

ประวัติศาสตร์ ภูมิปัญญา นักคิด นิติศาสตร์ไทย

ชัชป ปรึบ เป็ลี่ยนะ มอกรฎหมายในลือกพลักผัน
ส่ฤติ อาช่วานันทกุล

นิตยธรรมในพรมแดนประวัติศาสตร์กฎหมายไทย
กฤษณ์เพชร โสณนวัตร

เหลืยวหถืง แลห่นำ นืติปรีชาญาณพนธ์ของไถย
ส่มขำย ปรีชาศีลปกุล

ระบบเผด็จการอยู่รอดได้อย่างไร:
บทบาทของสถาบันกษัตริย์แห่งชาติ พ.ศ. 2557-2562
ณรงค์ศักดิ์ นิยมอ่อน

ความคิด “ปีศาจ”: นิติราษฎร์, พรรคอนาคตใหม่,
กับการสร้าง การเมืองแห่งความหวัง
กมลวรรณ ชื่นเชื้อ

งานวิจัยทางกฎหมายเกี่ยวกับสิทธิการใช้ชีวิตร่วมกัน
ของบุคคลเพศหลากหลาย ในประเทศไทย
ฉัตรชัย เอมราช

Book Review

Duncan McCargo Fighting for Virtue: Justice and Politics in Thailand.

Alexandre Chitov

CMJIS
Official Journal of the Canadian Society for
Journalism and Mass Communication

ปีที่ 13 ฉบับที่ 2 (กรกฎาคม - ธันวาคม 2563)

ประวัติคำศัพท์
ภูมิปัญญา
นักคิด

นิมิตสำคัญไทย


 นิตยสาร
CMUJIS
 CMU Journal of Law and Social Sciences

ปีที่ 13 ฉบับที่ 2 (กรกฎาคม - ธันวาคม 2563)

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่

ISSN 2672-9245 (Online)

<http://www.fc-thaijo.org/index.php/GMUJLSS>



CMU Journal of Law and Social Sciences

บรรณาธิการ

ผศ.ดร.นันทน คงเจริญ

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่

กองบรรณาธิการ

ศ.ดร.วรเจตน์ ภาคีรัตน์

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

รศ.ดร.ประภาส ปิ่นตบแต่ง

คณะรัฐศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

รศ.ดิเรก ควรสมาคม

สำนักวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยราชภัฏเชียงราย

ผศ.ดร.มนทิชา รักดีคง

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง

ดร.ธีรภัฏ ขวัญจินดา

คณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์

ศ.ดร.อรรถจักร์ สัตยานุรักษ์

คณะมนุษยศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่

รศ.สมชาย ปรีชาศิลปกุล

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่

ผศ.ดร.อุษณีย์ เอ็มศิรินันท์

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่

ผศ.บุญชู ณ ป้อมเพ็ชร

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่

ฝ่ายจัดการ

นายทินกฤต นุตวงศ์

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่

นางสาววรารักษ์ ณาคเสน

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่

วัตถุประสงค์

1. เพื่อให้เป็นวารสารวิชาการโดยเปิดโอกาสให้นักวิชาการ นักวิจัย นักนิติศาสตร์ และผู้สนใจทั่วไปทั้งภายในและภายนอกคณะนิติศาสตร์และมหาวิทยาลัย มีโอกาสได้เผยแพร่ผลงานวิชาการในรูปของบทความวิชาการ
2. เพื่อเป็นการส่งเสริมและสนับสนุนให้เกิดการเผยแพร่ความรู้ทางวิชาการในสาขานิติศาสตร์ที่สัมพันธ์กับความรู้ทางสังคมศาสตร์ให้กว้างขวางมากยิ่งขึ้น ด้วยการจัดตีพิมพ์เผยแพร่สู่สาธารณชนผู้สนใจทั่วไป

ขอบเขต

CMU Journal of Law and Social Sciences รับผิดชอบบทความวิชาการ และบทปริทัศน์ ทั้งภาษาไทยและภาษาอังกฤษ โดยขอบเขตเนื้อหาทางวิชาการของ CMU Journal of Law and Social Sciences จะครอบคลุมเนื้อหาเกี่ยวกับกฎหมายทุกสาขา เช่น กฎหมายมหาชน กฎหมายเอกชน กฎหมายอาญา กฎหมายระหว่างประเทศ เป็นต้น ซึ่งสัมพันธ์กับความรู้ทางด้านสังคมศาสตร์ในสาขาต่างๆ

กำหนดออกตีพิมพ์เผยแพร่

CMU Journal of Law and Social Sciences เป็นวารสารวิชาการซึ่งตีพิมพ์บทความวิชาการและบทความวิจัยจากบุคคลทั้งภายในและภายนอกมหาวิทยาลัย จัดพิมพ์รายปี ปีละ 2 ฉบับ ฉบับที่ 1 เดือน มกราคม – มิถุนายน ฉบับที่ 2 เดือน กรกฎาคม – ธันวาคม

เจ้าของ

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่

สำนักงานกองบรรณาธิการ

กองบรรณาธิการ CMU Journal of Law and Social Sciences

239 ถนนห้วยแก้ว ตำบลสุเทพ อำเภอเมือง จังหวัดเชียงใหม่ 50200

โทรศัพท์ 053-942921 โทรสาร 053-942914 E-mail: cmujlss@gmail.com

Website: <https://www.tci-thaijo.org/index.php/CMUJLSS>

การพิจารณาบทความ

กองบรรณาธิการจะทำหน้าที่พิจารณากลับกรองบทความและจะแจ้งผลการพิจารณาให้ผู้ส่งบทความทราบภายใน 1 เดือน นับตั้งแต่วันที่ได้รับบทความ ทั้งนี้กองบรรณาธิการจะทำหน้าที่ประสานงานกับผู้ส่งบทความในทุกขั้นตอน กองบรรณาธิการจะดำเนินการจัดรูปแบบของบทความให้เป็นระบบเดียวกันทุกบทความก่อนนำเสนอให้ผู้ทรงคุณวุฒิ (peer review) พิจารณา จากนั้นจึงส่งบทความที่ได้รับการพิจารณาในเบื้องต้นให้กับผู้ทรงคุณวุฒิ (peer review) จำนวน 2 ท่าน เป็นผู้พิจารณาให้ความเห็นชอบในการตีพิมพ์เผยแพร่บทความ โดยใช้เวลาพิจารณาแต่ละบทความไม่เกิน 3 เดือน ผลการพิจารณาของผู้ทรงคุณวุฒิดังกล่าวถือเป็นสิ้นสุด จากนั้นจึงส่งผลการพิจารณาของผู้ทรงคุณวุฒิให้ผู้ส่งบทความ หากมีการแก้ไขหรือปรับปรุงให้ผู้ส่งบทความแก้ไขและนำเสนอส่งกองบรรณาธิการภายในระยะเวลา 15 วัน นับตั้งแต่วันที่ได้รับผลการพิจารณา กองบรรณาธิการนำบทความที่ผ่านการพิจารณาและแก้ไขแล้ว เข้าสู่กระบวนการเรียบเรียงพิมพ์และการตีพิมพ์ โดยใช้ระยะเวลาดำเนินการประมาณ 1- 2 เดือน ผู้ส่งบทความจะได้รับ “CMU Journal of Law and Social Sciences” จำนวน 2 เล่ม เป็นการตอบแทนภายใน 1 เดือน นับตั้งแต่ CMU Journal of Law and Social Sciences ได้รับการเผยแพร่

ดัชนีการอ้างอิง

CMU Journal of Law and Social Sciences ปรากฏในฐานข้อมูลศูนย์ดัชนีการอ้างอิงวารสารไทย (Thai Journal Citation Index - TCi) อยู่กลุ่มที่ 2

ข้อมูลเพิ่มเติม

- บทความทุกเรื่องได้รับการตรวจทางวิชาการโดยผู้ทรงคุณวุฒิจากภายในและภายนอกมหาวิทยาลัย จำนวน 2 ท่าน ต่อ 1 บทความ โดยเก็บข้อมูลทั้งหมดเป็นความลับและไม่เปิดเผย ชื่อ-นามสกุล รวมถึงหน่วยงานที่สังกัดทั้งของผู้เขียนและผู้ประเมินบทความ
- ความคิดเห็นใดๆ ที่ลงตีพิมพ์ใน CMU Journal of Law and Social Sciences เป็นของผู้เขียน (ความคิดเห็นใดๆ ของผู้เขียน กองบรรณาธิการวารสาร ไม่จำเป็นต้องเห็นด้วย)
- กองบรรณาธิการ CMU Journal of Law and Social Sciences ไม่สงวนสิทธิ์ในการคัดลอกแต่ให้อ้างอิงแหล่งที่มาด้วย

ISSN: 2672-9245 (Online)

CMU Journal of Law and Social Sciences

ปีที่ 13 ฉบับที่ 2

กรกฎาคม-ธันวาคม 2563

สารบัญ

ชัยบ ปรับ เปลี่ยน: มองกฎหมายในโลกพลิกผัน	1
..... สฤณี อาชวานันทกุล	
นิตธรรมเนียมในพรมแดนประวัติศาสตร์กฎหมายไทย	17
..... กฤษณ์เพชร โสมณวัตร	
เหลียวหลัง แลหน้า นิติปรัชญานิพนธ์ของไทย	45
..... สมชาย ปรีชาศิลปกุล	
ระบอบเผด็จการอยู่รอดได้อย่างไร: บทบาทของสภานิติบัญญัติแห่งชาติ	64
พ.ศ. 2557 – 2562	
..... ณรงค์ศักดิ์ เนียมสอน	
ความคิด “ปัสจ”: นิติราษฎร์, พรรคอนาคตใหม่, กับการสร้างการเมืองแห่ง	87
ความหวัง	
..... กมลวรรณ ชื่นชูใจ	
งานวิจัยทางกฎหมายเกี่ยวกับสิทธิการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศหลากหลาย	120
ในประเทศไทย	
..... ฉัตรชัย เอมราช	
Book Review: Duncan McCargo Fighting for Virtue: Justice and	148
Politics in Thailand. Ithaca and London: Cornell University	
Press, 2019. 282	
..... Alexandre Chitov	

CMU Journal of Law and Social Sciences

Volume 13 Number 2

July-December 2020

Contents

Shift, Change and Alter: Legal Perspective in the Transformation World. Sarinee Achavanuntakul	1
Rule by Law in Context of Thai Legal History Kitpatchara Somanawat	17
Look Back, Look Forward on the Jurisprudence's Writings in Thai Somchai Preechasinlapakun	45
How the Dictatorship Survives: the Role of the National Legislative Assembly Between B.E. 2557 (2014) And B.E. 2562 (2019) Narongsak Niamsorn	64
The "Specter" of Thought: Nitirat, Future Forward Party, and the Construction of the Politics of Hope Kamonwan Chuenchujai	87
Legal Research on LGBT's Cohabitation Right in Thailand Chatchai Emraja	120
Book Review: Duncan McCargo Fighting for Virtue: Justice and Politics in Thailand. Ithaca and London: Cornell University Press, 2019. 282 Alexandre Chitov	148

บทบรรณาธิการ

แวดวงวิชาการทางด้านนิติศาสตร์ของสังคมไทยมักให้ความสำคัญกับความรู้เชิงเทคนิค ข้อมูลที่แยกย่อยออกเป็นเฉพาะส่วน ความเชี่ยวชาญที่ลงลึกเฉพาะด้าน ดังที่นักวิชาการอาวุโสผู้ล่วงลับท่านหนึ่งได้เคยกล่าวไว้ว่าเป็นแนวการทำความเข้าใจกฎหมายในรูปแบบ “เห็นพฤษฯ แต่ไม่เห็นไพร่”

วารสาร CMU Journal of Law and Social Sciences ฉบับ “ประวัติศาสตร์ ภูมิปัญญา นักคิด นิตศาสตร์ไทย” มีความมุ่งหมายเพื่อต้องการทบทวน ชวนคิด ตรวจสอบ และวิพากษ์วิจารณ์ต่อสถานะทางด้านรู้ในด้านต่าง ๆ ในลักษณะที่เป็นภาพกว้างหรือเป็นแนวคิดที่เป็นรากฐานสำคัญ บนฐานของความเชื่อว่าแนวความคิดที่เป็นเสาหลักของแวดวงความรู้ด้านนิติศาสตร์นั้นมีความจำเป็นที่ต้องได้รับความใส่ใจไม่น้อยไปกว่าการให้ความสำคัญต่อลำดับ กิ่ง ก้าน หรือใบไม้แต่ละใบ ซึ่งความรู้ในแบบหลังนี้มี guru หรือผู้เชี่ยวชาญอยู่มากล้น ขณะที่บุคคลที่ให้ความสนใจต่อการเพ่งพินิจถึงรากฐานอันเป็นภาพรวมกลับมีอยู่อย่างน้อยนิด

แน่นอนว่าเนื้อหาที่ปรากฏอยู่ในวารสารฉบับนี้ยังคงห่างไกลจากความรอบด้าน มีเงื่อนไขและข้อจำกัดเป็นจำนวนมากที่ทำให้บทความในวารสารฉบับนี้ไม่อาจครอบคลุมประเด็นอีกหลายส่วนที่มีความสำคัญ เราจึงได้แต่เพียงหวังว่าจะเป็นเพียงการกระตุ้นให้เกิดความสนใจมากขึ้นต่อการทำความเข้าใจกฎหมายในด้านของสถานะทางความรู้ที่กว้างขวางยิ่งขึ้น

บรรณาธิการ

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 ถ้าไม่เคยถอยห่างจากตัวบทนั้น

ในฐานะที่เรียนมาด้านเศรษฐศาสตร์และการเงิน วันนี้อาจมาชวนทุกท่านมองกฎหมายจากมุมมองเกี่ยวกับเป้าประสงค์ 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 โรงแรมฟูรมา จังหวัดเชียงใหม่ 20 พฤศจิกายน 2563 เผยแพร่ครั้งแรกบนเว็บไซต์ <http://www.scribd.com> และ <https://www.fringer.co>

หัวข้อในวันนี้คือ “ขยับ ปรับ เปลี่ยน: มองกฎหมายในยามพลิกผัน” สื่อว่าไม่ได้อยากชวนมองกฎหมายใดๆ แต่อยากให้มองตำแหน่งแห่งที่ของกฎหมาย “ในยามพลิกผัน” ด้วย คิดว่ายิ่งเราอยู่ในยุคแห่งความพลิกผัน เราจะต้องหันกลับมาถามคำถามพื้นฐานเกี่ยวกับกฎหมาย เพราะนี่คือยุคที่กระบวนการยุติธรรมของไทยถูกตั้งคำถามอย่างไม่เคยปรากฏมาก่อน และกฎหมายก็กำลังถูกใช้เป็นเครื่องมือทางการเมือง ถูกใช้ปิดปาก คุณความ และปิดกั้นสิทธิเสรีภาพของประชาชน ใช้อย่างเลือกปฏิบัติชนิดไร้ยางอาย มากมายแทบจะรายวัน ให้อาจารย์นิติศาสตร์ทั่วประเทศใช้เป็นกรณีศึกษาในห้องเรียนไปได้อีกนาน

กฎหมายคืออะไร

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

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

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

เพราะหลายสิ่งหลายอย่างในวันนี้เราจับไม่ได้ ครั้งหนึ่งล้วนแต่เคยเป็นเรื่องที่ “ถูกกฎหมาย” มาแล้วทั้งสิ้น กฎหมายจึงไม่ใช่สิ่งที่ควรตอกตรึงสังคมให้หยุดอยู่กับที่ 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 ตั้งแต่ข้าราชการในหน่วยงานที่เกี่ยวข้องตำรวจ อัยการ ทนาย ตุลาการ และเจ้าหน้าที่ทุกระดับในกระบวนการยุติธรรม

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

เมื่อปีกลาย (2562) โครงการกิโลดันทกฎหมายทบทวนเนื้อหากฎระเบียบของ 16 กระทรวง แบ่งเป็นพระราชบัญญัติ 112 ฉบับ อนุบัญญัติ 410 ฉบับ พบว่ากฎระเบียบทั้งหมดนี้² สร้างต้นทุนขั้นต่ำให้กับภาคประชาชน ภาคธุรกิจและภาครัฐ จากการปฏิบัติตามกฎหมายโดยไม่จำเป็นถึง 2.79 แสนล้านบาทต่อปี ดังนั้นจึงเสนอให้ยกเลิกหรือแก้ไขกฎระเบียบ 1,000

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

“กระบวนการงาน” ซึ่งคาดว่าจะช่วยลดต้นทุนทางตรงและค่าเสียโอกาสของประชาชนและภาครัฐกิจได้ถึง 1.3 แสนล้านบาทต่อปี

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

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

ถ้าใครอ่านกฎหมายฉบับนี้เร็วๆ อาจไม่เห็นความผิดปกติ เพราะเราก็รับรู้มานานว่าแทบทุกประเทศทั่วโลกมีการกำหนดอายุขั้นต่ำที่จะให้เยาวชนซื้อเหล้าได้ เนื่องจากมองว่าวัยรุ่นอาจยังควบคุมตัวเองได้ไม่ดีเท่าผู้ใหญ่ และมีงานวิจัยมากมายที่พบว่า เด็กที่ดื่มเหล้าตั้งแต่อายุน้อยมีโอกาสูงกว่าคนอื่นที่จะติดเหล้าเมื่อโตเป็นผู้ใหญ่แล้ว 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 แถมกฎหมายเขียนว่า

³ ดูรายละเอียดเพิ่มเติมใน <https://mgronline.com/online/section/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 มีผู้บริโภคและผู้ผลิตหรือผู้ขายเหล่านายเล็กรายน้อยที่ถูกจับและปรับตามมาตรานี้มากมาย มีผู้ประเมินว่าไม่ต่ำกว่า 500 คนทั่วประเทศ โดยเฉพาะในช่วงสถานการณ์แพร่ระบาดของเชื้อไวรัสโควิด-19 ที่ร้านเหล้าถูกสั่งปิดเป็นส่วนหนึ่งของมาตรการรัฐ ส่งผลให้ผู้ผลิตและผู้ขายจำนวนมากอาศัยช่องทางออนไลน์ในการขายแทน ผู้บริโภคหลายคนก็คร่ำครวญโศกโศกภาพแก้วหรือขวดเหล้าบนสื่อโซเชียลก็โดนด้วย ส่วนใหญ่ถูกเรียกเข้ารับทราบข้อกล่าวหาที่สำนักงานคณะกรรมการคุ้มครองเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ กระทรวงสาธารณสุข จังหวัดนนทบุรี ต้องเสียเวลาและโอกาสในการทำมาหากินหลายคนที่อยู่ต่างจังหวัดยอมจ่ายค่าปรับ 50,000 บาท เพราะคิดสละระยะแล้วสรุปว่า “ไม่คุ้ม” ที่จะเสียเวลาเสียเงินในการเดินทางมารับข้อกล่าวหาที่นนทบุรี ถ้าคิดจะต่อสู้คดีก็ต้องจ้างทนายเสียค่าใช้จ่ายและเวลาไปต่อสู้ในชั้นศาลต่อไปอีก คนจำนวนมากจึงยอมจ่ายค่าปรับเพื่อให้เรื่อง ‘จบ’ ทั้งที่ไม่คิดว่าตัวเองทำอะไรผิด

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

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 กฎหมายฉบับนี้ถูกนำมาใช้ดำเนินคดีกับผู้ใช้เน็ตที่โพสต์พาดพิงสถาบันกษัตริย์ 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 ตำรวจจะพิสูจน์ได้อย่างไรว่าผู้ต้องหากระทำความผิดจริง 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” หรือปิดกั้นการเข้าถึงเนื้อหาออนไลน์ของผู้ใช้เน็ตอย่างต่อเนื่องเช่นกัน ล่าสุดเมื่อต้นเดือนพฤศจิกายนที่ผ่านมา (2563) หลายท่านคงทราบข่าวที่กระทรวง

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

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

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

“ต้นทุน” ของการเซนเซอร์มีทั้งทางตรงและทางอ้อม ต้นทุนทางตรงมีทั้งเงินงบประมาณที่ต้องเสียไปเพื่อการนี้ และค่าใช้จ่ายที่เพิ่มขึ้นของผู้ให้บริการ ประสบการณ์จากต่างประเทศ เช่น ออสเตรเลีย ชี้ว่าผู้ให้บริการมักจะส่งต่อค่าใช้จ่ายส่วนเพิ่มมายังผู้ใช้เน็ต ในรูปของการขึ้นค่าบริการทั้งในส่วนของการปิดกั้นที่ใช้ในการปิดกั้นโดยตรง และค่าใช้จ่ายที่เกี่ยวข้อง เช่น ค่าใช้จ่ายพนักงานที่เพิ่มขึ้นจากการต้องคอยตอบข้อร้องเรียนของลูกค้าว่าเข้าถึงเนื้อหาไม่ได้

ต้นทุนทางตรงของการปิดกั้นเนื้อหาออนไลน์นั้นถึงที่สุดแล้วจึงเป็นภาระของประชาชนคนใช้เน็ต ทั้งในฐานะผู้เสียภาษี (เงินงบประมาณของกระทรวงดีอี) และในฐานะผู้บริโภค (ค่าใช้จ่ายที่เสียให้กับผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต)

ต้นทุนบางอย่างไม่อยู่ในรูปตัวเงินโดยตรง แต่ส่งผลกระทบต่อแรงจูงใจในการพัฒนาและการลงทุนทางเศรษฐกิจ เพราะในเมื่อสถาปัตยกรรมทางเทคโนโลยีของอินเทอร์เน็ตถูกออกแบบมาให้ส่งข้อมูลอย่างรวดเร็วและมีประสิทธิภาพสูงสุด ระบบจึงมองการปิดกั้นต่างๆ ว่าเป็น “อุปสรรค” ที่ต้องก้าวข้าม ด้วยเหตุนี้ การปิดกั้นทุกรูปแบบล้วนส่งผลให้ความเร็วของการเชื่อมต่อลดลงสำหรับผู้ใช้อื่นๆ *ทุกราย* ที่เป็นลูกค้าของผู้ให้บริการที่ปิดกั้นอินเทอร์เน็ต ไม่ใช่ชาวต่างชาติเฉพาะกลุ่มผู้ใช้เน็ตที่อยากดูเนื้อหาที่ถูกปิดกั้น

ประเทศที่ทั้งคุกคามผู้ใช้เน็ตและปิดกั้นอินเทอร์เน็ตบ่อยครั้ง จึงเป็นประเทศที่ไม่น่าลงทุนเท่าไรนักสำหรับผู้ประกอบการและนักลงทุนด้านเทคโนโลยี ไม่ว่ารัฐจะโหมประชานิยมขนาดไหนว่าเป็นประเทศ “4.0”

ต้นทุนทางเศรษฐกิจของการปิดกั้นอินเทอร์เน็ตว่าสูงแล้ว ต้นทุนทางสังคมอาจสูงยิ่งกว่า เพราะการได้เข้าถึงและแลกเปลี่ยนข้อมูลข่าวสารและความคิดเห็นที่หลากหลายคือหัวใจของการอภิปรายสาธารณะ และปัจจุบันไม่มีพื้นที่ใดที่จะมอบความหลากหลายนี้ได้มากกว่าโลกออนไลน์

ยิ่งรัฐปิดกั้นอินเทอร์เน็ต โอกาสและคุณภาพของการอภิปรายสาธารณะยิ่งถดถอย ความกังวลของภาครัฐต่อประเด็น “อ่อนไหว” อย่างสถาบันกษัตริย์ ซึ่งนำไปสู่การคุกคามและปิดกั้นรังแต่จะขัดขวางพัฒนาการของระบบภูมิคุ้มกันในสังคม การสรุปเอาเองว่าประชาชนจะถูก

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

“หลอก” โดย “ข่าวปลอม” หรือเนื้อหาที่ไม่พึงปรารถนา จนรัฐต้องยื่นมือเข้ามาปิดกั้นไม่ให้เข้าถึง เท่ากับไม่เปิดโอกาสให้สังคมคิดได้ด้วยตัวเอง ความคิดนี้ขัดกับมโนทัศน์เรื่องภูมิคุ้มกันทางสังคมที่ เชื่อว่า สังคมมีความสามารถที่จะแก้ไขตนเองได้ (self-correct) ผ่านการร่วมมือกัน การแลกเปลี่ยน ข้อมูลข่าวสารและความคิดเห็น

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

การปิดกั้นอินเทอร์เน็ตนอกจากจะกีดขวางการพัฒนาคุณภาพของสังคมแล้ว ยังค่อนข้างไร้ประสิทธิภาพด้วย เพราะสุดท้ายเจ้าของเนื้อหาสามารถย้ายไป URL อื่นได้ทันทีที่ถูกปิด เนื้อหา นั้นได้รับความนิยมยิ่งกว่าเดิมเพราะคนที่ไม่เคยเห็นก็จะอยากเข้าไปดู จึงก่อให้เกิดคำถามว่า หนึ่ง รัฐใช้มาตรการนี้เพื่อคุ้มครองประชาชน หรือเพื่อปกป้องผู้มีอำนาจจากการถูกวิพากษ์วิจารณ์ กันแน่ และสอง ในเมื่อการปิดกั้นไร้ประสิทธิภาพ แต่สังคมและรัฐก็ยังคงดำรงอยู่ต่อไปอย่างมั่นคง ปลอดภัย ตกลงเนื้อหาที่พยายามปิดกั้นนั้นเป็น “อันตรายต่อความมั่นคง” ที่รัฐมักจะกล่าวอ้างได้อย่างไรกัน

ผู้มีเกียรติทุกท่าน ในเมื่อกฎหมายมีต้นทุนสูงมากทั้งทางตรงและทางอ้อม ต้นทุน บางอย่างเราอาจมองไม่เห็นหรือคาดไม่ถึง ดังตัวอย่างการใช้กฎหมายสองฉบับที่ได้กล่าวถึง ผู้ออกกฎหมายและผู้บังคับใช้กฎหมายจึงต้องใช้ความระมัดระวังรอบคอบอย่างยิ่ง กฎหมายอาจไม่ใช่เครื่องมือที่เหมาะสมที่สุดในการรับมือกับโจทย์ของสังคมทุกโจทย์ และเราจำเป็นจะต้อง “ดีโจทย์ 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 ทูลเกล้าฯ ให้กำหนดหลักเกณฑ์การใช้ดุลยพินิจของเจ้าหน้าที่ให้ชัดเจน และให้มีการประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมายหลังจากที่ประกาศใช้แล้ว อาจเป็นจุดเริ่มต้นที่ดีของการมองกฎหมายในแง่บวกที่รอบด้านมากขึ้น แต่อย่างไรก็ตาม จนถึงปัจจุบันยังไม่ปรากฏว่ากลไกนี้ได้ถูกนำมาปฏิบัติจริงอย่างมีประสิทธิภาพมากนักน้อยเพียงใด

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

ความชัดเจนของตัวบทกฎหมายนั้นขาดไม่ได้เพราะส่งผลต่อการบังคับใช้กฎหมายอย่างเสมอภาค ยังไม่ชัดเจนยิ่งยากที่จะบังคับใช้อย่างเสมอภาค เปรียบเสมือนการพยายามขับรถให้ไม่ออกนอกเส้นทางในวันที่ฝนตกหนักจนมองไม่เห็นถนนข้างหน้า ส่วนการบังคับใช้กฎหมายอย่างเสมอภาคนั้นก็สำคัญไม่แพ้กัน เพราะการใช้อย่างไม่เสมอภาคหรือเลือกปฏิบัติจะนำไปสู่ภาวะที่คนจำนวนมากไม่เคารพกฎหมาย

ที่แย่ไปกว่านั้นก็คือ ความไม่เสมอภาคในการบังคับใช้กฎหมายไม่ได้เกิดจากความคลุมเครือของตัวบทกฎหมายอย่างเดียว แต่ฝังลึกอยู่ใน วิธีคิด ของผู้ที่เขียนและใช้กฎหมายด้วย ในปาฐกถาพิเศษ ป่วย อังการณณ์ ครั้งที่ 17 เรื่อง “นิติรัฐอภิสิทธิ์และราชานิธิธรรม ประวัติศาสตร์ ภูมิปัญญาของ Rule by Law แบบไทย”⁸ เมื่อวันที่ 9 มีนาคม 2563 ที่ผ่านมา อาจารย์ ธงชัย วินิจจะกูล พูดถึงความไม่เสมอภาคของการใช้กฎหมายตอนหนึ่งว่า

“เหตุผลที่ใช้อธิบายความไม่เสมอภาคกันเป็นประจำก็คือ ปัญหาอยู่ที่การบังคับใช้ เป็นความบกพร่องของบางคนที่ยังไม่ดีพอ เป็นกรณียกเว้นที่ตามปกติไม่เป็นเช่นนั้น แต่ความไม่เสมอภาคในสังคมไทยเป็นเรื่องทั่วไป พบได้

⁸ ดูรายละเอียดเพิ่มเติมใน <https://waymagazine.org/thongchai-winchakul-rule-by-law/>

เป็นปกติ แถมยังหนักหน่วงขึ้นในปัจจุบันอย่างเห็นได้ชัด เพราะอภิสัทธาทางกฎหมายของบางคนบางกลุ่มบางชนชั้นกลายเป็นเรื่องไม่ต้องละอายอีกต่อไป อดทนใจแข็ง แก้วตัวน้ำขุ่นๆ แบบไม่ต้องเห็นหัวสาธารณชนก็บ่อย และถึงที่สุดคือออกกฎหมายให้อภิสัทธาแก่บางคนบางกลุ่ม ตามด้วยการเฉลิมฉลองอภิสัทธาเช่นนั้น ตอกย้ำอย่างชัดๆ ใจแข็งว่าความไม่เสมอภาคทางกฎหมายนั้นเป็นไปตามกฎหมาย”

กล่าวโดยสรุป กฎหมายที่ถูกใช้อย่างไม่เสมอภาคอย่างใจแข็งมากขึ้นเรื่อยๆ ย่อมทำให้คนไม่ยอมรับกฎหมายนั้นมากขึ้นเรื่อยๆ เช่นกัน กฎหมายที่คนไม่เคารพย่อมเป็นกฎหมายที่ไร้ความหมาย และเมื่อมองจากมุมของ “ความคุ้มค่า” ยิ่งคนไม่เคารพกฎหมายฉบับนั้นก็ยิ่งมีต้นทุนสูงขึ้นเรื่อยๆ ในการบังคับใช้ จนถึงจุดหนึ่งก็จะกลบมูลค่าของประโยชน์ กระตุกให้คนย้อนถามถึงเจตนารมณ์ว่า กฎหมายฉบับนี้มีวัตถุประสงค์อะไรกันแน่

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

เมื่อเกิดสถานการณ์ที่จู่ๆ คนนับแสนอาจตกเป็น “ผู้กระทำความผิดกฎหมาย” เพียงเพราะใช้สิทธิขั้นพื้นฐานที่รัฐธรรมนูญให้การรับรอง ปัญหาที่ไม่น่าจะอยู่ที่คนเท่ากับอยู่ที่กฎหมายและผู้บังคับใช้กฎหมาย

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

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

เนื้อหาควรค่าแก่การเคารพ จึงตัดสินใจที่จะเคารพ เมื่อเคารพกันมากๆ จึงจะเกิดเป็นความ ศักดิ์สิทธิ์ขึ้นมาได้

หลุยส์ แบนไดส์ อดีตตุลาการศาลสูงอเมริกันตอนต้นศตวรรษที่ 20 ผู้โด่งดังจากการใช้กฎหมายเป็นเครื่องมือผลักดันความยุติธรรมทางสังคม อย่างเช่นประเด็นสภาพแวดล้อมในการทำงาน และความเป็นธรรมของธุรกิจธนาคารและประกัน เคยกล่าววาทะอมตะไว้ว่า

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

“การปกครองของกฎหมาย”

ผู้มีเกียรติทุกท่าน เวลาที่เราพูดถึงการใช้กฎหมาย เราก็มักจะพูดคำว่า นิติรัฐ นิติธรรม ควบคู่ไปด้วย แต่อาจารย์ ธงชัย วินิจจะกุล ในปาฐกถาพิเศษที่กล่าวถึงไปแล้ว เสนออย่างน่าคิด อย่างยิ่งว่า rule of law หรือนิติรัฐ นิติธรรมแบบสากล (ซึ่งอาจารย์เสนอว่าให้ใช้คำว่า “การปกครองของกฎหมาย” อย่างตรงไปตรงมา แทนที่คำสองคำนี้) ไม่เพียงแต่ตกต่ำลงมากในไทย เท่านั้น แต่แท้จริง “ไม่เคยมีอยู่เลย” ด้วยซ้ำไป

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

ดัชนีชุดนี้ประมวลผลจากการสำรวจความคิดเห็นประชาชนกว่า 130,000 ครั้วเรือน 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

เมื่อชุมลงมาดูระดับตัวชี้วัด ตัวชี้วัดที่ไทยได้คะแนนสูงที่สุดสามอันดับแรก ได้แก่

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

ส่วนตัวชี้วัดที่ไทยได้คะแนนน้อยที่สุดสามอันดับแรก มีทั้งหมดห้าตัวชี้วัดเพราะมีสองคู่ที่ได้คะแนนเท่ากัน ได้แก่

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

คะแนนเท่ากัน

ข้อมูลนี้บอกเราว่า ประเทศไทยควบคุมอาชญากรรมได้ค่อนข้างดี ตุลาการโดยรวมมีภาพลักษณ์ค่อนข้างดีว่าไม่ใช้ตำแหน่งเพื่อแสวงประโยชน์ส่วนตน แต่จุดอ่อนที่อ่อนที่สุดคือ ระบบเรือนจำขาดประสิทธิภาพ (ตรงนี้ควรเสริมว่า ประเทศไทยมีสัดส่วนนักโทษ 516 คน ต่อประชากร 100,000 คน สูงเป็นอันดับ 5 ของโลก¹¹) กระบวนการยุติธรรมทางแพ่งล่าช้าอย่างไม่สมเหตุผล 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 ตุลาการหลายท่านที่ได้อำนาจก็เป็นผู้ที่มีความคิดความอ่านกว้างไกล มีความปรารถนาแรงกล้าที่จะเห็นการปกครองของกฎหมายอยากเห็นการใช้กฎหมายอย่างเสมอภาคในทางที่อำนวยความยุติธรรมและขับเคลื่อนสังคมไปข้างหน้า มิใช่ในทางที่มุ่งรักษาอำนาจของชนชั้นนำ ส่วนตัวไม่คิดว่ามีความเชี่ยวชาญหรือสติปัญญามากพอที่จะตอบคำถามนี้ได้ แต่คิดว่าส่วนหนึ่งของคำตอบอยู่ใน *แรงจูงใจที่ผิดเพี้ยน* ในระบบตุลาการ ซึ่งมีรากมาจากความเป็นอิสระในแง่ลบ นั่นคือ อิสระจากการตรวจสอบและการรับผิดชอบสาธารณะ

คดีละเมิดอำนาจศาลเมื่อปีกลาย (2562) ซึ่งตัวเองเป็นผู้ถูกกล่าวหาพร้อมกับบรรณาธิการหนังสือพิมพ์ *กรุงเทพธุรกิจ* จบลงด้วยการที่ศาลตัดสินให้ยุติดำเนินคดี หลังจากที่ได้เขียนแถลงการณ์ขอโทษที่ใช้ถ้อยคำไม่เหมาะสมในบทความวิจารณ์คำวินิจฉัยของศาลฎีกาแผนกคดีเลือกตั้ง

(อนึ่ง เอกสารทั้งหมดที่เกี่ยวข้องกับคดีนี้ ตั้งแต่หมายเรียก คำให้การ รายงานกระบวนการพิจารณาของศาลฎีกาทุกนัดสามารถดาวน์โหลดได้ที่¹²)

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

การที่ผู้กล่าวหาอ้างว่าบทความดังกล่าวจะมีอิทธิพลเหนือความรู้สึกของประชาชนในระหว่างการพิจารณาคดีที่มีลักษณะคล้ายกันในอนาคต จึงเป็นการขยายความที่เกินเลยจากตัวบท

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

กฎหมาย และถ้าหากศาลรับรองการขยายความเช่นนี้ การวิพากษ์วิจารณ์คำตัดสินของศาลโดยใครก็ตามในอนาคต ก็ย่อมเสี่ยงที่จะเข้าข่ายละเมิดอำนาจศาลได้ทุกเมื่อ ทั้งที่เจตนารมณ์ของมาตรานี้มีไว้เพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยในระหว่างการพิจารณาคดีเท่านั้น

ดังนั้น จึงนับว่าตีกับทุกฝ่ายที่องค์คณะของศาลฎีกาตัดสินให้ยุติการดำเนินคดี การออกแถลงการณ์ขอโทษที่ใช้คำไม่เหมาะสมเป็นการแสดงความสำนึกใน “การกระทำที่ผิดพลาด” มิใช่การยอมรับว่า “ทำผิดกฎหมาย” อย่างไรก็ดี การที่กรณีนี้ซึ่งไม่ควรเป็นคดีกลับกลายเป็นคดีขึ้นมากระบวนกรทุกอย่างเริ่มต้นและสิ้นสุดลงที่ศาลฎีกาศาลเดียว ศาลฎีกาเป็นทั้งคู่ความและแต่งตั้งองค์คณะมาพิจารณาคดี ถึงแม้จะไม่ใช่วิธีเดียวกัน ข้อเท็จจริงเหล่านี้ทำให้มองว่า กลไกการตรวจสอบภายในของศาลน่าจะมีปัญหา และศาลน่าจะยังไม่ให้ความสำคัญกับ *กลไกการรับผิดชอบ (accountability)* ระดับตุลาการและระดับองค์กรมากพอ ไม่เช่นนั้นกรณีนี้ไม่น่าจะผ่านกระบวนกรพิจารณาภายในองค์กรจนมาถึงขั้นเป็นคดีความได้

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

เมื่อดูคำตัดสินหลายคดีแล้วก็เห็นตามนั้น เพราะไม่เช่นนั้นเราคงไม่ได้เห็นกรณีอย่างเช่น คำวินิจฉัยว่าหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติ (คสช.) ที่ยึดอำนาจรัฐและรับเงินเดือนจากภาษีประชาชน “ไม่ใช่เจ้าหน้าที่รัฐ” แถมเนติบริกรขาประจำยังชี้แจงให้แง่เข้าไปอีกว่า เป็น “เจ้าพนักงาน”¹³ ไม่ใช่ “เจ้าหน้าที่รัฐ” เราคงไม่ได้เห็นการตีความว่า ‘นาฬิกาอิมเพียน’ เป็นการอิมเพียลริสึม ไม่ต้องแสดงในบัญชีทรัพย์สินและหนี้สิน เปิดช่องให้การเมืองอ้างว่าอิมบ้าน อิมรถ อิมทรัพย์สินสมบัติต่างๆ ได้อย่างง่ายดาย และเราคงไม่ได้เห็นคำตัดสินในคดีอาญาว่าจำเลยผิดเพียงเพราะ “มีข้อพิพาท” หรือการกระทำบางอย่าง “ผิดวิสัย” ซึ่งไม่น่าจะเป็นไปตามหลักการ “พิสูจน์จนสิ้นสงสัยตามสมควร” (beyond reasonable doubt) ใน ป.วิอาญา มาตรา 227 ที่ว่า เมื่อมีความสงสัยตามสมควรว่าจำเลยได้กระทำความผิดหรือไม่ ให้ศาลยกประโยชน์แห่งความสงสัยนั้นให้จำเลย

การใช้ dictionary law ดังระบุดังกล่าวส่วนหนึ่งอาจเป็นเพราะศาลไม่ต้องการรับผิดชอบใดๆ ต่อคำวินิจฉัยของตนเอง และจุดหมายปลายทางของอาชีพตุลาการก็มองเห็นได้ลางๆ ล่วงหน้านาน

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

หลายทศวรรษในผลสอบตุลาการ ผู้พิพากษาหลายท่านเล่าให้ฟังว่า รู้ตัวจากผลสอบว่าสุดท้ายจะได้ตำแหน่งสูงสุดอะไร มองเห็นอนาคตของตัวเองในอีกหลายสิบปีข้างหน้า ถ้าสอบได้ที่หนึ่งของรุ่นก็ค่อนข้างแน่ใจได้ว่าวันหนึ่งจะเป็นประธานศาลฎีกา

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

ลองคิดว่าถ้าหากเรารู้ตัวล่วงหน้าสิบปีว่าจะได้เป็นประธานบริษัทอย่างค่อนข้างแน่นอน เพียงเพราะทำข้อสอบตอนเข้าบริษัทได้เป็นที่หนึ่งในช่วงเวลายี่สิบปีนั้นเราคงอยากขยันทำงาน ใส่ใจกับคุณภาพของงานที่ทำ กลับบอกเจ้านายเมื่อเห็นความไม่ชอบมาพากลในบริษัท หรือว่าเราคงอยากเก็บเนื้อเก็บตัว อยู่ในคอมพิวเตอร์โซนของตัวเอง พบเห็นอะไรไม่ถูกต้องก็ไม่บรีปากเพราะกลัวจะกระทบกับโอกาสการเป็นประธานบริษัทในอนาคต เราอาจจะอยากหาทางเลื้อยขาเก้าอี้คู่แข่งที่เข้าบริษัทมาพร้อมกันและสอบได้ที่หนึ่งเหมือนกัน 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 “ยี่ต็อก” ของศาล ดังตัวอย่างในประเทศอังกฤษ และเปิดเผยยี่ตอกนั้นต่อสาธารณะ

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

เรายิ่งต้องเร่งปรับปรุงโครงสร้างแรงจูงใจของตุลาการให้สอดคล้องกับคุณภาพของงานที่ทำ พัฒนาแนวทางตัดสินคดีต่างๆ ที่ชัดเจนและใช้เป็นมาตรฐานเดียวกันได้ทุกศาล เพราะบิกดาต้า ปัญญาประดิษฐ์ และสัญญาอัจฉริยะล้วนไม่สามารถทำงานได้หากปราศจากข้อมูลที่ถูกต้องและหลักเกณฑ์ที่ชัดเจนแน่นอน ยังไม่นับว่าเราต้องระวังไม่ให้เทคโนโลยีเหล่านี้ผลิตข้อคดีและการเลือกปฏิบัติที่ผ่านมา ซึ่งก็แปลว่าเราต้องมีวิธีบันทึกคดีและการเลือกปฏิบัติเหล่านั้นก่อน รวมถึงติดตามผลกระทบของกฎหมายต่อชีวิตของปัจเจกและสังคมอย่างเป็นระบบ

กล่าวโดยสรุปแล้ว การมองกฎหมายในโลกพลิกผันในด้านหนึ่งเรียกร้องให้เราหวนคืนสู่หลักการพื้นฐานของกฎหมาย อีกด้านหนึ่งก็เรียกร้องให้เราองกฎหมายอย่างรอบด้านมากขึ้น มองผลกระทบของกฎหมายต่อสังคม ประเมินความคุ้มค่าในแง่ต้นทุนเทียบกับประโยชน์ ทบทวนอย่างสม่ำเสมอว่ากฎหมายยังจำเป็นและเหมาะสมกับสังคมอยู่หรือไม่ รวมถึงต้องเปิดช่องให้ประชาชนมีส่วนร่วมในกระบวนการยุติธรรมมากขึ้น คิดค้นนวัตกรรมใหม่ๆ ที่กระจายอำนาจในการเขียนและบังคับใช้กฎหมาย ให้อำนาจผูกขาดของนักกฎหมายและนิติศาสตร์ เพื่อให้กระบวนการยุติธรรมเป็นของประชาชนและทำงานเพื่อประชาชนอย่างแท้จริง

ทั้งหมดนี้เพื่อผลักดันการเปลี่ยนผ่านไปสู่สังคมที่มีการปกครองของกฎหมายหรือ rule of law ไม่ใช่สังคมที่ยังรัฐออกและอ้างกฎหมาย ความเหลื่อมล้ำยิ่งถ่างกว้าง สังคมยิ่งถอยห่างจากความยุติธรรมออกไปทุกขณะ

นิตธรรมในพรมแดนประวัติศาสตร์กฎหมายไทย Rule by Law in Context of Thai Legal History

กฤษณ์พชร โสมณวัตร

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่ 239 ถนนห้วยแก้ว ตำบลสุเทพ อำเภอเมือง จังหวัดเชียงใหม่ 50200

Kitpatchara Somanawat

Faculty of Law, Chiang Mai University, 239 Huay Kaew Road, Muang District, Chiang Mai,
Thailand, 50200

E-mail : kitpatchara.s@cmu.ac.th

Received: August 14, 2020; Revised: September 29, 2020; Accepted: December 4, 2020

บทคัดย่อ

การศึกษาประวัติศาสตร์กฎหมายไทยที่ผ่านมาักดำเนินการโดยนักกฎหมาย ด้วยวิธีวิทยาตามความเคยชินของนักกฎหมายที่มีได้ระวางไว้ต่อความหมายอันสิ้นไหลของอดีต และให้ความสำคัญกับบทบาทของวงการกฎหมายโดยสัมพันธ์กับสถาบันพระมหากษัตริย์ จนส่งผลให้ประวัติศาสตร์กฎหมายไทยถูกรวบจำด้วยประวัติศาสตร์นิพนธ์แบบราชานิตินิยม ซึ่งมีส่วนสำคัญให้เกิดสภาวะยกเว้นกฎหมายหลากหลายรูปแบบ และกฎหมายกลายเป็นเพียงเครื่องมือของผู้มีอำนาจในการปกครองบ้านเมืองไปตามอำเภอใจของตน เรียกว่า “นิตธรรม”

ปาฐกถาของธงชัย วินิจจะกูล เรื่อง นิติรัฐอภิสิทธิ์และราชานิติธรรม เป็นผลงานสำคัญที่นักประวัติศาสตร์ได้ใช้วิธีการทางประวัติศาสตร์เพื่อตอบปัญหารากฐานของวงการกฎหมายไทยว่าระบบกฎหมายไทยสมัยใหม่นั้นเป็นการปกครองของกฎหมาย หรือการปกครองโดยใช้กฎหมายเป็นเครื่องมือกันแน่ ธงชัย วินิจจะกูล เสนอว่า สังคมไทยอยู่ภายใต้การปกครองโดยกฎหมายแบบนิตธรรมมาอย่างยาวนาน ด้วยรากฐานทางวัฒนธรรมไทยและเงื่อนไขทางประวัติศาสตร์ในช่วงปฏิรูประบบกฎหมายและการศาล ระบบกฎหมายไทยจึงเป็นส่วนผสมแห่งความบกพร่องของสำนักกฎหมายบ้านเมืองและสำนักกฎหมายธรรมชาติ อย่างไรก็ตาม ธงชัย วินิจจะกูล มิได้ให้ความสำคัญกับปัจเจกภาพและกระบวนการขัดเกลาของนักกฎหมายอย่างเพียงพอ ทำให้ข้อเสนองานของธงชัย

วินิจจะกุล จึงให้ภาพเพียงระบบของกฎหมาย แต่ไม่ได้แสดงให้เห็นการปฏิสัมพันธ์ระหว่างนักกฎหมายกับระบบกฎหมายที่มีความวิปริต คือแม้ทราบดีแก่ตนว่าระบบกฎหมายไทยเป็นนิติรัฐออกสิทธิ์และราชนิติธรรม แต่ก็ปฏิเสธสภาวะดังกล่าว พร้อมกับโฆษณาอุดมการณ์นิติรัฐและนิติธรรมเพื่อชวนฝันตนเองและสังคมส่วนรวม

คำสำคัญ: นิติธรรม, นิติรัฐ, นิติอธรรม, ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย

Abstract

Most Thai legal scholars have conducted Thai legal history studies with a traditional legal method, which is blinded to historical sensitivity in studying the past's fluid meaning. Most works of Thai lawyers usually focus on the relationship between legal institutions and monarchy. Consequently, the explanation of Thai legal history has been dominated by the hyper legal-royalism historiography concept, causing many forms of legal impunity in Thai society. Moreover, the law has become the primary power-seeking instrument of unauthorized authorities, so-called “the Rule by Law.”

The speech — The Privileged Rule of Law and Royal Legalism, given by Thongchai Winichakul, is an essential Thai legal history discourse. He applied the historical approach to explain the foundation legal problem in Thai legal study and asking a simple question if the Thai modern legal system is a Rule of Law or Rule by Law. Thongchai Winichakul proposed that Thai society has manipulated and was under unauthorized rule by law for an exceptionally long period due to the Thai cultural and historical conditions and contexts during the Thai legal reform and judicial reform. In his view, the Thai modern legal system mixes the defective legal positivism and naturalism. However, he lacks an explanation of the substance of individualism and the lawyers' refining process. This unclear explanation makes his proposal only depict about the legal system, but not the interactions between Thai lawyers and the dysfunction and paradoxical of the legal system. In other words, the Thai lawyers realize the existence of the Privileged Rule of Law and Royal Legalism.

However, they deny that fact but propagate and fantasize about the conventional concept of the rule of law to themselves and Thai society instead.

Keywords: The Rule of Law, Legal State, Rule by Law, Thai legal history

1. บทนำ

ไม่ว่าจะพลิกอ่านหนังสือพิมพ์ไทยหรือต่างประเทศ เลื่อนฟีดในสื่อสังคมสมัยใหม่ เปิดโทรทัศน์ช่องข่าวไม่ว่าจะเป็นการเมืองหรืออาชญากรรม เราในฐานะสมาชิกสังคมไทยคง “รู้สึก” ได้ไม่ยากว่าความไว้วางใจของสาธารณชนต้องการกฎหมายอยู่ในระดับที่ย่ำแย่อย่างไม่เคยมีมาก่อน¹ ไม่ว่าจะเป็นเรื่องอัตวินิบาตกรรมของผู้พิพากษา การหายตัวไปอย่างไร้ร่องรอยของผู้เห็นต่างทางการเมือง การรุมทำร้ายนักกิจกรรมทางการเมือง และอภินิหารทางกฎหมาย ฯลฯ ชวนให้พิจารณาว่าสังคมไทยปัจจุบันเป็นสถานะที่อภิสิทธิ์ชนปราศจากความรับผิดชอบทางกฎหมาย

สถานะยกเว้นปราศจากความรับผิดชอบในระบบกฎหมายในปัจจุบัน ชวนให้ระลึกถึงการแสดงปาฐกถาพิเศษ ป่วย อังภากรณ์ ครั้งที่ 17 ของธงชัย วินิจจะกุล โดยมีเนื้อหาสาระที่เขย่าวกฐานแห่งองค์ความรู้นิติศาสตร์ไทย และเป็นการใช้วิธีวิทยาทางประวัติศาสตร์มาวิพากษ์และทำความเข้าใจระบบกฎหมายไทยอย่างสำคัญ ในชื่อเรื่อง “นิติรัฐอภิสิทธิ์ และราชานิติธรรม: ประวัติศาสตร์ภูมิปัญญาของ Rule by Law แบบไทย”² ซึ่งผู้เขียนถือวิสาสะเรียกข้อความคิดดังกล่าวอย่างสังเขป ด้วยถ้อยคำของ ธงชัย วินิจจะกุล เองว่า “นิติธรรม” อย่างไรก็ตาม ดูเหมือนว่านิติธรรมกลับมิได้รับความใส่ใจจากวงการนิติศาสตร์มากนัก ในฐานะที่ผู้เขียนถือตนว่าเป็นนักเรียนประวัติศาสตร์ที่ทำงานในโรงเรียนกฎหมาย จึงยึดถือเป็นหน้าที่ต้องขยายผลของปาฐกถานี้สำหรับวงการกฎหมาย นอกจากเพื่อแสดงให้เห็นพลังของวิธีวิทยาข้ามศาสตร์ และ

¹ ผู้เขียนไม่ปรารถนาจะถกเถียงในประเด็นนี้ว่าเป็นข้อเท็จจริงหรือไม่ จึงขอถกเถียงในที่นี้ว่าประเด็นนี้มีใช่ข้อเท็จจริง แต่เป็นเรื่อง “อารมณ์ความรู้สึก” จริงอยู่ที่ว่าทั้งทางสังคมศาสตร์ มนุษยศาสตร์ และวิทยาศาสตร์ล้วนแต่มีวิธีวิทยาในความเข้าใจเรื่องอารมณ์ความรู้สึก เท่าที่ผู้เขียนพอจะแลกเปลี่ยนได้ อาทิ เช่น มาร์ธา นุสซาม, วิลเลียม เรดดี, ปีเตอร์ สเตริน ฯลฯ อย่างไรก็ตาม ประเด็นดังกล่าวมิได้เกี่ยวข้องโดยตรงกับปัญหาในบทความนี้

² กองบรรณาธิการ WAY MAGAZINE, “ปาฐกถาฉบับเต็ม ‘นิติรัฐอภิสิทธิ์และราชานิติธรรม’ โดย ธงชัย วินิจจะกุล,” WAY MAGAZINE, 9 มีนาคม 2563, สืบค้นเมื่อวันที่ 1 ตุลาคม 2563, <https://waymagazine.org/thongchai-winchakul-rule-by-law/>.

เพิ่มความเข้มแข็งให้กับวิธีวิทยาทางนิติศาสตร์แล้ว สิ่งที่สำคัญที่สุด คือการเพิ่มพูนความรู้ดังกล่าว ย่อมมีส่วนทำให้ “นิติธรรม” กลายเป็นสิ่งล้าสมัยจนสูญพันธุ์ในสังคมการเมืองไทยเสียที

เพื่อบรรลุวัตถุประสงค์ดังกล่าว บทความชิ้นนี้จะแบ่งออกเป็น 4 ส่วน ส่วนแรก ว่าด้วย มายาคติและความมีขอบเขตของวงการกฎหมายที่มักปฏิเสธองค์ความรู้ศาสตร์อื่น ส่วนที่สองจะเป็น การบริทัศน์ข้อเสนอของธงชัย วินิจจะกุล ส่วนที่สามเป็นส่วนที่ว่าด้วยอนาคตและความหวังของ วงวิชาการทางกฎหมายและสังคมไทย ตามด้วยส่วนสรุปและส่งท้ายเป็นการเปิดประเด็น แลกเปลี่ยนและชวนสนทนากับข้อเสนอของธงชัย วินิจจะกุล ว่า การปกครองของกฎหมาย (The Rule of Law) จะเป็นคำตอบสุดท้ายของสังคมไทยได้เพียงใด

2. ระหว่างความยุติธรรมกับความทรงจำ: วิธีวิทยาของนิติศาสตร์ระหว่างประวัติศาสตร์

ปิยบุตร แสงกนกกุล เคยให้ความเห็นว่าวงการกฎหมายมีกำแพงที่สูงและหนาในการ รับฟังความคิดเห็นต่อกฎหมายของนักวิชาการด้านอื่นและประชาชน เพราะคนนอกเหล่านั้นมิได้ เป็นผู้รู้ทางกฎหมาย จึงไม่จำเป็นต้องรับฟัง³ สภาวะในวงการกฎหมายดังกล่าวส่งผลกระทบต่อ พฤติกรรมที่นักเรียนกฎหมายมีต่อข้อเสนอของธงชัย วินิจจะกุล แม้ว่าเขาจะได้เสนอ คำอธิบายสำคัญเกี่ยวกับรากฐานของวิชานิติศาสตร์สมัยใหม่ของไทยก็ตาม ด้วยเหตุนี้ การกล่าวถึง มายาคติระหว่างสาขาวิชาระหว่างนิติศาสตร์กับประวัติศาสตร์ จึงมีความสำคัญ

พรมแดนความรู้ของวิชาประวัติศาสตร์และวิชากฎหมายพยายามทำความเข้าใจซึ่งกัน และกันอยู่แล้วในปริบทแห่งสาขาวิชาตน ในทางกฎหมาย ร.แสงกาต์ ได้พยายามวางรากฐาน ของวิชาประวัติศาสตร์กฎหมายไทย นักวิชาการทางกฎหมายอย่างเช่น แสงว บัญเฉลิมวิภาส ก็ตี กิตติศักดิ์ ปรกติ กิติ ก็พยายามเดินบนเส้นทางนี้เช่นกัน แม้แต่นักกฎหมายอาชีพอย่าง ม.ร.ว. เสนีย์ ปราโมช หรือธานินทร์ กรัยวิเชียร ก็มีบทบาทสำคัญในเชิงประวัติศาสตร์นิพนธ์กฎหมายไทย ซึ่งผู้เขียนเรียกว่า “ประวัติศาสตร์กฎหมายฉบับราชานิตินิยม” อันมีส่วนสำคัญในเชิงการประกอบ สร้างความทรงจำร่วมเกี่ยวกับรัฐและกฎหมายของสังคมไทย⁴ แม้แต่ วิษณุ เครืองาม ก็ได้ลงมือ

³ ปิยบุตร แสงกนกกุล, *ศาลรัฐประหาร: ตุลาการ ระบอบเผด็จการ และนิติรัฐประหาร*, (เนทบุรี: ฟาเดียกัน, 2560), 5-7.

⁴ กฤษณ์พร โสมณวัตร, “การประกอบสร้างอำนาจตุลาการในสังคมไทยสมัยใหม่,” (คฤภินิพนธ์ปรัชญาคุณภูมิ บัณฑิต, สาขาประวัติศาสตร์ คณะมนุษยศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่, 2562), 317-321.

ลงแรงพยายามร่วมถักทอตาข่ายความทรงจำเกี่ยวกับกฎหมายผ่านนวนิยายอิงประวัติศาสตร์ด้วย⁵ ส่วนทางด้านประวัติศาสตร์ ความรู้ทางกฎหมายมักถูกใช้ในฐานะที่เป็นหลักฐานทางประวัติศาสตร์ ในการตอบปัญหาทางประวัติศาสตร์ที่นักประวัติศาสตร์แต่ละคนมีความสนใจ เช่น สายชล สัตยานุรักษ์ ใช้กฎหมายตราสามดวงอธิบายบทบาทของผู้หญิงในประวัติศาสตร์สังคมไทยช่วงต้นรัตนโกสินทร์⁶ นครินทร์ เมฆไตรรัตน์ ใช้ฎีกาข้อร้องทุกข์ในการศึกษาบรรยากาศก่อนการปฏิวัติสยามใน พ.ศ. 2475⁷ อรรถจักร์ สัตยานุรักษ์ ใช้กฎหมายเม็งรายศาสตร์ศึกษาระบอบทรัพย์สินในล้านนา⁸ นักประวัติศาสตร์รุ่นใหม่อย่างภิญญพันธุ์ พจนะลาวัณย์ ก็ใช้กฎหมายผังเมืองในการตอบปัญหาเรื่องการจัดการพื้นที่⁹ หรือณัฐพงษ์ สกุลเลี้ยว ใช้คำร้องเชิงคดีความของสามัญชนต่อเจ้ากรมการเมืองเพื่อศึกษาการกำเนิดขึ้นของรัฐสยามสมัยใหม่¹⁰ เป็นต้น

แต่โดยมากแล้ว ระหว่างนักประวัติศาสตร์และนักกฎหมาย มักอยู่ในฐานะที่ต่างคนต่างทำงานวิชาการของตนเองเสียมากกว่า นักกฎหมายใช้ประวัติศาสตร์เพื่อรับรองความชอบธรรมแห่งกฎหมาย ส่วนนักประวัติศาสตร์ก็ใช้กฎหมายเป็นหลักฐานทางประวัติศาสตร์เพื่ออธิบายปัญหาที่ตนสนใจ ความรู้ทางกฎหมายของนักประวัติศาสตร์ไทยจึงอยู่ในความรับรู้ของนักกฎหมายน้อยมาก ในทำนองเดียวกันประวัติศาสตร์ของนักกฎหมายก็ไร้พลังในการทำความเข้าใจอดีตเสียจนนักประวัติศาสตร์อาจไม่สนใจที่จะวิพากษ์มันอย่างจริงจัง และในมิตินี้ ข้อเสนอของธงชัย วินิจจะกูล จึงเป็นคำอธิบายต่อระบอบกฎหมายโดยตรงของนักประวัติศาสตร์ ซึ่งมีอยู่ไม่มากนักในวงวิชาการไทย

⁵ วิษณุ เครืองาม, *ข้ามสมุทร*, (กรุงเทพฯ: มติชน, 2558); วิษณุ เครืองาม, *ชีวิตของประเทศ*, (กรุงเทพฯ: มติชน, 2561).

⁶ สายชล สัตยานุรักษ์, *ประวัติศาสตร์รัฐไทยและสังคมไทย: ครอบคลุม ชุมชน ชีวิตสามัญชน ความทรงจำ และอัตลักษณ์ทางชาติพันธุ์*, (เชียงใหม่: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยเชียงใหม่, 2558).

⁷ นครินทร์ เมฆไตรรัตน์, *การปฏิวัติสยาม พ.ศ. 2475*, (กรุงเทพฯ: ฟาเดียวกัน, 2553).

⁸ Sattayanurak, Attachak, “Property Regime in Rural Northern Thailand,” (doctoral dissertation, Nagoya University, 2004), 44; 55; 88.

⁹ ภิญญพันธุ์ พจนะลาวัณย์, “สภาวะการกลายเป็นมณฑลพายัพ: ประวัติศาสตร์ของอำนาจ-ความรู้ และการผลิตพื้นที่โดยสยาม (พ.ศ. 2416-2475),” (ดุสิตบัณฑิตปริญาดุสิตบัณฑิต สาขาประวัติศาสตร์ คณะมนุษยศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่, 2562).

¹⁰ ณัฐพงษ์ สกุลเลี้ยว, “สามัญชนฝ่ายเหนือกับการก่อตัวของรัฐสมัยใหม่สยาม พ.ศ. 2400-2450,” (ดุสิตบัณฑิตปริญาดุสิตบัณฑิต สาขาประวัติศาสตร์ คณะมนุษยศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่, 2561), 325-326.

เหตุผลสำคัญที่ทำให้นักกฎหมายและนักประวัติศาสตร์ต่างระลึกถึงกันอยู่เสมอ แม้ไม่ได้มีปฏิสัมพันธ์กันโดยตรง คือ ถึงที่สุดแล้ววัตถุประสงค์ของวิชาการทั้งสองแขนงมีความเกี่ยวพันกันอย่างใกล้ชิด กล่าวคือ นักกฎหมายต้องการอธิบายกฎหมายและใช้กลไกของรัฐและกฎหมายที่สอดคล้องกับมันเพื่อเรื่อง “ความยุติธรรม” ของคนในสังคม ส่วนนักประวัติศาสตร์ต้องการอธิบายอดีตของสังคมมนุษย์ที่มีผลต่อการจัดการความสัมพันธ์ของมนุษย์ ซึ่งเกี่ยวข้องพ้องกับความยุติธรรมเช่นกัน ส่วนความยุติธรรมนั้นก็ยังมีลักษณะเป็นพลวัต ความสับสนและแตกหักของปรากฏการณ์ต่างๆ ล้วนมีผลต่อสำนึกและความทรงจำร่วมต่อความยุติธรรมของมนุษย์ ซึ่งอาจเรียกว่า มโนทัศน์เรื่องความยุติธรรม (perception of justice) ดังนั้น ความยุติธรรมที่นักกฎหมายต้องการแสวงหาจึงอยู่ในความทรงจำหรือประวัติศาสตร์ของผู้คนในสังคม ในขณะที่สิ่งที่จะช่วยให้นักประวัติศาสตร์จะถกทอดาข่ายแห่งความทรงจำเรื่องการจัดการความสัมพันธ์ที่ยุติธรรมได้ก็คือ หลักเกณฑ์ที่กำหนดระเบียบความคิดของความยุติธรรมในแต่ละช่วงเวลา ซึ่งชุดข้อมูลหลักฐานอันหนึ่งที่ชัดเจนที่สุดประการหนึ่งก็คือกฎหมายนั่นเอง

ปัญหาสำคัญในเรื่องการอาศัยความรู้ทางประวัติศาสตร์มาใช้ถกทอดระบอบยุติธรรมของสังคมไทยของนักกฎหมาย¹¹ อาจแบ่งเป็นสองระดับ คือ การขาดความตระหนักรู้ คือ การพร่องความระวังไหว (sensitivity) ต่อความทรงจำอันละเอียดอ่อนเกี่ยวกับความยุติธรรมในการออกแบบระบบกฎหมาย ยกตัวอย่างเช่น เรื่องความทรงจำเรื่อง “คุกกี้ไว้ขังคนจน” ซึ่งมีเจ้าหน้าที่รัฐอาจพยายามอธิบายว่าถ้อยคำดังกล่าวเป็นเพียงวาทกรรม และพยายามโต้แย้งข้อกล่าวหาว่านั่นด้วยระเบียบวิธีทางกฎหมาย โดยมิได้ตระหนักเลยว่า สังคมไทยมีความทรงจำเรื่อง “คุกกี้ไว้ขังคนจน” มาอย่างยาวนาน โดยไม่เคยได้รับความพยายามที่จะชำระความทรงจำหรือประวัติศาสตร์ในเรื่องนี้ให้ลดความแหลมคมของปัญหาลง¹² และความบกพร่องในเชิงวิธีวิทยาทางประวัติศาสตร์ คือ การขาดความชำนาญในการบริหารจัดการหลักฐานทางประวัติศาสตร์ที่มี

¹¹ บทความนี้มีได้เสนอ แต่มีได้ปฏิเสธว่าการอ่านกฎหมายของนักประวัติศาสตร์อาจมีข้อผิดพลาดได้เช่นกัน เพราะข้อความทางกฎหมายในหลายกรณีต้องอาศัยความชำนาญและคุ้นเคยในเชิงนิติวิธี หรือวิธีวิทยาทางกฎหมาย (legal methodology) ในการตีความกฎหมาย วิธีพิจารณาความ ซึ่งหลายเรื่องเป็นเรื่องเทคนิคเฉพาะ

¹² การชำระความทรงจำหรือประวัติศาสตร์ในลักษณะดังกล่าว ยกตัวอย่างเช่น การเขียนประวัติศาสตร์เพื่อยอมรับและขอภัยจากสาธารณชนในเหตุการณ์ที่มีข้อสงสัย ทั้งนี้ คาดว่าความพยายามดังกล่าวไม่เกิดขึ้น เพราะนักกฎหมายมักหักทักเอาเองว่าเมื่อคดีถึงที่สุด หรือมีการนิรโทษกรรมแล้ว เรื่องราวทั้งหมดจะยุติลง ซึ่งไม่จริง เพราะประวัติศาสตร์และความทรงจำของสังคมยังคงทำงานต่อไปโดยตอกย้ำให้คนพร้อมจะเชื่อเสมอ เมื่อเกิดกรณีที่ใกล้เคียงกัน

ความละเอียดอ่อนอยู่ตามสภาพที่แตกต่างของบริบทและช่วงเวลาระหว่างนักกฎหมายที่ศึกษาประวัติศาสตร์กับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในอดีต จนทำให้งานศึกษาประวัติศาสตร์กฎหมายของนักกฎหมายจำนวนมากเป็นเพียงการเล่าเรื่องในอดีตตามความเชื่อเดิมของตนหรือการคัดลอกพงศาวดาร โดยปราศจากการวิพากษ์หลักฐานตามสมควร ยกตัวอย่างเช่น การอธิบายเรื่องเสรีภาพในการค้าขายอย่างเต็มที่ในกรุงสุโขทัย โดยการอ้างศิลาจารึกหลักที่หนึ่ง¹³ แต่มิได้วิพากษ์ความน่าเชื่อถือของหลักฐานดังกล่าวแม้แต่น้อย¹⁴ กระนั้นก็ตาม ปัญญาชนทางกฎหมายคนสำคัญอย่าง ม.ร.ว. เสนีย์ ปราโมช และวิชฌุ เครืองาม เป็นตัวอย่างของนักกฎหมายที่ระวังไหวต่อความสำคัญของความทรงจำเป็นอย่างดีจนใช้ประโยชน์ทางการเมืองจากการประกอบสร้าง ความทรงจำต่อระบบกฎหมายได้ และกลบบังจุดอ่อนด้านวิธีวิทยาทางประวัติศาสตร์ ด้วยการเลือกรูปแบบการคิดเขียนไปในเชิงปาฐกถาและนวนิยายแทน

ผลที่ได้จากสภาพแวดล้อมทางความรู้ดังกล่าวคือ สังคมไทยมีความทรงจำและประวัติศาสตร์เกี่ยวกับการจัดการระบบยุติธรรมอยู่น้อยมาก และเท่าที่มีอยู่จากงานของนักประวัติศาสตร์ก็มีได้จึ่งใจตอบคำถามของนักกฎหมาย อีกส่วนก็เป็นประวัติศาสตร์กฎหมายของนักกฎหมายที่เขียนขึ้นโดยขาดหลักวิชาทางประวัติศาสตร์และทศนะวิพากษ์ จึงกลายเป็นการผลิตซ้ำความรู้ชุดเดิมอย่างซ้ำซาก ที่หนักหนาที่สุด คือประวัติศาสตร์กฎหมายไทยถูกครอบงำด้วยวิธีการเขียนประวัติศาสตร์อย่างมีกุศโลบายทางการเมืองแบบนิติรัฐอภิสิทธิ์และราชานิติธรรมอย่างเด่นชัด ซึ่งนำไปสู่สภาวะ “นิติธรรม” ยิ่งขึ้นกว่าเดิม

คำถามสำคัญที่นักกฎหมายร่วมสมัยควรไตร่ตรองให้ดี คือวิชาชีพที่ถูกก้าวข้ามได้ด้วยอภิสิทธิ์ของชนชั้นนำทั้งทุนเศรษฐกิจและการเมืองจะเป็นวิชาชีพได้อย่างไร และปัญหาว่าอะไรคือ เงื่อนไขที่ทำให้การปกครองของกฎหมาย (the Rule of Law) กลายเป็นการปกครองโดยกฎหมาย (the Rule by Law) อย่างโจ่งแจ้งจนเสียดาในสังคมนี้ ทั้งสองเป็นคำถามที่ธงชัย วินิจจะกูลตั้งไว้และได้พยายามตอบโดยประสานเอาทั้งองค์ความรู้ทางประวัติศาสตร์และองค์ความรู้ทางกฎหมาย ตลอดจนความพยายามช่วงชิงพื้นที่ของประวัติศาสตร์กฎหมายให้รับรู้ถึงความทรงจำของสามัญชนเสียบ้าง เพื่อเปิดเผยที่มาที่ไปของความอยู่ดีธรรมในสังคมไทย

¹³ แสง บุญเฉลิมวิภาส, *ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย*, (กรุงเทพฯ: วิทยุชน, 2547), 67.

¹⁴ นิธิ เอียวศรีวงศ์, “เมื่อไม่มีตำแหน่ง “แม่ขุน” ก็ไม่มีตำแหน่ง “พ่อขุน” ใน *กรุงแตก, พระเจ้าตากฯ และประวัติศาสตร์ไทย ว่าด้วยประวัติศาสตร์และประวัติศาสตร์นิพนธ์*, (กรุงเทพฯ: มติชน, 2543), 51-58.

3. ที่มาแห่งนิติธรรมในสังคมไทย

คำว่า “นิติธรรม” เป็นคำที่ ธงชัย วินิจจะกุล ประดิษฐ์ขึ้นเพื่ออธิบายลักษณะของ กระบวนทัศน์ทางนิติศาสตร์ไทยที่เป็น “การปกครองโดยกฎหมาย” (Rule by Law) ที่มีความเป็น นิติรัฐอภิสิทธิ์ และราชนิติธรรม โดยล้อกับคำว่า “นิติธรรม” ซึ่งเป็นหลักการพื้นฐานของกฎหมาย อันเป็นที่นิยมในวงการกฎหมายไทยร่วมสมัยอย่างกว้างขวาง ดังเห็นได้จาก “หลักนิติธรรม” ถูก นำมาใช้ในบทบัญญัติทางกฎหมายโดยตรงในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 ด้วย ดังข้อความว่า “รัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล องค์กรอิสระ และหน่วยงานของรัฐ ต้องปฏิบัติหน้าที่ ให้เป็นไปตามรัฐธรรมนูญ กฎหมาย และหลักนิติธรรม...” ทั้งนี้ สมคิด เลิศไพฑูรย์ กรรมการธิการ ยกร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 ได้อธิบายว่า “...ความจริงแล้วก็เป็นเรื่องที่ นักวิชาการพูดกันโดยทั่วไปในมหาวิทยาลัยว่ามีความหมายที่ใกล้เคียงกัน ความจริงคำว่า นิติธรรม นั้นมาจากคำว่าภาษาอังกฤษ เดอะ รูล ออฟ ลอว์ ซึ่งเป็นหลักที่ทุกประเทศใช้... กระผมคิดว่า คำว่า นิติธรรม นั้นเป็นคำที่คนไทยโดยทั่วไป หรือพวกเราโดยทั่วไปเป็นคำที่คุ้นเคยและรู้จักกันดี ...”¹⁵ ฟังสังเกตว่า หลักนิติธรรม ในความเข้าใจของวงการกฎหมายนั้นมักพิจารณาว่าเป็นหลักการ ที่มีต้นแบบมาจากระบบคอมมอนลอว์ของอังกฤษอย่างตรงไปตรงมา

ในเชิงประวัติศาสตร์ความคิดทางกฎหมายเกี่ยวกับนิติรัฐ-นิติธรรมนั้น นักกฎหมายมักมัก ถกเถียงกันเรื่องศัพท์แสงที่ไม่เกี่ยวข้องกับสิทธิและเสรีภาพของผู้คน ในขณะที่ ธงชัย วินิจจะกุล ได้ อธิบายโต้แย้งประเด็นนี้ว่าคำว่า the Rule of Law ควรได้รับการแปลว่า “การปกครองของ กฎหมาย”¹⁶ และสังคมไทยมิได้รับหลัก the Rule of Law เข้ามาอย่างตรงไปตรงมา หากแต่ สังคมไทยรับเอาหลักการดังกล่าวบนรากฐานของระบบกฎหมายแบบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ภายใต้ สภาวะกึ่งอาณานิคม¹⁷ จึงทำให้พัฒนาการของระบบกฎหมายไทยยากที่จะดำเนินตามครรลอง เพราะสังคมไทยเริ่มเดินบนเส้นทางสู่ “นิติรัฐ-นิติธรรม” จากถนนคนละสาย โดยมุ่งคนละทิศกับ กระบวนการกลายเป็นสมัยใหม่ในยุโรป ดังที่ธงชัย วินิจจะกุล เปรียบเปรยว่า “...อาจเป็นเพราะเรา กำลังอยู่บนถนนคนละสาย ต่อให้มีจุดหมายที่ปรารถนาตรงกัน หนทางเดินคงจะต้องต่างกัน”¹⁸

¹⁵ อเนก วงศ์สวัสดิ์กุล บรรณาธิการ, *นิติรัฐ นิติธรรม*. (กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553), 363-364.

¹⁶ ธงชัย วินิจจะกุล, *นิติรัฐอภิสิทธิ์และราชนิติธรรม*, (กรุงเทพฯ: คณะเศรษฐศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2563), 86.

¹⁷ เรื่องเดียวกัน, 100.

¹⁸ เรื่องเดียวกัน, 94.

ทั้งนี้ ธงชัย วินิจจะกูล อธิบายต่อไปอีกว่าจุดเริ่มต้นบนเส้นทางสู่นิตศาสตร์สมัยใหม่ของไทยนั้นตั้งอยู่บนสถานะที่ทับซ้อน 3 กลุ่ม ได้แก่ ความเป็นองค์อธิปัตย์กับมายาคติของธรรมราชาไทย การรวมกฎหมายเข้าสู่รัฐสมบูรณาญาสิทธิราชย์ และสถานะกึ่งอาณานิคมในระบบกฎหมายไทย¹⁹

3.1 ความเป็นองค์อธิปัตย์และมายาคติของวัฒนธรรมธรรมราชาไทย

ปัจจัยประการแรกที่เราควรกล่าวถึง คือความอ่อนแอของวัฒนธรรมกระฎุมพี ในขณะที่จารีตของกฎหมายที่ยึดถือความเป็นองค์อธิปัตย์ของพระมหากษัตริย์ยังเข้มแข็งอยู่มาก สำหรับประเด็นนี้ ธงชัย วินิจจะกูล ได้วิพากษ์ความเชื่อสำคัญในวงการกฎหมาย เรื่องความเป็นกฎหมายธรรมชาติของกฎหมายโบราณของไทย นักปรัชญากฎหมายไทยไม่ว่าจะเป็นปรีดี เกษมทรัพย์ หรือจรัญ โฆษณานันท์ ต่างก็อธิบายว่ากฎหมายโบราณของไทยมีรากฐานจากคัมภีร์พระธรรมศาสตร์²⁰ ทั้งนี้ โดยรวมแล้ว ความคิดแบบกฎหมายธรรมชาติ คือการเชื่อว่ามนุษย์ไม่มีสิทธิธรรมในการบัญญัติกฎหมาย เพราะกฎหมายคือ สัจจะ ซึ่งดำรงอยู่ตามธรรมชาติโดยไม่ผูกพันกับเจตจำนงของมนุษย์ ดังนั้น มนุษย์จึงไม่สามารถบัญญัติกฎหมายได้

โดยครรถงของนักประวัติศาสตร์ ธงชัย วินิจจะกูล ได้วิพากษ์ความน่าเชื่อถือในเชิงที่มาของคัมภีร์พระธรรมศาสตร์ ด้วยการชี้ให้เห็นว่า สังคมต่างๆ ที่รับคัมภีร์พระธรรมศาสตร์ล้วนแต่ได้รับการขัดเกลาให้สอดคล้องกับเงื่อนไขภายในของแต่ละสังคมทั้งสิ้น คล้ายกับ นิธิ เอียวศรีวงศ์ ที่เสนอไว้นานแล้วว่าไม่มีสังคมใดที่รับวัฒนธรรมของสังคมอื่นได้อย่างเต็มที่²¹ ธงชัย วินิจจะกูลอธิบายว่า พระธรรมศาสตร์มีทั้งฉบับที่เป็นฮินดูและพุทธ กรณีของฮินดูจะเน้นว่าพระธรรมศาสตร์เป็นคัมภีร์กฎหมายสูงส่งเหนือมนุษย์ ส่วนพระธรรมศาสตร์แบบพุทธมักถูกดัดแปลง เช่น พระธรรมศาสตร์ฉบับบาลีที่พบในมอญจะมีขนาดลดลงบ้าง ตัดบางเรื่องที่เป็นพิธีกรรมฮินดูออกไป

¹⁹ ธงชัย วินิจจะกูล อธิบายเรื่องบริบทและสถานะที่สำคัญในการผ่านสู่นิตศาสตร์สมัยใหม่ของไทยว่ามีอยู่ทั้งสิ้น 7 ประการ แต่ผู้เขียนเห็นว่าหลายประเด็นมีความสับสนและสามารถอธิบายให้สอดคล้องพ้องกันได้จึงรวบเหลือเพียงแค่ 3 ประเด็นเท่านั้น รายละเอียด โปรดดู ธงชัย วินิจจะกูล, *นิติรัฐอภิสิทธิ์และราชานิธิธรรม*, 100-105.

²⁰ จรัญ โฆษณานันท์, *นิติปรัชญา*, (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2552), หน้า 3.; จรัญ โฆษณานันท์, *ปรัชญากฎหมายไทย*, (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2545), หน้า 49-66. ปรีดี เกษมทรัพย์, *นิติปรัชญา*, (กรุงเทพฯ: คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553), 47-49, 63.

²¹ นิธิ เอียวศรีวงศ์, *ปากไก่และใบเรือ: รวมความเรียงว่าด้วยวรรณกรรมและประวัติศาสตร์ต้นรัตนโกสินทร์*, (นนทบุรี: ฟาติงกัน, 2555), คำนำ.

บ้าง หรือเปลี่ยน พระมนุสสารจารย์ไปเป็นบุโรหิตของพระมหาสมมติบ้าง เป็นต้น²² ซึ่งธงชัย วินิจจะกุล อ้างถึงประเด็นนี้ เพื่อชี้ชวนให้เห็นความเป็นไปได้ว่าคัมภีร์พระธรรมศาสตร์นั้นอาจถูกดัดแปลงได้ จึงมิใช่สัจจะตามความเชื่อของนักกฎหมายธรรมชาติ และในกรณีของสังคมไทยยิ่งมีความน่าสงสัย เพราะในปัจจุบันยังไม่ปรากฏพระธรรมศาสตร์ฉบับอื่นนอกเหนือจากที่ปรากฏในกฎหมายตราสามดวงเลย²³

ความน่าสงสัยของคัมภีร์พระธรรมศาสตร์นักร้องให้ข้อเสนอสำคัญของ ธงชัย วินิจจะกุล ว่าอาจเป็นความเข้าใจที่คลาดเคลื่อนว่าพระมหากษัตริย์ไทยไม่มีอำนาจในการบัญญัติกฎหมาย โดยสนทนาแลกเปลี่ยนกับงานของคริส เบเคอร์ และผาสูก พงษ์ไพจิตร²⁴ ทั้งนี้ หลักฐานสำคัญที่ ธงชัย วินิจจะกุล ใช้คือสถานะของ “พระราชศาสตร์” กล่าวคือ โดยปกติพระราชศาสตร์ควรเป็นเพียงส่วนขยายของพระธรรมศาสตร์เท่านั้น และไม่มีผลผูกพันยืนยาวไปกว่ารัชสมัยของพระมหากษัตริย์แต่ละพระองค์ อย่างไรก็ตาม พระราชศาสตร์ในสังคมไทยกลับถูกแทรกรวมอยู่กับพระธรรมศาสตร์ภายในกฎหมายตราสามดวง ซึ่งการแทรกกฎหมายของมนุษย์เข้าไปรวมกันในกฎหมายศักดิ์สิทธิ์ย่อมเกิดผลให้กฎหมายของมนุษย์เปลี่ยนสภาพจากกฎหมายชั่วคราวกลายเป็นกฎหมายถาวร และยังได้รับอานิสงส์ของความศักดิ์สิทธิ์ตามพระธรรมศาสตร์ไปด้วย²⁵ ดังตัวอย่างที่ ธงชัย วินิจจะกุล อ้างถึงเรื่องการชำระกฎหมายตราสามดวงของพระบาทสมเด็จพระพุทธยอดฟ้าจุฬาโลก ที่ธรรมเนียมนักกฎหมายมักตีความว่าเป็นลักษณะของธรรมราชาที่สังคายนากฎหมายเพื่อความยุติธรรม แต่ธงชัย วินิจจะกุล กลับตีความหลักฐานชุดเดียวกันในทางตรงกันข้าม โดยสอดคล้องกับ ร.แสงกาต์ ว่าการชำระกฎหมายตราสามดวงเป็นการแสดงให้เห็นพระราชอำนาจในการบัญญัติกฎหมายอย่างเห็นได้ชัด ดังข้อความว่า

“อันที่จริงมีอีกกรณีหนึ่งซึ่งรู้จักกันดีคือคดีอันเป็นจุดกำเนิดของการชำระกฎหมายตราสามดวง อำแดงป้อมเป็นขู้แล้วฟ้องหย่านายบุญศรีผู้เป็นสามี ลูกขุนตระลาการตัดสินใจให้หย่าขาดได้ พระเจ้าอยู่หัวรัชกาลที่ 1 จึงเข้าแทรกแซงเพราะเห็นว่าไม่ยุติธรรมต่อสามี จึงมีการสั่งให้ชำระกฎหมายทั้งหมด กรณีนี้นักประวัติศาสตร์กฎหมายแทบทุกคนถือเป็นหลักฐานยืนยันว่ากษัตริย์

²² ธงชัย วินิจจะกุล, *นิติรัฐอภิสิทธิ์และราชานิติธรรม*, 111.

²³ Baker and Pasuk, 2015, pp 6-7. อ้างใน เรื่องเดียวกัน, 114.

²⁴ เรื่องเดียวกัน, 116-119.

²⁵ เรื่องเดียวกัน, 120.

ไทยยึดมั่นอยู่ในกรอบของพระธรรมศาสตร์ เมื่อเห็นว่าอาจจะมีกรณีพิพาทก็
ต้องย้อนกลับไปชำระสะสางให้แน่ใจ มียกเว้นคนหนึ่งที่เห็นต่างคือแสงกาต์...
แสงกาต์ตั้งข้อสังเกตและคำถามที่น่าสนใจมากกว่า พระเจ้าอยู่หัวรัชกาลที่ 1
มั่นใจว่ากฎหมายคลาดเคลื่อน แต่ไม่ได้คิดเลยว่าอาจเป็นบทตั้งเดิมที่มีมานาน
แท้จริงก็ได้ พระองค์อาศัยความคิดของพระองค์เองเป็นเหตุผลเพื่อเข้าแก้ไข
กฎหมาย นี่เป็นการแสดงถึงโบราณราชประเพณีที่ให้อำนาจกษัตริย์ในการ
วินิจฉัยว่าอะไรวิปลาสและอะไรยุติธรรม แล้วบัญญัติและแก้ไขกฎหมายตาม
ต้องการ หากพระองค์เห็นว่าเป็นไปเพื่อรักษาระเบียบสังคม”²⁶

ประเด็นนี้แสดงให้เห็นความแตกต่างระหว่างประวัติศาสตร์กฎหมายของนักกฎหมายและ
ประวัติศาสตร์กฎหมายของนักเรียนประวัติศาสตร์ คือความระมัดระวังทางบริบทและช่วงเวลาต่อ
ความหมายที่ละเอียดอ่อนของหลักฐานทางประวัติศาสตร์ ซึ่งต้องอาศัยวิธีวิทยาที่กว้างขวางทั้งทาง
ประวัติศาสตร์และทฤษฎีสังคม ซึ่งเป็นจุดอ่อนสำคัญของนักเรียนกฎหมายไทยในการทำ
ความเข้าใจสังคมและกฎหมายในทางปฏิบัติ ข้อเสนอของ ธงชัย วินิจจะกุล ที่สื่อสารต่อมายาคติใน
แวดวงกฎหมายโดยตรงจึงสมควรถูกหยิบยกขึ้นมาถกเถียงและพิจารณาต่อไปอย่างจริงจังในวงการ
ประวัติศาสตร์กฎหมายและระบบกฎหมายต่อไป

3.2 การรวมกฎหมายเข้าสู่รัฐธรรมนูญสิทธิราชย์

บริบทสำคัญในการถือกำเนิดขึ้นของนิติศาสตร์ไทยสมัยใหม่ คือ นิติศาสตร์สมัยใหม่ของ
ไทยตั้งอยู่ในบรรยากาศของการรวมอำนาจเข้าสู่ศูนย์กลางแบบสมบูรณาญาสิทธิราชย์และสถานะ
อาณานิคมที่ปกคลุมทั่วโลก²⁷ ธงชัย วินิจจะกุล ได้แย้งความคิดความเชื่อทางประวัติศาสตร์
กฎหมายอีกครั้ง ด้วยการตั้งข้อสังเกตว่า ประวัติศาสตร์ฉบับชนบจะเน้นความสำคัญของสิทธิสภาพ
นอกอาณาเขตและความล้าหลังไร้ประสิทธิภาพของกระบวนการยุติธรรมเดิมของสยาม และการ
ปฏิรูปกฎหมายและการศาลได้เปลี่ยนให้ระบบกฎหมายของสยามเปลี่ยนโฉมหน้าจากกฎหมาย
จารีตที่อิงพระธรรมศาสตร์ ราชศาสตร์ ตามกฎหมายตราสามดวง มาสู่ความเป็นนิติศาสตร์

²⁶ เรื่องเดียวกัน, 123-124.

²⁷ เรื่องเดียวกัน, 100.

สมัยใหม่²⁸ อย่างไรก็ตาม ธงชัย วินิจจะกุล ชี้ชวนให้พิจารณาว่าการปฏิรูปกฎหมายสมัยใหม่ส่งผลให้เกิดระบบกฎหมายที่กระชับอำนาจ โดยได้รับอิทธิพลสำคัญจากชนบประเพณีเดิมในสังคมไทย²⁹

รูปแบบของการกระชับอำนาจที่สำคัญ คือการแผ่รังความไม่เสมอภาคเบื้องหน้ากฎหมายในระบบกฎหมายสมัยใหม่ของไทย หรืออีกนัยหนึ่งการปฏิรูปกฎหมายเป็นเพียงการโฆษณาสร้างภาพพจน์เท่านั้น เช่น การเลิกไพร่ทาสหรือการจัดตั้งกองทัพแห่งชาติที่ดูเหมือนจะสร้างมนต์ศรัทธาเกี่ยวกับสิทธิและความเสมอภาคในสังคมสยาม แต่เอาเข้าจริงพฤติกรรมเหล่านี้กลับมิได้ส่งผลให้เกิดความเข้าใจเรื่องความเสมอภาคและสิทธิแต่อย่างใด³⁰ ธงชัย วินิจจะกุล ได้รวบรวมตัวอย่างของพฤติกรรมดังกล่าว อาทิ ศาลยุติธรรมไม่มีเขตอำนาจในการกระทำความผิดของชนชั้นเจ้านายกิติ การเลิกไพร่และทาสที่แม้จะทำให้สถานะไพร่ทาสหมดไป แต่ก็มิได้เกิดความเสมอภาคตามมา เพราะกองทัพกลายเป็นเพียงสถาบันเชิงศักดินาแบบใหม่ ที่บรรดานายพลเป็นชนชั้นศักดินาในเครื่องแบบ ส่วนทหารเกณฑ์คือไพร่ที่เพียงเปลี่ยนนามเท่านั้น³¹ ทั้งนี้ ธงชัย วินิจจะกุล ได้สรุปว่า

“ภายใต้สมบูรณาญาสิทธิราชย์ ความแตกต่างระหว่างเจ้า ขุนนาง
ข้าราชการ ราษฎร และสถานะของคน (ที่วัดกันด้วยอำนาจ) ยังดำรงอยู่
เช่นเดิม ระบบกฎหมายที่สร้างขึ้นในสภาวะเช่นนั้น น่าจะสะท้อนความล้มพันธ์
ระหว่างบุคคลกับรัฐ และระหว่างบุคคลต่างชั้นกันในสังคม ไม่น่าจะเป็นระบบ
กฎหมายที่ถือว่าปัจเจกบุคคลมีสิทธิเท่าเทียมกันและเสมอภาคกันทาง
กฎหมาย”³²

เมื่อระบบกฎหมายสมัยใหม่ของไทยถูกออกแบบมาเพื่อวัตถุประสงค์ในการกระชับอำนาจของระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์เป็นหลักก็มีผลทำให้ระบบกฎหมายสมัยใหม่ สยามไม่ปฏิเสธอิทธิพลทางวัฒนธรรมเดิมที่สนับสนุนให้เกิดความชอบธรรมของพระมหากษัตริย์ด้วย โดยเฉพาะอย่างยิ่งความผูกพันกันระหว่างพระพุทธรูปศาสนากับระบบกฎหมาย ในลักษณะที่ระบบกฎหมายรัฐพุทธศาสนาอุปถัมภ์³³ ซึ่งผลของการไม่แยกแยะความเป็นรัฐฆราวาสออกจาก

²⁸ เรื่องเดียวกัน, 130.

²⁹ เรื่องเดียวกัน, 141.

³⁰ เรื่องเดียวกัน, 142.

³¹ เรื่องเดียวกัน, 145, 148.

³² เรื่องเดียวกัน, 147.

³³ เรื่องเดียวกัน, 153.

รัฐสมบูรณาญาสิทธิราชย์ส่งผลให้วัฒนธรรมกระฎุมพีทุนนิยมที่ให้ความสำคัญต่อเสรีภาพและความเสมอภาคของบุคคลมีความสำคัญน้อยลงในระบบกฎหมายไทยด้วย โดยผลแห่งเหตุดังกล่าวจะปรากฏให้เห็นได้ชัดในการก่อรูปขึ้นของนิติรัฐอภิสิทธิ์ ที่จะอธิบายต่อไปข้างหน้า

ธงชัย วินิจจะกูล ยังอธิบายต่อไปว่าความพยายามในการรวมศูนย์อำนาจของสมบูรณาญาสิทธิราชย์สยามยังทำให้สำนักกฎหมายบ้านเมือง (positive law school) (นักวิชาการบางท่านเรียนปฏิฐานนิยมทางกฎหมาย) ซึ่งให้ความสำคัญกับกฎหมายในฐานะที่เป็นคำสั่ง คำบัญชาของรัฐ โดยธงชัย วินิจจะกูล ได้อ้างถึงกรมหลวงราชบุรีดิเรกฤทธิ์ว่า “กตหมานั่นคือคำสั่งทั้งหลายของผู้ปกครองว่าการแผ่นดินต่อราษฎรทั้งหลาย เมื่อไม่ทำตามแล้วตามธรรมดาต้องโทษ... เพราะฉะนั้นพระบรมราชโองการหรือคำสั่งคำฉบับใดต่อราษฎรทั่วไป กำหนดโทษได้ทุกฉบับ... เราจะต้องระวังอย่าเอาความคิดกตหมานไปปนกับความดีความชั่วฤทธิความยุติธรรม...”³⁴ ทั้งนี้ ธงชัย วินิจจะกูล เชื่อว่าสำนักกฎหมายบ้านเมืองเป็นรากฐานของการใช้อำนาจตามอำเภอใจตลอดจนเป็นหลักการที่ให้ความชอบธรรมทางนิติศาสตร์แก่การรัฐประหารในประเทศไทยตลอดมา³⁵ อย่างไรก็ตาม ธงชัย วินิจจะกูล ยังคงมีข้อสงสัยเกี่ยวกับอิทธิพลในเชิงลบอันมากล้นของสำนักกฎหมายบ้านเมืองดังกล่าวในประเทศไทย เพราะถึงที่สุดแล้วรากฐานของสำนักกฎหมายบ้านเมืองนั้นมีใช้การใช้อำนาจตามอำเภอใจของผู้ปกครองอย่างเถรตรง หากแต่เป็นภูมิปัญญาทางกฎหมายที่ต้องการแยกกฎหมายออกจากอำนาจเผด็จการธรรมเนียมในยุโรป เพื่อให้ผู้ปกครองใช้อำนาจเหนือประชาชนได้ภายในขอบเขตของกฎหมายเท่านั้น ดังนั้น นักกฎหมายบ้านเมืองในอุดมคติย่อมไม่สามารถหยดต่อลายลักษณะอักษรและหลักการของกฎหมายได้ ในประเด็นนี้ วรเจตน์ ภาคิรัตน์ ให้ความเห็นไว้ว่าสำนักกฎหมายแบบบ้านเมืองมิได้เป็นปัญหาในตัวเอง และไม่ได้เป็นที่มาของการใช้อำนาจตามอำเภอใจของบรรดาผู้ปกครองในสังคมไทยแต่อย่างใด³⁶ ดังนั้น ลำพังความคิดแบบสำนักกฎหมายบ้านเมืองก็ไม่ควรนำไปสู่การรับรองความชอบธรรมของเผด็จการแต่อย่างใด

สมมติฐานอันหนึ่งที่อาจพิจารณาได้ คือบริบทแห่งการประณามความคิดของสำนักกฎหมายบ้านเมือง และเชิดชูความคิดแบบสำนักกฎหมายธรรมนิยม ตลอดจนสำนักกฎหมายประวัติศาสตร์นั้นเกิดขึ้นในแวดวงทางกฎหมายไทยช่วงปลายทศวรรษ 2510 มีความสอดคล้องกับ

³⁴ เรื่องเดียวกัน, 155.

³⁵ เรื่องเดียวกัน, 157.

³⁶ วรเจตน์ ภาคิรัตน์, *ประวัติศาสตร์ความคิดนิติปรัชญา*, (กรุงเทพฯ: อาน, 2561), 400-402.

การขยายตัวของเครือข่ายพระมหากษัตริย์ในวงการกฎหมาย และความรุ่งเรืองประวัติศาสตร์กฎหมายฉบับราชานิตินิยมในทางการเมือง³⁷ ที่มีความผูกพันกับคติ “ธรรมราชา” อย่างยิ่ง ตัวอย่างเช่น การกลายเป็น “นายกรัฐมนตรีพระราชทาน” ของสัญญา ธรรมศักดิ์ หลักเหตุการณ์ 14 ตุลาคม 2516 หรือการก้าวเข้าสู่อำนาจทางการเมืองของธานินทร์ กรัยวิเชียร หลังเหตุการณ์ 6 ตุลาคม 2519 เป็นต้น

3.3 สภาวะกึ่งอาณานิคมในระบบกฎหมายไทย

การรวบอำนาจเข้าสู่ศูนย์กลางของรัฐสมบูรณาญาสิทธิราชย์ของสยามได้ดำเนินไปในบริบทที่สภาวะกึ่งอาณานิคมปกคลุมเอเชียตะวันออกเฉียงใต้อย่างเข้มข้น ซึ่งส่งผลกระทบต่อวิถีคิดทางกฎหมายอย่างสำคัญ โดยเฉพาะในมิติที่ชนชั้นนำสยามปฏิบัติต่อประชาชนของตนมิใช่ในฐานะเจ้าของอำนาจอธิปไตย แต่เป็นวัตถุที่ถูกปกครองความรู้สึกรู้สึกนึกคิดอย่างรอบด้าน จริงอยู่ที่ข้อถกเถียงดังกล่าวยังไม่สามารถหาข้อยุติในทางประวัติศาสตร์ได้แน่ชัดนัก งานวิชาการบางชิ้นมุ่งอธิบายว่าชนชั้นนำสยามถูกกดดันให้ปฏิรูประบบกฎหมายและการศาลผ่านสนธิสัญญาก่อตั้งสิทธิสภาพนอกอาณาเขต ในลักษณะ “ระบบโลก” ในขณะที่ก็ปรากฏว่ามีงานวิชาการอีกจำนวนไม่น้อยเน้นอธิบายให้เห็นความสำคัญของปัจจัยภายในของสังคมสยามที่ต้องการปรับตัวเพื่อลดบทบาทของชนชั้นนำ อย่างไรก็ตาม บทความนี้มีได้มุ่งถกเถียงในประเด็นดังกล่าวนอกจากชี้ให้เห็นบทบาทของอิทธิพลทางความคิดแบบอาณานิคมที่นำมาสู่การออกแบบระบบกฎหมายสยามจนส่งผลสืบเนื่องให้ประชาชนสยามอยู่ในฐานะที่เป็น “พลเมือง” ในความหมายว่าเป็นพลแห่งเมือง มากกว่าเป็นปัจเจกบุคคลที่เป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตย

สภาวะกึ่งอาณานิคม หมายถึง สภาพแวดล้อม วิธีคิด และวิธีรู้สึกของสังคมไทยนั้นถูกรอบงำโดยสภาวะอาณานิคมอย่างสำคัญในทุกมิติ และแนบเนียนจนหลายคนในสังคมอาณานิคมหลงคิดทึกทักเอาเองว่าสภาวะดังกล่าวเป็นลักษณะจำเพาะแห่งสังคมตน³⁸ งานวิชาการในแนวหลังอาณานิคมศึกษา ยกตัวอย่างเช่น งานเรื่อง *Lords of Things* ของ เมาเลซิโอ เปเลจี (Maurizio Peleggi) อธิบายว่าถึงแม้สยามจะอ้างว่าตนมาเคยตกเป็นเมืองขึ้น แต่วิถีปฏิบัติธรรมเนียมในท้องพระโรงสยามและวิถีชีวิตของเครือข่ายชนชั้นนำนั้นได้รับเอาจารีตธรรมเนียมของยุโรป

³⁷ ฤกษ์พพร โสมณวัตร, “การประกอบสร้างอำนาจอตุลาการในสังคมไทยสมัยใหม่,” (ดุสิตนิพนธ์ปรัชญาดุษฎีบัณฑิต สาขาประวัติศาสตร์ คณะมนุษยศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่, 2562), 317-321.

³⁸ Said, Edward, *Orientalism*, (London: Penguin, 2003), 43.

มาอย่างเต็มที่³⁹ เมื่อนำเงื่อนไขดังกล่าวมาใช้ ประวัติศาสตร์กฎหมายไทยฉบับหลังอาณานิคม (postcolonial legal historiography) จะได้สมมติฐานว่าวิธีคิดและวิธีรู้สึกในระบอบกฎหมายไทย ถูกครอบงำโดยสภาวะสังคมและอุดมการณ์ของเจ้าอาณานิคมอย่างใกล้ชิด ซึ่งธงชัย วินิจจะกูล ได้ ยอมรับว่าข้อเสนอเรื่องนิตธรรมในสังคมไทยของเขาได้รับอิทธิพลจากนักคิดและงานศึกษา เกี่ยวกับประวัติศาสตร์กฎหมายเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ที่เน้นพันธขึ้นบนแนวทางของหลังอาณานิคม ศึกษา (postcolonialism)⁴⁰ โดยยกงานของทามาล่า รูส (Tamara Loos) ขึ้นเพื่ออธิบายว่าชนชั้น นำสยามอาจแสดงบทบาทของตนในฐานะที่เป็นเจ้าอาณานิคมเหนือดินแดน เพื่อรวบและกระชับ อำนาจภายในเสียเองด้วยการใช้การปกครองโดยกฎหมาย⁴¹

แนววิเคราะห์ของ ธงชัย วินิจจะกูล ในข้อคิดเรื่องนิตธรรมเองก็ได้รับเอาอิทธิพลทาง ความคิดในกระแสประวัติศาสตร์กฎหมายแบบหลังอาณานิคมมาใช้ด้วย⁴² เพียงแต่ได้ประสานกับ สมมติฐานเรื่องปัจจัยวัฒนธรรมเดิมของสยามที่พระมหากษัตริย์ทรงเป็นองค์อภัยพิบัติดังที่ได้อธิบาย ไปแล้ว จนส่งผลให้ลักษณะของนิตธรรมไทยแปรสภาพไปเป็นนิตธรรม ดังจะเห็นได้จากข้อเสนอ ของ ธงชัย วินิจจะกูล ว่ารัฐไทยนั้นมีอภิสิทธิ์⁴³ ไม่ว่าจะเป็นเชิงอภิสิทธิ์โดยอ้างประโยชน์สาธารณะ และความมั่นคงของรัฐ อภิสิทธิ์ในการไม่ต้องรับผิดชอบ ตลอดจนอภิสิทธิ์ในการสร้างสภาวะยกเว้น ซึ่ง ทั้งหมดทั้งมวลล้วนแต่เป็นอภิสิทธิ์บนรากฐานที่เลื่อนไหลไปตามสภาพแวดล้อมแห่งอำนาจในแต่ละ ช่วงเวลา อันส่งผลให้นิติรัฐ นิตธรรมของไทยจึงไม่เป็นหลักเป็นฐาน แต่เป็นอภิสิทธิ์ต่อรัฐและ รวมถึงสถาบันพระมหากษัตริย์ ทั้งนี้ นิติรัฐอภิสิทธิ์ หมายถึง ธรรมเนียมปฏิบัติทางกฎหมายที่ ยอมรับการใช้อำนาจของผู้ปกครองที่ไม่มีกฎหมายรับรอง ในภาษาของธงชัย วินิจจะกูล คือ “นิติรัฐแบบ *Administration by Law* หรือ *The Rule of Law* ที่เป็นการให้ความชอบธรรมแก่ รัฐในทางปฏิบัติ”⁴⁴ ซึ่งโดยสภาพแล้วความเป็นนิติรัฐอภิสิทธิ์ดังกล่าวมีลักษณะย้อนแย้ง

³⁹ Peleggi, Maurizio, *Lords of Things: The Fashioning of Siamese Monarchy's Modern Image*, (Honolulu: University of Hawaii Press, 2002), 113.

⁴⁰ ธงชัย วินิจจะกูล, *นิติรัฐอภิสิทธิ์และราชานิตธรรม*, 95-100.

⁴¹ Loos, Tamara, *Subject Siam: Family, Law, and Colonial Modernity in Thailand*, (Chiang Mai: Silkworm, 2006).

⁴² ธงชัย วินิจจะกูล, *นิติรัฐอภิสิทธิ์และราชานิตธรรม*, 95-97; 100-101; 104-105.

⁴³ เรื่องเดียวกัน, หน้า 169.

⁴⁴ เรื่องเดียวกัน, หน้า 167.

(paradox) กับความเป็นนิติรัฐที่ต้องการให้กฎหมายเป็นหลักเป็นฐานเพื่อประกันสิทธิเสรีภาพของประชาชนและจำกัดอำนาจรัฐ

ดังที่เกริ่นไว้เบื้องต้นว่าอภิสิทธิ์ของรัฐในไทยนั้นดำรงอยู่หลายรูปแบบ ตัวอย่างหนึ่งที่ธงชัย วินิจจะกุล ยกขึ้น เพื่ออธิบายอภิสิทธิ์โดยอ้างประโยชน์สาธารณะของรัฐ คือ การจัดการป่าสำหรับประเด็นนี้ ธงชัย วินิจจะกุล ได้อ้างถึง สงกรานต์ ป่องบุญจันทร์ ที่อธิบายว่ากฎหมายว่าด้วยการจัดการป่าเป็นกฎหมายที่มีลักษณะอำนาจนิยม⁴⁵ ที่แม้ว่า ธงชัย วินิจจะกุล จะมีได้ระบุไว้อย่างชัดเจนถึงสถานะอาณานิคมเหนือประโยชน์แห่งทรัพยากรธรรมชาติป่าไม้ แต่ในแวดวงวิชาการประวัติศาสตร์การจัดการทรัพยากรนั้นมีความเห็นไปในแนวทางร่วมกันว่ากลไกกฎหมายจัดการทรัพยากรนั้นเป็นกฎหมายที่เน้นอำนาจการควบคุมทรัพยากรของรัฐสมบูรณ์อำนาจอธิปไตยในลักษณะอาณานิคม⁴⁶ ตัวอย่างประการหนึ่ง que แสดงให้เห็นการขยายอำนาจของรัฐในการจัดการทรัพยากรธรรมชาติผ่านกลไกการบังคับใช้กฎหมาย ซึ่งแยกไม่ขาดจากการจัดการความรู้-อำนาจด้านการจัดการทรัพยากรในสังคมไทย คือ คำอธิบายของภิญญพันธุ์ พจนะลาวัณย์ ดังข้อความว่า

“ในยุคอาณานิคม... การจัดการควบคุมป่าไม้แบบตะวันตกกับแนวคิดแบบอาณานิคมที่ว่าดินแดนดังกล่าวเป็นดินแดนป่าเถื่อนที่ควรถูกทำให้ศิวิไลซ์โดยเข้าไปจัดการด้วยวิธีการที่เป็นวิทยาศาสตร์ การจัดการป่ายังแยกไม่ออกไปจากความรู้แบบอาณานิคม... การตั้งกรมป่าไม้ขึ้นภายในเมืองเชียงใหม่เมื่อปลายทศวรรษ 2430 นอกจากจะเป็นการตั้งอำนาจทางเศรษฐกิจออกจากเจ้านายท้องถิ่นแล้ว สยามยังได้อำนาจในการควบคุมพื้นที่ป่ามาอยู่ในมือด้วย สยามควบคุมผ่านบริษัททำไม้ หรือผู้ได้รับสัมปทานป่าไม้อีกทอดป่างไม้ ปางช้างของบริษัทต่างๆ กลายเป็นสถานีวิสาหกิจที่เรียกกันว่า “ตำบลป่า” เขตป่าจึงมิได้เป็นพื้นที่ว่างเปล่า หรือธรรมชาติอันบริสุทธิ์แต่ประกอบไปด้วยอำนาจและกลไกทางเศรษฐกิจการเมืองอย่างจริงจัง”⁴⁷

⁴⁵ เรื่องเดียวกัน, หน้า 169.

⁴⁶ Lohmann, Larry, “Land, Power and Forest Colonization in Thailand,” *Global Ecology and Biogeology*, 3, no. 4/6 (1993): 182.; Hirsch, Philip, “Forest, Forest Reserve, And Forest Land in Thailand”, *The Geographical Journal*, 156, no.2 (1990): 166.

⁴⁷ ภิญญพันธุ์ พจนะลาวัณย์, “สถานะการกลายเป็นมณฑลพายัพ: ประวัติศาสตร์ของอำนาจ-ความรู้ และการผลิตพื้นที่โดยสยาม (พ.ศ. 2416-2475),” (ดุสิตนิพนธ์ปรัชญาดุษฎีบัณฑิต, สาขาประวัติศาสตร์ คณะมนุษยศาสตร์

การปฏิบัติต่อทรัพยากรส่วนรวมของประชาชนแห่งรัฐตน ราวกับเป็นกรรมสิทธิ์ของรัฐ โดยหวังกันการใช้ประโยชน์อย่างเข้มงวด และมีการกำหนดโทษทางอาญาดังกล่าว ย่อมเป็นท่าทีของเจ้าอาณานิคมมากกว่าการเป็นรัฐบาลแห่งประชาชาติ คล้ายกับงานของทามาล่า รูส ที่พูดถึงสยามในฐานะที่เป็นประธานในประวัติศาสตร์แบบอาณานิคมเหนือประเทศราชรอบข้างไม่ว่าจะเป็นล้านนาหรือปัตตานีก็ตาม ซึ่งเป็นลักษณะของระบบกฎหมายที่ถูกออกแบบมาภายใต้วิธีคิดแบบอาณานิคมนิยมทั้งสิ้น

4. ที่ไปของสังคมไทยบนเส้นทางนิตธรรม

การก่อรูปของรัฐและความลักลั่นในประวัติศาสตร์กฎหมายไทย ตั้งแต่รากฐานของระบบกฎหมายที่พระมหากษัตริย์เป็นองค์อธิปัตย์โดยอิงแอบความชอบธรรมของพระธรรมศาสตร์ ยิ่งเมื่อรับเอาระบบกฎหมายสมัยใหม่เข้ามาใช้ก็แสวงหาประโยชน์จากกฎหมายสมัยใหม่เพื่อกระชับอำนาจแห่งรัฐสมบูรณาญาสิทธิราชย์ให้เข้มข้นขึ้นกว่าเดิม ปรับใช้เทคนิควิธีการแบบอาณานิคมกับประชาชนในประเทศอย่างแนบเนียนในนามของกฎหมายสมัยใหม่ เบียดขับปัจเจกบุคคลและชุมชนให้หันไปจากสิทธิและอำนาจ และสถาปนาระบบกฎหมายที่เป็น “นิตธรรม” ขึ้น อันเป็นส่วนผสมของสำนักกฎหมายบ้านเมืองที่ซำรุด เรียกว่า “นิติรัฐอภิสิทธิ์” และสำนักกฎหมายธรรมชาติที่ถูกบิดเบือน หรือ “ราชนิตธรรม” การที่ทฤษฎีทางกฎหมายทั้งสองปนเปื้อนด้วยเงื่อนไขทางการเมือง และวัฒนธรรมไทย ดังกล่าวจึงนำสังคมไทยไปสู่การเป็นสังคมที่ปกครองกันโดยอาศัยกฎหมายเป็นเครื่องมือ หรือ “นิตธรรม” ซึ่งบนเส้นทางของนิตธรรมนี้ได้ก่อให้เกิดผลกระทบมากมายต่อสังคมไทย ทั้งในอดีต ในปัจจุบัน และในอนาคตต่อจากนี้

4.1 นิติรัฐอภิสิทธิ์

จริงอยู่ที่ว่ารัฐยอมมีอภิสิทธิ์ในการดำเนินการของรัฐในวิถีของการปกครอง ซึ่งธงชัย วินิจจะกูล เองก็ระลึกถึงปัญหานี้ แต่อภิสิทธิ์ของรัฐในสังคมต่างๆ มักถูกจำกัดอยู่ในขอบเขตที่ชัดเจนกว่า คาดหมายได้ง่ายกว่า และที่สำคัญคือ อภิสิทธิ์ของรัฐในประเทศต่างๆ นั้นยอมผูกพันกับรัฐในเชิงสถาบันอย่างเดียว อภิสิทธิ์ของรัฐยอมไม่ลุกลามบานปลายมาถึงปัจเจกบุคคลที่ดำรงตำแหน่งในรัฐหรือเป็นเครือข่ายอุปถัมภ์ของรัฐ ธงชัย วินิจจะกูล ได้ยกตัวอย่างอภิสิทธิ์แห่งรัฐในสังคมญี่ปุ่น และสิงคโปร์ ซึ่งอภิสิทธิ์แห่งรัฐนั้นผูกติดอยู่กับประเด็นทางเศรษฐกิจเป็นหลัก ดังนั้น

ถึงแม้สาธารณชนจะตระหนักถึงการดำรงอยู่และไม่พอใจต่ออภิสิทธิ์แห่งรัฐนั้น แต่พวกเขาย่อมตระหนักดีไปพร้อมกันว่าตราบเทาที่ ประชาชนไม่กล้าเส้นแห่งรัฐอภิสิทธิ์ดังกล่าว พวกเขาย่อมไม่ได้รับผลกระทบ ด้วยเหตุนี้ ความตึงเครียดระหว่างประชาชนและรัฐอภิสิทธิ์จึงดำรงอยู่ในขอบเขตที่ชัดเจน ต่างจากกรณีของสังคมไทย การอ้างความชอบธรรมของกฎหมายเพื่อให้อภิสิทธิ์กับรัฐยังดำเนินไปหลายรูปแบบ ไม่ว่าจะเป็นการสภาวะยกเว้นสำหรับศาลพิเศษก็ดี การรัฐประหารก็ดี การประกาศกฎอัยการศึกก็ดี การนิรโทษกรรมสำหรับการใช้ความรุนแรงต่อประชาชนก็ดี ล้วนแต่เป็นอภิสิทธิ์ของรัฐที่ชนชั้นนำอ้างถึงระบบกฎหมายทั้งสิ้น และอภิสิทธิ์เหล่านั้นตั้งอยู่บนความสิ้นไหลตามอำเภอใจของผู้มีอำนาจรัฐ ทำให้นิติรัฐอภิสิทธิ์ของไทยเป็นอันตรายต่อสังคมไทยอย่างยิ่ง

ความคลุมเครือของมาตรฐานการใช้อำนาจตามกฎหมายของไทยเพื่อธำรงไว้ซึ่งอภิสิทธิ์ของรัฐและชนชั้นนำนั้นสร้างปัญหาอันเรื้อรังให้กับสังคมไทยมานาน เมื่อไล่เรียงลงมาจะพบว่าการใช้อำนาจตามอำเภอใจจนเคยตัวของรัฐไทย ตั้งแต่การที่บรรดาเจ้านายไม่อยู่ในเขตอำนาจศาลในสมัยสมบูรณาญาสิทธิราชย์ เรื่อยมาจนถึงการตั้งศาลพิเศษในสมัยคณะราษฎร การรัฐประหาร และการรับรองความชอบด้วยกฎหมายของรัฐประหารโดยศาลฎีกา การประหารชีวิตผู้คนโดยไม่ผ่านกระบวนการยุติธรรมโดยชอบ การใช้ความรุนแรงกับชาวนา ชาวบ้าน นักศึกษา และประชาชนทุกฝ่าย สงครามยาเสพติด กรณีกรือเซะ-ตากใบ การอุ้มหาย การดำเนินคดีเชิงยุทธศาสตร์เพื่อรังแกประชาชน (strategic lawsuit against public participation-SLAPP) ฯลฯ และหลายครั้งที่ความไร้มาตรฐานนี้ถูกนำไปใช้เพื่อเอื้อประโยชน์ให้กับบรรดาอภิชน ซึ่งไม่ใช่รัฐ แต่เป็นพันธมิตรแห่งรัฐ

นิติรัฐอภิสิทธิ์ที่เกิดขึ้นในสังคมไทย คือ สภาวะที่นักกฎหมายยึดเอาตัวกฎหมายอย่างคร่ำครึ โดยไม่ได้สนใจเงื่อนไขทางสังคมแม้แต่น้อย แต่ความเคร่งครัดดังกล่าวกลับใช้กันเฉพาะในเรื่องที่ไม่กระทบประโยชน์ของชนชั้นนำ นักกฎหมายแบบนิติรัฐอภิสิทธิ์จึงเชื่อฟังกฎหมายของคณะรัฐประหารอย่างง่าย ๆ โดยอ้างว่าคณะรัฐประหารมีอำนาจโดยชอบแล้ว เช่น การจับกุมและดำเนินคดีต่อผู้เห็นต่างทางการเมือง โดยอ้างอย่าลั่นถึงสถานการณ์ฉุกเฉินเชื่อมโยงกับโรคระบาดโควิด-19 อย่างเคร่งครัด เป็นต้น แต่เมื่อนิติรัฐเข้าไปก้ำกายในแวดวงของอภิชนแล้ว นิติรัฐไทยกลับอ่อนแอลงอย่างน่ารังเกียจ ไม่ว่าจะเป็นการนิรโทษกรรมตนเองหลังการรัฐประหาร หรือบรรดาคดีของคนร่ำรวยและผู้มีมากบารมีในสังคมไทยทั้งหลาย

4.2 ราชนิติธรรม

ไม่ว่าสังคมไทยจะเรียกหลักการปกครองของกฎหมายว่า “นิติรัฐ” หรือ “นิติธรรม” ก็ตาม ผลในทางทฤษฎีกฎหมายย่อมไม่แตกต่างกันอย่างมีนัยสำคัญ เพราะทั้งหมดล้วนแต่เป็นหลักการที่เกิดจากความปรารถนาของมนุษย์ในการจำกัดอำนาจของรัฐด้วยกฎหมาย ด้วยความเชื่อว่ากฎหมายย่อมเป็นหลักเป็นฐาน กฎหมายย่อมมีความหมายชัดเจนไม่บิดพลิ้วจนกะล่อน และกฎหมายย่อมไม่มีอภิสิทธิ์ที่ไม่อาจเข้าใจได้ ความแตกต่างระหว่างสองหลักการนี้ถึงจะมีอยู่บ้าง ก็เป็นความต่างที่ตั้งอยู่บนฐานของรากที่มาทางประวัติศาสตร์ซึ่งมีสภาพแวดล้อมและสถาบันการเมืองที่แตกต่างกัน คือ ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์อังกฤษและระบบกฎหมายแบบภาคพื้นยุโรป ทำให้กลไกในการตรวจสอบและจำกัดการใช้อำนาจรัฐย่อมจะแตกต่างไปบ้างตามสถาบันการเมืองที่มีอยู่ในแต่ละสังคม แต่จุดร่วมกันคือการกระทำของรัฐต้องชอบด้วยหลักแห่งกฎหมาย ในลักษณะที่เป็นการจำกัดอำนาจตามอำเภอใจของผู้ปกครอง⁴⁸ อย่างไรก็ตาม สองคำนี้เมื่อถูกนำเข้ามาในสังคมไทยกลับถูกนำไปถกเถียงกันจนเป็นเรื่องใหญ่โตจนผิดปกติ ซึ่งตรงซัย วินิจจะกุล มีสมมติฐานว่าการแปล The Rule of Law และพยายามแยกนิติธรรมออกมาอย่างเด็ดขาดและจริงจังนั้นเป็นไปเพื่อสะท้อนภูมิหลังทางวัฒนธรรมแบบพุทธ และประวัติศาสตร์แบบราชานิตินิยมที่พระมหากษัตริย์เป็นองค์อธิปัตย์ ซึ่งมีได้สอดคล้องกับหลัง The Rule of Law แบบฉบับดังข้อความว่า

“...อย่างไรก็ตาม ธาณินทร์ กรัยวิเชียร เสนอว่าต้องสร้างความหมายของหลักนิติธรรมแบบไทยขึ้นมาเองให้เหมาะสมกับสภาพสังคม และวัฒนธรรมความเป็นอยู่ของคนไทย เพราะการรับเอาแนวคิดต่างประเทศเข้ามาโดยไม่มี การเชื่อมโยงปรับให้เข้ากับรากเหง้าและความเป็นจริงของสังคมไทยอาจทำให้ กลายเป็นแค่อุดมการณ์ที่จับต้องไม่ได้เท่านั้น... เราจะเห็นต่อไปว่าธานินทร์ และนักนิติศาสตร์หลายคนช่วยกันทำงานสำเร็จในที่สุด แต่ผลลัพธ์คือ “หลักนิติธรรม” ที่มี ความหมายต่างกัน The Rule of Law แบบบรรทัดฐานอย่างมากถึงกับตรงกันข้ามก็มี เพราะรับมรดกจากสมบูรณาญาสิทธิราชย์แล้วพัฒนา

⁴⁸ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, “หลักนิติรัฐและหลักนิติธรรม,” *จุลนิติ* 9, ฉ.1 (2555): 50-51; 57-58.

ต่อมาในบริบทของการเมืองและสังคมไทยช่วงประมาณ 50-60 ปีที่ผ่านมา
ภายใต้ระบอบเผด็จการทหารและการฟื้นฟูพุทธจริยนิยม...⁴⁹

ธงชัย วินิจจะกูล อธิบายว่ารากฐานของหลักนิติธรรมแบบไทยได้รับอิทธิพลจากสำนักกฎหมายธรรมนิยม โดยเชื่อมความยุติธรรมเข้ากับหลักธรรมราชา ที่เป็นการประสานกันระหว่างพระพุทธศาสนาและสถาบันพระมหากษัตริย์ ภายใต้คติดังกล่าว การเข้าถึงความยุติธรรมนั้นจะต้องอาศัยปัญญาพิเศษ โดยที่ความสามารถพิเศษดังกล่าวสัมพันธ์บุญบารมีของบุคคล และตามธรรมดาแล้วบุคคลผู้มียานาจมากย่อมมีบุญบารมีตามไปด้วย ซึ่งอาจเป็นเพราะปรัชญาแบบพุทธมิได้มุ่งการตั้งคำถามต่ออำนาจไม่ว่าจะเป็นอำนาจทางการเมืองหรืออำนาจทางเศรษฐกิจ ด้วยเหตุนี้เอง จักรพรรดิราชผู้มีอำนาจสูงสุดย่อมมีบุญบารมีสูงสุด และพระมหากษัตริย์จึงเป็นแหล่งที่มาที่สำคัญที่สุดของความยุติธรรม พระมหากษัตริย์เป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตย เป็นผู้พิทักษ์ประชาธิปไตย และเป็นธรรมราชาในยุคสมัยใหม่ ซึ่ง ธงชัย วินิจจะกูล เรียกสถานะนี้ว่า “ราชานิติธรรม”

การที่หลักนิติธรรมแบบไทยมีพระมหากษัตริย์เป็นศูนย์กลางของประเด็นความยุติธรรมทั้งปวง ทำให้หลักนิติธรรมแบบไทยหรือราชานิติธรรมนั้นเกิดสภาวะยกเว้นหลักการทางกฎหมายได้ง่าย เพราะความมั่นคงของระบบยุติธรรมอยู่ที่องค์พระมหากษัตริย์ แต่ปัญหาคือ พระมหากษัตริย์เองก็ทรงเป็นศูนย์กลางของอำนาจทางการเมืองด้วย ฉะนั้น เมื่ออำนาจของพระมหากษัตริย์สั่นคลอน บุญบารมีของพระมหากษัตริย์ในการมีปัญญาพิเศษที่เข้าถึงและประทานความยุติธรรมแก่สังคมนั้นก็ย่อมสั่นคลอนตามไป ทั้งนี้ ปัญหาที่สำคัญคือเมื่อการรักษาอำนาจกลายเป็นเรื่องเดียวกันกับการรักษาความยุติธรรม ราชานิติธรรมแบบไทยจึงเต็มไปด้วยสภาวะยกเว้น⁵⁰ ซึ่งก่อให้เกิดผลประหลาดวิปลาสอย่างยิ่ง ในทำนองว่านักกฎหมาย ผู้นิยมหลักนิติธรรมแบบราชานิติธรรมโดยไม่รู้ตัวนี้ จึงคัดค้านอำนาจของทหารเผด็จการในสมัยหนึ่ง เพราะเห็นว่าไม่สอดคล้องกับหลักนิติธรรม แต่เมื่อสังคมไทยเริ่มเอียงไปทางซ้าย นักกฎหมายราชานิติธรรมไทยกลับเห็นว่าสามารถพักเรื่องหลักนิติธรรมไว้ก่อนได้ ยิ่งเมื่อตนกลายเป็นรัฐธาติปัตย์ด้วยแล้วก็ละเลยหลักนิติธรรมที่ตนกลายอ้างเสียไม่มีชิ้นดี เป็นต้น

⁴⁹ ธงชัย วินิจจะกูล, *นิติรัฐอภิสิทธิ์และราชานิติธรรม*, 197-198.

⁵⁰ เรื่องเดียวกัน, 212.

4.3 นิตธรรม

ระบบกฎหมายนั้นตั้งอยู่บนรากฐานของความเชื่อมั่นที่สาธารณชนว่าระบบกฎหมายจะพ้นไปจากอหิวาต์ ซึ่งความยุติธรรมนี้เองเป็นจุดร้อยเรียงประชาชนให้ยอมรับอำนาจรัฐ ยอมเสียสละผลประโยชน์ส่วนตน ยอมรับคำพิพากษาที่เขอาจเสียประโยชน์ เพื่อเป้าหมายที่ยุติธรรมโดยรวมแล้ว นิตธรรม คือ ลูกผสมที่ได้รับลักษณะอันชาญฉลาดของนิติรัฐอภิสิทธิ์ที่เคร่งครัดต่อการบังคับใช้กฎหมายเฉพาะเมื่อรัฐและผู้เกี่ยวข้องกับรัฐได้ผลประโยชน์ กับราชานิติธรรมที่ละทิ้งกฎหมายลายลักษณ์อักษร แต่สนับสนุนอำนาจของกฎหมายที่คลุมเครือ โดยยึดโยงกับสถาบันพระมหากษัตริย์ ดังนั้น นิตธรรมไทย จึงรับเอาส่วนที่ล้ำหลังที่สุดของสำนักกฎหมายบ้านเมืองคือการมงายในตัวบทแห่งอำนาจ และส่วนที่ถูกวิจารณ์มากที่สุดของกฎหมายธรรมชาติคือความมงายในวาทกรรมแห่งความยุติธรรมมารวมไว้ด้วยกัน หรืออีกนัยหนึ่งก็คือ นิตธรรมเป็นการประสานกันของความเป็นเผด็จการโดยกฎหมายและเผด็จการโดยธรรม เมื่อประชาชนลุกขึ้นมาท้าทายอำนาจรัฐ พวกเขาจึงถูกกระทำทั้งจากการดำเนินการทางกฎหมายอย่างเคร่งครัด และรวมไปถึงการตราหน้าในเชิงจริยธรรมทางสังคมว่าเป็นพวก “ซังชาติ” บ้าง “ล้มเจ้า” บ้าง “คอมมิวนิสต์” บ้าง “ซ้ายจัดตดจริต” บ้าง สุดแล้วแต่จะจินตนาการกัน

การที่สังคมไทยพยายามปรับปรุงนิติศาสตร์สมัยใหม่ขึ้นมา โดยรับเอาทั้งคติของระบบประมวลกฎหมาย ระบบกฎหมายจารีตประเพณี สำนักกฎหมายบ้านเมือง และสำนักกฎหมายธรรมชาติ แต่จนถึงที่สุดแล้วดูเหมือนสังคมไทยจะรับหลักการเหล่านี้เข้ามาเพียงเพื่อประดับตกแต่งระบบกฎหมายให้ดูสอดคล้องกับสมัยนิยมเท่านั้น นักกฎหมายไทยละทิ้งองค์ประกอบสำคัญที่ดีที่สุดของทั้งสำนักกฎหมายบ้านเมืองและสำนักกฎหมายธรรมชาติ แต่กลับเอาลักษณะที่บกพร่องชาญฉลาดของสำนักความคิดทางกฎหมายทั้งสองมาประติดประต่อยเพื่อฝัน โดยสร้างภาพ “นิติรัฐ-นิตธรรม” แบบปากว่าตาขีบ ซึ่งวัฒนธรรมไทยคุ้นเคยดีอยู่แล้ว⁵¹ เช่น การแทรกพระราชศาสตร์ลงโดยปะปนกับพระธรรมศาสตร์ในกฎหมายตราสามดวง การตั้งศาลพิเศษขึ้นให้ดูเหมือนคตีกบฏจะได้รับการพิจารณาโดยองค์กรตุลาการในสมัยคณะราษฎร การจะโฆษณาชวนเชื่อเรื่องสหรัฐฯ และความชั่วร้ายของคอมมิวนิสต์ แต่กลับอ้างถึงหลักแห่งกฎหมาย⁵² เป็นต้น

⁵¹ Jackson, Peter A., “The Thai Regime of Image,” *Sojourn: Journal of Social Issues in Southeast Asia*, 19, No. 2 (October 2004), 181-218.

⁵² กลุณพ์พร โสมณวัตร, “การประกอบสร้างอำนาจตุลาการในสังคมไทยสมัยใหม่,” (ดุสิตนิพนธ์ปรัชญาคุษฎีบัณฑิต, สาขาประวัติศาสตร์ คณะมนุษยศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่, 2562), 350-356.

ผลกระทบที่เกิดจากการเดินบนเส้นทางนิโตธรรมที่เห็นได้ชัด คือการใช้อำนาจรัฐจะมีแนวโน้มเป็นการกระหนาบกระเทือนสิทธิและเสรีภาพของประชาชน โดยเฉพาะต่อบุคคลผู้อยู่ในสถานะรอง (subaltern) และบุคคลที่ถูกกล่าวหาว่าเป็นศัตรูต่อความมั่นคงของชาติ ตัวอย่างเช่น การรื้อไต่ที่อยู่อาศัยของประชาชนไม่ว่าจะในป่า การที่นักกิจกรรมถูกรุมทำร้ายโดยไม่สามารถหาผู้กระทำความผิด การอุ้มหายครั้งแล้วครั้งเล่า ฯลฯ ทั้งหมดทั้งมวลสัมพันธ์กับปัญหาใหญ่ที่สำคัญที่สุดคือ เมื่อเลือกบนทางเดินนิโตธรรม สังคมไทยจะปราศจากกลไกในการจำกัดอำนาจรัฐให้มีมาตรฐาน จนทำให้สิทธิของประชาชนถูกคุกคามได้ง่าย

นิโตธรรมยังเป็นระเบิดเวลาที่สร้างความตึงเครียดระหว่างชนชั้นในระยะยาว เพราะโดยสภาพของนิโตธรรมนั้นเป็นสภาวะยกเว้น และการยกเว้นนั้นเป็นปฏิบัติการสองมาตรฐานไปในตัวที่ขัดแย้งต่อความเสมอภาค ความเสมอภาคนั้นมีหลายมิติทั้งในความสัมพันธ์ทางการเมือง เชื้อชาติ ศาสนา เพศ เศรษฐกิจ ฯลฯ เช่น บางครั้งความเสมอภาคระหว่างเพศเกิดขึ้นยากเพราะศาสนา วัฒนธรรม บางครั้งความเสมอภาคระหว่างเชื้อชาติภาษาก็ผูกพันอยู่กับการบริการจัดการของภาครัฐ ส่วนความเสมอภาคทางเศรษฐกิจก็ผูกพันกับระบบเศรษฐกิจและระบอบทรัพย์สิน เป็นต้น เหตุที่ยกความเสมอภาคหลากหลายมิติขึ้นมาอภิปรายเป็นเพราะผู้เขียนเห็นว่า ความเสมอภาคกันต่อหน้ากฎหมายเป็นกรณีที่เรียบง่ายและควรเป็นมาตรฐานขั้นต่ำที่สุดของชีวิตทางสังคม แต่นิโตธรรมยังคงกีดกันไม่ให้สามัญชนเข้าถึงคุณค่าพื้นฐานของสังคมนี้อย่างชัดเจน ซึ่งสภาวะเช่นว่านั้น เป็นอันตรายต่อความเป็นสังคมที่สร้างสรรค์ มั่งคั่ง และยุติธรรม

ความตึงเครียดที่เกิดจากความเหลื่อมล้ำในสังคมนับว่าหนักหนาแล้ว แต่ยังไม่เท่ากับ ความป่วยไข้ทางสังคมที่เกิดจากการที่นักกฎหมายหลอกตัวเองอย่างซ้ำซากว่า สังคมไทยเพียบพร้อมด้วยนิติรัฐและนิติธรรมตามแบบฉบับแล้ว หากเรียกตามศัพท์แสงทางจิตวิเคราะห์แบบฌาคส์ ลากอง (Jacques Lacan) แล้ว อาการปากว่าตาขีบดังกล่าวสะท้อนความวิปริต (perversion) ของสังคมนักกฎหมายไทย คือการที่นักกฎหมายรู้ดีแก่ใจตนว่าสังคมhamnินิโตธรรมแบบฉบับไม่ แต่กลับยืนยันว่ามี หรือการปฏิเสธนิติรัฐอภิสิทธิและราชานิโตธรรม ทั้งที่ข้อเท็จจริงปรากฏให้เห็นอยู่ทั่วไปถึงการใช้อภิสิทธิเหนือกฎหมายของชนชั้นนำ ซึ่งการแก่งแย่งกับว่า นิโตธรรมไม่มีอยู่จริง ซึ่งเป็นอาการของความวิปริตในทางจิตวิเคราะห์ อาการทางจิตนี้ทำให้นักกฎหมายมักแสวงหาวัตถุแห่งความปรารถนา (fetish) ของนิติรัฐและนิติธรรมมาครอบครองไว้ เช่น เสื้อผ้าชุดครุยที่แสดงสถานะอันเหนือกว่า อาคารสถานที่สง่างามเกินงาม รูปปั้นอนุสาวรีย์ที่ถ่ายทอดความทรงจำลวง คำขวัญและสุภาษิตที่ใช้ท่องสะกดจิตตนเอง ฯลฯ โดยให้ความสำคัญกับ

วัตถุแห่งความปรารถนาเหล่านี้อย่างล้นเกินจนถึงขั้นศักดิ์สิทธิ์ เช่นความรู้สึกของผู้พิพากษาที่มีต่อชุดครุยตุลาการของตน ดังข้อความว่า “เครื่องแบบเป็นสัญลักษณ์ของหมู่เหล่า บอกถึงความเป็นระเบียบ บอกถึงการควบคุมบังคับบัญชา บอกถึงหน้าที่ความรับผิดชอบในการปฏิบัติงานรับใช้ประชาชนและเป็นการสะดวกต่อสาธารณะที่จะทราบว่าผู้นั้นเป็นใคร... เครื่องแบบเป็นสื่อสากลที่ก่อให้เกิดความศักดิ์สิทธิ์และระเบียบสังคม ดังนั้นจึงเป็นที่มาของเสื้อครุยตุลาการ”⁵³ อย่างไรก็ตาม ธรรมดาของจิตใต้สำนึกที่วิปริตนั้น เมื่อพ้นไปจากสายตาผู้คน ก็มักแอบกระทำการละเมิดหลักการนิติรัฐและนิติธรรมที่ตนป่าวประกาศ แล้วโอบรับไว้ทั้งนิติรัฐอภิสิทธิ์และราชานิติธรรมไว้อย่างแนบแน่น⁵⁴

การรับรู้แต่ปล่อยให้รัฐอภิสิทธิ์ชนหลอกตนเองอย่างซ้ำซากนั้นทำให้นักกฎหมายไทยไม่กล้าที่จะจ้องมองความยุติธรรมอย่างตรงไปตรงมา ทุกครั้งที่นักกฎหมายประกาศให้ผู้คนเคารพในหลักนิติรัฐและนิติธรรม โดยไม่อ้างอิงถึงสถานะนิติรัฐอภิสิทธิ์และราชานิติธรรมกลับยิ่งทำให้ปัญหาพัวพันยุ่งเหยิงยิ่งขึ้นกว่าเดิม ยิ่งนักกฎหมายโฆษณาเรื่องชวนฝันอันเหนือจริงของนิติรัฐและนิติธรรมตามแบบฉบับเพียงใด ความฉีกขาดระหว่างสังคมไทย นักกฎหมายไทย กับนิติรัฐและนิติธรรมตามแบบฉบับยิ่งมากขึ้นเท่านั้น สิ่งนี้นักกฎหมายพึงทำคือ การยอมรับและสยบยอมต่อความบกพร่องจนแทบจะล่มสลายลงของเรื่องชวนฝันแบบนิติรัฐและนิติธรรมไทย และการดำรงอยู่ของนิติธรรมไทย เพื่อเปิดโอกาสให้ความคลางแคลงใจผลักดันให้นักกฎหมายไทยสบตากับความยุติธรรมตรงๆ เสียที ซึ่งสอดคล้องกับ ข้อความของธงชัย วินิจจะกูลว่า “สิบกว่าปีที่ผ่านมามีประเทศไทยกระโดดถอยหลังไปหลายช่วงอย่างเหลือเชื่อ เพราะเรากลัดกระดุมผิดเม็ดแล้วทำผิดซ้ำทบถมครั้งแล้วครั้งเล่าใน 70 กว่าปีที่ผ่านมามี เพราะเราไม่ตระหนักว่าพื้นฐานของนิติศาสตร์สมัยใหม่ของเราเป็นนิติรัฐอภิสิทธิ์และราชานิติธรรม”⁵⁵

⁵³ ช้างเท้าหน้า, “เสื้อครุยตุลาการ,” *วารสารยุติธรรม* 13, ฉ.2 (2541): 13.

⁵⁴ สิงห์ สุวรรณกิจ, “มาดิส ลากอง: ไม่มีสิ่งใดที่เรียกได้ว่าเป็นมาตรฐานความ “ปกติ” ของสังคม ว่าด้วยโครงสร้างการเป็นประสาท (neurosis), วิปริต (perversion), วิกลจริต (psychosis),” *Res Residua*, 3 สิงหาคม 2561. สืบค้นเมื่อวันที่ 8 สิงหาคม 2563, <https://resresidua.wordpress.com/2018/08/03/lacan-neurosis-perversion-psychosis/>

⁵⁵ ธงชัย วินิจจะกูล, *นิติรัฐอภิสิทธิ์และราชานิติธรรม*, 239.

5. สรุป: วาทกรรมนิติรัฐ-นิติธรรมในฐานะเรื่องชวนฝันของนักกฎหมาย

ถึงแม้ว่า ธงชัย วินิจจะกูล จะพยายามเตือนให้สังคมไทยมีความปรารถนาและหวังต่อระบบกฎหมาย ดังข้อความว่า “นิติศาสตร์และระบบกฎหมายที่ยุติธรรมเป็นไปได้”⁵⁶ แต่เขาก็มิได้ปฏิเสธทำที่ของระบบกฎหมายที่เป็นเพียง “เลื้อยคลุม” ที่ฉาบฉวยเพื่อปกปิดลักษณะเผด็จการ และเป็น “อาการ” (symptoms) ของความอ่อนแอของระบบกฎหมาย⁵⁷ การระลึกถึงความหวังที่อาจมีต่อระบบกฎหมาย นิติรัฐ และนิติธรรมตามแบบฉบับนั้นนับว่าอาจเป็นกลยุทธ์ที่น่าจะได้ผล หากพิจารณาจากความเป็นไปได้ในเงื่อนไขทางสังคมปัจจุบัน แต่เงื่อนไขที่ธงชัย วินิจจะกูล มองข้ามไปคือ สภาวะทางจิตของนักกฎหมายผ่านความผิดซ้ำทับถมมานานนั้นได้ก่อรูปความวิตกกังวลในโครงสร้างจิตใจของนักกฎหมายแล้ว ซึ่งอาจส่งผลให้นักกฎหมายไม่สามารถสตามองความยุติธรรมของนิติธรรมไทยตรงไปตรงมาอยู่ดี สืบเนื่องจากความเจียบงันของวงการกฎหมายที่สืบเนื่องจากปฐกถาของธงชัย วินิจจะกูล เพราะสิ่งที่นักกฎหมายเป็นอยู่ก่อนคือ คนที่รับรู้ซึ่งถึงนิติรัฐอภิสิทธิ์และราชานิติธรรมเป็นอย่างดี แล้วถูกผนวกควมรวมอยู่ในสภาวะดังกล่าว แต่ปฏิเสธการดำรงอยู่ของมัน และให้ความสำคัญกับการแสวงหาวัตถุแห่งความปรารถนา เพื่อบอกตนเองว่านิติรัฐและนิติธรรมแบบฉบับนั้นมีอยู่จริง

ยกตัวอย่าง เช่น แม้แต่ คณากร เพียรชนะ ผู้พิพากษาผู้สมควรแก่การคารวะ โดยการต่อสู้กับความอยุติธรรมในองค์กรศาลจนวายชนม์ แต่ก็ยังเชื่อมั่น “เกียรติภูมิ” ของผู้พิพากษากับความบริสุทธิ์ใจว่าผู้พิพากษาสามารถมอบคำพิพากษาที่ยุติธรรมให้แก่ประชาชนได้ ซึ่งก็แสดงว่าผู้พิพากษายังเป็นบุคลากรพื้นฐานของนิติศาสตร์ไทย เช่นข้อความว่า “ประชาชนเสื่อมศรัทธาในศาลยุติธรรมอย่างไม่เคยเป็นมาก่อน เป็นเหตุให้ผู้พิพากษาศาลชั้นต้นทั่วประเทศไม่ได้รับความเป็นธรรมทางด้านเกียรติภูมิ” หรือคำขวัญว่า “คืนคำพิพากษาให้ผู้พิพากษา คืนความยุติธรรมให้ประชาชน”⁵⁸ หรือกรณีของ ปัญจพล เสน่ห์สังคม ซึ่งเป็นผู้พิพากษาที่ฝากผลงานอันน่าจดจำไว้ไม่น้อยจน เกษียร เตชะพีระ ยกย่องด้วยคำเรียกว่าเรียกว่า “ตุลาการภิวัตน์ภาคประชาชน” และแม้แต่วิติต มั่นตรามารณ์ ก็ได้้นำคำพิพากษาคดีโรงไฟฟ้าบ้านอก-บ้านกรูด อภิปรายในที่ประชุมใหญ่

⁵⁶ เรื่องเดียวกัน, 245.

⁵⁷ เรื่องเดียวกัน, 84-85.

⁵⁸ MGR Online, “เปิดตัวตน ปัญจพล เสน่ห์สังคม เจ้าของวาทะ ผมเป็นผู้พิพากษาของพระเจ้าอยู่หัว.” ผู้จัดการออนไลน์, 7 สิงหาคม 2558, สืบค้นเมื่อวันที่ 9 สิงหาคม 2563 <https://mgronline.com/online/section/detail/9580000089171>

สหประชาชาติว่าเป็นการคุ้มครองสิทธิทางสิ่งแวดล้อมของประชาชนอย่างสำคัญ แต่ในเชิงสำนักในการทำงานของเขาก็ยึดมั่นถือมั่นว่าตนเองนั้นเป็น “ผู้พิพากษาของพระเจ้าอยู่หัว”⁵⁹

โครงสร้างทางจิตสำนึกของนักกฎหมายไทยจึงถูกกระทำจากนิติรัฐอภิสิทธิ์และราชานิธิธรรมมาอย่างยาวนานจนบอบช้ำและสูญเสียตัวตน ซึ่งเป็นประเด็นที่ชี้ชวนให้พิจารณาว่า ลำพังนิติรัฐและนิติธรรมแบบฉบับจะสามารถปลดแอกนักกฎหมายออกจากกับดักความคิดของนิติรัฐอภิสิทธิ์และราชานิธิธรรมได้จริงหรือไม่ เพียงใด และชวนให้นึกถึงข้อพิจารณาของสโลวอย ชิเชก (Slovoj Zizek) ว่าการปฏิวัติระบอบทางกฎหมายจะผลิตซ้ำปัญหาของระบอบเดิมอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ เพราะโดยธรรมชาติของกฎหมายนั้นเป็นอุปสรรคของความยุติธรรมอยู่ในตัวมันเอง⁶⁰

สโลวอย ชิเชก ได้พยายามอธิบายให้เห็นว่าระบอบกฎหมายนั้นตั้งอยู่บนเรื่องชวนฝัน (fantasy) ที่ไม่สามารถเป็นจริงได้ แต่หากเรื่องชวนฝันนั้นพังทลายลงระบอบกฎหมายย่อมพังทลายตามไปด้วย โดยที่เขาเรียกความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลกับระบอบกฎหมาย (the Law) ว่าเป็นการดำรงอยู่ของจิตที่ถูกแบ่งแยก (divided psychic constitution) หมายความว่า บุคคลย่อมประสบกับรูปสัจพจน์ที่นำไปสู่สถานะภาพที่กีดขวางไม่ให้ฝันกลายเป็นจริง ซึ่งในกระบวนการนั้นจะเกิดความหฤหรรษ์ (pure enjoyment-jouissance) ของฝันที่จะไม่กลายเป็นจริงเสมอ⁶¹ เรื่องชวนฝันแฟนตาซีจึงเป็นสิ่งที่ต้องดำรงอยู่เพียงเพื่อหล่อเลี้ยงบุคคลด้วยความลุ่มหลงซ้ำๆ ซากๆ ของการไม่บรรลุเรื่องชวนฝัน เพราะหากบรรลุถึงผลลัพธ์นั้นแล้ว ความหฤหรรษ์ต่างๆ ย่อมยุติลง ดังนั้น ชิเชกจึงมีข้อสรุปในแนวคิดของเขาว่ามนุษย์มีเรื่องชวนฝันที่เหนือจริงเพื่อแสวงหาความเพลิดเพลินจากความลุ่มหลงซ้ำซากในการบรรลุผลลัพธ์แห่งเรื่องชวนฝัน อีกนัยหนึ่งคือ บุคคลจะไม่มีเรื่องชวนฝันก็ได้ แต่เมื่อมีแล้วก็ต้องห้ามไม่ให้ไปถึง เพราะความหฤหรรษ์สูงสุดที่มนุษย์อาจมีได้คือการวนเวียนอยู่ความเพลิดเพลินของความลุ่มหลงซ้ำซากเท่านั้น

จึงไม่ใช่เรื่องง่ายเลยที่จะทำให้เกิดพลังในการเปลี่ยนแปลงจากภายในแวดวงนักกฎหมาย เพราะถึงแม้จะรายล้อมด้วยเหตุผลอันสมควรอยู่มากมายที่จะรื้อทำลายเรื่องชวนฝันของนิติรัฐ นิติธรรมแบบฉบับลง แต่สภาวะทางจิตของนักกฎหมาย ก็เอนกเช่นมนุษย์ทั่วไปคือ ยังแสวงหาความ

⁵⁹ MGR Online, “เปิดตัวตน ปัญญา พล เสน่ห์สังคม เจ้าของวาทะ ผมเป็นผู้พิพากษาของพระเจ้าอยู่หัว.” ผู้จัดการออนไลน์, 7 สิงหาคม 2558, สืบค้นเมื่อวันที่ 9 สิงหาคม 2563 <https://mgronline.com/online/section/detail/9580000089171>

⁶⁰ Rotennerg, Mooly Anne, “Changing the Subject: Rights, Revolution, and Capitalist Discourse”, in De Sutter, Laurent (eds.), Zizek and Law, (Abingdon: Routledge, 2015), 42.

⁶¹ Ibid, 43.

หลุดร่อนจากการเดินวนอยู่ในองค์ความรู้เดิมๆ เพื่อตามหาหลักนิติรัฐและนิติธรรมตามแบบฉบับ
อยู่ และในทุกๆ ก้าวที่นักกฎหมายเดินนิติรัฐออกสิทธิ ราชนิติธรรม และทุนนิยมก็ยังคงทำงานอย่าง
ต่อเนื่องต่อไป

References

- Hirsch, Philip. “Forest, Forest Reserve, And Forest Land in Thailand.” *The Geographical Journal* 156, no.2 (1990).
- Jackson, Peter A. “The Thai Regime of Image.” *Sojourn: Journal of Social Issues in Southeast Asia* 19, no. 2 (October 2004): 181-218.
- Lohmann, Larry. “Land, Power and Forest Colonization in Thailand.” *Global Ecology and Biogeology* 3, no. 4/6 (1993).
- Loos, Tamara. *Subject Siam: Family, Law, and Colonial Modernity in Thailand*. Chiang Mai: Silkworm, 2006.
- Peleggi, Maurizio. *Lords of Things: The Fashioning of Siamese Monarchy’s Modern Image*. Honolulu: University of Hawaii Press, 2002.
- Rotennerg, Mooly Anne. “Changing the Subject: Rights, Revolution, and Capitalist Discourse,” in *Zizek and Law*. De Sutter, Laurent (eds.). Abingdon: Routledge. 2015.
- Said, Edward. *Orientalism*. London: Penguin, 2003.
- Sattayanurak, Attachak. “Property Regime in Rural Northern Thailand.” PhD Diss., Nagoya University, 2004.
- MGR Online. “เปิดตัวตน ปัญจพล เสน่ห์สังคม เจ้าของวาทะ ผมเป็นผู้พิพากษาของพระเจ้าอยู่หัว.” *ผู้จัดการออนไลน์*, 7 สิงหาคม 2558. สืบค้นเมื่อวันที่ 9 สิงหาคม 2563
<https://mgronline.com/online/section/detail/9580000089171>.
- กฤษณ์เพชร โสมณวัตร. “การประกอบสร้างอำนาจตุลาการในสังคมไทยสมัยใหม่.” *ดุสิตบัณฑิต สาขาประวัติศาสตร์ คณะมนุษยศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่*, 2562.
- กองบรรณาธิการ. “ปาฐกถาฉบับเต็ม ‘นิติรัฐอภิสิทธิ์และราชานิติธรรม’ โดย ธงชัย วินิจจะกุล.” *เวย์แมกกาซีน*, 9 มีนาคม 2563. สืบค้นเมื่อวันที่ 1 ตุลาคม 2563
<https://waymagazine.org/thongchai-winichakul-rule-by-law/>
- จรัญ โฆษณานันท์. *นิติปรัชญา*. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2552.
- จรัญ โฆษณานันท์. *ปรัชญากฎหมายไทย*. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2545.
- ช.ช้างเท้าหน้า. “เสียดูแลตุลาการ.” *วารสารยุติธรรม* 13, ฉ.2 (2541).

ณัฐพงษ์ สกุลเลียว. “สามัญชนฝ่ายเหนือกับการก่อตัวของรัฐสมัยใหม่สยาม พ.ศ. 2400-2450.”

ดุชนิพนธ์ปรัชญาดุชนิพนธ์ ภาควิชาประวัติศาสตร์ คณะมนุษยศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่, 2561.

นครินทร์ เมฆไตรรัตน์. 2553. *การปฏิวัติสยาม พ.ศ. 2475*. กรุงเทพฯ: ฟาเดียวกัน, 2553.

นิธิ เอียวศรีวงศ์. 2555. *ปากไก่และใบเรือ: รวมความเรียงว่าด้วยวรรณกรรมและประวัติศาสตร์* *ต้นรัตนโกสินทร์*. นนทบุรี: ฟาเดียวกัน, 2555.

นิธิ เอียวศรีวงศ์. *กรุงแตก, พระเจ้าตากฯ และประวัติศาสตร์ไทย ว่าด้วยประวัติศาสตร์และประวัติศาสตร์นิพนธ์*. กรุงเทพฯ: มติชน, 2543.

บีบีซีไทย. “คณากร เพียรชนะ: 10 ข้อความในแถลงการณ์ 25 หน้า ที่สะท้อนระบบตุลาการไทย.”

บีบีซีไทย, 5 ตุลาคม 2562. สืบค้นเมื่อวันที่ 8 สิงหาคม 2563.

<https://www.bbc.com/thai/thailand-49943661>

ปรีดี เกษมทรัพย์. *นิติปรัชญา*. กรุงเทพฯ: คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553.

ปิยบุตร แสงกนกกุล. *ศาลรัฐประหาร: ตุลาการ ระบอบเผด็จการ และนิติรัฐประหาร*. นนทบุรี: ฟาเดียวกัน, 2560.

ภิญญพันธ์ พจนลาวินัย. “สภาวะการกลายเป็นมณฑลพายัพ: ประวัติศาสตร์ของอำนาจ-ความรู้ และการผลิตพื้นที่โดยสยาม (พ.ศ. 2416-2475).” *ดุชนิพนธ์ปรัชญาดุชนิพนธ์ ภาควิชาประวัติศาสตร์ คณะมนุษยศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่*, 2562.

วรเจตน์ ภาคีรัตน์. “หลักนิติรัฐและหลักนิติธรรม.” *จุลนิติ* 9, ฉ.1 (2555).

วรเจตน์ ภาคีรัตน์. *ประวัติศาสตร์ความคิดนิติปรัชญา*. กรุงเทพฯ: อาน, 2561.

วิชฌ์ เครื่องงาม. *ข้ามสมุทร*. กรุงเทพฯ: มติชน, 2558.

วิชฌ์ เครื่องงาม. *ชีวิตของประเทศ*. กรุงเทพฯ: มติชน, 2561.

แสง บุญเฉลิมวิภาส. *ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย*. กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2547.

สายชล สัตยานุรักษ์. *ประวัติศาสตร์รัฐไทยและสังคมไทย: ครอบครัวยุคใหม่ ชีวิตสามัญชน ความทรงจำ และอัตลักษณ์ทางชาติพันธุ์*. เชียงใหม่: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยเชียงใหม่, 2558.

สิงห์ สุวรรณกิจ. “ผาคส์ ลากอง: ไม่มีสิ่งใดที่เรียกได้ว่าเป็นมาตรฐานความ “ปกติ” ของสังคม ว่าด้วยโครงสร้างการเป็นประสาท (neurosis), วิปริต (perversion), วิกลจริต (psychosis).” *Res Residua*, 3 สิงหาคม 2561. สืบค้นเมื่อวันที่ 8 สิงหาคม 2563

<https://resresidua.wordpress.com/2018/08/03/lacan-neurosis-perversion-psychosis/>

อเนก วงศ์สวัสดิ์กุล, บรรณาธิการ. *นิติรัฐ นิติธรรม*. กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553.

เหลียวหลัง แลหน้า นิติปรัชญานิพนธ์ของไทย

Look Back, Look Forward on the Jurisprudence's Writings in Thai

สมชาย ปรีชาศิลปกุล

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่ 239 ถนนห้วยแก้ว ตำบลสุเทพ อำเภอเมือง จังหวัดเชียงใหม่ 50200

Somchai Preechasinlapakun

Faculty of Law, Chiang Mai University, 239 Huay Kaew Road, Muang District, Chiang Mai,
Thailand, 50200

E-mail : ajarlek@hotmail.com

Received: July 15, 2020; Revised: September 29, 2020; Accepted: November 11, 2020

บทคัดย่อ

บทความนี้ต้องการศึกษาถึงความเคลื่อนไหวของงานเขียนนิติปรัชญาในสังคมไทย นับตั้งแต่ได้มีวิชาปรัชญาถือกำเนิดขึ้นมาเมื่อราว 4 ทศวรรษก่อน ซึ่งสามารถจัดแบ่งความเคลื่อนไหวของงานเขียนนิติปรัชญาได้เป็น 2 ช่วงสำคัญ คือ หนึ่ง ระยะก่อตัวของความรู้ด้านนิติปรัชญา สอง ระยะของการขยายตัวของความรู้

ในระยะแรก งานเขียนทางด้านนิติปรัชญาจะสัมพันธ์กับการเรียนการสอนในสถาบันอุดมศึกษาอย่างมาก และมีการให้ความสำคัญกับแนวความคิดหลัก 3 กลุ่มด้วยกัน กล่าวคือ แนวความคิดสำนักกฎหมายบ้านเมือง สำนักกฎหมายธรรมชาติและสำนักกฎหมายประวัติศาสตร์ ในระยะต่อมา งานเขียนด้านนิติปรัชญาได้ถูกผลิตขึ้นโดยไม่จำเป็นต้องสัมพันธ์กับการเรียนในสถาบันอุดมศึกษาเพียงอย่างเดียว รวมทั้งความรู้ทางด้านนิติปรัชญาได้ขยายออกไปสู่ขอบเขตที่กว้างขวางมากขึ้นโดยเฉพาะอย่างยิ่งในด้านที่สัมพันธ์กับแนวคิดทางสังคมศาสตร์ มนุษยศาสตร์

ความรู้ทางด้านนิติปรัชญาในสังคมไทยต้องเผชิญกับข้อจำกัดอันเนื่องมาจากระบบการศึกษาที่ตกอยู่ภายใต้การครอบงำของวิชาชีพ, การยกย่องนักกฎหมายที่เป็นผู้เชี่ยวชาญเฉพาะ

ด้าน อย่างไรก็ตาม ความเปลี่ยนแปลงที่เกิดขึ้นอย่างกว้างขวางในช่วงสองทศวรรษที่ผ่านมาได้ส่งผลท้าทายต่อระบบความรู้ทางนิติปรัชญาในสังคมไทยอย่างสำคัญ

คำสำคัญ: นิติปรัชญา, งานเขียนด้านนิติปรัชญา, การศึกษากฎหมาย

Abstract

This article is to study the dynamics of philosophy of law's writing in Thai society since the 4 decades ago. These writings can be classified into 2 phases: firstly, the phrase of establishment, secondly, the phase of expansion.

The first phase, writings on philosophy of law have related closely with university programs and focus in 3 main schools of thought: Legal Positivism, Natural Law School and Historical School of Law. Later phase, these writings are not linked directly to the university programs and have expanded the scope to the knowledge of social sciences and humanities.

Limitations of knowledge on philosophy of law in Thai society depend on the education system which it has been influenced by legal profession, the superiority of the legal specialist to general lawyers. However, the rapid changes during last 2 decades in Thai society have challenged the knowledge of jurisprudence significantly.

Keywords: Philosophy of Law, Writings on Philosophy of Law, Legal Education

1. สถานะของนิติปรัชญาในแวดวงความรู้นิติศาสตร์ไทย

สถาบันการศึกษากฎหมายในสังคมไทยให้ความสำคัญกับนิติปรัชญาในลักษณะที่แตกต่างกันไป จะเห็นได้จากการกำหนดให้นิติปรัชญามีสถานะที่ต่างกัน โดยในบางแห่งอาจเป็นวิชาบังคับที่นักเรียนกฎหมายทุกคนต้องเรียน หรือเป็นเพียงวิชาเลือกที่อาจเลือกเรียนหรือไม่ก็ได้ หรือในสถาบันการศึกษาบางแห่งก็อาจไม่ได้มีวิชานิติปรัชญาอยู่ในหลักสูตรไว้ อันหมายความว่า นิติปรัชญาไม่ได้เป็นความรู้ที่มีความจำเป็นสำหรับการสำเร็จการศึกษาทางด้านกฎหมายแต่อย่างใด

การจัดวางความรู้ด้านนิติปรัชญาในลักษณะที่แตกต่างกัน ในด้านหนึ่งอาจเป็นผลมาจากขอบเขตของความรู้ซึ่งเป็นพื้นที่คาบเกี่ยวระหว่างนิติศาสตร์และปรัชญา ซึ่งสามารถกล่าวได้ว่านิติปรัชญาคือปรัชญาประยุกต์ (Applied Philosophy) แขนงหนึ่ง โดยเป็นการศึกษากฎหมายจากแง่มุมทางปรัชญาเพื่อตอบคำถามพื้นฐานในแง่มุมต่าง ๆ เช่น กฎหมายแท้จริงแล้วคือสิ่งใด มนุษย์สามารถเข้าถึงกฎหมายได้ด้วยวิธีการอย่างไร เป็นต้น และอีกในด้านหนึ่งคงเป็นผลสืบเนื่องมาจากอิทธิพลของวิชาชีพที่มีอยู่อย่างมากในการศึกษากฎหมายในสังคมไทย ดังจะพบว่าหากนักเรียนกฎหมายที่ต้องการประสบความสำเร็จในทางวิชาชีพนั้นไม่จำเป็นต้องมีความรอบรู้ในทางนิติปรัชญา ไม่ว่าจะเป็นหลักสูตรของการศึกษาของเนติบัณฑิตยสภา การสอบเพื่อให้ได้รับใบอนุญาตในการว่าความ การสอบเข้าดำรงตำแหน่งอัยการหรือผู้พิพากษา ก็ล้วนแต่ไม่ต้องการทดสอบความรู้ทางด้านนิติปรัชญา ด้วยข้อกำหนดดังกล่าวจึงไม่ใช่เรื่องน่าประหลาดใจที่สถาบันการศึกษาแต่ละแห่งจึงอาจพิจารณาให้ความสำคัญกับนิติปรัชญาไปตามความมุมมองของผู้รับผิดชอบหลักสูตรในสถาบันการศึกษาแต่ละแห่ง

แม้ว่าจะถูกประเมินจากสถาบันการศึกษาในลักษณะที่แตกต่างกันไป แต่ด้วยความเข้าใจว่าความรู้ด้านนิติปรัชญามีความสำคัญอย่างยิ่งต่อการทำความเข้าใจถึงแนวคิดพื้นฐานและความหมายในการดำรงอยู่ของระบบกฎหมาย ผู้เขียนจึงอยากทำความเข้าใจถึงการถือกำเนิดพลวัต และความท้าทายที่ความรู้ด้านนิติปรัชญาในสังคมไทยต้องเผชิญหน้าอยู่ในห้วงเวลาปัจจุบัน

บทความนี้มุ่งทำการทบทวนและทำความเข้าใจเกี่ยวกับสถานะทางความรู้ของ “นิติปรัชญา” ในแวดวงวิชาการทางด้านนิติศาสตร์ว่ามีอยู่ในลักษณะเช่นไร และพิจารณาความเปลี่ยนแปลงที่เกิดขึ้นในห้วงระยะเวลาประมาณ 4 ทศวรรษ นับตั้งแต่วิชาดังกล่าวได้ถือกำเนิดขึ้นภายหลังจากความพยายามปฏิรูปการศึกษากฎหมายที่นำโดยคณะนิติศาสตร์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ เมื่อ พ.ศ. 2515 รวมทั้งจะประเมินถึงข้อจำกัดและความท้าทายที่มีต่อความรู้ทางนิติปรัชญาในสังคมไทย ด้วยความหวังว่าจะทำให้สามารถเกิดการผลักดันและสร้างความองกามให้เกิดขึ้นแก่นิติปรัชญานิพนธ์ในสังคมไทยได้เพิ่มมากขึ้น

2. ระยะก่อตัวของความรู้ด้านนิติปรัชญา (ทศวรรษ 2520 - 2540)¹

แม้ว่าการศึกษาที่สัมพันธ์กับความรู้ด้านนิติปรัชญาอาจปรากฏให้เห็นร่องรอยมา นับตั้งแต่การศึกษากฎหมายในโรงเรียนกฎหมายโดยปรากฏอยู่ในส่วนหนึ่งของวิชาธรรมศาสตร์² หรือการศึกษากฎหมายในมหาวิทยาลัยวิชาธรรมศาสตร์และการเมือง ที่จัดขึ้นหลังจากการเปลี่ยนแปลงการปกครองเมื่อ พ.ศ. 2475 ซึ่งปรากฏการอธิบายถึงความหมายของกฎหมายในวิชา ประวัติศาสตร์กฎหมาย³ อย่างไรก็ตาม หากพิจารณาอย่างเคร่งครัดแล้ว สามารถกล่าวได้ว่าวิชา นิติปรัชญาในแวดวงวิชาการนิติศาสตร์ของไทยเพิ่งจะถือกำเนิดมาได้ไม่ยาวนานมากนัก ช่วง ระยะเวลาที่ทำให้เกิดวิชานิติปรัชญาขึ้นเป็นผลสืบเนื่องมาจากการปรับปรุงหลักสูตรของ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ เมื่อพ.ศ. 2514 – 2515 เหตุผลที่ทำให้ต้องมีการ ปรับปรุงหลักสูตรในห้วงเวลาดังกล่าวเนื่องจาก “มีความรู้ทั่วไปในวงผู้รู้ทั้งหลายในสมัยนั้นว่า นักนิติศาสตร์ในประเทศไทยมักจะถูกวิจารณ์ว่าเป็นผู้มีทัศนคติคับแคบและมีแนวโน้มที่จะ ยึดมั่นตัวบทกฎหมายตามตัวอักษรจนเกินไป โดยไม่คำนึงถึงความจริงและความเปลี่ยนแปลงของ สังคมและบ้านเมือง”⁴ จึงได้มีการปรับปรุงหลักสูตรพร้อมกับการบรรจุวิชานิติปรัชญาเข้าไปเป็น ส่วนหนึ่งของหลักสูตร⁵ โดยปริดี เกษมทรัพย์ ได้เข้ามารับหน้าที่เป็นผู้บรรยายในวิชาดังกล่าวตั้งแต่ ใช้หลักสูตรใหม่⁶ และได้มีการจัดพิมพ์ตำรา “นิติปรัชญา” เพื่อประกอบการบรรยายวิชานี้ออกมา เมื่อ พ.ศ. 2526 ในระยะแรกของการจัดพิมพ์จะแบ่งออกเป็นสองส่วน โดยในส่วนแรกใช้ชื่อ

¹ มีเอกสารบางชิ้นที่อาจมีความสำคัญต่อการทำความเข้าใจถึงงานเขียนทางด้านนิติปรัชญาในช่วงเวลานี้ เช่น รองพล เจริญพันธุ์, *นิติปรัชญา* (กรุงเทพฯ : ฝ่ายตำราและอุปกรณ์การศึกษา มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2524), ถนัด คอมันต์, *ปรัชญากฎหมาย เอกสารประกอบการศึกษาสำหรับนิสิตนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2530*) แต่ผู้เขียนไม่สามารถ ค้นหาต้นฉบับได้จึงทำให้การประเมินสถานะความรู้ในช่วงเวลานี้อาจจะขาดตกบกพร่องไปบ้าง แต่ก็คาดหมายว่าจะไม่กระทบ ถึงประเด็นหลักของบทความแต่อย่างใด.

² 100 ปี โรงเรียนกฎหมาย, (สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2540), 119.

³ ร. แลงการ์ด, *ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย เล่ม 1*, (กรุงเทพฯ: ไทยวัฒนาพานิช, 2526), 1.

⁴ ปริดี เกษมทรัพย์, *นิติปรัชญา*, พิมพ์ครั้งที่ 3, (กรุงเทพฯ: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะ นิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2539), 17.

⁵ ในคำนิยม ของปริดี เกษมทรัพย์ ใน สมยศ เชื้อไทย, *ทฤษฎีกฎหมาย นิติปรัชญา*, พิมพ์ครั้งที่ 9, (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2548) หน้า 5.

⁶ ในคำนิยม ของปริดี เกษมทรัพย์ ใน สมยศ เชื้อไทย, *ทฤษฎีกฎหมาย นิติปรัชญา*, พิมพ์ครั้งที่ 9, (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2548) หน้า 5.

เอกสารประกอบการศึกษาวิชานิติปรัชญาชั้นปริญญาตรี ภาคหนึ่ง: บทนำทางทฤษฎี⁷ และส่วนที่สองชื่อ เอกสารประกอบการศึกษาวิชานิติปรัชญาชั้นปริญญาตรี ภาคสอง: บทนำทางประวัติศาสตร์⁸

สำหรับเนื้อหาในเอกสารชิ้นแรกซึ่งเป็นบทนำทางทฤษฎีจะเป็นการทำความเข้าใจเกี่ยวกับการจำแนกศาสตร์และสาขาวิชาความรู้ต่าง ๆ รวมถึงการชี้ให้เห็นลักษณะของวิชานิติศาสตร์ (Legal Science) และนิติปรัชญา (Philosophy of Law) สำหรับในเอกสารชิ้นที่สองจะประกอบด้วยเนื้อหาสามส่วนสำคัญ กล่าวคือ ส่วนที่หนึ่ง จะเป็นการพิจารณากฎหมายในเชิงวิวัฒนาการทั้งในเชิงสากลและกฎหมายของไทย ส่วนที่สอง จะเป็นการพิจารณาถึงแนวความคิดของสำนักความคิดสามกลุ่ม สำนักกฎหมายบ้านเมือง สำนักกฎหมายธรรมชาติ และสำนักกฎหมายประวัติศาสตร์ และส่วนที่สาม เป็นการพิจารณากฎหมายในประเด็นที่เกี่ยวกับความยุติธรรม

ภายหลังจากนั้น มีการแก้ไขปรับปรุงและเพิ่มเติมเนื้อหาอย่างต่อเนื่อง โดยได้มีการรวมเนื้อหาของเอกสารทั้งสองชิ้นเข้าเป็นตำราและต่อมาได้กลายเป็นตำราหลักประกอบการเรียนการสอนวิชานี้ แม้ภายหลังปรีดี จะไม่ได้เป็นผู้รับผิดชอบบรรยายวิชานิติปรัชญาอันเนื่องมาจากวัยที่ชราและปัญหาด้านสุขภาพ แต่ตำรา*นิติปรัชญา*⁹ เล่มนี้ก็ยังคงเป็นตำราสำคัญเล่มหนึ่งในการศึกษาวิชานิติปรัชญาของคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ (ตราบจนถึงเดือนมีนาคม พ.ศ. 2560 ได้มีการตีพิมพ์แล้วเป็นจำนวน 15 ครั้ง)

ในเชิงเนื้อหา ตำรานิติปรัชญาของปรีดี เป็นการศึกษาแนวความคิดทางด้านปรัชญากฎหมายของตะวันตกด้วยการพิจารณาในมิติเชิงประวัติศาสตร์ซึ่งต้องการแสดงให้เห็นถึงความคิดทางด้านกฎหมายในแต่ละช่วงเวลาที่มีสัมพันธ์กับความเปลี่ยนแปลงทางประวัติศาสตร์ นับตั้งแต่ยุคกรีก ยุคโรมัน ยุคกลาง ยุคฟื้นฟูศิลปวิทยาการมาจนถึงต้นศตวรรษที่ 20 โดยปรีดี ให้ความสำคัญเป็นอย่างมากกับแนวคิดทางด้านนิติปรัชญา 3 สำนักด้วยกัน คือ สำนักกฎหมาย

⁷ ปรีดี เกษมทรัพย์, *เอกสารประกอบการศึกษาวิชานิติปรัชญาชั้นปริญญาตรี ภาคหนึ่ง: บทนำทางทฤษฎี*, (กรุงเทพฯ: คณะกรรมการบริการทางวิชาการ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2526)

⁸ ปรีดี เกษมทรัพย์, *เอกสารประกอบการศึกษาวิชานิติปรัชญาชั้นปริญญาตรี ภาคสอง: บทนำทางประวัติศาสตร์*, (กรุงเทพฯ: คณะกรรมการบริการทางวิชาการ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2526)

⁹ ปรีดี เกษมทรัพย์, *นิติปรัชญา*, พิมพ์ครั้งที่ 3, (กรุงเทพฯ: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2539).

บ้านเมือง (Legal Positivism)¹⁰ สำนักกฎหมายธรรมชาติ (Natural Law School) และสำนักกฎหมายประวัติศาสตร์ (Historical School of Law)

กรอบความคิดของปรีดี ได้มีอิทธิพลอย่างสำคัญต่อแนวทางการศึกษาวิชานิติปรัชญา ดังจะพบว่าเมื่อมีการตีพิมพ์ตำราเกี่ยวกับนิติปรัชญาออกมาในภายหลังก็จะเป็นไปตามกรอบที่ปรีดีได้วางแนวทางไว้ ดังงานเรื่อง **ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับนิติปรัชญา** (พิมพ์ครั้งแรก พ.ศ. 2536) ของ สมยศ เชื้อไทย¹¹ (ผู้ซึ่งได้รับผิดชอบในการบรรยายวิชานิติปรัชญาสืบต่อมา) ตำราของสมยศ ก็ได้ดำเนินไปภายใต้กรอบที่ปรีดี ได้วางเอาไว้ ทั้งในด้านของการจัดหมวดหมู่ และแนวความคิดทางนิติปรัชญาก็ได้ให้ความสำคัญกับแนวความคิด 3 สำนัก ตามที่ปรีดี ได้บุกเบิกเป็นแนวทางไว้¹² อิทธิพลทางความคิดของปรีดี มีอยู่อย่างสำคัญต่อการวางแนวทางการศึกษาในวิชานิติปรัชญา ดังที่เขาได้รับการยอมรับว่ามีบทบาทในฐานะ “ผู้บุกเบิกการศึกษาวิชานี้ในประเทศไทยโดยแท้”¹³

ในห้วงระยะเวลาเริ่มต้นก็ยังมีงานเขียนเรื่อง **นิติปรัชญา** (พ.ศ. 2520)¹⁴ ของ รongพล เจริญพันธ์ ซึ่งรับหน้าที่ร่วมบรรยายวิชาดังกล่าวที่มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ในฐานะของที่ต้องรับผิดชอบเป็นที่ชัดเจนว่ารongพล ได้ตระหนักถึงความสำคัญและความแตกต่างของวิชานี้กับวิชากฎหมายอื่น ๆ ดังที่อ้างความเห็นของนักกฎหมายชื่อดังไว้ว่า “ในมหาวิทยาลัยชั้นนำของโลกนั้นโดยมาก เขาไม่ได้สอนกันแต่เฉพาะความรู้กฎหมายคือ Knowledge of law แต่เพียงอย่างเดียวเท่านั้น แต่จะสอนให้ซึมซาบเข้าไปในใจของนักศึกษาถึง ‘The spirit of the law’ ซึ่งแปลว่าดวงจิตและวิญญาณของกฎหมาย”¹⁵

¹⁰ การแปลแนวความคิดดังกล่าวมาเป็นชื่อภาษาไทย จริญ โฆษณานันท์ ได้แปลว่า “ปฏิธานนิยมทางกฎหมาย” สามารถดูรายละเอียดได้ใน จริญ โฆษณานันท์, **นิติปรัชญา** พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์ชวนพิมพ์, 2532) บทที่ 2 ทฤษฎีปฏิธานนิยมทางกฎหมาย (Legal Positivism): การก่อตัวและบทบาทความสำคัญ

¹¹ สมยศ เชื้อไทย, **ทฤษฎีกฎหมาย นิติปรัชญา**, พิมพ์ครั้งที่ 9, (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2548).

¹² สำหรับการประเมินถึงอิทธิพลทางความคิดของปรีดี เกษมทรัพย์ ต่อการศึกษากฎหมายที่คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ สามารถประเมินได้ทั้งในด้านความสำเร็จและความล้มเหลว ดูรายละเอียดใน สมชาย ปรีชาศิลป์กุล, “ความสำเร็จที่ล้มเหลวของปรีดี เกษมทรัพย์” ใน *เมื่อตุลาการเป็นในแผ่นดิน*, (กรุงเทพฯ: bookscape, 2562), 162 – 169.

¹³ วิษณุ เครืองาม, **ความรู้เบื้องต้นทางปรัชญา** เอกสารประกอบการศึกษาสำหรับนิสิตนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย (กรุงเทพฯ: นิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2530), 16.

¹⁴ รongพล เจริญพันธ์, **นิติปรัชญา** (กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2520).

¹⁵ ความเห็นของ Pro. James Barr Ames ถอดความโดยรongพล เจริญพันธ์ อ้างถึงใน จริญ โฆษณานันท์, **นิติปรัชญา**, พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์ชวนพิมพ์, 2532), 2.

ต่อมา พิธีชัย ไชยแสงสุกุล แห่งคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ อีกบุคคลหนึ่งที่มีความสนใจด้านนิติปรัชญาได้พิมพ์หนังสือ **นิติปรัชญา ภาค 1 : เล่มที่ 1 ว่าด้วยทฤษฎีพื้นฐานทางกฎหมาย**¹⁶ (พ.ศ. 2539) หนังสือเล่มนี้ได้นำเสนอแนวความคิดตามทฤษฎีกฎหมายธรรมชาติและสำนักกฎหมายบ้านเมืองเป็นหลักโดยเป็นเนื้อหาสำคัญของหนังสือฉบับนี้ ทั้งนี้ แม้ว่าในเชิงภาพรวมจะยังคงเป็นการศึกษาตามแนวทางที่ปริติ ได้วางไว้ แต่พิธีชัย ก็ได้ขยายขอบเขตของการศึกษาให้กว้างขวางมากขึ้น โดยในส่วนของสำนักกฎหมายบ้านเมืองได้มีการอธิบายเพิ่มเติมถึงแนวความคิดของ Hans Kelsen ในเรื่องทฤษฎีความบริสุทธิ์แห่งกฎหมาย (Pure Theory of Law) อันเป็นแนวความคิดของสำนักกฎหมายบ้านเมืองที่ถูกพัฒนาในช่วงศตวรรษที่ 20 รวมถึงได้มีกล่าวถึงแนวความคิดแบบสังคมนิยมทางกฎหมายแบบอเมริกา อันเป็นแนวคิดในการวิเคราะห์กฎหมายที่ได้รับความนิยมอยู่ในสหรัฐฯ นับตั้งแต่กลางศตวรรษที่ 20 เป็นต้นมา หากกล่าวโดยรวมแล้ว แนวความคิดนี้เชื่อว่า “กฎหมายคือสิ่งที่ได้มีการปฏิบัติในความจริง” (law is what law does) นอกจากนี้เขายังได้ให้คำอธิบายเกี่ยวกับแนวคิดนิติศาสตร์เชิงสังคมวิทยาและสังคมวิทยากฎหมาย ซึ่งแนวความคิดดังกล่าวไม่ได้เป็นที่รับรู้กันอย่างกว้างขวางในแวดวงการศึกษากฎหมายในห้วงเวลาดังกล่าวแต่อย่างใด

เป็นที่น่าสนใจว่าภายใต้ห้วงระยะเวลาการก่อตัวของนิติปรัชญาซึ่งอยู่ภายใต้บรรยากาศของความไม่พึงพอใจต่อแวดวงวิชาการด้านนิติศาสตร์ที่ถูกพิจารณาว่ามีความ “คับแคบ” และไม่เท่าทันกับความเปลี่ยนแปลงทางสังคม ก็ได้มีการทำความเข้าใจต่อกฎหมายผ่านแนวความคิดที่ให้ความสำคัญกับหลักคุณค่าเกิดขึ้นควบคู่กันไปซึ่งอาจพิจารณาได้ว่าเป็นเพื่อเป็นการโต้ตอบกับความไม่เป็นธรรมของระบบกฎหมายที่ดำรงอยู่ในห้วงเวลานั้น พนัส ทัศนียานนท์ ได้ค้นคว้าและเผยแพร่แนวคิดของปรัชญากฎหมายธรรมชาติเป็นการเฉพาะ ในงานเขียนเรื่อง **ปรัชญากฎหมายธรรมชาติ**¹⁷ (พ.ศ. 2523) เขาอธิบายเหตุผลของการเขียนงานชิ้นดังกล่าวว่า “มาจากรู้สึกกลางแคลงใจของผู้เขียนที่มีต่อระบบกฎหมายและกระบวนการยุติธรรมของไทย เพราะตาม

¹⁶ พิธีชัย ไชยแสงสุกุล, *นิติปรัชญา ภาค 1: เล่มที่ 1 ว่าด้วยทฤษฎีพื้นฐานทางกฎหมาย*, (กรุงเทพฯ: บริษัท สามเจริญพานิช, 2539).

¹⁷ พนัส ทัศนียานนท์ ได้เขียนบทความ “ปรัชญากฎหมายธรรมชาติ”, ลงในวารสารอัยการ ตั้งแต่เดือนมีนาคม 2523 จนถึงเดือนพฤศจิกายน 2523 และภายหลังได้รวมเล่มพิมพ์เผยแพร่ในชื่อ *ปรัชญากฎหมายธรรมชาติ* (พระนคร: เรือนแก้วการพิมพ์, 2524) แต่สำหรับฉบับที่ใช้อ้างอิงในที่นี้ เป็นฉบับที่พิมพ์ขึ้นใหม่อีกครั้งในชื่อเดิม ใน พ.ศ. 2543

ความรู้สึกของผู้เขียนในช่วงเวลานั้น กฎหมายในสังคมไทยมีหน้าที่เป็นเพียงเครื่องมือสำหรับการแสวงหาความชอบธรรมให้กับการใช้อำนาจรัฐ โดยไม่คำนึงถึงหลักนิติธรรม”¹⁸ การค้นคว้าถึงแนวความคิดทางด้านกฎหมายธรรมชาติจึงอาจเป็นหนทางหนึ่งที่จะช่วยให้คำตอบต่อปัญหาที่เผชิญอยู่ในขณะนั้น

รวมถึงการเผยแพร่นิติศาสตร์แนวพุทธของพระธรรมปิฎก¹⁹ ที่ได้ปรากฏขึ้นในห้วงเวลาต่อมา การให้คำอธิบายกฎหมายผ่านแนวความคิดทางพุทธศาสนาเป็นส่วนหนึ่งของแนวความคิดกฎหมายธรรมชาติที่ต้องอิงอยู่กับหลักคุณค่าและธรรมะ และส่วนที่สำคัญคือการใช้ปัญญาของบุคคลในการเข้าถึงหลักการที่แท้จริงของกฎหมาย และพระธรรมปิฎก ได้ชี้ให้เห็นถึงความแตกต่างของกฎธรรมชาติดำเนินการตามแนวคิดของพุทธศาสนาและตะวันตก โดยกฎหมายหรือวินัยคือการกำหนดขึ้นของมนุษย์ ส่วนกฎธรรมชาติดังกล่าวคือธรรมะ ขณะที่กฎหมายธรรมชาติในมุมมองของตะวันตกเป็นการอธิบายว่าในสรรพสิ่งทั้งหลายมีกฎเกณฑ์บางอย่างกำกับควบคุมอยู่ แนวคิดเรื่องกฎหมายธรรมชาติดังกล่าวแตกต่างกับพุทธศาสนาจึงมิใช่สิ่งเดียวกันแม้จะมีความสัมพันธ์กันอยู่ การให้ความสนใจกับแนวคิดปรัชญากฎหมายธรรมชาติดังกล่าวเป็นส่วนหนึ่งของความพยายามที่จะแสวงหาคำตอบต่อปัญหาของระบบกฎหมายไทยในห้วงเวลาดังกล่าวซึ่งได้ถูกพิจารณาว่าอยู่ภายใต้อิทธิพลของแนวคิดสำนักกฎหมายบ้านเมือง²⁰

หนังสือนิติปรัชญาที่มีความสำคัญและมีส่วนอย่างมากต่อการบุกเบิกพรมแดนความรู้ทางด้านนิติปรัชญาคือ **นิติปรัชญา** (2531) ของจรัญ โฆษณานันท์²¹ หนังสือเล่มนี้เป็นตำราสำหรับอ่านประกอบในการศึกษาวิชานิติปรัชญาของมหาวิทยาลัยรามคำแหง ในเชิงภาพรวม หนังสือเล่มนี้มุ่งทำความเข้าใจนิติปรัชญาด้วยการจำแนกแนวความคิดทางปรัชญากฎหมายออกเป็นกลุ่ม และจะมีการศึกษาในเชิงประวัติศาสตร์ รวมถึงข้อถกเถียงของแต่ละแนวคิดซึ่งจะทำให้ผู้อ่านสามารถเข้าใจแนวความคิดในแต่ละสำนักได้อย่างชัดเจน

¹⁸ พนัส ทัศนยานนท์, *ปรัชญากฎหมายธรรมชาติดั้งเดิม*, (กรุงเทพฯ: ป. สัมพันธ์พาณิชย์, 2543), คำนำ.

¹⁹ พระธรรมปิฎก (ป.อ. ปยุตโต), *นิติศาสตร์แนวพุทธ*, (กรุงเทพฯ: มูลนิธิพุทธธรรม, 2539).

²⁰ บรีดี เกษมทรัพย์, *นิติปรัชญา*, พิมพ์ครั้งที่ 12, (กรุงเทพฯ: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2555), 326 – 327.

²¹ จรัญ โฆษณานันท์, *นิติปรัชญา*, พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์ชวนพิมพ์, 2532) หนังสือเล่มนี้พิมพ์เผยแพร่ครั้งแรกเมื่อ พ.ศ. 2531

เขาได้อธิบายถึงแนวความคิดสำคัญทั้งสามสำนักกล่าวคือ สำนักปฏิฐานนิยมทางกฎหมาย (Legal Positivism)²², สำนักกฎหมายธรรมชาติ และสำนักกฎหมายประวัติศาสตร์ และนอกจากนั้น จรัญ ยังได้เขียนถึงแนวความคิดร่วมสมัยมากขึ้น เช่น แนวความคิดของสำนักกฎหมายธรรมชาติในศตวรรษที่ 20 แนวความคิดทางกฎหมายแบบมาร์กซิสต์ (Marxist Theory of Law) และแนวความคิดสังคมนิยมทางกฎหมาย (Legal Realism) ทฤษฎีนิติศาสตร์เชิงสังคมวิทยา (Sociological Jurisprudence) รวมทั้งยังได้มีการหยิบยกประเด็นถกเถียงสำคัญทางนิติปรัชญามาอภิปรายเป็นหัวข้อ เช่น การเคารพและการตีแผ่ต่อกฎหมาย การควบคุมศีลธรรมโดยกฎหมาย เป็นต้น

นิติปรัชญาเล่มนี้จึงไม่เพียงการอภิปรายถึงแนวความคิดกระแสหลักซึ่งเป็นที่รับรู้และเป็นเสมือน “ทาบักคับ” ของหนังสือนิติปรัชญา แต่ยังได้มีการขยายพรมแดนความรู้ทางด้านนิติปรัชญาในแวดวงความรู้ด้านนิติศาสตร์ของไทยให้มีเขตแดนการรับรู้ที่เพิ่มมากขึ้น ทั้งนี้ บทบาทของจรัญ ในการขยายพรมแดนความรู้ทางด้านนิติปรัชญาในสังคมไทยจะได้ปรากฏอย่างเด่นชัดในทศวรรษต่อมาเมื่อเขาพิมพ์เผยแพร่หนังสือนิติปรัชญาแนววิพากษ์ ซึ่งจะได้กล่าวถึงต่อไป

นอกจากนี้แล้ว จรัญ ยังได้มีการตีพิมพ์ปรัชญากฎหมายไทย²³ งานเขียนชิ้นนี้มีความแตกต่างอย่างมากจากงานด้านนิติปรัชญาที่เกิดขึ้นในห้วงเวลานั้น เนื่องจากการมุ่งทำความเข้าใจถึงนิติปรัชญาที่ดำรงอยู่ในระบบกฎหมายของไทยอย่างละเอียดผ่านการวิเคราะห์เอกสารทางประวัติศาสตร์และที่เกี่ยวข้องกับกฎหมาย นับตั้งแต่สมัยสุโขทัย อยุธยา สืบมาถึงธนบุรี และรัตนโกสินทร์ อย่างไรก็ตาม ความสนใจในปรัชญากฎหมายไทยก็ยังคงอยู่ในขอบเขตที่ค่อนข้างจำกัดเป็นอย่างมาก สังเกตได้จากการตีพิมพ์งานเขียนที่ให้ความสนใจในประเด็นดังกล่าวในหมู่นักกฎหมายไทยดูเหมือนจะไม่มาก

²² ในหนังสือนิติปรัชญาของ จรัญ เขาได้แปลคำว่า Legal Positivism ว่าปฏิฐานนิยมทางกฎหมาย อันแตกต่างไปจากการแปลของปรีดี เกษมทรัพย์ ซึ่งแปลว่ากฎหมายบ้านเมือง การแปลที่แตกต่างกันนี้เขาไม่ได้เหตุผลไว้อย่างชัดเจน แต่ได้พยายามชี้ให้เห็นถึงรากศัพท์และที่มาของคำว่า positivism และทำการแปลในลักษณะที่สอดคล้องกับคำแปลที่มีอยู่ในภาษาไทยซึ่งนิยมแปลคำว่า positivism ว่าปฏิฐานนิยม

²³ จรัญ โฆษณานันท์, *นิติปรัชญา ภาคสอง ปรัชญากฎหมายไทย*, (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2536)

สำหรับที่คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ได้มีเอกสารประกอบการศึกษา นิติปรัชญา โดยวิชฌุ เครืองาม²⁴ โครงสร้างสำคัญของเอกสารชิ้นนี้มีความใกล้เคียงกับงานของ ปรีดี โดยเฉพาะในสองส่วนแรก กล่าวคือในส่วนแรกจะว่าด้วยความรู้สาขาต่างซึ่งเกี่ยวข้องกับ นิติปรัชญา ส่วนที่สอง จะเป็นการพิจารณาถึงความคิดนิติปรัชญาในทางประวัติศาสตร์ซึ่งเริ่มต้น จากยุคกรีก ยุคโรมัน ยุคกลาง ยุคฟื้นฟูศิลปวิทยา ยุคหลังฟื้นฟูศิลปวิทยา และมีการจำแนก แนวความคิดออกเป็นกลุ่มสำคัญ โดยนอกจากแนวความคิดกระแสหลักแล้วก็มีการอธิบายถึง สำนักฝ่ายคอมมิวนิสต์ สำนักสังคมนิยมทางกฎหมาย และสังคมนิยมทางกฎหมาย ส่วนที่สาม จะเป็นการอธิบายถึงความหมายของกฎหมาย ประเภทของกฎหมาย การนับถือกฎหมาย และ บทบาทของนักกฎหมายสังคมปัจจุบัน ส่วนที่สี่ เป็นหัวข้อบางประเด็นทางนิติปรัชญา อย่างไรก็ตาม เนื่องจากเอกสารชิ้นนี้เป็นการจัดพิมพ์สำหรับผู้เรียนโดยไม่ได้มีการตีพิมพ์เผยแพร่อย่างกว้าง จึงทำให้การประเมินถึงคุณค่าของเนื้อหายังมีข้อจำกัดเป็นอย่างมาก

ทั้งนี้ จากการศึกษาถึงงานเขียนที่เกิดขึ้นในห้วงระยะเวลาที่ถือได้ว่าเป็นการก่อตัวของ ความรู้ทางด้านนิติปรัชญาในสังคมไทย หากกล่าวโดยสรุป งานทางด้านนิติปรัชญาในห้วงเวลา ดังกล่าวมีลักษณะเด่นร่วมกันในประเด็นดังต่อไปนี้

ประการแรก ส่วนใหญ่ของงานเขียนถูกผลิตขึ้นในสถาบันการศึกษาโดยเฉพาะการศึกษา ทางด้านกฎหมาย เป้าหมายของตำราหรือหนังสือทางด้านนิติปรัชญาจะเป็นไปเพื่อประกอบการ การเรียนการสอนเป็นสำคัญ ด้วยเงื่อนไขในลักษณะดังกล่าวจึงทำให้งานเหล่านี้มักอยู่ใน แวดวงจำกัดเฉพาะนักเรียนทางด้านกฎหมาย โดยที่ไม่กระจายออกไปสู่สาธารณะอย่างกว้างขวาง

ประการที่สอง เนื้อหาหลักของงานเขียนจะให้ความสำคัญกับแนวความคิดซึ่งถือว่าเป็น แนวคิดสำคัญที่มีความสำคัญสำหรับการทำความเข้าใจ แนวความคิดหลักที่ได้รับความสำคัญคือ สำนักกฎหมายบ้านเมือง สำนักกฎหมายธรรมชาติ และแนวความคิดสำนักกฎหมายประวัติศาสตร์ ทั้งนี้ งานเขียนบางส่วนอาจมีการให้ความสำคัญกับแนวความคิดอื่น ๆ เพิ่มเติม แต่ก็ขึ้นอยู่กับ ผู้เขียนแต่ละคนที่จะพิจารณาว่าแนวความคิดใดมีความสำคัญ และในการศึกษาถึงแนวความคิด แต่ละกลุ่มก็จะมีคำอธิบายถึงภูมิหลัง พลวัต และลักษณะเด่น ของแต่ละแนวความคิดว่าเป็น

²⁴ วิชฌุ เครืองาม, *ความรู้เบื้องต้นทางปรัชญา*, เอกสารประกอบการศึกษาสำหรับนิสิตนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์ มหาวิทยาลัย, (กรุงเทพฯ: คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2530).

อย่างไร ซึ่งการอธิบายก็อาจเป็นทั้งในแง่ของการพิจารณาเชิงประวัติศาสตร์หรือการจำแนกแนวคิด แต่ละกลุ่มว่ามีอยู่อย่างไร

3. จาก “กระแสหลัก” สู่ “นิติปรัชญาทางเลือก” (ภายหลังทศวรรษ 2540)

ความเปลี่ยนแปลงในความรู้ด้านนิติปรัชญาได้ปรากฏตัวให้เห็นอย่างชัดเจนในทศวรรษ 2540 สืบเนื่องมาจากกระทั่งถึงทศวรรษ 2560 หากกล่าวโดยภาพรวม ในห้วงเวลาดังกล่าวนี้อย่างคงมีงานเขียนด้านนิติปรัชญาแบบ “กระแสหลัก” อันหมายถึงการศึกษานิติปรัชญาภายใต้แนวทางที่ปริติ เกษมทรัพย์ ได้บุกเบิกไว้เกิดขึ้นอย่างต่อเนื่อง โดยอาจมีความแตกต่างบ้างในแง่ของจุดเน้นหรือความสำคัญของผู้เขียนแต่ละคน หรืออาจมีการเพิ่มเติมประเด็นสำคัญที่เป็นข้อถกเถียงสำคัญทางนิติปรัชญาดังที่จรัส ไขษณานันท์ ได้นำเสนอเอาไว้ในงานเขียนของตน อย่างไรก็ตาม ให้ห้วงเวลานี้มีงานเขียนนิติปรัชญาที่ได้พยายามนำเสนอแนวทางในการศึกษากรอบความคิดในแนวทางใหม่ ๆ ที่กว้างขวางและในงานหลายชิ้นได้เป็นการศึกษาอย่างละเอียดในหลากหลายประเด็นเพิ่มมากขึ้นเมื่อเทียบกับในห้วงทศวรรษที่ผ่านมา

สมชาย ปรีชาศิลปกุล ได้พิมพ์เผยแพร่ **นิติปรัชญาทางเลือก (2546)**²⁵ โดยในงานชิ้นเล็กๆ ชิ้นนี้ผู้เขียนได้ให้ความสำคัญกับแนวทางการวิเคราะห์กฎหมายด้วยกรอบความคิดซึ่งแตกต่างไปจากความสนใจของนิติปรัชญากระแสหลักอย่างมาก โดยได้นำเสนอแนวการวิเคราะห์ของแนวความคิดนิติสตรีศาสตร์ (Feminist Legal Theory), นิติศาสตร์แนววิพากษ์ (Critical Legal Studies), สัจนิยมทางกฎหมายแบบอเมริกา (American Legal Realism) จะพบว่าแนวความคิดดังกล่าวนี้เป็นความพยายามนำเสนอแนวความคิดการวิเคราะห์กฎหมายที่แตกต่างไปจากกรอบความคิดที่เคยถูกนำเสนอมาก่อนหน้า แม้ว่าแนวความคิดทั้งนิติสตรีศาสตร์และนิติศาสตร์แนววิพากษ์อาจมีกล่าวถึงอยู่บ้างในแวดวงวิชาการแต่ก็ยังไม่พบความพยายามในการทำความเข้าใจกับแนวความคิดอย่างชัดเจน (ทั้งนี้ อาจมีแนวความคิดบางส่วนอาจได้เคยถูกนำเสนอมาก่อนหน้าแล้ว กล่าวคือแนวความคิดสังคมนิยมทางกฎหมายได้เคยถูกนำเสนอในงานของจรัส)

สำหรับกรอบการวิเคราะห์กฎหมายด้วยมุมมองแบบสตรีนิยม ได้ถูกนำเสนออย่างเป็นระบบและมีความครอบคลุมในงานเขียนของวิระดา สมสวัสดิ์ เรื่อง **นิติศาสตร์แนวสตรีนิยม**

²⁵ สมชาย ปรีชาศิลปกุล, *นิติปรัชญาทางเลือก*, (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2546).

(2549)²⁶ ในงานชิ้นนี้ วีระดา ได้สำรวจทฤษฎีกฎหมายของนักสตรีนิยมไว้อย่างกว้างขวาง ได้แก่ สตรีนิยมแนวเสรีนิยม สตรีนิยมแนวลัทธิมาร์กซ์ สตรีนิยมแนวสภาวะแวดล้อม สตรีนิยมแนวรากเหง้า และสตรีนิยมหลังยุคสมัยใหม่ รวมถึงการอภิปรายในประเด็นผู้หญิงกับความยุติธรรมและสิทธิมนุษยชน ทั้งนี้ วีระดา ได้เป็นบุคคลหนึ่งที่มีบทบาทอย่างสำคัญต่อการผลักดันแนวความคิด นิติศาสตร์แนวสตรีนิยม ก่อนหน้าการพิมพ์หนังสือเล่มนี้ วีระดา ได้ใช้กรอบแนวความคิดดังกล่าว ในการอธิบายกฎหมายครอบครัว²⁷ อันถือเป็นความพยายามที่ทำให้สามารถเห็นแนวทางในการ อธิบายกฎหมายที่แตกต่างไปจากตำรากฎหมายทั่วไปที่มุ่งเน้นการอธิบายความหมายของ บทบัญญัติกฎหมายว่ามีความหมายอย่างไร และมีคำวินิจฉัยไปในแนวทางเช่นไร

อย่างไรก็ตาม งานเขียนที่มีผลอย่างสำคัญต่อการขยายพรมแดนความรู้ทางด้าน นิติปรัชญาให้กว้างขวางมากขึ้นเป็นงานของ จรัญ โฆษณานันท์ เรื่อง **นิติปรัชญาแนววิพากษ์** (2550)²⁸ ในงานเขียนชิ้นนี้ได้มีการอธิบายถึงแนวความคิดที่มากกว่าแนวความคิดกระแสหลักที่ ครอบงำแวดวงความรู้ทางด้านนิติปรัชญาของไทย จรัญ ได้อธิบายถึงแนวคิดนิติศึกษาแนววิพากษ์ (Critical Legal Studies), นิติศาสตร์แนวสตรีนิยม (Feminist Jurisprudence), นิติศาสตร์ แนวหลังสมัยใหม่ (Postmodern Jurisprudence), ทฤษฎีวาทกรรมแห่งกฎหมายและนิติรัฐ ประชาธิปไตยของฮาเบอร์มาส (Jurgen Habermas) และปรัชญากฎหมายจีน สามารถกล่าวได้ว่า เนื้อหาของแนวความคิดเกือบทั้งหมด (ยกเว้นปรัชญากฎหมายจีน) เป็นแนวความคิดทาง นิติปรัชญาที่ได้ถูกพัฒนานับตั้งแต่กลางศตวรรษที่ 20 สืบเนื่องมาจนกระทั่งต้นศตวรรษที่ 21 และ แนวความคิดเหล่านี้เป็นประเด็น “ร่วมสมัย” ที่ได้รับความสนใจอย่างกว้างขวางในโลกวิชาการของ ตะวันตก แต่ประเด็นเหล่านี้อาจไม่ได้ความสนใจในแวดวงนิติปรัชญาในสังคมไทยมากเท่าที่ควร งานชิ้นนี้จึงถือว่าเป็นหลักหมายสำคัญต่อการเสริมสร้างความรู้พื้นฐานทางนิติปรัชญาให้กระแส ความคิดที่ร่วมสมัยมากขึ้น (สำหรับประเด็นปรัชญากฎหมายจีนที่ปรากฏอยู่ในงานเขียนชิ้นนี้ อาจเป็นประเด็นที่มีความแตกต่างออกไป เนื่องจากการพิจารณากฎหมายภายใต้กรอบทาง ความคิดที่อิงอยู่กับความเป็นชาติอันแตกต่างไปจากแนวความคิดอื่น แต่คงเป็นประเด็นที่จรัญ มีความสนใจส่วนตัวและพิจารณาว่ามีความสำคัญจึงได้นำมาอยู่ในหนังสือเล่มนี้)

²⁶ วีระดา สมสวัสดิ์, *นิติศาสตร์แนวสตรีนิยม* พิมพ์ครั้งแรก, (เชียงใหม่: วนิดาเพรส, 2549).

²⁷ วีระดา สมสวัสดิ์, *กฎหมายครอบครัว*, (กรุงเทพฯ: คบไฟ, 2540).

²⁸ จรัญ โฆษณานันท์, *นิติปรัชญาแนววิพากษ์*, (กรุงเทพฯ: นิติธรรม, 2550).

ความรู้ด้านนิติปรัชญาควรจะได้รับคามสนใจที่มากขึ้นในทางสาธารณะ ดังปรากฏการจัดพิมพ์หนังสือที่มีใช้โดยมีจุดมุ่งหมายเพื่อการเรียนการสอนเป็นการเฉพาะให้เห็นมากขึ้น ได้มีการแปลหนังสือ **Philosophy of Law : A Very Short Introduction** ซึ่งเขียนโดย Raymond Wacks (2558)²⁹ หนังสือเล่มนี้เป็นการปูพื้นฐานความเข้าใจเกี่ยวกับนิติปรัชญาโดยเฉพาะอย่างยิ่งสำหรับผู้ที่มีความสนใจโดยไม่จำเป็นต้องเป็นผู้มีความรู้ทางกฎหมาย และเนื้อหาของหนังสือนอกจากแนวความคิดกระแสหลักทางนิติปรัชญาไทยแล้วยังครอบคลุมประเด็นใหม่ ๆ เช่น สิทธิกับความยุติธรรม, กฎหมายกับสังคม เป็นต้น

ทั้งนี้ ภายหลังจากที่แนวความคิดทางด้านนิติปรัชญาได้มีการลงหลักปักฐานและขยายพรมแดนความรู้ที่กว้างขวางมากขึ้นซึ่งปรากฏให้เห็นนับตั้งแต่ทศวรรษ 2540 เป็นต้นมา แต่ดูเหมือนว่าทิศทางสำคัญยังคงจำกัดอยู่เฉพาะในแง่ของการทำความเข้าใจเกี่ยวกับตัวแนวความคิดว่ามีเนื้อหาและขอบเขตในลักษณะเช่นไร งานที่มีความพยายามจะแสดงให้เห็นถึงการปรับใช้แนวคิดทางด้านนิติปรัชญาในการวิเคราะห์ประเด็นปัญหาต่าง ๆ ได้เกิดขึ้นในงานเขียนเรื่อง **การวิจัยกฎหมายทางเลือก: แนวคิดและพรมแดนความรู้**³⁰ ของสมชาย ปรีชาศิลปกุล หนังสือเล่มนี้มีความแตกต่างจากงานเขียนอื่น ๆ ที่มีก่อนหน้า โดยนอกจากจะเป็นความพยายามในการแนะนำถึงแนวความคิดอื่น ๆ ที่สามารถใช้เป็นแนวทางในการวิเคราะห์ประเด็นปัญหาทางกฎหมาย ได้แก่ แนวคิดแบบนิติสำนึก (Legal Consciousness), แนวคิดนิติศาสตร์แนวสตรีนิยม, แนวคิดนิติเศรษฐศาสตร์ (Law and Economics) และการวิจัยกฎหมายเชิงประวัติศาสตร์ งานชิ้นนี้ยังได้สำรวจถึงพรมแดนความรู้จากงานวิจัย (และวิทยานิพนธ์) ที่ได้มีการใช้แนวความคิดดังกล่าวมาเป็นแนวทางในการวิเคราะห์เพื่อแสดงให้เห็นถึงสถานะทางด้านความรู้ (state of knowledge) ของแนวคิดแต่ละกลุ่มที่ได้มีการนำมาปรับใช้กับประเด็นในทางกฎหมาย อันจะเป็นประโยชน์สำหรับการต่อยอดการวิเคราะห์ในแต่ละแนวทางที่กว้างขวางขึ้น ดังนั้น ในการทำความเข้าใจกับแนวความคิดทางนิติปรัชญาจึงพยายามชี้ให้เห็นความเป็นไปได้ต่อการนำมาใช้วิเคราะห์ปรากฏการณ์ อันเป็นการทำให้แนวความคิดนิติปรัชญาไม่ใช่เป็นเพียงแนวคิดที่อยู่บน “หอคอยงาช้าง” หากยังสามารถจับต้องได้อย่างเป็นรูปธรรม

²⁹ แวคส์, เรย์มอนด์, ปรัชญากฎหมาย: ความรู้ฉบับพกพา แปลโดย พิเศษ สอาดเย็น และธทอง จันทรางศุ, (กรุงเทพฯ: โอเพนเวิลด์ส พับลิชชิง เฮาส์, 2558).

³⁰ สมชาย ปรีชาศิลปกุล, **การวิจัยกฎหมายทางเลือก: แนวคิดและพรมแดนความรู้** (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2558).

ปฏิเสธไม่ได้ว่าแนวโน้มของความเปลี่ยนแปลงในลักษณะเช่นนี้เป็นอิทธิพลทางความคิดที่มาจากตะวันตก ดังจะเห็นได้ว่านิติปรัชญาในโลกตะวันตกในช่วงปลายศตวรรษที่ 20 ถึงต้นศตวรรษที่ 21 มีแนวโน้มที่จะเป็นแนวคิดที่สัมพันธ์กับสาขาวิชาอื่น ๆ เพิ่มมากขึ้น³¹ ไม่ว่าจะเป็นแนวความคิดนิติศาสตร์สตรีนิยม, นิติและเศรษฐศาสตร์, กฎหมายและวรรณกรรม (Law and Literature), นิติศาสตร์ชาติพันธุ์วิพากษ์ (Critical Race Theory), นิติปรัชญาหลังสมัยใหม่ (Postmodern Jurisprudence) เป็นต้น แนวความคิดต่าง ๆ เหล่านี้เป็นผลจากการใช้มุมมองของศาสตร์และความรู้ด้านอื่นมาเป็นการประกอบการมองควบคู่ไปกับความรู้ทางด้านกฎหมาย

อย่างไรก็ตาม พึงตระหนักว่าการให้ความสำคัญกับแนวทางการทำความเข้าใจภายใต้อิทธิพลทางนิติปรัชญาแบบกระแสหลักก็ยังคงปรากฏให้เห็นอย่างต่อเนื่อง เช่น นิติปรัชญา (พ.ศ. 2557) ของดิเรก วรรณาคม³² ประวัติศาสตร์ความคิดนิติปรัชญา (พ.ศ. 2561) ของวรเจตน์ ภาคีรัตน์³³ โดยในงานแต่ละชิ้นก็อาจมีการเพิ่มเติมเนื้อหาในส่วนที่ผู้เขียนให้ความสนใจเป็นการเฉพาะ ในงานของดิเรก ได้เพิ่มเติมเนื้อหาในส่วนของนิติปรัชญาไทย ซึ่งมีการอธิบายถึงกฎหมายในมองทางพุทธศาสนาซึ่งให้คำอธิบายว่ากฎหมายคือกฎหมาย หรือกฎหมายที่มีความหมายถึงข้อตกลงร่วมกัน โดยเป็นการมองธรรมชาติของมนุษย์ที่ต้องฝึกและพัฒนาตัวเอง กฎหมายจึงไม่มุ่งเน้นเพื่อบังคับคนหากแต่เพื่อสร้างสภาพที่เอื้อให้กับมนุษย์ทุกคน อันเป็นแนวคิดที่แตกต่างไปจากตะวันตกอย่างสำคัญ³⁴

ขณะที่งานประวัติศาสตร์ความคิดนิติปรัชญาของวรเจตน์ เขาได้ให้คำอธิบายเกี่ยวกับแนวความคิดทางกฎหมาย การเมือง และรัฐ นับตั้งแต่ยุคกรีกมาจนกระทั่งถึงศตวรรษที่ 20 โดยนอกจากมุ่งอธิบายแนวความคิดของบุคคลที่มีบทบาทสำคัญต่อการพัฒนาแนวความคิดต่าง ๆ และเขายังให้ความสำคัญต่อบริบททางประวัติศาสตร์ของนักคิดของแต่ละสำนักเป็นอย่างมาก เนื่องมาจากความเชื่อว่า “โดยเหตุที่ว่าความคิดของมนุษย์คนหนึ่งไม่ได้ปรากฏขึ้นอย่างไรสาเหตุแต่โดยทั่วไปแล้วมักจะเป็นผลจากบริบททางสังคม การเมือง เศรษฐกิจ ตลอดจนวัฒนธรรมใน

³¹ ดูตัวอย่างของแนวความคิดทางด้านนิติปรัชญาที่สะท้อนให้เห็นถึงการใช้แนวความคิดทางด้านสังคมศาสตร์และมนุษยศาสตร์ในการวิเคราะห์กฎหมายเพิ่มมากขึ้นได้ใน Gary Minda, *Postmodern Legal Movements: Law and Jurisprudence at Century's End* (New York and London: New York University Press, 1995).

³² ดิเรก วรรณาคม, *นิติปรัชญา*, (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2557).

³³ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, *ประวัติศาสตร์ความคิดนิติปรัชญา*, (กรุงเทพฯ: อ่านกฎหมาย, 2561).

³⁴ ดิเรก วรรณาคม, *นิติปรัชญา* พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2563), 122 – 139.

ห้วงเวลาที่มนุษย์คนนั้นมีชีวิตอยู่ และในบางกรณีก็เป็นผลมาจากชีวิตส่วนตัวของมนุษย์ผู้นั้น”³⁵ การให้ข้อมูลเพิ่มเติมในลักษณะดังกล่าวย่อมจะเป็นประโยชน์อย่างยิ่งสำหรับผู้ที่ต้องการศึกษา ประวัติศาสตร์ความคิดทางด้านนิติปรัชญาที่สัมพันธ์กับเงื่อนไขทางประวัติศาสตร์

ทั้งนี้ หากพิจารณาในเชิงภาพรวม จะพบว่างานเขียนทางด้านนิติปรัชญาที่เกิดขึ้นใน ห้วงเวลานี้มีลักษณะที่แตกต่างไปจากเดิม ดังต่อไปนี้

ประการแรก จะพบว่าการนำเสนอแนวความคิดนิติปรัชญาที่เกิดขึ้นไม่ได้มีลักษณะที่ สัมพันธ์กับวิชาเรียนในสถาบันการศึกษาโดยตรงเฉกเช่นที่เคยเกิดขึ้นในระยะเริ่มต้น ดังจะเห็น ได้ว่างานเขียนจำนวนไม่น้อยที่จัดพิมพ์เผยแพร่เป็นสำนักพิมพ์ที่ไม่ใช่สถาบันการศึกษา ดังนั้น การจัดพิมพ์จึงย่อมมุ่งหมายที่จะ “ขาย” กับผู้สนใจในวงกว้างมากกว่าเพียงนักเรียนกฎหมายใน สถาบันการศึกษา

ประการที่สอง มีการขยายพรมแดนความรู้สู่แนวความคิดอื่น ๆ เฉพาะอย่างยิ่งการนำเข้า ความคิดร่วมสมัยที่ปรากฏอยู่ในโลกวิชาการของตะวันตก เช่น นิตศาสตร์แนวสตรีนิยม, นิตศาสตร์ แนววิพากษ์ หรือการวิเคราะห์แนวคิดสำนัก เป็นต้น ความเปลี่ยนแปลงนี้ได้ทำให้งานการ พิจารณาทางด้านนิติปรัชญาหลุดพ้นจากอิทธิพลของนิติปรัชญากระแสหลักได้ไม่น้อย การขยาย พรมแดนสู่แนวความคิดอื่น ๆ ในด้านหนึ่งก็อาจสัมพันธ์กับข้อถกเถียงในทางสาธารณะของ สังคมไทยที่มีความเข้มข้นอย่างมากในประเด็นต่าง ๆ นับตั้งแต่ปลายทศวรรษ 2540 เป็นต้นมา เช่น ความชอบธรรมของการรัฐประหาร, การดื้อแพ่งต่อกฎหมายของประชาชน, ตุลาการภิวัตน์ เป็นต้น ซึ่งเปิดให้มีการถกเถียงในประเด็นปัญหาดังกล่าวไม่ได้ถูกจำกัดหรือผูกขาดไว้แค่เพียงความรู้ ทางด้านกฎหมายเท่านั้น

4. ข้อจำกัดและความท้าทาย

การผลิตงานเขียนทางวิชาการที่เกี่ยวกับนิติปรัชญาในสังคมไทยนับตั้งแต่ระยะเริ่มต้น เมื่อราวทศวรรษ 2520 จวบจนกระทั่งผ่านไป 4 ทศวรรษ ได้สะท้อนให้เห็นถึงความสนใจของ แวดวงวิชาการทางด้านนิติศาสตร์ของไทยได้อย่างสำคัญ ถึงแม้จะมีความเปลี่ยนแปลงที่แสดง ให้เห็นถึงความพยายามในการขยายพรมแดนทางด้านความรู้ด้านนิติปรัชญาให้กว้างขวางมากขึ้น

³⁵ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, *ประวัติศาสตร์ความคิดนิติปรัชญา*, (กรุงเทพฯ: อานกฤษหมาย, 2561), 7.

อย่างไรก็ตาม มีปัจจัยที่อาจเป็นอุปสรรคการพัฒนาความรู้ด้านนิติปรัชญา ซึ่งไม่อาจจะมองข้ามไปได้สำหรับผู้ที่ต้องการสร้างความงอกงามแก่ความรู้ด้านนิติปรัชญาในสังคมไทยดังต่อไปนี้

ประการแรก โดยที่การศึกษาทางด้านนิติศาสตร์ในสังคมไทยอยู่ภายใต้การครอบงำของวิชาชีพ อันหมายถึงการศึกษาที่มุ่งเน้นให้ผู้เรียนมีความรู้ที่สามารถประกอบอาชีพในทางกฎหมาย ไม่ว่าจะเป็นทนายความ นิติกร ผู้พิพากษา เป็นต้น อันเป็นผลให้การศึกษากฎหมายจึงเน้นไปที่การทำความเข้าใจกับระบบความรู้ที่ดำรงอยู่ (status quo) บุคคลที่สามารถที่จะจดจำและเข้าใจถึงระบบความรู้ไม่ว่าจะเป็นบทบัญญัติ คำอธิบายหรือแนวคำพิพากษา ก็จะได้รับ การประเมินว่าเป็นนักเรียนกฎหมายที่ประสบความสำเร็จ ขณะที่เป้าหมายของนิติปรัชญาประการหนึ่งคือ มุ่งหมายให้ผู้เรียนสามารถตั้งคำถามและตรวจสอบถึงระบบความรู้ที่ดำรงอยู่ตลอดเวลา เป้าหมายที่แตกต่างกันอย่างมากรจึงทำให้นิติปรัชญากลายเป็นส่วนเกินของการศึกษากฎหมายในสังคมไทย

ประการที่สอง การจำแนกแยกย่อยในความรู้ด้านนิติศาสตร์ของไทยที่มีการแบ่งแยกออกจากกันอย่างค่อนข้างเด็ดขาดและมุ่งตอบสนองต่อประเด็นปัญหาในเชิงนโยบายหรือในทางปฏิบัติ กลายเป็นเงื่อนไขที่ส่งผลให้นักกฎหมายแต่ละคนที่จะกลายเป็น “ผู้เชี่ยวชาญ” ต้องมีความรู้ความเข้าใจลงไปในรายละเอียดของแต่ละวิชาเฉพาะอย่างยิ่งที่เป็นความรู้เฉพาะหรือในเชิงเทคนิคที่เพิ่มมากขึ้น การจำแนกแยกย่อยเหล่านี้มีผลให้การพิจารณากฎหมายจึงมักไปในลักษณะของการ “เห็นพูกซ์แต่ไม่เห็นไพร”

ประการที่สาม แนวการศึกษานิติปรัชญาในสังคมไทยมักจะเป็นเพียงการมุ่งทำความเข้าใจต่อแนวความคิดของกลุ่มความคิดต่าง ๆ ไม่ว่าจะเป็นการทำความเข้าใจในมิติทางประวัติศาสตร์หรือการจำแนกเป็นแต่ละกลุ่ม แต่ยังขาดการนำเอาแนวความคิดต่าง ๆ นี้ไปใช้ในการวิเคราะห์ปรากฏการณ์ทางกฎหมาย เพื่อแสดงให้เห็นว่าแนวความคิดทางนิติปรัชญานั้นสามารถเป็นประโยชน์ต่อการทำความเข้าใจกฎหมายได้อย่างไร เมื่อไม่สามารถแสดงให้เห็นถึง “พลัง” ของแนวคิดทางด้านนิติปรัชญาก็ย่อมเป็นการยากที่จะทำให้นักเรียนกฎหมายสามารถตระหนักถึงความหมายและความสำคัญของนิติปรัชญา

ประการที่สี่ ทิศทางของความเปลี่ยนแปลงที่เกิดขึ้น โดยเฉพาะการทำความเข้าใจกฎหมายผ่านแนวคิดอื่น ๆ ซึ่งมักอยู่ภายใต้อิทธิพลของกรอบคิดทางด้านสังคมศาสตร์ มนุษยศาสตร์ ดังกรณีการวิเคราะห์กฎหมายในแนวทางกฎหมายและสหาย หรือ (Law and ...) อาจทำให้เกิดข้อถกเถียงหรือการโต้แย้งว่าแนวความคิดในลักษณะเช่นนี้อาจไม่ใช่ขอบเขตของ

นิติปรัชญา หากเป็นการทำความเข้าใจกฎหมายในทางสังคมศาสตร์มนุษยศาสตร์มากกว่า มุมมองเช่นนี้ย่อมทำให้เกิดคำถามได้ว่าการจำแนกขอบเขตระหว่างศาสตร์ทางกฎหมายและความรู้ในมิติอื่นสามารถที่กระทำได้อย่างชัดเจนมากน้อยเพียงใด เฉพาะอย่างยิ่งในห้วงเวลาที่มีการจำแนกศาสตร์เป็นความรู้เฉพาะด้านได้ถูกตั้งคำถามอย่างรุนแรงว่าจะสามารถกระทำได้จริงหรือไม่

การพิจารณาถึงข้อจำกัดและความท้าทายดังที่กล่าวมา คงไม่ใช่สิ่งที่จะหาคำตอบอย่างชัดเจนได้จากแนวความคิดหรือจากกรอบความรู้แบบใดแบบหนึ่ง สำหรับผู้ที่สนใจต่อนิติปรัชญาคงต้องพิจารณาและทบทวนประเด็นดังกล่าวด้วยตนเองเป็นสำคัญในเบื้องต้น ดังเป็นที่เข้าใจกันว่าจุดมุ่งหมายของนิติปรัชญามีใช่เป็นเพียงการแสวงหาคำตอบสุดท้ายต่อประเด็นปัญหาในแต่ละเรื่อง หากต้องการสร้างจิตใจที่วิพากษ์และตั้งคำถามต่อมาตรฐานที่ดำรงอยู่ เมื่อเป้าหมายสูงสุดของนิติปรัชญาคือการทำความเข้าใจต่อระบบกฎหมาย นิติปรัชญาก็จึงไม่ใช่เพียงไปให้ถึงเป้าหมายเท่านั้น หากยังเป็นการเดินทางที่จะเผยให้เห็นถึงเส้นทางที่ผ่านมาและหนทางที่จะเดินต่อไปข้างหน้าซึ่งอาจไม่มีวันสิ้นสุด (to travel rather than to arrive)

References

- Gary Minda. *Postmodern Legal Movements: Law and Jurisprudence at Century's End*. New York and London: New York University Press, 1995.
- จรัญ โฆษณานันท์. *นิติปรัชญา*. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์ชวนพิมพ์, 2532.
- จรัญ โฆษณานันท์. *นิติปรัชญาแนววิพากษ์*. กรุงเทพฯ: นิติธรรม, 2550.
- ดิเรก ควรสมาคม. *นิติปรัชญา*. กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2557.
- ปรีดี เกษมทรัพย์. *นิติปรัชญา*. พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพฯ: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2539.
- ปรีดี เกษมทรัพย์. *เอกสารประกอบการศึกษาวิชานิติปรัชญาชั้นปริญญาตรี ภาคหนึ่ง: บทนำทางทฤษฎี*. กรุงเทพฯ: คณะกรรมการบริการทางวิชาการ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2526.
- ปรีดี เกษมทรัพย์. *เอกสารประกอบการศึกษาวิชานิติปรัชญาชั้นปริญญาตรี ภาคสอง: บทนำทางประวัติศาสตร์*. กรุงเทพฯ: คณะกรรมการบริการทางวิชาการ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2526.
- พนัส ทัศนียานนท์. *ปรัชญากฎหมายธรรมชาติ*. กรุงเทพฯ: ป. สัมพันธ์พาณิชย์, 2543.
- พระธรรมปิฎก (ป.อ. ปยุตโต). *นิติศาสตร์แนวพุทธ*. กรุงเทพฯ: มูลนิธิพุทธธรรม, 2539.
- พินัย ไชยแสงสุขกุล. *นิติปรัชญา ภาค 1: เล่มที่ 1 ว่าด้วยทฤษฎีพื้นฐานทางกฎหมาย*. กรุงเทพฯ: บริษัท สามเจริญพานิช, 2539.
- วรเจตน์ ภาคีรัตน์. *ประวัติศาสตร์ความคิดนิติปรัชญา*. กรุงเทพฯ: อานกฎหมาย, 2561.
- วิระดา สมสวัสดิ์. *กฎหมายครอบครัว*. กรุงเทพฯ: คบไฟ, 2540.
- วิระดา สมสวัสดิ์. *นิติศาสตร์แนวสตรีนิยม*. พิมพ์ครั้งแรก. เชียงใหม่: วนิดาเพรส, 2549.
- วิชญ์ เครืองาม. *ความรู้เบื้องต้นทางปรัชญา เอกสารประกอบการศึกษาสำหรับนิสิตนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย*. กรุงเทพฯ: คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2530.
- แวนด์, เรย์มอนด์. *ปรัชญากฎหมาย: ความรู้ฉบับพกพา*. แปลโดย พิเศษ สอาดเย็น และธงทอง จันทรางศุ. กรุงเทพฯ: โอเพ่นเวิลด์ส พับลิชชิง เฮาส์, 2558.
- สมชาย ปรีชาศิลปกุล. *การวิจัยกฎหมายทางเลือก: แนวคิดและพรมแดนความรู้*. กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2558.
- สมชาย ปรีชาศิลปกุล. *นิติปรัชญาทางเลือก*. กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2546.

“ประวัติศาสตร์ ภูมิปัญญา นักคิด นิตศาสตร์ไทย”

สมชาย ปรีชาศิลปกุล. *เมื่อตุลาการเป็นในแผ่นดิน*. กรุงเทพฯ: bookscape, 2562.

สมยศ เชื้อไทย. *นิติปรัชญาเบื้องต้น*. พิมพ์ครั้งที่ 9. กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2548.

ระบอบเผด็จการอยู่รอดได้อย่างไร: บทบาทของสภานิติบัญญัติแห่งชาติ

พ.ศ. 2557 – 2562

How the Dictatorship Survives: the Role of the National Legislative Assembly Between B.E. 2557 (2014) And B.E. 2562 (2019)

ณรงค์ศักดิ์ เนียมสอน

คณะรัฐศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ กรุงเทพมหานคร 10200

Narongsak Niamsorn

Faculty of Political Science, Thammasat University, Bangkok, Thailand, 10200

E-mail : nniamsorn@gmail.com

Received: July 30, 2020; Revised: August 24, 2020; Accepted: September 5, 2020

บทคัดย่อ

บทความนี้ศึกษาบทบาทของสถาบันการเมืองแบบประชาธิปไตยในระบอบเผด็จการ หรือสถาบันการเมืองอำนาจนิยมอย่างสภานิติบัญญัติแห่งชาติ ระหว่าง พ.ศ. 2557 – 2562 ว่ามีส่วนช่วยให้ระบอบเผด็จการคณะรักษาความสงบแห่งชาติอยู่รอดได้อย่างไร จากผลการศึกษาพบว่าสภานิติบัญญัติแห่งชาติช่วยให้ระบอบคณะรักษาความสงบแห่งชาติอยู่รอดด้วยเหตุผลสามประการ ประการที่ 1 คณะรักษาความสงบแห่งชาติเลือกให้สภานิติบัญญัติแห่งชาติเป็นสถาบันการเมืองแบบกระชับอำนาจเพื่อให้รัฐบาล คสช. มีเสถียรภาพ ประการที่ 2 บทบาทของสภานิติบัญญัติแห่งชาติเป็นพื้นที่ประนีประนอมและลดความขัดแย้งภายในชนชั้นนำที่ประกอบอยู่ในสถาบันทางการเมืองต่างๆ เป็นพื้นที่จัดสรรอำนาจให้กับเครือข่ายที่สนับสนุนและคัดกรองบุคคลที่อาจจะเข้ามาสร้างความปั่นป่วนภายในระบอบ และประการที่ 3 เมื่อคณะรักษาความสงบแห่งชาติต้องเผชิญความท้าทายที่อาจต้องสูญเสียอำนาจในอนาคตสภานิติบัญญัติแห่งชาติทำหน้าที่ในการออกกฎหมายต่างๆ ถอดถอนนักการเมืองฝ่ายตรงข้ามเพื่อให้ระบอบคณะรักษาความสงบแห่งชาติยังคงดำรงอยู่ได้อย่างมั่นคงหลังการเลือกตั้ง

คำสำคัญ: รัฐสภา, สภานิติบัญญัติแห่งชาติ, สถาบันอำนาจนิยม, คณะรักษาความสงบแห่งชาติ, ระบอบเผด็จการ

Abstract

This article studies about the role of the National Legislative Assembly between B.E 2557 (2014) and B.E 2562 (2019) how it had helped the National Council for Peace and Order to maintain the regime. The investigation found that there are 3 reasons why the National Legislative Assembly had helped the National Council for Peace and Order to secure the power as follows. First, the National Council for Peace and Order selected the National Legislative Assembly to be the institution which had been used as a tool for tightening its grip. Secondly, the National Legislative Assembly is the space for compromising and reducing conflict among the elite. It is the space for allocating power to the supporting network and screening people who might aim to cause disturbance within the regime. Lastly, when the military government had to encounter challenges causing them to lose power in the future, the National Legislative Assembly performed its duty to enact new law in order to maintain and stabilize the National Council for Peace and Order firmly after the election.

Keywords: The Parliament, The National Legislative Assembly, Authoritarian Institution, The National Council for Peace and Order, The Dictatorship

1. บทนำ

บทความนี้เป็นการศึกษาบทบาทของสถาบันทางเมืองแบบประชาธิปไตยในระบอบเผด็จการ (democratic institution under dictatorship) โดยมุ่งศึกษาบทบาทของสภานิติบัญญัติ (legislative assembly) เพื่อตอบคำถามว่า สภานิติบัญญัติสามารถทำให้ระบอบการปกครองแบบเผด็จการอยู่รอดได้อย่างไร คำอธิบายโดยทั่วไประบอบเผด็จการอยู่รอดได้ เพราะพวกเขาสามารถควบคุมกำลังกองทัพ และอาวุธซึ่งสามารถกดขี่หรือปราบปรามประชาชนที่จะ

ออกมาต่อต้านได้ หรือผู้นำเผด็จการอาจใช้รัฐธรรมนูญแบบเครื่องมือในการรวบอำนาจต่างๆ เข้าสู่ผู้นำเผด็จการเพื่อให้สามารถใช้อำนาจแบบเบ็ดเสร็จเด็ดขาดได้

สำหรับการเมืองไทยระบอบเผด็จการทหารมักเกิดขึ้นเมื่อกองทัพใช้อำนาจล้มล้างรัฐธรรมนูญและรัฐสภา จากนั้นจะสถาปนารัฐธรรมนูญและกำหนดให้มี “สภานิติบัญญัติ” ทุกครั้ง นับตั้งแต่เหตุการณ์เปลี่ยนแปลงการปกครอง พ.ศ. 2475 เป็นต้นมา การเมืองไทยต้องเผชิญกับการรัฐประหารทั้งสิ้น 13 ครั้ง และหลังการรัฐประหารแต่ละครั้งคณะผู้ก่อการรัฐประหารต่างเลือกใช้รูปแบบรัฐสภาที่แตกต่างกัน ดังจะเห็นได้ว่าการรัฐประหาร 6 ครั้งแรก มีทั้งการยกเลิกรัฐสภาและไม่ยกเลิกรัฐสภา ถ้ามีการยกเลิกรัฐสภาก็จะมีการตั้งรัฐสภาใหม่ ซึ่งส่วนใหญ่จะประกอบด้วยสมาชิกรัฐสภาที่มาจาก การแต่งตั้งผสมกับการเลือกตั้ง แต่การรัฐประหาร 7 ครั้ง หลังสุด คือนับตั้งแต่การรัฐประหารโดยจอมพลสฤษดิ์ ธนะรัชต์ เมื่อวันที่ 20 ตุลาคม พ.ศ. 2501 เป็นต้นมา ผู้ก่อการรัฐประหารจะมีการก่อตั้งรัฐสภาขึ้นมาใหม่โดยสมาชิกสภามาจากการแต่งตั้งทั้งหมด และโครงสร้างรัฐสภาเป็นรูปแบบสภาเดี่ยว (unicameral) กล่าวได้ว่าตั้งแต่รัฐธรรมนูญ ปกครอง พ.ศ. 2502 “สภาแต่งตั้งหลังรัฐประหาร” เป็นสถาบันการเมืองที่มีความต่อเนื่องยาวนาน ในประวัติศาสตร์การเมืองไทย

การศึกษาสภานิติบัญญัติในระบอบเผด็จการที่ผ่านมา มักจะศึกษาสภานิติบัญญัติในฐานะสถาบันการเมืองแบบประชาธิปไตย เพื่อตอบคำถามต่างๆ ว่า สภาแต่งตั้งหลังรัฐประหารทำหน้าที่ในฐานะผู้แทนปวงชนชาวไทยหรือทำหน้าที่ตามความต้องการของผู้นำคณะรัฐประหารที่แต่งตั้งเข้ามานั่งในสภา¹ ประสิทธิภาพการทำงานในการตรากฎหมายหรือควบคุมฝ่ายบริหารเป็นอย่างไร² และความสัมพันธ์ระหว่างฝ่ายนิติบัญญัติกับฝ่ายบริหารเป็นอย่างไร³ ขณะที่วิธีการศึกษาส่วนใหญ่เป็นการศึกษาเปรียบเทียบบทบาทการตราร่างกฎหมายระหว่างสภาจากการแต่งตั้งและ

¹ ไมตรี วิริยะ, “รัฐสภาไทย: การวิเคราะห์เปรียบเทียบบทบาทของสภาผู้แทนราษฎร พ.ศ.2518 กับ 2519 กับ สภาพัฒนาการปกครองแผ่นดิน พ.ศ. 2519. 2522,” (วิทยานิพนธ์รัฐศาสตรมหาบัณฑิต, แผนกวิชาการปกครอง บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2522) : ดาสินี มัลลย์พงษ์, “บทบาทของรัฐสภาไทยในการตรากฎหมาย: ศึกษากระบวนการนิติบัญญัติไทยช่วง พ.ศ.2507-2516,” (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, ภาควิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2539).

² สุจิต บุญบงการ, *บทบาทของสภานิติบัญญัติ*, (กรุงเทพฯ: เจ้าพระยาการพิมพ์, 2526).

³ เรื่องเดียวกัน.

สภาจากการเลือกตั้ง หรือศึกษาเปรียบเทียบภูมิหลังของสมาชิกสภาจากการแต่งตั้งด้วยตนเอง⁴ หรือศึกษาบทบาทในการตราร่างกฎหมาย⁵ หรือศึกษาบทบาทในการควบคุมการทำงานของฝ่ายบริหาร⁶ ของสภาจากการแต่งตั้งเพียงแห่งเดียว รวมทั้งยังมีการศึกษาทบทวนโครงสร้างและอำนาจหน้าที่ของสภาจากการแต่งตั้งในรัฐธรรมนูญแต่ละฉบับ⁷

ผลการศึกษาเกี่ยวกับสถานะนิติบัญญัติในระบบเผด็จการที่ผ่านมาให้คำตอบถึงบทบาทหน้าที่ของสถานะนิติบัญญัติประเภทนี้อย่างตรงกันว่า บทบาทของสถานะนิติบัญญัติมีขึ้นมาเพื่อทำหน้าที่ตามความต้องการของผู้มีอำนาจแต่งตั้ง เป็นฐานอำนาจสนับสนุนและสร้างเสถียรภาพให้กับคณะรัฐประหาร อย่างไรก็ตามการตื่นตัวทางการเมืองของประชาชนทำให้คณะรัฐประหารจำเป็นต้องมีสถานะนิติบัญญัติในฐานะสถาบันทางการเมืองแบบประชาธิปไตยเพื่อสร้างความชอบธรรมให้กับระบบเผด็จการ ขณะที่การทำหน้าที่นิติบัญญัติเป็นเพียง “สภาตรายาง” ที่ถูกควบคุมโดยฝ่ายบริหาร ไม่มีอำนาจในการตัดสินใจหรือกำหนดนโยบาย และไม่สามารถตรวจสอบฝ่ายบริหารได้ เหตุผลที่เป็นเช่นนี้เนื่องจากสมาชิกสภาทั้งหมดมาจากการแต่งตั้งของคณะรัฐประหาร และสมาชิกรัฐสภาส่วนใหญ่ก็เป็นข้าราชการทหารและพลเรือน

ด้วยเหตุนี้จึงกล่าวได้ว่า การศึกษาสถานะนิติบัญญัติในระบบเผด็จการของไทยมองการทำหน้าที่ของสถานะนิติบัญญัติประเภทนี้เป็นเพียงการตกแต่งระบอบการปกครองให้ดูดี (window dressing)⁸ เพื่อสร้างความชอบธรรมให้ผู้นำเผด็จการเท่านั้น อย่างไรก็ตามการศึกษาเกี่ยวกับสถานะนิติบัญญัติภายใต้ระบอบเผด็จการในต่างประเทศได้มองสถาบันทางการเมืองแบบประชาธิปไตย

⁴ ยุทธวัฒน์ ภัทรภานุภัทร, “รัฐสภาไทย: วิเคราะห์เปรียบเทียบภูมิหลังของสมาชิกรัฐสภาประเภทนิติบัญญัติแห่งชาติ พุทธศักราช 2516 กับสภาปฏิรูปการปกครองแผ่นดิน พุทธศักราช 2519,” (วิทยานิพนธ์รัฐศาสตรมหาบัณฑิต, แผนกวิชาการปกครอง บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2520).

⁵ สุชาติ พันชี, “บทบาทของรัฐสภาไทยในการตรากฎหมาย: ศึกษากระบวนการนิติบัญญัติไทยในยุคจอมพลสฤษดิ์ ธนะรัชต์ (พ.ศ.2500 - 2506),” (วิทยานิพนธ์รัฐศาสตรมหาบัณฑิต, ภาควิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2539).

⁶ บรรลือ สุรินทศิริรัฐ, “บทบาทของสมาชิกรัฐสภาที่เป็นข้าราชการประจำ: ศึกษาเฉพาะกรณีสภาปฏิรูปการปกครองแผ่นดิน,” (วิทยานิพนธ์รัฐศาสตรมหาบัณฑิต, แผนกวิชาการปกครอง บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2524).

⁷ ณรงค์ พ่วงพิศ และสุรวดี ปัดไธสง, *อำนาจหน้าที่และบทบาทของสมาชิกรัฐสภาไทยที่มาจากการแต่งตั้ง*, (กรุงเทพฯ: สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, 2542).

⁸ Jennifer Gandhi, *Political Institutions Under Dictatorship* (New York: Cambridge Press, 2008), xv.

ภายใต้ระบอบเผด็จการว่า คือความจำเป็นทางการเมืองของผู้นำเผด็จการ เนื่องจากการปกครอง ผู้นำเผด็จการต้องเผชิญกับปัญหาพื้นฐานในการปกครอง 2 อย่างคือ ต้องเรียกร้องความร่วมมือจากกลุ่มต่างๆ เพื่อขับเคลื่อนระบอบการปกครอง⁹ และต้องป้องกันการต่อต้าน ทำลาย และการช่วงชิงอำนาจภายในชนชั้นนำ และฝ่ายตรงข้าม ด้วยเหตุนี้ผู้นำเผด็จการจึงจำเป็นต้องมีสถาบันทางการเมืองเพื่อให้อยู่รอดและสามารถปกครองได้ยาวนานขึ้น

ดังนั้นสถานิติบัญญัติในระบอบเผด็จการจึงเป็นมากกว่าสิ่งของประดับตกแต่งให้ระบอบเผด็จการมีความชอบธรรม และก็มีความสำคัญมากกว่าที่สังคมและสื่อมวลชนรับรู้ว่าเป็น “สภาตามสั่ง” หรือ “สภาฝึกถั่ว” ของผู้มีอำนาจแต่งตั้งเท่านั้น แต่สถานิติบัญญัติในระบอบอำนาจนิยมยังเป็นพื้นที่ต่อรองและการทำงานร่วมกันของชนชั้นนำและกลุ่มต่างๆ ในสังคม และยังช่วยลดการต่อต้านที่รุนแรงจากชนชั้นนำและฝ่ายต่อต้านเพื่อให้ผู้นำเผด็จการสามารถปกครองได้อย่างมั่นคงและยาวนานมากยิ่งขึ้น

การรัฐประหารเมื่อวันที่ 22 พฤษภาคม พ.ศ. 2557 คณะรักษาความสงบแห่งชาตินำโดย พลเอกประยุทธ์ จันทร์โอชา ผู้บัญชาการทหารบก กระทำการยึดอำนาจจากรัฐบาลพลเรือนพรรคเพื่อไทย จากนั้นวันที่ 24 กรกฎาคม พ.ศ. 2557 จึงได้ประกาศรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พ.ศ. 2557 จัดโครงสร้างอำนาจทางการเมืองใหม่เพื่อให้มีการปฏิรูปประเทศ และร่างรัฐธรรมนูญฉบับถาวรเพื่อเตรียมพร้อมก่อนกลับเข้าสู่ระบอบประชาธิปไตยอีกครั้ง โดยคณะรักษาความสงบแห่งชาติได้ออกแบบสถาบันทางการเมืองจำนวน 5 แห่ง ประกอบด้วย 1) คณะรักษาความสงบแห่งชาติ 2) สภาปฏิรูปแห่งชาติ/สภาขับเคลื่อนการปฏิรูปประเทศ 3) คณะรัฐมนตรี 4) คณะกรรมาธิการยกร่างรัฐธรรมนูญ/คณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญ และ 5) สถานิติบัญญัติแห่งชาติ โดยนายวิษณุ เครืองาม ในฐานะที่ปรึกษาคณะรักษาความสงบแห่งชาติได้เปรียบสถาบันทางการเมืองทั้งหมดว่าเป็นดัง “แม่น้ำห้าสาย”

“สถานิติบัญญัติแห่งชาติ” ภายใต้การปกครองของคณะรักษาความสงบแห่งชาติ มีบทบาทสำคัญในการพิจารณาร่างกฎหมาย ตรวจสอบการทำงานของฝ่ายบริหารด้วยการตั้งกระทู้ถาม การแต่งตั้งผู้ดำรงตำแหน่งกรรมการในองค์กรอิสระและตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ การถอดถอนผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง การแก้ไขรัฐธรรมนูญ การเลือกนายกรัฐมนตรี และ

⁹ Jennifer Gandhi and Adam Przeworski, “Authoritarian Institutions and Survival of Autocrats,” *Comparative political Studies* 40, no. 11 (September 17, 2007): 1280.

การมีส่วนร่วมในการจัดทำร่างรัฐธรรมนูญถาวร เป็นต้น บทบาทที่โดดเด่นของสภาแต่งตั้งชุดนี้ คือ การพิจารณาและเห็นชอบกฎหมายอย่างรวดเร็ว กล่าวคือตลอดอายุการทำงานประมาณ 5 ปี (พ.ศ. 2557 – 2562) สภานิติบัญญัติแห่งชาติตรากฎหมายไปจำนวนมากถึง 444 ฉบับ แน่นอนว่า สภาแต่งตั้งหลังรัฐประหารของคณะรักษาความสงบแห่งชาติถูกวิจารณ์ว่าเป็น “สภาตรายาง” เฉกเช่นสภาแต่งตั้งประเภทเดียวกันในยุคก่อนหน้า ขณะเดียวกันส่วนสมาชิกเกินครึ่งหนึ่งของสภา เป็นข้าราชการทหารทั้งในและนอกประจำการ

อย่างไรก็ตาม แม้สภานิติบัญญัติแห่งชาติจะเป็นสภาตรายาง แต่บทบาททางการเมืองของสภานิติบัญญัติแห่งชาติก็มีความสำคัญในการช่วยระบอบเผด็จการของคณะรักษาความสงบแห่งชาติปกครองประเทศได้ยาวนานถึง 5 ปี โดยบทความฉบับนี้จะชี้ให้เห็นบทบาทของสภานิติบัญญัติในการพิจารณาร่างพระราชบัญญัติ การแต่งตั้งกรรมการองค์กรอิสระและตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ การถอดถอนผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง และการจัดทำร่างรัฐธรรมนูญ คำถามพ่วง และประชิด เพื่อหาเหตุผลว่าทำไมคณะรัฐประหารถึงเลือกใช้สภานิติบัญญัติแห่งชาติ และบทบาทของสภานิติบัญญัติแห่งชาติในฐานะสถาบันทางการเมืองในระบบอำนาจนิยมมีบทบาทในการทำให้ระบอบคณะรักษาความสงบแห่งชาติอยู่รอดได้อย่างไรบ้าง

2. บทบาทหน้าที่สภานิติบัญญัติในระบอบเผด็จอำนาจนิยม

ความอยู่รอดของระบอบเผด็จการเกิดจากการมีสถาบันทางการเมืองแบบประชาธิปไตยหรือสถาบันการเมืองแบบอำนาจนิยม (authoritarian institution) โดยสภานิติบัญญัติเป็นสถาบันทางการเมืองที่มีความจำเป็นในการปกครองระบอบเผด็จการ แม้สภานิติบัญญัติอาจถูกครอบงำโดยผู้นำเผด็จการแต่ก็มีบทบาทในการสนับสนุนการทำงานด้วยเช่นกัน เนื่องจากสภานิติบัญญัติเป็นเครื่องมือในการช่วยผู้นำเผด็จการเพื่อขอความร่วมมือและขับเคลื่อนความร่วมมือจากฝ่ายต่างๆ ทั้งจากฝ่ายชนชั้นนำด้วยกันหรือฝ่ายตรงข้าม และที่สำคัญรัฐสภาเหมาะสำหรับการลดแรงต่อต้านจากฝ่ายตรงข้ามด้วยวิธีการดึงให้พวกเขาเข้ามามีส่วนร่วมเพื่อให้ระบอบเผด็จการอยู่ในอำนาจได้นานขึ้น¹⁰ ทั้งนี้สภานิติบัญญัติยังทำหน้าที่อีก 4 ประการในการทำให้เผด็จการอยู่รอด

¹⁰ Clara Boulianne Lagace and Jennifer Gandhi, *Routledge Handbook of Comparative Political Institutions*, Edited by Jennifer Gandhi and Ruben Ruiz-Rufino, (New York: Routledge, 2015).

2.1 จัดสรรแบ่งปันอำนาจ

สภานิติบัญญัติมีหน้าที่ในการจัดสรรแบ่งปันอำนาจให้ลงตัวยิ่งขึ้น ด้วยการดึงกลุ่มต่างๆ ทั้งในหมู่ชนชั้นนำหรือฝ่ายที่ต่อต้านให้เข้ามาทำงานร่วมกัน นอกจากนี้จะช่วยหาข้อตกลงร่วมกัน (commitment) และช่วยติดตามปัญหา (monitoring problems) ระหว่างผู้ปกครองและเครือข่ายด้วย ดังนั้นผลลัพธ์จากการแบ่งปันอำนาจในสภานิติบัญญัติจะทำให้ระบอบเผด็จการมั่นคงขึ้นและอยู่ในตำแหน่งยาวนาน อย่างไรก็ตามการแบ่งปันอำนาจในระบอบเผด็จการจะประสบความสำเร็จได้ต่อเมื่อถูกสนับสนุนโดยเครือข่ายของผู้ปกครอง ซึ่งมีความสามารถในการต่อต้านระบอบการปกครอง และสภานิติบัญญัติจะหมดประสิทธิภาพหรือพังทลายลงเมื่อเกิดความไม่สมดุลของอำนาจภายในแนวร่วมชนชั้นปกครอง¹¹

2.2 สร้างนโยบายกระจายผลประโยชน์

ผู้นำเผด็จการต้องสร้างนโยบายหรือให้ผลประโยชน์กับกลุ่มต่างๆ โดยหากผู้ปกครองต้องการความร่วมมือพวกเขาจะสร้างนโยบายและให้ผลประโยชน์จำนวนหนึ่งกับกลุ่มที่พวกเขาต้องการความช่วยเหลือ ในทางกลับกันถ้าพวกเขาต้องเผชิญการคุมคามหรือการต่อต้านครั้งสำคัญพวกเขาจะสร้างนโยบายที่แจกจ่ายและตามใจฝ่ายต่างๆ มากยิ่งขึ้น ซึ่งการสร้างนโยบายต้องการสถาบันทางการเมืองอย่างสภานิติบัญญัติ เพราะการสร้างนโยบายเรียกร้องให้มีสถาบันทางการเมืองเพื่ออภิปราย รวบรวมข้อมูล และเปิดพื้นที่ให้ฝ่ายต่างๆ สามารถแสดงความต้องการออกมาได้อย่างเปิดเผยโดยไม่มีลักษณะต่อต้านระบอบการปกครอง ซึ่งผลลัพธ์ทางนโยบายที่กระจายผลประโยชน์ไปสู่ประชาชนจะช่วยให้ระบอบเผด็จการครองอำนาจได้นานขึ้น

2.3 พื้นที่ประนีประนอมทางการเมือง

สภานิติบัญญัติเป็นสถานที่สำหรับการประนีประนอมและสามารถช่วยลดการวิพากษ์วิจารณ์ระบอบการปกครองในพื้นที่สาธารณะซึ่งพุ่งเป้าไปที่ผู้นำเผด็จการได้ ทั้งนี้เวทีสภานิติบัญญัติจะทำให้ได้ข้อตกลงออกมาในรูปแบบทางการ เช่น กฎหมาย หรือประกาศที่เป็นสาธารณะ ซึ่งคุณลักษณะที่ทำให้รัฐสภาเหมาะสมกับวัตถุประสงค์ดังกล่าวคือ¹² ผู้นำเผด็จการสามารถเลือกกลุ่มที่จะเข้าไปในสภานิติบัญญัติได้, กลุ่มที่เข้าไปมีส่วนร่วมสามารถเปิดเผย

¹¹ Carles Boix and Milan W. Svolik, "The Foundations of Limited Authoritarian Government: Institution, Commitment, and Power-Sharing in Dictatorships," *The Journal of Politics*, vol. 75, No. 2 (2013).

¹² Ibid.

ความต้องการโดยไม่เป็นการต่อต้านระบอบการปกครอง, การไหลของข้อมูลเกี่ยวกับการเจรจาสามารถควบคุมได้ และการมีอยู่ของสภานิติบัญญัติมีนัยว่าอย่างน้อยผู้นำเผด็จการจะสามารถแสดงถึงความต้องการปัจจุบันของตัวเองได้ และมีระบบการควบคุมภายในให้เกิดการเคารพในอำนาจได้

2.4 สร้างความน่าเชื่อถือ

สภานิติบัญญัติจะช่วยให้รัฐบาลเผด็จการมีความน่าเชื่อถือจากนักลงทุนต่างประเทศและจากเวทีประชาคมความร่วมมือระหว่างประเทศ โดยเฉพาะอย่างยิ่งมีความน่าเชื่อถือในการทำข้อตกลงเพื่อการลงทุนพัฒนาเศรษฐกิจ เพราะสภานิติบัญญัติเป็นเครื่องหมายแสดงถึงการตรวจสอบถ่วงดุลและการจำกัดอำนาจรัฐ

อย่างไรก็ตาม สภานิติบัญญัติในระบอบเผด็จการจะทำหน้าที่ให้ผู้นำเผด็จการอยู่รอดได้มากแค่ไหนก็ขึ้นอยู่กับกรอบการออกแบบรัฐสภา โดยเฉพาะอย่างยิ่งที่มาของฝ่ายบริหารที่มีความสำคัญในกำหนดการทำหน้าที่ของสภานิติบัญญัติ เช่น The Spanish Cortes และ The Supreme Soviet สภานิติบัญญัติสองแห่งนี้ไม่เคยปฏิเสธร่างกฎหมายของรัฐบาลเลย ขณะที่ The Supreme Soviet หลังจากเสียชีวิตของสตาลินรัฐสภาแห่งนี้กลับมีการแก้ไขกฎหมายเพิ่มขึ้น ขณะที่ The Brazilian Congress มีการแก้ไขร่างกฎหมายของรัฐบาลบ่อยครั้ง และบางครั้งถึงขนาดปัดร่างกฎหมายตกไป¹³

3. บทบาทสภาจากการแต่งตั้งหลังรัฐประหารของไทย

ระบอบเผด็จการทหารไทยจะใช้รัฐธรรมนูญเป็นเครื่องมือสร้างความชอบธรรมในการใช้อำนาจทางการเมือง โดยมักจะกำหนดให้มีสภาเดียวมาจากการแต่งตั้งทำหน้าที่นิติบัญญัติและคอยสนับสนุนฝ่ายบริหาร¹⁴ และเปิดโอกาสให้ข้าราชการประจำมีโอกาสเข้ามาดำรงตำแหน่งเป็นสมาชิก¹⁵ สำหรับเหตุผลของรูปแบบสภาเดียวที่มีสมาชิกรับมาจากการแต่งตั้งทั้งหมด คือความจำเป็นด้านสถานการณ์เพื่อยับยั้งความสับสนวุ่นวาย และการไร้เสถียรภาพทางการเมือง อย่างไรก็ตาม

¹³ Bonvecchi Alejandro and Emilia Simison, “Legislative Institutions and Performance in Authoritarian Regimes,” *Comparative Politics*, vol. 49, No. 4 (2017).

¹⁴ ชีรภัทร เสรีรังสรรค์, รายงานวิจัย เรื่อง รูปแบบรัฐบาลในระบบรัฐสภาไทย ระหว่าง พ.ศ. 2518-2539, (กรุงเทพฯ: สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร).

¹⁵ เรื่องเดียวกัน, 45.

จากพฤติกรรมที่ผ่านมาปรากฏว่า สมาชิกที่ได้รับการแต่งตั้งมักจะเป็นพรรคพวกหรือบุคคลที่สนับสนุนฝ่ายบริหาร ทำให้เห็นว่าฝ่ายบริหารหรือฝ่ายรัฐบาลสามารถแทรกแซงในองค์กรนิติบัญญัติได้โดยตลอด ด้วยเหตุนี้ของฝ่ายนิติบัญญัติจึงถูกจำกัด โดยมุ่งรวบอำนาจการปกครองไปอยู่ที่ฝ่ายบริหารเป็นสำคัญ นอกจากนี้ที่มาของสมาชิกรัฐสภาก็ยังมาจากการแต่งตั้งทำให้บทบาทของสภาแต่งตั้งหลังรัฐประหารจึงมีลักษณะเฉพาะดังนี้

3.1 ทำหน้าที่ตามคำสั่งของคณะรัฐประหาร

ด้วยอำนาจหน้าที่ที่จำกัดในรัฐธรรมนูญชั่วคราว และที่มาของสมาชิกที่มาจากการแต่งตั้ง ทำให้รัฐสภาหลังรัฐประหารทำหน้าที่เป็นเพียง “สภาตรายาง” ทำหน้าที่เป็นตราประทับเห็นชอบกฎหมายหรือนโยบายต่างๆ ที่ถูกเสนอโดยรัฐบาลคณะรัฐประหารเท่านั้น ตัวอย่าง การพิจารณา ร่างกฎหมายของสภาร่างรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2501¹⁶ เมื่อร่างกฎหมายแต่ละฉบับของฝ่ายบริหารเข้ามาสู่การพิจารณา รัฐสภาแห่งนี้ใช้เวลาไม่นานในการพิจารณาร่างกฎหมายมีการอภิปรายเนื้อหาสาระกฎหมายกันน้อย ร่างกฎหมายบางฉบับผ่าน 3 วาระรวด โดยไม่มีการอภิปราย ส่งผลให้ในช่วงนี้มีการตรากฎหมายออกมามากถึงปีละประมาณ 60 ฉบับ ซึ่งผลของการตรากฎหมายส่วนใหญ่เพื่อตอบสนองความต้องการของระบบราชการเพื่ออำนวยความสะดวกในการปฏิบัติราชการและตัวข้าราชการเอง

นอกจากนี้ผลจากการเมืองระหว่างประเทศทำให้สภาแต่งตั้งโดยคณะรัฐประหารต้องทำหน้าที่ให้การสนับสนุนรัฐบาลเผด็จการ ตัวอย่าง การทำหน้าที่ของสภานิติบัญญัติแห่งชาติ พ.ศ. 2515 ที่บริบทการเมืองระหว่างประเทศขณะนั้นทำให้ได้มีความสัมพันธ์และได้รับเงินช่วยเหลือจากสหรัฐอเมริกาซึ่งเข้ามาให้การสนับสนุนไทยเพื่อหวังผลในการต่อต้านลัทธิคอมมิวนิสต์ ส่งผลให้มีการเปลี่ยนแปลงทางเศรษฐกิจอย่างรวดเร็ว และมีการออกกฎหมายจำนวนมากเพื่อพัฒนาประเทศตามแผนงานของสหรัฐอเมริกา¹⁷

¹⁶ สุชาติ พันสี, “บทบาทของรัฐสภาไทยในการตรากฎหมาย: ศึกษากระบวนการนิติบัญญัติไทยในยุคจอมพลสฤษดิ์ ธนะรัชต์ (พ.ศ.2500 - 2506),” (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2539).

¹⁷ ดาสนี มาลัยพงษ์, “บทบาทของรัฐสภาไทยในการตรากฎหมาย: ศึกษากระบวนการนิติบัญญัติไทย ช่วง พ.ศ. 2507 - 2516,” (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2539).

3.2 สร้างเสถียรภาพให้รัฐบาลคณะรัฐประหาร

ลักษณะของรัฐธรรมณูญชั่วคราวที่เกิดจากการรัฐประหาร ส่งผลให้โครงสร้างและกระบวนการตัดสินใจของฝ่ายนิติบัญญัติถูกควบคุมโดยฝ่ายบริหาร รัฐสภาจากการแต่งตั้งไม่มีบทบาทในการควบคุมรัฐบาล หรือการแสดงบทบาทในการควบคุมก็ไม่ได้ส่งผลกระเทือนต่อเสถียรภาพรัฐบาล¹⁸ ตัวอย่างของสภานิติบัญญัติแห่งชาติ พ.ศ. 2515 ที่อยู่ภายใต้อำนาจทางการเมืองของฝ่ายบริหารและรัฐสภาหลังรัฐประหารไม่ส่วนในการตัดสินใจหรือกำหนดนโยบายส่วนบทบาทต่อการแถลงนโยบายของรัฐบาล รัฐสภาหลังรัฐประหารชุดนี้ก็ได้ให้ความสนใจโดยการอภิปรายซักถามน้อยมาก¹⁹ หรือสภาพิธีการปกครองแผ่นดิน พ.ศ. 2519 ก็ขาดความเป็นอิสระในการปฏิบัติหน้าที่ ดังจะเห็นได้จากการถูกจำกัดบทบาทในด้านการเปิดอภิปรายทั่วไปเพื่อลงมติไม่ไว้วางใจ รวมถึงถูกจำกัดบทบาทในการให้ความเห็นชอบในการแถลงนโยบายบริหารราชการแผ่นดินของรัฐบาล²⁰ นั้นส่งผลให้สภาแต่งตั้งหลังรัฐประหารมีบทบาทเพื่อสนองนโยบายของรัฐมากกว่าการแก้ปัญหาความเดือดร้อนของสังคม รวมทั้งไม่ได้มีการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน²¹

3.3 สร้างความชอบธรรมให้คณะรัฐประหาร

รัฐสภาที่คณะรัฐประหารแต่งตั้งมีขึ้นเพื่อสร้างความชอบธรรมแก่การกระทำของคณะรัฐประหาร โดยมีเหตุผล 3 ประการที่ทำให้ผู้นำเผด็จการต้องใช้รัฐสภาในการสร้างความชอบธรรมประกอบด้วย เหตุผลแรก คือ การให้ผู้นำเผด็จการครองอำนาจยาวนานขึ้น เพราะถึงแม้ว่าคณะรัฐประหารจะมีอำนาจเหนือกว่าองค์กรนิติบัญญัติที่แต่งตั้งขึ้นมา แต่รัฐสภาจะถูกใช้เป็นข้ออ้างในการปฏิบัติภารกิจบางอย่างให้เสร็จสิ้นก่อนจะเปลี่ยนผ่านไปสู่ระบอบประชาธิปไตย เช่น การเป็นเครื่องมือประวิงเวลาในการจัดทำร่างรัฐธรรมนูญ²²

¹⁸ ไมตรี วิริยะ, “รัฐสภาไทย: การศึกษาวิเคราะห์เปรียบเทียบบทบาทของสภาผู้แทนราษฎร พุทธศักราช 2518 และ 2519 กับสภาพิธีการปกครองแผ่นดิน พุทธศักราช 2519,” (วิทยานิพนธ์รัฐศาสตรมหาบัณฑิต, บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2522).

¹⁹ สุจิต บุญบงการ, *บทบาทของสภานิติบัญญัติ*, (กรุงเทพฯ : เจ้าพระยาการพิมพ์, 2526).

²⁰ บรรลือ สุรินทร์ศิริรัฐ, “บทบาทของสมาชิกรัฐสภาที่เป็นข้าราชการประจำ: ศึกษาเฉพาะกรณีสภาพิธีการปกครองแผ่นดิน,” (วิทยานิพนธ์รัฐศาสตรมหาบัณฑิต, บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2524).

²¹ ดลสินี มาลัยพงษ์, “บทบาทของรัฐสภาไทยในการตรากฎหมาย: ศึกษากระบวนการนิติบัญญัติไทย ช่วง พ.ศ. 2507 – 2516,” (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2539).

²² ธราวุฒิ สิริผดุงชัย, “ระบบสภาเดี่ยว: ทางเลือกของระบบรัฐสภาไทย,” (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต,

เหตุผลที่สองคือการที่คณะรัฐประหารไม่สามารถใช้อำนาจเบ็ดเสร็จในการปกครองประเทศ โดยเฉพาะอย่างยิ่งหลังเหตุการณ์ 14 ตุลาคม พ.ศ. 2516 ประชาชนได้รับการศึกษาอย่างกว้างขวางทำให้มีความตื่นตัวทางการเมืองมากขึ้น เกิดการเรียกร้องให้ได้มาซึ่งสิทธิเสรีภาพตลอดจนความศรัทธาต่อระบอบประชาธิปไตย ทำให้บรรดาคณะรัฐประหารจำเป็นต้องอิงรูปแบบการปกครองในระบอบประชาธิปไตย เพื่อเป็นการผ่อนคลายความตึงเครียดและความกดดันในหมู่ประชาชน ดังนั้นคณะรัฐประหารจึงต้องสร้างสถาบันทางการเมืองที่จะสะท้อนให้เห็นสัญลักษณ์ของการปกครองแบบประชาธิปไตย²³ เหตุผลที่สามคือ เพื่อให้รัฐสภาเป็นตราประทับรับรองการออกกฎหมายของฝ่ายบริหารให้มีความชอบธรรมมากขึ้น

4. การออกแบบสถาบันทางการเมืองของระบอบ คสช.

ในการรัฐประหาร 22 พฤษภาคม พ.ศ. 2557 คณะรักษาความสงบแห่งชาติเลือกใช้สถาบันทางการเมืองหลักถึง 5 แห่ง โดยเปรียบเปรยว่าสถาบันหลักนี้เป็นเหมือนดั่ง “แม่น้ำห้าสาย” ที่มีจุดกำเนิดมาจากที่เดียวกันคือ รัฐธรรมนูญชั่วคราว 2557 สถาบันทางการเมืองทั้ง 5 แห่งมีจุดประสงค์เพื่อตอบสนองภารกิจหลัก 3 ประการ เพื่อไม่ให้การรัฐประหารครั้งนี้ต้อง “เสียของ” คือ 1) การดูแลการเปลี่ยนผ่านรัชสมัยให้เป็นไปอย่างราบรื่น 2) การสถาปนาบทบาทนำของชนชั้นนำภาครัฐ และ 3) การจัดแนวนโยบายปฏิบัติของรัฐบาล²⁴ ภายใต้ฉาหน้าคือ “ภารกิจการปฏิรูปประเทศ”²⁵ กล่าวได้ว่าการรัฐประหารครั้งนี้ นำโดยกลุ่มทหาร ตามด้วยกลุ่มข้าราชการพลเรือน และกลุ่มชนชั้นกลางที่มีแนวคิดต่อต้านนักการเมืองจากการเลือกตั้ง ดังจะเห็นได้จากสัดส่วนของสมาชิกของแต่ละสถาบันการเมืองที่ต้องมีทหารและข้าราชการที่มีบทบาทนำ ตามด้วยกลุ่มชนชั้นกลางที่มีแนวคิดสนับสนุนการรัฐประหารของ คสช.

สาขากฎหมายมหาชน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2554).

²³ บรรลือ สุรินทร์ศรีรัฐ, “บทบาทของสมาชิกวุฒิสภาที่เป็นข้าราชการประจำ: ศึกษาเฉพาะกรณีสภาปฏิรูปการปกครองแผ่นดิน,” (วิทยานิพนธ์รัฐศาสตรมหาบัณฑิต, บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2524).

²⁴ ประจักษ์ ก้องกีรติ และวีระยุทธ กาญจน์ชูฉัตร, “ระบอบประยุทธ์ การสร้างรัฐทหารและทุนนิยมแบบช่วงสั้น,” *ฟ้าเดียวกัน*, 16, ฉ.2 (กรกฎาคม-ธันวาคม 2561).

²⁵ อรรถสิทธิ์ พานแก้ว และคณะ, *จุด (ไม่) จบ : ช่วงเวลาการเมืองไทย 48-59*, (กรุงเทพฯ: สถาบันพระปกเกล้า, 2559).

อย่างไรก็ตามความเข้มข้นในการเลือกใช้สถาบันทางการเมืองของคณะรักษาความสงบแห่งชาติมีความแตกต่างกัน ดังจะเห็นได้ว่าสถาบันทางการเมืองที่มีบทบาทสำคัญมาก คือ คณะรักษาความสงบแห่งชาติ คณะรัฐมนตรี และสภานิติบัญญัติแห่งชาติ จะมีทหารเป็นหัวหน้าและมีอำนาจหน้าที่สำคัญตามกฎหมาย ขณะที่สถาบันทางการเมืองที่มีความสำคัญน้อย คือ คณะกรรมาธิการยกร่างรัฐธรรมนูญ และสภาพัฒนาการเมือง/สภาขับเคลื่อนการปฏิรูปประเทศ จะเปิดโอกาสให้กลุ่มทางสังคมที่มีความหลากหลายกว่าเข้ามาเป็นสมาชิก อย่างไรก็ตามกลุ่มข้าราชการก็ยังคงมีบทบาทน้อยอยู่ ทั้งนี้ สถาบันการเมืองที่ คสช. ให้ความสำคัญน้อยจะมีอำนาจไม่มากหรือบางครั้งไม่มีอำนาจเลย เช่น อำนาจในการจัดทำร่างรัฐธรรมนูญของคณะผู้ร่างรัฐธรรมนูญ อำนาจการเห็นชอบร่างรัฐธรรมนูญของสภาพัฒนาการเมือง และการทำหน้าที่เพียงเขียนแผนปฏิรูปประเทศของสภาขับเคลื่อนการปฏิรูปประเทศ

มีข้อสังเกตว่าทำไมคณะรักษาความสงบแห่งชาติถึงต้องใช้สถาบันการเมืองมากขนาดนี้ เพราะหากเราย้อนไปดูการรัฐประหารในอดีต จะพบว่ามีเพียงรัฐประหาร 19 กันยายน พ.ศ. 2549 เท่านั้นที่ใช้สถาบันการเมืองมากขนาดนี้ ขณะที่การคณะรัฐประหารก่อนหน้านี้จะมีแค่สภานิติบัญญัติ คณะรัฐมนตรี คณะรัฐประหาร และคณะผู้ร่างรัฐธรรมนูญ ทั้งนี้การเห็นชอบร่างรัฐธรรมนูญในอดีตยังเป็นหน้าที่ของสภานิติบัญญัติเท่านั้น ซึ่งต่างจากการรัฐประหารสองครั้งล่าสุดที่ คณะรัฐประหารยกบทบาทการเห็นชอบร่างรัฐธรรมนูญไปอยู่ยังสภาอื่น คือ ในปี 2549 เป็นสภาร่างรัฐธรรมนูญ และปี 2557 เป็นสภาพัฒนาการเมือง ในแง่หนึ่งการมีสถาบันทางการเมืองจำนวนมากก็เพื่อเป็นการแบ่งปันอำนาจของกลุ่มต่างๆ ในสังคม และเป็นการสร้างความชอบธรรมในการปกครองให้กับ คสช.

นอกจากนี้ ในด้านหนึ่งเพื่อให้จุดประสงค์ในการยึดอำนาจประสบความสำเร็จ คสช. จำเป็นต้องกระชับอำนาจให้กับกลุ่มตนเองให้มากที่สุด ขณะเดียวกันก็ต้องการกระจายการมีส่วนร่วมให้กับกลุ่มสังคมอื่นๆ เพื่อลดแรงต่อต้านนอกระบบ ดังนั้น คสช. จึงจำเป็นต้องให้ผลประโยชน์และพื้นที่ในการแสดงออกแบบทางการกับคนกลุ่มต่างๆ ด้วยภาวะที่ต้องตั้งและต้องหย่อนไปพร้อมๆ กัน ทำให้การมีสถาบันการเมืองแบบประชาธิปไตยแห่งเดียวจึงไม่พอด้วยเหตุนี้ คสช. จึงต้องมีสถาบันการเมืองแบบประชาธิปไตยสองแห่งคือสภานิติบัญญัติแห่งชาติ (สนช.) และสภาพัฒนาการเมือง (สปช.) กล่าวคือ สนช. เป็น “สถาบันการเมืองแบบกระชับอำนาจ” ที่ คสช. มอบอำนาจสำคัญในด้านนิติบัญญัติทุกด้านเพื่อทำภารกิจสำคัญของระบอบ ขณะที่ สปช. คือ “สถาบันแบบกระจายการมีส่วนร่วม” ที่ คสช. มอบภารกิจสำคัญด้านนิติบัญญัติเพียงอย่าง

เดียวคือการเห็นชอบร่างรัฐธรรมนูญ นอกจากนี้ยังมีหน้าที่จัดทำแผนการปฏิรูปประเทศซึ่งเป็นภารกิจที่เอาไว้แต่งหน้าระบอบ คสช. ให้สวยงาม ทั้งนี้ภารกิจทั้งสองเป็นเหมือนสินค้าโฆษณาชวนเชื่อใจให้ประชาชนและฝ่ายต่อต้านกลุ่มต่างๆ มุ่งความสนใจไปที่การร่างรัฐธรรมนูญและการปฏิรูปประเทศของ สปช. มากกว่าการออกกฎหมายหรือการแต่งตั้งกรรมการองค์กรอิสระที่ดำเนินการโดย สนช. แม้รัฐธรรมนูญจะเป็นเรื่องที่สำคัญและสัมพันธ์ต่อการสืบอำนาจของ คสช. แต่เนื่องจากรัฐธรรมนูญ คือรูปธรรมทางการเมืองที่ทุกฝ่ายต่างจับจ้อง ดังนั้นการเลือกที่จะปล่อยร่างรัฐธรรมนูญให้อยู่ในมือของ สปช. ในขณะที่ คสช. เพียงควบคุมอยู่ห่างๆ แม้จะมีความเสี่ยงที่อาจจะไม่ได้เนื้อหารัฐธรรมนูญตามต้องการแบบ 100% แต่ถ้าดึงรัฐธรรมนูญเข้ามาอยู่สถาบันที่กระชับอำนาจอย่าง สนช. ก็มีความเสี่ยงที่จะถูกต่อต้านสูงขึ้น โดยเฉพาะจากกลุ่มที่เป็นพวกเดียวกันที่ไม่ได้เป็นกลุ่มทหารและข้าราชการ และอาจกระทบต่อการทำหน้าที่อื่นของ สนช. ตามไปด้วย อย่างไรก็ตาม ในความเป็นจริงทางการเมืองรัฐธรรมนูญไทยก็ไม่ได้มีความสำคัญมากกว่าพระราชบัญญัติโดยทั่วไป กล่าวคือ “รัฐธรรมนูญล้นง่ายแต่กฎหมายทั่วไปล้นยาก” ดังนั้นการให้ สนช. มีอำนาจในการพิจารณาพระราชบัญญัติในบางครั้งอาจมีความสำคัญมากกว่าการพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญ ของ สปช. และการที่ สนช. ไม่ได้ถูกจับจ้องจากสังคมมากทำให้การทำงานส่วนใหญ่ของ สนช. จึงเป็นไปอย่างรวดเร็ว

5. บทบาทของสภานิติบัญญัติแห่งชาติในการทำให้ระบอบ คสช. อยู่รอด

จากการศึกษาบทบาทของสภานิติบัญญัติแห่งชาติพบว่า ในการทำหน้าที่พิจารณากฎหมาย การแต่งตั้งกรรมการองค์กรอิสระและตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ การถอดถอนนักการเมือง และการมีส่วนในการร่างรัฐธรรมนูญ และคำถามพ่วงประชามติ ได้แสดงบทบาทช่วยให้ระบอบ คสช. อยู่รอดได้ยาวนานขึ้น ดังตัวอย่างต่อไปนี้

5.1 สภานิติบัญญัติแห่งชาติพื้นที่ประนีประนอมทางการเมืองภายในระบอบ คสช.

สภานิติบัญญัติแห่งชาติเป็นพื้นที่ทางการเมืองแบบกระชับอำนาจของ คสช. และถูกวางกลไกให้เป็นพื้นที่ สำหรับการประนีประนอมในหมู่ชนชั้นนำภาครัฐ และกลุ่มพลเรือนที่สนับสนุนระบอบ คสช. ดังจะเห็นจากกรณีการถอดถอนนักการเมืองที่ดูเหมือนว่าสมาชิก สนช. ฝ่ายทหารจะไม่เห็นด้วยที่จะให้ สนช. มีอำนาจถอดถอน ในขณะที่สมาชิก สนช. ฝ่ายพลเรือนที่นำโดยกลุ่ม

40 ส.ว. นั้นเห็นด้วยว่าควรมีอำนาจนี้²⁶ อย่างไรก็ตามแม้จะมีความเห็นค้านกัน แต่ผลจบลงด้วยการที่ สนช. เลือกที่จะถอดถอนบางคนและไม่ถอดถอนบางคนเพื่อรักษาสมาคมในระบอบไม่ให้มีการต่อต้านมากเกินไป²⁷ แน่นอนว่าเวที สนช. ช่วยให้สมาชิกแสดงความต้องการได้อย่างเปิดเผยและเป็นการลดการวิพากษ์วิจารณ์ในพื้นที่สาธารณะที่จะพุ่งไปยังระบอบ คสช. หรือในกรณีของการพิจารณาร่างกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการเลือกตั้ง ส.ส. ที่เวทีสมานิติบัญญัติแห่งชาติได้กลายเป็นพื้นที่ในการประนีประนอมความเห็นต่างระหว่างสถาบันทางการเมือง กล่าวคือเมื่อ สนช. พิจารณาเห็นชอบ ร่างกฎหมายลูก ส.ส. แล้ว แต่คณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญยังมีความไม่เห็นด้วยในบางประเด็นที่อาจจะขัดกับรัฐธรรมนูญ เวกี สนช. จึงเป็นเวทีซึ่งนำ กรธ. กกต. และ สนช. มานั่งหาทางออกร่วมกัน แม้ในที่สุดร่างกฎหมายลูกฉบับนี้จะผ่านความเห็นชอบจาก สนช. เป็นครั้งที่สองและก็ยังมีความเห็นไม่ตรงกันอีกในบางประเด็น แต่พลเอกประยุทธ์ จันทร์โอชา หัวหน้า คสช. ก็ใช้เวทีของ สนช. ส่งสัญญาณถึงความต้องการของตัวเองได้²⁸ จนทำให้ สนช. ต้องนำร่างกฎหมายลูกฉบับนี้ไปให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยก่อนประกาศใช้

5.2 สมานิติบัญญัติแห่งชาติ พื้นที่แก้ไขความขัดแย้งภายในระบอบ คสช.

เมื่อสมเด็จพระสังฆราช สกลมหาสังฆปริณายกสิ้นพระชนม์ ต่อมาวันที่ 5 มกราคม พ.ศ. 2559 มหาเถรสมาคมจะดำเนินการตามพระราชบัญญัติคณะสงฆ์ พ.ศ. 2535 มีมติเลือกสมเด็จพระมหารัชมังคลาจารย์ หรือ “สมเด็จพระช่วง” ในฐานะสมเด็จพระราชาคณะผู้มีอาวุโสสูงสุดโดยสมณศักดิ์เป็นสมเด็จพระสังฆราชองค์ใหม่ แต่ก็มีผู้ยื่นเรื่องคัดค้านมติดังกล่าว เช่น พระพุทธอิสระ ยื่นหนังสือต่อรัฐบาลไม่ให้ทูลเกล้าฯ สมเด็จพระช่วง เพราะมีพฤติกรรมไม่เหมาะสม ขณะที่นายไพบูลย์ นิติตะวัน สมาชิกสภาปฏิรูปแห่งชาติ ยื่นร้องเรียนผู้ตรวจการแผ่นดิน ว่าขั้นตอนการเสนอชื่อสมเด็จพระช่วงมีความถูกต้องหรือไม่ ส่วนผู้สนับสนุนสมเด็จพระช่วง นำโดยพระเมธีธรรมาจารย์ เลขาธิการศูนย์พิทักษ์พระพุทธศาสนาแห่งประเทศไทย โดยมีการชุมนุมใหญ่ที่พุทธมณฑล จังหวัดนครปฐม เพื่อสนับสนุนมติมหาเถรสมาคม

²⁶ โปสทูเดย์, “สนช.รับไม่แน่ใจมีอำนาจถอดสมณศักดิ์-นิคมหรือไม่,” โปสทูเดย์, สืบค้นเมื่อวันที่ 19 พฤษภาคม 2563, <https://www.posttoday.com/politic/324504>.

²⁷ iLaw, “รายงานหนึ่งปี สนช. 2/3: การแต่งตั้ง-ถอดถอน,” iLaw, สืบค้นเมื่อวันที่ 19 พฤษภาคม 2563 <https://ilaw.or.th/node/3798>.

²⁸ iLaw, “เลือกตั้งเข้าไป ใครสั่ง ...,” iLaw, สืบค้นเมื่อวันที่ 19 ตุลาคม 2562 <https://ilaw.or.th/node/4781>.

ความขัดแย้งในวงการสงฆ์ทำให้พลเอกประยุทธ์ จันทร์โอชา หัวหน้า คสช. ประกาศว่าจะไม่ทูลเกล้าฯ รายชื่อสมเด็จพระสังฆราชองค์ใหม่ ส่งผลให้ความขัดแย้งดังกล่าวมุ่งไปสู่พลเอกประยุทธ์ ที่ไม่ยอมทูลเกล้าฯ รายชื่อสมเด็จพระสังฆราชพระองค์ใหม่ตามมติมหาเถรสมาคม ในที่สุดความขัดแย้งที่ดูจะหาจุดจบไม่ได้ สมาชิก สนช. จำนวนหนึ่งจึงได้เสนอแก้ไขร่าง พ.ร.บ.คณะสงฆ์ ให้พระมหากษัตริย์เป็นผู้แต่งตั้งสมเด็จพระสังฆราชแทนมหาเถรสมาคม²⁹ การดำเนินการของ สนช. ช่วยลดความขัดแย้งลงได้ ขณะเดียวกันแรงปะทะจากเดิมที่ตกอยู่กับพลเอกประยุทธ์ได้ตกมาอยู่ สนช. แทนซึ่งนับเป็นเวลาไม่นาน ทั้งนี้จะเห็นได้ สนช. ถูกวางให้เป็นหลักเกณฑ์การปกครองความสัมพันธ์ท่ามกลางชนชั้นนำภายในระบอบ คสช. เพื่อรักษาเสถียรภาพการปกครอง เมื่อผู้นำต้องเผชิญหน้ากับสถานการณ์ที่มีความขัดแย้งสูง สนช. ก็จะเป็นพื้นที่ในการลดความขัดแย้งลง

5.3 สถานิติบัญญัติแห่งชาติพื้นที่จัดสรรอำนาจภายในระบอบ คสช.

สถานิติบัญญัติแห่งชาติด้วยตัวเอง คือการแบ่งปันอำนาจในหมู่ชนชั้นนำและผู้สนับสนุนการรัฐประหารของ คสช. อย่างไรก็ตาม สนช. ก็ยังมีหน้าที่ในการจัดสรรแบ่งปันอำนาจภายในระบอบ คสช. ให้ลงตัวยิ่งขึ้น ดังเช่น การแต่งตั้งกรรมการในองค์กรอิสระและตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ ซึ่งพบว่าผู้ที่ได้รับการแต่งตั้งจาก สนช. ส่วนใหญ่จะมาจากกระบบราชการด้วยกันทั้งสิ้น และบางคนยังเคยทำงานให้กับระบอบ คสช. ผ่านการเป็นอดีตกรรมการยกร่างรัฐธรรมนูญ อดีตสมาชิกสภาปฏิรูปแห่งชาติ หรือแม้กระทั่งอดีตสมาชิก สนช. เอง³⁰ ทั้งนี้การเลือกบุคคลเข้าไปดำรงตำแหน่งต่างๆ ยังสะท้อนว่า สนช. เลือกคนที่มีภูมิหลังมาจากกระบบราชการมากกว่าส่วนอื่นๆ ดังจะเห็นได้จากการแต่งตั้งกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ (กสม.) จำนวน 7 คน ที่ สนช. เลือกเพียง 2 คน ที่มาจากกระบบราชการเข้าไป ขณะที่อีก 5 คน ซึ่งเป็นนักวิชาการและเอ็นจีโอถูกปิดกั้นไป³¹

ทั้งนี้ถึงแม้ว่าในทฤษฎีการแบ่งปันอำนาจด้วยการดึงกลุ่มต่างๆ ในหมู่ชนชั้นนำหรือฝ่ายที่ต่อต้านให้เข้ามาทำงานร่วมกันจะทำให้ระบอบเผด็จการมั่นคงขึ้นและอยู่ในตำแหน่งยาวนาน และการแบ่งปันอำนาจในระบอบเผด็จการจะประสบความสำเร็จได้ต่อเมื่อถูกสนับสนุนโดยเครือข่าย

²⁹ บีบีซีไทย, “เส้นทางการแต่งตั้งสมเด็จพระสังฆราชองค์ที่ 20,” บีบีซีไทย, สืบค้นเมื่อวันที่ 31 พฤษภาคม 2563 <https://www.bbc.com/thai/thailand-38905450>.

³⁰ iLaw, “สสป คสช. ใช้มาตรา 44 + สนช. เข้ายึดองค์กรอิสระได้เบ็ดเสร็จตามใจ,” iLaw, สืบค้นเมื่อวันที่ 19 ตุลาคม 2563 <https://ilaw.or.th/node/4808>.

³¹ ผู้จัดการออนไลน์, “สนช. ตัดทอน 5 ที่ก.สิทธิฯ ผิดคาด-พิสูจน์ยากการเมืองแทรก,” ผู้จัดการออนไลน์, สืบค้นเมื่อวันที่ 19 พฤษภาคม 2563 <https://mgronline.com/daily/detail/9610000128701>.

ของผู้ปกครองซึ่งมีความสามารถในการต่อต้านระบอบการปกครอง และสภานิติบัญญัติแห่งชาติ จะหมดประสิทธิภาพหรือพังทลายลงเมื่อเกิดความไม่สมดุลของอำนาจภายในแนวร่วมชนชั้นปกครองเอง ในแง่นี้จึงอาจกล่าวได้ว่ากลุ่มผู้สมัคร กสม. ที่ถูกเคย สนช. ปิดตกไปนั้น แม้อาจถูกมองว่าเป็นกลุ่มต่อต้านระบอบแต่อาจไม่ใช่แนวร่วมที่จะทำลายระบอบได้

5.4 สภานิติบัญญัติแห่งชาติพื้นที่ลดการวิพากษ์วิจารณ์ต่อ คสช.

พลเอกประยุทธ์ จันทร์โอชา หัวหน้า คสช. และนายกรัฐมนตรี กล่าวถึงเหตุผลที่จำเป็นต้องมีการแก้ไขพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์พ.ศ. 2550 (“พ.ร.บ. คอมพิวเตอร์ฯ”) ว่าเพราะมีข้อมูลด้านลบมาจากต่างประเทศซึ่งป้องกันได้ยาก โดยเฉพาะการหมิ่นสถาบัน ดังนั้นจึงจำเป็นต้องเพื่อสกัดกั้นข้อมูล ซึ่งเป็นการทำผิดกฎหมาย ขณะที่เนื้อหาสาระสำคัญที่รัฐบาลต้องการแก้ไขสร้างความกังวลจากเครือข่ายภาคประชาชนที่เห็นว่าการแก้ไขมีเนื้อหาที่กระทบสิทธิเสรีภาพของประชาชน การรณรงค์ของประชาชนในโลกออนไลน์ได้เรียกร้องกดดันให้ สนช. ถอนร่าง พ.ร.บ. คอมพิวเตอร์ฯ ออกจากการพิจารณา มีประชาชนมากกว่าสามแสนคนลงชื่อในเว็บไซต์ Change.org จนทำให้ สนช. ต้องจัดให้มีเวทีรับฟังความคิดเห็น แม้ในอีกด้านจะถูกวิจารณ์ว่าเป็นเวทีอธิบายข้อดีของร่างกฎหมายมากกว่า อย่างไรก็ตาม ร่าง พ.ร.บ. คอมพิวเตอร์ฯ ก็ผ่านความเห็นชอบจาก สนช. และมีการแก้ไขบางมาตราเพื่อลดข้อครหาจากภาคประชาชน เช่น การหมิ่นประมาทตามประมวลกฎหมายอาญาไม่ถูกนำมาใช้กับ พระราชบัญญัติคอมพิวเตอร์ฯ

จากกรณีการพิจารณา พ.ร.บ. คอมพิวเตอร์ฯ และที่แก้ไขเพิ่มเติม ซึ่งเป่าประสงค์ที่แท้จริงของรัฐบาล คสช. ที่เสนอร่างกฎหมายฉบับนี้ต่อ สนช. คือต้องการออกกฎหมายควบคุมจำกัดเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของผู้คนโลกออนไลน์³² และเมื่อกฎหมายฉบับนี้เข้าสู่การพิจารณาของ สนช. ก็เกิดกระแสต่อต้านอย่างมากที่สุด โดยเฉพาะอย่างยิ่งในโลกออนไลน์³³ ทั้งนี้หากการพิจารณากฎหมายฉบับนี้เป็นการตัดสินใจโดยลำพังของพลเอกประยุทธ์บางครั้งอาจทำให้เขาต้องแบกรับภาระความรับผิดชอบในการถูกวิพากษ์วิจารณ์หรือถูกท้าทายในรูปแบบต่างๆ เพียงคนเดียว ดังนั้นการที่คณะรักษาความสงบแห่งชาติเลือกให้มีสภานิติบัญญัติแห่งชาติพร้อมกับ

³² มติชนออนไลน์, “นายกฯ ลั่น พ.ร.บ.คอมพิวเตอร์ฯ จำเป็น สกัดกั้นข้อมูลด้านลบ-เว็บหมิ่นสถาบัน,” มติชนออนไลน์, สืบค้นเมื่อวันที่ 19 พฤษภาคม พ.ศ. 2563 https://www.matichon.co.th/politics/news_395145.

³³ ผู้จัดการออนไลน์, “พลเมืองเน็ต ยื่น 3 แสนชื่อ เสนอ สนช.ทบทวนร่าง กม.คอมพิวเตอร์,” ผู้จัดการออนไลน์, สืบค้นเมื่อ 19 พฤษภาคม 2563 <https://mgronline.com/politics/detail/9590000124708>.

ให้อำนาจตัดสินใจบางอย่างจึงเท่ากับเป็นการกระจายความรับผิดชอบ ซึ่งการแบ่งความรับผิดชอบ ทำให้เป้าของการวิพากษ์วิจารณ์กำกวม และ สนช. ก็เป็นเป้าหลักในการถูกวิพากษ์วิจารณ์จากการผ่านร่าง พ.ร.บ. คอมพิวเตอร์ฯ

5.5 สถานิติบัญญัติแห่งชาติพื้นที่สร้างความมั่นคงทางการเมืองให้กับ คสช.

รัฐธรรมนูญ 2560 มีความสำคัญในระดับที่เป็นการสืบทอดอำนาจของ คสช. ซึ่งสถานิติบัญญัติแห่งชาติไม่ได้มีหน้าที่โดยตรง กล่าวในทางทฤษฎีเมื่อระบอบเผด็จการต้องเจอกับอิทธิพลบางอย่างที่จะทำให้พวกเขามีอำนาจลดลงหรือทำให้พวกเขาต้องออกจากอำนาจไป ดังนั้นพวกเขาจึงจำเป็นต้องสร้างสถาบันทางการเมืองเพื่อช่วยให้พวกเขาลดความสูญเสียอำนาจนี้ กล่าวคือการเดินทางไปสู่การเลือกตั้งหรือระบอบเผด็จการที่มีการแข่งขัน คสช. จะต้องสูญเสียอำนาจอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ ในที่นี้ สนช. จึงเป็นอีกพื้นที่สำคัญในการสร้างความมั่นคงทางการเมืองในอนาคตให้กับ คสช. เช่น การพิจารณาพระราชบัญญัติว่าด้วยการจัดทำยุทธศาสตร์ พ.ศ. 2560 ที่กำหนดให้มีคณะกรรมการยุทธศาสตร์ชาติ ประกอบไปด้วยทหารและกลุ่มนายทุนธุรกิจชั้นนำของประเทศ ซึ่งมีอำนาจในการควบคุมรัฐบาลจากการเลือกตั้งและรักษาเสถียรภาพทางการเมืองให้กับชนชั้นภาครัฐ³⁴หรืออีกบทบาทหนึ่งคือการมีส่วนร่วมในการจัดทำร่างรัฐธรรมนูญและการรณรงค์ออกเสียงประชามติ แม้บทบาทโดยตรงในการร่างรัฐธรรมนูญของ สนช. จะไม่เด่น แต่การเสนอคำถามพ่วงประชามติให้ ส.ว. มีสิทธิเลือกนายกรัฐมนตรีได้คือจุดพลิกสำคัญที่เพิ่มอำนาจต่อรองให้ คสช. ในการจัดตั้งรัฐบาล³⁵ นอกจากนี้การผ่านร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยการออกเสียงประชามติร่างรัฐธรรมนูญ พ.ศ.2559 ก็เป็นหมุดหมายสำคัญที่ทำให้การรณรงค์ประชามติฝ่ายเดียวและสามารถควบคุมการแสดงความคิดเห็นของคนเห็นต่างประสบความสำเร็จ³⁶ นอกจากนี้การถอดถอนและตัดสิทธิทางการเมืองจากพรรคเพื่อไทย เท่ากับเป็นการลดอิทธิพลของคู่แข่งทางการเมืองในอนาคต และลดบทบาททางการเมืองของนักการเมืองเหล่านี้ที่มีจะอิทธิพลต่อการเลือกตั้ง

³⁴ iLaw, “คนหน้าซ้ำเตรียมรับงานใหม่ ในโรดแมปการร่างยุทธศาสตร์ชาติ และแผนปฏิรูป,” iLaw, สืบค้นเมื่อวันที่ 31 พฤษภาคม 2563 <https://ilaw.or.th/node/4562>.

³⁵ iLaw, “ที่มา-ที่ไป เจตนาารมณ์คำถามพ่วงส.ว.เสนอชื่อนายกฯได้ไหม?,” iLaw, สืบค้นเมื่อเมื่อวันที่ 19 พฤษภาคม 2563 <https://ilaw.or.th/node/4251>.

³⁶ iLaw, “รายงาน: พ.ร.บ.ประชามติฯ กับความไม่เป็นธรรมที่ยังไรคนรับผิดชอบ,” iLaw,, สืบค้นเมื่อวันที่ 19 พฤษภาคม 2563 <https://ilaw.or.th/node/4287>.

6. บทสรุป

ความซับซ้อนของการเมืองไทยที่มีมากขึ้นก็ยิ่งทำให้โครงสร้างการปกครองหลักการรัฐประหารก็ยิ่งซับซ้อนตามไปด้วย กล่าวคือตลอดห้าปีนับตั้งแต่การรัฐประหารในปี 2557 – 2562 ภายใต้การนำของรัฐบาลพลเอกประยุทธ์ จันทร์โอชา ระบุขอบเขตการทำงานภายใต้กลไกเชิงสถาบัน 5 แห่ง หรืออุปมาอุปไมยว่าเป็นดั่งแม่น้ำ 5 สายที่ออกแบบมาเพื่อทำหน้าที่ตามอำนาจที่ได้รับมอบหมายจากรัฐธรรมนูญชั่วคราว 2557 หากเปรียบเทียบกับกรอบสถาบันทางการเมืองของรัฐประหารก่อนนี้จะพบว่า มีเพียงแค่รัฐประหาร พ.ศ. 2549 ซึ่งเป็นการรัฐประหารที่เป็นจุดเริ่มต้นของการรัฐประหาร พ.ศ. 2557 เท่านั้นที่ใช้สถาบันการเมืองถึง 5 แห่ง ขณะที่โดยทั่วไปนับตั้งแต่การรัฐประหารของจอมพลสฤษดิ์ ธนะรัชต์ เป็นต้นมา คณะรัฐประหารเลือกใช้สถาบันการเมืองเพียง 3-4 แห่ง คือ คณะรัฐประหาร คณะรัฐมนตรี สภานิติบัญญัติ และในบางครั้งมีคณะผู้ร่างรัฐธรรมนูญด้วย

สาเหตุที่คณะรัฐประหารต้องใช้สถาบันทางการเมืองจำนวนมากขึ้น โดยเฉพาะอย่างยิ่งการมีสถาบันการเมืองแบบประชาธิปไตยในรูปแบบสภาที่แยกออกมาจากสภานิติบัญญัติโดยได้รับบทบาทหน้าที่เกี่ยวกับการร่างรัฐธรรมนูญเป็นหลัก เนื่องจากพลังการเมืองนอกระบบราชการที่ทำให้ชนชั้นกลาง และนักการเมืองต่างจังหวัดทั้งระดับชาติและท้องถิ่นมีอำนาจต่อรองในทางการเมืองมากยิ่งขึ้น³⁷ ส่งผลให้ คสช. จึงจำเป็นต้องสร้างเวทีทางการเมืองเพื่อให้กลุ่มต่างๆ ที่นอกเหนือจากชนชั้นนำภาครัฐได้เข้ามามีบทบาทในการแสดงออกทางการเมือง ซึ่งการแสดงบทบาทของคนกลุ่มต่างๆ เหล่านี้ยังคงอยู่ภายใต้การควบคุมของคณะรัฐประหาร อย่างไรก็ตามเป้าหมายทางการเมืองที่ไม่ต้องการให้รัฐประหารเสียของและให้การปกครองของ คสช. มีเสถียรภาพ ทำให้ระบอบ คสช. ต้องออกแบบสถาบันทางการเมืองออกเป็น 2 ประเภท คือ

ประเภทที่หนึ่ง “สถาบันทางการเมืองแบบกระชับอำนาจ” คือสถาบันการเมืองที่สมาชิกส่วนใหญ่เป็นกลุ่มเดียวหรือมีภูมิหลังใกล้เคียงกับคณะรักษาความสงบแห่งชาติที่มีอำนาจสูงสุด สถาบันทางการเมืองแบบนี้จะได้รับอำนาจและหน้าที่รับผิดชอบที่สำคัญมากกว่าสถาบันอื่นๆ ดังนั้นในความหมายนี้ สภานิติบัญญัติแห่งชาติ (สนช.) และ คณะรัฐมนตรี (ครม.) จึงจัดเป็นสถาบันการเมืองแบบกระชับอำนาจ เพราะจะเห็นว่าสถาบันทั้งสองแห่ง คือพื้นที่สงวนของทหารและ

³⁷ อภิชาติ สถิตนิรามัย และคณะ, รายงานวิจัยบทบาทชนภูมิทัศน์การเมืองไทย, (เชียงใหม่: แผนงานสร้างเสริมนโยบายสาธารณะที่ดี สถาบันศึกษานโยบายสาธารณะ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่, 2556), 19.

ชนชั้นภาครัฐที่แทบจะไม่เปิดโอกาสให้คนกลุ่มอื่นๆ เข้ามามีบทบาทน้อยมาก และยังมีอำนาจตัดสินใจแบบทางมากเกินกว่าสถาบันอื่นๆ

ประเภทที่สอง “สถาบันทางการเมืองแบบกระจายการมีส่วนร่วม” คือสถาบันการเมืองที่ผู้นำรัฐประหารเปิดโอกาสให้กลุ่มอื่นๆ ในสังคมที่ไม่ได้มีภูมิหลังใกล้เคียงกับ คสช. เข้ามามีส่วนร่วมในระบอบเพื่อการแสดงออกถึงความต้องการของตนเอง แต่สถาบันลักษณะนี้จะมีอำนาจน้อยหรือไม่มีอำนาจไม่สำคัญ ดังนั้น สถาปนิกรูปแห่งชาติ (สปช.) สมาชิกเขื่อนการปฏิรูปประเทศ (สปท.) และคณะกรรมการยกร่างรัฐธรรมนูญ จึงจัดอยู่ในสถาบันประเภทนี้ เนื่องจากสถาบันเหล่านี้สมาชิกที่หลากหลาย ซึ่งบางครั้งอาจทำทนายระบอบได้ ด้วยเหตุนี้ เมื่อพวกเขาถูกแต่งตั้งมาอยู่ในสถาบันการเมืองภายใต้การดูแลของ คสช. จะลดโอกาสให้พวกเขาออกไปเรียกร้องความต้องการบนท้องถนนหรือพื้นที่สาธารณะอื่นๆ

ระยะเวลา 5 ปี ของระบอบ คสช. บทบาทของ สนช. ได้พิสูจน์เห็นว่าเป็นกลไกที่สำคัญในการทำให้ระบอบ คสช. บรรลุเป้าหมายในการรัฐประหาร และช่วยทำให้ระบอบ คสช. อยู่รอดยาวนานขึ้น ตั้งแต่การพิจารณาร่างกฎหมาย การแต่งตั้งกรรมการองค์กรอิสระและตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ การถอดถอนนักการเมือง และการมีส่วนร่วมในการจัดทำร่างรัฐธรรมนูญ และการรณรงค์ออกเสียงประชามติ ผลลัพธ์ของการทำหน้าที่ต่างๆ ของ สนช. คือ ช่วยลดแรงปะทะการวิพากษ์วิจารณ์ไปยังผู้นำ คสช. กลายเป็นเวทีประนีประนอมระหว่างสถาบันการเมืองต่างๆ เป็นสถานที่แบ่งปันและขยายบทบาทของชนชั้นนำภาครัฐไปยังองค์กรอิสระและศาลรัฐธรรมนูญ และช่วยให้การสืบทอดอำนาจของผู้นำ คสช. และเครือข่ายมีแต้มต่อที่คู่แข่งไม่สามารถเอาชนะได้

ระบอบเผด็จการเป็นระบอบการเมืองที่มีการพัฒนาที่ไม่หยุดนิ่ง แม้จะดูเป็นระบอบที่ล้าสมัยและฝืนกระแสโลกแต่ก็อยู่ได้อย่างคงทนในประเทศไทย แน่นอนว่าการใช้สถาบันการเมืองแบบประชาธิปไตยมีส่วนให้เผด็จการครองอำนาจได้อย่างนานขึ้น แต่ในขณะเดียวกันวัฒนธรรมทางการเมืองของไทยที่คนจำนวนไม่น้อยยอมรับและเคยชินกับการรัฐประหารก็ทำให้เผด็จการอยู่ได้นานมากขึ้นเช่นกัน กล่าวคือการที่ระบอบเผด็จการอยู่ได้นานก็เพราะพวกเขาได้รับแรงสนับสนุนจากประชาชนทั้งด้วยความเต็มใจและอาจด้วยความจำยอม ดังนั้น เมื่อผู้นำเผด็จการหยิบยื่นตำแหน่งและเกียรติยศทางการเมืองให้กับบุคคลสำคัญกลุ่มต่างๆ ของสังคมให้เข้าไปนั่งในรัฐสภา ก็เท่ากับว่าพวกเขาให้ความร่วมมือกับระบอบเผด็จการและขณะเดียวกันก็เท่ากับลดพลังในการต่อต้าน ซึ่งจะช่วยให้ระบอบเผด็จการ

สุดท้ายบทความนี้ค้นพบว่าผู้นำระบบเผด็จการไม่สามารถปกครองโดยปราศจากความร่วมมือของกลุ่มต่าง ๆ ดังนั้นสถาบันทางการเมืองแบบประชาธิปไตย โดยเฉพาะอย่างยิ่ง สภานิติบัญญัติจึงเป็นสิ่งจำเป็นอย่างยิ่งในการเป็นเครื่องมือเพื่อช่วยให้การปกครองระบอบเผด็จการมีเสถียรภาพ และครองอำนาจได้ยาวนานขึ้น

References

- Boix, Carles, and Milan W. Svolik. "The Foundations of Limited Authoritarian Government: Institution, Commitment, and Power-Sharing in Dictatorships." *The Journal of Politics* 75, No. 2 (2013): 300-316.
- Gandhi, Jennifer, and Adam Przeworski, "Authoritarian Institutions and Survival of Autocrats," *Comparative political Studies* 40, no. 11 (September 17, 2007). 1279-1301.
- Gandhi, Jennifer. *Political Institutions Under Dictatorship*. New York: Cambridge Press, 2008.
- iLaw. "คนหน้าซ้ำเตรียมรับงานใหม่ ในโรดแมปการร่างยุทธศาสตร์ชาติ และแผนปฏิรูป." iLaw. สืบค้นเมื่อวันที่ 31 พฤษภาคม 2563. <https://ilaw.or.th/node/4562>.
- iLaw. "ที่มา-ที่ไป เจตนารมณ์คำถามพ่วงส.ว.เสนอชื่อนายกฯได้ไหม?." iLaw. สืบค้นเมื่อวันที่ 19 พฤษภาคม 2563. <https://ilaw.or.th/node/4251>.
- iLaw. "รายงาน: พ.ร.บ.ประชามติฯ กับความไม่เป็นธรรมที่ยังไร้คนรับผิดชอบ." iLaw, สืบค้นเมื่อวันที่ 19 พฤษภาคม 2562. <https://ilaw.or.th/node/4287>.
- iLaw. "รายงานหนึ่งปี สนช. 2/3: การแต่งตั้ง-ถอดถอน." iLaw. สืบค้นเมื่อวันที่ 19 พฤษภาคม 2563. <https://ilaw.or.th/node/3798>.
- iLaw. "เลือกตั้งซ้ำไป ใครสั่ง" iLaw. สืบค้นเมื่อวันที่ 19 พฤษภาคม 2563. <https://ilaw.or.th/node/4781>.
- iLaw. "สี่ปี คสช. ใช้มาตรา44 + สนช. เข้ายึดองค์กรอิสระได้เบ็ดเสร็จตามใจ." iLaw. สืบค้นเมื่อวันที่ 19 พฤษภาคม 2563. <https://ilaw.or.th/node/4808>.
- Lagace, Clara Boulianne, and Jennifer Gandhi. *Routledge Handbook of Comparative Political Institutions*. Edited by Jennifer Gandhi and Ruben Ruiz-Rufino. New York: Routledge, 2015.
- ณรงค์ พ่วงพิศ และสุรวุฒิ ปัดโรสง. *อำนาจหน้าที่และบทบาทของสมาชิกวุฒิสภาไทยที่มาจาก การแต่งตั้ง*. กรุงเทพฯ: สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, 2542.

ดาสินี มาลัยพงษ์. “บทบาทของรัฐสภาไทยในการตรากฎหมาย: ศึกษากระบวนการนิติบัญญัติไทยช่วง พ.ศ.2507-2516.” วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, ภาควิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2539.

ธรรวดี สิริผดุงชัย. “ระบบสภาเดี่ยว: ทางเลือกของระบบรัฐสภาไทย.” วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, สาขากฎหมายมหาชน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2554.

ธีรภัทร เสรีรังสรรค์. *รายงานวิจัย เรื่อง รูปแบบรัฐบาลในระบบรัฐสภาไทย ระหว่าง พ.ศ. 2518-2539*. กรุงเทพฯ: สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร.

บรรลือ สุรินทร์ศิริรัฐ. “บทบาทของสมาชิกรัฐสภาที่เป็นข้าราชการประจำ: ศึกษาเฉพาะกรณีสภาปฏิรูปการปกครองแผ่นดิน.” วิทยานิพนธ์รัฐศาสตรมหาบัณฑิต, แผนกวิชาการปกครอง บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2524.

บีบีซีไทย. “เส้นทางการแต่งตั้งสมเด็จพระสังฆราชองค์ที่ 20.” บีบีซีไทย. สืบค้นเมื่อวันที่ 31 พฤษภาคม 2563. <https://www.bbc.com/thai/thailand-38905450>.

ประจักษ์ ก้องกีรติ และวีระยุทธ กาญจน์ชูฉัตร. “ระบอบประยุทธ์ การสร้างรัฐทหารและทุนนิยมแบบช่วงสั้น.” *ฟ้าเดียวกัน*, 16. ๑.2 (กรกฎาคม-ธันวาคม 2561): 7-41.

ผู้จัดการออนไลน์. “พลเมืองเน็ต ยื่น 3 แสนชื่อ เสนอ สนช.ทบทวนร่าง กม.คอมพิวเตอร์.” ผู้จัดการออนไลน์. สืบค้นเมื่อเมื่อ 19 พฤษภาคม 2563. <https://mgronline.com/politics/detail/9590000124708>.

ผู้จัดการออนไลน์. “สนช.ติด5วาทีกก.สิทธิฯ ผิดคาด-พิสูจน์ยากการเมืองแทรก.” ผู้จัดการออนไลน์. สืบค้นเมื่อวันที่ 19 พฤษภาคม 2563. <https://mgronline.com/daily/detail/9610000128701>.

โพสต์ทูเดย์. “สนช.รับไม่แน่ใจมีอำนาจถอดสมศักดิ์-นิคมหรือไม่.” โพสต์ทูเดย์. สืบค้นเมื่อวันที่ 19 ตุลาคม 2563. <https://www.posttoday.com/politic/324504>.

มติชนออนไลน์. “นายกฯ ลั่น พ.ร.บ.คอมพิวเตอร์จำเป็น สกัดกันข้อมูลด้านลบ-เว็บหมิ่นสถาบัน.” มติชนออนไลน์. สืบค้นเมื่อวันที่ 19 พฤษภาคม พ.ศ. 2563. https://www.matichon.co.th/politics/news_395145.

ไมตรี วิริยะ. “รัฐสภาไทย: การวิเคราะห์เปรียบเทียบบทบาทของสภาผู้แทนราษฎร พ.ศ.2518 กับ 2519 กับสภาปฏิรูปการปกครองแผ่นดิน พ.ศ. 2519.” วิทยานิพนธ์รัฐศาสตรมหาบัณฑิต, แผนกวิชาการปกครอง บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2522.

ยุทธวัฒน์ ภัทรภานุภัทร. “รัฐสภาไทย: วิเคราะห์เปรียบเทียบภูมิหลังของสมาชิกสภานิติบัญญัติ

แห่งชาติ พุทธศักราช 2516 กับสภาปฏิรูปการปกครองแผ่นดิน พุทธศักราช 2519.”

วิทยานิพนธ์รัฐศาสตรมหาบัณฑิต, แผนกวิชาการปกครอง บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2520.

สุจิต บุญบงการ. *บทบาทของสภานิติบัญญัติ*. กรุงเทพฯ: เจ้าพระยาการพิมพ์, 2526.

สุชาติ พันซี. “บทบาทของรัฐสภาไทยในการตรากฎหมาย: ศึกษากระบวนการนิติบัญญัติไทยในยุคจอม

พลสุโขทัย ธนะรัชต์ (พ.ศ.2500 - 2506).” วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, ภาควิชา

นิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2539.

อภิชาติ สถิตนิรามัย และคณะ. *รายงานวิจัยบทบาทชนบทการเมืองไทย*. เชียงใหม่: แผนงานสร้าง

เสริมนโยบายสาธารณะที่ดี สถาบันศึกษานโยบายสาธารณะ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่, 2556.

อรรถสิทธิ์ พานแก้ว และคณะ. *จุด (ไม่) จบ : ช่วงเวลาการเมืองไทย 48-59*. กรุงเทพฯ: สถาบัน

พระปกเกล้า, 2559.

ความคิด “ปีศาจ”: นิตราษฏร์, พรรคอนาคตใหม่, กับการสร้าง
การเมืองแห่งความหวัง¹

The “Specter” of Thought: Nitirat, Future Forward Party, and
the Construction of the Politics of Hope

กมลวรรณ ชื่นชูใจ

นักวิชาการอิสระ 63/1 หมู่ที่ 4 ตำบลแม่สา อำเภอแมริม จังหวัดเชียงใหม่ 50180

Kamonwan Chuenchujai

Independent Scholar, 63/1 Mu 4, Mae Sa Sub-district, Mae Rim District, Chiang Mai, Thailand 50180

E-mail : kamolwan45@gmail.com

Received: August 26, 2020; Revised: November 2, 2020; Accepted: November 23, 2020

บทคัดย่อ

บทความนี้ต้องการนำเสนอภาพการต่อสู้ทางความคิดของนักกฎหมาย 2 ฝ่าย คือ ฝ่ายชนชั้นนายทุนรักษานิยม ซึ่งสื่อมวลชนเรียกว่า “เนติบริกร” และฝ่ายประชาธิปไตยก้าวหน้าที่เรียกตนเองว่า “นิตราษฏร์” วิเคราะห์ภายใต้แนวคิดเรื่องการครองอำนาจนำ (hegemony) ของอันโตนิโอ กรัมสกี ซึ่งอธิบายว่าทุกสังคมมีกลุ่มชนปัญญาชนโดยเฉพาะของตนเอง การครอง

¹ คำว่า “ปีศาจ” ผู้เขียน ใช้ในความหมายของวรรณกรรมเรื่อง ปีศาจ โดย เสนีย์ เสาวพงษ์ ประพันธ์ขึ้นระหว่างปี พ.ศ. 2496-2497 ซึ่งมีวรรคทองจากตัวละครเอก (สาย สี่มา) ที่รู้จักกันอย่างแพร่หลายในหมู่นักอ่าน “ผมเป็นปีศาจที่กาลเวลาได้สร้างขึ้นมาหลอกหลอนคนที่อยู่ในโลกเก่า ... แต่ท่านไม่อาจรักษาทุกสิ่งทุกอย่างไว้ได้ตลอดไป”

บทความนี้เป็นส่วนหนึ่งของงานวิจัยเรื่อง ความคิด “ปีศาจ” กฎหมาย : นิตราษฏร์และข้อเสนอที่เป็นไปได้เพื่อการปฏิรูปทางการเมือง งานวิจัยในปีที่ 3 ซึ่งเป็น 1 ใน 3 ประเด็นย่อยภายใต้ประเด็น กฎหมายกับการสร้างการรับรู้ในสังคมไทย ชุดโครงการเมธีวิจัยอาวุโส เรื่อง การสร้างการรับรู้ในสังคมไทย (The Construction of Thai Mind) ภายใต้การควบคุมของ ศ.ดร.ไชยรัตน์ เจริญสินโอฬาร คณะรัฐศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ โดยการสนับสนุนของ สำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย (สกว.)

อำนาจนำของสังคมหนึ่งๆ ย่อมมีปัญญาชนค้ำจุนอำนาจนั้นอยู่เสมอ ปัญญาชนจึงเป็นส่วนสำคัญของการครองอำนาจนำ กริมซีแบ่งปัญญาชนและสำนักชนชั้นในการต่อสู้ทางการเมืองเป็น 2 กลุ่มคือ Traditional Intellectual ปัญญาชนฝ่ายที่ยึดโยงกับชนชั้นนำทางการเมือง และ Organic Intellectuals ปัญญาชนที่ยึดโยงกับผลประโยชน์ของชนชั้นล่าง และแนวคิดเรื่องอำนาจ/ความรู้ของ มิเชล ฟูโกต์ ซึ่งอธิบายว่า อำนาจ (power) ไม่ใช่สถาบันหรือโครงสร้าง แต่เป็นสถานการณ์ที่สลับซับซ้อนของการต่อสู้ช่วงชิงยุทธศาสตร์ในสังคม หรือ ความหลากหลายซับซ้อนแห่งความสัมพันธ์ของพลังต่างๆ อำนาจได้สร้างความจริงในสังคม อำนาจผลิตความรู้ ความรู้และอำนาจต่างสื่อความหมายต่อกันและกันโดยตรง บทความนี้มีสมมติฐานว่า กฎหมายเป็นพื้นที่ของการต่อสู้ทางความคิดเพื่อแย่งชิงการนิยามความหมายว่าด้วยประชาธิปไตยที่เป็นการสร้างการเมืองของความหวัง โดยนำเสนอ 2 ประเด็นคือ 1. การเกิดขึ้นของนิติราษฎร์ 2. การช่วงชิงความหมายว่าด้วยประชาธิปไตย การศึกษาพบว่า 1. นิติราษฎร์เกิดขึ้นเพื่อคัดค้านการใช้กฎหมายที่ไม่ถูกต้องตามหลักนิติรัฐของคณะรัฐประหารทั้ง 2 ครั้ง ที่มุ่งกำจัดฝ่ายประชาธิปไตยออกไปจากพื้นที่ทางการเมือง 2. การช่วงชิงนิยามความหมายว่าด้วยประชาธิปไตย โดยยืนยันว่ารัฐธรรมนูญต้องมาจากอำนาจของประชาชนและมีสาระสำคัญเพื่อการปฏิรูปสถาบันหลักทางการเมือง คือ สถาบันกษัตริย์ สถาบันตุลาการ และกองทัพโดยให้สถาบันกษัตริย์อยู่ภายใต้รัฐธรรมนูญ, ให้สถาบันตุลาการยึดโยงกับอำนาจของประชาชน, และเพื่อป้องกันการรัฐประหาร ตามลำดับ ข้อเสนอดังกล่าวเปรียบดัง “ปีศาจ” ที่นำความเปลี่ยนแปลงมาสู่ชนชั้นนำอนุรักษนิยม และ “หลอกหลอน” พวกเขายิ่งขึ้นเมื่อพรรคอนาคตใหม่ผลักดันความคิดนี้ผ่านการเสนอร่างกฎหมาย และการแก้ไขรัฐธรรมนูญ ถึงแม้ว่าความคิดนี้จะถูกสกัดกั้นด้วยการประทุษร้ายแก่นานิติราษฎร์ หรือใช้มาตรการทางกฎหมายในหลายรูปแบบกระทั้งนำไปสู่การยุบพรรคโดยคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ แต่พวกเขาก็ไม่ยอมจำนนและก้าวพ้นความกลัวที่ครอบคลุมสังคมไทยมาอย่างยาวนาน ยังคงยืนยันบทบาททางการเมืองทั้งระดับชาติและระดับท้องถิ่นต่อไปภายใต้ชื่อพรรคก้าวไกลและคณะก้าวหน้า ดังนั้นการขับเคลื่อนความคิดของนิติราษฎร์โดยพรรคอนาคตใหม่จึงเป็นการก่อรูปอย่างมีพลังอีกครั้งหนึ่งของฝ่ายประชาธิปไตยนับแต่เปลี่ยนแปลงการปกครองในปี พ.ศ. 2475 เป็นต้นมา

คำสำคัญ: การเมืองแห่งความหวัง, ความคิด “ปีศาจ”, เนติบริกร, นิติราษฎร์, ปัญญาชน

Abstract

This paper presents a picture of the contesting of thought between two lawyer groups: the progressive democrats, “Nitirat” group and the elitist conservative group, called by the media as “legal service boy.” The analysis utilized the hegemony concept of Antonio Gramsci, which explains that every society has its intellectual class. The hegemony of the society is always supported by the intellectuals, so the intellectuals are an important part in the hegemony. Gramsci divided the intellectuals and class consciousness in political struggle into two groups: Traditional Intellectuals who connect to the political elites, and Organic Intellectuals who connect to the interests of the lower class. Next, the power/knowledge concept of Michel Foucault, which explains that power is not institution or structure, but a complex situation of strategic contestation in society or the variety and complexity of force relations. Power creates social truth. Power produces knowledge. Knowledge and power are directly imply on one another. The hypothesis is that law is the space for the contesting of thought to seize the definition of democracy as constructing the politics of hope. The following two issues presented here are: (1) the formation of the Nitirat group, and (2) competition for the meaning of democracy. The findings are: First, the Nitirat group was formed to oppose the use of law not conforming to the legal doctrine. Second, in competing to define democracy, the Nitirat group insisted that the constitution must be derived from the power of the people and with the essence of reforming the principal political institutions: the monarch should be under the constitution, the courts must be connected to the people’s power, and the army should not be allowed to stage a coup. Such ideas in the view of the elites of the conservative are like those of “specter” “haunting” and bringing changes. When the Future Forward Party pushed the Parliament to amend the constitution, it was intercepted by assaulting Nitirat’s leaders or using various forms of legal measure against the party to dissolve it by the decision of the Constitutional Court. However, they did not surrender, but still proceed their roles in both national and local level

in the name of the Move Forward Party and the Progressive Movement. Thus, the move of Nitirat's thought by the Future Forward Party was powerfully formed again of the democrats since the great political change of 1932.

Keywords: Politics of Hope, “Specter” of Thought, Legal Service Boy, Nitirat, Intellectual.

1. บทนำ

“... เราเห็นบรรดานักกฎหมายรุ่นแล้วรุ่นเล่าที่พร้อมจะรับใช้คณะ
รัฐประหารและผู้ที่อยู่เบื้องหลังการรัฐประหาร และพร้อมที่จะละทิ้งหลักวิชา...
เพื่อตอบสนองความต้องการของการทำรัฐประหาร เราเห็นศาลยอมรับบรรดา
ประกาศคำสั่งของคณะรัฐประหาร... โดยแทบจะไม่มีการตั้งคำถามถึงความ
ยุติธรรม... เราเห็นว่าวิชานิติศาสตร์ในรัฐเสรีประชาธิปไตย ต้องเป็นศาสตร์ที่
มุ่งตรงไปที่ความยุติธรรมและความมั่นคงแน่นอนแห่งนิติฐานะ... นิติศาสตร์ต้อง
เป็นวิชาการที่เป็นไปเพื่อราษฎร ... การศึกษาวิชานิติศาสตร์อย่างมีจิตใจ
วิพากษ์วิจารณ์ และใช้กฎหมายโดยเชื่อตรงต่อหลักวิชา... ไม่คำนึงถึงหน้าคน
ยอมเท่ากับเป็นการใช้กฎหมายเพื่อประโยชน์แก่ราษฎรทั้งหลาย”
(ประกาศนิตราษฏร์ฉบับที่ 1)²

“อำนาจผลิตความรู้... ความรู้และอำนาจต่างสื่อความหมายต่อกันและ
กันโดยตรง... ไม่มีความสัมพันธ์เชิงอำนาจใดที่ปราศจากการเกี่ยวพันควบคู่ไป
กับการสถาปนาสนามแห่งความรู้ และก็ไม่มีความรู้ใดที่มีรากฐานและถูกสร้าง
ขึ้นมาในคนละเวลากับความสัมพันธ์เชิงอำนาจ”³

² ปกป้อง จันวิทย์ และ ธิดิ มีแต้ม, “เปิดห้องเรียนนิติศาสตร์เพื่อราษฎร มอนอคาตการเมืองไทย กับ วรเจตน์
ภาศิริตัน,” the101.world, 16 มกราคม 2562, สืบค้นเมื่อวันที่ 30 สิงหาคม 2562 [https://www.the101.world/
worachet-interview/](https://www.the101.world/worachet-interview/).

³ Michel Foucault, *Discipline and Punish: The Birth of the Prison*, Allen Lane, trans. (London:
Penguin, 1977), 27.

หากจะอธิบายถึง “ตัวแสดง” ที่มีบทบาทต่อการเปลี่ยนแปลงการเมืองไทยที่นอกเหนือจากทหารแล้ว เราไม่อาจปฏิเสธบทบาทของนักกฎหมายไปได้เลย ในการเปลี่ยนแปลงการปกครองพุทธศักราช 2475 นอกจากปรีดี พนมยงค์ –นักกฎหมายผู้ชาญฉลาด- จะเป็นแกนนำคณะราษฎรเข้าล้มล้างการปกครองระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์แล้ว เขายังเป็นผู้ร่างคำประกาศคณะราษฎรฉบับที่ 1 และรับผิดชอบร่างรัฐธรรมนูญฉบับแรกของไทยอีกด้วย⁴

ภายใต้นิติรัฐ รัฐธรรมนูญคือกติกาทางการเมืองในการจัดความสัมพันธ์ทางอำนาจของทุกภาคส่วนในสังคม รัฐธรรมนูญเป็นพื้นที่ที่มีนัยการต่อสู้ทางการเมืองสูงสุด เช่น ผู้เรียกร้องรัฐธรรมนูญกล่าวหาว่าเป็น “ขบถ” จนเป็นชนวนเหตุให้เกิดเหตุการณ์ 14 ตุลา 16, การรัฐประหารทุกครั้งจะสำเร็จลงได้ก็ต้อง “ฉีกรัฐธรรมนูญฉบับเก่า” และเขียนรัฐธรรมนูญฉบับใหม่, การเขียนรัฐธรรมนูญเป็นพิธีกรรมทางการเมืองที่มีความสำคัญที่จะต้องจัดตั้งสภาเฉพาะกิจเพื่อการยกร่าง เช่นเดียวกับการจัดให้มีการออกเสียงเพื่อทำประชามติ ซึ่งแม้จะผ่านการทำประชามติมาแล้วยังถูกแก้ไขได้ ดังกรณีแก้ไขให้สอดคล้องกับคำถามพ่วง หรือ แก้ไขหมวดพระราชอำนาจ⁵ รัฐธรรมนูญมีความสำคัญถึงกับต้องตามหา “อรหันต์” มาทำการยกร่าง⁶ “อรหันต์” จึงเป็นผู้เปี่ยมล้นด้วยความรู้ความสามารถ

ภาพรวมที่ได้กล่าวข้างต้นคือการรับรู้ที่ชัดเจนในสังคมไทยต่อประเด็นการเขียนกฎหมายรัฐธรรมนูญ โดยเฉพาะภาพภายหลังการก่อการรัฐประหาร อย่างน้อยก็นับตั้งแต่การรัฐประหารเมื่อวันที่ 19 กันยายน 2549 เป็นต้นมา ในขณะที่การเขียนกฎหมายปกติก็อยู่ภายใต้อำนาจหน้าที่ของฝ่ายนิติบัญญัติ จากการสำรวจข้อมูลเบื้องต้นพบว่าในพื้นที่อำนาจนิติบัญญัติมีบุคคลที่ดำรงตำแหน่งประมุขฝ่ายนั้น 3 ลักษณะ คือ 1) ประธานวุฒิสภา ซึ่งเกิดขึ้นครั้งแรกในรัฐธรรมนูญพุทธศักราช 2489 (มาตรา 17), 2) ประธานวุฒิสภา โดยส่วนใหญ่มาจากการแต่งตั้ง มีเพียงรัฐธรรมนูญ พุทธศักราช 2540 ที่มาจากการเลือกตั้งทั้งหมด และรัฐธรรมนูญ พุทธศักราช 2550 จำนวน 150 คน มาจากเลือกตั้งจังหวัดละ 1 คน ที่เหลือมาจากการแต่งตั้ง และ 3) ประธานสภา

⁴ BBC News ไทย, “ปรีดี พนมยงค์ : 120 ปี ชาตกาล ดำเนิน ‘บุคคลสำคัญของโลก,’” *BBC News ไทย*, 10 พฤษภาคม 2563, สืบค้นเมื่อวันที่ 9 มิถุนายน 2563, <https://www.bbc.com/thai/thailand-52598950>

⁵ ประชาไท, “รัชกาลที่ 10 ทรงรับสั่งให้แก้ไขร่างรัฐธรรมนูญผ่านการลงประชามติ เรื่องพระราชอำนาจ,” *ประชาไท*, 10 มกราคม 2560, สืบค้นเมื่อวันที่ 30 เมษายน 2562, <https://prachatai.com/journal/2017/01/69572>

⁶ ไทยรัฐฉบับพิมพ์, “‘มิชัย’ คุม 10 อรหันต์ แก่ร่างรัฐธรรมนูญ ยืนยันเฉพาะหมวดเรื่องพระราชอำนาจ,” *ไทยรัฐออนไลน์*, 12 มกราคม 2560, สืบค้นเมื่อวันที่ 20 เมษายน 2562, <https://www.thairath.co.th/content/833954>

นิติบัญญัติแห่งชาติ ซึ่งตั้งขึ้นภายหลังการรัฐประหาร ทั้งนี้พบว่ามีนักกฎหมาย 3 คน ที่เคยดำรงตำแหน่งทั้งประธานวุฒิสภาและประธานสภานิติบัญญัติแห่งชาติ ได้แก่ 1) นายอุกฤษ มงคลนาวิน, 2) นายมีชัย ฤชุพันธุ์ 3) นายพรเพชร วิชิตชลชัย ปราบฏุกการณ์เช่นนี้อธิบายความสัมพันธ์ระหว่างความรู้และอำนาจของปัญญาชนนักกฎหมาย

ดังนั้น นักกฎหมายจึงมีบทบาทสำคัญในพื้นที่ของการเขียนกฎหมาย

ภายใต้นิติรัฐ อำนาจอธิปไตยฝ่ายบริหารเป็นพื้นที่ที่กฎหมายมีบทบาทอย่างชัดเจน โดยสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาที่ขึ้นตรงต่อนายกรัฐมนตรีเป็นหน่วยงานผู้รับผิดชอบกิจการกฎหมายทั้งปวงของรัฐ สำนักงานแห่งนี้จึงเป็นแหล่งรวมปัญญาชนนักกฎหมายระดับสูงของประเทศ หลายคนได้รับเกียรติให้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองในรัฐบาลหลายสมัย ในจำนวนเลขาธิการคณะกรรมการกฤษฎีกาหลายคนในรอบระยะเวลา 20 ปีที่ผ่านมา อมร จันทสมบุรณ์ (ดำรงตำแหน่งระหว่าง พ.ศ. 2522 - 2533) ได้ชื่อว่าเป็นผู้ที่มีอิทธิพลต่อแนวความคิดการจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับปฏิรูปการเมืองในปี พ.ศ. 2540 มากที่สุด หนังสือเรื่อง ลัทธิรัฐธรรมนูญ (constitutionalism) ได้รับการยอมรับว่ามีคุณูปการที่สำคัญยิ่งกับสังคมไทย⁷ เขาได้รับการยกย่องจากบรรดาคดี อูวรณโณ ว่าเป็นบิดาของนักกฎหมายมหาชนยุคใหม่⁸ อมร จันทสมบุรณ์ ผู้นิยามตนเองว่า “ผู้ออกแบบกฎหมายเพื่อปฏิรูปสังคมไทย”⁹ เป็นนักกฎหมายคนสำคัญอีกผู้หนึ่งที่มีบทบาทในการกำกับความเป็นไปของนิติรัฐไทย

ดังนั้น นักกฎหมายจึงมีบทบาทสำคัญในพื้นที่ของการบังคับใช้กฎหมาย

⁷ วิจารณ์ พานิช, “ปฏิรูปการเมืองไทย ฉบับ ศ.ดร.อมร จันทสมบุรณ์,” ศูนย์บูรณาการพัฒนามนุษย์, 17 กรกฎาคม 2557, สืบค้นเมื่อวันที่ 30 กรกฎาคม 2562, http://www.thaiihdc.org/web/index.php?option=com_content&view=article&id=1151:2557-07-17-16-05-57&catid=16:2557-06-25-06-51-47&Itemid=23

⁸ เครือข่ายกฎหมายไทย, “บทสัมภาษณ์ ศาสตราจารย์ ดร.บรรดาคดี อูวรณโณ เลขาธิการคณะรัฐมนตรี เมื่อวันที่ 23 พฤษภาคม 2546,” เครือข่ายกฎหมายไทย, 17 ธันวาคม 2547, สืบค้นเมื่อวันที่ 10 มีนาคม 2563, <http://public-law.net/publaw/view.aspx?id=172>

⁹ คลังสารสนเทศของสถาบันนิติบัญญัติ, “ชีวิตประวัติอมร จันทสมบุรณ์(ผลงาน อมร จันทสมบุรณ์)ชีวประวัตินักกฎหมายไทย,” คลังสารสนเทศของสถาบันนิติบัญญัติ, ม.ป.ป., สืบค้นเมื่อวันที่ 10 เมษายน 2563, <https://dl.parliament.go.th/browse?value=%public-law.net>

ภายใต้นิติรัฐ อำนาจตุลาการในฐานะที่เป็นหนึ่งในอำนาจอับไตของปวงชนชาวไทยเป็นอำนาจเดียวที่นิยมตนเองว่าใช้อำนาจในนามพระมหากษัตริย์¹⁰ ทั้งยังได้รับการคุ้มครองจากกฎหมายมิให้มีการละเมิดอำนาจศาล ในห้วงเวลาหลังการรัฐประหาร 19 กันยายน 2549 มาเนี้สังคมไทยจึงตระหนักถึงความสำคัญของกฎหมายในฐานะที่มีบทบาทในการกำหนดชะตากรรมของการเมืองมากขึ้น

รัฐธรรมนูญฉบับพุทธศักราช 2540 ถูกออกแบบเพื่อแก้ปัญหาประชาธิปไตยครึ่งใบในหลายประเด็น เช่น แก้ปัญหาพรรคการเมืองอ่อนแอซึ่งต้องยุบสภาบ่อยครั้งและต้องพึ่งพานายกรัฐมนตรีคนกลาง ส่งผลให้พลเอกเปรม ติณสูลานนท์ ดำรงตำแหน่งนายกรัฐมนตรีถึง 8 ปี ภายใต้รัฐธรรมนูญพุทธศักราช 2540 นี้จึงเป็นครั้งแรกที่รัฐบาลที่มาจากการเลือกตั้งมีอายุครบ 4 ปี และชนะการเลือกตั้งอีก 2 ครั้ง พรรคการเมืองที่เข้มแข็งจากกติกาของรัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าวนี้ถูกกล่าวหาจากฝ่ายอนุรักษ์นิยมว่าเป็น “เผด็จการรัฐสภา” จนเป็นเหตุผลที่ถูกรัฐประหารในวันที่ 19 กันยายน 2549

อนึ่ง ก่อนการรัฐประหารดังกล่าว ประมุขตุลาการ 3 ฝ่าย ประชุมหารือกันเมื่อวันที่ 28 เมษายน 2549 ตามแนวพระราชดำรัสของพระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัว รัชกาลที่ 9 จรัส ภัคดีธนากุล เลขาธิการศาลฎีกาในขณะนั้น (ซึ่งภายหลังได้รับการแต่งตั้งจากรัฐบาล คสช. ให้ดำรงตำแหน่งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ) คาดว่า “ผลการหารือวันนี้จะแก้ปัญหาการติดหล่มของประเทศชาติได้อย่างแน่นอน”¹¹ สื่อฝ่ายประชาธิปไตยลงความเห็นว่ หลังจากการประชุมของประมุข 3 ศาล ฝ่ายตุลาการ ได้กลายเป็นปัจจัยชี้ขาดสำคัญในพื้นที่การเมืองไทย คู่ขนานไปกับอิทธิพลของพลัง

¹⁰ ในสมัยอยุธยา ระหว่างคริสต์ศตวรรษที่ 14-17 อำนาจการตัดสินคดีความเป็นของกษัตริย์ เมื่อกษัตริย์ได้มอบหน้าที่การตัดสินคดีความให้กับขุนนางทำหน้าที่แทน ผู้พิพากษาในศาลทั้งปวงจึงถือได้ว่าดำเนินการไปในพระปรมาภิไธยพระมหากษัตริย์ตามที่กล่าวไว้ในส่วนพระธรรมศาสตร์ของกฎหมายตรา 3 ดวง (กำหนด เลี้ยงสังฆกรรม, บรรณานุกรม, กฎหมายตรา 3 ดวง เล่ม 1 ฉบับพิมพ์มหาวิทยาลัยวิชาธรรมศาสตร์และการเมือง, แก้ไขปรับปรุงใหม่ (กรุงเทพฯ: สถาบันปริทัศน์พณมยงค์, 2548), 29-31) ความเชื่อนี้ยังคงสืบทอดมาจนคริสต์ศตวรรษที่ 21

¹¹ MGR Online, “3 ประมุขศาล สรุปแนวทางแก้ไขวิกฤติ,” MGR Online, 28 เมษายน 2549, สืบค้นเมื่อวันที่ 9 มิถุนายน 2563, <https://mgronline.com/daily/detail/9490000056678>

การเมืองนอกรัฐสภา มีบ่อยครั้งที่บทบาทของฝ่ายตุลาการทำให้เกิดจุดเปลี่ยนทางการเมือง ถึงขั้นพลิกขั้วรัฐบาลหรือเป็นบันไดที่นำไปสู่ระบอบที่ไม่ใช่การปกครองโดยรัฐบาลพลเรือน¹²

ดังนั้น นักกฎหมายจึงมีบทบาทสำคัญในพื้นที่ของการระงับข้อพิพาทในกฎหมาย หรือ ชี้ถูก/ผิดในนักกฎหมายเช่นกัน

กล่าวโดยสรุปก็คือ ภายใต้พื้นที่ของนิติรัฐ กฎหมายเกี่ยวข้องกับการเมืองใน 3 ลักษณะ คือ ฝ่ายนิติบัญญัติ, ฝ่ายบริหาร, ฝ่ายตุลาการ กระทั่งสื่อมวลชน/นักเคลื่อนไหวให้คำจำกัดความของนักกฎหมายที่สนับสนุนอำนาจรัฐว่า “เนติบริกร”¹³ ซึ่งมุ่งเน้นไปยังบทบาทของนายวิชณุ เครืองาม เป็นสำคัญ ล่าสุดนายสุทิน คลังแสง ประธานวิปฝ่ายค้าน ¹⁴อภิปรายในสภาโดยให้คำนิยามที่เฉพาะเจาะจงไปว่า “วิชณุรัฐ” และนายวิชณุ เครืองาม ตอบได้ว่า เขาเพียงแค่ให้ความรู้ ไม่ใช่ให้ความเห็น และ “...ทำหน้าที่ทำองุ่นมา 8 นายกรัฐมนตรี และ 12 รัฐบาล”¹⁵ คำอธิบายนี้ย่อมสะท้อนความสัมพันธ์ระหว่างความรู้/อำนาจของปัญญาชนนักกฎหมายที่ชื่อว่า วิชณุ เครืองาม

ดังนั้น สารสำคัญของประเด็นนี้จึงอยู่ที่ว่า อำนาจอธิปไตย ทั้งการเขียนกฎหมาย, การบังคับใช้กฎหมาย, การชี้ถูก/ผิดเพื่อระงับข้อพิพาทในกฎหมาย อยู่ภายใต้การกำกับของนักกฎหมายกลุ่มหนึ่ง อันโตนิโอ กรัมชิ นักคิดและนักปฏิวัติคนสำคัญของปัญญาชนฝ่ายก้าวหน้า ให้คำจำกัดความปัญญาชนที่คำจูนอำนาจรัฐนี้ว่า ปัญญาชนตามจารีตประเพณี (Traditional

¹² ประชาไท, “11 ปีติง‘ศาล’เล่นการเมือง: โมฆะเลือกตั้ง ยุบพรรค ยึดทรัพย์ ถอดถอน ลิดรอนนโยบาย (พินิจนำข่าว),” ประชาไท, 24 สิงหาคม 2560, สืบค้นเมื่อวันที่ 30 เมษายน 2562, <https://prachatai.com/journal/2017/08/72959>

¹³ เป็นคำที่สื่อมวลชนใช้เรียกนายวิชณุ เครืองาม มาตั้งแต่สมัยรัฐบาลทักษิณ ชินวัตร (MGR Online, “เปิดประวัติ วิชณุ เครืองาม ‘เนติบริกร’ รัฐบาลทักษิณ,” MGR Online, 23 มิถุนายน 2549, สืบค้นเมื่อวันที่ 30 เมษายน 2562, <https://mgronline.com/politics/detail/9490000081599>) ต่อมาใช้กันอย่างแพร่หลายแม้แต่งงานเขียนของวิชณุ ชุดหนึ่งก็มีชื่อว่า เรื่องเล่าจากเนติบริกร

¹⁴ วิป-whip-หมายถึง ผู้คุมเสียงในสภา หรือในพรรคการเมืองหนึ่ง ๆ ในเพลงศิลปวัฒนธรรมอธิบายว่า หากเป็นคำกริยา หมายถึง การเขียน/หัด/โบย คำนามหมายถึง แส้/ไม้เรียว เมื่อใช้กับบุคคลจึงหมายถึง ผู้ใช้แส้ในกิจการบางอย่าง เพจของผู้ใช้นามว่า Kriengsak Chareonwongsak/Senior Fellow at Harvard University อธิบายว่า ประธานวิปมีหน้าที่คอยควบคุมสมาชิกที่สังกัดพรรคเดียวกัน (รวมทั้งฝ่ายเดียวกันด้วย) ให้มาประชุมเพื่อให้มีเสียงมากพอในการลงมติใด ๆ

¹⁵ เรื่องเล่าเช้านี้ บีบีซี-ไทย, “‘สุทิน’ อภิปรายเดือด พาดพิงรองนายกฯ ‘สมคิด-วิชณุ,’” YouTube, 26 กรกฎาคม 2562, สืบค้นเมื่อวันที่ 30 พฤษภาคม 2563, <https://www.youtube.com/watch?v=0RyPdHimSFQ>

Intellectual)¹⁶ เมื่อเป็นเช่นนี้ หากพิจารณาในภาพรวมถึงที่มาของกฎหมายและการใช้อำนาจภายใต้รัฐธรรมนูญภายหลังการปฏิวัติ 2 ครั้งแล้ว ดังนั้น นักกฎหมายจึงเป็นผู้ใช้อำนาจแห่งความรู้ นำพาสังคมไทยย้อนเวลาหาอดีตกลับไปสู่สภาวะประชาธิปไตยครั้งใดก็ครั้งหนึ่ง!

ภายใต้การปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์เป็นประมุขที่แตกหักออกเป็น 2 ช่วงนับแต่การรัฐประหาร 19 กันยายน 2549 นั้น ใช่ว่าทุกองค์การทางการเมืองจะสยบยอมต่ออำนาจของกฎหมายภายใต้การกำกับของ “เนติบริกร” เสมอไป ในการนี้นักกฎหมายที่เรียกตนเองว่า “นิติราษฎร์-นิตศาสตร์เพื่อราษฎร” สร้างความสั่นคลอนต่อการเมืองไทยภายใต้นิติรัฐด้วยเสนอให้ปฏิรูปกองทัพ ศาล และสถาบันกษัตริย์

เมื่อเป็นเช่นนี้ เราจึงไม่อาจเพิกเฉยต่อข้อเสนอของ “นิติราษฎร์-นิตศาสตร์เพื่อราษฎร” ได้เลย ไม่ว่าจะเป็นในฐานะ ผู้ “ทำรบ” ต่อ “เนติบริกร” ว่าจะใช้เทคนิคทางกฎหมายนำตัวผู้ก่อการรัฐประหารมารับโทษทัณฑ์ฐานกบฏต่อแผ่นดิน ผู้เสนอให้สถาบันตุลาการต้องมาจากอำนาจของประชาชน, นิติราษฎร์ผู้อาจหาญก้าวผ่านความกลัวด้วยการเปิด “สงครามความคิด” เพื่อ “เปิดกรงขังความคิด” ของวัฒนธรรมการเมืองแบบ “ไพร่ฟ้า” เพื่อปฏิรูปสถาบันกษัตริย์ คำถามคือ เหตุใดข้อเสนอของอาจารย์มหาวิทยาลัยเพียง 7 คนจึงลอบกลอนชนชั้นนำทางการเมืองฝ่ายอนุรักษ์นิยมให้หวาดหวั่นพรั่นพรึงประหนึ่งกำลังเผชิญหน้ากับ “ปีศาจ” เยี่ยงนี้

ดังนั้น ข้อถกเถียงของการศึกษาในครั้งนี้นี้จึงอยู่ในประเด็นที่ว่า กฎหมายเป็นปริณิพลของการต่อสู้ทางความคิดของนักกฎหมาย 2 กลุ่มคือ “เนติบริกร” และ “นิติราษฎร์” เพื่อแย่งชิงการนิยามความหมายว่าด้วยประชาธิปไตย การต่อสู้ดังกล่าวเป็นการสร้างการเมืองของความหวัง

2. กฎหมายภายใต้ “สังเวียน”¹⁷ การต่อสู้ทางการเมือง

เพื่ออธิบายความเชื่อมโยงความสัมพันธ์ระหว่างการเมืองและ(นัก)กฎหมาย ในฐานะผู้คุม “กฎ/กติกา/มารยาท” ในทางการเมือง จะอธิบายภายใต้แนวคิดเรื่องการครองอำนาจนำและแนวคิดเรื่องปัญญาชน ของอันโตนิโอ กรัมสกี (Antonio Gramsci) และแนวคิดเรื่องอำนาจ/ความรู้ของมิเชล ฟูโกต์ (Michel Foucault)

¹⁶ George Hoare and Nathan Sperber, *An Introduction to Antonio Gramsci: His Life, Thought and Legacy* (London: Bloomsbury Academic, 2015), 35.

¹⁷ (1) คอกหรือวงล้อมสำหรับไก่ชนเป็นต้น (2) ที่ต่อสู้ เช่น สังเวียนมวย ความหมายจากพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554

กรัมซี อธิบายว่า ทุกกลุ่มสังคมมีกลุ่มชั้นปัญญาชนโดยเฉพาะของตนเอง การครองอำนาจนำของสังคมหนึ่งๆ ย่อมมีปัญญาชนค้ำจุนอำนาจนั้นอยู่เสมอ ดังนั้น ปัญญาชนจึงเป็นส่วนสำคัญของการครองอำนาจนำ ด้วยเป็นกำลังทางสติปัญญา คำถามต่อมาคือ ปัญญาชนนั้นยึดโยงกับผลประโยชน์ฝ่ายใด ฝ่ายที่ยึดโยงกับชนชั้นนำทางการเมือง หรือฝ่ายที่ยึดโยงกับผลประโยชน์ของชนชั้นล่าง ซึ่งกรัมซีแบ่งปัญญาชนและสำนักชนชั้นในการต่อสู้ทางการเมืองเป็น 2 กลุ่ม คือ Traditional Intellectual ปัญญาชนฝ่ายที่ยึดโยงกับชนชั้นนำทางการเมือง และ Organic Intellectuals ปัญญาชนที่ยึดโยงกับผลประโยชน์ของชนชั้นล่าง กรัมซีอธิบายว่าปัญญาชนมีรูปแบบอันแตกต่างหลากหลาย ทั้งนี้ ขึ้นอยู่กับเงื่อนไข/พื้นที่ทางสังคมที่ปัญญาชนนั้นๆ สังกัด¹⁸

ฟูโกต์ อธิบายว่า อำนาจ (power) ไม่ใช่สถาบันหรือโครงสร้าง แต่เป็น “สถานการณ์ที่สลับซับซ้อนของการต่อสู้ช่วงชิงยุทธศาสตร์ในสังคม” หรือ “ความหลากหลายซับซ้อนแห่งความสัมพันธ์ของพลังต่างๆ”¹⁹ ความโดดเด่นของอำนาจคือการสร้างความรู้ เอกลักษณ์ และความจริง ฟูโกต์ อธิบายว่า “เราจะต้องยุติการมองอำนาจในเชิงลบกันเสียที ไม่ว่าจะเป็นการกีดกัน กดขี่ ตรวจสอบ บังคับ บิดเบือน หรือปิดบัง อำพราง จริงๆ แล้ว อำนาจได้สร้างหรือผลิต โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ความจริง สรรพสิ่งต่างๆ ในสังคม และสร้างพิธีกรรมให้กับสิ่งที่เรียกว่าความจริงด้วย”²⁰ ในกระบวนการยุติธรรมไทย การสืบสวนสอบสวนหรือการพิจารณาตัดสินคดีของศาลคือกลไกการทำงานของอำนาจ คำพิพากษาคือตัวอย่างของการผลิตความจริง ด้วยมีการผลิตเครื่องมือที่มีประสิทธิภาพเพื่อใช้ในการรวบรวมและก่อร่างสร้างความรู้ เครื่องมือในการควบคุมคือการสาบานตนว่าจะพูดความจริงต่อผู้พิพากษา ดังนั้น ในภาคปฏิบัติจริง อำนาจเป็นเรื่องของการกระทำ (action) ที่สำคัญคือการสร้างโอกาสหรือความเป็นไปได้ให้เกิดการกระทำบางอย่างขึ้น “อำนาจผลิตความรู้ (โดยไม่ใช้เพียงแค่เกื้อหนุนความรู้เพียงเพราะความรู้รับใช้อำนาจ หรืออำนาจประยุกต์ใช้ความรู้เพราะเพียงแค่มันมีประโยชน์) แต่ในลักษณะที่ความรู้และอำนาจต่างสื่อความหมายต่อกันและกันโดยตรง พูดอีกอย่างหนึ่งก็คือ ไม่มีความสัมพันธ์เชิงอำนาจใดที่ปราศจาก

¹⁸ George Hoare and Nathan Sperber, *An Introduction to Antonio Gramsci: His Life, Thought and Legacy* (London: Bloomsbury Academic, 2015), 33-36.

¹⁹ Michel Foucault, *The History of Sexuality, Vol. 1: An Introduction*. Robert Hurley, trans. (New York: Vintage Books, 1978), 86-87, 93.

²⁰ Michel Foucault, *Discipline and Punish: The Birth of the Prison*. Allen Lane, trans. (London: Penguin, 1977), 194.

การเกี่ยวพันควบคู่ไปกับการสถาปนาสนามแห่งความรู้ และก็ไม่มีความรู้ใดที่มีรากฐานและถูกสร้างขึ้นมาในคนละเวลากับความสัมพันธ์เชิงอำนาจ”²¹

เนื้อหาในส่วนนี้จะแบ่งการอภิปรายออกเป็น 2 ประเด็นดังนี้

(1) นิติราษฎร์ก่อรูป : เมื่อนักกฎหมายท้าทายคณะรัฐประหาร

(2) จากนิติราษฎร์ถึงอนาคตใหม่ : ปัญญาชนที่ยึดโยงกับชนชั้นล่าง : “แดงและเขียวชาลว” ในสนามการช่วงชิงนิยามความหมายว่าด้วยประชาธิปไตย

2.1 นิติราษฎร์ก่อรูป : เมื่อนักกฎหมายท้าทายคณะรัฐประหาร

หากเป็นคืออำนาจของคณะรัฐประหาร และภาชิตที่ว่า “เมื่อเสียงป็นดังขึ้น กฎหมายก็ยอมเจียบเสียงลง”²² คือหลักทั่วไป ที่ทำให้(นัก)กฎหมายต้องนึ่งเฉยต่ออำนาจคณะรัฐประหารแล้ว การส่งเสียง “คัดค้านและประณาม”²³ อำนาจนั้น...แน่นอน...เป็นข้อยกเว้น! และหากการรัฐประหารคือ “วงจรรูปาทร์” อันเป็น “เหตุแห่งทุกซ์ทางการเมือง” แล้วไซ้ร ข้อเสนอที่จะนำพาการเมืองไทยให้หลุดพ้นจาก “วงจรรูปาทร์” เพื่อหา “หนทางดับทุกซ์” ย่อมเป็นการเมืองแห่งความหวัง (Politics of Hope) อย่างปราศจากข้อสงสัย

ท่ามกลางความเห็นพ้องต้องกันในลักษณะที่ “พูดไปสองไพเบี้ย นิ่งเสียตำลึงทอง” ของนักกฎหมายกระแสหลักต่อผู้กุมอำนาจในกองทัพ เมื่อ 19 กันยายน 2549 นั้น การที่คณาจารย์คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ เพียง 4 คน คือ 1. วรเจตน์ ภาคีรัตน์, 2. ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช, 3. ปิยบุตร แสงกนกกุล, 4. ชีระ สุธีวรารังกูร ส่งเสียง คัดค้านและประณามอย่างสิ้นเชิงต่อการยึดอำนาจการปกครองแผ่นดินของคณะรัฐประหารผู้มีป็นเป็นอาวุธ

เนื่องในโอกาสครบรอบ 4 ปีของการรัฐประหาร 19 กันยา “5 อาจารย์” ได้แก่ 1. วรเจตน์ ภาคีรัตน์ 2. ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช 3. ชีระ สุธีวรารังกูร 4. ฐาปนันท์ นิพิฏฐกุล 5. ปิยบุตร แสงกนกกุล ได้แถลงเปิดตัวเว็บไซต์ชื่อ www.enlightened-jurists.com หมายถึง นักกฎหมายผู้รู้แจ้ง การเปิดเว็บไซต์นี้เพื่อใช้เป็นช่องทางในการแสดงความคิดเห็นในทางวิชาการ ปฏิเสธความเชื่อ/จารีตอันงมภายในวงวิชาการนิติศาสตร์ ความงมมายที่ถูกครอบงำด้วยภาษาที่ซับซ้อนทั้ง

²¹ Ibid, 27.

²² จริญญา โฆษณานันท์, *นิติปรัชญา*, (กรุงเทพฯ : มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2547).

²³ ประชาไท. “4 อาจารย์นิติ มธ. แถลงประณามการรัฐประหารและเรียกร้องให้กลับสู่การปกครองระบอบประชาธิปไตยโดยเร็วที่สุด.” *ประชาไท*, 26 กันยายน 2549. สืบค้นเมื่อวันที่ 21 พฤษภาคม 2562, <https://prachatai.com/journal/2006/09/9849>

ถ้อยคำและโยงใยของความคิดที่เชื่อมโยงไปมาแบบ “ซ่อนแอบที่อ่านไม่เข้าใจแต่แฝงกลไกกินรวบอำนาจ”²⁴ เว็บไซต์จึงเป็นช่องทางในการสื่อสารเพื่อสลายมายาภาพของภาษา นิติราษฎร์นำภาษาที่ซับซ้อนสูงสุดคืนสู่สามัญด้วยคำอธิบายง่าย ๆ ทั้งให้เป็นไปเพื่อการตั้งคำถามวิพากษ์วิจารณ์ และท้าทายสถาบันทางกฎหมายที่ไม่ตั้งอยู่บนรากฐานของเหตุผลที่ยอมรับได้ พร้อมวิจารณ์เพื่อเสนอต่อเจตนารมณ์ของการปฏิวัติ 2475²⁵ เราไม่อาจเข้าถึงความยุติธรรมในกฎหมายได้ตราบดีที่ภาษายังเป็นอุปสรรค ภาษากฎหมายจึงเป็นเครื่องมือในการแสวงหาอำนาจของนักกฎหมาย การตีความตัวอักษรจึงเป็นอำนาจของนักกฎหมายไปโดยปริยาย

สิ่งที่ยืนยันฐานะของปัญญาชนที่ยึดโยงกับชนชั้นกลางของนิติราษฎร์ประการสำคัญประการหนึ่ง คือ การชี้แจงว่าการให้ความรู้กฎหมายของนิติราษฎร์เปรียบเสมือนบ่อน้ำที่ดับกระหายความยุติธรรมอันแห้งแล้งในนิติรัฐ²⁶ ซึ่งสอดคล้องกับปรัชญาการก่อตั้งมหาวิทยาลัยที่ว่า “มหาวิทยาลัยย่อมอุปมา ประดุจบ่อน้ำ บำบัดความกระหายของราษฎร ผู้สมัครแสวงหาความรู้ อันเป็นสิทธิและโอกาส ที่เขาควรมีควรได้ ตามหลักเสรีภาพของการศึกษา”²⁷ นอกจากนี้จุดยืนทางความคิดที่ชัดเจนที่แสดงต่อสาธารณะของวรเจตน์ก็เป็นสิ่งที่แทบจะไม่เคยปรากฏ

²⁴ iLaw, “เจาะเทคนิคเขียนรัฐธรรมนูญ “ซ่อนแอบ” แบบมีชัย อ่านไม่เข้าใจแต่แฝงกลไกกินรวบอำนาจ,” iLaw, 8 พฤษภาคม 2560, สืบค้นเมื่อวันที่ 15 สิงหาคม 2563 <https://ilaw.or.th/node/4497> เช่น มาตรา 210 ศาลรัฐธรรมนูญมีหน้าที่และอำนาจ ดังต่อไปนี้...นอกจากที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญแล้ว ให้เป็นไปตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ ว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ ให้นำความในมาตรา 188 มาตรา 190 มาตรา 191 และมาตรา 193 มาใช้บังคับแก่ศาลรัฐธรรมนูญด้วยโดยอนุโลม หรือ “คณะกรรมการการเลือกตั้งขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญมาตรา 82 ว่าสมาชิกภาพของสภาผู้แทนราษฎรของนายธนธร จีรังเรืองกิจ สิ้นสุดลงตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 101 (6) ประกอบมาตรา 98 (3) หรือไม่ (ศาลรัฐธรรมนูญ. (ม.ป.ป.),3, คำวินิจฉัยกลางปี 2562 คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 14/2562 ลงวันที่ 20 พฤศจิกายน 2562, ศาลรัฐธรรมนูญ, สืบค้นเมื่อวันที่ 12 มกราคม 2563 http://www.constitutionalcourt.or.th/occ_web/download/article/article_20191121160546.pdf)”

ในเวลาต่อมา จันทจิรา เอี่ยมมยุรา และ สาวตรี สุขศรี เข้าร่วมเป็นสมาชิกด้วย ส่วนผู้ร่วมกิจกรรมอีกคนหนึ่งคือ ปูนเทพ ศิริพงษ์ ซึ่งภายหลังเดินทางไปศึกษาต่อต่างประเทศ

²⁵ มติชนออนไลน์, “เปิดแถลงการณ์ ‘นิติราษฎร์’ ฉบับที่ 1 แจกเกิด Enlightened-jurists.com,” BLOGGANG, 19 กันยายน 2553, สืบค้นเมื่อวันที่ 12 มิถุนายน 2562, <https://www.bloggang.com/mainblog.php?id=kunkaykai&month=19-09-2010&group=28&blog=16>

²⁶ ประชาไท, “5 อาจารย์ นิติ มธ. เปิดตัวเว็บไซต์ www.enlightened-jurists.com,” ประชาไท, 20 กันยายน 2553, สืบค้นเมื่อวันที่ 15 พฤษภาคม 2562, <https://prachatai.com/journal/2010/09/31162>

²⁷ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, “ประวัติมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์,” มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ม.ป.ป., สืบค้นเมื่อวันที่ 24 มิถุนายน 2563 https://tu.ac.th/history_tu

มาก่อนในหมู่นักกฎหมายที่อยู่บน “หอคอยงาช้าง” เช่นเขา ไม่ว่าจะเป็นการยืนยันว่านิติราษฎร์มีแต่สมองและสติปัญญาที่เชื่อถือตรงต่อหลักความรู้รับใช้ประชาชน²⁸ หรือการปฏิเสธที่จะเดินบนทางสายแห่งอำนาจที่นักกฎหมายส่วนใหญ่เดิน ด้วยเห็นว่า หลักการกฎหมายเป็นสิ่งสำคัญ นิตศาสตร์เป็นวิชาที่เกี่ยวกับอำนาจ นักกฎหมายทรงอำนาจในการตีความ เขาสอนศิษย์เสมอว่าอำนาจมาพร้อมกับความรับผิดชอบ ต้องเรียนกฎหมายให้ถ่องแท้ถึงขนาด ไม่เช่นนั้นวิชากฎหมายแก้ปัญหาลังคมไม่ได้ วรเจตน์เชื่อมั่นว่าวันหนึ่งที่นักศึกษาวินิจฉัยกฎหมายที่เขาเคยสอนมี “Authority” ในการตัดสินใจในข้อกฎหมาย อาจเกิดการเปลี่ยนแปลงการตีความที่เคยมีมาก่อนหน้านี้ไปตามหลักการที่เขาสอน แม้เขาอาจจะไม่ได้มีชีวิตอยู่ทันการเปลี่ยนแปลงนั้นก็ตาม แต่เขาก็ยืนยันว่าได้ทำหน้าที่ของ “ครูสอนกฎหมายเรียบร้อยแล้ว”²⁹ นี่คือปัญญาชนที่ตระหนักว่าตนมีภารกิจต่อประชาชน³⁰

ชื่อของ “นิติราษฎร์” เป็นที่รับรู้อย่างกว้างขวางเมื่อแถลงต่อสาธารณะเนื่องในโอกาสครบรอบ 5 ปีของการรัฐประหาร 19 กันยายน 2549 โดยประเด็นสำคัญที่ก่อให้เกิดแรงกระเพื่อมทางการเมืองคือการเสนอให้ลบล้างผลพวงรัฐประหาร และการแก้ไขกฎหมายอาญาตรา 112

เหตุใดการก่อเกิดของ “นิติราษฎร์-นิตศาสตร์เพื่อราษฎร” จึงสร้างความตื่นตระหนกแก่ชนชั้นนำทางการเมืองปีกอนุรักษ์นิยมเช่นนั้น? ลักษณะสำคัญของการเคลื่อนไหวดังต่อไปนี้ควรเป็นคำตอบที่น่าพิจารณา

(1) นิติราษฎร์หยิบยื่นสติปัญญาแก่มวลชน เป็นเสมือนอาวุธมิให้ยอมจำนนกับอำนาจของกฎหมายที่อยู่ภายใต้อำนาจการตีความของปัญญาชนตามจารีตประเพณีอีกต่อไป

(2) การเคลื่อนไหวทางความคิดของนิติราษฎร์มีลักษณะแตกหักกับนักกฎหมายกระแสหลัก³¹ ทั้งตั้งคำถามต่อความยุติธรรมที่อยู่ภายใต้อำណัติของปัญญาชนตามจารีตประเพณีการแตกหักในอุดมการณ์กับชนชั้นนำผู้ยึดกุมภารกิจทางกฎหมายของรัฐ

²⁸ ธนกร วงษ์ปัญญา, “‘วรเจตน์ ภาคีรัตน์’ ความจริง ความหวังอนาคตนิติราษฎร์ ในสังคมแบ่งปึก,” *The Standard*, 15 กันยายน 2560, สืบค้นเมื่อวันที่ 5 กรกฎาคม 2562, <https://thestandard.co/worachet-pakeerut/>

²⁹ ประชาชาติธุรกิจ, “‘วรเจตน์’ ในสงครามธรรม อุดมการณ์หลักการบริหาร กฎหมายไม่อยู่คำฟ้า,” *ประชาชาติธุรกิจ*, 2 เมษายน 2562, สืบค้นเมื่อวันที่ 21 พฤษภาคม 2562, <https://www.prachachat.net/politics/news-138579>

³⁰ George Hoare and Nathan Sperber, *An Introduction to Antonio Gramsci*, 50.

³¹ ดังกรณีวิวาทระหว่าง อมร จันทรมบูรณ และ วรเจตน์ ภาคีรัตน์ (ดู อมร จันทรมบูรณ, “คนไทยจะหา ‘ทางออกทางการเมือง’ ได้อย่างไร โดย ศ.ดร.อมร จันทรมบูรณ,” *เครือข่ายกฎหมายมหาชนไทย*, 10 พฤษภาคม 2552, สืบค้นเมื่อวันที่ 20 พฤษภาคม 2563 <http://public-law.net/publaw/view.aspx?id=1358> และ อมร จันทรมบูรณ, “คนไทยจะหา ‘ทางออกทางการเมือง’ ได้อย่างไร (ตอนที่ 2),” *เครือข่ายกฎหมายมหาชนไทย*, 24 พฤษภาคม 2552, สืบค้นเมื่อ

อนึ่ง หากหมายความว่า การเมืองของคณะราษฎรคือการจัดสมดุลทางอำนาจระหว่าง กษัตริย์และไพร่ใหม่แล้ว หมายความว่ากฎหมายของนิติราษฎรในครั้งนี้ก็เป็นการจัดสมดุล อำนาจระหว่างตุลาการและพลเมืองเสียใหม่เช่นกัน โดยนำอำนาจอธิปไตยในส่วนตุลาการกลับมา เป็นของปวงชนชาวไทยตามเจตนารมณ์ของคณะราษฎรที่อ้างคามตั้งแต่ 24 มิถุนายน 2475

(3) การเคลื่อนไหวทางความคิดมิใช่การเรียกร้องสิทธิทางการเมืองอันเป็นรูปธรรมดัง ขบวนการเคลื่อนไหวขบวนการอื่นๆ แต่เป็นการเคลื่อนไหวทางความคิดที่ถอดรื้อแบบแผนใน การกำหนดชะตากรรมทางการเมืองผ่านกฎหมาย ชะตากรรมที่เดิมพันกันด้วยความยุติธรรม

(4) หัวใจของการเคลื่อนไหวทางการเมืองแบบใหม่ที่สำคัญประการหนึ่งคือ การจัดตั้ง มวลชน ไม่ว่าเครือข่ายของ “เสื้อแดง” หรือ “สมัชชาคนจน” หรือแม้แต่ “สหาย” ของพรรค คอมมิวนิสต์แห่งประเทศไทย แต่มวลชนที่สนับสนุนความคิดของนิติราษฎรมิใช่การทำงานแบบ เครือข่าย แต่เป็นมวลชนที่ต่างประสบชะตากรรมต่อความไม่ยุติธรรมในกฎหมายและการเมือง ร่วมกัน การมีอาจคาดเดาผลกำลังของฝ่ายตรงกันข้ามได้ชัดเจนนั้นอันตรายเกินไปสำหรับสนาม การช่วงชิงประชาธิปไตย

(5) นิติราษฎรได้พาประชาชนฝ่ายประชาธิปไตยก้าวผ่านความกลัว และยืนหยัดอยู่บน เสรีภาพทางวิชาการ³²

ดังนั้น ความตื่นตระหนกของชนชั้นนำทางการเมืองฝ่ายอนุรักษนิยมจึงอยู่ที่ นิติราษฎร สามารถพาประชาชนก้าวข้ามความกลัวต่อการรัฐประหารด้วยการยืนหยัดบนหลักการอันมั่นคง ของนิติรัฐ ความกลัวที่ทำให้สังคมไทยตกอยู่ใต้อาณัติของกองทัพมานานนับหลายทศวรรษ โดยเฉพาะเมื่อผู้ก่อการรัฐประหารถูกทำให้มีความชอบธรรมด้วยกฎหมาย

วันที่ 20 พฤษภาคม 2563 <http://www.public-law.net/publaw/view.aspx?id=1361>) และวรรณ ภาศิริตัน, (“‘จดหมายชี้แจง’ โดย รองศาสตราจารย์ ดร.วรรณ ภาศิริตัน,” *เครือข่ายกฎหมายมหาชนไทย*, 7 มิถุนายน 2552, สืบค้น เมื่อวันที่ 20 พฤษภาคม 2563 <http://public-law.net/publaw/view.aspx?id=1366>)

³² ประชาไท, “5 อาจารย์ นิติ มธ. เปิดตัวเว็บไซต์ www.enlightened-jurists.com.”

2.2 จากนิติราษฎร์ถึงอนาคตใหม่ : ปัญญาชนที่ยึดโยงกับชนชั้นล่าง : “แดงและเชี่ยวชาญ” ในสนามการช่วงชิงนิยามความหมายว่าด้วยประชาธิปไตย

(1) นิติราษฎร์: ผู้ “จุดไฟในสายลม”

เมื่อพิจารณาจากแนวคิดของกรัมสกี ที่ว่า การครองความเป็นใหญ่ของชนชั้นกรรมาชีพนั้น ต้องการปัญญาชนที่ยึดโยงกับชนชั้นล่างที่ “แดงและเชี่ยวชาญ (red and expert)”³³ แล้ว เสียงปรบมือที่ผู้รับฟังถ้อยแถลงของทีมนิติราษฎร์อาจเป็นสิ่งที่ยืนยันถึงความ “แดงและเชี่ยวชาญ” บนหลักการและเหตุผลของกฎหมายที่ตอบโต้ปัญญาชนฝ่ายรัฐ เสียงปรบมือบ่งบอกถึงความพอใจในคำตอบที่ประชาชนรอคอยเพราะไม่สามารถหาเหตุผลโต้แย้งได้ ด้วยจำนวนต่อความรู้ของ นักกฎหมาย จำนวนต่อเหตุผลภายใต้วาทกรรมย่อยหลายชุด เป็นต้นว่า “กฎหมายต้องเป็นกฎหมาย”, “คดีนี้ศาลมีคำพิพากษาแล้ว”, “ระวังจะหมิ่นศาล”, “ภายใต้พระปรมาภิไธย” ในสถานการณ์ความขัดแย้งหนึ่งๆ จะมีความจริงมากกว่า 1 ชุดเสมอ ถูก/ผิด หากพิจารณาจากกรอบความคิดของฟูโกต์แล้ว อาจอธิบายได้ว่า อำนาจในความรู้ทั้งของ “นิติราษฎร์” และนักกฎหมายที่สนับสนุนโครงสร้างอำนาจรัฐได้สร้างหรือผลิต โดยเฉพาะอย่างยิ่งความจริง สรรพสิ่งต่างๆ ในสังคม และสร้างพิธีกรรมให้กับสิ่งที่เรียกว่า ความจริงด้วย³⁴ นั่นคือความจริงภายใต้การกำกับของ ปัญญาชนตามจารีตประเพณีที่สร้างผ่านคำตัดสินของศาลซึ่งยุติธรรมตามกฎหมาย ดังนั้น ความจริงมากกว่า 1 ชุด เช่น อาชญากร/ผู้บริสุทธิ์, โดยชอบด้วยกฎหมาย/มิชอบด้วยกฎหมาย จึงปรากฏบนความขัดแย้งใน 2 ปริณพทย่อยกฎหมาย คือ (1) ในพื้นที่ของกฎหมายรัฐธรรมนูญ (2) ในพื้นที่ของกฎหมายอาญามาตรา 112

(1.1) ประชาธิปไตยในพื้นที่ของกฎหมายรัฐธรรมนูญ

ในบรรดานักกฎหมายที่ “กำกับ” ความเป็นไปของนิติรัฐนั้นปฏิเสธไม่ได้ว่า วิษณุ เครืองาม เป็นนักกฎหมายคนหนึ่งที่ทรงอำนาจยิ่งนัก...อำนาจที่เกิดจากความรู้ เช่น วิษณุใช้เวลาเพียง 20 นาทีในการ “จาระไน” เนื้อหารัฐธรรมนูญทั้ง 48 มาตรา แบบคมชัดโดยที่คนฟังแทบไม่เห็น “รอยต่อ-รอยร้าวและจุดบกพร่องของรัฐประหาร และรัฐธรรมนูญ (ชั่วคราว) ฉบับ 2557”³⁵

³³ George Hoare and Nathan Sperber, *An Introduction to Antonio Gramsci*, 38.

³⁴ Michel Foucault, *Discipline and Punish: The Birth of the Prison*. Allen Lane, trans. (London: Penguin, 1977), 194.

³⁵ ไทยพับลิก้า, “ดร.วิษณุ เครืองาม คอนเน็กซ์มหัศจรรย์ 4 ทศวรรษ 10 นายฯ 10 อรรถาธิบาย คสช. ยิ่งอ้าง โฉมวัดกรรมรัฐธรรมนูญ-รัฐประหารการช่วง เผยเคล็ดลับสมองกลเรียนเก่งแบบ ‘วิษณุ’,” *ไทยพับลิก้า*, 23 กรกฎาคม 2557,

เช่นเดียวกับ มีชัย ฤชุพันธุ์ ผู้มีความรู้ความเชี่ยวชาญด้านกฎหมายอย่างหาตัวจับยากคนหนึ่งของเมืองไทย กระทั่งผู้เป็นลูกศิษย์เยี่ยง วิษณุ เครืองาม เปรียบเปรยมีชัยฯ ว่าเป็นดัง “พญาครุฑ”³⁶ โดยนักกฎหมายทั้งสองนี้มีบทบาทสำคัญต่อจัดทำรัฐธรรมนูญของคณะรัฐประหาร นับตั้งแต่การรัฐประหาร 19 กันยายน เป็นต้นมา โดยกำหนดการนิรโทษกรรมไว้ในรัฐธรรมนูญ ซึ่งนิติราษฎร์วิจารณ์ว่า การนิรโทษกรรมให้แก่คณะรัฐประหารนั้นขัดต่อหลักการประชาธิปไตย นิติราษฎร์เสนอให้การจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ที่มาจากอำนาจของประชาชนนั้นบรรจุหลักการที่สำคัญคือ ป้องกันการรัฐประหาร ภายหลังรัฐธรรมนูญฉบับประชาชน พุทธศักราช 2540 ถูก คมช. ยกเลิกเมื่อการปฏิวัติ 19 กันยายน มีรัฐธรรมนูญของคณะรัฐประหาร 4 ฉบับ ดังนี้

รัฐธรรมนูญฉบับ คมช. 2 ฉบับ: ประกอบด้วยรัฐธรรมนูญ (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2549 และรัฐธรรมนูญพุทธศักราช 2550 การนิรโทษกรรมบัญญัติไว้ในมาตรา 37 และ 309 ตามลำดับ

รัฐธรรมนูญฉบับ คสช. 2 ฉบับ: ประกอบด้วยรัฐธรรมนูญ (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 และรัฐธรรมนูญพุทธศักราช 2560 การนิรโทษกรรมบัญญัติไว้ในมาตรา 48 และ 279 ตามลำดับ

ในรัฐธรรมนูญฉบับ คมช. : นิติราษฎร์เสนอให้แก้ไขโดยต้องกำหนดหมวดที่ว่าด้วยการลบล้างผลพวงรัฐประหารไว้ในรัฐธรรมนูญ ซึ่งเริ่มต้นด้วยการประกาศความเสียเปล่าของผลการกระทำในทางกฎหมายระหว่างวันที่ 19-30 กันยายน 2549 ไว้ เพื่อทำลายเกราะกำบังทางกฎหมายของคณะรัฐประหารในเบื้องต้นเสียก่อน ต่อจากนั้นจึงประกาศความเสียเปล่าของมาตรา 37 รัฐธรรมนูญ (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2549 และมาตรา 309 รัฐธรรมนูญพุทธศักราช 2550³⁷ เมื่อเป็นเช่นนี้จะสามารถใช้กฎหมายอาญามาตรา 113 มาดำเนินคดีกับคณะมนตรีความมั่นคงแห่งชาติ (คมช.) ในฐานะความผิดกบฏต่อได้ทันที³⁸

สืบค้นเมื่อวันที่ 22 กรกฎาคม 2562, <https://thaipublica.org/2014/07/visanu-kruengam-1/>

³⁶ วันเพ็ญ มอลเลอร์, “มีชัย ฤชุพันธุ์ มีกฎหมายเบื้องหลังรัฐธรรมนูญฉบับพิสดาร,” *The People*, 10 พฤษภาคม 2562, สืบค้นเมื่อวันที่ 20 กรกฎาคม 2562, <https://thepeople.co/meechai-ruchuphan-legal-expert/>

³⁷ prachatai, “นิติราษฎร์เสนอลบล้างผลพวงรัฐประหาร 25 ก.ย. 2554 [2/6],” *YouTube*, 25 กันยายน 2554, สืบค้นเมื่อวันที่ 10 พฤษภาคม 2562, <https://www.youtube.com/watch?v=rgtJFNQJL8>

³⁸ มาตรา 113 ผู้ใดใช้กำลังประทุษร้าย หรือขู่เข็ญว่าจะใช้กำลังประทุษร้าย เพื่อ (1) ล้มล้างหรือเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญ (2) ล้มล้างอำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหาร หรืออำนาจตุลาการแห่งรัฐธรรมนูญ หรือให้ใช้อำนาจดังกล่าวแล้ว

ในรัฐธรรมนูญฉบับ คสช. : เมื่อ คสช. จัดให้มีการลงประชามติรัฐธรรมนูญฉบับ พุทธศักราช 2560 นิติราษฎร์ออกแถลงการณ์ไม่ยอมรับร่างรัฐธรรมนูญฉบับ พุทธศักราช 2560 ด้วยเหตุผลสำคัญ ได้แก่³⁹

- การคงอำนาจของ คสช. ตามมาตรา 44 ไว้จนกว่าจะมีรัฐบาลที่มาจากการเลือกตั้ง ซึ่งเป็นอำนาจเบ็ดเสร็จเด็ดขาดของ คสช. โดยที่ไม่มีการกำหนดกรอบระยะเวลาว่าการเลือกตั้งจะจัดขึ้นเมื่อใด เนื่องจากไม่มีการกำหนดสภาพบังคับไว้ว่าหากจัดทำกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการเลือกตั้งไม่เสร็จสิ้นภายในเวลา 240 วัน ผลจะเป็นอย่างไร นิติราษฎร์คาดการณ์ว่า “...หากร่างรัฐธรรมนูญฉบับนี้ผ่านการออกเสียงประชามติ อำนาจเด็ดขาดของหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติตามรัฐธรรมนูญชั่วคราวไม่ได้สิ้นสุดลง แต่จะกลายเป็นส่วนหนึ่งของโครงสร้างอำนาจในรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ต่อไป อย่างน้อยที่สุดจนกว่าคณะรัฐมนตรีชุดใหม่จะเข้ารับหน้าที่นั่นเอง” หรือ “..อาจทำให้การเลือกตั้งถูกเลื่อนออกไปได้อย่างไม่มีกำหนดเวลาแน่นอน” เป็นจริงดังที่นิติราษฎร์ระบุไว้ ด้วยการเลือกตั้งถูกเลื่อนออกไปถึง 5 ครั้ง⁴⁰ ในกรณีนี้ มีชัยตอบโต้ว่า การเลือกตั้งเป็นเพียงองค์ประกอบที่สำคัญของประชาธิปไตย แต่ไม่ใช่ทั้งหมดของประชาธิปไตย การเลือกตั้งที่เต็มไปด้วยการทุจริต เป็นการทำลายประชาธิปไตย⁴¹ การคงอำนาจ คสช. คือ มรดกของ คสช. มีชัยตอบโต้ว่า เป็นวาทกรรมที่ถูกประชาชน⁴² ในขณะที่วิษณุ เครืองาม อธิบายเมื่อ

ไม่ได้ หรือ (3) แบ่งแยกราชอาณาจักรหรือยึดอำนาจปกครองในส่วนหนึ่งส่วนใดแห่งราชอาณาจักร ผู้นั้นกระทำความผิดฐานเป็นกบฏ ต้องระวางโทษประหารชีวิต หรือจำคุกตลอดชีวิต

³⁹ ประชาไท, “นิติราษฎร์ออกแถลงการณ์ ‘ไม่รับ’ ร่างรัฐธรรมนูญ (ข้อวิจารณ์ฉบับละเอียด),” *ประชาไท*, 7 เมษายน 2559, สืบค้นเมื่อวันที่ 2 กรกฎาคม 2562, <https://prachatai.com/journal/2016/04/65115>

⁴⁰ พลวุฒิ สงสกุล, “ย้อนที่มามีเลื่อนเลือกตั้ง 5 ครั้ง ยุค คสช. จากปลายปี 2558 สู่ก่อนพระราชพิธีสำคัญ,” *The Standard*, 1 กันยายน 2562, สืบค้นเมื่อวันที่ 20 เมษายน 2562, <https://thestandard.co/postpone-election-5-times/>

⁴¹ iLaw, “‘มีชัย’ ถูกลั่น ‘ร่างรัฐธรรมนูญทดแทนบุญคุณแผ่นดิน,’” *iLaw*, 8 ตุลาคม 2558, สืบค้นเมื่อวันที่ 2 สิงหาคม 2562, <https://ilaw.or.th/node/3877>

⁴² ประชาชาติธุรกิจ, “‘มีชัย’ ล้างมือในร่างรัฐธรรมนูญ ‘ใครฉีก-รื้อ’ หวังมีประธานาธิบดีเป็นประมุข,” *ประชาชาติธุรกิจ*, 17 กันยายน 2561, สืบค้นเมื่อวันที่ 21 พฤษภาคม 2562, <https://www.prachachat.net/politics/news-220489>

ครั้งร่างรัฐธรรมนูญฉบับนี้ว่า มาตรา 44 นั้น “...จำเป็นสุดขีด ที่ให้ คสช.ใช้อำนาจพิเศษได้ในบางเรื่องไปในทางที่สร้างสรรค์กับฝ่ายบริหาร นิติบัญญัติ และตุลาการ ซึ่งกฎหมายอื่นอาจใช้ยาก...”⁴³

- สมาชิกวุฒิสภาที่มาจากการแต่งตั้งของ คสช. ในวาระห้าปีแรกหลังประกาศใช้รัฐธรรมนูญ มีอำนาจหน้าที่ที่นอกจากการออกกฎหมายแล้ว ยังให้ความเห็นชอบบุคคลไปดำรงตำแหน่งในศาลรัฐธรรมนูญและองค์กรอิสระต่างๆ กำกับการปฏิรูปประเทศ และที่สำคัญเป็นคะแนนเสียงในการแก้ไขรัฐธรรมนูญ ฯลฯ

- รัฐธรรมนูญมิได้กำหนดวิธีการได้มาของสมาชิกวุฒิสภาสาระสำคัญอันเป็นข้อมูลต่อการตัดสินใจรับ/ไม่รับร่างรัฐธรรมนูญ แต่กลับนำไปกำหนดไว้ในพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ

- ระบบการเลือกตั้งที่ไม่สะท้อนเจตจำนงทางการเมืองของประชาชน เนื่องจากกำหนดให้มีบัตรเลือกตั้งใบเดียวสำหรับการลงคะแนนเลือกสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร 2 แบบ คือ แบบบัญชีรายชื่อ และแบบแบ่งเขต ปัญหาที่นิติราษฎร์คาดการณ์คือ หาก ส.ส. แบบแบ่งเขตพรรคใดมีปัญหาในข้อกฎหมายเลือกตั้งที่นำไปสู่การหลุดพ้นจากตำแหน่ง และมีการเลือกตั้งใหม่จะกระทบต่อจำนวน ส.ส. ระบบบัญชีรายชื่อทันที เหตุการณ์เช่นนี้เกิดขึ้นแล้วที่เขตเลือกตั้งในจังหวัดเชียงใหม่

- อำนาจของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญกว้างขวางครอบคลุมการทำงานของรัฐสภา รวมทั้งแก้ปัญหาในกรณีความขัดแย้งที่ไม่มีบทบัญญัติรองรับ ให้วินิจฉัยไปตาม “ประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข” นิติราษฎร์ระบุว่า รัฐธรรมนูญกำหนดให้ “องค์กรที่ขาดความชอบธรรมทางประชาธิปไตย” มีความสำคัญยิ่งกว่า “องค์กรที่มีความชอบธรรมทางประชาธิปไตย” ต่อการ “ชี้เป็นชี้ตาย” ในปัญหาเกี่ยวกับการใช้รัฐธรรมนูญ เช่น ปัญหาการแก้ไขรัฐธรรมนูญ ฉบับพุทธศักราช 2550 ซึ่งมีผู้ร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญ 2 ครั้งว่า การแก้ไขรัฐธรรมนูญ (ทั้งการแก้ไขทั้งฉบับและการแก้ไขรายมาตราในกรณีแก้ไขการได้มาซึ่งสมาชิกวุฒิสภา) ขัดต่อมาตรา 68 คือใช้สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญเพื่อล้มล้างการปกครองในระบอบประชาธิปไตยฯ หรือเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจโดยวิถีทางที่ไม่ได้บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ⁴⁴ ในกรณีนี้ปัญบุตร แสงนกกุล สมาชิกกลุ่มนิติราษฎร์สรุปว่าการกระทำครั้งนี้เป็น

⁴³ ไทยพับลิก้า, “ดร.วิษณุ เครืองาม คอนเน็กซ์นมหัสจรรย์ 4 ทศวรรษ 10 อรรถาธิบาย คสช. ยังอ้าง โศกนาฏกรรมรัฐธรรมนูญ-รัฐประหารการช่วง เผยเคล็ดลับสมองกลเรียนเก่งแบบ ‘วิษณุ’.

⁴⁴ ดู ศาลรัฐธรรมนูญ, (ม.ป.ป.)1, “คำวินิจฉัยกลางปี 2555 คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 18-22/2555 ลงวันที่ 13 กรกฎาคม 2555,” ศาลรัฐธรรมนูญ, สืบค้นเมื่อวันที่ 12 มกราคม 2563

“การรัฐประหารโดยศาลรัฐธรรมนูญ”⁴⁵ รัฐธรรมนูญพุทธศักราช 2550 จึงเป็นพื้นที่หนึ่งที่มีปัญหาเรื่องการตีความระหว่างนักกฎหมาย 2 กลุ่ม ซึ่งสะท้อนเจตนาของอุดมการณ์ทางการเมือง

นอกจากนี้ยังมีประเด็นปัญหาอื่นๆ เช่น พรรคการเมืองที่เข้าร่วมรัฐบาลจะไม่สามารถดำเนินนโยบายตามที่หาเสียงไว้กับประชาชน ไม่มีความเป็นอิสระในการกำหนดนโยบาย เนื่องจากต้องดำเนินนโยบายตามที่ คสช. วางไว้ภายใต้แผนปฏิรูปประเทศและยุทธศาสตร์ชาติ หรือ แม้ว่ารัฐธรรมนูญจะรองรับสิทธิ/เสรีภาพในรูปแบบต่างๆ แต่ก็ไม่มีหลักประกันว่ากลไกการคุ้มครองจะดำเนินต่อไปอย่างไร ภายใต้รัฐบาล คสช. สิทธิ/เสรีภาพของประชาชนยังถูกคุกคามในหลายกรณี

คำถามที่ต้องพิจารณาคือ คำอธิบายชุดไหนสะท้อนจิตวิญญาณของประชาธิปไตย และจะออกแบบนิติรัฐผ่านกฎหมายรัฐธรรมนูญอย่างไรจึงจะบรรลุถึงประชาธิปไตย ยังไม่นับรวมปัญหาการตีความเพื่อบังคับใช้รัฐธรรมนูญขององค์กรต่างๆ ภายหลังจากที่ประกาศใช้ ดังกรณีปัญหาวิธีการคำนวณคะแนนเสียงในการเลือกตั้งที่ผ่านมา ที่เนื่องในวาระ 88 ปีของการปกครองในระบอบประชาธิปไตยมีภาคประชาสังคมหลายกลุ่มออกมาตอบคำถามกันบ้างแล้วว่ารัฐธรรมนูญที่เป็นประชาธิปไตยควรมีสาระสำคัญอย่างไร

อนึ่ง ภายใต้กรอบความคิดที่นำเสนอดังกล่าว นิติราษฎร์ยังเคลื่อนไหวเพื่อ “เปิดกรงความคิด” ต่อปัญหาของรัฐธรรมนูญอย่างต่อเนื่อง เช่น การวิพากษ์วิจารณ์คำตัดสินของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญในคดีสำคัญต่างๆ หรือวิจารณ์คำตัดสินในคดีอาญาที่เกี่ยวข้องกับการเมือง เช่น มาตรา 112 ซึ่งนิติราษฎร์ที่นำพาประชาชนก้าวพ้นความกลัว “กฎหมาย” ด้วยความรู้/สติปัญญา/เทคนิคที่เทียบชั้นกับ “เนติบริกร” พวกเขาปลุกผู้คนให้ตื่นรู้ในค่าความเป็นคนที่ถูกละเมิด อันเนื่องมาจากอำนาจของกฎหมายภายใต้การกำกับของ “เนติบริกร” ซึ่งเห็นอำนาจอันเกิดจาก

http://www.constitutionalcourt.or.th/occ_web/download/article/file_import/center18-22_55.pdf และ ศาลรัฐธรรมนูญ, (ม.ป.ป.)2, คำวินิจฉัยกลางปี 2556 คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 15-18/2556 ลงวันที่ 20 พฤศจิกายน 2556, ศาลรัฐธรรมนูญ, สืบค้นค้นเมื่อวันที่ 12 มกราคม 2563 http://www.constitutionalcourt.or.th/occ_web/download/article/file_import/center15-18_56.pdf

⁴⁵ ประชาไท, “ข้อเสนอนิติราษฎร์ ยุบศาล รธน. ตอน 2/2,” YouTube, 15 กรกฎาคม 2555, สืบค้นเมื่อวันที่ 20 มิถุนายน 2562 https://www.youtube.com/watch?v=pXBlwm_ntrQ

สาระสำคัญของปัญหาการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญพุทธศักราช 2550 มาตรา 291 ในรัฐบาลนางสาวยิ่งลักษณ์ ชินวัตร คือ เมื่อการแก้ไขผ่านไป 2 วาระ และกำลังเข้าสู่วาระที่ 3 มีลำดับดังนี้ (สถาบันนโยบายศึกษา, “มิถุนายน 2555 : ศาลรัฐธรรมนูญรับวินิจฉัยเรื่องแก้ไข รธน.,” สถาบันนโยบายศึกษา, ม.ป.ป. สืบค้นเมื่อวันที่ 20 พฤษภาคม 2563 <http://www.fpps.or.th/news.php?detail=n1344905339.news>

การใช้กฎหมายที่ไม่ตรงตามหลักการ ต่อมาปิยบุตร แสงกนกกุล ยุติบทบาทการเป็นอาจารย์ในมหาวิทยาลัยและร่วมจัดตั้งพรรคอนาคตใหม่กับ ธนาธร จึงรุ่งเรืองกิจ และสังคมการเมืองก็ได้เห็นการขับเคลื่อนความคิดของนิติราษฎร์ที่เป็นรูปธรรมชัดเจนขึ้น

ถึงแม้ว่าเจตน์ จะสรุปว่า นิติราษฎร์เสมือนยุบตัวเองลงโดยปริยายหลังการรัฐประหารปี 57⁴⁶ และภายหลังปิยบุตรสู่พื้นที่การเมืองเต็มรูปแบบก็ตาม แต่ข้อเสนอในกฎหมายที่วางอยู่บนบรรทัดฐานของนิติรัฐแบบสากลอันส่งผลต่อการสร้างความหวังทางการเมืองยังคงสติปัญญาของสังคมที่คนรุ่นใหม่จะยึดถือเป็นแนวทางในการดำเนินการทางการเมือง และเมื่อสถานการณ์การเมืองดำเนินมาจนถึงปัจจุบัน (พ.ศ. 2563) เป็นสิ่งที่ยืนยันว่า ความเห็นของอาจารย์คณะนิติศาสตร์ 7 คนเป็นสิ่งที่ได้รับการยอมรับและถูกหยิบมาพิจารณา

ดังนั้นเราจะเห็นว่า รัฐธรรมนูญเป็นพื้นที่ของการต่อสู้ทางความคิดด้วยการแย้งซึ่งการนิยามความหมายของคำว่าประชาธิปไตย ซึ่งเข้มข้นทั้งการนำเสนอความคิดและการผลักดันความคิดให้เกิดการปฏิบัติ ที่ไม่เพียงแต่เกิดขึ้นในพื้นที่ของรัฐธรรมนูญเท่านั้น ในพื้นที่ของกฎหมายอาญามาตรา 112 ก็เป็นพื้นที่ของสงครามความคิดที่มีความอ่อนไหวทางการเมืองไม่ต่างกัน

(1.2) ประชาธิปไตยในพื้นที่ของกฎหมายอาญามาตรา 112

สำหรับข้อถกเถียงเรื่องประชาธิปไตยภายใต้กฎหมายอาญามาตรา 112 นั้น มีทั้งนักวิชาการไทยและต่างประเทศศึกษาไว้จำนวนหนึ่ง และผู้วิจัยได้ศึกษาไว้ในงานชิ้นอื่นในชุดวิจัยเดียวกันแล้ว ด้วยข้อจำกัดของพื้นที่การนำเสนอจะไม่ลงรายละเอียด แต่ข้อถกเถียงที่สำคัญในพื้นที่กฎหมายอาญามาตรา 112 สรุปได้ดังนี้

1) สถาบันกษัตริย์มีฐานะอย่างไรภายใต้การปกครองระบอบประชาธิปไตย ทรงเป็นประมุขหรืออยู่ภายใต้รัฐธรรมนูญ? ฝ่ายอนุรักษนิยมกษัตริย์สรุปว่า กษัตริย์ทรงเป็นประมุขของระบอบประชาธิปไตย ด้วยพระบารมีอันสูงส่งนานัปการ ในขณะที่ฝ่ายประชาธิปไตยปรารถนาให้สถาบันกษัตริย์สง่างามในโลกสากลโดยต้องดำรงตนอยู่ใต้รัฐธรรมนูญ ความแหลมคมที่อันตรายของการถกเถียงนั้นสะท้อนผ่านวาทกรรม “ล้มเจ้า”

⁴⁶ แนวหน้า, “‘แนวเจตน์’ สยบปมร้อน! ปัดนิติราษฎร์ชกโยพรรคโพธิ์หมื่นล้าน,” แนวหน้า, 18 มีนาคม 2561, สืบค้นเมื่อวันที่ 20 เมษายน 2562 https://www.naewna.com/politic/327591?fb_comment_id=169593385048583%201696419983770557

2) อุดมการณ์การเมืองคือสิ่งที่กำกับการบังคับใช้กฎหมายมาตรานี้ ส่งผลให้คำพิพากษาไม่ตั้งอยู่บนเหตุผลของกฎหมาย ประเด็นอุดมการณ์ประชาธิปไตยแบบไทยๆ หรือแบบสากล ความเห็นที่ขัดแย้งกันในเรื่องความเป็นสากลของกฎหมายอาญามาตรา 112 ระหว่างวรเจตน์ ภาคีรัตน์⁴⁷ และบวรศักดิ์ อุวรรณโณ⁴⁸

สำหรับการต่อสู้บนพื้นที่ของกฎหมายรัฐธรรมนูญและกฎหมายอาญามาตรา 112 ที่เป็นปัญหาความขัดแย้งนั้น วรเจตน์ ภาคีรัตน์ เสนอว่า “...เพื่อให้สังคมไทยเดินไปข้างหน้า เราไม่สามารถหลีกเลี่ยง เราไม่สามารถที่จะปฏิเสธความเป็นจริงที่ดำรงอยู่ต่อหน้าเราได้ ถ้าเราต้องการรัฐธรรมนูญที่เป็นการปรองดอง ที่เป็นการสมานฉันท์กับทุกฝ่ายอย่างแท้จริง รัฐธรรมนูญที่จะเกิดขึ้นใหม่นั้นอย่างน้อยจะต้องปฏิรูปสถาบันกษัตริย์ ปฏิรูปสถาบันทางการเมือง ปฏิรูปองค์กรตุลาการ องค์กรอิสระ ปฏิรูปกองทัพ ทั้งหมดนี้จะต้องทำพร้อมกัน...”⁴⁹

พลันที่พรรคอนาคตใหม่ปรากฏการณ์ในสภาผู้แทนราษฎร ความคิดดังกล่าวก็ถูกขับเคลื่อนให้เป็นรูปธรรมที่ชัดเจนขึ้น

(2) พรรคอนาคตใหม่ : ผู้สร้าง “วิถีใหม่” ในพื้นที่การเมือง

“...ธนาธรและผมจะออกไปโอดแค้น...การเมืองทั่วประเทศยิ่งกว่าเดิม...จะรณรงค์ทางการเมืองต่อเนื่องต่อไป...อย่างไม่รู้จักเหน็ดเหนื่อย นี่ไม่ใช่จุดจบ...แต่นี่คือจุดเริ่มต้น เพราะว่า พวกเราเป็นปศุสัตว์ที่กาลเวลาได้สร้างขึ้นมาจากเพื่อหลอกหลอนคนที่อยู่ในโลกเก่า ความคิดเก่า ทำให้เกิดละเมอหวาดกลัวและไม่มีอะไรที่จะเป็นเครื่องปลอบใจท่านเหล่านี้ได้ เท่ากับไม่มีอะไรหยุดยั้งความรุดหน้าของกาลเวลาที่จะสร้างปศุสัตว์เหล่านี้ให้มากขึ้นทุกที”⁵⁰

(ปิยบุตร แสงกนกกุล : เลขาธิการพรรคอนาคตใหม่)

⁴⁷ PrachataiTV, “นิตราษฏร์เสนอแก้ ม.112: proposed amendments to lese majeste,” YouTube, 16 มกราคม 2555, สืบค้นเมื่อวันที่ 10 เมษายน 2560 <https://www.youtube.com/watch?v=2-rqMYskFpk>

⁴⁸ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, “ความผิดฐาน “หมิ่นพระบรมเดชานุภาพ” : เอกลักษณะประชาธิปไตยไทยในกระแสประชาธิปไตยโลก,” ใน *หลาภมิตติกฎหมายหมิ่นพระบรมเดชานุภาพ*, บรรณาธิการโดย จันทจิรา เอี่ยมมยุรา, (กรุงเทพฯ : โครงการประกาศนียบัตรบัณฑิตทางกฎหมายมหาชน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553), 196-213.

⁴⁹ PrachataiTV, “‘2 ปี นิตราษฏร์’ วรเจตน์ ภาคีรัตน์,” YouTube, 30 กันยายน 2555, สืบค้นเมื่อวันที่ 10 เมษายน 2563 <https://www.youtube.com/watch?v=E503arHhXWg>

⁵⁰ ThaiPBS, “คณะกรรมการพรรคอนาคตใหม่แถลง หลังศาลฯ วินิจฉัยยุบพรรคอนาคตใหม่,” YouTube, 21 กุมภาพันธ์ 2563, สืบค้นเมื่อวันที่ 10 สิงหาคม 2562 <https://www.youtube.com/watch?v=5s5FAXBmmas>

เมื่อรัฐบาล คสช. จัดให้มีการเลือกตั้งเมื่อวันที่ 24 มีนาคม 2562 ความคิดเรื่องการแก้ไขรัฐธรรมนูญถูกพรรคอนาคตใหม่นำมาขับเคลื่อนในสภาผู้แทนราษฎรร่วมกับพรรคฝ่ายค้าน ต่อมาพรรคอนาคตใหม่ถูกศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัยให้ยุบพรรคเมื่อวันที่ 21 กุมภาพันธ์ 2563 ธนาธร และปิยบุตร ประกาศจัดตั้งกลุ่มก้าวหน้าเพื่อรณรงค์ทางการเมือง พรรคอนาคตใหม่เป็นภาพลักษณ์ของคนหนุ่มสาวผู้ได้รับการศึกษา ประกอบด้วย วิศวกร/นักกฎหมาย/นักเศรษฐศาสตร์/NGO/นักวิชาการ/สื่อมวลชน/นักธุรกิจ/นักเคลื่อนไหวทางการเมืองในระดับท้องถิ่น หรือกระทั่งตัวแทนของ “คนชายขอบ” ที่ไม่เคยมีที่ยืนในสังคมไทย เป็นพรรคการเมืองประวัติศาสตร์ของการเมืองไทย ต้องบันทึกไว้ว่า “ใหม่ทั้งพรรคและคน” ด้วยไม่เคยมี ส.ส. คนใดเคยได้รับเลือกตั้งมาก่อน ขับเคลื่อนนโยบายประเด็นต่างๆ อยู่บนฐานของความรู้ ในการอภิปรายแต่ละครั้งไม่เฉพาะแต่แกนนำพรรคที่ “ทำการบ้าน” อย่างเข้มข้น การอภิปรายของ ส.ส. หลายคนโดดเด่นเป็นที่น่าจับตามองและเป็นประโยชน์ต่อประชาชน ด้วยถ้อยคำให้เห็นโยงโยงของผลประโยชน์ทางการเมืองของชนชั้นไม่ว่าจะเป็น พิธา ลิ้มเจริญรัตน์⁵¹ ศิริกัญญา ตันสกุล⁵² หรือ วิโรจน์ ลักขณาอดิศร⁵³ รังสิมันต์ โรม⁵⁴

บนเส้นทางการเมืองไทยนับตั้งแต่กำเนิดพรรคอนาคตใหม่ (15 มีนาคม 2561 – 21 กุมภาพันธ์ 2563) ถึงพรรคก้าวไกลและคณะก้าวหน้า แม้ว่าพรรคอนาคตใหม่จะชูประเด็นนโยบายที่โดดเด่นหลายเรื่อง แต่ในบรรดาความโดดเด่นของนโยบายต่างๆ นั้น สังคมไทยเห็นร่องรอยทางความคิดของนิตรัสถ์ที่ถูกผลักดันให้ปรากฏเป็นรูปเป็นร่างในสภา ดังนี้

ผลักดันผ่านคณะกรรมการการชุดเดิม 2 คณะเสนอญัตติจัดตั้งคณะกรรมการการชุดใหม่ 3 คณะ ได้แก่

⁵¹ สำนักข่าวไทย TNAMCOT, “โซเชียลชื่นชม!!! อภิปรายสร้างสรรค์ ‘พิธา-บิ๊กป๊อก’,” *YouTube*, 27 กรกฎาคม 2562, สืบค้นเมื่อวันที่ 30 พฤษภาคม 2563 <https://www.youtube.com/watch?v=k9ZAMHcr8Ec>

⁵² อิศราชัย จงภักธนิกพันธ์, “อภิปรายนโยบาย (นอก) สภา กับ ‘ศิริกัญญา ตันสกุล’ สาวนักวิจัย สู้ ส.ส. รุกกี้ พรรคอนาคตใหม่,” *มติชนมติชนสุดสัปดาห์*, 16 - 22 สิงหาคม 2562, สืบค้นเมื่อวันที่ 20 พฤษภาคม 2562 https://www.matichonweekly.com/in-depth/article_220947

⁵³ ไทยรัฐออนไลน์, “ปุมหลัง “วิโรจน์” ดาวจรัสแสง ลูกชาวบ้านธรรมดา ดึงกรีนกัโด้ว่าที่ ส.ส. มือแฉ,” *ไทยรัฐ*, 26 กุมภาพันธ์ 2563, สืบค้นเมื่อวันที่ 20 พฤษภาคม 2562 <https://www.thairath.co.th/news/politic/1781070>

⁵⁴ อนาคตใหม่ - Future Forward, “รังสิมันต์ โรม เปิดโปง ‘เครือข่ายประวัตร ปรายต่อ’,” *YouTube*, 27 กุมภาพันธ์ 2563, สืบค้นเมื่อวันที่ 20 พฤษภาคม 2563 https://www.youtube.com/watch?v=9Wa_kOyY1sY

- พลโทพงศกร รอดชมภู เป็นประธานคณะกรรมการการความมั่นคงแห่งรัฐ ภายใต้คณะกรรมการชุดนี้ พรรคอนาคตใหม่มีกำหนดจะนำร่างพระราชบัญญัติ 2 ฉบับเข้าสู่สภา คือ พระราชบัญญัติยกเลิกประกาศคำสั่งของหัวหน้า คสช. และร่างพระราชบัญญัติที่เกี่ยวกับการยกเลิกการเกณฑ์ทหาร

- ปิยะบุตร แสงกนกกุล เป็นประธานคณะกรรมการการคณะกรรมการการกฎหมาย การยุติธรรมและสิทธิมนุษยชน และมีรังสิมันต์ โรม เป็นโฆษกคณะกรรมการ ใช้อำนาจของคณะกรรมการการเชิญ พล.อ.ประยุทธ์ จันทร์โอชา ในฐานะ อดีตหัวหน้า คสช. / พล.อ.อุดมเดช สีตบุตร / พล.อ.ธีรชัย นาควานิช อดีต ผบ.ทบ. และ พล.อ.อภิรัชต์ คงสมพงษ์ ผบ.ทบ. ซึ่ง 3 คน หลังเคยดำรงตำแหน่งเลขาธิการ คสช. มาให้ข้อมูลกรณีละเมิดสิทธินักศึกษาและนักกิจกรรมการเมือง⁵⁵

- คณะกรรมการการวิสามัญศึกษาผลกระทบจากการกระทำประกาศ คสช. คำสั่ง คสช. และการใช้อำนาจมาตรา 44⁵⁶

- คณะกรรมการการวิสามัญพิจารณาศึกษาหลักเกณฑ์และวิธีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 โดยเสนอร่วมกับพรรคฝ่ายค้าน⁵⁷

- คณะกรรมการการวิสามัญเพื่อศึกษาแนวทางป้องกันไม่ให้เกิดการรัฐประหารเกิดขึ้นอีกในอนาคต ในการอภิปรายเสนอญัตติตั้งคณะกรรมการวิสามัญเพื่อศึกษาแนวทางป้องกันไม่ให้เกิดการรัฐประหารเกิดขึ้นอีกในอนาคต ปิยะบุตร ชีให้เห็นว่า “..... จะยุติการรัฐประหารได้อย่างเด็ดขาดสิ้นเชิง จำเป็นต้องมีการรื้อฟื้นเอาผู้ก่อการรัฐประหาร...มาดำเนินคดีในศาล...เกิดขึ้นแล้วที่อาร์เจนตินา...กรีซ...ฝรั่งเศส...เกาหลีใต้...ตุรกี เอาคณะผู้ก่อการกลับมาดำเนินคดีและลงโทษฐานกบฏ...ถ้าเราทำอย่างนี้ได้ ผมมั่นใจว่าประเทศไทยจะไม่มีรัฐประหารอีกเลย นายทหารจะกลับ

⁵⁵ matchon TV, “‘รังสิมันต์ โรม’ เชิญ ‘4 นายพล คสช.’ แจงดำเนินคดีปิดปากประชาชน,” *YouTube*, 23 มกราคม 2563, สืบค้นเมื่อวันที่ 12 เมษายน 2563 <https://www.youtube.com/watch?v=L8nU68aTDIU>

⁵⁶ matchon TV, “‘ปิยะบุตร’ ปลุกเร้าทั้ง ‘ม.44’ มรดกบาป คสช.,” *YouTube*, 21 พฤศจิกายน 2562, สืบค้นเมื่อวันที่ 30 พฤษภาคม 2563 <https://www.youtube.com/watch?v=FhEx3IYY5M>

⁵⁷ อนาคตใหม่ - Future Forward, “ปิยะบุตร ในนามพรรคฝ่ายค้านเสนอญัตติตั้ง กมธ. ศึกษาแก้ไขรัฐธรรมนูญ '60,” *YouTube*, 11 ธันวาคม 2562, สืบค้นเมื่อวันที่ 20 พฤษภาคม 2563 https://www.youtube.com/watch?v=0hk3mNJ7f_0

เข้าไปสู่กรมกอง และกลับไปเป็นนายทหารมืออาชีพ...”⁵⁸ ซึ่งรังสิมันต์ โรม อภิปรายต่อให้เห็นเป็นรูปธรรมว่า “...หากกฎหมายนี้สามารถบังคับใช้ได้อย่างบรรลุผล สิ่งที่เราจะต้องเห็นในวันที่ 22 พฤษภาคม 2557 นั่นคือการที่พลเอกประยุทธ์ จันทร์โอชา จะต้องขึ้นต่อศาลและอาจจะมีคำพิพากษาประหารชีวิต วันนี้ท่านจะไม่ใช่พลเอกประยุทธ์ แต่ท่านจะเป็น นช. ประยุทธ์...” หลายครั้งที่เขาโกรธแค้นแทนประชาชนด้วยการต่อว่าอำนาจตุลาการที่ยอมรับอำนาจของคณะรัฐประหารว่า “...กลัวดียังไง ท่านกลัวดียังไงที่จะมาบอกว่าประชาชนเนียเขาไม่มีอำนาจอธิปไตย” เขาเรียกร้องให้สภาผู้แทนราษฎรแสดงตนคัดค้านการรัฐประหาร โดยย้ำว่า “..เรา...คือ...คน...ที่...มา...จาก...การเลือกตั้ง ...เรา...คือ...คนที่ประชาชนเขาบอกอยู่ตลอดเวลาว่า เราจะเป็นปากเป็นเสียงให้กับพวกเขา...”⁵⁹

อนึ่ง ประเด็นข้อกฎหมายที่ทั้งปิยบุตร และรังสิมันต์ โรม อภิปรายนั้น อาจเป็นสิ่งที่เป็นไปได้ยากต่อการเข้าใจสำหรับคนทั่วไป แต่สำหรับปัญญาชนตามจารีตประเพณีผู้มีความเห็นขึ้นในเทคนิคของการออกแบบกฎหมาย เช่น วิษณุ เครืองาม ที่รับฟังอยู่ในที่ประชุมสภาผู้แทนราษฎรแห่งนั้นคงจินตนาการได้ว่า หากไม่มีการนิรโทษกรรมการรัฐประหารไว้ในรัฐธรรมนูญ คำตัดสินของศาลจะมีหน้าตาไม่ผิดเพี้ยน/คลาดเคลื่อนจากจินตนาการของ รังสิมันต์ โรม มากนัก⁶⁰

ความพยายามที่จะสกัดกั้นความคิดทางการเมืองที่ก้าวหน้าแบบพรรคอนาคตใหม่เกิดขึ้นในรูปคดีความต่าง ๆ ซึ่งชนาธรแถลงในวันที่ถูกยุบพรรคว่ามีจำนวน 27 คดี ปิยบุตร เรียกสภาวะที่พวกเขาเผชิญนี้ว่า “นิติสงคราม”⁶¹ คำแถลงของแกนนำพรรคที่เปรียบดังสัญญาณประชามชนขึ้นหลายครั้ง ดังตัวอย่างต่อไปนี้

คำแถลงครั้งที่ 1 : คำวันที่ 21 กุมภาพันธ์ ทั้งชนาธร และปิยบุตรแถลงยืนยันเคลื่อนไหวทางการเมืองต่อไป ดังได้กล่าวข้างต้น ภายหลังการยุบพรรค ปิยบุตร ยังให้สัมภาษณ์สื่อมวลชนว่า ถ้าเราเชื่อว่าการเมืองไทยเปลี่ยนแปลงไปไม่ได้ หมายความว่า เรายอมแพ้ตั้งแต่เริ่มต้น และไม่ทำเพราะ “...ถ้าท้อเมื่อไร...ประชาชนจะหมดหวัง เราแบกภาระความหวังนี้ของประชาชนไว้...เราจะ

⁵⁸ VOICE TV-1, “‘ปิยบุตร’ อภิปรายญัตติตั้ง กมธ. ศึกษาแนวทางป้องกันรัฐประหาร,” *YouTube*, 6 กุมภาพันธ์ 2563, สืบค้นเมื่อวันที่ 30 พฤษภาคม 2563 https://www.youtube.com/watch?v=sC58N_L2tYE

⁵⁹ matichon tv, “‘รังสิมันต์ โรม’ ยอกเห็น ‘ประยุทธ์’ ไปขึ้นศาลฐานก่อรัฐประหาร!,” *YouTube*, 6 กุมภาพันธ์ 2563, สืบค้นเมื่อวันที่ 30 พฤษภาคม 2563 <https://www.youtube.com/watch?v=xpYhpQ8tU8s>

⁶⁰ เรื่องเดียวกัน

⁶¹ ThaiPBS, “คณะกรรมการพรรคอนาคตใหม่แถลง หลังศาลฯ วินิจฉัยยุบพรรคอนาคตใหม่”.

ตั้งคณะอนาคตใหม่⁶² ขึ้นมาเพื่อธรรมาภิบาลทางความคิด...ทั่วประเทศ...ทวงคืนอำนาจกลับไปสู่ท้องถิ่น ทยอยผูกขาด ปฏิรูปกองทัพ ยกเลิกการเกณฑ์ทหารภาคบังคับ แก่รัฐธรรมนูญ...”⁶³

คำแถลงครั้งที่ 2 : วันที่ 14 มีนาคม พิศาล ลิ้มเจริญรัตน์ หัวหน้าพรรคก้าวไกล พรรคใหม่ที่ ส.ส. พรรคเข้าสังกัด แสดงวิสัยทัศน์ ความว่า “...พรรค...ยังคงเดินหน้าทำการเมืองอย่างสร้างสรรค์...ยังคงเป็นความหวังให้กับคนสิ้นหวังในประเทศนี้...ยังเป็นปากเป็นเสียงให้กับคนที่ไร้อำนาจในสังคม... เรายังคงยึดมั่นและต่อสู้เพื่อพาประเทศไทยเปลี่ยนผ่านสู่ระบอบประชาธิปไตย ยุติระบอบรัฐประหารและสถาปนานิติรัฐที่ประชาชนทุกคนไม่ว่าจะมาจากไหนต่างก็เสมอกัน ต่อหน้ากฎหมาย...”⁶⁴ หลังจากนั้นเขายืนยันต่อสื่อมวลชนอีกว่า “...ขอให้พี่น้องประชาชนได้มั่นใจ ... เรายังคงยืนอยู่ข้างประชาชน ยืนอยู่ข้างประชาธิปไตย ยืนหยัดการต่อต้านการสืบทอดอำนาจของคณะรัฐประหาร...”⁶⁵

คำแถลงครั้งที่ 3 : วันที่ 21 มีนาคม 2563 ปิยบุตร แสงกนกกุล แถลงเนื่องในโอกาสก่อตั้งคณะก้าวหน้า โดยเริ่มต้นการแถลงด้วยถ้อยคำที่มีพลังว่า “เราทูลดงเพื่อเป็นการเสียสละ อันมีเกียรติ ในการต่อสู้ที่มีกำลังอันไม่ทัดเทียมอันนี้ เราเสียสละทุกสิ่งที่เรามีเพื่ออุดมการณ์แห่งเสรีภาพ อำนาจอธิปไตยจักต้องพิเนาศ ประชาชนจักต้องลุกฮือขึ้น...”⁶⁶ ปิยบุตรจินตนาการให้ผู้มีอำนาจรู้สึกหวาดกลัวและให้ประชาชนมีความเชื่อมั่นในขณะเดียวกันว่า ต่อไปผู้มีอำนาจจะเห็นอดีตแกนนำพรรคทุกคนออกไปธรรมาภิบาลทางการเมืองในประเด็นต่างๆ ที่เป็นยุทธศาสตร์ของพรรค รวมทั้ง “...เขาจะเห็นพงศกร รอดชมภู เดินทางไปธรรมาภิบาลเรื่องของการปฏิรูปกองทัพและ

⁶² ภายหลังเปลี่ยนชื่อเป็นคณะก้าวหน้า

⁶³ workpoint TODAY, “คุยกับ ‘ปิยบุตร แสงกนกกุล’ หลัง ‘อนาคตใหม่’ ถูกตัดสินยุบพรรค,” YouTube, 26 กุมภาพันธ์ 256, สืบค้นเมื่อวันที่ 30 พฤษภาคม 2563 <https://www.youtube.com/watch?v=xWztr3VsN4I>

⁶⁴ PITVFANPAGE, “พิศาล ลิ้มเจริญรัตน์ หัวหน้าพรรคก้าวไกล แสดงวิสัยทัศน์,” YouTube, 17 มีนาคม 2563, สืบค้นเมื่อวันที่ 30 พฤษภาคม 2563 <https://www.youtube.com/watch?v=fX3LeDDB3Uo>

⁶⁵ matichon tv, “‘ทีม พิศาล’ นำ 55 ส.ส. ตั้งพรรค ‘ก้าวไกล’ ชูธงต่อต้านการสืบทอดอำนาจคณะรัฐประหาร,” YouTube, 6 มีนาคม 2563, สืบค้นเมื่อวันที่ 30 พฤษภาคม 2563 <https://www.youtube.com/watch?v=ooYoxgXw90A>

⁶⁶ ปิยบุตรฯ อธิบายว่า ประโยคที่เขาถ่าวนี้คือบาวรรคของวรรณกรรมเพื่อชนชั้นกรรมาชีพ ของแม็กซิม กอร์กี เรื่องแม่

การยกเลิกการเกณฑ์ทหารภาคบังคับทั่วประเทศ...” ทั้งยืนยันว่าการเอาชนะกันทางการเมืองต้องชนะกันทางความคิด “ต้อง...แย่งชิงเพื่อโอกาสในการสถาปนาอำนาจรูปแบบใหม่”⁶⁷

3. บทสรุป

ต่อกรณีการเคลื่อนไหวทางความคิดของนิติราษฎร์ใน 3 ประเด็นหลัก ได้แก่ การปฏิรูปสถาบันศาล, การปฏิรูปสถาบันกษัตริย์, การปฏิรูปกองทัพ ผ่านการแก้ไขรัฐธรรมนูญและกฎหมายอาญามาตรา 112 เมื่อพิจารณาจากมิติของการเมืองของความหวัง (Politics of Hope) จะสรุปได้ว่า

(1) เป็นการเคลื่อนไหวทางความคิดที่ไม่ยอมจำนน แม้การเดินทางไปข้างหน้าสะดุดด้วยคดีความจากกระบวนการยุติธรรมในรัฐบาลของคณะรัฐประหารตลอดจนการถูกประทุษร้ายกลางมหาวิทยาลัย แต่นักวิชาการเหล่านี้ยังคงยืนหยัดส่งผ่านอุดมการณ์นิติรัฐไปยังคนรุ่นใหม่ผ่านการสอนวิชานิติศาสตร์ ท่ามกลางความมืดมิดของกฎหมายที่วุ่นเจตน์ ภาศิริรัตน์ มีความเห็นว่า “แม้จะมีตมมากขึ้นแต่มีเสียงอื้ออึงมากขึ้น...แม้แสงจะยังไม่ปรากฏ”⁶⁸

(2) หลังเหตุการณ์ 14 ตุลา 2516 เราเห็นนักศึกษาก้าวเท้าออกจากห้องเรียนออกไปหาประชาชนที่ประวัติศาสตร์ทางการเมืองจารึกไว้ว่า...เป็นยุคที่ประชาธิปไตยแบ่งบาน แต่หลังเหตุการณ์ยุบพรรคอนาคตใหม่ในวันที่ 21 กุมภาพันธ์ 2563 เราจะเห็นนักการเมืองผู้มีประชาชนเป็น “องค์ประธาน” ของประชาธิปไตย ก้าวเท้าออกจากสภาผู้แทนราษฎรไปปลุกเร้าผู้คนให้ตื่นรู้ในศักดิ์ศรีความเป็นคนที่เท่าเทียม เข้าร่วมทำสงครามประชาธิปไตยกับฝ่ายอนุรักษนิยมเพื่อเปลี่ยนแปลงโครงสร้างการเมือง จะเพิ่มเติมขึ้นก็คือ การสู้รบครั้งนี้พวกเขาประกาศใช้ยุทธศาสตร์ “สถาปนาอำนาจ” เพื่อแย่งชิงพื้นที่ทางอุดมการณ์ทางการเมือง เขา...ผู้สมารถความคิดของ อันโดนิโย กรัมซี นักคิดนักปฏิวัติคนสำคัญของฝ่ายประชาธิปไตย พวกเขาคือ “กรัมเซียน” ผู้ทำให้ภาพลักษณ์ของนักการเมืองไทยที่ผู้คนเคยเบื่อหน่ายให้อบอวลไปด้วยกลิ่นอายของความหวัง หรือสร้าง “New Normal” ในทางการเมือง

⁶⁷ matichon TV, “คณะก้าวหน้าจะนำความคิดแบบอนาคตใหม่ไปรณรงค์ทั่วประเทศ,” YouTube, 21 มีนาคม 2563, สืบค้นเมื่อวันที่ 30 พฤษภาคม 2563 <https://www.youtube.com/watch?v=1m0yDy4ApQ8>

⁶⁸ มติชนออนไลน์, “มมมมม ‘วรเจตน์ ภาศิริรัตน์’ 88 ปีประชาธิปไตยไทย แม้มีตมแต่มีเสียงอื้ออึง!,” มติชน, 25 มิถุนายน 2563, สืบค้นเมื่อวันที่ 27 มิถุนายน 2563 https://www.matichon.co.th/news-monitor/news_2242749

อนึ่ง เป็นที่ชัดเจนว่าภายหลังการยุบพรรคอนาคตใหม่เมื่อวันที่ 21 กุมภาพันธ์ 2563 ได้มีการเคลื่อนไหวของกลุ่มเยาวชนนักศึกษาหลายกลุ่มทั้งในกรุงเทพฯ และในทุกภูมิภาค เช่น กลุ่มเยาวชนปลดแอก, กลุ่มธรรมศาสตร์และการชุมนุม, กลุ่มนักศึกษา/ประชาชนในหัวเมือง/ภูมิภาคต่าง ๆ โดยฝ่ายประชาธิปไตยได้ยกระดับเพดานของการแสดงความเห็น/ข้อเรียกร้องต่อสถาบันกษัตริย์อย่างเป็นรูปธรรมฯ บนเวทีสาธารณะ 2 ครั้ง คือ (1) การปราศรัยของอานนท์ นำภา⁶⁹ ณ เวทีการชุมนุมที่อนุสาวรีย์ประชาธิปไตยเมื่อวันที่ 3 สิงหาคม 2563, (2) การอ่านแถลงการณ์ของปณัสยา สิทธิจิรวัฒนกุล เสนอรัฐธรรมนูญ 10 ประการ เพื่อปฏิรูปสถาบันฯ ในเวทีธรรมศาสตร์และการชุมนุม ที่มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ศูนย์รังสิต เมื่อวันที่ 10 สิงหาคม 2563 ผลจากแรงกดดันทางการเมืองของฝ่ายประชาธิปไตยทำให้รัฐบาลพลเอกประยุทธ์ จันทร์โอชา ต้องเปิดสภาเพื่อพิจารณาการแก้ไขรัฐธรรมนูญ โดยมีร่างรัฐธรรมนูญเข้าสู่การพิจารณาของรัฐสภาถึง 7 ฉบับ ซึ่งภายหลังกลุ่มการเมืองเหล่านี้ได้รวมตัวกันในนาม “คณะราษฎร 2563” ยังคงยืนยันข้อเรียกร้อง 3 ประการ คือ 1. พลเอกประยุทธ์ จันทร์โอชา ต้องลาออกจากตำแหน่งนายกรัฐมนตรี 2. แก้ไขรัฐธรรมนูญ 3. ปฏิรูปสถาบันกษัตริย์

ด้วยรูปธรรมดังกล่าวข้างต้นนั้น เราจึงสรุปได้ว่า การก่อร่างสร้างภูมิทัศน์ทางการเมืองใหม่โดย “คณะราษฎร 2563” ที่ดำเนินอยู่ในขณะนั้นนั้น มีรากฐานมาจากความคิดทางกฎหมายโดยปัญญาชนผู้ยึดโยงกับชนชั้นล่างที่ชื่อว่า “นิติราษฎร-นิตศาสตร์เพื่อราษฎร” เป็นสำคัญ

ความคิดที่สืบสานปณิธานของ “คณะราษฎร 2475” อันเป็นการปรากฏตัวของคำตอบของกฎหมายอันเป็นความหวังในการกำหนดภูมิทัศน์ใหม่ทางการเมือง ความคิดที่ถูกก่อร่างให้เป็นรูปธรรมโดยพรรคอนาคตใหม่-ผู้ไม่สยบต่ออำนาจที่ไม่เป็นธรรมในสังเวียนประชาธิปไตยที่ถูกกำกับโดย “เนติบริกร” หากนิติราษฎรเปรียบได้ดังสถาปนิกผู้ออกแบบการเมืองไทย พรรคอนาคตใหม่ก็เปรียบได้ดังวิศวกรผู้สร้างรูปการเมืองใหม่ แม้จะเปลี่ยงพล้ำ หากมียอมพ่ายแพ้และจำนน!

เมื่อเป็นเช่นนี้ เราจึงอาจปฏิเสธได้ว่า ความกฎหมายที่เปลี่ยนรูปการเมืองที่สังคมไทยกำลังเผชิญอยู่ในเวลานี้ เป็นทั้ง “ปีศาจ” สำหรับชนนำฝ่ายอนุรักษนิยม และเป็นทั้ง “การเมืองแห่งความหวัง” หากสำหรับฝ่ายประชาธิปไตยอย่างแท้จริง

⁶⁹ หนายความด้านสิทธิมนุษยชน ที่ว่าความให้ผูต้องหาคติอาญามาตรา 112 และคดีความเดือดร้อนของชาวบ้านในพื้นที่ เช่น โรงไฟฟ้าในจังหวัดสระบุรี เป็นต้น

References

- BBC News ไทย. “ปรีดี พนมยงค์ : 120 ปี ชาตกาล ตำนาน ‘บุคคลสำคัญของโลก’.” *BBC News ไทย*. 10 พฤษภาคม 2563. สืบค้นเมื่อวันที่ 9 มิถุนายน 2563,
<https://www.bbc.com/thai/thailand-52598950>
- Foucault, Michel, *The History of Sexuality, Vol. 1: An Introduction*. Robert Hurley, trans. New York: Vintage Books, 1978.
- Foucault, Michel. *Discipline and Punish: The Birth of the Prison*. Allen Lane, trans. London: Penguin, 1977.
- Hoare, George, and Sperber, Nathan. *An Introduction to Antonio Gramsci: His Life, Thought and Legacy*. London: Bloomsbury Academic, 2015.
- iLaw. “‘มิชัย ฤชุพันธุ์’ ร่างรัฐธรรมนูญทดแทนบุญคุณแผ่นดิน.” *iLaw*, 8 ตุลาคม 2558. สืบค้นเมื่อวันที่ 2 สิงหาคม 2562, <https://ilaw.or.th/node/3877>
- iLaw. “เจาะเทคนิคเขียนรัฐธรรมนูญ “ซ่อนแอบ” แบบมิชัย อ่านไม่เข้าใจแต่แฝงกลไกกินรวบอำนาจ.” *iLaw*, 8 พฤษภาคม 2560. สืบค้นเมื่อวันที่ 15 สิงหาคม 2563,
<https://ilaw.or.th/node/4497>
- matchon TV. “‘ทิม พิธา’ นำ 55 ส.ส. ตั้งพรรค ‘ก้าวไกล’ ชูต่อต้านการสืบทอดอำนาจคณะรัฐประหาร.” YouTube, 6 มีนาคม 2563. สืบค้นเมื่อวันที่ 30 พฤษภาคม 2563,
<https://www.youtube.com/watch?v=ooYoxgXw90A>
- matchon TV. “‘ปิยบุตร’ ปลุกเรือทั้ง ‘ม.44’ มรดกบาป คสช.” YouTube, 21 พฤศจิกายน 2562. สืบค้นเมื่อวันที่ 30 พฤษภาคม 2563, <https://www.youtube.com/watch?v=FhElx3IYY5M>
- matchon TV. “‘รังสิมันต์ โรม’ เชิญ ‘4 นายพล คสช.’ แจงดำเนินคดีปิดปากประชาชน.” YouTube, 23 มกราคม 2563. สืบค้นเมื่อวันที่ 12 เมษายน 2563,
<https://www.youtube.com/watch?v=L8nU68aTDIU>
- matchon TV. “‘รังสิมันต์ โรม’ อยากเห็น ‘ประยุทธ์’ ไปขึ้นศาลฐานก่อรัฐประหาร!” YouTube, 6 กุมภาพันธ์ 2563. สืบค้นเมื่อวันที่ 30 พฤษภาคม 2563,
<https://www.youtube.com/watch?v=xpYhpQ8tU8s>

- matichon TV. “คณะก้าวหน้าจะนำความคิดแบบอนาคตใหม่ไปรณรงค์ทั่วประเทศ.” *YouTube*, 21 มีนาคม 2563. สืบค้นเมื่อวันที่ 30 พฤษภาคม 2563,
<https://www.youtube.com/watch?v=1m0yDy4ApQ8>
- MGR Online. “3 ประมุขศาล สรุปแนวทางแก้ไขวิกฤติ.” *MGR Online*, 28 เมษายน 2549. สืบค้นเมื่อวันที่ 9 มิถุนายน 2563, <https://mgronline.com/daily/detail/9490000056678>
- MGR Online. “เปิดประวัติ วิษณุ เครืองาม ‘เนติบริกร’ รัฐบาลทักษิณ.” *MGR Online*, 23 มิถุนายน 2549. สืบค้นเมื่อวันที่ 30 เมษายน 2562,
<https://mgronline.com/politics/detail/9490000081599>
- PITVFANPAGE. “พิธา ลิ้มเจริญรัตน์ หัวหน้าพรรคก้าวไกล แสดงวิสัยทัศน์.” *YouTube*, 17 มีนาคม 2563. สืบค้นเมื่อวันที่ 30 พฤษภาคม 2563,
<https://www.youtube.com/watch?v=fx3LeDDB3Uo>
- prachatai. “นิติราษฎร์เสนอร่างผลพวงรัฐประหาร 25 ก.ย. 2554 [2/6].” *YouTube*, 25 กันยายน 2554. สืบค้นเมื่อวันที่ 10 พฤษภาคม 2562,
<https://www.youtube.com/watch?v=rqtJFNQTJL8>
- PrachataiTV. “‘2 ปินิติราษฎร์’ วรเจตน์ ภาคีรัตน์.” *YouTube*. 30 กันยายน 2555. สืบค้นเมื่อวันที่ 10 เมษายน 2563, <https://www.youtube.com/watch?v=E503arHhXWg>
- PrachataiTV. “นิติราษฎร์เสนอแก้ ม.112: proposed amendments to lese majeste.” *YouTube*, 16 มกราคม 2555. สืบค้นเมื่อวันที่ 10 เมษายน 2560,
<https://www.youtube.com/watch?v=2-rqMYskFpk>
- ThaiPBS. “คณะกรรมการพรรคอนาคตใหม่แถลง หลังศาลฯ วินิจฉัยยุบพรรคอนาคตใหม่.” *YouTube*, 21 กุมภาพันธ์ 2563. สืบค้นเมื่อวันที่ 10 สิงหาคม 2562,
<https://www.youtube.com/watch?v=5s5FAXBmmas>
- VOICE TV. “‘ปิยบุตร’ อภิปรายญัตติตั้ง กมธ. ศึกษาแนวทางป้องกันรัฐประหาร.” *YouTube*, 6 กุมภาพันธ์ 2563, สืบค้นเมื่อวันที่ 30 พฤษภาคม 2563,
https://www.youtube.com/watch?v=sC58N_L2tYE
- workpoint TODAY. “คุยกับ ‘ปิยบุตร แสงกนกกุล’ หลัง ‘อนาคตใหม่’ ถูกตัดสินยุบพรรค.” *YouTube*, 26 กุมภาพันธ์ 256. สืบค้นเมื่อวันที่ 30 พฤษภาคม 2563,
<https://www.youtube.com/watch?v=xWztR3VsN4I>

- เครือข่ายกฎหมายไทย. “บทสัมภาษณ์ ศาสตราจารย์ ดร.บวรศักดิ์ อุวรรณโณ เลขาธิการคณะกรรมการรัฐธรรมนูญ เมื่อวันที่ 23 พฤษภาคม 2546.” *เครือข่ายกฎหมายไทย*, 17 ธันวาคม 2547. สืบค้นเมื่อวันที่ 10 มีนาคม 2563, <http://public-law.net/publaw/view.aspx?id=172>
- เรื่องเล่าเช้านี้ บีบีซี-เทโร. “‘สุทิน’ อภิปรายเดือด พาดพิงรองนายกฯ ‘สมคิด-วิษณุ’.” *YouTube*, 26 กรกฎาคม 2562. สืบค้นเมื่อวันที่ 30 พฤษภาคม 2563, <https://www.youtube.com/watch?v=0RyPdHimSfQ>
- แนวหน้า. “‘วรเจตน์’ สยบปมร้อน! ปัดนิตรชาฎ์ชกโยพรรคโพรมันล้าน.” *แนวหน้า*, 18 มีนาคม 2561. สืบค้นเมื่อวันที่ 20 เมษายน 2562, https://www.naewna.com/politic/327591?fb_comment_id=169593385048583%201696419983770557
- ไทยพับลิก้า. “ดร.วิษณุ เครืองาม คอนเนกชั่นมหัศจรรย์ 4 ทศวรรษ 10 นายกฯ 10 อรหันต์กุนซือ คสช. ยิ่งอิง ไชว์นวัตกรรมรัฐธรรมนูญ-รัฐประหารการช่าง เผยเคล็ดลับสมองกลเรียนเก่ง แบบ “วิษณุ”. ” *ไทยพับลิก้า*, 23 กรกฎาคม 2557. สืบค้นเมื่อวันที่ 22 กรกฎาคม 2562, <https://thaipublica.org/2014/07/visanu-krue-ngam-1/>
- ไทยรัฐฉบับพิมพ์. “‘มีชัย’ คุม 10 อรหันต์ แก้วรัฐธรรมนูญ ยืนยันเฉพาะหมวดเรื่องพระราชอำนาจ.” *ไทยรัฐออนไลน์*, 12 มกราคม 2560. สืบค้นเมื่อวันที่ 20 เมษายน 2562, <https://www.thairath.co.th/content/833954>
- ไทยรัฐออนไลน์. “ปุมหลัง “วิโรจน์” ดาวจรัสแสง ลูกชาวบ้านธรรมดา ดิกีนิกได้วาที สู้ ส.ส. มือแฉ.” *ไทยรัฐ*, 26 กุมภาพันธ์ 2563. สืบค้นเมื่อวันที่ 20 พฤษภาคม 2562, <https://www.thairath.co.th/news/politic/1781070>
- กัธธ เลียงสังจธรรม, บรรณาธิการ. *กฎหมายตรา 3 ดวง เล่ม 1 ฉบับพิมพ์มหาวิทยาลัยวิชาธรรมศาสตร์และการเมือง (แก้ไขปรับปรุงใหม่)*. กรุงเทพฯ : สถาบันปรีดี พนมยงค์, 2548.
- คลังสารสนเทศของสถาบันนิติบัญญัติ. “ชีวิตประวัติอมร จันทสมบุรณ์ | ผลงาน อมร จันทสมบุรณ์ | ชีวิตประวัตินักกฎหมายไทย.” *คลังสารสนเทศของสถาบันนิติบัญญัติ*, ม.ป.ป. สืบค้นเมื่อวันที่ 10 เมษายน 2563, <https://dl.parliament.go.th/browse?value=%public-law.net>
- จริย โฆษณานนท์. *นิติปรัชญา*. กรุงเทพฯ : มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2547.
- ธนกร วงษ์ปัญญา. “‘วรเจตน์ ภาศิริรัตน์’ ความจริง ความหวังอนาคตนิติราษฎร์ ในสังคมแบ่งปึก.” *The Standard*, 15 กันยายน 2560. สืบค้นเมื่อวันที่ 5 กรกฎาคม 2562, <https://thestandard.co/worachet-pakeerut/>

- บรรศักดิ์ อวรรณโณ. “ความผิดฐาน “หมิ่นพระบรมเดชานุภาพ” : เอกลักษณะพระราชบัญญัติไทยในกระแสประชาธิปไตยโลก,” ใน *หลากหลายมิติกฎหมายหมิ่นพระบรมเดชานุภาพ*, บรรณาธิการ โดย จันทจิรา เอี่ยมมยุรา, 196-213. กรุงเทพฯ : โครงการประกาศนียบัตรบัณฑิตทางกฎหมายมหาชน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553.
- ปกป้อง จันวิทย์ และ ธิตี มีแต้ม. “เปิดห้องเรียนนิติศาสตร์เพื่อราษฎร มองอนาคตการเมืองไทย กับ วรเจตน์ ภาคีรัตน์.” *the101.world*, 16 มกราคม 2562. สืบค้นเมื่อวันที่ 30 สิงหาคม 2562, <https://www.the101.world/worachet-interview/>
- ประชาไท. “11 ปีติง‘ศาล’เล่นการเมือง: โหมะเลือกตั้ง ยุบพรรค ยึดทรัพย์ ถอดถอน ลิดรอนนโยบาย (พันจ่านักข่าว).” *ประชาไท*, 24 สิงหาคม 2560. สืบค้นเมื่อวันที่ 30 เมษายน 2562, <https://prachatai.com/journal/2017/08/72959>
- ประชาไท. “4 อาจารย์นิติ มธ. แฉลงประณามการรัฐประหารและเรียกร้องให้กลับสู่การปกครองระบอบประชาธิปไตยโดยเร็วที่สุด.” *ประชาไท*, 26 กันยายน 2549. สืบค้นเมื่อวันที่ 21 พฤษภาคม 2562, <https://prachatai.com/journal/2006/09/9849>
- ประชาไท. “5 อาจารย์ นิติ มธ. เปิดตัวเว็บไซต์ www.enlightened-jurists.com.” *ประชาไท*, 20 กันยายน 2553. สืบค้นเมื่อวันที่ 15 พฤษภาคม 2562, <https://prachatai.com/journal/2010/09/31162>
- ประชาไท. “ข้อเสนอนิติราษฎร์ ยุบศาล รธน. ตอน 2/2.” *YouTube*, 15 กรกฎาคม 2555. สืบค้นเมื่อวันที่ 20 มิถุนายน 2562, https://www.youtube.com/watch?v=pXBlwm_ntrQ
- ประชาไท. “นิติราษฎร์ออกแถลงการณ์ ‘ไม่รับ’ ร่างรัฐธรรมนูญ (ข้อวิจารณ์ฉบับละเอียด).” *ประชาไท*, 7 เมษายน 2559. สืบค้นเมื่อวันที่ 2 กรกฎาคม 2562, <https://prachatai.com/journal/2016/04/65115>
- ประชาไท. “รัชกาลที่ 10 ทรงรับสั่งให้แก้ไขร่างรัฐธรรมนูญฉบับผ่านการลงประชามติ เรื่องพระราชอำนาจ.” *ประชาไท*, 10 มกราคม 2560. สืบค้นเมื่อวันที่ 30 เมษายน 2562, <https://prachatai.com/journal/2017/01/69572>
- ประชาชาติธุรกิจ. “‘มีชัย’ ล้างมือในอ่างรัฐธรรมนูญ ‘ใครฉึก-รื้อ หวังมีประธานาธิบดีเป็นประมุข’.” *ประชาชาติธุรกิจ*, 17 กันยายน 2561. สืบค้นเมื่อวันที่ 21 พฤษภาคม 2562, <https://www.prachachat.net/politics/news-220489>

ประชาชาติธุรกิจ. “‘วรเจตน์’ ในสงครามธรรม อคตินำหลักการอธิบาย กฎหมายไม่อยู่คำฟ้า.”

ประชาชาติธุรกิจ, 2 เมษายน 2562. สืบค้นเมื่อวันที่ 21 พฤษภาคม 2562,

<https://www.prachachat.net/politics/news-138579>

พลวุฒิ สงสกุล. “ย้อนที่มามีเลื่อนเลือกตั้ง 5 ครั้ง ยุค คสช. จากปลายปี 2558 สู่ก่อนพระราชพิธีสำคัญ.” *The Standard*, 1 กันยายน 2562. สืบค้นเมื่อวันที่ 20 เมษายน 2562,

<https://thestandard.co/postpone-election-5-times/>

มติชนออนไลน์. “เปิดแถลงการณ์ ‘นิติราษฎร์’ ฉบับที่ 1 แจกเกิด Enlightened-jurists.com.”

BLOGGANG, 19 กันยายน 2553. สืบค้นเมื่อวันที่ 12 มิถุนายน 2562,

<https://www.bloggang.com/mainblog.php?id=kunkaykai&month=19-09-2010&group=2&gblog=16>

มติชนออนไลน์. “มุมมอง ‘วรเจตน์ ภาคีรัตน์’ 88 ปีประชาธิปไตยไทย แม้มีดมืดแต่มีเสียงอ้ออิง!” *มติชน*, 25 มิถุนายน 2563. สืบค้นเมื่อวันที่ 27 มิถุนายน 2563,

https://www.matichon.co.th/news-monitor/news_2242749

มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. “ประวัติมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.” *มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์*, ม.ป.ป.

สืบค้นเมื่อวันที่ 24 มิถุนายน 2563, https://tu.ac.th/history_tu

วันเพ็ญ มอลเลอร์. “มีชัย ฤชุพันธุ์ มือกฎหมายเบื้องหลังรัฐธรรมนูญฉบับพิสดาร.” *The People*, 10 พฤษภาคม 2562. สืบค้นเมื่อวันที่ 20 กรกฎาคม 2562,

<https://thepeople.co/meechai-ruchuphan-legal-expert/>

วิจารณ์ พานิช. “ปฏิรูปการเมืองไทย ฉบับ ศ.ดร.อมร จันทรมานพ.” *ศูนย์บูรณาการพัฒนามนุษย์*, 17 กรกฎาคม 2557. สืบค้นเมื่อวันที่ 30 กรกฎาคม 2562,

http://www.thaiihdc.org/web/index.php?option=com_content&view=article&id=1151:2557-07-17-16-05-57&catid=16:2557-06-25-06-51-47&Itemid=23

ศาลรัฐธรรมนูญ. “คำวินิจฉัยกลางปี 2555 คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 18-22/2555 ลงวันที่ 13 กรกฎาคม 2555.” *ศาลรัฐธรรมนูญ*. สืบค้นเมื่อวันที่ 12 มกราคม 2563,

http://www.constitutionalcourt.or.th/occ_web/download/article/file_import/center18-22_55.pdf

- ศาลรัฐธรรมนูญ.คำวินิจฉัยกลางปี 2556 คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 15-18/2556 ลงวันที่ 20 พฤศจิกายน 2556. ศาลรัฐธรรมนูญ. สืบค้นเมื่อวันที่ 12 มกราคม 2563,
http://www.constitutionalcourt.or.th/occ_web/download/article/file_import/center15-18_56.pdf
- สถาบันนโยบายศึกษา. “มิถุนายน 2555 : ศาลรัฐธรรมนูญรับวินิจฉัยเรื่องแก้ไข รธน.” สถาบันนโยบายศึกษา, ม.ป.ป. สืบค้นเมื่อวันที่ 20 พฤษภาคม 2563,
<http://www.fpps.or.th/news.php?detail=n1344905339.news>
- สำนักข่าวไทย TNAMCOT. “โซเซียลชื่นชม!!! อภิปรายสร้างสรรค์ ‘พิธา-บิ๊กป๊อก’.” YouTube, 27 กรกฎาคม 2562. สืบค้นเมื่อวันที่ 30 พฤษภาคม 2563,
<https://www.youtube.com/watch?v=k9ZAMHcr8Ec>
- อนาคตใหม่ - Future Forward. “ปิยบุตร ในนามพรรคฝ่ายค้านเสนอญัตติตั้ง กมธ. ศึกษาแก้ไขรัฐธรรมนูญ '60.” YouTube, 11 ธันวาคม 2562. สืบค้นเมื่อวันที่ 20 พฤษภาคม 2563,
https://www.youtube.com/watch?v=0hk3mNj7f_0
- อนาคตใหม่ - Future Forward. “รังสิมันต์ โรม เปิดโปง ‘เครือข่ายประวัตร ปารอยต่อ’.” YouTube, 27 กุมภาพันธ์ 2563. สืบค้นเมื่อวันที่ 20 พฤษภาคม 2563,
https://www.youtube.com/watch?v=9Wa_kOyY1sY
- อิสราชัย จงภักทรนิพนธ์. “อภิปรายนโยบาย (นอก) สภา กับ ‘ศิริกัญญา ตันสกุล’ สาวนักวิจัย สู้ ส.ส. รุกก็พรรคอนาคตใหม่.” มติชนมติชนสุดสัปดาห์, 16 - 22 สิงหาคม 2562. สืบค้นเมื่อวันที่ 20 พฤษภาคม 2562, https://www.matichonweekly.com/in-depth/article_220947

งานวิจัยทางกฎหมายเกี่ยวกับสิทธิการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศหลากหลาย ในประเทศไทย

Legal Research on LGBT's Cohabitation Right in Thailand

ฉัตรชัย เอมราชา

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ถนนพญาไท ปทุมวัน กรุงเทพมหานคร 10330

Chatchai Emraja

Faculty of Law, Chulalongkorn University, Phaya Thai Rd., Pathumwan, Bangkok, Thailand, 10330

E-mail : emrajlawhouse@gmail.com

Received: July 4, 2020; Revised: September 29, 2020; Accepted: November 15, 2020

บทคัดย่อ

การยอมรับบุคคลเพศหลากหลายที่เพิ่มมากขึ้นโดยลำดับในสังคมไทยไม่เพียงแต่ส่งผลให้เกิดการขับเคลื่อนร่างกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับสิทธิความเสมอภาคของบุคคลเพศหลากหลายเท่านั้น ในขณะเดียวกันการศึกษาวิจัยในประเด็นสิทธิการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศหลากหลายเริ่มได้รับความสนใจจากนิสิตนักศึกษาลดลงจนนักวิชาการในหลายสถาบัน ทว่าการศึกษาวิจัยเกี่ยวกับสิทธิการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศหลากหลายในประเทศไทยยังคงจำกัดอยู่เฉพาะด้านที่เกี่ยวข้องกับฝ่ายนิติบัญญัติ ในบริบทของการละเมิดสิทธิมนุษยชนต่อบุคคลเพศหลากหลายหรือการขาดกฎหมายรับรองสิทธิที่เกี่ยวข้องกับการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศหลากหลาย โดยการวิพากษ์ถึงความสอดคล้องของบทบัญญัติแห่งกฎหมายหรือร่างพระราชบัญญัติฉบับต่างๆ กับหลักความเสมอภาคตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยแต่ละฉบับเป็นหลัก ในขณะที่สิทธิเสรีภาพของประชาชนภายใต้บริบทของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มีความแตกต่างจากรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฉบับก่อน ๆ ซึ่งอาจส่งผลต่อความเสมอภาคในสิทธิเสรีภาพของบุคคลเพศหลากหลายได้ ประกอบกับการที่สิทธิการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศหลากหลายมีแนวโน้มที่จะได้รับการยอมรับในระบบกฎหมายไทยอย่างรวดเร็วในปัจจุบัน

นำไปสู่สภาพปัญหาใหม่ด้านกระทบต่อสังคมและระบบกฎหมายที่ยังไม่เคยได้รับการศึกษาวิจัยอย่างจริงจังมาก่อน รวมทั้งยังคงขาดการศึกษาวิจัยที่ลึกซึ้งถึงหลักเกณฑ์ที่มีลักษณะเชิงภววิสัยและเป็นระบบในสาระสำคัญของเพศ การสมรสและครอบครัวในระบบกฎหมายไทยที่เกี่ยวข้องกับความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลเพศหลากหลาย ซึ่งจะทำให้เกิดความรู้อันเกี่ยวกับสิทธิการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศหลากหลายในประเทศไทยมีความสมบูรณ์และครอบคลุมมากยิ่งขึ้น

คำสำคัญ: หลักความเสมอภาค, สิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ, บุคคลเพศหลากหลายในประเทศไทย

Abstract

The increasing acceptance of LGBT in Thai society not only results in the driving of legislative bodies related to the equality of persons of transgender people. At the same time, research on the right to cohabitation of LGBT began to receive attention from students, as well as academics in many institutions but research studies on the right to cohabitation of LGLBT in Thailand are still limited to those related to the legislative branch in the context of human rights, violations against LGBT, the lack of law recognizes rights according to the cohabitation of LGBT by criticizing the consistency of various legislative drafts and bills with the principles of equality in each constitution of the Kingdom of Thailand. While right and liberty of the people under the context of the constitution of the Kingdom of Thailand B.E. 2560 are different from the previous constitutions which may affect the equality of right and liberty of LGBT. In addition, the right to cohabitation of LGBT tend to be quickly accepted in Thai legal system leading to new problems in society and legal systems that have not been studied seriously before as well as lacking of deep, objective and systematic research in the essence of gender, marriage and family in Thai legal system related to interpersonal relationships among LGBT that will encourage the knowledge on the right to cohabitation of LGBT in Thailand completer and more comprehensive.

Keywords: Principle of Equality, Constitutional Right and Liberty, LGBT in Thailand

1. บทนำ

ในปัจจุบันสิทธิการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศหลากหลายได้รับการยอมรับอย่างแพร่หลาย ในหลายประเทศบุคคลเพศหลากหลายได้รับการยอมรับว่ามีสิทธิที่จะได้รับการคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญอย่างเสมอภาคกับบุคคลทั่วไป มีการออกกฎหมายห้ามการเลือกปฏิบัติต่อบุคคลเพศหลากหลายในด้านต่าง ๆ หรือการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศหลากหลายได้รับการยอมรับตามกฎหมายทั้งในรูปแบบการเป็นคู่ชีวิตและการสมรส ตลอดจนได้รับการยอมรับว่าสถานะการเป็นคู่ชีวิตหรือการสมรสของพวกเขานั้นก่อให้เกิดสิทธิหน้าที่ตามกฎหมายเช่นเดียวกับในกรณีของชายและหญิง และในบางประเทศสิทธิในความเสมอภาคเหล่านี้เป็นหนึ่งในสิทธิเสรีภาพที่ได้รับความคุ้มครองไว้โดยชัดแจ้งในรัฐธรรมนูญ¹ ทั้งนี้เพื่อให้บุคคลเพศหลากหลายสามารถดำรงชีวิตของพวกเขาได้อย่างอิสระและเสรีอย่างเท่าเทียมกับบุคคลอื่นในสังคม ในด้านการสมรสและครอบครัวของบุคคลเพศหลากหลายนั้น ความเปลี่ยนแปลงที่เกิดขึ้นในสังคมหลายประการทั้งจากสภาพสังคมเองที่เริ่มยอมรับพฤติกรรมเพศหลากหลายมากยิ่งขึ้น ในขณะเดียวกันความเปลี่ยนแปลงที่เกิดขึ้นในระบบกฎหมายครอบครัวส่งผลให้สาระสำคัญของการสมรสแยกออกจากการสืบพันธุ์ ส่งผลให้แนวคิดเกี่ยวกับความเสมอภาคในการสมรสระหว่างบุคคลเพศหลากหลายไม่ใช่เรื่องที่เป็นไปไม่ได้อีกต่อไป ในปัจจุบันหลายประเทศที่ครั้งหนึ่งพฤติกรรมเพศหลากหลายเคยเป็นสิ่งต้องห้ามต่างเริ่มที่จะพัฒนาหรือได้พัฒนาไปเป็นการยอมรับการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศหลากหลายในรูปแบบใดรูปแบบหนึ่งซึ่งได้รับการยอมรับอย่างแพร่หลายและในหลากหลายรูปแบบ ตลอดจนเรื่องที่เกี่ยวข้องกับการสมรสและครอบครัวของบุคคลเพศหลากหลายอาทิ ความสัมพันธ์ระหว่างบิดามารดากับบุตร การรับบุตรบุญธรรม และการใช้บริการเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์²

¹ Amy Raub, Adele Cassola, Isabel Latz and Jody Heymann, "Protections of Equal Rights across Sexual Orientation and Gender Identity: An Analysis of 193 National Constitutions," *Yale Journal of Law and Feminism* 28, no. 1 (2017): 157-160.

² Macarena Sáez, "Same-Sex Marriage, Same-Sex Cohabitation, and Same-Sex Families Around the World: Why "Same" is so Different?," *American University Journal of Gender Social Policy and Law* 19, no. 1 (2011): 2, 5; Swennen, Frederik and Yves-Henri Leleu, "National Report: Belgium," *American University Journal of Gender Social Policy and Law* 19, no. 1 (2011): 70-71; ไพโรจน์ กัมพูสิริ, "การสมรสของบุคคลที่มีเพศเดียวกัน (ภาคสาม)," *วารสารนิติศาสตร์* 43, ฉ. 2 (2557): 258-259; ไพโรจน์ กัมพูสิริ, "พัฒนาการของกฎหมายเกี่ยวกับการสมรสระหว่างบุคคลเพศเดียวกันในประเทศฝรั่งเศส," *วารสารนิติศาสตร์* 43, ฉ. 3

ในบริบทของประเทศไทย ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ครอบครัว เป็นกฎหมายซึ่งได้รับอิทธิพลแนวคิดที่ว่าเพศของมนุษย์ขึ้นอยู่กับเพศสรีระตามกำเนิดซึ่งถูกจำกัดไว้แค่สองเพศคือชายกับหญิง ดังปรากฏให้เห็นได้จากการแบ่งสิทธิหน้าที่ของบุคคลในลักษณะที่สอดคล้องกับเพศสรีระตามกำเนิด ผ่านการกำหนดเงื่อนไขในการสมรสเรื่องเพศของคู่สมรสที่ต้องประกอบด้วยชายกับหญิง ซึ่งจะนำไปสู่ความสัมพันธ์ในฐานะสามีกับภรรยาและบิดากับมารดาตามลำดับอย่างประสานสอดคล้องกัน คู่ที่ประกอบไปด้วยบุคคลที่มีเพศสรีระเดียวกันจึงมีสาระสำคัญที่แตกต่างจากคู่ที่ประกอบไปด้วยบุคคลที่มีเพศสรีระต่างกันซึ่งมีความสัมพันธ์กับกฎเกณฑ์อันเป็นเงื่อนไขการสมรสตลอดจนระบบกฎหมายครอบครัวตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ทั้งหมด ผลของความแตกต่างในทางกายภาพและภาระหน้าที่อันจำเป็นของกฎเกณฑ์ดังกล่าวนี้เป็นเหตุให้ความแตกต่างอันเป็นสาระสำคัญดังกล่าวมิได้ตั้งอยู่ลำพังบนพื้นฐานความแตกต่างทางเพศในทางวัฒนธรรมประเพณีแต่เพียงอย่างเดียว การที่บุคคลเพศหลากหลายไม่อาจสมรสกันได้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์จึงไม่อาจถือได้ว่าเป็นเรื่องที่ขัดกับหลักความเสมอภาค อย่างไรก็ตาม สิทธิของบุคคลเพศหลากหลายก็ได้รับการยอมรับในระบบกฎหมายไทยในระดับหนึ่ง การให้ความคุ้มครองกลุ่มบุคคลเพศหลากหลายเป็นส่วนหนึ่งของหลักการห้ามเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมเพราะเหตุแห่งเพศตามเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550³ พระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. 2558 บัญญัติห้ามการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศ ซึ่งคำว่าเพศตามพระราชบัญญัติดังกล่าวไม่ได้หมายความว่าเพศชายและเพศหญิงเท่านั้นแต่หมายความรวมถึงบุคคลที่มีการแสดงออกแตกต่างจากเพศโดยกำเนิด⁴ รวมถึงมีความพยายามในการขับเคลื่อนร่างกฎหมายเกี่ยวกับการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศหลากหลายจำนวนหลายฉบับที่เกิดขึ้นทั้งจากความริเริ่มของภาครัฐและ

(2557): 510-512.

³ สภาร่างรัฐธรรมนูญ, “หนังสือที่ 0912/2550 เรื่อง รายงานผลการดำเนินงาน คณะกรรมาธิการวิสามัญ บันทึกรายงานเจตนารมณ์ จดหมายเหตุและตรวจรายงานการประชุม สภาร่างรัฐธรรมนูญ,” 3 สิงหาคม 2550, 22-23; สมชาย ปรีชาศิลปกุล, *บุคคลเพศหลากหลายในระบบกฎหมาย*, พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพฯ: มูลนิธิเพื่อสิทธิและความเสมอภาคทางเพศ, 2558), 41-42; Busakorn Suriyasarn, *Gender Identity and Sexual Orientation in Thailand*, (Bangkok: International Labour Organization, 2014), 20-21.

⁴ สภานิติบัญญัติแห่งชาติ, “รายงานการประชุมสภานิติบัญญัติแห่งชาติ ครั้งที่ 24 วันพฤหัสบดีที่ 13 พฤศจิกายน 2557,” 13 พฤศจิกายน 2557, 113, 118.

ภาคประชาชน ในบทความนี้ผู้เขียนจะกล่าวถึงงานวิจัยทางกฎหมายเกี่ยวกับสิทธิการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศหลากหลายในประเทศไทยในประเด็นที่สัมพันธ์กับสภาพสังคมและระบบกฎหมายดังกล่าวข้างต้นผ่านกระบวนการปริทัศน์วรรณกรรมงานวิจัยที่เกี่ยวข้องกับสิทธิการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศหลากหลายในประเทศไทย ทั้งในรูปแบบของวิทยานิพนธ์ รายงานวิจัย และบทความวิจัย โดยผู้เขียนได้วิเคราะห์ถึงสาระสำคัญของงานวิจัยต่าง ๆ ดังกล่าว ภายใต้กระบวนการจัดแบ่งงานวิจัยทั้งหมดออกเป็น 2 กลุ่มใหญ่ โดยจำแนกตามรูปแบบของการศึกษาวิจัย และจำแนกตามแนวคิดในการศึกษาวิจัย เพื่อช่วยให้สามารถเห็นภาพรวมของงานวิจัยทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับสิทธิการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศหลากหลายในประเทศไทยได้อย่างชัดเจน และช่วยให้สามารถแสดงลักษณะเด่นของงานวิจัยแต่ละชิ้นภายใต้กระบวนการวิเคราะห์เปรียบเทียบที่เป็นระบบมากยิ่งขึ้น เพื่อนำเสนอประเด็นที่มีการศึกษาวิจัยไปแล้ว ตลอดจนประเด็นที่น่าสนใจจากแต่ยังไม่เคยมีการศึกษาวิจัยอย่างจริงจังมาก่อนเพื่อประโยชน์ในการศึกษาวิจัยด้านสิทธิเสรีภาพของบุคคลเพศหลากหลายต่อไปในอนาคต

อนึ่ง “บุคคลเพศหลากหลาย” ในบทความนี้ ผู้เขียนมุ่งให้มีความหมายถึงบุคคลที่ได้แสดงออกซึ่งบทบาททางเพศของตนเองให้แตกต่างไปจากปทัสถานที่สังคมยอมรับว่าเป็นบทบาทของเพศสรีระโดยกำเนิด โดยการเปลี่ยนแปลงเพศสรีระของตนให้เหมือนกับเพศสรีระที่ตรงข้ามกับเพศสรีระโดยกำเนิด หรือโดยการแสดงออกซึ่งบทบาททางเพศของตนให้แตกต่างไปจากบทบาทซึ่งสังคมยอมรับว่าเป็นของเพศสรีระโดยกำเนิดโดยมิได้มีการเปลี่ยนแปลงเพศสรีระของตนเองด้วยอาทิ บุคคลที่แต่งกายโดยใช้เครื่องแต่งกายซึ่งปกติแล้วสังคมยอมรับว่าเป็นเครื่องแต่งกายของบุคคลที่มีเพศสรีระตรงข้ามกับตน หรือบุคคลที่อยู่กินร่วมกันฉันสามีภรรยากับบุคคลที่มีเพศสรีระเช่นเดียวกับตน ไม่ว่าการแสดงออกซึ่งบทบาททางเพศที่แตกต่างไปจากปทัสถานทางสังคมดังกล่าว นั้นจะอยู่ในลักษณะถาวรหรือชั่วคราวก็แล้วแต่ หากว่าได้เกิดขึ้นภายใต้แรงผลักดันจากเจตจำนงอิสระภายในจิตใจของบุคคลที่มีใช้เพราะเพื่อความจำเป็นในการประกอบวิชาชีพหรือเพียงเพื่อก่อให้เกิดความบันเทิงเท่านั้น

2. งานวิจัยทางกฎหมายเกี่ยวกับสิทธิการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศหลากหลายในประเทศไทย: จำแนกตามรูปแบบการศึกษา

2.1 การศึกษาถึงแนวทางในการกำหนดกฎเกณฑ์ที่มีความเหมาะสมกับการใช้ชีวิตร่วมกันระหว่างบุคคลเพศหลากหลายในประเทศไทย

เมื่อการใช้ชีวิตร่วมกันระหว่างบุคคลเพศหลากหลายได้รับการยอมรับในสังคมไทยในระดับหนึ่ง ปัญหาเกี่ยวกับการใช้ชีวิตร่วมกันในรูปแบบดังกล่าวควรได้รับการยอมรับโดยกฎหมายในระดับใดหรือในรูปแบบใด การศึกษาถึงแนวทางในการกำหนดกฎเกณฑ์ที่เหมาะสมกับการใช้ชีวิตร่วมกันระหว่างบุคคลเพศหลากหลายในประเทศไทยขึ้นแรก ๆ เกิดจากการศึกษาของ ยุทธนา สุวรรณประดิษฐ์ ซึ่งเป็นการศึกษาถึงสิทธิและเสรีภาพของกลุ่มชายรักชายตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 และกฎหมายลำดับรอง ผลของการศึกษาพบว่า การที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยไม่ได้บัญญัติคุ้มครองความคิดความรู้สึกตลอดจนความพึงพอใจทางเพศของบุคคลเอาไว้เป็นเหตุให้กลุ่มชายรักชายไม่ได้รับการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ ซึ่งนำไปสู่การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อกลุ่มชายรักชายในประเทศไทย โดย ยุทธนา สุวรรณประดิษฐ์ ได้เสนอแนะให้มีการเพิ่มเติมคำว่า “สิทธิและเสรีในความพึงพอใจทางเพศ” ในมาตรา 30 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย และควรให้มีการออกกฎหมายรับรองการอยู่ร่วมกันระหว่างบุคคลเพศหลากหลายโดยเฉพาะและรับรองสิทธิในทรัพย์สินที่ได้ร่วมกันสร้างขึ้นมา รวมถึงให้มีการแก้ไขบทบัญญัติแห่งกฎหมายลำดับรองให้มีความสอดคล้องกับรัฐธรรมนูญในเรื่องการเป็นทายาทโดยธรรม การได้รับสิทธิประโยชน์และสวัสดิการจากภาครัฐแก่บุคคลเพศหลากหลายเช่นเดียวกับคู่สมรสชายหญิง รวมถึงการแก้ไขความผิดฐานกระทำชำเราตามประมวลกฎหมายอาญาให้รวมถึงการกระทำต่อชายด้วย⁵

แนวคิดเกี่ยวกับการมีกฎเกณฑ์ในรูปแบบเฉพาะเพื่อใช้กับการใช้ชีวิตร่วมกันระหว่างบุคคลเพศหลากหลายซึ่งไม่ใช่การสมรสนั้นได้ถูกหยิบยกขึ้นมาศึกษาอย่างเป็นรูปธรรมในเวลาต่อมาโดย ณนุช คำทอง และ ณัฐวุฒิ ชัยสายัณห์ ทั้งคู่ได้ศึกษาถึงรูปแบบของกฎเกณฑ์ที่จะนำมาใช้บังคับแก่การใช้ชีวิตร่วมกันระหว่างบุคคลเพศหลากหลายที่แม้ว่ากฎเกณฑ์ดังกล่าวจะมีใช้

⁵ ยุทธนา สุวรรณประดิษฐ์, “สิทธิและเสรีภาพของรักร่วมเพศชายตามกฎหมายรัฐธรรมนูญ: วิเคราะห์จากปัญหาของสังคมไทย,” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบัณฑิต, หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต, สาขาวิชานิติศาสตร์ ภาควิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย 2543), 1-2, 168-171.

การสมรสแต่คู่รักเพศหลากหลายสามารถมีสิทธิหน้าที่ตามกฎหมายได้ทำนองเดียวกับการสมรสตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และเป็นสิทธิหน้าที่ตามกฎหมายที่มีความสอดคล้องกับรูปแบบการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศหลากหลาย โดย อนุช คำทอง ได้ศึกษารูปแบบการบันทึกทะเบียนคู่ชีวิตในประเทศโลกตะวันตกซึ่งอนุญาตการบันทึกทะเบียนเป็นคู่ชีวิตระหว่างบุคคลเพศหลากหลายในขณะนั้นจำนวน 5 ประเทศ ตลอดจนสิทธิหน้าที่ซึ่งคู่ชีวิตเพศหลากหลายจะได้รับตามกฎหมายฉบับต่าง ๆ นั้นและนำมาวิเคราะห์เปรียบเทียบกับบริบททางกฎหมายและสังคมของไทยเพื่อเสนอแนะแนวทางในการบัญญัติกฎหมายรับรองและคุ้มครองสิทธิของบุคคลเพศหลากหลายที่เหมาะสมกับบริบทสังคมไทยและรูปแบบการใช้ชีวิตร่วมกันระหว่างบุคคลเพศหลากหลาย กล่าวคือ การยอมให้มีการบันทึกทางทะเบียนการใช้ชีวิตร่วมกันระหว่างบุคคลเพศหลากหลายได้โดยมีเงื่อนไขในการบันทึกทะเบียนที่แตกต่างหากจากการจดทะเบียนสมรส ตลอดจนการกำหนดสิทธิหน้าที่แก่คู่ชีวิตในทำนองเดียวกันกับสิทธิหน้าที่ซึ่งสามีภรรยาจะได้รับจากการสมรสแต่มีความสอดคล้องกับรูปแบบการใช้ชีวิตร่วมกันระหว่างบุคคลเพศหลากหลายและบริบทสังคมไทย โดยกำหนดให้ผู้ที่จะบันทึกทะเบียนเป็นคู่ชีวิตทั้งสองฝ่ายต้องมีสัญชาติไทยและต้องบรรลุนิติภาวะแล้ว การไม่อนุญาตให้คู่ชีวิตผสมเทียมเพื่อมีบุตร และการไม่อนุญาตให้คู่ชีวิตรับบุตรบุญธรรม⁶

แนวคิดเกี่ยวกับการกำหนดกฎหมายที่มีลักษณะเฉพาะเพื่อที่จะนำมาใช้บังคับแก่การใช้ชีวิตร่วมกันระหว่างบุคคลเพศหลากหลายในประเทศไทยโดย อนุช คำทอง ได้รับความสนใจจากสาธารณชนค่อนข้างสูงและเป็นเหตุให้งานวิจัยชิ้นดังกล่าวถูกนำมาอ้างอิงอย่างแพร่หลายในระดับหนึ่ง ในปี พ.ศ. 2556 ได้มีการยกร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ. โดยกรมคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ กระทรวงยุติธรรม ซึ่งร่างพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวมีเนื้อหาเกี่ยวกับสิทธิหน้าที่ตามกฎหมายของคู่ชีวิตในลักษณะการอนุโลมสิทธิหน้าที่ตามกฎหมายของสามีภรรยา มาใช้บังคับแก่คู่ชีวิตทำนองเดียวกับที่ปรากฏในข้อเสนอแนะของ อนุช คำทอง และในห้วงเวลาที่ประเทศไทยเริ่มมีการตื่นตัวเกี่ยวกับการรับรองสิทธิตามกฎหมายแก่การใช้ชีวิตร่วมกันระหว่างบุคคลเพศหลากหลายในรูปแบบการบันทึกทางทะเบียนเป็นคู่ชีวิตขึ้นนี้เอง ญัฐวุฒิ ชัยสายัณห์ ได้ศึกษาถึงแนวคิดเกี่ยวกับระบบกฎหมายครอบครัวในแง่มุมที่ไม่ได้มองระบบการใช้ชีวิตร่วมกันของ

⁶ อนุช คำทอง, “การสมรสของพวกรักร่วมเพศ,” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2546), 122-156, 162-167.

บุคคลบนพื้นฐานสรีระร่างกายภายนอกแต่เพียงอย่างเดียวอีกต่อไป แต่ได้พิจารณาลึกลงไปถึงความสัมพันธ์ทางจิตใจของบุคคลที่จะมารวมกันเป็นครอบครัว ซึ่ง ญัฐวุฒิ ชัยสายัณห์ เรียกว่าเป็น “การแสดงออกซึ่งพฤติกรรมความรัก” และบนพื้นฐานนี้เองเขาเสนอแนะว่าบุคคลมีเสรีภาพในการแสดงออกซึ่งพฤติกรรมดังกล่าวที่ไม่ได้ขึ้นอยู่กับเพศสรีระภายนอกหรือการสืบพันธุ์ และเป็นเหตุให้บุคคลเพศหลากหลายควรที่จะได้รับการรับรองสถานะการใช้ชีวิตร่วมกันภายใต้เสรีภาพดังกล่าว นั้น ญัฐวุฒิ ชัยสายัณห์ เห็นว่าเมื่อแนวคิดของการใช้ชีวิตร่วมกันที่อยู่บนพื้นฐานด้านจิตใจของบุคคลไม่สอดคล้องกับระบบกฎหมายครอบครัวของประเทศไทยจึงควรที่จะบัญญัติกฎหมายขึ้นใหม่เพื่อใช้บังคับแก่การใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลบนพื้นฐานแนวคิดนี้โดยเฉพาะ ซึ่ง ญัฐวุฒิ ชัยสายัณห์ ได้เสนอแนะแนวคิดเกี่ยวกับสิทธิทางกฎหมายที่บุคคลเพศหลากหลายควรจะได้รับจากกฎหมายรับรองสถานะในการใช้ชีวิตร่วมกันในทำนองเดียวกันกับข้อเสนอแนะของ ณุช คำทอง ที่อ้างอิงถึงสิทธิหน้าที่ตามกฎหมายที่สามิภรรยาจะได้รับจากการสมรสโดยคำนึงถึงความสอดคล้องกับรูปแบบการใช้ชีวิตร่วมกันระหว่างบุคคลเพศหลากหลายเป็นหลัก อย่างไรก็ตามข้อเสนอแนะของ ญัฐวุฒิ ชัยสายัณห์ ได้มุ่งเน้นไปที่ความชัดเจนของขอบเขตที่การใช้ชีวิตร่วมกันระหว่างบุคคลเพศหลากหลายจะได้รับการรับรองตามกฎหมายเช่นเดียวกับคู่สมรสชายหญิง เนื่องจาก ญัฐวุฒิ ชัยสายัณห์ เห็นว่าสิทธิหน้าที่ของคู่สมรสตามกฎหมายบางประการไม่สอดคล้องกับรูปแบบการใช้ชีวิตร่วมกันระหว่างบุคคลเพศหลากหลายโดย ญัฐวุฒิ ชัยสายัณห์ ได้วิเคราะห์ถึงสิทธิของความเป็นคู่สมรสตามกฎหมายที่สามารถนำมาปรับใช้กับกฎหมายรับรองสถานะในการใช้ชีวิตร่วมกันของกลุ่มบุคคลที่มีเพศวิถีแบบเพศหลากหลายได้โดยอนุโลม อาทิ สิทธิในการรับมรดกในฐานะทายาทโดยธรรม สิทธิในฐานะคู่สมรสตามที่ได้บัญญัติไว้ในกฎหมายวิธีสบัญญัติ และสิทธิในฐานะคู่สมรสตามที่ได้บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายที่ดิน เป็นต้น ในขณะที่เดียวกัน ญัฐวุฒิ ชัยสายัณห์ ได้วิเคราะห์สิทธิของความเป็นคู่สมรสตามกฎหมายที่อาจจะยังไม่สามารถนำมาปรับใช้กับกฎหมายรับรองสถานะในการใช้ชีวิตร่วมกันของกลุ่มบุคคลที่มีเพศวิถีแบบเพศหลากหลายได้โดยอนุโลม อาทิ สิทธิในการยื่นคำร้องขอถือสัญชาติไทยตามพระราชบัญญัติสัญชาติ พ.ศ.2508 สิทธิในการรับบุตรบุญธรรมร่วมกันตามพระราชบัญญัติการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม พ.ศ.2522 และสิทธิในการให้ผู้อื่นตั้งครรภ์แทนตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 เป็นต้น⁷

⁷ ญัฐวุฒิ ชัยสายัณห์, “กฎหมายรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันของกลุ่มบุคคลที่มีเพศวิถีแบบรักเพศ

2.2 การศึกษาถึงความสอดคล้องของร่างพระราชบัญญัติเกี่ยวกับการบันทึกทางทะเบียนเป็นคู่ชีวิตกับรูปแบบการใช้ชีวิตร่วมกันระหว่างบุคคลเพศหลากหลายและบริบทสังคมไทย

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 เป็นรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฉบับหนึ่งที่มีบทบัญญัติรับรองสิทธิเสรีภาพของประชาชนชาวไทยอย่างกว้างขวาง และเพศของบุคคลเป็นหนึ่งในข้อเท็จจริงอันเป็นพื้นฐานแห่งการห้ามเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฉบับดังกล่าว แต่อย่างไรก็ตามเมื่อยังไม่ปรากฏว่ามีกฎหมายลำดับรองที่จะกำหนดสิทธิหน้าที่ของบุคคลเพศหลากหลายโดยเฉพาะ ส่งผลให้บุคคลเพศหลากหลายไม่อาจได้รับความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยได้อย่างเท่าเทียมกับบุคคลทั่วไป โดยเฉพาะในเรื่องการใช้ชีวิตร่วมกันระหว่างบุคคลเพศหลากหลาย จึงนำไปสู่การยกร่างกฎหมายเกี่ยวกับการบันทึกทางทะเบียนเป็นคู่ชีวิตขึ้นหลายฉบับ อาทิ ร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ. ยกวางโดยกรมคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ กระทรวงยุติธรรม มีเนื้อหาที่สั้นกระชับเพียง 15 มาตรา มุ่งเน้นการนำบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับสิทธิหน้าที่ของสามีภรรยาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาใช้บังคับแก่การเป็นคู่ชีวิตโดยอนุโลม ร่างพระราชบัญญัติคู่ชีวิต พ.ศ. ยกวางโดยคณะกรรมการปฏิรูปกฎหมายและมูลนิธิเพื่อสิทธิและความเป็นธรรมทางเพศ และร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ. (ฉบับที่ 2) ยกวางโดยกรมคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ กระทรวงยุติธรรม ซึ่งมีเนื้อหาทำนองเดียวกับพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ. แต่มีการแก้ไขบทบัญญัติเกี่ยวกับเงื่อนไขการบันทึกทางทะเบียนเป็นคู่ชีวิตและสิทธิหน้าที่ของคู่ชีวิตให้มีรายละเอียดที่ชัดเจนมากยิ่งขึ้นแทนการนำบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับสามีภรรยาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาอนุโลมใช้แก่คู่ชีวิตเพศหลากหลายโดยตรง

หลังจากร่างพระราชบัญญัติเกี่ยวกับการบันทึกทางทะเบียนเป็นคู่ชีวิตของบุคคลเพศหลากหลายถูกเผยแพร่ให้เป็นที่รับรู้ของสาธารณชนมากขึ้น ฉัตรชัย เอมราช ญัษฐิ ชื่นโพธิ์กลาง และ ญาดา สิริสม ได้ศึกษาถึงความเหมาะสมสอดคล้องของร่างพระราชบัญญัติเกี่ยวกับการบันทึกทางทะเบียนเป็นคู่ชีวิตแต่ละฉบับกับรูปแบบการใช้ชีวิตร่วมกันระหว่างบุคคลเพศหลากหลายและ

เดียวกัน,” (วิทยานิพนธ์ปริญญาคุฏฐบัณฑิต, หลักสูตรนิติศาสตรคุฏฐบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์, 2558), 376-380, 391-448.

บริบทสังคมไทยในประเด็นที่แตกต่างกัน โดย ฉัตรชัย เอมราช ได้ศึกษาร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ. ในประเด็นความสอดคล้องของการอนุโลมบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับสิทธิหน้าที่ของสามีภรรยาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาใช้บังคับแก่การเป็นคู่ชีวิตตามร่างพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าว ซึ่ง ฉัตรชัย เอมราช เห็นว่าไม่มีความสอดคล้องกับรูปแบบการใช้ชีวิตร่วมกันระหว่างบุคคลเพศหลากหลายที่มีความแตกต่างกันระหว่างชายรักชายและหญิงรักหญิงโดยเฉพาะในเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างบิดามารดากับบุตร และเสนอแนะให้เพิ่มบทบัญญัติเกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างบิดามารดากับบุตรเพื่อบังคับใช้แก่การใช้ชีวิตร่วมกันระหว่างคู่ชีวิตที่เป็นเพศหญิงทั้งสองฝ่าย⁸ และการศึกษาของ ญัฐภูมิ ชื่นโพธิ์กลาง ได้วิเคราะห์ถึงความสอดคล้องของร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ. กับระบบกฎหมายไทยและความสงบเรียบร้อยของประชาชน เพื่อค้นหาสภาพปัญหาที่จะเกิดจากการรับรองสิทธิของบุคคลเพศหลากหลายตามร่างพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าว โดย ญัฐภูมิ ชื่นโพธิ์กลาง เห็นว่าในปัจจุบันยังมีโอกาสที่ปัจจัยด้านสังคมและวัฒนธรรมจะถูกหยิบยกขึ้นมาเป็นข้ออ้างในการต่อต้านร่างพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าว และอาจเกิดปัญหาขึ้นจากการอนุโลมบทบัญญัติที่ใช้แก่คู่สมรสมาใช้แก่คู่ชีวิตอันเป็นผลจากความล้าหลังของถ้อยคำในบทบัญญัติของกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการเป็นคู่สมรส ซึ่ง ญัฐภูมิ ชื่นโพธิ์กลาง ได้เสนอแนะให้มีการตีความเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนเสียใหม่ในทางที่เป็นการให้เกิดบุคคลทุกคนในสังคมเป็นหลัก และเสนอแนะให้แก้ไขปัญหาความไม่ชัดเจนของการเป็นบิดามารดาและการรับบุตรบุญธรรมของคู่ชีวิตในร่างพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวให้มีความชัดเจนมากขึ้นเพื่อป้องกันปัญหาที่อาจเกิดขึ้นจากการบังคับใช้กฎหมายในอนาคต⁹

ในขณะที่การศึกษาของ ฉัตรชัย เอมราช และ ญัฐภูมิ ชื่นโพธิ์กลาง เป็นการศึกษาวิเคราะห์บทบัญญัติของร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ. ทั้งฉบับในประเด็นที่แตกต่างกัน การศึกษาของ ญาดา สิริสม เป็นการศึกษาถึงร่างกฎหมายเกี่ยวกับการบันทึกทางทะเบียนเป็นคู่ชีวิต จำนวน 2 ฉบับ กล่าวคือ ร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ. และ

⁸ ฉัตรชัย เอมราช, “ความไม่เสมอภาคในการบันทึกทางทะเบียนเป็นคู่ชีวิตตามร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ.”, (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารนิติศาสตร์, หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์, 2557), 98-103.

⁹ ญัฐภูมิ ชื่นโพธิ์กลาง, “ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับการรับรองสถานภาพสมรสของบุคคลที่มีเพศเดียวกัน,” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารนิติศาสตร์, หลักสูตรนิติศาสตร์, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรังสิต, 2557), 160-172, 175-176.

ร่างพระราชบัญญัติคู่ชีวิต พ.ศ. เฉพาะในประเด็นความชัดเจนและความสอดคล้องของสิทธิในการรับบุตรบุญธรรมโดยคู่ชีวิตตามร่างพระราชบัญญัติเกี่ยวกับการบันทึกทางทะเบียนเป็นคู่ชีวิตดังกล่าวกับรูปแบบการใช้ชีวิตร่วมกันระหว่างบุคคลเพศหลากหลายและบริบทของสังคมไทย ซึ่ง ญาดา สิริสม พบว่าร่างกฎหมายเกี่ยวกับการบันทึกทางทะเบียนเป็นคู่ชีวิตดังกล่าวยังขาดความชัดเจนเรื่องสิทธิในการรับบุตรบุญธรรมของคู่ชีวิต และสิทธิในการรับบุตรบุญธรรมของคู่ชีวิตยังไม่มี ความสอดคล้องกับการใช้ชีวิตร่วมกันระหว่างบุคคลเพศหลากหลายและบริบทสังคมไทยเท่าที่ควร โดย ญาดา สิริสม ได้เสนอแนะว่าแม้บุคคลเพศหลากหลายควรที่จะมีสิทธิรับบุตรบุญธรรมก็ตาม แต่คู่ชีวิตไม่ควรจะมีสิทธิรับบุตรติดของคู่ชีวิตอีกฝ่ายเป็นบุตรบุญธรรมรวมถึงไม่ควรให้คู่ชีวิตทั้งสองฝ่ายมีสิทธิในการรับบุตรบุญธรรมร่วมกัน ซึ่งกฎหมายเกี่ยวกับการบันทึกทางทะเบียนเป็นคู่ชีวิตควรบัญญัติในเรื่องดังกล่าวให้มีความชัดเจนเพื่อป้องกันปัญหาที่อาจเกิดขึ้นจากการตีความในอนาคต¹⁰

2.3 การศึกษาถึงความสอดคล้องของการใช้ชีวิตร่วมกันระหว่างบุคคลเพศหลากหลายกับกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับความสัมพันธ์ในครอบครัวของบุคคลในระบบกฎหมายไทย

ในปัจจุบันการใช้ชีวิตร่วมกันระหว่างบุคคลเพศหลากหลายได้รับการยอมรับในสังคมไทยระดับหนึ่ง บุคคลเพศหลากหลายสามารถอยู่กินด้วยกันฉันสามีภรรยาอย่างเปิดเผย ในขณะที่ความสัมพันธ์รูปแบบดังกล่าวยังไม่ได้รับการยอมรับในระบบกฎหมายเช่นเดียวกับความสัมพันธ์ระหว่างชายกับหญิง ชัยญานุช วรแสน และ ริญญานุช ฤณ สงขลา จึงได้ศึกษาถึงช่องว่างของการยอมรับการใช้ชีวิตร่วมกันระหว่างบุคคลเพศหลากหลายในระบบกฎหมายไทย โดย ชัยญานุช วรแสน ได้ศึกษาถึงสิทธิของบุคคลเพศหลากหลายในการขอถือสัญชาติไทยโดยการสมรสตามพระราชบัญญัติสัญชาติ พ.ศ. 2508 ซึ่ง ชัยญานุช วรแสน พบว่าเฉพาะหญิงต่างด้าวซึ่งได้สมรสกับชายไทยตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เท่านั้นที่จะมีสิทธิในการขอถือสัญชาติไทยตามพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าว อันไม่สอดคล้องกับหลักความเสมอภาคที่ได้รับการรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 และที่ได้รับการยึดถือตามหลักกฎหมาย

¹⁰ ญาดา สิริสม, “วิเคราะห์ร่างกฎหมายเกี่ยวกับการจดทะเบียนคู่ชีวิต ศึกษากรณีการรับบุตรบุญธรรม,” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต, สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2559), 248-253.

สิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ และเสนอแนะให้การขอถือสัญชาติไทยโดยการสมรสตามพระราชบัญญัติสัญชาติ พ.ศ. 2508 เปิดกว้างแก่ทั้งหญิงและชายต่างด้าวที่ได้สมรสกับผู้มีสัญชาติไทย หรือหญิงและชายต่างด้าวที่ได้บันทึกทางทะเบียนเป็นคู่ชีวิตกับผู้ที่มีสัญชาติไทย ทั้งนี้เพื่อรองรับการยอมรับการใช้ชีวิตร่วมกันระหว่างบุคคลเพศหลากหลายในระบบกฎหมายไทยในอนาคตต่อไป¹¹

ริญญาภรณ์ ณ สงขลา ได้ศึกษาถึงความสอดคล้องของการใช้ชีวิตร่วมกันระหว่างบุคคลเพศหลากหลายกับกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับความสัมพันธ์ในครอบครัวของบุคคลในระบบกฎหมายไทย ในทำนองเดียวกับการศึกษาของ ชัญญานุช วรแสน โดยทิศทางการศึกษาของ ริญญาภรณ์ ณ สงขลา ได้มุ่งไปที่การคุ้มครองสิทธิในการมีบุตรโดยการอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ของคู่รักเพศหลากหลายตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 ซึ่งเปิดช่องให้เฉพาะคู่สมรสชายหญิงตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เท่านั้นที่จะสามารถเข้าถึงเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ตามพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวได้ไม่ว่าจะอยู่ในรูปการผสมเทียมหรือการตั้งครรภ์แทนก็ตาม ซึ่งริญญาภรณ์ ณ สงขลา เห็นว่าการกีดกันการใช้ชีวิตร่วมกันระหว่างบุคคลเพศหลากหลายออกจากเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ดังกล่าวนี้ไม่สอดคล้องกับบริบทสังคมไทยในปัจจุบันที่เปิดกว้างและให้การยอมรับบุคคลเพศหลากหลายมากขึ้น และการแสดงออกที่แตกต่างจากเพศโดยกำเนิดได้รับความคุ้มครองจากการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมตามพระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. 2558 และเสนอแนะให้บุคคลเพศหลากหลายมีสิทธิในการมีบุตรโดยการอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 โดยการแก้ไขถ้อยคำในพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวที่เจาะจงถึงหญิงมีสามีหรือการเป็นคู่สมรสตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เท่านั้นไปในลักษณะที่ไม่เจาะจงถึงเพศสรีระหรือเพศสภาพของบุคคลรวมถึงการเป็นคู่ชีวิตเพื่อให้พระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวมีผลใช้บังคับแก่บุคคลเพศหลากหลายตลอดจนคู่ชีวิตที่ได้บันทึก

¹¹ ชัญญานุช วรแสน, “ปัญหาการได้มาซึ่งสิทธิในการขอถือสัญชาติโดยการสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ,” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ สาขาวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยบูรพา, คณะนิติศาสตร์ สถาบันพัฒนาบริหารศาสตร์, 2558), 125-128.

ทางทะเบียนถูกต้องตามกฎหมายเกี่ยวกับคู่ชีวิตด้วยเพื่อไม่ให้เกิดปัญหาเกี่ยวกับการตีความกฎหมายที่อาจจะเกิดขึ้นในอนาคต¹²

2.4 การศึกษาถึงความเหมาะสมของการสมรสระหว่างบุคคลเพศหลากหลายในประเทศไทย

แม้ว่าสิทธิของบุคคลเพศหลากหลายในประเทศไทยจะได้รับความสนใจและหยิบยกขึ้นมาเป็นประเด็นในการศึกษาในระดับหนึ่ง แต่การศึกษาถึงสิทธิของบุคคลเพศหลากหลายในประเทศไทยยังคงอยู่ในจำนวนที่จำกัดที่เป็นการศึกษาถึงความเหมาะสมของการสมรสระหว่างบุคคลเพศหลากหลายในประเทศไทยโดยตรง กล่าวคือ การศึกษาวิจัยของ ภาณพ มีชำนานู ชวินโรจน์ ธีรพัชรพร และ ชวลิต ศรีโฉมงาม และคณะ ซึ่งเป็นการศึกษาความเหมาะสมของการสมรสระหว่างบุคคลเพศหลากหลายในแง่มุมที่แตกต่างกันออกไป ภาณพ มีชำนานู ได้ศึกษาถึงสภาพปัญหาที่เป็นผลจากการที่ประเทศไทยไม่มีการสมรสระหว่างบุคคลเพศหลากหลาย โดยการสัมภาษณ์กลุ่มตัวอย่างจำนวน 20 คน ถึงความเสียเปรียบในการดำรงชีวิตคู่อันเป็นผลจากการที่ประเทศไทยไม่มีการสมรสระหว่างบุคคลเพศหลากหลาย ซึ่ง ภาณพ มีชำนานู พบว่าแม้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 จะคุ้มครองบุคคลเพศหลากหลายจากการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม แต่การที่ประเทศไทยไม่มีการสมรสระหว่างบุคคลเพศหลากหลายก่อให้เกิดปัญหาความเสียเปรียบแก่กลุ่มบุคคลเพศหลากหลาย ซึ่งจำแนกออกเป็นสภาพปัญหาจากการสัมภาษณ์ และสภาพปัญหาจากการวิจัยเอกสาร ภาณพ มีชำนานู ได้วิเคราะห์แบ่งแยกสภาพปัญหาที่พบจากการสัมภาษณ์ออกเป็น 8 ลักษณะ กล่าวคือ ปัญหาเกี่ยวกับการจดทะเบียนสมรสในประเทศและผลของการจดทะเบียนสมรสในต่างประเทศ การจัดการทรัพย์สิน การทำสัญญาคู่ร่วมกัน การทำประกันชีวิต การถือครองที่ดินของคนสัญชาติไทยที่มีคู่ชีวิตเป็นคนต่างด้าว การลดหย่อนภาษีในกรณีของคู่สมรสตามประมวลรัษฎากร การเบิกค่ารักษาพยาบาลโดยใช้สิทธิข้าราชการ และความรุนแรงในครอบครัว และสภาพปัญหาจากการวิจัยเอกสารออกเป็น 2 ลักษณะ กล่าวคือ ปัญหาตามกฎหมายครอบครัวและมรดก และปัญหาตามกฎหมายอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการไม่มีสถานะเป็นคู่สมรสหรือสามีภรรยาตามกฎหมายครอบครัวและมรดกของคู่รักในการใช้ชีวิตร่วมกันระหว่าง

¹² ริญญากัทธ ณ สงขลา, “การรับรองสิทธิของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศในการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์,” (วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์, 2558), 95-99, 114-117.

บุคคลเพศหลากหลาย ซึ่งนำไปสู่ข้อเสนอแนะแนวทางในการออกกฎหมายรับรองการสมรสระหว่างบุคคลเพศหลากหลายเพื่อแก้ไขปัญหาดังกล่าว ซึ่งอาจเป็นรูปแบบของกฎหมายการสมรสระหว่างบุคคลเพศหลากหลายหรือกฎหมายการจดทะเบียนความสัมพันธ์เพื่อรับรองการใช้ชีวิตคู่ของบุคคลระหว่างบุคคลเพศหลากหลาย¹³

ในขณะที่ ภาณุ มีชำนาญ ได้เสนอแนะแนวคิดเกี่ยวกับออกกฎหมายสมรสระหว่างบุคคลเพศหลากหลายในประเทศไทยเพื่อแก้ไขปัญหาค่าเสียเปรียบจากการที่ประเทศไทยไม่มีการสมรสระหว่างบุคคลเพศหลากหลาย ชวินโรจน์ ธีรพัชรพร ได้ศึกษาต่อยอดในด้านสิทธิความเสมอภาคในการสมรสระหว่างบุคคลระหว่างบุคคลเพศหลากหลายในประเทศไทย โดยการศึกษาถึงสภาพปัญหาที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้บัญญัติเงื่อนไขการสมรสโดยยึดโยงอยู่กับเพศสรีระตามกำเนิดที่แตกต่างกันระหว่างชายกับหญิง ซึ่ง ชวินโรจน์ ธีรพัชรพร พบสภาพปัญหาจากการสัมภาษณ์จำนวน 8 กลุ่มสภาพปัญหา กล่าวคือ ปัญหาในการรักษาพยาบาล และการจัดการศพ การมีบุตรและอำนาจปกครอง มรดก การทำนิติกรรมและการจัดการหนี้สินร่วมกัน สิทธิประโยชน์จากการเป็นคู่สมรสหรือสามีภรรยาตามกฎหมาย สิ้นสมรสและการอุปการะเลี้ยงดู การได้รับการยอมรับและการมีศักดิ์ศรีในฐานะคู่สมรสหรือสามีภรรยาตามกฎหมาย และสิทธิของบุคคลทุกอัตลักษณ์และรสนิยมทางเพศในการเข้าถึงกฎหมายสมรส และวิเคราะห์ร่างพระราชบัญญัติเกี่ยวกับการบันทึกทางทะเบียนเป็นคู่ชีวิตซึ่งอยู่ในระหว่างการยกร่าง ณ ขณะนั้นจำนวน 3 ฉบับ กล่าวคือ ร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ. ร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ. (ฉบับที่ 2) และร่างพระราชบัญญัติคู่ชีวิต พ.ศ. เปรียบเทียบกับบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการสมรสตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ถึงศักยภาพในการแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้นกับคู่รักเพศหลากหลายเนื่องจากการขาดคุณสมบัติในการสมรสกันตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ดังกล่าวข้างต้น โดย ชวินโรจน์ ธีรพัชรพร พบว่าร่างพระราชบัญญัติเกี่ยวกับการบันทึกทางทะเบียนเป็นคู่ชีวิตฉบับต่าง ๆ ยังไม่สอดคล้องกับสภาพปัญหาดังกล่าวและไม่อาจแก้ไขสภาพปัญหาที่เกิดขึ้นได้ และได้เสนอแนะให้มีการแก้ไขบทบัญญัติของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 และบรรพ 6 ว่าด้วยครอบครัวและมรดก โดยเปิด

¹³ ภาณุ มีชำนาญ, “การศึกษาสภาพปัญหาความเสียเปรียบของคู่ความหลากหลายทางเพศอันเนื่องมาจากการไม่มีกฎหมายรับรองการสมรสในประเทศไทย,” (การค้นคว้าอิสระปริญญาโทบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่, 2555), 89-115, 124-126.

ช่องให้การสมรสระหว่างบุคคลเพศหลากหลาย และแก้ไขบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่เดิมรองรับเฉพาะเพศสรีระที่แตกต่างกันระหว่างชายกับหญิงให้สอดคล้องกับเพศสรีระของคู่สมรสเพศหลากหลาย¹⁴

ชวลิต ศรีโฉมงาม และคณะ ได้ศึกษาการสมรสระหว่างบุคคลเพศหลากหลายในประเทศไทยในแง่มุมที่แตกต่างไปจาก ภาณพ มีชำนานู และ ชวินโรจน์ อีรพัชรพร ที่มุ่งศึกษาถึงสภาพปัญหาที่เกิดจากการไม่มีกฎหมายรับรองการใช้ชีวิตร่วมกันระหว่างบุคคลเพศหลากหลายเพื่อนำไปสู่ข้อเสนอในลักษณะของแนวคิดเกี่ยวกับกฎหมายการสมรสระหว่างบุคคลเพศหลากหลายหรือการแก้ไขกฎหมายให้รองรับการสมรสระหว่างบุคคลเพศหลากหลาย โดยการศึกษาของ ชวลิต ศรีโฉมงาม และคณะ มุ่งไปที่ความสอดคล้องของการสมรสระหว่างบุคคลเพศหลากหลายในระบบกฎหมายไทยและบทบาทของศาลรัฐธรรมนูญภายใต้บริบทของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 ในด้านการคุ้มครองสิทธิในการสมรสระหว่างบุคคลเพศหลากหลายเป็นหลักซึ่ง ชวลิต ศรีโฉมงาม และคณะ พบว่าการที่บทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มิได้คุ้มครองสิทธิในการสมรสระหว่างบุคคลเพศหลากหลาย ก็เนื่องจากเจตนารมณ์ของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 มีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองการสร้างครอบครัวเพื่อสืบเผ่าพันธุ์และมีบุตรซึ่งไม่สอดคล้องกับการใช้ชีวิตร่วมกันระหว่างบุคคลเพศหลากหลายซึ่งไม่เป็นการขัดต่อหลักความเสมอภาค แต่อย่างไรก็ตาม ชวลิต ศรีโฉมงาม และคณะ เห็นว่าการรับรองความเสมอภาคของบุคคลในการสมรสนั้นเป็นแนวคิดที่เหมาะสมและสอดคล้องกับบริบทของระบบกฎหมายไทย โดยเฉพาะหลักความเสมอภาคในรัฐธรรมนูญที่มีเจตนารมณ์เพื่อสร้างความเสมอภาคและการไม่เลือกปฏิบัติแก่บุคคลที่มีความแตกต่างกัน ประกอบกับภายใต้บริบทของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจวินิจฉัยถึงความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่มิได้คุ้มครองสิทธิในการสมรสระหว่างบุคคลเพศหลากหลายดังกล่าวได้ เนื่องจากบรรดาคำศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิ เสรีภาพ และความเสมอภาค บรรดาที่ชนชาวไทยเคยได้รับความคุ้มครองตามประเพณีการปกครองในระบอบประชาธิปไตย

¹⁴ ชวินโรจน์ อีรพัชรพร, “สิทธิความเสมอภาคในการสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศในประเทศไทย,” (วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต, วิชาเอกกฎหมายมหาชน สาขาวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, 2559), 334-341.

อันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขและตามพันธกรณีระหว่างประเทศที่ประเทศไทยมีอยู่แล้ว ย่อมได้รับการคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฉบับดังกล่าว และหากศาลรัฐธรรมนูญได้มีคำวินิจฉัยรับรองสิทธิในการสมรสระหว่างบุคคลเพศหลากหลายแล้วย่อมเป็นการผูกพันหน่วยงานของรัฐในการบังคับใช้และการตีความกฎหมายทั้งปวง รวมทั้งอาจกระตุ้นให้ฝ่ายนิติบัญญัติเร่งตรากฎหมายขึ้นมารับรองสิทธิดังกล่าวในรูปแบบที่เหมาะสมกับประเทศไทยต่อไป ในฐานะสิทธิเสรีภาพซึ่งได้รับการรับรองไว้โดยชัดแจ้งหรือปริยายโดยศาลรัฐธรรมนูญ¹⁵

2.5 การศึกษาถึงความสอดคล้องของหลักกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศกับกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับบุคคลเพศหลากหลายในประเทศไทย

แม้ว่าสิทธิในความเสมอภาคจะเป็นพื้นฐานของสิทธิมนุษยชนและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ซึ่งได้รับการอ้างอิงถึงในการศึกษาเกี่ยวกับสิทธิในความเสมอภาคของบุคคลเพศหลากหลายเป็นส่วนใหญ่ และในปัจจุบันสิทธิมนุษยชนตามกฎหมายระหว่างประเทศด้านสิทธิมนุษยชนของบุคคลเพศหลากหลายจะได้รับการยอมรับอย่างแพร่หลาย ในฐานะที่ความหลากหลายทางเพศนั้นไม่อาจถูกนำมาเป็นเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมได้ แต่ทว่าแนวคิดดังกล่าวยังขาดความชัดเจนเป็นรูปธรรม เนื่องจากการยอมรับสิทธิมนุษยชนของบุคคลเพศหลากหลายดังกล่าว ยังคงจำกัดอยู่เฉพาะในรูปแบบของข้อมติหรือคำวินิจฉัยของกลไกการตรวจสอบสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติเป็นส่วนใหญ่ มิใช่ในรูปแบบของสนธิสัญญาระหว่างประเทศด้านสิทธิมนุษยชนที่ประเทศไทยมีพันธกรณีโดยตรง วิทยานิพนธ์ของ วราภรณ์ อินทนนท์ เป็นการศึกษาชิ้นแรกๆ ที่มุ่งเน้นถึงความสอดคล้องระหว่างหลักกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศกับกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับบุคคลเพศหลากหลายในประเทศไทย ภายหลังจากที่คณะกรรมการนักนิติศาสตร์สากลได้เสนอแนะหลักการยกย่องการเคารพด้วยการใช้กฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศในประเด็นวิถีทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศ ในปี ค.ศ. 2006 โดย วราภรณ์ อินทนนท์ ได้ศึกษาถึงแนวคิดเกี่ยวกับสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคลเพศหลากหลายผ่านการตีความกฎหมายระหว่างประเทศด้านสิทธิมนุษยชนและกฎหมายของประเทศที่รับรองสิทธิแก่บุคคลเพศหลากหลายและยอมรับความสัมพันธ์แบบเพศหลากหลาย ประกอบกับสภาพปัญหาที่เกิดขึ้นจากบริบททางสังคมและวัฒนธรรมทั้งในประเทศไทยและต่างประเทศ ซึ่งวราภรณ์ อินทนนท์ พบว่าแม้ว่ากฎหมายระหว่าง

¹⁵ ขวลิต ศรีโสมงาม และคณะ, รายงานการวิจัย เรื่อง การคุ้มครองสิทธิในการสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ, (กรุงเทพฯ: สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ 2559), 128-129, 131-133.

ประเทศจะไม่ได้รับรองความหลากหลายทางเพศของสังคมไว้โดยเฉพาะ แต่ความหลากหลายทางเพศก็ได้รับการยอมรับในการตีความกฎหมายระหว่างประเทศว่าเป็นสิ่งที่ไม่ควรถูกนำมาเป็นเหตุในการเลือกปฏิบัติ อย่างไรก็ตามการขาดกฎหมายเกี่ยวกับการรับรองสิทธิของบุคคลเพศหลากหลายนำไปสู่ปัญหาเกี่ยวกับการไม่ยอมรับบุคคลเพศหลากหลายเช่นเดียวกันทั้งในต่างประเทศและประเทศไทย กฎหมายภายในของรัฐมีความสำคัญต่อการรับรองและคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคลเพศหลากหลายอย่างชัดเจนเป็นรูปธรรม และเสนอแนะให้มีการบัญญัติกฎหมายเพื่อรับรองและคุ้มครองสิทธิของบุคคลเพศหลากหลายอย่างเป็นรูปธรรมขึ้นในประเทศไทย¹⁶ ในขณะที่การศึกษาของ อารยา สุขสม เป็นการวิเคราะห์ถึงความสอดคล้องของระบบกฎหมายไทยกับกฎหมายระหว่างประเทศด้านสิทธิมนุษยชนที่ประเทศไทยมีพันธกรณีในเรื่องวิถีทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศ ซึ่ง อารยา สุขสม พบว่าแนวคิดเกี่ยวกับเพศของบุคคลในรูปแบบสองเพศที่จำแนกออกเป็นเพศชายและเพศหญิงได้รับการยอมรับในระบบกฎหมาย เป็นเหตุให้โครงสร้างและเนื้อหาของกฎหมายในประเทศไทยไม่สอดคล้องกับหลักสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศตามกฎหมายระหว่างประเทศด้านสิทธิมนุษยชนที่ประเทศไทยเข้าเป็นภาคี และเสนอแนะแนวคิดที่ว่านอกจากการกำหนดนโยบายด้านการส่งเสริมสิทธิมนุษยชนของบุคคลเพศหลากหลายแล้ว รัฐควรดำเนินการให้มีการยอมรับวิถีทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศในระบบกฎหมายของประเทศไทยอย่างเป็นรูปธรรม ทั้งในรัฐธรรมนูญและกฎหมายลำดับรองที่เกี่ยวข้องกับบุคคลเพศหลากหลายให้มีความสอดคล้องกับบรรทัดฐานด้านวิถีทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศที่ได้รับการยอมรับโดยองค์การสหประชาชาติ¹⁷

2.6 การศึกษาวิจัยเกี่ยวกับการเปลี่ยนเพศตามกฎหมาย

การศึกษาวิจัยทางกฎหมายเกี่ยวกับสิทธิของกลุ่มบุคคลเพศหลากหลายภายหลังผ่านการผ่าตัดแปลงเพศนั้น ปิยลักษณ์ โพธิ์วรรณ และคณะ ซึ่งได้ศึกษาถึงผลที่เกิดขึ้นภายหลังกระบวนการแปลงเพศของชายจำนวน 5 คน ที่ได้เปิดเผยว่าผ่านการผ่าตัดแปลงเพศมาแล้ว พบว่า

¹⁶ วรากรณ์ อินทนนท์, “การรับรองสิทธิขั้นพื้นฐานของปัจเจกชนบนพื้นฐานของความหลากหลายทางเพศ,” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต, สาขากฎหมายระหว่างประเทศ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2552), 196-202.

¹⁷ อารยา สุขสม, “สิทธิมนุษยชนในเรื่องวิถีทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศในระบบกฎหมายไทย,” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2559), 556-578.

ภายหลังจากบุคคลเพศหลากหลายได้รับการผ่าตัดเปลี่ยนแปลงเพศสรีระให้เหมือนและใช้ชีวิตเหมือนกับบุคคลซึ่งมีเพศตรงข้ามกับเพศกำเนิดของตนแล้ว สิทธิของบุคคลเพศหลากหลายที่ผ่านการผ่าตัดเปลี่ยนแปลงเพศสรีระในประเทศไทยก็ยังคงไม่ได้รับความคุ้มครอง เนื่องจากความขัดแย้งที่เกิดขึ้นระหว่างเพศสรีระภายหลังการผ่าตัดกับเพศของบุคคลตามกฎหมายซึ่งถือเอาตามเพศสรีระในขณะที่ถือกำเนิดมา อันเป็นผลของความไม่เท่าเทียมทางกฎหมายที่ส่งผลให้การเปลี่ยนเพศนั้นมีความยุ่งยาก ซับซ้อน และประกอบด้วยเงื่อนไขจำนวนมาก โดยผลกระทบในแง่ลบของการขาดแคลนกฎหมายรับรองสิทธิการเปลี่ยนแปลงเพศของบุคคลให้สอดคล้องกับตัวตนทางเพศของบุคคลนั้นกระทบต่อวิถีชีวิตและสิทธิเสรีภาพของบุคคลเพศหลากหลายในลักษณะที่เป็นวงจรแห่งความเหลื่อมล้ำ ซึ่งวงจรดังกล่าวเริ่มต้นจากการถูกปฏิเสธอัตลักษณ์ทางเพศที่ไม่ตรงกับเพศสรีระตามกำเนิดของบุคคลเพศหลากหลาย และเมื่อบุคคลเพศหลากหลายพยายามที่จะเปลี่ยนแปลงเพศสรีระตามกำเนิดให้ตรงกับตัวตนทางเพศของตนก็กลับถูกปฏิเสธจากระบบกฎหมายไทยที่ไม่ยอมรับการเปลี่ยนแปลงเพศซ้ำอีก¹⁸ ซึ่งแตกต่างจากในระบบกฎหมายของต่างประเทศที่ได้มีการรับรองสิทธิตามกฎหมายของผู้ที่ผ่านการผ่าตัดแปลงเพศมาเป็นระยะเวลานานแล้ว ทั้งในด้านการยอมรับการแก้ไขคำนำหน้านาม ตลอดจนสิทธิหน้าที่ตามกฎหมายที่มีความสัมพันธ์สอดคล้องกับเพศสรีระซึ่งเปลี่ยนแปลงไปแล้วนั้น¹⁹

3. งานวิจัยทางกฎหมายเกี่ยวกับสิทธิการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศหลากหลายในประเทศไทย: จำแนกตามแนวคิดในการศึกษา

3.1 การศึกษาที่อยู่บนแนวคิดที่ว่าการใช้ชีวิตร่วมกันระหว่างบุคคลเพศหลากหลายมีความแตกต่างจากการใช้ชีวิตร่วมกันระหว่างชายกับหญิง

การศึกษาเกี่ยวกับสิทธิความเสมอภาคในด้านการใช้ชีวิตร่วมกันระหว่างบุคคลเพศหลากหลายในประเทศไทยส่วนใหญ่จะอยู่บนพื้นฐานแนวคิดที่ว่าการใช้ชีวิตร่วมกันระหว่างบุคคลเพศหลากหลายมีความแตกต่างจากการใช้ชีวิตร่วมกันระหว่างชายกับหญิง ซึ่งเป็นผลจากการ

¹⁸ ปิยลักษณ์ โพธิ์วรรณ, มณีนัย ทองอยู่, และเยาวลักษณ์ อภิชาติวัลลภ, “ผลจากการแปลงเพศสู่การพัฒนาตัวตนคนข้ามเพศ,” *วารสารวิจัย มข* 1, ฉ. 1 (2554): 79, 86-91.

¹⁹ สมชาย ปรีชาศิลป์กุล, “จากระบบกฎหมายแบบทวิเพศสู่ระบบกฎหมายแบบพหุเพศ,” *วารสารนิตสังคมศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่* 6, ฉ. 1 (2556): 18-20.

ยอมรับความแตกต่างทางด้านกายภาพของบุคคลประกอบกับบริบทของสังคมไทยทั้งในด้านตัวบทกฎหมายและวัฒนธรรมประเพณีเป็นหลัก ซึ่งเป็นเหตุให้การใช้ชีวิตร่วมกันระหว่างบุคคลเพศหลากหลายไม่อาจถูกบังคับโดยบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ใช้บังคับกับการใช้ชีวิตร่วมกันระหว่างชายกับหญิง แต่การศึกษาส่วนใหญ่พบว่าความแตกต่างดังกล่าวนั้นไม่อาจถูกนำมาเป็นเหตุในการปฏิเสธการคุ้มครองสิทธิตามกฎหมายแก่บุคคลเพศหลากหลายอย่างเท่าเทียมกับบุคคลทั่วไป เนื่องจากมีความจำเป็นที่การใช้ชีวิตร่วมกันระหว่างบุคคลเพศหลากหลายจะต้องได้รับการรับรองโดยกฎหมายเพื่อกำจัดสภาพปัญหาที่เกิดขึ้นบุคคลเพศหลากหลายจากการดำรงวิถีชีวิตในสังคมอย่างเท่าเทียมกับบุคคลทั่วไป โดยรัฐจะต้องบัญญัติกฎหมายขึ้นเพื่อใช้บังคับกับกรณีของบุคคลเพศหลากหลายโดยเฉพาะ

การศึกษาที่อยู่บนพื้นฐานแนวคิดที่ว่าการใช้ชีวิตร่วมกันระหว่างบุคคลเพศหลากหลายมีความแตกต่างจากการใช้ชีวิตร่วมกันระหว่างชายกับหญิง จึงไม่ปฏิเสธถึงความชอบด้วยหลักความเสมอภาคของการกีดกันการใช้ชีวิตร่วมกันระหว่างบุคคลเพศหลากหลายออกจากบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการใช้ชีวิตร่วมกันระหว่างชายกับหญิง ดังที่จะเห็นได้ชัดเจนในการศึกษาของ ขวลิต ศรีโสมงาม และคณะ ที่ปฏิเสธว่าเงื่อนไขการสมรสในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่เปิดช่องให้การสมรสกระทำเฉพาะระหว่างชายฝ่ายหนึ่งและหญิงฝ่ายหนึ่งนั้นไม่ขัดแย้งต่อหลักความเสมอภาคในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย²⁰ และมุ่งเน้นการศึกษาไปที่ความเหมาะสมของบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่จะนำมาใช้บังคับแก่บุคคลเพศหลากหลายว่าควรจะเป็นบทบัญญัติที่มีลักษณะเฉพาะและสอดคล้องกับรูปแบบการใช้ชีวิตร่วมกันระหว่างบุคคลเพศหลากหลายเป็นหลัก ซึ่งอาจเป็นการบัญญัติรับรองความหลากหลายทางเพศให้เกิดความชัดเจนขึ้นในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยดังเช่นในการศึกษาของ ยุทธนา สุวรรณประดิษฐ์²¹ หรือการบัญญัติกฎหมายระดับรองขึ้นเพื่อใช้บังคับแก่บุคคลเพศหลากหลายโดยเฉพาะ อาทิ การศึกษาของ อนุช คำทอง วราภรณ์ อินทนนท์ และ ญัฐวุฒิ ชัยสายัณห์²² ซึ่งบทบัญญัติแห่ง

²⁰ ขวลิต ศรีโสมงาม และคณะ, รายงานการวิจัย เรื่อง การคุ้มครองสิทธิในการสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ, 128-130.

²¹ ยุทธนา สุวรรณประดิษฐ์, “สิทธิและเสรีภาพของรักร่วมเพศชายตามกฎหมายรัฐธรรมนูญ: วิเคราะห์จากปัญหาของสังคมไทย,” 171.

²² อนุช คำทอง, “การสมรสของพวกรักร่วมเพศ,” 161; วราภรณ์ อินทนนท์, “การรับรองสิทธิขั้นพื้นฐานของปัจเจกชนบนพื้นฐานของความหลากหลายทางเพศ,” 198; ญัฐวุฒิ ชัยสายัณห์, “กฎหมายรับรองสถานะในการใช้

กฎหมายดังกล่าวจะต้องมีความสอดคล้องกับลักษณะเฉพาะของการใช้ชีวิตร่วมกันรูปแบบดังกล่าว ดังที่ปรากฏในการศึกษาของ ฉัตรชัย เอมราช และ ญาดา สิริสม ที่อยู่บนพื้นฐานของข้อเท็จจริง ทางด้านกายภาพและวัฒนธรรมประเพณีที่การใช้ชีวิตร่วมกันระหว่างบุคคลเพศหลากหลาย ก่อให้เกิดความสัมพันธ์ในครอบครัวที่มีลักษณะแตกต่างจากการใช้ชีวิตร่วมกันระหว่างชายกับ หญิง²³

3.2 การศึกษาที่อยู่บนแนวคิดที่ว่าการใช้ชีวิตร่วมกันระหว่างบุคคลเพศหลากหลาย ไม่มีความแตกต่างจากการใช้ชีวิตร่วมกันระหว่างชายกับหญิง

นับตั้งแต่เพศสถานะของบุคคลได้รับการยอมรับเป็นส่วนหนึ่งของข้อห้ามการเลือกปฏิบัติ โดยไม่เป็นธรรมด้านเพศของบุคคลในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 การศึกษาถึงสิทธิในความเสมอภาคของบุคคลเพศหลากหลายที่อยู่บนพื้นฐานของแนวคิดที่ว่า การใช้ชีวิตร่วมกันระหว่างบุคคลเพศหลากหลายไม่มีความแตกต่างจากการใช้ชีวิตร่วมกันระหว่าง ชายกับหญิงในประเทศไทยจึงเริ่มเกิดเป็นรูปธรรมขึ้นตามลำดับ เริ่มจากการศึกษาของ ภาณพ มีชำนาญ โดยการศึกษาวิตีชีวิตของคู่รักเพศหลากหลายที่ใช้ชีวิตร่วมกันฉันสามีภรรยาเช่นเดียวกับการใช้ชีวิตร่วมกันระหว่างชายกับหญิงและสภาพปัญหาที่เกิดขึ้นกับบุคคลกลุ่มดังกล่าวเนื่องจาก ไม่ได้รับการรับรองตามกฎหมายเช่นเดียวกับการใช้ชีวิตร่วมกันระหว่างชายกับหญิง²⁴ อันเป็น การริเริ่มรูปแบบการศึกษาที่อยู่บนพื้นฐานของแนวคิดเกี่ยวกับความเสมอภาคทางเพศของบุคคล ซึ่งไม่ถูกจำกัดเฉพาะเพศสรีระตามกำเนิดเป็นเพศชายและหญิงเท่านั้นซึ่งปรากฏในการศึกษาที่ อยู่บนพื้นฐานแนวคิดลักษณะเดียวกันอีกหลายชิ้นในเวลาต่อมา

การศึกษาในกลุ่มนี้ได้รับอิทธิพลจากแนวคิดเกี่ยวกับเพศสภาพหรือเพศสถานะ และ เพศวิถีหรือวิถีทางเพศที่เป็นการพิจารณาเพศของบุคคลจากพื้นฐานทางด้านจิตใจของบุคคลเป็น หลักซึ่งได้รับอิทธิพลจากแนวคิดเกี่ยวกับหลักกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ²⁵ ที่แม้จะ

ชีวิตคู่ร่วมกันของกลุ่มบุคคลที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกัน,” 451-452.

²³ ฉัตรชัย เอมราช, “ความไม่เสมอภาคในการบันทึกทางทะเบียนเป็นคู่ชีวิตตามร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ.,” 99; ญาดา สิริสม, “วิเคราะห์ร่างกฎหมายเกี่ยวกับการจดทะเบียนคู่ชีวิต ศึกษากรณีการรับ บุตรบุญธรรม,” 232-233.

²⁴ ภาณพ มีชำนาญ, “การศึกษาสภาพปัญหาความเสียเปรียบของคู่ความหลากหลายทางเพศอันเนื่องมาจากการไม่มีกฎหมายรับรองการสมรสในประเทศไทย,” 117-119.

²⁵ ณัฐวุฒิ ชื่นโพธิ์กลาง, “ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับการรับรองสถานภาพสมรสของบุคคลที่มีเพศเดียวกัน,”

ยอมรับว่ามีความแตกต่างด้านเพศสรีระบุคคลในการใช้ชีวิตร่วมกันระหว่างบุคคลเพศหลากหลายกับการใช้ชีวิตร่วมกันระหว่างชายกับหญิง อาทิ การใช้ชีวิตร่วมกันระหว่างบุคคลเพศหลากหลายไม่อาจให้กำเนิดบุตรได้ตามธรรมชาติ แต่ก็ไม่ได้มองว่าความแตกต่างอันเป็นผลจากเพศสรีระของบุคคลดังกล่าวเป็นสาระสำคัญในการบังคับใช้กฎหมายที่มีความเกี่ยวข้องกับความสัมพันธ์ในครอบครัวให้แตกต่างกันได้แต่ประการใด เช่นที่ปรากฏในการศึกษาเกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างบิดามารดากับบุตรของ ริญญภัทร์ ณ สงขลา ซึ่งพบว่าสามารถใช้กฎหมายในเรื่องเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์กับบุคคลเพศหลากหลายได้เช่นเดียวกันกับบุคคลทั่วไปแม้ว่าการมีบุตรจะมีใช้ลักษณะโดยธรรมชาติของการใช้ชีวิตร่วมกันระหว่างบุคคลเพศหลากหลายก็ตาม²⁶

4. ข้อเสนอแนะประเด็นทางกฎหมายเกี่ยวกับสิทธิการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศหลากหลายที่น่าสนใจซึ่งยังไม่เคยได้รับการศึกษาวิจัยมาก่อน

แม้สิทธิการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศหลากหลายในประเทศไทยจะเป็นประเด็นที่ได้รับความสนใจในการศึกษาวิจัยพอสมควรแต่ยังคงมีอีกหลายแง่มุมที่ยังไม่ได้รับการศึกษาอย่างจริงจังโดยเฉพาะในประเด็นที่เกี่ยวข้องกับการสมรสและครอบครัวของบุคคลเพศหลากหลายซึ่งหากได้มีการศึกษาวิจัยเพิ่มเติมจะทำให้องค์ความรู้เกี่ยวกับสิทธิการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศหลากหลายในประเทศไทยมีความสมบูรณ์มากยิ่งขึ้น กล่าวคือ

(1) การศึกษาเกี่ยวกับสิทธิการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศหลากหลายในประเทศไทยยังคงจำกัดอยู่เฉพาะในด้านที่เกี่ยวข้องกับบทบาทของฝ่ายนิติบัญญัติ โดยมุ่งเน้นไปที่การวิพากษ์วิจารณ์ถึงความสอดคล้องของบทบัญญัติแห่งกฎหมายหรือร่างพระราชบัญญัติฉบับต่าง ๆ กับหลักความเสมอภาคตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฉบับต่าง ๆ กัน ในขณะที่หลักความเสมอภาคตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยไม่ได้ผูกพันเฉพาะแต่ฝ่ายนิติบัญญัติเท่านั้น

136-137; ชัญญานุ วรแสน, “ปัญหาการได้มาซึ่งสิทธิในการขอถือสัญชาติโดยการสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ,” 96-97; ริญญภัทร์ ณ สงขลา, “การรับรองสิทธิของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศในการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์,” 112; ชวินโรจน์ อีร์พัชรพร, “สิทธิความเสมอภาคในการสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศในประเทศไทย,” 310-311; อารยา สุขสม, “สิทธิมนุษยชนในเรื่องวิถีทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศในระบบกฎหมายไทย,” 558-562.

²⁶ ริญญภัทร์ ณ สงขลา, “การรับรองสิทธิของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศในการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์,” 114-117.

ที่ว่าฝ่ายบริหารและฝ่ายตุลาการซึ่งใช้อำนาจเกี่ยวข้องกับสิทธิหน้าที่ตามกฎหมายของบุคคล เพศหลากหลายย่อมจะต้องผูกพันต่อหลักความเสมอภาคตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ด้วย ซึ่งเป็นประเด็นที่ยังคงได้รับการกล่าวถึงน้อย

(2) ความหลากหลายทางเพศในสังคมไทยนั้นแม้ว่าจะได้รับการรับรู้จากสังคมเป็นระยะเวลายาวนาน ทว่าจุดยืนในระบบกฎหมายโดยเฉพาะรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยซึ่งเป็นกฎหมายแม่บทนั้นความหลากหลายทางเพศและบุคคลเพศหลากหลายกลับยังคงขาดความชัดเจน แม้ว่าจะพบความพยายามอย่างมากในการขับเคลื่อนเพื่อให้เกิดการบัญญัติรับรองสิทธิของบุคคลเพศหลากหลายโดยเฉพาะในหลักความเสมอภาคและหลักการห้ามเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมนับในการยกร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 และการยกร่างรัฐธรรมนูญโดยคณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญ ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557²⁷ ความกำกวมในสิทธิเสรีภาพของบุคคลเพศหลากหลายดูจะเป็นจุดเด่นหนึ่งของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยเสมอมาด้วย และกระทั่งปัจจุบันความหลากหลายทางเพศก็ยังมิได้รับการบัญญัติไว้ให้ชัดเจนในบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ กระนั้นหลักความเสมอภาคและโดยเฉพาะหลักการห้ามเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมซึ่งได้มีการพัฒนาอย่างต่อเนื่องนับตั้งแต่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2540 จนปัจจุบันได้ก่อให้เกิดคุณูปการต่อสิทธิของบุคคลเพศหลากหลาย ดังจะเห็นได้จากร่างพระราชบัญญัติตลอดจนพระราชบัญญัติหลายฉบับซึ่งเกี่ยวข้องกับการคุ้มครองสิทธิของบุคคลเพศหลากหลายที่เกิดขึ้นหลังจากการประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2550 เป็นต้นมา อาทิ ร่างพระราชบัญญัติคู่ชีวิต พ.ศ. ร่างพระราชบัญญัติรับรองสิทธิหลังการแปลงเพศ พ.ศ. ร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่ ..) พ.ศ. และพระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. 2558 ต่างอ้างถึงหลักความเสมอภาคและหลักการห้ามเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมซึ่งเป็นหลักการที่ได้รับการบัญญัติรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยเป็นเหตุผลสำคัญประการหนึ่งในการตรากฎหมายเหล่านั้นขึ้นมา

²⁷ วิชาญ ทรายอ่อน. “เพศสภาพ.” ห้องสมุดอิเล็กทรอนิกส์ สำนักวิชาการ สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร. สืบค้นเมื่อวันที่ 30 ตุลาคม 2563 <http://library2.parliament.go.th/ebook/content-issue/2558/hi2558-055.pdf>; อารยา สุขสม, “รัฐธรรมนูญไทยกับความหลากหลายทางเพศ,” *วารสารนิติสังคมศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่* 11, ฉ. 2 (2561): 108-111.

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 แม้จะได้บัญญัติรับรองหลักความเสมอภาคและสิทธิเสรีภาพของปวงชนชาวไทยไว้แต่มีความแตกต่างจากบทบัญญัติของในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 หลายประการ กล่าวคือ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ไม่ได้บัญญัติรับประกันความผูกพันของการใช้อำนาจอัยองค์กรของรัฐ ต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์และสิทธิเสรีภาพตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ และไม่ได้บัญญัติรับประกันความคุ้มครองและผูกพันต่อองค์กรของรัฐ ซึ่งสิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้โดยชัดแจ้ง โดยปริยาย หรือโดยคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ ดังที่เคยได้รับการบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 26 และมาตรา 27 ตามลำดับ ในขณะเดียวกัน รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 27 วรรคสาม บัญญัติให้ “เหตุอื่นใด” เป็นหนึ่งในพื้นฐานของการห้ามเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคล ซึ่งไม่ปรากฏในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ซึ่งอาจส่งผลกระทบต่อการใช้หลักความเสมอภาคตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ในเรื่องสิทธิเสรีภาพของบุคคลเพศหลากหลายอันเป็นประเด็นที่ยังไม่เคยได้รับการศึกษามาก่อน

(3) สภาพปัญหาเกี่ยวกับสิทธิการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศหลากหลายซึ่งนำไปสู่การศึกษาหลายชิ้นที่เกิดขึ้นในอดีต มักจะจำกัดอยู่ในบริบทของการละเมิดสิทธิมนุษยชนต่อบุคคลเพศหลากหลายหรือการขาดกฎหมายรับรองสิทธิของบุคคลเพศหลากหลาย ในขณะที่สิทธิการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศหลากหลายในระบบกฎหมายไทยมีแนวโน้มที่จะได้รับการยอมรับอย่างแพร่หลายและรวดเร็วมากขึ้นในปัจจุบัน ก่อให้เกิดสภาพปัญหาใหม่จากแนวคิดที่ว่าบุคคลเพศหลากหลายมีสิทธิเสรีภาพและควรที่จะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเช่นเดียวกับบุคคลทั่วไป โดยเฉพาะเมื่อการสมรสและครอบครัวของบุคคลเพศหลากหลายเป็นการเปลี่ยนแปลงพื้นฐานแนวคิดเกี่ยวกับเพศ การสมรส และครอบครัวในสังคมและระบบกฎหมายไทยทั้งหมด ย่อมจะส่งผลกระทบต่อสังคมและระบบกฎหมายในภาพรวมอย่างไม่อาจหลีกเลี่ยงได้ อาทิ ความเปลี่ยนแปลงในสาระสำคัญของการสมรสและครอบครัวซึ่งควรถูกพิจารณาบนพื้นฐานเจตจำนงอิสระของปัจเจกบุคคลและความจำเป็นอันเกิดจากการดำรงชีวิตร่วมกันของมนุษย์ซึ่งอยู่นอกเหนือความแตกต่างของเพศสรีระตลอดจนบทบาททางสังคมที่เกี่ยวข้องกับเพศของผู้ซึ่งเข้ามาใช้ชีวิตร่วมกันนั้น โดยการศึกษาวิจัยถึงสิทธิการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศหลากหลายในระบบ

กฎหมายไทยในอนาคตจะมีประโยชน์อย่างยิ่งทั้งต่อตัวบุคคลเพศหลากหลายเองและต่อสังคมส่วนรวมหากเป็นการศึกษาวิจัยที่มีลักษณะสอดคล้องและมีความสามารถที่จะตอบสนองต่อบริบทของสังคมไทยภายใต้สถานการณ์ที่บุคคลเพศหลากหลายตลอดจนวิถีชีวิตของพวกเขาเหล่านั้นกลายเป็นสิ่งปรกติธรรมดาไม่ใช่เรื่องแปลกหรือเป็นเรื่องที่มีลักษณะชายขอบในสังคมอีกต่อไปซึ่งเป็นสถานะที่มีความชัดเจนขึ้นในทุกขณะว่าเป็นไปได้ที่จะเกิดขึ้นจริงในสังคมไทยอีกด้วย

(4) การศึกษาด้านสิทธิการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศหลากหลายในประเทศไทยส่วนใหญ่เป็นการศึกษาที่อยู่บนพื้นฐานแนวคิดซึ่งตรงข้ามกัน ระหว่างแนวคิดที่ว่าการใช้ชีวิตร่วมกันระหว่างบุคคลเพศหลากหลายมีความแตกต่างจากการใช้ชีวิตร่วมกันระหว่างชายกับหญิง และแนวคิดที่ว่าการใช้ชีวิตร่วมกันระหว่างบุคคลเพศหลากหลายไม่มีความแตกต่างจากการใช้ชีวิตร่วมกันระหว่างชายกับหญิง อันเป็นผลของการวิเคราะห์ข้อเท็จจริงเกี่ยวกับบุคคลเพศหลากหลายโดยผู้ศึกษาวิจัยเพื่อนำไปสู่การกำหนดกรอบแนวคิดในการศึกษาวิจัยแต่ละเรื่อง และเป็นเหตุให้แนวทางการศึกษาวิจัยเกี่ยวกับความเสมอภาคในสิทธิเสรีภาพของบุคคลเพศหลากหลายในประเทศไทยแยกออกเป็นสองฝ่าย ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับแนวคิดเกี่ยวกับการใช้ชีวิตร่วมกันระหว่างบุคคลเพศหลากหลายที่เป็นพื้นฐานของการศึกษาวิจัยแต่ละชิ้น ซึ่งยังคงขาดการศึกษาให้ลึกซึ้งถึงหลักเกณฑ์ที่เป็นระบบและมีลักษณะเชิงทฤษฎีในเรื่องสาระสำคัญของเพศ การสมรส และครอบครัวในระบบกฎหมายไทย ที่เกี่ยวข้องกับการใช้ชีวิตร่วมกันระหว่างบุคคลเพศหลากหลายซึ่งเป็นรูปแบบความสัมพันธ์ที่ยังอาจแบ่งออกเป็นการใช้ชีวิตร่วมกันระหว่างชายกับชายและการใช้ชีวิตร่วมกันระหว่างหญิงกับหญิงที่ยังคงมีความแตกต่างระหว่างบุคคลที่มีเพศชายทั้งสองฝ่ายกับบุคคลที่มีเพศหญิงทั้งสองฝ่ายหากพิจารณาจากบริบทของการตั้งครุฑและให้กำเนิดบุตร เนื่องจากการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศหลากหลายที่เป็นชายทั้งสองฝ่ายนั้นไม่สามารถเกิดการตั้งครุฑและให้กำเนิดบุตรได้โดยปราศจากการเข้ามามีส่วนเกี่ยวข้องเป็นส่วนใหญ่ของบุคคลภายนอกอันเป็นผลของการปฏิบัติหน้าที่ของสรีระร่างกายที่แตกต่างจากการใช้ชีวิตร่วมกันระหว่างบุคคลที่เป็นเพศหญิงทั้งสองฝ่าย เพื่อเปรียบเทียบกับการใช้ชีวิตร่วมกันระหว่างชายกับหญิงในระบบกฎหมายไทยต่อไป

5.บทสรุป

การยอมรับบุคคลเพศหลากหลายและวิถีชีวิตที่อยู่บนพื้นฐานของความหลากหลายทางเพศที่เพิ่มมากขึ้นโดยลำดับในสังคมไทยไม่เพียงแต่ส่งผลให้เกิดการขับเคลื่อนร่างกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับความเสมอภาคในสิทธิเสรีภาพของบุคคลเพศหลากหลายที่นอกจากจะช่วยให้บุคคลเพศหลากหลายสามารถมีสิทธิหน้าที่ในสังคมได้อย่างเท่าเทียมกับบุคคลทั่วไปในสังคมเท่านั้น ในขณะเดียวกันการศึกษาวิจัยในประเด็นสิทธิการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศหลากหลายเริ่มได้รับความสนใจจากนิสิตนักศึกษาตลอดจนนักวิชาการในหลายสถาบันอันเป็นคุณูปการซึ่งจะนำไปสู่ความสมบูรณ์ขององค์ความรู้เกี่ยวกับสิทธิการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศหลากหลายในประเทศไทย อย่างไรก็ตามการศึกษาวิจัยเกี่ยวกับสิทธิการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศหลากหลายในประเทศไทยยังคงอยู่ในแง่มุมที่จำกัด กล่าวคือ มักจะเป็นการศึกษาวิจัยที่วนเวียนอยู่เฉพาะด้านที่เกี่ยวข้องกับบทบาทของฝ่ายนิติบัญญัติภายใต้สภาพปัญหาการละเมิดสิทธิมนุษยชนต่อบุคคลเพศหลากหลายหรือการขาดกฎหมายรับรองสิทธิและหน้าที่ของบุคคลเพศหลากหลาย โดยการวิพากษ์ถึงความสอดคล้องของบทบัญญัติแห่งกฎหมายหรือร่างพระราชบัญญัติฉบับต่าง ๆ กับหลักความเสมอภาคตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยแต่ละฉบับเป็นหลัก ในขณะที่สิทธิเสรีภาพของประชาชนภายใต้บริบทของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มีความแตกต่างจากรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฉบับก่อน ๆ หลายประการอันอาจส่งผลต่อความเสมอภาคในสิทธิเสรีภาพของบุคคลเพศหลากหลายได้ และจากสถานการณ์ปัจจุบันที่สิทธิการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศหลากหลายมีแนวโน้มที่จะได้รับการยอมรับในระบบกฎหมายไทยอย่างรวดเร็วย่อมนำไปสู่ผลกระทบต่องานสังคมและระบบกฎหมายซึ่งเป็นสภาพปัญหาใหม่ที่ยังไม่เคยได้รับการศึกษาวิจัยอย่างจริงจังมาก่อน รวมทั้งงานวิจัยส่วนใหญ่ยังคงขาดการศึกษาถึงสาระสำคัญของเพศ การสมรส และครอบครัวในระบบกฎหมายไทยที่เกี่ยวข้องกับการใช้ชีวิตร่วมกันระหว่างบุคคลเพศหลากหลายอย่างลึกซึ้งในเชิงทฤษฎีและเป็นระบบซึ่งหากได้มีการศึกษาวิจัยประเด็นต่าง ๆ ดังกล่าวเพิ่มเติมก็จะทำให้องค์ความรู้เกี่ยวกับสิทธิการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศหลากหลายในประเทศไทยมีความสมบูรณ์และครอบคลุมมากยิ่งขึ้น

References

- Raub, Amy, Cassola, Adele, Latz, Isabel and Jody Heymann. “Protections of Equal Rights across Sexual Orientation and Gender Identity: An Analysis of 193 National Constitutions.” *Yale Journal of Law and Feminism* 28, no. 1 (2017): 149-169.
- Sáez, Macarena. “Same-Sex Marriage, Same-Sex Cohabitation, and Same-Sex Families Around the World: Why “Same” is so Different?” *American University Journal of Gender Social Policy and Law* 19, no. 1 (2011): 1-54.
- Suriyasarn, Busakorn. *Gender Identity and Sexual Orientation in Thailand*. Bangkok: International Labour Organization, 2014.
- Swennen, Frederik, and Yves-Henri Leleu. “National Report: Belgium.” *American University Journal of Gender Social Policy and Law* 19, no. 1 (2011): 57-84.
- ฉัตรชัย เอมราช. “ความไม่เสมอภาคในการบันทึกทางทะเบียนเป็นคู่ชีวิตตามร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ.” *วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต หลักสูตรนิติศาสตร์ มหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์*, 2557.
- ชวลิต ศรีโณงาม และคณะ. *รายงานการวิจัย เรื่อง การคุ้มครองสิทธิในการสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ*. กรุงเทพฯ: สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2559.
- ชวินโรจน์ อธิพัชรพร. “สิทธิความเสมอภาคในการสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศในประเทศไทย.” *วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต วิชาเอกกฎหมายมหาชน, สาขาวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช*, 2559.
- ชัยญานุช วรแสน. “ปัญหาการได้มาซึ่งสิทธิในการขอถือสัญชาติโดยการสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ.” *วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต, หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์*, 2558.
- ญาติาดิ ศิริสม. “วิเคราะห์ร่างกฎหมายเกี่ยวกับการจดทะเบียนคู่ชีวิต ศึกษากรณีการรับบุตรบุญธรรม.” *วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต, สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย*, 2559.
- ณนุช คำทอง. “การสมรสของพวกร่วมเพศ.” *วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต หลักสูตรนิติศาสตร์ มหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์*, 2546.

ณัฐวุฒิ ชัยสายัณห์. “กฎหมายรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันของกลุ่มบุคคลที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกัน.” *วิทยานิพนธ์ปริญญาดุษฎีบัณฑิต* หลักสูตรนิติศาสตรดุษฎีบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์, 2558.

ณัฐวุฒิ ชื่นโพธิ์กลาง. “ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับการรับรองสถานภาพสมรสของบุคคลที่มีเพศเดียวกัน.” *วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต* หลักสูตรนิติศาสตร์, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรังสิต, 2557.

ปิยลักษณ์ โพธิวรรณ, มณีนัย ทองอยู่, และเยาวลักษณ์ อภิชาติวัลลภ. “ผลจากการแปลงเพศสู่การพัฒนาตัวตนคนข้ามเพศ,” *วารสารวิจัย มช* 1, ฉ. 1 (2554): 79-94.

ไพโรจน์ กัมพูสิริ. “การสมรสของบุคคลที่มีเพศเดียวกัน (ภาคสาม).” *วารสารนิติศาสตร์* 43, ฉ. 2 (2557): 242-263.

ไพโรจน์ กัมพูสิริ. “พัฒนาการของกฎหมายเกี่ยวกับการสมรสระหว่างบุคคลเพศเดียวกันในประเทศฝรั่งเศส.” *วารสารนิติศาสตร์* 43, ฉ. 3 (2557): 498-515.

ภาพพ มีชำนาน. “การศึกษาสภาพปัญหาความเสียเปรียบของคู่ความหลากหลายทางเพศอันเนื่องมาจากการไม่มีกฎหมายรับรองการสมรสในประเทศไทย.” การค้นคว้าอิสระปริญญามหาบัณฑิต หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต, บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยเชียงใหม่, 2555.

ยุพธนา สุวรรณประดิษฐ์. “สิทธิและเสรีภาพของรักร่วมเพศชายตามกฎหมายรัฐธรรมนูญ: วิเคราะห์จากปัญหาของสังคมไทย.” *วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต* หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์, ภาควิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2543.

ริญาภัทร์ ณ สงขลา. “การรับรองสิทธิของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศในการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์.” *วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต* หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์, 2558.

วรารณ อินทนนท์. “การรับรองสิทธิขั้นพื้นฐานของปัจเจกชนบนพื้นฐานของความหลากหลายทางเพศ.” *วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต* หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต, สาขากฎหมายระหว่างประเทศ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2552.

วิชาญ ทรายอ่อน. “เพศสภาพ.” ห้องสมุดอิเล็กทรอนิกส์ สำนักวิชาการ สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร. สืบค้นเมื่อวันที่ 30 ตุลาคม 2563

<http://library2.parliament.go.th/ebook/content-issue/2558/hi2558-055.pdf>

สภานิติบัญญัติแห่งชาติ. “รายงานการประชุมสภานิติบัญญัติแห่งชาติ ครั้งที่ 24 วันพฤหัสบดีที่ 13 พฤศจิกายน 2557.” 13 พฤศจิกายน 2557.

สภาร่างรัฐธรรมนูญ. “หนังสือที่ 0912/2550 เรื่อง รายงานผลการดำเนินงาน คณะกรรมาธิการ วิสามัญยันทีกเจตนารมณ์ จดหมายเหตุและตรวจรายงานการประชุม สภาร่างรัฐธรรมนูญ.” 3 สิงหาคม 2550.

สมชาย ปรีชาศิลปกุล. “จากระบบกฎหมายแบบทวีเพศสู่ระบบกฎหมายแบบพหุเพศ,” วารสารนิติสังคมศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่ 6, ฉ. 1 (2556): 5-25.

สมชาย ปรีชาศิลปกุล. *บุคคลเพศหลากหลายในระบบกฎหมาย*. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพฯ: มูลนิธิเพื่อสิทธิและความเป็นธรรมทางเพศ, 2558.

อารยา สุขสม. “รัฐธรรมนูญไทยกับความหลากหลายทางเพศ,” *วารสารนิติสังคมศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่* 11, ฉ. 2 (2561): 87-120.

อารยา สุขสม. “สิทธิมนุษยชนในเรื่องวิถีทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศในระบบกฎหมายไทย.” *วิทยานิพนธ์ปริญญาคุุณบัณฑิต หลักสูตรนิติศาสตรคุุณบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์*, 2559.

Book Review

Duncan McCargo *Fighting for Virtue: Justice and Politics in Thailand*.

Ithaca and London: Cornell University Press, 2019. 282.¹

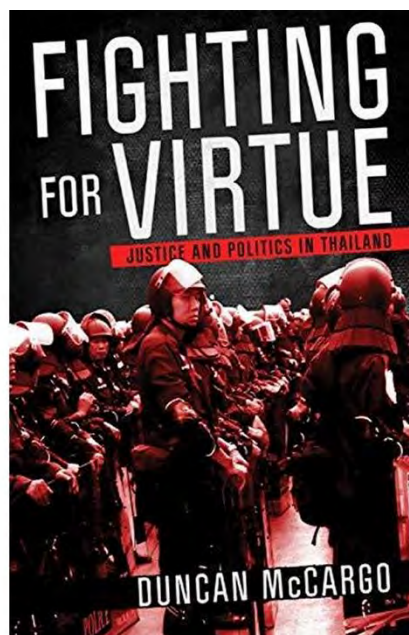
(ISBN: 1501712225, 9781501712227)

By Alexandre Chitov

Faculty of Law, Chiang Mai University, 239 Huay Kaew Road, Muang District,

Chiang Mai, Thailand, 50200

E-mail : shytov@yahoo.com



¹ The author is thankful to Songkrant Pongboonjun for his comments and suggestions for the text of this review.

In this exceptionally challenging book, Duncan McCargo provides a richly researched treatment of the dramatic engagement of the judicial system and politics in Thailand in the decade between 2006 and 2016. *The Fighting for Virtue* aims to convince reader of the overall failure of Thai judicial system to promote rights – based justice and the rule of law.

McCargo's starting point is the claim that “the Thai legal system is primarily dedicated to the preservation of peace and order, rather than to more liberal goals such as promoting rights – based justice, or even to the conservative, technocratic objectives of promoting the rule of law” (2). The rest of the book attempts to show that the judicial policies of Thai courts have had an opposite impact ending in increased discontent and conflict. A short review cannot do justice to the academic complexity of McCargo’s eight chapters. The book’s first chapter examines the meaning of being a Thai judge as a profession. Thai judges are described as a self – conscious prideful elite. The second chapter aims at uncovering traditional and moral attachments of Thai judiciary to the King. Chapter 3 looks at the way how Thai courts responded to the political challenges of the rise of a populist party. The following three chapters critically examine many high – profiled political cases. They are of a great value and are recommended for all students of Thai law in order to become aware of the flaws of judicial process in Thailand. McCargo observed personally the trials described in the chapters and he interviewed their participants. His sympathetic attitude to the defendants and a critical examination of all players in these cases makes his description of a Thai trial illuminating. In the first case of Somyot Prueksakasemsuk (Chapter 4), the editor of a magazine was jailed for 7 years for an ambiguous text, deemed to defame the king, without writing it. In the second case of Katha Pajariyapong (Chapter 5), the defendant was convicted in posting messages online that allegedly caused panic among the public and compromised national security. In the second case, the prosecution invoked 2007 Computer Crime Act arguing that spreading rumors about the king’s health is endangering public

security. An interesting part of the analysis of these cases is the description of a detrimental role of the defense lawyer for the interests of the accused.

Chapter 6 deals with the case of Jon Ungpakorn, an NGO activist who was accused together with other 9 persons for disrupting in 2007 parliamentary proceedings of the National Assembly appointed by the military government. He and others were charged with assembling to breach the peace, trespass and sedition. The court rejected sedition (Section 116 of the Penal Code), but the defendants were convicted on other less severe charges. The punishment was, however, mild as all defendants received suspended sentences. Similarly to previous chapters, the description of the case is revealing. Being an observer of the court's proceedings, the author argues that this case was unique as the defendant and his lawyers tried their best to lose the case rather than to win in order to draw public attention.

In contrast to the previous chapters, Chapter 7, titled as "Crimes of Thaksin," may be misleading. The criminal case against Thaksin in 2008, involving the conflict of interest in helping his wife to buy land from a state agency at a reduced price, is only briefly mentioned (179). The chapter largely covers the role of the Constitutional Court in the period 2001 – 2013 in attempts to remove Thaksin and various persons standing close to the populist leader from their political offices. The chapter lacks the academic force characteristic for the previous chapters. It mentions many cases without giving them a clear explanation and analysis. The final chapter of the book also does not fit well with the previous chapters and, indeed, with the claim that Thai judicial activism is motivated by the desire of the political elites to keep their power. In this chapter, the Constitutional Court emerged as unwilling to give judgements on troublesome political cases in 2012 – 2014. The central case of the chapter was the decision on the constitutionality of the Yingluck Shinawatra government's attempt to amend constitution in 2012. The author offers an overall deep analysis of the case explaining the reasons for the constitutional court's reluctance to take a pro – active position in political cases.

From the informative point of view, *Fighting for Virtue: Justice and Politics in Thailand* is a very good book, but its rich detail and analysis is based on the mixture of correct evaluations, imprecise concepts, and a Western liberal bias. For example, McCargo’s assessment of Thai political and legal history since the 1997 Constitution is overall accurate. He perceives the 1997 Constitution as a failed experiment of faith in institutional innovations that will bring stability and justice (6). The reason for the failure is rightly seen in the growth of the populist party headed by Thaksin Shinawatra that threatened the ‘network monarchy’. Nevertheless, there is some imprecision in describing the “network monarchy” itself that is central in his analysis of the process of “judicialization” or an active participation of Thai judiciary in dealing with political questions. McCargo writes: “The network monarchy is an aggregation of elite royalist players, including the Privy Council, the military, the upper echelon of the civil service, prominent academics and members of civil society – and the judiciary” (3). The examination and the assessment of this network and its role in judicial policies, however, lacks comprehensiveness. Instead of a complete analysis of all its constituent parts, he unjustifiably reduces the network monarchy to the undemocratic elite which desires to preserve its power and status quo (218) leaving outside much more diverse parts of Thai monarchism. In one sense, McCargo is right in presenting it as a political force that opposes various populist political movements. But he fails to understand that the “network monarchy” is *not* limited only to some civil and military elites. It also finds a broad support across all levels of Thai society, particularly among the middle class. This failure to understand “network monarchy” as a mass based political force, and not only as a cadre party,² weakens the analysis of Thai judiciary in this book.

One can agree with the author that Thai judiciary plays an important role to restrain populist movements. However, it is not as homogenous as McCargo claims

² See for the difference: Duverger, Maurice. *Les partis politiques*. FeniXX, 1981.

(Chapter 2). The judiciary includes different political adherents. It is definitely a mistake to represent Thai judiciary as exclusively conservative and anti – populist. In fact, Thai courts did take sometimes a pro-populist party stance.³ There are cases when Thai courts took an impartial position. The author himself refers to the case of Surapak Puchaisaeng (152) who was acquitted on appeal in a lese-majeste case. In the case of Jon Ungpakorn, McCargo contradicts to his previous generalizations about the Thai judiciary by saying that “the case demonstrated that by no means all judges were biased against all protestors” (168).

In McCargo's view, “the special link between the monarchy and the judiciary, the blurring of legal and Buddhist doctrines, a hierarchy of punishment based on social standing, anxiety about plots against the throne, the monarch as a legal authority, and the use of banishment as a punishment, all that characterized ancient Thai law, “continue to resonate even in the twenty-first century” (12 – 13). This claim should have been supported by historical facts. Other claims remain controversial. According to McCargo, the King of the ancient times was “uniquely able to lay down laws for his subjects and in this sense was personally above the law” (12). This view, although being shared by many Thai academics,⁴ is not universally accepted. There are reasons to hold an opposite view. In the past as well as in the present, Thai King did no legislate in the modern meaning of this word.⁵ The Thai King of the past played the role of enforcing rights and duties according to religion and custom rather than

³ BBC. ‘Thai PM escapes business inquiry’ 16 February 2006, <http://news.bbc.co.uk/2/hi/asia-pacific/4718700.stm> Thitinan Pongsudhirak ‘The Tragedy of the 1997 Constitution.’ In: N. John Funston (ed) *Divided Over Thaksin: Thailand's Coup and Problematic Transition* (Silkworm Books, 2009) 27-37, at 33. See also the discussion of the 2001 Thaksin trial on failing to declare assets. 171f.

⁴ ธงชัย วินิจจะกูล, *นิติรัฐอภิสิทธิ์และราชานิธิธรรม: ประวัติศาสตร์ภูมิปัญญาของ Rule by Law แบบไทย*, ปาฐกถาพิเศษ ปวย อึ้งภากรณ์ ครั้งที่ 17, 9 มี.ค. 2563 นิตยสาร Way, 2020. 121f.; หยุต แสงอุทัย, *ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป*, (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2016), 77.

⁵ Kasemsup, Preedee. "Reception of Law in Thailand - A Buddhist Society." In : Masaji Chiba (ed), *Asian Indigenous Law* (Routledge, 2013) 267-300.

creating them.⁶ At present, the facts presented by McCargo can be interpreted differently in the meaning that the King maintains fundamental traditional duties and rights against the abuses of a populist government.

Regrettably, the book is not academically impartial. It reflects to some extent the view of a Western liberal or some Thai academics and human rights activists educated within a liberal tradition. Some statements in the book look like political slogans rather than careful academic conclusions. A rather typical statement of McCargo is: “the courts enthusiastically enforce new ‘laws’ that simply reflect the wishes of authoritarian rulers, and support the use of existing laws to curtails people’s rights and support dictatorship” (8). This statement is certainly an oversimplification if not an error of judgement. The reality of Thai politics and law is more complex than a caricature of an elite who employ the ideas of hyper – royalism to oppress the mass of people, although one must also avoid the opposite painting of the populist movement as a demonic force that threatens the sacred foundations of Thai society.

The author approaches Thai legal and political system from a Western republican bias which cannot digest the existence of a strong monarchy co-existing with a democratic form of government. This bias prevents him from perceiving that not every coup d’etat can be illegal (20). Moreover, a military largely bloodless intervention in some extreme cases, as it happened in Thailand, can be seen as a manifestation of the uniquely Thai unwritten constitutional system of checks and balances on abuses of a populist government. This serves as a better explanation of acceptance of military laws by Thai courts rather than unjustifiably claiming that Thai courts follow an outdated “model of justice [that] predates modern notions of rights and citizenship” (23). It is certainly a mistake to perceive monarchy in Thailand as a

⁶ Lingat, Robert. *Les sources du droit dans le système traditionnel de l'Inde*. (Paris: Mouton, 1967). 9.

reactionary force *per se*. The institution of monarchy in a modern democracy can also potentially be a safeguard of liberalism and human rights against a mob rule. This liberalism, however, takes on the Eastern robe of benevolence. This link between liberalism and benevolence is acknowledged by McCargo himself (2). But, he does not accept it as a legitimate alternative to a Western ideal of royal liberalism with its connivance to public and private sin. Certainly, McCargo is right in emphasizing the link between the Thai monarchy and the rule by virtue. This, however, is not something to frown at, but to welcome.