

ปัญหาการวินิจฉัยคดีพิพาทเกี่ยวกับสิทธิชุมชนตามรัฐธรรมนูญของศาลปกครอง*

Judgment Issues of The Administrative Court in Community Rights Cases under The Constitution of the Kingdom of Thailand

อดิศร คงขุนพิณ
Adisorn Kongphunpin

นิสิตในหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต
คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ถนนพญาไท แขวงวังใหม่ เขตปทุมวัน กรุงเทพฯ 10330
LL.M Candidate
Faculty of Law, Chulalongkorn University, Phayathai Road, Pathumwan, Bangkok 10330
Corresponding author E-mail: Adisorn.men@gmail.com
(Received: August 3, 2023; Revised: September 20, 2023; Accepted: November 14, 2023)

บทคัดย่อ

แม้สิทธิชุมชนจะเป็นสิทธิระดับรัฐธรรมนูญมากกว่าสองทศวรรษก็ตาม แต่การขาดความชัดเจนในรายละเอียดของสิทธิ นับเป็นอุปสรรคสำคัญต่อการที่ศาลปกครองจะวินิจฉัยรับรองสิทธิชุมชนให้เกิดผลในทางปฏิบัติ จากปัญหาดังกล่าวจึงเป็นที่มาของงานวิจัยฉบับนี้ที่มุ่งศึกษาแนวคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับสิทธิชุมชน และคำวินิจฉัยคดีปกครองเกี่ยวกับสิทธิชุมชนของต่างประเทศ เพื่อนำมากำหนดเป็นแนวทางทางกฎหมายในการวินิจฉัยคดีพิพาทเกี่ยวกับสิทธิชุมชนในศาลปกครองของไทย ผลการศึกษาพบว่า “สิทธิชุมชน” เป็น “สิทธิเชิงกลุ่ม” ซึ่งมีพัฒนาการมาจากกฎหมายสิทธิมนุษยชนและกฎหมายสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศ โดย “ชุมชน” สามารถใช้สิทธิทางศาลได้โดยการมอบหมายให้ปัจเจกบุคคล และ/หรือ นิติบุคคลที่เป็นตัวแทนหรือผู้แทนของชุมชนนำคดีไปฟ้องต่อศาลในนามของชุมชน และในกรณีที่ศาลปกครองพิจารณาแล้วเห็นว่า ผู้ฟ้องคดีเป็นผู้ทรงสิทธิชุมชนตามรัฐธรรมนูญและมีสิทธิในการเข้าถึงและใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม เช่น มีสิทธิในการดำรงวิถีชีวิตในพื้นที่ป่า เป็นต้น แม้ว่าจะมีข้อจำกัดที่ทำให้ศาลไม่สามารถออกคำสั่งบังคับให้ผู้ฟ้องคดีเข้าไปดำรงวิถีชีวิตอยู่ในพื้นที่ป่าได้ก็ตาม หากแต่ผู้ฟ้องคดีฟ้องขอค่าสินไหมทดแทนจากการที่ต้องสูญเสียสิทธิในการกำหนดเจตจำนงของตนเอง และ/หรือ สิทธิในการเข้าถึงและใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมมาด้วย ศาลปกครองย่อมสามารถกำหนดให้ฝ่ายปกครองชดเชยค่าสินไหมทดแทนให้แก่ผู้ฟ้องคดีจากการที่ต้องสูญเสียสิทธิดังกล่าวในการดำรงวิถีชีวิตตามจารีตประเพณี ตามบรรทัดฐานคำวินิจฉัยของศาลต่างประเทศได้

คำสำคัญ: สิทธิเชิงกลุ่ม, สิทธิชุมชน, ศาลปกครอง, รัฐธรรมนูญ

* บทความวิจัยนี้เป็นส่วนหนึ่งและเรียบเรียงจากวิทยานิพนธ์ เรื่อง “ศาลปกครองกับสิทธิชุมชนตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560” หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

Abstract

Despite the community rights being constitutionally recognized for over two decades, the lack of clarity in the details of the rights is an important obstacle to the Administrative Court in implementing the rights effectively. Therefore, this research aims to examine the concepts and theories related to community rights and decisions on significant international community rights disputes from both decisions of foreign courts and supranational dispute settlement bodies. To be used as a legal guideline for the Administrative Court. The study found that “Community rights” are “Collective rights” that have developed from international human rights and environmental law. “Communities” can use their legal rights by appointing individuals and/or legal entities that represent the community to bring cases to court on behalf of the community. As a result, in case of a dispute over constitutional community rights. If the Administrative Court considers that the plaintiff is the community rights holder and has the right to maintain their traditional way of life in the restricted forest area or the right to access and utilize other natural resources, etc. Despite that the court is unable to issue such a judgement. However, if the plaintiff requests compensation for their loss of the right to self-determination and/or the right to environment, the court can order an administrative agency to make a compensation payment to the plaintiff for the loss of such rights to maintain their traditional way of life in accordance with the standards of foreign court decisions.

Keywords: Collective Rights, Community Rights, Administrative Court, Constitution

1. ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

ประเทศไทยรับรองสิทธิชุมชนให้เป็นสิทธิในระดับรัฐธรรมนูญ มาตั้งแต่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 และคงไว้เรื่อยมาจวบจนรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 รวมเป็นระยะเวลากว่าสองทศวรรษ อย่างไรก็ตาม การที่ปัจจุบันยังไม่มีกฎหมายบัญญัติรายละเอียดของสิทธิชุมชน นับเป็นอุปสรรคประการสำคัญต่อการที่ศาลปกครองจะนำสิทธิชุมชนมาใช้วินิจฉัยคดีเนื่องจากยังขาดความชัดเจนว่า “สิทธิชุมชน” ซึ่งเป็นสิทธิเชิงกลุ่ม มีความแตกต่างจากสิทธิประเภทสิทธิของปัจเจกบุคคลอย่างไร “ชุมชน” ในฐานะผู้ทรงสิทธิทางกฎหมายควรมีองค์ประกอบใดบ้าง และ “สิทธิชุมชนตามรัฐธรรมนูญ” มีขอบเขตเพียงใด ทำให้ตลอดระยะเวลากว่า 20 ปีที่ผ่านมา นับแต่มีการบัญญัติรับรองสิทธิชุมชนไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 หลักกฎหมาย

เกี่ยวกับสิทธิชุมชนยังพัฒนาไปได้น้อย ส่งผลให้การบังคับใช้สิทธิชุมชนยังไม่เกิดผลในทางปฏิบัติมากนัก ในขณะที่ศาลของต่างประเทศและองค์กรระดับข้อพิพาทระดับเหนือรัฐทั้งในรูปแบบของศาลและรูปแบบของคณะกรรมการได้วินิจฉัยวางหลักกฎหมายเกี่ยวกับสิทธิชุมชนที่สำคัญในหลายคดีที่น่าจะสามารถนำมาปรับใช้กับกรณีของไทยได้ จากปัญหาดังกล่าว จึงเป็นที่มาของการศึกษาแนวคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับสิทธิชุมชน และคำวินิจฉัยคดีปกครองเกี่ยวกับสิทธิชุมชนของต่างประเทศที่สำคัญ เพื่อนำมากำหนดเป็นแนวทางทางกฎหมายสำหรับการนำไปปรับใช้ในการวินิจฉัยคดีพิพาทเกี่ยวกับสิทธิชุมชนในศาลปกครองของไทย

2. ระเบียบวิธีวิจัย

ระเบียบวิธีวิจัยประกอบด้วย วัตถุประสงค์ของการวิจัย (หัวข้อที่ 2.1) สมมติฐานการวิจัย (หัวข้อที่ 2.2) วิธีการดำเนินการวิจัย (หัวข้อที่ 2.3) และขอบเขตของการวิจัย (หัวข้อที่ 2.4) ดังนี้

2.1 วัตถุประสงค์ของการวิจัย

(1) เพื่อศึกษาแนวคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับสิทธิชุมชน ซึ่งประกอบด้วยส่วนของผู้ทรงสิทธิ และเนื้อหาแห่งสิทธิ ทั้งจากสาขานิติศาสตร์และสาขามานุษยวิทยา โดยนำมาพิจารณาประกอบกันเพื่อกำหนดขอบเขตของผู้ทรงสิทธิและเนื้อหาแห่งสิทธิของสิทธิชุมชนตามกรอบทฤษฎีนิติศาสตร์เชิงสังคมวิทยา (Sociological Jurisprudence) ที่เสนอว่าการร่างกฎหมาย การตีความกฎหมาย และการใช้กฎหมาย จะต้องสอดคล้องกับข้อเท็จจริงทางสังคม (Social Fact)

(2) เพื่อศึกษาการรับรองสิทธิชุมชนในทุกระดับ ตั้งแต่ระดับของกฎหมายระหว่างประเทศ กฎหมายภายในของต่างประเทศ จนถึงสิทธิชุมชนตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

(3) เพื่อศึกษาคำวินิจฉัยคดีปกครองเกี่ยวกับสิทธิชุมชนของต่างประเทศที่สำคัญทั้งจากคำวินิจฉัยของศาลปกครองต่างประเทศ คำวินิจฉัยของศาลยุติธรรมที่มีเขตอำนาจในการพิจารณาคดีปกครอง หรือศาลอื่น และคำวินิจฉัยขององค์กรระดับข้อพิพาทระดับเหนือรัฐ สำหรับเป็นตัวอย่างในการนำมาปรับใช้ในการวินิจฉัยข้อพิพาทเกี่ยวกับสิทธิชุมชนของศาลปกครองไทย

(4) เพื่อศึกษาคำพิพากษาและคำสั่งของศาลปกครองสูงสุดในคดีที่มีการกล่าวถึงสิทธิชุมชนตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย อันจะทำให้เห็นถึงภาพรวมตลอดจนสภาพปัญหาหรือข้อจำกัดที่เกิดขึ้นในการวินิจฉัยคดีพิพาทเกี่ยวกับสิทธิชุมชนตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยของศาลปกครอง

(5) เพื่อเสนอแนะหลักเกณฑ์ทางกฎหมายเกี่ยวกับสิทธิชุมชนที่สามารถนำไปปรับใช้ในการวินิจฉัยคดีพิพาทเกี่ยวกับสิทธิชุมชนในศาลปกครองได้

2.2 สมมติฐานของการวิจัย

“สิทธิชุมชน” เป็นสิทธิประเภท “สิทธิเชิงกลุ่ม” ซึ่งมีพัฒนาการมาจากกฎหมายสิทธิมนุษยชนและกฎหมายสิ่งแวดล้อม “สิทธิชุมชน” จึงมีองค์ประกอบของผู้ทรงสิทธิและขอบเขตเนื้อหาแห่งสิทธิที่มีลักษณะเฉพาะ และมีความแตกต่างจากสิทธิประเภท “สิทธิของปัจเจกบุคคล” เมื่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยได้บัญญัติรับรองสิทธิชุมชนในส่วนที่เป็นสาระสำคัญไว้สอดคล้องกับเนื้อหาของสิทธิชุมชนทั้งในทางทฤษฎีและที่ปรากฏในตราสารระหว่างประเทศ กรณีจึงถือเป็นจุดเกาะเกี่ยวสำคัญที่สามารถนำหลักกฎหมายเกี่ยวกับสิทธิชุมชนและแนวทางการวินิจฉัยคดีพิพาทเกี่ยวกับสิทธิชุมชนของต่างประเทศมาใช้ในฐานะแนวทางทางกฎหมายสำหรับการวินิจฉัยคดีพิพาทเกี่ยวกับสิทธิชุมชนตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยในศาลปกครองได้ อันจะส่งผลให้เกิดการพัฒนาหลักกฎหมายเกี่ยวกับสิทธิชุมชนในขอบเขตของกฎหมายปกครองไทย และเป็นการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนตามเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

2.3 วิธีการดำเนินการวิจัย

การศึกษานี้เป็นการศึกษาวิจัยเชิงคุณภาพที่ใช้เอกสารเป็นหลัก โดยศึกษาค้นคว้าและรวบรวมข้อมูลจากเอกสารที่เกี่ยวข้องทั้งในรูปแบบของหนังสือตำราทางวิชาการ บทความทางวิชาการ วารสาร วิทยานิพนธ์ รายงานการวิจัย คำพิพากษา บทบัญญัติแห่งกฎหมาย เอกสารอื่น ๆ รวมถึงเว็บไซต์ทั้งของไทยและของต่างประเทศ ทั้งในสาขานิติศาสตร์และสาขาอื่นที่เกี่ยวข้อง

2.4 ขอบเขตของการวิจัย

งานวิจัยฉบับนี้มุ่งศึกษาคำวินิจฉัยของศาลปกครองในคดีที่มีการกล่าวถึงสิทธิชุมชนตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย โดยจะเลือกศึกษาจากคำพิพากษาและคำสั่งของศาลปกครองสูงสุดที่มีการอ้างสิทธิชุมชนตามรัฐธรรมนูญเป็นข้อต่อสู้ในคำฟ้องมาวิเคราะห์โดยนำหลักกฎหมายเกี่ยวกับสิทธิชุมชนและแนวทางการวินิจฉัยคดีปกครองเกี่ยวกับสิทธิชุมชนของต่างประเทศมาพิจารณาประกอบกัน

ทั้งนี้ ในการนำเสนอผลการศึกษาในบทความวิจัยนี้จะเน้นไปที่การนำเสนอถึงปัญหาการวินิจฉัยคดีพิพาทเกี่ยวกับสิทธิชุมชนตามรัฐธรรมนูญของศาลปกครอง ซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของวัตถุประสงค์ของการวิจัยที่ (4) โดยจะแบ่งโครงสร้างการนำเสนอออกเป็น 5 ส่วน ได้แก่ **ส่วนที่หนึ่ง** แนวคิดและทฤษฎีว่าด้วยสิทธิชุมชน ในหัวข้อที่ 3 **ส่วนที่สอง** สิทธิชุมชนตามกฎหมายของต่างประเทศและรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ในหัวข้อที่ 4 **ส่วนที่สาม** บรรทัดฐานในการวินิจฉัยคดีปกครองเกี่ยวกับสิทธิชุมชนของต่างประเทศ ในหัวข้อที่ 5 **ส่วนที่สี่** ปัญหาการวินิจฉัยคดีพิพาทเกี่ยวกับสิทธิชุมชนตามรัฐธรรมนูญของศาลปกครอง ในหัวข้อที่ 6 และ **ส่วนที่ห้า** ข้อเสนอแนะ ในหัวข้อที่ 7

3. แนวคิดและทฤษฎีว่าด้วยสิทธิชุมชน

“สิทธิชุมชน” เป็นคำที่เกิดจากการนำคำว่า “สิทธิ” กับ “ชุมชน” มาประกอบกัน โดยมีความหมายสื่อไปในทำนองว่า “ชุมชน” มี “สิทธิ...” อย่างไรก็ตาม ในทางนิติศาสตร์การอธิบายหรือให้ความหมายคำว่า “สิทธิชุมชน” กลับพบปัญหาสำคัญ 2 ประการ ประการที่หนึ่ง คือ การที่ “สิทธิชุมชน” จัดเป็นสิทธิประเภท “สิทธิเชิงกลุ่ม (Collective Rights)” ซึ่งเมื่อกล่าวถึง “สิทธิเชิงกลุ่ม” ก็ย่อมจะมีคำถามตามมาว่า “สิทธิเชิงกลุ่ม” คืออะไร แตกต่างกับ “สิทธิของปัจเจกบุคคล” อย่างไร ประการที่สอง คือ ปัญหาการกำหนดขอบเขตของ “ชุมชน” ในฐานะที่เป็นผู้ทรงสิทธิทางกฎหมายให้มีความชัดเจนเพียงพอที่จะระบุตัวของผู้ทรงสิทธิได้ จากปัญหาดังกล่าว ทำให้ในการอธิบายแนวคิดและทฤษฎีว่าด้วยสิทธิชุมชนในทางนิติศาสตร์จึงอาจเริ่มต้นจากการกล่าวถึงแนวคิดและทฤษฎีว่าด้วย “สิทธิเชิงกลุ่ม” และ “ชุมชน” ก่อนจะเข้าสู่ข้อสรุปของงานวิจัยฉบับนี้ที่มีต่อ “ชุมชน” ในฐานะ “ผู้ทรงสิทธิทางกฎหมาย” ในลำดับถัดไป

3.1 แนวคิดว่าด้วยสิทธิเชิงกลุ่ม

“สิทธิเชิงกลุ่ม” เป็นรูปแบบของสิทธิประเภทหนึ่งที่มีผู้ทรงสิทธิเป็น “กลุ่มของปัจเจกบุคคล” การทำความเข้าใจถึงที่มาของ “สิทธิเชิงกลุ่ม” จึงมีความจำเป็นที่จะต้องกล่าวถึงแนวคิดและทฤษฎีว่าด้วย “สิทธิ” ก่อนเป็นลำดับแรก

“สิทธิ” เป็นประดิษฐกรรมทางสังคมและวัฒนธรรมของมนุษย์¹ ระบบความคิดเกี่ยวกับสิทธิจึงมีลักษณะเป็นพลวัตตามสังคม² ส่วนคำถามที่ว่า “สิทธิ” คืออะไร นั้น หนึ่งในคำอธิบายเกี่ยวกับสิทธิในทางนิติศาสตร์ที่ได้รับการยอมรับและเป็นข้อความคิดพื้นฐานสำหรับผู้ศึกษาสิทธิในทางนิติศาสตร์ คือ

¹ Miodrag A. Jovanović, *Collective Rights: A Legal Theory*, (Cambridge: Cambridge University Press, 2012), p.66.

² Karel Vasak อดีตผู้อำนวยการฝ่ายสิทธิมนุษยชนและสันติภาพของ UNESCO ใช้เกณฑ์พัฒนาการทางประวัติศาสตร์ประกอบกับเกณฑ์ทางด้านเนื้อหา แบ่งยุคของสิทธิมนุษยชนออกเป็น 3 ยุค ตามคำขวัญการปฏิวัติฝรั่งเศสปี ค.ศ. 1798 ได้แก่ (1) ยุค “อิสระภาพ” เน้นคุณค่าเรื่อง อิสระภาพและเสรีภาพของมนุษย์ เป็นยุคเริ่มต้นของสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (Civil and Political Right) (2) ยุค “ความเสมอภาค” มีการขยายคุณค่าของสิทธิไปสู่ “ความเสมอภาค” ทำให้เกิดการปรากฏตัวของสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม (3) ยุค “ภราดรภาพ” เป็นยุคที่มุ่งสู่ความเป็น “ภราดรภาพ” ของมวลมนุษยในโลกหรือสิทธิในความสมานฉันท์ (Rights of Solidarity) ซึ่งเป็นความพยายามในการแก้ไขข้อบกพร่องของสิทธิมนุษยชนในยุคก่อนหน้านี้ที่เน้นสิทธิในทรัพย์สินหรือสิทธิทางการเมืองบนฐานของปัจเจกชนนิยมเป็นหลัก มาสู่สิทธิที่วางอยู่บนฐานของกลุ่มหรือส่วนรวม (Collective Rights) มากขึ้น ซึ่งครอบคลุมตั้งแต่สิทธิในการกำหนดอนาคตของตนเองในด้านเศรษฐกิจ การเมือง สังคมและวัฒนธรรม เช่น สิทธิในการพัฒนา สิทธิในการมีส่วนร่วมและได้รับประโยชน์จากมรดกร่วมของมนุษยชาติ สิทธิของชนกลุ่มน้อยที่จะสืบต่อวัฒนธรรมและวิถีชีวิตของตน และสิทธิในสิ่งแวดล้อมที่ดี เป็นต้น ที่มา International Commission of Jurist, *Development, Human Rights and the Rule of law*, (Oxford: Pergamon Press, 1981), p.148; Scott Davidson, *Human Right*, (Buckingham: Open University Press, 1993), p.44; วิฑิต มั่นตาธรรม, “สิทธิมนุษยชนและสิทธิปวงชน แสงสว่างจากความชุ่มมัว”, *วารสารกฎหมาย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย*, 12, 2 (2530), หน้า 133. อ้างถึงใน จริฎ โฆษณานันท์, *สิทธิมนุษยชนไร้พรมแดน: ปรัชญา กฎหมาย และความเป็นจริงทางสังคม*, (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2556), หน้า 78-80.

คำอธิบายของ เวสลีย์ โฮเฟลด์ (Wesley Hohfeld) ในงานเขียน *Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning*³ โดย เวสลีย์ โฮเฟลด์ อธิบายความหมายของประโยค “X มีสิทธิ R” ว่าอาจมีความหมายอย่างหนึ่งอย่างใดต่อไปนี้⁴

(1) X มีสิทธิเรียกร้อง (Claim Rights) R คือ การที่ Y (บุคคลอื่นไม่ว่าจะเป็นใครก็ตาม) มีหน้าที่ (Duty) ให้ X กระทำ R หรืออีกนัยหนึ่งคือ X สามารถอ้างสิทธิที่จะ R ต่อ Y ได้ ซึ่งเป็นรูปแบบของสิทธิตามความเข้าใจทั่วไป ยกตัวอย่างกรณีสิทธิในที่ดิน เช่น การที่ X มีสิทธิเรียกร้องห้ามไม่ให้ Y (บุคคลอื่นไม่ว่าจะเป็นใครก็ตาม) เข้ามาในที่ดินของ X

(2) X มีเอกสิทธิ์หรือเสรีภาพ (Privileges/Liberties) ใน R คือ การที่ X มีอิสระที่จะกระทำ R หรือไม่กระทำ R ก็ได้ และ Y (บุคคลอื่นไม่ว่าจะเป็นใครก็ตาม) ไม่มีหน้าที่ใด ๆ ต่อ X ในการที่ X กระทำ R หรือไม่กระทำ R ยกตัวอย่างกรณีสิทธิในที่ดิน เช่น การที่ X มีเอกสิทธิ์หรือเสรีภาพที่จะใช้ประโยชน์ในที่ดินอย่างไรก็ได้

(3) X มีอำนาจ (Powers) ใน R คือ การที่ X สามารถแก้ไข เปลี่ยนแปลง โอน R ได้อย่างอิสระ ยกตัวอย่างกรณีสิทธิในที่ดิน เช่น การที่ X มีอำนาจแก้ไข เปลี่ยนแปลง โอนสิทธิในที่ดินของ X

(4) X มีความคุ้มกัน (Immunities) ใน R คือ การที่ Y (บุคคลอื่นไม่ว่าจะเป็นใครก็ตาม) ไม่มีอำนาจที่จะเปลี่ยนสถานะทางกฎหมายของ X ที่มีสิทธิ R ได้ ยกตัวอย่างกรณีสิทธิในที่ดิน เช่น การที่ Y (บุคคลอื่นไม่ว่าจะเป็นใครก็ตาม) ไม่มีอำนาจที่จะเปลี่ยนสิทธิในที่ดินของ X ได้

แม้ทฤษฎีสิทธิของ เวสลีย์ โฮเฟลด์ ช่วยตอบคำถามว่า เมื่อกล่าวถึง “X มีสิทธิ R” มีความหมายอย่างไร แต่ยังไม่ได้ตอบคำถามว่าประดิษฐกรรมทางสังคมที่เรียกว่า “สิทธิ” เกิดขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์หรือความมุ่งหมายใด สำหรับคำตอบของคำถามข้างต้น ได้มีนักคิดหลายท่านที่ได้เสนอแนวความคิดเกี่ยวกับวัตถุประสงค์หรือแก่นของสิทธิไว้ โดยสามารถจัดกลุ่มทฤษฎีเกี่ยวกับสิทธิออกเป็น 2 กลุ่มหลัก ๆ ได้แก่ กลุ่มทฤษฎีตัวเลือก และกลุ่มทฤษฎีผลประโยชน์⁵ โดยมีรายละเอียดเบื้องต้น ดังนี้

(1) ทฤษฎีตัวเลือก (Choice/Will Theory of Rights) มีนักคิดคนสำคัญที่อยู่ในกลุ่มนี้ อาทิ จอห์น ออสติน (John Austin) เบิร์นฮาร์ด วินด์เซด (Bernhard Windscheid) เฮท แอล เอ ฮาร์ท (H.L.A. Hart)⁶ ทฤษฎีตัวเลือกมองว่า แก่นของสิทธิคือ การทำให้ปัจเจกบุคคลมีเสรีภาพในการเลือก⁷ ซึ่ง เฮท แอล เอ ฮาร์ท เรียกว่า เป็นอำนาจอธิปไตยในระดับปัจเจกบุคคล (“*Small-Scale Sovereign*”)⁸ วัตถุประสงค์

³ Raymond Wacks, *Understanding Jurisprudence : An Introduction to Legal Theory*, 3rd ed. (New York: Oxford University Press, 2012), p.233.

⁴ Ibid., p. 234.

⁵ Ibid.

⁶ Miodrag A. Jovanović, *Collective Rights: A Legal Theory*, p.67.

⁷ Raymond Wacks, *Understanding Jurisprudence : An Introduction to Legal Theory*, p.236.

⁸ H. L. A. Hart, “Legal Rights,” in *Essays on Bentham: Jurisprudence and Political Theory*, ed. H. L. A. Hart

หรือแก่นของสิทธิในมุมมองของทฤษฎีตัวเล็กลงจึงเน้นไปที่สิทธิในมิติของ Liberties และ Powers ตามคำอธิบายของ เวสลีย์ โฮเฟลด์⁹ ในแง่นี้อาจกล่าวได้ว่า สิทธิตามมุมมองของทฤษฎีตัวเล็กลงจะมีจุดเน้นไปที่สิทธิของปัจเจกบุคคลเป็นสำคัญ

(2) ทฤษฎีผลประโยชน์ (Interest Theory of Rights) มีนักคิดคนสำคัญที่อยู่ในกลุ่มนี้ อาทิ เจเรมี เบนแธม (Jeremy Bentham) รูดอล์ฟ ฟอน เยียร์ริง (Rudolf Von Jhering) นีล แม็คคอร์มิค (Neil MacCormick) โจเซฟ ราช (Joseph Raz)¹⁰ ทฤษฎีผลประโยชน์มองว่า วัตถุประสงค์หรือแก่นของสิทธิคือประโยชน์ที่ผู้ทรงสิทธิจะได้รับ¹¹ หรืออีกนัยหนึ่งคือ สิทธิมีขึ้นเพื่อปกป้องผลประโยชน์ของผู้ทรงสิทธิ ดังนั้น ในมุมมองของทฤษฎีผลประโยชน์แล้ว สิทธิในการเลือกของปัจเจกบุคคลที่ทฤษฎีตัวเล็กลงมองว่าเป็นแก่นของสิทธิก็เป็นเพียงการสะท้อนผลประโยชน์ของผู้ทรงสิทธิรูปแบบหนึ่งเท่านั้น¹² การที่ทฤษฎีผลประโยชน์มีจุดเน้นที่ผลประโยชน์ของผู้ทรงสิทธิ โดยคำนึงถึงความสามารถในการเป็นผู้ทรงสิทธิเป็นสำคัญ จึงถือเป็นการเปิดพื้นที่ให้กับคำอธิบายที่ว่า ผู้ทรงสิทธิไม่จำเป็นต้องเป็นปัจเจกบุคคลเสมอไป ดังที่โจเซฟ ราช ให้ความเห็นไว้ว่า สิทธิบางประเภทก็มีความเชื่อมโยงกับวัฒนธรรมทางการเมือง และแม้โดยพื้นฐานจะเกี่ยวข้องโดยตรงกับผลประโยชน์ของปัจเจกบุคคลแต่ละรายก็ตาม แต่เมื่อปัจเจกบุคคลมารวมตัวกันในฐานะของกลุ่ม และผลประโยชน์ที่เกิดขึ้นเป็นผลประโยชน์ของกลุ่มในลักษณะของทรัพย์สินร่วม (Common Goods) สิทธิที่เกิดขึ้นจึงเป็น “สิทธิเชิงกลุ่ม” ไม่ใช่ “สิทธิของปัจเจกบุคคล”¹³ คำอธิบายดังกล่าวได้เป็นฐานทางทฤษฎีให้กับ “ชุมชน” ในฐานะที่เป็นผู้ทรงสิทธิประเภท “สิทธิเชิงกลุ่ม”

“สิทธิเชิงกลุ่ม (Collective Rights)” คืออะไร ? มิโอดเรก โจวานโนวิช (Miodrag Jovanovic) ศึกษางานของโจเซฟ ราช และสรุปว่า สำหรับ โจเซฟ ราช “สิทธิเชิงกลุ่ม” มีสาระสำคัญ 3 ประการ คือ หนึ่ง “สิทธิเชิงกลุ่ม” เป็นสิทธิที่จะต้องสะท้อนผลประโยชน์ของกลุ่ม ซึ่งเป็นผลรวมของผลประโยชน์ของสมาชิกของกลุ่มในฐานะปัจเจกบุคคลแต่ละราย สอง “สิทธิเชิงกลุ่ม” เป็นสิทธิที่แยกออกมาจากผลประโยชน์ของปัจเจกบุคคลอย่างชัดเจน และ สาม “สิทธิเชิงกลุ่ม” ในการกำหนดเจตจำนงของตนเองมีคุณค่าในระดับเดียวกับสิทธิของปัจเจกบุคคล¹⁴

ส่วนองค์ประกอบของผู้ทรงสิทธิเชิงกลุ่มนั้น อาวิไฮน์ มาร์กาไลท (Avishai Margalit) และโจเซฟ ราช ได้ร่วมกันเขียนบทความในชื่อ National Self-Determination อธิบายคุณลักษณะสำคัญของ

(Oxford: Clarendon Press, 1982), p.162-193. Cited in Alon Harel, “Theories of Rights,” in **The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory**, eds. Martin P. Golding and William A. Edmundson (2005), p.194.

⁹ Ibid.

¹⁰ Miodrag A. Jovanović, **Collective Rights: A Legal Theory**, p.67.

¹¹ Raymond Wacks, **Understanding Jurisprudence : An Introduction to Legal Theory**, p.236.

¹² Alon Harel, “Theories of Rights,” in **The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory**, p.195.

¹³ Joseph Raz, “Rights and Politics”, in **Indiana Law Journal**, 71, 1 (1995), p.27-44. Cited in Miodrag A. Jovanović, **Collective Rights: A Legal Theory**, p.78-79.

¹⁴ Ibid., p. 105.

“กลุ่ม” ที่จะถือเป็นผู้ทรงสิทธิในการกำหนดเจตจำนงของตนเอง (Self-Determination) ซึ่งเป็นสิทธิพื้นฐานของ “สิทธิเชิงกลุ่ม” จะต้องประกอบด้วยลักษณะสำคัญ 6 ประการ ได้แก่ 1) กลุ่มในฐานะผู้ทรงสิทธิเชิงกลุ่ม จะต้องมีวิถีชีวิตที่เชื่อมโยงกันผ่านมิติทางวัฒนธรรม เช่น ภาษา ดนตรี อาหาร จารีตประเพณี ฯลฯ เป็นต้น 2) วัฒนธรรมได้หล่อหลอมให้สมาชิกของกลุ่มที่เติบโตมาภายใต้บริบทวัฒนธรรมนั้น ๆ ดำเนินวิถีชีวิตเป็นหนึ่งเดียวกับวัฒนธรรมของตนเป็นอัตลักษณ์เฉพาะของกลุ่ม 3) กลุ่มมีระบบระเบียบในการคัดกรองว่าใครจะได้รับการยอมรับเป็นส่วนหนึ่งของกลุ่มบ้าง 4) การได้รับเป็นสมาชิกของกลุ่มมีนัยสำคัญต่อการดำเนินวิถีชีวิตของปัจเจกชนแต่ละคน 5) การกำหนดว่าใครจะเป็นสมาชิกของกลุ่มบ้างจะต้องเป็นสิ่งที่เกิดขึ้นโดยธรรมชาติ ผ่านกระบวนการทางวัฒนธรรม และ 6) ขอบเขตสมาชิกของกลุ่มจะมีลักษณะพร่าเลือนไม่สามารถกำหนดได้ชัดเจน แต่อย่างไรก็ตาม ยังสามารถหาอัตลักษณ์ร่วมบางประการเพื่อเป็นจุดเกาะเกี่ยวได้¹⁵

จากคุณลักษณะสำคัญของ “กลุ่ม” ในฐานะผู้ทรงสิทธิเชิงกลุ่มข้างต้น จะเห็นได้ว่า “สิทธิเชิงกลุ่ม” มีลักษณะที่สำคัญคือ จะต้องมียุทธศาสตร์หรือประธานแห่งสิทธิเป็น “กลุ่ม” ของบุคคลเท่านั้น ไม่ใช่ “ปัจเจกบุคคล”

สำหรับคำถามที่ว่า ใครจะเป็นผู้ใช้สิทธิในนามของกลุ่มนั้น อัลเลน บูกานัน (Allen Buchanan) เห็นว่า การใช้สิทธิของกลุ่มสามารถใช้ด้วยวิธีใดวิธีหนึ่งจากสองวิธี ดังนี้¹⁶

(1) ใช้ผ่านผู้แทนหรือตัวแทน โดยกลุ่มอาจมีกลไกในการหาฉันทมติร่วมกัน เช่น การตัดสินใจโดยเสียงข้างมาก หรือผ่านองค์กรที่เป็นกลไกในการใช้สิทธิในนามของกลุ่ม

(2) ใช้ผ่านปัจเจกบุคคล ซึ่งเป็นกรณีที่ปัจเจกบุคคลในฐานะสมาชิกของกลุ่มริเริ่มเรียกร้องสิทธิเชิงกลุ่มในนามของตนเอง เช่น สิทธิในการสื่อสารโดยใช้ภาษาของตนเอง สิทธิที่จะมีล่ามในกระบวนการพิจารณาของศาล เป็นต้น และแม้ว่าการใช้สิทธิดังกล่าวจะถูกใช้โดย “ปัจเจกบุคคล” ก็ตาม แต่หากพิจารณาจากผลประโยชน์ที่เกิดขึ้นจากสิทธิดังกล่าวแล้ว จะเห็นได้ว่าการใช้ภาษาก่อให้เกิดผลประโยชน์ต่อกลุ่มซึ่งประโยชน์ในระดับที่เหนือกว่าปัจเจกบุคคล ในแง่การพิจารณาว่าสิทธิใดเป็นสิทธิเชิงกลุ่มหรือไม่ จึงพิจารณาจากรูปแบบการใช้สิทธิเพียงอย่างเดียวไม่ได้ แต่ต้องพิจารณามติของผลประโยชน์ที่เกิดขึ้นด้วย ว่าผลประโยชน์นั้นตกแก่ “ปัจเจกบุคคล” หรือ “กลุ่ม” เป็นหลักมากกว่ากัน¹⁷

ในทางปฏิบัติที่สะท้อนต่อ “กลุ่ม” ในฐานะที่เป็นผู้มีสิทธิฟ้องคดีต่อศาล อาจมีความแตกต่างกันไปตามบริบทของสังคมในแต่ละประเทศ จากการศึกษาสิทธิการฟ้องคดีของกลุ่มของต่างประเทศสามารถนำมาจัดกลุ่มการยอมรับสิทธิการฟ้องคดีของกลุ่มโดยแบ่งตามประเภทของผู้ทรงสิทธิออกเป็น 2 กลุ่มใหญ่ ๆ ด้วยกัน ดังนี้

¹⁵ Margalit, Avishai and Raz, Joseph, “National Self-Determination,” in *The Rights of Minority Cultures*, ed. Will Kymlicka (Oxford University Press, 1995), p.79-92. Cited in Ibid., p. 81-83.

¹⁶ Allen Buchanan, “Liberalism and Group Rights,” in *In Harm’s Way – Essays in Honor of Joel Feinberg*, eds. Jules L. Coleman and Allen Buchanan (Cambridge University Press, 1994), p.1-15. Cited in Ibid., p. 112.

¹⁷ Ibid., p. 118-119.

(1) ผู้ทรงสิทธิเชิงกลุ่มเป็นชนพื้นเมืองดั้งเดิม ชนพื้นเมืองดั้งเดิม (Indigenous Peoples)¹⁸ เป็นผู้ทรงสิทธิเชิงกลุ่มที่มีตัวตนชัดเจนที่สุดในกฎหมายระหว่างประเทศ และกฎหมายภายในของหลาย ๆ ประเทศที่มีชนพื้นเมืองดั้งเดิม เช่น กลุ่มประเทศในทวีปอเมริกา ทวีปแอฟริกา ทวีปเอเชีย และทวีปออสเตรเลีย เป็นต้น¹⁹ ชนพื้นเมืองดั้งเดิมถือเป็นกลุ่มที่มีลักษณะเฉพาะ แตกต่างจาก “กลุ่ม” ประเภทอื่นชัดเจน ดังนั้น ในบทความวิจัยนี้ จึงจัดให้ “ชนพื้นเมืองดั้งเดิม” เป็น “ชุมชนในความหมายอย่างแคบ”

(2) ผู้ทรงสิทธิเชิงกลุ่มเป็นกลุ่มอื่น ๆ นอกเหนือจากชนพื้นเมืองดั้งเดิม แม้ว่า เมื่อกล่าวถึง “สิทธิชุมชน” ภาพของ “ชนพื้นเมืองดั้งเดิม” ในฐานะที่เป็นผู้ทรงสิทธิเชิงกลุ่มจะปรากฏออกมาเด่นชัดที่สุดก็ตาม แต่ผู้ทรงสิทธิเชิงกลุ่มไม่ได้มีเพียงชนพื้นเมืองดั้งเดิมเท่านั้น แต่ยังมีการรวมกลุ่มประเภทอื่น ๆ ที่อาจเป็นผู้ทรงสิทธิเชิงกลุ่มได้ ซึ่งขึ้นอยู่กับกรอบการยอมรับทางกฎหมายของกฎหมายภายในของแต่ละประเทศ ในที่นี้จึงอาจเรียกการรวมกลุ่มรูปแบบอื่น ๆ ที่เป็น “ผู้ทรงสิทธิเชิงกลุ่ม” นอกเหนือไปจาก “ชนพื้นเมืองดั้งเดิม” ว่าเป็น “ชุมชนในความหมายอย่างกว้าง” และด้วยลักษณะที่หลากหลายของการรวมกลุ่มในประเภทนี้ ส่งผลให้การยอมรับสิทธิฟ้องคดีของกลุ่มอื่น ๆ หรือชุมชนในความหมายอย่างกว้างของแต่ละประเทศอาจมีความเคร่งครัดหรือยืดหยุ่นแตกต่างกัน²⁰

¹⁸ จะกล่าวถึงต่อไปในหัวข้อ 3.2.2 แนวคิดด้วยชุมชนในทางนิติศาสตร์

¹⁹ การยอมรับสิทธิการฟ้องคดีของชนพื้นเมืองดั้งเดิม ถือเป็นรากฐานสำคัญที่พัฒนาไปสู่การยอมรับสิทธิของทรัพยากรธรรมชาติ อาทิ สิทธิของแม่น้ำ เป็นต้น เช่น คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญโคลอมเบียในคดี The Atrato River Case ซึ่งเป็นคดีแรกที่ศาลรัฐธรรมนูญโคลอมเบียมีคำพิพากษารับรองสิทธิของแม่น้ำ Atrato และถือเป็นจุดเปลี่ยนสำคัญที่ทำให้โคลอมเบียได้รับการยอมรับในฐานะหนึ่งในประเทศที่มีกระบวนการยุติธรรมด้านสิ่งแวดล้อมก้าวหน้าที่สุดแห่งหนึ่งของโลก (ที่มา Philipp Wesche, “Rights of Nature in Practice: A Case Study on the Impacts of the Colombian Atrato River Decision”, in *Journal of Environmental Law*, 33, 3 (November 2021), p.553.) ในคดีดังกล่าว ศาลรัฐธรรมนูญโคลอมเบียพิพากษารับรองให้แม่น้ำ Atrato พื้นที่ลุ่มน้ำ ตลอดจนลำน้ำสาขา ให้เป็นผู้ทรงสิทธิตามกฎหมาย โดยให้รัฐบาลและชุมชนร่วมกันเป็นผู้พิทักษ์และเป็นตัวแทนในทางกฎหมายของแม่น้ำ (Legal Guardianship and Representation of the Rights of the River) โดยวางหลักว่า ทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมเป็นองค์ประกอบที่สำคัญของชาวโคลอมเบีย ซึ่งนอกจากจะมีผลโดยตรงต่อความเป็นอยู่ที่ดีของมนุษย์แล้ว ยังเกี่ยวข้องเชื่อมโยงกับระบบนิเวศของโลกทั้งระบบ ด้วยเหตุนี้ ทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมจึงเป็นสิ่งทรงคุณค่าในตัวเอง และมีความเชื่อมโยงเป็นพิเศษกับรัฐธรรมนูญโคลอมเบียที่มุ่งคุ้มครองความเป็นพหุวัฒนธรรมตลอดจนการสนับสนุนและปกป้องภูมิปัญญาของชนพื้นเมืองดั้งเดิม เมื่อปัจจุบันพื้นที่ลุ่มน้ำ Atrato มีความเสื่อมโทรมลงอย่างมาก กรณีจึงมีความจำเป็นที่ต้องตีความกฎหมาย เพื่อคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานตามรัฐธรรมนูญ โดยการรับรองสิทธิของลุ่มน้ำ Atrato ตามกระบวนการใหม่ของกฎหมายระหว่างประเทศที่เรียกว่า “สิทธิทางชีววัฒนธรรม (Biocultural Rights)” (คำแปล The Atrato River Case เป็นภาษาอังกฤษโดย Thomas Swan, Erin Daly and James R. May, “Center for Social Justice Studies et al. v. Presidency of the Republic et al. Judgment T-622/16 Constitutional Court of Colombia (November 10, 2016),” [online] Available from : https://climatecasechart.com/wp-content/uploads/non-us-case-documents/2016/20161125_T-62216_judgment.pdf [19 September 2023])

²⁰ เช่น กรณีของอิตาลี ศาลปกครองสูงสุดอิตาลี (The Consiglio di Stato) วางหลักเกี่ยวกับสิทธิการฟ้องคดีขององค์กรหรือสมาคมเพื่อคุ้มครองประโยชน์เชิงกลุ่มที่เกี่ยวข้องกับประเด็นด้านสิ่งแวดล้อมไว้สองประการด้วยกัน ได้แก่ 1. เหตุที่นำคดีมาฟ้องต่อศาลต้องอยู่ภายใต้วัตถุประสงค์ขององค์กรหรือสมาคม 2. องค์กรหรือสมาคมนั้นต้องมีสถานะนิติบุคคลตามกฎหมาย ส่วนกลุ่มอื่น ๆ ที่ไม่มีสถานะเป็นนิติบุคคล ศาลปกครองสูงสุดอิตาลีจะยอมรับสิทธิการฟ้องคดีของกลุ่มดังกล่าว ก็ต่อเมื่อมีการพิสูจน์ให้ศาลเห็นว่า กลุ่มของผู้ฟ้องคดีมีความยึดโยงกับพื้นที่ที่พิพาทที่เกิดมลพิษทางสิ่งแวดล้อมอย่างเหนียวแน่นมั่นคง (ที่มา Viviana Molaschi, “Standing to Sue of Environmental Groups in Italy and in the United States of America”, in *Journal for European*

เมื่อการยอมรับสิทธิการฟ้องคดีในนามของ “ชุมชน” เป็นสิ่งที่สอดคล้องกับกระบวนการพิจารณา คดีปกครองของต่างประเทศในปัจจุบัน ปัญหาจึงอยู่ที่ว่า “ชุมชน” ในฐานะที่เป็น “ผู้ทรงสิทธิเชิงกลุ่ม” ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 คือใคร มีลักษณะหรือขอบเขตอย่างไรบ้าง สามารถเทียบได้กับชุมชนในความหมายอย่างแคบ หรือชุมชนในความหมายอย่างกว้าง โดยจะพิจารณา ในหัวข้อถัดไป

3.2 แนวคิดว่าด้วยชุมชน

ปัจจุบันคำว่า “ชุมชน” เป็นคำที่ใช้กันอย่างแพร่หลายและเป็นที่คุ้นเคยในสังคมไทยกันดี พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554 ให้ความหมายของคำว่า “ชุมชน” ว่า “*น. หมู่ชน, กลุ่ม คนที่อยู่รวมกันเป็นสังคมขนาดเล็ก อาศัยอยู่ในอาณาบริเวณเดียวกันและมีผลประโยชน์ร่วมกัน, ที่ที่มีคน อาศัยอยู่มาก เช่น ขับรถเข้าเขตชุมชนต้องชะลอความเร็ว*” อย่างไรก็ตาม การกำหนดขอบเขตของชุมชน ในฐานะผู้ทรงสิทธิในทางกฎหมายกลับไม่อาจทำได้โดยง่าย เนื่องจากโดยทั่วไปการกล่าวถึง “ชุมชน” ไม่ได้เรียกร่องขอบเขตของคำที่ชัดเจนนัก ในกรณีที่จะต้องระบุขอบเขตของชุมชนให้มีความชัดเจน ก็จะต้องอาศัยการกำหนดนิยามของ “ชุมชน” ขึ้นมาใหม่เพื่อใช้กับกรณีนั้น ๆ เป็นการเฉพาะ ซึ่งเป็นวิธีที่ทำได้ง่าย กว่าการกำหนดนิยามทั่วไปของ “ชุมชน” ในฐานะเป็น “ผู้ทรงสิทธิทางกฎหมาย” ที่นอกจากจะต้องมี คุณลักษณะของชุมชนในความหมายทั่วไปแล้ว จะต้องต้องมีขอบเขตที่ชัดเจนเพียงพอที่จะระบุตัวตนได้ว่า ชุมชนในฐานะผู้ทรงสิทธินั้น ๆ จะนับรวมและไม่นับรวมใคร ไว้ในองค์ประธานแห่งสิทธิบ้าง

ด้วยเหตุนี้ การที่จะขีดเส้น “ชุมชน” ในฐานะ “ผู้ทรงสิทธิทางกฎหมาย” ได้ จึงต้องอาศัย องค์ความรู้เกี่ยวกับชุมชนในสาขามานุษยวิทยาซึ่งเป็นศาสตร์ที่ศึกษาชุมชนโดยตรง²¹ และสาขานิติศาสตร์ มาพิจารณาประกอบกัน²² การพิจารณาแนวคิดและทฤษฎีว่าด้วย “ชุมชน” จึงเริ่มด้วยการนำเสนอชุมชน ในงานศึกษาทางมานุษยวิทยา และงานศึกษาชุมชนในทางนิติศาสตร์ ตามลำดับ

Environmental & Planning Law, 3, 1 (January 2006), p.54.) ในขณะที่ เยอรมนีจะมีการกำหนดผู้ที่มีสิทธิฟ้องคดีต่อศาลใน ลักษณะเคร่งครัด โดยกำหนดให้ผู้ที่จะนำคดีมาฟ้องต่อศาลปกครองจะต้องแสดงให้เห็นว่า ผู้ฟ้องคดีในฐานะปัจเจกบุคคลถูกละเมิด สิทธิอย่างไร ซึ่งในกรณีทั่วไปแล้ว ศาลปกครองเยอรมนีจะไม่ยอมรับการฟ้องคดีเพื่อคุ้มครองประโยชน์สาธารณะหรือเพื่อคุ้มครอง ประโยชน์ของบุคคลที่สาม อย่างไรก็ตาม ด้วยพันธกรณีตามอนุสัญญาว่าด้วยการเข้าถึงข้อมูลข่าวสาร การมีส่วนร่วมสาธารณะในการ ตัดสินใจ และการเข้าถึงความยุติธรรมในคดีสิ่งแวดล้อม ค.ศ. 1998 หรือ อนุสัญญาอาร์ฮุส (The Convention on Access to Information, Public Participation in Decision-Making and Access to Justice in Environmental Matters 1998 - The Aarhus Convention) เยอรมนีได้ผ่อนคลายความเคร่งครัดเรื่องผู้ที่จะมีสิทธิฟ้องคดีต่อศาล โดยมีการยอมรับให้สมาคมหรือองค์กร พัฒนาเอกชนด้านสิ่งแวดล้อมที่ได้รับการรับรองตามกฎหมาย มีสิทธิฟ้องคดีต่อศาลเพื่อคุ้มครองประโยชน์สาธารณะด้านสิ่งแวดล้อมได้ (ที่มา Marion ECKERTZ-HÖFER, “The Judicial Review of Administrative Decisions in Germany,” [online] Available from : https://www.bverwg.de/medien/pdf/rede_20100302_australian_national_conference.pdf [19 September 2023])

²¹ การศึกษาชุมชนเป็นหนึ่งในสาขาย่อยของมานุษยวิทยาวัฒนธรรมที่เรียกว่า “ชาติพันธุ์วิทยา” มีวิธีการศึกษาผ่านการวิจัย ภาคสนาม โดยผู้วิจัยจะนำกรอบแนวคิดทฤษฎีทางมานุษยวิทยามาทำความเข้าใจวิถีชีวิตตลอดจนระบบความคิดความเชื่อของชนกลุ่ม นั้น ที่มา ยศ สันตสมบัติ, *มนุษย์กับวัฒนธรรม*, (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2540), หน้า 6.

²² Roscoe Pound นักคิดคนสำคัญของสำนักนิติศาสตร์เชิงสังคมวิทยา (Sociological Jurisprudence) เสนอว่า การร่าง กฎหมาย การตีความกฎหมาย และการใช้กฎหมาย จะต้องพิจารณาถึงข้อเท็จจริงทางสังคม (Social Facts) ประกอบกัน ที่มา อมร จันทรมบูรณ์, “สภาพวิชาการทางกฎหมายของประเทศไทย : สาเหตุแห่งความล้มเหลวของการปฏิรูปการเมือง ครั้งที่ 2 (หน้า 29)” [ออนไลน์] แหล่งที่มา : <http://public-law.net/publaw/view.aspx?id=1208> [28 มกราคม 2566]

3.2.1 แนวคิดว่าด้วยชุมชนในทางมานุษยวิทยา

จากการศึกษาความคิดเกี่ยวกับ “ชุมชน” ในมุมมองของมานุษยวิทยา²³ สามารถสรุปความหมายของชุมชนได้ว่า “ชุมชน” หมายถึง รูปแบบของการรวมกลุ่มรูปแบบหนึ่ง ที่มีการจัดองค์กรอย่างเป็นระบบ (มีการกำหนดบทบาทหน้าที่และความสัมพันธ์ระหว่างคนในชุมชนหรือกลุ่มเดียวกัน) เพื่อสร้างอำนาจต่อรองกับกลุ่มอื่น ๆ ผ่านการนำเสนอตัวตนและอัตลักษณ์ของกลุ่ม โดยอาศัยทุนทางวัฒนธรรม อาทิ ประวัติศาสตร์ ภูมิปัญญา พิธีกรรม เป็นต้น

ส่วนในมิติความสามารถของชุมชนนั้น จากการศึกษานิยามของชุมชนในทางมานุษยวิทยาแล้ว สามารถนำมาจัดกลุ่มความสามารถของชุมชนออกเป็น 2 มิติ คือ

(1) มิติทางวัฒนธรรม: ชุมชนมีสิทธิในการดำรง สืบสาน ภาษา ความทรงจำร่วม ความเชื่อ พิธีกรรม ตลอดจนภูมิปัญญาอื่น ๆ (เพื่อสร้างอัตลักษณ์ของชุมชน)

(2) มิติทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม: ได้แก่ สิทธิในการใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม ซึ่งสิทธิดังกล่าวจะเกิดเมื่อชุมชนได้ทำหน้าที่ในการดูแลรักษาทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมควบคู่ไปด้วย

ทั้งนี้ เมื่อพิจารณาความสามารถของชุมชนในมิติทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม จะเห็นได้ว่า ระบบความคิดเกี่ยวกับสิทธิโดยเฉพาะสิทธิในทรัพย์สินของชุมชนอาจจะไม่ได้เป็นไปตามฐานคิดของกรรมสิทธิ์เสมอไป แต่อาจมีฐานคิดมาจากจารีตประเพณีที่ปฏิบัติสืบต่อมาในแต่ละท้องถิ่น ทำให้ระบบความคิดเกี่ยวกับสิทธิในทรัพย์สินของชุมชนอาจจะเกี่ยวพันแนบแน่นกับกฎเกณฑ์ทางศีลธรรมของชุมชนก็ได้ เช่น แนวคิดเกี่ยวกับที่ดินสาธารณะของชุมชนซึ่งเป็นหน้าที่ของคนในชุมชนที่ต้องร่วมกันดูแลรักษาเพื่อใช้ประโยชน์ มีผลต่อสิทธิในการบริหารจัดการทรัพยากรส่วนรวมของชุมชนที่อาจมีหลายสิทธิซ้อนกันอยู่ไม่ว่าจะเป็น สิทธิในการจัดการและการควบคุม (Right of Management and Control) สิทธิในการเข้าถึง (Rights of Access) โดยที่ไม่จำเป็นต้องมีการรับรองหรือออกเอกสารสิทธิตามกฎหมายหรือสิทธิผูกขาด (Exclusive Rights) แต่เพียงอย่างเดียว²⁴

²³ งานวิจัยฉบับนี้ศึกษา “ชุมชน” ในมุมมองของมานุษยวิทยาจากงานของศาสตราจารย์ ดร.อานันท์ กาญจนพันธุ์ และศาสตราจารย์ ดร.ยศ สันตสมบัติ ที่มีมุมมองต่อ “ชุมชน” สอดคล้องกันว่า ความเป็นชุมชน คือ การสร้างและรักษาความสัมพันธ์ทางอำนาจระหว่างคนในชุมชนด้วยกันหรือระหว่างชุมชนกับองค์กรภายนอกชุมชน เพื่อคงสิทธิการมีส่วนร่วมในการจัดการทรัพยากรท่ามกลางบริบทของสังคมที่เปลี่ยนแปลงตลอดเวลา ในปัจจุบันความเป็นชุมชนที่วางอยู่บนพื้นฐานของความสัมพันธ์ทางสังคม ไม่ได้จำกัดอยู่เฉพาะความสัมพันธ์ทางโครงสร้างอีกต่อไป การทำความเข้าใจความเป็นชุมชนจึงจำเป็นต้องพิจารณาความเป็นชุมชนเพิ่มขึ้นในลักษณะที่เป็นพลวัต หรือเป็นกระบวนการในการปรับตัวและต่อสู้ของชุมชน การมองชุมชนในลักษณะดังกล่าว จะเป็นการช่วยเปิดพื้นที่ทางสังคมและสร้างตัวตนของคนชายขอบผู้ไร้สิทธิ มากกว่าการมองชุมชนด้วยนิยามที่หยุดนิ่ง ผู้ศึกษาชุมชนจึงต้องพัฒนากรอบคิดเกี่ยวกับชุมชนที่สอดคล้องกับความซับซ้อนและความเปลี่ยนแปลงของสังคม เพื่อยืนยันถึงความหลากหลายทางวัฒนธรรมและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของชนทุกกลุ่ม ที่มา อานันท์ กาญจนพันธุ์, มิติชุมชน: วิถีคิดท้องถิ่นว่าด้วยสิทธิ อำนาจ และการจัดการทรัพยากร, (กรุงเทพฯ: สำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย, 2544) และยศ สันตสมบัติ, “สิทธิชุมชนพัฒนาการและการปรับกระบวนการทัศน์ทางมานุษยวิทยา,” บทความนำเสนอในการประชุมประจำปีของศูนย์มานุษยวิทยาสิรินธร เรื่อง คนมองคน : นานาชีวิตในกระแสความเปลี่ยนแปลง (สำนักงานคณะกรรมการส่งเสริมวิทยาศาสตร์ วิจัยและนวัตกรรม, 2545)

²⁴ อานันท์ กาญจนพันธุ์, วิถีคิดเชิงซ้อนในการวิจัยชุมชน พลวัตและศักยภาพของชุมชนในการพัฒนา, (กรุงเทพฯ: สำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย, 2544), หน้า 117-123.

ลักษณะของวิธีคิดเกี่ยวกับสิทธิในทรัพย์สินของชุมชนดังกล่าว สะท้อนให้เห็นว่า สิทธิต่าง ๆ สามารถซ้อนทับกันได้ ไม่จำเป็นต้องเป็นสิทธิผูกขาดเสมอไป เช่น ป่าของรัฐ อาจเปิดให้ชุมชนท้องถิ่นที่เคยใช้ป่านั้นอยู่แล้วเข้ามามีส่วนร่วมในการจัดการป่าได้ ซึ่งการมองสิทธิในที่ดินและทรัพยากรธรรมชาติว่าเป็นสิทธิในการจัดการและควบคุม หรือสิทธิในการเข้าถึง แทนที่จะเน้นถึงสิทธิความเป็นเจ้าของหรือสิทธิผูกขาดแต่เพียงอย่างเดียว นั้น นอกจากจะเป็นวิธีที่สอดคล้องกับวิถีชีวิตของชุมชนแล้ว ยังช่วยเปิดทางเลือกให้เกิดความเป็นธรรมในการจัดสรรทรัพยากรมากขึ้น²⁵

3.2.2 แนวคิดว่าด้วยชุมชนในทางนิติศาสตร์

ในทางนิติศาสตร์คำว่า “สิทธิชุมชน” สามารถสื่อความหมายได้ 2 นัย ได้แก่ นัยที่สื่อถึง “ชุมชน” ในฐานะที่เป็น “ผู้ทรงสิทธิเชิงกลุ่ม” และนัยที่สื่อถึงเนื้อหาของสิทธิชุมชนว่า “ชุมชน” มีสิทธิประการใดบ้าง ทั้งนี้ มีข้อพึงระวังว่า ในแต่ละสังคมอาจจะมีมุมมองต่อผู้ที่เป็น “ผู้ทรงสิทธิเชิงกลุ่ม” แตกต่างกันได้ โดยไม่จำเป็นว่า “ผู้ทรงสิทธิเชิงกลุ่ม” จะต้องเป็น “ชุมชน” เสมอไป ขึ้นอยู่กับบริบททางสังคม ดังนั้น การศึกษาแนวคิดว่าด้วยชุมชนในทางนิติศาสตร์จึงอาจแบ่งเนื้อหาออกเป็น 2 มิติ คือ มิติที่เป็นภาพรวมของการศึกษาชุมชนในทางนิติศาสตร์ และมิติของการศึกษาชุมชนของนักนิติศาสตร์ไทย

1) ภาพรวมของการศึกษาชุมชนในทางนิติศาสตร์

หากพิจารณา “ชุมชน” ในฐานะที่เป็น “ผู้ทรงสิทธิเชิงกลุ่ม” ในบริบทของกฎหมายระหว่างประเทศแล้ว จะพบว่าไม่มีกฎหมายระหว่างประเทศฉบับใด กำหนดนิยามของ “สิทธิชุมชน” หรือรับรอง “สิทธิชุมชน” ในฐานะ “สิทธิเชิงกลุ่ม” ที่เป็นเอกเทศออกมาจากสิทธิของปัจเจกบุคคลโดยชัดแจ้ง ส่วนใหญ่จะบัญญัติถึงชุมชนไว้ในฐานะที่เป็นผลของการใช้สิทธิในการรวมกลุ่มของปัจเจกบุคคล หรือเป็นการกล่าวถึงชุมชนในฐานะกลไกหนึ่งในการปกป้องคุ้มครองสิ่งแวดล้อม โดยสามารถพบการกล่าวถึงชุมชนในลักษณะดังกล่าวได้ในตราสารระหว่างประเทศด้านสิ่งแวดล้อม²⁶ เว้นแต่กรณีสิทธิของ

²⁵ เรื่องเดียวกัน, หน้า 123-126.

²⁶ เช่น ข้อ 22 ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิ่งแวดล้อมและการพัฒนา คริสต์ศักราช 1992 (ปฏิญญาริโอ) กำหนดว่า

“ชนพื้นเมืองดั้งเดิมและชุมชนของเขา รวมทั้งชุมชนท้องถิ่นอื่น ๆ (Indigenous People and Their Communities and Other Local Communities) มีบทบาทสำคัญในการจัดการและการพัฒนาสิ่งแวดล้อม เพราะเขามีความรู้และมีแนวปฏิบัติสืบทอดกันมา รัฐทั้งหลายควรจะต้องยอมรับ และให้การสนับสนุนอย่างเหมาะสมต่อเอกลักษณ์ วัฒนธรรม และประโยชน์ของพวกเขา รวมทั้งทำให้เขามีส่วนร่วมอย่างมีประสิทธิภาพเพื่อให้บรรลุถึงการพัฒนาที่ยั่งยืน”

ข้อ 8 อนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ คริสต์ศักราช 1992 กำหนดว่า

“การอนุรักษ์ในถิ่นที่อยู่อาศัยตามธรรมชาติแต่ละภาคีจึงต้อง ดำเนินการดังต่อไปนี้ให้มากที่สุดเท่าที่เป็นไปได้และเท่าที่เหมาะสม...

(เจ) ภายใต้เงื่อนไขของกฎหมายภายในประเทศ การให้ความเคารพ, สงวนรักษาและดำรงไว้ซึ่งความรู้ ประดิษฐ์กรรม และการถือปฏิบัติของชุมชนพื้นเมืองดั้งเดิมและท้องถิ่น (Indigenous and Local Communities) ซึ่งปรากฏในการดำเนินชีวิตที่สืบทอดมาตามประเพณี ซึ่งเกี่ยวข้องกับการอนุรักษ์และการใช้ประโยชน์ความหลากหลายทางชีวภาพอย่างยั่งยืนและส่งเสริมการประยุกต์ใช้อย่างกว้างขวางมากขึ้น ด้วยมีความเห็นชอบและการเข้าร่วมของผู้ทรงความรู้, เจ้าของประดิษฐ์กรรมและผู้ถือปฏิบัติอื่น ๆ และสนับสนุนการแบ่งปันอย่างเท่าเทียมซึ่งผลประโยชน์อันเกิดจากการใช้ประโยชน์ความรู้, ประดิษฐ์กรรมและการถือปฏิบัติอื่น ๆ”

“ชนพื้นเมืองดั้งเดิม (Indigenous Peoples)” เท่านั้น ที่มีปณิธานสหประชาชาติว่าด้วยสิทธิของชนพื้นเมืองดั้งเดิม (United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples 2007) บัญญัติรับรองสิทธิเชิงกลุ่มของชนพื้นเมืองดั้งเดิมไว้เป็นการเฉพาะ²⁷ กรณีจึงอาจกล่าวได้ว่า การศึกษา “ชุมชน” ในฐานะที่เป็นผู้ทรงสิทธิเชิงกลุ่มในทางนิติศาสตร์ มีจุดเริ่มต้นและศูนย์กลางของการศึกษาอยู่ที่ “ชนพื้นเมืองดั้งเดิม”²⁸

ปัจจุบันคำว่า “ชนพื้นเมืองดั้งเดิม” ยังไม่มีนิยามที่เป็นที่ยุติ ทั้งนี้ ก็เนื่องมาจากความหลากหลายของชนพื้นเมืองดั้งเดิมทั่วโลกที่ทำให้ยากที่จะกำหนดนิยามให้ชัดเจนได้²⁹ อย่างไรก็ตาม ในเบื้องต้นสามารถแบ่งกลุ่ม นิยามของ “ชนพื้นเมืองดั้งเดิม” ในมุมมองของกฎหมายระหว่างประเทศออกเป็น 2 กลุ่มใหญ่ ๆ ด้วยกัน ได้แก่

(1) ชนพื้นเมืองดั้งเดิมในความหมายอย่างแคบ ตามนิยามของ ดี เจ ราวินดรัน (D. J. Ravindran) และ มาร์ตินเชซ โคโบ (Martinez Cobo) ที่มองว่า ชนพื้นเมืองดั้งเดิมจะต้องมีคุณลักษณะ

คำแปลภาษาไทยจาก คินีจ ตรีบัวเอียม, ธีระวุฒิ เต็มสิริวัฒนกุล และ ธนาชัย สุนทรอนันตชัย, รายงานการศึกษาวิจัยเรื่อง ความเชื่อมโยงระหว่างสิทธิชุมชนกับทรัพยากรธรรมชาติ และสิ่งแวดล้อมภายใต้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560, (กรุงเทพฯ: สำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ, 2561), หน้า 24, 25-27.

²⁷ เรื่องเดียวกัน, หน้า ง-จ.

²⁸ เหตุที่กล่าวว่า การศึกษา “ชุมชน” ในฐานะที่เป็นผู้ทรงสิทธิเชิงกลุ่มในทางนิติศาสตร์ มีจุดเริ่มต้นและศูนย์กลางของการศึกษาอยู่ที่ “ชนพื้นเมืองดั้งเดิม” เป็นตามที่ได้กล่าวไปในตอนต้นของหัวข้อ 3.2.2. แล้วว่าในแต่ละสังคมอาจมีมุมมองต่อ “ผู้ทรงสิทธิเชิงกลุ่ม” แตกต่างกันได้ขึ้นอยู่กับบริบททางสังคม เช่น สังคมไทยจะมีมุมมองต่อ “ผู้ทรงสิทธิเชิงกลุ่ม” เป็น “ชุมชน” ในขณะที่บริบทของสังคมตะวันตกจะมีมุมมองต่อ “ผู้ทรงสิทธิเชิงกลุ่ม” เป็น “ชนพื้นเมืองดั้งเดิม” โดยมีที่มาจากการรื้อฟื้นสิทธิในการรักษาอัตลักษณ์ทางวัฒนธรรมและความชอบธรรมในการเข้าถึงทรัพยากรของเหล่าชนพื้นเมืองดั้งเดิมที่ต้องได้รับผลกระทบจากผู้ล่าอาณานิคม ประเทศที่มีชื่อเสียงโดดเด่นและเป็นที่ยอมรับว่าเป็นต้นแบบของการวางหลักกฎหมายในการคุ้มครองชนพื้นเมืองดั้งเดิมจึงได้แก่ กลุ่มประเทศในโลกใหม่อย่าง ออสเตรเลีย นิวซีแลนด์ ประเทศในอเมริกาเหนือ และกลุ่มลาตินอเมริกา (ที่มา Jayantha Perera, “Introduction,” in *Land and Cultural Survival the Communal Land Rights of Indigenous Peoples in Asia*, ed. Jayantha Perera (Mandaluyong City, Philippines: Asian Development Bank, 2009), p.1.) ต่อมา สิทธิดังกล่าวได้รับการสนับสนุนจากองค์การสหประชาชาติในฐานะส่วนหนึ่งของกฎหมายสิทธิมนุษยชนและกฎหมายสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศ จนกระทั่งในปี ค.ศ. 2007 จึงได้มีการประกาศปณิธานสหประชาชาติว่าด้วยสิทธิของชนพื้นเมืองดั้งเดิม ซึ่งเป็นตราสารระหว่างประเทศที่มีเนื้อหาเกี่ยวกับสิทธิของชนพื้นเมืองดั้งเดิมโดยตรง (ที่มา Ibid., p. 2-5.) ด้วยเหตุนี้ เอกสารที่เกี่ยวข้องกับ “สิทธิเชิงกลุ่ม” โดยส่วนใหญ่ของต่างประเทศโดยเฉพาะในสังคมตะวันตกจึงกล่าวถึง “ชนพื้นเมืองดั้งเดิม” เท่านั้น การศึกษาหลักกฎหมายเกี่ยวกับ “สิทธิเชิงกลุ่ม” ของต่างประเทศจึงมีจุดเริ่มต้นและศูนย์กลางของการศึกษาอยู่ที่ “ชนพื้นเมืองดั้งเดิม”

สำหรับกรณีความเป็นมาของ “สิทธิชุมชน” (การกำหนดให้ “ชุมชน” เป็น “ผู้ทรงสิทธิเชิงกลุ่ม”) ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยนั้น ไม่ปรากฏในบันทึกการประชุมคณะกรรมการการยกร่างรัฐธรรมนูญว่า คณะกรรมการการยกร่างรัฐธรรมนูญ นำแนวคิดเรื่องการรับรองสิทธิชุมชนมาจากที่ใด (ที่มา มนตรี รูปสุวรรณ, กาญจนารัตน์ สิริโรจน์, ฤทัย หงส์ศิริ, มานิตย์ จุมปา และคมสันต์ โพธิ์คง, *เจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ*, (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2542), หน้า 118-119.) อย่างไรก็ตาม เมื่อสำรวจงานเขียนด้านนิติศาสตร์ที่ออกมาช่วงก่อน ปี พ.ศ. 2540 พบว่า มีงานที่กล่าวถึงสิทธิชุมชนในทางกฎหมายไว้บ้างแล้ว เช่น “กฎหมายกับทางเลือกของสังคมไทย” (พ.ศ. 2537) ของศาสตราจารย์ ดร.บรรศักดิ์ อุวรรณโณ หนึ่งในนักกฎหมายมหาชนคนสำคัญของไทย ซึ่งต่อมาได้เข้าไปมีบทบาทในการร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ในตำแหน่งเลขานุการคณะกรรมการการยกร่างรัฐธรรมนูญ

²⁹ Inter-Parliamentary Union (IPU), *Implementing the Un Declaration on the Rights of Indigenous Peoples Handbook for Parliamentarians N° 23*, (Switzerland: Inter-Parliamentary Union, 2014), p.11.

ประกอบด้วย 1) ดำรงอยู่อย่างต่อเนื่องยาวนาน 2) ถูกรุกรานจากคนนอก 3) เป็นผู้ไร้อำนาจในรัฐสมัยใหม่ และ 4) ยังคงรักษาสืบสานอัตลักษณ์ วัฒนธรรม วิถีชีวิตของตนไว้³⁰ จากองค์ประกอบดังกล่าว ชนพื้นเมืองดั้งเดิมในความหมายอย่างแคบ จึงหมายถึงเฉพาะชนพื้นเมืองดั้งเดิมในประเทศที่ผ่านการล่าอาณานิคมและปัจจุบันถูกปกครองโดยเชื้อสายของผู้ล่าอาณานิคม เช่น ประเทศในทวีปอเมริกา ทวีปออสเตรเลีย เป็นต้น

(2) ชนพื้นเมืองดั้งเดิมในความหมายอย่างกว้าง จะมีความหมายครอบคลุมถึงชนเผ่าและกลุ่มชาติพันธุ์ทั่วไปด้วย เนื่องจาก การให้นิยามชนพื้นเมืองดั้งเดิมที่มีองค์ประกอบของการถูกรุกรานจากคนต่างถิ่น มีลักษณะเป็นมุมมองที่ให้น้ำหนักกับชุมชนที่ได้รับผลกระทบจากการล่าอาณานิคมของกลุ่มประเทศในยุโรปโดยตรงเท่านั้น การให้นิยามชนพื้นเมืองดั้งเดิมในลักษณะดังกล่าวจึงมีผลเป็นการละเลยชุมชนอื่น ๆ ที่ได้รับผลกระทบจากการถูกรุกรานจากอำนาจรัฐไปโดยปริยาย เช่น ปัญหาสำคัญที่เกิดขึ้นกับกลุ่มชาติพันธุ์ (Ethnic Group) ในทวีปแอฟริกา และเอเชียที่รัฐบังคับให้ชุมชนต้องละทิ้งถิ่นฐานเดิม ซึ่งถือเป็นกรณีที่ส่งผลกระทบอย่างรุนแรงต่อการรักษาวิถีชีวิตดั้งเดิมของชุมชนให้คงไว้ เป็นต้น³¹

ด้วยเหตุนี้ การกล่าวถึง “ชนพื้นเมืองดั้งเดิม” จึงขึ้นอยู่กับความมุ่งหมายของผู้ใช้ว่าต้องการให้ขอบเขตของชนพื้นเมืองดั้งเดิมในบริบทนั้น ๆ มีความหมายกว้างหรือแคบเพียงใด อย่างไรก็ดี แม้ชนพื้นเมืองดั้งเดิมจะมีนิยามแบ่งออกเป็นสองกลุ่มใหญ่ ๆ ดังที่กล่าวมาข้างต้น แต่ไม่ได้หมายความว่า กลุ่มชนเผ่า กลุ่มชาติพันธุ์ ตามความหมายของชนพื้นเมืองดั้งเดิมในความหมายอย่างกว้างจะมีสิทธิเสมอภาคกับกลุ่มชนพื้นเมืองดั้งเดิมตามความหมายอย่างแคบ เนื่องจาก การกำหนดนิยามดังกล่าวต่างมีบริบทและความมุ่งหมายที่แตกต่างกัน กล่าวคือ การที่ตราสารระหว่างประเทศได้รับรองสิทธิบางประการของชนพื้นเมืองดั้งเดิมตามความหมายอย่างแคบไว้เป็นการเฉพาะ ก็เนื่องมาจากความเป็นมาทางประวัติศาสตร์ที่ถูกรุกรานช่วงชิงสิทธิที่มีอยู่เดิมโดยผู้ล่าอาณานิคม ทำให้ต้องมีการคุ้มครองชนพื้นเมืองดั้งเดิมตามความหมายอย่างแคบให้ยังคงมีสิทธิตามที่มียุติมา ซึ่งสิทธิที่ว่านี้อาจแตกต่างหรือพิเศษกว่าชนกลุ่มอื่น ๆ ในสังคมก็ได้³² ทั้งนี้ อาจมีการนำสิทธิของชนพื้นเมืองดั้งเดิมตามตราสารระหว่างประเทศมาปรับใช้กับสิทธิของชนกลุ่มอื่น ๆ ได้ เว้นแต่ สิทธิบางประการที่เป็นสิทธิเฉพาะของชนพื้นเมืองดั้งเดิมเท่านั้น³³

2) การศึกษาชุมชนของนักนิเวศศาสตร์ไทย

จากการสำรวจขอบเขตของ “ชุมชน” ในงานศึกษาทางนิเวศศาสตร์ไทย สามารถนำมาจัดกลุ่มความคิดเกี่ยวกับขอบเขตของ “ชุมชน” ออกเป็น 2 กลุ่มด้วยกัน ดังนี้

³⁰ สรุปลจาก คณินิจ ศรีบัวเอี่ยม และคณะ, รายงานการศึกษาวิจัย เรื่อง ความเชื่อมโยงระหว่างสิทธิชุมชนกับทรัพยากรธรรมชาติ และสิ่งแวดล้อมภายใต้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560, หน้า 31.

³¹ Ken S. Coates, *A Global History of Indigenous Peoples Struggle and Survival*, (London: Palgrave Macmillan, 2004), p.8.

³² คณินิจ ศรีบัวเอี่ยม และคณะ, รายงานการศึกษาวิจัย เรื่อง ความเชื่อมโยงระหว่างสิทธิชุมชนกับทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมภายใต้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560, หน้า 45-46.

³³ เรื่องเดียวกัน, หน้า 50.

(1) กลุ่มที่อธิบายการมีตัวตนของชุมชนในฐานะผู้ทรงสิทธิชุมชน จากทฤษฎีนิติบุคคล โดยสภาพ (Organic Theory or Real Corporation Theory)³⁴ ของ ออตโต ฟอน เกียร์เคอ (Otto von Gierke)³⁵ ที่ได้ศึกษากฎหมายโรมันและค้นพบว่า กฎหมายโรมันและกฎหมายจารีตประเพณีของชนเผ่าเยอรมันได้ยอมรับให้การรวมตัวของบุคคลขึ้นเป็นชุมชนที่มีแบบแผนและจุดมุ่งหมายร่วมกันมีสถานะของบุคคลในฐานะที่เป็นบุคคลจริง ๆ โดยสภาพ ไม่ใช่บุคคลสมมุติ³⁶ งานศึกษากลุ่มนี้บุกเบิกโดย รองศาสตราจารย์ ดร.กิตติศักดิ์ ปรกติ ใน “สิทธิของบุคคลซึ่งรวมกันเป็นชุมชน” ที่เสนอว่า “ชุมชน” ในฐานะ “ผู้ทรงสิทธิชุมชน” เกิดขึ้นจากการมารวมตัวกันของกลุ่มคนภายในอาณาบริเวณพื้นที่ใดพื้นที่หนึ่งโดยธรรมชาติ มีความเชื่อมโยงในด้านวิถีชีวิต วัฒนธรรม ความเชื่อ ความสนใจ หรือผลประโยชน์ร่วมกัน และมีความเหนียวแน่นในระดับที่สามารถแสดงเจตนาแทนกลุ่มให้เป็นที่รับรู้แก่คนที่อยู่นอกกลุ่มได้³⁷

(2) กลุ่มที่อธิบายการมีตัวตนของชุมชนในฐานะผู้ทรงสิทธิชุมชน โดยนำแนวคิดทาง สังคมวิทยาและมานุษยวิทยาช่วยในการกำหนดขอบเขตของชุมชนตามแนวทางของสำนักนิติศาสตร์เชิง สังคมวิทยา (Sociological Jurisprudence)³⁸ “ชุมชน” ในทัศนะของงานกลุ่มนี้ จะมีลักษณะเป็นผลผลิต

³⁴ ทฤษฎีเกี่ยวกับนิติบุคคล เป็นการพยายามหาคำอธิบายทางนิติศาสตร์ว่า “นิติบุคคล” เกิดขึ้นมาได้อย่างไร ซึ่งประกอบด้วยทฤษฎีหลัก 2 ทฤษฎี ได้แก่ ทฤษฎีนิติบุคคลโดยสภาพ (Organic Theory or Real Corporation Theory) อธิบายว่า นิติบุคคลเป็นปรากฏการณ์ทางสังคมที่เกิดขึ้นจริง และทฤษฎีนิติบุคคลสมมุติ (Fiction Theory) อธิบายว่า นิติบุคคลเป็นหน่วยที่กฎหมายบัญญัติรับรองให้มีขึ้น (ที่มา วรเจตน์ ภาคีรัตน์, **คำสอนว่าด้วยรัฐและหลักกฎหมายมหาชน**, (กรุงเทพฯ: อ่านกฎหมาย, 2564), หน้า 70-72.) งานศึกษา “ชุมชน” ทางนิติศาสตร์ไทยในกลุ่มนี้ได้้นำคำอธิบายของออตโต ฟอน เกียร์เคอ ผู้เสนอทฤษฎีนิติบุคคลโดยสภาพ มาอธิบายองค์ประกอบพื้นฐานของ “ชุมชน” เพื่อพิจารณาว่า “ชุมชน” นั้น ๆ มีคุณสมบัติเพียงพอที่จะเป็นนิติบุคคลโดยสภาพหรือไม่

³⁵ เช่น กิตติศักดิ์ ปรกติ, **สิทธิของบุคคลซึ่งรวมกันเป็นชุมชน**, (กรุงเทพฯ: สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2550) ; ชรรค์เพชร ขายทวีป, **ผู้ทรงสิทธิชุมชนตามรัฐธรรมนูญ**, วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต สาขากฎหมายมหาชน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2552 ; ศาสตรา วิริยาบุษย์, อานนท์ ศรีบุญโรจน์, หทัยกาญจน์ กำเนิดเพชร และจรินทร์ เศษสวาริ, “สถานะทางกฎหมายกับการคุ้มครองสิทธิของชุมชน”, **วารสารปาริชาติ มหาวิทยาลัยทักษิณ**, 27, 3 (2557) ; อุษณีย์ แผลมลัก, **สิทธิชุมชนในการฟ้องคดีแพ่งตามมาตรา 97 แห่งพระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ พ.ศ. 2535**, วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต สาขากฎหมายทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556 ; อรทัย อินติะไชยวงศ์, **สิทธิชุมชนในการจัดการทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมอย่างสมดุลและยั่งยืน: ศึกษาความเหมาะสมของการใช้ทฤษฎีของ Elinor Ostrom ในประเทศไทย**, วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์, 2560 ; ฐิติรัตน์ ยะอนันต์, **สิทธิชุมชน ในการมีส่วนร่วมบริหารจัดการการใช้และการอนุรักษ์ทรัพยากรธรรมชาติตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560**, วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต สาขากฎหมายทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2561.

³⁶ กิตติศักดิ์ ปรกติ, **สิทธิของบุคคลซึ่งรวมกันเป็นชุมชน**, หน้า 26-27.

³⁷ เรื่องเดียวกัน, หน้า 98-99.

³⁸ เช่น บุญชู ณ ป้อมเพ็ชร, **สิทธิในการจัดการทรัพยากรโดยชุมชน : ศึกษาเปรียบเทียบต่างประเทศกับประเทศไทย**, วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่, 2552 ; ทัน ทองดี, **การนำหลักการเรื่องสิทธิชุมชนตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 มาปรับใช้กับการประมงชายฝั่งของไทย : ศึกษาเฉพาะกรณีชุมชนท้องถิ่นภาคใต้**, วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2555 ; ภริชญา วีระสุโข, “ยอมรับโทษ แต่ไม่ยอมรับผิด” **นิตินานีกว่าด้วยความยุติธรรมในสิทธิชุมชนของกลุ่มอนุรักษ์ทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม บ้านกรูด-บางสะพาน จังหวัดประจวบคีรีขันธ์**, วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต (สหวิทยาการ) สาขาสหวิทยาการ วิทยาลัยสหวิทยาการ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2558 ; คณิงนิจ ศรีบัวเอี่ยม และคณะ, **รายงานการศึกษาวิจัย เรื่อง ความเชื่อมโยงระหว่างสิทธิชุมชนกับทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมภายใต้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560**.

ของการรวมตัวกันของกลุ่มคนเพื่อสร้างอำนาจต่อรองกับรัฐหรือคนที่อยู่นอกกลุ่ม เพื่อรักษาวิถีชีวิตหรืออัตลักษณ์กลุ่มของตนให้ดำรงอยู่ต่อไปได้ในโลกสมัยใหม่ที่เทคโนโลยีเข้ามามีบทบาทสำคัญในชีวิตประจำวัน ทำให้พื้นที่ทางภูมิศาสตร์ไม่ใช่องค์ประกอบของชุมชนที่จะขาดไม่ได้อีกต่อไป นอกจากนี้ การพิจารณาขอบเขตของชุมชนยังไม่มีองค์ประกอบที่ตายตัว เนื่องจากชุมชนมีลักษณะของความเป็นพลวัต มีการเปลี่ยนแปลงอยู่ตลอดเวลา เห็นได้จากคำอธิบายของรองศาสตราจารย์ ดร. คณินิจ ศรีบัวเอี่ยม และคณะ ที่อธิบายว่า “ชุมชน คือ กระบวนการ หรือยุทธวิธีที่เคลื่อนไหวในการนำเสนอตัวตน”³⁹ ดังนั้น ในการระบุตัวตนของชุมชนในฐานะผู้ทรงสิทธิชุมชนของงานในกลุ่มนี้จึงมุ่งเน้นไปที่การพิจารณาจากอัตลักษณ์ของชุมชนนั้น ๆ เป็นสำคัญ

3.3 สรุปนิยามของ “ชุมชน” ในฐานะผู้ทรงสิทธิเชิงกลุ่ม

จากการสำรวจแนวคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับชุมชนทั้งในทางมานุษยวิทยาและในทางนิติศาสตร์ ผู้เขียนเห็นว่า แนวคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับชุมชนจากทั้งสองสาขาต่างมีจุดอ่อนและจุดแข็งในตัว กล่าวคือ แม้สาขามานุษยวิทยาจะมีจุดแข็งที่สามารถอธิบายภาพของชุมชนที่ใกล้เคียงกับสภาพความเป็นจริงมากที่สุด อย่างการมองชุมชนว่าเป็นแบบแผนในการสร้างอัตลักษณ์ของกลุ่มเพื่อให้เกิดอำนาจต่อรองกับคนที่อยู่นอกกลุ่ม ทั้งในมิติการกำหนดวิถีชีวิตของตน หรือการคงไว้ซึ่งสิทธิในการเข้าถึงทรัพยากรธรรมชาติ ซึ่งแสดงให้เห็นถึงความเป็นพลวัตของชุมชนที่ไม่จำเป็นที่จะต้องยึดติดกับพื้นที่ทางภูมิศาสตร์เสมอไปก็ตาม แต่ในอีกด้านหนึ่งจะเห็นได้ว่า คำอธิบายข้างต้นยังไม่มีคำตอบเพียงพอสำหรับการนำมากำหนดเป็นขอบเขตของชุมชนในฐานะผู้ทรงสิทธิชุมชนทางกฎหมายได้

ในขณะที่คำอธิบายเกี่ยวกับชุมชนในทางนิติศาสตร์ซึ่งให้ความสำคัญกับเขตแดนทางภูมิศาสตร์ และวัตถุประสงค์ในการจัดตั้ง แต่ไม่ได้ให้น้ำหนักกับมิติความสัมพันธ์ทางอำนาจมากนัก กลับให้ภาพของชุมชนที่ขาดความเป็นพลวัตและไร้ชีวิตชีวา ค่อยไปในลักษณะของการแบ่งเขตการปกครองหรือการจัดตั้งนิติบุคคลทำนองเดียวกับ “ชุมชนจัดตั้ง” มากกว่าจะเป็น “ชุมชน” ที่เกิดขึ้นตามกลไกการรวมกลุ่มทางสังคม แต่ก็มีข้อดีที่ทำให้ขอบเขตของชุมชนตามนิยามดังกล่าวมีความชัดเจน ซึ่งถือเป็นจุดแข็งที่สามารถนำมาระบุตัวตนของชุมชนในฐานะผู้ทรงสิทธิทางกฎหมายให้มีความชัดเจนได้ไม่ยากนัก

โจทย์สำคัญของการกำหนดนิยามของ “ชุมชน” ในฐานะ “ผู้ทรงสิทธิทางกฎหมาย” จึงขึ้นอยู่กับว่า จะนำแนวคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับชุมชนจากมานุษยวิทยาและนิติศาสตร์มาประสานเข้าด้วยกันอย่างไร จึงจะเกิดความสมดุล และได้ภาพของชุมชนที่ยังคงมีความเป็นพลวัตตามสภาพความเป็นจริงทางสังคมแต่ก็มีขอบเขตที่ชัดเจนเพียงพอที่จะกำหนดขอบเขตของผู้ทรงสิทธิตามกฎหมายได้ คำถามข้างต้นเป็นคำถามเดียวกับโจทย์ของสำนักนิติศาสตร์เชิงสังคมวิทยา⁴⁰ ว่า จะทำอย่างไรจึงจะทำให้กฎหมายเป็น

³⁹ คณินิจ ศรีบัวเอี่ยม และคณะ, รายงานการศึกษาวิจัย เรื่อง ความเชื่อมโยงระหว่างสิทธิชุมชนกับทรัพยากรธรรมชาติ และสิ่งแวดล้อมภายใต้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560, หน้า 56.

⁴⁰ ศาสตราจารย์จรัญ โฆษณานันท์ อธิบายไว้ว่า ทฤษฎีนิติศาสตร์เชิงสังคมวิทยา (Sociological Jurisprudence)

เครื่องมือที่ก้าวทันความเปลี่ยนแปลงของสังคมและสามารถสร้างดุลยภาพให้เกิดความยุติธรรมทางสังคม (Social Justice) ขึ้นได้⁴¹

ด้วยเหตุนี้ เมื่อแนวคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับชุมชนในทางมานุษยวิทยามองว่า แก่นของชุมชน คือ การรวมตัวกันของกลุ่มคนเพื่อสร้างอำนาจต่อรองกับรัฐหรือคนที่อยู่นอกกลุ่ม เพื่อรักษาวิถีชีวิตหรืออัตลักษณ์กลุ่มของตน ในขณะที่แนวคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับชุมชนในทางนิติศาสตร์เน้นเรื่องวัตถุประสงค์และความสามารถในการแสดงเจตนาต่อบุคคลภายนอกกลุ่ม ดังนั้น “ชุมชน” ในฐานะผู้ทรงสิทธิตามกฎหมาย จึงต้องประกอบด้วยคุณลักษณะของทั้งสองส่วน ดังนี้

(1) เป็นการรวมกลุ่มกันของปัจเจกบุคคลเป็นการทั่วไป ในลักษณะสืบเนื่องถาวร

(2) เป็นการรวมกลุ่มโดยมีความมุ่งหมายเพื่อรักษาวิถีชีวิตหรืออัตลักษณ์กลุ่ม (Group Identity) ของตนให้สามารถดำรงอยู่ต่อไปได้ โดยมีได้มีวัตถุประสงค์ในการรวมกลุ่มเพื่อดำเนินกิจการใดกิจการหนึ่งเป็นการเฉพาะ

(3) กลุ่มมีการจัดองค์กร ไม่ว่าจะเป็นรูปแบบทางการหรือไม่เป็นทางการ ในระดับที่สามารถแสดงออกซึ่งเจตนารมณ์ร่วมกันของชุมชน ต่อบุคคลภายนอกกลุ่มได้

สำหรับขอบเขตของ “ชุมชนท้องถิ่น” และ “ชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิม” ซึ่งเป็นคำที่ปรากฏในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 แต่ได้ถูกตัดออกไปในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 นั้น แม้ว่ารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 จะมีบทบัญญัติเกี่ยวกับสิทธิชุมชนที่กล่าวถึงเพียงคำว่า “ชุมชน” เท่านั้นก็ตาม แต่เมื่อ “ชุมชนท้องถิ่น” และ “ชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิม” ได้กลายเป็นคำที่แพร่หลายและถูกนำมาบัญญัติไว้ในกฎหมายเฉพาะบางฉบับ เช่น พระราชบัญญัติสภาองค์กรชุมชน พ.ศ. 2551 กรณีจึงยังมีความจำเป็นที่จะต้องกำหนดขอบเขตของ “ชุมชนท้องถิ่น” และ “ชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิม” ในความหมายทั่วไปด้วย เนื่องจาก คำว่า “ชุมชนท้องถิ่น” และ “ชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิม” ต่างสะท้อนถึงลักษณะเฉพาะตัวของชุมชนบางประการที่สามารถนำมากำหนดเป็นประเภทแยกต่างหากเป็นการเฉพาะได้ และเมื่อ “ชุมชนท้องถิ่น” และ “ชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิม” ต่างเป็นชุมชน ดังนั้น ชุมชนทั้ง 2 ประเภทจึงต้องมีองค์ประกอบพื้นฐานของการเป็นชุมชน และมีองค์ประกอบหรือคุณลักษณะเพิ่มเติมจากขอบเขตของ “ชุมชน” ทั่วไป คือ

เป็นทฤษฎีที่ “เน้นบทบาทความสัมพันธ์ของกฎหมายต่อสังคม อันเป็นการพิจารณาถึงเรื่องบทบาทหน้าที่ (Functional) หรือการทำงานของกฎหมายมากกว่าการสนใจกฎหมายในแง่ที่เป็นเนื้อหาสาระหรือเป็นนามธรรมลอย ๆ ทฤษฎีนี้เน้นเรื่องบทบาทของกฎหมายในการจัดระเบียบผลประโยชน์ของสังคม เน้นการศึกษาถึงวิธีการตรากฎหมายเพื่อแก้ไขปัญหาสังคมต่าง ๆ โดยเฉพาะการสร้างกฎหมายเพื่อปกป้องผลประโยชน์ของส่วนรวมหรือบรรดาประโยชน์ของสังคม” ที่มา จริญญา โฆษณานันท์, นิติปรัชญา, (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2558), หน้า 241.

⁴¹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 271-274.

“ชุมชนท้องถิ่น” หมายถึง “ชุมชน” ที่มีความยึดโยงกับเขตพื้นที่ใดพื้นที่หนึ่งโดยเฉพาะเจาะจง

“ชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิม” หมายถึง “ชุมชนท้องถิ่น” ที่ดำรงอยู่มาอย่างต่อเนื่องยาวนาน และยังคงรักษาสืบสานอัตลักษณ์ วัฒนธรรม และดำรงชีวิตด้วยวิถีดั้งเดิมของตนไว้ ซึ่งสามารถกล่าวโดยเฉพาะเจาะจงได้ว่าหมายถึง กลุ่มชนเผ่าพื้นเมือง หรือกลุ่มชาติพันธุ์ อย่างเช่น กะเหรี่ยง คะฉิ่น ม้ง มานิ มอแกน เป็นต้น⁴²

ทั้งนี้ จากนิยามของ “ชุมชน” “ชุมชนท้องถิ่น” และ “ชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิม” ดังกล่าว สามารถสรุปได้ว่า “ชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิม” เป็นชุมชนที่เทียบเคียงได้กับ “ชนพื้นเมืองดั้งเดิม” หรือ “ชุมชนในความหมายอย่างแคบ” ส่วน “ชุมชน” และ “ชุมชนท้องถิ่น” เป็นชุมชนที่เทียบเคียงได้กับกลุ่มอื่น ๆ หรือ “ชุมชนในความหมายอย่างกว้าง” ตามการจัดประเภทการยอมรับสิทธิการฟ้องคดีในนามของกลุ่มของต่างประเทศ

4. สิทธิชุมชนตามกฎหมายของต่างประเทศและรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

“สิทธิชุมชน” เริ่มปรากฏเป็นรูปธรรมผ่านบทบัญญัติของตราสารระหว่างประเทศด้านสิทธิมนุษยชนและด้านสิ่งแวดล้อมก่อน จากนั้นจึงเริ่มปรากฏในบทบัญญัติของกฎหมายภายในของบางประเทศ ซึ่งประเทศไทยเป็นหนึ่งในนั้น โดยรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยได้บัญญัติรับรองสิทธิชุมชนในส่วนที่เป็นสาระสำคัญไว้สอดคล้องกับเนื้อหาของสิทธิชุมชนที่ปรากฏในตราสารระหว่างประเทศ ดังนี้

4.1 สิทธิชุมชนตามตราระหว่างประเทศสำคัญ

การรับรอง “สิทธิเชิงกลุ่ม” เริ่มปรากฏในฐานะส่วนหนึ่งของกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ⁴³ โดยปรากฏใน ข้อ 27 ของกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ค.ศ. 1966 (International Covenant on Civil and Political Rights : ICCPR)⁴⁴ ที่บัญญัติว่า

“ในรัฐทั้งหลายซึ่งมีชนกลุ่มน้อยทางเผ่าพันธุ์ศาสนา หรือภาษาอยู่ บุคคลผู้เป็นชนกลุ่มน้อยดังกล่าวจะไม่ถูกปฏิเสธสิทธิในอันที่จะมีวัฒนธรรมของตนเอง หรือนับถือและประกอบพิธีกรรมทางศาสนาของตนเอง หรือใช้ภาษาของตนเอง ภายในชุมชนร่วมกับ สมาชิกอื่น ๆ ของชนกลุ่มน้อยด้วยกัน”⁴⁵

⁴² ประเทศไทยมีกลุ่มชาติพันธุ์จำนวนทั้งสิ้น 60 กลุ่ม ที่มา ศูนย์มานุษยวิทยาสิรินธร (องค์การมหาชน), “กลุ่มชาติพันธุ์ในประเทศไทย” [ออนไลน์] แหล่งที่มา : <https://ethnicity.sac.or.th/database-ethnic> [13 กุมภาพันธ์ 2568]

⁴³ Miodrag A. Jovanović, *Collective Rights: A Legal Theory*, p.166.

⁴⁴ Ibid., p. 183.

⁴⁵ คำแปลโดย กรมองค์การระหว่างประเทศ กระทรวงการต่างประเทศ, “ICCPR กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง” [ออนไลน์] แหล่งที่มา : <https://humanrights.mfa.go.th/th/humanrights/obligation/international-human-rights-mechanism/ICCPR.php> [21 ธันวาคม 2565]

บทบัญญัติดังกล่าวถือเป็นหมุดหมายสำคัญที่มีการกล่าวถึง “สิทธิในการกำหนดเจตจำนงของตนเอง” ของกลุ่มชนที่เป็นชนกลุ่มน้อย⁴⁶ โดยได้รับรองให้สิทธิในการกำหนดเจตจำนงของตนเองเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานของกลุ่มชนที่เป็นชนกลุ่มน้อย หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งคือ “สิทธิเชิงกลุ่ม” จะต้องมิสิทธิในการกำหนดเจตจำนงของตนเองเป็นองค์ประกอบทางเนื้อหาของสิทธิด้วยเสมอ

ถัดมา ในปี ค.ศ. 1992 ปฏิญญาว่าด้วยสิทธิของบุคคลที่เป็นของชนกลุ่มน้อยระดับชาติหรือชาติพันธุ์ ศาสนา และภาษา ศาสนา ค.ศ. 1992 (Declaration on the Rights of Persons Belonging to National or Ethnic, Religious and Linguistic Minorities) ได้เน้นย้ำถึงความสำคัญของ “สิทธิเชิงกลุ่ม” ที่เป็น “สิทธิในการกำหนดเจตจำนงของตนเอง” ให้นักชนขึ้น⁴⁷

ต่อมา ในปี ค.ศ. 2007 สมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติได้มีการประกาศปฏิญญาสหประชาชาติว่าด้วยสิทธิของชนพื้นเมืองดั้งเดิม เพื่อรับรองสิทธิเชิงกลุ่มของ “ชนพื้นเมืองดั้งเดิม” เป็นการเฉพาะ โดยมีเนื้อหาครอบคลุมไปถึงสิทธิในทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมด้วย เนื่องจากวิถีชีวิตของชนพื้นเมืองดั้งเดิมเป็นสิ่งที่ไม่สามารถแยกขาดจากสภาพแวดล้อมที่พวกเขาอยู่อาศัยได้⁴⁸ ซึ่งเป็นผลมาจากอิทธิพลทางความคิดของกฎหมายสิ่งแวดล้อม⁴⁹ ที่เห็นพ้องต้องกันว่า พื้นที่ส่วนใหญ่ที่มีความหลากหลายทางชีวภาพสูงล้วนเป็นพื้นที่อยู่อาศัยของชนพื้นเมืองดั้งเดิมที่มีความหลากหลายทางวัฒนธรรมสูงเช่นเดียวกัน ภูมิปัญญาของกลุ่มชนพื้นเมืองดั้งเดิมต่อระบบนิเวศถือเป็นกลไกสำคัญในการรักษาความอุดมสมบูรณ์ของระบบนิเวศและคงไว้ซึ่งความหลากหลายทางชีวภาพ ดังนั้น การคุ้มครองและรับรองสิทธิในการเข้าถึงและใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมของกลุ่มชนพื้นเมืองดั้งเดิมจึงเป็นการช่วยรักษาความหลากหลายทางชีวภาพอีกช่องทางหนึ่ง⁵⁰

⁴⁶ สิทธิชนของกลุ่มน้อย (Minorities Rights) อาจเป็นได้ทั้งสิทธิเชิงกลุ่มซึ่งมีผู้ทรงสิทธิเป็นกลุ่มชนที่เป็นชนกลุ่มน้อย และสิทธิของปัจเจกบุคคลที่เป็นชนกลุ่มน้อย โดยสามารถยกตัวอย่างได้ ดังนี้ 1. สิทธิของกลุ่มชนที่เป็นชนกลุ่มน้อย เช่น สิทธิในการกำหนดเจตจำนงของตนเองของกลุ่มชนที่เป็นชนกลุ่มน้อย เป็นต้น 2. สิทธิของปัจเจกบุคคลที่เป็นชนกลุ่มน้อย เช่น สิทธิที่จะได้รับการปฏิบัติอย่างเสมอภาคเท่าเทียมกับกลุ่มคนส่วนใหญ่ในสังคม ไม่ถูกเลือกปฏิบัติด้วยเหตุที่เป็นสมาชิกของกลุ่มชนกลุ่มน้อย เป็นต้น ดังนั้น เมื่อมีการกล่าวถึงสิทธิของกลุ่มชนกลุ่มน้อยจึงต้องพิจารณาบริบทของเรื่องนั้น ๆ ประกอบด้วยเสมอว่าเป็นการกล่าวถึงสิทธิเชิงกลุ่มหรือสิทธิของปัจเจกบุคคล

⁴⁷ Patrick Thornberry, “The UN Declaration on the Rights of Persons Belonging to National or Ethnic, Religious and Linguistic Minorities: Background, Analysis, Observations and Update,” in *Universal Minority Rights*, eds. Phillips and Rosas (Abo and London: Abo Akademi University for Human Rights, 1995), p.13-76. Cited in Miodrag A. Jovanović, *Collective Rights: A Legal Theory*, p.184.

⁴⁸ UN Commission on Human Rights, Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities, Special Rapporteur José R. Martínez Cobo, Study of the Problem of Discrimination against Indigenous Populations, E/CN.4/Sub.2/1986/7/Add.4; paras. 196-7. Cited in *Ibid.*, p. 92.

⁴⁹ หมุดหมายสำคัญของการปรากฏตัวของสิทธิชุมชนในกฎหมายสิ่งแวดล้อมอยู่ที่การจัดทำปฏิญญาสากลว่าด้วยสิ่งแวดล้อมของมนุษย์ ค.ศ. 1972 (The Declaration of the United Nations Conference on the Human Environment 1972) ณ เมือง สตอกโฮล์ม ต่อมา ในปี ค.ศ. 1992 ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิ่งแวดล้อมและการพัฒนา ค.ศ. 1992 (Rio Declaration on Environment and Development 1992) ณ เมือง ริโอ เดอ จาเนโร (ปฏิญญาริโอ) ได้วางหลักการสำคัญเกี่ยวกับการจัดการและการพัฒนาสิ่งแวดล้อม 26 หลักการ

⁵⁰ The OHCHR Regional Office for South-East Asia, “ชุดข้อมูลสำหรับชนพื้นเมือง (Guide for Indigenous People): แผ่นพับที่ 10 ชนพื้นเมืองและสิ่งแวดล้อม” [ออนไลน์] แหล่งที่มา : <https://bangkok.ohchr.org/thailand/> [27 กุมภาพันธ์ 2566]

ทั้งนี้ สามารถสรุปสาระสำคัญของสิทธิชุมชนตามตราสารระหว่างประเทศด้านสิทธิมนุษยชน และตราสารระหว่างประเทศด้านสิ่งแวดล้อม ได้ดังนี้

(1) สิทธิชุมชนที่ปรากฏในตราสารระหว่างประเทศด้านสิทธิมนุษยชนจะมีเนื้อหาเน้นไปที่สิทธิในการกำหนดเจตจำนงของตนเอง เพื่อคุ้มครองให้กลุ่มของประชาชนที่เป็นผู้ทรงสิทธิเชิงกลุ่มไม่ว่าจะเป็นชนพื้นเมืองดั้งเดิมหรือชุมชนสามารถเลือกวิถีการดำรงชีวิตของตนได้ไม่ว่าจะในมิติของเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม รวมถึงการได้รับการปฏิบัติในความแตกต่างด้วยความเคารพ

(2) สิทธิชุมชนที่ปรากฏในตราสารระหว่างประเทศด้านสิ่งแวดล้อมจะมีเนื้อหาเน้นไปที่สิทธิในการเข้าถึงและใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม เพื่อคุ้มครองให้ชุมชนที่มีวิถีชีวิตแบบดั้งเดิมที่มีความเกื้อหนุนต่อการรักษาทรัพยากรธรรมชาติสามารถทำหน้าที่ดูแลรักษาทรัพยากรธรรมชาติควบคู่ไปกับการใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ

4.2 สิทธิการฟ้องคดีของชุมชนตามกฎหมายของต่างประเทศ

จากการศึกษาบทบัญญัติของกฎหมายเกี่ยวกับการรับรองสิทธิการฟ้องคดีของชุมชนในต่างประเทศของประเทศที่มีการจัดตั้งศาลปกครองแยกออกมาจากศาลยุติธรรม พบว่า มีอยู่ด้วยกัน 2 รูปแบบ คือ กรณีที่มีการรับรองสิทธิการฟ้องคดีของชุมชนในเชิงหลักการไว้ในรัฐธรรมนูญ เช่น รัฐธรรมนูญของโคลอมเบีย (The Political Constitution of Colombia of 1991)⁵¹ และกรณีที่มีการรับรองสิทธิการ

⁵¹ รัฐธรรมนูญโคลอมเบีย

“มาตรา 7 รัฐรับรองและคุ้มครองความหลากหลายทางชาติพันธุ์และวัฒนธรรมของชาติ

มาตรา 72 มรดกทางวัฒนธรรมของชาติอยู่ภายใต้การคุ้มครองของรัฐ มรดกทางโบราณคดีและทรัพยากรทางวัฒนธรรมอื่น ๆ ที่หล่อหลอมความเป็นเอกลักษณ์ของชาติ ไม่สามารถโอนกรรมสิทธิ์ได้ ไม่อาจถูกยึดถือเป็นเจ้าของ และไม่อยู่ภายใต้บังคับของอายุความ จะต้องมิกฎหมายกำหนดวิธีการในการติดตามเอาคืนซึ่งมรดกเหล่านี้ จากเอกชนที่ถือครอง และจะต้องมีการกำหนดสิทธิพิเศษให้กลุ่มชาติพันธุ์ที่อยู่ในพื้นที่ที่มีคุณค่าทางโบราณคดี

มาตรา 79 บุคคลทุกคนมีสิทธิที่จะเข้าถึงและเพลิดเพลินกับสิ่งแวดล้อมที่ดี กฎหมายจะต้องรับประกันการมีส่วนร่วมของชุมชนในการตัดสินใจที่อาจส่งผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อม

เป็นหน้าที่ของรัฐที่จะต้องปกป้องความหลากหลายและความสมบูรณ์ของสิ่งแวดล้อม อนุรักษ์พื้นที่ที่มีความสำคัญทางนิเวศวิทยาเป็นพิเศษ และส่งเสริมการศึกษาเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์เหล่านี้

มาตรา 86 บุคคลทุกคนมีสิทธิที่จะขอความคุ้มครองทางกฎหมายต่อศาล ไม่ว่าจะในเวลาและสถานที่ใดก็ตาม โดยได้รับกระบวนการที่รวดเร็วและรวบรัดไม่ว่าจะด้วยตนเองหรือโดยบุคคลใดก็ตามที่กระทำการในนามของตน เพื่อให้สิทธิขั้นพื้นฐานตามรัฐธรรมนูญของตนได้รับการคุ้มครองได้ทันทั่วทั้งจากความกลัวว่าสิทธิของตนดังกล่าวอาจถูกละเมิดหรือคุกคามโดยการกระทำหรือการละเว้นการกระทำของเจ้าหน้าที่ของรัฐ

ในการให้ความคุ้มครองดังกล่าว ศาลจะต้องมีคำสั่งคุ้มครองผู้ร้องจากกระทำหรืองดเว้นการกระทำของเจ้าหน้าที่ของรัฐโดยเร็ว ทั้งนี้ คำสั่งคุ้มครองดังกล่าวอาจถูกโต้แย้งต่อศาลที่มีอำนาจได้และไม่ว่าจะในกรณีใด ๆ ก็ตาม ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจพิจารณาบททวนใหม่ได้...”

หมายเหตุ ผู้เขียนถอดความจากตัวบทซึ่งแปลเป็นภาษาอังกฤษโดย constituteproject.org, “Colombia’s Constitution of 1991 with Amendments through 2015” [ออนไลน์] แหล่งที่มา : <https://constituteproject.org/countries/Americas/Colombia?lang=en> [5 มีนาคม 2566] ดังนี้

ฟ้องคดีของชุมชนไว้ในรัฐธรรมนูญ เช่น กฎหมายว่าด้วยการรับรองสิทธิในการฟ้องคดีเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อมเพื่อให้เป็นไปตามข้อบังคับของสหภาพยุโรป 2003/35/EC (Gesetz über ergänzende Vorschriften zu Rechtsbehelfen in Umweltangelegenheiten nach der EG-Richtlinie 2003/35/EG (Umwelt-Rechtsbehelfsgesetz) : Environmental Appeals Act) ของเยอรมนี⁵² ซึ่งจะเห็นได้ว่า

“Article 7 The State recognizes and protects the ethnic and cultural diversity of the Colombian Nation.

Article 72 The nation’s cultural heritage is under the protection of the State. The archaeological heritage and other cultural resources that shaped the national identity belong to the nation and are inalienable, not subject to seizure, and are imprescriptible. An Act shall establish the mechanisms to restore control over them when they are in the hands of individuals and shall regulate the special rights that ethnic groups may enjoy when they occupy territories of archaeological wealth.

Article 79 Every individual has the right to enjoy a healthy environment. An Act shall guarantee the community’s participation in the decisions that may affect it.

It is the duty of the State to protect the diversity and integrity of the environment, to conserve the areas of special ecological importance, and to foster education for the achievement of these ends.

Article 86 Every individual may claim legal protection before the judge, at any time or place, through a preferential and summary proceeding, for himself/herself or by whoever acts in his/her name, the immediate protection of his/her fundamental constitutional rights when the individual fears the latter may be jeopardized or threatened by the action or omission of any public authority.

The protection shall consist of an order so that whoever solicits such protection may receive it by a judge enjoining others to act or refrain from acting. The order, which shall be implemented immediately, may be challenged before the competent judge, and in any case the latter may send it to the Constitutional Court for possible revision....”

⁵² กฎหมายว่าด้วยการรับรองสิทธิในการฟ้องคดีเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อมเพื่อให้เป็นไปตามข้อบังคับของสหภาพยุโรป 2003/35/EC

“มาตรา 2 การฟ้องคดีโดยสมาคม

(1) สมาคมเยอรมันหรือสมาคมต่างประเทศที่ได้รับการรับรองตามมาตรา 3 อาจฟ้องคดีต่อศาลปกครอง ตามกฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาการปกครอง เพื่อดำเนินการคัดค้านคำตัดสินตามมาตรา 1 (1) ได้ โดยไม่จำเป็นต้องพิสูจน์ให้เห็นว่าสิทธิของตนถูกละเมิดหากสมาคม:

1. อ้างว่า ว่าการตัดสินใจหรือการละเว้นไม่ตัดสินใจตามมาตรา 1 (1) เป็นการละเมิดบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่เกี่ยวกับการคุ้มครองสิ่งแวดล้อม การก่อตั้งสิทธิของบุคคล อย่างมีนัยสำคัญ

2. อ้างว่า การดำเนินการเพื่อการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมตามข้อบังคับของสมาคมได้รับผลกระทบจากการตัดสินใจหรือการละเว้นไม่ตัดสินใจตามมาตรา 1 (1) และ

3. มีสิทธิเข้าไปมีส่วนร่วมในกระบวนการตัดสินใจตามมาตรา 1 (1) ตามที่กฎหมายในเรื่องนั้น ๆ บัญญัติ แต่ไม่ได้รับโอกาสนั้น

(2) สมาคมที่ไม่ได้รับการรับรองตามมาตรา 3 อาจฟ้องคดีต่อศาลปกครองตาม (1) ได้ หาก:

1. มีคุณสมบัติครบถ้วนตามหลักเกณฑ์ในการรับรอง ณ วันที่ยื่นฟ้อง

2. ได้ยื่นขอการรับรองแล้ว และ

3. อยู่ระหว่างการพิจารณารับรอง โดยมีเหตุมาจากการความบกพร่องของสมาคม

ทั้งนี้ จนกว่าจะมีคำสั่งปฏิเสธคำขอให้รับรองสมาคม ความข้อนี้ใช้กับสมาคมต่างประเทศด้วย...”

หมายเหตุ ผู้เขียนถอดความจากตัวบทซึ่งแปลเป็นภาษาอังกฤษโดย Federal Ministry for the Environment Nature Conservation Nuclear Safety and Consumer Protection (BMUV), “Act Concerning Supplemental Provisions

ประเทศไทยมีการรับรองสิทธิชุมชนในลักษณะเดียวกันกับกรณีของประเทศโคลอมเบีย คือ มีการรับรองสิทธิชุมชน (รวมถึงสิทธิการฟ้องคดีของชุมชน)⁵³ ในเชิงของหลักการไว้ในรัฐธรรมนูญ ส่งผลให้ศาลซึ่งเป็นองค์กรที่ใช้อำนาจตุลาการเพื่อคุ้มครองสิทธิของชุมชนตามที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ มีหน้าที่ในการวินิจฉัยเพื่อวางหลักกฎหมายให้สิทธิชุมชนตามที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้มีผลบังคับในทางปฏิบัติ

4.3 เนื้อหาสิทธิชุมชนในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540⁵⁴ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

on Appeals in Environmental Matters Pursuant to EC Directive 2003/35/EC (Environmental Appeals Act),” [online] Available from : <https://www.bmu.de/en/law/act-concerning-supplemental-provisions-on-appeals-in-environmental-matters-pursuant-to-ec-directive-2003-35-ec-environmental-appeals-act> [19 September 2023] ดังนี้

“Article 2 Appeals by associations

(1) A German or foreign association that is recognized pursuant to Article 3 may, without having to assert that its own rights have been violated, file appeals in accordance with the Rules of Procedure of the Administrative Courts against a decision pursuant to Article 1 paragraph (1), first sentence or failure to take such a decision if the association:

1. Asserts that a decision pursuant to Article 1 paragraph (1), first sentence or failure to take such a decision violates statutory provisions that protect the environment, establish individual rights, and could be of importance for the decision;

2. Asserts that promotion of the objectives of environmental protection in accordance with its field of activity as defined in its bylaws is affected by the decision pursuant to Article 1 paragraph (1), first sentence or failure to take such a decision; and

3. Was entitled to participate in a procedure under Article 1 paragraph (1) and expressed itself in that matter according to the applicable statutory provisions or, contrary to the applicable statutory provisions, was not given an opportunity to express itself...”

(2) An association that is not recognized pursuant to Article 3 may file an appeal pursuant to paragraph (1) only if:

1. It fulfils the requirements for recognition at the time the appeal is filed;

2. It has applied for recognition; and

3. A decision regarding recognition has not yet been made for reasons for which the association is not responsible.

The requirements of number 3 are considered to have been fulfilled by a foreign association. The appeal is no longer admissible when a decision denying recognition becomes final.”

⁵³ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

“มาตรา 41 บุคคลและชุมชนย่อมมีสิทธิ

(3) ฟ้องหน่วยงานของรัฐให้รับผิดชอบเนื่องจากการกระทำหรือการละเว้นการกระทำของข้าราชการ พนักงาน หรือลูกจ้างของหน่วยงานของรัฐ

⁵⁴ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540

“มาตรา 46 บุคคลซึ่งรวมกันเป็นชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิมย่อมมีสิทธิอนุรักษ์หรือฟื้นฟูจารีตประเพณี ภูมิปัญญาท้องถิ่น ศิลปะ หรือวัฒนธรรมอันดีของท้องถิ่นและของชาติ และมีส่วนร่วมในการจัดการ การบำรุงรักษา และการใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมอย่างสมดุลและยั่งยืน ทั้งนี้ ตามที่กฎหมายบัญญัติ”

พุทธศักราช 2550⁵⁵ และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560⁵⁶ รับรองสิทธิชุมชนในเชิงเนื้อหาไว้สอดคล้องกับตราสารระหว่างประเทศ 2 ประการ ได้แก่

1. สิทธิในการอนุรักษ์ พื้นฟู หรือส่งเสริมภูมิปัญญา ศิลปะ วัฒนธรรม ขนบธรรมเนียม และจารีตประเพณี หรืออีกนัยหนึ่งคือ สิทธิในการกำหนดเจตจำนงของตนเอง ซึ่งเป็นสิทธิที่มาพร้อมกับการเกิดขึ้นของชุมชน

2. สิทธิในการจัดการ บำรุงรักษา และใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ สิ่งแวดล้อม และความหลากหลายทางชีวภาพอย่างสมดุลและยั่งยืน ซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของสิทธิในสิ่งแวดล้อม โดยมีฐานคิดมาจากกฎหมายสิ่งแวดล้อมที่ให้ความสำคัญกับบทบาทของชุมชนที่ดำรงวิถีชีวิตแบบดั้งเดิมมีความเกี่ยวพันต่อการรักษาทรัพยากรธรรมชาติ บทบาทหน้าที่ดังกล่าวได้ก่อให้เกิดความชอบธรรม (Legitimate) ในการใช้ทรัพยากรธรรมชาติ และนำไปสู่การสถาปนาสิทธิทางกฎหมายขึ้น (Legality) เพื่อคุ้มครองให้ชุมชนที่มีลักษณะดังกล่าวสามารถทำหน้าที่ดูแลรักษาทรัพยากรธรรมชาติต่อไปได้ ในแง่นี้ ชุมชนใดจะมีสิทธิในการเข้าถึงหรือใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมหรือไม่ หรือมีมากน้อยเพียงใด จึงสัมพันธ์กับบทบาทในการดูแลรักษาทรัพยากรธรรมชาติของชุมชนนั้น ๆ

5. บรรทัดฐานในการวินิจฉัยคดีปกครองเกี่ยวกับสิทธิชุมชนของต่างประเทศ

จากการศึกษาคำวินิจฉัยคดีปกครองเกี่ยวกับสิทธิชุมชนของศาลปกครองต่างประเทศ ศาลอื่นในประเทศที่ไม่มีศาลปกครอง และองค์กรระงับข้อพิพาทระดับเหนือรัฐ⁵⁷ พบว่า “ชุมชน” ไม่ว่าจะเป็น “ชุมชนในความหมายอย่างแคบ” หรือ “ชุมชนในความหมายอย่างกว้าง” ก็ตาม สามารถใช้สิทธิทางศาลได้โดยการมอบหมายให้ปัจเจกบุคคล และ/หรือนิติบุคคล ที่เป็นตัวแทนหรือผู้แทนของชุมชน นำคดีไปฟ้องต่อ

⁵⁵ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

“มาตรา 66 บุคคลซึ่งรวมกันเป็นชุมชน ชุมชนท้องถิ่น หรือชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิม ย่อมมีสิทธิอนุรักษ์หรือฟื้นฟูจารีตประเพณี ภูมิปัญญาท้องถิ่น ศิลปวัฒนธรรมอันดีของท้องถิ่นและของชาติ และมีส่วนร่วมในการจัดการ การบำรุงรักษา และการใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ สิ่งแวดล้อม รวมทั้งความหลากหลายทางชีวภาพอย่างสมดุลและยั่งยืน”

⁵⁶ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

“มาตรา 43 บุคคลและชุมชนย่อมมีสิทธิ

(1) อนุรักษ์ พื้นฟู หรือส่งเสริมภูมิปัญญา ศิลปะ วัฒนธรรม ขนบธรรมเนียม และจารีตประเพณีอันดีงามทั้งของท้องถิ่น และของชาติ

(2) จัดการ บำรุงรักษา และใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ สิ่งแวดล้อม และความหลากหลายทางชีวภาพอย่างสมดุลและยั่งยืนตามวิธีการที่กฎหมายบัญญัติ...”

⁵⁷ เช่น ศาลปกครองสูงสุดโคลอมเบีย (Consejo de Estado) ศาลปกครองสูงสุดฟินแลนด์ (The Supreme Administrative Court of Finland) ศาลปกครองเบอร์ลิน (Administrative Court of Berlin) ศาลสูงสุดไนจีเรีย (Supreme Court of Nigeria) ศาลสูงสุดแคนาดา (Supreme Court of Canada) คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติ (Human Rights Committee) ศาลสิทธิมนุษยชนแห่งทวีปอเมริกา (Inter-American Court of Human Rights) คณะกรรมาธิการสิทธิมนุษยชนแห่งทวีปอเมริกา (Inter-American Commission on Human Rights) คณะกรรมาธิการสิทธิมนุษยชนและกลุ่มชนแห่งทวีปแอฟริกา (African Commission on Human and Peoples' Rights) เป็นต้น

ศาลในนามของชุมชนเพื่อคุ้มครองประโยชน์ของชุมชนซึ่งเป็นสิทธิเชิงกลุ่ม⁵⁸ สอดคล้องกับแนวคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับสิทธิชุมชนตามที่นำเสนอไว้ในหัวข้อที่ 3

สำหรับในส่วนของการวินิจฉัยในประเด็นเนื้อหาเกี่ยวกับสิทธิชุมชนศาลต่างประเทศวางบรรทัดฐานไว้ว่า ชุมชนทุกชุมชนย่อมมีสิทธิในการกำหนดเจตจำนงของตนเอง ส่วนชุมชนใดจะเป็นผู้ทรงสิทธิในการเข้าถึงและใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมหรือไม่ ชุมชนนั้น ๆ จะต้องแสดงให้เห็นว่า ตัวชุมชนมีวิถีชีวิตและวัฒนธรรมที่ยึดโยงกับที่ดินหรือทรัพยากรธรรมชาติดั้งเดิมที่ชุมชนยกขึ้นอ้างอย่างมีนัยสำคัญอย่างไร โดยต้องแสดงให้เห็นว่า การที่ชุมชนได้ครอบครองและใช้ประโยชน์ในที่ดิน ดินแดน หรือทรัพยากรตามจารีตประเพณีมีความสำคัญในระดับที่เป็นส่วนหนึ่งของวิถีชีวิตความเป็นอยู่ของชุมชน เป็นอัตลักษณ์ทางวัฒนธรรม จิตวิญญาณ และมีผลต่อความอยู่รอดทางเศรษฐกิจของชุมชน ซึ่งในกรณีที่ชุมชนใดไม่สามารถพิสูจน์ให้เห็นได้ถึงความเชื่อมโยงระหว่างอัตลักษณ์ทางวัฒนธรรมของตนกับที่ดินหรือทรัพยากรธรรมชาติดั้งเดิมที่ชุมชนยกขึ้นอ้างอย่างมีนัยสำคัญแล้ว ชุมชนนั้นย่อมไม่ถือเป็นผู้ทรงสิทธิในการเข้าถึงและใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม อย่างไรก็ตาม การได้รับการยอมรับจากเป็นชนพื้นเมืองดั้งเดิมกลุ่มอื่นที่อยู่บริเวณใกล้เคียงและเป็นผู้ทรงสิทธิในการเข้าถึงและใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมก็ถือว่าเพียงพอแล้วสำหรับการจะได้รับการยอมรับจากรัฐในฐานะเป็นผู้ทรงสิทธิดังกล่าว⁵⁹

ส่วนระดับความเข้มข้นของสิทธิในการเข้าถึงและใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติตามจารีตประเพณีของชุมชนนั้น สิทธิดังกล่าว ถือเป็นสิทธิในระดับเดียวกับสิทธิประเภทกรรมสิทธิ์ การที่รัฐจะเปลี่ยนแปลงสถานะของสิทธิของชนพื้นเมืองดั้งเดิมจึงต้องทำโดยได้รับความยินยอมหรือมีการชดเชยความเสียหายที่เหมาะสม ผ่านกระบวนการให้ชุมชนเข้ามามีส่วนร่วมในการตัดสินใจต่อการดำเนินกิจการใด ๆ ก็ตามที่อาจส่งผลกระทบต่อชุมชน⁶⁰

⁵⁸ เช่น Combeima River case of September 14, 2020 โดย Consejo de Estado, ECLI:FI:KHO:2019:90 โดย The Supreme Administrative Court of Finland, (B.U.N.D.) e.V. v. Minister for Commerce and Labor on behalf of Federal Republic of Germany โดย Administrative Court of Berlin, Tsilhqot'in Nation v. British Columbia, โดย Supreme Court of Canada, Sagong Bin Tasi & Ors v. Kerajaan Negeri Selangor & Ors โดย Malaysia, High Court of Malaya, Case of the Mayagna (Sumo) Awas Tingni Community v. Nicaragua โดย Inter-American Court of Human Rights เป็นต้น

⁵⁹ เช่น Hopu and Bessert v. France, Communication No. 549/1993 (29 July 1997) โดย Human Rights Committee, Diergaardt et al. v. Namibia, Communication No. 760/1997 (25 July 2000) โดย Human Rights Committee, Case of the Moiwana Community v. Suriname, Series C No. 124 (15 June 2005) โดย Inter-American Court of Human Rights

⁶⁰ เช่น Mary and Carrie Dann v. United States, Case No. 11. 140, Report No. 75/02 (27 December 2002) โดย Inter-American Commission on Human Rights, Case of the Indigenous Community Yakye Axa v. Paraguay, Series C No. 125 (17 July 2005) โดย Inter-American Court of Human Rights, Centre for Minority Rights in Development (Kenya) and Minority Rights Group International on behalf of Endorois Welfare Council v. Kenya, Communication No. 276/2003 (4 February 2010) โดย African Commission on Human and Peoples' Rights

นอกจากนี้ การนำที่ดินหรือทรัพยากรธรรมชาติของชุมชนไปใช้เพื่อประโยชน์สาธารณะจะชอบด้วยกฎหมายก็ต่อเมื่อรัฐแสดงให้เห็นว่าการตัดสินใจของรัฐดังกล่าว 1) ผ่านการปรึกษาหารือร่วมกับชุมชนแล้ว 2) มีวัตถุประสงค์เป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะที่เป็นรูปธรรม และ 3) นำไปใช้ประโยชน์ในขอบเขตของวัตถุประสงค์ที่ตกลงกับชุมชน ดังนั้น การนำที่ดินหรือทรัพยากรธรรมชาติไปให้สัมปทานแก่เอกชนหรือนำไปใช้ในการดำเนินการสาธารณะอื่น ๆ โดยไม่ได้ปรึกษาหารือร่วมกับชุมชน และไม่ได้รับความยินยอมจากชุมชน จึงถือเป็นการละเมิดสิทธิในการมีส่วนร่วมในการตัดสินใจของชุมชน ละเมิดสิทธิในสิทธิในการเข้าถึงและใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ และละเมิดสิทธิในวัฒนธรรม ชุมชนที่ต้องสูญเสียสิทธิใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติตามจารีตประเพณีโดยไม่เต็มใจ จึงมีสิทธิได้รับค่าสินไหมทดแทนหรือต้องได้รับการจัดสรรพื้นที่ใหม่ที่ไม่ต่างจากเดิมมากนัก⁶¹

สำหรับการพิจารณาชดเชยความเสียหายให้ชุมชน จะพิจารณาจากการใช้ประโยชน์จากพื้นที่ว่าชุมชนยังมีการใช้ประโยชน์จากพื้นที่ดั้งเดิมตามจารีตประเพณีดั้งเดิมอยู่หรือไม่ ในกรณีที่ปรากฏว่าชุมชนไม่ได้มีการใช้ประโยชน์จากพื้นที่ดังกล่าวตามจารีตประเพณี หรือใช้ประโยชน์ได้เพียงเล็กน้อย เนื่องจากปัจจัยคุกคามจากภายนอก เช่น ชุมชนสูญเสียสิทธิในการเข้าถึงหรือใช้ประโยชน์ในที่ดินตามจารีตประเพณีโดยไม่เต็มใจ ก็ย่อมต้องถือว่าชุมชนยังคงมีสิทธิในการได้รับการชดเชยความเสียหายอยู่จนกว่าภัยคุกคามหรืออุปสรรคนั้นจะหมดไป โดยชุมชนมีสิทธิได้รับการคุ้มครองสิทธิของชุมชนดังกล่าวผ่านองค์กรตุลาการที่เป็นอิสระ⁶²

6. ปัญหาการวินิจฉัยคดีพิพาทเกี่ยวกับสิทธิชุมชนตามรัฐธรรมนูญของศาลปกครอง

จากการสืบค้นคำพิพากษาและคำสั่งของศาลปกครองสูงสุดของปี พ.ศ. 2544 ถึง ธันวาคม พ.ศ. 2566 พบคำพิพากษาและคำสั่งของศาลปกครองสูงสุดที่มีการยกสิทธิชุมชนตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยขึ้นเป็นข้อต่อสู้ในคำฟ้อง จำนวน 55 คำวินิจฉัย ในจำนวนนี้สามารถนำมาจัดกลุ่มโดยแบ่งตามประเด็นที่ศาลปกครองสูงสุดมีคำวินิจฉัยเกี่ยวกับสิทธิชุมชนออกเป็น 2 กลุ่มด้วยกัน ได้แก่ 1) กลุ่มของคำวินิจฉัยที่มีประเด็นเกี่ยวกับสิทธิชุมชนตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย⁶³ และ 2) กลุ่มของ

⁶¹ เช่น Tsilhqot'in Nation v. British Columbia, 2014 SCC 44 (26 June 2014) โดย Supreme Court of Canada, Kichwa Indigenous People of Sarayaku v. Ecuador, Series C No. 245 (27 June 2012) โดย Inter-American Court of Human Rights, Ecuador contra Arco Oriente, in case No. 994-99-RA (16 March 2000) โดย Constitutional Court of Ecuador

⁶² เช่น Case of the Sawhoyamaya Indigenous Community v. Paraguay, Series C No. 146 (29 March 2006) โดย Inter-American Court of Human Rights

⁶³ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 247/2552, คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 726/2555, คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ คส. 31/2556, คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 157/2556, คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 444/2556, คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 896/2556, คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 897/2556, คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 898/2556, คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 899/2556, คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 900/2556, คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ คส. 8/2557, คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ คส. 19/2557, คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ คส. 48/2557, คำพิพากษา

คำวินิจฉัยที่ศาลวินิจฉัยว่าไม่ใช่การฟ้องคดีเกี่ยวกับสิทธิชุมชนตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย⁶⁴ ทั้งนี้ จากการศึกษาคำวินิจฉัยดังกล่าว พบว่ามีประเด็นปัญหาที่สำคัญอยู่ 2 ประการ คือ 1) ปัญหาในการพิจารณาว่าคดีใดจะถือเป็นการฟ้องคดีเกี่ยวกับสิทธิชุมชนตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย และ 2) ปัญหาการวินิจฉัยประเด็นเนื้อหาของสิทธิชุมชน อันได้แก่ สิทธิในการกำหนดเจตจำนงของตนเอง และสิทธิในการเข้าถึงและใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม โดยมีรายละเอียดในเชิงเปรียบเทียบ คำวินิจฉัยคดีปกครองเกี่ยวกับสิทธิชุมชนของต่างประเทศ ดังนี้

6.1 ปัญหาในการพิจารณาว่าคดีใดจะถือเป็นการฟ้องคดีเกี่ยวกับสิทธิชุมชนตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

จากการศึกษาคำวินิจฉัยคดีปกครองเกี่ยวกับสิทธิชุมชนของต่างประเทศ พบว่า ในภาพรวม ศาลต่างประเทศ และองค์กรระดับข้อพิพาทระดับเหนือรัฐ ได้วินิจฉัยวางหลักกฎหมาย เกี่ยวกับสิทธิการฟ้องคดีปกครองเกี่ยวกับสิทธิชุมชน (สิทธิการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรม) โดยยอมรับว่า “ชุมชน” ซึ่งเป็นผู้ทรงสิทธิเชิงกลุ่มสามารถใช้สิทธิทางศาลได้ โดยการมอบหมายให้ปัจเจกบุคคล และ/หรือ นิติบุคคล ที่เป็นตัวแทนหรือผู้แทนของชุมชน นำคดีไปฟ้องต่อศาลในนามของชุมชนเพื่อคุ้มครองประโยชน์ของชุมชน อย่างไรก็ตาม ในแต่ละประเทศจะมีมุมมองต่อลักษณะและขอบเขตของ “ชุมชน” ที่จะถือว่าเป็น “ผู้ทรงสิทธิชุมชน” แตกต่างกันไปตามบริบทของสังคม สำหรับกรณีของศาลปกครองไทย ในภาพรวมดูเหมือน ศาลปกครองสูงสุดจะวินิจฉัยเกี่ยวกับสิทธิการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมของชุมชน ในมิติของการเป็นผู้มีสิทธิฟ้องคดีต่อศาล ในลักษณะเปิดกว้างสอดคล้องกับคำวินิจฉัยของศาลต่างประเทศว่า ชุมชนในฐานะผู้ทรงสิทธิชุมชนทางกฎหมายอาจจะเป็นการรวมตัวกันโดยสภาพทางภูมิศาสตร์ เศรษฐกิจ สังคม วัฒนธรรม และประเพณีที่สมาชิกในชุมชนมีร่วมกัน โดยไม่จำเป็นต้องจะต้องจดทะเบียนตามกฎหมาย⁶⁵ เพียงแต่การรวมกลุ่มที่จะถือว่าเป็นชุมชนนั้น อย่างน้อยจะต้องเป็นหมู่คณะของบุคคลที่เป็นองค์กรรวม⁶⁶ และเป็นไปเพื่อ

ศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 472/2557, คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ คส. 35/2558, คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 297/2560, คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 248/2560, คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อส. 1/2560, คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อส. 4/2561, คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 884/2564

⁶⁴ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 447/2556, คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 70/2556, คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 399/2557, คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 409/2557, คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 411/2557, คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 450/2557, คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 452/2557, คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 517/2557, คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 523/2557, คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 540/2557, คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 671/2557, คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 677/2557, คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 692/2557, คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 945/2557, คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 947/2557, คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 30/2558, คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ คส. 14/2558, คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 520/2559, คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อส. 39/2559, คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ คร. 134/2564 และคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ คส. 7/2566

⁶⁵ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 884/2564

⁶⁶ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 70/2556

ประโยชน์โดยรวมของชุมชน⁶⁷ มิได้เป็นไปเพื่อประโยชน์ส่วนตนของปัจเจกบุคคล⁶⁸ ทั้งนี้ ผู้นำคดีมาฟ้องต่อศาลอาจเป็นตัวแทนของชุมชนหรือได้รับมอบหมายจากชุมชนก็ได้⁶⁹ แต่หากพิจารณาถึงลงไปในเรื่องละเอียดแล้ว จะเห็นได้ว่า ประเด็นสิทธิการฟ้องคดีปกครองเกี่ยวกับสิทธิชุมชนในศาลปกครองไทย ยังมีปัญหาความไม่ชัดเจนว่า “ชุมชน” ที่จะถือเป็น “ผู้ทรงสิทธิชุมชน” ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย คือใคร มีขอบเขต ลักษณะ หรือองค์ประกอบอย่างไร เห็นได้จาก กรณีของคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 247/2552 ที่ศาลวินิจฉัยให้การฟ้องคดีของ “คณะบุคคล” ที่รวมกลุ่มกันเป็น “ชมรม” เป็นการฟ้องคดีเกี่ยวกับสิทธิชุมชนตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย โดยศาลนำวัตถุประสงค์ของ “ชมรม” มาเป็นหลักเกณฑ์ในการพิจารณา หากแต่เป็นกรณีที่กลุ่มของประชาชนนำคดีมาฟ้องต่อศาล ศาลจะนำภูมิสำเนาของผู้ฟ้องคดีมาเป็นหลักเกณฑ์ในการพิจารณา โดยจะถือว่าผู้ฟ้องคดีมีภูมิสำเนาและประกอบอาชีพอยู่ในพื้นที่ที่พิพาทหรือไม่ หากข้อเท็จจริงพอจะรับฟังได้ว่า ผู้ฟ้องคดีมีภูมิสำเนาและประกอบอาชีพอยู่ในพื้นที่ที่มีเหตุพิพาทแล้ว ศาลจะถือว่าผู้ฟ้องคดีเป็นผู้มีส่วนได้เสียหรือได้รับผลกระทบโดยตรงและมากเป็นพิเศษกว่าบุคคลทั่วไปที่มีได้อยู่อาศัยหรือประกอบอาชีพในพื้นที่นั้น และถือว่าผู้ฟ้องคดีมีสิทธิมีส่วนร่วมในการคุ้มครอง ส่งเสริม และรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อม ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย และถือเป็นผู้ได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหายหรืออาจจะได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหายที่มีสิทธินำคดีมาฟ้องต่อศาลตามมาตรา 42 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542⁷⁰ ในขณะที่ล่าสุด ศาลปกครองสูงสุดในคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ คส. 7/2566 (ประชุมใหญ่) ได้เพิ่มความเคร่งครัดเกี่ยวกับสิทธิการฟ้องคดีปกครองเกี่ยวกับสิทธิตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยมากยิ่งขึ้น โดยมีคำวินิจฉัยโดยสรุปว่า ข้อเท็จจริงในคดียังไม่ปรากฏเหตุเพียงพอที่อาจรับฟังได้ว่าการฟ้องคดีของกลุ่มผู้ฟ้องคดีซึ่งเป็นการรวมตัวกันของประชาชนในนาม “กลุ่มอนุรักษ์และฟื้นฟูผืนน้ำลำพะเนียง” เป็นการใช้สิทธิชุมชนเพื่อปกป้องคุ้มครองทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย เพียงแต่เป็นที่น่าเสียดายที่ในคำวินิจฉัยดังกล่าวไม่ได้มีการอธิบายขยายความการใช้สิทธิฟ้องคดีเกี่ยวกับชุมชนตามรัฐธรรมนูญไว้ ว่าการฟ้องคดีที่จะถือเป็นการใช้สิทธิชุมชนเพื่อปกป้องคุ้มครองทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย และการใช้สิทธิฟ้องคดีในฐานะที่เป็นผู้ทรงสิทธิเชิงกลุ่มที่ไม่ใช่การใช้สิทธิฟ้องคดีในฐานะปัจเจกบุคคล จะต้องมียุทธศาสตร์หรือองค์ประกอบอย่างไรบ้าง

⁶⁷ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 247/2552

⁶⁸ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 399/2557, คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 409/2557, คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 411/2557, คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 450/2557, คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 452/2557, คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 517/2557, คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 523/2557, คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 540/2557, คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 671/2557, คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 677/2557, คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 692/2557, คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 945/2557, คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 947/2557, คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 30/2558, คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 520/2559, คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ คร. 134/2564

⁶⁹ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 884/2564

⁷⁰ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ คส. 31/2556, คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 157/2556, คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 444/2556, คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 896/2556, คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 897/2556, คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 898/2556, คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 899/2556, คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 900/2556, คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ คส. 8/2557, คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ คส. 19/2557, คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ คส. 48/2557 และคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ คส. 35/2558

6.2 ปัญหาการวินิจฉัยประเด็นเนื้อหาของสิทธิชุมชน

สำหรับปัญหาการวินิจฉัยประเด็นเนื้อหาของสิทธิชุมชน สามารถแบ่งการพิจารณาออกเป็น 2 ประเด็นย่อย ได้แก่ หนึ่ง สิทธิในการกำหนดเจตจำนงของตนเอง สอง สิทธิในการเข้าถึงและใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม

1. สิทธิในการกำหนดเจตจำนงของตนเอง คือ การที่ชุมชนมีสิทธิตัดสินใจในการกำหนดอัตลักษณ์หรือสมาชิกภาพที่สอดคล้องตามจารีตและประเพณีของตน ซึ่งรวมไปถึงการฟื้นฟู ใช้ พัฒนาและถ่ายทอดประวัติศาสตร์ ภาษา ศิลปะ วัฒนธรรม ขนบธรรมเนียม มุขปาฐะ ประเพณี และวรรณกรรมของชุมชนให้คงอยู่ต่อไป เป็นต้น ซึ่งมีโน้ตชนทางวัฒนธรรมของชุมชนดังกล่าวอาจมีความขัดแย้งกับสถานที่หรือพื้นที่ใดพื้นที่หนึ่งหรือไม่ก็ได้ ปัจจุบันข้อพิพาทเกี่ยวกับการแสดงออกทางอัตลักษณ์วัฒนธรรมโดยตรงมักจะเกิดขึ้นในรัฐเสรีประชาธิปไตย ข้อพิพาทเกี่ยวกับสิทธิในการกำหนดเจตจำนงของตนเองของชุมชนที่พบในศาลปกครองของไทยโดยส่วนใหญ่จึงเป็นกรณีที่มีความเกี่ยวพันกับสิทธิในการเข้าถึงและใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม โดยเฉพาะในกรณีที่อัตลักษณ์ของชุมชนมีความขัดแย้งกับทรัพยากร ธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมอย่างแนบแน่นไม่สามารถแยกออกจากกันได้ โดยสามารถแบ่งประเภทของข้อพิพาทดังกล่าวตามลักษณะของข้อพิพาทออกเป็น 2 ประเภท ดังนี้

(1) ข้อพิพาทที่เกิดจากการที่ฝ่ายปกครองได้ตัดสินใจให้มีการดำเนินกิจการหรือโครงการใด ๆ ก็ตาม ซึ่งก่อให้เกิดผลกระทบต่อทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมที่ชุมชนพึ่งพิงอาศัย ชุมชนจึงนำคดีมาฟ้องขอให้เพิกถอนคำสั่งอนุญาตหรืออนุมัติให้ดำเนินกิจการหรือโครงการนั้น ๆ โดยศาลปกครองจะพิจารณาว่า คำสั่งอนุญาตหรืออนุมัติที่เป็นวัตถุแห่งคดีชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ เหมือนกับกรณีของคดีปกครองทั่วไป

(2) ข้อพิพาทที่เกี่ยวกับการเข้าถึงและใช้ประโยชน์จากที่ดิน ป่า หรือทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมอื่น ๆ ของชุมชนโดยตรง ซึ่งมีประเด็นที่ต้องพิจารณาประการเดียวกับการวินิจฉัยข้อพิพาทเกี่ยวกับสิทธิในการเข้าถึงและใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมที่จะกล่าวถึงในลำดับถัดไป

2. สิทธิในการเข้าถึงและใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม จากการสืบค้นพบคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดที่มีการวินิจฉัยถึงสิทธิของชุมชนในการเข้าถึงและใช้ประโยชน์จากป่าโดยตรงในคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อส.4/2561 ซึ่งเป็นกรณีที่ปัญหาความขัดแย้งระหว่างชาวกะเหรี่ยงแก่งกระจาน (ปกากะญอ) กับรัฐเกี่ยวกับสิทธิในการอยู่อาศัยในพื้นที่ที่เป็นเขตอุทยานแห่งชาติมาอย่างยาวนาน⁷¹ คดีนี้ผู้ฟ้องคดีฟ้องว่า ผู้ฟ้องคดีทั้งหกเป็นชาวไทยพื้นเมืองดั้งเดิมเป็นชุมชนที่อยู่กันมา

⁷¹ ความขัดแย้งระหว่างชาวกะเหรี่ยงแก่งกระจานกับรัฐเริ่มก่อตัวเมื่อปี พ.ศ. 2504 ซึ่งเป็นปีที่พระราชบัญญัติอุทยานแห่งชาติ พ.ศ. 2504 ประกาศใช้บังคับ พระราชบัญญัติดังกล่าวได้บัญญัติห้ามมิให้ผู้ใดยึดถือหรือครอบครองที่ดิน รวมตลอดถึงการก่อสร้าง แผ้วถาง ถางป่า ต่อมาเมื่อปี พ.ศ. 2524 ได้มีการตั้งอุทยานแห่งชาติแก่งกระจาน ทำให้สถานะของชาวกะเหรี่ยงที่อาศัยอยู่ที่บ้าน

นานหลายชั่วอายุคนตั้งแต่บรรพบุรุษร่วมร้อยกว่าปีตามวิถีชีวิตชาวกะเหรี่ยง วิถีชุมชนแบบชนเผ่า ประกอบอาชีพเกษตรกรรม ทำนา ทำไร่หมุนเวียน ทำการเกษตรในเชิงอนุรักษ์ รักษาความสมดุลตามธรรมชาติและ ความอุดมสมบูรณ์ของหน้าดิน เมื่อผู้ฟ้องคดีทั้งหมื่นชาติพันธุ์กะเหรี่ยงดั้งเดิมติดแผ่นดินจึงย่อมมีสิทธิชุมชน ในการอนุรักษ์หรือฟื้นฟูจารีตประเพณี ภูมิปัญญาท้องถิ่นศิลปวัฒนธรรมอันดีของท้องถิ่นและของชาติ และมีส่วนร่วมในการจัดการ บำรุงรักษาและใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ สิ่งแวดล้อม รวมทั้งความ หลากหลายทางชีวภาพอย่างสมดุลและยั่งยืนตามที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยบัญญัติให้ความ ค้ำครอง แต่กลับถูกหัวหน้าอุทยานแห่งชาติแก่งกระจาน พร้อมด้วยคณะเจ้าหน้าที่อุทยานแห่งชาติเขารื้อ เผาทำลายบ้านเรือน ทรัพย์สินภายในบ้าน ข้าวในยุ้งฉาง เพื่อผลักดันและจับกุมชาวไทยเชื้อสายกะเหรี่ยง ที่ตั้งถิ่นฐานบ้านเรือนบริเวณลำห้วยเหนือแม่น้ำบางกลอยในเขตพื้นที่บ้านบางกลอยบน และบริเวณเหนือ แม่น้ำภาชีในเขตพื้นที่บ้านใจแผ่นดินให้ออกจากพื้นที่ ทำให้ผู้ฟ้องคดีทั้งหมื่นได้รับความเดือดร้อนเสียหาย ซึ่งผู้ฟ้องคดีเห็นว่า การปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวของเจ้าหน้าที่อุทยานเป็นการกระทำละเมิดต่อผู้ฟ้องคดี ละเมิด ต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิเสรีภาพ ความเสมอภาค และสิทธิชุมชน ผ่าฝืนต่อบทบัญญัติมาตรา 4 มาตรา 5 มาตรา 26 มาตรา 30 มาตรา 66 และมาตรา 67 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ไม่ปฏิบัติตามหน้าที่ตามมติคณะรัฐมนตรี เมื่อวันที่ 3 สิงหาคม 2553 เรื่อง แนวนโยบายในการฟื้นฟูวิถีชีวิตชาวกะเหรี่ยง ตลอดจนละเมิดต่อกฎหมายระหว่างประเทศหลายฉบับจึงนำคดีมาฟ้องต่อ ศาลขอให้ศาลมีคำพิพากษาหรือคำสั่งให้ผู้ถูกฟ้องคดี (กรมอุทยานแห่งชาติ สัตว์ป่า และพันธุ์พืช ผู้ถูกฟ้อง คดีที่ 1 และ กระทรวงทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2) ร่วมกันชดเชยค่าเสียหาย และ ให้ผู้ถูกฟ้องคดียินยอมให้ผู้ฟ้องคดีกลับไปอยู่อาศัยและทำกินในพื้นที่เดิม

คดีนี้ศาลปกครองสูงสุดพิพากษาให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ชดเชยค่าสินไหมทดแทนให้แก่ผู้ฟ้องคดี ในผลแห่งละเมิดจากการที่เจ้าหน้าที่อุทยานแห่งชาติที่เขารื้อถอนเผาทำลายสิ่งปลูกสร้างและทรัพย์สินของ ผู้ฟ้องคดีทั้งหมื่น ส่วนประเด็นสิทธิในการเข้าถึงและใช้ประโยชน์จากป่าของผู้ฟ้องคดี ปรากฏความตอนหนึ่ง ของคำพิพากษาที่ศาลวินิจฉัยถึงกรณีค่าขาดประโยชน์จากการสูญเสียโอกาสทำการเกษตรในที่ดินทำกินรวม ทั้งสิทธิในการใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ และค่าเสียหายจากการสูญเสียอัตลักษณ์ชาติพันธุ์ ว่า

บางกลอยบนและบ้านใจแผ่นดินกลายเป็นผู้บุกรุกป่า จากนั้น เมื่อปี พ.ศ. 2538 เจ้าหน้าที่อุทยานเริ่มมีการเจรจาให้ชาวกะเหรี่ยงใน พื้นที่ ย้ายออกจากใจแผ่นดิน โดยสัญญาว่าจะมอบที่ดินทำกินให้ ชาวกะเหรี่ยงแก่งกระจานบางส่วนจึงตัดสินใจย้ายลงไปอยู่ที่บ้านบาง กลอยล่าง แต่ปรากฏว่ามีชาวบ้านบางส่วนไม่ได้รับการจัดสรรที่ดินทำกิน หรือพื้นที่ที่ได้รับการจัดสรรบางแห่งไม่เหมาะที่จะทำการเพาะ ปลูก จึงมีชาวบ้านบางส่วนกลับขึ้นไปยังถิ่นฐานเดิมตั้งแต่เมื่อประมาณปี พ.ศ. 2538 เป็นต้นมา จนกระทั่งเมื่อ พ.ศ. 2553 อุทยาน แห่งชาติแก่งกระจานได้เริ่มยุทธการตะนาวศรีซึ่งเป็นปฏิบัติการผลักดันชาวกะเหรี่ยงแก่งกระจานให้ออกจากพื้นที่บ้านบางกลอยบนและ บ้านใจแผ่นดินรวมประมาณ 10-12 ครั้ง จนกระทั่งเมื่อปี พ.ศ. 2554 ภาพการเผาทำลายทรัพย์สินเพื่อขับไล่ชาวกะเหรี่ยงแก่งกระจาน ได้ถูกเปิดเผยโดยสื่อมวลชน ซึ่งเป็นผลสืบเนื่องจากเหตุการณ์เฮลิคอปเตอร์ตกในป่าแก่งกระจาน สรุปรจาก สภาพ พงษ์พิพัฒน์วัฒนา, “บันทึกกลับจาก ‘บางกลอย’ ปฐมบทการต่อสู้ของ ‘กะเหรี่ยงแก่งกระจาน’” [ออนไลน์] แหล่งที่มา : <https://www.the101.world/bang-kloi/> [16 เมษายน 2566] และพาฝัน หน่อแก้ว, “ยุทธการตะนาวศรีคืออะไร? ทำไมชาวกะเหรี่ยงบางกลอย ถึงถูกขับไล่จาก ‘ใจ แผ่นดิน’” [ออนไลน์] แหล่งที่มา : <https://themomentum.co/bangkloi/> [16 เมษายน 2566]

“กรณีค่าขาดประโยชน์จากการสูญเสียโอกาสทำการเกษตรในที่ดินทำกินรวมทั้งสิทธิในการใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ นั้น เห็นว่า... ข้อเท็จจริงรับฟังเป็นที่ยุติว่า ผู้ฟ้องคดีทั้งหกอยู่อาศัยและทำกินในที่ดินตั้งอยู่ในเขตอุทยานแห่งชาติแก่งกระจาน ... โดยผู้ฟ้องคดีทั้งหกไม่มีหนังสือสำคัญแสดงสิทธิในที่ดินหรือหลักฐานแสดงการได้รับอนุญาตจากทางราชการให้ครอบครองทำประโยชน์ในที่ดินพิพาทโดยชอบด้วยกฎหมาย... ผู้ฟ้องคดีทั้งหกจึงไม่อาจอ้างความชอบธรรมหรือสิทธิเรียกร้องใด ๆ ในอันที่จะเข้ายึดถือ ครอบครองทำประโยชน์ในที่ดินพิพาทตลอดจนแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติในเขตอุทยานแห่งชาติที่มีเพื่ออำนวยความสะดวกทั้งทางตรงและทางอ้อมแก่รัฐและประชาชนโดยส่วนรวมได้แต่อย่างใด”

“กรณีค่าเสียหายจากการสูญเสียอัตลักษณ์ชาติพันธุ์และศักยภาพในการสืบทอดวัฒนธรรม นั้น เห็นว่า... การที่ผู้ฟ้องคดีทั้งหกมิได้อยู่อาศัยในพื้นที่บริเวณพิพาทซึ่งเป็นอุทยานแห่งชาติก็ได้หมายความว่าผู้ฟ้องคดีทั้งหกจะสูญเสียอัตลักษณ์ชาติพันธุ์และศักยภาพในการสืบทอดวัฒนธรรมของตน และไม่ว่าผู้ฟ้องคดีทั้งหกจะอาศัยอยู่ที่ใดก็ตาม เสรีภาพในการแสดงออกหรือรักษาไว้ซึ่งอัตลักษณ์และวัฒนธรรมประจำกลุ่มชาติพันธุ์ย่อมไม่อาจถูกจำกัด กีดกัน ปิดกั้น เพียงเท่าที่ไม่ขัดต่อกฎหมายและความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน กรณีจึงไม่อาจรับฟังได้ว่าผู้ฟ้องคดีทั้งหกสูญเสียอัตลักษณ์ชาติพันธุ์และศักยภาพในการสืบทอดวัฒนธรรมแต่อย่างใด”

จากคำวินิจฉัยข้างต้น แสดงให้เห็นว่า ศาลปกครองสูงสุดพิจารณาสิทธิของชุมชนในการเข้าถึงและใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมโดยดูจากกรรมสิทธิ์ในที่ดินหรือหลักฐานแสดงการได้รับอนุญาตจากทางราชการเป็นเกณฑ์ในการตัดสินชี้ขาดสิทธิดังกล่าว โดยไม่ได้นำหลักเกณฑ์เรื่องของความเป็นชุมชนและความสัมพันธ์ระหว่างชุมชนกับทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมมาพิจารณา ซึ่งถือเป็นข้อแตกต่างระหว่างคำวินิจฉัยเกี่ยวกับสิทธิในการเข้าถึงและใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมของศาลต่างประเทศกับศาลปกครองไทย

อย่างไรก็ตาม ต้องยอมรับว่าในทางปฏิบัติการนำหลักเกณฑ์เรื่องความสัมพันธ์ระหว่างชุมชนกับทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมมาวินิจฉัยสิทธิของชุมชนในการเข้าถึงและใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมนั้น ถือเป็นส่วนที่ยากที่สุดของการวินิจฉัยข้อพิพาทเกี่ยวกับสิทธิชุมชนตามรัฐธรรมนูญ เนื่องจากรัฐธรรมนูญไม่ได้บัญญัติรายละเอียดสิทธิชุมชนไว้ ซึ่งเป็นความตั้งใจของผู้ร่างรัฐธรรมนูญที่ต้องการให้ศาลเป็นผู้วินิจฉัยวางหลักในการบังคับใช้ต่อไป⁷² ศาลปกครองจึงเผชิญกับสถานการณ์ที่ยากลำบาก เพราะหากศาลตัดสินให้ผู้ฟ้องคดีสามารถอยู่ในเขตอุทยานแห่งชาติได้ ก็จะมีปัญหาว่า ศาลปกครองได้ก้าวล่วงไปใช้อำนาจในแดนของฝ่ายบริหารในการดูแลรักษาป่า และก้าวล่วงไปใช้อำนาจในแดนของฝ่ายนิติบัญญัติหรือไม่ เพราะผลแห่งคำพิพากษาดังกล่าวย่อมไปกระทบต่อการบังคับ

⁷² มนตรี รูปสุวรรณ และคณะ, เจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ, หน้า 118-119.

ใช้พระราชบัญญัติอื่นที่เกี่ยวข้องโดยตรง อาทิ พระราชบัญญัติอุทยานแห่งชาติ พ.ศ. 2504 พระราชบัญญัติป่าชุมชน พ.ศ. 2562 เป็นต้น ในขณะที่เดียวกันหากศาลปกครองไม่บังคับตามสิทธิที่ผู้ฟ้องคดีได้รับการรับรองและคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญ ก็เท่ากับว่าศาลปฏิเสธความมีอยู่ของสิทธิชุมชนตามรัฐธรรมนูญ

7. ข้อเสนอแนะ

จากปัญหาที่กล่าวมาข้างต้น จึงนำมาสู่ข้อเสนอแนะในการนำหลักเกณฑ์ทางกฎหมายหรือการตีความกฎหมายเกี่ยวกับสิทธิชุมชนไปปรับใช้ในการวินิจฉัยคดีพิพาทเกี่ยวกับสิทธิชุมชนในศาลปกครอง โดยแบ่งตามประเด็นปัญหาได้ ดังนี้

7.1 การฟ้องคดีเกี่ยวกับสิทธิชุมชนตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

แม้คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ คส. 7/2566 (ประชุมใหญ่) จะไม่ได้ขยายความเพิ่มเติมว่า “เหตุเพียงพอที่อาจรับฟังได้ว่าการฟ้องคดีนี้เป็นการใช้สิทธิชุมชนเพื่อปกป้องคุ้มครองทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย” จะต้องมียุทธศาสตร์ประกอบใดบ้าง แต่เมื่อพิจารณาจากผลการศึกษาที่นำเสนอในบทความวิจัยฉบับนี้ ผู้เขียนเห็นว่า การฟ้องคดีที่จะถือเป็นการฟ้องปกครองเกี่ยวกับสิทธิชุมชนตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย จะต้องประกอบด้วยองค์ประกอบที่สำคัญ 2 ประการ ได้แก่ 1. ผู้ฟ้องคดีในคดีนั้นเป็นตัวแทนหรือผู้แทนของ “ชุมชน” หรือฟ้องคดีในนามของ “ชุมชน” เพื่อผลประโยชน์ของชุมชน และ 2. ข้อพิพาทที่เป็นเหตุของการนำคดีมาฟ้องต่อศาลปกครองเกิดจากการที่ผู้ฟ้องคดีถูกละเมิดสิทธิชุมชนตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย โดยมีแนวทางในการพิจารณา ดังนี้

1. แนวทางในการพิจารณาว่าผู้ฟ้องคดีเป็นตัวแทนหรือผู้แทนของ “ชุมชน” ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย หรือไม่ สามารถนำองค์ประกอบของการเป็น “ชุมชน” ในฐานะผู้ทรงสิทธิตามกฎหมาย 3 ประการ ที่นำเสนอไว้แล้วในบทที่ 2 มาเป็นแนวทางในการพิจารณาได้ ดังนี้

ประการที่ 1 พิจารณาลักษณะของการรวมกลุ่มของผู้ฟ้องคดีเป็นลำดับแรกก่อนว่า กลุ่มของผู้ฟ้องคดีเป็นการรวมกลุ่มกันของปัจเจกบุคคลเป็นการทั่วไปในลักษณะสืบเนื่องถาวรหรือไม่

ประการที่ 2 พิจารณากลุ่มของผู้ฟ้องคดีว่า มีวิถีชีวิต วัฒนธรรม หรืออัตลักษณ์ของกลุ่มโดยเฉพาะหรือไม่ อย่างไร และการรวมกลุ่มมีความสัมพันธ์กับการคงไว้ซึ่งวิถีชีวิต วัฒนธรรม หรืออัตลักษณ์ของกลุ่มมากน้อยเพียงใด โดยหากข้อเท็จจริงรับฟังได้ว่า กลุ่มของผู้ฟ้องคดีเป็นการรวมกลุ่มในลักษณะสืบเนื่องถาวร และการรวมกลุ่มดังกล่าวมีความสำคัญต่อความอยู่รอด หรือความยากง่ายในการดำรงวิถีชีวิตปกติทั่วไปของสมาชิกของกลุ่มในฐานะปัจเจกบุคคล หรือการได้รับการยอมรับให้เป็นสมาชิกของกลุ่มสร้างแต้มต่อในการดำรงวิถีชีวิตมากกว่าการไม่ได้เป็นสมาชิกของกลุ่ม ย่อมหมายความว่า กลุ่มของผู้ฟ้องคดีมีความเหนียวแน่นในระดับที่ถือว่าเป็น “ชุมชน” ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

ประการที่ 3 พิจารณาการจัดองค์กรของชุมชน ว่ามีรูปแบบของการจัดองค์กรอย่างไร เพื่อจะตรวจสอบว่าผู้ที่นำคดีมาฟ้องต่อศาลเป็นตัวแทนหรือผู้แทนของชุมชนจริงหรือไม่ ในกรณีที่ชุมชนไม่มีการจัดองค์กรอย่างเป็นทางการ อาจพิจารณาสถานะของผู้ฟ้องคดีว่า ผู้ฟ้องคดีเป็นผู้มีบทบาทใดในชุมชน หากผู้ฟ้องคดีมีสถานะเป็นผู้นำทางจิตวิญญาณของชุมชน เป็นผู้อาวุโสที่ได้รับความเคารพนับถือจากสมาชิกของชุมชน หรือกรณีอื่นใดที่ผู้ฟ้องคดีสามารถพิสูจน์ได้ว่านำคดีมาฟ้องต่อศาลในนามของชุมชน เพื่อผลประโยชน์ของชุมชน ก็ย่อมถือได้ว่าผู้ฟ้องคดีนำคดีมาฟ้องต่อศาลในฐานะที่เป็นผู้แทนหรือตัวแทนของชุมชน

2. แนวทางในการพิจารณาว่าข้อพิพาทที่เป็นเหตุของการนำคดีมาฟ้องต่อศาลปกครองเป็นข้อพิพาทเกี่ยวกับสิทธิชุมชน สามารถนำลักษณะของสิทธิชุมชนทั้งในเชิงกระบวนการ ได้แก่ สิทธิการเข้าถึงข้อมูลข่าวสาร สิทธิการมีส่วนร่วมในการตัดสินใจ สิทธิการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรม และสิทธิชุมชนในเชิงเนื้อหา ได้แก่ สิทธิในการกำหนดเจตจำนงของตนเอง และสิทธิในการเข้าถึงและใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม มาพิจารณาประกอบกับกรณีพิพาทในคดีและบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับสิทธิชุมชนที่ผู้ฟ้องบรรยายมาในคำฟ้อง เพื่อพิจารณาในเบื้องต้นว่า กรณีที่พิพาทเป็นข้อพิพาทเกี่ยวกับสิทธิชุมชนหรือไม่ และพิพาทเกี่ยวกับสิทธิชุมชนประการใดบ้าง ซึ่งจะเป็นประโยชน์ต่อการตั้งประเด็นของคดีและปัญหาที่ต้องวินิจฉัยของคดีต่อไป

ทั้งนี้ ในส่วนของการเตรียมคำฟ้องของผู้ฟ้องคดี ก็นับว่ามีส่วนสำคัญเป็นอย่างยิ่งที่จะแสดงให้เห็นว่า คดีที่นำมาฟ้องเป็นการใช้สิทธิชุมชนเพื่อปกป้องคุ้มครองทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ซึ่งผู้เขียนเห็นว่า นอกจากที่ผู้ฟ้องคดีจะต้องเรียบเรียงคำฟ้องให้มีรายการครบถ้วนตามที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 แล้ว อย่างน้อยที่สุด คำฟ้องควรมีการบรรยายถึงเนื้อหาดังต่อไปนี้

1. จะต้องมีการบรรยายฟ้องถึงความ เป็น “ชุมชน” ของผู้ฟ้องคดี เพื่อให้ศาลสามารถมองเห็นได้ว่า ผู้ฟ้องคดีนำคดีมาฟ้องในนามของ “ชุมชน” ซึ่งเป็น “ผู้ทรงสิทธิเชิงกลุ่ม” โดยเริ่มจากการบรรยายถึง ผู้ฟ้องคดีในฐานะที่เป็นตัวแทนหรือผู้แทนของชุมชน ซึ่งได้นำคดีมาฟ้องในนามของชุมชน จากนั้นจึงบรรยายลักษณะชุมชนของผู้ฟ้องคดี ตั้งแต่ความเป็นมาของการรวมกลุ่ม วิถีชีวิตหรืออัตลักษณ์ของกลุ่ม ลักษณะของสมาชิกของกลุ่มในภาพรวมว่าประกอบขึ้นด้วยกลุ่มคนในลักษณะใดบ้าง เช่น เป็นบุคคลที่อาศัยในพื้นที่และยังคงรักษาวิถีชีวิตดั้งเดิมโดยการหาของป่า ซึ่งไม่จำเป็นต้องระบุรายบุคคล และต้องบรรยายถึงรูปแบบการจัดองค์กร ไม่ว่าจะเป็นรูปแบบอย่างเป็นทางการหรือไม่เป็นทางการก็ตาม เพื่อเน้นย้ำให้ศาลเห็นว่าผู้ฟ้องคดีเป็นตัวแทนหรือผู้แทนของชุมชนในการนำคดีมาฟ้องในนามของชุมชนจริง

2. จะต้องมีการบรรยายฟ้องถึงการเป็น “ผู้ทรงสิทธิชุมชนตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย” ของผู้ฟ้องคดี ซึ่งในกรณีของสิทธิในการเข้าถึงและใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม ที่มีข้อพิพาทเกี่ยวกับสิทธิของชุมชนในการเข้าถึงและใช้ประโยชน์จากที่ดิน ป่า หรือทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมอื่น ๆ โดยตรงนั้น จะต้องมีการบรรยายฟ้องให้เห็นภาพที่ชัดเจนว่า

ชุมชนของผู้ฟ้องคดีมีอัตลักษณ์ หรือวิถีชีวิตและวัฒนธรรมที่ยึดโยงกับที่ดินหรือทรัพยากรธรรมชาติดั้งเดิม ที่ชุมชนยกขึ้นอ้างอย่างมีนัยสำคัญอย่างไร และการดำรงวิถีชีวิตแบบดั้งเดิมของชุมชนของผู้ฟ้องคดีได้ เกื้อหนุนต่อการรักษาทรัพยากรธรรมชาติอย่างไรบ้าง เพื่อแสดงให้เห็นว่าชุมชนของผู้ฟ้องคดีมีความชอบธรรมในการเข้าถึงและใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาตินั้น ๆ

3. จะต้องมีการอ้างบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่ได้รับรองสิทธิชุมชนตามกรณีพิพาทในคดี เช่น บรรยายฟ้องว่า ชุมชนของผู้ฟ้องคดีเป็นผู้ทรงสิทธิในการเข้าถึงและใช้ประโยชน์จากที่ดิน ป่า หรือ ทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมอื่น ๆ ตามมาตรา 43 วรรคหนึ่ง (2) ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 โดยอาจนำแนวคิดทฤษฎีเกี่ยวกับสิทธิชุมชนมาอธิบายสิทธิตามรัฐธรรมนูญดังกล่าวให้มีความหนักแน่นมากยิ่งขึ้น

7.2 แนวทางการวินิจฉัยเพื่อรับรองสิทธิชุมชนตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

ปัญหาในการวินิจฉัยเพื่อรับรองสิทธิชุมชนตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ปรากฏชัดในคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อส. 4/2561 โดยศาลปกครองสูงสุด เห็นว่า อัตลักษณ์วัฒนธรรมของชุมชนเป็นสิ่งที่สามารถแยกขาดออกจากพื้นที่ได้ ทั้งยังมีการนำกรรมสิทธิ์ในที่ดินหรือหลักฐานแสดงการได้รับอนุญาตจากทางราชการมาเป็นเกณฑ์ในการพิจารณาสิทธิในการเข้าถึงและใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมของชุมชน โดยไม่ได้นำหลักเกณฑ์เรื่องของความเป็นชุมชนและความสัมพันธ์ระหว่างชุมชนกับทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมมาประกอบการพิจารณา ซึ่งเป็นข้อแตกต่างสำคัญกับคำวินิจฉัยเกี่ยวกับสิทธิชุมชนของต่างประเทศดังที่นำเสนอไว้ในหัวข้อที่ 5

เพื่อเป็นทางเลือกในการวินิจฉัยเพื่อรับรองสิทธิชุมชนตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ผู้เขียนจึงขอเสนอแนวทางในการรับรองสิทธิชุมชนของต่างประเทศมาปรับใช้กับกรณีของศาลปกครองไทย โดยแบ่งออกเป็น 2 ส่วน ดังนี้

1. แนวทางในการวินิจฉัยการเป็นผู้ทรงสิทธิในการเข้าถึงและใช้ประโยชน์จากป่า หรือ ทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมอื่น ๆ

ผลการศึกษาในหัวข้อที่ 3 และหัวข้อที่ 4 พบว่า การรับรองให้ชุมชนมีสิทธิในการเข้าถึงและใช้ประโยชน์จากป่าซึ่งมีที่มาจากแนวคิดของกฎหมายสิ่งแวดล้อมที่ยอมรับในภูมิปัญญาของชนพื้นเมืองดั้งเดิมในการดำรงวิถีชีวิตร่วมกับธรรมชาติ และเล็งเห็นถึงความสำคัญในบทบาทของชนพื้นเมืองดั้งเดิมที่สามารถอยู่ร่วมกับป่าไปพร้อม ๆ กับการดูแลรักษาป่าให้ยังคงไว้ซึ่งความอุดมสมบูรณ์ ดังนั้น ในการพิจารณาว่าผู้ฟ้องคดีเป็นผู้ทรงสิทธิในการเข้าถึงและใช้ประโยชน์จากป่าหรือไม่ จึงต้องพิจารณาจากข้อเท็จจริงว่า ชุมชนของผู้ฟ้องคดีมีวิถีชีวิตหรือภูมิปัญญาดั้งเดิมในการอยู่ร่วมกับป่าอย่างยั่งยืนหรือไม่ เพียงใด โดยในการแสวงหาข้อเท็จจริงดังกล่าว ศาลปกครองอาจสอบถามความเห็นจากพยาน

ผู้เชี่ยวชาญ เช่น หน่วยงานของรัฐที่เกี่ยวข้อง หรือนักวิชาการจากมหาวิทยาลัยที่ศึกษาวิถีชีวิตวัฒนธรรมของชุมชนผู้ฟ้องคดีโดยตรง เป็นต้น โดยหากข้อเท็จจริงรับฟังได้อย่างหนักแน่นว่า ชุมชนของผู้ฟ้องคดีมีวิถีชีวิตหรือภูมิปัญญาดั้งเดิมในการอยู่ร่วมกับป่าอย่างยั่งยืน และยังคงสืบสานวิถีชีวิตดังกล่าวไว้จนถึงปัจจุบัน ก็ย่อมหมายความว่า ชุมชนของผู้ฟ้องคดีเป็นผู้ทรงสิทธิในการเข้าถึงและใช้ประโยชน์จากป่า หรือทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมอื่น ๆ

2. แนวทางในการมีคำพิพากษาหรือคำสั่งเพื่อรับรองสิทธิของชุมชนในการเข้าถึงและใช้ประโยชน์จากที่ดิน ป่า หรือทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมอื่น ๆ โดยตรง

เมื่อศาลปกครองวินิจฉัยแล้วว่า ผู้ฟ้องคดีเป็นผู้ทรงสิทธิชุมชนตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย และมีสิทธิในการดำรงวิถีชีวิตในพื้นที่ป่าซึ่งเป็นเขตอุทยานแห่งชาติ กรณีนี้จะมีปัญหาที่ต้องวินิจฉัยในลำดับถัดไปว่า ศาลปกครองจะบังคับตามสิทธิของผู้ฟ้องคดีอย่างไร โดยผู้เขียนเห็นว่า แนวทางที่เหมาะสมที่สุดในการนำมาใช้ในการบังคับตามสิทธิชุมชนตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยของผู้ฟ้องคดีคือ แนวทางที่สามารถประนีประนอมให้สิทธิชุมชนตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยและกฎหมายเกี่ยวกับการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมประเภทที่มุ่งคุ้มครองป่าหรือทรัพยากรธรรมชาติเป็นหลัก (บัญญัติขึ้นบนฐานคิดที่ว่า คนกับป่าอยู่ร่วมกันไม่ได้) มีผลบังคับใช้ได้มากที่สุด ดังนั้น ภายหลังจากศาลปกครองได้วินิจฉัยแล้วว่า ผู้ฟ้องคดีเป็นผู้ทรงสิทธิชุมชนตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย และมีสิทธิในการดำรงวิถีชีวิตในพื้นที่ป่า แม้ว่า ในท้ายที่สุดศาลจะไม่สามารถออกคำสั่งบังคับให้ผู้ฟ้องคดีดำรงวิถีชีวิตอยู่ในพื้นที่ป่าก็ตาม หากแต่ผู้ฟ้องคดีฟ้องขอค่าสินไหมทดแทนจากการสูญเสียสิทธิในการกำหนดเจตจำนงของตนเอง และ/หรือ สิทธิในการเข้าถึงและใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมมาด้วย ศาลปกครองย่อมสามารถกำหนดให้ฝ่ายปกครองชดเชยค่าสินไหมทดแทนให้แก่ผู้ฟ้องคดี จากการที่ต้องสูญเสียสิทธิดังกล่าวในการดำรงวิถีชีวิตตามจารีตประเพณีตามบรรทัดฐานคำวินิจฉัยของศาลต่างประเทศได้

แนวทางการวินิจฉัยดังกล่าว น่าจะเป็นแนวทางที่พอจะช่วยให้สิทธิชุมชนตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยมีผลใช้บังคับในทางปฏิบัติมากขึ้น แม้จะยังจำกัดอยู่เพียงสิทธิการได้รับค่าสินไหมทดแทนก็ตาม แต่ก็ถือเป็นแนวทางที่อยู่ในวิสัยที่ศาลปกครองสามารถออกคำสั่งบังคับให้ได้มากที่สุดภายใต้ข้อจำกัดของกฎหมายสาระบัญญัติในปัจจุบัน นอกจากนี้ การที่ศาลปกครองวินิจฉัยรับรองสิทธิชุมชนตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยอย่างชัดเจน จะเป็นอีกหนึ่งปัจจัยที่ช่วยเร่งให้เกิดการพัฒนาหลักกฎหมายเกี่ยวกับสิทธิชุมชนขึ้น และยังเป็นการส่งสัญญาณให้ฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหาร และภาคประชาสังคม รับเรื่องไปผลักดันกฎหมายเกี่ยวกับสิทธิชุมชนให้มีผลใช้บังคับในทางปฏิบัติที่ดียิ่งขึ้นต่อไป