

**ปัญหาทางกฎหมายตามพระราชกำหนดการบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2560**  
**The Legal Issues of the Foreigners’ Working Management Emergency Decree B.E. 2560**

สว่าง กันศรีเวียง  
Sawang Kansriviang

สำนักวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยราชภัฏเชียงราย จังหวัดเชียงราย 57100 ประเทศไทย  
School of Law, Chiang Rai Rajabhat University, Chiang Rai Province 57100 Thailand  
อีเมลล์: songs\_k@hotmail.com  
Email: songs\_k@hotmail.com

**บทคัดย่อ**

การออกพระราชกำหนดการบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2560 เป็นการบัญญัติกฎหมายโดยฝ่ายบริหารผ่านทางคณะรัฐมนตรีตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 มาตรา 172 เพราะเหตุที่ว่าฝ่ายบริหารเป็นผู้บริหารประเทศชาติย่อมต้องแก้ไขสถานการณ์ของประเทศชาติอย่างรวดเร็วโดยต้องอาศัยกฎหมาย ถ้ามิให้ฝ่ายบริหารตรากฎหมายได้และต้องรอกฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติมาแก้ไขสถานการณ์ที่เกิดขึ้นอาจจะไม่ทันการและย่อมก่อให้เกิดความเสียหายมากยิ่งขึ้นเพราะกระบวนการขั้นตอนในการตรากฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติต้องใช้ระยะเวลาพอสมควรด้วยเหตุนี้ในการออกพระราชกำหนดการบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2560 จึงไม่ได้จัดให้มีการรับฟังความคิดเห็นของผู้เกี่ยวข้อง ผู้มีส่วนได้เสีย วิเคราะห์ผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากกฎหมายอย่างรอบด้านและเป็นระบบ รวมทั้งเปิดเผยผลการรับฟังความคิดเห็นและการวิเคราะห์กฎหมายนั้นต่อประชาชนตามมาตรา 77 วรรคสองรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 จึงทำให้เกิดผลกระทบต่อประชาชนและเกิดปัญหาการบังคับใช้กฎหมายประกอบทั้งอัตราโทษที่บังคับใช้ไม่มีความยืดหยุ่นและมีอัตราโทษที่รุนแรงเกินความจำเป็น

**คำสำคัญ:** พระราชกำหนด, รับฟังความคิดเห็น, วิเคราะห์ผลกระทบ, การบังคับใช้กฎหมาย, อัตราโทษ

**Abstract**

The enactment of the Foreigners’ Working Management Emergency Decree B.E. 2560 was issued by the cabinet in accordance with Article 172 of the Constitution of the Kingdom of Thailand B.E. 2560. The Government explained this Decree was adopted due to the urgency nature of the problem at hand which might worsen if they are to follow the usual legislation process. Consequently, the Foreigners’ Working Management Emergency Decree B.E. 2560 was adopted without following the usual procedure; a public consultation of stakeholders, an effect analysis in every dimension of the regulation informing the general public in accordance with Article 77 of the Constitution of Thailand B.E. 2560, were not held. These omissions greatly affect the enforcement of the enforcement and resulting in an unnecessary high rate of penalty.

**Keywords:** Displaced Persons, Child Survivors, Criminal Cases, Access to Justice, Refugee Camps

บทบาทของรัฐไทยในการประกันสิทธิ ในการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมของผู้พลัดถิ่น  
กรณีศึกษาผู้เสียหายเด็กในคดีอาญา พื้นที่พักพิงชั่วคราวบ้านแม่หละ จังหวัดตาก<sup>1</sup>  
The Roles of Thai State to Protect the Rights to Access to Justice  
for Displaced Persons: Case Study from Child Survivor in Criminal Case  
in Mae La Temporary Shelter, Tak Province

ปณิธาน พุ่มบ้านยาง

Panitan Phumbanyang

นักศึกษาปริญญาโท คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่ จังหวัดเชียงใหม่ 50200 ประเทศไทย

Faculty of Law, Chiang Mai University, Chiang Mai Province 50200 Thailand

อีเมลล์: panitan.phumbanyang@gmail.com

Email: panitan.phumbanyang@gmail.com

### บทคัดย่อ

จากสถานการณ์ความขัดแย้งในประเทศเมียนมาร์ก่อให้เกิดการเคลื่อนย้ายถิ่นฐานของผู้คนเพื่อหนีความตายมายังประเทศไทย ประเทศไทยได้จัดตั้งค่ายผู้ลี้ภัยเพื่อรองรับการลี้ภัยของผู้คนและอำนวยความสะดวกให้องค์กรที่ให้ความช่วยเหลือด้านมนุษยธรรมแก่ผู้พลัดถิ่นในนามที่เป็นทางการว่า “พื้นที่พักพิงชั่วคราว” พื้นที่ดังกล่าวจึงมีลักษณะพิเศษที่มีการปฏิสัมพันธ์กันระหว่างอำนาจที่หลากหลายและซับซ้อน ระหว่างชุมชนผู้พลัดถิ่น องค์กรที่ให้ความช่วยเหลือด้านมนุษยธรรม และรัฐไทยในการเข้ามาบริหารจัดการค่ายผู้ลี้ภัย ซึ่งหมายความรวมถึง การจัดการกระบวนการยุติธรรมทางอาญาที่เกิดขึ้นในค่ายผู้ลี้ภัย

บทความชิ้นนี้ได้ศึกษาการเข้าสู่กระบวนการยุติธรรมของผู้เสียหายเด็กในคดีอาญาผ่านกรณีศึกษาทำให้พบว่าข้อท้าทายในการเข้าถึงสิทธิในการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรม อันได้แก่ ผู้พลัดถิ่นเด็กขาดการเข้าถึงที่ปรึกษาและตัวแทนทางกฎหมาย การไม่มีมาตรการพิเศษเพื่อให้ความช่วยเหลือทางกฎหมาย รวมถึงการไร้การตรวจสอบขององค์กรที่ให้ความช่วยเหลือภายในค่ายผู้ลี้ภัยสะท้อนให้เห็นถึงการปล่อยปละละเลยของรัฐไทยให้ผู้พลัดถิ่นเผชิญกับปัญหาการเข้าถึงสิทธิในกระบวนการยุติธรรม

**คำสำคัญ:** ผู้พลัดถิ่น, ผู้เสียหายเด็ก, คดีอาญา, การเข้าถึงกระบวนการยุติธรรม, ค่ายผู้ลี้ภัย

### Abstract

Due to the conflict in Myanmar, there are displaced persons fleeing from death to Thailand. Thailand set up refugee camps under the official name of “Temporary Shelter” to receive displaced persons and to accommodate humanitarian organizations. This space is a special space with various

<sup>1</sup> บทความชิ้นนี้เป็นส่วนหนึ่งของวิทยานิพนธ์ของผู้เขียน เรื่อง การเข้าถึงความยุติธรรมทางอาญาในระบบยุติธรรมชุมชนของผู้พลัดถิ่นในพื้นที่พักพิงชั่วคราวตามแนวชายแดนไทย - เมียนมาร์ (Access to Criminal Justice: Community Justice for displaced persons in refugee camps along Thai-Myanmar Borders) ซึ่งได้รับการสนับสนุนจากสำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย (สกว.)

and complex power interactions surrounding camp administration including criminal justice administration between displaced persons communities, humanitarian organizations and the State of Thailand.

This article studies the access to the Thai justice of child survivors in criminal cases through case studies. It argues that the challenges to achieve the right to access to justice is largely due to the lack of legal counseling, the lack of proper legal representation, the lack of special measures of legal aid, and the lack of monitoring organizations inside the refugee camp. It concludes that the State of Thailand willingly leaves displaced persons to deal with the problem to access to justice alone.

**Keywords:** Displaced Persons, Child Survivors, Criminal Cases, Access to Justice, Refugee Camps

## 1. เกริ่นนำ

ด้วยสถานการณ์ความขัดแย้งและภัยสงครามในที่ต่างๆ ทั่วทุกมุมโลก ก่อให้เกิดการย้ายถิ่นฐานเพื่อหนีความตายไปยังที่ต่างๆ ความช่วยเหลือฉุกเฉินที่รัฐแรกรับสามารถจะกระทำได้ คือ การจัดสถานที่รองรับความช่วยเหลือจากองค์กรด้านมนุษยธรรมต่างๆ ที่เรียกว่า “ค่ายผู้ลี้ภัย” (refugee camp) สำหรับประเทศไทยแม้จะไม่ได้ลงนามในอนุสัญญาและพิธีสารว่าด้วยสถานะของผู้ลี้ภัย แต่ก็ได้ให้ความช่วยเหลือตามหลักมนุษยธรรมกับชนกลุ่มน้อยที่ต้องการแสวงหาที่ปลอดภัยจากประเทศเมียนมาร์ โดยได้จัดตั้งค่ายผู้ลี้ภัยในนามของ “พื้นที่พักพิงชั่วคราว” (สำหรับงานศึกษานี้จะเรียกพื้นที่พักพิงชั่วคราวว่า “ค่ายผู้ลี้ภัย”<sup>2</sup>) และเรียกผู้ลี้ภัยที่เป็นทางการว่า “ผู้หนีภัยจากการสู้รบ” (สำหรับงานศึกษานี้จะเรียกผู้หนีภัยจากการสู้รบว่า “ผู้พลัดถิ่น”<sup>3</sup>) ปัจจุบันมีผู้พลัดถิ่นที่อาศัยอยู่ในค่ายผู้ลี้ภัยในประเทศไทยประมาณ 100,044 คน<sup>4</sup> จากจำนวน 9 ค่ายผู้ลี้ภัยกระจายอยู่ตาม 4 จังหวัด ได้แก่ จังหวัดแม่ฮ่องสอน จังหวัดตาก จังหวัดกาญจนบุรี และจังหวัดราชบุรีพื้นที่พักพิงชั่วคราวบ้านแม่หละเป็น 1 ใน 9 ของค่ายผู้ลี้ภัยที่จำนวนผู้พลัดถิ่นมากที่สุด ค่ายดังกล่าวมีผู้พลัดถิ่นอาศัยอยู่จำนวน 36,673 คนตั้งอยู่ที่อำเภอท่าสองยาง จังหวัดตาก

การเกิดขึ้นของค่ายผู้ลี้ภัยได้นำไปสู่การบริหารจัดการค่ายผู้ลี้ภัยในประเด็นต่างๆ ทั้งในประเด็นเรื่องการเมืองที่พักอาศัย การเข้าถึงอาหารและสาธารณสุขขั้นพื้นฐาน การเข้าถึงบริการทางการแพทย์ การเข้าถึงการศึกษาและการบริหารจัดการต่างๆ รวมไปถึงการแก้ปัญหารายวันของผู้พลัดถิ่นอื่นๆ หนึ่งในเรื่องการเมืองแก้ปัญหารายวัน คือ การจัดการอาชญากรรมและข้อพิพาทภายในชุมชนสำนักงานข้าหลวงใหญ่ผู้ลี้ภัยแห่งสหประชาชาติ (The United Nations High Commissioner for Refugees: UNHCR) ได้มีการศึกษาเกี่ยวกับระบบยุติธรรมภายในค่ายผู้ลี้ภัยทั่วโลกกว่า 52 ค่ายใน

<sup>2</sup> ผู้เขียนใช้คำว่า “ค่ายผู้ลี้ภัย” เนื่องจากเป็นชื่อที่ผู้พลัดถิ่นใช้เรียกพื้นที่ที่ตนพักอาศัยซึ่งมาจากคำว่า “refugee camp” โดยรัฐบาลเลี้ยงที่จะใช้ดังกล่าว เนื่องจากต้องการที่จะรักษาความสัมพันธ์ระหว่างประเทศจึงใช้ชื่อเรียกว่า “พื้นที่พักพิงชั่วคราว” (temporary shelter) ในงานนี้ผู้ศึกษาจะใช้คำว่า “พื้นที่พักพิงชั่วคราว” เฉพาะในส่วนที่ต้องการจะระบุสถานที่อย่างเจาะจงเท่านั้น

<sup>3</sup> ผู้เขียนใช้คำว่า “ผู้พลัดถิ่น” เนื่องจากพื้นที่ดังกล่าวปฏิเสธไม่ได้ผู้อยู่อาศัยในค่ายผู้ลี้ภัยนั้น มีทั้งที่เป็นกลุ่มคนที่แสวงหาที่ปลอดภัยจากอันตราย (flee from death) และกลุ่มที่แสวงหาที่พึ่งพิงทางเศรษฐกิจ (economic displacement) แต่ไม่ว่าจะเป็นกลุ่มที่มาด้วยเหตุผลใด ทั้งสองกลุ่มย่อมจะอยู่ในระบบยุติธรรมในพื้นที่พักพิงชั่วคราวเดียวกันจึงใช้คำว่าผู้พลัดถิ่นในบทความชิ้นนี้เพื่อให้ครอบคลุมถึงคนทุกกลุ่ม

<sup>4</sup> TBBC. (2018). *The border consortium refugee and IDP Camp population: January 2018*. Retrieved March 15, 2018, from <http://www.theborderconsortium.org/media/97985/2018-01-jan-map-tbc-unhcr.pdf>.

13 ประเทศ พบข้อท้าทายในการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมอยู่หลายประการ ไม่ว่าจะเป็น การอยู่ห่างไกลจากสถานที่ให้บริการทางกฎหมาย การขาดความรู้ความเข้าใจในระบบกฎหมายของประเทศแรกรับ หรือปัญหาของภาษาที่ใช้ในการสื่อสาร ฯลฯ<sup>5</sup> ส่งผลให้ผู้พลัดถิ่นที่อาศัยอยู่ในค่ายผู้ลี้ภัยมีช่องทางในการเรียกสิทธิของตนเองเมื่อถูกละเมิดมีอยู่อย่างจำกัด ก่อให้เกิดความเสี่ยงในชีวิตและทรัพย์สินในสังคมของค่ายผู้ลี้ภัยโดยรวม

พื้นที่พักพิงชั่วคราวบ้านแม่หละเป็นค่ายผู้ลี้ภัยที่มีความสลับซับซ้อนในการจัดกระบวนการยุติธรรม เมื่อเกิดคดีอาญาขึ้นไม่ว่าจะเป็นคดีอะไร ชุมชนผู้พลัดถิ่นจะเป็นผู้จัดกระบวนการยุติธรรมในชุมชนโดยมีผู้นำชุมชนคอยเป็นผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาท หากไม่สามารถไกล่เกลี่ยได้ก็อาจนำข้อพิพาทดังกล่าวให้คณะตุลาการประจำค่ายผู้ลี้ภัย (ซึ่งภายหลังได้ปรับเปลี่ยนมาเป็นคณะกรรมการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท) เป็นผู้วินิจฉัยตัดสินตามกฎระเบียบของชุมชน การที่ชุมชนดำเนินการจัดการข้อพิพาทกันเองโดยลำพังได้สร้างข้อห่วงกังวลหลายประการ อาทิ การขาดความชัดเจนของบทบัญญัติ ความผิดและบทลงโทษ อคติที่เกิดขึ้นในการไกล่เกลี่ยและการพิจารณาคดี รวมไปถึงความไม่อ่อนไหวในประเด็นที่เกี่ยวข้องกับกลุ่มเปราะบาง เช่น ผู้หญิง เด็ก ผู้พิการชนกลุ่มน้อย ผู้ที่มีความหลากหลายทางเพศ ฯลฯ จากสถานการณ์เหล่านี้ทำให้องค์กรให้ความช่วยเหลือด้านมนุษยธรรม ไม่ว่าจะเป็นองค์การระหว่างประเทศอย่าง UNHCR หรือองค์กรพัฒนาเอกชนทั้งในประเทศและระหว่างประเทศมีความสนใจในพัฒนากระบวนการยุติธรรมภายในพื้นที่พักพิงชั่วคราวบ้านแม่หละเพื่อให้ผู้พลัดถิ่นได้รับความยุติธรรมด้วยการเข้ามาจัดบริการทางด้านกฎหมายแก่ผู้พลัดถิ่น และจัดโครงการเชิงรณรงค์และให้ทุนสนับสนุนภายใต้การได้รับการอนุญาตจากรัฐบาลไทยเพื่อส่งเสริมการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรม โดยเฉพาะกลุ่มเปราะบาง เช่น ผู้หญิง เด็ก ผู้ถูกกระทำรุนแรงทางเพศ ฯลฯ ตัวอย่างที่เป็นรูปธรรมในการเข้ามามีส่วนร่วมในการจัดกระบวนการยุติธรรมในค่ายผู้ลี้ภัยขององค์กรด้านมนุษยธรรมระหว่างประเทศ คือ การปฏิรูประบบกฎหมายภายในค่ายผู้ลี้ภัยของ UNHCR และ International Rescue Committee (IRC), และการเกิดขึ้นของศูนย์ข้อมูลและให้ความช่วยเหลือทางกฎหมาย (Legal Assistance Center: LAC) ภายใต้การให้บริการของ IRC<sup>7</sup> ภาพรวมการบริหารจัดการดังกล่าวแสดงให้เห็นว่า บทบาทของรัฐบาลไทยในการเข้ามาจัดการกระบวนการยุติธรรมอยู่ในลักษณะที่ให้องค์กรด้านมนุษยธรรมเข้ามาให้ความช่วยเหลือและทำงานร่วมกันกับชุมชนผู้พลัดถิ่นกันเองโดยไม่ได้เข้ามาปกป้องส่งเสริม หรือสนับสนุนการเข้าถึงสิทธิในกระบวนการยุติธรรมแก่ผู้พลัดถิ่นเท่าที่ควร การปล่อยปละละเลยนี้เองทำให้เกิดปัญหาในกลุ่มที่จำเป็นต้องได้รับการช่วยเหลือเป็นพิเศษอย่าง “ผู้เสียหายเด็กและเยาวชน” เนื่องจากคนกลุ่มนี้มีความเปราะบางด้านวุฒิภาวะทางร่างกาย จิตใจ และการปกป้องตนเองให้ปลอดภัยที่ต้องคำนึงถึงตลอดกระบวนการยุติธรรม และต้องอาศัยความร่วมมือจากหลายฝ่ายทั้งฝ่ายสุขภาพ ฝ่ายสังคม และฝ่ายกฎหมาย เป็นทีมสหวิชาชีพในการความช่วยเหลืออย่างรอบด้าน การให้ความช่วยเหลืออย่างรอบด้านนี้จะทำให้ผู้เสียหายซึ่งเป็นเด็กและเยาวชนสามารถเข้าสู่กระบวนการยุติธรรมได้มากขึ้น

“การเข้าถึงกระบวนการยุติธรรม” (access to justice) เป็นเรื่องที่ได้รับการพูดถึงมาโดยตลอดนับตั้งแต่มีปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนใน ค.ศ. 1948 แม้ปฏิญญาดังกล่าวจะไม่ได้ให้นิยามไว้อย่างชัดเจน แต่ได้ให้

<sup>5</sup> Rosa da Costa. (2006). *The Administration of Justice in Refugee Camps: A Study of Practice*. Retrieved February 26, 2018, from <http://www.unhcr.org/protection/globalconsult/44183b7e2/10-administration-justice-refugee-camps-study-practice-rosa-da-costa.html>

<sup>6</sup> Ibid.

<sup>7</sup> Naruemon Thabchumpon and others, A Human Security Assessment of the Social Welfare and Legal Protection Situation of Displaced Persons along the Thai-Myanmar Border. *The United Nations Development Programme*. 2011, 28.

สาระสำคัญของการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมไว้ คือ การเข้าถึงการเรียกร้องและการเยียวยาหลังจากถูกละเมิดเป็นสิทธิของมนุษย์ทุกคนจะเรียกร้องจากระบบกฎหมายของรัฐนั้นๆ สำหรับโครงการพัฒนาแห่งสหประชาชาติ (United Nations Development Programme: UNDP) มองว่า การเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมเป็นหนึ่งในการต่อสู้กับความขาดแคลน การป้องกันและแก้ไขปัญหาคัดแย้งในสถานการณ์โลกวมไปถึงเป็นการยกระดับคุณภาพชีวิตของมนุษย์ให้ดีขึ้น<sup>8</sup> ความเคลื่อนไหวในประเด็นการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมนี้ทำให้ในการประชุมระดับสูงครั้งที่ 67 ของคณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติในปี 2012 ก็ได้ให้ความสำคัญกับการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมบนฐานที่เป็นหนึ่งในหลักนิติธรรมที่รัฐจะต้องทำให้แน่ใจว่า ในระบบกฎหมายของแต่ละประเทศจะมีความยุติธรรม, ความโปร่งใส, มีประสิทธิภาพ, ตรวจสอบได้ และจัดให้มีการบริการทางกฎหมายเพื่อให้กระบวนการยุติธรรมสามารถเข้าถึงคนทุกกลุ่ม (Justice for all)<sup>10</sup>

งานศึกษานี้จึงต้องการแสดงให้เห็นข้อท้าทายในการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมทางอาญาของผู้เสียหายที่เป็นเด็กและเยาวชนผู้พลัดถิ่นในค่ายผู้ลี้ภัย เนื่องจากมีประเด็นความละเอียดอ่อนซับซ้อน และเต็มไปด้วยผู้มีส่วนเกี่ยวข้องจำนวนมากในการให้ความช่วยเหลือทางกฎหมายจากการศึกษาได้พบความบกพร่องของประเทศไทยในการคุ้มครองสิทธิในกระบวนการยุติธรรมแก่ผู้เสียหายเด็กและเยาวชนผู้พลัดถิ่นเพื่อนำไปสู่ประเด็นที่ควรนำไปพัฒนาต่อระบบการปกป้องคุ้มครองเด็กพลัดถิ่นที่เป็นผู้เสียหายในคดีอาญา โดยแบ่งงานออกเป็น 3 ส่วน

**ส่วนที่หนึ่ง** ผู้ศึกษาได้แนวคิดและกรอบกฎหมายระหว่างประเทศที่เกี่ยวกับการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมเพื่อเป็นกรอบในการมองบทบาทของรัฐที่ต้องมีต่อบุคคลในรัฐ รวมถึงผู้พลัดถิ่นให้สามารถเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมได้

**ส่วนที่สอง** ผู้ศึกษาจะยกกรณีศึกษาจำนวน 3 คดี เพื่อสะท้อนให้เห็นสภาพปัญหาของเด็กพลัดถิ่นที่ต้องการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมว่าต้องเผชิญสภาพปัญหาในเรื่องใดบ้าง และประเทศไทยมีความบกพร่องในการจัดให้มีการเข้าถึงสิทธิในกระบวนการยุติธรรมอย่างไร และ

**ส่วนสุดท้าย** ผู้ศึกษาจะจัดให้มีข้อเสนอต่อประเทศไทยในการส่งเสริมสิทธิในการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรม ข้อมูลในส่วนที่เป็นกรณีศึกษานั้นผู้ศึกษาได้มาจากการสังเกตการณ์ประชุมให้ความช่วยเหลือเด็กพลัดถิ่นในคดีอาญาซึ่งจัดโดยองค์กรพัฒนาเอกชนแห่งหนึ่งในพื้นที่แม่สอด ในช่วงระหว่างเดือนมิถุนายน 2559 – ธันวาคม 2560 กรณีศึกษาทั้งหมดเกิดขึ้นในพื้นที่พักพิงชั่วคราวบ้านแม่หละ อ.ท่าสองยาง จ.ตาก อันเป็นพื้นที่ทำวิจัย ชื่อของผู้เสียหาย ผู้ศึกษาได้ใช้นามสมมติ เพื่อป้องกันความเสียหายที่อาจจะเกิดขึ้นหลังจากการเผยแพร่ข้อมูลในงานศึกษาชิ้นนี้

<sup>8</sup> ข้อ 8 UDHR

<sup>9</sup> UNDP. (2004). **Access to Justice Practice Note**. Retrieved February 26, 2018, from [http://www.undp.org/content/undp/en/home/librarypage/democratic-governance/access\\_to\\_justiceandruleoflaw/access-to-justice-practice-note.html](http://www.undp.org/content/undp/en/home/librarypage/democratic-governance/access_to_justiceandruleoflaw/access-to-justice-practice-note.html)

<sup>10</sup> General Assembly United Nations. (2012). **Declaration of the High-level Meeting of the General Assembly on the Rule of Law at the National and International Levels**. Retrieved February 26, 2018, from <https://www.un.org/ruleoflaw/files/A-RES-67-1.pdf>

## 2. พันธกรณีของรัฐบาลไทยในการคุ้มครองสิทธิในกระบวนการยุติธรรมแก่ผู้เสียหายเด็ก/เยาวชน (Access to Justice)

ปัจจุบันมีสนธิสัญญาหลักด้านสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศหลักที่อยู่ภายใต้สหประชาชาติอยู่จำนวนทั้งสิ้น 9 ฉบับ ประเทศไทยได้เข้าเป็นภาคีสนธิสัญญาระหว่างประเทศเหล่านั้น รวมทั้งสิ้น 7 ฉบับ<sup>11</sup>เมื่อประเทศไทยได้เข้าเป็นภาคีสนธิสัญญาแล้ว รัฐบาลไทยจึงพันธกรณีที่จะต้องเคารพ (Respect) คุ้มครอง (Protect) และส่งเสริมสิทธิมนุษยชนในประเทศของตนเอง (Fulfill) ส่งผลทำให้รัฐบาล รวมทั้งหน่วยงานและผู้ปฏิบัติงานในนามของรัฐ จะต้องไม่กระทำการ ละเว้น หรือดเนินการกระทำที่กระทบต่อสิทธิในการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรม

“สิทธิในการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรม” ที่ปรากฏในสนธิสัญญาหลักด้านสิทธิมนุษยชนนั้น ได้ระบุหลักการกว้างๆ เกี่ยวกับสิทธิในการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมไว้ว่า บุคคลเมื่อถูกละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐานย่อมจะต้องได้รับการเยียวยาจากรัฐ (right to remedy)<sup>12</sup> เมื่อเข้าสู่กระบวนการพิจารณาในศาลบุคคลย่อมมีความเสมอภาคในการได้รับการพิจารณาคดีที่เป็นธรรมและเปิดเผยจากศาลที่เป็นอิสระ (Fair trial)<sup>13</sup>โดยไม่ถูกเลือกปฏิบัติ (non - discrimination)<sup>14</sup>กรณีบุคคลดังกล่าวเป็นผู้ถูกสงสัยว่าเป็นผู้กระทำความผิด พวกเขาจะต้องได้รับการปฏิบัติเฉกเช่นมนุษย์โดยจะได้รับการสันนิษฐานไว้ก่อนว่าเป็นผู้บริสุทธิ์ (the presumption of innocence)<sup>15</sup>การจับกุม กักขัง และเนรเทศบุคคลเหล่านั้นจะกระทำตามอำเภอใจมิได้<sup>16</sup> นอกจากนี้ เพื่อให้เกิดการส่งเสริมสิทธิในการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมนั้นตีมากขึ้น รัฐจะต้องจัดให้มีช่วยเหลือทางคดี เช่น สิทธิที่จะมีล่าม หากไม่สามารถเข้าใจหรือพูดภาษาที่ใช้ได้ในศาลได้โดยไม่คิดมูลค่า<sup>17</sup>

ในลักษณะของการสร้างพันธกรณีให้กับรัฐบาลไทยนั้น รัฐบาลไทยจะต้องเคารพ คุ้มครอง และส่งเสริมสิทธิในกระบวนการยุติธรรม โดยอาจจำแนกออกเป็น 3 ลักษณะดังต่อไปนี้

### 2.1 การบัญญัติให้สิทธิในการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมอยู่ในระบบกฎหมาย และมีกลไกการปกป้องคุ้มครองตามกฎหมาย

รัฐบาลไทยจำเป็นต้องบัญญัติไว้ซึ่งสิทธิในกระบวนการยุติธรรมในระบบกฎหมายของไทยเพื่อให้บุคคลซึ่งถูกล่วงละเมิดสามารถอ้างสิทธิอันพึงมีพึงได้ในระบบกฎหมายของรัฐนั้นๆ เมื่อมีบทบัญญัติแล้ว ระบบกฎหมายไทยจะต้อง

<sup>11</sup> สนธิสัญญาระหว่างประเทศด้านสิทธิมนุษยชนที่ประเทศไทยเข้าเป็นภาคี ได้แก่ ได้แก่ กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ค.ศ. 1966 (International Covenant on Civil and Political Rights: ICCPR), กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม ค.ศ. 1966 (International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights: ICESCR), อนุสัญญาว่าด้วยการขจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีในทุกรูปแบบ ค.ศ.1979 (Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women: CEDAW), อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ค.ศ. 1923 (Convention on the Rights of the Child: CRC), อนุสัญญาว่าด้วยการขจัดการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติในทุกรูปแบบ ค.ศ. 1979 (Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination: CERD) และอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิคนพิการ (Convention on the Rights of Persons with Disabilities: CRPD)

<sup>12</sup> ข้อ 8 UDHR, ข้อ 14 ICCPR

<sup>13</sup> ข้อ 10 UDHR, ข้อ 14 (1) ICCPR

<sup>14</sup> ข้อ 3 CRC, ข้อ 2 CEDAW, ข้อ 1 และ ข้อ 5 (ก) CERD

<sup>15</sup> ข้อ 14 (2) ICCPR

<sup>16</sup> ข้อ 9 UDHR

<sup>17</sup> ข้อ 14 (2) ICCPR

กำหนดวิธีการคุ้มครองต่อการละเมิดสิทธิมนุษยชนโดยอาจกำหนดเป็นมาตรการทางกฎหมาย ทางปกครอง หรืออื่นๆ ตามความเหมาะสม รัฐบาลไทยต้องแน่ใจได้ว่ามีกลไกการควบคุม และกำกับการปฏิบัติงานของเจ้าหน้าที่รัฐและเอกชน

ระบบกฎหมายไทยที่เกี่ยวข้องกับสิทธิในการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรม รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 ได้บัญญัติไว้ว่าบุคคลย่อมเสมอภาคกันในทางกฎหมาย มีสิทธิและเสรีภาพที่จะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายอย่างเท่าเทียม ไม่ถูกเลือกปฏิบัติ หากจะมีการเลือกปฏิบัติต้องเป็นการเลือกปฏิบัติเพื่อส่งเสริมให้เกิดการเข้าถึงสิทธิมากขึ้นเช่นเดียวกับบุคคลทั่วไปเพื่อคุ้มครองหรืออำนวยความสะดวกให้แก่เด็ก สตรี ผู้สูงอายุ คนพิการ หรือผู้ด้อยโอกาส ย่อมไม่ถือว่าเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม<sup>18</sup>

กรณีที่เป็นผู้เสียหายในคดีอาญา ผู้เสียหายมีสิทธิที่จะใช้สิทธิทางศาลหรือยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้คดีในศาลได้<sup>19</sup> โดยสามารถร้องทุกข์เพื่อกับพนักงานสอบสวน หรือฟ้องร้องเป็นคดีต่อศาลได้ หากบุคคลที่เป็นพยานในคดีมีแนวโน้มจะได้รับอันตราย กฎหมายก็เปิดให้พนักงานเจ้าหน้าที่ตามกฎหมายจัดมาตรการคุ้มครองเพื่อความปลอดภัยได้<sup>20</sup> กรณีผู้เสียหายเป็นเด็กและเยาวชนเมื่อการเข้าสู่กระบวนการยุติธรรม ผู้แทนโดยชอบธรรมสามารถดำเนินการแทนเด็กได้<sup>21</sup> ในกระบวนการสอบสวนของพนักงานสอบสวน ผู้เสียหายเด็กและเยาวชนจะต้องได้รับการสอบปากคำจากทนายความที่ประกอบด้วยอัยการ นักจิตวิทยา หรือนักสังคมสงเคราะห์<sup>22</sup> หากเด็กและเยาวชนที่จะเข้าสู่กระบวนการยุติธรรมมีความเสี่ยงที่จะได้รับอันตรายแก่กายและจิตใจ จำเป็นที่จะต้องได้รับการสงเคราะห์หรือคุ้มครองสวัสดิภาพ พนักงานเจ้าหน้าที่จะต้องหาวิธีการที่เหมาะสมในการคุ้มครองสวัสดิภาพ เช่น การส่งเด็กเข้าสถานแรกรับ<sup>23</sup> โดยการปฏิบัติต่างๆ ต้องคำนึงถึงผลประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นสิ่งสำคัญและไม่ให้มีการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม<sup>24</sup>

แต่ทั้งนี้ เป็นที่น่าตั้งข้อสังเกตว่า บทบัญญัติเหล่านั้นปรากฏอยู่ในหมวดที่ 3 ในเรื่องของสิทธิและเสรีภาพของปวงชนชาวไทย ซึ่งทำให้เราต้องมาคำนึงถึงว่าสิทธิในกระบวนการยุติธรรมเหล่านี้จะคุ้มครองถึงผู้พลัดถิ่นหนีความตายที่ไม่มีสถานะเป็นพลเมืองไทยหรือไม่ หากไม่ เท่ากับว่า ประเทศไทยได้ละเมิดพันธกรณีที่ให้ไว้กับกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิมนุษยชนต่างๆ ในประเด็นเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิในกระบวนการยุติธรรม

## 2.2 การเยียวยาและชดใช้ตามกฎหมายที่มีประสิทธิภาพ

นอกจากพันธกรณีตามสนธิสัญญาต่างๆ ตามที่กล่าวมาแล้ว ยังมีหลักการและแนวปฏิบัติขององค์การสหประชาชาติ (UN Principles and Guidelines) ได้ให้ความสำคัญของการเยียวยาที่มีประสิทธิภาพเป็นกลไกที่บุคคลสามารถเข้าไปร้องเรียนในองค์กรที่มีความอิสระ มีศักยภาพในการสอบสวนข้อเท็จจริงและวินิจฉัยได้ แล้วทำให้เกิดการเยียวยาขึ้นในทางปฏิบัติ มาตรการในการเยียวยานั้นมักอยู่ในหลากหลายรูปแบบ ไม่ว่าจะเป็นการสนองความพอใจของผู้ถูกละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐาน การฟื้นฟูความสัมพันธ์ การลงโทษผู้ละเมิดเพื่อสร้างหลักประกันที่จะไม่เกิดขึ้นซ้ำอีก หรือการชดใช้ค่าสินไหมทดแทนหรือได้รับการเยียวยาเป็นเงินจากรัฐ<sup>25</sup> ตัวอย่างการเยียวยาที่เป็นรูปธรรม เช่น การนำตัวผู้กระทำความ

<sup>18</sup> มาตรา 27 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560

<sup>19</sup> มาตรา 25 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560

<sup>20</sup> มาตรา 6 พระราชบัญญัติคุ้มครองพยานในคดีอาญา

<sup>21</sup> มาตรา 2 (4) ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา

<sup>22</sup> มาตรา 133 ทวิประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา

<sup>23</sup> มาตรา 33 (5) พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก

<sup>24</sup> มาตรา 22 พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก

<sup>25</sup> หลักการและแนวปฏิบัติพื้นฐานว่าด้วยสิทธิในการเยียวยาและการชดเชยของผู้เสียหายจากการละเมิดอย่างรุนแรงตามหลักกฎหมายสิทธิมนุษยชนและกฎหมายด้านมนุษยธรรมระหว่างประเทศ, รับรองและประกาศโดยมติสมัชชาความมั่นคงที่ 60/147 วันที่ 16 ธันวาคม 2548

ความผิดมาลงโทษ การให้ผู้กระทำความผิดรับสารภาพและกล่าวขอโทษต่อผู้เสียหายโดยการเลือกวิธีการเยียวยาและชดใช้แบบใดนั้นจะต้องเหมาะสมกับเวลาและบริบทต่างๆด้วย

ในระบบกฎหมายไทย การเยียวยาในลักษณะของการลงโทษนั้นปรากฏอยู่ในประมวลกฎหมายอาญา เมื่อศาลได้มีคำพิพากษาว่าจำเลยมีความผิด จำเลยจะได้รับโทษตามคำพิพากษาซึ่งประกอบด้วยการปรับ ริบทรัพย์ จำคุก และประหารชีวิต หากเป็นการเยียวยาในรูปแบบของตัวเอง ผู้เสียหายสามารถร้องขอต่อศาลให้มีการชดใช้ความเสียหายที่เกิดขึ้นอันสืบเนื่องมาจากการกระทำความผิดทางอาญาได้หากจำเลยเป็นบุคคลที่ไม่มีเงินหรือทรัพย์สินที่สามารถจ่ายค่าเสียหายได้ รัฐก็เปิดช่องให้ผู้เสียหายที่ไม่มีส่วนเกี่ยวข้องในการกระทำความผิดสามารถยื่นขอรับการเยียวยาจากรัฐได้โดยยื่นขอรับค่าตอบแทนผู้เสียหายในคดีอาญาภายในระยะเวลา 1 ปี นับตั้งแต่วันที่รู้ถึงการกระทำความผิด ทั้งนี้ จะยื่นขอรับค่าตอบแทนได้เฉพาะความผิดต่อชีวิต (ม.288 – 294), ความผิดต่อร่างกาย (ม. 295- 300), ความผิดเกี่ยวกับเพศ (ม.276 – 287), ความผิดฐานทำให้แท้งลูก (ม.301 -305), ความผิดฐานทอดทิ้งเด็ก (ม.306 – 308)<sup>26</sup> แต่สำหรับการเยียวยาผ่านความพึงพอใจของผู้เสียหาย การฟื้นฟูความสัมพันธ์มักอยู่จะอยู่ในรูปแบบของการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทที่มีอยู่ทั้งในศาล และนอกศาลโดยผู้นำชุมชน

### 2.3 การทำให้สิทธิในกระบวนการยุติธรรมเกิดขึ้นจริงในทางปฏิบัติ

เมื่อรัฐมีบทบัญญัติกฎหมายที่คุ้มครองสิทธิในกระบวนการยุติธรรม รวมไปถึงกลไกในการเรียกร้องสิทธิของตนในระบบกฎหมายแล้ว แต่บุคคลต้องมีความสามารถและเข้าถึงการเยียวยาได้ (Capacity to seek a remedy) เพราะหากบุคคลเหล่านั้นไม่สามารถเข้าถึงการเยียวยาได้บทบัญญัติหรือกลไกทางกฎหมายที่ดีเหล่านั้นก็ไม่สามารถอำนวยความสะดวกให้กับผู้คนได้สำหรับ UNDP ให้ความสำคัญของการสร้างความสามารถในการแสวงหาการเยียวยาด้วยวิธีการเสริมพลังอำนาจทางกฎหมาย (Legal Empowerment) อันเป็นลักษณะสำคัญที่ทำให้คนทุกกลุ่มสามารถเข้าถึงความยุติธรรมได้ เมื่อบุคคลถูกละเมิดสิทธิและไม่ได้รับความเป็นธรรม พวกเขาจะสามารถแสวงหาช่องทางในการเรียกร้องสิทธิได้

ผู้ศึกษาได้ลองศึกษามาตรฐานและแนวทางปฏิบัติที่เกี่ยวข้องกับกับ 2 ฉบับ ได้แก่ Access to Justice Practice Note และ UN Principles and Guidelines on Access to Legal Aid in Criminal Justice Systems อันเป็นแนวทางปฏิบัติที่ต้องการทำให้ความยุติธรรมในดำเนินคดีเกิดขึ้นจริงในทางปฏิบัติ ผู้ศึกษาได้ถอดองค์ประกอบที่น่าสนใจออกมาได้ 5 องค์ประกอบดังต่อไปนี้

(1) ความตระหนักรู้ทางกฎหมาย (Legal Awareness) รัฐมีหน้าที่ในการสร้างความรู้ความเข้าใจและให้ข้อมูลทางกฎหมายแก่คนที่อยู่ในรัฐของตน โดยข้อมูลเหล่านั้นได้แก่ สิทธิในกระบวนการยุติธรรม, องค์กรหรือสถาบันที่เชื่อถือได้ที่ทำหน้าที่ปกป้องสิทธิ และช่องทางในการขอความช่วยเหลือ<sup>27</sup>อีกทั้งรัฐจะต้องแน่ใจว่าในระหว่างดำเนิน

---

(Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Gross Violations of International Human Rights Law and Serious Violations of International Humanitarian Law)

<sup>26</sup> พระราชบัญญัติค่าตอบแทนผู้เสียหาย และค่าทดแทน และค่าใช้จ่ายแก่จำเลยในคดีอาญา พ.ศ. 2544

<sup>27</sup> UNDP. (2004). **Access to Justice Practice Note**. Retrieved February 26, 2018, from

[http://www.undp.org/content/undp/en/home/librarypage/democratic-governance/access\\_to\\_justiceandruleoflaw/access-to-justice-practice-note.html](http://www.undp.org/content/undp/en/home/librarypage/democratic-governance/access_to_justiceandruleoflaw/access-to-justice-practice-note.html)

ข้อ 17 และข้อ 19 UN Principles and Guidelines on Access to Legal Aid in Criminal Justice Systems



กระบวนการยุติธรรม บุคคลได้รับแจ้งข้อมูลเกี่ยวกับสิทธิของตนและการให้ความช่วยเหลือด้านกฎหมายโดยสามารถเข้าถึงได้และแสดงให้เห็นสาธารณะ<sup>28</sup>

(2) การเข้าถึงที่ปรึกษาหรือมีตัวแทนด้านกฎหมาย (Legal Counsel) รัฐมีหน้าที่ที่จะพัฒนาให้บุคคลให้สามารถเข้าถึงการปรึกษาจากนักกฎหมายอาชีพ หรือบุคคลที่มีความรู้ด้านกฎหมาย (อาสาสมัครกฎหมาย) รวมไปถึงการมีตัวแทนทางกฎหมาย<sup>29</sup>

(3) ระบบการให้ความช่วยเหลือทางกฎหมายภายในรัฐ (functioning of a nationwide legal aid system) รัฐจะต้องบัญญัติการให้ความช่วยเหลือทางกฎหมายเป็นหน้าที่ของรัฐและความรับผิดชอบในระบบกฎหมายที่มีความบูรณาการ ในท้ายที่สุด รัฐควรบัญญัติบทบัญญัติหรือนโยบายเฉพาะเพื่อให้แน่ใจว่ามีระบบการให้ความช่วยเหลือทางกฎหมายแนวทางการให้ความช่วยเหลือทางกฎหมายให้ทุกคนสามารถเข้าถึงได้ (accessible), มีประสิทธิภาพ (effective), มีความยั่งยืน (sustainable), และเชื่อถือได้ (credible)<sup>30</sup>, นอกจากนี้ รัฐจะต้องเชื่อมโยงความรู้ชุมชนเกี่ยวกับระบบกฎหมายของพวกเขา, หนทางการเยียวยาแสวงหาการเยียวยาที่ก่อนศาล และระบบยุติธรรมทางเลือก<sup>31</sup>

(4) ความสามารถในการเข้าถึงการบริการทางกฎหมายทั้งที่เป็นทางการและไม่เป็นทางการ (Capacity to access formal and informal legal services) รัฐจะต้องรับรองการมีอยู่ของผู้ให้บริการทางกฎหมายและกระตุ้นให้เกิดความร่วมมือกันไม่ว่าผู้ให้บริการเหล่านั้นจะเป็นสำนักงานทนายความ, มหาวิทยาลัย, ภาคประชาสังคม รวมถึงกลุ่มและสถาบันทางกฎหมายต่างๆ<sup>32</sup> หรืออาสาสมัครด้านกฎหมายในพื้นที่ที่มีข้อจำกัดการเข้าถึงนักกฎหมาย<sup>33</sup> รัฐควรมีส่วนร่วมในการปรึกษาหารือกับภาคประชาสังคมเพื่อหาหนทางในการเข้าถึงบริการทางกฎหมาย<sup>34</sup> และสร้างกฎระเบียบข้อตกลงร่วม และจริยธรรมในการปฏิบัติงานของผู้ปฏิบัติงานให้ความช่วยเหลือทางกฎหมาย<sup>35</sup> รัฐจะต้องประกันความเป็นอิสระกับผู้ให้บริการทางกฎหมาย และอำนวยความสะดวกในการเดินทางไปปรึกษา พบปะกับผู้รับบริการ<sup>36</sup>

(5) การมีมาตรการพิเศษเพื่อความเท่าเทียมในการเข้าถึงการให้ความช่วยเหลือทางกฎหมาย (Equity in access to legal aid for all) รัฐต้องมีมาตรการพิเศษที่ส่งเสริมการเข้าถึงการให้ความช่วยเหลือด้านกฎหมายสำหรับผู้หญิง, เด็ก และกลุ่มต่างๆ ที่มีความต้องการพิเศษ<sup>37</sup> สามารถเข้าถึงได้กับทุกคนแม้จะอยู่ในพื้นที่ทุรกันดาร ห่างกัน และเป็นพื้นที่ที่เสียเปรียบทางเศรษฐกิจและสังคม หรือเป็นสมาชิกของคนในเศรษฐกิจและสังคมที่เสียเปรียบ<sup>38</sup> กรณีที่ผู้ขอความช่วยเหลือทางกฎหมายเป็นเด็ก รัฐจะมีมาตรการพิเศษที่คำนึงผลประโยชน์ของเด็ก (Best

<sup>28</sup> ข้อ 30 UN Principles and Guidelines on Access to Legal Aid in Criminal Justice Systems

<sup>29</sup> UNDP. (2004). **Access to Justice Practice Note**. Retrieved February 26, 2018, from [http://www.undp.org/content/undp/en/home/librarypage/democratic-governance/access\\_to\\_justiceandruleoflaw/access-to-justice-practice-note.html](http://www.undp.org/content/undp/en/home/librarypage/democratic-governance/access_to_justiceandruleoflaw/access-to-justice-practice-note.html)

<sup>30</sup> ข้อ 15 UN Principles and Guidelines on Access to Legal Aid in Criminal Justice Systems

<sup>31</sup> ข้อ 19 UN Principles and Guidelines on Access to Legal Aid in Criminal Justice Systems

<sup>32</sup> ข้อ 39 UN Principles and Guidelines on Access to Legal Aid in Criminal Justice Systems

<sup>33</sup> ข้อ 67 UN Principles and Guidelines on Access to Legal Aid in Criminal Justice Systems

<sup>34</sup> ข้อ 68 UN Principles and Guidelines on Access to Legal Aid in Criminal Justice Systems

<sup>35</sup> ข้อ 69 UN Principles and Guidelines on Access to Legal Aid in Criminal Justice Systems

<sup>36</sup> ข้อ 36 UN Principles and Guidelines on Access to Legal Aid in Criminal Justice Systems

<sup>37</sup> ข้อ 32 UN Principles and Guidelines on Access to Legal Aid in Criminal Justice Systems

<sup>38</sup> ข้อ 33 UN Principles and Guidelines on Access to Legal Aid in Criminal Justice Systems

Interest) เป็นสิ่งแรก<sup>39</sup> และการให้ความช่วยเหลือทางกฎหมายนั้นจำเป็นที่จะต้องเข้าถึงได้, มีอายุที่เหมาะสม, สหวิทยาการ, มีประสิทธิภาพ มีความต้องการทางกฎหมายและสังคมโดยเฉพาะของเด็ก

เมื่อเราดูภาพรวมจากพันธกรณีตามมาตรฐานสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ รวมถึงกฎหมายไทยที่เกี่ยวข้องกับการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมทำให้เราได้กรอบในการมองเกี่ยวกับสิทธิในกระบวนการยุติธรรมของผู้เสียหายเด็กและเยาวชน ดังต่อไปนี้

(1) ประเทศไทยมีบทบัญญัติที่ชัดเจนที่ให้ผู้เสียหายเด็ก/เยาวชน ไม่ว่าจะมีความผิดหรือไม่ผิด มีสิทธิเข้าถึงศาลหรือหน่วยงานใดๆ ก็ย่อมสามารถใช้กลไกที่เป็นทางการหรือไม่เป็นทางการในการแสวงหาการเยียวยาเมื่อตนเองถูกละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐานได้ (Right to remedies) ไม่ว่าจะการเยียวยาเหล่านั้นจะอยู่ในลักษณะของการลงโทษผู้กระทำความผิด การขอโทษ การใช้ค่าเสียหาย

(2) ประเทศไทยมีหน้าที่ที่จะแน่ใจได้ว่าเจ้าหน้าที่หรือองค์กรภาครัฐที่ทำหน้าที่บังคับใช้กฎหมาย ไม่ว่าจะเป็ ตำรวจ อัยการ ศาล ฯลฯ สามารถดำเนินการให้เกิดการเยียวยาที่มีประสิทธิภาพ ปฏิบัติตามกฎหมาย และสามารถหามาตรการการเยียวยาที่เหมาะสมกับสภาพปัญหา กรณีที่ผู้เสียหายที่เป็นเด็ก/เยาวชนจะต้องมีมาตรการคุ้มครองเพื่อลดความบอบช้ำของเด็ก/เยาวชนในการเข้าสู่กระบวนการยุติธรรม อีกทั้งยังเป็นการสร้างความเท่าเทียมให้เด็กและเยาวชนมีความสามารถในการเผชิญหน้าในระบบยุติธรรมได้เฉกเช่นเดียวกับผู้ใหญ่ มาตรการที่กฎหมายไทยใช้ได้แก่ การมีนักจิตวิทยา หรือนักสังคมสงเคราะห์ และบุคคลที่เด็กไว้วางใจ เข้าร่วมในการสอบปากคำและสืบพยานในชั้นศาลได้ การให้มีมาตรการคุ้มครองสวัสดิภาพในศูนย์แรกรับเพื่อคุ้มครองความปลอดภัยให้เด็กและเยาวชนในระหว่างและหลังเข้าสู่กระบวนการยุติธรรม เป็นต้น ทั้งนี้ ต้องมีกลไกในการควบคุมตรวจสอบการบังคับใช้กฎหมายของหน่วยงานหรือเจ้าหน้าที่รัฐตามกฎหมายด้วย

(3) ประเทศไทยมีหน้าที่ในการพัฒนาโลกการให้ความช่วยเหลือทางกฎหมาย (Legal Aids) และทำให้ผู้เสียหายมีความสามารถในการแสวงหาช่องทางในการเยียวยา ผ่านการให้ความรู้ทางกฎหมายเพื่อให้เกิดการตระหนักรู้ซึ่งสิทธิของตนเอง (Legal Awareness) สามารถแสวงหาช่องทางในการร้องเรียน แสวงหาบุคคลที่สามารถให้ข้อมูลและการบริการทางกฎหมายเพื่อเข้ามาปกป้องคุ้มครองซึ่งสิทธิของตนได้

(4) ประเทศไทยมีหน้าที่ที่จะต้องส่งเสริมให้หน่วยงานที่ให้บริการทางกฎหมายที่เป็นหน่วยงานรัฐและที่ไม่ใช่หน่วยงานรัฐสามารถทำงานร่วมกันได้และการทำงานที่บูรณาการกันได้อย่างมีประสิทธิภาพ โดยอาจเกิดเป็นข้อตกลงนโยบาย หรือบทบัญญัติทางกฎหมายที่รับรองการมีอยู่ของหน่วยงานเหล่านี้และเอื้อให้เกิดหน่วยงานใหม่ๆ ที่เข้ามาให้ความช่วยเหลือทางกฎหมายแต่ทั้งนี้ รัฐก็ย่อมจะมีหน้าที่ในการกำกับ ดูแล ตรวจสอบ การทำงานขององค์กรที่ให้ความช่วยเหลือทางกฎหมายด้วย

(5) หลักการสำคัญของการทำงานกับผู้เสียหายเด็กและเยาวชน คือ “หลักผลประโยชน์สูงสุด” (Best Interest) ที่ถูกระบุในอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก และ พ.ร.บ. คุ้มครองเด็ก ทำให้ต้องมีมาตรการในการให้คุ้มครองโดยคำนึงถึงความปลอดภัยในแง่ของอายุ วุฒิภาวะ เพื่อลดความบอบช้ำของเด็กที่ต้องเผชิญหน้ากับกระบวนการยุติธรรม และการเข้ารับบริการทางกฎหมาย

<sup>39</sup> ข้อ 34 UN Principles and Guidelines on Access to Legal Aid in Criminal Justice Systems

### 3. ข้อท้าทายของกระบวนการยุติธรรมสำหรับผู้เสียหายเด็กและเยาวชนพลัดถิ่น

จากที่ผู้ศึกษาได้เข้าไปพบเห็นการประชุมเพื่อให้ความช่วยเหลือทางคดีในพื้นที่พักพิงชั่วคราวบ้านแม่หละ ผู้ศึกษาพบว่าผู้เสียหายเด็กจะต้องเผชิญกับกระบวนการยุติธรรมภายในพื้นที่พักพิงชั่วคราว 2 ระบบที่มีการทำงานเชื่อมต่อกัน หากเป็นข้อพิพาทที่ผู้เสียหายเด็กและเยาวชนเผชิญอยู่เป็นข้อพิพาทที่มีลักษณะเล็กน้อย<sup>40</sup>ผู้เสียหายเด็กและเยาวชนสามารถใช้กลไกการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทโดยผู้นำชุมชนในระดับต่างๆ ทั้งในระดับเซ็คชั่นและระดับโซน<sup>41</sup> เรียกผู้กระทำความผิดเข้ามาพบเพื่อพูดคุยถึงเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นและระงับข้อพิพาทโดยการสร้างข้อตกลงว่าจะไม่กระทำความผิดซ้ำ และลงโทษผู้กระทำความผิดด้วยวิธีการต่างๆ ได้แก่ การชดใช้ค่าเสียหาย, การปรับ, การบำเพ็ญประโยชน์เพื่อสังคม หรือ การกักขังในห้องขังในพื้นที่พักพิงชั่วคราวในระยะสั้นๆ ไม่เกิน 3 เดือน หากทั้งสองฝ่ายไม่สามารถไกล่เกลี่ยตกลงกันได้ ข้อพิพาทดังกล่าวจะถูกส่งไปยังคณะกรรมการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทของพื้นที่พักพิงชั่วคราว (Mediation and Arbitration Team: MAT) ซึ่งเป็นกลุ่มบุคคลที่ได้รับการเลือกจากคณะกรรมการพื้นที่พักพิง (Camp Committee) และได้รับความไว้วางใจจากชุมชนในการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทซึ่งถือว่าเป็นขั้นสูงสุดของกลไกการระงับข้อพิพาทในค่ายผู้ลี้ภัย หากคู่กรณีไม่สามารถตกลงไกล่เกลี่ยหรือไม่ยอมรับผลของการไกล่เกลี่ยก็สามารถนำข้อพิพาทดังกล่าวเข้าสู่กระบวนการยุติธรรมไทยได้

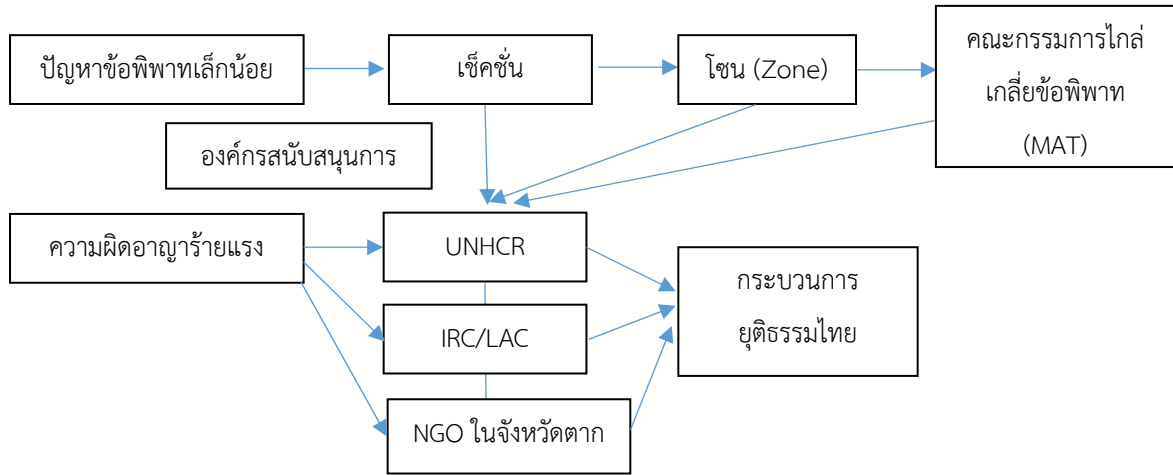
การนำคดีเข้าสู่กระบวนการยุติธรรมไทยนั้น นอกจากจะเป็นข้อพิพาทที่สามารถยุติได้ภายในค่ายผู้ลี้ภัยแล้ว ยังมีคดีที่เป็นความผิดอาญาร้ายแรงที่ตามข้อตกลงภายหลังการปฏิรูปกฎหมาย<sup>42</sup>ภายในพื้นที่พักพิงชั่วคราวบ้านแม่หละชุมชนจะไม่สามารถจัดการข้อพิพาทดังกล่าวได้อีกต่อไป ยกตัวอย่าง เช่น คดีทำร้ายร่างกายอันตรายสาหัส คดีฆ่าคนตาย คดีข่มขืนกระทำชำเราเด็กอายุต่ำกว่า 15 ปี ฯลฯ จะต้องทำส่งเข้าสู่กระบวนการยุติธรรมไทยเท่านั้น โดยผ่านการส่งต่อให้สำนักงานข้าหลวงใหญ่ผู้ลี้ภัยแห่งสหประชาชาติ (UNHCR), ศูนย์ข้อมูล และให้คำปรึกษาทางกฎหมาย (Legal Assistance Center: LAC) ของอินเตอร์เนชั่นแนล เรสคิว คอมมิตีตี (International Rescue Committee) หรือองค์กรพัฒนาเอกชนในพื้นที่แม่สอด ดำเนินการให้ความช่วยเหลือทางกฎหมาย ประสานงาน กับรัฐบาลไทย เพื่อเข้าสู่กระบวนการยุติธรรมไทยต่อไป

ในระหว่างการเดินทางเพื่อเข้าสู่กระบวนการยุติธรรมของผู้เสียหายเด็กและเยาวชน ก็อาจจะมืองค์กรด้านสนับสนุนด้านต่างๆ ไม่ว่าจะเป็นด้านสุขภาพ ด้านจิตสังคม และด้านความปลอดภัยในการให้ความช่วยเหลือเด็กตลอดเส้นทางกระบวนการยุติธรรม ยกตัวอย่างเช่น หากเป็นกรณีที่เกิด/เยาวชนที่เป็นผู้หญิงถูกกระทำความรุนแรงและต้องการคุ้มครองความปลอดภัยก็สามารถติดต่อบ้านพักฉุกเฉิน (Safe House) ขององค์กรสตรีชุมชน (Karen Women Organization) ได้, ถ้ามีปัญหาทางกฎหมายต่างๆ ภายในชุมชนก็มีอาสาสมัครนักกฎหมายชุมชน (Community Legal Volunteer) ที่สามารถให้คำปรึกษาทางกฎหมายและส่งต่อทางคดีได้ เป็นต้น

<sup>40</sup> ข้อพิพาทเล็กน้อยที่ชุมชนสามารถไกล่เกลี่ยข้อพิพาทภายในชุมชนได้ ได้แก่ คดีที่ไม่ใช่ความผิด 9 ฐาน ที่ต้องเข้าสู่กระบวนการยุติธรรมไทยตามข้อตกลงระหว่างคณะกรรมการผู้ลี้ภัยกะเหรี่ยง (Karen Refugee Committee), UNHCR และ IRC เช่น ข้อพิพาททางแพ่ง, ความรุนแรงในครอบครัว, ทำร้ายร่างกายไม่อันตรายสาหัส, ข้อพิพาทเกี่ยวกับทรัพย์สิน เป็นต้น

<sup>41</sup> การบริหารจัดการภายในพื้นที่พักพิงชั่วคราวบ้านแม่หละ จะถูกแบ่งออกเป็น 3 ระดับ ได้แก่ ระดับที่เล็กที่สุดคล้ายระดับหมู่บ้านของไทยจะถูกเรียกว่า “ระดับเซ็คชั่น” (Section) ระดับรองลงมา คือ “ระดับโซน” (Zone) และระดับใหญ่ที่สุด คือ “ระดับค่าย” (Camp) โดยในแต่ละระดับจะมีผู้นำชุมชนในการดูแลในกิจกรรมต่างๆ

<sup>42</sup> ข้อพิพาทร้ายแรงตามข้อตกลงฯ ได้แก่ ความผิดอาญาต่อเด็ก, ความผิดเกี่ยวกับชีวิต, ความผิดต่อร่างกาย ได้แก่ ฐานทำร้ายร่างกายเป็นเหตุให้ผู้อื่นได้รับบาดเจ็บสาหัส, ความผิดเกี่ยวกับเพศ ได้แก่ ฐานข่มขืนกระทำชำเราในกรณีที่ยอมความไม่ได้, ความผิดฐานค้ามนุษย์, อุบัติเหตุเสียชีวิต, ความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด, ความผิดเกี่ยวกับอาวุธปืนและวัตถุระเบิด, ความผิดเกี่ยวกับป่าไม้



แผนภาพอธิบายการส่งต่อข้อพิพาทภายในพื้นที่พักพิงชั่วคราวบ้านแม่หละ อ.ท่าสองยาง จ.ตาก

แต่ทั้งนี้ จากแผนภาพกระบวนการยุติธรรมสำหรับผู้พลัดถิ่นไม่ได้เดินทางในกระบวนการยุติธรรมอย่างราบรื่น แต่มีข้อท้าทายตลอดรายทางในเส้นทางกระบวนการยุติธรรม โดยผู้ศึกษาได้มีโอกาสเข้าไปสังเกตการณ์การให้ความช่วยเหลือเด็กผู้พลัดถิ่นตามกฎหมายส่วนใหญ่จะหยิบคดีที่เกี่ยวข้องกับเพศมาถกเถียงในการประชุมให้ความช่วยเหลือทางกฎหมายอยู่เสมอ ทำให้ได้ข้อสังเกตเกี่ยวกับปัญหาการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมของเด็กพลัดถิ่นดังต่อไปนี้

### 3.1 ข้อท้าทายเกี่ยวกับผู้เสียหายเด็ก/ เยาวชนที่จะเข้าสู่กระบวนการยุติธรรม

ข้อท้าทายแรกๆ ที่มักจะประสบในกรณีของผู้เสียหายที่เป็นเด็กและเยาวชน คือ ผู้เสียหายมักจะไม่บอกเล่าเรื่องราวของตนเองที่ถูกล่วงละเมิดสิทธิกับผู้ปกครอง หรือบุคคลที่ผู้เสียหายไว้วางใจในทันทีที่เกิดเหตุเพราะวุฒิภาวะของเด็กที่อาจไม่ทราบสาเหตุการเกิดขึ้นเป็นสิ่งที่ถูกต้องหรือไม่ หรือด้วยความหวาดกลัวที่จะถูกกระทำซ้ำและเกิดอันตรายต่อตนเองทั้งทางร่างกายและจิตใจ ผู้เสียหายจึงไม่กล้าที่จะบอกเล่าหรือแจ้งเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นเพื่อขอความช่วยเหลือ เหตุการณ์เหล่านี้มักจะเกิดขึ้นในกรณีที่ผู้เสียหายที่ถูกล่วงละเมิดทางเพศโดยคนในครอบครัว เพื่อนบ้าน หรือผู้มีอิทธิพลกับผู้เสียหาย ผลจากการแจ้งเหตุที่ล่าช้านี้ส่งผลกระทบต่อการให้ความช่วยเหลือทางกฎหมายในหลายด้านอายุ ความของการดำเนินคดีอาญาเป็นประเด็นหนึ่งที่ทำให้ผู้ปฏิบัติงานต้องทำงานแข่งกับเวลา เช่น ในกรณีผู้เสียหายเป็นเยาวชนอายุกว่า 15 ปี เมื่อถูกล่วงละเมิดทางเพศจะไม่สามารถแจ้งพยานระยะเวลา 3 เดือนนับตั้งแต่วันที่รู้ถึงการกระทำ ความผิด ในแง่ของการรวบรวมพยานหลักฐานในคดีล่วงละเมิดทางเพศจำเป็นอย่างมากที่จะต้องเก็บพยานหลักฐานที่เกี่ยวข้องกับร่างกายเพื่อหาหลักฐานทางนิติวิทยาศาสตร์เพื่อหลักฐานประกอบว่ามีแนวโน้มที่จะเกิดล่วงละเมิดหรือไม่

**นางสาวเนียอ่องเม็ยะ (นามสมมติ)** เป็นกรณีหนึ่งของผู้ศึกษาได้ลองติดตามการปฏิบัติงานของเจ้าหน้าที่ต่างๆ เพื่อศึกษาถึงข้อท้าทายของเด็กและเยาวชนในการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมไทย เด็กอาศัยอยู่กับญาติจำนวน 6 คน เนื่องจากพ่อและแม่ของเด็กเสียชีวิตจากสถานการณ์ความไม่สงบในประเทศเมียนมาร์ เด็กมักจะถูกญาติใช้ทำงานหนักๆ และถูกทำร้ายร่างกายอยู่บ่อยครั้งตลอดระยะเวลาหลายปี จนกระทั่งในเดือนมีนาคม เด็กได้ถูกล่วงละเมิดทางเพศโดยญาติฝ่ายชายในบ้านอยู่หลายครั้งตลอดเดือน เด็กไม่กล้าเล่าให้ใครฟัง เพราะกลัวจะถูกทำร้ายร่างกายและล่วงละเมิดซ้ำ

เด็กใช้ระยะเวลาอยู่นานเพื่อรวบรวมความกล้าจนเด็กได้แจ้งเรื่องนี้ให้กับองค์กรชุมชนผู้พลัดถิ่นแห่งหนึ่งในเดือนพฤษภาคม<sup>43</sup>

ตามแนวทางการให้ความช่วยเหลือเด็กผู้พลัดถิ่นขององค์กรชุมชนผู้พลัดถิ่น องค์กรพัฒนาเอกชน เจ้าหน้าที่ ผู้พลัดถิ่น และอาสาสมัครด้านต่างๆ ในค่ายผู้ลี้ภัย เมื่อได้รับเรื่องการแจ้งเหตุแล้ว องค์กรเหล่านี้จะถูกฝึกให้เร่งดำเนินการให้ความช่วยเหลือฉุกเฉินแบบสหวิชาชีพโดยให้ความช่วยเหลือเด็กในสามด้าน ด้านสุขภาพ ด้านสังคม และด้านกฎหมาย<sup>44</sup> ในกรณีของนางสาวเนียงอ่องเมี้ยะ เมื่อองค์กรสตรีชุมชนผู้พลัดถิ่นได้รับเรื่อง และสอบข้อเท็จจริงเบื้องต้น พบว่ามีความจำเป็นเร่งด่วนที่จะต้องดำเนินการใน 2 ประเด็น ทั้งในประเด็นสุขภาพ และประเด็นสังคม<sup>45</sup>

ประเด็นสุขภาพ องค์กรสตรีชุมชนอยากจะแน่ใจว่า เด็กได้รับการบาดเจ็บในส่วนใดของร่างกายบ้าง มีโรคติดต่อทางเพศสัมพันธ์หรือไม่ และมีการตั้งครรภ์เกิดขึ้นหรือไม่ โดยได้ส่งเด็กให้ได้รับการตรวจร่างกายที่สถานพยาบาลภายในค่ายผู้ลี้ภัย ผลการตรวจเบื้องต้น ผู้เสียหายนั้นมีความสุขที่แข็งแรงดี ไม่พบโรคติดต่อทางเพศสัมพันธ์ใดๆ และไม่มีภาวะตั้งครรภ์ แต่จำเป็นต้องได้รับการตรวจโดยละเอียดจากโรงพยาบาลไทยนอกค่ายผู้ลี้ภัยโดยผ่านระบบศูนย์พึ่งได้ (One Stop Crisis Center: OSCC) แต่เนื่องจากผู้เสียหายเด็กไม่ต้องการให้คนในชุมชนรู้ถึงเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นกับตน ผู้เสียหายจึงไม่ต้องการออกนอกค่ายผู้ลี้ภัยเพื่อไปตรวจร่างกายและเข้าสู่ระบบการช่วยเหลือของ OSCC<sup>46</sup>

ประเด็นสังคมจะต้องคำนึงว่าผู้เสียหายอยู่ในสภาพแวดล้อมที่มีความเสี่ยงต่อการถูกกระทำซ้ำหรือไม่ องค์กรสตรีชุมชนเห็นว่า ผู้เสียหายเด็กอาจจะไม่ได้รับความปลอดภัยหากยังอยู่ในครอบครัวอยู่และมีความเสี่ยงที่จะถูกกระทำซ้ำ องค์กรสตรีชุมชนจึงประสานหาบ้านพักฉุกเฉินภายในค่ายผู้ลี้ภัย (safe house) ให้ผู้เสียหายอยู่พักอาศัยในระหว่างรอดำเนินการให้ความช่วยเหลือต่างๆ แต่ด้วยห่วงสถานการณ์ปัจจุบันที่แหล่งทุนต่างๆ เริ่มตัดงบประมาณสนับสนุนจึงทำให้ขาดเจ้าหน้าที่ดูแลเด็ก องค์กรสตรีชุมชนจึงจำเป็นต้องประสานกับองค์กรชุมชนด้านการศึกษาเพื่อให้เด็กได้รับการคุ้มครองสวัสดิภาพและดูแลโดยครูที่เด็กรู้จัก<sup>47</sup>

จะสังเกตเห็นว่า กรณีของนางสาวเนียงอ่องเมี้ยะนี้ หลังจากการแจ้งเหตุได้ใช้ระยะเวลาช่วงหนึ่งในการดำเนินการในประเด็นสุขภาพและประเด็นสังคม แต่ยังไม่ได้เริ่มดำเนินการในประเด็นทางกฎหมายเนื่องจากผู้เสียหายยังไม่มีความพร้อมที่จะดำเนินการครูผู้ดูแลเด็กได้พยายามเตรียมความพร้อมกับผู้เสียหายเพื่อให้เขาสามารถบอกเล่าเรื่องราวที่เกิดขึ้นได้และให้ความเชื่อมั่นว่าจะได้รับความคุ้มครองความปลอดภัยในช่วงระยะเวลาสั้น ช่วงเดือนสิงหาคม ครูผู้ดูแลได้ประสานงานกับองค์กรด้านกฎหมายซึ่งได้แก่ LAC เพื่อเข้าไปพบกับผู้เสียหายเพื่อให้ข้อมูลด้านกฎหมายและคำปรึกษา หลังจากให้คำปรึกษากับผู้เสียหาย ผู้เสียหายเด็กมีความประสงค์จะนำคดีเข้าสู่กระบวนการยุติธรรมไทย LAC จึงประสานส่งคดีให้กับ UNHCR ดำเนินการด้านกฎหมายต่อไป<sup>48</sup>

แต่ทั้งนี้ ในช่วงเดือนตุลาคมเมื่อผู้เสียหายและเจ้าหน้าที่จาก UNHCR ได้เดินทางไปแจ้งความดำเนินคดีเพื่อดำเนินการกฎหมาย แต่ผลปรากฏว่า ผลตรวจอายุฟันเพื่อตรวจสอบอายุที่แท้จริงของผู้เสียหาย แพทย์มีความเห็นว่าผู้เสียหายเด็กน่าจะมีอายุราวๆ 15 – 18 ปี ไม่ได้อายุ 14 ปี ตามที่เด็กเข้าใจ (กรณีนี้เด็กไม่มีเอกสารประจำตัวเพื่อยืนยัน

<sup>43</sup> การประชุมเพื่อให้ความช่วยเหลือเด็กผู้พลัดถิ่นโดยองค์กรพัฒนาเอกชน. สังเกตการณ์, 28 สิงหาคม 2559.

<sup>44</sup> Karen Refugee Committee, UNHCR and IRC. (2013). The Mediation and Dispute Resolution Guidelines.

<sup>45</sup> สังเกตการณ์, 28 สิงหาคม 2559.

<sup>46</sup> เรื่องเดียวกัน.

<sup>47</sup> เรื่องเดียวกัน.

<sup>48</sup> การประชุมเพื่อให้ความช่วยเหลือเด็กผู้พลัดถิ่นโดยองค์กรพัฒนาเอกชน. สังเกตการณ์, 29 กันยายน 2559.

อายุทำให้เด็กเข้าใจตนเองอายุ 14 ปี) ทำให้ส่งผลต่อรูปคดี คือ หมดยุคความไม่สามารถดำเนินการใดๆ ในด้านกฎหมายต่อไปได้ ทั้งนี้ ภายในพื้นที่พักพิงชั่วคราวบ้านแม่หละก็พบว่า ผู้ต้องหาได้หลบหนีออกไปแล้ว เมื่อรู้ว่าผู้เสียหายเด็กกำลังออกมาดำเนินคดีตามกฎหมาย<sup>49</sup> กรณีนี้ผู้เสียหายจึงไม่ได้รับการเยียวยาใดๆ จากฝ่ายผู้กระทำความผิด

จากกรณีศึกษานี้จะเห็นว่า การเริ่มขั้นตอนทางกฎหมายต้องใช้เวลาและมีความละเอียดอ่อนในการสร้างความพร้อมกับผู้เสียหายให้พร้อมเข้าสู่กระบวนการยุติธรรม การเริ่มต้นแจ้งเหตุในช่วงระยะเวลาจึงเป็นสิ่งที่สำคัญต่อการให้ความช่วยเหลือทางกฎหมาย

### 3.2 ความท้าทายที่เกี่ยวกับการเดินทางออกนอกค่ายผู้ลี้ภัย

สถานะของผู้พลัดถิ่นที่อาศัยอยู่ในค่ายผู้ลี้ภัยตามกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับคนเข้าเมือง คือ บุคคลที่มีสถานะเข้าเมืองผิดกฎหมายแต่ได้รับการอนุญาตให้อยู่ในประเทศไทยชั่วคราว โดยจะต้องอยู่ในพื้นที่ที่รัฐบาลจัดหาไว้ให้ ผู้พลัดถิ่นจึงไม่ได้รับอนุญาตให้ออกนอกค่ายผู้ลี้ภัยได้ การจำกัดสิทธิในการเดินทางนี้เมื่อผู้พลัดถิ่นมีเหตุจำเป็นที่ต้องการเข้าถึงการบริการสาธารณะต่างๆ ของรัฐไทยได้ ด้วยเหตุดังกล่าวจึงทำให้เกิดช่องว่างในการร้องเรียน/ขอความช่วยเหลือได้หลายรูปแบบซึ่งมาจากองค์กรชุมชนของผู้พลัดถิ่นเอง องค์กรพัฒนาเอกชน หรือ UNHCR เพื่อให้ขอรับความช่วยเหลือทั้งประเด็นทางกฎหมายและประเด็นอื่นๆ ได้

การเดินทางออกนอกค่ายผู้ลี้ภัยจึงสามารถกระทำได้ในสองแนวทาง แนวทางแรก คือดำเนินการโดยผู้พลัดถิ่นเองโดยยื่นคำร้องขอใบอนุญาตออกนอกค่ายผู้ลี้ภัย (Camp pass) จากปลัดประจำค่ายผู้ลี้ภัยโดยต้องแจ้งเหตุผลที่จะออกนอกค่ายผู้ลี้ภัย ระบุวันที่เดินทางออกไปและวันเดินทางกลับ ระยะเวลาในการพิจารณานั้นใช้ระยะเวลาประมาณ 1 – 2 สัปดาห์ เมื่อได้รับการพิจารณาอนุมัติแล้วจะสามารถเดินทางออกจากค่ายผู้ลี้ภัยได้ตามวันเวลา และเขตพื้นที่ที่ระบุไว้เท่านั้น แนวทางที่สอง คือ องค์กรพัฒนาเอกชนและ UNHCR เป็นผู้ดำเนินการยื่นคำร้องให้โดยจะเป็นเฉพาะกรณีที่มาเข้ารับบริการทางกฎหมายหรือรับบริการอื่นๆ เท่านั้น โดยจะใช้ระยะเวลาประมาณ 1 สัปดาห์ในการขออนุญาต ทั้งนี้ ความซ้ำเร็วในยื่นคำร้องขออนุญาตนี้อาจแปรผันตามความสะดวกของปลัดประจำค่ายผู้ลี้ภัยที่มีภาระงานอื่นๆ ที่ต้องจากทางราชการ การเดินทางออกนอกค่ายผู้ลี้ภัยเพื่อไปดำเนินการในเรื่องต่างๆ จึงจำเป็นที่จะต้องวางแผนอย่างรัดกุมและต้องประสานกับหน่วยงานต่างๆ ไว้อย่างดีแล้ว

มีข้อสังเกตบางประการเกี่ยวกับการขออนุญาตออกนอกค่ายผู้ลี้ภัย ประการแรก หากเป็นกรณีที่ผู้พลัดถิ่นนั้นไม่ได้รับการสำรวจและมีสถานะผู้ลี้ภัยในค่ายผู้ลี้ภัย (ไม่ได้รับรองว่าเป็นผู้หนีภัยจากการสู้รบโดย UNHCR และรัฐบาลไทย) ผู้เสียหายจะไม่สามารถขอใบอนุญาตออกนอกค่ายผู้ลี้ภัยได้ ประการที่สอง การขออนุญาตออกนอกค่ายผู้ลี้ภัยโดยต้องแจ้งเหตุความจำเป็นนั้น ทำให้การรักษาความลับของผู้เสียหายเป็นไปได้ยาก และทำให้บุคคลภายนอกต้องมารับรู้เรื่องราวที่เกิดขึ้นกับผู้เสียหาย ซึ่งในกรณีผู้เสียหายที่เป็นเด็กและเยาวชน การรักษาความลับเป็นสิ่งที่จำเป็นต่อการคุ้มครองผลประโยชน์ของเด็กเพื่อลดความบอบช้ำ ความรู้สึกอับอาย เพราะ เรื่องราวของตนเองโดยคนอื่นๆ ที่ไม่เกี่ยวข้อง

### 3.3 ข้อท้าทายด้านภาษาและการจัดการหาล่าม

ในค่ายผู้ลี้ภัยเป็นพื้นที่ที่มีความหลากหลายทางภาษาและวัฒนธรรม ในพื้นที่พักพิงชั่วคราวบ้านแม่หละชาติพันธุ์ส่วนใหญ่จะเป็นชาติพันธุ์กะเหรี่ยง และมีส่วนน้อยเป็นชาวเมียนมาร์ (มุสลิม) และชาติพันธุ์อื่นๆ อาศัยอยู่ในค่ายผู้ลี้

<sup>49</sup> การประชุมเพื่อให้ความช่วยเหลือเด็กผู้พลัดถิ่นโดยองค์กรพัฒนาเอกชน. สังเกตการณ์, 30 กรกฎาคม 2559.

ภยันนี้<sup>50</sup> ภาษาที่ใช้โดยส่วนใหญ่จะเป็นภาษากระเหรี่ยงในการสื่อสารระหว่างกัน และภาษาพม่าในการสื่อสารระหว่างผู้พลัดถิ่นและองค์กรเอกชนที่ให้ความช่วยเหลือทางมนุษยธรรม มีบ้างที่ผู้พลัดถิ่นบางคนจะสื่อสารด้วยภาษาไทย

เมื่อผู้พลัดถิ่นต้องเข้าสู่กระบวนการยุติธรรมไม่ว่าจะเป็นในชั้นตำรวจ ชั้นอัยการ หรือชั้นศาล การจัดหาล่ามเป็นข้อท้าทายอย่างหนึ่งของผู้ปฏิบัติงานให้ความช่วยเหลือทางกฎหมาย ในชั้นตำรวจพบว่ามีล่ามไม่เพียงพอต่อการปฏิบัติงานและไม่หลากหลายมากพอ ล่ามในสถานีตำรวจที่มีจะเป็นล่ามที่สามารถสื่อสารภาษาพม่าได้เท่านั้น หากผู้เสียหายไม่สามารถพูดภาษาพม่าได้ หรือพูดได้แต่ไม่ชัดเจน ทำให้การสื่อสารหรือการให้ข้อมูลนั้นไม่ชัดเจนและส่งผลกระทบต่อคดีความนั้นๆได้ นอกจากนี้ แม้ผู้เสียหายจะสามารถสื่อสารด้วยภาษาพม่าได้ แต่เมื่อผู้เสียหายไม่ได้พูดในภาษาที่ตนเองถนัดก็ส่งผลกระทบต่อประสิทธิภาพการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมเช่นกัน ในจุดที่เป็นข้อจำกัดของรัฐนี้ ได้ถูกเติมเต็มด้วยการบริการขององค์กรพัฒนาเอกชนที่จะเป็นจัดหาล่ามไปสนับสนุนงานยุติธรรม ด้วยเหตุนี้ หน่วยงานรัฐจึงขาดความกระตือรือร้นในการจัดหาล่ามมาประจำไว้ที่สถานีตำรวจและหวังพึ่งให้องค์กรพัฒนาเอกชนต่างๆ เมื่อส่งผู้เสียหายมาก็จำเป็นที่จะต้องจัดหาล่ามมาให้ด้วย

ในกรณีของนางสาวอ่องเมื้อะที่กระบวนการให้ความช่วยเหลือทางกฎหมายเป็นไปอย่างล่าช้าอีกสาเหตุหนึ่งก็เกิดจากการหาล่ามที่ผู้เสียหายสามารถสื่อสารได้ ผู้เสียหายไม่ชำนาญในการสื่อสารภาษากระเหรี่ยงหรือพม่า เพราะ เด็กมีชาติพันธุ์คะฉิ่น สังเกตได้จากการให้ข้อเท็จจริงถึงเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นกับครูผู้ดูแลได้ให้รายละเอียดที่แตกต่างคลาดเคลื่อนกันในแต่ละครั้ง โดยไม่ทราบสาเหตุว่าเป็นเพราะผู้เสียหายเด็กจำเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นไม่ได้หรือเกิดจากการแปลที่ผิดพลาด<sup>51</sup> เมื่อได้หาล่ามที่สามารถสื่อสารภาษาคะฉิ่นได้ก็ทำให้ได้รับความชัดเจนทางคดีมากขึ้นจึงพร้อมที่จะพาเด็กเข้าสู่กระบวนการยุติธรรมไทยแต่ก็สายเกินไปที่จะดำเนินการทางกฎหมายเสียแล้ว

### 3.4 ข้อท้าทายด้านทรัพยากรในการจัดให้มีมาตรการพิเศษสำหรับเด็ก

การจัดให้มีความช่วยเหลือพิเศษสำหรับเด็ก/เยาวชนนั้นเป็นไปเพื่อปกป้องประโยชน์สูงสุดของเด็ก (Best Interest) กล่าวคือ ต้องทำให้แน่ใจได้ว่าเด็กจะไม่ได้รับผลกระทบเกินจำเป็น หรือได้รับความบอบช้ำทางจิตใจเมื่อผู้เสียหายต้องเดินเข้าสู่กระบวนการยุติธรรม ยกตัวอย่างเช่น ผู้เสียหายจะต้องได้รับการปกป้องให้อยู่ในสถานที่และสิ่งแวดล้อมที่ปลอดภัย, เมื่อเข้าสู่กระบวนการยุติธรรมผู้เสียหายจะไม่ถูกถามซ้ำๆ เกิดความจำเป็นและตามกฎหมายถึงเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นจนรู้สึกฝังใจกับเหตุการณ์นั้นๆ, ผู้เสียหายจะสามารถเข้าถึงที่ปรึกษาทางกฎหมายที่สามารถอธิบายกระบวนการทางกฎหมายที่เข้าใจง่ายเพื่อสร้างความมั่นใจและลดความวิตกกังวลเมื่อเขาต้องเข้าสู่กระบวนการยุติธรรมไทย เป็นต้น หลายกรณีผู้เสียหายมักประสบปัญหาสภาวะทางจิตใจและสติปัญญามาด้วยทำให้ผู้ปฏิบัติงานในพื้นที่จำเป็นจะต้องหามาตรการต่างๆมาเยียวยาสภาพจิตใจและสร้างความพร้อมให้ผู้เสียหายสามารถเข้าสู่กระบวนการยุติธรรมไทยได้

กรณีศึกษาของนางสาวดาตาพอร์วเป็นกรณีศึกษาที่ผู้เสียหายมีสภาวะทางสติปัญญาสะท้อนให้เห็นมาตรการต่างๆ ในการให้ความช่วยเหลือกับผู้เสียหายผู้เสียหายอายุ 17 ปี อาศัยอยู่กับครอบครัว รวม 4 คน โดยอาศัยอยู่กับพ่อแม่ และน้องสาว ในเดือนกันยายน พ่อผู้เสียหายได้เดินทางออกนอกค่ายผู้ลี้ภัยเพื่อไปทำงาน ทั้งคู่อาศัยอยู่ในบ้านพักแห่งหนึ่งใน อ.แม่ระมาด จ.ตาก อยู่ร่วมกับเพื่อนของพ่ออีกหนึ่ง คืนต่อมา ผู้เสียหายถูกล่วงละเมิดทางเพศโดยคนร้ายซึ่งเพื่อนของพ่อที่อาศัยอยู่ด้วยกันภายในบ้านพักดังกล่าว คนร้ายได้ใช้อาวุธมีดปลายแหลมจี้ข่มขู่ผู้เสียหายเพื่อไม่ให้ผู้เสียหายส่ง

<sup>50</sup> TBBC. (2018). The border consortium refugee and IDP Camp population: January 2018. Retrieved March 15, 2018, from <http://www.theborderconsortium.org/media/97985/2018-01-jan-map-tbc-unhcr.pdf>.

<sup>51</sup> สังเกตการณ์, 30 กรกฎาคม 2559.

เสียงร้องขอความช่วยเหลือ เมื่อถึงวันที่ผู้เสียหายและพ่อของตนเองเดินทางกลับเข้าค่ายผู้ลี้ภัย ผู้เสียหายได้เล่าเรื่องราวที่เกิดขึ้นให้ครอบครัวฟัง แต่ในครอบครัวไม่มีใครเชื่อ เนื่องจากผู้เสียหายมีปัญหาทางด้านสติปัญญาที่ไม่สมประกอบจึงไม่เชื่อในสิ่งที่ผู้เสียหายพูดเป็นความจริง แต่เมื่อเด็กได้กล่าวถึงเรื่องที่เกิดขึ้นในคืนนั้นอยู่ซ้ำๆ และพ่อสังเกตเห็นที่แปลกๆ เมื่อคนร้ายมาเยี่ยมบ้าน จึงได้นำเรื่องไปยังองค์กรสตรีชุมชนในช่วงเดือนตุลาคม องค์กรสตรีชุมชนจึงได้เข้ามาพบกับผู้เสียหายเพื่อพูดคุยถึงเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นและสอบถามความประสงค์ของผู้เสียหาย พบว่า ผู้เสียหายมีความหวาดกลัวและต้องการลงโทษผู้กระทำความผิด

องค์กรสตรีชุมชนได้เริ่มให้ความช่วยเหลือด้านความปลอดภัยให้กับผู้เสียหายเป็นอันดับแรก ผู้เสียหายถูกนำไปคุ้มครองสวัสดิภาพที่บ้านพักฉุกเฉินขององค์กรสตรีชุมชน หลังจากนั้นได้ประสานงานกับผู้นำชุมชนระดับเขตชั้นเพื่อให้มีการควบคุมตัวคนร้ายไว้ก่อน ผู้นำชุมชนได้ดำเนินการประสานงานกับเจ้าหน้าที่รักษาความปลอดภัยเข้าควบคุมตัวผู้กระทำความผิดได้สำเร็จและได้ถูกฝากขังไว้ในห้องกักขังระดับโซน เพื่อรอส่งตัวไปดำเนินคดีตามกฎหมายไทย องค์กรสตรีชุมชนยังได้ประสานงานกับ LAC เพื่อให้ดำเนินการช่วยเหลือและติดตามความคืบหน้าด้านกฎหมายต่อไป<sup>52</sup>

องค์กรสตรีชุมชนได้มีการพูดคุยกับผู้เสียหายเพิ่มเติมพบว่า ผู้เสียหายอยู่ในสภาวะความเครียด วิตกกังวลเรื่องความปลอดภัยและกังวลว่าจะไม่มีใครดูแลครอบครัว เพราะ พ่อของผู้เสียหายมักมีพฤติกรรมดื่มสุรา แม่ของผู้เสียหายมักถูกต่อว่าโดยสามีของตนเป็นประจำ ส่วนน้องสาวของผู้เสียหายไม่ได้เรียนหนังสือ ผู้เสียหายมีปัญหาเรื่องการสื่อสารและพูดจาสับสน ระหว่างที่อยู่บ้านพักฉุกเฉิน ญาติของผู้กระทำความผิดได้เข้ามาต่อว่าผู้เสียหายโดยอ้างว่าผู้เสียหายไม่ได้พูดความจริงอยู่เป็นประจำ องค์กรสตรีมีเจ้าหน้าที่จำกัดและมีความวิตกกังวลว่า ผู้เสียหายจะได้รับอันตรายทางจิตใจมากขึ้น ในการประชุมเพื่อให้ความช่วยเหลือเด็กผู้พลัดถิ่นโดยองค์กรพัฒนาเอกชนได้มีความห่วงกังวลว่า หากเริ่มต้นกระบวนการทางกฎหมาย ผู้เสียหายจะไม่สามารถให้ปากคำถึงเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นได้ เพราะ สิ่งแวดล้อมที่เด็กอยู่ส่งผลกระทบต่อสภาพจิตใจเด็กอย่างมาก จึงมีแผนนำเด็กออกไปคุ้มครองสวัสดิภาพที่สถานคุ้มครองเด็กเอกชนนอกค่ายผู้ลี้ภัย และนำเด็กเข้าสู่กลไกของ OSCC เพื่อตรวจร่างกาย ตรวจวัดระดับสติปัญญา ประเมินสภาพจิตใจของเด็ก เพื่อนำไปสู่การฟื้นฟูสมรรถภาพและพัฒนาการเด็ก เพื่อให้เด็กมีความพร้อมในการเป็นพยานในชั้นศาลต่อไป<sup>53</sup>

นางสาวดาตาพอร์และครอบครัวไม่มีเอกสารขึ้นทะเบียนเป็นผู้หนีภัยจากการสู้รบจาก UNHCR ทำให้ผู้เสียหายมีปัญหาค้ำประกันในการเดินทางออกนอกพื้นที่พักพิงค่อนข้างมาก การออกนอกพื้นที่พักพิงชั่วคราวนั้นจำเป็นต้องได้รับใบอนุญาตออกนอกพื้นที่ (camp pass) ที่ได้รับการรับรองโดยปลัดอำเภอประจำค่ายผู้ลี้ภัย เอกสารที่นำมาใช้ประกอบการขอออกนอกพื้นที่จะต้องมีเอกสารขึ้นทะเบียนเป็นผู้หนีภัยจากการสู้รบที่ออกโดย UNHCR เท่านั้น แผนการให้ความช่วยเหลือที่ต่อวางไว้เกี่ยวกับการออกมาเพื่อแจ้งความดำเนินคดีคุ้มครองสวัสดิภาพและได้รับบริการทางการแพทย์จึงล่าช้าออกไป LAC และ UNHCR จึงมีการประสานให้ผู้นำชุมชนช่วยรับรองการเป็นลูกบ้านที่อยู่ในชุมชนและไปยืนยันกับปลัดอำเภอว่า บุคคลดังกล่าวพักอยู่ในค่ายผู้ลี้ภัยเพื่อให้ปลัดอำเภอออกใบอนุญาตออกนอกพื้นที่ได้ ระยะเวลาผ่านไปในเดือนพฤศจิกายน 2559 LAC ได้พาแม่ของผู้เสียหายในฐานะผู้แทนโดยชอบธรรมจะออกมาแจ้งความดำเนินคดีซึ่งทันเวลาอายุความในคดีข่มขืนกระทำชำเราเด็กอายุเกินกว่า 15 ปี ในส่วนของผู้เสียหายยังอยู่ในความดูแลขององค์กรสตรีชุมชนระยะเวลาหนึ่งจนกระทั่งพัฒนาสังคมและความมั่นคงของมนุษย์จังหวัดตากได้รับรองให้เด็กเข้าพัก

<sup>52</sup> การประชุมเพื่อให้ความช่วยเหลือเด็กผู้พลัดถิ่นโดยองค์กรพัฒนาเอกชน, สังเกตการณ์, 27 มิถุนายน 2559.

<sup>53</sup> สังเกตการณ์, 30 สิงหาคม 2559.



ในบ้านพักเด็กเอกชนได้จึงได้นำเด็กออกจากค่ายผู้ลี้ภัยมาดำเนินการด้านสุขภาพ ด้านกฎหมาย และการคุ้มครองสวัสดิภาพ<sup>54</sup> ตลอดระยะเวลาที่ผู้เสียหายออกมาอยู่สถานคุ้มครองเด็กเอกชน UNHCR จะเป็นผู้ต่อใบอนุญาตเข้าออกค่ายผู้ลี้ภัย

LAC เป็นผู้ประสานงานหลักในกระบวนการทางกฎหมายนับตั้งแต่การแจ้งความร้องทุกข์ การสอบปากคำเด็ก ร่วมกับทีมสหวิชาชีพ การสืบพยานในชั้นศาล และการฟังคำพิพากษา โดยตลอดกระบวนการนั้นได้มีการทำงานโดยเน้นการประสานงานกับองค์กรอื่นๆ ได้แก่ สถานคุ้มครองเอกชน, สำนักงานคาทอลิกสงเคราะห์ที่ผู้ประสบภัยและผู้ลี้ภัย - โคเออร์ (Catholic Office for Emergency Relief and Refugees: COERR) และองค์กรพัฒนาเอกชนที่เป็นภาคีเครือข่าย เพื่อให้มั่นใจว่า ผู้เสียหายมีความพร้อมในการเข้าสู่กระบวนการทางกฎหมาย ได้รับผลกระทบจากกระทบจากกระบวนการยุติธรรมน้อยที่สุด และเสริมพลังอำนาจให้ผู้เสียหายซึ่งเป็นเด็กมีความพร้อมในการกลับคืนสู่สังคม ผลจากการให้ความช่วยเหลือนี้ ผู้เสียหายสามารถเป็นพยานที่ดีในชั้นศาล เพราะ สามารถเล่าลำดับเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นได้ และสามารถตอบคำถามจากอัยการและทนายความฝ่ายจำเลยได้ดี ศาลมีคำพิพากษาเมื่อเดือนมิถุนายนผลของคดี คือ ผู้กระทำความผิดรับสารภาพ ขอหาข่มขืนกระทำชำเรา และเข้าเมืองผิดกฎหมาย โทษจำคุก รวม 12 ปี 8 เดือน และปรับ 500 บาทในข้อหาพกพาอาวุธ จะถูกย้ายไปเรือนจำตาก ในด้านการเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นเนื่องจากผู้พลัดถิ่นอยู่ในฐานะยากจนจึงไม่อาจมีได้ จึงมีการขอรับค่าตอบแทนผู้เสียหายในคดีอาญา LAC ได้ประสานให้องค์กรเอกชนด้านกฎหมายนอกพื้นที่พักพิงชั่วคราวให้ดำเนินการช่วยเหลือ<sup>55</sup> ภายหลังจากสิ้นสุดคดีความ เด็กจึงกลับสู่ครอบครัว โดยกลับไปอาศัยพื้นที่พักพิงชั่วคราว รอผลคำวินิจฉัยผลการวินิจฉัยค่าตอบแทนผู้เสียหายในเดือนมกราคมของปีถัดมา คณะกรรมการสงฆ์จ่ายค่าตอบแทนผู้เสียหาย เนื่องจาก เวลาเกิดเหตุ ผู้เสียหายออกนอกพื้นที่พักพิงชั่วคราว โดยไม่ได้รับอนุญาต<sup>56</sup> จึงมีความพยายามจะขอยื่นอุทธรณ์เพื่อให้เห็นว่าเด็กนั้นอยู่ในสถานะผู้เสียหายจริงตามคำพิพากษา ไม่ได้รับการเยียวยาในทางอื่น และการออกนอกพื้นที่พักพิงเป็นความจำเป็นที่จะต้องติดตามหาเงินเพื่อความอยู่รอดและการดำรงชีวิต แต่เมื่อเข้าไปพบผู้เสียหายเด็กเพื่อทำเรื่องอุทธรณ์กลับพบว่า เด็กได้ออกมานอกพื้นที่พักพิงชั่วคราวไปกลับครอบครัวแล้วคาดว่าน่าจะเข้ามาทำงานในตัวเมืองแม่สอด และไม่มีใครติดต่อได้

จะสังเกตเห็นว่า ในกรณีดังกล่าวแม้จะไม่ได้รับการเยียวยาด้วยตัวเงินและได้ลงโทษผู้กระทำผิดได้ตามกฎหมาย เป็นผลมาจากการเตรียมความพร้อมเด็กด้วยมาตรการทั้งมาตรการการสร้างความรู้สึกลดภัยให้กับผู้เสียหาย มาตรการเตรียมความพร้อมเด็กเข้าสู่กระบวนการยุติธรรมโดยอาศัยความร่วมมือจากหลายฝ่าย แม้จะเป็นกรณีดังกล่าวแม้จะเป็นกรณีที่ประสบความสำเร็จแต่ทำให้เห็นว่า เมื่อชุมชนเจอสภาพปัญหาที่ซับซ้อน ชุมชนต้องการความร่วมมือจากหลายฝ่ายในการให้ความช่วยเหลือผู้เสียหาย ชุมชนต้องการการสนับสนุนเชิงเทคนิคจากทางองค์กรพัฒนาเอกชนต่างๆ ต้องการทรัพยากรและบทบาทหน้าที่ตามกฎหมายจากรัฐ ทั้งนี้ มีการตั้งข้อสังเกตเกี่ยวกับความยั่งยืนในความร่วมมือว่าจากสถานการณ์การปกป้องคุ้มครองผู้พลัดถิ่น รัฐบาลไทยมีแนวโน้มที่จะผลักดันผู้พลัดถิ่นกลับโดยสมัครใจส่งผลให้แนวโน้มการสนับสนุนเงินทุนให้กับองค์กรพัฒนาเอกชนต่างๆ ถูกปรับลดลง ทำให้ความยั่งยืนในการบริการให้ความช่วยเหลือในลักษณะนี้จะยังคงมีอยู่หรือไม่ รัฐอาจจะจำเป็นต้องจัดทรัพยากร

<sup>54</sup> สังเกตการณ์, 28 กรกฎาคม 2559.

<sup>55</sup> สังเกตการณ์, 30 สิงหาคม 2559.

<sup>56</sup> การประชุมเพื่อให้ความช่วยเหลือเด็กผู้พลัดถิ่นโดยองค์กรพัฒนาเอกชน, สังเกตการณ์, 27 กุมภาพันธ์ 2560.

### 3.5 ข้อท้าทายในแง่การทำงานร่วมกันของผู้ให้บริการให้ความช่วยเหลือต่างๆ

แม้จะมีระบบหรือรูปแบบการให้บริการที่มีความบูรณาการและประสานงานให้ต่อกัน แต่หลายกรณีก็พบกับความสับสนวุ่นวาย หรือมีความไม่คืบหน้าในการดำเนินการส่งผลเสียต่อตัวผู้เสียหายที่เป็นผู้ประสบปัญหา เช่น กรณีศึกษาของนางสาวxonายลิน (นามสมมติ)

นางสาวxonายลิน ถูกบังคับให้ออกนอกพื้นที่พักพิงชั่วคราวบ้านแม่หละโดยแฟนหนุ่มอายุ 18 ปี ที่คบหาดูใจได้ 5 วัน ผู้เสียหายมีเพศสัมพันธ์กับแฟนหนุ่มโดยไม่ได้ยินยอมด้วย เมื่อกลับเข้าไปในชุมชน ผู้เสียหายแจ้งเรื่องราวทั้งหมดให้ครอบครัวฟัง คนในครอบครัวจึงได้เดินทางไปพบกับผู้นำศาสนาให้ดำเนินการให้ความช่วยเหลือ ผู้นำศาสนาจึงเรียกผู้กระทำความผิดเข้ามาพูดคุยไกล่เกลี่ย ผลของการไกล่เกลี่ย คือ ผู้เสียหายต้องแต่งงานกับผู้กระทำความผิดเพื่อเป็นการแสดงความรับผิดชอบ ผู้เสียหายเสียใจกับผลการตัดสินดังกล่าวจึงมีความพยายามที่จะฆ่าตัวตายแต่ไม่สำเร็จ ได้รับการช่วยเหลือจากเจ้าหน้าที่รักษาความปลอดภัยในค่ายผู้ลี้ภัยนำส่งโรงพยาบาลในค่ายผู้ลี้ภัย<sup>57</sup>

หลังจากนั้นมืองค์กรพัฒนาเอกชนด้านสุขภาพจิต ร่วมกับ COERR เข้าสัมภาษณ์พูดคุยกับผู้เสียหายพบว่า ผู้เสียหายมีความเครียดจากเรื่องของครอบครัวและรู้สึกผิดหวังที่คนที่ตนไว้วางใจกระทำกับตนแบบนี้ จึงมีความประสงค์จะแจ้งความดำเนินคดีมากกว่าจะแต่งงาน เมื่อผู้เสียหายตัดสินใจแบบนั้นก็ยิ่งทำให้คนในชุมชนไม่ชอบผู้เสียหาย เนื่องจากมีการไกล่เกลี่ยกันไปแล้ว ทำให้ไม่ถึงยังคงดำเนินการทางกฎหมายอยู่ COERR จึงได้ดำเนินการประสานงานกับองค์กรสตรีชุมชนเพื่อเข้าคุ้มครองสวัสดิภาพในบ้านพักฉุกเฉินขององค์กร<sup>58</sup>

ทาง LAC ได้ให้คำปรึกษากับผู้เสียหายเรื่องการดำเนินการตามกฎหมาย ผู้เสียหายมีความประสงค์จะแจ้งความดำเนินคดี LAC จึงได้นำส่งข้อเท็จจริงนำส่งให้กับองค์กรพัฒนาเอกชนแห่งหนึ่งในการดำเนินการทางกฎหมายต่อไป แต่ทั้งนี้ การดำเนินการหยุดชะงักไปเนื่องจากในการดำเนินการแจ้งความพนักงานสอบสวนขอให้ถ่ายรูปถ่ายของผู้กระทำความผิดแล้ว องค์กรพัฒนาเอกชนดังกล่าวไม่ได้ดำเนินการใดๆ ต่อกว่า 3 เดือน จนกระทั่งผู้เสียหายไม่ประสงค์ดำเนินการใดๆ ต่อและออกนอกพื้นที่พักพิงชั่วคราวบ้านแม่หละไป<sup>59</sup>

จากกรณีศึกษานี้จะเห็นว่า แม้จะมีระบบการทำงานที่วางไว้ชัดเจนแล้วแต่การเข้ามากำกับการทำงานของหน่วยงานรัฐ และหน่วยงานเอกชนก็มีความสำคัญเพื่อเป็นการตรวจสอบการทำงานให้แต่ละหน่วยงานทำงานอย่างมีประสิทธิภาพและปฏิบัติไปตามกฎหมาย

## 4. ข้อเสนอเพื่อการพัฒนาสิทธิในการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมสำหรับผู้เสียหายเด็กพลัดถิ่นแก่รัฐบาลไทย

จากข้อท้าทายต่างๆในการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมของผู้เสียหาย ผู้ศึกษามีข้อเสนอบางประการเพื่อให้รัฐได้มีการพัฒนาสิทธิในการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมในบริบทของกระบวนการยุติธรรมทางอาญาสำหรับผู้เสียหายที่เป็นเด็กพลัดถิ่นในค่ายผู้ลี้ภัย ดังต่อไปนี้

### 4.1 รัฐบาลไทยต้องจัดทำแนวทางและขั้นตอนปฏิบัติการให้ความช่วยเหลือทางกฎหมายให้เป็นเอกภาพ

เนื่องจากปัจจุบัน แนวทางการในการจัดการให้ความช่วยเหลือกับผู้เสียหายเด็กและเยาวชนนั้น มีเฉพาะในส่วนของ

<sup>57</sup> สังเกตการณ์, 27 มิถุนายน 2559.

<sup>58</sup> เรื่องเดียวกัน.

<sup>59</sup> เรื่องเดียวกัน.

ผู้ปฏิบัติงานในพื้นที่พักพิงชั่วคราวบ้านแม่หละ แต่ยังไม่มีความชัดเจนและขั้นตอนปฏิบัติการให้ความช่วยเหลือทางกฎหมายให้เป็นเอกภาพ รัฐไทยจึงควรมีการจัดทำแนวทางดังกล่าวโดยเชื่อมโยงกับแนวทางที่ชุมชนมีโดยออกเป็นกฎหมายเฉพาะ หรือนโยบายของฝ่ายปกครองที่มีลักษณะเป็นลายลักษณ์อักษร นอกจากนี้ ยังมีกลไกในการกำกับและตรวจสอบการทำงานของหน่วยงานรัฐและหน่วยงานอื่น ๆ ที่มีส่วนเกี่ยวข้องในการให้ความช่วยเหลือทางกฎหมายด้วย รัฐบาลไทยอาจกำหนดระเบียบ วิธีปฏิบัติงาน และคู่มือจริยธรรมสำหรับผู้ปฏิบัติงานที่เกี่ยวข้องในการให้ความช่วยเหลือด้านกฎหมายภายในค่ายผู้ลี้ภัย เพื่อให้มีการปฏิบัติงานที่มีประสิทธิภาพ โปร่งใส เชื่อถือได้

**4.2 รัฐบาลไทยต้องยอมรับผู้มีส่วนเกี่ยวข้องในและรับรองบทบาทของผู้มีส่วนเกี่ยวข้องในการให้ความช่วยเหลือทางกฎหมาย** รัฐบาลไทยควรรับรองบทบาทของผู้มีส่วนเกี่ยวข้องในการให้ความช่วยเหลือทางกฎหมาย โดยเฉพาะบุคลากรที่เกี่ยวข้องในค่ายผู้ลี้ภัยเพื่อให้พวกเขาสามารถประสานงานกับหน่วยงานภาครัฐโดยตรง และรัฐบาลไทยต้องอำนวยความสะดวกในการปฏิบัติงานของผู้มีส่วนเกี่ยวข้องในการให้ความช่วยเหลือทางกฎหมาย รัฐบาลไทยต้องจัดให้มีเวทีในการปรึกษาหารือหรือเรื่องการพัฒนากระบวนการสำหรับผู้พลัดถิ่นในค่ายผู้ลี้ภัย

**4.3 รัฐบาลไทยต้องสนับสนุนทรัพยากรด้านการเงินและบุคคลเพื่อสนับสนุนงานให้ความช่วยเหลือทางกฎหมาย** จัดตั้งศูนย์ให้ความช่วยเหลือทางกฎหมายจากหน่วยงานด้านยุติธรรมของไทยภายในค่ายผู้ลี้ภัย หรืออาจจัดส่งเจ้าหน้าที่ด้านกฎหมายให้ประจำอยู่ในศูนย์ให้ความช่วยเหลือด้านกฎหมายที่มีอยู่แล้วก็ได้สนับสนุนทรัพยากรด้านการเงินและบุคลากรเพื่อช่วยเหลือผู้เสียหายจัดทำบ้านพักฉุกเฉินที่ได้มาตรฐานในพื้นที่พักพิงชั่วคราว ใช้งบประมาณสนับสนุนสำหรับองค์กรชุมชนที่ทำงานด้านกฎหมายหรือที่เกี่ยวข้อง

**4.4 รัฐบาลไทยต้องมีส่วนร่วมในการช่วยส่งเสริมให้ผู้พลัดถิ่นในพื้นที่พักพิงชั่วคราวบ้านแม่หละมีความตระหนักรู้ทางกฎหมายสามารถเข้าถึงข้อมูลทางกฎหมายได้** เพื่อสร้างความตระหนักรู้ทางกฎหมายให้กับคนในชุมชน ทั้งในแง่ของจัดอบรมและให้ความรู้อย่างต่อเนื่องกับบุคลากรที่เกี่ยวข้องในค่ายผู้ลี้ภัย ไม่ว่าจะเป็นผู้นำชุมชน เจ้าหน้าที่รักษาความปลอดภัย เจ้าหน้าที่ในองค์กรชุมชน และอาสาสมัครในชุมชน รวมไปถึงการจัดทำสื่อให้ความรู้ หรือจัดเวทีสาธารณะในประเด็นทางกฎหมายอาญาในฐานความผิดใหม่ หรือมีประเด็นที่น่าสนใจ รัฐบาลไทยอาจอาศัยความร่วมมืออาสาสมัครชุมชน และสนับสนุนงานของอาสาสมัครนักกฎหมาย หรือองค์กรชุมชนที่ออกพื้นที่ให้ความรู้กับชุมชนไม่ว่าจะเป็นการสนับสนุนด้านงบประมาณ ด้านสื่อการสอน หรือบุคลากร

#### บรรณานุกรม

การประชุมเพื่อให้ความช่วยเหลือเด็กผู้พลัดถิ่นโดยองค์กรพัฒนาเอกชน. สังกะการณ. 26 พฤศจิกายน 2559.

การประชุมเพื่อให้ความช่วยเหลือเด็กผู้พลัดถิ่นโดยองค์กรพัฒนาเอกชน. สังกะการณ. 27 กุมภาพันธ์ 2560.

การประชุมเพื่อให้ความช่วยเหลือเด็กผู้พลัดถิ่นโดยองค์กรพัฒนาเอกชน. สังกะการณ. 27 มิถุนายน 2559.

การประชุมเพื่อให้ความช่วยเหลือเด็กผู้พลัดถิ่นโดยองค์กรพัฒนาเอกชน. สังกะการณ. 28 สิงหาคม 2559.

การประชุมเพื่อให้ความช่วยเหลือเด็กผู้พลัดถิ่นโดยองค์กรพัฒนาเอกชน. สังกะการณ. 29 กันยายน 2559.

การประชุมเพื่อให้ความช่วยเหลือเด็กผู้พลัดถิ่นโดยองค์กรพัฒนาเอกชน. สังกะการณ. 30 กรกฎาคม 2559.

Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women: CEDAW

Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination: CERD

Convention on the Rights of Persons with Disabilities: CRPD

Convention on the Rights of the Child: CRC

General Assembly United Nations. (2012). Declaration of the High-level Meeting of the General Assembly on the Rule of Law at the National and International Levels.

Retrieved February 26, 2018, from <https://www.un.org/ruleoflaw/files/A-RES-67-1.pdf>

International Covenant on Civil and Political Rights: ICCPR

International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights: ICESCR

Karen Refugee Committee, UNHCR and IRC. (2013). The Mediation and Dispute Resolution Guidelines.

Rosa da Costa. (2006). The Administration of Justice in Refugee Camps: A Study of Practice. Retrieved February 26, 2018, from

<http://www.unhcr.org/protection/globalconsult/44183b7e2/10-administration-justice-refugee-camps-study-practice-rosa-da-costa.html>

TBBC. (2017). The border consortium refugee and IDP Camp population: December

2017. Retrieved February 26, 2018, from <http://www.theborderconsortium.org/media/96280/2017-12-dec-map-tbc-unhcr.pdf>.

Thabchumpon, N. and others. (2011). A Human Security Assessment of The Social Welfare and Legal Protection Situation of Displaced Persons Along the Thai-Myanmar Border. The United Nationals Development Programme.

UNDP. (2004). Access to Justice Practice Note. Retrieved February 26, 2018, from

[http://www.undp.org/content/undp/en/home/librarypage/democratic-governance/access\\_to\\_justiceandruleoflaw/access-to-justice-practice-note.html](http://www.undp.org/content/undp/en/home/librarypage/democratic-governance/access_to_justiceandruleoflaw/access-to-justice-practice-note.html)

UNHCR. (2007). Refugee Protection and Mixed Migration: A 10-Point Plan of Action. Retrieved February 26, 2018, from <http://www.unhcr.org/protection/migration/4742a30b4/refugee-protection-mixed-migration-10-point-plan-action.html>

UN Principles and Guidelines on Access to Legal Aid in Criminal Justice Systems

## มองกฎหมายและนโยบายเกี่ยวกับป่าไม้ด้วยสายตาด้านชาติพันธุ์วิพากษ์ View the Forest Law and Policy with Critical Race Theory Vision

เลาฟิ่ง บันดิดเตอร์สกุล

Laofang Bunditdersakul

นักศึกษาระดับปริญญาโท คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่ จังหวัดเชียงใหม่ 50202 ประเทศไทย

Faculty of Law, Chiang Mai University, Chiang Mai Province 50202 Thailand

อีเมลล์: phaajxyaaj@yahoo.co.th

Email: phaajxyaaj@yahoo.co.th

### บทคัดย่อ

บทความนี้จะนำเสนอปัญหากฎหมายและนโยบายเกี่ยวกับป่าไม้ ที่มีความไม่เป็นธรรมและมีการเลือกปฏิบัติต่อกลุ่มชาติพันธุ์บนพื้นที่สูง ซึ่งทำให้กลุ่มชาติพันธุ์บนพื้นที่สูงถูกจำกัดสิทธิที่ดิน อันเป็นสาเหตุที่ทำให้มีสถิติคดีป่าไม้และที่ดินในเขตป่าที่เกิดขึ้นในแต่ละปีสูงมาก โดยมองผ่านสายตาด้านทฤษฎีชาติพันธุ์วิพากษ์ เพื่อสร้างชุดคำอธิบายต่อปรากฏการณ์ หรือปัญหาสิทธิที่ดินที่กลุ่มชาติพันธุ์บนพื้นที่สูงกำลังเผชิญ ซึ่งยังไม่สามารถหาทางออกอย่างเป็นรูปธรรมได้ บทความนี้มีเนื้อหาหลักสามส่วน โดย ส่วนแรกเป็นข้อมูลเกี่ยวกับชาวเขาโดยสังเขป เพื่อทำความเข้าใจต่อสถานะและตำแหน่งแห่งที่ของชาวเขาในประเทศไทย ส่วนที่สองเป็นกฎหมายและนโยบายที่มีผลกระทบต่อสิทธิในที่ดินของชาวเขา ซึ่งมีทั้งกฎหมายและนโยบายเกี่ยวกับป่าไม้แต่มีผลกระทบต่อชาวเขา และกฎหมายและนโยบายที่ออกมาเพื่อบริหารงานเกี่ยวกับชาวเขาโดยเฉพาะ ส่วนที่สามเป็นการอธิบายสาระสำคัญของทฤษฎีชาติพันธุ์วิพากษ์ ซึ่งจะใช้เป็นทฤษฎีหลักในการวิเคราะห์ปัญหาในบทความนี้ และส่วนสุดท้ายคือบทวิพากษ์กฎหมายและนโยบายป่าเกี่ยวกับป่าไม้ของไทย ด้วยสายตาด้านทฤษฎีชาติพันธุ์วิพากษ์

เนื้อหาส่วนใหญ่ของบทความนี้เป็นส่วนหนึ่งของวิทยานิพนธ์ของผู้เขียน เรื่อง “กระบวนการยุติธรรมทางอาญาในมุมมองของกลุ่มชาติพันธุ์ในคดีความผิดเกี่ยวกับป่าไม้” เสนอต่อคณะนิติศาสตร์มหาวิทยาลัยเชียงใหม่ ซึ่งได้รับการสนับสนุนจาก “โครงการทุนวิจัยมหาบัณฑิต สกว. ด้านมนุษยศาสตร์และสังคมศาสตร์” ประจำปี พ.ศ. 2561

**คำสำคัญ:** ชาวเขา, การเลือกปฏิบัติ, ความมั่นคงของชาติ, กลุ่มชาติพันธุ์บนพื้นที่สูง, ปัญหาป่าไม้และที่ดิน

### Abstract

This essay will demonstrate the forest laws and policies issues with unfairness and discrimination toward ethnic minority. They violate the ethnic minority's right to land; land and forest cases have increased in high numbers. This essay will view this issue through the Critical Race Theory to create an explanation of land and forest right of ethnic minority which is unable to get resolved under national law. This essay contains four main details: firstly, basic information of ethnic minority to understand their position and critical issue, secondly, the national laws and policies which wildly impacted the ethnic minority, including the national forest law and policy and specific law and policy

which target organized ethnic minority group under the guise of national security concerns, thirdly, the main idea of the Critical Race Theory which will apply to this issue, and lastly criticism and analysis of Thailand’s land and forest law and policy through the vision of the Critical Race Theory.

This essay is based on the author’s thesis: “Criminal Procedure through Ethnic Minorities’ Perspectives: The Cases concerning Forestry” which is proposed to the Faculty of Law of Chiang Mai University. This thesis also receives support from the Research fund for master student by the Thailand Research Fund for humanities and social science projects.

**Keywords:** Hill tribe, Discrimination, National security, Ethnic minority, Land and forest issue

## 1. บทนำ

กลุ่มชาติพันธุ์ที่เป็นชนกลุ่มน้อยในประเทศไทยมีทั้งหมด 23 กลุ่ม<sup>1</sup> แต่รัฐไทยเลือกที่จะกำหนดให้กลุ่มชาติพันธุ์บนพื้นที่สูงจำนวน 9 กลุ่มเป็น “ชาวเขา” ประกอบด้วย แม้ว (ม้ง) เย้า (เมี่ยน) มูเซอ (ลาหู่) ลีซอ (ลีซู) อีเก้อ (อาข่า) กะเหรี่ยง ถิ่น ลัวะ และขมุ<sup>2</sup> ทั้งๆ ที่ความจริงแล้วกลุ่มชาติพันธุ์อีกหลายกลุ่มที่อาศัยอยู่บนพื้นที่สูงแต่ไม่ถูกรวมให้เป็นชาวเขาไปด้วย ทั้งนี้เนื่องจากเป็นการนิยามที่มีนัยยะทางการเมือง และมุ่งหมายให้มีความแตกต่างจากคนพื้นที่ราบในมิติต่างๆ ทั้งมิติด้านจิตวิญญาณ และด้านวัตถุ เช่น ความรู้ ศิลธรรม ฐานะ พฤติกรรมชั่ว นอกกฎหมาย พื้นที่อยู่กระทบต่อระบบนิเวศน์ ความเป็นเจ้าของประเทศ อันนำมาสู่การออกกฎหมายและนโยบายที่เลือกปฏิบัติโดยรัฐ ซึ่งปรากฏให้เห็นอย่างเป็นรูปธรรมตั้งแต่หลังสงครามโลกครั้งที่สองเป็นต้นมา โดยการเลือกปฏิบัติต่อชาวเขาผ่านกลไกของรัฐนั้นรัฐได้กระทำอย่างเป็นระบบ แทรกซึมอยู่ในโมโนสำนึกของสังคม มีการเน้นย้ำในสังคมจนกลายเป็นความเชื่อว่ามีความเป็นวิทยาศาสตร์ และถูกต้องอย่างไม่อาจโต้แย้งได้ อย่างไรก็ตามข้อมูลอีกด้านหนึ่งกลับพบว่า กฎหมาย นโยบายและองค์ความรู้เหล่านั้น ถูกกีดกันและชี้มาจากองค์การระหว่างประเทศและนักวิชาการต่างประเทศที่รับใช้กลุ่มผลประโยชน์ เพื่อปรับแต่งระบบการปกครองและเศรษฐกิจให้สอดคล้องกับระบบตลาดโลก ดังนั้น การแยกระบบจัดการระหว่างพื้นที่บนภูเขากับพื้นที่ราบ จึงไม่ได้มีเพียงมิติด้านภูมิศาสตร์เท่านั้น

## 2. ข้อมูลพื้นฐานเกี่ยวกับชาวเขา

ในบทความนี้ได้ใช้คำว่า “ชาวเขา” แทนคำว่ากลุ่มชาติพันธุ์บนพื้นที่สูง เนื่องจากนิยามคำว่าชาวเขาคครอบคลุมเฉพาะ 9 กลุ่มชาติพันธุ์ที่ทางราชการกำหนดเท่านั้น และเป็นนิยามที่สะท้อนนัยยะสำคัญทางการเมือง ซึ่งผู้เขียนต้องการกล่าวเฉพาะเจาะจงถึง นอกจากนี้ผู้เขียนยังได้กล่าวถึงข้อมูลหรือองค์ความรู้เกี่ยวกับชาวเขาเฉพาะในแง่มุมที่หน่วยงานรัฐยึดถือมาเป็นข้อมูลหลัก โดยผู้เขียนเห็นว่าแม้จะเป็นเป็นข้อมูลที่เก่าและมีปัญหาในทางวิชาการ แต่กลับมีอิทธิพลต่อการกำหนดรูปแบบการบริหารจัดการหรือนโยบายรัฐต่อชาวเขา อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนตระหนักดีว่า องค์ความรู้เกี่ยวกับกลุ่มชาติพันธุ์บนพื้นที่สูงนั้น มีงานศึกษาและอธิบายใหม่ๆ ที่เป็นที่ยอมรับในทางวิชาการมากกว่าความรู้และข้อมูลของรัฐไปแล้ว

---

<sup>1</sup> เครือข่ายชนเผ่าพื้นเมืองแห่งประเทศไทย, สืบค้นวันที่, จาก [http://tribalcenter.blogspot.com/2010/05/blog-post\\_21.html](http://tribalcenter.blogspot.com/2010/05/blog-post_21.html)

<sup>2</sup> ขจัดภัย บุรุษพัฒน์, ชาวเขา, กรุงเทพฯ: แพร่พิทยา, 2538, หน้า 10.

แต่ผู้เขียนกลับเห็นว่าเมื่อพิจารณาจากปรากฏการณ์แล้ว จนถึงปัจจุบันนโยบายของรัฐบาลทุกยุคทุกสมัยยังคงตั้งอยู่บนพื้นฐานความรู้ความเชื่อแบบเก่า

รัฐได้นิยามความหมายของ “ชาวเขา” ไว้ว่า

“ชาวเขาเป็นชนกลุ่มหนึ่งที่ตั้งชุมชนบนพื้นที่สูง ประกอบด้วยหลายเผ่าพันธุ์ คือ แม้ว เย้า มูเซอ ลีซอ อีเก้อ ถิ่น ลัวะ และขมุ มีขนบธรรมเนียมประเพณี และภาษาพูดที่แตกต่างกัน มีมาตรฐานการดำรงชีพที่ต่ำกว่าคนพื้นราบ และก่อให้เกิดปัญหาอันเป็นผลกระทบต่อความมั่นคงของชาติ ซึ่งสามารถแยกกลุ่มปัญหาได้คือ ปัญหาการเมืองการปกครอง ปัญหาเศรษฐกิจและสังคม ปัญหาการปลูกพืชเสพติด และปัญหาการอนุรักษ์ทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม...”<sup>3</sup>

ปรากฏบันทึกที่แสดงการมีตัวตนอยู่ของชาวเขา เกิดขึ้นในสมัยรัชการที่ 3 ราวปี พ.ศ. 2420 เป็นต้นมา ชนชั้นปกครองขณะนั้นเรียกคนที่ไม่ได้อยู่ในเมืองว่า “ชาวป่า” หรือ “คนป่า”<sup>4</sup> ซึ่งในสมัยรัชการที่ 3 มีเพียงชาวลัวะและชาวกะเหรี่ยง<sup>5</sup> เมื่อผ่านมาถึงในสมัยรัชการที่ 5 ชนชั้นนำรู้จักชาวป่ามากขึ้น เช่น ลัวะ กะเหรี่ยง ขมุ แม้ว เย้า มูเซอ เป็นต้น ต่อมาในสมัยรัชการที่ 6 ชนชั้นนำไทยเริ่มต้นตัวสร้างงานเขียนเกี่ยวกับประวัติศาสตร์ ซึ่งได้รับอิทธิพลทางความคิดจากนักปกครองชาวอังกฤษในพม่า จึงได้มีการแปลหนังสือประวัติศาสตร์พม่าที่เขียนโดยชาวอังกฤษ โดยแปลคำว่า “Hill tribe” เป็นภาษาไทยว่า “ชาวเขา” นับแต่นั้นเป็นต้นมารัฐไทยจึงได้เรียกกลุ่มชาติพันธุ์บนพื้นที่สูงว่า “ชาวเขา” และถูกนำไปใช้อย่างแพร่หลาย<sup>6</sup>

หลังสงครามโลกครั้งที่สอง ประเทศไทยได้มีนโยบายและมาตรการควบคุมชาวเขาเป็นการเฉพาะ โดยมีการออกมติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ 3 มิถุนายน 2502 แต่งตั้งคณะกรรมการชาวเขา ตามความเชื่อที่ว่าชาวเขาเป็นภัยต่อความมั่นคงของรัฐ เนื่องจากปลูกฝิ่นและเกี่ยวข้องกับยาเสพติด และตัดไม้ทำลายป่าอันเป็นทรัพยากรของชาติ โดยให้คณะกรรมการชุดนี้มีอำนาจและหน้าที่กำหนดนโยบายเกี่ยวกับชาวเขาทุกกรณี รวมทั้งพิจารณาและอนุมัติโครงการต่างๆ ของรัฐบาลที่เกี่ยวข้องกับชาวเขา ตลอดจนให้ความเห็นชอบการดำเนินการทุกอย่างของหน่วยงานรัฐที่เกี่ยวข้องกับชาวเขา<sup>7</sup>

กลุ่มชาติพันธุ์บนพื้นที่สูงในภาคเหนือของประเทศไทยประกอบด้วย 2 กลุ่มใหญ่ๆ กลุ่มแรก คือ กลุ่มที่เข้ามาอาศัยอยู่ในภูมิภาคเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ก่อนชนชาติไทย คือ ละว้า ขมุ ถิ่น มลาบรี และกลุ่มที่สอง คือ กลุ่มที่อพยพมาจากพม่า จีนและลาวเข้ามาอาศัยอยู่ในภาคเหนือของประเทศไทย ซึ่งได้แก่คนในตระกูลทิเบต - พม่า และจีนเดิม<sup>8</sup> โดยกลุ่มตระกูลทิเบต - พม่า (Tibeto - Burman) ประกอบไปด้วยอาข่า ลีซู ลาหู่ และกะเหรี่ยง สำหรับคนในตระกูลจีนเดิม (Main Chinese) ได้แก่ ม้ง เมี่ยนและจื๋อฮ่อ<sup>9</sup>

<sup>3</sup> ศูนย์พัฒนาและสงเคราะห์ชาวเขา จังหวัดเชียงใหม่, *สรุปผลการดำเนินงานประจำปี*.

<sup>4</sup> พิพัฒน์ กระแจะจันทร์, จาก “ชาวป่า” สู่ “ชาวเขา”: 100 ปีกับการสร้างภาพลักษณ์ “ชาวเขา” ในสังคมไทย, *การประชุมทางวิชาการระดับบัณฑิตศึกษา ครั้งที่ 2*, บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยศิลปากร, หน้า 152

<sup>5</sup> เรื่องเดียวกัน., หน้า 152.

<sup>6</sup> เรื่องเดียวกัน., หน้า 154.

<sup>7</sup> ขจัดภัย บุรุษพัฒน์, *ชาวเขา*, หน้า 139-140.

<sup>8</sup> มนัส ชันธะบุตร, *การสงเคราะห์ชาวเขาในภาคเหนือของตำรวจตระเวนชายแดน*, (พระนคร : วิทยานพพันธ์ปริญาโท คณะรัฐประศาสนศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2508) หน้า 29 ในขจัดภัย บุรุษพัฒน์, *ชาวเขา*, กรุงเทพฯ : แพร่พิทยา. 2538. หน้า 7.

<sup>9</sup> ขจัดภัย บุรุษพัฒน์, *ชาวเขา*, หน้า 9.

มีการสำรวจจำนวนประชากรชาวเขาในประเทศไทยอย่างเป็นทางการในหลายช่วงเวลาที่แตกต่างกัน กล่าวคือ การสำรวจของคณะสำรวจสหประชาชาติ โดยคณะอนุกรรมการเตรียมการสำรวจความต้องการทางเศรษฐกิจและสังคม ของประชากรชาวเขาในบริเวณภาคเหนือของประเทศไทย ซึ่งได้ดำเนินการสำรวจจำนวนประชากรชาวเขาในระหว่างปี พ.ศ. 2508 – 2509 โดยสำรวจทั้งหมด 7 เผ่า ประกอบด้วย ม้ง เมี่ยน ลาหู่ ลีซุ อาข่า กะเหรี่ยง และอ้อ พบว่ามีประมาณ 275,249 คน<sup>10</sup> ต่อมาโครงการสำรวจประชากรชาวเขา ได้ทำการสำรวจชาวเขาในพื้นที่ 21 จังหวัด จำนวน 9 เผ่า ประกอบด้วย กะเหรี่ยง ม้ง ลาหู่ เมี่ยน อาข่า ลีซุ ถิ่น ลัวะ ขมุ ในระหว่างปี พ.ศ. 2528 – 2531 พบว่ามีจำนวนประชากร ชาวเขาประมาณ 579,239 คน<sup>11</sup> ต่อมาการสำรวจอย่างเป็นทางการครั้งสุดท้ายในปี พ.ศ.2545 มีประชากรชาวไทยภูเขา เพิ่มขึ้นเป็น 1,203,149 คนนับแต่หลังปี พ.ศ. 2545 จนถึงปี พ.ศ. 2560 นับเป็นระยะเวลา 15 ปีผ่านไป ไม่มีการ สำรวจจำนวนประชากรอย่างเป็นทางการอีก ทำให้ไม่สามารถทราบจำนวนที่แท้จริงได้

### 3. กฎหมายและนโยบายที่มีผลกระทบต่อชาวสิทธิในที่ดินของเขา

ส่วนนี้ผู้เขียนจะวิเคราะห์กฎหมายและนโยบายของไทยที่เกี่ยวข้องหรือมีผลกระทบต่อสิทธิในที่ดินของชาวเขา โดยผู้เขียนได้แบ่งออกเป็น 4 ประเภทดังต่อไปนี้

**ประเภทแรก** กฎหมายระดับพระราชบัญญัติเกี่ยวกับป่าไม้ที่กระทบต่อสิทธิและการดำรงชีวิตของชาวเขา มีพระราชบัญญัติ 4 ฉบับ ประกอบด้วย พระราชบัญญัติป่าไม้แห่งชาติ พ.ศ. 2484 พระราชบัญญัติอุทยานแห่งชาติ พ.ศ. 2504 พระราชบัญญัติป่าสงวนแห่งชาติ พ.ศ. 2507 และพระราชบัญญัติสงวนและคุ้มครองสัตว์ป่า ซึ่งกฎหมายทั้ง 4 ฉบับ ดังกล่าวนี้นี้ มีโครงสร้างกฎหมายที่คล้ายคลึงกัน 4 ประการ กล่าวคือ ประการแรกกำหนดข้อห้ามกระทำการต่างๆ ต่อ พื้นดิน ต้นไม้และทรัพยากรอื่นๆ ที่อยู่ในเขตนั้นๆ ประการที่สอง กำหนดให้อำนาจแก่รัฐในการดำเนินการออกประกาศ กำหนดเขตป่าประเภทต่างๆ ประการที่สาม กำหนดกระบวนการขออนุญาตใช้ประโยชน์หรือกระทำการใดๆ ในพื้นที่ป่า และประการสุดท้าย คือ กำหนดบทลงโทษสำหรับผู้กระทำการฝ่าฝืน

**ประเภทที่สอง** นโยบายของรัฐบาลที่ออกมาเพื่อบริหารจัดการชาวเขา ทั้งด้านการพัฒนาคุณภาพชีวิต การ ควบคุมดูแล ซึ่งเมื่อแรกเริ่มเริ่มนั้น นโยบายของรัฐบาลไทยต่อชาวเขาตั้งอยู่บนพื้นฐานแนวคิดแก้ไขปัญหาคูณภาพชีวิต ทำงานสังคมสงเคราะห์ และป้องกันไม่ให้เข้าร่วมกับขบวนการคอมมิวนิสต์ โดยตั้งกรมประชาสงเคราะห์ เมื่อปี พ.ศ. 2483 ขึ้นมารับผิดชอบ จนกระทั่งเมื่อวันที่ 7 สิงหาคม 2499 กระทรวงมหาดไทยได้ออกคำสั่งที่ 653/2499 ตั้ง คณะกรรมการสงเคราะห์ประชาชนไกลคมนาคม เพื่อทำงานสงเคราะห์แก่ชาวเขา เพื่อแก้ไขปัญหาความเดือดร้อนเฉพาะ หน้า เช่น ช่วยเหลือเสื้อผ้า เครื่องนุ่งห่ม จัดตั้งโรงเรียน ซึ่งหน่วยงานที่รับผิดชอบดำเนินการเป็นหลักคือตำรวจตระเวน ชายแดน<sup>12</sup>ต่อมานโยบายของรัฐบาลต่อชาวเขามีความเข้มข้นมากขึ้น โดยแนวความคิดตั้งอยู่บนพื้นฐานความเชื่อที่ว่า ชาวเขาเป็นภัยต่อความมั่นคงของรัฐ ปลุกผีและเกี่ยวข้องกับยาเสพติด และตัดไม้ทำลายป่าอันเป็นทรัพยากรของชาติ โดยนโยบายของรัฐบาลที่สำคัญ เช่น มติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ 3 มิถุนายน 2502 แต่งตั้งคณะกรรมการชาวเขา เนื่องจาก เห็นว่าชาวเขาได้ก่อให้เกิดปัญหารุนแรงมากขึ้น และจะส่งผลเสียหายต่อความมั่นคงปลอดภัยของประเทศ โดยนโยบาย หลักในการควบคุมและจำกัดพื้นที่เพาะปลูก ปราบปรามการปลุกผี และป้องกันไม่ให้ชาวเข้าร่วมกับขบวนการ

<sup>10</sup> คณะสำรวจสหประชาชาติ, รายงานการสำรวจความต้องการทางเศรษฐกิจและสังคมในอาบริเวณที่ปลุกผีในประเทศไทย, พระนคร : สำนักทำเนียบนายกรัฐมนตรี, (2511). หน้า 11-13.

<sup>11</sup> ขจัดภัย บุษบพัฒน์, ชาวเขา, หน้า 11-12.

<sup>12</sup> เรื่องเดียวกัน., หน้า 132.



คอมมิวนิสต์<sup>13</sup> มติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ 12 ธันวาคม 2512 กำหนดแนวทางการปราบปรามขบวนการคอมมิวนิสต์เป็นการเฉพาะ โดยมีการนำวิธีการทางจิตวิทยามาใช้เพื่อดึงมวลชนชาวเขาให้มีความไวเนื้อเชื่อใจในรัฐบาล และมีความจงรักภักดีต่อประเทศไทย<sup>14</sup>

นอกจากนี้แล้วยังกำหนดแนวทางการพัฒนาชาวเขา โดยมีเป้าหมายเพื่อป้องกันการบุกรุกทำลายป่าโดยส่งเสริมการเกษตรแบบถาวร ส่งเสริมอาชีพอื่นแทนการปลูกฝิ่น และป้องกันภัยคอมมิวนิสต์ตามแนวชายแดน<sup>15</sup> โดยเฉพาะมติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ 7 ธันวาคม 2525 กำหนดนโยบายที่เน้นแก้ไขปัญหาการปลูกพืชเสพติด โดยกำหนดเป้าหมายให้ชาวเขาเลิกการปลูกและเสฟฝิ่นโดยเด็ดขาด มติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ 5 กุมภาพันธ์ 2532 มุ่งเน้นการยับยั้งการบุกรุกทำลายป่าอย่างจริงจัง โดยเพิ่มนโยบายด้านการอนุรักษ์ การใช้ และการพัฒนาทรัพยากรธรรมชาติ ที่กำหนดให้บังคับใช้กฎหมายและระเบียบด้านการอนุรักษ์ทรัพยากรธรรมชาติอย่างจริงจัง อีกทั้งยังได้กำหนดส่งเสริมการปลูกพืชเศรษฐกิจทดแทนฝิ่น<sup>16</sup>

**ประเภทที่สาม** แผนแม่บทและนโยบายในการจัดการพื้นที่ป่าไม้ ภายใต้แนวคิดเพื่อการอนุรักษ์ทรัพยากรธรรมชาติ ที่สำคัญคือ การกำหนดชั้นคุณภาพลุ่มน้ำพร้อมกับกำหนดข้อห้ามทำกิจกรรมใดๆ ในพื้นที่คุณภาพลุ่มน้ำชั้น 1 และ 2 และนโยบายป่าไม้แห่งชาติ พ.ศ. 2535 ที่กำหนดเป้าว่ารัฐจะต้องเพิ่มพื้นที่ป่าให้ได้ 40 % ของพื้นที่ประเทศ นโยบายการจำแนกเขตการใช้ประโยชน์ทรัพยากรและที่ดินป่าไม้ในพื้นที่ป่าสงวนแห่งชาติ (Zoning) ตามมติคณะรัฐมนตรี วันที่ 10 มีนาคม 2535 เรื่อง การจำแนกเขตการใช้ประโยชน์ทรัพยากรและที่ดินป่าไม้ในพื้นที่ป่าสงวนแห่งชาติและมติคณะรัฐมนตรี วันที่ 17 มีนาคม 2535 เรื่อง ผลการจำแนกเขตการใช้ประโยชน์ทรัพยากรและที่ดินป่าไม้ในพื้นที่ป่าสงวนแห่งชาติเพิ่มเติม ที่ได้ทำการจำแนกเขตพื้นที่ป่าสงวนแห่งชาติ โดยจำแนกเป็นเขตต่างๆ ตามการใช้ประโยชน์ทรัพยากร และที่ดินป่าไม้ได้ 3 เขต (Zone) คือ คือ เขตพื้นที่ป่าเพื่อการอนุรักษ์ เขตพื้นที่ป่าเพื่อเศรษฐกิจ และเขตพื้นที่ป่าที่เหมาะสมต่อการเกษตร<sup>17</sup> ซึ่งนโยบายทั้งสามประการนี้ ส่งผลกระทบต่อสิทธิของชาวเขาเป็นอย่างมาก ที่สำคัญคือ สิทธิในการได้รับการพัฒนาโครงสร้างพื้นฐาน เช่น ไฟฟ้า ถนน การส่งเสริมอาชีพ สิทธิในที่ดิน รวมทั้งแผนแม่บทพิทักษ์ทรัพยากรป่าไม้แห่งชาติ (พ.ศ. 2557) ที่กระทรวงทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมประกาศภายใต้รัฐบาลคสช. ซึ่งมีสาระสำคัญ คือ ตั้งเป้าหมายเพิ่มพื้นที่ป่าให้ได้ 40% ของพื้นที่ประเทศ โดยทำการยึดคืนพื้นที่ป่าและยับยั้งการบุกรุกป่า ซึ่งในทางปฏิบัตินั้นได้มีการสนธิกำลังทหาร เจ้าหน้าที่ป่าไม้ ตำรวจ และฝ่ายปกครอง ยึดที่ดินฝ่ายความมั่นคงและเจ้าหน้าที่ป่าไม้ตรวจยึดที่ดินและไม้ที่ชาวบ้านนำมาสร้างบ้าน<sup>18</sup>

**ประเภทที่สี่** นโยบายรัฐบาลที่กำหนดแนวทางแก้ไขปัญหาสิทธิในที่ดิน เช่น มติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ 30 มิถุนายน 2541 กำหนดแนวทางแก้ไขปัญหาสิทธิในที่ดินของชาวเขา มติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ 11 พฤษภาคม 2542 กำหนดให้หน่วยงานด้านไม้รับขึ้นทะเบียนแจ้งการครอบครองที่ดินทำกิน มติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ 3 สิงหาคม 2553 กำหนดนโยบายฟื้นฟูวิถีชีวิตชาวกะเหรี่ยง ซึ่งรวมถึงการคุ้มครองสิทธิในที่ดินทำกินด้วย ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการจัดให้มีโฉนดชุมชน พ.ศ. 2553 เพื่อเป็นแนวทางในการอนุญาตให้ใช้ประโยชน์ในที่ดินของรัฐ ซึ่งรวมถึงที่ดินที่อยู่ในเขตป่าด้วย และโครงการจัดที่ดินทำกินให้แก่มุขมชน (คทช.) ตามนโยบายของรัฐบาลของ พล.อ. ประยุทธ์ จันทร์โอชา

<sup>13</sup> ขจัดภัย บุรุษพัฒน์, ชาวเขา, หน้า 139-140.

<sup>14</sup> เรื่องเดียวกัน., หน้า 140.

<sup>15</sup> เรื่องเดียวกัน., หน้า 141 – 142.

<sup>16</sup> เรื่องเดียวกัน., หน้า 144 – 146.

<sup>17</sup> มติคณะรัฐมนตรี วันที่ 10 มีนาคม 2535 เรื่อง การจำแนกเขตการใช้ประโยชน์ทรัพยากรและที่ดินป่าไม้ในพื้นที่ป่าสงวนแห่งชาติ.

<sup>18</sup> แผนแม่บทพิทักษ์ทรัพยากรป่าไม้แห่งชาติ, หน้า 32 – 34.

แต่อย่างไรก็ตามในทางปฏิบัติกลับปรากฏว่าแนวทางแก้ไขปัญหาล่าช้า รัฐบาลและหน่วยงานที่เกี่ยวข้องไม่ได้นำไปทำให้เป็นจริงแต่อย่างใด

เมื่อพิจารณากฎหมายและนโยบายทั้ง 4 ประเภทข้างต้นนี้ จะเห็นว่าโดยหลักการแล้ว ระบบกฎหมายและนโยบายของรัฐเกี่ยวกับป่าไม้ดังกล่าว มุ่งกำหนดเกี่ยวกับการสงวนหวงห้ามป่าไม้และที่ดิน การกำหนดพื้นที่ควบคุม การอนุญาตให้ใช้หรือเข้าไปทำประโยชน์ในลักษณะสัมปทานทรัพยากร และการกำหนดมาตรการลงโทษทางอาญาสำหรับผู้ฝ่าฝืนเป็นหลัก ซึ่งสภาพเช่นนี้ทำให้คนที่อยู่อาศัยและถือครองที่ดินทำกิน ตกอยู่ในสถานะอยู่อย่างผิดกฎหมายและสามารถถูกจับกุมดำเนินคดีได้ตลอดเวลา นำมาสู่ปรากฏการณ์ที่มีคนถูกยึดที่ดิน ถูกจับกุมดำเนินคดี จำนวนมาก มีรายงานของคณะกรรมการวิสามัญพิจารณาแก้ไขปัญหาดินทำกิน สภาผู้แทนราษฎร พบว่า ในปี พ.ศ. 2553 มีประชาชนจำนวนมากอยู่อาศัยและทำประโยชน์ในเขตที่ดินสงวนหวงห้ามของรัฐประเภทต่างๆ ได้แก่ ในเขตป่าสงวนแห่งชาติจำนวน 450,000 ราย เนื้อที่ประมาณ 9.4 ล้านไร่ ในเขตป่าอนุรักษ์ (อุทยานแห่งชาติ เขตรักษาพันธุ์สัตว์ป่า วนอุทยาน เขตห้ามล่าสัตว์ป่า) จำนวน 185,916 ราย เนื้อที่ 2,243,943 ไร่<sup>19</sup>

สถิติการดำเนินคดีในข้อหาบุกรุกพื้นที่ป่าและทำไม้ ระหว่างช่วงปี พ.ศ. 2552 – 2559 เฉพาะในเขตป่าอนุรักษ์ (อุทยานแห่งชาติ เขตรักษาพันธุ์สัตว์ป่า) จำนวน 38,727 คดี โดยมีผู้ถูกจับกุมดำเนินคดีทั้งหมด 15,478 ราย<sup>20</sup> โดยสถิติจำนวนการดำเนินคดีเพิ่มขึ้นอย่างมีนัยยะสำคัญหลังจากที่มีคำสั่งคณะรักษาความสงบเรียบร้อยแห่งชาติ (คสช.) ที่ 64/2557 และแผนแม่บทการพิทักษ์ทรัพยากรป่าไม้แห่งชาติ พ.ศ. 2557 จากสถิติระหว่างปี พ.ศ. 2552 – 2556 มีคดีเฉลี่ยปีละ 2,204 คดี แต่ในช่วงดำเนินการตามนโยบาย คสช. คือปี พ.ศ. 2557-2558 มีคดีเพิ่มขึ้นเฉลี่ยปีละ 3,100 คดี<sup>21</sup> ซึ่งสถิติตัวเลขทั้งหมดนี้รวมกลุ่มชาติพันธุ์ในภาคเหนือของประเทศไทยอยู่ด้วย และในทางสาธารณะกลุ่มชาติพันธุ์บนพื้นที่สูงก็กลายเป็นจำเลยสังคมไปโดยปริยาย ในฐานะกลุ่มคนที่ก่อให้เกิดความเสียหายต่อทรัพยากรของประเทศชาติ

#### 4. ทฤษฎีชาติพันธุ์แนววิพากษ์ (Critical Race Theory : CRT)

บทความนี้ผู้เขียนได้นำทฤษฎีชาติพันธุ์แนววิพากษ์ มาวิเคราะห์กฎหมายและนโยบายเกี่ยวกับสิทธิในที่ดินของชาวเขา โดยในหัวข้อนี้ผู้เขียนจะกล่าวถึงสาระสำคัญของทฤษฎีนี้โดยสังเขป ดังต่อไปนี้

ทฤษฎีชาติพันธุ์แนววิพากษ์ (Critical Race Theory : CRT) เกิดขึ้นในสหรัฐอเมริกา จากการที่นักวิชาการแนวกฎหมายวิพากษ์ ได้โต้แย้งต่อแนวความคิดของนักวิชาทางกฎหมายแบบจารีต (Traditional legal scholars) ที่มีความเชื่อว่า การเหยียดผิวจะยุติได้เมื่อสังคมอเมริกายกเลิกการเหยียดคนผิวสี และทำให้พลเมืองทุกคนมีความเท่าเทียมกัน โดยมีกฎหมายที่รับรองให้ทุกคนได้รับสิทธิที่เท่าเทียมกันภายใต้กฎหมายที่เป็นกลาง โดยไม่มองถึงความแตกต่างของผิวสี<sup>22</sup> โดยนักวิชาการทฤษฎีชาติพันธุ์แนววิพากษ์ มีความเห็นว่า แม้อเมริกาจะมีกฎหมายรับรองสิทธิพลเมือง การต่อต้านการเหยียดผิวสี และการจัดการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติแล้ว แต่ยังคงพบวาระบบชนชั้นและการเหยียดสีผิวยังคงดำรงอยู่ในสังคมอเมริกา โดยเฉพาะการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมต่อคนผิวดำและชนกลุ่มน้อยอื่นๆ เช่น การเลือกปฏิบัติ

<sup>19</sup> ศยามล ไกรยูรวงศ์, ร่างกฎหมายสิทธิชุมชนในการจัดการที่ดินและทรัพยากร : ลดความเหลื่อมล้ำสร้างความเป็นธรรม, สืบค้นวันที่ 22 กรกฎาคม 2560, จาก <http://www.lrct.go.th/th/?p=17044>

<sup>20</sup> เรื่องเดียวกัน.

<sup>21</sup> เรื่องเดียวกัน.

<sup>22</sup> สมชาย ปรีชาศิลป์กุล, ทฤษฎีนิติศาสตร์ชาติพันธุ์แนววิพากษ์, วิชาษา ปีที่ 3 ฉบับที่ 3 ลำดับที่ 19 1 พฤษภาคม – 15 มิถุนายน 2552, หน้า 22.

ในการจัดการศึกษา การบังคับใช้กฎหมายอาญา การจ้างงาน เป็นต้น นอกจากนี้แล้ว นักวิชาการยังเห็นว่าระบบกฎหมายยังคงทำหน้าที่โอปป้าชนชั้นสูงผิวขาวไว้ ผ่านบทบาทของกลุ่มคนที่มีอำนาจครอบงำสังคม หรือแม้กระทั่งนักวิชาการ และศาล<sup>23</sup>

ดังนั้น เมื่อนักวิชาการเห็นว่าการขับเคลื่อนในประเด็นสิทธิพลเมืองได้ถึงมาทางตันแล้ว เนื่องจากความเท่าเทียมกันที่ระบบกฎหมายอเมริกันรับรองนั้น ไม่สามารถแก้ไขปัญหาความไม่เท่าเทียมกันทางเชื้อชาติหรือผิวสีได้ จึงตระหนักว่ามีความจำเป็นที่จะต้องมีความคิดทฤษฎี หรือยุทธศาสตร์สำหรับต่อสู้กับแนวคิดเชื้อชาตินิยมที่ยังคงฝังตัวอยู่ในสังคม จึงได้นำเสนอแนวคิด **Critical Race Theory** หรือ ทฤษฎีชาติพันธุ์แนววิพากษ์<sup>24</sup> โดยเริ่มจากการปฏิเสธแนวคิดเสรีนิยมทางกฎหมาย (**Legal liberalism**) โดยเสนอว่า ทฤษฎีชาติพันธุ์แนววิพากษ์ไม่เชื่อในความเป็นกลางของกระบวนการหรือแก่นของหลักการว่าด้วยความเสมอภาคเท่าเทียมกันอย่างเป็นทางการ (**Formal equality**) แต่ยืนยันว่าทั้งกระบวนการและแก่นของกฎหมาย แม้แต่กฎหมายต่อต้านการแบ่งแยกสีผิว ได้จัดโครงสร้างที่มุ่งรักษาสถิติพิเศษให้แก่คนผิวขาว<sup>25</sup> นอกจากนี้แล้วนักวิชาการชาติพันธุ์แนววิพากษ์ ยังได้เผยให้เห็นว่าระบบกฎหมายที่เป็นอยู่ ได้กำหนดให้มีการแบ่งแยกเชื้อชาติและรักษาไว้ซึ่งระบบชนชั้น โดยมีรูปแบบการแบ่งแยกชนชั้นที่หลากหลาย<sup>26</sup>

นอกจากนี้ นักวิชาการชาติพันธุ์แนววิพากษ์ได้ทำการศึกษาและวิพากษ์ลงลึกถึงพื้นฐานเกี่ยวกับกระบวนการที่กฎหมายใช้สร้างความรู้เกี่ยวกับชาติพันธุ์หรือเชื้อชาติ โดยตั้งคำถามต่อพื้นฐานทางความคิดของบรรดาแนวความคิดเสรีนิยม ความเสมอภาคเท่าเทียม การมีเหตุมีผล และหลักความเสมอภาคภายใต้รัฐธรรมนูญ โดยปฏิเสธทัศนะที่มองว่ากฎหมายเป็นคำตอบที่ถูกต้องเพียงคำตอบเดียว อันมีที่มาจากมาตรฐานหรือกระบวนการที่เป็นกลางทางวัฒนธรรม และเราสามารถศึกษากฎหมายในแบบที่เป็นกลางทางวัฒนธรรมได้<sup>27</sup>

ทฤษฎีชาติพันธุ์แนววิพากษ์ มีแนวความคิดพื้นฐานที่สำคัญ 3 ประการคือ<sup>28</sup>

**ประการแรก** นักวิชาการชาติพันธุ์แนววิพากษ์ เชื่อว่า “เชื้อชาตินิยม” (**Racism**) เป็นเรื่องธรรมดาสามัญที่เกิดขึ้นในสังคม ทั้งเป็นเรื่องปกติในทางธุรกิจและการใช้ชีวิตประจำวันต่อคนผิวสี ที่ไม่มีใครสังเกตเห็นหรือตั้งคำถาม ซึ่งส่งผลให้ปัญหาเชื้อชาตินิยมเป็นเรื่องที่สามารถเข้าถึงเพื่อแก้ไขหาได้ยาก เนื่องจากระบบกฎหมายและกลไกรัฐถูกครอบงำไว้ด้วยแนวคิดปราศจากการให้ความสำคัญกับสีผิว (**Color - Blind**) หรือรูปแบบที่เป็นทางการ (**Formal**) ที่เชื่อว่าความเสมอภาคเท่าเทียมกันจะเกิดขึ้นได้ เมื่อคนผิวสีสามารถมีสิทธิตามกฎหมายที่จะได้รับการปฏิบัติอย่างเสมอภาคเท่าเทียมกันกับคนผิวขาวในรูปแบบเดียวกัน

**ประการที่สอง** เป็นระบบที่คนผิวขาวหรือกลุ่มที่มีอำนาจครอบงำอยู่ในสถานะที่เหนือกว่า และมีอำนาจชี้นำในการกำหนดเป้าหมายสำคัญ ทั้งด้านจิตวิญญาณ (**Psychic**) และด้านวัตถุ (**Material**) หรือเรียกว่าผลประโยชน์ที่สอดคล้องกัน (**Interest convergence**) ซึ่งเชื่อว่าเชื้อชาตินิยมส่งเสริมการเพิ่มผลประโยชน์ให้แก่ทั้งชนชั้นนำผิวขาวและ

<sup>23</sup> Rachel Alicia Griffin, **Critical Race Theory as a Means to Deconstruct, Recover and Evolve in Communication Studies**, Communication Law Review, Southern Illinois University.

<sup>24</sup> Ibid.

<sup>25</sup> Bennett Cappers, **Critical Race Theory**, pp 25-26.

<sup>26</sup> Ibid., p 26.

<sup>27</sup> สมชาย ปรีชาศิลป์กุล, **ทฤษฎีนิติศาสตร์ชาติพันธุ์แนววิพากษ์**, วิชา ปที่ 3 ฉบับที่ 3 ลำดับที่ 19 1 พฤษภาคม – 15 มิถุนายน 2552, หน้า 20 - 24.

<sup>28</sup> Richard Delgado and Jean Stefancic, **Critical Race Theory : An introduction**, New York University press, pp 6 - 8.

ชนชั้นแรงงานไปด้วยกัน การจัดประแบ่งแยกทางชนชั้นจะเกิดขึ้นเฉพาะเมื่อสามารถจะตอบสนองต่อผลประโยชน์ของชนชั้นสูงได้เท่านั้น

**ประการที่สาม** เป็นการประกอบสร้างทางสังคม (Social Construction) นักวิชาการทฤษฎีชาติพันธุ์แนววิพากษ์ชี้ว่า เชื้อชาติและสีผิวเป็นผลผลิตของความคิดและความสัมพันธ์ในสังคม (Race and races are products of social thought and relations) ซึ่งไม่เกี่ยวข้องกับประเด็นทางชีววิทยาหรือเผ่าพันธุ์มนุษย์ หากแต่เชื้อชาติถูกสร้างขึ้น จัดการหรือยกเลิกโดยสังคม แล้วหลอกวงว่าเป็นลักษณะเฉพาะอัตลักษณ์ที่ถาวรของคนกลุ่มนั้นๆ นอกจากนี้ยังได้ชี้ให้เห็นว่ากลุ่มที่มีอำนาจครอบงำสังคม ได้สร้างความเป็นเชื้อชาติให้แก่ชนกลุ่มน้อยแต่ละกลุ่มตามความต้องการและแต่ละช่วงเวลาที่แตกต่างกัน เช่น ตลาดแรงงาน ยาเสพติด สงคราม บางกลุ่มอาจถูกประกอบสร้างผ่านการดูหนัง ที่รับบทบาทเป็นพวกสร้างความรุนแรง นอกรีตที่ต้องมีการควบคุมอย่างเข้มงวด ซึ่งทำให้เกิดภาพลักษณ์ที่ติดตัวของคนแต่ละเชื้อชาติ แต่เมื่อเงื่อนไขเปลี่ยนแปลงไปภาพลักษณ์เหล่านั้นก็อาจเปลี่ยนแปลงไปได้เช่นกัน

สำหรับวิธีการที่นักวิชาการนิเวศศาสตร์ชาติพันธุ์แนววิพากษ์นิยมนำมาใช้ทำการศึกษา คือ การวิเคราะห์เรื่องเล่า (Narrative analysis) เนืองด้วยแนวคิดชาติพันธุ์แนววิพากษ์เกิดขึ้นมาจากการวิเคราะห์เรื่องเล่าที่เป็นประสบการณ์ในชีวิตประจำวันซึ่งเป็นโลกทัศน์ ทัศนคติ การตีความ และอำนาจของเรื่องเล่า เพื่อทำความเข้าใจต่อเรื่องนั้นๆ ว่าคนอเมริกันมองเห็นเชื้อชาติหรือผิวสีอย่างไร โดยนักวิชาการได้ตรวจสอบเรื่องเล่าแล้วพยายามทำความเข้าใจว่าเรื่องเล่าเหล่านั้นทำงานอย่างไร หรือได้บ่งบอกอะไรบ้าง<sup>29</sup> นอกจากนี้นักวิชาการชาติพันธุ์แนววิพากษ์ยังเชื่อว่า เรื่องเล่าที่ดีจะบอกเล่าความจริงเกี่ยวกับชีวิต และช่วยให้เกิดความเชื่อมโยงระหว่างโลกของผู้อ่านกับผู้ที่อยู่ในเรื่องเล่า อีกทั้งการเข้าถึงเรื่องเล่าจะช่วยให้เข้าใจชีวิตของคนอื่นที่แปลกใหม่และไม่คุ้นเคย<sup>30</sup>

นักทฤษฎีชาติพันธุ์แนววิพากษ์ ได้ประมวลแนวความคิดเป็นหลักการ 6 ประการดังต่อไปนี้<sup>31</sup>

**ประการที่หนึ่ง** เชื้อชาติพื้นถิ่นนิยม (Endemic racism) คือ สภาพสังคมที่ให้สิทธิพิเศษแก่คนกลุ่มใหญ่ในสังคมนั้น ทำให้ชนกลุ่มน้อยกลายเป็นสิ่งแปลกปลอมและไม่ได้รับความเป็นธรรม โดยมีการกำกับของสถาบันที่มีแนวความคิดเหยียดเชื้อชาติ อีกทั้งสถาบันทางสังคมยังดำรงรักษาโครงสร้างแบบเชื้อชาตินิยมไว้ อันนำมาซึ่งการกดขี่ทางเชื้อชาติ หรือความไม่เท่าเทียมกันทางสังคมและเศรษฐกิจ<sup>32</sup>

**ประการที่สอง** เชื้อชาติเป็นการประกอบสร้างทางสังคม (Race as a social construction) สถาบันทางสังคมและระบบการเมือง เช่น รัฐบาล ระบบกฎหมายของรัฐ ระบบกฎหมายอาญา และระบบการศึกษา มีบทบาทอย่างสำคัญในการประกอบสร้างหรือขัดเกลาความเข้าใจต่อนิยามและความหมายของเชื้อชาติ โดยที่สถาบันเหล่านั้นทำหน้าที่อย่างทรงพลังในการกำหนดอัตลักษณ์ของแต่ละเชื้อชาติ รวมทั้งการประกอบสร้างดังกล่าวมีลักษณะเหมารวม<sup>33</sup>

**ประการที่สาม** การสร้างความแตกต่างให้แก่เชื้อชาติ (Differential racialization) โดยกลุ่มผู้มีอำนาจครอบงำสังคม ได้สร้างนิยาม ความหมาย ความคาดหวัง ลักษณะนิสัย ภาษา ธรรมเนียม ที่มีลักษณะเฉพาะให้แก่เชื้อชาติ

<sup>29</sup> Richard Delgado and Jean Stefancic, *Critical Race Theory : An introduction*, New York University press , p 38.

<sup>30</sup>Ibid., pp 39-41

<sup>31</sup> Erica Campbell, *Using Critical Race Theory to Measure Racial Competency" among Social Workers*, Journal of Sociology and Social Work, December 2014, Vol. 2, No. 2, p. 74.

<sup>32</sup> Erica Campbell, *Using Critical Race Theory to Measure Racial Competency" among Social Workers*, Journal of Sociology and Social Work, December 2014, Vol. 2, No. 2., p. 74.

<sup>33</sup>Ibid., p. 74.

และชนกลุ่มน้อยแต่ละกลุ่มที่แตกต่างออกไปจากชนกลุ่มใหญ่ในสังคมนั้น ที่สำคัญคือทำให้กลุ่มชาติพันธุ์หรือชนกลุ่มน้อย กลายเป็นคนอื่นไป อย่างไรก็ตามการสร้างและความหมายไม่มีความตายตัวและเปลี่ยนแปลงไปตามบริบททางเศรษฐกิจ สังคมและการเมือง ตลอดจนความต้องการของกลุ่มเชื้อชาติที่มีอำนาจครอบงำ<sup>34</sup>

**ประการที่สี่** การสมประโยชน์ (Interest convergence) โดยทฤษฎีชาติพันธุ์แนววิพากษ์ตระหนักดีว่า เชื้อชาตินิยมเป็นเครื่องมือที่ทำให้กลุ่มที่มีอำนาจครอบงำมีความสูงส่งกว่าชนกลุ่มน้อย ทั้งในทางวัตถุและจิตวิญญาณ คือ ในที่สังคมที่ไม่เท่าเทียมกันได้ก่อให้เกิดผลประโยชน์ต่อกลุ่มที่มีสิทธิพิเศษ หลักการนี้เห็นว่า สังคมจะเปลี่ยนแปลงไปสู่ความเท่าเทียมกันได้ ต่อเมื่อการเปลี่ยนแปลงนั้นได้ก่อให้เกิดประโยชน์ต่อกลุ่มที่มีอำนาจครอบงำด้วย คนเหล่านั้นจึงจะยินยอมให้เกิดการเปลี่ยนแปลงได้<sup>35</sup>

**ประการที่ห้า** ชาติพันธุ์วรรณนา (Racial narratives) ทฤษฎีชาติพันธุ์แนววิพากษ์ให้ความสำคัญกับการสร้างพื้นที่สำหรับการนำเสนอเรื่องราวหรือเสียงของกลุ่มชาติพันธุ์ นักวิชาการชาติพันธุ์แนววิพากษ์ใช้เรื่องเล่าของกลุ่มชาติพันธุ์หรือชนกลุ่มน้อย ในการสื่อให้เห็นถึงประสบการณ์ชีวิตที่กลุ่มชาติพันธุ์หรือชนกลุ่มน้อยเผชิญ อีกทั้งเป็นการโต้แย้งต่อเรื่องเล่าในปัจจุบันที่จัดทำหรือสนับสนุนโดยกลุ่มผู้มีอำนาจครอบงำ ซึ่งเรื่องราวทางประวัติศาสตร์ของกลุ่มคนชายขอบ ถูกกีดกันออกไปจากเรื่องที่ไม่ถูกรวมเอาประวัติศาสตร์ของไว้ด้วย นอกจากนี้ชาติพันธุ์วรรณนายังมีความสำคัญอย่างมากในการโต้แย้งต่อแนวความคิดของพวกเสรีนิยมที่เรียกร้องความเป็นกลาง ความปราศจากผิวสี และความจริงที่เป็นสากล อีกทั้งโต้แย้งต่อทฤษฎีของนักผิวขาว ในการเป็นมาตรฐานที่จำเป็น เครื่องมือควบคุม ชัดเจนลักษณะนิสัย ความคิด และการแสดงตัวตนของกลุ่มชาติพันธุ์หรือชนกลุ่มน้อย เรื่องเล่ายังเป็นวาทกรรม ที่สร้างความเข้าใจต่อประสบการณ์ชีวิต เครื่องมือเชิงโครงสร้างและสถาบัน สิ่งของกลุ่มชาติพันธุ์หรือชนกลุ่มน้อยพบเจอ<sup>36</sup>

**ประการที่หก** อำนาจทับซ้อน (Intersectionality) กล่าวคือ การกดขี่ที่กระทำในพื้นที่ใดๆ ที่จริงแล้วมันไม่ได้มีมิติเดียว แต่มีมิติของอำนาจที่ซ้อนทับกันไปมาเสมอ บังคับบุคคลอาจเผชิญกับปัญหาความไม่เป็นธรรมในสังคมในหลายมิติพร้อมๆ กัน เช่น เชื้อชาติ เพศ อายุ ชนชั้น ซึ่งเป็นผลมาจากลักษณะเฉพาะของสังคมนั้นๆ ซึ่งในที่สุดแล้วการกีดกันบนพื้นฐานของพื้นที่ทางสังคมของกลุ่มคนและตัวบุคคล โดยเฉพาะอย่างยิ่งที่มีความแตกต่างทางเชื้อชาติ เป็นการทำให้เกิดการกีดกันทางสังคม ทำให้อัตลักษณ์ของบุคคลไม่ได้รับการยอมรับ โดยเฉพาะในกรณีที่มีการเลือกที่มีความแตกต่างทางอัตลักษณ์ของบุคคลมาเป็นตัวเปรียบเทียบ<sup>37</sup>

เมื่อทฤษฎีชาติพันธุ์แนววิพากษ์ถูกศึกษาและเผยแพร่กว้างขวางขึ้น นักวิชาการได้นำไปใช้ทำการศึกษาและวิพากษ์ต่อปัญหาการเลือกปฏิบัติหรือความไม่เท่าเทียมกันในสังคมในหลายประเด็น ทั้งวิพากษ์ระบบการศึกษา ระบบการทำงาน กฎหมายกระบวนการยุติธรรมทางอาญา การจัดการทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม เป็นต้น สำหรับที่นี่ จะกล่าวถึงเฉพาะกฎหมายและนโยบายเกี่ยวกับป่าไม้ที่มีผลกระทบต่อสิทธิในที่ดินของชาวเขา

<sup>34</sup> Ibid., pp. 75.

<sup>35</sup> Ibid., pp. 75-76.

<sup>36</sup> Erica Campbell, "Using Critical Race Theory to Measure Racial Competency" among Social Workers, *Journal of Sociology and Social Work*, December 2014, Vol. 2, No. 2, p. 76.

<sup>37</sup> หนังสือพิมพ์มติชนออนไลน์ ฉบับวันที่ 10 ตุลาคม 2558, สืบค้นจาก

<http://m.matichon.co.th/readnews.php?newsid=1444310887> สืบค้นเมื่อวันที่ 20 มกราคม 2561.

## 5. บทวิเคราะห์

ในขณะที่ระบบกฎหมายสมัยใหม่ของไทย ยอมรับและให้ความสำคัญแก่คุณค่าของความเสมอภาคเท่าเทียมกันระหว่างผู้คน ซึ่งการยอมรับแนวความคิดว่าด้วยความเสมอภาคเท่าเทียมกันให้มีผลทางกฎหมายนั้น มีทั้งการยอมรับตามกฎหมายระหว่างประเทศ เช่น ปฎิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน อนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติ กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง และการบัญญัติไว้เป็นกฎหมายภายใน เช่น ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ซึ่งกลายเป็นมาตรฐานในการบัญญัติกฎหมายในทุกเรื่อง แต่เมื่อพิจารณาจากระบบกฎหมายหรือนโยบายของรัฐต่อชาวเขาดังกล่าวข้างต้น กลับพบว่าการแฝงระบบการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม หรือกำหนดให้มีความไม่เสมอภาคเท่าเทียมกันไว้ ซึ่งมีผลทำให้ชาวเขาถูกจำกัดสิทธิในด้านต่างๆ และไม่มีโอกาสในการเข้าถึงสิทธิและเสรีภาพทัดเทียมกับคนพื้นราบได้

ความไม่เป็นธรรมของกฎหมายหรือนโยบายเหล่านั้น ไม่ได้ถูกบัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษรโดยตรง ดังนั้น การพิจารณาจึงต้องวิเคราะห์หลังถึงเบื้องหลังความคิดผู้มีอำนาจ และพิจารณาถึงปรากฏการณ์ของบังคับใช้กฎหมายหรือนโยบายในเรื่องนั้น ซึ่งหากมองด้วยทฤษฎีชาติพันธุ์แนววิพากษ์ ผู้เขียนเห็นว่า มีร่องรอยของการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม การกีดกัน หรือความไม่เสมอภาคเท่าเทียมในการเข้าถึงสิทธิในที่ดิน ที่ปรากฏอยู่ในระบบกฎหมายหรือนโยบายของรัฐหลายประการ กล่าวคือ

**ประการแรก** “ภาพลักษณ์” ของชาวเขาถูกประกอบสร้างขึ้นมาให้เป็นพวกก่อปัญหาความมั่นคงต่อสังคมไทย ซึ่งหลังสงครามโลกครั้งที่สอง เกิดสงครามเย็นในภูมิภาคอินโดจีน เป็นความขัดแย้งระหว่างมหาอำนาจโลกซิวสังคมนิยมและเสรีนิยม ปัญหาการปราบปรามฝิ่น และปัญหาด้านทรัพยากรและสิ่งแวดล้อม<sup>38</sup> ทำให้ชาวเขาถูกผลักเข้าสู่สถานการณ์ความขัดแย้งนี้ อันนำมาสู่ภาพลักษณ์ที่ถูกสร้างให้เป็นพวกที่เป็นภัยต่อความมั่นคงของชาติไทย คือ เป็นพวกคอมมิวนิสต์ ไม่มีการศึกษา ยาสูบ ค้ายาเสพติด สกปรก อพยพเข้าเมืองผิดกฎหมาย<sup>39</sup> อีกทั้งความวิตกกังวลต่อเงาปีศาจคอมมิวนิสต์ของรัฐ กระตุ้นให้ชาวเขายังถูกมองว่าเป็นพวกไม่ใช่คนไทย ไม่มีความรักชาติและไม่มีความผูกพันต่อชาติ นอกจากนี้ยังมี “วาทะกรรม” เกี่ยวกับชาวเขา ที่ถูกสร้างและตอกย้ำเป็นความเชื่อในสังคมไทยมาอย่างยาวนานและต่อเนื่อง ที่ส่งผลกระทบต่อการดำรงชีวิตของชาวเขาอย่างมีนัยยะสำคัญ เช่น เป็นเพียงพวกล่าหลัง ไม่ศิวิไลซ์ สกปรก ไร้การศึกษา กลายเป็นพวกที่ก่อปัญหาต่อเศรษฐกิจ สังคม สิ่งแวดล้อมและความมั่นคงชาติ เป็นต้น<sup>40</sup>

**ประการที่สอง** ชาวเขาถูกทำให้สังคมไทยรับรู้ว่าเป็นพวกที่มีความ “แตกต่างจากคนไทย” พื้นราบ ทั้งด้านชีววิทยา ประวัติศาสตร์ สังคมและวัฒนธรรม ตลอดจนลักษณะนิสัยที่สุ่มเสี่ยงที่จะเกี่ยวข้องกับการกระทำความผิด และมีสติปัญญาที่ต่ำกว่าคนพื้นราบ โดยตอกย้ำว่าชาวเขาเพิ่งอพยพจากประเทศเพื่อนบ้านมาเมื่อไม่นานนี้ และไม่ใช่คนไทยแต่เข้ามาพึ่งพระบรมโพธิสมภาร โดยอพยพหนีจากความยากจนและภัยสงคราม ดังที่ ปิ่นแก้ว เหลืองอร่ามศรี ให้ทัศนะไว้ในช่วงสงครามเย็นที่รัฐได้สร้างแนวความคิดเกี่ยวกับชาวเขาใหม่ โดยไม่ได้มีคามหมายถึงคนที่อาศัยอยู่บริเวณพื้นที่ภูเขาสูงทำการเกษตรที่แปลกจากคนพื้นราบ และมีคามแตกต่างทางวัฒนธรรมเท่านั้น ดังจะเห็นได้ว่ารัฐได้เลือกเรียก 9 กลุ่มชาติ

<sup>38</sup> ทิพพัฒน์ กระแจะจันทร์, จาก “ชาวป่า” สู่ “ชาวเขา”: 100 ปีกับการสร้างภาพลักษณ์ “ชาวเขา” ในสังคมไทย, การประชุมทางวิชาการระดับบัณฑิตศึกษา ครั้งที่ 2, บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยศิลปากร, หน้า 159 – 162.

<sup>39</sup> เรื่องเดียวกัน., หน้า 160 – 163.

<sup>40</sup> ปิ่นแก้ว เหลืองอร่ามศรี, “วาทะกรรมว่าด้วยชาวเขา”, วารสารสังคมศาสตร์, ปีที่ 11 (ฉบับที่ 1), หน้า 103.

<sup>40</sup> ขจัดภัย บุรุษพัฒน์, ชาวเขา, 2538, หน้า 108.

พันธุ์ว่า “ชาวเขา” เนื่องจากคำนี้มีความหมายพิเศษที่มีนัยยะเกี่ยวข้องกับการเมือง และเน้นย้ำว่าการดำรงอยู่ของชาวเขาได้สร้างปัญหาให้แก่ประเทศไทย<sup>41</sup>

ปัญหานี้ประสิทธิ ลิปริชา ได้โต้แย้งว่า รัฐได้สิ่งที่จะยอมรับต่อข้อเท็จจริงในการอพยพเข้ามาของชาวเขา เช่น ในยุคการปกครองแบบรัฐจารีต คนมักจะถูกกวาดต้อนเป็นเชลยศึก หลบหนีการถูกเกณฑ์และกวาดต้อน การแสวงหาแหล่งทรัพยากรธรรมชาติและโอกาสทางเศรษฐกิจที่ดีกว่า ซึ่งเป็นสิ่งที่เกิดขึ้นเป็นปกติ แต่เมื่อถึงยุคล่าอาณานิคม ได้ก่อให้เกิดรัฐชาติสมัยใหม่ในภูมิภาคเอเชียอาคเนย์ กลายเป็นประเทศต่างๆ อย่างที่เป็นอยู่ในปัจจุบัน ทำให้คนถูกแบ่งแยกไปด้วย อันเป็นผลพวงจากการล่าอาณานิคมแล้วจัดสรรผลประโยชน์กันของประเทศเจ้าอาณานิคม โดยใช้เทคโนโลยีการจัดทำแผนที่บ้างเขตแดนประเทศ ประกอบกับการใช้กฎหมายตามหลักสากล เพื่อคุ้มครองผลประโยชน์ของรัฐชาติสมัยใหม่และคนในบังคับ ในภายหลังต่อมากฎหมายสมัยใหม่ได้กลายเป็นเครื่องมือสำคัญในการกำหนดความเป็นพลเมือง โดยเฉพาะเมื่ออำนาจทางการเมืองการปกครองถูกรวมศูนย์อำนาจไว้ที่ส่วนกลาง ทำให้ชนกลุ่มใหญ่หรือกลุ่มที่กุมอำนาจกลายเป็นเจ้าของประเทศ ในขณะที่ชนกลุ่มน้อยอื่นๆ กลายเป็นคนชายขอบไป<sup>42</sup>

**ประการที่สาม** ในทางปฏิบัตินั้น ประเทศไทยได้จัดโครงสร้างการปกครองชาวเขาที่มีลักษณะพิเศษ แยกต่างหากจากคนพื้นราบ ตามความเชื่อที่ว่าชาวเขาเป็นพวกที่ก่อให้เกิดอันตรายและภัยความมั่นคงต่อประเทศชาติ ซึ่งพบว่ารัฐได้ใช้วิธีการควบคุมโดยยุทธศาสตร์ทางทหารเป็นหลัก แม้ว่าชื่อนโยบายหรือแผนต่างๆ จะไม่ใช่ชื่อเรียกแบบทหารก็ตาม เช่น คณะกรรมการสงเคราะห์ประชาชนไกลคมนาคม ที่ตั้งเมื่อปี พ.ศ. 2499 หรือ คณะกรรมการสงเคราะห์ชาวเขา ที่ตั้งเมื่อปี พ.ศ. 2502 ที่เน้นเนื้อหาด้านการควบคุมและป้องกันการบุกรุกทำลายป่า หรือป้องกันและปราบปรามยาเสพติด แต่หากพิจารณาจากองค์ประกอบของคณะกรรมการและวิธีปฏิบัติแล้ว พบว่าเป็นการจัดโครงสร้างการปกครองหรือควบคุมดูแลด้วยยุทธวิธีทางทหาร เช่น คณะกรรมการทั้งสองชุดดังกล่าวข้างต้นนี้ อยู่ภายใต้โครงสร้างของหน่วยงานด้านความมั่นคง มีการกำหนดกรอบนโยบายเฉพาะสำหรับงานด้านการพัฒนาการปกครองชาวเขา ที่อยู่ในกรอบป้องกันการบุกรุกทำลายป่า ปราบปรามยาเสพติด ห้ามการโยกย้ายหมู่บ้าน ปราบปรามขบวนการคอมมิวนิสต์ ส่งเสริมด้านสุขภาพและการศึกษาขั้นพื้นฐาน ที่สำคัญคือกำหนดให้การดำเนินกิจการทุกอย่างที่เกี่ยวกับชาวเขาของหน่วยงานอื่นๆ ทั้งรัฐและเอกชน จะต้องขออนุญาตจากคณะกรรมการสงเคราะห์ชาวเขาก่อนดำเนินการ ซึ่งมีผลทำให้หน่วยงานอื่นๆ ไม่สามารถเข้าไปส่งเสริมหรือพัฒนาชาวเขาได้อย่างกรณีพื้นราบ นอกจากนี้แล้วชาวเขายังต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขและข้อจำกัดของกฎหมายและนโยบายเกี่ยวกับป่าไม้ด้วย

ต่อมาแม้ได้มีการยุบคณะกรรมการสงเคราะห์ชาวเขาแล้ว แต่ในทางปฏิบัติชาวเขาก็ถูกควบคุมโดยเงื่อนไขและข้อห้ามกฎหมายเกี่ยวกับป่าไม้ 4 ฉบับข้างต้น ข้อจำกัดสิทธิในป่าไม้และที่ดินของชาวเขายังรวมถึงนโยบายเกี่ยวกับป่าไม้เดิมของรัฐบาลและกระทรวงทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม คือ นโยบายป่าไม้แห่งชาติ พ.ศ. 2535 และมติคณะรัฐมนตรีว่าด้วยการกำหนดชั้นคุณภาพลุ่มน้ำ เมื่อวันที่ 27 กรกฎาคม พ.ศ. 2525 แม้ต่อมาจะมีการออกมติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ 30 มิถุนายน 2541 เพื่อแก้ไขปัญหาสิทธิในที่ดินของชาวเขา แต่ยังมีมติเงื่อนไขตามนโยบายป่าไม้แห่งชาติ พ.ศ. 2535 ซึ่งในทางปฏิบัติแล้วกลับมีผลจำกัดสิทธิมากกว่าให้สิทธิ จนกระทั่งการรัฐประหารโดยคณะรักษาความสงบเรียบร้อยแห่งชาติ (คสช.) เมื่อปี พ.ศ. 2557 ได้มีคำสั่ง คสช. ที่ 64/2557 กำหนดให้อำนาจแก่ฝ่ายความมั่นคง

<sup>41</sup> ปิ่นแก้ว เหลืองอร่ามศรี, วารสารสังคมศาสตร์, หน้า 103.

<sup>42</sup> ประสิทธิ์ ลิปริชา, มั่งคั่งอยู่ การค้า อัตลักษณ์กับความเป็นชุมชนชาติพันธุ์, รายงานการวิจัยในโครงการ อำนาจ พื้นที่และอัตลักษณ์ทางชาติพันธุ์ : การเมืองวัฒนธรรมของรัฐชาติในสังคมไทย, สกว., 2549, หน้า 1-7.

โดยกองอำนาจการรักษความมั่นคงภายในราชอาณาจักร และกองทัพ เป็นหน่วยงานหลักในการป้องกันและปราบปราม การกระทำความผิดเกี่ยวกับกฎหมายป่าไม้ ซึ่งเป็นการทำให้อำนาจแก่ฝ่ายความมั่นคงและทหารควบคุมชาวเขาอีกครั้ง<sup>43</sup>

**ประการที่สี่** รัฐบาล ทูตข้ามชาติ และองค์การระหว่างประเทศ ได้ร่วมมือกันสร้างชุดคำอธิบายหรือทฤษฎีเพื่อ ชี้แจงสังคม ที่ระบุว่า การเกษตรแบบชาวเขาไม่ก่อให้เกิดประโยชน์ต่อเศรษฐกิจ ในขณะที่เดียวกันก็เป็นอุปสรรคต่อการ พัฒนาเศรษฐกิจของประเทศ ทั้งนี้เพื่อสนองต่อผลประโยชน์ของชนชั้นปกครอง ผู้มีอำนาจและทุน นอกจากนี้แล้วการให้ สิทธิหรือรับรองสิทธิของชาวเขา ไม่ได้ก่อให้เกิดประโยชน์หรืออาจถึงขั้นขัดขวางต่อประโยชน์ของชนชั้นปกครอง กล่าวคือ เมื่อระบบกฎหมายและนโยบายเกี่ยวกับป่าไม้ของไทย ถูกรวมศูนย์อำนาจไว้ที่ส่วนกลาง และตัดสิทธิของชุมชนหรือ ประชาชนออก ซึ่งเป็นระบบกฎหมายที่ไม่สอดคล้องกับวิถีชีวิตของประชาชนโดยเฉพาะกลุ่มชาติพันธุ์บนพื้นที่สูงที่ใช้ชีวิต พึ่งพาอาศัยป่าและทำการเกษตร สืบเนื่องมาจากเป็นระบบกฎหมายที่ถูกชี้แจงจากกลุ่มแนวคิดการจัดการป่าไม้เพื่อการ พาณิชยกรรมยุโรปและอเมริกา โดยในยุคจักรวรรดินิยม กฎหมายและนโยบายเกี่ยวกับป่าไม้ของประเทศไทยได้รับอิทธิ จากประเทศประเทศเจ้าอาณานิคมตะวันตก โดยเฉพาะอังกฤษที่แผ่อิทธิพลในภูมิภาคครอบคลุมตั้งแต่อินเดีย พม่า มาเลเซีย และไทย<sup>44</sup> แต่หลังสงครามโลกครั้งที่สอง มีการก่อตั้งองค์การสหประชาชาติซึ่งมีประเทศมหาอำนาจอย่าง สหรัฐอเมริกาอยู่เบื้องหลัง ได้ตั้งองค์การอาหารและการเกษตร (FAO) และมีบทบาทอย่างสำคัญในการวางแผนกิจการ ด้านการป่าไม้ รวมทั้งผลักดันระบบการจัดการป่าไม้และที่ดินในประเทศไทยให้เป็นแบบรวมศูนย์ โดยเฉพาะการออก กฎหมายและนโยบายเกี่ยวกับป่าไม้ที่มีผลใช้จนถึงปัจจุบัน<sup>45</sup> โดยเหตุผลเบื้องหลังคือ เพื่อสร้างหลักประกันต่อ ผลประโยชน์ทางธุรกิจในระยะยาวของพ่อค้าไม้ต่างชาติ<sup>46</sup>

ปัจจุบันความเชื่อต่อแนวความคิดว่าชาวเขาทำลายป่า ยังคงดำรงอยู่ในคิดของผู้มีอำนาจออกกฎหมายและ กำหนดนโยบายของรัฐไทย ดังจะเห็นว่า แผนปฏิบัติการพื้นที่เป้าหมายป้องกันและปราบปรามการลักลอบบุกรุกป่า (Area of Operation) ประจำปีงบประมาณ พ.ศ. 2558 ของกรมอุทยานแห่งชาติ สัตว์ป่า และพันธุ์พืช ในส่วนบท วิเคราะห์สาเหตุของปัญหาการบุกรุกทำลายป่าว่า

*“ปัจจุบันพื้นที่ป่าของประเทศไทยประสบปัญหาภัยคุกคาม พื้นที่ป่าจำนวนมากถูกบุกรุก แฉ้ว ถาง เผาป่า ยึดถือครอบครอง เนื่องมาจากพื้นที่เกษตรกรรมมีจำนวนจำกัด และส่วนใหญ่ตก เป็นของนายทุน หรือ ผู้มีอิทธิพล ทำให้ประชาชนผู้ยากไร้ส่วนใหญ่ขาดแคลนที่ดินทำกิน ไม่มี ที่ดินเป็นของตนเอง จึงจำเป็นต้องหันไปบุกรุกแฉ้วถางป่า เพื่อยึดถือครอบครองเป็นของ ตนเอง ทั้งนี้สาเหตุสำคัญของการบุกรุกป่า สรุปได้ดังนี้ ... 2.2.1 ชาวไทยภูเขา 1) บุกรุกแฉ้ว*

<sup>43</sup> คำสั่ง คสช. ที่ 64/2557 ... ข้อ 1. ให้กระทรวงกลาโหม กระทรวงมหาดไทย สำนักงานตำรวจแห่งชาติ กระทรวงทรัพยากรธรรมชาติและ สิ่งแวดล้อม กองกำลังรักษาความสงบเรียบร้อย กองกำลังป้องกันชายแดนของกองทัพบก และกองทัพเรือ ตลอดจนหน่วยงานที่มีภารกิจและ อำนาจหน้าที่ที่เกี่ยวข้อง ดำเนินการปราบปรามและจับกุมผู้บุกรุก ยึดถือ ครอบครอง ทำลาย หรือกระทำความผิดด้วยประการใด ๆ อันเป็นการทำให้ เสื่อมเสียแก่ สภาพป่า รวมทั้งผู้สมคบและสนับสนุนช่วยเหลือ ให้ได้ผลอย่างจริงจังในทุกพื้นที่ รวมทั้งสกัดกั้น การลักลอบตัดไม้มีค่าหรือไม้ หวงห้าม การนำเข้าและส่งออกไม้ที่ผิดกฎหมาย ตลอดจนแนวชายแดน ตลอดจนปราบปรามเครือข่ายขบวนการตัดไม้ทำลายป่าในทุกหมู่บ้าน และชุมชนทั่วประเทศ

<sup>44</sup> เสน่ห์ จามริก และ ยศ ตันตสมบัติ, *ป่าชุมชนในประเทศไทย : แนวทางการพัฒนา เล่ม 1*, พิมพ์ครั้งที่ 2, สถาบันชุมชนท้องถิ่นพัฒนา, 2536, หน้า 57.

<sup>45</sup> ปิ่นแก้ว เหลืองอร่ามศรี, *วารสารสังคมศาสตร์*, หน้า 61

<sup>46</sup> เสน่ห์ จามริก และ ยศ ตันตสมบัติ, *ป่าชุมชนในประเทศไทย : แนวทางการพัฒนา เล่ม 1*, หน้า 87.



ถางป่าเพื่อทำไร่เลื่อนลอยในพื้นที่ราบเชิงเขา หรือบนภูเขาที่เหมาะสมสำหรับทำการเกษตรกรรมเป็นแปลงเล็กแปลงน้อยกระจายอยู่ทั่วไป...<sup>47</sup>

จากอิทธิพลทางความคิดขององค์การระหว่างประเทศและภาพลักษณ์ของชาวเขาที่ถูกสร้าง ได้ส่งผลอย่างมีนัยยะสำคัญต่อความคิดหลักในการจัดการพื้นที่ป่าไม้ รวมทั้งการออกกฎหมายและนโยบายเกี่ยวกับป่าไม้ของไทย

**ประการที่ห้า** หลังปี พ.ศ. 2500 มีงานวิชาการที่ผลิตขึ้นมาเพื่อผลิตซ้ำและต่อยอดชุดองค์ความรู้ดังกล่าวนี้เพิ่มขึ้นอย่างต่อเนื่อง ซึ่งมีทั้งงานด้านกฎหมายและนโยบาย งานวิชาการป่าไม้ งานด้านอุทกศาสตร์ และมีการตอกย้ำในสังคมไทยอย่างเข้มข้น เช่น การบรรจุไว้ในบทเรียนของนักเรียนนักศึกษา การเผยแพร่ออกสื่อทุกช่องทาง การกำหนดเป็นนโยบายของหน่วยงานรัฐทุกระดับ อันเป็นการตอกย้ำความเชื่อที่ว่าชาวเขาทำลายป่าสู่สังคมไทย และได้กลายเป็นความเชื่อในทางวิชาการและกฎหมายตลอดจนสำนึกพื้นฐานของสาธารณะชนว่า เฉพาะการแผ้วถางพื้นที่ป่าบนภูเขาเท่านั้น ที่มีผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมและแม่น้ำลำธาร ที่รัฐบาลจะต้องมีมาตรการเข้าไปจัดการอย่างเข้มงวด โดยหลีกเลี่ยงที่จะกล่าวถึงผลกระทบจากป่าไม้ที่ถูกทำลายลงไปมากกว่า ซึ่งก่อโดยคนพื้นราบที่ถูกชี้นำโดยนโยบายเศรษฐกิจทุนนิยมของรัฐบาล

ระบบกฎหมายเกี่ยวกับป่าไม้และที่ดินถูกออกแบบให้รัฐสามารถกำหนดแนวทางการบริหารระหว่างพื้นที่ราบกับบนพื้นที่สูงที่แตกต่างกัน กล่าวคือ ในพื้นที่ราบนั้นรัฐบาลสามารถออกกฎหมายหรือประกาศให้ออกเอกสารสิทธิในรูปแบบใดรูปแบบหนึ่ง เพื่อมอบสิทธิให้แก่ผู้ที่ครอบครองได้ โดยอ้างอิงเหตุผลทางเศรษฐกิจและความมั่นคงในการถือครองที่ดิน ในขณะที่หากเป็นพื้นที่ในเขตภูเขาซึ่งครอบครองโดยชาวเขา รัฐกลับอ้างกฎหมายและนโยบายตลอดจนหลักวิชาการตามความรู้และความเชื่อแบบตะวันตก แล้วปฏิเสธที่จะให้สิทธิไม่ว่าในรูปแบบใดๆ หรืออาจกล่าวได้ว่าระบบกฎหมายและนโยบายของรัฐ มุ่งปฏิเสธสิทธิและความชอบธรรมของกลุ่มชาติพันธุ์บนพื้นที่สูง อีกทั้งได้สร้างเงื่อนไขที่เป็นไปไม่ได้สำหรับการเข้าถึงสิทธิของกลุ่มชาติพันธุ์บนพื้นที่สูง เช่น ตามรัฐธรรมนูญรับรองสิทธิชุมชนในการใช้ประโยชน์จากทรัพยากรในท้องถิ่น และตามพระราชบัญญัติป่าสงวนแห่งชาติ พ.ศ. 2507 กำหนดให้ราษฎรสามารถขออนุญาตทำประโยชน์ได้ แต่มติคณะรัฐมนตรีกำหนดว่าห้ามมิให้ทำกิจกรรมใดๆ ในพื้นที่ลุ่มน้ำชั้น 1 และ 2 แม้กระทั่งเมื่อเกิดข้อพิพาทเป็นคดีความขึ้น ศาลก็ได้วางบรรทัดฐานในการตีความกฎหมายที่มุ่งจำกัดสิทธิมากกว่าการยอมรับข้อเท็จจริง ดังนั้น สิทธิดังกล่าวจะไม่สามารถเป็นจริงได้ในทางปฏิบัติ

แม้จะปรากฏว่าเมื่อถูกกดดันหนักๆ รัฐจะมีนโยบายบางประการที่พยายามแก้ไขปัญหาดินทำกินของชาวเขาบ้าง แต่ก็ไม่มีผลในทางปฏิบัติอย่างจริงจัง ในทางตรงกันข้ามเนื้อหาของนโยบายเหล่านั้น กลับตอกย้ำแนวคิดจำกัดสิทธิในที่ดินทำกินของชาวเขา โดยยืนยันแนวทางการจัดการป่าตามนโยบายป่าไม้แห่งชาติ พ.ศ. 2535 พร้อมทั้งกำหนดห้ามมิให้อยู่อาศัยและทำกินในพื้นที่ป่าอนุรักษ์ตามกฎหมายโดยเด็ดขาด โดยพื้นที่ที่ไม่สามารถย้ายออกได้ เพียงอนุโลมให้ทำกินได้ชั่วคราว รวมทั้งกำหนดจะทำการสำรวจและพิสูจน์สิทธิสำหรับพื้นที่ไม่ต้องห้าม มติคณะรัฐมนตรี เมื่อวันที่ 30 มิถุนายน 2541 เป็นตัวอย่างรูปธรรมในกรณีนี้ กล่าวคือ มีการเปิดให้ประชาชนไปยื่นคำร้องแจ้งการครอบที่ดินที่อยู่ในเขตป่า และกรมป่าไม้จะทำการพิสูจน์สิทธิ แต่มีเงื่อนไขสำคัญคือจะต้องเป็นพื้นที่ไม่อยู่ในเขตป่าอนุรักษ์ตามกฎหมาย ไม่เป็นพื้นที่ล่อแหลม ซึ่งมีลักษณะเป็นเงื่อนไขที่เป็นไปไม่ได้<sup>48</sup> ซึ่งในทางกลับกันแล้วการพิสูจน์สิทธิตามมติคณะรัฐมนตรีฉบับนี้ มีผลเป็นการยึดคืนพื้นที่ทำกินของชาวบ้านมาเป็นของรัฐ โดยมีนโยบายของรัฐเป็นเครื่องมือ

<sup>47</sup> กรมอุทยานแห่งชาติ สัตว์ป่า และพันธุ์พืช, แผนปฏิบัติการพื้นที่เป้าหมายป้องกันและปราบปรามการลักลอบบุกรุกป่า (Area of Operation) ประจำปีงบประมาณ พ.ศ. 2558.

<sup>48</sup> ศูนย์พิทักษ์และฟื้นฟูสิทธิชุมชนท้องถิ่น.

## 6. บทสรุป

คำว่า “ชาวเขา” เป็นคำที่ถูกทำให้มีความหมายเฉพาะถึงกลุ่มชาติพันธุ์บนพื้นที่สูง 9 เผ่า ซึ่งเป็นกลุ่มที่รัฐต้องการควบคุมเป็นการเฉพาะเจาะจง โดยใช้วาทกรรมเกี่ยวกับความมั่นคงแห่งชาติมาอธิบายเพื่อสร้างความชอบธรรมในการออกกฎหมายและนโยบายสำหรับควบคุมหรือบริการจัดการกับกลุ่มชาวเขา โดยเฉพาะกฎหมายและนโยบายที่เกี่ยวข้องกับสิทธิในที่ดิน ซึ่งมุ่งจำกัดสิทธิและไม่เปิดช่องสำหรับการรับรองสิทธิ ทำให้ชาวเขาอยู่ในสถานะที่ผิดกฎหมายและถูกจับกุมดำเนินคดีจำนวนมาก

เมื่อมองกฎหมายและนโยบายเกี่ยวกับชาวเขา รวมทั้งที่เกี่ยวกับป่าไม้ด้วยสายตาของทฤษฎีชาติพันธุ์วิพากษ์แล้ว อาจกล่าวได้ว่าภาพลักษณ์ของชาวเขาถูกประกอบสร้างขึ้นมา โดยเฉพาะมุ่งให้มีความหมายถึงเป็นพวกก่อปัญหาความมั่นคงต่อประเทศชาติ อีกทั้งชาวเขายังถูกทำให้สังคมไทยรับรู้ว่าเป็นพวกที่มีความแตกต่างจากคนไทยทั่วไป ซึ่งความแตกต่างนี้เป็นเหตุผลที่ทำให้ชาวเขามีแนวโน้มที่จะก่อให้เกิดปัญหาต่อสังคมไทย นอกจากนี้ยังมีการผลิตและผลิตซ้ำชุดคำอธิบายว่าชาวเขาเพิ่งอพยพจากประเทศเพื่อนบ้านมาเมื่อไม่นานนี้ และไม่ใช่คนไทยแต่เข้ามาพึ่งพระบรมโพธิสมภาร ซึ่งมีผลทำให้รัฐไทยได้จัดโครงสร้างการปกครองชาวเขาที่มีลักษณะพิเศษแยกต่างหากจากคนพื้นราบ โดยมีการจัดโครงสร้างองค์กรและมีนโยบายรวมทั้งงบประมาณรองรับอย่างเป็นทางการเป็นกิจจะลักษณะ สำหรับกรณีปัญหาสิทธิในที่ดินนั้น ปรากฏว่ารัฐได้สร้างชุดคำอธิบายที่ชี้แจงสังคมว่าการใช้ประโยชน์ที่ดินของชาวเขาไม่ก่อให้เกิดประโยชน์ต่อเศรษฐกิจ เนื่องจากไม่สนองต่อผลประโยชน์ของชนชั้นปกครอง ผู้มีอำนาจและทุน ซึ่งปรากฏว่ามีงานวิชาการที่ผลิตซ้ำชุดองค์ความรู้ที่ระบุว่าชาวเขาทำลายป่าอย่างต่อเนื่อง

### บรรณานุกรม

กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง.

กรมป่าไม้. 2559. 120 ปี ป่าไม้ของเรา.

กรมอุทยานแห่งชาติ สัตว์ป่า และพันธุ์พืช. แผนปฏิบัติการพื้นที่เป้าหมายป้องกันและปราบปรามการ

ขจัดภัย บุรุษพัฒน์. 2538. ชาวเขา. กรุงเทพฯ: แพร่พิทยา.

คณะรัฐมนตรี ที่ นร 0203/18048. (นโยบายป่าไม้แห่งชาติ).

คณะสำรวจสหประชาชาติ. (2511). รายงานการสำรวจความต้องการทางเศรษฐกิจและสังคมในอาบริเวณที่ปลูกฝิ่นของประเทศไทย. พระนคร: สำนักทำเนียบนายกรัฐมนตรี.

เครือข่ายชนเผ่าพื้นเมืองแห่งประเทศไทย. สืบค้นเมื่อวันที่ 3 กุมภาพันธ์ 2561, จาก

[http://tribalcenter.blogspot.com/2010/05/blog-post\\_21.html](http://tribalcenter.blogspot.com/2010/05/blog-post_21.html)

คำสั่ง คสช. ที่ 64/2557

ชมรมศึกษาและวิจัยชาวเขา. 2516. วิจัยชาวเขา (2512 – 2515).

แนวนโยบายและหลักปฏิบัติในการฟื้นฟูวิถีชีวิตชาวกะเหรี่ยง, 2554, กรุงเทพฯ : จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.

ปิ่นแก้ว เหลืองอร่ามศรี. (2541). วาทกรรมว่าด้วยชาวเขา, *วารสารสังคมศาสตร์*, ปีที่ 11 (ฉบับที่ 1).

แผนแม่บทพิทักษ์ทรัพยากรป่าไม้แห่งชาติ.

มติคณะรัฐมนตรี วันที่ 10 มีนาคม 2535 เรื่อง การจำแนกเขตการใช้ประโยชน์ทรัพยากรและที่ดินป่าไม้ในพื้นที่ป่าสงวนแห่งชาติ.

มติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ 6 กรกฎาคม 2519.

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฉบับปีพุทธศักราช 2560.

ลิขิต ธีรเวคิน. 2521. *ชนกลุ่มน้อยในประเทศไทย*. กรุงเทพฯ: แพร์พิทยา.

เสนห์ จามริก และ ยศ ตันตสมบัติ. 2536. *ป่าชุมชนในประเทศไทย : แนวทางการพัฒนา เล่ม 1*. พิมพ์ครั้งที่ 2. สถาบันชุมชนท้องถิ่นพัฒนา.

ศยามล ไกรยูรวงศ์. *ร่างกฎหมายสิทธิชุมชนในการจัดการที่ดินและทรัพยากร : ลดความเหลื่อมล้ำสร้าง.สืบค้นวันที่ 22 กรกฎาคม 2560, จาก <http://www.lrct.go.th/th/?p=17044>*

ศูนย์พัฒนาและสงเคราะห์ชาวเขา จังหวัดเชียงใหม่, สรุปผลการดำเนินงานประจำปี.

ศูนย์พัฒนาสังคมหน่วยที่ 43 แม่ฮ่องสอน, สืบค้นเมื่อวันที่ 15 กุมภาพันธ์ 2561, จาก <http://www.mhcdc.org/interest1.html>

สมชาย ปรีชาศิลปกุล, *ทฤษฎีนิติศาสตร์ชาติพันธุ์แนววิพากษ์*, วิชาษา ปีที่ 3 ฉบับที่ 3 ลำดับที่ 19 1

สำนักจัดการที่ดิน กรมป่าไม้. (2557). *พื้นที่ป่าของประเทศไทย ปี พ.ศ. 2516-2557*. หนังสือสำนักเลขาธิการ, จาก [forestinfo.forest.go.th/content/file/stat2557/Table%201.pdf](http://forestinfo.forest.go.th/content/file/stat2557/Table%201.pdf).

หนังสือพิมพ์มติชนออนไลน์ ฉบับวันที่ 10 ตุลาคม 2558, จาก

<http://m.matichon.co.th/readnews.php?newsid=1444310887> สืบค้นเมื่อวันที่ 20 มกราคม

อนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติในทุกรูปแบบ พ.ศ. 2508.

Bennett Cappers. *Critical Race Theory*, pp 25-26.

Erica Campbell. "Using Critical Race Theory to Measure Racial Competency" among Social Workers, *Journal of Sociology and Social Work*, December 2014, Vol. 2, No. 2, p. 74.

Rachel Alicia Griffin, *Critical Race Theory as a Means to Deconstruct, Recover and Evolve in Communication Studies*, *Communication Law Review*, Southern Illinois University

Richard Delgado and Jean Stefancic, *Critical Race Theory: An introduction*, *New York University press*, pp 6 - 8.

การพัฒนากฎหมายเกี่ยวกับการสมรสและ การรับรองสิทธิในการสมรสระหว่างเพศเดียวกัน  
ในประเทศไทย  
Development of Marriage Law and the Recognition of Same Sex Marriage  
in Thailand

สุภิดา สุกใส

Supathida Sooksai

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง กรุงเทพมหานคร 10240 ประเทศไทย

Faculty of Law, Ramkhamhaeng University Bangkok 10240 Thailand

อีเมลล์: Supathida.fon@gmail.com

Email: Supathida.fon@gmail.com

### บทคัดย่อ

การสมรสเป็นจุดเริ่มต้นของสถาบันครอบครัว กฎหมายไทยมีการรับรองสถานะของคู่สมรสระหว่างชายและหญิงมาเป็นเวลายาวนาน ตั้งแต่สมัยอยุธยาที่มีกฎหมายลักษณะผู้เมียรับรองรับสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของชายและหญิงที่จะทำการสมรสและมีครอบครัว ซึ่งชายสมัยนั้นสามารถมีภริยาได้หลายคน ส่วนหญิงสมัยนั้นมีสามีได้ทีละคนจนกว่าจะหย่าร้างหรือเป็นหม้าย จนกระทั่งมีประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บังคับใช้ก็ยังคงมีการรับรองสถานะของชายและหญิงที่สมรสกัน แม้มีการเปลี่ยนแปลงหลักในการสมรส คือ รับรองสถานะของคู่สมรสที่ถูกต้องตามกฎหมายเพียงคู่เดียวเท่านั้น ส่วนการสมรสระหว่างเพศเดียวกันนั้นยังไม่ได้มีการรับรองสถานะให้เป็นคู่สมรสที่ถูกต้องตามกฎหมายไทย

ปัจจุบันมีคู่รักเพศเดียวกันจำนวนมากที่ใช้ชีวิตร่วมกันเป็นครอบครัว แต่สถานภาพของคู่รักดังกล่าวกลับไม่มีกฎหมายรับรองไว้ ทำให้บุคคลเหล่านี้ไม่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายทั้งในเรื่องสิทธิและหน้าที่ที่จะพึงมีพึงได้อย่างเช่นคู่สมรสระหว่างชายและหญิงทั่วไป จึงถูกมองว่าขัดกับหลักสิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐาน ซึ่งเป็นการเลือกปฏิบัติโดยเหตุผลเรื่องเพศ

หลายประเทศทั้งในทวีปยุโรปและอเมริกามีการออกกฎหมายรับรองสถานะของคู่สมรสเพศเดียวกันแล้ว ประเทศไทยเองก็มีแนวคิดในการผลักดันให้มีการออกกฎหมายรับรองการสมรสระหว่างเพศเดียวกัน ซึ่งถือเป็นอีกก้าวแห่งการพัฒนากฎหมายให้สอดคล้องกับสภาพการณ์ในปัจจุบัน ส่งเสริมความเท่าเทียมกันของบุคคล และลดการเลือกปฏิบัติในทางเพศ ทั้งยังช่วยลดปัญหาในการปรับใช้กฎหมายในเรื่องการสมรสและสิทธิในครอบครัวอีกทางหนึ่งด้วย

**คำสำคัญ:** คู่สมรส, คู่ชีวิต, การสมรสระหว่างเพศเดียวกัน

### Abstract

Marriage is the beginning of a family. For a long time, Thai Law has guaranteed the status of male and female spouse. During the Ayutthaya Era, there was the Spouse Law which guarantees fundamental rights and freedoms of male and female who got married and started living as a family. Under the Spouse Law, a man was entitled to have many wives, but woman did not have the same

right except for divorcee or widow. However, when the Civil and Commercial Code was enforced, polygamy is no longer accepted but, under this law, same-sex marriage is still not recognized.

At the present time, there are a number of same-sex couples, but their status and households of same-sex couples are not recognized under Thai law. In this regard, some people are of the opinion that it conflicts with the principle of basic human rights and might be considered as sexual discrimination.

Many countries in Europe and America have adopted a law that recognizes the status of same-sex marriage. In Thailand, the concept of same-sex marriage legislation has been proposed and supported which reflects a significant step of legislative development in accordance with the current situation. With a law providing recognition of same-sex couples, equality is promoted, gender discrimination is prevented, enforcement of marriage law is enhanced, and family rights are better respected.

**Keyword:** Spouse, Couple, Same-sex marriage

## 1. บทนำ

การสมรสเป็นจุดเริ่มต้นของสถาบันครอบครัวซึ่งเป็นหน่วยย่อยพื้นฐานของสังคม สถานะความเป็นครอบครัวจึงเริ่มต้นเมื่อชายและหญิงทำการสมรสกัน ในประเทศไทยย้อนหลังไปในสมัยสุโขทัยที่มีการรวบรวมชนชาติไทยตั้งตัวเป็นอิสระนั้น กฎหมายครอบครัวของประเทศไทยในสมัยนั้นได้รับอิทธิพลโดยตรงจากขนบธรรมเนียมประเพณีและวัฒนธรรมของประเทศอินเดีย และได้รับอิทธิพลโดยอ้อมจากชนชาติขอมและมอญ ในศิลาจารึกของพ่อขุนรามคำแหงมหาราชได้กล่าวถึงระบบครอบครัวโดยเน้นที่บิดา มารดา พี่และน้องมากกว่าการสมรส บิดาเป็นใหญ่ในครอบครัว สตรีไม่มีบทบาทในครอบครัวหรือสังคม ทรัพย์สินรดกตกทอดแก่บุตร และไม่มีการแบ่งสินสมรสระหว่างสามีภรรยา

ในสมัยอยุธยา ความสัมพันธ์ทางครอบครัวก็ยังคงเป็นไปเช่นเดียวกับในสมัยสุโขทัย ต่อมาเมื่ออาณาจักรขยายตัวกว้างขวางมากขึ้น ชุมชนก็ขยายตัวมากขึ้น ขนบธรรมเนียมประเพณีและวิถีประเพณีในการก่อความสัมพันธ์ทางครอบครัวจึงไม่อาจใช้เป็นกฎเกณฑ์ได้เช่นเดิม จึงมีความจำเป็นต้องตรากฎหมายครอบครัวออกมาใช้บังคับในสังคม ซึ่งในสมัยอยุธยาได้มีการประกาศใช้กฎหมายลักษณะผัวเมีย พระราชกฤษฎีกาว่าด้วยการผัดเมีย พ.ศ. 1905 พระราชบัญญัติเพิ่มเติมว่าด้วยการแบ่งปันสินบริคณห์ระหว่างผัวเมีย พ.ศ. 1905 กฎหมายลักษณะมรดกตีวิวาท กฎหมายลักษณะลักพา ซึ่งกฎหมายเหล่านี้ได้รับอิทธิพลมาจากคัมภีร์พระธรรมศาสตร์ของประเทศอินเดียผ่านทางชนชาติมอญนั่นเอง ดังจะเห็นได้จากกรณีกฎหมายยินยอมให้ชายมีภรรยาได้หลายคน ซึ่งเป็นประเพณีนิยมของชาวฮินดูที่ปฏิบัติสืบต่อกันมา<sup>1</sup>

ในสมัยรัตนโกสินทร์ตอนต้น ประเทศไทยยังคงใช้กฎหมายเก่าที่ใช้มาตั้งแต่สมัยอยุธยา ต่อมาพระบาทสมเด็จพระพุทธยอดฟ้าจุฬาโลกมหาราชได้โปรดให้มีการชำระกฎหมายในสมัยอยุธยาให้ถูกต้อง ยุติธรรมและจัดเป็นหมวดหมู่ ปิตตราพระราชสีห์ พระคชสีห์ และบัวแก้ว จึงเรียกว่า กฎหมายตราสามดวง ซึ่งมีกฎหมายลักษณะผัวเมียที่เกี่ยวกับการ

<sup>1</sup> ประสพสุข บุญเดช, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว, กรุงเทพมหานคร: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2550, หน้า 1.

สมรสและครอบครัว ต่อมาในสมัยพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัวมหามหาราช ประเทศไทยมีการยกร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และได้มีการประกาศใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ครอบครัว เมื่อวันที่ 1 ตุลาคม พ.ศ. 2478 ซึ่งกฎหมายดังกล่าวเป็นการยกเลิกกฎหมายลักษณะผัวเมียทั้งหมด ให้การรับรองสถานะของคู่สมรสที่ต้องตามกฎหมายเพียงคู่เดียวเท่านั้น แต่ไม่กระทบกระเทือนถึงการสมรส สิทธิและหน้าที่ต่างๆ ที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ในครอบครัวซึ่งมีอยู่ก่อนวันใช้ประมวลกฎหมายบรรพนี้

ดังที่กล่าวมาจะเห็นได้ว่า ประเทศไทยมีการพัฒนากฎหมายเกี่ยวกับการสมรสมาเป็นลำดับ แต่ยังคงรับรองสิทธิของคู่สมรสระหว่างชายและหญิงเท่านั้น ปัจจุบันมีคู่รักเพศเดียวกันจำนวนมากที่ใช้ชีวิตร่วมกันเป็นครอบครัว ซึ่งหลายประเทศทั้งในทวีปยุโรปและอเมริกาได้มีการออกกฎหมายรับรองสถานะของคู่สมรสเพศเดียวกันแล้ว ประเทศไทยเองก็มีแนวคิดในการผลักดันให้มีการออกกฎหมายรับรองการสมรสระหว่างเพศเดียวกัน เมื่อปี พ.ศ. 2556 คณะกรรมการการกฎหมาย การยุติธรรมและสิทธิมนุษยชน สภาผู้แทนราษฎร ได้เผยแพร่ร่างพระราชบัญญัติจดทะเบียนคู่ชีวิต เพื่อคุ้มครองสิทธิคู่รักเพศเดียวกัน หลังได้รับการร้องเรียนจากกลุ่มหลากหลายทางเพศว่าถูกนายทะเบียนปฏิเสธการจดทะเบียนสมรส ซึ่งร่างพระราชบัญญัตินี้ผ่านการพิจารณาและเตรียมเสนอวุฒิสภา แต่เหตุการณ์รัฐประหารเมื่อปี พ.ศ. 2557 ทำให้กระบวนการเสนอพระราชบัญญัติดังกล่าวยุติลง ต่อมาคณะกรรมการปฏิรูปกฎหมาย โดยคณะกรรมการพิจารณาปรับปรุงและพัฒนากฎหมายด้านความเสมอภาคระหว่างเพศได้ดำเนินการรวบรวมข้อมูลวิจัยทางวิชาการ กฎหมายที่เกี่ยวข้อง และรับฟังความคิดเห็นของภาคประชาชนและหน่วยงานของรัฐ เรื่องแนวทางการจัดทำร่างพระราชบัญญัติจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ. ... ซึ่งรับรองสถานะคู่สมรสเพศเดียวกันให้เป็นคู่สมรสที่สิทธิและหน้าที่ต่างๆตามกฎหมาย ซึ่งรอเสนอพระราชบัญญัติดังกล่าวต่อสภาที่มาจากการเลือกตั้งต่อไป

## 2. การพัฒนากฎหมายเกี่ยวกับการสมรสและแนวโน้มการรับรองสิทธิในการสมรสระหว่างเพศเดียวกันในประเทศไทย

กฎหมายเกี่ยวกับการสมรสของประเทศไทยที่ยอมรับการเริ่มต้นสถานะทางครอบครัวระหว่างชายและหญิงและรับรองสิทธิของคู่สมรสนั้นมีมาต่อเนื่องยาวนานและมีการพัฒนามาเป็นลำดับตามยุคสมัย ดังนี้

### 2.1 กฎหมายเกี่ยวกับการสมรสในสมัยสุโขทัย

อาณาจักรสุโขทัยเป็นอาณาจักรที่เกิดขึ้นราวพุทธศตวรรษที่ 15-18 ซึ่งเป็นอาณาจักรของกลุ่มคนไทยแต่ตกอยู่ภายใต้อิทธิพลของอาณาจักรขอม แต่ภายหลังที่อาณาจักรขอมเสื่อมอำนาจลงในพุทธศตวรรษที่ 18 อาณาจักรสุโขทัยก็ตั้งตนเองเป็นอิสระ แต่รากฐานทางการปกครองและกฎหมายก็ยังคงใช้กฎหมายของขอมหรือกฎหมายพระธรรมศาสตร์อยู่<sup>2</sup>

สมัยสุโขทัยนั้น ไทยเริ่มมีตัวอักษรใช้เป็นตัวอักษรครั้งแรกในยุคของพ่อขุนรามคำแหงมหาราช กฎหมายในสมัยสุโขทัยจึงได้มีการบันทึกไว้เป็นลายลักษณ์อักษรเป็นครั้งแรก ซึ่งกฎหมายในสมัยสุโขทัยที่สำคัญ ได้แก่ ศิลาจารึกของพ่อขุนรามคำแหงมหาราชและกฎหมายลักษณะโจร ซึ่งมีการบันทึกเป็นลายลักษณ์อักษรไว้ในเสาหินและแผ่นศิลานอกจากนี้ยังมีกฎหมายของพระเจ้ามังรายหรือมังรายศาสตร์ ซึ่งมีบันทึกหลักฐานเป็นภาษาไทยยวนจารลงในใบลาน<sup>3</sup>

<sup>2</sup> ชาคริต อนันทรวิวัฒน์, *ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย*, กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2556, หน้า 45.

<sup>3</sup> กำธร กำประเสริฐ, *คำบรรยายวิชาประวัติศาสตร์กฎหมาย*, กรุงเทพมหานคร: คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2521, หน้า 1.

ในศิลาจารึกของพ่อขุนรามคำแหงมหาราชจะกล่าวถึงประวัติของพ่อขุนรามคำแหงมหาราชและบทบัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับเรื่องการซื้อขาย ภาษี มรดก ที่ดิน การร้องทุกข์ และวิธีพิจารณาความเป็นหลัก ส่วนเรื่องการสมรสและครอบครัวไม่ได้กล่าวไว้มากนัก โดยรวมแล้วกล่าวถึงระบบครอบครัวโดยเน้นที่บิดา มารดา พี่และน้องมากกว่าการสมรส บิดาเป็นใหญ่ในครอบครัว สตรีไม่มีบทบาทในครอบครัวหรือสังคม ทรัพยามรดกตกทอดแก่บุตร และไม่มีการแบ่งสินสมรสระหว่างสามีภรรยา

กฎหมายเกี่ยวกับการสมรสในสมัยสุโขทัยมีปรากฏอยู่ในมังรายศาสตร์ ซึ่งมีที่มาจากการที่กษัตริย์ของอาณาจักรล้านนา คือ พระเจ้ามังรายได้นำกฎหมายในคัมภีร์พระธรรมศาสตร์ซึ่งได้รับอิทธิพลผ่านทางขอมและมอญมาใช้ในการตัดสินคดี และโปรดให้รวบรวมคำพิพากษาของพระองค์แล้วตราเป็นกฎหมาย เพื่อให้ผู้ปกครองบ้านเมืองในยุคต่อมาได้ใช้เป็นหลักในการวินิจฉัยคดี<sup>4</sup>

ในมังรายศาสตร์มีกฎหมายลักษณะหมั้น ซึ่งมีเนื้อความว่า

“หากเจ้าขุนหรือผู้ดีหมั้นไว้เดือนหนึ่งจะไปแต่งงาน (คู่) ก็ให้เป็นไปตามนั้น กรณีนายสิบนายกว่านก็ให้ทำตามคำพูดกำหนดไว้สองหรือสามเดือน หากพันกำหนดไม่ยอมบอกกล่าวให้ทราบและไม่ไปแต่งงาน แต่กันท่าฝ่ายหญิงไว้ เช่นนี้ให้พ่อแม่พี่น้องฝ่ายหญิง หากผู้ใหม่ให้แก่หญิงนั้น ผู้มาหมั้นคนเดิมจะว่ากล่าวอะไรมิได้

มาตราหนึ่ง ผู้ชายเอาของไปหมั้นลูกหลานท่าน พ่อแม่ก็ยินยอม เจ้าตัวไม่ยินยอม จึงหนีไปอยู่ยังที่ตัวชอบใจ ให้ใหม่ค่าหอข้าวหมาก (ขันหมาก) 11,000 เบี้ย

หนีไปหมั้นเจ้าตัวและพ่อแม่ยินยอม และส่งค่าตัวแล้ว ภายหลังสาวไม่ยินยอมและหนีไป ให้ใหม่ค่าหอหมาก 22,000 เบี้ย เงินค่าตัวสาวนั้นก็ให้ส่งคืน ส่วนผู้ชายซึ่งพาสาวนั้นหนีไป ให้ใหม่หมั้น 55,000 เบี้ยในกรณีที่ไม่ทราบว่ายู้งมีคู่หมั้นแล้ว) แต่ถ้าทราบก็ให้ใหม่ 110,000 เบี้ย

ผีเจ้าตัวและพ่อแม่ไม่ยินยอม อย่าให้ถือเป็นการหมั้น หากสาวหนีไปแต่งงานที่บ้านอื่น อย่าว่าอะไร เพียงแต่ให้คืนค่าของฝากเท่านั้น”<sup>5</sup>

บทบัญญัติข้างต้นนี้กล่าวถึงการผิดสัญญาหมั้น หากเจ้าขุน (เจ้าเมือง) ไปขอหมั้นหญิงไว้ ท่านเป็นผู้ใหญ่ให้เวลาหนึ่งเดือนพอแล้วที่จะจัดการแต่งงานให้เสร็จไป แต่ถ้าเป็นนายสิบ (พลรบ) นายกว่าน (ล่ามหรือทหารหรือพลรบฝ่ายติดต่อกับประชาสัมพันธ) ก็ถือตามข้อตกลงที่กำหนดไว้ว่าจะแต่งภายในเวลาเท่าใด หากผิดกำหนดโดยไม่ได้ขอเลื่อนโดยบอกเหตุจำเป็นประการใด หายหน้าไปเสียเฉยๆ ท่านถือว่ากันท่าฝ่ายหญิงไว้ เป็นอันหาคู่ให้หญิงใหม่ได้ คู่หมั้นฝ่ายชายที่ผิดสัญญาแล้วไม่มีสิทธิจะเรียกร้องอย่างไรต่อไป

ในการหมั้นนั้น หากผู้ชายเอาข้าวของไปหมั้นหญิงไว้ พ่อแม่ฝ่ายหญิงก็ยินยอม แต่หญิงไม่ได้ยินยอมด้วย จึงหนีไปอยู่กับชายที่หญิงชอบใจ ดังนี้ฝ่ายพ่อแม่ฝ่ายหญิงผิดสัญญา ต้องเสียใหม่ให้แก่ฝ่ายชาย แต่ในกรณีที่พ่อแม่ฝ่ายหญิงและตัวหญิงเองยินยอมในการหมั้น ฝ่ายชายได้ชำระเงินสินสอดค่าตัวหญิงแล้ว แต่หญิงกลับใจหนีไป เช่นนี้ต้องคืนเงินหรือสิ่งของที่เป็นสินสอดค่าตัวหญิงทั้งหมดแก่ฝ่ายชาย ส่วนชายคนใหม่ที่มาพาหญิงนั้นไป ต้องใช้ค่าเสียหายแก่ชายคู่หมั้น อีก

<sup>4</sup> กัณฐ กำประเสริฐ, คำบรรยายวิชาประวัติศาสตร์กฎหมาย, กรุงเทพมหานคร: คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2521, หน้า 39.

<sup>5</sup> หลวงสุทิวาหนฤพุด, คำบรรยายประวัติศาสตร์กฎหมายชั้นปริญญาโท, กรุงเทพมหานคร: บริษัทศรีสมบัติการพิมพ์จำกัด, 2529, หน้า 246-247.

กรณีนี้หากฝ่ายชายเอาสินสอดไปหมั้นหญิง แต่พ่อแม่ฝ่ายหญิงและตัวหญิงเองไม่ได้ยินยอม หญิงจึงหนีไปแต่งงานใหม่ ฝ่ายชายคงมีสิทธิเพียงแต่ได้สินสอดของฝากคืนเท่านั้น

ส่วนในเรื่องการหย่ากันนั้น มังรายศาสตร์มีบทบัญญัติกำหนดไว้ว่า ชายไปอยู่กับหญิง เมื่ออยู่กันไปปรากฏว่าอยู่ด้วยกันไม่ได้ อาจเป็นเพราะนิสัยไม่ตรงกัน ทั้งคู่ไม่มีความผิด เมื่อทั้งสองสมัครใจหย่ากัน ให้หย่ากันได้ แต่ต้องคืนค่าขันหมากให้แก่ฝ่ายชาย ส่วนเงินทองที่นำมาใช้จ่ายซื้อเครื่องนุ่งห่มให้แก่ภรรยาหรือนำมาใช้จ่ายกินอยู่ด้วยกันก็ดี หรือที่หญิงจ่ายเป็นค่าเครื่องนุ่งห่มให้แก่สามีก็ดี ไม่ให้เรียกคืน<sup>6</sup>

หลังจากหย่ากันแล้ว มังรายศาสตร์ยังมีบทบัญญัติเรื่องการแบ่งสินสมรสด้วย โดยกำหนดหลักทั่วไปไว้ว่า “ของที่ได้ด้วยกันหลังแต่งงาน ให้แบ่งเป็นสามส่วน ให้หญิงสองส่วน ชายส่วนหนึ่ง ฝีมือลูกชายหรือหญิงให้ไว้แก่ภรรยา” บทบัญญัติดังกล่าวกำหนดวิธีการกำหนดสินสมรสไว้อย่างชัดเจนว่า หากชายหญิงหย่ากันแล้ว ทรัพย์สินที่หามาได้ด้วยกันหลังแต่งงาน ถือเป็นสินสมรสให้แบ่งเป็นสามส่วนโดยให้หญิงได้สองส่วน และชายได้สามส่วน แต่หากชายและหญิงนั้นมีบุตรด้วยกัน ให้สินสมรสทั้งหมดตกเป็นของฝ่ายหญิงเพราะหญิงต้องเป็นฝ่ายเลี้ยงดูบุตรหลังจากหย่าร้างกันแล้ว แม้ฝ่ายชายจะยังไม่ได้ตายจากไปก็ดี ในกรณีที่ชายและหญิงไม่ได้หย่าร้างกัน แต่ชายตายก่อน สินสมรสตกเป็นของหญิง แต่หากฝ่ายหญิงตายก่อนต้องแบ่งสินสมรสเช่นเดียวกับกรณีหย่ากัน ส่วนเงินค่าขันหมากนั้นตกเป็นของฝ่ายชายซึ่งยังไม่ตาย พ่อแม่ผู้หญิงไม่ควรยึดไว้ ต้องคืนให้แก่ฝ่ายชายไป ในกรณีที่ตายทั้งสามีภรรยา ให้สินสมรสตกให้แก่บุตร หากไม่มีบุตรให้เป็นของพ่อแม่พี่น้องฝ่ายหญิง ถ้าไม่มีพ่อแม่พี่น้องฝ่ายหญิง ก็ให้ตกแก่พ่อแม่พี่น้องฝ่ายชายแทน<sup>7</sup>

จากที่กล่าวมาจะเห็นได้ว่า กฎหมายเกี่ยวกับการสมรสในมังรายศาสตร์นั้น การเริ่มต้นความสัมพันธ์ระหว่างชายหญิงโดยการสมรสก็สำเร็จลงโดยง่าย โดยเน้นความยินยอมของพ่อแม่ฝ่ายหญิงและตัวหญิงเป็นสำคัญ หากมีการผิดสัญญาหมั้นก็กำหนดโทษโดยการปรับไหมหรือให้คืนของหมั้นสินสอด และเมื่อชายหญิงที่อยู่กินกันไม่ประสงค์จะอยู่กินกันฉันสามีภรรยาอีกต่อไปก็ให้หย่ากันได้โดยไม่มีข้อกำหนดเรื่องเหตุหย่าโดยเฉพาะเจาะจงเหมือนในกฎหมายปัจจุบัน และยังกำหนดหลักในการแบ่งสินสมรสหลังจากหย่าร้างกันไว้อย่างชัดเจน นับว่าเป็นกฎหมายที่มีความครอบคลุมในการยุติข้อพิพาทเกี่ยวกับการสมรสและความสัมพันธ์ในครอบครัวได้เป็นอย่างดีและเหมาะสมกับสภาพการณ์ในสมัยนั้น

## 2.2 กฎหมายเกี่ยวกับการสมรสในสมัยอยุธยา

ในสมัยอยุธยาเริ่มต้นขึ้นเมื่อสมเด็จพระรามาธิบดีที่ 1 (พระเจ้าอู่ทอง) สร้างกรุงศรีอยุธยาและประกาศอิสรภาพในปี พ.ศ. 1893 กฎหมายที่ใช้ในสมัยอยุธยายังคงได้รับอิทธิพลจากคัมภีร์พระธรรมศาสตร์อยู่เช่นเดิม โดยใช้คัมภีร์พระธรรมศาสตร์เป็นแม่บทในการออกกฎหมาย และยังมีกรออกกฎหมายเพิ่มเติมโดยพระมหากษัตริย์ ซึ่งเรียกว่า พระราชศาสตร์<sup>8</sup>

ในช่วงแรกของสมัยอยุธยานั้น ความสัมพันธ์ทางครอบครัวก็ยังคงเป็นไปเช่นเดียวกับในสมัยสุโขทัย ต่อมาเมื่ออาณาจักรขยายตัวกว้างขวางมากขึ้น ชุมชนก็ขยายตัวมากขึ้น ขนบธรรมเนียมประเพณีและวิถีประชาในการก่อความสัมพันธ์ทางครอบครัวจึงไม่อาจใช้เป็นกฎเกณฑ์ได้เช่นเดิม จึงมีความจำเป็นต้องตรากฎหมายครอบครัวออกมาใช้บังคับในสังคม ซึ่งในสมัยอยุธยาก็ได้มีการประกาศใช้กฎหมายลักษณะผัวเมีย พระราชกฤษฎีกาว่าด้วยการผิดเมีย พ.ศ. 1905 พระราชบัญญัติเพิ่มเติมว่าด้วยการแบ่งปันสินบริคคหระหว่างผัวเมีย พ.ศ. 1905 กฎหมายลักษณะมรดกตีวิวาท

<sup>6</sup> กัธธ กำประเสริฐ, คำบรรยายวิชาประวัติศาสตร์กฎหมาย, กรุงเทพมหานคร: คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2521, หน้า 46.

<sup>7</sup> หลวงสุทิวาหนฤพุดิ, คำบรรยายประวัติศาสตร์กฎหมายชั้นปริญญาโท, กรุงเทพมหานคร: บริษัทศรีสมมติการพิมพ์จำกัด, 2529, หน้า 254-263.

<sup>8</sup> กัธธ กำประเสริฐ, คำบรรยายวิชาประวัติศาสตร์กฎหมาย, กรุงเทพมหานคร: คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2521, หน้า 50.



กฎหมายลักษณะลักพา<sup>9</sup> ซึ่งกฎหมายเหล่านี้ได้รับอิทธิพลมาจากคัมภีร์พระธรรมศาสตร์ของประเทศอินเดียผ่านทางชนชาติมอญนั่นเอง ดังจะเห็นได้จากการที่กฎหมายยินยอมให้ชายมีภริยาได้หลายคน ซึ่งเป็นประเพณีนิยมของชาวอินดูที่ปฏิบัติสืบต่อกันมา

วิธีการสมรสหรือจุดเริ่มต้นความสัมพันธ์ของการเป็นสามีภริยาในสมัยอยุธยา นั้น กฎหมายลักษณะผัวเมียมีบทบัญญัติวางหลักไว้ว่า

*“ชายหญิงพรหมจารีรักใคร่กัน พ่อแม่ไม่รู้ แลชายอื่นมาสู่ขอหญิงนั้น พ่อแม่ยกให้แก่ชายผู้สู่ขอ ได้แต่งการมีขันหมาก ครั้นถึงกำหนดให้หญิงนั้นลงเรือนแลหญิงนั้นมิลง แลชายผู้ซึ่งพ่อแม่หญิงมิได้ยกให้ นั้นพาเอาหญิงไป แลมันเก็บเอาทรัพย์สิ่งของไปด้วยชายผู้นั้น ท่านให้เอาขันหมากนั้นตั้งใหม่พ่อแม่หญิงทวิคุณ แล้วใช้ข้าหอแลสิ่งของท่านจงเต็ม เพราะพ่อแม่หญิงมิได้ถามลูกสาวตน ส่วนชายผู้พาไปนั้นให้ใหม่ให้พ่อแม่หญิงนั้น เป็นเบี้ยสะมายมแปลงให้หญิงเป็นสิทธิแก่ชายผู้พาไป เพราะว่าหญิงชายนั้นรักใคร่กันอยู่ก่อนแล้ว”<sup>10</sup>*

จากบทบัญญัตินี้สะท้อนให้เห็นว่า กฎหมายรับรองสิทธิของชายและหญิงที่มีความรักต่อกันไว้ระดับหนึ่ง จึงกล่าวได้ว่า ความยินยอมและสมัครใจของชายและหญิงเป็นเงื่อนไขในการสมรสอย่างหนึ่ง

กฎหมายลักษณะผัวเมียมีหลักสำคัญอย่างหนึ่งว่า

*“กฎหมายยอมให้ชายมีภรรยาหลายคนได้ แต่หาได้ยอมให้หญิงมีสามีมากกว่าหนึ่งขึ้นไปไม่ กฎหมายถืออยู่เสมอว่า ชายซึ่งเอาหญิงซึ่งมีสามีอยู่มาเป็นภรรยาตนนั้นเป็นแต่ชู้กัน ไม่ยอมให้เป็นผัวเมียกันได้ ตามกฎหมาย เมื่อชายมีเมียได้หลายคนดังนี้ กฎหมายจึงมีข้อบังคับเรียกชื่อต่าง ๆ กันลำดับคล้ายกับยศเป็นชั้นๆ”<sup>11</sup>*

บทบัญญัติดังกล่าวแสดงให้เห็นว่า ชายในสมัยอยุธยานั้นสามารถมีภริยาได้หลายคนและได้รับการรับรองสถานะคู่สมรสถูกต้องตามกฎหมาย เพียงแต่มีการแบ่งลำดับชั้นสถานะของภริยาแตกต่างกันไปตามวิธีการสมรสของภริยาแต่ละคน

กฎหมายลักษณะผัวเมียใน บท ก. มีการแบ่งประเภทของภริยาหรือเมียเป็น 3 ประเภท ได้แก่ เมียกลางเมือง คือ หญิงที่บิดามารดากุมมือให้เป็นเมียชาย, เมียกลางนอก คือ หญิงที่ชายขอมมาเลี้ยงเป็นอนุรองจากเมียหลวง และเมียกลางทาศี คือ หญิงที่ชายช่วยไถ่มาแล้วเลี้ยงเป็นเมีย นอกจากนี้ในกฎหมายลักษณะมรฎก (มรดก) บทที่ 5 ยังบรรยายถึงประเภทของเมียอีก 2 ชนิด คือ เมียพระราชทานและเมียอันทูลขอพระราชทาน<sup>12</sup>

ในหมวด 3 ของกฎหมายลักษณะผัวเมียได้บัญญัติข้อห้ามของการสมรสหรือข้อห้ามของการเป็นผัวเมียไว้หลายเรื่อง ดังนี้

<sup>9</sup> ประสพสุข บุญเดช, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว, กรุงเทพมหานคร: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2550, หน้า 1.

<sup>10</sup> ดารารัตน์ เมตตาริกานนท์, “สิทธิพลเมืองในการแต่งงานข้ามวัฒนธรรมช่วงก่อน พ.ศ. 2475”, วารสารสังคมลุ่มน้ำโขง, ปีที่ 7 (ฉบับที่ 3) กันยายน – ธันวาคม 2554): หน้า 55.

<sup>11</sup> หลวงพิศลยสารนิติ, ลักษณะผัวเมียกับลักษณะมรฎกโดยย่อ, กรุงเทพมหานคร: โรงเรียนกฎหมาย, 2456, หน้า 1.

<sup>12</sup> หลวงพิศลยสารนิติ, ลักษณะผัวเมียกับลักษณะมรฎกโดยย่อ, กรุงเทพมหานคร: โรงเรียนกฎหมาย, 2456, หน้า 2.

ประการแรก คือ เรื่องอายุของหญิงที่จะทำการสมรส หญิงนั้นต้องมีอายุไม่ต่ำกว่า 12 ปี ซึ่งบทบัญญัติกำหนดว่า

“หากหญิงอายุต่ำกว่านั้นลงมา ชายจะเอาเป็นเมียไม่ได้ เพราะกฎหมายลักษณะอาญามีบทบัญญัติห้ามมิให้ชายร่วมประเวณีกับหญิงที่มีอายุต่ำกว่า 12 ปี ไม่ว่าหญิงนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็มีโทษตามกฎหมาย แม้บิดามารดาจะตกแต่งยกให้ชายอย่างไรก็ไม่มีผลสำเร็จ”<sup>13</sup>

หากถ้าหญิงมีอายุเกิน 12 ปี แต่ไม่เกิน 14 ปี ไม่มีกฎหมายห้ามมิให้ชายเอาเป็นเมีย แต่ถ้าเป็นการที่ชายได้เกลี้ยกล่อมลักพาไปเพื่อร่วมประเวณี เช่นนี้เป็นผิดเมียไม่ได้ เพราะกฎหมายลักษณะอาญาเอาโทษแก่ชายที่ทำการเช่นนั้น แม้ว่าบิดามารดายอมยกหญิงนั้นให้แก่ชายโดยที่ตัวหญิงเองก็ยินยอม ส่วนชายที่จะทำการสมรส กฎหมายไม่ได้กำหนดอายุขั้นต่ำไว้ดังเช่นฝ่ายหญิง

ประการที่สอง คือ ห้ามมิให้พ่อแม่ พี่น้อง ปู่ย่า ตายาย ลุงป้า น้าอา หลาน ทำชู้กัน หากฝ่าฝืนให้ลงโทษตามโทษานุโทษ<sup>14</sup> ซึ่งสอดคล้องกับกฎหมายที่บังคับใช้ในปัจจุบันซึ่งบัญญัติห้ามมิให้ชายหญิงที่เป็นญาติสืบสายโลหิตโดยตรงขึ้นไปหรือลงมากที่สุด เป็นพี่น้องร่วมบิดามารดาหรือร่วมแต่บิดาหรือมารดาก็ดี ทำการสมรสกัน หากฝ่าฝืนบทบัญญัติดังกล่าว การสมรสก็เป็นโมฆะ

ประการที่สาม คือ ห้ามพระภิกษุสามเณรกับหญิงเป็นผัวเมียกัน หากฝ่าฝืนเป็นปาราชิกและมีโทษตามกฎหมาย แม้หญิงจะได้เคยเป็นเมียชายนั้นก่อนบวชแล้วมาร่วมประเวณีกันก็คงมีโทษเช่นกัน ซึ่งกฎหมายลักษณะผัวเมียมีบทบัญญัติชัดเจนว่า เมื่อผัวบวชเป็นภิกษุสามเณรแล้ว ขาดจากผัวเมียกันทันที<sup>15</sup>

ประการที่สี่ คือ ชายจะเอาเมียคนอื่นในเวลาที่ยังมีภรรยาอยู่เรียกว่าเป็นเมียเขาอยู่นั้นมาเป็นเมียของตนไม่ได้ เป็นไปตามบทบัญญัติในกฎหมายลักษณะผัวเมียว่า

“ผู้ใดทำชู้ด้วยเมียท่าน แลชายชู้นั้นจะเอาเมียท่านมาเป็นเมียตน ท่านว่าอย่าฟังให้”<sup>16</sup>

แต่ถ้าชายผู้ใดได้เมียผู้อื่นที่ยังไม่มีบุตรและเลี้ยงดูหญิงนั้นอย่างภริยาของตนจนมีบุตรด้วยกันสามคนขึ้นไป หญิงนั้นเป็นสิทธิแก่ผัวใหม่ บทบัญญัติดังกล่าวสอดคล้องกับเงื่อนไขการสมรสในกฎหมายปัจจุบัน คือ ชายหรือหญิงจะทำการสมรสในขณะที่ตนมีคู่สมรสอยู่ไม่ได้ หากฝ่าฝืนบทบัญญัติดังกล่าว การสมรสก็เป็นโมฆะ

เรื่องทรัพย์สินระหว่างสามีภริยานั้น กฎหมายลักษณะผัวเมียได้แบ่งประเภททรัพย์สินของสามีภริยาเป็นสินส่วนตัว สินเดิมและสินสมรส สินส่วนตัว คือ ทรัพย์สินที่ชายและหญิงมีอยู่ก่อนสมรส, สินเดิม คือ ทรัพย์สินที่มีอยู่เดิมแล้วนำมาเป็นทุนในการอยู่กินกันฉันสามีภริยา ส่วนสินสมรส คือ ทรัพย์สินที่ทำมาหาได้ระหว่างเป็นสามีภริยา ส่วนของหมั้นหรือสินสอดนั้นตกเป็นของฝ่ายหญิงนับแต่เวลาที่สมรสกัน แม้ภายหลังจะหย่าร้างกัน หญิงก็ไม่ต้องคืนของหมั้นหรือสินสอดให้ชาย แม้จะมีบุตรด้วยกันหรือไม่ก็ตาม<sup>17</sup>

ส่วนเรื่องการหย่านั้น กฎหมายลักษณะผัวเมียมีบทบัญญัติวางหลักว่า

<sup>13</sup> หลวงพิศลยสารนิติ, ลักษณะผัวเมียกับลักษณะมรฎกโดยย่อ, กรุงเทพมหานคร: โรงเรียนกฎหมาย, 2456, หน้า 13-14.

<sup>14</sup> หลวงพิศลยสารนิติ, ลักษณะผัวเมียกับลักษณะมรฎกโดยย่อ, กรุงเทพมหานคร: โรงเรียนกฎหมาย, 2456, หน้า 14-15.

<sup>15</sup> หลวงพิศลยสารนิติ, ลักษณะผัวเมียกับลักษณะมรฎกโดยย่อ, กรุงเทพมหานคร: โรงเรียนกฎหมาย, 2456, หน้า 15.

<sup>16</sup> หลวงพิศลยสารนิติ, ลักษณะผัวเมียกับลักษณะมรฎกโดยย่อ, กรุงเทพมหานคร: โรงเรียนกฎหมาย, 2456, หน้า 15-16.

<sup>17</sup> หลวงพิศลยสารนิติ, ลักษณะผัวเมียกับลักษณะมรฎกโดยย่อ, กรุงเทพมหานคร: โรงเรียนกฎหมาย, 2456, หน้า 17-21.

“ผิวเมียอยู่ด้วยกัน ต่างคนต่างผิดใจกัน จะหย่ากันใช้ ให้เรียกสินเดิมทั้งสองข้าง สินสมรสให้แบ่งเป็นสามส่วน ให้ชายสองส่วน ให้หญิงส่วนหนึ่ง แต่หากหญิงมีสินเดิม แต่ชายไม่มีสินเดิม เมื่อหย่ากันให้แบ่งสินสมรสเป็นสามส่วน ให้หญิงสองส่วน ให้ชายหนึ่งส่วน”<sup>18</sup>

ซึ่งแตกต่างจากบทบัญญัติเรื่องการหย่าและแบ่งสินสมรสในมั่งรายศาสตร์ในสมัยสุโขทัย

จากที่กล่าวมาจะเห็นได้ว่า กฎหมายลักษณะผิวเมียในสมัยอยุธยามีรายละเอียดมากขึ้นกว่ากฎหมายเกี่ยวกับการสมรสในมั่งรายศาสตร์ในสมัยสุโขทัย มีการกำหนดเงื่อนไขในการสมรสชัดเจนมากขึ้น มีการแบ่งประเภทของภริยา และการจัดการทรัพย์สินระหว่างสามีภริยาเป็นระบบมากกว่าเดิม ซึ่งสะท้อนให้เห็นการพัฒนาของกฎหมายเกี่ยวกับการสมรสให้เหมาะสมกับยุคสมัยที่เปลี่ยนแปลงไปนั่นเอง

### 2.3 กฎหมายเกี่ยวกับการสมรสในสมัยรัตนโกสินทร์

ในสมัยรัตนโกสินทร์ตอนต้นเป็นช่วงรอยต่อจากสมัยอยุธยา กฎหมายเกี่ยวกับการสมรสของประเทศไทยจึงยังคงใช้กฎหมายลักษณะผิวเมียในสมัยอยุธยาสืบต่อมาจนกระทั่งในปี พ.ศ. 2347 ได้เกิดคดีฟ้องหย่าระหว่างอำแดงป้อมกับนายบุญศรี โดยอำแดงป้อมเป็นคู่กับนายราชาอรอดแล้วมาฟ้องหย่านายบุญศรีผู้เป็นสามี นายบุญศรีไม่ยอมหย่า แต่พระเกษมตีความในกฎหมายร่วมกับลูกขุนแล้วพิพากษาให้อำแดงป้อมหย่าขาดจากนายบุญศรีได้ นายบุญศรีจึงร้องทุกข์กล่าวโทษพระเกษมและนายราชาอรอดต่อเจ้าพระยาศรีธรรมราช เจ้าพระยาศรีธรรมราชได้นำความกราบบังคับทูลพระบาทสมเด็จพระพุทธยอดฟ้าจุฬาโลกมหาราช เมื่อมีการตรวจสอบกฎหมายฉบับศาลหลวงกับฉบับหอหลวงข้างที่ได้ความว่า

“ชายหาผิดมิได้ หญิงขอหย่า ท่านว่าเป็นหญิงหย่าชาย หย่าได้”

พระองค์ทรงเห็นว่าเกิดความบกพร่องคลาดเคลื่อนในตัวบทกฎหมาย จึงทรงพระกรุณาโปรดเกล้าแต่งตั้งคณะกรรมการเพื่อตรวจชำระตัวบทกฎหมายต่างๆที่มีอยู่ในหอหลวงให้ถูกต้องตามความยุติธรรมและจัดเป็นหมวดหมู่ ปิดตราพระราชสีห์ พระคชสีห์ และบัวแก้ว เรียกว่ากฎหมายตราสามดวง โดยกำหนดบทบัญญัติเกี่ยวกับการสมรสและครอบครัวไว้ในกฎหมายลักษณะผิวเมีย ซึ่งมีหลักกฎหมายเหมือนกับกฎหมายลักษณะผิวเมียในสมัยอยุธยา<sup>19</sup>

หลังจากนั้นประเทศไทยเริ่มได้รับอิทธิพลจากประเทศตะวันตกมากขึ้น ต่อมาในปี พ.ศ. 2451 พระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัวทรงพระกรุณาโปรดเกล้าให้แต่งตั้งคณะกรรมการเพื่อตรวจชำระและยกร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งในการยกร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ครอบครัว มีการเทียบเคียงกฎหมายลักษณะผิวเมียบอกกฎหมายต่างประเทศ ได้แก่ เยอรมัน ฝรั่งเศส อังกฤษ สวิสเซอร์แลนด์ และญี่ปุ่น แต่เกิดปัญหาว่าบรรพ 5 ของประเทศไทยนั้นจะถือตามหลักสากล คือ ให้ชายมีภริยาได้คนเดียว หรือจะถือตามประเพณีไทยของเราแต่ดั้งเดิม คือ อนุญาตให้ชายมีภริยาได้หลายคน คณะกรรมการยกร่างกฎหมายจึงนำปัญหานี้เข้าปรึกษาในรัฐสภา และรัฐสภามีมติตามเสียงข้างมากให้บรรพ 5 ถือตามหลักสากล คือ อนุญาตให้ชายมีภริยาได้คนเดียว<sup>20</sup>

<sup>18</sup> หลวงพิศลยสารนิติ, ลักษณะผิวเมียบอกลักษณะมรดกโดยย่อ, กรุงเทพมหานคร: โรงเรียนกฎหมาย, 2456, หน้า 21-24.

<sup>19</sup> ประสพสุข บุญเดช, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว, กรุงเทพมหานคร: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2550, หน้า 2.

<sup>20</sup> ประสพสุข บุญเดช, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว, กรุงเทพมหานคร: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2550, หน้า 4.

เมื่อมีการประกาศใช้บังคับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ครอบครัว ในปี พ.ศ. 2478 มีผลเป็นการยกเลิกกฎหมายลักษณะผัวเมียทั้งหมด แต่พระราชบัญญัติให้ใช้บทบัญญัติบรรพ 5 มีมาตรา 4 กำหนดไว้ว่า

“บทบัญญัติแห่งบรรพนี้ไม่กระทบกระเทือนถึง (1) การสมรสซึ่งได้มีอยู่ก่อนวันใช้ประมวลกฎหมายบรรพนี้และทั้งความสัมพันธ์ในครอบครัวอันเกิดแต่การสมรสนั้นๆ และ (2) การใช้อำนาจปกครอง ความปกครอง การอนุบาล การรับบุตรบุญธรรม ซึ่งมีอยู่ก่อนวันใช้ประมวลกฎหมายนี้ และสิทธิหรือหนี้อันเกิดแก่การนั้นๆ”<sup>21</sup>

ซึ่งทำให้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ไม่กระทบกระเทือนถึงการสมรสตามกฎหมายลักษณะผัวเมีย

ภายหลังการเรียกร้องประชาธิปไตยในเหตุการณ์วันที่ 14 ตุลาคม พ.ศ. 2516 เป็นผลให้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2517 ต้องมีบทบัญญัติมาตรา 28 กำหนดให้ชายและหญิงมีสิทธิเท่าเทียมกัน และมีบทเฉพาะกาลที่จะต้องมีการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติแห่งกฎหมายหรือบัญญัติกฎหมายขึ้นใหม่เพื่อรับรองสิทธิของชายและหญิงอย่างเท่าเทียมกันภายในเวลาไม่เกินสองปีนับแต่วันใช้รัฐธรรมนูญ ซึ่งทำให้ต้องมีการแก้ไขประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ครอบครัว และประกาศใช้ในปี พ.ศ. 2519<sup>22</sup> ซึ่งกฎหมายที่แก้ไขแล้วดังกล่าวมีหลักการสำคัญ คือ ยกเลิกบทบัญญัติต่างๆที่จำกัดอำนาจในการทำนิติกรรมของหญิงมีสามี โดยกำหนดให้ทั้งสามีและภริยาใช้อำนาจจัดการทรัพย์สินระหว่างสามีภริยาอย่างเท่าเทียมกัน บทบัญญัติเดิมที่กำหนดให้สามีเป็นหัวหน้าในครอบครัว เป็นผู้เลือกที่อยู่ได้ถูกต้องออกไป จึงเท่ากับว่าปัจจุบันไม่มีใครเป็นหัวหน้าในครอบครัว สามีภริยาต้องปรึกษารือกันในการเลือกที่อยู่ ส่วนทรัพย์สินระหว่างสามีภริยาซึ่งเดิมมีอยู่ 3 ประเภท คือ สินส่วนตัว สินเดิม และสินสมรส ก็มีการแก้ไขเหลือเพียง 2 ประเภท คือ สินส่วนตัวและสินสมรสเท่านั้น<sup>23</sup>

จากที่กล่าวมาจะเห็นได้ว่า ในสมัยรัตนโกสินทร์ตอนต้นจนถึงช่วงที่มีการเปลี่ยนแปลงการปกครองมาเป็นประชาธิปไตย กฎหมายของประเทศไทยมีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงให้สอดคล้องกับสภาพสังคมและการปกครอง ซึ่งส่งผลให้มีการพัฒนากฎหมายเกี่ยวกับการสมรสของประเทศไทยด้วยเช่นกัน การเปลี่ยนแปลงที่สำคัญ คือ การอนุญาตให้ชายมีภริยาได้เพียงคนเดียวตามหลักสากล และการแก้ไขบทบัญญัติต่างๆให้ชายและหญิงที่เป็นคู่สมรสกันมีสิทธิเท่าเทียมกัน ไม่เว้นแม้แต่เรื่องสิทธิ หน้าที่ และความสัมพันธ์ในครอบครัว ซึ่งถือเป็นก้าวสำคัญในการพัฒนากฎหมายเกี่ยวกับการสมรสในประเทศไทย

## 2.4 กฎหมายเกี่ยวกับการสมรสที่ใช้บังคับในปัจจุบัน

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ครอบครัว ที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบันนี้ ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมครั้งใหญ่ในปี พ.ศ. 2533 และมีแก้ไขเพิ่มเติมเล็กน้อยให้เรื่อยมา ซึ่งมีหลักการสำคัญ ดังนี้

(1) กฎหมายอนุญาตให้มีคู่สมรสได้เพียงคนเดียว โดยมีหลักเกณฑ์ว่า ชายหรือหญิงจะทำการสมรสในขณะที่ตนมีคู่สมรสอยู่ไม่ได้ ตามมาตรา 1452

<sup>21</sup> ม.ร.ว.ชนม์สวัสดิ์ ชมพูนุท, คำอธิบายกฎหมายครอบครัวและมรดก, กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์พิทยาการ, 2514, หน้า 4.

<sup>22</sup> วิระดา สมสวัสดิ์, กฎหมายของครอบครัว คำอธิบายบรรพ 5 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ที่ได้ตรวจชำระใหม่ พ.ศ. 2519, เชียงใหม่: คณะสังคมศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่, 2523, หน้า 12.

<sup>23</sup> ประสพสุข บุญเดช, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว, กรุงเทพมหานคร: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2550, หน้า 7.

(2) กฎหมายรับรองสิทธิตามกฎหมายให้แก่คู่สมรสที่จดทะเบียนสมรสถูกต้องตามกฎหมายเท่านั้น ตามมาตรา 1457 และการสมรสจะสิ้นสุดลงด้วยการหย่า ซึ่งต้องทำโดยความยินยอมของทั้งสองฝ่ายหรือโดยคำพิพากษาของศาล และการหย่ามีผลสมบูรณ์เมื่อจดทะเบียนหย่ากันตามกฎหมาย ตามมาตรา 1514 และมาตรา 1515

(3) เงื่อนไขการสมรส ได้แก่

- ชายและหญิงต้องมีอายุ 17 ปีบริบูรณ์แล้วจึงจะทำการสมรสได้ เว้นแต่มีเหตุอันสมควร ศาลอาจอนุญาตให้สมรสก่อนนั้นได้ (มาตรา 1448)

- ชายและหญิงต้องยินยอมเป็นสามีภริยากัน (มาตรา 1458)

- ชายและหญิงซึ่งเป็นญาติสืบสายโลหิตโดยตรงขึ้นไปหรือลงมาก็ดี เป็นพี่น้องร่วมบิดามารดาหรือร่วมแต่บิดาหรือมารดาที่ดี จะทำการสมรสกันไม่ได้ (มาตรา 1450)

- หากชายหรือหญิงเป็นบุคคลวิกลจริตหรือเป็นบุคคลซึ่งศาลสั่งให้เป็นคนไร้ความสามารถ จะทำการสมรสกันไม่ได้ (มาตรา 1449)

- ผู้รับบุตรบุญธรรมกับบุตรบุญธรรมจะสมรสกันไม่ได้ (มาตรา 1451)

(4) ความสัมพันธ์ระหว่างสามีภริยานั้น ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 มาตรา 1461 วางหลักไว้ว่า สามีภริยาต้องอยู่กินด้วยกันฉันสามีภริยา และสามีภริยาต้องช่วยเหลืออุปการะเลี้ยงดูกันตามความสามารถและฐานะของตน ซึ่งสะท้อนให้เห็นว่า ความสัมพันธ์ในครอบครัวเป็นไปตามหลักความเสมอภาคระหว่างชายและหญิง

(5) ทรัพย์สินระหว่างสามีภริยา แบ่งเป็น 2 ประเภท คือ สินส่วนตัวและสินสมรส เมื่อมีการหย่ากันแล้วให้แบ่งสินสมรสให้ชายและหญิงได้ส่วนเท่ากัน ตามมาตรา 1533

จากที่กล่าวมาจะเห็นได้ว่า ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ครอบครัว ที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบันนี้ มีการพัฒนาจากเดิมมาก มีความเป็นระบบระเบียบชัดเจนยิ่งขึ้น เหมาะสมกับสภาพสังคมในปัจจุบัน ทั้งยังสอดคล้องกับหลักสากลเรื่องความเสมอภาคอีกด้วย แต่อย่างไรก็ตาม ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ครอบครัว ของประเทศไทยก็ยังคงรับรองสถานะคู่สมรสเฉพาะชายและหญิงที่ทำการสมรสกันเช่นเดิม ส่วนการสมรสระหว่างเพศเดียวกันนั้นยังไม่ได้รับการรับรองสถานะให้เป็นคู่สมรสที่ถูกต้องตามกฎหมายไทย

## 2.5 การรับรองสิทธิในการสมรสระหว่างเพศเดียวกันในประเทศไทย

ประเทศไทยมีการพัฒนากฎหมายเกี่ยวกับการสมรสมาเป็นลำดับตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบัน แต่ยังคงรับรองสิทธิของคู่สมรสระหว่างชายและหญิงเท่านั้น ดังจะเห็นได้จากบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ครอบครัว ที่กำหนดเงื่อนไขในการสมรสจะใช้ถ้อยคำว่า “ชายหญิง” เท่านั้น เช่น มาตรา 1458 บัญญัติว่า “การสมรสจะทำได้ต่อเมื่อชายหญิงยินยอมเป็นสามีภริยากัน...” ซึ่งตีความได้ว่า ชายและหญิงเท่านั้นที่จะทำการสมรสกันได้ ส่วนชายหรือหญิงด้วยกันจะทำการสมรสกันไม่ได้ หากจะมีการจดทะเบียนสมรสของบุคคลเพศเดียวกันก็ไม่ถือว่ามี การสมรส และเพศของบุคคลธรรมดา นั้น กฎหมายรับรองและถือเอาเพศตามที่กำเนิดมาเท่านั้น<sup>24</sup> ซึ่งเคยมีคำพิพากษาฎีกาที่ 157/2524 วินิจฉัยว่า คำว่า “หญิง” ตามพจนานุกรม คือ คนที่คลอดลูกได้ แม้ชายได้รับการผ่าตัดเปลี่ยนแปลงอวัยวะเพศ แต่ก็ไม่สามารถมีลูกได้ โดยธรรมชาติและตามกฎหมายรับรองจึงยังคงเป็นเพศชายอยู่ ผู้ร้องไม่มีสิทธิร้องขอให้เปลี่ยนแปลงเพศ

<sup>24</sup> ชาติชาย อัครวิบูลย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว, กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2552, หน้า 132-133.

และคำนำหน้าชื่อ และจะทำการสมรสกับชายด้วยกันไม่ได้ ดังนั้นการสมรสระหว่างบุคคลเพศเดียวกันจึงไม่ได้รับการรับรองตามกฎหมายไทย ซึ่งคำพิพากษาดังกล่าวส่งผลให้สำนักงานทะเบียนกลาง กรมการปกครอง ออกหนังสือเวียนไม่ให้สำนักงานทะเบียนทั่วประเทศรับจดทะเบียนแก้ไขเอกสารต่างๆให้แก่ผู้มาตัดแปลงเพศ เว้นแต่กรณีเกิดมามีสองเพศ และแพทย์ผ่าตัดให้เหลือเพศเดียว สำนักงานทะเบียนจึงจะสามารถแก้ไขเพศให้ได้<sup>25</sup>

ปัจจุบันมีคู่รักเพศเดียวกันจำนวนมากที่ใช้ชีวิตร่วมกันเป็นครอบครัว แต่สถานภาพของคู่รักดังกล่าวกลับไม่มีกฎหมายรับรองไว้ ทำให้บุคคลเหล่านี้ไม่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายทั้งในเรื่องสิทธิและหน้าที่ที่จะพึงมีพึงได้อย่างเช่นคู่สมรสระหว่างชายและหญิงทั่วไป ซึ่งถูกมองว่าขัดกับหลักการสิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐานอันเป็นหลักสากล โดยถือว่าเป็นการละเมิดสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐาน เป็นการเลือกปฏิบัติโดยเหตุผลเรื่องเพศ ทำให้เกิดความไม่เท่าเทียมกันในสังคม อีกทั้งยังขัดกับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

*“มาตรา 27 บุคคลย่อมเสมอกันในกฎหมาย มีสิทธิและเสรีภาพและได้รับความคุ้มครอง ตามกฎหมายเท่าเทียมกัน ชายและหญิงมีสิทธิเท่าเทียมกัน การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคล ไม่ว่าด้วยเหตุความแตกต่างในเรื่องถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา เพศ อายุ ความพิการ สภาพทางกายหรือสุขภาพ สถานะของบุคคล ฐานะทางเศรษฐกิจหรือสังคม ความเชื่อทางศาสนา การศึกษาอบรม หรือความคิดเห็นทางการเมืองอันไม่ขัดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ หรือเหตุอื่นใด จะกระทำมิได้...”*

จึงเริ่มมีการเรียกร้องให้ออกกฎหมายรับรองสถานะของคู่สมรสเพศเดียวกันในประเทศไทย

หลายประเทศทั้งในทวีปยุโรปและอเมริกามีการออกกฎหมายรับรองสถานะของคู่สมรสเพศเดียวกันแล้ว ได้แก่ อาร์เจนตินา เบลเยียม บราซิล แคนาดา เดนมาร์ก อังกฤษ ฝรั่งเศส ไอร์แลนด์ แม็กซิโก เนเธอร์แลนด์ นิวซีแลนด์ นอร์เวย์ แอฟริกาใต้ โปรตุเกส สเปน สวีเดน ออสเตรเลีย เวลส์ และสหรัฐอเมริกา<sup>26</sup> ซึ่งกฎหมายที่รับรองสถานภาพและสิทธิการสมรสระหว่างบุคคลเพศเดียวกัน แบ่งออก 3 รูปแบบ คือ<sup>27</sup>

(1) กฎหมายที่ให้ความเสมอภาคในการสมรสเหมือนคู่สมรสต่างเพศ โดยรัฐยอมรับการจดทะเบียนสมรสระหว่างบุคคลเพศเดียวกันว่าเป็นคู่สมรสที่ถูกต้องตามกฎหมายและมีผลทางกฎหมายเช่นเดียวกับการจดทะเบียนสมรสระหว่างชายกับหญิง เรียกว่า Marriage Equality

(2) กฎหมายจดทะเบียนคู่อชีวิต เรียกว่า Civil Partnership หรือ Civil Union ซึ่งคล้ายกับการสมรสระหว่างชายหญิง โดยรัฐให้การรับรองว่าทั้งคู่มีลักษณะเป็นหุ้นส่วนชีวิตที่จะได้รับสิทธิพิเศษต่างๆจากรัฐและมีหน้าที่ต่างๆตามกฎหมาย แต่ไม่ถือว่าเป็นคู่สมรสตามกฎหมายเช่นเดียวกับการจดทะเบียนสมรสระหว่างชายกับหญิง

(3) กฎหมายรับรองการใช้ชีวิตของคนสองคน ซึ่งอาจไม่ได้มีความสัมพันธ์แบบโรแมนติคก็ได้ เช่น เป็นพี่น้องกัน เรียกว่า Cohabitation

ประเทศไทยเองก็มีแนวคิดในการผลักดันให้มีการออกกฎหมายรับรองสถานภาพการสมรสระหว่างเพศเดียวกันเช่นกัน ซึ่งแนวทางการเปลี่ยนแปลงกฎหมายเกี่ยวกับการสมรสของประเทศไทยเพื่อให้มีการรับรองสถานภาพและสิทธิ

<sup>25</sup> วัชรินทร์ สังข์แก้ว, “สถานะทางกฎหมายของผู้มาตัดแปลงเพศ”, วารสารกฎหมายสุโขทัยธรรมิกราช, ปีที่ 17 (ฉบับที่ 1) ธันวาคม 2548 : หน้า 17-41.

<sup>26</sup> ศูนย์สิทธิมนุษยชน, “การสมรสระหว่างบุคคลเพศเดียวกัน”, แหล่งที่มาจาก <http://www.humanrightscenter.go.th>

<sup>27</sup> วัลลภลักษณ์ นามจักร, “การรับรองสถานภาพการสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ”, แหล่งที่มาจาก [http://www.bu.ac.th/knowledgecenter/executive\\_journal/april\\_june\\_13/pdf/aw02.pdf](http://www.bu.ac.th/knowledgecenter/executive_journal/april_june_13/pdf/aw02.pdf)

ต่างๆของคู่สมรสเพศเดียวกันนั้น แบ่งออกเป็น 3 แนวทาง โดยแนวทางแรก คือ การแก้ไขประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ซึ่งการเปลี่ยนแปลงตามแนวทางแรกเป็นไปได้ยากมาก เนื่องจากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ตั้งอยู่บนพื้นฐานของแนวคิดในการก่อตั้งครอบครัวแบบดั้งเดิม คือ รับรองการสมรสระหว่างชายและหญิงเท่านั้น ส่วนแนวทางที่สอง คือ การร่างเป็นกฎหมายเฉพาะแยกต่างหากจากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และแนวทางที่สาม คือ มีการแก้ไขทั้งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 และการร่างเป็นกฎหมายเฉพาะไปพร้อมๆกันด้วย เพื่อให้โอกาสคู่รักเพศเดียวกันสามารถเลือกได้ว่า จะให้รัฐรับรองความสัมพันธ์ในรูปแบบคู่สมรสตามกฎหมาย หรือรับรองเป็นคู่ชีวิตตามพระราชบัญญัติจดทะเบียนชีวิตคู่<sup>28</sup>

เมื่อปี พ.ศ. 2556 คณะกรรมาธิการการกฎหมาย การยุติธรรมและสิทธิมนุษยชน สภาผู้แทนราษฎร ได้เผยแพร่ ร่างพระราชบัญญัติจดทะเบียนคู่ชีวิต ฉบับที่ 1 เพื่อคุ้มครองสิทธิคู่รักเพศเดียวกัน หลังได้รับการร้องเรียนจากกลุ่มหลากหลายทางเพศว่าถูกนายทะเบียนปฏิเสธการจดทะเบียนสมรส ซึ่งร่างพระราชบัญญัตินี้ผ่านการพิจารณาและเตรียมเสนอวุฒิสภา แต่เหตุการณ์รัฐประหารเมื่อปี พ.ศ. 2557 ทำให้กระบวนการเสนอพระราชบัญญัติดังกล่าวยุติลง<sup>29</sup> จึงกล่าวได้ว่า จุดเริ่มต้นของแนวคิดในการเสนอร่างกฎหมายเพื่อรับรองสถานะและสิทธิของคู่สมรสเพศเดียวกันในประเทศไทยนั้นเป็นไปในแนวทางของกฎหมายจดทะเบียนคู่ชีวิต หรือเรียกว่า Civil Partnership หรือ Civil Union นั่นเอง โดยการร่างเป็นพระราชบัญญัติจดทะเบียนคู่ชีวิตหรือร่างพระราชบัญญัติคู่ชีวิตเป็นกฎหมายเฉพาะแยกต่างหากจากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ โดยยังคงหลักการสมรสแบบเดิมระหว่างชายและหญิงไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ส่วนการสมรสระหว่างเพศเดียวกันก็เป็นไปตามร่างพระราชบัญญัติจดทะเบียนคู่ชีวิตหรือร่างพระราชบัญญัติคู่ชีวิต และนำประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาบังคับใช้โดยอนุโลมในเรื่องที่ร่างพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวไม่ได้บัญญัติหลักเกณฑ์ไว้โดยเฉพาะ

หลังจากการเสนอร่างพระราชบัญญัติจดทะเบียนคู่ชีวิต ฉบับที่ 1 ยุติไปเพราะเหตุการณ์ทางการเมือง มูลนิธิเพื่อสิทธิและความเป็นธรรมทางเพศ ซึ่งเป็นองค์กรภาคประชาชน ได้ร่างพระราชบัญญัติคู่ชีวิต ในปี พ.ศ. 2557<sup>30</sup> ซึ่งถือเป็นร่างกฎหมายฉบับที่ 2 ที่มีจุดมุ่งหมายให้รัฐรับรองสิทธิของคู่สมรสเพศเดียวกัน แต่ร่างพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวก็ยังไม่ประสบความสำเร็จ

ต่อมาคณะกรรมการปฏิรูปกฎหมาย โดยคณะกรรมการพิจารณาปรับปรุงและพัฒนากฎหมายด้านความเสมอภาคระหว่างเพศได้ดำเนินการรวบรวมข้อมูลวิจัยทางวิชาการ กฎหมายที่เกี่ยวข้อง และรับฟังความคิดเห็นของภาคประชาชนและหน่วยงานของรัฐ เรื่องแนวทางการจัดทำร่างพระราชบัญญัติจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ. .... ซึ่งรับรองสถานะคู่สมรสเพศเดียวกันให้เป็นคู่สมรสที่สิทธิและหน้าที่ต่างๆตามกฎหมาย ซึ่งขอเสนอพระราชบัญญัติดังกล่าวต่อสภาที่มาจากการเลือกตั้งต่อไป

สิทธิที่คู่รักเพศเดียวกันจะได้รับ หากพระราชบัญญัติจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ. ... ประกาศใช้บังคับ คือ<sup>31</sup>

<sup>28</sup> ขวีนโรจน์ ธีรพัชรพร และภานุมาศ ชัดเงางาม, “สิทธิความเสมอภาคในการสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศในประเทศไทย”, วารสารสมาคมนักวิจัย, ปีที่ 22 ฉบับที่ 2 (พฤษภาคม-สิงหาคม 2560), หน้า 99.

<sup>29</sup> บารมี พาณิช และสุพรรณิ ไชยอำพร, “รูปแบบและขั้นตอนการขับเคลื่อนร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิตในประเทศไทย”, รายงานสืบเนื่องจากการประชุมวิชาการระดับชาติ การบริหารการพัฒนาสังคมและยุทธศาสตร์การบริหาร ประจำปี 2559, หน้า 66-68.

<sup>30</sup> ขวีนโรจน์ ธีรพัชรพร และภานุมาศ ชัดเงางาม, “สิทธิความเสมอภาคในการสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศในประเทศไทย”, วารสารสมาคมนักวิจัย, ปีที่ 22 ฉบับที่ 2 (พฤษภาคม-สิงหาคม 2560), หน้า 97.

<sup>31</sup> หนังสือพิมพ์ผู้จัดการออนไลน์, “กฎหมายคู่ชีวิต (เพศเดียวกัน)...ความหวังที่เลื่อนรางในสังคมไทย”, แหล่งที่มาจาก <http://www.manager.co.th>, 29 มิถุนายน พ.ศ. 2558.

(1) สิทธิในการทำธุรกรรมทางการเงินร่วมกัน เช่น การกู้เงินธนาคารเพื่อซื้อบ้าน (ตามกฎหมายปัจจุบัน จะกู้ด้วยกันไม่ได้ เพราะไม่ใช่คู่สมรสหรือผู้สืบสันดาน)

(2) สิทธิในการรักษาพยาบาล หากฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งรับราชการ (ตามกฎหมายปัจจุบันจะไม่ได้สิทธิ เพราะไม่ใช่คู่สมรสตามกฎหมาย)

(3) สิทธิการลงชื่อยินยอมให้แพทย์ทำการรักษาพยาบาลแก่คู่ชีวิต (ตามกฎหมายปัจจุบันจะลงชื่อไม่ได้ เพราะไม่ใช่บุคคลในครอบครัวหรือญาติ)

(4) สิทธิในการรับมรดกที่ร่วมสร้างกันมา ในกรณีที่ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเสียชีวิตกะทันหันและไม่มีพินัยกรรมระบุไว้ (ตามกฎหมายปัจจุบัน ทรัพย์สินในชื่อผู้เสียชีวิตจะตกไปยังทายาทตามกฎหมาย)

(5) สิทธิในการลดหย่อนภาษีเงินได้ ในกรณีมีคู่สมรส (ตามกฎหมายปัจจุบันจะลดหย่อนภาษีเงินได้ให้เฉพาะคู่สมรสเพศเดียวกัน)

(6) สิทธิการรับเลี้ยงบุตรบุญธรรม

จากที่กล่าวมาจะเห็นได้ว่า การที่ประเทศไทยเลือกแนวทางในการเปลี่ยนแปลงกฎหมายเกี่ยวกับการสมรสเพื่อรับรองสถานภาพและสิทธิของคู่สมรสเพศเดียวกันโดยการร่างเป็นกฎหมายเฉพาะแยกต่างหากจากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นั้น เป็นแนวทางที่เหมาะสมกับสภาพกฎหมายของประเทศไทย ทั้งยังสะดวกต่อการแก้ไขกฎหมายดังกล่าวให้มีความครอบคลุมและความเหมาะสมกับคู่สมรสเพศเดียวกันได้โดยง่าย และหากร่างพระราชบัญญัติจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ. ... ประกาศบังคับใช้ จะทำให้ปัญหาของคู่สมรสเพศเดียวกันที่ไม่ได้รับรองสิทธิตามกฎหมายได้รับการแก้ไขให้ชัดเจน และมีความเหมาะสมมากขึ้น ถือเป็นการส่งเสริมความเสมอภาคในสังคมไทยอีกระดับหนึ่ง และเป็นการไม่เลือกปฏิบัติในทางเพศแก่บุคคลในสังคมอีกด้วย

### 3. สรุป

ครอบครัวเป็นรากฐานที่สำคัญของสังคม จุดเริ่มต้นของครอบครัวเกิดจากการสมรสเพื่ออยู่กินด้วยกัน เกิดความสัมพันธ์ในเรื่องสิทธิ หน้าที่ และทรัพย์สินระหว่างสามีภริยา และระหว่างบิดามารดากับบุตรต่อไป ประเทศไทยมีกฎหมายเกี่ยวกับการสมรสมาตั้งแต่ในสมัยสุโขทัยและมีการพัฒนากฎหมายเกี่ยวกับการสมรสเรื่อยมาตามยุคสมัย เพื่อให้กฎหมายดังกล่าวสอดคล้องกับสภาพสังคมที่มีการเปลี่ยนแปลงไป ไม่ว่าจะเป็นการขยายตัวของสังคม การเปลี่ยนแปลงการปกครอง หรือการรับเอาแนวคิดอันเป็นหลักสากลมาปรับใช้ให้เหมาะสมกับสถานการณ์ในปัจจุบัน แต่กฎหมายเกี่ยวกับการสมรสของประเทศไทยยังคงรับรองสิทธิของคู่สมรสระหว่างชายและหญิงเท่านั้น ส่วนการสมรสระหว่างบุคคลเพศเดียวกันยังไม่มีกฎหมายรับรอง

ในช่วงหกปีที่ผ่านมา ประเทศไทยเริ่มมีแนวคิดที่จะออกกฎหมายรับรองสิทธิของคู่สมรสเพศเดียวกัน โดยเมื่อปี พ.ศ. 2556 คณะกรรมาธิการการกฎหมาย การยุติธรรมและสิทธิมนุษยชน สภาผู้แทนราษฎร ได้เผยแพร่ร่างพระราชบัญญัติจดทะเบียนคู่ชีวิต เพื่อคุ้มครองสิทธิคู่รักเพศเดียวกัน หลังได้รับการร้องเรียนจากกลุ่มหลากหลายทางเพศว่าถูกนายทะเบียนปฏิเสธการจดทะเบียนสมรส ซึ่งร่างพระราชบัญญัตินี้ผ่านการพิจารณาและเตรียมเสนอวุฒิสภา แต่เหตุการณ์รัฐประหารเมื่อปี พ.ศ. 2557 ทำให้กระบวนการเสนอพระราชบัญญัติดังกล่าวยุติลง ต่อมามีการประกาศใช้พระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. 2558 ซึ่งเจตนารมณ์ของกฎหมายฉบับนี้ คือ ต้องการให้เกิดมาตรการป้องกันการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมระหว่างเพศอย่างชัดเจน เพื่อให้สอดคล้องกับหลักสิทธิมนุษยชนสากลตามพันธกรณี



ระหว่างประเทศที่ประเทศไทยเข้าเป็นภาคี และส่งผลให้เกิดการสนับสนุนให้มีการออกกฎหมายรับรองสิทธิของคู่สมรสเพศเดียวกัน

ต่อมาคณะกรรมการปฏิรูปกฎหมาย โดยคณะกรรมการพิจารณาปรับปรุงและพัฒนากฎหมายด้านความเสมอภาคระหว่างเพศได้ดำเนินการรวบรวมข้อมูลวิจัยทางวิชาการ กฎหมายที่เกี่ยวข้อง และรับฟังความคิดเห็นของภาคประชาชนและหน่วยงานของรัฐ เรื่องแนวทางการจัดทำร่างพระราชบัญญัติจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ. .... ซึ่งรับรองสถานะคู่สมรสเพศเดียวกันให้เป็นคู่สมรสที่สิทธิและหน้าที่ต่างๆตามกฎหมาย ซึ่งรอสื่อพระราชบัญญัติดังกล่าวต่อสภาที่มาจากการเลือกตั้งต่อไป ในระหว่างนี้ก็มีมีการเปิดรับฟังความคิดเห็นของประชาชนทั่วไปต่อร่างพระราชบัญญัติดังกล่าว เพื่อให้มีความครอบคลุมและเหมาะสมกับสภาพสังคมไทย และเป็นประโยชน์แก่คู่สมรสเพศเดียวกันมากที่สุด

หากร่างพระราชบัญญัติจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ. ... ได้รับการพิจารณาและประกาศใช้ จะเป็นก้าวสำคัญแห่งการพัฒนากฎหมายให้สอดคล้องกับสภาพการณ์ในปัจจุบันและหลักสากล ส่งเสริมความเท่าเทียมกันของบุคคล และลดการเลือกปฏิบัติในทางเพศ ทั้งยังช่วยลดปัญหาในการปรับใช้กฎหมายในเรื่องการสมรสและสิทธิในครอบครัวอีกทางหนึ่งด้วย

#### บรรณานุกรม

- กำธร กำประเสริฐ. (2521). *คำบรรยายวิชาประวัติศาสตร์กฎหมาย*. กรุงเทพมหานคร: คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง.
- ชวินโรจน์ ธีรพัชรพร และภาณุมาศ ชัดเงางาม. (2560). สิทธิความเสมอภาคในการสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศในประเทศไทย. *วารสารสมาคมนักวิจัย*, 22(2), 92-104.
- ชาคริต อนันทราวัน. (2556). *ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย*. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.
- ชาติชาย อัครวิบูลย์. (2552). *คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว*. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน.
- ดารารัตน์ เมตตาริกานนท์. (2554). สิทธิพลเมืองในการแต่งงานข้ามวัฒนธรรมช่วงก่อน พ.ศ. 2475. *วารสารสังคมลุ่มน้ำโขง*, 7(3), 53-76.
- ธัญลักษณ์ นามจักร, “การรับรองสถานภาพการสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ”, แหล่งที่มาจาก [http://www.bu.ac.th/knowledgecenter/executive\\_journal/april\\_june\\_13/pdf/aw02.pdf](http://www.bu.ac.th/knowledgecenter/executive_journal/april_june_13/pdf/aw02.pdf)
- บารมี พานิช และสุพรรณิ ไชยอำพร. (2559). รูปแบบและขั้นตอนการขับเคลื่อนร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิตในประเทศไทย. รายงานสืบเนื่องจากการประชุมวิชาการระดับชาติ การบริหารการพัฒนาสังคมและยุทธศาสตร์การบริหาร ประจำปี 2559, 66-68.
- ประสพสุข บุญเดช. (2550). *คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว*. กรุงเทพมหานคร: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา.
- ม.ร.ว.ชนม์สวัสดิ์ ชมพูนุท. (2514). *คำอธิบายกฎหมายครอบครัวและมรดก*. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์พิทยาการ.
- วัชรินทร์ สังสีแก้ว. (2548). สถานะทางกฎหมายของผู้ผ่าตัดแปลงเพศ. *วารสารกฎหมายสุโขทัยธรรมธีราช*, 17(1), 17-41.

วิระดา สมสวัสดิ์. (2523). *กฎหมายของครอบครัว คำอธิบายบรรพ 5 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ที่ได้ตรวจชำระใหม่ พ.ศ. 2519*. เชียงใหม่: คณะสังคมศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่.

ศูนย์สิทธิมนุษยชน. *การสมรสระหว่างบุคคลเพศเดียวกัน*. แหล่งที่มาจาก <http://www.humanrightscenter.go.th>

หนังสือพิมพ์ผู้จัดการออนไลน์. (29 มิถุนายน พ.ศ. 2558). *กฎหมายคู่ชีวิต (เพศเดียวกัน)...ความหวังที่เลื่อนรางในสังคมไทย*. แหล่งที่มาจาก <http://www.manager.co.th>

หลวงพิศลยสารนิติ. (2456). *ลักษณะผู้เมียกับลักษณะมรฎกโดยย่อ*. กรุงเทพมหานคร: โรงเรียนกฎหมาย.

หลวงสุทธิวาหนฤพุมิ. (2529). *คำบรรยายประวัติศาสตร์กฎหมายชั้นปริญญาโท*. กรุงเทพมหานคร: บริษัทศรีสมบัติการพิมพ์จำกัด.

การหย่าภายใต้วาทกรรมครอบครัวในระบบกฎหมายไทย : กรณีศึกษาคำพิพากษา  
A Judicial Decisions Study of Divorce in the Thai Legal System under  
the Family Discourse

ธนัชฐา มุ่งดี

Tanidta Mungdee

นักศึกษาระดับปริญญาโท คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่ 50200 ประเทศไทย

Faculty of Law, Chiang Mai University, Chiang Mai Province 50200 Thailand

อีเมลล์: tanidtam@gmail.com

Email: tanidtam@gmail.com

**บทคัดย่อ**

บทความชิ้นนี้พยายามเผยให้เห็นว่า ในการพิจารณาคดีครอบครัว ประเภทคดีฟ้องหย่าซึ่งอาศัยเหตุหย่าตามกฎหมาย ศาลไม่ใช่เป็นเพียงผู้บังคับใช้กฎหมายอย่างตรงไปตรงมา ดังเช่นเครื่องจักรที่ทำงานตามกลไก โดยการป้อนคำสั่ง คือ ปรากฏการณ์จากข้อเท็จจริงเพื่อแสดงผลลัพธ์ในการตัดสินคดีออกมาแก่เช่นบุคคลทั่วไปเข้าใจไม่แต่ในความเป็นจริงแล้วการพิจารณาคดีของศาลนั้น ศาลมีการพยายามอธิบายปรากฏการณ์ข้อเท็จจริงโดยอาศัยกรอบคิดอุดมการณ์ครอบครัวบางอย่างที่ศาลยึดถือ ซึ่งเป็นการพยายามแทรกแซงความคิด ความเชื่อ และทัศนคติของบุคคลในเรื่องครอบครัวไม่ว่าศาลจะตระหนักรู้หรือไม่ก็ตาม

**คำสำคัญ:** อุดมการณ์, ครอบครัว, หย่า

**Abstract**

This article studies divorce prosecution which relies on the legal proceeding in the trial of family law case. The court not only acts as a straightforward law's enforcement comparable to mechanical machines: receiving factual input then producing an outcome in the form of a decision, completely disregarding interested parties understanding. In reality, the court tries to explain the facts based only on certain family value ideology which the court abides, which is an attempt to intervene with thoughts, concept, and attitudes of individuals in the family. It remains to be seen whether the court can realize or not.

**Keywords:** Ideology, Family, Divorce

## 1. บทนำ

การหยาเป็นเหตุแห่งการสิ้นสุดความสัมพันธ์ระหว่างสามี ภริยาตามกฎหมายวิธีหนึ่ง ซึ่งถูกกำหนดรูปแบบและวิธีการไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วย ครอบครัว โดยในกฎหมายได้กำหนดเหตุฟ้องหย่าไว้ เพื่อเป็นทางออกให้แก่คู่สมรสที่ฝ่ายหนึ่งประสงค์จะหย่า แต่คู่สมรสอีกฝ่ายไม่ประสงค์จะหย่า<sup>1</sup> จากแนวคิดที่เข้าใจและยอมรับโดยทั่วไปด้านกฎหมายว่า ศาลผู้ซึ่งมีความรู้ความเชี่ยวชาญด้านกฎหมายจะมีการปรับใช้บทบัญญัติกับข้อเท็จจริงอย่างตรงไปตรงมา โดยให้เหตุและผลที่รองรับจากกฎหมายปราศจากอคติ ความคิด ความเชื่อ หรือทัศนคติส่วนบุคคล<sup>2</sup> ประกอบกับความเข้าใจของบุคคลทั่วไปที่เห็นว่า ครอบครัวเป็นปริณทลส่วนบุคคล<sup>3</sup> ที่บุคคลน่าจะสามารถเลือกและตัดสินใจได้ด้วยตนเอง<sup>4</sup> ดังนั้น ในคดีฟ้องหย่าที่อาศัยเหตุหย่าตามกฎหมายศาลผู้บังคับใช้กฎหมายจึงน่าจะปรับใช้บทบัญญัติซึ่งเป็นเหตุหย่าตามกฎหมายเข้ากับข้อเท็จจริงอย่างตรงไปตรงมา โดยมีเหตุและผลที่รองรับตามกฎหมายแต่จากการทบทวนวรรณกรรมพบว่า กฎหมายครอบครัวถูกตั้งข้อสังเกตว่ามีอคติทางเพศและการบังคับใช้เหตุหย่าตามกฎหมายของศาลก็เป็นส่วนหนึ่งที่แสดงถึงความไม่เท่าเทียมกันระหว่างชาย หญิง<sup>5</sup> แม้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 เรื่องครอบครัวที่เกี่ยวข้องกับเหตุฟ้องหย่าจะได้ถูกปรับโดยเหตุผล คือ เพื่อให้ชายหญิงมีสิทธิเท่าเทียมกันตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ตั้งแต่ปี พ.ศ. 2519<sup>6</sup>แล้วก็ตาม อาทิเช่น การตั้งข้อสังเกตในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1151/2529<sup>7</sup>ซึ่งเป็นกรณีการฟ้องหย่าจากเหตุภริยามีชู้ โดยการกระทำที่ถือว่ามีชู้ต้องมีการร่วมประเวณีกัน แต่จากการตัดสินใจดังกล่าว ศาลได้พิพากษาตามการสันนิษฐานข้อเท็จจริง และไม่ได้มีการพิสูจน์ว่าภริยา ซึ่งเป็นจำเลยที่ 1 ได้มีการร่วมประเวณีกับจำเลยที่ 2 อีกทั้งยังไม่มีประจักษ์พยานรู้เห็นซึ่งแตกต่างจากคำพิพากษาเดิมที่ต้องพิสูจน์ว่ามีการร่วมประเวณีจึงจะถือว่าเป็นการมีชู้<sup>8</sup>และนอกจากนี้ยังพบว่า ความเข้าใจเกี่ยวกับครอบครัวมีการอธิบายไว้อย่างหลากหลาย และหาได้มีความเข้าใจเป็นอย่างเดียวกันโดยตลอดไม่ ดังนั้น ภายใต้ชุดความรู้ ความเข้าใจในเรื่องครอบครัวที่หลากหลายศาลในฐานะผู้มีอำนาจบังคับใช้กฎหมายอาจเป็นส่วนหนึ่งในการยืนยัน หรือผลิตสร้างวาทกรรมเรื่องครอบครัวผ่านการพิจารณาและตัดสินคดีฟ้องหย่า ซึ่งเป็นคดีประเภทหนึ่งที่ส่งผลโดยตรงต่อความสัมพันธ์ของคนในครอบครัวที่ตีกรอบไว้โดยกฎหมาย

บทความชิ้นนี้จึงแบ่งออกเป็น 3 ส่วน คือ ส่วนที่หนึ่ง ความหมายที่หลากหลายของครอบครัวเป็นการอธิบายเพื่อให้ทราบและเข้าใจถึงกรอบอุดมการณ์ครอบครัวใหญ่ ๆ ที่มีอยู่ในสังคมซึ่งผู้วิจัยจะนำไปใช้ประกอบการวิเคราะห์ในส่วนต่อไป โดยอุดมการณ์ครอบครัวอาจจัดแบ่งได้เป็น 4 อุดมการณ์ ได้แก่ อุดมการณ์ที่หนึ่ง ครอบครัวในสถานะที่เป็นสถาบันทางสังคมที่เกี่ยวข้องกับรัฐอุดมการณ์ที่สอง ครอบครัวในสถานะที่เป็นเรื่องส่วนตัว อุดมการณ์ที่สาม ครอบครัวในสถานะที่เป็นเรื่องเกี่ยวข้องกับศาสนา และอุดมการณ์ที่สี่ ครอบครัวในสถานะที่เป็นเรื่องเกี่ยวข้องกับเรื่องอำนาจ นอกจากนี้ผู้วิจัยได้อธิบายเพิ่มเติม ในส่วนของความคิดหลักเรื่องครอบครัวในสังคมไทยเพื่อให้เห็นภาพชุดความคิดหลักเรื่องครอบครัวในสังคมไทยว่ามีอย่างไรบ้าง ส่วนที่สองของบทความชิ้นนี้ คือสิ่งผสมในคำพิพากษาเป็นส่วนของการ

<sup>1</sup> ไพโรจน์ กัมพูสิริ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ครอบครัว, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2551, 222.

<sup>2</sup> สมชาย ปรีชาศิลปกุล, เพศวิถีในคำพิพากษา, เชียงใหม่: คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่, 2558, 19.

<sup>3</sup> ทิพยวรรณ จันทร์, ทางเลือกของภรรยาหลง ในการจัดการปัญหาความรุนแรงของครอบครัว กรณี สามีนอกใจภรรยา, วิทยานิพนธ์ศิลปศาสตรมหาบัณฑิต (สตรีศึกษา), สำนักบัณฑิตอาสาสมัคร มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2549, 2.

<sup>4</sup> คำพิพากษาที่ 5983/2548 ศาลฎีกา.

<sup>5</sup> วีระดา สมสวัสดิ์, กฎหมายครอบครัว, กรุงเทพฯ: คบไฟ, 2546, 5.

<sup>6</sup> พระราชบัญญัติให้ใช้บทบัญญัติบรรพ 5 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ที่ตรวจชำระใหม่ พ.ศ. 2519.

<sup>7</sup> คำพิพากษาที่ 1151/2529 ศาลฎีกา.

<sup>8</sup> วีระดา สมสวัสดิ์, กฎหมายครอบครัว, 173.

วิเคราะห์ชุดความคิดเรื่องครอบครัวในคำพิพากษาของศาลฎีการะหว่างช่วงปีพ.ศ. 2478ถึงพ.ศ. 2557ที่สามารถสืบค้นได้ว่ามีชุดความคิดอย่างไรบ้าง โดยมีความสอดคล้องหรือแตกต่างจากอุดมการณ์ครอบครัวที่จัดแบ่งไว้ตอนต้น และชุดความคิดในเรื่องครอบครัวของสังคมไทยอย่างไร และส่วนที่สาม บทสรุปเป็นส่วนข้อสรุปของผู้วิจัยจากการศึกษาตามบทความนี้

## 2. ความหมายที่หลากหลายของครอบครัว

ก่อนที่จะวิเคราะห์ว่าศาลมีการใช้อุดมการณ์ครอบครัวในการอธิบายผ่านปรากฏการณ์ข้อเท็จจริงของการฟ้องหย่าที่อาศัยเหตุหย่าตามกฎหมายหรือไม่ อย่างนั้น ผู้วิจัยขออธิบายถึงอุดมการณ์ครอบครัวที่พบได้โดยทั่วไปก่อน ซึ่งจากการทบทวนวรรณกรรม พบว่า อุดมการณ์ครอบครัวที่พบได้โดยทั่วไปอาจแบ่งได้เป็น 4 อุดมการณ์ ดังนี้

**2.1 ครอบครัวในสถานะที่เป็นสถาบันทางสังคมที่เกี่ยวข้องกับรัฐ** จึงต้องมีการควบคุมโดยกฎหมายหรือนโยบายของรัฐโดยอุดมการณ์นี้ มองว่าสถาบันครอบครัวเป็นทางสังคมที่เก่าแก่และมีความสำคัญ เนื่องจากเป็นสถาบันที่มีความใกล้ชิดกับคนสังคมมากที่สุด<sup>9</sup>และเป็นรากฐานแห่งความสงบเรียบร้อยและความมั่นคงของประเทศ<sup>10</sup>ถึงแม้การสร้างครอบครัวจะถือว่าเป็นเสรีภาพของบุคคลอย่างหนึ่ง แต่เป็นสิ่งที่ผลกระทบต่อสังคมส่วนรวม เนื่องจากครอบครัวแต่ละครอบครัวรวมกันเป็นประเทศ หากสถาบันครอบครัวอ่อนแอ ประเทศก็จะอ่อนแอ ดังนั้น รัฐจึงจำเป็นต้องวางกฎเกี่ยวกับเรื่องครอบครัว<sup>11</sup> ซึ่งเมื่อผู้วิจัยสืบค้น พบว่า ในประเทศไทย รัฐสนับสนุนให้มีความอบอุ่นและความสมบูรณ์ของครอบครัว โดยคาดหวังให้การแต่งงานต้องมีชีวิตคู่ที่มั่นคง<sup>12</sup>ซึ่งปรากฏในแผนพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติจำนวนหลายฉบับตัวอย่างเช่น แผนพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติฉบับที่ 6 (พ.ศ. 2530-2534) รัฐบาลโดยมติคณะรัฐมนตรีกำหนดให้มีวันครอบครัวขึ้นเป็นครั้งแรกโดยกำหนดให้วันที่ 14 เมษายน ของทุกปีเป็นวันครอบครัวแห่งชาติ เริ่มตั้งแต่ พ.ศ. 2533 เป็นต้นมา เพื่อวัตถุประสงค์ให้ครอบครัวให้เกิดความอบอุ่น ให้ประชาชนตระหนักในความสำคัญของครอบครัวช่วยกันให้สมาชิกของครอบครัวมีโอกาสพบปะกัน ทำกิจกรรมต่างๆ ร่วมกัน ในระหว่างเทศกาลสงกรานต์ของทุกๆปี อันจะส่งผลต่อการกระชับความสัมพันธ์อันดีของสมาชิกในครอบครัวและทำให้สถาบันครอบครัวยังคงความเป็นปึกแผ่นและมีความสำคัญในฐานะที่เป็นสถาบันพื้นฐานที่ใกล้ชิดและมีความสำคัญต่อสมาชิกครอบครัวทุกคน ภายใต้คำขวัญที่ว่า “ความรัก ความเข้าใจ คือ สายใยของครอบครัว”<sup>13</sup>แผนพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติฉบับที่ 8 (พ.ศ. 2540-2544) มีแผนว่าด้วยการเสริมสร้างความมั่นคงของสถาบันครอบครัวและพัฒนาประชากรให้มีคุณภาพอย่างยั่งยืน ซึ่งเป็นแผนต่อเนื่องไปถึงแผนพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติฉบับที่ 9 (พ.ศ. 2545 - 2549)<sup>14</sup> เป็นต้น

**2.2 ครอบครัวในสถานะที่เป็นเรื่องส่วนตัว** อุดมการณ์ครอบครัวนี้ได้แก่ การจำกัดและการควบคุมของรัฐที่จัดวางความต้องการของบุคคลไว้หลังระบบเครือญาติ หมู่บ้าน หรือรัฐ ซึ่งทำให้บุคคลปราศจากความเป็นส่วนตัวและ

<sup>9</sup> อัจฉริยา สัมพัฒน์วรชัย, การแยกกันอยู่เป็นการชั่วคราวของสามีภริยาตามกฎหมายครอบครัวไทย: ศึกษากรณีใช้เป็นมาตรการชะลอการหย่าร้าง, วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2546, 1.

<sup>10</sup> ไพโรจน์ กัมพูสิริ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ครอบครัว, 94.

<sup>11</sup> เรื่องเดียวกัน.

<sup>12</sup> ทิพย์วรรณ จันทรา, ทางเลือกของภรรยาหลวง ในการจัดการปัญหาความรุนแรงของครอบครัว กรณี สามีนอกใจภรรยา, 61.

<sup>13</sup> เล็ก สมบัติ, ประมวลแนวคิดนโยบายการพัฒนาสถาบันครอบครัว, ใน ศศิพัฒน์ ยอดเพชร (บ.ก.), สถาบันครอบครัว: มุมมองของนักสวัสดิการสังคม, กรุงเทพฯ: สมาคม, 2540, 174.

<sup>14</sup> สมิต วุฒิสวัสดิ์, การศึกษาสัมพันธภาพในครอบครัวของนักเรียนช่วงชั้นที่ 2, สารนิพนธ์หลักสูตรปริญญาการศึกษามหาบัณฑิต, สาขาจิตวิทยาการแนะแนว มหาวิทยาลัยศรีนครินทรวิโรฒ, 2552, 3.

เสรีภาพในการเลือกและตัดสินใจ<sup>15</sup>ตัวอย่างเช่น การต่อรองของคู่หมั้นสาวกับผู้ใหญ่ในครอบครัวในการเลือกคู่ครองและการแต่งงาน เพื่อต่อรองกับครอบครัวประเพณีที่ผู้ใหญ่งำหนด โดยหมั้นสาวอธิบายเรื่องคู่ครองและการแต่งงานโยงกับความรักที่ถูกทำให้เป็นสัญลักษณ์ของความทันสมัย เป็นการก้าวออกจากสังคมเชิงประเพณีที่กดทับเสรีภาพในการเลือกคู่ครอง ซึ่งเป็นการสะท้อนภาพความเท่าเทียมระหว่างเพศในสังคม โดยทำให้ชีวิตคู่ดูราวกับว่าปัจเจกบุคคลมีคุณค่าเสมอกัน<sup>16</sup> และในส่วนของความมั่นคงของครอบครัวที่แสดงถึงประเพณีการแต่งงานชั่วชีวิต ที่มีความเชื่อว่าต้องยึดโยงคู่สมรสจนกว่าความตายจะพรากจากกันก็ถูกโต้แย้งและอธิบายความหมายใหม่ไปในทิศทางที่แสดงให้เห็นว่าว่าการหย่าร้างสามารถเป็นไปได้ ในฐานะทางเลือกหนึ่ง<sup>17</sup>

**2.3 ครอบครัวในสถานะที่เป็นเรื่องเกี่ยวข้องกับศาสนา** โดยมุมมองนี้ มองว่าศาสนาสัมพันธ์ต่อการดำรงชีวิต ครอบครัว เติบโตขึ้นที่สุดในศาสนาอิสลามที่กฎหมายและคำสอนทางศาสนาเป็นสิ่งที่ดำรงคู่กันอย่างเคร่งครัด โดยถือว่าการสมรสเป็นส่วนหนึ่งของศาสนา โดยปรารถนาให้คู่สมรสอยู่ร่วมกันชั่วชีวิต ดังนั้น สามีภรรยาจึงต้องมีความรัก ความเห็นอกเห็นใจ และพยายามปรับตัวเข้าหากัน<sup>18</sup>แต่หากสุดท้ายทั้งคู่ไม่สามารถอยู่ด้วยกันต่อไปได้และไม่มีความอื่นนอกจากการหย่า ศาสนาอิสลามก็อนุญาตให้หย่าขาดจากกันได้ เพราะการบังคับให้อยู่ด้วยกันจะเป็นการทรมาณจิตใจของทั้งสอง และอาจนำไปสู่ปัญหาสลับซับซ้อนอื่น<sup>19</sup>หรือแม้กระทั่งยุโรปในอดีตที่ได้รับอิทธิพลจากศาสนาคริสต์ไม่ว่าจะเป็นเรื่องการเมือง การปกครอง ชีวิตความเป็นอยู่ การสมรส รวมถึงการหย่า<sup>20</sup> โดยเฉพาะอย่างยิ่งในยุคกลางที่ฝ่ายคริสต์จักรมีอิทธิพลสูงสุด การสมรสเป็นเรื่องของศาสนา ไม่ใช่สัญญาที่ฝ่ายบ้านเมืองจะออกกฎหมายก้าวกายจัดการได้ การสมรสเป็นเรื่องที่มนุษย์ปฏิบัติหน้าที่ตามบัญชาของพระเจ้า ในการแพร่เผ่าพันธุ์ และการสมรสเมื่อกระทำพิธีในโบสถ์ ถือว่าพระเจ้าเป็นผู้นำชีวิตของคนทั้งสองมารวมกันไว้ มนุษย์จึงไม่มีสิทธิ์ที่จะตัดสินใจแยกกันอยู่เอง การสมรสไม่แต่เพียงก่อให้เกิดภาระหน้าที่เท่านั้น แต่ยังสร้างฐานะสามีภรรยาและครอบครัวอันเป็นฐานที่สำคัญที่สุดของสังคม จึงเป็นเรื่องที่อยู่เหนือเจตนาของคู่สมรส และเหนือกฎหมายบ้านเมือง<sup>21</sup>ส่วนในประเทศไทยศาสนาที่มีอิทธิพลมาก คือ พุทธศาสนา ซึ่งครอบครัวไทยในอดีตมีการยึดถือหลักศาสนาเป็นแนวทางปฏิบัติและสั่งสอนบุคคลรุ่นต่อไปอย่างเคร่งครัด<sup>22</sup> โดยเชื่อว่า ครอบครัวเกิดจากการตอบสนองความจำเป็นพื้นฐานของมนุษย์ ได้แก่ ความต้องการด้านความสัมพันธ์ทางเพศ ความต้องการความมั่นคง ความต้องการสืบทอดอารยธรรมและเผ่าพันธุ์รวมถึงการร่วมชีวิตเพื่อดำเนินไปสู่เป้าหมาย<sup>23</sup>ซึ่งฐานะของสามีภรรยา

<sup>15</sup> ปิ่นแก้ว เหลืองอร่ามศรี, “รักโรมันติกในมุมมองสังคมวิทยาและมานุษยวิทยา”, วารสารสังคมศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่, ปีที่ 23 (ฉบับที่ 1 - 2/2554), 28.

<sup>16</sup> ปิ่นแก้ว เหลืองอร่ามศรี, “รักโรมันติกในมุมมองสังคมวิทยาและมานุษยวิทยา”, วารสารสังคมศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่, 37.

<sup>17</sup> อลิซาเบธเบค - เกอร์นส์เฮม เซียน วารุณี ภูริสินสิทธิ์ แปล, ครอบครัวในความหมายใหม่ การค้นหาวินัยชีวิตแบบใหม่, กรุงเทพฯ: คบไฟ, 2550, 31 - 32.

<sup>18</sup> Zaidan, *Islamic Family Law in the Islamic Tradition*, Chicago: Kazi, 1976, 108. อังโน อับดุลเราะมัน เจอะอารง, สิทธิของภรรยาในการหย่าและสิทธิที่พึงได้รับตามกฎหมายอิสลาม: กรณีศึกษาจังหวัดปัตตานี, วิทยานิพนธ์ศิลปศาสตรมหาบัณฑิตวิทยาลัยอิสลามศึกษา, คณะวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยี มหาวิทยาลัยสงขลานครินทร์, 2547, 3.

<sup>19</sup> อับดุลเราะมัน เจอะอารง, สิทธิของภรรยาในการหย่าและสิทธิที่พึงได้รับตามกฎหมายอิสลาม: กรณีศึกษาจังหวัดปัตตานี, 4.

<sup>20</sup> ประสิทธิ์ ปิวาวัฒน์พานิช, เหตุฟ้องหย่า : การศึกษาเปรียบเทียบในเชิงนิติศาสตร์, กรุงเทพฯ: วิทยุชน, 2543, 43.

<sup>21</sup> ปิยะนุช โปะตะวงษ์, สัญญากับการสมรส, วิทยานิพนธ์นิติศาสตร์มหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2528, 79.

<sup>22</sup> พระมหาบุญเพียร ปุณฺณวิริโย, แนวคิดและวิธีการขัดเกลาทางสังคมในสถาบันครอบครัวตามแนวพุทธศาสนา, วิทยานิพนธ์หลักสูตรปริญญาพุทธศาสตรมหาบัณฑิต, สาขาวิชาพระพุทธศาสนา มหาวิทยาลัยมหาจุฬาลงกรณราชวิทยาลัย, 2544, 4.

<sup>23</sup> พระมหาบุญเพียร ปุณฺณวิริโย, แนวคิดและวิธีการขัดเกลาทางสังคมในสถาบันครอบครัวตามแนวพุทธศาสนา, 16.

พระพุทธศาสนาถือว่าเป็นผู้ทำบุญร่วมกันมา จึงได้มาเป็นเนื้อคู่กัน<sup>24</sup> โดยมีการพัฒนาความสัมพันธ์จากความรักแบบหนุ่มสาว<sup>25</sup> จนกระทั่งตกลงแต่งงานอยู่ด้วยกันเป็นสามีภรรยา เมื่อพัฒนาความสัมพันธ์เป็นสามีภรรยาแล้ว ต่างฝ่ายต่างต้องปฏิบัติหน้าที่ของตนเองชีวิตครอบครัวจึงจะมีความราบรื่น<sup>26</sup> โดยในทางพุทธศาสนาหัวใจสำคัญของครอบครัวที่ดี คือ ครอบครัวมีความอบอุ่นมั่นคง มีความสุข สมาชิกทุกคนอยู่ร่วมกันด้วยความรัก ความปรารถนาดีเอื้ออาทรต่อกัน<sup>27</sup>

**2.4 ครอบครัวในสถานะที่เป็นเรื่องเกี่ยวข้องกับเรื่องอำนาจ** ในอุดมการณ์นี้ มองว่าการสมรสเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับอำนาจ และความมั่นคง ตัวอย่างเช่น การกำเนิดระบบผัวเดียวเมียเดียวในช่วงระหว่างตอนกลางและตอนปลายของยุคอาณานิคม ก็เป็นการที่ผู้ชายประสงค์ในอำนาจครอบครองทรัพย์สิน และอำนาจในการบงการครอบครัว<sup>28</sup> โดยต้องการทราบให้แน่ชัดว่าใครเป็นบิดาของบุตรที่เกิดมา เพราะฝ่ายชายต้องการให้มรดกตกทอดสู่บุตร และในยุคแรกการสมรสแบบผัวเดียวเมียเดียวกำหนดให้ฝ่ายสามีเท่านั้นที่มีสิทธิบอกเลิกการสมรสและขับไล่ภรรยาไปได้ และผู้ขายเท่านั้นที่มีสิทธิออกใจภรรยา<sup>29</sup> หรือกระทั่งในสมัยอยุธยาการนำสตรีชั้นสูงที่มีความสัมพันธ์ทางสายโลหิตกับพระมหากษัตริย์พระราชวงศ์ก่อนมาเป็นมเหสีหรือสนมมีความสำคัญทางการเมืองมาก เพราะเป็นการทำให้เกิดความเป็นธรรมในการเชื่อมต่อระหว่างราชวงศ์<sup>30</sup>หรือแม้กระทั่งการแต่งงานในชนชั้นสูงก็มีบทบาทที่เกี่ยวกับความมั่นคงของตระกูล ความมั่นคงทางเศรษฐกิจ และการเป็นพันธมิตรทางการเมือง<sup>31</sup> เป็นต้น

จากอุดมการณ์ครอบครัวที่กล่าวมาในข้างต้น ผู้วิจัยให้ข้อสังเกตว่า อุดมการณ์ครอบครัวไม่ได้แยกขาดจากกันอย่างสิ้นเชิง เนื่องจากบางส่วนของบางอุดมการณ์มีความเหมือนกัน บางส่วนมีความสอดคล้องกัน ดังนั้น การวิเคราะห์การอธิบายปรากฏการณ์ข้อเท็จจริงของศาลหนึ่ง ๆ จึงอาจมีอุดมการณ์ครอบครัวมากกว่าหนึ่งอุดมการณ์ได้

จากการทบทวนวรรณกรรม พบว่า ชุดความคิดหลักเรื่องครอบครัวในสังคมไทย คือ ครอบครัวที่มีความอบอุ่นมีความสุข และมีความมั่นคง<sup>32</sup> ซึ่งประกอบด้วย ผู้หญิงในฐานะแม่ ผู้ชายในฐานะพ่อและหัวหน้าครอบครัว และลูกโดยเป็นผู้หญิงหรือชาย<sup>33</sup>และยังมีการพยายามอธิบายครอบครัวที่ไม่เป็นไปชุดความคิดนี้ว่าเป็นครอบครัวที่ไม่สมบูรณ์แบบ หรือเป็นครอบครัวเลี้ยงเดี่ยวที่มีลักษณะพ่อหรือแม่ฝ่ายเดียวทำหน้าที่เลี้ยงดูลูก โดยสิ่งสำคัญที่แสดงถึงความไม่สมบูรณ์แบบ

<sup>24</sup> ชู. ชา. 27/3244, กรมการศาสนา. (2525). กระทรวงศึกษาธิการ. พระไตรปิฎกภาษาไทย ฉบับหลวง. กรุงเทพฯ: การศาสนา, อ้างใน พระมหาบุญเพ็ชร ปุณฺณวิริโย, แนวคิดและวิธีการขัดเกลาทางสังคมในสถาบันครอบครัวตามแนวพุทธศาสนา, วิทยานิพนธ์หลักสูตรปริญญาพุทธศาสตรมหาบัณฑิต, สาขาวิชาพระพุทธศาสนา มหาวิทยาลัยมหาจุฬาลงกรณราชวิทยาลัย, 2544, 28.

<sup>25</sup> อ. สด.ต.ก. 23/48/57. กรมการศาสนา. (2525). กระทรวงศึกษาธิการ. พระไตรปิฎกภาษาไทย ฉบับหลวง. กรุงเทพฯ: การศาสนา, อ้างใน พระมหาบุญเพ็ชร ปุณฺณวิริโย, แนวคิดและวิธีการขัดเกลาทางสังคมในสถาบันครอบครัวตามแนวพุทธศาสนา, วิทยานิพนธ์หลักสูตรปริญญาพุทธศาสตรมหาบัณฑิต, สาขาวิชาพระพุทธศาสนา มหาวิทยาลัยมหาจุฬาลงกรณราชวิทยาลัย, 2544, 28.

<sup>26</sup> พระมหาบุญเพ็ชร ปุณฺณวิริโย, แนวคิดและวิธีการขัดเกลาทางสังคมในสถาบันครอบครัวตามแนวพุทธศาสนา, 28.

<sup>27</sup> พระมหาบุญเพ็ชร ปุณฺณวิริโย, แนวคิดและวิธีการขัดเกลาทางสังคมในสถาบันครอบครัวตามแนวพุทธศาสนา, 31.

<sup>28</sup> เองเกลส์ ฟรีดริช เขียน กุหลาบ สายประดิษฐ์ แปล, กำเนิดครอบครัวของมนุษยชาติ ระเบียบสังคมของมนุษย์, กรุงเทพฯ: กอผี, 2524, 115.

<sup>29</sup> เรื่องเดียวกัน, 105-106.

<sup>30</sup> สายชล สัตยานุรักษ์, “ครอบครัว เครือญาติ และความสัมพันธ์ระหว่างเพศในสังคมอยุธยา”, ด้วยรัก เล่มที่ 3: ความเป็นครอบครัวและชุมชนในสังคมไทย, ฉัตรทิพย์ นาถสุตา (บ.ก.), รวมบทความในโอกาส ศาสตราจารย์กิตติคุณ ดร.ฉัตรทิพย์ นาถสุตา อายุ 72 ปี, 2556, 33.

<sup>31</sup> เรื่องเดียวกัน, 49 - 50.

<sup>32</sup> ทิพวรรณ จันทรา, ทางเลือกของภรรยาหลวง ในการจัดการปัญหาความรุนแรงของครอบครัว กรณี สามีนอกใจภรรยา, 61.

<sup>33</sup> สุขภาพร ภาณิต, “แม่ยิง” เหตุหย่า และกระบวนการพิจารณาไกล่เกลี่ยกรณีหย่าร้างของสาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว: กรณีศึกษาใน 6 แขวง, วิทยานิพนธ์ศิลปศาสตรมหาบัณฑิต, สาขาวิชาสตรีศึกษา บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยเชียงใหม่, 2548, 115.

ของครอบครัว คือ การหย่าร้าง<sup>34</sup> เนื่องจากการหย่าร้างจะเป็นการเปลี่ยนแปลงที่ทำให้สายสัมพันธ์ของครอบครัว ทำลายคุณค่าของความรักที่บุคคลเคยยึดถือ สามี ภริยาจะสูญเสียความรู้สึกมั่นคงในฐานะพ่อแม่และในฐานะปัจเจกบุคคล<sup>35</sup> ซึ่งอาจส่งผลให้เกิดปัญหาต่าง ๆ อาทิเช่น ปัญหาด้านเศรษฐกิจ ความเครียด การไม่มีเวลาอบรมสั่งสอนและช่วยเหลือลูกอย่างเหมาะสม<sup>36</sup>นอกจากนี้ ชุดความคิดเรื่องครอบครัวในสังคมไทย ยังปรากฏค่านิยมเรื่องบทบาททางเพศที่ไม่เสมอภาคโดยการทำให้บทบาทของผู้หญิงและเด็กมีคุณค่าน้อยกว่าชาย ค่านิยมและประเพณีที่ทำให้สตรีและเด็กต้องอดทนกับการถูกทำร้าย และปฏิเสธการใช้สิทธิตามกฎหมาย เนื่องจากยังต้องพึ่งพาผู้กระทำจึงไม่ต้องการให้อีกฝ่ายถูกจำคุก และความรุนแรงในครอบครัวเป็นเรื่องส่วนตัว ที่คนภายนอกไม่ควรยุ่ง<sup>37</sup>ทำให้เกิดกรอบคิดในเรื่องความรุนแรงในครอบครัวว่าเป็นเรื่องที่ไม่อาจหลีกเลี่ยงได้ โดยมองเป็นเรื่องของ “ลึนกับพิน” ที่สามีภริยาอยู่ด้วยกันยอมมีความขัดแย้งเป็นเรื่องธรรมดา<sup>38</sup>เป็นเรื่องส่วนตัว บุคคลภายนอกไม่ควรเข้าไปยุ่ง ดังคำที่คนทั่วไปมักพูดติดปากว่า “เรื่องของผัวเมียคนนอกไม่ควรเข้าไปยุ่ง”<sup>39</sup>และความรุนแรงส่วนหนึ่งเกิดจากความรักทำให้มีความหึงหวง และเมื่อเกิดความหึงหวงก็มีการทำร้ายร่างกายตามมา และเชื่อว่าเมื่อเหตุการณ์ยุติลงสามีภริยาก็คงกลับมารักกันดังเดิมหรือมากกว่าเดิม<sup>40</sup>ซึ่งหากพิจารณาอุดมการณ์ครอบครัวประกอบชุดความคิดหลักเรื่องครอบครัวในสังคมไทย จะพบว่าชุดความคิดนี้เกี่ยวข้องกับหลายอุดมการณ์ครอบครัวที่กล่าวไปข้างต้น ได้แก่ อุดมการณ์ครอบครัวที่มองครอบครัวในสถานะที่เป็นสถาบันทางสังคมที่เกี่ยวข้องกับรัฐที่ให้ความสำคัญและส่งเสริมสนับสนุนสถาบันครอบครัวที่เข้มแข็ง โดยเชื่อว่า สถาบันครอบครัวเป็นฐานรากของความสงบเรียบร้อยและความมั่นคงของประเทศ อุดมการณ์ครอบครัวที่เกี่ยวข้องกับศาสนา ที่ให้ความสำคัญกับความรัก ความอบอุ่นมั่นคง มีความสุข และการปฏิบัติหน้าที่ของตนเอง และอุดมการณ์ครอบครัวที่เกี่ยวข้องกับเรื่องอำนาจที่เน้นย้ำ สถานะของคนในครอบครัว คือ ผู้ชายทำหน้าที่ในฐานะสามี พ่อและหัวหน้าครอบครัว ส่วนผู้หญิงทำหน้าที่ในฐานะภริยา และแม่

#### 4. สิ่งผสมในคำพิพากษา

จากการอ่านและวิเคราะห์คำพิพากษาของศาลฎีการะหว่าง พ.ศ.2478 ถึง พ.ศ. 2557 ซึ่งเป็นระยะเวลา 79 ปี ที่สามารถสืบค้นได้ จำนวน 150 คำพิพากษาพบว่าในคำพิพากษาบางส่วนมีการยอมรับ และยืนยันชุดความคิดเกี่ยวกับเรื่องครอบครัวบางอย่างผ่านการพิจารณาและตัดสินคดีฟ้องหย่าดังนี้

<sup>34</sup> จีรนนท์ พิมถาวร, “ลักษณะและรูปแบบการดำเนินชีวิตของมารดาในครอบครัวแม่เลี้ยงเดียว”, วารสารสังคมศาสตร์และมนุษยศาสตร์, 2557 (5), สืบค้นวันที่ 13 กุมภาพันธ์ 2561, จาก <http://information.soc.ku.ac.th/ojs/index.php/social/article/view/144>

<sup>35</sup> ทิพยวรรณ จันทรา, ทางเลือกของภรรยาหลง ในการจัดการปัญหาความรุนแรงของครอบครัว กรณี สามีนอกใจภรรยา, 61.

<sup>36</sup> จีรนนท์ พิมถาวร, “ลักษณะและรูปแบบการดำเนินชีวิตของมารดาในครอบครัวแม่เลี้ยงเดียว”, วารสารสังคมศาสตร์และมนุษยศาสตร์.

<sup>37</sup> หนึ่งทัย ขอมผลกลาง, (2550), ปัจจัยแห่งการดำรงอยู่หรือล่มสลายของครอบครัว. วารสารเทคโนโลยีสุรนารี. 2550 (2), สืบค้นวันที่ 21 มิถุนายน 2559. จาก <http://203.158.6.11:8080/sutir/bitstream/123456789/3019/2/AR3.pdf>.

<sup>38</sup> กิตติพันธ์ นนทปัทมตุล, (2546), การประเมินระบบสวัสดิการสังคม สำหรับสตรีที่ได้รับความรุนแรง. นนทบุรี: สถาบันวิจัยระบบสาธารณสุข, อ่างใน หนึ่งทัย ขอมผลกลาง, (2550), ปัจจัยแห่งการดำรงอยู่หรือล่มสลายของครอบครัว, วารสารเทคโนโลยีสุรนารี, 2550 (2), สืบค้นวันที่ 21 มิถุนายน 2559, จาก <http://203.158.6.11:8080/sutir/bitstream/123456789/3019/2/AR3.pdf>.

<sup>39</sup> เรื่องเดียวกัน.

<sup>40</sup> เรื่องเดียวกัน.



#### 4.1 หัวหน้าครอบครัว

จากคำพิพากษาศาลฎีกา ระหว่างปี 2478 ถึง ปี 2557 ที่สามารถสืบค้นได้ พบว่า ในช่วงแรกของการบังคับใช้ เหตุฟ้องหย่าตามประมวลกฎหมายครอบครัวไทยผู้ถูกความ เป็นหัวหน้าครอบครัวกับชาย โดยชายมีหน้าที่ในการอุปการะ เลี้ยงดูบุคคลภายในครอบครัว และมีสิทธิในการเลือกถิ่นที่อยู่ให้แก่ภริยา และบุตร

คดีนี้ โจทก์(หญิง)ฟ้องหย่าโดยอ้างเหตุจำเลย(ชาย)ละทิ้ง โดยข้อเท็จจริงได้ความว่าต่างฝ่ายต่างเกี่ยว อีกฝ่าย 1 ให้อาศัยอยู่บ้านของตนโดยศาลฎีกาวินิจฉัยว่า

“ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1454 ให้สิทธิสามีเป็นผู้เลือกที่อยู่ เมื่อจำเลยเลือก บ้านของจำเลยเป็นที่อยู่ โจทก์ไม่ยอมตั้งนี้ จะถือว่าจำเลยละทิ้งไม่ได้แม้จำเลยจะไม่ช่วยอุปการะเลี้ยงดู โจทก์แต่เมื่อโจทก์เป็นฝ่ายผิดในเบื้องต้นแล้ว ก็เอาผิดแก่จำเลยไม่ได้”<sup>41</sup>

ภายใต้ชุดความคิดชายเป็นหัวหน้าครอบครัวและเป็นผู้เลือกถิ่นที่อยู่ ทำให้หญิงที่ไม่อยู่กับชาย ถูกอธิบายว่า หญิงไม่ปฏิบัติหน้าที่ของภริยาตามกฎหมาย โดยนำมาซึ่งเหตุฟ้องหย่าที่ชายสามารถฟ้องหย่าหญิงได้ โดยหญิงไม่มีสิทธิ อ้างเหตุฟ้องหย่านี้

คดีนี้ โจทก์(หญิง) ฟ้องหย่า(ชาย) โดยเหตุหนึ่งที่ว่าอ้าง คือ หญิงชายไม่ได้อยู่ร่วมกันมาถึง 2 ปีเศษแล้วนั้น โดยเหตุที่ไม่ได้อยู่ร่วมกัน เนื่องจากหญิงไม่ยอมอยู่ร่วมกับชาย ศาลพิจารณาแล้วเห็นว่า

“จำเลยเป็นสามีมีสิทธิเลือกที่อยู่ การที่โจทก์แยกไปอยู่ที่อื่น แสดงว่าโจทก์เองปฏิบัติหน้าที่ของ ภรรยาตามกฎหมาย ซึ่งจำเลยมีสิทธิฟ้องหย่าโจทก์ได้ในฐานะที่ทิ้งร้างโจทก์ไป ตามมาตรา 1500(3) หาใช่เป็นเหตุที่ให้สิทธิโจทก์ฟ้องจำเลยตั้งโจทก์อ้างไม่ โจทก์เข้าใจกฎหมายผิดตรงกันข้ามกับที่ตัวบท ได้บัญญัติไว้”<sup>42</sup>

ต่อมาช่วงปี 2518 ได้ปรากฏคำพิพากษาที่แสดงให้เห็นถึงผ่อนปรนแนวคิดที่ชายเป็นผู้ผูกขาดในการเลือกถิ่นที่อยู่ โดยยอมรับการที่หญิงสามารถแยกกันอยู่กับชายเพราะภาระหน้าที่ได้

คดีนี้ โจทก์(หญิง) ฟ้องว่า จำเลย(ชาย) ซึ่งเป็นสามีไม่ได้อยู่กับฉันสามีภรรยา และไม่ให้ การอุปการะเลี้ยงดูหญิงและบุตรเกินกว่า 1 ปีโดยศาลพิจารณาแล้วเห็นว่า

“โจทก์จำเลยเป็นสามีภรรยาฉัน จำเลยถูกย้ายต้องไปอยู่ต่างจังหวัดอื่นโดยโจทก์มิได้ตามไปอยู่ด้วย เพราะมีภาระที่จะต้องดูแลบุตร บ้านและทำการค้าขาย จะถือว่าจำเลยจงใจจะทิ้งร้างโจทก์ไม่ได้”<sup>43</sup>

และต่อมาในช่วงปี 2522 ก็มีปรากฏคำพิพากษาที่ยืนยันว่าหญิงและชายสามารถแยกกันอยู่ได้ โดยการที่ หญิงไม่ติดตามไปอยู่ร่วมกับชายไม่ถือว่าเป็นการเป็นปฏิปักษ์ต่อการเป็นสามีภรรยาอันอย่างร้ายแรง

คดีนี้ โจทก์(ชาย) บรรยายฟ้องและนำสืบเป็นทำนองว่าจำเลย(หญิง) ไม่นำพาต่อการที่จะไปอยู่ร่วมกัน แต่ ปรากฏว่าโจทก์ก็มาหาจำเลยเป็นประจำ และมาอยู่กินหลับนอนที่บ้านจำเลย

“การที่จำเลยไม่ติดตามไปอยู่ร่วมกับโจทก์ยังถือไม่ได้ว่าจำเลยได้ทำการเป็นปฏิปักษ์ต่อการเป็นสามี ภริยากับโจทก์อย่างร้ายแรงถึงขนาดที่โจทก์เดือดร้อนเกินควรโจทก์จึงจะฟ้องหย่า”

<sup>41</sup> คำพิพากษาที่ 614/2490 ศาลฎีกา.

<sup>42</sup> คำพิพากษาที่ 668/2501 ศาลฎีกา.

<sup>43</sup> คำพิพากษาที่ 2512/2518 ศาลฎีกา.

แต่ทั้งนี้ ในปี 2533 ยังปรากฏคำพิพากษาที่ยืนยันว่า ชายเป็นหัวหน้าครอบครัว

คดีนี้ โจทก์(หญิง)ฟ้องหย่า(ชาย)ในเหตุฟ้องหย่าจึงโจละทิ้งร้างเกิน 1 ปี โดยโจทก์ป่วยเป็นอัมพาต จำเลยรับราชการไม่มีเวลาดูแลรักษาพยาบาลโจทก์ โจทก์จึงได้นำน้องชายโจทก์เข้ามาอยู่เพื่อคอยดูแลช่วยเหลือ แต่จำเลยอ้างว่าได้ทะเลาะกับน้องชายโจทก์ และน้องชายโจทก์ได้ทำร้ายจำเลยจำเลยจึงได้ไปแจ้งความและได้ออกจากบ้านไป

*“จำเลยเองก็เป็นสามีโจทก์และมีฐานะเป็นหัวหน้าครอบครัวอยู่แล้วหากจำเลยไม่ประสงค์จะให้ให้น้องชายโจทก์อยู่ในบ้านอีกต่อไป จำเลยก็ชอบที่จะบอกให้น้องชายโจทก์ออกไปจากบ้านเสียได้ แต่ก็ไม่ปรากฏว่าจำเลยได้กระทำเช่นนั้นแต่ประการใดตั้งแต่วันที่จำเลยได้ออกจากบ้านไปเสียทั้ง ๆ ที่รู้ว่าโจทก์กำลังป่วยเป็นอัมพาตช่วยเหลือตนเองไม่ได้และกำลังต้องการความช่วยเหลือจากจำเลยอยู่เช่นนี้ แสดงให้เห็นว่าจำเลยถือโอกาสละทิ้งร้างโจทก์ไปโดยมิได้มีความตั้งใจจะอยู่ช่วยเหลืออุปการะเลี้ยงดูโจทก์ตามความสามารถและฐานะของตน”*

จากที่กล่าวมา จะเห็นได้ว่าชุดความคิดนี้แสดงให้เห็น การยืนยันและการผลิตซ้ำชุดความคิด เรื่องครอบครัวตามอุดมการณ์ครอบครัวในสถานะที่เป็นเรื่องเกี่ยวพันกับเรื่องอำนาจและชุดความคิดเรื่องครอบครัวในสังคมไทยโดยยอมรับการที่ชายมีอำนาจเหนือหญิงชายเป็นศูนย์กลางของครอบครัว และหญิงต้องอยู่ภายใต้การควบคุมของชาย คือหญิงต้องอยู่ในที่ที่ชายอยู่ โดยหากหญิงไม่ปฏิบัติตามจะเป็นการที่หญิงไม่ปฏิบัติหน้าที่ภริยา แม้อาจมาชุดความคิดเรื่องชายเป็นหัวหน้าครอบครัวได้มีการปรับโดยประนีประนอมยอมผ่อนปรนรับฟังเสียงหญิงบ้าง แต่ชายยังคงมีสถานะเป็นหัวหน้าครอบครัวและนอกจากนี้ยังปรากฏชุดความคิดตามอุดมการณ์ครอบครัวในสถานะที่เป็นเรื่องเกี่ยวพันกับศาสนา โดยการพิจารณาการปฏิบัติหน้าที่ของสามี ภริยาอีกด้วย ทั้งนี้ ผู้วิจัยมีข้อสังเกตว่า หลังจากปี 2533 ไม่ได้มีปรากฏข้อมูลที่อาจแสดงให้เห็นว่า มีการยืนยันหรือการผลิตสร้างความเป็นหัวหน้าครอบครัวที่ปรากฏในคำพิพากษา ซึ่งอาจเป็นไปได้ว่า ชุดความคิดเรื่องชายเป็นหัวหน้าครอบครัวได้ถูกยอมรับและผูกขาดจนเป็นความเชื่อโดยทั่วไปของคนในสังคมแล้วหรือความคิดเรื่องหัวหน้าครอบครัวไม่ได้ถูกให้ความสำคัญในเรื่องการฟ้องหย่า จึงไม่มีการพูดถึงอีกต่อไป

#### 4.2 ความรุนแรงในครอบครัวเป็นเรื่องธรรมดา

การทะเลาะกันระหว่างสามี ภริยา ถูกกำหนดให้เป็นเหตุฟ้องหย่าตามกฎหมาย โดยหากเป็นการกระทำที่ฝ่ายหนึ่งทำร้ายร่างกาย ทำร้ายจิตใจ หมิ่นประมาท หรือเหยียดหยามอีกฝ่ายหรือบุพการีอีกฝ่ายหนึ่ง เป็นการร้ายแรง ฝ่ายที่ถูกกระทำสามารถยกเป็นเหตุฟ้องหย่าตามกฎหมายได้ โดยจากการวิเคราะห์คำพิพากษาที่เกี่ยวข้องกับการทะเลาะกันระหว่างสามี ภริยา ผู้วิจัยพบว่า ศาลมีมุมมองในเรื่องของการทะเลาะกันระหว่างสามี ภริยา ดังนี้

4.2.1 การทะเลาะกันระหว่างสามี ภริยาเป็นเรื่องภายในบ้านหรือเรื่องภายในครอบครัว (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2506/2523, 3563/2548)

คดีนี้ ชาย(โจทก์) ฟ้องหญิง(จำเลย) ต้นเหตุของการทะเลาะกันเกิดจากการที่ชายมีหญิงอื่นกระทั้งมีบุตรด้วยกัน โดยการทะเลาะด่าว่าเป็นเรื่องที่เกิดในบ้านภายในครอบครัวและที่บ้านหญิงอื่นเท่านั้น ถ้อยคำที่หญิงด่าว่ามาจากกระบายอารมณ์หึงสุดขีดของหญิงที่อยู่ในสภาพชอกช้ำระกำใจ

*“จำเลยหาได้มีเจตนาหมิ่นประมาทโจทก์จริงจึงเป็นการด่าว่ากันด้วยอารมณ์หึงหวงอันเกิดจากความรักความห่วงใยในสามีของตนเอง คำด่าของจำเลยในลักษณะดังกล่าวหาเป็นการร้ายแรงที่โจทก์จะอ้างมาเป็นเหตุหย่าได้ไม่”*

“การที่จำเลยทะเลาะกับโจทก์ที่บ้านจำเลย แล้วจำเลยหยิบขวดน้ำพลาสติกหน้าโจทก์แตกโลหิตไหลนั้น ก็เป็นเรื่องทะเลาะวิวาทกันภายในบ้านระหว่างสามีภริยาอันเนื่องมาจากความหึงหวง ซึ่งไม่ปรากฏว่า โจทก์ได้รับอันตรายร้ายแรงจากบาดแผลนั้นแต่อย่างใด จึงไม่เข้าลักษณะของการทำร้ายอันเป็นการ ร้ายแรงที่จะถือเป็นเหตุหย่าได้”<sup>44</sup>

4.2.2 แม้สามี ภริยาจะมีเรื่องทะเลาะกันรุนแรงเพียงใด หากไม่ใช่เป็นเรื่องร้ายแรงถึงขนาด ย่อมที่ต่างฝ่ายต่าง จะผ่อนปรนและให้อภัยแก่กันได้ (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 83/2542, 2851/2551)

คดีนี้ ชาย(โจทก์)ฟ้องว่าหญิง(จำเลย) ละทิ้งร้างไปเกิน 1 ปี โดยข้อเท็จจริงยังไม่ยุติว่าการที่ชายออกจากบ้านที่ อาศัยร่วมกันเกิดจากการที่หญิงขับไล่ชายออกจากบ้านหรือจากการที่ชายไปพักอาศัยที่บ้านสวนเพื่อความสะดวกในการ ทำงานกันแนโดยศาลพิจารณาและตัดสินจากการที่ชายไม่ชวนขวยที่จะกลับไปหาหญิงหรือชวนหญิงมาอยู่ด้วยจึงไม่ใช่การ ที่หญิงละทิ้งร้าง โดยส่วนหนึ่งของการวิเคราะห้สาเหตุของศาลเป็นดังนี้

“เห็นได้ว่า โจทก์กับจำเลยเป็นสามีภรรยาโดยทำพิธีแต่งงานตามประเพณีจดทะเบียนสมรสโดยชอบ ด้วยกฎหมาย และร่วมอยู่กินด้วยกันแล้ว โดยเหตุผลแม้จะมีเรื่องทะเลาะกันรุนแรงเพียงใด หากมิใช่ เป็นเรื่องร้ายแรงถึงขนาดแล้วย่อมที่จะให้อภัยโดยต่างฝ่ายต่างผ่อนปรนให้แก่กันได้” “สาเหตุที่ ทะเลาะกันเป็นสาเหตุเรื่องเงินทองภายในครอบครัวซึ่งเป็นเรื่องปกติธรรมดาทั่วไปจึงมิใช่เป็นสาเหตุ ร้ายแรงและสามารถปรับความเข้าใจระหว่างกันได้”<sup>45</sup>

4.2.3 แม้ปรากฏความรุนแรงในครอบครัว แต่หากต่างฝ่ายต่างยังคงมีความรักและอาลัยต่อกันอยู่ ก็ยังไม่ควรที่ จะให้อำนาจขาดจากกัน

คดีนี้ โจทก์(ชาย) ฟ้องขอหย่าจำเลย(หญิง) ในกรณีที่หนึ่ง จำเลยเคยเอามือดันหลังบิดาโจทก์ตกคูในขณะเดิน ข้ามสะพานสวนกันและกรณีที่สอง จำเลยไปรบเจ้าโจทก์ให้หาที่อยู่ โจทก์พูดว่า ที่นี้ไม่ใช่โรงแรม จำเลยโกรธจึงชกโจทก์ โจทก์เอาไม้เรียวตีจำเลย จำเลยแย่งไม้ไม่ได้แล้วตีโจทก์บ้างคนละที 2 ที

“ต่อมาโจทก์มีจดหมายนัดพบจำเลย จำเลยก็ไปหาโจทก์ก็พูดจากันเป็นปกติ ในจดหมายของโจทก์ก็ แสดงความรักและอาลัยต่อจำเลย หากแต่มีความลำบากเรื่องที่อยู่เพราะผู้ใหญ่ โจทก์จะไปอยู่บ้าน จำเลยก็ไม่ได้ จำเลยจะไปอยู่ที่บ้านโจทก์ก็ไม่ได้ เช่นนี้เห็นว่ายังมีเหตุอันสมควรจะให้หย่ากันไม่”<sup>46</sup>

4.2.4 ความรุนแรงในครอบครัวบางประการสามารถรับฟังเพื่อเป็นข้อแก้ต่างได้ โดยตั้งแต่ปี 2508 ปรากฏคำ พิพากษาที่แสดงให้เห็นว่า ศาลยอมรับเหตุผลของการกระทำความรุนแรงในครอบครัวเนื่องจากความหึงหวง

คดีนี้ เหตุหนึ่งที่โจทก์(หญิง)หย่าจำเลย(ชาย) คือ โจทก์ฟ้องว่า จำเลยหมิ่นประมาทหาว่าโจทก์เป็นชู้

“เห็นว่า ที่จำเลยกล่าวบรรยายโจทก์ว่าโจทก์มีชู้นั้นเป็นการรุนแรงอยู่ แต่จำเลยได้กล่าวขึ้นเพราะ โมโหหึงขึ้นชั่วขณะ และกล่าวขึ้นในบ้านภายในครอบครัว เห็นว่ายังไม่เป็นการร้ายแรงถึงขนาดที่ ให้หย่าขาดจากกันตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1500 (2)”<sup>47</sup>

<sup>44</sup> คำพิพากษาที่ 2506/2523 ศาลฎีกา.

<sup>45</sup> คำพิพากษาที่ 83/2542 ศาลฎีกา.

<sup>46</sup> คำพิพากษาที่ 894/2493 ศาลฎีกา.

<sup>47</sup> คำพิพากษาที่ 260/2508 ศาลฎีกา.

และต่อมากลางการกระทำความรุนแรงในครอบครัวเนื่องจากความหึงหวงก็ปรากฏคำพิพากษาอีกหลายฉบับโดยการกล่าวอ้างจากภริยาที่อ้างความหึงหวง ทำให้กระทำไปด้วยความวู่วาม ขาดความยั้งคิด หรือกระทำไปเพื่อป้องกันไม่ให้เกิดความสัมพันธ์ระหว่างสามีและหญิงอื่น (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1648/2524, 2962/2526, 6682/2531, 3513/2532) และท้ายที่สุดศาลพิจารณาให้การกระทำนั้น ไม่เป็นเหตุฟ้องหย่าตามกฎหมาย

นอกจากนี้ ต่อมาก็ปรากฏคำพิพากษาที่ยอมรับการกล่าวอ้างการกระทำที่เกิดจากความหึงหวงสามีของภริยา<sup>48</sup>ความน้อยใจของภริยา<sup>49</sup> และให้เหตุผลบางส่วนว่าเป็นการกระทบกระทั่งภายในครอบครัว<sup>50</sup>อีกด้วย

จากชุดความคิดเรื่องครอบครัวข้างต้นจะเห็นได้ว่า มีการยืนยันและการผลิตซ้ำชุดความคิดเรื่องครอบครัวตามอุดมการณ์ครอบครัวในสถานะที่เป็นเรื่องเกี่ยวพันกับเรื่องอำนาจและชุดความคิดเรื่องครอบครัวในสังคมไทยในเรื่องของความรุนแรงในครอบครัว โดยเห็นว่า เป็นเรื่องธรรมดา สามีภริยาควรผ่อนปรนและให้อภัยแก่กันรวมถึงความรุนแรงในครอบครัวเนื่องจากความหึงหวงเป็นเรื่องภายในครอบครัว

#### 4.3 การหย่าไม่ใช่เสรีภาพของบุคคล

การหย่าไม่ใช่เสรีภาพของบุคคล คือ ชุดความคิดที่ยืนยันว่า การก่อตั้งครอบครัว(การสมรส)เป็นเสรีภาพของบุคคล แต่การสิ้นสุดการสมรสไม่ใช่เสรีภาพของแต่ละบุคคล โดยการสิ้นสุดการสมรสเป็นสิ่งที่กฎหมายต้องการตีกรอบและควบคุมไว้เพื่อไม่ให้สังคมวุ่นวายและเกิดการเอารัดเอาเปรียบกัน

คดีนี้ ชาย(โจทก์) ฟ้องหย่า(หญิง) โดยชายฎีกาว่า ตนมีสิทธิเลือกคู่ครองของตนเองได้ โดยเป็นสิทธิที่ได้รับการคุ้มครองจากรัฐธรรมนูญ โดยหากเห็นว่า หญิงไม่เหมาะสมกับตนย่อมมีสิทธิเลิกร้างได้ การที่ตนไม่ประสงค์อยู่ร่วมกับหญิงและใช้วิธีการทางกฎหมายโดยการฟ้องหย่า เป็นการแก้ปัญหาให้แก่ครอบครัวและสังคมโดยสันติ เพื่อไม่ให้เกิดปัญหารุนแรงถึงขั้นฆ่ากันตายดังเช่นที่เคยเกิดขึ้นในสังคมไทย ซึ่งให้ทำให้เกิดปัญหาแก่บุตร การที่ศาลชั้นต้นและศาลอุทธรณ์พิพากษายกฟ้องจึงเป็นเหมือนการไม่แก้ไข้ปัญหา แต่กลับสร้างปัญหาให้เกิดในครอบครัวของตน โดยไม่คำนึงถึงจิตใจและความทุกข์ทรมานจากการกระทำของหญิง ศาลเห็นว่า “รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 28 กำหนดว่า บุคคลย่อมมีสิทธิและเสรีภาพของตนได้เท่าที่ไม่ละเมิดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลอื่นหรือไม่ขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชน” และการเลือกคู่ครองเป็นสิทธิ แต่การใช้สิทธิต้องไม่ทำให้ผู้อื่นเดือดร้อน อยู่ภายใต้ขอบเขตของกฎหมายและต้องมีเหตุตามกฎหมายบัญญัติรับรองถึงการใช้สิทธิ

*“การที่โจทก์อยู่กินฉันสามีภริยากับจำเลยและได้จดทะเบียนสมรสกันโดยชอบด้วยกฎหมาย ต่อมาภายหลังโจทก์ไม่พอใจ ต้องการแยกทางกับจำเลยจึงฟ้องหย่าโดยอ้างว่าเป็นสิทธิที่โจทก์จะเลือกคู่ครองได้ตามแต่ความพอใจของตนนั้นคงไม่ถูกต้อง เพราะการใช้สิทธิดังกล่าวของโจทก์ย่อมมีผลกระทบกระเทือนต่อจำเลยซึ่งเป็นภริยาและบุตรทั้งสองดังนี้ หากโจทก์ประสงค์จะหย่าขาดจากจำเลยจะต้องมีเหตุหย่าที่อ้างได้ตามที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1516 บัญญัติไว้ซึ่งการใช้สิทธิหย่าของโจทก์ต้องอยู่ภายใต้ขอบเขตของบทบัญญัติกฎหมายดังกล่าวมิฉะนั้นสถาบันครอบครัวในสังคมจะเกิดการเอารัดเอาเปรียบและมีแต่ความสับสนวุ่นวายได้ ส่วนการที่ศาลจะพิพากษาให้หย่า*

<sup>48</sup> คำพิพากษาที่ 577/2529 ศาลฎีกา.

<sup>49</sup> คำพิพากษาที่ 2232/2535 ศาลฎีกา.

<sup>50</sup> คำพิพากษาที่ 5161/2538 ศาลฎีกา.

ขาดจากกันได้หรือไม่ นั่น ก็จะต้องพิจารณาจากข้อเท็จจริงว่าจะมีเหตุให้ยาได้ตามประมวลกฎหมาย  
แพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1516 หรือไม่ฎีกาของโจทก์ข้อนี้ฟังไม่ขึ้น”<sup>51</sup>

จากชุดความคิดนี้แสดงให้เห็นความคิดตามกรอบคิดตามอุดมการณ์ครอบครัวในสถานะที่เป็นเรื่องส่วนตัว โดย  
ยืนยันว่าการก่อตั้งครอบครัวหรือการสมรสเป็นเสรีภาพของบุคคลและกรอบคิดตามอุดมการณ์ครอบครัวในสถานะที่เป็น  
สถาบันทางสังคมที่เกี่ยวกับรัฐ ในการเน้นย้ำว่าในเรื่องการหย่า โดยเฉพาะเรื่องการฟ้องหย่า นั้นต้องปฏิบัติตามที่  
กฎหมายวางกรอบและควบคุมไว้ เพื่อไม่ให้สังคมวุ่นวายและเกิดการเอาเปรียบกัน

## 5. บทสรุป

การวิเคราะห์คำพิพากษาศาลฎีกาข้างต้นเป็นเพียงการวิเคราะห์ข้อมูลส่วนหนึ่งจากการใช้อำนาจใน  
กระบวนการยุติธรรมที่เกี่ยวข้องกับเหตุฟ้องหย่าที่แสดงให้เห็นว่าศาลในฐานะผู้บังคับใช้กฎหมาย ทำได้เพียงแต่นำ  
บทบัญญัติมาปรับใช้กับข้อเท็จจริงโดยตรงไปตรงมาและมีเหตุผลทางกฎหมายประกอบการพิจารณาและตัดสินคดี  
ทั้งหมดไม่แท้จริงแล้วในการพิจารณาและตัดสินของศาล ศาลมีการยอมรับและยืนยันชุดความคิดรวมถึงอุดมการณ์ใน  
เรื่องครอบครัวประการและปฏิเสธชุดความคิด รวมถึงอุดมการณ์ ในเรื่องครอบครัวประการที่คู่ความในคดีนำเสนอโต้แย้ง  
จึงเป็นไปได้ว่าในการพิจารณาและตัดสินคดี ศาลเป็นส่วนหนึ่งในการผลิตซ้ำและผลิตสร้างวาทกรรมเรื่องของการครอบครัว  
ให้แก่คนในสังคมผ่านการอธิบายและพิจารณาปรากฏการณ์ข้อเท็จจริงได้แก่หัวหน้าครอบครัว ความรุนแรงในครอบครัว  
เป็นเรื่องธรรมดา และการหย่าไม่ใช่เสรีภาพของบุคคลจึงเป็นเรื่องที่น่าคิดต่อไปว่า ปริมาณเกี่ยวข้องกับเรื่องครอบครัวที่  
บางส่วนเชื่อว่าเป็นเรื่องส่วนตัวหรือเป็นปริมาณส่วนบุคคลที่มีความจริงแท้ในสังคมนั้นแท้ที่จริงแล้ว อาจเป็นเพียงวาท  
กรรมเรื่องครอบครัวที่ถูกสร้างและผลิตซ้ำ โดยมีความพยายามแทรกแซงให้คนในสังคมคิดและเชื่อเช่นนั้นผ่านการอธิบาย  
ปรากฏการณ์ข้อเท็จจริงต่าง ๆ และการปรับใช้เหตุฟ้องหย่าตามกฎหมายไม่ว่าจะตระหนักหรือไม่ก็ตาม

### บรรณานุกรม

กรมการศาสนา. (2525). กระทรวงศึกษาธิการ. พระไตรปิฎกภาษาไทยฉบับหลวง. กรุงเทพฯ: การศาสนา.

กิตติพันธ์ นนทปัทมกุล. (2546). การประเมินระบบสวัสดิการสังคม สำหรับสตรีที่ได้รับความรุนแรง. นนทบุรี: สถาบันวิจัย  
ระบบสาธารณสุข.

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1151/2529

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1648/2524

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2232/2535

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2506/2523

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2512/2518

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 260/2508

<sup>51</sup> คำพิพากษาที่ 5983/2548 ศาลฎีกา.

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2851/2551

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2962/2526

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3513/2532

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3563/2548

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5161/2538

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 577/2529

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5983/2548

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 614/2490

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6682/2531

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 668/2501

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 83/2542

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 894/2493

จิรนนท์ พิมถาวร. ลักษณะและรูปแบบการดำเนินชีวิตของมารดาในครอบครัวแม่เลี้ยงเดียว. วารสารสังคมศาสตร์และมนุษยศาสตร์. 2557 (5), สืบค้นวันที่ 13 กุมภาพันธ์ 2561, จาก <http://information.soc.ku.ac.th/ojs/index.php/social/article/view/144>

ทิพวรรณ จันทรา. (2549). ทางเลือกของภรรยาหลง ในการจัดการปัญหาความรุนแรงของครอบครัว กรณี สามีนอกใจภรรยา. ระดับปริญญาโท, ศิลปศาสตรมหาบัณฑิต (สตรีศึกษา) สำนักบัณฑิตอาสาสมัคร มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช. (2543). เหตุฟ้องหย่า: การศึกษาเปรียบเทียบในเชิงนิติศาสตร์. กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

ปิยะนุช โปตะวงษ์. (2528). สัมพันธ์กับการสมรส. ระดับปริญญาโท, นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

ปิ่นแก้ว เหลืองอร่ามศรี. (2544). รักโรแมนติกในมุมมองสังคมวิทยาและมานุษยวิทยา. วารสารสังคมศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่, 23 (1-2/2554), 28.

ปิ่นแก้ว เหลืองอร่ามศรี. (2544). รักโรแมนติกในมุมมองสังคมวิทยาและมานุษยวิทยา. วารสารสังคมศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่, 23 (1-2/2554), 37.

พระมหาบุญเพียร ปุญญวิริโย. (2544). แนวคิดและวิธีการขัดเกลาทางสังคมในสถาบันครอบครัวตามแนวพุทธศาสนา. ระดับปริญญาโท, พุทธศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชาพระพุทธศาสนา มหาวิทยาลัยมหาจุฬาลงกรณราชวิทยาลัย.

พระราชบัญญัติให้ใช้บทบัญญัติบรรพ 5 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ที่ตรวจชำระใหม่ พ.ศ. 2519.

ไพโรจน์ กัมพูสิริ. (2551). คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ครอบครัว. (พิมพ์ครั้งที่ 6.). กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

- วิระดา สมสวัสดิ์. (2546). กฎหมายครอบครัว. (พิมพ์ครั้งที่ 2.). กรุงเทพฯ: คบไฟ.
- เล็ก สมบัติ. (2540). ประมวลแนวคิดนโยบายการพัฒนาสถาบันครอบครัว. ใน ศศิพัฒน์ ยอดเพชร (บ.ก.), สถาบันครอบครัว: มุมมองของนักสวัสดิการสังคม, (174). กรุงเทพฯ: สมาคม.
- สมชาย ปรีชาศิลปกุล. (2558). เพศวิถีในคำพิพากษา. (พิมพ์ครั้งที่ 2.). เชียงใหม่: คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่.
- สมิธ วุฒิสวัสดิ์. (2552). การศึกษาสัมพันธ์ภาพในครอบครัวของนักเรียนช่วงชั้นที่ 2. ระดับปริญญาโท, การศึกษา มหาวิทยาลัยศิลปากรคณะมนุษยศาสตร์ มหาวิทยาลัยศรีนครินทรวิโรฒ.
- สายชล สัตยานุรักษ์. (2556). ครอบครัว เครือญาติ และความสัมพันธ์ระหว่างเพศในสังคมอยุธยา. ใน ฉัตรทิพย์ นาถสุภาด้วยรัก (บ.ก.), ด้วยรัก เล่มที่ 3: ความเป็นครอบครัวและชุมชนในสังคมไทย. (33). กรุงเทพฯ: สร้างสรรค์.
- สายชล สัตยานุรักษ์. (2556). ครอบครัว เครือญาติ และความสัมพันธ์ระหว่างเพศในสังคมอยุธยา. ใน ฉัตรทิพย์ นาถสุภาด้วยรัก (บ.ก.), ด้วยรัก เล่มที่ 3: ความเป็นครอบครัวและชุมชนในสังคมไทย. (49-50). กรุงเทพฯ: สร้างสรรค์.
- สุภาพพร ภาณิต. (2548). “แม่ยิง” เหตุหย่า และกระบวนการพิจารณาไกล่เกลี่ยกรณีหย่าร้างของสาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว: กรณีศึกษาใน 6 แขวง. วิทยานิพนธ์ศิลปศาสตรมหาบัณฑิต, สาขาวิชาสตรีศึกษา บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยเชียงใหม่.
- หนึ่งทัย ขอผลกลาง. (2550). ปัจจัยแห่งการดำรงอยู่หรือล่มสลายของครอบครัว. วารสารเทคโนโลยีสุรนารี. 2550 (2) , สืบค้นวันที่ 21 มิถุนายน 2559.  
จาก <http://203.158.6.11:8080/sutir/bitstream/123456789/3019/2/AR3.pdf>
- อลิซาเบธ เบคเกอร์สเฮม เขียน วารุณี ภูริสินสิทธิ์ แปล. (2550). ครอบครัวในความหมายใหม่ การค้นหาวิถีชีวิตแบบใหม่. กรุงเทพฯ: คบไฟ.
- อัจฉริยา สัมพัฒน์วรชัย. (2546). การแยกกันอยู่เป็นการชั่วคราวของสามีภริยาตามกฎหมายครอบครัวไทย: ศึกษากรณีใช้เป็นมาตรการชะลอการหย่าร้าง. ระดับปริญญาโท, นิติศาสตรมหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- อับดุลเราะมัน เจอารง. (2547). สิทธิของภริยาในการหย่าและสิทธิที่พึงได้รับตามกฎหมายอิสลาม: กรณีศึกษาจังหวัดปัตตานี. ระดับปริญญาโท, ศิลปศาสตรมหาบัณฑิต, วิทยาลัยอิสลามศึกษา คณะวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยี มหาวิทยาลัยสงขลานครินทร์.
- เองเกลส์ ฟรีดริชเขียน เขียน กุหลาบ สายประดิษฐ์ แปล. (2524). กำเนิดครอบครัวของมนุษยชาติ ระเบียบสังคมของมนุษย์. กรุงเทพฯ: กอไผ่.
- Zaidan. Islamic Family Law in the Islamic Tradition. (1976). Chicago: Kazi.

## ความเปลี่ยนแปลงในชนบทไทย: การจัดการความขัดแย้ง Changing in the Thai Rural Community: the conflict management

บงกช ดารารัตน์

Bongkoch Dararut

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่ จังหวัดเชียงใหม่ 50200 ประเทศไทย

Faculty of Law, Chiang Mai University, Chiang Mai Province 50200 Thailand

อีเมลล์: bbongkochh@gmail.com

Email: bbongkochh@gmail.com

### บทคัดย่อ

บทความชิ้นนี้มุ่งศึกษาถึงวิธีการจัดการความขัดแย้งของหมู่บ้านชนบทไทย ในกรณีศึกษาของหมู่บ้านป่าจี้ หมู่ที่ 1 ตำบลทุ่งสะตอก อำเภอสันป่าตอง จังหวัดเชียงใหม่ ซึ่งมีวิธีการจัดการข้อพิพาทและรักษาความสงบเรียบร้อยภายในชุมชนโดยการใช้ธรรมนูญชุมชน หรือ “เข่ากว่า” เป็นกฎเกณฑ์ของหมู่บ้านที่สร้างขึ้นเพื่อกำกับความปลอดภัยโดยทั่วไปของคนในชุมชนและมีสภาพบังคับต่อสมาชิกชุมชนที่กระทำผิดตามธรรมนูญชุมชน โดยศึกษาภายใต้กรอบคิดของ แนวคิดพหุนิยมทางกฎหมายเพื่ออธิบายลักษณะเฉพาะของธรรมนูญชุมชนนี้ (law of the commons) ในการที่เป็นกฎหมายของชุมชน ซึ่งมีความแตกต่างจากกฎหมายรัฐ (state law) เนื่องจากธรรมนูญชุมชนนี้อาศัยการมีส่วนร่วมของชาวบ้านและทุนทางสังคมในหมู่บ้านชนบท และ ดำเนินการบังคับใช้ผ่านกลไกคณะกรรมการหมู่บ้าน ทำให้ธรรมนูญชุมชนมีผลบังคับใช้ได้จริงและมีประสิทธิภาพ

**คำสำคัญ:** การจัดการความขัดแย้ง, ธรรมนูญชุมชน

### Abstract

This paper aims to study a method of conflict resolution in the Thai rural village. Ban Pa-Jee, Tung Stok Subdistrict, San Pa Tong, Chiang Mai is selected as the case study of this research because it is where the villagers apply the method of conflict resolution and maintain security through the community charter, “Khaw Kamp.” The Community Charter is a regulation that the villagers created to monitor their members’ behavior and sanction the violators. This study applies legal pluralism as the basis to explain the characteristics of the Community Charter, as law of the commons, to differentiate from the state law. The Community Charter depends on the villagers’ participation and the social contexts to support the Charter. For the mechanism, they have the committee of the village to efficiently enforce this Community Charter.

**Keywords:** Conflict resolution, Community Charter



## บทนำ

ในสังคมที่มีมนุษย์อยู่ร่วมกันภายในทรัพยากรที่จำกัด และการพัฒนาอย่างไม่หยุดยั้ง สิ่งที่จะหลีกเลี่ยงไม่ได้เลยคือ ความขัดแย้ง และเมื่อมีข้อพิพาทเกิดขึ้นก็จำเป็นที่จะต้องหาข้อยุติ เดิมทีใช้วิธีการต่อสู้และวิวัฒนาการเป็นการจัดระเบียบสังคมในลักษณะตัวแทน คือ รัฐ<sup>1</sup> ซึ่งใช้วิธีการจัดระเบียบสังคมผ่านการใช้กฎหมายรัฐ (State Law) เป็นเครื่องมือในการรักษาความสงบสุขในสังคม แต่เมื่อพิจารณาถึงความเป็นจริง ในบริบทสังคมที่มีความซับซ้อนนั้นการจัดการความขัดแย้งในสังคมไม่ได้มีแค่กฎหมายรัฐที่ทรงประสิทธิภาพในการจัดการความขัดแย้งแต่ยังมีกฎเกณฑ์อื่น ๆ ที่ดำรงอยู่ในสังคมและไม่ถูกพูดถึงดังเช่น กรณีศึกษาของหมู่บ้านป่าจี้ หมู่บ้านชนบทภาคเหนือแห่งหนึ่งในอำเภอสันป่าตอง จังหวัดเชียงใหม่ ที่มีการบังคับใช้กฎหมายของชุมชนผ่านประชาคมของหมู่บ้าน<sup>2</sup> เรียกว่า “ธรรมนูญชุมชน” หรือ “การเข้าก้า” (ต่อไปในบทความจะเรียกว่า “ธรรมนูญชุมชน”)

“ธรรมนูญชุมชน” เป็นกฎเกณฑ์ที่มีการปฏิบัติใช้จริงในหมู่บ้าน (law in action) และเป็นกฎเกณฑ์ของหมู่บ้านที่ชาวบ้านยอมรับเนื่องจากเป็นกฎเกณฑ์ที่อยู่บนพื้นฐานของการมองเห็นปัญหาในชุมชนร่วมกันของชาวบ้าน (law of the commons) จึงได้มีการร่วมกันตั้งกฎเกณฑ์ขึ้นมาและมีสภาพบังคับซึ่งสอดคล้องกับความต้องการและเงื่อนไขของชุมชนที่แตกต่างกันไปในแต่ละชุมชนชาวบ้านจึงให้ความสำคัญกับกฎเกณฑ์นี้มากกว่ากฎหมายรัฐ

จากการเข้าร่วมสังเกตการณ์และสัมภาษณ์ของผู้เขียนต่อการบังคับใช้ธรรมนูญชุมชนในหมู่บ้าน<sup>3</sup> ผู้เขียนมีข้อค้นพบหลายประการที่จะชวนให้ถกคิดเพื่อให้พิจารณาถึงความดีงามของการใช้กฎหมายของชุมชนเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยภายในหมู่บ้านซึ่งมีความแตกต่างจากการใช้กฎหมายของรัฐโดยจะได้นำเสนอใน 4 ประเด็น ดังนี้หนึ่งลักษณะทั่วไปของการจัดการความขัดแย้งของชุมชนชนบทภาคเหนือสองข้อมูลชุมชนชนบทภาคเหนือซึ่งได้ลงพื้นที่ศึกษาสามอธิบายถึงธรรมนูญชุมชนของหมู่บ้าน (เข้าก้า) และสี่สภาพการบังคับใช้ธรรมนูญนี้ในหมู่บ้าน

ประเด็นดังกล่าวทั้งหมดนี้จะได้นำไปสู่การพิจารณาถึงธรรมนูญชุมชนอันเป็นกฎหมายของชุมชนในอีกมิติหนึ่งที่ทำให้เกิดมุมมองต่อกฎหมายได้อย่างกว้างขึ้นว่า ในสังคมไทยนอกจากกฎหมายรัฐที่เป็นเครื่องมือในการจัดการความขัดแย้ง ยังมีกฎเกณฑ์อื่นในสังคมอย่างกฎหมายชุมชน ที่ไม่ได้รับความสำคัญอย่างกฎหมายรัฐ แต่ทว่ามีประสิทธิภาพในการบังคับใช้อย่างเข้มแข็งในชุมชน ซึ่งเป็นหน่วยหนึ่งของสังคม โดยหากพิจารณาถึงองค์ประกอบของกฎหมายชุมชนและกฎหมายรัฐแล้วไม่ได้มีความแตกต่างกันในเรื่องขององค์ประกอบ กล่าวคือในองค์ประกอบของ “กฎหมายรัฐ” หยุด แสงอุทัย ได้อธิบายว่า กฎหมายซึ่งเป็นข้อบังคับของรัฐ คือ ข้อบังคับที่มีลักษณะเป็นการกำหนดความประพฤติของมนุษย์ ใน การที่จะต้องกระทำหรืองดเว้นการกระทำอย่างใด ๆ หากฝ่าฝืนจะได้รับผลร้ายหรือถูกลงโทษ<sup>4</sup> และเมื่อผู้เขียนได้พิจารณาถึงองค์ประกอบของกฎหมายชุมชน ตามองค์ประกอบของกฎหมายรัฐที่ หยุด แสงอุทัย ได้ อธิบายไว้ พบว่า ในกฎหมายชุมชนก็มีลักษณะเป็นข้อบังคับซึ่งกำหนดพฤติกรรมของคนในชุมชนและมีสภาพบังคับต่อผู้ที่ฝ่าฝืนเช่นเดียวกันแต่จุดสำคัญที่ทำให้กฎหมายรัฐมีความแตกต่างจากกฎหมายชุมชนนี้ คือ ในเรื่องของความรู้สึกร่วมที่มีต่อกฎหมายชุมชน ว่า มีลักษณะเป็นสมบัติร่วมกันในชุมชน (the commons) เนื่องจาก เป็นกฎเกณฑ์ในลักษณะที่ชุมชนสร้างขึ้นเองเพื่อจัดการปัญหาอย่างใดอย่างหนึ่งในชุมชนหรือสร้างผลประโยชน์ร่วมกันดังนั้น หากได้พิจารณาอย่างถี่ถ้วนและให้ความสนใจต่อประเด็นความแตกต่างเหล่านี้จะทำให้เข้าใจถึงกฎเกณฑ์ที่มีผลบังคับอยู่ในสังคมได้มากกว่าลำพังแต่เพียงการทำควม

<sup>1</sup> ลิขิต ธีรเวคิน, “ความขัดแย้งและการแก้ปัญหา”, วารสารสถาบันพระปกเกล้า, 2553, เล่มที่ 1.

<sup>2</sup> นายคำ บุญเป็ง, แก่ฝายบ้านป่าจี้, 5 พฤศจิกายน 2560.

<sup>3</sup> พอลหลวงอนุรักษ์ วงตา, ผู้ใหญ่บ้านหมู่บ้านป่าจี้, 15 พฤศจิกายน 2560.

<sup>4</sup> หยุด แสงอุทัย, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป, กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2535, 37.

เข้าใจบทบัญญัติที่เป็นของรัฐ ว่าการสร้างสันติสุขในสังคมที่สลับซับซ้อนจำเป็นต้องคำนึงถึงหลักเกณฑ์อื่นที่มีกฎหมายที่ออกโดยรัฐเพียงประการเดียว

## 1. พลวัตความขัดแย้งในสังคมชนบทภาคเหนือและวิธีการจัดการข้อพิพาท

เดิมความขัดแย้งในสังคมชนบทในอดีต จะเป็นความขัดแย้งอันเกิดจากการจัดการทรัพยากรตั้งตัวอย่างที่สามารถอธิบายได้คือ เรื่องของฝายน้ำ จากหลักฐานปรากฏเรื่องของกฎระเบียบฝายน้ำในกฎหมายโบราณ หรือ วินิจฉัยมัยราย กษัตริย์สมัยนั้น คือ กฎมัยราย ได้ออกกฎหมายโดยนำผลการตัดสินคดีในมูลเหตุต่างๆ มาบัญญัติเป็นกฎหมายและบังคับใช้ในยุคก่อน เรียกว่า กฎมัยรายศาสตร์<sup>5</sup>ซึ่งกล่าวถึง ความผิดที่เกี่ยวข้องกับฝายน้ำซึ่งเป็นทรัพย์สินส่วนรวม ซึ่งใช้ระบบเหมืองฝาย เพื่อกักเก็บและแบ่งปันจัดสรรน้ำอย่างเท่าเทียมทั่วถึงในกฎหมายโบราณได้ระบุถึงความผิดของผู้ทำความเสียหายแก่ฝายน้ำผู้ที่ไม่ช่วยงานส่วนรวมของฝายน้ำแล้วขโมยน้ำ เป็นต้น ซึ่งมีบทลงโทษด้วยตั้งแต่ปรับไหมเงิน ตีหัวให้แตก ไปจนถึงการฆ่าให้ตาย<sup>6</sup>

การจัดการความขัดแย้งในอดีตนั้นมีกฎหมายโบราณเป็นกฎเกณฑ์เพื่อควบคุมพฤติกรรมของประชาชนที่ใช้ฝายน้ำ โดยมีวิธีการบังคับใช้อยู่บนฐานของระบบกรรมสิทธิ์ร่วมกัน คือ การใช้แหล่งน้ำสาธารณะจากฝายน้ำดั่งนั้น การก่อให้เกิดความเสียหายต่อทรัพยากรซึ่งเป็นของส่วนรวมจึงต้องมีบทลงโทษ

เมื่อสังคมเปลี่ยนไปตามกาลเวลา รูปแบบความขัดแย้งก็เปลี่ยนแปลงไป ความขัดแย้งในอดีตที่อยู่บนพื้นฐานของการจัดการทรัพยากรกลายเป็นความขัดแย้งเนื่องจากความไม่เป็นระเบียบในสังคม อีกทั้ง ยุครัฐชาติสมัยใหม่การมีระบบรัฐเดี่ยวอย่างประเทศไทย ซึ่งรัฐมีสถานะเป็นศูนย์กลางของอำนาจในการตรากฎหมาย (All Legal Powers and Policies Flow from One Source) โดยการตรากฎหมายของรัฐฉบับใด ๆ (state law) มีจุดมุ่งหมายเพื่อใช้เป็นเครื่องมือในการจัดการความขัดแย้งหรือข้อพิพาท และอยู่ในกรอบของหลักการความเป็นเอกภาพของรัฐ การสร้างกฎหมายของรัฐจึงลักษณะเป็นแบบเชิงเดี่ยว (unity of Law) เพื่อบังคับใช้เป็นการทั่วไป ประชาชนจะต้องปฏิบัติตามคำสั่ง (Positive law) และมีลักษณะเป็นหนึ่งเดียวกันสำหรับทุกคน ซึ่งการให้ความสำคัญเฉพาะกฎหมายที่ออกโดยรัฐเท่านั้นทำให้กฎหมายอื่นที่มีอยู่ในสังคมถูกกีดกันออกมา และในการบังคับใช้กฎหมายจะต้องผ่านองค์กร “รัฐ” เท่านั้น<sup>8</sup>

<sup>5</sup> ดิเรก ควรสมาคม, ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย กฎมัยรายศาสตร์, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยพายัพ, สืบค้นวันที่ 29 มกราคม 2561, จาก [http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:eR0YwAYuXZAJ:law.payap.ac.th/index.php%3Foption%3Dcom\\_phocadownload%26view%3Dcategory%26download%3D178:la315%26id%3D86:la315%26itemid%3D118+%cd=3&hl=th&ct=clnk&gl=th](http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:eR0YwAYuXZAJ:law.payap.ac.th/index.php%3Foption%3Dcom_phocadownload%26view%3Dcategory%26download%3D178:la315%26id%3D86:la315%26itemid%3D118+%cd=3&hl=th&ct=clnk&gl=th)

<sup>6</sup> กฎมัยรายศาสตร์ “ทำนาติดกัน ผู้หนึ่งชวนไปท่อน้ำเข้านา มันไม่ยอมไปช่วย แต่คอยขโมยน้ำจากท่าน หรือแอบขุดท่อน้ำท่าน เจ้านาเจ้าหนอง ได้ฆ่ามันตายก็เป็นอันสิ้นสุดไป อย่าว่าอะไรแก่เจ้านา ฝีมือมัน ก็ให้ปรับไหม 1,000,000 เบี้ย”, ระบบเหมืองฝาย: การจัดการน้ำของคนล้านนา, คอลัมน์ประชาไท, สืบค้นวันที่ 7 มีนาคม 2561, จาก <https://blogazine.pub/column-archives/node/2731>

<sup>7</sup> นครินทร์ เมฆไตรรัตน์, รัฐสมัยใหม่, สถาบันพระปกเกล้า, สืบค้นวันที่ 15 กุมภาพันธ์ 2561, จาก <http://wiki.kpi.ac.th/index.php?title=%E0%B8%A3%E0%B8%B1%E0%B8%90%E0%B8%AA%E0%B8%A1%E0%B8%B1%E0%B8%A2%E0%B9%83%E0%B8%AB%E0%B8%A1%E0%B9%88>

<sup>8</sup> สมชาย ปรีชาศิลป์กุล, นิติศาสตร์ไทยเชิงวิพากษ์, กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2549, 52.

กฎหมายที่ไม่ใช่กฎหมายรัฐจึงถูกลดความสำคัญลง เช่น กฎมั่งรายศาสตร์ที่ไม่ถูกนำมาใช้ แต่ความเชื่อและจารีตเดิมที่ยังคงมีอยู่ในสังคมชนบทอาจขัดต่อกฎหมายรัฐ

อย่างไรก็ตามการจัดการความขัดแย้งภายใต้บริบทพื้นที่ของสังคมชนบทที่มีความสลับซับซ้อนนั้นนอกจากกฎหมายที่ออกโดยรัฐแล้วยังต้องพิจารณาถึงกฎเกณฑ์อื่น ๆ ด้วย เนื่องจากในชนบทมักจะมีอำนาจเหนือธรรมชาติกำกับอยู่<sup>9</sup> ดังเช่น ในหลายพื้นที่ชนบทในประเทศไทย ยังคงมีการนับถือผี ความเชื่อเรื่อง “ผี” ในชุมชนชนบท คือ อุดมการณ์อำนาจ วัฒนธรรม คือกฎเกณฑ์ หากใครทำอะไรผิดวัฒนธรรมจะถูกประณามทันที<sup>10</sup> โดยผีจะมีพฤติกรรมในการควบคุมศีลธรรมขั้นพื้นฐานของมนุษย์ไม่ว่าจะเป็นการลักขโมย การพูดจาใส่ร้าย การมีพฤติกรรมที่ไม่เหมาะสม การบุกรุกเคหสถานของผู้อื่น การเคารพบรรพบุรุษ การรักษาสุขภาพและความปลอดภัยของตนเองและผู้อื่น และ การควบคุมพฤติกรรมในส่วนในสังคม เช่น ความสามัคคีในหมู่พี่น้อง การเคารพธรรมชาติ ซึ่งมีความเชื่อว่า หากกระทำความผิดจะถูกลงโทษโดยวิธีการต่าง ๆ เช่น เจ็บป่วย<sup>11</sup> โดยความเชื่อเรื่อง “ผี” นั้นก็สะท้อนอยู่ในนิทานพื้นบ้านของล้านนาด้วย

*“ชาวชนบทส่วนมากฝากชีวิตไว้กับผีกับจ้าวทั้งนั้น มันเป็นสิ่งช่วยไม่ได้ จะแต่งงานก็ต้องเลี้ยงผี จะปลูกบ้านหรือมีงานก็ต้องทำพิธี อย่างทำวทั้งสี่ขาดไม่ได้เลยทีเดียว เพราะทำวทั้งสี่เป็นผู้รักษาโลก”<sup>12</sup>*

การที่ชาวชนบทที่ยังคงให้ความสำคัญและเคารพสิ่งเหนือธรรมชาติ แสดงให้เห็นได้ว่า ไม่ใช่เพียงแต่รัฐเท่านั้นที่จะมีอำนาจในการบังคับให้เป็นไปตามกฎเกณฑ์ แต่รวมไปถึงวัฒนธรรมซึ่งแสดงออกผ่านพิธีกรรมต่างๆ ของชาวชนบท เดกเช่นเดียวกับการรักษาความสงบเรียบร้อยในสังคม โดยเฉพาะในสังคมชนบทนั้นไม่อาจคำนึงถึงการจัดการความขัดแย้งแต่โดยวิธีทางตามกฎหมายรัฐ แต่ต้องพิจารณาบริบทอื่น ๆ ที่ดำรงอยู่ในชุมชนด้วย นอกจากสิ่งเหนือธรรมชาติที่คอยกำกับพฤติกรรมแล้ว ยังมีในส่วนของความสำคัญของผู้นำชุมชน หรือ ผู้มีอิทธิพลในชุมชนข้อเท็จจริงคือ เมื่อเกิดความขัดแย้ง ชาวชนบทเลือกที่จะนำความขัดแย้งของตนไปยังผู้นำชุมชน หรือ ผู้มีอิทธิพลในชุมชนให้ช่วยตัดสินให้ดังตัวอย่างการระงับข้อพิพาทในชนบท ของบ้านทุ่งฟ้าฮ่าม ตำบลน้ำบ่อหลวง จังหวัด เชียงใหม่<sup>13</sup> ชุมชนนี้เกิดจากการอพยพมารวมตัวกันของคนต่างวัฒนธรรมเมื่อมีความขัดแย้งเกิดขึ้น การระงับข้อพิพาทในชุมชนเกิดขึ้นกำนันเป็นผู้ระงับข้อพิพาท ซึ่งทำโดยการสืบหาข้อเท็จจริงด้วยตนเองก่อน แล้วจึงเรียกลูกบ้านที่มีข้อขัดแย้งมาพูดคุย หาทางยุติเรื่องกันไป

ในชนบทซึ่งจะเป็นการปกครองแบบการกระจายอำนาจสู่ท้องถิ่น กำนัน หรือ ผู้ใหญ่บ้าน จึงเปรียบได้กับเจ้าหน้าที่ของรัฐในระดับท้องถิ่นในการเป็นผู้ที่ดูแลรักษาความสงบภายในหมู่บ้าน ซึ่งได้มีการศึกษาเรื่องความสำคัญของวัฒนธรรมต่อการดำรงอยู่และศักยภาพของหมู่บ้านโดยทำการศึกษาหมู่บ้านทั่วทุกภาคของประเทศไทย<sup>14</sup> โดยศึกษาคครอบคลุมระหว่างพื้นที่ที่อยู่ใกล้เขตเมืองที่ได้รับอิทธิพลความเป็นสมัยใหม่ กับพื้นที่ค่อนข้างห่างไกล พบว่า ภาคเหนือยังใช้ระบบหมวดในการจัดระเบียบและหน้าที่ระหว่างคนในชุมชน ประกอบด้วย หมวดวัด หมวดบ้าน หมวดเหมืองฝาย หมวดบ้านมีแกบ้านเป็นผู้นำ มีหน้าที่ปกครองดูแลลูกบ้าน ทำหน้าที่ในการประนีประนอมหรือตัดสินเมื่อมีกรณีพิพาทหรือ

<sup>9</sup> สมชาย ปรีชาศิลปกุล, “ปริทัศน์หนังสือ Tort, Custom, and karma”, วารสารนิติสังคมศาสตร์, ปีที่ 5 (ฉบับที่ 1), 2555, 132.

<sup>10</sup> อานันท์ กาญจนพันธุ์, วิถีคิดเชิงซ้อนในการวิจัยชุมชน พลวัตและศักยภาพของชุมชนในการพัฒนา, กรุงเทพฯ: สำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย, 2544, 79.

<sup>11</sup> ศุภลักษณ์ ปัญญา, การศึกษาบทบาทของผี ในนิทานพื้นบ้านล้านนา, โครงการเผยแพร่ผลงานทางวิชาการสาขาวิชาภาษาไทย คณะมนุษยศาสตร์, มหาวิทยาลัยเชียงใหม่, 2551, 41.

<sup>12</sup> อสิธรา, นิทานล้านนาไทย ตอน ขึ้นท้าวทั้งสี่, แพร่พิทยา: วังบูรพา, 2522, 304.

<sup>13</sup> พรพีไล เลิศวิชา และอรุณรัตน์ วิเชียรเขียว, ชุมชนหมู่บ้านลุ่มน้ำขาน, กรุงเทพฯ: สำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย, 2546, 119-134.

<sup>14</sup> ฉัตรทิพย์ นาถสุภา และพรพีไล เลิศวิชา, วัฒนธรรมหมู่บ้านไทย, กรุงเทพฯ: สร้างสรรค์, 2541, 78.

ละเมิดกฎของหมู่บ้าน การที่ชาวบ้านยังคงใช้ระบบหมวดในหมู่บ้าน เพราะชาวบ้านเห็นว่าเป็นระบบที่เหมาะสมและมีประสิทธิภาพแม้ว่ารัฐบาลใช้ระบบการปกครองสมัยใหม่คือ เลือกตั้งกำนัน หรือ ผู้ใหญ่บ้าน แต่ชาวบ้านก็กระทำเพื่อตอบสนองเป็นพิธีตามความต้องการของราชการเท่านั้น แต่ไม่ได้ใช้งานจริงในทางปฏิบัติ ชาวบ้านมองว่าตำแหน่งเหล่านี้มีไว้สำหรับรายงานและเพื่อให้ทางการให้มาตรวจเท่านั้น ไม่ได้มีไว้สำหรับทำงานจริง<sup>15</sup> ซึ่งการดำเนินกิจกรรมของชาวบ้านในการรักษาความสงบเรียบร้อยในหมู่บ้าน รัฐแทบจะไม่มีบทบาทใดๆ เลย แม้ตามกฎหมายรัฐได้มีการปกครองแบบการกระจายอำนาจไปยังท้องถิ่น หมู่บ้านถูกปกครองโดยผู้ใหญ่บ้านแต่บริบทของชุมชนชนบทที่ยังคงมีการแบ่งหมวด หมู่ภายในหมู่บ้าน ชาวบ้านก็ยังคงเลือกผู้นำหรือแก่บ้านของตนเองซึ่งเป็นผู้นำหมวดขึ้นมา<sup>16</sup> โดยชาวบ้านถือว่าผู้นำที่ตนเลือกนั้นดำรงตำแหน่งเท่ากับผู้ใหญ่บ้าน ซึ่งชาวบ้านจะให้ความนับถือ และ เชื่อฟัง เห็นได้จากเมื่อมีความขัดแย้งเกิดขึ้นในชุมชนไม่ว่าจะเป็นความขัดแย้งระหว่างชาวบ้านเองหรือความขัดแย้งระหว่างกลุ่มชาวบ้านภายในชุมชน การระงับข้อพิพาทนั้นมักทำโดยผู้มีอำนาจหรือผู้นำที่ชาวบ้านให้ความเคารพ<sup>17</sup>

เห็นได้ว่า ในการจัดการความขัดแย้งของสังคมชนบทนั้น ตั้งอยู่บนหลักของความสัมพันธ์อันดีต่อกันของสมาชิกชุมชนและมีการแบ่งหมวด หมู่เพื่อความ เป็นระเบียบเรียบร้อยและส่งผลดีต่อการจัดการบริหารกิจการของหมู่บ้านเมื่อมีความขัดแย้งเกิดขึ้น ชาวบ้านสมัครใจที่จะยุติความขัดแย้งโดยให้ผู้ที่ชาวบ้านให้ความเคารพนับถือ ไม่ว่าจะเป็นผู้นำชุมชนหรือ ผู้มีอิทธิพลในหมู่บ้าน ช่วยจัดการความขัดแย้ง โดยใช้วิธีการพูดจา โกล่เกลี่ยให้คู่กรณี อีกทั้ง มีการควบคุมทางสังคมโดยมีเรื่องของสิ่งเหนือธรรมชาติคอยกำกับพฤติกรรมของคนในหมู่บ้าน เช่น การนับถือผี เป็นต้นซึ่งการจัดการความขัดแย้งตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบัน ในสังคมชนบทรัฐจึงมิได้มีส่วนช่วยอย่างสำคัญในการจัดการความขัดแย้งโดยวิธีการของชนบท ดังเช่น กรณีศึกษาของชุมชนชนบทหมู่บ้านป่าจี้ ซึ่งพื้นที่ชนบทที่อยู่ใกล้เขตเมืองเชียงใหม่ แต่ยังมีจัดการความขัดแย้งโดยวิธีการของชุมชนเอง

## 2. กรณีศึกษาชุมชนชนบทหมู่บ้านป่าจี้

### 2.1 บริบททั่วไปของหมู่บ้านป่าจี้

หมู่บ้านป่าจี้ ตั้งอยู่ในพื้นที่หมู่ที่ 1 ตำบลทุ่งสะโตก อำเภอสันป่าตอง จังหวัด เชียงใหม่ ผู้เฒ่าผู้แก่ได้เล่าสืบต่อกันว่า เดิมที่ตั้งของหมู่บ้านเป็นป่าโปร่ง มีต้นไม้จึ้นเต็มไปหมด ชาวบ้านอพยพเข้ามาอาศัยจึงตั้งชื่อตามต้นไม้ที่ขึ้นอยู่บริเวณนั้นว่า “บ้านป่าจี้”<sup>18</sup>

โดยบ้านป่าจี้ได้แบ่งคุ้มบ้านออกเป็น 10 คุ้ม (ปอก) ดังนี้ 1. คุ้มริมخان 2. คุ้มเหนือพัฒนา3. คุ้มเหล่าไต้ 4. คุ้มกำสละลอง 5. คุ้มริมทุ่งร่วมใจพัฒนา 6. คุ้มทุ่งนาหลวง 7. คุ้มรวงข้าว 8. คุ้มรวมใจ 9.คุ้มโบสถ์คริสตจักรหัวริน 10. คุ้มบ้านเหล่างามรวมใจ ซึ่งมีการแบ่งคุ้มบ้านอย่างชัดเจนในปี พ.ศ. 2554 เนื่องจากบ้านป่าจี้ มีพื้นที่กว้าง และสร้างบ้านเรือนอาศัยแบบกระจายตัวจึงทำให้เป็นปัญหาในการมีปฏิสัมพันธ์ร่วมกันในหมู่บ้าน กอปรกับ บ้านป่าจี้ในสมัยนั้นได้รับคัดเลือกให้เป็นหมู่บ้านเศรษฐกิจพอเพียง จึงได้มีการแบ่งคุ้มบ้านซึ่งเป็นไปตามเงื่อนไขของความเฉพาะของแต่ละคุ้ม

<sup>15</sup> เรื่องเดียวกัน.

<sup>16</sup> ฉัตรทิพย์ นาถสุภา และพรพิไล เลิศวิชา, วัฒนธรรมกับศักยภาพชุมชน รายงานการวิจัยศักยภาพชุมชนหมู่บ้านไทย, กรุงเทพฯ: สำนักงานคณะกรรมการวิจัยแห่งชาติและทุนอุดหนุนการวิจัยจากสถาบันพัฒนาชนบท มูลนิธิหมู่บ้าน, 2537, 5.

<sup>17</sup> ไพสิฐ พาณิชย์กุล, รายงานผลการศึกษาวเคราะห์ผลการดำเนินงานโครงการสร้างความเข้มแข็งกลไกเครือข่ายยุติธรรมชุมชน โดยการมีส่วนร่วม ของชุมชนและเครือข่ายยุติธรรมชุมชนจังหวัดตรัง, กรุงเทพฯ: สำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย, 2552, 17-18.

<sup>18</sup> ข้อมูลจากแผ่นป้ายประกาศในศูนย์เรียนรู้หมู่บ้านป่าจี้หมู่ที่ 1 ตำบลทุ่งสะโตก อำเภอสันป่าตอง จังหวัดเชียงใหม่

บ้าน เช่น คຸ້ມບ້ານที่ติดลำน้ำขาน ชื่อว่า “คຸ້ມຣິມຂານ” หรือ คຸ້ມບ້ານที่ประชากรนับถือศาสนาคริสต์ ชื่อว่า “คຸ້ມຄຣິສຕຈັກກຳວຣິນ”

นอกจากนั้นแล้วหมู่บ้านป่าจี้เป็นชุมชนที่เป็นพื้นที่ที่มีความหลากหลายทั้งมิติทางด้านสังคมและวัฒนธรรม ประชากรศาสตร์ กล่าวคือ หมู่บ้านป่าจี้มีคຸ້ມບ້ານที่ติดลำน้ำขานซึ่งเป็นแม่น้ำสายสำคัญ และเกิดเป็นชุมชนในพื้นที่ที่เป็นชุมชนลุ่มน้ำ โดยชาวบ้านในคຸ້ມนั้นจะเป็นผู้จัดการสิ่งแวดล้อมด้วยตนเองคือ ฝ่ายป่าจี้และมีแค่ฝ่ายนอกจากนั้นแล้วหมู่บ้านป่าจี้มีความหลากหลายทางชาติพันธุ์ ที่ประกอบด้วยชาวลาเว่ ชาวไทยจีน ชาวไทยพื้นเมือง ชาวไตลาว และ ชาวขมุ (เขมร) อันเป็นที่มาของความหลากหลายทางวัฒนธรรมประเพณี การประกอบพิธีกรรมทั้งศาสนาพุทธและศาสนาคริสต์ ทำให้วัฒนธรรมที่เกิดขึ้นมีการผสมผสานระหว่างชาติพันธุ์และศาสนาที่แตกต่างกัน

## 2.2 เครือข่ายชุมชนหมู่บ้านป่าจี้

เพื่อให้เกิดความเข้าใจในพื้นที่ที่ทำการศึกษานอกจากจะศึกษาถึงบริบททั่วไปของพื้นที่แล้ว ยังต้องศึกษาเครือข่ายทางสังคมในพื้นที่นั้นด้วย เพื่อให้เข้าใจถึงตำแหน่งที่และการจัดระบบความสัมพันธ์ทางสังคมในหมู่บ้าน ซึ่งการก่อร่างความสัมพันธ์ในหมู่บ้านประกอบไปด้วยสมาชิกในหมู่บ้านขับเคลื่อนความสัมพันธ์ทางสังคม ดังนี้

### สมาชิกหมู่บ้าน

ในความหมายของการเข้าสมาชิกหมู่บ้าน หมายถึง การเข้าเป็นกลุ่มเป็นสมาชิกฌาปนกิจสงเคราะห์ ซึ่งฌาปนกิจสงเคราะห์ในหมู่บ้านชนบทภาคเหนือ อยู่บนพื้นฐานของเป็นการช่วยเหลือกลุ่มครอบครัวที่ตั้งถิ่นฐานอยู่ในท้องถิ่นเดียวกัน ในหมู่บ้านป่าจี้เมื่อมีการตายขึ้น จะมีการจัดการศพด้วยวิธีการช่วยเหลือกันในหมู่เครือญาติและชุมชน ซึ่งในพิธีศพในภาคเหนือนั้นมีค่าใช้จ่ายที่สูง จึงต้องมีการจัดตั้งกลุ่มขึ้นเพื่อช่วยบรรเทาผลกระทบเรียกว่า สมาคมฌาปนกิจสงเคราะห์ (เรียกสั้นๆว่า ค่าสมาชิก) โดยดำเนินการโดยคนในชุมชนภายในกลุ่มสมาชิก เมื่อมีผู้เสียชีวิตภายในหมู่บ้าน และผู้เสียชีวิตเป็นสมาชิก จะได้รับเงินจากสมาชิกคนอื่น ๆ ภายในหมู่บ้าน โดยต้องสมทบทุนครั้งละ 50บาทเมื่อมีผู้เสียชีวิต ซึ่งจะมีกรรมการหมู่บ้านในฝ่ายการเก็บเงินค่าสมาชิกเป็นผู้ดำเนินการ เมื่อรวบรวมเงินแล้วได้เงินจำนวนประมาณ 40,000 บาทก็จะได้มอบให้ครอบครัวผู้เสียชีวิตต่อไป<sup>19</sup>

การได้รับเงินจากค่าสมาชิกฌาปนกิจนั้นมีความสำคัญมาก เนื่องจากในการจัดการพิธีศพเป็นเรื่องที่เร่งด่วนในการต้องหาทุนทรัพย์ในการจัดการงานศพ สำหรับญาติผู้เสียชีวิตที่ไม่มีทุนทรัพย์ ซึ่งการเก็บค่าเงินสมาชิกภายในหมู่บ้านนั้น ทำให้ครอบครัวผู้เสียชีวิตได้รับเงินอย่างรวดเร็ว เพื่อทันการต่อการจัดการงานศพในครอบครัวการจ่ายเงินสมาชิกในรูปแบบฌาปนกิจนี้ยังคงพบเห็นในหมู่บ้านชนบทแทบทุกแห่ง

### กรรมการหมู่บ้าน

หมู่บ้านป่าจี้ได้มีการแบ่งหมวดบ้านออกเป็น 10 ปีกอบ้าน ตามลักษณะการแบ่งพื้นที่ ศาสนา เช่น ปีกอบอสล์ ปีกอริมขานโดยกรรมการหมู่บ้านจะมาจากตัวแทนของแต่ละปีกอบ้าน 2-3 คนต่อปีกอบ้าน ซึ่งจะกรรมการหมู่บ้านแบ่งเป็นหมวดต่าง ๆ ได้แก่<sup>20</sup>

<sup>19</sup> พ่อหลวงอุทัย ชุ่มใจ, อดีตผู้ใหญ่บ้านหมู่บ้านจี้, 10 มกราคม 2561.

<sup>20</sup> พ่อหลวงอุทัย ชุ่มใจ, อดีตผู้ใหญ่บ้านหมู่บ้านจี้, 6 ธันวาคม 2560.

- ฝ่ายน้ำประปา ทำหน้าที่เกี่ยวกับการบริหารจัดการที่เกี่ยวข้องกับการใช้น้ำประปาหมู่บ้าน เช่น จดมิเตอร์น้ำประปาของบ้านแต่ละหลัง บันทึกและเรียกเก็บค่าน้ำประปาในหมู่บ้าน หรือ รับแจ้งเหตุและดำเนินการซ่อมแซมเมื่อมีปัญหาเรื่องของการใช้น้ำประปา

- ฝ่ายฉาปนกิจ ทำหน้าที่ทำบัญชี จัดเก็บค่าฉาปนกิจสมาชิกในหมู่บ้านเมื่อมีสมาชิกในหมู่บ้านเสียชีวิต เมื่อเก็บค่าฉาปนกิจจากชาวบ้านครบแล้วก็จะได้ทำไปมอบให้ครอบครัวผู้เสียชีวิตเพื่อนำไปจัดการพิธีศพอย่างทันท่วงที

- ฝ่ายออมทรัพย์ ในหมู่บ้านจะมีกองทุนหมู่บ้านซึ่งได้รับอุดหนุนในโครงการเงิน กองทุนเงินล้านของรัฐบาล และ ในหมู่บ้านมีธนาคารหมู่บ้านซึ่งบริหารจัดการในหมู่บ้านเอง โดยธนาคารออมสินได้ให้ความรู้และฝึกอบรมเกี่ยวกับการทำบัญชี และ จัดทำฐานข้อมูลมาใช้บริการออมทรัพย์ของหมู่บ้าน ชาวบ้านมีสมุดคู่ฝาก และเมื่อแล้วเสร็จในวันนั้นก็จะมีผู้รวบรวมเงินไปฝากยังธนาคารออมสินในตัวอำเภอ ซึ่งจากคำบอกเล่าของกรรมการหมู่บ้านฝ่ายออมทรัพย์ซึ่งครั้งหนึ่งผู้เขียนได้มีโอกาสเข้าร่วมสังเกตการณ์ในวันที่มีการเปิดธนาคารหมู่บ้าน ได้บอกเล่าว่า การมีธนาคารหมู่บ้านนั้น ช่วยอำนวยความสะดวกให้ชาวบ้านมากกว่า เนื่องจาก หากชาวบ้านซึ่งเป็นผู้เปิดบัญชีของธนาคารหมู่บ้านคนใดมีความต้องการใช้เงินด่วน เพียงแต่มาบอกกล่าวแก่กรรมการฯ ว่า ต้องการถอนเงินหรือต้องการเงินกู้ ซึ่งการกู้เงินมีเงื่อนไขว่า เพียงแต่เปิดบัญชีธนาคารหมู่บ้านจะสามารถกู้เงินในวงเงินที่ชาวบ้านมียอดฝากกับธนาคารไม่เกิน 5 เท่า จากนั้นกรรมการฯ ก็จะได้จัดการดำเนินการเรื่องให้ซึ่งชาวบ้านจะได้รับเงินอย่างรวดเร็ว<sup>21</sup>

- ฝ่ายกลุ่มสตรีแม่บ้าน ในช่วงที่หมู่บ้านมีพิธีหรือเหตุการณ์สำคัญ หญิงในหมู่บ้านจะรวมตัวกันและเป็นตัวแทนของหมู่บ้านในฝ่ายจัดเลี้ยง ทำอาหาร เก็บล้าง ทำความสะอาด

- ฝ่ายอาสาสมัครชุมชน ทำหน้าที่เป็นผู้ช่วยผู้ใหญ่บ้านแล้วแต่จะเลือกใช้ เช่น ออกตรวจเวรหมู่บ้าน หรือ เป็นตัวแทนของชุมชนเมื่อมีงานระดับอำเภอ เช่น งานข้าวเหนียวซึ่งแต่ละหมู่บ้านในอำเภอต้องส่งตัวแทนเป็นอาสาสมัครรักษาความปลอดภัย ซึ่งสับเปลี่ยนกันไปในช่วงเวลาการจัดงาน

- แก่ฝ่าย ทำหน้าที่เกี่ยวกับการใช้และจัดการน้ำจากลำน้ำขาน และ เป็นตัวแทนหมู่บ้านในการเข้าร่วมพิธีเลี้ยงผีผายใหญ่

ในแต่ละเดือนจะมีการประชุมหมู่บ้านในฝ่ายต่างๆ โดยมีประธานกรรมการหมู่บ้านคือ ผู้ใหญ่บ้าน กรรมการหนึ่งคนอาจเป็นกรรมการในหลายฝ่ายตามคำบอกเล่าของพ่ออ่ารง ทนันจา เป็นทั้งประธานกลุ่มอาสาสมัครและประธานกลุ่มฉาปนกิจ

“เดือนหนึ่งประชุมหลายอย่าง เตื่อบางดีดีประชุมเป็นสามสี่เตื่อบู้”<sup>22</sup>

การดำเนินงานในหมู่บ้านป่าจี้มีลักษณะที่เป็นการกระจายอำนาจการปกครอง โดยมีแบ่งคุ้มบ้านภายในหมู่ที่ 1 ออกเป็น 10 คุ้มบ้าน รวมไปถึงมีคณะกรรมการหมู่บ้านเพื่อจัดการกิจการในหมู่บ้านให้เป็นไปอย่างเรียบร้อย ทำให้การปกครองนั้นทั่วถึงทุกครัวเรือน ซึ่งความเป็นระบบในหมู่บ้านนั้นส่งผลดีในด้านการบริหารจัดการอีกทั้งมุ่งส่งเสริมในเรื่องการมีส่วนร่วมของคนชุมชน เนื่องจากผู้นำหมู่บ้านสามารถดูแลได้อย่างทั่วถึงผ่านการทำงานของประชาคมกรรมการหมู่บ้าน และในแต่ละปีจะมีการประชุมประจำปีครั้งใหญ่ เพื่อรับฟังเสียงสะท้อนจากชาวบ้านที่อยู่ในหมู่บ้าน<sup>23</sup>ซึ่งความ

<sup>21</sup> นายบรรยง นนธการ, กรรมการหมู่บ้านฝ่ายออมทรัพย์, 6 ธันวาคม 2560.

<sup>22</sup> แปลโดยผู้เขียน, “เดือนหนึ่งประชุมหลายอย่าง บางครั้งอาทิตย์หนึ่งประชุมสามสี่ครั้ง”, นายดำรง ทนันจา, ประธานอาสาสมัครหมู่บ้านป่าจี้, 5 พฤศจิกายน 2560.

<sup>23</sup> พ่อหลวงอนุรักษ์ วงดา, ผู้ใหญ่บ้านหมู่บ้านป่าจี้, 15 พฤศจิกายน 2560.

เป็นระบบระเบียบและความร่วมมือของชาวบ้านนั้นเป็นตัวหนุนเสริมช่วยให้การบังคับกฎหมายของชุมชนเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ ได้มีการศึกษาถึงปัจจัยที่ก่อให้เกิดความสำเร็จของการบังคับใช้กฎหมายที่มาจากชุมชน (law of the commons) ในกรณีศึกษาเรื่องของ สิทธิชุมชนในการจัดการทรัพยากรของชุมชน<sup>24</sup> พบว่า ต้องประกอบไปด้วยองค์ประกอบในเรื่อง ของการรวมกลุ่มโดยมีจุดประสงค์ในการสร้างกติกากฎเกณฑ์อย่างใด ๆ เพื่อใช้ควบคุมความสงบเรียบร้อย หรือ กำกับพฤติกรรมของคนในชุมชน ซึ่งอยู่บนพื้นฐานของความต้องการและเงื่อนไขของชุมชน รวมถึงมีการกำหนดถึงสภาพบังคับ และต้องเป็นวิธีการที่นำไปใช้ผ่านเครือข่ายหรือกลไกภายในหมู่บ้าน อีกทั้งเป็นวิธีการที่ใช้ต้นทุนต่ำ เนื่องจากอาศัยแต่เพียงต้นทุนของชุมชน ซึ่งการบังคับใช้กฎหมายของชุมชนหมู่บ้านปัจจุบัน อาศัยสิ่งสำคัญ คือ ผู้นำหมู่บ้าน กรรมการหมู่บ้าน และสิ่งสำคัญคือ ความร่วมมือของชาวบ้านซึ่งในการยอมรับใช้กฎหมายนี้

### 2.3 ระบบความสัมพันธ์ในชุมชน

ชุมชนป่าจี้ยังคงรูปแบบของความเป็นชุมชนชนบทอยู่ กล่าวคือ คนในยังเป็นความสัมพันธ์ในลักษณะที่เป็นสังคมเครือญาติ มีการพึ่งพาอาศัยกัน ความสัมพันธ์ของชุมชนเป็นไปอย่างเหนียวแน่นและแน่นแฟ้น ซึ่งเป็นทุนทางสังคมภายใต้แนวคิดในระบบระบบอุปถัมภ์<sup>25</sup>ซึ่งมีเรื่องของการก่อให้เกิดการจัดการความสัมพันธ์ทางอำนาจ ผู้นำธรรมชาติยังคงมีอำนาจนำในชาวบ้าน<sup>26</sup>ยังคงมี *เฮือนแก้ว*<sup>27</sup> และมีความเป็นอยู่แบบสังคมเกษตรกรรมชนบทอาชีพหลักของคนในชุมชน คือ ทำนาและทำเกษตรกรรม

ส่วนการใช้พื้นที่ชุมชนเป็นไปใน 2 ลักษณะ คือ 1. การสร้างที่อยู่อาศัย พบว่า บ้านป่าจี้มีพื้นที่กว้าง การกระจายตัวของบ้านเรือนจะเป็นหย่อม และยังคงมีหลายครอบครัวอาศัยอยู่ด้วยกันในลักษณะรั้วเดียวหลายบ้าน มีบ้านเรือนซึ่งยังคงเอกลักษณ์ของการสร้างบ้านแบบภาคเหนือในสมัยก่อนให้ได้พบเห็น คือ มีเรือนที่มีใต้ถุน (ตัวบ้านที่มีใต้ถุนสูง) และยุงข้าว ภายในบริเวณบ้าน 2. การสร้างพื้นที่สาธารณะชุมชน คือ ศูนย์การเรียนรู้ ศูนย์สตรีกลุ่มแม่บ้าน ตลาดนัดโรงเรียน วัด ในพื้นที่สาธารณะของชุมชนที่สำคัญ คือ ศูนย์การเรียนรู้ซึ่งสร้างขึ้นเพื่อใช้เป็นพื้นที่ทำกิจกรรมในชุมชนและใช้เงินจากเงินกองกลางของหมู่บ้าน ที่ได้มาจากดอกเบียเงินฝาก ค่าปรับสมาชิก เป็นต้น โดยชุมชนใช้พื้นที่ของศูนย์เรียนรู้นี้ในการประชุมเงินกองทุนหมู่บ้าน เปิดธนาคารชุมชนประจำเดือน รวมถึงการใช้พื้นที่เมื่อคนในชุมชนต้องการจัดงาน เช่น งานแต่งงาน เป็นต้น

### 2.4 ระบบความคิด และความเชื่อในชุมชน

หมู่บ้านป่าจี้อยู่บนพื้นฐานของสองศาสนากำกับ คือ ศาสนาพุทธและศาสนาคริสต์ และ วัฒนธรรมของชาติพันธุ์ที่หลากหลาย แต่เมื่อมีกิจการงานหมู่บ้านทุกคนต่างให้ความช่วยเหลือกันดี เช่น งานศพทั้งแบบพุทธและแบบคริสต์ ทุกคนหมู่บ้านไม่ว่านับถือศาสนาใดก็ต่างเข้าร่วมพิธี เพียงแต่ไม่ปฏิบัติพิธีตามธรรมเนียมของศาสนาอื่น รวมถึงมาบสถานซึ่งแต่ละศาสนาพิธีจัดการปลงศพที่แตกต่างกัน เพื่อป้องกันความขัดแย้ง จึงได้มีการจัดสรรพื้นที่ โดยแบ่งด้านหน้าเป็นพิธีพุทธ ซึ่งใช้วิธีการเผา และ ด้านหลัง เป็นพิธีแบบคริสต์ซึ่งใช้วิธีการฝัง

<sup>24</sup> นิตยา โพธิ์นอก, *แนวทางการปฏิรูปเพื่อการพัฒนาประชาธิปไตย รัฐธรรมนูญกลางแปลง*, กรุงเทพฯ: สถาบันพระปกเกล้า, 2557, 449 - 450.

<sup>25</sup> อังคณา บุญสิทธิ์, *กระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์กับวัฒนธรรมการระงับข้อพิพาทในท้องถิ่นไทย*, กรุงเทพฯ: สำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย, 2549, 12.

<sup>26</sup> อรรถจักร สัตยานุรักษ์ และคณะ, *ความเปลี่ยนแปลง “ชนบท” ในสังคมไทยประชาธิปไตย บนความเคลื่อนไหว*, กรุงเทพฯ: สำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย, 2558, 395 - 396.

<sup>27</sup> แปลโดยผู้เขียน, “บ้านที่เป็นต้นตระกูลของประชากรรุ่นแรกที่เข้าอาศัยในหมู่บ้าน”.

ในความเชื่อทางพระพุทธศาสนา ชาวพุทธในชุมชนป่าจี้ยังมีความเชื่อเรื่องบุญกรรม และการนับถือผี ซึ่งทุกปีมีพิธีการเลี้ยงผีในช่วงก่อนฤดูทำนา (มิถุนายน - กรกฎาคม) โดยจะมีพิธีกรรม คือ ฝายใหญ่ คือ ฝายขุนคอง ซึ่งจะแบ่งสาขาการใช้น้ำจำนวน 17 หมู่บ้าน และหมู่บ้านป่าจี้ก็เป็นหมู่บ้านใช้น้ำจากฝายขุนคองเช่นกัน แก่ฝายของแต่ละหมู่บ้านจะเก็บเงินจากคนที่ใช้ประโยชน์จากเหมืองฝายทั้ง 17 หมู่บ้านเป็นเงินจำนวน 30,000 บาท และไปซื้อควาย 1 ตัว และประกอบพิธีกรรมโดยแบ่งควายออกเป็น 17 ส่วน และแก่ฝายแต่ละหมู่บ้านจะเป็นตัวแทนของหมู่บ้านประกอบพิธีกรรมเลี้ยงผี โดยมีความเชื่อว่า ฝนฟ้าจะตกต้องตามฤดูกาล พืชผลจะอุดมสมบูรณ์<sup>28</sup>

ส่วนความเชื่อทางศาสนาคริสต์ ในหมู่บ้านป่าจี้มีผู้นับถือศาสนาคริสต์นิกายโปแตสแตนท์อยู่รวมกันในปีอกโบสถ์(คัมโบสถ์คริสต์จักรหัวริน) มีการประกอบศาสนพิธีทุกวันอาทิตย์โดย นักบุญผู้เผยแพรศาสนา เรียกว่า ศิษยาภิบาล เป็นผู้ดำเนินการประกอบศาสนพิธี

นอกจากเรื่องความเชื่อศาสนาแล้วผู้คนในหมู่บ้านมีความหลากหลายทางชาติพันธุ์ซึ่งมาตั้งชุมชนอยู่เพื่อใช้น้ำในการทำเกษตรกรรมตั้งแต่ในอดีตตามประวัติศาสตร์การสร้างชุมชนจะสร้างในพื้นที่ลุ่มน้ำ ทำให้ผู้คนมีน้ำซึ่งมาจากหลายเผ่าพันธุ์ได้อยู่อาศัย และก่อเกิดภูมิปัญญา ระบบวัฒนธรรมและจารีตประเพณี มีความสัมพันธ์ที่แน่นแฟ้น มีความเข้าใจเห็นอกเห็นใจกัน เนื่องจากมีความเข้าใจในระบบภูมิศาสตร์ร่วมกัน ทำให้คนในชุมชนลุ่มน้ำขานมีความเกี่ยวพันใกล้ชิดสนิทสนมกัน มีการช่วยเหลือเกื้อกูล มีความร่วมมือร่วมใจ ในละแวกบ้านเดียวกันมีความสัมพันธ์กันแบบเครือญาติ โดยจะรวมตัวกันและจัดเป็นหมวดหมู่ขนาดเล็กเพื่อคอยช่วยเหลือกัน และจัดการร่วมกันในเรื่องต่างๆ

สิ่งสำคัญซึ่งทำให้ชุมชนป่าจี้มีความเป็นอันหนึ่งเดียวกันแม้สมาชิกในหมู่บ้านจะมีความหลากหลายทั้งทางด้านวัฒนธรรม ความเชื่อ ศาสนาคือ ความสัมพันธ์ที่ดีต่อกันของคนชุมชนป่าจี้ และปฏิบัติต่อกันฉันท์เครือญาติ การบริหารกิจการของหมู่บ้านดำเนินการโดยประชาคมหมู่บ้านผ่านระบบกรรมการหมู่บ้าน ซึ่งเป็นกลุ่มบุคคลที่ชาวบ้านให้ความไว้วางใจและกรรมการหมู่บ้านเป็นคนที่มีความรู้ความเข้าใจในพื้นที่ของหมู่บ้านเป็นอย่างดี จากการสังเกตการณ์ของผู้เขียนซึ่งได้ลงพื้นที่ และสังเกตการณ์ถึงวิถีชีวิตของชาวบ้าน พบว่า ในหมู่บ้านป่าจี้ประชากรส่วนใหญ่ยังคงมีอาชีพเกษตรกรรม กรรมการหมู่บ้านสามารถอาศัยช่วงที่ว่างเว้นจากการทำเกษตรกรรม มาดำเนินการกิจการของหมู่บ้านซึ่งมิได้มีอาบิสสินจ้างแต่อย่างใด หรือในช่วงที่หมู่บ้านมีพิธีการสำคัญ เช่น งานศพ ในพิธีปลงศพแม้จะเป็นวันเวลาในเวลาราชการชาวบ้านก็ยังเข้าร่วมงานอย่างหนาแน่น แสดงให้เห็นว่า ในระบบคิดพื้นฐานของประชากรหมู่บ้านนั้น มีความตระหนักถึงการมีส่วนร่วมเพื่อจัดการกิจการใด ๆ ของหมู่บ้านอย่างเรียบร้อยดี ซึ่งเหล่านี้เป็นองค์ประกอบสำคัญในการขับเคลื่อนชุมชนป่าจี้ในการที่จะสามารถจัดการสิ่งต่าง ๆ หรือปัญหาที่เกิดขึ้นในชุมชนโดยอาศัยการมีส่วนร่วมของชาวบ้านป่าจี้

### 3. “เข้าก้า” ธรรมนูญชุมชนหมู่บ้านป่าจี้ ตำบล พุงสะโตก อำเภอสันป่าตอง จังหวัด เชียงใหม่

ความหมายของ “ธรรมนูญ” ตามพจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ.2525 หมายถึง กฎหมายที่จัดระเบียบองค์กร เมื่อรวมกับคำว่า “ชุมชน” หมายถึง กฎหมายที่มีขึ้นเพื่อจัดระเบียบในชุมชนและในแต่ละพื้นที่ที่มีการใช้กฎหมายที่แตกต่างกันไป เช่น การใช้ธรรมนูญชุมชนในสังคมชนบทนั้นจะตั้งอยู่ในบริบทของประเพณี ระบบศีลธรรม ตลอดจนความเชื่อพื้นฐานทางวัฒนธรรมประกอบด้วย ซึ่งธรรมนูญชนบทถือเป็นความคิดแบบสารัตถนิยม คือ การนำคุณค่าดั้งเดิมของตัวเองมาสร้างธรรมนูญซึ่งอิงอยู่กับบริบททางชุมชนและสายสัมพันธ์ทางอำนาจในชุมชนด้วย<sup>29</sup>

<sup>28</sup> นายคำ บุญเป็ง, แก่ฝายบ้านป่าจี้, 5 พฤศจิกายน 2560.

<sup>29</sup> เกษียร เตชะพีระ, “อ่าน ขวานการเมือง”, วารสารฟ้าเดียวกัน, ปีที่ 15 (ฉบับที่ 1), มกราคม – มิถุนายน 2560, 38.



### 3.1 ความเป็นมา

ธรรมนูญชุมชน<sup>30</sup> แต่เดิมนั้นไม่ได้มีชื่อเรียก แต่เป็นกฎเกณฑ์ของหมู่บ้านที่ใช้ร่วมกัน เริ่มมาจากการการรณรงค์การแก้ไขปัญหาเสพติดในปี พ.ศ. 2546 ซึ่งในขณะนั้น หมู่บ้านป่าจี้ถึงประกาศเขตหมู่บ้านยาเสพติดเป็นสีแดง หมายถึง พื้นที่เฝ้าระวังมากได้แก่ หมู่บ้านหรือชุมชนที่ยังมีปัญหาในเกณฑ์สูงซึ่งยังมีผู้ค้าหรือ ผู้เสพมากกว่าเกณฑ์ปกติ<sup>31</sup> และทางรัฐบาลสมัยนั้นได้มีมาตรการปราบปรามยาเสพติดอย่างเข้มแข็ง<sup>32</sup> โดยมีโครงการ “ชุมชนเข้มแข็ง” ในการสร้างเครือข่าย มวลชนสัมพันธ์ อำเภอสันป่าตอง ในรณรงค์ป้องกันยาเสพติด มีอาสาสมัครพลังแผ่นดิน ออกตรวจเวรยามหมู่บ้าน และมีมาตรการในการจัดการยาเสพติดในหมู่บ้าน

*“ในเริ่มแรกพ่อหลวงหื้อโอกาสเป็นมารายงานตัวกับพ่อหลวงก่อน ตอนนั้นมีประมาณร้อยปายคนได้เสร็จแล้วพ่อหลวงก่ป่าเป็นไปบ่บัด กำนันมีคนที่บ่ยอมมา บ่หื้อความร่วมมือ พ่อหลวงมายับได้ทีหลัง เขาเลยเริ่มก็คิดว่าต้องมาตรการบางอย่าง เลยมีประชุมกรรมการหมู่บ้าน ละเขาก็มีกัณ “เข้ากั””(ธรรมนูญชุมชน)<sup>33</sup>*

นอกจากในเรื่องของการประกาศเขตพื้นที่สีแดงแล้ว การทำให้ธรรมนูญชุมชนสามารถบังคับได้อย่างเป็นรูปธรรมนั้น หมู่บ้านป่าจี้ได้รับการสนับสนุนจากเทศบาลตำบลทุ่งสะโตกส่งเสริมความรู้ด้านการจัดการทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมเนื่องจากหมู่บ้านป่าจี้มีพื้นที่ที่ประกอบด้วยชุมชนลุ่มน้ำขาน โดยทางราชการได้ให้ความรู้ในเรื่องระเบียบข้อกฎหมายในกรณีที่มีการทำลายทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมโดยได้รับความร่วมมือจากฝ่ายปกครองอำเภอสันป่าตอง ปลัดอำเภอผู้ประสานงานตำบลให้ความรู้ด้านวิธปฏิบัติสำหรับกฎ ระเบียบของการปกครองหมู่บ้านกับผู้นำชุมชน<sup>34</sup> ซึ่งช่วยส่งเสริมให้กฎหมายที่ออกโดยหมู่บ้านมีประสิทธิภาพและบังคับใช้ได้จริง

ข้อสังเกตที่น่าสนใจคือ กั หรือ กรรม คือ ความเชื่อตามคติชาวพุทธ หลักคำสอนเรื่องกรรม นับว่าเป็นสิ่งที่แสดงถึงลักษณะพิเศษของพุทธ พระพุทธเจ้าสอนให้เชื่ออำนาจของผลกรรมของตนเองว่าเป็นผู้สร้างสรรค์สิ่งต่าง ๆ และเป็นสิ่งจำแนกสรรพสัตว์ให้แตกต่างกัน หรือเรียกกันว่า “กรรมลิขิต” ซึ่งในหมู่บ้านป่าจี้นอกจากจะมีประชากรนับถือศาสนาพุทธแล้ว ยังมีประชากรที่นับถือศาสนาคริสต์ รวมถึงความหลากหลายของกลุ่มชาติพันธุ์ แต่ทุกคนต่างยอมรับพิธีการ “เข้ากั”

### 3.2 ลักษณะเฉพาะของธรรมนูญชุมชนหมู่บ้านป่าจี้

ธรรมนูญชุมชน คือ มาตรการการลงโทษผู้กระทำความผิดภายในหมู่บ้านป่าจี้โดยมีบทลงโทษคือ ตัดน้ำประปาและไฟฟ้าเป็นเวลา 2 ปี โดยผ่านการดำเนินคณะกรรมการหมู่บ้านแต่ภายหลังมีการเปลี่ยนแปลงบทลงโทษเนื่องจากมีความรุนแรงเกินไป จึงเปลี่ยนเป็นการถูกขับออกจากการเป็นสมาชิกหมู่บ้านเป็นเวลา 2 ปี คือ ถูกขับออกจากสมาชิก ฅาปนกิจหมู่บ้านรวมถึงการไม่ได้เข้าร่วมกิจกรรมของหมู่บ้าน ในหมู่บ้านชนบท กลุ่มฅาปนกิจหมู่บ้านเป็นสวัสดิการที่สำคัญ เป็นกองทุนที่จัดให้สมาชิกกองทุนหมู่บ้าน และครอบครัวทำบุญร่วมกันในการสงเคราะห์ศพสมาชิก

<sup>30</sup> ข้อมูลจากการที่ผู้เขียนลงพื้นที่สัมภาษณ์และถูกกล่าวถึง, นายคำ บุญเป็ง แก่ฝ่ายบ้านป่าจี้, 5 พฤศจิกายน 2560.

<sup>31</sup> พ่อหลวงอนุรักษ์ วงศา, ผู้ใหญ่บ้านหมู่บ้านป่าจี้, 15 พฤศจิกายน 2560.

<sup>32</sup> พ่อหลวงอุทัย ชุ่มใจ, อดีตผู้ใหญ่บ้านหมู่บ้านจี้, วันที่ 10 มกราคม 2561.

<sup>33</sup> แปลโดยผู้เขียน, “เริ่มแรกพ่อหลวง (ผู้ใหญ่บ้าน) ให้โอกาสเขามารายงานตัวกับพ่อหลวงก่อน ตอนนั้นมีประมาณร้อยกว่าคน จากนั้นพ่อหลวงก็พาเขาไปบ่บัด ทีนี้มีคนที่บ่ยอมมา ไม่ให้ความร่วมมือ พ่อหลวงมายับได้ทีหลัง เราเลยเริ่มคิดว่าต้องมีมาตรการบางอย่าง เลยมีการประชุมกรรมการหมู่บ้าน จากนั้นก็มี “เข้ากั””.

<sup>34</sup> สืบค้นจาก <http://www.thungsatok.go.th/travel-detail.php?id=126>

ในการบังคับใช้ธรรมนูญชุมชน จะบังคับใช้กับการกระทำความผิดอาญา และคดีอื่น ๆ ซึ่งต้องผ่านการพิจารณาจากคณะกรรมการหมู่บ้านก่อน ตามคำบอกเล่าของ พ่อหลวงอุทัย ชุ่มใจ ซึ่งเป็นผู้ริเริ่มการใช้ธรรมนูญชุมชนในหมู่บ้าน ได้ความว่า

“ตอนแรกตัดน้ำ ตัดไฟน้อ กำนี้มันแรงเกิน เพราะเขาตัดน้ำ ตัดไฟ มันโดนกันตั้งบ้าน บางคนบ่ได้ยะ หยั่งผิดกโดนไปโดย เลยเปลี่ยนเป็นข้อออกจากสมาชิก”<sup>35</sup>

ในส่วนถึงการรับรู้ถึงการกระทำความผิดนั้น ผู้เขียนได้สอบถามผู้ใหญ่บ้านได้ความว่า ในหมู่บ้านชนบทที่อาศัยกันอยู่ จะมีความสัมพันธ์ที่ใกล้ชิดกันและรู้จักกันเป็นอย่างดี โดยเฉพาะผู้นำหมู่บ้านจะรู้จักลูกบ้านทุกคน

“เป็นตังจะฮู้กันหมดนะ บางเต๋อพ่อแม่เขาบ่มาบอกบ่หลวง เสร็จแล้วกรรมการเป็นจะมีสมุดบัญชีของเป็น สมัยก่อนตังยังใจกันตัดน้ำประปา กรรมการประปาหมู่บ้านเป็นกตังจะฮู้กันละก่จลดลงสมุดไว้ว่าไผ วันตีเต๋อไผ”

เห็นได้ว่า ในความสัมพันธ์อันใกล้ชิดต่อกันของคนในชุมชน ส่งผลดีในการที่สมาชิกในชุมชนคนอื่น ๆ สามารถร่วมกันคอยสอดส่องพฤติกรรมของสมาชิกในหมู่บ้านอีกทางหนึ่งด้วยอีกทั้งชาวบ้านมีความรู้เข้าใจถึงปัญหาส่วนรวมของหมู่บ้านที่ต้องได้รับการแก้ไขปัญหาทำให้ชาวบ้านยอมรับธรรมนูญชุมชนเป็นกฎของหมู่บ้าน

“การใช้ธรรมนูญชุมชนถือเป็นเรื่องของส่วนรวมของหมู่บ้าน ความผิดทั่วไปก็เป็นเรื่อง ที่เจ้าตัวต้องรับโทษอยู่แล้วตามกฎหมาย”<sup>36</sup>

อย่างไรก็ตาม ชาวบ้านก็ได้ปฏิเสธการบังคับใช้กฎหมายรัฐ การกระทำความผิดตามที่กฎหมายรัฐบัญญัติไว้ ผู้กระทำความผิดในชุมชนก็ต้องรับผิดชอบตามกฎหมายรัฐ ซึ่งที่จะต้องพิจารณาคือ แล้ว “ธรรมนูญชุมชน” ซึ่งเป็นมาตรการอย่างหนึ่งที่มีการบังคับใช้ในหมู่บ้าน มีสถานะเป็นกฎหมายอย่างไรหรือไม่ สิ่งที่ต้องพิจารณาเป็นลำดับแรก คือ ต้องนิยามความหมายว่า กฎหมาย คืออะไร ? ซึ่งในทรรศนะของปัจเจกซึ่งไม่จำกัดเฉพาะแต่นักกฎหมายเท่านั้น หลายคนมักจะมองว่า “กฎหมาย” คือกฎหมายรัฐซึ่งตรามาจากสภานิติบัญญัติเท่านั้น<sup>37</sup>ซึ่งเป็นการให้คำนิยามของคำว่า “กฎหมาย” อย่างไม่รอบทิศ เนื่องจากกฎหมายรัฐที่มีความเป็นเอกภาพ (Unity of Law) อาจขัดแย้งกับ ระบบคุณค่าภูมิปัญญา วัฒนธรรม ประเพณีของพื้นที่ ที่แต่ละแห่งมีบริบทพื้นที่ที่แตกต่างโดยเฉพาะในชนบท เช่น กฎหมายในเรื่องสิทธิชุมชน ซึ่งอยู่บนพื้นฐานของการจัดการทรัพยากรธรรมชาติที่ชุมชนผู้พึ่งพาทรัพยากรนั้นมีร่วมมือกันออกแบบกฎกติกา อย่างไร ๆ เพื่อการอนุรักษ์ทรัพยากรได้อย่างยั่งยืนได้มีการศึกษาของเอลินอร์ ออสโตรม (Elinor Ostrom) พบว่าการออกแบบกลไกบริหารทรัพยากรร่วมของชาวบ้านช่วยให้การจัดการทรัพยากรนั้นมีประสิทธิภาพที่ดี ในขณะที่การบังคับใช้กฎกติกาที่มาจากภายนอก เช่น กฎหมายบางครั้งอาจส่งผลให้คนในชุมชนร่วมมือกันโดยสมัครใจน้อยลง<sup>38</sup> และในที่สุดทำให้ความสัมพันธ์ของคนในชุมชนที่มีจุดยึดเกี่ยวในการใช้ทรัพยากรธรรมชาติร่วมกันถูกลดทอนคุณค่าลง

<sup>35</sup> แปลโดยผู้เขียน, “ตอนแรกตัดน้ำ ตัดไฟ ที่นี้มันรุนแรงเกินไป เพราะเราตัดน้ำ ตัดไฟ เตือดร้อนกันทั้งบ้าน บางคนไม่ได้ทำอะไรผิดก็โดนไปโดย เลยเปลี่ยนเป็นถูกขับออกจากสมาชิกของหมู่บ้าน”, พ่อหลวงอุทัย ชุ่มใจ, อดีตผู้ใหญ่บ้านป่าจี้, 10 มกราคม 2561.

<sup>36</sup> พ่อหลวงอนุรักษ์ วงดา, ผู้ใหญ่บ้านป่าจี้คนปัจจุบัน, 15 พฤศจิกายน 2560.

<sup>37</sup> อานันท์ กาญจนพันธุ์, วิธีคิดเชิงซ้อนในการวิจัยชุมชน พลวัตและศักยภาพของชุมชนในการพัฒนา, 80.

<sup>38</sup> สฤณี อาชวานันทกุล, เอลินอร์ ออสโตรม กับปัญญาประดิษฐ์ของชุมชน, มูลนิธิสีเขียวสถาบันพระปกเกล้า, สืบค้นวันที่ 15 มิถุนายน 2561, จาก <http://www.web.greenworld.or.th/columnist/ecosaveworld/1419>

“กฎหมาย” ในทัศนะของเดวิด เอ็ม เองเกล (David M. Engel)<sup>39</sup> อธิบายว่า การจะมองหว่ากฎหมายอยู่ที่ใด ควรพิจารณาจากสิ่งที่ยื่นนอกเหนือจากกฎหมายในหนังสือด้วย (Black letter Law) เนื่องจาก กฎหมายไม่ได้พบแต่เพียง ในประมวลกฎหมาย พระราชบัญญัติ กฎ หรือ ระเบียบที่ออกโดยรัฐเท่านั้น แต่ยังพบกฎหมายในระดับภูมิปัญญาและความเชื่อของชาวบ้านด้วยสอดคล้องกับ สมชาย ปรีชาศิลปกุล<sup>40</sup> ได้ให้ความเห็นว่า ในทุกสังคมนั้นมีกฎเกณฑ์อื่น ๆ นอกจากกฎหมายของรัฐ ที่สามารถนำไปปฏิบัติใช้จริง ดังนั้นแล้ว จึงไม่อาจที่จะพิจารณาเฉพาะแต่กฎหมายรัฐแต่ควรคำนึงถึงกฎเกณฑ์อื่น ๆ ที่มีในสังคมนั้นๆ ด้วย หากใช้หลักการของเองเกลและสมชายในการอธิบายถึงความหมายและขอบเขตของกฎหมาย อาจกล่าวได้ว่า กฎหมายมีอยู่ในทุกสังคมอยู่แล้ว ไม่ว่าจะสังคมเมือง หรือ สังคมชนบทล้วนมีกฎหมายที่อยู่ในสังคมนั้น ดังนั้นแล้ว *ธรรมนุญชุมชน* จึงมีสถานะเป็นกฎหมายซึ่งรัฐควรคำนึงและให้ความสำคัญ ในการเป็นกฎหมายอื่น ๆ นอกจากกฎหมายของรัฐที่ดำรงอยู่ในสังคม

### 3.3 กรณีตัวอย่าง การจัดการข้อพิพาท โดยผู้นำชุมชนและกรรมการของหมู่บ้านป่าจี้

#### คดียาเสพติด

ในคดียาเสพติด เป็นคดีที่เป็นหมุดหมายสำคัญที่ทำให้เกิดกฎหมายในชุมชนอย่าง “ธรรมนุญชุมชน” โดยชุมชนมองว่า การยุ่งเกี่ยวกับยาเสพติดเป็นการกระทำที่ร้ายแรงที่สุด โดยการบังคับใช้ธรรมนุญชุมชนในหมู่บ้านของคนติดยาเสพติดนั้น จากการสัมภาษณ์พ่อหลวงอุทัย ชุมใจ ซึ่งขณะนั้น ดำรงตำแหน่งผู้ใหญ่บ้านและ เป็นผู้เริ่ม “ธรรมนุญชุมชน” ในหมู่บ้าน ซึ่งผู้เขียนได้สอบถามถึงกระบวนการขั้นตอนในการบังคับใช้ “ธรรมนุญชุมชน” ในคดียาเสพติด ได้ความว่า

“ ถ้าเห็นได้ว่าเขายุ่งเกี่ยวกับยาเสพติด ก็ต้องโดนเข้าก่า (ธรรมนุญชุมชน)”<sup>41</sup>

ในการนี้ผู้เขียนได้สอบถามต่อว่า ในการที่จะบังคับใช้ธรรมนุญชุมชนนั้น มีข้อพิสูจน์อย่างไรว่า บุคคลผู้นั้นยุ่งเกี่ยวกับยาเสพติดจริง ซึ่งได้ความว่า การบังคับใช้ธรรมนุญชุมชนนั้น เริ่มนับตั้งแต่ออกมาจากการเสร็จสิ้นกระบวนการความโดยกฎหมายของรัฐ คือ หากเป็นที่สุดแล้วว่าคุณในหมู่บ้านกระทำความผิด และเข้าสู่กระบวนการทางอาญาจนแล้วเสร็จตามคำพิพากษาของศาล ซึ่งเป็นที่รับรู้กันในหมู่บ้าน เนื่องจากโดยมากคนในหมู่บ้านที่กระทำความผิดในคดียาเสพติด หลังออกมาจากทัณฑสถาน ก็มักจะกลับมายังบ้านเกิดของตน เนื่องจากยังไม่มีเป้าหมายที่แน่ชัดว่าจะทำอะไรต่อไป ซึ่งคล้ายกับการกลับมาตั้งหลักก่อน<sup>42</sup> กรรมการหมู่บ้านซึ่งเป็นสมาชิกในหมู่บ้านก็จะทราบเองว่าบุคคลผู้กระทำความผิดดังกล่าวนี้เพิ่งออกจากคุก จากนั้นแล้วก็ทำบ้านที่กัไว้ว่า บุคคลผู้นั้นคือ ใคร อยู่บ้านหลังใด และเริ่มนับเวลาสองปีตั้งแต่วันที่นั้น

เมื่อพ้นเวลาสองปีหลังจากถูกบังคับใช้มาตรการนี้ การที่จะเข้ามาเป็นสมาชิกอีกครั้ง จะมีเงื่อนไขพิเศษสำหรับสมาชิกชุมชนที่กระทำความผิดคดียาเสพติดและถูกบทลงโทษตามธรรมนุญชุมชนบังคับแล้วเสร็จคือ ต้องเสียเงินซึ่งคล้ายกับการต่อสมาชิกจำนวน 2,000 บาท ซึ่งโดยปกติสำหรับบุคคลทั่วไป การเข้าสมาชิกหมู่บ้านจะไม่เสียเงิน

เห็นได้ว่า การจะบังคับใช้ธรรมนุญชุมชนสำหรับผู้กระทำความผิดในคดียาเสพติดนั้น มีกระบวนการในการไตร่ตรองว่าบุคคลผู้เป็นสมาชิกของหมู่บ้านนั้นกระทำความผิดจริง ซึ่งเป็นตามหลักการของการที่จะต้องสันนิษฐานว่า จำเลยไม่มีความผิดจนกว่าจะได้รับการพิสูจน์ว่ากระทำความผิดจริง โดยธรรมนุญชุมชนจะถูกบังคับใช้ต่อผู้กระทำ

<sup>39</sup> David M. Engel, “Globalization and Legal consciousness”, *วารสารนิติสังคมศาสตร์*, ปีที่ 5 (ฉบับ 1), 2555, 1-2.

<sup>40</sup> สมชาย ปรีชาศิลปกุล, *นิติศาสตร์ไทยเชิงวิพากษ์*, 53.

<sup>41</sup> แปลโดยผู้เขียน, “ถ้าเห็นได้ว่าเขายุ่งเกี่ยวกับยาเสพติด ก็ต้องโดนบังคับใช้ธรรมนุญชุมชน”.

<sup>42</sup> พ่อหลวงอุทัย ชุมใจ, *อดีตผู้ใหญ่บ้านหมู่บ้านป่าจี้*, 6 ธันวาคม 2560.

ความผิดภายหลังจากรับโทษตามกฎหมายรัฐแล้วเสร็จ ซึ่งเป็นการพิสูจน์ไปในตัวว่า สมาชิกชุมชนผู้นั้นได้มีการกระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดจริงและบังคับใช้ธรรมนูญชุมชนต่อไป

### **คดีเกี่ยวกับการทำลายหรือ ทำให้สมบัติส่วนรวมเสียหายหรือ ทำให้ใช้ไม่ได้ไม่สมประโยชน์**

ในหมู่บ้านบริบทหมู่บ้านป่าจี้ มีทรัพยากรธรรมชาติซึ่งเป็นสมบัติสาธารณะอย่าง ฝ่ายน้ำป่าจี้ โดยหมู่บ้านป่าจี้เป็นหมู่บ้านที่อยู่ติดกับลำน้ำขานซึ่งเป็นแม่น้ำสายสำคัญ แม่น้ำขานมีต้นกำเนิดอยู่บนเทือกเขาบริเวณแม่ขานใหญ่ อำเภอสะเมิง ไหลผ่านทุ่งนาบริเวณด้านทิศตะวันออกเฉียงเหนือของอำเภอสันป่าตองมาบรรจบแม่น้ำปิงบริเวณ อำเภอสันป่าตอง ครอบคลุมพื้นที่อำเภอแม่วาง อำเภอสันป่าตอง และอำเภอดอยหล่อ จังหวัดเชียงใหม่ และเกิดเป็นชุมชนในพื้นที่ที่เป็นชุมชนลุ่มน้ำและชาวบ้านเป็นผู้จัดการสิ่งแวดล้อมด้วยตนเองคือ ฝ่ายป่าจี้ ซึ่งกินพื้นที่ชลประทานกว่า 4,231 ไร่<sup>43</sup>

ฝ่ายน้ำป่าจี้นอกจากเป็นฝ่ายน้ำสาธารณะที่ใช้ร่วมกันแล้ว ยังมีคุณค่าในทางประวัติศาสตร์เนื่องจากเป็นพื้นที่ลุ่มน้ำในจังหวัดเชียงใหม่ คือ ลุ่มน้ำขาน ซึ่งอุดมไปด้วย วัฒนธรรม ความเชื่อของพื้นที่ลุ่มน้ำและมีทลงโทษแก่ผู้กระทำความเสียหายอย่างใด ๆ ต่อฝ่ายน้ำตั้งแต่ในอดีตตามกฎหมายมัยราชศาสตร์การกระทำความผิดที่ก่อให้เกิดความเสียหายต่อพื้นที่ที่มีความสำคัญเช่น การซื้อตปลา หรือ ถักน้ำเข้าแปลงเกษตรกรรมของตนเอง<sup>44</sup> ถือเป็นความผิดที่เกิดแก่กรณีที่สร้างความเสียหายต่อทรัพยากรส่วนรวมของหมู่บ้านที่ส่งผลกระทบต่อจิตใจด้วยดังนั้นผู้กระทำความผิดในลักษณะดังกล่าวก็จะถูกพิจารณาโทษตามธรรมนูญชุมชน

ในส่วนของการจัดการใช้น้ำจากฝ่ายป่าจี้ ซึ่งผู้เขียนได้สอบถามแก่ฝ่ายถึงสถานการณ์ของการใช้น้ำที่ทำให้ใช้น้ำได้ไม่สมประโยชน์ เช่น การลักลอบกักน้ำเข้าแปลงเกษตรกรรมของตน พบว่า สถานการณ์การใช้น้ำในปัจจุบันของหมู่บ้านป่าจี้ นั้น ไม่พบปัญหาการใช้น้ำแต่อย่างใดเนื่องจากเหตุปัจจัยของขนาดพื้นที่ในการทำการเกษตรลดลงจากในอดีต<sup>45</sup>แม้อาชีพของคนส่วนใหญ่ในชุมชน คือ เกษตรกร แต่ในปัจจุบัน กลุ่มหนุ่มสาววัยทำงานในหมู่บ้านหันไปทำงานในเมืองมากขึ้น ทำให้แหล่งน้ำเพียงพอต่อแปลงเกษตรกรรมที่มีในหมู่บ้าน จึงไม่เคยมีการบังคับใช้ธรรมนูญชุมชนกับเรื่องของการลักน้ำ

จากกรณีคดีที่มีการบังคับใช้ธรรมนูญชุมชนในคดีเกี่ยวกับสมบัติสาธารณะส่วนรวม และเป็นข้อกำหนดในการห้ามให้สมาชิกในชุมชนกระทำการให้เกิดความเสียหายอย่างใด ๆ กับทรัพย์สินส่วนรมนั้น เป็นการกำหนดข้อบังคับเพื่อป้องกันความเสียหายที่อาจเกิดอนาคต แม้ว่าแนวโน้มในการใช้น้ำของชุมชนจะลดลง และยังไม่เคยปรากฏการกระทำความผิดลักษณะดังกล่าว แต่การสร้างข้อกำหนดดังนี้ แสดงให้เห็นว่า ชาวบ้านชุมชนป่าจี้ให้ความสำคัญกับทรัพย์สินส่วนรวมและมีความตระหนักรู้ร่วมกันถึงการรักษาสมบัติส่วนรวมของชุมชน

### **คดีครอบครัว**

ในการจัดการปัญหาเรื่องครอบครัวในหมู่บ้านป่าจี้ พบว่า ยังคงมีการจัดการความขัดแย้งโดยผู้นำชุมชนเมื่อเกิดปัญหาชาวบ้านเลือกที่จะมาหาผู้ใหญ่บ้านก่อน ซึ่งเป็นวัฒนธรรมของชนบทที่ชาวบ้านให้ความสำคัญและไว้วางใจผู้นำชุมชนในการที่เป็นบุคคลที่เป็นตัวกลางในการจัดการความขัดแย้งจากคำบอกเล่าของพ่ออุทัย ชุมใจ<sup>46</sup> เมื่อครั้งยังเป็น

<sup>43</sup> พรพิไล เลิศวิชา และอรุณรัตน์ วิเชียรเขียว, *ชุมชนหมู่บ้านลุ่มน้ำขาน*, 119-134.

<sup>44</sup> นายคำ บุญเบ็ง, แก่ฝ่ายบ้านป่าจี้, วันที่ 5 พฤศจิกายน 2560.

<sup>45</sup> นายคำ บุญเบ็ง, แก่ฝ่ายบ้านป่าจี้, วันที่ 5 พฤศจิกายน 2560.

<sup>46</sup> พ่อหลวงอุทัย ชุมใจ, อดีตผู้ใหญ่บ้านหมู่บ้านป่าจี้, 10 มกราคม 2560.

ผู้ใหญ่บ้านนั้น พบว่า มีหลายครั้งที่สามี ภรรยาพากันมาหาพ่อหลวง เพื่อต้องการที่จะให้พ่อหลวงดำเนินการเรื่องฟ้องศาล ในคดีหย่าร้าง แต่พ่อหลวงได้ใช้วิธีการไกล่เกลี่ย และ ช่วยหาทางออกให้คู่สามี ภรรยาที่ตกลงกันไม่ได้

“ เป็นมาขอหื้อพ่อหลวงพาไปหย่า ป้อแม่มะฉิ่งลูกลำพูนมาจ้วยเก็บของ ป้อหลวงเลยบอกป้อแม่ว่า ขอลองหื้อเขาได้อู้กันหมก่า ถ้าอู้กันบู้ฮื้อเรื่องแต่ๆ ป้อหลวงเนี่ยจะเป็นคนชนคร้วไปส่งหื้อต้อบ้าน ปะเด๋วนี้ก่า ซ้อนรถเครื่องโตยกันขึ้นล่อง ๆ”<sup>47</sup>

หรือในอีกหนึ่งเหตุการณ์จากคำบอกเล่าของพ่อหลวงอุทัย ชุ่มใจ<sup>48</sup>ว่ามีครั้งหนึ่งที่หญิงสาวในหมู่บ้านมาพบพ่อหลวงพร้อมกับแม่ เนื่องจากถูกติฉินนินทาในหมู่บ้าน เรื่องคบชู้กับสามีคนอื่น เมื่อได้รับความพ้อหลวงก็ได้ช่วยเหลือไกล่เกลี่ย และได้ความว่า หญิงสาวถูกใส่ร้ายเนื่องจาก ภรรยาของสามีคนนั้นเกิดความหึงหวง เนื่องจากสามีของตนมีท่าทีชอบพ้อหญิงสาวคนดังกล่าว แต่หญิงสาวคนนั้นไม่ได้ยุ่งเกี่ยวกับฝ่ายชายเลย

“ ป้อหลวงหื้อเป็นเขียนจดหมายขอโทษแล้วหื้อเลิกแล้วต่อกัน ละกัสั่งห้ามบ่หื้อป้อจายเข้าใกล้ฝ่ายหญิง เขาก็ว่า ครับ ๆๆ”<sup>49</sup>

จากเหตุการณ์ทั้งสองที่ประสบผลสำเร็จในการจัดการความขัดแย้งในครอบครัว มีข้อสังเกต คือ ผู้ใหญ่บ้านที่ทำหน้าที่ในการประนีประนอมหรือตัดสินเมื่อมีกรณีพิพาทหรือละเมิดกฎหมายของหมู่บ้านนั้นถือว่ามิบทบาทสำคัญในกระบวนการไกล่เกลี่ยเนื่องจากการไกล่เกลี่ยที่ทำให้ข้อพิพาทยุติ มิใช่จะเป็นบุคคลใดก็สามารถทำได้ แต่ต้องเป็นบุคคลที่ชาวบ้านให้ความเคารพนับถือ ซึ่งโดยปกติคือ ผู้นำชุมชน

จะเห็นได้ว่าในแต่ละไม่ว่าจะเป็นคดีที่ถูกพิจารณาโดยใช้ธรรมเนียมชุมชนหรือ ลักษณะของการไกล่เกลี่ยเพื่อจัดการข้อพิพาท บุคคลที่มีความสำคัญคือ พ่อหลวง ซึ่งมีบทบาทมากที่สุด พ่อหลวงเปรียบเสมือนฟันเฟืองสำคัญ ในการไกล่เกลี่ยหรือการบังคับใช้กฎหมายชุมชนล้วนต้องอาศัยบุคคลที่เป็นตัวกลาง และเป็นบุคคลที่ชาวบ้านให้ความเคารพ และชาวบ้านมีความเกรงอกเกรงใจ จึงจะทำให้การจัดการข้อขัดแย้งและรักษาความสงบเรียบร้อยเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ

#### 4. สภาพการบังคับใช้

จากการเข้าร่วมสังเกตการณ์ศึกษาพฤติกรรมของคนในชุมชน เมื่อมีกิจกรรมชุมชน เช่น ในวันเปิดธนาคารของหมู่บ้านประจำเดือน และในงานศพรวมไปถึงการเก็บข้อมูลจากการสัมภาษณ์ในเชิงลึก และในลักษณะชวนคุยกับคนหมู่บ้าน พบว่าสภาพบังคับชุมชนของชุมชนที่มีต่อผู้กระทำความผิดตามธรรมนูญชุมชน สามารถแบ่งออกเป็น 2 ลักษณะ ดังนี้ คือ

<sup>47</sup> แปลโดยผู้เขียน, “เขามาขอหื้อพ่อหลวงพาไปหย่ากัน ครอบครัวของฝ่ายหญิงมาจากลำพูนเพื่อมาขนของพ่อหญิงกลับบ้าน พ่อหลวงจึงช่วยไกล่เกลี่ยบอกกับครอบครัวฝ่ายหญิงว่า ให้พวกเขาเองคุยกันอีกสักครั้ง ถ้าพูดไม่รู้เรื่องกันจริง ๆ พ่อหลวงจะเป็นคนขนของพวกกลับบ้านเอง ตอนนีเหรือ ซี่รถมอเตอร์ไซค์ไปไหนมาไหนด้วยกันตลอด”.

<sup>48</sup> พ่อหลวงอุทัย ชุ่มใจ, อดีตผู้ใหญ่บ้านหมู่บ้านป่าจี้, วันที่ 10 มกราคม 2560.

<sup>49</sup> แปลโดยผู้เขียน, “พ่อหลวงให้เขาเขียนจดหมายขอโทษแล้วให้เลิกแล้วต่อกัน และสั่งห้ามไม่ให้ผู้ชาย (สามี) เข้าใกล้ฝ่ายหญิง เขาก็ตอบตกลง”.

#### 4.1 แบบเป็นทางการ

หมายถึง สมาชิกในชุมชนที่มีการพิสูจน์แล้วว่า ได้กระทำความผิดตามธรรมนูญชุมชน ถูกการขับออกจากสมาชิกหมู่บ้านเป็นเวลา 2 ปี ซึ่งคณะกรรมการหมู่บ้านมีหลักฐานเป็นลายลักษณ์อักษร คือ จดรายละเอียดไว้ในสมุดบัญชีของกรรมการหมู่บ้านในหมู่บ้านป่าจี้ที่ผู้เขียนได้ทำการศึกษาในส่วนของข้อพิพาทในหมู่บ้าน และการบังคับใช้ธรรมนูญชุมชนในหมู่บ้านนั้น เป็นลักษณะของการมีกลไกและเครือข่ายเพื่อดำเนินการใช้กฎนี้ในชุมชน โดยให้อำนาจคณะบุคคลในการบังคับใช้กฎนี้ กล่าวคือ การบังคับใช้ธรรมนูญชุมชนหรือการเข้าก้ำต่อผู้กระทำความผิดในหมู่บ้านนั้นจะพิจารณาผ่านกรรมการหมู่บ้าน โดยไม่ได้บังคับใช้กับทุกความผิดที่เกิดขึ้นในหมู่บ้าน ซึ่งได้แก่คณะกรรมการหมู่บ้าน ได้แก่บุคคลในหมู่บ้านดังต่อไปนี้

1. ผู้นำชุมชน คือ พ่อหลวงเป็นบุคคลสำคัญที่สุด เนื่องจากการจะทำให้กฎของหมู่บ้านเป็นที่ยอมรับและเข้มแข็ง ต้องอาศัยอำนาจพระเดช พระคุณของพ่อหลวงด้วย ความเป็นภาวะผู้นำนั้นเป็นสิ่งสำคัญที่จะทำให้กิจการของหมู่บ้านราบรื่นไปได้ด้วยดี ซึ่งต้องอาศัยความเชื่อมั่นจากสมาชิกในชุมชน โดยพ่อหลวงจะเป็นประธานกรรมการหมู่บ้าน ซึ่งทำหน้าที่ในการเรียกประชุมกรรมการหมู่บ้าน เมื่อมีกิจการของหมู่บ้านที่ต้องการอาศัยการปรึกษาหารือ เช่น เรื่องการจัดกิจกรรมสำคัญในหมู่บ้าน อีกทั้ง ความเป็นผู้นำของพ่อหลวงตามกฎหมายรัฐ(ท้องถิ่น) พ่อหลวง ถือเป็นตัวแทนของรัฐในการที่จะถ่ายทอดคำสั่งจากอำเภามาปฏิบัติในหมู่บ้านเมื่อมีการประชุมประจำเดือนของอำเภอ<sup>50</sup>

2. ผู้นำหมวดฝ่าย เนื่องจากในหมู่บ้านป่าจี้ยังคงมีการใช้ระบบหมวดอยู่ นอกจากผู้นำชุมชนซึ่งเป็นผู้นำในหมวดบ้าน ผู้เขียนได้มีโอกาสลงพื้นที่สัมภาษณ์แก่ฝ่าย ซึ่งได้เคยดำรงตำแหน่งผู้ใหญ่บ้านด้วย ถึงวิธีการปกครองคนในหมู่บ้านที่มีปัญหา เช่น ก่อการทะเลาะวิวาทเนื่องจากตีแม่เหล้า หรือ ก่อเสียงดังให้เป็นที่รำคาญต่อคนอื่น ๆ พบว่า พ่อหลวงใช้วิธีการในลักษณะที่เรียกว่า “พระเดชพระคุณ”

3. คณะกรรมการหมู่บ้าน หมู่บ้านป่าจี้แบ่งการปกครองออกเป็น 10 ปีกอบ้าน ซึ่งคณะกรรมการหมู่บ้านมาจากการเลือกสรรโดยคนในแต่ละปีกอบ้าน เพื่อเข้ามาเป็นคณะกรรมการของหมู่บ้าน ซึ่งการจะพิจารณาว่า บุคคลใดในหมู่บ้านต้องถูกลงโทษเข้าก้ำนั้น จะดำเนินการผ่านคณะกรรมการหมู่บ้าน

ในสภาพบังคับที่เป็นทางการการบังคับใช้ธรรมนูญชุมชนจะเป็นการกระทำผ่านเครือข่ายหมู่บ้าน คือ คณะกรรมการหมู่บ้าน ซึ่งการที่จะทำให้ชาวบ้านยอมรับให้มีการใช้ธรรมนูญชุมชนในหมู่บ้านนอกจาก เกิดจากการตระหนักร่วมกันของปัญหาในหมู่บ้านแล้ว การยอมรับกฎเกณฑ์นี้เกิดจากความเชื่อถือในคณะบุคคลที่เป็นผู้ใช้บังคับธรรมนูญชุมชนนี้ด้วย ที่ทำให้สภาพบังคับของกฎชุมชนมีความเป็นกิจจะลักษณะ

#### 4.2 แบบไม่เป็นทางการ

สภาพบังคับอย่างไม่เป็นทางการ คือ การกระทำหรือทำที่ของชุมชนที่มีต่อผู้กระทำผิด เช่น มีการชูปิบ นินทา ซึ่งการชูปิบ นินทา จะพบเห็นได้โดยทั่วไปในชุมชนชนบท เนื่องจากแต่ละคนต่างรู้จักกันในสมาชิกชุมชนเป็นอย่างดี โดยเฉพาะเมื่อครั้งมีกิจการหมู่บ้าน ที่ชาวบ้านมาทำกิจกรรมร่วมกัน เช่น ในการเปิดธนาคารชุมชนประจำเดือน หรือ วัฒนธรรมการแลกเปลี่ยนข้อมูลกันของกลุ่มสตรีแม่บ้านระหว่างล้างจานในงานพิธีการของหมู่บ้าน ซึ่งในสังคมชนบทนั้น การชูปิบนินทา เป็นวิธีการที่มีอานุภาพในการบังคับให้กระทำการคล้อยตาม และส่งผลต่อการกำกับพฤติกรรมของคนในชุมชน ในการที่จะไม่กระทำอย่างใด ๆ ให้โดนตีดินนินทา ซึ่งเป็นเรื่องที่สำคัญในชุมชนชนบทขณะที่ในสังคมเมืองจะมี

<sup>50</sup> พ่อหลวงอนุรักษ์ วงดา, ผู้ใหญ่บ้านหมู่บ้านป่าจี้, 15 พฤศจิกายน 2560.

บริบทแตกต่างออกไป การซุบซิบนินทาอาจไม่ใช่เรื่องที่คนให้ความสำคัญในชุมชนเมือง<sup>51</sup>ทำให้สภาพบังคับอย่างไม่เป็นทางการสามารถบังคับใช้ได้ใหม่ในบ้านชนบท

## 5. สรุปการอภิปราย

ในสังคมโลกาภิวัตน์ที่ทำให้เกิดการเปลี่ยนแปลงอย่างไม่หยุดนิ่ง ซึ่งหนึ่งที่ต้องปรับเปลี่ยนให้ทันด้วยคือ กฎหมาย นอกจากกฎหมายรัฐที่บัญญัติขึ้นโดยมุ่งแต่จะสร้างบรรทัดฐานเพื่อเป็นกฎเกณฑ์กำกับพฤติกรรมของคนในสังคมแล้ว ยังมีกฎเกณฑ์อื่น ๆ ที่มีอยู่ในสังคม และกฎหมายรัฐนั้นเองที่ทำให้กฎเกณฑ์อื่น ๆ ถูกกีดกันและไม่ได้ถูกนำมาพิจารณาให้ความสำคัญอย่างกฎหมายรัฐ การบังคับใช้กฎหมายรัฐที่เป็นเชิงเดี่ยวภายใต้บริบทสังคมที่ซับซ้อนนั้นไม่อาจมีประสิทธิภาพเพื่อการดำรงความยุติธรรมได้เลยเนื่องจากในความเป็นจริง “รัฐ” ไม่ได้เป็นองค์กรเดียวที่จะสามารถบังคับให้คนในรัฐกระทำอย่างใด ๆ ในสังคมชนบทยังมีอำนาจเหนือธรรมชาติคอยกำกับพฤติกรรมของคนอยู่ด้วย สิ่งที่สำคัญหากต้องการพัฒนากฎหมายเพื่อดำรงความยุติธรรมในสังคม คือ รัฐต้องพิจารณากฎหมายในบริบทอื่นด้วย

อย่าง *ธรรมเนียมชุมชน* นอกจากเป็นกฎเกณฑ์หนึ่งที่มีอยู่ในสังคมแล้ว ยังเป็นไปตามหลักประชาธิปไตย ที่เกิดจากการมีส่วนร่วมในการตัดสินใจและทำให้คนในชุมชนเกิดความหวงแหนในสิ่งที่ชุมชนร่วมกันสร้างขึ้น *ธรรมเนียมชุมชน* จึงมีประสิทธิภาพในการบังคับใช้เนื่องจากอาศัยหลักการที่เน้นเรื่องของการมีส่วนร่วมของประชาชนโดยแท้ และ อาศัยภาวะความเป็นผู้นำอย่างเป็นประชาธิปไตย ในการจัดการชุมชนร่วมกัน ซึ่งการจัดการตนเองของชุมชนนั้นมีข้อดี คือ ประการแรก ชุมชนสามารถตั้งกฎเกณฑ์อย่างใด ๆ ตามความต้องการของตนเอง และการพัฒนาเช่นนั้นมีความยั่งยืนกว่าการพัฒนาที่รัฐออกแบบและวางแผนมาให้ ประการที่สอง ชุมชนมีความเข้มแข็ง เพราะประชาชนได้เกิดกระบวนการเรียนรู้และมีส่วนร่วมคิดร่วมกันอย่างกว้างขวาง<sup>52</sup> ดังนั้น สิ่งที่รัฐต้องทำควบคู่ไปกับการพัฒนากฎหมายคือ ส่งเสริมทำให้ชุมชนได้รับรู้ถึงคุณค่าและศักยภาพที่ชุมชนมีอยู่ ซึ่งแต่ละชุมชนจะมีต้นทุนทางสังคมของชุมชนเอง และสร้างสำนึกให้ประชาชนมีส่วนร่วม และตระหนักว่า รัฐไม่ใช่ผู้มีอำนาจชอบธรรมแต่เพียงผู้เดียว

### บรรณานุกรม

เกษียร เตชะพีระ. (2560). อ่าน ขาวนาการเมือง. วารสารฟ้าเดียวกัน. ปีที่ 15, (ฉบับที่ 1), มกราคม – มิถุนายน 2560, 38.

จันทร์เพ็ญ อมรเลิศวิทย์. (2542). การควบคุมทางสังคม. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยรามคำแหง. 13.

ฉัตรทิพย์ นาถสุภา และพรพิไล เลิศวิชา. (2541). วัฒนธรรมหมู่บ้านไทย. (พิมพ์ครั้งที่ 1.). กรุงเทพฯ: สร้างสรรค์.

ดิเรก ควรสมาคม. (2558). ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย กฎหมายมั่งรายศาสตร์. เอกสารประกอบการสอน วิชา ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย. เชียงใหม่: มหาวิทยาลัยพายัพ.

<sup>51</sup> จันทร์เพ็ญ อมรเลิศวิทย์, *การควบคุมทางสังคม*, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2542, 13.

<sup>52</sup> สำนักงานกองทุนสนับสนุนการสร้างเสริมสุขภาพ, *ชุมชนท้องถิ่นจัดการตนเอง สู่การปฏิรูปประเทศจากรากฐาน สุขภาพคนไทย*, กรุงเทพฯ: อมรินทร์พริ้นติ้งแอนด์พับลิชชิ่ง, 2557, 97.

- นิตยา โพธิ์นอก. (2557). แนวทางการปฏิรูปเพื่อการพัฒนาประชาธิปไตยรัฐธรรมนูญกลางแปลง. กรุงเทพฯ: สถาบันพระปกเกล้า, 449 - 450.
- บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. (2536). ข้อเสนอเชิงกฎหมาย และนโยบายเกี่ยวกับทรัพยากรธรรมชาติ. กรุงเทพฯ: สถาบันชุมชนท้องถิ่นพัฒนา, 84 - 85.
- พรพีไล เลิศวิชา และอรุณรัตน์ วิเชียรเขียว. (2546). ชุมชนหมู่บ้านลุ่มน้ำขาน. กรุงเทพฯ: สำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย.
- ลิขิต อีระเวคิน. (2553). ความขัดแย้ง และการแก้ปัญหา. วารสารสถาบันพระปกเกล้า. เล่มที่ 1.
- สมชาย ปรีชาศิลปกุล. (2546). สัจนิยมทางกฎหมายแบบอเมริกา (American Legal Realism). วารสารนิติสังคมศาสตร์. ปีที่ 1, (ฉบับที่ 1), 1.
- สมชาย ปรีชาศิลปกุล. (2555). ปรัชญาหนังสือ Tort, Custom, and karma. วารสารนิติสังคมศาสตร์. ปีที่ 5, (ฉบับที่ 1), 132.
- สมชาย ปรีชาศิลปกุล. (2549). นิติศาสตร์ไทยเชิงวิพากษ์. กรุงเทพฯ: วิทยุชุมชน.
- สุรพล เศรษฐบุตร. (2549). ความแตกต่างระหว่างสังคมเมืองและสังคมชนบท. เอกสารประกอบการสอนวิชาการพัฒนาชุมชน และการพัฒนาการเกษตร ภาควิชาส่งเสริมและเผยแพร่การเกษตร คณะเกษตรศาสตร์. เชียงใหม่: มหาวิทยาลัยเชียงใหม่.
- ศุภลักษณ์ ปัญญา. (2551). การศึกษาบทบาทของผี ในนิทานพื้นบ้านล้านนา. มนุษยศาสตร์บัณฑิต. คณะมนุษยศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่.
- อานันท์ กาญจนพันธุ์. (2544). วิธีคิดเชิงซ้อนในการวิจัยชุมชน พลวัต และศักยภาพของชุมชนในการพัฒนา. กรุงเทพฯ: สำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย.
- อรรถจักร สัตยานุรักษ์. (2558). ความเปลี่ยนแปลง “ชนบท” ในสังคมไทยประชาธิปไตย บนความเคลื่อนไหว. กรุงเทพฯ: สำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย.
- อสิธรา. (2522). นิทานล้านนาไทย ตอน ขึ้นท้าวทั้งสี่. แพร่พิทยา: วังบูรพา.
- อังคณา บุญสิทธิ์. (2554). กระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์กับวัฒนธรรมการระงับข้อพิพาทในท้องถิ่นไทย. กรุงเทพฯ: สำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย.
- Shytov, A. (2548). Legal pluralism and Folklore. วารสารนิติสังคมศาสตร์ ฉบับ Legal pluralism, พรหมแดนความรู้ใหม่ นิติศาสตร์ไทย. ปีที่ 3 (ฉบับที่ 1). 63-64.

### การเก็บข้อมูลโดยการสัมภาษณ์

- คำ บุญเป็ง. 2560, 5 พฤศจิกายน. สัมภาษณ์โดยบังกช ดารารัตน์. นักศึกษาปริญญาโท คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่.
- ดำรง ทนัจจา. 2560, 5 พฤศจิกายน. สัมภาษณ์โดยบังกช ดารารัตน์. นักศึกษาปริญญาโท คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่.



บรรยง นนธการ. 2560, 6 ธันวาคม. สัมภาษณ์โดยบงกช ดารารัตน์. นักศึกษาปริญญาโท คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่.

พ่อหลวงอุทัย ชุ่มใจ. 2561, 10 มกราคม. สัมภาษณ์โดยบงกช ดารารัตน์. นักศึกษาปริญญาโท คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่.

อนุรักษ์ วงตา. 2560, 15 พฤศจิกายน. สัมภาษณ์โดยบงกช ดารารัตน์. นักศึกษาปริญญาโท คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่.

การประกอบสร้างหลักนิติธรรม ภายใต้รัฐธรรมนูญ 2550 : ข้อถกเถียงของคณะกรรมการยกร่าง  
รัฐธรรมนูญและสภาร่างรัฐธรรมนูญพุทธศักราช 2550  
Construction of “Rule of Law” under the 2550 Constitution of Kingdom of Thailand:  
Perception of The Constitution Drafting Committee and Constitution Drafting  
Assembly of the BE 2550 Constitution of Thailand

เปรมสิริ เจริญผล

Prem Siri Charoenphon

นักศึกษาปริญญาโท คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่ จังหวัดเชียงใหม่ 50202 ประเทศไทย

Faculty of Law, Chiang Mai University, Chiang Mai Province 50202 Thailand

อีเมลล์: plumniti@gmail.com

Email: plumniti@gmail.com

#### บทคัดย่อ

หลักนิติธรรม(The Rule of Law) และหลักนิติรัฐ(Legal State, Rechtsstaat,) พัฒนามาจากความพยายามในการควบคุมหรือการจำกัดการใช้อำนาจของรัฐหรือองค์กรของรัฐโดยกฎหมายในบริบทของต่างประเทศ เป็นการพยายามจัดตั้งระบบการปกครองที่ตรงข้ามกับเผด็จการหรืออำนาจนิยม เพื่อป้องกันการใช้อำนาจตามอำเภอใจของผู้ปกครอง โดยให้ความสำคัญในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน

ภายหลังการรัฐประหารใน พ.ศ. 2549 และ การประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 โดยได้มีการบัญญัติหลักนิติธรรมไว้ในมาตรา 3 วรรคสอง ความว่า “การปฏิบัติหน้าที่ของรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล รวมทั้งองค์กรตามรัฐธรรมนูญและหน่วยงานของรัฐต้องเป็นไปตามหลักนิติธรรม” แม้ว่าหลักนิติธรรมจะเป็นหลักที่มีความสำคัญอย่างมากในฐานะกรอบในการใช้อำนาจและการปฏิบัติหน้าที่ของทุกองค์กรของรัฐ อย่างไรก็ตามยังไม่มี ความชัดเจนในคำนิยามและความหมายที่ชัดเจนของ “หลักนิติธรรม” ซึ่งจะเห็นได้จากข้อถกเถียงของคณะกรรมการยกร่างรัฐธรรมนูญและสภาร่างรัฐธรรมนูญพุทธศักราช 2550 ที่เป็นผู้นำหลักนิติธรรมมาบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ ที่ยังมีการให้ความหมายและความเข้าใจในหลักนิติธรรมที่แตกต่างกัน

**คำสำคัญ:** หลักนิติธรรม, หลักนิติรัฐ

#### Abstract

The concepts of the “Rule of Law,” the “Legal State,” and the “Rechtsstaat” were developed and used to control and to limit the State or the State Organization’s power under the foreign context. It is an attempt to establish a system that is opposed to anarchy or autocracy system. These concepts prevent the absolute use of authority’s power and emphasize on protecting the rights and liberties of the people.

After the coup in 2006 and the promulgation of the Constitution of the Kingdom of Thailand B.E. 2550 the “Rule of Law” was prescribed in Article 3 second paragraph, stating that “... The performance of duties of the National Assembly, the Council of Ministers, the Courts, and the Constitution organizations and State agencies shall be in accordance with the Rule of Laws.” Although the rule of law is important as a framework for the use of power and duty of all the state organizations, however, there is no clear definition of the “Rule of law.” This fact was brought up and considered by the Constitution Drafting Commission and the Constituent Assembly of B.E. 2550 (2007), who are the leaders of the “Rule of Law,” as stated in the Constitution. It also has a different understanding and meaning in the “Rule of Law.”

**Keywords:** Rule of Law, Legal State, Rechtsstaat

## 1. บทนำ

หลังจากมีการรัฐประหาร เมื่อวันที่ 19 กันยายน 2549 โดยคณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตย อันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข (คปค.) ต่อมาได้มีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2550 ซึ่งได้มีการบัญญัติหลักนิติธรรมเพื่อเป็นกรอบในการใช้อำนาจและการปฏิบัติหน้าที่ของทุกองค์กรของรัฐ ไว้ในมาตรา 3 วรรคสองเป็นครั้งแรก ความว่า “การปฏิบัติหน้าที่ของรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล รวมทั้งองค์กรตามรัฐธรรมนูญและหน่วยงานของรัฐต้องเป็นไปตามหลักนิติธรรม”

หลักนิติธรรม (Rule of law )เป็นหลักคิดจากประเทศตะวันตกที่เกิดขึ้นในช่วงศตวรรษที่ 17 อันมีหลักการสำคัญคือการควบคุมหรือการจำกัดการใช้อำนาจของรัฐ การกระทำของรัฐต้องอยู่ภายใต้กฎหมาย มีความเสมอภาค เท่าเทียมกัน นอกจากนี้ต้องมีการควบคุมและการถ่วงดุลและอำนาจกัน รวมถึงสามารถตรวจสอบการใช้อำนาจของรัฐได้ เพื่อเป็นการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนจากการละเมิดของผู้ใช้อำนาจรัฐ

หลักการนี้เป็นหลักการที่ใหม่ เนื่องจากมีการบัญญัติในรัฐธรรมนูญเป็นครั้งแรก และเป็นหลักการที่สำคัญ เพราะคือกรอบมาตรฐานในการตรวจสอบการปฏิบัติหน้าที่ทั้งหมดขององค์กรของรัฐว่าชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ บทความนี้ต้องการศึกษาการรับและการประกอบสร้างความหมายของหลักนิติธรรมโดยผู้ร่างรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2550 ได้แก่ คณะกรรมาธิการยกร่างรัฐธรรมนูญและสภาผู้ร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 โดยเอกสารที่ใช้ในการศึกษาข้อถกเถียงของคณะกรรมาธิการทั้ง 2 ชุด คือ ตำรา เอกสารทางราชการ รายงานการประชุมอื่น ๆ เกี่ยวกับการจัดทำรัฐธรรมนูญ 2550 นั้น จะทำให้เราเกิดความเข้าใจเจตนารมณ์ ความคิด และความสำคัญของการบัญญัติเอา คำว่า “หลักนิติธรรม” มาบัญญัติไว้ใน มาตรา 3 วรรคสองมากขึ้น

## 2. ข้อถกเถียงของคณะกรรมาธิการยกร่างรัฐธรรมนูญและสภาผู้ร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

หลังจากการประกาศใช้รัฐธรรมนูญชั่วคราวปี พ.ศ.2549 และต่อมาได้กำหนดให้มีการตั้งสมัชชาแห่งชาติที่ประกอบด้วยประชาชนจากหลายภาคส่วนจำนวนเกือบ 2,000 คน จากนั้นได้มีการคัดเลือกสมาชิกกันเอง เพื่อทำเสนอชื่อเป็นสมาชิกสภาผู้ร่างรัฐธรรมนูญ จำนวน 200 คน ทั้งนี้สมาชิกสภาผู้ร่างรัฐธรรมนูญจะมีหน้าที่ในการจัดทำร่าง

รัฐธรรมนูญ โดยสภาร่างรัฐธรรมนูญจะแต่งตั้งคณะกรรมการยกร่างรัฐธรรมนูญขึ้นคณะหนึ่ง ที่ประกอบด้วยผู้ทรงคุณวุฒิซึ่งเป็นหรือมิได้เป็นสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญ ที่ได้รับการคัดเลือกตามมติของสภาร่างรัฐธรรมนูญ จำนวน 25 คน และผู้ทรงคุณวุฒิซึ่งเป็นหรือมิได้เป็นสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญจำนวน 10 คนตามคำแนะนำของประธานคณะกรรมการความมั่นคงแห่งชาติ<sup>1</sup> ด้วยเหตุนี้ การจัดทำรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2550 นั้น จึงประกอบด้วยคณะกรรมการ 2 ชุด ได้แก่ คณะกรรมการยกร่างรัฐธรรมนูญและสภาร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

การประชุมของคณะกรรมการทั้ง 2 ชุดนั้น มีการประชุมของคณะกรรมการยกร่างรัฐธรรมนูญ มีการประชุมทั้งหมด 62 ครั้ง ส่วนครั้งที่ได้มีการอภิปรายถึงหลักนิติธรรมนั้น คือ การประชุมครั้งที่ 17/2550

ส่วนการประชุมคณะกรรมการสภาร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ทั้งหมด 43 ครั้ง ซึ่งได้ปรากฏเรื่องพูดถึง ถึงหลักนิติรัฐและนิติธรรมอยู่หลายครั้งด้วยกัน เช่น ครั้งที่ 7/2550 คณะกรรมการยกร่างได้มีข้อเสนอว่า คณะกรรมการร่างจะร่างรัฐธรรมนูญฉบับ 2550 โดยยึดถือหลัก 10 ประการด้วยกัน ซึ่งประการที่ 4 คือ ประเทศไทยปกครองโดยระบบนิติรัฐ<sup>2</sup>, การประชุมครั้งที่ 8/2550 ที่มีการเสนอว่าจะทำอย่างไรให้ประชาชนเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมตามหลักนิติรัฐ, การประชุมครั้งที่ 11/2550ก็มีการกล่าวถึง ว่าประเทศไทยปกครองโดยใช้หลักนิติรัฐ และนิติธรรม, ครั้งที่ 13/2550 ได้มีพูดถึง การตรวจสอบและการสร้างความสมดุลเรื่องเช็ก แอนด์ บาลานซ์ในระบอบการเมืองการปกครองแบบประชาธิปไตย โดยเฉพาะการสร้างหลักนิติรัฐ หรือ รูล ออฟ ลอว์ (Rule of law)แต่ ครั้งที่มีการถกเถียงหรือการกล่าวถึงเรื่องหลักนิติรัฐ หรือหลักนิติธรรมนั้น คือการประชุมสภาร่างรัฐธรรมนูญ (สสร.) ครั้งที่ 22/2550<sup>3</sup>

จากการศึกษาข้อถกเถียงของคณะกรรมการทั้ง 2 ชุด คือ ตำรา เอกสารทางราชการ รายงานการประชุมอื่น ๆ เกี่ยวกับการจัดทำรัฐธรรมนูญ 2550 ผู้เขียนขอสรุปประเด็นจากข้อถกเถียงข้างต้น เป็นประเด็นหลัก 2 ประเด็นด้วยกัน คือ บริบท เหตุผลและความจำเป็นที่ต้องบัญญัติหลักนิติธรรม และ กรอบของนิติธรรมที่คลุมเครือ ดังนี้

## 2.1 บริบท เหตุผลและความจำเป็นที่ต้องบัญญัติหลักนิติธรรม

### 2.1.1. การต้องการสร้างกรอบอำนาจในการควบคุมและการจำกัดอำนาจของรัฐ

รัฐธรรมนูญเป็นผลผลิตทางวัฒนธรรม เชื่อมโยงกับปัญหาและบริบทการเมืองของแต่ละประเทศ ซึ่งก่อนที่จะมีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญ พ.ศ.2550 นี้ รัฐบาลของ พ.ต.ท.ทักษิณ ชินวัตรถูกกล่าวว่าเป็นรัฐบาลที่มีลักษณะเป็นเผด็จการรัฐสภา เนื่องจากพรรคการเมืองที่เป็นฝ่ายรัฐบาลมีเสียงข้างมากในสภาจนทำให้ขาดดุลอำนาจระหว่างฝ่ายนิติบัญญัติและการบริหารในการควบคุมการตรวจสอบใช้อำนาจของฝ่ายบริหาร นอกจากนี้ยังมีปัญหาเรื่องการแทรกแซงการใช้

<sup>1</sup> สมคิด เลิศไพฑูรย์, *ความเป็นมาและเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550*, [ระบบออนไลน์]

<http://128.199.181.253:8001/?edmc=1601> (เข้าถึงข้อมูลวันที่ 30 มกราคม 2561)

<sup>2</sup> สำนักกรรมการประชุมและขอผล สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, *รายงานการประชุมสภาร่างรัฐธรรมนูญ ครั้งที่ 7/2550 วันจันทร์ที่ 19 กุมภาพันธ์ พุทธศักราช 2550*, [ระบบออนไลน์] [http://library2.parliament.go.th/giventake/content\\_ca/r021950.pdf](http://library2.parliament.go.th/giventake/content_ca/r021950.pdf). (เข้าถึงข้อมูลวันที่ 29 มกราคม 2559)

<sup>3</sup> สำนักกรรมการประชุมและขอผล สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, *รายงานการประชุมสภาร่างรัฐธรรมนูญ ครั้งที่ 22/2550 วันจันทร์ที่ 11 มิถุนายน พุทธศักราช 2550*, [ระบบออนไลน์] [http://library2.parliament.go.th/giventake/content\\_ca/r061150.pdf](http://library2.parliament.go.th/giventake/content_ca/r061150.pdf) (เข้าถึงข้อมูลวันที่ 29 มกราคม 2559)

อำนาจขององค์กรอิสระทั้งหลาย ทั้งศาลรัฐธรรมนูญ และคณะกรรมการการเลือกตั้ง เป็นต้น<sup>4</sup> จนกระทั่งปลายปี 2548 พันธมิตรประชาชนเพื่อประชาธิปไตยได้ชุมนุมยาวนานอย่างต่อเนื่องเพื่อขับไล่ รัฐบาลของ พ.ต.ท.ทักษิณ ชินวัตร ซึ่งต่อมาได้ตัดสินใจยุบสภาผู้แทนราษฎรเพื่อจัดให้มีการเลือกตั้งทั่วไปในวันที่ 2 เมษายน 2549 เพื่อเป็นทางออกของความขัดแย้งทางการเมืองดังกล่าว แต่หากปรากฏว่าพรรคร่วมฝ่ายค้านปฏิเสธไม่ลงสมัครรับเลือกตั้ง เพราะเห็นว่าการยุบสภาไม่ถูกต้อง ในขณะที่พรรคประชาธิปัตย์กล่าวหาว่าพรรคไทยรักไทยมีการจ้างวานพรรคการเมืองขนาดเล็ก เพื่อให้การเลือกตั้งสมบูรณ์<sup>5</sup> จนกระทั่งต่อมาได้มีการรัฐประหารโดยคณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข (คปค.) เมื่อวันที่ 19 กันยายน 2549

จากข้อมูลดังกล่าวทำให้มีการพยายามให้มีการตรวจสอบการปฏิบัติหน้าที่ของรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล รวมทั้งองค์กรตามรัฐธรรมนูญและหน่วยงานของรัฐ เพื่อป้องกันการใช้อำนาจตามอำเภอใจ ขององค์กรข้างต้น โดยปรากฏจากข้อถกเถียงของคณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญทั้ง 2 ชุด ดังนี้

ได้ปรากฏรายงานร่างรัฐธรรมนูญฉบับที่ 22 โดยมีประธานคณะกรรมการการยกร่างรัฐธรรมนูญคือ นาวาอากาศตรี ประสงค์ สุ่นศิริ กล่าวถึงการจัดทำร่างรัฐธรรมนูญ 2550 ว่า “...คณะกรรมการได้มีการแก้ไข เพิ่มเติมประเด็นสำคัญต่าง ๆ เช่น เรื่องแนวนโยบาย พื้นฐานแห่งรัฐ สิทธิเสรีภาพของประชาชน ที่มาของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร และสมาชิกวุฒิสภา การสรรหากรรมการองค์กรอิสระต่าง ๆ ตามรัฐธรรมนูญ ร่างรัฐธรรมนูญฉบับที่กำลังเสนอต่อสภาร่างรัฐธรรมนูญ ในขณะนี้ มีหลักสำคัญเพื่อส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิ เสรีภาพของประชาชนให้เป็นที่ประจักษ์ชัดเจนยิ่งขึ้น สนับสนุนให้ประชาชนมีบทบาท และมีส่วนร่วมในการปกครอง และตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐอย่างเป็นรูปธรรม และเกิดความสัมฤทธิ์ผล ทั้งยังได้กำหนดกลไกสถาบันทางการเมืองทุกส่วนให้มีดุลยภาพ”

นอกจากนี้ยังมี คณะกรรมการสภาร่างรัฐธรรมนูญอีก 2 คน ที่ได้อธิบายถึงความจำเป็นในการบัญญัติข้อความเพิ่มเติมถึงการตรวจสอบการใช้อำนาจของรัฐและหน่วยงานของรัฐ คือ นายวิชัย รูปขำดี และ นายอัชพร จารุจินดา สรุปใจความว่า การที่ต้องมีการบัญญัติมาตรา 3 วรรคสองนั้นก็เพื่อต้องการวางกรอบในการปฏิบัติหน้าที่ของผู้ที่จะเกี่ยวข้องในการใช้อำนาจเหนือประชาชน หรือการใช้อำนาจของรัฐนั้นจะต้องเป็นไปตามหลักนิติธรรม”

โดยได้มีการให้เหตุผลในการเพิ่มบัญญัติตามวรรคสองนี้ขึ้นมา ว่า เพื่อให้การปฏิบัติหน้าที่ของรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล รวมทั้งองค์กรตามรัฐธรรมนูญและหน่วยงานของรัฐ ต้องตั้งอยู่บนพื้นฐานของบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่มีความเป็นธรรม ซึ่งสามารถอธิบายและให้เหตุผลได้ และไม่อาจใช้อำนาจรัฐโดยไม่มีกฎหมายรองรับ อันเป็นสาระสำคัญของหลักนิติธรรม (Rule of law)<sup>6</sup>

**นครินทร์ เมฆไตรรัตน์** ได้ให้ความเห็นว่า ประเทศไทยอยู่ในสภาพที่สำคัญและจำเป็น จะต้องบัญญัติหลักการนิติรัฐมาอยู่ในรัฐธรรมนูญ โดยได้กล่าวว่า “...ในโลกสมัยใหม่นี้หลักนิติรัฐเป็นเรื่องสำคัญ เพราะคนที่ละเมิดกฎหมายใหญ่ ไม่ใช่ใคร คือองค์กรของรัฐนี่เอง ก็คือ รัฐสภา ครม. ศาล บางทีก็ทำอะไรที่มันละเมิดกฎหมาย เพราะฉะนั้นก็จำเป็นต้องเอากฎหมายไปคุมองค์กรตัวนี้อยู่”

<sup>4</sup> สำนักกรรมการการ 3 สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, ตารางความแตกต่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 กับพุทธศักราช 2550 พร้อมเหตุผลโดยสังเขป, กรุงเทพฯ: สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, 2551, หน้า 11.

<sup>5</sup> ปิยบุตร แสงกนกกุล, ศาลรัฐประหาร: ตุลาการ ระบอบเผด็จการ และนิติรัฐประหาร, พิมพ์ครั้งที่ 1, นนทบุรี: สำนักพิมพ์ฟ้าเดียวกัน, 2560, หน้า 9.

<sup>6</sup> สำนักกรรมการการ 3 สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, ตารางความแตกต่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 กับพุทธศักราช 2550 พร้อมเหตุผลโดยสังเขป, หน้า 11.

ธงทอง จันทรางศุ “...เหตุผล หรือความจำเป็นที่น่าจะมีบทบัญญัติในวรรคสองนี้หรือไม่ ผมเห็นสนับสนุนไปในทางที่น่าจะมีบทบัญญัติในวรรคสอง มาตรา 3 นี้ เพิ่มเติมขึ้นจากบทบัญญัติเดิม บทบัญญัติเดิมนั้นเป็นการวางหลักทั่วไป เรื่องการใช้อำนาจอธิปไตย แต่พอลงรายละเอียดลงไปอีกขั้นตอนหนึ่งนั้น พอถึงขั้นตอนการปฏิบัติขององค์กรต่างๆ ไม่ว่าจะเป็นรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล หรือองค์กรอื่นตามรัฐธรรมนูญหรือหน่วยงานของรัฐนั้น ผมคิดว่าควรจะมีการแสดงทิศทาง เข้มมุ่งเอาไว้ ให้ปรากฏชัดว่าจะต้องยึดถือกฎหมายเป็นหลักในการปฏิบัติหน้าที่”

โดยได้มีการให้เหตุผลในการเพิ่มบัญญัติตามวรรคสองนี้ขึ้นมา ว่า เพื่อให้การปฏิบัติหน้าที่ของรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล รวมทั้งองค์กรตามรัฐธรรมนูญและหน่วยงานของรัฐ ต้องตั้งอยู่บนพื้นฐานของบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่มีความเป็นธรรม ซึ่งสามารถอธิบายและให้เหตุผลได้ และไม่อาจใช้อำนาจรัฐโดยไม่มีกฎหมายรองรับ อันเป็นสาระสำคัญของหลักนิติธรรม (Rule of Law)

จากบริบทการเมืองทั้งภายในประเทศ ต่างประเทศ ปัญหาการเมืองภายในประเทศและความเห็นของคณะกรรมการนั้น แสดงถึงความจำเป็นที่ต้องมีการนำหลักนิติธรรมมาบัญญัติในมาตรา 3 วรรคสอง เพื่อควบคุมและจำกัดการใช้อำนาจของรัฐ เพื่อป้องกันการเผด็จการรัฐสภา เพื่อสร้างความชอบธรรมในการใช้อำนาจโดยให้ประชาชนตรวจสอบได้ นอกจากนี้คือการสร้างความชอบธรรมให้รัฐธรรมนูญที่เกิดขึ้นในช่วงรัฐบาลทหารที่มาจากาการรัฐประหาร

### 2.1.2. การต้องการสร้างความชอบธรรมให้รัฐบาลรัฐประหารในสายตาระหว่างประเทศ

การยึดอำนาจการปกครองโดยรัฐประหารนั้น ไม่เป็นที่ยอมรับในระดับสากลไม่จะเป็นการยึดอำนาจโดยอ้างเหตุผลทางการเมืองใดก็ตาม ประเทศเป็นประเทศที่เป็นภาคีสมาชิกขององค์กรระดับประเทศหลายองค์กร เช่น องค์กรสหประชาชาติ (United Nations : UN) หรือ สมาคมประชาชาติแห่งเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ (Association of Southeast Asian Nations : ASEAN) ซึ่งองค์กรเหล่านี้ก็สนับสนุนและได้วางหลักการหรือแนวทางให้ประเทศที่เป็นภาคีสมาชิกปฏิบัติตามซึ่งหลักการหนึ่งนั้นที่สำคัญคือ หลักนิติธรรม (Rule of Law) เช่น ในที่ประชุมสมัชชาใหญ่แห่งองค์การสหประชาชาติ 67/2 จะได้วางแนวคิดเกี่ยวกับหลักนิติธรรมสากล โดยองค์กรสหประชาชาติ ได้กำหนดให้รัฐสมาชิกองค์การสหประชาชาติมีพันธะที่สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ขององค์การในการดำรงรักษาไว้ซึ่งสันติภาพและความมั่นคงของโลก ด้วยการรักษาสันติภาพ การเคารพต่อสิทธิมนุษยชน และการพัฒนา อันเป็นหลักการพื้นฐานของนิติธรรมสากล โดยยังได้วางหลักการอีกครั้งเกี่ยวกับหลักนิติธรรมในระดับภายในประเทศและระหว่างประเทศภายใต้มติของที่ประชุมสมัชชาใหญ่องค์การสหประชาชาติที่ 67/1 และ 67/97<sup>7</sup> เป็นต้น

ซึ่งสอดคล้องกับนายสมคิดได้เขียนใน ความเป็นมาและเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ซึ่งมีใจความสรุปว่า โลกเสรีประชาธิปไตยปัจจุบันนั้นการปกครองโดยระบบเผด็จการที่อำนาจอธิปไตยยังคงรวมศูนย์อยู่ที่คณะรัฐประหารที่เดียว ย่อมไม่เป็นที่ที่จะได้รับการยอมรับเชื่อถือจากนานาอารยประเทศ<sup>8</sup> จึงจำเป็นต้องร่างรัฐธรรมนูญเพื่อสร้างความชอบธรรมและการยอมรับให้แก่คณะรัฐประหาร ด้วยเหตุนี้ทำให้เนื้อหาในรัฐธรรมนูญก็จำเป็นต้องบัญญัติหลักการสากลที่นานาอารยประเทศให้การยอมรับ ซึ่งก็คือ หลักนิติธรรม และนิติรัฐนั่นเอง

<sup>7</sup> กิตติ ชยางคกุล และคณะ, โครงการวิจัย หลักนิติธรรมสากลกับการคุ้มครองสิทธิมนุษยชน (International Rule of Law and the Protection of Human Rights), ภาควิชานิติศาสตร์ คณะรัฐศาสตร์และนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยบูรพา, 2556. หน้า 24 – 25.

<sup>8</sup> สมคิด เลิศไพฑูรย์, ความเป็นมาและเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550,

## 2.2 แนวคิดและนิยามที่คลุมเครือ

หากหลักนิติธรรมเป็นหลักการที่มีความสำคัญที่มุ่งหมายจะเป็นกรอบในการควบคุมและจำกัดอำนาจของรัฐ คำนิยาม และเนื้อหาของหลักการนี้ก็ย่อมสำคัญเช่นกัน เนื่องจากเพราะหากกรอบ และนิยามของหลักนิติธรรมชัดเจน กรอบขอบเขต ในการตรวจสอบการใช้อำนาจของรัฐก็ย่อมชัดเจนเช่นกัน

ทั้งนี้ผู้เขียนขอสรุปหลักนิติธรรมหรือหลักนิติรัฐที่มาจากหลักการควบคุม จำกัดการใช้อำนาจ ซึ่งมาจากแนวคิด Rechtsstaat (ภาษาเยอรมัน), L'État de droit (ภาษาฝรั่งเศส) Legal state, Due process of law หรือ The rule of law (ประเทศอังกฤษ) ในเบื้องต้นดังนี้

ประเทศอังกฤษเป็นประเทศที่พัฒนาหลักนิติธรรม (Rule of Law) อันเป็นพัฒนาการหนึ่งของแนวคิดเรื่องการจำกัดอำนาจรัฐขึ้นมาโดย ไดซี (Albert Venn Dicey) นักกฎหมายรัฐธรรมนูญที่มีบทบาทมากที่สุดคนหนึ่งในการพัฒนาหลักนิติธรรม ได้กล่าวว่า “หลักเรื่องการปกครองโดยกฎหมาย” ซึ่งเป็นเอกลักษณ์ของรัฐธรรมนูญอังกฤษ ให้ความสำคัญกับความสูงสุดของกฎหมายเหนือการใช้อำนาจตามอำเภอใจของมนุษย์ โดยให้ความสำคัญเท่าเทียม เสมอภาคกันระหว่างรัฐ เจ้าหน้าที่ของรัฐ และพลเมือง โดยเฉพาะสิทธิเสรีภาพของพลเมือง ยิ่งไปกว่านั้นไดซี เห็นว่า สิ่งพิเศษทั้งหลาย เช่น กฎหมายพิเศษ ศาลพิเศษ หรือวิธีบัญญัติกฎหมายแบบพิเศษล้วนเป็นเรื่องของการใช้อำนาจโดยพลการ (arbitrary power) ซึ่งเป็นสิ่งที่ขัดกับหลักการปกครองโดยกฎหมายทั้งกฎหมายและศาลเป็นผลลัพธ์จากความเข้าใจร่วมกันของศาลและประชาชน ศาลปกติจึงไม่จำเป็นต้องอ้างอำนาจพิเศษจากกฎหมายพิเศษ และประชาชนก็ไม่มีเหตุต้องสงสัยหรือหวาดกลัวต่อกฎหมายที่ตนไม่คุ้นเคย<sup>9</sup>

ประเทศเยอรมนีเป็นประเทศที่เป็นต้นกำเนิดของหลักนิติรัฐ (Rechtsstaat) โดยพัฒนาอย่างจริงจังขึ้นภายหลังสงครามโลกครั้งที่ 2 ความสำคัญของหลักนิติรัฐอยู่ที่ฝ่ายปกครองต้องอยู่ภายใต้กฎหมายของรัฐ และคุ้มครองสิทธิของปัจเจกชนที่เกิดจากกฎหมายที่ตราขึ้น โดยในระบอบกฎหมายเยอรมันหลักนิติรัฐมีองค์ประกอบ 2 ส่วน คือ องค์ประกอบในทางรูปแบบ และ องค์ประกอบในทางเนื้อหา ซึ่งความเป็นนิติรัฐในทางรูปแบบคือ การที่รัฐผูกพันตนเองไว้กับกฎหมายที่องค์กรของรัฐตราขึ้นตามกระบวนการที่รัฐธรรมนูญกำหนดขึ้นหรือที่รัฐธรรมนูญให้อำนาจไว้ เพื่อจำกัดอำนาจของรัฐ ส่วนนิติรัฐในทางเนื้อหา คือ การที่รัฐประกันสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของประชาชน โดยกำหนดบทบัญญัติว่าด้วยสิทธิเสรีภาพให้มีค่าบังคับในระดับรัฐธรรมนูญ เรียกร้องให้รัฐต้องกระทำการโดยยุติธรรมและถูกต้อง<sup>10</sup>

ประเทศฝรั่งเศสเป็นอีกประเทศหนึ่งที่มีความสำคัญต่อการพัฒนาแนวคิดเรื่องหลักนิติรัฐ โดยช่วงปลายศตวรรษที่ 19 ถึงต้นศตวรรษที่ 20 ฝรั่งเศสได้รับเอาแนวคิดเรื่องนิติรัฐของเยอรมันแล้วสร้างคำว่า “L'État de droit” ขึ้นมาเป็นคำแปลของ “Rechtsstaat” ซึ่งในภาษาฝรั่งเศสแปลว่า รัฐที่ปกครองโดยกฎหมาย (State governed by law)<sup>11</sup> และหลังจากการปฏิวัติฝรั่งเศสในปี ค.ศ.1789 ฝรั่งเศสได้นำหลักการการปกครองด้วยกฎหมาย มาเชื่อมโยงกับหลักการประกันสิทธิเสรีภาพของประชาชน อันได้แก่ คำประกาศสิทธิมนุษยชนและพลเมืองของฝรั่งเศส (Declaration of the Rights of Man and of the Citizen in 1789) ลงวันที่ 26 สิงหาคม ค.ศ. 1789 ที่รับรองว่าสิทธิของบุคคลเป็นสิ่งที่ผู้ใดจะล่วงละเมิดมิได้ เว้นแต่จะจำกัดเพื่อให้ผู้อื่นได้ใช้เสรีภาพเหล่านี้ได้เช่นกันและข้อจำกัดเสรีภาพนี้มีได้ก็แต่ที่กฎหมาย

<sup>9</sup> สมเกียรติ วันทะนะ, (2551). “ประชาธิปไตยและการปกครองโดยกฎหมาย(Democracy and the rule of law)”, วารสารสังคมศาสตร์และมนุษยศาสตร์, 34(2): 12.

<sup>10</sup> วรเจตน์ ภาศิริตัน, หลักนิติรัฐและหลักนิติธรรม, ใน นิติรัฐ นิติธรรม, เอกบุณย วงศ์สวัสดิ์กุล. พิมพ์ครั้งที่ 1, กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553, หน้า 325-329.

<sup>11</sup> เรื่องเดียวกัน., หน้า 35.

กำหนดไว้เท่านั้น ซึ่งหลักการในคำประกาศนี้ได้รับการกล่าวถึงอยู่เสมอว่าเป็นรากฐานของหลักนิติรัฐ<sup>12</sup> และที่สำคัญประเทศฝรั่งเศสได้พัฒนาความคิดเรื่องลำดับชั้นแห่งกฎหมายภายในรัฐหรือปิรามิดแห่งกฎหมายของรัฐ” (Principe de hiérarchie des normes, Pyramide des normes) ที่ได้นำมาใช้ในการตรวจสอบควบคุมอำนาจการออกกฎหมายหรือคำสั่งของฝ่ายปกครอง

ส่วนข้อถกเถียงของคณะกรรมการที่ได้มีกล่าวถึงแนวคิดเรื่องหลักนิติธรรม หลักนิติรัฐ ในลักษณะที่รอบในการจำกัดการใช้อำนาจของรัฐ ในเชิงเนื้อหาและค่านิยมอย่างไรวินั้น ผู้เขียนขอแบ่งเป็นประเด็นหลัก 2 ประเด็น คือ การเลือกคำของหลัก Rule of Law และเนื้อหาของหลัก Rule of law

### 2.2.1 การเลือกคำของหลัก Rule of Law หลักนิติธรรม หรือ หลักนิติรัฐ

**สมคิด เลิศไพฑูรย์** อภิปรายว่า คือ “Rule of law” หลักการปกครองโดยกฎหมาย ซึ่งเป็นหลักที่เอามาจากเยอรมัน จากคำว่า “Rechtsstaat”

จากนั้น **นครินทร์ เมฆไตรรัตน์** จึงได้อภิปรายว่า คำว่า “หลักนิติรัฐ” นี้ (เลขานุการฝ่ายกฎหมาย) ต้องอธิบายให้ดี เพราะหลักแนวคิดอันนี้รับมาจากเยอรมัน แล้วก็เข้าไปในฝรั่งเศส ซึ่งใน Anglo-Saxon จากประเทศอังกฤษ ไม่มีคำศัพท์นี้ จากนั้นจึงให้ **สมคิด เลิศไพฑูรย์** แปลคำนี้เป็นภาษาอังกฤษ

จากนั้น **สมคิด เลิศไพฑูรย์** จึงตอบว่า “The rule of law” ซึ่ง นครินทร์ เมฆไตรรัตน์ก็แย้งต่อว่า “The rule of law ไม่ได้แปลว่า นิติรัฐ ซึ่ง **สมคิด เลิศไพฑูรย์** ก็ยังยืนยันว่าเป็น “คำเดียวกัน” อย่างไรก็ตาม **นครินทร์ เมฆไตรรัตน์** ได้ยืนยันว่า ไม่ใช่คำว่า The rule of law โดยแย้งว่า “เยอรมันมันถูกต้องแล้วครับ มาจาก Rechtsstaat มาจาก État de droit ในภาษาฝรั่งเศสถูกแล้ว แต่มันแปลอังกฤษไม่ได้ศัพท์ คำนี้รากฐานมันคนละปรัชญา เพราะฉะนั้นถ้า The rule of law มันต้องแปลว่านิติธรรมหรือกฎ มันไม่ใช่หลักนิติรัฐ เพราะว่าใน Anglo-Saxon พวกภาษาใน Common law ผมไม่แน่ใจว่ารัฐมีสภาพในทางกฎหมายได้อย่างไร”

**ปกรณ์ ปรียากร** ได้ให้ความเห็นว่า : “.....ระบบของกฎหมาย Anglo-Saxon ในตอนหลังๆ ก็มีการใช้คำใหม่ๆ ซึ่งเป็นคำที่พัฒนาขึ้นมา แต่ว่าคำนี้ก็มิใช่โต้แย้งอยู่เสมอ แต่ผมคิดว่าเป็นที่ใช้ได้โดยทั่วไป ในอังกฤษอาจจะมีความรู้สึกว่าไม่ค่อยได้ใช้ แต่ว่าพอประเทศอื่นที่พัฒนามาจากระบบ Anglo-Saxon ไปใช้นี้ เขาก็ใช้คำว่า Legal state คืออันนี้ก็เป็นที่ข้อถกเถียงกัน แต่ว่าใช้ได้หรือไม่ แต่ว่าก็อยู่ในภาวะที่เป็นที่ยอมรับกันอยู่บ้าง ก็คือรัฐที่ปกครองด้วยกฎหมายเป็นสำคัญ

จากนั้นได้มีการอภิปรายและแสดงความเห็นเพิ่มเติม เมื่อมีการกล่าวว่า เราใช้หลัก The rule of law ซึ่งมาจากหลักเกณฑ์ Rechtsstaat ในภาษาเยอรมัน ดังนี้

**ประพันธ์ นัยโกวิท** “...ต้องเป็นไปตามหลักนิติรัฐ คือประเทศที่ปกครองโดยกฎหมาย ก็เป็นประเทศที่เป็นนิติรัฐ แต่ความจริงคำว่า Rule of law น่าจะเป็นคำว่า นิติธรรม น่าจะใช้คำว่า ต้องไปเป็นตามหลักนิติธรรม คือ Rule of law หลักนิติธรรมนี้เป็นหลักหนึ่งใน Good governance เรื่องธรรมาภิบาล ผมคิดว่าน่าจะใช้คำว่า นิติธรรมมากกว่านิติรัฐ คือ มันตรงตัว”

**วิชา มหาคุณ** “...ดำเนินไปตาม The rule of law นี้ก็คือ หลักแห่งกฎหมาย หรือการปฏิบัติตามกฎหมายนะครับ ก็น่าจะเป็นหลักนิติธรรมที่เราเข้าใจกันทั่วไปแล้วนะครับ แล้วก็ผมเห็นด้วยว่าใช้หลักนิติธรรมควบคู่กับ The rule

<sup>12</sup> วิสิฐ ญาณภริต และคณะ, (2559). “บริบทหลักนิติธรรมในต่างประเทศ”, วารสารเกษมบัณฑิต 17(1): 96.



of law นี้เพราะผมตรวจสอบดูแล้ว รัฐธรรมนูญของหลายๆประเทศก็บอกให้เป็นไปตาม The rule of law เพราะฉะนั้นก็สอดคล้องนะครับ ถ้าเมื่อไปใช้หลักนิติรัฐอาจจะเข้าใจผิดได้ครับ”

**มานิจ สุขสมจิตร์** “...ถึงจะใช้คำว่า นิติรัฐ นิติธรรม ผมก็คิดว่าใช้คำว่า นิติธรรมน่าจะถูกต้องกว่านะครับ คือเป็นหลักของกฎหมายและกฎหมายก็ต้องเป็นธรรม คราวนี้ถ้าหากยังรักคำว่า นิติรัฐ อยู่ ถ้าอยากจะใช้ในรัฐธรรมนูญก็น่าจะไปอยู่ในมาตรา 2 มาตรา 2 ที่บอกว่า ประเทศไทยเป็นนิติรัฐ แล้วบอกว่ามีการปกครองระบอบประชาธิปไตยอะไรก็ว่าไป แต่ว่าตรงวรรคสองของมาตรา 3 นี้ น่าจะเป็นคำว่านิติธรรม คือ ธรรมะแห่งกฎหมาย นั่นก็คือกฎหมายที่จะต้องเป็นธรรม ไม่ใช่กฎหมายที่บัญญัติขึ้นมาเพื่อให้คนกลุ่มหนึ่งได้เปรียบ อีกคนหนึ่งเสียเปรียบ มันก็ต้องเป็นธรรมนะครับ น่าจะอยู่ตรงนี้มากกว่า ขอขอบคุณครับ”

จะเห็นได้ว่า ประพันธ์ นัยโกวิท, วิชา มหาคุณ และ มานิจ สุขสมจิตร์ มีความเห็นว่า หากมาจากหลัก Rule of Law ควรใช้คำว่า หลักนิติธรรม เพราะเป็นไปตามหลักสากล เป็นที่เข้าใจได้ทั่วไป และสอดคล้องกับรัฐธรรมนูญของต่างประเทศที่ใช้คำว่า Rule of Law นอกจากนั้น คำว่า นิติธรรม ยังหมายถึง ธรรมะแห่งกฎหมาย กฎหมายที่จะต้องเป็นธรรม ไม่ใช่กฎหมายที่บัญญัติขึ้นมาเพื่อให้คนกลุ่มหนึ่งได้เปรียบเสียเปรียบกัน เป็นต้น

ทั้งนี้ ยังมีผู้ร่างบางส่วนที่ได้เสนอการใช้คำอื่น เช่น สดศรี สัตยธรรม ที่เห็นว่าควรจะใช้คำง่าย เพราะเมื่อประชาคมติดปัญหาขึ้นมาทันทีว่าแปลความว่าอย่างไร แล้วยังอาจต้องมีภาษาอังกฤษ ภาษาฝรั่งเศส ภาษาเยอรมันกำกับ จึงไม่ควรใช้คำที่เป็นคำเทคนิค ซึ่ง ธงทอง จันทรางศุ ได้เสนอให้ใช้คำเสนอให้ใช้คำว่า “ตามคลองธรรมแห่งกฎหมาย” เพราะเป็นภาษาไทยธรรมดาที่เข้าใจได้ง่าย

จากนั้นได้มีการพยายามอธิบายถึงบริบท และ ระบบการเมืองที่เกี่ยวข้องกับหลักนิติรัฐ และหลักนิติธรรม โดย คมสันต์ โพธิ์คง ที่ได้อภิปรายโดยมีรายละเอียดโดยสรุปความว่า ควรใช้คำว่า หลักนิติรัฐ ซึ่งหมายถึง รัฐที่ยอมตนเคารพกฎหมาย โดยคำนี้เป็นอุดมการณ์ในทางประชาธิปไตย ซึ่งคำที่ใช้ปัจจุบันมีใช้อยู่ 3 คำครับ คือ เรื่องของ Legal state แล้วก็ Rule of law แล้วก็ Due process of law ในแต่ละประเทศก็จะใช้ต่างกัน ในอเมริกาก็จะใช้คำว่า Due process of law แต่ถ้าในระบบของอังกฤษก็ซึ่งเป็น ระบบ Common law ใช้หลัก The rule of law โดยในระบบสากลคำที่ใช้จะสะท้อนถึงระบบการเมือง ระบบกฎหมายที่แตกต่างกัน เช่น The rule of law มีหลักเกณฑ์คือการอยู่ภายใต้กฎหมายเดียว ทั้งบุคคลธรรมดาและหน่วยงานของรัฐและใช้ระบบของการพิจารณาคดีแบบศาลเดียว ส่วนหลักของนิติรัฐนี้มันเป็นหลักการที่น่าจะสอดคล้องกับประเทศที่ใช้ระบบประมวล ระบบของการมีรัฐธรรมนูญบัญญัติในลักษณะเช่นนี้ โดยกฎหมายของรัฐนั้น ต้องเป็นกฎหมายที่สอดคล้องกับความเป็นธรรมด้วย ซึ่ง คมสันต์ มีความเห็นใน ว่าควรจะใช้คำว่า หลักนิติรัฐ เพียงแต่ต้องขยายความเข้าใจในเรื่องหลักนิติรัฐให้มีความหมายชัดเจน

ทั้งนี้ก่อนจบการอภิปรายประเด็นดังกล่าว สมคิด เลิศไพฑูรย์ ได้กล่าวก่อนการสรุปข้อถกเถียงว่า จากร่างที่ใช้คำว่า หลักนิติรัฐ ขอเปลี่ยนเป็น หลักนิติธรรม ถ้าที่ประชุมเห็นชอบ

จากนั้นจึงมีการเปลี่ยนจากคำว่า หลักนิติรัฐ เป็น หลักนิติธรรม โดยไม่ได้มีการสรุปความเห็นของ คณะกรรมาธิการยกร่างรัฐธรรมนูญว่ามีความเข้าใจและเลือกคำว่า “หลักนิติธรรม” มาใช้โดยเข้าใจคำนี้ว่าอะไร เพราะอะไร

## 2.2.2 เนื้อหา และคำนิยามของหลักนิติธรรม และหลักนิติรัฐ

ปรากฏการถกเถียงหรือการกล่าวถึงเนื้อหาและองค์ประกอบของหลักนิติรัฐ หรือหลักนิติธรรมในการประชุมสภาร่างรัฐธรรมนูญ (สสร.) ครั้งที่ 22/2550<sup>13</sup> โดยมีการอภิปรายกันได้ดังนี้

คมสัน โพธิ์คง ได้เสนอให้ใช้คำว่า “หลักนิติรัฐ” โดยอธิบาย โดยสรุป ว่า “หลักนิติรัฐ มันมีความหมายที่ครอบคลุมกว้างขวางมากกว่า คำว่า หลักนิติธรรม ซึ่งโดยทั่วไปแล้ว คำว่า หลักนิติธรรม นั้น มีความหมายในลักษณะที่มักจะใช้กันในภายในองค์กรศาลเท่านั้น ส่วน หลักนิติรัฐโดยหลักการไม่ได้แปลว่า รัฐตามกฎหมายอย่างที่หลายคนเข้าใจว่า คำว่า นิติรัฐ นั้น คือรัฐตามกฎหมาย แต่ความจริงแล้วหลักนิติรัฐนี้เป็นอุดมการณ์และเป็นอุดมคติ ในทางปรัชญารากฐานของกฎหมายมหาชนได้วางหลักการในเรื่องของคำว่า หลักนิติรัฐ นั้น คือ รัฐที่ยึดมั่นในระบอบประชาธิปไตย แล้วก็เคารพในหลักนิติธรรม หลักนิติรัฐไม่ได้กำหนดเรื่องขององค์ประกอบของรัฐ แต่เป็นหลักในทางปรัชญาที่วางหลักการในเรื่องของการทำให้รัฐนั้นยอมตนเคารพอยู่ภายใต้บังคับแห่งกฎหมาย ซึ่งรัฐนั้นได้เป็นผู้ตราขึ้นเอง และก็ยอมใช้บังคับขึ้นซึ่งรวมถึงบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญด้วย การยอมตนอยู่ภายใต้การบังคับของกฎหมายที่วางขึ้นนั้นจะต้องตั้งอยู่บนเหตุผลของความเป็นธรรม จึงจะเป็นกฎหมายที่สามารถใช้บังคับได้ ภายใต้หลักการเรื่องหลักนิติรัฐ เพราะฉะนั้นหลักนิติรัฐนี้จึงเป็นหลักการในการควบคุมการใช้อำนาจของรัฐที่สำคัญะครับ ซึ่งโดยหลักการแล้วทำให้รัฐนั้นเป็นรัฐที่มีความมีเหตุมีผล ภายใต้หลักการเรื่องนิติรัฐ มีหลักการสำคัญมาจากการที่ประชาชนนั้นได้ต่อสู้กับการปกครอง จากการกดขี่ในการปกครอง เพื่อให้ตนมีสิทธิและเสรีภาพ....” จากนั้นจึงมีการกล่าวและอธิบายถึงรายละเอียดของหลักนิติรัฐ และหลักนิติธรรม ซึ่งผู้เขียนขอสรุปการอภิปรายของนายคมสัน โพธิ์คง จึงเป็นการอธิบายในเชิงนิยาม การให้ความหมาย และหลักการสำคัญของแต่ละหลักการ อันเป็นการเพิ่มเติมรายละเอียดของหลักคิดเรื่อง Rule of Law และ Legal State จากการประชุมคณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญ โดยในนำเรื่องระบบกฎหมายหลักนิติธรรมที่ใช้ในประเทศของคอมมอน ลอว์ ส่วนประเทศไทยเป็นประเทศที่ใช้ระบบประมวลกฎหมายจึงควรใช้หลักนิติรัฐ ซึ่งอาจแยกรายละเอียดได้ดังนี้

ตารางที่ 1 : ตารางสรุปความเข้าใจหลัก Rule of Law และ Legal State จากการอภิปรายของ คมสัน โพธิ์คง

หัวข้อ ระบบ	Rule of Law	Legal State
นิยาม		<ul style="list-style-type: none"> <li>- รัฐเคารพตนให้อยู่ภายใต้กฎหมาย โดยกฎหมายต้องเป็นธรรมจึงจะเป็นกฎหมายที่ใช้บังคับได้</li> <li>- รัฐที่ยึดมั่นในระบอบประชาธิปไตย แล้วก็เคารพในหลักนิติธรรม</li> </ul>
องค์ประกอบ	<ul style="list-style-type: none"> <li>- ไม่ใช่อำนาจตามอำเภอใจ</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- รัฐต้องเคารพต่อกฎหมาย</li> </ul>

<sup>13</sup>สำนักกรรมการประชุมและชวเลข สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, รายงานการประชุมสภาร่างรัฐธรรมนูญ ครั้งที่ 22/2550 วันจันทร์ที่ 11 มิถุนายน พุทธศักราช 2550, หน้า 58-62.

หัวข้อ ระบบ	Rule of Law	Legal State
	- กฎหมายเดียวกัน ศาลเดียวกัน	- มีศาลพิเศษในการตรวจสอบ ความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ คือ ศาล รัฐธรรมนูญ
	- มีหลักการกำหนดความรับผิดชอบ มีการ กำหนดโทษ	- ไม่มีกฎหมายไม่มีความผิด - คุ่มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน - มีความมั่นคงของกฎหมาย - มีความได้สัดส่วนของกฎหมายกับ มาตรการของรัฐ
	- หลักความทั่วไปของรัฐธรรมนูญ เกิด จากการตีความ ไม่ใช่จากการ บัญญัติกฎหมายรัฐธรรมนูญเป็นลาย ลักษณ์อักษร	- ความเป็นกฎหมายสูงสุดของ รัฐธรรมนูญ
		- หลักความเป็นอิสระของผู้พิพากษา

อย่างไรก็ตาม สมคิด เลิศไพฑูรย์ ได้ให้ความเห็นไว้ว่า นักวิชาการโดยทั่วไปมีความเห็นว่า หลักนิติธรรมและหลักนิติรัฐมีความหมายที่ใกล้เคียงกัน โดยคำว่า นิติธรรม นั้น มาจากคำในภาษาอังกฤษว่า เดอะ รูล ออฟ ลอว์ (The Rule of Law) แล้วก็เป็นหลักที่เกิดขึ้นเป็นครั้งแรกในประเทศที่เป็นคอมมอน ลอว์ (Common Law) คือ ประเทศอังกฤษ หลักเรื่องนิติรัฐ เป็นหลักที่เกิดขึ้นในประเทศซีวิล ลอว์ (Civil law) ก็คือ ประเทศเยอรมัน ใช้คำว่าเรชท์สตาต (Rechtsstaat) ซึ่งเป็นคำที่กรมการได้พิจารณาอย่างถ่องแท้พอสมควร แล้วว่าคำว่า นิติรัฐ นั้น เป็นคำที่ความหมายคล้ายคลึงกันในทางวิชาการ แม้ว่าจะพูดว่าต่างกัน ก็ต่างกันเล็กน้อย ความจริงหลักทั้ง 2 หลักมีหลักตรงกัน

(1) ถ้าไม่มีกฎหมายบัญญัติเจ้าหน้าที่ของรัฐ คือ ฝ่ายปกครองไม่มีอำนาจกระทำการใด ๆ ทั้งสิ้น เพราะถ้าดำเนินการแล้วก็ไปกระทบสิทธิเสรีภาพของประชาชน ซึ่งต่างจากเอกชน เนื่องจากหลักการทางกฎหมายเอกชนนั้น ถ้าไม่มีกฎหมายห้ามไว้ก็สามารถดำเนินการได้เสมอ

(2) แม้มีกฎหมายบัญญัติให้ฝ่ายปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐดำเนินการได้นี้ ก็จะกำหนดเงื่อนไขกำหนดขอบเขตไว้ว่า มีขอบเขตมากน้อยแค่ไหน อย่างไรก็ตาม หลักที่ 2 ก็คือหลักที่บอกว่า เมื่อกำหนดขอบเขตไว้เช่นใด ฝ่ายปกครองก็ใช้กฎหมายไปตามขอบเขตนั้น จะใช้อำนาจเกินกว่าขอบเขตที่กฎหมายบัญญัติไว้ไม่ได้

ซึ่ง คำทั้ง 2 คำ ก็มีความหมายที่ใกล้เคียงกัน อาจจะแตกต่างกันเล็กน้อย โดย คำว่า นิติธรรม นั้น เป็นคำที่คนไทยโดยทั่วไป หรือพวกเราโดยทั่วไปเป็นคำที่คุ้นเคย และรู้จักกันดี แต่คำว่า นิติรัฐ นั้น อาจจะมีความหมายในเชิงของคำว่า มีความหมายกว้างขวางอย่างไรบ้าง ดังนั้น ใช้คำว่า นิติธรรม น่าจะถูกต้องกว่า

สุดท้ายสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญก็มีมติด้วยคะแนนเสียง 58 จากผู้เข้าร่วมประชุมทั้งหมด 90 คน ให้ใช้คำว่า “หลักนิติธรรม” ในมาตรา 3 ววรรค 2 ของรัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2550 โดยได้บันทึกเจตนารมณ์ไว้ว่า<sup>14</sup>

“เจตนารมณ์กำหนดที่มาของอำนาจอธิปไตยและหลักการแบ่งแยกอำนาจ ทั้งนี้การใช้ อำนาจนั้นต้องสอดคล้องกับหลักนิติธรรม เพื่อให้เป็นไปตามหลักนิติธรรม (The Rule of Law) การปฏิบัติหน้าที่ของรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล รวมทั้งองค์กรตามรัฐธรรมนูญและหน่วยงานของ รัฐ ต้องอยู่บนพื้นฐานของบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้และบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่มีความชอบ ธรรม สามารถอธิบายและให้เหตุผลได้ และจะใช้อำนาจรัฐโดยปราศจากบทบัญญัติแห่งกฎหมาย รองรับนั้นไม่ได้”

นอกจากนี้ ยังได้ระบุไว้ในหมายเหตุในบันทึกเจตนารมณ์รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 เอาไว้ในวงเล็บสาม ว่า

“หลักนิติธรรม (The Rule of Law) มาจากหลักกฎหมายของกลุ่มประเทศคอมมอนลอว์ (Common Law) เป็นหลักที่จำกัดการใช้อำนาจของผู้ปกครองไม่ให้เกินขอบเขตโดยปกครองภายใต้ กฎหมาย

หลักนิติรัฐ (Rechtstaat/Legal State) มาจากหลักกฎหมายของกลุ่มประเทศซีวิลลอว์ (Civil Law) มีความหมายครอบคลุมกว่าหลักนิติธรรม ซึ่งมีความหมายรวมถึงหลักดังต่อไปนี้

หลักการแบ่งแยกอำนาจ ซึ่งเป็นหลักการสำคัญในการกำหนดขอบเขตอำนาจรัฐ

- (1) หลักการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนโดยบทบัญญัติของกฎหมาย
- (2) หลักความชอบด้วยกฎหมายขององค์กรตุลาการและองค์กรฝ่ายปกครองในการ ดำเนินการอย่างหนึ่งอย่างใด หรือมีการกระทำอย่างหนึ่งอย่างใด
- (3) หลักความชอบด้วยกฎหมาย ในเนื้อหาของกฎหมายนั้นจะต้องมีความชอบใน เนื้อหาที่มีหลักประกันความเป็นธรรมแก่ประชาชน
- (4) หลักความเป็นอิสระของผู้พิพากษา
- (5) หลักการไม่มีกฎหมาย ไม่มีความผิด ซึ่งเป็นหลักในทางกฎหมายอาญา (Nullum crimen nulla poena sine lege)
- (6) หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ”<sup>15</sup>

และยังได้เขียนถึงความเหมือนของทั้งสองหลักการดังกล่าวว่า

“โดยหลักนิติธรรมและหลักนิติรัฐมีความคล้ายคลึงกัน 2 ประการ คือ

- (1) ถ้าไม่มีกฎหมาย เจ้าหน้าที่ของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองไม่มีอำนาจจะ ทำการใดๆทั้งสิ้น เพราะถ้าดำเนินการไปแล้วอาจกระทบสิทธิเสรีภาพของประชาชน

<sup>14</sup>สำนักกรรมการ 3 สำนักวิชาการ สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, เจตนารมณ์รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550, หน้า 2 - 3

<sup>15</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 3.

(2) หลักที่ว่าเมื่อกฎหมายกำหนดขอบเขตไว้เช่นใด ฝ่ายปกครองก็ใช้ไปตาม  
ขอบเขตนั้น จะใช้อำนาจเกินกว่ากฎหมายบัญญัติไว้ไม่ได้”

การศึกษาข้อถกเถียงจากคณะผู้ร่างรัฐธรรมนูญจะเห็นได้ว่า หลักนิติธรรม หรือ Rule of Law ที่เราคิดว่าเป็นหลักการที่เป็นสากลที่แท้แล้ว มันก็ยังไม่เป็นสากลที่แท้จริง ยังมีการถกเถียงถึงรายละเอียด และความสำคัญ โดยแม้กระทั่งผู้ร่าง หรือนักวิชาการที่เราคิดว่ามีความรู้มากกว่าประชาชนทั่วไป ก็ยังมีความเห็นที่แตกต่างกัน โดยมีความกังวลในการเลือกใช้คำว่า ควรจะใช้คำว่า “หลักนิติธรรมหรือหลักนิติรัฐ”

อีกทั้งไม่ได้มีการสรุปตามความเข้าใจของผู้ร่างในแง่ของที่มาและการพัฒนาของหลักการ ระบบกฎหมาย เนื้อหาสาระ นิติวิธี การตีความและหลักความสูงสุดของกฎหมาย ไม่ได้สรุปว่าการใช้หลักนิติธรรมนี้จะใช้ในควบคุมความชอบเชิงรูปแบบและเนื้อหา แบบนิติรัฐตามที่ได้มีการถกเถียงกันอย่างไร ไม่มีการอภิปรายเชื่อมโยงของ “หลักนิติธรรม” กับความมีอำนาจสูงสุดของรัฐสภาตามหลักการของ The Rule of law ที่มาจากประเทศอังกฤษ หรือ หลักนิติรัฐกับการเป็นหลักการพื้นฐานตามรัฐธรรมนูญ และหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของกฎหมายรัฐธรรมนูญที่องค์กรของรัฐทุกองค์กรต้องผูกพันต่อรัฐธรรมนูญ เนื่องจากรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายที่กำหนดกรอบกติกาทางการเมือง<sup>16</sup>

จนแม้กระทั่งผ่านการประชุมของคณะกรรมการยกร่างรัฐธรรมนูญ จนมาถึงขั้น สภาร่างรัฐธรรมนูญแล้ว ก็ยังมีความเห็นที่แตกต่างกันและไม่สามารถสรุปเนื้อหาไปในทางเดียวกันได้ และเหตุที่เลือกใช้คำว่า “หลักนิติธรรม” ก็เพราะการลงคะแนนเสียงในสภาร่างรัฐธรรมนูญ โดยมีการบันทึกเจตนารมณ์รัฐธรรมนูญถึงหลักการนิติธรรมและนิติรัฐเอาไว้เพื่อสร้างความเข้าใจร่วมกันของผู้ร่างและประชาชนที่ลงประชามติในการรับหรือไม่รับร่างรัฐธรรมนูญฉบับนี้เท่านั้น

ด้วยเหตุผลข้างต้น อาจเกิดปัญหาได้ว่า เมื่อผู้ร่างเลือกใช้ Rule of Law หรือหลักนิติธรรม ซึ่งเป็นหลักเกณฑ์ที่มาจากประเทศอังกฤษ ซึ่งแตกต่างจากประเทศไทยที่ใช้ระบบซีวิล ลอว์ หรือระบบประมวลกฎหมายซึ่งมีที่มาจากกฎหมายภาคพื้นยุโรปที่อื่น ที่แม้จะมีหลักเกณฑ์บางอย่างในการควบคุมอำนาจรัฐที่เหมือนกัน แต่เหตุจากความแตกต่างในบ่อเกิดระบบกฎหมายอันนำไปสู่ความแตกต่างในเรื่องการควบคุมตรวจสอบการตรากฎหมาย การคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานตามรัฐธรรมนูญ วิธีพิจารณาคดีของการใช้ระบบศาลเดี่ยว หรือศาลคู่ เป็นต้น เช่นนี้เมื่อไม่ได้มีการถกเถียงและสร้างความชัดเจนในเรื่องต่างๆเหล่านี้ อาจเกิดปัญหา เนื่องจากการเปิดโอกาสให้ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญเป็นผู้ใช้ดุลพินิจได้อย่างกว้างขวางในการพิจารณาเรื่องต่างๆ ที่นำไปสู่ศาลรัฐธรรมนูญ เมื่อมีการอ้างว่าเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ โดยไม่ได้สร้างหลักเกณฑ์และกรอบให้องค์กรควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญดำเนินการตามกรอบเช่นเดียวกับองค์กรอื่นที่ถูกควบคุมนั่นเอง

### 3. สรุป

เดิมในการร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 นั้นใช้คำว่า “หลักนิติรัฐ” ในการบัญญัติในมาตรา 3 วรรคสอง แต่ได้มีการถกเถียง ถึงคำว่า The Rule of Law, Legal State, Rechtsstaat, L'État de droit และ Due process of law ว่าคือคำที่ตรงกับคำในภาษาไทยว่า “หลักนิติรัฐ” หรือ “หลักนิติธรรม” โดยมีการเสนอการใช้คำอื่น เช่น หลักของกฎหมาย, กฎหมายต้องเป็นธรรม, คลองธรรมแห่งกฎหมาย หลักการปกครองโดยกฎหมาย เพื่อไม่ให้เกิดปัญหาเวลาที่มีการลงประชามติว่าประชาชนจะไม่เข้าใจหรือ อีกวิธีคือการเสนอให้ตัดวรรคสอง ที่มีการบัญญัติเพิ่มเติมขึ้นมาจากรัฐธรรมนูญ พ.ศ.2540 นี้ออกไป แต่อย่างไรก็ตามคณะกรรมการยกร่างรัฐธรรมนูญก็มี

<sup>16</sup> วรเจตต์ ภาศิริรัตน์, คำสอนว่าด้วยรัฐและหลักกฎหมายมหาชน, พิมพ์ครั้งที่ 2, กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2557, หน้า 108.

ความเห็นที่ว่าควรใส่ไว้ให้ชัดเจน เพื่อเป็นกรอบในการดำเนินงานของรัฐ แต่ก็ไม่ได้มีการอภิปรายสรุปว่าผู้ร่างนั้นเข้าใจหลักการทั้งสองในทางเนื้อหา โดยสรุปอย่างไร เขียนแต่เพียงว่า เป็นหลักที่จำกัดการใช้อำนาจของผู้ปกครองไม่ให้เกินขอบเขตโดยปกครองภายใต้กฎหมาย ในเจตนารมณ์รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 เท่านั้น

เมื่อรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายที่กำหนดกรอบกติกาทางเมือง โดยตามหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของกฎหมายรัฐธรรมนูญที่องค์กรของรัฐทุกองค์กรต้องผูกพันต่อรัฐธรรมนูญ แต่การที่ไม่ได้มีการถกเถียงถึงเนื้อหาและการบังคับใช้ อย่างแท้จริงว่าเราจะใช้หลักนิติธรรมนี้อย่างไร ทั้งในแง่การพิจารณาว่าเราจะใช้หลักนิติธรรมในการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในเชิงรูปแบบและเนื้อหาหรือไม่ มีขอบเขตในการใช้อย่างไร เหตุจากการวางหลักที่ไม่ชัดเจนนี้เป็นปัญหาเนื่องจากขาดหลักเกณฑ์และกรอบที่จะให้ศาลรัฐธรรมนูญเป็นผู้ใช้ดุลพินิจในการพิจารณาคดีที่มีการกล่าวอ้างว่ามีการละเมิดหลักนิติธรรม ซึ่งอาจทำให้สิ่งที่ผู้ร่างได้ถกเถียงกันเรื่องการตรวจสอบการกระทำและจำกัดการใช้อำนาจของรัฐ เป็นแนวคิดของหลักการนิติธรรม (Rule of Law) และ นิติรัฐ (Legal State, L'État de droit หรือ Rechtsstaat) นั้นไม่มีสัมฤทธิ์ผล เนื่องจากการไม่จำกัดขอบเขต แนวคิดให้ชัดเจน เพื่อเป็นกรอบให้องค์กรควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญดำเนินการตามกรอบเช่นเดียวกับองค์กรอื่นที่ถูกควบคุมนั่นเอง

#### บรรณานุกรม

- กิตติ ชยางคกุล และคณะ. (2556). *โครงการวิจัย หลักนิติธรรมสากลกับการคุ้มครองสิทธิมนุษยชน (International Rule of Law and the Protection of Human Rights)*. ม.ป.ท.
- จรัญ โฆษณานันท์. (2552). *นิติปรัชญา*. (พิมพ์ครั้งที่ 16). กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง.
- ปิยบุตร แสงกนกกุล. (2560). *ศาลรัฐประหาร: ตุลาการ ระบอบเผด็จการ และนิติรัฐประหาร*. (พิมพ์ครั้งที่ 1). นนทบุรี: สำนักพิมพ์ฟ้าเดียวกัน.
- รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2550
- วรเจตต์ ภาศิริรัตน์. (2557). *คำสอนว่าด้วยรัฐและหลักกฎหมายมหาชน*. (พิมพ์ครั้งที่ 2). กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์เดือนตุลา.
- วรเจตน์ ภาศิริรัตน์. (2553). *หลักนิติรัฐและหลักนิติธรรม, ใน นิติรัฐ นิติธรรม, เอกบุญ วงศ์สวัสดิ์กุล*. (พิมพ์ครั้งที่ 1). กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- วิสิฐ ญาณภีร์ และคณะ. (2557). *รายงานวิจัยเรื่อง บริบทหลักนิติธรรมในต่างประเทศ*. ม.ป.ท.
- วิสิฐ ญาณภีร์ และคณะ. (2559). *บริบทหลักนิติธรรมในต่างประเทศ*. วารสารเกษมบัณฑิต, 17(1), 96.
- สมเกียรติ วันทะนะ, (2551). *ประชาธิปไตยและการปกครองโดยกฎหมาย(Democracy and the rule of law )*. *วารสารสังคมศาสตร์และมนุษยศาสตร์*, 34(2), 12.
- สมคิด เลิศไพฑูรย์.(2561). *ความเป็นมาและเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550*. สืบค้นวันที่ 30 มกราคม 2561, จาก <http://128.199.181.253:8001/?edmc=1601>
- สมชาย ปรีชาศิลปกุล. (2558). *รายงานการวิจัยเรื่อง ข้อถกเถียงว่าด้วยสถาบันพระมหากษัตริย์ในองค์กรจัดทำรัฐธรรมนูญของไทย ตั้งแต่ พ.ศ.2475 -2550*. เชียงใหม่: คีเอ็นพีพริ้นติ้ง.

สำนักกรรมการ 3 สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร.(2551). *ตารางความแตกต่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 กับพุทธศักราช 2550 พร้อมเหตุผลโดยสังเขป*. กรุงเทพฯ: สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร.

สำนักรายงานการประชุมและชวเลข สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, *รายงานการประชุมสภาว่ารัฐธรรมนูญ ครั้งที่ 22/2550 วันจันทร์ที่ 11 มิถุนายน พุทธศักราช 2550*. สืบค้นวันที่ 29 มกราคม 2559, จาก [http://library2.parliament.go.th/giventake/content\\_ca/r061150.pdf](http://library2.parliament.go.th/giventake/content_ca/r061150.pdf)

สำนักรายงานการประชุมและชวเลข สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, *รายงานการประชุมสภาว่ารัฐธรรมนูญ ครั้งที่ 7/2550 วันจันทร์ที่ 19 กุมภาพันธ์ พุทธศักราช 2550*. สืบค้นวันที่ 29 มกราคม 2559, จาก [http://library2.parliament.go.th/giventake/content\\_ca/r021950.pdf](http://library2.parliament.go.th/giventake/content_ca/r021950.pdf).

กระแสความคิดสิทธิชุมชน ตั้งแต่ปี พ.ศ. 2530 ถึงปัจจุบัน และปัญหาที่ต้องตอบในอนาคต  
Trends in Community Rights Ideology since B.E. 2530 and an Unsolved Question

บุญชู ณ ป้อมเพ็ชร

Boonchoo Na pomphet

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่ จังหวัดเชียงใหม่ 50202 ประเทศไทย

Faculty of Law, Chiang Mai University, Chiang Mai Province 50202 Thailand

อีเมลล์: bcnpniti@hotmail.com

Email: bcnpniti@hotmail.com

**บทคัดย่อ**

ตั้งแต่รัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2540 ได้รับรองสิทธิชุมชนไว้ในรัฐธรรมนูญและรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2550 ซึ่งทำให้สิทธิชุมชนได้ลงหลักปักฐานอย่างมั่นคงในทางกฎหมายเพราะสิทธิชุมชนได้ถูกรับรองในรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ อย่างไรก็ตามหลังจากการรับรองในรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2540 จนถึงปัจจุบัน การพัฒนาความคิดเรื่องสิทธิชุมชนในทางกฎหมายต่อมามีความเปลี่ยนแปลงน้อยมากโดยเฉพาะคำพิพากษาของศาล

บทความนี้จึงพยายามอธิบายสถานการณ์ที่เกิดขึ้นในส่วนต่างๆที่เกี่ยวข้องกับสิทธิชุมชนในช่วงระยะเวลาที่ผ่านมาเกี่ยวกับการเปลี่ยนแปลงแนวความคิดทางกฎหมายเรื่องสิทธิชุมชนในประเทศไทย โดยเฉพาะผู้พิพากษาและอุปสรรคปัญหาของการยอมรับสิทธิชุมชนในทางกฎหมาย

**คำสำคัญ:** สิทธิชุมชน, สิทธิ, คำพิพากษา

**Abstract**

Since the recognition of the Community Rights by the 2540 and the 2550 Constitutions, they are firmly established in law because it is acknowledged by the supreme law of the Country. However, the mindset of Thai lawyers has not significantly evolved, especially in the judgement of the courts.

This article aims to explain the phenomenon of the Community Rights in Thailand, especially the judges as well as the obstacle to the acceptance of Community Rights in law.

**Keywords:** Community Rights, Rights, Judgement



**พหุลักษณะของความยุติธรรมทางสิ่งแวดล้อม: ภาพสะท้อนจากคดีสิ่งแวดล้อม  
ที่เกี่ยวกับคนชายขอบ**  
**Multi – Characteristics of Environmental Justice: the Reflection Concerning  
Marginalized People**

ศุทธิณี ใจคำ

Suttinee Jaikhum

นักศึกษาระดับปริญญาโท คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่ จังหวัดเชียงใหม่ 50202 ประเทศไทย

Faculty of Law, Chiang Mai University, Chiang Mai Province 50202 Thailand

อีเมลล์: suttineejai khum@gmail.com

Email: suttineejai khum@gmail.com

**บทคัดย่อ**

ความยุติธรรมทางสิ่งแวดล้อมแสดงให้เห็นถึงภาพสะท้อนของพหุลักษณะที่มีผลต่อความยุติธรรมทางสิ่งแวดล้อม อันเกิดจากการใช้อำนาจที่ไม่เท่าเทียมของรัฐและประชาชนทั่วไป ปัญหาความเหลื่อมล้ำของโอกาสในการเข้าถึงทรัพยากรของบุคคลในสังคมที่มีสถานะต่างกัน ความยุติธรรมทางสิ่งแวดล้อมที่เห็นได้ชัดในสังคมไทยก็คือการแบกรับภาระมลพิษทางสิ่งแวดล้อมของกลุ่มคนชายขอบที่ต้องทนรับภาระมลพิษ อันเป็นผลมาจากความต้องการพัฒนาด้านอุตสาหกรรมในประเทศ และเมื่อมีคดีขึ้นสู่ศาลยุติธรรมยังเกิดความล่าช้าในกระบวนการพิจารณาคดี อีกทั้ง ยังมีปัญหาเกี่ยวกับความไม่เข้าใจหลักกฎหมายบางประการของศาล อันเป็นผลให้การพิจารณาคดีไม่สามารถบรรเทาความไม่เป็นธรรมที่เกิดขึ้นได้เท่าที่ควร บางครั้งคำพิพากษาที่ออกมาก็ขัดกับสามัญสำนึกของประชาชน นอกจากนี้ องค์กรต่าง ๆ ในสังคมไทยยังไม่มีมาตรการที่ถึงความสัมพันธ์ระหว่างสิ่งแวดล้อมและสิทธิมนุษยชน ซึ่งหากว่าองค์กรต่าง ๆ มีความตระหนักถึงเรื่องสิ่งแวดล้อมและสิทธิมนุษยชนแล้ว ความยุติธรรมทางสิ่งแวดล้อมคงไม่มีทางที่จะเกิดขึ้นอย่างแน่แท้คงมีแต่ความยุติธรรมทางสิ่งแวดล้อมเท่านั้นที่เราจะรู้จัก เนื่องจากสิทธิมนุษยชนและสิ่งแวดล้อมมีความเกี่ยวข้องสัมพันธ์กันอย่างใกล้ชิด และมีปฏิสัมพันธ์ต่อกันในลักษณะของการส่งเสริมซึ่งกันและกัน

งานวิจัยชิ้นนี้ เป็นงานวิจัยเชิงเอกสารมุ่งแสดงให้เห็นถึงข้อเท็จจริงหรือปัญหาสิ่งแวดล้อมเกี่ยวกับคดีมลพิษทางสิ่งแวดล้อมที่เกิดขึ้นในปัจจุบัน และกระบวนการพิจารณาคดีอันชี้ให้เห็นถึงความยุติธรรมทางสิ่งแวดล้อม

**คำสำคัญ:** คดีสิ่งแวดล้อม, ความยุติธรรมทางสิ่งแวดล้อม, คนชายขอบ

**Abstract**

Environmental injustice shows a reflection of multilateralism that affects environmental justice. It occurs from using unequal power between the State and general people. The disparity of opportunities in accessing resources of individuals with different status in the society. The environmental injustice is evident in Thai society in which the marginalized people suffers from

environmental pollution as a consequence of unsustainable development. Moreover, when these victims of the pollution seek justice, they face a delay in the judicial process. Sometimes, the problem becomes worst when the judiciary has misperceptions of legal principles. Hence, the trial cannot alleviate the injustice that has occurred. Occasionally, the judgment is contrary to the common sense of the people. Besides, the organizations in Thai society are not aware of the relationship between the environment and human rights. Hopefully, when organizations are mindful of the connection between the two, environmental injustice will rarely occur. Human rights and the environment are a close correlation.

This paper is a documentary study presenting the current facts and environmental problems, as well as portraying the judicial process showing environmental injustice.

**Keywords:** Environmental law, Environmental justice, Marginalized people

## 1. บทนำ

คนยากจน คนด้อยโอกาสหรือชนกลุ่มน้อย กลุ่มชาติพันธุ์ต่าง ๆ ที่เป็นคนชายขอบ (Marginalized People) ที่เป็นผู้ต้องแบกรับภาระมลพิษทางสิ่งแวดล้อมหรือถูกกล่าวหาว่าบุกรุกผืนป่ามักจะมีโอกาสในการแก้ปัญหาที่น้อยกว่าประชาชนทั่วไป เนื่องจากมีช่องว่างทางสังคมและไม่มีช่องทางเข้าถึงความยุติธรรม<sup>1</sup> ซึ่งเมื่อมองผ่านแนวความคิดเรื่อง “ความยุติธรรมสิ่งแวดล้อม” (Environmental Justice) นั้นจะเห็นได้ว่า แนวความคิดเรื่องความยุติธรรมสิ่งแวดล้อมไม่ได้มองความสัมพันธ์ระหว่างคนกับสิ่งแวดล้อมเท่านั้น แต่เป็นการมองความสัมพันธ์ระหว่างคนกับคน โดยมีเรื่องสิ่งแวดล้อมเข้ามาเกี่ยวข้องกับสัมพันธ์ด้วย<sup>2</sup> ซึ่งแนวความคิดเรื่องความยุติธรรมทางสิ่งแวดล้อมถูกริเริ่มครั้งแรกโดยชนผิวสีในประเทศสหรัฐอเมริกาเพื่อเคลื่อนไหวเรียกร้องสิทธิ<sup>3</sup> สืบเนื่องจาก มีชุมชนที่ยากจนหรือชนกลุ่มน้อยจะต้องแบกรับสัดส่วนที่ไม่เป็นธรรมของภาระสิ่งแวดล้อม โดยมักจะต้องเผชิญกับสภาพแวดล้อมที่เป็นพิษจากการทิ้งขยะหรือสารพิษ หรือการบำบัดน้ำเสียหรือของเสีย ชนกลุ่มน้อยยังได้แบกรับภาระที่ไม่ได้สัดส่วนที่เป็นธรรมในเรื่องอากาศมลพิษและมีแนวโน้มที่ส่งผลกระทบต่อสุขภาพอนามัย<sup>4</sup>

เมื่อพิจารณาถึงเรื่องความเป็นธรรมทางสิ่งแวดล้อมกับอัตลักษณ์ของบุคคลในการได้รับการปฏิบัติในคดีเกี่ยวกับการจัดการทรัพยากรธรรมชาติ ในสังคมไทยผ่านความหมายของความเป็นธรรมทางสิ่งแวดล้อมที่ให้นิยามโดยองค์การพิทักษ์รักษาสิ่งแวดล้อมของประเทศสหรัฐอเมริกา (The United States Environmental Protection Agency) ว่าความยุติธรรมสิ่งแวดล้อม คือ “การปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและการมีส่วนร่วมอย่างแท้จริงของประชาชนทุกหมู่เหล่าโดยไม่

---

<sup>1</sup> สุนทรียา เหมือนพะวงศ์, กระบวนการยุติธรรมทางสิ่งแวดล้อมไทย: เส้นทางยังอีกยาวไกลกว่าจะไปถึงฝัน, สืบค้นเมื่อวันที่ 11 กรกฎาคม 2559, จาก <http://www.library.coj.go.th/>

<sup>2</sup> พิชญ์ พงษ์สวัสดิ์, เท้า มือ ใจ และ หัว เพื่อความยุติธรรมทางสิ่งแวดล้อม, สืบค้นเมื่อวันที่ 12 กรกฎาคม 2559, จาก [http://www.matichon.co.th/news\\_detail.php?newsid=1380033383](http://www.matichon.co.th/news_detail.php?newsid=1380033383)

<sup>3</sup> ความยุติธรรมสิ่งแวดล้อม, สืบค้นเมื่อวันที่ 11 กรกฎาคม 2559, จาก <http://www.aseangreenhub.in.th/envinat-ac/th/developmentsection/176-development-8>

<sup>4</sup> เฉลิมชัย ก๊กเกียรติกุล, ความยุติธรรมทางสิ่งแวดล้อม (Environmental justice), สืบค้นเมื่อวันที่ 11 กรกฎาคม 2559, จาก <http://chalermchai-nbtc.blogspot.com/2014/03/environmental-justice.html>

คำนึงถึงเชื้อชาติ เผ่าพันธุ์ ชนชาติกำเนิด หรือรายได้ในการพัฒนาปฏิบัติตามและการบังคับใช้กฎหมาย กฎข้อบังคับ หรือ นโยบายเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อม<sup>5</sup> จะเห็นได้ว่าปัญหาคดีสิ่งแวดล้อมด้านทรัพยากรในประเทศไทยนั้น มีบางกรณีที่มีเรื่องความไม่เท่าเทียมกันของการได้เลือกปฏิบัติเข้ามาเกี่ยวข้อง กล่าวคือ เจ้าหน้าที่ของรัฐมักจะดำเนินคดีกับกลุ่มคนที่มีอำนาจ ต่อรองต่ำมากกว่าการดำเนินคดีกับผู้ที่มีอิทธิพล อันเป็นผลให้การดำเนินคดีเกี่ยวกับการจัดการทรัพยากรธรรมชาติ (คดี โลกร้อน) มีปัญหาการมีสองมาตรฐาน (Double Standard)<sup>6</sup> การดำเนินการฟ้องร้องคดีกับผู้ก่อให้เกิดผลกระทบกับการจัดการทรัพยากรยังมีปัญหาในเรื่องของการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมอีกด้วย อีกทั้ง กระบวนการในการต่อสู้ยัง ประกอบไปด้วยบุคคลสองฝ่ายที่มีสถานะที่ไม่เท่าเทียมกัน ซึ่งประกอบด้วย ชาวบ้าน และรัฐ ซึ่งรัฐก็เป็นผู้ที่มีบทบาท สำคัญที่อาศัยกฎหมายเป็นเครื่องมือด้านการจัดการทรัพยากร และเมื่อมีปัญหาสิ่งแวดล้อมด้านทรัพยากรธรรมชาติ เกิดขึ้นย่อมต้องมีหน่วยงานระดับข้อพิพาท ซึ่งก็คือกระบวนการอำนวยความสะดวกหรือศาลนั่นเอง เป็นสิ่งที่น่าพิจารณา ว่าเมื่อมีคดีสิ่งแวดล้อมด้านทรัพยากรธรรมชาติ มักจะมีผู้เข้ามาเกี่ยวข้องเป็นบุคคลหลายกลุ่ม และกลุ่มคนชายขอบ มักจะตกเป็นจำเลยเสมอ ซึ่งบุคคลเหล่านั้นเป็นบุคคลที่ไม่มีอำนาจต่อรอง และยังพบว่ากรณีที่รัฐเป็นคู่พิพาทกับเอกชนนั้น เอกชนคนชายขอบไม่สามารถที่จะต่อสู้กับรัฐได้อย่างเสมอภาค อาจจะเป็นเพราะข้อมูลส่วนใหญ่ผูกขาดอยู่กับรัฐ อีกทั้ง คนที่มีอำนาจต่อรองต่ำยังไม่มีความรู้ด้านกฎหมาย อันเป็นผลให้ไม่กล้าที่จะสู้คดีกับหน่วยงานของรัฐ

นอกจากเรื่องอำนาจต่อรองที่ไม่เท่าเทียมระหว่างภาครัฐและคนชายขอบแล้ว ยังมีอีกปัจจัยที่ประกอบสร้างความอยุติธรรมทางสิ่งแวดล้อม (Environmental Injustice) ด้วย กล่าวคือ การให้คนชายขอบต้องเผชิญหรือแบกรับ สัดส่วนที่ไม่เป็นธรรมในการรับภาระทางสิ่งแวดล้อมที่ส่งผลกระทบต่อชีวิตและสุขภาพอนามัยของคนเหล่านี้ เมื่อเปรียบเทียบกับประเทศที่มีการเรียกร้องเรื่องความยุติธรรมทางสิ่งแวดล้อม (Environmental Justice) อย่างเช่น ประเทศสหรัฐอเมริกา กลุ่มคนชายขอบได้รับความคุ้มครองในเรื่องสิทธิทางสิ่งแวดล้อมมาเป็นระยะเวลานานแล้ว แต่เมื่อ เปรียบเทียบกับประเทศไทยพบว่าได้มีการนำสิทธิเรื่องความยุติธรรมทางสิ่งแวดล้อมเข้ามาบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญแห่ง ราชอาณาจักรไทย ตั้งแต่ฉบับปี 2540 จนถึงฉบับปี 2560 เมื่อพิจารณาที่มาของกฎหมายจะเห็นได้ว่ามีที่มาของ กฎหมายแตกต่างกันกล่าวคือในสหรัฐอเมริกาเกิดจากการเรียกร้องของกลุ่มคนชายขอบ แต่เมื่อพิจารณาความเป็นมาของ กฎหมายในประเทศไทยที่มาจากกฎหมายนั้นมาจากนำเอาแบบอย่างมาจากต่างประเทศ อันยังผลให้การบังคับใช้ กฎหมายมีความแตกต่างกัน

สำหรับในส่วนของบทวิเคราะห์นี้ผู้เขียนจะได้มีการอธิบายถึงประเด็นต่างๆอันจะนำไปสู่การวิเคราะห์ว่าความ อยุติธรรมทางสิ่งแวดล้อมนั้นเป็นภาพสะท้อนความแตกต่างทางอัตลักษณ์ที่มีผลต่อความยุติธรรมทางสิ่งแวดล้อม ซึ่ง สามารถแยกเป็นประเด็นต่างๆ เป็น 4 หัวข้อ คือ ประการแรก จะกล่าวถึง ความหมายของแนวคิดความยุติธรรมทาง สิ่งแวดล้อม ในหัวข้อต่อมา จะกล่าวถึงตัวอย่างคดีอันเป็นที่มาของการแปรเปลี่ยน “ความ อยุติธรรมทางสิ่งแวดล้อม” เป็น “ความยุติธรรมทางสิ่งแวดล้อม ประการที่สาม เป็นการวิเคราะห์ “ความยุติธรรมทางสิ่งแวดล้อม” ผ่านตัวบท กฎหมาย และส่วนสุดท้ายเป็นบทสรุป

<sup>5</sup> ความยุติธรรมสิ่งแวดล้อม.

<sup>6</sup> สุนทรียา เหมืองพะวงศ์, การปฏิรูปกระบวนการยุติธรรมด้านป่าไม้และที่ดินเพื่อสร้างความเป็นธรรมในสังคมไทย.

## 2. ความหมายของแนวคิด “ความยุติธรรมทางสิ่งแวดล้อม” (Environmental Justice)

ในหัวข้อนี้ ผู้เขียนจะนำเสนอถึง ความหมายของแนวคิดความยุติธรรมทางสิ่งแวดล้อม (Environmental Justice) โดยจำแนกเป็นความหมายของแนวคิดความยุติธรรมทางสิ่งแวดล้อมในทางทฤษฎี ความหมายของความยุติธรรมทางสิ่งแวดล้อมตามที่องค์กรพิทักษ์รักษาสิ่งแวดล้อมของประเทศสหรัฐอเมริกา (The United States Environmental Protection Agency) และความหมายของแนวคิดความยุติธรรมทางสิ่งแวดล้อมตามที่ปรากฏในปฎิญญากรุงริโอ

### 2.1 ความหมายของแนวคิด “ความยุติธรรมทางสิ่งแวดล้อม”ทางทฤษฎี

จากการศึกษาเรื่อง “ความยุติธรรมทางสิ่งแวดล้อม” มีงานวิจัยที่กล่าวถึงเรื่องนี้ คือ งานวิจัยของ ศักดิ์ณรงค์ มงคล จากงานเรื่อง “ข้อความคิดว่าด้วยความยุติธรรมทางสิ่งแวดล้อมที่เป็นฐานคิดด้านสิทธิชุมชน” ซึ่งในงานวิจัยนี้ได้กล่าวถึงเนื้อหาของกระบวนทัศน์ความยุติธรรมทางสิ่งแวดล้อมว่า ความยุติธรรมทางสิ่งแวดล้อมเป็นความเคลื่อนไหวและกระบวนทัศน์หนึ่งที่อยู่ในขอบเขตของ “สิ่งแวดล้อมนิยม” (Environmentalism) ซึ่งหมายถึง ขบวนการเคลื่อนไหวทางสังคมแนวใหม่ที่มีการเคลื่อนไหวร่วมกันของกลุ่มบุคคล องค์กรหรือปัจเจกบุคคลเพื่อสร้างค่านิยม ความหมาย หรือกฎกติกาใหม่ ในการจัดการสิ่งแวดล้อม และเป็นขบวนการที่เป็นองค์ประกอบสองภาคคือ ภาคที่เป็นวิถีคิดว่าด้วยความสัมพันธ์ระหว่างคนและสิ่งแวดล้อมซึ่งเป็นภาคนามธรรม กับภาคปฏิบัติทางสิ่งแวดล้อมซึ่งเกิดจากการรวมกลุ่มของผู้คนแล้วผลักดันความคิดให้เกิดผลเป็นรูปธรรมออกมา<sup>7</sup>

ความยุติธรรมทางสิ่งแวดล้อมให้ความสำคัญกับการกระทำทั้งหลายที่ทำให้เกิดความไม่เสมอภาคของผู้ที่ได้รับผลกระทบทางสิ่งแวดล้อม (Environment Disparity) ในทางการกำหนดและใช้นโยบาย กฎหมาย ระเบียบ การปกป้องหรือสนับสนุนทางด้านสิ่งแวดล้อมระหว่างกลุ่มคนที่มีอำนาจกับกลุ่มคนที่มีอำนาจน้อยกว่าในสังคมซึ่งเป็นภาพของความไม่เสมอภาคทางสังคม (Societal Inequality)<sup>8</sup>

### 2.2 ความหมายของความยุติธรรมทางสิ่งแวดล้อมตามที่องค์กรพิทักษ์รักษาสิ่งแวดล้อมของประเทศสหรัฐอเมริกา (The United States Environmental Protection Agency) ได้ให้นิยามไว้

องค์กรพิทักษ์รักษาสิ่งแวดล้อมของประเทศสหรัฐอเมริกา (The United States Environmental Protection Agency) ได้ให้นิยามว่า ความยุติธรรมสิ่งแวดล้อม คือ การปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและการมีส่วนร่วมอย่างแท้จริงของประชาชนทุกหมู่เหล่าโดยไม่คำนึงถึงเชื้อชาติ เผ่าพันธุ์ ชาติกำเนิด หรือรายได้ในการพัฒนาปฏิบัติตามและการบังคับใช้กฎหมาย กฎ ข้อบังคับ หรือนโยบายเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อม<sup>9</sup>

David Scholosberg นักคิดในวงการการเมืองเรื่องสิ่งแวดล้อม แห่งมหาวิทยาลัยซิดนีย์ ออสเตรเลีย ชี้ให้เห็นถึงพัฒนาการที่สำคัญในการกล่าวถึงความยุติธรรมทางสิ่งแวดล้อมในอีกมุมหนึ่งที่น่าสนใจ ว่ามีชุมชนบางแห่งได้รับความเสี่ยงด้านสิ่งแวดล้อมมากกว่าชุมชนอื่น และภาวะหรือความเสี่ยงทางสิ่งแวดล้อมนี้ก็เป็นรูปแบบหนึ่งของความอยุติธรรมทางสังคม (Social Injustice) โดยเฉพาะกับคนจนและคนผิวสีที่แบกภาระทางสิ่งแวดล้อมสูงกว่ากลุ่มอื่นในอเมริกา ในการศึกษาเรื่องความยุติธรรมสิ่งแวดล้อมของ David Scholosberg นั้น ได้มีการให้คำจำกัดความของสิ่งแวดล้อมในมิติ

<sup>7</sup> ศักดิ์ณรงค์ มงคล, ความยุติธรรมสิ่งแวดล้อม, สืบค้นเมื่อวันที่ 11 กรกฎาคม 2559, จาก <https://www.tci-thaijo.org/index.php/jsd/article/download/41275/40499>

<sup>8</sup> เรื่องเดียวกัน.

<sup>9</sup> ความยุติธรรมสิ่งแวดล้อม.

ของความยุติธรรมทางสิ่งแวดล้อมว่ามีลักษณะที่กว้างโดยต้องพิจารณาไปถึงมุมมองของคนพื้นถิ่นที่เกี่ยวข้องกับความสัมพันธ์ระหว่างมนุษย์ สิ่งที่ไม่ใช่มนุษย์และวัฒนธรรมเข้าด้วยกัน เพื่อให้เกิดมุมมองว่าด้วยเรื่อง “ความยั่งยืน ยุติธรรม (กับทุกฝ่าย)” อีกทั้งงานศึกษาของ David Scholosberg ยังได้พิจารณาถึงปัจจัยในการผลิตความยุติธรรมทางสิ่งแวดล้อม โดยการตั้งคำถามว่า ทำไมชุมชนหรือกลุ่มคนบางกลุ่มนั้นถึง “ถูกลดค่า” หรือไม่ให้ค่าในการคำนวณมูลค่าเสียตั้งแต่แรก กล่าวคือ ถ้ามองว่าการเปลี่ยนแปลงสิ่งแวดล้อมนั้นมีคุณค่าสูงต่อบางสิ่งบางอย่าง เช่น ต่อความเจริญและต่อชาติ ในทางกลับกัน เป็นการลดค่ากลุ่มคนหรือปัจจัยอื่นๆ เช่น วัฒนธรรมหรือไม่<sup>10</sup>

### 2.3 ความหมายของความยุติธรรมทางสิ่งแวดล้อมที่ปรากฏในปฏิญญากรุงริโอ

ในทางวิชาการได้มีการกล่าวถึงเรื่อง “ความยุติธรรมทางสิ่งแวดล้อม (Right to Environment Justice)” ซึ่งปรากฏในปฏิญญาริโอเกี่ยวกับการมีส่วนร่วมของประชาชนในการจัดการสิ่งแวดล้อม (Public Participation) และถูกรองรับในอนุสัญญาว่าด้วยการเข้าถึงข้อมูลข่าวสาร การมีส่วนร่วมสาธารณะในการตัดสินใจ และเข้าถึงความยุติธรรมในคดีสิ่งแวดล้อม ค.ศ.1988 หรืออนุสัญญาอาarhus (Aarhus Convention) ทั้งนี้ สิทธิในความยุติธรรมทางสิ่งแวดล้อมที่ปรากฏนั้น มีอยู่ 5 ประการ ดังนี้

- (1) สิทธิในการมีส่วนร่วมของประชาชนทุกระดับชั้นของสังคม
- (2) สิทธิในการเข้าถึงข้อมูลข่าวสาร
- (3) สิทธิในการมีส่วนร่วมกิจกรรมของรัฐ
- (4) สิทธิในกระบวนการยุติธรรม
- (5) สิทธิที่จะได้รับการเยียวยาความเสียหาย<sup>11</sup> สิทธิพื้นฐานด้านความยุติธรรมทางสิ่งแวดล้อม

ประการที่ 5 นี้ เป็นสิทธิที่เกี่ยวข้องกับสิทธิในกระบวนการยุติธรรมทางสิ่งแวดล้อมมากที่สุด ซึ่งได้แก่สิทธิที่จะได้รับการเยียวยาจากภาครัฐกรณีการดำเนินการของรัฐก่อให้เกิดความเสียหาย หรือภัยอันตรายจากการเผยแพร่มลพิษกับสิทธิที่จะได้รับการเยียวยาของผู้เสียหายที่ได้รับการเตือนจากผู้ก่อมลพิษ<sup>12</sup> ซึ่งมาตรการทางกฎหมายที่รัฐมักนำมาปรับใช้เพื่อเยียวยาความเสียหายมักปรากฏในรูปของมาตรการทางแพ่ง (Civil Liability)<sup>13</sup>

<sup>10</sup> พิชญ์ พงษ์สวัสดิ์, *เท่า มือ ใจ และ หัว เพื่อความยุติธรรมทางสิ่งแวดล้อม*.

<sup>11</sup> ปวีตร เลิศธรรมเทวี, *สิทธิด้านสิ่งแวดล้อมกับรัฐธรรมนูญ*, กรุงเทพฯ:นิติธรรม, 2559, หน้า 51.

<sup>12</sup> อุดมศักดิ์ สินธิพงษ์, *กฎหมายเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อม*, กรุงเทพฯ:วิญญูชน, 2549, หน้า 73.

<sup>13</sup> ปวีตร เลิศธรรมเทวี, *สิทธิด้านสิ่งแวดล้อมกับรัฐธรรมนูญ*, หน้า 54.

### 3. ตัวอย่างคดีอันเป็นที่มาของการแปรเปลี่ยนจาก “ความยุติธรรมทางสิ่งแวดล้อม” เป็นความ “อยุติธรรมทางสิ่งแวดล้อม”

#### 3.1 ตัวอย่างคดีจากต่างประเทศ

##### 3.1.1 กรณีการทิ้งดินที่ปนเปื้อนสารเคมีในเขตเมืองเวอร์เรนท์

การเคลื่อนไหวเพื่อเรียกร้องถึงสิทธิความยุติธรรมทางสิ่งแวดล้อมในช่วงประมาณ ปี ค.ศ.1978<sup>14</sup> เมื่อนายเจมส์ ฮันท์ ผู้ว่าการรัฐโคโรไรนาเห็นอได้มีการเสนอให้ทิ้งดินที่ปนเปื้อนเคมีที่มีสารพิษในสถานที่ฝังกลบขยะแห่งใหม่ที่จะเปิดในเขตเมืองเวอร์เรนท์ซึ่งเป็นถิ่นที่อยู่ของคนยากจนของมลรัฐ อันประกอบไปด้วยประชากรผิวดำ ร้อยละ 64 และชาวอินเดียนแดงพื้นเมือง ผู้นำด้านสิทธิมนุษยชนและชาวเมืองได้ต่อต้านการถมขยะในเขตเมืองดังกล่าวเป็นเวลาานานกว่า 2 สัปดาห์ในการนำขยะพิษมาทิ้งในสถานที่หรือเขตดังกล่าว โดยมีเหตุผลว่าเป็นชุมชนคนกลุ่มน้อยที่มีอำนาจต่อรองทางการเมืองต่ำ แต่การคัดค้านก็ล้มเหลว ประเด็นเรื่องความยุติธรรมทางสิ่งแวดล้อมเริ่มเป็นที่สนใจ ในที่สุดก็ได้มีการผลักดันให้ผู้ว่าการรัฐสนับสนุนให้มีกฎหมายห้ามถมหรือทิ้งขยะพิษในเขตดังกล่าวในเวลาต่อมา<sup>15</sup> ชาวบ้านที่ได้รับผลกระทบเชื่อว่ากรณีที่ผู้ว่าการรัฐได้เสนอให้ทิ้งดินที่ปนเปื้อนเคมีในเขตเมืองที่เขาคาศัยอยู่นั้น เกิดจากการเลือกปฏิบัติทางสีผิวและเชื้อชาติ จึงเกิดข้อความคิดใหม่ที่เรียกว่า “การเลือกปฏิบัติทางสิ่งแวดล้อม” (Environmental Racism) ไม่ต้องคำนึงว่าหน่วยงานรัฐที่กำกับดูแลการกำหนดสถานที่ตั้งและการอนุญาตของสถานที่ดังกล่าวตั้งใจเลือกปฏิบัติหรือไม่ก็ตาม ชนกลุ่มน้อยมักมีสิทธิมีเสียงทางการเมืองน้อยหรืออาจเสียเปรียบในการดำเนินกระบวนการต่าง ๆ ประชาชนในท้องถิ่นพบว่ามีความยากที่จะเข้าร่วมกระบวนการรับฟังความคิดเห็นสาธารณะที่จัดโดยหน่วยงานภาครัฐ<sup>16</sup>

ต่อมาในปี ค.ศ.1994 รัฐบาลกลางจึงมีมาตรการหลายประการเพื่อส่งเสริมความเท่าเทียมทางสิ่งแวดล้อม โดยการออกประกาศกำหนดว่าหน่วยงานรัฐทุกหน่วยต้องคำนึงถึงหลักความยุติธรรมทางสิ่งแวดล้อมในการตัดสินใจโดยการระบุและหลีกเลี่ยงผลกระทบที่ไม่ได้สัดส่วนอย่างสุขของชุมชนและผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อม<sup>17</sup>

##### 3.1.2 กรณี Cancer Alley

กรณี Cancer Alley ซึ่งเป็นเขตนิคมอุตสาหกรรมปิโตรเคมีที่ประกอบไปด้วยโรงงานกว่า 126 แห่ง ที่ตั้งอยู่ริมฝั่งแม่น้ำมิสซิสซิปปี และโรงงานดังกล่าวปล่อยขยะสารพิษจำนวนมากเข้าสู่อากาศ แหล่งน้ำและพื้นที่โดยรอบนิคมอุตสาหกรรม ส่งผลให้สภาพแวดล้อมในบริเวณดังกล่าวเสื่อมโทรมลงอย่างมาก และผู้คนที่อาศัยอยู่โดยรอบซึ่งส่วนใหญ่เป็นคนสีผิว และการทิ้งขยะสารพิษของโรงงานก่อให้เกิดผู้คนที่อาศัยอยู่โดยรอบเจ็บป่วยเป็นมะเร็งและโรคร้ายจำนวนมาก จนมีผู้คนขนานนามเขตพื้นที่ดังกล่าวเป็น “เส้นทางสายมะเร็ง”<sup>18</sup>

<sup>14</sup> ความยุติธรรมสิ่งแวดล้อม, สืบค้นเมื่อวันที่ 11 กรกฎาคม 2559, จาก<http://www.aseangreenhub.in.th/envinat-ac/th/developmentsection/176-development-8>

<sup>15</sup> เฉลิมชัย ก๊กเกียรติกุล, ความยุติธรรมทางสิ่งแวดล้อม (Environmental Justice).

<sup>16</sup> เรื่องเดียวกัน.

<sup>17</sup> ศักดิ์ณรงค์ มงคล, ความยุติธรรมสิ่งแวดล้อม.

<sup>18</sup> กฤษณะ ช่างกล่อม,การจัดตั้งศาลสิ่งแวดล้อมกับปัญหาระบบความยุติธรรมไทย,กรุงเทพฯ : วิทยุชุมชน,2556 หน้า 19.

### 3.1.3 กรณี Love Canal<sup>19</sup>

เริ่มจากการที่ William Love เป็นผู้พยายามริเริ่มไอเดียที่จะขุดคลองเพื่อผันแม่น้ำไนการ่า (Niagara River) มาเพื่อผลิตกระแสไฟฟ้า แต่เกิดปัญหาขึ้นทำให้ต้องหยุดโครงการ หลายปีต่อมา คลองร้างว่างเปล่านี้ก็กลายเป็นที่ทิ้งของเสียเคมีวัตถุหลายชนิดของบริษัท Hooker Chemical & Plastic Corporation และปริมาณของเสียก็เพิ่มมากขึ้นกว่าสองหมื่นตันในช่วงที่บริษัทผลิตสินค้าป้อนทหารอเมริกันในช่วงสงครามโลกครั้งที่ 2 ต่อมาบริษัทได้ขายที่ดินให้แก่คณะกรรมการด้านการศึกษาของเมือง โดยสัญญาขายได้จำกัดความรับผิดชอบของบริษัท โดยระบุว่าคณะกรรมการได้ทราบแล้วว่าที่ดินนี้มีขยะอุตสาหกรรมและยอมรับผิดหากมีความเสียหายจากของเสียอันตรายนั้น ต่อมาผืนดินนั้นได้กลายเป็นที่ตั้งของโรงเรียนและมีชุมชนบ้านเรือนรอบๆ<sup>20</sup>

กระทั่งในปี ค.ศ.1970 เท่าของเด็กที่วิ่งเล่นเท้าเปล่าใกล้โรงเรียนก็เริ่มเป็นแผลระคายเคือง เด็กเริ่มมีอาการหอบหืด ติดเชื้อในทางเดินปัสสาวะและระดับเม็ดเลือดขาวต่ำ ผลกระทบทั้งหลายเริ่มหลักขึ้นเมื่อเกิดฝนตกหนักติดต่อกันถึงบรรจุดเคมีเก่าของบริษัทผู้พังจนทำให้สารเคมีกระจายตามน้ำไปทั่วสนามหญ้าของโรงเรียนและขยายไปสู่ชุมชนโดยรอบ แอ่งน้ำข้างตมจุดต่างๆมีน้ำมันลอยบนผิวน้ำ ชาวบ้านเริ่มออกมาประท้วง ในปี ค.ศ.1978 รัฐนิวยอร์กทนแรงกดดันไม่ไหวจึงได้มีการตั้งทีมงานเฉพาะกิจขึ้นเพื่อขจัดปัญหามลพิษในครั้งนี้ คณะกรรมการสาธารณสุขแห่งรัฐนิวยอร์กได้มีการประกาศภาวะฉุกเฉินทางสาธารณสุขในพื้นที่ พร้อมสั่งปิดโรงเรียนชั่วคราว สั่งให้รัฐบาลท้องถิ่นหยุดการแพร่กระจายของสารเคมีอันตรายและแจ้งให้ผู้หญิงท้องและเด็กซึ่งอาศัยใกล้โรงเรียนอพยพออกจากพื้นที่ให้เร็วที่สุด<sup>21</sup>

จากกรณี Love Canal นี้ ทำให้ในปี ค.ศ.1979 รัฐบาลกลางได้เสนอกฎหมายฉบับใหม่ต่อสภาองเกรสซึ่งให้อำนาจรัฐบาลกลางในการฟื้นฟูพื้นที่ปนเปื้อนสารเคมีอันตราย โดยใช้เงินจากกองทุนที่ได้จากภาษีที่อุตสาหกรรมเคมีจ่ายและมาไล่เบี่ยให้ผู้ที่เกี่ยวข้องกับการปนเปื้อนรับผิดชอบใช้เงินคืน ต่อมาใน ค.ศ. 1980 ก็ได้มีการออกกฎหมายฟื้นฟูสิ่งแวดล้อมฉบับแรกออกมา หรือเรียกอีกอย่างหนึ่งว่า Superfund CERCLA : Comprehensive Environmental Response , Compensation, and Liability Act และนับแต่นั้นมากฎหมายฉบับนี้ก็ยังคงเป็นกฎหมายหลักในการฟื้นฟูสารพิษอันตรายของรัฐบาลกลางทั้งเป็นต้นแบบให้รัฐต่างๆนำไปปรับร่างเป็นกฎหมายภายในรัฐของตนเอง<sup>22</sup>

จากการศึกษาบทความของเฉลิมชัย ก็ก่อกำเนิดเรื่อง “ความยุติธรรมทางสิ่งแวดล้อม (Environmental Justice)” นั้น ได้ชี้ให้เห็นว่า ความยุติธรรมทางสิ่งแวดล้อมมุ่งเน้นการกระจายภาระทางด้านสิ่งแวดล้อมและนโยบายที่เกี่ยวข้องและถือเป็นกระบวนการตัดสินใจในการคุ้มครองสิ่งแวดล้อม ส่วนใหญ่ผู้สนับสนุนแนวคิดนี้เห็นว่าชุมชนท้องถิ่นให้ความสำคัญกับเรื่องกระบวนการเข้าไปมีส่วนร่วมในการตัดสินใจดำเนินโครงการของรัฐที่อาจมีผลกระทบต่อสภาพแวดล้อมในชุมชน กระบวนการตัดสินใจควรเปิดกว้างให้ประชาชนในชุมชนทั้งหมดโดยควรให้มีการเข้าถึงข้อมูลทางวิทยาศาสตร์และทรัพยากรที่จำเป็นในการประเมินข้อเสนอโครงการ<sup>23</sup>

<sup>19</sup> เรื่องเดียวกัน., หน้า 18.

<sup>20</sup> อธิญา อ้อตวงษ์, *แต่เทศกาลแห่งความรัก: จาก Love Canal สู่ระบบกฎหมายฟื้นฟูสิ่งแวดล้อมในอเมริกา*, สืบค้นเมื่อวันที่ 11 มิถุนายน 2561, จาก <https://enlawfoundation.org/newweb/?p=2744>

<sup>21</sup> อธิญา อ้อตวงษ์, *แต่เทศกาลแห่งความรัก: จาก Love Canal สู่ระบบกฎหมายฟื้นฟูสิ่งแวดล้อมในอเมริกา*.

<sup>22</sup> เรื่องเดียวกัน.

<sup>23</sup> กฤษณะ ช่างกล่อม, *การจัดตั้งศาลสิ่งแวดล้อมกับปัญหากระบวนการยุติธรรมไทย*, หน้า 19.

จะเห็นได้ว่าที่มาของความยุติธรรมทางสิ่งแวดล้อมในประเทศสหรัฐอเมริกาที่ได้กล่าวมาข้างต้นนั้นเกิดจากการต่อสู้ผ่านความเคลื่อนไหวของคนในสังคมนั้น ซึ่งมีพื้นฐานมาจากความคิดของมนุษย์ที่อยากมีเป้าหมายในการที่จะมีสิทธิที่จะอาศัยอยู่ในสิ่งแวดล้อมที่ดี

ฉะนั้น การต่อสู้และความเคลื่อนไหวของภาคประชาสังคมเพื่อความยุติธรรมทางสิ่งแวดล้อมเป็นผลให้ผู้ใช้กฎหมายและผู้ร่างกฎหมายต้องปรับตัว เพื่อให้เข้าถึงหลักความยุติธรรมทางสังคมที่มีความเปลี่ยนแปลงไป เนื่องจากกฎหมายกับสังคมย่อมมีความสัมพันธ์กันเสมอ ในปัจจุบันจึงมีการพัฒนาหลักกฎหมายด้านสิทธิมนุษยชนอย่างเช่น หลักการเรื่อง สิทธิที่จะมีชีวิตอยู่ในสิ่งแวดล้อมที่ดี (Right to Healthy Environment) หลักการพัฒนาอย่างยั่งยืน (Sustainable Development) หลักการพัฒนาที่คิดถึงคนรุ่นหลัง (Future Generation Equity) สิทธิชุมชน (Community Right) และหลักมีส่วนร่วม (Right to Participation) ซึ่งในประเทศต่างๆได้มีการนำเอาหลักการพื้นฐานต่างๆที่กล่าวมาข้างต้นมาบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญในฐานะที่เป็นกฎหมายสูงสุดในการปกครองประเทศ และประเทศไทยเองก็ได้มีการนำเอาหลักการต่างๆเหล่านี้มาบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญเช่นเดียวกัน หลักการเหล่านี้มีผลโดยตรงต่อการตีความของฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหารและฝ่ายตุลาการโดยไม่จำเป็นที่จะต้องมีกฎหมายมารองรับ<sup>24</sup>

อนึ่ง แม้จะมีการบัญญัติรองรับหลักการต่างๆไว้เป็นลายลักษณ์อักษรในรัฐธรรมนูญ ทว่าผู้ใช้กฎหมายมิได้นำพาที่จะนำหลักการนั้นมาใช้ให้เกิดประโยชน์ต่อประชาชนผู้ได้รับผลกระทบก็หาก่อให้เกิดความเป็นธรรมไม่

ความยุติธรรมทางสิ่งแวดล้อม (Environmental Justice) มักจะถูกอธิบายผ่านความยุติธรรมทางสิ่งแวดล้อม (Environmental Justice) ที่มองว่าต้องมีการกระจายภาวะความเสี่ยงด้านสิ่งแวดล้อมที่ไม่เป็นธรรมกับคนบางกลุ่ม ความยุติธรรมทางสิ่งแวดล้อมจึงนำมาใช้เป็นกรอบในการคิดหรือการอธิบายการจัดให้สิ่งไปซึ่งสภาพของความไม่เท่าเทียมกันของการได้รับผลกระทบทางสิ่งแวดล้อม โดยทั่วไปคำนิยามของคำว่า “ความยุติธรรมทางสิ่งแวดล้อม (Environmental Justice)” จะหมายถึง ความเชื่อที่ว่าประชาชนทุกคนควรมีส่วนร่วมอย่างเท่าเทียมกันในการได้รับประโยชน์จากสิ่งอำนวยความสะดวกทางสิ่งแวดล้อมและการได้รับอันตรายจากสิ่งแวดล้อม โดยไม่คำนึงถึงความแตกต่างทางเชื้อชาติหรือระดับฐานะและความเท่าเทียมในสังคม<sup>25</sup>

### 3.2 ภาพสะท้อนจากตัวอย่างปัญหาสิ่งแวดล้อมในประเทศไทยที่แสดงให้เห็นถึง “ความยุติธรรมทางสิ่งแวดล้อม”

#### 3.2.1 คดีเหมืองถ่านหินและโรงไฟฟ้าแม่เมาะ จังหวัดลำปาง

โรงไฟฟ้าแม่เมาะดำเนินการผลิตไฟฟ้าด้วยการใช้ถ่านหินลิกไนต์เป็นเชื้อเพลิง โดยเริ่มเปิดดำเนินการมาตั้งแต่ปี พ.ศ. 2521 และมีการขยายโรงไฟฟ้าเพิ่มขึ้นในระยะต่อต่อมา ทำให้มีการเผาไหม้ถ่านหินลิกไนต์จำนวนมาก ประกอบกับถ่านหินลิกไนต์ที่นำมาใช้นั้น เป็นถ่านหินที่มีคุณภาพต่ำ จึงก่อให้เกิดปัญหามลพิษทางอากาศ คือ มีฝุ่นละออง และกลุ่มก๊าซซัลเฟอร์ไดร็อกไซด์ในปริมาณมากตามไปด้วย และกลายเป็นก๊าซที่มีพิษก่อให้เกิดการระคายเคืองต่อเยื่อผิวหนังตามร่างกาย เช่น เยื่อปอด เยื่อจมูก เยื่อหูทางเดินหายใจ และเป็นพิษต่อระบบประสาทสัมผัสและการทำงานของระบบสมอง และก่อให้เกิดอันตรายต่อระบบทางเดินหายใจ เป็นผลให้ประชาชนเจ็บป่วยด้วยโรคโพรงจมูกอักเสบ คออักเสบ หายใจขัด หรืออาจก่อให้เกิดน้ำท่วมปอดเฉียบพลัน ฤกษ์ลมโป่งพองเรื้อรัง หลอดลมอักเสบเรื้อรัง ทำให้ระบบหายใจ

<sup>24</sup> เรื่องเดียวกัน., หน้า 24.

<sup>25</sup> คณินิจ ศรีบัวเอี่ยม, ความยุติธรรมทางสิ่งแวดล้อม (Environmental Justice and Citizenship), สืบค้นเมื่อวันที่ 2 มกราคม 2560, จาก <http://www.fpps.or.th/elibrary/download/book114.pdf>.



ล้มเหลวและถึงแก่ความตายได้ สำหรับการสำรวจผลกระทบต่อพีชพบว่า พีชมากกว่า 30 ชนิด ได้รับผลกระทบทำให้ใบไม้เหี่ยวเฉาเป็นพื้นที่ 4 หมู่บ้าน ซึ่งอยู่ทางทิศตะวันตกเฉียงใต้ของโรงไฟฟ้าแม่เมาะ ห่างจากโรงงานประมาณ 5-7 กิโลเมตร<sup>26</sup> ความเสียหายที่เกิดจากการใช้ถ่านหินลิกไนต์ผลิตกระแสไฟฟ้า สร้างความเสียหายต่อสุขภาพ เศรษฐกิจ ความเป็นอยู่ของประชาชนในอำเภอแม่เมาะ ตั้งแต่ ปี พ.ศ. 2535 ซึ่งชาวบ้านได้มีการเรียกร้องให้การไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย ดำเนินการแก้ไขปัญหามลพิษที่เกิดขึ้นอย่างต่อเนื่อง ผ่านกระบวนการยุติธรรม แต่ทว่า การเคลื่อนไหวดังกล่าว ศาลปกครองสูงสุดได้มีคำพิพากษาสูงสุดในปี พ.ศ. 2557 ที่ผ่านมา ซึ่งมีประเด็นที่จะต้องพิจารณาหรือศึกษากันต่อไปว่าการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทยหรือหน่วยงานของรัฐที่เกี่ยวข้องมีแนวทางในการดำเนินการตามคำพิพากษาได้อย่างไร ซึ่งตามมาตราการป้องกันและแก้ไขผลกระทบที่เกิดขึ้นได้กำหนดให้การไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทยต้องดำเนินการตามคำพิพากษภายใน 90 วัน นับแต่วันที่มิมีคำพิพากษา

การสร้างโรงไฟฟ้าแม่เมาะ ก่อให้เกิดมลพิษทางอากาศ จนเป็นเหตุให้เกิดความเสียหายต่อประชาชนและสิ่งแวดล้อม เป็นคดีปกครองที่เกี่ยวกับสิ่งแวดล้อม ทั้งนี้ คดีสิ่งแวดล้อมเป็นคดีที่มีลักษณะทางเทคนิคเฉพาะเรื่องมาก เช่น กรณีการพิจารณารายงานการวิเคราะห์ผลกระทบสิ่งแวดล้อมของคณะกรรมการผู้ชำนาญการ หรือการวัดค่ามาตรฐานตามเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนดไว้ แม้กฎหมายจะให้ศาลมีอำนาจในการตั้งพยานผู้เชี่ยวชาญ เพื่อตรวจสอบหรือวิเคราะห์เรื่องใดๆ เกี่ยวกับคดีดังกล่าวได้ก็ตาม หากแต่ศาลก็ต้องใช้ความรู้ความเข้าใจในเรื่องเหล่านั้นด้วยเช่นกัน และสืบเนื่องจากสถานะของคู่กรณีในคดีโดยส่วนใหญ่เป็นบุคคลที่อยู่ในสถานะที่ด้อยกว่า หรือมีความไม่เท่าเทียมกันในการฟ้องร้องดำเนินคดีกับบุคคลที่เป็นต้นเหตุที่ก่อให้เกิดความเดือดร้อนหรือส่งผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อม<sup>27</sup> ในคดีโรงไฟฟ้าแม่เมาะ มีประเด็นที่ต้องพิจารณาในเรื่องของการกำหนดค่ามาตรฐานการปล่อยก๊าซซัลเฟอร์ไดร็อกไซด์ ซึ่งเมื่อเทียบกับต่างประเทศแล้วการกำหนดค่ามาตรฐานของประเทศไทยถือว่าอยู่ในอัตราที่สูง ทั้งนี้ เรื่องดังกล่าวเป็นเรื่องทางเทคนิคแต่ศาลหรือหน่วยงานที่เกี่ยวข้องต้องเข้าใจและปรับใช้เรื่องทางเทคนิคให้เกิดประโยชน์ในการพิจารณาคดีมากที่สุด

การจัดการปัญหามลพิษทางสิ่งแวดล้อม ต้องพิจารณาจัดการที่ระบบโดยอาศัยมาตรการต่างๆหลายด้านประกอบกัน อย่งไรก็ดี ภาวะมลพิษทางสิ่งแวดล้อมที่เกิดขึ้นในประเทศไทย ส่วนมากเกิดจากการกระทำของมนุษย์ และก่อให้เกิดผลกระทบและความเสียหายต่อสิ่งแวดล้อม ในขณะที่เดียวกันก็ก่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลด้วย คดีมลพิษทางสิ่งแวดล้อมจึงเป็นคดีที่มีพื้นฐานมาจากคดีละเมิด ซึ่งมีการกระทำของบุคคลเป็นองค์ประกอบที่สำคัญของความผิดโดยสภาพของคดีมลพิษทางสิ่งแวดล้อมนั้น การแพร่กระจายมลพิษจะทำลายสิ่งแวดล้อมในวงกว้าง ผลกระทบจึงเกิดแก่บุคคลจำนวนมาก เช่น คดีอากาศเป็นพิษที่อำเภอแม่เมาะ จังหวัดลำปาง คดีสารตะกั่วในลำห้วยคลิตี้ อำเภอทองผาภูมิ จังหวัดกาญจนบุรี หรือกรณีแม่น้ำท่าจีนเน่า คดีมลพิษทางสิ่งแวดล้อมจึงมีลักษณะคดีที่แตกต่างจากคดีละเมิดทั่วไป คือ (1) จะต้องเกิดความเสียหายต่อทรัพยากรธรรมชาติ และสิ่งแวดล้อม (2) ความเสียหายที่เกิดแก่ทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมในลักษณะของการก่อให้เกิดมลภาวะและมลพิษ ส่งผลต่อคุณภาพการดำรงชีวิตของบุคคล และ (3) ผู้เสียหายส่วนใหญ่เป็นคนยากจนในสังคม ไม่มีโอกาสในการเลือกถิ่นที่อยู่<sup>28</sup>

<sup>26</sup> คณิงสุข ทองอยู่คง, มาตรการทางกฎหมายในการป้องกันและการควบคุมภาวะมลพิษจากการใช้ถ่านหินในการผลิตไฟฟ้า, วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2550.

<sup>27</sup> สุภัคคินี จันทร์โสม, ปัญหาการดำเนินคดีกับหน่วยงานรัฐที่กระทำละเมิดในคดีสิ่งแวดล้อมของศาลปกครอง, วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์, 2555.

<sup>28</sup> สันตชัย เหล่าสันตสุข, ความรับผิดชอบเพื่อละเมิดของผู้ก่อมลพิษสิ่งแวดล้อม, วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, 2552.

จากปัญหาที่เกิดขึ้น ในกรณีของโรงไฟฟ้าแม่เมาะ จะเห็นได้ว่าเมื่อภาครัฐไม่สามารถจัดการแก้ไขปัญหาสิ่งแวดล้อมที่เกิดขึ้นได้อย่างมีประสิทธิภาพ สิ่งแวดล้อมจึงส่งผลกระทบต่อสุขภาพ อนามัยของประชาชน ที่อยู่ในสังคมนั้น ประชาชนจึงคอยเป็นผู้รับผลจากความเสียหายในปัญหาสิ่งแวดล้อมที่เกิดขึ้นอยู่ฝ่ายเดียว ด้วยเหตุนี้เองทุกๆประเทศจึงเริ่มมีแนวคิดที่จะเปิดโอกาสให้ประชาชนเข้ามามีบทบาทโดยการมีส่วนร่วมในการจัดการทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมไปพร้อมๆกัน รัฐไม่ว่าจะเป็นการมีส่วนร่วมในเชิงการเฝ้าระวัง การแจ้งเหตุ การร้องเรียน รวมถึงการฟ้องร้องคดีในกรณีที่หน่วยงานของรัฐบกพร่องในการปฏิบัติหน้าที่ แนวคิดการมีส่วนร่วมของประชาชนจึงเรียกได้ว่าเป็นแนวคิด เพื่อการจัดการกับปัญหาตั้งแต่ต้นเหตุถึงปลายเหตุกันเลยทีเดียว<sup>29</sup>

ศาลปกครองสูงสุดจึงมีคำพิพากษาในคดีหมายเลขแดงที่ อ.749-764/2557<sup>30</sup> ดังต่อไปนี้ ให้ติดตั้งม่านน้ำเพื่อเป็นการลดฝุ่นละอองยาว 800 เมตร บริเวณที่ทิ้งดิน ให้ตั้งคณะทำงานท้องถิ่นและผู้เชี่ยวชาญพิจารณาอพยพราษฎรที่ได้รับผลกระทบและมีความประสงค์จะอพยพออกนอกรัศมีผลกระทบ 5 กิโลเมตร ให้ฟื้นฟูเหมืองให้ใกล้เคียงกับสภาพตามธรรมชาติ โดยการถมดินกลับในบ่อเหมืองและปลูกป่าแทนการนำพื้นที่ที่ต้องฟื้นฟูเหมืองไปทำเป็นสวนพฤกษชาติและสนามกอล์ฟ ให้นำพืชที่ปลูกในพื้นที่ชุ่มน้ำรอบเหมืองและโรงไฟฟ้าไปกำจัด และปลูกเสริมทุกๆ 18 เดือน และต้องทำการขุดลอกเพื่อเปลี่ยนทิศทางการไหลของน้ำในพื้นที่ชุ่มน้ำนั้น การทำเหมืองให้ทำการขนส่งเปลือกดินโดยใช้ระบบสายพานที่ติดตั้งสเปรย์น้ำ แล้วปล่อยดินในตำแหน่งที่ไม่อยู่ต้นลมที่พัดผ่านไปยังชุมชน ให้กำหนดพื้นที่กันชนจากจุดปล่อยดินกับชุมชนไม่น้อยกว่า 50 เมตร โดยระบุให้ดำเนินการภายใน 90 วัน นับแต่วันที่ศาลมีคำพิพากษา<sup>31</sup> ทั้งนี้ คำพิพากษาที่กล่าวมาข้างต้น ก็เพื่อให้การไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทยปฏิบัติตามมาตรการป้องกันและแก้ไขผลกระทบที่กำหนดโดยสำนักงานนโยบายและแผนทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม

คดีสารพิษจากโรงไฟฟ้าแม่เมาะ ถือว่าเป็นคดีทางสิ่งแวดล้อมที่มีความน่าสนใจ ซึ่งประชาชนที่ได้รับความเสียหายได้ยื่นฟ้องการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย (กฟผ.) ต่อศาลปกครองในคดี หมายเลขแดง ที่ อ.730-748/2557<sup>32</sup> ระหว่างนายคำ อินคำปาหรืออินจำปา กับพวกรวม 131 คน (ผู้ฟ้องคดี) กับ การไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย (ผู้ถูกฟ้องคดี) ในคดีพิพาทเกี่ยวกับการทำละเมิดของหน่วยงานทางปกครองอันเกิดจากการละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติ โดยผู้ฟ้องคดีทั้ง 19 ส่วนรวม 131 คน ฟ้องมีสาระสำคัญสรุปได้ว่า ผู้ถูกฟ้องคดีซึ่งเป็นเจ้าของโรงไฟฟ้าที่ใช้ถ่านหินลิกไนต์เป็นเชื้อเพลิงในการผลิตกระแสไฟฟ้า ตั้งอยู่ที่อำเภอแม่เมาะ จังหวัดลำปาง ละเลยไม่บำบัดฝุ่นหิน ฝุ่นละอองและก๊าซซัลเฟอร์ไดออกไซด์จากกระบวนการผลิตให้เป็นไปตามมาตรฐานที่กฎหมายกำหนด ทำให้ผู้ฟ้องคดีซึ่งมีภูมิลำเนาและอาศัยอยู่ในท้องที่อำเภอแม่เมาะ เจ็บป่วยด้วยโรคนิวโมโคโคนิโอซิส (โรคปอดอักเสบจากฝุ่นหิน) โรคพิษซัลเฟอร์ไดออกไซด์ สัตว์เลี้ยงและพืชผลทางการเกษตรเสียหาย ต้องเสียค่าใช้จ่ายในการรักษาพยาบาลตั้งแต่เริ่มป่วยจนถึงวันฟ้อง ค่าขาดประโยชน์จากการประกอบอาชีพ ค่าทดแทนการเสื่อมสมรรถนะของร่างกาย สุขภาพ และอนามัย และความสูญเสียทางด้านจิตใจ ความสูญเสียโอกาสที่จะดำรงชีวิตอย่างคนปกติจนกว่าจะเสียชีวิต ค่าไร่ประโยชน์ในการใช้ที่ดิน ที่พักอาศัยในการทำมาหากินได้โดยปกติสุขเป็นเวลา 20 ปี ต่อไปในอนาคต ค่าเสียหายของพืชไร่ ค่าใช้จ่ายในการรักษาพยาบาลหลังจากวันฟ้องจนถึงอายุ 80 ปี ซึ่งเป็นค่าเสียหายในอนาคต และมีคำขอให้ผู้ถูกฟ้องคดีชดใช้

<sup>29</sup> ไพ เสนาชัย, การฟ้องคดีแพ่งโดยประชาชนในคดีที่เกี่ยวกับสิ่งแวดล้อม, วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2552.

<sup>30</sup> คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด คดีหมายเลขแดง ที่ อ.749-764/2557

<sup>31</sup> โรงไฟฟ้าแม่เมาะ: กรณีตัวอย่าง EIA ที่แก้ไขได้แม้อยู่ระหว่างการฟ้องร้อง ช่องโหว่ทางกฎหมายที่ทำลายสิ่งแวดล้อม”, สืบค้นเมื่อวันที่ 10 พฤษภาคม 2558, จาก <http://thaipublica.org/2015/05/eia-mawmoh/>.

<sup>32</sup> คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด หมายเลขแดง ที่ อ.730-748/2557

ค่าเสียหายแก่ผู้ฟ้องคดี ให้ผู้ถูกฟ้องคดีหยุดการผลิตกระแสไฟฟ้าด้วยถ่านหินลิกไนต์จนกว่าจะมีวิธีป้องกันมลพิษ และให้ฟื้นฟูคุณภาพอากาศและสภาพแวดล้อมในท้องที่อำเภอแม่เมาะให้กลับคืนสภาพเดิม<sup>33</sup>

เมื่อพิจารณากรณีเหมืองถ่านหินและโรงไฟฟ้าแม่เมาะที่กล่าวมาข้างต้น จะเห็นได้ว่าผลกระทบที่เกิดขึ้นได้เกิดขึ้นกับชาวบ้านที่ไม่มีทางเลือกในการที่จะเลือกที่อยู่อาศัย กรณีเหมืองแม่เมาะเป็นประเด็นที่น่าพิจารณาระหว่างความสัมพันธ์ระหว่างความยุติธรรมทางสิ่งแวดล้อม (Environment Justice) กับการพัฒนาอย่างยั่งยืน (Sustainable Development) ซึ่งความสัมพันธ์ทั้งสองอย่างนี้มีประเด็นที่ผูกโยงกันอยู่ในเรื่องการแจกจ่ายผลประโยชน์และค่าใช้จ่ายของการพัฒนา ทั้งภายในคนรุ่นเดียวกันและระหว่างคนต่างรุ่น โดยมีข้อตระหนักร่วมกันในการทำให้คุณภาพชีวิตของประชาชนดีขึ้น และในการเพิ่มการเข้าถึงทรัพยากรให้มากขึ้น ทำให้ความเท่าเทียมในการเข้าถึงทรัพยากรธรรมชาติกลายเป็นประเด็นร่วมกันที่โดดเด่น ขบวนการความยุติธรรมทางสิ่งแวดล้อม (Environmental Justice Movement) สามารถชูประเด็นบทบาทของชุมชนจากการถูกปฏิบัติด้วยความ อยุติธรรมทางสิ่งแวดล้อมได้เด่นชัดกว่าเอกสารระหว่างประเทศเกี่ยวกับการพัฒนาที่ยั่งยืนที่แสดงให้เห็นถึงบทบาทของรัฐและปัจเจกชนในการได้รับความยุติธรรมทางสิ่งแวดล้อม<sup>34</sup> ความอยุติธรรมทางสิ่งแวดล้อมที่เห็นได้ในคดีเหมืองแม่เมาะนั้นเป็นการที่ชาวบ้านที่มีฐานะยากจนต้องแบกรับภาระมลพิษทางสิ่งแวดล้อมแต่กลับไม่ได้รับผลประโยชน์ทางสิ่งแวดล้อมในสัดส่วนที่เหมาะสม

### 3.2.2 คดีสารตะกั่วปนเปื้อนลำห้วยคลิตี้

คดีสารตะกั่วปนเปื้อนลำห้วยคลิตี้ ถือเป็นคดีประวัติศาสตร์ที่ชาวกะเหรี่ยงลุกขึ้นมาฟ้องหน่วยงานรัฐ เพื่อปกป้องสิทธิในการอยู่ในสิ่งแวดล้อมที่ดี และสิทธิในการใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติตามรัฐธรรมนูญ จากกรณีโรงแต่งแร่ปล่อยสารตะกั่วลงลำห้วยที่ชุมชนใช้ประโยชน์มาอย่างยาวนาน

แต่เดิมนั้นวิถีชีวิตของชาวชุมชนคลิตี้ล่างเป็นชุมชนเกษตรกรรมเพื่อการยังชีพ โดยอาศัยน้ำในลำห้วยคลิตี้ในการเพาะปลูก ปลูก ไร่ ปลูก ไร่ สามารถหาปลาและสัตว์น้ำต่างๆได้ในลำห้วยคลิตี้ การดำรงชีวิตของชาวคลิตี้อาศัยเงินไม่มากนัก<sup>35</sup> แต่เมื่อประมาณปี พ.ศ. 2541 ชาวบ้านคลิตี้ล่างต้องเผชิญชะตากรรมรับสารพิษเข้าสู่ร่างกายเนื่องจากมีธุรกิจโรงงานแต่งแร่ที่ปล่อยของเสียลงสู่ลำห้วยคลิตี้ หลังจากนั้นวิถีชีวิตของชาวบ้านก็เปลี่ยนแปลงไปจากเดิม<sup>36</sup> ทำให้ใช้น้ำในลำห้วยไม่ได้ ผลผลิตที่ปลูกก็พบว่ามีการปนเปื้อนตะกั่วในพืช โดยเฉพาะพืชใบ จากการตรวจสอบของกรมควบคุมมลพิษพบว่าสารตะกั่วจะมีปริมาณมากบริเวณตะกอนกลางท้องน้ำ ค่อยๆลดปริมาณลงที่ริมตลิ่งและห่างริมห้วยออกมาเรื่อยๆ ส่วนบนบกจะพบตะกั่วปริมาณสูงที่บริเวณโรงแต่งแร่ ฉะนั้น จึงไม่สามารถปลูกพืชบริเวณดังกล่าวได้<sup>37</sup> และยังทำให้วิถีชีวิตของคนในชุมชนถูกเปลี่ยนแปลงไปด้วย

<sup>33</sup> ศาลปกครอง, “ข่าวสารปกครอง”, สืบค้นเมื่อวันที่ 2 มกราคม 2560, จาก

[http://enlawfoundation.org/newweb/wpcontent/uploads/Summary\\_Decision\\_SupremeAdminCourt\\_MeamohCompensationCase.pdf](http://enlawfoundation.org/newweb/wpcontent/uploads/Summary_Decision_SupremeAdminCourt_MeamohCompensationCase.pdf).

<sup>34</sup> คะนิงนิจ ศรีบัวเอี่ยม, ความยุติธรรมทางสิ่งแวดล้อม (Environmental Justice and Citizenship).

<sup>35</sup> , ศาลฎีกา สั่งบริษัทเหมืองแร่ชดใช้ค่าเสียหาย 20 ล้านและฟื้นฟูลำห้วยคลิตี้ หลังสู้มากกว่า 13 ปี, สืบค้นเมื่อวันที่ 15 กรกฎาคม 2559, จาก <http://prachatai.com/journal/2016/07/66891>

<sup>36</sup> ยศพนธ์ เกิดวิบูลย์, คนคลิตี้ล่าง ในความเปลี่ยนแปลงหลังฝืนร้าย และความหวังที่ยังไม่เป็นจริง, สืบค้นเมื่อวันที่ 15 กรกฎาคม 2559, จาก <http://prachatai.com/journal/2014/04/52913>

<sup>37</sup> , 10 ปี คดีห้วยคลิตี้, สืบค้นเมื่อวันที่ 5 มกราคม 2561, จาก <http://thaipublica.org/2014/05/clity-community-renewal/>

เมื่อเป็นเช่นนั้นแล้วประเด็นปัญหาที่เกิดขึ้นในหมู่บ้านคลิตี้ล่างจึงถูกนำเข้ามาสู่กระบวนการยุติธรรม โดยมีกระบวนการฟ้องร้องเริ่มตั้งแต่ พ.ศ. 2546 จนถึง ปี พ.ศ. 2560 ยาวนานกว่า 14 ปี การฟ้องคดีนี้ ทนายฝ่ายโจทก์ได้ดำเนินคดีกับผู้ประกอบการและหน่วยงานของรัฐ กล่าวคือ

ในส่วนของคุณตีแห่งที่ยื่นฟ้องผู้ประกอบการ เป็นการขอให้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนกรณีผู้ประกอบการเหมืองแร่ก่อให้เกิดมลพิษในลำห้วยคลิตี้ โดยมีการแยกฟ้องคดีเป็น 2 กลุ่ม คือ กลุ่มที่ 1 โจทก์ 8 ราย ฟ้องว่ามีอาการเป็นโรคพิษจากสารตะกั่ว ประเด็นที่น่าสนใจใน คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 15219/2558 ที่ได้พิพากษาคดีนี้ก็คือเรียกได้ว่าเป็นการเปลี่ยนแปลงเรื่องอายุความในคดีสิ่งแวดล้อมมี กล่าวคือ ศาลได้มีการพิเคราะห์ว่าคำฟ้องของโจทก์ทั้ง 8 มิได้เป็นคำฟ้องให้จำเลยรับผิดชอบความผิดฐานละเมิดแต่เป็นคำฟ้องให้จำเลยรับผิดชอบชำระค่าเสียหายแก่โจทก์ ทั้ง 8 ตามพระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ พ.ศ. 2535 ซึ่งเป็นกฎหมายพิเศษและมีขอบเขตความรับผิดชอบฐานละเมิด ซึ่งไม่ได้บัญญัติเกี่ยวกับเรื่องอายุความในเรื่องไว้โดยเฉพาะ จึงมีกำหนดอายุความ 10 ปี ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 193/30<sup>38</sup>

กลุ่มที่ 2 โจทก์ 151 รายเป็นกรณีที่ฟ้องว่าโจทก์ได้รับผลกระทบทางสุขภาพจากสารตะกั่ว<sup>39</sup> สำหรับการดำเนินคดีกลุ่มที่ 2 นี้ ก็เป็นที่น่ายินดีเป็นอย่างยิ่งที่ศาลได้มีการนำหลักการเรื่อง “สิทธิชุมชน” ตามที่ฝ่ายนิติบัญญัติได้นำมาบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญมาใช้ (ซึ่งในขณะที่มีการตัดสินคดีใช้รัฐธรรมนูญปี พ.ศ.2550)<sup>40</sup> โดยศาลได้มีการตัดสินตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 10797/2559 โดยให้เหตุผลว่า เนื่องจากโจทก์อาศัยอยู่ในชุมชนคลิตี้ล่าง ดำรงชีพด้วยการบริโภคน้ำและสัตว์น้ำในลำห้วยคลิตี้ ซึ่งเป็นลำห้วยสาธารณะ การที่จำเลยจงใจปล่อยน้ำที่ปนเปื้อนสารตะกั่ว ตะกอนตะกั่ว และสารเคมีจากโรงงานแร่ให้ไหลลงสู่ลำห้วยคลิตี้ ก่อให้เกิดมลพิษในน้ำและสัตว์น้ำที่อาศัยอยู่ ทำให้โจทก์รวมทั้งสัตว์เลี้ยงที่บริโภคน้ำในลำห้วยคลิตี้เป็นประจำ เพื่อการดำรงชีพได้รับสารตะกั่วสะสมในร่างกาย ทำให้ได้รับความเสียหาย ถูกละเมิดสิทธิที่จะได้รับประโยชน์จากธรรมชาติและความหลากหลายทางชีวภาพ สิทธิในการดำรงชีพอย่างปกติและต่อเนื่องในสิ่งแวดล้อมที่ดีต่อสุขภาพอนามัย สวัสดิภาพ หรือคุณภาพชีวิตของตนเอง ซึ่งไม่ใช่เฉพาะโจทก์เท่านั้น แต่เป็นคำขอเพื่อประโยชน์ของชาวบ้านหมู่บ้านคลิตี้ล่างทุกคนซึ่งเป็นชุมชนท้องถิ่น ทั้งนี้ตามบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 มาตรา 66 และมาตรา 67<sup>41</sup>

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 มาตรา 66 บัญญัติว่า “บุคคลซึ่งรวมกันเป็นชุมชน ชุมชนท้องถิ่น หรือชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิมย่อมมีสิทธิอนุรักษ์หรือฟื้นฟูจารีตประเพณี ภูมิปัญญาท้องถิ่น ศิลปวัฒนธรรมอันดีของท้องถิ่นและของชาติ และมีส่วนร่วมในการจัดการ การบำรุงรักษา และการใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ สิ่งแวดล้อม รวมทั้งความหลากหลายทางชีวภาพอย่างสมดุลและยั่งยืน”<sup>42</sup>

<sup>38</sup> สรุปคำพิพากษาศาลฎีกาคดีคดี (แพ่ง 8 คน) ,ระบบออนไลน์,สืบค้นเมื่อวันที่ 5 มกราคม 2561, จาก [http://enlawfoundation.org/newweb/?page\\_id=860](http://enlawfoundation.org/newweb/?page_id=860)

<sup>39</sup> สรุปคำพิพากษาศาลฎีกาคดีคดี (แพ่ง 8 คน) ,ระบบออนไลน์,สืบค้นเมื่อวันที่ 5 มกราคม 2561, จาก [http://enlawfoundation.org/newweb/?page\\_id=860](http://enlawfoundation.org/newweb/?page_id=860)

<sup>40</sup> ซึ่งในระหว่างที่มีการตัดสินคดีใช้รัฐธรรมนูญปี พ.ศ.2550 จะถูกยกเลิกใช้บังคับ แต่ด้วยอำนาจแห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 มาตรา 4 การรับรองสิทธิของบุคคลซึ่งรวมกันเป็นชุมชน ชุมชนท้องถิ่น หรือชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิมต่อเนื่องมา ศาลฎีกา จึงใช้มาตรา 66 และมาตรา 67 ในการตัดสินคดีนี้ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 10797/2559

<sup>41</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 10797/2559, สืบค้นเมื่อวันที่ 5 มกราคม 2561, จาก [http://enlawfoundation.org/newweb/?page\\_id=860](http://enlawfoundation.org/newweb/?page_id=860)

<sup>42</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 มาตรา 66

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 มาตรา 67 บัญญัติว่า “สิทธิของบุคคลที่จะมีส่วนร่วมกับรัฐและชุมชนในการอนุรักษ์ บำรุงรักษา และการได้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติและหลากหลายทางชีวภาพ และในการคุ้มครอง ส่งเสริม และรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อม เพื่อให้ดำรงชีพอยู่ได้อย่างปกติและต่อเนื่องในสิ่งแวดล้อมที่ไม่ก่อให้เกิดอันตรายต่อสุขภาพอนามัย สวัสดิภาพ หรือคุณภาพชีวิตของตน ย่อมได้รับความคุ้มครองตามความเหมาะสม”<sup>43</sup>

ในส่วนของคดีแพ่งที่ชาวบ้านจำนวน 151 รายได้มีการยื่นฟ้องบริษัท ตะกั่วคอนเซนเตรทส์ (ประเทศไทย) จำกัด และกรรมการบริษัท โดยเมื่อวันที่ 11 กันยายน พ.ศ. 2560 ศาลฎีกาแผนกคดีสิ่งแวดล้อมพิพากษาให้บริษัทและกรรมการชดเชยค่าเสียหายให้ชาวบ้านทั้ง 151 ราย เป็นเงิน 36,050,000 บาท และให้ดำเนินการฟื้นฟูลำห้วย คลิตี้ให้ปราศจากมลพิษ ปัจจุบันกรรมการและบริษัทก็ยังไม่ได้ชดเชยค่าเสียหายและดำเนินการฟื้นฟูลำห้วยตามคำพิพากษาแต่อย่างใด<sup>44</sup>

ในส่วนของคดีปกครอง เป็นการฟ้องคดีในกรณีที่หน่วยงานของรัฐละเลยการปฏิบัติหน้าที่การฟื้นฟูลำห้วยและละเมิดสิทธิในการได้รับประโยชน์จากการใช้ทรัพยากรธรรมชาติของชุมชนตามรัฐธรรมนูญ ในส่วนของศาลปกครองได้มีการเริ่มต้นฟ้องคดีตั้งแต่ ปี พ.ศ. 2551 ณ ศาลปกครองกลาง และในท้ายที่สุดศาลปกครองสูงสุดได้มีคำพิพากษาเมื่อวันที่ 10 มกราคม 2556 ในคดีหมายเลขแดงที่ อ. 743/2555 ผลสรุปของการพิจารณาคดีโดยศาลปกครองสูงสุดมีดังนี้

(1) กรมควบคุมมลพิษมีความล่าช้าในการปฏิบัติหน้าที่เพื่อจัดมลพิษและฟื้นฟูลำห้วย คลิตี้ให้กลับคืนสู่สภาพเดิม

(2) กรมควบคุมมลพิษละเมิดสิทธิประโยชน์ของชาวบ้านจากทรัพยากรธรรมชาติและหลากหลายทางชีวภาพ จนไม่สามารถดำรงชีวิตได้อย่างปกติ เนื่องจากยังพบว่าน้ำและตะกอนดินยังมีสารตะกั่วปนเปื้อนในระดับสูงอยู่ ซึ่งส่งผลกระทบต่อวิถีชีวิตของชุมชน กรมควบคุมมลพิษต้องชดเชยค่าสินไหมให้กับชุมชนเป็นมูลค่า 177,199.55 บาท ต่อผู้ฟ้อง 22 คน หรือรวมเป็นจำนวนเงิน 3,898,390 บาท และ

(3) ศาลระบุให้กรมควบคุมมลพิษต้องมีแผนการดำเนินงานฟื้นฟูลำห้วยคลิตี้ต่อไป ภายใน 90 วัน โดยมีส่วนร่วมของประชาชน และดำเนินการควบคุมตรวจสอบจนกว่าการปนเปื้อนของสารตะกั่วในดิน น้ำ พืชผัก จะอยู่ในระดับที่ไม่เกินค่ามาตรฐานต่อเนื่องเป็นระยะเวลาไม่น้อยกว่า 1 ปี<sup>45</sup>

จากประเด็นที่กล่าวมาข้างต้น จะเห็นได้ว่า คดีคลิตี้ นั้น แม้ว่าศาลได้สั่งให้มีการชดเชยความเสียหายที่ชาวบ้านได้รับแต่ระยะเวลาที่ใช้ในการต่อสู้คดีนั้นยาวนานถึง 14 ปี เมื่อพิจารณาแล้วจะเห็นว่าคดีคลิตี้ เป็นตัวอย่างหนึ่งของความยุติธรรมทางสิ่งแวดล้อมและอีกทั้งผู้ได้รับผลกระทบก็เป็นคนชายขอบที่มีอำนาจต่อรองทางสังคมต่ำอีกด้วย

แม้ในเรื่องของค่าชดเชยค่าเสียหายในคดีแพ่งที่ชาวบ้านเรียกร้อง ศาลจะให้ค่าชดเชยในจำนวนมาก แต่ทว่ากระบวนการที่สำคัญที่จะทำให้ชาวบ้านกลับมาใช้น้ำในลำห้วยและมีวิถีชีวิตแบบดั้งเดิมนั้นเป็นสิ่งสำคัญไม่ยิ่งหย่อนจำนวนค่าชดเชยที่ได้รับ หน่วยงานที่มีหน้าที่ในการฟื้นฟูควรเร่งดำเนินการให้รวดเร็วที่สุด

<sup>43</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 มาตรา 67

<sup>44</sup> ตรวจสอบแผนฟื้นฟู กำจัดมลพิษคลิตี้ได้จริงหรือ? สืบค้นเมื่อวันที่ 5 มิถุนายน 2561, จาก

[https://www.matichon.co.th/region/news\\_916080](https://www.matichon.co.th/region/news_916080)

<sup>45</sup> รัตนศิริ กิตติก้องนภางค์, บทสรุปของ 14 ปีแห่งการต่อสู้ของชุมชนคลิตี้ล่าง ปฐมบทแห่งชัยชนะของการต่อสู้กับมลพิษ, สืบค้นเมื่อวันที่ 5 มกราคม 2561, จาก <http://www.greenpeace.org/seasia/th/news/blog1/14/blog/43621/>

หมู่บ้านคลิตี้ล่าง คือบทเรียนของความทุกข์ระทมสำหรับชุมชนอื่นๆ ซึ่งจะต้องพยายามปกป้องพื้นที่ของตนเอง และสำหรับหน่วยงานของรัฐคดีนี้คือตัวอย่างของความผิดพลาดอันใหญ่หลวงในการป้องกันปัญหาในฐานะตัวกลาง ระหว่างชาวบ้านและเอกชนที่เข้ามาแสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติในพื้นที่<sup>46</sup> ฉะนั้น กรณีปัญหาคลิตี้จึง เป็นภาพสะท้อนหนึ่งของความยุติธรรมทางสิ่งแวดล้อมที่เกิดขึ้นในสังคมไทย เนื่องด้วย ชาวบ้านคลิตี้ล่างมีความต่าง ทางอัตลักษณ์ที่ทำให้ชาวบ้านคลิตี้ได้รับผลกระทบที่ไม่เท่าเทียมเมื่อเทียบกับคนในชุมชนอื่น ซึ่งสะท้อนให้เห็นว่าชุมชน ไม่ได้ได้รับความยุติธรรมที่ต้องแบกรับภาระต้นทุนทางสิ่งแวดล้อม อีกทั้งคดีนี้ยังเป็นภาพสะท้อนของความยุติธรรมทาง สิ่งแวดล้อมที่มีผลผูกพันเชื่อมโยงกับเรื่องแนวทางการพัฒนาที่ยั่งยืน กล่าวคือ การพัฒนาที่ยั่งยืนจะต้องเป็นการพัฒนาที่ บรรลุความต้องการของคนในรุ่นปัจจุบัน โดยไม่ทำอันตรายต่อคนรุ่นต่อไป เมื่อพิจารณาถึงเรื่องนี้ จะเห็นได้ว่าการกระทำ ของโรงงานแห่งแรกที่มีการทำให้สารปนเปื้อนในลำห้วยคลิตี้ล่างไม่เป็นไปตามแนวคิดเรื่องการพัฒนาอย่างยั่งยืนแน่นอน เพราะแม้เราจะได้ใช้ประโยชน์จากแร่แต่ก็ทำลายทรัพยากรธรรมชาติอย่างมหาศาล และยังไม่อาจทราบได้ว่าในอนาคต ทรัพยากรเหล่านี้จะสามารถใช้ได้ในอนาคตหรือไม่

### 3.2.3 กรณีการได้รับผลกระทบจากการเน่าเสียของคลองแม่ข่า จังหวัดเชียงใหม่

คลองแม่ข่า หนึ่งในเจ็ดไข่มวงกลมของการสร้างเมืองเชียงใหม่ที่สะท้อนความคิดด้านการสร้างเมืองเป็นอย่างดี คือ “เรื่องของระบบน้ำ ความฉลาดในการดึงเอาระบบน้ำเข้ามาสู่เมือง เพื่อหล่อเลี้ยงการอุปโภคบริโภค” แต่ในปัจจุบัน ทุกคนที่มาเยี่ยมเยือนหรือได้สัมผัสกับคลองแม่ข่าจะเห็นได้ว่าคลองนี้มีสภาพไม่ต่างไปจากที่ระบายน้ำเสีย คลองแม่ข่า กลายเป็นที่รับน้ำเสียของเมืองเชียงใหม่ ลำคลองสาขาอันเป็นต้นตุน้ำที่เดิมถูกสภาวะเมืองเปลี่ยนแปลงไปจนเหลือ ต้นตุน้ำที่น้อยมาก<sup>47</sup>

ประชาชนที่อาศัยอยู่ริมคลองแม่ข่า จังหวัดเชียงใหม่ ได้รับปัญหาจากน้ำเน่าเสีย ส่งกลิ่นเหม็น และเป็นแหล่ง แพร่เชื้อโรคจากยุงจำนวนมาก สภาพน้ำในคลองสีดำสนิท มีฟองเกิดขึ้นจำนวนมาก สัตว์น้ำทั้งกุ้ง หอย ปู ปลา ไม่ สามารถอาศัยอยู่ได้และยังพบลูกน้ำเต็มลำคลอง ปัญหานี้เกิดขึ้นมานานแต่ก็ยังไม่ได้รับการแก้ไขปัญหา ประชาชนที่อาศัย อยู่ริมคลองข่าต้องสูดดมกลิ่นเหม็นจากน้ำเน่าเสียตลอดเวลา ในช่วงที่อากาศร้อนกลิ่นเหม็นฟุ้งกระจายไปทั่ว<sup>48</sup> ประชาชน ซึ่งอยู่ริมคลองแม่ข่า ในเขตพื้นที่กว่า 1,000 ครัวเรือนได้รับผลกระทบเป็นอย่างมาก โดยเฉพาะเด็กและผู้สูงอายุต่างก็ล้ม ป่วยเป็นภูมิแพ้ ในช่วงกลางดึกน้ำจะส่งกลิ่นเหม็นอย่างรุนแรง ส่งผลให้ประชาชนรู้สึกวิงเวียนศีรษะ หน้ามืด จนต้องเรียก เจ้าหน้าที่กู้ภัยให้รับไปส่งโรงพยาบาล<sup>49</sup>

ในส่วนของการแก้ไขปัญหาที่ผ่านแล้วเทศบาลนครเชียงใหม่ จัดตั้งงบประมาณ 50 ล้านบาท เพื่อฟื้นฟูปัญหาน้ำ ในคลองแม่ข่าเน่าเสียที่เป็นปัญหาเรื้อรัง ในการจัดการบำบัดน้ำเสีย รวมถึงขุดลอกคลอง กำจัดผักตบชวา ติดตั้งเครื่อง

<sup>46</sup> ยศพนธ์ เกิดวิบูลย์, คนคลิตี้ล่าง ในความเปลี่ยนแปลงหลังฝืนร้าย และความหวังที่ยังไม่เป็นจริง, สืบค้นเมื่อวันที่ 15 กรกฎาคม 2559, จาก <http://prachatai.com/journal/2014/04/52913>

<sup>47</sup> อานนท์ ตันติวิวัฒน์, ความท้าทายปัญหาคลองแม่ข่า จากคลองระบายน้ำเสียสู่ศูนย์แจสำคัญเมืองมรดกโลกของเชียงใหม่, สืบค้นเมื่อ วันที่ 20 มิถุนายน 2561, จาก [https://www.prachatham.com/article\\_detail.php?id=467](https://www.prachatham.com/article_detail.php?id=467)

<sup>48</sup> รันันท์ เขตพงศ์, ชาวบ้านคลองแม่ข่าเชียงใหม่ ร้องทุกข์ เจอปัญหาน้ำเน่าเสีย ส่งกลิ่นเหม็น, สืบค้นเมื่อวันที่ 20 มิถุนายน พ.ศ.2561, จาก <http://news.ch7.com/detail/221224>.

<sup>49</sup> ชาวบ้านโวย ทิ้งน้ำเน่าเสีย ไหลผ่านคลองแม่ข่า ลงสู่ลำน้ำปิงกลิ่นเหม็น กระทบชาวบ้านป่าแดด, สืบค้นเมื่อวันที่ 20 มิถุนายน พ.ศ. 2561, จาก <http://www.chiangmainews.co.th/page/archives/566967>.

เดิมอากาศ ใช้พืชน้ำบำบัดน้ำเสียโดยวิธีธรรมชาติ เพื่อแก้ไขปัญหา โดยคาดว่าจะใช้เวลา 5-6 ปี จึงจะสามารถแก้ปัญหาได้<sup>50</sup>

จากกรณีสภาพปัญหาน้ำเน่าเสียจากคลองแม่ข่า จังหวัดเชียงใหม่ ที่ได้กล่าวมาข้างต้นจะเห็นได้ว่ามีประชาชนที่ได้รับผลกระทบมากถึงประมาณ 1,000 ครัวเรือน และเป็นประชาชนที่ไม่มีทางเลือกในที่อยู่อาศัยที่ต้องแบกรับผลกระทบทางสิ่งแวดล้อมจากน้ำเน่าเสียเป็นเวลายาวนานกว่า 30-40 ปี ทั้งยังเป็นประชาชนที่มีฐานะยากจน ที่สำคัญประชาชนที่อาศัยอยู่ริมคลองแม่ข่ายังได้รับผลกระทบด้านสุขภาพอีกด้วย สะท้อนให้เห็นถึงความล้มเหลวในการจัดการให้ประชาชนมีสิทธิในสิ่งแวดล้อมที่ดี อันเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานที่ได้มีการบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ

#### 4. วิเคราะห์ “ความยุติธรรมทางสิ่งแวดล้อม” ผ่านตัวบทกฎหมาย

ในหัวข้อนี้ จะอภิปรายถึงสองทางที่สำคัญได้แก่ การมีกฎหมายสารบัญญัติซึ่งเป็นกฎหมายว่าด้วยแนวนโยบายพื้นฐานในการจัดระเบียบสิ่งแวดล้อม และทางที่สองคือ การนำหลักการเรื่องสิทธิในกระบวนการยุติธรรมทางสิ่งแวดล้อมมาบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ

##### 4.1 การมีกฎหมายสารบัญญัติซึ่งเป็นกฎหมายว่าด้วยแนวนโยบายพื้นฐานแห่งรัฐในการจัดระเบียบสิ่งแวดล้อม

ปัจจุบันประเทศไทยมีกฎหมายสารบัญญัติที่เป็นกฎหมายว่าด้วยแนวนโยบายพื้นฐานแห่งรัฐในการ ระเบียบสิ่งแวดล้อมที่มีวัตถุประสงค์ในการอนุรักษ์ทรัพยากรธรรมชาติ การจัดการสิ่งแวดล้อมชุมชนเมือง การอนุรักษ์ศิลปกรรม การควบคุมภาวะมลพิษ และความรับผิดชอบทางแพ่งและทางอาญา ทั้งนี้ ก็มีพระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ พ.ศ. 2535 เป็นกฎหมายแม่บทที่ใช้ในการคุ้มครองรักษาสิ่งแวดล้อมในปัจจุบัน ซึ่งในพระราชบัญญัติฉบับนี้ได้มีหลักการสำคัญเกี่ยวกับการส่งเสริมประชาชนและองค์กรเอกชนให้มีส่วนร่วมในการส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อม มีการบัญญัติถึงการจัดระบบบริหารงานด้านสิ่งแวดล้อมให้เป็นไปตามหลักการจัดการคุณภาพสิ่งแวดล้อม การกำหนดอำนาจหน้าที่ของส่วนราชการ รัฐวิสาหกิจ และราชการส่วนท้องถิ่นให้เกิดการประสานงานและมีหน้าที่ร่วมกันในการส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมพร้อมกับกำหนดแนวทางปฏิบัติในส่วนที่ไม่มีหน่วยงานได้รับผิดชอบโดยตรง การกำหนดมาตรการควบคุมมลพิษด้วยการจัดให้มีระบบกำจัดน้ำเสีย ระบบบำบัดน้ำเสีย และเครื่องมืออุปกรณ์ต่างๆ เพื่อแก้ปัญหาเกี่ยวกับมลพิษ การกำหนดหน้าที่ความรับผิดชอบของผู้ที่เกี่ยวข้องกับการก่อกมลพิษให้เป็นไปโดยชัดเจน อีกทั้ง ยังมีการกำหนดให้มีมาตรการส่งเสริมด้านกองทุนสิ่งแวดล้อมและความช่วยเหลือต่างๆ เพื่อเป็นการจูงใจให้มีการยอมรับที่จะปฏิบัติหน้าที่ในการรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อม

แม้จะมีกฎหมายสารบัญญัติซึ่งเป็นกฎหมายว่าด้วยแนวนโยบายพื้นฐานแห่งรัฐในการจัดระเบียบสิ่งแวดล้อม และมีคำพิพากษาศาลฎีกาในคดีคดีที่นำหลักเรื่องสิทธิชุมชนมาใช้ แต่ทว่ายังไม่สามารถรับรองได้ว่า วิวาทะเรื่องความยุติธรรมทางสิ่งแวดล้อมจะได้รับการแก้ไข เยียวยาให้หมดไปได้ อาจจะใช้กฎหมายที่มีอยู่เน้นเรื่องการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมในทางทฤษฎีมากกว่าที่จะให้ความเป็นธรรมกับคนที่ได้รับผลกระทบ

<sup>50</sup> , สร้างโรงบำบัดน้ำเสียแก้ปัญหาคลองแม่ข่า นานกว่า 40 ปี, สืบค้นเมื่อวันที่ 20 มิถุนายน พ.ศ.2561, จาก <https://www.pptvhd36.com/news/>.

#### 4.2 สิทธิในกระบวนการยุติธรรมทางสิ่งแวดล้อม

การต่อสู้และความเคลื่อนไหวของภาคประชาสังคมเพื่อความยุติธรรมทางสิ่งแวดล้อมเป็นผลให้ผู้ใช้อกฎหมายและผู้ร่างกฎหมายต้องปรับตัว เพื่อให้เข้าถึงหลักความยุติธรรมทางสังคมที่มีความเปลี่ยนแปลงไป เนื่องจากกฎหมายกับสังคมย่อมมีความสัมพันธ์กันเสมอ ในปัจจุบันจึงมีการพัฒนาหลักกฎหมายด้านสิทธิมนุษยชนอย่างเช่นหลักการเรื่อง สิทธิที่จะมีชีวิตอยู่ในสิ่งแวดล้อมที่ดี (Right to Healthy Environment) หลักการพัฒนาอย่างยั่งยืน (Sustainable Development) หลักการพัฒนาที่คิดถึงคนรุ่นหลัง (Future Generation Equity) สิทธิชุมชน (Community Right) และหลักมีส่วนร่วม (Right to Participation) ซึ่งในประเทศต่างๆได้มีการนำเอาหลักการพื้นฐานต่างๆที่กล่าวมาข้างต้นมาบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญในฐานะที่เป็นกฎหมายสูงสุดในการปกครองประเทศ และประเทศไทยเองก็ได้มีการนำเอาหลักการต่างๆเหล่านี้มาบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญเช่นเดียวกัน หลักการเหล่านี้มีผลโดยตรงต่อการตีความของฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหารและฝ่ายตุลาการโดยไม่จำเป็นที่จะต้องมีการตีความมารองรับ<sup>51</sup>

#### 5. บทวิพากษ์

ในส่วนสุดท้ายนี้ เป็นบทวิเคราะห์วิพากษ์ ใน 3 ประเด็น กล่าวคือ การมีกฎหมายสารบัญญัติที่กำหนดเรื่องสิทธิทางสิ่งแวดล้อมไม่สามารถขจัดปัญหา “ความยุติธรรมทางสิ่งแวดล้อม” ได้ ความแตกต่างทางอัตลักษณ์ของกลุ่มบุคคลทำให้ได้รับ “ความยุติธรรมทางสิ่งแวดล้อม” และประเด็นสุดท้ายกระบวนการยุติธรรมที่เป็นปัญหาถือเป็น “ความยุติธรรมทางสิ่งแวดล้อม”

##### 5.1 การมีกฎหมายสารบัญญัติที่กำหนดเรื่องสิทธิทางสิ่งแวดล้อมไม่สามารถขจัดปัญหา “ความยุติธรรมทางสิ่งแวดล้อม” ได้

กฎหมายในปัจจุบันทั้งพระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ พ.ศ. 2535 และพระราชบัญญัติสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ. 2550 ที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบัน เป็นกฎหมายที่มุ่งหวังให้เป็นกลไกคุ้มครองความเป็นธรรมแก่ประชาชน โดยคำนึงถึงผลกระทบของสิ่งแวดล้อมและสุขภาพ ขึ้นตอน กระบวนการพิจารณาและการปฏิบัติ นั้น กลไกส่งเสริมความยุติธรรมทางสิ่งแวดล้อมยังก่อให้เกิดผลกระทบที่ไม่เท่ากันกับกลุ่มคนต่างๆในสังคม<sup>52</sup> เมื่อพิจารณาถึงเหตุผลในการตราพระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ พ.ศ. 2535 จะเห็นได้ว่าพระราชบัญญัติฉบับนี้มีขึ้นเพื่อวัตถุประสงค์ต่างๆ ดังต่อไปนี้

- (1) ส่งเสริมประชาชน และองค์กรภาคเอกชนให้มีส่วนร่วมในการส่งเสริมการรักษาสิ่งแวดล้อม
- (2) จัดระบบบริหารงานด้านสิ่งแวดล้อมให้เป็นไปตามหลักการจัดการคุณภาพสิ่งแวดล้อม
- (3) กำหนดอำนาจหน้าที่ของส่วนราชการ รัฐวิสาหกิจและราชการส่วนท้องถิ่นให้เกิดการประสานงานและมีหน้าที่ร่วมกันในการส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อม กำหนดแนวทางปฏิบัติในส่วนที่ไม่มีหน่วยงานได้รับผิดชอบ
- (4) กำหนดมาตรการควบคุมมลพิษด้วยการจัดให้มีระบบบำบัดน้ำเสีย ระบบกำจัดของเสียและเครื่องมือหรืออุปกรณ์ต่างๆ เพื่อแก้ไขปัญหาเกี่ยวกับมลพิษ

<sup>51</sup> กฤษณะ ช่างกล่อม,อ้างแล้ว หน้า 24.

<sup>52</sup> ประโยชน์นิยม การตัดสินใจทางเศรษฐศาสตร์ที่ไม่สร้างความยุติธรรมให้ชุมชน, สืบค้นเมื่อวันที่ 12 กรกฎาคม 2559 , [http://www.thia.in.th/welcome/article\\_read/261](http://www.thia.in.th/welcome/article_read/261)



(5) กำหนดหน้าที่ความรับผิดชอบของผู้เกี่ยวข้องอันก่อให้เกิดมลพิษให้เป็นไปโดยชัดเจน

(6) กำหนดให้มีมาตรการส่งเสริมด้านกองทุน และช่วยเหลือด้านต่างๆ เพื่อเป็นการจูงใจให้มีการยอมรับที่จะปฏิบัติหน้าที่ในการรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อม จึงจำเป็นต้องตราพระราชบัญญัตินี้<sup>53</sup>

เมื่อพิจารณาเหตุผลในการประกาศใช้พระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ พ.ศ. 2535 จะเห็นได้ว่าเป็นกฎหมายที่ใช้บังคับในเชิงหลักการหรือเป็นกฎหมายเทคนิค แต่เมื่อนำหลักแนวคิดเรื่องความยุติธรรมทางสิ่งแวดล้อมมาปรับใช้ กระบวนการบังคับใช้กฎหมายอาจไม่มีประสิทธิภาพเท่าที่ควร เมื่อเป็นเช่นนี้หากผู้มีส่วนเกี่ยวข้องกับการบังคับใช้กฎหมายเห็นว่ากฎหมายเป็นกลไกหลักที่ใช้ควบคุมความประพฤติของสังคม ทุกคนต้องปฏิบัติตามกฎเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนดเพื่อความสงบสุขของคนในสังคม ที่สำคัญพลเมืองต้องมีความสำนึกหรือตระหนักอยู่ตลอดเวลาว่าสิ่งแวดล้อมเป็นเรื่องที่ทุกคนต้องรักษาร่วมกัน ผ่านแนวคิดที่ว่า “สิ่งแวดล้อมดี สุขภาพดี คนและสัตว์อยู่ร่วมกันได้” การบังคับใช้กฎหมายจะมีประสิทธิภาพ ภาครัฐจะต้องให้ความสำคัญโดยการบังคับใช้ให้เต็มรูปแบบและมีความเข้มงวด ผ่านหน่วยงานภาครัฐและกระบวนการยุติธรรมที่ไม่ละเมิดสิทธิมนุษยชน ฉะนั้น แนวทางการแก้ไขปัญหาสิ่งแวดล้อมที่ดีที่สุดคือ “พลเมืองมีสำนึกที่ดีและการบังคับใช้กฎหมายของภาครัฐมีประสิทธิภาพ”

อีกทั้ง แม้ในพระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ พ.ศ. 2535 จะมีการบัญญัติเรื่องการทำรายงานวิเคราะห์ผลกระทบสิ่งแวดล้อมก็ตามแต่กลไกการบังคับใช้ในเรื่องนี้ก็ยังไม่สมบูรณ์ เพราะยึดหลักเศรษฐศาสตร์ที่เมื่อมีการกล่าวถึงการประเมินผลกระทบทางสิ่งแวดล้อมและการประเมินผลกระทบทางสุขภาพจะมุ่งแต่ประโยชน์นิยม คือวัดผลที่ได้กับต้นทุนซึ่งเกิดจากโครงการแล้วนำมาซึ่งน้ำหนักว่าโครงการนี้เกิดประโยชน์มากกว่าต้นทุนที่เสียไป ก็จะมีการอนุมัติโครงการให้เกิดขึ้นได้ แม้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยจะมีการบัญญัติเรื่องสิทธิชุมชนในการป้องกันทรัพยากรธรรมชาติ สิ่งแวดล้อม แต่ในทางปฏิบัติสิทธินี้ยังไม่ได้รับการใช้ในทางปฏิบัติเท่าที่ควร<sup>54</sup> ซึ่งประเด็นเรื่องการวิเคราะห์ผลกระทบสิ่งแวดล้อมนี้ เป็นประเด็นสำคัญที่จะเชื่อมโยงไปสู่วิวัฒนาการด้วยความยุติธรรมสิ่งแวดล้อม กล่าวคือ ก่อนที่จะดำเนินโครงการหากมีการประเมินผลกระทบทางสิ่งแวดล้อมปัญหาผลกระทบทางสิ่งแวดล้อมและคงไม่มีประชาชนกลุ่มใดที่ต้องแบกรับภาระที่ไม่เท่าเทียมในการต้องได้รับผลกระทบทางสุขภาพ หน่วยงานที่เกี่ยวข้องต้องมีการตระหนักเสมอว่า สิทธิมนุษยชนและสิ่งแวดล้อมมีความเกี่ยวข้องสัมพันธ์กันอย่างใกล้ชิด และมีปฏิสัมพันธ์ต่อกันในลักษณะของการส่งเสริมซึ่งกันและกัน<sup>55</sup>

## 5.2 ความแตกต่างทางอัตลักษณ์ของกลุ่มบุคคลทำให้ได้รับ “ความยุติธรรมทางสิ่งแวดล้อม” สิ่งแวดล้อมที่ดี

(1) ปัญหาการเลือกปฏิบัติทางสิ่งแวดล้อม ความไม่เท่าเทียมในการแบกรับภาระมลพิษทางสิ่งแวดล้อมของคนชายขอบ คนชาติพันธุ์ คนยากจนผู้มีสิทธิที่เลือกอาศัยอยู่ในสิ่งแวดล้อมที่ดี ตัวอย่างเช่นกรณีศึกษาที่กล่าวมาทั้งสามกรณีข้างต้น

(2) การพัฒนาอุตสาหกรรมมักเกิดในพื้นที่ของประชาชนที่เป็นคนชายขอบ กรณีเหมืองแม่เมาะเป็นประเด็นที่น่าพิจารณาระหว่างความสัมพันธ์ระหว่างความยุติธรรมทางสิ่งแวดล้อม (Environment Justice) กับการพัฒนาอย่าง

<sup>53</sup> พระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ พ.ศ. 2535

<sup>54</sup> , ประโยชน์นิยม การตัดสินใจทางเศรษฐศาสตร์ที่ไม่สร้างคามยุติธรรมให้ชุมชน, [ระบบออนไลน์],สืบค้นเมื่อวันที่ 12 กรกฎาคม 2559, จาก [http://www.thia.in.th/welcome/article\\_read/261](http://www.thia.in.th/welcome/article_read/261)

<sup>55</sup> อุดมศักดิ์ สิทธิพงษ์, กฎหมายว่าด้วยความเสียหายทางสิ่งแวดล้อม ความรับผิดชอบ การชดเชยเยียวยา และการระงับข้อพิพาท, กรุงเทพฯ:สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2554, หน้า 39-40

ยั่งยืน (Sustainable Development) ซึ่งความสัมพันธ์ทั้งสองอย่างนี้มีประเด็นที่ผูกโยงกันอยู่ในเรื่องการแจกจ่ายผลประโยชน์และค่าใช้จ่ายของการพัฒนา ทั้งภายในคนรุ่นเดียวกันและระหว่างคนต่างรุ่น โดยมีข้อตระหนักร่วมกันในการทำให้คุณภาพชีวิตของประชาชนดีขึ้น และในการเพิ่มการเข้าถึงทรัพยากรให้มากขึ้น ทำให้ความเท่าเทียมในการเข้าถึงทรัพยากรธรรมชาติกลายเป็นประเด็นร่วมกันที่โดดเด่น ขบวนการความยุติธรรมทางสิ่งแวดล้อม (Environmental Justice Movement) สามารถชูประเด็นบทบาทของชุมชนจากการถูกปฏิบัติด้วยความ อยุติธรรมทางสิ่งแวดล้อมได้เด่นชัดกว่าเอกสารระหว่างประเทศเกี่ยวกับการพัฒนาที่ยั่งยืนที่แสดงให้เห็นถึงบทบาทของรัฐและปัจเจกชนในการได้รับความยุติธรรมทางสิ่งแวดล้อม<sup>56</sup>

### 5.3 กระบวนการยุติธรรมที่เป็นปัญหาถือเป็น “ความยุติธรรมทางสิ่งแวดล้อม”

ฝ่ายตุลาการเป็นหน่วยงานท้ายสุดในการเยียวยาผู้ที่ได้รับผลกระทบและสิ่งแวดล้อมจากปัญหาสิ่งแวดล้อม ซึ่งต้องใช้ระยะเวลาและเทคนิคในการตัดสินปัญหา อีกทั้ง เมื่อพิจารณาเรื่องข้อความคิดว่าด้วยความยุติธรรมทางสิ่งแวดล้อมผู้พิพากษาต้องมีความรู้ความเข้าใจในหลักปรัชญาและความยุติธรรมทางสิ่งแวดล้อม เนื่องจากกฎหมายสิ่งแวดล้อมนั้นเป็นระบบกฎหมายเฉพาะที่มีความแตกต่างจากหลักกฎหมายเดิม กล่าวคือ หลักความยุติธรรมทางสิ่งแวดล้อมนั้นมีความแตกต่างจากความยุติธรรมเดิม มีหลักกฎหมายทั่วไปหรือหลักนิติธรรมทางสิ่งแวดล้อมเฉพาะของตนเอง ธรรมชาติต้องเกี่ยวข้องและเชื่อมโยงกับเทคโนโลยีเสมอ ดังนั้น หากผู้พิพากษาไม่เข้าใจสาระสำคัญของความยุติธรรมทางสิ่งแวดล้อมการตัดสินคดีใดๆเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อมก็จะไม่ตรงเป้าหมายและขัดแย้งกับสามัญสำนึกของประชาชนเสมอ<sup>57</sup> และกระบวนการยุติธรรมที่เป็นปัญหาจนทำให้การพิจารณาก่อเป็น “ความยุติธรรมทางสิ่งแวดล้อม”

การใช้หลักความยุติธรรมทางสิ่งแวดล้อมของศาล อยู่บนพื้นฐานของความยุติธรรมแบบเดิม ความยุติธรรมทางสิ่งแวดล้อมมิได้มุ่งให้ผู้ได้รับความเสียหายได้รับการชดเชยเยียวยาเท่านั้น หากแต่ต้องการให้ผู้ก่อความเสียหายฟื้นฟูและเยียวยาธรรมชาติด้วย ในปัจจุบันกระบวนการบังคับคดีหลังจากมีคำพิพากษายังมีปัญหาเรื่องการติดตามการบังคับคดีอย่างจริงจังในการที่จะฟื้นฟูธรรมชาติที่มีความเสียหาย

นอกจากนี้ ปัญหาของกฎหมายสิ่งแวดล้อมไทยยังขาดความครอบคลุมในการสร้างระบบความรับผิดชอบทางสิ่งแวดล้อมทั้งทางแพ่ง ทางอาญา ทางปกครอง อย่างได้สัดส่วนและเหมาะสมในสาขาต่างๆของกฎหมายสิ่งแวดล้อมไม่ว่าจะเป็นกฎหมายเกี่ยวกับน้ำ กฎหมายเกี่ยวกับอากาศ หรือกฎหมายเกี่ยวกับดิน หรือกฎหมายเกี่ยวกับการอนุรักษ์ทรัพยากรธรรมชาติ เป็นต้น รวมทั้งยังไม่มีกฎหมายแม่บททางปกครองในการจัดการธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมอย่างครอบคลุมและเป็นระบบ<sup>58</sup>

## 6. สรุป

จากที่กล่าวมาทั้งหมดข้างต้น สามารถสรุปได้ว่า “ความยุติธรรมทางสิ่งแวดล้อม” (Environmental Justice) นั้น จะมีความหมายว่า ประชาชนทุกคนควรมีส่วนร่วมอย่างเท่าเทียมกันในการได้รับผลประโยชน์จากสิ่งอำนวยความสะดวกทางสิ่งแวดล้อม และการที่กลุ่มบุคคลใดจะได้ต้องแบกรับภาระมลพิษทางสิ่งแวดล้อมนั้น รัฐหรือผู้ประกอบการไม่สามารถทำได้ ต้องคำนึงถึงเรื่องสิทธิในการมีชีวิตอยู่ในสิ่งแวดล้อมที่ดีเป็นหลัก ทั้งนี้ ความยุติธรรมทางสิ่งแวดล้อมนั้นมิ

<sup>56</sup> คเนิงนิจ ศรีบัวเอี่ยม, ความยุติธรรมทางสิ่งแวดล้อม (Environmental Justice and Citizenship).

<sup>57</sup> กฤษณะ ช่างกล่อม,การจัดตั้งศาลสิ่งแวดล้อมกับปัญหากระบวนการยุติธรรมไทย, หน้า 112.

<sup>58</sup> กฤษณะ ช่างกล่อม,การจัดตั้งศาลสิ่งแวดล้อมกับปัญหากระบวนการยุติธรรมไทย, หน้า 41.

ความสัมพันธ์หรือความเกี่ยวพันกับเรื่องสิทธิมนุษยชนอย่างแยกไม่ออกเลยทีเดียว หากรัฐหรือผู้ประกอบการพิจารณาถึงเรื่องความยุติธรรมทางสิ่งแวดล้อมควบคู่ไปกับแนวคิดเรื่องสิทธิมนุษยชน ย่อมจะยังผลให้เกิดความยุติธรรมทางสิ่งแวดล้อมในสังคมได้อย่างแน่นอน

อีกทั้ง มุมมองของแนวคิดเรื่องความยุติธรรมทางสิ่งแวดล้อม เป็นแนวคิดที่แตกต่างจากความยุติธรรมเดิม กล่าวคือ ความยุติธรรมทางสิ่งแวดล้อม นั้นมองปฏิบัติสัมพันธ์ระหว่างมนุษย์กับสิ่งแวดล้อม ในแง่ที่ว่าหากมนุษย์ทำความเสียหายให้แก่สิ่งแวดล้อมนอกจากจะต้องมีการชดใช้เยียวยาให้แก่ผู้ที่ได้รับผลกระทบแล้วยังจะต้องดำเนินการฟื้นฟูเยียวยาความเสียหายที่เกิดต่อทรัพยากรธรรมชาติด้วย รัฐ ศาล และผู้ประกอบการจะต้องพิจารณาถึงแนวคิดนี้เสมอ

#### บรรณานุกรม

กฤษณะ ช่างกล่อม. (2556). **การจัดตั้งศาลสิ่งแวดล้อมกับปัญหาระบบความยุติธรรมไทย**. กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

กอบกุล ราชะนาคร. (2550). **กฎหมายกับสิ่งแวดล้อม**. กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

คณิงสุข ทองอยู่คง. (2550). **มาตรการทางกฎหมายในการป้องกันและการควบคุมภาวะมลพิษจากการใช้ถ่านหินในการผลิตไฟฟ้า**. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

\_\_\_\_\_. **ความยุติธรรมสิ่งแวดล้อม**. สืบค้นเมื่อวันที่ 11 กรกฎาคม 2559, จาก

<http://www.aseangreenhub.in.th/envinat-ac/th/developmentsection/176-development-8>

คะนิงนิจ ศรีบัวเอี่ยม. **ความยุติธรรมทางสิ่งแวดล้อม (Environmental Justice and Citizenship)**. สืบค้นเมื่อวันที่

2 มกราคม 2560, จาก <http://www.fpps.or.th/elibrary/download/book114.pdf>.

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 10797/2559

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 10797/2559. สืบค้นเมื่อวันที่ 5 มกราคม 2561, จาก

[http://enlawfoundation.org/newweb/?page\\_id=860](http://enlawfoundation.org/newweb/?page_id=860)

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 15219/2558

คำพิพากษาศาลปกครอง คดีหมายเลขแดง ที่ อ.743/2555

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด คดีหมายเลขแดง ที่ อ.749-764/2557

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด หมายเลขแดง ที่ อ.730-748/2557

เฉลิมชัย ก๊กเกียรติกุล. **ความยุติธรรมทางสิ่งแวดล้อม (Environmental justice)**. สืบค้นเมื่อวันที่ 11 กรกฎาคม 2559, จาก <http://chalerchai-nbtc.blogspot.com/2014/03/environmental-justice.html>

\_\_\_\_\_. **ชาวบ้านโว้ย ทิ้งน้ำเน่าเสีย ไหลผ่านคลองแม่ข่า ลงสู่ลำปิงกลิ่นเหม็น กระทบชาวบ้านป่าแดด**. สืบค้นเมื่อวันที่

20 มิถุนายน พ.ศ.2561, จาก <http://www.chiangmainews.co.th/page/archives/566967>.

\_\_\_\_\_. **ตรวจแผนฟื้นฟู กำจัดมลพิษคลิตี้ได้จริงหรือ**. สืบค้นเมื่อวันที่ 5 มิถุนายน 2561, จาก

[https://www.matichon.co.th/region/news\\_916080](https://www.matichon.co.th/region/news_916080)

แบ็งค์ งามอรุณโชต. (2556). **ความยุติธรรม คำพิพากษา ปัญหาสิ่งแวดล้อม**. กรุงเทพฯ: เพนไท.

\_\_\_\_. ประโยชน์นิยม การตัดสินใจทางเศรษฐศาสตร์ที่ไม่สร้างความยุติธรรมให้ชุมชน. สืบค้นเมื่อวันที่ 12 กรกฎาคม 2559. [http://www.thia.in.th/welcome/article\\_read/261](http://www.thia.in.th/welcome/article_read/261)

ปวีตร เลิศธรรมเทวี. (2559). สิทธิด้านสิ่งแวดล้อมกับรัฐธรรมนูญ. กรุงเทพฯ:นิติธรรม.

พระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ พ.ศ.2535

พิชญ พงษ์สวัสดิ์. **เท้า มือ ใจ และ หัว เพื่อความยุติธรรมทางสิ่งแวดล้อม**. สืบค้นเมื่อวันที่ 12 กรกฎาคม 2559, จาก [http://www.matichon.co.th/news\\_detail.php?newsid=1380033383](http://www.matichon.co.th/news_detail.php?newsid=1380033383)

ไพ เสนาชัย. (2552). การฟ้องคดีแพ่งโดยประชาชนในคดีที่เกี่ยวกับสิ่งแวดล้อม. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

ยศพนธ์ เกิดวิบูลย์. **คนคลิตี้ล่าง ในความเปลี่ยนแปลงหลังฝนร้าย และความหวังที่ยังไม่เป็นจริง**. สืบค้นเมื่อวันที่ 15 กรกฎาคม 2559, จาก <http://prachatai.com/journal/2014/04/52913>

\_\_\_\_. **โรงไฟฟ้าแม่เมาะ: กรณีตัวอย่าง EIA ที่แก้ไขได้แม้อยู่ระหว่างการฟ้องร้อง ช่องโหว่ทางกฎหมายที่ทำให้ลายสิ่งแวดล้อม**. สืบค้นเมื่อวันที่ 10 พฤษภาคม.

รณันท์ เขตพงศ์. **ชาวบ้านคลองแม่ข่าเชียงใหม่ ร้องทุกข์ เจอปัญหาน้ำเน่าเสีย ส่งกลิ่นเหม็น**. สืบค้นเมื่อวันที่ 20 มิถุนายน พ.ศ.2561, จาก <http://news.ch7.com/detail/221224>.

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2560

รัตนศิริ กิตติก้องนภางค์. **บทสรุปของ 14 ปีแห่งการต่อสู้ของชุมชนคลิตี้ล่าง ปฐมบทแห่งชัยชนะของการต่อกรกับมลพิษ**. สืบค้นเมื่อวันที่ 5 มกราคม 2561, จาก <http://www.greenpeace.org/seasia/th/news/blog1/14/blog/43621/>

ศักดิ์ณรงค์ มงคล. **ความยุติธรรมสิ่งแวดล้อม**. สืบค้นเมื่อวันที่ 11 กรกฎาคม 2559, จาก <https://www.tci-thaijo.org/index.php/jsd/article/download/41275/40499>

\_\_\_\_. **ศาลฎีกาฯ สั่งบริษัทเหมืองแร่ชดใช้ค่าเสียหาย 20 ล้านและฟื้นฟูลำห้วยคลิตี้ หลังสู้มากกว่า 13 ปี**. สืบค้นเมื่อวันที่ 15 กรกฎาคม 2559, จาก <http://prachatai.com/journal/2016/07/66891>

ศาลปกครอง. **“ข่าวสารปกครอง”**. สืบค้นเมื่อวันที่ 2 มกราคม 2560, จาก [http://enlawfoundation.org/newweb/wpcontent/uploads/Summary\\_Decision\\_SupremeAdminCourt\\_MeamohCompensationCase.pdf](http://enlawfoundation.org/newweb/wpcontent/uploads/Summary_Decision_SupremeAdminCourt_MeamohCompensationCase.pdf).

\_\_\_\_. **สร้างโรงบำบัดน้ำเสียแก้ปัญหาคลองแม่ข่า นานกว่า 40 ปี**. สืบค้นเมื่อวันที่ 20 มิถุนายน พ.ศ.2561, จาก <https://www.pptvhd36.com/news/>.

สรุปคำพิพากษาศาลฎีกาคดีคลิตี้ (แพ่ง 8 คน). [ระบบออนไลน์]. สืบค้นเมื่อวันที่ 5 มกราคม 2561, จาก [http://enlawfoundation.org/newweb/?page\\_id=860](http://enlawfoundation.org/newweb/?page_id=860)

สันต์ชัย เหล่าสันติสุข. (2552). **ความรับผิดชอบเพื่อละเมิดของผู้ก่อมลพิษสิ่งแวดล้อม**. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหา บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช,

- สุนทรียา เหมือนพะวงศ์. กระบวนการยุติธรรมทางสิ่งแวดล้อมไทย: เส้นทางยังอีกยาวไกลกว่าจะไปถึงฝัน. สืบค้นเมื่อวันที่ 11 กรกฎาคม 2559, จาก <http://www.library.coj.go.th/>
- สุภัทคินี จันทร์โสม. (2555). ปัญหาการดำเนินคดีกับหน่วยงานรัฐที่กระทำละเมิดในคดีสิ่งแวดล้อมของศาลปกครอง. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์.
- อชิษฐา อีตวงษ์. แต่เทศกาลแห่งความรัก: จาก Love Canal สู่ระบบกฎหมายฟื้นฟูสิ่งแวดล้อมในอเมริกา. สืบค้นเมื่อวันที่ 11 มิถุนายน 2561, จาก <https://enlawfoundation.org/newweb/?p=2744>
- อานนท์ ต้นติวิวัฒน์. ความท้าทายปัญหาคลองแม่ข่า จากคลองระบายน้ำเสียสู่กุญแจสำคัญเมืองมรดกโลกของเชียงใหม่. สืบค้นเมื่อวันที่ 20 มิถุนายน 2561, จาก [https://www.prachatham.com/article\\_detail.php?id=467](https://www.prachatham.com/article_detail.php?id=467)
- อำนาจ วงศ์บัณฑิต. ศาสตราจารย์, กฎหมายสิ่งแวดล้อม. กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2557
- อุดมศักดิ์ สิทธิพงษ์. (2554). กฎหมายว่าด้วยความเสียหายทางสิ่งแวดล้อม ความรับผิดชอบทางแพ่ง การชดเชยเยียวยา และการระงับข้อพิพาท. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.
- อุดมศักดิ์ สิทธิพงษ์. (2556). กฎหมายเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อม, กรุงเทพฯ : วิญญูชน.
- \_\_\_\_\_. 10 ปี คดีห้วยคลิตี้. สืบค้นเมื่อวันที่ 5 มกราคม 2561, จาก <http://thaipublica.org/2014/05/clity-community-renewal/>