

## บทที่ 2

### แนวคิดพื้นฐาน ทฤษฎีและความหมายของสิทธิมนุษยชนและสิทธิชุมชน

ในการศึกษาแนวคิดเกี่ยวกับสิทธิชุมชนตามรัฐธรรมนูญของไทยนั้น จำเป็นที่จะต้องรู้ถึงรากฐานความเป็นมารวมทั้งความหมายของคำว่า “สิทธิ” (Rights) ของบุคคลกับ “สิทธิมนุษยชน” ให้เกิดความเข้าใจที่ถูกต้องแท้ อันจะเป็นพื้นฐานสำคัญที่นำไปสู่ระบบแนวคิดเกี่ยวกับ “สิทธิชุมชน” ซึ่งเป็นรูปแบบของสิทธิอีกประเภทหนึ่งที่รัฐธรรมนูญได้ให้การรับรอง ตลอดจนการทำ ความเข้าใจในทฤษฎีต่างๆ ที่แสดงให้เห็นถึงรูปแบบและความเชื่อมโยงกันระหว่างสิทธิมนุษยชนกับสิทธิชุมชน ซึ่งเป็นสิทธิที่เกิดขึ้นจากการอยู่ร่วมกันเป็นสังคมกลุ่ม ภายใต้รูปแบบการ ดำเนินชีวิต และวัฒนธรรมอย่างหนึ่งอย่างใดที่มีความสัมพันธ์กันตามวิถีแห่งสังคมนั้น รวมถึงแนวคิดในการกระจายอำนาจการดูแลรักษาทรัพยากรจากรัฐสู่ชุมชนซึ่งเป็นเป้าหมายในการรับรองสิทธิชุมชน ให้มีสิทธิและหน้าที่ในการใช้และดูแลรักษาทรัพยากรป่าไม้อย่างสมดุล และยั่งยืน

#### 2.1 แนวคิดและความหมายของสิทธิมนุษยชน

สิทธิมนุษยชนนั้นมีบ่อเกิดหรือที่มาจาก “สิทธิธรรมชาติ (Natural Rights)” ซึ่งหมายถึง สิ่งที่มีอยู่ในธรรมชาติ เป็นความชอบธรรมที่มนุษย์พึงมี สิทธินี้มีหลักการอยู่บนความต้องการ พื้นฐานของมนุษย์ ก่อนที่จะวิวัฒนาการมาเป็นสิทธิมนุษยชน แนวความคิดที่ว่า มนุษย์แต่ละคนมี สิทธิและเสรีภาพในอันที่จะยกขึ้นยันบุคคลอื่น รวมทั้งสังคมที่เขาอาศัยอยู่ได้ด้วยเหตุที่เขาเกิดมา เป็นมนุษย์นั้น ได้เริ่มก่อตัวขึ้นและมีพัฒนาการต่อเนื่อง นับแต่ยุคกรีกและโรมัน ซึ่งตามแนวคิดนี้ ในสภาวะธรรมชาติ มนุษย์แต่ละคนมีเสรีภาพที่จะกำหนดวิถีชีวิตของตนเอง โดยไม่ตกอยู่ภายใต้ การครอบงำของผู้อื่น ปราศจากซึ่งการถูกหน่วงเหนี่ยว ชัดขวาง มีสิทธิใช้สอยทรัพย์สินของตนได้ ตามที่เห็นสมควรภายใต้กรอบของกฎหมายธรรมชาติ ดังนั้น บุคคลใดบุคคลหนึ่งย่อมมีเสรีภาพอยู่ ครอบงำที่เขาไม่ถูกบังคับให้กระทำในสิ่งที่ไม่ประสงค์จะกระทำ และไม่ถูกหน่วงเหนี่ยว ชัดขวางให้กระทำในสิ่งที่เขาประสงค์จะกระทำ

โดยทางสันนิษฐาน “สิทธิมนุษยชน” (Human Rights) เป็นคำที่มีผู้รู้จักกันอย่างกว้างขวางน่าจะเพราะปรากฏในกฎบัตรสหประชาชาติ<sup>1</sup> โดยเฉพาะในวรรคที่สอง แห่งการแสดงเจตนาของมวลสมาชิกซึ่งกล่าวไว้ในอารัมภบท มีบางตอนความว่า “เรา บรรดาประชาชนแห่งสหประชาชาติได้ตั้งเจตจำนง ... ที่จะยืนยันความเชื่อมั่นในสิทธิมนุษยชนอันเป็นหลักมูลในเกียรติศักดิ์และคุณค่าของบุคคล ในสิทธิอันเท่าเทียมกันของบุรุษและสตรีและประชาชนใหญ่น้อย...” ทั้งนี้ คำว่า “สิทธิมนุษยชน (Human Rights)” นี้อาจจะมาจากคำว่า “Right of Man” ซึ่งแปลจาก “DROITS DE L’HOMME” ในภาษาฝรั่งเศส คำว่า “DROITS DE L’HOMME” มีปรากฏเป็นลายลักษณ์อักษรในปี ค.ศ. 1789 ในเอกสารทางประวัติศาสตร์สำคัญเรื่องสิทธิที่มีชื่อเรียกว่า “DECLARATION DES DROITS DE L’HOMME ET DU CITOYEN” (ปฏิญญาว่าด้วยสิทธิของมนุษย์และของพลเมือง) อย่างไรก็ดี แม้คำว่า “สิทธิมนุษยชน” จะเป็นคำที่รู้จักและถูกใช้กันอย่างแพร่หลายนับแต่ได้มีการก่อตั้งองค์การสหประชาชาติเป็นต้นมา แต่ยังมีคำอื่นที่มีความหมายใกล้เคียงกับคำว่าสิทธิมนุษยชนปรากฏแพร่หลายอยู่ด้วยเช่นกัน

#### 2.1.1 สิทธิตามธรรมชาติ (Natural Rights)

“สิทธิตามธรรมชาติ”<sup>2</sup> คือ แนวความคิดที่นักปราชญ์ชาวกรีกโบราณในสมัย 500 ปีก่อนคริสตกาลเสนอไว้ต่อสังคมในสมัยนั้น ซึ่งสาระสำคัญของแนวความคิดในเรื่อง “สิทธิตามธรรมชาติ” นั้น ได้แก่ มนุษย์ทั้งหลายเกิดมาพร้อมเท่าเทียมกัน มนุษย์มีสิทธิบางประการที่ติดตัวมนุษย์มาตั้งแต่เกิดจนถึงแก่ความตาย สิทธิดังกล่าวนี้ ได้แก่ สิทธิในชีวิต สิทธิในเสรีภาพ ร่างกาย และความเสมอภาคซึ่งเป็นสิทธิที่ไม่สามารถโอนให้แก่กันได้ และไร้ซึ่งพรมแดน ดังนั้น จึงไม่มีบุคคล องค์กร หรือแม้แต่รัฐที่จะมาล่วงละเมิดสิทธิดังกล่าวได้ เพราะหากมีการล่วงละเมิดก็คงจะก่อให้เกิดจินตนาภาพหรือกระทบกระเทือนและเสื่อมเสียต่อสภาพของความเป็นมนุษย์ได้ โดยนักปรัชญาชาวตะวันตก<sup>3</sup> มีความเชื่อเกี่ยวกับคริสต์ศาสนาที่ว่า เมื่อพระเจ้าทรงสร้างโลกและมนุษย์พระองค์เองได้มอบสิ่งต่างๆ ในธรรมชาติให้เป็นสมบัติร่วมสำหรับให้มนุษย์ทุกคนได้กินได้ใช้เสมอหน้ากัน ความเชื่อดังกล่าวนี้ ได้ถูกนำมาขยายความต่อโดยกล่าวเสียใหม่ว่า ทุกคนมีสิ่งหนึ่งติดตัวมาตั้งแต่เกิดเหมือนกัน สิ่งนี้คือ “สิทธิตามธรรมชาติ”

<sup>1</sup> กฎบัตรสหประชาชาติ ลงนามที่เมืองซานฟรานซิสโก เมื่อวันที่ 26 มิถุนายน ค.ศ. 1945 และมีผลเริ่มใช้บังคับในวันที่ 24 ตุลาคม ค.ศ. 1945.

<sup>2</sup> อนุสรณ์ มหาภิจักรี, “การขกสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญเพื่อการใช้สิทธิทางศาลหรือยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้ในศาล,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2551), น. 15-16.

<sup>3</sup> จอห์น ล็อก ค.ศ. 1632 – 1704.

### 2.1.2 สิทธิขั้นพื้นฐาน (Fundamental Rights)

“สิทธิขั้นพื้นฐาน” หมายถึง สิทธิซึ่งติดตัวมนุษย์แต่ละคน โดยที่สิทธิดังกล่าวไม่มีใครที่จะพรากจากมนุษย์แต่ละคนได้ (Unalienable Rights) เป็นสิทธิของมนุษย์เองมิใช่สิทธิที่ถูกกำหนดขึ้น หรือมอบให้ หรือรับรองให้โดยรัฐ สิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานอาจแบ่งออกได้เป็นสองประเภท คือ สิทธิมนุษยชนทั่วไป และสิทธิพลเมือง ซึ่งสิทธิมนุษยชนทั่วไปนั้นคือ สิทธิในฐานะที่เป็นมนุษย์เป็นสิทธิที่ติดตัวมาโดยธรรมชาติและเป็นสิทธิที่มีอยู่ก่อนการเกิดขึ้นของรัฐ ความเสมอภาคของปัจเจกบุคคลนั้นถือเป็นเงื่อนไขสำคัญที่ก่อให้เกิดรัฐขึ้น ด้วยเหตุนี้เองสิทธิในเสรีภาพและความเสมอภาคจึงเป็นเหตุผูกพันและเป็นข้อจำกัดในการใช้อำนาจรัฐ กล่าวคือ รัฐธรรมนูญจะมีข้อกำหนดไว้โดยชัดเจนว่าไม่เปิดช่องให้มีการตรากฎหมายขึ้นมาเพื่อจำกัดสิทธิดังกล่าวได้ ดังนั้นการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานของปัจเจกบุคคลจึงมีวัตถุประสงค์เพื่อป้องกันปัจเจกชนจากการใช้อำนาจรัฐโดยมิชอบ สิทธิมนุษยชนทั่วไปนี้ ได้แก่ สิทธิในชีวิตร่างกาย สิทธิเสรีภาพในเคหะสถาน สิทธิเสรีภาพในการติดต่อถึงกันและกัน สิทธิเสรีภาพในทางสัญญา สิทธิเสรีภาพในการประกอบอาชีพ สิทธิเสรีภาพในการเลือกถิ่นที่อยู่ สิทธิเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น และสิทธิเสรีภาพในการนับถือศาสนา อย่างไรก็ตาม สิทธิเสรีภาพในการนับถือศาสนาแม้รัฐธรรมนูญจะไม่เปิดช่องให้มีการตรากฎหมายขึ้นมาจำกัดได้ แต่ก็ไม่คุ้มครองไปถึงขนบธรรมเนียมหรือความเชื่อบางอย่าง เช่น การที่ภรรยาผู้เป็นหม้ายของผู้ตาย จะต้องเข้ากองไฟเพื่อตายตามสามี ดังที่เคยปฏิบัติกันในประเทศอินเดีย เป็นต้น ส่วนสิทธิพลเมืองนั้น หมายถึง สิทธิในการเข้ามามีส่วนร่วมในการสร้างเจตนารมณ์ของรัฐในฐานะที่มีความเกี่ยวข้องกับรัฐ หรืออีกนัยหนึ่งก็คือ สิทธิ เสรีภาพทางการเมือง<sup>4</sup> สิทธิประเภทหลังนี้ คือสิทธิทั้งหลายที่ตกได้แก่บุคคลมิใช่ในฐานะมนุษย์ แต่ได้รับสิทธิเช่นนั้นเพราะเป็นส่วนหนึ่งของรัฐ หรือเป็นสมาชิกของรัฐ เป็นสิทธิที่มีอาจอยู่ได้หากไม่มีรัฐ และก่อตั้งขึ้นโดยบทบัญญัติของกฎหมาย สิทธิพลเมืองจึงไม่ใช่สิทธิที่มีรากฐานมาจากสิทธิตามธรรมชาติ เช่น สิทธิในการเลือกตั้ง หรือสิทธิในการก่อตั้งพรรคการเมือง<sup>5</sup>

ตามความเห็นของ Pieroth และ Schlink เห็นว่า การให้ความหมายของสิทธิและเสรีภาพตามที่เยอรมันเรียกว่า สิทธิขั้นพื้นฐาน (Grundrechte) นั้น อาจให้ความหมายได้ 2 นัย คือ นัยแรก สิทธิขั้นพื้นฐานเป็นสิทธิของปัจเจกบุคคลที่มีอยู่ก่อนที่จะมีรัฐเสรีภาพ และความเสมอภาคของปัจเจกชนดังกล่าวนี้เป็นเงื่อนไขอันชอบธรรมที่ก่อให้เกิดรัฐขึ้น ด้วยเหตุนี้สิทธิในเสรีภาพและสิทธิ

<sup>4</sup> วรพจน์ วิสชุดพิชญ์, สิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ (ศึกษารูปแบบการจำกัดสิทธิและเสรีภาพไว้อย่างเหมาะสม), (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชนน, 2538), น. 28.

<sup>5</sup> วรากรณ์ อินทนน, “การรับรองสิทธิขั้นพื้นฐานแก่ปัจเจกชนบนพื้นฐานของความหลากหลายทางเพศ,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2552), น. 42.

ในความเสมอภาคจึงผูกพันและเป็นข้อจำกัดของการใช้อำนาจรัฐ นายที่สอง สิทธิขั้นพื้นฐานรวมเป็นสิทธิทั้งหลายซึ่งตกได้แก่ปัจเจกบุคคลมิใช่ในฐานะที่เป็นมนุษย์ แต่หากได้รับสิทธิเช่นนั้น เพราะเป็นส่วนหนึ่งของรัฐหรือเป็นสมาชิกของรัฐโดยสิทธิเหล่านั้นมีอาจมีอยู่ได้โดยไม่มีรัฐ หากแต่สิทธิทั้งหลายนั้นบุคคลล้วนได้รับไปจากรัฐทั้งสิ้น

### 2.1.3 ศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์ (Human dignity)

ศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์ ถือเป็นแนวคิดสำคัญที่จำเป็นต่อการอ้างถึงเพื่อเป็นรากฐานของการคุ้มครองสิทธิมนุษยชน ในฐานะที่ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เสมือนเป็นวัตถุประสงค์อย่างหนึ่งในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานของมนุษย์<sup>6</sup> และอาจกล่าวได้ว่า “ศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์” เป็นการให้เกียรติ ยกย่องเชิดชูคุณค่าสากลของความเป็นมนุษย์มากกว่าที่จะเป็นเรื่องของปัจเจกบุคคล การละเมิดศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์คือการที่มนุษย์ผู้หนึ่งได้กระทำการอันเป็นการลดคุณค่าแห่งความเป็นมนุษย์ของผู้อื่นลง ในแง่มุมหนึ่งนอกจากเรื่องความเท่าเทียมกันในสังคมและในทางกฎหมายที่ผู้ถูกละเมิดได้รับการปฏิบัติโดยไม่เท่าเทียมกันกับสมาชิกคนอื่น ๆ ในสังคม หากไม่ใช่เรื่องที่เกิดขึ้นเพราะสถานะทางสังคมที่ต่างกันแล้ว การกระทำเช่นนั้น ย่อมถือได้ว่าเป็นการละเมิดศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์ของผู้นั้น ได้

ทั้งนี้ แม้กฎบัตรสหประชาชาติจะได้กล่าวถึงสิทธิมนุษยชนไว้ในที่ต่างๆ หลายแห่ง แต่ก็มิได้ให้คำจำกัดความของคำว่าสิทธิมนุษยชนไว้แต่อย่างใด แต่ถ้าจะแปลความหมายตามตัวอักษรแล้ว สิทธิมนุษยชน น่าจะหมายถึง สิทธิของความเป็นมนุษย์ ดังนั้น ผู้ที่เป็นมนุษย์ย่อมมีสิทธิดังกล่าวตั้งแต่เกิดจนตาย โดยปราศจากเงื่อนไขหรือข้อจำกัดของกฎหมาย<sup>7</sup> หรือกล่าวโดยภาพรวม แก่นสาระสำคัญของสิทธิมนุษยชน หมายถึง สิทธิขั้นพื้นฐานที่มนุษย์เกิดมาพร้อมกับความเท่าเทียมกันในแง่ของศักดิ์และสิทธิ เพื่อดำรงชีวิตอย่างมีศักดิ์ศรี โดยไม่คำนึงถึงความแตกต่างในเรื่องเชื้อชาติ สีผิว เพศ อายุ ภาษา ศาสนา และสถานภาพทางกายและสุขภาพ รวมทั้งความเชื่อทางการเมือง หรือความเชื่ออื่นๆ ที่ขึ้นกับพื้นเพทางสังคม ชาตินิยม สิทธิทางสถานะและการครอบครองทรัพย์สิน ความเป็นจริงเหล่านี้หากไม่เป็นไปตามสิทธิขั้นพื้นฐานก็ย่อมทำให้เกิดการเรียกร้องขึ้นในด้านศีลธรรมว่าเป็นสิทธิที่มีมาแต่กำเนิดไม่สามารถโอนถ่ายให้แก่กันได้<sup>8</sup> หรือหากจะกล่าวถึงสิทธิมนุษยชนในทางเนื้อหาแล้ว ย่อมหมายถึง คุณลักษณะประจำตัวของมนุษย์ทุกคน

<sup>6</sup> เชาวลิต สมพงษ์เจริญ, “การคุ้มครองสิทธิมนุษยชนของผู้ต้องขัง,”

(วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต รามคำแหง, 2547), น. 135.

<sup>7</sup> อุดมศักดิ์ สินธิพงษ์, สิทธิมนุษยชน, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร : วิทยุชน, 2552), น. 15.

<sup>8</sup> ชะวัชชัย ภาคินธุ, กระบวนการเรียนรู้และปฏิบัติการสิทธิมนุษยชน, (กรุงเทพมหานคร : โอเดียนสโตร์, 2548), น. 102.

เป็นสิทธิเสรีภาพตามธรรมชาติของมนุษย์ในฐานะที่เกิดมาเป็นมนุษย์ และด้วยเหตุผลดังกล่าวเพียงอย่างเดียวนั้น ทุกคนล้วนมีสิทธิ เสรีภาพ เหล่านี้อยู่แล้วก่อนที่จะมีรัฐเกิดขึ้น ไม่มีมนุษย์ผู้ใดสามารถสละสิทธิและเสรีภาพเหล่านี้ได้โดยชอบ และไม่มีผู้ปกครองคนใด หรือคณะใดที่จะมีอำนาจทำลายสิทธิและเสรีภาพเหล่านี้ได้เช่นกัน<sup>9</sup> อย่างไรก็ตาม เนื่องจากในปัจจุบัน คำว่า “สิทธิ” และ “เสรีภาพ” ใต้นิยามใช้โดยกล่าวรวมๆ กันไป จึงมีการเรียกบรรดาสิทธิและเสรีภาพที่มนุษย์แต่ละคนพึงจะมีในฐานะที่เกิดมาเป็นมนุษย์นี้ว่า “สิทธิมนุษยชน”

## 2.2 สิทธิมนุษยชนตามแนวคิดทางประวัติศาสตร์ของประเทศไทย

การศึกษาถึงแนวคิดด้านสิทธิมนุษยชนตามประวัติศาสตร์ของไทยจึงเป็นสิ่งสำคัญที่จะทำให้ทราบถึงขอบเขต ในการกำหนดนิยามความหมายของ “สิทธิชุมชน” ตามรากฐานความเป็นมาของสังคมไทย ซึ่งมีพัฒนาการมาตั้งแต่กรุงสุโขทัยได้อย่างเหมาะสม ว่ามีขอบเขตกว้างขวางเพียงใด และใครคือผู้ทรงสิทธิชุมชน ที่จะสามารถใช้สิทธิดังกล่าวตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ได้อย่างสมบูรณ์ ทั้งนี้ เนื่องจากสังคมไทยเป็นสังคมที่ได้รับการผสมผสาน ชีวิวัฒนธรรมส่วนใหญ่มาจากสาธารณรัฐประชาชนจีน และอินเดีย รวมทั้งหลักการทางพุทธศาสนาไว้หลายประการ ดังนั้น แนวคิดในเรื่องสิทธิมนุษยชนของไทยจึงได้รับอิทธิพลโดยตรงจากสิ่งที่กล่าวถึงนี้ โดยมีลักษณะเฉพาะของตนเองและมีความแตกต่างจากแนวคิดของตะวันตก ทั้งในแง่ของที่มาและวิวัฒนาการ<sup>10</sup> หากสืบย้อนไปในอดีตจะพบว่าสิทธิมนุษยชนในประเทศไทยจากหลักฐานทางประวัติศาสตร์ที่เก่าแก่ที่สุด ได้แก่ ศิลาจารึกในสมัยกรุงสุโขทัย ที่ได้กล่าวถึงสิทธิในเรื่องต่างๆ ของราษฎรเอาไว้อย่างชัดเจน และได้มีพัฒนาการเปลี่ยนแปลงมาเป็นลำดับจนมาเป็นสิทธิมนุษยชนในยุคปัจจุบัน

วิวัฒนาการทางแนวคิดทางสิทธิมนุษยชน ของประเทศไทยเริ่มชัดเจน รวมทั้งได้จากการรับรองและคุ้มครองตั้งแต่สมัยกรุงสุโขทัยเป็นต้นมา แต่อาจไม่มีภูมิหลังในการเรียกร้องต่อผู้ถูกรุนแรงเหมือนปรากฏการณ์ในต่างประเทศ ทั้งนี้เป็นเพราะผู้ปกครองส่วนใหญ่ปฏิบัติต่อผู้ใต้ปกครองโดยยึดหลัก “ทศพิธราชธรรม” ในการปกครองประเทศชาติเสมอมา แม้นในแต่ละยุคจะเป็นการปกครองในระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ซึ่งกษัตริย์ทรงมีอำนาจเด็ดขาดก็ตาม โดยประวัติศาสตร์การปกครองของประเทศไทย มีแนวคิดเกี่ยวกับการรับรองและคุ้มครองสิทธิของประชาชนแบ่งได้แต่ละสมัยดังนี้

<sup>9</sup> สิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ (ศึกษารูปแบบการจำกัดสิทธิและเสรีภาพไว้อย่างเหมาะสม), เพ็งอึ้ง, น. 27.

<sup>10</sup> สิทธิมนุษยชน, เพ็งอึ้ง, น. 136.

### 2.2.1 สิทธิมนุษยชนในสมัยกรุงสุโขทัย

สังคมในสมัยกรุงสุโขทัย มีรูปแบบความสัมพันธ์ระหว่างผู้ปกครอง และผู้ใต้ปกครอง เป็นไปตามทฤษฎีการก่อเกิดของรัฐแบบทฤษฎีพ่อขุน ซึ่งอยู่บนพื้นฐานที่ว่าอำนาจในการปกครอง นั้นมีประวัติมาจากครอบครัวที่ผู้นำจะเป็นผู้มีบทบาทในการกำหนดความเป็นไปต่างๆ ในครอบครัว มีการสร้างกฎเกณฑ์เพื่อคุ้มครองการสืบทอดความเป็นผู้นำทางสายเลือดในสังคมสมัยสุโขทัยแบ่ง คนออกเป็น 2 ชั้น คือ ชั้นปกครอง และชั้นที่ถูกปกครอง ชั้นปกครองประกอบไปด้วย ชั้นย่อย 3 กลุ่ม ได้แก่ กษัตริย์ พระสงฆ์ และขุนนาง ข้าราชการ ส่วนชั้นที่ถูกปกครอง ประกอบด้วยชั้น 2 กลุ่มย่อยคือ ไพร่ และทาส<sup>11</sup> โดยมีหน้าที่ ความเกี่ยวพันในฐานะทางสังคม ดังนี้

(1) ชั้นกษัตริย์ เป็นผู้นำสูงสุดในการปกครองบ้านเมือง อุปถัมภ์พระพุทธศาสนา และเป็นปราชญ์ วรรณะเทศนา สั่งสอนประชาชน ซึ่งกษัตริย์ในสมัยกรุงสุโขทัยตอนต้นมีฐานะ เป็น “พ่อขุน” หรือเจ้าเมือง เช่น พ่อขุนรามคำแหง ต่อมาได้มีการพัฒนาฐานอำนาจของกษัตริย์ให้ เป็นแบบแผนมากขึ้น และเพิ่มพูนพระราชอำนาจให้สูงขึ้น โดยใช้พระนามขึ้นต้นใหม่เป็นพระเจ้า เช่น พระเจ้าลิไท เป็นต้น

(2) พระสงฆ์ เป็นเสมือนผู้เชื่อมต่อระหว่างชนชั้นต่างๆ เนื่องจากพระพุทธศาสนาเป็น ศาสนาของชนทุกชั้นในยุคนั้น และมีวัดเป็นศูนย์กลางของสังคม โดยมีกษัตริย์เป็นผู้อุปถัมภ์พระ ศาสนา จึงทำให้สามารถจำกัดขอบเขตความสัมพันธ์ระหว่างพระสงฆ์และประชาชนให้เป็นไปใน ทิศทางเดียวกันกับความเชื่อของฝ่ายปกครองได้

(3) ขุนนาง และข้าราชการ เป็นผู้ช่วยกษัตริย์ในการปกครองบ้านเมืองซึ่งถูกควบคุม โดยกษัตริย์ ในสมัยสุโขทัยตอนต้น ขุนนางและข้าราชการยังมีได้แยกตัวออกจากฝ่ายราชวงศ์ ต่อมา จึงได้แยกตัวออกมาตามความจำเป็นของบ้านเมืองและสังคม

(4) ประชาชน หรือไพร่ ทำหน้าที่เป็นทหารในยามสงคราม และเป็นพลเรือนใช้ แรงงานในยามสงบ ส่วนทาสจะอยู่ในฐานะผู้ใช้แรงงานทั่วไป และมีสถานะที่ต่ำกว่าไพร่

ทั้งนี้ เอกสารทางประวัติศาสตร์ในสมัยดังกล่าว ที่มีความสำคัญและเก่าแก่ที่สุดฉบับ หนึ่ง สันนิษฐานกันว่าสร้างขึ้นในสมัยพระเจ้าเลอไท (พ.ศ. 1861 - 1892) มีข้อความที่กล่าวถึงสิทธิ และประโยชน์ของประชาชนไว้หลายประการ ดังนี้

ด้านการเกษตรกรรม ผู้ปกครองสนับสนุนให้ประชาชนทำการเพาะปลูกด้วยการยก กรรมสิทธิ์ในที่ดินให้แก่ผู้ที่จับจอง หักครึ่งทางพงทำการเกษตร และที่ดินนั้นก็ยังคงตกทอดเป็นมรดก ถึงลูกหลานได้อีกด้วย ดังข้อความตอนหนึ่งในหลักศิลาจารึกหลักที่ 1 ความว่า

<sup>11</sup> สิทธิมนุษยชน, เพิ่งอ้าง, น. 137.

“สร้างป่าหมากป่าพลู ทั่วเมืองนี้ทุกแห่ง ป่าพร้าวก็หลายในเมืองนี้ ป่ายางก็หลายในเมืองนี้..ใครสร้างได้ให้ไว้แก่มัน ไพร่ฟ้าหน้าใส ลูกเจ้าลูกขุนผู้ใดแล้ว ล้มหายตายกว่า หย่าเรือน พ่อเชื้อ เลื่อคำมัน ช้างขอลูกเมียเหยี้ยว ไพร่ฟ้าข้าไท ป่าหมากป่าพลู เชื้อพ่อมันไว้ให้แก่มันสิ้น”

ข้อความที่ได้จารึกไว้นี้แสดงให้เห็นถึงสิทธิในการเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ในที่ดินทำกินของราษฎร และสิทธิในการรับมรดก ได้รับการรับรองให้มีได้สำหรับผู้ซึ่งได้ลงแรงจับจองที่ดินเพื่อการเพาะปลูก และหากต่อมาภายหลังเจ้าของที่ดินนั้นถึงแก่ความตาย สิทธิดังกล่าวยังคงทอดไปสู่ทายาทของผู้ตายโดยทางมรดกได้อีกด้วย เพียงแต่ไม่ได้กล่าวถึงหลักฐานทางเอกสารที่จะใช้ยืนยันถึงกรรมสิทธิ์ หรือสิทธิครอบครอง ดังเช่นปัจจุบัน

ในการค้าขายกับประเทศเพื่อนบ้านนั้น มีการส่งเสริมให้ความสะดวกแก่พ่อค้าชาวต่างชาติที่เข้ามาค้าขาย โดยยกเว้นภาษีค่าผ่านทางให้ ดังข้อความตอนหนึ่งในศิลาจารึกหลักที่ 1 ความว่า

“เมื่อชั่วพ่อขุนรามคำแหง เมืองสุโขทัยนี้ดี ในน้ำมีปลาในนามีข้าว เจ้าเมืองบ่เอาจกอบในไพร่ลู่ทาง เพื่อนจูงวัวไปค้า ขี่ม้าไปขาย ใครจักใคร่ค้าช้างค้า ใครจักใคร่ค้าม้าค้า ใครจักใคร่ค้าเงินค้าทองคำ”

ในยุคสมัยกรุงสุโขทัย ราษฎรมีสิทธิในการค้าขายได้อย่างเสรี แม้กระทั่งสินค้าที่เป็นยุทธปัจจัย เช่น ช้าง ม้า ก็สามารถทำการค้าขายกันได้ มิได้มีข้อห้ามหรือการผูกขาดทางการค้าแต่อย่างใด ราษฎรมีสิทธิทำมาค้าขายได้โดยเสรี นอกจากนี้ พ่อค้าชาวต่างชาติก็มีเสรีภาพในการค้าขายในเมืองสุโขทัยนี้ด้วยเช่นกัน นอกจากนี้ ยังมีสิทธิได้รับยกเว้นค่าธรรมเนียมภาษีอากร หรือค่าผ่านด่านอีกด้วย

ด้านการตัดสินคดีความ ในกรณีที่ผู้ปกครองหรือราษฎรมีคดีความต่อกัน ได้มีการวางแนวทางพิจารณาตัดสินคดีความไว้อย่างชัดเจน และยังได้วางข้อกำหนดและคุณสมบัติของบุคคลที่มีหน้าที่ในการตัดสินคดีความไว้อีกด้วยดังปรากฏในศิลาจารึกหลักที่ 1 ความตอนหนึ่งว่า

“ไพร่ฟ้า ลูกเจ้า ลูกขุน ผิแล ผิแพกแสกกว้างกัน สนวนดูแท้แล จึงแล่งความแก่ข้าด้วยเชื้อบ่เข้าผู้ลักมักผู้ช่อน เห็นข้าท่านบ่ใคร่พิน เห็นสินท่านบ่ใคร่เดือด”

ในการพิจารณาคดีและตัดสินคดีความได้มีการวางหลักปฏิบัติของตุลาการผู้ตัดสินคดีเอาไว้อย่างเป็นระบบ กล่าวคือ ทั้งผู้ปกครองและราษฎรทั่วไปหากมีคดีความต่อกัน จะได้รับการพิจารณาและตัดสินด้วยความยุติธรรม โดยเสมอภาคกัน และยังได้กำหนดหน้าที่ของตุลาการไว้ว่า จะต้องมีความซื่อสัตย์สุจริต ไม่มีความยินดียอกได้ ในลาภสักการะ หรือสินบนใดๆ จึงถือได้ว่า

สิทธิของประชาชนที่จะได้รับการพิจารณาพิพากษาคดีอย่างเป็นธรรมจะได้รับการรับรองและคุ้มครอง<sup>12</sup>

นอกจากหลักในการประกันความเป็นธรรมเกี่ยวกับการพิจารณาคดีดังกล่าวแล้วข้างต้น หากราษฎรไม่ได้รับความเป็นธรรมในกรณีที่เป็นคดีความกับขุนนาง ราษฎรผู้นั้นสามารถยื่นเรื่องราวร้องทุกข์ต่อผู้ปกครองได้โดยการไปยื่นกระดิ่งที่แขวนไว้ให้ ในกรณีเช่นนี้กษัตริย์จะเป็นผู้พิจารณาคดีนั้นด้วยตัวเอง ดังความตอนหนึ่งในหลักศิลาจารึกหลักที่ 1 ความว่า

“ไพร่ฟ้า ลูกเจ้าลูกขุน มีถ้อยมีความ เจ็บท้องข้องใจมันจักกล่าวถึงขุนบ่ไว้ ไปลั่นกระดิ่ง อันท่านแขวนไว้พ่อขุนรามคำแหงเจ้าเมือง ได้ยินเรียกเมื่อถาม สวนความแก่นันด้วยชื่อ ไพร่ในเมือง สุโขทัยนี้จึงชม”

เมื่อราษฎรต้องเป็นคดีความกับขุนนาง ภายหลังจากที่ได้มีการพิจารณาตัดสินความตามขั้นตอนปกติดังกล่าวแล้ว หากราษฎรคิดว่าตนยังไม่ได้รับความเป็นธรรม ราษฎรผู้นั้นมีสิทธิร้องทุกข์หรือยื่นฎีกาถวายต่อกษัตริย์ได้ โดยกษัตริย์จะเป็นผู้พิจารณาคดีนั้นด้วยตนเอง จึงถือได้ว่าเป็นสิทธิของราษฎรในการยื่นเรื่องราวร้องทุกข์หรือสิทธิในการอุทธรณ์ฎีกา และสิทธิที่จะได้รับการพิจารณาคดีอย่างเป็นธรรมได้รับการรับรอง

สิทธิในชีวิตและร่างกายของพลเมืองได้รับการรับรองและคุ้มครอง กล่าวคือ ได้กำหนดแนวทางปฏิบัติในการทำศึกสงครามไว้ว่าจะต้องปฏิบัติต่อพลเมืองอย่างมีมนุษยธรรม ห้ามมิให้มีการทรมานหรือทำให้พลเมืองนั้นถึงแก่ความตาย ซึ่งเป็นหลักการรับรองสิทธิมนุษยชนในระดับสากล อีกรูปแบบหนึ่ง

## 2.2.2 สิทธิมนุษยชนในสมัยกรุงศรีอยุธยา

ในสังคมสมัยกรุงศรีอยุธยานั้นมีการแบ่งชนชั้นเช่นเดียวกันกับในสมัยกรุงสุโขทัย แต่ความสัมพันธ์ระหว่างผู้ปกครองกับราษฎรตามคติของสุโขทัยที่ว่า กษัตริย์ทรงเป็นประจักษ์บิดาของราษฎรได้เปลี่ยนแปลงไป กษัตริย์ในสมัยกรุงศรีอยุธยาอยู่ในฐานะเป็นเทพเจ้าตามความเชื่อในเรื่องเทวราชาของขอม หรือเขมร ซึ่งได้รับอิทธิพลมาจากศาสนาพราหมณ์ของอินเดียอีกทอดหนึ่ง กษัตริย์จึงได้ยกสถานะกลายเป็นสมมติเทพ ไม่ใช่ความสัมพันธ์เป็นพ่อปกครองลูกดังเช่นในสมัยกรุงสุโขทัยแล้ว เพราะกลุ่มคนในสังคมมีมากกว่าเดิม จึงต้องยกระดับให้กษัตริย์เป็นเทพ เป็นเจ้าชีวิต เจ้าเหนือหัว ซึ่งคนทั่วไปไม่อาจแตะต้องได้ และเป็นเจ้าของทุกสิ่งในราชอาณาจักร ในสมัยดังกล่าวนี้ มีการออกกฎหมายข้อบังคับต่างๆ เกี่ยวกับพระมหากษัตริย์ เช่น ห้ามจ้องมองและจับต้องพระมหากษัตริย์อย่างเด็ดขาด ห้ามเอ่ยพระนามจริงของพระมหากษัตริย์ เป็นต้น อิทธิพลการปกครองแบบเทวาราชดังกล่าวนี้ มีแนวความคิดว่ากษัตริย์เป็นสมมติเทพ มีอำนาจปกครองสูงสุด

<sup>12</sup> สิทธิมนุษยชน, เพิ่งอ้าง, น. 139 – 140.

เป็นเจ้าของชีวิตและมีอำนาจเด็ดขาด แต่เนื่องจากพระมหากษัตริย์ไทยทรงอยู่ภายใต้กรอบของ ทศพิธราชธรรม จึงมิได้ใช้อำนาจที่มีอยู่อย่างใหญ่หลวงจนเป็นเหตุให้เดือดร้อนต่อไพร่ฟ้า ประชาชนทุกคนเสมอกันภายใต้พระราชอำนาจ ไม่ว่าเจ้า ขุนนาง หรือไพร่ นอกจากนั้น ความ ซับซ้อนทางสังคมที่มีมากขึ้นกว่ายุคสุโขทัย ยังก่อให้เกิดระบบศักดินาขึ้น ที่ดินจึงกลายเป็นตัวชี้วัด สถานะของบุคคลโดยในสมัยสมเด็จพระบรมไตรโลกนาถเริ่มใช้ระบบศักดินาเต็มรูปแบบ ระบบ ศักดินาได้รับอิทธิพลมาจากประเทศอินเดียที่ใช้ศักดินาเป็นเครื่องมือในการกำหนดสถานะของ บุคคลในสังคม “ศักดิ์” เป็นการอ้างเรื่องคน เนื้อคน “นา” เป็นการอ้างคนเนื้อที่นา เป็นสองเรื่อง คือ เรื่องสิทธิการเป็นพลเมืองและ การเมือง (คนเนื้อคน) และสิทธิทางเศรษฐกิจและสังคม (คน เนื้อทรัพย์สิน)<sup>13</sup> ศักดินาจึงเป็นเครื่องวัด และเป็นสิ่งตอบสนองของชนชั้นนำอย่างมาก ดังนั้น ระบบอุปถัมภ์จึงเกิดขึ้นมาพร้อมกับระบบศักดินานี้ เพราะต่างคนต่างก็เข้าหาเจ้าขุนมูลนายของตน เพื่อหวังให้ผู้มีศักดิ์สูงกว่าดูแลอำนวยความสะดวกให้แก่ตนเอง ผู้ปกครองกับประชาชนอยู่ห่าง กันมาก ผู้ปกครองจึงเป็นผู้กำหนดสิทธิทั้งหมดของประชาชน มีอำนาจเด็ดขาดสูงสุดเป็นพระ เจ้าอยู่หัวเจ้าชีวิต เจ้าแผ่นดิน การกำหนดสิทธิมีอำนาจเท่ากับการออกกฎหมาย อำนาจนิติบัญญัติ นั้นเอง ด้วยความที่ผู้ปกครองเปรียบได้กับพระเจ้าแผ่นดิน กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินจึงเป็นของ กษัตริย์

ทั้งนี้ กฎหมายลักษณะต่างๆ ที่บังคับใช้ในสมัยกรุงศรีอยุธยามีการรับรองสิทธิของ ประชาชนไว้ในหลายลักษณะด้วยกัน ได้แก่ สิทธิของไพร่ สิทธิของทาสถือว่าเป็นสิทธิที่ได้รับการ รับรองคุ้มครองไว้พอสมควรต่างจากทาสในความหมายของชาติตะวันตก มีกฎหมายรับรองสิทธิ บางประการของทาสไว้ เช่น สิทธิในชีวิตของทาส สิทธิในการฟ้องคดีของทาส สิทธิในทรัพย์สิน และการตกทอดทรัพย์สินซึ่งเป็นมรดกของทาส สิทธิในเนื้อตัวร่างกายของทาสหญิง สิทธิในการ หลุดพ้นจากความเป็นทาส เป็นต้น นอกจากนี้ยังมีกฎหมายรับรองสิทธิในทรัพย์สินของบุคคลหรือ กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินของราษฎรไว้โดยเฉพาะแบ่งออกเป็นประเภทต่างๆ เช่น สิทธิในทรัพย์สินที่ทำ มาหาได้ สิทธิในการครอบครองที่ดิน สิทธิในทรัพย์สินของผู้ลี้ภัย สิทธิในการรับบำเหน็จโดยไม่ คำนึงถึงชนชั้น และสิทธิในการทำนิติกรรมสัญญา เป็นต้น โดยระบบกฎหมายในสมัยอยุธยา ดังกล่าวมานี้ ส่วนใหญ่มีรากฐานมาจาก “คัมภีร์พระธรรมศาสตร์” และ “หลักอินทภาษ” ซึ่งไทย ได้มาจากมอญหรือรามัญที่อาศัยอยู่แถบลุ่มแม่น้ำเจ้าพระยาแต่ดั้งเดิม มอญได้รับคัมภีร์พระ ธรรมศาสตร์และหลักอินทภาษมาจากอินเดีย คัมภีร์พระธรรมศาสตร์เป็นกฎหมายเก่าแก่ของอินเดีย

<sup>13</sup> ทศพล ทรศนกุลพันธ์, เอกสารประกอบการสอนกระบวนวิชากฎหมายสิทธิมนุษยชน (177465), (คณะนิติศาสตร์ : มหาวิทยาลัยเชียงใหม่, 2552), น. 158.

โบราณ (ชมพูทวีป) ไทยจึงได้รับเอาคัมภีร์พระธรรมศาสตร์มาเป็นหลักในการบัญญัติกฎหมาย<sup>14</sup> นอกจากนั้น ในสมัยอยุธยายังมี “กฎหมายสารบัญญัติ” ในส่วนแพ่ง ได้แก่ กฎหมายลักษณะหัวเมีย ลักษณะทาส ลักษณะลักพา ลักษณะมรดก ลักษณะกู้หนี้ และลักษณะเบ็ดเสร็จ ในส่วนอาญา ได้แก่ กฎหมายลักษณะมุลคดีวิวาท และบทพระอัยการอาญาหลวง สำหรับ “กฎหมายวิธีสบัญญัติ” ก็มีหลายลักษณะเช่นกัน ได้แก่ กฎหมายลักษณะพระธรรมนูญ ลักษณะรับฟ้อง ลักษณะพยาน ลักษณะพิสูจน์ดำเนินาฎยเพลิง ลักษณะตระลาการ และลักษณะอุทธรณ์ ซึ่งในหลายๆเรื่องถือเป็นรูปแบบกฎหมายที่มีเนื้อหาอันเกี่ยวกับการรับรอง คู่ครอง และกำหนดสิทธิหน้าที่ของพลเมืองในยุคนั้น

### 2.2.3 สิทธิมนุษยชนในสมัยกรุงธนบุรี

สมเด็จพระเจ้าตากสินมหาราชได้ทรงสร้างกรุงธนบุรีขึ้นมาเป็นราชธานีใหม่แทนกรุงศรีอยุธยาหลังจากกรุงศรีอยุธยาล่มสลายลงเพราะถูกพม่ารุกราน และเผากรุงศรีอยุธยาจนพินาศ ในยุคนี้ไทยยังคงทำสงครามกับพม่าและเมืองอื่นๆ อยู่อย่างต่อเนื่องเพื่อรวบรวมอาณาเขตดินแดนของไทยให้เป็นปึกแผ่น ทำให้กฎหมายที่ใช้ในยุคนี้ยังคงเป็นกฎหมายตามที่ใช้อยู่ในสมัยอยุธยา คือ คัมภีร์พระธรรมศาสตร์ พระราชศาสตร์ และกฎหมายลักษณะต่างๆ โดยไม่ได้มีการพัฒนากฎหมาย หรือแนวคิดในด้านสิทธิมนุษยชนขึ้นมาใหม่ อีกทั้งเป็นยุคที่มีช่วงเวลาสั้นเพียง 15 ปี ดังนั้น ในยุคนี้จึงยังมีการใช้กฎหมายตามระบบกฎหมายจารีตประเพณีปกครองในระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ เช่นเดียวกับสมัยอยุธยา รากฐานทางประวัติศาสตร์ที่เกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนจึงยังคงเป็นไปในลักษณะเช่นเดียวกันกับสมัยกรุงศรีอยุธยา

### 2.2.4 สิทธิมนุษยชนในสมัยกรุงรัตนโกสินทร์

ในสมัยกรุงรัตนโกสินทร์ประเทศไทยมีการปกครองทั้งระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ และระบอบประชาธิปไตย ในช่วงต้นสมัยระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ยังมีความเข้มแข็ง แต่เมื่ออิทธิพลของชาติตะวันตกที่แผ่เข้ามา ประกอบกับสภาวะทางเศรษฐกิจที่ตกต่ำของประเทศทำให้ชนชั้นสูงบางกลุ่มเริ่มตระหนักถึงแนวคิดด้านสิทธิเสรีภาพ ความเสมอภาคอันเป็นแนวคิดพื้นฐานในระบอบประชาธิปไตยจนเป็นเหตุนำมาซึ่งการปฏิวัติเพื่อเปลี่ยนแปลงการปกครอง รากฐานของกฎหมายและแนวความคิดเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพในแต่ละยุคแบ่งออกดังนี้

#### 2.2.4.1 ยุคสมบูรณาญาสิทธิราชย์

ในสมัยกรุงรัตนโกสินทร์ตอนต้น มีการปรับปรุงบรรดากฎหมายต่างๆ ที่ได้ใช้ต่อเนื่องมานับแต่ยุคกรุงศรีอยุธยา และกรุงธนบุรี โดยพระบาทสมเด็จพระพุทธยอดฟ้าจุฬาโลกมหาราช ปฐมกษัตริย์แห่งราชวงศ์จักรีได้ทรงพระกรุณาโปรดเกล้าฯ ให้ชำระกฎหมายเก่า แล้วรวบรวมเป็น

<sup>14</sup> ชมชื่น มัชฌิมชัย, วัฒนาการของกฎหมาย, (ม.ป.ท. : ม.ป.พ., 2542), น. 6.

ประมวลกฎหมายขึ้นเมื่อ จุลศักราช 1166 ตรงกับ พ.ศ. 2347 และโปรดให้เรียกว่า “กฎหมายตราสามดวง”<sup>15</sup> ทรงให้อำลักษณ์ชุบเส้นหมึกสามชุด แต่ละชุดประทับตรา 3 ดวง คือ ตราพระราชสีห์สำหรับตำแหน่ง สมุหนายก ตราพระคชสีห์สำหรับตำแหน่ง สมุหพระกลาโหม และตราบัวแก้วสำหรับตำแหน่ง โภยาธิบดี หมายถึงพระคลัง ซึ่งดูแลรวมทั้งกิจการด้านต่างประเทศ ไว้ทุกเล่มเก็บไว้ ณ ห้องเครื่องชุดหนึ่ง หอหลวงชุดหนึ่ง และศาลหลวงอีกชุดหนึ่ง กฎหมายตราสามดวงมีลักษณะเป็นกฎหมายของนักกฎหมาย (Juristenrecht) กล่าวคือ กฎเกณฑ์ส่วนใหญ่ของกฎหมายตราสามดวงโดยเฉพาะในส่วนที่เป็นพระธรรมศาสตร์ ที่มีลักษณะทั่วไปและมีฐานะสูงกว่าจารีตประเพณี มีการจัดระบบกฎหมายที่เป็นระบบกฎหมายตราสามดวงมีลักษณะที่เป็นกฎหมายธรรมชาติ ไม่มีการบัญญัติโดยแท้ บทกฎหมายใหม่นี้จึงเป็นผลงานของ นักกฎหมาย อันได้แก่ ศาลและพระมหากษัตริย์ ซึ่งทรงเป็นนักกฎหมายด้วย ไม่ใช่กฎหมายที่บัญญัติขึ้นด้วยเหตุผลทางเทคนิค โดยกระบวนการนิติบัญญัติอย่างปัจจุบัน

ภายใต้กฎหมายตราสามดวงมีบทบัญญัติรับรองสิทธิและฐานะทางกฎหมายของราษฎรไว้พอสมควร เช่น สิทธิถือครองที่ดินของราษฎร สิทธิในความเป็นเจ้าของให้บังคับได้ระหว่างราษฎรด้วยกัน สิทธิในการสืบมรดก และสิทธิในการทำนิติกรรมสัญญา เป็นต้น อย่างไรก็ตามกฎหมายตราสามดวงไม่ได้รับรองสิทธิของบุคคลให้เสมอภาคเท่าเทียมกันตามกฎหมาย เพียงแต่มุ่งหมายให้ราษฎรมีสสิทธิได้รับความเป็นธรรมตามที่กฎหมายรับรองไว้เท่านั้น การแบ่งชนชั้นทางสังคมหรืออภิสิทธิ์ชนอันเนื่องมาจากชาติกำเนิดยังคงได้รับการรับรองเป็นพิเศษตามกฎหมายอยู่ ราษฎรในสมัยนั้นจึงมีสิทธิตามกฎหมายได้ตามเงื่อนไขของกฎหมาย ซึ่งแตกต่างกันไปตามสถานะทางสังคมของยุคสมัยนั้น

สังคมไทยในสมัยกรุงรัตนโกสินทร์ แบ่งคนออกเป็น 2 กลุ่มใหญ่ๆ คือ เจ้านาย และไพร่ ไพร่ได้แก่ ราษฎรทั่วไปที่มีอายุตั้งแต่ 15 ถึง 70 ปี ทำหน้าที่รับใช้เจ้านายเพื่อแลกเปลี่ยนกับการได้รับความคุ้มครองจากเจ้านาย แบ่งออกเป็น 3 ประเภท คือ ไพร่หลวง ไพร่สม และไพร่ส่วย โดยไพร่แต่ละประเภทนอกจากจะต้องทำงานให้กับเจ้านายต้นสังกัดแล้ว ยังจะต้องถูกเกณฑ์เพื่อทำงานให้กับหลวงหรือราชการตามระยะเวลาที่กำหนดแตกต่างกันไปตามประเภทของไพร่ เช่น ไพร่หลวง ในแต่ละปีจะต้องทำงานให้กับหลวงเป็นเวลา 3 เดือน นอกจากไพร่ที่ถือเป็นชนชั้นล่างของสังคมในสมัยนั้นแล้ว ยังมีอีกชนชั้นที่มีฐานะทางสังคมต่ำกว่าไพร่ ได้แก่ ทาส ซึ่งเชื่อว่ามีมาตั้งแต่สมัยสุโขทัย จากการที่ได้มีการกวาดต้อนเชลยศึกเข้ามาในราชอาณาจักร นานวันเข้าเชลยเหล่านี้ได้

<sup>15</sup> “กฎหมายตราสามดวง,” จาก [http://www.thailaws.com/aboutthailaw/thai\\_07.htm](http://www.thailaws.com/aboutthailaw/thai_07.htm).

อาศัยอยู่กับเจ้านายและได้กลายเป็นทาสในเวลาต่อมา ทาสในสมัยกรุงรัตนโกสินทร์แบ่งออกเป็น 7 ประเภท<sup>16</sup> ได้แก่

(1) ทาสสินไถ่ หมายถึง ทาสที่ขายตัวเอง หรือถูกขายให้แก่นายเงินจะพ้นจากความเป็นทาสก็ต่อเมื่อมีเงินมาไถ่ตัว มิฉะนั้นจะต้องเป็นทาสอยู่เช่นนั้นตลอดไป

(2) ทาสที่เกิดในเรือนเบี้ย หมายถึง ลูกที่เกิดจากพ่อแม่ที่เป็นทาส จะต้องเป็นทาสเช่นนั้นตลอดไป

(3) ทาสที่ได้มาจากบิดา มารดา หมายถึง ลูกที่ติดมากับบิดา มารดาก่อนที่จะมาเป็นทาส หรือบิดา มารดา ยกลูกของตนให้เป็นทาส ลูกนั้นให้ถือว่าเป็นทาสประเภทนี้

(4) ทาสที่มีผู้ให้ หมายถึง ทาสที่ได้มาจากนายทาสอื่นยกให้

(5) ทาสที่ช่วยมาจากทัณฑ์โทษ หมายถึง ผู้ที่พ้นจากโทษแล้วมาสมัครเป็นทาส

(6) ทาสเลี้ยงไว้ยามทุกข์ภัย หมายถึง พวกที่สมัครใจเป็นทาสในยามที่เกิดภัยพิบัติ

(7) ทาสเชลย หมายถึง เชลยที่ถูกกวาดต้อนมาจากการทำสงครามแล้วนำมาเป็นทาส

ทั้งนี้ ทาสจะต้องทำงานทุกอย่างตามที่นายทาสสั่งให้ทำหรือถูกลงโทษอย่างไรก็ได้โดยไม่ต้องมีการพิสูจน์ความผิด ยกเว้นการลงโทษที่ถึงแก่ชีวิตหรือเป็นผู้รับโทษแทนนายทาสในกรณีที่นายทาสทำความผิดหรือแทนครอบครัวของนายทาส นอกจากนี้ หากนายทาสถูกเกณฑ์ให้ไปทำสงครามยังสามารถสั่งให้ทาสไปแทนได้อีกด้วย จึงเห็นได้ว่า ธรรมเนียมการใช้ทาสในอดีตเป็นการไม่ยุติธรรมต่อประชาชน เป็นการไม่ยอมรับความเท่าเทียมกันในศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์

ในช่วงรัชสมัยของพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัวรัชกาลที่ 5 ได้มีพระราชดำริที่จะยกเลิกธรรมเนียมการใช้ทาสนี้ โดยกระทำอย่างค่อยเป็นค่อยไปด้วยการประกาศใช้กฎหมายตามวาระ ดังนี้

(1) พระราชบัญญัติพิทักษ์เด็กและอายุลูกทาสลูกไท พ.ศ. 2417 โดยมีวัตถุประสงค์ที่จะปลดปล่อยพ้นชะของลูกทาส โดยวิธีการค่อยเป็นค่อยไป ดังนี้ ลูกทาสที่เกิดตั้งแต่ปี พ.ศ. 2411 เมื่อมีอายุครบ 8 ปีแล้วจะได้ลดค่าตัวลงมาทุกๆปี จนอายุครบ 21 ปีบริบูรณ์ก็จะเป็นอิสระและถูกขายเป็นทาสไม่ได้อีกต่อไป

(2) พระราชบัญญัติลดค่าตัวทาสเชลยในมณฑลตะวันตกเฉียงเหนือ พ.ศ. 2443 โดยการกำหนดค่าตัวทาสเชลยให้มีอัตราเดียวกัน และเมื่ออายุครบ 60 ปีบริบูรณ์ ทาสเชลย และทาสสินไถ่ก็จะพ้นจากความเป็นทาสและห้ามทำการซื้อขายทาสประเภทนี้อีกต่อไป

<sup>16</sup> สิทธิมนุษยชน, เพิ่งอ้าง, น. 145-145.

(3) พระราชบัญญัติลดค่าตัวทาสในมณฑลบูรพา พ.ศ. 2447 โดยกำหนดให้ลดค่าตัวทาสในมณฑลบูรพาลงเดือนละ 4 บาท และเมื่อหมดค่าตัวพ้นจากความเป็นทาสแล้วห้ามทำการซื้อขายกันอีกต่อไป

(4) พระราชบัญญัติทาส พ.ศ. 2449 ให้ลูกทาสทุกคนเป็นอิสระ ให้ลดค่าตัวทาสประเภทอื่นๆ ลงเดือนละ 4 บาท และห้ามมิให้มีการค้าทาสอีกต่อไป

#### 2.2.4.2 ยุคภายหลังการเปลี่ยนแปลงการปกครอง

อุดมการณ์ทางการเมืองภายใต้ค่านิยมและความเชื่ออันมีรากฐานมาจากคำสอนทางศาสนาของประเทศไทยที่สืบเนื่องมานับแต่อดีตทำให้เกิดการยอมรับอำนาจของชนชั้นปกครองยอมรับในคุณค่าของครอบครัวและให้ความเคารพนับถือผู้ใหญ่ ยอมรับและเข้าใจถึงสถานะที่แตกต่างของบุคคลโดยไม่เกิดข้อขัดแย้ง เช่น อิทธิพลของศาสนาพุทธในเรื่องของ “กรรม” ที่ทำให้เกิดการยอมรับในเรื่องของความไม่เท่าเทียมเพราะได้กระทำมาต่างกัน ทำให้การปกครองบ้านเมืองตามพื้นฐานความเชื่อดังกล่าวเป็นไปได้อย่างมั่นคง และต่อเนื่อง ครอบคลุมทั้งแนวความคิดเรื่องสิทธิเสรีภาพที่มาพร้อมแนวคิดและอุดมการณ์ทางการเมืองการปกครองแบบเสรีนิยมประชาธิปไตยได้แผ่เข้ามานับแต่มีการค้าขายกับต่างประเทศ ระบบการศึกษา ตลอดจนการพัฒนาประเทศให้มีความทันสมัยในทุกๆ ด้านตามอย่างประเทศตะวันตก ทำให้แนวความคิดของประเทศเหล่านั้นแทรกซึมเข้าสู่แนวคิดและวัฒนธรรมแบบไทย ๆ เช่น ลัทธิรัฐธรรมนูญนิยม ลัทธิการค้าเสรีและลัทธิปัจเจกชนนิยม<sup>17</sup> ทำให้เกิดการสั่นคลอนของแนวคิดทางการเมืองการปกครองตามความเชื่อแบบเดิมของไทยและเป็นเสมือนจุดเริ่มต้นของการเปลี่ยนแปลงทางประวัติศาสตร์การปกครอง

ในรัชสมัยของสมเด็จพระปกเกล้าเจ้าอยู่หัว รัชกาลที่ 7 ปีพ.ศ. 2475 “คณะราษฎร” คือกลุ่มบุคคลซึ่งประกอบไปด้วยข้าราชการ ทหาร และพลเรือน ได้ทำการยึดอำนาจและประกาศเปลี่ยนแปลงการปกครองจากระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ เป็นระบอบประชาธิปไตย โดยมีรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดในการปกครองประเทศ และมีพระมหากษัตริย์เป็นประมุขอยู่ภายใต้รัฐธรรมนูญ การเปลี่ยนแปลงการปกครอง เป็นผลทำให้ชนชั้นเจ้านาย และขุนนางในระบบเก่าถูกดิรถอนผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจหลายประการ เช่น พระมหากษัตริย์จะทรงได้รับเงินจากงบประมาณลดลง เงินปีของพระบรมวงศานุวงศ์ถูกลดลงตามส่วน ขุนนางเดิมถูกปลดออกจากราชการ โดยรับเพียงบำนาญ และเจ้านายบางพระองค์ถูกเรียกทรัพย์สินสมบัติคืนเป็นของ

<sup>17</sup> มยุรี จำรัส, “การจำกัดสิทธิและเสรีภาพเท่าที่จำเป็น และการไม่กระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพตามมาตรา 29 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 และพุทธศักราช 2550,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2554), น. 25-26.

แผ่นดิน<sup>18</sup> ทั้งนี้ สาเหตุสำคัญประการหนึ่งของการเปลี่ยนแปลงการปกครอง คือ การหาหลักประกันที่แน่นอนในเรื่องสิทธิและเสรีภาพของประชาชน เพราะสิทธิและเสรีภาพที่มีอยู่ก่อนการเปลี่ยนแปลงการปกครองเป็นเรื่องตามพระราชอัชฌาศัยของพระมหากษัตริย์ที่ปราศจากความแน่นอน กล่าวคือประชาชนจะมีสิทธิ เสรีภาพมากน้อยประการใดขึ้นอยู่กับความเห็นชอบของกษัตริย์ และอาจจะแก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือแม้แต่จะล้มเลิกเสียเมื่อใดก็ได้ ด้วยเหตุดังกล่าว การบัญญัติสิทธิเสรีภาพต่างๆ ไว้ในรัฐธรรมนูญจึงจะพอเป็นหลักประกันได้บ้าง

หลังจากเกิดการเปลี่ยนแปลงการปกครอง สังกมไทยเริ่มก้าวสู่ความเป็นอารยะตามแบบตะวันตก ประชาชนได้รับเสรีภาพและมีสิทธิต่างๆ ตลอดจนความเสมอภาคภายใต้บทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ รวมทั้งได้เข้ามาเป็นเจ้าของประเทศและมีบทบาทในการปกครองด้วยกระบวนการแห่งรัฐธรรมนูญในสมัยนั้น ชนชั้นกลาง พ่อค้า ปัญญาชนได้เข้ามามีบทบาทในสังคมนการปกครอง ในขณะที่บรรดาเจ้าขุนมูลนาย ชุนนาง ซึ่งมีอำนาจภายใต้ระบอบการปกครองดั้งเดิมได้สูญเสียอำนาจ สิทธิประโยชน์ต่างๆ ที่เคยมีมาก่อน และหลังจากที่ได้มีการพระราชทานรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสยาม เมื่อวันที่ 10 ธันวาคม 2475 กำหนดให้มีสมาชิกสภา 2 ประเภท คือ สมาชิกประเภทที่มาจากเลือกตั้ง และสมาชิกประเภทที่มาจากแต่งตั้ง รวมทั้งกำหนดให้ตรารายละเอียดเกี่ยวกับการเลือกตั้งในพระราชบัญญัติเลือกตั้ง ซึ่งมีการตราขึ้นใน พ.ศ. 2476 โดยพระราชบัญญัติดังกล่าวกำหนดให้มีการเลือกตั้งแบบทางอ้อม ให้ราษฎรในตำบลเลือกตั้งตัวแทนที่จะไปทำหน้าที่เลือกสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรในระดับจังหวัดอีกครั้งหนึ่ง นับแต่นั้นมา รัฐบาลได้เข้าไปมีบทบาทในการบริหารบ้านเมืองแทนบรรดาเจ้านายและขุนนางในระบบเก่า มีการกระจายอำนาจการปกครองไปสู่ท้องถิ่น ด้วยการจัดตั้งเทศบาล มีสภาเทศบาลคอยควบคุมกิจการบริหารของเทศบาลเฉพาะท้องถิ่นนั้นๆ โดยมีเทศมนตรีเป็นผู้บริหารตามหน้าที่<sup>19</sup>

ต่อมาในปี พ.ศ. 2489 ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ โดยความริเริ่มของ ดร.ปรีดี พนมยงค์ ในฐานะผู้สำเร็จราชการแทนพระองค์ในขณะนั้น และรัฐธรรมนูญใหม่นี้เองที่ได้มีการบัญญัติรับรองสิทธิของชนชาวไทยในการจัดตั้งพรรคการเมืองขึ้นเป็นครั้งแรกตามความในมาตรา 4 ซึ่งก็เป็นที่น่าสังเกตว่า การบัญญัติรับรองสิทธิการจัดตั้งพรรคการเมืองในครั้งนั้น เป็นเพียงการยอมรับสภาพความเป็นจริงเท่านั้น เนื่องจากได้มีการจัดตั้งพรรคการเมืองขึ้นมาจำนวนหนึ่งก่อนหน้านั้นแล้ว

<sup>18</sup> “เว็บไซต์กระทรวงวัฒนธรรม,” จาก [http://www.m-culture.go.th/th/main.php?filename=M\\_Culture](http://www.m-culture.go.th/th/main.php?filename=M_Culture).

<sup>19</sup> เพิ่งอ้าง.

## 2.3 หลักการและแนวคิดเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนตามรัฐธรรมนูญของประเทศไทย

รัฐธรรมนูญย่อมให้การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของคนในรัฐ แต่การจะพิจารณาว่าขอบเขตของการรับรอง คุ้มครองในสิทธิแต่ละเรื่องนั้นกว้างขวางเพียงใดก็จะเห็นได้จากบัญญัติในเรื่องนั้นๆ เช่น สิทธิในการชุมนุมโดยสงบและปราศจากอาวุธ ย่อมไม่คุ้มครองถึงการชุมนุมที่ไม่สงบ สร้างความปั่นป่วนวุ่นวาย หรือมีการพกพาอาวุธ อย่างไรก็ตาม หากพิจารณาถึงถ้อยคำในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2550 แล้ว คำว่า “สิทธิและเสรีภาพของชนชาวไทย” ตามที่บัญญัติไว้ในหมวด 3 นั้น แท้จริงแล้วเนื้อหาสาระและขอบเขตของความคุ้มครองในแต่ละเรื่องสามารถแบ่งออกได้เป็น “สิทธิมนุษยชน” และ “สิทธิพลเมือง” ตามที่ได้กล่าวมาแล้วในหัวข้อก่อนหน้า

### 2.3.1 แนวคิดอันเป็นรากฐานของรัฐธรรมนูญ

ในสังคมก่อนการมีรัฐ เป็นสังคมที่ไม่ได้มีการจัดระเบียบในแง่แบบของสังคมรัฐสมัยใหม่ แต่เป็นสังคมที่ขึ้นอยู่กับความเข้มแข็งของการรวมกลุ่มสมาชิกในสังคมนั้น และการรวมกลุ่มดังกล่าวก็เป็นไปเพื่อป้องกันรักษาผลประโยชน์ของกันและกัน ต่อมาจึงได้พัฒนาไปสู่สังคมที่มีระดับชนชั้น มีผู้ปกครอง ผู้ใต้ปกครอง จนกระทั่งมีรัฐ และอำนาจรัฐ เกิดขึ้นซึ่งเมื่อมี “รัฐ” แล้ว ย่อมต้องมี “รัฐธรรมนูญ” ในการปกครองที่ถือว่าเป็นกฎหมายสูงสุดในการกำหนดระเบียบแบบแผนต่างๆ เกี่ยวกับการรับรองสิทธิ และเสรีภาพขั้นพื้นฐานของคนในรัฐนั้น โดยเฉพาะสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานที่เรียกกันว่า “สิทธิมนุษยชน”<sup>20</sup>

#### 2.3.1.1 ทฤษฎีสัญญาประชาคม

ในช่วงศตวรรษที่ 18 แนวความคิดสำคัญที่มีอิทธิพลแพร่หลายของ John Locke (ค.ศ. 1632 - 1704) นักปราชญ์คนสำคัญในสำนักกฎหมายธรรมชาติ (Natural Law School) คิดว่าสังคมการเมือง หรือรัฐนั้น มิใช่สังคมที่เกิดขึ้นและวิวัฒนาการผันแปรได้เองโดยธรรมชาติ (Spontaneous Society) เหมือนกับครอบครัว หากแต่เป็นสังคมที่เกิดจากเจตจำนงร่วมกันของมนุษย์ (Artificial Society) กล่าวคือ มนุษย์ร่วมกันทำสัญญาที่เรียกว่า “สัญญาประชาคม” (Social Contract) จัดตั้งขึ้น ทั้งนี้ เนื่องจากภายใต้กรอบแห่งกฎหมายธรรมชาติ มนุษย์ทุกคนล้วนเกิดมามีอิสระและเสมอภาคเท่าเทียมกัน แต่ละคนไม่ควรทำอันตรายต่อชีวิต ร่างกาย และทรัพย์สินของผู้อื่น แต่ละคนย่อมมีอำนาจที่จะบังคับให้เป็นไปตามกฎหมายธรรมชาติ และลงโทษผู้ฝ่าฝืนกฎหมายนี้ด้วยตนเอง<sup>21</sup>

<sup>20</sup> ชลธิชา บุญเสถียร, “ปัญหาเกี่ยวกับผลบังคับของสิทธิเสรีภาพที่รับรองไว้ในรัฐธรรมนูญ,” (วิทยานิพนธ์มหาวิทยาลัย), น. 10.

<sup>21</sup> สิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ (ศึกษารูปแบบการจำกัดสิทธิและเสรีภาพไว้อย่างเหมาะสม), เพิ่งอ้าง, น. 25.

จากแนวคิดดังกล่าวทำให้เกิดข้อบกพร่อง และอันตรายบางประการ จึงก่อให้เกิดสัญญาประชาคมขึ้น ด้วยเหตุผลดังนี้คือ ประการแรก ชีวิต ร่างกาย ทรัพย์สิน และเสรีภาพของมนุษย์แต่ละคนย่อมตกอยู่ในความไม่ปลอดภัย อาจถูกล่วงละเมิดได้ทุกเมื่อ ทั้งนี้ เพราะแต่ละคนจะมีความเสมอภาคเท่าเทียมกันก็แต่เฉพาะในสิทธิตามที่ตนมีอยู่เท่านั้น ประการที่สอง การจะให้แต่ละคนลงโทษผู้ที่ทำการฝ่าฝืนกฎหมายธรรมชาติเป็นเหตุให้ตนได้รับความเสียหายด้วยตนเองนั้น เท่ากับว่าแต่ละคนเป็นผู้พิพากษาในคดีที่ตนมีส่วนได้เสีย และอาจลงโทษผู้อื่นโดยไม่เป็นธรรม ประการสุดท้าย ถึงแม้มนุษย์จะมีความเข้าใจในกฎหมายธรรมชาติ และสามารถลงโทษผู้ที่กระทำให้ตนได้รับความเสียหายด้วยความยุติธรรมได้ แต่มนุษย์แต่ละคนก็ไม่มีกำลังทางกายภาพเพียงพอที่จะปฏิบัติการให้เป็นไปตามคำตัดสินชี้ขาดของตนได้อย่างมีประสิทธิภาพ ปัญหาจากความสับสนขาดระเบียบดังกล่าวนี้เองเป็นมูลเหตุจูงใจให้มนุษย์หันหน้าเข้าหากันเพื่อตกลงทำสัญญาประชาคม โดยจัดตั้งสังคมทางการเมืองขึ้น และยอมสละอำนาจของตนในอันที่จะบังคับให้เป็นไปตามกฎหมายธรรมชาติให้แก่สังคม สัญญาในมิติทางการเมืองนี้จึงมิได้เกิดขึ้นโดยการบังคับหากแต่เป็นการยินยอมพร้อมใจของบุคคลในการสละสิทธิ และเสรีภาพในสภาวะธรรมชาติบางประการ เพื่อให้เกิดประชาคมขึ้น โดยหวังจะทำให้การดำรงชีวิตสะดวกสบาย ปลอดภัย และสงบสุขยิ่งขึ้น

### 2.3.1.2 แนวคิดเกี่ยวกับเจตจำนงของประชาชน

เมื่อแต่ละบุคคลในสังคมได้ยินยอมสละอำนาจตามธรรมชาติของตนให้แก่รัฐเพื่อที่จะได้อยู่ร่วมกันอย่างสันติ ความยินยอมดังกล่าวเป็นผลมาจากเจตจำนงของประชาชน หรืออาจกล่าวได้ว่า เจตจำนงในการอยู่ร่วมกันเป็นบ่อเกิดของสัญญาประชาคม อย่างไรก็ตาม การปกครองที่จะเป็นบ่อเกิดแห่งความชอบธรรมในการใช้อำนาจรัฐ ย่อมต้องสามารถทำให้เจตจำนงของประชาชนปรากฏเป็นจริงได้ ซึ่งตามทฤษฎีการปกครองแบบประชาธิปไตยยังมีการถกเถียงกันเกี่ยวกับ “เจตจำนงของประชาชน” ว่าหมายถึงอะไร และจะเข้าถึงเจตจำนงนั้นได้อย่างไร ซึ่งมีแนวคิดอยู่ด้วยกัน 3 แนวคิดคือ<sup>22</sup> แนวคิดแรก เห็นว่าเจตจำนงของประชาชนก็คือเจตจำนงทั่วไป ซึ่งแตกต่างจากเจตจำนงของแต่ละบุคคล เจตจำนงทั่วไปนั้นมุ่งต่อประโยชน์แห่งส่วนรวมเป็นหลัก ส่วนเจตจำนงของทุกคนนั้นมุ่งถึงแต่ประโยชน์ส่วนตัว เจตจำนงรวมของทุกคนจึงหมายถึงเจตจำนงแห่งเอกชนนั่นเอง แนวคิดที่สองเห็นว่า เจตจำนงของประชาชนก็คือผลของการประนีประนอมกันระหว่างผลประโยชน์ที่แตกต่างของปัจเจกบุคคลแต่ละคน กระบวนการที่จะก่อให้เกิดการประนีประนอมจะต้องเป็นกระบวนการที่เปิดโอกาสให้บุคคลแต่ละคนเข้าร่วมได้ ด้วยเหตุนี้ ผลของการประนีประนอมจึงต้องมาจากผู้เกี่ยวข้องจำนวนมากที่สุด ดังนั้น ความคิดเห็นของฝ่ายข้าง

<sup>22</sup> บรรเจิด สิงคะเนติ, หลักพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์, (กรุงเทพมหานคร : นิติธรรม, 2545), น. 18.

มากจึงตรงกับเจตจำนงของประชาชนมากที่สุด แนวคิดที่สามเห็นว่า เจตจำนงของประชาชนก็คือ ผลของการประนีประนอม ซึ่งเป็นการดึงเอาผลประโยชน์ของปัจเจกบุคคลที่อาจแตกต่างกันจนที่สุดให้มาประสานกันได้ แต่ขณะเดียวกันก็จะต้องเคารพในคุณค่าร่วมกันบางประการที่ถือเป็นหลักพื้นฐานในการดำรงชีวิตในประชาคมนั้นด้วย ทั้งนี้ เพราะสังคมมีอาจตัดสินใจโดยฝ่ายข้างมากในสังคมได้เสมอไป จึงจำเป็นต้องมีหลักประกันสิทธิของฝ่ายข้างน้อยด้วย ซึ่งหลักการตามแนวคิดที่สามนี้อาจถือได้ว่ามีความสอดคล้องกับหลักเสรีประชาธิปไตยมากที่สุด

### 2.3.2 แนวคิดแห่งสิทธิ เสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ

การอยู่ร่วมกันของมนุษย์ก่อให้เกิดสังคมรัฐขึ้น เมื่อมนุษย์แต่ละคนล้วนมีความแตกต่างกันแต่เจตจำนงของการอยู่ร่วมกันก็เพื่อความสันติ ความสงบสุข จึงจำเป็นต้องจำกัดเสรีภาพบางประการของปัจเจกชนลงดังได้กล่าวมาแล้ว รัฐจึงมีหน้าที่รักษากฎเกณฑ์สำหรับการอยู่ร่วมกันของมนุษย์ แต่หากมีผู้ใดสามารถใช้กฎเกณฑ์เพื่อการลิดรอนสิทธิของสมาชิกของสังคมในส่วนที่เป็นสิทธิตามธรรมชาติของมนุษย์ได้แล้ว กฎเกณฑ์ดังกล่าวก็ไม่อาจถือได้ว่าเป็นกฎเกณฑ์ที่สมบูรณ์แห่งการอยู่ร่วมกัน ด้วยเหตุผลนี้ รัฐจึงมีหน้าที่ที่ต้องเคารพและให้ความคุ้มครองในศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์<sup>23</sup> สิทธิตามรัฐธรรมนูญจึงเป็นความสัมพันธ์ระหว่างปัจเจกบุคคลกับรัฐ และสิทธิตามรัฐธรรมนูญเป็นสิทธิที่ผูกพันองค์กรผู้ใช้อำนาจรัฐทั้งหลายที่ต้องให้ความเคารพ ปกป้องและคุ้มครองสิทธิตามรัฐธรรมนูญดังกล่าว เพื่อให้สิทธิตามรัฐธรรมนูญมีผลในทางปฏิบัติ ดังนั้น การบัญญัติและการบังคับใช้กฎหมายจึงต้องถือหลักความประนีประนอมระหว่างเสรีภาพอย่างกว้างขวางของปัจเจกชนกับกับความจำเป็นของประชาคมที่จะต้องอาศัยความมีระเบียบแบบแผน ปัจเจกบุคคลจะต้องมีความสัมพันธ์และมีความผูกพันกับประชาคม แต่ในขณะเดียวกันประชาคมก็ไม่อาจก้าวล่วงเข้าไปในส่วนที่เป็นคุณค่าในตัวของปัจเจกบุคคล<sup>24</sup> หรือกล่าวได้ว่า บุคคลย่อมอยู่ในสังคมได้อย่างเป็นตัวของตัวเอง

#### 2.3.2.1 ความหมายแห่งสิทธิ

นับแต่อดีตมานั้น สิทธิและเสรีภาพทำหน้าที่เป็นสิทธิในการป้องกันของปัจเจกบุคคลต่อการกระทำของรัฐ แต่ในปัจจุบันนี้ต่างยอมรับกันว่า สิทธิและเสรีภาพนั้นมีใช่เป็นเพียงสิทธิในการป้องกันเท่านั้น หากแต่สิทธิและเสรีภาพยังมีภาระหน้าที่ในเรื่องอื่นๆ ด้วย เช่น ภาระหน้าที่ในการเรียกร้องให้รัฐกระทำการ ภาระหน้าที่ในการเป็นข้อห้ามมิให้มีการเลือกปฏิบัติโดยไม่

<sup>23</sup> หลักพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ (น. 49). เล่มเดิม.

<sup>24</sup> กฎหมายรัฐธรรมนูญ (พิมพ์ครั้งที่ 3) (น. 479), โดย บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ, 2547, กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

เป็นธรรม ภาระหน้าที่เพื่อให้เกิดความเสมอภาค หรือภาระหน้าที่ในฐานะที่ก่อให้เกิดหน้าที่แก่ฝ่ายนิติบัญญัติ

ความหมายแห่ง “สิทธิ” นั้นมีนักนิติศาสตร์ นักวิชาการของไทยหลายท่านให้ความเห็นไว้ดังต่อไปนี้

ศาสตราจารย์ ดร.หยุด แสงอุทัย เห็นว่า ความหมายของสิทธินั้นมีอยู่ 2 ประเภท<sup>25</sup>

ประเภทที่ 1 “สิทธิ” หมายถึง อำนาจที่กฎหมายให้แก่บุคคลในอันที่จะมีเจตจำนง ตามความเห็นนี้ความสำคัญจึงอยู่ที่อำนาจที่จะให้แก่บุคคล

ประเภทที่ 2 “สิทธิ” หมายถึง “ประโยชน์ที่กฎหมายให้การรับรองและคุ้มครอง” ตามความเห็นนี้จึงมุ่งไปที่วัตถุประสงค์ของสิทธิเป็นสำคัญ กล่าวคือการที่กฎหมายให้อำนาจแก่บุคคลที่จะมีเจตจำนงก็เพื่อประโยชน์อย่างใดอย่างหนึ่งที่บุคคลมุ่งประสงค์

รองศาสตราจารย์สมยศ เชื้อไทย ให้ความเห็นว่า “สิทธิ” คือความชอบธรรมของบุคคลที่อาจใช้ยันกับบุคคลอื่นเพื่อคุ้มครองหรือรักษาผลประโยชน์อันเป็นส่วนที่พึงมีพึงได้ของบุคคลนั้น กล่าวอีกนัยหนึ่ง “สิทธิ” คือประโยชน์ที่บุคคลมีความชอบธรรมที่จะได้รับซึ่งกฎหมายรับรองและคุ้มครองให้

ศาสตราจารย์พิเศษ ดร.วรพจน์ วิสรุตพิชญ์ เห็นว่า “สิทธิ” ตามความหมายทั่วไปหมายถึง อำนาจที่กฎหมายรับรองและคุ้มครองให้แก่บุคคลในอันที่จะเรียกร้องให้บุคคลอื่นกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง สิทธิจึงก่อให้เกิดหน้าที่แก่บุคคลอื่นด้วย<sup>26</sup>

ศาสตราจารย์ ดร.บวรศักดิ์ อุวรรณโณ มีความเห็นว่า “สิทธิ” หมายถึงอำนาจที่จะต้องให้ผู้อื่นกระทำหรืองดเว้นกระทำการบางอย่างตามที่เรามีสิทธิอันเป็นการบังคับให้คนอื่นต้องกระทำการตามสิทธิของเรา แต่ไม่ว่าจะเป็นสิทธิหรือเสรีภาพต่างก็ได้รับความคุ้มครองโดยกฎหมาย โดยเฉพาะกฎหมายสูงสุด<sup>27</sup>

หากพิจารณาจากนิยามความเห็นเกี่ยวกับสิทธิตามแนวคิดของบุคคลที่กล่าวไว้ข้างต้นแล้ว ความหมายของสิทธิจึงเป็นไปในแนวทางเดียวกัน ว่า “อำนาจอันชอบธรรมซึ่งกฎหมายให้การรับรอง และก่อให้เกิดหน้าที่แก่บุคคลอื่นในอันที่จะต้องเคารพโดยการกระทำหรือไม่กระทำการอย่างหนึ่งอย่างใด” ทั้งนี้ สามารถสรุปความหมายโดยแบ่งองค์ประกอบของสิทธิได้ดังนี้

<sup>25</sup> ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป (พิมพ์ครั้งที่ 12) (น. 205), โดย หยุด แสงอุทัย, 2542, กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

<sup>26</sup> สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ (น. 21). เล่มเดิม.

<sup>27</sup> กฎหมายมหาชน เล่ม 3 ที่มาและนิติวิธี (น. 348), โดย บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, 2538, กรุงเทพมหานคร : นิติธรรม.

(1) สิทธิ ถือเป็นอำนาจโดยชอบธรรมของบุคคล ซึ่งในภาษาอังกฤษใช้คำว่า “Rights” แปลความหมายได้ว่าความถูกต้อง หรือความชอบธรรม

(2) สิทธิ ต้องเป็นสิ่งที่สามารถใช้ยกขึ้นเพื่อยืนยันแก่บุคคลอื่นให้เกิดหน้าที่ที่ต้องเคารพ โดยไม่กระทำการรบกวนได้

(3) สิทธิ จะต้องมิผู้ทรงซึ่งอาจเป็นบุคคลธรรมดา หรือนิติบุคคลก็ได้

(4) สิทธิ จะต้องมิเนื้อหาซึ่งเป็นประโยชน์ในทางหนึ่งทางใดที่อาจหมายถึงชีวิต ร่างกาย ทรัพย์สิน หรือชื่อเสียง ของผู้ทรงสิทธิเป็นต้น

### 2.3.2.2 หลักแห่งสิทธิ เสรีภาพตามรัฐธรรมนูญของไทย

สิทธิตามรัฐธรรมนูญนั้น ถือว่า เป็นสิทธิตามกฎหมายมหาชน อันหมายถึงอำนาจตามรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายสูงสุดได้บัญญัติให้การรับรองคุ้มครองแก่ปัจเจกบุคคลในอันที่จะกระทำการใดหรือไม่กระทำการใด การให้อำนาจแก่ปัจเจกบุคคลดังกล่าวได้ก่อให้เกิดสิทธิเรียกร้องที่จะมิให้บุคคลใดแทรกแซงในสิทธิตามรัฐธรรมนูญของตน โดยเฉพาะอย่างยิ่งเรียกร้องต่อองค์กรของรัฐมิให้แทรกแซงในขอบเขตแห่งสิทธิของตน ซึ่งในบางกรณีการเรียกร้องดังกล่าวได้ก่อให้เกิดสิทธิเรียกร้องให้รัฐดำเนินการอย่างใดอย่างหนึ่งด้วย<sup>28</sup> ดังนั้น สิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญบัญญัติรับรองไว้ให้แก่ราษฎรจึงถือว่าเป็นคุณค่าสูงสุดขององค์กรต่างๆ ของรัฐทุกองค์กร ไม่ว่าจะเป็นองค์กรผู้ใช้อำนาจนิติบัญญัติ องค์กรผู้ใช้อำนาจบริหาร หรือองค์กรผู้ใช้อำนาจตุลาการ ย่อมต้องเคารพและให้ความคุ้มครองบรรดาบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่รับรองสิทธิและเสรีภาพ จึงมิได้เป็นแค่เพียงคำประกาศอุดมการณ์ของรัฐเท่านั้น หากแต่มีฐานะเป็นบทบัญญัติของกฎหมายที่มีผลใช้บังคับโดยตรงแก่องค์กรต่างๆ ของรัฐ ดังที่ปรากฏในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย<sup>29</sup> ในหมวด 3 สิทธิเสรีภาพของชนชาวไทย ดังนี้

มาตรา 26 “การใช้อำนาจโดยองค์กรของรัฐทุกองค์กร ต้องคำนึงถึงศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิและเสรีภาพ ตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้”

มาตรา 27 “สิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญนี้รับรองไว้โดยชัดแจ้ง โดยปริยาย หรือโดยคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ ย่อมได้รับความคุ้มครองและผูกพันรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล รวมทั้ง องค์กรตามรัฐธรรมนูญ และหน่วยงานของรัฐโดยตรงในการตรากฎหมาย การใช้บังคับกฎหมาย และการตีความกฎหมายทั้งปวง”

<sup>28</sup> หลักพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ (น. 49). เล่มเดิม.

<sup>29</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550.

มาตรา 28 “บุคคลย่อมอ้างศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์หรือใช้สิทธิและเสรีภาพของตนได้เท่าที่ไม่ละเมิดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลอื่น ไม่เป็นปฏิปักษ์ต่อรัฐธรรมนูญ หรือไม่ขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชน

บุคคลซึ่งถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญนี้รับรองไว้ สามารถยกบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้เพื่อใช้สิทธิทางศาลหรือยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้คดีในศาลได้

บุคคลย่อมสามารถใช้สิทธิทางศาลเพื่อบังคับให้รัฐต้องปฏิบัติตามบทบัญญัติในหมวดนี้ได้โดยตรง หากการใช้สิทธิและเสรีภาพในเรื่องใดมีกฎหมายบัญญัติรายละเอียดแห่งการใช้สิทธิและเสรีภาพตามที่รัฐธรรมนูญนี้รับรองไว้แล้ว ให้การใช้สิทธิและเสรีภาพในเรื่องนั้นเป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติ

บุคคลย่อมมีสิทธิได้รับการส่งเสริม สนับสนุน และช่วยเหลือจากรัฐ ในการใช้สิทธิตามความในหมวดนี้”

มาตรา 29 “การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้จะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย เฉพาะเพื่อการที่รัฐธรรมนูญนี้กำหนดไว้และเท่าที่จำเป็น และจะกระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพนั้นมิได้

กฎหมายตามวรรคหนึ่งต้องมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป และไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่งหรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเจาะจง ทั้งต้องระบุบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายนั้นด้วย

บทบัญญัติในวรรคหนึ่งและวรรคสองให้นำมาใช้บังคับกับกฎที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายด้วยโดยอนุโลม”

ทั้งนี้ หากศึกษาถึงประวัติศาสตร์ในการร่างรัฐธรรมนูญของไทยจะพบว่า หลักการรับรองและคุ้มครองสิทธิ เสรีภาพของประชาชนตามรัฐธรรมนูญนั้น ปรากฏขึ้นอย่างชัดเจนในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2492 ซึ่งมีบทบัญญัติรับรองสิทธิเสรีภาพของประชาชนไว้อย่างกว้างขวาง ยังเป็นฉบับแรกที่บัญญัติเกี่ยวกับการให้ประชาชนออกเสียงลงประชามติเป็นครั้งแรก แต่จำกัดเฉพาะเรื่องของการร่างรัฐธรรมนูญที่แก้ไขเพิ่มเติมเท่านั้น<sup>30</sup> ตามที่บัญญัติไว้ในหมวด 3 ว่าด้วย “สิทธิและเสรีภาพของชนชาวไทย” ซึ่งเป็นเหมือนแม่บทในการร่างรัฐธรรมนูญของประเทศไทยในฉบับต่อๆ มา หลักการพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิ เสรีภาพตามที่มีการบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2492 จนถึงฉบับปัจจุบัน<sup>31</sup> ซึ่งได้มีการ

<sup>30</sup> กฎหมายรัฐธรรมนูญ (น. 240). เล่มเดิม.

<sup>31</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557.

รับรองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนไว้โดยต่อเนื่องตามมาตรา 4<sup>32</sup> นั้น น่าจะมีจุดเริ่มต้นจากการเกิดขึ้นของปัญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนของสหประชาชาติ เนื่องจากปัญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนดังกล่าว ได้ประกาศออกมาเมื่อปี ค.ศ. 1948 ซึ่งตรงกับปี พ.ศ. 2491 อันเป็นเวลาประเทศไทยกำลังร่างรัฐธรรมนูญฉบับหนึ่ง จึงได้มีการนำเอาหลักการในปัญญา บรรลุลงในหมวดว่าด้วยสิทธิเสรีภาพของชนชาวไทยอย่างไม่เคยมีมาในรัฐธรรมนูญฉบับใด ๆ และอิทธิพลของแนวคิดเรื่องสิทธิดังกล่าวก็สืบทอดมายังรัฐธรรมนูญทุกฉบับ จนกระทั่งฉบับพุทธศักราช 2550

ในความเป็นจริงแล้ว สิทธิและเสรีภาพของประชาชนที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยแต่ละฉบับ มีวิวัฒนาการที่ผันแปรไปตามแต่ละยุคสมัยแห่งการร่างรัฐธรรมนูญ เมื่อมีการจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันขึ้น จึงมีการเพิ่มบทบัญญัติที่เกี่ยวกับการรับรองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนให้มากกว่ารัฐธรรมนูญฉบับที่ผ่านมา รวมทั้งยังได้ปรับปรุงสิทธิต่างๆ ของประชาชนที่มีอยู่เดิมให้มีความชัดเจนยิ่งขึ้น หลักการพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิ เสรีภาพ และศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ จึงถือเป็นคำที่มีความสำคัญต่อพื้นฐานการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดในการปกครองประเทศ และเป็นสิ่งจำเป็นเบื้องต้นเพื่อใช้ประกอบในการศึกษาเรื่องสิทธิ เสรีภาพ ในด้านต่างๆ ตามที่รัฐธรรมนูญได้บัญญัติไว้<sup>33</sup>

ประเภทของสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ สิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้โดยชัดเจน และโดยปริยาย อาจจำแนกประเภทโดยอาศัยหลักเกณฑ์ที่ต่างกัน เช่น จำแนกตามวัตถุประสงค์หรือเนื้อหาแห่งสิทธิและเสรีภาพ จำแนกตามการเกิดแห่งสิทธิและเสรีภาพ หรือจำแนกตามอาการการใช้สิทธิและเสรีภาพ เป็นต้น

(1) สิทธิและเสรีภาพ จำแนกตามเนื้อหา โดยอาศัยการพิจารณาวัตถุประสงค์แห่งสิทธิและเสรีภาพ ซึ่งอาจจำแนกออกได้เป็น สิทธิและเสรีภาพส่วนบุคคล สิทธิและเสรีภาพในทางความคิดและการแสดงออก สิทธิและเสรีภาพในทางเศรษฐกิจและสังคม สิทธิและเสรีภาพในการรวมกลุ่ม สิทธิและเสรีภาพในทางการเมือง และสิทธิและเสรีภาพในการที่จะได้รับการปฏิบัติจากรัฐอย่างเท่าเทียมกัน

<sup>32</sup> มาตรา 4 “ภายใต้บังคับบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้ ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิ เสรีภาพ และความเสมอภาค บรรดาที่ชนชาวไทยเคยได้รับการคุ้มครองตามประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขและตามพันธกรณีระหว่างประเทศที่ประเทศไทยมีอยู่แล้วย่อมได้รับการคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญนี้”

<sup>33</sup> การจำกัดสิทธิ และเสรีภาพเท่าที่จำเป็น และการไม่กระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพตามมาตรา 29 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 และพุทธศักราช 2550, วิทยานิพนธ์คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง (น. 38 – 39). เล่มเดิม.

(2) สิทธิและเสรีภาพจำแนกตามการเกิด โดยพิจารณาจากการเกิดของสิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองแล้ว สามารถแยกออกได้ 2 ประเภทคือ “สิทธิมนุษยชน” และ “สิทธิพลเมือง” ซึ่งเป็นสิทธิในอันที่จะเข้าไปมีส่วนร่วมในกระบวนการสร้างเจตนารมณ์ของรัฐ ซึ่งสิทธิพลเมืองดังกล่าวนี้ เป็นสิทธิที่เกิดขึ้นภายหลังการเกิดขึ้นแล้วของรัฐ และเป็นวิธีการที่ราษฎรจะได้รับความคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพอีกประการหนึ่ง

(3) สิทธิและเสรีภาพจำแนกตามอาการการใช้ สามารถแยกออกได้เป็น 2 ประเภท คือ “สิทธิและเสรีภาพในทางความคิด” และ “สิทธิและเสรีภาพในการกระทำ”

สิทธิและเสรีภาพในทางความคิด ถือได้ว่าเป็นสิทธิและเสรีภาพที่มีลักษณะสัมบูรณ์ (Absolute) และเป็นคุณค่าแห่งความเป็นมนุษย์ หรือศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ดังนั้น การกระทำหรือละเว้นการกระทำใดๆ ของรัฐ อันจะกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพดังกล่าวย่อมไม่สามารถกระทำได้

สิทธิและเสรีภาพในการกระทำ เป็นสิทธิและเสรีภาพในอันที่จะเคลื่อนไหวส่วนต่างๆ ของร่างกายตามที่ได้คิดและตกลงใจเอาไว้ ดังนั้น จึงได้แก่บรรดาสิทธิและเสรีภาพทั้งหลายประการอื่นนอกเหนือไปจากสิทธิและเสรีภาพในทางความคิดนั่นเอง

อย่างไรก็ตาม ในการอยู่ร่วมกันเป็นสังคมของมนุษย์นั้น หากปล่อยให้มีการใช้เสรีภาพอย่างไม่มีขอบเขตจำกัดก็อาจก่อให้เกิดสภาวะอนาธิปไตยในรัฐขึ้นได้ และจะนำไปสู่การไม่มีเสรีภาพเหลืออยู่เลย รัฐจึงจำเป็นต้องตรากฎหมายที่จำกัด หรือให้อำนาจรัฐในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนเพื่อเข้ามาจัดระบบการคุ้มครองประชาชน จัดระเบียบการใช้เสรีภาพของประชาชน เพื่อมิให้เกิดการใช้สิทธิเสรีภาพไปกระทบซึ่งกันและกันระหว่างบุคคลในสังคม ดังนั้น จึงเห็นได้ว่าตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการรับรอง และคุ้มครองสิทธิเสรีภาพบางประการ จึงมีบทบัญญัติยกเว้นให้รัฐสามารถออกกฎหมายในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพดังกล่าวไว้ด้วยเสมอ อย่างไรก็ตาม เนื้อหาของข้อกำหนดจะต้องมีความยุติธรรมเพราะประชาชนทุกคนมีสิทธิเท่าเทียมกัน ดังนั้นกฎหมายซึ่งเป็นหลักประกันในการคุ้มครองสิทธิตามธรรมชาติของมนุษย์ จึงต้องใช้บังคับโดยเท่าเทียมกัน

รัฐธรรมนูญของรัฐเสรีประชาธิปไตยบัญญัติรับรองสิทธิและเสรีภาพให้แก่ราษฎรไว้ 2 ลักษณะด้วยกัน คือ การบัญญัติรับรองไว้อย่างสัมบูรณ์ (Absolute) เป็นแบบไม่มีเงื่อนไขหรือข้อจำกัดใด ๆ กับกรณีการรับรองไว้อย่างสัมพัทธ์ (Relative) กล่าวคือ รัฐสงวนไว้ซึ่งอำนาจที่จะจำกัดการใช้สิทธิหรือเสรีภาพนั้นๆ ในภายหลังได้<sup>34</sup> ทั้งนี้ เฉพาะแต่สิทธิและเสรีภาพในมโนธรรม

<sup>34</sup> สิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ (ศึกษารูปแบบการจำกัดสิทธิและเสรีภาพไว้อย่างเหมาะสม) (น. 9). เล่มเดิม.

หรือในทางความคิดเท่านั้นที่รัฐธรรมนูญบัญญัติรับรองไว้ให้แก่ราษฎรโดยสมบูรณ์ ส่วนสิทธิและเสรีภาพในการกระทำนั้นรัฐธรรมนูญจะบัญญัติรับรองไว้อย่างสัมพัทธ์เสมอ

## 2.4 แนวคิดและฐานที่มาของสิทธิชุมชน

โดยปกติตามแนวความคิดแบบเสรีนิยมนั้นจะเน้นความสำคัญของปัจเจกชน หรือ เอกชน (Individual) ว่าเป็นแกนกลางของสังคมในฐานะที่เอกชนมีความเป็นอยู่ของตนเองตามธรรมชาติ เป็นเอกเทศไม่ขึ้นต่อผู้ใดหรือสถาบันใด และอธิบายว่าความสัมพันธ์ทางสังคมทั้งปวง ล้วนแต่อาศัยข้อตกลงหรือสัญญา (Contract) ระหว่างเอกชนด้วยกันเป็นรากฐาน ความสัมพันธ์เหล่านี้จึงเป็นผลมาจากเจตจำนง (Will) หรือความสมัครใจของเอกชน แม้รัฐก็ได้รับการอธิบายสืบกัน มาตามคำสอนของ Hobbes และ Locke<sup>35</sup> ซึ่งแนวคิดดังกล่าวได้เป็นที่ยอมรับและแพร่หลายในโลก ตะวันตกนับตั้งแต่ศตวรรษที่ 17 จนถึงต้นศตวรรษที่ 18 ว่าเป็นผลมาจากสัญญาประชาคม (Social Contract) แต่ความสัมพันธ์ทางสังคมที่เป็นรากฐานสาระสำคัญก็คือความสัมพันธ์ระหว่างเอกชนด้วยกัน และระหว่างเอกชนกับรัฐซึ่งล้วนแต่อาศัยสัญญาเป็นฐานทั้งสิ้น

อย่างไรก็ดี นักคิดฝ่ายที่คัดค้านกระแสความคิดแบบปัจเจกชนนิยม หรือเสรีนิยมในช่วง ปลายศตวรรษที่ 19 ได้พยายามชี้ให้เห็นถึงความสำคัญของชุมชน (Community) ว่าเป็น แกนของสังคม ไม่ใช่ปัจเจกชนหรือเอกชนที่มีตัวตนและมีความเป็นอยู่เป็นอิสระ แต่เอกชนที่ รวมตัวกันเป็นชุมชน โดยมีความสัมพันธ์กันทางสังคมนั้น แท้จริงแล้วหาได้เป็นผลจากการตกลง กันโดยความตั้งใจ หรือโดยสัญญาระหว่างปัจเจกชน หรือเอกชนด้วยกันโดยเอกเทศไม่ แต่เกิดจาก ผลรวมในการดำเนินวิถีชีวิตของคนร่วมกันในชุมชนและสังคม ที่รวมเอาผลประโยชน์ ความรู้สึก สำนึกผิดชอบชั่วดี อารมณ์ ความรักความผูกพัน ที่แต่ละบุคคลต่างมีเข้าด้วยกัน โดยมีครอบครัวและ ชุมชนเป็นหน่วยทางสังคมพื้นฐาน และเป็นต้นแบบของความสัมพันธ์ทางสังคมที่ก่อรูปซับซ้อน ขึ้นเป็นสังคมส่วนรวมขึ้น แม้กฎหมายและรัฐก็นับว่าเป็นรูปแบบของจิตสำนึกของชุมชนที่มีการ ยกระดับให้ซับซ้อนมากขึ้น มิได้เป็นผลของข้อตกลงหรือสัญญาระหว่างเอกชนด้วยกัน ด้วยเหตุนี้ ชุมชน (Community) จึงเป็นตัวตนทางกฎหมายอย่างหนึ่งที่ซ้อนอยู่ระหว่างเอกชนกับรัฐ เป็นหน่วย สังคมที่มีอยู่ตามข้อเท็จจริงและสามารถมีสิทธิและหน้าที่ได้เช่นเดียวกับเอกชนและรัฐ

### 2.4.1 ทฤษฎีว่าด้วยสภาพของนิติบุคคล

ประเด็นสำคัญสำหรับการพิจารณาสถานะของ “ชุมชน” ตามที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้ นั้น จะต้องทำความเข้าใจถึงตัวตนชุมชนเสียก่อนว่า เมื่อมีการเข้าร่วมกันของบุคคลจำนวนมากจน

<sup>35</sup> สิทธิของบุคคลซึ่งรวมกันเป็นชุมชน (น. 18), โดย กิตติศักดิ์ ปรกติ, 2550, กรุงเทพมหานคร : บริษัท มิสเตอร์ก๊อปปี้ (ประเทศไทย) จำกัด.

เกิดเป็น “ชุมชน” ขึ้น โดยมีได้มีกฎหมายรองรับไว้อย่างชัดเจน ชุมชนที่ว่านี้จะมีลักษณะเป็นนิติบุคคลในอีกรูปแบบหนึ่งได้หรือไม่ และจะมีสถานะเหมือนกับนิติบุคคลตามประมวลกฎหมายแพ่งที่จะต้องมีการจดทะเบียนเพื่อการรับรองสถานะด้วยหรือไม่ ทำให้ต้องศึกษาแนวคิด ทฤษฎีเกี่ยวกับนิติบุคคลเพื่อนำไปสู่ข้อยุติ

ทฤษฎีและแนวคิดเกี่ยวกับการเกิดขึ้นของสถานะ หรือสภาพของนิติบุคคลนั้นมีด้วยกันหลายทฤษฎีซึ่งโดยปกติแล้วมักเป็นไปตามรากฐาน และระบบกฎหมายของแต่ละประเทศ ว่ามีพัฒนาการความเป็นมาอย่างไร แต่มีทฤษฎีที่สำคัญและได้รับการยอมรับอย่างกว้างขวางอยู่ 2 ทฤษฎี คือ

#### 2.4.1.1 ทฤษฎีนิติบุคคลสมมติ (Fiction Theory)

ตามแนวคิดแห่งทฤษฎีนิติบุคคลสมมตินั้น นิติบุคคลเป็นสิ่งที่กฎหมายได้อุปโลกน์ให้มีขึ้น ดังนั้น ตัวตนและความมีอยู่ของนิติบุคคลตามแนวคิดนี้จึงมิได้โดยอาศัยกฎหมายสมมติให้มีขึ้น เพื่อให้สิทธิและหน้าที่ทำนองเดียวกับบุคคลธรรมดา และให้สามารถแสดงเจตนาได้ด้วย แต่เนื่องจากนิติบุคคลไม่อาจแสดงเจตนาได้เอง จึงต้องแสดงออกโดยทางผู้แทนของนิติบุคคล นิติบุคคลจึงมีสิทธิเท่าที่กฎหมายกำหนดให้เท่านั้น และกฎหมายอาจจะให้สภาพนิติบุคคลหรือถอนสภาพนิติบุคคลเมื่อใดก็ได้ นักนิติศาสตร์ที่มีแนวคิดตามทฤษฎีดังกล่าว ได้แก่ Savigny<sup>36</sup>

Savigny เป็นนักปราชญ์ชาวเยอรมันที่เสนอแนวคิดว่าด้วยบุคคลสมมติ หรือที่เรียกอีกอย่างหนึ่งว่า (Fiction Theory) โดยอธิบายว่า กฎหมายนั้นมีได้มีที่มาจากความนึกคิดว่าด้วยเหตุผลของมนุษย์ส่วนๆ แต่เป็นผลจากการปฏิบัติตามสำนักคิดชอบชั่วดีที่บ่มเพาะและยึดถือกันเป็นจารีตประเพณีจนยกระดับขึ้นเป็นกฎเกณฑ์ความประพฤติออกมามากขึ้นในสังคม และเขายังได้อธิบายต่อไปว่าการใช้เหตุผลวิเคราะห์ในเชิงข้อความคิดไม่อาจอธิบายตามธรรมชาติของกฎหมายได้ แต่ความเข้าใจทางกฎหมายนั้นจะต้องมีความเข้าใจในประวัติศาสตร์ เขาได้กล่าวถึงกฎหมายว่า มีขึ้นเพื่อธำรงไว้ซึ่งเสรีภาพของมนุษย์ ด้วยเหตุนี้มนุษย์จึงเป็นจุดตั้งต้นสำคัญของกฎหมาย และสภาพบุคคลหรือความสามารถมีสิทธิหน้าที่ตามกฎหมายนั้น จึงเป็นสิ่งที่ตกติดมากับความเป็นมนุษย์ และมีแต่มนุษย์หรือคนธรรมดาเท่านั้นที่จะมีความสามารถตามกฎหมายได้ จะมีหมู่คณะ สำนัก หรือสถาบันบางอย่างเท่านั้นที่รวมตัวกันเพื่อความมุ่งหมายบางประการ ซึ่งมีสภาพเป็นบุคคลได้ในฐานะข้อยกเว้น สภาพบุคคลเช่นนี้เป็นสิ่งที่ไม่สามารถจับต้องได้แต่รับรู้ได้ด้วยสติปัญญา คือมีสภาพบุคคล โดยรัฐให้การรับรอง หรือสมมติให้มีขึ้นโดยกฎหมาย (Persona Ficta) ซึ่งมีขึ้นเพื่อประโยชน์บางประการในทางกฎหมาย และโดยที่นิติบุคคลเป็นบุคคลสมมติ จึงมีสิทธิและหน้าที่เฉพาะเพียงในขอบวัตถุประสงค์ของนิติบุคคลเท่านั้น นิติบุคคลจึงไม่ต้องรับผิดชอบกับกิจการที่

<sup>36</sup> Friedrich Carl Von Savigny : 1779 – 1861.

ผู้แทนหรือผู้กระทำการแทนนิติบุคคลกระทำไปนอกขอบวัตถุประสงค์ของนิติบุคคล ซึ่งเรียกว่า ทฤษฎี Ultra Vires และโดยนัยแห่งทฤษฎีที่ว่านิติบุคคลย่อมมีสิทธิและหน้าที่ได้เฉพาะภายในขอบแห่งวัตถุประสงค์นี้เอง นิติบุคคลจึงไม่อาจมีเจตนาร้าย (Mens rea) และกระทำละเมิดได้เพราะเจตนาและการกระทำเช่นนั้นอยู่นอกเหนือวัตถุประสงค์ นิติบุคคลจึงไม่อาจกระทำผิด ไม่ต้องรับผิดชอบทางละเมิด หรือทางอาญา<sup>37</sup>

แนวคิดแห่งทฤษฎีนี้ยังคงมีจุดอ่อนอยู่ เนื่องจากไม่สามารถอธิบายปัญหาสำคัญในบางกรณี เช่น ปัญหาที่ว่า เหตุใดรัฐจึงเป็นนิติบุคคล ถ้านิติบุคคลจะเกิดขึ้นได้แต่โดยกฎหมาย เพราะเป็นสิ่งที่กฎหมายสร้างสรรค์ขึ้นแล้ว เหตุใดรัฐซึ่งกฎหมายมิได้สร้างขึ้นจึงมีสภาพเป็นนิติบุคคล นอกจากนี้เมื่อนิติบุคคลเป็นสิ่งที่กฎหมายสมมุติขึ้น ย่อมไม่มีตัวตน และจะอ้างเจตนาของสิ่งที่ไม่มีตัวตนได้อย่างไร

#### 2.4.1.2 ทฤษฎีนิติบุคคลโดยสภาพ (Organic Theory, Real Corporation Theory)

การอธิบายว่านิติบุคคลเกิดขึ้นด้วยการที่กฎหมายสมมุติให้มีขึ้นเกิดข้อโต้แย้งที่ยังเป็นปัญหาอยู่หลายประการ ในส่วนของรัฐเองก็เป็นนิติบุคคลตามกฎหมายมหาชน และรัฐก็มีขึ้นก่อนที่จะมีกฎหมาย ดังนั้นหากจะนำเอาทฤษฎีนิติบุคคลสมมุติมาอธิบาย จึงต้องสามารถบอกได้ว่า รัฐซึ่งถือเป็นนิติบุคคลเกิดขึ้นได้อย่างไร สิ่งใดเป็นตัวสมมุติให้มีรัฐขึ้นมา ทฤษฎีนิติบุคคลโดยสภาพจึงเป็นอีกแนวความคิดหนึ่ง que เห็นว่านิติบุคคลนั้นมีสภาพความเป็นอยู่อย่างแท้จริง มิได้เป็นสิ่งที่กฎหมายสมมุติขึ้น หลักการสำคัญของทฤษฎีนี้เห็นว่า นิติบุคคลเป็นบุคคลที่เกิดจากการที่หลายๆ บุคคลได้มา “เข้ากัน” หรือ “ร่วมกัน” และการเข้ากัน หรือร่วมกันดังกล่าวนี้เอง ก่อให้เกิดเป็นองค์กรที่มีจุดมุ่งหมาย มีชีวิตจิตใจเป็นของตนเอง และมีสถานะเป็นหน่วยงานสังคมอย่างแท้จริงขึ้นมา จึงมีคุณค่าในสังคมไม่ต่างไปจากบุคคลธรรมดา ในทฤษฎีนี้กฎหมายจึงทำหน้าที่เพียงรองรับสภาพความเป็นอยู่ของนิติบุคคลตามที่มีอยู่แล้ว โดยการกำหนดสิทธิและหน้าที่ให้แก่นิติบุคคลเท่านั้น

ในระบบกฎหมายของอังกฤษและสหรัฐอเมริกาแนวคิดเกี่ยวกับตัวตนของนิติบุคคลนั้น มีการถกเถียงกันอย่างกว้างขวางในช่วงปลายศตวรรษที่ 19 จนถึงช่วงต้นศตวรรษที่ 20 โดยมุ่งเน้นไปในประเด็นว่า นิติบุคคลมีขึ้นเพราะกฎหมายสมมุติ หรือมีขึ้นตามความเป็นจริง และบุคคลจะมีสิทธิตามธรรมชาติ (Natural Rights) ได้หรือไม่เพียงใดเพราะหากเป็นนิติบุคคลสมมุติที่ย่อมขึ้นอยู่กับกฎหมายและวัตถุประสงค์เป็นสำคัญ แต่ถ้านิติบุคคลมีสภาพบุคคลโดยตัวของนิติบุคคลนั้นๆ เอง ย่อมต้องพิจารณาตามสภาพและความมุ่งหมายของนิติบุคคลนั้น<sup>38</sup>

<sup>37</sup> สิทธิของบุคคลซึ่งรวมกันเป็นชุมชน (น. 24). เล่มเดิม.

<sup>38</sup> สิทธิของบุคคลซึ่งรวมกันเป็นชุมชน (น. 33). เล่มเดิม.

ยังมีนักปราชญ์ที่ปฏิเสธทฤษฎีนิติบุคคลสมมติ (Fiction Theory) ของ Savigny คือ Otto von Gierk (1841 – 1921) Gierk เป็นนักนิติศาสตร์ชาวเยอรมันซึ่งเน้นการศึกษาวิถีชุมชน (Gemeinschaft, Genossenschaft) ในสังคมเยอรมัน และเสนอว่าชุมชนมีตัวตน มีจิตใจ และมีสภาพบุคคล หรือมีสิทธิและหน้าที่ในตัวของมันเอง ทั้งยังเป็นรากฐานแห่งความมีตัวตนของหน่วยปกครองท้องถิ่นและรัฐด้วย แนวคิดสำคัญของ Gierk คือการนำเอาวิธีการของ Savigny ซึ่งเป็นผู้ก่อตั้งสำนักประวัติศาสตร์มาปรับใช้ในการวิจัยพัฒนาของสังคมเยอรมัน และได้นำเสนอผลงานวิจัยของเขาโดยปฏิเสธทฤษฎีนิติบุคคลสมมติ (Fiction Theory) และยืนยันทฤษฎีนิติบุคคลโดยสภาพ (Organic Theory หรือ Real Corporation Theory) ซึ่งภายหลังได้กลายเป็นรากฐานของกฎหมายลักษณะนิติบุคคลในประมวลกฎหมายแพ่งของเยอรมัน

จากการศึกษาของ Gierk เขาพบว่ากฎหมายโรมันได้แบ่งแยกคณะบุคคลออกเป็นสองกลุ่ม คือพวกที่เป็นหุ้นส่วน (Societas) คือคณะบุคคลที่ไม่มีสภาพบุคคลแยกต่างหากจากสมาชิก กับอีกกลุ่มหนึ่งคือคณะบุคคลประเภทสมาคมหรือชุมชน เช่น สถาบันทางศาสนาเรียกว่า “Universitas” ซึ่งตามกฎหมายโรมันแล้ว ยอมรับว่ามีสภาพบุคคลแต่ยังไม่มีผู้ใดอธิบายแยกแยะข้อความคิดรากฐานในเรื่องนี้ให้ชัดเจน จึงเป็นเหตุให้เข้าใจกันโดยอธิบายง่ายๆ ว่าบุคคลธรรมดาไม่มีสภาพบุคคลโดยสภาพและนิติบุคคลในแง่บุคคลสมมติ แต่เมื่อได้ทำการศึกษาหารากฐานของแนวคิดทางกฎหมายจากประวัติศาสตร์และพัฒนาการทางสังคมจริงๆ แล้ว Gierk เห็นว่าการปกครองสังคมในอดีต ยามใดที่รัฐ และกฎหมายไม่มีอำนาจเข้มแข็ง สังคมก็ยังคงดำเนินแบบเป็นไปเอง และเกิดชุมชน หรือสมาคมในลักษณะต่างๆ ขึ้นเป็นจำนวนมาก ซึ่งกฎหมายจารีตประเพณีของชนเผ่าเยอรมันดั้งเดิม ได้ยินยอมให้ชุมชน และคณะบุคคลที่เข้ากันเป็นหน่วยทางสังคมเหล่านี้มีสิทธิและหน้าที่ในฐานะที่เป็นบุคคลจริงๆ โดยสภาพ ไม่ใช่บุคคลสมมติ ดังนั้น ชุมชนและคณะบุคคลที่รวมตัวกันเป็นสมาคมเหล่านี้จึงมีสิทธิหน้าที่และความรับผิดชอบได้ตามหลักกฎหมายธรรมชาติ หรือโดยผลแห่งจารีตประเพณี โดยไม่ต้องคำนึงถึงว่าจะมีรัฐหนึ่งรัฐใด หรือกฎหมายบ้านเมืองใดรับรองสถานะเอาไว้หรือไม่ ด้วยเหตุนี้ Gierk จึงสรุปว่า สภาพบุคคลของชุมชน (Gemeinderschaften) หรือคณะบุคคล (Genossenschaft) ที่เข้ากัน โดยมีจุดมุ่งหมายหรือแบบแผนร่วมกันอย่างแน่นอแนยอมเกิดมีขึ้นได้ตามข้อเท็จจริง และเป็นสิ่งที่กฎหมายรับรองสภาพบุคคลตามที่เป็นอยู่จริง ไม่ใช่กฎหมายสมมติหรือกำหนดให้มีขึ้น

ในทางทฤษฎีนิติบุคคลสมมติของ Savigny นั้น Gierk ได้ตั้งข้อโต้แย้งและยืนยันความมีอยู่จริง และตัวตนของชุมชนพื้นบ้านชาวเยอรมัน เช่น ชุมชนชาวเขื่อน ชุมชนช่างฝีมือ และชุมชนชาวนา รวมทั้งรับรองถึงสภาพบุคคลของชุมชนเหล่านี้ โดย Gierk เห็นว่าแนวคิดเรื่องบุคคลสมมติที่ Savigny อ้างขึ้นจากการศึกษากฎหมายโรมัน เป็นเพียงการอ้างทฤษฎีแบบลอยๆ ซึ่งฝ่าฝืนต่อ

รากฐานของสำนักประวัติศาสตร์ของ Savigny เอง ทั้งยังขัดต่อความเป็นจริงทางประวัติศาสตร์ สังคมวิทยา มานุษยวิทยา ในเรื่องความมีอยู่จริงของชุมชนและกฎหมายจารีตประเพณีด้วย โดยเฉพาะความคิดเรื่องนิติบุคคลสมมติ (Fiction Theory) นี้มีขึ้นเพียงเพื่อตอบสนองความต้องการของรัฐสมัยใหม่ซึ่งต้องการคำอธิบายที่มีเหตุผลเชิงตรรกะและสอดคล้องกับแนวความคิดเรื่องประชาธิปไตย (Sovereignty) และอำนาจรัฐรวมศูนย์ที่พัฒนาขึ้นมาใหม่เท่านั้น

นอกจาก Gierke แล้วยังมีนักปราชญ์อีกท่านหนึ่งคือ Saleilles ที่ได้แย้งแนวคิดของ Savigny เกี่ยวกับทฤษฎีนิติบุคคลสมมติที่มาจากกฎหมายโรมัน โดยชี้ให้เห็นว่าที่ Savigny อ้างอิงหลักฐานจาก Digest และข้อคิดเห็นของนักกฎหมายโรมันเป็นเครื่องสนับสนุนนั้น อันที่จริงไม่ปรากฏหลักฐานชัดเจนในเรื่องนี้ของกฎหมายโรมันแต่อย่างใด แม้แต่คำว่า Persona Ficta ก็มีได้เป็นถ้อยคำที่นักกฎหมายโรมันใช้มาแต่เดิม จะมีก็แต่การอธิบายว่านิติบุคคลอาจมีสิทธิได้เหมือนเช่นบุคคลธรรมดาเท่านั้น ซึ่งทำให้มีการขยายความต่อไปอีกว่าเป็นบุคคลซึ่งกฎหมายสมมติให้มีขึ้น (Feigned persons) เท่านั้น นอกจากนี้ Saleilles ยังได้ชี้ให้เห็นด้วยว่าถ้ายอมรับว่านิติบุคคลเป็นบุคคลสมมติตาม Fiction Theory ก็ต้องยอมรับต่อไปด้วยว่า ปัญหาการรับรองสภาพบุคคลของนิติบุคคลก็มีได้เป็นปัญหากฎหมายเอกชน โดยแท้แต่เป็นปัญหาทางกฎหมายมหาชน นอกจากนี้ การรับว่านิติบุคคลเป็นบุคคลสมมติย่อมก่อให้เกิดข้อจำกัดในกฎหมายเอกชนหลายประการ เพราะหากสิทธิในการเข้ากันเป็นหมู่คณะ และการเริ่มต้นของสภาพบุคคลไม่ใช่สิทธิในทางกฎหมายเอกชน แต่เป็นสิทธิในทางกฎหมายมหาชนซึ่งจะมีขึ้นได้ก็แต่โดยการรับรองตามกฎหมาย ก็เท่ากับว่าสภาพบุคคลของนิติบุคคล และสิทธิของบุคคลในการเข้ากันเป็นหมู่คณะนั้นเป็นสิทธิที่สืบต่อมาจากรัฐ (Derivative) ไม่ใช่สิทธิดั้งเดิม ซึ่งมีอยู่แล้วตามธรรมชาติในบุคคลธรรมดาทุกคน ดังเช่น เสรีภาพในเรื่องต่างๆ<sup>39</sup> ซึ่งหากเป็นเช่นนั้นแล้ว การได้สภาพบุคคลของนิติบุคคลจึงขึ้นอยู่กับรัฐว่าจะอนุญาต หรือไม่อนุญาตให้มีได้ แทนที่จะเป็นอำนาจในการวินิจฉัยของศาล หรือแม้แต่การระงับสิ้นไปซึ่งสภาพบุคคลของนิติบุคคลก็มีได้ขึ้นอยู่กับข้อกฎหมายหรือข้อเท็จจริงเหมือนกับบุคคลธรรมดา แต่ขึ้นอยู่กับเจตจำนงของรัฐ เนื่องจาก ทฤษฎี Fiction Theory ที่ถือว่านิติบุคคลมิได้มีสภาพบุคคลขึ้นจากข้อเท็จจริงในสังคม แต่ได้สภาพบุคคลมาจากอำนาจรัฐ

ในสหรัฐอเมริกา แนวคิดของ Gierke เรื่องนิติบุคคลโดยสภาพได้กลายมาเป็นรากฐานของแนวคิดว่าด้วยความมีตัวตนของสหภาพแรงงานซึ่งแท้จริงแล้วเป็นคณะบุคคลที่รวมตัวกันทำกิจกรรมอย่างหนึ่งอย่างใดอย่างต่อเนื่องร่วมกัน ดังนั้น จึงมีสถานะเป็นนิติบุคคลได้โดยไม่ต้องอาศัยกฎหมายรองรับซึ่งเป็นผลมาจากคำพิพากษาในคดี Taff Vale Railway v. Amalgamated Society of Railway Servants ในปี ค.ศ. 1901 ศาลได้มีคำพิพากษาว่าสหภาพแรงงานที่แม้จะยัง

<sup>39</sup> สิทธิของบุคคลซึ่งรวมกันเป็นชุมชน (น. 30). เล่มเดิม.

ไม่ได้จดทะเบียนเป็นนิติบุคคลก็สามารถเข้าเป็นคู่ความในคดีได้ แนวคิดดังกล่าวยังได้รับความนิยมนิยามในฐานะที่เป็นแรงกระตุ้นให้ประชาชนตระหนักถึงความสำคัญของการรวมตัวกันทางสังคมเป็นกลุ่ม หรือชุมชน นอกจากนั้น ในเวลาต่อมาได้มีการนำเอาทฤษฎีนิติบุคคลมาอภิปรายกันอย่างกว้างขวาง จนค่อยๆ ปรากฏแนวโน้มให้เห็นได้ชัดว่า แนวคิดของบรรดานักกฎหมายชั้นในของสหรัฐอเมริกา ในช่วงต้นศตวรรษที่ 20 มีความเห็นพ้องกับ Gierke ในการสนองรับแนวคิดใหม่ที่ว่าด้วยการยอมรับความมีตัวตนของชุมชนที่เรียกร้องให้มองเห็นคุณค่า และความมีตัวตนของหน่วยย่อยทางสังคมอันได้แก่ชุมชนต่างๆ เช่น กลุ่มเกษตรกร กลุ่มสถาบันทางศาสนา กลุ่มพ่อค้า หรือกลุ่มอาชีพช่าง

#### 2.4.2 ทฤษฎีว่าด้วยความเป็นปึกแผ่นในสังคม

ในช่วงปลายศตวรรษที่ 19 ถึงช่วงต้นศตวรรษที่ 20 นักปราชญ์คนสำคัญที่เป็นผู้จุดประกายแนวความคิดเกี่ยวกับเรื่องชุมชนทางสังคมมีอยู่ด้วยกันหลายท่าน โดยบุคคลที่เป็นแรงกระตุ้นให้เกิดความสนใจในการศึกษากฎหมายเชิงสังคมวิทยาร่วมไปกับการศึกษาเชิงประวัติศาสตร์ได้แก่ Leon Duguit (1859 - 1928) นักนิติศาสตร์ชาวฝรั่งเศสซึ่งเป็นผู้วางรากฐานทฤษฎีที่ชี้ให้เห็นถึงความสำคัญของชุมชนจนเกิดการพัฒนาไปสู่การรับรองความมีตัวตนของชุมชนตามความเป็นจริงให้มีสภาพเสมือนเป็นบุคคลในเวลาต่อมา แม้จะยังไม่ยอมรับว่าชุมชนต้องมีความเป็นปัจเจกชนหรือเอกชนเป็นศูนย์กลาง เนื่องจาก Duguit เห็นว่า “คน” กับ “ชุมชน” นั้นแยกกันไม่ออก ความเป็นบุคคลนั้นเกิดขึ้นได้เพราะการอยู่ร่วมกันเป็นชุมชน เอกชนจึงมีขึ้นได้เพราะมีความเป็นปึกแผ่นทางสังคมเกิดขึ้นก่อน สังคมส่วนรวมจึงเป็นสิ่งที่ทรงคุณค่ายิ่ง ทั้งนี้ Leon Duguit ยังมีแนวคิดคัดค้านแนวคิดเสรีนิยมและแนวคิดของสำนักกฎหมายบ้านเมือง (Legal Positivism) ต่อต้านความคิดที่ถือว่าตัวบทกฎหมายอยู่เหนือกว่าสิ่งอื่นใด (Exegetical School) โดยเน้นให้เห็นว่า เนื้อแท้ของกฎหมายนั้นไม่ใช่เอกชนแต่ละคน ไม่ใช่เจตจำนง ไม่ใช่คำสั่งของผู้มีอำนาจ ไม่ใช่ตัวบทกฎหมาย แต่คือการยอมรับของสังคมตามข้อเท็จจริง ซึ่งตัวเขาเองเรียกว่า<sup>40</sup> “ความเป็นปึกแผ่นในสังคม หรือความเป็นน้ำหนึ่งใจเดียวกันในสังคม (Social Solidarity)” ซึ่งสิ่งนี้เองที่อาจเรียกได้ว่า “ความเป็นชุมชน”

ตามแนวคิดในเรื่องความเป็นปึกแผ่นในสังคมนี้ กฎหมายจึงมิได้เป็นแค่เรื่องสิทธิของเอกชน แต่เป็นเรื่องของหน้าที่ต่อส่วนรวมหรือชุมชน เป็นความผูกพันที่จะปฏิบัติภารกิจของตนที่มี

<sup>40</sup> สิทธิของบุคคลซึ่งรวมกันเป็นชุมชน (น. 20). เล่มเดิม.

ต่อส่วนรวมให้ดีที่สุด และที่สำคัญจะต้องไม่กระทำการใดที่ขัดหรือแย้งต่อความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันของสังคมเพราะมนุษย์ไม่ได้อยู่เพื่อตนเอง หรือเพื่อประโยชน์ส่วนตัวได้โดยลำพัง

แต่แนวคิดของ Duguit เองก็ยังไม่พัฒนาไปถึงขั้นรับรองความมีตัวตนทางกฎหมายของชุมชนแยกต่างหากจากบุคคลธรรมดาซึ่งเป็นสมาชิกของชุมชนนั้น เนื่องจาก Duguit ยังมีมุมมองที่ว่า ชุมชน สังคม และรัฐ เป็นผลรวมมาจากกลุ่มประชาชนหลายๆ คน หรือคณะบุคคล ซึ่งมีได้เป็นบุคคล หรือนิติบุคคลที่แยกต่างหากจากเอกชนที่เป็นสมาชิก นั่นอาจเป็นเพราะว่า Duguit มองบุคคลธรรมดาในฐานะที่เป็นหน่วยทางสังคมตามข้อเท็จจริง ซึ่งมีแต่บุคคลธรรมดาเท่านั้นที่จะสามารถมีสภาพบุคคลตามความเป็นจริง ส่วนนิติบุคคลไม่มีทางที่จะมีสภาพบุคคลตามข้อเท็จจริงได้ นิติบุคคลจะมีสภาพบุคคลได้ก็แต่ในฐานะบุคคลสมมติตามกฎหมายอันเป็นผลมาจากการยอมรับของคนหมู่มากตามข้อเท็จจริงเท่านั้น

#### 2.4.3 รากฐานทางความคิดว่าด้วยตัวตนของชุมชน

คำว่า “ชุมชน (Community)” มีรากศัพท์จากภาษาละตินว่า “Communitas” ซึ่งหมายถึง การมาอยู่รวมกัน (Coming together) แนวทางการศึกษาชุมชนให้เข้าใจในโครงสร้างชุมชนที่ซับซ้อน จะต้อง ใช้แนวการศึกษาแบบ สหวิทยาการ (Multi - Disciplinary) ดังที่นักสังคมวิทยาให้ความหมายชุมชน ว่าหมายถึง กลุ่มคนซึ่งมีการแบ่งปันแลกเปลี่ยนความเข้าใจ คุณค่าและบรรทัดฐาน ขณะที่นักชีววิทยา มองชุมชนเป็นปฏิสัมพันธ์ระหว่างสายพันธุ์ (Interaction of Species) ส่วนนักมานุษยวิทยาให้คำจำกัด ความชุมชนว่าเป็นการแลกเปลี่ยนหรือร่วมวัฒนธรรมกัน แนวความคิดว่าด้วย “ชุมชน” หรือ “Community” เป็นเรื่องที่มีความหมายกว้างขวางและอธิบายให้ชัดเจนได้ค่อนข้างยาก ตามพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน<sup>41</sup> ได้ให้ความหมายว่า “ชุมชน - น. หมู่ชนกลุ่มคนที่อยู่รวมกันเป็นสังคมขนาดเล็กอาศัยอยู่ในบริเวณเดียวกันและมีผลประโยชน์ร่วมกัน” อย่างไรก็ตามการจะพิจารณาความหมายคำว่า “ชุมชน” เพื่อศึกษาวิเคราะห์ให้ทราบถึงฐานที่มา และสิทธิที่ชุมชนท้องถิ่น หรือชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิมตามรัฐธรรมนูญพืงมีนั้น จะอาศัยแต่เฉพาะความหมายโดยทั่วไป หรือความหมายตามพจนานุกรมคงไม่ได้ จึงต้องอาศัยความหมายในมุมมองของนักสังคมศาสตร์ หรือนักพัฒนาการสังคมมาประกอบด้วย ซึ่งแต่ละคนมีมุมมองเกี่ยวกับ “ชุมชน” ตามรัฐธรรมนูญดังต่อไปนี้

ชยันต์ วรรธนะภูติ<sup>42</sup> ให้ความหมายว่า “ชุมชน” หมายถึง การอยู่รวมกันของกลุ่มคนจำนวนหนึ่งในพื้นที่แห่งหนึ่งเพื่ออาศัยทรัพยากรธรรมชาติ ในบริเวณนั้นในการดำรงชีวิตโดยเหตุที่

<sup>41</sup> พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554 พิมพ์ครั้งที่ 2 พ.ศ. 2556.

<sup>42</sup> สิทธิชุมชนตามรัฐธรรมนูญ (พิมพ์ครั้งที่ 1) (น. 12), โดย ชยันต์ วรรธนะภูติ, หนังสือเผยแพร่ กลุ่มงานผลิตเอกสารสำนักประชาสัมพันธ์ สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร.

มีคนกลุ่มดังกล่าวอาศัยอยู่ร่วมกันใช้ทรัพยากรเพื่อการผลิต จึงมีการกำหนดรูปแบบความสัมพันธ์ซึ่งกันและกัน มีองค์กรหรือสถาบันของชุมชนและกฎเกณฑ์ต่าง ๆ

กาญจนา แก้วเทพ<sup>43</sup> ได้ให้คำนิยามของ “ชุมชน” ว่าหมายถึง กลุ่มคนที่อาศัยอยู่ในอาณาเขตบริเวณเดียวกัน มีความสัมพันธ์ใกล้ชิด มีฐานะและอาชีพที่คล้ายคลึงกัน มีลักษณะการใช้ ชีวิตร่วมกัน มีความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน ตั้งแต่ระดับครอบครัวไปสู่ระดับเครือญาติจนถึงระดับหมู่บ้านและใหญ่กว่าระดับหมู่บ้าน และผู้ที่อาศัยอยู่ในชุมชนมีความรู้สึกว่าเป็นคนชุมชนเดียวกัน นอกจากนี้ยังมีการดำรงรักษาคุณค่าและมรดกทางวัฒนธรรมและศาสนาที่ถ่ายทอดไปยังลูกหลานอีกด้วย

นายแพทย์ประเวศ วะสี<sup>44</sup> ให้ความหมายของ “ชุมชน” ว่าหมายถึง การที่คนจำนวนหนึ่งมีวัตถุประสงค์ร่วมกัน มีความเอื้ออาทรกัน มีความพยายามทำอะไรร่วมกัน มีการเรียนรู้ร่วมกันในการกระทำ รวมถึงการติดต่อสื่อสารกัน

ความหมายของชุมชนตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญในมุมมองของนักวิชาการตามที่ได้ยกตัวอย่างไว้ข้างต้นจะเห็นได้ว่า มุ่งเน้นที่ความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลที่อยู่ในชุมชนนั้น ตามรูปแบบที่สอดคล้องกับสภาพความเป็นอยู่ของแต่ละชุมชน แต่ปัจจุบัน ได้มีเครือข่ายความสัมพันธ์ทางสังคมในรูปแบบใหม่ ๆ ขึ้นมากมายที่สมาชิกอาจมิได้อาศัยอยู่ในอาณาบริเวณเดียวกัน แต่มีความผูกพันมีผลประโยชน์เดียวกัน มีชะตากรรมร่วมกัน สมาชิกแต่ละคนนิยามตนเองว่าเป็นหนึ่งในวงสัมพันธ์นั้นและสังคมที่รับรู้ว่าเขาเป็นส่วนหนึ่งของชุมชนนั้น เช่น ชุมชนผู้ได้รับผลกระทบผู้เดือดร้อนจากการพัฒนา ฯลฯ ดังนั้น “ชุมชน” จึงกินความถึงวงสัมพันธ์ในลักษณะที่กว้างขวางออกไปด้วย ซึ่งทำให้เราพอล่าวในเบื้องต้นได้ว่า “ชุมชน” เป็นข้อความคิดสำคัญในวิชาสังคมวิทยาอันหมายถึง หมู่คณะซึ่งดำเนินวิถีชีวิตร่วมกันในท้องที่ใดท้องที่หนึ่งโดยมิได้มีเป้าหมายหรือตกลงดำเนินกิจการอย่างหนึ่งอย่างใดร่วมกันแต่มีสายสัมพันธ์ระหว่างกันตามธรรมชาติ<sup>45</sup> นักสังคมวิทยาเองได้ชี้ให้เห็นว่าหน่วยทางสังคมที่เรียกว่า “ชุมชน” เป็นคณะบุคคลหรือหมู่คณะอย่างหนึ่งที่มีลักษณะคล้ายกันกับคณะบุคคล หรือหมู่คณะอย่างอื่นที่เป็นหน่วยทางสังคม เช่น สมาคม หรือชมรม เป็นต้น ดังนั้น ชุมชนและสมาคม หรือชมรม จึงมีความเหมือนกันตรงที่มีลักษณะเป็นคณะของบุคคลที่มีจุดประสงค์หรือความมุ่งหมายอย่างใดอย่างหนึ่งที่เหมือนกันในการรวมกลุ่ม แต่มีข้อแตกต่างที่สำคัญคือ สมาคม หรือชมรม เป็นหมู่คณะที่ตกลงกันเพื่อดำเนินกิจการอย่างใดอย่างหนึ่ง

<sup>43</sup> สิทธิชุมชนตามรัฐธรรมนูญ (พิมพ์ครั้งที่ 1) (น. 12). เล่มเดิม.

<sup>44</sup> สิทธิชุมชนตามรัฐธรรมนูญ (น. 12), โดยประเวศ วะสี, หนังสือเผยแพร่ กลุ่มงานผลิตเอกสาร. สำนักประชาสัมพันธ์ สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์รัฐสภา.

<sup>45</sup> สิทธิของบุคคลซึ่งรวมกันเป็นชุมชน (น. 9). เล่มเดิม.

ร่วมกัน ส่วนชุมชนเป็นคณะบุคคล หรือหมู่คณะซึ่งรวมกันเพื่อความมุ่งหมายอย่างหนึ่ง โดยไม่มีเหตุผลที่แท้จริงแต่เป็นการรวมกันในลักษณะที่เป็นไปเอง

รูปแบบความสัมพันธ์ของชุมชนที่เกิดขึ้น<sup>46</sup>นี้ สอดคล้องกับแนวคิดของนักปรัชญาที่ได้กล่าวถึงในตอนต้น เช่น Gierke และ Saleilles ที่เห็นว่าสภาพของชุมชน ไม่ได้เกิดจากการที่เอกชนหรือปัจเจกชนหลายคนมาตกลงรวมตัวกันเพื่อดำเนินวิถีชีวิตร่วมกัน (Social Contract) แต่ขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงว่าชุมชนนั้นๆ มีองค์ประกอบทั้งทางกายภาพ ทางแบบแผนความสัมพันธ์ระหว่างกัน และทางจิตสำนึกร่วมกันครบถ้วนพอที่จะมีสภาพบุคคลแล้วหรือไม่ โดยทั่วไปสภาพบุคคลของชุมชนหรือคณะบุคคลเกิดจากการที่เอกชนแสดงเจตนาแต่ฝ่ายเดียว (Unilateral Act) เข้ากันเป็นสมาชิกของชุมชนนั้น ขอมปฏิบัติตามข้อบังคับ หรือเข้าร่วมวิถีชีวิตตามแบบแผนเดียวกันเป็นสำคัญ ทั้งนี้ โดยการแสดงเจตนาฝ่ายเดียวเข้ากันเป็นส่วนหนึ่งของนิติบุคคลนั้นย่อมมีผลหลอมรวมกันเกิดเป็นสภาพบุคคลขึ้นมาใหม่แตกต่างหากจากสมาชิกแต่ละคนในฐานะส่วนตัว การเข้ากันเป็นหมู่คณะเช่นนี้ เป็นการกระทำทางข้อเท็จจริงที่มีผลทางกฎหมายโดยสภาพ เช่นการมีสภาพบุคคลของทารกที่คลอดแล้วอยู่รอดเป็นทารก หรือการหวงกันซึ่งทรัพย์อย่างหนึ่งอย่างใดยอมก่อให้เกิดสิทธิในการครอบครองนั่นเอง

#### 2.4.4 ความหมายของชุมชน

ปัญหาสำคัญประการหนึ่งที่จำเป็นต้องพิจารณาเกี่ยวกับสิทธิชุมชนนั้นก็คือ คำว่า “ชุมชน” ตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ มีลักษณะเป็นเช่นไร กล่าวคือ เป็นสิ่งที่มีอยู่แล้วตามธรรมชาติคือเป็นสังคมในอีกรูปแบบหนึ่ง หรือเป็นสิ่งที่กฎหมายรับรองให้มีขึ้นเพื่อประโยชน์แก่ชุมชนเอง นอกจากนั้นยังต้องพิจารณาลักษณะทางสังคมของชุมชนนั้นๆ ร่วมด้วยว่า ความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลในชุมชนมีความเป็นไปในรูปแบบใด เช่น บุคคลเหล่านั้นต้องมีลักษณะทางชาติพันธุ์ร่วมกันหรือไม่ มีวิถีชีวิตที่เอื้ออำนวยประโยชน์ต่อกันหรือไม่ ต้องมีการครอบครองพื้นที่ที่แน่นอนหรือไม่ ระยะเวลาในการรวมตัวกันทางสังคมมีช่วงเวลามากน้อยเพียงใด รวมทั้งความแตกต่างจากหมู่คณะทางสังคมอื่นๆ มีความชัดเจนเพียงใด หากตัวตนของ “ชุมชน” ตามรัฐธรรมนูญมีอยู่จริง โดยการรวมกลุ่มกันของบุคคลในพื้นที่นั้นๆ ก็เป็นที่น่าพิจารณาต่อไปว่าชุมชนดังกล่าวนั้นสามารถมีสิทธิหรืออำนาจบางประการในอันที่จะใช้ยันกับรัฐ หรือเอกชนโดยทั่วไปได้หรือไม่อย่างไร และ “สิทธิชุมชน” จะมีบทนิยามในทางกฎหมายอย่างไร

แม้ในทางทฤษฎีคำว่า “ชุมชน” ถือเป็นคณะบุคคล หรือหมู่คณะซึ่งดำเนินวิถีชีวิตร่วมกันโดยมิได้กำหนดเป้าหมายอย่างหนึ่งอย่างใดไว้โดยเฉพาะ และมีสายสัมพันธ์ระหว่างกันตามธรรมชาติ แต่แท้จริงแล้วคำว่า “ชุมชน” ได้ตั้งอยู่บนฐานทางความคิดทำนองเดียวกันกับ “ชนชาติ”

<sup>46</sup> สิทธิของบุคคลซึ่งรวมกันเป็นชุมชน (น. 28). เล่มเดิม.

(Nationalities) “ประชาชน” (People) “ชนพื้นเมือง” (Indigenous Populations) และ “ชนกลุ่มน้อย” (Minorities) อย่างไรก็ดี เป็นที่ยอมรับกันว่าความหมาย และความเป็นมาของสิทธิชุมชนนั้น ยังไม่เป็นที่เข้าใจกันโดยกว้างขวางนัก แต่ในวงการนิติศาสตร์ สังคมศาสตร์ของชาติตะวันตกนั้น สิทธิชุมชนเป็นที่รู้จักและได้รับการยอมรับในฐานะที่เป็นสิทธิรวมหมู่ หรือสิทธิร่วมกันของชุมชน (Collective Rights) มาเป็นเวลานานแล้ว

ศาสตราจารย์ เสน่ห์ จามริก<sup>47</sup> ให้ความเห็นว่า สิทธิชุมชนคือ สิทธิของกลุ่มชนหรือของชุมชน หรือเป็นสิทธิร่วมเหนือทรัพยากรของชุมชนอันกินความรวมถึงตั้งแต่ ดิน น้ำ ป่า ทรัพยากร พันธุ์กรรม ภูมิปัญญาท้องถิ่น ฯลฯ เป็นสิทธิตามธรรมชาติ สิทธิประเพณีของชุมชนในการดูแลและใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติร่วมกัน ทั้งนี้เพราะชุมชนท้องถิ่นจะอยู่รอดและพัฒนาตนเองอย่างยั่งยืนและมีศักดิ์ศรีได้จำเป็นต้องมีสิทธิขั้นพื้นฐานในการใช้และดูแลทรัพยากรอย่างยั่งยืน และสิทธิชุมชนดังกล่าวยังรวมถึงการปฏิเสธการรุกรานจากภายนอกที่ส่งผลกระทบต่อฐานทรัพยากรของชุมชน

ศาสตราจารย์ ดร.ยศ สันตสมบัติ<sup>48</sup> ให้ความหมาย สิทธิชุมชน ว่าหมายถึง สิทธิร่วมเหนือทรัพย์สินของชุมชน สมาชิกของชุมชนซึ่งทำหน้าที่ดูแลทรัพยากรเท่านั้น จึงจะมีสิทธิใช้และได้ประโยชน์จากทรัพยากรนั้น โดยนัยนี้ สิทธิชุมชนให้ความสำคัญกับการใช้ประโยชน์จากทรัพยากร เพื่อส่วนรวมมากกว่าประโยชน์ส่วนตัว ดังนั้น แม้ว่าโดยทฤษฎีแล้วสมาชิกของชุมชนทั้งหมดจะมีสิทธิตามธรรมชาติในการใช้ทรัพยากรรวม แต่ชุมชนก็สามารถใช้อำนาจออกกฎเกณฑ์ โดยคำนึงถึงความเป็นธรรมในสังคมเป็นสำคัญ

ศาสตราจารย์ ดร.อนันท์ กาญจนพันธ์<sup>49</sup> ให้ความเห็นว่า สิทธิชุมชน ไม่ใช่สิทธิในการเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ในพื้นที่นั้น เพราะพื้นที่เหล่านั้นก็ยังเป็นของรัฐอยู่ แต่อำนาจหน้าที่ในการดูแลรักษาเป็นของชุมชน ชุมชนสามารถที่จะออกกฎเกณฑ์และระเบียบต่าง ๆ เพื่อพิทักษ์ สิทธิและพื้นที่เหล่านั้นให้คงอยู่ สิทธิชุมชนจะเกี่ยวข้องกับสิทธิอื่นๆ ตามคติที่มีอยู่ในเชิงคุณค่า เชิงศีลธรรมของสังคม สิทธิชุมชนจะซ่อนอยู่ในเรื่องสิทธิต่างๆ เช่น “สิทธิหน้าหมู” คือ สิทธิของคนที่จะได้ใช้ประโยชน์ร่วมกันในป่า ในที่ดิน

<sup>47</sup> ผู้ทรงสิทธิชุมชน (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต) (น. 28), โดย ชรรค์เพชร ชายทวีป, 2552, กรุงเทพมหานคร : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

<sup>48</sup> สิทธิชุมชนตามรัฐธรรมนูญ (พิมพ์ครั้งที่ 1) (น. 16), โดย ยศ สันตสมบัติ. หนังสือเผยแพร่ กลุ่มงานผลิตเอกสาร สำนักประชาสัมพันธ์ สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์รัฐสภา.

<sup>49</sup> แหล่งเดิม.

ศาสตราจารย์ ดร.สุนีย์ มัลลิกะมาลัย<sup>50</sup> เห็นว่า ชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิม หมายถึง กลุ่มบุคคลซึ่งมาอาศัยอยู่ในแหล่งเดียวกัน มีประเพณี วัฒนธรรม และวิถีการดำรงชีวิตเดียวกันเป็นระยะเวลายาวนาน ชุมชนที่มีลักษณะเช่นนี้จะอาศัยอยู่ในชนบทที่แวดล้อมด้วยทรัพยากรธรรมชาติ และมีการดำรงชีวิตที่ต้องพึ่งพาทรัพยากรธรรมชาตินั้น จึงมีการเรียนรู้ในสิ่งที่อยู่รอบตัวอย่างกลมกลืน

ศาสตราจารย์ ดร.บวรศักดิ์ อุวรรณโณ<sup>51</sup> สิทธิชุมชน หมายถึง “สิทธิที่ไม่ใช่ของส่วนบุคคลของประชาชนแต่ละคน และไม่ใช่อำนาจของรัฐแต่เป็นสิทธิของชุมชนที่จะจัดการ ใช้ประโยชน์ และมีหน้าที่บำรุงรักษาเหนือทรัพยากร โดยให้ความสำคัญกับการใช้ประโยชน์จากทรัพยากรเพื่อส่วนรวมมากกว่าประโยชน์ส่วนตน”

รองศาสตราจารย์ ปาริชาติ วลัยเสถียร<sup>52</sup> เห็นว่า ชุมชนคือ การที่กลุ่มคนได้สร้างสรรค์บางสิ่งบางอย่างขึ้น ด้วยตนเอง เช่น ความสัมพันธ์ระหว่างกัน คุณลักษณะหรือ อัตลักษณ์ และการทำงานร่วมกัน ความเป็นชุมชนไม่ใช่สิ่งคงที่อยู่ตลอดเวลา อาจเกิดขึ้นและสลายไปได้ บางขณะก็มีความเข้มแข็ง เพื่อเผชิญสถานการณ์ที่ยุ่งยาก บางขณะอาจจะไม่มีพลัง และสูญสลายไปหรืออาจฟื้นตัวขึ้นมาใหม่อีกก็ได้ มีการปรับเปลี่ยนไป ตามเงื่อนไขและสภาวะแวดล้อมต่าง ๆ สิทธิชุมชนไม่ได้หมายถึงการยึดถือเอากรรมสิทธิ์โดยเด็ดขาด แต่หมายถึงการจำกัดสิทธิในการใช้ทรัพยากร

คำว่า “สิทธิชุมชน” มีความหมายตรงกับภาษาอังกฤษได้หลายคำ<sup>53</sup> เช่น คำว่า “Community Right” ซึ่งมีความหมายค่อนข้างกว้างแต่ในระดับสากลคำที่ใช้มากเมื่อต้องการกล่าวถึงชุมชน คือ “Indigenous Peoples” การมี “s” ต่อท้ายคำว่า “People” มีนัยสำคัญที่สื่อความหมายถึง กลุ่มชนเผ่า หรือชุมชนในฐานะที่เป็นกลุ่ม ซึ่งมีใช้สมาชิกของชุมชนในระดับปัจเจกชน ดังนั้น กรณีที่กล่าวถึงสิทธิชุมชน วลีที่ใช้มากที่สุดคือ “Indigenous Rights” และ “Native Title”

#### 2.4.5 แนวคิดเกี่ยวกับผู้ทรงสิทธิในทรัพยากร

นอกจากแนวคิดเกี่ยวกับตัวตนของชุมชนดังได้กล่าวมาแล้ว การรวมกลุ่มกันของบุคคลที่ดำเนินวิถีชีวิตร่วมกัน และมีสายสัมพันธ์ระหว่างกันตามธรรมชาติกลายเป็นชุมชนหนึ่งนั้น ใครจะเป็นผู้ใช้สิทธิในรูปแบบของชุมชน การคุ้มครองสิทธิชุมชนจะมีผลแก่สมาชิกในชุมชนนั้นๆ

<sup>50</sup> เอกสารประกอบการบรรยายวิชาการกฎหมายสิ่งแวดล้อม (น. 18), โดย สุนีย์ มัลลิกะมาลัย, ม.ป.ป. ม.ป.พ. : ม.ป.ท.

<sup>51</sup> โครงการการมีส่วนร่วมของประชาชนในการจัดทำร่างแผนทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม, โดย กอบกุล ราชะนาคร, เอกสารทางวิชาการ หมายเลข 25. ของหลักกฎหมายสิ่งแวดล้อมและสิทธิชุมชน.

<sup>52</sup> สิทธิชุมชนตามรัฐธรรมนูญ (พิมพ์ครั้งที่ 1) (น. 16), โดย ปาริชาติ วลัยเสถียร, หนังสือเผยแพร่ กลุ่มงานผลิตเอกสาร สำนักประชาสัมพันธ์ สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร.

<sup>53</sup> พัฒนาการของหลักกฎหมายสิ่งแวดล้อมและสิทธิชุมชน (น. 32), โดย กอบกุล ราชะนาคร, เอกสารทางวิชาการ สถาบันวิจัยสังคม มหาวิทยาลัยเชียงใหม่

อย่างไร สิทธิชุมชนตามที่รัฐธรรมนูญให้การรับรองจะเป็นสิทธิของบุคคลเอกชน (Individual Right) หรือจะเป็นสิทธิในลักษณะการรวมหมู่ของชุมชน (Collective Right) และหากถือเป็นสิทธิรวมหมู่แล้ว สิทธิดังกล่าวจะมีผลตกไปถึงองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นด้วยหรือไม่เพียงใด ซึ่งจะได้กล่าวถึงในภายหลัง แต่ในประเด็นการพิจารณาว่า สิทธิชุมชนเป็นสิทธิของบุคคลเอกชน (Individual Right) หรือเป็นสิทธิในลักษณะการรวมหมู่ของชุมชน (Collective Right) นั้น โดยที่ชุมชนเป็นหมู่คณะอย่างหนึ่ง สิทธิในการรวมกันเป็นชุมชนจึงเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานที่ได้รับการรับรองและคุ้มครองตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญซึ่งมุ่งคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคลในการรวมตัวกันเป็นหมู่คณะด้วย บุคคลที่ได้รับการคุ้มครองดังกล่าวโดยตรงจึงได้แก่บุคคลธรรมดาที่ประสงค์จะรวมกันเป็นชุมชน หรือหมู่คณะซึ่งรวมถึงการเลือกเวลา สถานที่ วัตถุประสงค์หรือรูปแบบของหมู่คณะของตนได้อย่างมีอิสระภาพด้วย

ในอดีตบุคคลที่รวมกันเป็นชุมชนมีสิทธิเหนือที่ดินหรือทรัพยากรอื่นๆ ที่มีอยู่ในชุมชนในฐานะที่เป็นทรัพย์สินซึ่งมีไว้สำหรับพลเมืองใช้ประโยชน์ร่วมกัน โดยมีชุมชนเป็นผู้จัดระเบียบในการครอบครองทรัพย์สินและการใช้ประโยชน์ สิทธิดังกล่าวนี้จัดเป็น “สิทธิตามสภาพความเป็นจริง” แต่ไม่ใช่ “สิทธิตามกฎหมาย” เพราะตามหลักกฎหมายและจารีตประเพณีโบราณของไทย ทรัพย์สินเหล่านี้ไม่ใช่กรรมสิทธิ์ของราษฎรคนใดคนหนึ่ง แต่เป็นสิทธิของหัวหน้าชุมชน เจ้าแห่งนคร หรือกษัตริย์ ซึ่งโดยปกติแล้วการใช้สอยก็จะนำไปเพื่อประโยชน์ของแผ่นดิน หรือแก่ส่วนรวม แม้ต่อมากฎหมายหรือธรรมเนียมโบราณนี้จะมีการเปลี่ยนแปลงในช่วงสมัยรัชกาลที่ 4 และรัชกาลที่ 5<sup>54</sup> ให้มีลักษณะเป็นสิทธิเด็ดขาดแก่รัฐในฐานะผู้ปกครองส่วนกลางก็ตาม แต่ในความเป็นจริงอำนาจของกษัตริย์อันเป็นอำนาจสาธารณะก็ไม่อาจแทรกซึมไปได้ทั่วถึงในทุกแห่งที่มีการใช้ทรัพยากรของรัฐ ดังนั้น ราษฎรในท้องถิ่นที่เป็นสมาชิกของชุมชนจึงยังคงครอบครอง ใช้สอยทรัพยากรต่างๆ ตามความเป็นจริงและเกิดเป็นสิทธิตามสภาพความเป็นจริง

แนวคิดเกี่ยวกับความเป็นเจ้าของในทรัพย์สินนั้นมีความสำคัญต่อความหวงแหนป้องกันและการใช้ประโยชน์เพราะในหลักทางเศรษฐศาสตร์ระบบกรรมสิทธิ์ที่ชัดเจนที่จะทำให้การจัดสรรทรัพยากรเกิดประสิทธิภาพ โดยจะมีลักษณะที่สำคัญ 3 ประการ<sup>55</sup> คือ

(1) มีความจำเพาะสำหรับผู้เป็นเจ้าของ (Exclusivity) หมายถึง ผลประโยชน์และต้นทุนทั้งหมดที่เกิดขึ้นจากการเป็นเจ้าของและการใช้ทรัพยากรจะต้องตกเป็นของผู้เป็นเจ้าของเท่านั้นไม่ว่าจะโดยทางตรง หรือโดยทางอ้อม

<sup>54</sup> สิทธิของบุคคลซึ่งรวมกันเป็นชุมชน (น. 118). เล่มเดิม.

<sup>55</sup> กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินกับปัญหาสิ่งแวดล้อม (น. 5), โดย บัณฑิต โชนกุล ชูชุกิ, เอกสารประกอบคำบรรยายวิชาเศรษฐศาสตร์ทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมเบื้องต้น (ศ. 372).

(2) สามารถที่จะโอนได้ (Transferability) กรรมสิทธิ์ทั้งหมดจะต้องสามารถโอนจากผู้เป็นเจ้าของคนหนึ่งไปสู่อีกคนหนึ่งได้ ในการแลกเปลี่ยนโดยสมัครใจ (Voluntary Exchange)

(3) สามารถที่จะบังคับได้ (Enforceability) กรรมสิทธิ์จะต้องปลอดภัยจากการถูกบุคคลอื่นฉกฉวยหรือบุกรุกโดยเจ้าของไม่สมัครใจ ซึ่งเป็นไปตามหลักกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ คือ เจ้าของทรัพย์สินมีสิทธิที่จะใช้สอย จำหน่าย ได้ซึ่งดอกผล คิดตามและเอาคืน รวมทั้งมีสิทธิขัดขวางมิให้ผู้อื่นสอดเข้าเกี่ยวข้องกับทรัพย์สินนั้นโดยมิชอบด้วยกฎหมาย

หากขาดข้อใดข้อหนึ่งไปก็อาจนำไปสู่ความไร้ประสิทธิภาพในการจัดสรรทรัพยากรได้ เช่น ในกรณีของพื้นที่ป่า ไม่ว่าจะเป็นป่าสงวนแห่งชาติหรืออุทยานแห่งชาติ ซึ่งมีพื้นที่กว้างขวางทำให้การควบคุมดูแลทำได้ยาก ไม่สามารถส่งกำลังเจ้าหน้าที่เพื่อควบคุมดูแลใกล้ชิดได้ตลอดเวลา ทำให้พื้นที่ป่ามีสภาพไม่ต่างจากทรัพย์สินที่ไม่มีเจ้าของ กล่าวคือ ขาดความจำเพาะสำหรับผู้เป็นเจ้าของ (Exclusivity) จึงเกิดการบุกรุกครอบครองอยู่เสมอ หรือ ในกรณีที่เจ้าของทรัพย์สินได้กระทำการเพื่อป้องกันทรัพย์สินของตนแล้ว แต่ยังคงโจรกรรม หรือถ่วงละเมิดอยู่เนื่องๆ โดยไม่สามารถควบคุมหรือจับขโมยได้ คือขาดสภาพที่สามารถจะบังคับได้ (Enforceability) ผลของปัญหาดังกล่าวทำให้ในที่สุด เจ้าของก็ขาดแรงจูงใจในการดูแลรักษาทรัพยากรหรือทรัพย์สินนั้น

สำหรับประเทศไทย ปัญหาประการหนึ่งของการรับรองสิทธิชุมชน คือความไม่แน่ชัดว่าผู้ใดเป็นผู้ทรงสิทธิในทรัพยากร ทำให้ขาดคุณลักษณะของความจำเพาะสำหรับผู้เป็นเจ้าของ (Exclusivity) สาเหตุหนึ่งเนื่องจากเราได้นำเอาแนวคิดเรื่องระบบกรรมสิทธิ์จากตะวันตกมาใช้โดยมิได้ปรับให้เข้ากับบริบทของสังคมไทย ความไม่มั่นคงของสิทธิในทรัพย์สินดังกล่าวจึงเป็นปัญหาของชุมชนในท้องถิ่น เพราะพื้นที่ทำกินของราษฎรหลายแห่งเป็นที่ดินของรัฐ แม้ว่าจะได้ครอบครองอย่างถูกต้องตามกฎหมาย แต่เมื่อราษฎรขาดความรู้สึกในการเป็นเจ้าของที่แท้จริง หรือไม่มีความมั่นใจว่ารัฐจะขอพื้นที่นั้นกลับคืนไปเมื่อใด ก็จะขาดแรงจูงใจในการดูแลรักษา ตัวอย่างเช่น สิทธิในการใช้ประโยชน์หรืออยู่อาศัยในที่ป่าสงวนแห่งชาติที่รัฐจัดสรรให้แก่ราษฎร ทำให้ชุมชนมีความต้องการที่จะเข้ามามีส่วนร่วมในการดูแล บริหารจัดการทรัพยากรจึงต้องสร้างสำนึกในการเป็นเจ้าของ และความสามารถในการบังคับตามสิทธิของตนดังกล่าวมา โดยระบบสถาบันที่ใช้เพื่อให้เกิดการใช้ทรัพยากรอย่างยั่งยืนแบ่งทรัพย์สินออกเป็น 3 ประเภท<sup>56</sup> คือ

- (1) ทรัพย์สินส่วนบุคคล (Private Property)
- (2) ทรัพย์สินที่เป็นของรัฐ (State Property)
- (3) ทรัพย์สินที่เป็นสมบัติส่วนรวม (Communal Property)

<sup>56</sup> พัฒนาการของหลักกฎหมายสิ่งแวดล้อมและสิทธิชุมชน (น. 35). เล่มเดิม.

ในสังคมชุมชน มีระบบสิทธิที่หลากหลายซับซ้อนในลักษณะของ “สิทธิตามจารีตประเพณี” (Customary Right) ซึ่งมักจะแตกต่าง ขัดแย้งกับสิทธิตามกฎหมาย (Legal Right) ทั้งนี้เพราะสิทธิตามจารีตประเพณี มักจะตั้งอยู่บนหลักของ “สิทธิทางศีลธรรม” อย่างเคร่งครัด ขณะที่สิทธิตามกฎหมายนั้นจะผสมผสานหลักการทางการเมืองและเศรษฐกิจด้วย หากชุมชนมีสิทธิในการถือครอง และใช้ประโยชน์จากทรัพยากรป่าไม้แล้ว ทรัพยากรป่าไม้จะถือเป็นทรัพย์สินที่เกี่ยวข้องกับชุมชนในฐานะใดซึ่งจะได้กล่าวโดยการวิเคราะห์ในบทที่ 4 ต่อไป

ประเด็นที่น่าพิจารณาอีกประการหนึ่งเกี่ยวกับอำนาจขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นกับสิทธิในทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม เนื่องจากรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 290 ได้บัญญัติรองรับอำนาจหน้าที่ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นไว้ในรูปแบบที่คล้ายคลึงกันกับการรับรองสิทธิชุมชนท้องถิ่น หรือชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิม โดยให้้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นต้องส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมตามที่กฎหมายบัญญัติ ดังนี้

(1) การจัดการ การบำรุงรักษา และการใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมที่อยู่ในเขตพื้นที่

(2) การเข้าไปมีส่วนร่วมในการบำรุงรักษาทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมที่อยู่นอกเขตพื้นที่ เฉพาะในกรณีที่มีผลกระทบต่อดำรงชีวิตของประชาชนในพื้นที่ของตน

(3) การมีส่วนร่วมในการพิจารณาเพื่อริเริ่ม โครงการหรือกิจกรรมใดนอกเขตพื้นที่ซึ่งอาจมีผลกระทบต่อคุณภาพสิ่งแวดล้อมหรือสุขภาพอนามัยของประชาชนในพื้นที่

เมื่อพิจารณาถึงบทบาทหน้าที่ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นดังที่กล่าวมาในข้างต้น จึงอาจมีปัญหว่าองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นจะถือเป็นผู้ทรงสิทธิชุมชนตามรัฐธรรมนูญด้วยหรือไม่ ทั้งนี้ เมื่อพิจารณาหลักการสำคัญของการปกครองท้องถิ่นตามรัฐธรรมนูญแล้วจะเห็นว่ารัฐธรรมนูญวางหลักในการประกันความเป็นอิสระในการปกครองตนเองของประชาชนไว้ในหมวด 14 ว่าด้วยการปกครองส่วนท้องถิ่นซึ่งมุ่งต่อหลักการจัดองค์กรของรัฐ (State Organizations) ยิ่งกว่าการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของบุคคลอันเป็นสิทธิของประชาชนชาวไทยซึ่งรัฐธรรมนูญมุ่งคุ้มครองในฐานะที่เป็นบุคคลเอกชน จึงไม่อาจถือว่าองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเป็นผู้ทรงสิทธิขั้นพื้นฐานในเรื่องดังกล่าวได้เพราะองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นไม่ใช่ประชาชน แต่เป็นหน่วยทางการปกครองที่กฎหมายกำหนดให้มีขึ้น จึงมีอำนาจหน้าที่ตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเท่านั้น มิใช่หมู่คณะหรือชุมชนที่เกิดจากการรวมตัวกันทางสังคมแล้วเกิดเป็นองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นขึ้น

## 2.5 แนวคิดสิทธิชุมชนตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

รัฐธรรมนูญของประเทศไทยฉบับแรกที่มีการบัญญัติถึงสิทธิชุมชนคือ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 แต่ในรัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าวมาจนถึงรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 ก็มิได้นิยามหรือให้ความหมายของคำว่า “ชุมชนท้องถิ่น” หรือ “ชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิม” ไว้ และไม่มีกฎหมายของประเทศไทยฉบับใดที่เคยกล่าวถึงสิทธิในลักษณะนี้มาก่อน อย่างไรก็ตามได้มีการอ้างว่าหลักการแห่งสิทธิดังกล่าว มิใช่เรื่องที่เกิดขึ้นใหม่แต่เป็นเรื่องที่มีมาตั้งแต่ประวัติศาสตร์และวัฒนธรรมของไทยโดยถูกกลบเกลื่อนไปในยุคเร่งรัดการพัฒนาแบบตะวันตก ภายใต้ระบบอำนาจนิยมนับแต่ช่วงต้นยุค พ.ศ. 2500 เป็นต้นมาโดยฝ่ายที่อ้างเชื่อมั่นว่าสิทธิชุมชนเป็นเรื่องทางตะวันออกแท้ ๆ ที่เพิ่งถูกทำลายไปจากประวัติศาสตร์ แต่ก่อนหน้านั้นมีการดำรงอยู่ของสิทธิชุมชนในเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ มิใช่แค่ประเทศไทยเท่านั้น

### 2.5.1 อิทธิพลจากแนวคิดเรื่องสิทธิในสิ่งแวดล้อม

ตามรัฐธรรมนูญของไทยนับแต่ฉบับปีพุทธศักราช 2540 เป็นต้นมา แนวคิดเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิ เสรีภาพในทรัพยากรธรรมชาติ เริ่มปรากฏให้เห็นชัดเจนยิ่งขึ้นตามสภาพของสิ่งแวดล้อมที่เปลี่ยนแปลงไปในปัจจุบัน จนรัฐหันมาให้ความสำคัญแก่ประชาชนในการมีส่วนร่วมดูแลรักษาทรัพยากรธรรมชาติ โดยแนวทางประการหนึ่งคือ การให้อำนาจ หรือสิทธิบางอย่างเพื่อให้ประชาชนใช้ในการเรียกร้อง หรือต่อสู้กับเอกชนโดยทั่วไปหรือตัวรัฐเอง ซึ่งอาจเรียกได้ว่า “สิทธิในสิ่งแวดล้อม”

สิทธิในสิ่งแวดล้อมของประเทศไทยยังไม่เป็นที่รู้จักกันอย่างแพร่หลายนัก ในบรรดากฎหมายปัจจุบันที่มีบทบัญญัติเกี่ยวข้องกับทรัพยากรธรรมชาติ ความหลากหลายทางชีวภาพ และสิ่งแวดล้อม รวมทั้งสิ้น 35 ฉบับแต่มีกฎหมายเพียง 4 ฉบับ<sup>57</sup> ที่ให้บุคคลมีส่วนร่วมทั้งกับรัฐและชุมชนในการดำเนินการเกี่ยวกับทรัพยากรธรรมชาติ ความหลากหลายทางชีวภาพ และในการคุ้มครองและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมคือ พระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ พ.ศ.2535 พระราชบัญญัติการชลประทานราษฎร์ พุทธศักราช 2482 พระราชบัญญัติคุ้มครองพันธุ์พืช พ.ศ. 2542 และพระราชบัญญัติคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย พ.ศ. 2542 แต่ในต่างประเทศได้ให้การยอมรับ และสามารถนำเอาหลักสิทธิในสิ่งแวดล้อมมาอ้างถึงได้อย่างเป็นรูปธรรม โดยมีความหมายถึง สิทธิที่จะอยู่ในสิ่งแวดล้อมที่ดี และมีความสมบูรณ์ทางระบบนิเวศน์ เป็นสิทธิขั้นพื้นฐานที่เชื่อมโยงกับสิทธิมนุษยชน ที่ระบุไว้ใน The Stockholm Declaration, 1972 ระบุไว้ในอารัมภบทว่า สิ่งแวดล้อมของมนุษย์ทั้งที่เป็นธรรมชาติ หรือที่มนุษย์สร้างขึ้นย่อมเป็นสาระสำคัญต่อ

<sup>57</sup> ชนพันธ์ ศรีทองสุข และคณะ. สิทธิที่จะมีส่วนร่วมของประชาชนตามมาตรา 56 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย. จาก [www.inetfoundation.or.th/picture/File/Environment%20Law.doc](http://www.inetfoundation.or.th/picture/File/Environment%20Law.doc).

ความเป็นอยู่ของมนุษย์ที่มีพื้นฐานอันเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานของมนุษย์ ในหลักการข้อ 1 สิทธิในสิ่งแวดล้อมนี้มีการยืนยันว่ามาตรา 24 ของ The African Charter on Human and People's Rights<sup>58</sup> ซึ่งระบุว่า ประชาชนทุกคนมีสิทธิพึงพอใจในสิ่งแวดล้อมจากการพัฒนาของเขา และ The Rio Declaration<sup>1992</sup> ก็มีระบุไว้ในทำนองเดียวกันกับหลักการในข้อ 1 ของ The Stockholm Declaration สิทธิในสิ่งแวดล้อมนี้เกี่ยวข้องกับหลัก “ความยุติธรรมในทางสิ่งแวดล้อมสำหรับชนยุคอนาคต” ซึ่งยินยอมให้มีการใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติโดยมีข้อแม้ว่าการใช้ประโยชน์นั้นจะต้องไม่หมดสิ้นไป จะต้องเหลือไว้ให้ชนในยุคอนาคตได้ใช้ประโยชน์เสมอ หรือเทียบเท่ากับที่ชนในยุคปัจจุบันได้ใช้ ซึ่งในหลักการนี้ The Stockholm Declaration, 1972 ระบุไว้เป็นหลักการพื้นฐานสำหรับกฎหมายสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศหลายฉบับ

#### 2.5.2 แนวคิดด้านการมีส่วนร่วมในการบริหารจัดการทรัพยากร

ในช่วงต้นศตวรรษที่ 20 แนวความคิดเรื่องการกระจายอำนาจรัฐสู่ท้องถิ่นและแนวคิดเรื่องการกระจายอำนาจหน้าที่ความรับผิดชอบเริ่มขยายตัวออกไปพร้อมๆ กับสำนึกในการปกครองตนเองหรือสำนึกอำนาจหน้าที่และความรับผิดชอบทางสังคมของประชาชนและชุมชน สะท้อนให้เห็นความไม่ไว้วางใจที่จะให้รัฐมีอำนาจรวมศูนย์สู่ส่วนกลางมากเกินไป จนทำให้เกิดการเรียกร้องที่จะแยกชุมชนซึ่งมีอำนาจปกครองตนเองออกเป็นสองพวกใหญ่ๆ คือ ชุมชนท้องถิ่น กับชุมชนผู้ประกอบอาชีพเพื่อรองรับการมีส่วนร่วมทางการเมืองและเพื่อถ่วงดุลอำนาจของรัฐส่วนกลาง โดยเรียกร้องให้มีการยอมรับชุมชนท้องถิ่น หรือสมาคมผู้ประกอบอาชีพให้เป็นสถาบันกลุ่มที่มีอำนาจต่อรองกับรัฐจนเกิดเป็นกระบวนการการกระจายอำนาจสู่ชุมชนท้องถิ่น และสมาคม องค์การผู้ประกอบอาชีพต่างๆ เกิดการขยายตัวของกระบวนการมีส่วนร่วมทางการเมืองผ่านสถาบันหรือกลุ่มผลประโยชน์ในเวลาต่อมา

แนวความคิดดังกล่าวในรูปแบบของกฎหมายที่เกี่ยวกับการมีส่วนร่วมในทรัพยากร ได้แก่พระราชบัญญัติการชลประทานราษฎร์ พุทธศักราช 2482 พระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ พ.ศ. 2535 พระราชบัญญัติคุ้มครองพันธุ์พืช พ.ศ.2542 และพระราชบัญญัติคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย พ.ศ. 2542 จนมีการบัญญัติเป็นหลักการไว้ในรัฐธรรมนูญเพื่อการรับรองและคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2550 มาตรา 66 มาตรา 67 และมาตรา 85 มีการบัญญัติคุ้มครอง

<sup>58</sup> กฎบัตรฉบับนี้ทำขึ้นที่กรุงเฮก เมื่อวันที่ 11 มีนาคม ค.ศ.1989 กฎบัตรฉบับนี้ทำให้เกิดสิทธิในสิ่งแวดล้อม ความจำเป็นที่จะต้องป้องกันและคุ้มครองสิ่งแวดล้อมเพื่อชนยุคอนาคต พันธกรณีของรัฐที่จะร่วมกันในสิ่งแวดล้อม โดยมีพันธกรณีแตกต่างกันระหว่างรัฐต่างๆ การสืบทอดมรดกการพัฒนาการอย่างยั่งยืน.

สิทธิในการมีส่วนร่วม บริหารจัดการ และใช้ทรัพยากรของกลุ่มบุคคลที่รวมตัวกัน หรือที่เรียกว่า “ชุมชน” ดังจะเห็นได้จากเนื้อหาดังต่อไปนี้

มาตรา 66 บุคคลซึ่งรวมกันเป็นชุมชน ชุมชนท้องถิ่น หรือชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิมย่อมมีสิทธิอนุรักษ์หรือฟื้นฟูจารีตประเพณี ภูมิปัญญาท้องถิ่น ศิลปวัฒนธรรมอันดีของท้องถิ่นและของชาติและมีส่วนร่วมในการจัดการ การบำรุงรักษา และการใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ สิ่งแวดล้อม รวมทั้งความหลากหลายทางชีวภาพอย่างสมดุลและยั่งยืน

มาตรา 67 วรรคหนึ่ง สิทธิของบุคคลที่จะมีส่วนร่วมทั้งกับรัฐและชุมชนในการอนุรักษ์ บำรุงรักษาและการได้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติและ ความหลากหลายทางชีวภาพ และในการคุ้มครอง ส่งเสริม และรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อม เพื่อให้ดำรงชีพอยู่ได้อย่างปกติและต่อเนื่องในสิ่งแวดล้อมที่จะไม่ก่อให้เกิดอันตรายต่อสุขภาพอนามัย สวัสดิภาพ หรือคุณภาพชีวิตของคนย่อมได้รับความคุ้มครองตามความเหมาะสม

มาตรา 85 รัฐต้องดำเนินการตามแนวนโยบายด้านที่ดิน ทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม ดังต่อไปนี้ ...

(4) จัดให้มีแผนการบริหารจัดการทรัพยากรน้ำและทรัพยากรธรรมชาติอื่นอย่างเป็นระบบและเกิดประโยชน์ต่อส่วนรวม ทั้งต้องให้ประชาชนมีส่วนร่วมในการสงวน บำรุงรักษาและใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติและ ความหลากหลายทางชีวภาพอย่างสมดุล

อย่างไรก็ตาม การที่ได้กำหนดถ้อยคำเช่นนี้ไว้ในรัฐธรรมนูญ ก็น่าจะแปลความได้ว่า หน้าที่หลักในการบำรุงรักษาทรัพยากรธรรมชาติยังคงเป็นของรัฐอยู่เช่นเดิม ตามที่มีกฎหมายฉบับต่างๆ กำหนดหน้าที่ไว้ เช่น กรมป่าไม้ มีหน้าที่ดูแลป่าสงวนแห่งชาติ กรมอุทยานแห่งชาติ สัตว์ป่าและพันธุ์พืช มีหน้าที่ดูแลอุทยานแห่งชาติ ตลอดจนพันธุ์พืชและสัตว์ที่มีอยู่ภายในที่แห่งนั้น หรือกรมประมงมีหน้าที่ดูแลทรัพยากรประมง เป็นต้น การที่รัฐธรรมนูญกำหนดให้สิทธิแก่ชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิมมีส่วนร่วมในการบำรุงรักษาทรัพยากรธรรมชาติจึงน่าจะแปลความได้ว่า เป็นการให้สิทธิในการเข้าไปมีส่วนร่วมทำหน้าที่ของรัฐด้วยส่วนจะมีสิทธิแค่ไหน เพียงใด น่าจะต้องกำหนดรายละเอียดตามบทบัญญัติของกฎหมายในเรื่องนั้นๆ ซึ่งจะได้กล่าวถึงในบทต่อไป และกรณีจะต้องเกี่ยวข้องกับกฎหมายที่บังคับอยู่ในปัจจุบันหลายฉบับด้วยกันการมีส่วนร่วมในการบำรุงรักษาทรัพยากรธรรมชาติได้ทวีความสำคัญขึ้นอย่างมากจนกลายมาเป็นประเด็นสำคัญระหว่างประเทศดังจะเห็นได้ว่า ปฏิญญาริโอปี ค.ศ. 1992<sup>59</sup> ที่จะส่งเสริมให้ประชาชนทั้งในที่เป็นปัจเจกชนและกลุ่มคนได้ช่วยกันบำรุงรักษาสิ่งแวดล้อมซึ่งแม้ต่อมารัฐจะได้ออกกฎหมายจำนวนหลายฉบับเพื่อกันมิให้ผู้ใดใช้ประโยชน์จาก

<sup>59</sup> Principle 10 of the Rio Declaration. (1992). Environmental issues are best handled with participation of all concerned citizens, at the relevant level.

ทรัพยากรป่าไม้ที่รัฐมีนโยบายจะอนุรักษ์ไว้ไม่ว่าจะเป็นทรัพยากรที่คนป่าไม้ ต้นไม้ สัตว์ป่า สัตว์น้ำ แร่ธาตุและน้ำ แต่ในอีกด้านหนึ่งรัฐกลับมีนโยบายนำเอาทรัพยากรธรรมชาติที่มีอยู่อย่างอุดมสมบูรณ์เหล่านี้มาจัดสรรแสวงหาประโยชน์และรายได้เข้าสู่รัฐในรูปของการให้สัมปทานแก่เอกชน หรือการอนุญาตรายย่อยซึ่งบางครั้งผู้รับอนุญาตมิได้มีส่วนได้เสียในผลกระทบที่เกิดขึ้นจากการใช้ทรัพยากรดังกล่าวเลย นโยบายของรัฐเช่นว่านี้ได้ส่งผลกระทบต่อชุมชนท้องถิ่นต้องประสบกับปัญหาและอุปสรรคในการใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ อีกทั้งยังสร้างความแปลกแยกจากความสัมพันธ์ที่เคยมีต่อทรัพยากรธรรมชาติมาแต่ในอดีตอีกด้วย

## 2.6 ที่มาและแนวคิดในการจัดป่าชุมชน

โดยลักษณะทางภูมิศาสตร์ และการใช้ชีวิตของประชาชนในท้องถิ่นของไทยย่อมไม่อาจปฏิเสธการพึ่งพาทรัพยากรจากป่าได้ การบุกรุกพื้นที่ป่าจึงเป็นปัญหาที่รัฐบาลในแต่ละยุคสมัยต้องประสบมาโดยตลอด ลำพังเพียงการแก้ไขโดยอาศัยแนวทางในด้านนิติศาสตร์เพียงอย่างเดียวจึงไม่อาจบรรลุลผล จึงเกิดกฎหมายที่อิงหลักการบังคับใช้ทางรัฐศาสตร์ออกมาเพื่อช่วยบรรเทาความรุนแรงของปัญหา ในขณะที่เดียวกันก็ยังคงผลิดิในด้าน การเปลี่ยนจากผู้บุกรุกให้กลายเป็นผู้มีส่วนร่วมในการป้องกันดูแล โดยการประสานผลประโยชน์ระหว่างรัฐและชุมชนเข้าด้วยกัน

### 2.6.1 แนวคิดในการจัดป่าชุมชนของไทย

ในช่วงเวลาระหว่างปี พ.ศ. 2541<sup>60</sup> เป็นช่วงที่มีการผลักดันร่างกฎหมายป่าชุมชน แต่ก็ยังมีการคัดค้านจากผู้มีอำนาจทางการเมืองบางกลุ่ม ที่เห็นว่ากฎหมายควรให้สิทธิเฉพาะคนสัญชาติไทยในการดูแลบริหารจัดการป่าชุมชน โดยให้เหตุผลว่า ควรให้สิทธิเฉพาะบุคคลที่มีสัญชาติไทยเท่านั้นเพื่อปกป้องผลประโยชน์ของพลเมืองไทย แม้ว่ากลุ่มชนท้องถิ่น หรือชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิมนั้นจะได้อยู่อาศัยในแผ่นดินไทยมาเป็นระยะเวลาอันยาวนานหลายชั่วอายุคนแล้วก็ตาม ทศนะเช่นนี้เกิดขึ้นจากกรอบความเชื่อในแบบเก่าที่เห็นว่าการให้สิทธินั้นเสมือนการที่รัฐมอบสิทธิและประโยชน์ให้กับชุมชนเพียงเพราะว่าเขาเหล่านั้นเป็นคนไทย และปฏิเสธการรองรับสิทธิกับผู้ที่มิได้มีสัญชาติไทย โดยเหตุผลประการหนึ่งที่มีจะถูกหยิบยกมากล่าวถึงเสมอก็คือ ผู้ที่อยู่อาศัยในประเทศที่ยังมิได้สัญชาติไทยเหล่านั้น จะใช้เงื่อนไขนี้เป็นช่องทางที่จะได้มีสัญชาติไทยในอนาคต และจะกลายเป็นปัญหาให้เกิดความมั่นคงในชาติต่อไป ซึ่งเมื่อพิจารณาถึงสถานการณ์บ้านเมืองใน

<sup>60</sup> บัณฑิต ศิริรักษ์โสภณ, “สื่ออิเล็กทรอนิกส์,” จาก <http://www.midnightuniv.org/>

%E0%B8%81%E0%B8%B2%E0%B8%A3%E0%B9%80%E0%B8%A1%E0%B8%B7%E0%B8%AD%E0%B8%87%E0%B9%80%E0%B8%A3%E0%B8%B7%E0%B9%88%E0%B8%AD%E0%B8%87%E0%B8%9B%E0%B9%88%E0%B8%B2%E0%B8%8A%E0%B8%B8%E0%B8%A1%E0%B8%8A%E0%B8%99.

ปัจจุบันที่มีการอพยพของประชากรจากประเทศข้างเคียงเข้ามายังประเทศไทยส่งผลให้เกิดปัญหาสังคมในด้านต่างๆ ประเด็นในเรื่องสุขภาพของกลุ่มผู้รวมตัวเป็นชุมชนก็ยังคงเป็นเรื่องที่ไม่อาจมองข้ามได้

ทั้งนี้ ในอดีตที่ผ่านมาการรักษาทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมเป็นถือเป็นอำนาจหน้าที่โดยตรงของรัฐ แต่เมื่อสถานการณ์ทางสังคม และสิ่งแวดล้อมเปลี่ยนแปลงไป ความขัดแย้งระหว่างองค์กรของรัฐกับประชาชนในการบริหารจัดการทรัพยากรป่าไม้เริ่มก่อตัวมากขึ้น รัฐต้องแบกรับภาระด้านงบประมาณรายจ่ายจำนวนมากไปกับการป้องกันและฟื้นฟูสภาพป่าไม้ที่เสื่อมโทรมลง ปრაกฏการณ์ที่เกิดขึ้นแสดงถึงความล้มเหลวของรัฐในการป้องกัน และแก้ไขปัญหาการบุกรุกทำลายทรัพยากรป่าไม้ของประเทศ ทำให้รัฐตระหนักถึงความจำเป็นที่จะต้องให้ประชาชนเข้ามามีส่วนร่วมโดยตรงในการพิทักษ์รักษาทรัพยากรป่าไม้ให้คงอยู่ต่อไป

ความหมายโดยหลักการแล้ว “ป่าชุมชน” หมายถึง ที่ดินในพื้นที่ป่าไม้ที่ชุมชนได้ดำเนินการ หรือได้รับอนุญาตตามกฎหมายให้ดำเนินการร่วมกับ พนักงานเจ้าหน้าที่จัดการกิจการงานด้านป่าไม้อย่างต่อเนื่อง ภายใต้กฎ ระเบียบ ข้อบังคับ ข้อปฏิบัติ และแผนงานที่เกี่ยวข้อง ซึ่งอาจสอดคล้องกับความเชื่อและวัฒนธรรมของชุมชนท้องถิ่นนั้นด้วย และการจัดการหรือดำเนินการดังกล่าวก็เพื่อการอนุรักษ์ และให้ชุมชนได้ใช้ประโยชน์อย่างยั่งยืน กล่าวอีกนัยหนึ่ง “ป่าชุมชน” ในความหมายอย่างกว้างจึงหมายถึง พื้นที่ป่าไม้ที่ได้รับการจัดการโดยกระบวนการมีส่วนร่วมจากประชาชน และองค์กร ชุมชน ทั้งทางตรงและทางอ้อม ตามความเชื่อและวัฒนธรรมท้องถิ่นเพื่อประโยชน์ที่สอดคล้อง กับความต้องการของชุมชนอย่างต่อเนื่องและ ยั่งยืน เป็นป่าที่ประชาชนเข้าไปใช้สอยตามวิถี ชีวิตของคนทุกคนในชุมชนนั้น ทั้งเรื่องการทำมาหากิน ระบบครอบครัวเครือญาติ ประเพณีความเชื่อ อำนาจและกฎระเบียบในชุมชน ป่าชุมชนจึงมีหลายรูปแบบ ขึ้นอยู่กับลักษณะภูมินิเวศ และวัฒนธรรม ประเพณีของชุมชนในท้องถิ่น

#### 2.6.2 แนวคิดในการจัดการป่าชุมชนของต่างประเทศ

การให้ชุมชนท้องถิ่นซึ่งเป็นกลุ่มคนที่มีความเป็นอยู่ใกล้ชิดกับทรัพยากร มีความเข้าใจถึงสภาพแวดล้อมในภูมิภาคที่เป็นแหล่งอาศัยของตน มีภูมิปัญญาที่ผ่านการสั่งสมสืบทอดมาอย่างยาวนาน หรือที่เรียกกันว่า “ภูมิปัญญาท้องถิ่น” เป็นผู้จัดการดูแลรักษาทรัพยากรป่าไม้ร่วมกับรัฐนั้น ถือว่ามีความจำเป็นและเป็นประโยชน์อย่างยิ่ง เพราะชุมชนย่อมทราบถึงปัญหาและแนวทางการแก้ไขได้ดีกว่าเจ้าหน้าที่ของรัฐ ในต่างประเทศจึงมีแนวคิดที่จะดึงเอาชุมชนเข้ามามีส่วนร่วมในการดูแลรักษาทรัพยากรป่าไม้โดยยอมรับสิทธิบางอย่างของชุมชนในการได้ประโยชน์จากทรัพยากร เช่น การใช้สอย และการถือครอง ดังนั้น นอกจากการศึกษาเกี่ยวกับรากฐานที่มาของสิทธิชุมชนแล้ว จึงควรจะได้ทำการศึกษาไปถึงแนวคิดทางกฎหมายเกี่ยวกับการใช้ทรัพยากรป่าไม้

ในรูปแบบชุมชนของต่างประเทศด้วย โดยมีแนวคิดที่น่าสนใจของแต่ละประเทศ ดังนี้

#### 2.6.2.1 สาธารณรัฐประชาชนจีน

สาธารณรัฐประชาชนจีนแม้จะเป็นประเทศที่มีพื้นที่กว้างใหญ่ แต่ก็มีประชากรมาก อีกทั้งพื้นที่ส่วนใหญ่ไม่เหมาะแก่การทำเกษตรกรรม การใช้สอยที่ดินจึงอยู่ในวงจำกัด ดังนั้น ทรัพยากรป่าไม้จึงมีความสำคัญและเป็นที่ต้องการต่อการดำรงชีวิตของประชาชน รัฐจึงต้องวางแนวทางในการบริหารทรัพยากรป่าไม้อย่างมีประสิทธิภาพ โดยมีแนวคิดที่สำคัญดังนี้

##### (1) แนวคิดการถ่ายโอนกรรมสิทธิ์ที่ดิน

ความพยายามของสาธารณรัฐประชาชนจีนที่จะเพิ่มปริมาณพื้นที่ป่าไม้ซึ่งอยู่ในความครอบครองของชุมชนหรือกลุ่มบุคคลอย่างค่อยเป็นค่อยไปเกิดขึ้นมาอย่างต่อเนื่อง โดยเริ่มมีนโยบายชัดเจนจากรัฐบาลกลางในการเพิ่มปริมาณการถือครองพื้นที่ป่าไม้ของภาคเอกชนให้มากขึ้นตั้งแต่ ค.ศ. 2003 โดยการปฏิรูประบบการถือครองที่ดินโดยการกระจายสิทธิในพื้นที่ป่าไม้สู่กลุ่มบุคคลในชนบท รวมถึงการถ่ายโอนกรรมสิทธิ์จากชุมชนสู่บุคคล ด้วยการออกเอกสารสิทธิเพื่อรับรองอย่างเป็นทางการ<sup>61</sup> ให้สิทธิในการดูแลจัดการแก่ชาวบ้านในท้องถิ่นชนบทเพื่อให้มีสิทธิในการครอบครองที่สมบูรณ์ สามารถใช้ประโยชน์ และสามารถถ่ายโอนสิทธิ์ให้ผู้อื่นเช่าต่อเพื่อสร้างรายได้

นอกจากนี้รัฐบาลยังมีมาตรการจ้างผู้ถือครองที่ดินปลูกป่า เพื่อให้มีรายได้จากการปลูกต้นไม้ และการรักษาสภาพป่า ซึ่งมาตรการดังกล่าวช่วยลดภาระของรัฐทางด้านเจ้าหน้าที่รวมทั้งงบประมาณ และสามารถเพิ่มพื้นที่ป่าโดยมีคนในท้องถิ่นเป็นผู้ดูแลโดยตรง มาตรการดังกล่าวถือเป็นเครื่องมือในการกระจายอำนาจการจัดการป่าไม้ของภาครัฐไปสู่ชุมชน และยังช่วยสร้างกลไกการมีส่วนร่วมในการดูแลทรัพยากรป่าไม้ของประเทศของชุมชนอีกด้วย

##### (2) แนวคิดในการปฏิรูปการจัดการป่าไม้

รัฐธรรมนูญของสาธารณรัฐประชาชนจีนได้บัญญัติไว้อย่างชัดเจนว่า “รัฐต้องร่วมกับประชาชนและกระตุ้นให้ประชาชนทำให้ประชาชนทำการปลูกและรักษาต้นไม้” และหลักการดังกล่าวได้ถูกบัญญัติไว้ในกฎหมายป่าไม้ ปี 1984<sup>62</sup> เพื่อการแก้ปัญหาการคุ้มครองรักษาป่าและพัฒนาป่าไม้ รัฐบาลได้ออกกฎหมายกำหนดการเป็นเจ้าของที่ดินป่าไม้และเขตป่าไม้ไว้ชัดเจน โดยให้อำนาจรัฐจังหวัด และรัฐบาลของมณฑล เป็นผู้ออกเอกสารรับรองการเป็นเจ้าของในเวลา

<sup>61</sup> ผานิตดา ไสยรส, “การปฏิรูปการจัดการป่าไม้ของประเทศไทย,” บทความเผยแพร่ทางเว็บไซต์ของศูนย์วิจัยยุทธศาสตร์ไทย-จีน สำนักงานคณะกรรมการวิจัยแห่งชาติ, (ม.ป.ท. : ม.ป.พ., ม.ป.ป.), น. 4.

<sup>62</sup> สุวิช เลิศธนาไพจิตร, “ปัญหาทางกฎหมายในการพัฒนาป่าชุมชน,” (วิทยานิพนธ์มหาวิทยาลัยมหาวิทาลัยรามคำแหง, 2544), น. 44.

เดียวกันที่ดินสำหรับการใช้ส่วนบุคคลจะได้จัดสรรให้แก่เกษตรกรทุกคนในกฎหมายป่าไม้ กำหนดให้กลุ่มควรปลูกต้นไม้ในพื้นที่ของกลุ่มหรือที่ดินของตนเอง แต่ถ้าจะปลูกในที่กันดารที่เป็นภูเขาและเป็นที่ยของรัฐหรือกลุ่ม ต้นไม้ที่ปลูกจะเป็นของคู่สัญญาหรือตามที่ตกลงในสัญญา สิทธิตามกฎหมายและผลประโยชน์ของเจ้าของหรือผู้ใช้ประโยชน์ ผู้ครอบครองป่า หรือต้นไม้และที่ดินป่าไม้จะได้รับการคุ้มครองจากการบุกรุก

นับแต่ปี ค.ศ. 1998 สาธารณรัฐประชาชนจีนหันมาให้ความสำคัญกับการอนุรักษ์ป่าไม้ ในเชิงนโยบายด้วยการตั้งเป้าหมายว่าภายในปี ค.ศ. 2050 จะต้องมีพื้นที่ป่าไม้ให้ได้ร้อยละ 26 ของพื้นที่ประเทศ เพื่อให้เป็นพื้นฐานสำคัญในการสร้างความเข้มแข็งให้กับระบบนิเวศ จึงได้มีการแยกประเภทของป่าไม้ออกเป็น 2 กลุ่มคือ กลุ่มป่าอนุรักษ์ และกลุ่มป่าเศรษฐกิจ ซึ่งใช้นโยบายในการบริหารจัดการที่แตกต่างกัน ซึ่งในกลุ่มป่าเศรษฐกิจนี้เองที่ทำให้เอกชนหรือชุมชนสามารถถือครองที่ดินได้

#### 2.6.2.2 ประเทศญี่ปุ่น

ญี่ปุ่นต้องประสบกับปัญหาการใช้ทรัพยากรป่าไม้อย่างสิ้นเปลืองมาเป็นเวลานานหลายร้อยปีก่อนคริสตกาล ปัญหาการตัดไม้ทำลายป่าอย่างรุนแรงครั้งสำคัญคือ การก่อสร้างครั้งใหญ่ในกรุงนารา และเฮอัน บวกกับความต้องการไม้ของผู้มีอำนาจเพื่อนำไปสร้างปราสาทและเสริมกองทัพ รวมทั้งใช้ในการก่อสร้างสถานที่ทางศาสนา จนนำไปสู่การทำลายป่าอย่างรุนแรงในแถบคินาอิ (Kinai)<sup>63</sup> ทั้งไม้และสิ่งผลิตจากป่าถูกผลาญทำลายโดยไม่มีมีการฟื้นฟู

สถานการณ์เริ่มเปลี่ยนแปลงไปโดยในปี ค.ศ. 1570 ประชากรญี่ปุ่นเพิ่มสูงขึ้นถึงกว่าสิบล้านคน จำนวนประชากรที่เพิ่มขึ้นทำให้เกิดความต้องการผลิตภัณฑ์จากผืนป่าเป็นเงาตามตัว มีการเติบโตอย่างรวดเร็วในด้านสิ่งปลูกสร้าง จนทำให้ในศตวรรษที่ 16 ญี่ปุ่นได้เผชิญกับการตัดไม้ปริมาณมหาศาลที่ไม่เคยเกิดขึ้นมาก่อน เหตุการณ์ดังกล่าวนำไปสู่ความขัดแย้งเรื่องการใช้ประโยชน์ในผืนป่าระหว่างชาวบ้านกับผู้ปกครอง กระทั่งในปี ค.ศ. 1670 ประชากรในญี่ปุ่นเพิ่มขึ้นเป็น 30 ล้านคน ในขณะที่พื้นที่ป่าที่อุดมสมบูรณ์เหลือเพียงที่ฮอกไกโด ผลิตภัณฑ์จากผืนป่าเริ่มด้อยคุณภาพและขาดแคลน เกิดปัญหาผลกระทบทางด้านสิ่งแวดล้อมภายในประเทศเป็นวงกว้าง

ญี่ปุ่นเริ่มมีแนวความคิดในการรักษาสภาพแวดล้อมโดยการเปลี่ยนแปลงการใช้ประโยชน์ป่าไม้ให้เกิดความยั่งยืน ผ่านการวิพากษ์ร่วมกันทั้งทางภาครัฐและภาคเอกชน การสร้างความร่วมมือระหว่างสังคมและชุมชน เพื่อให้การดำเนินวิถีชีวิตและการรักษาทรัพยากรป่าไม้

<sup>63</sup> “ประวัติศาสตร์ป่าไม้ญี่ปุ่น จากการทำลายสู่การพัฒนาอย่างยั่งยืน,”

สามารถดำเนินไปพร้อมๆกันได้ ซึ่งเป็นแนวคิดและรูปแบบคล้ายกับการร่วมมือกันเพื่อป้องกันตนเองของชุมชนในอดีต ไม่ว่าจะเป็นการลงแรงกันเก็บเกี่ยวผลผลิต การปกป้องชุมชนจากภัย และการใช้ยุงฉางของชุมชน แนวคิดความร่วมมือดังกล่าวได้แพร่ขยายครอบคลุมถึงการบริหารจัดการทรัพยากรป่าไม้ และด้วยความร่วมมือกันระหว่างพรานไม้ระดับท้องถิ่น นักวิชาการเกษตร และเจ้าหน้าที่ป่าไม้ของภาครัฐ ทำให้ระบบป่าชุมชนของประเทศประสบผลสำเร็จและมีพัฒนาการไปอย่างรวดเร็ว ที่สำคัญคือความร่วมมือกันระหว่างชนชั้นปกครองและกลุ่มชาวบ้าน โดยสร้างระบบผลตอบแทนแก่ชุมชนในรูปแบบต่างๆ เช่น Yamawari เป็นการแบ่งสิทธิในการใช้พื้นที่ป่าให้แก่แต่ละตระกูล Nenkiyama เป็นระบบการให้ประชาชนเช่าพื้นที่ป่าระยะยาวโดยรัฐบาล หรือ Buwakibayashi เป็นการที่ประชาชนสามารถปลูกไม้ได้ในพื้นที่รัฐ โดยจะต้องแบ่งผลผลิตให้กับรัฐบาล เป็นต้น

#### 2.6.2.3 สหพันธ์สาธารณรัฐประชาธิปไตยเนปาล

ก่อนปี พ.ศ. 2494 ป่าไม้โดยส่วนใหญ่ของประเทศเนปาลอยู่ในความครอบครองของเจ้าผู้ครองที่ดิน ชุมชนท้องถิ่นมักใช้ระบบการจัดการดูแลและใช้ประโยชน์จากทรัพยากรป่าไม้กันเอง ภายหลังจากนั้น ระบบเจ้าผู้ครองที่ดินได้สิ้นสุดลงมีผลทำให้ป่าไม้กลายเป็นของรัฐ<sup>64</sup> ป่าไม้ทั้งหมดได้กลายเป็นป่าไม้แห่งชาติซึ่งชุมชนท้องถิ่นได้รับอนุญาตให้เก็บหาของป่าได้ แต่การตัดไม้ใช้สอยหรือเพื่อทำซุง หรือฟืนจะต้องได้รับการอนุญาตจากหน่วยงานด้านป่าไม้ ข้อยุ่งยากดังกล่าวทำให้ประชาชนจำต้องกระทำผิดกฎหมายเพื่อสนองความต้องการของตนเองเนื่องจากชาวเนปาลมากกว่าร้อยละ 90 ประกอบอาชีพทางการเกษตรซึ่งโดยส่วนใหญ่ต้องอาศัยทรัพยากรป่าไม้เพื่อการดำรงชีพ ปัจจัยดังกล่าวทำให้เกิดการทำลายป่าอย่างรุนแรงโดยที่รัฐไม่สามารถแก้ไขปัญหาได้อย่างมีประสิทธิภาพ แต่ชุมชนหลายชุมชนกลับสามารถควบคุมการใช้ประโยชน์จากทรัพยากรป่าไม้ในท้องถิ่นของตนได้ด้วยระบบจัดการดูแลของท้องถิ่น

แนวคิดเรื่องการให้ประชาชนเข้าไปมีส่วนร่วมในการดูแลป่าถูกบัญญัติไว้ในแผนการป่าไม้แห่งชาติ โดยในปี พ.ศ. 2521 มีการออกกฎข้อบังคับสำหรับป่าปัญญัตติ (Panchayat Forest) และป่าปัญญัตติคุ้มครอง (Panchayat Protected Forest)<sup>65</sup> ซึ่งมีนโยบายในการมอบพื้นที่บริเวณป่าจำกัดให้อยู่ในความดูแลของป่าปัญญัตติ โดยหน่วยปกครองท้องถิ่นคล้ายกับตำบลของประเทศไทย กฎหมายดังกล่าวเน้นหนักไปที่การป้องกันรักษาป่าแต่ไม่ได้ช่วยให้ประชาชนได้ประโยชน์จากป่ามากนัก จึงมีการเรียกร้องให้ยกเลิกกฎหมายดังกล่าวซึ่งภายหลังได้มีการออกกฎหมายประกาศใช้

<sup>64</sup> สุวรรณี เกษมทวีทรัพย์, “กฎหมายป่าชุมชน,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2547), น. 62.

<sup>65</sup> สุวรรณี เกษมทวีทรัพย์, *เพิ่งอ้าง*.

โครงการระบบป่าชุมชนที่อิงกับกลุ่มผู้ใช้ เพื่อให้ระบบมีพื้นฐานกฎหมายรองรับและเปลี่ยนแปลงไปสู่ระบบป่าชุมชนโดยผ่านกลุ่มผู้ใช้ประโยชน์มาแต่เดิมหรือตามธรรมชาติแทนที่การเข้าถึงป่าชุมชนแบบเก่าที่ผ่านหน่วยการเมืองการปกครอง