

การคุ้มครองสิทธิของคนเข้าเมืองโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ที่ได้สัญชาติไทยซึ่งเป็นชนกลุ่มน้อย
ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540

ในส่วนของประเทศไทยนั้นโดยเหตุที่คนเข้าเมืองโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ไม่ว่าจะนวน
อพยพอดีตทหารจีนคณะชาติ และจีนฮ้ออพยพพลเรือน(อดีต ทจช.) จีนฮ้ออิสระ อดีต
โจรคอมมิวนิสต์มลายา (อดีต จคม.) ไทยลี้ภัยอพยพกัมพูชา (เชื้อชาติไทยจากจังหวัดเกาะกง) ผู้พลัดถิ่น
สัญชาติพม่า ผู้อพยพสัญชาติพม่า เชื้อสายไทย และเนปาลอพยพ ทั้ง 9 ประเภทนี้ มีประวัติศาสตร์
ความเป็นมาที่มีเหตุผลความจำเป็น ในการที่รัฐบาลมีนโยบายให้สัญชาติไทย ตามหลักเกณฑ์การให้
สัญชาติไทย เพื่อลดความขัดแย้งของการอยู่ร่วมกันในสังคม ดังตัวอย่างที่เคยเกิดขึ้นในประเทศต่าง ๆ
ดังกล่าวมาแล้ว ซึ่งมีผลทำให้คนเข้าเมืองโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายมีฐานะเป็นพลเมืองของประเทศไทย
จึงมีสิทธิในความเป็นพลเมืองและสิทธิอื่น ๆ เช่นเดียวกับ พลเมืองไทยที่ได้สัญชาติไทยโดยการเกิด
ตามรัฐธรรมนูญได้รับรองไว้

จากการศึกษาสภาพปัญหาที่เกิดขึ้นดังกล่าวมาแล้ว ผลกระทบจากปัญหาต่าง ๆ ที่เกิดขึ้น
ลูกกลม จนอาจเกิดปัญหาความมั่นคงของชาติ จึงได้พยายามแก้ไขปัญหา เช่น การยกเลิกประกาศ
ของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 337 ประกาศ ณ วันที่ 13 ธันวาคม พ.ศ.2515 และออกพระราชบัญญัติ
สัญชาติ พ.ศ. 2508 และที่แก้ไขเพิ่มเติม โดยการให้สัญชาติ ตามพระราชบัญญัติสัญชาติ พ.ศ.2508
แก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติสัญชาติ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2535 มาตรา 7 ทวิ และ มาตรา 11

อย่างไรก็ตาม การให้สัญชาติไทยในกรณีเช่นนี้ รัฐบาลจำเป็นต้องกำหนดมาตรการ
ควบคุม กำหนดนโยบาย และการให้สถานะไว้ ซึ่งมีลักษณะการดำเนินการต่อคนเข้าเมืองโดยไม่ชอบ
ด้วยกฎหมายทั้ง 9 ประเภทใกล้เคียงกัน เพียงแต่แตกต่างกันในรายละเอียด และเมื่อเปรียบเทียบกับ
หลักกฎหมายสัญชาติในเรื่องหลักเกณฑ์การมีสัญชาติของบุคคลและกฎหมายสัญชาติของ
ต่างประเทศแล้ว จะเห็นได้ว่า มีหลักเกณฑ์ใกล้เคียงกับประเทศต่าง ๆ ไม่ว่าจะประเทศสหรัฐอเมริกา
ประเทศฝรั่งเศส ประเทศอังกฤษ หรือประเทศเยอรมัน เป็นต้น

คนเข้าเมืองโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายที่ได้สัญชาติไทยแล้ว ก็ถือว่าเป็นพลเมืองของ
ประเทศไทย อย่างไรก็ตาม บุคคลเหล่านี้มิได้ถือกำเนิดในประเทศไทย จึงไม่ได้สัญชาติไทยโดยการ
เกิดตามหลักดินแดน (jus soli) หรือหลักสายโลหิต (jus sanguinis) แต่เป็นพลเมืองของประเทศไทยที่ได้
สัญชาติไทยภายหลังการเกิด ตามพระราชบัญญัติสัญชาติ พ.ศ.2508 แก้ไขเพิ่มเติมโดย

พระราชบัญญัติสัญชาติ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2535 มาตรา 7 ทวิ ซึ่งผู้มีสัญชาติไทยจะถูกบังคับเรื่องการ ใช้ชื่อและสกุลด้วย ดังกล่าวมาแล้วในบทที่ 2

กรณีการถอนสัญชาติคนเข้าเมืองโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายที่ได้สัญชาติไทย ซึ่งกระทำให้เกิดความเสียหาย เป็นภัยต่อสังคม หรือก่อเหตุร้ายให้เกิดอันตรายต่อความสงบสุขหรือความปลอดภัย ของประชาชนหรือความมั่นคงแห่งราชอาณาจักร ก็จะถูกสั่งเพิกถอนการอนุญาต และส่งกลับออกไป นอกราชอาณาจักร ตามพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 แต่กรณีเช่นนี้ ไม่ใช่บังคับกับผู้ที่เคย ได้สัญชาติไทยโดยการเกิด การถอนสัญชาติไทยเช่นนี้ เป็นกรณีที่คนเข้าเมืองโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย แม้ได้สัญชาติไทยซึ่งเป็นชนกลุ่มน้อยก็ตาม มีสิทธิด้อยกว่าบุคคลที่มีสัญชาติไทยซึ่งถือว่าเป็นพลเมือง ของประเทศไทยที่ไม่อาจถอนสัญชาติไทยบุคคลเหล่านี้ได้ อันเป็นการให้อำนาจฝ่ายรัฐที่สามารถจะ ถอนสัญชาติไทยของคนเข้าเมืองโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายได้อย่างกว้างขวาง ซึ่งสอดคล้องกับหลัก กฎหมายว่าด้วยสัญชาติของบุคคลในเรื่อง หลักเกณฑ์การเสียสัญชาติของบุคคลและไม่ถือว่าเป็นการ กระทำที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ

สิทธิที่ด้อยกว่าบุคคลที่เป็นพลเมืองของประเทศไทยที่มีสัญชาติไทยโดยการเกิดประการ อื่น ได้แก่ สิทธิในทางการเมืองเกี่ยวกับการจัดตั้งพรรคการเมือง การเลือกตั้ง การสมัครรับเลือกตั้ง และสิทธิในการมีส่วนร่วมในทางการเมืองอื่น ๆ ตลอดจนสิทธิในการรับเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐดังกล่าว มาแล้วในบทที่ 2

สำหรับบุคคลที่อพยพเข้ามาอาศัยอยู่หรือหลบหนีเข้ามาในประเทศไทย หากยังไม่ได้ สัญชาติไทยก็ถือว่าเป็นคนต่างด้าวเข้าเมือง จึงไม่มีสิทธิเสรีภาพเช่นเดียวกับหรือเทียบเท่ากับบุคคลที่มี สัญชาติไทย และถือว่าเป็นพลเมืองของประเทศไทย โดยมีข้อจำกัดสิทธิ และเงื่อนไขเกี่ยวกับสิทธิที่ บังคับใช้กับคนต่างด้าว ดังกล่าวมาแล้วในบทที่ 2 เช่นกัน

ในขณะเดียวกัน จากความเป็นมาทางด้านประวัติศาสตร์ของประเทศไทย ซึ่งสรุปได้ว่า ชนท้องถิ่นดั้งเดิมของประเทศไทยนั้นเป็นกลุ่มชนแต่ละกลุ่มที่อาศัยอยู่ตามอาณาเขตบริเวณที่เป็น ประเทศไทยในปัจจุบัน หรือเข้ามาอาศัยอยู่ก่อนหรือตั้งถิ่นฐานไว้แล้ว ต่อมาเมื่อมีการรวมดินแดน เข้าเป็นประเทศไทยในปัจจุบัน กลุ่มชนเหล่านี้ก็ถูกชนชาวไทยเข้าไปยึดครอง โดยการใช้อำนาจปกครองมา และส่วนใหญ่มีวิวัฒนาการจนเชื่อมเข้าเป็นวัฒนธรรมเดียวกัน ในปัจจุบันมีความเป็นมาและสภาพ ความเป็นอยู่แตกต่างกันไป จึงถือว่าเป็นชนท้องถิ่นดั้งเดิมที่อาศัยอยู่ก่อนไม่ใช่เข้ามาภายหลังเมื่อเกิด รัชชาติไทยขึ้นแล้วและเป็นบุคคลที่มีสัญชาติไทย ไม่ใช่คนต่างด้าวที่เข้ามาภายหลังที่รัฐบาลจะ พิจารณาในเรื่องการให้สัญชาติไทย หรือไม่ดังเช่นคนเข้าเมือง

ด้วยเหตุผลความจำเป็นดังกล่าว จึงต้องวิเคราะห์ว่าในส่วนของประเทศไทยจะให้ ความหมายของคำว่าชนกลุ่มน้อยและชนท้องถิ่นดั้งเดิมอย่างไร รวมทั้งการให้ความหมายของคำว่า

ชุมชนซึ่งเกี่ยวพันกับความเป็นบุคคล และการคุ้มครองสิทธิตลอดจนมีการคุ้มครองสิทธิของคน
เข้าเมืองโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายที่ได้สัญชาติไทย ซึ่งเป็นชนกลุ่มน้อยอย่างไร ตามกฎหมายระหว่าง
ประเทศและในฐานะประเทศภาคีสมาชิก และตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช
2540 และการบังคับใช้กฎหมายอย่างไร ดังจะกล่าวต่อไปนี้

1. การบัญญัติกฎหมาย
2. การคุ้มครองสิทธิ
 - 2.1 สิทธิตามกฎหมายระหว่างประเทศ
 - 2.2 สิทธิตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540
 - 2.3 วิเคราะห์รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 46 และมาตรา 56
 - 2.4 การอนุวรรตน์เป็นกฎหมายภายใน
3. การบังคับใช้นโยบายและกฎหมายในการแก้ไขปัญหานี้
แยกพิจารณาดังนี้

1. การบัญญัติกฎหมาย

พิจารณาจากคำที่เกี่ยวข้องดังนี้

1.1 ชนกลุ่มน้อย

ในเรื่องของชนกลุ่มน้อยนั้น กฎหมายระหว่างประเทศก็ได้มีความพยายามกำหนดนิยาม
ของคำว่า "ชนกลุ่มน้อย" เพื่อปกป้องคุ้มครองกลุ่มผู้เคราะห์ร้ายเหล่านั้น ให้ความขัดแย้งลดน้อยลง
มากที่สุด โดยการกำหนดขอบเขตที่ชัดเจนเหมาะสมกับสิทธิต่างๆ ที่เกี่ยวข้องและไม่สามารถปฏิเสธได้
ในทางตรงข้ามก็ไม่อาจหลีกเลี่ยงความขัดแย้ง ขั้วข้อัน ที่เกิดขึ้นในรูปแบบของจำนวนและการขยาย
ของกลุ่มต่างๆ ที่หลากหลาย ในส่วนของประเทศไทย ยังไม่มีความชัดเจนในเรื่องนี้ โดยยอมรับความ
เป็นชนกลุ่มน้อยในรูปแบบของการไม่ได้คำนึงถึง องค์ประกอบของความเป็นชนกลุ่มน้อยตามกฎหมาย
ระหว่างประเทศ ดังได้กล่าวแล้วในบทที่ 1 ซึ่งความเป็นชนกลุ่มน้อยตามกฎหมายระหว่างประเทศนั้น
ต้องพิจารณาโดยเฉพาะในเรื่องการได้สัญชาติ ประกอบกับองค์ประกอบอื่นในด้านรูปธรรมคือการมี
สถานภาพเป็นพลเมืองของประเทศ ลักษณะเฉพาะ องค์ประกอบทางด้านจำนวน การถูกข่มขู่ให้แสดง
ลักษณะเด่นความมีอยู่เป็นอยู่ และองค์ประกอบอื่นในด้านนามธรรม คือ ความรู้สึกร่วมกัน จุดประสงค์
เป้าหมาย และความเป็นเอกลักษณ์ของตนเองประกอบกัน ซึ่งมีผลทำให้บุคคลดังกล่าวเข้าหลักเกณฑ์
เป็นชนกลุ่มน้อยตามค่านิยมของกฎหมายระหว่างประเทศ รวมทั้งการพิจารณา บริบทสำคัญที่

เกี่ยวข้องกับความหมายของคำว่า “ชนกลุ่มน้อย” ตามกฎหมายระหว่างประเทศ ในด้านรัฐและสัญชาติ ประชาชน การกำหนดคำนิยามชนกลุ่มน้อยให้หมายถึงกลุ่มที่ไม่ถือว่าเป็นประชาชนทั่วไป ได้แก่ ชนท้องถิ่นดั้งเดิม (Indigenous peoples) กลุ่มชาติพันธุ์ ศาสนาและภาษา (Ethnic, Religious and Linguistic Group) ชนกลุ่มน้อยทางสัญชาติ (National Minorities) กลุ่มอื่น ๆ หรือความเป็นปัจเจกบุคคลและความเป็นกลุ่ม และต้องได้รับการปกป้องคุ้มครองมากกว่าจึงจะได้รับสิทธิและการปกป้องคุ้มครองตามตราสารระหว่างประเทศต่างๆ ดังกล่าวมาแล้วในบทที่ 3 การที่ประเทศไทยยอมรับความเป็นชนกลุ่มน้อยในลักษณะของการมองเพียงจำนวนเท่านั้น โดยไม่ได้พิจารณาถึงความเป็นชนกลุ่มน้อยตามคำนิยามของกฎหมายระหว่างประเทศ จึงไม่สอดคล้องกับความเป็นชนกลุ่มน้อยตามกฎหมายระหว่างประเทศ เพราะคนเข้าเมืองโดยชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ชอบด้วยกฎหมายก็ตาม จะมีสถานภาพเป็นคนต่างด้าว ไม่ใช่ชนกลุ่มน้อย ซึ่งสถานะความเป็นคนต่างด้าวนั้นต้องบังคับใช้ตามกฎหมายว่าด้วยคนต่างด้าว ดังได้กล่าวมาแล้วในบทที่ 2 ไม่ใช่บังคับหรือให้การปกป้องคุ้มครองสิทธิตามกฎหมายระหว่างประเทศหรือกฎหมายภายในประเทศในเรื่องชนกลุ่มน้อย แต่ผลจากการยอมรับความเป็นชนกลุ่มน้อยโดยคำนึงถึงเฉพาะลักษณะทางกายภาพเท่านั้น ดังได้กล่าวมาแล้วในบทที่ 1 อาจทำให้ประเทศไทยมีพันธกรณีมากกว่าที่ตราสารระหว่างประเทศกำหนดไว้

1.2 ชนท้องถิ่นดั้งเดิม

ในส่วนของความเป็นชนท้องถิ่นดั้งเดิมนั้น จากประเด็นที่มีความเห็น 2 ความเห็น ดังได้กล่าวมาแล้วในเรื่องชนท้องถิ่นดั้งเดิมในบทที่ 3 ที่ว่าความเป็นชนท้องถิ่นดั้งเดิมให้พิจารณาจากความต่อเนื่องทางประวัติศาสตร์ตามความหมายขององค์การสหประชาชาติ ซึ่งผู้เขียนเห็นด้วยกับความเห็นนี้และความเห็นที่ว่าความเป็นชนท้องถิ่นดั้งเดิมให้พิจารณาจากกลุ่มชนที่อาศัยอยู่ที่ใดที่หนึ่งชั่วระยะเวลาหนึ่ง ซึ่งผู้เขียนไม่เห็นด้วย

โดยเหตุที่ความเป็นชนท้องถิ่นดั้งเดิมจะได้รับการปกป้องคุ้มครองมากกว่าชนกลุ่มน้อยทั่ว ๆ ไป รวมทั้งการเรียกร้องสิทธิเพื่อชดเชยหรือล้างบาป ดังได้กล่าวมาแล้วในบทที่ 3 ซึ่งจากความเห็นของผู้เขียนทำให้เห็นว่าประเทศไทยมีชนท้องถิ่นดั้งเดิมตามความหมายขององค์การสหประชาชาติแล้ว ประเด็นนี้ จึงต้องกำหนดคำนิยามและการกำหนดขอบเขตการคุ้มครองให้ชัดเจน และเมื่อกำหนดคำนิยามได้ชัดเจนแล้ว ก็ต้องให้ความคุ้มครองสิทธิให้เป็นไปตามมาตรฐานของกฎหมายระหว่างประเทศด้วย

ด้วยเหตุนี้ จากการพิจารณาคำนิยามของคำว่า ชนกลุ่มน้อย ในกฎหมายระหว่างประเทศ และลักษณะการปกป้องคุ้มครองสิทธิแล้ว จะเห็นได้ว่า คนเข้าเมืองโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายที่ได้

สัญชาติไทย หรือชนท้องถิ่นดั้งเดิมในประเทศไทยถือเป็นชนกลุ่มน้อยหรือชนท้องถิ่นดั้งเดิมตามค่านิยามของกฎหมายระหว่างประเทศแล้ว เมื่อเป็นดังนั้น กลุ่มชนเหล่านี้ นอกจากจะได้รับสิทธิในความเป็นพลเมืองของประเทศไทยและสิทธิอื่น ๆ เช่นเดียวกับไทยพลเมืองสัญชาติแล้ว ยังได้รับสิทธิในความเป็นชนกลุ่มน้อยตามกฎหมายระหว่างประเทศ ตลอดจนตราสารต่าง ๆ ที่มีบัญญัติรับรองสิทธิไว้ และเป็นกรที่ได้รับสิทธิมากมาย ยิ่งกว่าพลเมืองของประเทศทั่วไป จากการที่เห็นว่ากลุ่มชนเหล่านี้เป็นผู้เคราะห์ร้ายหรือเหยื่อที่ต้องได้รับการปกป้องคุ้มครองอย่างเต็มที่ จนกระทั่งได้รับการปกป้องคุ้มครองมากกว่าชนกลุ่มใหญ่ของประเทศ

1.3 ชุมชน

เหตุที่ต้องมีการนิยามคำว่า ชุมชน เพราะจะเกี่ยวพันถึงความเป็นบุคคลและการคุ้มครองสิทธิในเรื่องการใช้สิทธิชุมชนในรูปแบบสิทธิของกลุ่ม หรือในรูปแบบสิทธิโดยร่วมกันของบุคคล ดังจะกล่าวต่อไปในหัวข้อสิทธิชุมชน จึงจำเป็นต้องกำหนดค่านิยามและกำหนดขอบเขตให้ชัดเจน เช่นเดียวกัน

การขอกลับมาใช้สิทธิในความเป็นชนกลุ่มน้อยภายหลังจากการผสมกลมกลืนกับชนกลุ่มใหญ่

คนเข้าเมืองโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายที่ได้สัญชาติไทยซึ่งเป็นชนกลุ่มน้อยได้มีการผสมกลมกลืน ภาษา ศาสนา วัฒนธรรม ชนบทธรรมเนียมประเพณี ฯลฯ เช่นเดียวกับชนกลุ่มใหญ่ ซึ่งเป็นพลเมืองของประเทศแล้ว ต่อมาภายหลังบุคคลเหล่านี้จะขอกลับมาใช้สิทธิในความเป็นชนกลุ่มน้อยตามที่กฎหมายไทยและกฎหมายระหว่างประเทศ ตลอดจนตราสารระหว่างประเทศต่าง ๆ รับรองคุ้มครองสิทธิไว้แล้วได้หรือไม่

กรณีนี้ จากองค์ประกอบของความเป็น "ชนกลุ่มน้อย" ตามกฎหมายระหว่างประเทศดังกล่าวมาแล้วในบทที่ 3 บุคคลเหล่านี้แม้จะได้ผสมกลมกลืนกับชนกลุ่มใหญ่แล้ว ก็ยังมีความเป็นชนกลุ่มน้อยอยู่เช่นกัน ดังนั้น บุคคลเหล่านี้ หากภายหลังจะกลับมาใช้สิทธิในความเป็นชนกลุ่มน้อย ก็ต้องถือว่า บุคคลเหล่านี้ได้รับการรับรองคุ้มครองและได้รับการปกป้องคุ้มครองสิทธิในความเป็นชนกลุ่มน้อยด้วย ซึ่งสอดคล้องกับหลักการไม่เหยียดเลิกละความเป็นชนกลุ่มน้อย เพื่อให้ชนกลุ่มน้อยสามารถคงความเป็นชนกลุ่มน้อยที่มีเอกลักษณ์ต่อไปได้ แต่บุคคลดังกล่าวต้องมีจำนวนเพียงพอที่จะอนุรักษ์รูปแบบ วัฒนธรรมธรรมเนียมประเพณีได้ด้วย อันเป็นการป้องกันการกีดกันมิให้อำนาจการผสมกลมกลืนเช่นนั้นเพื่อสลายความเป็นชนกลุ่มน้อย

อย่างไรก็ตาม เพื่อป้องกันการก่อตัวขึ้นมาใหม่ของชนกลุ่มน้อยกลุ่มใหม่ ๆ นอกเหนือจากชนกลุ่มน้อยที่มีความเป็นมาทางประวัติศาสตร์ที่มีอยู่ ตามหลักเกณฑ์ของกติกาสากลระหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง มาตรา 27 ที่บัญญัติถึงว่าในรัฐที่มีชนกลุ่มน้อยทางชาติพันธุ์ ศาสนาหรือภาษาคงอยู่ (In those states in which ethnic, religious or linguistic minorities exist) โดยมีเจตนาหลักในการที่จะป้องกันการก่อตัวขึ้นมาใหม่ของชนกลุ่มน้อย และยังรวมถึงการให้ความสำคัญในการปกป้องคุ้มครองชนกลุ่มน้อยจากการผสมกลมกลืนกับชนกลุ่มใหญ่ เช่นนี้แล้ว การขอลงมาใช้สิทธิในความเป็นชนกลุ่มน้อยที่มีอยู่แต่เดิม จึงได้รับการปกป้องคุ้มครอง แต่การที่จะอ้างสิทธิว่ามิใช่ภาษา ศาสนา วัฒนธรรม ชนบทรรมนิยมประเพณี ฯลฯ ใหม่เพื่อก่อตัวเป็นชนกลุ่มน้อยกลุ่มใหม่ ๆ ขึ้นอีก จึงไม่อาจทำได้ตามกฎหมายบัตรสหประชาชาติ ประกอบ Resolution 1514 และปฏิญญาเวียนนาและแผนปฏิบัติการเวียนนา ดังกล่าวมาแล้วในบทที่ 5

ประเด็นนี้ จึงมีข้อพิจารณาเป็น 2 แนวทางดังนี้

1. ประเทศไทยยอมรับให้กลุ่มชนเหล่านี้ นอกจากจะได้รับสิทธิในความเป็นพลเมืองของประเทศไทยและสิทธิอื่น ๆ เช่นเดียวกับพลเมืองสัญชาติไทยแล้ว ยังได้รับสิทธิในความเป็นชนกลุ่มน้อยตามกฎหมายระหว่างประเทศ ตลอดจนตราสารต่าง ๆ ที่บัญญัติรับรองสิทธิไว้ด้วย

2. ประเทศไทยต้องพิจารณาและกำหนดหรือนิยามคำต่าง ๆ เช่น คำว่าชนกลุ่มน้อย ชนท้องถิ่นดั้งเดิม หรือชุมชน ให้ชัดเจน และเมื่อกำหนดคำนิยามที่ชัดเจนแล้ว จึงต้องมีการจัดประเภทและลำดับความสำคัญของสิทธิที่แตกต่างกันที่ฝ่ายตะวันตกเน้นในเรื่องสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ในขณะที่ฝ่ายตะวันออกเน้นในเรื่องสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม ซึ่งแม้จะได้แก้ไขทางตัน (deadlock) โดยออกเป็นตราสารที่ให้ผลในทางปฏิบัติดังกล่าวมาแล้วก็ตามจากพันธกรณีที่ประเทศไทยผูกพันตามกฎหมายระหว่างประเทศ และผูกพันในฐานะประเภทภาคีสมาชิก โดยเฉพาะรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 46 และมาตรา 56 ที่นำเอาความคิดเห็นที่ยังไม่ยุติมาบัญญัติไว้ จึงเป็นประเด็นที่ต้องจัดประเภทและลำดับความสำคัญของสิทธิ แก้ไขปรับปรุงกฎหมาย หรือออกกฎหมายใหม่ โดยคำนึงถึงการให้สิทธิพิเศษ (Special rights) แก่ชนกลุ่มน้อยในด้านสิทธิในการพัฒนา (Rights to Development) แก่ชนกลุ่มน้อยให้เพียงพอเพื่อให้เกิดความเข้มแข็งทัดเทียมกับชนกลุ่มใหญ่ได้ เพื่อให้โอกาสดำรงไว้ซึ่ง เอกลักษณ์และชนบทรรมนิยมประเพณีของตน มิใช่เป็นความเท่าเทียมกันในรูปแบบ (Equality Formality) เท่านั้น ความแตกต่างในทางปฏิบัติต่อบางกลุ่มหรือสมาชิกของคนในกลุ่มจึงเป็นสิ่งที่ยอมรับได้ หากเป็นไปเพื่อส่งเสริมความเสมอภาคและสวัสดิภาพของสังคมโดยรวม เพื่อให้เกิดความสมานฉันท์ และอยู่ในดุลยภาพที่เหมาะสมระหว่างอำนาจอธิปไตยของรัฐกับกฎหมายระหว่างประเทศ ดังจะกล่าวต่อไปในบทที่ 7

2. การคุ้มครองสิทธิ

ในส่วนของ การคุ้มครองสิทธิ นั้น คนเข้าเมืองโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายที่ได้สัญชาติไทย ซึ่งเป็นชนกลุ่มน้อยนั้น นอกจากจะได้รับการคุ้มครองสิทธิตามกฎหมายระหว่างประเทศแล้ว ยังได้รับการคุ้มครองสิทธิตามกฎหมายภายในด้วย ดังนี้

2.1 สิทธิตามกฎหมายระหว่างประเทศ

จากการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนตามกฎหมายระหว่างประเทศ ผลบังคับใช้ของตราสารขององค์การสหประชาชาติเกี่ยวกับชนกลุ่มน้อยในประเทศไทยในฐานะประเทศภาคีสมาชิก ตลอดจนพัฒนาการแนวคิดในเรื่องของปัจเจกบุคคลและเรื่องของกลุ่ม ที่มีการให้ความคุ้มครองชนกลุ่มน้อยทั้งในด้านสิทธิของปัจเจกบุคคล สิทธิของกลุ่ม สิทธิโดยร่วมกันของบุคคล และสิทธิชุมชนตามกฎหมายระหว่างประเทศ หรือ แม้กระทั่งเรื่องของสิทธิพลเมืองที่มีแนวคิดการให้ความคุ้มครองสิทธิพลเมืองของแต่ละประเทศ หรือของแต่ละภูมิภาค รวมทั้งเรื่องการให้ความคุ้มครองทางด้านสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง สิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม และสิทธิในความเป็นปึกแผ่นดังกล่าวมาแล้ว เมื่อเปรียบเทียบกับคนเข้าเมืองโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายที่ได้สัญชาติไทย เมื่อคนเหล่านี้เป็นชนกลุ่มน้อยตามคำนิยามของกฎหมายระหว่างประเทศแล้ว ชนกลุ่มน้อยเหล่านี้ก็ย่อมมีสิทธิในความเป็นชนกลุ่มน้อยตามกฎหมายระหว่างประเทศด้วย ซึ่งประเทศไทยก็ได้รับอิทธิพลจากแนวคิดดังกล่าว จึงได้นำเรื่องการคุ้มครองสิทธิของชนกลุ่มน้อยตามแนวคิดของตะวันตกมาบัญญัติรับรองเป็นกฎหมายภายในตามที่ปรากฏในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2540 ดังจะกล่าวในหัวข้อต่อไป

สิ่งที่พึงต้องตระหนักอย่างยิ่งคือ สิทธิของปัจเจกบุคคลตามแนวคิดเสรีปัจเจกบุคคลนิยมของตะวันตก จะเน้นเรื่องสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมืองเท่านั้น โดยถือว่าสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมืองเป็นสิทธิในลำดับแรกๆ มาก่อนสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรมที่เป็นสิทธิในลำดับที่ 2 ส่วนสิทธิของกลุ่ม สิทธิโดยร่วมกันของบุคคล หรือสิทธิชุมชนที่เป็นสิทธิในลำดับที่ 3 จะเป็นเรื่องของภาษา ศาสนา วัฒนธรรม การรักษาสถิตลักษณ์ ไม่ใช่เรื่องของสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมืองหรือเรื่องสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม แต่ตามแนวคิดของลัทธิสังคมนิยม Marxist และแนวคิดของฝ่ายตะวันออก ที่เน้นการอยู่ร่วมกันเป็นกลุ่มจะถือว่าสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม ถือเป็นสิทธิของกลุ่ม สิทธิโดยร่วมกันของบุคคล หรือสิทธิชุมชน และถือว่าสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม เป็นสิทธิในลำดับแรกๆ มาก่อนสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง แต่ประเทศไทยได้รับเอาสิทธิของปัจเจกบุคคลเข้ามาเป็นทั้งสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ตลอดจน

สิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรมด้วย นอกจากนี้ ยังได้รับเอาสิทธิของกลุ่ม สิทธิโดยร่วมกันของบุคคล และสิทธิชุมชนที่ฝ่ายตะวันตกยอมรับได้ เฉพาะในเรื่องของภาษา สีมืด ศาสนา วัฒนธรรม เข้ามาเป็นสิทธิของปัจเจกบุคคลด้วย ซึ่งแม้ว่าเป็นเรื่องของภาษา สีมืด ศาสนา วัฒนธรรมก็ตาม ฝ่ายตะวันตกก็ยังมีข้อโต้แย้ง การตีความในความหมายของคำว่า ประชาชน กลุ่ม หรือ ชุมชน ตามแนวคิดของฝ่ายตะวันตกโดยไม่ยอมรับแนวคิดคำว่า ชุมชนของลัทธิสังคมนิยม Marxist และฝ่ายตะวันออก

ในทางตรงกันข้าม แนวคิดเรื่องสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรมซึ่งเป็นเรื่องสิทธิของกลุ่ม สิทธิโดยร่วมกันของบุคคล หรือสิทธิชุมชนที่เป็นแนวคิดของฝ่ายตะวันออก นั้น ประเทศไทยได้รับสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม เป็นสิทธิของปัจเจกบุคคลเพิ่มเติม จากสิทธิพลเมือง และสิทธิทางการเมืองที่ฝ่ายตะวันตกเห็นว่าเป็นสิทธิของปัจเจกบุคคลด้วย อาจกล่าวได้ว่า ประเทศไทยรับเอาแนวคิด ลำดับชั้น ความสำคัญของพัฒนาการของสิทธิมนุษยชน การถือปฏิบัติตามลักษณะของสิทธิต่าง ๆ มาเป็นกฎหมายภายในตามที่ปรากฏในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ดังนี้

1. รับเอาสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ซึ่งเป็นสิทธิมนุษยชน ยุคที่ 1 ที่เน้นอิสรภาพ และเสรีภาพมาเป็นทั้งสิทธิของปัจเจกบุคคลและทั้งสิทธิของกลุ่ม
2. รับเอาสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม ซึ่งเป็นสิทธิมนุษยชน ยุคที่ 2 ที่เน้นความเสมอภาคมาเป็นทั้งสิทธิของปัจเจกบุคคลและทั้งสิทธิของกลุ่ม
3. รับเอาสิทธิของประชาชนหรือสิทธิในความเป็นปึกแผ่น หรือสิทธิชุมชน ซึ่งเป็นสิทธิมนุษยชนยุคที่ 3 ที่เน้นภราดรภาพ มาเป็นทั้งสิทธิของปัจเจกบุคคลและทั้งสิทธิของกลุ่ม
4. รับเอาแนวคิดฝ่ายตะวันตกเรื่องเสรีปัจเจกบุคคลนิยม และแนวคิดฝ่ายตะวันออกเรื่องของกลุ่ม การอยู่ร่วมกันของบุคคลและสิทธิชุมชน มารวมไว้ในสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ทั้งสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม และทั้งสิทธิในความเป็นปึกแผ่น หรือสิทธิของกลุ่มหรือทั้งสิทธิโดยร่วมกันของบุคคลหรือทั้งสิทธิชุมชน
5. รับเอาการถือปฏิบัติตามลักษณะของสิทธิทั้งสิทธิเด็ดขาดอันถูกต้องชอบธรรมที่ถือว่าเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานตามกฎหมายระหว่างประเทศ และสิทธิไม่เด็ดขาดที่ถือว่าขึ้นอยู่กับความพร้อม และถือเป็นสิทธิตามกฎหมายเฉพาะ เมื่อได้มีการดำเนินการโดยการบัญญัติกฎหมายแล้ว มาบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญด้วย

จากการวิเคราะห์ในประเด็นนี้ จึงเห็นว่า ควรมีทิศทางการจัดประเภท ลำดับ และลักษณะของการคุ้มครองสิทธิให้ชัดเจน ดังจะกล่าวเป็นข้อเสนอแนะต่อไปในบทที่ 7

2.2 สิทธิตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540

จากการที่คนเข้าเมืองโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายที่ได้สัญชาติไทยแล้ว ย่อมมีสถานภาพเป็นพลเมืองของประเทศไทย จึงมีสิทธิเสรีภาพเช่นเดียวกับพลเมืองไทยทุกประการ ซึ่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ได้บัญญัติไว้ในหมวด 3 สิทธิและเสรีภาพของชนชาวไทย โดยได้กำหนดขอบเขตและการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพไว้¹

สำหรับการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน² นั้น กฎหมายระหว่างประเทศและตราสารระหว่างประเทศทั้ง 17 ฉบับ ทั้งที่ประเทศไทยเป็นภาคีสมาชิกและไม่ได้เป็นภาคีสมาชิก ดังกล่าวมาแล้วในบทที่ 3 ได้มีอิทธิพลเข้ามาเป็นกฎหมายภายในของประเทศไทย ตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ในเรื่องศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ (Human Dignity) ตามมาตรา 26 และมาตรา 28 และเรื่องความเท่าเทียมกันภายใต้กฎหมาย (Equality before the Law) ตลอดจนการไม่เลือกปฏิบัติ (Discrimination) ตามมาตรา 5 และมาตรา 30 เว้นแต่มีข้อยกเว้นของหลักความเสมอภาคที่รัฐธรรมนูญยินยอมให้กระทำได้ ตามที่บัญญัติไว้ในกฎบัตรสหประชาชาติ ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน กติกาสากลระหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง และกติกาสากลระหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม เป็นต้น ดังกล่าวมาแล้วในบทที่ 3 หลักดังกล่าวเป็นหลักสากลในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนที่มีการรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญของรัฐเสรีประชาธิปไตยแทบทุกรัฐ

โดยเหตุที่วิทยานิพนธ์นี้ต้องการศึกษาถึงการคุ้มครองสิทธิของคนเข้าเมืองโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายที่ได้สัญชาติไทย ซึ่งเป็นชนกลุ่มน้อยประเภทหนึ่งตามกฎหมายระหว่างประเทศ เปรียบเทียบ

¹ สถาบันพระปกเกล้า, สารานุกรมรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540, หลักพื้นฐานของสิทธิเสรีภาพ และศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ (กรุงเทพมหานคร : สถาบันพระปกเกล้า, 2543).

² ในส่วนของไทยนั้น ปัจจุบันได้มีแรงงานต่างชาตินและผู้หนีภัย รวมทั้งชาวต่างชาติเข้ามาอาศัยอยู่ในไทยเป็นจำนวนมาก ดังนั้น จึงมีความจำเป็นที่จะต้องเร่งดำเนินมาตรการต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องและสร้างเสริมความรู้ความเข้าใจต่อประชาชน ในเรื่องผลเสียของการเลือกปฏิบัติและการแบ่งแยกต่าง ๆ เช่น ทางเชื้อชาติ สีผิว ศาสนา วัฒนธรรม และเพศ เพื่อป้องกันมิให้เกิดความขัดแย้งอันอาจนำไปสู่ผลเสียต่อประเทศชาติและประชาชนไทยในอนาคต ทั้งนี้ รัฐธรรมนูญไทยฉบับปัจจุบัน ก็ได้กำหนดไว้อย่างชัดเจนในมาตรา 30 ว่า การเลือกปฏิบัติใด ๆ โดยมีชอบด้วยกฎหมายจะกระทำมิได้, กองการสังคม, กรมองค์การระหว่างประเทศ, กระทรวงการต่างประเทศ, หนังสือกระทรวงการต่างประเทศ ที่ กต 0804/ว. 908 ลงวันที่ 11 เมษายน พ.ศ. 2545, น. 2.

กับกฎหมายภายในจึงได้วิเคราะห์ถึงสิทธิต่าง ๆ ตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญเป็นหลัก และหากวิเคราะห์บทบัญญัติในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 จะเห็นได้ว่า นอกจากจะมีบทบัญญัติรับรองสิทธิในความเป็นพลเมืองของประเทศไทยแล้ว บทบัญญัติในรัฐธรรมนูญดังกล่าว ยังรับเอาแนวความคิดในเรื่องสิทธิของปัจเจกบุคคล (Individual rights) สิทธิของกลุ่ม (Group rights) สิทธิโดยร่วมกันของบุคคล (Collective rights) และสิทธิชุมชน (Communities rights) จากตราสารระหว่างประเทศทั้ง 17 ฉบับ ดังกล่าวมาแล้วในบทที่ 3 มาบัญญัติไว้ในมาตราต่าง ๆ ด้วย ดังจะได้วิเคราะห์เป็นลำดับ ดังนี้

(1.) สิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง

ในเรื่องเกี่ยวกับสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมืองนั้น ประเทศไทยได้รับเอาแนวความคิดการคุ้มครองสิทธิพลเมืองตามการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนของแต่ละภูมิภาค โดยเฉพาะภูมิภาคยุโรป และภูมิภาคอเมริกา ที่รับรองถึงสิทธิต่าง ๆ ดังกล่าวมาแล้วในบทที่ 4 มาบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ สำหรับแนวความคิดการคุ้มครองสิทธิพลเมืองในภูมิภาคอัฟริกาและภูมิภาคอาหรับ ตลอดจนปฏิญญาและแผนปฏิบัติการต่าง ๆ ที่เน้นในเรื่องสิทธิในการพัฒนาก็ได้เริ่มเข้ามามีอิทธิพลในประเทศไทย จนมีการเรียกร้องสิทธิของกลุ่มต่าง ๆ ในส่วนของแนวความคิดการคุ้มครองสิทธิพลเมืองในภูมิภาคเอเชียที่เน้นวิถีเอเชีย และการไม่แทรกแซงกิจการภายในของประเทศ ซึ่งเป็นเรื่องภายในของแต่ละประเทศในทวีปเอเชีย นอกจากนี้ การเรียกร้องสิทธิของชนท้องถิ่นดั้งเดิมในแต่ละแห่งของโลก ซึ่งแต่ละแห่งของประเทศ ก็เป็นไปตามลำดับเหตุการณ์ความรุนแรงที่เกิดขึ้น ตลอดจนกลุ่มบุคคลที่ได้รับผลกระทบ แต่ละประเทศแต่ละภูมิภาคจึงได้กำหนดสิทธิพลเมืองตามลำดับการให้ความสำคัญและความจำเป็น ตลอดจนความพร้อมของประเทศ เรื่องของสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมืองส่วนใหญ่เป็นเรื่องสิทธิขั้นพื้นฐานตามที่ตราสารระหว่างประเทศทั้ง 17 ฉบับรับรองไว้เช่นกัน สิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ตามที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 หมวด 3 สิทธิและเสรีภาพของชนชาวไทยจึงได้บัญญัติรับรองไว้ และส่วนใหญ่มักเป็นเรื่องสิทธิของปัจเจกบุคคล แต่บางครั้งก็เป็นเรื่องสิทธิของกลุ่ม ทับซ้อนไว้ด้วยเช่นกัน ได้แก่

มาตรา 30 เรื่องความเสมอภาค และการได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายที่เท่าเทียมกัน การไม่เลือกปฏิบัติในเรื่องถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา เพศ สีมืด สภาพทางกายหรือสุขภาพ สถานะของบุคคล ฐานะทางเศรษฐกิจหรือสังคม ความเชื่อทางศาสนา การศึกษาอบรม หรือความคิดเห็นทางการเมือง

มาตรา 31 การมีสิทธิและเสรีภาพในชีวิตและร่างกาย

มาตรา 34 การได้รับความคุ้มครองสิทธิในครอบครัว เกียรติยศ ชื่อเสียง ความเป็นอยู่

- มาตรา 35 การได้รับความคุ้มครองในเคสสถาน
- มาตรา 36 การมีเสรีภาพในการเดินทาง และการเลือกถิ่นที่อยู่
- มาตรา 37 การมีเสรีภาพในการสื่อสารถึงกัน โดยชอบด้วยกฎหมาย
- มาตรา 38 การมีเสรีภาพในการถือศาสนา การปฏิบัติตามศาสนบัญญัติหรือปฏิบัติพิธีกรรมตามความเชื่อถือของตน
- มาตรา 39 การมีเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น การพูด การเขียน การพิมพ์ การโฆษณา และการสื่อความหมายโดยวิธีอื่น
- มาตรา 42 การมีเสรีภาพในทางวิชาการ
- มาตรา 43 การมีสิทธิในการศึกษาขั้นพื้นฐาน
- มาตรา 44 การมีเสรีภาพในการชุมนุมโดยสงบและปราศจากอาวุธ
- มาตรา 45 การมีเสรีภาพในการรวมเป็นสมาคม สหภาพ สหพันธ์ สหกรณ์ กลุ่มเกษตรกร องค์การเอกชน หรือหมู่คณะอื่น
- มาตรา 46 การมีสิทธิอนุรักษ์ หรือฟื้นฟูจารีตประเพณี ภูมิปัญญาท้องถิ่น ศิลปะหรือวัฒนธรรม การมีส่วนร่วมในการจัดการ การบำรุงรักษา และการใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม
- มาตรา 47 การมีเสรีภาพในการรวมกันจัดตั้งเป็นพรรคการเมือง
- มาตรา 48 การมีสิทธิได้รับความคุ้มครองในทรัพย์สิน
- มาตรา 50 การมีเสรีภาพในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพและการแข่งขันโดยเสรีอย่างเป็นธรรม
- มาตรา 52 การมีสิทธิเสมอกันในการรับบริการทางสาธารณสุข
- มาตรา 53 การมีสิทธิได้รับความคุ้มครองของเด็ก เยาวชน และครอบครัว จากการใช้ความรุนแรงและการปฏิบัติอันไม่เป็นธรรม
- มาตรา 54 การมีสิทธิได้รับความช่วยเหลือจากรัฐ สำหรับบุคคลซึ่งอายุเกินหกสิบปีบริบูรณ์ และไม่มีรายได้เพียงพอ
- มาตรา 55 การมีสิทธิได้รับสิ่งอำนวยความสะดวกอันเป็นสาธารณะจากรัฐและความช่วยเหลืออื่นจากรัฐของบุคคลซึ่งพิการหรือทุพพลภาพ
- มาตรา 56 การมีสิทธิร่วมกับรัฐและชุมชนในการบำรุงรักษาและการได้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ และความหลากหลายทางชีวภาพ
- มาตรา 57 การได้รับความคุ้มครองในฐานะสิทธิของผู้บริโภค
- มาตรา 58 การมีสิทธิได้รับทราบข้อมูลหรือข่าวสารสาธารณะ

มาตรา 59 การมีสิทธิได้รับข้อมูล คำชี้แจงและเหตุผลจากรัฐในการดำเนินโครงการ หรือ กิจกรรมที่กระทบต่อคุณภาพสิ่งแวดล้อม สุขภาพ อนามัย คุณภาพชีวิต หรือส่วนได้เสียสำคัญอื่นใด

มาตรา 60 การมีสิทธิมีส่วนร่วมในกระบวนการพิจารณาในการปฏิบัติราชการทางปกครอง

มาตรา 61 การมีสิทธิได้เสนอเรื่องราวร้องทุกข์และได้รับแจ้งผลการพิจารณา

มาตรา 62 การมีสิทธิฟ้องภาครัฐให้รับผิดชอบจากการกระทำของข้าราชการ พนักงาน หรือ ลูกจ้าง

มาตรา 63 การใช้สิทธิและเสรีภาพทางการเมือง เพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครอง ประเทศตาม วิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ

มาตรา 65 การมีสิทธิต่อต้านโดยสันติวิธี ซึ่งการกระทำที่มีได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติ ไว้ในรัฐธรรมนูญ เพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศ

(2.) สิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม

สิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม ส่วนใหญ่เป็นสิทธิที่มีผลกระทบในวงกว้าง เพราะมักจะต้องเป็นเรื่องสิทธิของกลุ่ม สิทธิโดยร่วมกันของกลุ่ม หรือสิทธิชุมชน แต่บางครั้งก็ทับซ้อน กับสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมืองด้วยเช่นกัน ซึ่งสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม ตาม แนวคิดของเสรีปัจเจกบุคคลนิยมจะเป็นสิทธิมนุษยชนยุคที่ 2 และเป็นสิทธิไม่เด็ดขาด และตราสาร ระหว่างประเทศทั้ง 17 ฉบับก็ได้รับรองไว้เช่นกัน รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 หมวด 3 สิทธิและเสรีภาพของชนชาวไทย จึงได้บัญญัติรวมถึงสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม ด้วย ได้แก่ มาตรา 30 มาตรา 45 มาตรา 46 มาตรา 50 มาตรา 56 มาตรา 58 และมาตรา 59 ดังกล่าว มาแล้ว

(3.) สิทธิในความเป็นปึกแผ่น สิทธิในการพัฒนา

สิทธิในความเป็นปึกแผ่น หรือสิทธิในการพัฒนาที่เป็นสิทธิมนุษยชนในยุคที่ 3 นี้ รวมทั้ง ตราสารระหว่างประเทศ โดยเฉพาะอนุสัญญาว่าด้วยการกำจัดกาเลือกปฏิบัติต่อเชื้อชาติใน ทุกรูปแบบ ปฏิญญาว่าด้วยความอคติทางเชื้อชาติและสีผิว โดยเฉพาะตราสารที่บัญญัติขึ้นอย่างเป็นทางการ เพื่อให้มีผลในทางปฏิบัติทั้ง 4 ฉบับคือ ปฏิญญาว่าด้วยสิทธิในการพัฒนา ปฏิญญาเวียนนา และแผนปฏิบัติการเวียนนา ปฏิญญาว่าด้วยผู้พิทักษ์สิทธิมนุษยชน และปฏิญญาและแผนปฏิบัติการ เดอร์บัน ที่มักจะรับรองคุ้มครองสิทธิชุมชนที่เป็นเรื่องเกี่ยวกับส่วนรวม เช่น การใช้ทรัพยากรธรรมชาติ หรือสิ่งแวดล้อม ตลอดจนกิจการเพื่อประโยชน์สาธารณะ ยิ่งกว่าการรับรองคุ้มครอง สิทธิของปัจเจก บุคคลที่เน้นการรับรองคุ้มครองสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ได้แก่ มาตรา 40 การรับรองคลื่น

ความถี่ที่ใช้ในการส่งวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และวิทยุโทรคมนาคม เป็นทรัพยากรสื่อสารของชาติ เพื่อประโยชน์สาธารณะ ตลอดจนมาตรา 44 มาตรา 45 มาตรา 46 มาตรา 48 มาตรา 50 มาตรา 56 มาตรา 58 มาตรา 59 มาตรา 60 มาตรา 61 และมาตรา 62 ดังกล่าวมาแล้ว

(4.) สิทธิของปัจเจกบุคคล (Individual rights) ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540

ตัวอย่างที่ปรากฏในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ดังนี้

สิทธิทางศาสนา ตามมาตรา 38 ที่ให้บุคคลมีเสรีภาพบริบูรณ์ในการถือศาสนา นิิกายของศาสนา หรือลัทธินิยมในทางศาสนาที่บัญญัติในลักษณะเป็นสิทธิของปัจเจกบุคคลในเรื่องเกี่ยวกับศาสนา ซึ่งหากเปรียบเทียบกับตราสารระหว่างประเทศแล้ว สิทธิในชาติพันธุ์ สีดผิว ภาษา ศาสนา จะเป็นสิทธิของกลุ่มหรือสิทธิโดยรวมกันของบุคคล ที่เป็นสิทธิชุมชนโดยใช้คำว่า group หรือ collective หรือ communities ไม่ใช่สิทธิของปัจเจกบุคคล ส่วนสิทธิอื่น ๆ โดยทั่วไปจะเป็นสิทธิของปัจเจกบุคคลที่ใช้คำว่า All peoples หรือ Peoples หรือ Persons ตามที่ปรากฏในข้อสังเกตของกติกาสากลระหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง มาตรา 27 ดังกล่าวมาแล้วในบทที่ 3 หรือมาตรา 50 ที่ให้ บุคคลมีเสรีภาพในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพและการแข่งขันโดยเสรีอย่างเป็นธรรม เว้นแต่เข้าช้อยกเว้นอันเป็นสิทธิของปัจเจกบุคคล ตามที่ปรากฏในอนุสัญญาว่าด้วยการกำจัด การเลือกปฏิบัติต่อเชื้อชาติในทุกรูปแบบ อนุสัญญาว่าด้วยการปราบปรามและการลงโทษความผิดอาญาเกี่ยวกับการแบ่งแยกสีผิว รวมทั้งตราสารที่บัญญัติขึ้นอย่างเป็นทางการเป็นรูปธรรมเพื่อให้มีผลในทางปฏิบัติ ทั้ง 4 ฉบับ ดังกล่าวมาแล้วในบทที่ 3

สำหรับสิทธิตามมาตรา 69 เป็นสิทธิของปัจเจกบุคคลที่เกี่ยวกับสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง สิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม รวมทั้งเรื่องของท้องถิ่น ซึ่งถือเป็นสิทธิของกลุ่มเกี่ยวกับการที่บุคคลมีหน้าที่ป้องกันประเทศ รับราชการทหาร เสียภาษีอากร ช่วยเหลือราชการ รับการศึกษาอบรม พักผ่อน ปกป้อง และสืบสานศิลปวัฒนธรรมของชาติและภูมิปัญญาท้องถิ่น และอนุรักษ์ทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม ส่วนมาตรา 75 เป็นแนวนโยบายพื้นฐานแห่งรัฐ ซึ่งถือเป็นหน้าที่ของรัฐที่จะต้องดูแลให้เกิดสิทธิต่าง ๆ ขึ้น

(5.) สิทธิของกลุ่ม (Group rights) ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540

ในส่วนของประเทศไทยนั้น ในการร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 สมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญ (สสร.) บางส่วน ประสงค์จะให้รัฐธรรมนูญเป็นไปตามแนวคิดสิทธิ

มนุษยชนของสำนักกฎหมายธรรมชาติ (Natural Law School) ทั้งฉบับ แต่สมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญ (สสร.) ส่วนใหญ่กลับไม่เห็นด้วย เพราะอาจเกิดปัญหาบางประการในเรื่องของการใช้ ทรัพยากรธรรมชาติ สิทธิในการเลือกตั้ง และการสมัครรับเลือกตั้ง เป็นต้น โดยเฉพาะในประเทศที่มีคน หลบหนีเข้าเมืองโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายเป็นจำนวนมาก ซึ่งไม่ใช่ชนท้องถิ่นดั้งเดิม (Indigenous groups) ที่เป็นเจ้าของดินแดนอยู่ก่อนเก่า จึงเห็นว่าสิทธิของพลเมืองกับสิทธิมนุษยชนบางเรื่องต้องมี เส้นกำหนดขอบเขตที่แยกจากกันชัดเจนพอสมควรและไม่เพียงมีสิทธิที่เท่าเทียมกัน อุปมาดังเช่น เจ้าของ กรรมสิทธิ์กับผู้ครอบครอง แต่ก็ยังคงไว้ซึ่งสาระสำคัญเป็นการส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของ ประชาชน ให้ประชาชนมีส่วนร่วมในการปกครองและตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐเพิ่มขึ้น ตลอดทั้ง ปรับปรุงโครงสร้างทางการเมืองให้มีเสถียรภาพยิ่งขึ้น ทั้งนี้ โดยคำนึงถึง ความคิดเห็นของประชาชน เป็นสำคัญ เพื่อเป็นพื้นฐานสำคัญในการปฏิรูปการเมืองซึ่งหมายถึงการกำหนดโครงสร้างและระบบ การใช้อำนาจรัฐเสียใหม่ เพื่อให้ประชาชนมีสิทธิควบคุมและตรวจสอบได้อย่างแท้จริง อันเป็นการ ป้องกันมิให้มีการใช้อำนาจปกครองบ้านเมือง แสวงหาประโยชน์ให้แก่ตนเองและพวกพ้องในทางที่ มิชอบหรือทุจริตด้วยประการใด ๆ และเพื่อที่จะให้ประชาชนสามารถเข้ามามีส่วนร่วมในทางการเมืองได้ อย่างแท้จริง การทำให้สิทธิเสรีภาพขั้นมูลฐานของพลเมืองตามรัฐธรรมนูญมีผลบังคับใช้ได้ ในทาง ปฏิบัติอย่างเป็นรูปธรรม จึงเป็นเงื่อนไขเบื้องต้นที่จำเป็นและสำคัญที่สุดที่จะนำไปสู่ความสำเร็จในการ ปฏิรูปการเมืองของสังคมไทย เพราะการมีสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานที่เป็นรูปธรรมได้ในความรู้สึกและวิถี ชีวิตตามปกติของประชาชนคนไทย ย่อมจะเป็นสิ่งที่จะคอยกระตุ้นเตือนให้ทุกคนตระหนักในศักดิ์ศรี ความเป็นมนุษย์ ที่ไม่ยินยอมให้มีการใช้อำนาจรัฐที่เกินเลยหรือไม่ชอบธรรมด้วยประการใด ๆ รัฐธรรมนูญฉบับนี้จึงควรจะต้องเป็น “ธรรมนูญแห่งสิทธิเสรีภาพ” ของประชาชน โดยประชาชน และ เพื่อประชาชนอย่างแท้จริง มิใช่เป็น “ธรรมนูญแห่งอำนาจ” เพื่อเป็นข้ออ้างในการยึดกุมและใช้อำนาจ รัฐกันอย่างไม่มิชอบเขตจำกัดดังเช่นที่เป็นมาในอดีต³ จึงได้รับเอาแนวคิดเรื่องสิทธิของกลุ่ม ตาม กฎหมายระหว่างประเทศหรือตราสารที่ประเทศไทยเป็นภาคีสมาชิกเข้ามาไว้ ดังตัวอย่างที่ปรากฏใน รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 เช่น บทบัญญัติของมาตรา 45 มีลักษณะเป็น การรวมกันของบุคคลเพื่อรวมกันเป็นสมาคมสหภาพ สหพันธ์ สหกรณ์ กลุ่มเกษตรกร องค์การเอกชน หรือหมู่คณะอื่น โดยเฉพาะมาตรา 46 บุคคลซึ่งรวมกันเป็นชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิม ดังจะกล่าวต่อไปใน หัวข้อวิเคราะห์ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 46 และมาตรา 56 หรือ บทบัญญัติมาตรา 47 เป็นการรวมกันจัดตั้งเป็นพรรคการเมือง อันมีลักษณะเป็นสิทธิของกลุ่ม ในขณะที่

³ คณะกรรมาธิการประชาสัมพันธ์ สภาร่างรัฐธรรมนูญ, (ร่าง) รัฐธรรมนูญแห่ง ราชอาณาจักรไทย ฉบับประชาชน โดยสภาร่างรัฐธรรมนูญ (กรุงเทพมหานคร : บริษัท บางจาก จำกัด (มหาชน), สิงหาคม 2540), น. 162 – 164.

ที่มาตรา 50 เป็นทั้งสิทธิของปัจเจกบุคคลดังกล่าวมาแล้วและเป็นสิทธิของกลุ่ม ที่รวมทั้งสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม และสิทธิในความเป็นปึกแผ่นไว้ด้วยกัน ตามที่ปรากฏในกฎบัตรสหประชาชาติ ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน กติกาสากลระหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง กติกาสากลระหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม เป็นต้น ดังกล่าวมาแล้วในบทที่ 3

(6.) สิทธิโดยร่วมกันของบุคคล (Collective rights) ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540

จากเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 รวมทั้งหลักการพื้นฐาน ตามมาตรา 76 และมาตรา 79 ที่ผสมผสานแนวความคิดเชิงทฤษฎีทั้งหมดทั้งบุคคล ชุมชน ชาติเข้าด้วยกันดังกล่าวมาแล้ว จึงทำให้มีการรวมทั้งสิทธิของกลุ่มและสิทธิโดยร่วมกันของบุคคลทับซ้อนกันไว้ ดังเช่น มาตรา 45 มาตรา 47 ดังกล่าวมาแล้ว และโดยเฉพาะมาตรา 56 สิทธิของบุคคลที่จะมีส่วนร่วมทั้งรัฐและชุมชน ดังจะกล่าวต่อไปในหัวข้อวิเคราะห์รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 46 และมาตรา 56

(7.) สิทธิชุมชน (Communities rights) ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540⁴

ในส่วนของประเทศไทย ตราสารที่ผูกพันประเทศไทย ไม่ว่าจะโดยกฎหมายระหว่างประเทศ หรือโดยการเป็นภาคีสมาชิกก็ตาม คนเข้าเมืองโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายที่ได้สัญชาติไทยเหล่านี้ ก็ได้รับสิทธิและการปกป้องคุ้มครองจากตราสารต่าง ๆ เหล่านี้ตามกฎหมายระหว่างประเทศด้วย ซึ่งแม้จะไม่ยุติเท่าใดนักในเรื่องนิยามของคำว่าชุมชนตามแนวคิดของฝ่ายตะวันตกและฝ่ายตะวันออก ดังกล่าวมาแล้วในเรื่องหลักการในการให้คำนิยามชนกลุ่มน้อย และเรื่องสิทธิชุมชนตามกฎหมายระหว่างประเทศ ในบทที่ 3 ก็ตาม นอกจากนี้ เมื่อกฎหมายภายในของประเทศได้บัญญัติรับรองเรื่องของชุมชนแต่ละประเภทไว้ เช่น รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 46 มาตรา 56 มาตรา 59 จึงต้องศึกษาว่า ชุมชนแต่ละประเภท ดังกล่าวได้รับการปกป้องคุ้มครองอย่างไร โดยมีขอบเขตการพิจารณา ดังนี้

⁴ วิษุทธิ์ จีระแพทย์, "แนวคิดสิทธิชุมชนของไทย", วารสารศาลรัฐธรรมนูญ, ปีที่ 3 เล่มที่ 9 (กันยายน-ธันวาคม 2544), น : 11 - 26. และ รัฐสภาสาร, ปีที่ 50 ฉบับที่ 2 (กุมภาพันธ์ 2545) : น. 73

(7.1) ความหมายของชุมชนในประเทศไทย

(7.2) ประเภทของชุมชนตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540
แยกพิจารณา ดังนี้

(7.1) ความหมายของชุมชนในประเทศไทย

นอกจากความหมายของชุมชนตามกฎหมายระหว่างประเทศของฝ่ายตะวันตกที่ว่าความมีอยู่เป็นอยู่ของชุมชนเป็นเรื่องของข้อเท็จจริงไม่ใช่ข้อกฎหมาย โดยถือว่าชุมชนเป็นกลุ่มของคนที่อาศัยอยู่ในประเทศหรือท้องถิ่นที่กำหนดไว้โดยมีเชื้อชาติ ศาสนา ภาษา และประเพณีที่กำหนดขึ้น และเชื่อมั่นว่าคำสอนและแนวความคิดรวมทั้งวิถีชีวิตของชนรุ่นหลังที่ตามมาจะยึดถือตามจิตวิญญาณและประเพณีของชาติ รวมทั้งการมีความร่วมมือช่วยเหลือซึ่งกันและกัน ส่วนแนวคิดของฝ่ายตะวันออกคือ การอยู่ร่วมกันเพื่อประโยชน์ส่วนรวมเป็นหลัก สำหรับประเทศไทยคำว่า “ชุมชน” ในปัจจุบันยังมีความหมายที่ใช้ในบริบทต่าง ๆ เป็นจำนวนมาก ไม่ว่าจะเป็นด้านการปกครอง การพัฒนา วัฒนธรรม ซึ่งความหมายโดยทั่วไปของคำว่า “ชุมชน”⁵ หมายถึง หมู่ชน กลุ่มคนที่อยู่ร่วมกันเป็นสังคมขนาดเล็ก อาศัยอยู่ในอาณาบริเวณเดียวกันและมีผลประโยชน์ร่วมกัน

นอกจากนี้ยังมีผู้ให้คำนิยามของคำว่า “ชุมชน” ว่า

“ชุมชน” หมายถึง การที่คนจำนวนหนึ่งมีวัตถุประสงค์ร่วมกัน มีความเอื้ออาทรต่อกัน มีความพยายามทำอะไรร่วมกัน มีการเรียนรู้ร่วมกันในการกระทำ ซึ่งรวมถึงการติดต่อสื่อสารกัน (communicate) และด้วยความเป็นกลุ่มเป็นก้อนนี้เอง จะสามารถทำให้กลุ่มมีศักยภาพสูงมาก การกระทำสิ่งต่าง ๆ ร่วมกันจะก่อให้เกิดพลังในการเผชิญและแก้ไขปัญหา⁶

นอกจากนี้ มีการอ้างว่าแม้แต่เรื่องสิทธิชุมชนก็มีใช้เรื่องที่เกิดขึ้นใหม่ แต่เป็นเรื่องที่มีมาตั้งแต่ประวัติศาสตร์และวัฒนธรรมของไทย โดยถูกกลบเลือนไปในยุคเร่งรัดการพัฒนาแบบตะวันตก ภายใต้ระบบอำนาจนิยมนับแต่ช่วงต้นยุค พ.ศ. 2500 เป็นต้นมา โดยเชื่อมั่นว่าสิทธิชุมชนเป็นเรื่องตะวันออกแท้ ๆ ที่เพิ่งถูกทำลายไปจากประวัติศาสตร์ และมีการดำรงอยู่ของสิทธิชุมชนในเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ มีใช้ประเทศไทยเท่านั้น⁷ ดังเช่น พระราชบัญญัติการชลประทานราษฎร์ พ.ศ. 2482

⁵ ราชบัณฑิตยสถาน, พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2525 (กรุงเทพมหานคร : บริษัท อักษรเจริญทัศน์ จำกัด, 2539), น. 271.

⁶ ประเวศ วสี, “ประชาคมตำบล ยุทธศาสตร์เพื่อเศรษฐกิจพอเพียง ศิลธรรม และสุขภาพ”, หนังสือพิมพ์มติชน, (2541). น.13.

⁷ วิวัฒน์ คติธรรมนิธย์ (บรรณารักษ์), “สิทธิชุมชน การกระจายอำนาจจัดการทรัพยากร”, (สถาบันชุมชนท้องถิ่นพัฒนา, 2536), น. 33-35, 201-205, 221 งานศึกษาวิจัยที่เป็นฐานเริ่มต้นของวาทกรรม ‘สิทธิชุมชน’ ปรากฏในเรื่อง “ป่าชุมชน” และ Tai Culture, Vol.v., No.2, December 2000.

ที่ได้บัญญัติถึงการมีส่วนร่วมของชุมชนในการจัดการทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม โดยระดับของการมีส่วนร่วมนั้นเป็นเพียงการมีส่วนร่วมในการจัดการเท่านั้น หากได้ขยายความถึงการได้ประโยชน์ในลักษณะของส่วนแบ่งไม่⁸

ถึงแม้ว่ารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 จะมีได้กล่าวถึงสิทธิในการพัฒนา โดยตรงก็ตาม แต่หากพิจารณาบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญหลาย ๆ มาตรา เช่น มาตรา 46 มาตรา 56 มาตรา 59 มาตรา 60 มาตรา 76 หรือมาตรา 79 ก็สนับสนุนหลักการสำคัญแห่งสิทธิในการพัฒนา

โดยเฉพาะมาตรา 46 ที่รัฐมีเจตนารมณ์ที่จะสถาปนาสิทธิชุมชนให้เกิดขึ้นในรัฐธรรมนูญไทย นอกเหนือจากการเพิ่มสิทธิและเสรีภาพต่าง ๆ ให้แก่ปัจเจกบุคคล ดังปรากฏในกรอบเบื้องต้นของร่างรัฐธรรมนูญฉบับประชาชน ที่กล่าวถึงสิทธิชุมชนดังนี้⁹

1. เพิ่มสิทธิ เสรีภาพ และหน้าที่ให้ครบถ้วนขึ้น โดยเฉพาะเพิ่มสิทธิชุมชนท้องถิ่นในการอนุรักษ์ศิลปวัฒนธรรมและร่วมจัดการทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมในท้องถิ่น ซึ่งแสดงให้เห็นถึงความสำคัญของสิทธิชุมชน

2. รับรองสิทธิชุมชนท้องถิ่น เพื่อเปิดโอกาสให้พลเมืองมีส่วนร่วมในระบบการเมืองมากขึ้น นอกจากนี้ การยกเว้นมาตรา 46 นี้ได้รับอิทธิพลทางแนวความคิดจากสิทธิชุมชนในโครงการศึกษาวิจัยป่าชุมชนในประเทศไทยด้วย¹⁰

พัฒนาการเชิงความหมายของสิทธิชุมชนยังคงพัฒนาและกำหนดขอบเขตตลอดมา ทั้งนี้สิทธิชุมชนมีขอบข่ายกว้างกว่าสิทธิของปัจเจกบุคคล¹¹ เพราะชุมชนท้องถิ่นจะอยู่รอดและพัฒนาตนเองอย่างยั่งยืนและมีศักดิ์ศรีได้ จำเป็นต้องมีสิทธิขั้นพื้นฐานในการใช้และดูแลทรัพยากรอย่างยั่งยืน

(โปรดดูรายละเอียดใน เสน่ห์ จามริก และยศ สันตสมบัติ (บรรณาธิการ), "ป่าชุมชนในประเทศไทย : แนวทางการพัฒนา", สถาบันชุมชนท้องถิ่นพัฒนา, 2536).

⁸ อานันท์ กาญจนพันธุ์ (บรรณาธิการ), "พลวัตของชุมชนในการจัดการทรัพยากร กระทบวนทัศน์และนโยบาย", (เอกสารวิจัยสำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย, 2543), น. 382.

⁹ สภาร่างรัฐธรรมนูญ, กรอบเบื้องต้นร่างรัฐธรรมนูญฉบับประชาชน, เอกสารพื้นฐานประกอบการรับฟังความคิดเห็น เพื่อการมีส่วนร่วมกำหนดรัฐธรรมนูญโดยประชาชน (กรุงเทพมหานคร : สภาร่างรัฐธรรมนูญ, มีนาคม 2540), น. 14, 16, 24, 51.

¹⁰ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, รายงานการประชุมคณะกรรมการสภาร่างรัฐธรรมนูญ สภาผู้แทนราษฎร, (วันที่ 10 มิถุนายน 2540), น. 111-113.

¹¹ เลิศชาย ศิริชัย, "สิทธิชุมชนท้องถิ่นภาคใต้", อ้างถึงใน วรินทร์า ไกยวรงค์, "การยอมรับสิทธิชุมชน", จดหมายข่าวสิทธิมนุษยชน, ฉบับที่ 4 (มกราคม - เมษายน พ.ศ. 2544), น.8.

ซึ่งรวมถึงสิทธิในการปฏิเสธการรุกรานจากภายนอกที่จะส่งผลกระทบต่อฐานทรัพยากรของชุมชน¹² และจิตสำนึกร่วมกันของชุมชน¹³ ประเด็นเรื่องสิทธิชุมชนของไทย¹⁴ ต้องเข้าใจถึงจิตวิญญาณอัตลักษณ์ของการอยู่ร่วมกันเป็นชุมชนภูมิปัญญา และการที่จะพัฒนาชุมชนต้องพัฒนาอย่างสร้างสรรค์และสอดคล้องกับผลประโยชน์ความมั่นคงของชาติ

(7.2) ประเภทของชุมชนตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540

จากแนวความคิดในเรื่องสิทธิชุมชนตามกฎหมายระหว่างประเทศ และความหมายของชุมชนในประเทศไทย ดังกล่าว รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 จึงได้บัญญัติสิทธิชุมชนไว้หลายมาตรา โดยใช้คำที่แตกต่างกัน เช่น คำว่า “ชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิม” (a traditional community) หรือคำว่า “ชุมชน” (communities) หรือคำว่า “ชุมชนท้องถิ่น” (a local community) ตามที่ปรากฏในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ดังนี้

(1) คำว่า “ชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิม” (a traditional community)

มาตรา 46 บุคคลซึ่งรวมกันเป็น ชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิม ย่อมมีสิทธิอนุรักษ์หรือฟื้นฟูจารีตประเพณีภูมิปัญญาท้องถิ่น ศิลปะหรือวัฒนธรรมอันดีของท้องถิ่นและของชาติและมีส่วนร่วมในการจัดการการบำรุงรักษา และการใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมอย่างสมดุลและยั่งยืน ทั้งนี้ ตามที่กฎหมายบัญญัติ

Section 46 Persons so assembling as to be a traditional community shall have the right to conserve or restore their customs, local knowledge, arts or good culture of their community and of the nation and participate in the management, maintenance, preservation and exploitation of natural resources and the environment in a balanced fashion and persistently as provided by law.

¹² เสน่ห์ จามริก, “สิทธิมนุษยชนไทยในสถานการณ์สากล” (โครงการวิจัย สำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย) น.57, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 8, น.396.

¹³ ยศ สันตสมบัติ, “รัฐ ชุมชน และนโยบายการจัดการทรัพยากร : บทสำรวจองค์ความรู้, ศูนย์ศึกษาความหลากหลายทางชีวภาพ และภูมิปัญญาท้องถิ่น”, (เอกสารวิจัย คณะสังคมศาสตร์, มหาวิทยาลัยเชียงใหม่, 2541).

¹⁴ เสน่ห์ จามริก, ประธานกรรมการสิทธิมนุษยชนชาติแห่งชาติ, วิทยาการได้ให้ความเห็นในการประชุมสัมมนาเรื่อง “การลดปริมาณคดีขึ้นสู่ศาล : ความขัดแย้งในชุมชนอันเนื่องจากสิทธิชุมชนกับผลประโยชน์ของชาติ”.

(2) คำว่า "ชุมชน" (communities)

มาตรา 56 สิทธิของบุคคลที่จะมีส่วนร่วมทั้งกับรัฐและชุมชนในการบำรุงรักษา และการได้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติและความหลากหลายทางชีวภาพ และในการคุ้มครอง ส่งเสริม และรักษาคุณภาพ สิ่งแวดล้อม เพื่อให้ดำรงชีพอยู่ได้อย่างปกติและต่อเนื่อง ในสิ่งแวดล้อมที่จะไม่ก่อให้เกิดอันตรายต่อสุขภาพอนามัย สวัสดิภาพ หรือคุณภาพชีวิตของตนย่อมได้รับความคุ้มครอง ทั้งนี้ ตามที่กฎหมายบัญญัติ

การดำเนินโครงการหรือกิจกรรมที่อาจก่อให้เกิดผลกระทบต่อคุณภาพสิ่งแวดล้อมจะกระทำมิได้ เว้นแต่จะได้ศึกษาและประเมินผลกระทบต่อคุณภาพสิ่งแวดล้อม รวมทั้งได้ให้องค์การอิสระ ซึ่งประกอบด้วยผู้แทนองค์กรเอกชนด้านสิ่งแวดล้อมและผู้แทนสถาบันอุดมศึกษาที่จัดการศึกษาด้านสิ่งแวดล้อม ให้ความเห็นประกอบก่อนมีการดำเนินการดังกล่าว ทั้งนี้ ตามที่กฎหมายบัญญัติ

สิทธิของบุคคลที่จะฟ้องหน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ ราชการส่วนท้องถิ่น หรือองค์กรอื่นของรัฐ เพื่อให้ปฏิบัติหน้าที่ตามที่บัญญัติไว้ในกฎหมายตามวรรคหนึ่งและวรรคสอง ย่อมได้รับความคุ้มครอง

Section 56 The right of a person to give to the State and communities participation in the preservation and exploitation of natural resources and biological diversity and in the protection, promotion and preservation of the quality of the environment for usual and consistent survival in the environment which is not hazardous to his or her health and sanitary condition, welfare or quality of life, shall be protected, as provided by law.

Any project or activity which may seriously affect the quality of the environment shall not be permitted, unless its impacts on the quality of the environment have been studied and evaluated and opinions of an independent organization, consisting of representatives from private environmental organizations and from higher educational institutions providing studies in the environmental field, have been obtained prior to the operation of such project or activity, as provided by law.

The right of a person to sue a State agency, State enterprise, local government organization or other State authority to perform the duties as provided by law under paragraph one and paragraph two shall be protected.

มาตรา 80 รัฐต้องคุ้มครองและพัฒนาเด็กและเยาวชน ส่งเสริมความเสมอภาคของหญิงและชาย เสริมสร้างและพัฒนาความเป็นปึกแผ่นของครอบครัว และความเข้มแข็งของชุมชน

รัฐต้องสงเคราะห์คนชรา ผู้ยากไร้ ผู้พิการหรือทุพพลภาพและผู้ด้อยโอกาสให้มีคุณภาพชีวิตที่ดีและพึ่งตนเองได้

Section 80 The state shall protect and develop children and the youth, promote the equality between women and men, and create, reinforce and develop family integrity and the strength of communities.

The state shall provide aids to the elderly, the indigent, the disabled or handicapped and the underprivileged for their good quality of life and ability to depend on themselves.

(3) คำว่า “ชุมชนท้องถิ่น” (a local community)

มาตรา 59 บุคคลย่อมมีสิทธิได้รับข้อมูล คำชี้แจง และเหตุผลจากหน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ หรือราชการส่วนท้องถิ่นก่อนการอนุญาตหรือการดำเนินโครงการหรือกิจกรรมใดที่อาจมีผลกระทบต่อคุณภาพสิ่งแวดล้อม สุขภาพอนามัย คุณภาพชีวิต หรือส่วนได้เสียสำคัญอื่นใดที่เกี่ยวกับตนหรือชุมชนท้องถิ่น และมีสิทธิแสดงความคิดเห็นของตนในเรื่องดังกล่าว ทั้งนี้ ตามกระบวนการรับฟังความคิดเห็นของประชาชนที่กฎหมายบัญญัติ

Section 59 A person shall have the right to receive information, explanation and reason from a State agency, State enterprise or local government organization before permission is given for the operation of any project or activity which may affect the quality of the environment, health and sanitary conditions, the quality of life or any other material interest concerning him or her or a local community and shall have the right to express his or her opinions on such matters in accordance with the public hearing procedure, as provided by law.

คำแต่ละคำดังกล่าวย่อมมีความหมายแตกต่างกัน แต่ประเด็นที่จะต้องวิเคราะห์ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับวิทยานิพนธ์นี้คือคำว่า “ชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิม” (a traditional community) ตามมาตรา 46 ซึ่งเป็น ชนกลุ่มน้อยประเภทหนึ่ง กับคำว่า “ชุมชน” (communities) ตามมาตรา 56 ที่ศาลรัฐธรรมนูญได้วินิจฉัยไว้และตามมาตรา 80 ซึ่งคำว่า “ชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิม” (a traditional community) นั้น จะหมายถึง Indigenous peoples ซึ่งเป็นคำที่มีความหมายเป็นสากล หรือหมายถึง ชุมชนจารีตประเพณี เพราะชุมชนจารีตประเพณีนั้น หมายถึง ชนกลุ่มน้อยทั่วไป ที่มีจารีตประเพณีที่มีลักษณะเฉพาะ โดยไม่จำกัดว่าเป็นชน กลุ่มน้อยประเภทใดตามคำนิยามของกฎหมายระหว่างประเทศ แต่ “ชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิม” นั้น แม้จะหมายถึงชนกลุ่มน้อยประเภทหนึ่งแต่ก็ต้องมีสิทธิหรือได้รับความ

คุ้มครองมากกว่าชนกลุ่มน้อยทั่วไป ดังที่จะกล่าวโดยละเอียดต่อไปในหัวข้อวิเคราะห์รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 46 และมาตรา 56

2.3 วิเคราะห์รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 46 และมาตรา 56 และการบัญญัติกฎหมาย

จากการคุ้มครองสิทธิของชนกลุ่มน้อยที่เป็นผลมาจากข้อผูกพันในกฎหมายระหว่างประเทศ ดังกล่าวมาแล้วในบทที่ 3 รวมทั้งปัญหาการบังคับใช้กฎหมายที่เกิดขึ้นจากการที่ศาลรัฐธรรมนูญได้วินิจฉัยไว้ในส่วนที่เกี่ยวกับสิทธิของชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิมหรือสิทธิของบุคคลที่จะมีส่วนร่วมกับรัฐและชุมชนว่า สิทธิตามมาตรา 46 และมาตรา 56 นั้นจะมีอยู่อย่างไรต้องเป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติ ดังที่บัญญัติไว้ในข้อความสุดท้ายของมาตรา 46 และมาตรา 56 และมาตราอื่น ๆ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ว่า “ทั้งนี้ ตามที่กฎหมายบัญญัติ” หรือว่า “ให้เป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติ” ซึ่งเกิดปัญหาในทางปฏิบัติของประเทศไทยที่เป็นประเทศที่ใช้ระบบประมวลกฎหมาย (Code Law) ที่ต้องออกกฎหมายให้มีผลบังคับใช้ได้ การนำกฎหมายระหว่างประเทศมาบังคับใช้เป็นกฎหมายภายในนั้น จึงมีกรณีที่มีการวินิจฉัยบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญเรื่องนี้

ศาลรัฐธรรมนูญได้วินิจฉัยไว้ดังนี้

1. คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 59/2545 เรื่อง ประธานวุฒิสภาส่งความเห็นของสมาชิกวุฒิสภาให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 262 วรรคหนึ่ง (1) กรณีร่างพระราชบัญญัติแร่ (ฉบับที่ ..) พ.ศ. มีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ซึ่งคำวินิจฉัยดังกล่าวมีประเด็นเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญ มาตรา 46 ว่า ร่างพระราชบัญญัติแร่ฯ มาตรา 88/7 บัญญัติกระบวนการรับฟังความคิดเห็นของผู้มีส่วนได้เสียจะเริ่มต้นขึ้น ภายหลังจากการจัดทำรายงานการวิเคราะห์ผลกระทบสิ่งแวดล้อมของผู้ขอประทานบัตรทำเหมืองแร่ได้ดินเสร็จสิ้นแล้ว แต่รัฐธรรมนูญ มาตรา 46 และ มาตรา 56 บัญญัติให้บุคคลโดยทั่วไปและบุคคลซึ่งรวมกันเป็นชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิม มีส่วนร่วมกับรัฐในการจัดการ การบำรุงรักษา และการใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมอย่างสมดุลและยั่งยืน จึงเห็นได้ว่า รายงานการวิเคราะห์ผลกระทบสิ่งแวดล้อมของผู้ขอประทานบัตรทำเหมืองแร่ได้ดินขาดกระบวนการมีส่วนร่วมของประชาชนและชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิมตามเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ ดังนั้น ร่างพระราชบัญญัติแร่ฯ มาตรา 88/7 จึงขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 46 และมาตรา 56

นอกจากนี้ ยังมีข้อพิจารณาอีกว่า สิทธิของชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิมในการจัดการ บำรุงรักษา และการใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมอย่างสมดุลและยั่งยืนตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 46 และสิทธิของบุคคลที่จะร่วมกับรัฐและชุมชนในการรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 56 ต้องเป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติ ซึ่งกฎหมายที่จะตราขึ้นตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 46 และมาตรา 56 นั้น จะต้องกำหนดรายละเอียดเกี่ยวกับหลักเกณฑ์การใช้สิทธิของบุคคล และชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิมในเรื่องดังกล่าว ส่วนร่างพระราชบัญญัติแร่ฯ นี้เป็นกฎหมายที่กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการทำเหมืองแร่ได้ดิน จึงไม่มีกรณีที่เป็นการขัดต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 46 และมาตรา 56 แต่ประการใด

ในประเด็นมาตรา 46 ในส่วนที่เกี่ยวกับการมีส่วนร่วมของชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิม และของบุคคลที่จะมี ส่วนร่วมกับรัฐและชุมชนในการบำรุงรักษาและการใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมอย่างสมดุลและยั่งยืนนั้น ร่างพระราชบัญญัติแร่ฯ ในส่วนที่เพิ่มความเป็นหมวด 4/1 ส่วนที่ 3 มาตรา 88/9 ถึงมาตรา 88/11 ได้บัญญัติถึงสิทธิในการมีส่วนร่วมของผู้มีส่วนได้เสียไว้แล้ว และถึงแม้ว่ารัฐธรรมนูญ มาตรา 46 และมาตรา 56 จะได้รับรองสิทธิของชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิมหรือสิทธิของบุคคลที่จะมีส่วนร่วมร่วมกับรัฐและชุมชนไว้ก็ตาม แต่รัฐธรรมนูญทั้งสองมาตราก็นำบัญญัติให้สิทธิดังกล่าวเหล่านั้นจะต้องเป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติ ซึ่งหมายความว่า ชุมชนมิได้มีสิทธิที่จะจัดการทรัพยากรในท้องถิ่นได้อย่างอิสระโดยไม่มีขอบเขตชุมชนท้องถิ่นเองก็ต้องร่วมกับองค์กรท้องถิ่นหรือรัฐในการจัดการทรัพยากรสินร่วมกัน การที่ร่างมาตรา 88/7 บัญญัติให้มีการทำรายงานการวิเคราะห์ผลกระทบสิ่งแวดล้อมของผู้ขอประทานบัตรทำเหมืองแร่ได้ดิน การให้มีกระบวนการรับฟังความคิดเห็นของผู้มีส่วนได้เสีย เพื่อนำไปสู่การที่รัฐมนตรีจะกำหนดเงื่อนไขในประทานบัตร แม้กระบวนการรับฟังความคิดเห็นจะเกิดขึ้นขั้นตอนใด ก็เป็นการให้ชุมชนจัดการทรัพยากรสินร่วมกับรัฐในการบำรุงรักษาและการใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมอย่างสมดุลและยั่งยืนแล้ว ร่างพระราชบัญญัติแร่ฯ มาตรา 88/7 จึงมิได้เป็นการจำกัดสิทธิของบุคคลที่จะมีส่วนร่วมร่วมกับรัฐและชุมชนตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 46 และมาตรา 56 แต่อย่างใด

2. คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 62/2545 เรื่อง ศาลอาญาส่งคำร้องของจำเลย (นายสุลักษณ์ ศิวรักษ์ หรือ ส.ศิวรักษ์) เพื่อขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่า พระราชบัญญัติการปิโตรเลียมแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2521 มาตรา 30 และมาตรา 53 ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 35 มาตรา 44 และมาตรา 46

มาตรา 46 มีประเด็นว่า พระราชบัญญัติการปิโตรเลียมแห่งประเทศไทย พ.ศ.2521 มาตรา 30 ที่ให้การปิโตรเลียมแห่งประเทศไทย (ปตท.) มีอำนาจกำหนดเขตรบบการขนส่งปิโตรเลียมทางท่อตามความจำเป็น โดยได้รับความเห็นชอบจากรัฐมนตรี รวมทั้งวางระบบการขนส่งปิโตรเลียม

ทางท่อไปได้ เนื้อ ตาม หรือข้ามที่ดินของบุคคลใด และสามารถถือถอนอาคาร โรงเรือน หรือทำลาย สิ่งอื่นที่สร้างและทำขึ้น หรือทำลาย หรือตัดฟันต้นไม้ หรือพืชผลในเขตระบบการขนส่งปิโตรเลียมทางท่อได้เลย หากเมื่อทำแล้วก่อให้เกิดความเสียหาย จึงให้นักกฎหมายว่าด้วยการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์มาใช้บังคับในภายหลัง และมาตรา 53 ที่บัญญัติว่าผู้ใดขัดขวางการกระทำของ ปตท. หรือพนักงานหรือผู้ซึ่งปฏิบัติงานร่วมกับพนักงานซึ่งกระทำการตามมาตรา 30 ต้องระวางโทษ ๒ ปี ชดเชยหรือชดเชยตามกฎหมาย มาตรา 35 และมาตรา 49 ที่บัญญัติให้ความคุ้มครองเสรีภาพของบุคคลในเคหสถาน การจะเข้าไปดำเนินการใด ๆ ในอสังหาริมทรัพย์ของผู้อื่นจะต้องมีการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์เสียก่อน มาตรา 44 ที่บัญญัติให้บุคคลมีเสรีภาพในการชุมนุมโดยสงบและปราศจากอาวุธ และมาตรา 46 ที่บัญญัติให้บุคคลซึ่งรวมกันเป็นชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิมมีสิทธิในการอนุรักษ์ทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมดังกล่าวหรือไม่

ประเด็นเกี่ยวกับมาตรา 46 รัฐมนตรีว่าการกระทรวงอุตสาหกรรมชี้แจงสรุปได้ว่า สำหรับกรณีตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 46 ในเรื่องบุคคลซึ่งรวมกันเป็นชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิมย่อมมีสิทธิอนุรักษ์หรือฟื้นฟูจารีตประเพณี ภูมิปัญญาท้องถิ่น และมีส่วนร่วมในการจัดการ การบำรุงรักษา และการใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมอย่างสมดุลและยั่งยืน นั้น หลักกฎหมายดังกล่าว น่าจะได้รับการพิจารณาอยู่แล้ว ซึ่งกรณีของ ปตท. แม้ว่าในขณะที่เริ่มดำเนินโครงการฯ จะมีได้มีข้อบัญญัติกฎหมายใดและพระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อม พ.ศ. 2518 และ พ.ศ. 2535 มิได้มีบทบัญญัติกำหนดให้ลักษณะงานตามโครงการฯ จะต้องจัดทำรายงานการวิเคราะห์ผลกระทบสิ่งแวดล้อมแต่ ปตท. ก็ได้ดำเนินการจัดทำรายงานการวิเคราะห์ผลกระทบสิ่งแวดล้อมเสนอต่อคณะกรรมการสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ และคณะกรรมการสิ่งแวดล้อมแห่งชาติได้ให้ความเห็นชอบกับรายงานการวิเคราะห์ผลกระทบสิ่งแวดล้อมดังกล่าว จึงเป็นกรณีที่ ปตท. ได้ถือปฏิบัติตามรัฐธรรมนูญ มาโดยตลอด

ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่า บทบัญญัติในรัฐธรรมนูญ มาตรา 46 เป็นการบัญญัติรับรองสิทธิของบุคคลซึ่งรวมกันเป็นชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิม ชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิมดังกล่าวย่อมมีสิทธิอนุรักษ์หรือฟื้นฟูจารีตประเพณี ภูมิปัญญาท้องถิ่น ศิลปะ หรือวัฒนธรรมอันดีของท้องถิ่นและของชาติ มีส่วนร่วมในการจัดการ การบำรุงรักษา และการใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม ทั้งนี้ ตามที่กฎหมายบัญญัติ แต่ปัจจุบันยังไม่มีการบัญญัติถึงสิทธิของบุคคลซึ่งรวมกันเป็นชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิมไว้เป็นการเฉพาะ กรณีจึงถือได้ว่า การที่พระราชบัญญัติการปิโตรเลียมแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2521 มาตรา 30 ให้อำนาจ ปตท. เข้าไปดำเนินการในการวางระบบขนส่งปิโตรเลียมทางท่อซึ่งเป็นการดำเนินการเพื่อประโยชน์สาธารณะ โดยขอใช้พื้นที่ของเอกชนในชุมชนนั้นเท่าที่จำเป็นโดยมี

การบอกกล่าวล่วงหน้าและเปิดโอกาสให้เจ้าของหรือผู้ครอบครองอสังหาริมทรัพย์ยื่นคำร้องแสดงเหตุที่ไม่สมควรไปยังคณะกรรมการเพื่อวินิจฉัยได้นั้นมิได้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 46

คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 62/2545 ก็ยึดถือบรรทัดฐานตามที่ได้วินิจฉัยไว้ในคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 59/2545 ประเด็นที่ต้องวิเคราะห์ตามกฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายภายในของประเทศไทยที่ศาลรัฐธรรมนูญได้วินิจฉัยไว้ตามมาตรา 46 และมาตรา 56 มีดังนี้

1. ความหมายของคำว่า ชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิม ตามมาตรา 46 และความหมายของคำว่า ชุมชน ตามมาตรา 56

2. การคุ้มครองสิทธิ

3. เปรียบเทียบความแตกต่างของการใช้สิทธิระหว่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 46 และมาตรา 56

แยกพิจารณาดังนี้

1. ความหมายของคำว่า ชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิม ตามมาตรา 46 และความหมายของคำว่า ชุมชน ตามมาตรา 56

ดังได้กล่าวมาแล้วจากการที่ประเทศไทยเป็นประเทศภาคีสมาชิกและได้รับอิทธิพลจากแนวความคิดต่างๆ ดังกล่าว รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 จึงได้บัญญัติถึงสิทธิต่างๆ ไว้ โดยใช้คำที่แตกต่างกัน เช่น คำว่า “ชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิม”(a traditional community) ตามมาตรา 46 แยกจากคำว่า “ชุมชน” (communities) ตามมาตรา 56 และมาตรา 80 หรือคำว่า “ชุมชนท้องถิ่น” (a local community) ตามมาตรา 59 ซึ่งคำแต่ละคำย่อมมีความหมายแตกต่างกัน แต่ประเด็นสำคัญที่ต้องวิเคราะห์ตามวิทยานิพนธ์นี้ คือคำว่า “ชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิม” (a traditional community) ตามมาตรา 46 เปรียบเทียบกับคำว่า ชนท้องถิ่นดั้งเดิม (Indigenous peoples) ตามกฎหมายระหว่างประเทศและเปรียบเทียบกับคำว่า “ชุมชน” (communities) ตามมาตรา 56 ซึ่งผลจากการบัญญัติมาตรา 46 และมาตรา 56 เช่นนั้น จะมีผลถึงพันธกรณีตามตราสารระหว่างประเทศทั้งที่เป็นกฎหมายระหว่างประเทศ และที่ประเทศไทยเป็นภาคีสมาชิกด้วย พิจารณาดังนี้

1.1 ความหมายของคำว่า ชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิม (a traditional community) ตามมาตรา 46

1.2 ความหมายของคำว่า ชุมชน (communities) ตามมาตรา 56

แยกพิจารณาดังนี้

1.1 ความหมายของคำว่า ชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิม (a traditional community) ตามมาตรา 46 แยกพิจารณาเป็น 2 ประเด็น ดังนี้

(1.) คำว่าชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิม (a traditional community) ตามมาตรา 46 จะมีความหมายเหมือนกันหรือแตกต่างกับคำว่า ชนท้องถิ่นดั้งเดิม (Indigenous peoples) หรือคำว่า ชนกลุ่มน้อย (Minority) ตามกฎหมายระหว่างประเทศ

(2.) คำว่าประชาชน (peoples) ที่ใช้ในคำว่าชนท้องถิ่นดั้งเดิม (Indigenous peoples) ตามกฎหมายระหว่างประเทศ จะมีความหมายเหมือนกันหรือแตกต่างกับคำว่า ชุมชน (community) ที่ใช้ในคำว่า ชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิม (a traditional community) ตามมาตรา 46

แยกพิจารณาดังนี้

(1.) คำว่าชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิม (a traditional community) ตามมาตรา 46 จะมีความหมายเหมือนกันหรือแตกต่างกับคำว่า ชนท้องถิ่นดั้งเดิม (Indigenous peoples) หรือคำว่า ชนกลุ่มน้อย (Minority) ตามกฎหมายระหว่างประเทศ

เมื่อพิจารณาถึงการแสดงออกด้านรูปธรรมของชนกลุ่มน้อย (Minority) ซึ่งเป็นกลุ่มที่เน้นเรื่องความเป็นลักษณะเฉพาะของกลุ่ม และการตัดสินใจคงไว้ในรูปลักษณะที่แตกต่าง ส่วนชนท้องถิ่นดั้งเดิม (Indigenous peoples) จะเน้นเรื่องความต่อเนื่องทางประวัติศาสตร์ ซึ่งแม้ว่าชนท้องถิ่นดั้งเดิมจะถูกจัดว่าเป็นชนกลุ่มน้อยประเภทหนึ่ง ก็ยังเป็นเรื่องที่ต้องแยกเฉพาะเรื่องของชนท้องถิ่นดั้งเดิมออกจากชนกลุ่มน้อยดังกล่าวมาแล้ว

กรณีเช่นนี้ คำว่า ชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิม (a traditional community) ตามมาตรา 46 จึงมีความหมาย เช่นเดียวกับคำว่า ชนท้องถิ่นดั้งเดิม (Indigenous peoples) ตามกฎหมายระหว่างประเทศที่ให้ความสำคัญของความเป็นมาในฐานะผู้อยู่ก่อนอย่างยิ่งซึ่งมีความต่อเนื่องทางประวัติศาสตร์ (historical continuity) ในอาณาเขตดินแดนก่อนการรุกรานและการล่าอาณานิคม และเมื่ออยู่รวมกันเป็นชุมชนแล้ว ย่อมมีสิทธิต่าง ๆ ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 46 มากกว่า ชนกลุ่มน้อยทั่วไป กล่าวคือ ชนกลุ่มน้อยทั่วไป เมื่ออยู่รวมกันเป็นชุมชนก็ไม่มีสิทธิต่าง ๆ ดังกล่าว แต่หากตีความคำว่าชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิม (a traditional community) มีความหมายเช่นเดียวกับชนกลุ่มน้อยทั่วไปที่เพียงแต่มีการแสดงออกถึงจารีตประเพณี (tradition) ที่มีลักษณะเฉพาะของกลุ่ม และการตัดสินใจคงไว้ในรูปลักษณะที่แตกต่างแล้ว คนเข้าเมืองโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายที่ได้สัญชาติไทย ก็เป็นชนกลุ่มน้อยประเภทหนึ่งตามนิยามของกฎหมายระหว่างประเทศ และเมื่อถือว่ามีสัญชาติไทย ก็เป็นชนกลุ่มน้อยตามความหมายของกฎหมายระหว่างประเทศแล้ว ชนกลุ่มน้อยเหล่านี้ก็ย่อมมีสิทธิในความเป็นชนกลุ่มน้อยตามกฎหมายระหว่างประเทศ และเมื่ออยู่รวมกันเป็นชุมชน ก็ย่อมมีสิทธิต่าง ๆ ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 46 แม้จะเป็นคนเข้าเมืองโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย และไม่ใช่นชนท้องถิ่นดั้งเดิมตาม

ความหมายของกฎหมายระหว่างประเทศก็ตาม ซึ่งการตีความเช่นนี้ จะทำให้ชุมชนประเภทต่าง ๆ ที่เพียงแต่อ้างว่ามีจารีตประเพณีของชนกลุ่มน้อยนั้น ๆ โดยไม่คำนึงถึงความเป็นชนท้องถิ่นดั้งเดิมตามกฎหมายระหว่างประเทศก็มีสิทธิอนุรักษ์หรือฟื้นฟูจารีตประเพณี ภูมิปัญญาท้องถิ่น ศิลปะหรือวัฒนธรรมของท้องถิ่นและของชาติ และยังมีสิทธิถึงขั้นมีส่วนร่วมในการจัดการ การบำรุงรักษา และการใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ และสิ่งแวดล้อมอย่างสมดุลและยั่งยืน แม้จะมีได้มีสิทธิจัดการได้อย่างอิสระ โดยไม่มีขอบเขต กล่าวคือ ต้องร่วมกับองค์กรท้องถิ่นหรือรัฐในการจัดการทรัพย์สินร่วมกันก็ตาม ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 46 แต่ก็ได้รับการคุ้มครองสิทธิมากกว่าชนกลุ่มใหญ่ของประเทศที่ไม่ได้มีจารีตประเพณีเฉพาะรวมทั้งการมีสิทธิที่มากกว่าดังกล่าวด้วย

(2.) คำว่าประชาชน (peoples) ที่ใช้ในคำว่าชนท้องถิ่นดั้งเดิม (Indigenous peoples) ตามกฎหมายระหว่างประเทศ จะมีความหมายเหมือนกันหรือแตกต่างกับคำว่า ชุมชน (community) ที่ใช้ในคำว่า ชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิม (a traditional community) ตามมาตรา 46

ตามกฎหมายระหว่างประเทศ คำว่า ชนท้องถิ่นดั้งเดิม (Indigenous peoples) คำว่า All peoples, peoples, people, persons, groups และ community มีความพิถีพิถันในการใช้อย่างยิ่ง เพราะคำต่าง ๆ มีความหมายแตกต่างกัน คำว่าประชาชนโดยทั่วไป (All peoples, peoples, people, persons) จะมีความหมายแตกต่างกับคำว่ากลุ่ม (groups) และคำว่าชุมชน (community) ดังกล่าวมาแล้วในบทที่ 3

เมื่อพิจารณาในรายละเอียดเพิ่มเติม จะเห็นว่าแม้แต่คำว่า peoples และ people ก็มีความหมายต่างกัน กล่าวคือ คำว่า "Indigenous people" กับ "Indigenous peoples" คำว่า people ที่มี s ต่อท้ายหมายถึงชนท้องถิ่นดั้งเดิมที่มาอยู่ร่วมกันที่มีลักษณะโดดเด่นพิเศษทั่วโลก ซึ่งชนท้องถิ่นดั้งเดิมต่าง ๆ เหล่านี้ประกอบด้วย ประชาชนแต่ละคนที่มีลักษณะเฉพาะและกฎหมายยอมรับแล้ว ดังนั้น เมื่อมีการรวมกันของประชาชนแต่ละคน (people) เข้าด้วยกัน ก็จะเป็นประชาชนหลายคนที่มารวมกัน (peoples) ซึ่งมีผลสะท้อนถึงลักษณะโดยรวมกันของวัฒนธรรมและสิทธิ (the collective character of indigenous culture and rights) และมีความสำคัญอย่างยิ่ง โดยเฉพาะเมื่อกล่าวถึงสิทธิในการตัดสินใจด้วยตนเอง (Self Determination) เพราะกฎบัตรสหประชาชาติยอมรับถึงความเท่าเทียมกันในสิทธิขั้นพื้นฐานและการตัดสินใจด้วยตนเองของประชาชน โดยไม่ใช้คำว่า กลุ่ม (group) หรือ ชุมชน (community) ที่มีความหมาย ประเภท และลำดับการปกป้องคุ้มครองต่างจากประชาชนที่เป็นปัจเจกบุคคล

นอกจากนี้ แม้แต่การที่องค์การสหประชาชาติได้ก่อตั้งคณะทำงานด้านประชากรชนท้องถิ่นดั้งเดิม (The Working Group on Indigenous Populations : WGIP) ซึ่งก่อตั้งโดยคณะมนตรีเศรษฐกิจและสังคม โดยคัดเลือกจากคณะอนุกรรมการว่าด้วยการส่งเสริมและการปกป้องคุ้มครอง

สิทธิมนุษยชน (The Sub- Commission on the Promotion and Protection of Human Rights) นั้น รัฐบาลของหลายประเทศได้ยืนยัน ไม่ให้ใช้คำว่า "Indigenous peoples" เพราะไม่ต้องการให้มีการขยายขอบเขตของการตัดสินใจด้วยตนเองของชนท้องถิ่นดั้งเดิม ด้วยเหตุผลดังกล่าว ชื่อของ คณะทำงานจึงใช้คำว่า Populations¹⁵

เมื่อกลับมาพิจารณา มาตรา 46 จะเห็นได้ว่า คำว่าชนท้องถิ่นดั้งเดิม นอกจาก มาตรา 46 จะไม่ได้ใช้ คำว่า Indigenous โดยใช้คำว่า Traditional แล้ว ชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิมยังไม่ได้ใช้คำว่า peoples โดยใช้คำว่า community ที่มีการปกป้องคุ้มครองสิทธิต่างกับ people หรือ peoples ที่เป็นปัจเจกบุคคล

หากตีความตามลายลักษณ์อักษรของคำว่า ชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิม (Traditional community) ตามความหมายของกฎหมายระหว่างประเทศแล้ว Traditional community อาจไม่ใช่ Indigenous โดยเป็นเพียง Minority เท่านั้น ก็ได้สิทธิตามมาตรา 46 เพียงแต่ว่า Traditional นี้จะต้องอยู่รวมกันมีลักษณะเป็นชุมชน (community) ไม่ใช่เป็นเพียงประชาชนทุกคน หรือประชาชนที่มาอยู่รวมกัน (All peoples, peoples, persons) เท่านั้นเมื่อครอบคลุมประกอบของ Traditional และ Community แล้วจึงมีสิทธิตามมาตรา 46

หากตีความตามเจตนารมณ์ของคำว่า ชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิม (Traditional community) ตามความหมายของกฎหมายระหว่างประเทศ กับสิทธิต่าง ๆ ที่บัญญัติไว้ในมาตรา 46 ซึ่งใกล้เคียงกับสิทธิของ Indigenous peoples ตามกฎหมายระหว่างประเทศแล้ว คำว่า Traditional ในที่นี้ น่าจะหมายถึง Indigenous ตามกฎหมายระหว่างประเทศมากกว่า ซึ่งผู้เขียนเห็นด้วยกับความเห็นนี้

ข้อที่น่าพิจารณาต่อไป คือ

1. ความเป็น community ตามมาตรา 46 จะยึดถือตามแนวคิดของฝ่ายตะวันตก หรือฝ่าย ตะวันออก
2. สิทธิตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 46 ที่บัญญัติรับรองไว้ให้ Traditional นั้นมีมากกว่าสิทธิ ตามที่กฎหมายระหว่างประเทศกำหนดขอบเขตให้ Indigenous peoples

จากข้อพิจารณานี้ จึงเป็นปัญหาว่า ประเทศไทยจะออกกฎหมายอย่างไร เพื่อให้เกิดดุลยภาพ (equilibrium) ให้มีความเหมาะสมกับประเทศไทย โดยต้องการรับรองสิทธิของบุคคลประเภทนี้ ตามกรอบที่กฎหมายระหว่างประเทศกำหนดไว้ หรือต้องการรับรองสิทธิของบุคคลประเภทนี้มาก ยิ่งกว่าที่กฎหมายระหว่างประเทศกำหนดไว้ซึ่งเป็นเรื่องของนโยบาย ทั้งนี้ ต้องคำนึงถึงว่า จะยึดถือนโยบาย

¹⁵ Martinez Cobo, Special Rapporteur, "Study of the problem of discrimination against indigenous populations" UN Sub-Commission on the Prevention of Discrimination and the Protection of Minorities, (1986) : 1-5, UN Doc. E/CN.4/Sub. 2/1986/7(1986).

คำว่า Traditional community อย่างไร แล้วผลกระทบของการออกกฎหมายนี้ต่อชนกลุ่มใหญ่ มีอย่างไร

หากยึดถือ Traditional ตามมาตรา 46 เป็น Minority หรือ Indigenous ตามกฎหมายระหว่างประเทศแล้ว ก็ต้องให้การปกป้องคุ้มครองตามลักษณะและประเภทของบุคคลเหล่านั้นว่าเป็น Minority หรือ Indigenous ซึ่งประเด็นนี้เห็นว่า หากตีความว่า ชนท้องถิ่นดั้งเดิมเป็นชุมชนจารีตประเพณี ซึ่งทำให้คนเข้าเมืองโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายที่ได้สัญชาติไทยซึ่งเป็นชนกลุ่มน้อย เมื่อมีจารีตประเพณีหรือลักษณะเฉพาะของตนเองก็ถือว่าเป็นชนท้องถิ่นดั้งเดิม ตามมาตรา 46 ด้วย ก็น่าจะเกินหลักการตามแนวคิดกฎหมายระหว่างประเทศ ประเด็นนี้จึงเห็นว่า Traditional community ตามมาตรา 46 น่าจะมีขอบเขตตาม Indigenous peoples ตามกฎหมายระหว่างประเทศเท่านั้น ดังนั้น การที่ศาลรัฐธรรมนูญได้วินิจฉัยไว้ตามคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 62/2545 ไว้ว่า บทบัญญัติในรัฐธรรมนูญ มาตรา 46 เป็นการบัญญัติรับรอง สิทธิของบุคคลซึ่งรวมกันเป็นชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิม ชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิมดังกล่าวย่อมมีสิทธิอนุรักษ์ หรือฟื้นฟูจารีตประเพณี ภูมิปัญญาท้องถิ่น ศิลปะ หรือวัฒนธรรมอันดีของท้องถิ่นและของชาติ มีส่วนร่วมในการจัดการ การบำรุงรักษา และการใช้ประโยชน์ จากทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม ทั้งนี้ ตามที่กฎหมายบัญญัติ แต่ปัจจุบันยังไม่มีกฎหมายบัญญัติถึงสิทธิของบุคคลซึ่งรวมกันเป็นชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิมไว้เป็นการเฉพาะ ซึ่งประชาชนส่วนใหญ่เข้าใจว่าตนมีสิทธิตามรัฐธรรมนูญและพยายามเรียกร้องให้มีการคุ้มครองโดยอาศัยสิทธิดังกล่าว¹⁶

1.2 ความหมายของคำว่า ชุมชน (communities) ตามมาตรา 56

คำว่า ชุมชน (communities) ตามมาตรา 56 ก็เช่นเดียวกัน ก็ยังมีแนวคิดที่ยังไม่เป็นที่ยุติของฝ่ายตะวันตก และฝ่ายตะวันออก ตลอดจนแนวคิดสิทธิชุมชนที่ยังมีข้อโต้แย้งกันว่า เป็นแนวคิดของประเทศไทยที่มีมานานแล้ว

การที่ในปัจจุบัน แม้จะมีความพยายามร่างกฎหมายเกี่ยวกับสิทธิชุมชน เช่น พระราชบัญญัติว่าด้วยป่าชุมชน พ.ศ. นิยามคำว่าชุมชน หรือสิทธิชุมชน ดังกล่าวมาแล้วก็ตาม แต่ก็ยังไม่มีการประกาศใช้ ในขณะที่ปัจจุบันยังไม่มีกฎหมายกำหนดสิทธิชุมชนในการมีส่วนร่วมในการดำเนินการต่าง ๆ ทำให้ไม่อาจอ้างได้ว่ากฎหมายที่มีอยู่ขัดกับรัฐธรรมนูญ เพราะกฎหมายที่มีอยู่ไม่ได้

¹⁶ ลมเปลี่ยนทิศ, หมายเหตุประเทศไทย, "เผด็จการรัฐสภา", หนังสือพิมพ์ไทยรัฐ, วันพฤหัสบดีที่ 14 ตุลาคม พ.ศ. 2547, น. 5.

ให้สิทธิชุมชนดังที่ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยไว้ว่า ตราบใดที่ยังไม่มีกฎหมายกำหนดให้สิทธิชุมชน ชุมชน นั้นย่อมจะยังไม่มีสิทธิ เพราะสิทธิชุมชนนั้นเป็นไปตาม "ทั้งนี้ ตามที่กฎหมายบัญญัติ"¹⁷

2. การคุ้มครองสิทธิ

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 46 และมาตรา 56 จะเป็นเรื่องของสิทธิชุมชน

กฎหมายระหว่างประเทศในกรณีที่เป็นสิทธิชุมชน (Communities rights) ได้ดำเนินการ เป็น 2 รูปแบบ ดังนี้

(1). ในรูปแบบสิทธิของกลุ่ม ซึ่งเป็นที่ยอมรับในประเทศสังคมนิยม แต่ในประเทศเสรี ประชาธิปไตยจะไม่ยอมรับสิทธิชุมชนในรูปแบบของกลุ่ม แต่จะยอมรับในรูปแบบสิทธิโดยร่วมกันของ บุคคล

(2). ในรูปแบบสิทธิโดยร่วมกันของบุคคล ซึ่งถือว่าเป็นสิทธิของปัจเจกบุคคล แต่จะต้องใช้ ร่วมกันโดยกลุ่ม รูปแบบนี้จะเป็นที่ยอมรับของเสรีประชาธิปไตย พิจารณาดังนี้

2.1 บทบัญญัติตามมาตรา 46

2.2 บทบัญญัติตามมาตรา 56

แยกพิจารณาดังนี้

2.1 บทบัญญัติตามมาตรา 46 ได้บัญญัติว่า บุคคลซึ่งรวมกันเป็นชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิม (Persons so assembling as to be a traditional community) ซึ่งหากพิจารณาบทบัญญัติดังกล่าว จะเห็นได้ว่า มาตรา 46 เป็นการรับรองสิทธิชุมชน (Communities rights) ในรูปแบบสิทธิของกลุ่ม (Group rights) ไม่ใช่ในรูปแบบสิทธิโดยร่วมกันของบุคคล (Collective rights) ตามกฎหมายระหว่าง ประเทศ

นอกจากนี้ บทบัญญัติ มาตรา 46 ในภาษาอังกฤษ เมื่อใช้คำว่า Persons และพิจารณา จากบทบัญญัติของมาตรา 46 แล้ว จึงไม่ใช่เรื่องของสิทธิของปัจเจกบุคคล อย่างไรก็ตาม จะต้อง พิจารณาว่า การที่มาตรา 46 บัญญัติให้เป็นสิทธิชุมชนในรูปแบบของสิทธิของกลุ่ม (Group rights) ซึ่ง

¹⁷ คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 59/2545 เรื่อง ประธานวุฒิสภาส่งความเห็นของสมาชิก วุฒิสภาให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 262 วรรคหนึ่ง (1) กรณีร่าง พระราชบัญญัติแร่ (ฉบับที่ ...) พ.ศ.

คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 62/2545 เรื่อง ศาลอาญาส่งคำร้องของจำเลย (นาย สุลักษณ์ ศิวรักษ์ หรือ ส.ศิวรักษ์) เพื่อขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่า พระราชบัญญัติ การปิโตรเลียมแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2521 มาตรา 30 และมาตรา 53 ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 35 มาตรา 44 และมาตรา 46

ใกล้เคียงกับสิทธิโดยรวมกันของบุคคล (Collective rights) อย่างยิ่ง แต่สิทธิโดยรวมกันของบุคคลตามกฎหมายระหว่างประเทศนั้น ยอมรับได้เฉพาะในเรื่องของการใช้สิทธิร่วมกันในฐานะที่เป็น Collective rights เท่านั้น แต่ไม่ได้รวมถึงสิทธิของกลุ่มประเภทที่เรียกว่า Group rights ด้วย นอกจากนี้ ในการใช้สิทธิแบบกลุ่มนี้ ยังไม่มีบทบัญญัติที่รับรองอย่างชัดเจนว่า บุคคลใดบ้างที่จะเป็นผู้ใช้สิทธิและได้รับการรับรองคุ้มครองถึงสิทธิในการปกครองตนเอง สิทธิในทรัพยากรธรรมชาติ สิทธิที่จะได้รับการพัฒนา เป็นต้น เนื่องจากบทบัญญัติที่รับรองสิทธิดังกล่าว จะปรากฏอยู่ในรูปของการรับรองให้เป็นสิทธิของประชาชนทุกคน "All peoples" ที่เป็นสิทธิของปัจเจกบุคคลไม่ใช่รับรองให้เป็นสิทธิของกลุ่มในเรื่องสิทธิในการปกครองตนเอง สิทธิในทรัพยากรธรรมชาติ สิทธิที่จะได้รับการพัฒนา บทบัญญัติในตราสารขององค์การสหประชาชาติ จึงใช้คำว่า All peoples หรือ Peoples หรือ Persons ไม่ใช่ใช้คำว่า กลุ่ม (group) ยกเว้นแต่ในเรื่องของชาติพันธุ์ สืบเชื้อ ภาษา ศาสนา เท่านั้น ที่ให้เป็นสิทธิชุมชน ในรูปแบบของสิทธิของกลุ่มได้ ดังกล่าวมาแล้วในบทที่ 3

2.2 บทบัญญัติตามมาตรา 56 ได้บัญญัติว่า สิทธิของบุคคลที่จะมีส่วนร่วมทั้งกับรัฐและชุมชน (The right of a person) ซึ่งหากพิจารณาบทบัญญัติดังกล่าว จะเห็นได้ว่า มาตรา 56 เป็นการรับรองสิทธิชุมชน (Communities rights) ในรูปแบบของสิทธิโดยรวมกันของบุคคล (Collective rights) ไม่ใช่สิทธิของกลุ่ม (Group rights) . ตามกฎหมายระหว่างประเทศ บทบัญญัติมาตรา 56 ในภาษาอังกฤษ จึงใช้คำว่า a person

ตามหลักการ ประวัติศาสตร์ความเป็นมา แนวคิดสิทธิของปัจเจกบุคคล ตามกฎหมายระหว่างประเทศ หรือตราสารระหว่างประเทศต่าง ๆ ที่ส่วนใหญ่ยึดถือตามแนวคิดเสรีปัจเจกบุคคลนิยมและเน้นในเรื่องสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง หรือในเรื่องสิทธิของกลุ่ม หรือสิทธิโดยรวมกันของบุคคลที่รับรองเฉพาะสิทธิบางประเภท ดังกล่าวมาแล้ว และความไม่ชัดเจนของสิทธิชุมชน จึงทำให้ต้องตระหนักว่า การจะออกกฎหมายตามที่รัฐธรรมนูญให้อำนาจไว้ เพื่อรองรับสิทธิตามมาตรา 46 หรือมาตรา 56 ที่แม้จะมีปฏิญญาว่าด้วยสิทธิในการพัฒนา หรือปฏิญญาว่าด้วยผู้พิทักษ์สิทธิมนุษยชน ที่ออกมาแก้ไขความคลุมเครือของกฎหมายระหว่างประเทศ หรือ ตราสารระหว่างประเทศให้ มีผลในทางปฏิบัติเพื่อให้ประเทศภาคีสมาชิกต้องยอมรับและอนุวัติกฎหมายภายในให้เป็นไปตามตราสารดังกล่าวซึ่งประเทศไทยเป็นภาคีสมาชิกด้วยก็ตาม คงต้องคำนึงว่า ประเทศไทยมีความพร้อมในเรื่องนี้เพียงใด และยอมรับสิทธิตามมาตรา 46 และมาตรา 56 ซึ่งเป็นสิทธิมนุษยชนในยุคที่ 3 หรือสิทธิในความเป็นปึกแผ่น ทั้งสิทธิของปัจเจกบุคคล หรือสิทธิของกลุ่ม หรือสิทธิโดยรวมกันของบุคคล ที่ประเทศฝ่ายตะวันตก และประเทศฝ่ายตะวันออก ได้แยกการให้ความสำคัญ ในขณะที่ประเทศไทยในฐานะประเทศภาคีสมาชิกได้รับเอาสิทธิทุกประเภทเข้ามาเป็นกฎหมายภายในตามมาตรา 46 และมาตรา 56 นอกเหนือจากสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง หรือสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และ

วัฒนธรรม ซึ่งจะต้องใคร่ครวญให้เหมาะสมกับสภาพการณ์ของประเทศด้วย ขณะเดียวกันก็มีให้ประเทศอื่น ๆ เข้ามาแทรกแซงกิจการภายในของประเทศ จนถึงขั้นคุกคามอธิปไตยแห่งรัฐได้

สำหรับตัวอย่างแนวคิดสิทธิชุมชนได้รวบรวมไว้ 5 ประเด็น¹⁸ ดังนี้

1. ความขัดแย้งระหว่างสิทธิอันเป็นผลประโยชน์ของชาติ ซึ่งเป็นการพัฒนากลไกทางเศรษฐกิจ ที่เรียกว่า โลกาภิวัตน์พัฒนา (Globalization, development, Investment) กับสิทธิชุมชนที่เน้นเรื่องคุณภาพชีวิตสิ่งแวดล้อม คือหลักการที่ว่าด้วย สิทธิในการมีชีวิต สิทธิในชีวิตร่างกายของประชาชนที่ควรจะได้รับคุ้มครอง ในกรณีที่จะก่อให้เกิดอันตรายหรือเกิดการเปลี่ยนแปลงวิถีชีวิตเปลี่ยนแปลงจรรยาบรรณ ทำให้สูญเสียศักดิ์ศรี สูญเสียความเป็นตัวของตัวเองที่เคยมีมาแต่ดั้งเดิม จะเห็นได้ว่าสิ่งเหล่านี้มีคุณค่าพอต่างฝ่ายต่างมีเหตุผล

2. ถ้าพิจารณาในแง่ของสิทธิชุมชนแล้ว สิทธิชุมชนจะเข้ามามีส่วนและมีบทบาทในการขยายความขัดแย้งหรือให้ความขัดแย้งนั้นเจือจางลงได้อย่างไร กรณีนี้ต้องคำนึงถึงความเป็นปึกแผ่นในสังคม ความรู้สึกมั่นคงในชีวิต หรือหลัก Solidarity คือหลักความรู้รักสามัคคีของคนในชาติ

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ได้มีวิธีการแก้ไขข้อขัดแย้งโดยได้กำหนดการ คุ้มครองสิทธิเสรีภาพไว้หลายประการ รวมทั้งสิทธิชุมชนและสิทธิอื่น ๆ ซึ่งก่อนหน้านั้นสิทธิชุมชนเป็นสิทธิที่มองไม่เห็นหรือมองเห็นแต่ให้ความสำคัญน้อย เพราะความคิดเรื่องชาติ เมื่อชาติเป็นใหญ่ ชุมชนเป็นเพียงส่วนหนึ่งของชาติก็ต้องมองข้ามไป ประชาธิปไตย ก็คือการปกครองของเสียงส่วนใหญ่ เสียงส่วนน้อยก็ต้องยอมรับเสียงส่วนใหญ่ การพัฒนาเศรษฐกิจ พวกชุมชนรักษาประเพณีดั้งเดิม เมื่อประเพณีดั้งเดิมล้าสมัยไม่พัฒนาก็ต้องยอมรับในสิ่งที่เจริญงอกงาม

3. คำพิพากษาของศาลรัฐธรรมนูญที่ 59/2545 และที่ 62/2545 ที่วินิจฉัยว่าสิทธิชุมชนนั้นต้องเป็นไปตาม "ทั้งนี้ ตามที่กฎหมายบัญญัติ" นั้น การตีความกฎหมายต้องเริ่มต้นที่ว่าตีความแล้วให้กฎหมายมีผล กล่าวคือ จะต้องสมประโยชน์ตามความมุ่งหมายของกฎหมาย ถ้ากระทบต่อสิทธิประโยชน์ได้เสียของผู้หนึ่งผู้ใดก็ต้องกระทบต่อสิทธิได้เสียนั้นเท่าที่จำเป็น และยังคงคำนึงถึงหลักสมควรแก่เหตุ คือประโยชน์ส่วนรวมยิ่งกว่า ถ้าประโยชน์ส่วนรมน้อยกว่าประโยชน์ของเอกชนที่ต้องสูญเสียไป ก็ต้องวินิจฉัยว่าไม่สมควรแก่เหตุ ตามหลัก นิติวิธี "Juristic Method"¹⁹

¹⁸ กิตติศักดิ์ ปรกติ, อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ได้ให้ความเห็นในการประชุมสัมมนา เรื่อง "การลดปริมาณคดีขึ้นสู่ศาล : ความขัดแย้งในชุมชนอันเนื่องมาจากสิทธิชุมชนกับผลประโยชน์ของชาติ" อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 14.

¹⁹ นิติวิธี "Juristic Method" หรือวิธีทางกฎหมาย ซึ่งหมายถึง แนวความคิดและทัศนคติของนักกฎหมาย ที่มีต่อข้อเกิดของกฎหมาย และวิธีศึกษา วิธีใช้และบัญญัติกฎหมายของนักกฎหมาย โดยทั่วไป นิติวิธีนั้นเป็นสิ่งที่แทรกซึมอยู่กับตัวกฎหมาย ไม่จำเป็นต้องบัญญัติและแม้จะได้บัญญัติถึงนิติวิธี

4. หลักการแก้ไขความขัดแย้งภายในชาติ ควรจะใช้หลักการพัฒนาองค์ความรู้ของชาติ ส่วนในทางคดีจะต้องใช้หลักการไกล่เกลี่ยผลประโยชน์หรือหลัก Mediation ซึ่งหลักการไกล่เกลี่ยของไทย ได้แก่ หลักกฎหมายตราสามดวง หลัก Due Process ที่ต้องเน้นกระบวนการที่เป็นธรรม

5. การแก้ไขความขัดแย้งระหว่างสิทธิที่ทับซ้อนกันอยู่ในทางกฎหมาย เพื่อความมั่นคงของประเทศ ความสงบเรียบร้อย ความอยู่ดีมีสุขของประชาชน และไม่ก่อให้เกิดความแตกแยกในชาติ ถ้าหากทุกคนมองเห็นคุณค่าเอกลักษณ์ของแต่ละชุมชนจะมีลักษณะเฉพาะตัว บางที่การใช้กฎหมายอาจจะมีความสำคัญน้อยลง หากใช้หลักการไกล่เกลี่ย การประสานประโยชน์ ระหว่างชุมชนกับรัฐให้เกิดความเข้าใจกัน โดยรัฐอาจต้องยอมลดละบทบาทลงมา เพื่อเข้าใจชุมชนให้มากขึ้น ในขณะที่เดียวกันก็สงวนรักษาประโยชน์ส่วนรวมโดยสุจริต ก็ทำให้เกิดความเข้าใจและความขัดแย้งในชุมชนลดน้อยลงไป เพื่อเป็นประโยชน์ในการแก้ไขปัญหาต่อไป²⁰

3. เปรียบเทียบความแตกต่างของการใช้สิทธิระหว่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 46 และ มาตรา 56

บทบัญญัติในมาตรา 46 และมาตรา 56 เป็นบทบัญญัติที่รวมถึง สิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมืองสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม และสิทธิในความเป็นปึกแผ่นเข้ามารวมไว้ในบทบัญญัติทั้งสองมาตรา ซึ่งสอดคล้องกับปฏิญญาว่าด้วยสิทธิในการพัฒนา ปฏิญญาว่าด้วยผู้พิทักษ์สิทธิมนุษยชน โดยมาตรา 46 เป็นสิทธิของกลุ่ม และมาตรา 56 เป็นสิทธิโดยร่วมกันของบุคคล ดังนั้นเมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติในมาตรา 46 และมาตรา 56 จะเห็นได้ว่า มาตราทั้งสองได้รับเอาอิทธิพลของสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง สิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม และสิทธิในความเป็นปึกแผ่น รวมไว้ในมาตราทั้งสอง และให้ความสำคัญของสิทธิทั้งหมดไว้ในลำดับเดียวกัน

เมื่อพิจารณาถึงมาตรา 46 บุคคลซึ่งรวมกันเป็นชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิม มีส่วนร่วมในการจัดการและการใช้ประโยชน์ ในขณะที่มาตรา 56 ใช้คำว่า สิทธิของบุคคลที่จะมีส่วนร่วมกับรัฐและชุมชนและการได้ประโยชน์ ความหมายของการที่ชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิมมีส่วนร่วมในการจัดการและการ

ไว้ กฎหมายก็มีได้บัญญัติหลักนิติวิธีไว้ทั้งหมด ทั้งนี้เพราะนิติวิธีมีลักษณะเป็นแนวความคิดที่ฝังตัวอยู่ในระบบกฎหมายจนเป็นแบบฉบับในทางกฎหมายของระบบกฎหมายนั้น หรืออาจกล่าวได้ว่าถ้าตัวบทกฎหมายเป็นร่างกาย นิติวิธีก็เป็นวิญญาณของกฎหมาย ,กิตติศักดิ์ ปรกิติ, ความเป็นมาและหลักการใช้นิติวิธี ในระบบซีวิลลอว์และคอมมอนลอว์, พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพมหานคร : บริษัทโรงพิมพ์เดือนตุลา จำกัด, 2547), น. 9-11, 15.

²⁰ คณิง ภาไชย, ศาสตราจารย์, สรุปความเห็นไว้ในการประชุมสัมมนาเรื่อง "การลดปริมาณคดีชั้นศาล : ความขัดแย้งในชุมชนอันเนื่องจากสิทธิชุมชนกับผลประโยชน์ของชาติ", อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 14.

ใช้ประโยชน์ตามมาตรา 46 จึงถือเป็นสิทธิของกลุ่ม ซึ่งจะแตกต่างกับสิทธิของปัจเจกบุคคลที่จะใช้ร่วมกันโดยกลุ่ม จึงถือเป็นสิทธิโดยร่วมกันของบุคคลตาม มาตรา 56 ทำให้สิทธิที่รัฐธรรมนูญบัญญัติรับรองสิทธิของกลุ่มตามมาตรา 46 ในการมีส่วนร่วมในการจัดการและการใช้ประโยชน์แตกต่างกับสิทธิโดยร่วมกันของบุคคล ตามมาตรา 56 ซึ่งมีสิทธิเพียงการได้ประโยชน์เท่านั้นโดยไม่มีส่วนร่วมในการจัดการและการใช้ประโยชน์ หากบุคคลจะใช้สิทธิตามมาตรา 46 ต้องเข้าองค์ประกอบและมีคุณสมบัติตามที่ มาตรา 46 บัญญัติไว้เทียบเคียงกับการใช้คำที่บัญญัติไว้ในกฎหมายอื่น ๆ ดังนี้

(1.) กฎหมายหุ้นส่วนบริษัท ในเรื่องการจัดการงาน ตามที่ให้หุ้นส่วนไม่จำกัดความรับผิดเท่านั้นเป็น หุ้นส่วนผู้จัดการและมีอำนาจจัดการงานของห้างหุ้นส่วน (มาตรา 1033) ในขณะเดียวกันก็ต้องรับผิดในบรรดาหนี้ทั้งหลายของห้างหุ้นส่วนโดยไม่จำกัดจำนวน ในขณะที่หุ้นส่วนจำกัดความรับผิดไม่สามารถเป็นหุ้นส่วนผู้จัดการได้ และเมื่อไม่ได้เป็นหุ้นส่วนผู้จัดการก็ไม่สามารถจัดการงานของห้างหุ้นส่วน รวมทั้งจำกัดความรับผิดเพียงไม่เกินจำนวนเงินที่ตนรับจะลงหุ้นในห้างหุ้นส่วนนั้นเท่านั้น (มาตรา 1088)

(2.) เรื่องกรรมสิทธิ์ร่วม ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1358 ที่ให้เจ้าของรวมมีสิทธิจัดการทรัพย์สินร่วมกัน

จากบทบัญญัติของกฎหมายดังกล่าว ประเด็นข้อกฎหมายที่ต้องตีความในอีกแง่มุมหนึ่งคือ คำว่า "การจัดการและการใช้ประโยชน์" ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 46 จะถือว่าเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ร่วมที่มีสิทธิจัดการทรัพย์สินร่วมกันดังเช่นในมาตรา 1358 หรือไม่ ซึ่งไม่น่าตีความเช่นนั้น เพราะจะเกิดผลกระทบอย่างยิ่งต่อการจัดการภาครัฐ เนื่องจากการจัดการและการใช้ประโยชน์ ไม่ใช่การเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ร่วมของเอกชน จึงไม่น่าจะตีความได้กว้างไกลเช่นนั้น ดังนั้น ตามมาตรา 46 ดังกล่าว กฎหมายที่จะบัญญัติรองรับตามที่รัฐธรรมนูญให้อำนาจไว้ จึงต้องกำหนดขอบเขตให้ชัดเจนว่า การจัดการและการใช้ประโยชน์ควรมีขอบเขตเพียงใด เพื่อไม่ให้มีผลกระทบต่อผลประโยชน์ส่วนรวมของประเทศ

(3.) นโยบายของรัฐในการให้ความคุ้มครองสิทธิที่ต้องกำหนดให้ชัดเจน เช่น นโยบายการคุ้มครอง ควบคุมและรักษาพันธุ์สัตว์ โดยขยายความให้หมายรวมถึงการคุ้มครองพันธุ์ไม้น้ำด้วย ตามที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติการประมง พ.ศ. 2490 แก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติการประมง (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2528 มาตรา 4 ที่บัญญัติว่าสัตว์น้ำให้หมายรวมถึงพันธุ์ไม้น้ำด้วย ซึ่งโดยเหตุผลทางวิทยาศาสตร์แล้ว ไม้น้ำไม่ใช่สัตว์ก็ตาม กรณีนี้รัฐจึงได้กำหนดนโยบายการให้ความคุ้มครองไว้เช่นนี้

(4.) พระราชบัญญัติคณะสงฆ์ พ.ศ. 2505

แต่เดิมพระราชบัญญัติคณะสงฆ์ พ.ศ. 2505 ในกรณีวัดร้างที่ไม่มีพระภิกษุอยู่อาศัย ถือเป็นศาสนสมบัติกลาง ที่การดูแลรักษาและจัดการศาสนสมบัติกลาง เป็นอำนาจหน้าที่ของกรมการ

ศาสนา เพื่อการนี้ให้ถือว่า กรรมการศาสนาเป็นเจ้าของสมบัติกลางนั้นด้วย แต่ต่อมาได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมเป็นพระราชบัญญัติคณะสงฆ์ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2535 ให้กรรมการศาสนามีหน้าที่เพียงปกครองดูแลรักษาเท่านั้น ไม่ใช่เจ้าของและในเรื่องของการดูแลรักษาและจัดการ จะต้องดำเนินการอย่างไร ยังต้องเป็นไปตามวิธีการที่กฎหมายกำหนด²¹

จากการเปรียบเทียบกฎหมายต่าง ๆ ดังกล่าวนี จะเห็นได้ว่าเฉพาะชนกลุ่มน้อยที่เป็นชนท้องถิ่นดั้งเดิมเท่านั้นที่มีส่วนร่วมในการจัดการและการใช้ประโยชน์ แม้จะต้องร่วมกับองค์กรท้องถิ่นหรือรัฐในการจัดการทรัพย์สินร่วมกันก็ตาม ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 46 ในขณะที่ชนกลุ่มน้อยอื่น ๆ หรือชุมชนทั่วไป ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 56 บัญญัติให้สิทธิเพียงการได้ประโยชน์ แต่ไม่ได้ให้สิทธิในการจัดการและการใช้ประโยชน์ดังเช่นชนท้องถิ่นดั้งเดิม จึงไม่มีอำนาจจัดการ รวมทั้งไม่มีสิทธิใช้ประโยชน์ โดยเพียงแต่มีสิทธิได้ประโยชน์เท่านั้น เพราะฉะนั้นการมีส่วนร่วมและการได้ประโยชน์นั้น มีส่วนร่วมในสวนใดส่วนหนึ่งก็ได้ ก็ถือว่ามีส่วนร่วมแล้ว แต่ไม่ใช่ถึงขั้นการมีส่วนร่วมในการจัดการและการใช้ประโยชน์ ดังเช่นมาตรา 46

จากบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 46 และ มาตรา 56 ตลอดจนคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ รวมทั้งพันธกรณีที่ประเทศไทยเป็นภาคีสมาชิกและที่จะเป็นต่อไป จึงต้องออกกฎหมายมารองรับมาตรา 46 และมาตรา 56 ให้ชัดเจน เพราะเมื่อเปรียบเทียบกับคนเข้าเมืองโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายที่ได้สัญชาติไทยแล้ว จะเห็นได้ว่าคนเข้าเมืองโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายเป็นชนกลุ่มน้อยประเภทหนึ่งตามนิยามของกฎหมายระหว่างประเทศ และเมื่อถือว่าเป็นชนกลุ่มน้อยตามความหมายของกฎหมายระหว่างประเทศแล้ว ชนกลุ่มน้อยเหล่านี้ก็ย่อมมีสิทธิในความเป็นชนกลุ่มน้อยตามกฎหมายระหว่างประเทศด้วย กรณีนี้ หากมีการตีความถึงขั้นว่า คนเข้าเมืองโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายที่ได้สัญชาติไทย เป็นชนท้องถิ่นดั้งเดิม ตามความเห็นของฝ่ายที่เห็นว่าเป็นชนท้องถิ่นดั้งเดิมพิจารณาจากกลุ่มคนที่อาศัยที่ใดที่หนึ่งชั่วระยะเวลาหนึ่ง ซึ่งบุคคลที่ถือว่าเป็นชนกลุ่มน้อยประเภทชนท้องถิ่นดั้งเดิม ก็มีสิทธิมากขึ้น ยิ่งกว่าชนกลุ่มน้อยทั่วไป และมีสิทธิยิ่งกว่าการปกป้องคุ้มครองสิทธิมนุษยชนของประชาชนทั่วไป ซึ่งเป็นพลเมืองส่วนใหญ่ของประเทศ

นอกจากนี้ คนเข้าเมืองโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายเหล่านี้ เป็นกลุ่มชนที่รัฐบาลมีนโยบายในการให้สัญชาติไทย ก็ต้องถือว่าเป็นพลเมืองของประเทศไทย แม้จะมีการกำหนดมาตรการควบคุม และ

²¹ สำนักงานอัยการสูงสุด, คำวินิจฉัยสำนักงานอัยการสูงสุด เล่มที่ 5, พ.ศ.2534-2536, เรื่อง ที่ 70/2535 เรื่อง การจัดประโยชน์แทนวัดของกรรมการศาสนา การมอบอำนาจของอธิบดี (กรุงเทพมหานคร : สำนักงานที่ปรึกษาทนายความ สำนักงานอัยการสูงสุด, 2536), น.314-315.

กำหนดการให้สถานะก็ตาม ก็ย่อมมีสิทธิหน้าที่ เช่นเดียวกับพลเมืองที่เป็นชนกลุ่มใหญ่ของประเทศ ไทยด้วย ตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศและตราสารต่าง ๆ ที่ประเทศไทยเป็นภาคีสมาชิก²²

2.4 การอนุวรรตน์เป็นกฎหมายภายใน

ในส่วนของกรรณำกฎหมายระหว่างประเทศมาบังคับใช้เป็นกฎหมายภายในนั้น ประเทศไทยถือหลักทฤษฎีทวินิยม (Dualism Doctrine) ที่กฎหมายภายในกับกฎหมายระหว่างประเทศ เป็นกฎหมายคนละระบบกันและเป็นอิสระต่อกัน จึงต้องมีกระบวนการแปลงรูปกฎหมายระหว่างประเทศ เข้ามาเป็นกฎหมายภายในก่อน อย่างไรก็ตาม จากการที่ประเทศไทยเป็นภาคีสมาชิกขององค์การ สหประชาชาติ และเป็นภาคีสมาชิกของตราสารระหว่างประเทศต่าง ๆ มากมายรวมทั้งประเทศไทยเอง ก็นำตนเองเข้าผูกพัน เช่นการเข้าร่วมอุปถัมภ์ (Co-Sponsor) ของปฏิญญาว่าด้วยผู้พิทักษ์สิทธิ มนุษยชน เป็นต้น ทำให้ประเทศไทยถูกกดดันและอยู่ในภาวะที่ต้องเร่งปรับกฎหมายภายในให้ อนุวรรตน์ตามกฎหมายระหว่างประเทศด้วย

ตราสารระหว่างประเทศที่เกี่ยวกับชนกลุ่มน้อยทั้ง 17 ฉบับ ดังกล่าวมาแล้วในบทที่ 3 นั้น มีทั้งตราสารหลักที่เป็นการบังคับให้ประเทศภาคีสมาชิกต้องถือปฏิบัติตามกฎหมาย คือ กฎบัตร สหประชาชาติ อันมีผลบังคับทางกฎหมายรวมทั้งกำหนดกลไกในการกล่าวหาร้องเรียน (Legally binding, with a complaints mechanism) นอกจากนี้ยังมีตราสารอื่นๆ ที่มีได้กำหนดบทบังคับไว้ใน ตราสารนั่นเอง แต่หากถือเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานที่ประเทศภาคีสมาชิกต้องถือปฏิบัติแล้ว ก็ต้องมีผลบังคับ ทางกฎหมาย และบังคับตามกลไกในการกล่าวหาร้องเรียนตามที่กฎบัตรสหประชาชาติรับรองไว้ สำหรับตราสารอันมีผลบังคับทางกฎหมายแต่ไม่ได้กำหนดกลไกในการกล่าวหาร้องเรียน (Legally binding, but no complaints mechanism) ในกรณีที่ไม่ถือว่าเป็นบทบังคับ และเป็นเพียงการร้องขอ โดยเห็นว่ายังไม่ใช่สิทธิขั้นพื้นฐาน รวมทั้งไม่ได้กำหนดบทบังคับไว้ในตราสารโดยตรง และตราสาร อันไม่มีผลบังคับทางกฎหมาย (Not Legally binding) ตลอดจนตราสารที่บัญญัติขึ้นอย่างเป็นทางการ เพื่อให้มีผลในทางปฏิบัติ

²² สำนักงานข้าหลวงใหญ่ เรื่องสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติ, ความเห็นทั่วไปที่รับรอง โดยคณะกรรมการสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม (General Comments adopted by the Committee on Economic, Social and Cultural Rights, United Nations High Commissioner for Human Rights, แปลโดย ศิริประภา เพชรมีศรี และปราณี แก้วเขียน. (กรุงเทพมหานคร : บริษัท เพิ่งฟ้า พรินติ้ง จำกัด 2545), น. 20 - 23.

สาระสำคัญและรายละเอียดตราสารขององค์การสหประชาชาติโดยเฉพาะที่เกี่ยวกับชนกลุ่มน้อยมีผลผูกพันบังคับใช้ในประเทศไทย หรือประเทศไทยยินยอมผูกพันเป็นประเทศภาคีสมาชิกในตราสารขององค์การสหประชาชาติเกี่ยวกับชนกลุ่มน้อย หรือตราสารที่ประเทศไทยไม่ได้เป็นภาคีสมาชิก และมีสาระสำคัญของตราสารในการปกป้องคุ้มครองชนกลุ่มน้อยตามกฎหมายระหว่างประเทศที่ประเทศไทยต้องผูกพันที่ได้กำหนดสิทธิและการปกป้องคุ้มครองความเป็นชนกลุ่มน้อยรวมทั้งชนท้องถิ่นดั้งเดิม จึงเป็นเรื่องที่ต้องออกกฎหมายภายในให้อนุวรรตน์ตามกฎหมายระหว่างประเทศดังกล่าว

ในส่วนของกรรณีกฎหมายระหว่างประเทศมาบังคับใช้เป็นกฎหมายภายในตามทฤษฎีวิถินิยม (Dualism Doctrine) หากรุนแรงถึงขั้นเป็นการกระทำผิดอาญาหรือเป็นเรื่องเกี่ยวกับสถานะจำเป็นฉุกเฉิน ในกรณีมีสงคราม เช่น เรื่องการบังคับเขลยศึกแล้วก็จะออกเป็นกฎหมายภายในตามตราสารระหว่างประเทศทั้งฉบับ ดังเช่น พระราชบัญญัติบังคับการให้เป็นไปตามอนุสัญญาเจนีวาเกี่ยวกับการปฏิบัติต่อเขลยศึก ลงวันที่ 12 สิงหาคม พ.ศ.2492 พ.ศ.2498 ที่ประเทศไทยได้เข้าเป็นภาคีสมาชิก แต่ในเรื่องของสิทธิมนุษยชนนั้น เนื่องจากที่มีจำนวนมากมาย และการคุ้มครองสิทธิที่แตกต่างกันไป ซึ่งไม่ได้นำตราสารระหว่างประเทศทุกฉบับที่ประเทศไทยเป็นภาคีสมาชิกมาเป็นกฎหมายภายในทั้งฉบับ โดยจะนำหลักการ แนวคิด การคุ้มครองสิทธิประเภทต่าง ๆ มาบัญญัติไว้ดังที่ปรากฏในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540

รูปแบบการนำกฎหมายระหว่างประเทศมาอนุวรรตน์เป็นกฎหมายภายในตามทฤษฎีวิถินิยมจึงเหมาะสมกับประเทศไทยที่ต้องพิจารณาถึงความเหมาะสม ความพร้อม รวมทั้งบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญด้วย การจะนำทฤษฎีเอกนิยมมาใช้กับประเทศไทยดังที่ประเทศมหาอำนาจบางประเทศ เช่น ประเทศสหรัฐอเมริกา เป็นต้นมาใช้กับประเทศไทย จึงยังไม่เหมาะสม และโดยเหตุที่ตราสารระหว่างประเทศที่ใช้ปกป้องคุ้มครองชนกลุ่มน้อยและชนท้องถิ่นดั้งเดิมมีจำนวนหลายฉบับ จึงเห็นสมควรประมวลไว้เป็นหมวดหมู่ให้ชัดเจนและเป็นรูปแบบหลักการเดียวกัน ดังจะกล่าวต่อไปในบทที่ 7

3. การบังคับใช้นโยบายและกฎหมายในการแก้ไขปัญห

ประเทศไทยได้มีแนวคิดในการนำนโยบายพหุวัฒนธรรมนิยม (Pluralism) หรือนโยบายผสมกลมกลืน (Assimilation) มาปรับใช้ในการอยู่ร่วมกันในสังคมระหว่างชนกลุ่มใหญ่และชนกลุ่มน้อย โดยอาจจะไม่ทราบว่าหลักการที่มีอยู่ บางครั้งการแก้ไขปัญหาก็มีประสิทธิภาพ เช่น การผสมกลมกลืนญวนอพยพ แต่บางครั้งการแก้ไขปัญหาก็ไม่มีประสิทธิภาพ เช่น ชนท้องถิ่นดั้งเดิมในสามจังหวัดชายแดนภาคใต้ เป็นต้น ดังกล่าวมาแล้วในบทที่ 5 ซึ่งได้พิจารณาดังนี้

1. รูปแบบการอยู่ร่วมกันในสังคมของชนกลุ่มใหญ่ และชนกลุ่มน้อยของประเทศไทย
2. คติรักชาติ (Patriotism)
3. กฎหมายที่บัญญัติขึ้นตามนโยบายผสมกลมกลืน และนโยบายพหุวัฒนธรรมนิยมของประเทศไทย

ปรากฏตามข้อพิจารณาดังนี้

1. รูปแบบการอยู่ร่วมกันในสังคมของชนกลุ่มใหญ่และชนกลุ่มน้อยของประเทศไทย

ในส่วนของประเทศไทย รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ซึ่งเป็นกฎหมายภายใน บัญญัติในเรื่องนี้ไว้ว่า ประเทศไทยจะแบ่งแยกดินแดนไม่ได้ โดยได้กำหนดการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ตลอดจนวิธีการดำเนินการให้เป็นไปตามหลักการดังกล่าว นอกจากนี้การจะให้พิเศษ หรือให้มีการปกครองของตนเองนั้น เป็นการขัดต่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ถ้าทำได้ต้องแก้ไขรัฐธรรมนูญ แต่ก็ไม่มีหลักประกันว่าจะเกินเลยจนกระทั่งกลายเป็นการแยกออกเป็นอิสระ

เมื่อแนวคิดเรื่องการแยกตัวออกเป็นอิสระไม่เป็นที่ยอมรับ จึงได้นำแนวคิดประชาธิปไตยแบบกระจายอำนาจเพื่อการระงับข้อพิพาทโดยสันติวิธี (peaceful settlement) มาใช้ เช่น การมีอิสระในการปกครองตนเองของกลุ่ม (segmental autonomy) ได้แก่ การมอบอำนาจตัดสินใจให้แก่กลุ่ม หรือการกระจายอำนาจปกครองไปสู่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น หรือการมีผู้แทนตามสัดส่วน (proportionality) ตลอดจนการใช้สิทธิยับยั้งของชนกลุ่มน้อย (minority veto) ปัญหานี้ไม่เพียงเกี่ยวข้องกับสิทธิในการตัดสินใจเรื่องต่าง ๆ เท่านั้น แต่ยังเกี่ยวข้องกับการสูญเสียผลประโยชน์ที่ชนกลุ่มน้อยพึงได้รับ หรือบางครั้งทำให้เกิดการเรียกร้องผลประโยชน์ของกลุ่มจนละเลยผลประโยชน์ของชาติ

นอกจากนี้ ประเทศไทยยังได้ใช้นโยบายผสมกลมกลืน (Assimilation) ซึ่งเป็นการแสวงจุดร่วม สงวนจุดต่าง และนโยบายพหุวัฒนธรรมนิยม (Pluralism) ซึ่งเป็นการแสวงจุดต่าง สงวนจุดร่วมมาปรับใช้ตามความเหมาะสมด้วย

2. คติรักชาติ (Patriotism)

หากพิจารณานโยบายการแก้ไขปัญหาชนกลุ่มน้อยของประเทศที่ประกอบด้วยกลุ่มชนอันหลากหลาย เช่น ประเทศสหรัฐอเมริกาซึ่งอาศัยอยู่ร่วมกันและมีสัญชาติเดียวกันเท่านั้น แต่ปราศจากประวัติศาสตร์หรือวัฒนธรรมร่วมกัน จึงได้นำนโยบาย a melting pot เพื่อหลอมละลายพฤติกรรมของกลุ่มชาติพันธุ์ที่มาจากที่ต่าง ๆ ดังกล่าวมาแล้ว ในบทที่ 5 ซึ่งก็ประสบผลสำเร็จในระดับหนึ่ง เมื่อ

เปรียบเทียบกับประเทศไทยแล้ว ประวัติศาสตร์ความเป็นชาติไทยนโยบายของรัฐและการอยู่ร่วมกันของชนกลุ่มใหญ่และชนกลุ่มน้อยในสังคมของประเทศไทย มีความแตกต่างจากรูปแบบการอยู่ร่วมกันของชนกลุ่มใหญ่และชนกลุ่มน้อยหรือการรวมชาติของประเทศสหรัฐอเมริกา การนำแนวคิดหรือรูปแบบการอยู่ร่วมกันในเรื่องของการผสมกลมกลืนและพหุวัฒนธรรมนิยมมาปรับใช้ทั้งทางด้านกฎหมายและด้านการเมืองต่อชนกลุ่มน้อยแต่ละประเภทใน แต่ละสถานการณ์ จึงเหมาะสมกว่า

ดังนั้น สิ่งที่ควรดำเนินการ เพื่อให้บรรลุถึงความรู้สึกชาตินิยม (Nationalism) คือการนำคตินิยมรักชาติ (Patriotism) มาปรับใช้เพิ่มขึ้นอีก เพื่อให้ชนทุกกลุ่มคำนึงถึงผลประโยชน์ของชาติ ความมั่นคงของชาติเพิ่มขึ้น ความรู้สึกและสำนึกร่วมกันในความรักชาติ เช่นกำหนดวันชาติ (National Day) หรือการเคารพยึดมั่นในสถาบันพระมหากษัตริย์ตามการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันเป็นศูนย์รวมจิตใจของคนไทยทั้งประเทศ รวมทั้งการปลูกจิตสำนึกในการสำนึกถึงบุญคุณของแผ่นดิน เป็นต้น โดยไม่ต้องดำเนินการถึง ขั้นการนำนโยบาย a melting pot มาใช้

3. กฎหมายที่บัญญัติขึ้นตามนโยบายผสมกลมกลืนและนโยบายพหุวัฒนธรรมนิยมของประเทศไทย

กฎหมายต่าง ๆ ที่ออกมาโดยยึดถือหลักการ แนวคิดและทฤษฎีที่ตระหนักถึงปัญหาวัฒนธรรมประเพณีของชนกลุ่มน้อย ซึ่งในด้านหนึ่งจะมีกฎหมายจำนวนมากที่ตราขึ้นเพื่อยอมรับและสนับสนุนวัฒนธรรมที่แตกต่างตามนโยบายพหุวัฒนธรรมนิยม แต่ในอีกด้านหนึ่งก็มีกฎหมายที่บัญญัติขึ้นเพื่อปฏิเสธไม่ยอมรับความสำคัญทางศาสนา วัฒนธรรมของชนกลุ่มน้อยตามนโยบายผสมกลมกลืน ในบางครั้งจะใช้นโยบาย ทั้งสองอย่างในกฎหมายฉบับเดียวกัน เพื่อเป็นทางสายกลางให้เกิดความสมดุล ความพยายามในการสร้างสมดุลนี้เกิดจากการนำทั้งนโยบายผสมกลมกลืนและนโยบายพหุวัฒนธรรมนิยมมาผสมผสานกันเพื่อแก้ไขความขัดแย้งต่าง ๆ ที่เกิดขึ้น เพื่อให้เส้นแบ่งแยกระหว่างชนกลุ่มน้อยและชนกลุ่มใหญ่ของประเทศอยู่อย่างสงบสุขโดยอาศัยเทคนิคการบัญญัติกฎหมายต่าง ๆ ซึ่งกลยุทธ์ต่าง ๆ ที่นโยบายทั้งสองนำมาใช้ปฏิบัติมีตั้งแต่มาตรการปราบปราม (Suppression) ความไม่มีผลทางกฎหมาย (Invalidity) การกีดกัน (Exclusion) การไม่เข้าแทรกแซงโดยรัฐ (Laissez faire) การไม่เลือกปฏิบัติ (Non discrimination) การปฏิบัติที่แตกต่างและมีลักษณะเฉพาะพิเศษ (Specific differential treatment) การปฏิบัติที่แตกต่างจากทุนสนับสนุนที่ได้รับจากรัฐ (State-funded differential treatment) ดังกล่าวมาแล้วในบทที่ 5

พัฒนาการกฎหมายของประเทศไทยมีทั้งการนำกลยุทธ์ของการบัญญัติกฎหมายตามนโยบายผสมกลมกลืนและนโยบายพหุวัฒนธรรมนิยมมาปรับใช้ ซึ่งได้กำหนดกรอบของการไม่ยอมรับสิ่งที่ไร้เหตุผล โดยพิจารณาว่าวัฒนธรรมท้องถิ่นนั้นขัดต่อประโยชน์ของสังคมโดยรวมหรือไม่ และ

ไม่ยอมรับวัฒนธรรมใด ๆ ที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือขัดต่อพื้นฐานสิทธิมนุษยชน อีกทั้งมีแนวโน้มยอมรับประเด็นเรื่อง ความแตกต่างหลากหลายทางเชื้อชาติ ทั้งในด้านวัฒนธรรม ด้านการบัญญัติกฎหมายและด้านการเมืองด้วย ดังกล่าวมาแล้วในบทที่ 5 การออกกฎหมายใหม่ หรือแก้ไขกฎหมาย จึงควรคำนึงถึงผลดีผลเสียตามหลักการทฤษฎี และแนวคิดดังกล่าวด้วย