

# Legal Pluralism ในประเทศแคนาดา: กรณีตัวอย่างเกี่ยวกับการประมง ของชนพื้นเมือง

วาทีศ โสคติพันธุ์\*

แนวความคิดในเรื่องพหุนิยม (Pluralism) ปรากฏอยู่อย่างเด่นชัดในสังคมที่มีความหลากหลายของกลุ่มชาติพันธุ์และวัฒนธรรม ซึ่งมีความตระหนักถึงสภาพของความหลากหลายนั้นและพยายามที่จะทำให้ความหลากหลายนั้นดำรงอยู่ได้ร่วมกันในสังคมอย่างเป็นปกติ ซึ่งการพัฒนาแนวความคิดในเรื่องพหุนิยมนั้นมีการศึกษาในสาขาวิชาอื่น ๆ เช่น สังคมวิทยาและมานุษยวิทยา มาอย่างกว้างขวางพอสมควร แต่ในสาขาวิชานิติศาสตร์ยังมีความสนใจในแวดวงที่จำกัด แม้แต่ในบางประเทศที่มีความสนใจในเรื่องนี้มานาน โดยเฉพาะอย่างยิ่งในประเทศที่เพิ่งก่อตั้งขึ้นใหม่ เนื่องจากลักษณะทางสังคม เศรษฐกิจ และการเมืองของประเทศเหล่านั้นเกิดมาจากการผสมผสานของวัฒนธรรมและชาติพันธุ์ที่ต่างกัันมารวมกันเป็นรัฐใหม่ การที่จะทำให้หน่วยย่อยต่าง ๆ ในสังคมสามารถอยู่ร่วมกันได้อย่างมีความสมานฉันท์นั้นไม่ใช่เรื่องที่ย่างยาก

อย่างไรก็ดี การศึกษาพัฒนาแนวความคิดในทาง Legal Pluralism ซึ่งอาจเรียกเป็นภาษาไทยได้ว่า ระบบกฎหมายเชิงซ้อนหรือพหุนิยมทางกฎหมายนั้น

\* อาจารย์ประจำสาขาวิชานิติศาสตร์ คณะสังคมศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่

ได้รับความสนใจและมีความสำคัญเพิ่มมากขึ้นในหลายประเทศ เนื่องจากปัญหาที่ขยายวงกว้างในประเทศต่าง ๆ เช่น การใช้ทรัพยากรธรรมชาติ สิทธิมนุษยชน ฯลฯ ที่เป็นผลมาจากความหลากหลายที่เด็กล่าวข้างต้น การใช้กฎหมายเพื่อเป็นเครื่องมือ ส่วนหนึ่งในการแก้ปัญหาในสังคม ก็ที่มีความสำคัญมากขึ้นเช่นกัน

ประเทศแคนาดาเป็นประเทศที่ก่อตั้งขึ้นมาไม่นานนัก (ได้รับเอกราชในปี ค.ศ. 1867) และได้รับการพิจารณาให้เป็นหนึ่งในประเทศที่มีความน่าอยู่อันดับต้น ๆ ของโลกมาเป็นระยะเวลานานพอสมควร เหตุผลประการหนึ่งก็คือปรัชญาในความเป็นรัฐที่คำนึงถึงการอยู่ร่วมกันในสังคมที่มีความแตกต่าง ไม่ใช่การหลอมรวมวัฒนธรรมให้เป็นหนึ่งเดียวดังเช่นที่ปรากฏในรัฐบางรัฐ ความพยายามที่จะใช้กฎหมายในระบบพหุนิยมเป็นรากฐานของการแก้ไขปัญหาที่ยังปรากฏเด่นชัดขึ้น เนื่องจากเหตุการณ์ทางสังคมในศตวรรษใหม่ จากปัญหาการแย่งทรัพยากรธรรมชาติที่เริ่มมีปริมาณจำกัดของกลุ่มคนที่มีวัฒนธรรมความเป็นมาที่ต่างกัน แต่ต้องใช้พื้นที่ในการดำรงชีวิตร่วมกัน ดังเช่นในกรณีปัญหาทางการประมง 2 กรณี ในกลุ่มของมณฑลทางตะวันออกในประเทศแคนาดาที่ได้ชื่อว่า The Maritimes<sup>1</sup> ระหว่างชาวประมงที่ไม่ใช่ชนพื้นเมือง (Non-native Fishermen) ที่ประกอบอุตสาหกรรม การประมงสัตว์น้ำหลายชนิด กับชาวประมงที่เป็นชนพื้นเมือง (Native Fishermen) ซึ่งทำการประมงเพื่อหาเลี้ยงชีพของตนและครอบครัว ซึ่งเป็นคำตัดสินที่เป็นบรรทัดฐาน (Precedent) อันมีผลกระทบต่อความเชื่อของประชากรของรัฐในหลายชุมชน คือ คดี R.V. Marshall (1999) ได้มีคำพิพากษาของศาลสูงสุดของประเทศแคนาดา (The Supreme Court of Canada) และวิกฤตการณ์ Burnt Church First Nation ในมณฑล New Brunswick ซึ่งเป็นผลตามมาจากคำพิพากษาดังกล่าว

<sup>1</sup> The Maritimes หรือ The Maritime Provinces หมายถึงกลุ่มของมณฑล 3 มณฑลทางตะวันออกของประเทศแคนาดา อันได้แก่ New Brunswick, Nova Scotia และ Prince Edward Island.

## Canada: ประเทศแห่งความหลากหลายและสังคมแบบพหุนิยม

ประเทศแคนาดาเป็นประเทศที่มีลักษณะเป็นรัฐรวมที่เรียกว่าสหพันธรัฐ (Federation) ตั้งอยู่ทางด้านบนของทวีปอเมริกาเหนือ ซึ่งมีพรมแดนอยู่ติดต่อกับประเทศสหรัฐอเมริกาทางด้านทิศเหนือ แคนาดาประกอบด้วย 10 มณฑล (Provinces) กับอีก 3 เขตปกครองตนเอง (Territories) อันมีลักษณะคล้ายกันกับมลรัฐ (States) ของประเทศสหรัฐอเมริกา ด้วยพื้นที่ที่กว้างใหญ่ไพศาลเป็นอันดับสองของโลกรองจากประเทศรัสเซีย แต่ประเทศแคนาดามีประชากรอยู่เพียงประมาณ 32 ล้านคน (July 2005)<sup>2</sup> เทียบเท่ากับประชากรของมลรัฐแคลิฟอร์เนียของประเทศสหรัฐอเมริกา ทั้งที่มลรัฐแคลิฟอร์เนียมีเนื้อที่เพียง 1 ใน 25 ของเนื้อที่ทั้งหมดของประเทศแคนาดา ทั้งนี้เป็นเพราะภูมิอากาศที่หนาวเย็นมากในพื้นที่ตอนบนทำให้ยากต่อการดำรงชีวิต ประชากรส่วนใหญ่ราว 3 ใน 4 จึงอาศัยอยู่ในเมืองใหญ่ ได้แก่ Toronto, Ottawa, Montreal, Vancouver, Halifax, etc. ซึ่งตั้งอยู่ทางตอนล่างของประเทศที่ใกล้กับประเทศสหรัฐอเมริกา ประชากรที่อาศัยในทางด้านเหนือส่วนใหญ่คือชนพื้นเมืองที่มีความคุ้นเคยกับการใช้ชีวิตในที่หนาวเย็น เช่น ชาว Inuits (Eskimo) ที่ได้ร่วมกันทางการเมืองสำเร็จ ตั้งเป็นเขตปกครองตนเอง ล่าสุดที่ชื่อว่า Nunavut (แปลว่า Our Land) ใน ปี ค.ศ. 1999 ประเทศแคนาดา มีภาษาทางการ (Official Languages) อยู่สองภาษาคือ ภาษาอังกฤษและภาษาฝรั่งเศส ที่เป็นเช่นนี้ก็เพราะเหตุผลในทางประวัติศาสตร์ เนื่องจากชาวฝรั่งเศสและชาวอังกฤษ ซึ่งเป็นผู้เข้ามาบุกเบิก ครอบครอง และมีอิทธิพลเหนือดินแดนแถบเหนือของทวีปอเมริกาอันกลายมาเป็นประเทศแคนาดาปัจจุบัน<sup>3</sup> แทนที่ชนพื้นเมืองหลากหลายกลุ่มที่ในขณะนี้ถูกเรียกรวมกันว่า First Nations<sup>4</sup>

<sup>2</sup> *The World Fact Book - Canada* ; <http://www.cia.gov/cia/publications/factbook/geos/ca.html>.

<sup>3</sup> *Canada*, Microsoft Encarta Reference Library 2005.

<sup>4</sup> ชนพื้นเมือง (Native, Aboriginal or Indigenous Peoples) ในภูมิภาคต่าง ๆ ของโลก มีชื่อที่ถูกเรียกและที่เขาล่าช้ากันต้องการใช้เรียกตนเองแตกต่างกันออกไป เช่น Native Americans (USA), Aborigines (Australia) เป็นต้น.

ซึ่งอยู่ในบริเวณนี้มาก่อน

คำว่า Canada เป็นคำมาจากภาษาของชนพื้นเมืองเผ่า Iroquois ที่หมายถึง Village หรือ Community<sup>5</sup> ด้วยเหตุผลทางประวัติศาสตร์ สังคมและการเมือง นับแต่เวลาในการก่อตั้งเป็นสหพันธรัฐ (Confederation) ทำให้ประเทศแคนาดาที่มีความเป็นพหุนิยมแทรกอยู่ในอัตลักษณ์ของชาติ ไม่ว่าจะเป็นด้านการเมือง เศรษฐกิจ วัฒนธรรม ภาษา รวมไปถึงระบบกฎหมาย (Legal System) ด้วยประเทศแคนาดาเป็นประเทศที่มีสองระบบกฎหมายหลักอยู่ในประเทศเดียวกัน มณฑลทั้งหมดที่ได้รับอิทธิพลจากประเทศอังกฤษยังคงใช้ระบบกฎหมายแบบจารีตประเพณี (Common Law) ยกเว้นเพียงมณฑลเดียวคือ Quebec ที่ใช้ระบบกฎหมายแบบประมวลกฎหมาย (Civil Law) อันได้รับมรดกมาจากประเทศฝรั่งเศสที่เป็นต้นกำเนิดของประชากรส่วนใหญ่ในมณฑลนี้

## Canadian Legal Pluralism

### I. นิยามของคำว่า Legal Pluralism

ในเอกสารของ สภาเนติบัณฑิตชนพื้นเมืองของประเทศแคนาดา (Indigenous Bar Association) ได้กล่าวถึงความหมายของคำว่า Legal Pluralism โดยอ้างถึงงานเขียนจากสองทวีปคือ ยุโรปและออสเตรเลีย ดังนี้<sup>6</sup>

พหุนิยมหมายถึง การดำรงอยู่ในขณะเดียวกันภายในระบบกฎหมายหนึ่งเดียวของกฎเกณฑ์หลายกฎเกณฑ์ที่ต่างกัน อันใช้บังคับกับสถานการณ์ที่เหมือนกัน ในอีกคำกล่าวหนึ่งก็คือ เมื่อกฎเกณฑ์หลายกฎเกณฑ์ที่ต่างกันสามารถแก้ไขกรณีปัญหาเดียวกันโดยวิธีการหลายวิธี นั่นคือพหุนิยม

<sup>5</sup> อันเป็นนัยที่แสดงถึงบทบาทและความสำคัญของชนพื้นเมือง, ดู *Canada, supra* note 3.

<sup>6</sup> J.C. Hopkins & A.C. Peeling, "Aboriginal Judicial Appointments to the Supreme Court of Canada" (Paper prepared for the indigenous Bar Association, 6 April 2004).

พหุนิยมสามารถนำมาใช้เรียกกรณีที่เกี่ยวข้องกับสภาวะของการอยู่ร่วมกันของระบบกฎหมายหลายระบบที่มีความแตกต่างกัน และมีความเชื่อมโยงกันนี้คือ สิ่งที่ตรงกับสถานการณ์ที่เกิดขึ้นในการสร้างยุโรป<sup>7</sup>

'Legal Pluralism' หมายถึงสถานการณ์อันเกิดมาจากการดำรงอยู่ของหลายกฎหมายหรือระบบกฎหมายที่มีลักษณะเฉพาะภายในประเทศหนึ่ง โดยเฉพาะอย่างยิ่ง เมื่อสถานการณ์นั้นเป็นผลมาจากการถ่ายโอนหรือการนำเข้ามาซึ่งหนึ่งในระบบกฎหมายดังกล่าว เพื่อเป็นส่วนหนึ่งของโครงสร้างทางการเมืองและวัฒนธรรมที่ถูกนำมาเข้าใช้<sup>8</sup>

การศึกษาในเรื่องของ Legal Pluralism นั้นจำเป็นที่จะต้องมีการวิเคราะห์โดยใช้หลักการที่มองกว้างไปกว่าแนวความคิดสำนักกฎหมายบ้านเมือง (Legal Positivism) ทั้งนี้เป็นการมองแนวความคิดกฎหมายในทางสังคม โดยต้องมีการศึกษาอย่างเปิดกว้างถึงความเป็นมาและรูปแบบอื่นๆ ของความรู้ในต่างสาขาวิชา เช่น ทางสังคมวิทยาและมานุษยวิทยา ที่มีส่วนทำให้เกิดแนวความคิดของ Legal Pluralism

กระบวนการและแนวความคิดที่สนับสนุนการศึกษาแนวความคิดทางกฎหมายนี้เรียกว่า มานุษยวิทยาทางกฎหมาย (Legal Anthropology หรือ Anthropology of Law) ที่มีลักษณะเป็นการศึกษาแบบสหวิทยาการ (Interdisciplinary) ซึ่งเป็นกระบวนการที่ปรากฏได้ชัดเจนในระบบกฎหมายแบบจารีตประเพณีมากกว่าที่จะปรากฏในระบบกฎหมายแบบประมวลกฎหมาย เนื่องจากกระบวนการวิเคราะห์ของระบบประมวลกฎหมายเป็นแบบ Normative Analysis

<sup>7</sup> André-Jean Arnaud, "Legal Pluralism and the Building of Europe"; <http://www.reds.msh-paris.fr/communication/textes/arnaud2.htm>.

<sup>8</sup> "The Recognition of Aboriginal Customary Laws, Vol.1" (Canberra: Australian Government Publishing Service, 1986); <http://www.austlii.edu.au/au/other/indigLRes/1986/1/CUSTLAW1.rtf>.

ซึ่งจะเป็นการวิเคราะห์ว่าการกระทำและกฎเกณฑ์ใดเป็นไปตามกฎหมายที่ได้มีการประมวลหรือรวบรวมจัดทำเอาไว้ ในขณะที่ระบบกฎหมายแบบจารีตประเพณีมีการวิเคราะห์แบบ Processional Analysis คือลักษณะที่ยึดเอาคำตัดสินและแนวความคิดของศาลในกระบวนการโต้แย้งสิทธิเป็นต้นแบบ และกระตุ้นให้เกิดการพัฒนาแนวความคิดทฤษฎีในทางกฎหมายได้มากกว่า และไม่เป็นการกีดกันเอาแนวความคิดทางกฎหมายที่อาจไม่ใช่แนวทางหลักหรือทางที่มีการยอมรับมากที่สุดออกไป ดังเช่นการวิเคราะห์แบบ Normative Analysis ดังนั้น Processional Analysis จึงเป็นการวิเคราะห์ในลักษณะที่ศึกษาถึงมิติของวัฒนธรรมกับกฎหมาย และการเปลี่ยนแปลงของกฎหมาย ซึ่งเป็นการย้ำให้เห็นถึงความสำคัญของพหุนิยมและเป็นการสะท้อนให้เห็นถึงความเป็นจริงของสังคมมนุษย์<sup>9</sup>

การใช้คำว่า Legal Pluralism อาจมีได้ในหลายบริบทที่อาจก่อให้เกิดความสับสนได้ ประการแรกคือ การใช้ในความหมายที่หมายถึงกลุ่มชนหรือชุมชนในทางสังคมและการเมือง (Socio-Political Groups or Communities) ประการที่สองหมายถึง ระบบของกฎหมายแบบพหุนิยม (Legal Systems) หรือระบบกฎหมายเชิงซ้อน และประการสุดท้ายอาจหมายถึงวิธีการวิเคราะห์แบบพหุนิยม (Methods of Analysis) ก็ได้<sup>10</sup>

ระบบกฎหมายของประเทศแคนาดาได้กล่าวถึงการยอมรับความดำรงอยู่ของกฎเกณฑ์หลักที่อยู่ในกระบวนการใช้กฎหมาย และกฎเกณฑ์อื่นๆ ที่อาจใช้บังคับกับกรณีใดกรณีหนึ่ง โดยปรากฏในคำพิพากษาสูงสุดของประเทศคือกฎหมายรัฐธรรมนูญ<sup>11</sup> ซึ่งจะได้กล่าวถึงต่อไป

<sup>9</sup> I. Schulte-Tenckhoff, "The Concept of Community in the Social Sciences and its Juridical Relevance" (Paper prepared for the Law Commission of Canada, September 2001) at 51.

<sup>10</sup> *Ibid.* at 45.

<sup>11</sup> กฎหมายรัฐธรรมนูญของประเทศแคนาดาประกอบด้วยหลายส่วนด้วยกัน ทั้งที่เป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษร กับส่วนที่เป็นจารีตประเพณี และคำตัดสินของศาล

## II. ชุมชนและชนกลุ่มน้อย ในฐานะผู้ทรงสิทธิตามกฎหมาย

เมื่อก้าวถึงพหุนิยมทางกฎหมาย เราจำเป็นต้องกล่าวถึงคำว่า "ชุมชน" (Communities) ที่เป็นกลุ่มของประชากรหรือปัจเจกชนที่เป็นผู้ทรงสิทธิในการกล่าวอ้างหรือใช้กฎหมายหรือระบบกฎหมายที่มีความแตกต่างกัน ซึ่งในสังคมดังเช่นประเทศแคนาดา หรือแม้กระทั่งประเทศไทยที่ในความเป็นจริงแล้วประกอบด้วยประชากรหลากหลายกลุ่ม

จากการศึกษาในด้านชุมชนช่วงระยะหลังนี้ แนวความคิดเรื่องชุมชนเปลี่ยนแปลงไปจากที่เคยหมายถึง ชุมชนที่มีคุณลักษณะของประชากรคล้ายกัน และอาศัยอยู่ในบริเวณเดียวกัน มาเป็นแนวความคิดที่ว่าชุมชนอาจมีความหลากหลายของลักษณะของประชากร เป็นการรวมกันของปัจเจกชนที่มีความต้องการหรือจุดมุ่งหมายเดียวกัน การกล่าวถึงความหมายของชุมชนในแนวคิดใหม่นี้ มักเกิดขึ้นเป็นปฏิกริยาสนองตอบต่อสถานการณ์ที่ไม่เป็นธรรมหรือสถานการณ์ที่เกี่ยวข้องกับชนกลุ่มน้อย ภายในรัฐเสรีและมีความเป็นพหุนิยม<sup>12</sup>

ในประเทศแคนาดา ชุมชนมีความแตกต่างและหลากหลายซึ่งขึ้นอยู่กับว่าแต่ละชุมชนนั้นถือเอาสิ่งใดเป็นสิ่งที่ทำให้ชุมชนของเขาแปลกแยกออกไปจากชุมชนอื่นๆ เช่น เพศ ศาสนา ค่านิยม ชาติพันธุ์ ฯลฯ เหตุผลในทางประวัติศาสตร์ก็อาจทำให้เกิดชุมชนได้ และในบางชุมชนก็อาจเกิดจากการผสมผสานของปัจจัยต่างๆ มากกว่าหนึ่งปัจจัยก็ได้ ชุมชนยังมีความหลากหลายในเรื่องของสถานะความยั่งยืนของชุมชน ความเป็นทางการหรือไม่เป็นทางการ อย่างไรก็ตาม เราสามารถพบลักษณะร่วมกันของชุมชน อันได้แก่ ความรู้สึกถึงความเป็นส่วนหนึ่งของชุมชน ผลประโยชน์ร่วมกัน การมีส่วนร่วม มีการรวมกันเป็นองค์กรและมีผู้ที่เป็นตัวแทนของชุมชน

อย่างไรก็ตาม การกำหนดขอบเขตของชุมชนก็เป็นสิ่งที่ยุ่งยากพอสมควร มักจะพิจารณาถึงปัจจัยหลายประการซึ่งไม่อาจกำหนดแน่นอนตายตัวได้เสมอไป การมองจากผู้ที่อยู่นอกกลุ่มก็อาจมีผลกระทบต่อภาพลักษณ์ที่ชุมชนมองตนเอง

<sup>12</sup> I. Schulte-Tenckhoff, *supra* note 9 at 45.

(Self-perception) ชุมชนที่ลักษณะเป็นทางการมักจะมองว่าชุมชนของตนมีความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน หรือมีลักษณะเดียวกัน แต่ในความเป็นจริงในหนึ่งชุมชนเองก็มีความแตกต่างกันและซับซ้อน ที่คือเหตุผลที่ทำให้ชุมชนถูกมองว่ามีการเปลี่ยนแปลงอยู่เสมอและไม่อาจกำหนดขอบเขตโดยใช้พื้นที่ได้แต่ขอบเขตจะขึ้นอยู่กับความสัมพันธ์ในทางสังคมและปัจเจกชน<sup>13</sup>

คำว่า “ชุมชน” กับ คำว่า “ชนกลุ่มน้อย” (Minorities) ไม่เหมือนกันเสียทีเดียว แต่มักถูกใช้ในบริบทที่มีความทับซ้อนกันอยู่ ในขณะที่คำว่าชุมชนจะมีความสำคัญในทางกฎหมายก็เฉพาะในสังคมที่มีความหลากหลายขององค์กรทางการเมือง คำว่าชนกลุ่มน้อยมักจะถูกกล่าวอ้างเมื่อกฎหมายต้องการจะกล่าวถึงชนกลุ่มน้อยในฐานะที่เป็นผู้ทรงสิทธิโดยชัดเจนหรือโดยปริยาย ดังนั้นการอ้างสิทธิของชุมชนหรือชนกลุ่มน้อยจึงทำให้เกิดวิวัฒนาการของ “สิทธิชุมชน” ที่อาจเป็นในรูปแบบของสิทธิของปัจเจกชนที่ใช้ร่วมกันหรือสิทธิของชุมชนโดยส่วนรวมก็ได้<sup>14</sup>

### III. กฎหมายของประเทศแคนาดา กับ Legal Pluralism

ระบบกฎหมายของประเทศแคนาดาวางอยู่บนแนวความคิดพหุนิยมทางกฎหมาย หมายถึง การดำรงอยู่ร่วมกันของระบบกฎหมายหลายระบบที่มีลักษณะเฉพาะตน และกฎเกณฑ์ทางกฎหมายที่แตกต่างกันนั้นถูกนำมาใช้บังคับกับเหตุการณ์ที่เหมือนกัน<sup>15</sup>

พหุนิยมทางกฎหมายในประเทศแคนาดาปรากฏอยู่อย่างชัดเจนในกฎหมายรัฐธรรมนูญที่ประกอบด้วยกฎหมายลายลักษณ์อักษรและที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษร ซึ่งกฎหมายรัฐธรรมนูญในส่วนที่เป็นลายลักษณ์อักษรมีสามฉบับ

<sup>13</sup> *Ibid.*

<sup>14</sup> *Ibid.*

<sup>15</sup> Memorandum, (Resolution 05-01-A: Resolution respecting the recognition of legal pluralism in judicial appointments, National Aboriginal Law Section Executive Committee, Canadian Bar Association, 1 June 2005); [http://www.cba.org/CBA/resolutions/pdf/05-01-A\\_background.pdf](http://www.cba.org/CBA/resolutions/pdf/05-01-A_background.pdf).

ด้วยกันคือ<sup>16</sup>

1. The Constitution Act of 29 March 1867 ซึ่งเป็นกฎหมายก่อตั้งสหพันธรัฐอันประกอบไปด้วย 4 มณฑลเริ่มแรกของประเทศแคนาดา
2. The Constitution Act of 17 April 1982 ซึ่งเป็นกฎหมายที่โอนอำนาจอย่างเป็นทางการเหนือรัฐธรรมนูญจากประเทศอังกฤษไปยังประเทศแคนาดา
3. The Canadian Charter of Rights and Freedom and Procedures for Constitutional Amendments

พหุนิยมทางกฎหมายมีความแตกต่างกับพหุนิยมทางวัฒนธรรม (Cultural Pluralism) ถ้อยคำหลังเป็นแนวความคิดที่เป็นพื้นฐานของสังคมของผู้อพยพซึ่งเป็นผู้ก่อตั้งประเทศแคนาดาขึ้นมาแล้ว โดยระบบกฎหมายของวัฒนธรรมประเพณีจาก 3 กลุ่มหลักคือ อังกฤษ ฝรั่งเศส และชนพื้นเมืองได้เข้ามาร่วมกันประสานเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศโดยมีสถานะพิเศษต่างจากกฎเกณฑ์ของชุมชนหรือชนกลุ่มน้อยอื่น ๆ และเป็นพื้นฐานให้ชนกลุ่มน้อยอื่นๆ ได้รับประโยชน์ร่วมไปด้วย

หลักฐานของการยอมรับความเป็นพหุนิยมทางกฎหมายของประเทศแคนาดาปรากฏอยู่ในกฎหมายรัฐธรรมนูญหลายแห่ง เช่น อาร์มบท (Preamble) ของ The Constitution Act of 1867 บัญญัติว่า ประเทศแคนาดามีรัฐธรรมนูญที่มีหลักการคล้ายกับรัฐธรรมนูญของสหราชอาณาจักร และมาตรา 94 ก็ได้บัญญัติรับรองสถานะของระบบกฎหมายแบบประมวลกฎหมายในมณฑล Quebec การรับรองถึงความดำรงอยู่ของสิทธิของชนพื้นเมือง (Aboriginal Rights หรือ Indigenous Rights) ในฐานะกลุ่มชนที่มีส่วนร่วมในการก่อตั้งประเทศและมีประวัติศาสตร์ความเป็นมายาวนานกว่าประเทศแคนาดา ได้ปรากฏในคดีที่เกี่ยวข้องกับรัฐธรรมนูญ เช่น คดี Reference re Secession of Quebec<sup>17</sup> โดยการอ้างถึง

<sup>16</sup> The World Fact Book - Canada, *supra* note 2.

<sup>17</sup> [1998] 2 S.C.R. 217 at paras. 79 to 82.

ความคุ้มครองต่อสิทธิของชนพื้นเมืองและสิทธิตามสนธิสัญญาที่ชนพื้นเมือง  
ทำไว้กับคนผิวขาวเป็นจำนวนมาก ภายใต้มาตรา 35 ของ The Constitution  
Act of 1982 ที่ถูกอ้างถึงในคดี R. v. Sparrow<sup>18</sup> ศาลสูงสุดได้อธิบายถึงการ  
ครอบครองดินแดนของชนพื้นเมืองมาก่อนและการร่วมก่อตั้งประเทศแคนาดา  
และในคดี R. v. Van der Peet<sup>19</sup> ก็ได้กล่าวถึงสถานะพิเศษทางกฎหมายและ  
ทางรัฐธรรมนูญมาตรา 35 ดังกล่าวของชนพื้นเมืองที่แตกต่างจากชนกลุ่มน้อย  
อื่นๆ<sup>20</sup>

นอกจากการยอมรับและตระหนักถึงการดำรงอยู่ของระบบกฎหมาย  
ที่ต่างกันในประเทศหรือสังคมเดียวกันแล้ว การศึกษาแนวคิดทฤษฎีที่ทำให้เกิดความ  
เข้าใจในความแตกต่างของระบบกฎหมายที่แตกต่างจากแนวคิดที่ปรากฏใน  
สังคมนั้น เป็นสิ่งที่จำเป็นและควรดำเนินไปอย่างต่อเนื่อง เช่น บทความของ  
Professor Mary Ellen Turpel<sup>21</sup> ได้กล่าวถึงประเด็นสำคัญหลาย ๆ ประเด็น  
เช่น แนวคิดพื้นฐานของคำว่าสิทธิ (Rights) ของชนพื้นเมืองในอเมริกาเหนือ  
จริงๆ แล้วไม่ได้มีความเข้าใจที่ถูกต้อง เพราะมองมาจากกรอบของแนวความคิด  
กระแสหลัก ทำให้มีผลต่อการใช้สิทธิที่ปรากฏใน Canadian Charter of Rights  
and Freedom และการยอมรับของชุมชนที่ได้รับผลกระทบ ซึ่งเป็นประเด็น  
ที่ต้องมีการศึกษาในทางวิชาการกันต่อไป

<sup>18</sup> [1990] 1 S.C.R. 1075 at 1083.

<sup>19</sup> [1996] 2 S.C.R. 507.

<sup>20</sup> ดู J.C. Hopkins & A.C. Peeling, *supra* note 6 เพิ่มเติมซึ่งกล่าวถึงกฎหมาย  
รัฐธรรมนูญและเอกสารอื่นๆ ที่แสดงให้เห็นถึงแนวความคิด Legal Pluralism ในประเทศ  
แคนาดา.

<sup>21</sup> M.E. Turpel, "Aboriginal Peoples and the Canadian Charter: Interpretive  
Monopolies, Cultural Differences," in R.F. Devlin (ed.), *Canadian Perspective on  
Legal Theory* (Toronto: Emond Montgomery, 1991).

## ปัญหาการประมงกับ Legal Pluralism

### I. คำตัดสินของศาลสูงสุดของแคนาดาในคดี R. v. Marshall<sup>22</sup>

ศาลสูงสุดของประเทศแคนาดา (The Supreme Court of Canada)  
ได้มีคำพิพากษา ณ วันที่ 17 เดือนกันยายน ปี ค.ศ. 1999 ในคดี R. v. Marshall  
อันเป็นคดีที่มีความสำคัญและมีผลกระทบในวงกว้างต่ออุตสาหกรรมประมงและ  
การประมงในครัวเรือนของชนพื้นเมืองในประเทศแคนาดา<sup>23</sup> และยังเป็นที่ยืนยัน  
ถึงระบบกฎหมายของประเทศแคนาดาที่วางอยู่บนแนวความคิดเรื่อง Legal  
Pluralism อีกด้วย

Mr. Donald John Marshall, Jr. ซึ่งเป็นสมาชิกของกลุ่มชนพื้นเมืองที่  
เรียกตัวเองว่า Mi'kmaq (Micmac) หรือ Mi'kmaw ชนพื้นเมืองที่มีถิ่นฐาน  
ดั้งเดิมอยู่ทางฝั่งตะวันออกของประเทศแคนาดา และมีส่วนในการก่อตั้งประเทศ<sup>24</sup>  
ได้ถูกจับและดำเนินคดีในข้อหาฝ่าฝืนกฎหมายของรัฐบาลกลางที่เกี่ยวกับการ  
ประมง (Federal Fishery Regulations) ถึง 3 ข้อหาคือ 1. ทำการขายปลาไหล  
โดยไม่มีใบอนุญาต 2. ทำการประมงโดยไม่มีใบอนุญาต และ 3. ทำการประมง  
ในช่วงเวลาต้องห้าม โดยใช้วนที่ไม่ถูกต้องตามกฎหมาย<sup>25</sup>

Mr. Marshall ซึ่งอาศัยอยู่ในมณฑล Nova Scotia ได้ยอมรับว่าตนเอง  
กับผู้ร่วมกระทำผิดอีกสองคนได้จับปลาไหลที่บริเวณอ่าว Pomquet เมือง  
Antigonish มณฑล Nova Scotia เป็นจำนวน 463 ปอนด์ และนำไปขายได้เงิน  
787 เหรียญแคนาดาโดยที่ไม่มีใบอนุญาต ใช้อุปกรณ์ที่ผิดกฎหมายของรัฐบาล

<sup>22</sup> [1999] 3 S.C.R. 456 (hereinafter *R. v. Marshall*).

<sup>23</sup> CBC News In-depth: Fishing; <http://www.cbc.ca/news/background/fishing/marshall.html>

<sup>24</sup> "Micmac," *Encyclopaedia Britannica*, 2005.

<sup>25</sup> Maritime Provinces Fishery Regulations, SOR/93-55, ss. 4(1)(a),  
20 - Fishery (General) Regulations, SOR/93-53, s. 35(2).

กลาง และยังทำในเวลาที่ทำประมงอีกด้วย<sup>26</sup> ทาง Mr. Marshall ได้อ้างว่าชาว Mi'kmaw มีสิทธิที่จะทำการประมงและขายสัตว์น้ำที่ได้โดยไม่ต้องอยู่ภายใต้กฎหมายของรัฐบาลกลาง อันเป็นผลมาจากสนธิสัญญาที่ผู้นำชาว Mi'kmaw ได้ทำกับทางประเทศอังกฤษในปี ค.ศ. 1760-61<sup>27</sup>

ประเด็นทางกฎหมายที่ศาลสูงสุด (ซึ่งเหมือนกันกับประเด็นที่ต้องพิจารณาในศาลชั้นต้นและศาลอุทธรณ์ที่ได้มีการดำเนินคดีมาตามลำดับ) ของประเทศแคนาดาสามารถพิจารณาได้ประการเดียวก็คือ ประเด็นที่ว่า Mr. Marshall มีสิทธิตามสนธิสัญญาที่จะทำการประมงและขายสัตว์น้ำที่จับได้นั้น ภายใต้สนธิสัญญาปี ค.ศ. 1760-61 ได้หรือไม่ อันจะทำให้เขาได้รับการยกเว้นไม่ต้องตกอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายของรัฐบาลกลางในเรื่องการทำประมงดังกล่าว<sup>28</sup>

จากการพิจารณาพิพากษาคดีในศาลชั้นต้นของมณฑล Nova Scotia ได้ปรากฏว่า สนธิสัญญาปี ค.ศ. 1760-61 นั้น เป็นสนธิสัญญาที่ผู้นำชาว Mi'kmaw ได้ทำเอาไว้กับผู้ปกครองที่เป็นตัวแทนมาจากประเทศอังกฤษ (Governor) โดยมีเนื้อหาสาระสำคัญที่เป็นข้อตกลงเรื่องการค้า (Trade Clause) คือ ชาว Mi'kmaw จะสามารถทำการล่าสัตว์ การประมง และการเก็บรวบรวม (hunting, fishing and gathering) ที่เป็นสิทธิในทางบวกได้ แต่ต้องขายสัตว์น้ำที่จับได้นั้นให้แก่ ศูนย์การค้าขายที่เรียกว่า Truck houses ที่จัดการและได้รับอำนาจมาจากฝ่าย Governor เท่านั้น โดยที่ทางฝ่าย Mi'kmaw จะสามารถได้รับสัตว์น้ำเท่าที่จำเป็นต่อตนเองเป็นการตอบแทน ซึ่งศาลชั้นต้นได้พิจารณาแล้วเห็นว่า เมื่อสถานการณ์เปลี่ยนไป ศูนย์การค้าขายที่เคยมีได้ถูกเลิกไปตามยุคสมัย ข้อตกลงเรื่องการค้านั้นทั้งหมดสภาพบังคับไปโดยปริยาย จึงได้มีคำพิพากษาให้จำเลยต้องรับผิดชอบข้อกล่าวหาทั้ง 3 ข้อ ศาลอุทธรณ์ของมณฑล Nova Scotia ได้พิพากษายืนตามศาลชั้นต้น

<sup>26</sup> M.L. McCallum, "Rights in the Courts, on the Water, and in the Woods: The Aftermath of R. v. Marshall in New Brunswick" (Fall 2004) J. Can. Stud. at 1.

<sup>27</sup> Maritime Provinces Fishery Regulations, SOR/93-55, ss. 4(1)(a), 20 - Fishery (General) Regulations, SOR/93-53, s. 35(2).

<sup>28</sup> R. v. Marshall, *supra* note 22.

โดยให้ความเห็นว่า ข้อตกลงเรื่องการค้านั้น ไม่ใช่การให้สิทธิแก่ชาว Mi'kmaw แต่เป็นสิทธิในทางลบคือให้ค้าขายได้เฉพาะกับชาวอังกฤษ และเป็นเพียงกลไกที่ทำให้เกิดสันติสุขระหว่างชาว Mi'kmaw กับชาวอังกฤษ และเป็นการห้ามไม่ให้ชาว Mi'kmaw ทำการค้าขายกับฝ่ายศัตรูของประเทศอังกฤษหรือพ่อค้าที่ไม่ใช่คนสัญชาติชื่อเท่านั้น<sup>29</sup>

ศาลสูงสุดได้พิจารณาแล้ว มีความเห็นว่าศาลอุทธรณ์พิจารณาไม่ถูกต้องคือไม่ได้นำเอาหลักฐานที่มีอยู่แล้วจากภายนอก (Extrinsic Evidence) มาประกอบการพิจารณาในกรณีนี้ที่ข้อความในสนธิสัญญาที่เป็นลายลักษณ์อักษรมีความไม่ชัดเจนคือ ประการแรก แม้แต่ในสัญญาฉบับปัจจุบัน ข้อสัญญาที่เป็นลายลักษณ์อักษรก็อาจไม่ได้รวมถึงข้อตกลงทั้งหมดก็ได้ ประการที่สอง ต้องมีการพิจารณาถึงหลักฐานภายนอกที่เกี่ยวข้องกับประวัติศาสตร์และวัฒนธรรมมาประกอบด้วย แม้แต่ในกรณีที่ตัวสัญญาที่เป็นลายลักษณ์อักษรนั้นจะแสดงว่าได้ครอบคลุมทุกข้อสัญญาแล้ว ประการสุดท้ายคือ ในกรณีที่มีการตกลงกันด้วยวาจาและร่างสัญญาเป็นลายลักษณ์อักษรโดยฝ่ายอังกฤษแล้วในภายหลัง การไม่พิจารณาข้อตกลงที่เป็นวาจา โดยคำนึงถึงข้อสัญญาที่เป็นลายลักษณ์อักษรแต่เพียงอย่างเดียวเป็นการไม่สมควรอย่างยิ่ง เมื่อศาลสูงสุดได้พิจารณาเอกสารประกอบการร่างสนธิสัญญาและวัตถุประสงค์ในการทำสนธิสัญญาของทั้งสองฝ่ายแล้ว มีความเห็นว่าสิทธิในการค้า (Right to Trade) ของชาว Mi'kmaw ได้รับการยืนยันทั้งโดยชัดแจ้งและโดยปริยาย ซึ่งเป็นข้อตกลงที่แท้จริงของทั้งสองฝ่ายในขณะนั้น<sup>30</sup>

โดยสรุปแล้ว ชาว Mi'kmaw จึงมีสิทธิตามสนธิสัญญาปี ค.ศ. 1760-61 และไม่มีสิ้นสุดลงเมื่อศูนย์การค้าขายที่เคยมียุติการทำงานลงในช่วงปี ค.ศ. 1780s สิทธินั้นเป็นสิทธิในทางบวกของชนพื้นเมืองที่ได้รับ ประกอบกับสิทธินี้มีความสอดคล้องกับมาตรา 35 ของ The Constitution Act of 1982 ที่เป็นการให้สิทธิ

<sup>29</sup> *Ibid.* at 457.

<sup>30</sup> *Ibid.* at 458.

แก่ชนพื้นเมืองที่จะใช้ประโยชน์จากทรัพยากรเพื่อการดำรงชีวิตที่เหมาะสม ไม่ใช่เพื่อทำให้เกิดความมั่งคั่ง ทำให้เขาได้รับการยกเว้นจากกฎหมายที่ใช้บังคับกับประชากรทั่วไป ดังนั้น ศาลสูงจึงได้มีมติ 5 ต่อ 2 ให้กลับคำพิพากษาของศาลอุทธรณ์ และทำให้ Mr. Marshall พ้นจากข้อหาทั้งหมด<sup>31</sup>

## II. ปัญหาที่ตามมาในเหตุการณ์ที่ Burnt Church First Nation และคดีที่เกี่ยวข้องกับสิทธิของชนพื้นเมืองที่เป็นผลจากคำตัดสินในคดี R.v. Marshall

เขตสงวนสำหรับชนพื้นเมือง (Reserve Burnt Church) ในมณฑล New Brunswick ได้กลายเป็นจุดศูนย์กลางของวิกฤตการณ์ในการทำประมง ระหว่างชนพื้นเมืองและชาวประมงที่ไม่ใช่ชนพื้นเมือง ในวันที่ 3 ตุลาคม ค.ศ. 1999 ไม่นานนักหลังจากที่ชนพื้นเมืองได้รับการยืนยันสิทธิจากสนธิสัญญาและสิทธิตามกฎหมายรัฐธรรมนูญ ในคำพิพากษาของคดี R. v. Marshall ชาวประมงกว่า 150 คนที่ไม่ใช่ชนพื้นเมืองไม่พอใจเป็นอย่างมากที่ชนพื้นเมืองได้รับสิทธิในการทำประมงนอกฤดูกาลที่ได้รับอนุญาต ได้มารวมตัวกันที่อ่าว Miramichi และไปปะทะกับชนพื้นเมืองที่ยังคงทำประมงเลี้ยงชีพในฤดูใบไม้ร่วงที่ต้องห้ามตามกฎหมายรัฐบาลกลาง เกิดการทำลายกับดัก Lobster ข้าวของและอุปกรณ์การประมง รวมทั้งโรงงานปลาถึงสามแห่ง แต่ชนพื้นเมืองก็ยังไม่เลิกการทำประมงนอกฤดูกาลที่ห้าม และอ้างว่ามีวิธีสงวนพันธุ์สัตว์น้ำไม่ให้สูญพันธุ์ได้<sup>32</sup>

ในฤดูร้อน ปี ค.ศ. 2000 ชนพื้นเมืองที่อาศัยอยู่ในบริเวณลำน้ำอินเดียน (Indian Brook First Nation: IBFN) เมือง Shubenacadie มณฑล Nova Scotia ซึ่งมีการทำประมงลอปสเตอร์เป็นประจำเป็นประเพณีปฏิบัติมายาวนานในเขตบริเวณน่านน้ำของตนในอ่าวเซนต์แมรี (St. Mary's Bay) ด้านตะวันตกเฉียงใต้ของมณฑล Nova Scotia ได้ถูกทำร้ายร่างกายโดยตำรวจและเจ้าหน้าที่ประมงของแคนาดา นอกจากนั้นชาวประมงพื้นเมืองยังได้ถูกดำเนินคดีในหลายข้อหา และ

<sup>31</sup> *Ibid.* at 459.

<sup>32</sup> CBC News In-depth: Fishing, *supra* note 23.

อุปกรณ์ในการทำประมงก็ถูกยึดไปด้วย แต่ชาวประมงพื้นเมืองก็ยังคงดำเนินการเรียกร้องสิทธิดั้งเดิมตามประเพณีของพวกเขาต่อไป<sup>33</sup>

เหตุการณ์ทั้งสองเป็นเพียงตัวอย่างของปัญหาการจัดการทรัพยากรธรรมชาติและการแบ่งปันระหว่าง “ชุมชน” ที่มีความแตกต่างกัน และเป็นเรื่องของการดำรงอยู่ของระบบกฎหมายที่มากกว่าหนึ่งระบบในเหตุการณ์เดียวกันที่เรียกว่า Legal Pluralism นักวิชาการและผู้มีส่วนได้เสียหลายฝ่ายได้แสดงความเห็นในด้านหนึ่งว่า การที่มีคำพิพากษาในคดี R. v. Marshall ดังกล่าวเป็นการให้สิทธิที่ไม่สมควรและมีความไม่ชัดเจนแก่ชนพื้นเมือง แม้ว่าศาลจะกล่าวว่าเป็นสิทธิ “พิเศษ” เท่าที่จำเป็นเพื่อการดำรงชีพเท่านั้น และยังเป็นการสร้างบรรทัดฐานแก่คดีอื่นๆ ที่ตามมา เช่น คดี R. v. Bernard<sup>34</sup> ที่ตัดสินในศาลอุทธรณ์ของมณฑล New Brunswick ว่า ชนพื้นเมืองมีสิทธิที่จะตัดไม้ในเขตพื้นที่ของหลวงได้<sup>35</sup> แต่ก็มีด้านที่ให้การสนับสนุนคำตัดสินของศาลสูงเช่นกัน<sup>36</sup>

ผลจากการยืนยันสิทธิตามกฎหมายรัฐธรรมนูญของประเทศแคนาดา อาจนำมาซึ่งเหตุการณ์ต่างๆ ทั้งในแง่บวกและในแง่ลบ แต่สิ่งที่ปฏิเสธไม่ได้ก็คือ ความแตกต่างของกฎเกณฑ์ที่มีอยู่ในชุมชนที่ต่างกันอาจเกิดการปฏิสัมพันธ์ขึ้นได้เมื่อมีเหตุปัจจัยที่เหมาะสมเกิดขึ้น การศึกษาในเรื่อง Legal Pluralism ควรเน้นที่การทำเหตุผลและทำความเข้าใจให้เกิดขึ้นระหว่างกัน

<sup>33</sup> “Christian Peacemaker Teams in Canada”; <http://www.cpt.org/canada/canada.php>.

<sup>34</sup> [2003] 262 New Brunswick Reports (2d) 1.

<sup>35</sup> M.L. McCallum, *supra* note 26 at 1.

<sup>36</sup> *Ibid.* ดูเพิ่มเติมที่บทความของ Brad Caldwell, “R. v. Marshall: Supreme Court of Canada Recognizes Aboriginal Treaty Rights to Trade in Fish”; <http://www.admiraltylaw.com/fisheries/Papers/treatyright.htm>.

## ปัญหาและข้อพิจารณาของ Legal Pluralism

Monsieur Yves Le Bouthillier ประธานคณะกรรมการกฎหมายของประเทศแคนาดาคนปัจจุบันได้กล่าวเปรียบเทียบไว้ในเรื่องของ Legal Pluralism อย่างน่าสนใจว่า

“ตั้งแต่แรกเริ่มเดิมที ผู้ที่เป็นพ่อแม่ได้เลือกที่จะใช้แนวความคิดแบบ Legal Pluralism อยู่แล้ว นั่นคือ ในทุกๆ ครอบครัวย่อมมีกฎเกณฑ์ของตน..... ในแต่ละครอบครัวย่อมมีกฎเกณฑ์ที่สะท้อนให้เห็นถึงจังหวัดหรือกระแสคลื่นของชีวิตของครอบครัวนั้น ซึ่งได้แก่ความจำเป็น วัฒนธรรม และประเพณีของครอบครัว”

นี่คือหลักการและเหตุผลสำคัญที่พ่อแม่ใช้ตอบคำถามของลูกที่ว่าทำไมลูกของตนถึงไม่ตกอยู่ในกฎเกณฑ์เดียวกันกับลูกของครอบครัวอื่น ซึ่งอาจกล่าวได้ว่าเป็นการตั้งคำถามในเชิงกฎหมายเปรียบเทียบ (Comparative Law) เช่นทำไมเพื่อนผม (หรือเพื่อนหนู) เข้านอนเวลาสองทุ่มได้ แต่ผม (หนู) ต้องเข้านอนเวลาหนึ่งทุ่ม หรือทำไมผมถึงดูทีวีได้แค่วันละสองชั่วโมง แต่บ้านเพื่อนผมไม่เห็นมีใครห้ามเลย เป็นต้น ล้วนเป็นคำถามที่พ่อแม่ในแต่ละครอบครัวต้องเผชิญอยู่เป็นประจำ<sup>37</sup>

โดยนัยหนึ่ง Legal Pluralism คือการยอมรับความจริงว่ากลุ่มของกฎเกณฑ์หลายกลุ่มสามารถดำรงอยู่ได้ควบคู่กันไปในเวลาเดียวกัน และการยอมรับว่าเป็นเอกภาพ (Uniformity) ไม่จำเป็นที่จะต้องเกิดขึ้นเสมอไป การที่มีกลุ่มของกฎเกณฑ์หลายกลุ่มอยู่ในขณะเดียวกันมีความเหมาะสมและเป็นที่น่าสนใจแก่ผู้ที่เกี่ยวข้องมากกว่า<sup>38</sup> ดังที่นักกฎหมายทราบกันดีอยู่แล้วว่าความยุติธรรมหรือความเท่าเทียมกันไม่ได้หมายความว่าความถึงการปฏิบัติที่เหมือนกันทุกอย่างเสมอไป

<sup>37</sup> สำนักรับจากประธานคณะกรรมการกฎหมายของประเทศแคนาดา;  
<http://www.lcc.gc.ca/president/friends-en.asp>.

<sup>38</sup> *Ibid.*

ในสังคมทั่วไป ความหลากหลายหรือพหุนิยมทางวัฒนธรรม (Cultural Pluralism) เป็นลักษณะที่เป็นธรรมชาติของสังคมสมัยใหม่อยู่แล้ว ซึ่งก็เป็นที่ยอมรับว่าเป็นเรื่องปกติ โดยไม่มีการตั้งคำถามกัน หรือถือกันว่าเป็นเรื่องปกติในภาคเอกชน เช่น การที่ลูกจ้างได้รับค่าจ้างที่แตกต่างกันในแต่ละบริษัท หรือบุคคลใดที่นับถือศาสนาต่างก็ย่อมจะอยู่ภายใต้กฎเกณฑ์ที่ต่างกันเป็นธรรมดา<sup>39</sup>

การพิจารณาถึงกฎหมายหรือระบบกฎหมายซึ่งเป็นกฎเกณฑ์ของรัฐนั้น อาจมีความแตกต่างกับปรากฏการณ์ทางวัฒนธรรมในทางสังคมอยู่บ้าง ในประเทศหรือรัฐที่มีลักษณะเป็นรัฐรวมหรือแม้แต่ในรัฐเดี่ยวบางประเทศ การจัดโครงสร้างของกฎหมายก็ได้มีการยอมรับระบบกฎหมายเชิงซ้อนหรือพหุนิยมทางกฎหมายอยู่แล้ว การที่รัฐรวมมีระบบกฎหมายต่างกันภายในรัฐเดียว เช่น ระบบกฎหมายแบบจารีตประเพณีกับระบบกฎหมายแบบประมวลกฎหมาย อย่างที่พบเห็นได้ในประเทศแคนาดาและสหรัฐอเมริกา ทำให้แต่ละมณฑลหรือมลรัฐมีการใช้กฎหมายที่อาจแตกต่างกันได้ต่อกรณีเดียวกัน โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในประเทศแคนาดามีการยอมรับระบบกฎหมายที่มาจากต้นกำเนิดหลักๆ อยู่สามทางคือ ระบบกฎหมายของประเทศอังกฤษ ระบบกฎหมายของประเทศฝรั่งเศส และระบบกฎหมายของชนพื้นเมือง นอกจากนี้จากการเปลี่ยนแปลงของสังคมของประเทศแคนาดาที่มีผู้อพยพมาจากหลายถิ่นกำเนิดทั่วโลก การยอมรับถึงความมีอยู่ของกฎเกณฑ์อื่นๆ ก็อาจมีแนวทางที่เป็นไปได้มากขึ้นในอนาคต

ปัญหาที่เกิดขึ้นในสังคมที่มีความหลากหลายและอยู่ภายใต้กฎเกณฑ์ที่แตกต่างกันนี้ มักเกิดขึ้นเมื่อมีการปฏิสัมพันธ์ระหว่างระบบกฎหมาย ซึ่งมักถูกต่อต้านโดยแนวความคิดของการทำให้กฎหมายมีเอกภาพและลดความแตกต่างของระบบกฎหมายดังกล่าว ที่มักเป็นพื้นฐานของแนวความคิดจากภาครัฐ อันเป็นการสวนทางกันของพื้นฐานของแนวความคิด

ขณะนี้แวดวงวิชาการ นักกฎหมายและชนพื้นเมืองในประเทศแคนาดาที่สนับสนุนแนวความคิด Legal Pluralism กำลังร่วมกันทำแผนรณรงค์เพื่อให้

<sup>39</sup> *Ibid.*

มีการพิจารณาแต่งตั้งตัวแทนจากชุมชนของชนพื้นเมืองเข้าไปดำรงตำแหน่ง ผู้พิพากษาในทุกระดับรวมทั้งศาลสูงสุดและเจ้าหน้าที่ในกระบวนการยุติธรรม อย่างเป็นระบบมากขึ้น<sup>40</sup> เป็นการประกันการมีส่วนร่วมของชุมชนอย่างแท้จริง (ซึ่งน่าจะเป็นทางที่ดีที่ผู้ปฏิบัติงานจริงจะมีความเข้าใจอย่างถูกต้องในการใช้ กฎหมายแก้ปัญหาต่าง ๆ) แน่หนอนว่าต้องมีผู้ที่ไม่เห็นด้วยกับปรากฏการณ์นี้ แต่คงต้องเฝ้ามองกันว่าเหตุการณ์ต่อไปจะเป็นอย่างไร สำหรับประเทศไทยนั้น คนในสังคมคงต้องเปลี่ยนความคิดที่มักจะมองว่าการให้โอกาสที่เท่ากันคือ ความเป็นธรรม ก่อนที่จะมีความเปลี่ยนแปลงของสถานการณ์ที่เป็นอยู่นี้ได้

อย่างไรก็ดี การศึกษาแนวความคิดแบบ Legal Pluralism จะทำให้มี การเปิดโลกทัศน์และส่งเสริมให้เกิดการยอมรับถึงความแตกต่างและหลากหลาย ของสังคมทำให้เกิดความพยายามที่จะแสวงหากฎเกณฑ์ที่จะเป็นแนวทางพิจารณา ในการเลือกระบบของกฎหมายที่จะบังคับใช้ในปัญหาต่างๆ ที่เกิดขึ้นในสังคมที่มี ลักษณะเป็นพหุนิยมซึ่งอาจเปรียบได้กับกฎหมายระหว่างประเทศที่เป็นตัวเชื่อมโยง ความสัมพันธ์ของกฎหมายภายในของแต่ละประเทศที่ต้องมีความสัมพันธ์กัน ทำให้เกิดการตั้งคำถามถึงที่มาของกฎเกณฑ์ต่างๆ ความเหมาะสม ความยุติธรรม การตั้งคำถามต่อผู้ที่มีอำนาจหน้าที่ในสังคมที่จะทำให้เกิดความเข้าใจความโปร่งใส และนำไปสู่การแก้ไขปัญหาที่ดี ซึ่งหมายถึงการที่ผู้มีส่วนได้เสียทุกฝ่ายมีความ พึงพอใจต่อการแก้ไขปัญหที่เกิดขึ้น อันเป็นเป้าหมายของกฎหมายนั่นเอง

<sup>40</sup> ดูเพิ่มเติม Memorandum, *supra* note 15 และ J.C. Hopkins & A.C. Peeling, *supra* note 6.

## บรรณานุกรม

- Arnaud, André-Jean. "Legal Pluralism and the Building of Europe." Available <http://www.reds.msh-paris.fr/communication/textes/arnaud2.htm>.
- Brad Caldwell. "R. v. Marshall: Supreme Court of Canada Recognizes Aboriginal Treaty Rights to Trade in Fish" Available <http://www.admiraltylaw.com/fisheries/Papers/treatyright.htm>.
- CBC News In-depth. "Fishing" Available <http://www.cbc.ca/news/background/fishing/marshall.html>
- Christian Peacemaker. "Teams in Canada" Available <http://www.cpt.org/canada/canada.php>. Encyclopaedia Britannica 2005.
- Hopkins, James C. & Peeling, Albert C.. 2004. "Aboriginal Judicial Appointments to the Supreme Court of Canada." Paper prepared for the Indigenous Bar Association. 6 April.
- Isabelle Schulte-Tenckhoff. 2001. "The Concept of Community in the Social Sciences and its Juridical Relevance." (Paper prepared for the Law Commission of Canada. September.
- Law Commission of Canada Website. Available <http://www.lcc.gc.ca/president/friends-en.asp>.
- Margaret L. McCallum. 2004. "Rights in the Courts, on the Water, and in the Woods: The Aftermath of R. v. Marshall in New Brunswick." *Journal of Canadian Studies*. (Fall)
- Maritime Provinces Fishery Regulations, SOR/93-55, ss. 4(1)(a), 20- Fishery (General) Regulations, SOR/93-53, s. 35(2).
- Memorandum. (Resolution 05-01-A: Resolution respecting the recognition of legal pluralism in judicial appointments, National Aboriginal Law Section Executive Committee, Canadian Bar Association, 1 June 2005) Available [http://www.cba.org/CBA/resolutions/pdf/05-01-A\\_background.pdf](http://www.cba.org/CBA/resolutions/pdf/05-01-A_background.pdf).
- Microsoft Encarta Reference Library 2005.

Mary Ellen Turpel. 1991. "Aboriginal Peoples and the Canadian Charter: Interpretive Monopolies, Cultural Differences" in Richard F. Devlin, ed., *Canadian Perspective on Legal Theory*. Toronto: Emond Montgomery.

R. v. Bernard, [2003] 262 New Brunswick Reports (2d) 1.

R. v. Marshall, [1999] 3 S.C.R. 456.

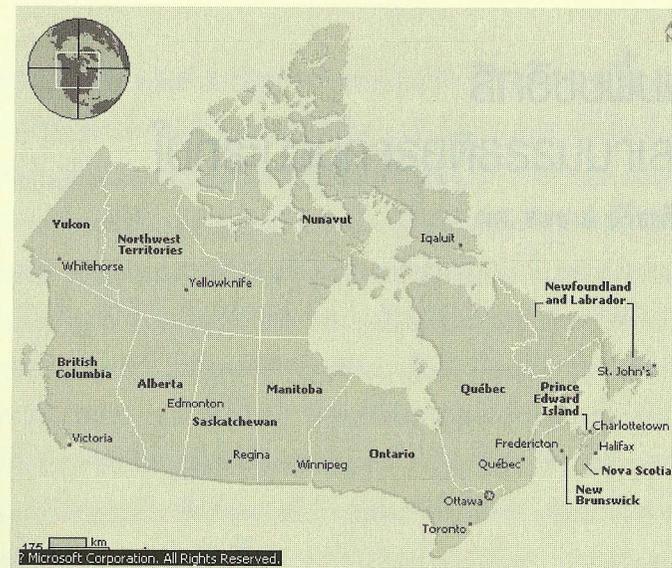
R. v. Sparrow, [1990] 1 S.C.R. 1075

R. v. Van der Peet, [1996] 2 S.C.R. 507.

Reference re Secession of Québec, [1998] 2 S.C.R. 217.

"The Recognition of Aboriginal Customary Laws, Vol.1" (Canberra: Australian Government Publishing Service, 1986) Available <http://www.austlii.edu.au/au/other/IndigLRes/1986/1/CUSTLAW1.rtf>.

The *World Fact Book - Canada* Available <http://www.cia.gov/cia/publications/factbook/geos/ca.html>.



*Canadian Provinces and Territories and Their Capitals* Canada consists of ten provinces and three territories. Each province and territory has a capital city.



*Lobster Traps in Newfoundland and Labrador* Empty lobster traps are stacked near a fishing cabin at Broom Point in Gros Morne National Park. For centuries, lobster, crab, and fish have been economic mainstays for the people of Newfoundland and Labrador. However, a number of recent fishing restrictions have lessened the fishing industry's importance in the province.