



วิเคราะห์ปัญหาการบังคับใช้กฎหมายเกี่ยวกับการป้องกันและปราบปรามการทุจริต ของไทยด้วยนิติปรัชญา กรณีศึกษาประมวลกฎหมายอาญา*

ANALYSIS OF THE PROBLEM OF LAW ENFORCEMENT ON ANTI-CORRUPTION IN THAILAND THROUGH LEGAL PHILOSOPHY: A CASE STUDY OF THE CRIMINAL CODE

มงคล เทียนประเทืองชัย¹, อนิสา มานะทน¹

Mongkol Thianprathuangchai¹, Anisa Manaton¹

¹คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรังสิต ปทุมธานี ประเทศไทย

¹Faculty of Law, Rangsit University, Parthum Thani, Thailand

*Corresponding author E-mail: mongthian65@gmail.com

บทคัดย่อ

การศึกษาในครั้งนี้มีวัตถุประสงค์ 2 ประการ คือ 1. เพื่อศึกษาว่า แก่นหรือสาระสำคัญที่แท้จริงของกฎหมายอาญาหลายมาตราแห่งประมวลกฎหมายอาญาที่เกี่ยวกับการป้องกันและปราบปรามการทุจริต ในแนวคิด/ทฤษฎีทางนิติปรัชญานั้นเป็นกฎหมายที่แท้จริงหรือไม่ แบบใด ทำไมจึงใช้บังคับไม่ค่อยได้ผลเท่าที่ควร 2. เพื่อช่วยแสวงหาแนวทางในการแก้ไขปัญหาการบังคับใช้กฎหมายอาญาที่เกี่ยวกับการป้องกันและปราบปรามการทุจริตให้มีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น โดยมีระเบียบวิธีการศึกษา คือการวิจัยเอกสารต่างๆ และตัวบทกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการทุจริตด้วยกรอบนิติปรัชญา ประการแรกพบว่า เนื้อหาหรือสารบัญญัติที่นำมาใช้เป็นตัวบทกฎหมายอาญาในส่วนที่เกี่ยวกับความผิดการทุจริต คือความผิดเกี่ยวกับการให้และการรับสินบน เช่น มาตรา 143 มาตรา 144 มาตรา 148 มาตรา 149 มาตรา 200 และมาตรา 201 เป็นต้นนั้น ต่างเป็นแก่นหรือสาระที่แท้จริงของกฎหมาย ตามแนวคิด/ทฤษฎีแบบปฏิฐานนิยมทางกฎหมายโดยผ่านแนวคิด/ทฤษฎีแบบสัญญาประชาคม ที่เห็นว่า กฎหมาย คือบรรดาคำสั่งหรือข้อบังคับของรัฐอธิปไตยอยู่บนหลักเหตุผลที่ชอบธรรมแบบอำนาจนิยมของลัทธิอรรถประโยชน์นิยม ส่วนประการที่สอง พบว่า การที่กฎหมายอาญาที่เกี่ยวกับการป้องกันและปราบปรามการทุจริตที่กล่าวมาข้างต้นนั้นใช้บังคับไม่ค่อยได้ผล เรื่องแก่นหรือสาระสำคัญที่แท้จริงของกฎหมายมีน้ำหนักน้อยส่วนใหญ่เป็นเรื่องอคติ เช่น จารีตประเพณีแบบระบบอุปถัมภ์ ที่มีความคิดเห็นที่แตกต่างกันและครอบงำกัน (ในด้านดีหรือด้านไม่ดี) ด้วยกรอบชุดข้อความ ความคิด ความรู้ ความเชื่อ และความจริงในแบบต่างๆ เช่น แบบวิทยาศาสตร์ แบบศาสนา แบบทางการศึกษา ทางสังคม ทางเศรษฐกิจ และการเมืองการปกครอง เป็นต้น การที่จะให้กฎหมายอาญามีผลบังคับได้ดีควรลดอคติ ลดแนวคิดแบบระบบอุปถัมภ์ เพิ่มแนวคิดแบบระบบคุณธรรม และหลักนิติธรรมแบบที่กฎหมายเป็นใหญ่สูงสุดและเป็นธรรมอย่างแท้จริง

คำสำคัญ: วิเคราะห์, ปัญหาการทุจริต, กฎหมายอาญา, นิติปรัชญา



Abstract

This study has two objectives: 1. To study whether the essence or true substance of various sections of the Criminal Code concerning the prevention and suppression of corruption, in the concepts/theories of legal philosophy, is truly law, in what form, and why its enforcement is not as effective as it should be. 2. To help find a way to solve the problem of law enforcement on anti-corruption to be more effective by Documents Research method with a legal philosophy framework. First, it was found that the content or provisions used as the text of the criminal law on corruption (e.g. Section 143, Section 144, Section 148, Section 149, Section 200, and Section 201, etc.) are the true essence or substance of the law according to the Legal Positivism that considers the law to be the orders or regulations of the sovereign based on the principle of utilitarianism. Second, it was found that the reason why the criminal law on corruption is not very effective is because the issue of the true essence or substance of the law has little reason. Most of it is bias, such as patronage traditions, which have different and dominant opinions. (in a good or bad way) with a framework of messages, ideas, knowledge, beliefs and truths in various forms such as scientific, religious, educational, social, economic and political systems. In order to the law to be effective, the patronage system concept should be reduced and the merit system concept and the rule of law in which the law is truly supreme and justice should be increased.

Keywords: Analysis, Anti-Corruption, Criminal Law, Legal Philosophy

บทนำ

กฎหมายที่เกี่ยวกับการป้องกันและปราบปรามการทุจริตของไทยในปัจจุบันมีอยู่มากพอสมควร อาทิ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 (เช่น มาตรา 50 (10) และมาตรา 63) พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ ว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ.2561 ระเบียบคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ ว่าด้วยหลักเกณฑ์ วิธีการ และกรอบระยะเวลาดำเนินการและรายงานผลของหน่วยงานของรัฐที่มีหน้าที่และมีอำนาจเกี่ยวข้องกับการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2564 พระราชบัญญัติมาตรฐานทางจริยธรรม พ.ศ.2562 พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ.2551 และประมวลกฎหมายอาญา เช่น มาตรา 143 มาตรา 144 ความผิดเกี่ยวกับการให้สินบน มาตรา 147 มาตรา 148 มาตรา 149 มาตรา 150 มาตรา 151 ความผิดเกี่ยวกับเจ้าพนักงานรับสินบน มาตรา 167 ความผิดเกี่ยวกับให้สินบนเจ้าพนักงานในการยุติธรรม มาตรา 200 มาตรา 201 มาตรา 202 มาตรา 203 และมาตรา 204 ความผิดเกี่ยวกับเจ้าพนักงานในการยุติธรรมรับสินบน เป็นต้น ซึ่งความผิดเหล่านี้ถือว่าเป็นการป้องกันและปราบปรามการทุจริตอีกทางหนึ่ง แต่ปัญหาการทุจริตในสังคมไทยหาได้ลดลงเท่าที่ควรไม่ ยังสามารถพบเห็นได้มากมาย ทั้งที่เป็นข่าวและไม่เป็นข่าว ทั้งที่รู้ตัวและไม่รู้ตัวว่าเป็นการทุจริต ทั้งที่เป็นคดีความและไม่เป็นคดีความ ส่วนหนึ่งพบได้จากรายงานสถานการณ์การทุจริตในประเทศไทย ประจำปีงบประมาณ 2567 โดยภาพรวมมีคำกล่าวหาเข้าไปยัง



สำนักงานคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ หรือ ป.ป.ช. สูงถึง 11,662 เรื่อง จากหลายช่องทาง (สำนักงาน ป.ป.ช., 2567) และจากรายงานขององค์กรเพื่อความโปร่งใสนานาชาติ (Transparency International หรือ TI) ที่ประกาศผลดัชนีการรับรู้การทุจริต (CPI) ประจำปี 2566 ปรากฏว่าประเทศไทยได้ 35 คะแนน จาก 100 คะแนน จัดอยู่ในอันดับที่ 108 จาก 180 ประเทศทั่วโลก (โต๊ะข่าว ป.ป.ช., 2567) ทั้งที่หลายฝ่ายเร่งช่วยกันแก้ไข ในขณะที่เดียวกันก็มีคนจำนวนไม่น้อยเพิ่งเล็งไปที่กฎหมายซึ่งเป็นเครื่องมือสุดท้ายในการป้องกันและปราบปรามการทุจริตที่มีอยู่มากมายตามที่กล่าวมาข้างต้นนั้น ว่าเป็นกฎหมายแบบใด ทำไมจึงบังคับใช้ไม่ได้ผล โดยเฉพาะประมวลกฎหมายอาญาของไทยที่มีผลบังคับใช้มานาน เมื่อมองด้วยแนวคิดแบบทฤษฎีนิติศาสตร์เชิงสังคมวิทยา (Sociological Jurisprudence) ในส่วนของสังคมวิทยากฎหมาย ว่ากฎหมายที่มีอยู่ทำไมถึงไม่มีประสิทธิภาพในการบังคับใช้ เป็นเพราะตัวบทหรือผู้บังคับใช้ ในที่นี้ผู้วิจัยขอนำแนวคิด/ทฤษฎีความเป็นธรรมหรือความยุติธรรม ซึ่งถือเป็นแนวคิด/ทฤษฎีใหญ่และสำคัญยิ่งในทางนิติปรัชญา (ที่ประกอบไปด้วยแนวคิด/ทฤษฎีต่างๆ มากมาย เช่น แนวคิด/ทฤษฎีแบบธรรมชาตินิยมทางกฎหมาย (Legal Naturalism) แนวคิด/ทฤษฎีแบบปฏิฐานนิยมทางกฎหมาย (Legal Positivism) แนวคิด/ทฤษฎีแบบประวัติศาสตร์นิยมทางกฎหมาย (Legal Historicism) และแนวคิด/ทฤษฎีแบบสังคมนิยมทางกฎหมาย (Legal Realism) เป็นต้น โดยผ่านแนวคิด/ทฤษฎีสัญญาประชาคม และแนวคิดเรื่องหลักนิติธรรม (The Rule of Law) มาวิเคราะห์ ประมวลกฎหมายอาญาในส่วนที่เกี่ยวกับการให้และรับสินบน (ซึ่งถือว่าเป็นส่วนหนึ่งของการทุจริต) ที่มีมานานแต่การบังคับใช้ยังไม่ดีเท่าที่ควร ด้วยหวังว่าจะเป็นอีกช่องทางหนึ่งในการช่วยแก้ไขปัญหาการทุจริตในสังคมให้หมดไปหรือลดน้อยลงให้มากที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้ แต่การวิเคราะห์ให้เห็นช่องทางแก้ไขนั้นจำเป็นต้องใช้หลายแนวคิด/ทฤษฎีทางนิติปรัชญาเพราะเชื่อว่าคำตอบที่ถูกต้อง (ช่องทางแก้ไขปัญหาที่ดี) ไม่ได้มีหนึ่งเดียว

แนวคิด/ทฤษฎีทางนิติปรัชญา

นิติปรัชญาโดยรวมอาจแบ่งเป็น 2 ส่วน คือ ส่วนที่เป็นภาคประวัติศาสตร์ความคิด (Historical Part) และส่วนที่เป็นภาคระบบ (Systematic Part) (สมยศ เชื้อไทย, 2559) ซึ่งภาคระบบนี้ประกอบด้วย 2 เรื่องหลัก คือแนวคิด (Concept) และทฤษฎี (Theory) โดยที่แนวคิดนั้น อาจกล่าวได้ว่าเป็นเรื่องความคิดหรือความคิดหลายๆ ความคิดที่เหมือนหรือคล้ายกันจัดให้มาอยู่รวมกันเป็นแถวเป็นแนว เราก็มักเรียกว่า “แนวคิด” ซึ่งเป็นแนวทางในการปฏิบัติ พอแนวคิดพัฒนาต่อไปจนมีกฎเกณฑ์ค่อนข้างแน่นอนที่สามารถใช้พิสูจน์ความจริงต่างๆ ได้ระดับหนึ่งก็มักจะเรียกว่า “ทฤษฎี” ทั้งแนวคิดและทฤษฎีต่างถือว่าเป็นเครื่องมือในการจัดการข้อมูลและการอธิบายข้อมูลต่างๆ อย่างมีเหตุผลสู่ความน่าเชื่อถือ สู่ความจริง (ส่วนจะเป็นความจริงระดับใดก็เป็นเรื่องใหญ่อีกประเด็นหนึ่ง) ดังนั้น การจะแสวงหา “แก่น” หรือ “สาระ” (Essence) ของกฎหมายที่แท้จริง และความยุติธรรมที่แท้จริง ต่อกฎหมายอาญา มาตราต่างๆ ที่เกี่ยวกับการให้และรับสินบนในประมวลกฎหมายอาญา ที่ถือว่าเป็นส่วนหนึ่งของการป้องกันและปราบปรามการทุจริต จึงขอใช้แนวคิด/ทฤษฎีทางนิติปรัชญาในส่วนที่ใช้แสวงหาว่า “กฎหมายที่แท้จริงคืออะไร ความยุติธรรมที่แท้จริงคืออะไร โดยตั้งต้นจากแนวคิด/ทฤษฎีความยุติธรรม (ซึ่งถือเป็นเป้าหมายของกฎหมายทุกแนวคิด หรือเป็นอุดมคติของสังคม) พิจารณาผ่านแนวคิดแบบสัญญาประชาคม (ที่ถือว่าเป็นบ่อเกิดของกฎหมายในปัจจุบันเกือบทุกแนวคิด) และแนวคิดเรื่องหลักนิติธรรม (ซึ่งเป็นกฎเกณฑ์ของการสร้าง



กฎหมายให้เกิดความเป็นธรรม) ซึ่งเชื่อมโยงไปถึงแนวคิด/ทฤษฎีต่างๆ อีกมากมาย เช่น แนวคิด/ทฤษฎีแบบธรรมชาตินิยมทางกฎหมาย (Legal Naturalism) แนวคิด/ทฤษฎีแบบปฏิฐานนิยมทางกฎหมาย (Legal Positivism) แนวคิด/ทฤษฎีแบบประวัติศาสตร์นิยมทางกฎหมาย (Legal Historicism) และแนวคิด/ทฤษฎีแบบสังคมนิยมทางกฎหมาย (Legal Realism) เป็นต้น ที่ใช้แสวงหา “แก่น” หรือ “สาระ” สำคัญที่แท้จริงของสรรพสิ่งสิ่งหนึ่งที่มนุษย์สมมติร่วมกันเรียกว่า “กฎหมาย” (รวมถึงความยุติธรรมด้วย) ส่วนในขอบเขตของการทฤษฎีสามารถแบ่งแนวคิด/ทฤษฎีได้ 2 กลุ่มใหญ่ คือ 1. กลุ่มแนวคิดทฤษฎีที่ก่อให้เกิดการทุจริต เช่น ทฤษฎีความน่าจะเป็นที่ทำให้เกิดการทุจริตของครอสและแมกกาฮาน (Kross and McGahan) ที่มีองค์ประกอบสำคัญ 3 ประการ คือ ความไม่ซื่อสัตย์ของบุคคล โอกาส และการจงใจให้ทุจริต ทฤษฎีลำดับขั้นของความต้อการ ทฤษฎีแรงจูงใจ และทฤษฎีอุปถัมภ์ (ดลณิชา พันธุนาคิน, 2566) เป็นต้น และ 2. กลุ่มแนวคิด/ทฤษฎีเกี่ยวกับการป้องกันและปราบปรามการทุจริต เช่น ทฤษฎีการควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจของรัฐ ทฤษฎีการบังคับใช้กฎหมาย ทฤษฎีการดำเนินคดีอาญาโดยรัฐและระบบการค้นหาคความจริง (สนธยา ยาพิณ, 2552) และทฤษฎีคุณธรรมหรือระบบคุณความดี (Merit System) (ธงชัย ทรงประศาสน์, 2505) เป็นต้น ในที่นี้จะเน้นไปที่ทฤษฎีอุปถัมภ์ และทฤษฎีการบังคับใช้กฎหมาย (เช่น ทฤษฎีควบคุมอาชญากรรม และทฤษฎีกระบวนการนิติธรรม) โดยเฉพาะกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการป้องกันและปราบปรามการทุจริต โดยขอสรุปสาระสำคัญของแนวคิด/ทฤษฎีบางส่วนมากล่าวดังต่อไปนี้

ทฤษฎีอุปถัมภ์หรือความสัมพันธ์เชิงอุปถัมภ์ เป็นกลไกทางสังคม ซึ่งแปรผันไปตามการเปลี่ยนแปลงทางสังคม โดยทั่วไปนักวิชาการการศึกษาาระบบอุปถัมภ์ในฐานะที่เป็นสิ่งเลวร้ายและเป็นอุปสรรคต่อการพัฒนาประเทศทั้งในภาคเอกชนและภาครัฐ โดยความสัมพันธ์เชิงอุปถัมภ์เป็นการเกื้อกูลให้แก่พวกพ้องโดยไม่ได้คำนึงถึงปัจจัยใดๆ ประกอบด้วยนอกจากความสัมพันธ์ระหว่างกัน อันนำมาสู่ปัญหาความเหลื่อมล้ำและความไม่เท่าเทียมกันในสังคม ที่กระทบต่อการบังคับใช้กฎหมาย อันจะนำไปสู่ความยุติธรรม

ทฤษฎีการบังคับใช้กฎหมาย นักอาชญาวิทยาได้พัฒนาแนวความคิดและขอบเขตปรัชญาการบังคับใช้กฎหมายและการควบคุมสังคม มีหลักเกณฑ์ 3 ประการ คือ 1. รัฐเป็นผู้ใช้มาตรการทางกฎหมาย เพื่อควบคุมความประพฤติและคุ้มครองพิทักษ์ประโยชน์ของสมาชิกในสังคมตามหลักกฎหมายมหาชนในฐานะที่รัฐอยู่เหนือราษฎร 2. รัฐเป็นผู้รับอาณัติมอบหมายจัดสรรเจ้าหน้าที่ควบคุมรับผิดชอบการปฏิบัติหน้าที่รักษาความสงบเรียบร้อยและความผาสุกของชุมชนให้เป็นไปตามเจตนารมณ์และหลายกฎหมายอย่างเคร่งครัด และ 3. การบังคับใช้กฎหมาย จะต้องบังคับใช้แก่สมาชิกในสังคม โดยเสมอภาคภายใต้หลักนิติธรรม ปราศจากความลำเอียงหรือรังเกียจเด็ดฉันทโดยสิ้นเชิง (ศรสวรรค์ ปุณฺณุตวิวัฒน์, 2555) คือเป็นไปตามหลักนิติธรรม เพื่อความเป็นธรรม

แนวคิด/ทฤษฎีความยุติธรรม (ซึ่งเป็นเป้าหมายของกฎหมายทุกแนวคิด หรือเป็นอุดมคติของสังคม) พิจารณาผ่านแนวคิด/ทฤษฎีสัญญาประชาคม (ซึ่งเป็นบ่อเกิดของกฎหมายในปัจจุบันเกือบทุกแนวคิด) และแนวคิดเรื่องหลักนิติธรรม (ซึ่งเป็นกฎเกณฑ์ของการสร้างกฎหมายให้เป็นธรรม) ลึกลงไปถึงแนวคิด/ทฤษฎีแบบธรรมชาตินิยมทางกฎหมาย (Legal Naturalism) ที่ใช้แสวงหา “แก่น” หรือ “สาระ” ที่แท้จริงของ “กฎหมาย” และ “ความยุติธรรม” พอสรุปสาระสำคัญ (จรัญ โฆษณานันท์, 2561) มากล่าวได้ว่า คือกฎธรรมชาติ หรือสิ่งที่สอดคล้องกับธรรมชาติ หรือกฎของพระเจ้า (ในฐานะที่พระเจ้าเป็นธรรมชาติชนิดหนึ่ง) ซึ่งเป็นภววิสัย



(Objective) ปราศจากอคติ เคลื่อนไหวเปลี่ยนแปลงอยู่ตลอดเวลา เป็นอยู่อย่างนิรันดร์ อาจอยู่เป็นชุดข้อความ ในรูปอักษรหรือไม่เป็นอักษร (วรเจตน์ ภาคีรัตน์, 2561) แก่นหรือสาระสำคัญที่แท้จริงของกฎหมายมีทั้งส่วนที่เป็น ปริมาณสัจจะและส่วนที่เป็นสมมติสัจจะ ที่มนุษย์สมมติบัญญัติขึ้น การเข้าถึงต้องใช้ปัญญา เหตุผลของมนุษย์ในการเข้าถึง ในด้านผู้สร้างหรือผู้ทำลายในแนวคิดนี้เห็นว่า “ธรรมชาติ” เป็นผู้สร้างกฎหมาย แม้ในปัจจุบันตามแนวคิดสัญญาประชาคมจะเห็นว่า “มนุษย์” เป็นผู้สร้างและผู้ยกเลิกกฎหมาย (สมภาร พรหมทา, 2561) แต่แนวคิดนี้เห็นว่า มนุษย์เป็นเพียงผู้นำต้นแบบจากกฎธรรมชาติมากำหนดเป็นกฎเกณฑ์บังคับใช้ในสังคมให้เกิดความเป็นธรรม (ที่บางส่วนต้องอาศัยปัญญาและเหตุผลของมนุษย์ในฐานะเป็นส่วนหนึ่งของธรรมชาติ) โดยมีหลักการสำคัญของความเป็นธรรมหรือความยุติธรรมตามธรรมชาติ คือความเสมอภาคกันตามกฎหมายธรรมชาติ เมื่อนำไปเป็น หลักเกณฑ์ของกฎหมาย เช่น หลักนิติธรรม (The Rule of Law) จึงมีความหลากหลาย อาจเป็นหลักนิติธรรมแบบ ตะวันตก (ที่มีจุดร่วมคือ จำกัดอำนาจรัฐ คุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน และการตรากฎหมายที่เป็นธรรม) และหลักนิติธรรมแบบตะวันออก (ที่ยอมรับความเหมาะสมตามเหตุปัจจัย) จากแนวคิดเหล่านี้เมื่อนำไปใช้ออกหรือ แก้ไขหรือบังคับใช้กฎหมาย ที่อาศัยแนวคิดแบบสัญญาประชาคมซึ่งมีหลายแนวคิด จึงอาจทำให้มีอคติ 4 คือ ฉันทาคติ โทสาคติ โมหาคติ ภัยาคติ (มหาจุฬาลงกรณราชวิทยาลัย, 2539) เข้าแทรกแตกต่างกันไป เช่น ในระดับที่มองแค่เจตจำนงของมนุษย์ผู้เป็นรัฐอธิปัตย์เป็นสำคัญตามแนวคิดแบบปฏิฐานนิยมทางกฎหมาย เป็นต้น

เมื่อมองความยุติธรรมผ่านแนวคิดสัญญาประชาคมและแนวคิดเรื่องหลักนิติธรรม ลึกลงไปถึงแนวคิด/ ทฤษฎีแบบปฏิฐานนิยมทางกฎหมาย (Legal Positivism) ที่มีอยู่หลากหลายนั้น แต่พอหาจุดร่วมได้ว่า เขาเห็นว่า “กฎหมาย” คือ บรรดาคำสั่งหรือข้อบังคับของรัฐอธิปัตย์ ที่มาจากเจตจำนงประกอบด้วยหลักการเป็นประโยชน์ สูงสุดต่อคนจำนวนมากที่สุดตามทฤษฎีอรรถประโยชน์นิยม กฎหมายมีความสมบูรณ์อยู่ในตัวเองไม่ต้องอาศัย ศีลธรรมในทางศาสนา หรือคุณค่าใดๆมาปน โดยที่หลักการสำคัญของแนวคิดนี้คือ ความเป็นธรรมหรือความ ยุติธรรมตามกฎหมาย ส่วนหลักนิติธรรม อาจพอกกล่าวโดยสรุปว่า มาจากหลักกฎหมายทั่วไป

หากมองความยุติธรรมผ่านแนวคิดแบบสัญญาประชาคมและแนวคิดเรื่องหลักนิติธรรมลึกลงไปในแนวคิด/ ทฤษฎีแบบประวัติศาสตร์นิยมทางกฎหมาย (Legal Historicism) ที่มีอยู่หลายแนวนี้ จุดร่วมคือ เขาเห็นว่า “กฎหมาย” คือ จิตวิญญาณร่วมของชนชาติ เช่น ภาษา วัฒนธรรม จารีตประเพณี ขนบธรรมเนียม และเรื่องเล่า เป็นต้น แนวคิดนี้ เห็นว่า มนุษย์ที่เป็นพลเมืองส่วนใหญ่ของประเทศเป็นผู้สร้างหรือผู้ทำลายกฎหมาย ไม่ใช่แค่คน กลุ่มใดกลุ่มหนึ่งหรือชนชั้นใดชั้นหนึ่งเท่านั้น กฎหมายไม่ได้เกิดจากเจตจำนงของมนุษย์หรือกฎธรรมชาติ แต่เกิด จากบรรยากาศทางประวัติศาสตร์ของสังคมในขณะนั้นๆ คือเริ่มด้วยประวัติศาสตร์แบบ Metaphysics แล้วค่อยๆ วิวัฒนาการคลี่คลายไปตามธรรมชาติและที่ร่องรอยเอาไว้จนกลายเป็นประวัติศาสตร์แบบ Academic activities เมื่อจะสร้างกฎหมายของประเทศใดเป็นหน้าที่ของนักกฎหมายที่ต้องไปศึกษาประวัติศาสตร์แล้วตีความก่อนเพื่อ ออกกฎหมาย นี่อาจถือเป็นหลักนิติธรรมของแนวคิดนี้ คือการจำกัดอำนาจรัฐ การคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของ ประชาชน และการออกกฎหมายที่เป็นธรรม คือเป็นไปตามหลักการจิตวิญญาณร่วมของชนชาติ (ขนบธรรมเนียม จารีตประเพณีของประชาชนหรือคนส่วนใหญ่ของประเทศ) ที่เป็นกลาง (ปราศจากการครองอำนาจในทางไม่ดี) ปราศ จากอคติ หากมีอคติ (เช่น ระบบอุปถัมภ์ ระบบพวกพ้อง หรือจารีตประเพณีของชนชั้นสูงหรือชนชั้นผู้ปกครองเป็น



ใหญ่) หรือแนวคิดในหลักนิติธรรม (แบบนิติธรรมอภิสัทธ์ หรือราชานิติธรรม) ก็อาจทำให้การบังคับใช้ที่ไม่เป็นธรรมหรือไม่ยุติธรรมได้

แต่ถ้ามองความยุติธรรมผ่านแนวคิดแบบสัญญาประชาคมและแนวคิดเรื่องหลักนิติธรรมลึกลงไปในแนวคิด/ทฤษฎีแบบสังคมนิยมทางกฎหมาย (Legal Realism) ถึงจะมีหลากหลายแนวคิด แต่ก็พอหาจุดร่วมได้ว่าพวกเขาเห็นว่า “กฎหมาย” คือ สิ่งที่ศาลทำ ไม่ใช่สิ่งที่ศาลพูด (Law in Actions สำคัญกว่า Law in Book) รวมไปถึงสิ่งที่เจ้าหน้าที่ของรัฐปฏิบัติด้วย เป็นแนวคิดที่เน้นแบบปฏิบัตินิยม (Pragmatism) ที่เชื่อว่าความรู้เป็นสิ่งจำเป็นสำหรับชีวิต ความคิดเป็นเครื่องมือของการกระทำ แนวคิดแบบสังคมนิยมทางกฎหมายนั้น มีความคลางแคลงสงสัยในตัวบทกฎหมายที่รัฐตราไว้ในกระดาษ แต่ไม่ได้ปฏิบัติจริง วายังเป็นกฎหมายอยู่หรือไม่ อย่างไร ซึ่งต่างกับแนวคิดแบบมาร์กซิสต์ที่ไม่เอากฎหมาย (แบบทุนนิยม) แต่พวกสังคมนิยมทางกฎหมาย ทั้งสังคมนิยมทางกฎหมายแบบอเมริกัน (American Legal Realism) ที่เน้นสิทธิมนุษยชน มนุษยธรรม และสังคมนิยมทางกฎหมายแบบสแกนดิเนเวีย (Scandinavian Legal Realism) ที่เน้นกฎหมายในแง่ความรู้สึทางจิตวิทยา ต่างก็เอากฎหมายอยู่ เพียงแต่พวกเขามีข้อสงสัยในตัวบทกฎหมายที่รัฐตราไว้ ที่มีการปฏิบัติผิดแผกแตกต่างกันหรือหลายมาตรฐานนั้น ยังเป็นกฎหมายอยู่หรือไม่ อย่างไร ในส่วนของการบังคับใช้กฎหมาย แม้จะเป็นกฎหมายที่ดีตามแนวคิดนี้ คือบัญญัติตาม “แก่น” หรือ “สาระ” ที่แท้จริงของแนวคิด/ทฤษฎีแบบสังคมนิยมทางกฎหมาย ในการบังคับใช้ก็ต้องเป็นไปหลักการของแนวคิดนี้ด้วย คือเป็นไปตามหลักปฏิบัตินิยม ที่เป็นกลาง ปราศจากอคติ หากมีอคติ (เช่น ระบบอุปถัมภ์ ระบบพวกพ้อง หรือสองมาตรฐาน) หรือแนวคิดในหลักนิติธรรม (ในการปฏิบัติใช้แนวคิดต่างกัน เช่น เจตนาบริสุทธิ์ บัญญัตินิยม ประโยชน์นิยม อารมณ์นิยม และสองมาตรฐาน) ก็อาจทำให้การบังคับใช้ที่ไม่เป็นธรรมหรือไม่ยุติธรรมได้

ส่วนแนวคิดเรื่องหลักนิติธรรมที่แทรกอยู่ในแนวคิด/ทฤษฎีต่างๆ ที่กล่าวมาข้างต้น มีการให้ความหมายของคำว่า “นิติธรรม หรือ The Rule of Law) ไว้มากมายหลากหลาย เช่น

อาริสโตเติล (Aristotle): การปกครองโดยเหตุผลหรือการปกครองโดยถือกฎหมายเป็นใหญ่ (Nicomachean Ethics, Book V, 1130b) (Aristotle, 1998)

เอ.วี. ไคซี (A.V. Deicy):1) การที่ฝ่ายบริหารไม่มีอำนาจลงโทษบุคคลใดตามอำเภอใจ เว้นเพียงในกรณีที่มีการละเมิดกฎหมายชัดเจนและการลงโทษที่อาจกระทำได้นั้นจะต้องทำตามกระบวนการปกติของกฎหมายต่อหน้าศาลปกติของแผ่นดิน 2) ไม่มีบุคคลใดอยู่เหนือกฎหมาย ไม่ว่าเขาจะอยู่ในตำแหน่งหรือเงื่อนไขประการใดทุกๆ คน (ไม่ว่าเป็นเจ้าของหน้าที่ของรัฐหรือบุคคลธรรมดา) ล้วนต้องอยู่ภายใต้กฎหมายและศาลเดียวกัน (จรัญ โฆษณานันท์, 2561)

เอฟ.เอ. ไฮเยก (F.A. Hayek): การที่รัฐบาลต้องปฏิบัติภารกิจใดๆ ภายใต้อำนาจที่แน่นอน และประกาศให้ทราบล่วงหน้า (จรัญ โฆษณานันท์, 2561) เน้นแต่รูปแบบ ไม่เน้นของจริง

คณะกรรมการนิติศาสตร์สากล (International Commission of Jurists หรือ ICJ): หลักการ สถาบันและกระบวนการที่ไม่จำเป็นต้องเป็นสิ่งเดียวกัน แต่คล้ายกันโดยทั่วไปซึ่งจากประสบการณ์และประเพณีของนักกฎหมายในประเทศต่างๆ ในโลกซึ่งมีโครงสร้างทางการเมืองและพื้นฐานทางเศรษฐกิจที่แตกต่างกัน ได้แสดงให้เห็น



เห็นแล้วว่ามันเป็น หลักการ สถาบัน และกระบวนการที่สำคัญ ต่อการปกป้องปัจเจกบุคคลจากรัฐบาลที่ใช้อำนาจตามอำเภอใจ และทำให้เขาสามารถชื่นชมในศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์ได้ (จรัญ โฆษณานันท์, 2561)

โดยแนวคิด/ทฤษฎีทั้งหมดที่กล่าวมานี้จะนำไปใช้วิเคราะห์ “ปัญหาการบังคับใช้กฎหมาย” ที่เกี่ยวกับการป้องกันและปราบปรามการทุจริตของไทย กรณีศึกษา ประมวลกฎหมายอาญา ในส่วนที่เกี่ยวกับการทุจริต (การให้และรับสินบน) ว่าทำไม จึงไม่มีประสิทธิภาพในการป้องกันและปราบปรามการทุจริตอย่างแท้จริง (อาจจะทำเป็นพิธีหรือตีความแตกต่างกันเท่านั้น) โดยจะไม่กล่าวในรายละเอียดของแต่ละมาตรา แต่จะกล่าวโดยภาพรวมว่า สารบัญญัติหรือเนื้อหาของมาตราที่เกี่ยวกับความผิดการให้และรับสินบนนั้น เป็น “แก่น” หรือ “สาระ” สำคัญที่แท้จริงของกฎหมายในแนวคิด/ทฤษฎีใด หรือไม่ อย่างไร และทำไมจึงใช้บังคับไม่ค่อยได้ผล มีอุปสรรคในการบังคับใช้อะไร ควรจะแก้ไขอย่างไร

วิเคราะห์ปัญหาการบังคับใช้กฎหมายเกี่ยวกับการป้องกันและปราบปรามการทุจริตของไทยด้วย นิติปรัชญา กรณีศึกษา ประมวลกฎหมายอาญา

กฎหมายเกี่ยวกับการป้องกันและปราบปรามการทุจริตที่มีมากมาย และบางฉบับก็มีมานานแล้ว แต่ทำไมการทุจริตไม่ลดลงเท่าที่ควร ปัญหาอยู่ที่ตัวบทหรือการปฏิบัติในการบังคับใช้ สำหรับในบทความนี้จะกล่าวเฉพาะประมวลกฎหมายอาญา ในส่วนที่เกี่ยวกับการให้สินบนเจ้าพนักงาน ตามมาตรา 143 มาตรา 144 และการที่เจ้าพนักงานรับสินบนตามมาตรา 147 มาตรา 148 มาตรา 149 มาตรา 150 มาตรา 151 มาตรา 157 หรือการให้สินบนเจ้าพนักงานในการยุติธรรมตามมาตรา 167 และการที่เจ้าพนักงานในการยุติธรรมรับสินบนตามมาตรา 200 มาตรา 201 มาตรา 202 มาตรา 203 และมาตรา 204 นั้น ล้วนเกี่ยวข้องกับการทุจริตทั้งสิ้น ทั้งที่กฎหมายฉบับนี้ใช้บังคับมาตั้งแต่วันที่ 1 มกราคม 2500 (ราชกิจจานุเบกษา, 2499) แทนกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 ที่ถูกยกเลิกไป แต่ผลการบังคับใช้ประมวลกฎหมายอาญาที่ผ่านมา 68 ปี อาจกล่าวได้ว่าได้ผลไม่ดีเท่าที่ควร ทำให้ต้องมีการออกกฎหมายอื่นๆ อีกมากมาย (ดังบางส่วนที่กล่าวไว้ข้างต้น แต่ก็ยังไม่ได้ผลดีเท่าที่ควรเช่นกัน) กล่าวคือ ถ้าการทุจริตที่คนทำผิดเป็นคนธรรมดาทั่วไป ไม่มีพรรคพวกแบบระบบอุปถัมภ์ มาตราเหล่านี้มีผลบังคับได้ดี แต่ถ้าคนทำผิดเป็นผู้มีอำนาจในสังคม (ไม่ว่าจะเป็นอำนาจทางเศรษฐกิจ อำนาจทางการเมืองการปกครอง อำนาจพรรคพวก หรืออำนาจของระบบอุปถัมภ์) มาตราเหล่านี้ใช้บังคับไม่ค่อยมีประสิทธิภาพ เพราะไม่มีพยานหลักฐานที่ชัดเจน ต่อให้เป็นข่าวใหญ่ (ยังไม่นับที่ไม่เป็นข่าวอีกจำนวนไม่น้อย อาจเพราะขาดหลักฐานหรืออำนาจครอบงำ) พอนานวันก็ค่อยๆ เลือนหายไป ทั้งที่ความผิดเหล่านี้ไม่ใช่สิ่งใหม่ เป็นสิ่งที่มีปรากฏในสังคมมาช้านาน ดังจะเห็นได้ว่า กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127 ที่ถูกยกเลิกไปก็กล่าวถึงเรื่องนี้ไว้ เช่น มาตรา 125 มาตรา 126 มาตรา 129 มาตรา 130 มาตรา 135 มาตรา 136 มาตรา 137 มาตรา 138 มาตรา 139 เป็นต้น (กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127, ม.ป.ป.) แสดงให้เห็นว่า การทุจริตนั้นเป็นปัญหาที่ช้านานแล้ว ในขณะที่เดียวกันก็มีกฎหมาย ทั้งป้องกันและปราบปรามมานานพอๆ กัน แต่ทำไมปัญหาการทุจริตยังไม่หมดไปหรือยังไม่ลดลงเท่าที่ควร ปัญหาที่แท้จริงอยู่ที่ตัวบทกฎหมายหรืออยู่ที่คนบังคับใช้กฎหมาย ผู้เขียนจึงอยากชวนให้ลองพิจารณาในแง่นิติปรัชญา คือ ใช้แนวคิด/ทฤษฎีต่างๆ วิเคราะห์ตัวบทของกฎหมายเหล่านั้น ว่าเป็น “แก่น” หรือ “สาระ” ที่แท้จริงของกฎหมายหรือไม่ ถึงไม่ค่อยได้รับความเคารพเชื่อฟังในกฎหมายนั้นๆ หากเป็น เป็นแนวคิดทฤษฎีใด เหมาะสมกับวัฒนธรรมหรือ



ธรรมชาติของมนุษย์หรือไม่ อย่างไร ทำให้จึงใช้บังคับไม่ค่อยได้ผลเท่าที่ควร หรือเป็นเพราะปัจจัยอื่นๆ เช่น อคติ และระบบอุปถัมภ์ เป็นต้น ด้วยหวังว่า จะเป็นอีกทางหนึ่งในการแก้ไขปัญหานี้ และก่อให้เกิดความเป็นธรรมหรือความยุติธรรมที่แท้จริง

เบื้องต้นเมื่อวิเคราะห์ด้วยแนวคิด/ทฤษฎีความยุติธรรม โดยผ่านแนวคิดแบบสัญญาประชาคมและแนวคิดหลักนิติธรรม ลึกลงไปในแนวคิดแบบนิติศาสตร์เชิงสังคมวิทยา (Sociological Jurisprudence) ในส่วนที่เป็นสังคมวิทยาทางกฎหมาย คือกรณีที่มีกฎหมายอยู่ในสังคมแล้ว แต่มีความสงสัยในกฎหมายนั้น ว่ามีปัญหาอะไรอย่างไร เช่น กฎหมายมีประสิทธิภาพหรือไม่ กฎหมายบังคับใช้ได้หรือไม่ ซึ่งในที่นี้ขอแบ่งวิเคราะห์เป็น 2 ส่วนคือ ปัญหาจากตัวบทกฎหมายนั้น และปัญหาจากปัจจัยอื่น เช่น อคติในการปฏิบัติหรือการบังคับใช้กฎหมาย เป็นต้น

ปัญหาจากตัวบทกฎหมาย หมายถึง เนื้อหาหรือสารบัญญัติที่นำมาบัญญัติไว้เป็นตัวบทกฎหมายอาญา เหล่านั้น เป็น “แก่น” หรือ “สาระ” ที่แท้จริงของกฎหมายหรือไม่ ถ้าเป็น เป็นแนวคิด ทฤษฎีแบบใด เหมาะสมกับยุคสมัยของสังคมหรือไม่ ในเรื่องความผิดที่เกี่ยวกับการให้และรับสินบน ทั้งระหว่างประชาชนกับประชาชน และประชาชนกับเจ้าพนักงานของรัฐ เช่น มาตรา 143 ที่บัญญัติว่า “ผู้ใดเรียก รับหรือยอมจะรับทรัพย์สิน หรือประโยชน์อื่นใดสำหรับ ตนเองหรือผู้อื่น เป็นการตอบแทนในการที่จะจงใจหรือได้จงใจเจ้าพนักงาน สมาชิกสภานิติบัญญัติ แห่งรัฐ สมาชิกสภาจังหวัดหรือสมาชิกสภาเทศบาลโดยวิธีอันทุจริตหรือผิดกฎหมายหรือโดยอิทธิพล ของตนให้กระทำการ หรือไม่กระทำการในหน้าที่อันเป็นคุณหรือเป็นโทษแก่บุคคลใด ต้องระวางโทษ จำคุกไม่เกินห้าปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ” มาตรา 144 ที่บัญญัติว่า “ผู้ใดให้ ขอให้หรือรับว่าจะให้ทรัพย์สิน หรือประโยชน์อื่นใดแก่เจ้า พนักงาน สมาชิกสภานิติบัญญัติแห่งรัฐ สมาชิกสภาจังหวัดหรือสมาชิกสภาเทศบาล เพื่อจงใจให้ กระทำการ ไม่กระทำการ หรือประวิงการกระทำอันมิชอบด้วยหน้าที่ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินห้าปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ” มาตรา 147 บัญญัติว่า “ผู้ใดเป็นเจ้าพนักงาน มีหน้าที่ซื้อ ทำ จัดการหรือรักษาทรัพย์สินใด เปียดบังทรัพย์สินนั้นเป็นของตน หรือเป็นของผู้อื่นโดยทุจริต หรือโดยทุจริตยอมให้ผู้อื่นเอา ทรัพย์สินนั้นเสีย ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่ห้าปีถึงยี่สิบปีหรือจำคุกตลอดชีวิตและปรับตั้งแต่หนึ่งแสนบาทถึงสี่แสน บาท” มาตรา 148 ที่บัญญัติว่า “ผู้ใดเป็นเจ้าพนักงาน ใช้อำนาจในตำแหน่งโดยมิชอบ ข่มขืนใจหรือ จูงใจเพื่อให้ บุคคลใดมอบให้หรือหามาให้ซึ่งทรัพย์สินหรือประโยชน์อื่นใดแก่ตนเองหรือผู้อื่น ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่ห้าปีถึง ยี่สิบปีหรือจำคุกตลอดชีวิต และปรับตั้งแต่หนึ่งแสนบาทถึงสี่แสนบาท หรือประหารชีวิต” มาตรา 149 ที่บัญญัติว่า “ผู้ใดเป็นเจ้าพนักงาน สมาชิกสภานิติบัญญัติแห่งรัฐ สมาชิกสภา จังหวัด หรือสมาชิกสภาเทศบาล เรียก รับ หรือ ยอมจะรับทรัพย์สิน หรือประโยชน์อื่นใดสำหรับ ตนเองหรือผู้อื่นโดยมิชอบ เพื่อกระทำการหรือไม่กระทำการอย่าง ใดในตำแหน่งไม่ว่าการนั้นจะชอบ หรือมิชอบด้วยหน้าที่ ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่ห้าปีถึงยี่สิบปีหรือจำคุกตลอด ชีวิต และปรับตั้งแต่หนึ่งแสนบาทถึงสี่แสนบาท หรือประหารชีวิต” มาตรา 167 ที่บัญญัติว่า “ผู้ใดให้ขอให้หรือรับ ว่าจะให้ทรัพย์สินหรือประโยชน์อื่นใด แก่เจ้าพนักงานในตำแหน่งตุลาการ พนักงานอัยการ ผู้ว่าคดีหรือพนักงาน สอบสวน เพื่อจงใจให้กระทำการ ไม่กระทำการหรือประวิงการกระทำอันมิชอบด้วยหน้าที่ ต้องระวางโทษจำคุก ไม่เกินเจ็ดปีและปรับ ไม่เกินหนึ่งแสนสี่หมื่นบาท” และมาตรา 200 ที่บัญญัติว่า “ผู้ใดเป็นเจ้าพนักงานในตำแหน่ง พนักงานอัยการ ผู้ว่าคดีพนักงานสอบสวนหรือเจ้าพนักงานผู้มีอำนาจสืบสวนคดีอาญาหรือจัดการให้เป็นไปตาม หมายอาญา กระทำการหรือไม่กระทำการอย่างใด ๆ ในตำแหน่งอันเป็นการมิชอบ เพื่อจะช่วยบุคคลหนึ่งบุคคลใด มิให้ ต้องโทษ หรือให้รับโทษน้อยลง ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่หกเดือนถึงเจ็ดปีและปรับตั้งแต่หนึ่งหมื่นบาทถึง



หนึ่งแสนสี่หมื่นบาท (วรรคสอง) ถ้าการกระทำหรือไม่กระทำนั้น เป็นการเพื่อจะแกล้งให้บุคคลหนึ่งบุคคลใดต้องรับโทษ รับโทษหนักขึ้น หรือต้องถูกบังคับตามวิธีการเพื่อความปลอดภัย ผู้กระทำต้องระวางโทษ จำคุกตลอดชีวิต หรือจำคุกตั้งแต่หนึ่งปีถึงยี่สิบปีและปรับตั้งแต่สองหมื่นบาทถึงสี่แสนบาท” เป็นต้น

เมื่อวิเคราะห์เนื้อหาในมาตราเหล่านี้ (มาตรา 143 มาตรา 144 มาตรา 147 มาตรา 148 มาตรา 149 มาตรา 150 มาตรา 151 มาตรา 157 มาตรา 167 มาตรา 200 มาตรา 201 มาตรา 202 มาตรา 203 และมาตรา 204 แห่งประมวลกฎหมายอาญา) ด้วยแนวคิด/ทฤษฎีความยุติธรรม ผ่านแนวคิดแบบสัญญาประชาคมและแนวคิดเรื่องหลักนิติธรรมลึกลงไปถึงแนวคิดแบบธรรมชาตินิยมทางกฎหมาย ที่เห็นว่ากฎหมายเกิดจากสัญญาประชาคมและกฎหมายต้องเป็นใหญ่และเป็นธรรม คือ กฎหมายที่แท้จริง ต้องมาจาก “แก่น” หรือ “สาระ” สำคัญที่แท้จริงของกฎธรรมชาติหรือสิ่งที่สอดคล้องกับธรรมชาติ (Bentham, J., 1969) ในกรณีของประมวลกฎหมายอาญาของไทยในมาตราดังกล่าวเหล่านี้ มีน้ำหนักในเหตุผลค่อนข้างน้อยจึงไม่น่าจะเป็นกฎหมายในแนวคิดแบบธรรมชาตินิยม ในทางตรงข้ามด้วยธรรมชาติของมนุษย์ที่มีสันดานญาณการเอาตัวรอด และมีกิเลส ซึ่งสอดคล้องกับทฤษฎีความน่าจะเป็นที่ทำให้เกิดการทุจริตของคროสและแมคกาฮาน (Kross and McGahan) ที่มีองค์ประกอบสำคัญ 3 ประการ คือ ความไม่ซื่อสัตย์ของบุคคล โอกาส และการจูงใจให้ทุจริต และทฤษฎีลำดับขั้นของความต้องการ ทฤษฎีแรงจูงใจ คือการทุจริตมีผลกระทบต่อความยุติธรรมในแนวคิดแบบธรรมชาตินิยมทางกฎหมาย หากพิจารณาด้วยแนวคิด/ทฤษฎีความยุติธรรมที่ผ่านแนวคิดสัญญาประชาคมและแนวคิดเรื่องหลักนิติธรรมลึกลงไปถึงแนวคิดแบบประวัติศาสตร์นิยมทางกฎหมาย ที่เห็นว่า กฎหมายคือจิตวิญญาณร่วมของชนชาติ ก็ยังไม่ตรงเพราะอาจจะเป็นเพียงจิตวิญญาณร่วมของชนชั้นสูงหรือชนชั้นผู้ปกครองเท่านั้น แต่หากมองในแง่จารีตประเพณีหรือระบบอุปถัมภ์ อาจจะเป็นไปได้ที่กฎหมายมีส่วนเป็นนิติรัฐแบบอภิสิทธิ์หรือราชานิติธรรม ที่ทำให้เกิดความยุติธรรมหลายมาตรฐานหรือความยุติธรรม ส่วนแนวคิด/ทฤษฎีความยุติธรรมที่ผ่านแนวคิดสัญญาประชาคมและแนวคิดเรื่องหลักนิติธรรม ที่ลึกลงไปถึงแนวคิดแบบแบบนิติศาสตร์เชิงสังคมวิทยา ที่เห็นว่ากฎหมายคือเครื่องมือทำให้ประโยชน์ทั้ง 3 ฝ่ายในสังคมสมดุล ที่เป็นกฎหมายสมัยใหม่เหมาะแก่การแก้ไขปัญหาที่ซับซ้อน แต่มาตราเหล่านี้ดูเหมือนไม่ได้เน้นวิถึธรรมสังคมที่มุ่งทำประโยชน์ทั้ง 3 ในสังคมในสมดุลกัน หรือแม้แต่ในมุมมองของแนวคิดแบบสังคมนิยมทางกฎหมาย ที่เห็นว่า กฎหมายคือสิ่งที่ศาลทำ ไม่ใช่สิ่งที่ศาลพูดก็ยังมีน้ำหนักน้อย เพราะดูเหมือนการปฏิบัติของรัฐที่ยังมีหลายมาตรฐาน ถ้าจะอ้างเหตุผลเหล่านี้ อาจพอฟังได้ แต่ถือว่าไม่ยุติธรรมตามแนวคิดแบบธรรมชาตินิยม

แต่เมื่อพิจารณาเนื้อหาในมาตราเหล่านี้ (มาตรา 143 มาตรา 144 มาตรา 147 มาตรา 148 มาตรา 149 มาตรา 150 มาตรา 151 มาตรา 157 มาตรา 167 มาตรา 200 มาตรา 201 มาตรา 202 มาตรา 203 และมาตรา 204 แห่งประมวลกฎหมายอาญา) ด้วยแนวคิด/ทฤษฎีความยุติธรรม ผ่านแนวคิดสัญญาประชาคมและแนวคิดเรื่องหลักนิติธรรม ลึกลงไปถึงแนวคิดแบบปฏิฐานนิยมทางกฎหมาย (Legal Positivism) ที่มีหลากหลายแนวคิดหลายทฤษฎี แต่พอหาจุดร่วมได้ คือเห็นว่า กฎหมาย คือ บรรดาคำสั่งหรือข้อบังคับของรัฐอธิปไตยที่วางอยู่บนหลักอรรถประโยชน์หรือความสุข เกิดจากเจตจำนงร่วมกันของคนในสังคมนั้นๆ มาทำสัญญาประชาคมร่วมกัน ก่อให้เกิดกฎหมายที่วางอยู่หลักเหตุผลที่ชอบธรรมแบบอรรถประโยชน์นิยม เนื่องจากเห็นว่า ปัญหาการทุจริต (Corruption) นั้น เป็นอุปสรรคในการพัฒนาชีวิต สังคม และประเทศชาติ และมีผลกระทบต่อความยุติธรรมตามกฎหมาย จึงบัญญัติให้เป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ จึงถือว่ามาตราเหล่านี้ตรงกับแนวคิดนี้ คือ เป็น “แก่น”



หรือ “สาระ” สำคัญที่แท้จริงของกฎหมาย คือกฎหมายอาญาของไทยในเรื่องความผิดเกี่ยวกับการให้และรับสินบน (อันถือว่าเป็นการทุจริตแบบหนึ่ง) อาจจัดเป็นแนวคิดแบบปฏิฐานนิยมทางกฎหมาย แต่ทำไมกฎหมายเหล่านี้จึงใช้บังคับไม่ค่อยมีประสิทธิภาพ ปัญหาอาจจะไม่ได้มาจากเรื่องเนื้อหาหรือสารบัญญัติที่นำมาบัญญัติเป็นตัวบทเหล่านี้ก็เป็นได้ ดังนั้นควรไปพิจารณาในส่วนการบังคับใช้กฎหมาย ว่ามีปัจจัยอื่นใด เช่น อคติ หรือระบบอุปถัมภ์ ที่ทำให้การบังคับใช้กฎหมายไม่ได้ผลดีเท่าที่ควร

ปัญหาการบังคับใช้กฎหมาย อาจแบ่งวิเคราะห์ได้ 2 ส่วน คือ 1) เนื้อหาหรือสารบัญญัติในมาตราเหล่านี้ (มาตรา 143 มาตรา 144 มาตรา 147 มาตรา 148 มาตรา 149 มาตรา 150 มาตรา 151 มาตรา 157 มาตรา 167 มาตรา 200 มาตรา 201 มาตรา 202 มาตรา 203 และมาตรา 204 แห่งประมวลกฎหมายอาญา) ไม่เป็นไปตาม “แก่น” หรือ “สาระ” สำคัญที่แท้จริงของกฎหมายในแนวคิด/ทฤษฎีใดเลยในทางนิติปรัชญา จึงทำให้ขาดการเคารพเชื่อฟังหรือเกิดการโต้แย้งต่อกฎหมายได้ 2) เป็นเรื่องอคติของประชาชนและผู้มีอำนาจบังคับใช้กฎหมาย สำหรับกรณีประมวลกฎหมายอาญา ในมาตราต่างๆที่เกี่ยวกับการรับและการให้สินบน ที่ถือว่าเป็นส่วนหนึ่งของการทุจริต ที่กระทบต่อแนวคิด/ทฤษฎีความยุติธรรม แม้จะไม่ใช้กฎหมายในแนวคิดแบบธรรมชาตินิยมทางกฎหมาย แนวคิดแบบนิติศาสตร์เชิงสังคมวิทยา หรือแนวคิดแบบสังคมนิยมทางกฎหมาย แต่ถือว่าเป็น “แก่น” หรือ “สาระ” สำคัญที่แท้จริงของกฎหมายในแนวคิดแบบปฏิฐานนิยมทางกฎหมาย และเป็นไปตามหลักนิติธรรม คือการปกครองด้วยกฎหมายเป็นใหญ่ กฎหมายเป็นสิ่งสูงสุด และที่สำคัญกฎหมายเหล่านี้ก็มีความเป็นธรรม คือเป็นกฎหมายที่แท้จริงในแนวคิด/ทฤษฎีทางนิติปรัชญาแนวหนึ่ง จึงน่าจะใช้บังคับได้ดี ดังนั้น การที่ประมวลกฎหมายอาญาของไทย ในเรื่องความผิดเกี่ยวกับการให้และรับสินบน ที่ถือว่าเกี่ยวข้องกับการทุจริต ใช้บังคับไม่ค่อยได้ผลในแง่หนึ่งอาจจะมาจากอคติแบบระบบอุปถัมภ์ ที่สอดคล้องกับทฤษฎีการบังคับใช้กฎหมาย ในหลักเกณฑ์ 3 ประการ คือ 1. รัฐเป็นผู้ใช้มาตรการทางกฎหมาย เพื่อควบคุมความประพฤติและคุ้มครองพิทักษ์ประโยชน์ของสมาชิกในสังคมตามหลักกฎหมายมหาชนในฐานะที่รัฐอยู่เหนือราษฎร 2. รัฐเป็นผู้รับอาณัติมอบหมายจัดสรรเจ้าหน้าที่ควบคุมรับผิดชอบการปฏิบัติหน้าที่รักษาความสงบเรียบร้อยและความผาสุกของชุมชนให้เป็นไปตามเจตนารมณ์และหลายกฎหมายอย่างเคร่งครัด และ 3. การบังคับใช้กฎหมาย จะต้องบังคับใช้แก่สมาชิกในสังคม โดยเสมอภาคภายใต้หลักนิติธรรม ปราศจากความลำเอียงหรือรังเกียจเจียดฉันทโดยสิ้นเชิง คือเป็นไปตามหลักนิติธรรม

สรุป/ข้อเสนอแนะ

ผลจากการใช้นิติปรัชญา ภาคระบบคือแนวคิดและทฤษฎี โดยใช้แนวคิด/ทฤษฎีความยุติธรรม (ซึ่งถือเป็นเป้าหมายของกฎหมายทุกแนวคิด/ทฤษฎี หรือเป็นอุดมคติของสังคม) ผ่านแนวคิด/ทฤษฎีแบบสัญญาประชาคม (ที่ถือว่าเป็นบ่อเกิดของกฎหมายในยุคปัจจุบัน) และแนวคิดเรื่องหลักนิติธรรม (ที่ถือว่าเป็นกฎเกณฑ์ของการสร้างกฎหมายให้เป็นธรรม) วิเคราะห์ เนื้อหาหรือสารบัญญัติในมาตรา 143 มาตรา 144 (การให้สินบน) มาตรา 147 มาตรา 148 มาตรา 149 มาตรา 150 มาตรา 151 (เจ้าพนักงานรับสินบน) มาตรา 167 (การให้สินบนเจ้าพนักงานในการยุติธรรม) มาตรา 200 มาตรา 201 มาตรา 202 มาตรา 203 และมาตรา 204 (เจ้าพนักงานในการยุติธรรมรับสินบน) แห่งประมวลกฎหมายอาญา ที่ถือว่าเป็นกฎหมายเกี่ยวข้องกับการป้องกันและปราบปรามการทุจริต



ส่วนหนึ่ง พบว่า เนื้อหาหรือสารบัญญัติ (ทั้งส่วนที่เป็นเนื้อหาสาระและส่วนที่เป็นบทกำหนดโทษ) ในมาตราเหล่านี้ เป็นไปตามเจตจำนงร่วมกันของคนในสังคม ที่มาทำสัญญาประชาคม ให้มีรัฐ ให้มีรัฐอธิปไตยที่มีอำนาจออกกฎหมาย คือบรรดาคำสั่งหรือข้อบังคับของรัฐอธิปไตยที่วางอยู่บนหลักเหตุผลที่ชอบธรรมและหลักการธรรมาภิบาล นิยมหรือมสุข ซึ่งถือว่าเป็นกฎหมายที่แท้จริงตามแนวคิดแบบปฏิฐานนิยมทางกฎหมาย ในทฤษฎีต่างๆ เช่น ทฤษฎีคำสั่งของจอห์น ออสติน ประกอบด้วยทฤษฎีอรรถประโยชน์ของเจเรมี เบนธัม หรือทฤษฎีกฎปฐมภูมิ กฎทุติยภูมิของเฮช.แอล.เอ. ฮาร์ต แม้จะไม่ใช่มกฎหมายในแนวคิดแบบธรรมชาตินิยมทางกฎหมายหรือแนวคิดแบบประวัติศาสตร์นิยมทางกฎหมายหรือแนวคิดแบบนิติศาสตร์เชิงสังคมวิทยาหรือแนวคิดแบบสังคมนิยมทางกฎหมายก็ตาม แต่ก็ยังเป็นไปตามหลักนิติธรรม จึงควรที่จะใช้บังคับได้อย่างมีประสิทธิภาพ ดังนั้น ปัญหาของการใช้ไม่ได้ผล ไม่น่าจะมาจากประเด็นเรื่อง “แก่น” หรือ “สาระ” สำคัญของกฎหมายที่แท้จริง แต่น่าจะมาจากอคติ หรืออาจจะมาจากแนวคิดแบบสังคมนิยมทางกฎหมายบางแบบ เช่น แบบที่ใช้เกณฑ์การตัดสินแบบสองมาตรฐาน เป็นต้น หรืออาจจะมาจากแนวคิดแบบประวัติศาสตร์นิยมทางกฎหมายแบบจิตวิญญาณร่วมของชนชั้นสูงหรือชนชั้นผู้ปกครอง บางกลุ่มหรือแบบระบบอุปถัมภ์ (รวมทั้งนิติรัฐแบบอภิสิทธิ์ ที่เน้นตามความเหมาะสม และราชานิติธรรมที่เน้นส่วนรวมมากกว่าปัจเจกชน) ที่ขัดกับหลักนิติธรรมแบบการจำกัดอำนาจรัฐ การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชน และการตรากฎหมายที่เป็นธรรม สำหรับแนวทางแก้ไขปัญหานี้ที่ดีทางหนึ่งเห็นควรใช้แนวคิด/ทฤษฎีทางนิติปรัชญา หลากหลายแนวประกอบกันและประยุกต์ใช้ เช่น แนวคิด/ทฤษฎีความยุติธรรม (ซึ่งเป็นเป้าหมายของกฎหมายทุกแนวคิด/ทฤษฎี หรือเป็นอุดมคติของสังคม) ผ่านแนวคิด/ทฤษฎีสัญญาประชาคม (อันถือว่าเป็นบ่อเกิดของกฎหมายส่วนใหญ่ในยุคปัจจุบัน) และแนวคิดเรื่องหลักนิติธรรม (ที่เป็นกฎเกณฑ์ของการออกหรือบัญญัติกฎหมายให้เกิดความเป็นธรรม) เนื่องจากคำตอบที่ถูกต้องอาจไม่ได้มีหนึ่งเดียว เราควรเคารพความแตกต่าง หลากหลายในความคิด ทุกคนตั้งอยู่บนฐานอุกวิพากษ์วิจารณ์และตรวจสอบได้ตามหลักความโปร่งใส ช่วยลดหรือ เลิกระบบอุปถัมภ์เปลี่ยนมาใช้แนวคิดแบบระบบคุณธรรม ที่สรรพสิ่งต่างๆ มีความเป็นกลาง ไม่มีอคติ ทุกคนมีหน้าที่เคารพเชื่อฟังกฎหมายที่เป็นใหญ่สูงสุด และถูกต้องเป็นธรรมตามหลักนิติธรรมอย่างแท้จริง

เอกสารอ้างอิง

- กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127. (ม.ป.ป.). ราชกิจจานุเบกษา กรุงเทพมหานครในพระบรมมหาราชวัง เล่ม 25 ฉบับพิเศษ (วันที่ 1 มิถุนายน รัตนโกสินทร์ศก 127). เข้าถึงได้จาก ราชกิจจานุเบกษา: <https://www.ratchakitcha.soc.go.th/DATA/PDF/2451/009/206.PDF>
- จรัญ โฆษณานันท์. (2561). นิติปรัชญา (พิมพ์ครั้งที่ 20). กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยรามคำแหง.
- ดลมนิชา พันธุนาคิน. (2566). ปัญหาในการบังคับใช้มาตรา 176 แห่งพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ.2561. วารสารวิชาการนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยทักษิณ, 11(2) (กรกฎาคม-ธันวาคม 2566), 85.
- โต๊ะข้าว ป.ป.ช. (1 มกราคม 2567). ดัชนีการรับรู้การทุจริต ป.ป.ช.เผยองค์กรเพื่อความโปร่งใสนานาชาติประกาศ ผลดัชนีการรับรู้การทุจริต (CPI) ประจำปี 2566 ประเทศไทยได้ 35 คะแนน จัดอยู่ในอันดับที่ 108 ของ



โลก. เข้าถึงได้จาก สำนักงานคณะกรรมการป้องกัน และปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ:

<https://www.nacc.go.th/categorydetail/2018083118464105/20240130143633?>

ธงชัย ทรงประศาสน์. (2505). ระบบอุปถัมภ์กับระบบคุณความดี : ร่วมฉลองวันประสูติครบรอบร้อยปีของสมเด็จพระเจ้าบรมวงศ์เธอ กรมพระยาเดชาดิราชวราภพ. วารสารรัฐประศาสนศาสตร์, 3 (1), 86-108. เข้าถึงได้จาก http://library1.nida.ac.th/nida_jour0/NJv3n1_06.pdf

มหาจุฬาลงกรณราชวิทยาลัย. (2539). โปรแกรมพระไตรปิฎกภาษาไทย ฉบับมหาจุฬาลงกรณราชวิทยาลัย. เข้าถึงได้จาก 84000.org: <https://84000.org/tipitaka/download/mcu/>

วรเจตน์ ภาคีรัตน์. (2561). ประวัติศาสตร์ความคิดนิติปรัชญา. กรุงเทพมหานคร: อานกภูมิ.

ศรสวรรค์ ปุณฺณัติวรัณ. (2555). มาตรการทางกฎหมายในการป้องกันและปราบปรามการทุจริตภาครัฐ. ใน วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต บัณฑิตวิทยาลัย . กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต.

สนธยา ยาพิณ. (2552). บทบาทและอำนาจหน้าที่คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติต่อการแก้ไขปัญหาการขัดกันระหว่างผลประโยชน์ส่วนบุคคลและประโยชน์ส่วนรวม. ใน วิทยานิพนธ์ปริญญา มหาบัณฑิต สาขานิติศาสตร์. กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต.

สมภาร พรหมทา. (2561). คำบรรยายวิชานิติปรัชญา ตอนที่ 1-10. ใน ศูนย์ศึกษาพุทธปรัชญา. พระนครศรีอยุธยา: มหาวิทยาลัยมหาจุฬาลงกรณราชวิทยาลัย. เข้าถึงได้จาก <http://csbp.mcu.ac.th/>

สมยศ เชื้อไทย. (2559). นิติปรัชญาเบื้องต้น (พิมพ์ครั้งที่ 19). กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน.

สำนักงาน ป.ป.ช. (2567). รายงานสถานการณ์การทุจริตประเทศไทย ประจำปีงบประมาณ 2567. เข้าถึงได้จาก สำนักงานคณะกรรมการป้องกัน และปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ : <https://www.nacc.go.th/files/article/attachments/27523707decfa5ce6806ca7746f14f0c0bbe45a.pdf?csrt=8202902391144556150>

Aristotle. (1998). *Nicomachean Ethics*, Translate by W.D. Ross. In *Great Book of the Western World* Vol.9. Chicago: EncyclopediaBritannica.

Bentham, J. (1969). *Introduction to the Principles of Moral and Legislation*. New York: Macmillan Co. Ltd.