

นิติปรัชญาว่าด้วยการวิเคราะห์กฎหมายในเชิงเศรษฐศาสตร์: บทวิเคราะห์เบื้องต้น*

Economic Analysis of Law as Legal Philosophy: An Introduction

ปวริศ เลิศธรรมเทวี
Pawarit Lertdhamtewe

หัวหน้าภาควิชากฎหมายเพื่อการพัฒนา
คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง หัวหมาก เขตบางกะปิ กรุงเทพฯ 10240
Full-time Head Department of Law for Development
Faculty of Law, Ramkhamhaeng University, Huamark, Bangkok, 10240
Corresponding author E-mail: p.lertdhamtewe@gmail.com
(Received: September 19, 2020; Revised: March 14, 2021; Accepted: March 19, 2021)

บทคัดย่อ

นิติเศรษฐศาสตร์เชื่อว่าการเลือกอย่างมีเหตุผลของคนในชีวิตประจำวันคือรากฐานสำคัญของการสร้างความเป็นธรรมในสังคม แนวคิดสำนักนิติเศรษฐศาสตร์จึงเป็นสำนักคิดนิติปรัชญาแบบหนึ่งที่แสวงหาความยุติธรรม โดยวางหลักไว้ว่ามนุษย์ทุกคนจะเลือกทำอะไรก็ตามเมื่อสิ่งนั้นก่อให้เกิดความพึงพอใจมากที่สุด ฉะนั้น หากคนเราต้องการสิ่งใด บุคคลนั้นย่อมยินดีที่จะ “จ่าย” ราคาเพื่อให้ได้สิ่งนั้นมา นิติเศรษฐศาสตร์จึงสอดคล้องกับแนวคิดทางนิติปรัชญาทั้งสองสำนักอย่างกฎหมายธรรมชาติและกฎหมายบ้านเมือง แนวคิดที่สนับสนุนนิติเศรษฐศาสตร์ คือการทำให้เกิดความมั่งคั่งสูงสุด มุมมองของนิติเศรษฐศาสตร์จึงมองกฎหมายเป็นเครื่องมือในการนำพาให้เกิดการเปลี่ยนแปลงในสังคม การวิเคราะห์กฎหมายโดยใช้หลักทางเศรษฐศาสตร์จึงสามารถอธิบายให้เห็นถึง (1) เหตุผลและความจำเป็นของการบัญญัติกฎหมายที่แท้จริง (2) ผลสัมฤทธิ์ของกฎหมายในการกำกับ “พฤติกรรม” ของคนในสังคม และ (3) กฎหมายที่ควรจะเป็นบทความนี้กล่าวถึงนิติเศรษฐศาสตร์ในฐานะที่เป็นสำนักหนึ่งของปรัชญากฎหมาย

คำสำคัญ: นิติเศรษฐศาสตร์, นิติปรัชญา, การวิเคราะห์กฎหมายในเชิงเศรษฐศาสตร์

* บทความนี้สรุปจากโครงการศึกษาวิจัยเรื่อง “การศึกษากฎหมายที่ไม่เอื้อต่อการกลับไปใช้ชีวิตในสังคมของผู้กระทำความผิด” (สนับสนุนทุนวิจัยโดยสำนักงานกิจการยุติธรรม) ผู้เขียนขอขอบคุณศาสตราจารย์ ดร.ปาน จินดาพล (Department of Economics, Finance and Legal Studies, University of Alabama, USA) สำหรับข้อวิพากษ์วิจารณ์เกี่ยวกับเศรษฐศาสตร์ที่อ้างอิงในบทความนี้

Abstract

Like other schools of thought, law and economic believe that our rational everyday choices ought to form a basis of what is just in our society. Law and economic is thus one of schools of legal thought. At heart of the concept lies the notion that goods/resources are in the hands of the people who value them most; or those who are willing to pay more to have them. Its concept is thus consistent with both major schools of thought in jurisprudence, that is to say, the natural school and legal positivism. The main theory of law and economic is the notion of wealth-maximization which, its supporters argue, provide a useful insight for an analysis of law. To this end, economic analysis of law can be construed as a means to (1) what is the real reason behind the promulgation of law, (2) How effective is the statute in regulating human behavior in the society, and (3) what law should be implemented in practice. This article explores an economic analysis of law as it is one kind of schools of legal thoughts in jurisprudence.

Keywords: Law & Economics, Legal Philosophy, Economic Analysis of Law

1. บทนำ

กลุ่มคนที่ผลักดันนิติเศรษฐศาสตร์ (Law and Economics)¹ เชื่อว่าการเลือกอย่างมีเหตุผลของคนในชีวิตประจำวันคือรากฐานสำคัญของการสร้างความถูกต้องตามครรลองของสังคม นิติเศรษฐศาสตร์จึงเป็นสำนักคิดนิติปรัชญารูปแบบหนึ่งที่แสวงหาความยุติธรรม² โดยวางหลักไว้ว่ามนุษย์ทุกคนจะเลือกทำสิ่งใด ก็ต่อเมื่อสิ่งนั้นก่อให้เกิดความพึงพอใจมากที่สุด ฉะนั้นหากคนเราต้องการสิ่งใด บุคคลนั้นย่อมยินดีที่จะ “จ่าย” ราคาเพื่อให้ได้สิ่งนั้นมา³ แนวคิดดังกล่าวสอดคล้องกับแนวคิดทางนิติปรัชญาของทั้งสำนักกฎหมายธรรมชาติ (Natural Law) และสำนักกฎหมายบ้านเมือง (Positive Law) โดยเฉพาะโธมัส ฮอบบ์ (Thomas Hobbes) ซึ่งมองว่ามนุษย์เราอ่อนแอและยากจนข้นแค้น ฉะนั้น มนุษย์จึงเห็นแก่ตัว ทุกสิ่งที่คนเรากระทำขึ้นก็เพื่อตัวเราเองทั้งสิ้น⁴ หรือแนวคิดทฤษฎีอรรถประโยชน์ (Utilitarianism) ของเจเรมี เบนแธม (Jeremy Bentham) ซึ่งคือการทำให้เกิดความผาสุกที่สุดของคนส่วนใหญ่ (The Greatest Happiness for the Greatest Number)⁵

สำหรับนิติเศรษฐศาสตร์ แนวคิดที่สนับสนุนคือการทำให้เกิดความมั่งคั่งสูงสุด (Wealth-Maximization) โดยให้ความสำคัญกับการใช้เศรษฐศาสตร์เป็นเครื่องมือหรือเป็นหลักในการวิเคราะห์ปัญหากฎหมายที่สัมพันธ์กับพฤติกรรมของมนุษย์ในสังคม มุมมองของนิติเศรษฐศาสตร์จึงมองกฎหมายเป็นเครื่องมือในการนำพาให้เกิดการเปลี่ยนแปลงในสังคม แต่นักกฎหมายส่วนใหญ่มองว่าเศรษฐศาสตร์ คือศาสตร์ที่ว่าด้วยการศึกษาเกี่ยวกับภาวะเงินเฟ้อ (Inflation) อัตราการจ้างงานและการว่างงาน วงจรทางธุรกิจหรือการเงินการคลัง (เศรษฐกิจระดับมหภาค หรือการศึกษาระบบเศรษฐกิจโดยรวม) นักกฎหมายทั่วไปจึงสรุปว่าเศรษฐศาสตร์ไม่น่ามีความเกี่ยวข้องกับนิติศาสตร์ซึ่งเกี่ยวข้องกับปัญหาในชีวิตประจำวันของคนในสังคม⁶ เศรษฐศาสตร์มิได้เกี่ยวข้องแต่เฉพาะการ

¹ งานเขียนหลายผลงานที่ผลักดันนิติเศรษฐศาสตร์ อาทิ Ronald Coase, ‘The Federal Communications Commission’ (1959) 2 *The Journal of Law and Economic*, 1-40; Ronald Coase, ‘The Problem of Social Cost’ (1960) 3 *The Journal of Law and Economics*, 1-44; Guido Calabresi, ‘Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts’ (1961) 70(4) *The Yale Law Journal*, 499-553; Gary Becker, ‘Crime and Punishment: An Economic Approach’ (1968) 76 *Journal of Political Economy*, 169-217; Richard A. Posner, *An Economic Analysis of Law* (The Netherlands: Kluwer Law International, 1986); Frank Easterbrook and Daniel Fischel, *The Economic Structure of Corporate Law* (Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1996); Steven Shavell, *Foundations of Economic Analysis of Law* (Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2004); A. Mitchell Polinsky, *An Introduction to Law and Economics* (Boston: Little, Brown and Company, 1983); and Robert Cooter and Thomas Ulen, *Law & Economics* (Boston, Massachusetts: Pearson Education, Inc., 2012) เป็นต้น.

² Raymond Wacks, *Philosophy of Law – A Very Short Introduction* (Oxford: Oxford University Press, 2014) 80 (arguing that “those who champion an economic analysis of law believe that our rational everyday choices ought to form the basis of what is just in society.”). คูณฉบับแปลภาษาไทยที่พิเศษ สอาดเย็น และธงทอง จันทรางศุ, *ปรัชญากฎหมาย ความรู้ฉบับพกพา* (กรุงเทพฯ: โอเพ่นเวิลด์สพับลิชชิง เฮาส์, 2558).

³ Richard A. Posner, *An Economic Analysis of Law* (The Netherlands: Kluwer Law International, 1986) at 4-5.

⁴ Thomas Hobbes, *The Leviathans* (1651).

⁵ Jeremy Bentham, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation* (1780).

⁶ รองศาสตราจารย์สมชาย ปรีชาศิลปกุล อ้างว่านิติเศรษฐศาสตร์คือ “ศาสตร์อภิปรัชญาที่พูดไปใครก็ต้องฟัง แม้คนที่พูดจะพูดรู้เรื่องหรือไม่ก็ตาม และเมื่อเอาสองสาขานี้มารวมกัน ก็อาจยิ่งเป็นปัญหา” ดู ปกป้อง จันวิทย์, *การวิเคราะห์กฎหมายด้วยหลักเศรษฐศาสตร์: แนวคิดและวรรณกรรมปริทัศน์* (กรุงเทพฯ: สำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย, 2554) หน้า 100.

เงินหรือเศรษฐกิจ⁷ อันที่จริงการเลือกอย่างมีเหตุผล (Rational Choices) ของคนในสังคมที่ทรัพยากรมีอยู่อย่างจำกัดมีความสัมพันธ์กับพฤติกรรมของมนุษย์ กล่าวคือ มนุษย์ตอบสนองต่อสิ่งจูงใจ ฉะนั้น มนุษย์จะตัดสินใจกระทำการใด ก็ต่อเมื่อการกระทำนั้นก่อให้เกิดความมั่งคั่งส่วนตนสูงสุด (Wealth-Maximization) ความมั่งคั่งดังกล่าวอาจหมายถึงความพึงพอใจหรือผลประโยชน์ส่วนตน (Self-Interest) และก่อนเข้าสู่การวิเคราะห์ความเกี่ยวพันระหว่างกฎหมายกับเศรษฐศาสตร์มีความจำเป็นต้องกล่าวถึงวิวัฒนาการของนิติเศรษฐศาสตร์เป็นลำดับแรก

แนวคิดที่กล่าวถึงเรื่องความสัมพันธ์ระหว่าง “กฎหมาย” กับ “เศรษฐศาสตร์” เกิดขึ้นมากกว่าหลายศตวรรษ อย่างไรก็ตามไม่ปรากฏหลักฐานที่แน่ชัดว่าความสัมพันธ์ของกฎหมายกับเศรษฐศาสตร์มีจุดเริ่มต้นมาตั้งแต่ยุคสมัยใด นักวิชาการต่างลงความเห็นว่าจุดเริ่มต้นของแนวคิดดังกล่าว มีความเชื่อมโยงกับวิวัฒนาการของวิชาเศรษฐศาสตร์ อัดัม สมิธ (Adam Smith) บิดาแห่งนักเศรษฐศาสตร์ เป็นนักปรัชญาในยุคแรก ๆ ที่กล่าวถึงความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายกับเศรษฐศาสตร์ โดยอัดัม สมิธเชื่อว่าการพัฒนาเศรษฐกิจจะเกิดประโยชน์สูงสุดหากเป็นไปอย่างเสรีและเป็นไปตามกลไกตลาดปราศจากการแทรกแซงของรัฐ มุมมองของ อัดัม สมิธ ก่อให้เกิดทฤษฎีทางเศรษฐศาสตร์ที่สำคัญที่ว่า รัฐบาลควรเข้ามายุ่งเกี่ยวในเรื่องเศรษฐกิจให้น้อยที่สุด รัฐบาลหน้าที่ได้เพียงการรักษาความยุติธรรมหรือการออกกฎหมายยุติธรรม กฎหมายในมุมมองของอัดัม สมิธจึงทำหน้าที่เป็นกรอบกำหนดให้เอกชนกระทำการ (กฎหมายแพ่ง) หรือห้ามกระทำการ (กฎหมายอาญา) ทฤษฎีดังกล่าวเรียกว่า “Laissez Faire” เป็นทฤษฎีที่มีอิทธิพลต่อการศึกษาวิชาเศรษฐศาสตร์จนถึงปัจจุบัน อย่างไรก็ตาม ผลงานของอัดัม สมิธเองในหนังสืออมตะ (Classic) เรื่อง “ความมั่งคั่งของชาติ” (The Wealth of Nations)⁸ มิได้ใช้คำว่า “กฎหมายกับเศรษฐศาสตร์” (นิติเศรษฐศาสตร์) ไว้โดยตรง แต่เป็นการอธิบายถึงการเจริญเติบโตทางเศรษฐกิจและการไปสู่ความมั่งคั่งของประเทศอังกฤษในขณะนั้น

ภายหลังทฤษฎีของอัดัม สมิธ เกิดแนวคิดใหม่ที่ว่า “ความได้เปรียบเชิงเปรียบเทียบ” (Comparative Advantage) ของเดวิด ริกคาโด (David Ricardo) ซึ่งเป็นแนวคิดที่มีความเกี่ยวพันระหว่างกฎหมายกับเศรษฐศาสตร์ และเป็นที่ถูกกล่าวถึงในหมู่นักเศรษฐศาสตร์ อาจกล่าวได้ว่า จุดเริ่มต้นของนิติเศรษฐศาสตร์ปรากฏในงานเขียนของสองนักคิดคนสำคัญ เรื่องแรกคือของเซซาเร เบคคาเรีย (Cesare Beccaria) ในผลงานว่าด้วยอาชญากรรมและการลงโทษ (On Crimes and Punishments)⁹ ปี ค.ศ. 1767 และผลงานของเจเรมี เบนแธม (Jeremy Bentham) เรื่องความรู้เกี่ยวกับหลักการของศีลธรรมและกฎหมาย (An Introduction to the Principles of Morals and Legislation) ปี ค.ศ. 1789 ซึ่งนำเสนอแนวคิดที่ว่า บทลงโทษทางกฎหมายส่งผลต่อพฤติกรรมของคนในสังคม กฎหมายควรมุ่งเน้นการลงโทษผู้กระทำความผิดโดยเจตนาเป็นหลัก¹⁰ อย่างไรก็ตาม การศึกษานิติเศรษฐศาสตร์ในช่วงเวลาดังกล่าว เป็นการศึกษาความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายกับเศรษฐกิจในระดับมหภาค การศึกษาที่นอกเหนือจากในระดับมหภาคและไม่เกี่ยวข้องกันกับเศรษฐกิจยังคงเป็นเรื่องใหม่และยังมิได้แยกเป็นสาขาวิชาที่ชัดเจนจนกระทั่งถึงช่วง ค.ศ. 1960 จึงเกิดวิชาว่าด้วยนิติเศรษฐศาสตร์อย่างเป็นทางการ

⁷ ดูคำอธิบายใน David D. Friedman, *Law's Order: What Economics Has to Do with Law and Why It Matters* (New Jersey: Princeton University Press, 1999) 17.

⁸ Adam Smith, *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations* (1776).

⁹ Cesare Beccaria, *On Crimes and Punishments* (1767).

¹⁰ Jeremy Bentham, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation* (1789) (Reprinted by Penguin Classic, 2014) at 73-74.

2. โรงเรียนกฎหมายและเศรษฐศาสตร์แห่งมหาวิทยาลัยชิคาโก

ก่อนถึงช่วงปี ค.ศ. 1960 ในช่วงสงครามโลกครั้งที่ 2 จนกระทั่งหลังสงคราม เกิดปัญหาภาวะเศรษฐกิจตกต่ำครั้งใหญ่ทั่วโลก (The Great Depression) ก่อให้เกิดความต้องการที่จะฟื้นฟูระบบเศรษฐกิจของประชาคมโลก ฉะนั้น จึงเป็นช่วงที่แนวคิดเกี่ยวกับการพัฒนาทางเศรษฐกิจมีความสำคัญ และสำนักวิชานิติเศรษฐศาสตร์เกิดการเคลื่อนไหวและปรากฏตัวอย่างเป็นรูปธรรม¹¹ โดยเริ่มตั้งแต่ปี ค.ศ. 1946 แฮโรลด์ ลูห์เนา (Harold Luhnow) ซึ่งเป็นนักธุรกิจและเจ้าของกองทุน William Volker Fund เป็นผู้ออกทุนทรัพย์ ให้มีการรวมนักวิชาการด้านเศรษฐศาสตร์และกฎหมายเก่ง ๆ ไปรวมกันอยู่ที่มหาวิทยาลัยชิคาโก (The University of Chicago) เพื่อจัดตั้งศูนย์กลางการศึกษากฎหมายกับเศรษฐศาสตร์ กล่าวได้ว่า มหาวิทยาลัยชิคาโกได้กลายเป็นศูนย์กลางของการศึกษาวิชาเศรษฐศาสตร์และกฎหมายที่สำคัญของโลกโดยมีนักวิชาการที่มีชื่อเสียงด้านกฎหมายกับเศรษฐศาสตร์ หลายท่าน อาทิ แอฟเอ ฮาเย็ค (F.A. Hayek) แอรอน ไดเร็คเตอร์ (Aaron Director) แฟรงค์ ไนท์ (Frank Knight) มิลตัน ฟรีดแมน (Milton Friedman) โรเบิร์ต โฟเกล (Robert Fogel) โรเบิร์ต ลูคัส (Robert Lucas) ยูจีน ฟามา (Eugene Fama) จอร์จ สติกลเลอร์ (George Stigler) และเฮนรี ซีมอน (Henry Simons)

ในปี ค.ศ. 1958 กลุ่มนักวิชาการที่มหาวิทยาลัยชิคาโกมีการจัดพิมพ์เผยแพร่วารสารกฎหมายกับเศรษฐศาสตร์ (The Journal of Law & Economics) โดยมีแอรอน ไดเร็คเตอร์ร่วมกับโรนัลด์ โคส (Ronald Coase) ศาสตราจารย์ประจำโรงเรียนสอนกฎหมายแห่งมหาวิทยาลัยชิคาโกเป็นบรรณาธิการ ในปี ค.ศ. 1959 โคสได้ตั้งข้อเสนอทางวิชาการที่สำคัญต่อวงวิชานิติเศรษฐศาสตร์ในบทความเรื่อง “The Federal Communications Commission”¹² ซึ่งตีพิมพ์ในวารสารดังกล่าว¹³ ต่อมาในปี ค.ศ. 1960 โคสได้นำข้อเสนอทางวิชาการดังกล่าวมาขยายความต่อในบทความเรื่อง “The Problem of Social Cost” ตีพิมพ์ในวารสารเดียวกัน¹⁴ และเป็นบทความทางวิชาการบทความแรกที่วิเคราะห์กฎหมายในเชิงเศรษฐศาสตร์ และแสดงให้เห็นว่านิติศาสตร์กับเศรษฐศาสตร์มีความสัมพันธ์ซึ่งกันและกัน ข้อเสนอทางวิชาการของโคสต่อมาได้กลายเป็นทฤษฎีบทโคส (Coase Theorem) อันโด่งดังและได้รับรางวัลโนเบลสาขาเศรษฐศาสตร์ (Nobel Prize in Economic Science)¹⁵ ทฤษฎีบทโคสจะได้อีกกล่าวต่อไป

¹¹ Ejan Mackaay, ‘History of Law and Economics’ in Boudewijn Bouckaert and Gerrit De Geest (eds), *Encyclopedia of Law and Economics, Volume I. The History and Methodology of Law and Economics* (Cheltenham: Edward Elgar, 2000) 65, at 66.

¹² Ronald Coase, ‘The Federal Communications Commission’ (1959) 2 *The Journal of Law and Economics*, 1-40.

¹³ ดูคำอธิบายในศักดิ์ดา ธนิตกุล, *กฎหมายกับเศรษฐศาสตร์* (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2557) 13.

¹⁴ Ronald Coase, ‘The Problem of Social Cost’ (1960) 3 *The Journal of Law and Economics*, 1-44.

¹⁵ Ibid.

ผลงานอีกชิ้นหนึ่งที่มีอิทธิพลต่อนิติเศรษฐศาสตร์ปรากฏในผลงานของกยูโด คาลาเบรซี (Guido Calabresi) ผู้พิพากษาและนักนิติศาสตร์ ในบทความทางวิชาการเรื่อง “Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts” ปี ค.ศ. 1961¹⁶ ผลงานดังกล่าวถือว่าเป็นผลงานอีกชิ้นที่มีคุณูปการต่อวงวิชาการด้านนิติเศรษฐศาสตร์ โดยได้สร้างองค์ความรู้พื้นฐานและเป็นจุดตั้งต้นที่สำคัญในการพัฒนานิติเศรษฐศาสตร์ในยุคต่อมาจนถึงปัจจุบัน ผลงานของทั้งนักนิติศาสตร์และนักเศรษฐศาสตร์ที่สำคัญหลายคนได้รับอิทธิพลจากบทความทางวิชาการดังกล่าวของทั้งสองท่าน อาทิ ผลงานของแกรี เบคเกอร์ (Gary Becker)¹⁷ ริชาร์ด พอสเนอร์ (Richard Posner)¹⁸ แฟรงค์ เอสเตอร์บรูค (Frank Easterbrook)¹⁹ เอ.มิตเชล โพลินสกี (A. Mitchell Polinsky)²⁰ และสตีเวน ชาเวล (Steven Shavell)²¹ เป็นต้น

3. การวิเคราะห์กฎหมายโดยใช้หลักเศรษฐศาสตร์

พอสเนอร์ผู้พิพากษาและผู้มีบทบาทสำคัญในการผลักดันการวิเคราะห์กฎหมายโดยใช้หลักการทางเศรษฐศาสตร์เสนอว่ากฎหมาย (ในสหรัฐอเมริกา) จำนวนไม่น้อยสามารถอธิบายได้โดยใช้การวิเคราะห์กฎหมายในเชิงเศรษฐศาสตร์ซึ่งเป็นเรื่องธรรมดาปกติของชีวิตคนเราในสังคม โดยพอสเนอร์แสดงให้เห็นว่า ในหลายคดีศาลจำเป็นต้องพิพากษาด้วยการเลือกผลลัพธ์ที่ทำให้เกิดความมั่งคั่งของสังคมสูงสุด ซึ่งหมายถึงการทำให้สถานการณ์ซึ่งสินค้าและทรัพยากรอื่น ๆ อยู่ในมือของคนที่เห็นคุณค่าของทรัพยากรนั้นมากที่สุด หรือกลุ่มคนที่เต็มใจและสามารถจะจ่ายราคามากกว่าเพื่อให้ได้มาซึ่งทรัพยากรนั้น²² แนวคิดนิติเศรษฐศาสตร์ของพอสเนอร์จึงปฏิเสธความเป็นเอกเทศของกฎหมายด้วยเหตุผลสำคัญ 2 ประการ กล่าวคือ

ประการแรก กฎหมายมิได้มีพัฒนาแยกออกจากมิติทางสังคมและเศรษฐกิจ และประการที่สอง ศาสตร์อื่นที่ไม่ใช่กฎหมาย โดยเฉพาะเศรษฐศาสตร์มีบทบาทสำคัญที่จะช่วยให้เข้าใจกฎหมายมากยิ่งขึ้น²³ มุมมองของพอสเนอร์แสดงให้เห็นว่านิติศาสตร์และเศรษฐศาสตร์มีความสัมพันธ์ต่อกันและกันอย่างลึกซึ้ง

¹⁶ Guido Calabresi, ‘Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts’ (1961) 70(4) *The Yale Law Journal*, 499-553.

¹⁷ Gary Becker, ‘Crime and Punishment: An Economic Approach’ (1968) 76 *Journal of Political Economy*, 169-217.

¹⁸ Richard A. Posner, *An Economic Analysis of Law* (The Netherlands: Kluwer Law International, 1986).

¹⁹ Frank Easterbrook and Daniel Fischel, *The Economic Structure of Corporate Law* (Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1996).

²⁰ A. Mitchell Polinsky, *An Introduction to Law and Economics* (Boston: Little, Brown and Company, 1983).

²¹ Steven Shavell, *Foundations of Economic Analysis of Law* (Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2004).

²² ดู Richard A. Posner, *An Economic Analysis of Law* (The Netherlands: Kluwer Law International, 1986) 11-12.

²³ Richard A. Posner, *An Economic Analysis of Law* (The Netherlands: Kluwer Law International, 1986) 3 (arguing that “This book is written in the conviction that economics is a powerful tool for analyzing a vast range of legal questions but that most lawyers and law students – even very bright ones – have difficulty connecting economic principles to concrete legal problems.”).

อย่างไรก็ตาม การวิเคราะห์กฎหมายในเชิงเศรษฐศาสตร์มีหลักเกณฑ์หรือวิธีการ (Methods) ที่แตกต่างกันไปในแต่ละเรื่อง และต้องนำแนวคิดทางเศรษฐศาสตร์มาใช้พอสมควร อาทิ การพิจารณาเรื่องประสิทธิภาพ (Efficiency) เพื่อให้เกิด “ภาวะที่ดีที่สุด” (Optimality) หรือการเลือกอย่างมีเหตุผล (Rational Choice) ซึ่งพฤติกรรมมนุษย์ตอบสนองต่อสิ่งจูงใจและเกี่ยวข้องกับ “ต้นทุน” (Cost) ทางเศรษฐศาสตร์ในหลายมิติ เป็นต้น ซึ่งอธิบายโดยสังเขปได้ดังนี้

3.1 ประสิทธิภาพคือความยุติธรรมทางเศรษฐศาสตร์

ในทำนองเดียวกับสาขานิติศาสตร์ วิชาเศรษฐศาสตร์กล่าวถึงเรื่องของความยุติธรรม ซึ่งจะปรากฏคำว่าความยุติธรรมทางเศรษฐกิจ (Economic Justice) หรือความเสมอภาคเท่าเทียมกัน (Equality) หรือการหาจุดสมดุล (Equilibrium) ด้วยการประเมินคุณค่าทางด้านประสิทธิภาพ (Efficiency) อาจกล่าวได้ว่าเป้าหมายของเศรษฐศาสตร์จึงให้ความสำคัญกับประเด็นเรื่องประสิทธิภาพเป็นหลักซึ่งทำให้เศรษฐศาสตร์และนิติศาสตร์ถูกมองว่าเป็นคนละเรื่องกัน โดยนักกฎหมายส่วนใหญ่มองว่าเมื่อกล่าวถึงเรื่องประสิทธิภาพประเด็นเรื่องต้นทุน กำไร หรือราคาที่ต้องจ่ายจะกลายเป็นหัวข้อที่ต้องถูกกล่าวถึงและหลีกเลี่ยงไม่ได้ ตัวอย่างเช่น การบัญญัติกฎหมายเพื่อป้องปรามอาชญากรรมและรักษาความยุติธรรมในสังคมมีต้นทุนกำไรอย่างไร การออกแบบระบบยุติธรรมทางอาญาและระบบป้องปรามการกระทำความผิดทางอาญาเกิดต้นทุนมากน้อยเพียงใด ในมุมมองสำหรับนักกฎหมาย การรักษาความยุติธรรมเป็นเรื่องที่ประเมินเป็นตัวเลขหรือวัดระดับคุณค่ามิได้

อันที่จริง การวิเคราะห์กฎหมายในเชิงเศรษฐศาสตร์ก็ได้จำกัดเฉพาะเรื่องต้นทุน ราคาหรือกำไรขาดทุน แต่ให้ความสำคัญกับประโยชน์สุขหรือสวัสดิการของสังคม (Social Welfare)²⁴ ด้วยการประเมินคุณค่าด้านประสิทธิภาพ ฉะนั้น การทำให้เกิดประโยชน์สุขของสังคมคือการที่สังคมเลือกทางที่มีประสิทธิภาพมากที่สุด ซึ่งจะก่อให้เกิด “ภาวะที่เหมาะสมที่สุด” (Optimality) ในทางเศรษฐศาสตร์²⁵

มีผู้เสนอหลักเกณฑ์หรือมาตรฐานในการทดสอบประสิทธิภาพเพื่อไปสู่ภาวะที่เหมาะสมที่สุดในทางเศรษฐศาสตร์ และประยุกต์ใช้กันในวิชานิติเศรษฐศาสตร์ กล่าวคือ การทดสอบการบรรลุประสิทธิภาพแบบพาเรโต (Pareto Efficiency)²⁶ ซึ่งตั้งชื่อตามวิลเฟรโด พาเรโต (Vilfredo Pareto) นักเศรษฐศาสตร์ชาว อิตาลี ซึ่งหมายถึงภาวะที่เราไม่สามารถปรับปรุงสิ่งใดได้โดยไม่ทำให้คนอื่นอย่างน้อยคนหนึ่งรู้สึกได้ว่าตัวเองแย่ลงเมื่อเทียบกับภาวะก่อนที่จะมีความเปลี่ยนแปลงนั้น หรือกล่าวอย่างง่ายคือ สถานการณ์ที่ทำให้ผลประโยชน์ของฝ่ายหนึ่งเพิ่มขึ้นได้ก็ด้วยการทำให้ผลประโยชน์ของอีกฝ่ายหนึ่งลดลงเท่านั้น²⁷ สถานการณ์ใดที่อยู่ในสภาพเช่นนั้น ถือได้ว่า “บรรลุประสิทธิภาพแบบพาเรโต” ข้างต้น²⁸ แต่หากสังคมยังไม่ไปสู่สถานการณ์ดังกล่าว ก็ยังมีหนทาง

²⁴ ดูคำอธิบายใน Yew-Kwang Ng, *Welfare Economics towards a More Complete Analysis* (Basingstoke, Hampshire New York: Palgrave Macmillan, 2004).

²⁵ Ha-Joon Chang, *Economics: The User's Guide* (London: Pelican, 2014) 19-20.

²⁶ Vijay K. Mathur, ‘How Well Do We Know Pareto Optimality?’ (1991) 22 *The Journal of Economic Education*, 172-178.

²⁷ Ibid.

²⁸ กรณีดังกล่าวอาจก่อให้เกิดคำถามว่า การบรรลุประสิทธิภาพแบบพาเรโต ก่อให้เกิดประโยชน์สุขแก่สังคมหรือก่อให้เกิดสวัสดิการของสังคมเป็นเหมือน “ขนาดของขนมพาย” สังคมที่มีประสิทธิภาพคือสังคมที่สามารถใช้ทรัพยากรที่มีในการผลิตขนมพายให้ได้ขนาดใหญ่ที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้.

อื่น ๆ ที่ทำให้คนได้รับสวัสดิการสูงขึ้นกว่าเดิมได้ โดยไม่ทำให้คนอื่นแย่ลง ฉะนั้น สวัสดิการส่วนรวมของสังคมสามารถเพิ่มขึ้นได้ด้วยการที่แต่ละฝ่ายร่วมมือกันสำเร็จ หรือเจรจาต่อรองผลประโยชน์กันลงตัว กรณีดังกล่าวเรียกว่า “การยกระดับสวัสดิการแบบพาเรโต” (Pareto Improvement)²⁹

จากพาเรโตสู่การทดสอบแบบคาลเดอร์-ฮิกส์ (Kaldor-Hicks Tests)³⁰ จะบรรลุเงื่อนไขได้ก็ด้วยการเปลี่ยนแปลงการจัดสรรทรัพยากรทำให้เกิดผลตอบแทนมากพอจะนำไปชดเชยให้แก่คนที่เสียประโยชน์³¹ ดังนั้นในการยกระดับสวัสดิการแบบคาลเดอร์-ฮิกส์จึงอาจมีคนส่วนน้อยหรือคนที่ได้รับความสำคัญน้อยเป็นผู้เสียประโยชน์ ตัวอย่างเช่น การพัฒนาคุณภาพชีวิตของผู้ยากไร้ซึ่งเป็นกลุ่มคนที่มีความสำคัญในสังคม อาจทำให้ผู้มีรายได้สูงส่วนหนึ่งเสียประโยชน์บ้าง แต่ถือว่าประโยชน์ที่ได้รับคุ้มค่างับความเสียหาย แนวคิดนี้จึงเป็นรากฐานสำคัญของการวิเคราะห์แบบ Cost-Benefit Analysis

ทฤษฎีบทโคส (Coase Theorem) ดังกล่าวข้างต้น³² ภายใต้ข้อสมมติฐานว่าต้นทุนธุรกรรมมีค่าเป็นศูนย์ การเจรจาต่อรองเพื่อรักษาผลประโยชน์ส่วนตัวสามารถนำไปสู่การจัดสรรทรัพยากรที่มีประสิทธิภาพแบบพาเรโตได้ ไม่ว่าการจัดสรรกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สิน (หรือสิทธิครอบครอง) (Property Rights) จะเริ่มต้นมาอย่างไรก็ตาม³³ ตัวอย่างที่ทฤษฎีบทโคสยกมาอธิบายคือ กรณีมีเกษตรกรปลูกพืชไร่ และคนเลี้ยงวัว ซึ่งปล่อยให้วัวของตนเองเดินหากินในเขตไร่ของเพื่อนบ้าน หากเพื่อนบ้านในระแวกนั้นไม่มีรั้วกั้น และจำนวนวัวยังมีมากขึ้นเท่าไร ย่อมสันนิษฐานได้ว่าความเสียหายที่จะเกิดแก่พืชไร่ยิ่งสูงขึ้นเท่านั้น โดยโคสสมมติให้ค่าใช้จ่ายในการทำรั้วกั้นไร่ของเกษตรกรคือ 9 ดอลลาร์ และราคาพืชไร่ คือ 1 ดอลลาร์ ต่อ 1 ต้น ดังตารางต่อไปนี้

จำนวนวัวในฝูง (ตัว)	พืชไร่ที่เสียหายต่อปี (ต้น)	พืชไร่ที่เสียหายต่อจำนวนวัว ที่เพิ่มขึ้น 1 ตัว (ต้น)
0	0	1
1	1	2
2	3	3
3	6	4
4	10	

ที่มา: Ronald Coase, ‘The Problem of Social Cost’ (1960) และคัดดา ธนิตกุล, กฎหมายกับเศรษฐศาสตร์ (2557)

²⁹ Vijay K. Mathur, ‘How Well Do We Know Pareto Optimality?’ (1991) 22 *The Journal of Economic Education*, 172-178.

³⁰ Nicholas Kaldor, ‘Welfare Propositions in Economics and Interpersonal Comparisons of Utility’ (1939) 49 *The Economic Journal*, 549-552; and John Hicks, ‘The Foundations of Welfare Economics’ (1939) 49 *The Economic Journal*, 696-712.

³¹ Ibid.

³² Ronald Coase, ‘The Problem of Social Cost’ (1960) 3 *The Journal of Law and Economics*, 1-44.

³³ Ibid; อธิบายใน Raymond Wacks, *Philosophy of Law: A Very Short Introduction* (Oxford: Oxford University Press, 2014)

หากกฎหมายบัญญัติให้คนเลี้ยงวัวเป็นผู้จ่ายในความเสี่ยงที่เกิดขึ้นจากวัวที่ตนเลี้ยงต่อพืชไร่ตามจำนวนวัว ฉะนั้น ในมุมมองของคนเลี้ยงวัวจะต้องคำนึงถึงราคาที่ต้องจ่าย (Price to Pay) ในการเพิ่มจำนวนวัว และค่าเสียหายที่เพิ่มขึ้น และมูลค่าของเนื้อวัวที่จะได้เพิ่มเป็นเท่าใด หากค่าใช้จ่ายในการทำรั้วคือ 9 ดอลลาร์ ดังกล่าวข้างต้น คนเลี้ยงวัวจะเลือกที่จะสร้างรั้วแทนเพราะถูกกว่าค่าเสียหายที่ต้องจ่ายให้แก่เกษตรกรดังกล่าว แต่คนเลี้ยงวัวย่อมไม่เลือกที่จะทำรั้วให้หากค่าสินไหมทดแทนที่ต้องจ่ายให้น้อยกว่าค่าทำรั้ว³⁴

อย่างไรก็ตาม มีผู้ที่ทั้งเห็นด้วยและไม่เห็นด้วยกับการนำหลักเศรษฐศาสตร์มาปรับใช้กับการวิเคราะห์กฎหมาย การทำให้เกิดภาวะที่ดีที่สุดเป็นคุณค่าที่ต้องแลกกับความยุติธรรมหรือไม่ และประเมินความคุ้มค่าเป็นการสะท้อนความต้องการของอุดมการณ์แบบตลาดเสรีหรือทุนนิยม และเกี่ยวข้องกับความยุติธรรมอย่างไร³⁵ ไม่ว่าประสิทธิภาพในทางเศรษฐศาสตร์จะก่อให้เกิดความยุติธรรมหรือไม่ เราอาจมองได้ว่า การส่งเสริมประสิทธิภาพในทางเศรษฐศาสตร์ช่วยเพิ่มความเป็นธรรมให้แก่สังคม ประสิทธิภาพของเศรษฐศาสตร์กับความยุติธรรมของนิติศาสตร์จึงมีความสอดคล้องกันและมีเป้าหมายที่ส่งเสริมซึ่งกันและกัน³⁶

3.2 พฤติกรรมของมนุษย์ตอบสนองต่อแรงจูงใจเพื่อให้เกิดความมั่งคั่งสูงสุด

การเลือกอย่างมีเหตุผล (Rational Choices) ของคนในสังคมที่ทรัพยากรมีอยู่อย่างจำกัดมีความสัมพันธ์กับพฤติกรรมของมนุษย์ คำว่า การเลือกอย่างมีเหตุผลดังกล่าวมิใช่หมายถึงความสมเหตุสมผลแบบอุดมคติ แต่เป็นการใช้เหตุผลในการเลือกที่สนองตอบต่อความพึงพอใจหรือประโยชน์ของผู้กระทำส่วนตัว (Self-Interest)³⁷ ฉะนั้น มนุษย์ตอบสนองต่อสิ่งจูงใจและตัดสินใจกระทำการใดก็ตามเมื่อการกระทำนั้นก่อให้เกิดความมั่งคั่งส่วนตนสูงสุด จากมุมมองดังกล่าวพฤติกรรมของมนุษย์ที่ตอบสนองต่อสิ่งจูงใจจึงเกี่ยวข้องกับหลักการทางเศรษฐศาสตร์ 3 ประการ กล่าวคือ 1) กฎของอุปสงค์ (Law of Demand) 2) มนุษย์มีเหตุผลทางเศรษฐศาสตร์ (Economic Rationality) มนุษย์จึงมีพฤติกรรมตอบสนองต่อสิ่งจูงใจ และ 3) การทำให้เกิดความมั่งคั่งสูงสุด (Wealth-Maximization) อธิบายได้ดังนี้

ประการแรก กฎของอุปสงค์ (Law of Demand) ซึ่งสัมพันธ์กับเรื่องราคา (Price) และปริมาณความต้องการสินค้าหรือบริการ ดังนั้น ยกตัวอย่างเช่น ถ้าราคาสินค้าของเนื้อวัวขึ้นไปจากเดิมอีก 100 บาท ขณะที่ราคาสินค้าเนื้อประเภทอื่นอยู่ในราคาเดิม ราคาเนื้อวัวจะแพงขึ้นอีก 100 บาท สำหรับผู้บริโภคซึ่งส่งผลให้ผู้บริโภคยอมหาทางเลือกที่จะบริโภคสินค้าเนื้ออื่นแทนซึ่งอาจจะขึ้นช้อนน้อยกว่าแต่เป็นที่ต้องการเนื่องจากมีราคาที่ต่ำกว่า อย่างไรก็ตามการที่ราคาสินค้าเนื้อวัวเพิ่มสูงขึ้นมิได้หมายความว่าผู้บริโภคจะหันไปเลือกสินค้าเนื้อชนิดอื่นทดแทนเสมอไป ผู้บริโภคอื่นอาจยังคงเลือกซื้อสินค้าเนื้อวัวดังกล่าวคงเดิม เนื่องจากสินค้าเนื้อประเภทอื่นไม่อาจทดแทนเนื้อวัวได้แม้จะมีราคาที่ต่ำกว่า ขณะที่ผู้บริโภคบางรายอาจลดปริมาณการซื้อสินค้าเนื้อวัว

³⁴ Ibid; อธิบายในศักดิ์ดา ธนิตกุล, กฎหมายกับเศรษฐศาสตร์ (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2557) 14.

³⁵ Raymond Wacks, *Philosophy of Law: A Very Short Introduction* (Oxford: Oxford University Press, 2014) 82.

³⁶ ปกป้อง จันวิทย์, การวิเคราะห์กฎหมายด้วยหลักเศรษฐศาสตร์: แนวคิดและวรรณกรรมปริทัศน์ (กรุงเทพฯ: สำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย, 2554) หน้า 88-89.

³⁷ Richard A. Posner, *An Economic Analysis of Law* (The Netherlands: Kluwer Law International, 1986) 3-4.

และหาทางเลือกในการบริโภคสินค้าเนื้อประเภทอื่น สินค้าประเภทอื่นหรืออาหารจำพวกอื่นทดแทน กรณีดังกล่าวแสดงให้เห็นว่าราคาของสินค้ามีผลต่อพฤติกรรมการเลือกบริโภคสินค้า และการบริโภคสินค้าประเภทเนื้อวัวย่อมลดลง³⁸ พฤติกรรมการเลือกบริโภคสินค้าดังกล่าวเป็นไปตามหลัก “ความมั่งคั่งสูงสุด” (Wealth-Maximization) กล่าวคือ มนุษย์จะเลือกทำสิ่งใดที่ทำให้ตนเกิดความพึงพอใจมากที่สุดเสมอ

กฎของอุปสงค์มีได้จำกัดอยู่เฉพาะเรื่องของสินค้าดังกล่าว แต่อาจปรับใช้กับสถานการณ์อื่นได้เช่น อาจารย์มหาวิทยาลัยบางท่านที่ไม่เป็นที่นิยม ย่อมส่งผลต่อยอดการลงทะเบียนเรียนของนักศึกษา อาจใช้วิธีการให้คะแนนที่ง่ายเพื่อเพิ่มจำนวนยอดของนักศึกษา เช่นเดียวกันกับกรณีของผู้พันโท อาจกล่าวได้ว่า การรับโทษทางอาญาคือการที่ผู้กระทำความผิดได้จ่ายหนี้ให้แก่สังคมแล้ว ฉะนั้น การลงโทษทางอาญาคือ “ราคา” ที่สังคม (รัฐ) คิดกับการกระทำความผิด กรณีดังกล่าวนำไปสู่ข้อสรุปของนักเศรษฐศาสตร์ที่ว่า หากเพิ่มโทษให้หนักขึ้น ย่อมส่งผลกระทบต่อความเป็นไปได้ที่กระทำความผิดทางอาญาลดลง³⁹ อย่างไรก็ตามชีวิตจริงมีความซับซ้อนมากกว่านั้น เช่น นาย ก. ไม่ชอบ นาย ข. และประสงค์จะไปวางเพลิงเผาบ้านของนาย ข. แต่นาย ก. ทราบว่าโทษที่ลงแก่ความผิดวางเพลิงเผาทรัพย์ตามประมวลกฎหมายอาญา คือการประหารชีวิต นาย ก. จึงเลือกที่จะฆ่า นาย ข. ในโลกแห่งความเป็นจริง นาย ก. คงไม่ไปเปิดประมวลกฎหมายอาญา และเทียบเคียงโทษกับการกระทำความผิดเพื่อเลือกกระทำความผิดอย่างมีเหตุผลข้างต้น นาย ก. คงจะเลือกวางเพลิงเผาบ้านของนาย ข. เพื่อตอบสนองต่อความพึงพอใจ หรือประโยชน์สูงสุดของตนเอง

ประการที่สอง มนุษย์มีเหตุผลทางเศรษฐศาสตร์ (Economic Rationality) มนุษย์จึงมีพฤติกรรมตอบสนองต่อสิ่งจูงใจ ฉะนั้นจากตัวอย่างผู้บริโภคเนื้อวัวซึ่งกระทำการใดเพื่อให้ได้ความพึงพอใจหรือประโยชน์ของตนเองสูงสุด สำหรับผู้ขายสินค้าเนื้อวัวอาจมีความแตกต่างกัน สำหรับผู้ขายเนื้อวัวย่อมมองเฉพาะเรื่องการทำให้เกิดกำไรสูงสุด (Profit Maximization) มากกว่าจะเป็นเรื่องการก่อให้เกิดประโยชน์สูงสุด กล่าวคือผู้ขายเนื้อวัวย่อมพิจารณาเฉพาะส่วนต่างระหว่างต้นทุนราคาที่ได้รับเนื้อวัวมากับราคาที่จะขายเนื้อวัวดังกล่าวได้ และกล่าวได้ว่าผู้ค้าเนื้อวัวจึงยอมขายเนื้อวัวที่รับมาไม่ต่ำกว่าทุน พอสเนอร์อธิบายให้เห็นว่าการกระทำในทางเศรษฐศาสตร์จึงมีต้นทุนเสมอ ซึ่งเป็นต้นทุนที่เกิดจากการที่เราเข้าไปไม่ถึงทรัพยากร หรือถูกจำกัดการเข้าถึงทรัพยากร เช่น อากาศเป็นทรัพยากรที่ไม่มีจำกัด การเข้าถึงอากาศจึงไม่ถูกจำกัดและไม่มีราคา ฉะนั้น กับทรัพยากรที่ถูกจำกัดการเข้าถึง หรือมีอยู่อย่างจำกัดหรือเราไม่สามารถผลิตสินค้าหรือบริการได้จึงมีต้นทุนเรียกว่า “ต้นทุนค่าเสียโอกาส” (Opportunity Cost)⁴⁰ ตัวอย่างของต้นทุนค่าเสียโอกาสที่เห็นได้ชัดคือการทำงานบ้าน (Housework) ก็เป็นอีกตัวอย่างที่เป็นกิจกรรมทางเศรษฐกิจ และในทางเศรษฐศาสตร์ย่อมมีต้นทุน แม้การทำงานบ้านดังกล่าวจะเป็นการมอบให้บุคคลในครอบครัวดำเนินการและมีได้มีการจ่ายค่าจ้างก็มีต้นทุน โดยต้นทุนดังกล่าวคือต้นทุนค่าเสียโอกาสที่หายไปจากการต้องมาทำงานบ้าน อาทิ โอกาสที่จะได้อาชีพและรายได้ซึ่งมากกว่าการทำงานบ้านที่ไม่ก่อให้เกิดรายได้ใด ๆ เลย⁴¹ แต่ในทางกลับกันการกระทำบาง

³⁸ Ibid, 4-5.

³⁹ Ibid, 5.

⁴⁰ Ibid, 6.

⁴¹ Ibid, 7.

อย่างอาจไม่มีต้นทุนค่าเสียโอกาสเลย ตัวอย่างเช่น การบริจาคเงินจำนวน 3,000 บาท ซึ่งเป็นการแลกเปลี่ยนเงินจากบุคคลหนึ่งไปสู่อีกบุคคลหนึ่งและไม่ว่าบุคคลที่รับเงินจำนวนดังกล่าวจนหรือรวย ก็ย่อมไม่ก่อให้เกิดต้นทุนค่าเสียโอกาสแต่อย่างใด การแลกเปลี่ยนเงินจำนวนดังกล่าวเป็นเพียงการลดอำนาจในการซื้อจำนวน 3,000 บาทของบุคคลที่บริจาคเงินจำนวนดังกล่าว และไปเพิ่มอำนาจในการซื้อจำนวน 3,000 บาทให้กับผู้รับเงินขึ้นเท่านั้น กรณีดังกล่าวเกิด “ต้นทุนต่อตนเอง” (Private Cost) มากกว่า “ต้นทุนต่อสังคม” (Social Cost) ต้นทุนต่อสังคมเป็นการลดทอนความมั่งคั่งของสังคม ขณะที่ต้นทุนต่อตนเองเป็นเพียงการแลกเปลี่ยนความมั่งคั่งจากบุคคลหนึ่งไปสู่อีกบุคคลอื่น

นอกจากนี้ยังมีต้นทุนบางประเภทที่ไม่มีผลต่อเรื่องราคาหรือปริมาณของสินค้าและบริการ ต้นทุนดังกล่าวเรียกว่า “ต้นทุนจม” (Sunk Cost)⁴² หรือต้นทุนที่จ่ายไปแล้วและไม่มีทางเรียกกลับคืนมาได้ อีกนักเศรษฐศาสตร์ไทยบางท่านกล่าวว่า “ต้นทุนประเภทนี้ไม่ควรนำมาเป็นปัจจัยกำหนดการตัดสินใจในอนาคต”⁴³ อย่างไรก็ตาม นักนิติเศรษฐศาสตร์อันโด่งดังอย่างพอลเนอร์ชี้ให้เห็นว่า ต้นทุนดังกล่าวมีผลต่อการเลือกตัดสินใจของคนในชีวิตประจำวันเช่นเดียวกัน ตัวอย่างเช่น หากต้นทุนในการผลิตรูปปั้นช้างพลาสติกสีขาวมีราคา (ต้นทุน) อยู่ที่ 1,000 ดอลลาร์ แต่สินค้าดังกล่าวเป็นสินค้าที่ผู้บริโภคในตลาดยินดีที่จะจ่ายให้เพียงแค่ 10 ดอลลาร์ ผู้ผลิตสินค้าดังกล่าวก็ย่อมยินดีที่จะขายในราคา 10 ดอลลาร์ มากกว่ายอมสูญเสียรายได้ไปเลย⁴⁴

การปรับใช้แนวคิดเรื่องต้นทุนค่าเสียโอกาสที่ได้รับการยอมรับปรากฏในทฤษฎีบทโคสอันโด่งดังข้างต้น ซึ่งเสนอว่าในชีวิตจริงมีต้นทุนบางอย่างเกิดขึ้นระหว่างการทำธุรกรรมเสมอหรือ “ต้นทุนธุรกรรม” (Transaction Cost) ซึ่งเป็นต้นทุนที่มีได้เกิดขึ้นจากการผลิตสินค้าหรือบริการโดยตรง แต่เกี่ยวข้องกับการผลิตหรือแลกเปลี่ยนสินค้าและบริการ หากต้นทุนธุรกรรมเป็นศูนย์หรือการทำธุรกรรมใดไม่มีต้นทุน สิทธิในทรัพย์สินของบุคคลไม่ใช่สิทธิที่กฎหมายยอมรับว่าเจ้าของสิทธิมีสิทธิที่จะใช้ทรัพย์สินดังกล่าวอย่างเด็ดขาด พอลเนอร์ยกตัวอย่าง กรณีเกษตรกรขานามีสิทธิที่จะไม่ทำให้พืชผลการเกษตรของตนไม่ถูกทำลายจากประกายไฟของรถไถที่วิ่ง สมมติว่าพืชผลการเกษตรมีต้นทุน 230 ดอลลาร์ และขายในตลาดได้ราคา 330 ดอลลาร์ มูลค่าหรือกำไรของพืชผลการเกษตรจึงเท่ากับ 100 ดอลลาร์ ขณะที่ต้นทุนของบริษัทรถไฟในการติดตั้งเครื่องดูดประกายไฟคือ 110 ดอลลาร์ และสมมติว่าการเจรจาต่อรองระหว่างบริษัทรถไฟกับเกษตรกรขานาที่ได้รับความเสียหายไม่มีต้นทุนหรือมีค่าเป็นศูนย์ ต้นทุนของพืชผลการเกษตรของเกษตรกรขานาจึงไม่อยู่ที่ 230 ดอลลาร์ดังที่กล่าวในตอนแรก แต่จะอยู่ที่ระหว่าง 330 และ 340 ดอลลาร์ ซึ่งต้องรวมราคาที่เกษตรกรขานาจะได้รับจากการตกลงกับบริษัทรถไฟว่าจะไม่ละเมิดสิทธิในทรัพย์สิน (พืชผลการเกษตร) ของเกษตรกรขานา และเมื่อต้นทุนของการใช้สิทธิในทรัพย์สินของเกษตรกรขานา (การปลูกพืชผลทางการเกษตรเพื่อการค้าขาย) เกินกว่ารายได้จากการขายสินค้าที่ได้รับ (330 ดอลลาร์) เกษตรกรก็ย่อมที่จะขายสิทธิในทรัพย์สินและการใช้สิทธิในทรัพย์สินดังกล่าวให้แก่บริษัทรถไฟ ประเด็นปัญหาที่พอลเนอร์นำเสนอคือ การพันประกายไฟของหัวเครื่องจักรรถไฟเป็นการละเมิดสิทธิ

⁴² Ibid, 7.

⁴³ ปกป้อง จันวิทย์, การวิเคราะห์กฎหมายด้วยหลักเศรษฐศาสตร์: แนวคิดและวรรณกรรมปริทัศน์ หน้า 8.

⁴⁴ Richard A. Posner, *An Economic Analysis of Law* (The Netherlands: Kluwer Law International, 1986) at 7.

ของเกษตรกรชาวนา หรือเป็นสิทธิที่จะกระทำได้ของบริษัทไฟในการตัดสินใจดังกล่าวผู้พิพากษาจำเป็นต้องตระหนักถึงผลกระทบต่อทรัพย์สินจากคำพิพากษาหรือการออกแบบกฎหมายจำเป็นต้องคำนึงผลกระทบทางเศรษฐศาสตร์ด้วย กฎเกณฑ์ทางกฎหมายที่ดีจึงคือกฎเกณฑ์ทำให้เกิดต้นทุนธุรกรรมต่ำที่สุด⁴⁵

ประการที่สาม การทำให้เกิดความมั่งคั่งสูงสุด (Wealth Maximization) สืบเนื่องจากกรณีเกษตรกรและบริษัทไฟดังกล่าว ทรัพยากรดูเหมือนว่าจะถูกดึงดูตไปอยู่ในมือของคนที่เห็นคุณค่าทรัพยากรนั้นมากที่สุด หรือคนที่เต็มใจและสามารถจะจ่ายราคามากกว่าเพื่อให้ได้มาซึ่งทรัพยากรนั้น⁴⁶ หรือยกตัวอย่างเช่น ทำไม้เกษตรกร ก. จึงเสนอที่จะซื้อที่ดินของเกษตรกร ข. ในราคาแพงกว่าที่เกษตรกร ข. เสนอขาย กรณีดังกล่าวแสดงให้เห็นว่าที่ดินมีค่าสำหรับเกษตรกร ก. มากกว่า เกษตรกร ข. กล่าวคือ เกษตรกร ก. สามารถใช้ที่ดินเพื่อผลิตสินค้าและเกิดประโยชน์ได้มากกว่า เกษตรกร ข. กรณีดังกล่าวแสดงให้เห็นถึงสถานการณ์ที่สินค้า (ทรัพยากร) อยู่ในมือของคนที่เห็นคุณค่าทรัพยากรนั้นมากที่สุด และเมื่อทรัพยากรถูกใช้ให้คุ้มค่ามากที่สุด ผลลัพธ์ที่มีประสิทธิภาพจะเกิดขึ้น

4. บทสรุปว่าด้วยนิติเศรษฐศาสตร์

การวิเคราะห์กฎหมายโดยใช้เศรษฐศาสตร์มีหลักเกณฑ์หรือวิธีการและต้องนำหลักการทางเศรษฐศาสตร์มาใช้ที่แตกต่างกันไปในแต่ละเรื่อง และกล่าวได้ว่าไม่มีการวิเคราะห์กฎหมายและระบบยุติธรรมทางอาญาโดยใช้หลักเศรษฐศาสตร์ใดที่จะวิเคราะห์ปัญหากฎหมายได้ครบถ้วนในทุกเรื่อง และในส่วนที่เกี่ยวกับการวิเคราะห์ระบบยุติธรรมทางอาญาโดยใช้หลักการทางเศรษฐศาสตร์จึงปรากฏเป็นเรื่อง ๆ ไป อาทิ เศรษฐศาสตร์ว่าด้วยอาชญากรรม (Economics of Crime) ในผลงานของเบคเกอร์ นักเศรษฐศาสตร์รางวัลโนเบลเจ้าของผลงานเรื่อง “Crime and Punishment: An Economic Approach” ปี ค.ศ. 1968 ซึ่งสร้างแบบจำลองทางเศรษฐศาสตร์ว่าด้วยการเลือกแบบมีเหตุผลมาอธิบายพฤติกรรมของอาชญากร⁴⁷ หรือการวิเคราะห์ระยะเวลาในการคุมครองสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา⁴⁸ เป็นต้น การวิเคราะห์กฎหมายโดยใช้หลักการทางเศรษฐศาสตร์จึงสามารถอธิบายกฎหมายและกระบวนการยุติธรรมได้ใน 3 มิติที่สำคัญ กล่าวคือ

(1) เหตุผลและความจำเป็นในการบัญญัติกฎหมายที่แท้จริง โดยเป็นเหตุผลและความจำเป็นนอกเหนือจาก ความจำเป็นในการบัญญัติกฎหมายดังที่ปรากฏอยู่ในหลักการและเหตุผลของการตรากฎหมาย หรือบันทึกเจตนารมณ์ในการร่างกฎหมายของผู้ร่าง (Drafters) แต่เป็นเหตุผลและความจำเป็นที่บัญญัติกฎหมายนั้น ๆ ขึ้นมาอย่างแท้จริง กล่าวได้ว่า การบัญญัติกฎหมายในแต่ละร่างและแต่ละฉบับขึ้นย่อมมีเหตุผลเบื้องต้นของการตรากฎหมาย การวิเคราะห์กฎหมายในเชิงเศรษฐศาสตร์ทำให้ช่วยในการพิจารณาเรื่องภูมิหลัง ความจำเป็นใน

⁴⁵ Ibid at 7.

⁴⁶ Richard A. Posner, *An Economic Analysis of Law* (The Netherlands: Kluwer Law International, 1986) และดูคำอธิบายใน Raymond Wacks, *Philosophy of Law: A Very Short Introduction* (Oxford: Oxford University Press, 2014) 80-81.

⁴⁷ Gary Becker, ‘Crime and Punishment: An Economic Approach’ (1968) 76 *Journal of Political Economy*, 169-217.

⁴⁸ William M. Landes and Richard A. Posner, *The Economic Structure of Intellectual Property Law* (Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2003).

การตรากฎหมายซึ่งอาจมีทั้งเหตุผลที่เป็นตัวเงิน หรือประโยชน์ทางเศรษฐกิจ โดยเฉพาะกฎหมายเกี่ยวกับเศรษฐกิจ อาทิ กฎหมายแข่งขันทางการค้า กฎหมายภาษี กฎหมายเกี่ยวกับการเงินและการคลังหรือกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา และอาจมีเหตุผลอื่นที่ไม่เป็นตัวเงิน เช่น เหตุผลทางการเมือง ซึ่งการรวมกลุ่มทางการเมืองที่เรียกว่า “พรรคการเมือง” (Party) โดยหลักการแล้วมีเหตุผลอย่างเดียวคือทำให้ได้รับคะแนนเสียงเลือกตั้งมากที่สุด (Vote-Maximization)

(2) การวิเคราะห์กฎหมายในเชิงเศรษฐศาสตร์ส่งเสริมในการศึกษาผลกระทบของกฎหมายต่อพฤติกรรมของมนุษย์และสังคมหรือผลสัมฤทธิ์ของกฎหมาย กล่าวได้ว่า กฎหมายไทยหลาย ๆ ฉบับตราขึ้นโดยไม่สอดคล้องกับสภาพการณ์ทางเศรษฐกิจและสังคม สาเหตุประการสำคัญเป็นเพราะกระบวนการร่างกฎหมายไม่ยึดโยงกับประชาชน กฎหมายจึงมิได้สะท้อนความต้องการของประชาชนและความเป็นจริงของสังคม แต่สนองตอบต่อกลุ่มผลประโยชน์ซึ่งมีอำนาจในการกำหนดนโยบายและกฎหมาย หรือกฎหมายมีลักษณะแข็งกระด้างเกินไปเนื่องจากใช้เทคโนโลยีเทคโนแครต (Technocrats) ในการร่างมากเกินไป ส่งผลให้กฎหมายกลายเป็นเรื่องทางเทคนิคในทุกเรื่อง กล่าวได้ว่ากฎหมายที่ร่างขึ้นโดยเน้นลักษณะทางเทคนิคและไม่สอดคล้องกับสภาพการณ์และไม่เท่าทันความก้าวหน้าทางศิลปวิทยาการจึงไม่สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 77 ที่บัญญัติให้รัฐพึงจัดให้มีกฎหมายเพียงเท่าที่จำเป็น และยกเลิกหรือปรับปรุงกฎหมายที่หมดความจำเป็นหรือไม่สอดคล้องกับสภาพการณ์หรือที่เป็นอุปสรรคต่อการดำรงชีวิตหรือประกอบอาชีพ⁴⁹ และรวมทั้งพระราชบัญญัติหลักเกณฑ์การจัดทำร่างกฎหมายและการประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมาย พ.ศ. 2562⁵⁰

(3) นอกเหนือจากการใช้เศรษฐศาสตร์เป็นเครื่องมือในการวิเคราะห์กฎหมาย เพื่อให้เห็นถึงเหตุผลและความจำเป็นของการบัญญัติกฎหมายที่แท้จริง และผลสัมฤทธิ์ของกฎหมายในการกำกับ “พฤติกรรม” ของคนในสังคมแล้ว การวิเคราะห์กฎหมายในเชิงเศรษฐศาสตร์มีความสำคัญต่อการบัญญัติกฎหมายที่ควรจะเป็นหรือที่นักนิติเศรษฐศาสตร์เรียกว่า “กฎหมายที่พึงปรารถนา”⁵¹

⁴⁹ มาตรา 77 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560.

⁵⁰ พระราชบัญญัติหลักเกณฑ์การจัดทำร่างกฎหมายและการประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมาย พ.ศ. 2562.

⁵¹ ปกป้อง จันวิทย์, การวิเคราะห์กฎหมายด้วยหลักเศรษฐศาสตร์: แนวคิดและวรรณกรรมปริทัศน์ หน้า 14.

