Journal of Research Methodology, Volume 16, Number 1 (January - March 2003)

วารสารวิธีวิทยาการวิจัย ปีที่ 16 ฉบับที่ 1 (มกราคม - มีนาคม 2546)

Direction of Legal Science Research for Country Development

Borwornsak Uwanno

ABSTRACT

Legal science is the study of "legal norms" i.e. "law". There are 3 phenomena of law: the formation of the law; the law itself; and the consequences of the law on human behavior. These 3 phenomena cannot be comprehended separately. Men enacted law and provisions of the law are the carrier linking its objective and the behaviors desired. Legal science could be studied by 3 approaches: valued-oriented legal science, technical legal science, and factual legal science. In the past, legal studies was conservative but the justice and law reform, there were law schools and legal science studies council. Legal science studies is worldwide in higher education institute. The bachelors of legal science learned and could utilize the law but they lack of the comparative legal science studies. They do not understand the relationship between the 3 legal science phenomena and the social context. Thus they cannot solve the social problem, just only solve the personal problem to win in the court. Thai social is more complicated than before. The successful legal scientist could utilize law as the arm effectively. Most researches on legal science are academic research for degree granting focusing on the "law", lacking of comparative studies and linking of the 3 legal science phenomena. For the past 10 years, the complexity of economic, social and politic brought the researches on legal policy. Most of them were researches for the mass problem solving, not for strengthening the globalization. The author proposed the trend in reforming legal science to be "science" as well as the thought of legal science reform and the direction of legal science research for country development.

ทิศทางการวิจัยทางนิติศาสตร์เพื่อการพัฒนาประเทศ

บวรศักดิ์ อุวรรณโณ

บทคัดย่อ

นิติศาสตร์ (legal science) เป็นวิชาที่ศึกษา "กฎเกณฑ์" ที่เรียกว่า "กฎหมาย" ในทางกฎหมายมีปรากฏการณ์ 3 ชนิด คือ การก่อตัวขึ้นของกฎเกณฑ์ทางกฎหมาย ตัวกฎเกณฑ์ และผลที่กฎเกณฑ์ทางกฎหมายมีต่อความประพฤติของบุคคล ทั้งสามปรากฏการณ์นี้เกี่ยวข้องกันอย่างแยกจากกันไม่ออก มนุษย์สร้างกฎหมาย ดังนั้น กฎหมายจึงเป็นเพียงพาหะที่เชื่อมโยงความประสงค์ในการสร้างกฎเกณฑ์เข้ากับความประพฤติตามกฎกณฑ์ที่วางไว้ นิติศาสตร์จึงแบ่งเป็น 3 แนวทาง ได้แก่ นิติศาสตร์เชิงคุณค่า นิติศาสตร์เชิงบทบัญญัติ และนิติศาสตร์ทางข้อเท็จจริง การศึกษานิติศาสตร์ยุคแรกเป็นแบบโบราณ ต่อมาหลังจากการปฏิรูประบบศาลและกฎหมาย มีการตั้งเป็นโรงเรียนกฎหมาย และสภานิติศึกษา ปัจจุบันมีการจัดสอนนิติศาสตร์อย่างแพร่หลายในสถาบันการศึกษาระดับอุดมศึกษา นิติศาสตรบัณฑิต ที่สำเร็จการศึกษาได้เรียนรู้กฎหมายและมีความสามารถจำได้-ใช้เป็น สิ่งที่บัณฑิตเหล่านี้ขาดคือความรู้กฎหมายเปรียบเทียบและไม่เห็นความสัมพันธ์ระหว่างปรากฏการณ์ทางกฎหมาย 3 ประการ ที่เชื่อมโยงกับบริบททางสังคมไม่ได้ช่วยแก้ปัญหาให้สังคมโดยรวม มุ่งแก้ปัญหาให้ "บุคคล" เพื่อการ "ชนะความ" ในสภาพสังคมไทยปัจจุบันซึ่งมีความซับซ้อนของปัญหามากมาย นักนิติศาสตร์ที่จะประสบความสำเร็จคือผู้ที่ใช้กฎหมายเป็นศาสตราได้อย่างมีประสิทธิภาพ สภาพการวิจัยทางนิติศาสตร์ส่วนมากเป็นการวิจัยทางวิชาการเพื่อขอรับปริญญาและเน้น "กฎหมาย" แท้ ๆ ขาดการเปรียบเทียบและมีการวิจัยที่ศึกษาความเชื่อมโยงระหว่างปรากฏการณ์ของกฎหมายทั้งสามประการน้อยมาก ในระยะ 10 ปี ที่ผ่านมานี้ ความซับซ้อนทางเศรษฐกิจ สังคม การเมือง ทำให้เกิดงานวิจัยทางนิตินโยบาย (legal policy) แต่ส่วนใหญ่เป็นงานวิจัยเพื่อแก้ปัญหาคนหมู่มากในสังคมไทย มิใช่เป็นงานวิจัยเพื่อสร้างโลกานุวัตให้เข้มแข็ง ผู้เขียนเสนอว่าแนวโน้มที่ควรจะเป็นในอนาคตคือการปฏิรูปนิติศาสตร์ให้เป็น "ศาสตร์" อย่างแท้จริง และได้เสนอข้อคิดการปฏิรูปนิติศาสตร์และเสนอทิศทางการวิจัยทางนิติศาสตร์เพื่อการพัฒนาประเทศ

ความเบื้องต้น

ในบทความนี้ ผู้เขียนขอนำเสนอทัศนะในเชิง concept paper ดังนั้น การอ้างอิงตามธรรมเนียมวิชาการจึงเป็นเรื่องที่สำคัญน้อยกว่าตัวแนวความคิด

เมื่อจะพูดถึงทิศทางการวิจัยทางนิติศาสตร์เพื่อการพัฒนาประเทศซึ่งเป็นการมองปัญหาในอนาคต ก็ต้องรู้สถานภาพปัจจุบันของการวิจัยเชิงนิติศาสตร์เสียก่อน ดังนั้น ผู้เขียนจึงขอแบ่งบทความนี้เป็น 2 ส่วนใหญ่ คือ

1. สถานภาพการวิจัยทางนิติศาสตร์ในปัจจุบัน และ
2. แนวโน้มที่ควรจะเป็นในอนาคต

1. สถานภาพการวิจัยทางนิติศาสตร์ในปัจจุบัน

1.1 นิติศาสตร์กับปัญหาสังคมไทย

1.1.1 นิติศาสตร์

นิติศาสตร์ (legal science) เป็นวิชาที่ศึกษากฎเกณฑ์ที่เรียกว่ากฎหมายในสังคม และ "กฎเกณฑ์" (norm) ที่มีลักษณะเป็นกฎหมายนั้นมีความหมายกว้างขวางกว่า "บทบัญญัติ" (provisions) ที่เป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่ออกโดยอาศัยอำนาจรัฐมากนัก "กฎเกณฑ์" ที่เป็นกฎหมายนี้อาจรวมถึงจารีตประเพณี (customs) หลักกฎหมายทั่วไป (general principles of law) ความคิดเห็นของนักนิติศาสตร์ (ซึ่งอาจกลายเป็นกฎหมายต่อไป) (legal doctrine)

นอกจากนั้น ความสัมพันธ์ระหว่าง**การก่อตัวขึ้นของกฎเกณฑ์ทางกฎหมาย (formation of legal norms)** กับ**ตัวกฎเกณฑ์ และผลที่กฎเกณฑ์ทางกฎหมายมีต่อความประพฤติของบุคคลที่เป็นสมาชิกของสังคม** ทั้งสามสิ่งนี้ต่างแยกจากกันไปออก ตัวกฎเกณฑ์ทางกฎหมายไม่ได้เกิดขึ้นในสูญญากาศ แต่ตัวกฎหมายนั้นถูกมนุษย์สร้างขึ้นเพื่อวัตถุประสงค์ในการบังคับความประพฤติบางอย่างของสังคม ที่ผู้สร้างมุ่งให้เกิดขึ้นเท่านั้น ถ้าคิดได้เช่นนี้ **ตัวกฎเกณฑ์ทางกฎหมายเป็นเพียงพาหะ (vehicle) ที่โยงความประสงค์ในการสร้างกฎเกณฑ์ตอนต้นเข้ากับความประพฤติ-ไม่ประพฤติตามกฎเกณฑ์ที่วางไว้แล้วในความเป็นจริง**เท่านั้น ตัวอย่างที่เห็นง่าย ๆ คือ ถ้ากฎเกณฑ์ตามกฎหมายและประเพณีเก่าของไทยยอมรับให้ชายมีภรรยาได้หลายคน การก่อตัวของกฎเกณฑ์ดังกล่าวที่เกิดจากประเพณีที่คนทั่วไปยอมรับและปฏิบัติตามกันมา หรือโดยการที่พระมหากษัตริย์รับมาบัญญัติลงไว้เป็นกฎหมายผัวเมียมาแต่ยุคอยุธยาก็ดี ล้วนมีความมุ่งหมายบางอย่างต่อความประพฤติของชาย-หญิง บิดา มารดา-บุตร เครือญาติและสังคมโดยทั่วไปเมื่อเป็นกฎเกณฑ์ขึ้นแล้ว การปฏิบัติหรือไม่ปฏิบัติตามกฎเกณฑ์ทางกฎหมายนั้น ๆ ใน

ความเป็นจริงและผลกระทบก็เป็นเรื่องเกี่ยวเนื่องกันอย่างแยกไม่ออกทั้งสิ้น แม้การเปลี่ยนประเพณีโดยการบัญญัติกฎหมายครอบครัวเสียใหม่ในวันที่ 1 ตุลาคม 2478 ให้ชาย-หญิง มีคู่สมรสเพียงคนเดียว (monogamy) หรือปรากฏการณ์อื่น ๆ ทางกฎหมายอื่นก็มีลักษณะเดียวกันนี้แน่ ๆ ยิ่งกว่านั้น "การก่อตัวของกฎเกณฑ์ทางกฎหมาย" ก็ดี "ตัวกฎเกณฑ์ทางกฎหมายที่เกิดขึ้น" ก็ดี และแม้ "ความประพฤติ-ไม่ประพฤติตามกฎเกณฑ์ทางกฎหมายนั้นและผลกระทบ" ก็ดี ต่างก็ไม่ได้เกิดในสูญญากาศอีกแต่เป็นบทสะท้อน บทแย้ง บทยันของบริบททางสังคม **(social context)** ทุกประการ ไม่ว่าจะเป็นบริบททางเศรษฐกิจบริบททางวัฒนธรรม บริบททางการเมือง บริบททางศาสนา-ความเชื่อ บริบททางอุดมการณ์-คุณค่า ฯลฯ สิ่งเหล่านี้แม้ไม่ใช่ "กฎเกณฑ์ทางกฎหมายในความหมายอย่างกว้าง" ก็จริง แต่เป็น**เบ้าหลอม**ปรากฏการณ์ 3 ประการข้างต้น ทางกฎหมายทั้งสิ้น ถ้าเครื่องเคลือบดินเผาไม่ดี เราคงจะต้องให้ความสนใจกับเบ้าหลอมว่ามีข้อบกพร่องเพียงใดฉันใดก็ฉันนั้น ถ้าศึกษาปรากฏการณ์ทางกฎหมาย 3 ประการ โดยไม่คำนึงถึงบริบททางสังคมอย่างกว้างขวางแล้ว การศึกษานั้นก็อาจพลาดได้

ด้วยเหตุนี้ คนที่มองปรากฏการณ์ทางกฎหมายแตกจริง ๆ จึงแยกนิติศาสตร์เป็น 3 ทาง เพื่อประโยชน์ในการศึกษามิติต่าง ๆ ของกฎเกณฑ์ทางกฎหมายให้ลึกซึ้ง กล่าวคือ **นิติศาสตร์เชิงคุณค่า**จะศึกษานิติศาสตร์ในแง่อุดมการณ์ทางปรัชญาของกฎเกณฑ์แห่งกฎหมายเพื่อความเป็นธรรมของคนในสังคม **นิติศาสตร์เชิงบทบัญญัติ**ก็จะศึกษามิติการใช้และการให้ความหมาย แก่กฎเกณฑ์ทางกฎหมายนั้น ๆ ไม่ว่ามีการใช้การตีความอย่างไร **และนิติศาสตร์ทางข้อเท็จจริง**ซึ่งศึกษาการก่อตัวของกฎเกณฑ์นั้น ๆ และความมุ่งหมายตลอดจนความประพฤติ-ไม่ประพฤติตามกฎเกณฑ์นั้น ๆ และผลกระทบในความเป็นจริง เรื่อยไปจนถึงบริบททางสังคมที่หล่อหลอมปรากฏการณ์ทางกฎหมายเหล่านั้นขึ้น

1.1.2 นิติศาสตร์ไทย: ศาสตร์ (science) หรือศาสตรา (weapons) ?

การศึกษากฎหมายไทยก่อนการปฏิรูประบบศาลและกฎหมายในรัชสมัยพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว เป็นการศึกษาแบบโบราณในระบบอุปถัมภ์แบบ นาย-ไพร่ คือ ต้องไปรับใช้ผู้พิพากษาตระลาการ พัดวี นวดเฟ้น คอยสังเกต จดจำ "ลีลา" และ "เนื้อหา" ของกฎเกณฑ์ แม้ตัวกฎหมายเอง (กฎหมายตราสามดวง) ก็ถือเป็นสิ่ง "ศักดิ์สิทธิ์" มีต้นฉบับ 3 ฉบับอยู่ในที่ที่เป็นใจกลางพระนครอันเป็นราชธานี ใครลักลอบเอามาพิมพ์ก็มีความผิดต้องอาญาแผ่นดินเหมือนที่นายโหมด อมาตยกุล ถูกเฆี่ยนเพราะคัดลอดต้นฉบับมาให้หมอบรัดเลพิมพ์เป็นกฎหมาย 2 เล่ม ซ้ำหนังสือยังถูกสั่งเผาอีก แต่การศึกษาแบบนี้ก็มีข้อดีตรงเป็นการ "อบรม" และ "บ่มนิสัย" ของผู้ศึกษาให้เดินตามรอยผู้ "อบรม" ซึ่งถ้าเป็นคนดี ผู้ศึกษาก็จะเป็นคนดีตาม การใช้กฎหมายในลักษณะเป็น "ศาสตร์" (science) จึงไม่มี และการใช้กฎหมายในลักษณะ "ศาสตรา"

เพื่อฟาดฟันผู้อยู่ตรงกันข้ามก็คงมีบ้าง แต่ไม่กว้างขวางและแพร่หลาย เพราะ "นักกฎหมาย" มีน้อย

ตั้งแต่การปฏิรูปการศาลและระบบกฎหมายให้ทันสมัยแบบตะวันตก ซึ่งจำเป็นต้องรีบ "ผลิต" นักกฎหมายออกมาให้พอกับจำนวนศาลที่ตั้งขึ้นใหม่ และมีตำแหน่งผู้พิพากษา-ข้าราชการที่ต้องรู้และใช้กฎหมายแบบตะวันตกเป็น กรมหลวงราชบุรีดิเรกฤทธิ์ทรงเปิดสอนกฎหมายอย่างไม่เป็นทางการ ซึ่งต่อมาก็พัฒนามาเป็นโรงเรียนกฎหมายในกระทรวงยุติธรรม แล้วตั้งสภานิติศึกษาขึ้น เอาชาวตะวันตกเข้ามาช่วยสอนกฎหมายในรัชสมัยพระบาทสมเด็จพระมงกุฎเกล้าเจ้าอยู่หัว แล้วโอนมาสังกัดคณะนิติศาสตร์และรัฐศาสตร์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย แล้วถูกยกไปเป็นมหาวิทยาลัยวิชาธรรมศาสตร์และการเมืองหลังการเปลี่ยนแปลงการปกครอง จนมหาวิทยาลัยดังกล่าวถูกเปลี่ยนชื่อและเปลี่ยนจากมหาวิทยาลัยเปิดไปสู่มหาวิทยาลัยปิดที่มีคณะวิชาอื่นมากมายขึ้น และคณะนิติศาสตร์เป็นเพียงหนึ่งคณะในมหาวิทยาลัยนั้นเรื่อยมาจนถึงการจัดตั้งภาควิชานิติศาสตร์ในคณะรัฐศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัยแล้วยกขึ้นเป็นคณะนิติศาสตร์ ไปจนการเปิดสอนกฎหมายในมหาวิทยาลัยเปิดของคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง และจบลงด้วยการสอนวิชา "นิติศาสตร์" ทางไกลในมหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช การพยายามเปิดวิชานิติศาสตร์ในคณะสังคมศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่ เรื่อยไปจนมหาวิทยาลัยเอกชนไหนๆ ก็จัดสอนนิติศาสตร์อย่างแพร่หลายจนเวลานี้ ไม่มีใครรู้ว่า "นิติศาสตรบัณฑิต" มีกี่คน แต่ที่แน่ ๆ ไม่ต่ำกว่าหลายแสนคน (หรืออาจจะถึงล้านก็ได้ !)

คำถามก็คือ "นิติศาสตรบัณฑิต" เหล่านี้**ได้อะไร ?** จากการศึกษานิติศาสตร์แบบไทย และ**ให้อะไรกับสังคมไทย ?** จากการศึกษาแบบนั้น

คำตอบสำหรับคำถามแรกคงไม่ยากนัก เพราะเมื่อศึกษาหลักสูตร เนื้อหาของวิชาที่เรียน และวิธีเรียน-สอนย้อนหลังไปแล้ว เราคงจะตอบได้ว่า "นิติศาสตรบัณฑิต" หลายแสนคนได้สิ่งต่อไปนี้ไป

ประการแรก **บทบัญญัตินิยม** (legal positivism) กฎหมายที่เขาเหล่านั้นเรียนมาจากครูในมหาวิทยาลัย คือ ตัวบทกฎหมายเสียร้อยละเก้าสิบเก้า ไม่ว่าจะเป็นประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ซึ่งเรียนกันทุกมาตรา) ประมวลกฎหมายอาญา (ทุกมาตรา) ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง และประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา (แทบทุกมาตรา) รวมทั้งตัวบทกฎหมายอื่น ๆ อีกมหาศาล สิ่งที่ขาดหายไป คือ กฎหมายนิรลิขิตหรือไม่เป็นลายลักษณ์อักษร (unwritten law) ซึ่งแทบไม่มีใครสอน-เรียนกัน

ประการที่สอง **จำได้-ใช้เป็น** เป็นวิธีการเรียนการสอนที่แพร่หลายที่สุด คือ ตัวบทกฎหมายอธิบายด้วยการตีความของศาลอาญา เรียน-ท่อง-จำ จนตอนหลังคำพิพากษาศาลฎีกา

ออกจะสำคัญกว่าทฤษฎีที่อยู่หลังตัวบทกฎหมายแบบตะวันตกด้วยซ้ำ ใครตอบปัญหาขัดกับ "ฎีกา" ก็มักสอบตก ใครเสนอแนวคิดใหม่ก็จะถูกถามว่า "มีฎีกาสนับสนุน" ไหม ?

อันที่จริงการศึกษาตัวบท คำพิพากษาศาลฎีกาไม่ใช่เรื่องเสียหาย**และจำเป็น** เพราะจะทำให้รู้ว่า **"กฎเกณฑ์ของกฎหมายในเชิงคดี"** ที่ฟ้องกันตามโรงศาลว่าท้ายที่สุด ใครจะแพ้-ชนะอย่างไร แต่คำถามก็มีต่อไปว่า การศึกษาแต่เพียงทำนอง**นี้เพียงพอ**หรือไม่ ? เพราะกฎเกณฑ์แห่งกฎหมายและนิติสัมพันธ์ส่วนใหญ่ในสังคมไทยที่ไม่นิยมการใช้กฎหมายเป็นเครื่องตัดสินดังสุภาษิตที่อ้างว่า "เป็นความ กินขี้หมาดีกว่า" นั้น มีมากมายกว่าการเป็นคดีหลายร้อยเท่านัก

ประการที่สาม **ยุติธรรมคือยุติธรรมตามตัวบทกฎหมายเท่านั้น** นิติศาสตรบัณฑิตเหล่านี้ได้รับการสั่งสอนว่า ความยุติธรรมแท้หายากเพราะใจใครใจมัน แต่ที่ยุติธรรมที่แน่ก็คือยุติธรรมตามตัวบทกฎหมาย ซึ่งเป็นผลมาจากตัวบทกฎหมาย ซึ่งเป็นผลมาจากบัญญัตินิยมนั่นเอง ผลก็คือ การศึกษากฎหมายเชิงคุณค่าทางปรัชญาและอุดมการณ์ขาดหายไปโดยสิ้นเชิง อาจารย์สอนกฎหมายพร้อมจะบรรยายให้นักศึกษาฟังอย่างละเอียดว่า ใครก็ตามที่ครอบครองสังหาริมทรัพย์ของผู้อื่น 5 ปี อสังหาริมทรัพย์ 10 ปีติดต่อกันโดยสงบ เปิดเผย และด้วยเจตนาเป็นเจ้าของก็ได้กรรมสิทธิ์ตาม ป.พ.พ. มาตรา 1382 มิใยว่าสิ่งนั้นจะเป็น "อทินนาทาน" ตามหลักพุทธศาสนา ! นิติศาสตรบัณฑิตไทยจึงเคลิ้ม ๆ ไปว่ากฎหมายก็คือความเป็นธรรม ความเป็นธรรมก็คือกฎหมาย ทั้งๆ ที่ถ้าใช้สามัญสำนึกเพียงเล็กน้อยว่า ถ้าสองสิ่งคือสิ่งเดียวกันแล้ว เหตุไฉนจึงใช้คำต่างกัน (กฎหมาย คือ law ความเป็นธรรม คือ justice)!

ประการที่สี่ บทบัญญัติที่เรียนที่สอนกันเชิงคดี มีแต่ **"กฎหมายบัญญัติของไทย"** เท่านั้น การศึกษาเชิงหลักการ/ทฤษฎีมีน้อยมาก (โดยเฉพาะระดับปริญญาตรี) แทบไม่มีการเหลียวดูต่างประเทศในเชิง **กฎหมายเปรียบเทียบ** (comparative law) เลย ทำให้ฉงนว่าสิ่งที่เรียนสอนกันนี้เรียกว่า "ศาสตร์" (science) ได้อย่างไร? เพราะหาความเป็นสากล (universality) ได้น้อยมาก คนศึกษาเคมี ชีววิทยา ก็คงศึกษาเหมือนกันทั้งโลก ไม่มีเคมีไทย ชีววิทยาไทย คนศึกษาสังคมวิทยาก็เหมือนกัน แต่นิติศาสตรบัณฑิตของเราศึกษา "ศาสตร์" ที่มีลักษณะเฉพาะตัวใช้ได้ในดินแดนที่เรียกว่า "ประเทศไทย" นั้น

อันที่จริง ถ้าจะพยายามคิดเข้าข้างผู้ร่วมศึกษา "นิติศาสตรบัณฑิต ในทุกยุคสมัย เหมือนๆ กับผู้เขียน ก็คงต้องบอกว่าสากลภาพของนิติศาสตร์ (legal science) อยู่ที่กระบวนการหรือระเบียบวิธีศึกษา (methodology) หาใช่เนื้อหา (content) ไม่ แม้จะคิดเข้าข้างดังนี้ก็ยังเป็นไปไม่ได้ เพราะเอาเข้าจริงระเบียบวิธีหรือกระบวนการ (methodology) ที่โรงเรียนกฎหมายไทยใช้อยู่ก็หามีความเป็นสากลภาพเหมือนนานาประเทศไม่! ดังจะกล่าวต่อไปเป็นประการที่ห้า

ประการที่ห้า **การขาดความรู้ความเข้าใจสัมพันธ์ของการก่อตัวขึ้นของกฎเกณฑ์ทางกฎหมาย-บทบัญญัติและกฎเกณฑ์ที่ไม่ใช่บทบัญญัติ-การประพฤติหรือไม่ประพฤติตามกฎเกณฑ์และผลกระทบตลอดจนบริบททางสังคมที่หลอมสิ่งที่เป็นปรากฏการณ์ทั้งสามขึ้น** โดยผลของการไม่เข้าใจ เพราะไม่ได้สอน-ไม่ได้เรียน และไม่ได้ "เรียนรู้" นอกห้องเรียน ทำให้ "นิติศาสตรบัณฑิต" จำนวนมากไม่เคยแยแสสิ่งที่เกิดขึ้นในสังคมจากกฎเกณฑ์ที่เรียกว่า "กฎหมาย" โดยเฉพาะจากกฎหมายบัญญัติที่ใช้อำนาจรัฐเขียนขึ้น นิติศาสตรบัณฑิตเหล่านี้พร้อมที่จะเขียนกฎหมายให้ทรัพยากรทุกชนิดเป็นของ "รัฐ" และเอาผิดทางอาญากับคนที่ฝ่าฝืนมาใช้ทรัพยากรนั้นโดยไม่ขออนุญาตและให้เงินค่าภาคหลวง ทั้งๆ ที่เขาเหล่านั้นเคยสามารถใช้ประโยชน์มาหลายชั่วอายุคนแล้ว ! ที่ร้ายที่สุด คือ นิติศาสตรบัณฑิตส่วนใหญ่เชื่อว่า "กฎหมายที่ตราขึ้นแล้ว" ใช้บังคับได้โดยไม่ต้องพิจารณาว่า ใครเป็นผู้กำหนดกฎหมาย กำหนดอย่างไร ใครได้ประโยชน์-เสียประโยชน์ มีทางเลือกอื่นที่สร้างความเป็นธรรมให้กับคนหมู่มากได้มากกว่านี้หรือไม่ ? เทคนิคที่ดูขลังและน่าเลื่อมใสก็คือ การไปลอกกฎหมายต่างประเทศมาใช้ในเมืองไทย ทำให้ดูขลังและน่าเชื่อ แม้ว่า "ต่างประเทศแต่ละประเทศ" ก็อาจมีการแก้ปัญหาที่ต่างกันมากในบางเรื่องโดยเฉพาะทางเศรษฐกิจ ทางการเมืองและสังคม ที่ไม่ใช่กฎหมายแพ่ง กฎหมายอาญา หรือกฎหมายวิธีพิจารณาความในศาล (ซึ่งแม้กฎหมายเหล่านี้ก็อาจแตกต่างกันตามระบบสังคมและวัฒนธรรม และการศึกษากฎหมายเปรียบเทียบ (comparative law) ที่แท้จริงต้องสะท้อนสิ่งเหล่านี้ แต่การทำบทบัญญัติเปรียบเทียบ (comparative legislation) ก็ดี การไป "ลอก" หรือ "แปล" หรือ "หยิบยืม" กฎหมายประเทศใดประเทศหนึ่งมาก็ดีหาได้สนใจสิ่งเหล่านี้ไม่)

ผลที่เกิดขึ้นจากนิติศาสตร์แบบนี้ก็คือ นักกฎหมายจำนวนมากถือว่าความสำเร็จทางกฎหมายก็คือ การใช้และการตีความกฎหมายที่ทำให้ "ชนะ" ไม่ว่าชนะคดี ชนะปัญหาที่ลูกความตั้งให้แก้ ชนะส่วนราชการที่ออกกฎหมาย ในแง่ผู้ใช้บังคับกฎหมายก็ตีความตามตัวบทกฎหมาย ระเบียบข้อบังคับ คำพิพากษา ศาลฎีกา หรือความเห็นคณะกรรมการกฤษฎีกาให้แม่นยำที่สุดก็ถือว่าเก่งและประสบความสำเร็จ

การใช้และการตีความกฎเกณฑ์แห่งกฎหมายโดยปราศจากมิติทางคุณค่า-คุณธรรม ปราศจากการเชื่อมสัมพันธ์ปรากฏการณ์ 3 ประการของกฎหมายเข้ากับบริบทสังคมในความเป็นจริงที่หล่อหลอมปรากฏการณ์ทางกฎหมายเหล่านี้ พร้อมที่จะทำให้นัก "นิติศาสตร์ไทย" กลายเป็นนัก "นิติศาสตรา" ซึ่งหมายถึงใช้กฎหมายเป็น "เครื่องมือ" เพื่อให้ได้มาซึ่งสิ่งที่ตนต้องการเท่านั้น มิใยว่าจะขัดต่อความเป็นธรรมตามคุณธรรมหรือสร้างปัญหาในคนส่วนใหญ่เพียงใดก็ตามยิ่งในสังคมที่ "อำนาจ" คือ "ธรรม" ด้วยแล้ว การใช้กฎหมายและนิติศาสตร์เป็นนิติศาสตราฟาดฟันคนส่วนใหญ่ โดยมีนักกฎหมายจำนวนมากเป็นผู้สนองความต้องการยิ่งเป็นไปง่ายยิ่งขึ้น

1.1.3 ปัญหาสังคมไทยและบทบาทนิติศาสตร์

สังคมไทยปัจจุบันมีปัญหา และความซับซ้อนของปัญหามากมาย ทั้งที่เป็นปัญหาเชิงโครงสร้างและเนื้อหาความเหลื่อมล้ำระหว่างคนส่วนใหญ่ที่เป็นเกษตรกรในชนบทและลูกจ้างตลอดจนคนจนในเมืองกับคนส่วนน้อยในภาคธุรกิจ อุตสาหกรรม นับวันยิ่งห่างขึ้นทุกวัน เพราะยุทธศาสตร์การพัฒนาถูกกำหนดมาล่วงหน้าในกระแสโลกาภิวัตน์ (globalization) ของระบบทุนนิยมระหว่างประเทศ (ดู เสน่ห์ จามริก, การเมืองไทยกับพัฒนาการรัฐธรรมนูญ, มูลนิธิโครงการตำรา, 2549, หน้า 207-346) เป็นผลให้กฎเกณฑ์แห่งกฎหมายไทยและการใช้กฎหมายตามนโยบายเป็นไปเพื่อธุรกิจอุตสาหกรรมในเมืองเป็นหลัก แม้ศาสตร์ทั้งหลายที่มาจากตะวันตกก็อยู่ในกระแสที่ถูกกำหนดมาแล้วโดยผลประโยชน์ของมหาอำนาจตะวันตก ระเบียบเศรษฐกิจของโลกใหม่ (New World Economic order) ที่อาศัยตามข่ายกฎหมายและองค์กรอย่าง GATT (ข้อตกลงทางการค้าและภาษีศุลกากร) และลูกหลาน เช่น MFA (Multi Fiber Arrangement) เป็นตัวกำหนดกฎเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศเกี่ยวกับการเงินก็ดี มี IMF (กองทุนการเงินระหว่างประเทศ) World Bank (ธนาคารโลก) และสถาบันอื่นในลักษณะเดียวกัน (อาทิ ธนาคารเพื่อพัฒนาเอเชีย ฯลฯ) เป็นเครื่องช่วยกำหนดกฎเกณฑ์ทางกฎหมายระหว่างประเทศเกี่ยวกับการเงินก็ดี จนเกิดวิชา "กฎหมายเศรษฐกิจระหว่างประเทศ" หรือ ที่เคย**เป็นกลางและอิสระ**ในอดีตกลับถูกกำหนดขึ้นและตอบสนองยุทธศาสตร์ของมหาอำนาจตะวันตกทางเศรษฐกิจไปโดยปริยาย

แม้ในเรื่องทรัพยากรก็ไม่แตกต่างไปจากนี้ ประโยคที่ผู้สอนกฎหมายให้นิสิตฟังอย่างจับใจว่า "ท้องทะเลหลวงก็ดี ทรัพยากรชีวภาพก็ดี **เป็นสมบัติของมวลมนุษยชาติ**" (common heritage of mankind) ช่างไพเราะจับใจเสียนี่กระไร แต่ถามลงไปให้ลึกกว่านั้นว่า ใครคือมนุษยชาติที่มีความรู้เทคโนโลยีและเงินพอที่จะแสวงหาประโยชน์ได้จากการนั้น คำตอบที่ได้ก็จะเห็นชัดขึ้นว่าหลักการสวยหรูนี้ก่อตัวขึ้นเป็นกฎเกณฑ์ทางกฎหมายเพื่อประโยชน์ของใครและจะมีผลกระทบต่อใคร และบริบทการแพร่ขยายหลักการนี้โดย "ศาสตร์" ที่ถูกกำหนดกรอบความคิดมาแล้วอย่างไร

ผลที่เกิดขึ้นก็คือ นักนิติศาสตร์ที่ประสบความสำเร็จ คือ นักนิติศาสตร์ที่ใช้กฎหมายเป็นศาสตราได้อย่างมีประสิทธิภาพ ในกระแสยุทธศาสตร์การพัฒนาแบบโลกานุวัตรนี้เอง ชื่อเสียงเกียรติยศ ทรัพย์สิน เงินทอง ตำแหน่งก็จะตามมาให้นักกฎหมายที่อยู่ในกระแสนี้ เมื่อ "แรงจูงใจ" (incentive) เป็นเช่นนี้ ใครเล่าจะหันมาให้ความสนใจกับปัญหาคนส่วนใหญ่ในสังคม ไม่ว่าปัญหาความล้าหลังทางเศรษฐกิจและการผลิตของคนชนบท ปัญหาโสเภณี ปัญหาสลัม ปัญหาการละเมิดสิทธิมนุษยชน ฯลฯ เพราะสิ่งตอบแทนอันเป็นแรงจูงใจในการแก้ปัญหานี้ไม่มีเอาเสียเลย มิหนำซ้ำอาจถูกตราหน้าจากอำนาจรัฐว่าเป็น "พวกก่อกวน" หรือ "ขบวนการโลกาวินาศ" เสียอีก ดังนั้นนักกฎหมายจำนวนมากก็จำต้องหักเหเข้าสู่กระแสนี้ ปัญหาสังคมที่อาจเกิดจากกฎหมายส่วนหนึ่ง

อาทิเช่น ปัญหาเรื่องบุกรุกที่ป่าก็ถูกละเลยจากนักกฎหมายเหล่านี้ (บวรศักดิ์ อุวรรณโณ และคณะ, "พัฒนาการของกฎหมายป่าไม้ไทย : จาก "บุกเบิก" ที่ได้รับการส่งเสริมมาเป็น "บุกรุก" ที่ต้องจับกุม, ในป่าชุมชนในประเทศไทย : แนวทางการพัฒนา เล่ม 12536, หน้า 67-124)

กล่าวโดยสรุปก็คือ "นิติศาสตร์" ที่สอนและเรียนกันไม่ได้ทำให้ผู้สอน-ผู้เรียนเห็นปรากฏการณ์ทางกฎหมาย 3 ประการ ที่เชื่อมโยงกับบริบททางสังคมอย่างกว้าง ไม่ได้ช่วยแก้ปัญหาให้สังคมโดยรวม มุ่งแก้ปัญหาให้ "บุคคล" เพื่อการ "ชนะความ" (ในความหมายอย่างกว้าง) และที่ร้ายที่สุดก็คือ นักกฎหมายอาจเขียนกฎหมายตอบสนองผู้มีอำนาจอย่างไรก็ได้

1.2 สถานภาพการวิจัยทางนิติศาสตร์ในปัจจุบัน

เมื่อพูดถึง "การวิจัย" (research) ก็อาจแบ่งแยกการวิจัยได้หลายวิธี อาทิ หากเอา**วัตถุประสงค์สุดท้ายจะนำงานวิจัยไปใช้ประโยชน์** เราอาจแยกหยาบๆ เป็น**การวิจัยเชิงวิชาการ** (academic research) ซึ่งผู้ทำวิจัยต้องการสร้างองค์ความรู้ให้เกิดขึ้นในศาสตร์ที่ศึกษา กับ**การวิจัยเชิงนโยบาย** (policy research) ซึ่งผู้ทำมุ่งวิจัยปัญหาที่เกิดขึ้นจริง เพื่อนำเสนอนโยบายและวิธีการในการแก้ปัญหานั้น พูดง่ายๆ คือ วิจัยแบบแรกทำเพื่อไว้ใช้ศึกษาต่อไป (ขึ้นหิ้งในห้องสมุด) กับวิจัยแบบหลังทำเพื่อให้ผู้มีอำนาจเอาไปใช้แก้ปัญหาจริงๆ

ถ้าเราแบ่งการวิจัยตาม**วิธีการวิจัย** เราก็คงเคยได้ยิน**การวิจัยเชิงคุณภาพ** (Qualitative research) ซึ่งไม่เน้นข้อมูลตัวเลขที่ทำให้ดูเหมือนเป็นวิทยาศาสตร์ แต่เน้นการค้นคว้าเอกสารหรือการวิจัยเชิงประจักษ์โดยการสังเกต ส่วน**การวิจัยเชิงปริมาณ** (Quantitative research) ที่เน้นตัวเลข และการตีความตัวเลขโดยอาศัยหลักการทางสถิติและเมื่อมาประยุกต์กับสังคมศาสตร์ก็จะเน้นการออกแบบสอบถามเพื่อนำไปประเมินทางสถิติ ที่เป็นเช่นนี้ก็เพื่อทำให้สังคมศาสตร์ที่ถูกกล่าวหาว่า "นั่งเทียน" และเป็น "อัตวิสัย" (subjective) ของตัวผู้ทำวิจัย (แบบคุณภาพ) เองดูเหมือนจะเป็น "วิทยาศาสตร์" ที่พิสูจน์ได้แน่ชัดด้วยตัวเลขและมีความเป็น "ภาวะวิสัย" (objective) เพราะได้ข้อมูลจากแหล่งอื่นที่ไม่ใช่ "อัตตา" ของผู้เขียนวิจัย

ถ้าสภาพของ "ศาสตร์" เป็นเช่นใด สภาพการวิจัยในศาสตร์นั้นก็คงไม่แตกต่างไปจากตัวศาสตร์นัก

ดังนั้น สภาพการวิจัยทางนิติศาสตร์ในปัจจุบันมีลักษณะดังนี้

1.2.1 การวิจัยส่วนมากเป็นการวิจัยทางวิชาการเพื่อขอรับปริญญานิติศาสตร์มหาบัณฑิตหรือความก้าวหน้าอื่น

การวิจัยที่ทำกันเป็นล่ำเป็นสันที่สุดในปัจจุบันก็คือ วิทยาศาสตร์ เพื่อขอรับนิติศาสตร์-มหาบัณฑิตซึ่งปัจจุบันเปิดสอนหลายแห่ง โดยเฉพาะที่จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย มหาวิทยาลัย

ธรรมศาสตร์ และต่อไปในอนาคตคงจะมีมหาวิทยาลัยรามคำแหง และมหาวิทยาลัยเอกชนอื่นๆ ตามมาอีก (ปัจจุบันวิทยานิพนธ์ที่นิติศาสตร์บัณฑิตจากจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัยทำตั้งแต่ปี 2512 ถึงเดือนมิถุนายน 2537 มีทั้งสิ้น 543 เล่ม) นอกจากนั้น ก็มีงานวิจัยทางวิชาการของบรรดาคณาจารย์ในมหาวิทยาลัยเพื่อขอตำแหน่งทางวิชาการอยู่บ้าง อย่างไรก็ตาม การวิจัยทำนองนี้มีลักษณะร่วมกันประการหนึ่ง คือ ส่วนใหญ่เป็น**การวิจัยเชิงวิชาการ**เพื่อสร้างความรู้อาจไม่มุ่งหมายให้นำไปใช้แก้ปัญหาได้จริงจัง และส่วนใหญ่เป็น**การวิจัยเชิงคุณภาพ**

1.2.2 การวิจัยส่วนมากมักเน้น "กฎหมาย" แท้ๆ

จริงอยู่ อาจมีงานวิจัยทางนิติศาสตร์ที่ศึกษาการก่อตัวของกฎเกณฑ์ทางกฎหมายเชื่อมโยงกับตัวบทบัญญัติอยู่บ้าง แต่ก็เป็นงานเดิมๆ ของผู้มีชื่อเสียงทางประวัติศาสตร์กฎหมาย ซึ่งอาจมองเห็นความสัมพันธ์กับกฎหมายแบบตะวันตกภายหลังรัชสมัยพระบาทสมเด็จพระ-จุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัวได้มาก อาทิ งานของ ร.แลงกาต์ งานของ ม.ร.ว.คึกฤทธิ์ ปราโมช ฯลฯ (โปรดดูสำนักงานคณะกรรมการการวัฒนธรรมแห่งชาติ, กฎหมายตราสามดวงกับสังคมไทย, โดยเฉพาะเรื่อง "พระธรรมศาสตร์ไทย" ของโยเนโอธ อิชิอิ (นิธิ เอียวศรีวงศ์ แปล), 2533, หน้า 9-58 ซึ่งสำรวจสภาพการวิจัยเชิงประวัติศาสตร์ไว้มาก) แต่งานส่วนใหญ่ไม่ให้ความสนใจกับ "การก่อตัวของกฎเกณฑ์ทางกฎหมาย" เลย ไม่ว่าจะเป็นเชิงประวัติศาสตร์ดังกล่าวมาแล้ว หรือเชิงการเมืองที่แสดงพฤติกรรมของผู้บัญญัติกฎหมาย รวมถึงกลุ่มผลประโยชน์ต่างๆ ซึ่งน่าศึกษาอย่างยิ่ง อาทิ สมัยสภานิติบัญญัติแห่งชาติ (ซึ่งเป็นสภาข้าราชการที่มาจากการแต่งตั้ง) มีการออกกฎหมายอะไร ใครเป็นผู้เสนอ ใครเป็นผู้ได้ประโยชน์จากกฎหมายเหล่านั้น สิ่งเหล่านี้เป็นการวิจัยปรากฏการณ์ทางกฎหมายที่เป็นผลต่อการก่อตัวของกฎเกณฑ์ทางกฎหมาย ซึ่งไม่เคยอยู่ในความสนใจของนักวิจัยแต่ดั้งเดิมเลย

ไม่เพียงเท่านั้น การศึกษาความสัมพันธ์ระหว่างบทบัญญัติของกฎหมายกับผลกระทบที่เกิดขึ้นจริงในสังคมก็ขาดหายไป นักวิจัยกฎหมายสิ่งแวดล้อมก็สนใจศึกษาเฉพาะ**ต่างประเทศบางประเทศ** (ที่ผู้ศึกษารู้จัก) แก้ปัญหาสิ่งแวดล้อมด้วยการกำหนดกฎเกณฑ์ทางกฎหมายอย่างไร แล้วอาจเสนอให้นำกฎเกณฑ์นั้นมาบัญญัติไว้ในกฎหมายไทย แค่นี้ก็ถือกันโดยทั่วไปว่าบรรลุภารกิจของการวิจัยแล้ว หามีผู้ใดสนใจศึกษาจริงจังว่าการกำหนดกฎเกณฑ์เช่นนั้นก่อผลกระทบอย่างไรในประเทศต้นแบบ และก่อหรือจะก่อผลกระทบทางสังคมไทยจริงอย่างไร

ยิ่งไปกว่านั้น "กฎหมาย" ที่ศึกษาก็เป็นเพียง "กฎหมายบัญญัติ" ไม่มีใครให้ความสนใจกับการศึกษา "กฎหมายนิรลิขิต" ในรูปจารีตประเพณีที่มีมาของเราเองก็ดี ของสังคมอื่นๆ ตลอดจนหลักกฎหมายทั่วไปในเรื่องนั้นๆ อย่างจริงจัง

1.2.3 การวิจัยส่วนมากขาดการ "เปรียบเทียบกฎหมาย" อย่างแท้จริง

การเปรียบเทียบกฎหมายที่แท้จริงตามหลักการของกฎหมายเปรียบเทียบ (comparative law) นั้น ไม่ใช่การนำเพียง "บทบัญญัติของกฎหมาย" (provision) ของต่างประเทศมาคัดลอก แปล หรืออธิบาย แต่มีความหมายถึงการศึกษาการแก้ปัญหานั้นๆ โดยกฎเกณฑ์ทางกฎหมายในบริบทสังคมอย่างกว้างขวางของประเทศนั้นๆ ด้วย ดังนั้น การเปรียบเทียบกฎหมายที่แท้จริงจึงศึกษา "กฎเกณฑ์แห่งกฎหมาย" ทุกประเภทไม่จำกัดเฉพาะบทบัญญัติลายลักษณ์อักษร ทั้งยังต้องมุ่งศึกษา "**หน้าที่**ของกฎเกณฑ์ในการแก้ปัญหา" (functional approach) ซึ่งอาจใช้หลักกฎหมายและกระบวนการทางกฎหมายที่ต่างกันในแต่ละสังคม แต่ถ้ามุ่งแก้ปัญหาเดียวกันก็ต้องนำมาศึกษา ยิ่งกว่านั้นกฎหมายเปรียบเทียบที่แท้จริงยังครอบคลุมถึงความสัมพันธ์ของปรากฏการณ์ทางกฎหมาย 3 ประการข้างต้นต่อกันและกัน และต่อบริบททางสังคมที่กฎเกณฑ์อื่นใช้อยู่ เมื่อเป็นเช่นนี้ กฎหมายเปรียบเทียบจึงไม่ใช่ของง่าย เพราะต้องอาศัยไม่เพียงความรู้ความเข้าใจในภาพรวมของระบบกฎหมายที่กำลังศึกษา และกฎเกณฑ์เชิงลึกในเรื่องที่ศึกษา แต่ยังต้องเข้าใจประวัติศาสตร์และสังคม เศรษฐกิจ การเมืองของระบบกฎหมายนั้นด้วย

งานวิจัยทำนองนี้น้อยมาก หรือจะเรียกได้ว่าไม่มีเลยก็ได้ สิ่งที่เห็นๆ กันอยู่ คือ การนำเพียง "บทบัญญัติ" ของกฎหมายและคำอธิบายกฎหมายนั้นๆ ทางตำรา ประกอบคำพิพากษา (ซึ่งก็ไม่ค่อยมีคนศึกษาไปถึงจุดนี้มากนัก) มาอธิบายกฎหมายต่างประเทศ หรือการแปล ดัดแปลง หยิบยืมกฎหมายหรือสถาบันทางกฎหมายของต่างประเทศมาใช้ในประเทศไทยเท่านั้น ปรากฏการณ์เช่นนี้เกิดทั้งในกฎหมายเอกชนแบบเดิมกฎหมายมหาชน และกฎหมายวิธีพิจารณาความ อันที่จริงในกฎหมายเอกชนดูจะมีปัญหาน้อย เพราะการไปหยิบยืมกฎหมายสากลไปทั่วโลกเสียแล้ว และกฎหมายดังกล่าวก็พัฒนามากว่า 2,000 ปี พอที่จะมีความอิ่มตัวให้หยิบได้ไม่ยาก

แต่ในกฎหมายมหาชนนั้น ไม่ว่าจะเป็นรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายปกครอง ซึ่งเพิ่งเกิดเป็นกฎหมายจริงจังในยุคใหม่หลังการประกาศเอกราชและใช้รัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริการับการปฏิวัติใหญ่ในฝรั่งเศสในศตวรรษที่ 18 นั้น ปัญหาค่อนข้างจะมาก เพราะ "ความอิ่มตัว" ในเชิงพัฒนาการความสมบูรณ์ของกฎหมายก็ดี "ความเป็นสากลภาพ" ก็ดี ดูจะเทียบกับกฎหมายเอกชนไม่ได้เลย แต่เราก็ยังนิยมวิธีการ "หยิบยืม" มากกว่า "เปรียบเทียบ" กฎหมายอย่างแท้จริง

1.2.4 งานวิจัยทางนิตินโยบาย (legal policy) เป็นงานวิจัยเพื่อสร้างโลกานุวัตรให้เข้มแข็งไม่ใช่เพื่อแก้ปัญหาคนหมู่มากในสังคมไทย

จริงอยู่ ในระยะ 10 ปีหลังเป็นต้นมา ความซับซ้อนทางเศรษฐกิจ สังคม การเมืองมี

มากขึ้นจนผู้กำหนดนโยบายในบ้านเมืองจำนวนหนึ่งเริ่มหันมาให้ความสนใจกับการว่าจ้างให้นักนิติศาสตร์ทำวิจัยเชิงนิตินโยบาย เพื่อนำไปใช้ในการร่างและเสนอกฎหมายมากขึ้นเป็นลำดับ โดยเฉพาะกระทรวงพาณิชย์ และสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา (ซึ่งมี "คณะกรรมการพัฒนากฎหมาย" เป็นผู้รับผิดชอบโดยตรง โดยมีสำนักงานฯเป็นฝ่ายเลขานุการ) ซึ่งได้รับการตอบสนองจากนักวิชาการนิติศาสตร์ในมหาวิทยาลัยอย่างดี และการวิจัยกฎหมายเชิงนโยบายนี้ก็เขยิบฐานะจากการศึกษา "บทบัญญัติ" ของประเทศใดประเทศหนึ่งเชิงการตีความแบบเดิม มาเป็นการศึกษาเชิงสหสาขาวิชา (interdisciplinary research) มากขึ้น มีการให้ความสนใจผลกระทบของกฎหมายต่อเศรษฐกิจมากขึ้น และผลงานวิจัยหลายชิ้นได้รับการนำเสนอเป็นกฎเกณฑ์ทางกฎหมาย

อย่างไรก็ตาม เนื้อหาของการวิจัยและวัตถุประสงค์การวิจัยก็ยังเน้นปัญหาการรวมตัวของประเทศเข้าสู่ระเบียบเศรษฐกิจโลกใหม่ในกระแสโลกานุวัตรนั้นเอง ผลคือ การศึกษาเชิงนิตินโยบายเหล่านี้นำไปสู่การตอบคำถามที่ว่า เราจะแก้ปัญหาทางกฎหมายและปรับปรุงกฎหมายไทยอย่างไร จึงจะไม่ถูกมหาอำนาจตอบโต้หรือจึงจะได้มาตรฐานระหว่างประเทศ (international standard) (ซึ่งถูกกำหนดกรอบโดยมหาอำนาจตะวันตกมาแล้ว) ดังกรณีการศึกษาวิจัยเกี่ยวกับกฎหมายลิขสิทธิ์ สิทธิบัตร การเจรจาการค้ารอบอุรุกวัย แม้การศึกษาในเชิงกฎหมายมหาชนที่ส่วนราชการทั้งหลายว่าจ้างให้ทำอยู่ ไม่ว่าเป็นการปรับปรุงองค์กรปกครองท้องถิ่นให้กระจายอำนาจมากขึ้น "การปฏิรูปการเมืองและการปกครอง" ในเรื่องต่าง ๆ ก็ยังเป็นการแก้ปัญหาเชิงโครงสร้างของรัฐส่วนกลางให้ตอบสนองกระแสโลกานุวัตรให้ดีขึ้นและเป็นประชาธิปไตยขึ้น

สิ่งเหล่านี้ไม่ใช่เรื่องเสียหาย ในทางตรงกันข้ามอาจเป็นสิ่งจำเป็นด้วยซ้ำไป เพราะเราไม่สามารถโดดเดี่ยวตัวเองจากสังคมโลกได้ และยุทธศาสตร์การพัฒนาของเราได้เลือกกระแสนี้มากว่าร้อยปีแล้ว แต่ความจำเป็นไม่ได้หมายความถึงเพียงพอ ปัญหาที่เกิดขึ้นในเวลานี้คือ ทุกหน่วยงานและนักวิชาการส่วนใหญ่ต่างให้ความสนใจแต่ปัญหาการรวมตัวของสังคมไทยกับระเบียบเศรษฐกิจใหม่ของโลกทางเศรษฐกิจ การเมือง (integration to the new world economic order) **เพียงอย่างเดียว โดยให้ความสนใจปัญหาของคนส่วนใหญ่ในสังคมไทยที่ถูกบีบคั้นจากกระแสโลกานุวัตรน้อยมาก** น้อยเสียจนแทบมองไม่เห็น ที่เป็นเช่นนี้เพราะระบบแรงจูงใจ (incentive) ให้ความสำเร็จกับการวิจัยในกระแสมากกว่านอกกระแส เราจึงได้เห็นงานวิจัยกฎหมายเกี่ยวกับกรรมกร เด็ก สตรี ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับที่ดิน ป่าไม้ ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับสลัม ฯลฯ น้อยมาก

คำถามที่เกิดขึ้นในใจของผู้เขียนจึงมีว่า เมื่อสภาพ "นิติศาสตร์" และ "การวิจัยทางนิติศาสตร์" เป็นเช่นนี้ เราจะมีวิธีการปรับปรุงอย่างไร ไม่ให้สายเกินกว่าจะแก้ ?

2. แนวโน้มที่ควรจะเป็นในอนาคต

การปฏิรูปใหญ่ในวิชาการและวิชาชีพกฎหมายต้องเกิดขึ้นเพื่อทำให้ "นิติศาสตร์" เป็น "ศาสตร์" อย่างแท้จริงไม่ใช่ "ศาสตรา" ที่ใครจะฉวยไปใช้ได้อย่างไรก็ได้

เมื่อได้ปฏิรูปนิติศาสตร์แล้ว การปรับปรุงแนวโน้มการวิจัยทางนิติศาสตร์ให้ตอบสนองการพัฒนาประเทศเพื่อคนทุกกลุ่ม ไม่ใช้คนเพียงกลุ่มเดียวจึงจะเกิดขึ้นได้

2.1 การปฏิรูปวิชานิติศาสตร์

ผู้เขียนใคร่ขอเสนอข้อคิดการปฏิรูปนิติศาสตร์ ดังนี้

2.1.1 "กฎเกณฑ์ทางกฎหมาย" ทุกประเภทเป็นวัตถุทางการศึกษา ไม่ใช่เพียงบทบัญญัติที่เขียนโดยอำนาจรัฐเพียงอย่างเดียว ดังนั้น จารีตประเพณีของชาวบ้าน วิถีชีวิตที่แท้จริง ธรรมเนียมปฏิบัติทางการค้า หลักกฎหมายทั่วไป ฯลฯ จึงต้องนำมาศึกษาหมด

2.1.2 "กฎหมายไม่ใช่คดี" เท่านั้น แต่จะต้องศึกษากฎหมายในเชิงกฎหมายที่มีบทบาทหลากหลาย ไม่ว่าจะเป็นการระงับข้อพิพาท (ทั้งเชิงคดีและไม่ใช่เชิงคดี) บทบาทควบคุมสังคม (social control) และบทบาทในฐานะวิศวกรสังคม (social engineering) ในการนี้วิสัยทัศน์และโลกทัศน์ของนักกฎหมายต้องกว้างขึ้นและมีความสนใจศาสตร์อื่นจริงจังขึ้น เพื่อการนี้การให้วิชากฎหมายเป็นปริญญาขั้นที่สอง (second degree) ที่รับผู้สำเร็จวิชาอื่นมาศึกษาต่ออาจต้องคิดกันอย่างจริงจัง

2.1.3 "กฎหมายเป็นส่วนหนึ่งของสังคม" ดังนั้น การศึกษากฎหมายโดยไม่แยกส่วนจากสังคม (ซึ่งปฏิฐานนิยมจัดอย่าง Kelsen ไม่ยอมรับ ดู Hams Kelsen, The Pure of Law) จึงเป็นสิ่งจำเป็นเพราะการแยกส่วนโดยอ้างว่าเพื่อการศึกษาให้ "ลึก" และ "บริสุทธิ์" (pure law) ส่งผลร้ายแรงคือ การใช้กฎหมายของนักกฎหมาย หามีความสัมพันธ์ใดกับสภาพบริบทสังคมเลย ! ดังนั้น การศึกษาความสัมพันธ์ของปรากฏการณ์ทางกฎหมาย 3 ประการ ต่อกันและต่อบริบทสังคมอย่างกว้างขวางจึงเป็นสิ่งที่จำเป็นรีบด่วนที่ต้องกระทำ

2.1.4 การเปรียบเทียบกฎหมายที่แท้จริง (comparative law) เป็นสิ่งที่จำเป็น แต่ต้องเข้าใจว่า "กฎหมายเปรียบเทียบ" คือ การเปรียบเทียบสิ่งที่กล่าวใน 2.1.1-2.1.3 ไม่ได้หมายความเพียง "บทบัญญัติเปรียบเทียบ"

2.1.5 การศึกษากฎหมายเชิงคุณธรรมและคุณค่าที่กฎหมายมุ่งสร้าง "ความเป็นธรรม" (ทั้งในความหมาย justice และ fairness) ในสังคมอย่างแท้จริง ไม่ใช้การศึกษาในฐานะกฎหมายเป็น "เครื่องมือ" หรือ "เทคนิค" ของการใช้อำนาจวางกฎเกณฑ์หรือใช้อำนาจตีความกฎเกณฑ์ใน

ระบบกฎหมาย เป็นสิ่งที่จะทำให้นักกฎหมายมีทั้ง "ความรู้คู่คุณธรรม" อย่างแท้จริง หากขาดมิติคุณค่าเชิงคุณธรรมแล้ว กฎหมายก็อาจเป็น "ศาสตรา" ที่ไม่ใช่ "ศาสตร์" นักกฎหมายอาจเป็นคนที่ใครต้องการอะไร ๆ ก็ส่งให้ทำได้ตามใจของ

การปฏิรูปเช่นนี้ต้องเริ่มในมหาวิทยาลัยและสถาบันการศึกษาซึ่งเป็นผู้สร้างคนของประเทศก่อนแล้วก้าวไปปฏิรูปวิชาชีพโดยหลักการเดียวกัน ปัญหาที่ยิ่งใหญ่และต้องช่วยกันคิดก็คือ ใครเล่าจะปฏิรูปนักวิชาการกฎหมาย ? ถ้าไม่ใช่นักวิชาการกฎหมายด้วยกันเอง

2.2 แนวโน้มและทิศทางที่ควรจะเป็นของการวิจัยทางนิติศาสตร์เพื่อการพัฒนาประเทศอย่างแท้จริง

ดังได้กล่าวมาแล้วว่า ในปัจจุบันการวิจัยทางนิติศาสตร์ส่วนใหญ่เป็นการวิจัยเชิงวิชาการเพื่อเป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต และหากเป็นการวิจัยทางนโยบายส่วนใหญ่ก็เป็นการวิจัยทางกฎหมาย เศรษฐกิจ (โดยเฉพาะในกฎหมายเศรษฐกิจระหว่างประเทศและผลกระทบต่อกฎหมายไทย) ซึ่งอยู่ในกระแสโลกานุวัตรดังกล่าวแล้วข้างต้น และหากยังไม่มีการปรับปรุงระบบการจูงใจที่ดี และระบบการศึกษานิติศาสตร์ แนวโน้มในอนาคตสำหรับการวิจัยเชิงนโยบายก็จะยิ่งก้าวเข้าสู่กระแสโลกานุวัตรมากขึ้น แต่สิ่งที่จะเปลี่ยนไปก็คือ ภาคเอกชนจะก้าวเข้ามาเป็นผู้ว่าจ้าง (commission) นักวิชาการให้ทำวิจัยเพื่อผลักดันกฎหมายหรือการแก้ไขกฎหมายที่ "เป็นอุปสรรคต่อการพัฒนาธุรกิจและอุตสาหกรรม" มากขึ้น

อย่างไรก็ตาม ดังได้กล่าวแล้วว่าการวิจัยลักษณะนี้หาได้แก้ปัญหาของคนส่วนใหญ่ไม่ ที่สำคัญที่สุดก็คือ สิ่งที่ศาสตราจารย์ Lawrence M. Friedman กล่าวถึงบทบาทกฎหมายในฐานะระบบจัดสรรประโยชน์ไว้ (law as an allocative system) อย่างน่าฟังว่า

อะไรคือความยุติธรรม (justice) ในความหมายอย่างกว้างขวางที่สุดระบบกฎหมายจะสร้างขึ้น? ในทัศนะของเรา มันหมายถึงความคาดหวังและการประเมินค่าที่ประชากรในสังคม **คาดหวัง** ให้กฎหมายมีมาตรฐานทางจริยธรรมของตน และจะตัดสินกฎหมายกันตรงที่กฎหมายปฏิบัติหน้าที่อย่างไร (how it performs) คำว่า "ปฏิบัติหน้าที่" เราหมายถึง การที่กฎหมายปฏิบัติต่อประชาชน และกฎหมายจัดสรรผลประโยชน์และความสูญเสียอย่างไร (how it distributes its benefits and costs)

การตัดสินใจทางกฎหมายก็คือ การตัดสินใจทางเศรษฐกิจ การตัดสินใจที่ว่านั้นจัดสรรสินค้าและบริการที่ขาดแคลนอยู่ โดยความหมายนี้ระบบกฎหมายจึงเป็นระบบแบ่งส่วน (rationing system) ซึ่งสะท้อนให้เห็นการจัดสรรอำนาจในสังคม ใครอยู่เบื้องบน ใครอยู่เบื้องล่าง นอกจากนั้นกฎหมายยังมุ่งคุ้มครองให้โครงสร้างทางสังคมมีเสถียรภาพ หรือเปลี่ยนแปลงไปในทางที่ได้รับ

การยอมรับ ระบบกฎหมายจะออกคำสั่ง (commands) ให้ผลประโยชน์และบอกประชาชนว่าเขาจะทำสิ่งใดได้หรือไม่ได้ ในแต่ละกรณีกฎเกณฑ์ของกฎหมายจะเป็นผู้เลือกว่า **ใครมีหรือรักษาหรือได้อะไรไว้**... (L.W. Friedman, **The Legal System,** New York, Russell Sage Foundation, 1975, p.20)

เมื่อกฎหมายมีบทบาทเช่นนี้ คำถามก็คือ การวิจัยเชิงนิติศาสตร์ทำไปเพื่ออะไร ? เพื่อคนกลุ่มเดียวที่ได้ประโยชน์หรือเพื่อคนส่วนใหญ่และทุกกลุ่ม ? เรื่องนี้ Roscoe Pound ได้ให้คำตอบไว้แล้วในเรื่อง "จุดมุ่งหมายสุดท้ายของกฎหมาย" The End or Purpose of Law ในหนังสือปรัชญากฎหมาย (R.Pound, Philosophy of Law, 1954, p.47) ว่าต้องเป็นไปเพื่อคนส่วนใหญ่ การวิจัยทางนิติศาสตร์จึงต้องมีลักษณะเดียวกัน ดังที่ Pound กล่าวไว้ถึงกฎหมายว่า

"เพื่อจุดมุ่งหมายของการเข้าใจกฎหมายปัจจุบัน ข้าพเจ้าอยากเห็นภาพที่กฎหมายพยายามตอบสนองความต้องการของกลุ่มบุคคลทั้งกลุ่มโดยเสียสละส่วนที่ต้องทิ้งไปให้น้อยที่สุด ข้าพเจ้าคิดว่ากฎหมายเป็นสถาบันสังคมที่ตอบสนองความต้องการของสังคม ซึ่งหมายถึงข้อเรียกร้องและทวงถาม และความคาดหวังที่เกิดขึ้นในสังคมอารยะนี้โดยพยายามให้คนหมู่มากที่สุดตามที่เขาต้องการและจะให้ได้ ทั้งนี้ โดยเสียสละส่วนที่ต้องสละให้น้อยที่สุด..." (giving effect to as much as may the least sacrifice)

เพื่อการนี้ การวิจัยทางนิติศาสตร์เพื่อการ**พัฒนาสังคมของคนทุกกลุ่ม**อย่างแท้จริงจึงต้องกระทำไม่ใช่ทำเพื่อคนกลุ่มเดียวที่เป็นส่วนน้อยและได้ประโยชน์เต็มที่จากกระแสหลักอยู่แล้วดังที่เป็นมาในอดีต สิ่งต่อไปนี้คือ ข้อคิดที่เกี่ยวกับขอบเขตที่น่าจะหาทางให้เกิดขึ้นในการวิจัยทางนิติศาสตร์โดยรีบด่วนคือ

2.2.1 การวิจัยที่สะท้อนให้เห็นว่า **"นิติศาสตร์" ในแง่ญาณวิทยา (epistemology)** ว่าศาสตร์นี้เป็นอิสระและเป็นกลางหรือไม่ อย่างไร และควรปรับปรุงอย่างไร ? เพื่อนำไปสู่การปรับปรุงในนิติศาสตร์ต่อไป

2.2.2 **การวิจัยที่เชื่อมความสัมพันธ์ระหว่างปรากฏการณ์ 3 ประการของกฎหมาย คือ การก่อตัวของกฎเกณฑ์-ตัวกฎเกณฑ์-การใช้กฎเกณฑ์และผลกระทบที่เป็นจริงในสังคมกับบริบททางสังคมที่หล่อหลอมปรากฏการณ์ทั้งสาม โดยเฉพาะในกฎหมายที่เกี่ยวกับเศรษฐกิจ (ทั้งระหว่างประเทศ-ภายในประเทศ) และการจัดสรรทรัพยากรทุกประเภท ต้องรีบทำโดยด่วน** หาไม่แล้วการ "นำเข้า" กฎหมายที่ถูกกำหนดกรอบมาจากกระแสหลักก็จะยิ่งทำร้ายสังคมไทยมากขึ้น

2.2.3 การวิจัยหาวิธีการที่จะสร้าง "เครื่องมือ" ทางกฎหมายให้ปัญหาของคนส่วนใหญ่และทุกกลุ่มได้แสดงออกและผู้มีอำนาจตัดสินใจทางการเมืองได้รับรู้และตอบสนองโดยพึ่งเพียงระบบอุปถัมภ์แบบไทยเดิมการหา "สะพานเชื่อม" ระหว่างกลุ่มประชาชนต่าง ๆ กับผู้มีอำนาจการหา "เครื่องควบคุม" ผู้มีอำนาจที่ชอบอ้างว่า "เป็นผู้แทนปวงชน" ทั้งนี้เพื่ออุดช่องว่างระบอบประชาธิปไตยแบบผู้แทนที่ผ่านการเลือกตั้ง การหาทางส่งเสริมองค์กรพัฒนาเอกชน (NGO) ให้ทำหน้าที่ปกป้องผลประโยชน์คนกลุ่มต่าง ๆ ได้เต็มที่ สิ่งเหล่านี้รีบทำด่วนก่อนสังคมจะถึงทางตัน

ปัญหาที่ท้าทายภูมิปัญญา (Wisdom) ของนิติปัญญาชนดังกล่าวมานี้คงจะแก้ไม่ได้ ถ้าภูมิปัญญาทางนิติศาสตร์ยังไม่เป็นไท (free) และมีลักษณะไทย (in Thai context)