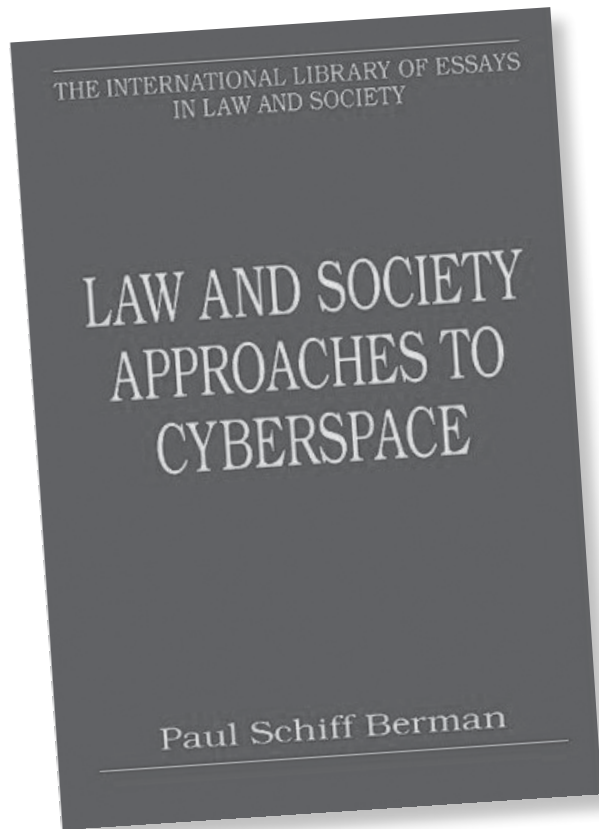




## ปรีทัศน์หนังสือ: Law and Society Approaches to Cyberspace

กศพล นรสนกุลพันธ์<sup>1</sup>

หนังสือรวมบทความเรื่อง Law and Society Approaches to Cyberspace<sup>2</sup> เป็นฉบับที่มี Paul Schiff Berman เป็นบรรณาธิการรวบรวมเรียงบทความทั้งหลายที่เกี่ยวข้องกับการศึกษากฎหมายเกี่ยวกับความเปลี่ยนแปลงทางสังคม โดยเฉพาะเจาะจงไปที่โลกในอินเทอร์เน็ต หรือที่นิยมเรียกกันในปัจจุบันว่า “พื้นที่ไซเบอร์” (Cyberspace) หนังสือฉบับนี้มีลักษณะเป็นการรวบรวมบทความที่ได้ตีพิมพ์เผยแพร่ต่างกรรมต่างวาระกันเสียมากกว่าการวางแผนร่วมกัน และแบ่งงานไปเขียนหนังสือภายใต้โครงเรื่องหลักดังหนังสือทั่วไป เพียงแต่มีบรรณาธิการเป็นผู้คัดเลือกบทความตามหัวข้อที่ตนได้วางไว้เพื่อให้ผู้อ่านเกิดความเข้าใจในประเด็นที่ต้องการศึกษา และเขียนบทนำเพื่อขมวดปมประเด็นสำคัญที่ปรากฏในหัวข้อและบทความต่างๆ ไว้ เพื่อให้ผู้อ่านเห็นความเชื่อมโยงและเค้าโครงของเรื่องได้ง่ายขึ้นไว้ในบทนำ

ความใหญ่ของขนาดรูปเล่มกว่า 700 หน้าไม่ใช่สิ่งเดียวที่ทำให้หนังสือฉบับนี้น่าสนใจ แต่การทำหนังสือรวมบทความฉบับนี้เป็นส่วนหนึ่งของโครงการรวบรวมบทความและหนังสือที่เกี่ยวข้องกับการศึกษากฎหมายในแนวทาง

<sup>1</sup> อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่

<sup>2</sup> Paul Schiff Berman, editor, *Law and Society Approaches to Cyberspace*, Ashgate Publishing, Hampshire, 2007.

“กฎหมายกับสังคม” (Law and Society/Socio-Legal Study)<sup>3</sup> ยิ่งทำให้เห็นพรมแดนความรู้ด้านกฎหมายที่เชื่อมโยงกับความเปลี่ยนแปลงทางสังคมในด้านต่างๆ ได้อย่างเป็นรูปธรรมมากขึ้น โดยสามารถพลิกอ่านหนังสือเล่มอื่นๆ ที่ได้รับการตีพิมพ์ภายใต้โครงการเดียวกันได้ในปกด้านหน้า

บรรณาธิการได้วางโครงเรื่องหลักไว้ทั้งหมด 9 ส่วน โดยมีการรวบรวมบทความมาทั้งสิ้น 16 บทความ และมีการเขียนบทนำแยกไว้ในช่วงแรกก่อนจะเข้าสู่บทความในส่วนแรก

บรรณาธิการเขียนบทนำไว้เพื่อสร้างความรู้พื้นฐานเกี่ยวกับแนวทางการศึกษากฎหมายแบบเชื่อมโยงกับความสัมพันธ์ทางสังคม ถัดมาจึงได้ให้มุมมองเกี่ยวกับการปรับวิธีการศึกษากฎหมายโดยเชื่อมโยงประเด็นทางสังคมเข้ากับปรากฏการณ์ต่างๆ ที่เกี่ยวข้องกัฏกฎหมายในโลกอินเทอร์เน็ต หรือที่เรียกว่าพื้นที่ไซเบอร์ (Cyberspace) โดยจะกล่าวถึงบทความต่างๆ ว่าเชื่อมโยงกับโครงเรื่องที่บรรณาธิการวางไว้อย่างไรบ้าง การทบทวนหนังสือที่รวมรวมบทความไว้เป็นจำนวนมากเช่นนี้จึงจำเป็นต้องเดินตามแนวทางที่บรรณาธิการวางไว้ในบทนำเช่นกัน

### การศึกษากฎหมายกับสังคม หรือศึกษา กฎหมายโดยเชื่อมโยงกับความเปลี่ยนแปลงทาง สังคม (A Law and Society Approach)

การศึกษากฎหมายในแนวทางกฎหมายกับสังคมเป็นที่แพร่หลายในโลกวิชาการตะวันตกมานับเป็นเวลาเกือบครึ่งศตวรรษ และในปัจจุบันก็ขยายกลายเป็นแนวทางหลักของโรงเรียนสอนกฎหมายชื่อดังทั้งในสหรัฐอเมริกา สหราชอาณาจักร ออสเตรเลีย หรือในภาคพื้นยุโรปที่จะพยายามสร้างจุดเด่นของสถาบันตนโดยการผลิตผลงานทางวิชาการในรูปของกฎหมาย บทความและ

<sup>3</sup> The International Library of Essays in Law and Society, Series Editor: Austin Sarat.

งานวิจัย ที่ใช้วิธีการแบบกฎหมายกับสังคม หรือมีการนำศาสตร์อื่นๆ เข้ามาผสมผสานเพื่อเป็นแนวทางในการศึกษาวิจัย หรือใช้เป็นกรอบในการอธิบาย จนในบางครั้งการอ่านหนังสือกฎหมายบางเรื่องจะเห็นด้วยทฤษฎีภาษาน้อยลง แต่เห็นอรรถาธิบายที่เชื่อมโยงกับ เศรษฐกิจการเมือง ทฤษฎีทางสังคม การอ้างอิงผลวิจัยเชิงประจักษ์ หรือใช้วิธีการเก็บข้อมูลแบบนักมานุษยวิทยา มากขึ้นเรื่อยๆ

หากต้องการเชื่อมโยงการศึกษากฎหมายกับสังคมอาจสับสนย้อนกลับไปพบกับสำนักหลักที่ถือธรรมาภิบาลมาก่อนนั่นคือ สำนักสังคมนิยมทางกฎหมาย (Legal Realism) ที่ใช้แนวทางวิพากษ์ (Critical) เป็นวิธีการสำคัญในการพิจารณาความเปลี่ยนแปลงทางสังคมว่าได้ทำให้กฎหมายสูญเสียความสามารถในการปรับใช้เพื่อตอบสนองเจตนารมณ์ที่ได้ออกกฎหมายไปแล้วหรือไม่ รวมถึงยังต้องการให้มีการปรับปรุงแก้ไขกฎหมายเพื่อให้สามารถประยุกต์ใช้กับปัญหาที่เกิดขึ้นในสังคมได้อย่างทันสถานการณ์

ดังนั้นกรอบความคิดหลักของนักกฎหมายที่ศึกษาวิจัยในแนวทางนี้จึงเชื่อมโยงกับเงื่อนไขต่างๆ ทางสังคม และไม่มีรังเกียจที่จะนำทฤษฎีของศาสตร์ทางสังคมอื่นๆ มาใช้ร่วมด้วยหากปัญหาที่ต้องการศึกษานั้นอาจจะใช้หลักคิดอื่นๆ มาช่วยคลี่คลายปัญหาได้ดีกว่าหลักกฎหมายที่เป็นอยู่ หรือปฏิบัติการทางกฎหมายที่เป็นอยู่ ดังนั้นการศึกษาจึงมิได้จำกัดอยู่ที่ตัวบทกฎหมายแต่ศึกษาทุกอย่างที่แวดล้อมกฎหมายเรื่องนั้นๆ เสียมากกว่า ดังที่ ริชาร์ด อาเบล นักกฎหมายกับสังคมชื่อดังได้กล่าวไว้ว่า “เมื่อถามว่าเราศึกษาอะไร เราจะตอบไปว่า ทุกอย่างที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายนอกจากบทบัญญัติของกฎหมาย” เฉกเช่นเดียวกับนักกฎหมายผู้ยิ่งใหญ่นาม รอสโค พาวด์ ที่ได้ชี้ให้เห็นว่า แนวทางกฎหมายกับสังคมนั้น พิจารณาโครงสร้างเชิงสถาบัน พฤติกรรม ตัวบุคคล วัฒนธรรม และความหมายทั้งหลายที่ได้ก่อรูปขึ้นเป็นบริบททางสังคม สร้างสัญลักษณ์

<sup>4</sup> Abel, Richard L. (1995), ‘What We Talk About When We Talk About Law’, in Richard L. Abel (ed.), *The Law and Society Reader*, New York: New York University Press, pp. 1–10. ‘When asked what I study, I usually respond gnomically: everything about law except the rules’.

และปฏิบัติการของกฎทั้งหลายที่ใช้ในชีวิตประจำวัน แหล่งกำเนิดเหล่านี้ล้วนเป็นที่มาของความแตกต่างในการศึกษาระหว่างกฎหมายที่ปรากฏ “ในตัวบทบัญญัติ” กับ กฎหมายที่อยู่ใน “ปฏิบัติการจริง”<sup>5</sup> ของสังคม

หากสำรวจงานศึกษาทางสังคมของนักคิดคนสำคัญไม่ว่าจะเป็น คาร์ล มาร์กซ แมกซ์ เวเบอร์ และเดอริไฮม์ จะพบว่านักคิดเหล่านั้นได้ใช้กฎหมายเป็นส่วนหนึ่งในการวิเคราะห์ความเปลี่ยนแปลงทางเศรษฐกิจและสังคมโดยกฎหมายถือเป็นกลไกเชิงสถาบันที่บ่งชี้ให้เห็นถึงการเปลี่ยนผ่านจากสังคมยุคจารีตมาสู่สังคมอุตสาหกรรม

นักมานุษยวิทยามักจะทำการศึกษากฎหมายที่อยู่นอกเหนือจากกระบวนการในศาลเพื่อให้เข้าใจว่ามีสถาบันหรือกลไกทางสังคมอื่นๆ อีกหรือไม่ที่ทำหน้าที่เป็นกลไกหรือกติกาที่ใช้ระงับข้อพิพาทในสังคม เพื่อเป็นกรอบวิเคราะห์ไปสู่การค้นพบระบบการควบคุม ลำดับศักดิ์สูงต่ำ ความสัมพันธ์เชิงอำนาจ และกระบวนการต่อต้านในสังคมที่ทำการศึกษา ในปัจจุบันนักมานุษยวิทยาสายทฤษฎีปฏิบัติการในชีวิตประจำวัน (Everyday-Life Practice) เริ่มทำการศึกษาระบบการยุติธรรมและศาลในระบบมากขึ้นเพื่อให้เห็นโครงสร้างและการทำงานของคนและกลไกในระบบว่าได้อำนาจอย่างไรบ้าง

สอดคล้องกับนักรัฐศาสตร์ที่หันเหความสนใจจากความหมกมุ่นในการศึกษาเชิงพฤติกรรมและการสร้างทฤษฎีที่สลับซับซ้อนมาเป็นการกระโดดเข้าสู่เวทีแห่งอำนาจที่มีการขับเคลื่อนและต่อสู้กันในแนวหน้าของการปะทะกันระหว่างประชาชนกับระบบบริหารราชการ หรือศาล ที่เกิดขึ้นจริงอยู่ทุกเมื่อเชื่อวัน

การศึกษาเชิงจิตวิทยาก็มีส่วนช่วยขยายพรมแดนการศึกษาอาชญวิทยาและทัณฑวิทยาไปเป็นอันมาก ดังปรากฏการศึกษาการก่อตัวของความผิด

<sup>5</sup> Pound, Roscoe (1910), ‘Law in Books and Law in Action: Historical Causes of Divergence between the Nominal and Actual Law’, *American Law Review*, 44, pp. 12–34. This is the source of the classic law and society distinction between law as it exists ‘on the books’ and law ‘in action’

ปกติ เบียงเบน หรือเป็นคนต่อต้านสังคมของสมาชิกในสังคม นอกจากนี้นงานในช่วงหลังยังแต่ละประเด็นกฎหมายกับความเห็นของประชาชนในเรื่องสำคัญอยู่ในความสนใจของสังคม

อย่างไรก็ดี เมื่อย้อนกลับมาดูงานของนักกฎหมายสายสังคมนิยมในช่วงสามสิบปีหลังจะเห็นผลงานเกี่ยวกับการใช้ข้อค้นพบเชิงประจักษ์มาพิสูจน์และสร้างความเข้าใจเกี่ยวกับกระบวนการตัดสินใจของศาล อันทำให้เห็นพลวัตรแห่งอำนาจ และความสัมพันธ์ของสถาบันทางกฎหมายกับกระบวนการทางสังคม ดังที่งานของฝั่งสหรัฐอเมริกาที่ให้ชื่อเล่นแก่งานกลุ่มที่ศึกษาระบบการตัดสินใจในศาลว่าขึ้นอยู่กับการไขข้อพิพาทของคนนั้นเผชิญว่า “ผู้พิพากษาตามลักษณะอาหารเช้าที่รับประทาน” (Breakfast judge)

จุดเปลี่ยนที่สำคัญในเชิงทฤษฎีและวิธีการศึกษากฎหมายกับสังคมเห็นจะเป็นกระแสการศึกษาสังคมหลังสมัยใหม่ (Post-Modernism) ของกลุ่มนักคิดสายหลังโครงสร้างนิยม (Post-Structuralism) อาทิ มิเชล ฟูโกต์ เฟลิกซ์ กัตตารี จิลส์ เดอเลซ ปิแอร์ บูร์ดิเยอร์ ฯลฯ ที่งานศึกษาของนักคิดเหล่านี้แม้ไม่ได้มุ่งมาที่ตัวกฎหมายโดยตรง แต่แนวทางการศึกษาสังคมของนักคิดเหล่านี้ได้สร้างผลสะท้อนต่อนักคิด นักทฤษฎีทางกฎหมาย จนรับเอาอิทธิพลทางทฤษฎีในกล่องความคิดของนักปราชญ์เหล่านั้น หยิบบางทฤษฎีมาเป็นเครื่องมือตั้งคำถาม หรือสร้างกรอบการวิเคราะห์ สืบย้อนไปจนเห็นการประกอบสร้างเจตนารมณ์และองค์ประกอบที่อยู่แวดล้อมกฎหมายเพื่อให้เห็นความสัมพันธ์ที่สลับซับซ้อนระหว่างกฎหมายกับบริบททางสังคมและวัฒนธรรมของสังคมนั้น

การหวนกลับมาตีความและวิเคราะห์กฎหมายเข้ากับเหตุการณ์จริงในสังคมนั้น แม้เป็นสิ่งที่นักกฎหมายทั่วไปเคยชินอยู่แล้ว แต่สิ่งที่นักกฎหมายกับสังคมใช้นั้นมีความแตกต่างไปอยู่บ้าง เนื่องจากแนวทางการทำงานของนักวัฒนธรรมศึกษานั้นจะทำการตีความกฎหมายภายใต้เงื่อนไขทางสังคมและวัฒนธรรมที่แวดล้อมกฎหมายนั้นๆ อย่างแนบแน่น มิได้มีการหยิบยกตัวบทกฎหมายแยกออกมาเป็นคัมภีร์แล้วชี้พิพากษาบังคับลงไปยังสังคมทันทีโดยไม่

สนใจบริบท (Contexts) แต่ยังคงเชื่อมโยงย้อนกลับไปกลับมากับสังคม กล่าวคือ ก่อนใช้กฎหมายจะต้องตีความกฎหมายเชื่อมโยงกับบริบท (Contextualize) ที่สร้างกฎหมายนั้นขึ้นมา (ใกล้เคียงกับการศึกษาเจตนารมณ์ของกฎหมาย) แต่จะเชื่อมโยงทั้งในเชิงประวัติศาสตร์ (Historical/Archaeology) และเชื่อมกับศาสตร์อื่นๆ ที่เกี่ยวข้องกับประเด็น (Genealogy) นั่นๆ ด้วย มิได้แยกออกจากความรู้อื่นๆ ที่เกี่ยวข้อง เมื่อจะตีความปรับใช้ก็ต้องเชื่อมโยงเข้ากับบริบทสังคมในขณะนั้นและความรู้ที่เชื่อมโยงกับประเด็นเหล่านั้นอีกครั้งเพื่อเป็นการพิสูจน์ว่าเงื่อนไขในการใช้กฎหมายยังคงเดิม ควรใช้กฎหมายตามเจตนารมณ์เดิม หรือเงื่อนไขและเหตุผลของเรื่องได้เปลี่ยนไปแล้วต้องปรับการบังคับใช้กฎหมายให้ทันต่อความเปลี่ยนแปลงหรือต้องรื้อถอน (De-Construct) แล้วสร้างกฎหมายเสียใหม่ (Re-Construct) ให้สอดคล้องกับบริบททางสังคมในขณะนั้นหรือไม่ การศึกษากฎหมายกับสังคมจึงต้องรับรู้และเข้าใจถึงความเปลี่ยนแปลงตลอดเวลา

สรุปได้ว่าพัฒนาการของการศึกษากฎหมายกับสังคมได้สร้างจุดเปลี่ยนเชิงบรรทัดฐานอย่างเป็นรูปธรรมให้กับการแสวงหาความรู้ เมื่อได้ผสมผสานความรู้ทางสังคมศาสตร์ที่มีแต่เดิมมาเข้ามาขับเคลื่อนให้เห็นถึง อำนาจนำเชิงวัฒนธรรมของกฎหมายในสังคม แล้วค่อยขยายการศึกษาไปที่การประกอบสร้าง “นิติสำนึก” ทางกฎหมายของประเด็นที่เฟื่องพินิจนั้น เพื่อให้ประจักษ์ชัดว่า “กฎหมายและบรรดานิติวิธีที่เกี่ยวข้องนั้นสามารถเข้าถึงและเข้าใจได้ด้วยบุคคลธรรมดาสามัญหากบุคคลนั้นได้ผนวก หลักเหิน หรือต่อต้าน การเข้าเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายและบรรดาความหมายทางกฎหมายที่เกี่ยวข้อง<sup>6</sup> จึงไม่น่าแปลกใจแต่ประการใดที่การศึกษาพื้นที่ใหม่ล่าสุดในบรรณพิภพอย่างโลกอินเทอร์เน็ตซึ่งยังหลากลั่นไม่ลงตัวและเต็มไปด้วยสิ่งใหม่ๆ จึงจำเป็นต้องนำ

<sup>6</sup> Ewick, Patricia and Silbey, Susan S., *The Common Place of Law: Stories from Everyday Life*, Chicago, IL: University of Chicago Press, 1998, p.35. “The constitutive turn, when combined with the earlier social science emphasis on law’s hegemonic power, became a study of legal consciousness itself: the ways in which ‘legality is experienced and understood by ordinary people as they engage, avoid, or resist the law and legal meanings’.”

แนวทางกฎหมายกับสังคมที่ให้ความสำคัญกับความเปลี่ยนแปลงมาปรับใช้เพื่อการศึกษาดังจะได้กล่าวในหัวข้อถัดไป

## Cyberspace

สิ่งแรกที่ต้องถกเถียงให้ชัดเจนกันเสียก่อน ก็คือ เราจำเป็นต้องมีนิติวิธีสำหรับโลกออนไลน์เป็นการเฉพาะหรือไม่ มีความจำเป็นอันใดที่ทำให้วงการกฎหมายต้องให้ความสำคัญกับเรื่องนี้มากเสียจนต้องแยกโลกออนไลน์ออกมาศึกษาเพื่อหากฎหมาย การบังคับใช้ และการวินิจฉัยข้อกฎหมายเป็นพิเศษแตกต่างจากระบบกฎหมายทั่วไปที่ใช้กับเรื่องอื่นๆ

หากสำรวจข้อถกเถียงเกี่ยวกับเรื่องนี้จะพบนักกฎหมายชาวสหรัฐอเมริกาที่ดำรงตำแหน่งอยู่ในศาลอุทธรณ์ให้ความเห็นว่า “การศึกษากฎหมายอินเทอร์เน็ตแยกออกไปอีกสาขาหนึ่งนั้น จะไม่เป็นการสร้างข้อแตกต่างไปกับการศึกษา “กฎหมายว่าด้วยลักษณะม้า” ในศตวรรษที่สิบเก้าแต่อย่างใด เพราะกรณีเช่นว่านั้น “หลักกฎหมายทั่วไป” มาปรับใช้ได้โดยไม่จำเป็นต้องสร้างระบอบกฎหมายใหม่ขึ้นมาฉับใด กรณีกฎหมายอินเทอร์เน็ตย่อมอยู่ในทำนองเดียวกันฉับนั้น ไม่มีความจำเป็นใดๆ ที่ต้องสร้าง “กฎหมายเทคโนโลยีสารสนเทศ” ขึ้นมาเลย<sup>7</sup>

กระนั้นนักกฎหมายที่เห็นต่างว่าจำเป็นต้องมี “กฎหมายเฉพาะ” สำหรับพื้นที่นี้เป็นการพิเศษก็ได้ชี้ให้เห็นความแตกต่างที่เกิดจากการใช้อินเทอร์เน็ตเป็นสื่อกลางในการก่อนิติกรรมและนิติเหตุทั้งหลายไว้เช่นกัน เนื่องจากอินเทอร์เน็ตได้สร้างปัญหาแบบใหม่ที่ไม่สามารถนำหลักกฎหมายที่ใช้องค์ประกอบของการสื่อสารแบบเดิมมาปรับใช้ได้อย่างลงตัวในหลายกรณี จึงมีความจำเป็นต้อง

<sup>7</sup> US Court of Appeals Judge Frank Easterbrook, provocatively argued that studying cyberlaw as a separate eld of study would be no different from studying the ‘law of the horse’ in the nineteenth century, ‘general rules’ without the need to invent a new legal regime. without needing anything called ‘cyberlaw’, 1996.

สร้างระบบกฎหมายใหม่ที่ก้าวทันความล้ำหน้าของเทคโนโลยีการสื่อสารที่เปลี่ยนไปซึ่งต้องใช้กรอบวิเคราะห์แบบใหม่เข้ามาจัดการเพื่อให้บรรลุเป้าหมายและสร้างความยุติธรรมที่สอดคล้องกับสภาวะใหม่นี้

เทคโนโลยีสารสนเทศที่เชื่อมโยงกิจกรรมทั้งหลายของมนุษย์นี้ได้เปลี่ยนความสัมพันธ์ของคนในสังคมไปอย่างไพศาล เนื่องจากการฉนวนธรรมชาติที่เกิดขึ้นในโลกออนไลน์ได้เปลี่ยนผลของการกระทำในกรณีต่างๆ ไปจากเดิมและย่อมส่งผลให้เกิดการปรับเปลี่ยนผลทางกฎหมายที่กฎหมายได้กำหนดไว้อย่างหยุดนิ่งตายตัวตามบรรทัดฐานเดิมที่วางไว้หรือตามตัวบทบัญญัติ

ดังนั้น การปรับตัวเพื่อเปลี่ยนหลักกฎหมายต่างๆ ที่เกี่ยวข้องกับอินเทอร์เน็ตซึ่งแต่เดิมเคยลงตัวและมั่นคงหยุดนิ่ง จึงมีความจำเป็นอย่างเสียมิได้ที่จะทำให้เกิดการเปลี่ยนแปลงอย่างถึงรากถึงโคนทั้งในแง่ของกระบวนการนิติบัญญัติเอง หรือการออกกฎหมายใหม่ที่เกี่ยวข้อง การใช้อำนาจบังคับตามกฎหมาย หรือการวินิจฉัยข้อพิพาททางกฎหมาย เนื่องจากหลักการพื้นฐานของระบอบกฎหมายเดิมตั้งอยู่บนหลัก “เขตอำนาจศาล” ซึ่งเชื่อมโยงกับอาณาเขตและดินแดนของรัฐที่ชัดเจนตามรูปแบบกฎหมายและการสร้างรัฐสมัยใหม่ที่อำนาจอธิปไตยเหนือดินแดนเป็นหลักการสำคัญเบื้องต้นของหลักกฎหมายที่เหลือทั้งหมด ลำพังประเด็นแรกนี้ก็สร้างปัญหาในการใช้กฎหมายกับโลกออนไลน์เสียแล้ว เนื่องจากกิจกรรมในโลกออนไลน์ได้สร้างผลกระทบข้ามพรมแดนทั้งในเชิงดินแดน และกระทบกระเทือนต่อบุคคลที่อยู่ต่างเขตอำนาจศาลกันตลอดเวลา การใช้กฎหมายของรัฐหนึ่งจึงมีข้อจำกัดเป็นอย่างมากต่อกิจกรรมในอินเทอร์เน็ตที่มีลักษณะข้ามพรมแดนตลอดเวลาในปริมาณมหาศาลเช่นนี้

หากลองวิเคราะห์ถึงระบอบกฎหมายที่ใช้อยู่ในโลกออนไลน์จะพบว่ารัฐบาลต่างๆ ได้ร่วมมือกับบริษัทเจ้าของเทคโนโลยีและองค์ความรู้ในการออกแบบกฎหมายต่างๆ เพื่อใช้เป็นกติกาในสื่อ หรือชุมชน นั้น เนื่องจากรัฐก็ยังปรับตัวรับกับความเปลี่ยนแปลงได้ไม่ทันต่อความเปลี่ยนแปลงที่รวดเร็ว และยังไป

กว่านั้นบริษัทก็เป็นเจ้าของเทคโนโลยีทั้งหลายที่ใช้กันอยู่ ไม่รวมถึงกระแสบอกแบบกฎหมายภายใต้โครงสร้างทุนนิยมโลกาภิวัตน์ที่รัฐจำต้องให้เสรีภาพในการดำเนินกิจกรรมต่างๆ ทางเศรษฐกิจและให้การคุ้มครองความเป็นเจ้าของเหนือทรัพย์สินและความรู้ต่างๆ ที่เอกชนผลิตขึ้นมา จึงไม่ประหลาดแต่อย่างใดที่รัฐและบริษัทจะร่วมกันออกกฎ และบังคับใช้กฎเพื่อควบคุมกิจกรรมในโลกออนไลน์

นอกจากนี้โลกออนไลน์ยังเป็นสิ่งสมมติที่มนุษย์สร้างขึ้นโดยอาศัยรหัสทางเทคนิคในการออกแบบหน้าตาารูปร่างและสายใยต่างๆ ที่โยงใยกันในอินเทอร์เน็ต ดังนั้นผู้ออกแบบระบบหรือสถาปนิกแห่งโลกออนไลน์ย่อมมีความได้เปรียบในการใช้อำนาจควบคุมทิศทางและกิจกรรมต่างๆ ที่ไหลไปในแนวทางที่ตนต้องการได้อย่างแท้จริง ผ่านการเขียนรหัสทั้งหลายให้กลายเป็นเครื่องมือควบคุมการใช้งานในโลกออนไลน์ได้ตลอดเวลา ดังนั้น อำนาจเดิมในโลกจริงที่เราใช้กฎหมายเป็นพลังในการควบคุมก็ผันเป็นเพียงอำนาจหนึ่งในโลกออนไลน์เนื่องจากต้องอาศัยการสร้างรหัสทางคอมพิวเตอร์เป็นกำแพงในการควบคุมกิจกรรมทั้งหลายในอินเทอร์เน็ต ซึ่งรัฐเองมิได้เป็นเจ้าของหรือเป็นผู้เชี่ยวชาญในการสร้างกำแพงเหล่านั้นเสียด้วย

อำนาจที่ไม่อยู่ในมือของรัฐนี้ได้นำความลำบากมาให้กับการติดตามค้นหาผู้ละเมิดกฎหมายทั้งหลายที่ล่องลอยอยู่ในโลกออนไลน์ เนื่องจากรัฐต้องร่วมมือกับผู้ประกอบการหรือเจ้าของเทคโนโลยีในการติดตามค้นหาหรือแสวงหาหลักฐานมาใช้ประกอบการพิจารณาดีทางกฎหมายที่อาจตามมา เพราะฉะนั้นคำถามสำคัญก็คือ รัฐอาศัยอำนาจใดในการบังคับให้เอกชนทั้งหลายทำตามคำสั่งหรือให้ความร่วมมือหากเอกชนเหล่านั้นอยู่นอกเขตอำนาจศาลของรัฐผู้ร้องขอ หรือจะต้องมีการสร้างเขตเฉพาะหรือแนวทางเฉพาะสำหรับแต่ละชุมชนแต่ละช่องทางในการสื่อสารบนอินเทอร์เน็ตเพื่อบังคับใช้กฎหมายหรือกติกาบางอย่างเพื่อประกันสิทธิของผู้ใช้และให้อำนาจจัดการกับกิจกรรมที่กระทบกระเทือนสิทธิของผู้อื่นอย่างมีประสิทธิภาพ

ข้อจำกัดที่ได้กล่าวถึงได้ทำให้การใช้อำนาจเหนือพื้นที่ต้องเปลี่ยนไปอย่างเสียมิได้ รัฐมีอาจผูกขาดอำนาจเหนือพื้นที่ต่างๆ อย่างสมบูรณ์ดังที่ได้กล่าวอ้างไว้ในแนวทางกฎหมายของรัฐสมัยใหม่ที่รัฐอ้างอธิปไตยเหนือดินแดนอย่างสมบูรณ์ ไปสู่การพยายามสร้างบรรทัดฐานบางประการ ร่วมกับการขอความร่วมมือทางเทคโนโลยีจากผู้ประกอบการผู้เชี่ยวชาญ และสร้างแนวร่วมภาคประชาชนในการสอดส่องจับตาดำเนินการทั้งหลายที่รัฐต้องการกำจัด ซึ่งสอดคล้องกับความคิดของนักสังคมศาสตร์ชื่อดังอย่าง หลุยส์ อัลธุสแซร์ และเป็นการบ่งชี้ให้เห็นว่าอำนาจในอินเทอร์เน็ตนั้นกระจายไปอยู่ในมือของผู้เล่นต่างๆ มิได้อยู่ในมือรัฐแต่เพียงผู้เดียว ดังที่ มิเชล ฟูร์โกต์ ได้กล่าวไว้เช่นกัน การออกกฎหมายแบบเป็นลำดับขั้น ลำดับศักดิ์และมีการออกแบบขั้นตอนบังคับบัญชาควบคุมอย่างชัดเจนเข้มแข็งดังที่ จอห์น ออสติน กล่าวไว้ในยุคสมัยใหม่เห็นจะเป็นไปได้ยากในโลกออนไลน์

กระนั้นผู้ใช้อินเทอร์เน็ตทั้งหลายก็มิได้มีเสรีภาพหรืออำนาจตามอำเภอใจที่จะใช้อินเทอร์เน็ตอย่างไรก็ได้ เนื่องจากรัฐก็ยังคงมีความพยายามรูปแบบอื่นๆ ในการบังคับควบคุมกิจกรรมต่างๆ ในโลกออนไลน์ หากแต่การสูญเสียอำนาจในการปกครองบังคับตามกฎหมายของรัฐในโลกอินเทอร์เน็ตไปให้กับผู้ออกแบบระบบหรือผู้ประกอบการ หรือองค์กรอื่นๆ ที่มีรัฐ ย่อมแสดงให้เห็นว่ารัฐมิได้สูญเสียอำนาจทั้งหมดเหนือโลกออนไลน์ เพียงแต่รัฐเปลี่ยนบทบาทไปตามสถานการณ์จากผู้ปกครองบังคับกฎ เป็นผู้ออกกฎ กำหนดบรรทัดฐาน และควบคุมผู้ประกอบการและองค์กรต่างๆ ให้ควบคุมและจัดการภายใต้เกณฑ์ที่รัฐได้วางเองไว้

โลกออนไลน์จึงเป็นพื้นที่ซึ่งร่องรอยของบุคคลปรากฏหลงเหลือให้ติดตามสืบย้อนไปหาได้เสมอและมีการบันทึกเก็บหลักฐานเหลือค้างไว้ในที่ใดสักแห่ง ซึ่งรอการเปิดเผย เนื่องจากอินเทอร์เน็ตเป็นเทคโนโลยีที่กองทัพสหรัฐอเมริกาออกแบบไว้ให้มีการบันทึกและเชื่อมโยงข้อมูลที่อาจสูญเสียจากสงครามล้างโลก เพื่อให้มีการเก็บสำรองคลังข้อมูลไว้สำหรับการรื้อฟื้นข้อมูลกลับมา เพียง

แต่ผู้ค้นหาข้อมูลต้องมีความสามารถในการเชิงเทคนิควิธีการเท่านั้น

ข้อถกเถียงทั้งหลายเกี่ยวกับโลกออนไลน์หรือพื้นที่ไซเบอร์ได้สะท้อนให้เห็นพอสังเขปแล้วว่าเหตุใดการศึกษากฎหมายกับสังคมในพื้นที่ไซเบอร์จึงจำเป็นต้องแสวงหาแนวทางที่พิเศษแตกต่างไปจากการศึกษาปัญหาทั่วไปที่อาจปรับใช้หลักกฎหมายทั่วไปได้ การศึกษาของนักคิดทั้งหลายที่จะกล่าวถึงต่อไปในบทความทั้ง 16 ชิ้นในหนังสือฉบับนี้ก็ได้เชื่อมโยงโลกออนไลน์เข้ากับเงื่อนไขทางการเมือง เศรษฐกิจ สังคมและวัฒนธรรมในหลากหลายประเด็นเพื่อชี้ให้เห็นว่า “ข้อถกเถียงที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายและสังคมเกือบทั้งหมดล้วนสัมพันธ์กับวิวาทะเรื่อง หลักกฎหมายที่ควรจะเป็น กับ กฎหมายที่เป็นอยู่ในการปฏิบัติจริง ซึ่งไม่อาจแยกออกจากอำนาจทางเศรษฐกิจที่โยงใยอยู่ ดังนั้น จึงเป็นสิ่งสำคัญที่เราต้องเชื่อมโยงพื้นที่หรือประเด็นทางกฎหมายที่ศึกษาเหล่านั้น เข้ากับระบอบกฎหมายและบทบาทของรัฐ (ที่แม้มองไม่เห็นอย่างชัดเจนแต่มีอยู่จริง) บทบาทของชุมชนทั้งหลายที่ร่วมสร้างบรรทัดฐาน รวมถึงผลกระทบจากโลกาภิวัตน์”<sup>8</sup> ซึ่งจะได้กล่าวต่อไปในการทบทวนบทความแต่ละเรื่อง

<sup>8</sup> Paul Schiff Berman, (2007), ‘Law and Society Approaches to Cyberspace’, in Law and Society Approaches to Cyberspace, Ashgate Publishing, Hampshire. p.xix. “all of the quintessential law and society debates – about law on the ground vs. law in action, the role of entrenched economic power, the importance of embedded (though often invisible) legal regimes, the ubiquitous (though again often invisible) role of the state, the significance of non-state communities to the construction of norms, the role of globalization”

## บทความ

หนังสือรวบรวมบทความฉบับนี้นำงานศึกษาวิจัยที่เสนอแบบทดลองวิเคราะห์ประเด็นเกี่ยวกับโลกออนไลน์ที่สามารถนำมาช่วยในการศึกษาค้นคว้าเกี่ยวกับประเด็นกฎหมายกับสังคมบนโลกออนไลน์ต่อไปได้ แม้บางบทความจะมีใช้บทความทางกฎหมายโดยตรงแต่ก็มีส่วนสร้างมโนทัศน์บางประการที่เป็นประโยชน์ โดยแยกออกเป็น 9 หมวด 16 บทความ ซึ่งจะได้ทบทวนไปตามลำดับดังต่อไปนี้

### หมวดที่ 1 พื้นที่ไซเบอร์และกระบวนทัศน์ทางปัญญา PART I CYBERSPACE AND INTELLECTUAL PARADIGMS

บทความแรกเป็นของ เซอร์รี เทิร์คเคิล เกี่ยวกับผลกระทบที่คอมพิวเตอร์สร้างให้กับความคิดของเราเกี่ยวกับการศึกษาระดับสูง<sup>9</sup> แม้มีใช้ทางกฎหมายโดยตรงแต่บทความนี้ได้ช่วยพัฒนาความคิดของผู้สนใจศึกษาโลกออนไลน์ให้ตระหนักถึงผลกระทบที่คอมพิวเตอร์ได้สร้างให้กับวิถีคิดเกี่ยวกับโลก เพื่อตระหนักถึงความเปลี่ยนแปลงที่คอมพิวเตอร์และการสื่อสารผ่านเทคโนโลยีสารสนเทศโดยเฉพาะอินเทอร์เน็ตได้เปลี่ยนโลกใบเดิมที่มนุษย์เชื่อในสิ่งที่เห็น ชัด จำต้องได้ มั่นคง แน่นนอน ไปสู่โลกหลังสมัยใหม่ที่ทุกอย่างเป็น “ภาพลักษณ์” ฉาบฉวย ตื่นเต้น แสดงให้เราเห็นแต่เปลือกผิวนอก แต่มีผลกระทบด้านความคิด อารมณ์ความรู้สึกของมนุษย์ แต่เคลื่อนไหวเปลี่ยนแปลงไปตลอดเวลา แม้กระทั่งอัตลักษณ์ที่จะบ่งชี้ตัวบุคคลก็ยืดหยุ่นผันแปรเป็นอันมาก เว็บไซต์ (หรือการเชื่อมโยงผ่านเครือข่าย) กลายเป็นวิถีคิดหลักเกี่ยวกับวิถีคิดของมนุษย์ในปัจจุบัน ไม่ว่าจะเป็นวิถีในการเชื่อมโยงความคิดของตนเข้ากับแผนภาพแผนภูมิหรือภาพลักษณ์ของบรรษัทข้ามชาติต่างๆ ที่มีกิจกรรมหลากหลายเชื่อมโยงกับเรา และยังเชื่อมโยงเข้ากับกฎหมายระหว่างประเทศ หรือแม้กระทั่งกิจกรรมที่รุนแรงสุดโต่งเช่น การก่อการร้าย ก็ล้วนเชื่อมโยงกับกฎหมาย

<sup>9</sup> Sherry Turkle (2004), ‘How Computers Change the Way We Think’, *Chronicle of Higher Education*, 26, pp. 1–5.

ระหว่างประเทศและวิถีคิดแบบเชื่อมโยงของอินเทอร์เน็ตทั้งสิ้น ทั้งนี้การจัดวางว่าเรื่องซึ่งเกิดจากเทคโนโลยีใหม่ๆ ก็ตาม จะเกี่ยวข้องกับกฎหมายใดเพื่อปรับใช้กฎหมายในประเด็นเฉพาะเรื่องนั้นๆ ย่อมถูกกระทบอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้

### หมวดที่ 2 พื้นที่ไซเบอร์กับบุคลาณฐาน (การใช้ตัวอุปมาอุปไมยเพื่อปรับใช้กฎหมาย)

#### PART II CYBERSPACE AND METAPHOR

บทความแรกของหมวดนี้ แดน ฮันเตอร์ เขียนเกี่ยวกับ เหตุใดกฏนาฏกรรมของยุคดิจิทัลที่พื้นที่ไซเบอร์กลายเป็นดินแดนที่ไม่เป็นมิตรต่อระบอบกรรมสิทธิ์ร่วม<sup>10</sup> โดยบทความนี้ตั้งข้อสันนิษฐานว่าเทคโนโลยีสารสนเทศได้สร้างผลกระทบต่อวัฒนธรรมทางกฎหมายในทิศทางที่คาดไม่ถึงมากกว่าการเกิดผลทางกฎหมายที่นักกฎหมายสามารถจินตนาการล่วงหน้าเป็นโจทย์ตุ๊กตาที่มักนำมาใช้เป็นตัวอย่างประกอบการตีความกฎหมาย เนื่องจากกรอบที่จะวิเคราะห์ความเปลี่ยนแปลงนั้นได้ ต้องเชื่อมโยงกับบริบทจริงของสังคมมากกว่า การคิดหาความเป็นไปได้ตามหลักเหตุผลและหลักเงื่อนไขทั่วไปที่นักกฎหมายนิยมใช้ ดังนั้นการศึกษผลกระทบทางกฎหมายจากอินเทอร์เน็ตต้องเชื่อมกับพลวัตรความเปลี่ยนแปลงทางการเมือง สังคม และเศรษฐกิจที่มีอยู่จริง

บทความถัดไป ริชาร์ด รอสส์ ชี้ให้เห็น ความสัมพันธ์ระหว่างการปฏิวัติการสื่อสารกับวัฒนธรรมทางกฎหมายว่ามีความเกี่ยวเนื่องกันอย่างชัดเจน<sup>11</sup> เนื่องจากความคุ้นชินของนักกฎหมายโดยเฉพาะนักกฎหมายในระบบคอมมอนลอว์ในการปรับหลักกฎหมายหรือตีความกฎหมายโดยใช้ตัวอย่าง หรือตุ๊กตา หรือสถานการณ์บางอย่างที่สอดคล้องกับตัวอย่างเดิมที่มีอยู่เป็นบรรทัดฐาน ดังนั้นการคาดเดาเอาเองของนักกฎหมายว่าสิ่งที่เกิดขึ้นในอินเทอร์เน็ตเทียบเคียง

<sup>10</sup> Dan Hunter (2003), ‘Cyberspace as Place and the Tragedy of the Digital Anticommons’, *California Law Review*, 91, pp. 439–519.

<sup>11</sup> Richard J. Ross (2002), ‘Communications Revolutions and Legal Culture: An Elusive Relationship’, *Law and Social Inquiry*, 27, pp. 637–84.

ได้กับ บุคคลนั้น ตัวอย่างนี้ หรือหลักการนั้น จึงเป็นการแสดงการจับจองสิ่งใหม่ในโลกออนไลน์ให้อยู่ภายใต้กรอบความคิดเดิมที่นักกฎหมายคุ้นชิน ซึ่งไม่ช่วยให้มีการปรับหลักกฎหมายสอดคล้องกับสิ่งที่เกิดขึ้นใหม่ในอินเทอร์เน็ต เนื่องจากการเลือกใช้ตัวอย่างใดๆ มาเทียบเคียงกับสิ่งใหม่ๆ ที่เกิดขึ้น ย่อมมีการเลือกให้เหมาะกับเจตนารมณ์ส่วนตัวของผู้ตีความซึ่งมีเหตุผลและความต้องการเฉพาะของผู้นั้นหรือสถาบัน องค์กรนั้นๆ อยู่แล้ว นั่นคือมี “ความเป็นการเมือง” ในการเลือกตัวอย่างมาอุปมาอุปมันันเอง

### หมวด 3 พื้นที่ไซเบอร์กับโลกาภิวัตน์ PART III CYBERSPACE AND GLOBALIZATION

หลังจากสงครามเย็นที่แบ่งโลกออกเป็นสองขั้วได้จบลงไปด้วยชัยชนะของระบบตลาดแบบทุนนิยมโลกาภิวัตน์ สิ่งที่มาพร้อมกับระบบตลาดและการเปิดระบบเศรษฐกิจแบบเสรีก็คือการสื่อสารข้ามพรมแดนโดยอาศัยเทคโนโลยีสารสนเทศที่ทุนและบริษัทต่างๆ ได้ผลักดันเข้ามาพร้อมกับการขยายการลงทุนในธุรกิจด้านต่างๆ อินเทอร์เน็ตจึงกลายเป็นเครื่องมือเชื่อมต่อความสัมพันธ์ที่ขยายสภาวะโลกาภิวัตน์ให้เห็นเป็นรูปธรรม ทั้งนี้อินเทอร์เน็ตได้สร้างผลกระทบในเชิงสังคมและการเมืองอย่างมีนัยสำคัญเนื่องจากได้เพิ่มโอกาสในการเชื่อมความสัมพันธ์ของบุคคลและองค์กรทั้งหลาย และยังมีส่วนลดการรวมศูนย์อำนาจไว้ ณ จุดใดจุดหนึ่งเสียด้วย ซึ่งผลกระทบนี้ได้สะท้อนต่อความคิดเกี่ยวกับหลักการอำนาจเหนืออาณาเขตของรัฐอย่างรุนแรงและอาจทำให้หลักการนี้ต้องเปลี่ยนไปในอนาคตอันใกล้

บทความแรกในหมวดนี้เขียนโดย กุนเธอร์ เทิร์บเนอร์ ว่าด้วย การสถาปนาระบบอธิปไตยบนกฎหมายในสังคมใหม่ที่ท้าทายต่อทฤษฎีรัฐธรรมนูญเดิมที่มีรัฐเป็นศูนย์กลาง<sup>12</sup> ซึ่งพิจารณาความเป็นไปได้ของการเกิดระบบรัฐธรรมนูญ

<sup>12</sup> Gunther Teubner (2004), ‘Societal Constitutionalism: Alternatives to State-Centred Constitutional Theory?’, in Christian Joerges, Inger-Johanne Sand and Gunther Teubner (eds), *International Studies in the Theory of Private Law Transnational Governance and Constitutionalism*, Oxford: Hart Publishing, pp. 3–28.

นิยมที่มีได้ตั้งอยู่บนฐานอำนาจของรัฐสมัยใหม่แต่อาจกระจายไปอยู่ที่องค์กรทางสังคมอื่นๆ หรือชุมชนต่างๆ ในอินเทอร์เน็ตที่จะสถาปนากฎกติกาหรือความสัมพันธ์เชิงอำนาจภายในชุมชนของตนเองเพื่อให้มีอำนาจในการจัดการตนเองโดยไม่ต้องรออำนาจหรือการจัดการของรัฐที่อาจไม่ทันการณ์หรือไม่ทั่วถึง โดยรัฐก็จะกลายเป็นองค์กรหนึ่งในหลายองค์กรที่เป็นผู้สร้างกฎหมายท่ามกลางกลุ่ม ชุมชน หรือองค์กรอีกมากมายในอินเทอร์เน็ตที่สามารถออกกฎหมายใช้กำกับควบคุมกิจกรรมบนพื้นที่ไซเบอร์

บทความถัดมาเขียนโดยบรรณาธิการของหนังสือเล่มนี้ ได้หยิบเอาทฤษฎีจักรวาลทัศน์มาปรับใช้ในการแก้ไขปัญหากฎหมายขัดกันเพื่อขยายพื้นที่ให้กับทางเลือกในการจัดการความขัดแย้งโดยไม่ต้องปรับเปลี่ยนนิยามความหมายของ “ผลประโยชน์แห่งรัฐ” ท่ามกลางยุคสมัยที่โลกเปลี่ยนไปเสียใหม่<sup>13</sup> ผู้เขียนได้ลดทอนเอกสิทธิ์สำคัญของรัฐสมัยใหม่ นั่นคือ หลักเขตอำนาจศาลเหนือดินแดนอธิปไตยอย่างสมบูรณ์ของรัฐ ให้น้อยลงจากหลักศักดิ์สิทธิ์ที่ห้ามแตะต้องแก้ไข ไปเป็นหลักการที่ต้องสำรวจกันเสียใหม่ โดยใช้ทฤษฎีจักรวาลทัศน์ที่มีกระบวนการแสวงหาทางสายกลางระหว่างการยึดถืออาณาเขตอย่างเข้มงวดกับความเป็นสากลอย่างสุดโต่งเพื่อหาทางออกให้กับปัญหาในการใช้กฎหมายกับกิจกรรมที่มีลักษณะข้ามพรมแดนอย่างเข้มข้น นอกจากนี้การมองหาทางแก้ปัญหที่เกิดจากการหาความเชื่อมโยงกับ “จุดเกาะเกี่ยว” ที่บุคคลนั้นเชื่อมโยงกับชุมชนจำนวนมากทั้งในระดับท้องถิ่น โลก และมีลักษณะข้ามพรมแดนตลอดเวลา

### หมวด 4 พื้นที่ไซเบอร์กับสัจนิยมทางกฎหมาย PART IV CYBERSPACE AND LEGAL REALISM

นักกฎหมายสำนักสัจนิยมได้พยายามแสดงให้เห็นที่รณรงค์เรื่องเสรีภาพ

<sup>13</sup> Paul Schiff Berman (2005), ‘Towards a Cosmopolitan Vision of Conflict of Laws: Redefining Governmental Interests in a Global Era’, *University of Pennsylvania Law Review*, 153, pp. 1819–1882.



อย่างสุดโต่งในอินเทอร์เน็ตอย่างกลุ่มปลดปล่อยในโลกออนไลน์เห็นถึงความจริงในโลกออนไลน์ด้วยบทความ 2 เรื่องต่อไปนี้ที่แสดงให้เห็นความจริงและข้อพึงตระหนักเกี่ยวกับอำนาจรัฐและการควบคุม ซึ่งอินเทอร์เน็ตอาจมีใช้สววรรค์สำหรับปัจเจกชนที่ปรารถนาเสรีภาพ

เจมส์ บอยล์ นักกฎหมายซึ่งเป็นนักเขียนนวนิยายชื่อดัง ได้นำกระบวนการทัศน์และทฤษฎีของฟูร์โกต์มาปรับใช้กับปฏิบัติการของรัฐบนอินเทอร์เน็ตรูปแบบการคุ้มครองข้อมูลโดยเชื่อมโยงกับอำนาจอธิปไตยของรัฐและการใช้อำนาจตรวจเนื้อหาเพื่อนำไปสู่การห้ามเผยแพร่ข้อมูลที่ไม่ประสงค์<sup>14</sup> บอยล์ได้พยายามโต้แย้งข้อเสนอที่กล่าวว่าอินเทอร์เน็ตจะเป็นพื้นที่เสรีสำหรับปัจเจกชน โดยพยายามแสดงให้เห็นความสามารถของรัฐในการสวมใส่อำนาจเข้าไปอยู่ในโลกออนไลน์ผ่านเทคโนโลยีและสถาปัตยกรรมทางคอมพิวเตอร์ที่สามารถขัดขวางและปิดกั้นการไหลเวียนของข้อมูลได้อย่างมีประสิทธิภาพด้วยการเขียนรหัสคอมพิวเตอร์

บทความต่อมา มาร์กาเร็ต เจน ราดิน ผู้เสนอบทความให้รัฐพยายามกำกับควบคุมกิจกรรมในอินเทอร์เน็ตด้วยการสนับสนุนการบังคับตามสัญญาและมีการใช้กลไกทางเทคโนโลยีมาหนุนเสริม<sup>15</sup> โดยราดินได้ชี้ให้เห็นข้อดีของการปล่อยให้เอกชนบังคับสัญญาตนเองเนื่องจากเอกชนย่อมไม่มีอำนาจในการบังคับผู้อื่นด้วยอำนาจของตนเอง ในกรณีนี้บทความเน้นไปที่เรื่องสัญญาเกี่ยวกับทรัพย์สินทางปัญญา โดยชี้ว่าแม้จะมีการพยายามสร้างเทคโนโลยีและรหัสต่างๆ มาป้องกันการละเมิดสัญญาทั้งหลาย แต่ไม่อาจประสบผลสำเร็จหากขาดอำนาจรัฐช่วยบังคับ การปล่อยปละละเลยมีส่วนทำให้สัญญาเหล่านั้นกลายเป็น “กฎหมายของบริษัท” ที่ต้องพยายามบังคับกันเอง โดยบทความนี้เรียกร้องให้รัฐร่วมบังคับสัญญาเพื่อให้เกิดหลักประกันต่อสัญญาทางกฎหมาย

<sup>14</sup> James Boyle (1997), ‘Foucault in Cyberspace: Surveillance, Sovereignty, and Hardwired Censors’, *University of Cincinnati Law Review*, 66, pp. 177–205.

<sup>15</sup> Margaret Jane Radin (2004), ‘Regulation by Contract, Regulation by Machine’, *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, 160, pp. 142–56.

และระบอบทรัพย์สิน และสร้างขอบเขตที่ชัดเจนระหว่างทรัพย์สินสาธารณะกับทรัพย์สินของเอกชน

## หมวด 5 พื้นที่ไซเบอร์กับเสรีภาพในการแสดงออก PART V CYBERSPACE AND FREEDOM OF EXPRESSION

หมวดนี้จะหยิบยกบทความเกี่ยวกับความกังวลต่อเสรีภาพในการแสดงออกที่อาจถูกจำกัดและคุกคามด้วยอำนาจของเอกชน เช่น บรรษัท ผู้ให้บริการและผู้ประกอบการบนอินเทอร์เน็ต แสดงให้เห็นว่าอาจมิใช่อำนาจที่มีส่วนจำกัดเสรีภาพในการแสดงออกของบุคคล

บทความแรกเขียนโดย ลอว์เรนซ์ เลสสิก ปรมาจารย์กฎหมายเทคโนโลยีสารสนเทศและทรัพย์สินทางปัญญา ผู้ได้ตั้งข้อสังเกตไว้ตั้งแต่ปี พ.ศ.2541 ว่าสิ่งที่นำมากำกับควบคุมการแสดงออกของบุคคลน่าจะเป็นอะไรได้บ้างระหว่างเทคโนโลยีในการคัดกรองด้วยการเขียนรหัสคอมพิวเตอร์หรือการออกแบบระบบการสื่อสารสองทางที่ผู้ประกอบการอินเทอร์เน็ตสามารถควบคุมได้<sup>16</sup> เลสสิกได้เสนอว่ามีความเป็นไปได้ที่รัฐจะสร้างพื้นที่เฉพาะบางส่วนขึ้นเป็นเขตควบคุมพิเศษเพื่อใช้สอดส่องและควบคุมการแสดงออกของปัจเจกชนมากกว่าการพยายามสร้างตัวกรองความคิดเห็นไปอย่างแพร่หลายและกระจายกระจาย ซึ่งการใช้ตัวคัดกรองความคิดเห็นของประชาชนโดยใช้เทคโนโลยีของผู้ให้บริการนั้นสามารถกระทำได้โดยที่ผู้ใช้อินเทอร์เน็ตไม่ทันรู้ตัวเสียด้วยซ้ำ เมื่อเห็นตัวอย่างและข้อเสนอทั้งหลายแล้วจะพบว่ามีความร่วมมืออย่างแยบคายระหว่างรัฐและเอกชน ซึ่งเป็นการปรับเปลี่ยนกระบวนการทัศน์เกี่ยวกับอินเทอร์เน็ตที่เชื่อกันว่าเป็นพื้นที่แห่งเสรีภาพไปสู่การเป็นพื้นที่เป้าหมายสำคัญของรัฐในการควบคุมการแสดงออก

บทความถัดมา แจ็ค บอลคิน พยายามแสวงหาทฤษฎีที่จะใช้อธิบาย

<sup>16</sup> Lawrence Lessig (1998), ‘What Things Regulate Speech: CDA 2.0 vs. Filtering’, *Jurimetrics Journal*, 38, pp. 629–670.

เสรีภาพในการแสดงออกสำหรับสังคมข้อมูลข่าวสารที่อยู่ในรูปแบบการสื่อสารผ่านข้อมูลดิจิทัลและสัมพันธ์กับวัฒนธรรมประชาธิปไตย<sup>17</sup>

บทความนี้ได้สร้างข้อถกเถียงและเรียกร้องอย่างน่าตื่นเต้นด้วยการพยายามเสนอช่องทางที่นักกฎหมายจะร่วมกันเปิดโอกาสหรือส่งเสริมประชาชนให้มีส่วนร่วมในการสร้างสรรค์และจำหน่ายจ่ายแจกวัฒนธรรมในรูปแบบสื่อดิจิทัลโดยไม่ติดอยู่ในกรงขังของระบอบทรัพย์สินและอำนาจเหนือเทคโนโลยีของบริษัทที่หวงกั้นสิทธิและสร้างข้อจำกัดด้วยเทคโนโลยีต่างๆ ที่บริษัทอุตสาหกรรมคอมพิวเตอร์และบันเทิงสร้างขึ้นมากขึ้น

## หมวด 6 พื้นที่ไซเบอร์กับทรัพย์สินทางปัญญา PART VI CYBERSPACE AND COPYRIGHT

เสรีภาพในการแสดงออกบนโลกออนไลน์นั้นมีความสัมพันธ์อย่างใกล้ชิดกับประเด็นกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาเนื่องจากกฎหมายลิขสิทธิ์สามารถห้ามปรามการเผยแพร่ความคิดหรือการแสดงออกในงานสร้างสรรค์ได้อย่างมีประสิทธิภาพโดยอ้างเหตุแห่งการคุ้มครองสิทธิของปัจเจกชนอย่างเด็ดขาดเพื่อเป็นแรงจูงใจให้เกิดการผลิตงานขึ้นมา แต่ก็มีผลต่อการเผยแพร่และวิจารณ์ ดัดแปลงต่อยอดงานต้นแบบนั้นให้อยู่ในอำนาจของผู้ประพันธ์ตั้งต้น บทความถัดไปทั้งสองจะหยิบเอาวิวาทะดังกล่าวมาอภิปราย

บทความแรกของ เจน กินสเบิร์ก มีจุดยืนในการเรียกร้องให้เพิ่มอำนาจในการควบคุมและป้องกันการจำหน่ายจ่ายแจกผลงานและเทคโนโลยีให้เป็นไปตามกฎหมายลิขสิทธิ์<sup>18</sup> โดยแสดงเหตุผลที่ควรที่จะเพิ่มอำนาจให้กับหน่วยงานและเพิ่มความเข้มงวดในการควบคุมการเผยแพร่งานสร้างสรรค์เพื่อให้เกิดแรง

<sup>17</sup> Jack M. Balkin (2004), 'Digital Speech and Democratic Culture: A Theory of Freedom of Expression for the Information Society', *New York University Law Review*, 79, pp. 1–58.

<sup>18</sup> Jane C. Ginsburg (2001), 'Copyright and Control Over New Technologies of Dissemination', *Columbia Law Review*, 101, pp. 1613–1647.

จูงใจในการผลิตงานเพื่อให้มีผลงานออกมาสู่พื้นที่สาธารณะมากขึ้นอันจะเป็นผลดีแก่ประชาชนทั่วไปในการมีทางเลือกในการเสพผลงานที่หลากหลายมากขึ้นนั่นคือ ให้ใช้ระบบกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาทั่วไประบบพื้นที่ไซเบอร์

ส่วนบทความถัดมาของ เจสสิกา ลิทแมน ได้เสนอแนวทางบทจุดยืนตรงกันข้ามกับบทความก่อนหน้านี้โดยกระตุ้นให้คิดค้นระบบในการแบ่งปันผลงานอย่างเป็นรูปธรรมเพื่อทำให้เกิดการจำหน่ายจ่ายแจกอย่างชอบธรรมภายใต้ระบบกฎหมายที่ออกแบบขึ้นใหม่<sup>19</sup> เนื่องจากการจ่ายแจกผลงานในโลกออนไลน์มีลักษณะแตกต่างออกไปจากการจ่ายแจกในโลกแห่งความเป็นจริง โดยเฉพาะการใช้หน้าเว็บไซต์เป็นที่พบปะของผู้ที่ครอบครองผลงานลิขสิทธิ์ได้มาแลกเปลี่ยนผลงานที่ตนมีกับผู้บริโภคคนอื่นๆ โดยที่หน้าเว็บไซต์ดังกล่าวมิได้เป็นผู้เผยแพร่เอง และเมื่อปิดหน้าเว็บบ้างด้วยอำนาจใดก็แล้วแต่ หน้าเว็บไซต์ทำนองเดียวกันก็จะผุดขึ้นมาในที่อื่นๆ ดังนั้น การเพิ่มอำนาจในการบังคับกฎหมายลิขสิทธิ์จึงไม่เป็นที่สำเร็จเท่ากับการค้นหาระบบที่เหมาะสมกับการจัดการปัญหานี้ นั่นคือให้สร้างระบบกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาเฉพาะเป็นพิเศษแตกต่างกับพื้นที่ไซเบอร์

## หมวด 7 พื้นที่ไซเบอร์กับความเป็นส่วนตัว PART VII CYBERSPACE AND PRIVACY

ในหมวดนี้มีเพียงบทความเดียวจาก จูลี โคเฮน ที่จะประเมินชีวิตของมนุษย์ในยุคสารสนเทศว่าเมื่อพูดถึงความเป็นส่วนตัวของบุคคลยังอยู่ในฐานะประธานแห่งสิทธิหรือได้กลายเป็นวัตถุแห่งสิทธิไปเสียแล้ว<sup>20</sup> ผู้เขียนได้แสดงหลักฐานจากการเก็บสะสมข้อมูลส่วนบุคคลจำนวนมหาศาลของบริษัทเอกชนซึ่งถือเป็นภัยคุกคามต่อความเป็นส่วนตัวอย่างรุนแรงขององค์กรที่ไม่ใช่

<sup>19</sup> Jessica Litman (2004), 'Sharing and Stealing', *Hastings Communications and Entertainment Law Journal*, 27, pp. 1–50.

<sup>20</sup> Julie E. Cohen (2000), 'Examined Lives: Informational Privacy and the Subject as Object', *Stanford Law Review*, 52, pp. 1373–1438.

รัฐในยุคนี้ ทั้งนี้การเก็บสะสมข้อมูลของบรรษัทกระทำโดยอ้างว่าผู้ให้บริการได้แสดงความยินยอมก่อนแล้ว แต่สิ่งที่น่าสงสัยคือ ผู้ใช้ของบรรษัทมีทางเลือกที่จะไม่ยินยอมให้เก็บสะสมข้อมูลส่วนบุคคลหรือไม่ หากจะรับบริการจากผู้ประกอบการเหล่านั้น และได้เสนอว่าการพัฒนาระบบคุ้มครองความเป็นส่วนตัวในข้อมูลส่วนบุคคลต้องตั้งอยู่บนพื้นฐานของเงื่อนไขที่จะปกป้องรักษาความเป็นส่วนตัวเพื่อจะมีพื้นที่ให้หายใจหายคอและสามารถหยุดคิดเพื่อพัฒนาตนเอง และจัดการชีวิตตนเองได้อย่างเต็มภาคภูมิ

## หมวด 8 พื้นที่ไซเบอร์ อัตลักษณ์ และชุมชน 1 PART VIII CYBERSPACE, IDENTITY AND COMMUNITY I

แม้การสร้างอินเทอร์เน็ตโดยเริ่มแรกจะเกิดขึ้นด้วยวัตถุประสงค์ทางการทหารและถูกขยายออกมาสู่เหตุผลด้านการจัดเก็บข้อมูลเพื่อบริหารจัดการกิจกรรมต่างๆ แต่เมื่อเทคโนโลยีได้แพร่สู่ประชาชนในวงกว้างทำให้เกิดการดัดแปลงใช้อินเทอร์เน็ตสร้างโลกสมมติ หรือ ชุมชนเสมือน ขึ้นมาบนอินเทอร์เน็ต และมีกิจกรรมที่ใกล้เคียงกับโลกจริงมากขึ้นเรื่อยๆ อินเทอร์เน็ตได้เปิดให้ชุมชนคนชายขอบที่ด้อยอำนาจได้ฉวยใช้เป็นช่องทางในการแสดงความคิดเห็น สร้างพื้นที่ขึ้นให้กับตัวตนที่แตกต่างหลากหลายตามความต้องการของตน เพราะฉะนั้นการใช้อินเทอร์เน็ตเพื่อการรวมตัวและสร้างชุมชนผู้รักในเสรีภาพและเพิ่มอำนาจในการมีส่วนร่วมในสังคมของกลุ่มเสรีนิยมต่างๆ จึงมีความเป็นไปได้ เพราะสามารถเชื่อมต่อกับผู้ที่มีอุดมการณ์หรือความสนใจเดียวกันในที่อื่นทั่วโลก อย่างไรก็ตาม ในพากหนึ่งผู้ที่มีความเชื่อแบบสุดโต่งหรือนิยมความรุนแรงและเกลียดชังก็สามารถแนวร่วมเดียวกับตนในโลกออนไลน์ได้ เฉกเช่นเดียวกัน โลกไซเบอร์จึงสะท้อนให้เห็นความเป็นไปของโลกจริงที่ได้ย้ายกิจกรรมและการกระทำทั้งหลายเข้ามาใช้พื้นที่นี้แทนบทความสองเรื่องในหมวดนี้จะเน้นไปที่การสร้างสังคมและชุมชนเสมือนในอินเทอร์เน็ต

เริ่มด้วยบทความของ อานูภัม แชนเดอร์ ที่ตั้งคำถามว่าโลกไซเบอร์และ

สังคมสมมติเหล่านั้นเป็นสาธารณรัฐของใคร<sup>21</sup> เนื่องจากอินเทอร์เน็ตได้ทำให้เกิดการแตกตัวทางสังคมเป็นชุมชนย่อยๆ ด้วยเหตุที่ผู้ใช้อินเทอร์เน็ตจำนวนไม่น้อยไม่สามารถถกเถียงหรือดกดันที่จะแลกเปลี่ยนความคิดเห็นในวงกว้างกับเพื่อนร่วมสังคมอื่นๆ ได้ จึงเลียงตนมาสร้างชุมชนที่มีสมาชิกสนใจหรือคิดเห็นไปในทิศทางเดียวกันกับตน ซึ่งเป็นอุปสรรคอย่างยิ่งหลวงต่อสังคมในการหลอมรวมความคิดเห็นที่แตกต่างหลากหลายให้เข้ามาอยู่ในสังคมเดียวกันเพื่อทำความเข้าใจความเป็นจริงที่เกิดขึ้นในโลกปัจจุบัน เนื่องจากชุมชนเสมือนย่อยๆ เหล่านั้นได้ละทิ้งความเข้าใจต่อโลกแห่งความเป็นจริงที่เต็มไปด้วยความหลากหลายทางวัฒนธรรม

แต่ในมุขกลับกันก็ปรากฏความงามของชุมชนผู้ด้อยอำนาจและชนกลุ่มน้อยทั้งหลายที่สามารถแสวงหาเพื่อนร่วมความคิด ความเชื่อ ความสนใจ ศาสนาและสร้างเป็นชุมชนที่ก้าวข้ามอุปสรรคทั้งหลายจนกลายเป็นชุมชนที่ส่งเสริมศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์และเพิ่มศักยภาพของความเป็นพลเมือง ซึ่งสิ่งนี้อาจมองได้ว่าเป็น “สิทธิในการปฏิบัติตนเป็นพลเมืองเต็มขั้นตามความปรารถนาของตนเอง” ซึ่งก้าวพ้นจากการกดขี่เหยียดหยามให้เป็นพลเมืองชั้นสองในโลกแห่งความเป็นจริง

เจอร์รี กัง เขียนบทความเรื่อง เชื้อชาติในโลกไซเบอร์<sup>22</sup> โดยได้บ่งชี้ว่าลักษณะเฉพาะทางเชื้อชาติเป็นสิ่งที่แทบจะมองไม่เห็นในอินเทอร์เน็ตก่อนที่จะเทคโนโลยีสารสนเทศจะสามารถให้บุคคลเผยแพร่ภาพถ่าย และวีดิทัศน์ของตนขึ้นสู่อินเทอร์เน็ต เพราะในยุคก่อนหน้านี้มีเพียงตัวอักษรที่แสดงตัวตนของเจ้าของแต่ไม่สามารถแยกได้ว่าเป็นใครเชื้อชาติไหนอย่างชัดเจน ซึ่งปรากฏการณ์ได้ส่งผลสำคัญ 3 ประการ คือ

- 1) กิจกรรมออนไลน์ที่ผู้ใช้แทบจะเป็นบุคคลนิรนามจะทะลุทะลวงการ

<sup>21</sup> Anupam Chander (2002), “Whose Republic?”, *University of Chicago Law Review*, 65, pp. 1479–500.

<sup>22</sup> Jerry Kang (2000), “Cyber-Race”, *Harvard Law Review*, 113, pp. 1130–1208.

กีดกันและหวงพื้นที่โดยใช้เชื้อชาติเป็นตัวกำหนด

2) กิจกรรมออนไลน์ระหว่างบุคคลต่างเชื้อชาติที่มีปริมาณมากขึ้นอย่างมหาศาลจะหล่อหลอมรวมบุคคลทั้งหลายเข้าหากันในลักษณะสังคมบูรณาการมากขึ้น

3) ศักยภาพในการก้าวข้ามเส้นแบ่งเชิงเชื้อชาติของบุคคลที่เป็นสมาชิกของกลุ่มเชื้อชาติอื่นจะสั่นคลอนเส้นแบ่งแยกระหว่างเชื้อชาติให้เบาบางลง

## หมวด 9 พื้นที่ไซเบอร์ อัตลักษณ์ และชุมชน 2 PART IX CYBERSPACE, IDENTITY AND COMMUNITY II

ชีวิตทางสังคมของมนุษย์นั้นส่วนหนึ่งก็มีกิจกรรมในลักษณะการสร้างชุมชนทางเลือกขึ้นมา ดังนั้นการสร้างกฎหมายและกฎระเบียบต่างๆ ขึ้นมาควบคุมชุมชนเหล่านั้นก็มีความสำคัญ คำถามสำคัญจึงอยู่ที่ว่าชุมชนนั้นควรมีอำนาจในการก่อรูปการควบคุมปกครองตนเอง และมีอำนาจในเชิงกฎหมายหรือการลงโทษสมาชิกหรือบุคคลที่เข้ามากระทบชุมชนหรือไม่ บทความทั้งสองเรื่องสุดท้ายได้พยายามหาวิธีในการปกครองควบคุมชุมชนเสมือนในอินเทอร์เน็ต รวมถึงแนวทางการศึกษาที่อาจนำมาใช้กับชุมชนเหล่านั้นได้

เจนนิเฟอร์ มนูจิน ที่เปิดประเด็นเกี่ยวกับการสร้างกฎหมายที่จับต้องได้เพื่อใช้กับสังคมสมมติในโลกออนไลน์โดยหยิบกรณีเว็บแลมบ์ดามู (LambdaMOO) มาเป็นตัวอย่างประกอบ<sup>23</sup> โดยได้หยิบตัวอย่างของการสร้างกลุ่มผู้สอดส่องดูแลพฤติกรรมไม่พึงประสงค์ในอินเทอร์เน็ตของผู้ใช้กลุ่มหนึ่งขึ้นมา ซึ่งเธอมองว่าอาจเป็นแนวทางในการสร้างรูปแบบการบริหารจัดการอินเทอร์เน็ตเพื่อควบคุมพฤติกรรมไม่พึงประสงค์ในอินเทอร์เน็ตที่อาจเป็นแนวทางหนึ่งซึ่งสังคมแสวงหาอยู่ก็เป็นได้

<sup>23</sup> Jennifer L. Mnookin (1996), "Virtual(ly) Law: The Emergence of Law in LambdaMOO", *Journal of Computer-Mediated Communication*, 2, pp. 645-701.

บทความสุดท้ายเป็นของ เจมส์ กริมเมลมันน์ ที่เสนอว่าอาจมีแนวทางในการศึกษาโลกสมมติในอินเทอร์เน็ตด้วยการใช้วิธีศึกษากฎหมายเปรียบเทียบ<sup>24</sup> โดยใช้กรณีศึกษาจากชุมชนผู้เล่นเกมออนไลน์ที่มีผู้ใช้งานจำนวนมาก โดยพิจารณาถึงการสร้างกติกาและการบังคับกฎเพื่อปกครองกันในกลุ่มชุมชนนั้น โดยอุปมาชุมชนเสมือนนั้นเปรียบเป็นสังคมอีกสังคมหนึ่งที่มีระบบกฎหมายที่สร้างขึ้นมาเป็นทางเลือกแบบหนึ่ง แล้วนำกรอบวิธีศึกษากฎหมายเปรียบเทียบมาวิเคราะห์พิจารณาสังคมนั้น

ผู้เขียนบทความทุกคนในหนังสือฉบับนี้ล้วนมีความเห็นว่าอินเทอร์เน็ตและโลกออนไลน์ได้ส่งผลกระทบต่อวงการกฎหมายและบางอย่างบางประเด็นได้เปลี่ยนไปอย่างมีนัยสำคัญ หากใช้แนวทางศึกษาแบบกฎหมายกับสังคมเข้ามาวิเคราะห์พื้นที่นี้แล้วจะเห็นได้อย่างชัดเจนว่าไม่มีหลักกฎหมายที่ชัดเจนมั่นคงให้กับพื้นที่นี้ในหลายประเด็น การปล่อยให้พื้นที่นี้ไร้การวิเคราะห์ศึกษาอย่างจริงจังเท่ากับเป็นการปล่อยให้ประเด็นที่นับวันจะทวีความสำคัญขึ้นเรื่อยๆ นี้รกรัก แต่หากนำหลักกฎหมายเก่ามาควบคุมก็จะกลายเป็นการปล่อยให้พลวัตของระบบกฎหมายที่จะใช้กับโลกออนไลน์หยุดชะงักลง ดังนั้นการปล่อยให้เกิดพัฒนาการในโลกออนไลน์ไปตามเทคโนโลยีแล้วนำปัญหาต่างๆ ที่ผุดขึ้นมาเข้ามาสู่วงอภิปรายเพื่อสร้างกรอบวิเคราะห์ต่างๆ ที่สอดคล้องกับสภาพของโลกออนไลน์ย่อมจะสร้างคุณค่าให้กับวงการกฎหมายและวงวิชาการได้ไม่น้อย

<sup>24</sup> James Grimmelmann (2004), "Virtual Worlds as Comparative Law", *New York Law School Law Review*, 1, pp. 147-184.