

พรมแดนความรู้เรื่อง Legal Pluralism¹

ศ.ดร.อาพันธ์ กาญจนพันธุ์*

เกริ่นนำ

เมื่อได้รับเชิญให้มาพูดเรื่อง Legal Pluralism ผมได้หันมาทบทวนตัวเองว่าเรารู้เรื่องนี้จริงหรือเปล่า ผมนึกย้อนกลับไปเมื่อเกือบ 20 ปีก่อน ซึ่งได้เคยไปวิจัยในช่วงเวลาดังกล่าวที่มีการเร่งรัดในการออกโฉนดที่ดิน แล้วได้ไปประเมินดูว่าโครงการเร่งรัดออกโฉนดที่ดินในช่วงปี พ.ศ. 2526-27 ซึ่งผมได้ไปทำวิจัยในปี พ.ศ. 2530 ว่าการออกโฉนดดังกล่าวมีผลกระทบอย่างไรบ้าง

ถ้ามองอย่างผิวเผินการออกโฉนดที่ดินมันน่าจะดี ไม่น่าจะมีผลกระทบอะไร อันนี้เป็นการมองดูแบบธรรมดาๆ แต่หลังจากไปศึกษาก็พบว่าที่ผมนึกว่า

* อาจารย์ประจำภาควิชาสังคมวิทยาและมานุษยวิทยา คณะสังคมศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่

¹ ปาฐกถานี้เป็นส่วนหนึ่งของกิจกรรมวิชาการในโอกาสครบรอบ 40 ปี ภาควิชารัฐศาสตร์ คณะสังคมศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่ วันที่ 17 มิถุนายน 2548 เวลา 9.00 - 12.30 น. ณ ห้องประชุมอาคารปฏิบัติการชั้น 4 คณะสังคมศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่โดยความร่วมมือของสาขารัฐศาสตร์และสาขานิติศาสตร์

การออกเอนด์แล้วคิดว่ามันจะดี มันก็มีปัญหามากมายเกี่ยวกับความขัดแย้ง เพราะเป็นการยึดเยียดเอาความคิดเรื่อง “สมบัติส่วนตัว” ใส่เข้าไปในชุมชน ซึ่งเขาไม่รู้ว่าอันนี้แปลว่าอะไร “ส่วนตัว” “ส่วนรวม” มันมีว่ ๆ กันอยู่ในนั้น คือบางคนก็ชอบสำหรับคนที่จะได้ประโยชน์ คนไม่ชอบก็มี คือไม่ใช่มีอะไรที่อัตโนมัติสำหรับสิ่งที่คนนอกไปใส่ให้เขา

พอผมวิจัยเสร็จอีกไม่กี่ปีถัดมา ทางสมาคมกฎหมายและสังคมของสหรัฐอเมริกา (Law and Society Association) ซึ่งมี Prof. David Engel อยู่ที่ State University of New York at Buffalo (UB) ได้มาจัดประชุมที่เชียงใหม่ แล้วได้มาเชิญให้ผมไปพูดด้วย ปรากฏว่าทางนั้นก็เกิดติดใจว่าอันนี้ใช่เลยว่ เกี่ยวข้องกับ law and society เสร็จแล้วได้นำเอาเรื่องที่ผมพูดจากงานวิจัยไปตีพิมพ์ในวารสาร *Law and Society Review* ²

อีก 7-8 ปีต่อมา ได้มีการประชุมเรื่อง Legal Pluralism ขึ้นที่ซาราวัค ก็มีการเชิญผมไปพูดอีก พอดีตอนนั้นผมได้วิจัยเรื่องป่าชุมชน แล้วก็พยายามจะผลักดันเรื่องป่าชุมชน ซึ่งในช่วงนั้นรัฐพยายามนิยามว่าป่าเป็นของรัฐ ขณะเดียวกันก็มีปัญหาว่านอกจากนิยามป่าเป็นของรัฐแล้ว ก็ให้เอกชนไปใช้ประโยชน์ แต่พอเราจะทำเรื่องป่าโดยให้ชุมชนมีส่วนร่วมกลับทำไม่ได้

อันนี้ผมก็งง ๆ ว่าเป็นยังไงกันแน่ เพราะว่าตอนนิยามป่าว่าเป็นของรัฐ แต่ปรากฏว่าให้เอกชนใช้ทำประโยชน์ได้ พอชุมชนจะขอใช้บ้างกลับบอกว่าไม่ได้ อันนี้ก็เกิดปัญหาขึ้นมา ผมจึงคิดว่าเรื่อง Legal Pluralism น่าจะเกี่ยวข้องกัน เพราะมันเป็นเรื่องที่ว่ากฎหมายที่เราได้อยู่เป็นระบบเชิงเดี่ยว ดังนั้น กฎหมายป่าชุมชนน่าจะเป็นวิธีการที่นำเอาหลักการเชิงซ้อนหลายอย่าง มาร่วมกันอยู่ในพื้นที่เดียวกันซึ่งน่าจะเป็นไปได้ ก็เลยตั้งใจไปสำรวจดูเอกสารต่างๆ ที่เขาเขียนเกี่ยวกับเรื่องนี้

² Anan Ganjanapan, “The Northern Thai Land Tenure System: Local Customs versus National Laws,” *Law and Society Review* 28: 3 (1994) p.609-622.

สำรวจไปสำรวจมาก็พบว่าในโลกนี้เขามีทั้ง Journal มีทั้งสมาคม ซึ่งในอเมริกาอาจจะเรียกว่า Law and Society Association แต่ในยุโรปเขาจะเรียกว่าเป็น Commission on Folk Law and Legal Pluralism ซึ่งจัดตั้งขึ้นในปี ค.ศ. 1970 ประมาณ 30 กว่าปีมานี้ และในยุโรปก็ทำ วารสารออกมาชื่อว่า *Journal of Legal Pluralism* ผมก็ไปพยายามหามาอ่านดู เพื่อให้ทราบว่ามี การพูดถึงเรื่องอะไรกันไว้บ้างแล้วก็พบว่า มีเรื่องที่น่าสนใจหลายอย่างซึ่งน่าจะเป็นประโยชน์ต่อการนำมาใช้สร้างข้อถกเถียงใหม่ ๆ ในสังคมไทยในเรื่องของกฎหมาย ทั้ง ๆ ที่ผมเองไม่ค่อยจะมีภูมิหลังทางกฎหมายเท่าไร แต่ก็มีบ้างเพราะตอนเรียนปริญญาตรี ผมเรียนรัฐศาสตร์ก็ได้เรียนกฎหมายมาบ้างแต่ไม่มากเท่าคนที่เรียนกฎหมายมาโดยตรง

เมื่อลองหันมามองดูทางด้านมานุษยวิทยาเอง ก็มีคนศึกษาเรื่องของมานุษยวิทยาทางกฎหมายซึ่งเขาก็ทำกันมานานแล้ว และต่อมาเมื่อ 3 ปีมานี้ราว ค.ศ. 2002 ก็มีการจัดประชุมเรียกว่า International Congress of Legal Pluralism ขึ้นที่เชียงใหม่เอง ซึ่งมีบรรดาปรมาจารย์จำนวนมากได้มาประชุมกันที่นี่หมด อาจารย์ทางกฎหมายของเราที่ไปฟังกันพอสมควร แสดงว่าเชียงใหม่ของเรา ก็มีอะไรเกี่ยวข้องกับเรื่องดังกล่าวมากพอสมควร อันนี้ก็คือความเป็นมาที่ผมมาเกี่ยวข้องอยู่

แต่ผมก็ยังไม่ค่อยเข้าใจ Legal Pluralism อยู่ดี อย่างไรก็ตามก็เคยเขียนเกี่ยวกับเรื่อง Legal Pluralism แบบแต่ละเล็กแต่ละน้อยมา 2-3 ครั้ง เขียนพอให้ได้ idea แต่ไม่ค่อยเข้าใจ แล้วเมื่อต้องมาพูดครั้งนี้ก็เฟลิดูเมื่อปิดเทอมนี้ได้ไปอเมริกา แล้วได้ไปซื้อหนังสือเล่มนี้มาชื่อ *Law, Anthropology and the Constitution of the Social: Making Persons and Things* ได้เปิดเจอบทความของ Bruno Latour เขาเขียนบทความเรื่อง Scientific Object and Legal Objectivity ซึ่งได้อ่านและพบว่าน่าสนใจมาก ³

³ Alain Pottage and Martha Mundy (eds), *Law, Anthropology, and the Constitution of the Social: Making Persons and Things*.(Cambridge: Cambridge University Press, 2004)

1. ปัญหาของการสร้างพรมแดนความคิดตายตัว

Bruno Latour เป็นคนเขียนงานเรื่อง *Politics of Nature*⁴ ซึ่งมีชื่อเสียงมาก แต่ในบทความอันนี้เป็นการพยายามไปสำรวจดูว่านักวิทยาศาสตร์ทำงานกันอย่างไร และสร้างความรู้อย่างไร แล้วปรากฏว่านักวิทยาศาสตร์สร้างความรู้แบบบิดเบือน พยายามตั้งตัวเป็นศาล ตัดสินเรื่องนั้นเรื่องนี้ เช่นตัดสินเรื่องราวที่จริงเรื่องระหว่างธรรมชาติกับวัฒนธรรมมันแยกออกจากกันยาก แต่ก็ไปบอกว่าอันนี้ “ธรรมชาติ” ส่วนอันนั้นเป็นเรื่อง “วัฒนธรรม”

นักวิทยาศาสตร์มักเป็นพวกชอบตัดสิน Latour ได้ไปศึกษาแล้วก็พบว่าอันนี้คล้าย ๆ กับนักกฎหมาย ทำงานคล้ายคลึงกันเลยคือชอบตัดสินว่าอันนี้เป็นอย่างนี้ อันนั้นเป็นอย่างนั้น คือมีการจัดแบ่งสร้างพรมแดนแบ่งแยกอย่างชัดเจน แต่ปรากฏว่าอ้างตัวว่าเป็นกลาง มีการตัดสินที่เป็นกลางแล้วอ้างว่าพื้นฐานการตัดสินนั้นแม่นยำมาก และทิ้งระยะห่างว่าฉันไม่ได้ไปเกี่ยวข้อง แล้วมีการใช้ภาษาและระบบเหตุผลที่ค่อนข้างประหลาดในการบอกว่าอะไรเป็นอะไร ด้วยท่าทีของภาษาที่ Latour บอกว่ามีการฝึกฝนมาอย่างดี จนกระทั่งทำให้นักกฎหมายและนักวิทยาศาสตร์เป็นที่ยอมรับ

เวลาในการพิจารณาเรื่องฟ้องร้องกันในศาล จะต้องมีการเรียกนักวิทยาศาสตร์มาให้ข้อมูล อย่างเช่น คนนี้เป็นโรคจิตจริงหรือเปล่า หรือหากไปเกี่ยวข้องกับคดีค้นหา DNA ก็จะต้องเรียกนักวิทยาศาสตร์มาให้คำปรึกษา คือดูผิวเผินแล้วก็เหมือนกับว่า การทำงานของนักวิทยาศาสตร์กับนักกฎหมายค่อนข้างจะเป็นที่ยอมรับ ซึ่งอันนี้เป็นข้อคิดเห็นของ Latour

ที่นี้ผมก็มาดูว่างานของนักกฎหมายและนักวิทยาศาสตร์เป็นอย่างไรจริงๆ แล้วก็เห็นว่าเป็นงานที่สร้างพรมแดนขึ้นมาก็ติดกันให้เหมือนกับเป็นหลักการแต่จริงๆ แล้วมันคือการสร้างกับดัก เป็นความคิดแบบคู่ตรงกันข้าม คือต้องสร้างคู่ตรงข้ามว่า อันนี้เป็น “วิทยาศาสตร์” อันนั้นเป็น “วัฒนธรรม”

⁴ Bruno Latour, *Politics of Nature: How to bring the Sciences into Democracy* (Cambridge, Massachusetts: Harvard Press, 2004)

อีกเรื่องหนึ่งซึ่งเป็นปัญหามากคือการแบ่งแยกว่า อะไรเป็น public อะไรเป็น private อันนี้ก็แยกอีก ซึ่งในหนังสือเรื่อง *Property and Values, Alternatives to Public and Private Ownership*⁵ ก็พูดถึง ซึ่งผมกำลังศึกษาอยู่ ส่วนอีกเรื่องซึ่งตอนนี้กำลังเป็นปัญหามากก็คือ หนังสือเล่มนี้⁶ ศึกษาเรื่อง Making Persons and Things เป็นการแยกระหว่างอันนี้เป็นเรื่องบุคคลอันนี้เป็นสิ่งของ คือแยกอะไรออกจากกันอย่างชัดเจน ซึ่งการสร้างพรมแดนหรือเขตแดน ในลักษณะของการตัดสิน มีการแยกกันเด็ดขาด หนังสือเล่มนี้บอกว่าเป็นการบิดเบือนความจริง บทความทั้งหลายพยายามพิสูจน์ว่าการแบ่งพรมแดนเป็นการบิดเบือนความจริง แล้วเขาก็ไปดูว่าความจริงเป็นอย่างไร

ความจริงคือว่าในปฏิบัติการจริงของกฎหมาย ไม่ได้ทำงานแบบที่นักกฎหมายตัดสินเลย คือในความเป็นจริงของปฏิบัติการทางกฎหมาย มันไม่เคยมีอะไรเป็นขาวกับดำแบบตายตัว แต่จะเป็นเรื่องที่อยู่ตรงกลางที่มีความสลับซับซ้อนและมีความขัดแย้งมากมายอยู่ แต่ในเวลาตัดสินพยายามแยกตลอด อันนี้ก็เป็นที่ปัญหาขึ้นมาว่ากันไปได้อย่างไร?

ดังนั้น ปัญหาจึงมาจากว่า หลายครั้งที่ผ่านมาเราพยายามไปแยกกฎหมายว่าเป็นอิสระจากสังคม เหมือนกับเป็นเวทีหรือพื้นที่ที่อยู่ต่างหาก ไม่เช่นนั้นแล้วมันจะไม่ใช่กลาง คล้าย ๆ อย่างนั้น ทำให้เรามองกฎหมายแบบตายตัว ทั้ง ๆ ที่กฎหมายในปฏิบัติการจริงของสังคมเป็นเรื่องที่ทับซ้อนและด้วยเหตุนี้เองประมาณปี 1970 จึงเกิดความพยายามเชื่อมโยงกฎหมายกับสังคม เช่นกรณีของการเกิด Commission on Folk Law and Legal Pluralism ขึ้นในยุโรปและในอเมริกา ก็อาจจะเกิดขึ้นมาก่อนหน้านั้นเล็กน้อย

⁵ Charles Geisler and Gail Daneker (eds), *Property and Values: Alternatives to Public and Private Ownership* (Washington DC: Island Press, 2000)

⁶ Alain Pottage and Martha Mundy (eds), *Op. cit.*

2. กฎหมายกับสังคมไม่เคยมีพรแดน

การพยายามจะแยกกฎหมายออกจากสังคม ทำให้มองอะไรเหมือนกับว่าเป็นการบิดเบือน ไม่ใช่ของจริง เพราะปฏิบัติการจริงค่อนข้างที่จะผูกพันอยู่กับเรื่องสังคม ดังนั้น การศึกษาทางด้านกฎหมายจึงไม่ควรแยกออกมาจากสังคม เคยมีความพยายามผลักดันว่าจริง ๆ แล้วเราควรจะต้องกลับมาดูปฏิสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายกับสังคมให้มากขึ้น โดยเฉพาะอย่างยิ่งที่เรียกว่า social practice คือปฏิบัติการจริงทางสังคมของกฎหมายว่า เมื่อมันปฏิบัติการจริงกับสังคมมันทำงานอย่างไร? แทนที่จะจำกัดเฉพาะว่ากรรมทางกฎหมายเพียงอย่างเดียว คือดูแต่เพียงว่ามีการใช้กฎหมายอย่างไร? หรือกฎหมายมันเขียนเอาไว้ว่าอย่างไร? มีวิธีการอะไรบ้าง? โดยไม่ได้ไปมองดูว่า กฎหมายนั้นมันไปปฏิบัติการจริงในสังคมอย่างไร?

ดังนั้น แนวทางต่อมาที่รู้จักกันในชื่อที่ว่า Legal Pluralism ก็เป็นความพยายามที่จะศึกษากฎหมายในปฏิบัติการจริงทางสังคมนั่นเอง เมื่อช่วงตอนเริ่มต้นเป็นอย่างนั้น เมื่อเป็นเช่นนี้จึงเกิดความร่วมมือกันหลาย ๆ ฝ่าย เวลาที่การศึกษาในแนวทางดังกล่าวจะเป็นการศึกษาระหว่างนักสังคมศาสตร์ ไม่ว่าจะเป็นนักสังคมวิทยา นักมานุษยวิทยา และนักกฎหมายมานุษยวิทยาก็เกิดขึ้นมา

จริง ๆ แล้วอย่างนักมานุษยวิทยา ก็มีสาขาย่อยที่เรียกว่า Anthropology of Law ซึ่งศึกษาเกี่ยวกับสังคมและวัฒนธรรม โดยเฉพาะการเกิดอันนี้ขึ้นมา เพราะนักมานุษยวิทยาได้ไปศึกษาประเทศส่วนใหญ่ในประเทศอาณานิคม แล้วประเทศอาณานิคมก็มีกฎหมายซ้อนมาตั้งแต่แรกแล้ว เนื่องจากมีกฎหมายของเขาอยู่เดิมแล้วเจ้าอาณานิคมก็ไปสร้างกฎหมายทับเข้าไป ดังนั้นเมื่อนักมานุษยวิทยาไปศึกษาสังคมที่อยู่ในประเทศอาณานิคมทั้งหลาย ก็รู้สึกว่ามีเรื่องที่ต้องเข้าใจความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายอาณานิคมที่เข้าไปกับกฎหมายเดิมที่มีอยู่ในประเทศนั้น พวกนี้จึงให้ความสนใจเกี่ยวกับการซ้อนกันของกฎหมาย

ต่อมาคนที่อยู่ในประเทศอาณานิคม ก็รู้สึกอึดใจกับปัญหาที่ว่า มีกฎหมายของคนอื่นมาดัดเยียดอยู่ในสังคมของตน ทำให้เขาสนใจมากกว่ากฎหมายที่ซ้อน ๆ กันอยู่จำนวนมากมีผลอย่างไร อย่างประเทศฟิลิปปินส์ซึ่งเคยเป็นอาณานิคม เริ่มต้นจากสเปนต่อมาคืออเมริกาและญี่ปุ่น และยังมีกฎหมายของท้องถิ่นอยู่

อีก พูด่าง ๆ ในฟิลิปปินส์มีกฎหมายของหลายประเทศมาซ้อนกันอยู่ ซึ่งดู ๆ ไป มันดีหรือไม่ดีก็ไม่รู้ แต่หลายครั้งที่เขาไปดูปรากฏว่ากฎหมายซ้อนอันนี้ดี เพราะประชาชนสามารถเลือกใช้กันตามสบาย เนื่องจากว่ากฎหมายมันไม่ได้หายไปไหน กฎหมายสเปนก็ยังอยู่ บางทีมันขัดกันกับกฎหมายในปัจจุบัน

เคยปรากฏว่ามีคนฟ้องศาลเขาอ้างกฎหมายอเมริกันเพราะเคยมีใช้อยู่แล้ว ปรากฏว่าศาลสูงอเมริกัน (Supreme Court) เคยตัดสินอีกแบบหนึ่ง คน ๆ นั้น อ้างเอา Supreme Court ของอเมริกันมาแย้งกฎหมายฟิลิปปินส์ อันนี้ยังใช้ได้เลย

ดังนั้น พวกที่อยู่ในประเทศอาณานิคมก็รู้สึกอึดใจว่า อันนี้มันจะมีประโยชน์ในเรื่องของการนำมาใช้ เพื่อการต่อรองทางกฎหมาย ที่บางครั้งอาจจะถูกทำให้เล็ดดูเป็นการสร้างพรแดนที่แข็งที่อจนเกินไป ก็เอากฎหมายหลายอันมาสร้างข้อต่อรองได้

แล้วพอเราไปดูประเทศที่เคยเป็นอาณานิคมทั้งหลาย จะมีความเข้าใจในเรื่องพวกนี้ค่อนข้างมาก แม้ไม่ใช่ประเทศอาณานิคมแล้วอย่างประเทศออสเตรเลีย เวลานี้การตัดสินคดีในศาล ถ้าเกี่ยวข้องกับพวกอะบอริจิน เขาจะแต่งตั้งนักมานุษยวิทยาให้หนึ่งคู่กับผู้พิพากษาในการพิจารณาตีความความว่าเขามีความเห็นเกี่ยวกับกฎหมายเชิงเดี่ยวที่ใช้บังคับอยู่ ใช้ไม่ได้กับการตัดสินเมื่อมันมีความแตกต่างทางวัฒนธรรมภายในพื้นที่เดียวกัน จึงต้องการคนอื่นเข้ามาเสริม พูด่าง ๆ คือว่า ในประเทศที่เห็นถึงความสำคัญพวกนี้ เขาจะพยายามดูความสัมพันธ์หรือสร้างความร่วมมือทางการศึกษาระหว่าง “นักกฎหมาย” กับ “นักสังคมศาสตร์” เพราะว่าจะทำให้ได้ประโยชน์มากขึ้น

อย่างประเทศมุสลิมซึ่งเคยเป็นอาณานิคมอยู่ เขาจะยิ่งเห็นว่ากฎหมายอาณานิคม กฎหมายของรัฐ กฎหมายประเพณีของเขาเอง ยังคงต้องมีศักยภาพในการใช้ได้อยู่ ไม่ควรไปละเมิด แต่เมืองไทยนี้พูด่าง เพราะอะไร? ก็เพราะเราอ้างเสมอว่าไม่เคยเป็นอาณานิคม แต่ระบบกฎหมายของเรายังคงใช้ colonial mentality เต็มที่เลย คือหมายความว่าลอกกฎหมายอาณานิคมมาใช้อย่างหน้าซันตาบาน แล้วก็ไม่รู้จักตัวเองอีกต่างหาก อันนี้เป็นปัญหามากเพราะเราไม่รู้ว่าตัวเราเป็นอย่างไร เราคิดว่าเรามีกฎหมายของเราเอง แต่ที่จริงเราลอกกฎหมายอาณา-

นิคมมาใช้ เราก็เลยไม่รู้ลึกก่อนไหวกับการที่ว่า มันมีกฎหมายหลายอันซ้อนอยู่ในกฎหมายของเรา ซึ่งเป็นปัญหา

3. การเปิดพื้นที่ของความคิดเชิงซ้อน

ผมยังได้ไปอ่านงานของพวกที่ทำเรื่อง Legal Pluralism ซึ่งมาจัดสัมมนาในจังหวัดเชียงใหม่ ในปี ค.ศ. 2002 เป็นการจัดสัมมนาครั้งที่ 13 เขาคิดกัน 2 ปีครึ่ง ก็แสดงว่ามีมานานแล้ว แต่เรารู้จักเขาเมื่อตอนที่ 13 ดังนั้นจึงน่าสนใจว่าเมื่อหันไปมองย้อนดูว่าตอนที่เขาริเริ่มศึกษา Legal Pluralism ขึ้นมานั้น เขาสร้างคำนี้ขึ้นมาทำไม

ประการแรก ผมไปดูว่าระยะแรก การที่เขาสร้าง concept เรื่อง Legal Pluralism ขึ้นมา เขาสร้างขึ้นมาคล้าย ๆ กับว่ามันเป็นความเป็นไปได้ในทางทฤษฎี โดยจะเปิดพื้นที่ในการศึกษากฎหมายใหม่ๆ อย่างไร ดังนั้นคำว่า Legal Pluralism จึงเหมือนกับเป็นการเปิดพื้นที่หรือเปิดเวทีในเชิงทฤษฎีว่า จะมีมิติใหม่ๆ ในการศึกษากฎหมายได้อย่างไร

หลักการสำคัญของ Legal Pluralism คือว่า มันมี “more than one legal order in one space” หมายความว่าเกิดมีระเบียบกฎหมายหลายระเบียบที่ซ้อนอยู่บนพื้นที่เดียวกัน ก็เลยเกิดเป็นประเด็นในเชิงการศึกษาว่าเมื่อมันมีระเบียบหลายอันซ้อนกันอยู่อย่างนี้ แล้วจะทำให้เราเข้าใจอะไรได้บ้าง อันนี้เป็นพัฒนาการหรือสถานการณ์ของการศึกษาแนว Legal Pluralism ที่เกิดขึ้นในระยะต้น ๆ ประเด็นแรกสุดเขาต้องการที่จะให้ความสำคัญกับเรื่องการเปิดพื้นที่ทางแนวคิด ในการสร้างความเป็นไปได้ในการดูว่า กฎหมายเมื่อมันมาซ้อนกันอยู่หลาย ๆ ระบบในที่เดียวกัน มันเป็นอย่างนี้ อันนี้เป็นประการแรกที่เขาศึกษา

ประการที่สอง ก็คือว่า Legal Pluralism เป็นเพียง conceptual tool หมายความว่า เป็นเครื่องมือทางความคิด ในการที่จะช่วยให้เราไปสำรวจความหลากหลายของระบบกฎหมาย ซึ่งอะไรที่เป็นกฎหมาย ไม่ใช่กฎหมายเป็นเรื่องที่รัฐเป็นผู้ออกอย่างเดียว ที่จริงแล้วมีกฎหมายซึ่งออกโดยศาสนามากมายเลยทีเดียว เพราะในแต่ละประเทศจะมีทั้งรัฐ ศาสนาและมีจารีต ทุกประเทศจะต้องมีอย่างนี้

ทั้งนั้น ไม่ใช่ว่าแต่ละประเทศจะมีเพียงแต่กฎหมายของรัฐเสียเมื่อไหร่ ศาสนามีการออกกฎต่าง ๆ ออกมาหลายหลาย แล้วมันเกี่ยวอะไรกับรัฐ อันนี้เขาก็ งง ๆ อยู่ และก็มีการตีของท้องถิ่นอีกต่างหาก

ในแง่ที่เป็น conceptual tool คือเขาอยากประเมินว่าที่มันมีกฎหมาย ๆ อย่างนี้ มีความสัมพันธ์กันอย่างไร มีความขัดแย้งกันหรือไม่ ถ้าเกิดมีความขัดแย้งขึ้น ความขัดแย้งนั้นเกิดขึ้นมาในลักษณะอย่างไร? คือถ้าเกิดในความเป็นจริงมันมีความซับซ้อนดำรงอยู่ แล้วเราไม่สนใจที่จะเข้าไปดู อันนี้ก็คงจะคล้าย ๆ กับว่าทำให้เราไม่ได้รู้ปัญหา เพราะว่ากฎหมายนั้นเป็นวิธีการแก้ไขปัญหา แต่ถ้าเผื่อว่าเรายังไม่รู้เลยว่ามันมีปัญหามาอย่างไร ก็จะไปแก้ได้อย่างไร

ดังนั้น บรรดานักกฎหมายแนว Legal Pluralism ซึ่งเปิดพื้นที่ขึ้นมา ก็เลยตั้งคำถามว่าเมื่อเราคิด concept นี้ขึ้นมาแล้วเราจะใช้ concept นี้ไปเพื่อสำรวจให้รู้ว่ามันมีปัญหามาขัดแย้งกันอย่างไรหรือไม่ อันนี้ก็เป็นที่ประเด็นที่ระยะต้น ๆ เขาศึกษากันในเชิงนี้มาก

ประการที่สาม ต่อมาก็สนใจต่อไปอีกว่ากฎหมายไม่ใช่ว่ามันมีการซ้อนกันหลายอันเท่านั้น แต่กฎหมายยังมีลักษณะที่เรียกว่าการแย่งกันเองหรือการป็นเกลียวกันระหว่าง “กฎเกณฑ์ที่เราสร้างขึ้น” กับ “พฤติกรรม” คือ rule and behavior มันมีปัญหากันอยู่ ไม่ใช่เราออกกฎนี้แล้วจะแปลว่ามันใช้อย่างนั้นตามกฎที่สร้างขึ้นมาได้เลย เขาอยากที่จะรู้ว่ามันมีการหลอมนกันอย่างไรบ้าง หรือการป็นเกลียวกันอย่างไรบ้าง ระหว่าง “กฎเกณฑ์” กับ “ทางปฏิบัติของกฎเกณฑ์” นั้น อันนี้ก็เป็นที่อีกแนวคิดหนึ่งซึ่งอยู่ในสายของ Legal Pluralism

ดังนั้น Legal Pluralism จึงไม่ได้หมายความว่ามันมีกฎหมายหลาย ๆ อันอยู่ในที่เดียวกันเท่านั้น มันยังมีการพยายามที่จะดูความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายของรัฐ ศาสนาและจารีตอย่างที่พูดไปแล้ว อันนี้ค่อนข้างจะเป็นแนวทางกระแสหลัก อีกพวกก็ศึกษาว่าการทับซ้อนกันหรือการป็นเกลียวกันระหว่าง “กฎเกณฑ์” กับ “พฤติกรรม” เป็นอย่างไร ก็เป็นอีกแนวหนึ่งซึ่งมีการศึกษากันพอสมควรในระยะต้น ๆ

ต่อมาใน**ประการที่สี่** คือศึกษาว่าพยายามไปทำความเข้าใจความหลากหลาย

หลายของบทบาทเกี่ยวกับสังคม วัฒนธรรม และ normative practice ก็คือ ปฏิบัติการในการสร้างกฎเกณฑ์ของสังคม บรรทัดฐานของสังคมในชุมชนว่ามีการเกิดขึ้นของกฎหมายหลายระบบอยู่ร่วมกัน แล้วการอยู่ร่วมกันของกฎหมายหลาย ๆ อย่างนี้ไปเกี่ยวข้องกับกิจกรรมต่าง ๆ อย่างไร อันนี้ก็ยังมีอีกแนวหนึ่ง คือ เขาสนใจว่าบทบาทของสังคม วัฒนธรรม และการสร้างกฎเกณฑ์ในสังคม บทบาทเหล่านี้ไปมีผลอย่างไรในการจัดการกับปัญหาต่าง ๆ ที่เกิดขึ้น ก็เป็นอีกแนวหนึ่ง ซึ่งเป็นแนวที่สี่

ประการที่ห้า ก็คือการศึกษาว่าในสถานการณ์ของชีวิตจริง (in life situation) คือ ต่างคนได้ใช้กฎหมายหลายอันมาสร้างความชอบธรรม หรือ rationalize ให้กับกระทำของตนเองอย่างไร อันนี้เป็นการศึกษาอีกแบบหนึ่ง คือในชีวิตจริงคนไม่ได้หมายความว่าใช้หลักการเดียวมาสร้างความชอบธรรมให้กับตนเองเวลาที่ทำอะไร เช่น คนจนต้องการจะไปยึดที่ดินคนอื่นที่ทิ้งไว้มาทำประโยชน์ ก็ต้องอ้างหลักการต่าง ๆ หลาย ๆ หลักเพื่อให้เกิดความชอบธรรม คือ อันนี้ก็เป็นประเด็นที่สนใจกันมาก

ผู้คนที่ต่าง ๆ ในสังคม ล้วนแล้วแต่หาหลักเหตุผล ซึ่งมาจากหลักการในสังคม เพื่อมาใช้สร้างความชอบธรรมให้กับปฏิบัติการของตนเอง อันนี้ก็พบว่า เป็นอีกแนวทางหนึ่ง ซึ่งมีการศึกษาวิจัยกันเป็นจำนวนมาก เวลาที่เราไปดูบทความ ซึ่งเป็นงานวิจัยที่เขาเอามาเสนอใน International Congress on Legal Pluralism จะพบบทความพวกนี้อยู่มาก บทความส่วนใหญ่จะเกี่ยวข้องกับปัญหาการจัดการทรัพยากร

ที่กล่าวมานี้เป็นเรื่องที่ผ่านมา ระยะเวลา ๆ จนถึงปัจจุบัน ปรากฏว่ามีคำถามมากขึ้นว่ากฎหมายถ้ามันมีหลายหลักการอยู่ร่วมกัน หมายความว่าอย่างไร? คนที่เป็นปรมาจารย์คนหนึ่งในแนว Legal Pluralism ซึ่งเป็นอาจารย์อยู่ที่เยอรมนี ได้เขียนบทความว่า Who's Afraid of Legal Pluralism?⁷ ใครกันที่

⁷ Franz von Benda-Beckmann, "Who's Afraid of Legal Pluralism?," Paper presented in the XIII International Congress on Legal Pluralism and Unofficial Law in Social, Economic and Political Development, 7-10 April 2002, Chiang Mai, Thailand.

กล่าวเรื่องนี้ ทำไมคนถึงกลัวนัก ไม่ยอมพูดเรื่องนี้เลย แกก๊ก็พบว่าพวกที่กลัวก็คือ พวกที่อยู่กับหลักการแบบตายตัว เพราะจริง ๆ แล้วพวก Legal Pluralism เขาไม่มีหลักการตายตัว เขาไม่สนใจหลักการแบบหยุดนิ่งแต่เขาสนใจว่าจริง ๆ มันเกิดขึ้นอย่างไร

ดังนั้นจะพบว่าคนที่ศึกษา Legal Pluralism เขาไม่พูดหลักการอะไรมากมาย เพราะหลักการมันก็พูดกันไปเรื่อย ๆ คือหมายความว่าพูดหลักการพยายามจะแยกพรมแดนให้เด็ดขาด แต่ปัญหาที่คือในความเป็นจริงมันมีอะไรเกิดขึ้นบ้าง เราอยากจะไปดูเรื่องนั้น พวก Legal Pluralism พยายามจะไปศึกษากรณีจริง ๆ เพื่อเข้าใจเงื่อนไขในลักษณะที่เฉพาะเจาะจง ว่าทำไมอันนี้ถึงเป็นไปได้อย่างนั้น ทั้งนี้เพราะในความเป็นจริงมันมีความซับซ้อน แล้วถ้าเราไม่ไปศึกษากรณีจริง ๆ เราจะไม่เข้าใจ

ด้วยเหตุนี้ พวก Legal Pluralism จึงไม่อยากจะไปเน้นหลักการเพราะหลักการพวกนักกฎหมายชอบอยู่แล้ว หรือเป็นการทำงานของนักกฎหมายโดยเฉพาะ ที่จริงถือเป็นเพียง Legal Discourse ซึ่งทำพวกนี้อยู่แล้ว ดังนั้นถ้าเราไปทำพวกนี้ขึ้นอีกมันคงจะไม่ได้ประโยชน์อะไร อันนี้ก็ก็เป็นประเด็นที่เขาศึกษากันมา เท่าที่ผมพอจะไปค้นคว้ามาได้ในระยะเวลานี้

4. ปริบททศสาธารณะกับการมีส่วนร่วมในการสร้างกฎหมาย

ในช่วงหลังนี้ผมกำลังศึกษาเรื่องทฤษฎีการเมืองของชุมชน ผมก็ได้มีโอกาสทบทวนงานเขียนเป็นจำนวนมาก ก็ไปเจองานเขียนชิ้นหนึ่งซึ่งผมคิดว่าอาจจะไม่ได้อยู่ในพวก Legal Pluralism แต่ว่ามันน่าจะเอามาใช้เป็นแนวทางหรือเอามาจุดประกายให้เราคิดถึงเรื่อง Legal Pluralism ได้ชัดเจนขึ้น เพราะว่าเท่าที่ผม review มา ก็ยังงง ๆ อยู่ว่าจะได้อะไรหรือเปล่า ก็ศึกษากันไป จะศึกษาข้อเท็จจริงอะไรมันก็ได้เพราะมีข้อเท็จจริงอยู่เต็มไปหมดเลย แล้วเวลานี้การรวบรวมงานวิจัยเกี่ยวกับ Legal Pluralism ซึ่งจัดสัมมนา 13 ครั้งแล้ว เต็มเป็นกระบวน และก็ยังมียูใน journal เยอะแยะ ที่นี้ต้องตั้งคำถามว่าพวกนี้มันเอาไปทำอะไร?

จนกระทั่งผมมาอ่านหนังสือเล่มนี้ของ Jurgen Habermas ซึ่งเขียนหนังสือเล่มหนึ่งเรื่อง *Between Facts and Norms* ซึ่ง Fact ก็คือ “ข้อเท็จจริง” Norm ก็คือ “บรรทัดฐาน” แต่ที่จริงผมแปลว่า “หลักการ” รวมแล้ว คือ “ข้อเท็จจริง” กับ “หลักการ” *Between Facts and Norms :Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*⁸ เป็นหนังสือเล่มที่หนามากสำหรับ Habermas มีชื่อเสียงเป็นที่รู้จักอย่างดีในทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับ public sphere ว่าในพื้นที่สาธารณะ มันต้องมีการ communicative action คือมีการปฏิบัติการสื่อสารความคิดเห็นในพื้นที่สาธารณะหรืออาจจะแปลว่าปริมณฑลสาธารณะก็คือเป็นพื้นที่ที่มีการสื่อสารและการมีส่วนร่วมของประชาสังคม

ในหนังสือเล่มนี้ผมอ่านจากเพียงงานชิ้นสอง คือคนอื่นเขาพูดถึงอีกทีหนึ่ง ก็พบว่า Habermas พยายามจะสร้างข้อถกเถียง หลังจากที่ได้ศึกษาเรื่องนี้อย่างมานานจากปี 1960 กว่า ๆ จนถึงเดี๋ยวนี้ และได้เขียนเรื่องดังกล่าวมาเรื่อย ๆ เกี่ยวกับปริมณฑล สาธารณะ ซึ่งเขาพยายามจะบอกว่าการสร้างสังคมที่เป็นประชาธิปไตย ต้องเปิดพื้นที่ให้มีการโต้เถียงในปริมณฑลสาธารณะ

การสร้างหลักการในสังคมควรจะวางอยู่บนพื้นฐานของความเป็นจริงในการต่อสู้ทางความคิด ดังนั้นความจำเป็นในการบัญญัติกฎหมายต้องเปิดพื้นที่ให้มีการท้าทาย หรือให้มีการโต้แย้งจะได้เกิดการสร้างหลักการใหม่ ๆ ในสังคม ดังนั้นหลักการจึงไม่ใช่การปล่อยให้ นักกฎหมายเป็นคนนิยามหรือขีดเส้นพรมแดน แต่ควรจะมาจากข้อถกเถียงในสังคม ซึ่งก็เหมือนกับที่เราถกเถียงกันเรื่องกฎหมายป่าชุมชน ถ้าสังคมยอมรับก็ออกมาเป็นกฎหมาย ไม่ใช่ปล่อยให้สภามานั่งพูดกันเอง แต่อันที่จริงก็ไม่ค่อยได้พูด

ผมเคยไปที่รัฐสภาหลายครั้ง คนที่อยู่ในสภานิติบัญญัติเข้าไปประชุมกันหาที่สองหาที่ ไม่ค่อยได้รู้เรื่องว่าเขาพูดอะไรกัน เข้าประชุมเพียงประเดี๋ยวเดียว ซึ่งความจริงเราคุยกันกว่าจะรู้เรื่องนั้นได้ เราคุยกันเป็นสิบ ๆ ชั่วโมง เขาหาที่สอง

⁸ Jurgen Habermas, *Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy* (Cambridge, MA: MIT Press, 1996)

หาที่ก็ออก เข้า ๆ ออก ๆ เก็บเบียดเลี้ยงไปเรื่อย ๆ ถึงเวลาตัดสินใจแล้วแต่ว่าใครจะให้ยกมือ อันนั้นมันก็ลำบาก มีปัญหามากในระบบนิติบัญญัติของบ้านเรา ทำให้กฎหมายซึ่งเกิดขึ้นมาจากข้อถกเถียงในสังคมไม่ได้ ออก ต้องเป็นนักกฎหมายเป็นผู้บัญญัติหรือนิยาม

ดังนั้นจากข้อคิดของ Habermas ทำให้เราคิดว่า การที่มีข้อถกเถียงกัน ซึ่งเกิดขึ้นมาจากข้อแตกต่างในหลักการเป็นคุณูปการอย่างสำคัญในการสร้างสังคมประชาธิปไตย ด้วยเหตุนี้การศึกษา Legal Pluralism ประการแรกเลยก็คือ เปิดให้เกิดการมีส่วนร่วม เปิดให้สังคมมีส่วนร่วมในการสร้างหลักการ และสร้างสังคมที่เป็นประชาธิปไตยของตนเอง ความสำคัญของ Legal Pluralism อย่างน้อยที่สุดอันนี้ ก็เป็นประเด็นหนึ่งที่เราควรทบทวนขึ้นมาพูด

ประเด็นที่สองในเรื่องของความสำคัญเกี่ยวกับ Legal Pluralism หลังจากทบทวนสถานการณ์มาแล้วพบว่ายังมีกฎหมายระบบเชิงซ้อนเท่าไร มันจะยังมีคุณูปการอย่างสำคัญต่อเนื่องมาจากสังคมประชาธิปไตย คือว่าจะมาช่วยในการหาแนวทางในการจัดการกับปัญหา โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ปัญหาการจัดการทรัพยากรที่เรามีประสบการณ์ในการศึกษาวิจัยค่อนข้างมาก

เรื่องการจัดการทรัพยากร ไม่ว่าจะเป็นเรื่อง ดิน น้ำ ป่า ระบบนิเวศ สิ่งแวดล้อม เรื่องมลภาวะอะไรต่าง ๆ เป็นเรื่องที่มีความซับซ้อนมากและมีความไม่แน่นอน คือในแต่ละทีก็มีลักษณะต่างกัน ดังนั้นการที่เราจะไปสร้างหลักการที่ตายตัวแล้วมานิยามว่า อันนั้นเป็น public อันนั้นเป็น private พวกนี้ตายตัว มันจะใช้การไม่ได้ ยิ่งนิยามตายตัวมากขึ้นเท่าไรกฎหมายก็จะล้นหลามมากขึ้นเท่านั้น

ดังนั้น ภายใต้ความไม่แน่นอนและความซับซ้อนของระบบนิเวศหรือทรัพยากรเหล่านี้ ซึ่งมีความขัดแย้งมากมาย เพราะถูกทับซ้อนด้วยระบบตลาด ระบบทุนนิยม แล้วเดี๋ยวนี้เป็นเรื่องโลกาภิวัตน์ด้วย มันจะมาสร้างความซับซ้อนในการจัดการทรัพยากรมากมายมหาศาล แต่ปรากฏว่าหลักการของเราแข็งที่อ แล้วก็แบ่งแยกอย่างชัดเจนเช่นนี้ มันจึงไม่มีทางเป็นไปได้กับความเป็นจริงนี้เลย

โดยเหตุนี้ที่ Habermas พูดถึงเรื่อง Facts and Norms จึงไม่สามารถ เข้ากันได้เลย ถ้าไม่มีเวทีให้การถกเถียงเรื่องนี้ แล้วก็หาข้อสรุปออกมาจาก ข้อถกเถียงนั้น เพื่อสร้างแนวคิดใหม่หรือหลักการใหม่ขึ้นมาจากหลักการอันนั้น เพราะว่ากฎเกณฑ์มันมีการซ้อนกันเรื่องอำนาจและผลประโยชน์ ที่เราบอกว่าผลประโยชน์ทับซ้อนอันนี้มีมากมาย ดังนั้นจึงไปปล่อยให้ใครคนใดคนหนึ่งตัดสิน คนเดียวจะก่อให้เกิดมีปัญหาหนักมาก

5. สิทธิเชิงซ้อนกับความเป็นธรรม

ประเด็นข้างต้นนี้ไปเกี่ยวข้องกับเรื่องสิทธิเชิงซ้อนของผมด้วย เพราะ เรื่องสิทธิเชิงซ้อนจะต้องเป็นสิทธิที่หลุดออกจากหน่วยที่ตายตัว เนื่องจากเวลานี้ เวลาคิดถึงเรื่องสิทธิหรือการจัดการทรัพยากร เราไปฝากความหวังกับหน่วยที่ ตายตัว อย่างเช่นว่าระบบราชการ หรือระบบตลาด อันนี้เป็นหน่วยที่ตายตัวใน การจัดการเกี่ยวกับเรื่องทรัพยากรจะต้องพยายามค้นหาว่ามีหน่วยต่าง ๆ ที่ ซ้อนกันอยู่อย่างไร โดยเฉพาะอย่างยิ่งเรื่องสิทธิ สิทธินั้นมีหลายอย่าง เราไป นึกถึงแต่เรื่องสิทธิความเป็นเจ้าของอย่างเดียวซึ่งเป็นสิทธิเชิงเดี่ยว แต่ความจริง แล้วสิทธิมันมีทั้งสิทธิการเป็นเจ้าของ สิทธิการใช้สิทธิการตรวจสอบ มันมีหลายสิทธิ ประเด็นคือว่าเราจะเอาสิทธิที่แตกต่างกันนี้ไปฝากไว้กับหน่วยที่ต่างกันอย่างใด ซึ่งจะก่อให้เกิดการถ่วงดุลกันและกัน

ในสังคมประชาธิปไตยเป็นไปได้ที่จะฝากให้ใครเป็นผู้มีอำนาจเบ็ดเสร็จ เด็ดขาดในการจัดการ มันจะต้องสร้างกลไกที่ถ่วงดุลกันให้ได้ การถ่วงดุลนี้จะ มาจากไหน ก็จะต้องมาจากความเข้าใจเรื่องสิทธิที่มีความแตกต่างกันในนั้น ซึ่งก็มักจะมาจากหลักการที่แตกต่างกัน ดังนั้นคุณูปการที่สำคัญของ Legal Pluralism ที่จะมาช่วยพัฒนาระบบการจัดการทรัพยากรจึงมีมากมายมหาศาล และกฎหมายป้าชุมชนก็เป็นตัวอย่างที่สำคัญ

ในกฎหมายป้าชุมชนได้แยกสิทธิออกเป็น 3 ส่วน สิทธิการเป็นเจ้าของ สิทธิในการใช้และการจัดการ เรียงถือว่าป้าเป็นของรัฐ การจัดการถือว่าเป็นของ ชุมชนมอบให้กับชุมชน ส่วนสิทธิในการตรวจสอบและถ่วงดุล เราให้กับภาค

ประชาสังคม ก็หมายความว่าเราให้สิทธิในหลายระดับและผูกติดอยู่กับหน่วยที่ แตกต่างกัน อันนี้เพื่ออะไร ก็เพื่อให้เกิดการถ่วงดุลซึ่งกันและกัน เพราะแต่ก่อน รัฐผูกขาดแต่เพียงผู้เดียว แล้วเป็นอย่างไร ผูกขาดแล้วมันดีก็แล้วไป เผอิญยังมี ผูกขาดป้างหมด ดังนั้นจึงเป็นไปได้ที่อนาคตเราจะฝากเอาไว้กับหน่วยใด หน่วยหนึ่งให้จัดการ

เพราะฉะนั้น กฎหมายป้าชุมชนถือว่าเป็นตัวอย่างหนึ่งของการนำเอา เรื่องหลักการ Legal Pluralism เอามาทำให้เป็นจริงหรือเอามาทำให้เป็นรูปธรรม ไม่ใช่เป็นเพียงแค่หลักการโก้ ๆ อยู่ในตู้ อยู่ในบทความทางวิชาการเท่านั้น ซึ่งก็ ถือได้ว่าเป็นหลักการที่สำคัญ

นอกจากข้อแรกที่ผมบอกว่ายสำคัญคือเรื่องประชาธิปไตย เรื่องการ จัดการทรัพยากร อีกประเด็นหนึ่งที่สำคัญในการใช้หลักการ Legal Pluralism ก็ คือว่า มันจะช่วยให้เกิดความเป็นธรรมมากขึ้นในสังคม เพราะว่าหลักการที่เราใช้ อยู่ในเวลานี้มันเป็นการใช้หลักการที่ค่อนข้างจะตายตัวและแบ่งแยกชัดเจน เช่น public-private หรืออันนี้เป็นเรื่องของบุคคล อันนี้เป็นเรื่องของสิ่งของ คือมีการ แบ่งกันอย่างชัดเจน อันนี้ทำให้เกิดปัญหาความไม่สงบที่ว่าสังคมเราเป็นสังคมที่มีความ ซับซ้อนและมีความหลากหลาย ทั้งความหลากหลายทางวัฒนธรรม สถานภาพทางสังคม เช่น มีคนจน คนรวย มีความต่างกันทางวัฒนธรรม

ปัญหาความขัดแย้งกันทางวัฒนธรรมซึ่งเกิดขึ้นทุกวันนี้เพราะอะไร ก็เพราะเราพยายามจะใช้หลักการเดียวไปแก้ปัญหา แต่ที่จริงแล้วก็ไม่เชิงหลักการ เดียว อย่างเช่นที่ภาคใต้มีปัญหาความขัดแย้ง เราก็เคยใช้ระบบกฎหมายซ้อนอยู่ แล้ว หมายความว่าเราอมให้มีการยืดหยุ่น คือถ้าเป็นเรื่องครอบครัวก็ยอมให้ใช้ กฎหมายอิสลาม ถ้าเป็นเรื่องปกติก็ใช้กฎหมายของรัฐ ดังนั้นพูดง่าย ๆ พื้นที่ ดังกล่าวที่มีการใช้กฎหมาย 2 ระบบซ้อน ๆ กันอยู่ ไม่ใช่ว่ากฎหมายไทยไม่มี ที่จริงมีอยู่เยอะ

เรื่องของ public-private ในเวลาปฏิบัติจริงเราพบว่ามันสร้างความเป็น ธรรมมาก นักกฎหมายก็เขียนเรื่องนี้ แต่สำหรับในเมืองไทยเรา public-private ต้องแยกออกจากกันต่างหาก แต่ไปดูกฎหมายอเมริกัน ซึ่งในบทความของ Joseph

William Singer ซึ่งเป็นอาจารย์ที่มหาวิทยาลัย Harvard Law School ที่เขียนเรื่อง *Property and Social Relations: From Title to Entitlement*⁹ เขาได้ยกตัวอย่างกฎหมายในอเมริกาขึ้นมา คือในเมืองไทยเราเถียงกันว่า public-private ต้องแยกกันชัดเจน แต่ในอเมริกาปรากฏว่าเขาไม่แยก เพราะอาจารย์ Singer ได้พูดถึงกฎหมายชื่อว่า Public Accommodation Law ซึ่งออกมาตั้งแต่ปี 1800 กว่าๆ

กฎหมายเขาไม่แยกระหว่าง public กับ private คือกฎหมาย Public Accommodation Law ได้ออกมาบังคับเจ้าของโรงแรม แม้โรงแรมเป็นของส่วนตัว (private) กฎหมายกลับบัญญัติออกมาว่า โรงแรมเป็นของคุณก็จริง แต่คุณห้ามปฏิเสธแขก เมื่อแขกที่มาพักบังเอิญเป็นคนดำ ปกติในอเมริกาเกลียดคนดำ คนดำบางที่เข้าไปในโรงแรมบางแห่ง เจ้าของบอกว่า No หรือว่าโรงแรมเต็ม ที่อเมริกาประเทศมันหนาว ขึ้นเต็มทุกโรงแรมคงต้องหนาวตายนอกโรงแรมแน่ ดังนั้นเขาจึงออกกฎหมายนี้มาตั้งแต่ปี 1800 กว่าๆ แล้ว เขาออกมาเป็นกฎหมายเลยว่า โรงแรมเป็นส่วนตัวก็จริงแต่ห้ามคุณปฏิเสธ public ดังนั้นจึงแยกไม่ได้ว่า โรงแรมเป็น private หรือ public

แล้วการซ้อนกันนี้มันสร้างความเป็นธรรมอย่างไร? มันสร้างความเป็นธรรมตรงที่เราไม่สามารถจะเลือกปฏิบัติต่อคนที่แตกต่างกันวัฒนธรรมได้ อันนี้สร้างความเป็นธรรมในสังคมอย่างมาก ซึ่งตรงนี้มีผลสำคัญมาก เพราะในเมืองไทยเรื่องความเป็นธรรมในสังคมรู้สึกว่าจะไม่ได้อยู่ในพจนานุกรมของรัฐ หรือผู้ปกครอง อย่างไม่รู้ ดังนั้นการพูดถึงความยุติธรรมๆ แต่ความเป็นธรรมไม่รู้จัก มีการเลือกปฏิบัติกันอย่างมาก อันนี้ก็ปัญหาที่ค่อนข้างเยอะ

คนในเมืองไทย คนเราก็ต่างกัน พอคนจนตำราจก็ปฏิบัติอีกอย่าง อย่างแท็กซี่ไล่จับเอาๆ อันนี้ชัดเจนว่ามีความเหลื่อมล้ำกันมาก ระหว่างคนต่างๆ ในวัฒนธรรม ดังนั้นถ้าหากเราไม่นำเอาหลักการเชิงซ้อนมา แล้วไปแบ่งแยกจัดเส้น

⁹ Joseph William Singer. "Property and Social Relation: From Title to Entitlement", in Charles Geisler and Gail Daneker (eds), Op. cit.

พรมแดนกันชัดเจนระหว่าง public-private ก็จะทำให้เกิดการละเมิดสิทธิของคนที่แตกต่างกันได้

6. บทสรุป-การเปิดพรมแดนความรู้ใหม่

ประเด็นสุดท้ายที่ผมอยากจะพูด ซึ่งมาจากหนังสือเล่มเดียวกันนี้¹⁰ ที่ให้แง่คิดว่าเรื่องของ Legal Pluralism สำคัญมาก เพราะเวลานี้การเคลื่อนไหวทางด้านวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีรวดเร็วมาก โดยเฉพาะอย่างยิ่ง เวลานี้มี biotechnology, biomedicine, คือมีการนำยีนมาตัดต่อ ซึ่งต่อไปไม่รู้ว่าเป็นคนหรือเป็นสิ่งของ เวลานี้เราแยกไม่ได้แล้ว เพราะวิทยาศาสตร์เทคโนโลยีพัฒนาไปเร็วมาก ดังนั้นจึงไม่รู้ว่าจะเวลาที่มีการตัดต่อยีน ยีนมันเป็นสิ่งของหรือว่าเป็นมนุษย์ซึ่งแยกกันลำบาก

พรมแดนระหว่าง person and thing มันเริ่มเบลอลากขึ้น ภายใต้การพัฒนาอย่างรวดเร็วของวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยี ดังนั้นถ้าหากว่าเราปล่อยให้ นักกฎหมายเป็นผู้ขีดเส้นว่าอันนี้เป็น person อันนี้เป็น thing ผมว่าจะเกิดความยุ่งเหยิงและจะตีกันตายสักวันหนึ่ง ด้วยเหตุนี้จึงจะต้องเปิดให้สังคมมีส่วนร่วมมากขึ้น ในการถกเถียงถึงว่าเราควรจะสร้างหลักการอย่างไร ที่มันไม่ได้สร้างเส้นแบ่งเด็ดขาด เพราะมีฉะนั้นแล้วกฎหมายจะสร้างมายาคติให้กับหลักการ แล้วก็ไปปิดเบือนข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในสังคมจริง จนกระทั่งทำให้สิ่งที่เราสร้างกฎหมายว่าอันนี้เป็นคน อันนี้เป็นสิ่งของ มันจะแยกออกจากกัน จนทำให้ไม่สามารถตามทันกับการเปลี่ยนแปลงทางเทคโนโลยีเหล่านี้ได้

ในท้ายที่สุดจะก่อให้เกิดผลกระทบมาสู่คน เพราะอาจจะนำเอาคนหรือ นำเอาส่วนหนึ่งของร่างกายไปทดลอง แล้วก่อให้เกิดการบิดเบือนในกานินยามว่า ร่างกายเป็นแค่สิ่งของ ดังนั้นเขาสามารถนำเอาไปใช้เกี่ยวกับการทำวิจัยได้เลย อย่างเช่น ตอนนี้กำลังเริ่มมีการถกเถียงกันถึงเรื่อง stem cell อันนี้ก็มาจากคนแล้วอันนี้มันเป็นสิ่งของหรือว่ามันเป็นส่วนหนึ่งของมนุษย์

¹⁰ Alain Pottage and Martha Mundy (eds), Op. cit.

ด้านหนึ่งบางคนอาจเห็นว่าน่าจะเป็นการพัฒนาทางด้านเทคโนโลยี ซึ่งจะเป็นการช่วยมนุษยชาติในอนาคต แต่บางคนไม่รู้ว่ามีมันจะมาช่วยหรือทำให้เราตกเป็นทาส หรือติดกับดักของการสร้างพรมแดนเหล่านี้ คือเส้นแบ่งมันไม่ชัดเจน แต่ถ้าเผื่อว่าเราไปปล่อยให้ใครทำหน้าที่เหมือนกับเป็นผู้พิพากษา แบ่งมันจนชัดเจนจนเกินไป แล้วมันชัดสำหรับเพื่อประโยชน์ของคนบางคน แต่สำหรับบางคนยังไม่ชัดเท่าไรยังเป็นประโยชน์มากเท่านั้น อันนี้ก็ก่อให้เกิดปัญหาแตกต่างกันในสิ่งเหล่านี้

ด้วยเหตุนี้ถ้าเปิดโอกาสให้มีการมีส่วนร่วมเกี่ยวกับการถกเถียงในเรื่องดังกล่าวมากขึ้นและหลักการเกิดขึ้นมาจากการมีส่วนร่วมเหล่านั้น ซึ่งก็เป็นมิติหนึ่งของ Legal Pluralism อันนี้น่าจะเป็นประโยชน์ในการก่อให้เกิดกระบวนการสร้างหลักการ ซึ่งเป็นประโยชน์ต่อคนจำนวนมาก เป็นการสร้างประชาธิปไตยและเป็นการจัดการอย่างมีประสิทธิภาพ แล้วก็ให้ความเป็นธรรม รวมทั้งสามารถตามทันเทคโนโลยีที่เปลี่ยนแปลงไปได้ด้วย

ผมคิดว่าเท่าที่พูดมาแล้วนี้ ในเรื่องความสำคัญของ Legal Pluralism ก็คงจะเริ่มทำให้เราเห็นแล้วว่าถ้าเราไม่นำเอามิติหรือแนวความคิดนี้ เข้ามาเปิดพื้นที่ใหม่ๆ ให้กับการศึกษากฎหมาย กฎหมายของเราก็คงจะล้าหลัง แล้วก็ยังไม่เปิดโอกาสให้กับคนบางคนที่ทำหน้าที่เป็นเหมือนกับผู้พิพากษาคัดสินแทนคนอื่นเป็นจำนวนมาก จนกระทั่งเกิดความขัดแย้งมากขึ้นในสังคม

ดังนั้นการที่เราหันกลับมาสนใจในเรื่องการเปิดพรมแดนของความรู้เหล่านี้ มันจะเป็นอย่างไรบ้าง ผมคิดว่าในเวลาสั้นๆ เช่นนี้ ก็คงจะพอทำหน้าที่ในการไปสำรวจพรมแดนและสถานภาพความรู้มา เพื่อให้เราตระหนักถึงว่ามันทำอะไรได้ และมีความสำคัญขนาดไหน? ได้เพียงเท่านี้

พหุนิยมทางกฎหมาย (Legal Pluralism)

ผศ. สมชาย ปรีชาศิลปกุล*

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

* อาจารย์ประจำสาขาวิชานิติศาสตร์ คณะสังคมศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่

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