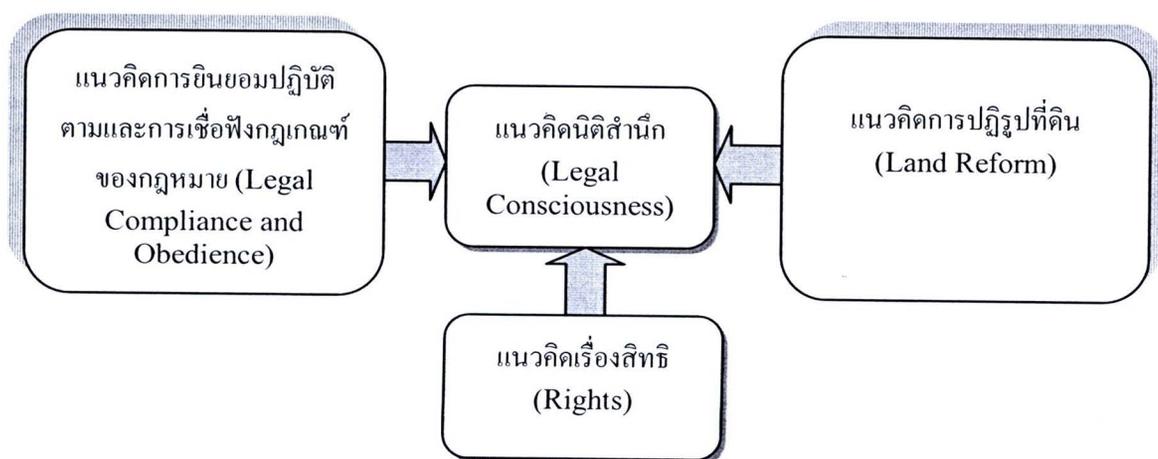


บทที่ 2

แนวคิด ทฤษฎีที่ใช้ในการวิจัย และเอกสารงานวิจัยที่เกี่ยวข้อง

2.1 กรอบแนวคิด ทฤษฎีที่ใช้ในการวิจัย

ในบทนี้จะได้กล่าวถึงแนวคิดทฤษฎีที่ใช้ในการวิจัย โดยเริ่มจากแนวคิดทฤษฎีว่าด้วยการยินยอมปฏิบัติตามและการเชื่อฟังกฎเกณฑ์ของกฎหมาย (Legal Compliance and Obedience) ซึ่งจะเป็นแนวคิดที่จะอธิบายถึงสาเหตุการของการยินยอมปฏิบัติตามหรือฝ่าฝืนบทบัญญัติกฎหมายที่ว่าด้วยการปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรม ต่อมาจะกล่าวถึงแนวคิดการปฏิรูปที่ดิน (Land Reform) ว่ามีที่มาและความสำคัญอย่างไรบ้าง จากนั้นจะกล่าวถึงแนวคิดเรื่องนิติสำนึก (Legal Consciousness) ซึ่งจะเป็นแนวคิดที่อธิบายถึงวิธีการที่ใช้ศึกษาและรายละเอียดต่าง ๆ อันจะนำไปสู่มุมมองความคิดของปัจเจกบุคคลที่เกี่ยวข้องกับการศึกษาวิจัยในครั้งนี้ และแนวคิดเรื่องสิทธิ (Rights) จะเป็นแนวคิดสุดท้ายที่จะอธิบายถึงปรากฏการณ์ที่เกิดขึ้นจริงในสังคม



2.1.1 แนวคิดทฤษฎีว่าด้วยการยินยอมปฏิบัติตามและการเชื่อฟังกฎเกณฑ์ของกฎหมาย (Legal Compliance and Obedience)

ทอม อาร์. ไทเลอร์ (Tom R. Tyler)¹ เป็นนักวิชาการที่ได้ศึกษาถึงการยินยอมปฏิบัติตามกฎเกณฑ์ของกฎหมายโดยมีสมมุติฐานว่า ในการสร้างกฎหมายขึ้นมานั้นมีวัตถุประสงค์เพื่อดำรงรักษาความสงบเรียบร้อยของสังคม (Social Order) โดยการให้อำนาจแก่องค์กรที่มีหน้าที่ในการ

¹ Tom R. Tyler. อังโน ปิยอร เปลีชนผดุง. (2552). นิติสำนึกของบุคคลในการเล่นพนันชนไก่: กรณีศึกษาเครือข่ายการเล่นพนันชนไก่ในอำเภอสันทราย จังหวัดเชียงใหม่. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่.

ควบคุมจัดระเบียบพฤติกรรมของบุคคลในสังคม ซึ่งการป้องปราม(Deterrence) เป็นวิธีการหนึ่งที่น่ามาใช้ควบคุมพฤติกรรมของคนในสังคมที่ไม่พึงประสงค์ โดยเชื่อว่าสิ่งที่ส่งผลกระทบต่อการตัดสินใจให้บุคคลปฏิบัติตามกฎเกณฑ์ของสังคมได้คือการลงโทษ² อย่างไรก็ตาม ไทเลอร์ได้ตั้งข้อสังเกตว่า การใช้มาตรการลงโทษเพื่อป้องปรามพฤติกรรมอันมิพึงประสงค์นั้นจะส่งผลทำให้ประชาชนปฏิบัติตามกฎหมายได้จริงหรือไม่ เนื่องจากมีสมมติฐานอีกข้อหนึ่งที่ชี้ให้เห็นว่าประชาชนมีแนวโน้มในการเชื่อฟังและสนับสนุนสถาบันทางกฎหมายที่สร้างความชอบธรรมในการใช้อำนาจทางกฎหมาย เช่น ตำรวจและศาลในการต่อสู้กับอาชญากรรม³ ดังนั้นจึงทำให้เกิดการศึกษาถึงเหตุผลที่แท้จริงของประชาชนที่มีต่อการเชื่อฟังและปฏิบัติตามกฎหมาย ซึ่งจากผลการวิจัยของไทเลอร์ได้นำมาสู่แนวคิดเกี่ยวกับการยินยอมปฏิบัติตามและการเชื่อฟังกฎเกณฑ์ของกฎหมาย

จากแนวคิดการยินยอมปฏิบัติตามและการเชื่อฟังกฎเกณฑ์ของกฎหมายนั้นมองว่าสังคมอยู่ในฐานะของผู้ตรากฎหมายและให้อำนาจแก่บุคคลในการบังคับใช้กฎหมายเพื่อบริหารจัดการและควบคุมพฤติกรรมของสมาชิกในสังคมด้วยการขจัดขวางหรือป้องปรามพฤติกรรมที่จะก่อให้เกิดความเสียหายต่อสังคม และดำเนินการกำหนดรูปแบบหรือลักษณะของพฤติกรรมของประชาชนเป็นไปในทิศทางที่สังคมให้การยอมรับ แต่หากประชาชนฝ่าฝืนไม่ยินยอมปฏิบัติตามรูปแบบหรือลักษณะพฤติกรรมที่กฎหมายกำหนดก็จะส่งผลให้ระบบกฎหมายที่สังคมได้สร้างและวางรากฐานไว้นั้นขาดประสิทธิภาพ⁴ ซึ่งหมายความว่าประสิทธิภาพของกฎหมายขึ้นอยู่กับความถี่บ่อยของการเกิดพฤติกรรมที่เป็นการฝ่าฝืนหรือการยินยอมปฏิบัติตามและเชื่อฟังกฎหมายของประชาชน⁵ อีกนัยหนึ่งคือหากกฎหมายได้ตราบทบัญญัติจำกัดหรือห้ามกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง แต่มีประชาชนฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติตามเป็นจำนวนมากนั้นก็ย่อมสะท้อนให้เห็นถึงการขาดประสิทธิภาพของกฎหมายหรือกฎหมายไม่มีประสิทธิภาพเพียงพอที่จะใช้บังคับ จำกัด หรือควบคุมพฤติกรรมของคนในสังคมได้

นอกจากมาตรการในการบังคับให้ประชาชนยินยอมปฏิบัติตามและเชื่อฟังกฎหมายด้วยการปราบปรามและลงโทษผู้ที่กระทำการฝ่าฝืนข้อกำหนดของกฎหมาย ซึ่งถือเป็นมาตรการควบคุมทางสังคมแล้ว ค่านิยมภายในของแต่ละบุคคล (Internalization of Values) ที่มีต่อการกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งนั้นยังเป็นอีกปัจจัยหนึ่งที่ส่งผลกระทบต่อกรยินยอมปฏิบัติตามและเชื่อฟังกฎหมายของ

² Tom R. Tyler, *Why People Obey the Law*. Chelsea, Michigan: Book Crafters Inc., 1990, p.269

³ *Ibid.*, pp.272-273.

⁴ Tom R. Tyler, "Compliance and obedience: Legal", in *International Encyclopedia of the Social and Behavior Sciences*, (NY: Elsevier Science Ltd., 2001), p. 2440.

⁵ *Ibid.*, p. 2441.

ประชาชนด้วย⁶ และประกอบกับการที่แนวความคิดนี้มองว่าความชอบธรรมตามกฎหมายจะเกิดขึ้นเมื่อประชาชนรู้สึกว่าการกระทำตามกฎหมายหรือการเชื่อฟังกฎหมายนั้นเป็นหน้าที่ที่ประชาชนต้องปฏิบัติ ซึ่งหน้าที่ดังกล่าวแบ่งออกได้เป็น 2 ส่วน คือ หน้าที่ตามกฎหมาย และหน้าที่ตามจิตวิทยา⁷ โดยหน้าที่ตามกฎหมาย หมายถึง กรณีที่ประชาชนมีความรู้สึกว่าการปฏิบัติตามดังกล่าวเป็นการกระทำที่ของคนที่ต้องรับผิดชอบ ส่วนหน้าที่ตามจิตวิทยา หมายถึง ประชาชนปฏิบัติตามกฎหมายเพราะรู้สึกว่ากฎหมายมีความเป็นธรรม ความชอบธรรม และเป็นประโยชน์กับตนเอง

ทั้งนี้ค่านิยมภายในของแต่ละบุคคลที่ได้กล่าวถึงเบื้องต้นว่าส่งผลต่อการยินยอมปฏิบัติตามและเชื่อฟังกฎหมายของประชาชนนั้นประกอบไปด้วยหลักการ 2 ประการ คือ⁸ คือ ศีลธรรม (Morality) และความชอบด้วยกฎหมายของบทบัญญัติหรือสถาบันที่เข้ามาควบคุมให้เป็นไปตามกฎหมาย (Legitimacy)

ค่านิยมภายในด้านศีลธรรม (Morality) คือ การให้คุณค่า หรือมุมมองด้านศีลธรรมของประชาชนที่เกี่ยวกับความถูกต้องในสังคม ซึ่งค่านิยมด้านศีลธรรมดังกล่าวนี้มีผลต่อการยินยอมปฏิบัติตามและเชื่อฟังกฎหมายของประชาชนมากกว่าการควบคุมพฤติกรรมด้วยการปราบปรามหรือลงโทษ อย่างไรก็ตาม หากประชาชนไม่ได้รู้สึกว่าพฤติกรรมหรือการกระทำดังกล่าวของตนเป็นการกระทำที่ขัดต่อศีลธรรมแล้ว จึงจะพิจารณาถึงความเสี่ยงต่อการถูกลงโทษตามกฎหมายเป็นอันดับถัดไป หากยังมีความตั้งใจที่จะกระทำการดังกล่าวอยู่

ส่วนหลักการอันว่าด้วยความชอบด้วยกฎหมายของบทบัญญัติหรือสถาบันที่เข้ามาควบคุมให้เป็นไปตามกฎหมาย (Legitimacy) นั้นเป็นภาระหน้าที่ที่ประชาชนจะต้องยินยอมปฏิบัติตามและเชื่อฟังกฎหมาย เนื่องจากเห็นว่ากฎหมายนั้นดีและมีความชอบธรรมที่จะปฏิบัติตาม

โดยสรุปแล้วการยินยอมปฏิบัติตามและเชื่อฟังกฎหมายของประชาชนจะขึ้นอยู่กับมุมมองหรือค่านิยมภายในของแต่ละบุคคลเป็นสำคัญ หากพิจารณาแล้วเห็นว่าการกระทำดังกล่าวไม่ขัดต่อหลักศีลธรรมอันดีของประชาชน จึงจะพิจารณาถึงบทบัญญัติกฎหมายของรัฐเป็นอันดับถัดมา นอกจากนี้หากประชาชนให้การยอมรับในการปฏิบัติงานของสถาบันทางกฎหมายและยอมรับในความชอบธรรมของกฎหมายแล้ว ประชาชนจะมีแนวโน้มที่จะเชื่อฟังและปฏิบัติตามกฎหมายมากยิ่งขึ้นอีกด้วย

⁶ *Ibid.*, p. 2442.

⁷ *Ibid.*, p. 2443.

⁸ *Ibid.*, p. 2442.



2.1.2 แนวคิดทฤษฎีว่าด้วยการปฏิรูปที่ดิน

ในการประชุมสุดยอดว่าด้วยอาหารโลกในค.ศ. 1996 ที่กรุงโรม รัฐบาลของประเทศต่าง ๆ ทั่วโลกต่างเห็นพ้องต้องกันในคำประกาศที่จะร่วมกันลดภาวะความอดอยากลงให้ได้ครึ่งหนึ่ง ภายในค.ศ. 2015 โดยเฉพาะในเรื่องที่ว่าด้วยบทบาทหลักของการเข้าถึงที่ดินและความมั่นคงในการเช่าที่ดิน⁹ เป็นผลให้เกิดความพยายามขององค์การอาหารและการเกษตรแห่งสหประชาชาติ (Food and Agriculture Organization หรือ FAO) ที่จะเพิ่มผลผลิตอาหารของโลกด้วยมาตรการต่าง ๆ ซึ่งมีมาตรการปฏิรูปที่ดินเป็นมาตรการสำคัญ โดยให้เหตุผลว่าในบรรดาประเทศที่ยากจนทั้งหลายนั้นระบบการถือครองที่ดิน (Land Tenure System) มักจะเป็นอุปสรรคต่อการปรับปรุงการผลิตอีกทั้งยังเป็นผลให้การกระจายรายได้ไม่ยุติธรรมด้วย ในระบบการถือครองที่ดินที่มีผู้เช่า หรือมีคนงานในฟาร์มมากนั้นทำให้เกิดการใช้ที่ดินอย่างไม่เต็มที่และไม่มีประสิทธิภาพเกษตรกรขาดสิ่งจูงใจที่จะปรับปรุงการผลิต FAO จึงเสนอแนะให้ประเทศต่าง ๆ ปรับปรุงเปลี่ยนแปลงระบบการถือครองที่ดินเพื่อเป็นการนำไปสู่การพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมของประเทศต่อไป¹⁰

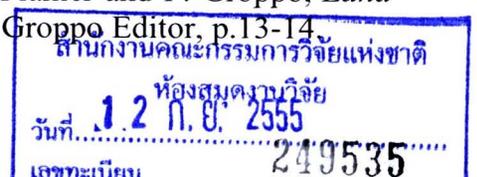
ขณะที่เหตุผลของการปฏิรูปที่ดินเพื่อการเกษตรในความเห็นของ M. Cox, P. Munro-Faure, P. Mathieu, A. Herrera, D. Plamer and P. Groppo ได้กล่าวไว้หลายประการ ได้แก่ ประการแรก มีการถือครองที่ดินที่เหลื่อมล้ำกันอยู่มาก ประการที่สอง พื้นที่ดินขนาดใหญ่มีอยู่น้อย ประการที่สาม มีการหาประโยชน์จากความสัมพันธ์ของแรงงานบนเนื้อที่ขนาดใหญ่ ประการที่สี่ การไร้ที่ดินทำกินขยายตัวเพิ่มสูงขึ้น ประการที่ห้า ความขัดแย้งในที่ดินขยายวงกว้างมากขึ้น ประการที่หก เกิดการรวมกลุ่มของฟาร์มและความต้องการให้ที่ดินเป็นของเอกชน และประการสุดท้าย ความยากจนในชนบทเริ่มแผ่วงกว้างมากขึ้นเรื่อย ๆ¹¹

ทั้งนี้ World Bank ยังสนับสนุนให้มีการดำเนินการปฏิรูปที่ดิน โดยให้เหตุผลว่า “การปฏิรูปที่ดินมีความสอดคล้องกับการพัฒนาซึ่งมีวัตถุประสงค์เพื่อเพิ่มผลผลิต ปรับปรุงรายได้

⁹ ปีเตอร์ ร็อสเส็ต, การเข้าถึงที่ดิน : การปฏิรูปที่ดินและความมั่นคงของการเช่าที่ดิน ในรวมบทความ : วิพากษ์แนวคิดแปลงสินทรัพย์เป็นทุนถึงปัญหาการจัดการที่ดินในสังคมไทย, พิมพ์ครั้งแรก, (นพบุรีการพิมพ์, มีนาคม 2547), หน้า 108.

¹⁰ รศ. สุกานดา จันทนฤกษ์, นโยบายการเกษตร, (ภาควิชาเศรษฐศาสตร์การเกษตร คณะเศรษฐศาสตร์ : มหาวิทยาลัยรามคำแหง, ไม่ปรากฏปีที่พิมพ์), หน้า 19.

¹¹ M. Cox, P. Munro-Faure, P. Mathieu, A. Herrera, D. Plamer and P. Groppo, *Land Reform : Land Settlement And Cooperatives.*(2003/2), P. Groppo Editor, p.13-14.



แจกจ่ายและขยายการจ้างงาน และอีกเหตุผลที่ขาดเสียมิได้ที่ World Bank ควรจะสนับสนุนการปฏิรูปก็เนื่องมาจากเป้าหมายของ World Bank สอดคล้องกับเป้าหมายของการปฏิรูป¹²

สำหรับประเทศไทยเป็นอีกประเทศหนึ่งที่ได้รับอิทธิพลจากการปฏิรูปที่ดิน กระทั่งในท้ายสุดได้มีการตราพระราชบัญญัติการปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรม พ.ศ. 2518 ขึ้น โดยให้เหตุผลในการปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรมว่า ประเทศไทยเป็นประเทศเกษตรกรรม ประชากรส่วนใหญ่มีอาชีพในการเกษตร ที่ดินจึงเป็นปัจจัยสำคัญและเป็นรากฐานเบื้องต้นของการผลิตทางเกษตรกรรม แต่ปัจจุบันปรากฏว่าเกษตรกรกำลังประสบความเดือดร้อนเนื่องจากต้องสูญเสียสิทธิในที่ดินและกลายเป็นผู้เช่าที่ดิน ต้องเสียค่าเช่าที่ดินอัตราสูงเกินสมควร ที่ดินขาดการบำรุงรักษา จึงทำให้อัตราผลิตผลเกษตรกรรมอยู่ในระดับต่ำ เกษตรกรไม่ได้รับความเป็นธรรมและเสียเปรียบจากระบบการเช่าที่ดินและการจำหน่ายผลิตผลตลอดมา ซึ่งส่งผลให้เกิดภาวะความยุ่งยากทั้งในทางเศรษฐกิจ สังคม การปกครอง และการเมืองของประเทศเป็นอย่างมาก ซึ่งเป็นความจำเป็นอย่างยิ่งที่รัฐจะต้องดำเนินการแก้ไขปัญหาดังกล่าวโดยด่วนที่สุด ด้วยวิธีการปฏิรูปที่ดินเพื่อช่วยให้เกษตรกรมีที่ดินทำกินและให้การใช้ที่ดินเกิดประโยชน์มากที่สุด พร้อมกับการจัดระบบการผลิตและจำหน่ายผลิตผลเกษตรกรรมเพื่อให้ความเป็นธรรมแก่เกษตรกร ทั้งนี้เพื่อเป็นการสนองแนวนโยบายแห่งรัฐในการลดความเหลื่อมล้ำในฐานะของบุคคลในทางเศรษฐกิจและสังคมตามที่ได้กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ

โดยความหมายของการปฏิรูปที่ดินจะมีอยู่ 2 ลักษณะ คือ ความหมายในลักษณะแคบและความหมายในลักษณะกว้าง โดยความหมายลักษณะแคบนั้นกล่าวว่าเป็นนโยบายปฏิรูปที่ดินของรัฐมีลักษณะเหมือนการจัดสรรที่ดินมากกว่า ซึ่งหมายความว่ามีการนำพื้นที่ที่เป็นที่ดินของรัฐ โดยเฉพาะป่าสงวนมาแบ่งสรรให้ประชาชน แต่เวนคืนจากเอกชนเพียงส่วนน้อยเท่านั้น ส่วนความหมายในลักษณะกว้างหมายถึง การเร่งรัดพัฒนาการเกษตรเพื่อขจัดสิ่งล่าช้าซึ่งเป็นอุปสรรคต่อการพัฒนาทางเศรษฐกิจและสังคมของประเทศ¹³ ขณะที่ความหมายของการปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรมตามมาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติการปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรม พ.ศ. 2518 นั้นให้ความหมายว่าเป็นการปรับปรุงเกี่ยวกับสิทธิและการถือครองในที่ดินเพื่อเกษตรกรรมนั้น โดยรัฐนำที่ดินของรัฐ หรือที่ดินที่รัฐจัดซื้อ หรือเวนคืนจากเจ้าของที่ดิน ซึ่งมีได้ทำประโยชน์ในที่ดินนั้นด้วยตนเอง หรือที่ดินเกินสิทธิตาม พ.ร.บ.นี้ เพื่อจัดให้แก่เกษตรกรผู้ไม่มีที่ดินของตนเอง หรือเกษตรกรที่มีที่ดินเล็กน้อยไม่เพียงพอแก่การครองชีพ และสถาบันเกษตรกรได้เช่าซื้อ เช่า หรือเข้าทำประโยชน์ โดยรัฐให้

¹² Jean-Philippe Platteau, Land Reform and Structural Adjustment in Sub-Saharan Africa : Controversies and guidelines, (Food and Agriculture Organization of the United Nations, Rome, 1992), p.10.

¹³ The United Nation, Progress in Land Reform, Third Report, PVI อ้างใน สมภพ มานะรังสรรค์. ไม่ปรากฏปีที่พิมพ์.

ความช่วยเหลือในการพัฒนาอาชีพเกษตรกรกรรม และปรับปรุงทรัพยากรและปัจจัยการผลิตตลอดจนการผลิตและการจำหน่ายให้เกิดผลดียิ่งขึ้น

M. Cox, P. Munro-Faure, P. Mathieu, A. Herrera, D. Plamer and P. Groppo ยังได้กล่าวถึงแนวคิดพื้นฐานในการปฏิรูปการเกษตรไว้ว่า คือ ความต้องการเปลี่ยนแปลงโครงสร้างเจ้าของที่ดินหรือผู้มีสิทธิครอบครองในที่ดินเกษตรกรรม แต่ขณะที่ผู้อำนวยการทั่วไปของ FAO (Director General of FAO) ได้ระบุว่าแนวคิดของการปฏิรูปเกษตรกรรมคือ “ทุกแง่มุมของกระบวนการของสถาบันชนบทและครอบคลุมถึงการเปลี่ยนแปลงในส่วนหลัก ๆ อันได้แก่ การครอบครอง การผลิต และการสนับสนุนการบริการ”¹⁴ ซึ่งเป็นมุมมองในการปฏิรูปเกษตรกรรมที่กว้างขวางและครอบคลุมมากกว่ามุมมองของ M. Cox, P. Munro-Faure, P. Mathieu, A. Herrera, D. Plamer and P. Groppo

ท้ายที่สุดแล้ว M. Cox, et al. ได้กล่าวถึงวิธีการที่จะทำให้ประสบผลสำเร็จในการปฏิรูปที่ดิน โดยประการแรก ต้องมีระบบการบริหารจัดการและการปกครองที่ดี หรือที่เรียกว่าหลักธรรมาภิบาล (Good Governance) ประกอบกับหลักนิติธรรม (Rule of Law) ซึ่งสัมพันธ์กับผลสำเร็จของการดำเนินการ ประการที่สอง ต้องไม่มีอคติต่อนโยบายเศรษฐศาสตร์มหัพภาคซึ่งมีส่วนสำคัญต่อความสำเร็จของการปฏิรูปที่ดินเพื่อการเกษตร ประการที่สาม การจัดสรรที่ดินใหม่มีความจำเป็นต่อผู้ได้รับประโยชน์ รวมทั้งการเข้าถึงแหล่งเงินทุน บริการ และตลาด ประการที่สี่ ประสิทธิภาพที่เกี่ยวกับการจัดการแต่เดิมของผู้ที่ได้รับประโยชน์จากการปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรมนั้นมีความสำคัญเป็นอย่างยิ่ง ประการที่ห้า ระบบเศรษฐกิจแบบปัจเจกที่เป็นสิ่งกระตุ้นให้เกิดการปฏิรูปนั้นเป็นตัวอันตราย ประการที่หก ค่าชดเชยที่เป็นธรรมต่อเจ้าของที่ดินจะช่วยลดผลกระทบในเชิงลบต่อความเจริญทางเศรษฐกิจ ประการที่เจ็ด การสร้างรูปแบบที่ดีทางสังคมผ่านการมีส่วนร่วมของชุมชนท้องถิ่นและผู้ได้รับประโยชน์มีส่วนสำคัญต่อการควบคุมการพัฒนาในด้านต่าง ๆ และประการสุดท้าย การบริหารจัดการที่ดินอย่างเหมาะสมจะส่งผลให้เกิดความสำเร็จในการปฏิรูปที่ดิน¹⁵

¹⁴ M. Cox, P. Munro-Faure, P. Mathieu, A. Herrera, D. Plamer and P. Groppo, *Land Reform : Land Settlement And Cooperatives*.(2003/2), P. Groppo Editor, p.13-14.

¹⁵ M. Cox, et al., *Land Reform : Land Settlement And Cooperatives*.(2003/2), P. Groppo Editor, p.18-23.

2.1.3 แนวคิดนิติสำนึก (Legal Consciousness)

การศึกษาเรื่องนิติสำนึกในปัจจุบันมีความแพร่หลายมากขึ้น โดยเฉพาะอย่างยิ่งการศึกษาวิจัยทางนิติสังคมศาสตร์ (socio-legal research) ซึ่งจะมุ่งศึกษาเกี่ยวกับประสบการณ์และผลกระทบของกฎหมายที่มีต่อชีวิตประจำวันของประชาชน¹⁶ สอดคล้องความเห็นของ Mauricio Garcia-Villegas ซึ่งเห็นว่าในช่วงหลายทศวรรษที่ผ่านมาได้เกิดการยอมรับในเรื่องของการเคลื่อนไหวทางกฎหมายกับสังคม โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกระแสความคิดปัจจุบันที่ให้ความสนใจกับการศึกษาถึงนิติสำนึกหรือการรับรู้กฎหมายในชีวิตประจำวันของผู้คนในสังคม ซึ่งเราจะเรียกสิ่งที่เกิดขึ้นนี้ว่าเป็นการศึกษาถึงนิติสำนึกหรือการรับรู้กฎหมาย (Legal Consciousness Studies หรือ LCS)¹⁷ ทั้งนี้ Rosie Harding ยังกล่าวอีกว่าการศึกษานิติสำนึกหรือการรับรู้กฎหมาย คือ รูปแบบความสัมพันธ์ทางนิติสังคมศาสตร์ซึ่งจะเป็นตัวทดสอบบทบาทของกฎหมายในชีวิตประจำวัน¹⁸

อย่างไรก็ตาม แนวคิดนิติสำนึกยังคงถูกวิพากษ์วิจารณ์ถึงความไม่ชัดเจนในทางทฤษฎี เนื่องจากมีขอบเขตการศึกษาที่กว้างขวาง¹⁹ ถึงกระนั้นก็ตามนักวิชาการจำนวนมากก็ยังเห็นว่า แนวคิดนิติสำนึกนั้นเป็นแนวคิดที่จำเป็นสำหรับการอธิบายแง่มุมและทิศทางของกฎหมายอื่น ๆ นอกเหนือไปจากกฎหมายที่เป็นทางการ เช่น หลักกฎหมาย พระราชบัญญัติ คดีต่าง ๆ หรือหน่วยงานและสถาบันที่เป็นทางการ²⁰ ทั้งนี้ในต่างประเทศยังยอมรับผลงานการศึกษาวิจัยในหลาย ๆ เรื่องที่นำแนวคิดนิติสำนึกมาใช้เป็นทฤษฎีประกอบการศึกษาวิจัยด้วย

2.1.3.1 ประวัติความเป็นมาของแนวคิดนิติสำนึก

นิติสำนึกมีจุดกำเนิดในประเทศสหรัฐอเมริกา แต่ขณะเดียวกันประเทศในฝั่งยุโรปก็ได้ให้ความสนใจในด้านนี้เป็นอย่างยิ่งเช่นกันไม่เฉพาะแต่ในแวดวงทางวิชาการเท่านั้นแต่ยังรวมไปถึงการเป็นวิวาทะในทางสังคมและการเมือง²¹ อีกด้วย สำหรับการใช้นิติสำนึกในประเทศฝั่งยุโรปจะต่างไปจากในประเทศสหรัฐอเมริกา ซึ่งแนวคิดทางด้านนิติสำนึกหรือการรับรู้กฎหมายของ

¹⁶ Marc Hertogh, "A 'European' Conception of Legal Consciousness: Rediscovering Eugen Ehrlich", *Journal of Law and Society*, 31, 4 (2004) : 457.

¹⁷ Mauricio Garcia-Villegas, "Symbolic Power without Symbolic Violence? Critical Comments on Legal Consciousness Studies in USA", *Droit et Societe* 53, (2003): 138.

¹⁸ Rosie Harding, "'Dogs Are 'Registered', People Shouldn't Be': Legal Consciousness and Lesbian and Gay Rights". *SAGE Publications*, (2006): 512.

¹⁹ Patricia Ewick and Susan Silbey. *The Common Place of Law: Stories From Everyday Life*. Chicago: University of Chicago Press. (1998). [Online]. Available: http://web.mit.edu/~ssilbey/www/pdf/Legal_consciousness.pdf (11 May 2011).

²⁰ *Ibid.*

²¹ Marc Hertogh, "A 'European' Conception of Legal Consciousness: Rediscovering Eugen Ehrlich", *Journal of Law and Society*, 31, 4 (2004) : 458.

ประเทศอเมริกาส่วนใหญ่แล้วจะสะท้อนถึงแนวความคิดหลักของ Roscoe Pound โดยการตั้งคำถามว่า “ประชาชนมีประสบการณ์ทางกฎหมายที่เป็นทางการอย่างไร” ขณะที่แนวคิดของฝั่งประเทศยุโรปที่นักทฤษฎีทางกฎหมายชาวออสเตรีย Eugen Ehrlich ที่เห็นว่า “อะไรคือประสบการณ์ในทางกฎหมายของประชาชน”²²

แนวคิดทางด้านนิติสำนักของฝั่งอเมริกันจะมีการศึกษาโดย Merry, Ewick and Silbey และ Nielsen เป็น 3 กลุ่มตัวอย่างของการกล่าวอ้างถึงแนวความคิดด้านนิติสำนักของชาวอเมริกัน ทั้งนี้สามารถสรุปได้เป็น 3 ลักษณะ กล่าวคือ ประการแรก การศึกษาของทั้งสามกลุ่มจะอธิบายถึงรูปแบบที่สำคัญของข้อขัดแย้งที่มีอยู่เรื่อยมาระหว่างแนวความคิดและข้อเท็จจริงในทางกฎหมาย²³ ประการที่สอง การศึกษาของทั้งสามกลุ่มเป็นการแบ่งปันความคล้ายคลึงกันของการใช้คำว่า “กฎหมาย” ซึ่งข้อสังเกตทั่วไปของ Rottleuthner มองว่าการศึกษาวินิจฉัยทางนิติสังคมศาสตร์จะเน้นที่กฎหมายที่เป็นทางการ (Official Law) และสถาบันทางกฎหมายที่เป็นทางการ²⁴ และประการสุดท้าย การศึกษากฎหมายทั้งสามกลุ่มพิจารณาที่ตัวแปรอิสระ กล่าวคือคำอธิบาย “กฎหมาย” ถูกให้ความหมายโดยนักวิจัยและไม่ได้เป็นส่วนที่มาจากการสอบถามจากประสบการณ์²⁵

ส่วนนิติสำนักของฝั่งยุโรป ประกอบไปด้วยส่วนสำคัญ 3 ส่วนด้วยกัน ได้แก่ ส่วนแรก Eugen Ehrlich ได้เปิดตัวความคิดเรื่องกฎหมายในชีวิตประจำวัน (Living Law) ของประเทศทางภาคพื้นยุโรป ซึ่งสำหรับประเทศสหรัฐอเมริกา Roscoe Pound ตีพิมพ์ในบทความของเขาที่ชื่อว่า ‘Law in Book and Law in Action’ โดยทั้งงานทั้งสองชิ้นมีความคล้ายคลึงกันอย่างมาก ในส่วนที่สองนี้ Ehrlich กล่าวว่า กฎหมายในชีวิตประจำวัน (Living Law) ว่าเป็นกฎหมายที่ไม่ได้มีสถานะเป็นบทบัญญัติกฎหมายแต่กลับสามารถบังคับใช้ได้กับผู้คนในสังคม แต่ขณะเดียวกันสิ่งที่ Ehrlich ต้องการคือเมื่อเกิดกรณีโต้เถียงหรือความขัดแย้งขึ้นแล้วจะใช้บรรทัดฐานใดในการตัดสินกับสิ่งที่เกิดขึ้นเฉพาะกรณีนั้น ๆ เนื่องจากกฎหมายในชีวิตประจำวัน (Living Law) มีอำนาจภายใต้สถานการณ์ที่เป็นปกติ โดยความแตกต่างที่สำคัญที่สุดระหว่างมุมมองในทางกฎหมายและสังคมของ Pound และ Ehrlich คือ การเน้นเป้าหมายที่ต่างกัน กล่าวคือ ขณะที่ Pound ให้ความสำคัญกับพฤติกรรมของนักนิติบัญญัติ, ผู้พิพากษา, นักกฎหมาย และเจ้าหน้าที่ทาง

²² *Ibid.*, p. 457.

²³ Ewick and Silbey, op. cit., n. 23, p. xiii. อ้างใน *Ibid.*, p. 463.

²⁴ H. Rottleuthner, ‘Volksgeist, gesundes Volksempfinden und Demoskopie’ (1987) *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* 20, at 22. อ้างใน *Ibid.*, p. 464.

²⁵ *Ibid.*, p. 464.

กฎหมายอื่น ๆ แต่ Ehrlich จะมุ่งเป้าไปยังพฤติกรรมของคนในสังคม (ทั้งภายในและภายนอกสถาบันทางกฎหมาย) ส่วนที่สาม คือ นิติสำนึกหรือการรับรู้กฎหมายเป็นการอ้างถึงความคิดของแต่ละบุคคลที่เกี่ยวข้องกับกฎหมาย โดยกฎหมายถูกพิจารณาให้เป็นตัวแปรที่ไม่อิสระ หรือตัวแปรตาม หมายความว่าคำอธิบายกฎหมายไม่ได้ถูกนิยามโดยนักวิจัยแต่เป็นส่วนหนึ่งที่ได้มาจากประสบการณ์²⁶

2.1.3.2 ความหมายของนิติสำนึก

Duncan Kennedy ได้ให้ความหมายของคำว่า “นิติสำนึก” ไว้ว่าเป็นรูปแบบเฉพาะอย่างหนึ่งของการรับรู้กฎหมายในช่วงระยะเวลาหนึ่ง โดยคุณสมบัติเฉพาะของการรับรู้ประเภทนี้จะประกอบไปด้วยกฎเกณฑ์ทางกฎหมาย ข้อโต้แย้ง ทฤษฎี และข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการในทางกฎหมาย รวมถึงกลุ่มความคิดและเป้าหมายปัจจุบันในช่วงเวลานั้น²⁷ ซึ่งการรับรู้ดังกล่าวไม่ได้จำกัดเพียงการรับรู้ถึงกฎเกณฑ์ทางกฎหมาย ข้อโต้แย้ง ทฤษฎี และข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการในทางกฎหมาย รวมถึงกลุ่มความคิดและเป้าหมายปัจจุบันในช่วงเวลานั้นเท่านั้นแต่ยังรวมถึงระเบียบกฎเกณฑ์ที่ใช้อยู่เป็นการเฉพาะ ดังเช่นที่ Elizabeth A. Hoffmann กล่าวว่า การสร้างนิติสำนึกของผู้ใช้แรงงานทำได้โดยการทำความเข้าใจสภาพการณ์แห่งโลกปัจจุบัน สถานที่ทำงาน และระเบียบกฎเกณฑ์ที่ใช้ในการปกครองพวกเขาในสถานที่ทำงาน²⁸

อย่างไรก็ตาม ยังมีนักวิชาการอีกกลุ่มหนึ่งที่ทำให้เห็นว่านิติสำนึกไม่เพียงแต่เป็นรูปแบบเฉพาะอย่างหนึ่งของการรับรู้กฎหมายในช่วงระยะเวลาหนึ่งเท่านั้นแต่ยังต้องอาศัยประสบการณ์ในอดีตที่ผ่านมาด้วย Susan S. Silbey ให้ความเห็นว่านิติสำนึกหรือการรับรู้กฎหมายเป็นแนวคิดทางทฤษฎีและเป็นเรื่องของการศึกษาวิจัยจากประสบการณ์หรือการวิจัยเชิงประจักษ์ซึ่งจะกล่าวถึงประเด็นในเรื่องของอำนาจทางกฎหมาย โดยเฉพาะอย่างยิ่งกฎหมายรักษาอำนาจทางสถาบันไว้ได้อย่างไร ทั้ง ๆ ที่เกิดช่องว่างระหว่างกฎหมายลายลักษณ์อักษรกับกฎหมายในทางปฏิบัติ เพราะเหตุใดประชาชนยังคงยอมรับหรือเห็นพ้องกับระบบกฎหมายที่ไม่มีความเที่ยงธรรม ซึ่งทั้งหมดนี้มีความเกี่ยวข้องกับวัฒนธรรมทางกฎหมายและตั้งแต่ช่วงค.ศ. 1990 เป็นต้นไป

²⁶ *Ibid.*, p. 472-5.

²⁷ Duncan Kennedy, “Toward an Historical Understanding of Legal Consciousness : the Case of Classical Legal Thought in America, 1850-1940”, *Research in Law and Sociology*, 3 (1980) : 23.

²⁸ Elizabeth A. Hoffmann, “Legal Consciousness and Dispute Resolution: Different Disputing Behavior at Two Similar Taxicab Companies”. *Law & Social Inquiry*, (2003): 693.

นั้น การศึกษาวิจัยจากประสบการณ์หรือการวิจัยเชิงประจักษ์ก็เติบโตขึ้นอย่างกว้างขวาง²⁹ ซึ่งสอดคล้องกับ Sally Engle Merry ที่กล่าวไว้ว่า นิติสำนึกหรือการรับรู้กฎหมายเป็นส่วนหนึ่งของวัฒนธรรมและมีความเกี่ยวข้องอย่างยิ่งกับสถานการณ์ต่าง ๆ และบริบทแวดล้อมที่เกิดขึ้นรอบตัวเรา ยิ่งไปกว่านั้นมุมมองต่าง ๆ ในด้านวัฒนธรรมและความเข้าใจเกี่ยวกับกฎหมายเป็นสิ่งที่เปลี่ยนแปลงได้ตลอดเวลาโดยจะพัฒนาผ่านประสบการณ์³⁰ ทั้งนี้ยังได้กล่าวเสริมอีกว่าการรับรู้หรือสำนึกนั้นได้พัฒนาผ่านประสบการณ์ของแต่ละบุคคลซึ่งเกิดขึ้นจากส่วนประกอบภายในของการดำเนินชีวิต โดยประสบการณ์ที่กล่าวมานี้สามารถเปลี่ยนแปลงได้ตามประสบการณ์ที่แตกต่างกันออกไป³¹

จากความหมายที่นักวิชาการทั้งหลายได้ให้ไว้ในข้างต้น จึงพอสรุปได้ว่า “นิติสำนึก” เป็นรูปแบบหนึ่งของการรับรู้กฎหมาย ไม่ว่าจะเป็นระเบียบกฎเกณฑ์ ข้อบังคับ ขั้นตอนหรือกระบวนการทางกฎหมาย ซึ่งการรับรู้ดังกล่าวสามารถเปลี่ยนแปลงได้ตลอดเวลาโดยการเปลี่ยนแปลงนั้นจะขึ้นอยู่กับประสบการณ์ที่ผ่านมาในอดีตหรือสถานการณ์และบริบทแวดล้อมในขณะนั้น

2.1.3.3 แนวทางการศึกษาแนวคิดนิติสำนึก³²

แนวคิดนิติสำนึกเป็นแนวคิดที่ศึกษาการรับรู้ ความเข้าใจ มุมมอง ทศนคติ และการให้ความหมายของปัจเจกบุคคลอันมีต่อกฎหมายของรัฐ และยังเป็นแนวทางหนึ่งที่ใช้ศึกษาความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายกับสังคม การศึกษาด้วยวิธีการดังกล่าวจึงมีความหลากหลายทั้งด้านมุมมองและรูปแบบของการศึกษา แม้กระทั่งในกลุ่มนักวิชาการของสหรัฐอเมริกา ก็ยังมีมุมมองในการศึกษานิติสำนึกที่แตกต่างกันออกไป

โดยแนวทางที่ใช้ในการศึกษาแนวคิดนิติสำนึกมีอยู่ด้วยกันทั้งสิ้น 3 แนวทาง ได้แก่ แนวทางการศึกษาแนวคิดนิติสำนึกของนักวิชาการสหรัฐ แนวทางการศึกษาแนวคิดนิติสำนึก

²⁹ Susan S. Silbey, “After Legal Consciousness”, *Annual Review of Law and Social Science*, 1 (2005): 323-368.

³⁰ Sally Engle Merry, “Getting justice and getting even: legal consciousness among working-class”

[Online.] Available:

<http://www.google.com/books?hl=th&lr=&id=yZJd6QVlIkC&oi=fnd&pg=PR9&dq=%2...> (21 August 2009).

³¹ Sally Engle Merry, *Ibid.*

³² S. S. Silbey, 2001, “Legal Culture and Legal Consciousness”, *International Encyclopedia of the Social & Behavioral Sciences*. [Online.] Available: web.mit.edu/ssilbey/www/pdf/iesbs-full.pdf (16 June 2011).

เชิงองค์ประกอบ และแนวทางอื่น ๆ ในการศึกษาแนวคิดนิติสำนึก โดยในแต่ละแนวทางจะมีรายละเอียดดังต่อไปนี้³³

ก. แนวทางการศึกษาแนวคิดนิติสำนึกของนักวิชาการสหรัฐ

นักวิชาการสหรัฐได้แบ่งมุมมองที่เกี่ยวกับแนวคิดนิติสำนึกออกเป็น 2 แนวทางด้วยกัน คือ การศึกษานิติสำนึกเชิงทัศนคติ (Legal Consciousness as Attitude) และการศึกษานิติสำนึกเชิงซ้อน³⁴ (Legal Consciousness as Epiphenomenon) โดยการศึกษานิติสำนึกในเชิงทัศนคติจะเป็นการศึกษาที่มุ่งเน้นไปที่ปัจเจกบุคคลเป็นหลัก ในขณะที่การศึกษานิติสำนึกเชิงซ้อนมุ่งเน้นไปที่โครงสร้างและกระบวนการทางสังคมเป็นหลัก

1) การศึกษานิติสำนึกเชิงทัศนคติ (Legal Consciousness as Attitude)

การศึกษานิติสำนึกเชิงทัศนคติเกิดขึ้นจากการที่นักวิชาการบางส่วนได้สร้างกรอบความคิดของคำว่า “สำนึก” (Consciousness) ว่าเป็นความคิด (Ideas) หรือทัศนคติ (Attitudes) ของปัจเจกชน ซึ่งเมื่อปัจเจกชนแต่ละคนมารวมกลุ่มกันเป็นสังคมจึงทำให้เกิดการกำหนดรูปแบบ (Forms) หรือองค์ประกอบ (Textures) ของชีวิตในสังคมที่ตนอาศัยอยู่ร่วมกัน

การศึกษานิติสำนึกในเชิงทัศนคตินั้น นอกจากจะให้ความสนใจกับทัศนคติของปัจเจกชนแต่ละคนแล้ว ยังต้องการศึกษาและให้ความสนใจกับกลุ่มคนที่อยู่ร่วมกันเป็นสังคมทุกขนาดและทุกประเภท เริ่มจากครอบครัว เพื่อน องค์กร ชุมชน ไปจนถึงรัฐชาติด้วย โดยเชื่อว่าสำนึกของปัจเจกชนแต่ละคนนั้นประกอบด้วยส่วนของ ‘เหตุผล’ (Reasons) และ ‘ความต้องการ’ (Desires) โดยที่ความหลากหลายของมนุษย์เป็นสิ่งที่ไม่สามารถหลีกเลี่ยงได้นั้นจะเป็นตัวกำหนดเหตุผลและความต้องการกล่าวคือ ปัจเจกชนแต่ละคนจะมีความต้องการที่แตกต่างกันออกไป แม้ว่าความต้องการที่แตกต่างกันนั้นจะมาจากเหตุผลอย่างเดียวกันก็ตาม

การรวบรวมและสร้างชุดข้อมูล (Document) ที่มีความหลากหลายเกี่ยวกับความเชื่อ ทัศนคติ และการกระทำของปัจเจก จะเป็นวิธีการที่นำมาใช้ศึกษานิติสำนึกในเชิงทัศนคติเพื่อ

³³ ปิยอร เปลียนผดุง. แนวคิดนิติสำนึก. [ระบบออนไลน์]. แหล่งที่มา.

<http://www.midnightuniv.org/%E0%B9%81%E0%B8%99%E0%B8%A7%E0%B8%84%E0%B8%B4%E0%B8%94%E0%B8%99%E0%B8%B4%E0%B8%95%E0%B8%B4%E0%B8%AA%E0%B8%B3%E0%B8%99%E0%B8%B6%E0%B8%81-legal-consciousness> (26 มิถุนายน 2554).

³⁴ “นิติสำนึกเชิงซ้อน” (Legal Consciousness as Epiphenomenon) หมายถึง นิติสำนึกที่เกิดขึ้นจากปรากฏการณ์อย่างหนึ่งอันเป็นผลตามมาจากอีกปรากฏการณ์หนึ่งที่เกิดขึ้นก่อนหน้า (a secondary phenomenon that is a by-product of another phenomenon) [Online.] Available: <http://dict.longdo.com/search/epiphenomenon>

อธิบายสภาพ (Shape) ขององค์กรหรือสถาบันทางกฎหมายและสิ่งที่เกิดขึ้นในทางปฏิบัติ โดยนักวิชาการอเมริกันที่ใช้แนวทางการศึกษานิติสำนักเชิงทัศนคติจะให้ความสนใจกับรูปแบบและกระบวนการในการปฏิสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายกับปัจเจกมากกว่าผลลัพธ์ที่เกิดขึ้นจากการปฏิสัมพันธ์ดังกล่าว ซึ่งจะแตกต่างจากการศึกษานิติสำนักเชิงทัศนคติของนักวิชาการชาวยุโรปที่จะให้ความสำคัญกับความรับผิดชอบและความรู้สึกแปลกแยกของประชาชนที่มีต่อกฎหมาย

2) การศึกษานิติสำนักเชิงซ้อน (Legal Consciousness as Epiphenomenon)

สำหรับการศึกษานิติสำนักเชิงซ้อนที่เป็นอีกแนวทางหนึ่งในการศึกษานิติสำนักนักวิชาการบางส่วนที่ใช้แนวทางนี้จะมองว่าสำนักของปัจเจกชนเป็นผลพลอยได้หรือสิ่งที่เกิดขึ้นตามมา (By-Product) จากการทำงานของโครงสร้างทางสังคมมากกว่าจะเป็นตัวการ (Formative Agent) ที่ก่อให้เกิดสร้างรูปแบบของสถาบันต่าง ๆ และประวัติศาสตร์ขึ้น โดยอธิบายว่าเครือข่ายทางสังคมเป็นเครือข่ายที่มีความสลับซับซ้อน ทำให้ผู้ที่อยู่ในสังคมนั้นต่างก็มีบทบาททางสังคมที่แตกต่างกันออกไป ด้วยโครงสร้างทางสังคมเช่นนี้เองที่เป็นตัวกำหนดการรับรู้และการกระทำของบุคคล จากแนวความคิดดังกล่าวนี้คล้ายคลึงกับแนวคิดโครงสร้างนิยมแบบมาร์กซิสต์ (Marxist Structuralism) ที่อธิบายว่า แนวความคิดต่าง ๆ รวมถึงวัฒนธรรมต่าง ๆ เป็นโครงสร้างที่เหนือกว่า (Superstructural Residue) ที่ชนชั้นสูงสร้างขึ้นเพื่อผลประโยชน์ของตนเอง

เนื่องจากโครงสร้างทางสังคมและเศรษฐกิจได้สร้างลำดับชั้นทางกฎหมาย (Legal Order) และสร้างบุคคลหรือวัตถุทางกฎหมาย (Legal Subjects) ให้สอดคล้องกับสภาพสังคมและเศรษฐกิจนั้น ๆ นิติสำนักของปัจเจกชนตามแนวคิดนี้จึงเป็นนิติสำนักเชิงซ้อนหรือเป็นนิติสำนักที่เกิดจากปรากฏการณ์อันเป็นผลสืบเนื่องมาจากการสร้างลำดับชั้นและวัตถุทางกฎหมายดังกล่าว ไม่ใช่สิ่งที่เกิดขึ้นจากการรับรู้ที่ปัจเจกชนสร้างขึ้นจากประสบการณ์และการปฏิสัมพันธ์กับกฎหมายแต่เพียงอย่างเดียว และทำให้การศึกษาในแนวทางนี้มุ่งเน้นในการอธิบายถึงความจำเป็นในการสร้างรูปแบบของพฤติกรรมทางกฎหมายและสำนักในทางกฎหมายขึ้น รวมถึงผลที่เกิดขึ้นจากกฎหมายและการปฏิบัติในทางกฎหมายต่อผลประโยชน์ของชนชั้นต่าง ๆ และความไม่เท่าเทียมกันที่เกิดจากการใช้กฎหมาย

ข. แนวทางการศึกษาแนวคิดนิติสำนักเชิงองค์ประกอบ

จากที่กล่าวมาข้างต้นนั้นเป็นการศึกษานิติสำนักในฐานะทัศนคติของปัจเจกบุคคลและการศึกษานิติสำนักในฐานะผลสืบเนื่องจากการที่โครงสร้างสังคมเป็นผู้สร้างกฎหมาย นอกจากนี้ยังมีนักวิชาการอีกกลุ่มหนึ่งที่มีแนวคิดในการนำนิติสำนักมาเป็นแนวคิดหลักในการศึกษาด้วย

นักวิชาการที่ใช้ทฤษฎีนี้ในการศึกษานิติสำนึกในเชิงองค์ประกอบ (Constitutive Theories of Legal Consciousness) มองว่านิติสำนึกมีส่วนเกี่ยวข้องกับโครงสร้างทางสังคม (Social Construction) จึงให้ความสนใจกับปรากฏการณ์ต่าง ๆ ที่เกิดขึ้น โดยเฉพาะอย่างยิ่งความขัดแย้งที่เกิดขึ้นในสังคมหนึ่งซึ่งส่งผลกระทบต่อโครงสร้างทางสังคมหรือสถาบันที่เกี่ยวข้องกับสังคมนั้น ๆ และจะให้ความสนใจกับกระบวนการที่มีกฎหมายเป็นส่วนหนึ่งของโครงสร้างทางสังคมในการร่วมสร้างวาทกรรมหรือความหมายของกฎหมายขึ้นในชีวิตประจำวันของบุคคล ดังนั้นการศึกษาในเชิงองค์ประกอบนี้จึงพยายามเน้นไปที่เหตุการณ์ที่เกิดขึ้นซ้ำ ๆ ในสังคม หรือบทบาทของโครงสร้างทางสังคมซึ่งมีส่วนในการสร้างลักษณะเฉพาะของกฎหมายอันส่งผลกระทบต่อรับรู้ของคนในสังคมนั้นขึ้น

ค. แนวทางอื่น ๆ ในการศึกษาแนวคิดนิติสำนึก

นอกจากการนำแนวคิดนิติสำนึกมาใช้ในการอธิบายปรากฏการณ์ทางนิติสังคมศาสตร์ได้แล้ว ยังมีการนำเอาแนวคิดนิติสำนึกมาใช้ประยุกต์ใช้ในทางอาชญาวิทยาด้วยเช่นกัน โดยในประเทศรัสเซียนักอาชญาวิทยาได้นำเอาแนวคิดนิติสำนึกของทางสหรัฐอเมริกาปรับใช้ในการอธิบายปรากฏการณ์ทางอาชญาวิทยา และการศึกษาพฤติกรรมของบุคคลในสังคมหลายระดับ และหลายแนวทางด้วยกัน³⁵ ได้แก่

1) *นิติสำนึกในทางทฤษฎีและในทางปฏิบัติ (Theoretical and Practical Legal Consciousness)* นิติสำนึกในทางทฤษฎีเป็นการศึกษาการรับรู้ถึงการมีอยู่ของกฎหมาย ความรู้เกี่ยวกับระเบียบกฎเกณฑ์ต่าง ๆ ที่กฎหมายวางเอาไว้ และหลักการของกฎเกณฑ์ที่แท้จริงในสังคม ส่วนนิติสำนึกหรือการรับรู้กฎหมายในทางปฏิบัติ นั้น เป็นการศึกษาประสบการณ์ที่ประชาชนได้รับจากการบังคับใช้กฎหมาย เพื่อทำความเข้าใจการปฏิบัติตามกฎหมาย การใช้สิทธิที่ได้รับตามกฎหมาย รวมถึงระดับของกฎหมายที่นำมาบังคับใช้กับประชาชน

2) *จิตวิทยาสังคมเกี่ยวกับกฎหมาย (Social Legal Psychology)* เป็นการศึกษาความรู้สึนึกคิด อารมณ์ ผลกระทบทางด้านจิตใจที่บุคคลได้รับจากการบังคับใช้กฎหมายซึ่งส่งผลกระทบต่อพฤติกรรมของบุคคลในกลุ่มสังคมนั้น ๆ

3) *นิติสำนึกในกลุ่มคนทั่วไป นิติสำนึกของบุคคลเฉพาะกลุ่มอาชีพ และนิติสำนึกของบุคคลในท้องถิ่น (Mass, Specialized and Local Legal Consciousness)* เป็นการศึกษา

³⁵ Kaugia, Silvia. Structure of Legal Consciousness. *Juridica International* No. 1. [Online]. Available: http://www.juridica.ee/international_en.php?document=en/international/1996/1/6169.ART.7.pub.php (11 May 2011).

จำแนกการศึกษานิติสำนึกตามลักษณะการจัดกลุ่มของบุคคลที่ต้องการศึกษา โดยการศึกษานิติสำนึกในกลุ่มคนทั่วไปนั้นอาจเรียกได้ว่าเป็นการศึกษาในภาพกว้างของสังคมโดยรวม ซึ่งจะทำการศึกษาในกลุ่มคนจำนวนมากที่เป็นกลุ่มใหญ่ในหลายระดับ ส่วนนิติสำนึกของบุคคลเฉพาะกลุ่มอาชีพนั้น จะใช้วิธีการจำกัดประเภทของบุคคลที่จะทำการศึกษาให้เล็กลงและมีความเฉพาะเจาะจงมากขึ้น โดยเริ่มจากการระบุงroupของอาชีพ เช่น กลุ่มนักกฎหมาย เป็นต้น เนื่องจากคนในแต่ละกลุ่มอาชีพจะมีมุมมองต่อกฎหมายตามความคิดและประสบการณ์ของตนเองที่แตกต่างกันออกไปโดยเฉพาะบุคคลที่มีอาชีพทางกฎหมาย สุดท้ายจะเป็นการศึกษานิติสำนึกของบุคคลในท้องถิ่นนั้นจะยึดแนวคิดพื้นฐานที่ว่าในแต่ละท้องถิ่นจะมีระบบทางสังคม เศรษฐกิจ และภูมิศาสตร์เป็นของตนเอง และสิ่งเหล่านี้เป็นเงื่อนไขในการกำหนดพฤติกรรมและมุมมองเกี่ยวกับกฎหมายของบุคคลในท้องถิ่นนั้น

4) *นิติสำนึกของสังคม กลุ่มบุคคล และปัจเจกบุคคล (Social, Group and Individual Legal Consciousness)* เป็นการศึกษาสำนึกโดยแบ่งตามจำนวนหรือขนาดของบุคคล โดยจะทำการศึกษาดังแต่การรับรู้กฎหมายของปัจเจกบุคคลไปจนถึงการรับรู้กฎหมายของกลุ่มบุคคล และนิติสำนึกร่วมที่สังคมนั้น ๆ รับรู้ ซึ่งวิธีการศึกษาที่แบ่งแยกไปตามขนาดของกลุ่มบุคคลนี้จะช่วยให้ทราบถึงแนวทางในการปฏิบัติของบุคคล รวมไปถึงลักษณะและระดับการรับรู้ของคนในสังคมนั้น ๆ ซึ่งจะส่งผลต่อลักษณะและรูปแบบของการก่ออาชญากรรมที่เกิดขึ้น³⁶

จากแนวทางในการศึกษาที่ได้กล่าวมาในข้างต้นนั้น เป็นการจำแนกแนวทางการศึกษาโดยใช้แนวคิดนิติสำนึกมาประกอบการศึกษาอาชญาวิทยา อย่างไรก็ตาม แนวทางการศึกษาโดยพื้นฐานนั้นจะมุ่งเน้นไปที่การศึกษาทัศนคติหรือมุมมองของปัจเจกชนและการปฏิสัมพันธ์กันระหว่างคนในสังคมกับกฎหมายเป็นหลัก เช่นเดียวกับการศึกษาในทางนิติศาสตร์

ดังนั้นอาจกล่าวโดยสรุปได้ว่า จากแนวทางการศึกษานิติสำนึกในรูปแบบต่าง ๆ ข้างต้นนั้น นักวิชาการที่ใช้แนวคิดนิติสำนึกในการศึกษาวิจัยจะให้ความสนใจกับประสบการณ์ของปัจเจกชนที่มีต่อกฎหมายและบรรทัดฐานทางกฎหมาย (Legal Norms) การตัดสินใจยอมรับและปฏิบัติตามกฎหมาย (Decisions about Legal Compliance) วิถีทางที่กฎหมายส่งผลต่อชีวิตประจำวันของบุคคล³⁷ รวมไปถึงความขัดแย้งระหว่างกฎหมายกับวิถีชีวิตของปัจเจกชนอีกด้วย³⁸

³⁶ Ibid.

³⁷ Marc Hertogh, “‘European’ Conception of Legal Consciousness: Rediscovering Eugene Ehrlich”, *Journal of Law and Society*, p. 458.

³⁸ Ibid., p. 464.



2.1.3.4 วิธีการในการศึกษานิตินานิก

สำหรับวิธีการที่ใช้ในการศึกษานิตินานิก David M. Engle and Frank W. Munger ใช้วิธีการศึกษาโดยให้ผู้ถูกสัมภาษณ์บอกเล่าถึงเรื่องราวในชีวิตของตน โดยเริ่มจากชีวิตในวัยเด็ก ตลอดจนประสบการณ์ทางการศึกษาและการทำงาน ซึ่งการบอกเล่าถึงเรื่องราวในชีวิตนั้นได้กลายเป็นจุดเล็ก ๆ ของความพยายามที่จะวิเคราะห์ถึงบทบาทของสิทธิในชีวิตประจำวัน วิธีการบอกเล่าถึงประสบการณ์ต่าง ๆ ในชีวิตนี้เองที่เป็นเครื่องมือของมนุษย์ทั้งหลายในการที่จะสร้างสัมผัสหรือความรู้สึกที่ตนเองมีต่อประสบการณ์เหล่านั้น ซึ่งจุดนี้จะเป็นการรวบรวมความทรงจำในอดีตผ่านทางเรื่องราวเหล่านั้นเพื่อที่จะให้คำนิยามหรืออธิบายในความเป็นตัวตนของตนเอง³⁹ ขณะที่ Silbey ได้กล่าวถึงวิธีการศึกษาเกี่ยวกับการรับรู้กฎหมายที่เป็นไปในทิศทางเดียวกันว่า จะต้องเป็นการพยายามค้นหาว่าในชีวิตประจำวันของประชาชนมีกฎหมายเข้ามาเกี่ยวข้องหรือไม่มากนักเพียงใด โดยให้ความสนใจในการอธิบาย การให้ความหมาย การพูดคุย รวมถึงการสื่อสารระหว่างกันของประชาชนว่ามีอย่างไร เกี่ยวข้องกับกฎหมายหรือไม่เป็นหลัก อันถือเป็นเครื่องมือสำคัญในการวิเคราะห์หาคำตอบของงานศึกษาวิจัยประเภทนี้⁴⁰

หากกล่าวโดยสรุปแล้ววิธีการที่ใช้ในการศึกษาถึงนิตินานิกนั้น จะใช้วิธีการของการเจรจาพูดคุย หรือการโต้ตอบของฝ่ายผู้สัมภาษณ์และผู้ถูกสัมภาษณ์ ซึ่งจะเน้นไปที่การตั้งคำถามปลายเปิดเพื่อเปิดโอกาสให้ผู้ถูกสัมภาษณ์ได้มีโอกาสบอกเล่าถึงประสบการณ์ในชีวิตในด้านต่าง ๆ ตั้งแต่ในอดีตจนกระทั่งถึงปัจจุบัน อันเป็นการบอกเล่าถึงตัวตนของผู้ถูกสัมภาษณ์ว่ามีมุมมองเกี่ยวกับความเป็นตัวตนของตนเองอย่างไร และกฎหมายเข้ามามีส่วนเกี่ยวข้องกับตนเองมากน้อยเพียงใด หรือตนเองได้รับผลกระทบจากกฎหมายบ้างหรือไม่อย่างไร

2.1.4 แนวคิดทฤษฎีว่าด้วยเรื่องสิทธิ (Rights)

แนวคิดหรือทฤษฎีเรื่องสิทธิมีความเกี่ยวข้องและสัมพันธ์กับแนวคิดนิตินานิกที่ได้กล่าวถึงมาแล้วในข้างต้นเป็นอย่างมาก เนื่องจากโดยพื้นฐานแล้วมนุษย์จะมีนิตินานิกหรือการรับรู้กฎหมายผ่านทางทราบถึงสิทธิของตนเองว่ามีอยู่อย่างไร

2.1.4.1 พัฒนาการทางประวัติศาสตร์ของสิทธิและเสรีภาพ

พัฒนาการในทางประวัติศาสตร์ของสิทธิและเสรีภาพนั้นพัฒนามาจากสิทธิและเสรีภาพของชนชั้นกลางในยุคกลางของยุโรป โดยกษัตริย์และขุนนางในสมัยนั้นถูกกลุ่มชนชั้นกลางบังคับให้มอบหลักประกันในสิทธิและเสรีภาพบางประการแก่พวกเขา ซึ่งข้อเรียกร้องที่

³⁹ David M. Engle and Frank W. Munger, "Narrative, Disability, and Identity". *The Ohio State University*, 15, 1, (2007) : 85.

⁴⁰ Susan S. Silbey, *Ibid.*, p. 326-327.

ได้รับการกล่าวถึงมากในการต่อสู้ของชนชั้นกลาง คือ Magna Carta ในค.ศ. 1215⁴¹ ซึ่งเป็นข้อเรียกร้องที่เกิดมาจากการที่พระเจ้าจอห์นที่ 5 กษัตริย์ของอังกฤษมักจะเก็บภาษีตามใจชอบเพื่อนำไปใช้ในการสงครามทำให้เหล่าขุนนางไม่พอใจ จนกระทั่งเกิดการรบกันระหว่างสองฝ่าย แต่ฝ่ายที่ปราชัยคือฝ่ายของพระเจ้าจอห์นจึงต้องยอมประทับตราลงใน Magna Carta ซึ่งมีสาระสำคัญประการหนึ่งว่า การเก็บภาษีบางอย่างของพระมหากษัตริย์จะกระทำมิได้ หากมิได้รับความเห็นชอบจากเหล่าขุนนาง นอกจากนี้ เพื่อป้องกันมิให้พระมหากษัตริย์ใช้อำนาจจากศาลโดยมิชอบแล้ว จึงได้กำหนดบทบัญญัติไว้ในมาตรา 39 ว่า “อิสระชนไม่อาจจะถูกจับกุม คุมขัง ถูกประหาร หรือถูกเนรเทศ หรือถูกกระทำโดยวิธีใดวิธีหนึ่ง เว้นแต่โดยอาศัยพื้นฐานคำวินิจฉัยตามบทบัญญัติของกฎหมาย”⁴²

ในค.ศ. 1356 Brabanter Joyeuse Entrée ได้เรียกร้องจากผู้ปกครองแผ่นดินเพื่อให้คำมั่นสัญญาที่จะรับรองสิทธิต่าง ๆ โดยให้ความเป็นธรรมต่อชนชั้นกลางในการร่วมตัดสินใจในการทำสงครามและสัญญาสันติภาพ เอกสารที่คล้าย ๆ กันในลักษณะดังกล่าวนี้สามารถพบได้ในฮังการี โปแลนด์ โปแลนด์ และสวีเดน รวมทั้งในเขตการปกครองในดินแดนของเยอรมันที่ได้มีการบังคับเพื่อให้มีการให้คำมั่นสัญญาในเรื่องราวดังกล่าว ซึ่งส่วนใหญ่เป็นการเรียกร้องเพื่อให้สิทธิแก่ชนชั้นกลางและโดยเฉพาะอย่างยิ่งต่อเมืองที่มีความอิสระ⁴³

ในศตวรรษที่ 16 และ 17 จากพัฒนาการของทฤษฎีว่าด้วยรัฐสมัยใหม่นั้นได้ก่อให้เกิดความเข้าใจในสิทธิและเสรีภาพตามความหมายของสมัยใหม่ โดยในขั้นแรกได้เกิดเอกสารที่เรียกว่า Petition of Right ก่อนหน้านั้นในค.ศ. 1689 จึงเกิด Bill of Rights และในช่วงศตวรรษนี้เองที่ทฤษฎีสัญญาประชาคม (Social Contract Theory) และแนวคิดแบบมนุษยนิยม (Humanism) เป็นแนวความคิดที่มีบทบาทสำคัญในยุคนั้น จากแนวคิดดังกล่าวมีอิทธิพลต่อ John Milton ซึ่งได้เรียกร้องสิทธิต่าง ๆ ต่อไปนี้ว่าเป็นสิทธิที่มีความจำเป็นสำหรับประชาชน กล่าวคือ สิทธิในชีวิตร่างกาย (The Rights to Life), กรรมสิทธิ์ (Property Rights), เสรีภาพ (Freedom), เสรีภาพในทางศาสนาและในทางความเชื่อ (Freedom of

⁴¹ บรรเจิด สิงคะเนติ, หลักพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์, (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2552), หน้า 34.

⁴² เพิ่งอ้าง.

⁴³ Albert Bleckmann, Staatsrecht II – Die Grundrecht, 4 Aufl, 1997 S.2 อ้างในบรรเจิด สิงคะเนติ, หลักพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์, (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2552), หน้า 34.

Religion and Faith), เสรีภาพในการพูด (Freedom of Speech) และเสรีภาพของหนังสือพิมพ์ (Press Freedom)⁴⁴

ส่วนรัฐจะต้องถูกจำกัดอำนาจของรัฐในเรื่องที่เกี่ยวกับเสรีภาพตาม “ข้อตกลงของประชาชน” (Agreement of the people) ที่ถูกทำขึ้นในค.ศ. 1647-1649 ดังต่อไปนี้ คือ เสรีภาพในทางศาสนาและในทางความเชื่อ, เสรีภาพจากการถูกบังคับให้เข้าร่วมในสงคราม, การนิรโทษกรรมสำหรับผู้ที่มีความคิดเห็นทางการเมืองที่แตกต่าง (Press Freedom Amnesty for The Political Attitude), ความเสมอภาค (Equality), การแทรกแซงในสิทธิของบุคคล หรือการแทรกแซงในกรรมสิทธิ์จะกระทำไม่ได้ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายให้อำนาจในการกระทำดังกล่าว⁴⁵ อย่างไรก็ตามข้อเรียกร้องดังกล่าวกลับถูกปฏิเสธโดยสภาที่ปรึกษาแห่งกองทัพเพื่อการปฏิวัติ

John Locke เป็นบุคคลที่มีบทบาทสำคัญบุคคลหนึ่งในเรื่องของสิทธิและเสรีภาพ โดย Locke เห็นว่าชีวิต (Life), เสรีภาพ (Freedom) และกรรมสิทธิ์ (Property Rights)⁴⁶ เป็นสิทธิที่ติดตัวปัจเจกบุคคลมาตั้งแต่เกิดโดยสิทธิดังกล่าวเป็นสิทธิที่มีอยู่อย่างเท่าเทียมกันอย่างอิสระของปัจเจกบุคคลในสภาวะธรรมชาติ สิทธิดังกล่าวไม่อาจจะถูกยกเลิกได้โดยสัญญาประชาคม แต่ในทางตรงข้ามอาจทำให้เกิดความมั่นคงขึ้นโดยสัญญาประชาคม ซึ่งกรรมสิทธิ์ตามแนวความคิดของยุคกลางและตามแนวความคิดของศตวรรษที่ 17 ถือว่ารวมอยู่ในสิทธิและเสรีภาพของบุคคลด้วย เพื่อให้เกิดหลักประกันต่อสิทธิและเสรีภาพของบุคคล Locke ได้เรียกร้องให้มีการแยกอำนาจนิติบัญญัติออกจากอำนาจบริหาร สำหรับเรื่องแนวความคิดในการจำกัดอำนาจรัฐได้รับการพัฒนาต่อมาโดย Montesquieu⁴⁷

Sir Edward Coke เป็นนักนิติศาสตร์ชาวอังกฤษที่มีแนวความคิดเกี่ยวพันกับแนวคิดของ John Locke โดยเป็นผู้ที่สนับสนุนเสรีภาพส่วนบุคคล สิทธิในชีวิต และกรรมสิทธิ์โดยกฎหมายบัญญัติ และเป็นผู้ที่ทำให้เกิดการพัฒนาเสรีภาพส่วนบุคคล สิทธิในชีวิตร่างกาย และกรรมสิทธิ์ โดย Coke เห็นสิทธิที่กล่าวมาทั้งหมดนั้นเป็นสิทธิที่ติดตัวมนุษย์ที่จะต้องได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย Common Law

แนวความคิดดังกล่าวข้างต้นได้นำไปสู่การประกาศสิทธิและเสรีภาพของประชาชนในสหรัฐอเมริกาและฝรั่งเศสในศตวรรษที่ 18 เริ่มจากการประกาศ “Bill of Rights”

⁴⁴ Albert Bleckmann,S.3 อ้างในบรรเจ็ด สิงคะเนติ, หน้า 35.

⁴⁵ Albert Bleckmann,S.3 อ้างในบรรเจ็ด สิงคะเนติ, หน้า 36.

⁴⁶ บรรเจ็ด สิงคะเนติ, หน้า 36.

⁴⁷ บรรเจ็ด สิงคะเนติ, หน้า 36.

ของรัฐต่าง ๆ ในสหรัฐอเมริกา ส่วนในระดับสหพันธรัฐ ได้มีการวางหลักสิทธิและเสรีภาพไว้ใน “Federal Bill of Rights von 1791”

สำหรับประเทศฝรั่งเศสนั้น ตัวแทนของประชาชนชาวฝรั่งเศสได้รวมตัวกันเป็นสภาแห่งชาติ และร่วมกันประกาศสิทธิมนุษยย์และสิทธิพลเมืองในช่วงการปฏิวัติของฝรั่งเศสเมื่อวันที่ 26 สิงหาคม 1789 โดยกล่าวถึงความผูกพันขององค์การนิติบัญญัติต่อสิทธิและเสรีภาพ สิทธิและเสรีภาพมีผลผูกพันต่ออำนาจของรัฐทั้งหมด นอกจากนี้ยังได้กล่าวถึงเสรีภาพและหลักการที่สำคัญ เช่น เสรีภาพทั่วไปในการกระทำการ (The General Freedom of Action) อันเป็นการคุ้มครองเสรีภาพส่วนบุคคล, หลักไม่มีความผิดและไม่มีโทษโดยไม่มีกฎหมาย (nulla poena sine lege), เสรีภาพในทางศาสนา (Freedom of Religion), สิทธิในกรรมสิทธิ์ (Ownership), หลักการแบ่งแยกอำนาจ (The Principle of Separation of Powers) และหลักอธิปไตยของปวงชน (The Sovereignty of The People) รวมทั้งแนวความคิดเรื่องการจำกัดสิทธิและเสรีภาพอาจกระทำได้โดยบทบัญญัติของกฎหมายเพื่อผลประโยชน์ของมหาชน⁴⁸

2.1.4.2 ความหมายของสิทธิ

การนิยามความหมายของคำว่า “สิทธิ” นั้นมาจากหลากหลายแหล่งที่มา ดังจะมีรายละเอียดต่อไปนี้

ตามความหมายของสำนักกฎหมายธรรมชาตินั้น เพลโต้นักคิดผู้ซึ่งกล่าวอ้างถึงสิทธิตามธรรมชาติ (Natural Right) ว่าเป็นสิ่งซึ่งถูกต้องเป็นธรรม (something which is by nature just) และความถูกต้องเป็นธรรม (justice) นั้นหมายถึงการประพฤติปฏิบัติกิจของตนอย่างเป็นระเบียบเรียบร้อย ส่วนอริสโตเติลได้อธิบายว่า สิทธิธรรมชาตินั้นมีอยู่จริง และเป็นสิทธิที่สถิตอยู่ทุกแห่งหน ทั้งปรากฏอยู่โดยไม่ต้องมีโองการหรือประกาศใด (Natural right is that right which has everywhere the same power and does not owe its validity to human enactment)⁴⁹ ฉะนั้นอาจสรุปได้ว่าสิทธิตามธรรมชาติ หมายถึง สิทธิอันเกี่ยวกับความถูกต้องและเป็นธรรมเพื่อควบคุมพฤติกรรมของมนุษย์ให้มีความเป็นระเบียบเรียบร้อย และสิทธิเช่นว่านั้นสามารถกล่าวอ้างได้โดยมีต้องอาศัยหลักการ กฎเกณฑ์ หรือหลักกฎหมายแต่อย่างใด

ส่วนสิทธิตามความหมายของหลักสิทธิมนุษยชน หมายถึง สิทธิที่ทุกคนมีอยู่ในฐานะเป็นมนุษย์ ทั้งสิทธิในการดำรงชีวิตอยู่ในส่วนบุคคลและสิทธิในการอยู่ร่วมกันในสังคม สิทธิ

⁴⁸ Albert Bleckmann, S.4 อ้างในบรรเจิด สิงคะเนติ, หน้า 37.

⁴⁹ หน้าที่ 4 แนวความคิดต่าง ๆ ทางกฎหมาย. แหล่งที่มา. [ระบบออนไลน์]

http://phrae.urui.ac.th/data_pcp/book/weblaw/booklaw/b4.htm (17 มิถุนายน 2554).

ในความเป็นมนุษย์นั้น มีทั้งสิทธิตามกฎหมายและสิทธิที่มีอยู่โดยไม่ขึ้นอยู่กับบทบัญญัติของกฎหมาย แต่เป็นสิทธิที่เกิดจากมาตรฐานเพื่อความถูกต้อง ความเป็นธรรม หรือความยุติธรรม แต่เดิมสิทธิมนุษยชนจะกล่าวถึงในชื่ออื่น เช่น สิทธิในธรรม สิทธิในธรรมชาติ เป็นต้น⁵⁰ สอดคล้องกับนักวิชาการกลุ่มหนึ่งที่ยังมองว่าหลักสิทธิมนุษยชนนั้น มิใช่สิ่งที่จำเป็นต้องมีเหตุผลทางวิทยาศาสตร์หรือปรัชญารองรับเพราะสิทธิมนุษยชนเป็นสิ่งที่มนุษย์สร้างขึ้นมาเพื่ออำนวยความสะดวกและให้ประโยชน์ต่อการดำรงชีพร่วมกันในสังคม ไม่ต่างจากสิ่งอื่น ๆ ที่มนุษย์สร้างขึ้นมาภายใต้คำว่า ‘วัฒนธรรม’ และเมื่อสิทธิมนุษยชนมีสถานะเป็น ‘วัฒนธรรม’ ก็ย่อมส่งผลตามมาว่าสิทธิมนุษยชนนี้เป็นผลผลิตหรือเป็นวัฒนธรรมที่เกิดขึ้นในสังคม⁵¹

ตามความหมายของสิทธิโดยทั่วไปแล้ว หมายถึง อำนาจที่กฎหมายรับรองคุ้มครองให้แก่บุคคล ในอันที่จะเรียกร้องให้บุคคลอื่นกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง สิทธิจึงก่อให้เกิดหน้าที่แก่บุคคลอื่นด้วย⁵² ส่วนความหมายของสิทธิตามรัฐธรรมนูญนั้นถือว่าเป็นสิทธิตามกฎหมายมหาชน ซึ่งหมายถึง อำนาจตามรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายสูงสุดได้บัญญัติให้การรับรองคุ้มครองแก่ปัจเจกบุคคลในอันที่จะกระทำการใดหรือไม่กระทำการใด⁵³ ดังนั้นการที่ปัจเจกบุคคลได้รับอำนาจดังกล่าวมาจึงก่อให้เกิดสิทธิเรียกร้องที่จะมิให้บุคคลอื่นแทรกแซงสิทธิตามรัฐธรรมนูญที่ตนเองมีอยู่ได้

2.1.4.3 การยอมรับและการบังคับให้เป็นไปตามสิทธิในประเทศไทย

ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ได้กำหนดสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานของประชาชนชาวไทยไว้ในมาตรา 26-69 ได้แก่ การยอมรับในศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิและเสรีภาพในชีวิตร่างกาย สิทธิในกระบวนการยุติธรรม สิทธิในทรัพย์สิน สิทธิและเสรีภาพในการประกอบอาชีพ เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของบุคคลและสื่อมวลชน สิทธิในการได้รับบริการสาธารณสุขและสวัสดิการจากรัฐ สิทธิในข้อมูลข่าวสารและการร้องเรียน เสรีภาพในการชุมนุมและสมาคม สิทธิชุมชน และสิทธิพิทักษ์รัฐธรรมนูญ

⁵⁰ สิทธิมนุษยชน. แหล่งที่มา. [ระบบออนไลน์]

<http://www.labourcrisiscenter.com/index.php?lay=show&ac=article&Id=539141196>
(17 มิถุนายน 2554)

⁵¹ ไชยันต์ ไชยพร. (2544). วิถีสังคมไทย: สรรนิพนธ์ทางวิชาการเนื่องในวาระหนึ่งศตวรรษ ปรีดี พนมยงค์ ชุดที่ 6 กฎหมายและสิทธิมนุษยชน. กรุงเทพมหานคร: เรือนแก้วการพิมพ์. หน้า 150.

⁵² วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. (2538). สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน. น. 21. อ้างใน บรรเจิด สิงคนดี. หน้า 48-49.

⁵³ บรรเจิด สิงคนดี. หน้า 49.

โดยประเด็นที่ผู้วิจัยจะหยิบยกขึ้นมากล่าวถึงคือ ประเด็นในเรื่องของสิทธิในทรัพย์สิน โดยเฉพาะอย่างยิ่งสิทธิในที่ดิน เนื่องจากประเด็นนี้เป็นประเด็นที่มีความเชื่อมโยงกับงานศึกษาวิจัยชิ้นนี้เป็นอย่างมาก กล่าวคือ ระบบกฎหมายของไทยให้การยอมรับสิทธิในที่ดินอยู่ 2 ประเภทได้แก่ กรรมสิทธิในที่ดินของรัฐ และกรรมสิทธิในที่ดินของเอกชนเท่านั้น ส่วนสิทธิในที่ดินประเภทอื่นระบบกฎหมายไม่ให้การยอมรับและรับรองแต่อย่างใด เช่น สิทธิตามจารีตประเพณี แต่สิทธิประเภทนี้กลับเป็นสิทธิที่อยู่คู่กับสังคมไทยมาอย่างยาวนานแต่ถูกละเลยจากภาครัฐและไม่ได้ถูกผนวกให้เป็นสิทธิตามกฎหมาย

อานันท์ กาญจนพันธุ์ ได้แสดงความเห็นต่อประเด็นนี้ว่าความสัมพันธ์ต่างๆ บนพื้นฐานของสิทธิในการสืบมรดกและการจัดสรรที่ดินมักจะเริ่มมาจากการเป็นจารีตประเพณีที่ปฏิบัติกันอยู่ในแต่ละสังคมแต่ละท้องถิ่น แต่เมื่อในภายหลังสังคมท้องถิ่นต่าง ๆ ถูกผนวกรวมขึ้นมาเป็นสังคมนิติรัฐประชาชาติขนาดใหญ่ภายใต้ระบบกฎหมายเดียวกันทำให้เกิดความแตกต่างและขัดแย้งขึ้นระหว่างจารีตและกฎหมาย จนชุมชนในท้องถิ่นบางแห่งต้องลุกขึ้นมาเรียกร้องให้สังคมเคารพหลักการตามจารีตของตนด้วยเพราะถือว่าจารีตนั้นก็คือสิทธิประเภทหนึ่งในแง่ที่เป็นกฎเกณฑ์ทางศีลธรรมของชุมชนเช่นเดียวกันที่เรียกว่า สิทธิตามจารีตประเพณี (Customary Rights) ซึ่งอาจจะแตกต่างจากสิทธิตามกฎหมายได้ (Legal Rights) ทั้งนี้เพราะสิทธิตามจารีตมักจะตั้งอยู่บนหลักของสิทธิทางศีลธรรม (Moral Rights) อย่างเคร่งครัด ขณะที่สิทธิตามกฎหมายนั้นมักจะผสมผสานหลักการทางการเมืองและเศรษฐกิจไว้ด้วย⁵⁴

อานันท์ กาญจนพันธุ์ ยังได้กล่าวต่อไปอีกว่าสิทธิตามจารีตประเพณีนี้มักจะรวมเอาการอ้างสิทธิในที่ดินไว้หลากหลายรูปแบบ รวมทั้งสิทธิในการถือครองที่ดินร่วมกันของชุมชน (Communal Property) ดังเช่นในสังคมภาคเหนือของไทยจะเรียกที่ดินเช่นนี้ว่า ที่ดินหน้าหมู่บ้าน ซึ่งมักจะเป็นพื้นที่ป่ารอบ ๆ หมู่บ้าน หรือที่ดินใช้สอยร่วมกันของชุมชน การถือครองร่วมกันเช่นนี้มักจะตกทอดมาผ่านหลักการเกี่ยวกับสิทธิในที่ดินของบรรพชน (Ancestral Rights) ซึ่งชุมชนท้องถิ่นจะลุกขึ้นมาเรียกร้องต่อสู้เพื่อรักษาสิทธิของตนไว้ ในช่วงเวลาที่รัฐประชาชาติพยายามขยายการครอบครองพื้นที่ไปในส่วนต่างๆ อย่างกว้างขวางในรูปของการประกาศให้พื้นที่นั้นเป็นป่าสงวนแห่งชาติก็ดี หรืออุทยานแห่งชาติก็ดี ทั้ง ๆ ที่ในพื้นที่เหล่านั้นมีชุมชนท้องถิ่นตั้งถิ่นฐานมานานแล้ว ในภายหลังนักวิชาการจะเรียกสิทธิเช่นนี้ว่า สิทธิชุมชน (Community Rights) เพราะเป็นการแสดงออกของความพยายามในการยอมรับกฎเกณฑ์ร่วมกันในการจัดการทรัพยากร ซึ่งถือ

⁵⁴ อานันท์ กาญจนพันธุ์, *แนวความคิดพื้นฐานทางสังคมและวัฒนธรรม* (คณาจารย์ภาควิชาสังคมวิทยาและมานุษยวิทยา คณะสังคมศาสตร์ : มหาวิทยาลัยเชียงใหม่, กุมภาพันธ์ 2548), หน้า 218-219.

เป็นสิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐานอย่างหนึ่งตามรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันที่ให้ความสำคัญกับการเคารพในศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์ของทุกคนอย่างเท่าเทียมกัน⁵⁵

ความขัดแย้งระหว่างจารีตและกฎหมายดังที่กล่าวมานั้น ส่วนหนึ่งมีสาเหตุจากความหลากหลายในการยึดถือรูปแบบการถือครองที่ดินประเภทต่าง ๆ ซึ่งพัฒนาการที่แตกต่างและหลากหลายในแต่ละสังคม สังคมต่าง ๆ ได้จำแนกแยกแยะสิทธิในทรัพย์สินออกเป็นประเภทต่าง ๆ มากมายตั้งแต่กรรมสิทธิ์เอกชน กรรมสิทธิ์ของรัฐ และกรรมสิทธิ์ของชุมชนบนพื้นฐานของสิทธิในความเป็นเจ้าของ (Rights of Ownership) โดยมักจะปรากฏอย่างเป็นทางการในกฎหมาย⁵⁶ แต่เมื่อได้ทำการวิเคราะห์ในเชิงลึกถึงการจัดสรรสิทธิตามข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในสังคมต่าง ๆ แล้วกลับพบว่ารูปแบบของการจัดการเกี่ยวกับสิทธิในการถือครองที่ดินมีความสลับซับซ้อนอย่างมาก ซึ่งแต่ละสังคมยังใช้หลักการอื่น ๆ ผสมผสานอยู่ด้วยโดยที่มิได้ยึดถือหลักการบริหารจัดการบนพื้นฐานของสิทธิในความเป็นเจ้าของเพียงอย่างเดียวเท่านั้น เช่น หลักการอันว่าด้วยสิทธิการใช้ (Usufruct Rights) ซึ่งหมายถึงหลักการที่กำหนดให้ผู้ที่กำลังใช้ประโยชน์ในที่ดินนั้นมีสิทธิครอบครอง แต่จะสูญเสียสิทธินั้นไปเมื่อเลิกใช้ที่ดินแล้วซึ่งจะเป็นการเปิดโอกาสให้ผู้อื่นมาใช้ประโยชน์แทนที่ได้

จากที่กล่าวมาในข้างต้นจะเห็นได้ว่าสาเหตุของปัญหาความขัดแย้งในการจัดการทรัพยากรในหลาย ๆ ประเทศรวมถึงประเทศไทยด้วยนั้นเกิดขึ้นจากการที่ระบบกฎหมายของรัฐไม่ยอมรับและรับรองการมีอยู่ของสิทธิตามจารีตท้องถิ่น ส่งผลให้ประชาชนกับภาครัฐยึดถือรูปแบบวิธีการในการจัดการเกี่ยวกับสิทธิในที่ดินที่แตกต่างกันจนกลายเป็นชนวนเหตุของความขัดแย้งยกตัวอย่างเช่น ในกรณีที่รัฐกำหนดว่าป่าเป็นกรรมสิทธิ์ของรัฐ แต่ชุมชนท้องถิ่นก็อ้างสิทธิการใช้ตามหลักจารีตของท้องถิ่นของตนที่ปฏิบัติสืบต่อกันมานานแล้วโดยที่รัฐไม่ได้ให้การรับรองสิทธินั้นแต่อย่างใด เช่นนี้จึงทำให้ปะความขัดแย้งในเรื่องสิทธิในที่ดินระหว่างภาครัฐกับภาคประชาชนไม่สามารถคลี่คลายได้

2.2 เอกสารและงานวิจัยที่เกี่ยวข้อง

เอกสารและงานวิจัยที่เกี่ยวข้องกับการศึกษาวิจัยเรื่องนี้ จะเป็นส่วนที่เกี่ยวข้องกับที่ดินและการปฏิรูปที่ดิน ทั้งในแง่ของการเปลี่ยนสิทธิการเข้าประโยชน์ และปัญหาอุปสรรคที่เกิดขึ้นในการปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรม

เหตุที่จะต้องกล่าวถึงงานศึกษาประเภทนี้เนื่องมาจากพื้นที่ศึกษาเป็นพื้นที่ที่อยู่ในเขตปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรม ซึ่งอยู่ภายใต้บังคับกฎเกณฑ์ระเบียบหรือข้อบังคับเดียวกันกับเขตพื้นที่ปฏิรูป

⁵⁵ เพิ่งอ้าง, หน้า 219.

⁵⁶ เพิ่งอ้าง, หน้า 219.

อื่น แต่ก็เป็นที่ทราบกันดีว่าการปฏิรูปที่ดินในประเทศไทยไม่ประสบผลสำเร็จเท่าที่ควร จึงมีผู้ที่เห็นถึงความสำคัญและให้ความสนใจศึกษางานประเภนี้อยู่มากมายหลายท่านเพื่อค้นหาคำตอบว่า เพราะเหตุใดจึงเป็นเช่นนั้น

โกสุมภ์ สายจันทร์ และ วีระวุฒิ วัฒนายน (2530) ได้ทำการศึกษาวิจัยเรื่องปัญหาการปฏิรูปที่ดินในจังหวัดเชียงใหม่ ซึ่งเป็นการศึกษาทั้งในเขตปฏิรูปที่ดินของรัฐป่าแม่แตง ตำบลแม่หอพระ และเขตปฏิรูปที่เอกชนตำบลอินทขิล เปรียบเทียบกันในด้านลักษณะทางกายภาพของพื้นที่ ไม่ว่าจะเป็นความอุดมสมบูรณ์ของแหล่งน้ำหรือสภาพที่ดิน และปริมาณของผลิตผลทางการเกษตร อันจะส่งผลกระทบต่อฐานะทางเศรษฐกิจของเกษตรกรและความสามารถในการชำระหนี้ ซึ่งทั้งหมดจะสัมพันธ์กับการก่อให้เกิดการละทิ้งที่ดินทำกิน โดยการขายที่ต่อให้กับบุคคลภายนอก ซึ่งผู้วิจัยได้เสนอแนวทางในการแก้ไขปัญหาไว้ว่า ส.ป.ก. ควรเพิ่มโอกาสทางการตลาด เช่น การรับซื้อผลผลิต โดยการนำเงินหมุนเวียนที่ได้จากการนำที่ดินที่ ส.ป.ก. จัดซื้อจากเอกชนมาออกให้เช่าซื้อแทนการเช่าระยะยาวอย่างที่ทำอยู่ นอกจากนี้ควรเพิ่มประสิทธิภาพในการติดตามการชำระหนี้ด้วย อีกทั้งควรหาวิธีการซื้อที่ดินของเอกชนให้ได้มากขึ้นด้วยการกำหนดมิให้เอกชนตั้งราคาสูงจนรัฐไม่สามารถซื้อได้อย่างเช่นที่เป็นอยู่แล้วจึงนำมาจัดสรรให้แก่เกษตรกร รวมทั้งแก้กฎหมายกำหนดจำนวนที่ดินที่เอกชนพึงมีให้ต่ำลงซึ่งเท่ากับจะเป็นการบีบให้เอกชนต้องขายส่วนที่ตนครอบครองเกินอยู่ให้รัฐนำไปจัดสรร⁵⁷

วีระชัย นาควิบูลย์วงศ์ และคณะ (2533) ได้ทำการศึกษาวิจัยเรื่องการเปลี่ยนสิทธิการเข้าทำประโยชน์ในที่ดินของเกษตรกรในเขตปฏิรูปที่ดิน โดยจำกัดขอบเขตการศึกษาเฉพาะการเปลี่ยนสิทธิการเข้าทำประโยชน์ในที่ดินของรัฐเท่านั้น ไม่ครอบคลุมในที่ดินของเอกชน เนื่องจากข้อมูลและรายงานการศึกษาพบว่าปัญหาในเรื่องนี้จะเกิดขึ้นในเขตปฏิรูปที่ดินของรัฐเป็นส่วนใหญ่ การกำหนดพื้นที่ศึกษานั้นจะเลือกชุมชนจำนวน 29 ชุมชนจาก 8 จังหวัด ครอบคลุมภาคเหนือ ภาคกลาง และภาคตะวันออกเฉียงเหนือ อันได้แก่ เชียงใหม่ พิจิตร อุทัยธานี ลพบุรี ฉะเชิงเทรา ร้อยเอ็ด ศรีสะเกษ และนครราชสีมา พบว่า วิธีการที่ใช้ในการเปลี่ยนสิทธิมากที่สุดคือการขาย (ร้อยละ 24.55) รองลงมาคือ การให้ญาติแฝงเข้าทำกิน (ร้อยละ 24.26) ยกให้หรือตกทอดเป็นมรดก (ร้อยละ 23.66) การให้เช่าช่วง (ร้อยละ 17.26) ส่วนการจำนอง การสละสิทธิและถูกยึดมีไม่มากนัก และปัจจัยสำคัญที่มีผลต่อการตัดสินใจที่จะเปลี่ยนสิทธิการเข้าทำประโยชน์ในที่ดิน ได้แก่ การเปลี่ยนอาชีพ (ร้อยละ 21.49) เป็นหนี้สิน (ร้อยละ 18.36) ย้ายไปอยู่กับครอบครัวหรือกลับถิ่น

⁵⁷ โกสุมภ์ สายจันทร์ และ วีระวุฒิ วัฒนายน. (2530). รายงานการวิจัย ปัญหาการปฏิรูปที่ดินในจังหวัดเชียงใหม่. คณะสังคมศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่.

เดิม (ร้อยละ 16.57) ชรา (ร้อยละ 16.12) ขาดแรงงาน (ร้อยละ 7.01) ซึ่งปัจจัยต่าง ๆ เหล่านี้จะเชื่อมโยงสัมพันธ์กันไม่อาจจะกล่าวได้ว่าเกิดจากปัจจัยใดปัจจัยหนึ่งเป็นหลัก แต่อาจจะมีข้อยกเว้นบางกรณีที่จะเกิดขึ้นได้ โดยข้อเสนอแนะของ วีระชัย นาควิบูลย์วงศ์ และคณะ ได้กล่าวว่า ปัญหาทางเศรษฐกิจเป็นปัจจัยสำคัญส่วนหนึ่งที่ทำให้เกษตรกรต้องเปลี่ยนสิทธิ ส.ป.ก. จึงควรวหาแนวทางที่จะพัฒนาการเกษตรและเสริมอาชีพนอกการเกษตรให้มีประสิทธิภาพมากขึ้น ไม่เช่นนั้นคงเป็นการยากที่เกษตรกรจะรักษาที่ดินที่ตนได้รับจัดสรรมาไว้ได้ อีกทั้ง ส.ป.ก. ควรจะส่งเสริมหรือสนับสนุนองค์กรชุมชน โดยเฉพาะกลุ่มเกษตรกรให้มีความสัมพันธ์กันและช่วยเหลือซึ่งกันและกันได้ สำหรับวิธีการป้องกันการเปลี่ยนสิทธิการเข้าทำประโยชน์ไม่ให้ตกสู่มือของเกษตรกรที่มีที่ดินเกินสิทธิ หรือของนายทุน หรือผู้ที่ไม่ได้เป็นเกษตรกรนั้น จะต้องมีการติดตามการทำประโยชน์อย่างใกล้ชิดโดยการสร้างความสัมพันธ์กับผู้นำชุมชนอย่างใกล้ชิด ซึ่งข้อมูลจากผู้นำชุมชนจะช่วยให้การติดตามการทำประโยชน์เป็นไปอย่างได้ผลหากนำไปใช้ร่วมกับวิธีการติดตามผลที่ ส.ป.ก. ได้วางหลักเกณฑ์ไว้⁵⁸

วารินทร์ วงศ์หาญเขาว์ และคณะ (2548) ได้ทำการศึกษาถึงระบบการจัดที่ดินในระดับท้องถิ่นพบว่า มีหลายโครงการที่นับได้ว่าเป็นการจัดระบบการบริหารจัดการที่ดินเพื่อการเกษตรกรรมตามแนวเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ อาทิเช่น โครงการเศรษฐกิจเพียงพอภายใต้พระราชดำริโครงการออกเอกสารสิทธิ์ที่ดิน โครงการชลประทาน โครงการจัดรูปที่ดิน โครงการพัฒนาที่ดิน เป็นต้น โครงการหนึ่งที่สำคัญคือโครงการปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรม หรือเรียกสั้น ๆ ว่า ส.ป.ก. ซึ่งที่ดินที่เกษตรกรได้รับการจัดสรรจาก ส.ป.ก. นี้ห้ามทำการจำหน่ายจ่ายโอนให้แก่ผู้ใด ยกเว้นทายาทที่ประกอบอาชีพเกษตรกรรม หรือขายคืนให้แก่ ส.ป.ก. ผ่านธนาคารเพื่อการเกษตรและสหกรณ์การเกษตร ซึ่งแม้ว่ากฎหมาย ส.ป.ก. จะห้ามซื้อขายสิทธิ ส.ป.ก. และนำไปใช้ประโยชน์ที่มีใช้การเกษตรกรรม แต่จากข้อเท็จจริงที่เป็นอยู่ยังคงมีการซื้อขายสิทธิดังกล่าวอย่างผิดกฎหมาย ทำให้ที่ดิน ส.ป.ก. กลายเป็นพื้นที่รีสอร์ทสำหรับการพักผ่อน สนามกอล์ฟ โรงงานอุตสาหกรรม และพื้นที่กักตุนไว้โดยไม่ได้ใช้ประโยชน์เป็นจำนวนมาก ทำให้โครงการ ส.ป.ก. ไม่ประสบความสำเร็จตามเจตนารมณ์เท่าที่ควร⁵⁹

โดยหากพิจารณาในแง่ของปัญหาและอุปสรรคที่เกิดขึ้นในการปฏิรูปที่ดินนั้น เราสามารถสรุปภาพรวมได้ดังนี้

⁵⁸ วีระชัย นาควิบูลย์วงศ์ และคณะ. (2533). เอกสารวิจัยฉบับที่ 77 การเปลี่ยนสิทธิการเข้าทำประโยชน์ในที่ดินของเกษตรกรในเขตปฏิรูปที่ดิน. สำนักงานการปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรม.

⁵⁹ วารินทร์ วงศ์หาญเขาว์. (2542). รายงานวิจัยฉบับสมบูรณ์ : โครงการศึกษาระบบการจัดการที่ดินในระดับท้องถิ่น. กรุงเทพฯ : สำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย.

สุทธิพร จีระพันธุ์ (2534) ได้รวบรวมปัญหาและอุปสรรคในการปฏิรูปที่ดินไว้ออกเป็นหลายประเด็น ซึ่งแต่ละประเด็นมีความน่าสนใจและมีความสำคัญอย่างยิ่งในการที่จะหาวิธีการแก้ไขปัญหาเพื่อพัฒนาชีวิตความเป็นอยู่ของเกษตรกรอย่างแท้จริง ดังนี้ ประเด็นแรกเกี่ยวกับปัญหาการประเมินราคาที่ดินที่เหมาะสมและสอดคล้องกับสภาพความเป็นจริง ซึ่งตามข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นมีการเก็งกำไรราคาที่ดินจึงเป็นไปได้ยากที่ ส.ป.ก. จะมั่งบประมาณมาจัดซื้อ อีกทั้งเกษตรกรคงจะไม่สามารถผ่อนชำระค่าเช่าซื้อหรือค่าชดเชยจนได้กรรมสิทธิ์ในที่ดินนั้น ประเด็นที่สองคือเกษตรกรเป้าหมายยังไม่ได้รับประโยชน์จากการปฏิรูปที่ดินเท่าที่ควร เนื่องจาก ส.ป.ก. ไม่สามารถซื้อหรือเวนคืนที่ดินจากเจ้าของที่ได้ทำให้ผู้เช่ายังคงเป็นผู้เช่าต่อไป อีกทั้งที่ดินที่เหลือจากการจัดสรรให้แก่ราษฎรแทบจะไม่มีเลยเนื่องจากการครอบครองอยู่แล้ว ประเด็นที่สาม ปัญหาด้านการพัฒนาการเกษตรโดยรัฐบาลต้องเร่งแก้ไขปัญหายังเป็นระบบและต่อเนื่อง รวมถึงยังต้องมีการพัฒนาอาชีพนอกการเกษตรให้เพียงพอและทั่วถึง ประเด็นที่สี่ ปัญหาด้านความแตกต่างระหว่างสิทธิที่ได้จากการปฏิรูปที่ดินกับสิทธิตามประมวลกฎหมายที่ดิน ทำให้ราษฎรเรียกร้องสิทธิที่ดีกว่า ประเด็นที่ห้า ปัญหาด้านการขาดมาตรการบางประการที่จะสนับสนุนงานปฏิรูปที่ดินโดยมาตรการดังกล่าวจะต้องได้รับการสนับสนุนจากรัฐบาลเนื่องจากอยู่นอกขอบอำนาจของ ส.ป.ก. ได้แก่ การกำหนดภาษีบำรุงท้องที่ในอัตราที่ก้าวหน้าและเหมาะสม, การกำหนดภาษีทรัพย์สิน (ที่ดินและอสังหาริมทรัพย์), การกำหนดผังเมืองรวมและผังเมืองเฉพาะ, การควบคุมการเช่าที่ดินให้เกิดผลทางปฏิบัติหรือการลดช่องว่างระหว่างเมืองกับชนบท ประเด็นสุดท้ายคือ ปัญหาในด้านการกระจายการถือครองที่ดินของผู้ที่ถือครองอยู่เดิมไปสู่เกษตรกรที่ยากจนไม่มีที่ดินทำกินหรือมีน้อยแต่ไม่เพียงพอต่อการครองชีพ ซึ่งปัญหาคือ ส.ป.ก. แทบจะหลีกเลี่ยงไม่ได้ที่จะต้องจัดสรรที่ดินให้แก่ผู้ที่ถือครองอยู่เดิม ในหลายครั้งพบว่าผู้ครอบครองมีที่ดินอยู่แล้วในเขตป่าสงวนแห่งชาติ ส.ป.ก. จึงจะจ่ายค่าชดเชยแก่ผู้ครอบครองเดิมสำหรับเนื้อที่ที่จะต้องลดลง แต่เนื่องด้วยค่าชดเชยมักอยู่ในระดับต่ำทำให้ไม่ได้รับความร่วมมือ สุดท้ายต้องเปิดโอกาสให้แบ่งแปลงที่ดินที่ถือครองอยู่เดิมระหว่างสมาชิกในครัวเรือนเดียวกัน โดยผู้ครอบครองรายใหม่จะต้องบรรลุนิติภาวะแล้วเท่านั้น ดังนี้ที่ดินที่เหลือจริง ๆ จึงจะนำมาจัดสรรให้แก่ผู้อื่นได้โดยต้องจ่ายค่าชดเชยด้วย ทำให้การกระจายที่ดินให้แก่เกษตรกรอื่นซึ่งมิใช่สมาชิกในครัวเรือนที่ครอบครองอยู่เดิมนั้นแทบจะน้อยมาก⁶⁰

ไชยยศ เหมะรัชตะ (2530) ได้กล่าวถึงปัญหาและอุปสรรคของการปฏิรูปที่ดินในแง่ที่เกี่ยวข้องกับปัญหาการดำเนินงานของภาครัฐ โดยสามารถแบ่งออกได้เป็น 2 ประการ ประการแรก คือ ปัญหาภายในหน่วยงาน ซึ่งประกอบด้วยปัญหาด้านนโยบายที่ขาดความชัดเจนแน่นอน

⁶⁰ สุทธิพร จีระพันธุ์ (2534). เอกสารการปฏิรูปที่ดินฉบับที่ 228 การปฏิรูปที่ดินในประเทศไทย.

ปัญหาด้านกฎหมายที่อำนาจการเวนคืนที่ดินไม่มีผลในทางปฏิบัติ ปัญหาด้านการบริหารงานซึ่งเกิดความสับสนและไม่เข้าใจในหน้าที่อย่างแท้จริง อีกทั้งยังมีผลกระทบจากนโยบายทางการเมือง รวมถึงปัญหาของการกำหนดราคาประเมินที่ดิน วิธีการจ่ายค่าที่ดิน และการให้อัตรดอกเบี้ย พันธบัตรที่ดินไม่จูงใจให้เจ้าที่ดินร่วมมือเท่าที่ควร ส่วนประการที่สอง คือ การประสานกับหน่วยงานภายนอกซึ่งมีความล่าช้าและไม่สัมพันธ์กันในการประสานงาน อีกทั้งรูปแบบการดำเนินงานมีความไม่แน่นอน⁶¹

ไพศาล กุวลัยรัตน์ ได้กล่าวถึงผลการวิจัยที่ได้ศึกษาในเรื่องของการวิเคราะห์นโยบายการปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรมให้เกิดประโยชน์สูงสุดว่า สาเหตุสำคัญที่ก่อให้เกิดปัญหาด้านการปฏิรูปที่ดินนั้นมาจากความไม่สอดคล้องกันระหว่างกฎหมายกับนโยบายของรัฐ กล่าวคือ ส.ป.ก. ดำเนินการจัดที่ดินของรัฐเป็นงานหลัก ขณะที่โครงสร้างของพระราชบัญญัติการปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรมซึ่งเป็นเครื่องมือในการดำเนินงานของ ส.ป.ก. ยังเป็นเรื่องของการปฏิรูปที่ดินในที่ดินเอกชน และอีกประการหนึ่งคือ นโยบายของรัฐและนโยบายของ ส.ป.ก. ที่ผ่านมามีได้ให้ความสำคัญกับการปฏิรูปที่ดินของเอกชนเท่าที่ควรจะเป็น⁶²

รายงานผลการพิจารณาศึกษาของคณะกรรมการวิสามัญพิจารณาศึกษาปัญหาที่ดินทำกิน และการออกเอกสารสิทธิ ในการประชุมสภาผู้แทนราษฎร ชุดที่ 23 ปีที่ 2 (สมัยสามัญทั่วไป) ครั้งที่ 15 วันพฤหัสบดีที่ 12 มีนาคม พ.ศ. 2552 พบว่ามีการเปลี่ยนแปลงสิทธิในเอกสาร ส.ป.ก.4-01 ซึ่งการแก้ไขปัญหาในกรณีที่ดินเกษตรกรโอนให้กับเกษตรกรด้วยตนเองนั้น สำนักงานปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรมสมควรที่จะหามาตรการในการแก้ไขปัญหาทั้งในอดีตที่ผ่านมาและที่จะเกิดขึ้นในอนาคต โดยให้สิทธิกับผู้รับโอนที่เป็นเกษตรกรที่มีคุณสมบัติครบถ้วนตามกฎหมาย กล่าวคือ ไม่มีที่ดินทำกินเป็นของตนเองและประกอบอาชีพเกษตรกรรมอย่างมั่นคงแล้วให้มีสิทธิถูกต้อง ส่วนกรณีกรรมสิทธิ์หรือสิทธิในที่ดินที่เกษตรกรได้รับจากสำนักงานปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรม คณะกรรมการเห็นว่าควรจะมีมติไปสู่การให้เกษตรกรได้รับกรรมสิทธิ์ซึ่งไม่ใช่กรรมสิทธิ์ที่สมบูรณ์ และอาจจะให้กรรมสิทธิ์แบบมีเงื่อนไขโดยจะต้องใช้ที่ดินเพื่อการเกษตรกรรม และในอนาคตควรจะมีการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายเพื่อให้สามารถเปลี่ยนมือผู้ถือครองที่ดินได้ภายในระยะเวลาที่กำหนด ตัวอย่างเช่น ที่ดินที่ได้มาตามพระราชบัญญัติการจัดที่ดินเพื่อการครองชีพ พ.ศ. 2511 ที่ผู้

⁶¹ ไชยยศ เหมะรัชตะ. (2530). รายงานผลการวิจัย : มาตรการทางกฎหมายในการกระจายสิทธิการถือครองที่ดินเพื่อเกษตรกรรม. วิทยานิพนธ์. จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.

⁶² ไพศาล กุวลัยรัตน์. การวิเคราะห์นโยบายการปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรมให้เกิดประโยชน์สูงสุด. วิทยาลัยป้องกันราชอาณาจักร. [ระบบออนไลน์]. แหล่งที่มา web.schq.mi.th (12 มีนาคม 2552)

ได้รับ โฉนดที่ดินจะจำหน่ายโอนได้ก็ต่อเมื่อพ้นระยะเวลาไปแล้ว 5 ปีนับแต่ได้รับโฉนดที่ดิน เป็นต้น⁶³

งานศึกษาที่จะกล่าวถึงดังต่อไปนี้ จะเชื่อมโยงกับงานศึกษาที่กล่าวมาแล้วในตอนต้น เพื่อแสดงให้เห็นถึงภาพรวมของปัญหาการถือครองที่ดินในกรณีที่เกษตรกรไม่สามารถรักษาที่ดินทำกินของตนไว้ได้ด้วยเหตุปัจจัยในหลาย ๆ ด้านจึงทำให้เกิดการซื้อขายที่ดินทำกินกันขึ้น

ผู้เข้าฝึกอบรมหลักสูตร “นักวิจัยสังคมศาสตร์” รุ่นที่ 38 ได้ทำการศึกษาถึงความคิดเห็นของชาวชนบทที่มีต่อการขายที่ดิน : ศึกษาเปรียบเทียบจังหวัดกาญจนบุรีและเชียงราย พ.ศ. 2534 พบว่าสาเหตุสำคัญ 2 ประการที่ทำให้มีการขายที่ดินของชาวชนบทคือ สาเหตุทางด้านปัจจัยผลักดันคือ ภาวะเศรษฐกิจอันสัมพันธ์กับรายได้และภาวะหนี้สินที่ทำให้ครัวเรือนตัวอย่างต้องขายที่ดินด้วยความจำยอม และสาเหตุอันเป็นปัจจัยดึงดูดคือ ความเจริญอันเนื่องมาจากโครงการต่าง ๆ ทั้งโครงการของรัฐและเอกชนที่ทำให้ที่ดินมีราคาสูงขึ้นเป็นที่ต้องการของนายทุนซึ่งผลักดันให้ชาวชนบทส่วนหนึ่งตัดสินใจขายที่ โดยแม้จะไม่ได้ตั้งใจมาก่อน สำหรับข้อเสนอแนะต่อปัญหาดังกล่าว คือ ควรให้มีการวางแผนการใช้ที่ดินของประเทศให้สอดคล้องกับสภาพเศรษฐกิจในแต่ละภาค เช่น ในภาคเกษตร ควรมีการกำหนดพื้นที่เพาะปลูกสำหรับพืชเศรษฐกิจแต่ละชนิด ควรใช้พื้นที่ให้สอดคล้องกับราพืชมูล นโยบายประกันราคาพืชผลและการตลาด เพื่อเพิ่มรายได้และปลดภาวะหนี้สินของเกษตรกร อีกทั้งควรจัดหาแหล่งเงินทุนดอกเบี้ยต่ำให้แก่เกษตรกรกู้เพื่อจะดำเนินการเกษตรอย่างทั่วถึง ควรส่งเสริมแนะนำและดูแลการดำเนินงานของสหกรณ์การเกษตร และ/หรือสหกรณ์การตลาดอย่างจริงจัง ประกอบกับควรจัดหาแหล่งน้ำเพื่อการเกษตรให้เพียงพอและทั่วถึง รวมถึงออกกฎหมายควบคุมระเบียบการซื้อขายที่ดิน โดยเฉพาะการขายเพื่อเก็งกำไร โดยในภาคอุตสาหกรรมควรมีการกำหนดผังเมืองหรือเขตนิคมอุตสาหกรรมให้ชัดเจนควบคู่ไปกับกำหนดพื้นที่สำหรับอยู่อาศัย การท่องเที่ยว โดยมีกฎหมายรับรอง⁶⁴

⁶³ การประชุมสภาผู้แทนราษฎร ชุดที่ 23 ปีที่ 2 (สมัยสามัญทั่วไป) ครั้งที่ 15. รายงานผลการพิจารณาศึกษาของคณะกรรมการวิสามัญพิจารณาศึกษาปัญหาที่ดินทำกินและการออกเอกสารสิทธิ. วันพฤหัสบดีที่ 12 มีนาคม พ.ศ. 2552.

⁶⁴ ผู้เข้าฝึกอบรมหลักสูตร “นักวิจัยสังคมศาสตร์” รุ่นที่ 38. (2534). รายงานการวิจัย ความคิดเห็นของชาวชนบทที่มีต่อการขายที่ดิน : ศึกษาเปรียบเทียบจังหวัดกาญจนบุรีและเชียงราย พ.ศ. 2534. ศูนย์ศึกษาและฝึกอบรมการวิจัยทางสังคมศาสตร์ สำนักงานคณะกรรมการวิจัยแห่งชาติ กระทรวงวิทยาศาสตร์ เทคโนโลยีและการพลังงาน.

สัมพันธ์ ไชยะ (2536) ทำการศึกษาเรื่องการขยายตัวเมืองเข้าสู่พื้นที่เกษตรกรรม : กรณีศึกษาเมืองเชียงใหม่ พบว่ามูลเหตุที่ทำให้เกษตรกรขายที่ดินเนื่องจากประสพภาวะหนี้สินและมีการเสนอราคาที่น่าพอใจให้แก่เกษตรกร⁶⁵

โกเมศ เจริญกาญจน์ (2539) ที่ศึกษาถึงสภาวะและผลกระทบของการไร้ที่ทำกินของชาวนา อำเภอดอยสะเก็ด จังหวัดเชียงใหม่ พบว่า มูลเหตุของการตัดสินใจขายที่ดินเกิดจากสาเหตุไม่มีแรงงานเกษตรในครัวเรือน และเกิดจากปัญหาหนี้สินของเกษตรกรที่มีอยู่ก่อนหน้า รวมถึงการต้องการวัตถุ จึงจำเป็นต้องอาศัยการขายที่ดินเพื่อให้ได้เงินไปซื้อปัจจัยเหล่านั้น⁶⁶

เสาวนีย์ เมฆานุกัตต์ (2539) ศึกษาเรื่องผลสืบเนื่องจากการขายที่ดินของเกษตรกรในพื้นที่ตำบลสันผักหวาน อำเภอดอยสะเก็ด จังหวัดเชียงใหม่ ผลการศึกษาที่ได้แตกต่างไปจากงานศึกษาที่กล่าวมาในข้างต้นที่พบว่าภาวะเศรษฐกิจเป็นปัจจัยสำคัญที่ก่อให้เกิดการสละการถือครอง แต่สำหรับงานศึกษาชิ้นนี้กลับพบว่า สาเหตุของการที่เกษตรกรตัดสินใจขายที่ดินของตนเองเป็นเหตุมาจากความจำเป็น เช่น ถูกบังคับซื้อทางอ้อมซึ่งเป็นสาเหตุสำคัญอันดับหนึ่ง โดยผู้ซื้อจะซื้อพื้นที่ข้าง ๆ ที่ของเกษตรกรเกิดการเข้าออกพื้นที่ได้ลำบาก รวมทั้งมีการถมที่พื้นที่ข้าง ๆ ทำให้พื้นที่ของเกษตรกรต่ำกว่าระดับ และเกิดน้ำท่วม จึงไม่เหมาะสมที่จะประกอบการเกษตรต่อไป ทำให้จำเป็นต้องขายที่ดิน และสาเหตุของการขายที่ดินประการถัดมา คือ การขายตามเพื่อนบ้าน และภายในครอบครัวไม่มีคนทำการเกษตรต่อไป ตามลำดับ⁶⁷

จากการทบทวนวรรณกรรมที่กล่าวมาแล้วข้างต้น ยังไม่ปรากฏว่ามีการศึกษาในเรื่องนิติสัมพันธ์ในสิทธิในที่ดินของเกษตรกรผู้ซื้อขายที่ดิน ส.ป.ก. 4-01 ในเขตปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรมทั้งในประเทศไทยและต่างประเทศ โดยที่การกระทำดังกล่าวถือเป็นการกระทำที่จงใจฝ่าฝืนบทบัญญัติแห่งกฎหมายอย่างชัดเจน

⁶⁵ สัมพันธ์ ไชยะ. (2536). การขยายตัวเมืองเข้าสู่พื้นที่เกษตรกรรม : กรณีศึกษาเมืองเชียงใหม่. วิทยานิพนธ์ปริญญารัฐศาสตรมหาบัณฑิต(รัฐศาสตร์). สาขาวิชาการเมืองและการปกครอง บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยเชียงใหม่.

⁶⁶ โกเมศ เจริญกาญจน์. (2539). สภาวะและผลกระทบของการไร้ที่ทำกินของชาวนา อำเภอดอยสะเก็ด จังหวัดเชียงใหม่. การค้นคว้าแบบอิสระปริญญารัฐศาสตรมหาบัณฑิต. สาขาวิชาการเมืองและการปกครอง บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยเชียงใหม่.

⁶⁷ เสาวนีย์ เมฆานุกัตต์. (2539). ผลสืบเนื่องจากการขายที่ดินของเกษตรกรในพื้นที่ตำบลสันผักหวาน อำเภอดอยสะเก็ด จังหวัดเชียงใหม่. การค้นคว้าแบบอิสระปริญญาวิทยาศาสตรมหาบัณฑิต(เกษตรศาสตร์). สาขาส่งเสริมการเกษตร บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยเชียงใหม่.