



สิทธิของบุคคล ซึ่งรวมกันเป็นชุมชน

เน้นศึกษา สิทธิของบุคคล ชุมชน และองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ในการมีส่วนร่วม
บำรุงรักษาและใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมตามมาตรา ๔๖
มาตรา ๕๖ และมาตรา ๒๕๖ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐

กิตติศักดิ์ ปรกิติ

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

เสนอต่อสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ



รายงานการวิจัยเรื่อง

สิทธิของบุคคล ซึ่งรวมกันเป็นชุมชน

เน้นศึกษา สิทธิของบุคคล ชุมชน และองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ในการมีส่วนร่วม
บำรุงรักษาและใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมตามมาตรา ๕๖
มาตรา ๕๖ และมาตรา ๒๕๖ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐

สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ

สิทธิของบุคคลซึ่งรวมกันเป็นชุมชน

เน้นศึกษา สิทธิของบุคคล ชุมชน และองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ในการมีส่วนร่วม
บำรุงรักษาและใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมตามมาตรา ๔๖
มาตรา ๕๖ และมาตรา ๒๙๐ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๔๐

กิตติศักดิ์ ปรกิติ

พิมพ์ครั้งแรก : สิงหาคม 2550

จำนวน : 1,000 เล่ม

ISBN : 978-974-7725-45-2

ข้อมูลทางบรรณานุกรมของหอสมุดแห่งชาติ

กิตติศักดิ์ ปรกิติ.

สิทธิของบุคคลซึ่งรวมกันเป็นชุมชน. __ กรุงเทพฯ : สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ,
2550.

211 หน้า.

1. สิทธิของพลเมือง_กฎหมายและระเบียบข้อบังคับ. I. ชื่อเรื่อง.

342.593085

ISBN 978-974-7725-45-2

พิมพ์ที่ : บริษัท มิสเตอร์ก๊อบปี่ (ประเทศไทย) จำกัด

261/375 ถ.เจริญสนิทวงศ์ แขวงบางขุนศรี เขตบางกอกน้อย กรุงเทพฯ 10700

โทร. 0-2800-2290 โทรสาร 0-2800-2291

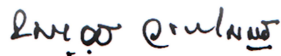
e-mail : support@misterkopy.com

www.misterkopy.com

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช ๒๕๕๙ มาตรา ๓๕ วรรคสอง กำหนดให้สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญตามกฎหมายว่าด้วยสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญทำหน้าที่ธุรการและการอื่นใดตามที่ประธานคณะตุลาการรัฐธรรมนูญมอบหมาย และพระราชบัญญัติสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. ๒๕๕๒ กำหนดให้สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญมีพันธกิจหลักในการสนับสนุนการปฏิบัติหน้าที่ของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญในทุกด้าน โดยเฉพาะอย่างยิ่ง การสนับสนุนกระบวนการพิจารณาคดี การศึกษาวิเคราะห์ด้านคดีและกฎหมาย และการศึกษาวิจัยทางวิชาการ ในด้านการศึกษาวิจัยนั้น กล่าวได้ว่า นับตั้งแต่ปี พ.ศ. ๒๕๕๒ เป็นต้นมา สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญได้ร่วมมือกับนักวิชาการ ผู้ทรงคุณวุฒิจากสถาบันการศึกษา และข้าราชการภายในสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ ผลิตผลงานการศึกษาที่เกี่ยวข้องกับรัฐธรรมนูญและองค์การวินิจัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญมาแล้วเป็นจำนวนมาก

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ มีบทบัญญัติที่รับรองสิทธิชุมชนขึ้นเป็นครั้งแรก ส่งผลให้เกิดความตื่นตัวของชุมชนต่างๆ ในการอ้างสิทธิอนุรักษ์หรือฟื้นฟูจารีตประเพณี ภูมิปัญญาท้องถิ่น ศิลปะหรือวัฒนธรรมอันดีของท้องถิ่นและของชาติ และอ้างสิทธิในการมีส่วนร่วมในการจัดการ การบำรุงรักษา และการใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญจึงได้จัดให้มีการศึกษาวิจัยเกี่ยวกับสิทธิชุมชนขึ้นเพื่อให้เกิดความชัดเจนในเรื่องผู้ทรงสิทธิและเนื้อหาแห่งสิทธิเพื่อให้เกิดองค์ความรู้ในการรับรองและคุ้มครองสิทธิชุมชน

การส่งเสริมความรู้ความเข้าใจเกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพ รวมถึงรัฐธรรมนูญ และคณะกรรมการรัฐธรรมนูญถือเป็นภารกิจสำคัญที่สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญยึดถือปฏิบัติโดยตลอดมา และหวังเป็นอย่างยิ่งว่า รายงานการศึกษาวิจัยเรื่อง “สิทธิของบุคคลซึ่งรวมกันเป็นชุมชนตามรัฐธรรมนูญเน้นศึกษาสิทธิของบุคคล ชุมชน และองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ในการมีส่วนร่วมบำรุงรักษาและใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม ตามมาตรา ๕๖ มาตรา ๕๖ และมาตรา ๒๕๐ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐” ซึ่งมีผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.กิตติศักดิ์ ปกติ เป็นผู้ศึกษาวิจัย จะเป็นประโยชน์ต่อการเพิ่มพูนองค์ความรู้ และการอ้างอิงในทางวิชาการ รวมถึงเป็นประโยชน์ต่อการกระจายฐานความรู้ความเข้าใจเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญ คณะกรรมการรัฐธรรมนูญ สิทธิและเสรีภาพ ผู้สาธิตชนมากยิ่งขึ้น ตามปณิธานและวัตถุประสงค์ของคณะกรรมการรัฐธรรมนูญและสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญสืบไป



(นายไพบูรณ์ วราหะไพฑูรย์)

เลขาธิการสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ

งานศึกษาวิจัยเรื่อง “สิทธิของบุคคลซึ่งรวมกันเป็นชุมชน เน้นศึกษาสิทธิของบุคคล และชุมชน ชุมชนท้องถิ่น และชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิม ในการมีส่วนร่วมในการบำรุงรักษา ใช้ และได้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมตามมาตรา ๔๖, ๕๖ และ ๒๕๐ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. ๒๕๕๐” นี้ มุ่งศึกษาปัญหาว่า “ชุมชน” คืออะไร และสามารถมีสิทธิและหน้าที่ได้เพียงใด โดยได้ทำการศึกษาข้อโต้แย้งทางความคิดทฤษฎีว่าด้วยสภาพบุคคลของนิติบุคคลว่าสามารถมีสิทธิและหน้าที่ หรือที่เรียกว่ามีสภาพบุคคลได้เพราะเหตุใด เป็นเพราะสังคมยอมรับให้มีความสามารถมีสิทธิได้โดยสภาพ (Real Corporation Theory) หรือเพราะมีกฎหมายหรืออำนาจรัฐรับรองให้มีสภาพบุคคลโดยสมมติขึ้นเท่านั้น (Fiction Theory)

ผลการศึกษาวิจัยพบว่า นับแต่โบราณกาลมา ชุมชน (Community) เป็นหน่วยสังคมที่เกิดจากหมู่คณะที่ดำรงอยู่โดยมีสายสัมพันธ์ระหว่างกันตามธรรมชาติ และย่อมมีสภาพบุคคลคือมีสิทธิและอำนาจหน้าที่ได้ตามสภาพความเป็นจริง เกิดจากการที่คณะบุคคลมาดำเนินชีวิตอยู่ร่วมกันตามขนบธรรมเนียมหรือจารีตประเพณี และโดยปกติย่อมถือเอาท้องที่ใดท้องที่หนึ่งเป็นหลักแหล่งในการดำเนินวิถีชีวิต โดยมีได้มีเป้าหมายเฉพาะเจาะจง แต่มีความผูกพันระหว่างกัน และมีองค์กรหรือกลไกในการตัดสินใจร่วมกันอย่างมีแบบแผนเป็นกิจจะลักษณะ โดยไม่จำเป็นต้องพึ่งอำนาจรัฐ นับเป็นการยืนยันทฤษฎีนิติบุคคลโดยสภาพ (Real Corporation Theory) และเป็นการปฏิเสธทฤษฎีนิติบุคคลสมมติ (Fiction Theory)

งานศึกษาวิจัยนี้ได้ชี้ให้เห็นว่า ความมุ่งหมายสำคัญของรัฐธรรมนูญในการคุ้มครองสิทธิชุมชนนั้น นอกจากจะเป็นไปเพื่อคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคล

ที่รวมกันเป็นชุมชน ไม่ว่าจะเป็นชุมชนธรรมดา ชุมชนท้องถิ่น หรือชุมชนท้องถิ่น
ดั้งเดิมแล้ว ยังมุ่งคุ้มครองและส่งเสริมการฟื้นฟูคุณค่าทางวัฒนธรรมและภูมิปัญญา
ท้องถิ่นที่เคารพความหลากหลาย และคุ้มครองคุณค่าในการธำรงรักษารากฐานแห่ง
การดำรงชีพแบบพื้นบ้านตามปกติของประชาชนซึ่งอาศัยทรัพยากรธรรมชาติและ
สิ่งแวดล้อมให้มีความสมดุลและยั่งยืน มีความปลอดภัยและมีคุณภาพ โดยอาศัยหลัก
การมีส่วนร่วมของบุคคลที่รวมกันเป็นชุมชนซึ่งเป็นผู้มีประโยชน์ได้เสียสำคัญ
ในการให้สิทธิขั้นพื้นฐานตามรัฐธรรมนูญ ในการร่วมจัดการ และเรียกร้องให้
หน่วยงานของรัฐปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมายเป็นแนวทางสำคัญ และมีองค์กร
ปกครองส่วนท้องถิ่นเป็นกลไกเบื้องต้น ในการกำกับการจัดการทรัพยากรธรรมชาติ
และสิ่งแวดล้อมของหน่วยงานของรัฐให้เกิดประโยชน์สูงสุดอย่างมีความสมดุลและ
ยั่งยืนอีกด้วย

อย่างไรก็ดี ความเข้าใจเกี่ยวกับความมีตัวตน และความมีสิทธิของชุมชน
ตลอดจนลักษณะพิเศษของชุมชนระดับต่างๆ อันได้แก่ ชุมชนทั่วไป ชุมชนท้องถิ่น
และชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิม อันเป็นข้อความคิดที่ปรากฏอยู่ในรัฐธรรมนูญแห่ง
ราชอาณาจักรไทย พ.ศ. ๒๕๔๐ ยังจำกัดอยู่ในวงแคบ ไม่เป็นที่เข้าใจกันแพร่หลาย
ในระดับที่น่าพอใจ และน่าเสียดายที่ความเข้าใจเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐาน
ซึ่งรัฐธรรมนูญเพียงแต่ตั้งข้อสงวนกำกับไว้ให้เป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัตินั้น
มักเป็นที่เข้าใจกันอย่างคลาดเคลื่อนว่า เป็นกรณีที่รัฐธรรมนูญวางเงื่อนไขหรือ
ข้อจำกัดการคุ้มครองให้เป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติ ดังนั้น จึงปรากฏในคำวินิจฉัย
ของศาลบางกรณีไปในทำนองว่า หากยังไม่มีมาตรการตามกฎหมายรับรองไว้โดย
เฉพาะอย่างแจ้งชัด สิทธิขั้นพื้นฐานนั้นก็ยังไม่ได้รับการคุ้มครอง และการอ้างว่าการ
กระทำอย่างหนึ่งอย่างใดเป็นการละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐานตามรัฐธรรมนูญนั้นๆ
ย่อมไม่อาจรับฟังได้ ซึ่งนับว่าขัดต่อหลักการตีความกฎหมายต้องตีความไปในทาง
ให้เกิดผล ไม่ใช่ตีความไปในทางให้ไร้ผล ทำให้สิทธิเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญมุ่ง
คุ้มครองกลายเป็นสิ่งว่างเปล่าไปอย่างน่าเสียดาย ดังนั้นผู้ตีความรัฐธรรมนูญจึงควร

ระลึกไว้เสมอว่า เมื่อรัฐธรรมนูญรับรองสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานอย่างไร้ ข่มเป็น การกำหนดเนื้อหาสาระสำคัญอันเป็นมาตรฐานขั้นต่ำในเรื่องนั้นๆ ไว้เสมอ และข่อม มีผลผูกพันองค์กรของรัฐทั้งปวง โดยศาลรัฐธรรมนูญพึงชี้ให้เห็นสาระสำคัญอันเป็น มาตรฐานขั้นต่ำดังกล่าว และในกรณีจำเป็นก็อาจ วางหลักเกณฑ์เพื่อคุ้มครองสิทธิ เสรีภาพขั้นพื้นฐานนั้นๆ ให้มีผลผูกพันองค์กรของรัฐทั้งปวงไว้เป็นการชั่วคราว จนกว่าฝ่ายนิติบัญญัติจะได้ตรากฎหมายในเรื่องนั้นไว้ต่อไป

คำนำ

บทคัดย่อ

บทที่ ๑	บทนำ.....	๑
๑.	ปัญหาและความสำคัญของเรื่องสิทธิชุมชน.....	๑
๒.	ความมุ่งหมายของการศึกษาวิจัยเรื่องสิทธิชุมชน.....	๓
๓.	ข้อสมมติฐาน.....	๔
๔.	ลักษณะและข้อจำกัด.....	๖
บทที่ ๒	รากฐานทางความคิดว่าด้วยตัวตนของชุมชน.....	๕
๑.	ปัญหาทางความคิดเกี่ยวกับตัวตนของชุมชน.....	๕
๑.๑	ปัญหาว่าด้วยสภาพบุคคลของชุมชน.....	๕
๑.๒	อุปสรรคทางความคิดในการรับรองตัวตนของชุมชน.....	๑๑
๑.๓	ข้อจำกัดทางระบบกฎหมาย.....	๑๕
๒.	พัฒนาการทางทฤษฎีว่าด้วยตัวตนของชุมชน.....	๑๘
๒.๑	บริบททางความคิดในศตวรรษที่ ๑๙.....	๑๘
๒.๒	Leon Duguit และทฤษฎีว่าด้วยความเป็นปึกแผ่น ในสังคม.....	๒๑
๒.๓	Otto von Gierke กับทฤษฎีนิติบุคคลโดยสภาพ.....	๒๓
๒.๔	ทฤษฎีนิติบุคคลโดยสภาพในกลุ่ม ประเทศเองไกลอเมริกัน.....	๓๑
๒.๕	สิทธิชุมชนกับแนวคิดประชาธิปไตยแบบ มีส่วนร่วม.....	๓๖

บทที่ ๓	การรับรองสิทธิชุมชนในระดับนานาชาติ.....	๕๓
๑.	ความหมายของสิทธิชุมชน.....	๕๓
๑.๑	รัฐกับชุมชน.....	๕๔
๑.๒	ชนชาติส่วนน้อยกับชุมชน.....	๕๕
๑.๓	ประชาชนกับชุมชน.....	๕๖
๑.๔	ชนพื้นเมืองกับชุมชน.....	๕๗
๒.	การรับรองสิทธิของชนชาติส่วนน้อยหลังสงครามโลก.....	๕๘
๒.๑	สหประชาชาติกับการริเริ่มคุ้มครองสิทธิมนุษยชน.....	๕๘
๒.๒	แนวคิดสิทธิมนุษยชนสามยุค.....	๖๑
๒.๓	การรับรองสิทธิชุมชนยุคหลังสงครามเย็น.....	๖๔
๒.๔	ตัวอย่างความเคลื่อนไหวในประเทศต่างๆ	๖๖

บทที่ ๔	วิเคราะห์สาระสำคัญของสิทธิชุมชนตามรัฐธรรมนูญ	
	แห่งราชอาณาจักรไทย.....	๘๑
๑.	สภาพปัญหาเกี่ยวกับสิทธิชุมชนในสังคมไทย.....	๘๑
๑.๑	ผลกระทบจากความตื่นตัวทางความคิด ในประเทศไทย.....	๘๑
๑.๒	ข้อจำกัดด้านองค์ความรู้และประสบการณ์ในการ ระงับข้อพิพาท.....	๘๔
๒.	ความหมายของสิทธิชุมชน.....	๘๕
๒.๑	ชุมชนเป็นหมู่คณะอย่างหนึ่ง.....	๘๐
๒.๒	ความแตกต่างระหว่างชุมชนกับหมู่คณะอื่น.....	๘๖
๒.๓	ลักษณะสำคัญหรือองค์ประกอบของชุมชน.....	๘๘
๒.๔	ความหมายของชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิม.....	๑๐๐
๒.๕	ผู้ทรงสิทธิชุมชน.....	๑๑๑
๒.๖	เนื้อหาพื้นฐานแห่งสิทธิชุมชน.....	๑๑๘

บทที่ ๕	สิทธิในการอนุรักษ์หรือฟื้นฟูจารีตประเพณี ภูมิปัญญาท้องถิ่น	
	วัฒนธรรมท้องถิ่น ทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม.....	๑๒๕
๑.	ลักษณะ ความมุ่งหมาย และผู้ทรงสิทธิ.....	๑๒๕
๒.	ความหมายของจารีตประเพณี ภูมิปัญญาและ	
	วัฒนธรรมอันดี.....	๑๓๒
๒.๑	วัฒนธรรม.....	๑๓๒
๒.๒	แบบแผนทางวัฒนธรรม.....	๑๓๔
๒.๓	สำนึกแห่งความมีวัฒนธรรมร่วมกัน.....	๑๓๖
๓.	ข้อพิพาทเกี่ยวกับสิทธิในการอนุรักษ์และฟื้นฟูจารีต	
	ประเพณี ภูมิปัญญาท้องถิ่นและวัฒนธรรมอันดีของ	
	ท้องถิ่นและของชาติ.....	๑๓๗
๓.๑	สิทธิในการอนุรักษ์หรือฟื้นฟูจารีตประเพณี	
	ภูมิปัญญาท้องถิ่นและวัฒนธรรมอันดีของท้องถิ่น	
	และของชาติโดยแท้.....	๑๓๘
๓.๒	สิทธิในการอนุรักษ์หรือฟื้นฟูจารีตประเพณี	
	ภูมิปัญญาท้องถิ่นหรือวัฒนธรรมอันดีของท้องถิ่น	
	และของชาติโดยปริยาย.....	๑๓๙
๓.๓	แนวทางในการคุ้มครองสิทธิในการอนุรักษ์หรือ	
	ฟื้นฟูจารีตประเพณี ภูมิปัญญาท้องถิ่น.....	๑๔๐
๓.๔	ข้อพิพาททางรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับสิทธิในการ	
	อนุรักษ์ฟื้นฟูจารีตประเพณี ภูมิปัญญาท้องถิ่น	
	และวัฒนธรรมอันดีของท้องถิ่น.....	๑๔๕

บทที่ ๖	สิทธิร่วมในการบำรุงรักษาและได้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม.....	๑๕๓
๑.	ลักษณะและความมุ่งหมายของการจัดการทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม.....	๑๕๓
๒.	โครงสร้างทางรัฐธรรมนูญและความหมายเกี่ยวกับการบำรุงรักษาและได้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม.....	๑๖๑
๓.	ความหมายและขอบเขตของสิทธิในสิ่งแวดล้อมและทรัพยากรธรรมชาติ.....	๑๖๖
๓.๑	สิทธิมีส่วนร่วมจัดการและใช้หรือได้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมเป็นสิทธิเสริมขึ้นจากสิทธิเสรีภาพในชีวิตร่างกายและทรัพย์สิน.....	๑๖๘
๓.๒	สิทธิมีส่วนร่วมตามที่กฎหมายบัญญัติในแง่สิทธิเรียกร้องให้หน่วยงานของรัฐปฏิบัติตามกฎหมาย.....	๑๗๑
๓.๓	สิทธิมีส่วนร่วมกับองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในการคุ้มครองดูแลและบำรุงรักษาทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม.....	๑๗๕
๓.๔	ปัญหาสิทธิมีส่วนร่วมจัดการและได้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมที่ไม่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายรองรับสิทธิของชุมชนโดยเฉพาะ.....	๑๘๑

บทที่ ๗	บทสรุปและข้อเสนอแนะ.....	๑๕๓
---------	--------------------------	-----

บรรณานุกรม		๒๐๓
------------	-------	-----

๑. ปัญหาและความสำคัญของเรื่องสิทธิชุมชน

สิทธิของบุคคลที่รวมกันเป็นชุมชนดังที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ได้บัญญัติรับรองไว้ในมาตรา ๔๖ และสิทธิของบุคคลที่จะมีส่วนร่วมทั้งกับรัฐและชุมชนในการบำรุงรักษาและได้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ ความหลากหลายทางชีวภาพ และสิ่งแวดล้อม เพื่อประโยชน์แก่คุณภาพชีวิตของตน ตามมาตรา ๕๖ และอำนาจหน้าที่ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในการจัดการและบำรุงรักษาทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมในท้องถิ่น หรือที่อาจกระทบต่อการดำรงชีวิตของประชาชนในท้องถิ่น ตามมาตรา ๒๕๐ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. ๒๕๔๐ หรือที่เรียกกันอย่างกว้างๆ ว่า “สิทธิชุมชน” นั้นเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานตามรัฐธรรมนูญซึ่งไม่เคยมีการบัญญัติรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญฉบับใดมาก่อน แต่เป็นข้อความคิดทางสังคมที่เป็นที่ยอมรับแพร่หลายไปในหมู่นักวิชาการ สังคมศาสตร์และนักกิจกรรมทางสังคมตลอดจนในหมู่ประชาชนที่อยู่รวมกันเป็นชุมชนซึ่งกำลังประสบปัญหาเกี่ยวกับสิทธิหน้าที่ในการจัดการและรักษาทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมมานานพอสมควรแล้ว และในปัจจุบันเกิดการอ้างสิทธิชุมชนในฐานะที่เป็นสิทธิขั้นพื้นฐานในลักษณะต่างๆ ซึ่งมีรายละเอียดและซับซ้อนและแตกต่างจากความรับรู้เกี่ยวกับสิทธิหน้าที่ของบุคคลและอำนาจตามกฎหมายของหน่วยงานของรัฐที่เกี่ยวข้องซึ่งสืบทอดมาแต่เดิม เกิดเป็นข้อพิพาททางกฎหมายขึ้นในหลายรูปแบบ

ในขณะที่เดียวกันความรู้เกี่ยวกับสิทธิชุมชนในแง่กฎหมายยังคงมีในวงจำกัดอย่างยิ่ง เห็นได้ชัดว่าหากไม่มีการพัฒนาองค์ความรู้ทางกฎหมายด้านนี้ขึ้นเพียงพอที่จะช่วยก่อให้เกิดความเข้าใจและยอมรับในวงกว้าง และมีหลักเกณฑ์ที่เป็นระบบระเบียบพอที่จะใช้ระงับข้อขัดแย้งที่มีอยู่และกำลังจะเกิดรุนแรงยิ่งขึ้นในอนาคตก็ย่อมคาดหมายได้ต่อไปว่าจะเกิดความขัดแย้งรุนแรงขยายตัวเป็นวงกว้าง และหากความเข้าใจในเรื่องนี้ยังไม่ชัดเจนก็ย่อมเป็นเหตุให้เกิดได้แย้งถกเถียง หรือบังคับตามสิทธิกันอย่างยึดถือ เกิดเป็นปัญหาแตกแยกทางความคิด จนถึงขนาดบั่นทอนความมั่นคงภายในขึ้นได้ กรณีเหล่านี้ได้กลายเป็นประเด็นพิพาทกันในศาล และได้รับการนำเสนอมาสู่การพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญจำนวนเพิ่มขึ้นเรื่อยๆ

ปัญหาที่ต้องพิจารณาในชั้นแรกคือ “ชุมชน” คืออะไร ชุมชนมีอยู่แล้วตามธรรมชาติ หรือเป็นสิ่งที่กฎหมายรับรองให้มีขึ้น และชุมชนมีลักษณะสำคัญอย่างไร ต้องมีบุคคลอยู่ร่วม โดยมีวิถีชีวิตที่มีแบบแผนชัดเจนเพียงใด บุคคลเหล่านั้นต้องมีลักษณะทางชาติพันธุ์ร่วมกันหรือไม่ หรือเพียงแต่มีวิถีชีวิตในทางอำนวยการประโยชน์แก่กันก็เพียงพอแล้ว ต้องมีการครอบครองท้องที่ที่แน่นอนหรือไม่ หรืออาจจะมีลักษณะซ้อนกันอยู่ในสภาพแวดล้อมหรือแหล่งทรัพยากรธรรมชาติได้เพียงใด ต้องมีความเป็นมาร่วมกันนานเพียงใด มีความแตกต่างจากหมู่คณะอย่างอื่นหรือไม่ และเราควรเข้าใจคำว่า ชุมชน (มาตรา ๕๖) ชุมชนท้องถิ่น (มาตรา ๕๘) และชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิม (มาตรา ๔๖) ว่ามีข้อสาระสำคัญที่เหมือนหรือแตกต่างกันอย่างไร

ปัญหาที่ตามมาคือปัญหาเนื้อหาแห่งสิทธิชุมชน การตีความและการปรับใช้หลักกฎหมายเกี่ยวกับสิทธิชุมชน ในเมื่อมีกฎหมายรับรองสิทธิชุมชนดังจะเห็นได้จากการที่มีการรับรองสิทธิขั้นพื้นฐานในรัฐธรรมนูญแล้ว แต่ยังไม่มีการกำหนดเนื้อหารายละเอียดแห่งสิทธิเช่นนั้นไว้ ผู้อ้างสิทธิตามรัฐธรรมนูญก็ ผู้บังคับใช้กฎหมายหรือศาลก็จะต้องอ้างหลักเกณฑ์อย่างใดมาปรับใช้ได้บ้าง ชุมชนจะอ้างสิทธิในทรัพย์สิน และสิทธิจัดการ หรือใช้ หรือได้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ และ

ความหลากหลายทางชีวภาพ ฯลฯ ได้เพียงใด ผู้บังคับใช้กฎหมายและศาลจะอาศัยจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่นมาบังคับได้โดยตรง หรือจะต้องอ้างหลักกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่งในบทบัญญัติกฎหมายที่เกี่ยวข้อง หรือจะอ้างข้อความคิดว่าด้วยชุมชนซึ่งเป็นที่ยอมรับกันในทางวิชาการมาปรับใช้ในฐานะเป็นหลักกฎหมายทั่วไป หรือยังต้องอาศัยกฎหมายกำหนดรายละเอียดแห่งสิทธิต่อไปอีกหรือไม่เพียงใด

ปัญหาอีกข้อหนึ่งคือปัญหาว่าใครเป็นผู้ทรงสิทธิในสิทธิชุมชน สิทธิชุมชนเป็นสิทธิของบุคคลเอกชนแต่ละคน (Individual Right) หรือเป็นสิทธิของชุมชนโดยรวม ในฐานะที่เป็นสิทธิส่วนรวม (Collective Right) ก็เป็นเรื่องที่ถกเถียงกันมาก และมีความเห็นแตกต่างกันไป

ปัญหาดังกล่าวข้างต้นนี้ แสดงให้เห็นความจำเป็นในการศึกษาค้นคว้าและทำความเข้าใจสิทธิชุมชนในเชิงข้อความคิดทางกฎหมาย (legal concept) ทั้งในแง่ความเป็นมา ในแง่เนื้อหา และในแง่ของขอบเขตและการจัดลำดับชั้นแห่งสิทธิหน้าที่หรืออำนาจของบุคคลและหน่วยงานของรัฐที่เกี่ยวข้องให้ได้ข้อยุติชัดเจนเพียงพอที่จะใช้เป็นเกณฑ์ในการทำความเข้าใจและการใช้สิทธิขั้นพื้นฐานอย่างสมเหตุสมผล สอดคล้องกับหลักกฎหมาย และพอจะเป็นแนวทางในการปรับใช้หลักเกณฑ์เหล่านี้ในการแก้ไขข้อพิพาทในชั้นต้น และนำผลการค้นคว้าวิจัยมาสรุปนำเสนอแนวทางในการแก้ปัญหาหรือบัญญัติกฎหมายรองรับในรายละเอียดในอนาคตต่อไป

๒. ความมุ่งหมายของการศึกษาวิจัยเรื่องสิทธิชุมชน

งานศึกษาวิจัยนี้ มุ่งทำการศึกษาความรู้และข้อความคิดเกี่ยวกับสิทธิชุมชนตามที่เข้าใจในวงวิชาการเกี่ยวกับสิทธิชุมชนในประเทศไทย เปรียบเทียบกับแนวคิดเรื่องสิทธิชุมชนในวงวิชาการระดับนานาชาติ เพื่อใช้เป็นรากฐานทางความคิด

สำหรับทำความเข้าใจหลักเกณฑ์ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยในบริบท
ของสังคมไทยและสังคมนานาชาติ

ในงานนี้ ผู้เขียนจะพยายามวิเคราะห์แยกแยะและจัดระบบความรู้เกี่ยวกับ
สิทธิชุมชนเพื่อพัฒนาขึ้นเป็นองค์ความรู้เกี่ยวกับสิทธิชุมชนในเชิงนิติศาสตร์หรือ
ในเชิงหลักกฎหมายที่เป็นระบบเพียงพอแก่การนำไปปรับใช้บทบัญญัติแห่ง
รัฐธรรมนูญเกี่ยวกับสิทธิชุมชนในฐานะเป็นสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของปวงชน
ชาวไทยให้สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ และระบบกฎหมายของไทย
โดยรวม

เพื่อประโยชน์ในการปรับใช้กฎหมาย ผู้เขียนจะศึกษาวิเคราะห์ประโยชน์
ได้เสียของผู้มีส่วนเกี่ยวข้องกับสิทธิชุมชน ซึ่งให้เห็นอุปสรรคและข้อขัดข้องในการ
ทำความเข้าใจและปรับใช้หลักกฎหมายเกี่ยวกับสิทธิชุมชนให้สอดคล้องกับ
รัฐธรรมนูญ ทั้งในภาครัฐและภาคเอกชน และเสนอแนะให้มีการปรับปรุงแก้ไข
กฎหมายหากจำเป็น

๓. ข้อสมมติฐาน

ปัญหาใหญ่สำหรับสิทธิของบุคคลที่รวมกันเป็นชุมชนก็คือปัญหาการ
ได้รับการยอมรับในควมมีตัวตนของชุมชน หรือการได้แย่งความมีอยู่ของชุมชน
ในทางกฎหมายอันเป็นฐานแห่งการใช้สิทธิขั้นพื้นฐานของเขา การปฏิเสธหรือ
การโต้แย้งเช่นนี้เป็นผลมาจากพัฒนาการรากฐานทางความคิดทางการเมืองและ
ทางกฎหมายสมัยใหม่ ประกอบกับแนวความคิดเกี่ยวกับการปกครองในระบอบ
ประชาธิปไตยซึ่งเน้นการปกครองโดยฝ่ายเสียงข้างมาก และความคิดเรื่องการพัฒนา
และความทันสมัยซึ่งบดบังความคิดเรื่องสิทธิชุมชนหรือจำกัดให้มีความหมาย

ค่อนข้างคับแคบ ดังนั้นการจะแก้ปัญหานี้จำเป็นต้องวางรากฐานทางความคิดและทำความเข้าใจเชิงทฤษฎีด้านสิทธิชุมชนให้มั่นคงเกิดความเชื่อมั่นในวงนักกฎหมายและหน่วยงานของรัฐอย่างจริงจัง

จากการศึกษาเบื้องต้น ผู้เขียนตั้งข้อสมมติฐานว่าชุมชนเป็นคณะบุคคล (มาตรา ๔๕) ซึ่งรวมกันเป็นชุมชนในลักษณะเกิดเองเป็นเองตามธรรมชาติ เป็นคณะบุคคลประเภทที่ได้รับการคุ้มครองเป็นพิเศษให้มีสิทธิทางวัฒนธรรมและด้านทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม (มาตรา ๔๖, ๕๖) ชุมชนจึงเป็นหน่วยสังคมตามข้อเท็จจริงที่กฎหมายรับรอง (Real Corporation Theory) ไม่ใช่สมมติให้มีตัวตนขึ้น (Fiction Theory) และชุมชนย่อมเป็นหน่วยสังคมที่จะจัดตั้งขึ้นเป็นนิติบุคคลหรือไม่ก็ได้ สิทธิของชุมชนมิได้สองลักษณะซ้อนกันอยู่คือสิทธิของสมาชิกของชุมชน และสิทธิของชุมชนเอง การมีสิทธิถือสิทธิของชุมชนด้านวัฒนธรรมและทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมอาจเป็นการมีสิทธิถือสิทธิร่วมกันของสมาชิกในชุมชนหรือผ่านทางสถาบันชุมชนก็ได้แล้วแต่กรณี และในแง่ที่ย่อมเป็นสิทธิที่มีค่าสูงกว่าสิทธิของเอกชนอาจจำกัดสิทธิของเอกชนได้ในระดับหนึ่งหากการจำกัดนั้นเป็นไปเพื่อธำรงรักษาศิลปวัฒนธรรมหรือรักษาไว้ซึ่งทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมซึ่งเป็นรากฐานแห่งการดำรงชีวิตร่วมกัน แต่ไม่อาจลบล้างสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของเอกชนในสาระสำคัญหรือขัดต่อกฎหมายที่มุ่งคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของเอกชนโดยเฉพาะหรือขัดต่อเหตุผลหรือศีลธรรมอย่างร้ายแรงได้ การมีสิทธิและใช้สิทธิของชุมชนควรได้รับการรับรองในเชิงกระบวนการ เช่น การรับรองสถาบันในชุมชนหรือรับรองกระบวนการระบับข้อพิพาทในชุมชนให้ดำเนินไปได้อย่างด้วยความเป็นระเบียบเรียบร้อย แต่ไม่ควรกำหนดเนื้อหาแห่งสิทธิไว้ในรายละเอียด เพราะจะเป็นการจำกัดพัฒนาการที่เกิดขึ้นและเป็นไปเอง (spontaneous) ในสังคม จึงเป็นเรื่องที่ควรรับรองไว้ในเชิงหลักการ ไม่ควรบัญญัติไว้ในรายละเอียดในกฎหมายเฉพาะ แต่ควรปล่อยให้เป็นไปตามกระบวนการธรรมชาติ และเป็นภารกิจของวงวิชาการและศาลในการพัฒนาต่อไป

เนื้อหาสาระของสิทธิของบุคคลที่รวมกันเป็นชุมชนนั้น เท่าที่ปรากฏให้เห็นได้ในรัฐธรรมนูญ พ.ศ. ๒๕๕๐ นับว่ามีที่สำคัญอย่างน้อย ๘ ประการคือ

๑. สิทธิในการได้รับการยอมรับความมีอยู่ของชุมชน (มาตรา ๔๖, ๕๖, ๕๘)
๒. สิทธิในการดำรงอยู่และดำเนินกิจการของชุมชน
๓. สิทธิในการถือครองทรัพย์สินของชุมชน
๔. สิทธิในการธำรงรักษาและพัฒนาคุณภาพชีวิตชุมชน (มาตรา ๔๖, ๕๖) และความหลากหลายทางชีวภาพ (มรตรา ๕๖ วรรคหนึ่ง)
๕. สิทธิในการมีส่วนร่วมในการคุ้มครองส่งเสริมคุณภาพสิ่งแวดล้อม (มาตรา ๕๖, ๒๕๐)
๖. สิทธิในการได้รับการรับฟังจากหน่วยงานของรัฐ (มาตรา ๕๘)
๗. สิทธิของชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิมในการอนุรักษ์และฟื้นฟูจารีตประเพณี ภูมิปัญญาท้องถิ่น และศิลปวัฒนธรรม (มาตรา ๔๖)
๘. สิทธิในการบำรุงรักษาและใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติอย่างสมดุลและยั่งยืน (มาตรา ๔๖)

๔. ลักษณะและข้อจำกัด

การศึกษาวิจัยเรื่องนี้เป็นการศึกษาเชิงคุณภาพ โดยการศึกษาวิเคราะห์จากเอกสารและดำร่าเป็นด้านหลัก แต่จะใช้การวิจัยภาคสนามเพื่อสำรวจลักษณะพิเศษทางกายภาพ และความสำนึกในความเป็นชุมชนในหมู่ชุมชนแบบต่างๆ ในภาคต่างๆ ของประเทศไทยเป็นด้านรอง

ข้อมูลที่ใช้ในการศึกษาครั้งนี้ส่วนใหญ่เป็นดำร่าและเอกสารต่างๆ ในห้องสมุดในประเทศไทยและต่างประเทศ ที่สำคัญคือห้องสมุดมหาวิทยาลัย

ฟรังค์เฟิร์ต ประเทศเยอรมนี และห้องสมุดคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยควู ประเทศญี่ปุ่น งานวิจัยชิ้นนี้จึงเป็นผลการประมวลและประเมินข้อมูลที่จัดเก็บและศึกษาวิเคราะห์ข้อความคิดเชิงความมีเหตุผลสอดคล้องกันในทางกฎหมายเป็นหลัก

การศึกษาเรื่องสิทธิชุมชนในแง่นิติศาสตร์นับเป็นการพัฒนาองค์ความรู้ทางกฎหมายขึ้นใหม่และเป็นความรู้ที่เกี่ยวข้องอยู่กับความสัมพันธ์ทางข้อเท็จจริงในชีวิตสังคมที่มีความซับซ้อนหลากหลายมาก หากที่จะสามารถสังเคราะห์เกณฑ์กลางให้สอดคล้องกับความเป็นไปในชีวิตทางสังคมที่แปรสภาพไปเรื่อยๆ โดยไม่หยุดนิ่งอย่างยากยิ่ง จำเป็นต้องระดมรวบรวมข้อมูลและประสบการณ์ที่เป็นจริงจากสังคมไทยและที่สังคมเป็นองค์ความรู้ที่มั่นคงในสังคมนานาชาติมาประกอบการวิเคราะห์และสังเคราะห์ขึ้นเป็นความรู้ที่มีความชัดเจนแน่นอน และสามารถนำไปขยายผลทางปฏิบัติและขยายพรมแดนความรู้ไปเรื่อยๆ จึงยากที่จะสำเร็จสมบูรณ์ครอบคลุมหลักเกณฑ์ที่สอดคล้องกับชีวิตจริงที่ซับซ้อนได้ภายในเวลาอันสั้นได้ จำเป็นต้องจัดให้มีการพัฒนาความรู้ด้านนี้อย่างต่อเนื่องสม่ำเสมอไปเป็นเวลาหลายๆ ปี

รากฐานทางความคิดว่าด้วยตัวตนของชุมชน

๑. ปัญหาทางความคิดเกี่ยวกับตัวตนของชุมชน

๑.๑ ปัญหาว่าด้วยสภาพบุคคลของชุมชน

ในการทำความเข้าใจเบื้องต้นเกี่ยวกับสิทธิชุมชน เราควรทำความเข้าใจร่วมกันอย่างกว้างๆ เสียก่อนว่า ข้อความคิดว่าด้วย “ชุมชน” หรือ “Community” เป็นข้อความคิดที่มีความหมายค่อนข้างกว้างและอธิบายให้ชัดเจนได้ยาก อย่างไรก็ตาม เราพอจะกล่าวในเชิงวิชาการเป็นเบื้องต้นว่า “ชุมชน” เป็นข้อความคิดสำคัญในวิชาสังคมวิทยาซึ่งหมายถึงหมู่คณะซึ่งดำเนินวิถีชีวิตร่วมกันในท้องที่ใดท้องที่หนึ่งโดยมิได้มีเป้าหมายหรือตกลงดำเนินกิจการอย่างหนึ่งอย่างใดร่วมกัน แต่มีสายสัมพันธ์ระหว่างกันตามธรรมชาติ

นักสังคมวิทยาได้ชี้ให้เห็นว่าหน่วยสังคมที่เรียกว่า “ชุมชน” เป็นคณะบุคคลหรือหมู่คณะอย่างหนึ่ง ซึ่งมีลักษณะคล้ายกันกับคณะบุคคลหรือหมู่คณะอย่างอื่นที่เป็นหน่วยสังคม เช่น “สมาคม” (Association) หรือ “Society”

ชุมชนและสมาคมคล้ายกันตรงที่ต่างก็มีลักษณะเป็นคณะบุคคลหรือหมู่คณะที่มีความมุ่งหมายในการอย่างใดอย่างหนึ่งต่อเนื่องร่วมกันเหมือนกัน แต่ก็มีข้อแตกต่างกันอย่างสำคัญคือ ขณะที่สมาคมเป็นคณะบุคคลหรือหมู่คณะที่ตกลงกันดำเนินกิจการอย่างใดอย่างหนึ่งร่วมกัน (ไม่ว่าจะเป็นในรูปแบบสมาคม ในความหมาย

ทั่วไปที่มุ่งต่อสาธารณประโยชน์หรือจะเป็นสหภาพ หรือสหกรณ์ หรือหมู่คณะ
 อย่างอื่นที่จัดตั้งกันในรูปห้างหุ้นส่วนหรือบริษัทซึ่งมุ่งแสวงหากำไรมาแบ่งปันกัน)
 ชุมชนกลับเป็นคณะบุคคลหรือหมู่คณะซึ่งรวมกันเพื่อความมุ่งหมายอย่างหนึ่งโดย
 มิได้มีการตกลงกันอย่างแจ้งชัด แต่เป็นการรวมกันในลักษณะที่เป็นไปเอง

ข้อแตกต่างระหว่าง “ชุมชน” กับ “สมาคม” ก็คือชุมชนมีลักษณะรวมกัน
 โดยวิถีชีวิตซึ่งดำเนินไปเองตามธรรมชาติ (real and organic) ในขณะที่สมาคม
 มีลักษณะที่รวมกันโดยการจัดตั้ง มีการตกลงกันและจัดการอย่างเป็นระบบ
 (artificial and mechanical)^๑

ปัญหาเบื้องต้นในเรื่องสิทธิชุมชนก็คือปัญหาว่าด้วยการรับรองสถานะ
 หรือความมีตัวตนทางกฎหมายของชุมชน หรือที่เรียกในภาษานักกฎหมายว่า ปัญหา
 สภาพบุคคลของชุมชน เพราะในทางกฎหมายนั้นการมีสภาพบุคคลหมายถึงสถานะ
 ที่จะมีสิทธิและหน้าที่ได้ สภาพบุคคลมีได้ ๒ รูปแบบ คือสภาพบุคคลในฐานะ
 บุคคลธรรมดา กับในฐานะนิติบุคคล สิ่งที่ไม่ได้รับการยอมรับให้มีสภาพบุคคลย่อม
 ไม่มีทางจะมีสิทธิและหน้าที่ได้^๒ และในเมื่อเข้าใจกันว่าชุมชนไม่ใช่บุคคลธรรมดา
 และไม่มีกฎหมายรองรับให้มีสภาพเป็นนิติบุคคล ชุมชนย่อมไม่มีทางมีสิทธิและ
 หน้าที่เป็นของตัวเองแตกต่างหากจากบุคคลธรรมดาที่เป็นสมาชิกชุมชนได้

ปัญหาความมีตัวตน หรือสภาพบุคคลของชุมชนนี้เป็นปัญหาที่นักวิชาการ
 ในประเทศไทยได้หยิบยกขึ้นเป็นประเด็นขบคิดและถกเถียงอภิปรายกันมานาน
 พอสมควรแล้ว โดยเฉพาะเมื่อความขัดแย้งด้านการจัดการทรัพยากรและสิ่งแวดล้อม
 ดิน-น้ำ-ป่า ทวีความรุนแรงขึ้นจนยอมรับกันว่าเป็นวิกฤตทางสังคมอย่างหนึ่ง และ
 เมื่อแนวคิดเรื่องการเมืองในระบอบประชาธิปไตยแบบมีส่วนร่วมได้รับการยอมรับ
 อย่างกว้างขวาง ก็เกิดมีงานวิชาการจำนวนมากที่เรียกร้องให้ชุมชนมีสิทธิหน้าที่ใน

การดูแลรักษาและใช้ประโยชน์จากป่า และจากแหล่งน้ำ และแหล่งทรัพยากรธรรมชาติอื่น

งานวิชาการเหล่านี้ได้ชี้ให้เห็นว่า ปัญหาข้อขัดแย้งอันเป็นที่มาของการแย่งชิงทรัพยากรเหล่านี้เป็นผลสะสมมาจากการที่ระบบกฎหมายสมัยใหม่ไม่รับรองบทบาทของชุมชนและไม่รับรองจารีตประเพณีในการจัดการทรัพยากรร่วมกันของชุมชนที่ตกทอดกันมา กลับมุ่งแต่จะรวมศูนย์อำนาจหน้าที่ในการดูแลและใช้ประโยชน์จากทรัพยากรไปไว้ในมือหน่วยงานของรัฐส่วนกลางแต่ผู้เดียวโดยชุมชนไม่มีส่วนร่วมในการจัดการด้วย ทำให้มาตรการต่างๆ ที่หน่วยงานของรัฐริเริ่มขึ้นหรือดำเนินการอยู่นั้นเข้ากันไม่ได้ หรือขัดกับวิถีชีวิต จารีตประเพณี หรือผลประโยชน์ในการดำรงชีพของชุมชนในแต่ละท้องถิ่นอย่างรุนแรง ประกอบกับการขยายตัวของระบบธุรกิจการค้าที่ส่งผลกระทบต่อค่านิยมทางสังคมของชุมชนมากขึ้นเรื่อยๆ และการที่รัฐรับรองและคุ้มครองระบบทรัพย์สินเอกชนอย่างจริงจังโดยไม่มีกลไกประสานประโยชน์กับชุมชน ทำให้ความขัดแย้งระหว่างเอกชนกับชุมชนและรัฐขยายตัวขึ้น จนกลายเป็นความขัดแย้งแตกแยกทางสังคมทวีความรุนแรงขึ้นตลอดมา

๑.๒ อุปสรรคทางความคิดในการรับรองตัวตนของชุมชน

ในโลกตะวันตกนั้นเป็นที่ยอมรับกันว่าชุมชน (Community, Gemeinschaft) เป็นหน่วยทางสังคมที่มีอยู่จริงตามธรรมชาติของสังคมมนุษย์ หน่วยสังคมที่เรียกว่าชุมชนนั้นเป็นศูนย์กลางการดำเนินชีวิตถัดมาจากครอบครัวสืบเนื่องกันมาตั้งแต่สมัยกลางของยุโรป โดยเฉพาะอย่างยิ่งชุมชนทางศาสนาที่มีกระจายอยู่ทั่วไป^๓ นอกจากนี้ยังมีชุมชนการผลิตซึ่งดำเนินวิถีชีวิตตามสภาพแวดล้อมที่แตกต่างกันไป และชุมชนที่มีเชื้อชาติ ภาษา จารีตประเพณี และวิถีชีวิตแตกต่างกันตามแต่ละท้องถิ่น แต่เมื่อเข้าสู่สมัยใหม่เมื่อเกิดรูปแบบการจัดตั้งทางสังคมอย่างใหม่ขึ้น โดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อเกิดรัฐสมัยใหม่ขึ้นในช่วงสองสามร้อยปีมานี้ นับตั้งแต่

ศตวรรษที่ ๑๙ เป็นต้นมา รัฐสมัยใหม่ได้มีบทบาททั้งในทางการเมือง การปกครอง การให้บริการสังคม และการทำนุบำรุงศิลปวิทยาการ กลายเป็นศูนย์กลางทั้งในแง่การเมือง และในแง่สังคม ชุมชนได้ลดบทบาทหรือสลายตัวไปอย่างรวดเร็ว ความคิดและความเข้าใจเกี่ยวกับชุมชนดั้งเดิมก็ได้ลดความสำคัญจนกระทั่งถึงเสื่อมสลายลงด้วยเหตุหลายประการ

ประการสำคัญที่สุดนั้นเนื่องมาจากการเกิดขึ้นของ**รัฐชาติ (Nation State)** ซึ่งเป็นตัวตนทางสังคมอย่างใหม่ที่ก่อตัวขึ้นเห็นชัดได้ในสมัยศตวรรษที่ ๑๙ เมื่อต้องการสร้างชาติก็พยายามเน้นที่ชนชาติและความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันของชนชาติ (Ethnocentric Nationalism) และการก่อตั้งอำนาจการปกครองให้เป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน (Political Organized Unity) ภายใต้รัฐบาลที่ตั้งขึ้นโดยความยินยอมของราษฎร เกิดเป็นรัฐอธิปไตยขึ้น จึงเป็นธรรมดาที่ชุมชนท้องถิ่นต่างๆ ที่มีได้มีการจัดตั้งอำนาจการปกครองเป็นของตนเองย่อมจะต้องถูกข่มหรือลดความสำคัญหรืออาจต้องถูกจำกัดสถานะและบทบาทลง เพราะเป็นที่เข้าใจกันว่า หากคงรักษาความหลากหลายของชุมชนซึ่งอาจมีเชื้อชาติ ภาษา ลัทธิศาสนา จารีตประเพณี และวิถีชีวิตที่แตกต่างกันเอาไว้ การสร้างรัฐอธิปไตยที่เป็นปึกแผ่นหรือสร้างบูรณาการของชาติก็เกิดขึ้นได้ยาก หรือเชื่องช้า และเป็นเครื่องหมายแสดงความล้มเหลว^๔

กรณีทำนองเดียวกันนี้ได้เกิดขึ้นในประเทศไทยในช่วงการสร้างชาติ ด้วยการปฏิรูประบบการปกครองและระบบกฎหมายในสมัยรัชกาลที่ ๕ เพื่อความเป็นปึกแผ่น ความมั่นคงมีประสิทธิภาพ และความทันสมัยของชาติสยาม และเพื่อหลีกเลี่ยงให้พ้นจากภัยคุกคามของเจ้าอาณานิคมตะวันตก ในการดำเนินการดังกล่าวนี้ ได้เกิดกระบวนการสลายสำนึกความมีตัวตน หรืออัตลักษณ์ (identity) ดั้งเดิมของหัวเมืองประเทศราชในภาคต่างๆ เพื่อให้ประชาคมการเมืองในแต่ละท้องถิ่นหลอมรวมกันเข้าเป็นรัฐชาติที่เป็นปึกแผ่นเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันอย่างต่อเนื่อง ในยุคนี้เองความมีตัวตนและเป็นเอกภาพของชาติ และความมีตัวตนของเอกชน

ในฐานะพลเมืองของชาติได้รับการรับรองเข้มแข็งทั้งในระบบกฎหมายและในระบบการศึกษาแบบสมัยใหม่ และเป็นธรรมดาที่ตัวตนของชุมชนท้องถิ่นถูกละเลยหรือมองข้ามไป ดังจะเห็นได้จากการปกครองหัวเมืองทางเหนือ ทางอีสาน และทางภาคใต้ของไทยเป็นต้น

ในสมัยต่อมา เมื่อความเชื่อทางการเมืองเรื่องการปกครองในระบอบประชาธิปไตยได้รับความนิยมกว้างขวางขึ้นนั้น การถือเอาอย่างง่าย ๆ ว่าประชาธิปไตยเป็นการปกครองโดยเสียงข้างมากของคนในชาติ และฝ่ายเสียงข้างน้อยต้องยอมรับมติของฝ่ายเสียงข้างมากก็มีส่วนในการทำให้ชุมชนท้องถิ่นโดยเฉพาะอย่างยิ่งที่เป็นชนกลุ่มน้อยลดความสำคัญลง เกิดกระบวนการผสมกลมกลืนโดยเน้นที่ความเป็นปึกแผ่นของสังคมส่วนรวมหรือเสียงส่วนใหญ่ทำให้ความสำคัญหรือลักษณะเด่นตลอดจนความเป็นปึกแผ่นของชุมชนท้องถิ่นเจือจางลง ประกอบกันเข้ากับความคิดที่ว่า การจะร่วมกันกำหนดเจตจำนงทางการเมืองตามมติของเสียงส่วนมากได้จำเป็นต้องใช้ภาษาและมีวัฒนธรรมที่เป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน^๕ ชุมชนท้องถิ่นซึ่งอาจมีค่านิยม วิถีชีวิต ผลประโยชน์หรือความเป็นอยู่แตกต่างจากสังคมส่วนใหญ่และอาจรวมตัวกันเรียกร้องให้มีการปกครองตนเองแยกจากคนส่วนใหญ่ก็ค่อยๆ สลายตัวอ่อนแอลงเรื่อยๆ

นอกจากนี้การขาดความเข้าใจอย่างถ่องแท้ในปรัชญาและจิตวิญญาณของกฎหมาย อันเป็นผลสืบเนื่องจากอิทธิพลของสำนักกฎหมายบ้านเมือง ซึ่งเชื่อว่ากฎหมายเกิดจากอำนาจและเจตจำนงของรัฐ ทำให้เกิดการเสริมสร้างสำนึกในความมีอำนาจสูงสุดและเป็นอธิปไตยของรัฐ และการจัดการศึกษา การบริหารกิจการสาธารณะ และการบังคับใช้กฎหมายในสังคมสมัยใหม่ก็เน้นให้ความสำคัญเฉพาะต่ออำนาจรัฐและเจตจำนงของรัฐที่แสดงออกอย่างเป็นทางการในรูปของบทบัญญัติของกฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษรเท่านั้น สำนึกเช่นนี้นี้ย่อมละเลยมองข้ามความสำคัญของจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น มองข้ามขนบธรรมเนียมและระเบียบ

แบบแผนสังคมที่ดำรงอยู่ในทางปฏิบัติ ซึ่งไม่เป็นทางการ ไม่ได้เกิดจากการแสดงออกของอำนาจรัฐ และไม่เป็นลายลักษณ์อักษรไป ที่สำคัญที่สุดก็คือ ความคิดทำนองนี้ให้ความสำคัญกับชุมชนในฐานะเป็นแหล่งกำเนิดและชีวิตของกฎเกณฑ์ ความประพฤติซึ่งเดินไปตามจารีตประเพณีน้อยเกินไป เป็นความคิดที่มองข้ามประชาชนเห็นแต่รัฐ มองข้ามวิถีชีวิตเห็นแต่อำนาจ มองข้ามความเป็นไปเอง เห็นแต่ข้อกำหนดซึ่งเป็นที่มาของปัญหาต่างๆ ในยุคปัจจุบัน

ยิ่งไปกว่านั้น **ค่านิยมในสังคมสมัยใหม่ที่ก่อกองการพัฒนา** ความทันสมัย ความทันโลก ความมีอารยธรรม และคำหนีหรือดูแคลนความล้าหลังหรือความเป็นชาวบ้านยังทำให้ชุมชนถูกมองไปในทางที่เป็นสังคมล้าหลัง ต่ำต้อยอยู่ในสภาวะด้อยพัฒนา ชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิมที่คงอยู่ในวิถีชีวิตแบบดั้งเดิม ตามธรรมชาติ หรือตามกรอบจารีตประเพณีดั้งเดิม มิได้ปรับตัวเข้าสู่วิถีชีวิตแบบทันสมัย ไม่ใช่เครื่องจักรแทนแรงงาน ไม่เพิ่มพูนผลผลิตเชิงพาณิชย์หรือเชิงอุตสาหกรรม ไม่ได้ใช้เครื่องมือเครื่องใช้อิเล็กทรอนิกส์อย่างกว้างขวาง ก็จะไม่ได้รับการยอมรับจากสังคมวงกว้าง^๖ ชุมชนท้องถิ่นย่อมจะไม่ได้ได้รับความใส่ใจจากรัฐอย่างเพียงพอ หากประสบปัญหาข้อขัดข้องหรือเกิดข้อพิพาทได้แย้งใดๆ กับสังคมภายนอกหรือกับสังคมส่วนกลาง ก็จะได้รับการพิจารณาในฐานะเป็นเรื่องเล็ก ไม่สำคัญ ในฐานะเป็นสังคมชายขอบ ล้าหลัง ไม่ใช่ในฐานะเรื่องใหญ่ที่เป็นนโยบายสำคัญของรัฐ โดยเจ้าหน้าที่ของรัฐมักใช้ดุลพินิจให้ความเป็นธรรมเป็นกรณีๆ ไป โดยไม่ได้รับการพิทักษ์รักษาสิทธิจากกลไกรัฐอย่างเต็มที่

กล่าวโดยสรุป สิทธิชุมชนแม้จะเคยมีอยู่แต่ดั้งเดิมตามธรรมชาติแต่เป็นข้อเท็จจริงที่ถูกละเลย เพราะความเปลี่ยนแปลงทางสังคมและการเมืองและทางกฎหมายสมัยใหม่ที่เน้นบทบาทของรัฐและเอกชนเป็นตัวเอก โดยลืมหรือละเลยบทบาทของหน่วยสังคมอื่นไป ในยุคของความขัดแย้งในระหว่างคนหมู่มากอันเกิดจากการแก่งแย่งทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมในปัจจุบัน บุคคลที่รวมกันเป็น

ชุมชนมีบทบาทสำคัญในการเป็นตัวการในข้อพิพาทและการระงับข้อพิพาทเหล่านี้ “สิทธิชุมชน” จึงเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานในวิถีชีวิตของประชาชนที่ต้องสนับสนุนให้เข้มแข็งขึ้นใหม่ และมีความจำเป็นที่จะต้องทำให้เกิดความเข้าใจและการยอมรับในวงวิชาการศาสตร์ถึงการดำรงอยู่และวิถีชีวิตของชุมชน จนในที่สุดจึงจะเกิดเป็นสิทธิที่ได้รับการยอมรับ เช่นเดียวกันกับการยอมรับในสิทธิด้านอื่นๆ เช่น สิทธิเสรีภาพในเคหสถาน ครอบครัวยุติธรรม ชื่อเสียงนั่นเอง

๑.๓ ข้อจำกัดทางระบบกฎหมาย

เป็นที่เข้าใจกันว่ากรณีที่ชุมชนไม่ได้รับการยอมรับให้เข้ามีส่วนร่วมในการจัดการทรัพยากรตามที่เรียกร้อง ก็เพราะระบบกฎหมายไทยไม่ยอมรับว่าชุมชนก็มีสิทธิได้ หรือไม่ยอมรับสภาพบุคคลของชุมชน^๗ เมื่อชุมชนไม่มีสภาพบุคคลกฎหมายจึงไม่รับรองว่ามีสิทธิ โดยเฉพาะอย่างยิ่งไม่ยอมรับสิทธิของชุมชนอันมีมาตามจารีตประเพณีในการดูแลรักษาและใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติในท้องถิ่นที่ตั้งของชุมชน^๘ เป็นเหตุให้ชุมชนขาดความชอบธรรมทางกฎหมายที่จะยกขึ้นอ้างเพื่อปกป้องผลประโยชน์ของชุมชนหรือยกเป็นข้อต่อสู้อำนาจรัฐหรือสิทธิของเอกชนได้ แต่ขณะเดียวกันชุมชนที่มีความเป็นปึกแผ่น มีความเชื่อมั่นในวิถีชีวิตหรือจารีตประเพณีของตนที่ตกทอดมา ก็ย่อมรู้สึกต่อต้านอำนาจรัฐและประโยชน์ของเอกชนที่เกี่ยวข้องรุนแรงเพิ่มมากขึ้นเรื่อยๆ จนเกิดข้อหวังใยกันต่อไปว่า หากไม่มีการรับรองสิทธิของชุมชนให้ชัดเจนลงไปและไม่มีการเผยแพร่องค์ความรู้เกี่ยวกับสิทธิชุมชนให้ได้รับการยอมรับอย่างแพร่หลายรวดเร็ว การโต้แย้งสิทธิในการจัดการทรัพยากรธรรมชาติระหว่างชุมชนกับรัฐ และเอกชนจะเป็นเหตุแห่งข้อพิพาทใหญ่ในสังคมอย่างไม่มีที่สิ้นสุด^๙

สาเหตุสำคัญที่ระบบกฎหมายไทยมิได้เห็นความสำคัญ มองข้าม และไม่รับรองบทบาทของชุมชนนี้ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ ได้ระบุว่าเป็นเพราะการรับกระแสความคิดเสรีนิยมแบบตะวันตกโดยไม่แยกแยะ กล่าวคือมองเห็นสิ่งที่มีสิทธิ

ได้อยู่เพียงสองพวก คือ รัฐ กับ เอกชนเท่านั้น มองข้ามชุมชนซึ่งเป็นหน่วยสังคมที่มีมาแต่เดิมในสังคมไทยไปเสีย^{๑๐} และได้ชี้ให้เห็นว่าในทางนิศาสตร์นั้นก็มีกระแสทางความคิดอย่างน้อย ๓ ประการที่หลั่งไหลมาจากโลกตะวันตก และได้รับการยอมรับจากชนชั้นนำของไทยจนบดบังบทบาทความสำคัญของชุมชน **ประการแรก** คือ แนวคิดสำนักกฎหมายบ้านเมือง (Legal Positivism) ที่ถือว่ากฎหมายเป็นคำสั่งของผู้ใช้อำนาจปกครองว่าการแผ่นดิน **ประการต่อมา** ได้แก่การยกย่องและไว้วางใจอำนาจรัฐส่วนกลางอย่างเต็มที่ ทำให้เกิดกระบวนการตรากฎหมายโอนกรรมสิทธิ์และอำนาจอำนาจจัดการทรัพยากรจากเงื้อมมือของชุมชนหรือหัวเมืองมาไว้ในมือของรัฐส่วนกลาง และ**ประการสุดท้าย** อันเป็นผลมาจากความคิดประการที่สองได้แก่ความสำนึกในการปรับใช้กฎหมายและบังคับใช้กฎหมายลายลักษณ์อักษร หรือกฎหมายส่วนบัญญัติ (written law or positive law) โดยไม่คำนึงถึงวิถีชีวิตและจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น^{๑๑}

ในแง่ทัศนคติของนักกฎหมายนั้น กล่าวได้ว่านักกฎหมายส่วนใหญ่ยอมรับว่าชุมชนเป็นหน่วยสังคมที่มีมาตามธรรมชาติ และกฎหมายควรรับรองให้มีสิทธิในการจัดการทรัพยากรธรรมชาติในท้องที่ของชุมชนนั้น^{๑๒} ผู้เขียนยังไม่พบว่ามตินักกฎหมายที่ได้แย้งหรือปฏิเสธความมีตัวตนของชุมชนไว้ตรงๆ จะมีก็แต่ผู้ชี้ปัญหาหรือตั้งข้อสังเกตเกี่ยวกับการรับรองสิทธิชุมชน ว่ามีอยู่อย่างไร เช่น ปัญหาความชัดเจน ปัญหาขอบเขตความหมายของสิทธิชุมชน ปัญหาวัตถุประสงค์หรือเนื้อหาแห่งสิทธิ และปัญหาการวางกลไกและพัฒนาวิธีการบังคับให้เป็นไปตามสิทธิ ทั้งโดยอาศัยหน่วยงานของรัฐ โดยทางศาล หรือโดยมาตรการทางสังคมอย่างอื่น รวมไปถึงปัญหาหลักประกันว่า ทำอย่างไรจึงจะป้องกันไม่ให้มีการใช้สิทธิชุมชนอย่างบิดเบือนไปเป็นประโยชน์ของผู้ฉวยโอกาสได้^{๑๓}

ในเบื้องต้น ดูเหมือนปัญหาความมีตัวตนทางกฎหมายของชุมชนนี้จะหมดไปเมื่อมีการตรารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. ๒๕๕๐ และรัฐธรรมนูญได้รับรองสิทธิของบุคคลที่รวมกันเป็นชุมชนขึ้นดังจะเห็นได้จาก

มาตรา ๔๖ รับรอง สิทธิของบุคคลซึ่งรวมกันเป็นชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิม ในการ “อนุรักษ์หรือฟื้นฟูจารีตประเพณี ภูมิปัญญาท้องถิ่น ศิลปะหรือวัฒนธรรมอันดีของท้องถิ่น...”

มาตรา ๕๖ กล่าวถึง “สิทธิของบุคคลที่จะมีส่วนร่วมกับรัฐและชุมชน ในการบำรุงรักษาและการได้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ และความหลากหลายทางชีวภาพ...”

บทบัญญัติในมาตรา ๔๖, ๕๖ รับรองความมีตัวตนของชุมชนเอาไว้โดยแจ่มชัด แต่ข้อสงสัยต่อความมีตัวตนในแง่กฎหมาย และการบังคับตามสิทธิในบทบัญญัติดังกล่าวก็ยังไม่หมดสิ้นไป ดังจะเห็นได้จากข้อสังเกตของวรพงษ์ วิสฤตพิชญ์ที่ว่าไว้ดังนี้

กล่าว โดยเฉพาะสิทธิของชุมชนท้องถิ่น ในการปฏิบัติตามจารีตประเพณี วิถีชีวิตที่มีมาแต่เดิม ตลอดจนการมีส่วนร่วมในการจัดการดูแลรักษาและใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติในท้องถิ่นนั้นๆมีปัญหาหากถืออยู่มากว่า ในทางกฎหมายแล้วจะบังคับให้เป็นไปตามนั้นได้เพียงใด ดังที่ได้กล่าวมาแล้วว่า สิทธิต่างๆ ต้องมีผู้ทรงและในวิชานิติศาสตร์ปัจจุบัน เฉพาะแต่บุคคลซึ่งอาจเป็นบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลก็ได้เท่านั้นจึงจะเป็นผู้มีสิทธิได้ แต่ชุมชนท้องถิ่น หากไม่มีกฎหมายยกฐานะให้เป็นองค์การปกครองส่วนท้องถิ่นแล้ว ก็หาไม่มีสภาพบุคคลไม่ ถ้าจะให้ชุมชนท้องถิ่นมีสิทธิดังกล่าว มิต้องตรากฎหมายกำหนดให้ทุกชุมชนเป็นนิติบุคคลกันทั้งหมดหรือ? ยิ่งกว่านั้น ยังมีความยากลำบากอยู่เป็นอันมากที่จะยังทราบให้แน่ชัดลงไปได้ว่ากลุ่มคนที่อาศัยอยู่ตามพื้นที่ต่างๆ ของประเทศนั้นมีกลุ่มใด ในพื้นที่ใดบ้างที่พอจะถือได้ว่าเป็น “ชุมชน” ทั้งนี้

เพราะ “ชุมชน” ย่อมไม่ใช่สิ่งเดียวกันกับกลุ่มคนที่อาศัยอยู่ในเขตพื้นที่การปกครองต่างๆ ที่รัฐกำหนดขึ้น เช่น “ชุมชนด่านเกวียน” ไม่น่าจะหมายถึงบรรดาราษฎรที่อาศัยอยู่ในหมู่บ้านด่านเกวียนทั้งหมด^{๑๔}

เพื่อจะตอบปัญหาข้อข้องใจทำนองนี้ เราจึงควรจะสำรวจแนวคิดเกี่ยวกับสิทธิชุมชน โดยให้ความสำคัญกับพัฒนาการของรากฐานทางความคิดและขอบเขตความหมาย ตลอดจนปัญหาและอุปสรรคในเชิงข้อความคิดในนานาประเทศเสียก่อน แล้วจึงนำเอาผลการศึกษามาทำความเข้าใจในบริบทของไทยต่อไป

๒. พัฒนาการทางทฤษฎีว่าด้วยตัวตนของชุมชน

๒.๑ บริบททางความคิดในศตวรรษที่ ๑๕

การทำความเข้าใจรากฐานความคิดเกี่ยวกับชุมชนในเชิงนิติศาสตร์ให้ได้ความชัดเจน น่าจะเริ่มต้นที่การเข้าใจความเป็นมาของข้อความคิดเรื่องนี้ ในฐานะที่เป็นข้อความคิดที่ตอบโต้กระแสความคิดทางสังคมแบบเสรีนิยม (Liberalism) หรือปัจเจกชนนิยม (Individualism) ในยุโรปในช่วงปลายศตวรรษที่ ๑๕^{๑๕}

แนวความคิดแบบเสรีนิยมที่ว่านี้ เน้นความสำคัญของปัจเจกชน หรือเอกชน (Individual) ว่าเป็นแกนกลางสำคัญของสังคม ในฐานะที่เอกชนมีความเป็นอยู่ของตัวเองตามธรรมชาติ เป็นเอกเทศไม่ขึ้นต่อผู้ใดหรือสถาบันใด และอธิบายว่าความสัมพันธ์ทางสังคมทั้งปวงล้วนอาศัยข้อตกลง หรือสัญญา (Contract) ระหว่างเอกชนด้วยกันเป็นรากฐาน ความสัมพันธ์เหล่านี้จึงเป็นผลจากเจตจำนง (Will) หรือความสมัครใจของเอกชน แม้รัฐ (State) ก็ได้รับการอธิบายสืบกันมาตามคำสอนของ Hobbes และ Locke จนเป็นที่ยอมรับในโลกตะวันตกตั้งแต่ศตวรรษที่ ๑๗ ถึงต้นศตวรรษที่ ๑๘ ว่าเป็นผลมาจากสัญญาประชาคม (social contract) แต่ความ

สัมพันธ์ทางสังคมที่เป็นรากฐานสาระสำคัญก็คือความสัมพันธ์ระหว่างเอกชนด้วยกัน และระหว่างเอกชนกับรัฐล้วนแต่อาศัยสัญญาเป็นฐานทั้งสิ้น

ภายใต้อิทธิพลทางความคิดแบบเสรีนิยมที่อาศัยทฤษฎีสัญญาประชาคมเป็นแกนกลางจัดนิยามความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลในสังคม ระบบกฎหมายย่อมเป็นระบบแห่งสิทธิและหน้าที่ระหว่างเอกชนด้วยกัน และระหว่างเอกชนกับรัฐ โดยมีเอกชนเป็นตัวการสำคัญทางกฎหมาย สังคมและรัฐล้วนเป็นสิ่งที่มีความีที่หลังเอกชนและเป็นผลมาจากความตกลงปลงใจร่วมกันของเอกชน หรือเป็นผลผลิตของเจตจำนง (Will) ของเอกชน

การปฏิเสธอำนาจรัฐแบบดั้งเดิมหรือระบอบกษัตริย์ซึ่งไม่ได้อาศัยความยินยอมและสมัครใจของประชาชนเป็นฐาน และเกิดการประกาศอิสรภาพของอเมริกาใน ค.ศ. ๑๗๗๖ และต่อมาในการปฏิวัติฝรั่งเศส ค.ศ. ๑๗๘๙ ความคิดที่ถือเอกชนเป็นใหญ่ตามหลักเสรีนิยมนี้เป็นรากฐานทางความคิดที่สำคัญของการจัดการบ้านเมืองแบบใหม่ในหลายประเทศ โดยเฉพาะก่อให้เกิดรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกา และกระแสการจัดทำประมวลกฎหมายของฝรั่งเศสที่ขยายไปทั่วโลก^{๑๖} และต่อมาได้เพี้ยนไปเป็นกระแสความคิดสำนักกฎหมายบ้านเมือง (Legal Positivism) ที่ยกย่องกฎหมายบ้านเมืองในฐานะที่เป็นเจตจำนงของรัฐาธิปัตย์เหนือสิ่งอื่นใดไปในที่สุด^{๑๗}

บริบททางความคิดของยุโรปในศตวรรษที่ ๑๙ นั้นนับได้ว่าเป็นยุคแห่งการคัดค้านกระแสความคิด “เหตุผลนิยม” ซึ่งเฟื่องฟูขึ้นในศตวรรษที่ ๑๘ และเติบโตควบคู่กันมากับกระแสความคิด “เสรีนิยม” เป็นยุคที่นักปราชญ์พากันลุกขึ้นได้กระแสปฏิวัติฝรั่งเศสและได้กระแสการปลดปล่อยจากสังคมเก่าที่นำโดยกองทัพของนโปเลียนซึ่งซุกรงเสรีภาพไปทั่วยุโรปตั้งแต่ต้นศตวรรษที่ ๑๙ ยุคนี้เป็นยุคที่เรียกกันว่า “ยุคโรแมนติก” เป็นยุคแห่งกระแสความคิดปฏิเสธการอ้างอิงเหตุผล

นามธรรมลอยๆ เรียกร้องให้กลับสู่รากเหง้า กลับสู่ฐานทางประวัติศาสตร์ กลับสู่ชุมชน กลับสู่วัฒนธรรมและประเพณีพื้นบ้าน ดังเราจะเห็นได้จากความคิดทางปรัชญาของยุคนี้ การยกย่องกวี บทเพลงและนิทานพื้นบ้าน (Folk-poetry, Folk-music) ในยุคของ Herder (1744-1803) และเติบโตขึ้นจนเป็นจิตวิญญาณของชนชาติ (Folk-mind หรือ Volksgeist) ในผลงานปรัชญาของ Hegel (1770-1831) และเป็นที่มาของกฎหมายในรูปของจิตวิญญาณประชาชาติ (Volksgeist) และข้อความคิดที่ว่าด้วยกฎหมายชาวบ้าน (Volksrecht) กับกฎหมายของนักกฎหมาย (Juristenrecht) ในผลงานทางนิติศาสตร์ของ Savigny (1779-1861) และความคิดทำนองนี้ยังแสดงออกในรูปการเสนอรูปแบบกองทัพแบบใหม่คือกองทัพชาวบ้านหรือกองทัพของประชาชน (Folk army) ตามแนวคิดของ Scharnhorst (1756-1813)^{๑๘}

นักคิดฝ่ายที่คัดค้านกระแสความคิดแบบปัจเจกชนนิยม หรือเสรีนิยม ในช่วงปลายศตวรรษที่ ๑๘ ได้พากันชี้ให้สังคมหันมาเห็นความสำคัญของชุมชน (Community) ว่าเป็นแกนสำคัญของสังคม ไม่ใช่ปัจเจกชนหรือเอกชนที่มีตัวตนและมีความเป็นอยู่เป็นอิสระเป็นของตนเองตามที่เข้าใจกันในเวลานั้น โดยได้ชี้ให้เห็นว่าไม่มีเอกชนที่ดำรงอยู่อย่างอิสระ มีแต่เอกชนที่รวมอยู่กันเป็นชุมชน และความสัมพันธ์ทางสังคมนั้นแท้จริงแล้วหาได้เป็นผลจากการตกลงกันโดยตั้งใจหรือโดยสัญญาระหว่างปัจเจกชนหรือเอกชนด้วยกันโดยเอกเทศไม่ แต่เป็นผลรวมจากการดำเนินวิถีชีวิตร่วมกันของคนในชุมชนและสังคม ซึ่งรวมเอาผลประโยชน์ ความสำนึกผิดชอบชั่วดี ความรู้สึกนึกคิด อารมณ์ความรัก ความผูกพัน โลก ไกรธ หลง ที่บุคคลต่างก็มีด้วยกันเข้าด้วยกัน โดยมีครอบครัว และชุมชนเป็นหน่วยสังคม พื้นฐาน และเป็นต้นแบบของความสัมพันธ์ทางสังคมที่ก่อรูปซับซ้อนขึ้นเป็นสังคมนี้อันรวมขึ้น แม้กฎหมายและรัฐก็นับว่าเป็นรูปการจิตสำนึกของชุมชนที่ยกระดับซับซ้อนขึ้น หาใช่เป็นผลของข้อตกลงหรือสัญญาระหว่างเอกชนด้วยกันไม่ ด้วยเหตุนี้ชุมชน (Community) จึงเป็นตัวคนทางกฎหมายอย่างหนึ่งซึ่งซ้อนอยู่

ระหว่างเอกชนกับรัฐ เป็นหน่วยสังคมที่ดำรงอยู่ตามข้อเท็จจริงและสามารถมีสิทธิและหน้าที่ได้เช่นเดียวกับเอกชน และรัฐนั่นเอง

๒.๒ Leon Duguit และทฤษฎีว่าด้วยความเป็นปึกแผ่นในสังคม

นักปราชญ์สำคัญๆ ในช่วงปลายศตวรรษที่ ๑๙ และต้นศตวรรษที่ ๒๐ ที่เป็นต้นตอทางความคิดดังกล่าวนี้มีด้วยกันหลายท่าน แต่โดยที่เรามุ่งหมายเพียงทำความเข้าใจในกระแสความคิดที่ส่งอิทธิพลมาจนถึงปัจจุบัน ในที่นี้เราจึงควรคัดเอาแนวคิดของนักปราชญ์บางท่านมากล่าวไว้เท่านั้น

นักคิดสำคัญในยุคต้นศตวรรษที่ ๑๙ ที่กระตุ้นให้เกิดความสนใจศึกษากฎหมายในเชิงสังคมวิทยาขึ้นมาเคียงคู่กับการศึกษาเชิงประวัติศาสตร์ได้แก่ Leon Duguit (1859-1928)^{๑๕} นักนิติศาสตร์ชาวฝรั่งเศสซึ่งแม้จะไม่ถึงกับยอมรับว่า ชุมชนมีตัวตนทางกฎหมายถึงขั้นมีสภาพบุคคลได้ แต่ก็เป็นผู้ที่วางรากฐานทฤษฎีที่ชี้ให้เห็นความสำคัญของชุมชน จนมีการพัฒนาไปสู่การรับรองความมีตัวตนของชุมชนตามความเป็นจริงให้มีสภาพบุคคลได้ในเวลาต่อมา

Duguit เสนอว่ากฎหมายนั้นผูกพันแนบแน่นกับข้อเท็จจริงในสังคม และนักกฎหมายมีหน้าที่พิจารณาข้อเท็จจริงทางสังคมในการปรับใช้กฎหมายเสมอ ไม่ใช่ถือปัจเจกชนหรือเอกชนเป็นศูนย์กลาง เขาได้เสนอแนวคิดคัดค้านแนวคิดเสรีนิยมและแนวคิดสำนักกฎหมายบ้านเมือง (Legal Positivism) ต่อต้านความคิดที่ถือตัวบทกฎหมายอยู่เหนือสิ่งอื่นใด (Exegetical School) โดยเน้นให้เห็นว่า เนื้อแท้ของกฎหมายไม่ใช่เอกชนแต่ละคน ไม่ใช่เจตจำนง ไม่ใช่คำสั่งของผู้มีอำนาจ ไม่ใช่ตัวบทกฎหมาย แต่คือการยอมรับของสังคมตามข้อเท็จจริงหรือที่เขาเรียกว่า “ความเป็นปึกแผ่นหรือความเป็นน้ำหนึ่งใจเดียวกันในสังคม (Social Solidarity)”^{๑๖} ความเป็นปึกแผ่นในสังคม หรือความเป็นน้ำหนึ่งใจเดียวกัน (Social Solidarity) นี้ อาจเรียกอีกอย่างหนึ่งได้ว่า “ความเป็นชุมชน” ซึ่งอาศัยประโยชน์ส่วนรวมร่วมกัน

เป็นคุณค่าหรือเครื่องยึดเหนี่ยวให้อยู่ร่วมกัน ความเป็นชุมชนนี้เป็นข้อเท็จจริงทางสังคมซึ่งเป็นฐานที่ตั้งของหน่วยสังคมหรือการอยู่ร่วมกันทั้งปวงของมวลมนุษยชาติ

Duguit ได้แย้งความเชื่อที่ว่าเอกชนมีความเป็นอยู่เป็นของตนเองอยู่ก่อนแล้วค่อยมารวมกันเป็นสังคมตามทฤษฎีสัญญาประชาคม โดยเขาอธิบายว่าคนกับชุมชนนั้นแยกกันไม่ออก เพราะความเป็นคนนั้นมีขึ้นได้เพราะการอยู่ร่วมกันเป็นชุมชน เอกชนจึงมีได้เพราะมีความเป็นปึกแผ่นทางสังคมขึ้นก่อน และสังคมส่วนรวมจึงเป็นสิ่งที่ทรงคุณค่ายิ่งใหญ่เหนือสิ่งอื่นใด จนถือเป็นมาตรฐานแห่งชีวิตทางสังคมและการเมืองได้ว่า “จงอย่าทำการใดที่ขัดหรือแย้งต่อความเป็นปึกแผ่นทางสังคม และจงร่วมมือกันอย่างเต็มกำลังความสามารถเพื่อยังความเป็นปึกแผ่นทางสังคมให้มากยิ่งขึ้น”^{๒๑} ในทัศนะของ Duguit นั้นกฎหมายจึงไม่ใช่เรื่องของสิทธิของเอกชน แต่เป็นเรื่องของหน้าที่ต่อส่วนรวมหรือชุมชน เป็นความผูกพันที่จะปฏิบัติภารกิจของตนในสังคมให้ดูล่วงไปอย่างดีที่สุด^{๒๒} Duguit ชี้ให้เห็นว่า มนุษย์ไม่ได้อยู่เพื่อตนเองหรือประโยชน์ส่วนตัวโดยลำพัง แต่มีความรู้สึกผิดชอบต่อครอบครัวและสังคม ความสำนึกในหน้าที่นี้แหละที่ทำให้คนเป็นคน และเมื่อใครพบเห็นความอยุติธรรม เช่น เห็นคนข่มเหงคนอื่นที่ไม่มีทางสู้ เขาก็จะรู้สึกต่อต้านขึ้นมาทันที สิ่งนี้เป็นข้อเท็จจริงที่เป็นพยานให้เห็นสำนึกแห่งความเป็นปึกแผ่นทางสังคม จุดเด่นของ Duguit ประการหนึ่งก็คือ การที่เขาปฏิเสธอำนาจของรัฐ และยืนยันว่ารัฐก็เช่นเดียวกับประชาชนคือมีแต่หน้าที่หรือต้องประพฤติตามข้อผูกพันอันเป็นภารกิจของรัฐ อันได้แก่การรักษาความสงบและจัดให้มีบริการสาธารณะอย่างต่อเนื่องไม่ขาดตอน ทั้งนี้ก็เพื่อธำรงไว้ซึ่งความเป็นปึกแผ่นในสังคมนั่นเอง^{๒๓}

อย่างไรก็ตาม ความคิดของ Duguit ยังไม่พัฒนาไปถึงขั้นรับรองความมีตัวตนทางกฎหมายของชุมชนแยกต่างหากจากบุคคลธรรมดาซึ่งเป็นสมาชิกของชุมชนนั้น เพราะถึงที่สุดแล้ว Duguit ยังคงมองชุมชน สังคม และรัฐในฐานะที่เป็นคณะบุคคลอันเป็นผลรวมของเอกชนหลายๆ คน ไม่ใช่เป็นตัวตนหรือนิติบุคคล

ขึ้นมาใหม่แตกต่างหากจากเอกชนที่เป็นสมาชิก อาจกล่าวได้ว่า Duguit ยังยึดติดกับข้อเท็จจริงที่ได้จากการสังเกตเชิงปริมาณ ยิ่งกว่าการพิจารณาถึงสภาพการณ์ทางจิตสำนึกที่เกิดจากบุคคลหลายคนมาดำเนินวิถีชีวิตร่วมกันในเชิงคุณภาพ เขามองบุคคลธรรมดาในฐานะที่เป็นหน่วยสังคมตามข้อเท็จจริง เขาเห็นว่าแม้แต่บุคคลธรรมดาเท่านั้นที่มีสภาพบุคคลตามความเป็นจริง ส่วนนิติบุคคลไม่มีทางที่จะมีสภาพบุคคลตามข้อเท็จจริง หากนิติบุคคลจะมีสภาพบุคคลขึ้นก็เฉพาะในฐานะที่เป็นบุคคลสมมติตามกฎหมายอันเป็นผลมาจากการยอมรับของคนหมู่มากในสังคมตามข้อเท็จจริงเท่านั้น^{๒๔} แม้รัฐก็ไม่อาจถือได้ว่ามีสภาพบุคคลที่เกิดจากชนในชาติรวมเข้าด้วยกันเป็นปึกแผ่นกลุ่มก้อน เพราะที่แท้แล้วรัฐก็คือคณะบุคคลที่ร่วมกันเป็นรัฐบาลตามข้อเท็จจริงนั่นเอง เราจึงสรุปได้ว่า Duguit ยอมรับทฤษฎีนิติบุคคลสมมติ (Fiction Theory) และไม่ยอมรับทฤษฎีนิติบุคคลโดยสภาพ (Real Corporation Theory)

๒.๓ Otto von Gierke กับทฤษฎีนิติบุคคลโดยสภาพ (Organic Theory)

นักปราชญ์คนสำคัญอีกท่านหนึ่งคือ Otto von Gierke (1841-1921) นักนิติศาสตร์ชาวเยอรมันซึ่งเน้นการศึกษาวิถีชีวิตชุมชน (Gemeinschaft, Genossenschaft) ในสังคมเยอรมันและเสนอว่าชุมชนมีตัวตน มีจิตใจ และมีสภาพบุคคล หรือมีสิทธิและหน้าที่ในตัวของมันเอง^{๒๕} และเป็นรากฐานสำคัญแห่งความมีตัวตนของหน่วยปกครองท้องถิ่น และรัฐด้วย จุดเด่นของ Gierke นั้นอยู่ตรงที่เขาได้ตั้งข้อโต้แย้งปรมจารย์ทางนิติศาสตร์ในยุคของเขา คือ Friedrich Carl von Savigny (1779-1861) ซึ่งเป็นผู้ก่อตั้งสำนักประวัติศาสตร์ (Historical School of Law)^{๒๖} ในประเด็นทางทฤษฎีว่าด้วยนิติบุคคล (Corporate Personality) โดย Gierke ซึ่งเลื่อมใสความคิดสำนักประวัติศาสตร์ของ Savigny ได้นำวิธีการของสำนักประวัติศาสตร์มาปรับใช้ในการวิจัยพัฒนาการของสังคมเยอรมันและได้เสนอผลงานวิจัยของเขาโดยปฏิเสธทฤษฎีนิติบุคคลสมมติ (Fiction Theory) ของ Savigny และยืนยันทฤษฎีนิติบุคคลโดยสภาพ (Organic Theory หรือบางทีก็เรียกกันว่า Real

Corporation Theory) จนกลายเป็นรากฐานกฎหมายลักษณะนิติบุคคลในประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน และได้รับความนิยมแพร่หลายไปทั่วโลก^{๒๓}

Savigny เป็นผู้เสนอแนวคิดว่าด้วยสภาพบุคคลสมมติ หรือที่เรียกอีกอย่างหนึ่งว่า Fiction Theory ไว้ในผลงานว่าด้วยกฎหมายโรมันยุคปัจจุบัน เล่มที่ ๒ ของเขา ทั้งนี้โดย Savigny ได้อธิบายว่ากฎหมายนั้นมีได้มีที่มาจากความนึกคิดด้วยเหตุผลของมนุษย์ล้วนๆ แต่เป็นผลจากการปฏิบัติตามสำนึกคิดชอบชั่วดีซึ่งบ่มเพาะยึดถือกันเป็นจารีตประเพณีจนยกระดับขึ้นเป็นกฎเกณฑ์ความประพฤติออกเิงขึ้นมาในสังคม และเขายังได้อธิบายต่อไปว่าการใช้เหตุผลวิเคราะห์ในเชิงข้อความคิดไม่อาจอธิบายธรรมชาติของกฎหมายได้ แต่ความเข้าใจกฎหมายนั้นจะต้องอาศัยความเข้าใจทางประวัติศาสตร์ Savigny ได้กล่าวถึงกฎหมายว่ามีขึ้นเพื่อธำรงไว้ซึ่งเสรีภาพของมนุษย์ ด้วยเหตุนี้มนุษย์จึงเป็นจุดตั้งต้นสำคัญของกฎหมายและสภาพบุคคลหรือความสามารถมีสิทธิหน้าที่ตามกฎหมายนั้นจึงเป็นสิ่งที่ตกติดมากับความเป็นมนุษย์ และมีแต่มนุษย์หรือบุคคลธรรมดาเท่านั้นที่เป็นสิ่งที่มีความสามารถตามกฎหมายได้^{๒๔} Savigny ยืนยันว่าในกฎหมายโรมันนั้น สิ่งที่มีความสามารถตามกฎหมายหรือมีสภาพบุคคล (persona certa) นั้นมีแต่มนุษย์หรือบุคคลธรรมดาเท่านั้น ทั้งนี้เพราะมีแต่มนุษย์หรือบุคคลธรรมดาเท่านั้นจึงจะมีเจตนา สามารถกระทำการหรือดเว้นกระทำการและสามารถแสดงเจตนาออกเป็นที่รับรู้กันได้ อย่างไรก็ดี Savigny อธิบายด้วยว่า กฎหมายโรมันยอมรับให้คณะบุคคล หน่วยงานหรือสถาบัน เช่นเมืองต่างๆ สำนักหรือหมู่คณะที่บุคคลมาอยู่ร่วมกันเพื่อความมุ่งหมายร่วมกัน บางประการ (municipium, collegia, universitas) สามารถมีสิทธิและหน้าที่ได้ด้วย คือมีสภาพบุคคลในสถานะเป็นข้อยกเว้น สภาพบุคคลเช่นนี้ เป็นสิ่งที่จับต้องไม่ได้แต่รับรู้ได้ด้วยสติปัญญา (nomen intellectuale et res incorporabilis) Savigny อธิบายว่าสิ่งเหล่านี้หาได้มีสภาพบุคคลในตัวเองตามธรรมชาติเหมือนบุคคลธรรมดาไม่ แต่มีสภาพบุคคลโดยสมมติ (persona ficta) มีสภาพบุคคลได้ก็เพราะรัฐรับรองหรือสมมติให้มีโดยกฎหมาย^{๒๕}

ในทัศนะของ Savigny นิติบุคคลมีขึ้นเพื่อประโยชน์บางประการในทางกฎหมายเท่านั้น ที่สำคัญคือเพื่อให้สามารถมีสิทธิเป็นเจ้าของทรัพย์สินแยกต่างหากจากบุคคลธรรมดาได้ แต่โดยที่นิติบุคคลไม่มีชีวิตจิตใจ และไม่อาจมีเจตนา จึงมีสิทธิและหน้าที่ได้โดยจำกัดตามสภาพของนิติบุคคลนั้นๆ เท่านั้น ไม่เหมือนบุคคลธรรมดาเสียทั้งหมดทีเดียว และโดยที่นิติบุคคลเป็นบุคคลสมมติ ดังนั้นจึงมีสิทธิและหน้าที่ได้เฉพาะเพียงในขอบวัตถุประสงค์ของนิติบุคคลนั้น คือเท่าที่ตราสารจัดตั้งหรือกฎหมายกำหนดไว้เท่านั้น นิติบุคคลจึงไม่ต้องรับผิดชอบกับกิจการที่ผู้แทนหรือผู้กระทำการแทนนิติบุคคลกระทำไปนอกขอบวัตถุประสงค์ของนิติบุคคล ซึ่งเรียกว่าทฤษฎี *ultra vires* และโดยนัยแห่งทฤษฎีที่ว่านิติบุคคลย่อมมีสิทธิและหน้าที่ได้เฉพาะภายในขอบวัตถุประสงค์นี้เอง นิติบุคคลจึงไม่อาจมีเจตนาร้าย (*mens rea*) และกระทำละเมิดได้ เพราะเจตนาและการกระทำเช่นนั้นปกติย่อมอยู่นอกขอบวัตถุประสงค์ และผลก็คือนิติบุคคลจึงไม่อาจกระทำความผิด และไม่ต้องรับผิดชอบทางละเมิด หรือรับผิดชอบทางอาญาได้ เป็นเรื่องที่ต้องเอาผิดกับบุคคลธรรมดาผู้กระทำความผิดกันเอาเอง อนึ่งในเรื่องนี้ Savigny อธิบายต่อไปด้วยว่าแม้นิติบุคคลอาจมีสิทธิและหน้าที่ได้ก็เช่นไปโดยสมมติเช่นสิทธิในทางทรัพย์สินโดยผ่านทางผู้แทน เสมือนกับการที่ผู้เยาว์อาจใช้สิทธิหรือแสดงเจตนาโดยผ่านผู้แทนโดยชอบธรรม แต่หากผู้แทนโดยชอบธรรมทำละเมิดหรือทำความผิดอาญา ผู้เยาว์ก็ไม่ต้องรับผิดชอบใด นิติบุคคลย่อมไม่ต้องรับผิดชอบทางละเมิดหรือทางอาญาด้วยฉนั้นนั้น โดยผลแห่งทฤษฎีบุคคลสมมตินี้เองที่ Savigny อธิบายว่านิติบุคคลไม่ต้องรับผิดชอบทางละเมิดหรือทางอาญา^{๓๐}

Gierke ได้แย้งคำสอนของ Savigny เกี่ยวกับ *persona ficta* หรือทฤษฎีนิติบุคคลสมมติโดยเดินตามรอยอาจารย์ของตนคือ George von Beseler (1809-1888)^{๓๑} ซึ่งศึกษากฎหมายชาวบ้านของเยอรมันและสวิตเซอร์แลนด์อย่างแตกฉาน และยืนยันความมีอยู่จริงและความมีชีวิตของชุมชนพื้นบ้านเยอรมัน นับตั้งแต่ชาวเผ่าชนชาวเมืองฝ่าย ชุมชนช่างฝีมือ ชุมชนชาวนา ฯลฯ ยืนยันความสำคัญของกฎหมาย

ชาวบ้านและกฎหมายจารีตประเพณีของชนชาติเยอรมันซึ่งรับรองความมีตัวตนและสภาพบุคคลของชุมชนเหล่านี้

Gierke อธิบายว่าแนวความคิดเรื่องนิติบุคคลสมมติที่ Savigny อ้างขึ้นจากการศึกษากฎหมายโรมันนั้นไม่เพียงแต่เป็นการอ้างทฤษฎีลอยๆ ที่เป็นนามธรรมล้วนๆ เท่านั้น แต่ยังฝ่าฝืนต่อความคิดรากฐานของสำนักประวัติศาสตร์ของ Savigny เอง และฝ่าฝืนความเป็นจริงในทางประวัติศาสตร์ และทางสังคมวิทยามานุษยวิทยาในเรื่องความมีอยู่จริงของชุมชนและกฎหมายจารีตประเพณีด้วย โดยเฉพาะความคิดเรื่องนิติบุคคลสมมติ (persona ficta) นี้มีขึ้นเพียงเพื่อตอบสนองความต้องการของสมัยใหม่ ที่ต้องการคำอธิบายที่มีเหตุผลเชิงตรรกะและสอดคล้องกับแนวคิดเรื่องอำนาจอธิปไตย (Sovereignty) และอำนาจรัฐรวมศูนย์ที่พัฒนาขึ้นใหม่ ปฏิเสธอำนาจของขุนนาง และชุมชน หรือสมาคมต่างๆ คัดค้านหลักกฎหมายจารีตประเพณี ยืนยันความเป็นอันหนึ่งอันเดียวของกฎหมายโดยมีรัฐสมัยใหม่เป็นศูนย์กลางอันเป็นผลจากการปฏิวัติฝรั่งเศส และการขยายอำนาจของฝรั่งเศสในสมัยพระเจ้า นโปเลียน^{๓๒}

จากผลการศึกษาของ Gierke เขาพบว่ากฎหมายโรมันได้แยกคณะบุคคลออกเป็น ๒ พวก คือพวกหุ้นส่วนหรือ *societas* พวกหนึ่งซึ่งเป็นคณะบุคคลที่ไม่มีสภาพบุคคลแตกต่างหากจากสมาชิก กับคณะบุคคลประเภท สมาคมหรือชุมชน หรือ กองทรัสต์สินที่มีวัตถุประสงค์เฉพาะ เช่น สถาบันทางศาสนา เรียกว่า *universitas*^{๓๓} ซึ่งกฎหมายโรมันยอมรับว่ามีสภาพบุคคล แต่ยังไม่มีผู้ใดอธิบายแยกแยะข้อคิด รากฐานในเรื่องนี้ให้ชัดเจน และเป็นเหตุให้เข้าใจกันโดยอธิบายกันง่ายๆ ว่า บุคคลธรรมดาไม่มีสภาพบุคคลโดยสภาพ และนิติบุคคลในแง่เป็นบุคคลสมมติ แต่เมื่อทำการศึกษารากฐานทางความคิดทางกฎหมายจากประวัติและพัฒนาการทางสังคมจริงๆ แล้ว เราจะพบว่าตั้งแต่สมัยกลางมา ในยามที่รัฐและกฎหมายไม่มีอำนาจ เข้มแข็งนั้น สังคมดำเนินไปแบบเป็นไปเอง และได้เกิดชุมชน และสมาคมลักษณะ

ต่างๆ ขึ้นมาเป็นจำนวนมาก^{๓๔} และกฎหมายจารีตประเพณีของชนเผ่าเยอรมันดั้งเดิมได้ยอมรับให้ชุมชนและคณะบุคคลที่เข้ากันเป็นหน่วยสังคมเหล่านี้มีสิทธิและหน้าที่ได้ในฐานะที่เป็นบุคคลจริงๆ โดยสภาพ ไม่ใช่เป็นบุคคลสมมติ ชุมชนและคณะบุคคลที่รวมกันเป็นสมาคมเหล่านี้จึงเป็นสิ่งที่มีความหมายที่และสามารถรับผิดชอบตามหลักธรรมชาติหรือโดยผลแห่งจารีตประเพณี โดยไม่ต้องคำนึงถึงว่าจะมีรัฐหนึ่งรัฐใด หรือกฎหมายบ้านเมืองใดรับรองสถานะเอาไว้หรือไม่หรือไม่ Gierke อธิบายประเด็นนี้ไว้ว่า การที่บุคคลจะมีสิทธิหน้าที่หรือไม่ ขึ้นอยู่กับความสามารถในการก่อเจตนาและแสดงเจตนา แต่กฎหมายไม่อาจสร้างเจตนาขึ้นได้ ได้แต่กำหนดว่าเจตนาที่บุคคลแสดงออกมานั้นจะมีผลอย่างไร ภายใต้เงื่อนไขใดเท่านั้น เช่นเดียวกันกฎหมายไม่อาจกำหนดหรือสรรสร้างบุคคลหรือนิติบุคคลขึ้นได้ ได้แต่กำหนดเงื่อนไขในการรับรองสิทธิและการใช้สิทธิของนิติบุคคลเท่านั้น

ด้วยเหตุนี้ Gierke จึงสรุปว่าสภาพบุคคลของชุมชน (Gemeinderschaften) หรือคณะบุคคล (Genossenschaft) ที่เข้ากันโดยมีจุดมุ่งหมายและแบบแผนหรือวิถีชีวิตที่มีแบบแผนร่วมกันแน่นนอนย่อมเกิดขึ้นได้ตามข้อเท็จจริง (de facto personality or tatsächliche Persönlichkeit) เป็นสิ่งที่กฎหมายรับรองสภาพบุคคลตามที่เป็นอยู่จริงๆ ไม่ใช่กฎหมายสมมติหรือกำหนดให้มีขึ้น^{๓๕}

ภายใต้แนวคิดเช่นนี้เองที่ Gierke อธิบายต่อไปว่า สภาพบุคคลของชุมชนไม่ได้เกิดจากการที่เอกชนหรือปัจเจกชนหลายคนมาตกลงรวมตัวกันเพื่อดำเนินวิถีชีวิตร่วมกัน (social contract) แต่ขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงว่าชุมชนนั้นๆ มีองค์ประกอบทั้งทางกายภาพ ทางแบบแผนความสัมพันธ์ระหว่างกันและทางจิตสำนึกร่วมกันครบถ้วนพอที่จะมีสภาพบุคคลแล้วหรือไม่ โดยทั่วไปสภาพบุคคลของชุมชนหรือคณะบุคคลเกิดจากการที่เอกชนแสดงเจตนาฝ่ายเดียว (unilateral act) เข้ากันเป็นสมาชิกของชุมชนนั้น ขอมปฏิบัติตามข้อบังคับหรือเข้าร่วมวิถีชีวิตตามแบบแผนเดียวกันเป็นสำคัญ ทั้งนี้โดยการแสดงเจตนาฝ่ายเดียวเข้ากันเป็นส่วนหนึ่งของ

นิติบุคคลนั้น ย่อมมีผลหลอมรวมกันเกิดเป็นสภาพบุคคลขึ้นมาใหม่แยกต่างหากจากสมาชิกแต่ละคนในฐานะส่วนตัว Gierke อธิบายด้วยว่า การเข้ากันเป็นหมู่คณะ เช่นนี้เป็นการกระทำทางข้อเท็จจริงที่มีผลทางกฎหมายโดยสภาพตามคุณภาพของสิ่งนั้นเอง เช่นเดียวกับการที่ทารกคลอดออกจากครรภ์มารดาเป็นการเริ่มต้นสภาพบุคคล หรือการหวงกันบังคับบัญชาทรัพย์สินเพื่อตนก่อให้เกิดสิทธิครอบครอง นั้นเอง

ผลงานชิ้นสำคัญของ Gierke ที่ชี้ให้เห็นธรรมชาติของชุมชนและคณะบุคคลอื่นว่าเป็นนิติบุคคลโดยข้อเท็จจริง และเป็นผลจากพัฒนาการทางประวัติศาสตร์และข้อเท็จจริงทางสังคม ไม่ใช่เป็นเพียงข้อความคิดลอยๆ ทางกฎหมาย และทำให้เห็นได้ว่านิติบุคคลย่อมมีสภาพบุคคลโดยสภาพซึ่งกฎหมายเพียงแต่ให้การรับรอง ไม่ใช่มีขึ้นเพราะกฎหมายสมมติให้มีขึ้นมานี้ได้รับการต้อนรับจากนักวิชาการในช่วงปลายศตวรรษที่ ๑๙ อย่างแพร่หลาย และทำให้คำสอนเรื่องนิติบุคคลเป็นบุคคลสมมติคลายความนิยมลงไป

ในประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส ค.ศ. ๑๘๐๔ นั้น แต่เดิมมาไม่ได้มีการกล่าวถึงนิติบุคคล (personnes morales) เอาไว้อย่างเจาะจงเหมือนเช่นในประมวลกฎหมายเยอรมัน และมีข้อโต้เถียงกันระหว่างแนวคิดที่สนับสนุนทฤษฎีนิติบุคคลสมมติ (théorie de la fiction légale) และทฤษฎีนิติบุคคลโดยสภาพ (réalité technique) เช่นเดียวกับในเยอรมัน แต่หลังจากที่ Gierke ได้เผยแพร่ทฤษฎีนิติบุคคลโดยสภาพ (Organic Theory or Real Corporation Theory) และประมวลกฎหมายเยอรมันได้รับหลักการนี้ไปบัญญัติเป็นกฎหมายแล้ว ความคิดดังกล่าวก็แพร่ไปยังฝรั่งเศส และกลายเป็นกระแสหลักในฝรั่งเศสต่อมา^{๓๖} นักนิติศาสตร์ฝรั่งเศสที่มีบทบาทอย่างยิ่งในการเผยแพร่ทฤษฎีนี้ต่อไปก็คือ Raymond Saleilles (1855-1912)^{๓๗}

Saleilles ได้แย้งคำอธิบายของ Savigny ที่ว่าทฤษฎินิติบุคคลสมมติมีที่มาจากกฎหมายโรมัน โดยได้ชี้ให้เห็นว่าที่ Savigny อ้างหลักฐานจาก Digest และข้อคิดเห็นของนักกฎหมายโรมันเป็นเครื่องสนับสนุนนั้น อันที่จริงไม่ปรากฏหลักฐานชัดเจนในเรื่องนี้ในกฎหมายโรมันแต่อย่างใด แม้คำว่า *persona ficta* ก็มีได้เป็นคำที่นักกฎหมายโรมันใช้มาแต่เดิม จะมีก็แต่การอธิบายว่านิติบุคคลอาจมีสิทธิได้เหมือนเช่นบุคคลธรรมดาเท่านั้น ซึ่งทำให้มีการขยายความต่อไปว่าเป็นบุคคลที่กฎหมายสมมติให้มีขึ้น (*feigned persons*) เท่านั้น^{๘๘} นอกจากนี้ Saleilles ยังได้ชี้ให้เห็นด้วยว่าถ้ายอมรับว่านิติบุคคลเป็นบุคคลสมมติตาม Fiction Theory ก็ต้องรับต่อไปด้วยว่าปัญหาการรับรองสภาพบุคคลของนิติบุคคลก็มีได้เป็นปัญหากฎหมายเอกชนโดยแท้ แต่เป็นปัญหากฎหมายมหาชน^{๘๙}

จากข้อสังเกตเบื้องต้นของ Saleilles นี้ ทำให้คิดต่อไปได้ว่าการรับว่านิติบุคคลเป็นบุคคลสมมติตาม Fiction Theory นี้ย่อมก่อให้เกิดข้อจำกัดในกฎหมายเอกชนหลายประการ หากสิทธิในการเข้ากันเป็นหมู่คณะและการเริ่มสภาพบุคคลไม่ใช่สิทธิในกฎหมายเอกชน แต่เป็นสิทธิตามกฎหมายมหาชนซึ่งจะมีขึ้นได้เมื่อกฎหมายรับรอง ก็เท่ากับรับว่าสภาพบุคคลของนิติบุคคล และสิทธิของบุคคลในการเข้ากันเป็นหมู่คณะนั้นเป็นสิทธิสืบต่อมาจากรัฐ (*derivative*) ไม่ใช่สิทธิดั้งเดิม (*original*) ซึ่งมีอยู่แล้วตามธรรมชาติในบุคคลธรรมดาทุกคนเหมือนเช่นเสรีภาพในการทำสัญญาหรือเสรีภาพในทรัพย์สินซึ่งเห็นชัดว่าเป็นปัญหากฎหมายเอกชนโดยแท้ โดยนัยนี้การที่ Fiction Theory ถือว่านิติบุคคลมิได้มีสภาพบุคคลขึ้นจากข้อเท็จจริงทางสังคม แต่ได้สภาพบุคคลมาจากอำนาจรัฐ ก็ยิ่งทำให้เห็นได้ต่อไปว่าแม้การแยกกฎหมายเอกชนกับกฎหมายมหาชนก็ไม่ใช่เป็นไปตามเหตุผลของเรื่องว่าเป็นเรื่องผลประโยชน์ของเอกชนหรือผลประโยชน์ของรัฐตามที่ Ulpian ผู้เป็นต้นตำรับกฎหมายโรมันได้สอนไว้ เมื่อสภาพบุคคลของนิติบุคคลเป็นเรื่องที่ขึ้นอยู่กับอำนาจรัฐ ในที่สุดก็ต้องยอมรับว่ากฎหมายมิได้เป็นเรื่องของเหตุผล หรือเรื่องของการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพตามเหตุผลของเรื่อง แต่เป็นเรื่องคำสั่งของผู้

มีอำนาจปกครองหรือรัฐาธิปัตย์ และในเมื่อสภาพบุคคลของนิติบุคคลเป็นสภาพที่สมมติขึ้นโดยอาศัยอำนาจรัฐ การได้สภาพบุคคลของนิติบุคคลจึงขึ้นอยู่กับว่ารัฐอนุญาตหรือไม่อนุญาต ไม่ใช่เรื่องที่ศาลจะเป็นผู้วินิจฉัย และเป็นเรื่องที่ศาลต้องปฏิบัติตาม และในที่สุดแม้การระงับสิ้นไปของสภาพบุคคลของนิติบุคคลก็มิได้ขึ้นอยู่กับกฎหมายหรือข้อเท็จจริงเหมือนบุคคลธรรมดาแต่ขึ้นอยู่กับเจตจำนงของรัฐ

เป็นที่เข้าใจกันว่า หากเข้าใจนิติบุคคลตามแนวคิดข้างต้น ก็ย่อมส่งผลต่อไปว่าการยอมรับ Fiction Theory ก็คือการยอมรับให้การเมืองมีฐานะครอบงำกฎหมาย และเป็นเครื่องกำหนดสิทธิและความชอบธรรมแห่งสิทธิของบุคคลในการเข้ากันเป็นหมู่คณะ อย่างไรก็ตาม Savigny เล็งเห็นปัญหาเรื่องนี้ และได้กล่าวเอาไว้ในหนังสือของเขาว่า^{๔๐} “อำนาจรัฐเป็นสิ่งจำเป็นสำหรับการก่อตั้งนิติบุคคล แต่การใช้อำนาจอ้างกล่าวพึงเป็นอิสระปลอดจากอำนาจดุลพินิจทางการเมือง และตั้งอยู่บนฐานของข้อพิจารณาทางกฎหมายเท่านั้น หากเมื่อใดที่มีการใช้อำนาจทางการเมืองในเรื่องนี้แล้วก็จะก่อให้เกิดความสับสนทางกฎหมายเป็นอย่างยิ่ง” ในแง่นี้เราควรเข้าใจว่าสภาพการณ์ทางการเมืองในยุคของ Savigny นั้น อำนาจการเมืองยังคงเป็นอำนาจสมบูรณ์อาณัติ ดังนั้น Savigny จึงไม่ประสงค์จะก้าวล่วงไปสู่การถกเถียงปัญหาทฤษฎีการเมือง และคงจะยอมรับความชอบธรรมของรัฐโดยคุณประโยชน์เฉพาะอย่างยิ่งยุคของเขาเป็นยุคแห่งการรวมชาติเยอรมัน เขาจึงยอมไม่ใคร่จะสนับสนุนความมีตัวตนของสมาคม และการรวมตัวกันเป็นคณะบุคคลว่าสามารถมีสิทธิได้โดยสภาพ หรือตามธรรมชาติ ดังนั้นหากกล่าวถึงที่สุดแล้วรากฐานทางความคิดว่าด้วยนิติบุคคลของ Savigny ก็เป็นเรื่องทฤษฎีการเมืองมากกว่ากฎหมายอยู่ดี

เราอาจกล่าวได้ว่า Fiction Theory นำไปสู่ความเข้าใจว่ากฎหมายเป็นเรื่องของคำสั่ง หรือเจตจำนงของรัฐาธิปัตย์ และกฎหมายไม่จำเป็นต้องอาศัยหรืออ้างอิงเหตุผลของเรื่อง หรือข้อเท็จจริงของชีวิตสังคมที่มนุษย์เพียรสร้างสมขึ้นแต่อย่างใด^{๔๑}

ความเข้าใจนี้มีจุดแข็งที่เข้าใจง่ายและก่อให้เกิดความชัดเจนในแง่ที่จะนำไปสู่การปฏิบัติ แต่ขณะเดียวกันก็มีจุดอ่อนตรงที่ต้องยอมรับว่าเป็นเรื่องที่กฎหมายสมมติขึ้น มีใช้สิ่งที่มีอยู่ได้ด้วยตัวเอง และนี่เองน่าจะเป็นเหตุสำคัญที่ทำให้มีนักนิติศาสตร์จำนวนมากเสนอความเห็นขึ้นโต้แย้งทฤษฎีนิติบุคคลสมมตินี้ในเวลาต่อมา

๒.๔ ทฤษฎีนิติบุคคลโดยสภาพในกลุ่มประเทศแองโกลอเมริกัน

ปัญหาว่าคณะบุคคลที่เข้ากันเป็นสมาคมหรือชุมชนมีสภาพบุคคลตามข้อเท็จจริงหรือมีสภาพบุคคลที่สมมติขึ้นโดยกฎหมายได้กลายเป็นปัญหาถกเถียงกันในระบบกฎหมายอังกฤษ และอเมริกันในช่วงปลายศตวรรษที่ ๑๙ ต่อมาจนถึงต้นศตวรรษที่ ๒๐^{๔๒} ภายใต้บรรยากาของการวิพากษ์วิจารณ์แนวคิดเสรีนิยมซึ่งเปิดช่องให้เอกชนใช้สิทธิในการแสวงหาประโยชน์ จนกระทบต่อสังคมมากขึ้นเรื่อยๆ โดยเฉพาะปัญหาวานิติบุคคลมีขึ้นเพราะกฎหมายสมมติ หรือมีขึ้นตามความเป็นจริง และนิติบุคคลจะมีสิทธิตามธรรมชาติ (Natural Rights) ได้หรือไม่เพียงใด เพราะถ้าเป็นนิติบุคคลสมมติก็ย่อมขึ้นอยู่กับกฎหมายและวัตถุประสงค์เป็นสำคัญ แต่ถ้านิติบุคคลมีสภาพบุคคลโดยสภาพของนิติบุคคลนั้นๆ เอง ก็ต้องพิจารณาตามสภาพและความมุ่งหมายของนิติบุคคลนั้นเอง ดังนี้เป็นต้น ในระยะต้นศตวรรษที่ ๒๐ แนวความคิดเรื่องนิติบุคคลโดยสภาพได้แพร่ไปอย่างรวดเร็วโดยแรงหนุนของแนวคิด Sociological Jurisprudence หรือสำนักกฎหมายเชิงสังคมวิทยา เพราะนักกฎหมายมีความเห็นว่าแนวคิดเรื่องนิติบุคคลโดยสภาพเป็นทฤษฎีที่มีลักษณะก้าวหน้า เป็นวิชาการและสอดคล้องกับความเป็นจริงทางสังคมมากกว่าทฤษฎีนิติบุคคลสมมติ

ข้อถกเถียงเรื่องนิติบุคคลนั้นมีขึ้นเพราะกฎหมายสมมติ หรือมีขึ้นตามความเป็นจริงนี้เป็นข้อถกเถียงในประเทศอังกฤษเมื่อมีการตราพระราชบัญญัติบริษัทจำกัด (Companies Act 1862)^{๔๓} บังคับใช้ใหม่ๆ ในคดี Salomon v. Salomon & Co.^{๔๔} ซึ่งปรากฏว่าพ่อค้ารองเท้ามีชื่อผู้หนึ่งคือ นายซาโลมอน ได้จดทะเบียนบริษัท

ประกอบด้วยตนเองเป็นผู้ถือหุ้นเกือบทั้งหมด โดยมีภริยา และบุตรอีกห้าคนเป็นผู้ถือหุ้นคนละหนึ่งหุ้น แล้วโอนกิจการของตนขายให้แก่บริษัท และเพื่อเป็นการชำระหนี้บริษัทก็ได้ออกหนังสือรับสภาพหนี้ไว้แก่นายชาโลมอนโดยทำสัญญาโอนกรรมสิทธิ์ในสินค้าที่เก็บไว้ในสต็อกเป็นประกันการชำระหนี้ (Floating Charge) ต่อมาบริษัทขาดทุนและต้องเลิกกิจการ นายชาโลมอนจึงเรียกให้นำเอาสินค้ามาชำระหนี้แทน ซึ่งถ้ายอมให้นายชาโลมอนบังคับชำระจนหมดก่อน เจ้าหนี้คนอื่นก็จะไม่ได้รับชำระหนี้เลย จึงเกิดพิพาทกันขึ้น ทั้งนี้เพราะผู้ชำระบัญชีมีความเห็นว่าแท้จริงแล้วนายชาโลมอนจดทะเบียนบริษัทขึ้นบังหน้า และควรให้เจ้าหนี้บังคับชำระหนี้จากทรัพย์สินส่วนตัวของนายชาโลมอนเสียด้วยซ้ำ ประเด็นถกเถียงสำคัญในที่นี้ก็คือจะถือว่านิติบุคคลคือบริษัทที่จัดตั้งขึ้นใหม่นี้เป็นนิติบุคคลแตกต่างหากจากตัวนายชาโลมอนและครอบครัวหรือไม่?

ศาลอุทธรณ์ โดย Lord Lindley พิพากษาว่ากรณีดังกล่าวเป็นการจดทะเบียนบริษัทบังหน้า และหากยอมให้ทำเช่นนี้ได้ก็เท่ากับยอมให้บริษัทเป็นเครื่องมือคดโกงเจ้าหนี้ได้ แต่ศาลสูงสุด โดย Lord Halsbury ได้ชี้ขาดว่า หากได้มีการจดทะเบียนบริษัทโดยชอบแล้ว บริษัทย่อมเป็นนิติบุคคลแตกต่างหากจากผู้ถือหุ้น และดังนั้นบริษัทย่อมเป็นบุคคลตามกฎหมาย แม้ว่าแท้จริงแล้วจะเป็นเพียงกิจการในครอบครัวก็ตาม

ปัญหาว่าสภาพบุคคลของนิติบุคคลเป็นบุคคลสมมติ หรือเป็นบุคคลตามข้อเท็จจริงที่น่าสนใจหลังจากนั้น ได้เกิดปัญหาสำคัญของนิติบุคคล ใน Daimler Co. Ltd. v. Continental Tyre and Rubber Co. (Great Britain) Ltd [1916]^{๔๕} คดีนี้เกิดขึ้นในช่วงสงครามโลกครั้งที่ ๑ ซึ่งอังกฤษกับเยอรมันประกาศเป็นศัตรูคู่สงครามกัน และเวลานั้น ไม่มีหลักคอมมอนลอว์ในปัญหาเกี่ยวกับสัญชาติของบริษัทนิติบุคคล (Enemy Act เพิ่งจะประกาศใช้ในช่วงสงครามโลกครั้งที่สอง ใน ค.ศ. 1939) ในคดีนี้ปรากฏว่าบริษัทชื่อว่า Continental Tyre and Rubber Co. (Great Britain) Ltd.

เป็นบริษัทที่จดทะเบียนในอังกฤษ โดยทำหน้าที่เป็นบริษัทสาขาของบริษัทแม่ในเยอรมันเพื่อส่งเสริมการขายยางของเยอรมันในตลาดอังกฤษ บริษัทดังกล่าวมีคณะกรรมการส่วนใหญ่เป็นชาวเยอรมัน มีกรรมการที่เป็นชาวอังกฤษเพียงคนเดียว นอกจากนี้หุ้นทั้งหมดก็อยู่ในมือของกรรมการที่เป็นชาวเยอรมันซึ่งพักอาศัยอยู่ในเยอรมันด้วย ข้อพิพาทในคดีนี้เกิดขึ้นเมื่อบริษัท Daimler Co.Ltd. ได้ปฏิเสธการชำระหนี้แก่ Continental โดยอ้างว่าการชำระหนี้แก่ Continental เท่ากับการค้ากับชนชาติศัตรู ปัญหาจึงเกิดขึ้นว่าจะถือว่านิติบุคคลมีสภาพแตกต่างหากจากคนธรรมดาอิสระจากกันเพียงใด ปรากฏว่าคดีนี้ศาลอุทธรณ์ปรับหลัก Fiction Theory และพิพากษาว่าเมื่อบริษัทได้จดทะเบียนในอังกฤษย่อมมีฐานะเป็นบริษัทอังกฤษ แต่ศาลฎีกา (House of Lords) พิพากษากลับคำพิพากษาศาลอุทธรณ์โดยวินิจฉัยว่าบริษัท Continental เป็นบริษัทเยอรมันซึ่งเป็นชาติศัตรู เพราะกรรมการข้างมากเป็นชาวเยอรมันซึ่งเป็นชาติศัตรู และพำนักอยู่ในดินแดนศัตรู หรือดินแดนที่ศัตรูควบคุมอยู่ย่อมไม่อาจถือได้ว่ามีสัญชาติอังกฤษ กล่าวได้ว่าศาลถือหลักความมีตัวตนทางพฤตินัยยิ่งกว่านิติบัญญัติคือ Daimler Co.Ltd. ไม่ต้องชำระหนี้แก่ Continental Tyre and Rubber และได้เป็นชนวนให้มีการโต้แย้งถกเถียงกันในประเทศเกี่ยวกับความมีตัวตนของนิติบุคคลตามมามากมาย

ในประเทศสหรัฐอเมริกา แนวคิดของ Gierke เรื่องนิติบุคคลโดยสภาพได้กลายเป็นรากฐานของแนวคิดว่าด้วยความมีตัวตนของสหภาพแรงงาน ซึ่งแท้จริงแล้วเป็นคณะบุคคลที่รวมกันทำกิจการอย่างใดอย่างหนึ่งต่อเนื่องร่วมกัน ดังนั้นจึงย่อมมีสถานะเป็นนิติบุคคลได้โดยไม่ต้องอาศัยกฎหมายรองรับ^{๔๖} และได้รับความนิยมนิยามในฐานะที่กระตุ้นให้ประชาชนเห็นพลังของตนเองในการรวมตัวกันเป็นพลังต่อรองอำนาจของทุนซึ่งครอบงำกิจการธุรกิจการค้าและอำนาจการเมืองอยู่ ปัญญาชนจำนวนมากพากันสนับสนุนทฤษฎีนิติบุคคลโดยสภาพในฐานะที่เป็นเครื่องจำกัดหรือต่อรองอำนาจกับบริษัทผูกขาด และอำนาจรัฐโดยเฉพาะอย่างยิ่ง

ในประเด็นเกี่ยวกับความรับผิดชอบของนิติบุคคลต่อการกระทำของผู้แทน หรือ ลูกจ้างของนิติบุคคล

ตามทฤษฎีว่าด้วยนิติบุคคลสมมติ (Fiction Theory) นั้น นิติบุคคลย่อมมีสิทธิหน้าที่และความรับผิดชอบในขอบเขตวัตถุประสงค์เท่านั้น ดังนั้นหากผู้แทนผู้มีอำนาจทำการแทนหรือลูกจ้างไปก่อความเสียหายแก่บุคคลใด นิติบุคคลย่อมรับผิดชอบเพียงเท่าที่การกระทำนั้นๆ อยู่ในขอบวัตถุประสงค์ของนิติบุคคลเท่านั้น เรียกอีกอย่างหนึ่งว่า ทฤษฎี “ultra vires” และโดยที่นิติบุคคลย่อมมีวัตถุประสงค์ในขอบเขตของกฎหมาย และย่อมไม่มีเจตนาทำร้ายผู้อื่นดังนั้นนิติบุคคลจึงไม่ต้องรับผิดชอบทางอาญา เมื่อนิติบุคคลไม่ต้องรับผิดชอบ ดังนั้นบุคคลผู้กระทำจึงต้องรับผิดชอบส่วนตัว แต่ก็มีกรณีจำนวนมากที่บุคคลผู้กระทำความเสียหายไม่มีทรัพย์สินเพียงพอที่จะชดเชยความเสียหายที่เกิดขึ้น และขณะเดียวกันหากยอมให้นิติบุคคลลอยนวล หลุดพ้นความรับผิดชอบทางอาญาต่างๆ ที่ได้ประโยชน์จากการกระทำนั้นๆ ก็ทำให้สังคมรู้สึกว่าไม่เป็นธรรมอย่างยิ่ง

นิติบุคคลมีสิทธิได้ตามสภาพข้อเท็จจริง ดังนั้นจึงต้องรับผิดชอบตามสภาพข้อเท็จจริงด้วยการกระทำใดๆ ที่ผิดกฎหมาย แม้จะอ้างได้ว่าอยู่นอกขอบวัตถุประสงค์ของนิติบุคคล แต่ตามข้อเท็จจริงเห็นได้ว่าเป็นไปเพื่อบรรลุวัตถุประสงค์ หรือ คนทั่วไปเข้าใจได้ว่าเป็นการกระทำตามวัตถุประสงค์ของนิติบุคคล หากการกระทำนั้นก่อให้เกิดความเสียหายก็ต้องถือว่าเป็นการกระทำของนิติบุคคลนั่นเอง และดังนั้นนิติบุคคลต้องรับผิดชอบ จะปฏิเสธความรับผิดชอบไม่ได้ ผู้ที่มีความเห็นในทำนองนี้ล้วนแล้วแต่นักนิติศาสตร์ชั้นนำที่ได้รับการยกย่องอย่างสูงในเวลาต่อมา อาทิเช่น Maitland, Pollock, Laski^{๔๗} เป็นต้น

แนวความคิดนี้ได้รับการยอมรับเป็นแนวบรรทัดฐานในคดี Citizen’s Life Assurance Co. v. Brown [1904]^{๔๘} ในคดีนี้ศาลอังกฤษตัดสินให้บริษัทต้องรับผิด

ในการกระทำความผิดของเจ้าหน้าที่ของตัวซึ่งหมิ่นประมาทผู้อื่น แม้ว่าบริษัทจะอ้างว่าการกระทำหมิ่นประมาทไม่อยู่ในขอบวัตถุประสงค์ของบริษัทก็ตาม ทั้งนี้โดยศาลได้ชี้ว่าการกระทำหมิ่นประมาทดังกล่าวเป็นการกระทำไปในทางที่จ้างซึ่งต้องพิจารณาจากความสัมพันธ์ทางข้อเท็จจริงเป็นสำคัญ ต่อมาในคดี *Rex v. Poplar Borough Council* [1921]^{๔๘} ศาลพิพากษาให้ลงโทษจำคุกคณะกรรมการที่ได้ลงมติให้ *Poplar Borough Council* ทำผิดกฎหมายและปล่อยให้คณะกรรมการที่คัดค้านมติดังกล่าวเป็นอิสระ และกลายเป็นหลักการสำคัญในพระราชบัญญัติ *Represent of the People Act 1922* ในปีถัดมาซึ่งกำหนดให้คณะกรรมการหรือเจ้าหน้าที่ของนิติบุคคลหรือคณะบุคคลที่มีความผิด และมีส่วนร่วมในการลงมติให้กระทำหรือร่วมกระทำ ความผิดต้องรับผิดชอบ นับเป็นอีกตัวอย่างหนึ่งของการที่กฎหมายถือว่านิติบุคคลกับสมาชิกของนิติบุคคลนั้น แม้จะมีสภาพบุคคลแยกจากกัน แต่มีความรับผิดชอบอันหนึ่งอันเดียวกัน ซึ่งแสดงให้เห็นว่ากฎหมายรับว่าตัวตนของนิติบุคคลกับของสมาชิกมีส่วนสัมพันธ์เกี่ยวข้องกันอย่างใกล้ชิด

ส่วนในสหรัฐอเมริกานั้น แนวคำพิพากษาของศาลเกี่ยวกับความรับผิดชอบของนิติบุคคลในการกระทำละเมิดของผู้แทนหรือผู้มีอำนาจกระทำการแทนที่ได้กระทำไปโดยนอกเหนือขอบวัตถุประสงค์ของนิติบุคคล (*ultra vires*) นั้นมีมาก่อนหน้านานแล้ว อย่างน้อยก็ตั้งแต่ ค.ศ. ๑๘๘๕^{๔๙} และในเวลาต่อมาก็มีการนำเอาทฤษฎีนิติบุคคลมาอภิปรายกันอย่างกว้างขวาง และค่อยๆ ปรากฏแนวโน้มเห็นได้ชัดว่า นักกฎหมายชั้นนำส่วนใหญ่ในอเมริกาในช่วงต้นศตวรรษที่ ๒๐ มีความเห็นพ้องกับ *Gierke*^{๕๐} ด้านหนึ่งด้วยเหตุผลที่ต้องการให้บริษัทขนาดใหญ่ซึ่งเป็นนิติบุคคลต้องรับผิดชอบต่อละเมิดและในทางอาญาร่วมกันกับกรรมการ และในอีกด้านหนึ่งเป็นการสนองรับแนวความคิดใหม่เรื่องการยอมรับความมีตัวตนของชุมชนที่เรียกร้องให้มองเห็นคุณค่าและความมีตัวตนของหน่วยย่อยในสังคมอันได้แก่ชุมชน กลุ่มผู้ผลิตหรือกลุ่มเกษตรกร สมาคม เช่นกลุ่มอาชีพช่าง และสถาบัน เช่นสถาบันศาสนาที่กัลลังเลื่อมสลาย และถูกบังคับโดยรัฐซึ่งมีอำนาจรวมศูนย์สู่ศูนย์กลางมากขึ้นทุกที

พร้อมๆ กับการรับรองแนวคิดเรื่องนิติบุคคลโดยสภาพนี้ ความคิดทางสังคมการเมืองที่ยกย่องและสนับสนุนชุมชนและสถาบันย่อยในสังคมให้มีบทบาทต่อรองกับรัฐมากขึ้น และเรียกร้องโอกาสให้ประชาชนโดยชุมชน องค์กรและสถาบันต่างๆ ในสังคมมีส่วนร่วมทางการเมืองมากขึ้นก็เติบโตขึ้นด้วย ท่ามกลางกระแสความเปลี่ยนแปลงทางเศรษฐกิจ การเมืองและสังคมในศตวรรษที่ ๒๐ ซึ่งทวีความซับซ้อนและมีระบบการจัดการและการตัดสินใจที่รวมศูนย์มากขึ้นเรื่อยๆ ได้เกิดปรากฏการณ์ที่เรื่องราวและการตัดสินใจสำคัญๆ ในท้องที่แห่งหนึ่ง มักถูกกำหนดหรือตัดสินใจโดยผู้มีอำนาจ ณ ที่ห่างไกลออกไปโดยไม่ได้เป็นที่รับรู้ของผู้คนที่เกี่ยวข้องมากขึ้นเรื่อยๆ ประชาชน ชุมชน และสถาบันท้องถิ่นเริ่มตระหนักถึงสถานะที่สิ้นไร้ไม้ตอก ไม่มีอำนาจตัดสินใจเรื่องราวเกี่ยวกับตัวมากขึ้น เริ่มเกิดสำนึกต่อต้านอำนาจรวมศูนย์ของส่วนกลางขยายตัวออกไป และเรียกร้องการกระจายอำนาจ และการมีส่วนร่วมของประชาชนดังมากขึ้นทุกที

๒.๕ สิทธิชุมชนกับแนวความคิดประชาธิปไตยแบบมีส่วนร่วม

แนวคิดเรื่องการกระจายอำนาจรัฐสู่ท้องถิ่น และแนวคิดเรื่องการกระจายอำนาจหน้าที่และความรับผิดชอบไปสู่ชุมชนนักวิชาชีพ และชุมชนหรือสมาคมผู้ประกอบการต่างๆ เป็นแนวคิดที่ขยายตัวออกไปพร้อมๆ กับสำนึกในการปกครองตนเอง หรือสำนึกอำนาจหน้าที่และความรับผิดชอบทางสังคมของประชาชนและชุมชน ที่ควบคู่ไปกับการไม่ไว้วางใจให้รัฐมีอำนาจรวมศูนย์สู่ส่วนกลางมากเกินไป ในช่วงต้นศตวรรษที่ ๒๐ ได้มีการเรียกร้องให้แยกชุมชนซึ่งมีอำนาจปกครองตนเองออกเป็นสองพวกใหญ่ๆ คือชุมชนท้องถิ่น กับชุมชนผู้ประกอบการเพื่อรองรับการมีส่วนร่วมทางการเมืองและเพื่อถ่วงดุลอำนาจของรัฐส่วนกลางโดยเรียกร้องให้มีการรับรองชุมชนท้องถิ่น และชุมชนหรือสมาคมผู้ประกอบการให้เป็นสถาบันกลุ่มที่มีอำนาจต่อรองกับรัฐจนเกิดเป็นกระบวนการกระจายอำนาจสู่ท้องถิ่นและสู่สมาคมหรือองค์กรผู้ประกอบการต่างๆ และเกิดการ

ขยายตัวของกระบวนการมีส่วนร่วมทางการเมืองผ่านสถาบันหรือกลุ่มผลประโยชน์ต่างๆ ในเวลาต่อมา

ปรากฏการณ์รับรองสิทธิชุมชนซึ่งเป็นที่ยอมรับกันทั่วโลกก็คือการขยายตัวของสหพันธ์กรรมกร หรือสมาคมของผู้ใช้แรงงาน และสมาคมผู้ประกอบการอาชีพต่างๆ รวมไปถึงองค์กรตัวแทนผลประโยชน์ต่างๆ ในศตวรรษที่ ๒๐ ซึ่งพัฒนาควบคู่กันมากับการยอมรับการขยายตัวของแนวคิดเรื่องการปกครองตนเองของประชาชนซึ่งจัดตั้งกันขึ้นเป็นหน่วยปกครองท้องถิ่นตามหลักกระจายอำนาจผู้ท้องถิ่น แนวความคิดนี้ตั้งอยู่บนฐานความคิดที่เชื่อในความมีตัวตนและมีอยู่จริงของชุมชน หรือสมาคมอาชีพซึ่งมีบทบาทหน้าที่ในสังคมมาแต่ครั้งโบราณ^{๕๑} และนำไปสู่ประชาธิปไตยแบบมีส่วนร่วม หรือรัฐพหุนิยม หรือรัฐเชิงซ้อน (Pluralistic State) ซึ่งยอมให้มีสถาบัน หรือคณะบุคคล เข้าร่วมกำกับดูแลกิจการสาธารณะและใช้อำนาจสาธารณะร่วมกับรัฐได้

แนวคิดที่รับรองสิทธิชุมชนและสิทธิของคณะบุคคลหรือองค์กรเอกชนให้มีส่วนร่วมในกิจการ และบริการสาธารณะนี้ขยายตัวขึ้นหลังสงครามโลกทั้งสองครั้งควบคู่กันไปกับการขยายตัวของแนวคิดเชิงสังคมในโลกตะวันตกที่พัฒนาขึ้นเพื่อลดบทบาทของแนวคิดจักรวรรดินิยมและเพื่อท้าทายการขยายตัวของแนวคิดสังคมนิยม การรับรองสิทธิของผู้ใช้แรงงาน สิทธิสตรี สิทธิของคนสีผิว คนพื้นเมือง และสิทธิของผู้ด้อยโอกาสประเภทต่างๆ ชัดเจนขึ้นหลังสงครามโลกเป็นต้นมาพรรคแรงงานในอังกฤษ องค์กรแรงงานโลก และขบวนการแรงงานในประเทศต่างๆ เติบโตขึ้นในระยะเดียวกันนี้ พร้อมๆ กับการยอมรับแนวคิดที่ว่ารัฐควรเข้าแทรกแซงระบบเศรษฐกิจเพื่อป้องกันการขูดรีดจากนายทุนและควบคุมกำกับกลไกตลาดให้เกิดความเป็นธรรมแก่ประชาชนส่วนใหญ่ แนวคิดเกี่ยวกับการคุ้มครองสวัสดิภาพของผู้ใช้แรงงานและผู้ด้อยโอกาส รัฐสวัสดิการก็ได้รับความนิยมกว้างขวางยิ่งขึ้นเรื่อยๆ แต่ขณะเดียวกันรัฐเริ่มไม่สามารถแบกรับภาระต้นทุนใน

กระบวนการพัฒนาสวัสดิภาพของคนงาน คนพื้นเมืองและผู้ด้อยโอกาสต่างๆ ได้จริง กระแสความคิดแบบเสรีนิยมก็ค่อยๆ เติบโตกล้าแข็งมากขึ้นเช่นกัน จนกระทั่งเมื่อ กำแพงกรุงเบอร์ลินล่มสลายเมื่อ ค.ศ. ๑๙๘๙ และเปิดโลกเข้าสู่ยุคหลังสงครามเย็น หรือโลกเสรีนิยมอีกครั้งหนึ่ง แนวความคิดเสรีนิยมก็กลับกลายเป็นกระแสหลัก ในสังคมโลกอีกครั้งหนึ่ง พร้อมๆ กับกระแสการแข่งขันเสรี การค้าเสรี และ โลกาภิวัตน์ แต่ในขณะเดียวกันนี้ก็เริ่มมีการรื้อฟื้นแนวคิดที่คำนึงถึงสังคม และการ อยู่ร่วมกันอย่างเป็นปึกแผ่นและเอื้ออาทรต่อกันอีกครั้งหนึ่ง ซึ่งเราอาจเรียกได้ว่า เป็นลัทธิชุมชนนิยม (Communitarianism)

ลักษณะสำคัญของสิทธิชุมชนและสิทธิในการปกครองตนเอง ไม่ว่าจะเป็น องค์การส่วนท้องถิ่นหรือสมาคมผู้ประกอบการอาชีพ สหภาพแรงงาน หรือองค์กร ผลประโยชน์อื่นใด ที่ขยายตัวออกไปตั้งแต่ช่วงต้นศตวรรษที่ ๒๐ ก็คือสิทธิการ มีส่วนร่วม “Right to Participation” หรือบางทีก็มีผู้เรียกว่าสิทธิปกครองตนเอง “Right to Self Regulation” กล่าวคือมีส่วนร่วมในส่วนที่รัฐหรือกฎหมายได้กำหนด ให้เป็นอำนาจหน้าที่แต่ผู้เดียวของรัฐหรือเอกชนอื่นแล้ว

แนวความคิดว่าด้วยสิทธิการมีส่วนร่วมนี้ Georg Jellinek ได้อธิบายไว้อย่าง น่าฟังตั้งแต่ต้นศตวรรษที่ ๒๐๕๓ ว่าสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานอาจแบ่งออกเป็น สองประเภทคือ status negativus กับ status positivus โดย status negativus นั้นเป็น สิทธิต่อสืหวงห้ามไม่ให้รัฐเข้าแทรกแซง ส่วน status positivus เป็นสิทธิที่จะเข้า มีส่วนร่วมในกิจการสาธารณะ ซึ่งอาจแบ่งออกเป็นประเภทใหญ่ๆ ได้แก่ สิทธิการ มีส่วนร่วมในการกำหนดเจตจำนงทางการเมือง โดยการสมัครเข้ารับเลือกตั้งและ ใช้สิทธิเลือกตั้ง สิทธิการมีส่วนร่วมในการปกครอง โดยการสมัครเข้ารับการคัดเลือก เป็นข้าราชการหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ สิทธิที่จะเรียกให้รัฐให้ความคุ้มครองตามหน้าที่ ของรัฐ เช่น จัดให้มีตำรวจ ทหาร คอยรักษาความปลอดภัยในชีวิตและทรัพย์สิน และ สิทธิที่เข้าร่วมในกระบวนการพิจารณาคดี และสิทธิการมีส่วนร่วมทางสังคมอื่นๆ

สิทธิการมีส่วนร่วมหรือสิทธิปกครองตนเองจึงแตกต่างจากสิทธิขั้นพื้นฐานหรือเสรีภาพทั่วไปซึ่งได้รับการคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญในความหมายที่สิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานโดยทั่วไปหมายถึงความชอบธรรมที่บุคคลอาจยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้รัฐไม่ให้แทรกแซงหรือก้าวก่าย ในเรื่องซึ่งมีกฎหมายกำหนดให้เป็นแดนอิสระของบุคคล เช่นสิทธิในชีวิตร่างกาย สิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัว สิทธิทางทรัพย์สิน หรือเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น ก็เป็นสิทธิที่มีเนื้อหาไปในทางหวงห้ามหรือต่อสู้อำนาจรัฐมิให้แทรกแซงก้าวล่วงหรือสอดเข้าเกี่ยวข้องในเรื่องที่เป็นแดนอิสระของเอกชน จริยอยู่เสรีภาพย่อมต้องมีขอบเขต และขอบเขตของสิทธิเสรีภาพก็คือกฎหมายที่คุ้มครองสิทธิเสรีภาพของผู้อื่นในขณะเดียวกัน กฎหมายจึงเป็นเครื่องกำหนดขอบเขตของสิทธิเสรีภาพ อย่างไรก็ตามที่มิใช่เป็นการละเมิดสิทธิของผู้อื่น ผู้ใช้สิทธิเสรีภาพย่อมใช้สิทธิเสรีภาพได้อย่างไม่มีข้อจำกัด สิทธิเสรีภาพโดยทั่วไปจึงไม่ใช่สิ่งที่รัฐต้องแบ่งสรรปันส่วน แต่สิทธิการมีส่วนร่วมหรือสิทธิปกครองตนเองนั้นโดยทั่วไปมีลักษณะเป็นสิทธิที่มีเนื้อหาไปในทางสิทธิเรียกร้องให้รัฐรับรอง จัดให้มีขึ้นหรือยอมให้ผู้ทรงสิทธิเข้ามีส่วนร่วมในกิจการอย่างใดอย่างหนึ่งของรัฐในระดับและขอบเขตที่แน่นอนในระดับใดระดับหนึ่ง โดยเฉพาะบรรดาสิทธิหรือประโยชน์ทางสังคมซึ่งตามปกติจำเป็นต้องมีการจัดสรรปันส่วนหรือกำหนดขอบเขตที่ชัดเจน อาทิเช่น การเข้าดำรงตำแหน่งทางการเมือง การจัดการสิ่งแวดล้อม การจัดระบบบริการสาธารณะ การจัดการศึกษา การจัดบริการสาธารณสุข การจัดสวัสดิการสังคม ฯลฯ เหตุผลสำคัญของการที่รัฐพึงยอมให้มีผู้เข้ามามีส่วนรวมในการแบ่งสรรปันส่วนนี้ก็คือ การแบ่งสรรปันส่วนโดยวิธียอมรับการมีส่วนร่วมเช่นนี้จะก่อให้เกิดประโยชน์แก่ส่วนรวมสูงสุด และโดยทั่วไปการจัดสรรปันส่วนโดยวิธียอมให้บุคคล คณะบุคคล หรือหน่วยงานปกครองท้องถิ่นมีส่วนร่วมนั้นล้วนแล้วแต่เป็นการแบ่งสรรปันส่วนสมบัติสาธารณะ หรือประโยชน์ส่วนรวมที่เรียกว่า Common Good or Public Goods เป็นสำคัญ ในด้านกลับกันการมีส่วนร่วมยังมุ่งไปถึงการจัดการในทางป้องกันภัยพิบัติอันอาจมีมาแก่สาธารณะ และการรักษาความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีอีกด้วย

ตัวอย่างที่สำคัญที่สุดของสิทธิการมีส่วนร่วมก็คือ สิทธิในการปกครองตนเองตามหลักการกระจายอำนาจ สิทธิดังกล่าวเป็นสิทธิเรียกร้องให้รัฐสมัยใหม่ซึ่งได้รวบอำนาจไว้ที่ส่วนกลางแต่ผู้เดียวยอมรับในสิทธิปกครองตนเองของประชาชนให้กว้างขวางขึ้น โดยต้องมีขีดขั้นที่ชัดเจนว่าเรื่องใดอยู่ในเขตอำนาจของใคร โดยนัยนี้รัฐธรรมนูญที่รับรองหลักการปกครองตนเองของประชาชนในท้องถิ่นย่อมวางหลักประกันการมีส่วนร่วมของประชาชนในท้องถิ่นนั้นให้มีส่วนในการปกครองในระดับและขอบเขตที่แน่นอน เช่นเดียวกันกับสิทธิการมีส่วนร่วมของสมาคมหรือสภาผู้ประกอบวิชาชีพ เช่น แพทยสภา สภานายความ เพื่อประกันมาตรฐาน และจรรยาบรรณในวิชาชีพ ในขณะที่เดียวกันก็คุ้มครองความเป็นอิสระของผู้ประกอบวิชาชีพชั้นสูงไม่ให้ตกอยู่ภายใต้อำนาจบังคับบัญชาให้คุณให้โทษจากรัฐมากเกินไป หรือตัวอย่างเช่นการประกันการมีส่วนร่วมของคนงานในการกำหนดข้อตกลงเกี่ยวกับสภาพการจ้างตามกฎหมายแรงงาน ซึ่งเป็นการจัดสรรหลักประกันแก่หมู่คณะที่ด้อยสิทธิในทางข้อเท็จจริงให้สามารถมีอำนาจต่อรองใกล้เคียงกันกับฝ่ายนายจ้าง เป็นต้น

เชิงอรรถ

๑ แนวความคิดของชุมชนมีปรากฏให้เห็นได้ในงานของนักปราชญ์ใหญ่ๆ ในช่วงปลายศตวรรษที่ ๑๘ ที่คัดค้านเหตุผลนิยม เช่น Edmund Burke (1729-1797), J.G. Herder (1744-1803), G.W.F. Hegel (1770-1831) อย่างไรก็ตาม ผู้ที่ได้ชื่อว่าเป็นคำนิยามความหมายของชุมชนโดยชี้ให้เห็นความแตกต่างจากสมาคมเอาไว้ที่สำคัญก็คือ Ferdinand Tönnies (1855-1936) ในหนังสือของเขาชื่อว่า *Gemeinschaft und Gesellschaft*, 1887 ซึ่งต่อมาเมื่อผู้แปลเป็นภาษาอังกฤษชื่อว่า *Community and Society*, Michigan, 1957, p.33. “...as real and organic life – this is the essential characteristic of the Gemeinschaft (community); or as imaginary and mechanical structure – this is the concept of Gesellschaft (society):”

๒ สารสาสน์ประพันธ์, หลวง, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (เรียงมาตรา), กรุงเทพฯ, พ.ศ. ๒๔๖๘, หน้า ๖๕-๗๒; เทพวิฑูร, พระยา, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ ๑-๒, กรุงเทพฯ, พ.ศ. ๒๔๗๖, หน้า ๖๘; สมทบ สุวรรณสุทธิ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยบุคคล, กรุงเทพฯ, พ.ศ. ๒๕๑๐, หน้า ๑; อนุมิตี ใจสมุทร, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ ๑ ว่าด้วยบุคคล, กรุงเทพฯ, พ.ศ. ๒๕๑๕, หน้า ๓; จิตติ ดิงศักดิ์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยบุคคล, กรุงเทพฯ, พ.ศ. ๒๕๒๕, หน้า ๑

๓ ชุมชนทางศาสนานี้ได้แยกตัวออกจากชุมชนนิกายคาทอลิกที่มีมาแต่เดิม และตั้งตนเป็นนิกมหรือชุมชนทางความเชื่อเป็นอิสระเป็นเวลานานก่อนที่จะเกิดรัฐชาติแบบสมัยใหม่ และเป็นแหล่งที่มาของกระบวนการปฏิรูปศาสนาในช่วงศตวรรษที่ ๑๖ เช่นพวกนิกายลูเธอร์ ที่เมืองวิตเดนแบร์ก ในเยอรมนี ซึ่งมีมาตั้งแต่ ค.ศ. ๑๕๑๗ พวก ซวิงกลิส ตั้งรกรากขึ้นที่เมืองซูริก ในสวิส ตั้งแต่ ค.ศ. ๑๕๒๒ และพวกคาลแวง รวมตัวกันอยู่ที่เมืองเจนีวา ในสวิส ตั้งแต่ ค.ศ. ๑๕๓๖ ฯลฯ และต่อมาได้กลายเป็นชนวนความขัดแย้งทางศาสนาระหว่างเจ้าผู้ครองนครต่างๆ กับชุมชนที่นับถือศาสนาแตกต่างกัน จนในที่สุดเกิดลุกลามเป็นสงครามศาสนา หรือที่เรียกกันว่าสงคราม

สามสิบปีระหว่างแคว้นต่างๆ จนอ่อนแรงไปด้วยกัน ต้องลงเอยด้วยการทำสนธิสัญญารับรองเขตอำนาจปกครองและเสรีภาพในการนับถือศาสนาของชุมชนในปกครองของแต่ละรัฐ ซึ่งเรารู้จักกันในนามของสนธิสัญญาเวสต์ฟาเลีย เมื่อ ค.ศ. ๑๖๔๘ ซึ่งถือว่าเป็นจุดตั้งต้นของกฎหมายระหว่างประเทศนั่นเอง

๔ ทศวรรษก่อนนี้ปรากฏในยุคล่าอาณานิคม ซึ่งเชื่อกันว่า ดินแดนที่ชนพื้นเมืองครอบครองอยู่โดยไม่มีการจัดระเบียบการปกครองเป็นกึ่งจะลักษณะย่อมเป็นดินแดนที่ปราศจากผู้ถือครอง (Terra Nullius) และใครจะเข้าถือเอาเป็นของตนก็ได้โดยไม่ต้องตั้งหลักแหล่งและจัดตั้งระเบียบการปกครองแบบสมัยใหม่ขึ้น จึงจะได้ชื่อว่าเป็นรัฐอธิปไตย แนวคิดแบบนี้สะท้อนออกมาในข้อคิดข้อเขียนของนักปราชญ์สมัยใหม่หลายท่าน อย่างเช่น จอห์น สจ๊วต มิลล์ นักปราชญ์สายเสรีนิยมคนสำคัญก็เคยกล่าวไว้ในผลงานของท่านว่าด้วยการปกครองในระบอบผู้แทนราษฎร “Consideration on Representative Government” ซึ่งตีพิมพ์เมื่อ ค.ศ. ๑๘๖๑ ในทำนองว่าชนชาติที่ด้อยพัฒนาหรือคนป่าที่มีอารยธรรมต่ำด้อยกว่าชาติที่เข้มแข็งย่อมต้องอ่อนน้อมและกลายเป็นส่วนหนึ่งของชนชาติที่เข้มแข็งกว่า ดังเช่นพวก Breton ซึ่งเป็นชนชาติส่วนน้อยในฝรั่งเศส หรือพวก Basque ในสเปน ย่อมมีแนวโน้มที่จะถูกกลืนโดยชาติที่เจริญหรือเข้มแข็งกว่าเป็นธรรมดา หรือเฟรดริช เองเกิลส์ นักปราชญ์สายสังคมนิยมคนสำคัญก็เคยยกย่องชาติใหญ่ๆ เช่น ฝรั่งเศส เยอรมัน และใช้ถ้อยคำเรียกชนเผ่าพื้นเมืองในงานเรื่อง Hungary and Panslavism ซึ่งตีพิมพ์เมื่อ ค.ศ. ๑๘๔๕ ว่าเป็นพวกชนเผ่าล่าหลังหรือชนเผ่าที่เป็นซากเดนของประวัติศาสตร์ที่ต้องสลายตัวไป โดยยอมรับอารยธรรมของชาติที่เจริญแล้วและก้าวสู่ความเป็นชาติอารยะ และสู่ความเป็นสากลนิยม ตามทฤษฎีวิวัฒนาการทางประวัติศาสตร์ในที่สุด โปรดดู Peter Leuprecht, “Minority Rights Revisited, New Glimpses of an Old Issue” in: Philip Alston (ed.), People’s Right (2001), pp.111, 112.

๕ ดังเช่นที่ จอห์น สจ๊วต มิลล์ แสดงความเห็นไว้ตอนหนึ่งว่า “.....especially if they read and speak different languages, the united public opinion, necessary to the working of representative government, cannot exist.” See Mill, Considerations on Representative Government, in H.B.

Acton (ed), *Utilitarianism: On Liberty; Considerations on Representative Government* (1972), p.35

๖ See Richard Falk, *The Rights of Peoples (In Particular Indigenous Peoples)*, in: Jame Crawford, *The Rights of Peoples* (1992), pp. 17, 18.

๗ Yos Santasombat, Introduction, ใน วิวัฒน์ คดิธรรมนิตย์ (บรรณาธิการ), *สิทธิชุมชน การกระจายอำนาจจัดการทรัพยากร*, กรุงเทพฯ , ๒๕๓๖, หน้า ๑๖; และโปรดดู คำอภิปรายของ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, ในบันทึกการเสวนา “นโยบายและมาตรการทางนิติบัญญัติ” เมื่อวันที่ ๑๒ กุมภาพันธ์ ๒๕๓๖ ณ ห้องประชุมใหญ่ อาคารใหม่ รัฐสภา, ใน วิวัฒน์ คดิธรรมนิตย์ (บรรณาธิการ), *เพ็ญอ้าง*, หน้า ๒๐๖

๘ อานันท์ กาญจนพันธุ์, สิทธิในการเข้าถึงทรัพยากร: สถานภาพการศึกษาเกี่ยวกับวิธีคิด, ใน อานันท์ กาญจนพันธุ์ (บรรณาธิการ), *พลวัตของชุมชนในการจัดการทรัพยากร กระบวนทัศน์ และนโยบาย*, กรุงเทพฯ ๑, พ.ศ. ๒๕๔๓, หน้า ๕๑

๙ โปรดดู เจิมศักดิ์ ปิ่นทอง (บรรณาธิการ), *วิวัฒนาการของการบุกเบิกที่ดินทำกินในเขตป่า, พิมพ์ครั้งที่ ๒, สถาบันชุมชนท้องถิ่นพัฒนา*, กรุงเทพฯ, พ.ศ. ๒๕๓๕; ศยามล ไกยูรวงศ์, *ปัญหาทางกฎหมายและนโยบายของการใช้อำนาจรัฐที่เกี่ยวกับการจัดการที่ดินในเขตป่า, วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย*, กรุงเทพฯ ๑, พ.ศ. ๒๕๓๘

๑๐ โปรดดู คำอภิปรายของ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, ในบันทึกการเสวนา “นโยบายและมาตรการทางนิติบัญญัติ” เมื่อวันที่ ๑๒ กุมภาพันธ์ ๒๕๓๖ ณ ห้องประชุมใหญ่ อาคารใหม่ รัฐสภา, ใน วิวัฒน์ คดิธรรมนิตย์ (บรรณาธิการ), *เพ็ญอ้าง*, หน้า ๒๐๕ และโปรดดู บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, *ข้อสังเกตเชิงกฎหมายและนโยบายที่เกี่ยวกับทรัพยากรธรรมชาติ*, ใน วิวัฒน์ คดิธรรมนิตย์ (บรรณาธิการ), *เรื่องเดียวกัน*, หน้า ๔๕๘

- ๑๑ โปรดดู บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, “พัฒนาการของกฎหมาย “ป่าไม้” ไทย: จาก “บุกเบิก” ที่ได้รับการส่งเสริม มาเป็น “บุกรุก” ที่ต้องจับกุม, ใน เสน่ห์ จามริก และ ชส สันตสมบัติ (บรรณาธิการ), ป่าชุมชนในประเทศไทย: แนวทางการพัฒนา, เล่ม ๑, หน้า ๘๔-๘๕
- ๑๒ โปรดดูคำอภิปรายของ ปรีชา สุวรรณทัต, ในบันทึกการเสวนา “นโยบายและมาตรการทางนิติบัญญัติ” เมื่อวันที่ ๑๒ กุมภาพันธ์ ๒๕๓๖ ณ ห้องประชุมใหญ่ อาคารใหม่ รัฐสภา, ใน วิวัฒน์ ศดิชรรณิตย์(บรรณาธิการ), สิทธิชุมชน การกระจายอำนาจจัดการทรัพยากร, กรุงเทพฯ ๑, ๒๕๓๖, หน้า ๒๑๘
- ๑๓ คำอภิปรายของ ปรีชา สุวรรณทัต, เพิ่งอ้าง, หน้า ๒๒๐.
- ๑๔ โปรดดู วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, สิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2540, กรุงเทพฯ ๑ : วิญญูชน พ.ศ. 2543, หน้า 57-61 ตัวเน้นโดยผู้เขียน
- ๑๕ Robert Hettlage, “Gemeinschaft” in: Staatslexikon, Bd.II, Freiburg i.Br. u.a., 1995, S.850; See also Will Kymlicka, Introduction, in Kymlicka (ed), The Rights of Minority Cultures, Oxford 1995 (reprinted 1997), pp.4; Vernon van Dyke, “The Individual, the State, and ethnic Communities in Political Theory”, in Kymlicka (ed), The Rights of Minority Cultures, Oxford 1995 (reprinted 1997), pp.34.
- ๑๖ ผู้สนใจโปรดดู ปรีดี เกษมทรัพย์, “ความคิดกฎหมายธรรมชาติสมัยใหม่” ใน นิติปรัชญา, พิมพ์ครั้งที่ ๖, โครงการตำราคณะนิติศาสตร์ มธ., พ.ศ. ๒๕๔๕, หน้า ๑๘๕-๒๒๓
- ๑๗ คำอธิบายเกี่ยวกับการคลี่คลายทางความคิดจากกฎหมายธรรมชาติสมัยใหม่ที่เพี้ยนไปจนกลายเป็นความคิดแบบสำนักกฎหมายบ้านเมืองนี้ที่ที่สุดในภาษาไทยเห็นจะได้แก่คำอธิบาย

ของ ปรีดี เกษมทรัพย์, “ความคิดสำนักกฎหมายบ้านเมือง”, ใน นิติปรัชญา, พิมพ์ครั้งที่ ๖, โครงการตำราคณะนิติศาสตร์ มธ., พ.ศ. ๒๕๔๕, หน้า ๒๔๗-๒๖๔.

๑๘ Ernest Barker, “Introduction” in Otto Gierke, *Natural Law and the Theory of Society*, Boston, 1950, p.xvii

๑๙ Leon Duguit เป็นศาสตราจารย์ทางกฎหมายประจำมหาวิทยาลัย Bordeaux ในสาขากฎหมายมหาชน และนิติปรัชญา และได้ชื่อว่าเป็นผู้ที่ชักนำให้นักกฎหมายหันมาสนใจข้อเท็จจริงทางสังคม และชี้ให้เห็นว่าภารกิจของนักกฎหมายไม่ได้อยู่ที่การปรับใช้บทกฎหมายใดๆ แต่อยู่ที่การใช้กฎหมายมาแก้ปัญหาให้แก่สังคม แม้ Duguit มักจะเรียกตัวเองว่าเป็น positivist แต่ก็หมายถึงทัศนคติที่พึงเล็งข้อเท็จจริงทางสังคมเป็นหลัก ไม่ใช่เป็น Legal Positivism หรือสำนักกฎหมายบ้านเมือง ดังนั้นจึงมักจัดว่า Duguit เป็นนักคิดในสำนักธรรมเนียมที่ฟื้นคืนมาใหม่โดยใช้วิธีการทางสังคมวิทยาทำความเข้าใจกฎหมาย โปรดดู Carl J. Friedrich, *The Philosophy of Law in Historical Perspective*, 2nd ed, Chicago 1963, p.178 n.2; Edgar Bodenheimer, *Jurisprudence, The Philosophy and Method of the Law*, 2nd edition, Cambridge 1974, p.147

๒๐ Duguit, *Law in the Modern State*, (Transl. By H. and F. Laski), London 1921, p.265.

๒๑ Ernest Barker, “Introduction” in Otto Gierke, *Natural Law and the Theory of Society*, Boston, 1950, p.xxvi-xxvii

๒๒ Edward S. Corwin, “The “Higher Law” Background of American Constitutional Law”, 42 *Harvard Law Review* (1929) 365, at 382 อธิบายว่าหลักคำสอนของ Duguit ก็คือการนำเอาความคิดของ Locke มากลับหัวกลับหางเสียนั่นเอง

๒๓ Edgar Bodenheimer, Jurisprudence, The Philosophy and Method of the Law, 2nd edition, Cambridge 1974, p.147.

๒๔ Frederick Hallis, Corporate Personality, A Study in Jurisprudence, London 1930 (reprinted 1978), p.86ff.

๒๕ Otto von Gierke เป็นศาสตราจารย์ทางกฎหมายที่มหาวิทยาลัยแห่งกรุงเบอร์ลิน ซึ่งได้ทำการค้นคว้าวิจัยพัฒนาการของชุมชนเยอรมันในสมัยกลางและสมัยใหม่ โดยได้พัฒนาขึ้นเป็นทฤษฎีขึ้นชั้นความมีตัวตนของหมู่คณะว่ามีอยู่ตามธรรมชาติ (reality of group-entity) และเป็นที่รับรู้รับรองของระบบกฎหมายมาตั้งแต่สมัยกลาง จนเป็นรากฐานของหลักนิติบุคคลตามความเป็นจริง Doctrine of Real Corporate Personality ตำราที่สำคัญของท่านผู้นี้คือ Das deutsche Genossenschaftsrecht, 4 Bde, Berlin 1868/1913 มีทั้งสิ้น ๔ เล่ม ส่วนหนึ่งของตำราเล่มที่ ๓ ได้รับการแปลโดย Maitland , Gierke's Political Theories of the Middle Age, Cambridge, 1900 ต่อมา Ernest Barker ได้แปลส่วนหนึ่งของเล่มที่ ๔ โดยใช้ชื่อว่า Natural Law and the Theory of Society 1500-1800, Boston (reprinted 1960) ผู้สนใจโปรดดู Frederick Hallis, "The Theory of the Reality of Corporate Persons: Otto von Gierke" in: Corporate Personality, A Study in Jurisprudence, London 1930 (reprinted 1978), pp.137ff.

๒๖ ผู้สนใจรายละเอียดเกี่ยวกับแนวคิดของ Savigny และสำนักประวัติศาสตร์ โปรดดู ปรีดี เกษมทรัพย์, "ความคิดสำนักประวัติศาสตร์", ใน นิติปรัชญา, พิมพ์ครั้งที่ ๖, โครงการตำราคณะนิติศาสตร์ มธ., พ.ศ. ๒๕๔๕, หน้า 225-245.

๒๗ Rudolf Huebner, A History of Germanic Private Law, (Translated by Francis S. Philbrick), New York, 1968, § 23, p.159.

๒๘ Savigny, Das System des heutigen römischen Rechts, Berlin 1940, Bd.II, §60

๒๙ Savigny, Das System des heutigen römischen Rechts, Berlin 1940, Bd.II, §85-86, 86 note b

๓๐ ผู้สนใจโปรดดู Frederick Hallis, “The Fiction Theory: F.C. von Savigny and A.V. Dicey” in: Corporate Personality, A Study in Jurisprudence, London 1930 (reprinted 1978), pp.5-28.

๓๑ Beseler เป็นศาสตราจารย์ทางกฎหมายที่มหาวิทยาลัยบาเซิลในสวิส และในมหาวิทยาลัยเยอรมันตอนเหนือหลายแห่ง ก่อนจะมาเป็นศาสตราจารย์ที่มหาวิทยาลัยในกรุงเบอร์ลิน คำราที่มีชื่อเสียงของท่านชื่อว่า Volksrecht und Juristenrecht (1843) หรือแปลเป็นไทยได้ว่า “กฎหมายชาวบ้าน กับ กฎหมายของนักกฎหมาย” ซึ่ง Beseler ได้เน้นความสำคัญของกฎหมายชาวบ้านเป็นด้านหลัก คำราสำคัญอีกชุดหนึ่งซึ่งเขียนขึ้นประชันกับคำราว่าด้วยระบบกฎหมายโรมันสมัยใหม่ (Das System des heutigen römischen Rechts, Berlin 1940) ของ Savigny ก็คือคำราว่าด้วยระบบกฎหมายเอกชนของชนชาติเยอรมัน (System des gemeines deutschen Privatrechts, 3Bde, 1835-40)

๓๒ ผู้สนใจโปรดดู Frederick Hallis, “The Theory of the Reality of corporate Persons: Otto von Gierke” in: Corporate Personality, A Study in Jurisprudence, London 1930 (reprinted 1978), pp.137ff.

๓๓ universitas แบ่งออกเป็น universitas personarum ซึ่งหมายถึงคณะบุคคลซึ่งรวมกันเป็นสมาคมหรือชุมชน กับ universitas bonorum ซึ่งหมายถึงกองทรัพย์สินซึ่งมีผู้อุทิศเพื่อประโยชน์สาธารณะอย่างใดอย่างหนึ่ง เช่น วัด หรือสถาบันทางศาสนา มูลนิธิ เป็นต้น

๓๔ ตัวอย่างเช่น ชุมชนหมู่บ้าน (Sippe) ชุมชนท้องถิ่น (Mark-associations), ชุมชนเกษตรกร (Gehöferschaften) ฯลฯ ซึ่งส่วนใหญ่ยังคงดำรงอยู่ต่อมาจนถึงศตวรรษที่ ๑๙ และบางส่วนยังคงตกทอดมาถึงปัจจุบัน ผู้สนใจโปรดดู Rudolf Huebner, Specific Types of Communities in

Germanic Law, in: A History of Germanic Private Law, (translated by Francis S. Philbrick), New York, 1968, ? 16, pp.114-159.

๓๕ Gierke, Die Genossenschaftstheorie, Berlin, 1887, S.609

๓๖ N.R. Dalloz “Personne morale” in Dictionnaire de Droit, Nr.3, Paris 1944; Planiol-Ripert., Trait? Pratique de Droit Civil Francais, Bd.I (Savatier), Paris, 1948ff., Nr. 68; Carbonnier, Droit Civil, Bd. I, 1947, Nr.87B.

๓๗ Raymond Saleilles เป็นศาสตราจารย์ทางกฎหมายแพ่ง และกฎหมายแพ่งเปรียบเทียบ แห่งมหาวิทยาลัยเกรอนอบล์ (Grenoble) และมหาวิทยาลัยปารีส ในประเทศฝรั่งเศส ท่านเป็น นักนิติศาสตร์ที่มีชื่อเสียงอย่างยิ่งในเรื่องสัญญา ละเมิด และกฎหมายอาญา ซึ่งในฝรั่งเศสจัดเป็นส่วนหนึ่งของวิชากฎหมายแพ่ง ในปัจจุบันเมื่อมีการกล่าวถึงสัญญาสำเร็จรูป (standard form contract) ก็มักจะมีการกล่าวถึงผลงานบุกเบิกศึกษาในเรื่องนี้ของท่านไว้ด้วยเสมอ Saleilles ได้อุทิศตนให้แก่การศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายฝรั่งเศสและกฎหมายเยอรมัน โดยเฉพาะอย่างยิ่งในเรื่อง การแสดงเจตนา นิติกรรม สัญญา และหนี้ และได้นำเอาทฤษฎีและข้อคิดใหม่ๆของนักนิติศาสตร์เยอรมันมาเผยแพร่ในฝรั่งเศสจนเป็นที่รู้จักกันกว้างขวางในสมัยของท่าน

๓๘ Saleilles, De la personalit? Juridique, 2nd edition, Paris 1922, p.113.

๓๙ Saleilles, De la personalit? Juridique, 2nd edition, Paris 1922, p.366.

๔๐ Savigny, Das System des heutigen r?mischen Rechts, Berlin 1940, Bd.II, ?89.

๔๑ Frederick Hallis, Corporate Personality, A Study in Jurisprudence, London 1930 (reprinted 1978), p.12-14.

๔๒ กล่าวกันว่าการจุดประกายความคิดและนำไปสู่การถกเถียงกันขนานใหญ่ระหว่างนักกฎหมายในโลกแองโกล-อเมริกันนั้นเกิดขึ้นหลังจากได้มีการแปลผลงานของ Gierke ออกพิมพ์เผยแพร่ใน ค.ศ. ๑๙๐๐ โดย Maitland (Otto von Gierke, *Political Theories of the Middle Age* (F.W. Maitland trans. 1st ed. 1900). โปรดดู Mark M. Hager, *The Progressive History of Organizational “Real Entity” Theory*, in: 50 U.Pitt.L.Rev. 575, 580; ผลงานที่น่าสนใจในระยะใกล้เคียงกันนี้ได้แก่ Ernst Freund, *The legal Nature of Corporations*, 1897; George Deiser, *The Juristic Person*, 57 U.P.A.L.Rev.(1909), p.300; Pollock, *Has the Common Law Received the Fiction Theory of Corporations?*, 27 LQR (1911), p.219ff.; Harold Laski, *The Personality of Associations*, 29 Harv.L.Rev. (1916) 404; James Carter, *The Nature of the Corporation as a Legal Entity*, 1919

๔๓ กฎหมายที่ใช้บังคับในปัจจุบันคือ Companies Act 1985

๔๔ *Salomon v. A.Salomon & Co. Ltd.* (1897) A.C.22

๔๕ *Daimler Co.Ltd. v. Continental Tyre and Rubber Co. (Great Britain) Ltd* [1916] 2 AC 307

๔๖ ในคดี *Taff Vale Railway v. Amalgamated Society of Railway Servants*[1901] App. Cas.426 ศาลพิพากษาว่าสหภาพแรงงานที่ยังมิได้จดทะเบียนเป็นนิติบุคคลก็เป็นคู่ความในคดีได้

๔๗ โปรดดู Mark M. Hager, *The Progressive History of Organizational “Real Entity” Theory*, in: 50 U.Pitt.L.Rev. 575, 589.

๔๘ *Citizen’s Life Assurance Co. v. Brown* [1904] App. Cas. 423 (P.C.) ซึ่งต่างจากแนวบรรทัดฐานคำพิพากษาที่มีมาแต่เดิมว่านิติบุคคลไม่ต้องรับผิดชอบในการกระทำละเมิดของเจ้าหน้าที่ที่นอกเหนืออำนาจหน้าที่ ดังที่เคยมีมาในคดี *Poulton v. London and South Western Railway*

Co., 2 L.R.-Q.B.534 ซึ่งศาลพิพากษาว่าผู้ประกอบการขนส่งไม่ต้องรับผิดชอบการละเมิดเพื่อการที่นายสถานีทำละเมิดด้วยการจับกุมผู้โดยสารรายหนึ่งฐานไม่จ่ายค่าโดยสารต่างๆ ที่ไม่มีอำนาจที่จะจับได้

๔๙ Rex v. Poplar Borough Council [1921] 38 T.L.R.5

๕๐ เห็นได้จากคดี Central Railroad and Banking Co. v. Smith [1885] 75 Ga.772 ซึ่งศาลพิพากษาให้บริษัทขนส่งต้องรับผิดชอบใช้ค่าเสียหายเนื่องจากการที่เรือกลไฟลำหนึ่งจมลง แม้ว่าการออกเรือดังกล่าวจะเป็นการกระทำนอกขอบวัตถุประสงค์ของบริษัทก็ตาม และในอีกคดีหนึ่ง คือคดี Nims v. Mount Hermon Boy's School [1893] 160 Mass.177, 35 N.E.776 ซึ่งศาลพิพากษาให้โรงเรียนต้องรับผิดชอบเพื่อความเสียหายอันเกิดจากการกระทำละเมิดอันเกิดจากประกอบกิจการเดินเรือข้ามฟากของโรงเรียน ทั้งๆ ที่การประกอบกิจการนั้นอยู่นอกขอบวัตถุประสงค์ (ultra vires) ของโรงเรียน.

๕๑ เห็นได้ชัดในงานของ George Deiser, The Juristic Person, 57 U.P.A.L.Rev.(1909); Harold Laski, The Personality of Associations, 29 Harv.L.Rev. (1916) 404; James Carter, The Nature of the Corporation as a Legal Entity, 1919

๕๒ โปรดดู Maitland (Otto von Gierke, Political Theories of the Middle Age (F.W. Maitland trans. 1st ed. 1900), p.xxvii ซึ่งอธิบายว่า Gierke ได้แสดงความชื่นชมในองค์กรปกครองตนเองในรูปของเมืองอิสระ (Free City) ในสมัยกลางเป็นอย่างยิ่งในฐานะที่เป็นแบบอย่างแสดงความมีตัวตนขององค์กรปกครองตนเองที่ดำรงอยู่โดยสภาพไม่ใช่เป็นสิ่งที่กฎหมายกำหนดหรือสมมติให้มีขึ้น และ Maitland เองก็กล่าวว่าเป็นการยากที่จะกล่าวได้ว่า Free City ในสมัยกลางเหล่านั้นแท้จริงแล้วเป็นเทศบาลเมืองหรือเป็นรัฐอธิปไตย แนวคำอธิบายทำนองนี้ปรากฏให้เห็นได้ในคำราของ Pollock and Maitland, The History of English Law, 2nd Ed (1898), p.532-539 ซึ่งอธิบายการปกครองตนเองแบบประชาธิปไตยดั้งเดิมของอังกฤษในองค์กรปกครองท้องถิ่นที่เรียกว่า

counties and hundreds; และโปรดดู Mark M. Hager, The Progressive History of Organizational “Real Entity” Theory, in: 50 U.Pitt.L.Rev. 575, 612 ซึ่งชี้ให้เห็นว่าองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นไม่ใช่ส่วนหนึ่งของรัฐที่แยกออกมาจากรัฐส่วนกลาง แต่เป็นองค์กรของประชาชนที่ดำรงอยู่ในความเป็นจริงและรัฐให้การรับรอง อย่างที่ Dicey เคยกล่าวไว้ว่า “not by fiction of law, but by the very nature of things” ซึ่งเป็นการยืนยันทฤษฎีความมีตัวตนโดยสภาพขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น; นอกจากนี้ Laski, The Personality of Associations, 29 Harv.L.Rev. (1916) 404, 409 ก็ได้กล่าวไว้อย่างน่าฟังว่าการจะเข้าใจองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นหรือสมาคมได้อย่างแท้จริงนั้นไม่สามารถเริ่มจากการอธิบายว่าสถาบันเหล่านี้เป็นส่วนหนึ่งของรัฐ แต่ต้องเริ่มจากการยอมรับว่าองค์กรปกครองท้องถิ่นและบรรดาสมาคมทั้งปวงเป็นของที่มีอยู่จริง มีตัวตนเป็นเบื้องต้นแห่งหน่วยสังคมทั้งปวง กล่าวอย่างถึงที่สุดแล้วรัฐอธิปไตยต่างหากที่ไม่มีอยู่จริง ที่มีอยู่จริงก็คือองค์กรท้องถิ่นและสมาคมทั้งหลายที่ปกครองตนเองนั่นเอง ภายใต้นี้แนวคิดเช่นนี้ Laski เชื่อว่าสังคมจะก้าวไปสู่สังคมแห่งการปกครองตนเอง และการที่อำนาจปกครองตกไปอยู่ในมือของบุคคลที่รวมกันเป็นสมาคมมากขึ้นเรื่อยๆ ก็จะทำให้การปกครองมีประสิทธิภาพเพิ่มขึ้นและขณะเดียวกันก็มีเสรีภาพยิ่งขึ้นด้วย โปรดดู Laski, The Pluralistic State, 28 Phil.Rev. (1919) 562

๕๓ Georg Jellinek, System der subjektiven öffentlichen Rechte, 2.Aufl., 1905, S.86ff., ders, Allgemeine Staatslehre, 1914, S.418ff.

การรับรองสิทธิชุมชนในระดับนานาชาติ

๑. ความหมายของสิทธิชุมชน

ในแง่ทฤษฎีทางกฎหมายนั้น อาจกล่าวได้ว่าคำว่า “ชุมชน (Communities)” ในฐานะที่เป็นคณะบุคคลหรือหมู่คณะซึ่งดำเนินวิถีชีวิตร่วมกัน โดยมีเป้าหมายที่จะดำเนินกิจการอย่างใดอย่างหนึ่ง โดยเฉพาะและมีสายสัมพันธ์ระหว่างกัน ตามธรรมชาติ กับ “ประชาชน (Peoples)” นั้น แท้จริงแล้วมีความหมายอย่างเดียวกัน คือหมายถึงกลุ่มบุคคลซึ่งรวมกันอยู่ได้บังคับของสถาบันหรือแบบแผนในการดำเนินชีวิตหรือการปกครองอย่างใดอย่างหนึ่ง ในมุมมองของนักกฎหมายระหว่างประเทศอย่าง Ian Brownlie นั้น คำว่า “ชุมชน Community” ตั้งอยู่บนฐานทางความคิดทำนองเดียวกันกับ “ชนชาติ (nationalities)” “ประชาชน (peoples)” “ชนกลุ่มน้อย (minorities)” และ “ชนพื้นเมือง (indigenous populations)”^๑ อย่างไรก็ตาม เป็นที่ยอมรับกันว่า ความหมาย และความเป็นมาของสิทธิชุมชนยังไม่เป็นที่เข้าใจกันกว้างขวางนัก แม้ในวงนักนิติศาสตร์ไทยก็ยังมีผู้เข้าใจไขว่เขวว่าสิทธิชุมชน (Communities Right) ในฐานะที่เป็นสิทธิของผู้ทรงสิทธิที่ไม่ใช่ทุกคนแต่ละคนและไม่ใช่สิทธิของรัฐ เป็นสิ่งที่โลกตะวันตกไม่รู้จัก^๒ ในขณะที่วงวิชาการนิติศาสตร์ในยุโรปก็ดี ในสหรัฐอเมริกาที่ดี ได้ยอมรับสิทธิชุมชนในฐานะที่เป็นสิทธิรวมหมู่หรือสิทธิส่วนรวมของชุมชน (Collective Right) มานานแล้ว เพียงแต่ถือกันว่าสิทธิชนิดนี้ได้คลาญความสำคัญลงไปในสมัยใหม่เท่านั้น^๓ ดังนั้นเมื่อกล่าวถึงสิทธิชุมชนในงานวิจัยนี้เราจึงหมายถึงสิทธิชุมชนหรือสิทธิของประชาชนที่รวมกันเป็น

กลุ่มก้อนและดำเนินชีวิตร่วมกันภายใต้แบบแผนการปกครองที่แน่นอนอย่างใดอย่างหนึ่งในความหมายอย่างกว้าง ซึ่งหมายรวมทั้งชุมชนทั่วไป ชุมชนท้องถิ่น (Local Community) และชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิม (Traditional Local Community) ในฐานะที่เป็นหมู่คณะที่ดำเนินวิถีชีวิตร่วมกันและเป็นที่รับรู้แก่สาธารณชน ในลักษณะที่ได้รับการยอมรับว่ามีตัวตนและมีความสามารถมีสิทธิในทางใดทางหนึ่งด้วย

๑.๑ รัฐกับชุมชน

จุดตั้งต้นของแนวคิดเรื่องสิทธิชุมชนที่สำคัญและนำมาสู่การถกเถียงทางทฤษฎีกฎหมายจนทุกวันนี้ก็คือ การเกิดขึ้นของรัฐสมัยใหม่ ในฐานะเป็นชุมชนการเมืองหรือองค์การจัดตั้งทางการเมืองสูงสุดในแต่ละสังคม ซึ่งมีความสามารถและอำนาจหน้าที่ในการจัดระเบียบการปกครองอย่างเป็นกิจจะลักษณะ โดยแสดงออกในรูปการตรากฎเกณฑ์สังคมและบังคับใช้อย่างมีแบบแผน จึงเป็นผู้ทรงสิทธิทางกฎหมายระหว่างประเทศในคริสต์ศตวรรษที่ ๑๗ ดังจะเห็นได้จากคำสอนของ Hugo Grotuius, Samuel Pufendorf, John Locke เป็นต้น หรือกล่าวอีกอย่างหนึ่งได้ว่า ได้เกิดการยอมรับตัวตนของรัฐและความสามารถมีสิทธิในฐานะผู้ทรงอำนาจอธิปไตย ในความหมายที่เป็นผู้ทรงสิทธิเหนือเขตแดน หรือสิทธิเด็ดขาดแต่ผู้เดียวเหนือบูรณภาพแห่งดินแดนและพลเมืองในดินแดนนั้น หรือเรียกอีกอย่างหนึ่งว่าเป็นรัฐเอกราชนั่นเอง อันที่จริงการรับรองความมีตัวตน และอำนาจอธิปไตยของรัฐสมัยใหม่ในโลกตะวันตกในศตวรรษที่ ๑๗ หลังสนธิสัญญาเวสต์ฟาเลี่ยนนั้น กล่าวได้ว่าเป็นการอ้างความชอบธรรมในการรับรองตัวตนของรัฐฆราวาสให้เป็นอิสระ และมีฐานะเคียงคู่กับศาสนจักรซึ่งเป็นชุมชนทางศาสนาที่มีตัวตนและมีฐานะครอบงำอยู่ก่อนยุคของรัฐสมัยใหม่เท่านั้น ในสมัยใหม่นี้เอง เมื่อรัฐได้รับการยอมรับว่าเป็นชุมชนทางการเมืองที่มีตัวตน มีอำนาจและมีสิทธิ ก็เกิดพัฒนาการทางความคิดด้วยรัฐสืบเนื่องกันมาจนถึงศตวรรษที่ ๒๐ ในขณะที่นักปราชญ์สมัยใหม่ในศตวรรษที่ ๑๘ ต่างพากันมองชุมชนที่คนมีชีวิตอยู่ร่วมกันตามจารีตประเพณีในฐานะที่เป็น

หน่วยสังคมของชนล้าหลังที่ดำเนินวิถีชีวิตไปตามยถากรรม ปราศจากการจัดตั้งองค์กรปกครองอย่างมีระเบียบแบบแผน จึงยังไม่พร้อมที่จะปกครองตนเอง ต้องอยู่ภายใต้การคุ้มครองดูแลและทะนุบำรุงโดยผู้บุกเบิกที่มีวัฒนธรรมสูงกว่าโดยเฉพาะจากรัฐส่วนกลาง หรือผู้ปกครองอาณานิคม^๔ และมาถึงยุคหลังๆ แนวคิดทำนองนี้ได้ก่อให้เกิดความเข้าใจก้าวไปไกลถึงขนาดเชื่อว่ารัฐเป็นศูนย์กลางของทุกสิ่งทุกอย่าง จนถึงกับปฏิเสธความมีตัวตนของชุมชนอย่างอื่นที่ไม่ได้รับอาณัติจากรัฐ

๑.๒ ชนชาติส่วนน้อย กับชุมชน

ชุมชนในระดับถัดลงมาจากรัฐซึ่งกฎหมายระหว่างประเทศให้การยอมรับความมีตัวตนในฐานะที่เป็นชุมชนทางการเมืองก็คือ**ชุมชนของชนชาติส่วนน้อย (Minorities)** ซึ่งเป็นกลุ่มชนที่มีวิถีชีวิต เชื้อชาติ ภาษา หรือ ศาสนาร่วมกันตามแบบแผนเดียวกัน แต่มีข้อแตกต่างจากชุมชนของชนชาติส่วนใหญ่หรือที่มีฐานะครอบงำในรัฐนั้นๆ ตรงที่ชนชาติส่วนน้อยมีลักษณะคือยสิทธิหรือถูกข่มให้ไม่อาจแสดงตนในฐานะเจ้าของประเทศ หรือขาดความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกับชนชาติที่มีอำนาจปกครอง ในแง่กฎหมายระหว่างประเทศนั้น ได้มีการรับรองความมีตัวตนและมีสิทธิของชุมชนที่เป็นชนชาติส่วนน้อยในรูปของการรับรองเสรีภาพในการนับถือศาสนา มาตั้งแต่คราวสนธิสัญญาเวสต์ฟาเลียในศตวรรษที่ ๑๗ และหลังสงครามโลกนานาอารยประเทศต่างก็เห็นพ้องด้วยกับการคุ้มครองสิทธิของบุคคลที่อยู่รวมกันเป็นชนชาติส่วนน้อยในการกำหนดชะตากรรมตนเอง (Self-Determination) การธำรงรักษาจารีตประเพณีและวัฒนธรรมของตนเอง (Cultural Identity) และการไม่ถูกเลือกปฏิบัติ (Non-Discrimination) ซึ่งแสดงให้เห็นได้จากกฎบัตร กติกาอนุสัญญา ปฏิญญาและตราสารระหว่างประเทศฉบับต่างๆ เป็นอันมาก อย่างไรก็ดี ปัญหาการคุ้มครองชนชาติส่วนน้อยนี้ได้เป็นปัญหาสำคัญและยังคงก่อให้เกิดข้อพิพาทระหว่างประเทศเรื่อยมาจนปัจจุบัน

๑.๓ ประชาชน กับชุมชน

สิทธิชุมชนอีกพวกหนึ่งคือสิทธิของประชาชน หรือบางทีก็เรียกกันว่าสิทธิของปวงชน (Peoples' Rights) อันเป็นสิทธิที่ได้รับการรับรองขึ้นหลังสงครามโลกครั้งที่สอง โดยเฉพาะการรับรองสิทธิของประชาชนในประเทศอาณานิคมของมหาอำนาจต่างๆ ก่อนสงครามโลกที่จะประกาศตนเป็นรัฐเอกราช และมีการปกครองของตนเอง และแม้จะไม่มีการนิยามความหมายของประชาชนหรือปวงชน และอะไรเป็นเพียงกลุ่มชาติพันธุ์ (ethnic group) หรือชุมชนทางวัฒนธรรม หรือศาสนา (cultural or religious community) ไว้อย่างแจ่มชัด ก็เป็นที่เข้าใจกันว่าประชาชน (Peoples) หมายถึงคณะบุคคลที่มีความผูกพันร่วมกันในทางวัฒนธรรม วิถีชีวิต ชะตากรรม หรือสิ่งจูงใจทางสังคมอย่างอื่นที่มีมาตามธรรมชาติของการอยู่ร่วมกันจนเกิดความรู้สึกเป็นหมู่เหล่าที่มีความเป็นตัวของตัวเองแตกต่างจากหมู่คณะอื่นและมีความเข้มแข็งถึงขนาดที่จะยื่นหลักประกาศเจตนาที่จะกำหนดชะตากรรมของตนเอง (Self-Determination) ด้วยการจัดตั้งกันเป็นชุมชนการเมืองที่เป็นรัฐเอกราชในยุคหลังสงครามโลกครั้งที่สองได้นั่นเอง

แต่ด้วยเหตุที่การกล่าวอ้างสิทธิของประชาชนในสาระสำคัญ ๒ ประการคือสิทธิในการกำหนดชะตากรรมของตนเอง และสิทธิที่จะได้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ และอาศัยทรัพยากรธรรมชาติเป็นฐานในการดำรงชีพ เป็นการกล่าวอ้างที่มีแนวโน้มที่จะกระทบต่อประโยชน์ของรัฐที่เกี่ยวข้อง ทั้งในแง่ของการแบ่งแยกดินแดน และการล่งล้าเขตแดนเพื่อถือเอาประโยชน์จากทรัพยากร จนอาจก่อให้เกิดข้อพิพาทระหว่างรัฐต่างๆ มากขึ้นทุกที สหประชาชาติจึงได้จัดทำปฏิญญาว่าด้วยการให้เอกราชแก่ดินแดนอาณานิคมและประชาชน ค.ศ. ๑๙๖๐ (Declaration on the Granting of Independence to Colonial Countries and Peoples 1960) โดยกำหนดไว้ในมาตรา ๖ ในทำนองว่า การใช้สิทธิกำหนดชะตากรรมตนเองในลักษณะที่มุ่งต่อการก่อกวนความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันในชาติ หรือกระทบต่อบูรณภาพเหนือเขตแดนของประเทศใดประเทศหนึ่งไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วนถือว่าเป็น

การกระทำที่ไม่สอดคล้องกับความมุ่งหมายและหลักการของกฎบัตรสหประชาชาติ และต่อมาอีก ๑๐ ปี การเคลื่อนไหวเรียกร้องเอกราชที่ยังคงดำเนินต่อไปเรื่อยๆ ก็ได้ทำให้มีการประกาศปณิญาว่าด้วยหลักกฎหมายระหว่างประเทศเกี่ยวกับความสัมพันธ์ฉันมิตรและความร่วมมือกันระหว่างประเทศตามกฎบัตรสหประชาชาติ ค.ศ. ๑๙๗๐ (Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Co-operation among States in Accordance with the Charter of the United Nations 1970) เพื่อกำหนดเงื่อนไขว่าการดำเนินการใดๆ ที่อาจกระทบต่อบูรณภาพแห่งดินแดนรัฐเอกราชใดๆ ไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วน จะกระทำมิได้ หากรัฐนั้นประพฤติดนต้งมั่นอยู่ในการให้ความเคารพต่อหลักความเสมอภาคและการกำหนดชะตากรรมของตนเองโดยมีรัฐบาลที่เป็นผู้แทนของประชาชนหรือปวงชนที่อยู่ในดินแดนของรัฐนั้น โดยไม่มีการแบ่งแยกเชื้อชาติ ศาสนา ลัทธิ ความเชื่อ หรือสีผิว

๑.๔ ชนพื้นเมือง กับชุมชน

สิทธิชุมชนอีกพวกหนึ่งคือสิทธิชุมชนชาวพื้นเมือง หรือชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิม (Indigenous Populations) อันหมายถึงชุมชนชาวพื้นเมืองในท้องถิ่นแห่งใดแห่งหนึ่งที่มีแบบแผนในการดำเนินชีวิตที่มีลักษณะเฉพาะของตนสืบเนื่องมาแต่ดั้งเดิมและต้องตกอยู่ใต้อำนาจปกครองของชนกลุ่มอื่น ไม่ว่าจะเป็นชนชาติที่ใช้ภาษาและวัฒนธรรมคล้ายกันแต่มีแบบแผนหรือวิถีชีวิตต่างกัน หรือตกอยู่ใต้อำนาจของชนต่างชาติ ต่างภาษาต่างวัฒนธรรมซึ่งมีแบบแผนในวิถีชีวิตและการปกครองต่างกัน สิทธิของชนชาวพื้นเมืองหรือชนท้องถิ่นดั้งเดิม (Indigenous Populations) นี้คือสิทธิที่จะดำรงจารีตประเพณี วัฒนธรรมและวิถีชีวิตแบบดั้งเดิมของตนที่ตกทอดมาแต่โบราณไว้ แม้สิทธิชนิดนี้จะได้รับการยอมรับจากนักปราชญ์สายสำนักธรรมนิย (Natural Law School) และเป็นที่ยอมรับกันในสหรัฐอเมริกาตามแนวคำพิพากษาที่เกี่ยวกับสิทธิของชนเผ่าอินเดียนแดง^๕ ซึ่งถือว่าเป็นชนชาติที่มีอยู่ก่อนการประกาศอิสรภาพและจัดตั้งสหรัฐอเมริกาขึ้นก็ตาม ในระดับระหว่าง

ประเทศนั้นนับว่าสิทธิชุมชนชาวพื้นเมืองนี้เป็นสิทธิที่ได้รับการรับรองสิทธิอย่างเป็นทางการในลำดับล่าสุด เพราะไม่ปรากฏว่าได้มีการกล่าวถึงไว้โดยเฉพาะเจาะจงในคราวที่มีการประกาศปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนเมื่อ ค.ศ. ๑๙๔๘ หรือในอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการกำจัดการเลือกปฏิบัติต่อเชื้อชาติในทุกรูปแบบ ค.ศ. ๑๙๖๕ (International Convention on the Elimination of all forms of Racial Discrimination 1965)

แต่เดิมนั้นถือกันว่าสิทธิของชนพื้นเมืองเป็นส่วนหนึ่งของสิทธิของชนชาติส่วนน้อย (Minorities) แม้จะได้มีการรับรองสิทธิของชุมชนชาวพื้นเมืองอย่างเจาะจงอย่างเป็นทางการครั้งแรกในอนุสัญญาขององค์การแรงงานสากล (ILO) เกี่ยวกับการคุ้มครองและการบูรณาการชนพื้นเมืองและชนเผ่าและชนกึ่งชนเผ่าในประเทศที่ได้เอกราช ค.ศ. ๑๙๕๗ (Convention Concerning the Protection and Integration of Indigenous and other Tribal and Semi-Tribal Populations in Independent Countries 1957) การรับรองในครั้งนั้น ก็มุ่งต่อการผสมกลมกลืนชนชาวพื้นเมืองที่ถูกมองว่าเป็นพวกกล้าหลังให้เข้าเป็นส่วนหนึ่งของสังคมสมัยใหม่ จนต่อมาเมื่อเกิดมีการเรียกร้องให้รับรองความมีตัวตนและความเป็นตัวของตัวเองทางวัฒนธรรมของชนชาวพื้นเมืองซึ่งเป็นผลมาจากการเติบโตของแนวคิดว่าด้วยสิทธิมนุษยชน และสิทธิตามธรรมชาติของกลุ่มชนที่เติบโตขึ้นหลังสงครามโลกครั้งที่สอง และประกอบกันเข้ากับกระแสการเรียกร้องเสรีภาพและความเสมอภาคของกลุ่มชนที่ด้อยสิทธิต่างๆ ไม่ว่าจะเป็นกลุ่มชนผิวดำในอเมริกา และในแอฟริกา กลุ่มชนต่างชาติในกลุ่มประเทศยุโรป กลุ่มเรียกร้องการปกครองตนเองในเวียดนาม ได้กระตุ้นให้มีการเคลื่อนไหวเรียกร้องสิทธิของชนพื้นเมืองเผ่าอินเดียนในอเมริกา และมีการหยิบยกเอาการรับรองสิทธิของชุมชนชาวพื้นเมืองเผ่าอินเดียนในสหรัฐอเมริกา มาเชิดชู และได้กลายเป็นหลักการที่ได้รับการยอมรับอย่างกว้างขวาง จนมีการขยายตัวทางความคิดไปสู่ดินแดนอื่นๆ เช่น ในแคนาดาและออสเตรเลียแล้ว จึงได้มีการแก้ไขปรับปรุงอนุสัญญาเดิมที่มีมาหลังสงครามโลก และได้ตราขึ้นเป็นอนุสัญญาว่าด้วย

การคุ้มครองสถานะของชนพื้นเมืองและชนเผ่าต่างๆ ค.ศ. ๑๙๘๕ (Convention of the Status of Indigenous and Tribal Peoples 1989) เพื่อคุ้มครองสิทธิที่จะดำรงชีวิต ประเพณีและวัฒนธรรมของชนพื้นเมืองที่ตกทอดมาโดยเฉพาะ

๒. การรับรองสิทธิของชนชาติส่วนน้อยหลังสงครามโลก

๒.๑ สหประชาชาติกับการริเริ่มคุ้มครองสิทธิมนุษยชน

ในทางกฎหมายระหว่างประเทศนั้น เป็นที่ยอมรับกันว่าสาเหตุแห่งความขัดแย้งระหว่างนานาชาติอันเป็นที่มาของสงครามโลกทั้งสองครั้งนั้น ส่วนสำคัญเกิดจากการขัดแย้งผลประโยชน์ การประทุษร้ายข่มเหงและแบ่งแยกของชนในชาติ ในรูปของการกีดกันจำกัดสิทธิ ข่มเหง หรือก่อกำจัดชนชาติส่วนน้อยหรือชุมชนท้องถิ่น หรือผู้อพยพ จนลุกลามไปเป็นเครื่องชักนำให้ชาติอื่นซึ่งมีผลประโยชน์เกี่ยวข้อง ยกเป็นข้ออ้างในการเข้ามาระงับเหตุและรักษาประโยชน์ของตนจนเกิดปะทะกัน เป็นสงครามและขยายตัวเป็นมหาสงครามต่อมา ดังนั้นอารยประเทศในโลกตะวันตก ซึ่งเล็งเห็นปัญหาดังกล่าวจึงได้จัดให้มีการรับรองและส่งเสริมสิทธิชุมชนในรูปของสิทธิของชนชาติส่วนน้อยให้เข้มแข็งขึ้นอย่างกว้างขวางหลังสงครามโลกครั้งที่หนึ่ง^๖ และครั้งที่สอง ตัวอย่างการกวาดล้างชาวยิวของฮิตเลอร์ในช่วงก่อนสงครามโลกครั้งที่สองนับเป็นบทเรียนสำคัญที่ทำให้นานาชาติเกิดตระหนักขึ้นว่า การยอมรับหลักอำนาจอธิปไตย และหลักไม่เข้าแทรกแซงกิจการภายในของรัฐอื่นควรมีข้อจำกัดบางประการ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในส่วนที่เกี่ยวกับการคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์และสิทธิมนุษยชน

หลังจากตรากฎบัตรสหประชาชาติเมื่อ ค.ศ. ๑๙๔๕ และมีการจัดตั้งสหประชาชาติขึ้นแล้ว ก็ได้มีการตราอนุสัญญาขึ้นหลายฉบับเพื่อคุ้มครองสิทธิมนุษยชน และวางกลไกในการบังคับในรูปของการจัดตั้งองค์กรรับเรื่องร้องเรียนเพื่อ

นำไปสู่การพิจารณาของสหประชาชาติต่อไป อาทิเช่น Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide 1948^๓ หรือที่เรียกกันว่าอนุสัญญาว่าด้วยการป้องกันและการลงโทษความผิดอาญาฐานฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ ค.ศ. ๑๙๔๘ และ Universal Declaration of Human Rights 1948^๔ หรือปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ. ๑๙๔๙ ที่สำคัญต่อมาได้แก่ International Convention on the Elimination of all forms of Racial Discrimination 1965^๕ หรือที่เรียกว่าอนุสัญญาว่าด้วยการกำจัดการเลือกปฏิบัติต่อเชื้อชาติในทุกรูปแบบ ค.ศ. ๑๙๖๕ ในระยะเดียวกันก็ได้มีการรับรองสิทธิของชนส่วนน้อยหรือกลุ่มชุมชนต่างๆ ใน The International Covenant on Civil and Political Rights 1966^๖ หรือกติกาสากลว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง เมื่อ ค.ศ. ๑๙๖๖ ซึ่งเน้นรับรองสิทธิในการกำหนดชะตากรรมของตนเอง หรือสิทธิอัตตวินิจัย (Self-Determination) และสิทธิในการได้ประโยชน์ และอาศัยทรัพยากรธรรมชาติเป็นฐานแห่งการดำรงชีพ (Permanent Sovereignty over Natural Resources) ไว้ในมาตรา ๑ เน้นหลักการไม่เลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติ สีผิว เพศ ศาสนา และภาษาไว้ในมาตรา ๒ และได้รับการคุ้มครองสิทธิชุมชนในแง่สิทธิในการธำรงรักษาเอกลักษณ์ทางวัฒนธรรมของชนชาติส่วนน้อยไว้ในมาตรา ๒๗ โดยมีข้อความว่า

“บุคคลที่รวมกันเป็นชุมชนที่เป็นชนชาติส่วนน้อยทางเชื้อชาติ ทางศาสนา หรือทางภาษาที่อยู่ในบรรดารัฐทั้งหลาย ย่อมไม่อาจถูกกีดกันหรือปฏิเสธมิให้ใช้สิทธิในการดำรงไว้ซึ่งวัฒนธรรมของตน การนับถือและประกอบพิธีกรรมทางศาสนา หรือใช้ภาษาของตนร่วมกับสมาชิกอื่นในชุมชนนั้น”^๗

นอกจากนี้ ในปีเดียวกันนั่นเอง ยังได้มีการตรากติกาสากลว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม (International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights 1966^๘) ขึ้นโดยมีการรับรองการกำหนดชะตากรรมของตนเอง หรือสิทธิอัตตวินิจัย และสิทธิในการได้ประโยชน์ และอาศัยทรัพยากรธรรมชาติ

เป็นฐานแห่งการดำรงชีพ (Permanent Sovereignty over Natural Resources) ไว้ใน มาตรา ๑ รับรองหลักการไม่เลือกปฏิบัติในมาตรา ๒ และสิทธิในการทำงาน ในโอกาสที่เท่าเทียมกัน และการได้รับสวัสดิการสังคมในมาตรา ๖, ๗ และ ๘ ตามลำดับ และยังมีเรื่องคุ้มครองสิทธิครอบครัวในมาตรา ๑๐ สิทธิในการศึกษาใน มาตรา ๑๓ และสิทธิในการรักษาเอกลักษณ์ทางวัฒนธรรม ศาสนา การสร้างสรรค์ ทางศิลป วรรณกรรม และวิทยาการในมาตรา ๑๕ อีกด้วย

แต่ก็เชื่อว่าปัญหาจะแก้ปัญหาให้หมดไปได้เลยทีเดียว ปัญหาติมอร์ ปัญหา บอสเนีย ปัญหาปาเลสไตน์ การกวาดล้างชนเผ่าที่ไม่มีอำนาจปกครองในตะวันออก กลาง และในอาฟริกา หรือปัญหาชนชาติส่วนน้อยต่างๆ ในเอเชีย เช่นในอินเดีย ปากีสถาน พม่า หรือแม้แต่ในประเทศไทย ฯลฯ ที่ยังคงดำรงอยู่แม้ในทุกวันนี้ ล้วนเป็น เครื่องยืนยันความขัดแย้งยืดยาวให้เราเห็นได้เป็นอย่างดี นอกจากนี้ประเทศต่างๆ จำนวนไม่น้อยได้พยายามป้องกันหรือปิดกั้นการอ้างสิทธิของชุมชนที่อ้างสิทธิใน กฎหมายระหว่างประเทศด้วยการไม่ยอมรับว่ามีชนชาติส่วนน้อยในประเทศของตัวเอง เพื่อจะได้ไม่ต้องอยู่ใต้บังคับของกฎหมายระหว่างประเทศในเรื่องนี้

๒.๒ แนวคิดสิทธิมนุษยชนสามยุค

อนึ่ง เราควรตระหนักว่ากระแสการยอมรับสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐาน การรับรองหลักความเสมอภาค กัดค้านการเลือกปฏิบัติ และความเคลื่อนไหวด้าน สิทธิมนุษยชนในแง่สิทธิของปัจเจกชนหรือเอกชนแต่ละคนที่มีมาหลังสงครามโลก ครั้งที่สอง ได้ขยายตัวขึ้นบดบังสิทธิของชนชาติส่วนน้อยในฐานะเป็นสิทธิชุมชน ไป เป็นเวลานาน ทั้งนี้จะเป็นผลของความขัดแย้งทางลัทธิการเมืองในยุคสงครามเย็น อันเป็นยุคของการต่อสู้ทางความคิดและการเมืองระหว่างแนวคิดเสรีนิยมและ สังคมนิยม เป็นที่เข้าใจได้ว่าโลกเสรีนิยมได้เน้นเชิดชูสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชนเป็น ด้านหลัก ในขณะที่โลกสังคมนิยมให้ความสำคัญกับสิทธิชุมชนยิ่งกว่า แต่สิทธิ ชุมชนในโลกสังคมนิยมก็กลับถูกบดบังโดยการปกครองแบบรวมศูนย์อำนาจใน

โลกสังคมนิยมทำให้ความคิดนี้ถูกกดไว้เป็นเวลาหลายสิบปี แม้ในเอกสารของสหประชาชาติเองในช่วงปลายทศวรรษ ๑๙๗๐ ก็อธิบายว่าสิทธิตามมาตรา ๒๗ แห่งกติกาสากลข้างต้นมิใช่สิทธิของหมู่คณะในฐานะที่เป็นสิทธิรวมหมู่แต่เป็นสิทธิของบุคคลแต่ละคนซึ่งเป็นสมาชิกของชนชาติส่วนน้อยนั้น โดยให้เหตุผลว่าหากให้ความสำคัญแก่ชนชาติส่วนน้อยในฐานะเป็นกลุ่ม ก็จะชักนำให้เกิดข้อขัดแย้งระหว่างตัวแทนกลุ่มชนกับรัฐบาลซึ่งตัวแทนของประชาชนทั้งประเทศได้โดยง่าย และความพยายามรักษาเอกลักษณ์ของกลุ่มจะเป็นการตัดตอนเสรีภาพของสมาชิกในกลุ่มชนชาติส่วนน้อยที่จะเลือกกลืนกลายเข้าเป็นส่วนหนึ่งของชนส่วนใหญ่ตามความสมัครใจได้^{๑๓}

กระแสความคิดที่เรียกร้องให้มีการรับรองสิทธิชุมชนอันเป็นสิทธิรวมหมู่ มิใช่สิทธิของปัจเจกชนได้ปรากฏให้เห็นในระดับนานาชาติเมื่อ ค.ศ. ๑๙๗๗ ในคราวที่ Karel Vasak ผู้อำนวยการสำนักสิทธิมนุษยชนและสันติภาพของยูเนสโก ได้เสนอแนวคิดว่าสิทธิมนุษยชนมีพัฒนาการแบ่งออกเป็น ๓ ยุค ทำนองเดียวกับคำขวัญของการปฏิวัติฝรั่งเศสที่ว่า “เสรีภาพ เสมอภาค และภราดรภาพ” จนเป็นที่รู้จักกันทั่วโลก โดยชี้ให้เห็นว่าสิทธิมนุษยชนยุคแรกเป็นยุคแห่งเสรีภาพอันเป็นเรื่องของปัจเจกชนเรียกร้องไม่ให้รัฐล่วงละเมิด ต่อมาเป็นยุคของสิทธิมนุษยชนที่สองคือเป็นยุคสิทธิเสมอภาคอันเป็นข้อเรียกร้องของโลกสังคมนิยม โดยเฉพาะในยุโรปตะวันออก ที่เรียกร้องให้รัฐดำเนินนโยบายทั้งปวงเพื่อการชดเชยสิทธิแก่ปัจเจกชนในกลุ่มผู้เสียเปรียบและผู้ด้อยโอกาสในสังคม^{๑๔} เพื่อให้เกิดความเสมอภาคตามความเป็นจริง และจึงมาถึงสิทธิมนุษยชนยุคที่สามซึ่งเป็นยุคแห่งภราดรภาพหรือยุคแห่งความเป็นน้ำหนึ่งใจเดียวกันหรือยุคแห่งความเป็นปึกแผ่นรู้จักสามัคคี (solidarity) อันเป็นยุคแห่งข้อเรียกร้องให้ทุกฝ่ายร่วมมือกันคุ้มครองสิทธิมนุษยชนอันเป็นสิทธิรวมหมู่ทั้งในระดับโลก ระดับชาติ และระดับชุมชนท้องถิ่น โดยเฉพาะสิทธิในการพัฒนา สิทธิในสันติภาพ สิทธิในมรดกร่วมกันของมนุษยชาติ และสิทธิ

สิ่งแวดล้อมที่เหมาะสมแก่สุขภาพซึ่งจะมีได้ก็ต่อเมื่อเกิดความร่วมมือกันทั้งระดับนานาชาติ ระดับชาติ และระดับท้องถิ่นไปจนถึงการมีส่วนร่วมของเอกชนแต่ละคน

ในขณะนี้ ได้เกิดกระบวนการเรียกร้องเสรีภาพ และความเสมอภาคเท่าเทียมกันอย่างกว้างขวางไปทั่วโลก ดังจะเห็นได้จากการเรียกร้องความเสมอภาคของอเมริกันผิวดำ และอเมริกันอินเดียนในสหรัฐอเมริกา และการต่อสู้เพื่อเสรีภาพในสงครามเวียดนาม และในอาฟริกา มีการตราอนุสัญญาว่าด้วยการปราบปรามและการลงโทษความผิดอาญาเกี่ยวกับการแบ่งแยกสีผิว ค.ศ. ๑๙๖๓ (Convention on the Suppression and Punishment of the Crime of Apartheid 1973) โดยมีการกำหนดกลไกการไต่สวนและพิจารณาข้อกล่าวหาไว้ด้วย ในช่วงนี้ได้มีการริเริ่มจัดให้มีการประชุมขององค์กรเอกชนนานาชาติ (International NGO Conference) เกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติต่อชนพื้นเมืองในอเมริกาขึ้นเมื่อ ค.ศ. ๑๙๖๗ โดยเรียกร้องให้มีการรับรองชนพื้นเมือง (Indigenous Peoples) ในฐานะเป็นผู้ทรงสิทธิตามกฎหมายระหว่างประเทศ ต่อมาไม่นาน องค์การยูเนสโกก็ประกาศตราสารรับรองสิทธิและความเท่าเทียมกันทางโอกาสและจัดการเลือกปฏิบัติขึ้นในรูปของปฏิญญาได้แก่ UNESCO Declaration on Race and Racial Prejudice 1978^{๕๕} หรืออาจเรียกว่าปฏิญญาว่าด้วยเชื้อชาติ และอคติทางเชื้อชาติ ค.ศ. ๑๙๖๘ และโดยที่องค์การสหประชาชาติได้ประกาศให้ทศวรรษที่ ๑๙๖๐-๑๙๗๐ เป็นทศวรรษแห่งการพัฒนา โดยองค์การแรงงานสากลระหว่างประเทศ (ILO) ได้ผลักดันแนวคิดที่มุ่งยกระดับมาตรฐานการครองชีพของคนทั่วโลกขึ้น และองค์การสหประชาชาติได้รับรองสิทธิในการพัฒนาว่าเป็นสิทธิมนุษยชนอย่างหนึ่งและนำไปสู่การประกาศปฏิญญาว่าด้วยสิทธิในการพัฒนา ค.ศ. ๑๙๘๖ (Declaration on the Rights to Development 1986)^{๕๖} ทำให้แนวคิดเรื่องสิทธิของหมู่คณะ หรือสิทธิรวมหมู่แพร่หลายออกไปเรื่อยๆ ในระยะเดียวกันก็ได้มีการรื้อฟื้นเอาอนุสัญญาว่าด้วยการคุ้มครองและการบูรณาการชนพื้นเมืองและชนเผ่าและชนกึ่งชนเผ่าในประเทศที่ได้เอกราช ค.ศ. ๑๙๕๗ (Convention Concerning the Protection and Integration of Indigenous and other

Tribal and Semi-Tribal Populations in Independent Countries 1957^{๑๖}) ซึ่งบางทีก็เรียกกันย่อๆ ว่าอนุสัญญา ILO 107 ซึ่งมุ่งต่อการคุ้มครองชนพื้นเมืองจากการเลือกปฏิบัติขึ้นมาปรับปรุงแก้ไขเสียใหม่ และได้ตราขึ้นเป็นอนุสัญญาว่าด้วยการคุ้มครองสถานะของชนพื้นเมืองและชนเผ่าต่างๆ ค.ศ. ๑๙๘๕ (Convention of the Status of Indigenous and Tribal Peoples 1989^{๑๗}) ซึ่งมักเรียกกันย่อๆ ว่า อนุสัญญา ILO 169^{๑๘}

๒.๓ การรับรองสิทธิชุมชนยุคหลังสงครามเย็น

ดังได้กล่าวแล้วว่าแนวความคิดเรียกร้องให้รัฐทั้งหลายคุ้มครองสิทธิมนุษยชนอย่างจริงจังนี้ถูกกดให้จำกัดเน้นอยู่เฉพาะสิทธิของปัจเจกชนเป็นด้านหลักอยู่นานในช่วงสงครามเย็น ดังนั้นเมื่อสิ้นสุดยุคสงครามเย็นในช่วง ทศวรรษ ๑๙๙๐ หลังจากการเปิดกำแพงเบอร์ลินและการสลายตัวของสหภาพโซเวียตรัสเซียเป็นต้นมา^{๒๐} ความรู้สึกของชาวโลกเสรีที่หวาดเกรงการคุกคามจากลัทธิสังคมนิยมก็ผ่อนคลายลง เปิดทางให้กระแสเรียกร้องสิทธิมนุษยชนในฐานะที่เป็นสิทธิรวมหมู่ (Collective Rights) มีโอกาสขยายตัวและพุ่งขึ้นเป็นกระแสความคิดเคียงคู่กับสิทธิของปัจเจกชน (Individual Rights) ที่เด่นชัดอย่างยิ่ง และได้ผลักดันให้เกิดแนวโน้มใหม่ๆ ในการคุ้มครองสิทธิของชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิม และชุมชนชาติพันธุ์ต่างๆ ขึ้นในหลายๆ ประเทศ ภายใต้อิทธิพลแห่งความเสมอภาคในรูปการขจัดเชชสิทธิบางประการแก่กลุ่มชนผู้ด้อยโอกาส หรือเสียเปรียบ และขยายตัวออกเป็นสิทธิในการธำรงรักษาจาริตประเพณีและวัฒนธรรมของหมู่ชนต่างให้อยู่ร่วมกันฉันพี่น้องท่ามกลางความหลากหลายทางวัฒนธรรมในเวลาต่อมา

ตัวอย่างความเคลื่อนไหวด้านกติกาสถาปนาพันธกรณีระหว่างประเทศในช่วงหลังสงครามเย็น หลังทศวรรษ ๑๙๙๐ ที่นำไปสู่การรับรองสิทธิของหมู่คณะหรือสิทธิรวมหมู่ให้เข้มแข็งและยอมรับไปทั่วโลกที่สำคัญได้แก่ การประชุมสุดยอดผู้นำโลกที่กรุงริโอเดอจาเนโร ว่าด้วยการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมและการพัฒนา (Rio World Summit on the Environment and Development 1992) ซึ่งได้มีการรับรอง

Agenda 21 เป็นแนวทางการพัฒนาของโลกในศตวรรษที่ ๒๑ โดยรับรองสถานะของชนพื้นเมือง (Indigenous Peoples or Indigenous Populations) ในแง่ความเป็นชุมชนของตน หลังจากนั้นสหประชาชาติก็ได้ประกาศให้ปี ค.ศ. ๑๙๙๓ เป็นปีแห่งชนพื้นเมืองของโลก (UN International Year for the World's Indigenous Peoples) และช่วยกระตุ้นให้ชนชาวพื้นเมืองหรือชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิมทั่วโลกเคลื่อนไหวเรียกร้องการยอมรับอย่างกว้างขวางยิ่งขึ้น ในปีเดียวกันก็มีการประกาศปฏิญญาเวียนนาและแผนปฏิบัติการเวียนนาเมื่อ ค.ศ. ๑๙๙๓ (Vienna Declaration and Programme of Action 1993) ซึ่งมุ่งต่อการคุ้มครองสิทธิในการกำหนดชะตากรรมของตนเอง หรือสิทธิอัตตวินิจัยของชนชาติส่วนน้อย (Self-Determination) โดยเฉพาะ โดยรับรองให้ประชาชนหรือชุมชนได้รับรองสถานะทางการเมือง และมีเสรีภาพในการแสวงหาแนวทางพัฒนาเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรมของตัวเอง (มาตรา ๒) พร้อมทั้งเน้นความสำคัญของความหลากหลายทางประวัติศาสตร์ วัฒนธรรมและศาสนา (มาตรา ๓) การให้ความสำคัญต่อการส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิของชนชาติส่วนน้อยให้สามารถใช้สิทธิทั้งหลายได้เต็มที่โดยไม่ถูกแบ่งแยก และได้รับการรับรองความเท่าเทียมกัน รวมทั้งรับรองให้ชนส่วนน้อยได้รับการคุ้มครองในการธำรงรักษาวัฒนธรรม การประกอบพิธีกรรมทางศาสนา รวมทั้งมีเสรีภาพที่จะใช้ภาษาของตนเองได้ทั้งในทางส่วนตัวและในทางสาธารณะโดยปราศจากการแทรกแซงใด ๆ (มาตรา ๑๕) และเรียกร้องให้รัฐดำเนินการต่างๆ อย่างเป็นเอกภาพให้สอดคล้องกับกฎหมายระหว่างประเทศ เพื่อเสริมสร้างความมั่นใจในสิทธิมนุษยชนและสิทธิขั้นพื้นฐานของชนชาติส่วนน้อย บนพื้นฐานความเท่าเทียมและไม่แบ่งแยก และตระหนักถึงคุณค่าของความเป็นตัวของตัวเองและความหลากหลายทางวัฒนธรรม และส่งเสริมการจัดองค์กรทางสังคมของชนชาติส่วนน้อยเหล่านั้น (มาตรา ๒๐)

๒.๔ ตัวอย่างความเคลื่อนไหวในประเทศต่างๆ

อาจกล่าวได้ว่าแม้ประเทศไทยเองก็เป็นส่วนหนึ่งของกระแสการยอมรับสิทธิมนุษยชนในยุคหลังสงครามเย็นหรือยุคโลกาภิวัตน์ ดังจะเห็นได้จากการที่ประเทศไทยได้เข้าทำภาคยานุวัติต่อกติกาสากลว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ค.ศ. ๑๙๖๖ เมื่อวันที่ ๒๕ ตุลาคม ๒๕๓๕ และมีผลใช้บังคับกับประเทศไทยเมื่อวันที่ ๓๐ มกราคม ๒๕๔๐^{๒๑} และต่อมาก็ทำการภาคยานุวัติต่อกติกาสากลว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม เมื่อวันที่ ๕ กันยายน ๒๕๔๒ โดยมิผลบังคับกับประเทศไทยเมื่อวันที่ ๕ ธันวาคม ๒๕๔๒ ด้วยเหตุนี้จึงเป็นที่เข้าใจได้ด้วยการรับรองสิทธิชุมชนในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. ๒๕๔๐ นั้นก็ได้เกิดขึ้นท่ามกลางบรรยากาศของความตื่นตัวทางความคิดทั้งในภาคประชาชนและในภาครัฐในช่วงการเตรียมการเข้าภาคยานุวัติต่อกติกาสากลทั้งสองฉบับนี้ด้วยเช่นกัน หลังจากประกาศใช้รัฐธรรมนูญไม่นานนัก กระแสเรียกร้องให้คุ้มครองสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานและสิทธิมนุษยชนในประเทศไทยก็ได้ผลักดันให้มีการภาคยานุวัติอนุสัญญาว่าด้วยการกำจัดกาเลือกปฏิบัติต่อเชื้อชาติในทุกรูปแบบ ค.ศ. ๑๙๖๕ (International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination) ซึ่งตราขึ้นเพื่อคุ้มครองชนชาติส่วนน้อยทางเชื้อชาติขึ้นอีก โดยมีการภาคยานุวัติเมื่อ ๒๘ มกราคม ๒๕๔๖ และมีผลบังคับกับประเทศไทยเมื่อ ๒๗ กุมภาพันธ์ ๒๕๔๖^{๒๒}

ตัวอย่างทำนองเดียวกันที่พบเห็นได้ในต่างประเทศก็เริ่มปรากฏขึ้นช่วงนี้เช่นกัน เช่นในกรณีที่คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติตัดสินใจให้รัฐบาลแคนาดาจ่ายค่าชดเชยให้แก่ชนเผ่า Lubicon Cree เมื่อ ค.ศ. ๑๙๙๐^{๒๓} เพื่อทดแทนการที่รัฐบาลแคนาดาอนุญาตให้มลรัฐอัลเบอร์ตาให้สัมปทานในเขตป่าไปใช้ในการทำป่าไม้ สำนวณก๊าซและน้ำมันเป็นการละเมิดสิทธิอันตกทอดมาแต่บรรพบุรุษของเผ่า Lubicon ในการสร้างไว้ซึ่งจารีตประเพณีและวัฒนธรรมของเผ่าตนในดินแดนเขตนั่น หรือกรณีศาลสูงแห่งออสเตรเลียได้ตัดสินคดีกลับ

แนวคำพิพากษาศาลสูง และแนวนโยบายของรัฐที่ถือปฏิบัติกันมานานนับศตวรรษ ชนิดที่พลิกความคาดหมายของคนจำนวนมาก ด้วยการรับรองสิทธิทางทรัพย์สินของชนเผ่าพื้นเมืองอะบอริจินในคดีมาโบ (Mabo Case)^{๒๔} โดยชี้ให้เห็นว่าหลักการที่ยอมรับกันมานานในออสเตรเลียว่าชนเผ่าพื้นเมืองอะบอริจินไม่มีสิทธิในที่ดินตามหลักคอมมอนลอว์ เพราะได้มีการตรากฎหมายกำหนดให้ที่ดินทั้งหมดเป็นของรัฐไปแล้วนั้น ไม่เป็นธรรม เป็นการเลือกปฏิบัติและขัดต่อหลักสิทธิมนุษยชน ซึ่งเป็นที่ยอมรับกันในหมู่นานาอารยชาติและศาลย่อมไม่อาจบังคับใช้หลักการเช่นนั้นต่อไปได้

ในแคนาดาปรากฏว่าศาลสูงได้ตัดสินให้ชนเผ่าพื้นเมืองแสดงหลักฐานแห่งสิทธิของตนเหนือที่ดินที่ตกทอดมาแต่บรรพบุรุษได้โดยนำพยานบุคคลเข้าสืบแสดงให้เห็นว่าชุมชนมีสิทธิตกทอดกันมานานได้โดยผ่านทางตำนานบอกเล่าต่อกันมา โดยไม่ต้องอ้างอิงหลักฐานเป็นหนังสือ๒๕ ทั้งนี้เป็นไปตามแนวคำพิพากษาของศาลสูงที่ได้พัฒนาหลักกฎหมายเกี่ยวกับสิทธิของชนชาวพื้นเมือง หรือชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิมขึ้น โดยถือหลักสำคัญ ๓ ประการ คือ

ประการแรกศาลยอมรับว่าชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิมมีสิทธิเหนือที่ดินตามหลักกฎหมายธรรมดาที่ตั้งแต่ก่อนที่จะมีผู้อพยพมาตั้งถิ่นฐานและจัดตั้งชุมชนการเมือง และการปกครองสมัยใหม่เช่นในปัจจุบันและยังคงมีสิทธิสืบเนื่องต่อมา

ประการที่สอง รัฐแคนาดาเป็นแต่เพียงผู้มีอำนาจจัดการที่ดินเพื่อการคุ้มครองประโยชน์ของชนชาวพื้นเมือง และหากทำการอย่างหนึ่งอย่างใดไปโดยไม่ชอบ รัฐย่อมมีหน้าที่ชดเชยค่าสินไหมทดแทน และ

ประการที่สามศาลถือว่าสิทธิเหนือที่ดินของชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิม หรือชนพื้นเมืองเหล่านี้มีลักษณะเป็นสิทธิรวมหมู่ (collective rights) และย่อมเป็นสิทธิตกทอดต่อไปยังชุมชนซึ่งเป็นไปตามจารีตประเพณีในการใช้สอยที่ดินของชน

พื้นเมืองโดยอาจมอบให้เอกชนแต่ละรายใช้สอยเพื่อประโยชน์ของตนได้ตามจารีตประเพณีเช่นกัน

สำหรับการพิสูจน์สิทธิของชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิมนั้น ศาลได้ยอมรับหลักการต้นนิยฐานในทางเป็นคุณสำหรับผู้ครอบครองมาใช้ในการพิสูจน์สิทธิของชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิม กล่าวคือชุมชนมีหน้าที่เพียงแต่พิสูจน์ว่าได้เคยมีการถือครองในประวัติศาสตร์ และปัจจุบันยังคงถือสิทธิผ่านองค์กรชุมชนที่มีแบบแผนเป็นกิจจะลักษณะก็เพียงพอแล้ว^{๒๖}

ในบราซิลมีการแก้ไขรัฐธรรมนูญเมื่อ ค.ศ. ๑๙๘๘ โดยมีการรับรองสิทธิของชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิมทั้งในแง่ของการจัดองค์กร จารีตประเพณี ขนบธรรมเนียม ภาษา ความเชื่อ รวมทั้งสิทธิเหนือที่ดินในความครอบครองของชุมชนซึ่งตกทอดมาแต่บรรพบุรุษด้วย^{๒๗} ในชิลีมีการตรากฎหมายคุ้มครองสิทธิเหนือที่ดินที่ชนพื้นเมืองหรือชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิมครอบครองอยู่^{๒๘} ที่ดินของชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิมเหล่านี้ปลอดจากการเสียภาษี และผู้ใดจะโอน ปิดกั้น หรือถือเอาโดยการครอบครองปรปักษ์ไม่ได้ เว้นแต่จะเป็นการโอนระหว่างชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิม หรือระหว่างชนพื้นเมืองด้วยกันเท่านั้น และกฎหมายยังคุ้มครองสิทธิของบุคคลที่อยู่ในชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิมเหล่านี้ในการเข้าร่วมประกอบกิจกรรมต่างๆ ในที่ดินตามจารีตประเพณีด้วย ในประเทศโคลัมเบียมีการรับรองสิทธิของชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิมหรือชนชาวพื้นเมืองไว้อย่างชัดเจนในรัฐธรรมนูญฉบับ ค.ศ. ๑๙๙๑ โดยชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิมมีฐานะเป็นหน่วยเลือกตั้งพิเศษซึ่งมีสิทธิเลือกผู้แทนราษฎรโดยเฉพาะ และมีสิทธิปกครองตนเองตามจารีตประเพณีและขนบธรรมเนียมของตัว รัฐธรรมนูญโคลัมเบียยังได้รับรองสถานะของที่ดินของชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิมให้เป็นสาธารณสมบัติ คือไม่อาจโอนแก่กันได้ และไม่อาจได้มาโดยทางอายุความ (ครอบครองปรปักษ์) ด้วย นอกจากนี้ศาลรัฐธรรมนูญโคลัมเบียยังได้เคยพิพากษาไว้เมื่อ ค.ศ. ๑๙๙๓ ด้วยว่า “สิทธิในที่ดินของชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิมนั้นมีคุณค่าทางจิตใจที่สำคัญยิ่ง

ต่อชุมชน เพราะที่ดินของชุมชนนั้นไม่เพียงแต่จะเป็นรากฐานในการดำรงชีพของชุมชนเท่านั้น แต่ยังเป็นองค์ประกอบสำคัญทางจักรวาลวิทยาและทางศาสนาของชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิมอีกด้วย ถ้าสิทธิในที่ดินไม่ได้รับการคุ้มครองเสียแล้ว สิทธิที่จะอนุรักษ์ฟื้นฟูจารีตประเพณีและวัฒนธรรมของชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิมก็ย่อมกลายเป็นสิทธิตามรูปแบบที่ว่างเปล่า^{๒๕} และด้วยเหตุนี้เอง ศาลรัฐธรรมนูญโคลัมเบียจึงกำหนดให้เป็นหน้าที่ของรัฐในการรังวัดและขอบเขตที่ดินของชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิมให้ชัดเจนโดยเร็วทั้งนี้เพื่อประโยชน์ในการให้ความคุ้มครองสิทธิตามรัฐธรรมนูญอีกด้วย

สำหรับสหรัฐอเมริกา^{๒๖} กฎหมายอเมริกันยอมรับว่าชนเผ่าอินเดียนแดงเป็นผู้มีสิทธิเหนือที่ดินมาแต่เดิมตามหลักกฎหมายธรรมชาติ โดยรัฐบาลสหรัฐจะทำสนธิสัญญากับชนชาวเผ่าพื้นเมืองต่าง ๆ รับรองสิทธิในที่ดินของชนเผ่าเหล่านี้ และในปัจจุบันรัฐบาลได้ทำสนธิสัญญาทำนองนี้ไว้รวมกว่า ๓๐๐ สนธิสัญญา โดยมีที่ดินที่รัฐบาลถือไว้ในฐานะผู้แทนจำนวนทั้งสิ้น ๕๕.๔ ล้านเอเคอร์ รูปแบบของสิทธิเหนือที่ดินของชนเผ่าต่างๆ นั้นเรียกว่าเป็น “Ownership in common” หรือเป็นสาธารณสมบัติชนิดหนึ่งซึ่งสงวนไว้เพื่อประโยชน์ของสมาชิกแห่งชุมชนพื้นเมืองต่างๆ^{๒๗} การใช้สอยสาธารณสมบัติเหล่านี้ กฎหมายกำหนดให้เป็นไปตามจารีตประเพณีของแต่ละเผ่า นอกจากนี้ชนเผ่าต่างๆ ยังมีอำนาจจัดการทรัพยากรในดินแดนที่ตนครอบครองอยู่ทั้งในแง่การนำที่ดินออกให้เช่า หรืออนุญาตให้ทำเหมืองแร่ ขุดเจาะน้ำมันและก๊าซด้วย การรับรองสิทธิดังกล่าวนี้มีมาตั้งแต่ต้นศตวรรษที่ ๑๙ โดยศาลสูงแห่งสหรัฐอเมริกายอมรับว่าชนเผ่าพื้นเมืองมีสิทธิเก็บกินเหนือดินแดนที่ตนครอบครองมาแต่ดั้งเดิม แต่สิทธิเช่นนั้นย่อมไม่ตัดอำนาจของสหรัฐในการเข้าจัดการดูแล และให้กรรมสิทธิ์แก่เอกชน^{๒๘} แต่สิทธิของเอกชนก็ไม่ตัดสิทธิใช้สอย และได้ประโยชน์ของชนเผ่าพื้นเมืองที่มีมาตามจารีตประเพณี นับเป็นสิทธิที่ดำรงอยู่ร่วมกันกับสิทธิของเอกชนอย่างหนึ่ง แต่สิทธิของชนพื้นเมืองเช่นนี้ก็มิใช่อำนาจศักดิ์สิทธิ์เป็นสิทธิส่วนรวมอันไม่อาจโอนจำหน่ายได้เหมือนสิทธิของเอกชน^{๒๙}

อย่างไรก็ดี ศาลในสหรัฐอเมริกาชี้ไว้ในหลายคดีว่า สถานะการเป็นชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิมไม่ได้ก่อให้เกิดสิทธิพิเศษจนส่งผลให้ไปตัดสิทธิของผู้อื่นได้เป็นสมาชิกหรือประชาชนทั่วไปโดยปราศจากเหตุผลสมควรด้วย เช่นในคดีหนึ่งซึ่งศาลตัดสินว่า ชนเผ่าอินเดียนแดงอื่นที่มีได้เป็นสมาชิกของชุมชนชนเผ่าที่กฎหมายรับรองให้มีศาลชนเผ่าและมีเขตอำนาจพิจารณาคดีพิพาทระหว่างอินเดียนแดงด้วยกันได้นั้น มีสิทธิปฏิเสธไม่ยอมตกอยู่ใต้บังคับของศาลชนเผ่าซึ่งมิใช่เผ่าของตนได้ เพราะกฎหมายรับรองให้ศาลชนเผ่าหนึ่งมีอำนาจเหนืออินเดียนแดงเผ่าอื่นๆ ที่เข้ามาในท้องถิ่นของตน แต่ปฏิเสธไม่ให้มีอำนาจเหนือผู้อื่นที่ไม่ใช่อินเดียนแดง (เช่นคนผิวขาว) นั้น ย่อมเป็นกฎหมายที่ขัดต่อหลักความเสมอภาค^{๓๓} หรือในอีกคดีหนึ่งซึ่งโจทก์ซึ่งเป็นตัวแทนชนเผ่าอินเดียนแดงเผ่าหนึ่งได้ขอให้ศาลสั่งห้ามการสร้างถนนสายหนึ่งโดยอ้างว่าการที่กรมป่าไม้ของสหรัฐมีนโยบายที่จะสร้างถนนหลวงเข้าไปในเขต Chimney Rock ในตอนเหนือของมลรัฐแคลิฟอร์เนียเป็นการทำลายความสงบเรียบร้อยตามธรรมชาติและทำให้การปฏิบัติกิจกรรมทางศาสนาในท้องถิ่นนั้นด้วยการเข้าสมาธิซึ่งนับเป็นส่วนสาระสำคัญของการประกอบพิธีกรรมทางศาสนาของชนเผ่าของตนและตกทอดกันมาหลายชั่วอายุคนนั้นทำไม่ได้อีกต่อไป ปรากฏว่าศาลในคดีนี้ได้พิพากษาว่า เสรีภาพทางศาสนา และดำเนินวิถีชีวิตตามจารีตประเพณีของชนเผ่าอินเดียนแดงนั้นเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานที่กฎหมายรัฐธรรมนูญรับรอง แต่ก็ไม่เป็นเหตุให้ชนเผ่าอินเดียนแดงนั้นๆ อ้างอ้างความชอบธรรมเช่นนั้นในทางหวงกันหรือควบคุมการใช้ที่สาธารณะสมบัติของแผ่นดินไว้แต่ผู้เดียวเกินสมควรแก่เหตุได้ด้วย^{๓๔}

ในระยะหลังมานี้ ประเทศในภาคพื้นเอเชียแปซิฟิก มีการเคลื่อนไหวรับรองสิทธิชุมชน โดยเฉพาะอย่างยิ่งชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิมหรือ indigenous community ในรูปสิทธิของหมู่คณะ (Group based claims) กันอย่างกว้างขวาง เช่น

ในฟิลิปปินส์ก็มีการเคลื่อนไหวของชุมชนต่างๆ ต่อต้านโครงการขนาดใหญ่ของรัฐบาลมาตั้งแต่ยุคของประธานาธิบดีมาร์คอส จนความขัดแย้งทวีความรุนแรงขึ้นเป็นการต่อสู้กันด้วยกำลังอาวุธ แต่เมื่อสิ้นยุคของมาร์คอสได้เกิดการเคลื่อนไหวของกลุ่มประชาสังคมทำให้มีการยอมรับสิทธิของชุมชนดั้งเดิมทำให้เกิดแนวโน้มในการแก้ไขข้อพิพาทในโครงการขนาดใหญ่ของรัฐไปในทางที่ดีขึ้นทำให้เกิดข้อตกลงสันติภาพมินดาเนาขึ้นเมื่อ ค.ศ. ๑๙๙๖ และมีการตรากฎหมายรับรองสิทธิของชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิมขึ้นเมื่อ ค.ศ. ๑๙๙๗ (Indigenous Peoples Rights Act 1997)^{๓๕} โดยกำหนดให้มีคณะกรรมการชนท้องถิ่นดั้งเดิมแห่งชาติ (National Commission on Indigenous Peoples (NCIP)) ขึ้นเพื่อทำหน้าที่กำหนดแนวทาง และผลักดันให้มีการบังคับการตามแนวทางและโครงการเพื่อส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิและสวัสดิภาพของชุมชนวัฒนธรรมท้องถิ่นดั้งเดิม และรับรองเขตที่ดินและสิทธิที่ตกทอดมาแต่บรรพบุรุษของชุมชนเหล่านั้น (มาตรา ๓๘) และกฎหมายยังให้อำนาจคณะกรรมการดังกล่าวในการออกตราสารสิทธิทำประโยชน์ที่ดิน โดยคำนึงถึงสิทธิของบุคคลที่เกี่ยวข้อง และวินิจฉัยความระงับสิ้นไปแห่งสิทธิด้วย คณะกรรมการชุดนี้ยังทำหน้าที่ระงับข้อพิพาทระหว่างชนชาวพื้นเมืองหรือชนท้องถิ่นดั้งเดิมเหล่านี้กับบุคคลอื่นที่มีได้เป็นชนท้องถิ่นดั้งเดิมด้วย และยังอาจดำเนินการตามที่เห็นสมควรเพื่อปกป้องสิทธิซึ่งมีผู้ได้ไปโดยมิชอบได้ด้วย

ในประเทศญี่ปุ่นซึ่งไม่ยอมรับว่าชนเผ่าไอนุทางเหนือของเกาะฮอกไกโดเป็นชนชาติส่วนน้อยมาแต่เดิม ก็เริ่มยอมรับว่าไอนุเป็นชนท้องถิ่นดั้งเดิมและมีการแก้ไขกฎหมายใหม่โดยยกเลิกนโยบายผสมกลมกลืน (assimilation) ตามกฎหมายเดิมที่มีมาตั้งแต่ ค.ศ. ๑๘๙๙ และรับรองสิทธิของไอนุในฐานะเป็นชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิมของญี่ปุ่น (senju minzoku) ตั้งแต่ ค.ศ. ๑๙๙๗ (Law for the Promotion of the Ainu Culture and for the Dissemination and Advocacy for the Traditions of the Ainu and the Ainu Culture 1997 as revised in 1999)^{๓๖} ในคดีที่ชาวไอนุที่ต่อต้านการสร้างเขื่อนนิบูตานิได้ฟ้องคณะกรรมการเวนคืนที่ดินในเกาะฮอกไกโด ศาลญี่ปุ่น

ได้พิพากษาว่าการดำเนินการเวนคืนที่ดินได้กระทำไปโดยมิชอบ และขัดต่อกติกาสากลว่าด้วยสิทธิทางการเมืองและสิทธิของพลเมือง (Covenant on Civil and Political Rights 1966 – ICCPR) ซึ่งญี่ปุ่นเป็นภาคีอยู่ตั้งแต่ เมื่อ ค.ศ. ๑๙๘๕ และได้ออกกฎหมายรับรองไว้แล้ว^{๓๖}

ในมาเลเซียได้มีการรับรองสิทธิชนท้องถิ่นดั้งเดิมไว้ในรัฐธรรมนูญอย่างน้อยสองกลุ่มคือ กลุ่ม “กูมินูตร” หรือชาวมาเลย์ และชนพื้นเมืองคาบสมุทรมลายู หรือโอorangอัสลี (Orang Asli) และชนพื้นเมืองในซาบาห์ และซาราวัก เมื่อ ค.ศ. ๑๙๕๙ ศาลได้รับรองว่าชนพื้นเมืองอาจอ้างสิทธิตามจารีตประเพณีในการใช้สอย และได้ดอกผลจากป่าในเขตที่เป็นแหล่งอาศัยของชุมชนของตนได้ (Adong Case)^{๓๗} และเมื่อ ค.ศ. ๒๐๐๒ ศาลได้พิพากษาในอีกคดีหนึ่ง (Orang Asli Case) ว่า การที่กรมทางหลวง (Malaysian Highway Authority) ตัดถนนเข้าไปในเขตที่ดินซึ่งชนพื้นเมืองโอorangอัสลีครอบครองอยู่อาศัยอยู่โดยมิได้ดำเนินการตามหลักกฎหมายว่าด้วยการเวนคืนและมีได้จ่ายเงินค่าชดเชยให้แก่ชาวโอorangอัสลีนั้นเป็นการอันมิชอบด้วยกฎหมาย

เชิงอรรถ

๑ Ian Brownlie, “The Rights of Peoples in Modern International Law”, in J. Crawford (ed.), *The Rights of Peoples*, (1988), pp.5.

๒ โปรดุ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, “ข้อสังเกตเชิงกฎหมายและนโยบายที่เกี่ยวกับทรัพยากรธรรมชาติ” ใน วิวัฒน์ คติธรรมนิธย์ (บรรณาธิการ), *สิทธิชุมชน การกระจายอำนาจจัดการทรัพยากร*, กรุงเทพฯ สถาบันชุมชนท้องถิ่นพัฒนา, พ.ศ. ๒๕๓๖ หน้า ๔๕๘

๓ โปรดุ Jean Brissaud, *A History of French Private Law*, 2nd Ed. translated by Rapelje Howell, New York: Rothman Reprints 1968 (First Published 1912) §33-55 ซึ่งอ้างตำราอื่น ๆ อีกมาก โดยได้อธิบายถึงหลักเรื่องกรรมสิทธิ์ส่วนรวมในระบบกฎหมายเยอรมัน ฝรั่งเศส รวมทั้งที่ปรากฏให้เห็นในรัสเซีย (mir) อังกฤษ และอเมริกาในรูปของ Township เปรียบเทียบกับระบบกรรมสิทธิ์หมู่บ้านในอินเดีย หรือระบบเตสา (Dessa) ในชวา และได้ชี้ให้เห็นว่า แม้ระบบกรรมสิทธิ์รวมหมู่บ้านดังกล่าวจะหมดลบลบหายไปเพราะการขยายตัวของกรรมสิทธิ์เอกชนก็ตาม ก็ยังปรากฏร่องรอยตกทอดต่อมาให้เห็นในระบบกฎหมายยุโรปแม้ในปัจจุบันเป็นต้น

๔ ความคิดทำนองนี้ปรากฏให้เห็นได้ในคำสอนของปราชญ์สำนักกฎหมายธรรมชาติชาวสวิส Emmerich de Vattel ในคำรำลือชื่อของเขาว่าด้วย *Le Droit des Gens* หรือ *The Law of Nations*, 1758, § 81 ซึ่งอธิบายว่า หน้าที่ของมนุษย์มีหน้าที่ทะนุบำรุงดินแดนของตน และชนเผ่าต่าง ๆ ที่ไม่รู้จักบำรุงรักษาและทำประโยชน์ที่ดินของตนอย่างมีประสิทธิภาพ หรือดำรงชีวิตอยู่ด้วยการล่าสัตว์และเก็บของป่า ย่อมเป็นผู้ไร้ทรัพยากรของโลกอย่างไม่เหมาะสม และสมควรตกอยู่ใต้อำนาจการปกครองของผู้มีความสามารถในการทะนุบำรุงและทำประโยชน์ที่ดินได้ดีกว่า แนวคิดทำนองนี้ได้กลายมาเป็นแนวคิดว่าชาติที่เจริญย่อมมีสิทธิเข้าครอบครองดินแดนที่ไม่มีผู้ตั้งรกรากอยู่ก่อนอย่างเป็นกิจจะลักษณะ และที่ดินที่ชนพื้นเมืองใช้เป็นแหล่งหาเลี้ยงชีพด้วยการล่าสัตว์และเก็บของป่าย่อมมีในฐานะเป็น Terra Nullius หรือดินแดนที่ไม่มีผู้ครอบครองเป็น

เจ้าของ และเมื่อชาวอาณานิคมตั้งรกราก และจัดระเบียบปกครองเป็นแบบแผนขึ้นแล้วก็ย่อมมีอำนาจอธิปไตยเหนือดินแดนนั้นๆ แนวคิดทำนองนี้ก็ปรากฏให้เห็นในตำราของ Blackstone, Commentaries on the Laws of England, 1765 ซึ่งถือว่าชนพื้นเมืองที่ดำรงชีพด้วยการล่าสัตว์และเก็บของป่าในท้องที่ใดไม่อาจถือว่ามามีกรรมสิทธิ์ในที่ดินนั้น และผู้เข้าตั้งรกรากในดินแดนนั้นย่อมมีสิทธิถือเอาที่ดินเป็นของตนเองเช่นกัน

๕ คำพิพากษาที่สำคัญคือ คำพิพากษาคดี Johnson v. McIntosh, 8 Wheat 543; 5 L Ed 681 (1823)

๖ โปรดดู Josef L. Kunz, “The Present Status of the International Law for the Protection of Minorities”, 78 AJIL (1954), pp. 282 ซึ่งได้ชี้ให้เห็นว่าหลังสงครามโลกครั้งที่ ๑ การคุ้มครองสิทธิของชนชาติส่วนน้อยได้แพร่กระจายอย่างกว้างขวางเหมือนแพชชัน โดยเฉพาะอย่างยิ่งสนธิสัญญาแวร์ซายส์และสัญญาสงบศึกระหว่างคู่สงครามต่าง ๆ ที่ได้ทำขึ้นในช่วง ค.ศ. ๑๙๑๕-๒๑ ได้เน้นให้ความสำคัญต่อปัญหาสิทธิของชนชาติส่วนน้อย และสิทธิกำหนดชะตากรรมตนเองหรือสิทธิอัตตวินิจัย (self-determination) ของดินแดนที่อยู่ในอารักขาของรัฐต่างๆ ในหลายๆ แห่ง มุม ผู้สนใจรายละเอียดเหล่านี้โปรดดู J. Crawford, The Creation of States in International Law (1979).

๗ 9 December, UNGA Res. 260 A (III): UN Doc.A/810

๘ 10 December, UNGA Res. 217 A (III), 3 UNGAOR, 174-177; UN Doc.A/811

๙ 21 December, UNGA Res. 2106 A(XX), 20, UNGAOR, Suppl. (no.14), 47-51; UN Doc. A/6041.

๑๐ Annex to UNGA Res. 2200, 21 UNGAOR, Suppl. 16; UN Doc. A/6316, at 52; 6 ILM 368 (1976)

๑๑ Section 27 reads as follows: “In those States in which ethnic, religious or linguistic minorities exist, persons belonging to such minorities shall not be denied the right in community with the other members of their group, to enjoy their own culture, to profess and practise their own religion, or to use their own language.”

๑๒ UNGA Res. 2200 (XXI) (Annex); 6 ILM 360 (1976).

๑๓ Economic and Social Council, Commission on Human Rights, UN Doc. E/CN. 4/sub.2/384/Rev.1, 1979 quoted in F. Capotorti, “Study on the Rights of Persons belonging to Ethnic, Religious and Linguistic Minorities”, New York: The United Nations, 1991, p.35.

๑๔ Karel Vasak, “A 30-Year Struggle. The Sustained Efforts to Give Force of Law to the Universal Declaration of Human Rights”, Unesco Courier, November 1977, pp.29-32.

๑๕ 27 November, UNESCO Doc. 20C/3/1.1/2

๑๖ UNGA Res. 41/128, 4 December 1986

๑๗ 26 June 1957, 328 UN Treaty Series 247.

๑๘ 7 June 1989, Provisional Record, Geneva.

๑๙ ผู้สนใจความเป็นมาของอนุสัญญานี้โปรดดู Patrick Thornberry, International Law and the Right of Minorities, Oxford, 1991, pp.353.

๒๐ Philip Alston, Peoples’ Rights: Their Rise and Fall, in Alston (ed.), Peoples’ Rights, 2001,

pp.268ff. ในขณะเดียวกันก็ก่อให้เกิดความหวั่นเกรงกันว่า การขยายตัวของสิทธิชุมชนจนปราศจากขอบเขตอาจก่อให้เกิดความแตกแยก และเป็นภัยต่อความมั่นคงของนานาชาติและต่อโลกโดยส่วนรวมได้ โปรดดูคำปราศรัยของเลขาธิการสหประชาชาติ B. Boutros-Ghali, An Agenda for Peace: Preventive Democracy, Peace-making and Peace-keeping, UN Doc.A247/277 (1992), para.17.

๒๑ อย่างไรก็ตาม ประเทศไทยได้ตั้งข้อจำกัดในรูปของการกำหนดข้อจำกัดการตีความไว้ ๔ ประการคือ

๑. ห้ามมิให้ตีความสิทธิในการกำหนดชะตากรรมตนเอง หรือสิทธิอัตตวินิจัยในมาตรา ๑ ในความหมายที่อาจกระทบต่อบูรณภาพแห่งดินแดน หรือเอกภาพทางการเมืองของไทย ไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วน
๒. จำกัดการตีความข้อห้ามการประหารชีวิตบุคคลอายุต่ำกว่า ๑๘ ปี ในมาตรา ๖ ว่าต้องสอดคล้องกับประมวลกฎหมายอาญาของไทยซึ่งจำกัดเพียงห้ามประหารชีวิตบุคคลที่อายุไม่ถึง ๑๗ ปี และ
๓. จำกัดการตีความมาตรา ๕ ซึ่งให้นำตัวผู้ถูกจับในคดีอาญามาศาลโดยพลัน ว่าเป็นการตีความถึงนำตัวมาศาลโดยไม่ชักช้าหรือในเวลาอันควร
๔. จำกัดการตีความข้อห้ามการโฆษณาชวนเชื่อเพื่อการสงครามตามมาตรา ๒๐ (๒) ซึ่งไทยให้ความหมายจำกัดเฉพาะสงครามที่ขัดต่อกฎหมายระหว่างประเทศเท่านั้น

๒๒ ในการเข้าเป็นภาคีในอนุสัญญานี้ ประเทศไทยได้ทำคำแถลงตีความทั่วไปว่า รัฐบาลไทยจะไม่ตีความพันธกรณีตามอนุสัญญานี้ให้มีผลเกินกว่ารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย และเท่าที่กฎหมายภายในกำหนด และยังตั้งข้อสงวนอีกบางประการเช่นในเรื่องการดำเนินการเชิงบวกตามมาตรา ๔ นั้นจะต้องทำก็ต่อเมื่อได้พิจารณาเห็นว่ามีความจำเป็นต้องออกเป็นกฎหมายเท่านั้น และในเรื่องการเสนอข้อพิพาทให้ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศพิจารณา ผู้สนใจโปรดดู สำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชน, หลักกฎหมายระหว่างประเทศทั่วไปเกี่ยวกับสนธิสัญญา ด้าน

สิทธิมนุษยชนและสาระสำคัญของอนุสัญญาว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติต่อเชื้อชาติ
ในทุกรูปแบบ, กรุงเทพฯ พ.ศ. ๒๕๔๖, หน้า ๑๖-๑๗

๒๓ Ominayak and the Lubicon Lake Band v. Canada, Annual Report of the Human Rights
Committee 1990, UN Doc. A.45/40, vol. II, appendix A, para.33

๒๔ Mabo v. Queensland 107 ALR 1 (1992)

๒๕ Delgamuukw v British Columbia (1997) 3 S.C.R. 1010 (Can.)

๒๖ Kent McNeil, The Meaning of Aboriginal Title, in M. Asch (ed.), Aboriginal and Treaty
Rights in Canada: Essays on Law, Equality, and Respect for Difference, UBC Press: Vancouver,
1977, pp. 135.

๒๗ มาตรา ๒๓๑ แห่งรัฐธรรมนูญบราซิล (CONSTITUICA0 tit. VIII (Brazil))

๒๘ Estalece Normas sobre Proteccion, Fomento y Desarrollo de los Indigenas y Crea la
Corporacion Nacional de Desarrollo Indigena, No.19.253 (1993) (Chile), cited in S. James Anaya
and Robert A. Williams, Jr. The Protection of Indigenous Peoples' Rights over Lands and
Natural Resources Under the inter-American Human Rights System, 14 Harv. Hum. Rts. J.
2001, pp.33 at p.60, Fn.109.

๒๙ Sentencia No. T-188 de mayo 12 de 1993 [corte Constitucional] 354 (Columbia), cited in
S. James Anaya and Robert A. Williams, Jr. The Protection of Indigenous Peoples' Rights over
Lands and Natural Resources Under the inter-American Human Rights System, 14 Harv. Hum.
Rts. J. 2001, pp.33 at p.61, Fn.113

๓๐ ผู้สนใจโปรดดู David Getches et.al., Federal Indian Law: Cases and Materials, 4th ed., 1998, pp.87-93, 718-719.

๓๑ คำพิพากษาศาลสูงซึ่งถือว่าเป็นรากฐานของหลักกฎหมายเรื่องนี้คือคำพิพากษาของ Chief Justice Marshall ในคดี Johnson v McIntosh 8 Wheat 543; 5 L Ed 681 (1823)

๓๒ Johnson v McIntosh 8 Wheat 543 at 574, 591; 5 L Ed 681, at 689, 693 (1823)

๓๓ Means v. District Court of the Navajo Nation, Supreme Court of the Navajo Nation, 1999.

๓๔ Lyng v Northwest Indian Cemetery Protective Association, 485 US 439 (1988)

๓๕ See Richard Dorall, The Dialectic of Development: Tribal Responses to Development Capital in the Cordillera Central, Northern Luzon, Philippines, in Tribal Peoples and Development in Southeast Asia, 1990, p.37; Owen Lynch & Kirk Talbott, Balancing Acts: Community Based Forest Management and National Law in Asia and the Pacific, 1995; David Daoas, The Rights of Cultural Communities in the Philippines, in: “Vines that won’t Bind” Indigenous Peoples in Asia, 1997, p.97.

๓๖ ผู้สนใจคำแปลภาษาอังกฤษจากต้นฉบับกฎหมายภาษาญี่ปุ่นโปรดดู คำแปลของมูลนิธิส่งเสริมวัฒนธรรมและสนับสนุนการวิจัยเกี่ยวกับชุมชนไอนุ http://www.frpac.or.jp/english/zaidan/e_law.html นอกจากนี้โปรดดูคำแปลของ Masako Yoshida ใน pdf-format ที่ <http://www.hawaii.edu/aplpj/pdfs/11-masako.pdf>

๑๓) ผู้สนใจคำแปลคำพิพากษานี้จากภาษาญี่ปุ่น โปรดดู [www.hawaii.edu/law/faculty / publications/nibutani. pdf](http://www.hawaii.edu/law/faculty/publications/nibutani.pdf) ซึ่งแปลโดย Mark A. Levin

๑๔) Adong Kuwau v Kerajaan Negeri Johor [1997] 1 MLJ 418 (Adong's case); 2 CLJ 665 (appeal) โปรดดู M.B. Hooker, Native Title in Malaysia: Adong's Case, Asian Law (2001) 3(2),198

วิเคราะห์สาระสำคัญของสิทธิชุมชน ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. ๒๕๕๐

๑. สภาพปัญหาเกี่ยวกับสิทธิชุมชนในสังคมไทย

๑.๑ ผลกระทบจากความตื่นตัวทางความคิดในประเทศไทย

จากการศึกษาพัฒนาการทางความคิดสิทธิชุมชนในเบื้องต้น ตามที่ได้กล่าวมาก่อนหน้านี้ เราจะเห็นได้ว่า กระแสการยอมรับสิทธิชุมชนในฐานะที่เป็นสิทธิของประชาชน (Peoples' Rights) เป็นกระแสความคิดด้านสิทธิมนุษยชนที่แผ่ออกไปทั่วโลก และมีแนวโน้มที่จะได้รับการรับรองกว้างขวางยิ่งขึ้นทุกที โดยเฉพาะอย่างยิ่ง การรับรองความมีตัวตน และความสามารถมีสิทธิของชุมชน และการรับรองสิทธิในการกำหนดชะตากรรมของตนเอง และสิทธิร่วมเป็นเจ้าของและร่วมจัดการทรัพยากรธรรมชาติ อันเป็นทั้งสิทธิตามกติกาสากลว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง และตามกติกาสากลว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคมและวัฒนธรรม ซึ่งประเทศไทยได้เข้าเป็นภาคีและได้ทำภาคยานุวัติและมีผลบังคับกับประเทศไทยแล้ว ทั้งสองฉบับ การภาคยานุวัติดังกล่าวนี้ย่อมส่งผลให้ประเทศไทยมีพันธกรณีต่อประชาคมระหว่างประเทศในการถือเอาหลักเกณฑ์ของอนุสัญญาเป็นคุณค่าพื้นฐานทางกฎหมายที่หน่วยงานของรัฐพึงปฏิบัติตาม และเมื่อนำมาประกอบกันเข้ากับการรับรองสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานตามรัฐธรรมนูญที่มีค่าบังคับเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศซึ่งมีลักษณะสอดคล้องไปในทางเดียวกันแล้ว เราขอคาดหมายได้ว่าบรรดาบุคคลที่รวมกันเป็นชุมชนทั้งหลายย่อมกล่าวอ้างสิทธิตามรัฐธรรมนูญประกอบกับ

พันธกรณีตามกติการะหว่างประเทศข้างต้นขึ้นเรียกเรื่อง หรือต่อสู้เพื่อบังคับตาม
สิทธิของตนอย่างแน่นอน

การศึกษาพัฒนาการของสิทธิชุมชนในประเทศต่างๆ ในหลายภูมิภาค
ของโลก ช่วยให้เราได้พบว่า ชุมชนหรือสังคมการเมืองที่พัฒนาความมีตัวตนขึ้นมา
เป็นรัฐสมัยใหม่นั้นได้พยายามครอบงำและเบียดขับบทบาทและอำนาจหน้าที่ของ
สถาบันทางสังคมอื่นๆ ให้ต้องตกอยู่ภายใต้อำนาจปกครองของรัฐ และตั้งตน
เป็นศูนย์กลางในการใช้อำนาจจัดการและแบ่งสรรประโยชน์ทางสังคม และเป็นที่
ยอมรับกันว่ากลุ่มทุนสมัยใหม่ได้ฝังตัวและมีอิทธิพลอยู่ในรัฐสมัยใหม่ เพื่อ
ประโยชน์ในการกำหนดส่วนแบ่งตลาด และการจัดสรรทรัพยากรและวัตถุดิบ
พัฒนาการทางความคิดทำนองนี้ได้รับการส่งเสริมให้เข้มข้นขึ้นหลังสงครามโลก
ครั้งที่ ๒ และท่ามกลางการขับเคลื่อนระหว่างลัทธิในยุคสงครามเย็น ก็เกิดการขยายตัว
ของแนวคิดว่าการเร่งรัดพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมให้เป็นแบบที่ถือกันว่า
ทันสมัย หรือแบบโลกเสรีตะวันตก โดยมีรัฐเป็นผู้วางแผน ผลักดัน และกำกับให้เป็น
ไปตามแผนพัฒนาเศรษฐกิจและสังคม โดยเน้นเป้าหมายการเติบโตทางเศรษฐกิจ
และการพัฒนาสังคมในแง่วัตถุเป็นหลัก พัฒนาการของอำนาจรัฐ และการวางแผน
พัฒนาเหล่านี้ได้ชักนำให้เกิดการถดถอยความหลากหลายทางสังคม วัฒนธรรม และ
วิถีชีวิตของชุมชนที่แตกต่างจากแผนพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมของประเทศอย่าง
รุนแรงและรวดเร็ว

นอกจากนี้พัฒนาการทางการเมืองซึ่งคลี่คลายไปในทางที่ระบอบการ
ปกครองแบบประชาธิปไตยได้เติบโตใหญ่เข้มแข็งขึ้น ก็มีส่วนครอบงำและสกัดไม่ให้
การยอมรับชุมชนและสิทธิชุมชนเติบโตขึ้นอย่างที่เราควรจะเป็น เพราะความเข้าใจ
ระบอบประชาธิปไตยยังคงจำกัดอยู่ในความหมายที่ว่าประชาธิปไตยเป็นการ
ปกครองโดยเสียงส่วนมาก ส่วนความเข้าใจที่ว่าระบอบประชาธิปไตยเป็นการ
ปกครองโดยเหตุผลและโดยกฎหมายซึ่งมีเสียงข้างมากเป็นเครื่องบ่งชี้แสดงเหตุผล

และความต้องการของคนทั่วไปนั้นยังไม่กว้างขวางเพียงพอ อีกทั้งเข้าใจไปถึงว่า ประชาธิปไตยแม้จะเป็นการปกครองโดยเสียงข้างมาก แต่สาระสำคัญของ ประชาธิปไตยนั้นอยู่ที่การธำรงรักษาความสงบเรียบร้อยทางการเมืองระหว่างกลุ่ม ชนที่มีความเห็นแตกต่างกัน โดยยอมรับเสียงส่วนใหญ่แต่มีการคุ้มครองเสียง ส่วนน้อย พร้อมทั้งเปิดโอกาสให้เสียงส่วนน้อยพัฒนาไปเป็นเสียงส่วนใหญ่ได้โดย การคุ้มครองเสรีภาพขั้นพื้นฐานต่างๆ โดยเฉพาะเสรีภาพในชีวิต ร่างกาย ทรัพย์สิน และการแสดงความคิดเห็นของพลเมือง เมื่อความเข้าใจว่าสาระสำคัญด้านหนึ่งของ ประชาธิปไตยคือการคุ้มครองเสียงข้างน้อยยังคงจำค้อยู่มาก ดังนั้นชุมชนและสิทธิ ชุมชนซึ่งแท้จริงแล้วเป็นเรื่องของชนส่วนน้อยในสังคม หรือเป็นเพียงหน่วยสังคม ส่วนย่อยๆ ในประเทศ จึงย่อมไม่ได้รับความสำคัญหรือความสนใจ และย่อม ขาดความชอบธรรมที่จะยกขึ้นยันกับรัฐ หรือสังคมในส่วนรวม

ในขณะเดียวกันเราก็พบว่าอย่างน้อยตั้งแต่ทศวรรษ ๑๙๙๐ เป็นต้นมา ได้เกิดการขยายตัวของความเคลื่อนไหวเรียกร้องให้รื้อฟื้นหรือปลูกหรือส่งเสริม วิถีชีวิตแบบชุมชนขึ้น ในฐานะที่ชุมชนเป็นหน่วยสังคมที่เป็นอยู่อย่างอิสระจาก อำนาจรัฐซึ่งบุคคลที่เป็นสมาชิกมีวิถีชีวิตร่วมกันตามขนบธรรมเนียม ประเพณี ที่ตนยึดถือปฏิบัติมาแต่ดั้งเดิม โดยมุ่งต่อต้านคัดค้านการลดรอนสิทธิเสรีภาพและ วิถีชีวิตอันหลากหลายของชุมชนในท้องที่ต่างๆ ที่สืบทอดกันมาตามจารีตประเพณี คัดค้านการครอบงำและการรวบอำนาจของรัฐส่วนกลางในการจัดการทรัพยากร อันเป็นรากฐานสำคัญในการดำเนินชีวิตของชุมชนตามแบบฉบับดั้งเดิม และประสบ ความสำเร็จจนได้มีการรับรองสิทธิชุมชนให้มีลักษณะเป็นรูปธรรมและเข้มแข็งขึ้น ในนานาประเทศ จนกลายเป็นสิทธิพื้นฐานของบุคคลที่รวมกันเป็นชุมชนใน ขอบเขตทั่วโลก และในประเทศไทยก็ได้เกิดการเคลื่อนไหวในทำนองเดียวกันของ บุคคลที่รวมตัวกันเป็นชุมชนในท้องที่ต่างๆ ทั่วประเทศ จนเกิดการรับรองสิทธิ ชุมชนในฐานะเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานขึ้นในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. ๒๕๔๐ ยิ่งในระยะเวลาหลังมานี้ การนำเสนอแนวคิดเศรษฐกิจพอเพียงที่ส่งเสริม

ความหลากหลายและพอเพียงของครัวเรือนและชุมชนแต่ละท้องถิ่นไม่เดินตามกระแสการพัฒนาเศรษฐกิจที่เน้นความเติบโตทางเศรษฐกิจก็ยิ่งทำให้แนวคิดสิทธิชุมชนเติบโตขึ้นพร้อมกับความคิดเป็นอยู่อย่างพอเพียงทางเศรษฐกิจ และมีผลต่อแนวทางการจัดการทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมของชุมชนโดยประชาชนมีส่วนร่วม ไม่ปล่อยให้เป็นอำนาจจัดการของหน่วยงานของรัฐส่วนกลางแต่ฝ่ายเดียว พลอยเข้มแข็งขึ้นด้วย

เป็นที่คาดหมายได้ว่า ความขัดแย้งระหว่างชุมชนในสังคมไทยกับอำนาจรัฐ และอำนาจทุนที่ฝังแฝงอยู่กับกลไกอำนาจรัฐนั้น นับวันจะทวีความรุนแรงมากขึ้น และเป็นที่ยอมรับกันว่า ความเข้าใจต่อพัฒนาการทางความคิดด้านสิทธิชุมชนในประเทศไทยยังคงค่อนข้างจำกัด โดยเฉพาะอย่างยิ่งในหมู่เจ้าหน้าที่ของรัฐซึ่งเป็นผู้มีอำนาจหน้าที่ในการบังคับการให้เป็นไปตามกฎหมาย ถ้าไม่มีการตรึงตรองและดำเนินการวางแผนทางในการปัญหานี้อย่างจริงจัง ความขัดแย้งนี้ก็มีทีท่าว่าจะลุกลามจนส่งผลเสียหายแก่สังคมไทยอย่างลึกซึ้งและรุนแรงอย่างแน่นอน

๑.๒ ข้อยกจำกัดด้านองค์ความรู้และประสบการณ์ในการระงับข้อพิพาท

ในส่วนที่เกี่ยวกับการจัดการกับความขัดแย้งและข้อพิพาทระหว่างชุมชนกับหน่วยงานของรัฐและผู้ประกอบการที่ได้รับอนุญาตหรือสัมปทานจากรัฐ มีข้อน่ากังวลที่สำคัญคือข้อจำกัดเกี่ยวกับองค์ความรู้เกี่ยวกับสิทธิชุมชน และประสบการณ์ด้านการจัดการระงับข้อพิพาท เนื่องมาจากระบบความรู้ทางวิชาการนิติศาสตร์ไทยสมัยใหม่ และระบบการบริหารจัดการกระบวนการยุติธรรมทั้งระบบได้ถือกำเนิด และพัฒนาขึ้นเพื่อสนับสนุนการจัดวางโครงสร้างของรัฐแบบรวมศูนย์อำนาจเพื่อให้เกิดประสิทธิภาพแบบตะวันตกเพื่อให้สามารถเผชิญกับการคุกคามจากมหาอำนาจตะวันตกได้ในสมัยรัชกาลที่ ๕ องค์ความรู้ทางกฎหมายที่พัฒนาขึ้นมาจนถึงปัจจุบันเป็นองค์ความรู้ที่ตั้งอยู่บนฐานความคิดกฎหมายบ้านเมืองที่เชื่อว่ากฎหมายเป็นคำสั่งหรือเจตจำนงของรัฐหรือผู้ถืออำนาจอธิปไตย ยิ่งกว่า

จะเป็นกฎเกณฑ์ความประพฤติที่เกิดขึ้นเองเป็นเองในสังคม ดังนั้นความสัมพันธ์ตามกฎหมายระหว่างรัฐกับประชาชนเป็นความสัมพันธ์ระหว่างแผ่นดินหรือรัฐกับพลเมืองในลักษณะที่แผ่นดินหรือรัฐมีอำนาจเหนือพลเมือง และพลเมืองมีหน้าที่ต้องเคารพเชื่อฟังรัฐ ปฏิบัติตามคำสั่งหรือเจตจำนงของรัฐอย่างเคร่งครัด ไม่มีที่ทางให้สิทธิตามธรรมชาติหรือจารีตประเพณีของชุมชนดำรงอยู่ได้โดยปราศจากความยินยอมหรือด้วยการยอมรับจากรัฐ แม้ในระยะหลังมาจะได้มีการพัฒนาองค์ความรู้ด้านสิทธิเสรีภาพของประชาชน และสิทธิชุมชนขึ้นบ้างแล้ว แต่ก็ยังไม่อาจกล่าวได้ว่าเกิดความเข้าใจแพร่หลายอย่างจริงจัง ทำให้การใช้และการตีความกฎหมายยังดำเนินไปโดยยึดติดอยู่กับเจตจำนงหรือคำสั่งของผู้ถืออำนาจรัฐเป็นหลัก มิได้มีการนำเอาแนวคิดและหลักการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ และตามพันธกรณีระหว่างประเทศมาช่วยปรุงแต่งอย่างเพียงพอ และทำให้การปรับใช้กฎหมายเป็นไปโดยไม่ต้องตามความมุ่งหมายของกฎหมายซึ่งได้เปลี่ยนแปลงไปพร้อมๆ กับรัฐธรรมนูญและคุณค่าใหม่ๆ ที่เกิดขึ้นจากผลผูกพันตามกติกาสากลที่มีผลบังคับแก่ประเทศไทยแล้ว

ด้วยเหตุนี้วิชานิติศาสตร์และกระบวนการยุติธรรมย่อมต้องตกเป็นทั้งจำเลยที่มีบทบาทในการละเมิดสิทธิของชุมชนภายใต้การกล่าวอ้าง “ความชอบธรรม” ทางกฎหมาย และในขณะเดียวกันก็ถูกคาดหวังว่าจะเป็นผู้พัฒนากลไกในการแก้ปมเงื่อนแห่งความขัดแย้งที่กำลังจะทวีสูงขึ้นและขยายตัวกว้างขวางขึ้นจนเปรียบเสมือนระเบิดเวลาของสังคมไทย

ข้อมูลภาคสนามจากโครงการวิจัยหลายโครงการได้แสดงให้เห็นถึงสภาพปัญหาความขัดแย้งระหว่างการค้าดำรงอยู่โดยธรรมชาติของชุมชน (Spontaneous Order) ในลักษณะต่างๆ กับ อำนาจของรัฐสมัยใหม่ (Artificial Order) ภายใต้อิทธิพลของแนวคิดสำนักกฎหมายบ้านเมือง ทั้งอำนาจรัฐและอำนาจทางเศรษฐกิจที่มีกำลังเข้มแข็งกว่าได้คุกคามและบีบบังคับการค้าดำรงอยู่ของชุมชนหลายแห่งในขอบเขต

ทั่วประเทศ ทำให้ในที่สุดชุมชนซึ่งขาดพลังภายในในการยึดเหนี่ยวระหว่างสมาชิกในชุมชนอย่างเพียงพอหรือมีพลังน้อยกว่าก็ต้องล่มสลายลง แต่ในขณะเดียวกันชุมชนที่มีพลังเข้มแข็งก็ได้พยายามรวมกำลังกันต่อต้านอำนาจรัฐ แต่ขาดความเข้าใจในกระบวนการการต่อสู้อย่างสันติภายในกรอบของกฎหมายอย่างมีประสิทธิภาพ เมื่อถูกคุกคามจากอำนาจฝ่ายบ้านเมืองมากเข้า ก็มีแนวโน้มที่จะต่อต้านโดยไม่จำกัดวิธีการจนลุกลามเป็นการใช้กำลัง และวิธีการนอกกฎหมายอย่างอื่น

เนื่องจากรัฐและอำนาจทุนควบคุมทรัพยากรและกลไกการสื่อสารอยู่ ดังนั้นกระบวนการทำให้ชุมชนล่มสลายลงจึงใช้วิธีการโฆษณาชวนเชื่อจนก่อขึ้นเป็น “มดิมหาชน” ว่า ชุมชนใดมีสิทธิและความชอบธรรมที่จะดำรงอยู่ต่อไปหรือไม่ จะเห็นได้ว่ากลไกของรัฐและอำนาจทุนในยุคปัจจุบันจะเป็นไปในทางบั่นทอนทำลายการดำรงอยู่ของชุมชนมากกว่าที่จะธำรงรักษาการดำรงอยู่และอัตลักษณ์ของชุมชน กลไกและเนื้อหาของการสร้าง “มดิมหาชน” มักจะก่อให้เกิดอคติต่อการดำรงอยู่ของชุมชนดั้งเดิมหรือชุมชนอื่นๆ ว่าเป็นสิ่งล้าหลัง ไร้ประโยชน์ ถ่วงความเจริญ เห็นแก่ตัว หรือกระทั่งก่อความเสียหายแก่สังคมส่วนรวม เช่น ชุมชนเป็นต้นเหตุของการทำลายทรัพยากรธรรมชาติอันมีค่าของประเทศ เช่นเป็นต้นตอของการตัดไม้ทำลายป่า จำเป็นที่รัฐจะต้องเข้าแทรกแซงเพื่อให้เกิดการอนุรักษ์ป่าไม้ที่ “เป็นไปตามหลักวิชาการ” เพื่อประโยชน์ของสังคมส่วนใหญ่ หรือชุมชนเป็นต้นเหตุของการทำลายพันธุ์สัตว์น้ำ จำเป็นที่รัฐต้องควบคุมโดยกฎหมายการประมง หรือด้วยการประกาศเขตอุทยานแห่งชาติ ทั้งบนบก และในท้องทะเล จนทำให้ชุมชนที่ตั้งอยู่ในเขตป่า ริมแม่น้ำ แหล่งน้ำขนาดใหญ่ หรือชายฝั่งทะเล ขาดปัจจัยในการดำรงชีพ และดำเนินวิถีชีวิตแบบดั้งเดิมต่อไปได้ ทั้งๆที่เมื่อศึกษาข้อเท็จจริงอย่างถ่องแท้โดยปราศจากอคติทางเชื้อชาติและวัฒนธรรมแล้วจะต้องยอมรับว่า ภูมิปัญญาดั้งเดิมตลอดจนวิถีชีวิตของชุมชนเหล่านี้มีประสิทธิภาพและสร้างประสิทธิผลของการอนุรักษ์และฟื้นฟูธรรมชาติได้มากกว่า มีค่าใช้จ่ายถูกกว่าเทคโนโลยีสมัยใหม่ และมีความจริงยิ่งยกว่า แต่สิ่งเหล่านี้กลับถูกระบายสีให้ดูน่าเกลียดน่ากลัว เช่นว่า

“ชาวเขาเป็นผู้ถูกลอบดักไม้ทำลายป่า บ่อนทำลายชาติ” ฯลฯ หรือเป็นการสร้างมติดินแดนว่า การถือครองของชุมชนบางแห่งเป็นการกระทำที่เห็นแก่ตัว และเป็นการขัดขวางความเจริญก้าวหน้าของส่วนรวม เช่น กรณีบ้านคว่ำ ที่คัดค้านเรื่องการสร้างทางหลวงผ่านผืนดินดั้งเดิมของกลุ่มตน เมื่อสร้างมติดินแดนให้คล้อยตามอย่างมีประสิทธิภาพได้เช่นนี้ ก็ย่อมนำไปสู่ความชอบธรรมของรัฐที่ต้องโยกย้ายชุมชนเหล่านั้นออกจากที่ดินเพื่อหลีกเลี่ยงให้กับความสะดวกสบายสมัยใหม่ได้อย่างง่ายดาย

วิธีที่เจ้าหน้าที่บางกลุ่มของรัฐจัดการกับกลุ่มชาติพันธุ์ที่ยืนยันทันทีจะดำเนินวิถีชีวิตตามจารีตประเพณีดั้งเดิมหรือชุมชนที่คัดค้านการดำเนินการโครงการขนาดใหญ่ของรัฐเต็มไปด้วยด้วยความรุนแรง มีทั้งการเผาหมู่บ้าน การทำร้าย และการจับกุมคุมขัง ฯลฯ เป็นการทำลายวิถีการดำรงชีวิต (means of livelihood) โดยรัฐมักจะอ้างว่าได้ใช้วิธีการที่ “ถูกต้องตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย” ทุกประการ และมักจะปิดบังความจริงด้านลบต่อสาธารณชน ข้อเท็จจริงเหล่านี้ นักวิชาการและนักพัฒนาด้านสิทธิมนุษยชนสามารถหยิบยกข้อเท็จจริงขึ้นยืนยันได้เป็นจำนวนมาก วิธีการเหล่านี้ไม่เพียงแต่จะขัดแย้งกับจิตวิญญาณของรัฐธรรมนูญ พ.ศ. ๒๕๕๐ ในเรื่อง ความเสมอภาคและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ แต่ยังเป็นรากเหง้าของปัญหาสังคมอื่นๆ อีกมากมาย โดยเฉพาะอย่างยิ่งเป็นภัยต่อความมั่นคงและความเป็นน้ำหนึ่งใจเดียวกันของคนในชาติ และมีแต่จะก่อให้เกิดความแบ่งแยกและตั้งข้อรังเกียจระหว่างกัน และหากไม่ได้รับความเชี่ยวชาญก็จะส่งสมกลายเป็น “ความทรงจำรวมหมู่” ที่ฝังลึกลงไปห้วงความคิดของสมาชิกในชุมชนที่ได้รับการเตือนหรือความอยู่ดีชั่วร้าย และก่อให้เกิดรูปการจิตสำนึกในทางต่อต้านอำนาจรัฐอย่างรุนแรงในวันข้างหน้าได้

แน่นอนเมื่ออำนาจรัฐเติบโตขยายตัวและมีประสิทธิภาพมากขึ้นประกอบกับการเพิ่มขึ้นของประชากรและการลดลงของทรัพยากร รัฐก็ย่อมมีความจำเป็นที่จะต้องจัดระเบียบเกี่ยวกับการครอบครองและใช้สอยทรัพยากรใหม่ แต่วิธีการที่รัฐ

จัดการโดยการออกกฎหมายจากเมืองหลวง โดยไม่สำรวจสภาพความเป็นจริงและขาดการรับฟังความคิดเห็นของราษฎรที่เกี่ยวข้อง ทำให้ระบบกฎหมายและกระบวนการยุติธรรมมีลักษณะที่เป็นอื่นแปลกแยกไปจากวิถีชีวิตดั้งเดิมของชุมชนซึ่งตั้งอยู่บนรากฐานของการพึ่งพาและการช่วยเหลือเกื้อกูลบนแนวคิดของกฎหมายธรรมชาติและหลักธรรมทางพุทธศาสนา กฎหมายและกระบวนการยุติธรรมสมัยใหม่ ถูกนำมาใช้อย่างเป็นกลไกที่หยาบกระด้าง ขาดมิติของความเป็นมนุษย์ เพราะเจ้าหน้าที่ฝ่ายบริหารหรือฝ่ายตุลาการถูกฝึกหัดให้คิดในกรอบของสำนักกฎหมายบ้านเมืองที่พร่ำสอนว่า “กฎหมายเป็นคำสั่งของรัฐบาลิปดัย” ทำให้บุคลากรเหล่านี้ทำงานในกรอบความคิดที่คับแคบ ขาดความละเอียดอ่อน ไม่เพียงแต่จะใช้อำนาจทางกฎหมายบีบบังคับให้ผู้อยู่มาก่อนต้องสละวิถีการดำรงชีพของตน แต่ยังมีกรณีที่รัฐได้ให้สัมปทานแก่เอกชนที่มีฐานะเศรษฐกิจเหนือกว่าเข้าไปเก็บเกี่ยวผลประโยชน์โดยจ่ายผลประโยชน์ตอบแทนอันน้อยนิดให้แก่รัฐ มีข้อสังเกตว่าการทำประโยชน์โดยระบบสัมปทานไม่ใช่เป็นความจำเป็นในระดับของการยังชีพ แต่เป็นการแสวงหากำไรและผลประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ของเอกชนที่ร่ำรวยโอกาสอยู่แล้ว ทั้งนี้โดยรัฐไม่ได้คำนึงถึงความเดือดร้อนของชาวบ้านซึ่งเป็นคนส่วนใหญ่นั่นจึงเป็นการสมคบกันระหว่างอำนาจรัฐและอำนาจทุนในการแย่งชิงสิทธิในการดำรงชีพ สิทธิในการตั้งถิ่นฐาน และสิทธิในประการอื่นๆของราษฎรพื้นฐานอีกมากมาย

อย่างไรก็ตาม นับตั้งแต่มีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญ พ.ศ. ๒๕๔๐ เป็นต้นมา การละเมิดสิทธิชุมชนในแง่มุมต่างๆ เหล่านี้ย่อมกลายเป็นการใช้อำนาจโดยมิชอบด้วยกฎหมายไป อำนาจตามกฎหมายที่มีมาก่อนวันที่ ๑๑ ตุลาคม ๒๕๔๐ ย่อมขัดต่อหลักการคุ้มครองสิทธิชุมชนตามรัฐธรรมนูญอันเป็นกฎหมายสูงสุด และบุคคลซึ่งรวมกันเป็นชุมชนทั้งหลายย่อมมีสิทธิยับยั้งสิทธิชุมชนขึ้นเป็นข้อต่อสู้ในศาลได้เสมอ (มาตรา ๒๘ วรรคสอง แห่งรัฐธรรมนูญ) รวมทั้งมีสิทธิร้องทุกข์หรือฟ้องร้องหน่วยงานของรัฐได้ (มาตรา ๖๑, ๖๒ แห่งรัฐธรรมนูญ) แต่กว่าความเข้าใจ

เช่นนี้จะแผ่ไปในหมู่ประชาชน เจ้าหน้าที่ของรัฐ และเป็นที่เข้าใจกันอย่างดีใน
แวดวงนักกฎหมายและแวดวงกระบวนการยุติธรรม จนเกิดมีการบังคับตามสิทธิ
ขั้นพื้นฐานอย่างจริงจังก็ต้องใช้เวลาอีกระยะหนึ่ง ดังจะเห็นได้ว่า แม้จะได้มีการ
ประกาศใช้รัฐธรรมนูญ พ.ศ. ๒๕๕๐ แล้ว ความขัดแย้งระหว่างชุมชน กับ รัฐ หรือ
ผู้ประกอบการ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในเรื่องที่เกี่ยวกับการดำเนินโครงการขนาดใหญ่
ยังคงดำรงอยู่ต่อไป ไม่ว่าจะเป็นกรณีการวางท่อแก๊สขาดานา กรณีเขื่อนปากมูล
กรณีการวางท่อแก๊สที่อำเภอจะนะ จังหวัดสงขลา กรณีเหมืองแร่โปแตชใน
ภาคตะวันออกเฉียงเหนือ ดังนี้ เป็นต้น

๒. ความหมายของสิทธิชุมชน

คำว่า “ชุมชน” ที่กล่าวถึงไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.
๒๕๕๐ นั้นมีด้วยกันหลายแห่ง นับตั้งแต่ **ชุมชน** (มาตรา ๕๖) **ชุมชนท้องถิ่น** (มาตรา
๕๘ วรรคแรก) และ**ชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิม** (มาตรา ๕๖) เช่น

มาตรา ๕๖ บุคคลซึ่งรวมกันเป็นชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิมย่อมมีสิทธิอนุรักษ์
หรือฟื้นฟูจารีตประเพณี ภูมิปัญญาท้องถิ่น ศิลปะหรือวัฒนธรรมอันดีของท้องถิ่น
และของชาติ และมีส่วนร่วมในการจัดการ การบำรุงรักษา และการใช้ประโยชน์จาก
ทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมอย่างสมดุลและยั่งยืน ทั้งนี้ ตามที่กฎหมาย
บัญญัติ

มาตรา ๕๖ สิทธิของบุคคลที่จะมีส่วนร่วมกับรัฐและชุมชนในการบำรุง
รักษา และการได้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติและความหลากหลายทาง
ชีวภาพ และในการคุ้มครอง ส่งเสริม และรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อม เพื่อให้ดำรงชีพ
อยู่ได้อย่างปกติและต่อเนื่อง ในสิ่งแวดล้อมที่จะไม่ก่อให้เกิดอันตรายต่อสุขภาพ
อนามัย สวัสดิภาพ หรือคุณภาพชีวิตของตน ย่อมได้รับความคุ้มครอง ทั้งนี้ ตามที่
กฎหมายบัญญัติ

มาตรา ๕๕ บุคคลย่อมมีสิทธิได้รับข้อมูล คำชี้แจง และเหตุผล จากหน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ หรือราชการส่วนท้องถิ่น ก่อนการอนุญาตหรือการดำเนินโครงการหรือกิจกรรมใดที่อาจมีผลกระทบต่อคุณภาพสิ่งแวดล้อม สุขภาพอนามัย คุณภาพชีวิต หรือส่วนได้เสียสำคัญอื่นใดที่เกี่ยวกับตนหรือชุมชนท้องถิ่น และมีสิทธิแสดงความคิดเห็นของตนในเรื่องดังกล่าว ทั้งนี้ ตามกระบวนการรับฟังความคิดเห็นของประชาชนที่กฎหมายบัญญัติ

ปัญหาที่ต้องพิจารณาในขั้นแรกนี้ก็คือ **“ชุมชน” คืออะไร** ชุมชนมีอยู่แล้วตามธรรมชาติ หรือเป็นสิ่งที่กฎหมายรับรองให้มีขึ้น ชุมชนต้องมีส่วนหรือบุคคลที่รวมกันเป็นชุมชนในลักษณะที่เป็นแบบแผนเพียงใด ต้องมีความสัมพันธ์กันทางสายโลหิตหรือไม่ หรือเพียงแต่มีความสัมพันธ์ทางวัฒนธรรม หรือความเชื่อ หรือเพียงแต่ดำเนินวิถีชีวิตร่วมกันก็เพียงพอ และจำเป็นต้องมีองค์ประกอบทางพื้นที่ หรือมีการครอบครองท้องที่หรือไม่เพียงใด ถ้ามีการครอบครองในทางพื้นที่จะต้องเป็นการครอบครองในลักษณะหวงกันแต่ผู้เดียว หรืออาจดำรงอยู่ร่วมกันหรือซ้อนกันกับชุมชนอื่นได้หรือไม่ ภายใต้เงื่อนไขอย่างไร ต้องมีมิติการอยู่ร่วมกันในทางเวลาหรือในแง่ประวัติศาสตร์หรือไม่ และชุมชนเฉย ๆ กับชุมชนท้องถิ่น และชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิมมีความหมายร่วมกัน หรือต่างกันหรือไม่เพียงใด

๒.๑ ชุมชนเป็นหมู่คณะอย่างหนึ่ง

เราได้ทำความเข้าใจในเบื้องต้นมาแล้วว่า ชุมชนเป็น **หมู่คณะ** หรือ **คณะบุคคล** ซึ่งดำเนินวิถีชีวิตอยู่ร่วมกันในท้องที่ใดท้องที่หนึ่ง โดยแม้ได้มีเป้าหมายหรือตกลงดำเนินกิจการอย่างใดอย่างหนึ่งร่วมกัน แต่มีความผูกพันทางสังคมระหว่างกันในลักษณะที่มีวิถีชีวิต จารีตประเพณี หรือแบบแผนในการอยู่ร่วมกันตามธรรมชาติ และมีกระบวนการตัดสินใจร่วมกันที่เป็นกิจจะลักษณะและชัดเจนถึงขนาดเป็นที่รับรู้แก่สาธารณชนได้ ดังนั้นเราจึงตอบต่อไปได้เลยว่า สิ่งที่เป็นชุมชนนั้นเป็นได้ตามเหตุผลของเรื่อง (Nature of Things) เป็นอยู่ตามธรรมชาติ เช่นเดียว

กับบุคคลธรรมดาหรือบุคคลที่อยู่รวมกันเป็นครอบครัวซึ่งเป็นข้อเท็จจริงที่ดำรงอยู่โดยลำพัง ไม่จำเป็นต้องมีกฎหมายรับรองก็อาจมีฐานะเป็นชุมชนได้

ที่ว่าชุมชนเป็น**หมู่คณะ**นั้นอาจมีข้อสงสัยต่อไปได้ว่าจะต้องมีจำนวนอย่างน้อยกี่คนขึ้นไปจึงจะนับได้ว่าเป็น**หมู่คณะ** เรื่องนี้เราอาจพิจารณาจากความมุ่งหมายของการคุ้มครองสิทธิชุมชนนั่นเองว่าเป็นไปเพื่อคุ้มครองการใช้สิทธิและเสรีภาพร่วมกันของบุคคลหลายคน ดังนั้น**หมู่คณะ**จึงต้องประกอบด้วยบุคคลตั้งแต่สองคนขึ้นไป แต่ต่างจากการที่คนสองคนมาอยู่ด้วยกันเฉยๆ โดยไม่เป็น**หมู่คณะ** ตรงที่ หากจะเรียกว่าเป็น**หมู่คณะ**แล้วจะต้องปรากฏด้วยว่าสมาชิกของ**หมู่คณะ**นั้นจะต้องมีความผูกพันทางสังคมหรือทางกฎหมายระหว่างกัน กล่าวคือมีความผูกพันหรือความมุ่งหมายอย่างหนึ่งร่วมกัน และมีแบบแผนในการผูกพันกันในลักษณะที่มีตัวตนในฐานะเป็นหน่วยสังคมแตกต่างหากจากบุคคลที่มาอยู่รวมกันถึงขนาดที่อาจแสดงให้สาธารณชนรับรู้และยอมรับถึงความเป็น**หมู่คณะ**เช่นนั้นได้ ไม่ใช่เป็นแต่เพียงแสดงเจตนาอยู่ร่วมกันอย่างลับ ๆ หรือไม่ได้มีความเป็นตัวตนที่แสดงออกให้ปรากฏรับรู้แก่บุคคลทั่วไปในลักษณะที่เป็น**หมู่คณะ**เลย และความผูกพันที่จะก่อให้เกิดเป็น**หมู่คณะ**และเรียกได้ว่าเป็นชุมชนขึ้นได้นี้ยังจะต้องเป็นความผูกพันเพื่อประโยชน์ส่วนรวมอันเป็นประโยชน์ร่วมกันทางสังคมอีกด้วย ไม่ใช่เป็นเพียงความมุ่งหมายที่จะทำการอย่างใดอย่างหนึ่งให้สำเร็จลุล่วงไปในทางบังเหิง หรือในทางธุรกิจการค้าเท่านั้น เช่นคนที่ไปนั่งดูภาพยนตร์อยู่ในโรงภาพยนตร์เดียวกัน ย่อมไม่จัดเป็นบุคคลที่รวมกันเป็น**หมู่คณะ**ในความหมายนี้ เพราะผู้ดูแต่ละรายแม้จะมีวัตถุประสงค์เดียวกันหรือร่วมกันคือมุ่งต่อการได้รับความบันเทิงจากภาพยนตร์นั้น แต่ก็มิได้มีความผูกพันทางสังคมร่วมกันกับผู้ดูภาพยนตร์รายอื่นเลย

อนึ่งความผูกพันที่จะทำการอย่างใดอย่างหนึ่งร่วมกันนี้อาจมีความมุ่งหมายเพื่อให้ได้มาซึ่งประโยชน์ทางทรัพย์สิน หรือเพื่อถือครองทรัพย์สินก็ได้ เช่นการช่วยกันทำนา หรือทำประมง ทำชลประทานร่วมกัน แต่ต้องไม่ใช่เป็น

ด้านหลัก เพราะหากเป็นการทำกรอย่างหนึ่งอย่างใดร่วมกันเพื่อประโยชน์ทางทรัพย์สินก็เข้าข่ายได้รับการคุ้มครองในแง่เสรีภาพในทางทรัพย์สินอยู่แล้ว ไม่จำเป็นต้องอ้างความเป็นหมู่คณะแต่อย่างใด ในกรณีที่มิประโยชน์ทางสังคมควบคู่กันอยู่กับการแสวงหากำไร ก็ต้องพิจารณาว่าด้านใดเป็นหลัก ด้านใดเป็นรองประกอบด้วยการดำเนินกิจกรรมทางเศรษฐกิจเพื่อให้ได้มาซึ่งทรัพย์สินที่เป็นองค์ประกอบของชุมชนจึงอยู่ที่คุณค่าทางวัฒนธรรม ความเหมาะสมในการดำรงชีพหรือการดำเนินวิถีชีวิตร่วมกันเป็นด้านหลักยิ่งกว่าการแสวงหากำไร

ประโยชน์หรือความมุ่งหมายในการดำเนินการอย่างหนึ่งอย่างใดร่วมกันของบุคคลที่รวมกันเป็นหมู่คณะก็เป็นสิ่งที่จะต้องพิจารณาในความหมายอย่างกว้างด้วยเหตุนี้หากบุคคลที่รวมกันนั้นมีจุดมุ่งหมายอย่างใดอย่างหนึ่งร่วมกันก็เพียงพอแล้ว ไม่ว่าจุดมุ่งหมายนั้นจะเป็นไปได้หรือไม่ก็ตาม และไม่จำเป็นว่าความมุ่งหมายในการการเมือง ทางเศรษฐกิจ ทางศิลปวิทยาการ หรือเพื่อการบันเทิง กีฬาหรือเพื่อการสมาคมหรือการอยู่ร่วมกันเป็นชุมชน ประเด็นสำคัญอยู่ที่ความมุ่งหมายของการรวมกันเช่นนั้นต้องไม่ใช่เป็นประโยชน์อันไม่ชอบด้วยกฎหมาย

การจำกัดเสรีภาพในการรวมกันเป็นหมู่คณะอาจจะทำได้โดยบทบัญญัติแห่งกฎหมายตามมาตรา ๔๕ วรรคสอง แห่งรัฐธรรมนูญ แต่กฎหมายเช่นว่านี้จะต้องเป็นไปเพื่อคุ้มครองประโยชน์ส่วนรวมของประชาชนเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน เช่น การห้ามหมู่คณะที่รวมกันเพื่อกระทำการอันเป็นความผิดตามกฎหมายอาญา เพื่อทำการปล้น ทำลายทรัพย์สิน ลอบสังหารบุคคล หรือเป็นกบฏ เป็นต้น หรือเป็นกฎหมายที่วางข้อจำกัดเสรีภาพในการรวมกันเป็นหมู่คณะเพื่อป้องกันไม่มีการผูกขาดตัดตอนในทางเศรษฐกิจ เช่น ห้ามไม่ให้บุคคลหรือผู้ประกอบการรวมกันเพื่อจำกัดการแข่งขันทางการค้า หรือกำหนดราคาหรือห้ามร่วมมือกันทำการอย่างใดๆ เพื่อให้เกิดการผูกขาดทางเศรษฐกิจ เหล่านี้เป็น การจำกัดเสรีภาพในการรวมกันเป็นหมู่คณะที่ตั้งอยู่บนฐานแห่งข้อจำกัดที่

รัฐธรรมนูญอนุญาตให้มีได้ นอกจากนี้การจำกัดเสรีภาพในเรื่องนี้จะต้องคำนึงด้วยว่าต้องเป็นไปเท่าที่จำเป็น และโดยสมควรแก่เหตุ ตามมาตรา ๒๕ แห่งรัฐธรรมนูญ คือไม่ถึงกับเป็นการกระทบกระเทือนต่อสาระสำคัญแห่งเสรีภาพในการรวมกันเป็นหมู่คณะอีกด้วย

การรวมกันเป็นหมู่คณะจะต้องเป็นไปด้วยความสมัครใจ ความมุ่งหมายสำคัญของการคุ้มครองเสรีภาพในการรวมกันเป็นหมู่คณะตามรัฐธรรมนูญก็คือการคุ้มครองมิให้รัฐเข้าแทรกแซงการใช้และการไม่ใช้เสรีภาพดังกล่าวของบุคคลเอกชน ไม่ว่าจะเป็นในรูปของการห้ามมิให้บุคคลรวมกันเป็นหมู่คณะ หรือในทางตรงกันข้าม การที่รัฐใช้อำนาจบังคับหรือตรากฎหมายกำหนดให้บุคคลรวมกันในรูปแบบใดๆ ไม่ว่าจะเป็นแบบดั้งเดิมหรือแบบอื่นใดก็นับได้ว่าขัดต่อเสรีภาพในการรวมกันเป็นหมู่คณะซึ่งได้รับความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญเช่นกัน

แต่เสรีภาพในการรวมกันเป็นหมู่คณะเพื่อดำเนินการอย่างหนึ่งอย่างใดร่วมกันในที่นี้หมายถึงการดำเนินการอันเป็นกิจการของเอกชน ไม่ใช่กิจการสาธารณะอันเป็นกิจการในอำนาจหน้าที่ของหน่วยงานของรัฐ หรือรัฐบาล ดังนั้นบุคคลไม่อาจอ้างเสรีภาพในการรวมกันเป็นสมาคมเพื่อเข้าจัดการงานของรัฐ เช่น การรักษาความสงบ การป้องกันประเทศ หรือการดำเนินการต่างประเทศในส่วนที่เป็นหน้าที่ของรัฐได้ และในบางกรณีการเข้าดำเนินการดังกล่าวอาจเป็นความคิดตามกฎหมายได้ด้วย ในทางกลับกัน รัฐก็ไม่อาจบังคับเอกชนให้รวมกันเป็นหมู่คณะหรือองค์กรอย่างหนึ่งอย่างใดเพื่อดำเนินกิจการที่ไม่ใช่กิจการในหน้าที่ของรัฐได้อย่างไรก็ดี ถ้าเป็นกรณีตรากฎหมายบังคับให้มีการรวมกันเป็นสมาคมหรือบังคับให้เป็นสมาชิกของสมาคมหรือองค์กรสาธารณะอย่างหนึ่งอย่างใดเพื่อประโยชน์สาธารณะ โดยมีเหตุผล ความจำเป็นและความชอบธรรมเพียงพอ ดังนี้ก็ไม่เป็นการขัดต่อรัฐธรรมนูญ เช่นการบังคับให้ผู้ประกอบวิชาชีพบางอย่างต้องรวมกันเป็นองค์กรกำกับดูแลมาตรฐานและจรรยาบรรณทางวิชาชีพ เช่น แพทยสภา สภา

ทนาศักดิ์ หรือองค์กรกำกับดูแลวิชาชีพอื่น หรือองค์กรดูแลเรื่องความปลอดภัย
ในการทำงาน เหล่านี้เป็นต้น

หมู่คณะที่เป็นผลจากการรวมกันของบุคคลนี้หมายถึงหมู่คณะที่มีการ
จัดตั้งอย่างมีแบบแผนระดับหนึ่ง การรวมกันเป็นหมู่คณะจึงแตกต่างจากการ
ชุมนุมกันโดยมิได้เข้ากันเป็นหมู่คณะ ตรงที่การเข้ากันเป็นหมู่คณะต้องเป็นการเข้า
ผูกพันกันอย่างมีแบบแผนในลักษณะที่ผู้มาเข้ากันล้วนสมัครใจเข้าเป็นสมาชิกของ
หมู่คณะนั้น ส่วนการชุมนุมนั้นเป็นการประชุมกันโดยมีจุดมุ่งหมายอย่างใด
อย่างหนึ่งร่วมกันก็จริง แต่การประชุมกันโดยมีจุดมุ่งหมายอย่างหนึ่งอย่างใดร่วมกัน
นั้น ไม่ได้ผูกพันกันถึงขนาดเข้าเป็นสมาชิกของหมู่คณะ ด้วยเหตุนี้การชุมนุมประท้วง
หรือการชุมนุมเพื่อฟังคำปราศรัย หรือเพื่อแสดงความคิดเห็นอย่างใดอย่างหนึ่ง หรือการเข้าร่วม
กิจกรรมทางศิลปวัฒนธรรมโดยมีความมุ่งหมายในทางการเมืองหรือในการ
สมาคม จึงไม่ใช่การรวมกันเป็นหมู่คณะในความหมายของมาตรา ๔๕ แห่ง
รัฐธรรมนูญ แต่อาจเป็นการชุมนุมตามความหมายของมาตรา ๔๔ แห่งรัฐธรรมนูญ

เสรีภาพในการรวมกันเป็นหมู่คณะตามมาตรา ๔๕ แตกต่างจากเสรีภาพใน
การรวมกันจัดตั้งเป็นพรรคการเมืองในมาตรา ๔๖ แห่งรัฐธรรมนูญ แม้ว่าการ
รวมกันเป็นพรรคการเมืองจะมีลักษณะเป็นการเข้ากันเป็นหมู่คณะเช่นเดียวกัน แต่
พรรคการเมืองมีลักษณะพิเศษที่ยิ่งไปกว่าการรวมกันเป็นหมู่คณะทั่วไปตรงที่
ความมุ่งหมายของการเข้ากันเป็นพรรคการเมืองมุ่งโดยตรงต่อการเข้ามีส่วนร่วม
ในการรณรงค์หาเสียงเลือกตั้ง และมีส่วนในการร่วมกำหนดนโยบายและเจตจำนง
ของรัฐในองค์การทางการเมืองโดยตรง^๑ โดยนัยเช่นนี้ บุคคลที่รวมกันเป็นพรรค
การเมืองย่อมอ้างสิทธิตามมาตรา ๔๕ ได้ แต่บุคคลที่รวมกันเป็นหมู่คณะไม่อาจ
อ้างสิทธิตามมาตรา ๔๖ แห่งรัฐธรรมนูญได้

ชุมชนซึ่งเมื่อศึกษาเชิงพัฒนาการแล้วจะเห็นได้ว่า ชุมชนซึ่งเก่าแก่ดั้งเดิมที่สุดเกิดจากการรวมตัวโดยธรรมชาติของมนุษย์บนพื้นฐานของเครือญาติหรือวงศ์วานหวนเครือซึ่งเติบโตขยายตัวขึ้นเรื่อยๆ โดยคติความเชื่อของทั้งคริสตศาสนาและนิทานพื้นบ้านในแถบเอเชีย เชื่อว่ามนุษย์มาจากบรรพบุรุษและบรรพสตรีคู่เดียวกัน ดังนั้นถ้าใช้มิติทางประวัติศาสตร์ วัฒนธรรมและภาษาเราอาจแบ่งชุมชนต่างๆ ได้โดยอาศัยลักษณะร่วมดังต่อไปนี้

๑. กลุ่มชาติพันธุ์

๒. กลุ่มนิเวศน์

๓. กลุ่มศาสนา ความเชื่อ หรืออุดมการณ์

๔. กลุ่มอาชีพ / วิชาชีพ / ช่างฝีมือ

การยอมรับในการดำรงอยู่ของชุมชน (หรือถ้าเรียกเป็นภาษาสมัยใหม่คือสิทธิชุมชน) มีมาแต่โบราณ ในวงการไทยคดีศึกษามีการสืบสานความเป็นมาของชุมชนไทยแต่โบราณ พบว่านอกจากปัจจัยร่วมในเรื่องชาติพันธุ์ ซึ่งเป็นลักษณะพื้นฐานโดยทั่วไปแล้ว ชุมชนทั้งที่อยู่ในและนอกแผ่นดินสยามดำรงอยู่ตามระบบนิเวศน์ กล่าวคือเป็นชุมชนที่ใช้ทรัพยากรร่วมกัน มีการใช้และแลกเปลี่ยนทรัพยากรในระหว่างกันและกัน และเมื่อเข้ามาในแผ่นดินสยามก็ได้พกพาลักษณะของชุมชนเข้ามาด้วย ชุมชนกำหนดตัวตนของตนเองโดยใช้พื้นฐานระบบนิเวศน์ซึ่งแสดงออกด้วยชื่อที่บ่งบอกลักษณะระบบนิเวศน์วิทยาของชุมชน เช่น ดงลาน นาน้อย อ้อหนู นาสาร ห้วยทราย โลกสัก ฯลฯ เมื่อมาอยู่ร่วมกันแล้ว มีการย้ายเปลี่ยนแปลงระหว่างต่างศาสนา ทำให้เกิดชุมชนทางศาสนา เช่น ชุมชนทางคริสต์ พราหมณ์ เกิดโครงสร้างทางศิลปวัฒนธรรม ระเบียบของชุมชน การรวบรวมกลุ่มชาติพันธุ์ที่หลากหลายให้มาตั้งถิ่นฐานใหม่ในสมัยต้นรัตนโกสินทร์ ทำให้เกิดชุมชนทางชาติพันธุ์ตามชื่อเรียกต่างๆ เช่น บ้านแขก บ้านญวน กูฎีจีน สำเพ็ง สำหรับชุมชนบ้านครัวที่คัดค้านต่อต้านการสร้างทางลงทางด่วนนั้น ชาติพันธุ์หลักคือจาม ซึ่งโยกย้ายมาจากเขมรตั้งแต่สมัยรัชกาลที่ ๑ เรียกว่า “แขกครัว” และตั้งแต่สมัย

รัชกาลที่ ๕ เป็นต้นมา ก็มีการยอมรับชุมชนซึ่งอยู่รวมกันเป็นกลุ่มก้อนสืบทอด ภูมิปัญญาตามระบบเครือญาติ กล่าวโดยสรุป รัฐสยามในอดีตเคยยอมรับการ ดำรงอยู่ของชุมชนในลักษณะต่างๆ ดังกล่าวมานี้ เป็นการยอมรับการรวมกลุ่มและ สิทธิของชุมชนเหล่านี้โดยอัตโนมัติ ความเป็นมาในอดีตนี้ยังปรากฏหลักฐานทาง กฎหมายอยู่จนถึงปัจจุบัน ดังจะเห็นได้จากการที่อำนาจรัฐยอมรับวัฒนธรรมในด้าน ครอบครัวและมรดกของชุมชนอิสลามในสี่จังหวัดภาคใต้ โดยมีกฎหมายและ กระบวนการยุติธรรมที่มีลักษณะเฉพาะ แสดงให้เห็นการรับรองสิทธิของชุมชน ตามวิถีชีวิตอิสลาม นอกจากนี้ยังมีชุมชนทางศาสนาหรือความเชื่ออื่น เช่น คณะสงฆ์ ศาลเจ้า วัดบาตหลวงแคธอลิก ซึ่งดำรงอยู่เป็นลักษณะ “รัฐในรัฐ” อำนาจอธิปไตยของ อาณาจักรล้านนาที่เคยยอมรับการดำรงอยู่ของคนดอยและคนเมืองลุ่ม มีการยอมรับ ภูมิปัญญาบนฐานทรัพยากรของการเกษตรในระบบไร่หมุนเวียน

ในแง่ของกฎหมาย ชุมชนในความหมายทั่วไปในมาตรา ๕๖ หมายถึง คณะบุคคลที่มีวิถีชีวิตหรือดำเนินกิจกรรมตามปกติโดยอาศัยอยู่รวมกันหรือดำเนิน กิจกรรมอย่างใดอย่างหนึ่งร่วมกัน ตามขนบธรรมเนียมหรือจารีตประเพณีโดย ปกติย่อมถือเอาท้องถิ่นใดท้องถิ่นหนึ่งเป็นหลักแหล่งสำคัญในการดำเนินวิถีชีวิต หรือกิจกรรมนั้นๆ ร่วมกัน^๒ ดังจะเห็นได้จากชุมชนที่มีลักษณะดั้งเดิมที่สุดคือกลุ่ม เครือญาติ หรือครอบครัวหลายๆ ครอบครัวที่เชื่อว่ามีความสัมพันธ์ร่วมสายโลหิตกัน หรือเชื่อในความเป็นมาร่วมกันที่ยังอยู่รวมกันเป็นหมู่คณะอย่างมีแบบแผนเป็นที่ รับรู้แก่คนทั่วไปได้นั่นเอง

๒.๒ ความแตกต่างระหว่างชุมชนกับหมู่คณะอื่น

ชุมชนแตกต่างจากสมาคมหรือหมู่คณะอื่นในความหมายของมาตรา ๔๕ ตรงที่สมาคมหรือหมู่คณะอื่นตามความหมายในมาตรา ๔๕ นั้นเป็นคณะบุคคลที่ รวมกันเพื่อบรรลุวัตถุประสงค์อย่างใดอย่างหนึ่ง อันมีลักษณะต่อเนื่องร่วมกัน ถ้าเป็นสมาคมที่มุ่งดำเนินการเพื่อกำไรมาแบ่งปันกันก็เป็นหุ้นส่วน แต่ถ้ามิได้

มุ่งแสวงหากำไรมาแบ่งปันกันก็เป็นสมาคมธรรมดา นอกจากนี้สมาคมยังอาจมีวัตถุประสงค์เฉพาะอย่างอื่น เช่น สมาคมทางการเมืองก็คือพรรคการเมือง สมาคมผู้ใช้แรงงานก็คือสหภาพแรงงาน เป็นต้น

ข้อแตกต่างสำคัญระหว่างชุมชนกับสมาคมก็คือ ขณะที่ชุมชนมีการดำเนินวิถีชีวิตรวมกันตามปกติเป็นแกนกลางในการอยู่อาศัยร่วมกันโดยมิได้มีวัตถุประสงค์อย่างหนึ่งอย่างใดโดยเฉพาะ ส่วนสมาคมกลับมุ่งบรรลุวัตถุประสงค์อย่างใดอย่างหนึ่งต่อเนื้อร่วมกันเป็นแกนกลาง ในขณะที่ระเบียบกฎเกณฑ์ของชุมชนในการดำเนินวิถีชีวิตร่วมกันมีลักษณะที่คลี่คลายไปแบบไม่จงใจหรือแบบเป็นไปเองตามวิถีชีวิตปกติ (Spontaneous Order) แต่ระเบียบกฎเกณฑ์ของสมาคมหรือหมู่คณะอื่นมีลักษณะที่มีการกำหนดหรือจัดตั้งขึ้นโดยจงใจหรือตกลงกันโดยเจตนา (Artificial Order)

อย่างไรก็ดี สมาคมหรือหมู่คณะอื่นซึ่งได้อยู่รวมกันเป็นเวลานานจนกลายเป็นวิถีชีวิตภายใต้กรอบขนบธรรมเนียมหรือจารีตประเพณี ก็อาจเรียกได้ว่ากลายเป็นชุมชนไปแล้ว ตัวอย่างที่เห็นได้ชัดที่สุดคือหมู่คณะที่อยู่รวมกันตามหลักความเชื่อทางศาสนา เช่น คณะสงฆ์ หรือชุมชนชาวมุสลิม เป็นต้น

ชุมชนยังแตกต่างจากท้องถิ่น หรือหน่วยปกครองที่เรียกว่าองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในสาระสำคัญก็คือ หน่วยปกครองท้องถิ่นคือหมู่บ้าน และตำบลนั้น แต่เดิมมาไม่ได้เกิดจากการเกิดเองเป็นเองของชุมชน แต่เป็นผลจากการกำหนดเขตปกครองท้องถิ่นตามพระราชบัญญัติลักษณะปกครองท้องที่ ร.ศ. ๑๑๖ (พ.ศ. ๒๔๔๐)^๑ ซึ่งเป็นอำนาจของเจ้าเมืองหรือผู้ว่าราชการเมือง และเทศบาลซึ่งอาศัยความสะดวกและความเหมาะสมในด้านการปกครองและการบริหารราชการของเจ้าเมือง หรือเทศบาลเป็นสำคัญ ไม่จำเป็นต้องสอดคล้องกับลักษณะของชุมชนหรือได้รับความยินยอมของชุมชน และในหลายกรณีก็เป็นการรวมบ้าน

เข้าด้วยกัน หรือแยกเขตบ้านเขตตำบลออกจากกัน เป็นเหตุให้มีการรวมชุมชนที่ต่างกันเข้าด้วยกัน หรือแยกชุมชนเดียวกันออกเป็นเขตปกครองต่างกันโดยอาศัยเส้นทางคมนาคม หรือประโยชน์ในการรักษาความปลอดภัย ประโยชน์ทางเศรษฐกิจ หรือประโยชน์ทางการเมืองเป็นสำคัญ เขตปกครองท้องถิ่นซึ่งตั้งอยู่บนฐานของการแบ่งเขตปกครองท้องถิ่น แม้จะมีที่สอดคล้องกับความเป็นชุมชนอยู่บ้าง แต่ก็ไม่จำเป็นต้องสะท้อนความเป็นชุมชนเสมอไป โดยเหตุนี้ในเขตปกครองท้องถิ่นจึงอาจมีชุมชนหลายชุมชนรวมอยู่ด้วยกัน หรือชุมชนบางชุมชนอาจจะมีหลักแหล่งคร่อมเขตปกครองท้องถิ่นในหลายท้องที่ก็ได้ อย่างไรก็ตาม ท้องถิ่นที่กลายเป็นหลักแหล่งของบุคคลที่อาศัยอยู่รวมกันเป็นเวลานานๆ จนเกิดมีแบบแผนในการดำเนินวิถีชีวิต ขนบธรรมเนียมประเพณี หรือวัฒนธรรมขึ้นเป็นของตนเอง ก็อาจกลายเป็นชุมชนขึ้นได้เช่นกัน

กล่าวในแง่นี้ ชุมชนจึงเป็นสิ่งที่มีความเป็นเองตามธรรมชาติ เป็นวิถีชีวิตที่เกิดขึ้นโดยมิได้มีผู้จงใจสร้างขึ้น (Spontaneous Order) ต่างจากองค์กรปกครองท้องถิ่นซึ่งมีฐานะเป็นหน่วยปกครองที่กำหนดขึ้นตามความเหมาะสม (Expediency) ดังนั้นชุมชนจึงเป็นหน่วยสังคมที่มีอยู่โดยสภาพ ไม่ต้องอิงอาศัยการรับรองโดยกฎหมายที่รัฐกำหนดขึ้น มีฐานะเป็นตัวตนที่รับรู้รับรองกันว่ามีอยู่เอง และย่อมมีสิทธิได้โดยสภาพ ไม่ว่าจะจัดตั้งขึ้นในรูปนิติบุคคลหรือไม่ก็ตาม

๒.๓ ลักษณะสำคัญหรือองค์ประกอบของชุมชน (มาตรา ๕๖)

จากการพิจารณาชุมชนในแง่ที่เป็นหมู่คณะอย่างหนึ่งซึ่งมีลักษณะที่แตกต่างจากหมู่คณะอย่างอื่นที่ได้กล่าวมาแล้ว เราอาจสรุปลักษณะสำคัญหรือองค์ประกอบของชุมชนในเบื้องต้นได้ดังต่อไปนี้

(๑) ชุมชนต้องมีความเป็นอยู่ร่วมกันของบุคคลหลายคนเป็นคณะบุคคลโดยมีจำนวนมากพอที่จะดำเนินวิถีชีวิตเป็นหมู่คณะตามปกติและพึ่งตัวเองได้อย่างมีอัตลักษณ์ (identity) ในทางสังคมหรือวัฒนธรรมของตนเอง แยก

ต่างหากจากชุมชนหรือกลุ่มชนอื่นได้ โดยอาศัยความสมดุลและยั่งยืนในสิ่งแวดล้อม หรือทรัพยากรตามธรรมชาติหรือรากเหง้าทางวัฒนธรรมเป็นฐานแห่งการดำรงชีพ

(๒) การอยู่ร่วมกันของบุคคลเหล่านั้นต้องมีลักษณะเป็นการดำเนินวิถีชีวิตร่วมกันโดยมีความสำนึกในความสัมพันธ์เป็นกลุ่มก้อนระหว่างกันอย่างต่อเนื่องและมีการสืบสายชุมชนต่อไปโดยไม่จำกัดระยะเวลา

(๓) ลักษณะของการดำเนินชีวิตหรือกิจวัตรร่วมกันดังกล่าวต้องเป็นไปโดยความสมัครใจ ไม่มีการบังคับ

(๔) การดำเนินชีวิตร่วมกันในชุมชนต้องมีรูปแบบหรือข้อบังคับที่แน่นอนเป็นกิจจะลักษณะอย่างใดอย่างหนึ่ง ซึ่งอย่างน้อยต้องมีเวทีสำหรับแลกเปลี่ยนความคิดเห็นหรือมีแบบแผนในการติดต่อสื่อสารและมีปฏิสัมพันธ์ได้ตอบระหว่างกัน

(๕) ชุมชนจะต้องมีการจัดองค์กร มีผู้ทำหน้าที่จัดการหรือมีวิธีการจัดการร่วมกันอย่างใดอย่างหนึ่งในนามของชุมชนซึ่งสามารถแสดงออกให้เป็นที่รับรู้แก่สาธารณชนได้ ทั้งนี้ไม่จำกัดว่าจะต้องมีรูปแบบการจัดองค์กรหรือการจัดการอย่างใดอย่างหนึ่งโดยเฉพาะ

ข้อน่าคิดในแง่องค์ประกอบของชุมชนในที่นี้ก็คือชุมชนต้องผูกติดกับพื้นที่หรือท้องถิ่นหรือไม่เพียงใด ความข้อนี้อาจพิจารณาได้จากลักษณะทั่วไปชุมชนเป็นการดำเนินวิถีชีวิตอยู่ร่วมกัน และโดยปกติก็โดยอาศัยความสมดุลยั่งยืนในสิ่งแวดล้อมหรือทรัพยากรเป็นฐานในการดำรงชีพ ดังนั้นชุมชนโดยทั่วไปจึงมีหลักแหล่งแน่นอน อย่างไรก็ตามพื้นที่หรือท้องที่เฉพาะเจาะจง ณ สถานที่แห่งใดแห่งหนึ่งไม่อาจจะเป็นเครื่องยึดโยงชุมชนไว้ด้วยกัน แม้ธรรมชาติชุมชนต้องตั้งอยู่เป็นหลักแหล่ง ณ ท้องที่ใดท้องที่หนึ่งอันเป็นท้องที่บุคคลซึ่งรวมกันเป็นชุมชนอาศัยอยู่ร่วมกันเป็นหลักแหล่งอย่างมีกิจจะลักษณะ แต่ไม่ได้หมายความว่าชุมชนจะโยกย้ายถิ่นฐาน หรือแตกเหล่าแตกกอ หรืออพยพโยกย้ายไปไม่ได้ หรือหากย้ายหลักแหล่งหรือท้องที่แล้วจะทำให้ลักษณะความเป็นชุมชนสิ้นสลายไป โดยเฉพาะ

เมื่อเกิดภัยพิบัติทางธรรมชาติ หรือสงคราม จึงอาจมีการโยกย้ายถิ่นฐานไปยังท้องที่อื่นได้ แต่หากบุคคลในชุมชนยังคงดำเนินวิถีชีวิตอย่างมีแบบแผนเป็นกลุ่มก้อนอยู่ต่อไป และยึดถือแบบแผนในการดำเนินชีวิตหรือรากเหง้าทางวัฒนธรรมที่ตกทอดมาเป็นสืบทอดร่วมกันต่อไป ดังนั้นชุมชนย่อมไม่แตกสลายสิ้นไปเพราะการเปลี่ยนแปลงพื้นที่ที่อยู่อาศัย หรือย้ายถิ่นฐานไปอยู่ ณ ท้องที่อื่น และการอยู่เป็นหลักแหล่งในท้องที่หนึ่งท้องที่ใดโดยเฉพาะจึงมีความสำคัญระดับรองลงไป มิได้เป็นลักษณะชี้ขาดความเป็นชุมชน

โดยนัยเช่นนี้ชุมชนในความหมายทางสังคมวิทยาและมานุษยวิทยาจึงไม่จำเป็นต้องมีที่ตั้งหรือหลักแหล่งจำกัดเฉพาะอยู่ในเขตท้องที่ของหน่วยปกครองท้องถิ่นแห่งหนึ่งแห่งใด ทั้งนี้เพราะหน่วยปกครองท้องถิ่นนั้นโดยทั่วไปมักกำหนดขึ้นและแบ่งแยกตามความสะดวกและเหมาะสมในแง่การปกครอง ขึ้นอยู่กับจำนวนประชากร รายได้ ที่ตั้งทางภูมิศาสตร์ และความสนใจของคนในท้องที่นั้นๆ ดังนั้นจึงมักปรากฏให้เห็นได้ว่า ชุมชนบางแห่งได้รับการจัดตั้งขึ้นเป็นหมู่บ้านคนละหมู่ หรือสังกัดคนละตำบล ทั้งๆ ที่รู้สึกผูกพันเป็นชุมชนเดียวกัน แต่ที่ถูกแยกจากกันเป็นเพียงเพราะตั้งอยู่คนละฟากคลองหรือแม่น้ำซึ่งถูกกำหนดให้เป็นอาณาเขตตำบลจากการ หรือเมื่อมีถนนตัดผ่าน และมีการจัดแบ่งเขตปกครองกันใหม่ให้สะดวกในการเข้าถึงของฝ่ายปกครอง ชุมชนดั้งเดิมบางแห่งก็ถูกแบ่งแยกออกเป็น ๒ เขตการปกครองตามแนวถนนที่ตัดผ่าน จนบางกรณีถึงกับถูกแยกเป็นคนละเขตจังหวัดไปเลยก็มี

๒.๔ ความหมายของชุมชนท้องถิ่นและชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิม

นอกจากถ้อยคำในรัฐธรรมนูญที่กล่าวถึงชุมชนโดยทั่วไปปรากฏอยู่ในมาตรา ๕๖ ซึ่งเป็นเรื่องสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคลในการมีส่วนร่วมทั้งรัฐและชุมชนในการบำรุงรักษาและได้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมที่สำคัญต่อการดำรงชีพตามปกติ และต่อเนื่องแล้ว รัฐธรรมนูญยังกล่าวถึงชุมชนท้องถิ่น

ในมาตรา ๕๕ ซึ่งเป็นเรื่องสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคลที่จะได้รับข้อมูล คำชี้แจง และเหตุผลจากหน่วยงานของรัฐ หรือของท้องถิ่น ก่อนการอนุญาตหรือการดำเนินการใดที่อาจกระทบต่อคุณภาพสิ่งแวดล้อม สุขอนามัย คุณภาพชีวิต หรือส่วนได้เสียสำคัญเกี่ยวกับตนหรือชุมชนท้องถิ่น และยังมีกล่าวถึงชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิมในมาตรา ๕๖ อันเป็นเรื่องสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคลที่รวมกันเป็นชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิมในการอนุรักษ์หรือฟื้นฟูจารีตประเพณี ภูมิปัญญาท้องถิ่น ศิลปะหรือวัฒนธรรมอันดีของท้องถิ่นและของชาติ และมีส่วนร่วมในการจัดการ บำรุงรักษา และใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมอย่างสมดุลและยั่งยืน

จากถ้อยคำในรัฐธรรมนูญข้างต้นนี้ เราสามารถจับใจความที่เป็นแกนกลางร่วมกันของสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคลที่รวมกันเป็นชุมชน ไม่ว่าจะเป็นชุมชนธรรมดา หรือชุมชนท้องถิ่นหรือชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิมได้ว่าสิทธิที่เป็นใจกลางของสิทธิชุมชนก็คือสิทธิของบุคคลที่จะมีส่วนร่วม และได้ประโยชน์จากการจัดการสิ่งแวดล้อมในฐานะที่เป็นปัจจัยที่กระทบต่อส่วนได้เสียสำคัญเกี่ยวกับตนหรือชุมชน

ก) ชุมชนท้องถิ่น (มาตรา ๕๕)

ในแง่ของสิทธิชุมชนท้องถิ่นนั้น รัฐธรรมนูญมาตรา ๕๕ มุ่งคุ้มครองให้บุคคลในชุมชนท้องถิ่นให้มีสิทธิได้รับรู้ข้อมูลและคำชี้แจงและเหตุผล เกี่ยวกับการดำเนินการใดๆ ที่อาจกระทบต่อคุณภาพสิ่งแวดล้อม หรือส่วนได้เสียสำคัญเกี่ยวกับชุมชนท้องถิ่น สิทธิรับรู้ข้อมูล คำชี้แจงและเหตุผลในเรื่องเหล่านี้แม้จะนับว่าเป็นส่วนสำคัญส่วนหนึ่งของสิทธิมีส่วนร่วมในการจัดการทรัพยากรและสิ่งแวดล้อมของชุมชนในมาตรา ๕๖ และของชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิมในมาตรา ๕๖ แห่งรัฐธรรมนูญ แต่สิทธิตามมาตรา ๕๕ นี้ก็ไม่ใช่สิทธิมีส่วนร่วมโดยตรง ทำให้น่าแปลกใจว่า ในเมื่อชุมชน และชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิมล้วนแล้วแต่มีสิทธิที่จะมีส่วนร่วมและได้ หรือใช้ประโยชน์จากการจัดการสิ่งแวดล้อม เหตุใดรัฐธรรมนูญจึงไม่รับรองสิทธิ

มีส่วนร่วมและได้หรือใช้ประโยชน์จากการจัดการสิ่งแวดล้อมทำนองเดียวกันได้
สำหรับชุมชนท้องถิ่นด้วย

อย่างไรก็ดี เมื่อพิจารณาความในมาตรา ๕๕ ประกอบกับอำนาจหน้าที่ตาม
รัฐธรรมนูญขององค์กรปกครองท้องถิ่นตามมาตรา ๒๕๐ ซึ่งกำหนดให้องค์กร
ปกครองส่วนท้องถิ่นมีอำนาจจัดการทรัพยากรและสิ่งแวดล้อมในเขตพื้นที่ และ
มีส่วนร่วมบำรุงรักษาทรัพยากรและสิ่งแวดล้อมที่มีผลกระทบต่อประชาชนในพื้นที่
แล้ว เราจะเห็นได้ว่า สิทธิขั้นพื้นฐานในการรับรู้ข้อมูลและคำชี้แจงเกี่ยวกับการ
ดำเนินการใดๆ ของหน่วยงานของรัฐหรือท้องถิ่น ที่อาจกระทบต่อคุณภาพ
สิ่งแวดล้อม หรือส่วนได้เสียเกี่ยวกับชุมชนท้องถิ่น ตามมาตรา ๕๕ นี้ มีความสัมพันธ์
ใกล้ชิดหรือเชื่อมอยู่กับอำนาจหน้าที่ตามรัฐธรรมนูญขององค์กรปกครอง
ส่วนท้องถิ่นในการจัดการ และมีส่วนร่วมในการบำรุงรักษาทรัพยากรและสิ่งแวดล้อม
ในพื้นที่ หรือการจัดการเกี่ยวกับทรัพยากรและสิ่งแวดล้อมนอกพื้นที่ซึ่งอาจกระทบ
ต่อส่วนได้เสียของประชาชนในพื้นที่ในมาตรา ๒๕๐ นั้นเอง ด้วยเหตุนี้ชุมชน
ท้องถิ่นในความหมายของมาตรา ๕๕ จึงหมายถึงชุมชนที่ตั้งหลักแหล่งและดำเนิน
วิถีชีวิตอยู่ในเขตพื้นที่หรือท้องถิ่นใดท้องถิ่นหนึ่งซึ่งอาจได้รับผลกระทบต่อส่วน
ได้เสียสำคัญจากการอนุญาตดำเนินการ หรือการจัดการทรัพยากรและสิ่งแวดล้อม
ของหน่วยงานของรัฐ หรือองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นนั่นเอง แต่ชุมชนท้องถิ่นตาม
นัยแห่งมาตรา ๕๕ นี้ แม้จะรวมไปถึงองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นด้วย แต่ก็ไม่จำกัด
อยู่เฉพาะว่าจะต้องเป็นองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเท่านั้น เพราะชุมชนที่ได้รับ
ผลกระทบอาจมีหลักแหล่งคาบเกี่ยวอยู่ในเขตพื้นที่ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น
เพียงส่วนใดส่วนหนึ่ง หรือคาบเกี่ยวครอบคลุมไปหลายท้องถิ่นก็ได้

ข) ชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิม (มาตรา ๔๖)

ส่วนชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิมนั้น รัฐธรรมนูญมุ่งคุ้มครองให้บุคคลที่รวม
กันเป็นชุมชนมีสิทธิทางวัฒนธรรมของชุมชนนั้นๆ เอง และมีสิทธิมีส่วนร่วมในการ

จัดการทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม ดังนั้นชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิมจึงหมายถึงชุมชนซึ่งมีลักษณะพิเศษเพิ่มเติม อีก ๒ ประการ คือในแง่ท้องถิ่นดั้งเดิมได้แก่ความเป็นพื้นบ้านดั้งเดิม และในแง่วิถีชีวิตดั้งเดิมด้วยการขึ้นหัตถ์ารงเอกลักษณ์ทางวัฒนธรรมของตนไว้โดยไม่ยอมเคลื่อนกลืนเข้ากับวัฒนธรรมของชนส่วนใหญ่ในสังคมหรือประเทศนั้นๆ ดังนั้นลักษณะสำคัญของชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิมที่มีเพิ่มขึ้นจากชุมชนทั่วไปก็คือ

(๑) คำว่าชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิมในที่นี้ นั้น ควรเข้าใจว่าคำว่าท้องถิ่น หมายถึงชุมชนที่มีวิถีชีวิตแบบพื้นบ้านที่ตรงกันข้ามกับชุมชนเมือง และยังเชื่อมโยงไปถึงความมีรากเหง้าที่มีลักษณะดั้งเดิม ในแง่ความผูกพันกันตามความเชื่อว่าเป็นชุมชนที่มีรากเหง้า แหล่งกำเนิด เทือกเขาแหล่งอที่มาจากแหล่งทรัพยากรหรือสิ่งแวดล้อมในท้องถิ่นเดียวกัน หรือสืบสายเผ่าพันธุ์มาจากบรรพบุรุษ หรือดินตออันศักดิ์สิทธิ์ร่วมกัน หรือมีความผูกพันกันโดยทางประวัติความเป็นมาหรือแบบแผนในการดำเนินชีวิตหรือวัฒนธรรมของตนเองโดยเฉพาะ โดยชุมชนนั้นๆ ยึดโยงเข้าด้วยกันด้วยความเชื่อว่ามีพื้นเพและแบบแผนในการดำเนินชีวิตแบบเดียวกันและอาศัยแหล่งทรัพยากรและสิ่งแวดล้อมเป็นฐานในการดำรงชีพร่วมกัน ยิ่งกว่าความมีชาติพันธุ์ร่วมกัน หรือการมีหลักแหล่งในท้องถิ่นที่เฉพาะเจาะจงแห่งหนึ่งแห่งใด โดยเฉพาะ คำว่าท้องถิ่นดั้งเดิมเมื่ออ่านรวมกันจึงย่อมหมายถึงการมีวิถีชีวิตแบบพื้นบ้านตามความเชื่อในแบบแผนหรือวัฒนธรรมดั้งเดิมของชุมชน ซึ่งปกติอาศัยการจัดการบำรุงรักษาและใช้ประโยชน์ทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมอย่างสมดุลและยั่งยืนเป็นฐานสำคัญในการดำรงชีพ

(๒) ดำเนินวิถีชีวิตแบบดั้งเดิมอยู่ในสภาพแวดล้อมทางสังคม เศรษฐกิจ และวัฒนธรรมที่สืบสายมาแต่เดิม แม้จะมีวิวัฒนาการเปลี่ยนแปลงไปบ้างตามกาลเวลา แต่ก็มิได้หันมาดำเนินวิถีชีวิตแบบคนส่วนใหญ่ในชาติหรือพื้นที่ปกครองที่ตนสังกัดอยู่ และยังคงอาศัยจารีตประเพณี ภูมิปัญญาท้องถิ่น หรือศิลป

วัฒนธรรม และการจัดการทรัพยากรและสิ่งแวดล้อมร่วมกันเป็นแนวทางในการ
ดำเนินวิถีชีวิตร่วมกัน

ข้อนำคิดสำหรับชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิมก็คือความดั้งเดิมต้องมีมิติทางเวลา
ด้วยหรือไม่ และจะอาศัยจุดเวลาใดเป็นเครื่องพิจารณาว่าชุมชนใดเป็นชุมชนท้องถิ่น
ดั้งเดิมหรือไม่

ในแง่มีเวลานั้น แนวคิดเรื่องชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิมอาจใช้ในความหมาย
เดียวกับชุมชนชาวพื้นเมือง (Indigenous People) ก็ได้ ในหลายประเทศถือเอามิติเวลา
โดยเริ่มนับความเป็นชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิมว่าจะต้องเริ่มขึ้นตั้งแต่ก่อนเวลาที่มีการ
เปลี่ยนแปลงอำนาจการปกครองจากมือคนพื้นเมืองไปสู่การปกครองโดย
เจ้าอาณานิคมหรือผู้ย้ายถิ่นฐานจากแหล่งอื่นมาตั้งรกรากแล้วตั้งอำนาจปกครองขึ้น
เป็นสำคัญ ในแง่นี้ชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิมต้องเคยดำรงอยู่ในท้องถิ่นนั้นตั้งแต่วันที่
ชาวอาณานิคมจะได้จัดรูปแบบการปกครองของตนเอง และสามารถมีอำนาจเหนือ
หรือครอบงำชนพื้นเมืองที่มีอยู่ก่อนได้และดำรงวิถีชีวิตแบบดั้งเดิมสืบเนื่องมาจนถึง
ปัจจุบัน ดังที่ปรากฏให้เห็นได้ในสหรัฐอเมริกา ซึ่งมีการตั้งรกรากเข้าไปในดินแดน
ที่ชนเผ่าอินเดียนแดงครอบครองทำกินอยู่ก่อน หรือในแคนาดา นิวซีแลนด์ และ
ออสเตรเลียซึ่งผู้ตั้งรกรากชาวตะวันตกได้เข้าครอบครองและตั้งหลักแหล่งเป็น
อาณานิคม และจัดการปกครองขึ้นในดินแดนที่ชนเผ่าคนพื้นเมืองต่างๆ เคย
ครอบครอง อยู่อาศัย ใช้ทำกินอยู่ก่อน โดยศาลสูงในประเทศเหล่านี้ถือหลักกฎหมาย
ที่ว่า ชนชาวพื้นเมืองมีสิทธิครอบครองทำกินตามจารีตประเพณีของตนอยู่ก่อน และ
เมื่ออำนาจการปกครอง (Sovereignty) ตกมาอยู่ในมือของรัฐบาลอาณานิคมแล้ว
ระบบ Common Law อันเป็นหลักกฎหมายทั่วไปของประเทศเหล่านี้ยอมรับเอาสิทธิ
ตามจารีตประเพณีของชนชาวพื้นเมืองมาเป็นส่วนหนึ่งของระบบกฎหมายด้วย^๔
โดยถือว่าเป็นสิทธิเก็บกินประเภทหนึ่งซึ่งอาจยกขึ้นยันเอกชนทั้งหลายได้ เว้นแต่

ไม่อาจยกขึ้นต่อสู้แผ่นดินได้เท่านั้น และในขณะเดียวกันแผ่นดินก็ไม่อาจลบล้างสิทธิตามจารีตประเพณีเหล่านี้ลงได้ตามอำเภอใจโดยปราศจากเหตุผลสมควร

หากเราจะถือตามนัยแห่งแนวคิดข้างต้น ก็จะได้ความว่าชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิมในระบบกฎหมายไทย ต้องเป็นชุมชนที่มีอยู่เดิมก่อนที่ชนชาติไทยจะตั้งอาณาจักรขึ้นเหนือดินแดนที่เรียกว่าประเทศไทยในปัจจุบันนี้ ดังนั้นชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิมในความหมายนี้ย่อมมิได้เฉพาะชุมชนที่ปรากฏหลักฐานทางมานุษยวิทยาและทางประวัติศาสตร์ว่ามีมาแต่เดิม ทั้งที่ตั้งหลักแหล่งมาแต่ดั้งเดิม และที่โยกย้ายถิ่นฐานอพยพ หรือถูกกวาดต้อนเข้ามาตั้งแต่สมัยก่อนที่ประเทศไทยจะตั้งตนเป็นราชอาณาจักรเป็นปึกแผ่นอันหนึ่งอันเดียวกันเช่นทุกวันนี้ ซึ่งอาจถือจุดเวลานับได้หลายจุดเวลา เช่น เริ่มนับตั้งแต่ครั้งก่อตั้งกรุงสุโขทัย อยุธยา หรือ คราวสถาปนากรุงรัตนโกสินทร์ แต่ในระยะใกล้ที่สุดก็คงต้องนับเวลาอย่างน้อยตั้งแต่เมื่อมีการปฏิรูปการบริหารราชการแผ่นดินและจัดระเบียบการปกครองเสียใหม่เป็นบ้านตำบล อำเภอ เมือง (จังหวัด) และมณฑลตามพระราชบัญญัติลักษณะปกครองท้องที่ พ.ศ. ๒๔๔๐ ในสมัยรัชกาลที่ ๕ อันเป็นเวลาที่ราชอาณาจักรไทยได้จัดตั้งอำนาจรัฐส่วนกลางที่มั่นคงเป็นปึกแผ่นสืบมาจนถึงปัจจุบันเป็นเกณฑ์ ในแง่ที่ชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิมของไทยย่อมจะประกอบด้วยชนชาติต่างๆ ตั้งแต่ชนชาวชาติพันธุ์ดั้งเดิมเช่น ชาวละว้า (ขมุ), ชาวละว้า (ว้า), ชาวเขาเผ่าต่างๆ ทางภาคเหนือและอีสาน, ชาวกระเหรี่ยง, ชาวป่าชาวดง (ผิทองเหลือง - มลาบรี, เงาะป่า - ชาไก), ชาวกเล (มอแกน) และชาวไทยมลายูทางภาคใต้ เป็นต้น และย่อมมีความหมายรวมถึงชนชาติที่อพยพย้ายถิ่นฐานเข้ามาในดินแดนประเทศไทยหรือถูกกวาดต้อนเข้ามาแล้วตั้งชุมชนเป็นหลักแหล่งขึ้น เช่นชาวมอญ ญวน จีน แขก ที่กลายมาเป็นพลเมืองไทยแต่ยังคงวิถีชีวิต และจารีตประเพณีวัฒนธรรมของตนไว้จนถึงปัจจุบันด้วย

แต่คำว่าชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิมนี้อาจพิจารณาในแง่ความเป็นมาทางประวัติศาสตร์ของแนวคิดนี้ในประเทศไทย จะพบว่าคำว่า “ชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิม”

ในมาตรา ๔๖ แห่งรัฐธรรมนูญมีนัยกว้างกว่าความหมายที่ว่าหมายถึง “ชนพื้นเมืองดั้งเดิม – Indigenous People” ที่กล่าวขวัญถึงในวงวิชาการโลกตะวันตกข้างต้น และอาจมีความหมายในทำนองเดียวกันกับ “ชนชาติส่วนน้อย – Minorities” ซึ่งเป็นกลุ่มชนที่มีวิถีชีวิต เชื้อชาติ ภาษา หรือ ศาสนาร่วมกันตามแบบแผนเดียวกัน แต่มีข้อแตกต่างจากชุมชนของชนชาติส่วนใหญ่หรือที่มีฐานะครอบงำในรัฐนั้นๆ ตรงที่ชนชาติส่วนน้อยมีลักษณะด้อยสิทธิหรือถูกข่มให้ไม่อาจแสดงตนในฐานะเจ้าของประเทศ หรือขาดความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันกับชนชาติส่วนใหญ่ที่มีอำนาจปกครอง ไม่ว่าจะเป็นเพราะความแตกต่างในทางคุณค่าพื้นฐานทางวัฒนธรรมหรือวิถีชีวิตก็ได้ ทั้งนี้เพราะความมุ่งหมายสำคัญของการตราบทบัญญัติมาตรา ๔๖ แห่งรัฐธรรมนูญนี้ขึ้นนั้น มีลักษณะพิเศษอย่างน้อย ๒ ด้าน กล่าวคือ

ในแง่บุคคลที่รัฐธรรมนูญมุ่งคุ้มครอง เราก็เห็นได้ว่ามาตรา ๔๖ มุ่งคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานของชนชาวไทยที่รวมเป็นชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิมในฐานะที่เป็นกลุ่มชุมชนฝ่ายเสียงข้างน้อยที่ด้อยสิทธิ เพราะความเป็นคนส่วนน้อยที่แตกต่างจากคนส่วนใหญ่ในชาติทั้งในแง่วิถีชีวิต จารีตประเพณี ภูมิปัญญาท้องถิ่น หรือวัฒนธรรมอันดีที่อาจแปลกไปจากคนส่วนใหญ่ หรือมีข้อด้อยสิทธิในแง่ที่เป็นคนส่วนน้อยซึ่งมีส่วนได้เสียสำคัญอันอาจได้รับผลกระทบจากการดำเนินการของผู้เกี่ยวข้องในการจัดการทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมที่เป็นฐานการดำรงชีพของตนไปในลักษณะที่ไม่สมดุลหรือยั่งยืน และเหตุที่เป็นคนส่วนน้อยนี้เองที่รัฐธรรมนูญเล็งเห็นว่าอาจถูกมองข้ามจากคนส่วนใหญ่ หรือฝ่ายที่มีเสียงข้างมากจนอาจกลายเป็นฝ่ายที่ถูกกำหนดทั้งในแง่วิถีชีวิต วัฒนธรรม และในแง่การจัดการทรัพยากรและสิ่งแวดล้อม จนกระทบต่อคุณภาพชีวิตและสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของเขา รัฐธรรมนูญจึงมุ่งคุ้มครองโดยให้สิทธิพิเศษบางประการเพื่อคุ้มครองบุคคลเหล่านี้โดยเฉพาะ

ยิ่งกว่านั้น ในแง่คุณค่าที่รัฐธรรมนูญมุ่งคุ้มครอง เราจะเห็นได้ว่า การที่รัฐธรรมนูญมุ่งคุ้มครองบุคคลที่รวมกันเป็นชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิมให้มีสิทธิอนุรักษ์ฟื้นฟูจารีตประเพณี ภูมิปัญญาท้องถิ่นหรือวัฒนธรรมอันดีนั้น ก็เพื่อคุ้มครองการดำรงความหลากหลายทางวัฒนธรรม และภูมิปัญญาท้องถิ่นดั้งเดิมไว้ และการที่กฎหมายมุ่งคุ้มครองให้ชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิมมีส่วนร่วมในการจัดการทรัพยากรและสิ่งแวดล้อม ก็เพื่อคุ้มครองความสมดุลและยั่งยืนในการบำรุงรักษาและใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมให้ดำเนินไปอย่างมีประสิทธิภาพ ด้วยการส่งเสริมการมีส่วนร่วมของชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิม เนื่องจากกฎหมายสันนิษฐานว่า ชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิมเป็นกลุ่มชนที่มีส่วนได้เสียสำคัญในการรักษาคุณค่าสำคัญ ๒ ประการนี้ คือการรักษาความหลากหลายทางวัฒนธรรม และภูมิปัญญาท้องถิ่น และการรักษาสมดุลและยั่งยืนของทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม เพราะคุณค่าทั้งสองประการนี้เป็นทั้งแบบแผนในการดำเนินชีวิต และเป็นฐานในการดำรงชีพของเขาเอง

โดยเฉพาะคุณค่าในด้านการรักษาความสมดุลและยั่งยืนในการจัดการทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมนั้น รัฐธรรมนูญได้ให้ความสำคัญไว้เป็นพิเศษ ดังที่เห็นได้จากการที่รัฐธรรมนูญกำหนดให้เป็นแนวนโยบายพื้นฐานของรัฐไว้ในมาตรา ๗๕ ที่ว่า รัฐต้องส่งเสริมและสนับสนุนให้ประชาชนมีส่วนร่วมในการสงวน บำรุงรักษา และใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติและ ความหลากหลายทางชีวภาพอย่างสมดุล รวมทั้งมีส่วนร่วมในทางส่งเสริม บำรุงรักษา และคุ้มครองคุณภาพสิ่งแวดล้อมตามหลักการการพัฒนาที่ยั่งยืน ตลอดจนควบคุมและกำจัดภาวะมลพิษที่มีผลต่อสุขภาพอนามัย สวัสดิภาพ และคุณภาพชีวิตของประชาชน

เมื่อพิจารณาในแง่ความมุ่งหมายของบทบัญญัติมาตรา ๔๖ แห่งรัฐธรรมนูญ เราจึงเห็นได้ว่า โดยที่การก่อตั้งอำนาจการปกครองในประเทศไทยมีลักษณะเป็นการคลี่คลายเป็นมาอย่างช้าๆ แบบเป็นไปเอง มิได้เป็นไปในลักษณะที่มีการเข้าแย่ง

อำนาจหรือการแย่งการครอบครองของชุมชนดั้งเดิม และมิได้มีการดำเนินนโยบาย กีดกันทางจารีตประเพณีและวัฒนธรรมอย่างเข้มงวดดังที่มีมาในแคนาดา อเมริกา และออสเตรเลียแม้ในศตวรรษที่ ๒๐๕ จึงไม่มีเหตุผลหรือความจำเป็นที่จะถือว่าการคุ้มครองตามมาตรา ๔๖ นี้มุ่งมีขึ้นเฉพาะเพื่อให้ความคุ้มครองแก่ชุมชนที่เป็น ชนพื้นเมืองดั้งเดิมที่อาศัยอยู่ในอาณาเขตประเทศไทยมาตั้งแต่เดิมก่อนตั้งอำนาจ ปกครองมั่นคง ตามแบบอย่างการคุ้มครองสิทธิของชนชาวพื้นเมือง หรือ Indigenous Peoples แบบที่เป็นอยู่ในโลกตะวันตก ในทางตรงกันข้าม เราควรจะคำนึงถึงความ มุ่งหมายของรัฐธรรมนูญในการเดิมสิทธิให้แก่พลเมืองกลุ่มน้อยผู้ด้อยสิทธิ และ ความมุ่งหมายในการรักษาคุณค่าสำคัญในการรักษาความหลากหลายทางวัฒนธรรม และภูมิปัญญาท้องถิ่น และรักษาความสมดุลและยั่งยืนในการรักษาและใช้ประโยชน์ จากทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมให้ดำเนินไปอย่างมีประสิทธิภาพ โดย รับรองสิทธิมีส่วนร่วมของบุคคลที่รวมกันเป็นชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิมในความหมายที่ เป็นชุมชนที่มีวิถีชีวิตแบบพื้นบ้านดั้งเดิมซึ่งอาศัยความสมดุลและยั่งยืนของแหล่ง ทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมเป็นรากฐานในการดำรงชีพเป็นสำคัญ การตีความรัฐธรรมนูญในแง่จึงควรตีความหมายของคำว่า ชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิมใน ความหมายอย่างกว้าง โดยอาศัยหลักการตีความตามความมุ่งหมาย (Teleological Interpretation) ซึ่งให้ความหมายกว้างกว่าการตีความตามตัวอักษร (Literal Interpretation) และไม่มุ่งจำกัดความหมายไว้เฉพาะชนพื้นเมืองดั้งเดิม (Indigenous Peoples) เท่านั้น

นอกจากนี้หากเราพิจารณาห้วงบริบททางการเมือง และกิจการระหว่าง ประเทศของไทย การที่ประเทศไทยได้เข้าทำถ้อยแถลงต่อกติกาว่าด้วยสิทธิ พลเมืองและสิทธิทางการเมือง ค.ศ. ๑๙๖๖ เมื่อวันที่ ๒๕ ตุลาคม ๒๕๓๕ และมีผลใช้ บังคับกับประเทศไทยเมื่อวันที่ ๓๐ มกราคม ๒๕๔๐ เราก็ย่อมจะเข้าใจได้ว่า ในเมื่อเป็นที่เข้าใจกันคืออยู่แล้วว่ากติกาว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทาง การเมือง ค.ศ. ๑๙๖๖ ที่ไทยเพิ่งเข้าเป็นภาคีนั้นมุ่งรับรองหลักการคุ้มครองสิทธิชุมชน

ในแง่สิทธิในการดำรงรักษาเอกลักษณ์ทางวัฒนธรรมของชนชาติส่วนน้อยไว้
ในมาตรา ๒๗ โดยมีข้อความว่า

“บุคคลที่รวมกันเป็นชุมชนที่เป็นชนชาติส่วนน้อยทางเชื้อชาติ ทางศาสนา
หรือทางภาษาที่อยู่ในบรรดารัฐทั้งหลาย ย่อมไม่อาจถูกกีดกันหรือปฏิเสธ
มิให้ใช้สิทธิในการดำรงไว้ซึ่งวัฒนธรรมของตน การนับถือและประกอบ
พิธีกรรมทางศาสนา หรือ ใช้ภาษาของตนร่วมกับสมาชิกอื่นใน
ชุมชนนั้น”^๗

ดังนั้นเราย่อมเห็นความสอดคล้องกันระหว่างมาตรา ๔๖ ของรัฐธรรมนูญ
กับหลักการคุ้มครองสิทธิของชนส่วนน้อยในเรื่องนี้ได้อย่างชัดเจน

ต่อมาหลังจากได้ประกาศใช้รัฐธรรมนูญ พ.ศ. ๒๕๕๐ แล้วไม่นาน
ประเทศไทยก็เข้าทำการภาคยานุวัติต่อกติกาสากลว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม
และวัฒนธรรม (International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights
1966^๘) เมื่อวันที่ ๕ กันยายน ๒๕๕๒ โดยมีผลบังคับกับประเทศไทยเมื่อวันที่ ๕
ธันวาคม ๒๕๕๒ โดยที่กติกาสากลว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม
นี้มีความมุ่งหมายสำคัญคือรับรองการกำหนดชะตากรรมของตนเอง หรือสิทธิ
อัตตวินิจัย และสิทธิในการได้ประโยชน์ และอาศัยทรัพยากรธรรมชาติเป็นฐาน
แห่งการดำรงชีพ (Permanent Sovereignty over Natural Resources as means of
subsistence) ดังที่ปรากฏอยู่ในมาตรา ๑ บรรทัดสอง^๙ รับรองหลักการไม่เลือก
ปฏิบัติในมาตรา ๒ และสิทธิในการทำงาน ในโอกาสที่เท่าเทียมกัน และการได้รับ
สวัสดิการสังคมในมาตรา ๖, ๗ และ ๘ ตามลำดับ และยังมีเรื่องคุ้มครองสิทธิ
ครอบครัวในมาตรา ๑๐ สิทธิในการศึกษาในมาตรา ๑๓ และสิทธิในการรักษา
เอกลักษณ์ทางวัฒนธรรม ศาสนา การสร้างสรรค์ทางศิลป วรรณกรรม และวิทยาการ
ในมาตรา ๑๕ ด้วย เราที่ย่อมจะเข้าใจต่อไปได้ว่าการคุ้มครองความสมดุลและยั่งยืน
ในการบำรุงรักษาและใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม
ให้ดำเนินไปอย่างมีประสิทธิภาพ ด้วยการส่งเสริมการมีส่วนร่วมของชุมชนท้องถิ่น

ดั้งเดิมตามความมุ่งหมายของรัฐธรรมนูญนั้นก็ย่อมจะสอดคล้องกับความมุ่งหมายของกติกาสากลว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม ค.ศ. ๑๙๖๖ ที่ไทยเข้าเป็นภาคีนี้ด้วย

และถัดจากนั้นไม่นานประเทศไทยก็ได้เข้าทำภาคยานุวัติอนุสัญญาว่าด้วยการกำจัดการเลือกปฏิบัติต่อเชื้อชาติในทุกรูปแบบ ค.ศ. ๑๙๖๕ (International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination 1965) ซึ่งเป็นอนุสัญญาที่ตราขึ้นเพื่อคุ้มครองชนชาติส่วนน้อยทางเชื้อชาติขึ้นอีก โดยมีการภาคยานุวัติเมื่อ ๒๘ มกราคม ๒๕๔๖ และมีผลบังคับกับประเทศไทย เมื่อ ๒๗ กุมภาพันธ์ ๒๕๔๖^{๑๐} ทำให้เห็นได้ว่าประเทศไทยได้แสดงเจตจำนงต่อประชาคมนานาชาติในทำนองที่จะคุ้มครองชนชาติส่วนน้อยในประเทศไทยอย่างชัดเจน

ในแง่นี้ชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิมจึงย่อมมีความหมายกว้างที่ครอบคลุมถึงการคุ้มครองชนชาวไทยที่รวมกันเป็นชนชาติส่วนน้อยด้วย กล่าวคือหมายถึงชุมชนท้องถิ่นที่ดำรงอยู่ไม่ว่าก่อนหรือหลังการประกาศใช้รัฐธรรมนูญ พ.ศ. ๒๕๔๐ ชุมชนเหล่านี้ย่อมนับว่าเป็นชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิมได้หากปรากฏว่าได้ดำเนินวิถีชีวิตแบบดั้งเดิมในความหมายแบบวิถีชีวิตพื้นบ้านที่อยู่ร่วมกันภายใต้ความเชื่อในความมีรากเหง้าทางจารีตประเพณี วัฒนธรรม ความเป็นมา หรือเพื่อเกื้อหนุนเกื้อกูลร่วมกันหรืออาศัยแหล่งทรัพยากรหรือสิ่งแวดล้อมเป็นฐานสำคัญในการดำเนินวิถีชีวิตและดำรงชีพร่วมกัน และยังคงดำเนินวิถีชีวิตแบบดั้งเดิมอยู่ในสภาพแวดล้อมทางสังคม เศรษฐกิจ และวัฒนธรรมที่ตกทอดมาแต่เดิม โดยมีได้หันมาดำเนินวิถีชีวิตแบบคนส่วนใหญ่ในสังคมใหญ่ที่ตนสังกัดอยู่

เมื่อเราเข้าใจความหมายของชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิมตามความหมายในมาตรา ๔๖ ในความหมายอย่างกว้าง ก็ย่อมจะส่งผลให้บุคคลที่รวมกันเป็นชุมชนท้องถิ่นที่ดำเนินวิถีชีวิตตามแบบแผนจารีตประเพณี วัฒนธรรมดั้งเดิมต่างจากคนส่วนใหญ่

ในสังคมได้รับการคุ้มครองในฐานะเป็นชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิม และมีส่วนร่วมกับหน่วยงานของรัฐหรือหน่วยงานของท้องถิ่นในการจัดการการบำรุงรักษา และใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมอย่างสมดุลและยั่งยืน ทั้งนี้โดยไม่ต้องคำนึงถึงว่า บุคคลที่รวมกันเป็นชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิมนั้นจะมีฐานะเป็นชนพื้นเมือง (Indigenous Peoples) หรือเป็นชนชาติส่วนน้อย (Minorities) หรือจะเป็นผู้แทนของตนอยู่ในหน่วยปกครองท้องถิ่นใดท้องถิ่นหนึ่งซึ่งมีอำนาจหน้าที่ในการรักษาจารีตประเพณี ภูมิปัญญา หรือวัฒนธรรมของท้องถิ่น หรือในการรักษาและใช้ประโยชน์ทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมอย่างสมดุลและยั่งยืนด้วยหรือไม่ก็ตาม

๒.๕ ผู้ทรงสิทธิชุมชน

บุคคลผู้มีส่วนเกี่ยวข้องกับสิทธิชุมชนที่สำคัญมีด้วยกัน ๓ ฝ่ายคือ บุคคลที่รวมกันเป็นชุมชนพวกหนึ่ง ชุมชนเองในฐานะที่เป็นหน่วยสังคมอีกพวกหนึ่ง และฝ่ายที่สามได้แก่องค์กรปกครองท้องถิ่นในฐานะที่เป็นองค์กรที่มีอำนาจหน้าที่เกี่ยวข้องกับการบำรุงรักษา ศิลปะ จารีตประเพณี ภูมิปัญญาท้องถิ่น หรือวัฒนธรรมอันดีในท้องถิ่น (มาตรา ๒๘๕) และในการจัดการ บำรุงรักษาและการใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมที่อยู่ในพื้นที่ หรือที่อยู่นอกเขตพื้นที่แต่มีผลกระทบต่อการดำรงชีวิตของประชาชนในพื้นที่ (มาตรา ๒๕๐) ดังนั้นจึงมีประเด็นต้องพิจารณาว่า สิทธิชุมชนในมาตรา ๔๖ และมาตรา ๕๖ ซึ่งรัฐธรรมนูญกล่าวถึงสิทธิของบุคคลที่รวมตัวกันเป็นชุมชนนั้นจะเป็นสิทธิของบุคคลเอกชน (Individual Right) หรือจะเป็นสิทธิรวมหมู่ของชุมชน (Collective Right) ด้วย และในกรณีที่เป็นสิทธิรวมหมู่ สิทธิดังกล่าวจะตกแก่องค์กรปกครองท้องถิ่นด้วยหรือไม่เพียงใด

(๑) สิทธิชุมชนเป็นสิทธิของเอกชน

โดยที่ชุมชนเป็นหมู่คณะอย่างหนึ่ง ดังนั้นสิทธิในการรวมกันเป็นชุมชนจึงเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานที่ได้รับการคุ้มครองตามบทบัญญัติมาตรา ๔๕ แห่งรัฐธรรมนูญซึ่งมุ่งคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคลในการรวมกันเป็นหมู่คณะด้วย ในที่นี้บุคคลผู้ได้รับความคุ้มครองโดยตรงได้แก่บุคคลธรรมดาซึ่งประสงค์จะรวมกันเป็นสมาคม หรือหมู่คณะอื่น การรวมกันเป็นสมาคมหรือหมู่คณะนี้ย่อมหมายถึงการก่อตั้งสมาคมหรือหมู่คณะขึ้นใหม่ ดังนั้นผู้มีสิทธิตามมาตรา ๔๕ ในเบื้องต้นก็คือบุคคลแต่ละคนที่ประสงค์จะรวมกับบุคคลอื่นเป็นสมาคม หรือหมู่คณะอื่น ซึ่งรวมถึงการเลือกเวลา สถานที่ วัตถุประสงค์หรือรูปแบบทางกฎหมายของหมู่คณะของตนได้อย่างอิสระอีกด้วย สิทธิในลักษณะเช่นนี้จึงเป็นสิทธิของเอกชน (Individual Right)

ในการทำนองเดียวกัน สิทธิของบุคคลที่รวมกันเป็นชุมชน ไม่ว่าจะเป็นชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิม (มาตรา ๔๖) หรือสิทธิของบุคคลที่จะมีส่วนร่วมกับการบริหารและชุมชน (มาตรา ๕๖) โดยเฉพาะในแง่ของการมีส่วนร่วมในการบำรุงรักษา และการได้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม ก็ย่อมเป็นสิทธิของบุคคลแต่ละคนในฐานะที่เป็นสิทธิของเอกชน (Individual Right) เช่นกัน สิทธิเช่นนี้บุคคลแต่ละคนย่อมมีฐานะเป็นผู้ทรงสิทธิ (Subject of Right) ซึ่งจะใช้อำนาจโดยลำพัง หรือจะใช้ร่วมกับบุคคลผู้ทรงสิทธิอื่นๆ ที่รวมกันเป็นชุมชนก็ได้ และจะเป็นไปเพื่อประโยชน์ของตนในฐานะประโยชน์ของเอกชนโดยลำพัง เช่นการใช้สิทธิตามมาตรา ๔๖ และ ๕๖ หรือประโยชน์ร่วมกันของชุมชน เช่นการใช้สิทธิตามมาตรา ๔๖ ก็ได้เช่นกัน แต่ในกรณีที่บุคคลเอกชนเป็นผู้ใช้สิทธิ การใช้สิทธินั้นย่อมไม่เป็นการตัดสิทธิบุคคลเอกชนอื่นๆ ซึ่งเป็นผู้ทรงสิทธิด้วยและหากการใช้สิทธินั้นเป็นเหตุให้เกิดข้อพิพาทหรือได้ประโยชน์อย่างใดอย่างหนึ่งในการเข้าร่วมจัดการทรัพยากรและสิ่งแวดล้อม ซึ่งจัดเป็นประโยชน์ซึ่งย่อมเกิดแก่บุคคลที่รวมกันเป็นชุมชนอยู่เป็นส่วนรวมทั้งชุมชนโดยไม่อาจแบ่งแยกเป็นส่วนๆ หรือเป็นประโยชน์แก่บุคคลเป็น

การเฉพาะรายได้ ดังนั้นการใช้สิทธิเช่นนั้นย่อมเป็นการอันสันนิษฐานได้ว่าเป็นไปเพื่อเป็นคุณแก่บุคคลอื่นๆ ที่รวมเป็นชุมชน และประโยชน์เช่นนั้นย่อมตกแก่บุคคลอื่นๆ ที่รวมกันเป็นชุมชนตามหลักการการที่เจ้าหน้าที่หลายคนรายหนึ่งเรียกให้ชำระหนี้ อันแบ่งชำระไม่ได้แก่เจ้าหน้าที่หลายคนด้วย แต่ในทำนองกลับกัน หากมีข้อเท็จจริงหรือข้อความใดที่เกี่ยวข้องกับบุคคลเอกชนรายหนึ่งเท่านั้น ข้อเท็จจริงหรือข้อความเช่นนั้นย่อมไม่อาจเป็นคุณหรือเป็นโทษแก่บุคคลเอกชนผู้ทรงสิทธิรายอื่นๆ ด้วย^{๑๑}

(๒) สิทธิชุมชนเป็นสิทธิร่วมกันของหมู่คณะ

ผลที่ตามมาจากการที่บุคคลเอกชนเป็นผู้ทรงสิทธิในการรวมกันเป็นหมู่คณะ ก็คือหมู่คณะเช่นนั้นย่อมได้รับการคุ้มครองให้มีสิทธิ ในฐานะที่เป็นความมุ่งหมายของการมีสิทธิของเอกชนพร้อมกันไปในขณะที่เดียวกันด้วย โดยนัยเช่นนี้ รัฐธรรมนูญก็ย่อมคุ้มครองสิทธิร่วมกันของหมู่คณะ หรือสิทธิรวมหมู่ (Collective Right) ของบุคคลที่รวมกันเป็นสมาคม หรือหมู่คณะอื่นเช่นชุมชนด้วย การที่รัฐธรรมนูญให้ความคุ้มครองแก่สิทธิเสรีภาพของคณะบุคคลหรือชุมชนด้วยนี้ ก็เพราะสิทธิเสรีภาพของคณะบุคคลหรือชุมชนนั้น แท้จริงแล้วก็คือผลของการคุ้มครองเสรีภาพของบุคคลแต่ละบุคคลในการรวมกันเป็นคณะบุคคลนั่นเอง ในแง่นี้ การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของบุคคลแต่ละคนจึงเป็นสิ่งที่เดียวกันกับการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของคณะบุคคลในสิ่งซึ่งเป็นความมุ่งหมายสำคัญของการที่บุคคลเอกชนรวมกันเป็นคณะบุคคลขึ้นมา โดยเฉพาะเพื่อทำกิจการบางอย่างซึ่งบุคคลเอกชนไม่อาจกระทำได้ลำพังเฉพาะตัว ตัวอย่างเช่น การที่บุคคลรวมกันเป็นสมาคมก็เพื่อทำกิจการอย่างหนึ่งร่วมกัน เช่นกิจกรรมทางศาสนา ชุมชนในที่สาธารณะ หรือกิจกรรมอื่นซึ่งไม่อาจทำได้โดยลำพังตน ดังนั้นหากกิจการที่เป็นวัตถุประสงค์แห่งการรวมกันของบุคคลเอกชนแต่ละคนเป็นกิจการที่รัฐธรรมนูญมุ่งคุ้มครองเช่นเสรีภาพในทางศาสนา หรือเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น หรือในการชุมนุมสาธารณะ ดังนี้รัฐธรรมนูญย่อมคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานทางศาสนา หรือในการแสดงความคิดเห็น หรือการชุมนุมของหมู่คณะหรือสมาคมเช่นนั้นด้วย

ในทางกลับกัน การปฏิเสธไม่คุ้มครองสิทธิเสรีภาพของคณะบุคคลก็เท่ากับการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของบุคคลแต่ละคนที่รวมเข้ากันเป็นคณะบุคคลอย่างบกพร่องนั่นเอง

อย่างไรก็ดี คณะบุคคลหรือนิติบุคคลย่อมได้รับความคุ้มครองโดยมีข้อจำกัดได้ ทั้งนี้เป็นไปภายใต้ขอบวัตถุประสงค์ และตามสภาพของคณะบุคคลหรือนิติบุคคลนั้นๆ ซึ่งต้องพิจารณาเป็นกรณีๆ ไป สาระสำคัญของสิทธิรวมหมู่ของคณะบุคคลหรือสมาคมก็คือหลักประกันความมีตัวตน และหลักประกันความสามารถทำการตามความมุ่งหมายของคณะบุคคลนั้นนั่นเอง เช่นในกรณีของสหภาพแรงงาน ก็คือการรับรองความสามารถในการเจรจาเกี่ยวกับเงื่อนไขสภาพการจ้าง ด้วยเหตุนี้เองรัฐจึงพึงปล่อยให้สหภาพแรงงานมีอิสระในการเจรจาต่อรองเรื่องเกี่ยวกับสภาพการจ้าง โดยไม่เข้าไปวางหลักเกณฑ์หรือแทรกแซงโดยปราศจากเหตุผลความจำเป็นเป็นพิเศษ หลักประกันสำคัญในเรื่องความมีตัวตนของคณะบุคคลหรือสมาคมที่เกิดขึ้นจากการรวมกันของบุคคลผู้เป็นสมาชิกก็คือความสามารถในการจัดการตนเอง (Self Determination) นับตั้งแต่การใช้ชื่อของตนเอง การจัดองค์การ การกำหนดระเบียบการหรือกระบวนการของตนเองในการกำหนดเจตจำนง และความสามารถในการจัดการงานด้วยตนเอง เช่นในกรณีของสหภาพแรงงานก็หมายถึงความสามารถในการรับสมาชิกและถอนสมาชิกภาพของสมาชิกซึ่งกระทำการในทางขัดขวางการดำเนินการตามความมุ่งหมายของสหภาพ นอกจากนี้ยังรวมถึงความสามารถในการดำเนินมาตรการต่อสู้ทางแรงงาน เช่นประท้วงนัดหยุดงานด้วย

ดังนั้นในส่วนที่เกี่ยวกับการที่บุคคลรวมกันเป็นชุมชน รัฐธรรมนูญก็ย่อมคุ้มครองไปถึงความมีตัวตน และความสามารถจัดการตนเอง และกำหนดเจตจำนงตลอดจนความสามารถจัดการงานในเรื่องอันเป็นสาระสำคัญของการอยู่รวมกันเป็นชุมชนด้วย เพราะการที่บุคคลแต่ละคนรวมกันเป็นชุมชนก็เพื่อให้สามารถดำเนินวิถีชีวิตตามแบบแผน จารีตประเพณี วัฒนธรรมที่ตนเชื่อถือ

หรือเห็นคุณค่าร่วมกัน หรืออาศัยทรัพยากรหรือสิ่งแวดล้อมเป็นฐานในการดำรงชีพ หรือเป็นฐานแห่งคุณภาพชีวิตร่วมกัน อันเป็นกิจการที่บุคคลแต่ละคนต้องทำร่วมกัน ไม่อาจบรรลุผลได้ลำพังตน เมื่อมีเรื่องราวที่เกี่ยวกับกิจการของชุมชนบุคคลที่รวมกัน เป็นชุมชนก็ย่อมจะปรึกษาหารือกันและร่วมกันกำหนดเจตจำนงของชุมชน หรือ ร่วมกันดำเนินการอย่างใดอย่างหนึ่งตามแบบแผนของชุมชน ซึ่งเป็นกิจการที่เอกชน แต่ละคนไม่อาจทำได้โดยลำพังตนเอง และดังนั้นการคุ้มครองสิทธิของเอกชน (Individual Rights) ที่รวมกันเป็นชุมชนตามรัฐธรรมนูญจะสำเร็จประโยชน์ได้ ย่อมจะต้องคุ้มครองครอบคลุมไปถึงสิทธิของชุมชนในฐานะที่เป็นสิทธิรวมหมู่ (Collective Rights) ของหมู่คณะนั้นด้วย โดยนัยนี้ ชุมชนจึงมีฐานะเป็นผู้ทรงสิทธิ บางประการตามที่รัฐธรรมนูญมุ่งคุ้มครองแก่บุคคลที่รวมกันเป็นชุมชน โดยเฉพาะ ในสิทธิในเรื่องที่เป็นความมุ่งหมายของการที่บุคคลรวมกันเป็นชุมชน ซึ่งเป็นสิทธิ และประโยชน์ที่ย่อมเกิดแก่บุคคลที่รวมกันเป็นหมู่คณะหรือสอดคล้องกับ ความต้องการร่วมกันหรือเป็นเรื่องที่ต้องอาศัยการกำหนดเจตจำนงร่วมกันของ หมู่คณะยิ่งกว่าบุคคลเอกชน

(๓) องค์การปกครองส่วนท้องถิ่นเป็นผู้ทรงสิทธิชุมชนหรือไม่?

รัฐธรรมนูญมาตรา ๒๕๐ ได้บัญญัติรับรองอำนาจหน้าที่ขององค์การ ปกครองส่วนท้องถิ่นไว้ในลักษณะคล้ายคลึงกับการคุ้มครองสิทธิชุมชนท้องถิ่น ดังเดิมว่า

“เพื่อส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อม องค์การปกครองส่วนท้องถิ่น ย่อมมีอำนาจหน้าที่ตามที่กฎหมายบัญญัติ

กฎหมายตามวรรคหนึ่งอย่างน้อยต้องมีสาระสำคัญดังต่อไปนี้

- (๑) การจัดการ การบำรุงรักษา และการใช้ประโยชน์จากทรัพยากร ธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมที่อยู่ในเขตพื้นที่

- (๒) การเข้าไปมีส่วนในการบำรุงรักษาทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมที่อยู่นอกเขตพื้นที่ เฉพาะในกรณีที่มีผลกระทบต่อการดำรงชีวิตของประชาชนในพื้นที่ของตน
- (๓) การมีส่วนร่วมในการพิจารณาเพื่อเริ่มโครงการหรือกิจกรรมใดนอกเขตพื้นที่ซึ่งอาจมีผลกระทบต่อคุณภาพสิ่งแวดล้อมหรือสุขภาพอนามัยของประชาชนในพื้นที่”

เป็นที่เข้าใจกันว่า ท้องถิ่นได้รับหลักประกันตามรัฐธรรมนูญมาตรา ๒๘๒ ให้มีความเป็นอิสระในการปกครองตนเองตามเจตนารมณ์ของประชาชนในท้องถิ่น และตามมาตรา ๒๘๔ ให้มีอิสระในการกำหนดนโยบายการปกครอง การบริหาร มีผู้บริหาร การบริหารงานบุคคล การเงินและการคลัง และมีอำนาจหน้าที่ของตนเองโดยเฉพาะ

นอกจากนี้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นยังมีอำนาจหน้าที่ตามกฎหมายในการบำรุงรักษาศิลปะ จารีตประเพณี ภูมิปัญญา และวัฒนธรรมอันดีของท้องถิ่น และมีอำนาจหน้าที่ในการคุ้มครองดูแลและบำรุงรักษาทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม ตามกฎหมายว่าด้วยองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นนั้นๆ อันได้แก่องค์การบริหารส่วนตำบล (พ.ร.บ. สถาปนาและองค์การบริหารส่วนตำบล มาตรา ๖๗ (๗), (๘)) เทศบาล (พ.ร.บ. เทศบาล มาตรา ๕๐ – เฉพาะบำรุงศิลปะ ประเพณี และภูมิปัญญาท้องถิ่น และวัฒนธรรมอันดีแห่งท้องถิ่น) องค์การบริหารส่วนจังหวัด (พ.ร.บ.องค์การบริหารส่วนจังหวัด (มาตรา ๗ และ ๗ (ทวิ))

ด้วยเหตุนี้จึงอาจเกิดข้อสงสัยขึ้นได้ว่า องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นจะจัดเป็นผู้ทรงสิทธิชุมชนตามรัฐธรรมนูญได้หรือไม่เพียงใด

หากพิจารณาถึงหลักการปกครองส่วนท้องถิ่นตามรัฐธรรมนูญแล้ว เราจะเห็นได้ว่า รัฐธรรมนูญได้วางหลักประกันความเป็นอิสระในการปกครองตนเองของประชาชนไว้ในหมวด ๕ ของรัฐธรรมนูญ ซึ่งมุ่งต่อการกำหนดหลักการจัดองค์กรของรัฐ (State Organizations) ยิ่งกว่าการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของบุคคล ซึ่งเป็นสิทธิของประชาชนชาวไทยซึ่งรัฐธรรมนูญมุ่งคุ้มครองในฐานะที่เป็นบุคคลเอกชน ดังนั้นจึงไม่อาจถือว่าองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเป็นผู้ทรงสิทธิขั้นพื้นฐานตามรัฐธรรมนูญเพราะองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นไม่ใช่ประชาชน แต่เป็นหน่วยปกครองที่กฎหมายรับรองให้มีขึ้น และย่อมมีอำนาจหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนด ไม่ใช่เป็นหมู่คณะที่เกิดจากการที่ประชาชนรวมกันเป็นองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น แม้ท้องถิ่นนั้นอาจเป็นที่ตั้งหรือหลักแหล่งของชุมชนหนึ่งหรือหลายชุมชน แต่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นก็ไม่มีฐานะเป็นชุมชนท้องถิ่น หรือชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิม เพราะรัฐธรรมนูญให้หลักประกันความเป็นอิสระในการใช้อำนาจหน้าที่ไว้ในฐานะที่เป็นหน่วยปกครองที่เป็นอิสระจากรัฐบาล และมีอำนาจหน้าที่ของตนเองตามที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ แต่ความสัมพันธ์กับรัฐก็เป็นความสัมพันธ์ในแง่หน่วยงานของรัฐส่วนกลางกับส่วนท้องถิ่นตามหลักการจัดองค์กรของรัฐซึ่งอาจมิได้ทั้งหน่วยงานที่อยู่ได้บังคับบัญชา และหน่วยงานที่เป็นอิสระ ไม่ใช่ความสัมพันธ์ที่มีอำนาจเหนือในฐานะรัฐกับประชาชน หากมีข้อขัดแย้งกับหน่วยงานของรัฐอื่นก็เป็นปัญหาเกี่ยวกับข้อพิพาททางปกครอง หรือเป็นปัญหาเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ขององค์กรต่างๆ ตามรัฐธรรมนูญ ไม่ใช่ปัญหาเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานตามรัฐธรรมนูญ แม้หน่วยงานหรือองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นอาจมีทรัพย์สินได้ เช่นเดียวกับเอกชน และทรัพย์สินเหล่านั้นย่อมตกอยู่ได้บังคับแห่งกฎหมายเอกชน แต่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นแม้จะมีสภาพบุคคลในฐานะนิติบุคคลตามกฎหมายมหาชน ก็ไม่อาจอ้างสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานทางทรัพย์สิน เช่นที่บุคคลพึงมีตามมาตรา ๔๘, ๔๙ แห่งรัฐธรรมนูญ ขึ้นันรัฐได้เพราะกฎหมายรัฐธรรมนูญมุ่งคุ้มครองทรัพย์สินของเอกชน ไม่ใช่ทรัพย์สินของหน่วยงานของรัฐที่ถือไว้อย่างเอกชน

ด้วยเหตุผลข้างต้นนี้เอง แม้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นจะมีอำนาจหน้าที่ในเรื่องที่เกี่ยวกับการจัดการทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมตามที่รัฐธรรมนูญวางหลักประกันไว้ แต่เราก็ไม่อาจกล่าวได้ว่า องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเป็นผู้ทรงสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานตามรัฐธรรมนูญ และด้วยเหตุนี้จึงไม่นับว่าเป็นผู้ทรงสิทธิชุมชน

๒.๖ เนื้อหาพื้นฐานแห่งสิทธิชุมชน

อาจกล่าวได้ว่าสิทธิของบุคคลที่รวมกันเป็นชุมชน ทั้งในแง่สิทธิในการอนุรักษ์วัฒนธรรมประเพณี และในการมีส่วนร่วมจัดการทรัพยากรและสิ่งแวดล้อม นั้น เป็นสิทธิขั้นพื้นฐานที่รัฐธรรมนูญรับรองให้มีขึ้นเพื่อแก้ไขปัญหาข้อขัดแย้งพื้นฐานระหว่างรัฐกับชุมชน

แต่เดิมนั้นบุคคลที่รวมกันเป็นชุมชนมีสิทธิเหนือที่ดินหรือทรัพยากรอื่นๆ ในชุมชนในฐานะเป็นทรัพย์สินที่มีไว้สำหรับพลเมืองใช้ร่วมกัน โดยชุมชนเป็นผู้จัดระเบียบในการครอบครองเหนือทรัพย์สินและใช้ประโยชน์จากทรัพย์สินเหล่านี้ สิทธิดังกล่าวนี้เป็นสิทธิตามสภาพความเป็นจริง (de facto) แต่ไม่ใช่สิทธิทางกฎหมาย (de jure) เพราะตามหลักกฎหมายและจารีตประเพณีโบราณของไทย ทรัพย์สินเหล่านี้ไม่ใช่เป็นกรรมสิทธิ์ของราษฎรคนใดคนหนึ่ง แต่เป็นสิทธิของหัวหน้าสูงสุดของชุมชน คือพระมหากษัตริย์ ซึ่งเป็นทั้ง “พระเจ้าแผ่นดิน” และ “เจ้ามหาชีวิต”^{๑๒} ซึ่งปกติจะทรงใช้สิทธินั้นเพื่อประโยชน์แก่แผ่นดิน หรืออีกนัยหนึ่งเพื่อประโยชน์แก่ราษฎรโดยส่วนรวมนั่นเอง ต่อมา กฎหมายหรือธรรมเนียมโบราณนี้ได้รับการปรับเปลี่ยนในช่วงสมัยรัชกาลที่ ๔ และรัชกาลที่ ๕^{๑๓} ให้มีลักษณะเป็นสิทธิเด็ดขาดแก่รัฐในฐานะผู้ปกครองส่วนกลาง อย่างไรก็ตาม ในทางปฏิบัติอำนาจของกษัตริย์อันเป็นอำนาจสาธารณะไม่สามารถแทรกซึมเข้าไปถึงในทุกแห่งที่ ดังนั้นราษฎรในท้องถิ่นที่เป็นสมาชิกของชุมชนจึงครอบครองใช้สอยทรัพยากรต่างๆ ตามความเป็นจริง เกิดเป็นสิทธิตามสภาพความเป็นจริง (de facto) การถือครอง

สิทธิหรือการใช้สอยประโยชน์ย่อมจะเกิดการพิพาทแก่งแย่งกันในระหว่างสมาชิกของชุมชน ดังนั้นเพื่อเป็นการป้องกันหรือแก้ปัญหาความขัดแย้งภายในชุมชน จึงจำเป็นต้องมีการวางระเบียบแห่งชุมชนเกี่ยวกับการใช้สอยประโยชน์จากทรัพยากรเหล่านี้ “ระเบียบแห่งชุมชน” ในภาษาสมัยใหม่ก็คือกฎหมายในความหมายอย่างกว้าง ซึ่งมีได้คับแคบเฉพาะที่บัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษรแต่ยังหมายรวมถึงจารีตประเพณีที่มีการปฏิบัติติดต่อกันสืบเนื่องมาเป็นเวลานานจนเป็นที่ยอมรับโดยทั่วไป ในแง่ระเบียบชุมชนจึงเป็นอำนาจสาธารณะอย่างหนึ่งที่กำลังการถือครองและการใช้ทรัพยากรในชุมชนซึ่งดำรงอยู่มาแต่โบราณภายใต้กรอบแห่งโบราณราชประเพณีอันเป็นกรอบพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์

การยอมรับสิทธิต่างๆของบุคคลที่รวมกันเป็นชุมชนต่างๆ ในระยะแรกๆ จึงเป็นสิทธิที่เกิดขึ้นโดยสภาพความเป็นจริง ที่อำนาจรัฐในส่วนกลางเข้าไปไม่ถึง หรือไม่จำเป็นต้องเข้าไป แต่รัฐอาจอาศัยกลไกบางอย่างผ่านทางผู้นำชุมชน เช่น ระบบส่วย หรือ ภาษีอากร ในการที่จะได้รับผลประโยชน์จากทรัพยากรของชุมชน สิทธิชุมชนที่ว่ามานี้จึงเป็นสิทธิที่เกิดขึ้นโดยการยอมรับของชุมชนตามธรรมชาติ (Spontaneous Order) ต่อมาเมื่ออำนาจรัฐเข้มแข็งขึ้น รัฐได้ใช้การออกกฎหมายประกาศสิทธิเหนืออาณาบริเวณที่ชุมชนเคยครอบครองอยู่ในทางความเป็นจริง กฎหมายเหล่านี้เป็นระเบียบกฎเกณฑ์ที่ถูกสร้างขึ้น (Artificial Order) โดยมีกลไกของรัฐสนับสนุนให้มีการบังคับใช้กฎหมายได้ เช่น การจับกุมคุมขัง การดำเนินคดีต่อ “ผู้บุกรุก” ในที่ที่เขาเคยตั้งถิ่นฐานอยู่มาก่อนการปรากฏตัวของอำนาจรัฐด้วยซ้ำไป

โดยที่สถานภาพของชุมชนในสังคมไทยดั้งเดิมเกิดจากการยอมรับของคนในชุมชน หรือชุมชนใกล้เคียง ในสภาพที่อำนาจรัฐในส่วนกลางยังไม่เข้มแข็ง ชุมชนจึงดำรงอยู่ได้เองตามศักยภาพภายใน (Vitality) ของแต่ละชุมชน การรับรองความมีอยู่ของชุมชน และความชอบธรรมในการจัดการทรัพยากรธรรมชาติและ

สิ่งแวดล้อมย่อมเป็นไปตามขนบธรรมเนียมประเพณี ซึ่งตกทอดกันมาแต่บรรพบุรุษ ไม่จำเป็นต้องมีการตรากฎหมายรับรองสถานภาพและความชอบธรรมในการใช้ทรัพยากรธรรมชาติเพื่อการครองชีพของชุมชน ต่อมาเมื่ออำนาจรัฐส่วนกลางเข้มแข็งขึ้น ก็มีการวางโครงสร้างและกลไกของรัฐให้มีอำนาจรวมศูนย์มากขึ้น ในระยะเริ่มแรกกลไกเหล่านี้เป็นไปเพื่อประโยชน์ในการหารายได้เข้ารัฐ หรือการจัดเก็บค่าธรรมเนียมและค่าอากรการใช้ทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม เช่น การเก็บอากรค่าน้ำ การเก็บค่าภาคหลวงไม้และแร่ธาตุ เป็นหลัก ดังจะเห็นได้จากการจัดตั้งกรมราชโลหกิจและภูมิวิทยา (ต่อมาคือกรมทรัพยากรธรณี) ในกระทรวงเกษตรธิการ และจัดตั้งกรมป่าไม้ และกรมประมงขึ้นในกระทรวงมหาดไทยในระยะแรกในสมัยรัชกาลที่ ๕๑๔ ครั้นต่อมา หลังสงครามโลกครั้งที่ ๒ เมื่อแนวคิดเรื่องการพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมเติบโตขึ้นพร้อมกับความเชื่อว่าการวางแผนพัฒนาและการจัดการทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมโดยหน่วยงานของรัฐส่วนกลางเป็นวิธีการจัดการที่มีประสิทธิภาพมากที่สุด ก็มีการตรากฎหมายให้อำนาจการจัดการทรัพยากรและสิ่งแวดล้อมตกอยู่กับหน่วยงานของรัฐส่วนกลางเพิ่มขึ้นเรื่อยๆ ดังจะเห็นได้จากความเคลื่อนไหวในการรวบอำนาจจัดการทรัพยากรและสิ่งแวดล้อมในประเทศไทยไว้ที่หน่วยงานของรัฐส่วนกลาง ได้ปรากฏตัวให้เห็นพร้อมๆ กับการจัดให้มีแผนพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ นับตั้งแต่ยุคหลังสงครามโลกครั้งที่ ๒ เป็นต้นมา และโดยผลของกฎหมายเหล่านี้ การดำเนินวิถีชีวิตปกติของบุคคลในชุมชนซึ่งต้องอาศัยฐานทรัพยากรและสิ่งแวดล้อมเป็นปัจจัยสำคัญในการครองชีพก็กลายเป็นการกระทำผิดกฎหมาย แม้รัฐจะเข้าจับกุมปราบปราม แต่ก็ไม่อาจสกัดหรือหวงห้ามมิให้มีการดำเนินวิถีชีวิตตามประเพณีดั้งเดิมและความจำเป็นในการดำรงชีพของคนในชุมชนที่อาศัยฐานทรัพยากรและสิ่งแวดล้อมเป็นปัจจัยสำคัญในการดำรงชีพสะดุดหยุดลงได้ นับแต่นั้นมาความขัดแย้งระหว่างชุมชนกับหน่วยงานของรัฐก็ในเรื่องเกี่ยวกับการจัดการ ทั้งในแง่การบำรุงรักษา และการใช้ประโยชน์ทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมก็ปรากฏเห็นชัดมากขึ้น ชุมชนและท้องถิ่นถูกลิดรอนสิทธิที่มีมาโดยธรรมชาติหรือที่มีมาแต่ดั้งเดิมของตน

อย่างรุนแรง ถึงขนาดกระทบต่อการดำรงชีพของประชาชนในท้องถิ่นเหล่านั้นใน
ขั้นรากฐาน

ในระยะหลังมานี้ เป็นที่เข้าใจกันมากขึ้นในวงวิชาการว่าการรวบรวมอำนาจ
จัดการทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม และกีดกันชุมชนซึ่งอาศัยทรัพยากรและ
สิ่งแวดล้อมในการดำรงชีพนี้ ไม่เพียงแต่จะก่อให้เกิดความเสียหายให้แก่ชุมชนหรือ
ท้องถิ่นนั้นโดยเฉพาะเท่านั้น แต่กลับก่อให้เกิดปัญหาสังคม และเกิดกระบวนการ
เลียงกฎหมาย และการบุกรุกทำลายทรัพยากร สิ่งแวดล้อมโดยผิดกฎหมายกว้างขวาง
ยิ่งขึ้น เมื่อหน่วยงานของรัฐดำเนินนโยบายผ่อนปรน ก็เกิดการฉวยโอกาสจาก
กลุ่มทุนใช้ประชาชนท้องถิ่นเป็นเครื่องกำบัง ใช้กลวิธีบุกรุกหาประโยชน์จาก
ทรัพยากรจนเกินขอบเขตยิ่งขึ้นไปอีก จนเกิดเป็นผลเสียแก่ประเทศชาติในระยะยาว
และการจัดการทรัพยากรและสิ่งแวดล้อมอย่างสมดุลและยั่งยืนตามภูมิปัญญา
วัฒนธรรมประเพณีดั้งเดิม ซึ่งเป็นรากเหง้าทางวัฒนธรรมและการรักษาระบบนิเวศน์
อันเป็นฐานทรัพยากรของชุมชนท้องถิ่น และเป็นทางไปสู่การพัฒนาอย่างยั่งยืนและ
พอเพียงที่เชื่อกันว่าจะเป็นทางออกของสังคมไทยที่จะสลายตัวไปด้วย

เพื่อแก้ปัญหานี้รัฐธรรมนูญ พ.ศ. ๒๕๕๐ จึงบัญญัติรับรองและคุ้มครอง
สิทธิของบุคคลที่รวมกันเป็นชุมชนไว้ในหลายมาตรา โดยเฉพาะมาตรา ๔๖ ซึ่ง
มุ่งคุ้มครองสิทธิของบุคคลที่รวมกันเป็นชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิม ในฐานะที่เป็นชุมชน
ฝ่ายเสียงข้างน้อยและได้รับการสันนิษฐานว่าเป็นผู้ด้อยสิทธิ อันเนื่องมาจาก
แบบแผนในการดำเนินชีวิตและการครองชีพเป็นแบบท้องถิ่นหรือแบบพื้นบ้าน
ดั้งเดิม ซึ่งอาศัยความสมดุลและยั่งยืนทางทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมเป็น
ปัจจัยสำคัญ โดยกฎหมายมาตรานี้ได้มุ่งคุ้มครองคุณค่าสำคัญสองประการ ก็คุณค่า
ในความหลากหลายทางวัฒนธรรมและภูมิปัญญาท้องถิ่น กับคุณค่าในการรักษา
ความสมดุลและยั่งยืนในการจัดการทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม นอกจากนี้
ยังมีการคุ้มครองตามมาตรา ๕๖ ซึ่งมุ่งคุ้มครองสิทธิของบุคคลในการมีส่วนร่วมกับ

รัฐและชุมชนในการจัดการทรัพยากรธรรมชาติ และสิ่งแวดล้อม และมุ่งคุ้มครองคุณค่าแห่งความมีคุณภาพและความยั่งยืนของสิ่งแวดล้อมที่จำเป็นแก่คุณภาพชีวิตของบุคคลและชุมชน ผลของการรับรองและคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานของชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิมตามมาตรา ๔๖ และการคุ้มครองสิทธิการมีส่วนร่วมของบุคคลในชุมชนตามมาตรา ๕๖ นี้ ได้ก่อให้เกิดผลเป็นการรับรองตัวตนทางกฎหมาย (legal entity) ของชุมชนในฐานะที่เป็นผลรวมที่ขาดไม่ได้จากการคุ้มครองสิทธิของบุคคลที่รวมกันเป็นหมู่คณะ หรือเป็นชุมชนนั่นเอง และทำให้ชุมชนในฐานะที่เป็นหมู่คณะแยกจากบุคคลที่รวมกันเป็นชุมชนกลายเป็นผู้ทรงสิทธิตามรัฐธรรมนูญเพื่อประโยชน์ตามความมุ่งหมายบางประการที่บุคคลที่รวมกันเป็นชุมชนนั้นไม่อาจทำได้เองตามลำพังตนขึ้นด้วย

เราอาจกล่าวได้ว่า ชุมชนในฐานะที่เป็นหมู่คณะอันแยกจากบุคคลที่รวมกันเป็นชุมชนนั้นย่อมได้รับการคุ้มครองสิทธิต่างๆ อันเป็นความมุ่งหมายสำคัญของการที่บุคคลรวมกันเป็นชุมชนดังต่อไปนี้

- สิทธิได้รับการยอมรับความมีอยู่เป็นอยู่ของชุมชน (สิทธิบุคคลภาพ)
- สิทธิในการดำรงอยู่และในการดำเนินกิจกรรมของชุมชน (ความสามารถ)
- สิทธิถือครองทรัพย์สินของชุมชน (สิทธิทางทรัพย์สิน)
- สิทธิในการธำรงรักษาและพัฒนาคุณภาพชีวิตของชุมชน (มาตรา ๔๖, ๕๖)
- สิทธิของชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิมในการอนุรักษ์หรือฟื้นฟูจารีตประเพณีและศิลปวัฒนธรรม (มาตรา ๔๖)
- สิทธิมีส่วนร่วมในการบำรุงรักษาและได้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติและความหลากหลายทางชีวภาพ (มาตรา ๕๖ วรรคแรก)

- สิทธิมีส่วนร่วมในการคุ้มครอง ส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมเพื่อการดำรงชีพอย่างปกติ และไม่เป็นอันตรายต่อคุณภาพชีวิตของชุมชน (มาตรา ๕๖ วรรคแรก, ประกอบมาตรา ๒๕๐ (๑), (๒), (๓))
- สิทธิได้รับการรับฟังจากรัฐก่อนที่รัฐจะให้มีการดำเนินโครงการหรือกิจกรรมใดๆ ที่อาจกระทบต่อคุณภาพสิ่งแวดล้อมและคุณภาพชีวิตของชุมชน (มาตรา ๕๕)

เชิงอรรถ

- ๑ โปรดดู พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ.๒๕๕๑
มาตรา ๔ พรรคการเมือง หมายความว่า พรรคการเมืองที่คณะบุคคลรวมกันจัดตั้ง โดยได้รับการจัดตั้งตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญนี้ และ
มาตรา ๘ ผู้มีสิทธิชาวไทยโดยการเกิดซึ่งมีอายุไม่ต่ำกว่ายี่สิบปีบริบูรณ์และไม่มีลักษณะที่ต้องห้ามมิให้ใช้สิทธิเลือกตั้งตามรัฐธรรมนูญมีจำนวนตั้งแต่สิบห้าคนขึ้นไปสามารถรวมกันจัดตั้งพรรคการเมืองได้โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อสร้างเจตนารมณ์ทางการเมืองของประชาชนและเพื่อดำเนินกิจการในทางการเมืองให้เป็นไปตามเจตนารมณ์นั้น ตามวิถีทางการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข
- ๒ อย่างไรก็ดี การเปลี่ยนแปลงหลักแหล่งหรือท้องที่ในการดำเนินชีวิตร่วมกันของชุมชนอาจเกิดขึ้นได้ แต่ไม่ทำให้ความเป็นชุมชนนั้นๆ ระงับสิ้นไป โปรดดูข้อ ๒.๓ ต่อไปข้างหน้า
- ๓ พระราชบัญญัติฉบับนี้ได้ยกเลิกไปเมื่อมีการตราพระราชบัญญัติลักษณะปกครองท้องที่ขึ้นใหม่เมื่อ พ.ศ. ๒๔๕๗ ซึ่งยังใช้อยู่ในปัจจุบัน โดยมาตรา ๖ แห่งพระราชบัญญัตินี้กำหนดไว้ว่า “ในการที่จะกำหนดเขตหมู่บ้านและตำบลทั้งปวงในหัวข้อเรื่องใดให้ผู้ว่าราชการเมืองนั้นเมื่อได้อนุมัติของสมุหเทศาภิบาลแล้ว มีอำนาจที่จะกำหนดได้ และการที่จะกำหนดเขตอำเภอนั้นก็ให้สมุหเทศาภิบาลมีอำนาจที่จะกำหนดได้ เมื่อได้รับอนุมัติของเสนาบดีกระทรวงมหาดไทยแล้วจะนั้นส่วนมณฑลกรุงเทพฯ เสนาบดีกระทรวงนครบาลกำหนดได้เด็ดขาด”
- ๔ คำพิพากษาที่ถือเป็นจุดตั้งต้นของแนวคำพิพากษานี้คือ คำพิพากษาของศาลสูงสหรัฐอเมริกาในคดี Johnson v. McIntosh 8 Wheat 544; 5 L Ed 681 (1823) และศาลสูงอเมริกันก็ยืนยันแนวคำพิพากษานี้มาโดยตลอด เช่นใน Cherokee Nation v Georgia 5 Pet 1 (1831); Worcester v Georgia 6 Pet 515 (1832); Mitchel v United State 34 US (9 Pet) 711 (1835); United States v Cook US 591 (1873) ส่วนในแคนาดานั้น Privy Council ของอังกฤษซึ่งทำหน้าที่ศาลสูงของ

ดินแดนในเครือจักรภพในเวลานั้นก็เคยพิพากษาแสดงสิทธิของชนพื้นเมืองไว้ในคดี St. Catherine's Milling and Lumber Co v R(1888) 14 App Cas 40 at 55 ไว้อย่างน่าฟังว่า “tenure of the Indians was a personal and usufructuary right, dependent on the goodwill of the Sovereign” และ “that there has been all along vested in the Crown a substantial and paramount estate, underlying the Indian title which became a plenum dominium whenever that tribe was surrendered or otherwise extinguished”.

๕ ตัวอย่างเช่น การห้ามมิให้เด็กนักเรียนผิวดำเข้าเรียนในโรงเรียนเดียวกันกับเด็กนักเรียนผิวขาว ซึ่งได้ดำรงอยู่อย่างน้อยจนกระทั่งถึงปี ค.ศ. ๑๙๕๔ จึงได้ถูกยกเลิกไปโดยคำพิพากษาของศาลสูงของสหรัฐในคดี Brown v. Board of Education, 414 U.S. 1097, 1101ff.

๖ อย่างไรก็ดี ประเทศไทยได้ตั้งข้อจำกัดในรูปของการกำหนดข้อจำกัดการตีความไว้
๔ ประการคือ

๑. ห้ามมิให้ตีความสิทธิในการกำหนดชะตากรรมตนเอง หรือสิทธิอัตตวินิจัยในมาตรา ๑ ในความหมายที่อาจกระทบต่อบูรณภาพแห่งดินแดน หรือเอกภาพทางการเมืองของไทย ไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วน
๒. จำกัดการตีความข้อห้ามการประหารชีวิตบุคคลอายุต่ำกว่า ๑๘ ปีในมาตรา ๖ ว่าต้องสอดคล้องกับประมวลกฎหมายอาญาของไทยซึ่งจำกัดเพียงห้ามประหารชีวิตบุคคลที่อายุไม่ถึง ๑๗ ปี และ
๓. จำกัดการตีความมาตรา ๙ ซึ่งให้นำตัวผู้ถูกจับในคดีอาญามาศาลโดยพลัน ว่าให้หมายถึงนำตัวมาศาลโดยไม่ชักช้าหรือในเวลาอันควร
๔. จำกัดการตีความข้อห้ามการโฆษณาชวนเชื่อเพื่อการสงครามตามมาตรา ๒๐ (๒) ซึ่งไทยให้ความหมายความจำกัดเฉพาะสงครามที่ขัดต่อกฎหมายระหว่างประเทศเท่านั้น

๗ Section 27 reads as follows: “In those States in which ethnic, religious or linguistic minorities exist, persons belonging to such minorities shall not be denied the right in community

with the other members of their group, to enjoy their own culture, to profess and practise their own religion, or to use their own language.”

๘ UNGA Res. 2200 (XXI) (Annex); 6 ILM 360 (1976).

๙ Art. 1, para 1: All peoples may, for their own ends, freely dispose of their natural wealth and resources without prejudice to any obligations arising out of international economic co-operation, based upon the principle of mutual benefit, and international law. In no case may a people be deprived of its own means of subsistence.

๑๐ ในการเข้าเป็นภาคีในอนุสัญญานี้ ประเทศไทยได้ทำคำแถลงตีความทั่วไปว่า รัฐบาลไทยจะไม่ตีความพันธกรณีตามอนุสัญญาให้มีผลเกินกว่ารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย และเท่าที่กฎหมายภายในกำหนด และยังตั้งข้อสงวนอีกบางประการเช่นในเรื่องการดำเนินการเชิงบวกตามมาตรา ๔ นั้นจะต้องทำต่อเมื่อได้พิจารณาเห็นว่ามีความจำเป็นต้องออกเป็นกฎหมายเท่านั้น และในเรื่องการเสนอข้อพิพาทให้ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศพิจารณา ผู้สนใจโปรดดู สำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชน, หลักกฎหมายระหว่างประเทศทั่วไปเกี่ยวกับสนธิสัญญาด้านสิทธิมนุษยชนและสาระสำคัญของอนุสัญญาว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติต่อเชื้อชาติในทุกรูปแบบ, กรุงเทพฯ พ.ศ. ๒๕๔๖, หน้า ๑๖-๑๗

๑๑ หลักข้อนี้เป็นหลักทำนองเดียวกับหลักการในมาตรา ๑๒๐ แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งบัญญัติว่า “ถ้าการชำระหนี้เป็นการอันจะแบ่งกันชำระมิได้และมีบุคคลหลายคนเป็นเจ้าของ ถ้าบุคคลเหล่านั้นมิได้เป็นเจ้าของร่วมกันไฉนท่านว่าลูกหนี้ได้แต่จะชำระหนี้ให้ได้ประโยชน์แก่บุคคลเหล่านั้นทั้งหมดด้วยกัน และเจ้าหนี้แต่ละคนจะเรียกชำระหนี้ได้ก็แต่เพื่อได้ประโยชน์ด้วยกันหมดทุกคนเท่านั้น อนึ่งเจ้าหนี้แต่ละคนจะเรียกให้ลูกหนี้วางทรัพย์ที่เป็นหนี้นั้นไว้เพื่อประโยชน์แห่งเจ้าหนี้หมดทุกคนด้วยกันก็ได้ หรือถ้าทรัพย์นั้นไม่ควรแก่การจะวางไว้ ก็ให้ส่งแก่ผู้พิทักษ์ทรัพย์ซึ่งศาลจะได้ตั้งขึ้น

นอกจากนี้ ข้อความจริงใดที่เข้าถึงเจ้าหน้าที่คนหนึ่งเท่านั้นหาเป็นไปเพื่อคุณหรือโทษแก่เจ้าหน้าที่คนอื่น ๆ ด้วยไม่”

๑๒ โปรตุเกส ร. แลงกาศ, ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย เล่ม ๒ (สัญญา และที่ดิน), มูลนิธิโครงการตำราฯ, กรุงเทพฯ, ๒๕๒๖ หน้า ๒๕๕ ซึ่งยืนยันว่าหลักที่ถือว่าที่ดิน

สิทธิในการอนุรักษ์หรือฟื้นฟู จารีตประเพณี ภูมิปัญญา วัฒนธรรมท้องถิ่น

๑. ลักษณะ ความมุ่งหมาย และผู้ทรงสิทธิ

ลักษณะสำคัญของสิทธิของบุคคลที่รวมกันเป็นชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิมในการอนุรักษ์ฟื้นฟูจารีตประเพณีและวัฒนธรรมอันดี หรือภูมิปัญญาท้องถิ่นก็คือสิทธิที่จะ “รักษาเอกลักษณ์ทางจารีตประเพณี ภูมิปัญญา และวัฒนธรรมอันดีของตน” ไว้ หรือสิทธิที่จะ “ดำรงความแตกต่างทางจารีตประเพณี ภูมิปัญญา และวัฒนธรรม” ที่เป็นอื่นต่างจากชนส่วนใหญ่ในท้องถิ่นหรือในเขตประเทศใดประเทศหนึ่งเอาไว้ นั่นเอง กล่าวถึงที่สุดแล้ว สิทธิในการอนุรักษ์และฟื้นฟูจารีตประเพณีและวัฒนธรรมอันดีของชุมชนก็คือสิทธิที่จะตัดสินใจหรือกำหนดชะตากรรมของตนเอง หรือที่เรียกกันว่าเป็น Self Determination ในแง่วัฒนธรรมนั่นเอง

สิทธิในการอนุรักษ์และฟื้นฟูจารีตประเพณี ภูมิปัญญาท้องถิ่น และวัฒนธรรมอันดีของท้องถิ่นจะมีความหมายก็แต่ในเวลาที่มีการปะทะกันระหว่างวัฒนธรรมที่แตกต่างกันอย่างน้อยสองวัฒนธรรมโดยเฉพาะระหว่างวัฒนธรรมของคนหมู่มาก กับชุมชนท้องถิ่นส่วนน้อย หรือเมื่อมีกฎหมายหรือการออกคำสั่ง หรือการกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งตามกฎหมายในลักษณะที่เป็นการจำกัด เข้ากำหนด แทรกแซง หรือลบล้างสิทธิในการอนุรักษ์และฟื้นฟูจารีตประเพณี ภูมิปัญญาท้องถิ่น และวัฒนธรรมอันดีของท้องถิ่นซึ่งเป็นคนส่วนน้อยโดยปราศจากเหตุผลสมควร

โดยรัฐธรรมนูญมุ่งคุ้มครองสิทธิของบุคคลที่รวมกันเป็นชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิม ในฐานะเป็นจารีตประเพณี และวัฒนธรรมของชนส่วนน้อยที่จะยืนยงในความชอบธรรมของการอยู่ร่วมกันท่ามกลางความหลากหลายทางวัฒนธรรม และรับรองให้มีการบังคับตามสิทธิทางกฎหมายของบุคคลที่รวมกันเป็นชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิม ในการดำรงวัฒนธรรมประเพณีของตนในฐานะที่เป็นผลรวมของประสบการณ์และคุณค่าอันเกิดจากบันทึกแห่งความทรงจำร่วมกันของชุมชนที่มีความหมายต่อการดำเนินวิถีชีวิตในปัจจุบันของชุมชนนั้นๆ ซึ่งอาจแตกต่างจากวัฒนธรรมประเพณีที่ครอบงำอยู่ในชุมชนหรือท้องถิ่นหรือประเทศนั้นได้ โดยคุ้มครองความแตกต่างทางวัฒนธรรม ไม่ปล่อยให้จารีตประเพณี หรือวัฒนธรรมของคนส่วนใหญ่กลายเป็นอำนาจบังคับเชิงโครงสร้างจากเบื้องบน^๑ และก่อให้เกิดความอยุติธรรมเชิงโครงสร้างได้ โดยการเสริมกำลังให้แก่ชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิมให้ได้รับความคุ้มครองและสิทธิพิเศษทางจารีตประเพณีและวัฒนธรรมนั่นเอง

หลักการสำคัญในกฎหมายรัฐธรรมนูญในการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานในการอนุรักษ์ฟื้นฟูจารีตประเพณีและวัฒนธรรมอันดีงามมีเป้าหมายสำคัญได้หลายประการอาทิเช่น

ก) เป้าหมายในการพิทักษ์รักษาและอนุรักษ์จารีตประเพณี ภูมิปัญญาท้องถิ่นและวัฒนธรรมอันดีที่กำลังอยู่ในภาวะเสื่อมถอยและอาจจะสูญสลายหรือถูกทำลายให้หมดสิ้นไป

ข) เป้าหมายในการในการคุ้มครองคณะบุคคลหรือบุคคลเอกชนซึ่งเป็นผู้ทรงไว้ซึ่งจารีตประเพณี ภูมิปัญญา และวัฒนธรรมท้องถิ่นที่มีลักษณะมีเอกลักษณ์เฉพาะตัว

ค) เป้าหมายในการคุ้มครองสิทธิทางวัฒนธรรมของของชนกลุ่มน้อย (Minorities) ในการกำหนดชะตากรรมของตนเอง (Self-Determination) และการอยู่ร่วมกันในสังคมอย่างกลมกลืน (integration)

ในแง่รัฐธรรมนูญนั้น สิทธิขั้นพื้นฐานในการอนุรักษ์ฟื้นฟูจารีตประเพณี ภูมิปัญญาท้องถิ่นและวัฒนธรรมอันดีมีค่าตั้งอยู่บนรากฐานของสิทธิขั้นพื้นฐานในการพัฒนาและแสวงหาความเป็นเอกลักษณ์ทางวัฒนธรรมของปัจเจกชนแต่ละคน ในแง่กฎหมายรัฐธรรมนูญได้วางหลักประกันสิทธิและเสรีภาพสำหรับพลเมืองแต่ละคนที่จะดำเนินชีวิตตามวิถีทางที่ตนเลือกอย่างอิสระ จึงอาจจัดได้ว่าสิทธิในการอนุรักษ์ฟื้นฟูจารีตประเพณี ภูมิปัญญาท้องถิ่น และวัฒนธรรมอันดีของท้องถิ่นนี้เป็นสิทธิในบุคคลภาพของปัจเจกชนแต่ละคน (Right of Personality) ในขณะเดียวกัน สิทธิดังกล่าวก็เป็นสิทธิที่มีขึ้นเพื่อคุ้มครองวิถีชีวิตของชุมชนตามจารีตประเพณี ภูมิปัญญา และวัฒนธรรมอันดีซึ่งกำลังตกอยู่ในอันตรายว่าจะสูญหายหรือถูกทำลาย ลื่นไถลไปให้สามารถดำรงอยู่อย่างกลมกลืนกับการดำรงวิถีชีวิตของคนกลุ่มอื่นๆ ที่อยู่ในสังคมโดยรอบได้ ดังนั้นสิทธิชนิดนี้ก็เป็นสิทธิรวมหมู่ของคณะบุคคล (Collective Rights) ซึ่งบุคคลเอกชนแต่ละคนไม่อยู่ในฐานะที่จะดำเนินการให้บรรลุผลได้โดยลำพัง ต้องอาศัยหมู่คณะในการดำรงวิถีชีวิตเช่นนั้นไว้ และยังเป็นสิทธิทางสังคม (Social Rights) ที่มีขึ้นเพื่อคุ้มครองสวัสดิภาพของสังคมของคณะบุคคลซึ่งเป็นฝ่าย ข้างน้อยและยากที่จะได้รับโอกาสให้มีส่วนร่วมในการกำหนดเจตจำนงทางการเมือง ในแง่วัฒนธรรมอีกด้วย ตัวอย่างสำคัญในเรื่องนี้ได้แก่ สิทธิเสรีภาพในการนับถือ ศาสนานั้นเป็นสิทธิเอกชน แต่ขณะเดียวกันก็เป็นสิทธิรวมหมู่หรือสิทธิส่วนรวมของ คณะบุคคลซึ่งรวมกันเป็นชุมชนหรือองค์กรทางศาสนาหรือจารีตประเพณีได้ด้วย ดังนั้นสิทธิในการอนุรักษ์และฟื้นฟูจารีตประเพณีอันดีงามของท้องถิ่นและของชาติ จึงเป็นได้ทั้งสิทธิของเอกชนแต่ละคน (Individual Rights) และเป็นสิทธิรวมหมู่หรือ สิทธิส่วนรวมของคณะบุคคล (Collective Rights) ที่รวมกันเป็นชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิม ด้วยก็ได้

๒. ความหมายของจารีตประเพณี ภูมิปัญญา และวัฒนธรรมอันดี

การจะทำความเข้าใจเนื้อหาแห่งสิทธิของบุคคลที่รวมกันเป็นชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิมในการอนุรักษ์ฟื้นฟูจารีตประเพณี ภูมิปัญญาท้องถิ่น และวัฒนธรรมอันดีของท้องถิ่นนั้น คงต้องเริ่มต้นจากการทำความเข้าใจความหมายของคำว่า “จารีตประเพณี” “ภูมิปัญญาท้องถิ่น” และ คำว่า “วัฒนธรรมอันดีของท้องถิ่น” ว่ามีความหมายในแง่กฎหมายรัฐธรรมนูญอย่างไรเสียก่อน ซึ่งหากพิจารณาในแง่ของถ้อยคำแล้ว เราจะเห็นได้ว่าคำว่า “วัฒนธรรมอันดีของท้องถิ่น” เป็นคำที่มีความหมายกว้าง และครอบคลุมคำที่อยู่ข้างหน้า คือ “จารีตประเพณี” และ “ภูมิปัญญาท้องถิ่น” ด้วย

๒.๑ วัฒนธรรม

ในทางปฏิบัตินั้นคำว่า “วัฒนธรรม” ย่อมหมายรวมถึงจารีตประเพณี ขนบธรรมเนียม ความเชื่อ ความเคยชินและทัศนคติที่ตกทอดกันมาแต่โบราณกาล ความรู้สึกนึกคิดของคนในครอบครัว ความรู้สึกนึกคิดและอารมณ์ความรู้สึกของคนทั่วไป ความเข้าใจและความสำนึกเกี่ยวกับศีลธรรมอันดี เกี่ยวกับเรื่องใดเรื่องหนึ่ง เช่นเกี่ยวกับเรื่องครอบครัว เรื่องการให้การศึกษาอบรมผู้เยาว์ เกี่ยวกับประเพณีและความเคยชินในการกินอยู่ การแต่งกาย การรักษาโรค เรื่องเกี่ยวกับโลกทัศน์ของคนทั่วไป เกี่ยวกับคุณค่าที่ยอมรับนับถือกัน หรือเกี่ยวกับวิธีคิด เกี่ยวกับเกียรติยศ ศักดิ์ศรี เป็นต้น กล่าวโดยสรุป วัฒนธรรมก็คือแบบแผนหรือแนวทางในการดำเนินชีวิต และแบบแผนหรือแนวความประพฤติของคนในแต่ละชุมชนหรือแต่ละสังคมที่ตกทอดกันมาแต่อดีต^๒

นอกจากนั้นคำว่าวัฒนธรรมยังรวมความไปถึง “ภูมิปัญญาท้องถิ่น” ด้วย ทั้งในแง่ของแบบแผนวิธีการดำเนินชีวิต ซึ่งเป็นเรื่องของจารีตประเพณี และวัฒนธรรม แต่ภูมิปัญญาท้องถิ่นมีนัยทางกฎหมายในแง่ที่เป็น “งานสร้างสรรค์”

ทางศิลป วรรณกรรม หรือวิทยาการ และงานข้างเคียงอื่นๆ เช่นการแสดง
ดนตรีกรรม นาฏกรรม ประติมากรรม ฯลฯ รวมทั้งวิธีประดิษฐ์ ผลิตภัณฑ์ และ
เครื่องหมาย สัญลักษณ์ อันเป็นทั้งสิทธิโดยธรรม (Moral Right) และสิทธิทาง
เศรษฐกิจ (Economic Right) ที่ได้รับความคุ้มครองในฐานะที่เป็นสิทธิในความวิริยะ
อุตสาหะที่สืบเนื่องกันมาของชุมชน หรือเป็นทรัพย์สินทางปัญญาของชุมชนใน
ท้องถิ่นดั้งเดิมอันพึงได้รับการคุ้มครองตามกฎหมาย

คำว่า “วัฒนธรรมอันดี” เป็นคำที่มีความหมายกว้าง และต้องปล่อยให้
คำที่มีความหมายตามความเข้าใจตามสามัญสำนึกของวิญญูชนในระบบกฎหมาย
และโดยที่สิทธิของชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิมในเรื่องวัฒนธรรมอันดีนี้เป็นสิทธิที่จะดำรง
วัฒนธรรมของตนที่แตกต่างจากวัฒนธรรมของคนส่วนใหญ่ในท้องถิ่นหรือใน
ดินแดนประเทศนั้นๆ สำระสำคัญจึงอยู่ที่การดำรงวัฒนธรรมที่แตกต่างออกไป
ในฐานะที่เป็นคุณค่าอันเป็นผลรวมจากการสั่งสมประสบการณ์และเป็นบันทึก
ความทรงจำและการยอมรับความมีตัวตนที่ให้ความหมายสำคัญแก่การดำเนิน
วิถีชีวิตร่วมกันของชุมชนซึ่งแตกต่างจากวัฒนธรรมอื่นๆ โดยเฉพาะในแง่ที่ต่างจาก
วัฒนธรรมที่มีฐานะครอบงำหรือเหนือกว่าในสังคม

โดยที่วัฒนธรรมอาจขัดกันได้ ดังนั้นสิ่งที่เรียกว่าวัฒนธรรมอันดีจึงต้อง
ไม่เป็นไปในทางฉีกรอนหรือจำกัดตัดสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานของสมาชิกหรือ
ของประชาชนที่ได้รับการคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญ หรือแม้จะเป็นไปในทางจำกัด
ตัดสิทธิขั้นพื้นฐานบางประการ หากข้อจำกัดนั้นเป็นไปโดยความยินยอมของบุคคล
ที่รวมกันเป็นชุมชน การจำกัดตัดสิทธิที่ว่านี้ก็จะต้องไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อย
และศีลธรรมอันดี

ตัวอย่างเช่นการมีจารีตประเพณีที่จะต้องรักษาศักดิ์ศรีด้วยการต่อสู้กัน หรือ
ประเพณีการลงโทษด้วยการประทุษร้ายร่างกาย หรือการทำให้อวัยวะของบุคคล

เสียสภาพตามธรรมชาติไป ดังนั้นหากมีการทำร้ายร่างกายหรือทำละเมิดกัน คู่กรณีย่อมไม่อาจยกเอาจริตประเพณีหรือความยินยอมมาเป็นข้อแก้ตัวให้ไม่ต้องรับผิดชอบทางอาญาในฐานะที่เป็นจริตประเพณีหรือวัฒนธรรมอันดีได้ เป็นต้น นอกจากนี้ การคุ้มครองจริตประเพณี ภูมิปัญญา และวัฒนธรรมอันดีของชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิม ในฐานะที่เป็นการคุ้มครองการดำเนินวิถีชีวิตตามแบบแผนทางวัฒนธรรมท้องถิ่นที่ต่างออกไปจากวัฒนธรรมของคนส่วนใหญ่นั้น ยังมีปัญหาต้องพิจารณาด้วยว่าจะอะไรเป็นเครื่องชี้วัด หรือเครื่องช่วยในการกำหนดรู้ว่าวัฒนธรรมของชุมชนหนึ่งๆ มีความแตกต่างกันหรือไม่ และแตกต่างกันอย่างไร และการจะจำแนกว่าปัจเจกชนแต่ละคนนั้นสังกัดหรือถือเอาวัฒนธรรมใดเป็นวัฒนธรรมของตนจึงเป็นปัญหาสำคัญอีกประการหนึ่ง

๒.๒ แบบแผนทางวัฒนธรรม

ในทางปฏิบัตินั้น การจะชี้ให้เห็นได้ว่าบุคคลหรือชุมชนใดมีวัฒนธรรมเดียวกัน หรือแตกต่างกันหรือไม่ จำเป็นต้องเปรียบเทียบข้อเท็จจริงว่าลักษณะสำคัญหรือเอกลักษณ์ทางวัฒนธรรมของบุคคลปัจเจกชนคนหนึ่งนั้นเหมือนหรือแตกต่างจากวัฒนธรรมของปัจเจกชนคนอื่น หรือวัฒนธรรมของคนที่รวมกันเป็นชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิมแห่งหนึ่งๆ นั้นแตกต่างจากกลุ่มชุมชนอื่นหรือคนส่วนใหญ่ในสังคมนั้นหรือไม่อย่างไร

โดยที่เราต้องนำเอาสิ่งที่เรียกว่าวัฒนธรรมมาเทียบกันเพื่อหาความแตกต่างและวินิจฉัยว่าเรื่องนั้นเป็นวัตถุแห่งสิทธิของบุคคลหรือชุมชนนั้นหรือไม่ ดังนั้นเราขอยกข้อสงสัยไปไม่พ้นคำถามที่ว่า “วัฒนธรรม” หมายความว่าอย่างไร ซึ่งแม้จนปัจจุบันและตลอดระยะเวลาที่ผ่านมา องค์การศึกษาและวัฒนธรรมแห่งสหประชาชาติ (UNESCO) ได้พยายามอย่างหนักที่จะจำกัดความความหมายของคำว่าวัฒนธรรม แต่ความพยายามดังกล่าวก็ไร้ผล^๗ เคยมีความพยายามในช่วงหลังสงครามโลกครั้งที่สองที่จะแสวงหาคำจำกัดความทางวิชาการของคำว่า “วัฒนธรรม” แต่ก็ปรากฏว่า

มีคำนิยามที่แตกต่างกันอย่างน้อยถึง ๓๐๐ ความหมาย^๔ นักวิชาการสาขาต่างๆ ได้ทำการศึกษาค้นคว้าเกี่ยวกับวัฒนธรรม แต่เท่าที่ผู้เขียนทราบ ยังไม่อาจกล่าวได้ว่า มีหลักวิชาใดสามารถให้ความหมายหรือคำนิยามอันเป็นที่ยอมรับอย่างทั่วถึงได้ และคำว่า “เอกลักษณ์ทางวัฒนธรรม” ก็เป็นคำที่มีความหมายกว้าง และเป็นคำที่ไม่ชัดเจนทำนองเดียวกัน ดังนั้นเพื่อประโยชน์ในทางปฏิบัติ เราจำเป็นต้องปล่อยให้เป็นหน้าที่ของศาลในการที่จะรับฟังพยานหลักฐานต่างๆ ในคดีรูปธรรมแต่ละคดี และวินิจฉัยไปตามพยานหลักฐานว่า วัฒนธรรมในความหมายที่เข้าใจกันตามเหตุผลของเรื่องในเรื่องนั้นๆ มีความหมายกว้างแคบเพียงใด

เป็นที่ยอมรับกันว่าตัวการที่เป็นเกณฑ์กำหนดความแตกต่างทางวัฒนธรรมนั้น ก็คือแบบแผนทางวัฒนธรรมของแต่ละวัฒนธรรม แบบแผนทางวัฒนธรรมนี้ก็คือลักษณะสำคัญหรือปัจจัยพื้นฐานที่ส่งผลกระทบในทางกำหนดพฤติกรรม วิถีชีวิต ประสพการณ์ ความคิด ความรู้สึก ความเคยชิน และทัศนคติทางคุณค่าของปัจเจกชนแต่ละคน ดังนั้นสิทธิในการอนุรักษและฟื้นฟูจารีตประเพณี และวัฒนธรรมอันดีของชุมชนก็คือ สิทธิในการดำเนินวิถีชีวิตและดำรงความรู้สึกนึกคิดตามแบบแผนอย่างใดอย่างหนึ่งซึ่งคนในชุมชนหนึ่งๆ ถือปฏิบัติมาจนเคยชิน และเชื่อว่าเป็นแบบแผนถูกต้องดีงามสำหรับตนนั่นเอง

แบบแผนทางวัฒนธรรมนี้เป็นผลมาจากการวิเคราะห์แยกแยะความแตกต่างทางข้อเท็จจริงเกี่ยวกับวิถีชีวิต คุณค่า และค่านิยม ความรู้สึกนึกคิด และอารมณ์ความรู้สึกของบุคคลที่อยู่รวมกลุ่มกันเป็นชุมชนต่างๆ และมีลักษณะสำคัญๆ ในแต่ละชุมชนที่แตกต่างกันจนเห็นได้ชัด แม้เราอาจกล่าวได้ว่าวัฒนธรรมเป็นแบบแผนการดำเนินวิถีชีวิตของคนที่รวมกันเป็นชุมชนแต่ละชุมชนเราก็สามารถกล่าวในทางกลับกันได้ว่า กลุ่มคนที่รวมกันเป็นชุมชนนั้นแยกออกจากชุมชนอื่นได้ตรงที่ชุมชนหนึ่งๆ ย่อมมีแบบแผนทางวัฒนธรรมที่เป็นตัวของตัวเอง

ดังนั้นเราอาจกล่าวได้ว่า “แบบแผนทางวัฒนธรรม” หรือ “วิถีชีวิต” และ “ชุมชน” นั้นต่างเป็นเครื่องมือของกันและกัน เพราะความเป็น “ชุมชน” หรือการอยู่ร่วมกันด้วยความรู้สึกร่วมกันเป็นหมู่คณะที่มีแบบแผนในการดำเนินชีวิตและชะตากรรมร่วมกันนั้นมีความหมายยิ่งกว่าดินแดนหรือสถานที่ที่อยู่อาศัย และความรู้สึกเป็นกลุ่มก้อนเดียวกันนี้แหละที่เป็นรากฐานสำคัญในการกำหนดความหมายของวัฒนธรรม^๕

๒.๓ ตำนานแห่งความมีวัฒนธรรมร่วมกัน

เป็นที่ยอมรับกันว่า แบบแผนทางวัฒนธรรมไม่ได้ขึ้นอยู่กับเกณฑ์ทางข้อเท็จจริง ไม่ว่าจะเป็นภาษา ความเป็นญาติหรือเกี่ยวพันกันในทางสายโลหิตหรือเชื้อชาติหรือทางชีววิทยา หรือความเป็นมาทางประวัติศาสตร์ร่วมกัน หรือการอยู่ร่วมกันในท้องถิ่นเดียวกัน เกณฑ์เหล่านี้เป็นแต่เพียงเครื่องช่วยบ่งชี้ความเป็นไปได้ของการมีวัฒนธรรมหรือแบบแผนในการดำเนินวิถีชีวิตร่วมกันหรือแบบเดียวกันเท่านั้น เพราะแท้ที่จริงแล้ว บุคคลที่รวมกันเป็นชุมชนต้องมีความเชื่อและผูกพันในวิถีชีวิตหรือแบบแผนทางวัฒนธรรมที่ตนถือปฏิบัติจนเป็นความเคยชินยิ่งกว่ากล่าวได้ว่า เราไม่อาจอาศัยเกณฑ์ทางข้อเท็จจริง หรือเกณฑ์ภาวะวิสัยเป็นเครื่องแบ่งแยกวัฒนธรรมออกจากกันได้ ดังนั้นเราจึงควรหันมาใช้เกณฑ์ทางทางอัตวิสัยหรือตามความรู้สึกนึกคิดหรือความเชื่อที่มีร่วมกันของบุคคลที่รวมกันชุมชนหนึ่งๆ เป็นสำคัญ

เมื่อเรากล่าวถึงความสัมพันธ์ทางประวัติศาสตร์ร่วมกัน หรือความมีเชื้อสายเดียวกัน ความมีวัฒนธรรมเดียวกัน หรือความเชื่อว่าเป็นกลุ่มก้อนเดียวกัน เรากำลังเข้าใจว่าเกณฑ์เหล่านี้มิได้หมายถึงเกณฑ์ที่อาจพิสูจน์ได้ในแง่ข้อเท็จจริง แต่หมายถึงความเชื่อของชุมชนนั้นๆ ที่เชื่อว่าเป็นสิ่งที่ชุมชนมีมาร่วมกัน แม้จะเป็นความเชื่อผิดๆ หรือความเชื่อลอยๆ โดยแท้ก็ตาม อันที่จริงแล้ว ความเชื่อเหล่านี้ล้วนแล้วแต่ดำรงอยู่ได้โดยไม่ต้องการการพิสูจน์ เพราะแม้ในทางวิชาการจะมีข้อพิสูจน์

ว่า ชุมชนหนึ่งๆ มิได้มีความเป็นมาทางประวัติศาสตร์ หรือสืบเชื้อสายเดียวกัน หรือมีวัฒนธรรมร่วมกันจริง หากชุมชนนั้นๆ สามารถดำรงความเชื่อว่าชุมชนของตนมีความเป็นมา หรือสืบเชื้อสาย หรือมีวัฒนธรรมร่วมกันได้แล้ว ความเป็นชุมชนนั้นย่อมดำรงอยู่ได้ต่อไป

ดังนั้นเกณฑ์สำคัญในการเหี่ยวร้างชุมชนใดชุมชนหนึ่งไว้ด้วยกัน แท้จริงแล้วก็คือความสำนึกในความเป็นกลุ่มเป็นก้อนหรือความเป็นปึกแผ่นเดียวกันอันมีอยู่ร่วมกันในชุมชนในทางข้อเท็จจริงนั่นเอง ซึ่งก็ต้องอาศัยแบบแผนในการดำเนินชีวิต หรือวัฒนธรรมเป็นเครื่องยึดโยงความเป็นปึกแผ่นนี้ไว้ด้วยกัน และการเกิดขึ้นและดำรงอยู่ของชุมชนจึงเป็นกระบวนการทางสังคมซึ่งเป็นกระบวนการสร้างจิตสำนึกร่วมกันในความเป็นกลุ่มก้อนเดียวกันมีวิถีชีวิตและแบบแผนทางวัฒนธรรมร่วมกันยิ่งกว่า การมีความเป็นมา สืบเชื้อสาย หรือมีวัฒนธรรมตกทอดร่วมกันมาตามความเป็นจริง

๓. ข้อพิพาทเกี่ยวกับสิทธิในการอนุรักษ์และฟื้นฟูจารีตประเพณี ภูมิปัญญาท้องถิ่น และวัฒนธรรมอันดีของท้องถิ่นและของชาติ

ข้อพิพาทเกี่ยวกับสิทธิในการอนุรักษ์และฟื้นฟูจารีตประเพณีและวัฒนธรรมอันดีของท้องถิ่นอาจเกิดขึ้นได้จากการขัดกันทางจารีตประเพณี และวัฒนธรรมอย่างน้อยสองรูปแบบ โดยเฉพาะการขัดกันระหว่างจารีตประเพณี และวัฒนธรรมที่มีลักษณะครอบงำหรือวัฒนธรรมของคนหมู่มาก กับจารีตประเพณีและวัฒนธรรมเฉพาะหมู่คณะ หรือเฉพาะถิ่น หรือจารีตประเพณี และวัฒนธรรมของคนส่วนน้อย ซึ่งอาจมีได้มากมายหลากหลายรูปแบบ หรืออาจเป็นข้อพิพาทที่เกิดจากการขัดกันระหว่างจารีตประเพณี วัฒนธรรมอันดี หรือ ภูมิปัญญาท้องถิ่นกับกฎหมาย หรือคำสั่งที่ออกตามกฎหมายซึ่งมีผลเป็นการจำกัด แทรกแซง หรือส่งผลกระทบต่อ

การอนุรักษ์พื้นที่จารีตประเพณี ภูมิปัญญาท้องถิ่น และวัฒนธรรมอันดีของท้องถิ่น หรือของชาติทำให้คนส่วนน้อยที่รวมกันเป็นชุมชนขาดความมีอิสระในการอนุรักษ์ และพื้นที่จารีตประเพณีและวัฒนธรรมอันดี และภูมิปัญญาของท้องถิ่น ซึ่งอาจเกิดขึ้นได้ในหลายรูปแบบเช่นกัน

เพื่อความสะดวกในการพิจารณาปัญหาเรื่องนี้ เราอาจแยกสิทธิในการอนุรักษ์และพื้นที่จารีตประเพณีและวัฒนธรรมอันดี ออกเป็นสองแบบ คือสิทธิที่เกี่ยวข้องกับจารีตประเพณีและวัฒนธรรมอันดีของท้องถิ่นโดยแท้ กับสิทธิเกี่ยวกับจารีตประเพณีและวัฒนธรรมโดยปริยาย

๓.๑ สิทธิในการอนุรักษ์หรือพื้นที่จารีตประเพณี ภูมิปัญญา และวัฒนธรรมอันดีของท้องถิ่นและของชาติโดยแท้

สิทธิเกี่ยวกับการอนุรักษ์พื้นที่จารีตประเพณี ภูมิปัญญาท้องถิ่น และวัฒนธรรมอันดีโดยแท้ นั้น โดยทั่วไปหมายถึงสิทธิที่จะยื่นยันการธำรงรักษาจารีตประเพณี ภูมิปัญญาท้องถิ่น และวัฒนธรรมอันดีของท้องถิ่นในการทำกรอย่างใดอย่างหนึ่งด้วยการฟื้นฟูขึ้นใหม่ ปกป้องรักษา หรือจัดการรบกวน แทรกแซง หรือสอดเข้าเกี่ยวข้องโดยมิชอบหรือโดยปราศจากเหตุผลสมควร

สิทธิในลักษณะเช่นนี้อาจตกเป็นประเด็นแห่งข้อพิพาทได้หลายลักษณะ ตัวอย่างเช่น การที่ชุมชนที่นับถือศาสนาอิสลาม อ้างการรักษาจารีตประเพณีหรือภูมิปัญญาท้องถิ่น หรือวัฒนธรรมอันดีของชุมชนหรือคำสอนทางศาสนาในการฆ่าสัตว์ด้วยวิธีเชือดคอ ในขณะที่อาจมีกฎหมายห้ามมิให้ฆ่าสัตว์เลื้อยคลานด้วยนมโดยมิได้ทำให้สัตว์หมดสติเสียก่อน (เช่นกฎหมายควบคุมการฆ่าสัตว์ของประเทศเยอรมัน) ชาวเขาบางเผ่าอาจอ้างจารีตประเพณี หรือภูมิปัญญาท้องถิ่นในการทำไร่ด้วยวิธีเผาป่า หรือทำพิธีบวงสรวงในป่าตามประเพณี ในขณะที่ทางราชการห้ามมิให้เข้าไป หรือจุดไฟหรือทำกิจกรรมในเขตป่าสงวนหรือเขตอุทยานแห่งชาติเพราะ

จะเป็นอันตรายแก่ป่าหรือขัดต่อมาตรฐานในการอนุรักษ์ป่าไม้ บิดามารดาเด็กอ้าง ประเพณีการตั้งชื่อเด็กผู้เป็นบุตรคนหัวปีให้พ้องกับชื่อวีรบุรุษของชาติเดิมของบิดา หรือมารดา แต่พนักงานจดทะเบียนไม่ยอมจดทะเบียนลงในทะเบียนราษฎรให้เพราะ เห็นว่าขัดต่อข้อห้ามตามกฎหมายว่าด้วยชื่อบุคคล ชุมชนขออนุญาตจัดตั้งโรงเรียน สอนภาษา จาริตประเพณี ภูมิปัญญา และวัฒนธรรมท้องถิ่นแก่เยาวชนในชุมชน โดยมีหลักสูตรแตกต่างจากข้อกำหนดของกระทรวงศึกษาธิการ หรือการเรียกร้องให้เด็ก นักเรียนชายที่เป็นชนเผ่าพื้นเมือง หรือเป็นผู้นับถือนิกายศาสนาบางนิกาย เช่น นิกาย ชิกส์ ได้รับการยกเว้นจากกฎการแต่งกายที่บังคับให้ตัดผมสั้น และให้ไว้ผมยาว หรือ โปกผ้ามาเรียนได้ตามจาริตประเพณี การเรียกร้องให้นักเรียนหญิงที่นับถือศาสนา อิสลาม ไม่ต้องเรียนวิชาเพศศึกษา หรือพลศึกษา ตามหลักสูตรของโรงเรียนของ ทางราชการ หรือเรียกร้องให้สถานตำรวจหรือเรือนจำจัดอาหารแก่ผู้ต้องหาหรือนักโทษหรือผู้ต้องขังที่นับถือศาสนาอิสลามโดยไม่ขัดต่อหลักศาสนาของผู้ต้องหา นักโทษ หรือผู้อาศัยหรือผู้เช่าที่ดินหรืออาคารที่อยู่รวมกันเป็นชุมชนท้องถิ่นต้องการ ใช้ที่ดินหรืออาคารในการทำพิธี หรือกิจกรรมบางอย่างเพื่อรักษาจาริตประเพณี หรือ วัฒนธรรมของตน แต่เจ้าของที่ดิน ผู้ให้เช่า หรือผู้มีสิทธิสัมปทานไม่อนุญาตโดย อ้างสิทธิเด็ดขาดในทรัพย์สินที่ให้เช่า ในกรณีเหล่านี้จะเห็นได้ว่า ประเด็นสำคัญของ ข้อพิพาทเป็นการยืนยันมาตรฐานบางอย่างเพื่อบรรลุผลในทางธำรงรักษาจาริต ประเพณี ภูมิปัญญา หรือวัฒนธรรมอันดีของท้องถิ่นโดยตรง

๓.๒ สิทธิในการอนุรักษหรือฟื้นฟูจาริตประเพณี ภูมิปัญญาท้องถิ่น หรือ วัฒนธรรมอันดีของท้องถิ่นและของชาติโดยปริยาย

ในบางกรณีประเด็นแห่งข้อพิพาทมิใช่เรื่องการอนุรักษหรือฟื้นฟูจาริต ประเพณี ภูมิปัญญาท้องถิ่น หรือวัฒนธรรมอันดีของท้องถิ่นโดยตรง แต่เป็นประเด็น ที่อาศัยมาตรการพิเศษหรือการได้รับการปฏิบัติเป็นพิเศษด้านจาริตประเพณี ภูมิปัญญาท้องถิ่น และวัฒนธรรมอันดีของท้องถิ่นเป็นปัจจัยในการที่จะบรรลุถึงการ ค้ำครองสิทธิขั้นพื้นฐานอย่างอื่น อาทิเช่นการรักษามาตรฐานในการให้บริการ

สาธารณสุข หรือการให้การรักษายาบาลแก่บุคคลที่ยึดถือจารีตประเพณี ภูมิปัญญา และวัฒนธรรมท้องถิ่นแตกต่างจากคนส่วนใหญ่อาจต้องการมาตรการพิเศษ บางประการ หรือตัวอย่างเช่น การขอตั้งสถานพยาบาลหรือร้านขายยาเพิ่มเติมเพื่อให้ บริการแก่ชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิม หรือการคุ้มครองสิทธิในการเข้าถึงกระบวนการ ยุติธรรมในศาล เป็นเหตุให้คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งซึ่งไม่มีความรู้ภาษาราชการเพียงพอ ร้องขอให้มีล่ามภาษาถิ่น หรือภาษาที่ตนมีความเข้าใจดีในการต่อสู้รักษาสิทธิตาม กฎหมายของตน หรือในการกำหนดโทษศาลย่อมมีหน้าที่ต้องคำนึงถึงความเชื่อและ ความผูกพันทางจารีตประเพณี หรือวัฒนธรรมของท้องถิ่นทำให้ยึดถือคุณค่า บางอย่างที่ถูกกฎหมายคุ้มครองในระดับต่างจากคนทั่วไป และอาจกำหนดโทษ ในระดับแตกต่างจากคนทั่วไป ดังนี้ เป็นต้น

๓.๓ แนวทางการคุ้มครองสิทธิในการอนุรักษ์หรือฟื้นฟูจารีตประเพณี ภูมิปัญญาท้องถิ่น หรือวัฒนธรรมอันดีของท้องถิ่น

ในการพิจารณาถึงการคุ้มครองและการวินิจฉัยข้อพิพาทเหล่านี้เป็นที่เห็น ได้ชัดว่า สิ่งที่รัฐธรรมนูญมุ่งคุ้มครองอันดับแรกก็คือ รัฐหรือหน่วยงานของรัฐไม่พึง ทำการใดๆ ต่อบุคคลที่รวมกันเป็นชนท้องถิ่นดั้งเดิม ในทางที่เป็นการ ละเลยหรือ มองข้ามหรือไม่ยอมรับความมีอยู่หรือไม่เคารพต่อการดำรงอยู่ของบุคคลในฐานะที่ เป็นสมาชิกของชุมชนนั้นหรือต่อการดำเนินชีวิตของบุคคลตามจารีตประเพณี ภูมิปัญญาท้องถิ่น และวัฒนธรรมอันดีของท้องถิ่น หรือใช้คุณค่าอย่างอื่นนอกเหนือ จากจารีตประเพณีหรือวัฒนธรรมของบุคคลนั้นมาประเมินบุคคลนั้นๆ เช่นการ แสดงออกหรือการถือว่าการแต่งกายตามจารีตประเพณีเป็นการแต่งกายไม่สุภาพ หรือป่าเถื่อน หรือการบังคับให้แต่งกายเหมือนผู้อื่น การบังคับให้ใช้ภาษาส่วนกลาง โดยแสดงอาการเหยียดหยามหรือไม่ยอมรับการใช้ภาษาของชุมชนท้องถิ่น เป็นต้น

ในอันดับต่อมา รัฐและหน่วยงานของรัฐต้องละเว้นจากการจำกัด ล่วงละเมิด หรือพยายามกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใด ให้การอนุรักษ์และฟื้นฟูจารีต

ประเพณี ภูมิปัญญาและวัฒนธรรมของบุคคลที่รวมกันเป็นชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิม เกิดข้อขัดข้อง ระวัง หรือสลายตัวสิ้นไปโดยปราศจากเหตุผลสมควร เช่น ไม่บังคับให้บุคคลเหล่านั้นต้องละทิ้งจารีตประเพณี ภูมิปัญญา หรือวัฒนธรรมของตน ไม่ห้ามการแต่งกายตามจารีตประเพณีในการติดต่อกับทางราชการ เช่นการห้ามสตรีชาวมุสลิมแต่งกายปิดหน้าตามจารีตประเพณีและหลักปฏิบัติทางศาสนา เว้นแต่จะมีความมุ่งหมายเพื่อคุ้มครองสิทธิอย่างอื่นที่มีน้ำหนักหรือมีคุณค่าสำคัญยิ่งกว่า

นอกจากนี้รัฐและหน่วยงานของรัฐจะต้องไม่แสดงออกหรือกระทำการใดในลักษณะที่เป็นการดูถูกเหยียดหยามจารีตประเพณี ภูมิปัญญา หรือวัฒนธรรมของบุคคลที่รวมกันเป็นชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิมอีกด้วย

ลักษณะของการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานเกี่ยวกับการอนุรักษหรือฟื้นฟูจารีตประเพณี ภูมิปัญญาท้องถิ่น หรือวัฒนธรรมอันดีของท้องถิ่นและของชาตินี้ โดยที่รัฐธรรมนูญให้สิทธิและให้ความคุ้มครองโดยกำหนดข้อสงวนไว้ด้วยว่า “ทั้งนี้ตามที่กฎหมายบัญญัติ” ทำให้มีผู้เข้าใจว่า หากยังไม่มีบทกฎหมายรับรองสิทธิหรือคุ้มครองไว้โดยตรง บุคคลย่อมไม่อาจอ้างสิทธิขั้นพื้นฐานที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ อย่างมีข้อสงวนเช่นนั้นได้ การอธิบายเช่นนี้อาจทำให้เกิดความเข้าใจผิดได้ เพราะความมุ่งหมายที่แท้จริงของหลักการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานตามรัฐธรรมนูญ ก็คือการรับรองความมีอยู่ของสิทธิขั้นพื้นฐานนั้นๆ การที่รัฐธรรมนูญระบุว่า ทั้งนี้ ตามที่กฎหมายบัญญัติเป็นแต่เพียงตั้งข้อสงวนเพื่อประโยชน์ในการกำหนดรายละเอียดหรือกำหนดขอบเขตแห่งการคุ้มครองในรูปบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะในภายหลังเท่านั้น มิได้หมายความว่าหากไม่มีบทกฎหมายใดบัญญัติรับรองไว้ โดยเฉพาะจะมีผลให้สิทธิขั้นพื้นฐานที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้นั้นๆ ไม่มีอยู่เลย^๖ การตีความว่าสิทธิที่ยังไม่มีกฎหมายรับรองไว้โดยเฉพาะย่อมไม่มีอยู่เลยนี้เป็นการตีความที่ต้องห้าม เพราะเท่ากับเป็นการตีความให้รัฐธรรมนูญไร้ผล เป็นการตีความรัฐธรรมนูญซึ่งมุ่งหมายคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคลที่รวมกันเป็นชุมชน

ท้องถิ่นดั้งเดิมโดยแจ้งชัดให้ไว้ผลไป เป็นการตีความรัฐธรรมนูญที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญเอง และไม่ควรได้รับการยอมรับ ในทางตรงกันข้าม การตีความเพื่อให้รัฐธรรมนูญมีผลบังคับ ย่อมจะเป็นการตีความในทางที่เป็นการรับรองสิทธิ โดยนำเอาหลักการเทียบเคียงบทกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่ง และหลักกฎหมายทั่วไป มาปรับใช้ และด้วยเหตุนี้เราจึงอาจแยกการคุ้มครองออกเป็นสองลักษณะคือ

ก) สิทธิขัดขวางหรือปลดเปลื้องการสอดเข้าเกี่ยวข้องกับมิชอบ
อันเป็นการขัดหรือปิดเป่าการละเมิดต่อสิทธิในการอนุรักษ์พื้นฟูจาริตประเพณี ภูมิปัญญาท้องถิ่น หรือวัฒนธรรมอันดีของท้องถิ่น อย่างหนึ่ง กับ

ข) สิทธิเรียกร้องให้กระทำการ เพื่อให้มีการกำหนดหลักเกณฑ์หรือ มาตรการรองรับให้การอนุรักษ์พื้นฟูจาริตประเพณี ภูมิปัญญาท้องถิ่น หรือ วัฒนธรรมอันดีของท้องถิ่นให้มั่นคง เกิดความสะดวกหรือมีประสิทธิภาพยิ่งขึ้น อีกอย่างหนึ่ง

สิทธิขัดขวางหรือปลดเปลื้องการการรบกวนหรือการสอดเข้าเกี่ยวข้องกับ หรือการกระทำการอันกระทบต่อการอนุรักษ์หรือพื้นฟูจาริตประเพณี ภูมิปัญญาท้องถิ่นหรือวัฒนธรรมอันดีของท้องถิ่นและของชาติโดยมิชอบนี้ หมายถึงสิทธิ หวงห้ามและป้องกันมิให้รัฐหรือหน่วยงานของรัฐทำการอย่างหนึ่งอย่างใดอันมีผล เป็นการทำลาย ทำให้เสื่อมเสีย เกิดข้อขัดข้อง เข้ากำหนดหรือจำกัดการปฏิบัติหรือ การดำเนินวิถีชีวิตของบุคคลตามจาริตประเพณี ภูมิปัญญาท้องถิ่น หรือวัฒนธรรม อันดีของท้องถิ่นโดยปราศจากเหตุผลสมควร สิทธิเช่นนี้นับเป็นสาระสำคัญแห่ง สิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานในเรื่องนี้ตามนัยแห่งมาตรา ๒๕ ของรัฐธรรมนูญนั่นเอง แต่สิทธิหวงห้ามและป้องกันการแทรกแซงหรือรบกวนจากรัฐหรือหน่วยงานของรัฐ นี้จะต้องเป็นสิทธิในจาริตประเพณี ภูมิปัญญาท้องถิ่น หรือวัฒนธรรมอันดีของ ท้องถิ่นหรือของชาติที่ดำรงอยู่แล้วในขณะนั้น หรือหากไม่ดำรงอยู่ ก็ต้องปรากฏว่า เคยดำรงอยู่และยังไม่ถึงกับสลายตัวสิ้นไปแล้วโดยสิ้นเชิง ยังเป็นสิ่งที่มีความ

เกี่ยวข้องกับการดำเนินวิถีชีวิตแบบดั้งเดิมของชุมชนอยู่ เช่นยังมีการปฏิบัติเป็น
ครั้งคราวสืบเนื่องกันมา

สิทธิขัดขวางหรือปลดปล่อยการสอดเข้าเกี่ยวข้องหรือหวงห้ามกระทำ
การในลักษณะที่กระทบต่อสิทธิในการอนุรักษ์ฟื้นฟูจารีตประเพณี ภูมิปัญญาหรือ
วัฒนธรรมท้องถิ่นโดยมิชอบนี้เป็นสิทธิในเสรีภาพทั่วไปตามรัฐธรรมนูญ และ
ในส่วนที่เกี่ยวกับสิทธิเหนือทรัพย์สินก็จัดเป็นสิทธิที่จะใช้สอยและครอบครอง
ทรัพย์สินตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งครอบคลุมไปถึงสิทธิที่จะปลดปล่อย
การรบกวนการครอบครองทรัพย์สิน และสิทธิที่จะขอให้ศาลสั่งห้ามการรบกวนการ
ครอบครองนั้น ตามมาตรา ๑๓๓๖ และ ๑๓๓๔ วรรคแรก ป.พ.พ. ซึ่งย่อมจะนำมา
ปรับใช้โดยตรงในกรณีเกี่ยวกับสิทธิเหนือทรัพย์สินที่บุคคลที่รวมกันเป็นชุมชน
เป็นเจ้าของหรือครอบครองอยู่ และในส่วนที่เกี่ยวกับการอนุรักษ์ฟื้นฟูจารีตประเพณี
ภูมิปัญญาท้องถิ่น และวัฒนธรรมอันดีของท้องถิ่น ก็อาจนำมาปรับใช้ได้ในฐานะ
เป็นบทกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่งบทหนึ่งในกรณีที่ยังไม่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมาย
ใดที่อาจนำมาปรับใช้ได้โดยตรง

การใช้สิทธิชนิดนี้ย่อมทำได้ด้วยการอ้างว่าบุคคลที่รวมกันเป็นชุมชน
ท้องถิ่นดั้งเดิมเป็นผู้ซึ่งไม่ต้องตกอยู่ใต้บังคับของกฎหมาย หรือกฎ หรือคำสั่งที่มีขึ้น
หรืออ้างอิงเพื่อการปรับใช้ในลักษณะที่เป็นการจำกัดหรือลบเลือนสิทธิในการอนุรักษ์
ฟื้นฟูจารีตประเพณี ภูมิปัญญาหรือวัฒนธรรมอันดีของท้องถิ่นโดยปราศจากเหตุผล
สมควร และหากจะมีการปรับใช้กฎหมายหรือคำสั่งเรื่องนั้นๆ ในลักษณะที่เป็นการ
รบกวนขัดสิทธิในการดำเนินวิถีชีวิตตามจารีตประเพณีและวัฒนธรรมอันดีของ
ท้องถิ่น บุคคลที่รวมตัวกันเป็นชุมชนย่อมมีสิทธิอ้างสิทธิตามมาตรา ๔๖ ประกอบ
กับเทียบเคียงสิทธิขัดขวางหรือปลดปล่อยการสอดเข้าเกี่ยวข้องหรือรบกวนการ
ครอบครองโดยมิชอบตามนัยแห่งมาตรา ๑๓๓๖ หรือ ๑๓๓๔ ป.พ.พ. โดยเทียบเคียง
ขึ้นเพื่อคัดค้านหรือร้องขอให้ศาลสั่งห้ามมิให้นำกฎหมายหรือคำสั่งมาปรับใช้ในทาง

ที่เป็นการรบกวนขัดสิทธิในการอนุรักษ์ฟื้นฟูจารีตประเพณี ภูมิปัญญา หรือวัฒนธรรมอันดีของท้องถิ่นหรือของชาติโดยปราศจากเหตุผลสมควรได้

ส่วนสิทธิเรียกร้องให้รัฐกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใด เพื่อให้มีการจัดทำสิ่งหนึ่งสิ่งใดขึ้นใหม่ หรือเพื่อกำหนดหลักเกณฑ์หรือมาตรการรองรับให้การอนุรักษ์ฟื้นฟูจารีตประเพณี ภูมิปัญญาท้องถิ่น หรือวัฒนธรรมอันดีของท้องถิ่นให้มั่นคง เกิดความสะดวกหรือมีประสิทธิภาพยิ่งขึ้น อาทิเช่นเรียกร้องให้รัฐจัดตั้งโรงเรียน หรือให้เงินอุดหนุนในโครงการทางวัฒนธรรม หรือจัดให้มีสวัสดิการสังคมบางประการเพื่อสนับสนุนการอนุรักษ์ฟื้นฟูจารีตประเพณี ภูมิปัญญาท้องถิ่น เป็นต้น เหล่านี้เป็นสิทธิเรียกร้องซึ่งไม่อาจกล่าวได้ว่าเป็นสาระสำคัญของสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคล และรัฐย่อมมีอิสระที่จะเลือกดำเนินการให้หรือไม่ดำเนินการตามแต่จะเห็นเหมาะสม เพราะเป็นกรณีที่รัฐมีดุลพินิจในการจัดสรรทรัพยากรตามความเหมาะสม เว้นแต่จะมีกฎหมายบัญญัติไว้โดยเฉพาะ กรณีดังกล่าวนี้แตกต่างจากสิทธิขัดขวางต่อสู้ หรือปลดปล่อยการสอดเข้าเกี่ยวข้องหรือรบกวนขัดสิทธิขั้นพื้นฐานที่มีอยู่แล้วโดยจารีตประเพณี เป็นกรณีที่รัฐธรรมนูญจะคุ้มครองตามที่กฎหมายบัญญัติ ดังนั้นหากยังไม่มีกฎหมายบัญญัติ ก็ย่อมไม่ได้รับการคุ้มครองดังจะเห็นได้จากกรณีตาม พ.ร.บ. คุ้มครองพันธุ์พืช พ.ศ. ๒๕๔๒ ซึ่งกำหนดให้บุคคลซึ่งรวมกันเป็นชุมชนที่มีวัฒนธรรมในการอนุรักษ์และพัฒนาพันธุ์พืชอาจขอขึ้นทะเบียนเป็นชุมชนตามกฎหมายนั้น และให้ชุมชนที่ได้จดทะเบียนแล้วนั้นมีสิทธิแต่ผู้เดียวในการปรับปรุงพันธุ์พืช ศึกษา ค้นคว้า ทดลอง วิจัย ผลิต ขาย ส่งออกนอกราชอาณาจักร หรือจำหน่ายด้วยประการใดๆ ซึ่งส่วนขยายพันธุ์พืชพื้นเมืองเฉพาะถิ่นนั้น^๗ เป็นต้น

๓.๔ ข้อพิพาททางรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับสิทธิในการอนุรักษ์ฟื้นฟูจารีต ประเพณี ภูมิปัญญาท้องถิ่น และวัฒนธรรมอันดีของท้องถิ่น

นับตั้งแต่ประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. ๒๕๕๐ เคยมีคดีพิพาทที่มีผู้อ้างสิทธิในการอนุรักษ์ฟื้นฟูจารีตประเพณี ภูมิปัญญาท้องถิ่น และวัฒนธรรมอันดีของท้องถิ่นเป็นประเด็น ได้แย้งในศาลขึ้นสู่การพิจารณาของศาล รัฐธรรมนูญอย่างน้อย ๓ กรณีด้วยกัน โดยทั้งสามกรณีมีประเด็นส่วนที่เป็นข้อโต้แย้งเกี่ยวกับ พ.ร.บ. สุรา พ.ศ. ๒๕๕๓ ว่าบทบัญญัติในกฎหมายดังกล่าวขัดหรือแย้งกับ สิทธิของบุคคลในการอนุรักษ์ฟื้นฟูจารีตประเพณี ภูมิปัญญาท้องถิ่น และวัฒนธรรม อันดีของท้องถิ่นหรือไม่ ซึ่งนับเป็นกรณีศึกษาที่น่าสนใจอย่างยิ่ง คือ

กรณีที่ ๑ เป็นกรณีที่พนักงานอัยการจังหวัดลำพูนฟ้องว่าผู้ร้องกระทำความ ผิดฝ่าฝืนมาตรา ๕ แห่ง พ.ร.บ. สุรา พ.ศ. ๒๕๕๓ ซึ่งกำหนด ห้ามมิให้ผู้ใดทำสุรา หรือมีภาชนะหรือเครื่องกลั่นสำหรับทำสุราไว้ในครอบครองเว้นแต่จะได้รับอนุญาต จากอธิบดี และการออกไปอนุญาตให้ทำสุราสำหรับใช้ในบ้านเรือนให้เป็นไปตามที่ กำหนดในกฎกระทรวง และผู้ร้องได้โต้แย้งว่ารัฐธรรมนูญมาตรา ๔๖ ให้สิทธิแก่ เกษตรกรซึ่งรวมตัวเป็นชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิมมีสิทธิในการอนุรักษ์หรือฟื้นฟูจารีต ประเพณี ภูมิปัญญาท้องถิ่น ซึ่งการทำสุราที่บ้านของผู้ร้อง อันได้แก่สุราจาก มันสำปะหลัง และไวน์ผลไม้ เป็นการทำจากผลิตภัณฑ์การเกษตรอันเป็นการใช้ ภูมิปัญญาท้องถิ่น กรณีนี้ศาลรัฐธรรมนูญโดยตุลาการเสียงข้างมาก (๕ ต่อ ๑) เห็นว่า สิทธิตามมาตรา ๔๖ จะต้องเป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติ เมื่อยังไม่มีบทบัญญัติของ กฎหมายเรื่องสิทธิของบุคคลซึ่งรวมกันเป็นชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิมบัญญัติไว้ การที่ พ.ร.บ. สุรา พ.ศ. ๒๕๕๓ บัญญัติให้การทำสุราหรือมีภาชนะหรือเครื่องกลั่นสำหรับ สุราไว้ในครอบครองจะต้องได้รับอนุญาตจากอธิบดีกรมสรรพสามิตนั้นเป็นเรื่องที่ กฎหมายกำหนดให้บุคคลต้องปฏิบัติตามกฎหมายให้เป็นไปตามเงื่อนไข ดังนั้น พ.ร.บ. สุรา พ.ศ. ๒๕๕๓ มาตรา ๕ จึงไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญมาตรา ๔๖

กรณีที่ ๒ เป็นกรณีที่มีผู้ฟ้องศาลปกครองว่า พ.ร.บ. สุรา พ.ศ. ๒๔๕๓ กำหนดบทนิยามไว้ในมาตรา ๔ ว่า เชื้อสุรา หมายถึง แป้งเชื้อสุรา แป้งข้าวหมก หรือเชื้อใดๆ ซึ่งเมื่อหมักกับวัตถุดิบหรือของเหลวอื่นแล้วสามารถทำให้เกิดแอลกอฮอล์ที่ใช้ทำสุราได้ และใน มาตรา ๒๔ ได้กำหนดห้ามมิให้ทำหรือขายเชื้อสุรา เว้นแต่จะได้รับอนุญาตจากเจ้าพนักงานสรรพสามิต ซึ่งเท่ากับเป็นการห้ามขายแป้งข้าวหมกด้วย และการห้ามเช่นนั้นย่อมขัดต่อสิทธิเสรีภาพของบุคคลในการอนุรักษ์ฟื้นฟูภูมิปัญญาท้องถิ่นตามมาตรา ๔๖ และเป็นการจำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพตามมาตรา ๕๐ ของรัฐธรรมนูญ ในคดีนี้ปรากฏว่าตุลาการศาลรัฐธรรมนูญฝ่ายเสียงข้างมาก (๘ ต่อ ๖) เห็นว่าการห้ามทำหรือจำหน่ายเชื้อสุราซึ่งรวมถึงแป้งข้าวหมกด้วยนั้น ในส่วนที่เกี่ยวกับการห้ามแป้งข้าวหมกซึ่งสาธารณชนโดยเฉพาะอย่างยิ่งบุคคลในชุมชนใช้ประโยชน์ทั้งที่เป็นอาหาร และยารักษาโรคนั้นเป็นการจำกัดเสรีภาพของบุคคลในการประกอบอาชีพและแข่งขันโดยเสรีอย่างเป็นธรรมเกินความจำเป็นและกระทบกระเทือนสาระสำคัญแห่งเสรีภาพของบุคคล และไม่เข้าข้อยกเว้นในการจำกัดเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญมาตรา ๕๐ วรรคสอง เฉพาะในความหมายว่า “เชื้อสุรา” ที่รวมถึง “แป้งข้าวหมก” จึงขัดต่อรัฐธรรมนูญ และใช้บังคับไม่ได้ ส่วนกรณีที่ผู้ร้องอ้างว่ามาตรา ๒๔ ซึ่งห้ามทำหรือจำหน่ายเชื้อสุราซึ่งรวมถึงแป้งข้าวหมกด้วยจึงเป็นบทบัญญัติที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญมาตรา ๔๖ หรือไม่นั้น ตุลาการฝ่ายเสียงข้างมากเห็นว่ายังไม่มีความหมายบัญญัติถึงสิทธิของบุคคลซึ่งรวมกันเป็นชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิมเกี่ยวกับแป้งข้าวหมกไว้ ผู้ร้องจึงไม่อาจโต้แย้งว่า พ.ร.บ. สุรา พ.ศ. ๒๔๕๓ ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญมาตรา ๔๖ ได้แต่ในเมื่อ มาตรา ๒๔ ส่วนที่ห้ามจำหน่ายเชื้อสุราเฉพาะในความหมายที่รวมถึงแป้งข้าวหมกนั้นขัดต่อรัฐธรรมนูญมาตรา ๕๐ ดังนั้นจึงไม่มีผลบังคับเฉพาะส่วนที่รวมถึงแป้งข้าวหมก^๕

กรณีที่ ๓ เป็นกรณีที่อัยการจังหวัดอุบลราชธานี ฟ้องผู้ร้องเป็นจำเลยในความผิดฐานละเมิด พ.ร.บ. สุรา พ.ศ. ๒๔๕๓ และผู้ร้องโต้แย้งว่า มาตรา ๔ และ มาตรา ๒๕ แห่ง พ.ร.บ. ดังกล่าวซึ่งห้ามมิเชื้อสุราและสุราไว้ในครอบครองโดยมิได้

รับอนุญาตจากพนักงานสรรพสามิตตามกฎหมาย จัดหรือแย่งต่อรัฐธรรมนูญมาตรา ๔๖ และต่อมาตรารอื่นๆ ของรัฐธรรมนูญ ซึ่งเฉพาะในส่วนที่เกี่ยวกับมาตรา ๔๖ นั้น ตฤการศาลรัฐธรรมนูญได้มีมติเป็นเอกฉันท์ว่า มาตรา ๔ และมาตรา ๒๕ แห่ง พ.ร.บ. สุรา พ.ศ. ๒๔๕๓ ไม่ขัดต่อมาตรา ๔๖ แห่งรัฐธรรมนูญ เพราะสิทธิในการอนุรักษ์หรือฟื้นฟูจารีตประเพณี ภูมิปัญญาท้องถิ่น และวัฒนธรรมอันดีของชุมชน ต้องเป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติ ซึ่งขณะนี้ไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายเรื่องสิทธิของบุคคลซึ่งรวมกันเป็นชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิมบัญญัติไว้ จึงไม่อาจอ้างได้ว่า พ.ร.บ. สุรา พ.ศ. ๒๔๕๓ มาตรา ๔ และมาตรา ๒๕ ขัดหรือแย้งมาตรา ๔๖ แห่งรัฐธรรมนูญ^{๑๑}

ด้วยความเคารพต่อศาลรัฐธรรมนูญ ผู้เขียนใคร่ตั้งข้อสังเกตเกี่ยวกับคำวินิจฉัยข้างต้นไว้ดังต่อไปนี้

(๑) ปัญหาว่า พ.ร.บ. สุรา พ.ศ. ๒๔๕๓ จัดหรือแย่งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ โดยเฉพาะในประเด็นที่ว่า การมีเชื้อสุราและสุราไว้ครอบครองต้องได้รับอนุญาตจากพนักงานสรรพสามิตจะขัดต่อสิทธิในการอนุรักษ์หรือฟื้นฟูจารีตประเพณี ภูมิปัญญาท้องถิ่น หรือวัฒนธรรมอันดีของท้องถิ่นหรือไม่ นั้น น่าเสียดายว่าในการวินิจฉัยปัญหานี้ ศาลรัฐธรรมนูญเดินตามแนวคำพิพากษาที่มีมาตั้งแต่ พ.ศ. ๒๕๔๖ ที่ว่า สิทธิในการอนุรักษ์หรือฟื้นฟูจารีตประเพณี ภูมิปัญญาท้องถิ่น และวัฒนธรรมอันดีของชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิมนั้น รัฐธรรมนูญกำหนดเป็นเงื่อนไขว่าต้องเป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติ ดังนั้นในเมื่อยังไม่มืบทบัญญัติแห่งกฎหมายวางหลักเกณฑ์เกี่ยวกับสิทธิของบุคคลซึ่งรวมกันเป็นชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิมไว้ ศาลรัฐธรรมนูญจึงถือว่าบุคคลเหล่านั้นย่อมไม่อาจอ้างได้ว่า บทบัญญัติใน พ.ร.บ. สุรา พ.ศ. ๒๔๕๓ มาตรา ๔ มาตรา ๕ มาตรา ๒๕ และมาตรารอื่นๆ ขัดหรือแย้งมาตรา ๔๖ แห่งรัฐธรรมนูญ จากเหตุผลในคำวินิจฉัยนี้ เราอาจสรุปได้ว่าคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญอาศัยฐานความคิดที่ว่า สิทธิชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิมที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้โดยแจ้งชัดนั้นต้องเป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติ ดังนั้นหากยังไม่มืกฎหมาย

บัญญัติสิทธิเช่นนั้นก็ยังไม่ มี และในทำนองกลับกัน เมื่อยังไม่มีความหมายบัญญัติสิทธิไว้โดยเฉพาะ บุคคลผู้อ้างว่าถูกระทบสิทธิก็จะอ้างขึ้นว่า มีการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคลที่รวมกันเป็นชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิมมิได้ หรือเท่ากับศาลรัฐธรรมนูญยอมรับกลายๆ ว่า หากยังไม่มีความหมายบัญญัติเรื่องสิทธิของบุคคลที่รวมกันเป็นชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิมไว้ บทบัญญัติทั้งหลายที่กระทบถึงสิทธิของบุคคลทั่วไปย่อมไม่อาจถือได้ว่ากระทบต่อสิทธิของบุคคลที่รวมกันเป็นชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิม และสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานตามที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้โดยมีข้อสงวนว่าเป็นไปตามกฎหมายบัญญัตินั้นก็จะกลายเป็นสิทธิที่ว่างเปล่า ปราศจากเนื้อหาใดๆ

ด้วยความเคารพต่อคำวินิจฉัยดังกล่าว ผู้เขียนเห็นว่าการใช้เหตุผลของศาลรัฐธรรมนูญดังกล่าวทำให้ศาลรัฐธรรมนูญพลาดโอกาสสำคัญในการให้ความคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคลที่รวมกันเป็นชุมชนส่วนที่ดำรงอยู่ได้โดยไม่ต้องมีบทกฎหมายรับรองไว้ไปอย่างน่าเสียดาย

(๒) การที่ผู้เขียนเห็นว่าศาลรัฐธรรมนูญได้วินิจฉัยพลาดโอกาสคุ้มครองสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานไป ก็เพราะศาลรัฐธรรมนูญได้เล็งเห็นว่าสิทธิในการอนุรักษ์หรือฟื้นฟูจารีตประเพณี ภูมิปัญญาท้องถิ่น หรือวัฒนธรรมอันดีของท้องถิ่นอันเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคลที่รวมกันเป็นชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิมนั้นมีอย่างน้อยสองส่วน คือส่วนที่เป็นสิทธิปลดปล่อยการรบกวนแทรกแซงการรักษาจารีตประเพณี ภูมิปัญญาท้องถิ่นและวัฒนธรรมอันดีของท้องถิ่น หรือสิทธิที่จะห้ามหวงไม่ให้รัฐหรือหน่วยงานของรัฐกระทำการในลักษณะที่เป็นการรบกวนแทรกแซงส่วนหนึ่ง กับสิทธิอีกส่วนหนึ่งที่เป็นสิทธิเรียกร้องให้รัฐกระทำการเพื่อสนับสนุนการอนุรักษ์ฟื้นฟูจารีตประเพณี ภูมิปัญญาและวัฒนธรรมท้องถิ่น โดยเฉพาะอย่างยิ่งศาลรัฐธรรมนูญได้มองข้ามไปว่าสิทธิปลดปล่อยการรบกวนการอนุรักษ์ฟื้นฟูจารีตประเพณี ภูมิปัญญาท้องถิ่นและวัฒนธรรมอันดีของท้องถิ่นนี้ไม่จำเป็นต้องมีกฎหมายเฉพาะมารองรับ เพราะเป็นสิทธิหวงห้ามมิให้รัฐแทรกแซงจำกัดสิทธิ

เสรีภาพของเอกชนในการที่จะดำเนินวิถีชีวิตตามทางที่ตนเลือกทราบเท่าที่การดำเนินชีวิตเช่นนั้นมิได้เป็นการละเมิดสิทธิเสรีภาพของบุคคลอื่น หรือขัดต่อความมั่นคงของรัฐหรือประโยชน์สำคัญของส่วนรวม ซึ่งเป็นหลักสำคัญในเรื่องการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพทั่วไปของบุคคลอยู่แล้ว ในแง่สิทธิในการอนุรักษ์ฟื้นฟูจารีตประเพณี ภูมิปัญญาท้องถิ่นและวัฒนธรรมอันดีจึงเป็นสิทธิส่วนที่เสริมสิทธิเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูลุบริบรองไว้แล้ว โดยเฉพาะจงสำหรับบุคคลที่รวมกันเป็นชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิมอีกชั้นหนึ่ง แต่หากจะมีส่วนใดที่กฎหมายต้องบัญญัติกำหนดหลักเกณฑ์รายละเอียดเกี่ยวกับสิทธิเช่นว่านี้ ก็มีเพียงเฉพาะส่วนที่เกี่ยวกับการรับรองสิทธิในการเรียกให้หน่วยงานของรัฐกระทำการ หรือให้ความสนับสนุน ให้บริการ หรือให้สิทธิพิเศษอย่างหนึ่งอย่างใดแก่บุคคลที่รวมกันเป็นชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิม อาทิเช่นการจัดตั้งกองทุนส่งเสริมอุดหนุน การให้มีสิทธิทางการเมือง เช่นการมีผู้แทนในสภาท้องถิ่น หรือสภาระดับชาติเป็นกรณีพิเศษ การจัดตั้งสถาบันการศึกษาพิเศษ การจัดอัตราบุคคลที่รับเข้าศึกษาในสถาบันการศึกษา หรือเข้ารับราชการเป็นพิเศษ เท่านั้น

(๓) ควรเข้าใจว่าส่วนที่เป็นสาระสำคัญของสิทธิข้อนี้อยู่ที่การดำรงรักษาจารีตประเพณี ภูมิปัญญา และวัฒนธรรมอันดีของท้องถิ่นให้มีอยู่สืบไป สาระสำคัญแห่งสิทธิจึงขึ้นกับข้อเท็จจริงว่ามีจารีตประเพณี ภูมิปัญญาท้องถิ่น หรือวัฒนธรรมอันดีดำรงอยู่จริงหรือไม่ ความมีอยู่จริงของจารีตประเพณี ภูมิปัญญาหรือวัฒนธรรมอันดีในการดำเนินวิถีชีวิตของประชาชนจึงเป็นรากฐานของการอนุรักษ์ฟื้นฟูปกป้องและดำรงรักษาจารีตประเพณี ภูมิปัญญา และวัฒนธรรมนั้นๆ เอาไว้อย่างเป็นอิสระ โดยมีสาระอยู่ที่สิทธิหวงห้ามมิให้รัฐเข้าจำกัดแทรกแซงโดยปราศจากเหตุผลสมควร สิทธิชนิดนี้จึงมีอยู่ได้โดยไม่ต้องมีกฎหมายใดมารองรับแต่อย่างใด และเราย่อมเห็นได้จากการที่ชุมชนชาวจีนจะทำการไหว้เจ้า ชุมชนชาวมุสลิมจะแต่งกายตามประเพณี ชุมชนชาวมอญจะจัดพิธีสงกรานต์และจัดการละเล่นแบบมอญ ชุมชนริมฝั่งแม่น้ำจะจัดพิธีแข่งเรือช่วงออกพรรษา ชุมชนชาวปักษ์ใต้จะจัดให้มีการเล่นหนังตะลุง เหล่านี้ล้วนเป็นจารีตประเพณีที่ดำรงอยู่ในความเป็นจริง

โดยไม่ต้องมีกฎหมายใดมาวางหลักเกณฑ์คุ้มครองโดยเฉพาะ ปัญหาจะเกิดขึ้นก็ต่อเมื่อปรากฏว่ามีกฎหมายหรือคำสั่งใดมาติดรอน จำกัด หวงห้ามหรือยกเลิกการดำเนินชีวิตตามจารีตประเพณีที่เป็นอยู่ ในกรณีเช่นนี้บุคคลและชุมชนที่ปฏิบัติตามจารีตประเพณีและวัฒนธรรมท้องถิ่นย่อมจะอ้างสิทธิตามรัฐธรรมนูญขึ้นเพื่อหวงห้ามมิให้รัฐแทรกแซงหรือจำกัดการอนุรักษ์ฟื้นฟูจารีตประเพณี ภูมิปัญญาท้องถิ่น และวัฒนธรรมท้องถิ่นโดยปราศจากเหตุผลสมควรได้

(๔) อย่างไรก็ดี เป็นที่ยอมรับกันว่ารัฐอาจวางกฎเกณฑ์หรือวางระเบียบบางประการเกี่ยวกับการอนุรักษ์ฟื้นฟูจารีตประเพณีหรือวัฒนธรรมท้องถิ่นโดยตรงได้ เช่นวางข้อบังคับว่าด้วยการจุดดอกไม้ไฟ การจุดธูปเทียน การใช้น้ำสาดในวันสงกรานต์ การใช้เครื่องขยายเสียง การใช้ท้องถนน หรือทางน้ำสำหรับจัดงานประเพณี การแสดงมหรสพกลางแจ้งโดยกำหนดให้จำเป็นต้องขออนุญาตและอยู่ภายใต้บังคับของระเบียบแบบแผนบางประการ เพื่อประโยชน์ในการรักษาความเป็นระเบียบเรียบร้อย และการรักษาความสงบ แต่ข้อจำกัดเช่นนั้นจะมีได้ก็เพียงเท่าที่จะเป็นการสมควรแก่เหตุ และมีได้เป็นไปเพื่อจำกัด หรือติดรอน หรือหวงห้ามมิให้มีการปฏิบัติตามจารีตประเพณี นอกจากนี้รัฐอาจจะวางกฎระเบียบใดๆ เพื่อรักษาความเป็นระเบียบเรียบร้อย หรือเพื่อให้สะดวกในการสอดส่องดูแลความสงบเรียบร้อยโดยทั่วไป หรือเพื่อให้ได้มาซึ่งรายได้เข้ารัฐ และส่งผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของบุคคลในการดำเนินวิถีชีวิตตามจารีตประเพณี ภูมิปัญญาหรือวัฒนธรรมอันดีงานของท้องถิ่นได้ แต่กฎหมาย ระเบียบ หรือคำสั่งเช่นนั้นย่อมไม่จัดเป็นการขัดสิทธิหรือรบกวนสิทธิในการอนุรักษ์ฟื้นฟูจารีตประเพณี ภูมิปัญญา หรือวัฒนธรรมอันดีของท้องถิ่น ตราบเท่าที่กฎหมาย หรือระเบียบเหล่านั้นมิได้เป็นไปเพื่อจำกัด หรือหวงห้ามการดำเนินวิถีชีวิตตามจารีตประเพณี ภูมิปัญญา หรือวัฒนธรรมอันดีของท้องถิ่นนั้น และการปรับใช้กฎหมายเช่นนั้นยังต้องคำนึงถึงหลักการต่อไปด้วยว่า จะต้องปรับใช้ให้ต้องตรงแก่กรณีที่กฎหมายบัญญัติไว้หรือมุ่งหมายให้ใช้บังคับ และไม่จำกัดสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานจนเกินสมควรแก่เหตุ

อย่างไรก็ดี โดยที่ปัญหาการปรับใช้กฎหมายเป็นปัญหาที่อยู่ในเขตอำนาจของศาล
ธรรมดา ไม่ใช่ปัญหาข้อพิพาททางรัฐธรรมนูญจึงของคดีไว้ไม่กล่าวถึงในเวลานี้

(๕) กรณีตามปัญหาข้างต้นนั้น การที่รัฐตรากฎหมาย พ.ร.บ. สุรา พ.ศ.
๒๕๕๓ ก็เพื่อประโยชน์ในการจัดเก็บอากรสุรา และควบคุมการผลิตและจำหน่าย
สุรา โดยกำหนดให้การทำสุรา มีเครื่องมือในการทำสุรา ขายเชื้อสุรา หรือมีเชื้อสุรา
ไว้ในครอบครองต้องได้รับอนุญาตจากเจ้าพนักงานสรรพสามิต (มาตรา ๕ และ
มาตรา ๒๔, ๒๕ แห่ง พ.ร.บ. สุรา พ.ศ. ๒๕๕๓) จะเห็นได้ว่ากฎหมายมิได้หวงห้าม
หรือจำกัดการทำสุรา หรือขายเชื้อสุรา หรือมีเชื้อสุราไว้ในครอบครองอย่างเด็ดขาด
กฎหมายเพียงแต่กำหนดว่า จะต้องขออนุญาต และยังอาจอนุญาตให้ทำสุราสำหรับใช้
ในบ้านเรือน ตามที่กำหนดไว้ในกฎกระทรวงได้อีกด้วย ดังนั้นเราจึงไม่อาจกล่าวได้ว่า
บทบัญญัติข้างต้นใน พ.ร.บ. สุรา พ.ศ. ๒๕๕๓ เป็นบทบัญญัติที่ขัดต่อสิทธิเสรีภาพ
ขั้นพื้นฐานในมาตรา ๔๖ ของรัฐธรรมนูญโดยตรง เพราะกฎหมายมิได้จำกัดหรือ
ห้ามการปฏิบัติตามจารีตประเพณี หรือการใช้ภูมิปัญญาท้องถิ่น หรือการดำเนิน
วิถีชีวิตตามวัฒนธรรมอันดีของท้องถิ่นโดยตรง การที่กฎหมายเพียงแต่กำหนด
เงื่อนไขให้ต้องขออนุญาตและเปิดช่องให้พนักงานเจ้าหน้าที่สรรพสามิตใช้ดุลพินิจ
อนุญาตให้ทำสุราเพื่อใช้ในบ้านเรือนได้นี้ หากเงื่อนไขดังกล่าวมีลักษณะเอื้อเพื่อ
และมีได้เป็นข้อจำกัด หรือก่อบุสรรค หรือเป็นเหตุที่ทำให้บุคคลที่รวมกันเป็น
ชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิมไม่สามารถดำเนินชีวิตตามจารีตประเพณี ภูมิปัญญาท้องถิ่นหรือ
วัฒนธรรมอันดีของท้องถิ่นได้อย่างปกติแล้ว การมีเงื่อนไขเช่นนั้นย่อมไม่อาจ
นับเป็นกรณีที่ทำให้กฎหมายนั้นขัดต่อสิทธิเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ตาม
มาตรา ๔๖ ได้ (การกำหนดเงื่อนไขดังกล่าวเป็นการตรากฎหมายระดับกฎกระทรวง
อันเป็นปัญหาในเขตอำนาจของศาลปกครองหรือศาลยุติธรรม ไม่ใช่ปัญหาข้อพิพาท
ในศาลรัฐธรรมนูญที่มุ่งพิจารณาในที่นี้) ด้วยเหตุนี้ ผู้เขียนจึงเห็นว่า การให้เหตุผล
ว่า พ.ร.บ. สุรา พ.ศ. ๒๕๕๓ ไม่ขัดต่อรัฐธรรมนูญนั้น จะเป็นที่ยอมรับได้ก็เฉพาะ
ในกรณีที่ พ.ร.บ. สุรา พ.ศ. ๒๕๕๓ มิได้ห้ามขาด และเพียงแต่กำหนดเงื่อนไขในการ

ใช้สิทธิ และเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดก็มีได้มีผลเป็นการจำกัดหรือหวงห้ามการใช้สิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานตามมาตรา ๔๖ โดยนัยนี้ ด้วยความเคารพต่อคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ ผู้เขียนไม่อาจเห็นพ้องด้วยกับคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่อธิบายว่า เมื่อยังไม่มีบทกฎหมายเรื่องสิทธิของบุคคลซึ่งรวมกันเป็นชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิม บุคคลจึงไม่อาจอ้างได้ว่า พ.ร.บ. สุรา พ.ศ. ๒๔๕๓ มาตราต่างๆ ที่กระทบถึงเสรีภาพของบุคคลในการทำสุรา หรือมีเชื้อสุราไว้ในครอบครอง จัดหรือแย้งต่อมาตรา ๔๖ ของรัฐธรรมนูญ ผู้เขียนเห็นว่าศาลรัฐธรรมนูญน่าจะตระหนักได้ว่า แม้จะไม่มีบทกฎหมายเรื่องสิทธิของบุคคลซึ่งรวมกันเป็นชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิม โดยเฉพาะ ก็อาจมีกรณีกฎหมายมีผลเป็นการจำกัดตรอนสิทธิขั้นพื้นฐานที่กฎหมายรัฐธรรมนูญรับรองไว้ได้ และอันที่จริงศาลรัฐธรรมนูญก็ควรจะได้ตระหนักถึงความข้อนี้อยู่แล้ว ดังที่เห็นได้ในคำวินิจฉัยที่ ๒๕/๒๕๔๓ ในคดีนั้น ศาลได้วินิจฉัยว่า การที่ พ.ร.บ. สุรา พ.ศ. ๒๔๕๓ กำหนดห้ามทำหรือขายเชื้อสุราโดยหมายรวม แป้งข้าวหมกซึ่งบุคคลในชุมชนท้องถิ่นต่างๆ นำไปใช้ประโยชน์อย่างอื่นนอกจากทำสุรา เช่น ทำอาหาร ยารักษาโรค นั้นเป็นกรณีที่กฎหมายจำกัดเสรีภาพของบุคคลในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพและแข่งขัน โดยเสรีอย่างเป็นธรรมตามมาตรา ๕๐ ของรัฐธรรมนูญโดยปราศจากเหตุผลสมควร และไม่เป็นไปตามข้อยกเว้นในการจำกัดเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ อนึ่ง ผู้เขียนเห็นว่าการที่ศาลรัฐธรรมนูญกล่าวเช่นนั้น ก็น่าจะเป็นเพราะศาลเล็งเห็นได้ชัดอยู่แล้วว่าการที่กฎหมายกำหนดไว้เช่นนี้ย่อมเป็นอุปสรรคแก่การใช้สอยแป้งข้าวหมกในการดำเนินวิถีชีวิตตามปกติ ตามจารีตประเพณี ภูมิปัญญาและวัฒนธรรมอันดีของบุคคลที่รวมกันเป็นชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิมอันเป็นข้อเท็จจริงที่รู้กันอยู่พร้อมกันไป บทบัญญัติของกฎหมายเช่นนั้นจึงย่อมจะขัดต่อสิทธิเสรีภาพตามมาตรา ๔๖ ด้วยไปพร้อมกัน แต่ด้วยเหตุใดก็ตามศาลรัฐธรรมนูญกลับเล็งไปวินิจฉัยว่าบทกฎหมายดังกล่าวขัดต่อมาตรา ๕๐ เท่านั้น โดยศาลให้เหตุผลว่าเป็นเพราะในส่วนของสิทธิเสรีภาพตามมาตรา ๔๖ นั้น ผู้ร้องยังไม่อาจอ้างขึ้นได้ เนื่องจาก “ปัจจุบันยังไม่มีกฎหมายบัญญัติถึงเรื่องสิทธิของบุคคลซึ่งรวมกันเป็นชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิมเพื่อการ

อนุรักษหรือฟื้นฟูภูมิปัญญาท้องถิ่นเกี่ยวกับแป้งข้าวหมกไว้^{๑๑} ซึ่งเห็นได้ชัดว่าศาลได้ละเลยโอกาสให้ความคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคลที่รวมกันเป็นชุมชนไปอย่างน่าเสียดาย และปราศจากเหตุผลสนับสนุนที่หนักแน่นเพียงพอ

(๖) การที่ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าบทบัญญัติดังกล่าวไม่ขัดต่อมาตรา ๔๖ ของรัฐธรรมนูญเพราะการอนุรักษหรือฟื้นฟูจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น ภูมิปัญญา หรือวัฒนธรรมอันดีของท้องถิ่นต้องเป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติ และให้เหตุผลประกอบคำวินิจฉัยว่าเมื่อยังไม่มีกฎหมายบัญญัติในเรื่องนี้จึงไม่อาจอ้างได้ว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่เกี่ยวข้อง เช่น พ.ร.บ. สุรา พ.ศ. ๒๔๕๓ กระทบต่อสิทธิในการอนุรักษหรือฟื้นฟูจารีตประเพณี ภูมิปัญญา และวัฒนธรรมอันดีของท้องถิ่นตามมาตรา ๔๖ นั้น นับว่าเป็นคำอธิบายที่หมิ่นเหม่ต่อการก่อให้เกิดความเข้าใจคลาดเคลื่อนไปในหมู่สาธารณชนในประเด็นการตีความรัฐธรรมนูญมาตรา ๔๖ ได้ว่า หากไม่มีกฎหมายบัญญัติรับรองเรื่องการอนุรักษฟื้นฟูจารีตประเพณี ภูมิปัญญา หรือวัฒนธรรมท้องถิ่นไว้โดยเฉพาะแล้ว บุคคลที่รวมกันเป็นชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิมซึ่งเห็นว่าตนถูกละเมิดสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐาน ไม่ว่าจะถูกละเมิดจากบทกฎหมาย หรือจากการใช้อำนาจอย่างอื่นของรัฐ ก็ไม่อาจอ้างว่ากฎหมายหรือการใช้อำนาจของรัฐดังกล่าวขัดต่อสิทธิขั้นพื้นฐานที่ได้รับการคุ้มครองตามมาตรา ๔๖ ได้ ซึ่งเท่ากับเป็นการตีความให้มาตรา ๔๖ ของรัฐธรรมนูญไปในทางที่ทำให้ไม่มีผลบังคับ และเป็นเพียงบทบัญญัติที่ว่างเปล่าไป ทั้งๆ ที่สาระสำคัญของมาตรานี้ในส่วนที่เป็นสิทธิปลดเปลื้องการรบกวนขัดสิทธิขั้นพื้นฐานในการอนุรักษหรือฟื้นฟูจารีตประเพณี ภูมิปัญญา และวัฒนธรรมอันดีของท้องถิ่น หรือสิทธิที่จะหวงห้ามไม่ให้รัฐแทรกแซงจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานในเรื่องนี้ย่อมจะมีผลบังคับได้อย่างไม่มีข้อสงสัย และอันที่จริงหากจะมีส่วนหนึ่งส่วนใดที่จำเป็นต้องรอให้มีการตรากฎหมายกำหนดรายละเอียด และวิธีการบังคับตามสิทธิเพิ่มเติมเสียก่อน ก็เห็นจะมีเพียงเฉพาะส่วนที่เกี่ยวกับสิทธิเรียกร้องให้รัฐดำเนินการอย่างหนึ่งอย่างใดเพื่อรับรองหรือส่งเสริมสิทธิตามมาตรา ๔๖ ให้เกิดความสะดวก และมีประสิทธิภาพเพิ่มขึ้น

เป็นพิเศษนอกเหนือจากส่วนที่ไม่จำเป็นต้องมีกฎหมายบัญญัติเพื่อหวงห้าม ป้องกัน มิให้รัฐใช้อำนาจแทรกแซงหรือจำกัดตัดทอนโดยปราศจากเหตุผลเท่านั้น

(๓) อนึ่ง ในส่วนที่เกี่ยวกับการใช้อำนาจดุลพินิจของเจ้าพนักงานในการบังคับใช้และการตีความกฎหมายต่าง ๆ นั้น โดยผลของมาตรา ๒๖ และ ๒๗ ของรัฐธรรมนูญ องค์การของรัฐและเจ้าพนักงานของรัฐทั้งปวง ย่อมต้องผูกพันและต้องคำนึงถึงการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ และโดยอำนาจของมาตรา ๒๘ ของรัฐธรรมนูญ การตรากฎหมาย และการใช้กฎหมายจะใช้ในทางจำกัดสิทธิเสรีภาพของบุคคลได้เพียงเท่าที่จำเป็น และจะกระทบต่อสาระสำคัญแห่งสิทธิและเสรีภาพนั้นมิได้ ดังนั้นในกรณีที่กฎหมายกำหนดเงื่อนไขในการใช้สิทธิในลักษณะที่ย่อมให้มีการปฏิเสธการให้อนุญาตโดยปราศจากเหตุผล หรือมีการตรากฎหมายหรือกฎกระทรวงในลักษณะที่ตั้งเงื่อนไขในทางจำกัด กีดกันหรือหวงห้ามการทำสุราเป็นการทั่วไป โดยไม่มีการคำนึงถึงสิทธิในการอนุรักษ์หรือฟื้นฟูจาริตประเพณี หรือภูมิปัญญาท้องถิ่นที่ตกทอดมา ไม่ว่าจะบทบัญญัติที่กำหนดเงื่อนไขเหล่านั้นจะเป็นบทบัญญัติในเรื่องสิทธิของบุคคลที่รวมตัวกันเป็นชุมชนหรือไม่ก็ตาม หากเป็นกฎหมายที่มีผลในทางจำกัด หรือลดรอนสิทธิ หรือก่อให้เกิดอุปสรรคในการอนุรักษ์ฟื้นฟูจาริตประเพณี ภูมิปัญญาหรือวัฒนธรรมอันดีของท้องถิ่นเกินกว่าที่ควรคาดหมายได้แล้ว ก็ย่อมจะนับเป็นกรณีที่ถือได้ว่ากฎหมายหรือการใช้อำนาจขององค์กรของรัฐเช่นนั้นขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญมาตรา ๔๖ ได้ ซึ่งผู้ถูกระทบสิทธิพึงต้องอ้างเป็นข้อโต้แย้งขึ้นเพื่อนำขึ้นสู่การพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ ศาลปกครอง หรือศาลยุติธรรมแล้วแต่กรณีต่อไป

เชิงอรรถ

๑ ผู้สนใจการอภิปรายเกี่ยวกับแนวคิดดังกล่าว โปรดดูงานทางนิติปรัชญาของ Iris Young, Marion, Justice and the Politics of Difference, Princeton 1990, 97ff.

๒ Kroeber, Alfred L./Kluckhohn, Clyde, Culture, A Critical Review of Concepts and Definitions, Harvard University Peabody Museum of American Archeology and Ethnology Papers, Vol.47, No.1, 181: “Culture consists of patterns, explicit and implicit, of and for behavior acquired and transmitted by symbols, constituting the distinctive achievement of human groups, including their embodiments in artifacts; the essential core of culture consists of traditional (i.e. historically derived and selected) ideas and especially their attached values; culture systems may, on the one hand, be considered as products of action, on the other as conditioning elements of further action.” Stavenhagen, Rodolfo, Cultural Rights and Universal Human Rights, in Eide/Krause/Rosas (Ed.), Economic, Social and Cultural Rights, Dordrecht, Boston, London, 1995, 63ff, 66: “coherent self-contained system of values and symbols that a specific cultural group reproduces over time and which provides individuals with the required signposts and meanings for behavior and social relationships in every-day life.”

๓ โปรดดู Scherer-Leydecke, Christian, Minderheiten und sonstige ethnische Gruppen: Eine Studie zur kulturellen Identitaet im Voelkerrecht, Berlin 1997, 300ff.

๔ โปรดดู Kroeber, Alfred L./Kluckhohn, Clyde, Culture, A Critical Review of Concepts and Definitions, Harvard University Peabody Museum of American Archeology and Ethnology Papers, Vol.47, No.1

๕ Kroeber, Alfred L./Kluckhohn, Clyde, Culture, A Critical Review of Concepts and Definitions, Harvard University Peabody Museum of American Archeology and Ethnology Papers, Vol.47, No.1, 181 ให้นิยามความหมายของกลุ่มหรือชุมชนไว้ว่า “...patterns, constitution the distinctive achievement of human groups.”; Stavenhagen, Cultural Rights, 66: “... the sum total of the material and spiritual activities and products of a given social group which distinguishes it from other similar groups.”

๖ โปรดดู วรพจน์ วิศรุดพิชญ์, สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๔๐, พิมพ์ครั้งที่ ๒, กรุงเทพฯ ๒๕๔๓, หน้า ๒๘ และบรรณเจ็ด สิ่งคณะนิติ, สารานุกรมรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๔๐, เรื่องหลักความเสมอภาค, กรุงเทพฯ ๒๕๔๓, หน้า ๖๑

๗ โปรดดู พ.ร.บ. กลุ่มครองพันธุ์พืช พ.ศ. ๒๕๔๒ มาตรา ๔๔ และมาตรา ๔๗

๘ โปรดดูคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ ๖/ ๒๕๔๖ (วันที่ ๒๗ มีนาคม ๒๕๔๖)

๙ โปรดดูคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ ๒๕/๒๕๔๗ (วันที่ ๑๕ มกราคม ๒๕๔๗)

๑๐ โปรดดู คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ ๕๒-๕๓/๒๕๔๗ (วันที่ ๒๖ สิงหาคม ๒๕๔๗)

๑๑ โปรดดู คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ ๒๕/๒๕๔๗ (วันที่ ๑๕ มกราคม ๒๕๔๗) หน้า ๘

สิทธิมีส่วนร่วมในการบำรุงรักษาและได้ประโยชน์ จากทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม

๑. ลักษณะและความมุ่งหมายของการจัดการทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม

“ทรัพยากรธรรมชาติ” เป็นคำที่มีความหมายกว้าง และไม่มีการนิยามไว้ โดยกฎหมายใดโดยเฉพาะ การที่เป็นเช่นนี้ อาจสันนิษฐานได้ว่า เป็นเพราะกฎหมายมุ่งจะไม่จำกัดความให้มีความหมายตายตัวลงไปทางหนึ่งทางใด เพื่อเปิดช่องให้ผู้กฎหมายและผู้พิพากษาสามารถปรับใช้กฎหมายแก่กรณีต่างๆ ได้อย่างยืดหยุ่น “ทรัพยากรธรรมชาติ” นี้โดยทั่วไปหมายถึงสิ่งที่เกิดขึ้นหรือมีอยู่เองตามธรรมชาติ และมีคุณค่าหรือมีราคาสามารถเข้าถือเอาเพื่อประโยชน์ในการใช้แลกเปลี่ยนหรือใช้ในการดำรงชีพของมนุษย์ได้

แต่ตั้งแต่นั้น การจัดการทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมย่อมอยู่ภายใต้อำนาจของชุมชนโดยถือว่าเป็นทรัพย์สินส่วนรวมของชุมชน ต่อมาเมื่อระบบกรรมสิทธิ์รวมหมู่ หรือกรรมสิทธิ์ส่วนรวมของชุมชนค่อยๆ คลายความเข้มแข็งลง และกรรมสิทธิ์เอกชนมีความมั่นคงมากขึ้นพร้อมๆ กับการเกิดขึ้นของรัฐสมัยใหม่ ก็เกิดแนวโน้มที่รัฐจะเข้าถืออำนาจจัดการทรัพยากรและสิ่งแวดล้อม ทั้งในแง่ของการมุ่งจะได้ประโยชน์ทางเศรษฐกิจ และในแง่ของการคุ้มครองให้มีความสมดุลและยั่งยืน ทำให้สำนักในความมีอยู่ของสิทธิส่วนรวมของชุมชนค่อยๆ เลือนหายไป

ในระบบกฎหมายสมัยใหม่ทุกระบบ แม้จะไม่ถึงกับกำหนดให้รัฐเป็นเจ้าของทรัพยากรธรรมชาติ ก็มักจะกำหนดให้รัฐเป็นผู้มีอำนาจจัดการและควบคุมดูแลการใช้สอยทรัพยากรธรรมชาติที่สำคัญ ได้แก่ ที่ดิน ดิน น้ำ ป่าไม้ สินแร่ต่างๆ แต่เพียงผู้เดียว โดยกฎหมายจะวางหลักเกณฑ์ควบคุมการจัดการและการใช้สอยทรัพยากรธรรมชาติไว้เป็นเรื่องราวๆ ไป เช่นในเรื่องที่ดิน ก็มีกฎหมายที่ว่าด้วยที่ดิน ซึ่งในระบบกฎหมายไทยก็คือประมวลกฎหมายที่ดิน ซึ่งตราว่าหลักเกณฑ์เบื้องต้นไว้ว่า ที่ดิน หมายความว่า พื้นที่ดินทั่วไป และให้หมายความรวมถึง ภูเขา ห้วย หนอง คลอง บึง บาง ลำน้ำ ทะเลสาบ เกาะ และที่ชายทะเลด้วย และกำหนดให้ที่ดินซึ่งมิได้ตกเป็นกรรมสิทธิ์ของบุคคลหนึ่งบุคคลใดให้ถือว่าเป็นของรัฐ ทั้งนี้หากไม่มีกฎหมายกำหนดไว้โดยเฉพาะกฎหมายกำหนดให้อยู่ในอำนาจหน้าที่ของอธิบดีกรมที่ดิน^๑ ส่วนที่เกี่ยวกับป่าไม้นั้นก็มีกฎหมายป่าไม้ ซึ่งก็วางบทนิยามคำว่า “ป่าไม้” ไว้ให้หมายถึงที่ดินที่ยังไม่มีผู้ใดได้มาตามกฎหมายที่ดิน^๒ และกำหนดให้กรมป่าไม้มีอำนาจดูแลรักษาป่าไม้ และควบคุมการทำไม้ ในการนี้รัฐบาลอาจตรากฎกระทรวงกำหนดเขตที่ดินบางแห่งที่เห็นสมควรกำหนดเป็นเขตป่าสงวนแห่งชาติ แล้วให้รัฐมนตรีตั้งคณะกรรมการป่าสงวนแห่งชาติที่กำหนดขึ้นนั้นชุดหนึ่งเพื่อดูแลแนวเขตและสอบสวนเรื่องราวร้องเรียนของผู้เสียหายหรือเสื่อมเสียประโยชน์จากการประกาศเขตป่าสงวนแห่งชาตินั้น^๓ หรือในกรณีเห็นสมควรจัดตั้งอุทยานแห่งชาติรัฐบาลก็มีอำนาจตราพระราชกฤษฎีกากำหนดเขตอุทยานแห่งชาติ และคณะรัฐมนตรีแต่งตั้งคณะกรรมการอุทยานแห่งชาติขึ้นคณะหนึ่งทำหน้าที่ให้คำปรึกษาแก่รัฐมนตรีในกิจการเกี่ยวกับอุทยานแห่งชาติ^๔ ในกรณีของทรัพยากรธรณี ได้แก่ สินแร่ต่างๆ นั้น กฎหมายนิยามไว้อย่างกว้างว่า แร่ หมายความว่า ทรัพยากรธรณีที่เป็นอนินทรีย์วัตถุมีส่วนประกอบทางเคมีกับลักษณะทางฟิสิกส์แน่นอนหรือเปลี่ยนแปลงได้เล็กน้อยไม่ว่าจะต้องถลุงหรือหลอมก่อนใช้หรือไม่ และหมายความรวมถึงถ่านหิน หินน้ำมัน หินอ่อน โลหะและตะกั่วที่ได้จากโลหกรรม น้ำเกลือใต้ดิน หินซึ่งกฎกระทรวงกำหนดเป็นหินประดับหรือหินอุตสาหกรรม และดินหรือทรายซึ่งกฎกระทรวงกำหนดเป็นดินอุตสาหกรรมหรือทรายอุตสาหกรรม แต่ทั้งนี้ไม่รวมถึง

น้ำ เกลือสินเช่าว์ ลูกริง หิน ดินหรือทราย และห้ามมิให้ผู้ใดทำเหมือง—เพื่อให้ได้มา
ซึ่งแร่ - ในที่ใดไม่ว่าที่ทำเหมืองนั้นจะเป็นสิทธิของบุคคลใดหรือไม่ เว้นแต่จะได้รับ
ประทานบัตรชั่วคราวหรือประทานบัตรฯ ในส่วนที่เกี่ยวกับปิโตรเลียมก็มีกฎหมาย
เกี่ยวกับการปิโตรเลียมกำหนดว่า ปิโตรเลียมเป็นของรัฐ ผู้ใดสำรวจหรือผลิต
ปิโตรเลียมในที่ใดไม่ว่าที่นั้นเป็นของตนเองหรือของบุคคลอื่นต้องได้รับสัมปทาน^๖
ดังนี้ เป็นต้น

สำหรับ “สิ่งแวดล้อม” นั้นตามความหมายที่เข้าใจกันทั่วไปและในแง่ของ
กฎหมายเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อมนั้น หมายถึงบรรดาสิ่งทั้งปวงทั้งในทางกายภาพและ
ชีวภาพที่อยู่รอบตัวมนุษย์ไม่ว่าเป็นสิ่งที่เกิดโดยธรรมชาติ หรือเป็นสิ่งที่มนุษย์ได้
ทำขึ้นก็ตาม^๗ โดยนัยเช่นนี้ “สิ่งแวดล้อม” จึงมีความหมายกว้างกว่า “ทรัพยากร
ธรรมชาติ” ซึ่งมีความหมายกว้างอยู่แล้วเสียอีก และเมื่อก้าวถึงสิ่งแวดล้อมเราย่อม
หมายรวมไปถึงทรัพยากรธรรมชาติด้วย แต่เมื่อเราก้าวถึงทรัพยากรธรรมชาติ
เรามักมุ่งถึงสิ่งตามธรรมชาติที่มีคุณค่าหรือประโยชน์ต่อการใช้สอยของมนุษย์
ในขณะที่เมื่อก้าวถึงสิ่งแวดล้อม เรามักหมายถึงปัจจัย หรือสภาวะที่ดำรงอยู่รอบตัว
มนุษย์ ในความหมายที่เป็นสิ่งหรือสภาวะที่มีปฏิสัมพันธ์หรือส่งผลกระทบต่อชีวิต
ของมนุษย์และสังคมหรือทรัพย์สินยิ่งกว่าจะหมายถึงสิ่งซึ่งเราอาจเข้าถือเอาหรือ
ได้ประโยชน์ในแง่ที่เป็นทรัพยากร

ทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมอาจตกเป็นของเอกชนหรือเป็นของ
แผ่นดิน แต่บรรดาทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมซึ่งมิได้อยู่ในบังคับของสิทธิ
ของเอกชนโดยทั่วไป ย่อมจัดเป็นทรัพย์สินของแผ่นดินโดยผลของกฎหมาย^๘ ซึ่งอาจ
แบ่งออกเป็นทรัพย์สินของแผ่นดินธรรมดา กับทรัพย์สินของแผ่นดินประเภทที่
สงวนไว้เพื่อสาธารณประโยชน์ หรือเพื่อประโยชน์ร่วมกันของพลเมือง ซึ่งเรา
เรียกกันว่าเป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดิน ทั้งนี้เป็นไปตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย
ตามนัยแห่งมาตรา ๑๓๐๔ ของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

ทรัพยากรธรรมชาติที่มีได้เป็นของเอกชนนั้น นอกจากรัฐมักจะกำหนดให้ตกเป็นของแผ่นดิน โดยเดิมนั้นรวบอำนาจจัดการไว้กับหน่วยงานบริหารราชการส่วนกลาง กำหนดให้มีหน่วยงานของรัฐส่วนกลางรับผิดชอบดูแลและจัดการทรัพยากรธรรมชาติ เช่นที่ดินอยู่ในความดูแลของกรมที่ดิน ป่าไม้อยู่ในความดูแลของกรมป่าไม้ สัตว์อยู่ในความดูแลของกรมทรัพยากรธรณี^๕ สัตว์น้ำอยู่ในความดูแลของกรมประมง เป็นต้น และปัจจุบันให้หน่วยงานระดับท้องถิ่นเข้ามามีอำนาจจัดการดูแลด้วย ยังมีการตรากฎหมายห้ามมิให้บุคคลใดเข้าถือเอาหรือใช้ประโยชน์ตามอำเภอใจ เว้นแต่จะได้รับอนุญาตจากรัฐหรือพนักงานเจ้าหน้าที่เสียก่อน^๖ และในกรณีที่รัฐอนุญาตให้บุคคลใดเข้าถือเอาหรือใช้ประโยชน์ได้ กฎหมายก็มักจะกำหนดไว้ด้วยว่าจะต้องทำการพัฒนาหรือจัดให้มีทรัพยากรธรรมชาติทดแทนส่วนที่สูญเสียไป เช่นผู้ได้รับอนุญาตเข้าทำป่าไม้ก็ต้องปลูกไม้ทดแทน เป็นต้น หรือในกรณีที่ไม้อาจทดแทนได้ เพราะเป็นทรัพยากรธรรมชาติที่ใช้แล้วย่อมสิ้นเปลืองหมดไป ก็อาจกำหนดห้ามใช้ไปเลย หรือหากอนุญาตก็อาจกำหนดให้ทดแทนโดยวิธีอื่น เช่นการอนุญาตให้บุคคลทำเหมืองแร่ เมื่อทำเสร็จแล้วกฎหมายก็กำหนดให้ต้องปรับปรุงหรือทำที่ดินให้อยู่ในสภาพดีดังเดิม เป็นต้น

สิ่งแวดล้อม อันได้แก่ที่ดินซึ่งไม่มีเจ้าของ ถนนหนทาง ท้องทะเล น้ำ อากาศ และสิ่งสาธารณะอื่นๆ ซึ่งเป็นของแผ่นดินนั้นโดยสภาพย่อมมีลักษณะเป็นสิ่งที่บุคคลทั่วไปย่อมเข้าถึงและใช้ประโยชน์หรือกระทำการอย่างใดๆ ได้ทราบเท่าที่การเข้าถึงและใช้ประโยชน์ หรือการกระทำอื่นใดนั้นไม่ถูกจำกัดหรือหวงห้ามโดยกฎหมาย และแต่เดิมนาก็ถือกันว่าสิ่งแวดล้อมเป็นสิ่งที่มิเหลือเฟือ อาจเป็นวัตถุรองรับการใช้เสรีภาพของบุคคลได้โดยไม่มีข้อจำกัด ตัวอย่างเช่น อากาศในชั้นบรรยากาศของโลก แม่น้ำ ลำคลอง ถนนหนทาง ที่ดินรกร้าง ย่อมเป็นสิ่งแวดล้อมอย่างหนึ่งซึ่งอาจมีผู้ใช้สอยหรืออาจตกเป็นเครื่องรองรับมลภาวะ ของเสียหรือสิ่งแปลกปลอมต่างๆ ที่โรงงาน บ้านเรือน หรือเอกชนอื่นๆ ระบายหรือปล่อยออกมาได้เสมอ

แม้แต่เดิมจะไม่มีผู้ใดต้องกังวลว่า ทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมที่
ต้องรับภาระจากการใช้สอยและการต้องรองรับของเสียที่มนุษย์ปล่อยออกมาโดยเสรี
นั้นจะมีขอบเขตจำกัด แต่ครั้นเวลาล่วงเลยผ่านไป ก็เริ่มเป็นที่ตระหนักกันว่าการ
ขุดคร่าหาประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติได้ขยายตัวจนน่าหวาดวิตกว่าทรัพยากร
ธรรมชาติที่เคยเห็นว่ามีอย่างเหลือเฟือนั้น เห็นจะหมดสิ้นไปในไม่ช้า และการใช้
สิ่งแวดล้อมเป็นเครื่องรองรับของเสียที่ปล่อยหรือระบายออกมา ทั้งจากภาคครัวเรือน
และภาคอุตสาหกรรมที่ได้เพิ่มทวีขึ้นเรื่อยๆ ได้ทำให้สิ่งแวดล้อมตามธรรมชาติเริ่ม
เสื่อมเสียคุณภาพที่มีมาแต่เดิม กลายเป็นสิ่งที่หายาก มีน้อยร่อยหรอ และขาดความ
มั่นคงลงไปเรื่อยๆ จนถึงขั้นเสื่อมประโยชน์ที่พึงได้จากการใช้จนถึงขั้นเกิด
กลายสภาพไปเป็นอันตรายแก่ชีวิตและสุขภาพอนามัยของบุคคล หรืออาจเป็น
อันตรายต่อความมั่นคงทางคุณภาพหรือต่อความสมดุลยั่งยืนของสิ่งแวดล้อมและ
ทรัพยากรธรรมชาติอันเป็นฐานแห่งการดำรงชีพหรือวิถีชีวิตของประชาชนได้
ดังนั้นจึงเกิดความคิดที่เรียกร้องให้รัฐคุ้มครองชีวิตร่างกายและสุขภาพ และความ
มั่นคงในการดำรงชีพของมนุษย์ด้วยการจัดให้มีการคุ้มครองคุณภาพสิ่งแวดล้อมและ
ทรัพยากรธรรมชาติขึ้น โดยกำหนดข้อจำกัดขอบเขตการใช้ประโยชน์สิ่งแวดล้อม
และกำหนดสิทธิหน้าที่แก่บุคคลเอกชน และแก่ชุมชนหรือองค์กรปกครองท้องถิ่น
ในการบำรุงรักษา และฟื้นฟูสิ่งแวดล้อมให้มีสภาพสมบูรณ์และเกิดความสมดุล
ยั่งยืนขึ้น มีการริเริ่มตรากฎหมายจำกัดขอบเขตการใช้เสรีภาพในการใช้ประโยชน์
และทำการใดๆ ต่อสิ่งแวดล้อมอย่างกว้างขวางขึ้น

๒. โครงสร้างทางรัฐธรรมนูญและกฎหมายเกี่ยวกับการบำรุงรักษาและ ได้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม

โดยที่การคุ้มครองทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมซึ่งนับวันจะทวี
ความสำคัญยิ่งขึ้นนั้น แท้จริงแล้วก็ถือการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพในชีวิต ร่างกาย และ

ทรัพย์สินของบุคคล รวมตลอดถึงสิทธิเสรีภาพอย่างอื่นๆ ที่เกี่ยวกับทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมนั่นเอง เราจึงเห็นแนวโน้มการตรากฎหมายเกี่ยวกับการจัดการป่าไม้ ที่ดิน และกฎหมายคุ้มครองสภาพตามธรรมชาติและป้องกันการปนเปื้อนของสิ่งแวดล้อมซึ่งมีเพิ่มมากขึ้นเรื่อยๆ เช่น การคุ้มครองสภาพตามธรรมชาติของป่าไม้ ดิน น้ำและอากาศ โดยกฎหมายจะวางหลักเกณฑ์จำกัดเสรีภาพของเอกชนในการปล่อยของเสียหรือสิ่งแปลกปลอมลงในสิ่งแวดล้อมซึ่งนับวันก็จะทวีความสำคัญมากขึ้นเรื่อยๆ ดังจะเห็นได้จากพระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ พ.ศ. ๒๕๓๕ เป็นต้น

ส่วนในแง่รัฐธรรมนูญนั้น เราพบว่ากฎหมายรัฐธรรมนูญ พ.ศ. ๒๕๔๐ ได้วางโครงสร้างการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพเกี่ยวกับทรัพยากรธรรมชาติไว้หลายมาตรา ทั้งในแง่การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานที่เกี่ยวกับทรัพยากรและสิ่งแวดล้อม ในฐานะที่เป็นสิทธิในชีวิตร่างกาย ทรัพย์สิน และรากฐานแห่งการดำรงชีพของบุคคล และในแง่ที่รับรองให้ความจำเป็นในการบำรุงรักษาหรือได้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมมีฐานะเป็นข้อจำกัดสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานอย่างอื่น โดยเฉพาะสิทธิเสรีภาพในทรัพย์สิน และในการประกอบอาชีพ หรือการแข่งขันทางธุรกิจการค้าได้ด้วย^{๑๑}

ในแง่ของสิทธิเสรีภาพของบุคคลนั้น รัฐธรรมนูญได้วางหลักเกณฑ์ประกันสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานเกี่ยวกับทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมไว้ในหลายมาตรา ดังนี้

มาตรา ๔๖ บุคคลซึ่งรวมกันเป็นชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิมย่อมมีสิทธิอนุรักษหรือฟื้นฟูจารีตประเพณี ภูมิปัญญาท้องถิ่น ศิลปะหรือวัฒนธรรมอันดีของท้องถิ่นและของชาติ และมีส่วนร่วมในการจัดการ การบำรุงรักษา และการใช้ประโยชน์จาก

ทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมอย่างสมดุลและยั่งยืน ทั้งนี้ ตามที่กฎหมายบัญญัติ

มาตรา ๕๖ สิทธิของบุคคลที่จะมีส่วนร่วมกับรัฐและชุมชนในการบำรุงรักษา และการได้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติและความหลากหลายทางชีวภาพ และในการคุ้มครอง ส่งเสริม และรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อม เพื่อให้ดำรงชีพอยู่ได้อย่างปกติและต่อเนื่อง ในสิ่งแวดล้อมที่จะไม่ก่อให้เกิดอันตรายต่อสุขภาพอนามัย สวัสดิภาพ หรือคุณภาพชีวิตของตน ย่อมได้รับความคุ้มครอง ทั้งนี้ ตามที่กฎหมายบัญญัติ

การดำเนินโครงการหรือกิจกรรมที่อาจก่อให้เกิดผลกระทบอย่างรุนแรงต่อคุณภาพสิ่งแวดล้อม จะกระทำมิได้ เว้นแต่จะได้ศึกษาและประเมินผลกระทบต่อคุณภาพสิ่งแวดล้อม รวมทั้งได้ให้องค์การอิสระซึ่งประกอบด้วยผู้แทนองค์การเอกชนด้านสิ่งแวดล้อมและผู้แทนสถาบันอุดมศึกษาที่จัดการการศึกษาด้านสิ่งแวดล้อม ให้ความเห็นประกอบก่อนมีการดำเนินการดังกล่าว ทั้งนี้ ตามที่กฎหมายบัญญัติ

สิทธิของบุคคลที่จะฟ้องหน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ ราชการส่วนท้องถิ่น หรือองค์กรอื่นของรัฐ เพื่อให้ปฏิบัติหน้าที่ตามที่บัญญัติไว้ในกฎหมายตามวรรคหนึ่งและวรรคสอง ย่อมได้รับความคุ้มครอง

มาตรา ๕๗ บุคคลย่อมมีสิทธิได้รับข้อมูล คำชี้แจง และเหตุผลจากหน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ หรือราชการส่วนท้องถิ่นก่อนการอนุญาตหรือการดำเนินโครงการหรือกิจกรรมใดที่อาจมีผลกระทบต่อคุณภาพสิ่งแวดล้อม สุขภาพอนามัย คุณภาพชีวิต หรือส่วนได้เสียสำคัญอื่นใดที่เกี่ยวกับตนหรือชุมชนท้องถิ่น และมีสิทธิแสดงความคิดเห็นของตนในเรื่องดังกล่าว ทั้งนี้ ตามกระบวนการรับฟังความคิดเห็นของประชาชนที่กฎหมายบัญญัติ

สำหรับข้อจำกัดสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานที่เป็นผลมาจากจากสิทธิประโยชน์ในทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมนั้นเห็นได้จากการที่รัฐธรรมนูญยอมให้อำนาจด้านการได้มาซึ่งทรัพยากรธรรมชาติ หรือการส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมมาเป็นเหตุผลในจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชนได้ อาทิ การจำกัดสิทธิเสรีภาพทางทรัพย์สินด้วยการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ (มาตรา ๔๕) หรือจำกัดสิทธิเสรีภาพในการประกอบอาชีพ และการแข่งขันโดยเสรีอย่างเป็นธรรม (มาตรา ๕๐)

นอกจากการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของประชาชนและข้อจำกัดสิทธิอันเป็นผลจากสิทธิประโยชน์ด้านทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมแล้ว รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. ๒๕๕๐ ยังได้กำหนดให้บุคคลมีหน้าที่อนุรักษ์ทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมด้วย ดังจะเห็นได้จาก

มาตรา ๖๕ บุคคลมีหน้าที่ป้องกันประเทศ รับราชการทหารเสียภาษีอากร ช่วยเหลือราชการ รับการศึกษาอบรม พักภัย ปกป้อง และสืบสานศิลปวัฒนธรรมของชาติและภูมิปัญญาท้องถิ่น และอนุรักษ์ทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม ทั้งนี้ ตามที่กฎหมายบัญญัติ

และด้วยความตระหนักในความจำเป็นในการคุ้มครองและบำรุงรักษาทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมที่มีน้ำหนักเพิ่มมากขึ้นเรื่อย ๆ นี้เอง รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. ๒๕๕๐ ได้รับรองให้การมีส่วนร่วมของประชาชนในการสงวนรักษาและใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ และการรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมมีฐานะเป็นแนวนโยบายของรัฐ โดยได้วางหลักการเกี่ยวกับแนวนโยบายของรัฐเกี่ยวกับเรื่องนี้ไว้ดังนี้

มาตรา ๗๕ รัฐต้องส่งเสริมและสนับสนุนให้ประชาชนมีส่วนร่วมในการ
สงวน บำรุงรักษา และใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติและหลากหลาย
ทางชีวภาพอย่างสมดุล รวมทั้งมีส่วนร่วมในการส่งเสริม บำรุงรักษา และคุ้มครอง
คุณภาพสิ่งแวดล้อมตามหลักการการพัฒนาที่ยั่งยืน ตลอดจนควบคุมและกำจัดการ
มลพิษที่มีผลต่อสุขภาพอนามัย สวัสดิภาพ และคุณภาพชีวิตของประชาชน

อนึ่ง ในระดับองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น รัฐธรรมนูญได้วางหลักการ
ประกันอำนาจหน้าที่ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นไว้ในฐานะที่เป็นองค์กรที่มี
อำนาจหน้าที่ในระดับปฏิบัติงานในท้องถิ่น และเป็นองค์กรที่ใกล้ชิดและสัมผัสกับ
ประชาชนโดยตรงด้วยดังนี้

มาตรา ๒๕๐ เพื่อส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อม องค์กรปกครอง
ส่วนท้องถิ่นย่อมมีอำนาจหน้าที่ตามที่กฎหมายบัญญัติ

กฎหมายตามวรรคหนึ่งอย่างน้อยต้องมีสาระสำคัญดังต่อไปนี้

- (๑) การจัดการ การบำรุงรักษา และการใช้ประโยชน์จากทรัพยากร
ธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมที่อยู่ในเขตพื้นที่
- (๒) การเข้าไปมีส่วนในการบำรุงรักษาทรัพยากรธรรมชาติและ
สิ่งแวดล้อมที่ยอยู่นอกเขตพื้นที่ เฉพาะในกรณีที่มีผลกระทบต่อ
การดำรงชีวิตของประชาชนในพื้นที่ของตน
- (๓) การมีส่วนร่วมในการพิจารณาเพื่อริเริ่มโครงการหรือกิจกรรมใด
นอกเขตพื้นที่ซึ่งอาจมีผลกระทบต่อคุณภาพสิ่งแวดล้อมหรือสุขภาพ
อนามัยของประชาชนในพื้นที่

อนึ่ง ในแง่ของการบังคับการให้เป็นไปตามกฎหมาย โดยเฉพาะอย่างยิ่ง
การดำเนินการตามหลักการในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. ๒๕๔๐ นั้น
ปัจจุบันการจัดการทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมเป็นอำนาจหน้าที่ของ

กระทรวงทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม หรือส่วนราชการที่สังกัดกระทรวง
ทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมตามที่กฎหมายกำหนด การจัดตั้งกระทรวง
ทรัพยากรและสิ่งแวดล้อมขึ้นนี้เป็นผลจากการปฏิรูประบบราชการ ซึ่งมีการจัด
ระเบียบการบริหารราชการและปรับปรุงกระทรวงทบวงกรมครั้งใหญ่ เมื่อ พ.ศ.
๒๕๔๕ โดยพระราชบัญญัติปรับปรุงกระทรวงทบวงกรม พ.ศ. ๒๕๔๕ มาตรา ๒๒
กำหนดให้กระทรวงทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมมีอำนาจหน้าที่เกี่ยวกับการ
การสงวน อนุรักษ์ และฟื้นฟูทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม การจัดการการใช้
ประโยชน์อย่างยั่งยืน และราชการอื่นตามที่มีกฎหมายกำหนดให้เป็นอำนาจหน้าที่
ของกระทรวงทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม หรือส่วนราชการที่สังกัด
กระทรวงทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม อันมี กรมทรัพยากรน้ำ กรม
ทรัพยากรทางทะเลและชายฝั่ง กรมทรัพยากรธรณี กรมป่าไม้ กรมอุทยานแห่งชาติ
สัตว์ป่า และพันธุ์พืช ซึ่งมีอำนาจตามกฎหมายเฉพาะที่เกี่ยวข้องเป็นต้น

ในแง่ของการบังคับการให้เป็นไปตามกฎหมายนั้นนอกจากกฎหมาย
จะกำหนดให้หน่วยงานของรัฐส่วนกลางมีอำนาจหน้าที่ในการคุ้มครองบำรุงรักษา
ทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมแล้ว ยังมีการตรากฎหมายเฉพาะกำหนดให้
องค์กรปกครองส่วนภูมิภาค คือองค์กรบริหารราชการส่วนจังหวัด และส่วนท้องถิ่น
คือองค์กรบริหารส่วนตำบล มีอำนาจหน้าที่ในการคุ้มครองดูแลและบำรุงรักษา
ทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมอีกชั้นหนึ่งด้วย^{๑๒}

๓. ความหมายและขอบเขตของสิทธิในสิ่งแวดล้อมและทรัพยากร ธรรมชาติ

รากฐานสำคัญในเรื่องการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานในสิ่งแวดล้อมและ
ทรัพยากรก็คือ การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานที่เกี่ยวกับทรัพยากรและ

สิ่งแวดล้อมในฐานะที่เป็นสิทธิในชีวิตร่างกาย ทรัพย์สิน และรากฐานแห่งการดำรงชีพของบุคคล และในแง่ที่รับรองให้ความจำเป็นในการบำรุงรักษาหรือได้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมมีฐานะเป็นข้อจำกัดสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานอย่างอื่น โดยเฉพาะสิทธิเสรีภาพในทรัพย์สิน และในการประกอบอาชีพ หรือการแข่งขันทางธุรกิจการค้าได้ด้วย แนวทางสำคัญที่รัฐธรรมนูญใช้เป็นหลักในการคุ้มครองสิทธิในชีวิตร่างกาย ทรัพย์สินและรากฐานในการดำรงชีพนี้ก็คือ การคุ้มครองรักษาคุณค่าแห่งความสมดุล และความยั่งยืนในการใช้ประโยชน์จากสิ่งแวดล้อมและทรัพยากรธรรมชาติ ซึ่งมุ่งต่อผลอย่างน้อย ๒ ประการคือ

๑. เพื่อคุ้มครองการดำรงชีพ และคุณภาพชีวิตของประชาชนในสิ่งแวดล้อมที่ปลอดภัยและมีคุณภาพอย่างหนึ่ง ซึ่งเป็นทั้งการคุ้มครองเสรีภาพทั่วไป และเป็นการการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานในความปลอดภัยในชีวิตร่างกายและอนามัย พร้อมกันไปในตัว

๒. เพื่อคุ้มครองประโยชน์อันพึงได้จากการใช้ทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมเป็นฐานแห่งการดำรงชีพตามปกติอย่างยั่งยืนและต่อเนื่อง อีกประการหนึ่ง ในแง่นี้ย่อมเป็นการคุ้มครองสิทธิในการเลือกวิถีชีวิต และสิทธิทางทรัพย์สินนั่นเอง

ลักษณะสำคัญของการคุ้มครองรักษาคุณค่าแห่งความสมดุลและความยั่งยืนนี้ก็คือการที่กฎหมายรัฐธรรมนูญรับรองรูปแบบการจัดการทรัพยากรและสิ่งแวดล้อมในรูปสิทธิของบุคคลในการมีส่วนร่วม ทั้งในแง่การมีส่วนร่วมจัดการ และใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม (มาตรา ๔๖) หรือสิทธิมีส่วนร่วมบำรุงรักษาและได้ประโยชน์จากทรัพยากรและสิ่งแวดล้อม (มาตรา ๕๖)

อย่างไรก็ดี มีปัญหาว่าสิทธิมีส่วนร่วมจัดการ ใช้ประโยชน์ หรือได้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาตินี้คืออะไร แตกต่างจากสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐาน

อย่างอื่นอย่างไร เป็นเสรีภาพที่จะทำการอย่างหนึ่งอย่างใดโดยไม่ถูกรัฐจำกัดหรือขัดขวาง หรือเป็นสิทธิเรียกร้องให้รัฐดำเนินการอย่างใดอย่างหนึ่ง และโดยที่เป็นสิทธิที่รัฐธรรมนูญกำหนดให้เป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติ ดังนี้หากยังไม่มีบทบัญญัติกฎหมายในเรื่องนั้นๆ โดยเฉพาะ เราจะถือว่าสิทธิดังกล่าวเป็นสิทธิที่มีเนื้อหาอย่างไร? และบุคคลสามารถมีสิทธิได้เพียงใด? หรือจะต้องถือว่าเป็นสิทธิที่ยังไม่มีเนื้อหาใดๆ จนกว่าจะมีกฎหมายบัญญัติรับรองโดยเฉพาะ?

๓.๑ สิทธิมีส่วนร่วมจัดการและใช้หรือได้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมเป็นสิทธิเสริมขึ้นจากสิทธิเสรีภาพในชีวิต ร่างกาย และทรัพย์สิน

การจะตอบปัญหาข้อนี้จะต้องเริ่มต้นจากการพิเคราะห์สถานะของสิทธิของบุคคลในการมีส่วนร่วมจัดการ และใช้ประโยชน์ หรือได้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมเสียก่อนว่าสิทธิการมีส่วนร่วมในความหมายนี้เป็นสิทธิที่มีรากฐานตั้งอยู่บนสิทธิขั้นพื้นฐานในความมั่นคงแห่งชีวิตร่างกาย (มาตรา ๓๑ ของรัฐธรรมนูญ) และสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคลในทรัพย์สิน (มาตรา ๔๘ ของรัฐธรรมนูญ) ในฐานะที่ทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมเป็นฐานแห่งการดำรงชีพที่สำคัญ ด้วยเหตุนี้การที่รัฐหรือบุคคลใดๆ จัดการทรัพยากรและสิ่งแวดล้อมไปในทางที่อาจกระทบต่อความมั่นคงของสิทธิในชีวิตและทรัพย์สินของบุคคล ย่อมกระทบต่อสิทธิเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญคุ้มครอง และพึงได้รับความยินยอมของบุคคลเอกชนผู้ได้รับผลกระทบแต่ละรายเสมอ โดยนัยนี้สิทธิการมีส่วนร่วมจึงเป็นสิทธิให้ความยินยอมหรือไม่ให้ความยินยอมในการจัดการ

แต่ข้อที่มีลักษณะพิเศษของสิทธิจัดการและได้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมตามความหมายในมาตรา ๔๖ และ ๕๖ ของรัฐธรรมนูญก็คือเป็นสิทธิที่เสริมขึ้นอีกชั้นหนึ่งเพิ่มเติมจากสิทธิเสรีภาพในชีวิตร่างกายและทรัพย์สินของเอกชนที่กฎหมายรัฐธรรมนูญคุ้มครองไว้เป็นการทั่วไปชั้นหนึ่งแล้ว กล่าวคือบุคคล

ซึ่งอ้างสิทธิมีส่วนร่วมอาจใช้สิทธิผ่านชุมชนหรือร่วมกับชุมชน และอาศัยชุมชนเป็นหน่วยสังคมที่ทำหน้าที่ในการรักษาประโยชน์ของบุคคลที่รวมกันเป็นชุมชนแทนเอกชนแต่ละคนได้อีกชั้นหนึ่ง โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีที่การกระทบสิทธิของเอกชนแต่ละรายอาจจะไม่รุนแรง แต่เป็นการกระทบสิทธิเล็กน้อยที่อาจส่งผลในระยะยาว การจะคาดหวังให้เอกชนแต่ละคนรู้สึกมั่นใจในพลังของตนที่จะปกป้องสิทธิของตนโดยลำพัง หรือเรียกร้องให้มีการวางมาตรการป้องกันในระยะยาว ย่อมจะเป็นไปได้ยากกว่าการให้ชุมชนเข้ารับหน้าที่ในการรักษาประโยชน์ของเอกชนและชุมชนพร้อมกันไป

ตัวอย่างเช่น การที่รัฐอนุญาตให้เอกชนเข้าทำไม้ในเขตป่า การอนุญาตก่อสร้างโครงการสนามบิน หรืออนุญาตให้โรงงานอุตสาหกรรมชักน้ำจากลำน้ำสาธารณะไปใช้ในกิจการซึ่งอาจเป็นการทำลายทรัพยากร และกระทบต่อประโยชน์ของบุคคลในชุมชนนั้น เอกชนแต่ละคนซึ่งรวมกันอยู่เป็นชุมชนย่อมมีสิทธิอ้างว่าตนได้รับผลกระทบจากการกระทำเช่นนั้นและใช้สิทธิหวงห้ามมิให้รัฐดำเนินการดังกล่าวได้ตามลำพังอยู่แล้ว แต่ก็เป็นการยากที่จะคาดหวังให้เอกชนแต่ละคนที่ได้รับผลกระทบ ทำการคัดค้านการอนุญาตหรือดำเนินโครงการของรัฐโดยตรงตามลำพัง เพราะความเสียหายนั้นอาจไม่เกิดผลร้ายแรงต่อเอกชนรายใดรายหนึ่งโดยตรง หรือเอกชนแต่ละรายอาจรู้สึกไม่มีอำนาจต่อรองหรือมีสิทธิประโยชน์เข้มแข็งเพียงพอจะยกเป็นข้อต่อสู้ตามลำพัง กฎหมายรัฐธรรมนูญจึงรับรองสิทธิของบุคคลที่รวมกันเป็นชุมชนให้ใช้สิทธิในนามของชุมชนเป็นส่วนรวมในฐานะเป็นสิทธิรวมหมู่เสริมขึ้นอีกชั้นหนึ่ง ทั้งนี้ก็ด้วยเหตุผลว่าอำนาจต่อรอง การเรียกร้อง และบังคับสิทธิของตนย่อมทำได้ง่ายขึ้นในรูปหมู่คณะหรือชุมชนนั่นเอง

สิทธิตามมาตรา ๔๖ และ ๕๖ ของรัฐธรรมนูญที่ถือว่าเป็นสิทธิรวมหมู่ของชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิม และสิทธิของชุมชนเสริมขึ้นจากสิทธิเสรีภาพในชีวิตร่างกายอันเป็นสิทธิของเอกชนแต่ละคนอยู่แล้วนี้อาจมีได้ในสองลักษณะ กล่าวคือ

ก) สิทธิในการปลดปล่อยการรบกวนหรือห้ามกระทำการอันเป็นการกระทบต่อสิทธิจัดการ และได้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม เอกชนแต่ละคนพึงมีพึงได้ หรือสิทธิในความปลอดภัยต่อสุขภาพอนามัย สวัสดิภาพ หรือคุณภาพชีวิตของตน ซึ่งเป็นสิทธิที่เอกชนแต่ละคนมีอยู่ตามนัยแห่งมาตรา ๑๓๓๖ และ ๑๓๓๔ แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งเป็นสิทธิที่จะจัดการใช้สอย หรือครอบครองทรัพย์สินโดยปกติสุข และย่อมปรับใช้ได้แก่การจัดการ การได้ประโยชน์ การดำรงชีพอย่างปลอดภัยและมีคุณภาพโดยอาศัยทรัพยากรธรรมชาติ และสิ่งแวดล้อมโดยปกติสุขโดยเทียบเคียงในฐานะเป็นบทกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่งได้ด้วย โดยนัยแห่งมาตรา ๑๓๓๖ และ ๑๓๓๔ ป.พ.พ. นี้ เอกชนแต่ละคน และชุมชน ซึ่งเป็นผู้ทรงสิทธิย่อมอ้างสิทธิตามบทกฎหมายเรียกให้บุคคลอื่นหรือหน่วยงานของ รัฐกระทำการอันเป็นการสอดเข้าเกี่ยวข้อง หรือรบกวนการครอบครองทรัพย์สินของตนโดยมิชอบได้ และอาจร้องขอให้ศาลสั่งห้ามการกระทำอันเป็นการสอดเข้าเกี่ยวข้องกับทรัพย์สินหรือรบกวนการครอบครองโดยปกติสุขเช่นนั้นได้ด้วย เพราะการที่มีผู้อื่น หรือมีหน่วยงานของรัฐทำการกระทบต่อสิทธิในการจัดการ การได้ประโยชน์ การดำรงชีพอย่างปลอดภัยและมีคุณภาพโดยอาศัยทรัพยากรธรรมชาติ และสิ่งแวดล้อมเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานตามรัฐธรรมนูญนั้น ย่อมเทียบเท่ากับเป็นการสอดเข้าเกี่ยวข้อง หรือรบกวนขัดสิทธิมีส่วนร่วมในการเป็นเจ้าของ หรือการครอบครองทรัพย์สินของเอกชนอย่างปกติสุขตามกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นั่นเอง

ข) สิทธิเรียกร้องให้รัฐทำการอย่างหนึ่งอย่างใดในการจัดการ บำรุงรักษา และได้ประโยชน์จากทรัพยากรและสิ่งแวดล้อม หรือสิทธิในความปลอดภัยต่อสุขภาพอนามัย สวัสดิภาพ หรือคุณภาพชีวิตของคน สิทธิประเภทนี้เป็นสิทธิเรียกร้องให้รัฐทำการอย่างใดอย่างหนึ่งขึ้นใหม่ ซึ่งตามปกติเป็นเรื่องที่อยู่ภายใต้อำนาจดุลพินิจโดยอิสระของรัฐที่จะเลือกทำหรือไม่ทำตามแนวนโยบายของรัฐ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในส่วนที่เกี่ยวกับทรัพยากรและสิ่งแวดล้อม การกำหนดคดีนโยบายเป็นเรื่องที่ค่อนข้างซับซ้อน และอ่อนไหว ต้องชั่งน้ำหนักประโยชน์ได้เสียของผู้เกี่ยวข้อง

หลายฝ่าย และมีข้อพิจารณาในทางวิทยาศาสตร์และเทคนิค ตลอดจนระดับพัฒนาการทางอุตสาหกรรม และเงื่อนไขประกอบอื่นๆ หลายประการ ทั้งในแง่ของเกณฑ์ที่เป็นหลักการ และในแง่ของกรณีเฉพาะเรื่อง ด้วยเหตุนี้การเรียกร้องให้รัฐกระทำการหรือควั่นกระทำการในเรื่องใดๆ ที่เป็นเรื่องสำคัญและไม่เคยมีแนวทางปฏิบัติหรือจารีตประเพณีมาก่อน จำเป็นต้องอาศัยการไตร่ตรองอย่างรอบคอบและวางหลักเกณฑ์ที่สามารถปฏิบัติได้ ด้วยเหตุนี้รัฐธรรมนูญจึงกำหนดเงื่อนไขการคุ้มครองในกรณีเหล่านี้ไว้ว่า “ทั้งนี้ ตามที่กฎหมายบัญญัติ” ตัวอย่าง เช่นการเรียกร้องให้รัฐวางหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการก่อสร้างและกำกับดูแลการดำเนินการผลิตไฟฟ้า ด้วยพลังงานปรมาณู การเรียกร้องให้ควบคุมและกำกับดูแลการใช้เทคโนโลยีพันธุวิศวกรรมเพื่อพัฒนาพันธุ์พืช หรือพันธุ์สัตว์ รวมทั้งเทคนิคการรักษาโรค การจัดวางระบบเตือนภัย และวางแผนป้องกันภัยอันตรายอันเกิดจากแผ่นดินไหว การลดหรือควบคุมปริมาณการใช้พลังงานน้ำมัน การประกาศเขตป่าสงวน หรือยกเลิกเขตอุทยานบนพื้นที่บางแห่ง เป็นต้น

๓.๒ สิทธิมีส่วนร่วมตามที่กฎหมายบัญญัติ ในแง่สิทธิเรียกร้องให้ หน่วยงานของรัฐปฏิบัติตามกฎหมาย

ในแง่เนื้อหาของสิทธิมีส่วนร่วมในการจัดการ ใช้หรือได้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมซึ่งรัฐธรรมนูญรับรองไว้ในมาตรา ๔๖ และมาตรา ๕๖ โดยกำหนดว่า “ทั้งนี้ตามที่กฎหมายบัญญัติ” นั้นอาจมีปัญหาว่า หากมีกรณีที่กฎหมายบัญญัติให้หน่วยงานของรัฐมีอำนาจหน้าที่ในการบำรุงรักษาทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม เช่นกำหนดให้กรมที่ดินจัดการดูแลที่ดินกรมป่าไม้จัดการดูแลป่าไม้ กรมอุทยานจัดการดูแลอุทยาน โดยมิได้กำหนดให้บุคคลซึ่งรวมกันเป็นชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิม (มาตรา ๔๖) หรือชุมชน (มาตรา ๕๖) มีอำนาจในการร่วมจัดการ บำรุงรักษา ใช้ หรือได้ประโยชน์ด้วย ดังนั้นบุคคลที่รวมกันเป็นชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิม หรือชุมชนจะอ้างสิทธิมีส่วนร่วมจัดการ บำรุงรักษา ใช้หรือ

ได้ประโยชน์ตามรัฐธรรมนูญ เพื่อเข้าร่วมจัดการ ใช้ หรือได้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมได้เพียงใด

ปัญหาข้างต้นอาจตอบได้โดยพิเคราะห์จากลักษณะสำคัญของสิทธิมีส่วนร่วมในการจัดการ ใช้ หรือได้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมโดยทั่วไป เสียก่อน สิทธิมีส่วนร่วมในการจัดการ ใช้ หรือได้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมนี้ฟังคล้ายจะเป็นของใหม่ เพราะในทางทฤษฎีนั้นมักเข้าใจกันว่า สิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของประชาชนนั้นโดยทั่วไปเป็นสิทธิขัดขวางหวงห้ามมิให้รัฐกระทำการหรือตรากฎหมายในลักษณะเป็นการล่วงล้ำแดนอิสระของเอกชนหรือจำกัดสิทธิเสรีภาพโดยปราศจากเหตุผลสมควร เช่นสิทธิเสรีภาพในชีวิตร่างกาย สิทธิเสรีภาพในทรัพย์สิน ในความเชื่อทางศาสนา และในทางครอบครัว เป็นต้น เป็นที่ยอมรับกันว่า การประกันสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานก็คือการประกันสิทธิต่อสู้ป้องกันมิให้รัฐล่วงล้ำแดนอิสระของเอกชนที่รัฐพึงเคารพ หรือสิทธิเรียกร้องให้รัฐควั่นกระทำการ (Status Negativus) นั้นเอง แต่ในทางกลับกันการที่รัฐมีอำนาจหน้าที่ในรักษาเอกราช รักษาความสงบ และบังคับใช้กฎหมายนั้น ไม่ก่อให้เกิดสิทธิแก่ประชาชนที่จะเรียกร้องให้รัฐกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใดตามที่ประชาชนต้องการ เว้นแต่กรณีที่มีกฎหมายกำหนดให้เป็นหน้าที่ไว้โดยเฉพาะซึ่งหากเจ้าหน้าที่ของรัฐละเว้นการปฏิบัติตามกฎหมายเป็นเหตุให้ประชาชนได้รับความเสียหายโดยตรงจนเป็นที่เข้าใจกันว่า ประชาชนไม่มีสิทธิเรียกร้องให้รัฐกระทำการใด (Status Positivus) เว้นแต่เป็นกรณีอันกฎหมายกำหนดให้เป็นหน้าที่คุ้มครองประชาชนนั้น หรือประชาชนผู้นั้นเป็นผู้ได้รับความเสียหายโดยตรง ด้วยเหตุนี้จึงถือกันว่าสิทธิเรียกร้องตามรัฐธรรมนูญย่อมมิได้ในฐานะเป็นข้อยกเว้นเท่านั้น^{๑๑} ตัวอย่างเช่น การที่กฎหมายคุ้มครองเสรีภาพในชีวิตร่างกาย และเกิดมีเหตุอาชญากรรมขึ้นชุกชุมแม้รัฐมีหน้าที่รักษาความสงบ ก็เป็นหน้าที่โดยทั่วไป แม้ในบางกรณีอาจดูแลไม่ทั่วถึง หากไม่ถึงขนาดละเว้นไม่ปฏิบัติหน้าที่จนเกิดเสียหายแก่ประชาชนโดยตรงแล้ว ประชาชนไม่มีสิทธิเรียกร้องให้รัฐเพิ่มกำลังตำรวจในที่นั้น หรือการ

คุ้มครองเสรีภาพในการนับถือศาสนาตามรัฐธรรมนูญ ก็ไม่ทำให้ประชาชนมีสิทธิเรียกร้องให้รัฐออกเงินอุดหนุน จัดให้มีการสอนศาสนา หรือก่อสร้างศาสนสถานเพิ่มขึ้น เป็นต้น ด้วยเหตุนี้ หากไม่มีกฎหมายตราไว้โดยเฉพาะ ก็เป็นที่เข้าใจกันว่าประชาชนไม่มีสิทธิเรียกร้องให้รัฐกระทำการหรือให้บริการเพิ่มขึ้นแต่อย่างใด เพราะเป็นเรื่องเกี่ยวกับการจัดสรรทรัพยากรที่ย่อมมีจำกัด จึงต้องปล่อยให้เป็นการตัดสินใจทางการเมืองของผู้มีอำนาจหน้าที่ที่จะเลือกทำอย่างหนึ่งอย่างใดก่อนหลัง ตามกำลังและความเหมาะสม

แนวคิดทำนองนี้ปรากฏให้เห็นในระบบกฎหมายไทย ในคำพิพากษาศาลฎีกาจำนวนมากที่พิพากษาเกี่ยวกับผู้เสียหายในคดีอาญา โดยถือว่าหากผู้ต้องหาคดีอาญามาฟ้องต่อศาลไม่ใช่ผู้เสียหายโดยตรง เพราะเป็นกรณีกระทำผิดต่อรัฐ ซึ่งรัฐเป็นผู้เสียหายนั้น หากเอกชนจะหยิบยกขึ้นมาฟ้องเป็นคดีอาญา ศาลจะไม่รับไว้พิจารณา และจะยกฟ้องเพราะผู้ฟ้องไม่ใช่ผู้เสียหาย เช่น ในการเลือกตั้ง หากเจ้าพนักงานไม่ปิดบัตรตัวอย่างและไม่ปิดประกาศบัญชีรายชื่อผู้มีสิทธิเลือกตั้ง ดังนี้ผู้มีสิทธิเลือกตั้งซึ่งได้ไปลงคะแนนแล้ว^{๑๔} ย่อมไม่ใช่ผู้เสียหาย หรือเมื่อมีผู้พบเห็นการกระทำทุจริตต่อตำแหน่งหน้าที่ ผู้นั้นจะนำขึ้นฟ้องเป็นคดีอาญาให้ผู้กระทำความผิดต้องรับโทษไม่ได้ เพราะผู้เสียหายคือรัฐ ไม่ใช่เอกชน เช่น เทศมนตรีลงชื่อเข้าทำงานเป็นเท็จและเบิกเงินค่าป่วยการประจำวันโดยไม่มีสิทธิ ดังนี้เทศบาลเป็นผู้เสียหาย เมื่อผู้นำความมาฟ้องเป็นสัตว์แพทย์ประจำเทศบาล เขา ย่อมไม่ใช่ผู้เสียหาย^{๑๕} จำเลยสมคบกับแพทย์ทำรายงานการแพทย์เป็นเท็จเพื่อไม่ต้องมาศาลเป็นการประวิงคดี ดังนี้โจทก์จะยกเป็นคดีขึ้นฟ้องฝ่ายที่ทำรายงานแพทย์เท็จ ทำให้การพิจารณาเลื่อนออกไปให้ต้องรับผิดชอบทางอาญาไม่ได้ เพราะคู่ความที่ฟ้องนั้นไม่ใช่ผู้เสียหาย ไม่มีอำนาจฟ้อง เพราะผู้เสียหายในคดีทำรายงานเท็จเพื่อประวิงคดีนี้คือศาล ไม่ใช่เอกชนที่เป็นคู่ความ^{๑๖} เจ้าหน้าที่ของรัฐทำความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ราชการยกออกเงินของรัฐบาล กรณีนี้ผู้เสียหายคือรัฐซึ่งเป็นเจ้าของเงิน เอกชนไม่ใช่ผู้เสียหาย และไม่มีสิทธิฟ้องเป็นคดี^{๑๗} ผู้เข้าร่วมกำหนดข้อตกลงไม่ให้เข้าแข่งขันประมูลงาน

ก่อสร้างของทางราชการ และรับเข้ามาเป็นค่าตอบแทน จะอ้างสิทธิฟ้องเรียกเงินตามเช็คไม่ได้ เพราะผู้มีส่วนร่วมกระทำความผิดด้วยไม่ใช่ผู้เสียหาย^{๙๘} เป็นต้น

อย่างไรก็ตาม นับตั้งแต่กลางศตวรรษที่ ๒๐ เป็นต้นมาได้เกิดการยอมรับอย่างกว้างขวางขึ้นในโลกตะวันตกว่าวิถีชีวิตของพลเมืองในยุคนี้มีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับรัฐอย่างแน่นแฟ้นยิ่งกว่าที่เคยมีมาในอดีต บทบาทของรัฐที่ขยายตัวอย่างรวดเร็วโดยเฉพาะหลังสงครามโลกทั้งสองครั้ง ทำให้ตระหนักกันว่ารัฐได้มีอำนาจแผ่ซ่านไปทุกหนทุกแห่งอย่างกว้างขวางและมีอำนาจกล้ำแฉะอย่างชนิดที่ไม่เคยมีมาก่อน จนกล่าวได้ว่าในปัจจุบันวิถีชีวิตของพลเมืองเกี่ยวพันและขึ้นกับการดำเนินการหรือให้บริการของรัฐหลายประการอย่างซับซ้อนลึกซึ้ง เรียกได้ว่าเป็นอยู่หรือพัฒนาการของบุคคลทุกคนล้วนแต่ต้องอิงอาศัยรัฐในหลายด้าน เช่นการรับการศึกษาอบรม การทำงาน การประกอบอาชีพ การรักษาสุขภาพ ล้วนแล้วแต่ต้องอาศัยการบริการพื้นฐานจากรัฐ ทำให้เกิดแนวคิดว่ารรัฐมีหน้าที่ให้บริการสาธารณะอย่างทั่วถึงเท่าเทียมกัน และหากรัฐไม่สามารถให้บริการได้อย่างทั่วถึงโดยเท่าเทียมกันในทุกท้องที่ ประชาชนย่อมมีสิทธิเรียกร้องให้รัฐจัดดำเนินการตามภารกิจของรัฐให้ทั่วถึงเท่าเทียมกันอย่างแท้จริง และเพื่อให้การดำเนินการกิจของรัฐเกิดความทั่วถึงเท่าเทียมกันจึงจำเป็นต้องรับรองให้ประชาชนมีสิทธิเรียกร้องให้รัฐกระทำการ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในรูปของการรับรองสิทธิการมีส่วนร่วมในกิจการต่างๆ อย่างกว้างขวาง และต้องยอมให้ประชาชนมีสิทธิเรียกร้องให้รัฐกระทำการทั้งในแง่บริหารจัดการและให้บริการได้เพิ่มขึ้นเรื่อยๆ^{๙๙} โดยมีเหตุผลสำคัญอยู่ที่การคุ้มครองความเสมอภาคทางโอกาสให้คนทุกคนได้มีสิทธิเสรีภาพตามความเป็นจริง ไม่ใช่เพียงแค่คุ้มครองความเสมอภาคตามรูปแบบเท่านั้น

ดังเช่นการคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์นั้น จะเป็นจริงได้ ก็ต่อเมื่อประชาชนมีปัจจัยในการครองชีพขั้นพื้นฐานเสียก่อน หรือการจะคุ้มครองสิทธิเสรีภาพในละแวกสถานจะเป็นจริงได้ก็ต่อเมื่อประชาชนได้รับหลักประกันให้มีที่พัก

อาศัยที่ได้มาตรฐานเสียก่อน และการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพในทรัพย์สินจะมีค่าสำหรับคนส่วนใหญ่ที่ยังไม่มีทรัพย์สิน ก็ต่อเมื่อรัฐดำเนินการวางหลักประกันให้ประชาชนส่วนใหญ่ได้รับการศึกษา มีอาชีพและสามารถสร้างเนื้อสร้างตัวได้ ดังนั้นเมื่อมีผู้กล่าวว่า การตีความรัฐธรรมนูญต้องตีความไปในทางให้เกิดผล เราย่อมเข้าใจต่อไปได้ว่า การมีสิทธิเสรีภาพจึงต้องควบคู่กันไปกับการวางหลักประกันให้ประชาชนสามารถได้รับความคุ้มครองและผลักดันให้การคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพนั้นเกิดขึ้นได้จริงด้วย และด้วยเหตุนี้จึงเกิดการยอมรับกว้างขวางมากขึ้นเรื่อยๆ ว่าสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานนั้นมิได้เป็นเพียงสิทธิต่อผู้จัดวางรัฐมิให้ล่วงละเมิดแทรกแซงแดนอิสระของเอกชนเท่านั้น แต่ยังเป็นที่มาของสิทธิทั่วไปอันประชาชนอาจเรียกร้องต่อรัฐได้บางประการที่จะทำให้สิทธิเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญคุ้มครองนั้นเป็นผลได้จริง และในแง่นี้การรับรองสิทธิการมีส่วนร่วมของประชาชนในการจัดการทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมก็เป็นไปเพื่อผลักดันให้การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพในชีวิตร่างกาย และสิทธิเสรีภาพในทรัพย์สินเกิดเป็นผลขึ้นในความเป็นจริงนั่นเอง

อันที่จริงสิทธิที่ประชาชนจะเริ่มทำการต่างๆ ในเรื่องส่วนรวม และมีส่วนร่วมในกิจการสาธารณะนั้นเป็นเรื่องที่มีพัฒนาการมาในรูปสิทธิมีส่วนร่วมทางการเมืองและสิทธิมีส่วนร่วมในกระบวนการยุติธรรมเป็นเวลานานพอสมควรแล้ว ดังที่แสดงออกให้เห็นในรูปของสิทธิมีส่วนร่วมกำหนดเจตจำนงทางการเมืองผ่านทางการลงคะแนนเสียงเลือกตั้ง การสมัครรับเลือกตั้ง ทั้งในการเมืองระดับชาติและระดับท้องถิ่น รวมทั้งสิทธิรวมกันจัดตั้งพรรคการเมือง และยังแสดงให้เห็นในกระบวนการยุติธรรมในแง่สิทธิของคู่ความในการได้รับการรับฟังจากศาลในการพิจารณาคดีก่อนที่ศาลจะมีคำพิพากษา และพัฒนาไปเป็นสิทธิที่ผู้มีประโยชน์ได้เสียหรือได้รับผลกระทบจากการออกคำสั่งทางปกครองจะได้รับการรับฟังจากพนักงานเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจออกคำสั่งก่อนที่จะทำคำสั่งนั้น ต่อมาก็พัฒนาไปสู่สิทธิมีส่วนร่วมในทางสังคมอันได้แก่สิทธิมีส่วนร่วมในการแรงงานสัมพันธ์และ

สวัสดิการสังคม สิทธิจัดตั้งสหภาพแรงงาน และสิทธิในการประกอบอาชีพ และ
แข่งขัน เป็นต้น

เมื่อเราวิเคราะห์สิทธิการมีส่วนร่วมแบบต่างๆ ที่กล่าวมา ก็จะพบว่า
ล้วนเป็นกรณีที่รัฐรับรองส่วนได้เสียของประชาชนในเรื่องนั้นๆ ร่วมกับประโยชน์
ของสาธารณชนอย่างแท้จริง ไม่ใช่เป็นอำนาจหน้าที่ของหน่วยงานของรัฐจะดำเนินการ
ไปตามลำพัง และในส่วนที่เกี่ยวกับทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมนั้น เพื่อ
ให้เกิดความชัดเจนว่าประชาชนมีสิทธิมีส่วนร่วมในการจัดการ ใช้ หรือได้ประโยชน์
จากทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม รัฐธรรมนูญ พ.ศ. ๒๕๕๐ ได้รับรองให้สิทธิ
ดังกล่าวมีฐานะที่เป็นสิทธิเรียกร้องให้หน่วยงานของรัฐปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมาย ดัง
เห็นได้จากมาตรา ๕๖ วรรคสาม ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย
พ.ศ. ๒๕๕๐ ซึ่งกำหนดให้บุคคล และชุมชนมีสิทธิเรียกร้องให้รัฐดำเนินการหรือ
ยอมให้บุคคลและชุมชนมีส่วนร่วมในการบำรุงรักษาและได้ประโยชน์จาก
ทรัพยากรธรรมชาติ และคุ้มครองรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อม (มาตรา ๕๖ วรรคแรก)
และในแง่เรียกร้องให้รัฐงดเว้นดำเนินโครงการหรือกิจกรรมใดๆ ที่ก่อผลกระทบ
รุนแรงต่อคุณภาพสิ่งแวดล้อม โดยมิได้มีการศึกษาและประเมินผลกระทบต่อ
คุณภาพสิ่งแวดล้อม และให้ผู้เกี่ยวข้องให้ความเห็นประกอบเสียก่อนการดำเนิน
โครงการหรือกิจกรรมนั้นๆ (มาตรา ๕๖ วรรคสอง)

สิทธิเรียกร้องให้หน่วยงานของรัฐปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมายนี้ แม้ในส่วน
ที่เกี่ยวกับการละเมิด หรือฝ่าฝืนกฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมมลพิษ หรือการอนุรักษ์
ทรัพยากรธรรมชาติ เป็นสิทธิที่บุคคลมีอยู่แล้ว คือกฎหมายรับรองให้มีสิทธิร้องเรียน
กล่าวโทษผู้กระทำความผิดต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ได้ตาม มาตรา ๖ (๓) แห่ง
พระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ พ.ศ. ๒๕๓๕ อยู่แล้ว
แต่มาตรา ๕๖ วรรคสาม ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. ๒๕๕๐ ได้
ขยายขอบเขตแห่งสิทธิเรียกร้องให้กว้างออกไปอีก กลายเป็นหลักทั่วไปในการใช้

สิทธิของบุคคล และชุมชนในการฟ้องให้หน่วยราชการปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมายในการบำรุงรักษา เพื่อให้บุคคลได้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมหลายทางชีวภาพ และปฏิบัติหน้าที่ในการคุ้มครอง ส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมเพื่อความสะดวกและยั่งยืนในการดำรงชีพ โดยอาศัยบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญมาตรา ๕๖ วรรคสามนี้เป็นฐานแห่งสิทธิได้ แม้จะไม่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดรับรองไว้โดยเฉพาะก็ตาม โดยนัยนี้มาตรา ๕๖ วรรคสาม ของรัฐธรรมนูญจึงเป็นบทที่รับรองสิทธิของประชาชนในฐานะเป็นผู้เสียหาย และเป็นผู้มีอำนาจฟ้องบังคับให้หน่วยงานของรัฐ และราชการส่วนท้องถิ่นปฏิบัติหน้าที่ในทางบำรุงรักษาและคุ้มครองทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมเพื่อประโยชน์ในการดำรงชีพ และคุ้มครองคุณภาพชีวิตของประชาชนเป็นการทั่วไป

บทบัญญัติมาตรา ๕๖ วรรคสามของรัฐธรรมนูญ พ.ศ. ๒๕๕๐ นี้ จึงนับเป็นบทบัญญัติที่ท้าทายข้อขัดข้องที่สืบเนื่องมาจากความเข้าใจเชิงข้อความคิดว่าด้วย “ผู้เสียหาย” ในกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาว่า ผู้เสียหายที่จะมีสิทธินำคดีขึ้นฟ้องต่อศาลนั้น ต้องเป็นผู้เสียหายจากการกระทำความผิดโดยตรงและต้องได้รับความเสียหายพิเศษด้วย โดยเฉพาะอย่างยิ่งในคดีเกี่ยวกับทรัพยากรและสิ่งแวดล้อม หากประชาชนผู้ฟ้องคดีเป็นบุคคลที่รวมกันเป็นชุมชน หรือเป็นสมาชิกชุมชนซึ่งมีสิทธิมีส่วนร่วมจัดการ ใช้หรือได้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม ประชาชนผู้นั้นย่อมได้ชื่อว่าเป็นผู้เสียหายตามนัยแห่งมาตรา ๕๖ ของรัฐธรรมนูญนี้เอง

เพื่อประกอบความเข้าใจเกี่ยวกับเรื่องผู้เสียหายนี้ เราอาจพิจารณาจากคำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๘๖๑/๒๕๕๐ ซึ่งพิพากษาว่าการที่โจทก์ซึ่งฟ้องนายกรัฐมนตรี รัฐมนตรีว่าการกระทรวงวิทยาศาสตร์ เทคโนโลยี และสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ รวมทั้งกรมสรรพากร โดยอ้างว่าโจทก์ได้รับความเสียหายจากการที่จำเลยปลูกสร้างอาคารสูงลงบนที่ดินซึ่งคณะรัฐมนตรีได้เคยมีมติให้สงวนพื้นที่ลุ่ม บึง สระและแหล่งน้ำ

ในพื้นที่ตามฟองไว้เป็นที่รองรับน้ำและเก็บกักน้ำฝนเพื่อป้องกันน้ำท่วมในบริเวณใกล้เคียง ดังนั้นเมื่อต่อมาคณะรัฐมนตรีได้มีมติให้กรมประชาสัมพันธ์สร้างอาคารที่ทำการสูงกว่าสิบชั้นลงบนพื้นที่ดังกล่าว ทำให้โจทก์และประชาชนที่อยู่อาศัยในบริเวณใกล้เคียงอ้างว่าได้รับความเสียหายเป็นพิเศษนั้น ศาลฎีกาเห็นว่า สิทธิในการมีอากาศสะอาดบริสุทธิ์หายใจเพื่อสุขภาพพลานามัยและคุณภาพชีวิตที่ดี สิทธิในการได้รับความร่มเย็นตามธรรมชาติของพื้นที่ตามฟองไว้ สิทธิที่จะปลอดจากความเสียหายและเดือดร้อนอันเกิดจากปัญหาน้ำท่วมชุมชนในบริเวณใกล้เคียงกับพื้นที่ตามฟองไว้ และสิทธิที่จะปลอดจากเหตุเดือดร้อนรำคาญอันเกิดจากปัญหาการจราจรติดขัด ปัญหามลพิษทางอากาศ ปัญหาความร้อนที่ระบายจากตึกอาคารสูง ล้วนเป็นสิทธิตามปกติธรรมดาของคนทั่วไปซึ่งมีสิทธิได้รับตามที่กฎหมายกำหนดอยู่แล้ว จึงไม่ใช่เป็นสิทธิที่โจทก์ได้รับความเสียหายเป็นพิเศษ โจทก์จึงไม่มีอำนาจฟ้อง

เราจะเห็นได้ว่าคำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๘๖๑/๒๕๔๐ ซึ่งวินิจฉัยว่าโจทก์ไม่ได้รับความเสียหายเป็นพิเศษจึงไม่มีอำนาจฟ้องนี้ เป็นผลจากแนวคิดเรื่องผู้เสียหายตามแนวคำพิพากษাবรรทัดฐานที่มีมาแต่เดิม ดังนั้นเมื่อรัฐธรรมนูญ พ.ศ. ๒๕๔๐ มีผลบังคับโดยนัยแห่งมาตรา ๕๖ วรรคสาม ก็ย่อมมีผลทำให้บุคคลที่มีสิทธิใช้หรือได้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติมีสิทธิฟ้องเรียกให้หน่วยราชการปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมายในฐานะเป็นสิทธิมีส่วนร่วมในการบำรุงรักษาและได้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ และคุ้มครอง รักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อม โดยหน่วยงานราชการไม่อาจอ้างว่าบุคคลตามมาตรา ๕๖ วรรคสาม ไม่ใช่ผู้เสียหายอีกต่อไป และศาลย่อมไม่อาจยกฟ้องโดยอาศัยหลักที่ว่าโจทก์ไม่ใช่ผู้ได้รับความเสียหายเป็นพิเศษอีกต่อไป ต้องวินิจฉัยว่าหน่วยราชการนั้นๆ มีหน้าที่ในเรื่องนั้นหรือไม่ หากมีหน้าที่ก็ย่อมต้องปฏิบัติตามหน้าที่นั้น หากไม่มีหน้าที่ศาลจึงจะยกฟ้อง

อย่างไรก็ดี โดยที่บทกฎหมายส่วนใหญ่มักกำหนดอำนาจหน้าที่ของหน่วยงานของรัฐในลักษณะอำนาจหน้าที่ในการควบคุม หรือกำกับดูแล และ

ใช้ดุลพินิจสั่งการ หรือดำเนินการอย่างใดอย่างหนึ่ง ดังนั้นการใช้สิทธิของบุคคล หรือชุมชนฟ้องเรียกให้หน่วยราชการปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมายในฐานะสิทธิมีส่วนร่วมบำรุงรักษาและได้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติและการคุ้มครองรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมจึงจำกัดเฉพาะการเรียกให้หน่วยงานของรัฐปฏิบัติหน้าที่คือพิจารณาเรื่องราวและสั่งการตามความเห็นสมควรตามอำนาจหน้าที่ของตนเท่านั้น ตัวอย่างเช่น ผู้รับสัมปทานทำเหมืองแร่ใช้ที่ดินที่ได้รับสัมปทานในการทำเกษตรกรรมเชิงพาณิชย์ ดังนั้นผู้ที่อ้างว่าได้รับผลกระทบแก่สิทธิมีส่วนร่วมบำรุงรักษาและได้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติอาจเรียกให้กรมทรัพยากรธรณีพิจารณาว่าเป็นเหตุให้สมควรเพิกถอนสัมปทานหรือไม่ แต่ไม่อาจฟ้องให้เพิกถอนได้โดยตรง แต่หากการกระทำของหน่วยราชการเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายโดยตรง ประชาชนย่อมฟ้องเพิกถอนการนั้นได้เลย เช่นกรณีที่กระทรวงมหาดไทยประกาศใช้กฎกระทรวงให้ใช้บังคับผังเมืองรวม โดยกำหนดให้พื้นที่ซึ่งเดิมเป็นที่อยู่อาศัย และเขตเกษตรกรรม เปลี่ยนเป็นพื้นที่อุตสาหกรรมและคลังสินค้า โดยมีได้นำมติคณะกรรมการผังเมืองไปดำเนินการตามขั้นตอนที่กฎหมายกำหนด เป็นการตรากฎกระทรวงโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย จึงฟ้องขอให้เพิกถอนกฎกระทรวงดังกล่าวได้ ๒๐

๓.๓ สิทธิมีส่วนร่วมกับองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในการคุ้มครองดูแล และบำรุงรักษาทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม

โดยนัยแห่งมาตรา ๕๖ ประกอบกับมาตรา ๒๕๐ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย บุคคลย่อมมีสิทธิที่จะมีส่วนร่วมกับองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในการคุ้มครองดูแล และบำรุงรักษาทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม เพื่อประโยชน์ในการดำรงชีพตามปกติ และเพื่อความปลอดภัยและคุณภาพชีวิต และโดยที่พระราชบัญญัติองค์การบริหารส่วนจังหวัด พ.ศ. ๒๕๔๐ มาตรา ๔๕ (๓) บัญญัติให้องค์การบริหารส่วนจังหวัดมีอำนาจหน้าที่คุ้มครอง ดูแล และบำรุงรักษาทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมภายในเขตองค์การบริหารส่วนจังหวัด และ

พระราชบัญญัติสภาตำบลและองค์การบริหารส่วนตำบล พ.ศ. ๒๕๓๗ แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. ๒๕๔๖ มาตรา ๖๗ (๓) บัญญัติให้องค์การบริหารส่วนตำบลมีอำนาจหน้าที่
คุ้มครอง ดูแล และบำรุงรักษาทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมในเขตองค์การ
บริหารส่วนตำบล

นอกจากนั้น โดยผลของมาตรา ๒๕๐ ของรัฐธรรมนูญ กฎหมายยังบัญญัติต่อไปให้องค์การบริหารส่วนจังหวัด หรือองค์การบริหารส่วนตำบล อาจทำกิจการนอกเขตพื้นที่ หรือร่วมกับองค์การบริหารส่วนจังหวัด องค์การบริหารส่วนตำบล หรือองค์กรปกครองท้องถิ่นอื่นทำกิจการที่อยู่ในอำนาจหน้าที่หรือเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ของตนและเป็นกิจการที่ต้องทำ โดยตกลงทำกิจการร่วมกันกับองค์กรปกครองท้องถิ่นเหล่านั้นได้อีกด้วย

ดังนั้น การที่มาตรา ๕๖ วรรคสาม ของรัฐธรรมนูญ รับรองให้บุคคลมีสิทธิฟ้องให้หน่วยงานของรัฐ และองค์กรปกครองท้องถิ่น หรือองค์กรอื่นของรัฐให้ปฏิบัติหน้าที่ตามที่บัญญัติไว้ในกฎหมายเกี่ยวกับการคุ้มครองดูแล และบำรุงรักษาทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม ข่อมเป็นการรับรองสิทธิของบุคคลและชุมชนในการเรียกให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ทั้งระดับองค์การบริหารส่วนตำบล และองค์การบริหารส่วนจังหวัดกระทำการตามอำนาจหน้าที่ของตนในการคุ้มครอง ดูแล และบำรุงรักษาทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม ซึ่งอาจมิได้ทั้งการคุ้มครองดูแล และบำรุงรักษาทางตรงและทางอ้อมเพื่อประโยชน์ของบุคคลและชุมชนอีกทางหนึ่งด้วย การคุ้มครอง ดูแล และบำรุงรักษาทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมมีขอบเขตกว้างขวางมาก และอาจเกี่ยวพันกับอำนาจหน้าที่อื่นๆ ของหน่วยงานของรัฐอื่นได้อย่างซับซ้อน เช่น เกี่ยวกับการสาธารณสุข การควบคุมการก่อสร้าง การคุ้มครองป่า หรือสัตว์ป่า ฯลฯ

๓.๔ ปัญหาสิทธิมีส่วนร่วมจัดการและได้ประโยชน์จากทรัพยากร ธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมที่ไม่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายรองรับสิทธิของ ชุมชนโดยเฉพาะ

นอกจากสิทธิเรียกร้องให้หน่วยงานของรัฐปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมายแล้ว ยังมีข้อนาคิดต่อไปว่า ในกรณีที่มีได้มีบทกฎหมายใดบัญญัติรับรองอำนาจจัดการ บำรุงรักษา ใช้ประโยชน์หรือได้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม ของบุคคลที่รวมกันเป็นชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิมไว้โดยเฉพาะ บุคคลที่รวมกันเป็น ชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิม ตามมาตรา ๔๖ หรือบุคคล และชุมชนตามมาตรา ๕๖ ของ รัฐธรรมนูญ จะอ้างสิทธิตามรัฐธรรมนูญในการจัดการ บำรุงรักษา ใช้ หรือได้ ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมได้โดยตรงหรือไม่เพียงใด หรือ ต้องปล่อยให้เป็นการอำนาจหน้าที่ของหน่วยงานของรัฐ และองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ซึ่งกฎหมายกำหนดอำนาจหน้าที่ให้เป็นผู้มีอำนาจหน้าที่ในการบำรุงรักษาทรัพยากร ธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมแต่ฝ่ายเดียว

ในการพิจารณาปัญหานี้ เราควรจะแยกประเภทแห่งสิทธิออกเป็น
๒ ประเภทคือ

- ก) สิทธิดั้งเดิมด้านทรัพยากรและสิ่งแวดล้อมของบุคคลซึ่งรวมกันเป็น ชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิม
- ข) สิทธิมีส่วนร่วมของบุคคลทั่วไปในด้านทรัพยากรและสิ่งแวดล้อมร่วมกับ รัฐและชุมชน เพื่อความปลอดภัยในการดำรงชีพ และคุณภาพชีวิตของตน

กรณีที่เป็นชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิม และการจัดการ บำรุงรักษา และการ ใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมนั้นเป็นไปเพื่อการรักษาความ สมดุลและยั่งยืน เพื่อประโยชน์ในการดำรงชีพตามปกติของชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิมนั้น ดังนั้นแม้ไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้โดยเฉพาะ บุคคลที่รวมกันเป็นชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิม นั้น ๆ ย่อมมีสิทธิจัดการ บำรุงรักษา และใช้ประโยชน์เพื่อการดำรงชีพตามปกติอย่าง

สมควรและยั่งยืนได้โดยตรงในฐานะที่เป็นสิทธิที่กฎหมายรัฐธรรมนูญคุ้มครองในฐานะเป็นสิทธิขั้นพื้นฐาน สิทธิชนิดนี้เป็นสิทธิจัดการ บำรุงรักษาและใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมในฐานะที่เป็นการจัดการธรรมดาในฐานะเป็นสิทธิดั้งเดิมของชุมชนตามรัฐธรรมนูญโดยตรง โดยบุคคลผู้ทรงสิทธิไม่จำเป็นต้องขอความยินยอม หรือขออนุญาตจากหน่วยงานของรัฐซึ่งมีอำนาจหน้าที่จัดการดูแลทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมในท้องถิ่นนั้นๆ อีก เป็นสิทธิที่ย่อมมีเฉพาะบุคคลที่เป็นสมาชิกของชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิม และเป็นสิทธิที่ไม่อาจจำหน่ายโอนกันได้ และการตีความความหมายของชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิม และขอบเขตแห่งสิทธิตามรัฐธรรมนูญต้องจำกัดอยู่เฉพาะความหมายใจกลางของมาตรา ๔๖ ของรัฐธรรมนูญ ตามหลักการตีความโดยจำกัดความ

ตัวอย่างเช่น ชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิมที่มีรากฐานการดำรงชีพในการจับปลาหรือเป็นหมู่บ้านชาวประมง เช่นหมู่บ้านชาวประมงที่มีมาแต่ดั้งเดิมในท้องที่ชายฝั่งทะเล หรือหมู่บ้านชาวเลที่ตั้งถิ่นฐานอยู่ในท้องถิ่นนั้นๆ มาเป็นเวลานานๆ ย่อมมีสิทธิที่จะจับปลาหาสัตว์น้ำและเก็บของป่าเพื่อการบริโภคและการค้าขายแลกเปลี่ยนในลักษณะที่เป็นรากฐานในการดำรงชีพตามสมควร แต่สิทธิเช่นนี้ย่อมจำกัดเฉพาะการจับปลาและสัตว์น้ำเพื่อใช้ในการดำรงชีพโดยตรง เพราะเป็นสิทธิทำกินที่มีมาแต่ดั้งเดิม ไม่รวมถึงการจับปลาและสัตว์น้ำในเชิงพาณิชย์ที่มุ่งแสวงหากำไรนอกเหนือจากการดำรงชีพตามแบบดั้งเดิมอันไม่ใช่สิทธิที่พอจะกล่าวได้ว่าได้เคยมีมาแต่ดั้งเดิมและย่อมตกทอดมาถึงปัจจุบัน การก่อสร้างโรงงานที่อยู่อาศัยและการใช้ที่ดินของชุมชนย่อมกระทำได้ตามจารีตประเพณี และอาจมีการปรับปรุงโดยการใช่วัตถุอุปกรณ์ที่เปลี่ยนแปลงไปตามยุคสมัยได้ แต่ต้องจำกัดเฉพาะในขอบเขตตามความจำเป็นในการดำรงชีพตามปกติ ซึ่งแม้จะมีพัฒนาการไปตามยุคสมัยบ้าง ก็ต้องอยู่ในขอบเขตอันสมควรของการดำรงชีพตามวิถีชีวิตของชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิมนั้น ๆ อย่างสมควรและยั่งยืนด้วย ไม่ใช่ขายความจนถึงขนาดนำเอาที่ดินของชุมชนดั้งเดิมไปใช้ในด้านพาณิชย์หรือการท่องเที่ยวที่เกินกว่าขอบเขต

ของการดำรงชีพตามปกติ ดังนี้ เป็นต้น ในทำนองเดียวกันชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิมที่อาศัย
ลุ่มน้ำ หรือภูเขาเป็นรากฐานในการดำรงชีพย่อมมีสิทธิในการจัดการ บำรุงรักษาและ
ใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติในเขตท้องที่ชุมชนของตนภายในขอบเขตที่
ถือได้ว่าเป็นการจัดการธรรมดา เช่นการเก็บผัก ฟืน เห็ด หรือหาของป่าตามจารีต
ประเพณีแห่งท้องถิ่นในทำนองเดียวกัน

ในทำนองกลับกัน หากเป็นกรณีที่หน่วยงานของรัฐจะดำเนินมาตรการ
ต่างๆ ตามอำนาจหน้าที่ที่มีโดยบทกฎหมาย หากการดำเนินการเหล่านั้นไม่กระทบ
ถึงสิทธิของบุคคลที่รวมกันเป็นชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิม เช่นการบำรุงรักษาป่า การ
พัฒนาทรัพยากรชายฝั่งทะเล หน่วยงานของรัฐย่อมมีอำนาจจัดการตามปกติ และหาก
จะร่วมมือกับชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิมซึ่งเป็นผู้มีส่วนได้เสียใกล้ชิดในเรื่องการจัดการ
ทรัพยากรและสิ่งแวดล้อม การเปิดโอกาสให้มีส่วนร่วม และการร่วมมือกันย่อม
จะเกิดประโยชน์สูงสุด

ส่วนที่พ้นไปจากขอบเขตของการจัดการ บำรุงรักษา และใช้ประโยชน์
อย่างสมดุลและยั่งยืนในแง่ที่เป็นการจัดการตามธรรมดาเพื่อบรรลุความมุ่งหมายตาม
รัฐธรรมนูญนั้น ถ้าเป็นการจัดการในลักษณะที่เกี่ยวกับการดำรงชีพ แต่มิได้จำเป็น
ถึงขั้นรากฐาน หรือเป็นการจัดการอันอาจกระทบต่อวัตถุประสงค์ของการคุ้มครอง
และได้ประโยชน์จากทรัพยากรและสิ่งแวดล้อมซึ่งมีกฎหมายเฉพาะกำหนด
หลักเกณฑ์หรือให้อำนาจหน่วยงานของรัฐไว้ หรือในทางกลับกัน กรณีที่รัฐ
ใช้อำนาจจัดการที่อาจกระทบต่อประโยชน์อันเป็นรากฐานสำคัญในการดำรงชีพ
ของชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิม ก็ต้องพิจารณาว่าประโยชน์อย่างใดสำคัญยิ่งหย่อนกว่ากัน
ระหว่างประโยชน์ที่จำเป็นในฐานะเป็นรากฐานในการดำรงชีพของชุมชนท้องถิ่น
ดั้งเดิม และประโยชน์อันเกิดจากการจัดการทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมเพื่อ
ประโยชน์ส่วนรวมของชาติหรือของภูมิภาค ถ้าประโยชน์ส่วนใดสำคัญยิ่งกว่าก็ควร
เป็นเขตอำนาจในการจัดการของฝ่ายนั้นฝ่ายเดียว

โดยในฝ่ายชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิมนั้นเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานที่รัฐธรรมนูญรับรอง ส่วนสิทธิของส่วนรวมหรือของภูมิภาคนั้นย่อมเป็นไปตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายในเรื่องนั้น ซึ่งอาจจำกัดสิทธิของฝ่ายชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิมได้ แต่จะลบล้างสิทธิของชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิมเสียทั้งหมดเลยนั้นทำไม่ได้ เช่นการวางท่อส่งก๊าซเดินสายไฟฟ้าแรงสูง ทำถนน หรือเส้นทางรถไฟ ผ่านเขตชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิมหากที่ดินนั้นๆ จำเป็นต่อชุมชนนั้นในฐานะที่เป็นรากฐานในการดำรงชีพของชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิม เช่นเป็นที่ตั้งวัดวาอาราม เป็นสุสานโบราณของชุมชน ซึ่งจะสำคัญเพียงใดต้องพิจารณาจากข้อเท็จจริงเฉพาะเรื่องๆ เป็นกรณีๆ ไป ดังนั้นหากปล่อยให้มีการดำเนินงานนั้นต่อไป ชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิมย่อมดำรงอยู่ไม่ได้ ส่วนในกรณีที่ประโยชน์อันเกิดแก่สังคมส่วนรวมสำคัญยิ่งใหญ่มากกว่าสิทธิของชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิม สิทธิของชุมชนย่อมถูกจำกัดตัดทอนลงได้ตามควร อย่างไรก็ตาม อย่างไรก็ดี แม้หน่วยงานของรัฐจะมีอำนาจทำได้ตามกฎหมายเฉพาะก็จะต้องดำเนินการผ่านกระบวนการที่บุคคลที่รวมกันเป็นชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิมได้มีส่วนร่วมอย่างใกล้ชิด และมีกระบวนการรับฟังที่พอเพียง และไม่ว่าอย่างไร หน่วยงานของรัฐก็จะใช้อำนาจจัดการถึงขนาดเป็นการลบล้างสิทธิของชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิมไม่ได้ เว้นแต่ชุมชนนั้นจะให้ความยินยอม และในการนี้ ชุมชนนั้นต้องได้รับการชดเชยตามควรด้วย

แต่ถ้าเป็นกรณีที่ไม่ชัดเจน หรือไม่อาจกำหนดแน่ได้ว่าประโยชน์สำคัญฝ่ายใดยิ่งย่อนกว่ากัน กล่าวคือเป็นกรณีขัดกันระหว่างสิทธิชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิมและสิทธิส่วนรวมของชาติหรือของภูมิภาค กรณีย่อมต้องถือว่าประโยชน์ของชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิมอันเป็นประโยชน์ที่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายรัฐธรรมนูญยอมมาก่อน ส่วนกรณีที่หน่วยงานของรัฐจะมีอำนาจจัดการจะมีได้ก็ต่อเมื่อพิสูจน์ให้เห็นได้ว่า ประโยชน์ของส่วนรวมหรือของภูมิภาคสำคัญยิ่งใหญ่มากกว่า และมีการตรากฎหมายให้อำนาจหน่วยงานของรัฐสำหรับเรื่องนั้นไว้ และต้องจ่ายค่าชดเชยให้แก่ชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิมด้วย

สำหรับสิทธิของบุคคลทั่วไปที่มีได้ร่วมกันเป็นชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิม และรัฐธรรมนูญรับรองให้มีสิทธิมีส่วนร่วมกับรัฐและชุมชนในด้านทรัพยากร และสิ่งแวดล้อม เพื่อความปลอดภัยในการดำรงชีพและคุณภาพชีวิตของตนนั้น ย่อมมีสิทธิในฐานะที่เป็นสิทธิเสริมขึ้นจากสิทธิเสรีภาพในชีวิตร่างกายและทรัพย์สิน ดังที่กล่าวมาแล้วใน ๓.๑ โดยใช้สิทธิหวงกั้นการสอดเข้าเกี่ยวข้องหรือขจัดปิดเป่าการรบกวนสิทธิโดยมิชอบได้ และย่อมมีสิทธิเรียกร้องให้หน่วยงานของรัฐ โดยเฉพาะอย่างยิ่งหน่วยงานส่วนท้องถิ่น และหน่วยงานของรัฐอื่นซึ่งมีอำนาจหน้าที่ในการคุ้มครองดูแล และบำรุงรักษาทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมให้ปฏิบัติตามอำนาจหน้าที่ของตน ดังที่กล่าวมาแล้วใน ๓.๒ ได้ด้วย

ตัวอย่างกรณีที่เคยเกิดเป็นข้อพิพาทเกี่ยวกับสิทธิชุมชนในทรัพยากรและสิ่งแวดล้อมมาแล้วก็คือกรณีข้อพิพาทอันเกิดจากการวางท่อขนส่งก๊าซของการปิโตรเลียมแห่งประเทศไทย ซึ่งมีกลุ่มอนุรักษ์สิ่งแวดล้อมจำนวนหนึ่งเข้าขัดขวางการดำเนินการตัดฟันต้นไม้และวางระบบขนส่งดังกล่าวเมื่อเดือนมีนาคม ๒๕๔๑ เป็นเหตุให้มีการจับกุมบุคคลเหล่านั้นดำเนินคดีด้วยข้อหาขัดขวางการกระทำของการปิโตรเลียมแห่งประเทศไทย และส่วนหนึ่งของข้อโต้แย้งของฝ่ายผู้ถูกดำเนินคดีได้อ้างหลักสิทธิชุมชนขึ้นต่อสู่ว่า บทบัญญัติมาตรา ๓๐ และมาตรา ๕๑ แห่งพระราชบัญญัติการปิโตรเลียมแห่งประเทศไทย พ.ศ. ๒๕๒๑ ซึ่งให้อำนาจการปิโตรเลียมแห่งประเทศไทยเข้าดำเนินการรื้อถอนอาคาร ทำลายสิ่งก่อสร้าง ตัดฟันต้นไม้ในเขตระบบการขนส่งปิโตรเลียมทางท่อได้ โดยต้องบอกกล่าวล่วงหน้าและเปิดโอกาสให้เจ้าของหรือผู้ครอบครองยื่นคำร้องแสดงเหตุที่ไม่สมควรไปยังคณะกรรมการการปิโตรเลียมฯ เพื่อวินิจฉัยต่อไป และกำหนดให้ผู้ขัดขวางการกระทำของการปิโตรเลียมแห่งประเทศไทยเป็นความผิดอาญา นั้นเป็นบทบัญญัติที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญมาตรา ๔๖

ในปัญหาดังกล่าวนี้ ศาลรัฐธรรมนูญได้วินิจฉัยว่า “บทบัญญัติใน รัฐธรรมนูญมาตรา ๔๖ เป็นการบัญญัติรับรองสิทธิของบุคคลซึ่งรวมกันเป็นชุมชน ท้องถิ่นดั้งเดิม ชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิมดังกล่าวต้องมีสิทธิอนุรักษ์ หรือฟื้นฟูจารีต ประเพณี ภูมิปัญญาท้องถิ่น ศิลปะ หรือวัฒนธรรมอันดีของท้องถิ่นและของชาติ มีส่วนร่วมในการจัดการ การบำรุงรักษา และการใช้ประโยชน์จากทรัพยากร ธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม ทั้งนี้ตามที่กฎหมายบัญญัติ แต่ปัจจุบันยังไม่มีกฎหมาย บัญญัติถึงสิทธิของบุคคลซึ่งรวมกันเป็นชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิมไว้เป็นการเฉพาะ กรณี จึงถือได้ว่าการที่พระราชบัญญัติการปิโตรเลียมฯ มาตรา ๓๐ ให้อำนาจ ปตท. เข้าไป ดำเนินการในการวางระบบขนส่งปิโตรเลียมทางท่อซึ่งเป็นการดำเนินการเพื่อ ประโยชน์สาธารณะ โดยการขอให้ใช้พื้นที่ของเอกชนในชุมชนนั้นเท่าที่จำเป็นโดย มีการบอกกล่าวล่วงหน้า และเปิดโอกาสให้เจ้าของหรือผู้ครอบครองอสังหาริมทรัพย์ ยื่นคำร้องแสดงเหตุที่ไม่สมควรไปยังคณะกรรมการเพื่อวินิจฉัยได้นั้น มิได้ขัดหรือ แย้งต่อรัฐธรรมนูญมาตรา ๔๖” ส่วนมาตรา ๕๓ ที่บัญญัติเรื่องการกำหนดโทษแก่ ผู้จัดวางนั้น ศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่าเป็นบทกำหนดโทษแก่ผู้จัดวางการกระทำ ตามกฎหมายของ ปตท. จึงไม่ได้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญมาตรา ๔๖ ด้วย^{๒๑}

คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญข้างต้นเป็นเพียงแต่คำวินิจฉัยว่า บทบัญญัติ แห่งกฎหมายตามพระราชบัญญัติการปิโตรเลียมแห่งประเทศไทย พ.ศ. ๒๕๒๑ ขัดหรือแย้งต่อมาตรา ๔๖ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยหรือไม่ โดยให้ เหตุผลเพียงว่า “ปัจจุบันยังไม่มีกฎหมายบัญญัติถึงสิทธิของบุคคลซึ่งรวมกันเป็น ชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิมไว้เป็นการเฉพาะ กรณีจึงถือได้ว่า.....นั้นไม่ได้ขัดหรือแย้ง ต่อรัฐธรรมนูญ” ด้วยความเคารพต่อคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญข้างต้น ผู้วิจัย เห็นว่าการให้เหตุผลดังกล่าวยังไม่เพียงพอ การพิจารณาปัญหาว่ากฎหมายที่ให้ อำนาจการปิโตรเลียมฯ ดำเนินการวางท่อขนส่งก๊าซนั้นขัดต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ แท้ที่จริงเป็นการพิจารณาปัญหาในประเด็นที่ว่า บทบัญญัตินี้ดังกล่าวได้คำนึงหรือเปิด ช่องหรือกำหนดให้มีกลไกคุ้มครองสิทธิของชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิมหรือไม่ ไม่ใช่

ปัญหาว่าได้มีกฎหมายบัญญัติถึงสิทธิของบุคคลซึ่งรวมกันเป็นท้องถิ่นดั้งเดิมไว้เป็น การเฉพาะหรือไม่ เพราะแม้มีกฎหมายเฉพาะกำหนดไว้ให้ชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิมมี อำนาจคุ้มครองดูแล และบำรุงรักษาทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม ก็ยัง ไม่อาจกล่าวได้ว่า พ.ร.บ. การปิโตรเลียมฯ ขัดต่อรัฐธรรมนูญ นอกจากนั้น ในขณะที่ ศาลวินิจฉัยคดีนี้เมื่อ พ.ศ. ๒๕๔๕ นั้นกฎหมายได้กำหนดองค์การบริหารส่วนตำบล ย่อมมีอำนาจหน้าที่ในการคุ้มครองดูแล และบำรุงรักษาทรัพยากรธรรมชาติและ สิ่งแวดล้อม ตามมาตรา ๖๗ (๗) แห่ง พ.ร.บ. สถาปนาและองค์การบริหาร ส่วนตำบล พ.ศ. ๒๕๓๗ อยู่แล้ว กรณีจึงมีประเด็นต้องพิจารณาว่า หากองค์การ บริหารส่วนตำบลนั้นมีลักษณะเป็นชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิมอยู่ด้วย ก็ไม่ใช่เหตุที่จะ อ้างได้ว่ามาตรา ๓๐ แห่ง พ.ร.บ. การปิโตรเลียมฯ ขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญอยู่ดี

อันที่จริงปัญหาข้อพิพาทดังกล่าว เป็นปัญหาว่า การใช้อำนาจหน้าที่ของ ปตท. ได้กระทำไปโดยละเมิดต่อสิทธิขั้นพื้นฐานของชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิมอันมีอยู่ ตามรัฐธรรมนูญ และสิทธิในการขัดขวางการสอดเข้าเกี่ยวข้องกับสิทธิอันมีมาตาม จารีตประเพณีโดยมิชอบตามหลักกฎหมายทั่วไป คือตามมาตรา ๑๓๓๖ หรือ มาตรา ๑๓๓๔ ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์หรือไม่ และบุคคลผู้อ้างสิทธิ อันได้แก่ กลุ่มอนุรักษ์ธรรมชาติที่คัดค้านการวางท่อก๊าซจัดเป็นบุคคลซึ่งรวมกันเป็นชุมชน ท้องถิ่นดั้งเดิมหรือไม่ หรือเป็นบุคคลทั่วไปซึ่งมีสิทธิขัดขวางการกระทำต่อ ทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมที่กระทบต่อความปลอดภัย หรือคุณภาพชีวิต ของตนหรือไม่ และด้วยเหตุนี้ ประเด็นปัญหาจึงมีไต่อยู่ที่ว่ากฎหมาย ปตท. ขัดต่อ รัฐธรรมนูญหรือไม่ แต่ปัญหาน่าจะอยู่ที่ประเด็นว่าการใช้สิทธิขัดขวางการดำเนิน การของ ปตท. เป็นสิทธิโดยชอบหรือไม่ และระหว่างอำนาจตามกฎหมายของ ปตท. กับสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชน กฎหมายรัฐธรรมนูญมุ่งให้ความคุ้มครอง ประโยชน์ของฝ่ายใดยิ่งหย่อนกว่ากันเพียงใด เพราะเหตุใดมากกว่า ซึ่งน่าเสียดายที่ ศาลรัฐธรรมนูญจำกัดการพิจารณาเพียงว่า พ.ร.บ. การปิโตรเลียมฯ ขัดต่อ

รัฐธรรมนูญหรือไม่ โดยมีได้วินิจฉัยต่อไปด้วยว่า การปรับใช้บทบัญญัติดังกล่าวต่อ
กรณีที่เกิดพิพาทกันนั้นจะขัดต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ ซึ่งเป็นปัญหาคณะประเด็นกัน

เชิงอรรถ

- ๑ โปรดดู ประมวลกฎหมายที่ดิน พ.ศ. ๒๔๕๗ มาตรา ๑ มาตรา ๒ และมาตรา ๘
- ๒ โปรดดูมาตรา ๔ (๑) พ.ร.บ. ป่าไม้ พ.ศ. ๒๔๘๔
- ๓ โปรดดู พ.ร.บ. ป่าสงวนแห่งชาติ พ.ศ. ๒๕๐๗ มาตรา ๖ และ มาตรา ๑๐
- ๔ โปรดดู พ.ร.บ. อุทยานแห่งชาติ พ.ศ. ๒๕๐๔ มาตรา ๖ และมาตรา ๕
- ๕ โปรดดู พ.ร.บ. แร่ พ.ศ. ๒๕๑๐ มาตรา ๔ และมาตรา ๔๓
- ๖ โปรดดู พ.ร.บ. ปิโตรเลียม พ.ศ. ๒๕๑๔ มาตรา ๒๓
- ๗ โปรดดู นิยามความหมายของ “สิ่งแวดล้อม” ตามความในมาตรา ๔ แห่งพระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ พ.ศ. ๒๕๓๕
- ๘ ดังเช่นในมาตรา ๒ แห่งประมวลกฎหมายที่ดิน พ.ศ. ๒๔๕๗ ซึ่งกำหนดว่า “ที่ดินซึ่งมิได้ตกเป็นกรรมสิทธิ์ของบุคคลหนึ่งบุคคลใดให้อือว่าเป็นของรัฐ” และมาตรา ๔ (๑) แห่ง พ.ร.บ. ป่าไม้ พ.ศ. ๒๔๘๔ กำหนดว่า “ป่า” หมายความว่า ที่ดินซึ่งยังมิได้มีบุคคลได้มาตามกฎหมายที่ดิน และโดยนัยนี้จึงมีฐานะเป็นทรัพย์สินของแผ่นดินด้วย
- ๙ อย่างไรก็ดี ตามระบบกฎหมายไทย ไม่มีการระบุว่าแร่เป็นของรัฐ เพียงแต่กำหนดให้ ผู้ทำเหมืองต้องขออนุญาตและปฏิบัติตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนด ต้องเสียค่าภาคหลวงเสมือนเป็นค่าใช้ทรัพยากรธรรมชาติประหนึ่งแร่เป็นของรัฐ โปรดดูคำชี้แจงของผู้แทนกรมทรัพยากรธรณี

โดยนาย นกคด มั่นพะจิตร อธิบดีและคณะฯ ซึ่งแจ้งต่อศาลรัฐธรรมนูญในคำวินิจฉัยศาล
รัฐธรรมนูญที่ ๕๕/๒๕๔๕ (วันที่ ๒๖ พฤศจิกายน ๒๕๔๕) ข้อ ๓.๑

๑๐ ตัวอย่างเช่น พ.ร.บ. แร่ พ.ศ. ๒๕๔๐ มาตรา ๔๓ ห้ามมิให้ผู้ใดทำเหมืองในที่ใดไม่ว่าที่
ซึ่งทำเหมืองนั้นจะเป็นสิทธิของบุคคลใดหรือไม่ เว้นแต่จะได้รับประทานบัตรช่วยคราวหรือ
ประทานบัตร หรือ พ.ร.บ. ป่าไม้ พ.ศ. ๒๔๘๔ มาตรา ๑๑ กำหนดว่า ผู้ใดทำไม้ หรือทำอันตราย
ด้วยประการใด ๆ แก่ไม้หวงห้าม ต้องได้รับอนุญาตจากพนักงานเจ้าหน้าที่หรือได้รับสัมปทานตาม
ความในพระราชบัญญัตินี้ และต้องปฏิบัติตามข้อกำหนดในกฎกระทรวงหรือในการอนุญาต และ
พ.ร.บ. การประมง พ.ศ. ๒๔๕๐ ก็อาศัยหลักการเดียวกัน

๑๑ ตัวอย่างเช่น สิทธิของบุคคลในทรัพย์สินตามมาตรา ๔๘ ของรัฐธรรมนูญ พ.ศ. ๒๕๔๐
อาจถูกจำกัดได้ตามที่กฎหมายบัญญัติ และเป็นที่ยอมรับกันว่าเหตุผลในการคุ้มครองทรัพยากรและ
สิ่งแวดล้อมเป็นเหตุในการจำกัดขอบเขตสิทธิทางทรัพย์สินที่สำคัญ หรือตัวอย่างเรื่องการเว้นคืน
อสังหาริมทรัพย์ซึ่งปกติจะทำได้เว้นแต่จะมีเหตุผลที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ในมาตรา ๔๕ ซึ่งใน
จำนวนนั้นมีเหตุผลเพื่อการได้มาซึ่งทรัพยากรธรรมชาติ และการส่งเสริมคุณภาพสิ่งแวดล้อม
รวมอยู่ด้วย นอกจากนี้ การรักษาทรัพยากรธรรมชาติหรือสิ่งแวดล้อม ก็เป็นเหตุที่จะจำกัดเสรีภาพ
ในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพและการแข่งขันโดยเสรีอย่างเป็นธรรมตามมาตรา ๕๐
วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญ พ.ศ. ๒๕๔๐ ด้วย

๑๒ เห็นได้จาก พ.ร.บ. องค์การบริหารส่วนจังหวัด พ.ศ. ๒๕๔๐ มาตรา ๔๕ และ พ.ร.บ.
สภาพัฒนและองค์การบริหารส่วนตำบล พ.ศ. ๒๕๓๗ แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. ๒๕๔๖ มาตรา ๖๗
(๓) เป็นต้น

๑๓ ดันคิดในเรื่องนี้คือ Georg Jellinek, System der subjektiven oeffentlichen Rechte, 1905, s.132.

๑๔ คำพิพากษาฎีกาที่ ๑๓๐/๒๔๕๐

๑๕ คำพิพากษาฎีกาที่ ๑๐๓/๒๔๕๓

๑๖ คำพิพากษาฎีกาที่ ๑๓๕๓/๒๔๕๘

๑๗ คำพิพากษาฎีกาที่ ๑๓๑/๒๕๐๔

๑๘ คำพิพากษาฎีกาที่ ๓๐๔๗/๒๕๓๑

๑๙ แนวคิดนี้ได้รับการสนับสนุนโดยนักปราชญ์ชาวเยอรมัน ชื่อ Ernst Forsthoff, Die Verwaltung als Leistungsträger, 1938, s.42ff และได้รับการยอมรับอย่างกว้างขวางในเวลาต่อมา

๒๐ โปรดดูคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด ที่ พ.๑๓/๒๕๔๗ ระหว่างนายเฉลา ทิมทอง ในฐานะตัวแทนชาวบ้านคลองด่าน สมุทรปราการ กับรัฐมนตรีกระทรวงมหาดไทย

๒๑ โปรดดู คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ ๖๒/๒๕๔๕ ลงวันที่ ๑๗ ธันวาคม พ.ศ. ๒๕๔๕

บทที่ ๓

บทสรุป และข้อเสนอแนะ

สิทธิของบุคคลซึ่งรวมกันเป็นชุมชนเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานที่รัฐธรรมนูญ พ.ศ. ๒๕๔๐ ได้รับรองไว้อย่างแข็งขัน แต่เนื่องจากยังขาดความเข้าใจ และยังมีได้มี การพัฒนาองค์ความรู้ทางกฎหมายเกี่ยวกับสิทธิของบุคคลซึ่งรวมกันเป็นชุมชนอย่าง จริงจัง ทำให้การวินิจฉัยคดีข้อพิพาทในเรื่องที่มีการหยิบยกลสิทธิชุมชนขึ้นอ้างเป็น ข้อต่อสู้เป็นไปด้วยความยากลำบาก และขาดความชัดเจน เป็นเหตุให้การยุติ ข้อพิพาทที่เกิดขึ้นไม่ได้รับการยอมรับ หรือไม่เกิดความมั่นใจที่จะนำข้อพิพาทขึ้นสู่ การพิจารณาของศาล และเป็นเหตุให้ความขัดแย้งในสังคมยืดเยื้อ และลุกลามไปโดยไม่ ได้รับการแก้ไข จนอาจกลายเป็นการบั่นทอนความมั่นคงทางสังคมได้

งานศึกษาวิจัยนี้ได้ทำการศึกษาปัญหาว่า “ชุมชน” คืออะไร และพบว่า ชุมชนเป็นหน่วยสังคมที่เกิดจากหมู่คณะที่ดำรงอยู่โดยมีสายสัมพันธ์ระหว่างกัน ตามธรรมชาติและย่อมมีสภาพบุคคลคือมีสิทธิและอำนาจหน้าที่ได้ตามสภาพ ความเป็นจริง เกิดจากการที่คณะบุคคลมาดำเนินชีวิตอยู่ร่วมกันตามขนบธรรมเนียม หรือจารีตประเพณี และโดยปกติย่อมถือเอาท้องที่ใดท้องที่หนึ่งเป็นหลักแหล่งใน การดำเนินวิถีชีวิต โดยมีเป้าหมายเฉพาะเจาะจง แต่มีความผูกพันระหว่างกัน และมีการตัดสินใจร่วมกันอย่างมีแบบแผนเป็นกิจจะลักษณะ ชุมชนจึงต่างจากหมู่ คณะอื่นเช่นสมาคมตรงที่ชุมชนเป็นการดำเนินวิถีชีวิตร่วมกันแบบเป็นไปเอง (Spontaneous Order) แต่สมาคมเป็นการรวมกันโดยมีวัตถุประสงค์ตามที่ตกลงกัน หรือจัดตั้งกันขึ้นอย่างจงใจ (Artificial Order) และต่างจากองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น

ซึ่งโดยทั่วไปมักมีขึ้นจากการกำหนดเขตปกครองท้องถิ่นเพื่อประโยชน์ในการปกครองหรือการบริหารราชการของรัฐ

การยอมรับความมีอยู่ของชุมชนในฐานะผู้ทรงสิทธิส่วนรวม (Collective Rights) นั้นมีมาในระบบกฎหมายต่างๆ แต่ดั้งเดิม แต่เมื่อเกิดรัฐสมัยใหม่ และกรรมสิทธิ์เอกชนและลัทธิปัจเจกชนนิยมซึ่งเน้นสิทธิของเอกชนขยายตัวมีบทบาทสำคัญมากขึ้น บดบังและทำให้สถานะของชุมชนและสิทธิส่วนรวมตกต่ำลงในสมัยใหม่ จนมีการรื้อฟื้นขึ้นมาใหม่ในช่วงปลายศตวรรษที่ ๑๙ ในรูปของทฤษฎีนิติบุคคลโดยสภาพ และเมื่อเกิดแนวคิดเรื่องสิทธิปกครองตนเอง (Self-Government) สิทธิของชนชาติส่วนน้อย (Minorities) สิทธิของชนชาวพื้นเมือง (Indigenous Peoples) การคุ้มครองสิทธิมนุษยชน และประชาธิปไตยแบบมีส่วนร่วมขึ้นในศตวรรษที่ ๒๐ การรับรองสถานะและสิทธิของบุคคลซึ่งรวมกันเป็นชุมชนจึงได้รับการยอมรับ และมีความเข้มแข็งขึ้นในระดับนานาชาติอีกครั้งหนึ่ง

การคุ้มครองสิทธิของบุคคลที่รวมกันเป็นชุมชนตามรัฐธรรมนูญของไทย มีด้วยกันหลายประเภท คือชุมชน (มาตรา ๕๖) ชุมชนท้องถิ่น(มาตรา ๕๕ วรรคแรก) ชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิม (มาตรา ๔๖) ทั้งนี้โดยชุมชนโดยทั่วไปจะต้องมีลักษณะสำคัญ ๕ ประการดังนี้

(๑) ชุมชนต้องมีลักษณะเป็นการอยู่ร่วมกันของบุคคลหลายคนเป็นคณะบุคคล โดยมีจำนวนมากพอที่จะดำเนินวิถีชีวิตเป็นหมู่คณะตามปกติและพึ่งตัวเองได้อย่างมีอัตลักษณ์ (identity) ในทางสังคมหรือวัฒนธรรมของตนเอง แยกต่างหากจากชุมชนหรือกลุ่มชนอื่นได้ โดยอาศัยความสมดุลและยั่งยืนในสิ่งแวดล้อมหรือทรัพยากรตามธรรมชาติหรือรากเหง้าทางวัฒนธรรมเป็นฐานแห่งการดำรงชีพ

(๒) การอยู่ร่วมกันของบุคคลเหล่านั้นต้องมีลักษณะเป็นการดำเนินวิถีชีวิตร่วมกันโดยมีความสำนึกในความสัมพันธ์เป็นกลุ่มก้อนระหว่างกันอย่างต่อเนื่องและมีการสืบสายชุมชนต่อไปโดยไม่จำกัดระยะเวลา

(๓) ลักษณะของการดำเนินชีวิตหรือกิจวัตรร่วมกันดังกล่าวต้องเป็นไปโดยความสมัครใจ ไม่มีการบังคับ

(๔) การดำเนินชีวิตร่วมกันในชุมชนต้องมีรูปแบบหรือข้อบังคับที่แน่นอนและเป็นกิจจะลักษณะอย่างใดอย่างหนึ่ง ซึ่งอย่างน้อยต้องมีเวทีสำหรับแลกเปลี่ยนความคิดเห็นหรือมีแบบแผนในการติดต่อสื่อสารและมีปฏิสัมพันธ์โต้ตอบระหว่างกัน

(๕) ชุมชนจะต้องมีการจัดองค์กร มีผู้ทำหน้าที่จัดการหรือมีวิธีการจัดการร่วมกันอย่างใดอย่างหนึ่งในนามของชุมชนซึ่งสามารถแสดงออกให้เป็นที่รับรู้แก่สาธารณชนได้ ทั้งนี้ไม่ว่าจะต้องมีรูปแบบการจัดองค์กรหรือการจัดการอย่างใดอย่างหนึ่งโดยเฉพาะ

ยิ่งไปกว่านั้น สำหรับชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิมยังต้องมีลักษณะพิเศษเพิ่มเติมอีก ๒ ประการคือ ประการแรก ต้องมีวิถีชีวิตแบบพื้นบ้าน และประการต่อมา ต้องคงวิถีชีวิตแบบดั้งเดิม โดยมิได้หันมาดำเนินวิถีชีวิตแบบคนส่วนใหญ่ในชาติหรือในพื้นที่ปกครองที่ตนสังกัดอยู่

โดยที่รัฐธรรมนูญที่คุ้มครองชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิมนั้นมุ่งคุ้มครองความหลากหลายทางวัฒนธรรมและภูมิปัญญาท้องถิ่นดั้งเดิม และคุ้มครองความสมดุลยั่งยืนในการบำรุงรักษาและใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมให้เป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพด้วยการส่งเสริมการมีส่วนร่วมของชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิม

ประกอบกับการที่ประเทศไทยได้เข้าเป็นภาคีในกติกาสากลว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ค.ศ. ๑๙๖๖ มีผลบังคับแก่ประเทศไทยเมื่อ ๓๐ มกราคม พ.ศ. ๒๕๔๐ และเข้าเป็นภาคีในกติกาสากลว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม ค.ศ. ๑๙๖๖ โดยมีผลบังคับแก่ประเทศไทยเมื่อ ๕ ธันวาคม พ.ศ. ๒๕๔๒ และต่อมาได้เข้าเป็นภาคีในอนุสัญญาว่าด้วยการกำจัดการเลือกปฏิบัติต่อเชื้อชาติในทุกรูปแบบ ค.ศ. ๑๙๖๕ มีผลบังคับแก่ประเทศไทยเมื่อ ๒๑ กุมภาพันธ์ พ.ศ. ๒๕๔๖ ผลของข้อผูกพันระหว่างประเทศเหล่านี้ ทำให้ความหมายของชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิมเกินความกว้างครอบคลุมไปถึงชนชาวไทยที่รวมกันเป็นชุมชนของชนชาติส่วนน้อยด้วย และย่อมครอบคลุมไปถึงชุมชนท้องถิ่นที่ดำรงอยู่ไม่ว่าก่อนหรือหลังการประกาศใช้รัฐธรรมนูญ พ.ศ. ๒๕๔๐ ชุมชนเหล่านี้ย่อมนับว่าเป็นชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิมได้หากปรากฏว่าได้ดำเนินวิถีชีวิตแบบดั้งเดิมในความหมายแบบวิถีชีวิตพื้นบ้านที่อยู่ร่วมกันภายใต้ความเชื่อในความมีรากเหง้าทางจารีตประเพณี วัฒนธรรม ความเป็นมา หรือเทือกเถาเหล่ากอร่วมกัน หรืออาศัยแหล่งทรัพยากรหรือสิ่งแวดล้อมเป็นฐานสำคัญในการดำเนินวิถีชีวิตและดำรงชีพร่วมกัน และยังคงดำเนินวิถีชีวิตแบบดั้งเดิมอยู่ในสภาพแวดล้อมทางสังคม เศรษฐกิจ และวัฒนธรรมที่ตกทอดมาแต่เดิม โดยมีได้หันมาดำเนินวิถีชีวิตแบบคนส่วนใหญ่ในสังคมใหญ่ที่ตนสังกัดอยู่

ในแง่ของผู้ทรงสิทธินั้น สิทธิของบุคคลที่รวมกันเป็นชุมชนย่อมเป็นสิทธิของเอกชนแต่ละคน (Individual Rights) แต่ขณะเดียวกันการคุ้มครองสิทธิของบุคคลเอกชนย่อมครอบคลุมไปถึงการคุ้มครองสิทธิของคณะบุคคลที่เกิดจากการที่เอกชนแต่ละคนมารวมกันเพื่อทำกิจการอย่างใดอย่างหนึ่งร่วมกันด้วย และในกิจการบางอย่างซึ่งเอกชนแต่ละคนไม่อาจกระทำได้ลำพังตัว หรือต้องอาศัยคณะบุคคลเป็นผู้ดำเนินการ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการที่บุคคลรวมกันเป็นชุมชนก็เพื่อให้สามารถดำเนินชีวิตตามแบบแผน จารีตประเพณีและวัฒนธรรมที่ตนเชื่อถือหรือเห็นคุณค่าร่วมกัน หรืออาศัยทรัพยากรหรือสิ่งแวดล้อมเป็นฐานในการดำรงชีพหรือเป็นฐานแห่งคุณภาพชีวิต

ร่วมกัน อันเป็นกิจการที่บุคคลแต่ละคนต้องทำร่วมกัน ไม่อาจบรรลุผลได้ถ้าพึ่งตน ดังนั้นการคุ้มครองสิทธิของเอกชนแต่ละคนในกรณีที่ทำร่วมกันเป็นชุมชนจะสำเร็จ ประโยชน์แก่เอกชนแต่ละคนได้ก็ต่อเมื่อการคุ้มครองนั้นครอบคลุมไปถึงสิทธิของ หมู่คณะหรือชุมชนในรูปสิทธิส่วนรวม หรือสิทธิรวมหมู่ (Collective Rights) ด้วย ดังนั้นสิทธิของบุคคลที่รวมกันเป็นชุมชนจึงมีได้ทั้งที่เป็นสิทธิของเอกชนแต่ละคน และสิทธิของชุมชนเป็นส่วนรวม

อย่างไรก็ดี สิทธิของบุคคลที่รวมกันเป็นชุมชนที่รัฐธรรมนูญรับรองให้เป็น สิทธิขั้นพื้นฐานนี้ ต่างจากการวางหลักประกันอำนาจหน้าที่ในการปกครอง ตนเองแก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น เพราะสิทธิของบุคคลที่รวมกันเป็นชุมชน เป็นหลักประกันสิทธิขั้นพื้นฐานตามรัฐธรรมนูญที่มุ่งให้มีแก่บุคคลธรรมดา หรือ คณะบุคคล แต่อำนาจหน้าที่ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเป็นหลักประกัน ความเป็นอิสระในการปกครองตนเองของหน่วยงานของรัฐโดยมิได้คำนึงถึง ข้อเท็จจริงว่าองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นจะเกิดจากบุคคลรวมกันเป็นชุมชนหรือไม่ ดังนั้นจึงไม่อาจถือได้ว่าองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเป็นชุมชน และแม้องค์กร ปกครองส่วนท้องถิ่นจะมีอำนาจหน้าที่ในการคุ้มครองดูแลทรัพยากรธรรมชาติและ สิ่งแวดล้อม ก็ไม่อาจนับว่าองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเป็นผู้ทรงสิทธิชุมชน

ลักษณะสำคัญของสิทธิของบุคคลที่รวมกันเป็นชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิมก็คือ สิทธิที่จะ “รักษาเอกลักษณ์ทางจาริตประเพณี ภูมิปัญญา และวัฒนธรรมอันดี ของตน” ไว้ หรือสิทธิที่จะ “ดำรงความแตกต่างทางจาริตประเพณีและวัฒนธรรม ของชุมชนของตน” ซึ่งต่างจากชนส่วนใหญ่ในท้องถิ่นหรือในภูมิภาคที่ตนอาศัยอยู่ นั้น ทั้งนี้โดยวัฒนธรรมอันดีหมายถึงแบบแผนทางวัฒนธรรมซึ่งบุคคลที่รวมกันเป็น ชุมชนนั้นมีสำนึกร่วมกันว่าเป็นรากฐานแห่งการดำเนินวิถีชีวิตร่วมกัน แต่ทั้งนี้ จะต้องเป็นแบบแผนทางวัฒนธรรมที่ไม่เป็นการจำกัดคัดสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคล โดยปราศจากความยินยอม และต้องไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดี

และบุคคลที่รวมกันเป็นชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิมย่อมมีสิทธิในการอนุรักษ์และฟื้นฟู จารีตประเพณีและวัฒนธรรมอันดีออกเป็นสองแบบ คือสิทธิที่เกี่ยวกับจารีตประเพณี และวัฒนธรรมอันดีของท้องถิ่น โดยแท้ กับสิทธิเกี่ยวกับจารีตประเพณีและ วัฒนธรรมโดยปริยาย

ในแง่ของการคุ้มครองสิทธิในการอนุรักษ์หรือฟื้นฟูจารีตประเพณี ภูมิปัญญาท้องถิ่น หรือวัฒนธรรมอันดีของท้องถิ่นนั้น รัฐหรือหน่วยงานของรัฐ จะต้องควั่นไม่ทำการใดๆ ต่อบุคคลที่รวมกันเป็นชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิม ในทางที่เป็น การละเลย หรือมองข้ามหรือไม่ยอมรับในความมีอยู่หรือไม่เคารพต่อการดำรงอยู่ ของบุคคลในฐานะที่เป็นสมาชิกของชุมชนนั้นๆ หรือต่อการดำเนินชีวิตตามจารีต ประเพณี ภูมิปัญญาท้องถิ่น และวัฒนธรรมอันดีของท้องถิ่น หรือใช้คุณค่าอย่างอื่น นอกเหนือจากจารีตประเพณี หรือวัฒนธรรมของชุมชนมาเป็นเครื่องประเมินคุณค่า ของบุคคลนั้น นอกจากนั้นรัฐและหน่วยงานของรัฐจะต้องละเว้นจากการจำกัด ล่วงละเมิด หรือพยายามกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใดให้การอนุรักษ์และฟื้นฟู ประเพณี ภูมิปัญญาและวัฒนธรรมของบุคคลที่รวมกันเป็นชุมชนท้องถิ่นเกิดขัดข้อง ระงับหรือสลายไปโดยปราศจากเหตุอันควร

ในทางกลับกันบุคคลที่รวมกันเป็นชุมชนย่อมมีสิทธิขัดขวางหรือ ปลดเปลื้องการที่รัฐหรือผู้อื่นสอดเข้าเกี่ยวข้องกับการอนุรักษ์ฟื้นฟูจารีตประเพณี ภูมิปัญญาท้องถิ่น หรือวัฒนธรรมอันดีของท้องถิ่นโดยมิชอบ อันเป็นสิทธิตามหลัก คุ้มครองสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานทั่วไปตามรัฐธรรมนูญ ส่วนการที่กฎหมาย รัฐธรรมนูญรับรองให้มีสิทธิต่างๆ ทั้งนี้ตามที่กฎหมายบัญญัตินั้นหมายถึงเพียงคำว่า บุคคลย่อมไม่มีสิทธิที่จะเรียกร้องให้รัฐกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งเพื่อสนับสนุน การอนุรักษ์ฟื้นฟูจารีตประเพณี ภูมิปัญญาท้องถิ่น เว้นแต่จะเป็นกรณีที่มีกฎหมาย บัญญัติรับรองสิทธิเช่นนั้นไว้เท่านั้น

สิทธิของบุคคลที่รวมกันเป็นชุมชนที่สำคัญอีกประการหนึ่งก็คือสิทธิมีส่วนร่วมในการบำรุงรักษาและได้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม ซึ่งแบ่งออกเป็นสิทธิร่วมจัดการและใช้หรือได้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมในฐานะที่เป็นสิทธิที่เสริมขึ้นมาจากสิทธิเสรีภาพในชีวิตร่างกายและทรัพย์สินอย่างหนึ่ง กับสิทธิที่จะเรียกให้หน่วยงานของรัฐปฏิบัติตามกฎหมายอีกอย่างหนึ่ง

สำหรับสิทธิร่วมจัดการและใช้หรือได้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมในฐานะที่เป็นสิทธิที่เสริมขึ้นมาจากสิทธิเสรีภาพในชีวิตร่างกายและทรัพย์สินนั้น เราอาจแยกแยะต่อไปอีกได้ว่า บุคคลที่รวมกันเป็นชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิมย่อมมีสิทธิร่วมจัดการและใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม (มาตรา ๔๖) ส่วนบุคคลที่รวมกันเป็นชุมชนมีสิทธิมีส่วนร่วมบำรุงรักษาและได้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม แต่ไม่ว่าจะอย่างไร บุคคลซึ่งรวมกันเป็นชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิมก็ดี หรือบุคคลที่รวมกันเป็นชุมชนทั่วไปก็ดี ย่อมมีสิทธิในการขัดขวางหวงห้ามการรบกวนการใช้สิทธิจัดการและได้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติเพื่อความปลอดภัยและคุณภาพชีวิตของตนโดยมิชอบ โดยเทียบเคียงมาจากสิทธิในทรัพย์สินมาตรา ๑๓๓๖ และ ๑๓๓๔ ป.พ.พ.

ส่วนสิทธิเรียกร้องให้หน่วยงานของรัฐปฏิบัติตามกฎหมายเป็นสิทธิที่เกิดจากผลของมาตรา ๕๖ วรรคสาม ของรัฐธรรมนูญ เป็นสิทธิที่รัฐธรรมนูญรับรองสิทธิของประชาชนในการมีส่วนร่วมกับหน่วยงานของรัฐในการควบคุมให้หน่วยงานของรัฐปฏิบัติตามกฎหมาย เพื่อแก้ปัญหาที่ถกกันว่า ในกรณีเกี่ยวกับการคุ้มครองทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม โดยเฉพาะอย่างยิ่งในเรื่องที่เกี่ยวกับสาธารณสุขสมัยนั้น หากมีการละเมิดกฎหมาย หรือก่อความเสียหายแก่ส่วนรวมขึ้น ผู้เสียหายคือรัฐ ไม่ใช่ประชาชน ดังนั้นบุคคลทั่วไปจึงไม่อาจฟ้องเป็นคดีในศาลได้ แต่โดยนัยแห่งมาตรา ๕๖ วรรคสามนี้ รัฐธรรมนูญได้รับรองให้บุคคลมีฐานะเป็น

ผู้เสียหายในเรื่องที่เกี่ยวกับการจัดการ หรือได้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม เพื่อความปลอดภัยและคุณภาพชีวิตของบุคคล และมาตรฐานจึงเป็นฐานให้บุคคลและชุมชนอาจอ้างขึ้นเพื่อเรียกร้องหรือฟ้องให้หน่วยราชการปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมายในส่วนที่เกี่ยวกับการคุ้มครองทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมด้วย

น่าเสียดายที่ความเข้าใจเกี่ยวกับความมีตัวตน และความมีสิทธิของชุมชน ตลอดจนลักษณะพิเศษของชุมชนระดับต่างๆ อันได้แก่ ชุมชนทั่วไป ชุมชนท้องถิ่น และชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิม อันเป็นข้อความคิดที่ปรากฏอยู่ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. ๒๕๕๐ นั้น ในมุมมองทางนิติศาสตร์นับว่ายังจำกัดอยู่ในวงแคบ ไม่เป็นที่เข้าใจกันแพร่หลายในระดับที่น่าพอใจ และงานศึกษาวิจัยฉบับนี้ ก็เป็นแต่เพียงความพยายามขั้นต้นที่จะทำความเข้าใจเรื่องราวเหล่านี้เท่านั้น แต่ก็หวังว่าจะมีผู้นำเอาปัญหาต่าง ๆ เกี่ยวกับสิทธิชุมชนในแง่กฎหมายไปขบคิดต่อไป และผู้เขียนหวังว่าความเข้าใจเกี่ยวกับการรับรองและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานซึ่งรัฐธรรมนูญเพียงแต่ตั้งข้อสงวนกำกับไว้ในลักษณะที่กำหนดให้เป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติ นั้น จะเป็นที่เข้าใจกันมากขึ้นว่า การที่รับรองสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานไว้ในรัฐธรรมนูญย่อมมีผลผูกพันองค์กรของรัฐทั้งปวง รวมทั้งศาลรัฐธรรมนูญด้วย ดังนั้นองค์กรของรัฐที่ดี ศาลรัฐธรรมนูญที่ดี จะกล่าวอ้าง หรือหวงห้าม หรือเพิกเฉยต่อความมีสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานเช่นนั้น โดยอ้างว่ายังไม่มีการตรากฎหมายรับรองและกำหนดหลักเกณฑ์เงื่อนไขและวิธีการใช้สิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานนั้น มาใช้บังคับไม่ได้

หากความเข้าใจอย่างคลาดเคลื่อนที่ว่า ข้อสงวนการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ในทำนองว่า “ทั้งนี้ตามที่กฎหมายบัญญัติ” เป็นกรณีที่รัฐธรรมนูญวางเงื่อนไขหรือข้อจำกัดการคุ้มครองให้เป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติ ดังที่ปรากฏในคำวินิจฉัยของศาลบางกรณีไปในการทำนองว่า หากยังไม่มีกรตราบทกฎหมายรับรองไว้โดยเฉพาะอย่างแจ้งชัด สิทธิขั้นพื้นฐานนั้นก็ยังไม่ได้รับ

การคุ้มครอง และการอ้างว่าการกระทำอย่างหนึ่งอย่างใดเป็นการละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐานตามรัฐธรรมนูญนั้นๆ ย่อมไม่อาจรับฟังได้ เช่นนี้ยังคงดำรงอยู่ต่อไปในวันข้างหน้า ก็ต้องนับว่าเป็นการตีความและใช้กฎหมายขัดต่อหลักที่ว่า “การตีความกฎหมายต้องตีความไปในทางให้เกิดผล ไม่ใช่ตีความไปในทางให้ไร้ผล” และย่อมทำให้สิทธิเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญมุ่งคุ้มครองกลายเป็นสิ่งว่างเปล่าไปอย่างน่าเสียดาย ดังนั้นอาจมีความจำเป็นที่จะต้องปรับปรุงแก้ไขบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญในทำนองที่กำหนดว่า กรณีที่รัฐธรรมนูญรับรองสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานอย่างใดไว้โดยตั้งข้อสงวนว่าทั้งนี้ขึ้นอยู่กับที่กฎหมายบัญญัติ ย่อมมีผลเป็นการกำหนดเนื้อหาสาระสำคัญอันเป็นมาตรฐานขั้นต่ำในเรื่องนั้นๆ ไว้เสมอ และศาลรัฐธรรมนูญจึงชี้ให้เห็นสาระสำคัญอันเป็นมาตรฐานขั้นต่ำดังกล่าวว่ามีอยู่อย่างไร และในกรณีจำเป็นเพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของบุคคลตามรัฐธรรมนูญ อันอาจมีเหตุมาจากการที่ฝ่ายนิติบัญญัติยังมิได้ตราบทบัญญัติแห่งกฎหมายไว้ หรือบทกฎหมายที่ตราไว้นั้นถูกศาลพิพากษาว่าขัดต่อรัฐธรรมนูญ เป็นเหตุให้ไม่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายสำหรับปรับใช้ในเรื่องนั้น ศาลรัฐธรรมนูญก็อาจวางหลักเกณฑ์เพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานนั้นๆ โดยให้มีผลผูกพันองค์กรของรัฐทั้งปวงไว้เป็นการชั่วคราว จนกว่าฝ่ายนิติบัญญัติจะได้ตรากฎหมายในเรื่องนั้นไว้ในภายหลังก็ได้

.....

บรรณานุกรม

จิตติ ติงศภัทย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยบุคคล, กรุงเทพฯ,
พ.ศ. ๒๕๒๕

เจิมศักดิ์ ปิ่นทอง, วิชาการของการบุกเบิกที่ดินทำกินในเขตป่า, พิมพ์ครั้งที่ ๒,
สถาบันชุมชนท้องถิ่นพัฒนากรุงเทพฯ, พ.ศ. ๒๕๓๕;

เทพวิฑูร, พระยา, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ ๑-๒,
กรุงเทพฯ, พ.ศ. ๒๕๓๖

บรรเจิด สิงคะเนติ, สารานุกรมรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช
๒๕๔๐, เรื่องหลักความเสมอภาค, กรุงเทพฯ, องค์การคำของคุรุสภา,
๒๕๔๓

บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, บันทึกการเสวนาเรื่อง “นโยบายและมาตรการทางนิติบัญญัติ”
เมื่อวันที่ ๑๒ กุมภาพันธ์ ๒๕๓๖ ณ ห้องประชุมใหญ่ อาคารใหม่ รัฐสภา,
ใน วิวัฒน์ ศดิชธรรมนิตย์ (บรรณาธิการ), สิทธิชุมชน การกระจายอำนาจ
จัดการทรัพยากร, กรุงเทพฯ, สถาบันชุมชนท้องถิ่นพัฒนา, ๒๕๓๖

บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, “พัฒนาการของกฎหมาย “ป่าไม้” ไทย: จาก “บุกเบิก” ที่ได้
รับการส่งเสริม มาเป็น “บุกรุก” ที่ต้องจับกุม, ใน เสน่ห์ จามริก และ
ยศ สันตสมบัติ (บรรณาธิการ), ป่าชุมชนในประเทศไทย: แนวทาง
การพัฒนา, เล่ม ๑, กรุงเทพฯ, สถาบันชุมชนท้องถิ่นพัฒนา, พ.ศ. ๒๕๓๖

ประมวลกฎหมายรัชกาลที่ ๑ ฉบับมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์และการเมือง, เล่ม ๒,
กรุงเทพ ฯ (พิมพ์ซ้ำ) พ.ศ. ๒๕๒๖

ปรีดี เกษมทรัพย์, นิติปรัชญา, พิมพ์ครั้งที่ ๖, โครงการตำราคณะนิติศาสตร์ มธ.,
พ.ศ. ๒๕๔๕

วรพจน์ วิสสุตพิชญ์, สิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย
พ.ศ. ๒๕๔๐, พิมพ์ครั้งที่ ๒, กรุงเทพฯ: วิญญูชน พ.ศ. ๒๕๔๓

วิวัฒน์ คดิธรรมนิตย์(บรรณาธิการ), สิทธิชุมชน การกระจายอำนาจจัดการทรัพยากร,
กรุงเทพ ฯ, สถาบันชุมชนท้องถิ่นพัฒนา, ๒๕๖๖

ร. แลงการ์ด, ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย เล่ม ๒ (สัญญา และที่ดิน), มูลนิธิโครงการ
ตำราฯ, กรุงเทพฯ,

ศยามล ไกยูรวงศ์, ปัญหาทางกฎหมายและนโยบายของการใช้อำนาจอธิปไตยเกี่ยวกับ
การจัดการที่ดินในเขตป่า, วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต จุฬาลงกรณ์
มหาวิทยาลัย, กรุงเทพฯ ฯ, พ.ศ. ๒๕๓๘

สมทบ สุวรรณสุทธิ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยบุคคล,
กรุงเทพฯ, พ.ศ. ๒๕๕๐

สารสาสน์ประพันธ์, หลวง, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์
(เรียงมาตรา), กรุงเทพฯ, พ.ศ. ๒๕๖๘

สำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชน, หลักกฎหมายระหว่างประเทศทั่วไป
เกี่ยวกับสนธิสัญญาด้านสิทธิมนุษยชนและสาระสำคัญของอนุสัญญา
ว่าด้วยการกำจัดการเลือกปฏิบัติต่อเชื้อชาติในทุกรูปแบบ, กรุงเทพฯ
พ.ศ. ๒๕๔๖,

อนุมัติ ใจสมุทร, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ ๑ ว่าด้วยบุคคล,
กรุงเทพฯ, พ.ศ. ๒๕๑๕

อานันท์ กาญจนพันธุ์, สิทธิในการเข้าถึงทรัพยากร: สถานภาพการศึกษาเกี่ยวกับ
วิธีคิด, ใน อานันท์ กาญจนพันธุ์, พลวัตของชุมชนในการจัดการทรัพยากร
กระบวนทัศน์และนโยบาย, กรุงเทพฯ, พ.ศ. ๒๕๔๓

S. James Anaya and Robert A. Williams, Jr., The Protection of Indigenous Peoples'
Rights over Lands and Natural Resources Under the Inter-American
Human Rights System, 14. Harv. Hum. Rts.J. [2001], pp.33

Philip Alston, Peoples' Rights: Their Rise and Fall, in Alston (ed.), Peoples' Rights,
Oxford, 2001

Edgar Bodenheimer, The Philosophy and Method of the Law, 2nd Ed., Cambridge
1974

B.Boutros-Ghali, An Agenda for Peace: Preventive Democracy, Peace-making and
Peace-keeping, UN Doc.A247/277 (1992)

Jean Brissaud, A History of French Private Law, 2nd Ed. Translated by Rapelje Howell, New York 1968 (First Published 1912)

Ian Brownlie, “The Rights of Peoples in Modern International Law”, in J. Crawford (ed.), The Rights of Peoples, Oxford, 1988

Francesco Capotorti, Study on the Rights of Persons belonging to Ethnic, Religious and Linguistic Minorities, New York: The United Nations, 1991

Jean Carbonnier, Droit Civil, I, Paris, 1947

James Treat Carter, The Nature of the Corporation as a Legal Entity, Bultimore 1919

Edward S. Corwin, The “Higher Law” Background of American Constitutional Law, 42 Harv. L.Rev. [1929], p.365ff.

James Crawford, The Creation of States in International Law, Oxford 1979.

N.R. Dalloz, “Personne morale” in Dictionnaire de Droit, Nr.3, Paris 1944

David Daoas, The Rights of Cultural Communities in the Philippines, in: “Vines that won’t Bind” Indigenous Peoples in Asia, Copenhagen, 1997

George Deiser, The Juristic Person, 57 U.P.A.L.Rev. [1909] p.300

Richard Dorall, The Dialectic of Development: Tribal Responses to Development Capital in the Cordillera Central, Northern Luzon, Philippines, in Tribal Peoples and Development in Southeast Asia, Quezon City, 1990

Leon Duguit, Law in the Modern State, (Transl. By H. and F. Laski), London 1921

Vernon van Dyke, “The Individual, the State, and ethnic Communities in Political Theory”, in Kymlicka (ed), The Rights of Minority Cultures, Oxford 1995

Richard Falk, The Rights of Peoples (In Particular Indigenous Peoples), in: James Crawford, The Rights of Peoples, Oxford, 1992

Carl J. Friedrich, The Philosophy of Law in Historical Perspective, 2nd Ed. Chicago 1963

Ernst Freund, The Legal Nature of Corporations, U. of Chicago 1897

Ernst Forsthoff, Die Verwaltung als Leistungstraeger, Stuttgart 1938

David H. Getches et.al., Cases and Materials on Federal Indian Law, 4th ed., West Law, 1998,

Otto von Gierke, Die Genossenschaftstheorie, Berlin, 1887

_____, Corporate Personality, A Study in Jurisprudence, London 1930

_____, Political Theories of the Middle age. Translated with an introduction by
Frederic William Maitland. Cambridge at the University Press, 1938

Mark M. Hager, Bodies Politic: The Progressive History of Organizational “Real
Entity” Theory, in 50. U.Pitt. L.Rev. [1989], pp.575

Frederick Hallis, Corporate Personality, A Study in Jurisprudence, London 1930

Robert Hettlage, “Gemeinschaft” in: Staatslexikon, Bd.II, Freiburg i.Br. u.a., 1995

M. Barry Hooker, “Native Title in Malaysia” in: Asian Law 3(2), 198

Rudolf Huebner, A History of Germanic Private Law, (Translated by Francis S.
Philbrick), New York, 1968

Georg Jellinek, Allgemeine Staatslehre, 3.Aufl., Berlin 1914

Georg Jellinek, System der subjektiven öffentlichen Rechte, 2.Aufl., Freiburg, 1905

Alfred L. Kroeber/ Clyde Kluckhohn, Culture, A Critical Review of Concepts of
Definitions, Harvard U. Peabody Museum of American Archeology and
Ethnology Papers, Vol.47, No.1

Josef L. Kunz, "The Present Status of the International Law for the Protection of Minorities", 78 AJIL (1954),

Will Kymlicka, Introduction, in Kymlicka (ed), *The Rights of Minority Cultures*, Oxford 1995 (reprinted 1997)

Harold Laski, *The Personality of Associations*, 29 Harv. L. Rev. (1916) 404, *The Pluralistic State*, 28 Phil. Rev. (1919) 562

Owen Lynch & Kirk Talbott, *Balancing Acts: Community Based Forest Management and National Law in Asia and the Pacific*, World Resources Institute, 1995

Peter Leuprecht, *Minority Rights Revisited, New Glimpses of an Old Issue*, in: Philip Alston (Ed.), *People's Right*, Oxford 2001

Scherer-Leydecke, Christian, *Minderheiten und sonstige ethnische Gruppen: Eine Studie zur kulturellen Identität im Völkerrecht*, Berlin 1997

Kent McNeil, *The Meaning of Aboriginal Title*, in M. Asch (ed.), *Aboriginal and Treaty Rights in Canada: Essays on Law, Equality, and Respect for Difference*, UBC Press: Vancouver, 1977

John Stuart Mill, *Considerations on Representative Government*, in H.B. Acton (ed), *Utilitarianism: On Liberty; Considerations on Representative Government*, London, 1972

Sir Frederick Pollock & Frederic William Maitland, The History of English Law,
2 Vol., Cambridge 1898

Sir Frederick Pollock Has the Common Law Received the Fiction Theory of
Corporations?, 27 LQR (1911), p.219

Planiol-Ripert., Traité Pratique de Droit Civil Francais, Bd.I (Savatier), Paris, 1948

Raymond Saleilles, De la personnalité Juridique, 2nd edition, Paris 1922

F. C. Von Savigny, Das System des heutigen römischen Rechts, Berlin 1940

Rodolfo Stavenhagen, Cultural Rights and Universal Human Rights, in Eide-Krause-
Rosa (Ed.), Economic, Social and Cultural Rights, Dordrecht, Boston,
London 1995

Patrick Thornberry, International Law and the Right of Minorities, Oxford 1991

Ferdinand Tönnies, Gemeinschaft und Gesellschaft: Grundbegriffe der reinen
Soziologie, 3.Aufl., Jena 1925 (8.Aufl., Leipzig 1935) , Community and
Society, Michigan, 1957

Karel Vasak, “A 30-Year Struggle. The Sustained Efforts to Give Force of Law to
the Universal Declaration of Human Rights”, Unesco Courier,
November 1977

S. James Anaya and Robert A. Williams, Jr., The Protection of Indigenous Peoples' Rights over Lands and Natural Resources Under the inter-American Human Rights System, 14 Harv. Hum. Rts. J. (2001)

Marion Iris Young, Justice and the Politics of Difference, Princeton 1990,



สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ

๓๒๖ ถนนจักรเพชร แขวงวังบูรพาภิรมย์
เขตพระนคร กรุงเทพฯ ๑๐๒๐๐

www.concourt.or.th