

ระบบจัดการเหมืองฝายกับสิทธิชุมชน : ศึกษาเปรียบเทียบ  
กฎหมายปัจจุบันกับกฎหมายมังรายศาสตร์

คณาภรณ์ ธนุธรรมเจริญ



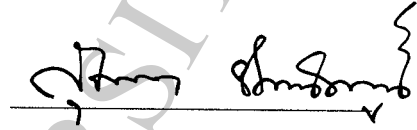
วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตร  
นิติศาสตรมหาบัณฑิต  
คณะนิติศาสตร์

มหาวิทยาลัยพายัพ

กุมภาพันธ์ 2554

ชื่อเรื่อง ระบบจัดการเหมืองฝายกับสิทธิชุมชน : ศึกษา  
เปรียบเทียบกฎหมายปัจจุบันกับกฎหมายผังรายศาสตร์  
ผู้จัดทำ คณาภรณ์ ธนธรรมเจริญ  
หลักสูตร นิติศาสตรมหาบัณฑิต  
อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก อาจารย์ ดร.สุชาดา รัตนพิบูลย์  
อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ร่วม อาจารย์ ดร.ฐาปนันท์ นิพิฏฐกุล

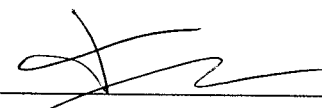
วิทยานิพนธ์นี้ได้รับการพิจารณาอนุมัติให้นับเป็นส่วนหนึ่งของการศึกษา ตามหลักสูตร  
นิติศาสตรมหาบัณฑิต

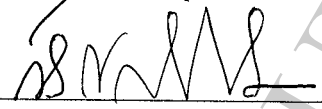


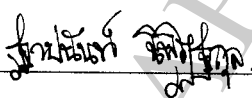
(อาจารย์ ดร.สุชาดา รัตนพิบูลย์)

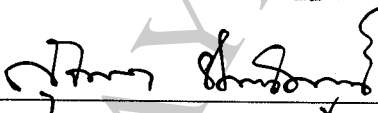
คณบดีคณะนิติศาสตร์

คณะกรรมการสอบวิทยานิพนธ์

1.  ประธานกรรมการ  
(ดร.สุนทรียา เหมื่อนพะวงศ์)

2.  กรรมการ  
(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.สัญญาลักษณ์ ปัญวัฒน์ลิขิต)

3.  กรรมการและอาจารย์ที่ปรึกษาร่วม  
(อาจารย์ ดร.ฐาปนันท์ นิพิฏฐกุล)

4.  กรรมการและอาจารย์ที่ปรึกษาหลัก  
(อาจารย์ ดร.สุชาดา รัตนพิบูลย์)

อนุมัติเมื่อวันที่ 5 กุมภาพันธ์ 2554

เลขที่	.....
	ศ 1285
เลขทะเบียน	1050027797
วันที่	17 เดือน มิถุนายน พ.ศ. 54

สงวนลิขสิทธิ์ © คณาจารย์ ธรรมจริญ มหาวิทยาลัยพายัพ

PAYAP UNIVERSITY

## กิตติกรรมประกาศ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้จัดพิมพ์ได้สำเร็จเสร็จสมบูรณ์ได้ ผู้ศึกษาขอขอบพระคุณ อาจารย์ ดร.สุชาดา รัตนพิบูลย์ และอาจารย์ ดร.ฐานันท์ นิพิฏฐกุล ที่เป็นผู้จุดประกายให้ผู้ศึกษา เริ่มต้นจัดทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ อีกทั้งยังกรุณารับเป็นอาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ และคอยเป็นผู้ให้คำปรึกษาแนะนำแนวทางที่ถูกต้อง ในส่วนที่เป็นข้อบกพร่องเพื่อให้วิทยานิพนธ์ฉบับนี้ได้รับการแก้ไขอย่างถูกต้องและสมบูรณ์ ตลอดจนยังกรุณาช่วยผลักดันส่งเสริมผู้ศึกษาด้วยความเมตตาเสมอมา จนวิทยานิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จลุล่วงไปได้ด้วยดี

ผู้ศึกษาขอขอบพระคุณท่าน ดร.สุนทรียา เหมือนพะวงศ์ ที่กรุณาเสียสละเวลารับเป็นประธานกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ และผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.สัญลักษณ์ ปัญวัฒน์ลิขิต ที่สละเวลาเข้าร่วมเป็นกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ให้แก่ผู้ศึกษา และยังกรุณาสละเวลาในการช่วยพิจารณาตรวจแก้ไขความถูกต้องของวิทยานิพนธ์ฉบับนี้

ผู้ศึกษาขอขอบพระคุณ รศ.ประธาน วัฒนวาณิชย์ และอาจารย์อภิชาติ ลายสนิท-เสรีกุล ที่คอยให้คำปรึกษาและขอแนะนำเกี่ยวกับเนื้อหาสำคัญในการเขียนวิทยานิพนธ์ฉบับนี้

ผู้ศึกษาขอกราบขอบพระคุณ คุณพ่อคณิต - คุณแม่วรรณ ธนูธรรมเจริญ และน้องชายอันเป็นครอบครัวที่รักยิ่งของผู้ศึกษา ที่เป็นทั้งผู้ให้ชีวิตและให้โอกาสผู้ศึกษาเสมอมา อีกทั้งท่านทั้งสองยังเชื่อมั่นในตัวผู้ศึกษาในการศึกษาครั้งนี้ คอยให้กำลังใจ ให้การสนับสนุนและช่วยเหลือผู้ศึกษาในทุกด้าน

ผู้ศึกษาขอขอบคุณเพื่อนๆ นิตริหัส44 และน้องๆ ชมรมหัตถไฟ รวมทั้งพี่ๆ น้องๆ ที่ฝ่ายป่าไม้ ณ ศูนย์ศึกษาการพัฒนาห้วยฮ่องไคร้อันเนื่องมาจากพระราชดำริ ที่ให้ข้อมูลที่สำคัญต่อการศึกษา และเลขาคณะคุณอาภินันท์ ศรีมา ที่ช่วยเหลือขั้นตอนการจัดทำวิทยานิพนธ์และทุกคนที่กล่าวมาและไม่ได้กล่าวถึงที่คอยให้กำลังใจในการทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ด้วยดีเสมอมา

หากวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะเป็นส่วนหนึ่งที่จะช่วยสร้างประโยชน์ให้แก่สังคม ผู้ศึกษาขอขอบพระคุณดีทั้งหมดนี้ให้แก่บุคคลข้างต้น ท้ายนี้ ผู้ศึกษาอยากให้ทุกท่านรู้คุณค่าในวัฒนธรรมจารีตประเพณี และภูมิปัญญาของคนไทยหลังจากวางวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ลงแล้ว

คณาภรณ์ ธนูธรรมเจริญ

5 กุมภาพันธ์ 2554

ชื่อเรื่อง	: ระบบจัดการเหมืองฝายกับสิทธิชุมชน : ศึกษาเปรียบเทียบ กฎหมายปัจจุบันกับกฎหมายมังรายศาสตร์
ผู้จัดทำ	: คณาภรณ์ ธนธรรมเจริญ
หลักสูตร	: นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยพายัพ จังหวัดเชียงใหม่ ประเทศไทย
อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก	: อาจารย์ ดร. สุชาดา รัตนพิบูลย์
อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ร่วม	: อาจารย์ ดร. ฐาปนันท์ นิพิฏฐกุล
วันที่อนุมัติผลงาน	: 5 กุมภาพันธ์ 2554
จำนวนหน้า	: 123
คำสำคัญ	: ระบบจัดการเหมืองฝาย สิทธิชุมชน กฎหมายมังรายศาสตร์

### บทคัดย่อ

การจัดการเหมืองฝายในกฎหมายมังรายศาสตร์ เป็นระบบที่พัฒนาขึ้นมาพร้อมกับสังคมเกษตรกรรมของชาวล้านนาผู้อาศัยอยู่ตามที่ราบลุ่มระหว่างหุบเขา เพื่อทดน้ำเข้ามาใช้ในการเกษตร เมื่อถึงสมัยของพญามังรายที่ทรงสร้างเมืองเชียงใหม่ จึงได้มีการยกความรู้เรื่องระบบจัดการเหมืองฝายขึ้นเป็นความรู้ของอาณาจักร และตราไว้ใน "กฎหมายมังรายศาสตร์" ที่มีวัฒนธรรม จารีตประเพณี และภูมิปัญญาอันเกี่ยวกับระบบจัดการเหมืองฝาย ซึ่งในปัจจุบันยังคงยึดถือและปฏิบัติสืบมาอย่างต่อเนื่อง แต่อยู่ในรูปของสัญญาเหมืองฝาย เพราะกฎหมายมังรายศาสตร์ไม่มีสภาพบังคับแล้ว

ในปัจจุบันพบว่า กฎหมายที่รัฐใช้ในการบริหารจัดการทรัพยากรธรรมชาติ มีผลกระทบต่อระบบจัดการเหมืองฝาย ทั้งกฎหมายที่เกี่ยวกับป่า และกฎหมายที่เกี่ยวกับน้ำ ทั้งในกรณีของวัสดุที่ใช้ก่อสร้าง หรืออำนาจหน้าที่ขององค์กรที่ทับซ้อนกันกับตำแหน่งต่างๆ ในระบบจัดการเหมืองฝาย อันถือว่าเป็นเรื่องที่มีความสำคัญ ในการรักษาไว้ซึ่งวิถีชีวิต และภูมิปัญญาแห่งท้องถิ่นที่ดำเนินการติดต่อกันมายาวนาน

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้มุ่งศึกษากฎหมายผังรายศาสตร์และระบบจัดการเมืองฝายที่มีรากฐานมาจากวิถีชีวิตของชุมชน อันสอดคล้องกับแนวคิดสิทธิชุมชนในรัฐธรรมนูญ โดยพิจารณาแนวคิดเรื่องสิทธิชุมชนเพื่อนำมาวิเคราะห์หาความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายผังรายศาสตร์และระบบจัดการเมืองฝาย ให้ได้รับการรับรองและคุ้มครอง เพื่อให้ชุมชนมีสิทธิอนุรักษ์ฟื้นฟูจารีตประเพณี ภูมิปัญญาท้องถิ่น ศิลปะหรือวัฒนธรรมอันดี และมีส่วนร่วมในการจัดการ การบำรุงรักษาทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม

วิทยานิพนธ์เรื่องนี้เป็นการศึกษาวิจัยเอกสาร โดยศึกษาจากบทบัญญัติกฎหมาย หนังสือ ตำรา บทความ เอกสารการวิจัย วิทยานิพนธ์ และเอกสารสำคัญทางประวัติศาสตร์ โดยวิเคราะห์และสังเคราะห์ข้อมูลต่างๆ ที่เกี่ยวข้องกับแนวคิดในระบบจัดการเมืองฝาย

ในกฎหมายผังรายศาสตร์และระบบจัดการเมืองฝาย มีข้อเท็จจริงที่สัมพันธ์กับแนวคิดด้านจารีตประเพณี อันเป็นพื้นฐานแห่งแนวคิดของสิทธิชุมชน และระบบจัดการเมืองฝายไม่เป็นอุปสรรคต่อการรักษาทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม ตามกฎหมายเกี่ยวกับป่า และกฎหมายเกี่ยวกับน้ำ ดังนั้น ระบบจัดการเมืองฝายจึงควรได้รับการรับรองและคุ้มครองโดยรัฐ ในฐานะที่เป็นสิทธิชุมชน

เมื่อระบบจัดการเมืองฝายเป็นวิถีชีวิตของชุมชน และชุมชนได้ยอมรับการคงอยู่ของเมืองฝายด้วยการทำสัญญาเมืองฝาย เพื่อใช้บังคับกันเอง ดังนั้น จึงควรมีกฎหมายที่กำหนดสาระสำคัญของสัญญาเมืองฝาย กำหนดให้การดำเนินกิจกรรมต้องเป็นความร่วมมือกันระหว่างรัฐกับชุมชน เพื่อให้สอดคล้องกับหลักการมีส่วนร่วมตามรัฐธรรมนูญ และเกิดการอนุรักษ์หรือฟื้นฟูจารีตประเพณี ภูมิปัญญาท้องถิ่น ศิลปะหรือวัฒนธรรมอันดีของตนเอง รวมถึงเป็นการใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมอย่างสมดุลและยั่งยืน เพราะสัญญาเมืองฝายมาจากจารีตประเพณีการใช้น้ำที่สอดคล้องกับความต้องการและประโยชน์ของประชาชน

Title : Community Right and Management System for Check Dams : A Comparatives Study of Law and Mung-Rai Code

Researcher : Kanaporn Thanuthamcharoen

Degree : Master of Laws  
Payap University, ChiangMai, Thailand

Advisor : Suchada Rattanapibul,Ph.D.

Co-Advisor : Thapanan Nipithakul,Ph.D.

Date of Approval : 5 February 2011

Number of Pages : 123

Keywords : Management system for Check Dams,  
Community Right, Mung-Rai Code

## ABSTRACT

Management System for Check Dams specified in Mung-Rai Code was simultaneous developed with the agricultural society of Lanna people who resided on the law allurial plain of the yalleys in order to carry water for agriculture. Until the era of King Mung-Rai who built the City of Chiang Mai, the understanding of the Management System for Check Dams was (elevated/upgraded) to be the Knowledge of the Kingdom and promulgated in the Mung-Rai Code which consisted of culture, custom and knowledge of the Management System for Check Dams. At present the Mung-Rai Code is still believed in and continuously implemented in a contrary form of Check Dams contract due to the fact that Mung-Rai Code is no longer in its enforcement condition.

At present, it is found that the laws applied by the state in managing the natural resources create the effects on the Management System for Check Dams,

including the laws pertaining to forest and water resource both in the case of materials used in construction and in the case of the overlapping authority of the organizational hierarchical positions within the Management System for Check Dams which are (regarded/considered) crucially important for conservation of the way of life and the folk wisdom that have long been proceeded.

The research focused on studying the Mung-Rai Code and the Management System for Check Dams which have been based upon the community's way of life consistent with the philosophy of community right enacted in the constitution by way of considering the philosophy therein in order to analyse and find the correlation between the Mung-Rai Code and the Management System for Check Dams so that the community will have the right to conserve and revive their custom and tradition, folk wisdom, prestigious art or culture and participate in the management and preservation of natural resources and environment.

This research is a documental research that comprised the study of statutory provisions, books, text books, articles, research documents, theses and important historical documents, together with the analysis and synthesis of data related to the philosophy of the Management System for Check Dams.

In the Mung-Rai Code and the Management System for Check Dams appeared the factual information that had the connection to customary philosophy which was the foundation of the ideology of community right, and that the fact about the Management System for Check Dams is not the obstacle to the preservation of natural resources and environment according to the laws about forest and water resource. Thus, the Management System for Check Dams should be given the recommendation and prevention from the State, as the management is community right.

As the Management System for Check Dams is the folk's way of life, and community accepts the sustainment of the check dams which exists through the signing of Check Dam Contract which is used to enforce one another. Hence, there should be a law that stipulates the essentials of Check Dam Contract, and prescribes



that any activity procedures needs to be the cooperation between state and community and consistent with the Principle of Participation enacted in the Constitution and the support the preservation or the rehabilitation of their custom, local wisdom, prestigious art and culture. Additionally, there should be a stipulation of the utilization of natural resources in equilibrium and sustainable ways because Check Dams Contract comes from the custom of using water that is consistent with the needs and benefit of the public.

PAYYAP UNIVERSITY

## สารบัญ

กิตติกรรมประกาศ	ข
บทคัดย่อภาษาไทย	ค
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ	จ
สารบัญ	ช
สารบัญตาราง	ฎ
สารบัญภาพ	ฏ
บทที่ 1 บทนำ	1
1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา	1
1.2 วัตถุประสงค์	3
1.3 สมมุติฐานการศึกษา	3
1.4 วิธีการศึกษา	4
1.5 ขอบเขตการศึกษา	4
1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ	4
บทที่ 2 การจัดการทรัพยากรน้ำด้วยระบบเหมืองฝาย : ศึกษาพัฒนาการจากกฎหมาย มั่งรายศาสตร์	5
2.1 กฎหมายมั่งรายศาสตร์และระบบจัดการเหมืองฝายในอดีต	5
2.2 บทบัญญัติเรื่องเหมืองฝายในกฎหมายมั่งรายศาสตร์	13
2.2.1 โครงสร้างของระบบเหมืองฝาย	14
2.2.2 องค์กรและอำนาจหน้าที่ในระบบจัดการเหมืองฝาย	20
2.2.3 บทกำหนดโทษและความรับผิดชอบในระบบจัดการเหมืองฝาย	24
2.3 ระบบจัดการเหมืองฝายในปัจจุบัน	28
2.3.1 สัญญาเหมืองฝายในระบบจัดการเหมืองฝาย	36
2.3.2 ปัญหาของระบบจัดการเหมืองฝาย	42

## สารบัญ (ต่อ)

บทที่ 3 มาตรการทางกฎหมายปัจจุบันในการรับรองสิทธิชุมชนต่อระบบจัดการเหมืองฝาย	44
3.1 แนวคิดเรื่องสิทธิชุมชน	44
3.1.1 แนวคิดด้านจารีตประเพณี	45
3.1.1.1 ศีลธรรมสู่จารีตประเพณี	47
3.1.1.2 จารีตประเพณีและสิทธิชุมชน	51
3.1.2 แนวคิดด้านการปกครองระบอบประชาธิปไตย	63
3.1.3 แนวคิดในทางระหว่างประเทศ	68
3.1.4 แนวคิดในทางมหาชน	77
3.2 กฎหมายที่มีผลต่อระบบจัดการเหมืองฝายในปัจจุบัน	80
3.2.1 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย	84
3.2.1.1 หลักนิติรัฐ	85
3.2.1.2 หลักการมีส่วนร่วมของชุมชน	87
3.2.2 กฎหมายเกี่ยวกับการป่าไม้	94
3.2.2.1 พระราชบัญญัติป่าไม้ พุทธศักราช 2484	94
3.2.2.2 พระราชบัญญัติอุทยานแห่งชาติ พุทธศักราช 2504	95
3.2.2.3 พระราชบัญญัติป่าสงวนแห่งชาติ พุทธศักราช 2507	96
3.2.2.4 พระราชบัญญัติสงวนและคุ้มครองสัตว์ป่า พุทธศักราช 2535	97
3.2.3 กฎหมายเกี่ยวกับน้ำ	98
3.2.3.1 พระราชบัญญัติการเดินเรือในน่านน้ำไทย พุทธศักราช 2456	98
3.2.3.2 พระราชบัญญัติการชลประทานราษฎร์ พุทธศักราช 2482	100
3.2.3.3 พระราชบัญญัติการชลประทานหลวง พุทธศักราช 2485	103
บทที่ 4 วิเคราะห์สิทธิชุมชนในการจัดการเหมืองฝาย	109
4.1 สถานะทางกฎหมายของระบบจัดการเหมืองฝาย	109
4.2 สิทธิชุมชนในระบบจัดการเหมืองฝาย	110
4.3 การคงอยู่ของระบบจัดการเหมืองฝาย	112

## สารบัญ (ต่อ)

บทที่ 5 บทสรุปและข้อเสนอแนะ	117
5.1 บทสรุป	117
5.2 ข้อเสนอแนะ	122
บรรณานุกรม	124
ภาคผนวก	
ภาคผนวก ก ภาพของระบบการจัดการน้ำด้วยภูมิปัญญาของชาวล้านนา	130
ภาคผนวก ข พระราชบัญญัติการชลประทานราษฎร์ พุทธศักราช 2482	132

## สารบัญตาราง

### ตารางที่

ตารางที่ 3.1 แสดงการเปรียบเทียบองค์ประกอบของจารีตประเพณี กับข้อเท็จจริงของระบบจัดการเหมืองฝาย	60
ตารางที่ 3.2 แสดงตัวบทกฎหมายที่มีผลกระทบต่อระบบการจัดการเหมืองฝาย ในข้อเท็จจริง	106
ตารางที่ 3.3 แสดงตัวบทกฎหมายที่องค์กรเจ้าหน้าที่ทับซ้อนกับองค์กรเหมืองฝาย	107

## สารบัญภาพ

### ภาพที่

ภาพที่ 2.1	การสร้างเหมืองฝายเพื่อผันน้ำเข้าที่นาในอดีตตามภูมิปัญญาชาวบ้าน	14
ภาพที่ 2.2	ฝายหินทิ้ง	15
ภาพที่ 2.3	ฝายไม้	16
ภาพที่ 2.4	ฝายคอนกรีต	16
ภาพที่ 2.5	วิธีการแบ่งน้ำอย่างยุติธรรม	18
ภาพที่ 2.6	จุดที่แบ่งน้ำโดยใช้แด	18
ภาพที่ 2.7	แก่งฝายและกรรมการกำลังช่วยกันจัดหมวดหมู่ให้แก่ลูกเหมืองก่อนปฏิบัติงาน	29
ภาพที่ 2.8	สมาชิกเหมืองฝายรับทราบหมวดหมู่ที่ตนสังกัด พร้อมรายชื่อสมาชิกที่จะไปทำงานในหมวดเดียวกัน	29
ภาพที่ 2.9	แก่งฝายตรวจรายชื่อสมาชิกลูกเหมืองที่มาทำงานล่องเหมืองตามข้อตกลง	30
ภาพที่ 2.10	งานขุดลอกเหมือง (หรือล่องเหมือง) ฝายเหมืองสอด อำเภอสอด จังหวัดเชียงใหม่	30
ภาพที่ 2.11	งานขุดลอกเหมือง อำเภอสันป่าตอง จังหวัดเชียงใหม่	31
ภาพที่ 2.12	คำสั่งปิดน้ำเพื่อหลังไปให้หมู่บ้านทางตอนใต้	31
ภาพที่ 2.13	แสดงฝายในปัจจุบัน	32
ภาพที่ 2.14	ตารางรายชื่อฝายที่รับน้ำและจำนวนผู้ใช้น้ำจากฝายในลำห้วยแม่แตง	33
ภาพที่ 2.15	สัญญาเหมืองฝาย	38
ภาพที่ 2.16	สัญญาเหมืองฝาย (ต่อ)	39
ภาพที่ 2.17	สัญญาเหมืองฝาย (ต่อ)	40
ภาพที่ 2.18	รายชื่อผู้ใช้น้ำ	41
ภาพที่ 2.19	รายชื่อผู้ใช้น้ำ (ต่อ)	42
ภาพที่ 3.1	แสดงถึงการเตรียมหลักไม้สำหรับสร้างฝาย แสดงว่าต้องมีการตัดไม้เพื่อนำมาสร้างฝาย	81

## สารบัญภาพ(ต่อ)

- ภาพที่ 3.2 แสดงถึงการสร้างฝายที่มีทั้งการตัดไม้ การตรึงไม้ให้อยู่กับที่ ทำให้บางพื้นที่  
มีน้ำไหลผ่าน แต่บางพื้นที่สามารถกักเก็บน้ำได้ รวมถึงการมีส่วนร่วมของชุมชน  
ในการสร้างฝาย 82
- ภาพที่ 3.3 แสดงถึงลักษณะของฝายที่ท่อน้ำเข้าไปในไร่นา ทำให้น้ำไม่ได้ไหลไปตาม  
ธรรมชาติ ต่างกันเพียงวิธีการสร้างฝายโดยในภาพบนนี้ต้องใช้ท่อนซุงขนาดใหญ่  
วางเป็นแนวยาวขวางลำน้ำ ไม่ใช่กรณีที่น้ำไม้เนื้อแข็งมาตอกเป็นหลักดังภาพ  
ด้านล่าง 83