการใช้บังคับกฎหมายตั้งแต่ต้นน้ำถึงปลายน้ำ ตั้งแต่ข้าราชการในหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง ตำรวจ อัยการ ทนาย ตุลาการ และเจ้าหน้าที่ทุกระดับในกระบวนการยุติธรรม

แต่กฎหมายมี “ต้นทุนทางอ้อม” เช่นกัน โดยเฉพาะต้นทุนที่ตกกับผู้ที่ได้รับผลกระทบจากกฎหมาย ต้นทุนทางอ้อมมักจะสูงกว่าต้นทุนทางตรงหลายเท่า แม้เราจะมองเห็นและคิดคำนวณได้ยากกว่า ยังไม่นับ “ค่าเสียโอกาส” (opportunity cost) คือมูลค่าที่อาจจะเกิดขึ้นถ้ารัฐนำเงินก้อนเดียวกันไปดำเนินมาตรการอื่นๆ ที่เป็นประโยชน์ต่อสังคม

เมื่อปีกลาย (2562) โครงการกิโลตันกฎหมายทบทวนเนื้อหาถูกระเบียบของ 16 กระทรวง แบ่งเป็นพระราชบัญญัติ 112 ฉบับ อนุบัญญัติ 410 ฉบับ พบว่าถูกระเบียบทั้งหมดนี้² สร้างต้นทุนขั้นต่ำให้กับภาคประชาชน ภาคธุรกิจและภาครัฐ จากการปฏิบัติตามกฎหมายโดยไม่จำเป็นถึง 2.79 แสนล้านบาทต่อปี ดังนั้นจึงเสนอให้ยกเลิกหรือแก้ไขถูกระเบียบ 1,000

² ดูรายละเอียดเพิ่มเติมใน https://tdri.or.th/2020/10/economic-stimulus-by-regulatory-reform_press/

“กระบวนงาน” ซึ่งคาดว่าจะช่วยลดต้นทุนทางตรงและค่าเสียโอกาสของประชาชนและภาครัฐกิจได้ถึง 1.3 แสนล้านบาทต่อปี

กฎหมายหลายฉบับไม่ได้สร้างต้นทุนจากความไม่จำเป็น แต่สร้างจากตัวบทที่คลุมเครือ และการบังคับใช้อย่างเหวี่ยงแห สร้างภาระเกินสมควรแก่เหตุ ขอยกตัวอย่างการใช้กฎหมายสองฉบับ คือ ข้อห้ามโฆษณาตาม พ.ร.บ. ควบคุมเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ พ.ศ. 2551 (ขอเรียกง่าย ๆ ว่า “พ.ร.บ. เหล้า”) และการใช้กฎหมายคุกคามการแสดงออกของประชาชน และปิดกั้นเนื้อหาออนไลน์ ตาม พ.ร.บ. ว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2560 (“พ.ร.บ. คอมพิวเตอร์”) ซึ่งออกมาครั้งแรกในปี พ.ศ. 2550

พ.ร.บ. เหล้า มีเจตนาที่จะลดระดับการดื่มเหล้าของประชาชน และป้องกันไม่ให้วัยรุ่นที่ยังไม่บรรลุนิติภาวะกลายเป็นนักดื่มหน้าใหม่ ด้วยการจำกัดการเข้าถึงในหลากหลายวิธี เช่น การกำหนดเวลาขาย จำกัดอายุผู้ซื้อ ห้ามโฆษณา และห้ามขายในพื้นที่ที่รัฐกำหนด เป็นต้น

ถ้าใครอ่านกฎหมายฉบับนี้เร็วๆ อาจไม่เห็นความผิดปกติ เพราะเราก็รับรู้มานานว่าแทบทุกประเทศทั่วโลกมีการกำหนดอายุขั้นต่ำที่จะให้เยาวชนซื้อเหล้าได้ เนื่องจากมองว่าวัยรุ่นอาจยังควบคุมตัวเองได้ไม่ดีเท่าผู้ใหญ่ และมีงานวิจัยมากมายที่พบว่า เด็กที่ดื่มเหล้าตั้งแต่อายุน้อย มีโอกาสสูงกว่าคนอื่นที่จะติดเหล้าเมื่อโตเป็นผู้ใหญ่แล้ว และใครๆ ก็รู้ว่าการดื่มเหล้าเกินขนาดนั้นเป็นอันตรายต่อสุขภาพ อีกทั้งยังก่อให้เกิด “ต้นทุนทางอ้อม” ต่อสังคมหลายประการ ตั้งแต่ความเสียหายต่อชีวิตหรือทรัพย์สินจากการเมาแล้วขับ หรืออาชญากรรมประเภทอื่นๆ ที่ทำไปเพราะขาดสติ ตกอยู่ใต้อิทธิพลของแอลกอฮอล์

แต่ “ต้นทุน” ที่ก่อความเดือดร้อนเกินเหตุมาจากมาตรา 32³ ซึ่งระบุว่า “ห้ามมิให้ผู้ใดโฆษณาเครื่องดื่มแอลกอฮอล์หรือแสดงชื่อหรือเครื่องหมายของเครื่องดื่มแอลกอฮอล์อันเป็นการอวดอ้างสรรพคุณหรือชักจูงใจให้ผู้อื่นดื่ม โดยตรงหรือทางอ้อม”

เจตนาของมาตรานี้คือห้ามโฆษณาเหล้า แต่ปัญหาคือตัวบทเขียนชัดว่า “ผู้ใด” ก็อาจมีความผิดตามมาตรานี้ได้ ไม่เฉพาะแต่ผู้ผลิตหรือผู้ขาย ไม่จำเป็นต้องเป็นดารารหรือ “ผู้มีชื่อเสียง” ตามที่ผู้อำนวยการสำนักงานคณะกรรมการควบคุมเครื่องดื่มแอลกอฮอล์พยายามชี้แจง⁴ และการโฆษณาขวดหรือแก้วเหล้าก็ถูกตีความว่าเป็นการ “ชักจูงใจให้ผู้อื่นดื่ม” ได้ แลมกฎหมายเขียนว่า

³ ดูรายละเอียดเพิ่มเติมใน <https://mgronline.com/onlinesection/detail/9630000058607>

⁴ ดูรายละเอียดเพิ่มเติมใน <https://news.thaipbs.or.th/content/293553>

“ชักจูงใจ...โดยตรงหรือทางอ้อม” ซึ่งเอื้อให้ตีความได้อย่างกว้างขวาง การทำผิดมาตรานี้สำหรับคนทั่วไปมีโทษปรับ 50,000 บาท หรือจำคุก 1 ปี หรือทั้งจำทั้งปรับ โดยโทษปรับจะเพิ่มเป็น 500,000 บาท ถ้าเป็นผู้ผลิตหรือผู้นำเข้า

ผลลัพธ์ที่เกิดจากความคลุมเครือของกฎหมายข้อนี้ก็คือ มีผู้บริโภครายและผู้ผลิตหรือผู้ขายเหล่ารายเล็กรายน้อยที่ถูกจับและปรับตามมาตรานี้มากมาย มีผู้ประเมินว่าไม่ต่ำกว่า 500 คนทั่วประเทศ โดยเฉพาะในช่วงสถานการณ์แพร่ระบาดของเชื้อไวรัสโควิด-19 ที่ร้านเหล่าถูกสั่งปิดเป็นส่วนหนึ่งของมาตรการรัฐ ส่งผลให้ผู้ผลิตและผู้ขายจำนวนมากอาศัยช่องทางออนไลน์ในการขายแทน ผู้บริโภคหลายคนก็ครีမ်ครีမ်ใจอยากโพสภาพแก้วหรือขวดเหล้าบนสื่อโซเชียลก็โดนด้วย ส่วนใหญ่ถูกเรียกเข้ารับทราบข้อกล่าวหาที่สำนักงานคณะกรรมการควบคุมเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ กระทรวงสาธารณสุข จังหวัดนนทบุรี ต้องเสียเวลาและโอกาสในการทำมาหากินหลายคนที่อยู่ต่างจังหวัดยอมจ่ายค่าปรับ 50,000 บาท เพราะคิดสะระตะแล้วสรุปว่า “ไม่คุ้ม” ที่จะเสียเวลาเสียเงินในการเดินทางมารับข้อกล่าวหาที่นนทบุรี ถ้าคิดจะต่อสู้คดีก็ต้องจ้างทนายเสียค่าใช้จ่ายและเวลาไปต่อสู้อีกในชั้นศาลต่อไปอีก คนจำนวนมากจึงยอมจ่ายค่าปรับเพื่อให้เรื่อง ‘จบ’ ทั้งที่ไม่คิดว่าตัวเองทำอะไรผิด

มาตรา 32 ของ พ.ร.บ. เหล้า เป็นตัวอย่างอันดีที่ชี้ให้เห็นว่า กฎหมายที่เขียนอย่างคลุมเครือ เอื้อให้ใช้ดุลยพินิจได้อย่างกว้างขวางในทางที่ขัดต่อสามัญสำนึกนั้น นอกจากจะไม่สร้างความเชื่อมั่นให้กับประชาชน ทำให้คนจำนวนมากรู้สึกว้า “ไม่ยุติธรรม” ยังเปิดโอกาสให้เจ้าหน้าที่ฉวยโอกาสรีดไถคนเล็กคนน้อย ซ้ำเติมปัญหาคอร์รัปชันและความเหลื่อมล้ำในสังคมเข้าไปอีก

นอกจากความคลุมเครือของกฎหมายจะไม่ยุติธรรม จำกัดสิทธิเสรีภาพ “เกินสมควรแก่เหตุ” ยังทำให้การบังคับใช้กฎหมายขาดประสิทธิภาพ ห่างไกลจากคำว่า “ความคุ้มค่า” เนื่องจากรัฐต้องอุทิศทรัพยากรมากมายไปกับการสอดส่องดูแลการโพสต์ภาพออนไลน์ของคนทั้งประเทศ สุ่มเสี่ยงต่อการละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐาน โดยที่ไม่ชัดเจนว่าการจับคนที่โพสต์ภาพแก้วหรือขวดเหล้าเหล่านี้จะช่วยจำกัดการเข้าถึงเหล้าอันเป็นเจตนารมณ์ของกฎหมายได้จริงหรือไม่ เพียงใด ในเมื่อไม่ใช่โฆษณาที่บริษัทผู้ผลิตตั้งใจซื้อสื่อเผยแพร่ให้เข้าถึงคนจำนวนมาก

อีกตัวอย่างหนึ่งของกฎหมายที่มี “ต้นทุน” มหาศาลน่ากังขาเรื่องความ “คุ้มค่า” คือ พ.ร.บ. คอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 แก้ไข พ.ศ. 2560 เจตนารมณ์ของกฎหมายฉบับนี้อยู่ที่การปราบปรามอาชญากรรมคอมพิวเตอร์ ซึ่งหมายถึงการกระทำผิดต่อระบบในทางเทคนิค อย่างเช่น การแฮกเว็บหรือทำเว็บปลอมเพื่อหลอกเอาข้อมูลส่วนตัว (phishing) แต่กลายเป็นว่ากฎหมาย

ฉบับนี้ถูกใช้เป็นเครื่องมือปิดปากประชาชน ปิดกั้นการวิพากษ์วิจารณ์ผู้มีอำนาจตลอด 13 ปีที่ผ่านมา แนวโน้มล่าสุดที่น่าเป็นห่วงก็คือ ตั้งแต่ราวปี 2562 เป็นต้นมา กฎหมายฉบับนี้ถูกนำมาใช้ดำเนินคดีกับผู้ใช้นิตที่โพสต์พาดพิงสถาบันกษัตริย์ แทนที่มาตรา 112⁵

มาตรา 14(3) พ.ร.บ. คอมพิวเตอร์ บัญญัติว่า การนำเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ใดๆ อันเป็นความผิดเกี่ยวกับความมั่นคงแห่งราชอาณาจักรหรือความผิดเกี่ยวกับการก่อการร้ายตามประมวลกฎหมายอาญา ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินห้าปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ ซึ่งแปลว่าการดำเนินคดีในข้อนี้จะต้องทำควบคู่ไปกับการฟ้องว่าทำผิดประมวลกฎหมายอาญา เพราะฐานความผิดอยู่ในประมวลกฎหมายอาญา ไม่ได้อยู่ใน พ.ร.บ. คอมพิวเตอร์

อย่างไรก็ดี ตั้งแต่ปีกลาย มาตรา 14(3) ถูกตำรวจนำมาตั้งข้อกล่าวหากับผู้ใช้นิตที่โพสต์เกี่ยวกับสถาบันกษัตริย์เพียงข้อเดียว⁶ โดยไม่ตั้งข้อหาตามหมวดความมั่นคงหรือหมวดก่อการร้ายในประมวลกฎหมายอาญาประกอบด้วย ทำให้กลายเป็นว่ามาตรา 14(3) ถูกนำมาใช้แทนที่ข้อหาหมิ่นพระบรมเดชานุภาพหรือมาตรา 112 ทำให้เกิดคำถามทันทีว่า ตำรวจจะพิสูจน์ได้อย่างไรผู้ต้องหากระทำความผิดจริง ในเมื่อฐานความผิดอยู่ในกฎหมายอื่น แต่ตำรวจไม่ได้นำมาตั้งข้อกล่าวหาด้วย

ผลลัพธ์ของการใช้ มาตรา 14(3) พ.ร.บ. คอมพิวเตอร์ แทนมาตรา 112 ในประมวลกฎหมายอาญา ทำให้การพูดถึงสถาบันกษัตริย์เป็นเรื่องที่สุ่มเสี่ยงต่อการถูกแจ้งความดำเนินคดีมากกว่าเดิม เพราะถึงแม้มาตรา 112 จะมีปัญหามากมายตลอดมา รวมถึงการดำเนินคดีนอกตัวบทกฎหมาย อย่างน้อยก็ระบุฐานความผิด แต่มาตรา 14(3) พ.ร.บ. คอมพิวเตอร์ ไม่ระบุฐานความผิดใดๆ เลย ดังนั้นจึงไม่มีใครคาดเดาได้ล่วงหน้าว่าการพูดถึงสถาบันกษัตริย์แบบไหนผิด แบบไหนไม่ผิด แบบไหนบ้างที่จะเข้าข่าย “ความผิดเกี่ยวกับความมั่นคงแห่งราชอาณาจักร” ในสายตาของเจ้าหน้าที่

นอกจาก พ.ร.บ. คอมพิวเตอร์ จะถูกใช้คุกคามและปิดกั้นสิทธิเสรีภาพการแสดงออกแล้ว กฎหมายฉบับนี้ยังถูกใช้ “เซนเซอร์” หรือปิดกั้นการเข้าถึงเนื้อหาออนไลน์ของผู้ใช้นิตอย่างต่อเนื่องเช่นกัน ล่าสุดเมื่อต้นเดือนพฤศจิกายนที่ผ่านมา (2563) หลายท่านคงทราบข่าวที่กระทรวง

⁵ ดูรายละเอียดเพิ่มเติมใน <https://freedom.ilaw.or.th/node/793>

⁶ ดูรายละเอียดเพิ่มเติมใน <https://freedom.ilaw.or.th/node/793>

ดิจิทัลเพื่อเศรษฐกิจและสังคม (กระทรวงดีอี) ขอให้ศาลสั่งผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตทุกค่ายบล็อกเว็บไซต์ Pornhub⁷ จำนวนกว่า 191 URLs ผู้ให้บริการบางเจ้าเลือกปิดกั้นทั้งเว็บ แทนที่จะปิดกั้นเฉพาะ URLs ในคำสั่งศาล

“ต้นทุน” ของการเซนเซอร์มีทั้งทางตรงและทางอ้อม ต้นทุนทางตรงมีทั้งเงินงบประมาณที่ต้องเสียไปเพื่อการนี้ และค่าใช้จ่ายที่เพิ่มขึ้นของผู้ให้บริการ ประสบการณ์จากต่างประเทศ เช่น ออสเตรเลีย เชื่อว่าผู้ให้บริการมักจะส่งต่อค่าใช้จ่ายส่วนเพิ่มมายังผู้ใช้เน็ต ในรูปของการขึ้นค่าบริการทั้งในส่วนของการใช้จ่ายที่ใช้ในการปิดกั้นโดยตรง และค่าใช้จ่ายที่เกี่ยวข้อง เช่น ค่าใช้จ่ายพนักงานที่เพิ่มขึ้นจากการต้องคอยตอบข้อร้องเรียนของลูกค้าว่าเข้าถึงเนื้อหาไม่ได้

ต้นทุนทางตรงของการปิดกั้นเนื้อหาออนไลน์นั้นถึงที่สุดแล้วจึงเป็นภาระของประชาชนคนใช้เน็ต ทั้งในฐานะผู้เสียภาษี (เงินงบประมาณของกระทรวงดีอี) และในฐานะผู้บริโภค (ค่าใช้จ่ายที่เสียให้กับผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต)

ต้นทุนบางอย่างไม่อยู่ในรูปตัวเงินโดยตรง แต่ส่งผลกระทบต่อแรงจูงใจในการพัฒนาและการลงทุนทางเศรษฐกิจ เพราะในเมื่อสถาปัตยกรรมทางเทคโนโลยีของอินเทอร์เน็ตถูกออกแบบมาให้ส่งข้อมูลอย่างรวดเร็วและมีประสิทธิภาพสูงสุด ระบบจึงมองการปิดกั้นต่างๆ ว่าเป็น “อุปสรรค” ที่ต้องก้าวข้าม ด้วยเหตุนี้ การปิดกั้นทุกรูปแบบล้วนส่งผลให้ความเร็วของการเชื่อมต่อลดลงสำหรับผู้ใช้งาน *ทุกราย* ที่เป็นลูกค้าของผู้ให้บริการที่ปิดกั้นอินเทอร์เน็ต ไม่ใช่ชาวต่างชาติกลุ่มผู้ใช้เน็ตที่อยากดูเนื้อหาที่ถูกปิดกั้น

ประเทศที่หวั่นคุกคามผู้ใช้เน็ตและปิดกั้นอินเทอร์เน็ตบ่อยครั้ง จึงเป็นประเทศที่ไม่นำลงทุนเท่าไรนักสำหรับผู้ประกอบการและนักลงทุนด้านเทคโนโลยี ไม่ว่าจะรัฐจโหมประมาณไหนว่าเป็นประเทศ “4.0”

ต้นทุนทางเศรษฐกิจของการปิดกั้นอินเทอร์เน็ตว่าสูงแล้ว ต้นทุนทางสังคมอาจสูงยิ่งกว่า เพราะการได้เข้าถึงและแลกเปลี่ยนข้อมูลข่าวสารและความคิดเห็นที่หลากหลายคือหัวใจของการอภิปรายสาธารณะ และปัจจุบันไม่มีพื้นที่ใดที่จะมอบความหลากหลายนี้ได้มากกว่าโลกออนไลน์

ยิ่งรัฐปิดกั้นอินเทอร์เน็ต โอกาสและคุณภาพของการอภิปรายสาธารณะยิ่งถดถอย ความกังวลของภาครัฐต่อประเด็น “อ่อนไหว” อย่างสถาบันกษัตริย์ ซึ่งนำไปสู่การคุกคามและปิดกั้นรังแต่จะขัดขวางพัฒนาการของระบบภูมิคุ้มกันในสังคม การสรุปเอาเองว่าประชาชนจะถูก

⁷ ดูรายละเอียดเพิ่มเติมใน <https://prachatai.com/journal/2020/11/90276>

“ลอค” โดย “ข่าวปลอม” หรือเนื้อหาที่ไม่พึงปรารถนา จนรัฐต้องยื่นมือเข้ามาปิดกั้นไม่ให้เข้าถึง เท่ากับไม่เปิดโอกาสให้สังคมคิดได้ด้วยตัวเอง ความคิดนี้ขัดกับมโนทัศน์เรื่องภูมิคุ้มกันทางสังคมที่เชื่อว่า สังคมมีความสามารถที่จะแก้ไขตนเองได้ (self-correct) ผ่านการร่วมมือกัน การแลกเปลี่ยน ข้อมูลข่าวสารและความคิดเห็น

ด้วยเหตุนี้ ต้นทุนของการปิดกั้นการแสดงออกและการเซ็นเซอร์ จึงไม่ใช่แค่ขัดขวาง พัฒนาการของสังคม แต่ยังเป็นการพยายามทำลายระบบภูมิคุ้มกันทางสังคมโดยปริยาย และในระยะยาวจะทำให้คน “เคยตัว” คู่กันเคยกับการร้องหาผู้มีอำนาจ เมื่อไรก็ตามที่พวกเขารู้สึกไม่สบายใจกับการแสดงออกที่เห็นว่า “ไม่เหมาะสม” หรือ “จบบ้าง” แทนที่จะได้ฝึกความอดทนอดกลั้น ทำความเข้าใจผู้เห็นต่าง ถกเถียงกันบนฐานของข้อเท็จจริง เพราะถึงอย่างไรเราก็ต้องอยู่ร่วมสังคมเดียวกัน ไม่ว่าจะเห็นต่างกันขนาดไหนก็ตาม

การปิดกั้นอินเทอร์เน็ตนอกจากจะกีดขวางการพัฒนาคุณภาพของสังคมแล้ว ยังค่อนข้างไร้ประสิทธิผลด้วย เพราะสุดท้ายเจ้าของเนื้อหาสามารถย้ายไป URL อื่นได้ทันทีที่ถูกปิด เนื้อหา นั้นได้รับความนิยมยิ่งกว่าเดิมเพราะคนที่ไม่เคยเห็นก็จะอยากเข้าไปดู จึงก่อให้เกิดคำถามว่า หนึ่ง รัฐใช้มาตรการนี้เพื่อคุ้มครองประชาชน หรือเพื่อปกป้องผู้มีอำนาจจากการถูกวิพากษ์วิจารณ์ กันแน่ และสอง ในเมื่อการปิดกั้นไร้ประสิทธิผล แต่สังคมและรัฐก็ยังคงดำรงอยู่ต่อไปอย่างมั่นคงปลอดภัย ตกลงเนื้อหาที่พยายามปิดกั้นนั้นเป็น “อันตรายต่อความมั่นคง” ที่รัฐมักจะกล่าวอ้างได้อย่างไรกัน

ผู้มีเกียรติทุกท่าน ในเมื่อกฎหมายมีต้นทุนสูงมากทั้งทางตรงและทางอ้อม ต้นทุน บางอย่างเราอาจมองไม่เห็นหรือคาดไม่ถึง ดังตัวอย่างการใช้กฎหมายสองฉบับที่ได้กล่าวถึง ผู้ออกกฎหมายและผู้บังคับใช้กฎหมายจึงต้องใช้ความระมัดระวังรอบคอบอย่างยิ่ง กฎหมายอาจไม่ใช่เครื่องมือที่เหมาะสมที่สุดในการรับมือกับโจทย์ของสังคมทุกโจทย์ และเราจำเป็นจะต้อง “ตีโจทย์ ให้แตก” ก่อนที่จะคิดถึงกฎหมาย โดยเฉพาะในยุค “โลกพลิกผัน” ที่การเปลี่ยนแปลงเกิดขึ้นอย่างรวดเร็ว เต็มไปด้วยความผันผวนปรวนแปร ไม่แน่นอน ซับซ้อน และคลุมเครือ หรือที่เรียกว่า VUCA (volatile, uncertain, complex, ambiguous)

เมื่อตัดสินใจแล้วว่ากฎหมายเป็นเครื่องมือที่เหมาะสมกับโจทย์ ก็ควรมีการประเมินผลกระทบของกฎหมาย ประโยชน์เปรียบเทียบกับต้นทุนทั้งทางตรงและทางอ้อม ทั้งการคาดการณ์ผลกระทบก่อนออกกฎหมาย และการประเมินผลกระทบหลังจากที่ออกกฎหมายไปแล้ว

เพราะกฎหมายใดก็ตาม เมื่อถึงจุดหนึ่งปรากฏว่า “ได้ไม่คุ้มเสีย” ก็แปลว่ากฎหมายนั้นไม่คุ้มค่า ไม่ควรค่าแก่การใช้งานอีกต่อไป

มาตรา 77 ในรัฐธรรมนูญ 2560 กำหนดให้รัฐรับฟังความคิดเห็นของผู้เกี่ยวข้อง วิเคราะห์ผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากกฎหมายอย่างรอบด้านและเป็นระบบก่อนการตรากฎหมาย ทุกฉบับ ให้กำหนดหลักเกณฑ์การใช้ดุลยพินิจของเจ้าหน้าที่ให้ชัดเจน และให้มีการประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมายหลังจากที่ประกาศใช้แล้ว อาจเป็นจุดเริ่มต้นที่ดีของการมองกฎหมายในแง่มุมที่รอบด้านมากขึ้น แต่อย่างไรก็ตาม จนถึงปัจจุบันยังไม่ปรากฏว่ากลไกนี้ได้ถูกนำมาปฏิบัติจริงอย่างมีประสิทธิภาพมากนักน้อยเพียงใด

ผู้มีเกียรติทุกท่าน เราอาจถกเถียงกันได้ว่า กฎหมายที่ “ดี” ควรมีลักษณะอย่างไรบ้าง แต่กฎหมายที่ตัวบทคลุมเครือจนเปิดช่องให้ผู้ใช้อกฎหมายตีความและใช้ดุลยพินิจได้อย่างกว้างขวาง ซึ่งก็หมายถึงเปิดช่องให้เลือกปฏิบัติ เปิดช่องให้บุคลากรในกระบวนการยุติธรรมคอร์รัปชัน ริดไถประชาชนโดยการเลือกปฏิบัติ ย่อมไม่ใช่กฎหมายที่ “ดี” อย่างแน่นอน และกฎหมายแบบนี้ก็ย่อมเสี่ยงว่าจะไร้ประสิทธิผลด้วย

ความชัดเจนของตัวบทกฎหมายนั้นขาดไม่ได้เพราะส่งผลต่อการบังคับใช้กฎหมายอย่างเสมอภาค ยิ่งไม่ชัดเจนยิ่งยากที่จะบังคับใช้อย่างเสมอภาค เปรียบเสมือนการพยายามขับรถให้ไม่ออกนอกเส้นทางในวันที่ฝนตกหนักจนมองไม่เห็นถนนข้างหน้า ส่วนการบังคับใช้กฎหมายอย่างเสมอภาคนั้นก็สำคัญไม่แพ้กัน เพราะการใช้อย่างไม่เสมอภาคหรือเลือกปฏิบัติจะนำไปสู่ภาวะที่คนจำนวนมากไม่เคารพกฎหมาย

ที่แย่ไปกว่านั้นก็คือ ความไม่เสมอภาคในการบังคับใช้กฎหมายไม่ได้เกิดจากความคลุมเครือของตัวบทกฎหมายอย่างเดียว แต่ฝังลึกอยู่ใน *วิถีคิด* ของผู้ที่เขียนและใช้กฎหมายด้วย ในปาฐกถาพิเศษ ปวย อึ้งภากรณ์ ครั้งที่ 17 เรื่อง “นิติรัฐอภิสิทธิ์และราชชนดิธรรม ประวัติศาสตร์ ภูมิปัญญาของ Rule by Law แบบไทย”^๘ เมื่อวันที่ 9 มีนาคม 2563 ที่ผ่านมา อาจารย์ ธงชัย วินิจจะกุล พูดถึงความไม่เสมอภาคของการใช้กฎหมายตอนหนึ่งว่า

“เหตุผลที่ใช้อธิบายความไม่เสมอภาคกันเป็นประจำก็คือ ปัญหาอยู่ที่การบังคับใช้ เป็นความบกพร่องของบางคนที่ยังไม่ดีพอ เป็นกรณียกเว้นที่ตามปกติไม่เป็นเช่นนั้น แต่ความไม่เสมอภาคในสังคมไทยเป็นเรื่องทั่วไป พบได้

^๘ ดูรายละเอียดเพิ่มเติมใน <https://waymagazine.org/thongchai-winchakul-rule-by-law/>

เป็นปกติ แถมยังหนักหน่วงขึ้นในปัจจุบันอย่างเห็นได้ชัด เพราะอิทธิฤทธิ์ทางกฎหมายของบางคนบางกลุ่มบางชนชั้นกลายเป็นเรื่องไม่ต้องละอายอีกต่อไป อดทนโง่งมแจ่ม แก้วตัวน้ำขุ่นๆ แบบไม่ต้องเห็นหัวสาธารณชนก็บ่อย และถึงที่สุดคือออกกฎหมายให้อิทธิฤทธิ์แก่บางคนบางกลุ่ม ตามด้วยการเฉลิมฉลองอิทธิฤทธิ์เช่นนั้น ตอกย้ำอย่างชัดๆ โง่งมแจ่มว่าความไม่เสมอภาคทางกฎหมายนั้นเป็นไปตามกฎหมาย”

กล่าวโดยสรุป กฎหมายที่ถูกใช้อย่างไม่เสมอภาคอย่างโง่งมแจ่มมากขึ้นเรื่อยๆ ย่อมทำให้คนไม่เอากฎหมายนั้นมากขึ้นเรื่อยๆ เช่นกัน กฎหมายที่คนไม่เคารพยอมเป็นกฎหมายที่ไร้ความหมาย และเมื่อมองจากมุมของ “ความคุ้มค่า” ยิ่งคนไม่เคารพกฎหมายฉบับนั้นก็ยังมีต้นทุนสูงขึ้นเรื่อยๆ ในการบังคับใช้ จนถึงจุดหนึ่งก็จะกลบมูลค่าของประโยชน์ กระตุกให้คนย้อนถามถึงเจตนารมณ์ว่า กฎหมายฉบับนี้มีวัตถุประสงค์อะไรกันแน่

ในสถานการณ์การชุมนุมปัจจุบัน จากการรวบรวมข้อมูลของศูนย์ทนายความเพื่อสิทธิมนุษยชนพบว่า แกนนำและผู้ชุมนุมกว่า 175 คน⁹ ใน 18 จังหวัดทั่วประเทศ ถูกจับกุมระหว่างกลางเดือนกรกฎาคม ถึงกลางเดือนพฤศจิกายน 2563 ในจำนวนนี้ส่วนใหญ่คือ 134 คน ถูกแจ้งข้อหาว่าละเมิดข้อกำหนดตาม พ.ร.ก.ฉุกเฉิน ซึ่งออกมารับมือกับสถานการณ์การระบาดของโรคติดเชื้อไวรัสโคโรนา-19 ถึงแม้ว่ารัฐบาลจะอ้างตลอดมาแทบทุกครั้งที่ต้องอายุ พ.ร.ก.ฉุกเฉินว่า จะไม่มีการใช้เพื่อปิดกั้นการชุมนุมก็ตาม และจนถึงปัจจุบันก็ยังไม่ปรากฏว่า มีผู้ชุมนุมฝ่ายเชียร์รัฐบาลคนไหนถูกดำเนินคดีในข้อหานี้

เมื่อเกิดสถานการณ์ที่จู่ๆ คนนับแสนอาจตกเป็น “ผู้กระทำผิดกฎหมาย” เพียงเพราะใช้สิทธิขั้นพื้นฐานที่รัฐธรรมนูญให้การรับรอง ปัญหาที่ไม่น่าจะอยู่ที่คนเท่ากับอยู่ที่กฎหมายและผู้บังคับใช้กฎหมาย

ในสถานการณ์เช่นนี้ การท่องซ้ำๆ ว่า “ทุกอย่างเป็นไปตามกฎหมาย” ยิ่งไร้ความหมาย วันนี้สังคมไทยไม่ได้อยู่ในยุคมืด ยุคที่คนยังเชื่อว่าโลกแบน ยุคก่อนวิทยาศาสตร์ที่คนเชื่อในความศักดิ์สิทธิ์ของสถาบันใดก็ตามเพียงเพราะถูกสอนมาว่าศักดิ์สิทธิ์ ห้ามตั้งคำถาม วันนี้ไม่มีกฎหมายใดศักดิ์สิทธิ์เพราะคนถูกสอนสั่งให้ก้มหน้าก้มตาเคารพกฎหมาย แต่เป็นเพราะคนเห็นว่า

⁹ ดูรายละเอียดเพิ่มเติมใน <https://tlhr2014.com/?p=23163>

เนื้อหาควรค่าแก่การเคารพ จึงตัดสินใจที่จะเคารพ เมื่อเคารพกันมากๆ จึงจะเกิดเป็นความศักดิ์สิทธิ์ขึ้นมาได้

หลุยส์ แบรินโดส์ อดีตตุลาการศาลสูงอเมริกันต้นศตวรรษที่ 20 ผู้โด่งดังจากการใช้กฎหมายเป็นเครื่องมือผลักดันความยุติธรรมทางสังคม อย่างเช่นประเด็นสภาพแวดล้อมในการทำงาน และความเป็นธรรมของธุรกิจธนาคารและประกัน เคยกล่าววาพะอมตะไว้ว่า

“ถ้าเราอยากให้คนเคารพกฎหมาย ก่อนอื่นเราต้องทำให้กฎหมายน่าเคารพ” (If we desire respect for the law, we must first make the law respectable.)

“การปกครองของกฎหมาย”

ผู้มีเกียรติทุกท่าน เวลาที่เราพูดถึงการใช้กฎหมาย เราก็มักจะพูดคำว่า นิติรัฐ นิติธรรมควบคู่ไปด้วย แต่อาจารย์ ธงชัย วินิจจะกุล ในปาฐกถาพิเศษที่กล่าวถึงไปแล้ว เสนออย่างน่าคิดอย่างยิ่งว่า rule of law หรือนิติรัฐ นิติธรรมแบบสากล (ซึ่งอาจารย์เสนอว่าให้ใช้คำว่า “การปกครองของกฎหมาย” อย่างตรงไปตรงมา แทนที่คำสองคำนี้) ไม่เพียงแต่ตกต่ำลงมากในไทยเท่านั้น แต่แท้จริง “ไม่เคยมีอยู่เลย” ด้วยซ้ำไป

อาจารย์ธงชัยเสนอว่า สังคมไทยไม่เคยมีนิติรัฐ นิติธรรม มีแต่ “นิติรัฐอภิสิทธิ์” ซึ่ง “มีความโน้มเอียงที่จะให้อภิสิทธิ์แก่ฝ่ายบริหาร ตุลาการซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของระบบราชการ แทนที่จะมีบทบาทตรวจสอบอำนาจของรัฐบาล... ฝ่ายกฎหมายในระบบราชการก็เป็นผู้รับใช้รัฐ ยิ่งการเรียนนิติศาสตร์เป็นแบบท่องจำ จึงขาดการฝึกฝนวิจารณ์อย่างที่เป็นอิสระ กล่าวโดยรวม ระบบกระบวนการยุติธรรมและตุลาการของไทยมีท่าทีเป็นผู้รับใช้รัฐ และทั้งหมดรับใช้สถาบันกษัตริย์ซึ่งเป็นศูนย์กลางของคนในชาติ”

ระดับนิติรัฐในไทยดีหรือแย่นานาไหนเมื่อเทียบกับนานาชาติ เราอาจดูจาก “ดัชนีนิติรัฐ” (Rule of Law Index) ดัชนีที่มีการประเมินผลรายปีโดยโครงการความยุติธรรมโลกหรือ World Justice Project (WJP) ประกอบด้วยตัวชี้วัด 44 ตัว ใน 8 หมวด ได้แก่ กลไกจำกัดอำนาจของรัฐ, การปลอดคอร์รัปชัน, การมีรัฐเปิด (open government), สิทธิขั้นพื้นฐาน, ความสงบเรียบร้อยและความมั่นคง, การบังคับใช้กฎหมาย, กระบวนการยุติธรรมทางแพ่ง และกระบวนการยุติธรรมทางอาญา

ดัชนีชี้วัดนี้ประมวลผลจากการสำรวจความคิดเห็นประชาชนกว่า 130,000 คริวเรือน และผู้เชี่ยวชาญด้านกฎหมาย 4,000 คนทั่วโลก โดยผลการประเมินล่าสุดคือปี ค.ศ. 2020¹⁰ ประเทศไทยอยู่อันดับที่ 71 จาก 128 ประเทศ หมวดที่ไทยได้คะแนนมากที่สุด คือ ความสงบเรียบร้อยและความมั่นคง (order and security) โดยได้คะแนน 0.71 จากคะแนนเต็ม 1.00 ส่วนหมวดที่ได้คะแนนน้อยที่สุดคือ กระบวนการยุติธรรมทางอาญา ได้ 0.43 คะแนน

เมื่อซูมลงมาดูระดับตัวชี้วัด ตัวชี้วัดที่ไทยได้คะแนนสูงที่สุดสามอันดับแรก ได้แก่

- “ความขัดแย้งของพลเรือนถูกจำกัดอย่างมีประสิทธิภาพ” ได้ 0.83 คะแนน
- “อาชญากรรมถูกควบคุมอย่างมีประสิทธิภาพ” ได้ 0.80 คะแนน
- “ผู้ที่ทำงานฝ่ายตุลาการไม่ใช้ตำแหน่งเพื่อแสวงประโยชน์ส่วนตัว” ได้ 0.71 คะแนน

ส่วนตัวชี้วัดที่ไทยได้คะแนนน้อยที่สุดสามอันดับแรก มีทั้งหมดห้าตัวชี้วัดเพราะมีสองคู่ที่ได้คะแนนเท่ากัน ได้แก่

- “กระบวนการยุติธรรมทางแพ่งไม่ล่าช้าอย่างไม่สมเหตุสมผล” ได้ 0.26 คะแนน
- “สมาชิกสภานิติบัญญัติไม่ใช้ตำแหน่งของรัฐเพื่อประโยชน์ส่วนตัว” ได้ 0.30 คะแนน
- “ระบบเรือนจำและทัณฑสถานสามารถลดพฤติกรรมก่ออาชญากรรมได้อย่างมีประสิทธิภาพ” ได้ 0.30 คะแนนเท่ากัน
- “กระบวนการยุติธรรมทางอาญาเป็นกลาง” ได้ 0.32 คะแนน
- “การเคารพหลักสุจริตกระบวนการในการทำงานด้านบริหาร” (due process) ได้ 0.32

คะแนนเท่ากัน

ข้อมูลนี้บอกเราว่า ประเทศไทยควบคุมอาชญากรรมได้ค่อนข้างดี ตุลาการโดยรวมมีภาพลักษณ์ค่อนข้างดีว่าไม่ใช้ตำแหน่งเพื่อแสวงประโยชน์ส่วนตัว แต่จุดอ่อนที่อ่อนที่สุดคือ ระบบเรือนจำขาดประสิทธิภาพ (ตรงนี้ควรเสริมว่า ประเทศไทยมีสัดส่วนนักโทษ 516 คน ต่อประชากร 100,000 คน สูงเป็นอันดับ 5 ของโลก¹¹) กระบวนการยุติธรรมทางแพ่งล่าช้าอย่างไม่สมเหตุสมผล สมาชิกสภานิติบัญญัติถูกตั้งคำถามว่าใช้ตำแหน่งเพื่อประโยชน์ส่วนตัว กระบวนการยุติธรรมทาง

¹⁰ ดูรายละเอียดเพิ่มเติมใน <https://worldjusticeproject.org/rule-of-law-index/country/2020/Thailand/>

¹¹ ดูรายละเอียดเพิ่มเติมใน https://www.prisonstudies.org/highest-to-lowest/prison_population_rate?field_region_taxonomy_tid=All

อาญาอุทมองว่าไม่เป็นกลาง และเจ้าหน้าที่รัฐมักไม่แยแสต่อหลักคุณนิติกระบวนการหรือ due process

แรงจูงใจของตุลาการ และกฎหมายในโลกพลิกผัน

คำถามที่น่าสนใจคือ ภาวะ “นิติรัฐอภิสิทธิ์” ในคำพูดของอาจารย์ธงชัยนั้นดำรงอยู่มาช้านานได้อย่างไร ในเมื่อกระบวนการยุติธรรมเต็มไปด้วยคนเก่งๆ มากมาย ตุลาการหลายท่านที่ได้อัจฉริยะก็เป็นผู้ที่มีความคิดความอ่านกว้างไกล มีความปรารถนาแรงกล้าที่จะเห็นการปกครองของกฎหมายอยากเห็นการใช้กฎหมายอย่างเสมอภาคในทางที่อำนวยความยุติธรรมและขับเคลื่อนสังคมไปข้างหน้า มิใช่ในทางที่มุ่งรักษาอำนาจของชนชั้นนำ ส่วนตัวไม่คิดว่ามีความเชี่ยวชาญหรือสติปัญญามากพอที่จะตอบคำถามนี้ได้ แต่คิดว่าส่วนหนึ่งของคำตอบอยู่ใน *แรงจูงใจที่ผิดเพี้ยน* ในระบบตุลาการ ซึ่งมีรากมาจากความเป็นอิสระในแง่ลบ นั่นคือ อิสระจากการตรวจสอบและการรับผิดชอบต่อสาธารณะ

คดีละเมิดอำนาจศาลเมื่อปีกลาย (2562) ซึ่งตัวเองเป็นผู้ถูกกล่าวหาพร้อมกับบรรณาธิการหนังสือพิมพ์ *กรุงเทพธุรกิจ* จบลงด้วยการที่ศาลตัดสินให้ยุติดำเนินคดี หลังจากที่ได้เขียนแถลงการณ์ขอโทษที่ใช้ถ้อยคำไม่เหมาะสมในบทความวิจารณ์คำวินิจฉัยของศาลฎีกาแผนกคดีเลือกตั้ง

(อนึ่ง เอกสารทั้งหมดที่เกี่ยวข้องกับคดีนี้ ตั้งแต่หมายเรียก คำให้การ รายงานกระบวนการพิจารณาของศาลฎีกาทุกนัดสามารถดาวน์โหลดได้ที่¹²)

ในคำให้การ ได้ให้เหตุผลที่ปฏิเสธข้อกล่าวหาในคดีนี้ว่า คดีหุ้หนังสือของผู้สมัคร ส.ส. ที่เขียนบทความวิจารณ์นั้นมีคำพิพากษาถึงที่สุดไปแล้วกว่าสองเดือนก่อนที่บทความจะได้รับการตีพิมพ์ การวิพากษ์วิจารณ์หรือติชมใดๆ จึงย่อมสามารถกระทำได้ ไม่เข้าข่ายความผิดฐานละเมิดอำนาจศาล ซึ่ง มาตรา 32(2) แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ระบุชัดเจนว่าจะเป็นความผิดก็ต่อเมื่อการเผยแพร่เนื้อหานั้นเกิดขึ้นในช่วงเวลาก่อนที่ศาลจะมีคำพิพากษาเป็นที่สุดเท่านั้น

การที่ผู้กล่าวหาอ้างว่าบทความดังกล่าวจะมีอิทธิพลเหนือนิติความรู้สึกของประชาชนในระหว่างการพิจารณาคดีที่มีลักษณะคล้ายกันในอนาคต จึงเป็นการขยายความที่เกินเลยจากตัวบท

¹² ดูรายละเอียดเพิ่มเติมใน www.scribd.com/document/432611873/เอกสารเกี่ยวกับคดีละเมิดอำนาจศาล

กฎหมาย และถ้าหากศาลรับรองการขยายความเช่นนี้ การวิพากษ์วิจารณ์คำตัดสินของศาลโดยใครก็ตามในอนาคต ก็ย่อมเสี่ยงที่จะเข้าข่ายละเมิดอำนาจศาลได้ทุกเมื่อ ทั้งที่เจตนาธรรมณ์ของมาตรานี้มีไว้เพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยในระหว่างการพิจารณาคดีเท่านั้น

ดังนั้น จึงนับว่าตีกับทุกฝ่ายที่องค์คณะของศาลฎีกาตัดสินให้ยุติการดำเนินคดี การออกแถลงการณ์ขอโทษที่ใช้คำไม่เหมาะสมเป็นการแสดงความสำนึกใน “การกระทำที่ผิดพลาด” มิใช่การยอมรับว่า “ทำผิดกฎหมาย” อย่างไรก็ดี การที่กรณีนี้ซึ่งไม่ควรเป็นคดีกลับกลายเป็นคดีขึ้นมา กระบวนการทุกอย่างเริ่มต้นและสิ้นสุดลงที่ศาลฎีกาศาลเดียว ศาลฎีกาเป็นทั้งคู่ความและแต่งตั้งองค์คณะมาพิจารณาคดี ถึงแม้จะไม่ใช่ว่าแผนกเดียวกัน ข้อเท็จจริงเหล่านี้ทำให้หม่อมว่า กลไกการตรวจสอบภายในของศาลน่าจะมีปัญหา และศาลน่าจะยังไม่ให้ความสำคัญกับ *กลไกการรับผิดชอบ (accountability)* ระดับตุลาการและระดับองค์กรมากพอ ไม่เช่นนั้นกรณีนี้ไม่น่าจะผ่านกระบวนการพิจารณาภายในองค์กรจนมาถึงขั้นเป็นคดีความได้

ผู้เชี่ยวชาญด้านกฎหมายที่เคารพท่านหนึ่งเคยเล่าให้ฟังว่า หลายคดีไม่ได้ใช้หลัก civil law หรือ common law เท่ากับ dictionary law คือเปิดพจนานุกรมมาหาวิธีตีความตัวบทให้เป็นไปตาม “ธง” ที่ตั้งไว้แล้วล่วงหน้า แทนที่จะตัดสินไปตามเนื้อผ้า ว่ากันด้วยหลักฐานและหลักการทางกฎหมาย

เมื่อดูคำตัดสินหลายคดีแล้วก็เห็นตามนั้น เพราะไม่เช่นนั้นเราคงไม่ได้เห็นกรณีอย่างเช่น คำวินิจฉัยว่าหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติ (คสช.) ที่ยึดอำนาจรัฐและรับเงินเดือนจากภาษีประชาชน “ไม่ใช่เจ้าหน้าที่รัฐ” แคมเนติบริกรขาประจำยังชี้แจงให้เข้าไปอีกว่า เป็น “เจ้าพนักงาน”¹³ ไม่ใช่ “เจ้าหน้าที่รัฐ” เราคงไม่ได้เห็นการตีความว่า ‘นาฬิกาอิมเพื่อน’ เป็นการยืมทรัพย์สินคงรูป ไม่ต้องแสดงในบัญชีทรัพย์สินและหนี้สิน เปิดช่องให้หนักการเมืองอ้างว่าอิมบ้าน อิมรถ อิมทรัพย์สินสมบัติต่างๆ ได้อย่างง่ายดาย และเราคงไม่ได้เห็นคำตัดสินในคดีอาญาว่าจำเลยผิดเพียงเพราะ “มีข้อพิรุณ” หรือการกระทำบางอย่าง “ผิดวิสัย” ซึ่งไม่น่าจะเป็นไปตามหลักการ “พิสูจน์จนสิ้นสงสัยตามสมควร” (beyond reasonable doubt) ใน ป.วิอาญา มาตรา 227 ที่ว่า เมื่อมีความสงสัยตามสมควรว่าจำเลยได้กระทำความผิดหรือไม่ ให้ศาลยกประโยชน์แห่งความสงสัยนั้นให้จำเลย

การใช้ dictionary law ดำรงอยู่ได้ส่วนหนึ่งอาจเป็นเพราะศาลไม่ต้องมีความรับผิดชอบใดๆ ต่อคำวินิจฉัยของตนเอง และจุดหมายปลายทางของอาชีพตุลาการก็มองเห็นได้ลางๆ ล่วงหน้านาน

¹³ ดูรายละเอียดเพิ่มเติมใน <https://www.posttoday.com/politic/news/595959>

หลายทศวรรษในผลสอบตุลาการ ผู้พิพากษาหลายท่านเล่าให้ฟังว่า รู้ตัวจากผลสอบว่าสุดท้ายจะได้ตำแหน่งสูงสุดอะไร มองเห็นอนาคตของตัวเองในอีกหลายสิบปีข้างหน้า ถ้าสอบได้ที่หนึ่งของรุ่นก็ค่อนข้างแน่ใจได้ว่าวันหนึ่งจะเป็นประธานศาลฎีกา

ระบบที่จุดหมายปลายทางของวิชาชีพถูกกำหนดไว้แล้วอย่างค่อนข้างแน่นอนล่วงหน้า เช่นนี้มีข้อดีตรงที่ลดการแทรกแซงจากภาคการเมือง แต่ข้อเสียก็คือทำให้ผู้พิพากษาขาดแรงจูงใจที่จะใส่ใจใน “คุณภาพ” ของคำตัดสินและกระบวนการพิจารณาคดีอย่างจริงจัง เพราะคุณภาพของคำตัดสินมิได้ถูกใช้เป็นตัวชี้วัดผลงาน (key performance indicator: KPI) ในการเลื่อนตำแหน่ง ขณะเดียวกันก็ต้องใส่ใจกับทัศนคติของ “ผู้ใหญ่” ที่สามารถให้คุณให้โทษในอาชีพการงาน โดยเฉพาะคณะกรรมการตุลาการศาลยุติธรรม

ลองคิดว่าถ้าหากเราผู้ตัวล่วงหน้าสิบปีว่าจะได้เป็นประธานบริษัทอย่างค่อนข้างแน่นอน เพียงเพราะทำข้อสอบตอนเข้าบริษัทได้เป็นที่หนึ่งในช่วงเวลายี่สิบปีนั้นเราจะอยากขยันทำงานใส่ใจกับคุณภาพของงานที่ทำ กล้าบอกเจ้านายเมื่อเห็นความไม่ชอบมาพากลในบริษัท หรือว่าเราอยากเก็บเนื้อเก็บตัว อยู่ในคอมฟอร์ตโซนของตัวเอง พบเห็นอะไรไม่ถูกต้องก็ไม่ปรึกษาเพราะกลัวจะกระทบกับโอกาสการเป็นประธานบริษัทในอนาคต เราอาจจะอยากหาทางเลี้ยวขาเก้าอี้คู่แข่งที่เข้าบริษัทมาพร้อมกันและสอบได้ที่หนึ่งเหมือนกัน ด้วยการหาเรื่องฟ้อง “ผู้ใหญ่” ว่าเขาหรือเธอทำผิดระเบียบของบริษัท

“ความเป็นอิสระ” ที่สถาบันตุลาการภาคภูมิใจจึงมิใช่คุณงามความดีไร้ที่ติ ด้อย่างสมบูรณ์ในตัวมันเอง แต่ต้องอยู่ในระดับที่พอเหมาะเท่านั้นจึงจะเกิดประโยชน์ ความเป็นอิสระอย่างสิ้นเชิงจากกลไกตรวจสอบและกลไกรับผิดชอบส่งผลให้แรงจูงใจของตุลาการผิดเพี้ยน ไม่ยึดโยงใดๆ กับประชาชนทั้งที่คำตัดสินส่งผลกระทบต่อประชาชน สุ่มเสี่ยงที่จะใช้ดุลยพินิจตามอำเภอใจหรือตาม “ธง” ที่ถูกส่งมาจากเบื้องบน มากกว่าหลักการทางกฎหมาย และสุดท้ายคำตัดสินของศาลก็อาจเป็นส่วนหนึ่งที่ตอกตรึงความยุติธรรมในสังคม แทนที่จะช่วยอำนวยความสะดวก ยังมีพักต้องพูดถึงการขับเคลื่อนสังคมไปข้างหน้า

นอกจากนี้ การธำรงไว้ซึ่งความเป็นอิสระไม่จำเป็นต้องแปลว่าตุลาการจะต้องปิดตัวเองออกจากโลกภายนอก ไม่รับฟังเสียงวิพากษ์วิจารณ์และข้อเสนอแนะของประชาชน เพราะยิ่งโลกพลิกผันเปลี่ยนแปลงเร็วเพียงใด ตุลาการและนักกฎหมายก็ต้องฟังเสียงประชาชน โดยเฉพาะเรื่องความกังวลและผลกระทบของกฎหมาย ความคาดหวังของประชาชนต่อองค์การต่างๆ ของกระบวนการยุติธรรม และเปิดช่องทางให้ประชาชนมีส่วนร่วมกับกระบวนการยุติธรรมมากขึ้น

ยกตัวอย่างเช่น ศาลอาจเชื่อเชิญให้ประชาชนมีส่วนร่วมในการกำหนดแนวทางพิพากษา หรือ “อีต็อก” ของศาล ดังตัวอย่างในประเทศอังกฤษ และเปิดเผยอีตอกนั้นต่อสาธารณะ

ผู้มีเกียรติทุกท่าน ดุลยพินิจของตุลาการในคดีหลายประเภทอาจเป็นเรื่องจำเป็น แต่ดุลยพินิจก็ควรตั้งอยู่บนหลักเกณฑ์ที่ชัดเจนแน่นอน ความชัดเจนนั้นส่วนหนึ่งมาจากการใช้เหตุผลของตุลาการ อีกส่วนมาจากความชัดเจนของตัวบทตั้งที่ได้กล่าวไปก่อนหน้านี้ ยิ่งเราเข้าสู่ยุคที่เทคโนโลยีบิกดาต้า ปัญญาประดิษฐ์ (artificial intelligence: AI) และสัญญาอัจฉริยะหรือสมาร์ตคอนแทรคต์ (smart contracts คือการนำเงื่อนไขในสัญญามาเขียนเป็นโค้ดคอมพิวเตอร์ บังคับใช้โดยคอมพิวเตอร์โดยไม่ต้องมีมนุษย์) เริ่มเข้ามามีบทบาทในกระบวนการยุติธรรมต่างประเทศและอีกไม่ช้าก็จะมาถึงกระบวนการยุติธรรมไทย

เราจึงต้องเร่งปรับปรุงโครงสร้างแรงจูงใจของตุลาการให้สอดคล้องกับคุณภาพของงานที่ทำ พัฒนาแนวทางตัดสินคดีต่างๆ ที่ชัดเจนและใช้เป็นมาตรฐานเดียวกันได้ทุกศาล เพราะบิกดาต้า ปัญญาประดิษฐ์ และสัญญาอัจฉริยะล้วนไม่สามารถทำงานได้หากปราศจากข้อมูลที่ถูกต้องและหลักเกณฑ์ที่ชัดเจนแน่นอน ยังไม่นับว่าเราต้องระวังไม่ให้เทคโนโลยีเหล่านี้ผลิตข้อคดีและการเลือกปฏิบัติที่ผ่านมา ซึ่งก็แปลว่าเราต้องมีวิธีบันทึกคดีและการเลือกปฏิบัติเหล่านั้นก่อน รวมถึงติดตามผลกระทบของกฎหมายต่อชีวิตของปัจเจกและสังคมอย่างเป็นระบบ

กล่าวโดยสรุปแล้ว การมองกฎหมายในโลกพลิกผันในด้านหนึ่งเรียกร้องให้เราหวนคืนสู่หลักการพื้นฐานของกฎหมาย อีกด้านหนึ่งก็เรียกร้องให้เราองกฎหมายอย่างรอบด้านมากขึ้น มองผลกระทบของกฎหมายต่อสังคม ประเมินความคุ้มค่าในแง่ต้นทุนเทียบกับประโยชน์ ทบทวนอย่างสม่ำเสมอว่ากฎหมายยังจำเป็นและเหมาะสมกับสังคมอยู่หรือไม่ รวมถึงต้องเปิดช่องให้ประชาชนมีส่วนร่วมในกระบวนการยุติธรรมมากขึ้น คิดค้นนวัตกรรมใหม่ๆ ที่กระจายอำนาจในการเขียนและบังคับใช้กฎหมาย หลายนานาจากชุดของนักกฎหมายและนิติศาสตร์ เพื่อให้กระบวนการยุติธรรมเป็นของประชาชนและทำงานเพื่อประชาชนอย่างแท้จริง

ทั้งหมดนี้เพื่อผลักดันการเปลี่ยนผ่านไปสู่สังคมที่มีการปกครองของกฎหมายหรือ rule of law ไม่ใช่สังคมที่ยังรัฐออกและอ้างกฎหมาย ความเหลื่อมล้ำยิ่งถ่างกว้าง สังคมยิ่งถอยห่างจากความยุติธรรมออกไปทุกขณะ