



LAW
CHULA

รายงานการประชุมฉบับสมบูรณ์
การประชุมนิติวิชาการระดับชาติ
“กฎหมายกับการพัฒนาที่ยั่งยืน”
ครั้งที่ 1



คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
20 กรกฎาคม 2565

รายงานการประชุมฉบับสมบูรณ์
การประชุมนิติวิชาการระดับชาติ
“กฎหมายกับการพัฒนาที่ยั่งยืน” ครั้งที่ 1

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

20 กรกฎาคม 2565

กองบรรณาธิการ

1. คณบดี (ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ปาริณา ศรีวินิชย์)	ที่ปรึกษา
2. รองคณบดี (ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ภาวัฒน์ สัตยานุรักษ์)	บรรณาธิการ
3. อาจารย์ ดร.ปราโมทย์ เสริมศีลธรรม	รองบรรณาธิการ
4. นางสาวนที ดิษยบุตร	กรรมการผู้ทรงคุณวุฒิ
5. นายชัชเวชย์ ชิตวรากร	กรรมการผู้ทรงคุณวุฒิ
6. นายธนชัย มีโชค	กรรมการผู้ทรงคุณวุฒิ
7. นายวราธร วงศ์สว่างศิริ	กรรมการผู้ทรงคุณวุฒิ
8. ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ลลิต ก่ออุทัยกุลรังษี	กรรมการผู้ทรงคุณวุฒิ
9. ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.คณินิจ ขาวแสง	กรรมการผู้ทรงคุณวุฒิ
10. อาจารย์ ดร.ธนัทเทพ เขียวประสิทธิ์	กรรมการผู้ทรงคุณวุฒิ
11. รองคณบดี (อาจารย์ ดร.อาร์ม ตั้งนิรันดร)	กรรมการ
12. ศาสตราจารย์ ดร.คณพล จันทน์หอม	กรรมการ
13. รองศาสตราจารย์ ดร.ณรงค์เดช สรุโฆษิต	กรรมการ
14. ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ศารทูล สันติवासะ	กรรมการ
15. ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.สิริกัญญา ไชวโกลกุล	กรรมการ
16. ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.โชติกา วิทยาวรากุล	กรรมการ
17. ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.รวินท์ ลีละพัฒนะ	กรรมการ
18. ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ปิติ เอี่ยมจำรูญลาภ	กรรมการ
19. อาจารย์ธิดาพร ศิริภาพร	กรรมการ

บทบรรณาธิการ

ด้วยคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย มีพันธกิจในการดำเนินการตามวิสัยทัศน์ของมหาวิทยาลัย ที่มุ่งสร้างองค์ความรู้และนวัตกรรม เพื่อสร้างเสริมสังคมไทยสู่การพัฒนาที่สร้างสรรค์ โดยหนึ่งในพันธกิจที่สำคัญ คือ การสร้างและเผยแพร่ผลงานวิชาการและวิจัยสู่สังคม ซึ่งสอดคล้องกับยุทธศาสตร์ที่ 2 ของมหาวิทยาลัย คือ การสร้างสรรค์องค์ความรู้และนวัตกรรม (Knowledge and Innovation) ด้วยการสร้างงานวิจัยและวิชาการที่ชั้นนำและขับเคลื่อนการพัฒนาสังคมไทยและสังคมโลก

ดังนั้น คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย จึงได้จัดการประชุมนิติวิชาการระดับชาติ “กฎหมายกับการพัฒนาที่ยั่งยืน” ครั้งที่ 1 ขึ้น เพื่อส่งเสริม สนับสนุน และเผยแพร่ผลงานวิชาการ และผลงานวิจัยของอาจารย์ นักวิจัย นิสิต/นักศึกษา ในรูปแบบการนำเสนอผลงานต่อที่ประชุมวิชาการ และได้รวบรวมการนำเสนอดังกล่าวเป็นรายงานการประชุมฉบับสมบูรณ์ (Proceedings) ประกอบด้วยบทความจำนวน 6 บทความ ที่ได้ผ่านการกลั่นกรองและประเมินจากผู้ทรงคุณวุฒิ (Peer reviewer) จากทั้งภายในและภายนอกคณะนิติศาสตร์

กองบรรณาธิการหวังเป็นอย่างยิ่งว่าบทความในรายงานการประชุมฉบับสมบูรณ์นี้ จะเป็นประโยชน์ต่อผู้อ่านในการค้นคว้าต่อยอดองค์ความรู้และนวัตกรรมเพื่อขับเคลื่อนวงการนิติศาสตร์ของไทยสู่ความยั่งยืนต่อไป

ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ภาวิรัตน์ สัตยานุรักษ์
บรรณาธิการ

วัตถุประสงค์

1. เพื่อเป็นเวทีให้อาจารย์ นักวิจัย และนิสิต/นักศึกษา ได้เผยแพร่ผลงานทางวิชาการสู่สังคม ในรูปแบบการนำเสนอผลงานต่อที่ประชุมวิชาการและรวบรวมเป็นรายงานการประชุมฉบับสมบูรณ์ (Proceedings) โดยผ่านการกลั่นกรองจากผู้ทรงคุณวุฒิ (Peer review) จากทั้งภายในและภายนอกคณะ
2. เพื่อเป็นเวทีให้อาจารย์ นักวิจัย และนิสิต/นักศึกษา ได้แลกเปลี่ยนข้อมูลทางวิชาการ การวิจัย ตลอดจนองค์ความรู้และประสบการณ์ เพื่อนำมาพัฒนาการเรียนการสอนและการวิจัยในอนาคต
3. เพื่อแสดงศักยภาพของคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ในฐานะคณะนิติศาสตร์ชั้นนำของประเทศที่มีคุณภาพทางวิชาการและงานวิจัยที่โดดเด่นและเป็นที่ยอมรับระดับชาติและระดับนานาชาติ

ปฏิทินกิจกรรม

- | | |
|--|-------------------------------|
| 1. เปิดรับบทความวิชาการ | 11 พฤษภาคม – 17 มิถุนายน 2565 |
| 2. แจ้งผลการพิจารณาคัดเลือกบทความวิชาการ | 24 มิถุนายน 2565 |
| 3. นำเสนอบทความในการประชุมนิติวิชาการ | 20 กรกฎาคม 2565 |

วันเวลาสถานที่

ประชุมนิติวิชาการ วันพุธที่ 20 กรกฎาคม 2565 เวลา 09.00 – 16.00 น.
ผ่านระบบออนไลน์ แอปพลิเคชัน ZOOM

กำหนดการประชุมนิติวิชาการระดับชาติ “กฎหมายกับการพัฒนาที่ยั่งยืน” ครั้งที่ 1
วันพุธที่ 20 กรกฎาคม 2565
ผ่านระบบออนไลน์ Zoom

- 09.00 – 09.15 น. เปิดระบบให้ผู้เข้าร่วม Log-in เข้าสู่ห้องประชุมใหญ่ในระบบ Zoom
- 09.15 – 09.30 น. พิธีเปิดการประชุมนิติวิชาการระดับชาติ “กฎหมายกับการพัฒนาที่ยั่งยืน” ครั้งที่ 1
กล่าวรายงาน ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ภาวิวัฒน์ สัตยานุรักษ์
รองคณบดีด้านวิจัยและวิทยทรัพยากร คณะนิติศาสตร์ จุฬาฯ
- กล่าวเปิดงาน ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ปาริณา ศรีวินิชย์
คณบดีคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
- 09.30 – 11.00 น. การนำเสนอบทความวิชาการ
*แต่ละห้อง จะดำเนินการใน Breakout Room ที่กำหนดไว้
โดยใช้ห้อง Zoom เดียวกับห้องประชุมใหญ่

ห้องที่ 1 กฎหมายเอกชนและธุรกิจ

บทความ

1. กฎหมายการแข่งขันทางการค้าเพื่อการพัฒนาอย่างยั่งยืน
โดย นางสาวพิมพ์ชนก เอี่ยมเล่ง
2. พัฒนาการและปัญหาการกำกับดูแลกิจการทางรางในประเทศไทย
โดย นางสาวพิชชากร ฆารณอม

ผู้วิพากษ์

- อาจารย์ ดร.กัญจน์ศักดิ์ เพชรานนท์
อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
- นายวรารธร วงศ์สว่างศิริ
บริษัท เฮอริเบิร์ต สมิธ ฟรีฮิลส์

ห้องที่ 2 กฎหมายอาญาและกระบวนการยุติธรรมทางอาญา

บทความ

1. ความรับผิดชอบทางอาญาของแพทย์ กรณีจำเป็นต้องเลือกรักษาชีวิตผู้ป่วย
โดย นางสาววรริศรา วิเชียรมณี
2. วิวัฒนาการการกำหนดความผิดทางอาญาฐานทำให้เสียทรัพย์
โดย นายพุดพิงศ์ จวบความสุข

ผู้วิพากษ์

- **นางสันที ดิษยบุตร**
ผู้อำนวยการสำนักงานเลขาธิการสถาบันนิติวัชร์
- **อาจารย์ ดร.ปราโมทย์ เสริมศีลธรรม**
อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ห้องที่ 3 กฎหมายมหาชนบทความ

1. มาตรการทางกฎหมายที่ใช้ในการจัดการข่าวปลอมบนสื่อออนไลน์
โดย **นางสาวปาริชาติ ดวงแก้ว**
2. หน้าที่ของข้าราชการต่อคำสั่งผู้บังคับบัญชาที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย
โดย **นายสิริวิชญ์ วิศิษฏ์ยิ่งเจริญ**

ผู้วิพากษ์

- **ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.รวินท์ ลีละพัฒนะ**
อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
- **อาจารย์ ดร.ธนัทเทพ เจริญประสิทธิ์**
อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์

ห้องที่ 4 กฎหมายระหว่างประเทศบทความ

1. ข้อพิจารณาของรัฐที่อาจได้รับผลกระทบจากการทิ้งระเบิดในการใช้หลักการ
ป้องกันไว้ก่อนเพื่อวัตถุประสงค์ De minimis ในการทิ้งระเบิดของเสียที่ไม่ได้ปนเปื้อน
กัมมันตภาพรังสี
โดย **นายอนันท์วัชร จันตะรังษี**
2. ปัญหาการประกันภัยในการดำเนินกิจกรรมอวกาศตามพันธกรณีของ
สนธิสัญญา ว่าด้วยหลักเกณฑ์การดำเนินกิจการของรัฐในการสำรวจและ
การใช้อวกาศภายนอก รวมทั้งดวงจันทร์และเทหะในท้องฟ้าอื่น ๆ ค.ศ.
1967
โดย **นางสาวภัทรนรินทร์ อินโต**

ผู้วิพากษ์

- **ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ศารทูล สันติवासะ**
อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
- **ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ลลิต ก่อวุฒิกุลรังษี**
อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

สารบัญ

	หน้า
<i>กฎหมายเอกชนและธุรกิจ</i>	
1. กฎหมายการแข่งขันทางการค้าเพื่อการพัฒนาอย่างยั่งยืน นางสาวพิมพ์ชนก เอี่ยมเล่ง	1
2. พัฒนาการและปัญหาการกำกับดูแลกิจการทางรางในประเทศไทย นางสาวพิชชากร ฆารณอม	8
<i>กฎหมายอาญาและกระบวนการยุติธรรมทางอาญา</i>	
3. ความรับผิดชอบทางอาญาของแพทย์ กรณีจำเป็นต้องเลือกรักษาชีวิตผู้ป่วย นางสาววริศรา วิเชียรณมณี	31
<i>กฎหมายมหาชน</i>	
4. หน้าที่ของข้าราชการต่อคำสั่งผู้บังคับบัญชาที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย นายสิริวิชญ์ วิศิษฐ์ยิ่งเจริญ	59
<i>กฎหมายระหว่างประเทศ</i>	
5. ข้อพิจารณาของรัฐที่อาจได้รับผลกระทบจากการทิ้งเทในการใช้หลักการ ป้องกันไว้ก่อนเพื่อวัด De minimis ในการทิ้งของเสียที่ปนเปื้อนกับมันตภาพรังสี นายอนันต์วัชรธ จันตะรังษี	81
6. ปัญหาการประกันภัยในการดำเนินกิจกรรมอวกาศตามพันธกรณีของสนธิสัญญา ว่าด้วยหลักเกณฑ์การดำเนินกิจการของรัฐในการสำรวจการใช้อวกาศภายนอก รวมทั้งดวงจันทร์และเทหะในท้องฟ้าอื่น ๆ ค.ศ. 1967 นางสาวภัทรนรินทร์ อินโต	94



LAW
CHULA

การประชุมนิติวิชาการระดับชาติ
“กฎหมายกับการพัฒนาที่ยั่งยืน”
ครั้งที่ 1

บทความ

กฎหมายการแข่งขันทางการค้าเพื่อการพัฒนาอย่าง
ยั่งยืน

ผู้เขียน

นางสาวพิมพ์ชนก เอียนเล่ง

กฎหมายการแข่งขันทางการค้าเพื่อการพัฒนาอย่างยั่งยืน

ในทศวรรษนี้ นอกจากเรื่องการพัฒนาทางเทคโนโลยีแล้วประเด็นทางสังคมอีกเรื่องหนึ่งที่มีผลกระทบถึงกันมาก คือ การพัฒนาอย่างยั่งยืน หรือ Sustainable Development ความคิดเรื่องการพัฒนาอย่างยั่งยืนนั้นเริ่มต้นขึ้นที่การประชุมของสหประชาชาติเรื่องการพัฒนาและสิ่งแวดล้อม ณ ประเทศรีโอ เด จานาโร เมื่อปี ค.ศ. 1992¹ โดยที่สหประชาชาตินั้นได้ตระหนักถึงผลกระทบของการกระทำของมนุษย์ที่ก่อให้เกิดความเสียหายต่อสิ่งแวดล้อมทางธรรมชาติ ที่ประชุมดังกล่าวเห็นว่า หากมวลมนุษยชนดำรงชีวิตและพัฒนาความเป็นอยู่ในลักษณะนี้ต่อไปโดยที่ไม่มีการตระหนักถึงผลกระทบของการกระทำของตนที่มีต่อสิ่งแวดล้อมและไม่มีการป้องกันสิ่งแวดล้อม มนุษย์เองอาจจะเป็นผู้ที่ทำให้โลกเป็นที่อยู่อาศัยที่ไม่เหมาะสมหรือมนุษย์อาจต้องอยู่อย่างยากลำบากกับภัยพิบัติทางธรรมชาติที่เกินเยียวยา ดังนั้น สหประชาชาติจึงได้ให้ความสำคัญในการส่งเสริมการพัฒนาที่ตอบสนองต่อความต้องการของมนุษย์ในปัจจุบันในลักษณะที่จะไม่ส่งผลกระทบต่อความสามารถในการพัฒนาเพื่อตอบสนองความต้องการของคนรุ่นหลัง กล่าวคือ การพัฒนาอย่างยั่งยืนนั่นเอง

ประเทศไทยก็ได้มีการสนับสนุนแนวความคิดการพัฒนาอย่างยั่งยืนนี้ ด้วยการร่วมลงนามรับรองวาระการพัฒนาอย่างยั่งยืน ค.ศ. 2030 ของสหประชาชาติที่มีจุดประสงค์เพื่อการยกระดับความเป็นอยู่ของประชากรให้ดีขึ้นบนพื้นฐานของการรักษาสิ่งแวดล้อม โดยในปี พ.ศ. 2558 รัฐบาลไทยได้มีการแต่งตั้งคณะกรรมการเพื่อการพัฒนาที่ยั่งยืนเป็นหน่วยงานหลักในการขับเคลื่อนการดำเนินงานด้านการพัฒนาอย่างยั่งยืนของประเทศ² ในกรณี คณะกรรมการแข่งขันทางการค้าของประเทศไทยนั้นก็ได้ตระหนักถึงพันธกิจของประเทศไทยและภาครัฐในการมีส่งเสริมให้เกิดการพัฒนาอย่างยั่งยืน แม้ว่าในปัจจุบัน ยังไม่ปรากฏว่ามีนโยบายการกำกับการแข่งขันทางการค้าที่ส่งเสริมการพัฒนาสิ่งแวดล้อมอย่างยั่งยืนแต่อย่างใด แต่คณะกรรมการแข่งขันทางการค้าก็ได้เริ่มมีแนวทางในการปฏิบัติงานที่ให้การส่งเสริมในประเด็นดังกล่าว โดยนายกฤษฎา เปี่ยมพงษ์สานต์ รองประธานกรรมการการแข่งขันทางการค้าได้ร่วมมือกับกระทรวงต่างประเทศในการจัดการประชุมประจำปี 2565 ของกลุ่มผู้เชี่ยวชาญกฎหมายแข่งขันเอเปค³ ในการประชุมดังกล่าวได้มีการผลักดันให้ประเทศในกลุ่มเอเปค ซึ่งรวมถึงประเทศไทย มีการกำหนดแนวทางการบังคับใช้กฎหมายแข่งขันทางการค้าเพื่อสนับสนุนเป้าหมายการพัฒนาอย่างยั่งยืนในการอนุรักษ์สิ่งแวดล้อมและแก้ไขปัญหาภาวะโลกร้อนเป็น 1 ใน 3 ประเด็นหลักสำหรับแผนงานในปี พ.ศ. 2565 ต่อไป

บทความฉบับนี้มีจุดประสงค์เพื่อนำเสนอแนวคิดของการใช้เครื่องมือในกฎหมายแข่งขันทางการค้าเพื่อเป็นฟันเฟืองในการพัฒนาเศรษฐกิจ สังคมและประเทศอย่างยั่งยืน

¹ Sustainable Development Commission. (ไม่ระบุวันที่). History of SD. ค้นจาก https://www.sd-commission.org.uk/pages/history_sd.html

² สำนักงานบริหารนโยบายของนายกรัฐมนตรี. (2564). ประเทศไทยกับการเดินทางสู่การพัฒนาที่ยั่งยืน. ค้นจาก <https://www.pmdu.go.th/thailand-sustainable-development/>

³ กรุงเทพธุรกิจ. (2565). วงประชุมด้านกฎหมายแข่งขันการค้าเอเปคหนุนนโยบายแข่งขันที่ยั่งยืน. ค้นจาก <https://www.bangkokbiznews.com/business/994005>

1. นิยามของการพัฒนาที่ยั่งยืน

การพัฒนาที่ยั่งยืนตามความหมายที่ให้โดยสหประชาชาตินั้นหมายความว่า “การพัฒนาที่ตอบสนองความต้องการในปัจจุบัน โดยที่ไม่ส่งผลกระทบต่อความสามารถในการตอบสนองความต้องการของคนในรุ่นหลัง” ซึ่งในที่ประชุมสมัชชาใหญ่ของสหประชาชาติครั้งที่ 70 ที่ได้จัดขึ้นวันที่ 25 กันยายน พ.ศ. 2558 ได้ลงมติเพื่อเปลี่ยนแปลงแนวคิดการพัฒนาที่ยั่งยืนออกมาเป็นเป้าหมายในการพัฒนาที่ยั่งยืนสำหรับการเปลี่ยนแปลงโลกภายในปีค.ศ. 2030⁴ ในมตินั้นมีการตั้งเป้าหมายทั้งหมด 17 ข้อ เป็นแนวทางการดำเนินการสำหรับมวลมนุษยชาติภายในเวลา 15 ปีข้างหน้าเพื่อโลกที่ดีขึ้นดังนี้⁵

1. ขจัดความยากจน : No Poverty
2. ขจัดความหิวโหย : Zero Hunger
3. มีสุขภาพและความเป็นอยู่ที่ดี : Good Health and Well-being
4. การศึกษาที่เท่าเทียม : Quality Education
5. ความเท่าเทียมทางเพศ : Gender Equality
6. การจัดการน้ำและสุขาภิบาล : Clean Water and Sanitation
7. พลังงานสะอาดที่ทุกคนเข้าถึงได้ : Affordable and Clean Energy
8. การจ้างงานที่มีคุณค่าและการเติบโตทางเศรษฐกิจ : Decent Work and Economic Growth
9. อุตสาหกรรม นวัตกรรม โครงสร้างพื้นฐาน : Industry, Innovation and Infrastructure
10. ลดความเหลื่อมล้ำ : Reduced Inequality
11. เมืองและถิ่นฐานมนุษย์อย่างยั่งยืน : Sustainable Cities and Communities
12. แผนการบริโภคและการผลิตที่ยั่งยืน : Responsible Consumption and Production
13. การรับมือการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ : Climate Action
14. การใช้ประโยชน์จากมหาสมุทรและทรัพยากรทางทะเล : Life Below Water
15. การใช้ประโยชน์จากระบบนิเวศทางบก : Life on Land
16. สังคมสงบสุข ยุติธรรม ไม่แบ่งแยก : Peace and Justice Strong Institutions
17. ความร่วมมือเพื่อการพัฒนาที่ยั่งยืน : Partnerships to achieve the Goal

⁴ United Nations General Assembly. 21 October 2015. Transforming our world: the 2030 Agenda for Sustainable Development. ค้นจาก https://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/70/1&Lang=E

⁵ สหประชาชาติประเทศไทย. (ไม่ระบุวันที่). การสนับสนุนของสหประชาชาติต่อเป้าหมายการพัฒนาที่ยั่งยืนในประเทศไทย. ค้นจาก <https://thailand.un.org/th/sdgs>

2. หลักการของกฎหมายแข่งขันทางการค้า

กฎหมายแข่งขันทางการค้านั้นเป็นกฎหมายที่มีอยู่ในระดับสากลมากกว่าร้อยกว่าปี โดยจุดประสงค์ของการมีกฎหมายแข่งขันทางการค้านั้นมีเพื่อป้องกันการแข่งขันในตลาดเพื่อรักษาผลประโยชน์ของผู้บริโภค โดยการทำให้มั่นใจว่าผู้ประกอบการมีแรงจูงใจที่จะประกอบธุรกิจไปอย่างมีประสิทธิภาพ ซึ่งการแข่งขันจะช่วยรักษาระดับราคาและคุณภาพของสินค้าให้อยู่ในระดับที่สมเหตุสมผล กล่าวคือรักษาให้ราคาถูกและคุณภาพดี มีการกล่าวว่ากฎหมายแข่งขันทางการค้านั้นมีขึ้นตั้งแต่สมัยอาณาจักรโรมันด้วยซ้ำ สำหรับในยุคสมัยใหม่นั้น กฎหมายแข่งขันทางการค้าเป็นที่ยอมรับและยึดถือในระดับสากลคือกฎหมายแข่งขันทางการค้าของประเทศสหรัฐอเมริกาและของสหภาพยุโรป สำหรับประเทศสหรัฐอเมริกานั้นมีกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการแข่งขันทางการค้า 3 ฉบับคือ Sherman Act 1890 Clayton Act 1914 และ Federal Trade Commission Act 1914 ส่วนกฎหมายแข่งขันทางการค้าของสหภาพยุโรปนั้นกำหนดอยู่ใน Treaty on the Function of the European Union ในมาตรา 101 ถึง 109

สำหรับประเทศไทยนั้นก็มีกฎหมายการแข่งขันทางการค้ามาตั้งแต่ปีพ.ศ. 2542 คือ พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 ซึ่งประกาศใช้เมื่อวันที่ 30 เมษายน พ.ศ. 2542 อย่างไรก็ตาม เนื่องจากขาดกลไกการบังคับใช้กฎหมายที่มีประสิทธิภาพ ประเทศไทยจึงยังไม่ได้มีการบังคับใช้กฎหมายแข่งขันทางการค้าอย่างจริงจังจนกระทั่งมีการแก้ไขกฎหมายแข่งขันทางการค้าโดยยกเลิกพระราชบัญญัติปี พ.ศ. 2542 และออกพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้าฉบับใหม่ซึ่งมีการประกาศในราชกิจจานุเบกษาเมื่อวันที่ 7 กรกฎาคม พ.ศ. 2560 ที่ผ่านมานี้

3. เครื่องมือของกฎหมายแข่งขันทางการค้า

กฎหมายแข่งขันทางการค้าของแต่ละประเทศทั่วโลก ซึ่งรวมถึงประเทศไทยนั้นจะตั้งอยู่บนหลักการพื้นฐาน 3 ข้อดังต่อไปนี้

- (ก) การป้องกันการร่วมมือกันของผู้ประกอบธุรกิจที่จะก่อให้เกิดการลดหรือจำกัดการแข่งขันในตลาด ซึ่งเป็นการป้องกันไม่ให้ผู้ประกอบธุรกิจในตลาดเดียวกันตกลงร่วมกันทางธุรกิจ เช่น กำหนดราคา ปริมาณ หลักเกณฑ์กติกา เงื่อนไขทางการค้าใด ๆ ที่จะทำให้การแข่งขันในตลาดนั้น ๆ ลดลง ตัวอย่างข้อตกลงที่มักทำลายการแข่งขันคือ การกำหนดราคาขายสินค้า การกำหนดแบ่งท้องที่ การกำหนดให้ผู้ประกอบธุรกิจรายใดรายหนึ่งได้ประมูล การกำหนดมิให้ผู้ประกอบธุรกิจขายสินค้าให้คนอื่น
- (ข) การป้องกันการกระทำของผู้มีอำนาจเหนือตลาดที่จะก่อให้เกิดการลดหรือจำกัดการแข่งขันในตลาด ซึ่งเป็นการป้องกันไม่ให้ผู้ที่มีอำนาจในตลาดกำหนดเงื่อนไขทางการค้าแก่ผู้ประกอบธุรกิจคู่ค้าอย่างไม่เป็นธรรมโดยอาศัยอำนาจทางการค้าที่เหนือกว่าของตน การพิจารณาว่าผู้ใดเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดนั้นปกติแล้วจะดูจากรายได้จาก การประกอบธุรกิจและส่วนแบ่งตลาดผู้ประกอบธุรกิจในปีที่ผ่านมา ในการนี้ แต่ละประเทศมีการกำหนดรายละเอียดเรื่องเกณฑ์รายได้และส่วนแบ่งตลาดแตกต่างกันไปตามความเหมาะสมของสภาพเศรษฐกิจของ

ประเทศนั้น ๆ สำหรับประเทศไทยผู้มีอำนาจเหนือตลาดนั้น จะต้องเป็นผู้ประกอบธุรกิจที่มีรายได้จากการประกอบธุรกิจในปีที่ผ่านมามีตั้งแต่ 1,000 ล้านบาทขึ้นไปและมีส่วนแบ่งตลาดตั้งแต่ร้อยละ 50 ขึ้นไป หรือเป็นผู้ประกอบธุรกิจ 3 รายแรกในตลาดซึ่งมีส่วนแบ่งตลาดรวมกันถึงร้อยละ 75 เว้นแต่ผู้ประกอบธุรกิจรายนั้นจะมีส่วนแบ่งตลาดในปีที่ผ่านมาต่ำกว่าร้อยละ 10 เมื่อผู้ประกอบธุรกิจนั้นเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาด จะถูกห้ามไม่ให้กำหนดเงื่อนไขทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม ตัวอย่างเช่น ตั้งราคาให้ต่ำกว่าต้นทุนแบบจำกัดคู่แข่ง กำหนดราคาขายให้คู่ค้าแต่ละรายต่างกันโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร กำหนดให้คู่ค้าต้องซื้อหรือขายสินค้ากับตนเท่านั้น หรือตกลงไม่ขายสินค้าให้ผู้ใดผู้หนึ่งโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร

- (ค) การป้องกันการรวมธุรกิจที่จะก่อให้เกิดการลดหรือจำกัดการแข่งขันในตลาด ซึ่งคือการป้องกันการซื้อกิจการ ไม่ว่าจะด้วยการซื้อหุ้นหรือทรัพย์สินที่จะส่งผลกระทบต่อตลาด หากการรวมธุรกิจนั้นสามารถสังเกตเห็นได้ว่าจะส่งผลกระทบต่อการแข่งขันในตลาดอย่างมาก กฎหมายจะกำหนดให้ผู้ประกอบธุรกิจที่จะรวมธุรกิจจะต้องมีการขออนุญาตต่อหน่วยงานแข่งขันทางการค้าก่อนการรวมธุรกิจ หากการรวมธุรกิจอาจส่งผลกระทบต่อให้มีการลดหรือจำกัดการแข่งขันในตลาดบ้างแต่ไม่รุนแรง กฎหมายจะกำหนดให้ผู้ประกอบธุรกิจแจ้งการรวมธุรกิจต่อหน่วยงานแข่งขันทางการค้าหลังจากมีการรวมธุรกิจแล้ว ในกรณีนี้ ประเทศไทยกำหนดให้การรวมธุรกิจใดที่จะส่งผลให้ผู้ประกอบธุรกิจที่จะรวมธุรกิจนั้นกลายเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดหรือมีการผูกขาดในตลาด (เหลือผู้ประกอบการรายเดียว) จะต้องได้รับอนุญาตจากสำนักงานคณะกรรมการแข่งขันทางการค้า (**สำนักงานกคค.**) ก่อนการรวมธุรกิจ และกำหนดให้การรวมธุรกิจใดที่ผู้ประกอบธุรกิจที่จะรวมธุรกิจมีรายได้ในปีที่ผ่านมารวมกันตั้งแต่ 1,000 ล้านบาทขึ้นไปแต่ไม่ได้เป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดจะต้องแจ้งการรวมธุรกิจต่อสำนักงานกคค. ภายใน 7 วันนับแต่มีการรวมธุรกิจ

ทั้งนี้ แต่ละประเทศที่มีการบังคับใช้กฎหมายแข่งขันทางการค้าอาจกำหนดรายละเอียดของหลักเกณฑ์ในการบังคับใช้หลักการพื้นฐานทั้ง 3 ข้างต้นแตกต่างกันออกไปขึ้นอยู่กับบริบททางเศรษฐกิจและสังคมของแต่ละประเทศ

4. กรณีศึกษาในต่างประเทศสำหรับเครื่องมือของกฎหมายแข่งขันทางการค้าในการพัฒนาอย่างยั่งยืน

จากเครื่องมือของกฎหมายแข่งขันทางการค้าที่ได้อธิบายไปข้างต้นนั้น ในระดับสากลเริ่มมีแนวคิดในการนำเอาเครื่องมือของกฎหมายแข่งขันทางการค้ามาเป็นเครื่องมือช่วยให้อุตสาหกรรมพัฒนาอย่างยั่งยืน ซึ่งบางประเทศที่ได้เริ่มมีการเสนอร่างกฎหมายเพื่อปรับใช้กฎหมายแข่งขันทางการค้าเพื่อการพัฒนาอย่างยั่งยืนแล้ว เช่น ในประเทศเนเธอร์แลนด์ ได้มีการยกร่างแนวปฏิบัติสำหรับสัญญาเพื่อการพัฒนาอย่างยั่งยืน (Sustainability Agreements Guideline)⁶ เมื่อเดือนกุมภาพันธ์ พ.ศ. 2565 โดยภายใต้ร่างแนวปฏิบัติดังกล่าว การเข้าทำสัญญาระหว่างผู้ประกอบการที่เป็นการตกลงร่วมกัน

⁶Autoriteit Consument & Markt. (ไม่ระบุวันที่). Guidelines Sustainability agreements. Opportunities within competition law. ค้นจาก <https://www.acm.nl/sites/default/files/documents/second-draft-version-guidelines-on-sustainability-agreements-oppurtunities-within-competition-law.pdf>

ระหว่างคู่แข่งในตลาดเดียวกันที่ส่งผลให้เกิดการลดหรือจำกัดการแข่งขัน อาจได้รับการยกเว้นให้กระทำได้หากเป็นการเข้าทำสัญญาที่เป็นการสนับสนุนหรือป้องกันสิ่งแวดล้อมเพื่อการพัฒนาอย่างยั่งยืนที่เข้าเงื่อนไขตามที่กำหนด ร่างแนวปฏิบัติดังกล่าวเป็นการใช้เครื่องมือของกฎหมายแข่งขันทางการค้าที่เกี่ยวข้องกับการป้องกันการร่วมมือกันระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจ

นอกจากนี้ เมื่อเดือนมกราคม พ.ศ. 2565 หน่วยงานกำกับการแข่งขันทางการค้าของประเทศเยอรมนี (Bundeskartellamt) ได้มีการตัดสินใจเห็นชอบกรณีการร่วมมือกันทางธุรกิจเพื่อความยั่งยืนใน 2 กรณี⁷ กรณีแรกคือการที่หน่วยงานความร่วมมือระหว่างประเทศของเยอรมันร่วมมือกับกลุ่มผู้ค้าปลีกของเยอรมันเพื่อกำหนดค่าแรงมาตรฐานสำหรับผู้ประกอบกิจการค้าปลีกเพื่อส่งเสริมความเป็นอยู่ของเกษตรกรและความโปร่งใสในธุรกิจการค้าปลีก กรณีที่สองคือกรณีที่ผู้ประกอบการค้าปลีกรายใหญ่ในประเทศ 4 รายร่วมมือกันในโครงการเพื่อให้ผลประโยชน์พิเศษแก่เกษตรกรผู้เลี้ยงสัตว์เพื่อการปศุสัตว์ที่ปรับปรุงความเป็นอยู่ของสัตว์ที่เลี้ยงให้ดีขึ้น โดยในทั้ง 2 กรณีนั้นแม้ว่าจะเป็นการร่วมมือกันทางธุรกิจแต่หน่วยงานกำกับการแข่งขันทางการค้าของประเทศเยอรมนีได้พิจารณาและเห็นชอบการร่วมมือกันดังกล่าวโดยคำนึงถึงประโยชน์ของการพัฒนาอย่างยั่งยืนแต่ก็ยังอยู่ภายใต้กรอบที่ไม่จำกัดการแข่งขันในตลาดที่เกี่ยวข้องจนเกินไป ซึ่งการตัดสินใจดังกล่าวเป็นการใช้เครื่องมือของกฎหมายแข่งขันทางการค้าที่เกี่ยวข้องกับการป้องกันการร่วมมือกันระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจเช่นเดียวกัน

ในแง่ของการกำกับการแข่งขันทางการค้าเพื่อการพัฒนาอย่างยั่งยืนนั้น เราจะเริ่มเห็นความพยายามของหน่วยงานกำกับการแข่งขันทางการค้าในภูมิภาคยุโรปในการพิจารณาถึงปัจจัยการพัฒนาอย่างยั่งยืนในการประเมินผลกระทบของการรวมธุรกิจ ตัวอย่างเช่น ในการพิจารณาอนุมัติการเข้าซื้อกิจการอาหารออร์แกนิกของบริษัท White Wave โดยบริษัท Danone ซึ่งทำธุรกิจโยเกิร์ต⁹ ซึ่งกระทรวงยุติธรรมสหรัฐได้ยอมรับถึงการตีความตลาดผลิตภัณฑ์นมวัวออร์แกนิกว่า นมวัวออร์แกนิกนั้นเป็นนมที่จะต้องมาจากวัวที่เลี้ยงในฟาร์มออร์แกนิกและได้มาตรฐานของข้อกำหนดเรื่องผลิตภัณฑ์ออร์แกนิกของสหรัฐอเมริกา กระทรวงยุติธรรมสหรัฐมองว่าตลาดนมวัวออร์แกนิกนั้นเป็นคนละตลาดนมวัวทั่วไป ทำให้ข้อมูลรายได้และส่วนแบ่งตลาดของผู้ประกอบการที่รวมธุรกิจนั้นต้องเป็นไปตามขอบเขตของตลาดที่แคบลง ซึ่งในท้ายที่สุดผู้ประกอบการที่รวมธุรกิจกันนั้นรวมธุรกิจได้ภายใต้เงื่อนไขที่จะต้องจำหน่ายสินทรัพย์บางส่วนออกไป

นอกจากนี้ อีกหนึ่งในการพิจารณาการรวมธุรกิจที่คำนึงถึงการพัฒนาอย่างยั่งยืนเป็นสำคัญคือ การพิจารณาการรวมธุรกิจในตลาดเศรษฐกิจของแ่งในทวีปยุโรป โดยเมื่อเดือนพฤศจิกายน พ.ศ. 2562 คณะกรรมาธิการยุโรปนั้นได้ตัดสินใจให้มีการตรวจสอบการเข้าซื้อกิจการในตลาดเศรษฐกิจของแ่งดังกล่าวอย่างละเอียด เนื่องจากของแ่งเป็นวัสดุที่สำคัญต่อการผลิต

⁷ Bundeskartellamt. (2565). Bundeskartellamt / Sustainability. Achieving sustainability in a competitive environment – Bundeskartellamt concludes examination of sector initiatives ค้นจาก https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Pressemitteilungen/2022/18_01_2022_Nachhaltigkeit.pdf?__blob=publicationFile&v=3

⁹ Nicole Kar, Gerwin Van Gerven, Vanessa Havard-Williams, Charlotte Colin-Dubuisson, Bella Spring, Emma Cochrane and Linking Competition. (2563). Competition and sustainability: Fostering green deals via merger control policy. ค้นจาก <https://www.linklaters.com/en/insights/blogs/linkingcompetition/2020/esg/competition-and-sustainability/fostering-green-deals-via-merger-control-policy>

รถยนต์ไฟฟ้าและเป็นวัสดุที่รีไซเคิลได้ 100% ดังนั้น หน่วยงานที่เกี่ยวข้องจึงมีหน้าที่ที่จะกำกับรักษาการแข่งขันในตลาดทองแดงให้มีการแข่งขันสูงเพื่อที่จะสามารถตอบสนองความต้องการของผู้บริโภคในภาคหน้าและเป็นส่วนช่วยในการลดผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมได้¹⁰

5. การพิจารณาการใช้กฎหมายแข่งขันทางการค้าในบริบทของการเป็นเครื่องมือในการพัฒนาอย่างยั่งยืนในประเทศไทย

ดังจะเห็นได้จากตัวอย่างการกำกับของหน่วยงานแข่งขันทางการค้าในต่างประเทศข้างต้นว่า การกำกับการแข่งขันทางการค้าเพื่อการพัฒนาอย่างยั่งยืนนั้น เริ่มจากการยกเอาประเด็นทางสิ่งแวดล้อมที่เกี่ยวข้องกับกรณีขึ้นมาพิจารณาในบริบทของกฎหมายการแข่งขันทางการค้า เช่น ในการพิจารณาลดที่ที่เกี่ยวข้อง การพิจารณาถึงความต้องการทางสิ่งแวดล้อมเป็นหนึ่งในผลกระทบของการรวมธุรกิจ หรือ การพิจารณาข้อยกเว้นที่เอื้อประโยชน์กับการรักษาสิ่งแวดล้อม ในการนี้ ผู้เขียนมีความคิดเห็นว่าการบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าเพื่อการพัฒนาที่ยั่งยืนนั้นเป็นแนวความคิดที่ใหม่มาก แม้แต่ในระดับสากลเอง ก็ยังอยู่ในช่วงการศึกษาแนวทางการกำกับ และยังไม่ปรากฏว่ามีประเทศใดมีการแก้ไขกฎหมายหรือออกกฎหมายที่เกี่ยวกับการแข่งขันทางการค้าในเรื่องนี้เป็นกิจจะลักษณะ ดังนั้น พันธกิจในการพัฒนาหลักเกณฑ์แนวทางการกำกับกฎหมายแข่งขันทางการค้าเพื่อการพัฒนาที่ยั่งยืนของคณะกรรมการแข่งขันทางการค้าในปี พ.ศ. 2565 นั้นจึงเป็นภารกิจที่มีความสอดคล้องกับการพัฒนาของกฎหมายแข่งขันทางการค้าในระดับสากล โดยความท้าทายของคณะกรรมการแข่งขันทางการค้านั้นอยู่ที่การหาความสมดุลระหว่างการส่งเสริมการพัฒนาอย่างยั่งยืนกับการรักษาการแข่งขันอย่างเสรีและเป็นธรรมภายใต้บริบททางสังคมและสิ่งแวดล้อมของประเทศไทย สภาพสังคมที่มีการแข่งขันที่สมบูรณ์นั้นจะช่วยเอื้ออำนวยให้เกิดการพัฒนาทางนวัตกรรมและเทคโนโลยีที่จะส่งผลต่อประโยชน์สูงสุดของผู้บริโภคและอาจช่วยรักษาสิ่งแวดล้อมไปด้วยอีกประการ

สำหรับประเทศไทยแล้ว ผู้เขียนมีข้อเสนอให้สำนักงานกคค. จะต้องพิจารณาระบุตลาดที่มีความสำคัญต่อการพัฒนาที่ยั่งยืนในประเทศไทย รวมถึงปัญหาในทางธุรกิจ สังคมและสิ่งแวดล้อมที่เกี่ยวข้องกับตลาดนั้น ๆ ให้ได้เสียก่อน จึงค่อยพิจารณามาตรการโดยใช้เครื่องมือทางกฎหมายแข่งขันทางการค้าเพื่อช่วยแก้ไขปัญหานั้น ๆ ทั้งนี้ ตามที่ได้กล่าวไปข้างต้นว่า สภาพสังคมที่มีการแข่งขันที่สมบูรณ์นั้นจะสามารถช่วยรักษาสิ่งแวดล้อมได้ในทางอ้อม ดังนั้น สำนักงานกคค. อาจสามารถช่วยบรรเทาเป้าหมายการพัฒนาอย่างยั่งยืนได้ตามกรอบกฎหมายและการบังคับใช้เครื่องมือทางกฎหมายการแข่งขันทางการค้าในปัจจุบันอยู่แล้วโดยอาจไม่ต้องยกเว้นการบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าเพื่ออำนวยต่อการพัฒนาอย่างยั่งยืนเสมอไป แต่การคอยศึกษาพัฒนาการการบังคับใช้กฎหมายของต่างประเทศนั้นก็เป็นเรื่องที่สำคัญที่สำนักงานกคค. ควรติดตามและศึกษาอยู่เสมอเพื่อเป็นความรู้และแนวทางในการพิจารณาพัฒนาการบังคับใช้กฎหมายแข่งขันทางการค้าในประเทศไทยต่อไป

¹⁰ European Commission. (2562). Mergers: Commission opens in-depth investigation into proposed acquisition of Metallo by Aurubis ค้นจาก https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_19_6305



LAW
CHULA

การประชุมนิติวิชาการระดับชาติ
“กฎหมายกับการพัฒนาที่ยั่งยืน”
ครั้งที่ 1

บทความ

พัฒนาการและปัญหาการกำกับดูแลกิจการทางราง
ในประเทศไทย

ผู้เขียน

นางสาวพิชชากร ฆารณอม

พัฒนาการและปัญหาการกำกับกิจการทางรางในประเทศไทย

พิชชากร ฆารณอม

บทคัดย่อ

การคมนาคมในรูปแบบรางเป็นกิจการที่มีความสำคัญอย่างหนึ่ง เพราะนอกจากจะเป็นการตอบสนองต่อความต้องการในการติดต่อสื่อสารของประชาชนแล้ว ยังเป็นเครื่องมือหนึ่งที่ทำให้เกิดความเจริญทางสังคมและเศรษฐกิจ และอาจจะทำให้อุตสาหกรรมทางการเมืองบางประการบรรลุผล ปัจจุบัน กิจการทางรางในประเทศไทยได้เกิดขึ้นอย่างมากมาย แต่ผู้ที่ทำหน้าที่ในการกำกับกิจการทางรางให้เป็นไปตามมาตรฐานกลับมีความหลากหลาย ด้วยเหตุนี้ บทความนี้จึงมีวัตถุประสงค์ในการศึกษาถึงพัฒนาการและปัญหาการกำกับกิจการทางรางในประเทศไทย ผลจากการศึกษาพบว่า ประเทศไทยมีพัฒนาเรื่องระบบรางมาอย่างยาวนาน แรกเริ่มมีการให้เอกชนทำกิจการและให้เอกชนกำกับดูแลกิจการเอง เมื่อกิจการทางรางขยายตัวมากขึ้น ผู้ที่ทำหน้าที่ในการกำกับดูแลกิจการทางรางในเวลาต่อมาคือ กรมรถไฟหลวง ซึ่งต่อมาวิวัฒนาการมาเป็นการรถไฟแห่งประเทศไทย (รัฐวิสาหกิจ) ที่นอกจากการกำกับดูแลแล้วยังเป็นผู้ประกอบกิจการเองด้วย ในเวลาต่อมาการคมนาคมในเขตเมืองมีปัญหา กิจการทางรางถูกนำมาใช้เพื่อแก้ปัญหา โดยรัฐบาลได้อนุญาตให้กรุงเทพมหานคร (องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น) และการรถไฟฟ้ าขนส่งมวลชนแห่งประเทศไทย (รัฐวิสาหกิจ) ดำเนินโครงการก่อสร้างรางและให้กำกับกิจการทางราง จนเกิดระบบรางเพื่อให้บริการประชาชนขึ้นเป็นจำนวนมาก จะเห็นได้ว่า ประเทศไทยไม่มีองค์กรที่มีภารกิจในการกำกับกิจการทางรางโดยเฉพาะ การกำกับกิจการทางรางมีการกระจายให้แต่ละองค์กรกำหนดมาตรฐานกำกับ จึงทำให้การกำกับกิจการทางรางมีความหลากหลาย นำมาซึ่งปัญหาความแตกต่างและมาตรฐานที่ควรจะเป็นของแต่ละเส้นทาง มีפקจะต้องกล่าวถึง องค์กรบางองค์กรที่ทำหน้าที่ทั้งประกอบกิจการและกำกับกิจการทำให้เกิดปัญหาส่วนได้ส่วนเสียเกิดขึ้น ถึงกระนั้น แม้จะมีความพยายามในการแก้ปัญหาด้วยการตั้งกรมการขนส่งทางรางในหน่วยงานราชการ ขึ้นมาก็ยังไม่สามารถแก้ปัญหาได้ จากผลการศึกษาทำให้ผู้เขียนมีข้อเสนอแนะว่า ประเทศไทยควรมีองค์กรที่ไม่ใช่ส่วนราชการมาทำหน้าที่ในการกำกับกิจการทางราง เพื่อให้เกิดความเป็นเอกภาพในการกำกับดูแลและเกิดมาตรฐานในการประกอบกิจการทางราง

คำสำคัญ : กิจการทางราง ; พัฒนาการการกำกับกิจการทางราง ; การกำกับดูแลกิจการทางราง

Development and problems of rail supervision in Thailand

Abstract

Rail transportation is significant for responding to communication needs of the population and boosting social and economic prosperity, potentially realizing some political ideology. Nowadays, rail business in Thailand is growing. But the ones that are responsible for regulating rail operations to meet standards are diverse. For this reason, development and problems of rail governance in Thailand were studied. Results were that Thailand has long developed a rail system for a long time. Initially, the private sector did business supervised on its own. After rail businesses expanded, Royal Railway Department, later the State Railway of Thailand (SRT; state enterprise), supervised and operated rail affairs. Later, urban transportation problems were addressed with rail solutions, with the government authorizing Bangkok (local administrative organization) and Mass Rapid Transit Authority (MRTA) of Thailand (state-owned enterprise) to implement rail construction projects and direct rail business. Until the rail system served large numbers of commuters, Thailand lacked an organization with the specific mission of regulating rail affairs. Rail governance was distributed to each organization to set regulatory standards, resulting in a wide variety of rail governance with varying standards for each route. Some organizations acted as business operators and directors, leading to stakeholder problems. However, problem-solving attempts to establish a Department of Rail Transport in government agencies have failed to resolve issues. These findings suggest that Thailand should have an independent regulatory agency to supervise rail affairs, create governance unity, and establish uniform rail standards.

Keywords: Rail business, Rail governance development, Rail supervision.

1. ความนำ

ภารกิจของรัฐสมัยใหม่ คือการตอบสนองความต้องการหรือประโยชน์ร่วมกัน (common good) ของมนุษย์ โดยประโยชน์หรือความต้องการของมนุษย์เป็นไปในลักษณะของความปลอดภัยในชีวิตและทรัพย์สิน และการมีชีวิตความเป็นอยู่ที่ดี จึงทำให้รัฐมีภารกิจซึ่งสามารถจำแนกออกได้ 2 ประการ¹ ดังนี้

1) ภารกิจพื้นฐานของรัฐ (Primary Functions of The State) หมายถึง ภารกิจที่จะทำให้รัฐดำรงชีวิตอยู่ได้ เป็นภารกิจที่เกี่ยวข้องกับความมั่นคงของรัฐและความปลอดภัยของประเทศ ซึ่งรัฐมีภารกิจดังกล่าวอยู่ 2 ลักษณะ ได้แก่ ภารกิจต่อภายนอก ได้แก่ กิจการทหารและกิจการต่างประเทศ และภารกิจภายใน เกี่ยวข้องกับความสงบเรียบร้อยภายในประเทศ การคุ้มครองสิทธิหรือประโยชน์อันพึงมีพึงได้ของประชาชน ภารกิจพื้นฐานของรัฐนี้เรียกอีกอย่างหนึ่งว่าเป็นภารกิจที่จัดทำเพื่อคุ้มครอง²

2) ภารกิจลำดับรองของรัฐ (Secondary Functions of The State) เป็นภารกิจที่รัฐจัดทำขึ้นเพื่อส่งเสริมสวัสดิภาพของประชาชน ทำให้ชีวิตความเป็นอยู่ของประชาชนดีขึ้นหรือได้มาตรฐานขั้นต่ำในฐานะที่เป็นมนุษย์ ซึ่งเราสามารถเรียกภารกิจลำดับรองของรัฐได้อีกอย่างหนึ่งว่า “บริการสาธารณะของรัฐ” (Public Service) โดยภารกิจลำดับรองนี้มักจะเกี่ยวข้องกับด้านเศรษฐกิจและสังคม เช่น การจัดให้มีการคมนาคมขนส่งให้บริการประชาชน การส่งเสริมการศึกษา เป็นต้น ซึ่งภารกิจลำดับรองของรัฐนี้เรียกอีกอย่างหนึ่งว่า ภารกิจที่จัดทำเพื่อบำรุงส่งเสริม³

ในบรรดาการคมนาคมขนส่งทางบกหลายประเภท การขนส่งทางรางถือว่าการขนส่งที่เป็นที่นิยมเป็นอันดับต้น ๆ เพราะการขนส่งทางรางเป็นการขนส่งที่ประหยัด รวดเร็ว และปลอดภัย กล่าวคือการขนส่งระบบรางมีความสามารถในการบรรทุกสินค้าขนาดใหญ่หรือผู้โดยสารจำนวนมากไปยังปลายทางที่อยู่ห่างไกล โดยมีอัตราการใช้พลังงานต่อหน่วยการขนส่งต่ำเมื่อเทียบกับการขนส่งทางถนน ยิ่งทำให้ในอุตสาหกรรมการขนส่งสินค้ามีค่าใช้จ่ายในการขนส่งสินค้าที่ถูกลงเมื่อมีการขนส่งในจำนวนมากและมีระยะทางไกล⁴ ด้วยเหตุนี้แม้โลกจะมีพัฒนาการเรื่องการขนส่งอย่างอื่นไปเพียงใดก็ตาม การขนส่งทางรางก็ยังคงเป็นที่นิยมอยู่นั่นเอง ซึ่งการขนส่งทางรางมักใช้รถไฟเป็นพาหนะในการขนส่ง โดยรถไฟนั้นก็มีความเหมือนกับนวัตกรรมอื่น ๆ ของมนุษย์ที่มีพัฒนาการไปตามยุคสมัย ไม่ว่าจะเป็นรถจักรไอน้ำ (Steam Locomotive) รถจักรดีเซล (Diesel Locomotive) หรือแม้กระทั่งรถจักรไฟฟ้า (Electric Locomotive)

อย่างไรก็ดี แม้การขนส่งทางรางจะได้รับความนิยมจากผู้ใช้บริการ แต่การขนส่งทางรางจะต้องมีมาตรฐานและมีประสิทธิภาพในการให้บริการ โดยมาตรฐานในการให้บริการเริ่มจากการก่อสร้างรางตามหลักวิศวกรรมที่จะไม่ก่อให้เกิดอันตรายในขณะดำเนินการก่อสร้างหรือหลังดำเนินการก่อสร้าง การออกใบอนุญาตในการประกอบกิจการ การกำกับดูแลและการบังคับให้เป็นไปตามเงื่อนไขในใบอนุญาตประกอบกิจการ การ

¹ ดู จันทจิรา เอี่ยมมยุรา, ‘วิสาหกิจมหาชน (รัฐวิสาหกิจ) ในกฎหมายไทย : ศึกษาในเชิงประวัติศาสตร์และวิเคราะห์เชิงข้อความคิด’ (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2530), 33-35.

² ประยูร กาญจนดุล, *คำอธิบายกฎหมายปกครอง* (พิมพ์ครั้งที่ 5, คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย 2549) 41.

³ เพิ่งอ้าง.

⁴ วศิน แดงประดับ, ‘คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยการขนส่ง ส่วนแรก : ภาพรวมของการขนส่ง’ 5 <<https://www.krisdika.go.th/data/activity/act251.pdf>> สืบค้นเมื่อ 5 มิถุนายน 2565.

พิจารณาและการกำหนดอัตราค่าบริการ การกำหนดคุณภาพของการให้บริการ หลักเกณฑ์ในการดูแลการ
แข่งขัน ฯลฯ ซึ่งในการประกอบกิจการทางรางเหล่านี้จำเป็นอย่างยิ่งที่รัฐจะต้องเข้ามาใช้อำนาจทางปกครอง
ในการดูแลมาตรฐานและประสิทธิภาพของเรื่องดังกล่าว อันถือเป็นภารกิจอย่างหนึ่งของรัฐในการเข้ามา
สนับสนุนและควบคุมกิจกรรมทางเศรษฐกิจ⁵ เราจึงเรียกกระบวนการเหล่านี้ว่า “การกำกับดูแลกิจการทางราง”
หรืออาจกล่าวได้อีกแง่หนึ่งว่า การกำกับกิจการทางราง คือ การใช้อำนาจตามกฎหมายของรัฐในการควบคุม
พฤติกรรมและการตัดสินใจของผู้ประกอบกิจการทางเศรษฐกิจ ตลอดถึงการออกระเบียบเพื่อบังคับใช้กฎหมาย
และเงื่อนไขบางประการในการประกอบกิจการ

ในประเทศไทย ความต้องการในการขนส่งทางรางมีความสำคัญ เพราะนอกจากการตอบสนองต่อ
ความต้องการในการเดินทางของประชาชนแล้ว ยังเป็นเครื่องมือหนึ่งที่ทำให้เกิดความเจริญในทางสังคมและ
เศรษฐกิจ แก้ไขปัญหาการจราจรในเขตเมือง และอาจจะทำให้อุตสาหกรรมทางการเมืองบางประการบรรลุผล⁶
และประเทศไทยก็มีเส้นทางรางขึ้นหลากหลายแห่งเพื่อตอบสนองความต้องการเหล่านั้น โดยมีหน่วยงานหลาย
หน่วยงานที่ทำหน้าที่ในการเข้าไปดำเนินโครงการและกำกับกิจการทางรางนั้นด้วย

ด้วยเหตุนี้ บทความนี้จึงมีประเด็นในการมุ่งแสวงหาคำตอบว่า การกำกับกิจการทางรางมีสภาพปัญหา
อย่างไร โดยจะเป็นการเข้าไปศึกษาถึงพัฒนาการการกำกับกิจการทางรางในแต่ละช่วงเวลาเพื่อให้เห็นถึงที่มา
และสภาพที่เป็นอยู่ในปัจจุบัน จากนั้นจะเป็นการเสนอทางออกในการแก้ปัญหาการกำกับกิจการทางราง
เพื่อให้กิจการทางรางมีความเป็นเอกภาพ มีประสิทธิภาพ และมีมาตรฐานตามที่ควรจะเป็นต่อไป

2. พัฒนาการการกำกับกิจการทางรางในประเทศไทย : พิจารณาจากองค์กรที่มีภารกิจในการ กำกับกิจการทางราง

2.1 กรมรถไฟเป็นผู้กำกับกิจการทางราง : พ.ศ. 2433 ถึง พ.ศ. 2494

ภายหลังจากที่ประเทศอังกฤษมีการจดทะเบียนสิทธิบัตรเครื่องจักรไอน้ำขึ้นเป็นครั้งแรกใน ค.ศ.
1690 จากนั้นจึงได้มีการพัฒนาโดยการนำเครื่องจักรไอน้ำมาทำเป็นเครื่องยนต์ในการบรรทุกสัมภาระและการ
ขนส่งโดยสารเรื่อยมา และด้วยเหตุที่ประเทศอังกฤษเป็นประเทศแรกที่มีรถไฟแบบหัวจักรไอน้ำเป็นชาติแรก
สมเด็จพระนางเจ้าวิกตอเรียแห่งอังกฤษจึงได้ส่งหวัรรถจักรจำลองมาเพื่อทูลเกล้าฯ ถวายพระบาทสมเด็จพระ
จอมเกล้าเจ้าอยู่หัวรัชกาลที่ 4 ในวันที่ 10 กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2398 ในคราวที่รัฐบาลอังกฤษให้มิสเตอร์ แฮร์รี
สมิท พาร์ค (Mr. Harry Smith Parkes) ราชทูตเข้ามาเจริญสัมพันธไมตรีเพื่อเจรจาขอแก้ไขสนธิสัญญาทาง
ราชไมตรีฉบับรัฐบาลอังกฤษที่อินเดียทำไว้กับรัฐบาลไทยเมื่อวันที่ 20 มิถุนายน พ.ศ. 2369 การที่คณะราชทูต
ได้ทูลเกล้าฯ ถวายเครื่องราชบรรณาการของสมเด็จพระนางเจ้าวิกตอเรีย เช่น รถไฟจำลองย่อส่วนจากของจริง
อันประกอบไปด้วยรถจักรไอน้ำและรถพ่วงครบขบวนที่เดินบนรางด้วยไอน้ำทำนองเดียวกับรถไฟใหญ่ที่ใช้อยู่ใน
เกาะอังกฤษนี้ เพราะทรงมีพระราชประสงค์ในการดลพระราชหฤทัยพระบาทสมเด็จพระจอมเกล้าเจ้าอยู่หัวให้

⁵ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, *กฎหมายปกครอง ภาคทั่วไป* (นิติราษฎร์ 2554) 14.

⁶ การทำให้อุตสาหกรรมทางการเมืองบางประการบรรลุผล ได้แก่กรณีที่พระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว รัชกาล
ที่ 5 ต้องการใช้รถไฟเพื่อเป็นเครื่องมือในการรวมอำนาจเข้าสู่ส่วนกลาง เพื่อให้การเดินทางในหัวเมืองต่าง ๆ เป็นไปด้วยความ
สะดวกและรวดเร็ว

มีพระราชดำริในการสถาปนากิจการรถไฟขึ้นในประเทศสยาม⁷ แต่เนื่องจากในเวลานั้นภาวะเศรษฐกิจของสยามไม่มั่นคงและมีจำนวนพลเมืองน้อย จึงไม่ได้มีพระราชดำริสถาปนากิจการรถไฟขึ้น⁸

ต่อมาในรัชสมัยพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว รัชกาลที่ 5 ในรัชสมัยนี้สยามต้องเผชิญกับการล่าอาณานิคมของชาติตะวันตก พระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัวจึงต้องดำเนินรัฐประศาสน์นโยบายผูกสัมพันธ์ไมตรีกับประเทศมหาอำนาจและเสด็จประพาสต่างประเทศ โดยใน พ.ศ. 2413 พระองค์ได้เสด็จประพาสสิงคโปร์และชวาเพื่อทรงทอดพระเนตรการก่อสร้างรถไฟในชวา ตลอดถึงการผังเมือง โรงทหาร อุเรือ ศาล เรือนจำ โรงพยาบาล โรงเรียน ฯลฯ และในปี พ.ศ. 2414 ได้เสด็จประพาสอินเดียโดยเสด็จพระราชดำเนินทางรถไฟจากเมืองกัลกัตตาไปเดลี และจากเดลีไปอัครา ลักเนา คอนปุระ จนถึงบอมเบย์ ระหว่างทางที่เสด็จได้แวะตามเมืองรายทางต่าง ๆ รวมถึงเมืองร่างกุ้งด้วย⁹

หลังจากที่พระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัวเสด็จกลับจากการประพาสอินเดีย และต่อมาพระองค์ทรงบรรลุนิติภาวะและมีพระราชอำนาจในการบริหารราชการแผ่นดินด้วยพระองค์เองแล้ว ได้มีข่าวลือว่ารัฐบาลสยามมีนโยบายสร้างทางรถไฟ ทำให้ชาวยุโรปมาติดต่อขอรับเหมาสร้างทางรถไฟให้รัฐบาลไทยในตอนแรกพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัวทรงตอบปฏิเสธ¹⁰ ด้วยเหตุผลว่าเศรษฐกิจของประเทศสยามในเวลานั้นยังไม่เอื้ออำนวยให้¹¹ แต่ท้ายที่สุด เมื่อวันที่ 13 กันยายน พ.ศ. 2429 พระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัวทรงมีพระบรมราชานุญาตให้บริษัทเอกชนของชาวเดนมาร์กร่วมทุนกันจัดทำทางเดินรถไฟระหว่างกรุงเทพฯ กับสมุทรปราการ ในการนี้พระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัวทรงมีพระราชดำริว่า การที่ชนชาติเดนมาร์กมาขออนุญาตตั้งบริษัทเดินรถไฟในประเทศนั้น นับว่าเป็นการนำความเจริญมาสู่ประเทศอย่างใหญ่หลวงในด้านการคมนาคมและการพาณิชย์¹²

ในสัญญาอนุญาตตั้งบริษัทเดินรถไฟในประเทศนั้นมีสาระสำคัญว่า เมื่อครบกำหนด 50 ปี ทางบริษัทจะต้องโอนกิจการให้กับประเทศไทย แต่ทว่าบริษัทที่รับสัมปทานยังขาดเงินที่จะลงทุนในการสร้างทางรถไฟ จึงทำให้การสร้างทางรถไฟหยุดชะงักเป็นเวลาหลายปี พระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัวได้ทรงพระกรุณาโปรดเกล้าฯ ให้บริษัทหิมทูนทรัพย์ที่ขาดเงินเพียงพอดำเนินการ¹³ เมื่อรถไฟสายแรกสร้างเสร็จพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัวได้เสด็จพระราชดำเนินไปทรงเป็นประธานในพิธีเปิด ฯ ที่สถานีสมุทรปราการเมื่อวันที่ 11 เมษายน ร.ศ. 112 (พ.ศ. 2436) หัวรถไฟสายนี้ภายหลังได้เปลี่ยนเป็นรถเดินด้วยกำลังไฟฟ้า ต่อมาวันที่ 13 กันยายน พ.ศ. 2479 ซึ่งเป็นวันที่ครบรอบกำหนดตามสัญญาสัมปทาน รัฐบาลได้ซื้อทรัพย์สินของรถไฟสายนี้ตลอดจนการเดินรถไฟด้วย¹⁴ ในแง่นี้จะเห็นได้ว่า กำเนิดรถไฟสายแรกของสยาม

⁷ ‘การขนส่งทางรถไฟในประเทศไทย’ ใน *อนุสรณ์ในงานพระราชทานเพลิงศพพระภิกษุโกศล ท.ม. (เทียมโตชะนันท์)* (วันจันทร์ที่ 31 มีนาคม พ.ศ. 2518) 3.

⁸ ‘ประวัติการรถไฟแห่งประเทศไทย’ (การรถไฟแห่งประเทศไทย) <<https://bit.ly/3qSBvbc>> สืบค้นเมื่อ 31 มีนาคม 2565.

⁹ (เชิงอรรถ 7) 6.

¹⁰ ดูจดหมายเหตุราชกิจรายวัน วันศุกร์ แรม 11 ค่ำ เดือน 4 ปีฉลู นพศก จุลศักราช 1239, วันเสาร์ แรม 12 ค่ำ เดือน 4 ปีฉลู นพศก จุลศักราช 1239.

(เชิงอรรถ 7) 7.

¹² สงวน อึ้งคง, *สิ่งแรกในเมืองไทย* (เล่ม 2, พิมพ์ครั้งที่ 3 แพรวพินทยา 2529) 129.

¹³ ดู ‘คำแปลซึ่งพระยาชลยุทธโยธินทร์กราบบังคมทูลพระกรุณาในการเปิดรถไฟ’ ใน *ราชกิจจานุเบกษา* เล่ม 10 (16 เมษายน 2436) 18-19.

¹⁴ สงวน อึ้งคง (เชิงอรรถ 12) 131.

เป็นการให้เอกชนเข้ามาดำเนินการจัดสร้างและเมื่อสร้างเสร็จก็สามารถแสวงหาประโยชน์โดยเก็บค่าบริการจากผู้ที่มาใช้บริการ โดยที่รัฐบาลสยามทำหน้าที่แต่เพียงกำกับดูแลการดำเนินการโดยเอกชน

ทว่าในเวลาต่อมา รัฐบาลกลับเป็นผู้ดำเนินการเป็นธุระจัดสร้างและแสวงหาประโยชน์จากกิจการนั้นเสียเอง โดยรถไฟหลวงสายแรกเป็นพระราชประสงค์ของพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว เพราะทรงมีพระราชดำริเห็นถึงความจำเป็นในการขนส่งสินค้าระหว่างหัวเมืองในปริมาณมากและทำให้เกิดการขยายตัวทางการค้าและการเดินทางไปมา¹⁵ ประกอบกับสถานการณ์การค้าอาณานิคมของชาติตะวันตกที่กำลังคุกรุ่น ด้วยเหตุว่าในฝั่งพม่าเกิดสงครามกับอังกฤษขึ้น อังกฤษมีท่าทีว่าต้องการครอบครองแผ่นดินพม่าทั้งหมดไม่ใช่บางส่วน จากนั้นคนอังกฤษก็เริ่มแทรกซึมเข้ามาเกลี้ยกล่อมให้สยามเห็นประโยชน์ของการมีรถไฟโดยใช้คนอังกฤษเป็นคนสร้าง เพื่อสร้างฐานอำนาจของตนไว้อย่างเบ็ดเสร็จเด็ดขาดในภูมิภาคนี้¹⁶ ท้ายที่สุดสยามจึงตัดสินใจสร้างทางรถไฟขึ้น โดยผู้เป็นกำลังสำคัญของพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัวในเวลานั้นคือ สมเด็จพระเจ้าน้องยาเธอ กรมหลวงเทวะวงศ์วโรปการ เสนาบดีว่าการต่างประเทศ โดยเริ่มจากการทำสัญญาการสำรวจ (เซอร์เวย์) ทางรถไฟฉบับแรกขึ้นอย่างเป็นทางการใน พ.ศ. 2430¹⁷ และถัดจากนั้นไม่กี่ปีจึงได้มีประกาศสร้างทางรถไฟขึ้น¹⁸

ด้วยเหตุที่สยามต้องเผชิญกับลัทธิการค้าอาณานิคม โดยฝรั่งเศสจะได้ดำเนินการต่าง ๆ เพื่อขยายดินแดนอาณานิคมลวงล้ำเข้ามาในราชอาณาจักรด้านตะวันออก ทำให้รัฐบาลสยามจำเป็นต้องรีบทำนุบำรุงเส้นทางคมนาคมให้ไปมาถึงกันได้สะดวก เพื่อประโยชน์ทางยุทธศาสตร์และการรักษาเอกราชของชาติ¹⁹ เมื่อนครราชสีมา นับว่าเป็นเมืองหนึ่งที่สำคัญที่สมควรรักษาเอกราชและดินแดนเอาไว้ จึงทรงพระกรุณาโปรดเกล้าฯ ให้ตั้งกรมรถไฟสังกัดกรมโยธาธิการ มีหน้าที่จัดการรถไฟในพระราชอาณาจักรสยาม เมื่อเดือนตุลาคม พ.ศ. 2433 ขึ้น²⁰ โดยมีพระเจ้าน้องยาเธอเจ้าฟ้ากรมขุนนริศรานุวัดติวงศ์ทรงเป็นเสนาบดี และนายเค. เบ็ทเก (K. Bethge) ชาวเยอรมันเป็นเจ้าของกรมรถไฟคนแรก พร้อมกับให้เปิดประมูลสร้างทางรถไฟสายกรุงเทพฯ - นครราชสีมา ขึ้นเป็นลำดับแรก ท้ายที่สุดจึงมีพระบรมราชานุมัติให้กระทรวงโยธาธิการว่าจ้างมิสเตอร์ ยี. มูเรแคมป์เปิ้ล (Mr. G. Murray Campell) สร้างทางรถไฟหลวงสายดังกล่าวขึ้นเป็นสายแรก²¹ โดยในวันที่ 9 มีนาคม พ.ศ. 2434 พระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัวได้เสด็จพระราชดำเนินทรงแห่ดินทางรถไฟสายนี้เป็นปฐมฤกษ์ การก่อสร้างทางรถไฟสายดังกล่าวแล้วเสร็จจนสามารถเปิดเดินทางได้ตลอดจนถึงจังหวัดนครราชสีมาเมื่อวันที่ 21 ธันวาคม พ.ศ. 2443²² หลังจากนั้นก็ได้มีการสร้างทางรถไฟสายต่าง ๆ ไม่ว่าจะ

¹⁵ ปอน ประพันธ์, ‘รถไฟไทย’ (2550) 5 ศิลปวัฒนธรรม 99, 100.

¹⁶ ไกรฤกษ์ นานา, *สยามรัฐท่ามกลางจักรวรรดินิยม* (มติชน 2563) 281.

¹⁷ ดู ‘ประกาศเซอร์เวทางรถไฟ’, ใน *ราชกิจจานุเบกษา* เล่ม 5 (10 พฤษภาคม 2431) 14-15 ; ‘สำเนาสัญญาเซอร์เวทางรถไฟ’, ใน *ราชกิจจานุเบกษา* เล่ม 5 (10 พฤษภาคม 2431) 15-19.

¹⁸ ดู ‘บอกเรื่องสร้างทางรถไฟ’, ใน *ราชกิจจานุเบกษา* เล่ม 7 (15 มีนาคม 2433) 452-453.

¹⁹ (เชิงอรธ 7) 19.

²⁰ ดู ‘คำมิสเตอร์เบ็ทเก เจ้ากรมรถไฟ อ่านกราบบถวายบังคมทูลพระกรุณาพระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัวแลสมเด็จพระนางเจ้าพระบรมราชินีนาถเมื่อเวลาเสด็จพระราชดำเนินมาเปิดทางรถไฟ วันที่ 26 มีนาคม รัตนโกสินทร์ศก 115’, ใน *ราชกิจจานุเบกษา* เล่ม 14 (4 เมษายน 2440) 16.

²¹ ดู ‘รายงานการว่าเหมารถไฟ’, ใน *ราชกิจจานุเบกษา* เล่ม 8 (6 มีนาคม 2434) 441-443.

²² ไม่ปรากฏชื่อผู้แต่ง, *ความรู้เรื่องเมืองไทย* (เดลิแมร์ 2472) 43.

เป็นสายเหนือ สายใต้ และสายตะวันออก²³ ส่งผลให้เกิดผลดีหลายประการตามมาทั้งในเรื่องเศรษฐกิจและสังคม²⁴

จะเห็นได้ว่า ในรัชสมัยรัชกาลที่ 5 มีการตั้งกรมรถไฟขึ้นเป็นส่วนราชการเพื่อทำหน้าที่ในการดำเนินการจัดให้มีทางรถไฟและรถไฟในการขนส่ง โดยกรมรถไฟมี 2 กรม คือ กรมรถไฟสายเหนือบังคับบัญชาทางสายตะวันออกของแม่น้ำเจ้าพระยา กรมรถไฟสายใต้บังคับบัญชาทางสายฝ่ายตะวันตกของแม่น้ำเจ้าพระยา²⁵ ในช่วงเวลานี้ หัวหน้ากรมรถไฟเป็นชาวต่างประเทศและข้าราชการชั้นสูงส่วนใหญ่ก็เป็นชาวต่างประเทศ มีคนไทยทำงานจำนวนน้อยเพราะยังไม่ชำนาญเรื่องการรถไฟ การดำเนินกิจการรถไฟโดยส่วนราชการในรัชกาลที่ 5 ยังคงรูปแบบเดิมแม้เปลี่ยนผ่านรัชสมัยไปสู่รัชกาลที่ 6 ก็ตาม

ในรัชกาลที่ 6 แม้จะดำเนินกิจการเรื่องรถไฟโดยส่วนราชการก็ตาม แต่ก็มีเปลี่ยนแปลงในส่วนที่เป็นรายละเอียดบ้าง กล่าวคือ มีการควบรวมกรมรถไฟสายเหนือและกรมรถไฟสายใต้เข้าด้วยกัน และพระบาทสมเด็จพระมงกุฎเกล้าเจ้าอยู่หัวได้พระราชทานนามใหม่ว่า “กรมรถไฟหลวง” พร้อมกันนี้ทรงพระกรุณาโปรดเกล้าฯ ให้นายพลโท พระเจ้าน้องยาเธอ กรมขุนกำแพงเพชรอัครโยธิน เป็นผู้บัญชาการรถไฟ เหตุที่ต้องยุบรวมกรมรถไฟเข้าด้วยกันเพราะเพื่อสะดวกแก่การบังคับบัญชาและเป็นประโยชน์ในการประหยัดพระราชทรัพย์²⁶ นอกจากนี้ยังได้มีการตราพระราชบัญญัติจัดวางการรถไฟและทางหลวง พ.ศ. 2464 ขึ้น²⁷ โดยมีสาระสำคัญในการควบคุมคุ้มครองการรถไฟทั้งรถไฟหลวง รถไฟราษฎร์ และทางหลวงในประเทศไทย มีการวางหลักการปกครองรถไฟของประเทศให้มีระเบียบและเข้าอยู่ในสภาพของการพาณิชย์กรรมเช่นเดียวกับประเทศอื่น ๆ²⁸ กิจการต่าง ๆ ได้ดำรงเรื่อยมาแม้จะมีการเปลี่ยนผ่านไปสู่รัชสมัยพระบาทสมเด็จพระปกเกล้าเจ้าอยู่หัว รัชกาลที่ 7 ก็ตาม

ในรัชกาลที่ 7 ได้มีการสร้างทางรถไฟเพิ่มมากขึ้น รวมถึงมีการนำรถจักรดีเซลไฟฟ้ามาใช้ลากจูงขบวนรถจักรไอน้ำเพื่อเพิ่มประสิทธิภาพในการเดินทางและประหยัดค่าใช้จ่าย²⁹ แม้ต่อมาจะเกิดเหตุการณ์อภิวัฒน์สยามในวันที่ 24 มิถุนายน พ.ศ. 2475 รถไฟหลวงก็ยังให้บริการในส่วนราชการดังเดิม และมีการเปลี่ยนแปลงในเรื่องการบริหารเป็นระบบภาค โดยแบ่งเป็น 4 ภาค คือ ภาคกลาง ภาคเหนือ ภาคตะวันออกเฉียงเหนือ และภาคใต้ ไม่เพียงเท่านั้นยังมีการขยายงานอีกหลายด้าน เช่น สถาปนาโรงเรียนวิศวกรรมรถไฟ สร้างทางรถไฟแยกจากสุราษฎร์ธานีไปกระบี่ พังงา ขยายย่านสถานีรถไฟสายตะวันออกเฉียงเหนือที่นครราชสีมา สร้างอาคารที่สถานีมักกะสัน ขยายย่านสถานีรถไฟบางซื่อ³⁰

จะเห็นได้ว่า ด้วยเหตุผลของความต้องการในการพัฒนาประเทศและแรงกดดันจากการล่าอาณานิคมของชาติตะวันตกที่ต้องการรักษาเอกราชของชาติเอาไว้ ตลอดถึงการรวมอำนาจเข้าสู่ศูนย์กลางของรัชกาลที่ 5 ไม่เกิดความเสียหายเลย ทำให้เกิดกิจการทางรางหรือรถไฟขึ้น ด้วยเหตุนี้ หากพิจารณาถึงพัฒนาการในเชิงองค์กร

²³ สงวน อึ้งคง (เชิงอรรถ 12) 151-154.

²⁴ สุวิทย์ ธีรศาสตร์, ‘ทางรถไฟสายอีสานในสมัยรัชกาลที่ 5-7’ (2550) 5 ศิลปวัฒนธรรม 113, 116-124.

²⁵ ปอน ประพันธ์ (เชิงอรรถ 15) 102.

²⁶ ‘ประกาศรวมกรมรถไฟสายเหนือกับสายใต้เป็นกรมเดียวกัน และตั้งผู้บัญชาการกรมรถไฟหลวง’, ใน *ราชกิจจานุเบกษา* เล่ม 34 (27 มิถุนายน 2460) 304-305.

²⁷ ดู ‘พระราชบัญญัติจัดวางการรถไฟและทางหลวง’, ใน *ราชกิจจานุเบกษา* เล่ม 38 (27 สิงหาคม 2464) 123-199.

²⁸ ‘รายงานประจำปี พระพุทธศักราช 2464’, ใน *เพื่อระลึกถึงพระคุณพระเจ้าบรมวงศ์เธอกรมพระกำแพงเพชรอัครโยธิน* (โรงพิมพ์กรมรถไฟ 2479) 13.

²⁹ (เชิงอรรถ 7) 38.

³⁰ ปอน ประพันธ์ (เชิงอรรถ 15) 103.

ที่มีหน่วยงานของรัฐเป็นผู้ดำเนินกิจการทางราง สามารถแบ่งพัฒนาการออกเป็น 2 ช่วงเวลา โดยช่วงเวลาแรกเป็นช่วงเวลาที่ให้เอกชนเข้ามาประกอบกิจการได้อย่างเต็มที่ โดยที่รัฐบาลทำหน้าที่ในการอนุญาตให้ประกอบกิจการและกำกับดูแลซึ่งกิจการนั้น เหตุที่เกิดพัฒนาการเช่นนี้เพราะประเทศสยามยังขาดบุคลากรที่มีความรู้ความสามารถในงานและสยามต้องการให้มีสาธารณูปโภคขั้นพื้นฐานอย่างรถไฟขึ้น โดยช่วงเวลานี้เป็นช่วงเวลาแรกสั้น ๆ สำหรับช่วงเวลาที่สองเป็นช่วงเวลาที่รัฐบาลเริ่มเข้ามาประกอบกิจการทางรางเอง โดยเริ่มจากการมีการประมูลงาน การกำหนดเส้นทาง ตลอดถึงรายละเอียดอื่น ๆ การเข้ามาประกอบกิจการมีลักษณะเป็นทางการมากขึ้น เมื่อรัฐบาลมีการตั้งส่วนราชการอย่างกรมรถไฟมาทำหน้าที่ในการประกอบกิจการทางรางเองเพียงองค์กรเดียว ในช่วงเวลานี้จึงไม่มีการกำกับดูแลกิจการแต่เป็นไปในลักษณะของการบังคับบัญชา โดยผู้มีอำนาจบังคับบัญชาสามารถสั่งการได้โดยตรงในส่วนที่เกี่ยวกับกิจการทางรางได้ ส่วนงบประมาณในการดำเนินการก็ต้องเป็นไปเหมือนกันกับหน่วยงานราชการอื่น การให้ส่วนราชการทำหน้าที่ในการดำเนินกิจการทางรางนี้มีตลอดเรื่อยมา ซึ่งแม้จะมีการเปลี่ยนแปลงการปกครองใน พ.ศ. 2475 สยามก็ยังใช้ส่วนราชการในการดำเนินงานในลักษณะนี้อยู่ อย่างไรก็ดี การดำเนินงานโดยส่วนราชการเมื่อดำเนินงานไปถึงช่วงเวลาที่หนึ่งกลับปรากฏว่าเกิดข้อจำกัดขึ้น ประเทศไทยจึงปรับเปลี่ยนรูปแบบการดำเนินกิจการทางรางจากเดิม คือ ส่วนราชการให้เป็นรัฐวิสาหกิจ โดยจุดเปลี่ยนครั้งสำคัญนี้เกิดขึ้นใน พ.ศ. 2494 เมื่อครั้งที่จอมพล ป. พิบูลสงครามเป็นนายกรัฐมนตรี

2.2 การรถไฟแห่งประเทศไทยเป็นผู้กำกับกิจการทางราง : พ.ศ. 2494 ถึงปัจจุบัน

ปี พ.ศ. 2494 นับเป็นความเปลี่ยนแปลงครั้งยิ่งใหญ่ในกิจการทางรางของประเทศไทย เพราะกรมรถไฟหลวงในฐานะส่วนราชการได้เปลี่ยนสถานะเป็น “การรถไฟแห่งประเทศไทย” ที่เป็นรัฐวิสาหกิจ เมื่อวันที่ 1 กรกฎาคม พ.ศ. 2494 โดยผลแห่งการประกาศใช้พระราชบัญญัติการรถไฟแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2494³¹

มีข้อสังเกตว่า ช่วงเวลาที่มีการตั้งการรถไฟแห่งประเทศไทยขึ้นใน พ.ศ. 2494 เป็นช่วงหลังสงครามโลกครั้งที่ 2 พังยุติลงได้ไม่นาน ทำให้ประเทศเกิดความเสียหายในหลายอย่าง ประกอบกับกิจการรถไฟเป็นการจัดทำบริการสาธารณะ (Public service) ที่เกี่ยวกับเรื่องพาณิชย์กรรม (Commercial) จึงทำให้การดำเนินกิจการโดยส่วนราชการย่อมเกิดข้อจำกัดตามมา กล่าวคือ ระบบราชการมีสายการบังคับบัญชาและลำดับชั้นของการตัดสินใจที่ยาวไกล ทำให้การตัดสินใจเกิดความล่าช้า ไม่อาจแก้ปัญหาที่มีความจำเร่งด่วนได้ทันท่วงทีซึ่งอาจมีผลกระทบต่อประโยชน์สาธารณะ การที่ระบบราชการมีองค์กรที่ปฏิบัติงานกระจายอยู่ทั่วประเทศ ทำให้ไม่อาจจัดระบบควบคุมตรวจสอบดุลยพินิจในการใช้อำนาจของข้าราชการทุกคนเป็นการเฉพาะรายได้ จึงทำให้ระบบราชการมีระเบียบ ข้อบังคับ และคำสั่งมากมายเพื่อกำหนดหลักเกณฑ์ในการทำงาน ระบบราชการจึงเน้นการปฏิบัติตามระเบียบมากกว่าประสิทธิภาพจากการทำงาน อีกทั้ง มีมาตรฐานการจ้างงานเพียงมาตรฐานเดียว เพราะเน้นความเสมอภาคและเท่าเทียมกันของข้าราชการที่คณวุฒิและประสบการณ์อย่างเดียวกัน ทั้ง ๆ ที่บางลักษณะงานควรได้รับค่าตอบแทนที่เหมาะสมเพื่อให้เกิดแรงจูงใจในการทำงานนั้น ๆ³² ด้วยเหตุดังนี้ จึงเป็นที่มาของการเปลี่ยนสถานะเป็นการรถไฟแห่งประเทศไทยในรูปรัฐวิสาหกิจ

³¹ ‘พระราชบัญญัติการรถไฟแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2494’, ใน *ราชกิจจานุเบกษา* ตอนที่ 40 เล่ม 68 (30 มิถุนายน 2494) 4-25.

³² สุรพล นิติไกรพจน์, *องค์การมหาชน : แนวคิด รูปแบบ และวิธีการบริหารงาน* (สำนักงานคณะกรรมการปฏิรูประบบราชการ สำนักงาน กพ. 2542) 5-6.

นอกจากนี้ ยังปรากฏเหตุผลของการตราพระราชบัญญัติดังกล่าวในหลักการและเหตุผลประกอบร่างพระราชบัญญัติการรถไฟไทย พ.ศ. 24... ที่พิจารณาในสภาผู้แทนคือ

“โดยที่เห็นเป็นการสมควรแยกกรรมรถไฟจากกระทรวงคมนาคมมาตั้งเป็นองค์การอิสระ เพื่อให้องค์การนี้เป็นนิติบุคคลต่างหากจากทางราชการ เพื่อให้การดำเนินงานรถไฟซึ่งมีลักษณะเป็นการค้าได้เป็นไปโดยสะดวก รวดเร็ว และมีประสิทธิภาพยิ่งขึ้น เพื่อประโยชน์แห่งรัฐและประชาชน จึงจำเป็นต้องมีกฎหมายการจัดตั้งการรถไฟไทยขึ้น”³³

เมื่อพิจารณาสุนทรพจน์ของจอมพล ป. พิบูลสงคราม นายกรัฐมนตรี เนื่องในการประกอบพิธีมอบกิจการของกรรมรถไฟให้แก่คณะกรรมการรถไฟ³⁴ เมื่อวันที่ 2 กรกฎาคม พ.ศ. 2494 ณ วังสวนกุหลาบ ย่อมทำให้ทราบถึงเหตุผลที่ต้องเปลี่ยนสถานะเป็นการรถไฟแห่งประเทศไทยอย่างชัดเจนยิ่งขึ้น คือ

“เนื่องจากรัฐบาลได้ดำริเห็นว่า การรถไฟเป็นองค์การหนึ่งในการบริหารเศรษฐกิจของชาติ โดยที่ให้ความสะดวกรวดเร็วแก่ประชาชนในการเดินทางและขนส่งสินค้า ซึ่งเป็นปัจจัยสำคัญอย่างยิ่งที่จะส่งเสริมความเจริญของชาติโดยทางเศรษฐกิจ และให้ประชาชนได้รับความผาสุก จึงสมควรได้รับการบูรณะ และปรับปรุงให้เจริญก้าวหน้าเพียงพอแก่ความต้องการของประชาชนโดยถ้วน ถ้าอาศัยเฉพาะงบประมาณภายในประเทศแล้ว การบูรณะและปรับปรุงดังกล่าวก็จะไม่ทันการ รัฐบาลจึงขอกู้เงินจากธนาคารโลกมาสมทบเพื่อการนี้ ซึ่งก็ได้รับความร่วมมือจากธนาคารโลกเป็นอย่างดี แต่เพื่อที่จะให้การรถไฟได้ดำเนินไปโดยมีประสิทธิภาพยิ่งขึ้น การบริหารราชการในการรถไฟตามสากลนิยมนั้นย่อมใช้วิธีจัดการรถไฟให้เป็นองค์การอิสระ รัฐบาลของสมเด็จพระเจ้าอยู่หัว จึงได้ศึกษาวิธีการรถไฟชนิดตั้งเป็นองค์การอิสระขึ้น ในที่สุดจึงตกลงเห็นวิธีการเช่นนี้จะนำความเจริญมาสู่กิจการรถไฟของไทยรวดเร็วยิ่งขึ้นอยู่ก่อนแล้ว จึงได้ดำเนินการเพื่อให้การรถไฟได้ระบบบริหารเป็นอิสระ โดยบทบัญญัติแห่งกฎหมาย”³⁵

เมื่อพิจารณาพระราชบัญญัติการรถไฟแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2494 จะพบว่ามีส่วนที่เกี่ยวข้องกับการประกอบกิจการทางราง 2 ส่วน ได้แก่ ส่วนการให้บริการ และส่วนการกำกับกิจการทางราง

1) ส่วนของการให้บริการเป็นส่วนที่มีลักษณะของการเป็นรัฐวิสาหกิจ³⁶ โดยรัฐวิสาหกิจมีลักษณะสำคัญอยู่ 4 ประการ³⁷ คือ

- มีฐานะเป็นนิติบุคคลแยกเทศแยกออกไปต่างหากจากรัฐและส่วนราชการทั้งหลายที่มีอยู่แต่เดิม และมีความเป็นอิสระทั้งในทางการเงินการบริหารงานและการบริหารบุคลากร โดยพระราชบัญญัติการรถไฟแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2494 ได้กำหนดให้ให้การรถไฟแห่งประเทศไทยเป็นนิติบุคคล³⁸ โดยในเรื่องการบริหารงานบุคคลนั้น การ

³³ รายงานการประชุมสภาผู้แทน ครั้งที่ 25/2494 (วิสามมัญ) ชุดที่ 1 วันพฤหัสบดีที่ 5 เมษายน พ.ศ. 2494 หน้า 1874.

³⁴ คณะกรรมการรถไฟแห่งประเทศไทยชุดแรกที่คณะรัฐมนตรีแต่งตั้ง ได้แก่ นายเล็ง ศรีสมวงศ์ ประธานกรรมการ ส่วนกรรมการประกอบด้วย พลโทจรูญ รัตนกุล เสรีเริงฤทธิ์ นายสพรั่ง เทพหัสดิน ณ อยุธยา พระพิศาลสุขุมวิท นายเกษม ศรีพยัคฆ์ พระภักทรกิจโกศล และพันเอกประมาณ อติเรกสาร ดู ‘แจ้งความสำนักนายกรัฐมนตรี เรื่องตั้งคณะกรรมการรถไฟแห่งประเทศไทย’, ใน *ราชกิจจานุเบกษา* ตอนที่ 44 เล่ม 68 (10 กรกฎาคม 2494) 2896.

³⁵ สงวน อ้นคง (เชิงอรรถ 12) 172.

³⁶ ดู Benoit JEANNEAU, *Droit des Services Publics et des Entreprises Nationales* (Daloz 1984) 46-47.

³⁷ สุรพล นิติไกรพจน์, *ความเป็นไปได้และแนวทางการตรากฎหมายจัดตั้งองค์กรมหาชน* (สำนักงานคณะกรรมการปฏิรูประบบราชการ สำนักงาน กพ. 2543) 26-28.

³⁸ พระราชบัญญัติการรถไฟแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2494 มาตรา 7

รถไฟแห่งประเทศไทยมีอำนาจวางข้อบังคับว่าด้วยการบรรจุ การแต่งตั้ง และถอดถอนพนักงานของการรถไฟแห่งประเทศไทย³⁹ วางข้อบังคับว่าด้วยระเบียบปฏิบัติงานของการรถไฟแห่งประเทศไทย และข้อบังคับว่าด้วยระเบียบวินัยและการลงโทษพนักงานของการรถไฟแห่งประเทศไทย⁴⁰ วางข้อบังคับว่าด้วยเครื่องแบบพนักงานของการรถไฟแห่งประเทศไทย⁴¹ ตลอดถึงการกำหนดอัตราเงินเดือนพนักงานของการรถไฟแห่งประเทศไทย⁴²

- มีภารกิจในการดำเนินการทางพาณิชย์กรรมและอุตสาหกรรม⁴³ ซึ่งมีความคล้ายคลึงกับในระบบกฎหมายฝรั่งเศสที่มีการนิยามความเป็นรัฐวิสาหกิจผ่านบทบัญญัติมาตรา 17 ของกฎหมายงบประมาณปี 1976 ซึ่งบัญญัติถึงขอบเขตแห่งอำนาจในการตรวจสอบบัญชีรัฐวิสาหกิจของศาลบัญชี (Cour des Comptes) โดยได้กล่าวถึงรัฐวิสาหกิจที่ต้องได้รับการตรวจสอบบัญชีจากศาลบัญชีไว้ว่า ได้แก่ “องค์การบริหารอิสระที่ประกอบกิจกรรมในทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรม (Etablissement Public Industriel et Commercial หรือ EPIC) ...”⁴⁴ เมื่อพิจารณาการรถไฟแห่งประเทศไทยแล้วจะพบว่าพระราชบัญญัติการรถไฟแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2494 กำหนดให้การรถไฟแห่งประเทศไทยมีอำนาจดำเนินการและนำมาซึ่งความเจริญของกิจการรถไฟเพื่อประโยชน์แห่งรัฐและประชาชน และดำเนินธุรกิจอันเกี่ยวกับการขนส่งของรถไฟและธุรกิจอื่นซึ่งเป็นประโยชน์แก่กิจการรถไฟ⁴⁵ ตลอดถึงดำเนินการอย่างอื่นภายในขอบวัตถุประสงค์⁴⁶

- ด้วยเหตุที่เป็นกิจการดำเนินการทางพาณิชย์กรรมและอุตสาหกรรมจึงต้องมีการเก็บค่าบริการจากผู้มาใช้บริการ โดยพระราชบัญญัติการรถไฟแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2494 กำหนดให้การรถไฟแห่งประเทศไทยมีอำนาจอัตราค่าภาระการใช้รถไฟ บริการ และความสะดวกต่าง ๆ ของกิจการรถไฟ และจัดระเบียบเกี่ยวกับวิธีชำระค่าภาระดังกล่าว⁴⁷ จึงทำให้การรถไฟแห่งประเทศไทยมีอำนาจเก็บค่าบริการนั้น และ

- ด้วยเหตุที่รัฐเป็นผู้ก่อตั้งองค์กรที่ทำภารกิจเช่นนี้ขึ้นมา ในเบื้องต้นใช้เงินลงทุนจากภาษีอากรของประชาชนในการก่อตั้ง องค์กรเหล่านี้จึงอยู่ภายใต้การกำกับดูแล (tutelle) จากองค์กรของรัฐเสมอ เพื่อเป็นหลักประกันมิให้เกิดความรว้อไหลและการใช้จ่ายเงินผิดวัตถุประสงค์ เมื่อพิจารณาจากพระราชบัญญัติการรถไฟแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2494 จะพบว่าการรถไฟแห่งประเทศไทยมีจุดตั้งต้นจากการนำภาษีประชาชนที่ได้จากการรับโอนกิจการของกรมรถไฟจากกรมรถไฟ กระทรวงคมนาคม⁴⁸ มาใช้ในการก่อตั้ง ดังนั้น จึงมีระบบการกำกับดูแลรัฐมนตรีว่าการกระทรวงคมนาคมเป็นผู้กำกับดูแล กล่าวคือ มีอำนาจในการสั่งให้การรถไฟแห่งประเทศไทยชี้แจงข้อเท็จจริง แสดงความคิดเห็น หรือทำรายงาน หรือยับยั้งการกระทำใด ๆ ซึ่งขัดต่อนโยบายของรัฐบาลหรือมติของคณะรัฐมนตรี ตลอดจนมีอำนาจที่จะสั่งสอบสวนข้อเท็จจริงที่เกี่ยวกับการดำเนินงานได้⁴⁹ มิเพียงเท่านั้น หากการรถไฟแห่งประเทศไทยจะดำเนินการในเรื่องที่มีความสำคัญ เช่น การสร้างทาง

³⁹ พระราชบัญญัติการรถไฟแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2494 มาตรา 25 (3)

⁴⁰ พระราชบัญญัติการรถไฟแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2494 มาตรา 25 (4)

⁴¹ พระราชบัญญัติการรถไฟแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2494 มาตรา 25 (4 ทวิ)

⁴² พระราชบัญญัติการรถไฟแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2494 มาตรา 25 (7)

⁴³ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, *คำสอนว่าด้วยรัฐและหลักกฎหมายมหาชน* (พิมพ์ครั้งที่ 3, อานกฎหมาย 2564) 82-83.

⁴⁴ สุรพล ถิ่นดีไกรพจน์, ‘หลักเกณฑ์ในการจำแนกวิสาหกิจมหาชน : ศึกษาเปรียบเทียบในกฎหมายไทยและฝรั่งเศส’ (2533) 3 นิติศาสตร์ 72, 74.

⁴⁵ พระราชบัญญัติการรถไฟแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2494 มาตรา 6 (2)

⁴⁶ พระราชบัญญัติการรถไฟแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2494 มาตรา 9

⁴⁷ พระราชบัญญัติการรถไฟแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2494 มาตรา 9 (2)

⁴⁸ พระราชบัญญัติการรถไฟแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2494 มาตรา 6 (1)

⁴⁹ พระราชบัญญัติการรถไฟแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2494 มาตรา 22

รถไฟสายใหม่ การตั้งบริษัทจำกัดหรือบริษัทมหาชนจำกัด ฯลฯ จะต้องได้รับความเห็นชอบจากคณะรัฐมนตรีก่อน จึงจะดำเนินกิจการได้⁵⁰

2) ส่วนกำกับกิจการทางราง เมื่อการรถไฟแห่งประเทศไทยมีอำนาจหน้าที่สำคัญในดำเนินธุรกิจอันเกี่ยวกับการขนส่งรถไฟซึ่งมีลักษณะเป็นรัฐวิสาหกิจ และในทางข้อเท็จจริงพบว่าการรถไฟแห่งประเทศไทยดำเนินกิจกรรมทางรางโดยการเดินรถไฟเอง ไม่ได้มีการให้บริษัทมารับสัมปทานเพื่อเดินรถไฟเองโดยตรงแต่อย่างใด เมื่อเป็นเช่นนี้ การรถไฟแห่งประเทศไทยจึงมีระบบการกำกับกิจการทางรางภายในองค์กรเอง โดยพระราชบัญญัติการรถไฟแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2494 ได้กำหนดให้ คณะกรรมการของการรถไฟแห่งประเทศไทยวางนโยบายและควบคุมดูแลโดยทั่วไปซึ่งกิจการของการรถไฟแห่งประเทศไทย ไม่ว่าจะเป็นการกำหนดอัตราค่าภาระการใช้รถไฟ บริการ และความสะดวกต่าง ๆ ของกิจการรถไฟ และจัดระเบียบเกี่ยวกับวิธีชำระค่าภาระดังกล่าว⁵¹ ตลอดจนตั้งอัตรามาตรฐานค่าภาระการใช้รถไฟ บริการ และความสะดวกต่าง ๆ ของกิจการรถไฟ⁵² การกำหนดค่าภาระการใช้รถไฟ บริการ และความสะดวกต่าง ๆ ของกิจการรถไฟเป็นครั้งคราว⁵³ หรือแม้กระทั่งการจัดระเบียบเกี่ยวกับความปลอดภัย การใช้รถไฟ บริการ และความสะดวกต่าง ๆ ของกิจการรถไฟ⁵⁴ จะเห็นได้ว่าเรื่องการกำกับกิจการทางรางจึงเป็นไปในส่วนของการกระทำการเพื่อให้การประกอบกิจการทางรางซึ่งในกรณีนี้คือรถไฟมีมาตรฐาน ก่อให้เกิดผลดีแก่ผู้ที่มาใช้บริการบริการสาธารณะนั้น

ในปัจจุบัน ภารกิจหลักของการรถไฟแห่งประเทศไทยประกอบกิจการทางรางโดยการเดินรถไฟระหว่างเมืองเป็นสำคัญ มีการใช้รถจักรดีเซล (Diesel Locomotives) และรถดีเซลราง (Diesel Rail Car) เป็นพาหนะหลักในการขับเคลื่อนการขนส่ง⁵⁵ อย่างไรก็ตาม การขนส่งโดยสารในเขตเมืองก็มีความสำคัญไม่แพ้กัน และพาหนะขนส่งสาธารณะอย่างรถเมย์ หรือรถโดยสารประจำทางอื่นต่างมีข้อจำกัดและไม่อาจตอบโจทย์กับความต้องการของผู้ใช้บริการได้ทันทั่วทั้งที่ ประเทศไทยจึงมีการพัฒนาโดยการใช้รถไฟฟ้าซึ่งเป็นนวัตกรรมใหม่เข้ามาแทนการใช้รถไฟที่ขับเคลื่อนด้วยดีเซลและใช้ในการขนส่งในเขตเมืองโดยการรถไฟแห่งประเทศไทย

นอกจากนี้ การรถไฟแห่งประเทศไทยยังได้ดำเนินโครงการรถไฟฟ้า ซึ่งมีรายละเอียดความเป็นมาโดยสังเขปคือ

- เมื่อวันที่ 24 มกราคม 2549 คณะรัฐมนตรีมีมติกำหนดให้โครงการรถไฟฟ้าขนส่งมวลชนเป็นโครงการลงทุนพิเศษของรัฐเพื่อการพัฒนาประเทศ โดยให้การรถไฟแห่งประเทศไทยดำเนินโครงการรถไฟฟ้าสายสีแดง (สายสีแดงเข้ม และสายสีแดงอ่อน)

- เมื่อวันที่ 1 สิงหาคม 2549 คณะรัฐมนตรีได้มีมติอนุมัติโครงการรถไฟฟ้า 3 สาย ได้แก่ สายสีน้ำเงิน สายสีม่วง และสายสีแดง โดยอนุมัติให้การรถไฟแห่งประเทศไทย (รฟท.) ดำเนินการโครงการสายสีแดง ช่วงพญาไท - รังสิต

⁵⁰ พระราชบัญญัติการรถไฟแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2494 มาตรา 39

⁵¹ พระราชบัญญัติการรถไฟแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2494 มาตรา 9 (3)

⁵² พระราชบัญญัติการรถไฟแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2494 มาตรา 25 (5)

⁵³ พระราชบัญญัติการรถไฟแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2494 มาตรา 25 (6)

⁵⁴ พระราชบัญญัติการรถไฟแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2494 มาตรา 9 (4)

⁵⁵ ดู สถิติเกี่ยวกับรถจักรและล้อเลื่อน ใน การรถไฟแห่งประเทศไทย, รายงานประจำปี 2564 (การรถไฟแห่งประเทศไทย 2565) 260-261. หรือ

https://www.railway.co.th/RailwayMiddleFile/PlanIMG/121/132931019187394661_SRT%20AR%202021.pdf

- เมื่อวันที่ 22 พฤษภาคม 2550 คณะรัฐมนตรีมีมติอนุมัติตามที่กระทรวงคมนาคมเสนอให้การรถไฟแห่งประเทศไทย (รฟท.) ดำเนินโครงการรถไฟฟ้ามหานคร สายสีแดง ช่วงรังสิต-บางซื่อ-ตลิ่งชัน ประกอบด้วย ช่วงบางซื่อ - รังสิต ระยะทางประมาณ 36 กิโลเมตร และช่วงบางซื่อ-ตลิ่งชัน ระยะทางประมาณ 15 กิโลเมตร

เฉพาะเส้นทางเชื่อมท่าอากาศยานสุวรรณภูมิ (Airport Rail Link) นั้น เดิมอยู่ในโครงการก่อสร้างเส้นทางรถไฟฟ้ามหานครสายสีแดงอ่อน ภายหลังรัฐบาลได้นำโครงการนี้มาเป็นโครงการเร่งด่วนและแยกการก่อสร้างต่างหากจากระบบรถไฟฟ้ามหานคร

ในการประกอบกิจการเดินรถ การรถไฟแห่งประเทศไทยได้ประกอบกิจการเอง แต่ด้วยด้วยข้อกฎหมายกำหนดให้การเดินรถไฟฟ้ามหานครจะต้องประกอบกิจการโดยเอกชน ด้วยเหตุนี้ กระทรวงคมนาคมจึงเสนอให้คณะรัฐมนตรีเห็นชอบในการจัดตั้งบริษัทลูกของการรถไฟแห่งประเทศไทย คณะรัฐมนตรีได้มีมติเมื่อวันที่ 7 ธันวาคม 2553 เห็นชอบให้การรถไฟแห่งประเทศไทย (ร.ฟ.ท.) จัดตั้ง บริษัท รถไฟฟ้า ร.ฟ.ท. จำกัด ตามพระราชบัญญัติการรถไฟแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2494 มาตรา 39 (8)

ปัจจุบัน ในการดำเนินกิจการการเดินรถรถไฟฟ้ามหานครสายสีแดงของการรถไฟแห่งประเทศไทย สายสีแดงเข้มและสายสีแดงอ่อน ยังไม่มีเอกชนเข้ามาเป็นผู้รับสัมปทาน จึงให้บริษัท รถไฟฟ้า ร.ฟ.ท. จำกัด เป็นผู้ให้บริการชั่วคราวจนกว่าจะได้เอกชนดำเนินการ ส่วนเส้นทางเชื่อมท่าอากาศยานสุวรรณภูมิ (Airport Rail Link) นั้น เดิมบริษัท รถไฟฟ้า ร.ฟ.ท. จำกัด เป็นผู้เดินรถ ต่อมาบริษัท เอเชีย เอรา วัน จำกัด เป็นผู้รับสัมปทานเดินรถเพื่อรวมเส้นทางสายนี้ให้เป็นส่วนหนึ่งของโครงการรถไฟความเร็วสูงเชื่อม 3 สนามบิน

ในการกำกับกิจการทางราง เมื่อการรถไฟแห่งประเทศไทยเป็นเจ้าของโครงการ การกำกับดูแลกิจการทางรางจึงดำเนินการโดยการรถไฟแห่งประเทศไทย และมีลักษณะเช่นเดียวกันกับการกำกับกิจการทางรางที่ดำเนินการโดยการรถไฟแห่งประเทศไทยเอง

2.3 กรุงเทพมหานครเป็นผู้กำกับกิจการทางราง : พ.ศ. 2542 ถึงปัจจุบัน

ในระเบียบการบริหารราชการส่วนท้องถิ่นนั้น สามารถจำแนกออกเป็น 5 ประเภท ได้แก่ เทศบาล องค์การบริหารส่วนตำบล องค์การบริหารส่วนจังหวัด กรุงเทพมหานคร และเมืองพัทยา ในปัจจุบัน องค์การปกครองส่วนท้องถิ่นที่เป็นผู้กำกับดูแลกิจการทางรางตลอดถึงดำเนินการทางรางมีเพียงแห่งเดียวคือ “กรุงเทพมหานคร”

ในการดำเนินการของกรุงเทพมหานครเกี่ยวกับการประกอบกิจการทางรางผ่านการให้บริการรถไฟฟ้ามหานครด้วยกัน 2 ลักษณะ คือ

1) การให้บริษัทที่ได้รับสัมปทานออกค่าใช้จ่ายในการก่อสร้างและวางระบบทั้งหมด โดยรถไฟฟ้ามหานครได้รับสัมปทานได้รับการอนุมัติในสมัยพลตรีจำลอง ศรีเมือง เป็นผู้ว่าราชการกรุงเทพมหานคร กรุงเทพมหานครในฐานะองค์การปกครองส่วนท้องถิ่นได้ลงนามในสัญญาสัมปทาน 30 ปีกับกลุ่มบริษัท ธนายง จำกัด (ต่อมาใน พ.ศ. 2553 ได้เปลี่ยนชื่อเป็น บริษัท บีทีเอส กรุ๊ป โฮลดิ้งส์ จำกัด (มหาชน) ภายหลังจากการซื้อหุ้นบีทีเอสซีในสัดส่วน 94.6%)⁵⁶ เมื่อวันที่ 9 เมษายน 2533 ในสัญญากำหนดให้บริษัทที่ได้รับสัมปทานเป็นผู้ออกค่าใช้จ่ายในการก่อสร้างและวางระบบทั้งหมดรวมมูลค่า 54,925 ล้านบาท และสัญญานี้ครอบคลุม

⁵⁶ ‘ความเป็นมาของบริษัท’ (บริษัท บีทีเอส กรุ๊ป โฮลดิ้งส์ จำกัด (มหาชน)) <<https://www.btsgroup.co.th/th/about/our-history>> สืบค้นเมื่อ 12 เมษายน 2565.

รถไฟฟ้าสายสุขุมวิท (หมอชิต-อ่อนนุช) และสีลม (สนามกีฬาแห่งชาติ-สะพานตากสิน) รวม 23.5 กิโลเมตร⁵⁷ การก่อสร้างใช้เวลา 7 ปีเศษ โดยคู่สัญญาเป็นผู้ลงทุนก่อสร้างด้านโครงสร้างราง วางระบบ จัดหาขบวนรถ และจัดการเดินรถเพื่อจัดหาผลประโยชน์ (ภายใต้การควบคุมค่าโดยสารตามสัญญากับกรุงเทพมหานคร) เอง ทั้งสิ้น รูปแบบการเดินรถเป็นระบบ Heavy Rail ซึ่งสามารถรองรับผู้โดยสารได้ 50,000 คนต่อชั่วโมงต่อทิศทาง⁵⁸ เมื่อก่อสร้างเสร็จได้เปิดดำเนินการเป็นครั้งแรกในวันที่ 5 ธันวาคม 2542 โดยอายุสัมปทาน 30 ปีนี้ เริ่มนับตั้งแต่เริ่มเปิดรถใน พ.ศ. 2542 และจะสิ้นสุดลงใน พ.ศ. 2572

2) ภายหลังจากเปิดให้บริการรถไฟฟ้าในข้อ 1) แล้ว การใช้รถไฟฟ้าประสบความสำเร็จเป็นอย่างมาก เนื่องจากประชาชนนิยมเดินทางด้วยรถไฟฟ้ามากขึ้น ทำให้ใน พ.ศ. 2548 กรุงเทพมหานครได้ตัดสินใจว่าจ้าง บริษัท กรุงเทพธนาคม จำกัด ซึ่งเป็นวิสาหกิจของกรุงเทพมหานคร ดำเนินการก่อสร้างโครงสร้างรถไฟฟ้าส่วนต่อขยายสายสุขุมวิท จากสถานีอ่อนนุชถึงสถานีแบริ่ง (เปิดให้บริการ พ.ศ. 2554) และส่วนต่อขยายสายสีลม จากสถานีสะพานตากสินถึงสถานีวงเวียนใหญ่ (เปิดให้บริการ พ.ศ. 2552) นอกจากนี้ ในปี พ.ศ. 2553 กรุงเทพมหานครได้ดำเนินการก่อสร้างโครงสร้างรถไฟฟ้าส่วนต่อขยายสายสีลมอีกครั้ง จากสถานีวงเวียนใหญ่ถึงสถานีบางหว้า (เปิดให้บริการ พ.ศ. 2556) ในการก่อสร้างโครงสร้างรถไฟฟ้าส่วนต่อขยายนี้ กรุงเทพมหานครได้ดำเนินการก่อสร้างโดยกรุงเทพมหานครเป็นผู้รับผิดชอบค่าใช้จ่ายและรับรายได้เองทั้งหมด และให้บริษัท กรุงเทพธนาคม จำกัด ว่าจ้างบริษัท ระบบขนส่งมวลชนกรุงเทพ จำกัด (บีทีเอสซี) อีกต่อหนึ่งใน การจัดการรถมาวิ่งบริการและซ่อมบำรุง ในการนี้ ใน พ.ศ. 2555 กรุงเทพมหานครได้ลงนามในสัญญาว่าจ้าง บริษัท ระบบขนส่งมวลชนกรุงเทพ จำกัด (บีทีเอสซี) เดินรถในเส้นทางสัมปทานเดิมและส่วนต่อขยายไปอีก 30 ปี ตั้งแต่ พ.ศ. 2555 และจะสิ้นสุดใน พ.ศ. 2585⁵⁹

3) คณะรัฐมนตรีในคราวประชุมเมื่อวันที่ 27 พฤศจิกายน 2551 ได้มีมติเห็นชอบให้การรถไฟฟ้าขนส่งมวลชนแห่งประเทศไทย (รฟม.) ดำเนินการก่อสร้างโครงการรถไฟฟ้าสายสีเขียว ช่วงหมอชิต - สะพานใหม่ และช่วงแบริ่ง - สมุทรปราการ ซึ่งเป็นระยะทางต่อจากสถานีรถไฟฟ้าที่กรุงเทพมหานครได้ดำเนินการสร้างไว้ รวมเป็นระยะทางประมาณ 25 กิโลเมตร โดยรัฐบาลรับภาระด้านการลงทุนงานโครงสร้างพื้นฐานที่เกี่ยวข้อง ต่อมาคณะรัฐมนตรีในคราวประชุมเมื่อวันที่ 9 มีนาคม พ.ศ. 2553 ได้รับทราบผลการประชุมคณะกรรมการจัดระบบการจราจรทางบก (คจร.) ในคราวประชุมครั้งที่ 1/2553 เมื่อวันที่ 8 กุมภาพันธ์ 2553 ที่มีมติเห็นชอบในหลักการของการต่อขยายโครงการรถไฟฟ้าสายสีเขียว จากช่วงหมอชิต - สะพานใหม่ เป็น หมอชิต - สะพานใหม่ - คูคต ทั้งนี้ยังได้มอบหมายให้และมอบหมายให้ รฟม. รับผิดชอบดำเนินการในส่วนที่เกี่ยวข้องต่อไป⁶⁰ เมื่อก่อสร้างเสร็จทำให้เกิดปัญหาขึ้นว่าเนื่องจากรถไฟฟ้าเป็นสายเดียวกันแต่มีเจ้าของคนละเจ้าของ ด้วยเหตุนี้ คณะกรรมการจัดระบบการจราจรทางบกมีมติเมื่อวันที่ 10 มิถุนายน 2558 มอบหมายให้

⁵⁷ ศศิธรณ โมกขเสน, ‘ย้อนดูสัมปทานบีทีเอส เป็นมาอย่างไรแล้วจะอยู่ด้วยกันไปอีกกี่ปี’ (The Momentum) <<https://themomentum.co/bts-skytrain-concession/>> สืบค้นเมื่อ 12 เมษายน 2565.

⁵⁸ สุรพล นิตไกรพจน์, รายงานการวิจัยฉบับสมบูรณ์ เรื่องอำนาจหน้าที่ของกรุงเทพมหานครในการจัดทำบริการรถไฟฟ้าขนส่งมวลชนภายใต้ประกาศคณะปฏิวัติฉบับที่ 58 (คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2557) 11.

⁵⁹ กนกวรรณ มากเมฆ, ‘ย้อนปมหนี้แสนล้านของ กทม. และวิบากกรรมรถต่อสัมปทานให้บีทีเอส’ (workpointTODAY) <<https://workpointtoday.com/bts-sky-train-bangkok/>> สืบค้นเมื่อ 24 เมษายน 2565.

⁶⁰ ‘โครงการรถไฟฟ้าสายสีเขียว’ (การรถไฟฟ้าขนส่งมวลชนแห่งประเทศไทย) <<https://www.mrta.co.th/th/projectelectrictrain/bangkok-and-neighborhoods/greenline/>> สืบค้นเมื่อ 24 เมษายน 2565.

กรุงเทพมหานครเป็นผู้บริหารจัดการเดินรถโครงการรถไฟฟ้าสายสีเขียว ช่วงหมอชิต – สะพานใหม่ – คูคต และช่วงแบริ่ง – สมุทรปราการ ต่อมาคณะรัฐมนตรีมีมติเห็นชอบให้ รฟม. ดำเนินการจำหน่ายอสังหาริมทรัพย์ โครงการรถไฟฟ้าสายสีเขียว ช่วงแบริ่ง -สมุทรปราการ และช่วงหมอชิต – สะพานใหม่ - คูคต (ไม่รวมอาคารจอดแล้วจร) ตามพระราชบัญญัติการรถไฟฟ้าขนส่งมวลชนแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2543 มาตรา 75 (5) ตามที่กระทรวงคมนาคมเสนอ เพื่อให้กระทรวงมหาดไทย โดยกรุงเทพมหานครรับโอนกรรมสิทธิ์และการบริหารจัดการโครงการรถไฟฟ้าสายสีเขียว ช่วงแบริ่ง -สมุทรปราการ และช่วงหมอชิต - สะพานใหม่ - คูคต เมื่อวันที่ 26 พฤศจิกายน 2561 นอกจากนี้ กรุงเทพมหานครยังได้ว่าจ้างบริษัท ระบบขนส่งมวลชนกรุงเทพ จำกัด (บีทีเอสซี) เป็นผู้เดินรถในเส้นทางดังกล่าวนี้ด้วย

4) ในวันที่ 6 กันยายน 2559 คณะรัฐมนตรีมีมติเห็นชอบให้มีการก่อสร้างโครงการระบบขนส่งมวลชน ขนาตรงสายสีทอง เพื่อแก้ปัญหาการจราจรในเขตธนบุรี เชื่อมต่อการเดินทางบนถนนเจริญนคร และเชื่อมต่อเข้ากับศูนย์การค้าไอคอนสยาม ระยะทาง 2.7 กิโลเมตร คณะรัฐมนตรีได้เห็นชอบให้กรุงเทพมหานครเป็นผู้ดำเนินโครงการและทางกรุงเทพมหานครได้มอบหมายให้บริษัทกรุงเทพธนาคม จำกัด ซึ่งเป็นวิสาหกิจของ กรุงเทพมหานครเป็นผู้รับหน้าที่ในการบริหารและพัฒนาโครงการ โดยมีการลงทุนก่อสร้างโครงสร้างพื้นฐาน และระบบการเดินรถทั้งหมด

ในเรื่องการกำกับดูแลกิจการทางรางนั้น กรุงเทพมหานครได้มอบหมายให้บริษัท กรุงเทพธนาคม จำกัด ซึ่งเป็นวิสาหกิจของกรุงเทพมหานครกำกับกิจการทางราง ผ่านการออกข้อกำหนดต่าง ๆ ให้มีความสะดวกและปลอดภัยร่วมกับบริษัท ระบบขนส่งมวลชนกรุงเทพ จำกัด ซึ่งเป็นบริษัทคู่สัมปทาน⁶¹ แม้ในปัจจุบันกรุงเทพมหานครยังไม่สามารถใช้อำนาจในการกำกับกิจการทางรางเพียงฝ่ายเดียวได้อย่างเต็มที่เพราะยังติดเงื่อนไขภายใต้สัญญาสัมปทาน แต่ในอนาคตเมื่อพ้นระยะเวลาสัมปทาน กรุงเทพมหานครยังมีเป้าหมายในการเป็นผู้เดินรถด้วยตนเอง⁶²

2.4 การรถไฟฟ้าขนส่งมวลชนแห่งประเทศไทยเป็นผู้กำกับกิจการทางราง : พ.ศ. 2543 ถึงปัจจุบัน

เมื่อกรุงเทพมหานครและปริมณฑลเผชิญกับปัญหาการจราจร ทำให้ใน พ.ศ. 2535 รัฐบาลได้ตราพระราชกฤษฎีกาจัดตั้งองค์การรถไฟฟ้ามหานคร พ.ศ. 2535 โดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการจัดตั้งองค์การของรัฐบาล พ.ศ. 2496 ส่งผลให้มีการจัดตั้ง “องค์การรถไฟฟ้ามหานคร” ขึ้น โดยมีผลตั้งแต่วันที่ 21

⁶¹ เป็นที่น่าเสียดายว่าในปัจจุบันไม่มีการเปิดเผยรายละเอียดของสัญญาสัมปทานรถไฟฟ้าสายสีเขียวซึ่งเป็นสายที่ กรุงเทพมหานครเป็นผู้รับผิดชอบให้เป็นที่ยอมรับแก่สาธารณชน ทั้ง ๆ ที่สัญญาสัมปทานเช่นนี้มีผลกระทบต่อประชาชนจำนวนมาก หากเปิดเผยสัญญาสัมปทานแล้วจะมีประโยชน์ในการรับรู้รายละเอียดว่ากรุงเทพมหานครมีอำนาจในการเข้าไปกำกับดูแลกิจการทางรางในลักษณะอย่างไร ดูประกอบ THE STANDARD TEAM, ‘วิโรจน์ขออัครวินเปิดสัญญาสัมปทานรถไฟฟ้าสายสีเขียว ห่วงชิงต่อสัญญา ก่อนเลือกตั้งผู้ว่าฯ กทม.’ (The Standard) <<https://thestandard.co/wiroj-lakkhanaadisorn-and-green-line-concession-agreement/>> สืบค้นเมื่อ 24 เมษายน 2565.

⁶² ดู พันธกิจของบริษัท กรุงเทพธนาคม จำกัด ในฐานะวิสาหกิจของกรุงเทพมหานครในกิจการระบบขนส่งมวลชน ‘ภารกิจด้านระบบขนส่งมวลชน’ (บริษัท กรุงเทพธนาคม จำกัด) <<https://www.thanakom.co.th/17300197/ด้านระบบขนส่งมวลชน>> สืบค้นเมื่อ 24 เมษายน 2565.

สิงหาคม พ.ศ. 2535 เป็นต้นมา⁶³ การจัดตั้งองค์การรถไฟฟ้ามหานครมีวัตถุประสงค์ในการจัดระบบขนส่งมวลชนในกรุงเทพมหานครและปริมณฑล โดยการสร้างหรือจัดให้มีด้วยวิธีการใด ๆ ซึ่งการขนส่งโดยรถไฟฟ้ามหานครและดำเนินการหรือให้บริการอันเกี่ยวกับการขนส่งโดยรถไฟฟ้าดังกล่าว กับดำเนินธุรกิจที่เกี่ยวข้องเพื่อผลประโยชน์ขององค์การรถไฟฟ้ามหานคร⁶⁴

อย่างไรก็ดี พระราชกฤษฎีกาจัดตั้งองค์การรถไฟฟ้ามหานคร พ.ศ. 2535 มีบทบัญญัติที่ไม่เพียงพอต่อการจัดทำ จัดการและการให้บริการขนส่งมวลชนด้วยระบบรถไฟฟ้า รวมทั้งการดูแลรักษาความปลอดภัยสาธารณะ ทำให้องค์การรถไฟฟ้ามหานครมีข้อจำกัดในการใช้อำนาจตามกฎหมายและไม่สามารถให้บริการได้อย่างมีประสิทธิภาพ ประกอบกับการขนส่งมวลชนด้วยระบบรถไฟฟ้าได้ทวีความจำเป็นยิ่งขึ้นมาก⁶⁵ จึงมีการตราพระราชบัญญัติการรถไฟฟ้าขนส่งมวลชนแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2543⁶⁶ ส่งผลให้มีการจัดตั้ง “การรถไฟฟ้าขนส่งมวลชนแห่งประเทศไทย” ตั้งแต่วันที่ 2 ธันวาคม 2543 เป็นต้นมาขึ้น การรถไฟฟ้าขนส่งมวลชนแห่งประเทศไทยมีวัตถุประสงค์ดำเนินการกิจการรถไฟฟ้าในกรุงเทพมหานครและปริมณฑล รวมทั้งจังหวัดอื่นตามที่กำหนดโดยพระราชกฤษฎีกา หรือระหว่างจังหวัดดังกล่าว ศึกษา วิเคราะห์ และจัดทำโครงการและแผนงานเกี่ยวกับกิจการรถไฟฟ้าเพื่อปรับปรุงและพัฒนาให้ทันสมัย และดำเนินธุรกิจเกี่ยวกับกิจการรถไฟฟ้าและธุรกิจอื่นเพื่อประโยชน์แก่การรถไฟฟ้าขนส่งมวลชนแห่งประเทศไทยและประชาชนในการใช้บริการกิจการรถไฟฟ้า⁶⁷

ปัจจุบัน การรถไฟฟ้าขนส่งมวลชนแห่งประเทศไทยได้ดำเนินการให้บริการรถไฟฟ้าดังต่อไปนี้

1) รถไฟฟ้าฟ้ามหานคร สายเฉลิมรัชมงคล (สายสีน้ำเงิน)

- ช่วงหัวลำโพง-บางซื่อ เปิดให้บริการเมื่อ พ.ศ. 2547
- ส่วนต่อขยายช่วงบางซื่อ - เตาปูน เปิดให้บริการเมื่อ พ.ศ. 2560
- ส่วนต่อขยายช่วงหัวลำโพง-หลักสอง เปิดให้บริการเมื่อ พ.ศ. 2562
- ส่วนต่อขยายช่วงเตาปูน-ท่าพระ เปิดให้บริการเมื่อ พ.ศ. 2562

2) รถไฟฟ้าฟ้ามหานคร สายฉลองรัชธรรม (สายสีม่วง)

- ช่วงคลองบางไผ่ - เตาปูน เปิดให้บริการเมื่อ พ.ศ. 2559
- ช่วงเตาปูน - ราษฎร์บูรณะ - ครุฑ อยู่ระหว่างเวนคืนที่ดินและเตรียมก่อสร้าง

สายสีน้ำเงินและสายสีม่วงนี้ คณะรัฐมนตรีได้มีมติอนุมัติให้ รฟม. ดำเนินการ เมื่อวันที่ 1 สิงหาคม พ.ศ. 2549

3) รถไฟฟ้าฟ้ามหานคร สายสีส้ม

- ช่วงศูนย์วัฒนธรรมแห่งประเทศไทย - แยกกรมเกล้า อยู่ระหว่างดำเนินการก่อสร้าง
- ช่วงศูนย์วัฒนธรรมแห่งประเทศไทย - บางขุนนนท์ อยู่ระหว่างการเปิดประกวดราคาการก่อสร้างงานโยธาและงานติดตั้งระบบรถไฟฟ้าพร้อมกับการเดินรถของทั้งสองช่วง

⁶³ ‘พระราชกฤษฎีกาจัดตั้งองค์การรถไฟฟ้ามหานคร พ.ศ. 2535’ ใน *ราชกิจจานุเบกษา* เล่ม 109 ตอนที่ 90 (20 สิงหาคม 2535).

⁶⁴ พระราชกฤษฎีกาจัดตั้งองค์การรถไฟฟ้ามหานคร พ.ศ. 2535 มาตรา 6

⁶⁵ ‘ประวัติความเป็นมาและการจัดตั้ง รฟม.’ (การรถไฟฟ้าขนส่งมวลชนแห่งประเทศไทย) <https://www.mrt.co.th/th/about_mrt/history/> สืบค้นเมื่อ 24 เมษายน 2565.

⁶⁶ ‘พระราชบัญญัติการรถไฟฟ้าขนส่งมวลชนแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2543’ ใน *ราชกิจจานุเบกษา* เล่ม 117 ตอนที่ 114 ก (1 ธันวาคม 2543).

⁶⁷ พระราชบัญญัติการรถไฟฟ้าขนส่งมวลชนแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2543 มาตรา 7

- 4) รถไฟฟ้าสายสีชมพู (ช่วงแคราย-มีนบุรี) อยู่ระหว่างดำเนินการก่อสร้าง
- 5) รถไฟฟ้าสายสีเหลือง (ช่วงลาดพร้าว-สำโรง) อยู่ในระหว่างดำเนินการก่อสร้าง
- 6) รถไฟฟ้าสายสีน้ำตาล (ช่วงแคราย-บึงกุ่ม) อยู่ระหว่างการออกแบบรายละเอียด

ด้วยเหตุที่พระราชบัญญัติการรถไฟฟ้าขนส่งมวลชนแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2543 กำหนดให้การรถไฟฟ้าขนส่งมวลชนแห่งประเทศไทยดำเนินกิจการรถไฟฟ้าในกรุงเทพมหานครและปริมณฑล และสามารถดำเนินการในจังหวัดอื่นได้โดยพระราชกฤษฎีกา ต่อมาคณะรัฐมนตรีได้ตราพระราชกฤษฎีกากำหนดจังหวัดให้การรถไฟฟ้าขนส่งมวลชนแห่งประเทศไทยดำเนินกิจการรถไฟฟ้า พ.ศ. 2562⁶⁸ ขึ้น โดยกำหนดให้จังหวัดเชียงใหม่ พังงา ภูเก็ต และนครราชสีมา เป็นจังหวัดที่การรถไฟฟ้าขนส่งมวลชนแห่งประเทศไทยมีอำนาจดำเนินกิจการรถไฟฟ้าได้ มีเพียงเท่านั้นคณะรัฐมนตรียังได้ตราพระราชกฤษฎีกากำหนดจังหวัดให้การรถไฟฟ้าขนส่งมวลชนแห่งประเทศไทยดำเนินกิจการรถไฟฟ้า (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2563⁶⁹ ขึ้น โดยเพิ่มจังหวัดพิษณุโลกเข้าไปให้การรถไฟฟ้าขนส่งมวลชนแห่งประเทศไทยมีอำนาจดำเนินกิจการรถไฟฟ้าได้ ปัจจุบันจังหวัดเชียงใหม่ นครราชสีมา พิษณุโลก และภูเก็ตยังอยู่ระหว่างการออกแบบรายละเอียดและรับฟังความคิดเห็นจากประชาชน

เมื่อพิจารณาเรื่องการกำกับดูแลกิจการรถไฟฟ้าจะพบว่าพระราชบัญญัติการรถไฟฟ้าขนส่งมวลชนแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2543 มีการกำกับดูแลในหลายเรื่องด้วยกัน เช่น

- การกำหนดอัตราค่าโดยสาร ค่าบริการ และค่าธรรมเนียมการใช้ทรัพย์สิน การให้บริการและความสะดวกในกิจการรถไฟฟ้า ตลอดจนวิธีการจัดเก็บค่าโดยสาร ค่าบริการและค่าธรรมเนียมดังกล่าวและกำหนดประเภทบุคคลที่ได้รับการยกเว้นไม่ต้องชำระค่าโดยสาร โดยได้รับความเห็นชอบจากคณะรัฐมนตรี⁷⁰
- การรักษาความสะอาดและความเป็นระเบียบเรียบร้อยภายในระบบรถไฟฟ้า⁷¹
- กำหนดเขตระบบรถไฟฟ้าเพื่อประโยชน์ในการบำรุงรักษาและความปลอดภัยของระบบรถไฟฟ้าและความปลอดภัยของบุคคลที่อยู่ในเขตระบบรถไฟฟ้า⁷²

3. สภาพปัญหาการกำกับกิจการทางราง

3.1 องค์กรในการกำกับกิจการทางรางมีหลายองค์กรทำให้งานการกำกับกิจการทางรางมีความแตกต่างกัน

ในการดำเนินกิจการทางรางของประเทศไทย ปัจจุบันมีองค์กรที่ทำหน้าที่ในการกำกับกิจการทางรางหลายองค์กร ได้แก่ การกำกับกิจการทางรางโดยการรถไฟฟ้าแห่งประเทศไทย กรุงเทพมหานคร และการรถไฟฟ้าขนส่งมวลชนแห่งประเทศไทย ด้วยเหตุที่มีหลายองค์กรที่ทำหน้าที่ในการกำกับกิจการทางรางหลายแห่งเช่นนี้ จึงทำให้เกิดความหลากหลายในการกำหนดนโยบายและการออกกฎเกณฑ์ ซึ่งนำมาสู่ความไม่เป็นเอกภาพในการ

⁶⁸ ‘พระราชกฤษฎีกากำหนดจังหวัดให้การรถไฟฟ้าขนส่งมวลชนแห่งประเทศไทยดำเนินกิจการรถไฟฟ้า พ.ศ. 2562’ ใน *ราชกิจจานุเบกษา* เล่ม 136 ตอนที่ 44 ก (6 เมษายน 2562).

⁶⁹ ‘พระราชกฤษฎีกากำหนดจังหวัดให้การรถไฟฟ้าขนส่งมวลชนแห่งประเทศไทยดำเนินกิจการรถไฟฟ้า (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2563’ ใน *ราชกิจจานุเบกษา* เล่ม 137 ตอนที่ 46 ก (23 มิถุนายน 2563).

⁷⁰ พระราชบัญญัติการรถไฟฟ้าขนส่งมวลชนแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2543 มาตรา 17 (13) ประกอบมาตรา 57

⁷¹ พระราชบัญญัติการรถไฟฟ้าขนส่งมวลชนแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2543 มาตรา 17 (12)

⁷² พระราชบัญญัติการรถไฟฟ้าขนส่งมวลชนแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2543 มาตรา 37

กำกับดูแล ทำให้เกิดความสับสนแก่ผู้บริโภคได้เพราะเหตุใดการคมนาคมโดยรถไฟฟ้าเหมือนกัน จะต้องมียารละเอียดยแตกต่างกัน เช่น ค่าโดยสาร สิ่งอำนวยความสะดวกแก่ผู้คมนาคม เป็นต้น เมื่อพาหนะทางรางมีสาระสำคัญเหมือนกัน จำเป็นที่จะต้องมียารละเอียดยซึ่งเป็น “มาตรฐานกลาง” ที่มีความไม่แตกต่างกัน

3.2 การขาดองค์กรที่มีองค์ความรู้ความเชี่ยวชาญมาทำหน้าที่ในการกำกับกิจการทางรางโดยเฉพาะ

ด้วยเหตุที่องค์กรที่ทำหน้าที่ในการกำกับกิจการทางรางมีหลายองค์กร ซึ่งมักจะมีการกระจายไปตามองค์กรที่ทำหน้าที่ในการเป็นเจ้าของโครงการก่อสร้างรางตั้งแต่ต้น นอกจากจะมีปัญหาในเรื่องของเอกภาพในการกำกับกิจการแล้ว บางกรณีทำให้ไม่มีองค์กรที่ถูกพัฒนาด้านองค์ความรู้มาทำหน้าที่กำกับกิจการโดยเฉพาะ เพราะในเรื่องการกำกับกิจการเป็นเรื่องที่มีความสำคัญต่อการคมนาคม จึงจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องอาศัยองค์กรที่มีความเชี่ยวชาญเฉพาะอย่างยิ่งให้มาทำหน้าที่ในการกำกับดูแลหรือควบคุมรายละเอียดเทคนิคต่าง ๆ ให้มีมาตรฐานตามที่ควรจะเป็น เช่น การออกใบอนุญาตประกอบกิจการ การกำหนดค่าบริการ การกำหนดคุณภาพการให้บริการ การสร้างกฎระเบียบเพื่อสร้างการแข่งขันและป้องกันการผูกขาดโดยผู้ประกอบการรายใดรายหนึ่ง ฯลฯ

ควรบันทึกไว้ด้วยว่า ปัญหานี้เป็นที่รับรู้กันในอดีต จึงนำมาสู่ข้อเสนอแนะในแผนแม่บทการแปรรูปรัฐวิสาหกิจ ตามความเห็นของคณะกรรมการกำกับนโยบายด้านรัฐวิสาหกิจ (กนร.) โดยมีแนวทางในการเพิ่มบทบาทของภาคเอกชนในรัฐวิสาหกิจ คือ

- 1) เปิดให้มีการแข่งขันเสรีในกิจการที่มีการผูกขาดเพื่อเพิ่มประสิทธิภาพและคุณภาพในการให้บริการของธุรกิจสาขานั้น ๆ
- 2) ปรับบทบาทของรัฐวิสาหกิจให้มีฐานะเป็นเพียงหน่วยปฏิบัติเพื่อให้สามารถแข่งขันกับเอกชนได้อย่างเป็นรูปธรรม
- 3) ให้มีองค์กรกำกับรายสาขา มีอำนาจหน้าที่กำกับดูแลนโยบายการพัฒนาของสาขา กำหนดนโยบายราคาและควบคุมคุณภาพการให้บริการเพื่อให้เกิดความเป็นธรรมแก่ผู้บริโภค

เฉพาะส่วนขององค์กรกำกับรายสาขา มีเนื้อหาครอบคลุมสาขาธุรกิจสำคัญ 4 สาขา ได้แก่ สาขาพลังงาน สาขาโทรคมนาคม สาขาขนส่ง และสาขาประปา โดยมีหลักการสำคัญในการแยกกันอย่างชัดเจนระหว่างหน่วยงานที่ทำหน้าที่กำหนดนโยบาย หน่วยงานที่ทำหน้าที่กำกับดูแล และหน่วยงานที่ดำเนินงาน ในส่วนขององค์กรกำกับดูแลรายสาขานั้นมีหน้าที่สำคัญ คือ การออกใบอนุญาตประกอบกิจการ การกำหนดค่าบริการ การกำหนดคุณภาพการให้บริการ การสร้างกฎระเบียบเพื่อสร้างการแข่งขันและป้องกันการผูกขาดโดยผู้ประกอบการรายใดรายหนึ่ง ฯลฯ

อย่างไรก็ตาม นับตั้งแต่มีแผนแม่บทดังกล่าวจนกระทั่ง พ.ศ. 2562⁷³ ประเทศไทยก็ยังคงไม่มีองค์กรที่ทำหน้าที่กำกับดูแลกิจการทางรางโดยตรง โดยที่ผ่านมามีการกำกับดูแลกิจการทางรางในด้านนโยบายอยู่ภายใต้คำแถลงนโยบายของคณะรัฐมนตรี และอยู่ในความรับผิดชอบของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงที่เกี่ยวข้อง กล่าวคือ ในส่วนของกระทรวงคมนาคม มีสำนักงานโครงการพัฒนาระบบราง สำนักงานนโยบายและแผนการขนส่งและจราจร (สนข.) เสนอแนะนโยบายและจัดทำแผนหลัก แผนแม่บท และยุทธศาสตร์การพัฒนาระบบการขนส่ง

⁷³ หากกล่าวโดยเคร่งครัด ก่อนวันที่ 15 เมษายน 2562 ยังไม่มีการตั้งกรมการขนส่งทางราง ตามพระราชบัญญัติปรับปรุงกระทรวง ทบวง กรม (ฉบับที่ 18) พ.ศ. 2562

และจรรยา ส่วนของกระทรวงมหาดไทย ได้มีกฎหมายให้อำนาจแก่ท้องถิ่นในการจัดทำบริการสาธารณะด้านการขนส่ง ดังนั้น การกำกับดูแลจะเป็นการกำหนดยุทธศาสตร์การขนส่งทางรางในภาพรวม ส่วนการกำกับดูแลในด้านการดำเนินงาน พบว่า พระราชบัญญัติการรถไฟแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2494 และพระราชบัญญัติการรถไฟฟ้าขนส่งมวลชนแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2543 ได้ให้อำนาจแก่ รฟท. และ รฟม. ในการกำกับดูแลกิจการทางราง ไม่ว่าจะเป็นการกำหนดมาตรฐานความปลอดภัย การกำหนดอัตราค่าโดยสาร ซึ่งเท่ากับเป็นการกำกับดูแลกิจการด้วยตนเอง

3.3 การให้อำนาจเดียวกันมาทำหน้าที่ในการกำหนดนโยบาย ให้บริการ และกำกับดูแล

องค์กรที่ทำหน้าที่ทั้งการเป็นผู้กำหนดนโยบาย ให้บริการ และกำกับดูแลในองค์กรเดียวกัน ปรากฏในกิจการทางรางของการรถไฟแห่งประเทศไทย โดยพระราชบัญญัติการรถไฟแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2494 กำหนดให้คณะกรรมการการรถไฟแห่งประเทศไทยทำหน้าที่ในการกำหนดนโยบายและกำกับกิจการของการรถไฟแห่งประเทศไทย และการรถไฟแห่งประเทศไทยก็ประกอบกิจการให้บริการขนส่งทางราง เช่นนี้การรถไฟแห่งประเทศไทยจึงเป็นทั้งผู้กำหนดนโยบายการประกอบกิจการทางราง ให้บริการทางราง และกำกับดูแลกิจการทางราง ซึ่งกรณีนี้มีความคล้ายคลึงกันกับการรถไฟฟ้าขนส่งมวลชนแห่งประเทศไทย (รฟม.) ที่เข้าถือหุ้นในบริษัทที่ประกอบธุรกิจที่เกี่ยวข้องกับกิจการของ รฟม. อีกด้วย⁷⁴ อาจทำให้เกิดกรณีเป็นผู้มีส่วนได้ส่วนเสียในองค์กรเดียวกัน ทำให้การใช้ดุลยพินิจในการกำกับดูแลกิจการทางรางเกิดความไม่ตรงไปตรงมาตามมาตรฐานที่ควรจะเป็นได้ มีพิกที่ที่จะต้องกล่าวถึงกรณีที่มีเอกชนรายอื่นเข้ามาร่วมเป็นผู้ประกอบการ อาจทำให้เกิดปัญหาความได้เปรียบเสียเปรียบและปัญหาผลประโยชน์ทับซ้อนกัน⁷⁵ ผู้เขียนเห็นว่า เมื่อมีเอกชนเข้ามาเป็นผู้ประกอบการ หรือมีการแปรรูปรัฐวิสาหกิจ ก็ควรจะแยกองค์กรที่ทำหน้าที่โดยเฉพาะการกำกับกิจการออกมาเป็นอีกองค์กรหนึ่ง เพื่อความเป็นธรรมกับเอกชนที่ร่วมประกอบการรายอื่น ๆ ซึ่งจะนำมาซึ่งความมั่นใจต่อการตัดสินใจลงทุนของภาคเอกชนด้วย

ในอดีต เคยมีการตระหนักถึงปัญหาในส่วนนี้และมีข้อเสนอแนะเกี่ยวกับการกำกับกิจการทางรางในแผนปฏิรูปรัฐวิสาหกิจแต่ละสาขา ตามความเห็นของคณะกรรมการกำกับนโยบายด้านรัฐวิสาหกิจ (กนร.) ซึ่งได้รับการอนุมัติจากคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ 1 กันยายน 2541 โดยในสาขาคมนาคมนั้น มีข้อเสนอแนะว่าหน่วยงานอิสระที่ทำหน้าที่กำกับดูแลควรได้รับการจัดตั้งขึ้นตามแนวทางที่กำหนดในแผนแม่บท โดยการแยกกิจกรรมด้านกำกับดูแลออกจากกระทรวงเจ้าสังกัดที่รับผิดชอบการวางนโยบายหรือหน่วยงานอื่น ซึ่งโครงสร้างดังกล่าวสามารถลดความขัดแย้งทางผลประโยชน์ที่อาจเกิดขึ้นต่อไปได้⁷⁶

⁷⁴ จากข้อมูลผู้ถือหุ้นจากเว็บไซต์ตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย

(<https://www.set.or.th/th/market/product/stock/quote/BEM/company-profile/major-shareholders>) ซึ่งสำรวจ ณ วันที่ 9 มีนาคม 2565 พบว่าการรถไฟฟ้าขนส่งมวลชนแห่งประเทศไทยเป็นผู้ถือหุ้นใหญ่ในบริษัท ทางด่วนและรถไฟฟ้ากรุงเทพ จำกัด (มหาชน) (Bangkok Expressway and Metro PCL BKK : BEM) เป็นลำดับที่ 2 จำนวน 1,256,259,584 หุ้น คิดเป็นร้อยละ 8.22 ของหุ้นทั้งหมด

⁷⁵ ยังไม่รวมถึงปัญหาการให้รัฐวิสาหกิจประกอบกิจการแข่งขันกับเอกชน ทำให้เกิดปัญหาความได้เปรียบเสียเปรียบตามมาด้วย ไม่ว่าจะเป็นเรื่องทรัพยากรในการประกอบกิจการ ตลอดจนกฎระเบียบอื่น ๆ ที่เอื้อให้ตนได้ประโยชน์

⁷⁶ คณะกรรมการกำกับนโยบายด้านรัฐวิสาหกิจ, แผนแม่บทการปฏิรูปรัฐวิสาหกิจ : คณะรัฐมนตรีอนุมัติ เมื่อวันที่ 1 กันยายน 2541 (สำนักงานเลขาธิการคณะรัฐมนตรี 2541) 55.

3.4 ความพยายามในการจัดตั้งองค์กรของรัฐมาทำหน้าที่ในการกำกับกิจการทางราง

ความพยายามในการทำให้เกิดมาตรฐานในการกำกับกิจการทางราง ปรากฏขึ้นเมื่อคณะรัฐมนตรีได้ตราพระราชบัญญัติเพื่อจัดตั้งกรมการขนส่งทางรางสังกัดกระทรวงคมนาคมขึ้น⁷⁷ โดยได้กำหนดหน้าที่เพื่อยกระดับมาตรฐานการกำกับดูแลกิจการทางรางขึ้น แต่การจะมีอำนาจกำกับดูแลกิจการทางราง จะต้องอาศัยกฎหมายในพระราชบัญญัติให้อำนาจ ด้วยเหตุนี้ คณะรัฐมนตรีจึงได้ความเห็นชอบร่างพระราชบัญญัติการขนส่งทางราง พ.ศ. เพื่อให้อำนาจคณะกรรมการนโยบายการขนส่งทางรางกำกับดูแลการขนส่งทางราง และกรมการขนส่งทางรางควบคุมกำกับกิจการขนส่งทางราง โดยคณะกรรมการนโยบายการขนส่งทางรางโดยส่วนใหญ่มาจากข้าราชการตำแหน่งต่าง ๆ และผู้ทรงคุณวุฒิด้านขนส่งทางราง มีหน้าที่ในการควบคุมกำกับกิจการขนส่งทางรางในระดับนโยบาย เช่น จัดทำร่างนโยบายและแผนพัฒนาการขนส่งทางรางเสนอต่อคณะกรรมการเพื่อพิจารณากำหนด พิจารณาและให้ความเห็นชอบมาตรฐานการขนส่งทางราง กำหนดอัตราขั้นสูงของค่าโดยสาร ค่าขนส่ง ค่าใช้ประโยชน์จากรางและทรัพย์สินที่จำเป็นในการประกอบกิจการขนส่งทางราง และค่าบริการอื่น รวมถึงกำหนดประเภทของบุคคลที่ได้รับการยกเว้นไม่ต้องชำระค่าโดยสาร หรือได้รับการลดหย่อนค่าโดยสาร ฯลฯ ส่วนกรมการขนส่งทางรางเป็นผู้ปฏิบัติการในการกำกับกิจการทางรางภายใต้ นโยบายของคณะกรรมการนโยบายการขนส่งทางราง

ปัจจุบัน สถานะของร่างพระราชบัญญัติการขนส่งทางราง พ.ศ. กำลังอยู่ในขั้นตอนการพิจารณาของคณะรัฐมนตรีและยังไม่เข้าสู่การพิจารณาในชั้นสภา ในขั้นนี้ผู้เขียนจะไม่นำเสนอความในร่างพระราชบัญญัติดังกล่าวมาพิจารณาเพราะเหตุว่าเนื้อความอาจมีเปลี่ยนแปลงได้เสมอ หากร่างพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวประกาศใช้เป็นกฎหมาย ผู้เขียนคงได้นำเสนอต่อไปในอนาคต ดังนั้น ในบทความนี้จะเป็นการพิจารณาเฉพาะ “องค์กร” ที่ถูกจัดตั้งขึ้นแล้วและพอจะปรากฏทิศทางในการกำกับดูแลกิจการทางรางในอนาคตต่อไป

จะเห็นได้ว่า “หน่วยงาน” ที่ทำหน้าที่ในการกำกับกิจการทางรางคือ “กรมการขนส่งทางราง” นั้น เป็นหน่วยงานราชการภายใต้กระทรวงคมนาคม จึงทำให้เป็นหน่วยงานภายใต้การบังคับบัญชาของรัฐบาล แม้โดยกฎหมายจะระบุให้กรมการขนส่งทางรางมีอำนาจหน้าที่ในการสนับสนุนการปฏิบัติหน้าที่ของคณะกรรมการนโยบายการขนส่งทางราง แต่ผลของการบังคับบัญชาทำให้ผู้บังคับบัญชามีอำนาจสั่งการให้ ผู้ใต้บังคับบัญชาปฏิบัติตาม (pouvoir d'instruction) มีอำนาจแก้ไขเปลี่ยนแปลงการกระทำของผู้ใต้บังคับบัญชา (pouvoir de reformation) และมีอำนาจกระทำการแทนผู้ใต้บังคับบัญชา (pouvoir de substitution)⁷⁸ ด้วยเหตุนี้ มิเพียงคณะกรรมการฯ จะเป็นผู้มีอำนาจในการกำกับดูแลกิจการทางรางแล้ว ผู้ที่

⁷⁷ ‘พระราชบัญญัติปรับปรุงกระทรวง ทบวง กรม (ฉบับที่ 18) พ.ศ. 2562’, ใน *ราชกิจจานุเบกษา* เล่ม 136 ตอนที่ 49 ก (14 เมษายน 2562). นอกจากนี้ ยังปรากฏเหตุผลในการประกาศใช้พระราชบัญญัตินี้ว่า เนื่องจากการขนส่งทางรางมีบทบาทสำคัญกับการเชื่อมโยงระบบคมนาคมขนส่งของประเทศ แต่โดยที่การบริหารจัดการด้านการขนส่งทางรางของประเทศ ยังไม่ได้รับการพัฒนาอย่างเป็นระบบ และยังไม่มีความหน่วยงานที่ทำหน้าที่กำกับดูแลให้ระบบขนส่งทางรางทั้งประเทศมีมาตรฐานเดียวกัน ดังนั้น เพื่อให้การเสนอแนะนโยบาย ยุทธศาสตร์ แผนงานและการกำกับดูแลเป็นไปตามมาตรฐาน รวมทั้งพัฒนาโครงสร้างพื้นฐานการขนส่งทางรางของประเทศให้สามารถแข่งขันและเชื่อมต่อกับการขนส่งรูปแบบอื่นและประเทศเพื่อนบ้านได้ สมควรยกฐานะสำนักงานโครงการพัฒนาระบบราง สำนักงานนโยบายและแผนการขนส่งและจราจร กระทรวงคมนาคม โดยจัดตั้งเป็นกรมการขนส่งทางรางขึ้นในกระทรวงคมนาคม เพื่อให้การบริหารจัดการด้านการขนส่งทางรางมีประสิทธิภาพยิ่งขึ้น จึงจำเป็นต้องตราพระราชบัญญัตินี้

⁷⁸ วิษณุ วรัญญู, ปิยะศาสตร์ ไชว์พันธุ์ และเจตน์ สถาวรศิลป์, *ตำรากฎหมายปกครอง ว่าด้วยกฎหมายปกครองทั่วไป* (โครงการพัฒนาศาสตร์ด้านกฎหมายมหาชน สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา 2551) 86.

ใช้อาจในการกำกับกิจการทางรางยังอาจหมายถึงรัฐมนตรีว่าการกระทรวงคมนาคมที่มีอำนาจในการสั่งการ กรมการขนส่งทางรางในฐานะผู้บังคับบัญชา ส่วนคณะกรรมการฯ โดยส่วนใหญ่เป็นข้าราชการตำแหน่งต่าง ๆ ก็อยู่ภายใต้การบังคับบัญชาของคณะรัฐมนตรีอยู่แล้ว ด้วยเหตุที่ร่างกฎหมายกำหนดสัดส่วนของคณะกรรมการฯ และสถานะของหน่วยงานไว้ในส่วนราชการ จึงทำให้การกำกับกิจการทางรางเป็นไปในรูปแบบของความเป็น “ราชการ” โดยการดำเนินงานในระบบราชการทำให้เกิดปัญหาอย่างน้อย 2 อย่างดังต่อไปนี้

(1) ปัญหาลักษณะเฉพาะของระบบราชการที่เป็นอุปสรรคในการกำกับดูแลกิจการทางราง

ลักษณะเฉพาะของโครงสร้างระบบบริหารแบบส่วนราชการ คือ มีสายการบังคับบัญชาที่ซับซ้อนยืด ยาวและลำดับชั้นของการตัดสินใจที่ยาวไกล หากมีภารกิจที่มีความจำเป็นอาจจะกระทำไม่ได้ไม่ทันเวลาที่และอาจ เกิดความเสียหายได้ลักษณะเช่นนี้ไม่อาจสนองทันต่อความต้องการได้⁷⁹ นอกจากนี้ ยังมีการปฏิบัติงานที่อิงอยู่ กับกฎ ระเบียบ และแบบแผนที่มากมาย⁸⁰ เพื่อเป็นการป้องกันไม่ให้ข้าราชการใช้ดุลยพินิจตามอำเภอใจหรือ แสวงหาประโยชน์อันมิควรได้โดยชอบ ซึ่งการมีระเบียบเช่นนี้ทำให้เกิดความเคยชินและวัฒนธรรมขึ้นในหมู่ ราชการว่าจะต้องเน้นความถูกต้องตามระเบียบมากกว่าประสิทธิภาพในการทำงาน⁸¹ ซึ่งเป็นอุปสรรคอย่าง ยิ่งในการทำภารกิจในการกำกับดูแลกิจการทางรางซึ่งมีผลกระทบต่อประชาชนจำนวนมาก เพราะการกำกับ ดูแลกิจการทางรางซึ่งเป็นการกำกับดูแลองค์กรทางเศรษฐกิจจะต้องอาศัยความคล่องตัว ความยืดหยุ่น ความ เป็นอิสระในการตัดสินใจ ที่สำคัญเมื่อมีการก่อตั้งกรมการขนส่งทางราง จำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องมียุทธศาสตร์ที่มี ความรู้ความเชี่ยวชาญเรื่องเทคนิคที่ซับซ้อนโดยเฉพาะมาทำงาน และหากหน่วยงานต้องการจะจ้างบุคลากรที่มี ความรู้ความเชี่ยวชาญเฉพาะสาขาและเป็นที่ต้องการมาทำหน้าที่ในการสนับสนุนงานกำกับดูแลกิจการทางราง จะต้องเจอกับระบบราชการที่มีมาตรฐานการจ้างงานมาตรฐานเดียว เพราะระบบราชการเน้นไปที่ความเสมอ ภาคและความเท่าเทียมกันของข้าราชการที่มีคุณวุฒิและประสบการณ์อย่างเดียวกัน จึงเป็นไปได้ยากที่ส่วน ราชการจะมีมาตรฐานการจ้างที่สูงกว่าหรือจ่ายเงินเดือนหรือค่าตอบแทนที่สูงกว่าราชการอื่นสำหรับผู้สำเร็จ การศึกษาหรือมีคุณวุฒิในระดับเดียวกันได้⁸² ลักษณะเช่นนี้จึงไม่เกิดแรงจูงใจในการทำให้คนที่มีศักยภาพมา ทำงานในการกำกับดูแลกิจการทางรางได้ และทำให้เกิดปัญหาขาดแคลนคนที่มีความรู้ความเชี่ยวชาญตามมา ด้วยเหตุนี้ ลักษณะเฉพาะของระบบราชการจึงทำให้การกำกับดูแลองค์กรทางเศรษฐกิจอย่างการกำกับดูแล กิจการทางรางไม่เกิดประสิทธิภาพอย่างที่เราควรจะเป็น

(2) ปัญหาการก้าวทันต่อวิทยาการความเปลี่ยนแปลง

กิจการขนส่งทางรางเป็นกิจการที่ใช้เทคโนโลยีในการขับเคลื่อน มีลักษณะในการประกอบกิจการที่ ต้องใช้เทคนิคโดยเฉพาะ มีความสลับซับซ้อน ใช้เงินลงทุนที่สูง มีความเปลี่ยนแปลงนวัตกรรมอื่น ๆ ที่ เกี่ยวข้องอย่างรวดเร็ว อีกทั้ง ทรัพยากรในการจัดทำโครงสร้างพื้นฐานมีจำนวนจำกัด ทำให้ผู้ที่ได้เข้ามาสู่ตลาด ในกิจการดังกล่าวมีจำนวนไม่มากและแทบจะเป็นกิจการที่ผูกขาดไม่ว่าจะเป็นผู้ประกอบการภาครัฐหรือ เอกชน ดังนั้น องค์กรที่จะเข้ามาจับตลาดในการควบคุมกำกับดูแลกิจการที่มีมูลค่าทางเศรษฐกิจที่สูงดังกล่าว จึงต้องเป็นองค์กรที่ก้าวทันต่อวิทยาการความเปลี่ยนแปลงที่เกิดขึ้น และมีศักยภาพในการวางระเบียบและ

⁷⁹ สุรพล นิติไกรพจน์ (เชิงอรรถ 37) 30.

⁸⁰ กลุ่มพัฒนาระบบโครงสร้างข้าราชการ สำนักงาน ก.พ.ร., *ความรู้เกี่ยวกับองค์การมหาชน* (สำนักงาน คณะกรรมการพัฒนาระบบราชการ 2548) 1.

⁸¹ สุรพล นิติไกรพจน์ (เชิงอรรถ 32) 6.

⁸² เฟื่องอ้าง

ควบคุมการประกอบกิจกรรมทางเศรษฐกิจภายในรัฐ ซึ่งการกำกับดูแลกิจการทางรางที่ดำเนินการในรูปของ ส่วนราชการที่ต้องยึดระเบียบอย่างเคร่งครัด ทำให้เกิดความล่าช้าและไม่ตอบสนองความเปลี่ยนแปลงที่เกิดขึ้น

4. ข้อเสนอแนะ

จากสภาพปัญหาที่เกิดขึ้นในปัจจุบัน ไม่ว่าจะเป็นปัญหาการมีหลายองค์กรในการกำกับดูแลกิจการ ทางรางที่นำมาซึ่งความแตกต่างกัน ปัญหาการไม่มีองค์กรที่มีความเชี่ยวชาญมาทำหน้าที่ในการกำกับกิจการ ทางรางโดยเฉพาะ และปัญหาผลประโยชน์ทับซ้อนและปัญหาความเสมอภาคระหว่างองค์กรผู้ประกอบกิจการ อย่างไรก็ตามในปัจจุบันมีความพยายามในการแก้ปัญหานี้ผ่านการจัดตั้งกรมการขนส่งทางราง โดยให้มีอำนาจ หน้าที่ในการกำหนดมาตรฐานเกี่ยวกับการขนส่งทางราง มาตรฐานด้านความปลอดภัย มาตรฐานการบำรุงทาง มาตรฐานการประกอบกิจการ มาตรฐานผู้ประจำหน้าที่ รวมทั้งกำกับดูแลให้เป็นไปตามมาตรฐานดังกล่าว ตลอดถึงกำกับดูแลการใช้ประโยชน์โครงสร้างพื้นฐานการขนส่งทางราง⁸³ แต่อำนาจหน้าที่ดังกล่าวเป็นการทำ ในส่วนราชการ ภายใต้กระทรวงคมนาคมซึ่งเป็นส่วนราชการ ผู้เขียนจึงเสนอแนะไว้ในเบื้องต้นนี้ว่า ประเทศ ไทยควรจะมีการจัดตั้ง “องค์กร” เช่น อาจจะมีชื่อเรียกว่า “สำนักงานคณะกรรมการการกำกับกิจการทาง ราง” ให้มาทำหน้าที่ในการกำกับดูแลกิจการทางรางโดยเฉพาะ โดยองค์กรเช่นว่านั้นไม่ควรจะเป็นองค์กรที่อยู่ ในส่วนราชการ เพราะเหตุว่าการกำกับกิจการทางรางที่ทำในส่วนราชการต้องประสบพบเจอกับข้อจำกัดต่าง ๆ ไม่ว่าจะเป็นข้อจำกัดในเรื่องของกฎหมาย ระเบียบต่าง ๆ ข้อจำกัดในเรื่องสายการบังคับบัญชาซึ่งอาจกระทบต่อความ เป็นอิสระในการปฏิบัติหน้าที่ ประกอบกับเนื้อหาของการกำกับดูแลเป็นเรื่องในทางเศรษฐกิจที่มีพลวัตอยู่ ตลอดเวลา การใช้ส่วนราชการในการเป็นองค์กรในการกำกับดูแลจึงอาจมีปัญหาเรื่องประสิทธิภาพและ คุณภาพในการกำกับดูแล

องค์กรที่ทำหน้าที่ในการกำกับดูแลกิจการทางรางหรือสำนักงานคณะกรรมการการกำกับกิจการทาง รางเช่นว่านี้ จำเป็นที่จะต้องมีความเป็นอิสระ และในขณะเดียวกันจะต้องมีความยึดโยงกับประชาชน เนื่อง ด้วยภารกิจในการกำกับดูแลกิจการทางรางเป็นภารกิจที่มีความสำคัญ ส่งผลกระทบต่อการคมนาคมและ การ ดำเนินชีวิตของประชาชนโดยรวม ผู้ที่ทำหน้าที่ในการเป็นคณะกรรมการการกำกับกิจการทางรางต้องมาจาก การเสนอของคณะรัฐมนตรี เพราะคณะรัฐมนตรีย่อมสรรหาบุคคลผู้มาเป็นคณะกรรมการที่ทำหน้าที่สอดคล้อง กับนโยบายของรัฐบาล จากนั้นก็ให้สภาผู้แทนราษฎรซึ่งมีความชอบธรรมจากประชาชนเป็นผู้ให้ความเห็นชอบ คณะกรรมการการกำกับกิจการทางรางจะต้องรายงานผลการปฏิบัติงานให้คณะรัฐมนตรีและสภาผู้แทนราษฎร เป็นประจำทุกปี เหตุที่จะต้องรายงานผลต่อคณะรัฐมนตรีเพราะคณะรัฐมนตรีทำหน้าที่ในการบริหารราชการ แผ่นดิน การทำหน้าที่ควรจะต้องมีความสอดคล้องต่อนโยบายของรัฐบาลด้วย และเหตุที่ต้องรายงานต่อสภา ผู้แทนราษฎรเพราะสภาผู้แทนราษฎรเป็นตัวแทนของประชาชน อำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการการกำกับ กิจการทางรางมีผลกระทบต่อประชาชน ผู้แทนประชาชนย่อมมีความชอบธรรมที่จะทำการตรวจสอบ เสนอแนะ และให้ความเห็นได้ ทั้งนี้ รายได้ของสำนักงานซึ่งนอกจากเงินอุดหนุนจากภาครัฐแล้ว ยังควรมี รายได้มาจากการให้ใบอนุญาตและการจดทะเบียนต่าง ๆ เพื่อรักษาความเป็นอิสระในการให้ดุลพินิจของ องค์กร

⁸³ ดู ‘กฎกระทรวงแบ่งส่วนราชการกรมการขนส่งทางราง กระทรวงคมนาคม พ.ศ. 2562’ ใน *ราชกิจจานุเบกษา* เล่ม 136 ตอนที่ 58 ก (2 พฤษภาคม 2562) 10.

อำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการการกำกับกิจการทางรางจะต้องเป็นองค์กรที่มีความเชี่ยวชาญในการกำกับดูแลกิจการทางราง เริ่มต้นจากการกำหนดมาตรฐานในการก่อสร้างรางให้มีความสอดคล้องตามหลักวิศวกรรม เช่น มาตรฐานเรื่องราง ระบบไฟ การบำรุงรักษาซ่อมแซม ความปลอดภัยในขณะก่อสร้าง ตลอดจนผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อม ตลอดจนมีการกำหนดมาตรฐานเรื่องต่าง ๆ ในการให้บริการ เช่น สิ่งอำนวยความสะดวกแก่บุคคลที่มีความแตกต่างในด้านร่างกาย ราคา ปริมาณการให้บริการ สิ่งแวดล้อม ความปลอดภัย เป็นต้น

ที่สำคัญคณะกรรมการการกำกับกิจการทางรางทำหน้าที่เพียงการกำหนดมาตรฐานที่ควรจะเป็นเท่านั้น หรือภารกิจในการกำหนดกฎเกณฑ์ ส่วนภารกิจในการให้บริการสาธารณะในทางรางก็อยู่ในอำนาจหน้าที่ขององค์กรที่ทำหน้าที่นั้น ๆ อยู่แล้ว ไม่ว่าจะเป็นองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น หรือองค์กรอื่นของรัฐ คณะกรรมการการกำกับกิจการไม่มีอำนาจในการแทรกแซงผ่านการกำหนดนโยบายหรือกำหนดทิศทางขนส่งแต่อย่างใด

นอกจากนี้ คณะกรรมการการกำกับกิจการจะต้องแต่งตั้งผู้ตรวจกิจการทางรางเพื่อคอยตรวจสอบว่าองค์กรของรัฐที่ทำหน้าที่ในการรับผิดชอบในการประกอบกิจการทางรางหรือเอกชนที่ทำหน้าที่ในการประกอบกิจการทางรางปฏิบัติตามมาตรฐานหรือข้อกำหนดหรือไม่ หากไม่มีการปฏิบัติตามมาตรฐานหรือข้อกำหนด คณะกรรมการการกำกับกิจการมีอำนาจหน้าที่ในการรายงานพฤติการณ์ที่เกิดขึ้นต่อคณะรัฐมนตรี เพื่อให้สั่งการให้เกิดการปฏิบัติที่ถูกต้องตามสายการบังคับบัญชาต่อไป



LAW
CHULA

การประชุมนิติวิชาการระดับชาติ
“กฎหมายกับการพัฒนาที่ยั่งยืน”
ครั้งที่ 1

บทความ

ความรับผิดชอบทางอาญาของแพทย์ กรณีจำเป็นต้อง
เลือกรักษาชีวิตผู้ป่วย

ผู้เขียน

นางสาววิศรา วิเชียรรมณี

ความรับผิดทางอาญาของแพทย์กรณีจำเป็นต้องเลือกรักษาชีวิตผู้ป่วย Criminal Liability of Medical Triage in Case of Necessity

วริศรา วิเชียรmani

Warisara Wichianmanee

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ถนนพญาไท แขวงวังใหม่ เขตปทุมวัน กรุงเทพฯ 10330

Faculty of Law, Chulalongkorn University, Phayathai Road, Pathumwan, Bangkok 10330

Corresponding author E-mail: warisara313@gmail.com

บทคัดย่อ

ท่ามกลางสถานการณ์ฉุกเฉินด้านสาธารณสุข บุคลากรทางการแพทย์ต้องเผชิญหน้ากับการตัดสินใจที่นำเจ็บปวดในการเลือกว่าผู้ป่วยคนใดจะได้รับการรักษาเพื่อให้ได้มีชีวิตอยู่รอดต่อไป ซึ่งเหตุในการเลือกรักษานั้นมาจากการขาดแคลนทรัพยากรทางการแพทย์ รวมถึงการขาดแคลนบุคลากรทางการแพทย์เนื่องจากไม่สามารถจัดหาได้เพียงพอกับความต้องการในภาวะวิกฤต เช่น การแพร่ระบาดของโรคโควิด 19 บางประเทศต้องเลือกรักษาผู้ป่วยโดยระงับการใช้เครื่องช่วยหายใจกับผู้ป่วยที่อ่อนแอกว่าเพื่อนำอุปกรณ์ทางการแพทย์ที่มีอยู่รักษาผู้ป่วยที่มีโอกาสในการรักษาสำเร็จมากกว่า

การที่แพทย์ต้องเลือกรักษาชีวิตผู้ป่วยในภาวะวิกฤต ขณะที่ไม่มีความหมายรองรับอย่างชัดเจนนั้นอาจทำให้แพทย์มีความรับผิดในทางอาญา แม้ว่าแพทย์อาจอ้างได้ว่าเป็นการกระทำด้วยความจำเป็น ซึ่งเป็นเพียงเหตุยกเว้นโทษ หรือศาลอาจเห็นว่าเป็นกรณีเกินสมควรแก่เหตุ ไม่ได้สัดส่วนทำให้แพทย์ไม่ได้รับความคุ้มครองอย่างที่ควรจะเป็น แท้จริงแล้วการที่ต้องกระทำเช่นนั้นเป็นผลโดยตรงจากปัจจัยภายนอกซึ่งอันไม่อาจหลีกเลี่ยงได้ ดังนั้นแพทย์จึงควรได้รับการยกเว้นความรับผิดในทางอาญาจากการกระทำดังกล่าว โดยกำหนดให้เป็นการกระทำด้วยความจำเป็นที่เป็นเหตุยกเว้นความผิดภายใต้เงื่อนไขว่าการเลือกรักษาต้องทำเฉพาะในสถานการณ์ฉุกเฉินทำให้มีผู้รอดชีวิตเพิ่มมากขึ้น ต้องเป็นไปตามลำดับที่กำหนดด้วยความเป็นธรรม โดยคำนึงถึงผู้ที่มีโอกาสรอดชีวิตสูงกว่า ต้องกระทำตามหลักเกณฑ์ทางการแพทย์ที่กำหนดไว้ และต้องไม่เป็นการกระทำโดยประมาท

คำสำคัญ: การเลือกรักษา, ความจำเป็นที่ชอบด้วยกฎหมาย, ความรับผิดทางอาญาของแพทย์

Abstract

During a public health emergency, medical personnel shares painful decision-making on how to choose which patients shall receive treatment to survive. Due to a shortage of medical supplies, including a lack of medical personnel as a failure to provide sufficient resources to meet critical needs in emergency situations such as the COVID-19 pandemic. Some countries may have to make decisions which patients should receive treatment by suspending ventilators of more vulnerable patients in order to bring those equipment's to patients who have higher recovery rate.

Decision-making during the emergency crisis where legal supports does not exist may cause criminal liabilities to medical personnel. Even it happens in case of necessity, yet it is a claim for impunity, or the court may take as an unreasonable, or disproportionate measure; therefore, medical personnel is not protected as they should be. Indeed, the act of doing so is a direct result of the inevitable external elements. In addition, medical personnel should be exempt from criminal liability by stating what types of acts are considered as act of necessity under the condition that decision-making in emergency situations are justified only when survivor rate is high, follow patient prioritization by considering higher chance of survival, comply with prescribed medical guidelines, including not negligently committed.

Keywords: Medical triage, Necessity, Criminal liability of physicians

1. ความนำ

ท่ามกลางสถานการณ์ฉุกเฉินด้านสาธารณสุข บุคลากรทางการแพทย์ต้องเผชิญหน้ากับการตัดสินใจที่น่าเจ็บปวดในการเลือกว่าผู้ป่วยคนใดจะได้รับการรักษาเพื่อให้ได้มีชีวิตอยู่รอดต่อไป ซึ่งเหตุในการเลือกรักษานั้นมาจากการขาดแคลนทรัพยากรทางการแพทย์ รวมถึงการขาดแคลนบุคลากรทางการแพทย์เนื่องจากไม่สามารถจัดทำได้เพียงพอกับความต้องการในภาวะวิกฤต เช่น การแพร่ระบาดของโรคโควิด 19 (COVID-19) ซึ่งเป็นโรคอุบัติใหม่ที่มีความร้ายแรงถึงชีวิต มีการระบาดใหญ่ ส่งผลกระทบต่อหลายประเทศทั่วโลก ทำให้บุคลากรทางการแพทย์มีงานล้นมือ อุปกรณ์ทางการแพทย์ไม่เพียงพอ ไม่ว่าจะเป็นเตียง เครื่องช่วยหายใจ หรือยารักษาโรค จนในบางประเทศแพทย์ต้องเลือกรักษาผู้ป่วยโดยพิจารณาผู้ป่วยที่มีโอกาสฟื้นคืนตัวเร็วมากกว่าผู้ป่วยที่ดูแลแล้วไม่มีทางรักษา อย่างเช่นในประเทศอิตาลี แพทย์จำเป็นต้องระงับการใช้เครื่องช่วยหายใจกับคนชราหรือคนที่อ่อนแอกว่าเพื่อนำกำลังคนและอุปกรณ์ทางการแพทย์ที่มีอยู่รักษาบุคคลที่อ่อนวัยกว่าและมีโอกาสฟื้นคืนตัวได้มากกว่า

หากในประเทศไทยมีเหตุการณ์ที่ทำให้แพทย์จำเป็นต้องเลือกรักษา ความรับผิดชอบของแพทย์ในทางอาญาจะเป็นเช่นไร แพทย์จะสามารถอ้างความจำเป็นได้ทุกกรณีหรือไม่ ความจำเป็นในกรณีนี้ควรเป็นเหตุยกเว้นความผิดหรือไม่ ซึ่งบทความนี้ทำการศึกษาในประเด็นดังกล่าว เพื่อได้วิเคราะห์ถึงแนวทางในการอธิบายในเรื่องนี้ที่เหมาะสม โดยเริ่มต้นจากการพิจารณา แนวความคิด ทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับการกระทำด้วยความจำเป็นและการเลือกรักษาชีวิตผู้ป่วยทั้งแนวคิดทางปรัชญาและแนวคิดทางนิติศาสตร์ จากนั้นเป็นการทบทวนกฎหมายและประเด็นปัญหาที่เกิดขึ้นเกี่ยวกับความจำเป็นต้องเลือกรักษาชีวิตผู้ป่วยในประเทศไทย ถัดมาเป็นการศึกษาเปรียบเทียบหลักกฎหมายเรื่องการกระทำด้วยความจำเป็นของต่างประเทศ แนวคิด ความเห็นของนักวิชาการหรือนักกฎหมายต่างประเทศในเรื่องความจำเป็นในการเลือกรักษาผู้ป่วยของแพทย์ โดยจะทำการศึกษาทั้งหมด 4 ประเทศ คือ ประเทศอิตาลี ประเทศเยอรมนี ประเทศอังกฤษ และประเทศสหรัฐอเมริกา เพื่อทำการเปรียบเทียบและวิเคราะห์ผล นำมาสู่การเสนอทศรูปและข้อเสนอแนะในประเด็นเรื่อง “ความรับผิดชอบทางอาญาของแพทย์ กรณีจำเป็นต้องเลือกรักษาชีวิตผู้ป่วย” โดยก่อนเริ่มกระบวนการศึกษาดังกล่าวนี้นี้ ผู้เขียนจะแสดงระเบียบวิธีวิจัยไว้เป็นการเบื้องต้นเพื่อให้ผู้อ่านงานเข้าใจในขอบเขตและบริบทการศึกษาอันเป็นปัจจัยสำคัญในการกำหนดผลการศึกษา

2. ระเบียบวิธีวิจัย

วัตถุประสงค์ของการวิจัย สมมติฐานของการวิจัย ขอบเขตการศึกษาวิจัย วิธีดำเนินการวิจัย มีดังนี้

2.1 วัตถุประสงค์ของการวิจัย การศึกษาวิจัยนี้ได้กำหนดวัตถุประสงค์ไว้ 4 ประการ คือ

- 1) เพื่อศึกษาแนวคิด ทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับการกระทำด้วยความจำเป็นและการเลือกรักษาชีวิต ความสัมพันธ์ของแนวคิดทางปรัชญาและแนวคิดทางกฎหมาย
- 2) เพื่อวิเคราะห์ปัญหาและผลในทางกฎหมายอาญา ในกรณีที่แพทย์จำเป็นต้องเลือกรักษาผู้ป่วยในสถานการณ์ต่างๆ โดยเฉพาะในเรื่องการชั่งน้ำหนักระหว่างชีวิตมนุษย์ด้วยกัน
- 3) เพื่อเปรียบเทียบบทบัญญัติที่เกี่ยวกับความรับผิดชอบทางอาญาของแพทย์ กรณีจำเป็นต้องเลือกรักษาชีวิตแนวคิดและความเห็นของนักวิชาการ ทั้งของประเทศไทยและต่างประเทศ
- 4) เพื่อเสนอแนะแนวทางแก้ไข ปรับปรุงหลักเกณฑ์ในทางกฎหมายอาญากรณีที่แพทย์จำเป็นต้องเลือกรักษาชีวิตผู้ป่วย

2.2 สมมติฐานของการวิจัย การที่แพทย์ต้องเลือกรักษาชีวิตผู้ป่วยในภาวะวิกฤตโดยเลือกรักษาคนที่ไม่มีโอกาสรอดชีวิตจากการรักษาสูงกว่าขณะที่ไม่มีกฎหมายรองรับอย่างชัดเจนอาจเกิดปัญหาว่าแพทย์ต้องรับผิดชอบในทางอาญาหรือไม่ แม้ว่าแพทย์อาจอ้างได้ว่าเป็นการกระทำด้วยความจำเป็น ซึ่งเป็นเพียงเหตุยกเว้นโทษหรือศาลอาจเห็นว่าเป็นกรณีกระทำเกินสมควรแก่เหตุ ไม่ได้สัดส่วน ทำให้แพทย์ไม่ได้รับความคุ้มครองเท่าที่ควร ทั้งที่การที่ต้องกระทำเช่นนั้นเป็นผลโดยตรงจากปัจจัยภายนอกซึ่งอันไม่อาจหลีกเลี่ยงได้ ดังนั้นจึงควรมีบทบัญญัติของกฎหมายยกเว้นความรับผิดในทางอาญาจากการกระทำดังกล่าวของแพทย์ โดยกำหนดให้เป็นการกระทำด้วยความจำเป็นที่เป็นเหตุยกเว้นความผิดภายใต้เงื่อนไขว่าการเลือกรักษาต้องกระทำเฉพาะในสถานการณ์ฉุกเฉินซึ่งทำให้มีผู้รอดชีวิตเพิ่มขึ้น ต้องเป็นไปตามลำดับที่กำหนดด้วยความเป็นธรรมโดยคำนึงถึงผู้ที่มีโอกาสรอดชีวิตสูงกว่า ต้องกระทำตามหลักเกณฑ์ทางการแพทย์ที่กำหนด และต้องไม่เป็นการกระทำโดยประมาท

2.3 ขอบเขตการศึกษาวิจัย งานวิจัยนี้มีขอบเขตในการศึกษาแนวความคิดและทฤษฎีในทางเกี่ยวข้องกับการกระทำด้วยความจำเป็นในการเลือกรักษาชีวิต วิเคราะห์ปัญหาและผลในทางกฎหมายอาญา ในกรณีที่แพทย์จำเป็นต้องเลือกรักษาผู้ป่วยในสถานการณ์ต่างๆ โดยเฉพาะในเรื่องการชั่งน้ำหนักระหว่างชีวิตมนุษย์ด้วยกัน เปรียบเทียบบทบัญญัติที่เกี่ยวกับความรับผิดชอบทางอาญาของแพทย์ กรณีจำเป็นต้องเลือกรักษาชีวิตแนวคิดและความเห็นของนักวิชาการ ทั้งของประเทศไทยและต่างประเทศ เพื่อเป็นแนวทางในการกำหนดบทบัญญัติกฎหมายให้มีความเหมาะสมและสามารถใช้แก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้นในสังคม

2.4 วิธีดำเนินการวิจัย การศึกษาวิจัยนี้เป็นการศึกษาวิจัยเชิงคุณภาพ (Qualitative Research) โดยการวิจัยเอกสาร (Document Research) ซึ่งจะศึกษาค้นคว้าจากเอกสารภาษาไทยและภาษาต่างประเทศ ได้แก่ หนังสือ วารสาร ตำบทยกฎหมาย คำพิพากษา สารนิพนธ์ วิทยานิพนธ์ บทความ และข้อมูลจากเครือข่ายอินเทอร์เน็ต รวมไปถึงการสัมภาษณ์ในเชิงลึกจากผู้เชี่ยวชาญเพื่อนำข้อมูลที่ได้มาวิเคราะห์เปรียบเทียบและประมวลผลเป็นข้อเสนอแนะต่อไป

3. ข้อพิจารณา แนวความคิด ทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับการกระทำด้วยความจำเป็นและการเลือกรักษาชีวิตผู้ป่วย

ในหัวข้อนี้จะทำการศึกษาข้อพิจารณา แนวความคิดและทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับหลักความจำเป็นในกฎหมายอาญา และการเลือกรักษาชีวิตผู้ป่วย ทั้งทางปรัชญา ตลอดจนแนวความคิดทางนิติศาสตร์ เพื่อเป็นแนวทางในการวิเคราะห์เพื่อแก้ไขปัญหาอย่างถูกต้อง ดังนี้

3.1 แนวคิดทางปรัชญา องค์การอนามัยโลก ได้วางหลักการเรื่องเวชจริยศาสตร์ไว้ว่า ¹ ต้องคำนึงถึงสิทธิส่วนบุคคล การกระทำแต่ความดี และการไม่ทำความชั่ว โดยทฤษฎีทางเวชจริยศาสตร์ มีทฤษฎีที่สำคัญ 2 ทฤษฎีคือ ทฤษฎีลัทธินิยม หรือ สำนักนิยม (Deontology) ทฤษฎีนี้ยึดหลักความถูกต้องอย่างเคร่งครัด เพื่อแสดงว่าสิ่งต่างๆจะไม่แปรผันตามเวลา สถานที่ และเหตุการณ์แวดล้อม คือแพทย์ต้องไม่ทำอะไรที่เป็นสิ่งผิด เช่นการฆ่าแกงไม่ว่ากรณีใด ส่วนทฤษฎีอรรถประโยชน์นิยม (Teleology หรือ Utilitarianism หรือ Consequentialism) คือทฤษฎีที่ยึดหลักผลที่เกิดจากการกระทำ ถ้าเป็นประโยชน์สุขที่กระจายไปสู่คนได้มากที่สุดแล้ว ถือว่าการกระทำนั้นเป็นสิ่งที่ถูกต้อง ดังนั้นการตัดสินใจทางเวชจริยศาสตร์ จึงอาจมีทางเลือกให้ได้พิจารณาอยู่เสมอการตัดสินใจนี้จึงถือเป็น Moral dilemma กล่าวคือ เป็นภาวะที่ตัดสินใจยาก การตัดสินใจไปในทางใดทางหนึ่งอาจทำให้เกิดประโยชน์และด้านหนึ่งเสียประโยชน์ การตัดสินใจทางจริยธรรมจึงจำเป็นต้องใช้หลักการให้เหตุผลทางจริยธรรม และการคิดเชิงวิเคราะห์ ซึ่งทฤษฎีอรรถประโยชน์นิยมจะสามารถนำมาใช้อธิบายได้ว่าในกรณีที่แพทย์ไม่สามารถรักษาทุกคนไว้ได้ การเลือกรักษาผู้ที่มีโอกาสรอดชีวิตมากที่สุดจึงเป็นทางออกที่ทุกคนเห็นพ้องต้องกัน ซึ่งแนวทางนี้เป็นแนวทางที่ก่อให้เกิดประโยชน์มากที่สุดกับทรัพยากรที่ได้ใช้ไป

ในสถานการณ์ปกติที่มีทรัพยากรเพียงพอต่อความจำเป็นของประชาชนนั้น บุคลากรสุขภาพมีหลักจริยธรรมในการบริหารผู้ป่วยโดยยึด 4 หลักการได้แก่ ² ก) ประโยชน์ผู้ป่วยสูงสุด (beneficence) ข) ไม่ให้ผู้ป่วยได้รับอันตรายใดๆเพิ่มขึ้น (non-maleficence) ค) การเคารพเอกราช (respect for autonomy) และ ง) ความยุติธรรม (justice) ผู้ป่วยทุกคนมีสิทธิที่จะได้รับการบริการทางสุขภาพที่เท่าเทียมกันไม่คำนึงถึงเพศ เชื้อชาติ ศาสนา สถานภาพสมรสการวินิจฉัยโรคและสถานะทางสังคมแต่ในภาวะฉุกเฉินทางสาธารณสุขที่มีทรัพยากรไม่เพียงพอสำหรับผู้ป่วยทุกรายนั้น หลักจริยธรรมยังคงถูกนำมาใช้โดยเปลี่ยนแนวทางในการนำไปปฏิบัติ จากการคำนึงถึงประโยชน์สูงสุดของผู้ป่วยเฉพาะราย และไม่ให้ผู้ป่วยได้รับอันตรายใดๆเพิ่มเติมเป็นการคำนึงถึงประโยชน์สูงสุดต่อสังคม (utilitarianism) ที่คำนึงถึงการช่วยชีวิตผู้ป่วยให้ได้มากที่สุด สถานการณ์ที่มีทรัพยากรไม่เพียงพอสำหรับผู้ดูแลผู้ป่วยทุกรายจึงจำเป็นต้องตัดสินใจเลือกให้การรักษาแก่ผู้ป่วย

¹ นันทนา ศิริทรัพย์, "ความรู้พื้นฐานทางเวชจริยศาสตร์," วารสารแพทยสภาสาร ปีที่ 36 ฉบับที่ 3 (กรกฎาคม - กันยายน 2550): 203-204.

² โครงการประเมินเทคโนโลยีและนโยบายด้านสุขภาพ, "รายงานวิจัย : หลักเกณฑ์การจัดสรรทรัพยากรในการบริหารผู้ป่วยวิกฤตในระหว่างการแพร่ระบาดของโรคโควิด 19 ของประเทศไทย" [ออนไลน์] เข้าถึงเมื่อ 28 กุมภาพันธ์ 2565. แหล่งที่มา:

<https://www.hitap.net/documents/177998>

ที่มีโอกาสรอดมากกว่าแต่อย่างไรก็ดีหลักเกณฑ์ในการจัดลำดับความสำคัญ (prioritization) ต้องมีความโปร่งใส อยู่บนพื้นฐานของหลักการแพทย์และหลักจริยธรรม

3.2 แนวคิดทางนิติศาสตร์

3.2.1 ทฤษฎีการลงโทษ มีทฤษฎีหลักอยู่ 3 ทฤษฎี ได้แก่

- **ทฤษฎีการลงโทษเพื่อแก้แค้นทดแทน** มีแนวคิดที่ว่า ผู้กระทำผิดมีเจตจำนงเสรี (Free Will) ในการที่จะคิด ตัดสินใจ และกระทำการด้วยตนเอง ประกอบกับมนุษย์มีความมีความสามารถในการใช้เหตุผล เมื่อตัดสินใจทำสิ่งใดลงไปจึงต้องรับผิดชอบต่อการกระทำของตนอย่างเต็มที่ เมื่อกระทำผิดจึงต้องรับผิดชอบต่อความผิดและสมควรได้รับการลงโทษ

- **ทฤษฎีการลงโทษเพื่อข่มขู่ยับยั้ง** มีแนวคิดที่ว่า การลงโทษนั้นสามารถข่มขู่และยับยั้งตัวผู้กระทำผิดที่ได้รับโทษและบุคคลอื่นที่เห็นตัวอย่าง ทำให้เกิดความเกรงกลัวโทษ จนไม่กล้ากระทำความผิดขึ้นอีก

- **ทฤษฎีการลงโทษเพื่อแก้ไขฟื้นฟู** มีแนวคิดที่ว่า การลงโทษควรมีเพื่อการแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำผิดให้กลับตัวเป็นคนดี เพื่อไม่ให้ผู้กระทำผิดกลับมากระทำความผิดซ้ำ รวมทั้งพยายามที่จะช่วยให้ผู้กระทำผิดกลับคืนสู่สังคมได้ตามปกติ จึงต้องมีการให้การเรียนรู้ การอบรม การฝึกอาชีพ ให้เพียงพอที่เขาจะใช้ในการดำเนินชีวิตได้³

การที่แพทย์ต้องเลือกรักษาชีวิตผู้ป่วย เพราะเหตุปัจจัยภายนอกบีบบังคับให้ต้องเลือกจึงขัดกับหลักทฤษฎีการลงโทษเพื่อแก้แค้นทดแทน ทฤษฎีการลงโทษเพื่อข่มขู่ยับยั้ง และทฤษฎีการลงโทษเพื่อแก้ไขฟื้นฟู เนื่องจากแพทย์ไม่ได้มีเจตจำนงเสรีที่แท้จริงและไม่ได้มีจิตใจที่ชั่วร้ายที่จะต้องทำให้เกรงกลัวโทษและกลับตัวเป็นคนดี การกระทำของแพทย์ในกรณีนี้จึงไม่ควรเกิดความรับผิดชอบทางอาญา ไม่ว่าจะบนพื้นฐานของทฤษฎีใดก็ตาม

3.2.2 โครงสร้างการรับผิดในทางกฎหมายอาญาในประเทศไทย⁴ บุคคลจะต้องรับผิดทางอาญาเมื่อการกระทำครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติ คือ 1. มีการกระทำ การกระทำนั้นครบ “องค์ประกอบภายนอก” ของความผิดในเรื่องนั้นๆ การกระทำครบ “องค์ประกอบภายใน” ของความผิดในเรื่องนั้นๆ และผลของการกระทำสัมพันธ์กับการกระทำ ตามหลักในเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล 2. การกระทำไม่มีกฎหมายยกเว้นความผิด 3. การกระทำไม่มีกฎหมายยกเว้นโทษ

3.2.3 เหตุในการจำกัดความรับผิดทางอาญาของบุคคล

1. **เหตุยกเว้นความผิด** : เป็นการพิจารณาตามองค์ประกอบข้อที่ 2 ของโครงสร้างการรับผิดทางอาญาว่าการกระทำที่ครบองค์ประกอบตามที่กฎหมายบัญญัตินั้น มีเหตุอันชอบด้วยกฎหมายที่ไม่ต้องรับผิดในทางอาญาหรือไม่

³ ธีรวัฒน์ สุทธิโยธิน, *ทฤษฎีการลงโทษ* (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช, 2556), หน้า 3-4.

⁴ คณพล จันทน์หอม, *หลักพื้นฐานกฎหมายอาญา เล่ม 1* (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2563), หน้า 86.

2. **เหตุยกเว้นโทษ** : เป็นกรณีที่พิจารณาตามองค์ประกอบโครงสร้างความรับผิดชอบในทางอาญาข้อที่ 3 ว่าการกระทำครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติ และไม่มีเหตุที่ทำให้การกระทำไม่เป็นความผิดนั้น ผู้กระทำมีเหตุตามกฎหมายอ้างเพื่อมิให้ตนเองต้องรับโทษตามความผิดที่กระทำขึ้นหรือไม่

3. **เหตุลดโทษ** : เป็นกรณีที่ผู้กระทำได้กระทำครบองค์ประกอบตามโครงสร้างความรับผิดชอบในทางอาญาทุกประการและต้องรับผิดชอบในทางอาญา แต่เนื่องจากมีเหตุตามกฎหมายบางประการที่สมควรลดโทษให้แก่ผู้กระทำนั้น เพื่อให้โทษที่ได้รับเหมาะสมขึ้น

ข้อพิจารณาเกี่ยวกับเหตุยกเว้นความผิดและเหตุยกเว้นโทษ

ข้อต่อสู้ทั้งสองประการมีความแตกต่างอย่างมีนัยยะสำคัญ คือ เหตุยกเว้นความผิดทำให้ “การกระทำ” ของผู้นั้นชอบด้วยกฎหมาย บุคคลอื่นจะต่อต้านไม่ได้ แต่หากเป็นเหตุยกเว้นโทษ “ผู้กระทำ” ยังมีความรับผิดชอบอยู่เช่นเดิม เพียงแต่ได้รับการให้อภัยและยกเว้นโทษให้เท่านั้น⁵ เหตุยกเว้นความผิดหมายความว่าสิ่งที่กฎหมายมุ่งประสงค์จะคุ้มครองบางประการได้ถูกทำให้ตกอยู่ในอันตราย ทำให้เสียหายหรือทำลายไปโดยการกระทำที่สังคมยอมรับว่าเป็นสิ่งที่ถูกต้อง ดังนั้น ผู้กระทำจึงไม่มีความผิด ในกรณีของเหตุยกเว้นโทษนั้น เป็นกรณีที่บุคคลได้กระทำการอันกระทบต่อคุณธรรมทางกฎหมายโดยไม่มีอำนาจกระทำหรือกล่าวได้ว่าสังคมไม่สนับสนุนให้สมาชิกกระทำเช่นนั้นการกระทำ ดังกล่าวจึงเป็นความผิด แต่เนื่องด้วยเมื่อพิจารณาตัวผู้กระทำเป็นรายบุคคลแล้ว กฎหมายเห็นว่าผู้กระทำรายนั้นได้กระทำการไปโดยไม่มีเจตนาตำหนิของจิตใจ หรืออาจกล่าวได้ว่าภายใต้สภาวะ หรือเงื่อนไขบางประการทำให้ไม่สมควรต้องรับผิดชอบในผลร้ายแห่งการกระทำของตน

สรุปผลของความแตกต่างระหว่างเหตุยกเว้นความผิดและยกเว้นโทษ ดังนี้

1. เหตุยกเว้นความผิด คือ เหตุที่ทำให้การกระทำไม่เป็นความผิด ดังนั้นผู้กระทำจึงไม่มีความรับผิดชอบอาญา รวมทั้งทางแพ่งด้วย ในขณะที่เหตุยกเว้นโทษ คือเหตุที่ทำให้ผู้กระทำไม่ต้องรับโทษแม้จะได้กระทำครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติและไม่มีเหตุที่ทำให้การกระทำไม่เป็นความผิด กล่าวคือ เป็นกรณีที่กระทำ ความผิดแต่กฎหมายยกโทษให้ผู้กระทำไม่ต้องรับผิดชอบในทางอาญา แต่ยังคงต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนทางแพ่ง เพราะการกระทำนั้นเป็นการละเมิดสิทธิไม่สามารถทำได้โดยชอบด้วยกฎหมาย

2. เมื่อการกระทำที่มีเหตุยกเว้นโทษเป็นการละเมิดสิทธิ ผู้ที่ให้ความช่วยเหลือหรือมีส่วนร่วมในการกระทำนั้นจึงมีความรับผิดชอบในฐานะ ตัวการ ผู้ใช้ ผู้สนับสนุนได้ ในขณะที่การกระทำที่เป็นเหตุยกเว้นความผิดนั้นเมื่อเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมาย คนที่อยู่ให้ทำ ร่วมกระทำ หรือให้ความช่วยเหลือจึงไม่มีความผิด

3. ทำให้พิจารณาได้ว่าการกระทำใดผู้กระทำสามารถตอบโต้ได้ เหตุยกเว้นความผิดทำให้ “การกระทำ” ของผู้นั้นชอบด้วยกฎหมาย บุคคลอื่นจะต่อต้านไม่ได้ ส่วนเหตุยกเว้นโทษ สามารถต่อสู้ขัดขืนการกระทำที่ได้รับยกเว้นโทษได้โดยชอบด้วยกฎหมาย

⁵ ธรณกรณ์ บุญมี, "ข้อสังเกตบางประการเกี่ยวกับเหตุยกเว้นความผิดและเหตุยกเว้นโทษ," วารสารนิติศาสตร์ ปีที่ 40 ฉบับที่ 2 (มิ.ย. 2554): 321-335.

3.2.4 ข้อพิจารณาเกี่ยวกับ ความจำเป็นที่ชอบด้วยกฎหมาย (Justifiable Necessity) และ ความจำเป็นที่กฎหมายยกเว้นโทษ (Excusable Necessity)⁶

ความจำเป็นที่ชอบด้วยกฎหมาย (Justifiable Necessity) เป็นเรื่องการปฏิเสธการกระทำที่ไม่ถูกต้อง (Wrongful) การยกเรื่องความจำเป็นเป็นข้อต่อสู้ อาจเป็นการสะท้อนให้เห็นถึงความโน้มเอียงของสังคมในกรณีที่เกิดความขัดแย้งทางประโยชน์และวิถีทางเดียวที่จะรักษาประโยชน์ที่ชอบด้วยกฎหมายจากภัยอันตรายที่ใกล้จะถึง โดยการทำลายประโยชน์ที่ชอบด้วยกฎหมายอีกอันหนึ่งซึ่งสังคมเห็นว่ามีคุณค่าน้อยกว่า เช่น การทำลายทรัพย์สินเพื่อรักษาชีวิต ในกรณีเช่นนี้ถือว่าการทำลายประโยชน์ที่มีคุณค่าน้อยกว่านั้น ถือเป็น การกระทำที่ชอบธรรมซึ่งกฎหมายยอมรับได้ เป็นการพิจารณาการกระทำนั้นเป็นสาระสำคัญ หากการกระทำใดเข้าลักษณะดังกล่าวข้างต้น คือเป็นการชั่งน้ำหนักประโยชน์ ถ้าการกระทำใดเป็นการกระทำเพื่อรักษาประโยชน์ของสังคมที่มีคุณค่ามากกว่า โดยการทำลายประโยชน์ของสังคมที่มีคุณค่าน้อยกว่าแล้ว ถือเป็น การกระทำที่ชอบธรรมซึ่งกฎหมายยอมรับได้และผู้กระทำการดังกล่าวไม่ต้องรับผิดชอบในทางอาญาสำหรับการกระทำนั้น ตัวอย่างการกระทำด้วยความจำเป็นที่เป็นเหตุยกเว้นความผิดตามกฎหมายไทย เช่น ทำแท้งโดยแพทย์

สำหรับความจำเป็นที่กฎหมายยกเว้นโทษ (Excusable Necessity) เป็นการพิจารณาถึงข้อควรตำหนิได้ของผู้ที่แสดงพฤติกรรมที่ผิดนั้น กล่าวคือ ถ้าการทำลายประโยชน์หนึ่งเพื่อรักษาประโยชน์อีกอันหนึ่งซึ่งมีคุณค่าเท่ากันหรือแม้ว่าน้อยกว่าก็ตาม สังคมก็มิได้รับประโยชน์อันใดจากการกระทำนั้น ฉะนั้นการกระทำดังกล่าวยังถือว่าเป็นความผิดอยู่ อย่างไรก็ตามหากพิจารณาในด้านบุคคลผู้กระทำความผิด แล้วจะเห็นว่าเมื่อชีวิตของบุคคลใดตกอยู่ในภาวะแห่งการเสี่ยง การที่เขาต้องรักษาชีวิตของตนเองโดยการทำลายชีวิตของผู้อื่น สังคมอาจพิจารณาว่าการกระทำของบุคคลดังกล่าวเป็นสิ่งที่ควรให้อภัย เพราะเป็นการไม่ยุติธรรมและไม่ถูกต้องในการที่จะตำหนิคนที่ต้องรักษาชีวิตของตนเอง โดยมีทางเลือกทางเดียวคือการทำลายชีวิตผู้อื่น การพิจารณาจึงเป็นการพิจารณาถึงตัวผู้กระทำว่าเขาควรได้รับการตำหนิหรือไม่ เพราะการกระทำของเขานั้นเป็นการกระทำที่ไม่อาจหา “เหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้” การกระทำของเขาเป็นความผิด แต่เนื่องจากการกระทำดังกล่าวเป็นการกระทำเพื่อรักษาชีวิตของตนเองซึ่งสังคมไม่อาจตำหนิได้ ในกรณีเช่นนี้การกระทำดังกล่าวเป็นความผิด แต่ผู้กระทำอาจได้รับการให้อภัย เพราะถือว่าเป็นความจำเป็นที่กฎหมายยกเว้นโทษให้ ฉะนั้นการกระทำความผิดด้วยความจำเป็นในกรณีนี้ เป็นการพิจารณาในด้านตัวผู้กระทำความผิดว่ามีเหตุผลที่เขาควรถูกตำหนิจากการกระทำดังกล่าวหรือไม่

3.2.5 ปัญหาที่ต้องชั่งน้ำหนักระหว่างชีวิตมนุษย์ด้วยกัน จะชอบด้วยหลักสัดส่วนแห่งภัยของความจำเป็นโดยชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ ในทางวิชาการ มีความเห็นแตกต่างกันอยู่ 2 แนวทาง

- **แนวทางแรก** คือความจำเป็นที่ชอบด้วยกฎหมายไม่สามารถยกเว้นความผิดในความผิดฐานฆ่าผู้อื่นโดยเจตนาได้ ซึ่งเป็นแนวทางของเยอรมันที่ให้ความเคารพต่อชีวิตของมนุษย์สูงที่สุด ไม่สามารถใช้หลักเรื่องความจำเป็นที่ชอบด้วยกฎหมายกับสิ่งที่มีคุณค่าเท่ากัน

⁶ ร็โรซิติ ไฝสุร์ตัน, "หลักความจำเป็นที่ชอบด้วยกฎหมาย : ศึกษาความผิดฐานเปิดเผยความลับกรณีแพทย์กับการเปิดเผยความลับของผู้ป่วย" (วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2559), หน้า 30-31.

- **แนวทางที่สอง** คือความจำเป็นที่ชอบด้วยกฎหมายสามารถยกเว้นความผิดฐานฆ่าผู้อื่นโดยเจตนาได้ หากจำเป็นเพื่อรักษาชีวิตมนุษย์ด้วยกันและเป็นผลทำให้มีจำนวนผู้รอดชีวิตมากกว่ากรณีที่ไม่มีการกระทำ การกระทำดังกล่าวเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมายตามหลักการชั่งน้ำหนักประโยชน์หรือหลัก lesser evils ซึ่งเป็นไปตามความเห็นส่วนใหญ่ของนักกฎหมายระบบคอมมอนลอว์⁷

2.5 ความสัมพันธ์ระหว่างแนวคิดทางปรัชญาและแนวคิดทางนิติศาสตร์

ทฤษฎีอรรถประโยชน์นิยมมีความสัมพันธ์กับเหตุจำกัดความรับผิดชอบทางอาญาของบุคคลคือ เหตุยกเว้นความรับผิดชอบ คือเรื่องความจำเป็นที่ชอบด้วยกฎหมาย เพราะเป็นการกระทำที่สร้างประโยชน์ให้กับสังคมด้วยการทำลายคุณธรรมทางกฎหมายที่มีค่าน้อยเพื่อรักษาไว้ซึ่งคุณธรรมทางกฎหมายที่มีค่ามากกว่า ทฤษฎีอรรถประโยชน์นิยม เป็นทางเลือกที่ก่อให้เกิดประโยชน์สูงสุด มีส่วนเกี่ยวเนื่องกับองค์ประกอบของการกระทำผิดด้วยความจำเป็น ซึ่งจะถูกนำมาใช้ในกรณีที่เกิดทางเลือกสองทางเมื่อเลือกทางหนึ่งจะเสียอีกทางหนึ่งไป จึงต้องพิจารณาทางเลือกใดเป็นทางที่ถูกต้อง ดังนั้นเรื่องการกระทำด้วยความจำเป็นจึงต้องได้สัดส่วนสร้างความเสียหายแก่ผู้บริสุทธิ์น้อยที่สุด ทำให้สังคมโดยรวมได้รับประโยชน์มากที่สุดหรือเสียหายน้อยที่สุด จึงเห็นได้ว่าทฤษฎีอรรถประโยชน์นิยมมีความสัมพันธ์กับทฤษฎีการชั่งน้ำหนักคุณธรรมทางกฎหมาย ทฤษฎีทางปรัชญาและทฤษฎีกฎหมายอาญาจึงมีความเกี่ยวเนื่องและเชื่อมโยงกันอยู่

จากแนวคิด ทฤษฎีต่างๆที่กล่าวไปข้างต้น ดังนั้นในภาวะฉุกเฉินทางสาธารณสุขที่มีทรัพยากรไม่เพียงพอสำหรับผู้ป่วยทุกรายนั้น หลักจริยธรรมยังคงถูกนำมาใช้โดยเปลี่ยนแนวทางในการนำไปปฏิบัติ จากการคำนึงถึงประโยชน์สูงสุดของผู้ป่วยเฉพาะรายเป็นการคำนึงถึงประโยชน์สูงสุดต่อสังคม จึงเป็นไปตามแนวคิดเรื่องอรรถประโยชน์นิยม ซึ่งเป็นทางเลือกที่ก่อให้เกิดประโยชน์สูงสุด โดยพิจารณาว่าการรักษาใครจะก่อให้เกิดประโยชน์ต่อสังคมมากที่สุด สิ่งที่จะสร้างประโยชน์ให้แก่สังคมมากที่สุด คือการช่วยชีวิตผู้ป่วยที่มีโอกาสรอดชีวิตสูงกว่าน่าจะเป็นคำตอบสุดท้ายและชอบธรรม ซึ่งเป็นราคาที่สังคมต้องจ่ายเพื่อรักษาสิ่งหนึ่งที่สังคมต้องรักษาไว้ หากมองภาพเพียงผิวเผินอาจเหมือนว่ากำลังทำลายศีลธรรมอยู่ แต่เป็นเพียงศีลธรรมอันมิใช่ศีลธรรมที่แท้จริง เนื่องจากกำลังรักษาศีลธรรมอีกสิ่งหนึ่งอยู่เช่นเดียวกัน เราจะบรรลุประโยชน์ที่แท้จริงของสังคมเมื่อช่วยชีวิตผู้ที่จะมีโอกาสรอดมากกว่าผู้ที่แพทย์ประเมินแล้วว่าอย่างไรเสีย แม้ไม่มีเครื่องช่วยหายใจ เขาก็จะต้องเสียชีวิตในเร็ววันอยู่ดี เราจึงต้องมาพิจารณาว่าความจำเป็นของแพทย์ในการเลือกรักษาผู้ป่วยควรจะต้องมีเหตุในการจำกัดความรับผิดชอบในทางอาญาหรือไม่ ถ้ามีควรจะมีในรูปแบบใด เนื่องจากการศึกษาสถานการณ์เหล่านี้ในต่างประเทศ ล้วนแต่มีการจำกัดความรับผิดชอบให้แก่แพทย์ทั้งสิ้น ดังนั้นจึงควรมีการจำกัดความรับผิดชอบในทางอาญา โดยทางที่เหมาะสมจะอธิบายอีกครั้งหนึ่งในบทความวิเคราะห์

⁷ อนุชล สัตถุขยานุกูล, "การกระทำด้วยความจำเป็นควรเป็นเหตุยกเว้นความผิด" (วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556), หน้า 114-115.

4.กฎหมายและประเด็นปัญหาที่เกิดขึ้นเกี่ยวกับการจำเป็นต้องเลือกรักษาชีวิตผู้ป่วยในประเทศไทย

4.1 ปัญหาในทางกฎหมายอาญา เมื่อพิจารณาตามหลักการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 68⁸ การที่แพทย์ต้องเผชิญอันตรายจากโรคระบาดหรือภัยพิบัติ มิใช่ภัยอันตรายซึ่งเกิดจากการประทุษร้ายอันละเมิดต่อกฎหมาย ถึงแม้ว่าแพทย์จะกระทำไปเพื่อป้องกันสิทธิของผู้อื่นจากภัยอันตราย แต่แพทย์ก็ไม่สามารถอ้างการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายในกรณีนี้เพื่อเป็นเหตุยกเว้นความผิดได้ ส่วนในเรื่องการกระทำด้วยความจำเป็นตามมาตรา 67(2)⁹ และจากคำพิพากษาศาลฎีกา การจะอ้างการกระทำด้วยความจำเป็นได้นั้น ต้องเป็นกรณีภัยอันตรายที่ใกล้จะถึงอย่างแท้จริง และภัยอันตรายที่ก่อขึ้นแก่ผู้ป่วยหรือผู้ที่จะต้องไม่รุนแรงไปกว่าภัยอันเป็นเหตุแห่งความจำเป็นจึงจะเป็นการได้สัดส่วน หากกรณีนี้เกิดขึ้น แพทย์อาจจะอ้างเหตุจำเป็นไม่ได้ เนื่องจากบางกรณีแพทย์ไม่อาจคาดหมายวัน เวลาที่ผู้ป่วยจะเสียชีวิตได้ การที่แพทย์หยุดการรักษาผู้ที่มีโอกาสรอดชีวิตน้อยกว่าเพื่อมาช่วยผู้ป่วยอีกคนหนึ่งที่มีโอกาสฟื้นคืนชีวิตได้มากกว่านั้นจึงเป็นการเกินกว่ากรณีจำต้องกระทำ และนอกจากนี้ภัยอันตรายที่แพทย์ได้ก่อแก่ผู้ป่วยที่มีโอกาสรอดชีวิตน้อยกว่าก็มิได้มีความรุนแรงน้อยกว่าภัยที่ผู้ป่วยที่มีโอกาสรอดชีวิตมากกว่าประสบพบเจออยู่แต่อย่างใด หากแต่มีความเท่าเทียมกันคือภัยอันตรายจากโรคระบาด หรือเหตุภัยพิบัติชนิดเดียวกัน การกระทำโดยจำเป็นนี้จึงเป็นการเกินสมควรแก่เหตุ แต่อาจจะได้รับการลดโทษตามดุลพินิจของศาลเนื่องจากเป็นความจำเป็นที่เกินสัดส่วนตามมาตรา 69¹⁰

4.2 ปัญหาด้านกฎหมายที่เกี่ยวกับการคุ้มครองผู้ประกอบการวิชาชีพเวชกรรม ในเรื่องกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองผู้ประกอบการวิชาชีพเวชกรรม ข้อบังคับแพทยสภาเป็นหลักให้ผู้ประกอบการวิชาชีพเวชกรรมต้องรักษามาตรฐานของการประกอบวิชาชีพเวชกรรม ภายใต้ความสามารถและข้อจำกัดตามภาวะ วิสัย และพฤติการณ์ที่มีอยู่ในสถานการณ์นั้นๆ¹¹ แต่อย่างไรก็ดีบทบัญญัตินี้ให้แพทย์รักษาพยาบาลผู้ป่วยภายใต้ความสามารถและ “ข้อจำกัดตามภาวะ วิสัย และพฤติการณ์ที่มีอยู่ในสถานการณ์นั้น ๆ” ซึ่งข้อบังคับนี้ เป็น

⁸ มาตรา 68 “ผู้ใดจำต้องกระทำการใดเพื่อป้องกันสิทธิของตน หรือของผู้อื่น ให้พ้นจากภัยอันตรายซึ่งเกิดจากการประทุษร้ายอันละเมิดต่อกฎหมาย และเป็นภัยอันตรายที่ใกล้จะถึง ถ้าได้กระทำพอสมควรแก่เหตุ การกระทำนั้นเป็นการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย ผู้นั้นไม่มีความผิด”

⁹ มาตรา 67 “ผู้ใดกระทำความผิดด้วยความจำเป็น

(1) เพราะอยู่ในที่บังคับ หรือภายใต้อำนาจซึ่งไม่สามารถหลีกเลี่ยงหรือขัดขืนได้ หรือ

(2) เพราะเพื่อให้ตนเองหรือผู้อื่นพ้นจากภัยอันตรายที่ใกล้จะถึงและไม่สามารถหลีกเลี่ยงให้พ้นโดยวิธีอื่นใดได้ เมื่อภัยอันตรายนั้นตนมิได้

ก่อให้เกิดขึ้นเพราะความผิดของตน

ถ้าการกระทำนั้นไม่เป็นการเกินสมควรแก่เหตุแล้ว ผู้นั้นไม่ต้องรับโทษ”

¹⁰ มาตรา 69 “ในกรณีที่บัญญัติไว้ในมาตรา 67 และมาตรา 68 นั้น ถ้าผู้กระทำได้กระทำให้เกินสมควรแก่เหตุ หรือเกินกว่ากรณีแห่งความจำเป็น หรือเกินกว่ากรณีแห่งการจำต้องกระทำเพื่อป้องกัน ศาลจะลดโทษน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดนั้นเพียงใดก็ได้ แต่ถ้าการกระทำนั้นเกิดขึ้นจากความตื่นเต้น ความตกใจ หรือความกลัว ศาลจะไม่ลดโทษผู้กระทำก็ได้”

¹¹ ข้อบังคับแพทยสภาว่าด้วยการรักษาจริยธรรมแห่งวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ. 2549

หมวด 4 การประกอบวิชาชีพเวชกรรม

ข้อ 15 ผู้ประกอบการวิชาชีพเวชกรรมต้องรักษามาตรฐานของการประกอบวิชาชีพ เวชกรรม ภายใต้ความสามารถและข้อจำกัดตามภาวะ วิสัย และพฤติการณ์ที่มีอยู่ในสถานการณ์นั้นๆ

เพียงการกำหนดมารยาทหรือจริยธรรมที่ผู้ประกอบวิชาชีพแพทย์คงจะปฏิบัติไว้อย่างกว้างๆเท่านั้น เป็นเพียงหลักให้แพทย์รักษาจรรยาบรรณ ไม่ใช่เหตุในการยกเว้นความผิด หรือลดหย่อนผ่อนโทษ ไม่มีฐานะแบบกฎหมายอาญา ส่วนหลักเกณฑ์การระงับเครื่องช่วยหายใจของโรงพยาบาลต่าง ๆ ก็ยังมี得有มีแพทย์สภาหรือหน่วยงานอื่นมารองรับ จึงมิได้มีหลักอะไรรองรับในการยกเว้นความผิดในทางอาญาแพทย์ในการกระทำเช่นนั้น

หลักกฎหมายเรื่องการกระทำความผิดด้วยความจำเป็นเพื่อให้ตนหรือผู้อื่นพ้นจากภัยอันตรายของประเทศไทยนั้นยังคงมีประเด็นปัญหาในเรื่องเงื่อนไขในการปรับใช้เพื่อผลทางกฎหมายอันเป็นคุณแก่แพทย์ในสถานการณ์ฉุกเฉิน ไม่แต่เพียงปัญหาทางสาธารณสุขเท่านั้น แต่แพทย์ต้องเผชิญกับปัญหาทางศีลธรรมที่กฎหมายยังคงตราหน้าว่าเขาคืออาชญากร ทั้ง ๆ ที่แพทย์ไม่อาจเลือกที่จะไม่กระทำการเช่นนั้นได้เลย หากเป็นเพียงเหตุยกเว้นโทษ ซึ่งผู้กระทำยังมีความผิดอาจทำให้มีความรับผิดชอบทางแพ่งหรือทางวินัยได้ หรืออาจส่งผลกระทบต่อบุคคลดังกล่าว ไม่ว่าจะเป็นเรื่องของทะเบียนประวัติอาชญากรรม ต้องเสียเวลาถูกสอบสวน ค้นหาพยานหลักฐานไปต่อสู้อันชั้นศาล ทั้งที่บุคลากรทางการแพทย์ต้องทำงานหนักเพื่อต่อสู้กับโรคระบาดหรือเหตุการณ์วิกฤตต่างๆ หรือหากเป็นเพียงเหตุลดโทษ (จำเป็นที่เกินสัดส่วนศาลอาจใช้ดุลพินิจลดโทษตามมาตรา 69) แพทย์อาจกลายเป็นนักโทษในเรือนจำ จึงควรให้ออกาสผู้มีวิชาชีพได้ทำงานของเขาในสถานการณ์ฉุกเฉิน

การกระทำโดยจำเป็นจึงอาจทำให้แพทย์ไม่ได้รับความคุ้มครองอย่างที่ควรจะเป็นจึงควรต้องมีการพิจารณาหลักการกระทำความจำเป็นของแพทย์ในสถานการณ์ฉุกเฉินกันอีกครั้งหนึ่ง

5. หลักกฎหมายเรื่องการกระทำความจำเป็นของต่างประเทศ และแนวคิด ความเห็นของนักวิชาการ หรือนักกฎหมายต่างประเทศในเรื่องความจำเป็นในการเลือกรักษาผู้ป่วยของแพทย์

ในที่นี้จะศึกษาด้วยกันทั้งหมด 4 ประเทศ ซึ่งประกอบไปด้วย ประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายซีวิลลอว์ (Civil Law) คือประเทศอิตาลี เหตุที่เลือกประเทศนี้ เนื่องจากประเทศอิตาลีเคยเกิดวิกฤตโควิดอย่างหนักมาก และมีกรณีแพทย์ต้องเลือกรักษา อิตาลีเป็นประเทศแรก ๆ ที่เผชิญกับการระบาดใหญ่ของโควิด-19 และเป็นหนึ่งในประเทศที่มีจำนวนผู้เสียชีวิตจากโควิด-19 มากที่สุดอย่างต่อเนื่อง จึงต้องการทราบว่ากรณีนี้แพทย์มีความรับผิดชอบอย่างไร ต่อไปจะเป็นประเทศเยอรมนี เหตุที่เลือกประเทศนี้เนื่องจากบัญญัติเรื่องความจำเป็นที่ยกเว้นความผิดไว้ในประมวลกฎหมายอาญา และมีหลักการที่แตกต่างจากหลักทั่วไป เช่น เรื่องหน้าที่ที่ขัดแย้งกัน ซึ่งเป็นหลักการใหม่ที่ผู้เขียนเคยได้รับฟังและได้ศึกษา ส่วนประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) ผู้เขียนเลือกศึกษาประเทศอังกฤษ และประเทศสหรัฐอเมริกา เนื่องจากสองประเทศมีหลักเรื่องความจำเป็นที่ชอบด้วยกฎหมาย และมีคำพิพากษาที่น่าสนใจและเกี่ยวข้องกับการเลือกรักษาชีวิตให้ศึกษา รวมถึงมีนักวิชาการเสนอแนวทางแก้ไขที่คล้ายกันในหลายบทความ

ประเทศอิตาลี มีการกำหนดกฎหมายเรื่องการกระทำความผิดด้วยความจำเป็นเพื่อให้ตนหรือผู้อื่นพ้นจากอันตรายซึ่งเป็นเหตุที่มีอำนาจกระทำโดยชอบด้วยกฎหมาย (necessity as justification) ไว้ในประมวลกฎหมายอาญามาตรา 54¹² แต่อย่างไรก็ดีไม่ใช่บังคับกับบุคคลที่มีหน้าที่โดยเฉพาะเจาะจงตามกฎหมายต้องเผชิญกับอันตราย ซึ่งรวมไปถึงบุคลากรทางการแพทย์ ดังนั้นแพทย์อิตาลีจึงไม่อาจกล่าวอ้างความชอบด้วยกฎหมายในการเลือกรักษาผู้ป่วยด้วยเหตุจำเป็น แต่มีบทบัญญัติพิเศษสำหรับผู้พิพากษาในการพิจารณาถึงมูลเหตุจูงด้านมนุษยธรรม ในของผู้กระทำความผิดอันเนื่องมาจากสถานการณ์อันยากลำบากเพื่อนำมาบรรเทาโทษแก่ผู้กระทำได้อย่างอิสระตามมาตรา 62(1)¹³

นักวิชาการเห็นว่าการเลือกรักษาขัดต่อหลักการความเท่าเทียมกันของชีวิตในระบบประชาธิปไตย ผู้พิพากษาอาจไม่ถือว่าแนวทางเหล่านั้นเป็นข้อแก้ตัวซึ่งจะบ่อนทำลายการมีอยู่ของสัดส่วนของทางเลือกของแพทย์ ดังนั้นจึงทำให้ความจำเป็นไม่สามารถนำมาใช้ได้ ดังนั้นแพทย์อิตาลีจึงยังคงมีความรับผิดชอบทางอาญาสำหรับการเลือกรักษาผู้ป่วยที่มีโอกาสรอดชีวิตมากกว่า เพียงแต่อาจได้รับการลดโทษจากศาลด้วยมูลเหตุจูงใจที่จำต้องเลือกหนทางที่น่าจะเป็นประโยชน์แก่สังคมมากที่สุด สถานการณ์นั้น

ประเทศเยอรมนี นำเอาข้อต่อสู้เรื่องการกระทำโดยจำเป็นตามหลักเรื่องความชั่วที่น้อยกว่ามาบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญามาตรา 34¹⁴

จากความในมาตรา 34 แห่งประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน ค.ศ. 1975 มีข้อสังเกตที่น่าสนใจ 2 ประการ คือ¹⁵ 1. ภัยอันตรายที่ผู้กระทำประสงค์จะหลีกเลี่ยงต้องไม่เพียงแต่สำคัญกว่าภัยอันตรายที่ผู้กระทำจะก่อขึ้นเท่านั้นหากแต่ยังต้องมีความสำคัญกว่าอย่างชัดเจน หรือมีนัยสำคัญ (substantially) และ 2. การกระทำเพื่อที่จะหลีกเลี่ยงภัยอันตรายที่มีประโยชน์ซึ่งมีน้ำหนักมากกว่า การกระทำต้องเป็นวิธีการที่เหมาะสม และไม่สามารถที่จะหลีกเลี่ยงได้โดยวิธีการอื่น

¹² มาตรา 54 “บุคคลจะไม่มีผิดทางอาญาหากได้กระทำด้วยความจำเป็นเพื่อรักษาตนเองหรือผู้อื่นให้พ้นอันตรายที่ร้ายแรง หากภัยอันตรายนั้นไม่ได้เกิดขึ้นด้วยความผิดของตน โดยผู้กระทำไม่อาจหลีกเลี่ยงได้ และได้กระทำลงไปอย่างได้สัดส่วนกับภัยอันตราย

บทบัญญัตินี้ไม่นำมาปรับใช้กับบุคคลผู้มีหน้าที่ตามกฎหมายที่จะต้องเผชิญหน้ากับภัยอันตราย

คำแปลภาษาไทย จาก ศิรณี ลิขิตวิทย์วุฒิ, “การสังเวยชีวิตเพื่อรักษาชีวิต : การปฏิเสธการรักษาผู้ป่วยวัยชราเพื่อรักษาผู้อ่อนวัยของแพทย์กรณีไวรัสโคโรนาในประเทศอิตาลี และผลในทางกฎหมายอาญาไทย” [ออนไลน์] เข้าถึงเมื่อ 29 กันยายน 2564. แหล่งที่มา:

<https://www.law.tu.ac.th/tulawcovid19-proved-covid-criminal-law/>

¹³ มาตรา 62 “พฤติการณ์ดังต่อไปนี้เป็นเหตุบรรเทาโทษสำหรับความผิด

(1) กรณีจำเลยได้กระทำโดยเหตุผลทางศีลธรรม และเพื่อประโยชน์ของสังคม”

¹⁴ Section 34 Necessity as justification

Whoever, when faced with a present danger to life, limb, liberty, honor, property or another legal interest which cannot otherwise be averted, commits an act to avert the danger from themselves or another is not deemed to act unlawfully if, upon weighing the conflicting interests, in particular the affected legal interests and the degree of the danger facing them, the protected interest substantially outweighs the one interfered with. However, this only applies to the extent that the act committed is an adequate means to avert the danger.

¹⁵ G.P. Fletcher, *Rethinking Criminal Law* (Oxford University Press, 2000), pp. 786-787.

นักกฎหมายและคำพิพากษาของเยอรมันเห็นว่าชีวิตมนุษย์เป็นคุณธรรมทางกฎหมายสูงสุด การทำลายชีวิตมนุษย์เพื่อรักษาชีวิตมนุษย์จึงอ้างเรื่องความจำเป็นที่ชอบด้วยกฎหมายเพื่อให้พ้นความรับผิดชอบทางอาญาไม่ได้ หลังจากมีเหตุการณ์ที่แพทย์ต้องเลือกรักษาเนื่องจากโควิด 19 เกิดขึ้น ได้มีการกล่าวถึงหลัก “หน้าที่ที่ขัดแย้งกัน” มีหลักพื้นฐานสามประการ คือ¹⁶ (1) มีหน้าที่ตั้งแต่สองหน้าที่ขึ้นไปที่ต้องกระทำ (2) การจัดลำดับความสำคัญของหน้าที่อยู่ภายใต้หลักการของผลประโยชน์เหนือกว่า (ความชั่วร้ายน้อยกว่า) (3) การปะทะกันระหว่างหน้าที่เป็นข้อแก้ตัวที่ชอบธรรมหากเกิดกรณีเลือกรักษาอาจอ้างหลักนี้ได้ แต่การตัดสินใจของแพทย์นั้น จะต้องมีการกำหนด Priority ขึ้นมาโดยพิจารณาจากความเร่งด่วนและโอกาสการรักษาสำเร็จแม้จะใช้หลักความจำเป็นที่ชอบด้วยกฎหมาย ตามมาตรา 34 ไม่ได้แต่หากแพทย์ทำหน้าที่ในสถานการณ์พิเศษที่เป็นไปตามประมวลจริยธรรมทางการแพทย์ของเยอรมันเป็นที่เข้าใจสำหรับสิ่งนี้สามารถยืนยันเหตุผลของมโนธรรมได้ นอกจากนี้ในสถานการณ์ทางกฎหมายที่สับสนหลีกเลี่ยงไม่ได้ แพทย์อาจจะอ้างมาตรา 17 German Criminal Code (StGB) ได้ Section 17 Mistake of law “ในกรณีการทำความผิดใด ผู้กระทำไม่รู้วาทันได้กระทำการที่ผิดกฎหมาย ผู้กระทำยอมกระทำไปโดยปราศจากความชั่วถ้าในกรณีนั้น ผู้กระทำไม่สามารถเลี่ยงความสำคัญผิดนั้น ...” แพทย์เยอรมันอาจได้รับการยกเว้นความผิดตามมาตรา 17

ประเทศอังกฤษ ในอดีตการยกข้อต่อสู้เรื่องการกระทำโดยจำเป็น เพื่อยกเว้นความรับผิดชอบการทำลายชีวิตมนุษย์นั้นเป็นสิ่งที่ไม่สามารถกระทำได้มาโดยตลอด แต่ในปี ค.ศ. 2000 คดี Re A (Children)¹⁷ ศาลตัดสินว่าการผ่าตัดของแพทย์แม้จะทำให้เด็กอีกตายแต่ก็ทำให้เด็กอีกคนรอดนั้นชอบด้วยกฎหมายตามหลักความชั่วที่น้อยกว่า และไม่ถือเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

ผลจากคำพิพากษาในคดีดังกล่าวแสดงให้เห็นว่าแนวโน้มของการปรับใช้กฎหมายในกรณีที่มีความจำเป็นภายใต้เหตุการณ์เฉพาะการทำลายชีวิตผู้บริสุทธิ์ที่มีโอกาสรอดชีวิตน้อยกว่า เพื่อรักษาไว้ซึ่งชีวิตของผู้บริสุทธิ์ที่มีโอกาสรอดชีวิตมากกว่าเป็นสิ่งที่สามารถอ้างหลักเรื่องความจำเป็นที่ชอบด้วยกฎหมาย แต่ต้องครบองค์ประกอบคือ 1) เป็นการกระทำเพื่อหลีกเลี่ยงอันตรายที่กำลังเกิดขึ้นโดยไม่อาจหลีกเลี่ยงด้วยวิธีการอื่นได้ 2) ทำได้เท่าที่จำเป็นเพื่อให้วัตถุประสงค์ที่กล่าวมาบรรลุเท่านั้น 3) ภัยที่เกิดขึ้นจะต้องไม่เกินสัดส่วนแห่งภัยที่จะหลีกเลี่ยง หากเป็นกรณีการทำลายชีวิตผู้บริสุทธิ์ที่มีโอกาสรอดชีวิตน้อยกว่า เพื่อรักษาไว้ซึ่งชีวิตของผู้บริสุทธิ์ที่มีโอกาสรอดชีวิตมากกว่า เป็นไปตามหลักความได้สัดส่วนเพราะเป็นการพิจารณาระหว่างชีวิตกับความตาย จึงจะเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมายนอกจากนี้ยังต้องทำให้มีจำนวนผู้รอดชีวิตเพิ่มมากขึ้น และการเลือกต้องเป็นไปตามลำดับที่กำหนดด้วยความเป็นธรรม เช่น ผู้มีโอกาสรอดชีวิตน้อยกว่าก็ต้องเป็นผู้ที่เสียสละ) แต่อย่างไรก็ดีจากเหตุการณ์โควิด 19 ที่ต้องเลือกรักษา แพทย์ร่วมกันเรียกร้องให้มีกฎหมายคุ้มครองแพทย์ เนื่องจากแพทย์กังวลต่อการถูกฟ้องและถูกสอบสวน โดยเรียกร้องให้มีการออกกฎหมายฉุกเฉินคุ้มครองแพทย์โดยใช้เฉพาะกับการตัดสินใจที่เพิ่มขึ้นโดยสุจริตเท่านั้น ในสถานการณ์ที่อยู่นอกเหนือการควบคุมและเป็นไปตามแนวทางที่เกี่ยวข้อง

¹⁶ Ivó Coca Vila, "Conflicting Duties in Criminal Law," *An International and Interdisciplinary Journal* 22(2019).

¹⁷ ศึกษาคำพิพากษาเพิ่มเติมได้ที่ Lifeboat case: is murder allowed by necessity? (Queen vs. Dudley and Stephens) แหล่งที่มา : <https://canestrinilex.com/en/readings/lifeboat-case-is-murder-allowed-by-necessity-queen-vs-dudley-and-stephens/>

ประเทศสหรัฐอเมริกา บัญญัติเรื่องความจำเป็นที่ชอบด้วยกฎหมายไว้ใน มาตรา 3.02 Model Penal Code¹⁸ ในบทบัญญัตินี้จะเห็นได้ว่าไม่มีการกล่าวถึงภัยอันตรายที่จะใกล้จะถึง มีเพียงว่าภัยอันตรายที่ผู้กระทำประสงค์จะหลีกเลี่ยงนั้นต้องรุนแรงกว่าภัยอันตรายที่จะเกิดขึ้นจากการกระทำสิ่งที่กฎหมายบัญญัติไว้เป็นความผิด เท่านั้น

จากคำพิพากษาและความเห็นของนักกฎหมาย เห็นว่าการยกข้อต่อสู้เรื่องการทำโดยจำเป็นเพื่อยกเว้นความรับผิดชอบฆ่าคนตายน่าจะทำได้ หากได้กระทำไปเพื่อรักษาสิ่งที่สำคัญกว่า เช่นชีวิตของคนจำนวนมาก แพทย์อาจอ้างเรื่องความจำเป็น (necessity defense) ในการเลือกรักษาในสถานการณ์ฉุกเฉินได้ หากถอดเครื่องช่วยหายใจเพื่อช่วยผู้ป่วยที่มีแนวโน้มที่มีโอกาสรอดชีวิตจากการรักษามากกว่า (แต่ต้องเป็นไปตามโปรโตคอล Triage) อย่างไรก็ตามนักวิชาการเห็นว่าหลักนี้อาจใช้ไม่ได้หากการถอดเครื่องช่วยหายใจสามารถช่วยผู้ป่วยรายอื่นได้เพียงรายเดียว (เมื่อเทียบกับการช่วยคนอื่นๆ ได้อีกหลายคน) เพราะกฎหมายอาญาโดยทั่วไปถือว่าแต่ละชีวิตเท่าเทียมกัน โดยเรียกร้องให้มีบทบัญญัติเหมือนในรัฐแมรี่แลนด์ที่ยกเว้นความผิดทางแพ่งและอาญาให้บุคลากรทางการแพทย์หากกระทำโดยสุจริตภายใต้สภาวะฉุกเฉิน¹⁹ มีผู้ให้ความเห็นว่าบทบัญญัตินี้จะสร้างภูมิคุ้มกันให้แพทย์ที่ปฏิบัติตามโปรโตคอลที่ได้รับการอนุมัติจากรัฐ โดยไม่คำนึงถึงผลด้านลบที่เกิดจากการถอดเครื่องช่วยหายใจของผู้ป่วย²⁰

¹⁸ Section 3.02. Justification Generally: Choice of Evils.

(1) Conduct that the actor believes to be necessary to avoid a harm or evil to himself or to another is justifiable, provided that:

(a) the harm or evil sought to be avoided by such conduct is greater than that sought to be prevented by the law defining the offense charged; and

(b) neither the Code nor other law defining the offense provides exceptions or defenses dealing with the specific situation involved; and

(c) a legislative purpose to exclude the justification claimed does not otherwise plainly appear.

(2) When the actor was reckless or negligent in bringing about the situation requiring a choice of harms or evils or in appraising the necessity for his conduct, the justification afforded by this Section is unavailable in a prosecution for any offense for which recklessness or negligence, as the case may be, suffices to establish culpability.

¹⁹ Maryland Code > Public Safety Section > Title 14 - Emergency Management > Subtitle 3A - Governor's Health Emergency Powers > § 14-3A-06. Immunity : “A health care provider is immune from civil or criminal liability if the health care provider acts in good faith and under a catastrophic health emergency proclamation”
<https://law.justia.com/codes/maryland/2005/gps/14-3A-06.html>

²⁰ Opinions of the Maryland Attorney General. Health–public health emergency preparedness–state’s authority to ration ventilators during pandemic–physician immunity. Published December 28, 2015. Accessed March 25, 2020.

<http://www.marylandattorneygeneral.gov/Opinions%20Documents/2015/100oag160.pdf>. Cited in I. Glenn Cohen, Andrew M. Crespo, and Douglas B. White, “Potential Legal Liability for Withdrawing or Withholding Ventilators During Covid-19: Assessing the Risks and Identifying Needed Reforms,” *JAMA* 323, 19 (2020).

6. วิเคราะห์และเปรียบเทียบความรับผิดชอบทางอาญาของแพทย์ กรณีจำเป็นต้องเลือกรักษาชีวิตผู้ป่วย ตามกฎหมายไทยและกฎหมายต่างประเทศ

6.1 วิเคราะห์แนวคิดทางปรัชญาที่เกี่ยวกับการเลือกรักษาของแพทย์ ไม่มีทางเป็นไปได้เลยที่ทรัพยากรมีจำกัดแต่ต้องรักษาทุกคน ซึ่งเป็นการตัดสินใจที่ยากลำบากที่อาจทำให้เกิดประโยชน์ต่ออีกฝ่ายหนึ่งและอีกฝ่ายหนึ่งต้องเสียประโยชน์ แพทย์จึงต้องเลือกทฤษฎีหรือบรรทัดฐาน ประโยชน์นิยม หลักคือการกระทำที่ดีที่สุดคือการก่อให้เกิดประโยชน์สุขแก่คนจำนวนมากที่สุด โดยในกรณีที่แพทย์ไม่สามารถรักษาทุกคนไว้ได้ การเลือกรักษาผู้ที่มีโอกาสรอดชีวิตมากที่สุดจึงเป็นทางออกที่ทุกคนเห็นพ้องต้องกัน ซึ่งแนวทางนี้เป็นแนวทางที่ก่อให้เกิดประโยชน์มากที่สุดกับทรัพยากรที่ได้ใช้ไป

ในสถานการณ์ปกตินั้น แพทย์จะต้องคำนึงถึงประโยชน์สูงสุดของผู้ป่วยเฉพาะราย แม้ว่าผู้ป่วยจะมีอายุมากหรือจะสามารถฟื้นคืนตัวได้ยากแพทย์ก็ต้องไม่เลือกรักษา ผู้ป่วยทุกคนมีสิทธิได้รับการดูแลสุขภาพที่เท่าเทียมกัน แต่ในสถานการณ์ฉุกเฉินทางสาธารณสุขที่มีทรัพยากรไม่เพียงพอแล้วนั้น หลักจริยธรรมนั้นยังคงอยู่เพียงแต่เปลี่ยนแนวทาง คือ จากประโยชน์สูงสุดเฉพาะราย ไปสู่ประโยชน์สูงสุดในทางสังคม คือ ต้องช่วยเหลือผู้ป่วยให้ได้มากที่สุด สถานการณ์ฉุกเฉินนั้น โดยในการเลือกรักษาแพทย์ต้องใช้เกณฑ์ที่โปร่งใสและเป็นธรรม ซึ่งจากที่ได้ศึกษาพบว่า การพยากรณ์โรคทางคลินิก เป็นทางเลือกที่ดีที่สุดที่สามารถวัดได้อย่างเป็นรูปธรรม ดังนั้นหลักอรรถประโยชน์นิยมจึงเป็นทางเลือกที่ควรนำมาใช้ที่สุดในการปรับเข้ากับการเลือกรักษาของแพทย์ในสถานการณ์ฉุกเฉิน ซึ่งถึงแม้ว่าจะไม่สามารถบรรลุประโยชน์สูงสุดของผู้ป่วยเฉพาะรายได้ แต่ก็บรรลุประโยชน์สูงสุดในสังคมที่ดีที่สุด สถานการณ์นั้น ๆ แล้ว ดังนั้นจะเห็นได้ว่าแพทย์ได้เลือกทางเลือกที่เป็นประโยชน์ที่สุดแล้ว แม้ว่าจะเล็งเห็นได้ว่าจะทำให้ผู้ป่วยอีกคนหนึ่งเสียชีวิต แต่เพื่อช่วยผู้ป่วยอีกหลายรายให้มีชีวิตรอดจากทรัพยากรอันมีจำกัดนั้น จึงเป็นสิ่งที่ไม่ควรลงโทษแพทย์แต่อย่างใดเลย อีกทั้งการกระทำของแพทย์ในกรณีนี้ยังขัดกับหลักทฤษฎีการลงโทษเพื่อแก้แค้นทดแทน ทฤษฎีการลงโทษเพื่อข่มขู่ยับยั้ง และทฤษฎีการลงโทษเพื่อแก้ไขฟื้นฟู เนื่องจากแพทย์ไม่ได้มีเจตจำนงเสรีที่แท้จริงและไม่ได้มีจิตใจที่ชั่วร้ายที่จะต้องทำให้เกรงกลัวโทษและกลับตัวเป็นคนดี การกระทำของแพทย์ในกรณีนี้จึงไม่ควรเกิดความรับผิดชอบทางอาญาไม่ว่าจะบนพื้นฐานของทฤษฎีใดก็ตาม และควรมีกฎหมายเพื่อจำกัดความรับผิดชอบของแพทย์ในกรณีนี้ด้วย

6.2 วิเคราะห์และเปรียบเทียบผลในทางกฎหมายอาญาและเหตุในการจำกัดความรับผิดชอบของการเลือกรักษาชีวิตผู้ป่วยของแพทย์ในประเทศไทย

เมื่อพิจารณาจากโครงสร้างความรับผิดชอบในทางกฎหมายอาญาของประเทศไทยแล้ว การที่แพทย์จำเป็นต้องเลือกรักษา หากแพทย์ถอดหรือไม่ใส่เครื่องช่วยหายใจผู้ป่วยคนหนึ่งเพื่อช่วยผู้ป่วยอีกคนหนึ่ง สถานการณ์ฉุกเฉิน แล้วทำให้ผู้ป่วยคนนั้นไม่ถูกเลือกนั้นถึงแก่ชีวิต แม้แพทย์จะมีเจตนาดีในการรักษาผู้ที่มีโอกาสรอดชีวิตมากกว่าแต่การกระทำของแพทย์นั้นครบองค์ประกอบความผิดตามกฎหมายอาญาแล้วตามมาตรา 288 ความรับผิดฐานฆ่าผู้อื่นโดยเจตนา คือแพทย์รู้หรือเล็งเห็นได้ว่าผลคือความตายนั้นจะเกิดขึ้น แต่ก็

ยังเลือกที่จะกระทำ แม้ในความเป็นจริงการที่แพทย์ถอดหรือไม่ใส่เครื่องช่วยหายใจจะถือว่าเป็นส่วนหนึ่งของการให้การรักษาแบบประคับประคองก็ตาม

นอกจากการฆ่าโดยเล็งเห็นผลแล้วแพทย์อาจมีความรับผิดชอบโดยดเว้นไม่กระทำเนื่องจากหน้าที่ในการรักษาของแพทย์นั้น โดยทั่วไปแล้วเป็นหน้าที่อันเกิดจากการยอมรับโดยเจาะจง คือ ยอมรับที่จะให้การรักษาผู้ป่วย ดังนั้นหากแพทย์ดเว้นไม่ทำการรักษาผู้ป่วย ปล่อยให้ผู้ป่วยถึงแก่ความตาย การงดเว้นการกระทำดังกล่าวของแพทย์ย่อมถือเป็นการฆ่าโดยดเว้น ตามมาตรา 288 ประกอบมาตรา 59 ประมวลกฎหมายอาญา

แม้แพทย์จะมีมูลเหตุจูงใจที่ดีคือต้องการรักษาผู้ป่วยในสถานการณ์ฉุกเฉินให้ได้มากที่สุด โดยนำอุปกรณ์และเครื่องมือที่มีอยู่ไปช่วยชีวิตผู้ที่มีโอกาสรอดชีวิตมากกว่า ก็ไม่อาจทำให้ผู้กระทำหลุดพ้นความรับผิดชอบไปได้หากสิ่งที่กระทำลงโดยเจตนาเป็นความผิดกฎหมายอยู่ในตัว เช่น ในกรณีฆ่าคนด้วยความสงสาร (mercy killing) เป็นต้น ซึ่งหลักในการเลือกรักษากรณีขาดแคลนทรัพยากร ต่างจากการรื้อถอน เนื่องจากในกรณีฉุกเฉินแพทย์จำเป็นต้องเลือกรักษาผู้ที่มีโอกาสรอดมากกว่า โดยอาจไม่ได้รับความยินยอมของผู้ป่วย แต่การรื้อถอนนั้นมาจากเจตนาของผู้ป่วยเอง แต่อย่างไรก็ดี ประเทศไทยได้มีการยอมรับการแสดงเจตนาเพื่อการตายในวาระสุดท้ายของตน เป็นข้อยกเว้นความรับผิดชอบทางอาญาของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมซึ่งได้กระทำตามเจตนาของผู้ป่วยในการทำหนังสือแสดงเจตนาไม่ประสงค์รับการรักษาหรือปฏิเสธการรักษา ซึ่งปรากฏอยู่ในพระราชบัญญัติสุขภาพแห่งชาติ²¹

อย่างไรก็ดีหากเป็นแพทย์ในหน่วยงานของรัฐ จะต้องพิจารณาตามมาตรา 157²² ประมวลกฎหมายอาญาด้วย ซึ่งมาตรา 157 จะต้องมีเจตนาพิเศษด้วยจึงจะเป็นความผิด เมื่อแพทย์กระทำด้วยความสุจริต คือเพื่อช่วยผู้ป่วยให้รอดชีวิตจำนวนมากที่สุด ก็ไม่เป็นความผิดตามมาตรา 157 แต่อย่างใด

ในเรื่องเหตุจำกัดความรับผิดชอบนั้น เมื่อพิจารณาตามหลักการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 68 การที่แพทย์ต้องเผชิญอันตรายจากโรคระบาดหรือภัยพิบัติ มิใช่ภัยอันตรายซึ่งเกิดจากการประทุษร้ายอันละเมิดต่อกฎหมาย ถึงแม้ว่าแพทย์จะกระทำไปเพื่อป้องกันสิทธิของผู้อื่นจากภัยอันตราย แต่แพทย์ก็ไม่สามารถอ้างการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายในกรณีนี้เพื่อเป็นเหตุยกเว้นความผิดได้ ส่วนในเรื่องการกระทำด้วยความจำเป็นตามมาตรา 67(2) และจากคำพิพากษาฎีกา การจะอ้างการกระทำด้วยความจำเป็นได้นั้น ต้องเป็นกรณีอันตรายที่ใกล้จะถึงอย่างแท้จริง และภัยอันตรายที่ก่อขึ้นแก่ผู้บริสุทธิ์จะต้องไม่รุนแรงไปกว่าภัยอันเป็นเหตุแห่งความจำเป็นจึงจะเป็นการได้สัดส่วน หากกรณีนี้เกิดขึ้น แพทย์อาจจะอ้างเหตุจำเป็นไม่ได้ เนื่องจากบางกรณีแพทย์ไม่อาจคาดหมายวัน เวลาที่ผู้ป่วยจะเสียชีวิตได้ การที่แพทย์หยุดการรักษาผู้ที่มีโอกาสรอดชีวิตน้อยกว่าเพื่อมาช่วยผู้ป่วยอีกคนหนึ่งที่มีโอกาสฟื้นคืนชีวิตได้มากกว่านั้นจึงเป็นการเกินกว่ากรณีจำต้องกระทำ และนอกจากนี้ภัยอันตรายที่แพทย์ได้ก่อแก่ผู้ป่วยที่มีโอกาสรอดชีวิตน้อยกว่าก็มิได้มีความรุนแรงน้อยกว่าภัยที่ผู้ป่วยที่มีโอกาสรอดชีวิตมากกว่าประสบพบเจออยู่แต่อย่างใด หากแต่มีความเท่าเทียมกันคือภัยอันตรายจากโรคระบาด หรือเหตุภัยพิบัติชนิดเดียวกัน การกระทำโดยจำเป็นนี้จึงเป็นการเกิน

²¹ ณัฐภัสสร แก้วมรกต, "มาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับความรับผิดชอบทางอาญาของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม" (นิติศาสตร์มหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์และรัฐศาสตร์ มหาวิทยาลัยบูรพา, 2557), หน้า 31.

²² มาตรา 157 ผู้ใดเป็นเจ้าพนักงาน ปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบ เพื่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้หนึ่งผู้ใด หรือปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยทุจริต ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่หนึ่งปีถึงสิบปี หรือปรับตั้งแต่สองหมื่นบาทถึงสองแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

สมควรแก่เหตุ แต่อาจจะได้รับการลดโทษตามดุลพินิจของศาลเนื่องจากเป็นความจำเป็นที่เกินสัดส่วนตาม มาตรา 69²³ แพทย์จึงไม่ได้รับความคุ้มครองอย่างที่ควรจะเป็น อีกทั้งบทบัญญัติเกี่ยวกับกฎหมายการแพทย์ก็ มิได้เขียนความรับผิดของแพทย์ในกรณีนี้ไว้ จึงควรมีบทบัญญัติเพื่อยกเว้นความรับผิดให้แพทย์เป็นการเฉพาะ โดยต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขที่กำหนด

6.3 วิเคราะห์และเปรียบเทียบต่างประเทศ

6.3.1 ผลในทางกฎหมายอาญาและเหตุในการจำกัดความรับผิดของการเลือกรักษาชีวิตผู้ป่วยของแพทย์ เมื่อพิจารณาจากผลในทางอาญาและเหตุจำกัดความรับผิดของแพทย์ของการเลือกรักษาชีวิตของแพทย์ในต่างประเทศ จะเห็นได้ว่า แต่ละประเทศล้วนมีข้อจำกัดความรับผิดให้แพทย์ทั้งสิ้นเนื่องจาก เห็นว่าในสถานการณ์ฉุกเฉินที่ทรัพยากรจำกัด แพทย์ไม่สามารถช่วยเหลือทุกคนได้พร้อม ๆ กัน จึงต้อง คำนึงถึงประโยชน์ของสังคมส่วนรวม คือรักษาผู้ป่วยได้มากที่สุด โดยเลือกรักษาผู้ที่มีโอกาสรักษาสำเร็จก่อน โดยแพทย์มิได้มีองค์ประกอบในเรื่องความชั่วแต่อย่างใด ในหลาย ๆ ประเทศจึงมีข้อจำกัดความรับผิด ให้แพทย์ เช่น ในประเทศอิตาลี แม้จะอ้างเรื่องความจำเป็นที่ชอบด้วยกฎหมายไม่ได้ แต่ก็มีบทบัญญัติสำหรับ ลดโทษให้แพทย์ ส่วนในประเทศเยอรมนีแม้จะอ้างเรื่องความจำเป็นที่ชอบด้วยกฎหมายไม่ได้เช่นเดียวกับ ประเทศอิตาลี แต่หากแพทย์ได้กระทำไปตามประมวลจริยธรรมแพทย์ และหากสามารถพิสูจน์ได้ว่าตนคิดว่าการกระทำของตนนั้นไม่เป็นความผิด ก็จะมีบทบัญญัติตามมาตรา 17 ยกเว้นความรับผิดให้แพทย์ ส่วนใน ประเทศอังกฤษ จากคำพิพากษาเห็นว่าแนวโน้มของการปรับใช้กฎหมายในกรณีที่มีความจำเป็นภายใต้ พหุติการณ์ของการเลือกรักษาชีวิตผู้ที่มีโอกาสรอดมากกว่าเป็นสิ่งที่สามารถอ้างหลักเรื่องความจำเป็นที่ชอบ ด้วยกฎหมายได้ แต่ต้องปรากฏข้อเท็จจริงชัดเจนว่าอีกคนจะเสียชีวิตแน่นอน และคนที่เป็นผู้ถูกเลือกนั้นจะ รอดชีวิต สำหรับประเทศสหรัฐอเมริกา นั้นจากคำพิพากษาและ Model penal code หลักการปรับใช้นั้น คล้าย ๆ กันกับประเทศอังกฤษ แต่ในบางรัฐ เช่น รัฐแมริแลนด์ ได้มีบทบัญญัติยกเว้นความรับผิดให้แพทย์ ในสถานการณ์ฉุกเฉินเป็นการเฉพาะซึ่งมีผู้ให้ความเห็นว่ารวมถึงการเลือกรักษาด้วย สำหรับในประเทศไทย อาจอ้างเรื่องความจำเป็นมาตรา 67(2) เพื่อยกเว้นความรับผิดได้ แต่ก็มีเงื่อนไขในการปรับใช้หลายประการ ทำให้แพทย์ไม่ได้รับความคุ้มครองอย่างที่ควรจะเป็นอย่างที่กล่าวไปในข้อ 6.2

6.3.2 วิเคราะห์และเปรียบเทียบหลักกฎหมายและคำพิพากษาเรื่องการกระทำด้วยความจำเป็นที่ชอบด้วยกฎหมาย จากที่กล่าวมาแต่ละประเทศจะเห็นได้ว่าประเทศส่วนใหญ่ล้วนแต่มีหลักเรื่อง ความจำเป็นที่ชอบด้วยกฎหมายหรือความจำเป็นที่กฎหมายยอมรับ โดยในประเทศไทยก็มีความจำเป็นใน ลักษณะนี้เช่นเดียวกัน แต่บัญญัติไว้ในเรื่องของการทำแท้ง ตามมาตรา 305 โดยหลักเรื่องความจำเป็นที่ชอบ ด้วยกฎหมายนั้น คุณธรรมทางกฎหมายที่จะปกป้องรักษาไว้จะต้องมากกว่าคุณธรรมที่ถูกทำลาย เมื่อชีวิต มนุษย์มีค่าเท่ากัน ในบางประเทศ เช่น ประเทศอิตาลี ประเทศเยอรมนี จึงไม่สามารถนำหลักเรื่องความจำเป็น ที่ชอบด้วยกฎหมายมาใช้ในการเลือกรักษาชีวิตได้ ส่วนทางฝั่งคอมมอนลอว์ได้แก่ประเทศอังกฤษ และประเทศ

²³ มาตรา 69 “ในกรณีที่บัญญัติไว้ในมาตรา 67 และมาตรา 68 นั้น ถ้าผู้กระทำได้กระทำไปเกินสมควรแก่เหตุ หรือเกินกว่ากรณีแห่งความจำเป็น หรือเกินกว่ากรณีแห่งการจำต้องกระทำเพื่อป้องกัน ศาลจะลดโทษน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดนั้นเพียงใดก็ได้ แต่ถ้าการกระทำ นั้นเกิดขึ้นจากความตื่นเต้น ความตกใจ หรือความกลัว ศาลจะไม่ลดโทษผู้กระทำก็ได้”

อเมริกัน จากคำพิพากษาและ Model penal code จะต้องเป็นกรณีการเลือกรักษาชีวิตนั้นสามารถอ้างเหตุความจำเป็นที่ชอบด้วยกฎหมายได้ แต่จะต้องเป็นการกระทำเพื่อหลีกเลี่ยงอันตรายที่กำลังเกิดขึ้นโดยไม่มีทางเลือกด้วยวิธีการอื่นได้ ทำให้มีจำนวนผู้รอดชีวิตเพิ่มมากขึ้น การเลือกต้องเป็นไปตามลำดับที่กำหนดด้วยความเป็นธรรม เช่น ผู้มีโอกาสรอดชีวิตน้อยกว่าก็ต้องเป็นผู้ที่เสียสละ และต้องได้สัดส่วน (หากเป็นกรณีการทำลายชีวิตผู้บริสุทธิ์ที่มีโอกาสรอดชีวิตน้อยกว่า เพื่อรักษาไว้ซึ่งชีวิตของผู้บริสุทธิ์ที่มีโอกาสรอดชีวิตมากกว่า เป็นไปตามหลักความได้สัดส่วนเพราะเป็นการพิจารณาระหว่างชีวิตกับความตาย จึงจะเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมาย) ซึ่งแนวโน้มการปรับใช้หลักเรื่องความจำเป็นในการเลือกรักษาชีวิตของประเทศฝั่งคอมมอนลอว์สามารถทำได้ แต่ต้องเป็นการทำลายชีวิตผู้ที่มีโอกาสรอดชีวิตน้อยกว่า เพื่อรักษาไว้ซึ่งชีวิตของผู้ที่มีโอกาสรอดชีวิตมากกว่า

6.3.3 วิเคราะห์และเปรียบเทียบผลในทางกฎหมายอาญาและเหตุในการจำกัดความรับผิดชอบของการเลือกรักษาชีวิตผู้ป่วยของแพทย์ เมื่อวิเคราะห์จากผลในทางอาญาและเหตุจำกัดความรับผิดชอบของแพทย์ของการเลือกรักษาชีวิตของแพทย์ในต่างประเทศ จะเห็นได้ว่า แต่ละประเทศล้วนมีข้อจำกัดความรับผิดชอบให้แพทย์ทั้งสิ้นเนื่องจากเห็นว่าในสถานการณ์ฉุกเฉินที่ทรัพยากรจำกัด แพทย์ไม่สามารถช่วยเหลือทุกคนได้พร้อม ๆ กัน จึงต้องคำนึงถึงประโยชน์ของสังคมส่วนรวม คือรักษาผู้ป่วยได้มากที่สุด โดยเลือกรักษาผู้ที่มีโอกาสรักษาสำเร็จก่อน โดยแพทย์มิได้มีองค์ประกอบในเรื่องความชั่วแต่อย่างใด ในหลาย ๆ ประเทศจึงมีข้อจำกัดความรับผิดชอบให้แพทย์ เช่น ในประเทศอิตาลี แม้จะอ้างเรื่องความจำเป็นที่ชอบด้วยกฎหมายไม่ได้ แต่ก็มิบบทบัญญัติสำหรับลดโทษให้แพทย์ ส่วนในประเทศเยอรมนีแม้จะอ้างเรื่องความจำเป็นที่ชอบด้วยกฎหมายไม่ได้เช่นเดียวกับประเทศอิตาลี แต่หากแพทย์ได้กระทำไปตามประมวลจริยธรรมแพทย์ และหากสามารถพิสูจน์ได้ว่าตนคิดว่าการกระทำของตนนั้นไม่เป็นความผิด ก็จะมีบทบัญญัติตามมาตรา 17 ยกเว้นความรับผิดชอบให้แพทย์ ส่วนในประเทศอังกฤษ จากคำพิพากษาเห็นว่าแนวโน้มของการปรับใช้กฎหมายในกรณีที่มีความจำเป็นภายใต้พฤติการณ์ของการเลือกรักษาชีวิตผู้ที่มีโอกาสรอดมากกว่าเป็นสิ่งที่สามารถอ้างหลักเรื่องความจำเป็นที่ชอบด้วยกฎหมายได้ แต่ต้องปรากฏข้อเท็จจริงชัดเจนว่าอีกคนจะเสียชีวิตแน่นอน และคนที่เป็นผู้ถูกเลือกนั้นจะรอดชีวิต สำหรับประเทศสหรัฐอเมริกา นั้นจากคำพิพากษาและ Model penal code หลักการปรับใช้นั้นคล้าย ๆ กันกับประเทศอังกฤษ แต่ในบางรัฐ เช่น รัฐแมริแลนด์ ได้มีบทบัญญัติยกเว้นความรับผิดชอบให้แพทย์ในสถานการณ์ฉุกเฉินเป็นการเฉพาะซึ่งมีผู้ให้ความเห็นว่ารวมถึงการเลือกรักษาด้วย สำหรับในประเทศไทยอาจอ้างเรื่องความจำเป็นมาตรา 67(2) เพื่อยกเว้นความรับผิดชอบได้ แต่ก็มีเงื่อนไขในการปรับใช้หลายประการ ทำให้แพทย์ไม่ได้รับความคุ้มครองอย่างที่ควรจะเป็น อีกทั้งบทบัญญัติเกี่ยวกับกฎหมายการแพทย์ก็ได้เขียนความรับผิดชอบของแพทย์ในกรณีนี้ไว้ จึงควรมีบทบัญญัติเพื่อยกเว้นความรับผิดชอบให้แพทย์เป็นการเฉพาะโดยต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขที่กำหนด

6.3.4 วิเคราะห์และเปรียบเทียบปัญหาในการชั่งน้ำหนักชีวิตมนุษย์ ในทางวิชาการมีความเห็นแตกต่างกันอยู่ 2 แนวทาง แนวทางแรก การชั่งน้ำหนักชีวิตมนุษย์ในการที่จะเลือกว่าใครจะอยู่ใครจะตายนั้นไม่สามารถทำได้ ซึ่งเป็นแนวทางของเยอรมันที่ให้ความเคารพต่อชีวิตของมนุษย์สูงที่สุด ไม่สามารถใช้หลักเรื่องความจำเป็นที่ชอบด้วยกฎหมายกับสิ่งที่มีคุณค่าเท่ากัน แนวทางที่สอง คือ การการเลือกรักษาโดยการชั่งน้ำหนักชีวิตมนุษย์ สามารถนำเรื่องความจำเป็นที่ชอบด้วยกฎหมายมาใช้เพื่อยกเว้นความผิดฐานฆ่า

ผู้อื่นโดยเจตนาได้ หากจำเป็นเพื่อรักษาชีวิตมนุษย์ด้วยกันและเป็นผลทำให้มีจำนวนผู้รอดชีวิตมากกว่ากรณีที่ไม่มีการกระทำ การกระทำดังกล่าวเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมายตามหลักการชั่งน้ำหนักประโยชน์หรือหลัก lesser evils ซึ่งเป็นไปตามความเห็นส่วนใหญ่ของนักกฎหมายระบบคอมมอนลอว์

สำหรับในประเทศไทยมีความเห็นของนักกฎหมายที่แตกต่างกันออกไป ศาสตราจารย์ ดร. เกียรติขจร ใต้ให้ข้อสังเกตเกี่ยวกับการกระทำด้วยความจำเป็น ว่าการทำลายชีวิตของคน ๆ หนึ่ง เพื่อช่วยชีวิตหลาย ๆ คนถือเป็นการกระทำโดยจำเป็นพอสมควรแก่เหตุหรือไม่ ซึ่งอาจารย์เห็นว่าการทำลายชีวิตของคนหนึ่งเพื่อช่วยชีวิตของอีกคนเป็นการกระทำที่สมควรแก่เหตุ แต่ถ้าทำลายชีวิตของคนหนึ่งเพื่อให้อีกคนมีชีวิตรอด ถือว่าพอสมควรแก่เหตุ เท่ากับว่าเป็นการทำประโยชน์แก่สังคมด้วยการช่วยรักษาชีวิตของคนสองคนไว้²⁴ ศาสตราจารย์ ดร. คณิต ใต้ให้ความเห็นว่า ชีวิตมนุษย์เป็นคุณค่าทางกฎหมายที่สูงที่สุด การทำลายชีวิตมนุษย์เพื่อรักษาชีวิตมนุษย์จึงอ้างเรื่องความจำเป็นที่ชอบด้วยกฎหมายเพื่อให้พ้นความรับผิดชอบทางอาญาไม่ได้²⁵ ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. รณกรณ์ บุญมี เห็นว่า แม้การฆ่าผู้บริสุทธิ์จะเป็นการกระทำที่โดยทั่วไปสมควรจะถูกลงโทษ แต่หากเป็นกรณีเฉพาะของการฆ่าผู้บริสุทธิ์ด้วยความจำเป็นเพื่อรักษาชีวิตของผู้บริสุทธิ์จำนวนมากกว่าเอาไว้ได้ ภายใต้เงื่อนไขอันจำกัดตามกฎหมายได้กำหนดไว้ล่วงหน้า การกระทำนั้นย่อมเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมาย และผู้กระทำได้ไม่มีความรับผิดชอบทางอาญาเลย เพราะการกระทำดังกล่าวเป็นการกระทำที่สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของกฎหมายในการรักษาชีวิต อีกทั้งยังรักษาผลประโยชน์สูงสุดในความเป็นจริงให้กับสังคม²⁶

จากข้อมูลข้างต้นจะเห็นได้ว่าทางฝั่งนักกฎหมายไทยเองก็มีความเห็นไม่ได้เป็นในแนวเดียวกันทั้งหมดในการเลือกรักษาชีวิต แต่อย่างไรก็ดีความเห็นดังกล่าวเป็นความเห็นในกรณีทั่วไป แต่เมื่อเกิดสถานการณ์ฉุกเฉินที่มีทรัพยากรจำกัด ไม่สามารถรักษาไว้ซึ่งชีวิตของคนทุกคนได้ เมื่อไม่สามารถรักษาชีวิตของคนทุกคนได้จึงจำเป็นต้องเลือกผู้ที่มีโอกาสรอดมากที่สุด และเพื่อให้มีผู้มีชีวิตรอดมากขึ้นจึงจะเกิดประโยชน์สูงสุดต่อสังคม ซึ่งข้าพเจ้าเห็นด้วยกับแนวคิดฝั่งคอมมอนลอว์ คือ การชั่งน้ำหนักชีวิตมนุษย์ สามารถนำเรื่องความจำเป็นที่ชอบด้วยกฎหมายมาใช้เพื่อยกเว้นความผิดได้ หากจำเป็นเพื่อรักษาชีวิตมนุษย์ด้วยกันและเป็นผลทำให้มีจำนวนผู้รอดชีวิตมากกว่ากรณีที่ไม่มีการกระทำใดเลย แต่อย่างไรก็ดีต้องมีหลักเกณฑ์การเลือกที่ชอบธรรม ซึ่งในเรื่องเกี่ยวกับการแพทย์นั้นการที่แพทย์จะไม่เลือกรักษาผู้ป่วยคนใด แพทย์ก็มีหลักเกณฑ์ที่แน่นอนและเป็นสากลที่ถือปฏิบัติกันทั่วโลก จึงไม่มีความน่ากังวลเรื่องความไม่เป็นธรรมในการเลือกแต่อย่างใด

6.3.5 วิเคราะห์และเปรียบเทียบ ความคิดเห็น/ข้อเรียกร้องของนักวิชาการ แพทย์ นักกฎหมาย ที่เกี่ยวกับเรื่องความจำเป็นต้องเลือกรักษาชีวิตผู้ป่วย

สำหรับประเทศไทยจากหลักเกณฑ์การจัดสรรทรัพยากรในการบริหารผู้ป่วยวิกฤตในระหว่างการแพร่ระบาดของโรคโควิด-19 ของประเทศไทย และจากการสัมภาษณ์แพทย์และนักกฎหมายพบว่า

²⁴ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, คำอธิบายกฎหมายอาญามาตรา 1 บทบัญญัติทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 10 (แก้ไขเพิ่มเติม) (พลสยาม พรินต์ติ้ง, 2551), หน้า 453-454.

²⁵ คณิต ใต้ น.ร., กฎหมายอาญามาตราทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 6 (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2560), หน้า 263.

²⁶ รณกรณ์ บุญมี, "ความรับผิดชอบทางอาญา : ศึกษากรณีการฆ่าเพื่อรักษาชีวิตด้วยความจำเป็น" (วิทยานิพนธ์หลักสูตรนิติศาสตรดุษฎีบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2556), หน้า 22.

ความเห็นไปในทางเดียวกันคือ ยังไม่มีกฎหมายยกเว้นความผิดให้แพทย์อย่างเป็นทางการกรณีฉุกเฉิน เมื่อยังไม่มีกฎหมายรับรอง แพทย์จึงเป็นกังวลว่าแม้จะเลือกรักษาผู้ป่วยโดยกระทำตามหลักเกณฑ์แนวทางของแพทย์ที่ได้วางไว้ แต่เมื่อยังไม่มีกฎหมายออกมายกเว้นความผิดให้ แพทย์ก็ยังคงเป็นกังวลว่าจะถูกดำเนินคดี โดยได้มีคำแนะนำว่าการเลือกรักษาผู้ป่วยหากมีกฎหมายคุ้มครองแพทย์จากความผิดในกรณีมีสถานการณ์ฉุกเฉินในการตัดสินใจเลือกก็ต้องควรเป็นกรณีที่ทรัพยากรไม่เพียงพอ คนที่มีโอกาสรักษาประสบความสำเร็จมากก็ต้องได้รับการรักษาก่อน คนที่มีโอกาสประสบความสำเร็จน้อยก็ต้องเป็นลำดับรองลงมา

จากที่กล่าวมาจะเห็นได้ว่าในสถานการณ์ฉุกเฉิน ยังไม่มีกฎหมายคุ้มครองบุคลากรทางการแพทย์อย่างเพียงพอ ซึ่งจะส่งผลกระทบต่อบุคลากรทางการแพทย์ซึ่งอาจต้องตกเป็นผู้ต้องหาในคดีอาญาและเสี่ยงต่อการถูกตำรวจสอบสวน โดยเฉพาะกรณีที่แพทย์ที่ถอดเครื่องช่วยหายใจออกจากผู้ป่วยที่ไม่ยินยอมอาจถูกตั้งข้อหาฆาตกรรมทางอาญา หากแพทย์รู้ว่าการถอดเครื่องช่วยหายใจออกจะทำให้ผู้ป่วยเสียชีวิต ไม่ว่าผู้ป่วยจะเสียชีวิตในไม่ช้านี้ก็ตาม

ข้อเรียกร้องของต่างประเทศต้องการให้แพทย์ปราศจากความรับผิดชอบทั้งทางแพ่งและทางอาญาในการเลือกการรักษาชีวิตผู้ป่วย แต่อย่างไรก็ดี ในการตัดสินใจนั้นจะต้องมีการกำหนด Priority ขึ้นมา เพื่อเป็นตัวการในการช่วยตัดสินใจว่าจะช่วยหรือสละชีวิตผู้ป่วยคนใด และจะต้องมีเหตุผลรองรับเพื่อที่จะอ้างเหตุจำเป็นในการเลือกรักษาผู้ป่วยได้ แม้โดยหลักการทั่วไปแพทย์ต้องรักษาหมดทุกคน แต่เมื่อสถานการณ์เปลี่ยนแปลงไป บุคลากรทางการแพทย์ไม่สามารถทำหลาย ๆ หน้าที่พร้อม ๆ กันได้ ซึ่งเป็นไปตามหลักเรื่องการแข่งขันระหว่างหน้าที่ คือเราไม่สามารถบังคับให้คนทำในสิ่งที่ไม่สามารถทำได้ ในที่นี้คือ การรักษาผู้ป่วยทั้งหมด ทั้ง ๆ ที่ทรัพยากรไม่เพียงพอต่อการรักษา ดังนั้น จึงควรมีการบัญญัติกฎหมายเพื่อคุ้มครองแพทย์ ในกรณีที่มีการเลือกรักษาแล้ว ก็จะต้องรักษาผู้ป่วยที่เลือกรักษามาจนรักษาสำเร็จ ความเห็นของแพทย์ในอังกฤษเห็นว่าในกรณีนี้แพทย์ไม่ได้ต้องการอยู่เหนือกฎหมาย โดยเสนอว่ากฎหมายฉุกเฉินที่ออกมาคุ้มครองแพทย์ในกรณีนี้ควรใช้เฉพาะกับการตัดสินใจที่พาดพิงโดยสุจริต ในสถานการณ์ที่อยู่นอกเหนือการควบคุมและเป็นไปตามแนวทางที่เกี่ยวข้องเท่านั้น กฎหมายดังกล่าวจะไม่มีผลบังคับใช้กับการกระทำโดยประมาท ซึ่งในทุกประเทศมีความเห็นตรงกันว่าการทำตามหลักเกณฑ์หรือคำแนะนำที่มีอยู่ในปัจจุบันยังไม่ให้ความคุ้มครองทางการแพทย์แต่อย่างใด

ในประเทศสหรัฐอเมริกา นักกฎหมายได้เสนอว่า ทุกรัฐในสหรัฐอเมริกาควรนำบทบัญญัติของรัฐแมรีแลนด์ไปบัญญัติในรัฐของตน โดยผู้ให้บริการด้านสุขภาพจะได้รับความคุ้มครองจากความรับผิดชอบทางแพ่งหรือทางอาญา หากผู้ให้บริการด้านสุขภาพกระทำการโดยสุจริตและอยู่ภายใต้การประกาศภาวะฉุกเฉินด้านสาธารณสุขที่ร้ายแรง ซึ่งตามความเห็นของอัยการของรัฐแมรีแลนด์ที่ดีความกฎหมายนี้ จะสร้างภูมิคุ้มกันให้กับบุคลากรทางการแพทย์ที่ทำตามหลักเกณฑ์การถอดเครื่องช่วยหายใจโดยไม่ต้องคำนึงถึงผลกระทบเชิงลบที่เกิดจากการถอดเครื่องช่วยหายใจของผู้ป่วยแต่อย่างใด ซึ่งผู้เขียนเห็นด้วยอย่างยิ่งว่าปัจจุบันยังไม่มีกฎหมายคุ้มครองแพทย์ในกรณีจำเป็นต้องเลือกรักษาอย่างเต็มรูปแบบ จึงควรมีการบัญญัติกฎหมายยกเว้นความผิดให้แพทย์เหมือนที่ทั่วโลกกำลังเรียกร้องกฎหมายนี้

6.4 วิเคราะห์เงื่อนไขและผลทางกฎหมายที่เหมาะสม ดังที่ได้มีความเห็นของนักกฎหมายที่ได้กล่าวไปในหัวข้อแล้วว่า เราไม่สามารถฝากความคาดหวังไว้กับพนักงานอัยการที่จะไม่สั่งฟ้องแพทย์ผู้ทำการเลือกรักษาได้ ถึงแม้ว่าโอกาสที่จะไม่ฟ้องคดีจะมีมากกว่า หรือเมื่อคดีขึ้นไปสู่ศาลแล้วเราก็จะพบการใช้ดุลพินิจของผู้พิพากษาว่าบุคลากรทางการแพทย์จะถูกลงโทษ ยกเว้นโทษ หรือลดโทษ ดังนั้นการคุ้มครองบุคลากรทางการแพทย์ไม่ควรขึ้นอยู่กับดุลพินิจของใครคนใดคนหนึ่งแต่ควรมีบทบัญญัติทางกฎหมายและเงื่อนไขที่เหมาะสมมากกว่า

จากการวิเคราะห์เปรียบเทียบมาทั้งหมดจะเห็นได้ว่าประเทศต่าง ๆ ล้วนต้องการให้มีข้อจำกัดความรับผิดชอบของแพทย์ในกรณีจำเป็นต้องเลือกรักษาชีวิตผู้ป่วยในสถานการณ์ฉุกเฉิน แม้บางประเทศจะไม่สามารถนำหลักเรื่องความจำเป็นโดยชอบด้วยกฎหมายมาใช้ได้ แต่ก็พยายามที่จะผลักดันให้ออกบทบัญญัติเพื่อคุ้มครองแพทย์ หรือใช้บทบัญญัติในกฎหมายอาญายกเว้นความผิด ยกเว้นโทษ หรือลดโทษให้แพทย์ ซึ่งจากการสัมภาษณ์ผู้เชี่ยวชาญในประเทศไทย และความเห็นของแพทย์ในต่างประเทศ ล้วนแต่ต้องการให้การเลือกรักษาชีวิตผู้ป่วยในสถานการณ์ฉุกเฉินนั้นเป็นเหตุยกเว้นความรับผิดทางแพ่งและทางอาญา แต่อย่างไรก็ดี เนื่องจากชีวิตมนุษย์ทุกคนมีความเท่าเทียมกันในการจัดลำดับหรือการคัดเลือคนั้นจึงต้องในการเลือกรักษานั้นจะต้องอ้างอิงหลักเกณฑ์ที่เป็นสากลและทำให้ประชาชนยอมรับได้ จากการศึกษาหลักกฎหมายของประเทศอิตาลี ประเทศเยอรมนี คำพิพากษาของศาลในประเทศอังกฤษ และสหรัฐอเมริกา รวมถึงความเห็นของผู้เชี่ยวชาญผู้เขียนได้กลั่นเงื่อนไขที่เหมาะสมสำหรับการยกเว้นความผิดให้แพทย์ ดังนี้

1. การเลือกต้องเป็นไปตามลำดับที่กำหนดด้วยความเป็นธรรม ซึ่งในที่นี้คือการเลือกรักษาผู้ที่มีโอกาสรอดชีวิตมากกว่าหรือโอกาสประสบความสำเร็จในการเลือกรักษาสูงที่สุด โดยต้องดำเนินการตามหลักเกณฑ์ของแพทย์ที่ได้รับการรับรองจากแพทยสภาหรือหน่วยงานอื่นทางการแพทย์ที่มีความน่าเชื่อถือ โดยผู้เขียนแนะนำให้อ้างอิงหลักเกณฑ์การจัดสรรทรัพยากรในการบริหารผู้ป่วยวิกฤตในระหว่างการแพร่ระบาดของโรคโควิด-19 ของประเทศไทย²⁷ ซึ่งทีมวิจัยได้มีการรวบรวมแนวทางปฏิบัติจากประเทศต่าง ๆ โดยนำมาทำเป็นหลักเกณฑ์การเลือกรักษาผู้ป่วยในสถานการณ์ฉุกเฉิน ซึ่งจะทำได้กับสถานการณ์ฉุกเฉินทุกสถานการณ์ไม่เพียงแต่โรคระบาด โควิด - 19 เท่านั้น โดยหลักเกณฑ์นี้ได้ใช้การพยากรณ์โรคทางคลินิก (clinical prognosis) เป็นเกณฑ์ทางการแพทย์ที่ใช้พยากรณ์โอกาสรอดชีวิตในระยะสั้น ซึ่งเป็นทางเลือกที่ดีที่สุดเพื่อใช้เป็นเกณฑ์การจัดลำดับความสำคัญ เนื่องจากสามารถเปรียบเทียบได้อย่างเป็นรูปธรรม จึงทำให้บุคลากรทางการแพทย์สามารถปฏิบัติให้สอดคล้องเป็นมาตรฐานเดียวกันได้ โดยไม่สามารถนำหลักอื่นนอกจากนี้มาใช้ได้ เช่น อายุ เชื้อชาติ สัญชาติ หลักมาก่อนได้ก่อน หรือการสุ่มด้วยวิธีอื่น นอกจากนี้สิ่งต้องห้ามที่ไม่สามารถนำมาใช้ได้เลยคือ คุณค่าทางสังคม ของผู้ป่วยแต่ละคน เพราะทำให้เกิดปัญหาในการตีความและการเลือกปฏิบัติ เนื่องจากคุณค่าของคนแต่ละคนไม่สามารถเปรียบเทียบกันได้โดยง่าย การใช้เกณฑ์ประโยชน์หรือคุณค่าต่อสังคมจึงอาจก่อให้เกิดความขัดแย้งในสังคมและความไม่เชื่อมั่นของประชาชน

2. ในการเลือกรักษานั้นต้องทำให้มีผู้ป่วยที่รอดชีวิตเพิ่มมากขึ้นจากการเลือกนั้นเพื่อให้เป็นไปตามหลักอรรถประโยชน์นิยมหรือประโยชน์สูงสุดของสังคม

²⁷ โครงการประเมินเทคโนโลยีและนโยบายด้านสุขภาพ, "รายงานวิจัย : หลักเกณฑ์การจัดสรรทรัพยากรในการบริหารผู้ป่วยวิกฤตในระหว่างการแพร่ระบาดของโรคโควิด 19 ของประเทศไทย" [ออนไลน์].

3. มีการประกาศภาวะฉุกเฉินทางด้านสาธารณสุขโดยรัฐหรือหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง ทำให้เราไม่ต้องกังวลว่าภาวะฉุกเฉินนี้หมายความว่าถึงอะไรบ้าง โดยรัฐจะเป็นผู้กำหนดนิยามของความฉุกเฉินนั่นเอง ไม่ว่าจะเป็นภัยพิบัติ โรคระบาด หรือสงคราม ซึ่งจากคำนิยามของกรมควบคุมโรค “ภาวะฉุกเฉินทางสาธารณสุข” หมายถึง เหตุการณ์การเกิดโรคและภัยคุกคามสุขภาพซึ่งมีลักษณะเข้าได้กับเกณฑ์อย่างน้อย 2 ใน 4 ประการ คือ ทำให้เกิดผลกระทบทางสุขภาพอย่างรุนแรง เป็นเหตุการณ์ที่ผิดปกติหรือไม่เคยพบมาก่อน มีโอกาสที่จะแพร่ไปสู่พื้นที่อื่น และต้องจำกัดการเคลื่อนที่ของผู้คนหรือสินค้า เช่น เหตุการณ์ที่ก่อให้เกิดการบาดเจ็บและอุบัติภัย โรคติดต่อ เป็นต้น²⁸

4. สาธารณสุข โรงพยาบาล บุคลากรทางการแพทย์ได้พยายามจัดหาทรัพยากรเพิ่มเติมหรือใช้กลไกให้เกิดการใช้ทรัพยากรร่วมกันระหว่างสถานพยาบาลจนถึงที่สุดแล้วแต่ยังไม่เพียงพอต่อความต้องการของผู้ป่วยวิกฤต

5. การเลือกรักษาชีวิตผู้ป่วยของแพทย์นั้นต้องเป็นไปโดยสุจริตและไม่ประมาท

ในเรื่องผลทางกฎหมายที่เหมาะสม อย่างที่ได้กล่าวมาแล้วในเรื่องความแตกต่างของเหตุยกเว้นความผิดและเหตุยกเว้นโทษว่าเหตุยกเว้นความผิด คือ เหตุที่ทำให้การกระทำไม่เป็นความผิด ดังนั้นผู้กระทำจึงไม่มีความรับผิดทางอาญา รวมทั้งทางแพ่งด้วย ในขณะที่เหตุยกเว้นโทษ คือ เหตุที่ทำให้ผู้กระทำไม่ต้องรับโทษแม้จะได้กระทำความผิดประกอบที่กฎหมายบัญญัติและไม่มีเหตุที่ทำให้การกระทำไม่เป็นความผิด กล่าวคือเป็นกรณีที่กระทำความผิดแต่กฎหมายยกโทษให้ผู้กระทำไม่ต้องรับผิดทางอาญา แต่ยังคงต้องชดเชยค่าสินไหมทดแทนทางแพ่ง เพราะการกระทำนั้นเป็นการละเมิดสิทธิไม่สามารถทำได้โดยชอบด้วยกฎหมาย

การที่แพทย์จำเป็นต้องเลือกรักษาผู้ป่วยนั้น แพทย์ไม่ได้มีจิตใจชั่วร้ายหรือเป็นอาชญากรที่จะต้องถูกลงโทษแต่อย่างใด อีกทั้งในสถานการณ์วิกฤตเช่น กรณีโควิด 19 ที่ขาดแคลนทั้งบุคลากรทางการแพทย์และอุปกรณ์ทางการแพทย์นั้น แพทย์ไม่สามารถรักษาผู้ป่วยหลายคนพร้อม ๆ กันได้ โดยการเลือกรักษาชีวิตผู้ป่วยนั้น ผู้เขียนเห็นว่าไม่ผิดหลักจริยธรรมทางการแพทย์แต่อย่างใด เพียงแต่เปลี่ยนหลักจริยธรรมจากการรักษาผลประโยชน์สูงสุดของผู้ป่วย เป็นรักษาผลประโยชน์สูงสุดของสังคมแทน

นอกจากนั้นแพทย์ยังมีแนวทางชัดเจนในการปฏิบัติ โดยมีการจัดลำดับความสำคัญที่มีความโปร่งใส ซึ่งจะส่งผลในการทำงานของแพทย์คือลดแรงกดดันทางจิตใจของบุคลากรทางการแพทย์และสร้างความเชื่อมั่นให้กับประชาชนว่าจะได้รับการจัดสรรทรัพยากรอย่างเท่าเทียมและเป็นธรรมในภาวะฉุกเฉินทางสาธารณสุข ภายใต้การคำนึงถึงประโยชน์สูงสุดต่อสังคมที่หมายถึงการช่วยชีวิตผู้ป่วยจำนวนมากที่สุดเท่าที่จะทำได้โดยไม่มีทางเลือกปฏิบัติ

ดังที่กล่าวไปแล้วว่ากฎหมายอาญาเรื่องความจำเป็นของประเทศไทยที่แพทย์อาจจะสามารถนำมาอ้างได้เป็นเพียงเหตุยกเว้นโทษเท่านั้น ซึ่งหากเป็นเพียงเหตุยกเว้นโทษ ถือว่าการกระทำของแพทย์เป็นความผิดแต่กฎหมายยกเว้นโทษให้เท่านั้น ซึ่งผู้กระทำยังมีความผิดอาจทำให้มีความรับผิดทางแพ่งหรือทางวินัยได้ หรืออาจส่งผลกระทบต่อบุคคลดังกล่าว ไม่ว่าจะเป็นเรื่องของทะเบียนประวัติอาชญากรรมต้องเสียเวลาถูก

²⁸ กรมควบคุมโรค, "การจัดการภาวะฉุกเฉินทางสาธารณสุขระบบบัญชาการเหตุการณ์และศูนย์ปฏิบัติการภาวะฉุกเฉินทางสาธารณสุข" [ออนไลน์] เข้าถึงเมื่อ 24 สิงหาคม 2565. http://www.ppho.go.th/webppho/dl_strat/F20170616075301.pdf

สอบสวน ค้นหาพยานหลักฐานไปต่อสู้อันชั้นศาล ทั้งที่บุคลากรทางการแพทย์ต้องทำงานหนักเพื่อต่อสู้กับโรคระบาดหรือเหตุการณ์วิกฤตต่างๆ หรือหากเป็นเพียงเหตุผลโทษ แพทย์อาจกลายเป็นนักโทษในเรือนจำ จึงควรให้โอกาส ผู้มีวิชาชีพได้ทำงานของเขาในสถานการณ์ฉุกเฉิน จึงควรมีการยกเว้นความผิดให้กับแพทย์ในสถานการณ์เช่นนี้ ซึ่งเป็นความเห็นที่แพทย์และนักกฎหมายทั้งไทยและต่างประเทศเห็นตรงกัน

ข้อดีของการบัญญัติให้เป็นเหตุยกเว้นความผิดนั้น ส่งผลเสมือนว่ากฎหมายยอมรับว่า การที่แพทย์กระทำเช่นนั้นเป็นการรักษาประโยชน์สูงสุดแก่สังคมซึ่งกฎหมายควรจะสนับสนุนมากกว่าไปลงโทษ ดังนั้น บุคคลที่เป็นฝ่ายต้องเสียหาย ในที่นี้คือผู้ป่วยที่มีโอกาสรอดชีวิตน้อยจึงต้องจำยอมรับผลของการเลือกโดยถือเป็นผู้เสียสละเพื่อผลประโยชน์ของสังคม

แม้ในประเทศไทยจะมีแนวคิดเรื่องความจำเป็นยกเว้นความผิดในเรื่องการทำแท้ง หรือมีผู้สนับสนุนให้นำแนวคิดเรื่องความจำเป็นที่ชอบด้วยกฎหมายมาบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญาของไทย แต่ความเห็นของนักกฎหมายไทยส่วนใหญ่มีความเห็นเหมือนกับหลาย ๆ ประเทศ เช่น เยอรมนี เห็นว่า การจะนำเรื่องความจำเป็นที่ชอบด้วยกฎหมายมาใช้ได้นั้น ต้องเป็นกรณีที่คุณธรรมทางกฎหมายที่จะปกป้องต้องมากกว่าคุณธรรมทางกฎหมายที่ถูกทำลาย ดังนั้นเรื่องการรักษาผู้ป่วยซึ่งคุณธรรมของชีวิตมนุษย์มีความเท่าเทียมกันจึงนำหลักนี้มาใช้ไม่ได้ หากนำมาบัญญัติไว้ในกฎหมายอาญา มาตรา 67 ให้เป็นความจำเป็นที่ชอบด้วยกฎหมายในเรื่องแพทย์เป็นการเฉพาะ ข้าพเจ้าเห็นว่านักกฎหมายอาจจะมีการถกเถียงกันว่าความจำเป็นที่ชอบด้วยกฎหมายจะต้องเป็นกรณีที่คุณธรรมทางกฎหมายไม่เท่ากัน คุณธรรมที่จะปกป้องต้องสูงกว่า จึงควรมีการออกบทบัญญัติกฎหมายเฉพาะเรื่องการแพทย์ เพื่อให้ความจำเป็นในการเลือกรักษาชีวิตผู้ป่วยในสถานการณ์ฉุกเฉินเป็นเหตุยกเว้นความผิดให้แก่บุคลากรทางการแพทย์

จากการวิเคราะห์ข้างต้นจะพิจารณาได้ว่าทางเลือกที่เหมาะสมในกรณีที่แพทย์จำเป็นต้องเลือกรักษาชีวิตผู้ป่วยในสถานการณ์ฉุกเฉินนั้นควรที่จะต้องเป็นเหตุยกเว้นความผิด แต่การที่จะอ้างเหตุยกเว้นความผิดได้นั้นต้องเป็นไปตามเงื่อนไขที่เหมาะสมที่กล่าวไปข้างต้น

7. บทสรุปและข้อเสนอแนะ

จากสมมติฐานของการวิจัยที่ว่า การที่แพทย์ต้องเลือกรักษาชีวิตผู้ป่วยในภาวะวิกฤตโดยเลือกรักษาคนที่มีโอกาสรอดชีวิตจากการรักษาสูงกว่าขณะที่ไม่มีกฎหมายรองรับอย่างชัดเจนอาจมีประเด็นปัญหาว่า แพทย์ต้องรับผิดชอบในทางอาญาหรือไม่ แม้ว่าแพทย์อาจอ้างได้ว่าเป็นการกระทำด้วยความจำเป็น ซึ่งเป็นเพียงเหตุยกเว้นโทษ หรือศาลอาจเห็นว่าเป็นกรณีเกินสมควรแก่เหตุ ไม่ได้สัดส่วนทำให้แพทย์ไม่ได้รับความคุ้มครองอย่างที่ควรจะเป็น แท้จริงแล้วการที่ต้องกระทำเช่นนั้นเป็นผลโดยตรงจากปัจจัยภายนอกซึ่งอันไม่อาจหลีกเลี่ยงได้ ดังนั้นแพทย์จึงควรได้รับการยกเว้นความรับผิดในทางอาญาจากการกระทำดังกล่าว โดยกำหนดให้เป็นการกระทำด้วยความจำเป็นที่เป็นเหตุยกเว้นความผิดภายใต้เงื่อนไขว่าการเลือกรักษาต้องทำเฉพาะในสถานการณ์ฉุกเฉินทำให้มีผู้รอดชีวิตเพิ่มมากขึ้น ต้องเป็นไปตามลำดับที่กำหนดด้วยความเป็นธรรม โดยคำนึงถึงผู้ที่มีโอกาสรอดชีวิตสูงกว่า ต้องกระทำตามหลักเกณฑ์ทางการแพทย์ที่กำหนดไว้ และต้องไม่เป็นการกระทำโดยประมาท เมื่อได้ศึกษาวิจัยแล้วปรากฏว่า สมมติฐานที่ตั้งไว้ในเบื้องต้นเป็นสิ่งที่ถูกต้อง เพราะ

การที่แพทย์จำเป็นต้องเลือกรักษาผู้ป่วยนั้น แพทย์ไม่ได้มีจิตใจชั่วร้ายหรือเป็นอาชญากรที่จะต้องถูกลงโทษแต่อย่างใด อีกทั้งในสถานการณ์วิกฤต ที่ขาดแคลนทั้งบุคลากรทางการแพทย์และนั้นแพทย์ไม่สามารถรักษาผู้ป่วยหลายคนพร้อม ๆ กันได้ โดยการเลือกรักษาชีวิตผู้ป่วยนั้น ยังคงไว้ซึ่งจริยธรรมทางการแพทย์อยู่เพียงแต่เปลี่ยนหลักจริยธรรมจากการรักษาผลประโยชน์สูงสุดของผู้ป่วย เป็นรักษาผลประโยชน์สูงสุดของสังคมแทน โดยมีข้อเสนอแนะ ดังนี้

ทางเลือกในการบัญญัติให้เป็นความจำเป็นที่เป็นเหตุยกเว้นความรับผิดชอบให้แพทย์มีอยู่สองแนวทางคือ

แนวทางที่ 1 : แก้ไขโดยเพิ่มบทบัญญัติในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 67 เรื่องความจำเป็นที่ชอบด้วยกฎหมายโดยการยกเว้นความผิดให้กับแพทย์เฉพาะแต่กรณีจำเป็นต้องเลือกรักษาชีวิตผู้ป่วยเท่านั้น

แนวทางที่ 2 : บัญญัติในกฎหมายการแพทย์เป็นการเฉพาะ โดยทำเป็นเรื่องเฉพาะทางการแพทย์ ไปอยู่ในกฎหมายการแพทย์ โดยให้มีการรองรับหลักเกณฑ์หรือแนวทางการเลือกรักษาผู้ป่วยที่โอกาสรอดชีวิตมากกว่าในสถานการณ์ฉุกเฉิน ซึ่งหากดำเนินการตามหลักเกณฑ์แล้วจะถือว่าไม่มีความผิด

ไม่ว่าจะเป็นไปในแนวทางใด บุคลากรทางการแพทย์ล้วนแต่ได้รับการยกเว้นความผิดในกรณีจำเป็นต้องเลือกรักษาผู้ป่วยทั้งสิ้น ในแนวทางที่หนึ่งนั้นผู้เขียนเห็นว่าการเพิ่มบทบัญญัติในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 67 เรื่องความจำเป็นที่ชอบด้วยกฎหมายโดยการยกเว้นความผิดให้กับแพทย์เป็นการเฉพาะนั้น ตามความเห็นของนักกฎหมายไทยส่วนใหญ่ มีความเห็นเป็นไปในแนวทางเดียวกันกับนักกฎหมายฝั่งซีวิลลอว์ คือ การจะนำเรื่องความจำเป็นที่ชอบด้วยกฎหมายมาใช้ได้นั้น ต้องเป็นกรณีที่คุณธรรมทางกฎหมายที่จะปกป้องต้องมากกว่าคุณธรรมทางกฎหมายที่ถูกทำลาย ดังนั้นเรื่องการเลือกรักษาผู้ป่วยซึ่งคุณธรรมของชีวิตมนุษย์มีความเท่าเทียมกันจึงนำหลักนี้มาใช้ไม่ได้ หากนำมาบัญญัติไว้ในกฎหมายอาญา มาตรา 67 ให้เป็นความจำเป็นที่ชอบด้วยกฎหมายในเรื่องแพทย์เป็นการเฉพาะ ข้าพเจ้าเห็นว่านักกฎหมายอาจจะมีการถกเถียงกันว่าความจำเป็นที่ชอบด้วยกฎหมายจะต้องเป็นกรณีที่คุณธรรมทางกฎหมายไม่เท่ากัน คุณธรรมที่จะปกป้องต้องสูงกว่า และผู้เขียนเห็นว่าหากบัญญัติไว้ในกฎหมายอาญาแล้วควรนำไปใช้ได้ทุกกรณี ไม่เพียงแต่เฉพาะความจำเป็นกรณีของแพทย์เท่านั้น ซึ่งหากนำไปใช้ในกรณีอื่นได้ด้วย จะเกิดการตีความในเรื่องสถานการณ์ฉุกเฉินและการจัดลำดับผู้รอดชีวิตซึ่งในหลักเกณฑ์เลือกรักษาผู้ป่วยของแพทย์นั้น มีการจัดลำดับอยากเป็นรูปธรรมที่สังคมและประชาชนยอมรับได้

ดังนั้นผู้เขียนจึงเห็นว่าแนวทางที่ควรจะเป็นและสามารถทำได้อย่างรวดเร็วที่สุดคือ แนวทางที่สอง บัญญัติเรื่องความจำเป็นในการเลือกรักษาชีวิตผู้ป่วยในกฎหมายการแพทย์เป็นการเฉพาะ รวมถึงเหตุจำกัดความรับผิดชอบให้บุคลากรทางการแพทย์ ซึ่งกฎหมายที่เกี่ยวกับแพทย์นั้นมีหลายฉบับ แต่กฎหมายที่กระทบความสุขภาพของผู้ป่วยมากที่สุดคือ พระราชบัญญัติสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ. 2550 (พระราชบัญญัติ) โดยมีเหตุผลในการประกาศใช้พระราชบัญญัติฉบับนี้ คือ โรคและปัจจัยที่คุกคามสุขภาพมีการเปลี่ยนแปลงและมีความยุ่งยาก สลับซับซ้อนมากขึ้น จำเป็นต้องดำเนินการให้ประชาชนมีความรู้เท่าทัน มีส่วนร่วม และมีระบบเสริมสร้างสุขภาพและระวังป้องกันอย่างสมบูรณ์ สมควรมีกฎหมายว่าด้วยสุขภาพแห่งชาติ เพื่อวางกรอบและแนวทางในการกำหนดนโยบายยุทธศาสตร์และการดำเนินงานด้านสุขภาพของประเทศรวมทั้งมีองค์กรและกลไกเพื่อให้เกิดการดำเนินงานอย่างต่อเนื่องและมีส่วนร่วมจากทุกฝ่าย อันจะนำไปสู่เป้าหมายในการสร้างเสริมสุขภาพ

รวมทั้งสามารถดูแลแก้ไขปัญหาด้านสุขภาพของประชาชนได้อย่างมีประสิทธิภาพและทั่วถึง²⁹ ซึ่งตามคำนิยามในพระราชบัญญัติ “บุคลากรด้านสาธารณสุข” หมายความว่า ผู้ให้บริการสาธารณสุขที่มีกฎหมาย ระเบียบ หรือข้อกำหนดรองรับ หากบัญญัติเกี่ยวกับหลักเกณฑ์การเลือกรักษาในกฎหมายนี้ จะทำให้คุ้มครอง แพทย์ บุคลากรทางการแพทย์ และบุคลากรด้านสาธารณสุข ซึ่งจะคุ้มครองครอบคลุมถึงทุกคนทุกกระบวนการในการเลือกการรักษาชีวิตผู้ป่วยจากต้นสาย คือ ผู้ออกนโยบายหรือหลักเกณฑ์ จนไปถึงปลายสายคือ แพทย์ พยาบาล บุคลากรสาธารณสุขด้านหน้า ที่ปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ที่ได้รับการรับรอง

ในพระราชบัญญัตินี้ มีบางข้อที่กล่าวถึงเหตุจำกัดความรับผิดชอบของบุคลากรทางสาธารณสุขด้วยด้วย เช่น “มาตรา 8 ในการบริการสาธารณสุข บุคลากรด้านสาธารณสุขต้องแจ้งข้อมูลด้านสุขภาพที่เกี่ยวข้องกับการให้บริการให้ผู้รับบริการทราบอย่างเพียงพอที่ผู้รับบริการจะใช้ประกอบการตัดสินใจในการรับหรือไม่รับบริการใด และในกรณีที่ผู้รับบริการปฏิเสธไม่รับบริการใด จะให้บริการนั้นมีได้

ในกรณีที่เกิดความเสียหายหรืออันตรายแก่ผู้รับบริการเพราะเหตุที่ผู้รับบริการปกปิด ข้อเท็จจริงที่ตนรู้และควรบอกให้แจ้ง หรือแจ้งข้อความอันเป็นเท็จ ผู้ให้บริการไม่ต้องรับผิดชอบในความเสียหายหรืออันตรายนั้น เว้นแต่เป็นกรณีที่ผู้ให้บริการประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง ...”

นอกจากนั้นในหมวดสองของพระราชบัญญัตินี้ ยังมีคณะกรรมการสุขภาพแห่งชาติ ซึ่งประกอบด้วยผู้ทรงคุณวุฒิด้านการแพทย์และด้านอื่น ๆ อีกหลายแขนง เช่น นายกรัฐมนตรี รัฐมนตรีว่าการกระทรวงสาธารณสุข ประธานกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ ผู้แทนองค์การวิชาชีพด้านสาธารณสุข ผู้แทนคณะกรรมการวิชาชีพที่จัดตั้งขึ้นตามกฎหมายว่าด้วยการประกอบโรคศิลปะ และผู้ทรงคุณวุฒิด้านต่าง ๆ โดยในมาตรา 25 คณะกรรมการฯ มีหน้าที่จัดทำธรรมนูญว่าด้วยระบบสุขภาพแห่งชาติ เสนอแนะหรือให้คำปรึกษาต่อคณะรัฐมนตรีเกี่ยวกับนโยบายและยุทธศาสตร์ด้านสุขภาพ และติดตามผลการดำเนินงานตามที่ได้เสนอแนะหรือให้คำปรึกษาดังกล่าวพร้อมทั้งจัดให้มี หรือส่งเสริม สนับสนุนให้มีกระบวนการในการพัฒนานโยบายและยุทธศาสตร์ด้านสุขภาพและกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการในการติดตามและประเมินผลเกี่ยวกับระบบสุขภาพแห่งชาติ รวมทั้งการออกกฎกระทรวง

ผู้เขียนมีความเห็นว่าควรให้หน่วยงานที่เกี่ยวข้องกับการแพทย์ ผู้ทรงคุณวุฒิ บุคลากรสาธารณสุขออกหลักเกณฑ์ผ่านคณะกรรมการในพระราชบัญญัติสุขภาพแห่งชาติ อาศัยอำนาจตามมาตรา 25(5)³⁰ โดยออกเป็นหลักเกณฑ์การเลือกรักษาผู้ป่วยในสถานการณ์ฉุกเฉิน ว่าหากกระทำการตามเงื่อนไขดังกล่าวแล้ว แพทย์จะได้รับการยกเว้นความรับผิดชอบทั้งทางแพ่งและทางอาญา ดังตัวอย่างต่อไปนี้

ตัวอย่างหลักเกณฑ์การเลือกรักษาชีวิตผู้ป่วยในสถานการณ์ฉุกเฉิน

หลักเกณฑ์นี้จะใช้กับผู้ป่วยทุกคน โดยไม่พิจารณาถึงสถานะ เพศ อายุ อาชีพ หากอยู่ในภาวะวิกฤตที่ต้องเลือกการรักษาแพทย์จะต้องใช้เกณฑ์ “การพยากรณ์โรค” มาพิจารณา โดยหลักเกณฑ์นี้จะนำมาใช้ต่อเมื่อเกิด

²⁹ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, “พระราชบัญญัติสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ. 2550” [ออนไลน์] เข้าถึงเมื่อ 18 พฤษภาคม 2565. แหล่งที่มา: <http://www.krisdika.go.th/librarian/get?sysid=626938&ext=pdf>

³⁰ มาตรา 25 ให้ คสช. มีหน้าที่และอำนาจ ดังต่อไปนี้

(5) กำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการในการติดตามและประเมินผลเกี่ยวกับระบบสุขภาพแห่งชาติและผลกระทบด้านสุขภาพที่เกิดจากนโยบายสาธารณะทั้งระดับนโยบายและระดับปฏิบัติการ

ภาวะวิกฤตเท่านั้น กล่าวคือเมื่อมีการประกาศภาวะฉุกเฉินทางด้านสาธารณสุข ประกอบกับบุคลากรทางสาธารณสุขได้พยายามจัดหาทรัพยากรเพิ่มเติมจนถึงที่สุดแล้ว แต่ยังไม่เพียงพอต่อความต้องการ

“การพยากรณ์โรค” (clinical prognosis) เป็นการพิจารณาอาการและโรคต่างๆ ของผู้ป่วย และคาดการณ์ว่าอาการจะรุนแรงขึ้นหรือไม่ โรคจะหายหรือไม่ ผู้ป่วยมีความเสี่ยงที่จะเสียชีวิตมากหรือน้อย เป็นต้น โดยเสนอว่าผู้ที่มีการพยากรณ์โรคดีที่สุด กล่าวคือมีโอกาสหายเป็นปกติมากที่สุด ควรได้รับการรักษา ก่อน โดยใช้ทรัพยากรที่มีอยู่อย่างจำกัดก่อน เพื่อให้แน่ใจได้ว่าทรัพยากรที่ใช้ไปจะไม่เสียเปล่า ข้อดีของการใช้พยากรณ์โรคในการตัดสินใจ คือ เกณฑ์นี้เป็นเกณฑ์ที่มีความเป็นวัตถุวิสัย (objectivity) สูง หลีกเลี่ยงการใช้ความรู้สึก นอกจากนี้ตัวบ่งชี้พยากรณ์โรคหลายอย่างสามารถวัดเป็นตัวเลขได้ชัดเจน จึงมีความโดยหลักเกณฑ์นี้จะใช้กับผู้ป่วยทุกคน ทั้งผู้ป่วยโควิด-19 และผู้ป่วยโรคอื่นๆ ที่ต้องได้รับการรักษา ให้ทุกคนได้รับโอกาสเท่าเทียมกัน เว้นแต่ในกรณีที่ผู้ป่วยหรือญาติได้แสดงเจตจำนงว่าไม่ต้องการรับการรักษา³¹

โรงพยาบาลจะใช้เครื่องมือในการประเมินภาวะของผู้ป่วยในรูปแบบของแบบประเมินและเกณฑ์ที่กำหนดช่วงตัวเลขในแต่ละระยะความเจ็บป่วย เพื่อใช้ในการพยากรณ์โรค โดยผลการประเมินจะออกมาในรูปแบบของตัวเลข ซึ่งมีความโปร่งใส และสามารถจัดลำดับได้อย่างยุติธรรม เครื่องมือที่ช่วยในการประเมินผู้ป่วยมีอยู่ทั้งหมด 4 เครื่องมือด้วยกัน ได้แก่

1. ดัชนีโรคร่วมชาร์ลสัน (Charlson comorbidity index) เป็นการประเมินคะแนนจาก 21 โรคร่วม เช่น โรคกล้ามเนื้อหัวใจตาย โรคอัมพาต โรคมะเร็ง เป็นต้น โดยหากผู้ป่วยมีโรคร่วมดังกล่าว จะได้คะแนนตามตัวเลขที่กำหนดไว้ เมื่อรวมผลคะแนนแล้ว ยิ่งได้คะแนนมากหมายถึงยังมีโรคร่วมมาก และการพยากรณ์โรคไม่ดี

2. เกณฑ์การประเมินอวัยวะล้มเหลว (sequential organ failure assessment – SOFA) คือคะแนนการประเมินประสิทธิภาพการทำงานของระบบต่างๆ ในร่างกาย 6 ระบบ ได้แก่ ระบบการหายใจ การแข็งตัวของเลือด การทำงานของตับ การทำงานของหัวใจและหลอดเลือด ระบบประสาท และการทำงานของไต โดยจะแบ่งเป็นข้อๆ ให้คะแนน 0 – 4 ตามช่วงตารางที่กำหนด ยิ่งคะแนนมากหมายถึงระบบอวัยวะนั้นๆ ล้มเหลวมาก และการพยากรณ์โรคไม่ดี

3. การประเมินภาวะเปราะบาง (frailty assessment) คือการประเมินภาวะเปราะบางซึ่งไม่ใช่โรค แต่ภาวะของร่างกายที่ไม่สมบูรณ์ อยู่ระหว่างสุขภาพดีกับมีโรค และร่างกายสามารถทำงานได้ปกติกับไร้ความสามารถ โดยหากผู้ป่วยมีภาวะเปราะบางสูง การพยากรณ์โรคจะไม่ดี การประเมินนี้พิจารณาจากความสามารถในการดำเนินชีวิตและพึ่งพาตนเอง มีเครื่องมือในการวัดให้เลือกใช้ได้ 2 เครื่องมือ คือ clinical frailty scale ประเมินภาวะเปราะบางด้วยเกณฑ์ที่เป็นคะแนน 0-9 ยิ่งคะแนนมากหมายถึงยังมีภาวะเปราะบาง เช่น คนที่แข็งแรง สามารถออกกำลังกายได้ ถือว่าเปราะบางน้อยกว่าคนที่เคลื่อนไหวได้ช้า ต้องมีคนดูแลช่วยเหลือเมื่อทำงานบ้านหรือออกไปข้างนอก และผู้ที่ใกล้จะเสียชีวิต มีชีวิตอยู่ได้ไม่เกิน 6 เดือน

³¹ โครงการประเมินเทคโนโลยีและนโยบายด้านสุขภาพ. เลือกอย่างไรในภาวะวิกฤต? เมื่อหมอต้องเลือกชีวิตคน [ออนไลน์]. แหล่งที่มา: <https://www.the101.world/whose-life-matter-most-under-health-crisis/> [เข้าถึงเมื่อ 28 กุมภาพันธ์ 2565]

เพราะบางมากที่สุด อีกเครื่องมือหนึ่ง คือ การประเมินคัดกรองความสามารถในการดำเนินชีวิต (barthel index for activities of daily living – ADL) มีลักษณะเป็นคำถามถึงการใช้ชีวิตประจำวัน เช่น ล้างหน้า แปรงฟัน หวีผม หากไม่สามารถทำกิจกรรมนั้นๆ ได้เองเมื่อไม่มีคนช่วย แม้จะมีอุปกรณ์ช่วยแล้วก็ตาม จะได้ 0 คะแนน หากให้คนช่วยบางขั้นตอนหรือทำกิจกรรมนั้นๆ ได้เอง จะได้คะแนนมากขึ้น ผู้ที่ประเมินได้คะแนนเต็ม 100 คะแนน แสดงว่าร่างกายไม่ต้องการความช่วยเหลือในการดำเนินชีวิต เครื่องมือนี้ยังได้คะแนนน้อยจะยังมีภาวะเปราะบางสูง

4. การทดสอบภาวะความรับรู้บกพร่อง (cognitive impairment assessment) ใช้ทดสอบการรับรู้ โดยมีเครื่องมือประเมินให้เลือกใช้ได้ 2 เครื่องมือ ได้แก่ แบบทดสอบสมองเบื้องต้นฉบับภาษาไทย (MMSE-Thai 2002) เป็นคำถาม 11 ข้อ ทดสอบการรับรู้ด้านต่าง ๆ เช่น วันนี่วันที่เท่าไร ที่นี่ที่ไหน ของสิ่งนี้คืออะไร จนถึงให้เรียบเรียงและพูดประโยคต่างๆ แล้วให้คะแนน อีกเครื่องมือหนึ่ง คือ แบบการตรวจสภาพจิตแบบย่อ (Thai mental state examination – TMSE) ซึ่งทดสอบการทำหน้าที่ของสมองด้านการรับรู้ด้วยคำถามทั่วไป เช่น วันที่ เดือน คำนวนเลขรวมถึงทดสอบความจำแล้วรวมคะแนน โดยทั้งสองเครื่องมือนี้ หากคะแนนน้อยจะเท่ากับมีปัญหาด้านการรับรู้มาก และการพยากรณ์โรคไม่ดี

โรงพยาบาลจะเลือกใช้ 2 จาก 4 เครื่องมือนี้ในการประเมินให้คะแนนเป็นตัวเลข หากมีผู้ป่วยตั้งแต่ 2 คนขึ้นไปที่คะแนนเท่ากันและมีทรัพยากรทางการแพทย์ไม่เพียงพอสำหรับพวกเขา ก็จะใช้เครื่องมือในการประเมินที่เหลืออีก 2 เกณฑ์เพื่อตัดสิน ทั้งนี้แต่ละโรงพยาบาลต้องกำหนดลำดับเกณฑ์ที่ใช้ในการประเมินให้เหมือนกันในผู้ป่วยทุกราย เช่น หากเลือกใช้ดัชนีโรคร่วมชาร์ลสัน และเกณฑ์การประเมินอวัยวะล้มเหลวในการประเมินก่อน ก็ต้องใช้ทั้งสองเกณฑ์นี้กับผู้ป่วยทุกราย เมื่อได้ผลการประเมินว่ามีสุขภาพดีก็จะได้รับการรักษาที่เรียกว่า “การบริหารผู้ป่วยวิกฤต” ซึ่งก็คือจะได้ใช้ทรัพยากรที่มีจำกัด เช่น เตียงในหอผู้ป่วย เครื่องช่วยหายใจ เครื่องไตเทียม จำนวนผู้ป่วยที่ได้รับสิทธิ์นี้จะมีจำนวนเท่ากับจำนวนเครื่องมือแพทย์ที่เหลืออยู่ ขณะที่ผู้ป่วยที่เหลือจะได้รับ “การรักษาแบบประคับประคอง” ซึ่งเป็นการดูแลผู้ป่วยระยะสุดท้าย โดยเน้นที่การลดความทุกข์ทรมานและเพิ่มคุณภาพชีวิตให้กับผู้ป่วยและครอบครัว³²

หากแพทย์ได้กระทำตามหลักเกณฑ์การเลือกรักษาผู้ป่วยข้างต้นแล้วแพทย์จะได้รับการยกเว้นความผิดทางแพ่งและทางอาญา เมื่อการเลือกรักษานั้นทำให้ผู้ป่วยวิกฤตมีชีวิตรอดชีวิตเพิ่มมากขึ้น และการเลือกรักษาชีวิตผู้ป่วยของแพทย์นั้นต้องเป็นไปโดยสุจริตและไม่ประมาท

เมื่อหลักเกณฑ์นี้ได้ผ่านคณะกรรมการสุขภาพแห่งชาติแล้วเท่ากับว่าหลักเกณฑ์นี้สามารถนำไปใช้ได้ทั่วประเทศ ทำให้บุคลากรทางการแพทย์กล้าที่จะตัดสินใจในภาวะวิกฤตเพิ่มมากขึ้น มิถุนิคุ้มกันจากการถูกฟ้องร้อง

³² เรื่องเดียวกัน.



LAW
CHULA

การประชุมนิติวิชาการระดับชาติ
“กฎหมายกับการพัฒนาที่ยั่งยืน”
ครั้งที่ 1

บทความ

หน้าที่ของข้าราชการต่อคำสั่งผู้บังคับบัญชา
ที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

ผู้เขียน

นายสิริวิชญ์ วิศิษฐ์ยิ่งเจริญ

หน้าที่ของข้าราชการต่อคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายของผู้บังคับบัญชา

Duty of Government Officer to disobey an order of superior

สิริวิชญ์ วิศิษฐ์ยิ่งเจริญ¹

Sirawit Wisityingjarean

บทคัดย่อ

บทความชิ้นนี้ศึกษาถึงแนวคิดและทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับความรับผิดชอบและความผูกพันต่อคำสั่งของผู้บังคับบัญชาที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายของผู้ใต้บังคับบัญชา รวมทั้งศึกษาถึงแนวคิดและแนวปฏิบัติเกี่ยวกับอำนาจบังคับบัญชาที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายในกฎหมายต่างประเทศ (ประเทศฝรั่งเศสและประเทศเยอรมัน) เปรียบเทียบกับกฎหมายไทย ด้วยวิธีการวิจัยในทางเอกสารเป็นหลัก โดยศึกษาจากตำรา บทความทั้งของไทยและต่างประเทศ วิทยานิพนธ์ และบทบัญญัติแห่งกฎหมาย ผลการศึกษาปรากฏว่าประเทศฝรั่งเศสและประเทศเยอรมันมีการกำหนดบทบัญญัติเกี่ยวกับหน้าที่ของข้าราชการต่อคำสั่งผู้บังคับบัญชาที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายไว้อย่างชัดเจน โดยแบ่งออกเป็นกลุ่มที่ยังคงมีผลผูกพันผู้ใต้บังคับบัญชาให้ปฏิบัติตาม และกลุ่มที่กฎหมายไม่ยินยอมให้มีผลผูกพันเลย ส่วนในประเทศไทยหลักเกณฑ์เกี่ยวกับหน้าที่ของข้าราชการดังกล่าวยังไม่มีความชัดเจนและมีการกำหนดเพียงแค่การทำความเห็นเสนอผู้บังคับบัญชาให้ทบทวนคำสั่งเท่านั้น ซึ่งไม่สอดคล้องกับหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำขององค์กรของรัฐ จึงเห็นสมควรแก้ไขบทบัญญัติของกฎหมายที่เกี่ยวข้องให้ชัดเจนยิ่งขึ้น

คำสำคัญ: ข้าราชการ, ผู้บังคับบัญชา, ความชอบด้วยกฎหมาย

¹ นักศึกษาปริญญาโท สาขากฎหมายมหาชน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

Abstract

This article studied a concepts and theories related to the liability and obligations of the subordinates to the unlawful orders of superior. and also study about the concepts and practices in foreign law (France and Germany) compared to Thai law. by a research method mainly in the documents by studying from textbooks thesis and legal provisions in Thai and foreign articles. The results of the study show that France and Germany Law have a clear provision of the law regarding the duties of government officer to against unlawful orders of superiors. divided into groups that a government officer still has a duty to obey order of superior and the groups that the law does not allow to be binding at all. In Thai Law, the rules regarding the duties of Government officer to disobey are not very clear and are only stipulated to give opinions to the supervisors to review the unlawful orders. which is inconsistent with the legitimacy of the actions of state organisations. Therefore, it is appropriate to amend the provisions of the relevant laws to be more clear.

Keywords: Government Officer, Superior, legitimacy

ข้อความทั่วไป

ข้าราชการและเจ้าหน้าที่รัฐเป็นตำแหน่งที่มีความสำคัญในแง่ที่เป็นกลไกหลักที่จะทำให้บริการสาธารณะของรัฐที่ให้แก่ประชาชนสามารถดำเนินต่อไปได้ ด้วยการทำงานของระบบที่เป็นลำดับขั้นและดำเนินการตามหลักเกณฑ์ของกฎหมาย ด้วยเหตุนี้ การกำหนดโครงสร้างการบังคับบัญชาขึ้นภายในส่วนราชการโดยผู้ใต้บังคับบัญชาผูกพันตนต่อผู้บังคับบัญชาจึงเป็นสิ่งที่จำเป็นเพื่อจะตอบสนองต่อเป้าหมายนี้ของระบบราชการ แต่กระนั้น อำนาจบังคับบัญชาที่กำหนดขึ้นมานั้นก็เป็นเสมือนดาบสองคมซึ่งถ้าไม่มีการควบคุม จำกัดให้อยู่ภายในขอบเขตแห่งกฎหมายแล้ว ย่อมสามารถพ้นไปจากขอบเขตและเจตนารมณ์ที่กฎหมายวางแนวทางไว้ได้ เช่นนี้แล้ว จึงไม่มีสิ่งใดจะสามารถรับประกันสิทธิเสรีภาพของประชาชนได้อีกต่อไป เช่น หากเจ้าหน้าที่รัฐใช้อำนาจของตนตามสายการบังคับบัญชาโดยไม่ได้สนใจถึงความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งที่ตนได้รับ หากเป็นดังนี้แล้ว หลักนิติรัฐคงได้ล่มสลายลงเป็นอย่างแน่นอน

เช่นนี้แล้ว ในการใช้อำนาจตามสายการบังคับบัญชา รวมทั้งคำสั่งของผู้บังคับบัญชาที่จะผูกพันให้ผู้ใต้บังคับบัญชาต้องปฏิบัติตามจึงมีเพียงแต่คำสั่งที่ชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น แต่จากการศึกษากฎหมายไทยในเบื้องต้น ตามกฎหมายว่าด้วยระเบียบข้าราชการพลเรือนมิได้มีการกำหนดถึงหน้าที่ของข้าราชการต่อคำสั่งของผู้บังคับบัญชาที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายไว้โดยเฉพาะ แต่จะมีการกำหนดเฉพาะกรณีที่คำสั่งผู้บังคับบัญชานั้นอาจส่งผลเสียหายต่อทางราชการอย่างร้ายแรง หรือไม่รักษาประโยชน์ของทางราชการ ให้ผู้ใต้บังคับบัญชาทำความเห็นเสนอผู้บังคับบัญชาให้ทบทวนคำสั่ง แต่ถ้าหากผู้บังคับบัญชายืนยันเช่นเดิม ผู้ใต้บังคับบัญชาต้องปฏิบัติตาม² อย่างไรก็ตามในทางปฏิบัติแล้วถูกนำมาปรับใช้กับกรณีที่เป็นคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายด้วย³ หากเป็นดังนี้ ย่อมเป็นการยืนยันโดยอ้อมว่าคำสั่งผู้บังคับบัญชาที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายยังมีผลผูกพันผู้ใต้บังคับบัญชาให้ปฏิบัติตามอยู่หากผู้บังคับบัญชายืนยัน และเช่นนั้นก็เท่ากับว่าเราสามารถปลดปล่อยคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายให้ปรากฏตัวในระบบราชการได้ โดยผู้ใต้บังคับบัญชาไม่สามารถทำอะไรได้เลย และคงซ้ำร้ายยิ่งไปกว่านั้น หากคำสั่งผู้บังคับบัญชาที่ไม่ชอบนั้นเป็นคำสั่งให้ผู้ใต้บังคับบัญชาปฏิบัติการบางอย่างที่มีผลออกสู่ภายนอกฝ่ายปกครอง และสร้างความเสียหายในลักษณะที่เยียวยากลับคืนไม่ได้

แต่กระนั้น เพื่อตอบสนองเป้าหมายดังกล่าวด้วยการเปิดโอกาสให้เจ้าหน้าที่ที่สามารถยกความไม่ชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งผู้บังคับบัญชาที่ตนได้รับ มาปฏิเสธอำนาจบังคับบัญชาได้ในทุกกรณี ย่อมอาจส่งผลให้บริการสาธารณะที่รัฐจัดให้แก่ประชาชนไม่สามารถดำเนินไปได้โดยสะดวกและต่อเนื่อง เช่นนี้เองจึงควรพิจารณาถึงการซึ่งนำหน้าระหว่างความต่อเนื่องของบริการสาธารณะที่เป็นภารกิจขององค์กรรัฐต่าง ๆ ประกอบไปด้วยกับการกำหนดพันธะหน้าที่ในการพิจารณาความชอบด้วยกฎหมายที่ผู้ใต้บังคับบัญชาได้รับ เพื่อหาจุดสมดุลตรงกลางระหว่างคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายแต่ยังคงมีผลผูกพันให้ต้องปฏิบัติตาม และคำสั่งที่ต้องห้ามและไม่มีผลผูกพันมาตั้งแต่ต้น

ด้วยเหตุนี้ ปัญหาที่บทความนี้จะพิจารณาก็คือ ที่แท้จริงแล้วระบบกฎหมายไทยได้ยอมรับหน้าที่ของผู้ใต้บังคับบัญชาต่อคำสั่งของผู้บังคับบัญชาที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายไว้ในลักษณะใด สอดคล้องกับหลักการปกครองโดยกฎหมายหรือหลักนิติรัฐหรือไม่ และหากจะมีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงบทบัญญัตินั้น ๆ ให้มีความเหมาะสมมากขึ้นจะเปลี่ยนแปลงแก้ไขบทบัญญัติเกี่ยวกับหน้าที่ของข้าราชการต่อคำสั่งที่ของผู้บังคับบัญชาที่ไม่

² มาตรา 82 วรรคสอง พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551

³ สำนักงานคณะกรรมการข้าราชการพลเรือน, คู่มือผู้บังคับบัญชาในการรักษาวินัยผู้อยู่ใต้บังคับบัญชา, พิมพ์ครั้งที่ 1, กรุงเทพฯ : บริษัท ๒๑ เซนจูรี จำกัด, (2557,) น.26.

ชอบด้วยกฎหมายไปในทิศทางใด เพื่อหาจุดสมดุลระหว่างความต่อเนื่องของบริการสาธารณะที่ส่วนราชการเป็นผู้จัดทำ ในขณะที่เดียวกันกับการปกป้องระบบการปกครองโดยกฎหมายมิให้ต้องสั่นคลอนไปเพราะการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

เพื่อพิจารณาปัญหาดังที่ได้กล่าวไป บทความนี้จึงจะเริ่มพิจารณาตั้งแต่แนวคิดและทฤษฎีอันได้แก่หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำขององค์กรของรัฐตามหลักนิติรัฐ และแนวคิดที่ว่าด้วยความรับผิดชอบจากการปฏิบัติตามคำสั่งของผู้บังคับบัญชาที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายเป็นอันดับแรก จากนั้นก็จะพิจารณาถึงแนวทางเกี่ยวกับการกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับอำนาจบังคับบัญชาตามกฎหมายฝรั่งเศสและเยอรมันซึ่งมีการวางสมดุลเกี่ยวกับคำสั่งของผู้บังคับบัญชาที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายไว้ค่อนข้างชัดเจน แล้วจึงพิจารณากฎหมายไทยเป็นอันดับต่อมาเพื่อตอบปัญหาดังที่ผู้เขียนได้ยกไปในตอนต้นต่อไป

1. ว่าด้วยแนวคิดเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งผู้บังคับบัญชา

ในส่วนนี้ของบทความ ผู้เขียนจะขอพิจารณาถึงแนวคิดอันเกี่ยวข้องกับหน้าที่ในการปฏิบัติตามคำสั่งของผู้บังคับบัญชา โดยในประเด็นแรกจะพิจารณาเกี่ยวกับลักษณะรูปแบบของระบบบังคับบัญชาทางราชการ จากนั้นจึงจะพิจารณาถึงหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำขององค์กรของรัฐ ซึ่งเป็นหลักการประการหนึ่งในหลักนิติรัฐ เพื่อให้เป็นกรอบใหญ่ในการกำหนดความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งของผู้บังคับบัญชา แล้วจึงพิจารณาถึงแนวคิดเกี่ยวกับความรับผิดชอบของผู้ใต้บังคับบัญชาต่อการปฏิบัติตามคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายเพื่อให้สามารถพิจารณากลับมาได้ว่าหากเป็นเช่นนี้ในทางทฤษฎีแล้วผู้ใต้บังคับบัญชามีพันธะหน้าที่ต่อคำสั่งของผู้บังคับบัญชาเช่นใดบ้าง และในท้ายที่สุดจะพิจารณาถึงแนวคิดที่ว่าด้วยความต่อเนื่องของบริการสาธารณะซึ่งมีข้าราชการเป็นเครื่องมือในการจัดทำ และต้องอาศัยระบบบังคับบัญชาเป็นฟันเฟือง

1.1 แนวคิดที่ว่าด้วยระบบบังคับบัญชา

อำนาจบังคับบัญชา หมายถึง ชีตชั้นแห่งอำนาจหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ที่ขึ้นต่อกันตามลำดับ⁴ เจ้าหน้าที่ตำแหน่งเหนือกว่ามีอำนาจในการสั่งการบังคับบัญชาให้เจ้าหน้าที่ระดับล่างปฏิบัติหน้าที่ตามคำสั่งตน และเจ้าหน้าที่ลำดับต่ำกว่ามีหน้าที่ที่จะต้องปฏิบัติตามคำสั่งนั้น หากไม่ปฏิบัติตามจะมีโทษทางวินัย อำนาจบังคับบัญชาถือเป็นหลักกฎหมายมหาชนทั่วไป แม้ไม่ได้มีการบัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษรอย่างชัดแจ้งแต่ก็ถือเป็นอำนาจที่มีอยู่ภายในฝ่ายปกครอง⁵ อำนาจนี้จะผูกอยู่กับสถานะของผู้บังคับบัญชา ดังนั้นผู้บังคับบัญชาจึงสามารถใช้อำนาจได้โดยไม่ต้องมีบทกฎหมายลายลักษณ์อักษรให้อำนาจไว้โดยตรง อำนาจบังคับบัญชาจะมีลำดับชั้นลดหลั่นกันไปการสั่งการจึงจะมีการสั่งการกันเป็นทอด ๆ และผู้ที่อยู่ภายใต้บังคับบัญชาจะไม่สามารถทำการข้ามลำดับชั้นบังคับบัญชาได้ อำนาจบังคับบัญชาเป็นอำนาจที่ผู้สั่งการหรือผู้บังคับบัญชาจะมีอำนาจสั่งการผู้ใต้บังคับบัญชา รวมถึงวางแนวทางการปฏิบัติ การตัดสินใจแก่ผู้ใต้บังคับบัญชาในลักษณะที่ใกล้ชิดและต่อเนื่อง⁶ การควบคุมบังคับบัญชาเป็นการควบคุมที่เกิดจากหลักการ

⁴ กิตติวัฒน์ รัตนดิลก ณ ภูเก็ต, คู่มือศึกษาพื้นฐานวิชากฎหมายเกี่ยวกับการบริหารราชการแผ่นดิน, (กรุงเทพฯ : เสมาธรรม, 2555) น.18.

⁵ นันทวัฒน์ บรมานันท์, กฎหมายปกครอง, พิมพ์ครั้งที่ 3, (กรุงเทพฯ : วิญญูชน, 2555), น.473.

⁶ กิตติวัฒน์ รัตนดิลก ณ ภูเก็ต, (เชิงอรรถที่ 2), น.23.

รวมอำนาจ⁷ ซึ่งสามารถพิจารณาได้จากรูปแบบของสายบังคับบัญชาที่เป็นลำดับขั้นขึ้นไปนั่นเอง โดยอำนาจบังคับบัญชาสามารถแบ่งออกได้เป็น 2 ลักษณะ ดังนี้

1.1.1 อำนาจบังคับบัญชาเหนือการกระทำ หมายถึง การที่ผู้บังคับบัญชาเข้าไปใช้อำนาจสั่งการ (สั่งการและวางแนวทางปฏิบัติ) เพิกถอนการกระทำ (เพิกถอนการกระทำ) เปลี่ยนแปลงการกระทำของผู้ใต้บังคับบัญชา (อำนาจแก้ไขเปลี่ยนแปลง) หรือเข้าไปกระทำการเอง (สอดเข้าไปใช้อำนาจแทน)⁸

1.1.2 อำนาจบังคับบัญชาเหนือตัวบุคคล หมายถึง อำนาจของผู้บังคับบัญชาที่เกี่ยวข้องกับสถานภาพของผู้ใต้บังคับบัญชา เช่น การให้ความดีความชอบ การเลื่อนขั้นเงินเดือน การแต่งตั้งโยกย้าย การกำหนดวินัย ซึ่งหากพิจารณาโดยรวมแล้วจะเห็นว่าเป็นอำนาจบังคับบัญชาที่เกี่ยวกับการบริหารงานบุคคลเป็นหลัก

1.2 หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำขององค์กรของรัฐ

หลักการนี้เป็นหลักการย่อยที่เป็นองค์ประกอบหนึ่งของหลักนิติรัฐ เรียกร้องให้องค์กรของรัฐต้องผูกพันตนอยู่กับกฎหมายและรัฐธรรมนูญ ประกอบด้วยหลักเกณฑ์ย่อย ๆ หลายประการ หลักแรก เรียกร้องให้การตรากฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติจะต้องผูกพันอยู่กับรัฐธรรมนูญ หรือที่เรียกกันว่าหลักความผูกพันต่อรัฐธรรมนูญของฝ่ายนิติบัญญัติ ตามหลักนี้ฝ่ายนิติบัญญัติจะต้องตรากฎหมายให้เป็นไปและสอดคล้องกับที่รัฐธรรมนูญกำหนด กฎหมายใดที่ตราขึ้นโดยขัดต่อรัฐธรรมนูญ กฎหมายนั้นย่อมไม่สามารถใช้บังคับได้⁹ การตรากฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติจะต้องผูกพันต่อรัฐธรรมนูญนั้น นอกจากจะต้องพิจารณาให้เป็นไปตามแนวทางและหลักเกณฑ์ที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้แล้ว ยังเรียกร้องให้การตรากฎหมายจะต้องทำให้หลักการตามรัฐธรรมนูญมีผลสมบูรณ์ตามเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญด้วย¹⁰ หลักการย่อยประการต่อมาของหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำขององค์กรของรัฐ คือหลักการที่เรียกร้องให้การใช้อำนาจของฝ่ายบริหารจะต้องผูกพันต่อกฎหมาย โดยมีรายละเอียดว่าฝ่ายบริหารที่หมายรวมถึงฝ่ายบริหารที่ทำหน้าที่ในการบริหารราชการแผ่นดินไปจนถึงฝ่ายปกครองจะต้องทำหน้าที่และใช้อำนาจโดยผูกพันกับกฎหมาย รัฐธรรมนูญ ตลอดจนกฎหมายลำดับรอง ด้วยเหตุที่หลักการนี้เรียกร้องรวมไปถึงฝ่ายปกครองซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของฝ่ายบริหารให้ผูกพันกับกฎหมายด้วย หลักการนี้จึงเป็นหลักที่ก่อให้เกิดหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองขึ้นอีกด้วยในประการหนึ่งสำหรับลักษณะของความผูกพันต่อกฎหมายของฝ่ายปกครองนั้น ได้มีผู้จำแนกลักษณะออกได้เป็น 2 ลักษณะ¹¹ ตามหลักต่าง ๆ คือ หลักความมาก่อนของกฎหมาย (Gesetzmaessigkeit des Vorrangs der Gesetzes) ที่มองว่าการกระทำของรัฐที่ออกมาในรูปของกฎหมายย่อมมาก่อนการกระทำของรัฐในรูปแบบอื่น ด้วยเหตุนี้ การกระทำทั้งหลายของฝ่ายปกครองจึงไม่สามารถขัด

⁷ บรรเจิด สิงคนดี, การควบคุมฝ่ายปกครอง, พิมพ์ครั้งที่ 4, (กรุงเทพฯ ฯ : วิญญูชน, 2554), น. 79.

⁸ ยงยุทธ อนุกุล, สถานะและผลทางกฎหมายของหนังสือเวียน แนวปฏิบัติ และมาตรการภายในของฝ่ายปกครอง, วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2533 น. 7

⁹ วรเจตน์ ภาศิริตัน, คำสอนว่าด้วยรัฐและหลักกฎหมายมหาชน ฉบับแก้ไขเพิ่มเติม, พิมพ์ครั้งที่ 3 กรุงเทพฯ สำนักพิมพ์อ่านกฎหมาย, 2564

¹⁰ บรรเจิด สิงคนดี, (เชิงอรรถที่ 5), น. 65.

¹¹ บรรเจิด สิงคนดี, “หลักนิติรัฐ (das Rechtsstaatsprinzip),” ใน นิติรัฐ นิติธรรม, บรรณาธิการโดย เอกบุญวงศ์สวัสดิ์กุล (กรุงเทพฯ ฯ : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553, น. 238.

หรือแย้งต่อกฎหมายที่มีอยู่ได้ ลักษณะความผูกพันต่อกฎหมายของฝ่ายปกครองประการต่อมาก็คือ ความผูกพันตามหลักเงื่อนไขของกฎหมาย (der Grundsatz des Vorbehalts der Gesetzes) ที่เรียกร้องให้การกระทำทั้งหลายของฝ่ายปกครองที่กระทบสิทธิของปัจเจกบุคคลจะต้องเป็นไปโดยมีกฎหมายให้อำนาจไว้ นอกจากนี้ในเรื่องความผูกพันต่อกฎหมายแล้ว ในกรณีที่ฝ่ายปกครองจะใช้กฎหมายบังคับแก่กรณี ฝ่ายปกครองจะต้องใช้กฎหมายลำดับต่ำกว่าเสียก่อน¹² เนื่องจากในโดยทั่วไปจะยึดถือกันว่ากฎหมายลำดับต่ำกว่าจะเป็นรูปธรรมกว่ากฎหมายในลำดับที่สูงกว่า จากหลักการนี้จึงเป็นการยืนยันได้ว่าระบบบังคับบัญชาของข้าราชการในฐานะองค์การหนึ่งฝ่ายปกครองจึงต้องผูกพันอยู่กับหลักการนี้ด้วยเช่นกันนั่นเอง

1.3 แนวคิดเกี่ยวกับความรับผิดของผู้ใต้บังคับบัญชาจากคำสั่งของผู้บังคับบัญชา

จากสองหลักการข้างต้นยืนยันว่าคำสั่งผู้บังคับบัญชาที่สั่งในราชการ อันถือเป็นกิจการหนึ่งของการดำเนินการของฝ่ายปกครองอันเป็นองค์การของรัฐจะต้องชอบด้วยกฎหมาย ในส่วนนี้ จะพิจารณาถึงกรณีที่ผู้ใต้บังคับบัญชาได้ปฏิบัติตามคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายของผู้บังคับบัญชาไป จะเป็นประการใดซึ่งจะสามารถจำแนกออกมาได้เป็น 3 รูปแบบ¹³ ดังนี้

1.3.1 หลัก Respondeat Superior หลักการนี้เป็นหลักที่พัฒนามาจากหลักกฎหมายโรมัน Let the Master Answer หลักการนี้กำหนดให้ผู้บังคับบัญชาผู้ออกคำสั่งเป็นผู้รับผิดชอบในผลของคำสั่งนั้นแต่เพียงผู้เดียว โดยผลเช่นนี้จึงทำให้ผู้ใต้บังคับบัญชาได้รับการคุ้มครองจากการปฏิบัติตามคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายอย่างเต็มที่¹⁴ การยกข้อต่อสู้ว่า “ตนได้กระทำไปตามคำสั่งผู้บังคับบัญชา” เพื่อให้พ้นไปจากความรับผิด ไม่ว่าจะมีความรับผิดเล็กน้อย หรือแม้แต่อาชญากรรมจึงสามารถกระทำได้โดยชอบตามหลักการนี้ หากพิจารณาไปถึงพื้นฐานของแนวคิดที่ว่านี้ หลักการ Respondeat Superior ตั้งอยู่บนพื้นฐานของระบบบังคับบัญชาทางทหาร¹⁵ ที่เรียกร้องให้ผู้ใต้บังคับบัญชาต้องปฏิบัติตามคำสั่งผู้บังคับบัญชาโดยปราศจากการลังเลใด ๆ การฝ่าฝืนหรือปฏิเสธที่จะปฏิบัติตามคำสั่งผู้บังคับบัญชาจะต้องได้รับการลงโทษอย่างรุนแรง (โดยเฉพาะกรณีที่อยู่ในสถานการณ์สงคราม) ไม่ว่าจะมีความผิดทางวินัยและในหลาย ๆ กรณีก็มีการกำหนดให้การฝ่าฝืนคำสั่งของผู้บังคับบัญชาเป็นความผิดทางอาญาด้วย

1.3.2 หลัก Absolute liability หลักการนี้ได้พิจารณาถึงการปฏิบัติตามคำสั่งของผู้บังคับบัญชาเพียงอย่างเดียว การปฏิบัติตามคำสั่งของผู้บังคับบัญชาก็อาจถือเป็นอาชญากรรมได้หากคำสั่งนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย ด้วยเหตุดังนี้ ผู้ใต้บังคับบัญชาจึงไม่อาจกล่าวอ้างคำสั่งของผู้บังคับบัญชาเพื่อยกเว้นความรับผิดในการก่ออาชญากรรมได้อีกต่อไป หลักการนี้จึงเรียกร้องให้ผู้ใต้บังคับบัญชาต้องรับผิดชอบในการกระทำตนเองโดยเคร่งครัด ผู้ใต้บังคับบัญชาจึงต้องตัดสินใจเองก่อนว่าเมื่อตนได้รับคำสั่งจากผู้บังคับบัญชา คำสั่งนั้นชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ หากชอบด้วยกฎหมายจึงมีหน้าที่ที่จะต้องปฏิบัติตาม

¹² วรเจตน์ ภาศิริตัน, (เชิงอรรถที่ 7), น.280.

¹³ ศราวุธ บุณรอด, การกระทำตามคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายของเจ้าพนักงานตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 70 : ศึกษากรณีผู้กระทำความผิดที่ต้องปฏิบัติตามหรือไม่มีหน้าที่แต่เชื่อว่าต้องปฏิบัติตาม, วิทยานิพนธ์นิติศาสตร์ มหาวิทยาลัย, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2559, น.37

¹⁴ Marcus Abrahamsson. “The Defense of superior orders article 33 of the ICC statute- a departure from customary international law?” Graduate Thesis. Master of Law. Faculty of Law. Lund University, 2018, P.15

¹⁵ Ibid, p.17.

1.3.3 หลัก Liability for Manifestly illegal orders หรือหลัก Conditional liability หลักการนี้เป็นหลักการที่อยู่ระหว่างหลัก Absolute liability ที่คุ้มครองการปฏิบัติตามคำสั่งของผู้บังคับบัญชาที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายโดยผู้บังคับบัญชาในทุกกรณี และหลัก Respondeat Superior ที่เรียกร้องให้ผู้บังคับบัญชาต้องรับผิดชอบในการกระทำตามคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายของผู้บังคับบัญชาด้วย ซึ่งการวางแนวปฏิบัติเกี่ยวกับการปฏิบัติตามคำสั่งผู้บังคับบัญชาตามแนวคิดนี้ จะมุ่งหาจุดตรงกลางระหว่างการป้องกันความรับผิดของผู้บังคับบัญชาที่เชื่อฟังคำสั่งผู้บังคับบัญชาโดยเคร่งครัดแต่ในขณะเดียวกันมิได้ให้ผู้บังคับบัญชาต้องรับผิดชอบในการปฏิบัติตามคำสั่งในทุกกรณีเหมือนอย่างหลักความรับผิดเด็ดขาด แต่หลักการนี้จะตั้งขึ้นบนความคาดหมายที่ว่าคำสั่งของผู้บังคับบัญชาที่ตนได้รับนั้นปรากฏชัดแจ้งหรือไม่ว่าไม่ชอบด้วยกฎหมาย¹⁶ ด้วยเหตุนี้ จึงทำให้ผู้บังคับบัญชามีหน้าที่ที่จะต้องปฏิเสธคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายเฉพาะกรณีที่เห็นว่าคำสั่งที่ตนได้รับเป็นคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายอย่างชัดแจ้งหรือเห็นประจักษ์ที่มีสภาพร้ายแรง ซึ่งหลักการแนวคิดดังกล่าวได้ถูกนำมาบัญญัติไว้ในธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ มาตรา 33 วรรคสองด้วย ซึ่งถือเป็นหลักเกณฑ์ที่ได้รับการยึดถืออย่างแพร่หลายที่สุดในปัจจุบัน

1.4 แนวคิดว่าด้วยความต่อเนื่องของบริการสาธารณะ

ข้าราชการถือเป็นเครื่องมือหนึ่งในการจัดบริการสาธารณะของรัฐ ดังนั้นข้าราชการจึงเป็นหลักประกันที่สำคัญของความมั่นคงต่อเนื่องของบริการสาธารณะ แม้กระทั่งการนัดหยุดงานยังต้องถูกจำกัดสิทธิให้แตกต่างไปจากกฎหมายแรงงาน ระบบบังคับบัญชาของข้าราชการก็เป็นเช่นเดียวกัน การกำหนดให้ข้าราชการมีความรับผิดชอบต่อทุกคำสั่งผู้บังคับบัญชาและต้องปฏิเสธทุกคำสั่งที่ตนได้รับ ย่อมอาจกระทบกระเทือนต่อความต่อเนื่องของบริการสาธารณะได้ ในส่วนนี้จึงจะพิจารณาถึงแนวคิดว่าด้วยความต่อเนื่องของบริการสาธารณะ การจัดทำบริการสาธารณะนั้นหมายถึงกิจการที่รัฐจัดทำขึ้นเพื่อสนองต่อประโยชน์สาธารณะและความต้องการของประชาชนในด้านต่างๆ¹⁷ เช่นความต้องการพื้นฐานทั่วไป อาทิ ความมั่นคง ความปลอดภัย และความต้องการในด้านอื่น ๆ เช่นความต้องการทางเศรษฐกิจ โดยมีฝ่ายปกครอง หรือเอกชนที่ได้รับมอบหมายเป็นผู้ดำเนินการ สามารถแบ่งออกได้เป็น 2 รูปแบบ คือ บริการสาธารณะที่ต้องใช้อำนาจทางปกครองในการจัดทำ และบริการสาธารณะที่ไม่ต้องใช้อำนาจทางปกครองในการจัดทำ โดยองค์กรทางปกครองเป็นองค์กรหลักที่มีหน้าที่ในการจัดทำบริการสาธารณะ เมื่อเป็นเช่นนี้ ข้าราชการในองค์กรทางปกครองเหล่านั้นจึงมีหน้าที่เป็นเครื่องมือในการจัดทำบริการสาธารณะของรัฐด้วย หลักการในการจัดทำบริการสาธารณะมีหลักการที่เกี่ยวข้องหลายประการ¹⁸ ไม่ว่าจะเป็น หลักความเสมอภาค หลักความเปลี่ยนแปลงได้ แต่มีหลักการหนึ่งที่สำคัญและควรนำพิจารณาในเรื่องหน้าที่ในการปฏิเสธคำสั่งของผู้บังคับบัญชานี้ก็คือ หลักความต่อเนื่องของบริการสาธารณะ หลักการนี้เรียกร้องให้การบริการสาธารณะจะต้องเป็นไปอย่างต่อเนื่อง ไม่มีวันหยุดนิ่ง เนื่องจากเพราะว่าบริการสาธารณะส่วนมากจะเกี่ยวข้องกับประโยชน์มหาชน ด้วยเหตุการที่บริการได้ชะงักงันหยุดนิ่งไปย่อมหมายถึงการกระทบกระเทือนต่อประโยชน์สาธารณะและทำให้ประชาชนได้รับความเดือดร้อน ด้วยเหตุนี้ รัฐจึงต้องดำเนินการเพื่อประกันความต่อเนื่องของบริการสาธารณะให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ดังกล่าว ตัวอย่างที่ชัดเจนที่สุดคือสิทธิในการนัดหยุดงาน โดย

¹⁶ ศราวุธ บุญรอด, เชิงอรรถที่ 13, น.41.

¹⁷ สถาพร วิชัยรัมย์ และคณะ, ‘จริยธรรมในการให้บริการสาธารณะของไทย’ (2019) 2 วารสารวิชาการ มหาวิทยาลัยราชภัฏบุรีรัมย์ 117, 119.

¹⁸ สถาพร วิชัยรัมย์, (เชิงอรรถที่ 14), น.119.

ปกติแล้วพนักงานลูกจ้างเอกชนตามกฎหมายแรงงานจะมีสิทธินัดหยุดงานตามกฎหมายแรงงาน แต่อย่างไรก็ดี หน้าที่ดังกล่าวในหลายประเทศของข้าราชการมักจะถูกจำกัดไว้ เพื่อประกันความมั่นคงต่อเนื่องของบริการสาธารณะ หรือถ้าหากไม่ได้ถูกจำกัดก็มักจะทำได้อย่างจำกัดมากภายใต้กฎเกณฑ์กฎหมาย เช่น การนัดหยุดงานได้โดยมีกำหนดเวลาไม่ให้นัดหยุดงานพร้อมกัน ด้วยเหตุนี้ ข้าราชการในฐานะเครื่องมือหนึ่งในการจัดทำบริการสาธารณะจึงเป็นหลักประกันที่สำคัญถึงความต่อเนื่องของบริการสาธารณะดังกล่าว

2. คำสั่งผู้บังคับบัญชาที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายตามกฎหมายต่างประเทศ

2.1 สาธารณรัฐฝรั่งเศส

หากกล่าวถึงแนวคิดอันเกี่ยวกับคำสั่งผู้บังคับบัญชาที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายและหน้าที่ของผู้ใต้บังคับบัญชาในการปฏิเสธคำสั่งของผู้บังคับบัญชาในประเทศฝรั่งเศสนั้น ตั้งแต่เดิมมายังไม่มียกข้อยกเว้นที่เกี่ยวข้องกับหน้าที่ของข้าราชการในการปฏิเสธคำสั่งของผู้บังคับบัญชาที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายไว้โดยตรง และได้มีการถกเถียงถึงหน้าที่ดังกล่าวมาโดยตลอด ซึ่งจะสามารถแบ่งออกได้เป็นสองสำนักความคิด คือ สำนักความคิดของ Léon Duguit และ Maurice Hauriou¹⁹ โดยในแนวคิดของ Léon Duguit²⁰ มองว่าความไม่ชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งของผู้บังคับบัญชาจะมีผลให้คำสั่งนั้นหมดอำนาจผูกพันผู้ใต้บังคับบัญชา เพราะหลักเกณฑ์ว่าด้วยการเชื่อฟังคำสั่งผู้บังคับบัญชาไม่ได้เกิดจากอำนาจส่วนตัวของผู้บังคับบัญชาโดยตรง แต่เป็นเกิดขึ้นจากหลักเกณฑ์ของกฎหมาย ด้วยเหตุนี้ ผู้ใต้บังคับบัญชาจึงมีหน้าที่ในการวินิจฉัยความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งที่ตนได้รับก่อนทุกครั้ง และต้องรับผิดชอบผลแห่งคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายที่ตนได้ปฏิบัติไป ในขณะที่แนวความคิดตามอิทธิพลของ Maurice Hauriou มีความเห็นว่า หน้าที่ของผู้ใต้บังคับบัญชาในการปฏิบัติตามคำสั่งของผู้บังคับบัญชานั้น ไม่ใช่หน้าที่ที่ผูกมัดโดยตรงต่อกฎหมายเพียงอย่างเดียว แต่ผูกพันต่อผู้บังคับบัญชาที่อยู่แทรกระหว่างพวกเขาตามกฎหมายด้วย ดังนั้น การเชื่อฟังคำสั่งของผู้บังคับบัญชาจึงเป็นหน้าที่เบื้องต้นที่ข้าราชการต้องปฏิบัติ²¹ จนในที่สุดแนวคิดว่าด้วยการปฏิบัติตามคำสั่งของผู้บังคับบัญชาได้รับการวางหลักเกณฑ์ให้ชัดเจนขึ้นเป็นครั้งแรกในปี คศ. 1944 ในคำวินิจฉัยของสภาแห่งรัฐ วันที่ 10 พฤศจิกายน 1944 กรณี Langneur²² โดยในคดีดังกล่าวเกิดจากการที่นาย Langneur เมื่อครั้งดำรงตำแหน่งเกี่ยวกับการบริการเกี่ยวกับการวางงานที่ศาลากลางจังหวัด ดรันซีได้จัดการให้ประชาชนได้รับผลตอบแทนการวางงานที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย นาย Langneur อ้างว่าตนได้ปฏิบัติตามคำสั่งของนายกเทศมนตรีที่เป็นผู้บังคับบัญชาของตน ซึ่งคดีนี้สภาแห่งรัฐได้วางหลักการเกี่ยวกับอำนาจบังคับบัญชาไว้อย่างน่าสนใจว่านาย Langneur ไม่สามารถปฏิเสธความรับผิดชอบโดยการปฏิบัติตามคำสั่งของผู้บังคับบัญชามาเป็นข้อต่อสู้ได้ เนื่องจากคำสั่งนั้นเป็นคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย และก่อให้เกิดความเสียหายต่อประโยชน์สาธารณะอย่างร้ายแรง ผู้ใต้บังคับบัญชาต้องปฏิเสธคำสั่งนั้น แนวคิด

¹⁹ Clément Chauvet, ‘FONCTIONNAIRE, OBÉIR/DÉSŌBÉIR’ (2015) 4 Pouvoirs-Revue française d’études constitutionnelles et politiques 149, 150.

²⁰ Léon Duguit เป็นนักกฎหมายและนิติวิชาการในสาขากฎหมายมหาชนของประเทศฝรั่งเศส มีชีวิตอยู่ระหว่างปี คศ. 1859–1928

²¹ Clément Chauvet, ‘FONCTIONNAIRE, OBÉIR/DÉSŌBÉIR’ (2015) 4 Pouvoirs-Revue française d’études constitutionnelles et politiques 149, 151

²² Conseil d’Etat, 10 novembre 1944, Sieur Langneur, rec. p. 248

ว่าด้วยหน้าที่ในการปฏิเสธคำสั่งผู้บังคับบัญชาชั้น ต่อมาได้รับการประมวลและบัญญัติเป็นครั้งแรกโดยกำหนดให้ข้าราชการมีหน้าที่นำการเสนอความเห็นต่อผู้บังคับบัญชากรณีเห็นว่าคำสั่งที่ตนได้รับนั้น ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ตามรัฐบัญญัติวันที่ 13 กันยายน 1941²³ และต่อมาก็ได้ปรากฏหน้าที่ในการปฏิเสธคำสั่งผู้บังคับบัญชาที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายเป็นครั้งแรกในมาตรา 28 ของรัฐบัญญัติฉบับที่ 83-634 ลงวันที่ 13 กรกฎาคม 1983 ว่าด้วยสิทธิและหน้าที่ของข้าราชการพลเรือนสามัญ (Loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires. Loi dite loi Le Pors.) และต่อมาได้รับการสืบทอดหลักเกณฑ์ในรัฐบัญญัติดังกล่าวมารวบรวมไว้เพื่อจัดทำเป็นประมวลกฎหมายว่าด้วยสิทธิหน้าที่ของข้าราชการไว้ในกฎหมายฉบับเดียวคือ ประมวลกฎหมายพื้นฐานว่าด้วยข้าราชการ (Code général de la fonction publique) ซึ่งบังคับใช้อยู่ในปัจจุบัน

2.1.1 หน้าที่ในการปฏิบัติตามคำสั่งของผู้บังคับบัญชาตามรัฐบัญญัติฉบับที่ 83-634 ลงวันที่ 13 กรกฎาคม 1983 ว่าด้วยสิทธิและหน้าที่ของข้าราชการพลเรือนสามัญ (Loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires. Loi dite loi Le Pors.)

รัฐบัญญัติฉบับที่ 83-634 ลงวันที่ 13 กรกฎาคม 1983 ว่าด้วยสิทธิและหน้าที่ของข้าราชการพลเรือนสามัญ (Loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires. Loi dite loi Le Pors.) เป็นกฎหมายที่ว่าด้วยสิทธิและหน้าที่ของข้าราชการพลเรือนสามัญของประเทศฝรั่งเศส โดยกำหนดให้ข้าราชการที่อยู่ในฝ่ายบริหารต้องปฏิบัติตามการให้เป็นไปตามกฎหมายและระเบียบข้อบังคับ รวมทั้งจะต้องปฏิบัติตามคำสั่งผู้บังคับบัญชาโดยเคารพเชื่อฟังคำสั่งของผู้บังคับบัญชา ซึ่งเป็นสิ่งจำเป็นตามเหตุผลในการขับเคลื่อนงานของฝ่ายบริหารให้สำเร็จลุล่วงไปได้ แนวคิดเกี่ยวกับการเคารพเชื่อฟังคำสั่งของผู้บังคับบัญชาของฝรั่งเศสมองว่าการเคารพเชื่อฟังคำสั่งผู้บังคับบัญชาถือเป็นการเคารพลำดับชั้นทางกฎหมาย เป็นการยอมรับข้อกำหนดของกฎหมาย เมื่อข้าราชการยอมรับข้อกำหนดของกฎหมายจึงเป็นหลักประกันการเกิดขึ้นของหลักนิติรัฐนั่นเอง ด้วยเหตุตั้งนี้ในรัฐบัญญัติฉบับที่ 83-634 ลงวันที่ 13 กรกฎาคม 1983 ว่าด้วยสิทธิและหน้าที่ของข้าราชการพลเรือนสามัญ (Loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires. Loi dite loi Le Pors.) จึงได้มีการกำหนดหน้าที่ให้ข้าราชการฝรั่งเศสไม่ว่าจะมีตำแหน่งใด ๆ มีหน้าที่ที่จะต้องปฏิบัติตามที่ได้รับมอบหมายและปฏิบัติตามคำสั่งของผู้บังคับบัญชา²⁴ ซึ่งเป็นการต่อยอดหลักการในเรื่องสายการบังคับบัญชาของข้าราชการฝรั่งเศสอย่างชัดเจน ว่าข้าราชการฝรั่งเศสมีหน้าที่ตามกฎหมายที่จะต้องปฏิบัติตามคำสั่งของผู้บังคับบัญชาตนเอง²⁵ อย่างไรก็ตาม ดังที่ได้เคยกล่าวไว้ว่าคำสั่งผู้บังคับบัญชาเป็นเสมือนดาบที่มีสองคมการปฏิบัติตามคำสั่งของผู้บังคับบัญชาโดยเคร่งครัดเป็นสิ่งที่ดีในแง่ที่เป็นหลักประกันว่าบริการ

²³ เอกสิทธิ์ จันตะมา, หน้าที่ของข้าราชการที่ต้องปฏิบัติตามคำสั่งผู้บังคับบัญชาและการต้องไม่ปฏิบัติตามคำสั่งของผู้บังคับบัญชาที่เป็นปฏิปักษ์ต่อระบบราชการ : ศึกษากฎหมายไทยและฝรั่งเศส, น.14.

²⁴ มาตรา 28 Loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires. Loi dite loi Le Pors. บัญญัติว่า “Tout fonctionnaire, quel que soit son rang dans la hiérarchie, est responsable de l'exécution des tâches qui lui sont confiées. Il doit se conformer aux instructions de son supérieur hiérarchique, sauf dans le cas où l'ordre donné est manifestement illégal et de nature à compromettre gravement un intérêt public.

Il n'est dégagé d'aucune des responsabilités qui lui incombent par la responsabilité propre de ses subordonnés.

²⁵ เอกสิทธิ์ จันตะมา, (เชิงจรดที่ 20), น.14.

สาธารณะของรัฐที่ต้องอาศัยระบบราชการสามารถดำเนินต่อไปได้โดยไม่สะดุดหยุดลง แต่การเชื่อฟังคำสั่งผู้บังคับบัญชาจนเป็นเสมือนเครื่องจักรไม่รู้ถูกผิดก็ย่อมเป็นอันตรายแก่นิติรัฐเช่นเดียวกัน แต่การที่ข้าราชการจะต้องเลือกที่จะปฏิเสธคำสั่งผู้บังคับบัญชาซึ่งอาจไม่ชอบด้วยกฎหมายก็อาจจะให้ผลร้ายแก่ตัวข้าราชการเองในการถูกดำเนินการทางวินัย และทำให้ข้าราชการอาจจะอยู่ในภาวะที่กลืนไม่เข้าคายไม่ออกในการปฏิบัติตามคำสั่งของผู้บังคับบัญชา

ด้วยเหตุนี้ นอกจากในรัฐบัญญัติปี 1983 จะต้องมีหลักการให้ข้าราชการฝรั่งเศสจะต้องปฏิบัติตามคำสั่งของผู้บังคับบัญชาโดยเคร่งครัดแล้ว ในรัฐบัญญัติฉบับเดียวกันยังได้กำหนดแนวทางปฏิบัติกรณีที่ข้าราชการเห็นว่าคำสั่งผู้บังคับบัญชาที่ตนได้รับนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมายเพื่อเป็นแนวทางปฏิบัติสำหรับข้าราชการที่อยู่ใต้บังคับบัญชาไว้อย่างชัดเจนด้วยในมาตราเดียวกันกับที่ได้กำหนดหน้าที่ให้ข้าราชการต้องปฏิบัติตามคำสั่งผู้บังคับบัญชาอย่างเคร่งครัดคือมาตรา 28²⁶ มีหลักการว่า “ข้าราชการทุกคนไม่ว่าจะอยู่ในระดับใด มีหน้าที่ในการรับผิดชอบทำงานที่ได้รับมอบหมาย โดยต้องปฏิบัติตามคำสั่งที่ได้รับจากผู้บังคับบัญชา เว้นแต่ในกรณีที่คำสั่งนั้นเป็นคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายอย่างชัดแจ้ง และมีลักษณะที่ขัดต่อประโยชน์สาธารณะอย่างร้ายแรง” เมื่อพิจารณาจากเงื่อนไขในการเป็นข้อยกเว้นการปฏิบัติตามคำสั่งผู้บังคับบัญชาดังกล่าวจะเห็นได้ว่าตามรัฐบัญญัติได้กำหนดองค์ประกอบไว้ 2 องค์ประกอบ คือ ประการหนึ่งคำสั่งที่ได้รับจะต้องเป็นคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายอย่างชัดแจ้ง และนอกจากไม่ชอบด้วยกฎหมายแล้ว คำสั่งนั้นจะต้องขัดต่อประโยชน์สาธารณะอย่างรุนแรงอีกด้วย โดยคำสั่งที่จะผูกพันเป็นหน้าที่ให้ข้าราชการต้องปฏิเสธจะต้องเข้าเงื่อนไขทั้งสองประการ หากไม่เข้าเงื่อนไขดังกล่าว ข้าราชการจะต้องทักท้วงให้ผู้บังคับบัญชาของตนทราบถึงความไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้นนั่นเอง แต่ไม่สามารถปฏิเสธที่จะปฏิบัติตามได้ พิจารณาได้จากคำวินิจฉัย Court administrative d'appel de Lyon²⁷ จากคำวินิจฉัยดังกล่าว เป็นกรณีเมื่อวันที่ 5 กันยายน 2017 นายกเทศมนตรีเมือง Saint-Etienne กำหนดให้ผู้ร้องในคดีนี้ปฏิบัติหน้าที่ในวันที่ 12 กันยายน 2017 และผู้ร้องปฏิเสธที่จะปฏิบัติราชการ ซึ่งถึงแม้ว่าคำสั่งที่ผู้ร้องได้รับเมื่อวันที่ 5 กันยายน 2017 จะเป็นคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายและถูกเพิกถอนโดยศาลปกครองอุทธรณ์ของเสียไปแล้วก็ตาม แต่การเพิกถอนดังกล่าวก็ไม่ได้ส่งผลต่อความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งลงโทษผู้ร้อง เนื่องจากการลงโทษเป็นผลมาจากการที่ผู้ร้องปฏิเสธที่จะปฏิบัติตามคำสั่งที่ได้รับจากผู้บังคับบัญชา อีกทั้งหน้าที่ในการปฏิเสธคำสั่งผู้บังคับบัญชาจากบทบัญญัติใน มาตรา 28 ของรัฐบัญญัติลงวันที่ 13 กรกฎาคม 1983 ใช้แต่กรณีหน้าที่ในการปฏิเสธคำสั่งผู้บังคับบัญชาเฉพาะคำสั่งซึ่งผิดกฎหมายอย่างชัดแจ้งและมีแนวโน้มที่จะประนีประนอมต่อผลประโยชน์สาธารณะอย่างร้ายแรงเท่านั้น ด้วยเหตุนี้คำสั่งที่ผู้ร้องได้รับนั้น แม้จะปรากฏว่าไม่ชอบด้วยกฎหมายก็ตาม แต่ก็ไม่ใช่คำสั่งที่กระทบต่อประโยชน์สาธารณะอย่างร้ายแรง การที่ผู้ร้องไม่ยอมมาปฏิบัติหน้าที่ราชการจึงเป็นลักษณะของการไม่ปฏิบัติตามคำสั่งของผู้บังคับบัญชานั้นเอง อย่างไรก็ตาม ในทางปฏิบัติในคดีที่ขึ้นสู่ศาลศาลมักจะไม่วินิจฉัยตีความก้าวล่วงไปถึงประเด็นองค์ประกอบที่สองนั้นคือความขัดแย้งต่อประโยชน์สาธารณะอย่างรุนแรง²⁸ แต่คดีส่วนมากจะสิ้นสุดที่ประเด็นความไม่ชอบ

²⁶ รัฐบัญญัติว่าด้วยสิทธิและหน้าที่ของข้าราชการ 1983 มาตรา 28 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า “Tout Fonctionnaire, quell que soit son rang dans hierarchie, est responsable de l’execution des taches qui lui son t confiees. Il doit se conformer auxinstructions de son superieur hierarchique, sauf dans le ca sou l’ordre donne est manifestement illegal et de nature a compromettre gravement un interet public.”

²⁷ AA de LYON, 3eme chambre - formation a 3, 17/06/2021, 19LY01024,

²⁸ Clément Chauvet, ‘FONCTIONNAIRE, OBÉIR/DÉSObÉIR’ (2015) 4 Pouvoirs-Revue française d’études constitutionnelles et politiques149, 151

ด้วยกฎหมายอย่างชัดเจนเท่านั้น และสภาแห่งรัฐมักจะไม่มีวินิจฉัยว่าคดีที่เกิดขึ้นส่วนมากเป็นการขัดต่อประโยชน์สาธารณะอย่างรุนแรง ซึ่งคำสั่งในลักษณะดังกล่าวยังผูกพันผู้ได้บังคับบัญชาให้ปฏิบัติตามอยู่²⁹ ซึ่งส่วนมากจะเป็นคำสั่งในบางกรณีที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายอย่างชัดเจนแต่กระทบต่อสิทธิของผู้ได้บังคับบัญชาเป็นบางกรณี แต่ไม่กระทบต่อประโยชน์สาธารณะอย่างร้ายแรงเท่านั้น ซึ่งหากเป็นกรณีในลักษณะนี้จะมีบทบัญญัติถึงสิทธิในการปฏิเสธคำสั่งผู้บังคับบัญชากรณีการคำสั่งที่กระทบต่อสภาพการทำงาน สิทธิในชีวิตร่างกายของผู้ได้บังคับบัญชาไว้โดยเฉพาะในอีกมาตราหนึ่ง

2.1.2 หน้าที่ของข้าราชการในการปฏิบัติตามคำสั่งของผู้บังคับบัญชาตามประมวลกฎหมายพื้นฐานว่าด้วยข้าราชการ (Code général de la fonction publique)

รัฐบัญญัติฉบับที่ 83-634 ลงวันที่ 13 กรกฎาคม 1983 ว่าด้วยสิทธิและหน้าที่ของข้าราชการพลเรือนสามัญ (Loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires. Loi dite loi Le Pors.) ถูกบังคับใช้มาเป็นระยะเวลากว่า 40 ปี จึงถูกยกเลิกโดยผลของรัฐธรรมนูญที่ 2021-2547 ลงวันที่ 24 พฤศจิกายน 2021 ว่าด้วยบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายพื้นฐานว่าด้วยข้าราชการ (Ordonnance n° 2021-1574 du 24 novembre 2021 portant partie législative du code général de la fonction publique) ด้วยเหตุผลที่ว่า เนื้อหาตามรัฐบัญญัติว่าด้วยสิทธิหน้าที่ข้าราชการได้มีการประกาศใช้ประมวลกฎหมายพื้นฐานว่าด้วยข้าราชการขึ้นมาบังคับใช้แทน จึงจำเป็นต้องยกเลิกกฎหมายในส่วนที่ซ้ำซ้อนไป³⁰ ซึ่งรวมถึงกฎหมายว่าด้วยหน้าที่ในการปฏิบัติตามคำสั่งของผู้บังคับบัญชาที่บัญญัติไว้ในมาตรา 28 ดังที่ผู้เขียนได้กล่าวไปในประเด็นที่แล้วด้วย ประมวลกฎหมายพื้นฐานว่าด้วยข้าราชการซึ่งประกาศใช้แทนนั้น เป็นกฎหมายที่กำหนดหลักเกณฑ์ทั่วไปเกี่ยวกับข้าราชการพลเรือนของประเทศฝรั่งเศสซึ่งรวบรวมกฎเกณฑ์ทั้งหมดที่บังคับใช้กับกฎหมายข้าราชการพลเรือนไว้ในฉบับเดียว ประมวลกฎหมายดังกล่าวถูกลงนามประกาศใช้เมื่อวันที่ 24 พฤศจิกายน พ.ศ. 2564 และเริ่มมีผลบังคับใช้วันที่ 1 มีนาคม พ.ศ. 2565 มีขอบเขตการบังคับใช้กับข้าราชการพลเรือนสามัญ พนักงานสัญญาจ้างของฝ่ายบริหารของรัฐ หน่วยงานบริหารอิสระและหน่วยงานของรัฐอิสระ สถานประกอบการของรัฐ หน่วยงานท้องถิ่น รวมถึงสถานประกอบการสาธารณะ และสถานบริการอื่น ๆ ของรัฐ ตามที่ได้กำหนดเพิ่มเติมไว้ อย่างไรก็ตาม ประมวลกฎหมายข้าราชการฉบับนี้จะบังคับใช้เฉพาะแต่ข้าราชการพลเรือนและเจ้าหน้าที่รัฐในฝ่ายบริหารเท่านั้น แต่จะไม่บังคับใช้กับข้าราชการในสังกัดสภาผู้แทนราษฎร ข้าราชการตุลาการ ข้าราชการทหาร แพทย์ ทันตแพทย์ เกษษกร ข้าราชการในสังกัดโครงการบำเหน็จบำนาญ บุคลากรทางการศึกษา และเจ้าหน้าที่หอการค้า ซึ่งจะมีกฎหมายเฉพาะกำหนดสิทธิหน้าที่เอาไว้โดยเฉพาะอยู่แล้ว โดยประมวลกฎหมายดังกล่าวได้

²⁹ นิสิตา สุขสถิตย์, ‘อำนาจบังคับบัญชาในการแต่งตั้งโยกย้ายกับการควบคุมตรวจสอบโดยศาลปกครอง’ (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์ 2559) 46-47..

³⁰ มาตรา 2 รัฐธรรมนูญฉบับที่ 2021-2547 ลงวันที่ 24 พฤศจิกายน 2021 ว่าด้วยบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายพื้นฐานว่าด้วยข้าราชการ (Ordonnance n° 2021-1574 du 24 novembre 2021 portant partie législative du code général de la fonction publique) บัญญัติว่า “Les dispositions de la partie législative du code général de la fonction publique qui mentionnent, sans les reproduire, des dispositions soit d'autres codes, soit de textes législatifs sont de plein droit modifiées par l'effet des modifications ultérieures de ces dispositions.”

วางหลักการอันเป็นอุดมคติของข้าราชการเอาไว้ด้วยกล่าวคือ ในการปฏิบัติหน้าที่เจ้าพนักงานของรัฐต้องผูกพันตนด้วยความเป็นกลาง ปฏิบัติหน้าที่โดยละเว้นจากการแสดงความคิดเห็นทางศาสนา และต้องปฏิบัติต่อทุกคนอย่างเท่าเทียมกันและเคารพเสรีภาพแห่งมโนธรรมและศักดิ์ศรี รวมทั้งต้องอุทิศกิจกรรมทางวิชาชีพทั้งหมดให้กับงานที่ได้รับมอบหมาย และมีหน้าที่รับผิดชอบในการปฏิบัติงานที่ได้รับมอบหมายทั้งสิ้น โดยไม่สามารถปลดเปลื้องจากความรับผิดชอบใด ๆ ที่เป็นภาระของเขาจากความรับผิดชอบส่วนตัวของผู้บังคับบัญชาได้ (Article L121-9) สำหรับในกรณีของหน้าที่ในการปฏิบัติตามคำสั่งของผู้บังคับบัญชานั้น ประมวลกฎหมายดังกล่าวได้บัญญัติไว้ในมาตรา L121-10 ว่าเจ้าหน้าที่ของรัฐต้องปฏิบัติตามคำสั่งของผู้บังคับบัญชาตามลำดับชั้น ยกเว้นในกรณีที่คำสั่งนั้นผิดกฎหมายอย่างชัดเจนและมีแนวโน้มว่าจะประนีประนอมต่อประโยชน์สาธารณะอย่างร้ายแรง³¹ โดยหากปรากฏในกรณีดังกล่าวข้าราชการจะต้องปฏิเสธไม่ปฏิบัติตามคำสั่งของผู้บังคับบัญชา ซึ่งอาจถือได้ว่าหลักเกณฑ์ในประมวลกฎหมายพื้นฐานว่าด้วยข้าราชการ (Code général de la fonction publique) ดังกล่าว ในส่วนของบทบัญญัติเกี่ยวกับหน้าที่ในการปฏิบัติตามคำสั่งของผู้บังคับบัญชา ยังไม่มีความแตกต่างไปจากรัฐบัญญัติฉบับที่ 83-634 ลงวันที่ 13 กรกฎาคม 1983 ว่าด้วยสิทธิและหน้าที่ของข้าราชการพลเรือนสามัญ (Loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires. Loi dite loi Le Pors.) ที่ถูกยกเลิกไปแล้วแต่อย่างใด

2.2 ประเทศเยอรมนี

ในประเทศเยอรมนีจะมีการกำหนดหลักเกณฑ์อันเกี่ยวกับสิทธิหน้าที่ของข้าราชการไว้ในกฎหมายหลัก 2 ฉบับ ได้แก่ รัฐบัญญัติสถานภาพของข้าราชการ (Beamtenstatusgesetz) หรือที่มีชื่อย่อว่า (BeamtStG) และในรัฐบัญญัติราชการกลาง (Bundesbeamtengesetz) หรือที่มีชื่อย่อว่า (BBG) ซึ่งทั้งสองฉบับได้มีการกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับสถานะความสัมพันธ์ระหว่างผู้บังคับบัญชาและผู้ที่อยู่ใต้บังคับบัญชาไว้อย่างคล้ายคลึงกัน ดังนี้

2.2.1 แนวคิดว่าด้วยคำสั่งของผู้บังคับบัญชาที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายตามรัฐบัญญัติสถานภาพข้าราชการ Beamtenstatusgesetz(BeamtStG)

รัฐบัญญัติฉบับนี้ประกาศใช้เมื่อวันที่ 17 มิถุนายน ปี 2008 เป็นกฎหมายที่กำหนดขึ้นบังคับกับข้าราชการพลเรือนของสหพันธ์รัฐ เทศบาล และสถาบันรวมถึงองค์กรภายใต้การกำกับดูแลของรัฐเกี่ยวกับสถานะของเจ้าหน้าที่ที่สังกัดองค์กรดังกล่าว³² รวมไปถึงจนถึงสิทธิ หน้าที่ การกระทำดังกล่าวที่ข้าราชการพึงปฏิบัติ โดยในส่วนของกรปฏิบัติตามคำสั่งของผู้บังคับบัญชานั้นมาตรา 35 ได้กำหนดให้ข้าราชการมีหน้าที่ในการปฏิบัติตามคำสั่งของผู้บังคับบัญชาซึ่งเป็นคำสั่งในหน้าที่การงานรวมทั้งเป็นคำสั่งที่ข้าราชการผู้รับคำสั่งมีพันธะผูกพันตามกฎหมายให้ต้องปฏิบัติตามด้วย อย่างไรก็ตาม การปฏิบัติตามคำสั่งของผู้บังคับบัญชาดังกล่าว ไม่ได้หมายความว่าข้าราชการมีหน้าที่ที่จะต้องปฏิบัติตามคำสั่งในทุกกรณีโดยไม่ต้องพิจารณาถึงความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งเลย โดยในมาตรา 36 ของรัฐบัญญัติ

³¹ L'agent public doit se conformer aux instructions de son supérieur hiérarchique, sauf dans le cas où l'ordre donné est manifestement illégal et de nature à compromettre gravement un intérêt public.

³² มาตรา 1 Beamtenstatusgesetz(BeamtStG)

ฉบับเดียวกันได้บัญญัติถึงกรณีเมื่อข้าราชการต้องเผชิญหน้ากับคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายไว้ด้วยหลักเกณฑ์ที่ชัดเจนและน่าสนใจ โดยได้วางหลักไว้ว่าข้าราชการมีหน้าที่อีกประการหนึ่งคือจะต้องรับผิดชอบในความชอบด้วยกฎหมายเป็นการส่วนตัวในการกระทำที่ตนได้กระทำลงไป พร้อมกันนี้ในกฎหมายดังกล่าวได้กำหนดต่อไปถึงการดำเนินการเกี่ยวกับคำสั่งของผู้บังคับบัญชาที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งจะแบ่งออกเป็น 2 กลุ่ม กลุ่มแรกคือคำสั่งที่ข้าราชการผู้รับคำสั่งเห็นเองว่าไม่ชอบด้วยกฎหมาย และกลุ่มที่สองคือคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายอย่างชัดแจ้ง หรืออาจชัดต่อหลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์อย่างรุนแรง³³ โดยในกลุ่มแรกเป็นกรณีที่ข้าราชการผู้รับคำสั่งเห็นว่าคำสั่งที่ตนได้รับนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมายกฎหมายกำหนดให้ข้าราชการแย้งในความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งนั้นต่อผู้บังคับบัญชาอย่างเป็นทางการ การโต้แย้งเช่นนี้ไม่ได้เป็นสิทธิของข้าราชการผู้รับคำสั่งแต่ถือเป็นหน้าที่ที่จะต้องโต้แย้ง³⁴ หากผู้บังคับบัญชายังคงยืนยันให้ข้าราชการปฏิบัติตามคำสั่งนั้น และข้าราชการยังมีความเห็นแย้งอยู่ในกรณีนี้กฎหมายกำหนดให้ข้าราชการสามารถโต้แย้งคำสั่งนั้นต่อผู้บังคับบัญชาในระดับที่สูงกว่าไปอีกหนึ่งชั้นได้ หากผู้บังคับบัญชาในระดับที่สูงกว่ายังคงยืนยันในการปฏิบัติตามคำสั่งนั้น ข้าราชการผู้รับคำสั่งจะต้องปฏิบัติตามและไม่ต้องรับผิดชอบในความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งนั้น ทั้งนี้ ความรับผิดชอบในคำสั่งอยู่ตรงที่ว่าข้าราชการผู้รับคำสั่งได้ยื่นคำโต้แย้งความไม่ชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งนั้นหรือไม่ หากต่อมาปรากฏว่าคำสั่งของผู้บังคับบัญชานั้นไม่ชอบด้วยกฎหมายและข้าราชการนั้นมิได้โต้แย้งคัดทานไว้แต่ต้น ข้าราชการก็จะไม่สามารถใช้ความคุ้มครองตามมาตรา 36 นี้ได้³⁵ ซึ่งการกำหนดหลักเกณฑ์ในลักษณะดังกล่าวคล้ายคลึงกับบทบัญญัติเกี่ยวกับการทำความเห็นแย้งกรณีคำสั่งบังคับบัญชาไม่ชอบด้วยกฎหมายของข้าราชการไทยในกฎหมายว่าด้วยระเบียบข้าราชการพลเรือน แต่แตกต่างกันตรงที่ว่ากฎหมายว่าด้วยสภาพข้าราชการของประเทศเยอรมันจะกำหนดให้คำสั่งนั้นสามารถถูกทบทวนได้อีกครั้งโดยผู้บังคับบัญชาในลำดับที่เหนือกว่าได้ แต่อย่างไรก็เชื่อว่ากฎหมายจะยินยอมให้ผู้บังคับบัญชา

³³ Beamtenstatusgesetz – BeamtStG § 36 Verantwortung für die Rechtmäßigkeit

(1) Beamtinnen und Beamte tragen für die Rechtmäßigkeit ihrer dienstlichen Handlungen die volle persönliche Verantwortung.

(2) Bedenken gegen die Rechtmäßigkeit dienstlicher Anordnungen haben Beamtinnen und Beamte unverzüglich auf dem Dienstweg geltend zu machen. Wird die Anordnung aufrechterhalten, haben sie sich, wenn die Bedenken fortbestehen, an die nächst höhere Vorgesetzte oder den nächst höheren Vorgesetzten zu wenden. Wird die Anordnung bestätigt, müssen die Beamtinnen und Beamten sie ausführen und sind von der eigenen Verantwortung befreit. Dies gilt nicht, wenn das aufgetragene Verhalten die Würde des Menschen verletzt oder strafbar oder ordnungswidrig ist und die Strafbarkeit oder Ordnungswidrigkeit für die Beamtinnen oder Beamten erkennbar ist. Die Bestätigung hat auf Verlangen schriftlich zu erfolgen.

(3) Wird von den Beamtinnen oder Beamten die sofortige Ausführung der Anordnung verlangt, weil Gefahr im Verzug besteht und die Entscheidung der oder des höheren Vorgesetzten nicht rechtzeitig herbeigeführt werden kann, gilt Absatz 2 Satz 3 und 4 entsprechend. Die Anordnung ist durch die anordnende oder den anordnenden Vorgesetzten schriftlich zu bestätigen, wenn die Beamtin oder der Beamte dies unverzüglich nach Ausführung der Anordnung verlangt

³⁴ คำพิพากษาของศาลยุติธรรมแห่งสหพันธรัฐ Bundesgerichtshof ที่ III ZR 18/19 วันที่ 15 สิงหาคม 2019

³⁵ คำวินิจฉัยศาลปกครอง (Verwaltungsgericht Magdeburg) ที่ 15 A 13/17 วันที่ 31 มกราคม 2019

เป็นผู้พิจารณาตัดสินแต่เพียงผู้เดียวว่าคำสั่งใดควรที่จะมีผลหรือคำสั่งใดอาจชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ชอบด้วยกฎหมาย แต่ยังมีคำสั่งของผู้บังคับบัญชาบางประการที่กฎหมายไม่ยอมให้มีผลตั้งแต่ต้นเลย กล่าวคือผู้ใต้บังคับบัญชาไม่มีหน้าที่ที่จะปฏิบัติตามคำสั่งดังกล่าว หากว่าปฏิบัติตามคำสั่งนั้นไป แม้ว่าจะโต้แย้งถึงความชอบด้วยกฎหมายไว้ก็ยังคงต้องรับผิดชอบ เพื่อเป็นการประกันว่าคำสั่งในลักษณะดังกล่าว จะไม่มีผลออกไปสู่ภายนอกฝ่ายปกครองเป็นอันขาด นั่นคือในลักษณะที่ 2 คือคำสั่งที่ขัดต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ หรือปรากฏอย่างชัดแจ้งว่าจะทำให้เกิดโทษทางอาญาหรือโทษทางปกครองยังได้กำหนดต่อไปด้วยว่า และความผิดดังกล่าวนั้นปรากฏเป็นที่รับรู้ต่อข้าราชการผู้รับคำสั่ง เช่นนี้คำสั่งดังกล่าวเป็นที่ต้องห้ามไม่ให้ปฏิบัติตามเลย

2.2.2 แนวคิดว่าด้วยคำสั่งของผู้บังคับบัญชาที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายตามรัฐบัญญัติ รัฐบัญญัติราชการกลาง Bundesbeamtengesetz (BBG)

รัฐบัญญัตินี้ประกาศใช้เมื่อวันที่ 12 กุมภาพันธ์ 2552 โดยในขณะที่รัฐบัญญัติ Beamtenstatusgesetz (BeamtStG) เป็นกฎหมายที่ใช้บังคับกับข้าราชการพลเรือนของสหพันธ์รัฐ เทศบาล และสถาบันรวมถึงองค์กรภายใต้การกำกับดูแลของรัฐ กฎหมายฉบับนี้จะมุ่งบังคับใช้กับข้าราชการของรัฐบาลกลางเป็นหลัก³⁶ โดยจะมีเนื้อหาเกี่ยวข้องกับสถานภาพ หน้าที่ การจัดองค์กรของข้าราชการของรัฐบาลกลาง เช่น การคัดเลือกเข้าสู่ตำแหน่ง การเกษียณอายุราชการ การผูกพันและสิทธิหน้าที่ เป็นต้น สำหรับหลักเกณฑ์เกี่ยวกับหน้าที่ของข้าราชการในการปฏิบัติตามคำสั่งของผู้บังคับบัญชาและหน้าที่ต่อคำสั่งของผู้บังคับบัญชาที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายตามที่กำหนดไว้ในกฎหมายดังกล่าวจะบัญญัติไว้ในมาตรา 62 และ 63 มีลักษณะเนื้อหาเช่นเดียวกันกับที่บัญญัติไว้ในรัฐบัญญัติ Beamtenstatusgesetz (BeamtStG) ดังที่ได้กล่าวไปแล้วทุกประการ

3. ว่าด้วยคำสั่งผู้บังคับบัญชาที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายตามกฎหมายไทย

พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 ที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบันได้กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับหน้าที่ของข้าราชการในการปฏิบัติตามคำสั่งของผู้บังคับบัญชาที่ไม่แตกต่างไปจากพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2535 มากนัก โดยบัญญัติไว้ในมาตรา 82 (4) มีรายละเอียด ดังนี้

มาตรา 82 ข้าราชการต้องกระทำการอันเป็นข้อปฏิบัติ ดังนี้

(4) ต้องปฏิบัติตามคำสั่งของผู้บังคับบัญชาซึ่งสั่งในหน้าที่ราชการโดยชอบ

ด้วยกฎหมายและระเบียบของทางราชการ โดยไม่ขัดขึ้นหรือหลีกเลี่ยง แต่ถ้าเห็นว่าการปฏิบัติตามคำสั่งนั้นจะทำให้เสียหายแก่ราชการ หรือจะเป็นการไม่รักษาประโยชน์ของทางราชการจะต้องเสนอความเห็นเป็นหนังสือทันทีเพื่อให้ผู้บังคับบัญชาทบทวนคำสั่งนั้น และเมื่อได้เสนอความเห็นแล้ว ถ้าผู้บังคับบัญชายืนยันให้ปฏิบัติตามคำสั่งเดิม ผู้อยู่ใต้บังคับบัญชาต้องปฏิบัติตาม

หลักเกณฑ์ดังกล่าวถูกกำหนดอยู่ในหมวดของวินัยและการรักษาวินัย จัดเป็นวินัยประการหนึ่งที่ข้าราชการพึงปฏิบัติ หากผู้ใดฝ่าฝืนจะต้องได้รับโทษทางวินัย และหากการฝ่าฝืนนั้นเป็นเหตุให้

³⁶ Bundesbeamtengesetz § 1 Geltungsbereich Dieses Gesetz gilt für die Beamtinnen und Beamten des Bundes, soweit nicht gesetzlich etwas anderes bestimmt ist.

เกิดผลเสียแก่ราชการอย่างร้ายแรงก็จะถือเป็นความผิดวินัยร้ายแรงเช่นกัน³⁷ หลักเกณฑ์ในมาตรานี้กำหนดให้ข้าราชการมีพันธะหน้าที่ต่อคำสั่งของผู้บังคับบัญชาเฉพาะที่สั่งในราชการและเป็นคำสั่งโดยชอบด้วยกฎหมายเท่านั้นซึ่งถือเป็นหลักเกณฑ์ทั่วไปในเบื้องต้น อย่างไรก็ตาม กฎหมายได้กำหนดเพิ่มเติมต่อไปถึงหน้าที่ของข้าราชการผู้อยู่ใต้บังคับบัญชาด้วยในกรณี que เห็นว่า คำสั่งที่ตนได้รับนั้นอาจจะทำให้ “เสียหายแก่ราชการ หรือจะเป็นการไม่รักษาประโยชน์ของทางราชการ” ข้าราชการผู้นั้นจะต้องเสนอความเห็นเป็นหนังสือเพื่อให้ผู้บังคับบัญชาของตนพิจารณาทบทวนคำสั่ง ซึ่งในกรณีนี้เมื่อได้เสนอความเห็นแล้ว หากผู้บังคับบัญชายังคงยืนยันตามเดิม ผู้ใต้บังคับบัญชาต้องปฏิบัติตาม อนึ่ง ผู้เขียนมีข้อสังเกตประการหนึ่งว่า กรณีในกฎหมายดังกล่าวกฎหมายได้ใช้ถ้อยคำเพียงว่า “เสียหายแก่ราชการ หรือจะเป็นการไม่รักษาประโยชน์ของทางราชการ” ไม่ได้มีการกำหนดให้ชัดเจนว่ากรณีที่เป็นคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้น ผู้ใต้บังคับบัญชามีพันธะที่จะต้องดำเนินการประการใด อย่างไรก็ตาม ในประเด็นดังกล่าว ได้มีคำวินิจฉัยของคณะกรรมการพิทักษ์ระบบคุณธรรมที่พอจะนำมาเป็นตัวอย่างในการศึกษาในประเด็นนี้ได้ โดยในกรณีเรื่องดำที่ 5810166 เรื่องแดงที่ 0072162 คณะกรรมการพิทักษ์ระบบคุณธรรมได้วินิจฉัยว่า การที่ผู้อุทธรณ์ได้รับคำสั่งจากผู้บังคับบัญชาให้ทำการเบิกจ่ายค่าวัสดุให้แก่ผู้ขาย ทั้งที่ผู้อุทธรณ์รู้อยู่แล้วว่าเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายแต่ก็ไม่ได้ทักท้วงผู้บังคับบัญชา ถือว่าผู้อุทธรณ์รู้เห็นเป็นใจในการกระทำผิดร่วมกันกับผู้บังคับบัญชา ไม่สามารถปฏิเสธความรับผิดชอบทางวินัย โดยอ้างว่าการที่ตนได้กระทำไปเป็นการกระทำไปตามคำสั่งของผู้บังคับบัญชาได้ จากกรณีดังกล่าว แม้มิได้เป็นเรื่องที่เป็นคำพิพากษาของศาลแต่ก็พอแสดงให้เห็นเป็นตัวอย่างในการปรับใช้ได้ว่า กรณีการทำความเห็นแย้งของผู้ใต้บังคับบัญชาตามมาตรา 82 มีการปรับใช้ที่ครอบคลุมไปถึงการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายด้วยนั่นเอง

4. ว่าด้วยหน้าที่ของข้าราชการต่อคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

4.1 ปัญหาว่าด้วยหน้าที่ในการปฏิบัติตามคำสั่งของผู้บังคับบัญชาในกฎหมายไทย

ประเทศไทยได้มีการกำหนดหน้าที่ข้าราชการต่อคำสั่งผู้บังคับบัญชาที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย โดยได้วางหลักการให้ข้าราชการมีหน้าที่จะต้องปฏิบัติตามคำสั่งที่ชอบด้วยกฎหมายและระเบียบของทางราชการเป็นหลัก หากไม่ปฏิบัติตามจะถือว่าเป็นโทษทางวินัย อย่างไรก็ตามกฎหมายได้ยกเว้นกรณีที่ผู้ใต้บังคับบัญชาเห็นว่าคำสั่งของผู้บังคับบัญชานั้นอาจจะทำให้เสียหายต่อราชการอย่างร้ายแรงหรือไม่เป็นการรักษาประโยชน์ของทางราชการ ผู้ใต้บังคับบัญชามีหน้าที่ที่จะต้องเสนอความเห็นเป็นหนังสือทันทีเพื่อให้ผู้บังคับบัญชาทบทวนคำสั่งนั้น ถ้าผู้บังคับบัญชียืนยันให้ปฏิบัติตามคำสั่งเดิม ผู้อยู่ใต้บังคับบัญชาต้องปฏิบัติตาม ปัญหาที่จะต้องพิจารณาเป็นประการแรกในส่วนนี้ก็คือ การกำหนดหลักเกณฑ์ในลักษณะดังกล่าวครอบคลุมถึงการทำความเห็นแย้งกรณีที่ปรากฏว่าคำสั่งของผู้บังคับบัญชานั้นไม่ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ กรณีจึงต้องพิจารณาว่าหากปรากฏว่าผู้บังคับบัญชาได้สั่งการในลักษณะที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายแล้ว ผู้ใต้บังคับบัญชายังคงมีหน้าที่ที่จะต้องทำความเห็นแย้งเช่นเดียวกับคำสั่งที่ทำให้เสียหายต่อราชการอย่างร้ายแรงหรือไม่ กรณีนี้สามารถเทียบเคียงได้จากคำวินิจฉัยของคณะกรรมการพิทักษ์ระบบคุณธรรม กรณีเรื่องดำที่ 5810166 เรื่องแดงที่ 0072162 ซึ่งให้เห็นแนวทางว่า การที่ผู้ใต้บังคับบัญชาได้รับคำสั่งให้ทำการไม่ชอบด้วยกฎหมาย (เบิกจ่ายวัสดุ) แต่ก็ไม่ได้ทักท้วงผู้บังคับบัญชา ถือว่าผู้อุทธรณ์รู้เห็นเป็นใจในการกระทำผิดร่วมกันกับผู้บังคับบัญชา ไม่สามารถปฏิเสธความรับผิดชอบทางวินัย โดยอ้างว่าการที่ตน

³⁷ มาตรา 82 วรรคสอง พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551

ได้กระทำไปเป็นการกระทำไปตามคำสั่งของผู้บังคับบัญชาได้ รวมทั้งในคำพิพากษาของศาลปกครองคดีหมายเลขแดงที่ อ 548/2554 ซึ่งเป็นกรณีที่ข้าราชการตำรวจลงบันทึกประจำวันเกี่ยวกับยาบ้าที่จับกุมมาไม่ตรงกับความเป็นจริงจาก 213 เม็ด เป็น 8 เม็ด และอ้างว่าการกระทำดังกล่าว ตนได้กระทำไปตามคำสั่งของพนักงานสอบสวนผู้รับผิดชอบในคดีนั้น ทั้งที่ตนรู้อยู่แล้วว่าคำสั่งที่ได้รับนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมายและระเบียบของทางราชการ แต่แทนที่จะทักท้วงหรือเสนอความเห็นเพื่อให้ทบทวนคำสั่ง กลับปฏิบัติตามโดยสุจริต พฤติการณ์เช่นนี้ย่อมไม่ทำให้ผู้ฟ้องคดีพ้นจากความรับผิดทางวินัยฐานทุจริตต่อหน้าที่ จากแนวคำวินิจฉัยและคำพิพากษาดังกล่าวชี้ให้เห็นว่า ในระบบกฎหมายไทยได้ยอมรับการเสนอความเห็นขอให้ทบทวนคำสั่งของผู้บังคับบัญชานั้นครอบคลุมไปถึงกรณีที่ปรากฏว่าคำสั่งที่ผู้บังคับบัญชาได้รับนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมายด้วยเช่นกัน ทั้งนี้ ในส่วนของหน้าที่ในการปฏิเสธคำสั่งของผู้บังคับบัญชานั้นจากการสืบค้นคำพิพากษายังไม่พบกรณีศึกษาในประเด็นนี้ อย่างไรก็ดี ได้มีการกล่าวถึงหน้าที่ดังกล่าวในคู่มือผู้บังคับบัญชาในการรักษาวินัยผู้อยู่ใต้บังคับบัญชาของสำนักงานคณะกรรมการข้าราชการพลเรือน (กพ.)³⁸ ด้วยว่า กรณีการขอให้ทบทวนคำสั่งของผู้บังคับบัญชานั้น ครอบคลุมไปถึงคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายและระเบียบของทางราชการด้วยเช่นกัน เว้นแต่คำสั่งที่ไม่ได้สั่งในหน้าที่ราชการหรือเห็นได้ชัดว่าไม่ชอบด้วยกฎหมายจึงไม่มีผลผูกพันอย่างไรก็ตามหลักการที่ว่าต้องปฏิเสธคำสั่งที่ไม่ได้สั่งในหน้าที่ราชการหรือเห็นได้ชัดว่าไม่ชอบด้วยกฎหมายไม่มีปรากฏในบทบัญญัติของกฎหมายใด ๆ อีกทั้ง การเรียกร้องให้ข้าราชการมีหน้าที่ต้องปฏิเสธคำสั่งในลักษณะดังกล่าวโดยไม่มีฐานทางกฎหมายมากำหนดหน้าที่ไว้เช่นนั้น ย่อมอาจเป็นกรณีที่ทำให้ข้าราชการละเลยที่จะพิจารณาถึงความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งที่ได้รับได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง กรณีที่ระบบบังคับบัญชาในระบบราชการมีการกำหนดให้การพิจารณาความดีความชอบ และกำหนดความสัมพันธ์อื่น ๆ ของข้าราชการให้ผูกกับผู้บังคับบัญชา การยืนยันในความกล้าหาญของตนและปฏิเสธทางคำสั่งที่ได้รับเมื่อเห็นว่าไม่ชอบด้วยกฎหมายอย่างชัดเจนย่อมเป็นภาวะที่กลืนไม่เข้าคายไม่ออกของข้าราชการอย่างยิ่ง จึงอาจถือได้ว่าในประเทศไทยไม่ได้มีการกำหนดรับรองสิทธิของข้าราชการในการปฏิเสธคำสั่งของผู้บังคับบัญชาที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายไว้เลย นอกจากนี้ การขอให้ข้าราชการปฏิบัติตามคำสั่งผู้บังคับบัญชาไปก่อนแม้ไม่ชอบด้วยกฎหมายหากไม่เห็นด้วยก็ให้ทบทวนคำสั่งเช่นว่า หากการปฏิบัติตามคำสั่งผู้บังคับบัญชาเช่นนั้นมีผลภายนอกฝ่ายปกครอง ย่อมอาจมองได้ว่าเป็นการปล่อยให้มีการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายเข้าสู่ระบบกฎหมายและยิ่งซ้ำร้ายไปกว่านั้นหากการกระทำนั้นส่งผลเสียหายร้ายแรงเกินที่การเพิกถอนการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายโดยองค์กรฝ่ายตุลาการจะสามารถเยียวยาได้ ย่อมเป็นทางออกที่ไม่ดีนักต่อการกำหนดกฎเกณฑ์ในลักษณะนี้ รวมทั้งการกำหนดให้ข้าราชการทำความเห็นเสนอขอให้ทบทวนคำสั่ง แม้การกำหนดหลักเกณฑ์เช่นนี้จะปรากฏเช่นเดียวกับประเทศฝรั่งเศสและเยอรมนี แต่การกำหนดเช่นว่าก็ไม่มีการอบ ดั้งนี้แล้ว หากเป็นคำสั่งที่ผู้บังคับบัญชาได้รับ เป็นคำสั่งที่ละเมิดกฎหมายอย่างรุนแรง ชัดต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ และทำลายประโยชน์สาธารณะโดยสิ้นเชิง เช่นนี้แล้ว จะมีสิ่งใดมารับประกันว่าข้าราชการผู้รับคำสั่งจะยืนยันและปฏิเสธคำสั่งนั้น โดยไม่แม้แต่ทำความเห็นทบทวน

4.2 การกำหนดบทบัญญัติว่าด้วยการปฏิเสธคำสั่งผู้บังคับบัญชากับการรักษาความต่อเนื่องของการบริการสาธารณะและเสถียรภาพของระบบบังคับบัญชา

คุณสมบัติสำคัญของระบบราชการสมัยใหม่คือระบบการบริหารงานโดยระบบบังคับบัญชา อันมีข้าราชการที่เป็นหัวหน้ากำกับดูแลข้าราชการชั้นรองลงมาในการปฏิบัติราชการ โดยอิงกับระบบกฎหมาย

³⁸ สำนักงานคณะกรรมการข้าราชการพลเรือน, (เชิงอรรถที่ 3), น.26.

มีกฎหมายเป็นรากฐานอำนาจ³⁹ และด้วยเหตุที่ระบบราชการ ข้าราชการถือเป็นเครื่องมือสำคัญของรัฐ ในการจัดทำบริการสาธารณะ ระบบบังคับบัญชาที่มีเสถียรภาพจึงเป็นปัจจัยสำคัญต่อความต่อเนื่องไม่มีสะดุด หยุดยั้งของบริการสาธารณะที่มีประสิทธิภาพ

การจัดการบริการสาธารณะและการดำเนินกิจการอื่น ๆ ของรัฐจะต้องเป็นไปตามที่ กฎหมายให้อำนาจและเป็นไปโดยชอบด้วยกฎหมาย⁴⁰ ด้วยเหตุนี้ ระบบบังคับบัญชาของข้าราชการซึ่งเป็น กลไกหนึ่งของรัฐจึงต้องเป็นไปโดยชอบด้วยกฎหมายด้วย คำสั่งผู้บังคับบัญชาซึ่งสั่งในราชการจึงจะสั่งการ โดยละเมิดกฎหมายไม่ได้ สิ่งนี้คือหลักการสำคัญที่จะต้องมีการตรวจสอบอย่างเคร่งครัดเพื่อเป็นหลักประกัน ให้นิติรัฐสามารถดำรงอยู่ได้

หากพิจารณาถึงเมื่อมีกรณีที่มีคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายเกิดขึ้นในระบบบังคับบัญชา นั้น จะเป็นเช่นไร ผู้เขียนเห็นว่า กรณีในลักษณะนี้จะสามารถพิจารณาโดยใช้แนวคิดเกี่ยวกับความรับผิดของ ผู้ใต้บังคับบัญชาต่อคำสั่งของผู้บังคับบัญชา⁴¹ มาเป็นเกณฑ์ได้ ประการแรก กรณีหลัก Respondeat Superior ซึ่งเรียกร้องให้ผู้ใต้บังคับบัญชาไม่ต้องรับผิดจากการปฏิบัติตามคำสั่งของผู้บังคับบัญชา หากพิจารณาในแง่ นี้ ย่อมมองได้ว่าผู้ใต้บังคับบัญชาย่อมไม่มีหน้าที่ในการปฏิเสธผู้บังคับบัญชาเลย เนื่องจากตนได้รับความคุ้มครอง จากการปฏิบัติตามคำสั่งของผู้บังคับบัญชาไว้อยู่แล้ว แต่อย่างไรก็ตามหน้าที่ในการปฏิบัติตามคำสั่งของ ผู้บังคับบัญชาตามแนวคิดนี้ถือว่าเป็นอันตราย เพราะเป็นการสร้างเครื่องจักรชั่วร้ายอันไม่ยั้งคิดสิ่งใด อันสุ่มเสี่ยงที่ระบบราชการจะทำลายระบบกฎหมายเสียเอง ประการที่สอง กรณีหลัก Absolute liability หรือหลักความรับผิดเด็ดขาด หลักการนี้เรียกร้องให้ผู้ใต้บังคับบัญชาต้องร่วมรับผิดกับคำสั่งของผู้บังคับบัญชา อย่างเต็มที่ ด้วยเหตุนี้ในการปฏิบัติตามคำสั่งของผู้บังคับบัญชา ผู้ใต้บังคับบัญชาจะต้องใช้วิจารณญาณที่ตนมี พิจารณาถึงความชอบด้วยกฎหมายก่อนทุกครั้ง หลักการนี้หากพิจารณาเบื้องต้นก็คงเป็นหลักการที่ถูกต้อง ตามหลักการที่สุด อย่างไรก็ตาม หลักการนี้อาจมีปัญหาในทางปฏิบัติก็คือ หากปฏิบัติตามหลักการก็เท่ากับ ว่าเราได้มอบหมายอำนาจในการตัดสินใจความชอบด้วยกฎหมายให้กับผู้ใต้บังคับบัญชา และหาก ผู้ใต้บังคับบัญชาเห็นว่าคำสั่งใดไม่ชอบด้วยกฎหมายก็จะปฏิเสธไม่ปฏิบัติตามในทุกกรณีเช่นนี้แล้ว แม้คำสั่งนั้น จะมาพบภายหลังว่าชอบด้วยกฎหมาย ย่อมอาจกระทบต่อเสถียรภาพของระบบบังคับบัญชาได้ และอาจส่ง ผลต่อความต่อเนื่องของการจัดทำบริการสาธารณะของรัฐในที่สุด กรณีนี้ปรากฏชัดในกรณีคำพิพากษา ของ Court administrative d'appel de Lyon⁴² ของประเทศฝรั่งเศส ศาลได้ยืนยันว่าการปฏิเสธไม่ ปฏิบัติตามคำสั่งของผู้บังคับบัญชาในคดีนี้ โดยอ้างว่าคำสั่งไม่ชอบด้วยกฎหมายและประนีประนอมต่อ ประโยชน์สาธารณะอย่างร้ายแรงนั้นฟังไม่ขึ้น แม้คำสั่งที่ผู้ร้องได้รับจะไม่ชอบด้วยกฎหมายอย่างชัดแจ้ง แต่คำสั่งนั้นก็ได้ละเมิดประโยชน์สาธารณะอย่างรุนแรง ผู้ร้องยังคงต้องปฏิบัติตาม จากคำพิพากษา ดังกล่าวจะเห็นได้ว่าศาลยังพยายามรักษาเสถียรภาพของระบบบังคับบัญชาให้คงอยู่ไว้ และในประการสุดท้าย กรณีตามหลัก Liability for Manifestly illegal orders หรือหลัก Conditional liability ซึ่งเป็นการ ผลิตานเพื่อหาจุดกึ่งกลางระหว่างหลักการทั้งสองหลักการข้างต้น หากพิจารณาตามแนวทางนี้จะเห็นได้ว่า

³⁹ พิทยา บวรวัฒนา, ระบบราชการ (Bureaucracy), พิมพ์ครั้งที่ 1. กรุงเทพฯ ฯ : ศักดิ์โสภณาการพิมพ์, 2556. หน้า 40

⁴⁰ บรรเจิด สิงคนenti, (เชิงอรรถที่ 5), น.79.

⁴¹ Marcus Abrahamsson. “THE DEFENSE OF SUPERIOR ORDERS ARTICLE 33 OF THE ICC STATUTE-A DEPARTURE FROM CUSTOMARY INTERNATIONAL LAW?” Graduate Thesis. Master of Law. Faculty of Law. Lund University, 2018

⁴² AA de LYON, 3eme chambre - formation a 3, 17/06/2021, 19LY01024,

ผู้ใต้บังคับบัญชาจะต้องรับผิดชอบจากการปฏิบัติตามคำสั่งที่ปรากฏชัดแจ้งว่าไม่ชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น เช่นนี้แล้ว ผู้ใต้บังคับบัญชาย่อมมีหน้าที่ปฏิเสธคำสั่งที่ปรากฏชัดแจ้งว่าไม่ชอบด้วยกฎหมาย

หากพิจารณาจากแนวคิดของกฎหมายต่างประเทศ ได้แก่ ประเทศฝรั่งเศสและเยอรมัน สำหรับประเทศฝรั่งเศสกำหนดให้ผู้ใต้บังคับบัญชาต้องปฏิบัติตามคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายเว้นแต่คำสั่งที่ปรากฏชัดแจ้งว่าไม่ชอบด้วยกฎหมายและขัดต่อประโยชน์สาธารณะอย่างรุนแรง⁴³ หากไม่เข้าหลักเกณฑ์ทั้งสองประการนี้ผู้ใต้บังคับบัญชาต้องทำความเห็นเสนอผู้บังคับบัญชาเพื่อขอให้ทบทวนคำสั่ง⁴⁴ ส่วนในทางประเทศเยอรมนีได้มีการกำหนดให้ข้าราชการมีหน้าที่ปฏิบัติตามคำสั่งของผู้บังคับบัญชามีหน้าที่ปฏิบัติตามคำสั่งของผู้บังคับบัญชาหากเห็นว่าคำสั่งไม่ชอบด้วยกฎหมายให้ทำความเห็นแย้งต่อผู้บังคับบัญชาและผู้บังคับบัญชาที่เห็นข้อขึ้นไปได้ เว้นแต่จะเป็นคำสั่งที่ขัดต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ หรือปรากฏอย่างชัดแจ้งว่าการกระทำตามคำสั่งจะทำให้ผู้ใต้บังคับบัญชาต้องโทษทางอาญาหรือโทษทางปกครองจะต้องห้ามมิให้ปฏิบัติตาม⁴⁵ หากพิจารณาตามบทบัญญัติของสองประเทศข้างต้น จะเห็นได้ว่าทั้งสองประเทศได้ดำเนินการตามหลักความรับผิดแบบ Liability for Manifestly illegal orders โดยจะสถานะของคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายออกเป็น 2 ประการประการแรกคือคำสั่งผู้บังคับบัญชาที่อาจจะไม่ชอบด้วยกฎหมายและกฎหมายยังยอมรับให้คำสั่งดังกล่าวมีผลในระบบกฎหมาย เพียงแต่ยินยอมให้มีการทบทวนคำสั่งนั้นเสียก่อน ประการที่สอง คือคำสั่งที่ร้ายแรงถึงขนาดที่กฎหมายไม่ยอมรับให้ปรากฏตัวในระบบกฎหมายเลย เช่นนี้กฎหมายกำหนดให้ผู้ใต้บังคับบัญชามีหน้าที่จะต้องปฏิเสธเพียงอย่างเดียว อีกทั้งเมื่อได้พิจารณาถึงเบื้องหลังของบทบัญญัติเหล่านี้จะเห็นว่ากฎหมายพยายามจะถ่วงน้ำหนักระหว่างหน้าที่ในการพิทักษ์ระบบกฎหมายจากคำสั่งของผู้บังคับบัญชาที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายกับเสถียรภาพของระบบบังคับบัญชาได้เป็นอย่างดี กล่าวคือ การกำหนดให้คำสั่งผู้บังคับบัญชาไม่ต้องถูกปฏิเสธหรือตกไปทุกกรณีที่มีความสงสัยว่าไม่ชอบด้วยกฎหมาย

5. บทสรุปและข้อเสนอแนะ

เมื่อได้พิจารณาจากหลักเกณฑ์และแนวทางตัวอย่างจากต่างประเทศดังที่ได้กล่าวไปในส่วนที่แล้ว จะเห็นได้ว่าระบบราชการสมัยใหม่เป็นระบบราชการที่ขับเคลื่อนด้วยระบบบังคับบัญชาซึ่งวางอยู่บนพื้นฐานของกฎหมาย เพื่อจัดทำบริการสาธารณะ ดังนั้น การกระทำใด ๆ รวมทั้งระบบบังคับบัญชาของข้าราชการจึงต้องเป็นไปโดยชอบด้วยกฎหมาย อย่างไรก็ตาม ในประเทศไทย การกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับคำสั่งของผู้บังคับบัญชายังไม่ค่อยมีความชัดเจนเท่าไรนักถึงกรณีที่เมื่อผู้ใต้บังคับบัญชาได้เผชิญหน้าต่อคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายแล้วจะต้องปฏิบัติตนเช่นไร มีเพียงกรณีของการทำความเห็นแย้งต่อคำสั่งที่อาจเสียหายไม่รักษาประโยชน์ต่อทางราชการ ซึ่งในทางปฏิบัติมักจะถูกตีความให้หมายความรวมถึงคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายด้วยเท่านั้น การกำหนดเช่นนี้ย่อมไม่ชัดเจนเพียงพอที่จะยับยั้งกรณีของคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายอย่างร้ายแรงหรือส่งผลเสียอย่างร้ายแรงยากจะเยียวยาได้ เนื่องจากขาดบทบัญญัติทางกฎหมายที่รับรองให้อำนาจเป็นฐานให้ข้าราชการผู้ใต้บังคับบัญชาปฏิเสธคำสั่งนั้น ๆ แต่อย่างไรก็ตาม การแก้ไขบทบัญญัติให้เป็นไปอย่างชัดเจนโดยให้ข้าราชการมีหน้าที่ปฏิเสธคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายในทุกกรณี แม้เพียงกรณีที่เป็นข้อผิดพลาดเล็กน้อย ก็ย่อมไม่เป็นผลดีต่อเสถียรภาพของระบบราชการและความต่อเนื่องของบริการสาธารณะที่รัฐต้องจัดทำ จึงต้องมีการชั่งน้ำหนักในประเด็นดังกล่าวที่เหมาะสม โดยหากพิจารณา

⁴³ มาตรา 28 Loi n° 83-634 du 13 juillet 1983

⁴⁴ รัฐบัญญัติวันที่ 13 กันยายน 1941

⁴⁵ Beamtenstatusgesetz – BeamtStG § 36

ตามกฎหมายต่างประเทศ ทั้งประเทศเยอรมันและฝรั่งเศสต่างมีการกำหนดหน้าที่ต่อคำสั่งผู้บังคับบัญชาที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายไว้สองระดับ ระดับแรกคือคำสั่งที่อาจไม่ชอบด้วยกฎหมายและกฎหมายยังยินยอมให้มีผลผูกพันผู้ใต้บังคับบัญชาอยู่ แต่จะต้องมีการทบทวนความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งนั้น ๆ ก่อน ระดับต่อมาคือคำสั่งที่กฎหมายไม่ยอมให้มีการปรากฏตัวในระบบกฎหมายเลย ซึ่งรายละเอียดในส่วนที่สองจะแตกต่างกันแล้วแต่หลักการทางกฎหมายที่แต่ละประเทศให้ความสำคัญต่างกัน แต่จะมีรายละเอียดเหมือนกันตรงที่ว่า เป็นคำสั่งที่ร้ายแรงถึงขนาดไม่สามารถทนรับได้อีกต่อไป ด้วยเหตุนี้ เพื่อให้บทบัญญัติว่าด้วยหน้าที่ต่อคำสั่งของผู้บังคับบัญชาที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายของประเทศไทยมีความชัดเจนมากยิ่งขึ้น จึงควรดำเนินการแก้ไขพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 โดยเพิ่มเติมในส่วนของหน้าที่ของข้าราชการต่อคำสั่งของผู้บังคับบัญชาที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายตามแนวทางดังกล่าว ทั้งนี้ เพื่อประโยชน์และความมั่นคงของหลักนิติรัฐและเพื่อเสถียรภาพของระบบราชการอันนำไปสู่เป้าหมายสูงสุดซึ่งเป็นหัวใจของรัฐคือประโยชน์ของประชาชนในท้ายที่สุด

บรรณานุกรม

หนังสือและบทความในหนังสือ

- นันทวัฒน์ บรมานันท์. กฎหมายปกครอง. พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพฯ ฯ : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2555.
- นิติกร ชัยวิเศษ, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายวินัยข้าราชการ, พิมพ์ครั้งที่ 1
กรุงเทพฯ ฯ : วิญญูชน, 2564.
- พิทยา บวรวัฒนา. ระบบราชการ (BUREAUCRACY). พิมพ์ครั้งที่ 1 กรุงเทพฯ ฯ : ศักดิ์โสภากการพิมพ์,
2556
- วรเจตน์ ภาคีรัตน์. ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายปกครอง : หลักการพื้นฐานกฎหมายปกครอง
และการกระทำทางปกครอง. พิมพ์ครั้งที่ 2 กรุงเทพฯ ฯ : สำนักพิมพ์วิญญูชน, ๒๕๕๖
_____ คำสอนว่าด้วยรัฐและหลักกฎหมายมหาชน ฉบับแก้ไขเพิ่มเติม. พิมพ์ครั้งที่ 3
กรุงเทพฯ ฯ : สำนักพิมพ์อ่านกฎหมาย, 2564.
- สำนักงานคณะกรรมการข้าราชการพลเรือน, คู่มือผู้บังคับบัญชาในการรักษาวินัยผู้อยู่ใต้บังคับบัญชา, พิมพ์
ครั้งที่ 1, กรุงเทพฯ : บริษัท ๒๑ เซนจูรี จำกัด, (2557,)
- สำนักงานคณะกรรมการข้าราชการพลเรือน, 82 ปี แห่งการใช้พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการ
พลเรือน, กรุงเทพฯ ฯ : บริษัท 21 เซนจูรี จำกัด, 2553.

บทความวารสาร

- พูนศักดิ์ ไวสำรวจ. “เจ้าหน้าที่ของรัฐในกฎหมายฝรั่งเศส.” วารสารคณะนิติศาสตร์. มหาวิทยาลัยอัสสัมชัญ.
รพี 49.(2549) : 84-409.
- เอกสิทธิ์ จันตะมา. “หน้าที่ของข้าราชการที่ต้องปฏิบัติตามคำสั่งของผู้บังคับบัญชาและการต้องไม่
ปฏิบัติตามคำสั่งของผู้บังคับบัญชาที่เป็นปฏิปักษ์ต่อระบบราชการ: ศึกษากฎหมายไทย
และกฎหมาย ฝรั่งเศส.”
- Aubrey M. Daniel III. “The Defense of Superior Orders.” University of Richmon Law Review.
(1973) : 477-509.
- Clément Chauvet, ‘FONCTIONNAIRE, OBÉIR/DÉSObÉIR’ (2015) 4 Pouvoirs-Revue française
d’études constitutionnelles et politiques 149,
- Jessica Liang. “Defending the Emergence of the Superior Orders Defense in the
Contemporary Context.” Goettingen Journal of International Law 2.
(2010) : 871-892.
- RONAN DOARÉ, ‘ORDRE LÉGAL, ORDRE ILLÉGAL’ (2013) 3 Inflexions Civils et militaires :
pouvoir dire 153,

วิทยานิพนธ์

- ชญาภัทร แก้วมหากาฬ. “ปัญหาสิทธิขั้นพื้นฐานในพรมแดนกฎหมายข้าราชการ” วิทยานิพนธ์
นิติศาสตร์มหาบัณฑิต. คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2560.
- นันทพร กันเฉย. “ความรับผิดทางอาญาของผู้บังคับบัญชา กรณีผู้ใต้บังคับบัญชาบังคับให้บุคคลสูญหาย”
วิทยานิพนธ์นิติศาสตร์มหาบัณฑิต. คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2569.
- นิลิตา สุขสถิตย์, ‘อำนาจบังคับบัญชาในการแต่งตั้งโยกย้ายกับการควบคุมตรวจสอบโดยศาลปกครอง’
(วิทยานิพนธ์นิติศาสตร์มหาบัณฑิต สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์ 2559)
- พันตำรวจตรี ศราวุธ บุญรอด. “การกระทำตามคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายของเจ้าพนักงาน ตาม
ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 70 : ศึกษากรณี ผู้กระทำความผิดหน้าที่ต้องปฏิบัติตาม
หรือไม่มีหน้าที่แต่เชื่อว่ามีหน้าที่ต้องปฏิบัติตาม.” วิทยานิพนธ์นิติศาสตร์มหาบัณฑิต.
คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2559.
- พิสันต์ จันจุฬา. “ความรับผิดทางอาญาของผู้บังคับบัญชาตามธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่าง
ประเทศ: การนำมาใช้กับกฎหมายไทย.” วิทยานิพนธ์นิติศาสตร์มหาบัณฑิต.
คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2560.
- Koji Kudo. “COMMAND RESPONSIBILITY AND THE DEFENCE OF SUPERIOR ORDERS.”
Doctor of Philosophy Thesis. Faculty of Law University of Leicester, 2017.
- Marcus Abrahamsson. “THE DEFENSE OF SUPERIOR ORDERS ARTICLE 33 OF THE ICC
STATUTE-A DEPARTURE FROM CUSTOMARY INTERNATIONAL LAW?” Graduate Thesis.
Master of Law. Faculty of Law. Lund University, 2018



LAW
CHULA

การประชุมนิติวิชาการระดับชาติ
“กฎหมายกับการพัฒนาที่ยั่งยืน”
ครั้งที่ 1

บทความ

ข้อพิจารณาของรัฐที่อาจได้รับผลกระทบจากการ
ทิ้งระเบิดในการใช้หลักการป้องกันไว้ก่อนเพื่อวัตถุประสงค์
De minimis ในการทิ้งระเบิดของเสียที่ปนเปื้อน
กัมมันตภาพรังสี

ผู้เขียน

นายอนันต์วัชรธ จันตะรังษี

ข้อพิจารณาของรัฐที่อาจได้รับผลกระทบจากการทิ้งเทในการใช้หลักการป้องกันไว้ก่อน เพื่อวัด De minimis ในการทิ้งของเสียที่ไม่ได้ปนเปื้อนกับมลพิษทางน้ำ

อนันท์วัชร จันตะรังสี²

บทคัดย่อ

พิธีสารลอนดอน 1996 มีวัตถุประสงค์เพื่อป้องกันและควบคุมภาวะมลพิษทางทะเลจากการทิ้งเท หลักการสำคัญของพิธีสารคือห้ามทิ้งเทของเสียหรือสารอื่นลงสู่ทะเลนอกเสียจากของเสียหรือสารบางชนิดที่ได้รับระบุไว้ใน Annex I ของพิธีสารเท่านั้น แต่การทิ้งเทจะต้องได้รับใบอนุญาตก่อนการทิ้งเทลงทะเล ดังนั้น การพิจารณาของเสียหรือสารอื่นที่อยู่ในข่ายที่อาจอนุญาตให้มีการทิ้งเทได้นั้นจึงต้องพิจารณาโดยรัฐภาคี แห่งพิธีสารใน Annex I ดังกล่าว แต่กรณีของเสียหรือสารนั้นปนเปื้อนกับมลพิษทางน้ำจะมีข้อบท ที่กำหนดให้ ต้องมีเงื่อนไขในการพิจารณาที่แตกต่างออกไป และได้กำหนดหลัก De minimis ไว้ รัฐที่อาจ ได้รับผลกระทบจากการทิ้งเทจะนำหลักการป้องกันไว้ก่อนเพื่อนำมาพิจารณาหลัก De minimis ในการทิ้งเท ของเสียที่ไม่ได้ปนเปื้อนกับมลพิษทางน้ำได้อย่างไร ผู้เขียนจึงได้นำหลักการตามแนวทางขององค์การทะเล ระหว่างประเทศและแนวทางของทบวงปรมาณูระหว่างประเทศมาพิจารณาเพื่อกำหนดเงื่อนไข หลักเกณฑ์ และกระบวนการในการทิ้งเทเพื่อปกป้องสุขภาพของมนุษย์และสิ่งแวดล้อมทางทะเล

คำสำคัญ หลักการป้องกันไว้ก่อน, การทิ้งเท, De minimis, ภาวะมลพิษทางทะเลจากการทิ้งเท

¹ Considerations of Potentially Affected States in Applying Precautionary Principle to Establish De Minimis for Non-radioactive Waste Disposal

บทความนี้ปรับปรุงขึ้นจากเนื้อหาส่วนหนึ่งของวิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต เรื่อง การใช้หลักป้องกันไว้ก่อนในการพิจารณาทิ้งเท ของเสียตาม De minimis แห่งพิธีสาร 1996 ของอนุสัญญาว่าด้วยการป้องกันมลภาวะทางทะเลเนื่องจากการทิ้งวัสดุเหลือใช้ และวัสดุอย่างอื่น 1972 คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

² ANANTAWAT JANTARANGSEE

นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชาระหว่างประเทศ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

Abstract

The purpose of the London Protocol 1996 is to prevent and control the marine pollution by dumping. The Protocol, in principle, prohibits the dumping at sea of any wastes or other matter with the exception of those listed in Annex 1; however a permit is required prior to such dumping. Consequently, Member states shall comply with Annex I for considering and allowing certain materials to be dumped. But the consideration for disposal of radioactive waste is under “de minimis” which is additionally from Annex 1. How would potentially affected states apply precautionary principle to Establish De Minimis Levels for Non - radioactive Waste Disposal? This paper attempts to study and examine guidelines of International Maritime Organization and International Atomic Energy Agency. It thus proposes conditions, rules and procedure for the dumping in order to protect human health and marine environment.

Keywords : precautionary principle, dumping, De minimis, the marine pollution by dumping

1. บทนำ

พิธีสารลอนดอน 1996 (1996 Protocol to the Convention on the Prevention of Marine Pollution by Dumping of Wastes and Other Matter, 1972) เป็นพิธีสารที่เกิดจากการแก้ไขเพิ่มเติมอนุสัญญาลอนดอน 1972 (The Convention on the prevention of marine pollution by dumping of wastes and other matter 1972) ที่มีวัตถุประสงค์เพื่อป้องกัน ควบคุมและแก้ไขมลพิษทางทะเล ป้องกันการทิ้งของเสียลงทะเลโดยไม่แยกแยะ ที่ก่อให้เกิดผลกระทบต่อสุขภาพอนามัยของมนุษย์ สิ่งมีชีวิตในทะเลและความเสียหายต่อการใช้ประโยชน์ทางทะเล³ เป็นการนำหลักเกณฑ์และกระบวนการเกี่ยวกับการทิ้งของเสียลงทะเลที่ปรากฏในอนุสัญญาลอนดอน 1972 มาปรับปรุงให้ทันสมัยและเคร่งครัดมากขึ้น มีเจตนารมณ์ชัดเจนที่จะปกป้องสิ่งแวดล้อมทางทะเลและส่งเสริมการใช้ประโยชน์ทะเลอย่างยั่งยืน⁴

ในการทิ้งของเสียต้องพิจารณาตามพิธีสารลอนดอน 1996 Article 4 ที่กำหนดห้ามรัฐภาคีทิ้งของเสียใด ๆ หรือสารอื่น ๆ ลงสู่ทะเล ยกเว้นของเสียหรือสารที่ระบุไว้ใน Annex I และจำกัดเฉพาะกรณีที่ไม่มีทางเลือกอื่นในการกำจัดทิ้งนอกเสียจากการทิ้งเท ซึ่งในการทิ้งของเสียหรือสารดังกล่าว ต้องพิจารณาตาม Annex I ว่าสามารถทิ้งได้หรือไม่ ประกอบกับต้องพิจารณาร่วมกับหลัก precautionary approach ที่กำหนดไว้ใน Article 3 ที่กำหนดไว้เพื่อคุ้มครองสิ่งแวดล้อมทางทะเลจากการทิ้งของเสียและสารอื่นโดยใช้มาตรการป้องกันที่เหมาะสม เมื่อมีเหตุอันควรเชื่อได้ว่าของเสียหรือสารอื่นที่นำสู่สิ่งแวดล้อมทางทะเลนั้นน่าจะก่อให้เกิดอันตรายต่อสิ่งแวดล้อมทางทะเล

ประเด็นปัญหาที่มุ่งศึกษาในบทความนี้คือ กรณีหลัก De Minimis ที่กำหนดไว้ในพิธีสารลอนดอน 1996 Annex I paragraph 3 ที่ใช้บังคับกับสารหรือวัสดุอื่นที่ปนเปื้อนกับมันตภาพรังสีที่รัฐภาคีจะต้องปฏิบัติตามที่ทบวงการพลังงานปรมาณูระหว่างประเทศ (International Atomic Energy Agency - IAEA) ได้วางแนวทางเอาไว้และภาคีแห่งพิธีสารต้องให้การยอมรับ แต่กรณีดังกล่าวนี้จะมีใช้บังคับกับของเสียหรือสารที่มีได้ปนเปื้อนกับมันตภาพรังสีแต่อย่างใด ประกอบกับหากพิจารณาถึงบริบททางนิเวศวิทยาทางทะเล (Maritime ecological context) แล้วนั้น น่าจะต้องพิจารณาถึงระบบนิเวศวิทยาทางทะเลร่วมด้วยอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ 1996 จึงนำมาสู่ปัญหาว่ามลภาวะในพื้นที่ทางทะเลอาจเกิดขึ้นกับรัฐอื่นที่มีได้เป็นรัฐสังกัดของเรือ หรือตามหลักดินแดนในกรณีรัฐชายฝั่งที่อาจได้รับผลกระทบแม้จะเป็นการทิ้งเทในบริเวณทะเลหลวงก็ตาม ดังนั้นจึงเป็นการนำหลักการป้องกันไว้ก่อนมาปรับใช้กับการพิจารณา De minimis ในพิธีสารดังกล่าว

หลัก De minimis ปรากฏตาม Annex I paragraph 3 ของพิธีสารลอนดอน 1996 ซึ่งหมายถึงความเข้มข้นในระดับต่ำสุดของวัสดุที่มีการปนเปื้อนสารกัมมันตภาพรังสี ในพิธีสารนี้จึงกำหนดว่าวัสดุที่อาจจะทิ้งได้ตาม Annex I ทั้ง 8 ประเภท หากมีการปนเปื้อนจะต้องมีระดับกัมมันตภาพรังสีไม่

³ ชุมพร ปัจจุสานนท์และคณะ, โครงการศึกษาการเข้าร่วมพิธีสารลอนดอน 1996 ของประเทศไทย, (กรุงเทพมหานคร : กรมเจ้าท่า, 2560), หน้า 1

⁴ เติ้งอ่าง, หน้า 3

มากกว่าความเข้มข้นในระดับต่ำสุดตามที่ทบวงการพลังงานปรมาณูระหว่างประเทศได้กำหนดไว้ ดังนั้น ในที่นี้หลัก De minimis จึงหมายถึงระดับความเข้มข้นต่ำสุดของสารกัมมันตภาพรังสีนั่นเอง

ในความเห็นนี้ ผู้เขียนจะได้เริ่มอธิบายเพื่อค้นหาสถานะของหลักการป้องกันไว้ก่อนในทางระหว่างประเทศ เนื่องจากหลัก precautionary approach ใน Article 3 ยังไม่ทราบแน่ชัดว่าเป็นอย่างไร เดียวกันกับหลัก precautionary principle หรือไม่ ซึ่งจะมีผลต่อการปรับใช้ต่อไป ต่อมาได้จะได้กล่าวถึงผลกระทบจากการทิ้งเทของวัสดุทั้ง 8 ประเภทตาม Annex 1 ที่อยู่ในข่ายที่อาจจะได้รับอนุญาตทิ้งเท ซึ่งมีได้ปนเปื้อนกับกัมมันตภาพรังสี แต่อาจจะเกิดผลกระทบกับรัฐชายฝั่งอื่นเนื่องจากบริบทพิเศษที่มีความเฉพาะที่ท้ายหลักการทิ้งเทอาจจะก่อให้เกิดมลภาวะทางทะเลได้ รัฐชายฝั่งจึงอาจจะได้รับผลกระทบจากการทิ้งเทได้ จึงได้อธิบายอำนาจในการปกป้องภาวะมลพิษทางทะเลจากการทิ้งเทของรัฐ และความสัมพันธ์ระหว่างหน้าที่ของรัฐเจ้าของธงเรือและรัฐชายฝั่งในการปฏิบัติตามพิธีสารลอนดอน 1996 ในลำดับถัดมา และสุดท้ายจะนำไปสู่การพิจารณาร่วมกันของรัฐที่อนุญาตทิ้งเทกับรัฐที่อาจได้รับผลกระทบจากการทิ้งเทในการปรับใช้หลัก De minimis ดังกล่าวด้วย

2. หลัก precautionary principle ที่เป็นกฎหมายหลักกฎหมายทั่วไป

ตามข้อ 38 (1) (c) แห่งธรรมนูญศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้กล่าวถึงบ่อเกิดของกฎหมายระหว่างประเทศอีกประเภทหนึ่งก็คือ หลักกฎหมายทั่วไปซึ่งเป็นที่ยอมรับของอารยประเทศ (general principles of law recognized by civilized nations) ซึ่งเป็นที่เข้าใจว่าหมายถึงหลักกฎหมายอันมีลักษณะทั่วไปจนถึงขนาดที่ยอมรับและใช้กันในทุกระบบกฎหมาย ซึ่งหมายถึงทั้งในระบบ common law และระบบ civil law หรือแม้แต่ว่าระบบ socialist law ก็ตาม ซึ่งถือว่าเป็นระบบกฎหมายที่อารยประเทศ (civilized nations) ใช้กันอยู่⁵ จากบทบัญญัติดังกล่าวนี้ กล่าวได้ว่าหลักทั่วไปของกฎหมายระหว่างประเทศ คือ หลักเกณฑ์ทางกฎหมายทั่วไปที่ยอมรับและใช้บังคับในกฎหมายภายในของรัฐต่าง ๆ โดยบัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษร หรือกฎหมายภายในของประเทศที่มีความเจริญในทางกฎหมายจนถือได้ว่าเป็นหลักกฎหมายทั่วไปอันอาจนำมาเป็นหลักในการพิจารณาวินิจฉัยคดีได้ หรือกรณีเป็นหลักการทั่วไปของกฎหมายระหว่างประเทศซึ่งรัฐต่าง ๆ ยึดถือเป็นหลักปฏิบัติโดยทั่วไป โดยมีได้บัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร⁶

สาเหตุที่หลักกฎหมายทั่วไปสามารถค้นหาได้จากหลักกฎหมายซึ่งยอมรับและใช้กันอยู่ในระบบกฎหมายภายในของอารยประเทศสืบเนื่องจากความจริงที่ว่าระบบกฎหมายภายในของรัฐเป็นระบบกฎหมายที่มีวิวัฒนาการอันยาวนานจนทำให้หลักกฎหมายหลายเรื่องเป็นหลักกฎหมายที่ถือเป็นที่ยุติและได้รับการยอมรับกันโดยทั่วไป ในขณะที่กฎหมายระหว่างประเทศยังถูกมองว่าเป็นกฎหมายที่เพิ่งจะมีวิวัฒนาการในระยะเริ่มต้น (primitive) เท่านั้น จึงทำให้ยังไม่สามารถพัฒนาหลักกฎหมายระหว่างประเทศได้อย่างเต็มที่ และมีความจำเป็นที่จะต้องพึ่งพาหลักกฎหมายอันปรากฏและใช้กันอยู่ในระบบกฎหมายภายในของ

⁵ จุมพต สายสุนทร, *กฎหมายระหว่างประเทศ*, หน้า 77

⁶ กรันต์ ธนุเทพ, *กฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมือง*, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2537), หน้า 95 – 96

อารยประเทศ⁷ ตัวอย่างข้อพิจารณาในส่วนของหลักการป้องกันไว้ก่อนในปี ค.ศ. 2000 สหภาพยุโรปได้ออก Communication from the Commission on the precaution principle ซึ่งมีจุดมุ่งหมายเพื่อแสดงให้เห็นวิธีการใช้หลักการนี้ โดยสร้างความเข้าใจพื้นฐานเพื่อเป็นองค์ประกอบในการนำไปสู่การสร้างคำตัดสิน รวมถึงการสร้างแนวทางสำหรับการนำหลักไปใช้อย่างเหมาะสม⁸ communication ฉบับนี้นำไปสู่บ่อเกิดแห่งกฎหมายทั้งในระดับระดับประชาคมยุโรปและระดับระหว่างประเทศ ซึ่งเป็นหลักการทั่วไปที่ปรากฏในกฎหมายสหภาพยุโรปที่เกี่ยวข้อง และหลักการนี้ได้พัฒนามาถึงจุดอิมตัวและกลายเป็นหลักการทั่วไปในกฎหมายระหว่างประเทศ

ในข้อ 15 ของปฏิญญาปฏิญญาริโอว่าด้วยสิ่งแวดล้อมและการพัฒนา (Rio Declaration on Environment and Development) ซึ่งเป็นหลักการเกี่ยวกับสิทธิและความรับผิดชอบของ สหประชาชาติในการดำเนินงานพัฒนาเพื่อปรับปรุงคุณภาพชีวิตของประชาชน กำหนดให้หลัก Precautionary Principle เป็นหลักการสำคัญในการจัดการสิ่งแวดล้อม กล่าวคือ รัฐจะต้องใช้วิธีการป้องกันไว้ล่วงหน้า (Precautionary Approach) ตามความสามารถของตนในกรณีที่มีความน่ากลัวว่าจะเกิดความเสียหายอย่างรุนแรงและไม่สามารถแก้ไขให้กลับคืนได้ การขาดหลักฐานทางวิทยาศาสตร์อย่างชัดเจนแน่นอนจะต้องไม่ถูกใช้เป็นเหตุผลในการผ่อนผันการดำเนินมาตรการเพื่อป้องกันความเสี่ยงด้านสิ่งแวดล้อม⁹ เช่นเดียวกับแผนปฏิบัติการ 21 (Agenda 21) ซึ่งเป็นแผนแม่บทของโลกในการดำเนินงานเพื่อการพัฒนาที่ยั่งยืน ทั้งทางสังคม เศรษฐกิจ และสิ่งแวดล้อมก็ได้กำหนดวัตถุประสงค์ ในการใช้หลัก Precautionary Principle ไว้คล้ายคลึงกับวัตถุประสงค์ที่ปรากฏในปฏิญญาริโอฯ โดยเน้นการจัดการสิ่งแวดล้อมกับบทบาทของวิทยาศาสตร์สรุปได้ว่า “ในกรณีที่มีความน่ากลัวว่าจะเกิดความเสียหายต่อสิ่งแวดล้อมที่ไม่สามารถแก้ไขให้คืนได้ การขาดความเข้าใจทางวิทยาศาสตร์อย่างสมบูรณ์ไม่ควรจะเป็นข้ออ้างให้ผ่อนผันการดำเนินมาตรการ” และ “แนวทางการป้องกันไว้ก่อนสามารถใช้เป็นฐานสำหรับการกำหนดนโยบายเกี่ยวกับระบบที่สลับซับซ้อนที่ยังไม่สามารถทำความเข้าใจได้อย่างเต็มที่และไม่สามารถคาดการณ์ผลที่จะเกิดขึ้นจากการรบกวนระบบดังกล่าว”¹⁰

ดังนั้น ในเรื่องหลักการป้องกันไว้ก่อนการยอมรับเอาหลักการนี้ไว้ในสนธิสัญญา พิธีสาร อันเป็นหลักทั่วไปที่ภาคีให้การยอมรับนำมาเป็นหลักเกณฑ์ทางกฎหมายทั่วไปที่ยอมรับและใช้บังคับในทางระหว่างประเทศ ผู้เขียนจึงเห็นว่า หลักหลักการป้องกันไว้ก่อน (precautionary principle) อันเป็นการยอมรับเอามาใช้ในเรื่องกฎหมายสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศ น่าจะถือได้ว่าเป็นหลักกฎหมายทั่วไปอันเป็นที่ยอมรับของอารยประเทศตามนัยขอ 38 วรรค 1 (c) ของธรรมนูญศาลยุติธรรมระหว่างประเทศเช่นกัน จึงถือว่าเป็นหลักกฎหมายทั่วไป

3. ผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากการทิ้งเท

ระบบนิเวศทางทะเล (marine ecosystem) เป็นระบบนิเวศที่มีขนาดใหญ่ที่สุดในโลกของระบบนิเวศในแหล่งน้ำทุกชนิด¹¹ ซึ่งรู้จักกันดีในพื้นที่ของมหาสมุทร¹² ปัจจัยทางนิเวศวิทยาที่สำคัญในทะเล

⁷ จุมพต สายสุนทร, รายงานการศึกษาหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่ต้องได้รับความชอบจากรัฐสภา, หน้า 25

⁸ Didier Bourguignon, *The precautionary principle*, (European Parliamentary Research Service, 2015), p.8

⁹ Jean Marie Henckaerts., *Customary law, International Review of the Red Cross*, p.2

¹⁰ Agenda 21, Chapter 35, para 35.3

¹¹ Marine Ecosystems US Environmental Protection Agency.

อันได้แก่ น้ำขึ้นน้ำลง (tides) เป็นการเปลี่ยนแปลงของระดับผิวน้ำทะเลในแนวตั้ง กระแสน้ำ (currents) น้ำทะเลในมหาสมุทรมีความเค็มไม่เท่ากัน น้ำเค็มที่มีความหนาแน่นสูงจะเคลื่อนไปแทนที่น้ำทะเลที่มีความหนาแน่นต่ำ ซึ่งการไหลเวียนของน้ำในมหาสมุทรแบ่งเป็น 2 ประเภท คือ กระแสน้ำบริเวณพื้นผิว (surface currents) การไหลเวียนของกระแสน้ำบริเวณพื้นผิวมหาสมุทรเคลื่อนที่เป็นรูปร่างเวียนในทิศทางตามเข็มนาฬิกาในซีกโลกเหนือและทิศทางทวนเข็มนาฬิกาในซีกโลกใต้¹³ และกระแสน้ำลึก (deep currents) เนื่องจากน้ำลึกในมหาสมุทรในแต่ละส่วนของโลกมีความเค็มไม่เท่ากันและมีความหนาแน่นไม่เท่ากัน น้ำทะเลที่มีความหนาแน่นสูงย่อมไหลไปแทนที่น้ำทะเลที่มีความหนาแน่นต่ำ ดังนั้น การทิ้งเทในทะเลอันเป็นมหาสมุทรอาจจะเกิดผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมทางทะเลได้เนื่องจากปัจจัยตามระบบนิเวศทางทะเลอันได้แก่ กระแสน้ำในมหาสมุทรที่จะไหลเวียนเป็นตามความเข้มข้นและอุณหภูมิ นอกจากการพิจารณาหลักฐานทางวิทยาศาสตร์ในการประเมินผลเสียหายหรือผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นกับสิ่งแวดล้อมทางทะเลแล้ว จึงยังต้องพิจารณาปัจจัยสำคัญคือนิเวศวิทยาทางทะเลร่วมด้วย จะเห็นได้ว่ารัฐอื่นอาจจะได้รับผลกระทบจากการทิ้งเทได้ แม้จะไม่ได้เป็นการทิ้งเทจากเรือในสังกัดของตน หรือในทะเลอาณาเขตของตนก็ตาม ในการพิจารณาอนุญาตทิ้งเทจึงสามารถใช้หลักการป้องกันไว้ก่อนเพื่อให้สอดคล้องตาม De minimis

4. อำนาจในการปกป้องภาวะมลพิษทางทะเลจากการทิ้งเทของรัฐ

บริเวณที่อยู่นอกเขตอำนาจของรัฐ รัฐจะสามารถใช้เขตอำนาจตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศได้โดยอาศัยหลักดินแดน (territoriality principle) หลักพื้นที่ (spatiality principle) หลักสัญชาติ (nationality principle) หลักป้องกัน (protective principle) หลักสากล (universality principle) หรือแม้กระทั่งหลักสนธิสัญญา (treaty principle) ในการคุ้มครองและรักษาสีงแวดล้อมทางทะเลในบริเวณดังกล่าว¹⁴ การทิ้งเทในพื้นที่นอกเขตอำนาจรัฐดังกล่าวตามพิธีสารลอนดอน 1996 เป็นการกระทำผ่านสนธิสัญญา กล่าวคือ กรณีรัฐเจ้าของธงซึ่งเป็นรัฐที่มีเขตอำนาจแต่เพียงผู้เดียวเหนือเรือที่ซักรงของตนโดยเฉพาเมื่อเรืออยู่ในทะเลหลวงยอมให้รัฐอื่นสามารถใช้เขตอำนาจเหนือเรือที่ซักรงของตนโดยทำเป็นสนธิสัญญาระหว่างกัน ดังนั้นจะส่งผลให้รัฐภาคีแห่งสนธิสัญญาซึ่งมิใช่รัฐเจ้าของธงสามารถมีเขตอำนาจเหนือเรือที่ซักรงของรัฐภาคีอื่นได้ด้วย¹⁵ แต่อย่างไรก็ดี รัฐชายฝั่งยังมีสิทธิที่จะใช้มาตรการต่าง ๆ เพื่อคุ้มครองแนว

¹² มหาสมุทร (ocean) ในโลกแบ่งเป็น 4 มหาสมุทรใหญ่ ๆ ได้แก่ มหาสมุทรแปซิฟิก (Pacific ocean) เป็นมหาสมุทรที่ใหญ่ที่สุด มีพื้นที่ประมาณ 180 ล้านตาราง กิโลเมตรหรือ 1 ใน 3 ของพื้นที่ผิวทั้งหมดของโลกอยู่ระหว่างทวีปเอเชียกับทวีปอเมริกา มหาสมุทรแอตแลนติก (Atlantic ocean) เป็นมหาสมุทรที่ใหญ่เป็นอันดับ 2 มีพื้นที่ถึง 107 ล้านตารางกิโลเมตร อยู่ระหว่างทวีปอเมริกากับทวีปยุโรป มหาสมุทรอินเดีย (Indian ocean) เป็นมหาสมุทรที่ใหญ่เป็นอันดับที่ 3 มีพื้นที่ 74 ล้านตารางกิโลเมตร อยู่ตอนใต้ของทวีปเอเชีย และมหาสมุทรอาร์กติก (Arctic ocean) เป็นมหาสมุทรที่อยู่ตอนเหนือของทวีปยุโรป จัดเป็นมหาสมุทรที่เล็กที่สุดของโลก , ดูเพิ่มเติม บุญเสฐียร บุญสูง, นิเวศวิทยาทางทะเล (marine ecology), (กรุงเทพฯ : เอกสารประกอบการสอนวิชานิติวิทยาศาสตร์มหาวิทยาลัยเกษตรศาสตร์), หน้า 1

¹³ บุญเสฐียร บุญสูง, นิเวศวิทยาทางทะเล (marine ecology), หน้า 5

¹⁴ จุมพต สายสุนทร, กฎหมายสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศ การคุ้มครองและรักษาสีงแวดล้อมทางทะเล, หน้า 411

¹⁵ UNCLOS, Article 92 status of ships

1. Ships shall sail under the flag of one State only and, save in exceptional cases expressly provided for in international treaties or in this Convention, shall be subject to its exclusive jurisdiction on the high seas. A ship may not change its flag during a voyage or while in a port of call, save in the case of a real transfer of ownership or change of registry.

ชายฝั่งทะเลหรือผลประโยชน์ที่เกี่ยวข้อง เนื่องจากกว่าภาวะมลพิษทางทะเลนั้นอาจจะก่อให้เกิดความเสียหายต่อสิ่งแวดล้อมและทรัพยากรต่าง ๆ ของรัฐชายฝั่ง หรือกรณีกิจกรรมในบริเวณพื้นที่ (the Area) การเสนอของศาสตราจารย์ Arvid Pardo แห่งมอลตาในที่ประชุมสหประชาชาติ ในปี ค.ศ.1967 ให้ถือว่า ทรัพยากรที่ไม่มีชีวิตบนพื้นดินท้องทะเลและพื้นมหาสมุทรที่อยู่นอกเขตอำนาจแห่งรัฐเป็น “สมบัติร่วมกันของมนุษยชาติ” (common heritage of mankind)¹⁶ อีกทั้งหลักดังกล่าวก็ได้รับการรับรองไว้ในข้อบทที่ 136 ของ UNCLOS 1982¹⁷ อีกด้วย เมื่อทะเลหลวงเป็นพื้นที่ที่ไม่อยู่ภายใต้อำนาจอธิปไตยของรัฐใดและโดยหลักการแล้วรัฐทุกรัฐมีเสรีภาพในการทำกิจกรรมในทะเลหลวง เว้นแต่จะอยู่ภายใต้เงื่อนไขที่กฎหมายระหว่างประเทศกำหนด¹⁸ ดังนั้น ในเรื่องการตั้งเขตต้องพิจารณาตามพิธีสารลอนดอน 1996 จะเห็นได้ว่าในกรณีการตั้งเขตทะเลนั้นเป็นพื้นที่นอกเขตอำนาจรัฐก็ตาม แต่รัฐภาคีสามารถใช้อำนาจในการป้องกันคุ้มครองสิ่งแวดล้อมทางทะเลเหนือเรือซึ่งชักธงของรัฐนั้นสำหรับการตั้งเขตที่เกิดจากเรือตลอดทั้งเหนืออากาศยานซึ่งจดทะเบียนไว้กับรัฐดังกล่าว¹⁹ สิ่งแวดล้อมทางทะเลในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองและรักษาสิ่งแวดล้อมทางทะเลตามอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยกฎหมายทะเล ค.ศ. 1982 (UNCLOS 1982) จะหมายถึงน่านน้ำภายในของรัฐ ตามข้อ 8 ของอนุสัญญา และได้กล่าวถึงการคุ้มครองและการรักษาสิ่งแวดล้อมทางทะเลซึ่งปรากฏอยู่ในภาค XII ของอนุสัญญา ที่มีวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองและการรักษาสิ่งแวดล้อม การลดและการควบคุมภาวะมลพิษจากแหล่งบนบก (land – based source) ตามอนุสัญญาข้อ 1 (4) จะรวมถึงน่านน้ำภายในของรัฐชายฝั่งด้วย²⁰ ดังนั้นรัฐภาคีมีหน้าที่ในการใช้มาตรการทั้งปวงเพื่อป้องกัน ลด และควบคุมมลพิษของสิ่งแวดล้อมทางทะเลไม่ว่าจะมาจากแหล่งที่มาใด (any source) ซึ่งประชาคมระหว่างประเทศได้มีการตกลงร่วมกันในการที่จะคุ้มครองผลประโยชน์ร่วมกันในเขตพื้นที่ทางทะเลของรัฐภาคี และเป็นภาระผูกพันทั่วไปที่กำหนดไว้ในข้อบทที่ 192

ว่ารัฐมีหน้าที่ปกป้องและรักษาสิ่งแวดล้อมทางทะเล

จะเห็นได้ว่ารัฐที่มีอำนาจในการบังคับใช้กฎหมายและข้อบังคับในกรณีที่เกิดการตั้งเขตตามข้อ 216 วรรค 1 ของอนุสัญญาในการบังคับให้เป็นไปตามในส่วนที่เกี่ยวข้องกับภาวะมลพิษจากการตั้งเขตที่กำหนดว่ากฎหมายและข้อบังคับของรัฐภาคีของรัฐภาคีที่ออกตามอนุสัญญานี้และกฎเกณฑ์ระหว่างประเทศที่ใช้บังคับอยู่ซึ่งกำหนดขึ้นโดยผ่านองค์การระหว่างประเทศที่มีอำนาจ หรือที่ประชุมทางทูตเพื่อป้องกัน ลด และควบคุมมลพิษจากการตั้งเขต ให้ใช้บังคับโดยรัฐที่มีอำนาจดังนี้

1. รัฐชายฝั่ง ในส่วนของการตั้งเขตภายในทะเลอาณาเขตหรือเศรษฐกิจจำเพาะหรือบนไหล่ทวีป
2. รัฐเจ้าของธง ในส่วนของเรือที่ชักธงหรือเรือหรืออากาศยานที่จดทะเบียนตน และ

2. A ship which sails under the flags of two or more States, using them according to convenience, may not claim any of the nationalities in question with respect to any other State, and may be assimilated to a ship without nationality.

¹⁶ จุมพต สายสุนทร,กฎหมายสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศ การคุ้มครองและรักษาสิ่งแวดล้อมทางทะเล, หน้า 415

¹⁷ UNCLOS, Article 136 Common heritage of mankind

The Area and its resources are the common heritage of mankind.

¹⁸ UNCLOS Article 87, 89

¹⁹ จุมพต สายสุนทร,กฎหมายสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศ การคุ้มครองและรักษาสิ่งแวดล้อมทางทะเล, หน้า 418

²⁰ จุมพต สายสุนทร,กฎหมายสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศ การคุ้มครองและรักษาสิ่งแวดล้อมทางทะเล, หน้า 31

3. รัฐใด ๆ ในส่วนของการกระทำเกี่ยวกับการบรรทุกของเสียหรือสารอื่นที่เกิดขึ้นภายในอาณาเขต (territory) ของตนหรือ ณ ท่าเรือนอกชายฝั่งของตน²¹

5. ความสัมพันธ์ระหว่างหน้าที่ของรัฐเจ้าธงเรือและรัฐชายฝั่งในการปฏิบัติตามพิธีสารลอนดอน 1996 กับอำนาจของรัฐชายฝั่งในการเรียกร้องผลกระทบที่เกิดจากการทิ้งเท

โดยเป็นที่ทราบแล้วว่าในการพิจารณาอนุญาตตามหลักการป้องกันไว้ก่อนเพื่อปกป้องคุ้มครองสุขภาพของมนุษย์และสิ่งแวดล้อมทางทะเล และผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นกับรัฐอื่นหรือรัฐชายฝั่งได้นั้น ในกรณีที่ผู้พิจารณาอนุญาตแล้วในขั้นตอนการอนุญาตและติดตามตรวจสอบและเห็นว่าอาจมีความเสี่ยงและยังไม่มีหลักฐาน ผู้พิจารณาอาจจะไม่อนุญาตหรืออนุญาตแบบมีเงื่อนไขก็ได้ ข้อคำนึงในการปรับใช้หลักการป้องกันไว้ก่อนให้สอดคล้องกับหลัก De minimis ในการทิ้งเทของรัฐภาคีตามพิธีสารลอนดอน 1996 ให้สอดคล้องตาม De minimis ในเรื่องการประเมินวัสดุที่กำหนดแนวทางโดย IAEA และองค์การทะเลระหว่างประเทศ และขั้นตอนสุดท้ายก่อนการทิ้งเท คือสถานที่ทิ้งเท ซึ่งตามนัยแห่งพิธีสาร ข้อ 1 วรรค 7 ทะเลหมายถึงน่านน้ำทางทะเลทั้งหมดนอกจากน่านน้ำภายในของรัฐ²² ตามที่ได้กล่าวไปแล้วนั้น แต่จากบริบทนิเวศวิทยาทางทะเลรัฐอื่นอาจจะได้รับผลกระทบจากการทิ้งเทด้วย ซึ่งมีได้มีเกณฑ์กำหนดในเรื่องดังกล่าวไว้จะมีเพียงข้อกำหนดอันเป็นการบังคับใช้กฎหมายโดยรัฐภาคีกับเรือตามหลักธงและหลักดินแดน²³ เท่านั้น

การทิ้งเทจากเรือหรืออากาศยานในสังกัดของรัฐภาคีการบังคับใช้กฎหมายในการทิ้งเทตามพิธีสารลอนดอน 1996 ซึ่งเป็นการทิ้งเทบริเวณน่านน้ำทางทะเลทั้งหมดยกเว้นน่านน้ำภายใน ดังนั้น การบังคับใช้ของพิธีสารอันเป็นข้อพิจารณาการทิ้งเทจากเรือหรืออากาศยานในเรื่องความเป็นสังกัดของรัฐจึงอาจแยกพิจารณาโดยใช้หลักเขตอำนาจของรัฐ ตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศที่ปรากฏอยู่ในอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยกฎหมายทะเล ค.ศ. 1982 เมื่อเป็นทะเลอาณาเขต เขตเศรษฐกิจจำเพาะ บริเวณพื้นที่ยันเป็นบริเวณที่มีใช้แผ่นดิน จึงถือว่าเป็นบริเวณที่อยู่นอกเขตอำนาจแห่งชาติของรัฐ²⁴ อันจะเห็นได้ว่าแหล่งกำเนิดภาวะมลพิษจากการทิ้งเทของเสียในบริเวณที่อยู่นอกเขตอำนาจแห่งชาติของรัฐจากเรือหรือจากหรือผ่านบรรยากาศซึ่งจะต้องพิจารณาต่อไปว่ารัฐมีเขตอำนาจใดในการบังคับใช้กฎหมาย แม้พิธีสารลอนดอน 1996 จะมีได้มุ่งเน้นถึงการให้เขตอำนาจของรัฐในการป้องกัน ลดและควบคุมมลพิษของสิ่งแวดล้อมทางทะเลจากการทิ้งเท การใช้เขตอำนาจรัฐของกรณีดังกล่าวนี้แต่จะบัญญัติไว้ชัดเจนใน UNCLOS 1982 ภาค XII

²¹ UNCLOS, Article 216

Laws and regulations adopted in accordance with this Convention and applicable international rules and standards established through competent international organizations or diplomatic conference for the prevention, reduction and control of pollution of the marine environment by dumping shall be enforced:

(a) by the coastal State with regard to dumping within its territorial sea or its exclusive economic zone or onto its continental shelf;

(b) by the flag State with regard to vessels flying its flag or vessels or aircraft of its registry;

(c) by any State with regard to acts of loading of wastes or other matter occurring within its territory or at its off-shore terminals

²² จุมพต สายสุนทร,กฎหมายสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศ การคุ้มครองและรักษาสิ่งแวดล้อมทางทะเล, หน้า 241

²³ จุมพต สายสุนทร,และคณะ,โครงการศึกษาการเข้าร่วมพิธีสารลอนดอน 1996 ของประเทศไทย, หน้า 21

²⁴ จุมพต สายสุนทร,เขตอำนาจรัฐในการคุ้มครองและการรักษาสิ่งแวดล้อมทางทะเลจากการทิ้งเท, หน้า 395

กล่าวคือ รัฐเจ้าของธง ดังนั้นเมื่อพิจารณาตามพิธีสารลอนดอน 1996 ข้อ 10 paragraph 1.1 กำหนดให้รัฐภาคีใช้บังคับมาตรการที่จำเป็นต้องปฏิบัติตามพิธีสารกับเรือและอากาศยานที่จดทะเบียนในดินแดนของตน หรือใช้ธงของตน รัฐภาคีจึงมีอำนาจตามหลักเรือธงเนื่องจากเรือธงจะอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายของรัฐ²⁵ ไม่ว่าเรือนั้นจะอยู่ในบริเวณใดก็ตามและโดยเฉพะอย่างยิ่งในทะเลหลวงซึ่งรัฐเจ้าของธงย่อมมีเขตอำนาจแต่เพียงผู้เดียวเหนือเรือที่ชักธงของตนตามข้อ 92 แห่ง UNCLOS 1982 ตลอดทั้งการใช้เขตอำนาจรัฐที่รับจดทะเบียนอากาศยานเหนืออากาศยานนั้นไม่ว่าอากาศยานนั้นอยู่ในห้วงอากาศสากลตามข้อ 17 ของอนุสัญญาว่าด้วยการบินพลเรือนระหว่างประเทศ ค.ศ. 1944²⁶

เมื่อพิจารณาในประเด็นเรือหรืออากาศยานของรัฐไปแล้ว ข้อสำคัญต่อมาคือรัฐชายฝั่งอันเป็นสถานที่หนึ่งที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการทิ้งทะเลของเสียหรือวัสดุลงสู่ทะเลที่จะต้องพิจารณาถึงอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้อันเกี่ยวข้องกับการพิจารณาการขออนุญาตทิ้งทะเลตามหลักดินแดน ข้อ 10 paragraph 1.2 กำหนดให้รัฐภาคีใช้บังคับมาตรการที่จำเป็นต้องปฏิบัติตามพิธีสารกับเรือและอากาศยานที่ขวนวัสดุที่จะทิ้งเทในดินแดนของตน²⁷ ซึ่งเริ่มต้นจากทะเลอาณาเขตคือน่านน้ำภายใน คือน่านน้ำภายในที่อยู่ถัดจากเส้นฐาน (baseline) เข้ามาทางแผ่นดิน เพราะฉะนั้นท่าเรือรวมทั้งปากแม่น้ำจึงถือรวมอยู่ในน่านน้ำภายในด้วย มีสถานะเทียบเท่ากับดินแดนของรัฐตามกฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งรัฐชายฝั่งมีอำนาจอธิปไตยของรัฐทั้งทางด้านนิติบัญญัติ บริหารและตุลาการ นอกจากนี้อธิปไตยของรัฐยังขยายรวมขึ้นไปถึงห้วงอากาศเหนือน่านน้ำ และลงไปถึงพื้นดินใต้ท้องทะเลและใต้พื้นดินท้องทะเลของน่านน้ำภายในด้วยและตาม UNCLOS 1982 ข้อ 10 ได้บัญญัติรวมไปถึงอ่าวอันเป็นน่านน้ำภายในของรัฐชายฝั่งด้วย²⁸ ข้อพิจารณาในการใช้อำนาจบังคับตามพิธีสารลอนดอน 1996 ในเขตอำนาจทางทะเลของรัฐนั่นเอง ซึ่งข้อ 10 paragraph 2 กำหนดให้รัฐภาคีใช้มาตรการที่เหมาะสมตามกฎหมายระหว่างประเทศเพื่อป้องกันและลงโทษการกระทำละเมิด สอดคล้องกับพันธกรณีทั่วไปของพิธีสารในการใช้หลักการป้องกันไว้ก่อนต่อการปกป้องสิ่งแวดล้อมจากการทิ้งทะเลของเสียหรือวัสดุอย่างอื่น การออกกฎหมายภายใต้การควบคุมการอนุญาตทิ้งทะเล แม้ว่าเป็นการทิ้งทะเลนอกเขตอำนาจแห่งชาติของรัฐ แต่ในฐานะรัฐชายฝั่งมีสิทธิใช้อำนาจอธิปไตยในการควบคุมให้สอดคล้องกับกฎหมายระหว่างประเทศอันได้แก่พิธีสารนั่นเอง

6. การพิจารณาร่วมกันของรัฐที่อนุญาตทิ้งทะเลกับรัฐที่อาจได้รับผลกระทบจากการทิ้งทะเลโดยเพื่อวัด De minimis ในการทิ้งของเสียที่ไม่ได้ปนเปื้อนกับน้ำมันสภาพรังสี

ในการพิจารณาอนุญาตทิ้งทะเลซึ่งเป็นไปตามหลักการและวัตถุประสงค์ของพิธีสารลอนดอน 1996 ที่กำหนดเกณฑ์การพิจารณาการประเมินวัสดุและของเสีย การติดตาม ตรวจสอบ การประเมินความเสี่ยงต่อสุขภาพมนุษย์และสิ่งแวดล้อมทางทะเล แต่ประเด็นข้อพิจารณาในการทิ้งทะเลของเสียหรือวัสดุอื่นในทะเลอันมิใช่ทะเลอาณาเขตโดยเรือหรืออากาศยานนั้นเป็นการใช้กฎหมายภายในในการพิจารณาอนุญาตการทิ้งทะเล แม้จะเป็นบริเวณที่อยู่นอกเขตอำนาจแห่งชาติของรัฐแต่ขึ้นอยู่กับรัฐเจ้าของธงเรือและรัฐที่รับจดทะเบียนอากาศยาน

²⁵ จิราภรณ์ จันทศิริและคณะ, โครงการศึกษาการเข้าร่วมพิธีสารลอนดอน 1996 ของประเทศไทย, หน้า 22

²⁶ จุมพต สายสุนทร, กฎหมายสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศ การคุ้มครองและรักษาสิ่งแวดล้อมทางทะเล, หน้า 414

²⁷ จิราภรณ์ จันทศิริและคณะ, โครงการศึกษาการเข้าร่วมพิธีสารลอนดอน 1996 ของประเทศไทย, หน้า 21

²⁸ จาตุรนต์ ธีระวัฒน์, อาณาเขตของประเทศไทย ปัญหากฎหมายในทางปฏิบัติในส่วนที่เกี่ยวกับประเทศเพื่อนบ้านและประชาคมระหว่างประเทศ, กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2547, หน้า 15 - 16

ในการบังคับใช้กฎหมายภายในบังคับเกี่ยวกับการทิ้งเทแก่เรือและอากาศยานสัญชาติของตน ทั้งนี้โดยอาศัยหลัก
สัญชาติของเรือและของอากาศยาน

แต่อย่างไรก็ตาม พิธีสารลอนดอน 1996 กำหนดเงื่อนไขให้รัฐอื่นนั้นต้องยอมรับการทิ้งเฉพาะ
ของเสียหรือวัสดุอื่นที่ปนเปื้อนกับมันตภาพรังสีเท่านั้น ตาม Annex I paragraph 3 ที่กำหนดหลัก
De minimis ไว้ว่าจะต้องมีความเข้มข้นของสารกัมมันตภาพรังสีในระดับต่ำสุดตามที่ องค์การ IAEA กำหนดไว้
และกำหนดเงื่อนไขว่ารัฐภาคีอื่นจะต้องให้การยอมรับด้วย แต่ในกระบวนการทิ้งเทแม้จะเป็นของเสียที่ไม่ได้
ปนเปื้อนกับมันตภาพรังสี แต่ด้วยปัจจัยบริบททางทะเลหรือของเสียจากต้นกำเนิดหรือแหล่งที่มา
อาจจะปนเปื้อนในภายหลังจากปฏิกิริยาเคมีต่าง ๆ ซึ่งอาจจะกระทบกับรัฐอื่น ๆ ได้ในภายหลัง²⁹ เนื่องจากของ
เสียหรือวัสดุอื่นหากไม่มีการป้องกันและควบคุมที่ดีอาจจะก่อให้เกิดมลพิษต่อสิ่งแวดล้อมทางทะเลได้ ความ
เป็นรัฐชายฝั่ง หรือตามสภาพทางภูมิศาสตร์ของรัฐอื่น ๆ ตามข้อ 210 วรรค 5 ของ UNCLOS 1982³⁰ ซึ่งการ
ทิ้งเทอาจจะเกิดผลกระทบต่อรัฐอื่น ๆ ได้และกรณีมลพิษนั้นเกิดขึ้นจากเรือที่ซักรงของรัฐใด ๆ รวมทั้งของรัฐ
ชายฝั่งและกิจกรรมบนพื้นดินท้องทะเลภายในเขตอำนาจแห่งชาติของรัฐชายฝั่งไปสู่หรือผ่านบรรยากาศสู่
สิ่งแวดล้อมทางทะเลที่อยู่นอกเขตอำนาจแห่งชาติของรัฐนั้นได้อีกด้วย³¹ ตามที่ได้กล่าวไปแล้วนั้น ดังนั้น
ในประเด็นดังกล่าวนี้หากพิจารณาประเด็นการทิ้งเทของวัสดุทั้ง 8 ประเภทตาม Annex I การทิ้งเทจะเป็น
พิจารณาความเป็นสังกัดของรัฐภาคีของเรือที่จะนำของเสียหรือวัสดุไปทิ้งเทในทะเลเท่านั้น เฉพาะของเสียหรือ
สสารที่ปนเปื้อนกับมันตภาพรังสีเท่านั้นที่จะต้องพิจารณาตามหลัก De minimis ที่ให้หน่วยงานที่เกี่ยวข้องคือ
ทบวงการพลังงานปรมาณูระหว่างประเทศและรัฐภาคีให้การยอมรับจึงจะอนุญาตให้ทิ้งเทได้³²

ผู้เขียนเห็นว่าหากมีการยอมรับนำหลักเกณฑ์นี้ไปใช้กับของเสียหรือวัสดุที่ต้องการจะทิ้งเทแม้จะ
ไม่ได้ปนเปื้อนกับมันตภาพรังสีก็ตามอันจะเป็นการนำหลักการป้องกันไว้ก่อนมาใช้ปฏิบัติตามพิธีสารลอนดอน
1996 ให้สอดคล้องกับหลัก De minimis ด้วย สืบเนื่องจากการประเมินความเสี่ยงด้วยหลักฐานทาง
วิทยาศาสตร์อันเป็นการประเมินวัสดุและการใช้หลักการป้องกันไว้ก่อนจะต้องพิจารณาถึงระบบนิเวศวิทยาทาง
ทะเลร่วมด้วยอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ จากการทิ้งเทในทะเลอันเป็นมหาสมุทรที่จะมีปัจจัยตามระบบนิเวศทาง
ทะเลอันได้แก่ กระแสน้ำในมหาสมุทรที่จะไหลเวียนเป็นตามความเข้มข้นและอุณหภูมิ จะเห็นได้ว่านอกเสีย
จากการพิจารณาหลักฐานทางวิทยาศาสตร์ในการประเมินผลเสียหายหรือผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นกับ
สิ่งแวดล้อมทางทะเลแล้ว อาจจะต้องพิจารณาปัจจัยสำคัญคือนิเวศวิทยาทางทะเลร่วมด้วย ซึ่งรัฐอื่นอาจจะ
ได้รับผลกระทบจากการทิ้งเทได้ การใช้หลักการป้องกันไว้ก่อนให้สอดคล้องตาม De minimis จึงจะต้องให้รัฐ
ภาคีอื่นให้การยอมรับด้วยจึงจะสามารถให้ทิ้งเทได้อันเป็นการกำหนดเงื่อนไขไว้ในกระบวนการอนุญาตทิ้งเท
เพิ่มเติม

²⁹ สุวัจน์ อัญญาส, มลพิษทางทะเลและชายฝั่ง, หน้า 242

³⁰ UNCLOS 1982, Article 210 Pollution by dumping

5. Dumping within the territorial sea and the exclusive economic zone or onto the continental shelf shall not be carried out without the express prior approval of the coastal State, which has the right to permit, regulate and control such dumping after due consideration of the matter with other States which by reason of their geographical situation may be adversely affected thereby

³¹ จุมพต สายสุนทร, กฎหมายสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศ การคุ้มครองและรักษาสิ่งแวดล้อมทางทะเล, หน้า 424

³² เดือนเด่น นาควสุธา, ภาวะมลพิษทางทะเลจากเรือ, หน้า 79

ดังนั้น มาตรการและกระบวนการของรัฐชายฝั่งที่กำหนดมาควบคุมการอนุญาตทิ้งเทสามารถกระทำภายใต้พันธกรณีของพิธีสารโดยการบัญญัติกฎหมายภายในได้ หรือกรณีรัฐชายฝั่งอาจได้รับผลกระทบกรณีที่การทิ้งเทเกิดผลกระทบข้ามพรมแดนทางทะเลได้ แม้ว่าการทิ้งเทเกิดจากการกระทำของรัฐอื่นและมีได้กระทำในเขตอำนาจแห่งชาติของรัฐชายฝั่งก็ตาม เนื่องจากพื้นที่ทางทะเลส่วนใหญ่มีความเชื่อมโยงเป็นผืนเดียวกันโดยไม่มีสิ่งกีดขวางที่ใช้เพื่อแบ่งเขตทางทะเลของรัฐอาจทำให้เกิดภาวะมลพิษทางทะเลเกิดขึ้น แม้การทิ้งเทดังกล่าวเกิดขึ้นในพื้นที่ทางทะเลที่อยู่ถัดออกไปจากเขตอำนาจแห่งชาติของรัฐชายฝั่งก็ตาม แต่อาจนำไปสู่การเกิดมลพิษข้ามพรมแดนทางทะเล (transboundary pollution) ตามทิศทางการไหลของกระแสน้ำทะเล นั่นก็คืออาจเกิดผลกระทบกับรัฐชายฝั่งได้³³

7. บทสรุปและข้อเสนอแนะ

จึงกล่าวได้ว่า รัฐชายฝั่งสามารถใช้อำนาจของรัฐชายฝั่งตามหลักพื้นที่เพื่อควบคุมและกำกับการทิ้งเทได้ และกรณีที่การทิ้งเทแม้จะดำเนินการในบริเวณพื้นที่นอกเขตอำนาจแห่งชาติของรัฐก็ตาม แต่กรณีที่การทิ้งเทนั้นอาจเกิดผลกระทบทางสิ่งแวดล้อมกับรัฐชายฝั่งก็สามารถใช้อำนาจบังคับตามกฎหมายภายในของรัฐชายฝั่งให้เป็นไปตามพิธีสารลอนดอน 1996 ได้ อันเป็นข้อพิจารณาประเด็นของรัฐชายฝั่ง เนื่องจากเขตทางทะเลต่าง ๆ ซึ่งมีความแตกต่างกันตามที่กฎหมายระหว่างประเทศกำหนด ประกอบวัตถุประสงค์การควบคุมการทิ้งเทเมื่อพิจารณา UNCLOS 1982 ทะเลอาณาเขต ข้อบท 27 กำหนดให้รัฐใช้เขตอำนาจทางอาญากับเรือต่างชาติได้ หากผลการกระทำขยายถึงรัฐชายฝั่งหรือถ้าเป็นการกระทำที่รบกวนความสงบสุขของประเทศหรือความสงบเรียบร้อยของทะเลอาณาเขต รัฐสามารถใช้มาตรการทางกฎหมายในการป้องกันและลงโทษการกระทำที่ความผิดที่เกิดขึ้นได้เขตนี้ได้อย่างเต็มที่³⁴ ดังนั้นจึงนำมาสู่ข้อพิจารณาเกณฑ์การพิจารณาของรัฐอื่นที่จะต้องยอมรับด้วยแม้เป็นของเสียไม่ได้ปนเปื้อนกับมันตภาพรังสี อันเป็นวิธีการพิจารณาหลัก De minimis ตามพิธีสารด้วย ผู้เขียนจึงเสนอว่า กรณีแม้จะเป็นการทิ้งเทของเสียหรือวัสดุที่ไม่ได้ปนเปื้อนกับมันตภาพรังสี รัฐชายฝั่งหรือรัฐอื่นที่อาจจะได้รับผลกระทบกับการทิ้งเทโดยใช้หลักการป้องกันไว้ก่อนมาปรับใช้ในการประเมินความเสี่ยงของวัสดุหรือของเสียที่แม้จะมีได้ปนเปื้อนกับมันตภาพรังสี โดยจะต้องให้รัฐเหล่านั้นให้การยอมรับก่อนการทิ้งเทด้วยแม้จะไม่ได้เป็นผู้มีอำนาจพิจารณาอนุญาตให้มีการทิ้งเทก็ตาม

³³ ธีรดา ผงอูริพ่าย, มาตรการทางกฎหมายในการควบคุมภาวะมลพิษจากการทิ้งเท, (วิทยานิพนธ์ดุษฎีบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2560), หน้า 35

³⁴ ชุมพร ปัจจุสานนท์และคณะ, โครงการศึกษาการเข้าร่วมพิธีสารลอนดอน 1996 ของประเทศไทย, หน้า 21

บรรณานุกรม

- กรินทร์ ธนเทพ. กฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมือง. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์
มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2537.
- ชุมพร ปัจจุสานนท์ และคณะ. โครงการศึกษาการเข้าร่วมพิธีสารลอนดอน 1996 ของประเทศไทย.
กรุงเทพมหานคร : กรมเจ้าท่า, 2560.
- จุมพต สายสุนทร. กฎหมายสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศ : การคุ้มครองและรักษาสิ่งแวดล้อมทาง
ทะเล. พิมพ์ครั้งที่ 3 กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2560.
- จาตุรนต์ ธีระวัฒน์. อาณาเขตของประเทศไทย ปัญหากฎหมายในทางปฏิบัติในส่วนที่เกี่ยวกับประเทศเพื่อน
บ้านและประชาคมระหว่างประเทศ. กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2547.
- เดือนเด่น นาคสีหราช. ภาวะมลพิษทางทะเลจากเรือ. กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2561.
- จิรดา ผจญอรทัย. มาตรการทางกฎหมายในการควบคุมภาวะมลพิษจากการทิ้งเท. คณะนิติศาสตร์ :
วิทยานิพนธ์ดุษฎีบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2560.
- บุญเสฐียร บุญสูง. นิเวศวิทยาทางทะเล (marine ecology). กรุงเทพฯ : เอกสารประกอบการสอนวิชา
นิเวศวิทยามหาวิทยาลัยเกษตรศาสตร์
- สุวัจน์ ธีรุตส. มลพิษทางทะเลและชายฝั่ง. คณะวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีการประมง มหาวิทยาลัย
เทคโนโลยีราชมงคลศรีวิชัย, 2557



LAW
CHULA

การประชุมนิติวิชาการระดับชาติ
“กฎหมายกับการพัฒนาที่ยั่งยืน”
ครั้งที่ 1

บทความ

ปัญหาการประกันภัยในการดำเนินกิจกรรมอวกาศ
ตามพันธกรณีของสนธิสัญญา ว่าด้วยหลักเกณฑ์
การดำเนินกิจการของรัฐในการสำรวจและการใช้
อวกาศภายนอก รวมทั้งดวงจันทร์และเทหะใน
ท้องฟ้าอื่น ๆ ค.ศ. 1967

ผู้เขียน

นางสาวภัทรนรินทร์ อินโต

ปัญหาการประกันภัยความรับผิดชอบต่อบุคคลที่สามของประเทศไทยในการดำเนินกิจกรรมอวกาศ
ตามพันธกรณีของสนธิสัญญาว่าด้วยหลักเกณฑ์การดำเนินการของรัฐในการสำรวจ
และการใช้อวกาศภายนอกรวมทั้งดวงจันทร์และเทหะในท้องฟ้าอื่น ๆ ค.ศ. 1967¹
Legal Aspects of Third Party Liability Insurance in Thailand Regarding
Space Activities Under the Obligations of Treaty on Principles Governing
the Activities of States in the Exploration and Use of Outer Space,
including the Moon and Other Celestial Bodies 1967

ภัทรนรินทร์ อินโต

Patnarin Into

นิสิตในหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ถนนพญาไท แขวงวังใหม่ เขตปทุมวัน กรุงเทพฯ 10330

LL.M Candidate

Faculty of Law, Chulalongkorn University, Phayathai Road, Pathumwan, Bangkok 10330

Corresponding author E-mail: Patnarin.int@gmail.com

บทคัดย่อ

การดำเนินกิจกรรมในอวกาศเป็นเรื่องที่มีความเสี่ยงสูง อาจส่งผลให้เกิดความสูญเสียและความเสียหายไม่ว่าจะภายในประเทศหรือต่างประเทศที่คาดการณ์ไม่ได้ การประกันภัยในการดำเนินกิจกรรมอวกาศจึงถือได้ว่าเป็นเครื่องมือรองรับความเสี่ยงสำหรับผู้ประกอบการเมื่อมีการเกิดอุบัติเหตุจากการดำเนินกิจกรรมอวกาศ อนึ่ง ในการดำเนินกิจกรรมอวกาศมีแนวโน้มชัดเจนว่าผู้ประกอบการมุ่งเน้นในการชดเชยค่าเสียหายของรัฐภายใต้สนธิสัญญาระหว่างประเทศเป็นหลักเท่านั้น ซึ่งปัจจุบันยังไม่มีกฎหมายกำหนดเกี่ยวกับการประกันภัยในการดำเนินกิจกรรมอวกาศไว้เป็นการเฉพาะ จากกรณีที่เกิดขึ้นทำให้เล็งเห็นถึงประเด็นปัญหาของหลักกฎหมายระหว่างประเทศ โดยในบทความนี้ผู้เขียนมุ่งเน้นที่จะศึกษาเฉพาะกรณีปัญหาของการประกันภัยในการดำเนินกิจกรรมอวกาศตามพันธกรณีของสนธิสัญญาว่าด้วยหลักเกณฑ์การดำเนินการของรัฐในการสำรวจและการใช้อวกาศภายนอกรวมทั้งดวงจันทร์และเทหะในท้องฟ้าอื่น ๆ ค.ศ. 1967 เท่านั้น อีกทั้ง ผู้เขียนจะให้ข้อเสนอแนะในการแก้ไขปัญหาดังกล่าว เพื่อนำมาเป็นแนวทางในการออกกฎหมายภายในของประเทศไทยต่อไป

คำสำคัญ อวกาศ, กิจกรรมอวกาศ, ประกันภัย, พันธกรณีระหว่างประเทศ

¹ บทความนี้ปรับปรุงขึ้นจากเนื้อหาส่วนหนึ่งของวิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต เรื่อง การกำกับดูแลโดยกฎหมายของประเทศตามพันธกรณีของสนธิสัญญาว่าด้วยหลักเกณฑ์การดำเนินการของรัฐในการสำรวจและการใช้อวกาศภายนอกรวมทั้งดวงจันทร์และเทหะในท้องฟ้าอื่น ๆ ค.ศ. 1967 คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

Abstract

The highest risk in space operations come from unforeseen event such as loss or damage whatever it is from inside or outside country due to this reason insurance for space activities is essential to reduce the risk accident that arising from Space Actives. In the present time, there is no specific law or regulation on insurance for space activities. Furthermore, according to International Convention. define that operators may be liable for damages resulting from accident without limited. For all these reasons, it can be seen that mention above. It can be seen that there have issues in scope of limitation on liability for operator's in international law, this paper will focus on Insurance for space activities under Treaty

on Principles Governing the Activities of States in the Exploration and Use of Outer Space, including the Moon and Other Celestial Bodies 1967. Moreover, providing suggestion for solving the matter that arising from international law to be guideline for legislation in Thailand in the future.

Keywords : Space, Space activities, Insurance, International obligations

1. บทนำ

ในอดีตมนุษยชาติมีการคิดค้นพัฒนาเทคโนโลยีการสร้างจรวดหรือวัตถุอวกาศ จนถึงขั้นมีการนำเอาประโยชน์จากห้วงอวกาศมาใช้ ก่อให้เกิดการพัฒนาในด้านต่าง ๆ ปัจจุบันประเทศไทยมีความก้าวหน้าทางวิทยาการด้านอวกาศ ซึ่งมีความสำคัญต่อเศรษฐกิจ และความมั่นคงของรัฐเป็นอย่างมาก ทั้งนี้ อวกาศยังเป็นพื้นที่ที่รัฐมีเสรีภาพในการสำรวจห้วงอวกาศได้อย่างอิสระ โดยอยู่ภายใต้สนธิสัญญาว่าด้วยหลักเกณฑ์การดำเนินกิจการของรัฐในการสำรวจและการใช้อวกาศภายนอก รวมทั้งดวงจันทร์และเทหะในท้องฟ้าอื่น ๆ ค.ศ. 1967 สนธิสนธิสัญญาฉบับนี้ได้รับการรับรองจากที่ประชุม ใหญ่สหประชาชาติเมื่อวันที่ 19 ธันวาคม ค.ศ. 1966 ตามข้อมติที่ 2222 (XXI) โดยเปิดให้ ลงนามในวันที่ 27 มกราคม ค.ศ. 1967 และเริ่มมีผลใช้บังคับในวันที่ 10 ตุลาคม ค.ศ. 1967 มีรัฐลงนาม 119 รัฐ และให้สัตยาบันแล้ว 92 รัฐ² ซึ่งประเทศไทยได้ให้สัตยาบันต่อสนธิสัญญาฉบับนี้แล้ว เมื่อวันที่ 27 มกราคม ค.ศ. 1967 และมีผลใช้บังคับสำหรับประเทศไทย ตั้งแต่วันที่ 5 กันยายน ค.ศ. 1968 เป็นต้นไป³ ทำให้ประเทศไทยมีพันธกรณีระหว่างประเทศ

จุดเริ่มต้นแรกสุดแห่งยุคอวกาศนั้น เริ่มต้นเมื่อวันที่ 4 ตุลาคม พ.ศ. 2500 โดยการนำร่องของสหภาพโซเวียตในขณะนั้น ซึ่งได้ส่งดาวเทียมขึ้นสู่วงโคจรและเป็นดาวเทียมดวงแรกของโลก “Sputnik-1”⁴ ซึ่งความก้าวหน้าของยุคอวกาศนี้เองที่สามารถนำพามนุษย์ให้ก้าวข้ามขีดจำกัด ในการแสวงหาความรู้และการพัฒนาคุณภาพชีวิตในด้านต่าง ๆ ซึ่งไม่สามารถที่จะปฏิเสธได้ว่าปัจจัย สำคัญที่มีผลต่อชีวิตประจำวันของมนุษย์แต่ละบุคคล กิจกรรมทางอวกาศของมนุษย์ มีความหลากหลายมากยิ่งขึ้น ซึ่งเป็นไปเพื่ออรรถประโยชน์ที่หลากหลายของมนุษย์เช่นกัน กิจกรรมอวกาศที่สำคัญของมนุษย์ ได้แก่ การส่งดาวเทียมขึ้นไปในอวกาศเพื่อใช้ประโยชน์ในด้านต่าง ๆ เช่น การพยากรณ์สภาพอากาศ การวิจัยทางวิทยาศาสตร์ และการสำรวจทรัพยากร อย่างไรก็ตาม ปฏิเสธเสียมิได้ว่าเมื่อมีการพัฒนาอย่างรวดเร็ว สิ่งสำคัญที่ควรจะต้องคำนึงถึงคือ ความปลอดภัยต่อ ชีวิต ร่างกาย และทรัพย์สิน เนื่องจากการดำเนินกิจกรรมอวกาศมีความเสี่ยงสูงเป็นอย่างมากในการก่อให้เกิดอุบัติเหตุ หรือเหตุการณ์ที่อาจจะได้รับความเสียหายจากวัตถุอวกาศที่ได้ส่งขึ้นไปบนเทหะผากฟ้า ดังนั้น การประกันภัยในการดำเนินกิจกรรมย่อมมีความเสี่ยงสูง โดยเฉพาะเหตุการณ์อุบัติเหตุจากยานอวกาศหรือวัตถุอวกาศที่ร่วงหล่นลงมาจากเทหะผากฟ้า เหตุการณ์เหล่านี้ย่อมมาพร้อมกับกับความเสี่ยงและความอันตราย ไม่เพียงแค่ว่ากับอาคาร สถานที่ เท่านั้น แต่ยังรวมไปถึงอันตรายที่เกิดขึ้นกับบุคคลที่สามอีกด้วย ที่จะต้องได้รับการพัฒนาให้มีความเหมาะสมสอดคล้องกับสถานการณ์ปัจจุบันต่อไป

อนึ่ง สนธิสัญญาว่าด้วยหลักเกณฑ์การดำเนินกิจการของรัฐในการสำรวจและการใช้อวกาศภายนอก รวมทั้งดวงจันทร์และเทหะในท้องฟ้าอื่น ๆ ค.ศ. 1967 ข้อ 6⁵ และข้อ 7⁶ ถึงแม้จะไม่ได้มีการระบุเอาไว้เป็นการเฉพาะในเรื่องของการบังคับให้รัฐจัดทำประกันภัยความรับผิดชอบต่อบุคคลที่สามในการดำเนินกิจกรรมอวกาศ

² UNOOSA, Committee on the Peaceful Uses of Outer Space, “Status of international agreements relating to activities in outer space as at 1 January 2017 [Online], (21 October 2021). Available from: https://www.unoosa.org/documents/pdf/spacelaw/treatystatus/AC105_C2_2017_CRP07E.pdf.

³ ราชกิจจานุเบกษา, ประกาศใช้สนธิสัญญาว่าด้วยหลักเกณฑ์การดำเนินกิจการของรัฐในการสำรวจและการใช้อวกาศ ภายนอกรวมทั้งดวงจันทร์และเทหะในท้องฟ้าอื่น ๆ.

⁴ International Telecommunication Union (ITU), “Overview of ITU’s History”, (2020), p.3

⁵ Treaty on Principles Governing the Activities of States in the Exploration and Use of Outer Space, including the Moon and Other Celestial Bodies 1967, Article VI.

⁶ Treaty on Principles Governing the Activities of States in the Exploration and Use of Outer Space, including the Moon and Other Celestial Bodies 1967, Article VII.

เพียงแต่มีการระบุให้รัฐผู้ส่งวัตถุอวกาศต้องรับผิดชอบการกระทำอันก่อให้เกิดความเสียหายต่อรัฐอื่นเท่านั้น แต่กฎหมายภายในเกี่ยวกับการดำเนินกิจกรรมอวกาศของต่างประเทศได้มีการกำหนดเรื่องประกันภัยความรับผิดชอบต่อบุคคลที่สามในการดำเนินกิจกรรมอวกาศเอาไว้เป็นส่วนใหญ่ นอกจากนี้ หากกล่าวถึงความสัมพันธ์ของความรับผิดชอบกับการประกันภัยแล้ว ย่อมมีส่วนที่เกี่ยวข้องกันอย่างปฏิเสธมิได้ เนื่องจากหากมีความเสียหายเกิดขึ้นอย่างใหญ่หลวงจะนำมาซึ่งคำถามที่ว่าใครจะเป็นผู้ที่มีความรับผิดชอบ (Responsibility) หรือมีความรับผิด (Liability) ในการชดเชยค่าเสียหาย รวมถึงการประกันภัยควรจะต้องครอบคลุมค่าชดเชยความรับผิดนั้นอีกด้วย⁷

ดังนั้น ปัญหาการประกันภัยความรับผิดชอบต่อบุคคลที่สามของประเทศไทยในการดำเนินกิจกรรมอวกาศจึงเป็นประเด็นปัญหาที่ผู้เขียนมุ่งเน้นจะทำการศึกษาในบทความนี้เพื่อหาแนวทางในการออกกฎหมายภายในของประเทศไทยต่อไปเพื่อให้สอดคล้องตามพันธกรณีของสนธิสัญญาว่าด้วยหลักเกณฑ์การดำเนินการของรัฐในการสำรวจและการใช้อวกาศภายนอก รวมทั้งดวงจันทร์และทะเลในท้องฟ้าอื่น ๆ ค.ศ. 1967 อีกทั้ง ปัจจุบันเทคโนโลยีมีการก้าวไปอย่างรวดเร็วมีผลให้มีการเปลี่ยนแปลงในการดำเนินชีวิตของมนุษย์และในความสัมพันธ์ระหว่างกันอย่างมาก กฎหมายไม่ว่ากฎหมายที่ใช้ในประเทศหรือกฎหมายระหว่างประเทศเป็นสิ่งสะท้อนถึงความต้องการอันจำเป็นต่อการจัดระเบียบและการพัฒนาของสังคม จึงต้องพัฒนาตามความเจริญก้าวหน้าและการเปลี่ยนแปลงนั้นด้วย

2. พันธกรณีของสนธิสัญญาว่าด้วยหลักเกณฑ์การดำเนินการของรัฐในการสำรวจและการใช้อวกาศภายนอก รวมทั้งดวงจันทร์และทะเลในท้องฟ้าอื่น ๆ ค.ศ. 1967 กับการประกันภัยในการดำเนินกิจกรรมอวกาศ

ก่อนจะเข้าสู่เรื่องของการประกันภัยในการดำเนินกิจกรรมอวกาศ สิ่งสำคัญคือการทราบถึงความหมายของคำว่าอวกาศ (Space) ตามสนธิสัญญาว่าด้วยหลักเกณฑ์การดำเนินการของรัฐในการสำรวจและการใช้อวกาศภายนอก รวมทั้งดวงจันทร์และทะเลในท้องฟ้าอื่น ๆ ค.ศ. 1967⁸ ในข้อ 1 กำหนดว่าการสำรวจและการใช้อวกาศภายนอก รวมทั้งดวงจันทร์และทะเลในท้องฟ้าอื่น ๆ จะได้ดำเนินไปเพื่อประโยชน์และให้เป็นผลประโยชน์ของประเทศทั้งหมด โดยไม่คำนึงถึงระดับแห่งพัฒนาการทางเศรษฐกิจหรือทางวิทยาศาสตร์ของประเทศเหล่านั้น⁹ ซึ่งถือได้ว่าไม่ได้เป็นการให้จำกัดความหรือนิยามของคำว่าอวกาศไว้ โดยเฉพาะ ทั้งนี้ ในแง่ของกฎหมาย คำว่าอวกาศ (Space) หมายถึง ห้วงเวหาที่อยู่เหนือและถัดขึ้นไปจากชั้น

⁷ Frans G. von der Dunk, National space legislation in Europe : issues of authorisation of private space activities in the light of developments in European space cooperation, 2011, Chapter Four Liability and Insurance in the Context of National Authorisation, p.125.

⁸ Treaty on Principles Governing the Activities of States in the Exploration and Use of Outer Space, including the Moon and Other Celestial Bodies 1967; การแปลชื่อสนธิสัญญาเป็นไปตามสำนวนแปลของกรมสนธิสัญญาและกฎหมาย กระทรวงการต่างประเทศ, “กฎหมายอวกาศ,” [Online], (8 มิถุนายน 2565). Available from: <https://treaties.mfa.go.th/กฎหมายระหว่างประเทศ/กฎหมายอวกาศ.html>.

⁹ Article I, Treaty on Principles Governing the Activities of States in the Exploration and Use of Outer Space, including the Moon and Other Celestial Bodies 1967 “The exploration and use of outer space, including the Moon and other celestial bodies, shall be carried out for the benefit and in the interests of all countries, irrespective of their degree of economic or scientific development, and shall be the province of all mankind.”

บรรยากาศความรวมถึงส่วนที่เป็นพาหิรากาศโดยถือเอาบรรยากาศของโลกมนุษย์เป็นเกณฑ์และกำหนด ทำให้เห็นเพียงว่าอวกาศเริ่มขึ้นจากระดับใด แต่ไม่ได้มีการกำหนดขอบเขตจำกัดไว้แต่อย่างใด¹⁰ ลำดับต่อมา ผู้เขียนจะได้กล่าวถึง หลักการสำคัญของสนธิสัญญาว่าด้วยหลักเกณฑ์การดำเนินกิจการของรัฐในการสำรวจ และการใช้อวกาศภายนอก รวมทั้งดวงจันทร์และเทหะในท้องฟ้าอื่น ๆ ค.ศ. 1967 ที่มาของการประกันภัยในการดำเนินกิจกรรมอวกาศ และข้อพิจารณาเกี่ยวกับการประกันภัยในการดำเนินกิจกรรมอวกาศ ดังต่อไปนี้

2.1 หลักการสำคัญของสนธิสัญญาว่าด้วยหลักเกณฑ์การดำเนินกิจการของรัฐในการสำรวจ และการใช้อวกาศภายนอก รวมทั้งดวงจันทร์และเทหะในท้องฟ้าอื่น ๆ ค.ศ. 1967

สนธิสัญญาว่าด้วยหลักเกณฑ์การดำเนินกิจการของรัฐในการสำรวจและการใช้อวกาศภายนอก รวมทั้งดวงจันทร์และเทหะในท้องฟ้าอื่น ๆ ค.ศ. 1967 หรือ Treaty on Principles Governing the Activities of States in the Exploration and Use of Outer Space, including the Moon and Other Celestial Bodies¹¹ เป็นสนธิสัญญาที่มีความสำคัญเป็นอย่างมาก ซึ่งประเทศไทยได้เข้าร่วมเป็นภาคีแล้ว ซึ่งสนธิสัญญานี้ได้รับการรับรองจากที่ประชุมใหญ่สหประชาชาติเมื่อวันที่ 19 ธันวาคม ค.ศ. 1966 ตามข้อมติที่ 2222 (XXI) โดยเปิดให้ ลงนามในวันที่ 27 มกราคม ค.ศ. 1967 และเริ่มมีผลใช้บังคับวันที่ 10 ตุลาคม ค.ศ. 1967 มีรัฐลงนาม 119 รัฐ และให้สัตยาบันแล้ว 92 รัฐ¹² ซึ่งประเทศไทยได้ให้สัตยาบันต่อ สนธิสัญญานี้แล้ว เมื่อวันที่ 27 มกราคม ค.ศ. 1967 และมีผลใช้บังคับสำหรับประเทศไทย ตั้งแต่วันที่ 5 กันยายน ค.ศ. 1968 เป็นต้นมา¹³ ส่งผลให้ประเทศไทยในฐานะของรัฐภาคีจะต้องปฏิบัติตามพันธกรณี ระหว่างประเทศตามสนธิสัญญานี้ ทั้งนี้ สนธิสัญญานี้มีสาระสำคัญกล่าวถึงการจะส่งดาวเทียมขึ้นไปสู่อวกาศ มีความจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องได้รับอนุญาตและกำกับดูแลอย่างต่อเนื่อง เพื่อไม่ให้เกิดความเสียหาย ระหว่างประเทศ จึงมีการกำหนดเอาไว้ในข้อ 6¹⁴ ให้การดำเนินการที่กระทำโดยทบวงการต่าง ๆ ของรัฐบาล หรือโดยองค์กรต่าง ๆ ที่มีใช้ของรัฐบาลดำเนินกิจการแห่งชาติไปโดยสอดคล้องกับบทบัญญัติต่าง ๆ ที่กำหนดไว้ในสนธิสัญญานี้ การดำเนินกิจการขององค์กรที่ไม่ใช่ของรัฐบาลในอวกาศภายนอกรวมทั้งดวงจันทร์และ

¹⁰ จตุรนต์ ธีระวัฒน์, กฎหมายอวกาศหลักทั่วไปและปัญหาในทางปฏิบัติ, (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2540), หน้า 10-11.

¹¹ Treaty on Principles Governing the Activities of States in the Exploration and Use of Outer Space, including the Moon and Other Celestial Bodies 1967; การแปลชื่อสนธิสัญญาเป็นไปตามสำนวนแปลของกรมสนธิสัญญาและกฎหมาย กระทรวงการต่างประเทศ, “กฎหมายอวกาศ,” [Online], (10 มิถุนายน 2565). Available from: <https://treaties.mfa.go.th/กฎหมายระหว่างประเทศ/กฎหมายอวกาศ.html>.

¹² UNOOSA, Committee on the Peaceful Uses of Outer Space, “Status of international agreements relating to activities in outer space as at 1 January 2017 [Online], (10 June 2022). Available from: https://www.unoosa.org/documents/pdf/spacelaw/treatystatus/AC105_C2_2017_CRP07E.pdf.

¹³ ราชกิจจานุเบกษา, ประกาศใช้สนธิสัญญาว่าด้วยหลักเกณฑ์การดำเนินกิจการของรัฐในการสำรวจและการใช้อวกาศ ภายนอกรวมทั้งดวงจันทร์และเทหะในท้องฟ้าอื่น ๆ.

¹⁴ Article VI, Treaty on Principles Governing the Activities of States in the Exploration and Use of Outer Space, including the Moon and Other Celestial Bodies 1967 “States Parties to the Treaty shall bear international responsibility for national activities in outer space, including the Moon and other celestial bodies, whether such activities are carried on by governmental agencies or by non-governmental entities, and for assuring that national activities are carried out in conformity with the provisions set forth in the present Treaty. The activities of non-governmental entities in outer space, including the Moon and other celestial bodies, shall require authorization and continuing supervision by the appropriate State Party to the Treaty. When activities are carried on in outer space, including the Moon and other celestial bodies, by an international organization, responsibility for compliance with this Treaty shall be borne both by the international organization and by the States Parties to the Treaty participating in such organization.”

ทะเลในท้องฟ้าอื่น ๆ จึงต้องได้รับอนุญาตและอยู่ในความควบคุมดูแลจากรัฐบาลก่อน ทำให้เอกชนสามารถเข้ามามีส่วนร่วมหรือเป็นผู้ผลิตดาวเทียมขึ้นสู่อวกาศได้แต่ต้องรับอนุญาตก่อน รวมไปถึงการกำหนดเรื่องของความรับผิดชอบของรัฐเอาไว้เป็นประการสำคัญอีกด้วย

สำหรับสนธิสัญญาว่าด้วยหลักเกณฑ์การดำเนินกิจการของรัฐในการสำรวจ และการใช้อวกาศภายนอก รวมทั้งดวงจันทร์และทะเลในท้องฟ้าอื่น ๆ ค.ศ. 1967 มีข้อกำหนดทั้งหมด 17 ข้อ ประกอบไปด้วย 2 ส่วนสำคัญ กล่าวคือ ส่วนแรก ส่วนที่เป็นพันธกรณีระหว่างประเทศที่รัฐภาคีมีหน้าที่จะต้องปฏิบัติตาม ได้แก่ หลักการสำคัญ 11 ประการ ดังต่อไปนี้ (1) หลักผลประโยชน์ส่วนรวมของรัฐทั้งหลายและมนุษยชาติ (2) หลักเสรีภาพในการสำรวจใช้อวกาศ (3) หลักการห้ามการยึดครองหรือถือกรรมสิทธิ์ในอวกาศ (4) หลักการปฏิบัติที่กำหนดให้ต้องกระทำโดยสอดคล้องกับกฎหมายระหว่างประเทศ (5) หลักการห้ามส่งอาวุธ (6) หลักการที่ให้ใช้อวกาศเฉพาะในทางสันติเท่านั้น (7) หลักความเป็นตัวแทนมนุษยชาติของมนุษย์อวกาศ (8) หลักความรับผิดชอบ¹⁵ (9) หลักว่าด้วยเขตอำนาจ¹⁶ (10) หลักความร่วมมือระหว่างประเทศ (11) หลักการประชาสัมพันธ์ ความโปร่งใสและเข้าถึงโดยเสรี¹⁷ ส่วนที่สอง เป็นการบัญญัติขึ้นเป็นการทั่วไปเพื่อให้รัฐภาคีรับทราบถึงการลงนาม การเก็บรักษา การเสนอแก้ไข การขอลงนาม และภาษาที่ใช้ในสนธิสัญญา

ดังนั้น จากที่กล่าวถึงหลักการที่มีความสำคัญของสนธิสัญญาว่าด้วยหลักเกณฑ์การดำเนินกิจการของรัฐในการสำรวจและการใช้อวกาศภายนอก รวมทั้งดวงจันทร์และทะเลในท้องฟ้าอื่น ๆ ค.ศ. 1967 ในข้างต้น จึงเห็นได้ว่าเป็นเรื่องเกี่ยวกับการกำหนดให้ทุกประเทศมีเสรีภาพในการสำรวจและใช้ประโยชน์จากอวกาศรวมทั้งดวงจันทร์และทะเลในท้องฟ้าอื่น ๆ บนพื้นฐานแห่งการเสมอภาคเท่าเทียมกัน และให้เป็นผลประโยชน์ของประเทศทั้งหมด

2.2 ที่มาของการประกนภัยในการดำเนินกิจกรรมอวกาศ

สำหรับการประกนภัยในการดำเนินกิจกรรมอวกาศนั้น มีที่มาจากการประชุมระหว่างประเทศของคณะกรรมการการใช้ห้วงอวกาศอย่างสันติ (Committee on the Peaceful Uses of Outer Space: COPUOS)¹⁸ ที่ได้มีการจัดขึ้นที่กรุงเทพมหานครเมื่อวันที่ 16-19 พฤศจิกายน ค.ศ. 2010 ในหัวข้อ “กิจกรรมของรัฐในอวกาศในแง่ของการพัฒนาใหม่ : ตอบสนองความรับผิดชอบระหว่างประเทศและการจัดตั้งกรอบกฎหมายและนโยบายระดับชาติ” ซึ่งที่ประชุมได้เห็นชอบร่วมกันว่ากฎหมายภายในว่าด้วยการควบคุมกิจการอวกาศนั้นควรมีเนื้อหาที่ครอบคลุมและสมควรที่จะได้รับการพัฒนาในสอดคล้องกับปัจจุบันยิ่งขึ้น¹⁹ ซึ่งมีทั้งหมด 7 ประเด็น ดังต่อไปนี้ **ประเด็นแรก** ขอบเขตการบังคับใช้กฎหมายในการดำเนินกิจกรรมอวกาศ²⁰

¹⁵ จตุรงค์ ธีระวัฒน์, กฎหมายอวกาศหลักทั่วไปและปัญหาในทางปฏิบัติ, หน้า 29.

¹⁶ วริษฐา คงเขียว, การยอมรับนับถือสิทธิของรัฐตามพันธกรณีระหว่างประเทศในคลื่นความถี่และวงโคจรดาวเทียม วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2562, หน้า 34.

¹⁷ จตุรงค์ ธีระวัฒน์, กฎหมายอวกาศหลักทั่วไปและปัญหาในทางปฏิบัติ, หน้า 30.

¹⁸ Committee on the Peaceful Uses of Outer Space; การแปลชื่อสนธิสัญญาเป็นไปตามบทความของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, “การประชุมเชิงปฏิบัติการว่าด้วยกฎหมายอวกาศแห่งสหประชาชาติ 2010 เรื่อง กฎหมายกิจการอวกาศของรัฐกับพัฒนาการใหม่ : การกำหนดความรับผิดชอบ และการจัดทำกรอบกฎหมายและนโยบายระดับชาติ,” [Online], (10 มิถุนายน 2565). Available from: <http://web.krisdika.go.th/data/outsitedata/outside21/file/Article2.pdf>.

¹⁹ UNOOSA, Committee on the Peaceful Uses of Outer Space, Activities of States in outer space in the light of new developments: meeting international responsibilities and establishing national legal and policy frameworks [Online], (21 January 2022). Available from: https://www.unoosa.org/pdf/reports/ac105/AC105_989E.pdf.

²⁰ Ibid, para. 32 (1)

เป็นสิ่งที่ควรมีการกำหนดขอบเขตการบังคับใช้กฎหมายสะท้อนถึงพันธกรณีระหว่างประเทศและภาระผูกพัน โดยคำนึงถึงความมั่นคงของชาติและผลประโยชน์ของนโยบายต่างประเทศ โดยคำนึงถึงบทบาทของ "รัฐผู้ส่ง" ปัจจุบันยังไม่มีกำหนดขอบเขตเอาไว้อย่างแน่ชัด ส่งผลให้การดำเนินกิจกรรมอวกาศยังคงมีปัญหาในหลายด้าน **ประเด็นที่สอง** การอนุญาตในการดำเนินกิจกรรมอวกาศ²¹ ปัจจุบันมีการส่งวัตถุอวกาศขึ้นสู่อวกาศอย่างต่อเนื่องโดยเฉพาะการส่งดาวเทียมขนาดเล็ก ที่มีภาควิชาการ และภาคเอกชนจำนวนมากเริ่มมีความต้องการนำส่งขึ้นสู่อวกาศ ซึ่งรัฐมีหน้าที่ต้องมีการกำกับและดูแลเพื่อให้สอดคล้องกับความรับผิดชอบตามข้อตกลงและกฎหมายอวกาศระหว่างประเทศ ปัจจุบันยังไม่มีกฎหมายใดรองรับในเรื่องนี้เป็นการเฉพาะ และไม่มีหน่วยงานรับผิดชอบอย่างเป็นทางการเป็นรูปธรรม **ประเด็นที่สาม** การกำกับดูแลและการควบคุมในการดำเนินกิจกรรมอวกาศ²² โดยในช่วง 2 - 3 ปีที่ผ่านมา มีการพบวัตถุตกจากอวกาศรวมทั้งซากชิ้นส่วนจรวดนำส่งตกลงสู่พื้นโลกบริเวณภาคตะวันออกเฉียงเหนือของประเทศไทยหลายครั้ง ซึ่งอาจเป็นอันตรายต่อชีวิตและทรัพย์สินของประชาชน ปัจจุบันยังไม่มีกฎหมายรองรับในเรื่องนี้เป็นการเฉพาะ และไม่มีหน่วยงานรับผิดชอบอย่างเป็นทางการเป็นรูปธรรม **ประเด็นที่สี่** การจดทะเบียนวัตถุอวกาศในการดำเนินกิจกรรมอวกาศ²³ ปัจจุบันไม่มีหลักเกณฑ์ที่กำหนดเอาไว้แน่ชัด จึงมีกำหนดในรูปแบบของกฎหมายเพื่อให้ผู้ที่ดำเนินเกี่ยวกับด้านอวกาศ จัดทำการจดทะเบียนวัตถุอวกาศได้อย่างถูกต้อง เนื่องจากการจดทะเบียนวัตถุอวกาศนั้น ครอบคลุมไปถึงการจัดตั้งทะเบียนแห่งชาติ ภาระผูกพันสำหรับผู้ดำเนินการในการส่งข้อมูลไปยังหน่วยงานระดับชาติที่มีอำนาจ และการส่งข้อมูลที่จำเป็นต่อสหประชาชาติ รวมถึงข้อมูลเพิ่มเติมเกี่ยวกับการเปลี่ยนแปลงลักษณะสำคัญของวัตถุอวกาศอีกด้วย **ประเด็นที่ห้า** ความรับผิดชอบและการทำประกันภัยคุ้มครองในการดำเนินกิจกรรมอวกาศ²⁴ เนื่องจากปัจจุบันประเทศไทยได้มีการส่งดาวเทียมหรือวัตถุอวกาศไปยังอวกาศเป็นจำนวนมากขึ้น ความรับผิดชอบต่อความเสียหายที่อาจจะเกิดขึ้นจึงเป็นสิ่งที่ควรตระหนักถึงและให้ความสำคัญมากขึ้นตามไปด้วย นอกจากนี้ เรื่องการทำประกันภัยคุ้มครองการดำเนินกิจกรรมอวกาศมีความเกี่ยวข้องกับทั้งเรื่องของการการออกใบอนุญาตในการดำเนินกิจกรรมอวกาศและความรับผิดชอบต่อความเสียหายในกิจกรรมอวกาศอย่างปฏิเสธไม่ได้ จึงเป็นสิ่งสำคัญที่ควรจัดการควบคู่กันไปให้มีวิธีการที่เป็นรูปธรรมละมีมาตรฐานที่แน่นอน เพื่อไม่เกิดปัญหาตามมาในอนาคต **ประเด็นที่หก** มาตรฐานความปลอดภัยในการดำเนินกิจกรรมอวกาศ²⁵ เนื่องจากการดำเนินกิจกรรมอวกาศอาจส่งผลกระทบต่อ ชีวิต ร่างกาย และความเป็นอยู่ต่อมนุษย์ทุกคน ความปลอดภัยและสิ่งแสดล้อมเป็นสิ่งที่ควรจะต้องคำนึงถึงเพื่อไม่ให้เกิดผลเสียในภายภาคหน้า และ **ประเด็นที่เจ็ด** การโอนสิทธิให้บุคคลที่สามในการดำเนินกิจกรรมอวกาศ²⁶ ปัจจุบันยังไม่มีกำหนดเกี่ยวกับเรื่องดังกล่าวเอาไว้ ซึ่งประเด็นของการโอนสิทธิให้บุคคลที่สามในการดำเนินกิจกรรมอวกาศ มีความเกี่ยวข้องกับประเด็นใบอนุญาตจึงควรรวมถึงการขอใบอนุญาตสำหรับการขายดาวเทียม การโอนสิทธิ และขั้นตอนการส่งข้อมูลเกี่ยวกับการเปลี่ยนแปลงสถานะการทำงานของวัตถุอวกาศอีกด้วย

ทั้งนี้ เมื่อผู้วิจัยได้ศึกษาทั้ง 7 ประเด็นดังกล่าวจึงเห็นถึงความสำคัญในประเด็นที่ 5 โดยเฉพาะเรื่องของการทำประกันภัยคุ้มครองในการดำเนินกิจกรรมอวกาศ เนื่องจากเป็นเรื่องที่ถือได้ว่ามีความแปลกใหม่สำหรับการด้านอวกาศ แม้ว่าที่ผ่านมาประเทศไทยจะได้มีการส่งดาวเทียมขึ้นไปบนอวกาศมาแล้วนับไม่ถ้วน

²¹ Ibid, para. 32 (2)

²² Ibid, para. 32 (3)

²³ Ibid, para. 32 (4)

²⁴ Ibid, para. 32 (5)

²⁵ Ibid, para. 32 (6)

²⁶ Ibid, para. 32 (7)

เช่น ดาวเทียมสำรวจทรัพยากรดวงแรกของไทยที่ได้ทะยานขึ้นสู่อวกาศ มีชื่อว่าดาวเทียมไทยโชต (Thaichote) หรือ ดาวเทียมธีออส (THEOS) เป็นต้น²⁷ อย่างไรก็ตาม ปัจจุบันการกำกับรักษั้คุ้มครองในการดำเนินกิจกรรมอวกาศยังไม่ได้มีการกำหนดเป็นกฎหมายเอาไว้แต่อย่างใด มีเพียงการในร่างพระราชบัญญัติกิจการอวกาศ พ.ศ. (ฉบับกระทรวงการอุดมศึกษา วิทยาศาสตร์วิจัยและนวัตกรรม เสนอต่อคณะรัฐมนตรี)²⁸ ที่ยังไม่ได้มีการประกาศใช้เท่านั้น ซึ่งผู้เขียนจะได้กล่าวถึงลำดับถัดไปในหัวข้อที่ 5

2.3 ข้อพิจารณาเกี่ยวกับการกำกับรักษาในการดำเนินกิจกรรมอวกาศ

หากพิจารณาสนธิสัญญาว่าด้วยหลักเกณฑ์การดำเนินการกิจการของรัฐในการสำรวจและการใช้อวกาศภายนอก รวมทั้งดวงจันทร์และเทหะในท้องฟ้าอื่น ๆ ค.ศ. 1967 เรื่องของการกำกับรักษั้คุ้มครองในการดำเนินกิจกรรมอวกาศ จะถือได้ว่ามีความเกี่ยวข้องกับกับเรื่องของความรับผิดชอบและความรับผิดชอบที่กำหนดให้เป็นพันธกรณีระหว่างประเทศตาม ข้อ 6²⁹ และข้อ 7³⁰ ซึ่งใน ข้อ 6 นั้นได้กำหนดให้รัฐภาคีมีความรับผิดชอบ (Responsibility) ระหว่างประเทศ สำหรับการดำเนินกิจการแห่งชาติในอวกาศ ไม่ว่าจะการดำเนินกิจการนั้นจะกระทำโดยทบวงการต่าง ๆ ของรัฐบาลหรือโดยองค์กรต่าง ๆ ที่มีใช้ของรัฐบาลก็ตาม และในข้อ 7 กำหนดให้รัฐซึ่งเป็นรัฐผู้ส่งจะต้องมีความรับผิดชอบ (Liability) ระหว่างประเทศสำหรับความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่รัฐภาคีอื่น หรือแก่บุคคลหรือนิติบุคคลของรัฐอื่นจากวัตถุดังกล่าวหรือส่วนประกอบของวัตถุนั้นบนพื้นโลก ในระวางอากาศหรืออวกาศภายนอกรวมทั้งดวงจันทร์และเทหะในท้องฟ้าอื่น ๆ ส่งผลให้ รัฐจะต้องรับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากวัตถุอวกาศ ถึงแม้ว่าในสนธิสัญญาว่าด้วยหลักเกณฑ์การดำเนินการกิจการของรัฐในการสำรวจและการใช้อวกาศภายนอก รวมทั้งดวงจันทร์และเทหะในท้องฟ้าอื่น ๆ ค.ศ. 1967 จะมีได้มีการกำหนดนิยามของคำว่า “ความเสียหาย” ไว้ ทำให้ต้องพิจารณาตามหลักกฎหมายระหว่างทั่วไป กล่าวคือ ความสูญเสีย หรือการทำให้เสียหาย ไม่ว่าจะจะเป็นความเสียหายที่เกิดขึ้นทางกายภาพ หรือความเสียหายที่ส่งผลกระทบต่อกรณีอื่น ๆ ความเสียหายดังกล่าวมานี้ให้ถือว่าอยู่ภายใต้ข้อ 7 สนธิสัญญาว่าด้วยหลักเกณฑ์การดำเนินการกิจการของรัฐในการสำรวจและการใช้อวกาศภายนอก รวมทั้งดวงจันทร์และเทหะในท้องฟ้าอื่น ๆ ค.ศ. 1967 ทั้งสิ้น³¹

นอกจากนี้ หากกล่าวถึงเรื่องของความรับผิดชอบข้างต้นแล้ว จำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องมาพิจารณาถึงคำจำกัดความในทางกฎหมายระหว่างประเทศของคำว่า ความรับผิดชอบ (Responsibility) และความรับผิด (Liability) โดยคำว่า “**ความรับผิดชอบ (Responsibility)**” มีการกำหนดความหมายไว้ว่าเป็นพันธกรณีหรือหน้าที่ที่จะต้องชดเชยความเสียหายที่เกิดจากการกระทำ เหตุการณ์หรือการงดเว้นกระทำการ รวมถึง

²⁷ สำนักงานพัฒนาเทคโนโลยีอวกาศและภูมิสารสนเทศ (องค์การมหาชน) : GISTDA, “ดาวเทียม Thaichote,” [Online], (10 มิถุนายน 2565). Available from: <https://www2.gistda.or.th/main/th/node/90>.

²⁸ ร่างพระราชบัญญัติกิจการอวกาศ พ.ศ. (ฉบับกระทรวงการอุดมศึกษา วิทยาศาสตร์วิจัยและนวัตกรรม เสนอต่อคณะรัฐมนตรี)

²⁹ Article VI, Treaty on Principles Governing the Activities of States in the Exploration and Use of Outer Space, including the Moon and Other Celestial Bodies 1967, supra note 5.

³⁰ Article VII, Treaty on Principles Governing the Activities of States in the Exploration and Use of Outer Space, including the Moon and Other Celestial Bodies 1967 “Each State Party to the Treaty that launches or procures the launching of an object into outer space, including the Moon and other celestial bodies, and each State Party from whose territory or facility an object is launched, is internationally liable for damage to another State Party to the Treaty or to its natural or juridical persons by such object or its component parts on the Earth, in air space or in outer space, including the Moon and other celestial bodies.”

³¹ Hobe Schmidt-Tedd and Schrogl, Cologne Commentary on Space Law Volume 1 Outer Space Treaty, (Luxemburger : Wolters Kluwer Deutschland GmbH, 2009), p.141.

พันธกรณีที่ลดความยุ่งยากต่าง ๆ ที่เกิดขึ้นจากการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย หรือต้องชดใช้ค่าเสียหาย หรือการกระทำตามความเหมาะสมในการเยียวยาความเสียหาย³² ซึ่งมีความแตกต่างกับคำว่า “**ความรับผิด (Liability)**” ที่อาจจะเกิดการเข้าใจผิด ซึ่งหมายความว่า สถานะและเงื่อนไขที่ผูกพันตามกฎหมายหรือมีความรับผิด ซึ่งความรับผิดนี้เป็นความรับผิดทางกฎหมายต่อบุคคลอื่นหรือสังคม โดยกฎหมายกำหนดให้ต้องรับผิด³³ ทำให้เมื่อกล่าวถึงความรับผิดของรัฐตามกฎหมายระหว่างประเทศ จึงหมายถึงหลักการทั่วไปที่กำหนดอยู่บนพื้นฐานของความผิด กล่าวคือ รัฐจะต้องรับผิดในการกระทำเมื่อการกระทำของรัฐเป็นความผิดไม่ว่าการกระทำจะเกิดขึ้นด้วยความจงใจ หรือประมาทเลินเล่อก็ตาม ดังนั้น การกระทำใด ๆ ของรัฐที่กฎหมายระหว่างประเทศรับรองความชอบธรรมให้กระทำได้ แม้ว่าจะเกิดความเสียหายขึ้นรัฐผู้เสียหายไม่อาจเรียกร้องให้รัฐรับผิดได้³⁴ เมื่อได้ทราบถึงคำจำกัดความของทั้งสองคำแล้วจะพบว่ามีความแตกต่างกันอย่างชัดเจน

อย่างไรก็ตาม ปฏิเสธไม่ได้เลยว่าเรื่องของการประกันภัยนั้น เป็นสิ่งหนึ่งที่ควบคู่กับเรื่องของความรับผิดซึ่งมีการกำหนดข้อนำพิจารณาเอาไว้ในรายงานการประชุมเชิงปฏิบัติการว่าด้วยกฎหมายอวกาศแห่งสหประชาชาติ ในหัวข้อ “กิจกรรมของรัฐในอวกาศในแง่ของการพัฒนาใหม่ : ตอบสนองความรับผิดชอบระหว่างประเทศและการจัดตั้งกรอบกฎหมายและนโยบายระดับชาติ” โดยจัดขึ้นที่กรุงเทพมหานคร ประเทศไทย เมื่อวันที่ 16-19 พฤศจิกายน พ.ศ. 2553³⁵ โดยในการประชุมดังกล่าวมีการกล่าวถึงในประเด็นที่ 5 ซึ่งรวมการทำประกันภัยอยู่กับเรื่องความรับผิดในการดำเนินกิจกรรมอวกาศ กล่าวถึงการจัดตั้งระบบการปกครองความรับผิดในระดับชาติ หรือการออกกฎหมายภายในประเทศสำหรับกิจกรรมในอวกาศ ว่าควรมีการเพิ่มเติมความคุ้มครองการประกันภัย และการจำกัดความรับผิดตามความเหมาะสม

ทั้งนี้ เรื่องของการประกันภัยความรับผิดต่อบุคคลที่สาม นอกจากจะเกี่ยวข้องกับความรับผิดตามพันธกรณีระหว่างประเทศแล้ว ยังเกี่ยวข้องกับเรื่องสิทธิการไล่เบียดอีกด้วย เนื่องจาก “**สิทธิไล่เบียด**” จะเกิดขึ้นเมื่อรัฐนั้นได้ชดใช้ความเสียหายไปให้กับอีกรัฐหนึ่ง โดยความผิดที่เกิดขึ้นนั้น เกิดขึ้นจากเอกชนของรัฐผู้ทำให้เกิดความเสียหาย หากมีบทบัญญัติที่กำหนดสำหรับเรื่องสิทธิไล่เบียดควบคู่ไปด้วยย่อมจะทำให้เกิดการแก้ไขปัญหาดังกล่าวในทุกมิติของปัญหาการประกันภัยความรับผิดต่อบุคคลที่สามในการดำเนินกิจกรรมอวกาศได้ดียิ่งขึ้นอีกด้วย

ถึงแม้ว่าปัจจุบันยังไม่เกิดอุบัติเหตุใหญ่อันเนื่องมาจากการดำเนินกิจกรรมในอวกาศ แต่หากเกิดขึ้นจะก่อให้เกิดความเสียหายอย่างใหญ่หลวงและอาจเป็นภัยพิบัติขนาดใหญ่ ด้วยเหตุนี้ จึงนำมาซึ่งคำถามที่ว่าใครจะเป็นผู้รับผิดชอบในการชดใช้ค่าเสียหายดังกล่าว รวมถึงการประกันภัยควรจะต้องครอบคลุมค่าชดเชยความรับผิดนั้นอีกด้วย³⁶ อีกทั้ง กลไกที่รัฐเลือกใช้อย่างดีที่สุดเพื่อจัดการกับปัญหาดังกล่าว คือ ระบบกฎหมายภายในประเทศโดยการร่างกรอบกฎหมาย วางกฎพื้นฐานสำหรับกระบวนการออกใบอนุญาตโดยรัฐบาล

³² ประสิทธิ์เอกบุตร, “ความรับผิดชอบของรัฐ (State Responsibility),” ในอาจารย์บุชา ศาสตราจารย์ดร.อรุณ ภาณุพงศ์, น.80.

³³ Bin Cheng, *Studies in International Space Law*, (Oxford : Clarendon Press,1977), p.603-604.

³⁴ ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช, คำอธิบายกฎหมายระหว่างประเทศ, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2559), น.208-209.

³⁵ UNOOSA, Committee on the Peaceful Uses of Outer Space, Report on the United Nations/Thailand Workshop on Space Law on the theme “Activities of States in outer space in the light of new developments: meeting international responsibilities and establishing national legal and policy frameworks [Online],” (21 January 2022). Available from: https://www.unoosa.org/pdf/reports/ac105/AC105_989E.pdf.

³⁶ Frans G. von der Dunk, National space legislation in Europe : issues of authorisation of private space activities in the light of developments in European space cooperation, 2011, Chapter Four Liability and Insurance in the Context of National Authorisation, p.125.

ผูกพันเบื้องต้นที่จะรวมอยู่ในใบอนุญาต สำหรับปัญหาความรับผิดและการประกันภัย ทำให้จำนวนเงินดังกล่าวระบุอยู่ในกฎหมายอวกาศแห่งชาติหรือการกระทำของภาระผูกพันตามหลักการที่จะชดใช้ค่าเสียหายแก่รัฐอย่างครอบคลุม³⁷ จึงทำให้เห็นได้ชัดว่าความรับผิดกับการประกันภัยเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกัน และสมควรอย่างยิ่งที่จะต้องมีการระบุเอาไว้ในกฎหมายของทุกประเทศเพื่อรองรับอุบัติเหตุที่อาจจะเกิดขึ้นในอนาคต

ดังนั้น ประเทศไทยในฐานะรัฐภาคีของสนธิสัญญาว่าด้วยหลักเกณฑ์การดำเนินการกิจการของรัฐในการสำรวจและการใช้อวกาศภายนอก รวมทั้งดวงจันทร์และทะเลในท้องฟ้าอื่น ๆ ค.ศ. 1967 จึงสมควรอย่างยิ่งที่จะต้องปฏิบัติตามพันธกรณีโดยการอนุวัติการกฎหมายภายใน เรื่องของความรับผิด (Liability) ตามข้อ 6 และความรับผิดชอบ (Responsibility) ตามข้อ 7 เพื่อไม่ให้มีการละเมิดพันธกรณีเกิดขึ้น รวมถึงเพื่อเป็นอุดช่องว่างในเรื่องความรับผิดจึงควรกำหนดเรื่องของการประกันภัยความรับผิดต่อบุคคลที่สามควบคู่กันไปอีกด้วย

3. ความจำเป็นของการบัญญัติเรื่องประกันภัยในกฎหมายแห่งชาติ

เมื่อได้ทราบถึงพันธกรณีของสนธิสัญญาว่าด้วยหลักเกณฑ์การดำเนินการกิจการของรัฐในการสำรวจและการใช้อวกาศภายนอกรวมทั้งดวงจันทร์และทะเลในท้องฟ้าอื่น ๆ ค.ศ. 1967 กับการประกันภัยในการดำเนินการกิจกรรมอวกาศ ซึ่งประกอบด้วย หลักการสำคัญ ที่มา และข้อนำพิจารณาของการประกันภัยแล้ว สิ่งที่จะต้องทราบต่อมาคือความจำเป็นของการบัญญัติเรื่องประกันภัยในกฎหมายแห่งชาติ ซึ่งข้อควรคำนึงถึงเป็นอย่างแรกคือ ความพร้อมของการประกันภัยในการดำเนินการกิจกรรมอวกาศ ซึ่งแบ่งออกเป็น 5 ประการ³⁸ ดังต่อไปนี้ (1) ความเสี่ยงทางการเมือง เช่น การสูญเสียสิทธิในใบอนุญาต สงคราม การคว่ำบาตร หรือการดำเนินการอื่น ๆ ของรัฐบาล (2) ความเสี่ยงทางเทคนิค เช่น ความผิดพลาดทางวิศวกรรม ความล้มเหลวของวัสดุ หรือความล้มเหลวในการออกแบบอื่น ๆ (3) ความเสี่ยงทางธุรกิจ เช่น ความเสียหายที่สืบเนื่องมาจากการสูญเสียทรัพย์สินที่มีความสามารถหรือโอกาสทางธุรกิจ (4) ความเสี่ยงในการปฏิบัติงาน เช่น ที่เกี่ยวข้องกับสภาพอากาศ หรืออุบัติเหตุทั่วไป (5) ความรับผิดต่อบุคคลภายนอกสำหรับการบาดเจ็บทางร่างกายหรือความเสียหายต่อทรัพย์สินต่อผู้อื่น ทำให้เห็นได้ชัดจนยิ่งขึ้นว่าความพร้อมเป็นปัจจัยหนึ่งที่มีความสำคัญเป็นอย่างยิ่งเนื่องจากมีความเสี่ยงที่จะเกิดขึ้นกับในหลายมิติของเศรษฐกิจในเรื่องของการดำเนินการกิจกรรมอวกาศ ประกอบกับ ตัวอย่างของการประกันภัยในการดำเนินการกิจกรรมอวกาศของสาธารณรัฐประชาชนจีนที่ผู้เขียนจะได้หยิบยกขึ้นมาเพื่อให้ทราบว่าเรื่องประกันภัยในการดำเนินการกิจกรรมอวกาศไม่ใช่เรื่องใหม่ในการมีกฎหมาย เนื่องจากจีนเคยมีการประกันภัยเกิดขึ้นใน ค.ศ. 1965 สำหรับความเสียหายทางกายภาพของดาวเทียม Intelsat 1 ที่ได้มีความคุ้มครองของการประกันภัยความเสียหายทางกายภาพก่อนการปล่อยดาวเทียม จึงถือได้ว่าเป็นจุดเริ่มต้นของการประกันภัยในกิจกรรมอวกาศ ซึ่งมีความสำคัญต่อการส่งเสริมการพัฒนาการค้าในอวกาศ³⁹ ต่อมาการประกันภัยเกี่ยวกับการปล่อยดาวเทียมของจีนพัฒนาตามความจำเป็นโดยมีช่วงการประกัน

³⁷ Ibid, p.130.

³⁸ Jeanne Suchodolski, AN OVERVIEW AND COMPARISON OF AVIATION AND SPACE INSURANCE, Journal of Business & Technology Law, 2021, p.3.

³⁹ Nie, Mingyan, Legal Aspects of Insurance Regarding Space Activities and the Situation in China: an Analysis Based on the New Development of Space Commercialization, 2017, p.386.

3 ช่วง คือ ก่อนการปล่อยดาวเทียม (pre-launch) ปล่อยดาวเทียม (launch) และในวงโคจร (in-orbit) เป็นต้น⁴⁰ ดังนั้น จากมุมมองของกฎหมาย ประเด็นการประกันภัยความรับผิดชอบต่อบุคคลที่สามในการดำเนินกิจกรรมอวกาศจึงควรได้รับการพัฒนา⁴¹

นอกจากนี้ ความจำเป็นในการมีกฎหมายอวกาศเป็นกฎหมายภายในแต่ละรัฐนั้น ถือได้ว่ามีความจำเป็นอย่างยิ่งในปัจจุบัน โดยสาเหตุหลักมาจากการปฏิบัติตามพันธกรณีระหว่างประเทศ เช่น การอนุญาต การกำกับดูแล การจดทะเบียน รวมถึงการคุ้มครองผลประโยชน์ทางการเงินของรัฐที่เกี่ยวข้อง ไม่ว่าจะเรื่องของปัญหาด้านความปลอดภัย การรักษาความปลอดภัย การชดเชยค่าเสียหาย⁴² รวมถึงเรื่องของการประกันภัยด้วยที่มีความจำเป็นของการบัญญัติเรื่องประกันภัยในกฎหมายแห่งชาติของด้านอวกาศ ถึงแม้จะไม่ได้มีการระบุให้เป็นพันธกรณีระหว่างประเทศโดยตรงก็ตาม แต่จำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องมีการประกันภาคบังคับสำหรับยานอวกาศและยานยิงจรวด อันเป็นเรื่องของกฎหมายระดับประเทศ ซึ่งรัฐยังคงต้องรับผิดชอบภายใต้สนธิสัญญาว่าด้วยหลักเกณฑ์การดำเนินการกิจการของรัฐในการสำรวจและการใช้อวกาศภายนอก รวมทั้งดวงจันทร์และทะเลในท้องฟ้าอื่น ๆ ค.ศ. 1967 ในข้อ 6⁴³ และข้อ 7⁴⁴ รวมถึงอนุสัญญาว่าด้วยความรับผิดชอบระหว่างประเทศต่อความเสียหายอันเนื่องมาจากวัตถุอวกาศ ค.ศ. 1972 อีกด้วย⁴⁵

ดังนั้น รัฐภาคีตามสนธิสัญญาว่าด้วยหลักเกณฑ์การดำเนินการกิจการของรัฐในการสำรวจและการใช้อวกาศภายนอก รวมทั้งดวงจันทร์และทะเลในท้องฟ้าอื่น ๆ ค.ศ. 1967 กล่าวคือ ประเทศไทยนั้น มีหน้าที่จะต้องปฏิบัติตามพันธกรณีระหว่างประเทศ และกฎหมายระหว่างประเทศ⁴⁶ รวมถึงจะต้องกำหนดกฎหมายภายในประเทศให้มีความสอดคล้องกับพันธกรณีภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ⁴⁷ การละเมิดพันธกรณีระหว่างประเทศอาจเกิดขึ้นหากรัฐไม่ปฏิบัติตาม⁴⁸ ทำให้รัฐมีหน้าที่รับผิดชอบระหว่างประเทศในกิจกรรมระดับชาติของตนดำเนินการ⁴⁹ หากองค์กรเอกชนดำเนินการกิจกรรมด้านอวกาศ จะต้องได้รับอนุญาตและ

⁴⁰ Ibid, p.386.

⁴¹ Ibid, p.388.

⁴² Michael Gerhard and Kai-Uwe Schrogl, Report of the 'Project 2001' Working Group on National Space Legislation in Karl-Heinz Böckstiegel (ed.), 'Project 2001' – Legal Framework for the Commercial Use of Outer Space, Carl Heymanns Verlag, p. 535.

⁴³ Article VI, Treaty on Principles Governing the Activities of States in the Exploration and Use of Outer Space, including the Moon and Other Celestial Bodies 1967, supra note 5.

⁴⁴ Article VII, Treaty on Principles Governing the Activities of States in the Exploration and Use of Outer Space, including the Moon and Other Celestial Bodies 1967, supra note 29.

⁴⁵ Treaty on Principles Governing the Activities of States in the Exploration and Use of Outer Space, Including the Moon and Other Celestial Bodies, N. Ir.-U.K.-U.S.-U.S.S.R., Jan. 27, 1967, 18 U.S.T. 2410, T.I.A.S. No. 6347; Convention on International Liability for Damage Caused by Space Objects, N. Ir.-U.K.-U.S.-U.S.S.R., Mar. 29, 1972, 24 U.S.T. 2390, T.I.A.S. No. 7762.

⁴⁶ See 1986, Vienna Convention on Law of Treaties.

⁴⁷ Ian Brownlie, Principles of Public International Law, Oxford University Press 2008, p. 35 Fitzmaurice, 92 Hague Recueil (1957, II), 89; Robert Jennings and Arthur Watts (Eds.), Oppenheim's International Law, Vol. 1, Longman Publishers, 1992, pp. 82-86.

⁴⁸ Ian Brownlie, Principles of Public International Law, Oxford University Press 2008, p. 35; Robert Jennings and Arthur Watts (Eds.), Oppenheim's International Law, Vol. 1, Longman Publishers, 1992, pp. 82-86.

⁴⁹ Treaty on Principles Governing the Activities of States in the Exploration and Use of Outer Space, including the Moon and Other Celestial Bodies 1967, Article VI, Sentence 1

ควบคุมดูแลอย่างต่อเนื่องโดยรัฐภาคีที่เหมาะสม⁵⁰ แม้ว่ารัฐจะสามารถดำเนินการตามเงื่อนไขสองข้อนี้ได้โดยไม่มีกฎหมาย แต่การผูกพันระหว่างประเทศของรัฐนั้นซับซ้อนมากในแง่ของการมีส่วนร่วมของภาคเอกชนจนเกินไปเพื่อประโยชน์ของรัฐที่เกี่ยวข้องในการออกกฎหมายด้านอวกาศ⁵¹ การกำหนดกฎหมายภายในรัฐหรือกฎหมายอวกาศแห่งชาติจึงมีความสำคัญของเหตุผลด้านการปฏิบัติตามพันธกรณีระหว่างประเทศเป็นอย่างมาก และถึงแม้ว่าการประกันภัยอาจจะไม่ใช่พันธกรณีระหว่างประเทศโดยตัวบทที่เป็นลายลักษณ์อักษรของสนธิสัญญาฉบับนี้ แต่การประกันภัยในการดำเนินกิจกรรมอวกาศเป็นเรื่องเดียวกันกับการอนุญาต และความรับผิดชอบข้อ 6 ที่ผู้เขียนได้กล่าวมาข้างต้นทั้งหมด เนื่องจากการประกันภัยจะสามารถเข้ามาอุดช่องว่างทำต่อไปของกฎหมายระหว่างประเทศได้ และยังสามารถพัฒนาไปเป็นบรรทัดฐานระหว่างรัฐในการความรับผิดชอบที่อาจเกิดขึ้นแก่วัตถุอวกาศได้อีกด้วย

4. แนวทางการประกันภัยในการดำเนินกิจกรรมอวกาศของต่างประเทศ

การประกันภัยในการดำเนินกิจกรรมอวกาศเป็นทางเลือกหนึ่งที่สามารถช่วยบรรเทาความเดือดร้อนเมื่อเกิดความเสียหายแก่ชีวิต ร่างกาย และทรัพย์สินต่าง ๆ ที่ได้ทำประกันภัยไว้ โดยการทำประกันตามหลักการทั่วไปจะต้องมีการเก็บเบี้ยประกันและค่าใช้จ่ายค่าสินไหมทดแทนให้แก่ผู้เอาประกันภัยหรือผู้รับประโยชน์ตามที่ระบุไว้ในสัญญาขณะมีการตกลงกัน⁵² ผู้เขียนจึงได้เลือกหยิบยกประเทศที่มีการกำหนดเรื่องการประกันภัยในการดำเนินกิจกรรมอวกาศเอาไว้อย่างชัดเจนในรูปแบบของกฎหมายและมาตรการชั่วคราวอันได้แก่ (1) ประเทศออสเตรเลีย ที่มีการเข้าร่วมเป็นภาคีภายใต้สนธิสัญญาพหุภาคี (Multilateral Treaty) ภายใต้กรอบสหประชาชาติทุกฉบับ (2) สหราชอาณาจักร (3) ประเทศอินโดนีเซีย และ (4) สาธารณรัฐประชาชนจีน ที่มีการเข้าร่วมเป็นภาคีภายใต้สนธิสัญญาพหุภาคี (Multilateral Treaty) ภายใต้กรอบสหประชาชาติถึง 4 ฉบับ มีเพียงแค่ฉบับเดียวที่ไม่เข้าร่วมเป็นภาคีคือ ความตกลงว่าด้วยกิจกรรมของรัฐบนดวงจันทร์และทะเลในท้องฟ้าอื่น ค.ศ. 1979⁵³ เหล่านี้จึงเป็นประเทศที่มีความน่าสนใจในการศึกษาแนวทางการออกกฎหมายภายใน รวมถึงทุกประเทศที่กล่าวมานั้นมีการกำหนดกฎหมายภายในที่ระบุเรื่องการทำประกันภัยความรับผิดชอบต่อบุคคลที่สามไว้อย่างชัดเจน เพื่อรองรับพันธกรณีที่ได้เข้าร่วมเป็นภาคีโดยอนุวัติการกฎหมายเรียบร้อยแล้ว ดังนั้น จึงเป็นเหตุผลในการเลือกหยิบยกทั้ง 4 ประเทศข้างต้น เพื่อให้ได้เห็นถึงแนวทางการประกันภัยในการดำเนินกิจกรรมอวกาศของต่างประเทศ ซึ่งมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

⁵⁰ Treaty on Principles Governing the Activities of States in the Exploration and Use of Outer Space, including the Moon and Other Celestial Bodies 1967, Article VI, Sentence 2

⁵¹ Arnel Kerrest, Status of the Implementation of National Space Legislation and the results of the Project 2001 plus Working Group in Stephan Hobe/Bernard Schmidt-Tedd (eds.) 'Project 2001 Plus' – Global and European challenges for Air and Space Law at the edge of the 21st Century, Carl Heymann Verlag, 2006, p. 51.

⁵² Office of Insurance Commission (OIC), ความหมายของการประกันภัย [Online], (11 มิถุนายน 2565). Available from: <https://www.oic.or.th/en/education/insurance/about/meaning>

⁵³ Committee on the Peaceful Uses of Outer Space Legal Subcommittee Sixty-first session, Status of International Agreements relating to activities in outer space as at 1 January 2022 [Online], (24 สิงหาคม 2565). Available from: https://www.unoosa.org/res/oosadoc/data/documents/2022/aac_105c_22022crp/aac_105c_22022crp_10_0_html/AAC105_C2_2022_CRP10E.pdf

4.1 สหราชอาณาจักรกับการประกันภัยในการดำเนินกิจกรรมอวกาศ

สำหรับสหราชอาณาจักร ซึ่งมีกฎหมายที่ชื่อว่า Space Industry Act 2018 กำหนดระบบการประกันภัยในการดำเนินกิจกรรมอวกาศ โดยกำหนดให้ผู้ถือใบอนุญาตและบุคคลอื่นที่มีส่วนร่วมในกิจกรรมการบินในอวกาศต้องมีประกันความเสี่ยงและความรับผิดที่กำหนดไว้ 3 ประการ ประกอบด้วย (1) ต้องเป็นเรื่องที่จะครอบคลุมโดยประกัน (2) เป็นเรื่องที่จะอาจจะไม่ได้รับการยกเว้นจากความคุ้มครองที่จำเป็น (3) เป็นจำนวนความคุ้มครองที่ต้องการ⁵⁴ นอกจากนี้ Space Industry Act 2018 ทำขึ้นด้วยความยินยอมของกระทรวงการคลังอาจจัดให้มีการประกันภัยหรือการประกันภัยที่รัฐมนตรีต่างประเทศจัดให้มีขึ้นให้เป็นที่ไปเพื่อวัตถุประสงค์ในการให้บุคคลปฏิบัติตาม 2 ประการ กล่าวคือ ประการแรก ข้อกำหนดใด ๆ ที่กำหนดโดยข้อบังคับภายใต้ข้อที่กล่าวถึงข้างต้น และประการที่สอง ข้อกำหนดใด ๆ เกี่ยวกับการประกันภัยที่กำหนดโดยเงื่อนไขใบอนุญาต จึงทำให้รัฐสามารถจัดหาประกันภัย เพื่อให้เป็นที่ไปตามข้อกำหนดของการประกันภัย เช่น การค้าประกันหรือการให้ทุน⁵⁵

นอกจากนี้ สหราชอาณาจักรได้มีการพัฒนาที่สำคัญอีกสองประการที่นำการเปลี่ยนแปลงมาสู่การประกันภัยด้านอวกาศ ประการแรก การลงทุนภาคเอกชนและกิจกรรมเชิงพาณิชย์ที่เพิ่มขึ้นของเศรษฐกิจอวกาศก่อให้เกิดผู้เข้าร่วมในอุตสาหกรรมประเภทใหม่ ซึ่งผู้เข้าร่วมใหม่เหล่านี้ไม่ได้เป็นผู้ดำเนินการเกี่ยวกับยานอวกาศหรือผู้ให้บริการปล่อยยานอวกาศ แต่ทำหน้าที่เป็นเสมือนพ่อค้าคนกลางหรือนายหน้า ประการที่สอง มีกลไกสำหรับการบริการและโครงสร้างพื้นฐานที่ใช้ร่วมกันระหว่างผู้ประกอบการด้านอวกาศหลายราย⁵⁶ อีกทั้ง สหราชอาณาจักรมีนโยบายประกันภัยในการดำเนินกิจกรรมอวกาศกำหนดไว้ในตารางดังต่อไปนี้

ตารางแสดงประเภทกิจกรรมหรือประเภทของความรับผิดและความคุ้มครองหรือเงื่อนไขการประกันภัยในการดำเนินกิจกรรมอวกาศ⁵⁷

ประเภทกิจกรรมหรือประเภทของความรับผิดในการดำเนินกิจกรรมอวกาศ	ความคุ้มครองหรือเงื่อนไขการประกันภัยในการดำเนินกิจกรรมอวกาศ
ก่อนปล่อยดาวเทียมหรือวัตถุอวกาศ	การขนส่งยานพาหนะหรือดาวเทียม
	เปิดการทดสอบไซต์
	การเติมน้ำมัน
	การต่อหุ้ม

⁵⁴ Section 38 (1), Space Industry Act 2018.

⁵⁵ Section 38 (2), Space Industry Act 2018.

⁵⁶ David Wade, Spaceport UK, Royal Aeronautical Society: Insurance for Spaceflight [Online], (10 June 2022). Available from: https://www.aerosociety.com/Assets/Docs/Events/Conferences/2016/803/David_Wade.pdf.

⁵⁷ ตารางได้รวบรวมจากแหล่งอ้างอิงดังต่อไปนี้ : David Wade, Spaceport UK, Royal Aeronautical Society: Insurance for Spaceflight [Online], (10 June 2022). Available from: https://www.aerosociety.com/Assets/Docs/Events/Conferences/2016/803/David_Wade.pdf; Rod D. Margo, Katherine B. Posner, Tim Marland, Philip Chrystal, Margo on Aviation Insurance, (United Kingdom: LexisNexis, 2011), p. 409-423

ประเภทกิจกรรมหรือประเภทของความรับผิดชอบในการดำเนินกิจกรรมอวกาศ	ความคุ้มครองหรือเงื่อนไขการประกันภัยในการดำเนินกิจกรรมอวกาศ
การทดสอบเครื่องยนต์	ความล้มเหลวบนแท่นทดสอบ เปลี่ยนเครื่องยนต์ ซ่อมแท่นทดสอบ
ขณะปล่อย	การปล่อยตัวหรือพยายามปล่อยตัว การขึ้นหรือการแยกตัว การปรับใช้ วงโคจรที่เพิ่มขึ้นและการถ่ายโอน การทดสอบบนวงโคจร
ทดแทนการปล่อย	การเรียกใช้งานทดแทนในกรณีที่เกิดความล้มเหลว
ในวงโคจร	คุ้มครองปีละครั้ง อายุการใช้งานดาวเทียมครอบคลุม การสึกหรอหรือการพัง ปัจจัยภายนอก
ความรับผิดชอบต่อบุคคลที่สาม	ความเสียหายต่อดาวเทียมดวงอื่น ความเสียหายต่อทรัพย์สินทางบก การบาดเจ็บทางร่างกายหรืออันตรายก่อนหรือระหว่างการปล่อย หรือระหว่างเดินทางกลับ ความเสียหายต่อเครื่องบิน
ความเสี่ยงทางธุรกิจ	การสูญเสียรายได้
ประกันภัยอวกาศ	การพัฒนาผลิตภัณฑ์เพื่อรองรับการเปลี่ยนจากทรัพยากรเฉพาะไปเป็นทรัพยากรที่ใช้ร่วมกันและบริการสำหรับการจ้าง

ตารางดังกล่าวจึงแสดงให้เห็นว่าสหราชอาณาจักรให้ความสำคัญกับการประกันภัยในการดำเนินกิจกรรมอวกาศ เนื่องจากได้มีการกำหนดความคุ้มครองและเงื่อนไขในแต่ละช่วงของการส่งดาวเทียม รวมถึงกำหนดประเภทกิจกรรมเพื่อให้ครอบคลุมต่อความเสียหายที่อาจจะเกิดขึ้นกับดาวเทียมหรือวัตถุอวกาศอีกด้วย

4.2 ประเทศอินโดนีเซียกับการประกันภัยในการดำเนินกิจกรรมอวกาศ

การประกันภัยในการดำเนินกิจกรรมอวกาศของประเทศอินโดนีเซียกำหนดไว้ในกฎหมายที่มีชื่อว่า Indonesian Space Act 2013 ระบุไว้ให้ผู้ประกอบการมีหน้าที่ในการให้การคุ้มครองทางการเงินหรือประกันสำหรับยานอวกาศ โดยการดำเนินการปล่อยยานอวกาศ ผู้ประกอบการต้องพิจารณาโอกาสเกิดอุบัติเหตุและ/หรือเป็นอันตรายต่อสุขภาพของประชาชนหรือการสูญเสีย ต้องตรวจสอบให้แน่ใจว่าวัตถุอวกาศไม่มีอาวุธนิวเคลียร์ อาวุธทำลายล้างสูงหรืออาวุธอันตรายอื่น ๆ รวมถึงจะต้องตรวจสอบให้แน่ใจว่าจะไม่ก่อให้เกิดภัยคุกคามใด ๆ ที่เป็นไปได้ต่อความมั่นคงของชาติและขัดต่อนโยบายต่างประเทศและละเมิดพันธกรณีระหว่าง

ประเทศ⁵⁸ อีกทั้ง อธิบายเพิ่มเติมด้วยภาระผูกพันทั่วไปที่ผู้ประกอบการจะต้องทำประกันความเสียหายจากกิจกรรมอวกาศที่อาจเกิดขึ้นต่อบุคคลสามที่⁵⁹ ทั้งนี้กรรมธรรม์ประกันภัยใช้ไม่ได้กับหน่วยงานของรัฐ⁶⁰ ทำให้ในกรณีนี้ รัฐบาลทราบดีว่าตามข้อ 6 ของสนธิสัญญาว่าด้วยหลักเกณฑ์การดำเนินกิจการของรัฐในการสำรวจและการใช้อวกาศภายนอก รวมทั้งดวงจันทร์และเทหะในท้องฟ้าอื่น ๆ ค.ศ. 1967⁶¹ รัฐภาคีมีความรับผิดชอบระหว่างประเทศสำหรับการดำเนินกิจการแห่งชาติในอวกาศ ไม่ว่าจะการดำเนินกิจการจะกระทำโดยทบวงการต่าง ๆ ของรัฐบาลหรือโดยองค์กรต่าง ๆ ที่มีใช้ของรัฐบาล และเพื่อให้การดำเนินกิจการแห่งชาติ ดำเนินไปโดยสอดคล้องกับบทบัญญัติต่าง ๆ ที่กำหนดไว้ในสนธิสัญญาฉบับนี้ และข้อ 6 (1) ของอนุสัญญาว่าด้วยความรับผิดชอบระหว่างประเทศต่อความเสียหายอันเนื่องมาจากวัตถุอวกาศ ค.ศ. 1972⁶² หากวัตถุอวกาศของรัฐผู้ส่งรัฐใดไปกระทำต่อวัตถุอวกาศของอีกรัฐหนึ่งแล้วเกิดความเสียหายขึ้น ให้รัฐผู้ส่งที่ไปกระทำนั้นไม่ต้องรับผิดชอบความเสียหายนั้นเกิดจากการจงใจ ประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง การกระทำและการละเว้นการกระทำของรัฐเจ้าของวัตถุอวกาศ หรือบุคคลหรือนิติบุคคลของรัฐดังกล่าวที่เกิดความเสียหาย

ดังนั้น เนื่องจากประเทศประเทศอินโดนีเซียได้ดำเนินกิจกรรมด้านอวกาศผ่านหน่วยงานของรัฐ รัฐบาลของประเทศอินโดนีเซียจึงยอมรับภาระหน้าที่ที่จะต้องรับผิดชอบระหว่างประเทศต่อความเสียหายต่ออีกรัฐหนึ่ง ส่วนการเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนที่เกิดจากกิจกรรมอวกาศ ให้เป็นไปตามระเบียบราชการที่จะกำหนดขึ้น (the Government Regulation)⁶³ และประเทศอินโดนีเซียถือได้ว่าการกำหนดเรื่องของการให้ผู้ประกอบการมีหน้าที่ในการให้การรับประกันทางการเงินอีกด้วย

4.3 ประเทศออสเตรเลียเกี่ยวกับการประกันภัยในการดำเนินกิจกรรมอวกาศ

ประเทศออสเตรเลียได้ออกกฎหมายที่กำหนดเรื่องดังกล่าวเอาไว้ในกฎหมายที่มีชื่อว่า Australian Space Activities Act 2013 โดยมีเนื้อหา ดังนี้ ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับใบอนุญาตปล่อยจรวด ใบบรรองการปล่อยจรวดในต่างประเทศ และการอนุมัติการส่งคืนวัตถุอวกาศที่เปิดตัวในต่างประเทศ Australian Space Activities Act 2013 กำหนดด้านการประกันภัยและการเงิน⁶⁴ โดยให้ผู้ถือใบอนุญาตปล่อยวัตถุอวกาศและใบบรรองต้องมีคุณสมบัติตรงตามข้อกำหนดการประกันภัยและการเงินสำหรับการเปิดตัวหรือการส่งคืน⁶⁵ นอกจากนี้ ข้อกำหนดการประกันภัยแตกต่างกันไปตามประเภทของใบอนุญาตขึ้นอยู่กับความรับผิดชอบของประเทศออสเตรเลีย โดยเป็นไปตามข้อกำหนดการประกันภัยสำหรับ การปล่อยวัตถุอวกาศหรือการส่งคืนที่ได้รับอนุญาตจาก

⁵⁸ Section 35 (1), Indonesian Space Act 2013.

⁵⁹ Section 84 (1), Indonesian Space Act 2013.

⁶⁰ Section 84 (2), Indonesian Space Act 2013.

⁶¹ Treaty on Principles Governing the Activities of States in the Exploration and Use of Outer Space, including the Moon and Other Celestial Bodies 1967

⁶² Article VI (1), Convention on International Liability for Damages Caused by Space Objects 1972 “Subject to the provisions of paragraph 2 of this Article, exoneration from absolute liability shall be granted to the extent that a launching State establishes that the damage has resulted either wholly or partially from gross negligence or from an act or omission done with intent to cause damage on the part of a claimant State or of natural or juridical persons it represents.”

⁶³ Section 84 (3), Indonesian Space Act 2013.

⁶⁴ Section 47 (1), Australian Space Activities Act 2013.

⁶⁵ Section 47 (2), Australian Space Activities Act 2013.

ใบอนุญาตการยิง หรือการส่งคืนที่ได้รับอนุญาต⁶⁶ ถ้าผู้ถือใบอนุญาตหรือการอนุญาตได้รับการประกันจาก ความรับผิดชอบใด ๆ เพื่อจ่ายค่าชดเชยสำหรับความเสียหายใด ๆ แก่บุคคลที่สาม⁶⁷ ทั้งนี้ ในส่วนที่เกี่ยวข้อง กับการรับรองการปล่อยวัตถุอวกาศในต่างประเทศ ข้อกำหนดการประกันอาจเป็นที่พอใจหากได้รับการประกันต่อ ความรับผิดชอบใด ๆ ภายใต้ข้อสัญญาความรับผิดชอบหรืออื่น ๆ ภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ เพื่อจ่ายค่าชดเชย สำหรับความเสียหายใด ๆ แก่บุคคลที่สามอีกด้วยเช่นกัน⁶⁸ นอกจากนี้กฎหมายข้างต้นแล้ว ยังมีกฎหมายที่ สำคัญอีกฉบับ คือ Space (Launches and Returns) (Insurance) Rules 2019 ที่ได้กำหนดเรื่องการ ประกันภัยเอาไว้ โดยกฎหมายฉบับนี้ ประกอบด้วย 3 ส่วน คือ ส่วนแรก หลักเบื้องต้น (Preliminary) ส่วนที่ สอง ข้อกำหนดด้านประกันภัย/การเงิน (Insurance/financial requirements) ส่วนที่สาม เบ็ดเตล็ด (Miscellaneous) ซึ่งมีรายละเอียดต่อตามกฎหมายที่ได้กล่าวถึงข้างต้น ซึ่งใน Space (Launches and Returns) (Insurance) Rules 2019 นั้น ข้อ 5⁶⁹ เป็นการปฏิบัติตามข้อกำหนดด้านประกันภัยและการเงิน ข้อ 6⁷⁰ ได้มีการกล่าวถึงการกำหนดจำนวนเงินเอาประกันภัยขั้นต่ำ และข้อ 7⁷¹ กล่าวถึงวิธีการกำหนดจำนวน เงินเอาประกันภัยขั้นต่ำ เป็นต้น

ดังนั้น ประเทศออสเตรเลียจึงเป็นอีกประเทศหนึ่งที่มีกฎหมายภายในเรื่องของการประกันภัยกำหนด เอาไว้อย่างครอบคลุมในหลายมิติ รวมถึงมีรายละเอียดกำหนดเอาไว้ถึงวิธีการและจำนวนเงินเอาประกันภัยขั้นต่ำ เพื่อให้ทราบถึงจำนวนเงินในการทำประกันภัยสำหรับประเภทกิจกรรมอวกาศนั้น

4.4 สาธารณรัฐประชาชนจีนกับการประกันภัยในการดำเนินกิจกรรมอวกาศ

สำหรับสาธารณรัฐประชาชนจีน การทำประกันภัยคุ้มครองในการดำเนินกิจกรรมอวกาศมีการกำหนด อยู่ภายใต้กฎหมายที่มีชื่อว่า China's Space Activities in 2016 ที่กำหนดให้ผู้ถือใบอนุญาตต้องปฏิบัติตาม ข้อกำหนดที่เกี่ยวข้องของรัฐเพื่อซื้อการประกันภัยความรับผิดชอบต่อบุคคลที่สามและการประกันภัยอื่น ๆ ที่ เกี่ยวข้องสำหรับการเปิดตัววัตถุอวกาศ นอกจากนี้ ยังกล่าวถึงเรื่องการประกันภัยของมาตรการการบริหารการ ปล่อยตัวผู้ถือใบอนุญาตจะต้องกระทำก่อนเข้าสู่ขั้นตอนของการส่งวัตถุอวกาศ และจะต้องส่งสำเนากรรมธรรม์ ประกันภัยความรับผิดชอบต่อบุคคลภายนอกที่มีผลบังคับใช้สำหรับกิจกรรมอวกาศและสำเนากรรมธรรม์ประกันภัย ที่เกี่ยวข้องอีกด้วย⁷² ดังนั้น สาธารณรัฐประชาชนจีนจึงถือว่าการประกันภัยมีความสำคัญกับความรับผิดจาก การดำเนินกิจกรรมอวกาศ และถือเป็นขั้นตอนหนึ่งในการขอใบอนุญาตก่อนที่จะทำการจัดส่งวัตถุอวกาศ เหล่านั้นขึ้นไปสู่คงโคจร อีกทั้ง กฎหมายอีกฉบับของสาธารณรัฐประชาชนจีนยังมีการกำหนดเรื่องการทำ ประกันภัยคุ้มครองในการดำเนินกิจกรรมอวกาศเอาไว้ภายใต้ Interim Measures on the Administration of Licensing the Project of Launching Civil Space 2002 ที่กล่าวว่า การประกันภัยเป็นเงื่อนไขหนึ่งในการ ได้รับใบอนุญาต กล่าวคือ ถือใบอนุญาตต้องปฏิบัติตามข้อกำหนดที่เกี่ยวข้องของรัฐเพื่อซื้อการประกันภัย ความรับผิดชอบต่อบุคคลที่สามและการประกันภัยอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องสำหรับการเปิดตัววัตถุอวกาศ⁷³ นอกจากนี้

⁶⁶ Section 43, Australian Space Activities Act 2013.

⁶⁷ Section 48 (1), Australian Space Activities Act 2013.

⁶⁸ Section 48 (2), Australian Space Activities Act 2013.

⁶⁹ Section 5, Space (Launches and Returns) (Insurance) Rules 2019.

⁷⁰ Section 6, Space (Launches and Returns) (Insurance) Rules 2019.

⁷¹ Section 7, Space (Launches and Returns) (Insurance) Rules 2019.

⁷² Article 20, China's Space Activities in 2016.

⁷³ Article 19, Interim Measures on the Administration of Licensing the Project of Launching Civil Space 2002.

ผู้รับใบอนุญาตมีหน้าที่ต้องทำการประกันภัยความรับผิดชอบต่อบุคคลที่สามและประกันภัยอื่นๆ ที่เกี่ยวข้องสำหรับการปล่อยวัตถุอวกาศ⁷⁴ ก่อนดำเนินการปล่อยวัตถุอวกาศ และผู้ได้รับอนุญาตจะต้องจัดเตรียมสำเนาการประกันภัยความรับผิดชอบต่อบุคคลภายนอกและการประกันภัยอื่นๆ ที่เกี่ยวข้อง⁷⁵ อย่างไรก็ตาม คำสั่งมาตรการชั่วคราวในการอนุญาตให้ปล่อยตัว ไม่ได้ขยายเพิ่มเติมใด ๆ ตามข้อกำหนดเกี่ยวกับการประกันภัย กรอบกฎหมายเกี่ยวกับการประกันภัยสำหรับกิจกรรมอวกาศจึงมีข้อจำกัดเป็นอย่างมาก⁷⁶

ดังนั้น สาธารณรัฐประชาชนจีนจึงมีการกำหนดในเรื่องของการประกันภัยในการดำเนินกิจกรรมอวกาศเอาไว้ในมาตรการชั่วคราวและกฎหมายอื่น ๆ ที่มีใช้พระราชบัญญัติ แต่มาตรการชั่วคราวนั้นย่อมผูกพันกับผู้ประกอบการที่ดำเนินกิจกรรมอวกาศ ในส่วนของการประกันนั้น สาธารณรัฐประชาชนจีนมีข้อกำหนดแต่ข้อกำหนดนั้นถือได้ว่ามีข้อจำกัดมาก เนื่องจากเป็นเงื่อนไขหนึ่งของการถือใบอนุญาต

5. ประเด็นปัญหาการอนุวัติการการประกันภัยความรับผิดชอบต่อบุคคลที่สามในการดำเนินกิจกรรมอวกาศของประเทศไทย

การประกันภัยความรับผิดชอบต่อบุคคลที่สามในการดำเนินกิจกรรมอวกาศ เป็นเรื่องสำคัญที่ควรจะมีการบัญญัติเอาไว้เป็นกฎหมายภายในของประเทศไทย ซึ่งประกอบไปด้วยเหตุผลที่ยืนยันว่ามีความจำเป็นในการประชุมระหว่างประเทศของคณะกรรมการการใช้ห้วงอวกาศอย่างสันติ (Committee on the Peaceful Uses of Outer Space: COPUOS) ที่ได้กล่าวไว้ในข้างต้น จึงจำเป็นต้องพิจารณากฎหมายภายในของประเทศไทยว่าปัจจุบันมีการระบุไว้ในทิศทางใด ซึ่งกฎหมายที่จะได้นำมาพิจารณาถึงการอนุวัติการตามพันธกรณีระหว่างประเทศนั้น คือ ร่างพระราชบัญญัติกิจการอวกาศ พ.ศ. (ฉบับกระทรวงการอุดมศึกษา วิทยาศาสตร์วิจัยและนวัตกรรม เสนอต่อคณะรัฐมนตรี) จัดทำโดยสำนักงานพัฒนาเทคโนโลยีอวกาศและภูมิสารสนเทศ (องค์การมหาชน) ซึ่งผู้เขียนจะได้กล่าวถึง สาระสำคัญของร่างพระราชบัญญัติกิจการอวกาศ พ.ศ. และบทบัญญัติการประกันภัยในร่างพระราชบัญญัติกิจการอวกาศ พ.ศ. โดยมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

5.1 สาระสำคัญของร่างพระราชบัญญัติกิจการอวกาศ พ.ศ.

จุดเริ่มต้นแรกของร่างพระราชบัญญัติกิจการอวกาศ พ.ศ. ... เกิดขึ้นจากการที่คณะรัฐมนตรีได้มีมติเห็นชอบร่างพระราชบัญญัติกิจการอวกาศ พ.ศ. เมื่อวันที่ 9 กรกฎาคม พ.ศ. 2563 ตามที่กระทรวงดิจิทัลเพื่อเศรษฐกิจและสังคมได้ทำการเสนอ⁷⁷ โดยร่างพระราชบัญญัติกิจการอวกาศ พ.ศ. ... มีหลักการ คือ การให้มีกฎหมายว่าด้วยกิจการอวกาศ เนื่องจากปัจจุบันประเทศไทยยังไม่ได้มีการอนุวัติการกฎหมายจากสนธิสัญญาระหว่างประเทศที่เกี่ยวกับอวกาศที่ได้เข้าร่วมเป็นภาคี โดยสาระสำคัญของร่างพระราชบัญญัติกิจการอวกาศ แบ่งออกเป็น 7 หมวด 99 มาตรา⁷⁸ สรุปรายละเอียด ดังนี้

⁷⁴ Section 19, Chinese Order on Interim Measures on Launch Permits.

⁷⁵ Section 20 (b) and Section 21, Chinese Order on Interim Measures on Launch Permits.

⁷⁶ Yun Zhao, National Space Law in China (Brill | Nijhoff 2015), p.73.

⁷⁷ มติคณะรัฐมนตรี เรื่อง มติกรรมการนโยบายอวกาศแห่งชาติ ครั้งที่ 3/2563 วันที่ 8 กันยายน 2563

⁷⁸ ร่างพระราชบัญญัติกิจการอวกาศ พ.ศ. (ฉบับกระทรวงการอุดมศึกษา วิทยาศาสตร์วิจัยและนวัตกรรม เสนอต่อคณะรัฐมนตรี) จัดทำโดยสำนักงานพัฒนาเทคโนโลยีอวกาศและภูมิสารสนเทศ (องค์การมหาชน)

หลักการและเหตุผล ปรากฏตามมาตรา 1 – 5 หมวด 1 นโยบายและแผนกิจการอวกาศ ปรากฏตามมาตรา 6 - 7 จัดให้มีนโยบายและแผนกิจการอวกาศ เพื่อสนับสนุนและส่งเสริมให้ทั้งภาครัฐ และภาคเอกชนมีส่วนร่วมในการพัฒนากิจการอวกาศ ก่อให้เกิดเศรษฐกิจอวกาศ (New Space Economy) หมวด 2 คณะกรรมการนโยบายอวกาศแห่งชาติ ปรากฏตามมาตรา 8 - 18 จัดให้มี คณะกรรมการนโยบายอวกาศแห่งชาติ ทำหน้าที่กำหนดนโยบายกิจการอวกาศตามขอบเขตของพระราชบัญญัติ โดยเป็นการยกระดับจากคณะกรรมการฯ ที่มีอยู่เดิมภายใต้ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี หมวด 3 องค์กรด้านอวกาศ ปรากฏตามมาตรา 19 - 45 จัดให้มี สำนักงานกำกับกิจการอวกาศแห่งชาติ ทำหน้าที่เป็นหน่วยงานที่ทำหน้าที่ด้านเลขานุการให้กับคณะกรรมการนโยบายอวกาศแห่งชาติ และดำเนินการกิจเพื่อกำกับดูแลส่งเสริมกิจการอวกาศ หมวด 4 การดำเนินกิจการอวกาศ ปรากฏตามมาตรา 46 - 71 กำหนดลักษณะ และประเภทการอนุญาต รวมถึงมาตรการเพื่อสนับสนุนและส่งเสริมผู้ดำเนินกิจการอวกาศเพื่อก่อให้เกิดเศรษฐกิจอวกาศ (New Space Economy) หมวด 5 การดำเนินการของรัฐเกี่ยวกับกิจการอวกาศ ปรากฏตามมาตรา 72 – 78 กำหนดให้สำนักงานกำกับกิจการอวกาศแห่งชาติ เป็นหน่วยรับแจ้งเหตุในกรณีเกิดอุบัติเหตุ หรืออุบัติเหตุจากการดำเนินกิจการอวกาศ ก่อนประสานการดำเนินกับหน่วยงานของรัฐที่เกี่ยวข้องเพื่อการแก้ไขเหตุการณ์ดังกล่าว ปรากฏตามหมวด 6 พนักงานเจ้าหน้าที่ ปรากฏตามมาตรา 79 – 85 กำหนดให้อำนาจแก่ผู้อำนวยการสำนักงานกำกับกิจการอวกาศแห่งชาติ ในการแต่งตั้งพนักงานเจ้าหน้าที่เพื่อดำเนินภารกิจกำกับดูแลส่งเสริมกิจการอวกาศ หมวด 7 บทกำหนดโทษ ปรากฏตามมาตรา 86 - 92 กำหนดโทษสำหรับผู้ดำเนินกิจการอวกาศ โดยไม่ได้แจ้งหรือไม่มีใบอนุญาตดำเนินกิจการอวกาศ ตามขอบเขตของพระราชบัญญัติ และส่วนสุดท้าย บทเฉพาะกาล ปรากฏตามมาตรา 93 - 99 ในระหว่างที่ยังไม่มีคณะกรรมการนโยบายอวกาศแห่งชาติตามพระราชบัญญัตินี้ ให้คณะกรรมการประกอบด้วยกรรมการปฏิบัติหน้าที่เท่าที่จำเป็นไปพลางก่อน แต่ไม่เกินเก้าสิบวันนับแต่วันที่พระราชบัญญัตินี้ใช้บังคับ

นอกจากนี้ ในระหว่างที่ยังไม่มีผู้อำนวยการสำนักงานกำกับกิจการอวกาศแห่งชาติตามพระราชบัญญัตินี้ ให้นายกรัฐมนตรีแต่งตั้งผู้ที่เหมาะสมสมควรเพื่อปฏิบัติหน้าที่ผู้อำนวยการฯ ตามพระราชบัญญัตินี้เป็นการชั่วคราวจนกว่าจะมีผู้อำนวยการฯ ตามพระราชบัญญัตินี้ แต่ไม่เกิน 90 วันนับแต่วันที่พระราชบัญญัตินี้ใช้บังคับเพื่อประโยชน์ในการดำเนินงานของสำนักงานนโยบายและกำกับกิจการอวกาศแห่งชาติในวาระเริ่มแรกให้คณะรัฐมนตรีจัดสรรทุนประเดิมให้แก่สำนักงานตามความจำเป็น และให้นายกรัฐมนตรีเสนอต่อคณะรัฐมนตรีเพื่อพิจารณาให้ข้าราชการ พนักงาน เจ้าหน้าที่หรือผู้ปฏิบัติงานอื่นใดในหน่วยงานของรัฐมาปฏิบัติงานเป็นพนักงานของสำนักงานเป็นการชั่วคราวภายในระยะเวลาที่คณะรัฐมนตรีกำหนด

5.2 บทบัญญัติการประกันภัยในร่างพระราชบัญญัติกิจการอวกาศ พ.ศ. ...

การทำประกันภัยคุ้มครองในการดำเนินกิจกรรมอวกาศมีความเกี่ยวข้องกับเรื่องความรับผิดในการดำเนินกิจกรรมอวกาศอย่างปฏิเสธไม่ได้ เนื่องจากเมื่อเกิดความเสียหาย ย่อมต้องมีความรับผิด และความรับผิดรูปแบบหนึ่งของผู้ประกอบการด้านอวกาศมักใช้คือการทำประกันภัยในการดำเนินกิจกรรมอวกาศ ทั้งนี้เพื่อประกันความปลอดภัยแก่ชีวิตร่างกาย และทรัพย์สิน ปัจจุบันประเทศไทยมีจึงความพยายามในการร่างพระราชบัญญัติกิจการอวกาศ พ.ศ. โดยมีการกำหนดในเรื่องการประกันภัยเอาไว้ปรากฏตามร่าง

พระราชบัญญัติกิจการอวกาศ ได้บัญญัติเรื่องการประกันภัยปรากฏตามมาตรา 54 วรรค 2 (7)⁷⁹ มาตรา 59⁸⁰ และ มาตรา 61⁸¹ ซึ่งประกอบด้วย 3 ประการสำคัญ ดังต่อไปนี้ **ประการแรก** กำหนดให้มีหลักเกณฑ์วิธีการและเงื่อนไขการออกใบอนุญาตต้องคำนึงถึงความแตกต่างของประเภท ขนาด และลักษณะของกิจกรรมอวกาศ ผลกระทบต่อประชาชน ความคุ้มค่าทางเศรษฐกิจสังคมและการลงทุน ความปลอดภัยของประเทศ การป้องกันความรับผิดของรัฐในทางระหว่างประเทศ ความสอดคล้องกับกฎเกณฑ์สากล ซึ่งหนึ่งในหลักเกณฑ์ วิธีการและเงื่อนไข คือ การประกันสำหรับความรับผิดต่อบุคคลที่สาม **ประการสอง** กำหนดให้ผู้รับใบอนุญาตนั้นจะต้องจัดให้มีการประกันสำหรับความรับผิดต่อบุคคลที่สาม โดยครอบคลุมความเสียหายอันเป็นผลโดยตรงจากวัตถุอวกาศ ซึ่งการประกันสำหรับความรับผิดต่อบุคคลที่สาม ต้องกำหนดวงเงินขั้นต่ำในการประกันสำหรับการดำเนินกิจกรรมอวกาศแต่ละประเภท **ประการที่สาม** ให้หน่วยงานของรัฐที่ประสงค์จะดำเนินกิจกรรมอวกาศต้องได้รับใบอนุญาต โดยที่คณะกรรมการอาจกำหนดลักษณะต้องห้ามการประกันสำหรับความรับผิดต่อบุคคลที่สาม ฉะนั้น จึงเห็นได้ว่าร่างพระราชบัญญัติกิจการอวกาศ พ.ศ. มีความพยายามในการกำหนดเรื่องการประกันภัยเอาไว้เช่นเดียวกับในกฎหมายต่างประเทศข้างต้นถึงแม้ว่าจะยังไม่ได้มีรายละเอียดมากเท่าที่ควร

อนึ่ง หากกล่าวถึงกฎหมายภายในของประเทศไทยเกี่ยวกับการอนุญาต ที่มีความเกี่ยวข้องกับความรับผิดและการประกันภัยในการดำเนินกิจกรรมอวกาศ นอกเหนือจากที่กล่าวในข้างต้น ในส่วนของร่างพระราชบัญญัติกิจการอวกาศ พ.ศ. ... แล้ว ยังมีรูปแบบความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับผู้ประกอบการเอกชนสำคัญที่จะต้องกล่าวถึงคือ “ระบบสัมปทาน” ซึ่งระบบดังกล่าวนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อให้เอกชนนำทรัพย์สินของรัฐหรือทรัพย์สินที่เป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดินไปแสวงหาประโยชน์ได้ รูปแบบของสัญญาสัมปทานจึงเป็นการที่รัฐยังเป็นเจ้าของทรัพย์สินอยู่ แต่รัฐได้ออนสิทธิและหน้าที่ในการแสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรไปให้แก่เอกชนโดยมีการตกลงเรื่องส่วนแบ่งรายได้ระหว่างกัน⁸² โดยรูปแบบของสัญญาสัมปทาน มี 4 แบบ ดังนี้ รูปแบบแรก สัญญาก่อสร้าง-ดำเนินการ-โอน (Build-Operate-Transfer หรือ BOT) รูปแบบที่สอง สัญญาก่อสร้าง-เป็นเจ้าของ-ดำเนินการ-โอน (Build-Own-Operate-Transfer หรือ BOOT) รูปแบบที่สาม สัญญาสร้าง-เป็นเจ้าของ-ดำเนินการ (Build-Own-Operate หรือ BOO) และรูปแบบที่สี่ สัญญาสร้าง-โอน-ดำเนินการ (Build-Transfer-Operate หรือ BTO)⁸³ ตัวอย่าง สัญญาดาวเทียมสื่อสารภายในประเทศ หรือสัมปทานดาวเทียมไทยคม ได้มีการจัดทำขึ้น วันที่ 11 กันยายน พ.ศ.2534 ระหว่าง กระทรวงคมนาคม และบริษัท ชินวัตรคอมพิวเตอร์ แอนด์ คอมมิวนิเคชันส์ จำกัด โดยกำหนดระยะเวลาสัญญาเอาไว้จำนวน 30 ปี

⁷⁹ มาตรา 54 วรรค 2 (7), ร่างพระราชบัญญัติกิจการอวกาศ พ.ศ. (ฉบับกระทรวงการอุดมศึกษา วิทยาศาสตร์วิจัยและนวัตกรรม เสนอต่อคณะรัฐมนตรี) “หลักเกณฑ์ วิธีการและเงื่อนไขตามวรรคหนึ่ง ให้รวมถึงเรื่องใดเรื่องหนึ่ง หรือหลายเรื่องดังต่อไปนี้ด้วย (7) การประกันสำหรับความรับผิดต่อบุคคลที่สาม”

⁸⁰ มาตรา 59, ร่างพระราชบัญญัติกิจการอวกาศ พ.ศ. (ฉบับกระทรวงการอุดมศึกษา วิทยาศาสตร์วิจัยและนวัตกรรม เสนอต่อคณะรัฐมนตรี) “ผู้รับใบอนุญาตต้องจัดให้มีการประกันสำหรับความรับผิดต่อบุคคลที่สาม โดยครอบคลุมความเสียหายอันเป็นผลโดยตรงจากวัตถุอวกาศ วงเงินขั้นต่ำในการประกันสำหรับการดำเนินกิจกรรมอวกาศแต่ละประเภทให้เป็นไปตามประกาศของคณะกรรมการ โดยคำนึงถึงตลาดประกันทั้งในประเทศและต่างประเทศ”

⁸¹ มาตรา 61, ร่างพระราชบัญญัติกิจการอวกาศ พ.ศ. (ฉบับกระทรวงการอุดมศึกษา วิทยาศาสตร์วิจัยและนวัตกรรม เสนอต่อคณะรัฐมนตรี), “หน่วยงานของรัฐที่ประสงค์จะดำเนินกิจกรรมอวกาศต้องได้รับใบอนุญาตตามบทบัญญัติในส่วนนี้ ทั้งนี้ ในกรณีที่มีความจำเป็นและเพื่อประโยชน์สาธารณะ คณะกรรมการอาจกำหนดหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไข การออกใบอนุญาต คุณสมบัติ และลักษณะต้องห้ามการประกันสำหรับความรับผิดต่อบุคคลที่สาม แผนเกี่ยวกับมาตรการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมให้เหมาะสมแก่กิจกรรมที่หน่วยงานของรัฐนั้นประสงค์จะดำเนินการก็ได้”

⁸² ภูมินทร์ บุตรอินทร์, รายงานฉบับสมบูรณ์ โครงการศึกษาเปรียบเทียบแนวทางการบริหารจัดการสิทธิในการใช้งานวงโคจรดาวเทียม และการใช้งานคลื่นความถี่ที่เกี่ยวข้องสำหรับจัดทำข้อเสนอแนะการบริหารจัดการดาวเทียมสื่อสารของประเทศไทย, สิงหาคม 2562, หน้า 62.

⁸³ เฟิงอ่าง, หน้า 63.

และสัญญาเป็นรูปแบบที่สี่ สัญญาสร้าง-โอน-ดำเนินการ (Build-Transfer-Operate หรือ BTO) กล่าวคือ เอกชนก่อสร้าง แล้วส่งมอบให้รัฐ และรัฐมอบให้เอกชนไปดำเนินการ โดยปัจจุบัน บริษัท ชินวัตรคอมพิวเตอร์ แอนด์ คอมมิวนิเคชันส์ จำกัด ซึ่งต่อมาเปลี่ยนชื่อเป็น บริษัท ไทยคม จำกัด (มหาชน) และ อำนาจหน้าที่ในการกำกับดูแล สัญญาดำเนินการดาวเทียมสื่อสารภายในประเทศ ปัจจุบันได้โอนย้ายไปอยู่ภายใต้ กระทรวงดิจิทัลเพื่อเศรษฐกิจและสังคม โดย สำนักงานคณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์และกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ เป็นผู้ทำหน้าที่บริหารสิทธิการเข้าใช้งานโคจรดาวเทียม (Filing) และย่านความถี่ใช้งาน ตลอดจนเป็นผู้ดำเนินการติดต่อประสานงานองค์ระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องอีกด้วย⁸⁴ เมื่อพิจารณาถึงการอนุญาตในอดีตแล้ว ผู้ออกใบอนุญาตสามารถกำหนดคุณสมบัติเฉพาะตามที่ต้องการได้โดยตรงผ่านระบบสัมปทานซึ่งมีทั้งข้อดีและข้อเสียแตกต่างกันไป⁸⁵ แต่มีนโยบายในช่วงเปลี่ยนผ่านทำให้ระบบสัมปทานผูกขาดที่เคยมาในอดีตนั้นได้สิ้นสุดลงใน พ.ศ. 2564⁸⁶ ทำให้ต่อมาการอนุญาตในการดำเนินกิจกรรมอวกาศจึงมีการกำหนดเอาไว้ร่างพระราชบัญญัติกิจการอวกาศ พ.ศ.

ดังนั้น แม้ร่างพระราชบัญญัติกิจการอวกาศจะมีบัญญัติไว้ในหลายหมวดหลายมาตราก็ตาม แต่สำหรับเรื่องการประกันภัยด้านอวกาศนั้น มีการกำหนดเอาไว้เพียงให้จัดทำเป็นประกาศต่อไปเท่านั้น แต่ยังไม่ได้มีการกำหนดเอาไว้ว่าจะต้องมีจัดทำในรูปแบบใด และมีแนวทางอย่างไร จึงถือว่าเป็นเรื่องที่ควรคำนึงถึงและควรที่จะต้องให้ความสนใจเป็นมากมายนอกจากการรับประกันภัยจำเป็นจะต้องมีความเชื่อมโยงกับการออกใบอนุญาตและความรับผิดชอบตามพันธกรณีของสนธิสัญญาว่าด้วยหลักเกณฑ์การดำเนินกิจการของรัฐในการสำรวจและการใช้อวกาศภายนอก รวมทั้งดวงจันทร์และทะเลในท้องฟ้าอื่น ๆ ค.ศ. 1967 นอกจากนี้ ผู้เขียนเห็นว่าสิ่งที่บัญญัติเรื่องการประกันภัยในการดำเนินกิจกรรมอวกาศไว้อย่างละเอียดจะเป็นผลดีและถือเป็นแนวทางหนึ่งที่สามารถนำมาแก้ไขในทางระหว่างประเทศได้ อีกทั้ง สามารถก่อให้เกิดแนวทางปฏิบัติร่วมกันของรัฐ รวมไปถึงสามารถเป็นกฎหมายระดับรัฐที่สามารถอุดช่องว่างทางกฎหมายที่เกิดขึ้นในทางระหว่างประเทศได้อีกด้วย

6. บทสรุปและข้อเสนอแนะ

6.1 บทสรุป

บทความฉบับนี้จึงกล่าวถึงปัญหาของการทำประกันภัยความรับผิดชอบต่อบุคคลที่สามในการดำเนินกิจกรรมอวกาศ โดยมีทิศทางในการเขียนและวิเคราะห์โดยเริ่มต้นที่มาจากปัญหาที่มาจากการประชุมระหว่างประเทศของ คณะกรรมการการใช้ห้วงอวกาศอย่างสันติ (Committee on the Peaceful Uses of Outer Space: COPUOS) ต่อมาจึงพิจารณาพันธกรณีระหว่างประเทศตามสนธิสัญญาว่าด้วยหลักเกณฑ์การดำเนินกิจการของรัฐในการสำรวจและการใช้อวกาศภายนอก รวมทั้งดวงจันทร์และทะเลในท้องฟ้าอื่น ๆ ค.ศ. 1967 เกี่ยวกับการจัดทำประกันภัย จึงทราบว่าพันธกรณีที่เป็นส่วนหนึ่งกับข้อ 6 และข้อ 7 ในเรื่องของความรับผิดชอบ (Responsibility) และมีความรับผิด (Liability) ซึ่งเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องและต่อเนื่องกันอย่างปฏิเสธ

⁸⁴ บริษัท กสท. โทรคมนาคม จำกัด (มหาชน), สัมปทานดาวเทียมไทยคม [Online], (7 มิถุนายน 2565). Available from: <https://catsatcom.com/blog/thaicom-satellite-licences/>.

⁸⁵ ภูมินทร์ บุตรอินทร์, รายงานฉบับสมบูรณ์ โครงการศึกษาเปรียบเทียบแนวทางการบริหารจัดการสิทธิในการใช้งานวงโคจรดาวเทียมและการใช้งานคลื่นความถี่ที่เกี่ยวข้องสำหรับจัดทำข้อเสนอแนะการบริหารจัดการดาวเทียมสื่อสารของประเทศไทย, สิงหาคม 2562, หน้า 152.

⁸⁶ เพิ่งอ้าง, หน้า 154.

ไม่ได้ เนื่องจากกิจกรรมอวกาศดังกล่าวยังคงเป็นเรื่องที่ค่อนข้างอันตรายและมีความเสี่ยงที่ร้ายแรง และควรมีการป้องกันและอุดช่องว่างเมื่อมีความเสียหายเกิดขึ้น นอกจากนี้ รัฐมีความรับผิดชอบระหว่างประเทศโดยเด็ดขาดสำหรับความเสียหายที่เกิดจากวัตถุอวกาศซึ่งเป็น “launching state” เมื่อความเสียหายดังกล่าวเกิดขึ้นบนพื้นผิวโลกหรือต่อเครื่องบินในเที่ยวบินภายใต้ข้อ 2 ของอนุสัญญาว่าด้วยความรับผิดชอบระหว่างประเทศต่อความเสียหายอันเนื่องมาจากวัตถุอวกาศ ค.ศ. 1972⁸⁷ นอกจากนี้ รัฐมีความรับผิดชอบระหว่างประเทศสำหรับความเสียหายที่เกิดจากวัตถุอวกาศดังกล่าวที่อื่นที่ไม่ใช่บนพื้นผิวโลกภายใต้ข้อ 3 ของอนุสัญญาว่าด้วยความรับผิดชอบระหว่างประเทศต่อความเสียหายอันเนื่องมาจากวัตถุอวกาศ ค.ศ. 1972 อีกด้วย⁸⁸ แม้ว่าประเทศไทยจะไม่ใช่รัฐภาคีแห่งอนุสัญญาว่าด้วยความรับผิดชอบระหว่างประเทศต่อความเสียหายอันเนื่องมาจากวัตถุอวกาศ ค.ศ. 1972 แต่ก็อาจยังคงต้องรับผิดชอบภายใต้สนธิสัญญาอวกาศหรือภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ ดังนั้นการประกันภัยความรับผิดชอบต่อบุคคลที่สาม จึงเป็นส่วนสำคัญของกฎหมายอวกาศแห่งชาติ เนื่องจากทำให้มั่นใจได้ว่าหน่วยงานเอกชนจะมีวิธีการทางการเงินที่สามารถชดเชยค่าเสียหายให้กับรัฐสำหรับค่าชดเชยที่ต้องจ่ายภายใต้ความรับผิดชอบต่อบุคคลที่สาม นอกจากนี้ สิ่งสำคัญที่จะต้องทราบว่าเมื่อรัฐบังคับให้ผู้รับใบอนุญาตหรือผู้ดำเนินการทำประกันโดยทั่วไปแล้วหมายถึงการประกันภัยความรับผิดชอบต่อบุคคลที่สาม กล่าวคือ การประกันภัยสำหรับความรับผิดที่เกิดขึ้นเพื่อจ่ายค่าชดเชยสำหรับความเสียหายต่อบุคคลที่สาม ดังนั้นอย่างน้อยทุกประเทศควรราย่างยิ่งที่จะต้องมีบทบัญญัติพื้นฐานที่กำหนดภาระผูกพันในการทำประกันภัยความรับผิดชอบต่อบุคคลที่สาม

สำหรับกฎหมายของประเทศไทยในร่างพระราชบัญญัติกิจการอวกาศ พ.ศ. ได้มีการกำหนดเรื่องการประกันภัยคุ้มครองในการดำเนินกิจกรรมอวกาศไว้ในมาตรา 54 วรรค 2 (7)⁸⁹ กำหนดให้การประกันภัยสำหรับความรับผิดชอบต่อบุคคลที่สาม เป็นหลักเกณฑ์ วิธีการและเงื่อนไขการออกใบอนุญาต มาตรา 59⁹⁰ ผู้รับใบอนุญาตต้องจัดให้มีการประกันสำหรับความรับผิดชอบต่อบุคคลที่สาม และมาตรา 61⁹¹ ในกรณีที่มีความจำเป็นและเพื่อประโยชน์สาธารณะ คณะกรรมการอาจกำหนดลักษณะต้องห้ามการประกันสำหรับความรับผิดชอบต่อบุคคลที่สาม นอกจากนี้ กฎหมายการประกันของประเทศไทยไม่เพียงมีเฉพาะร่างพระราชบัญญัติกิจการอวกาศ พ.ศ.

⁸⁷ Article II, Convention on International Liability for Damages Caused by Space Objects 1972 “A launching State shall be absolutely liable to pay compensation for damage caused by its space object on the surface of the Earth or to aircraft in flight.”

⁸⁸ Article III, Convention on International Liability for Damages Caused by Space Objects 1972 “In the event of damage being caused elsewhere than on the surface of the Earth to a space object of one launching State or to persons or property on board such a space object by a space object of another launching State, the latter shall be liable only if the damage is due to its fault or the fault of persons for whom it is responsible.”

⁸⁹ มาตรา 54 วรรค 2 (7), ร่างพระราชบัญญัติกิจการอวกาศ พ.ศ. (ฉบับกระทรวงการอุดมศึกษา วิทยาศาสตร์วิจัยและนวัตกรรม เสนอต่อคณะรัฐมนตรี) “หลักเกณฑ์ วิธีการและเงื่อนไขตามวรรคหนึ่ง ให้รวมถึงเรื่องใดเรื่องหนึ่ง หรือหลายเรื่องดังต่อไปนี้ด้วย (7) การประกันสำหรับความรับผิดชอบต่อบุคคลที่สาม”

⁹⁰ มาตรา 59, ร่างพระราชบัญญัติกิจการอวกาศ พ.ศ. (ฉบับกระทรวงการอุดมศึกษา วิทยาศาสตร์วิจัยและนวัตกรรม เสนอต่อคณะรัฐมนตรี) “ผู้รับใบอนุญาตต้องจัดให้มีการประกันสำหรับความรับผิดชอบต่อบุคคลที่สาม โดยครอบคลุมความเสียหายอันเป็นผลโดยตรงจากวัตถุอวกาศ วงเงินขั้นต่ำในการประกันสำหรับการดำเนินกิจกรรมอวกาศแต่ละประเภทให้เป็นไปตามประกาศของคณะกรรมการ โดยคำนึงถึงตลาดประกันทั้งในประเทศและต่างประเทศ”

⁹¹ มาตรา 61, ร่างพระราชบัญญัติกิจการอวกาศ พ.ศ. (ฉบับกระทรวงการอุดมศึกษา วิทยาศาสตร์วิจัยและนวัตกรรม เสนอต่อคณะรัฐมนตรี) “หน่วยงานของรัฐที่ประสงค์จะดำเนินกิจกรรมอวกาศต้องได้รับใบอนุญาตตามบทบัญญัติในส่วนนี้ ทั้งนี้ ในกรณีที่มีความจำเป็นและเพื่อประโยชน์สาธารณะ คณะกรรมการอาจกำหนดหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไข การออกใบอนุญาต คุณสมบัติ และลักษณะต้องห้ามการประกันสำหรับความรับผิดชอบต่อบุคคลที่สาม แผนเกี่ยวกับมาตรการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมที่เหมาะสมแก่กิจกรรมที่หน่วยงานของรัฐนั้นประสงค์จะดำเนินการก็ได้”

แท้จริงได้มีมายาวนานแต่ยังไม่มีความครอบคลุมถึงเรื่องการค้าเนกิจกรรมอวกาศ กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการประกันภัย ประกอบด้วย พระราชบัญญัติประกันวินาศภัย พ.ศ. 2535 พระราชบัญญัติประกันชีวิต พ.ศ. 2535 และพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้ประสบภัยจากรถ พ.ศ. 2535 อีกทั้ง หากประเทศใดประสงค์จะกำหนดเรื่องดังกล่าว ก็มีได้ทำให้มีความขัดต่อหลักกฎหมายระหว่างประเทศแต่อย่างไรเพราะมีความเชื่อมโยงตามที่กล่าวไว้ในข้างต้นกับเรื่องของความรับผิดชอบพันธกรณีระหว่างประเทศ นอกจากนี้ ในบางประเทศก็ได้มีการกำหนดเกี่ยวกับการทำประกันภัยความเสียหายไว้ด้วย

กฎหมายภายในของต่างประเทศที่ได้มีการระบุเรื่องการรับประกันภัยความรับผิดชอบต่อบุคคลที่สามในการดำเนินกิจกรรมอวกาศ แนวทางปฏิบัติของประเทศออสเตรเลีย สาธารณรัฐประชาชนจีน และประเทศอินโดนีเซีย กำหนดเป็นภาระผูกพันในการรับประกันภัยเป็นเงื่อนไขในการได้รับใบอนุญาต แต่ที่มีความตรงไปตรงมาที่สุดคือระเบียบว่าด้วยมาตรการชั่วคราวของสาธารณรัฐประชาชนจีน the Chinese Order on Interim Measures และพระราชบัญญัติอวกาศของประเทศอินโดนีเซีย the Indonesian Space Act ซึ่งภายใต้กฎหมายอวกาศแห่งชาติของสาธารณรัฐประชาชนจีน ผู้รับใบอนุญาตมีหน้าที่ต้องทำประกันสำหรับการปล่อยวัตถุในอวกาศ⁹² ส่วนกฎหมายอวกาศแห่งชาติของประเทศอินโดนีเซียกำหนดให้ผู้ดำเนินการทำประกันหรือให้การค้ำประกันทางการเงินสำหรับการส่งวัตถุอวกาศ และการทำประกันสำหรับ ความเสียหายที่เกิดจากกิจกรรมในอวกาศ⁹³ นอกเหนือจากการกำหนดภาระผูกพันในการประกันสาธารณรัฐประชาชนจีนและประเทศอินโดนีเซียไม่ได้กำหนดเงื่อนไขหรือข้อกำหนดเพิ่มเติมเกี่ยวกับประเภทหรือจำนวนของการรับประกันภัย ดังนั้น ทั้ง 2 ประเทศที่กล่าวมา ถือได้ว่าเป็นตัวอย่างของภาระผูกพันในการประกันขั้นพื้นฐานที่สุดภายใต้กฎหมายอวกาศแห่งชาติ นอกจากนี้ บทบัญญัติในเรื่องการรับประกันภัยใน Australian Space Activities Act ของออสเตรเลียมีความเฉพาะเจาะจง เนื่องจากบทบัญญัติเกี่ยวกับการอนุญาต ใบรับรอง และการอนุญาตใน Australian Space Activities Act ได้กำหนดไว้ว่าข้อกำหนดด้านการรับประกันภัยหรือการเงินเป็นเงื่อนไขที่จะได้รับใบอนุญาต⁹⁴ ทั้งนี้ ประเทศออสเตรเลียมีการกำหนดจำนวนเงินขั้นต่ำสำหรับประกัน 750 ล้านดอลลาร์ (ดอลลาร์ออสเตรเลีย) กับจำนวนความสูญเสียที่น่าจะเป็นไปได้สูงสุดที่⁹⁵ และกำหนดขั้นต่ำ 60 ล้านยูโรต่อการเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนอีกด้วย⁹⁶ นอกจากนี้ แนวทางปฏิบัติของสหราชอาณาจักร กำหนดภาระผูกพันในการรับประกันภัยเป็นเงื่อนไขที่จำเป็นสำหรับการได้รับใบอนุญาต แต่ควบคุมภาระผูกพันการรับประกันภัยในใบอนุญาตปรากฏตามกฎหมายที่มีชื่อว่า UK Outer Space Act ว่าใบอนุญาตต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขที่เห็นสมควร เช่น กำหนดให้ผู้รับใบอนุญาตต้องประกันตนเองจากความรับผิดที่เกิดขึ้นในส่วนที่เกี่ยวกับความเสียหายหรือความสูญเสียที่บุคคลภายนอกได้รับในสหรัฐ ราชอาณาจักรหรือที่อื่น ๆ อันเป็นผลมาจากกิจกรรมที่ได้รับอนุญาตจากใบอนุญาต⁹⁷

ดังนั้น ผู้เขียนเห็นว่าทุกประเทศไม่ว่าสหราชอาณาจักร สาธารณรัฐประชาชนจีน ประเทศอินโดนีเซีย ประเทศออสเตรเลีย ล้วนแล้วแต่มีรูปแบบที่กำหนดเรื่องการรับประกันภัยความรับผิดชอบต่อบุคคลที่สามเป็นเงื่อนไขหนึ่งในการขอใบอนุญาตทั้งสิ้น จึงถือเป็นรูปแบบเดียวกันเพียงแค่มิเนื้อหาหรือสาระสำคัญบางประการเท่านั้น

⁹² Section 19, Chinese Order on Interim Measures on Launch Permits

⁹³ Section 35 (1) (a) and Section 84 (1), Indonesian Space Act.

⁹⁴ Section 26 (3) (d), Section 35 (2) (a) (i) and Section 43 (3) (b), Australian Space Activities Act.

⁹⁵ Section 47 (3), Australian Space Activities Act.

⁹⁶ Section 4 (4), Austrian Outer Space Act.

⁹⁷ Section 5(2) (f), UK Outer Space Act 1986.

ที่มีความแตกต่างกันเล็กน้อยเท่านั้น เช่น ประเทศอินโดนีเซียที่มีการยกเว้นกรรมธรรม์ประกันภัยใช้ไม่ได้กับหน่วยงานของรัฐ ทำให้การที่ประเทศไทยจะมีการการบัญญัติในเรื่องของการทำประกันภัยความรับผิดชอบต่อบุคคลที่สามในการดำเนินกิจกรรมอวกาศไว้ในกฎหมายภายในที่ต้องการจะอนุวัติการตามพันธกรณีที่สามารถที่จะทำได้เนื่องจากเกี่ยวข้องกับเรื่องของความรับผิดชอบ และไม่มีความขัดหรือแย้งประการใดกับพันธกรณีระหว่างประเทศ รวมถึงผู้เขียนเห็นด้วยที่จะมีการบัญญัติเรื่องดังกล่าวเพื่อเป็นการอุดช่องว่างและเยียวยาความเสียหายที่อาจจะเกิดขึ้นในอนาคตจากวัตถุอวกาศ แต่หากต้องการให้มีความครอบคลุมมากยิ่งขึ้นควรมีการคำนึงถึงการออกกฎหมายภายในเรื่องสิทธิไล่เบียดระหว่างหน่วยงานภาครัฐและหน่วยงานภาคเอกชนด้วย อีกทั้งหากพิจารณาตามกฎหมายภายในของต่างประเทศ เช่น สหราชอาณาจักร ประเทศอินโดนีเซีย และประเทศออสเตรเลียแล้ว จะเห็นได้ว่ามีการบัญญัติเรื่องดังกล่าวไว้เช่นกัน แต่ที่เห็นว่าน่าจะมีการกำหนดไว้อย่างละเอียดก็คงเป็นกฎหมายของประเทศออสเตรเลีย ที่มีการกำหนดขั้นสูงและขั้นต่ำของการประกันเอาไว้ในกฎหมายอย่างชัดเจน และสหราชอาณาจักร ที่มีการกำหนดช่วงเวลาและเงื่อนไขของกรรมธรรม์ประกันภัยไว้โดยการแบ่งประเภทและค่าใช้จ่ายที่จะเกิดขึ้น

6.2 ข้อเสนอแนะ

ปัจจุบันประเทศไทยยังไม่ได้มีกฎหมายแม่บทที่กำหนดเอาไว้ในด้านของอวกาศ ประเทศไทยจึงควรจะอนุวัติการตามพันธกรณีระหว่างประเทศ กล่าวคือ การกำกับดูแล ส่งเสริมการลงทุนและการพัฒนาอย่างครอบคลุมรอบด้าน และสร้างความเชื่อมั่นให้กับผู้ลงทุนในอุตสาหกรรมทั้งภาครัฐและเอกชน โดยมีหน่วยงานและกลไกเพื่อทำหน้าที่กำกับและส่งเสริม เพื่อสร้างความเชื่อมั่นการที่จะดึงดูดต่างชาติให้มาลงทุนพัฒนากิจการอวกาศในประเทศไทย รวมถึงประเทศไทยจะได้ปฏิบัติตามกฎหมายระหว่างประเทศด้านอวกาศที่ไทยได้เข้าเป็นภาคีเพื่อยกระดับการยอมรับจากนานาชาติ โดยมีหลักปฏิบัติที่ถูกต้องสอดคล้องตามกฎเกณฑ์สากลในการดำเนินกิจการอวกาศ และได้รับการยอมรับจากนานาชาติ โดยเฉพาะในเรื่องของการประกันภัยความรับผิดชอบต่อบุคคลที่สามในการดำเนินกิจกรรมอวกาศที่มีความเกี่ยวข้องอย่างยิ่งกับการขอใบอนุญาต

ในการนี้ ผู้เขียนขอเสนอแนะการแบ่งชั้นของการประกันภัยความรับผิดชอบต่อบุคคลที่สามในการดำเนินกิจกรรมอวกาศโดยแบ่งออกเป็น 3 ชั้น ชั้นแรก คือ ก่อนจะดำเนินการนำวัตถุอวกาศหรือดาวเทียมขึ้นสู่วงโคจร ชั้นที่สอง คือ ขณะวัตถุอวกาศหรือดาวเทียมขึ้นอยู่วงโคจร และชั้นที่สาม คือ หลังจากการใช้งานวัตถุอวกาศหรือดาวเทียมเสร็จและนำลงมาสู่พื้นโลก นอกจากนี้ ผู้เขียนเห็นว่าควรจะมีการกำหนดขั้นต่ำของการประกันภัยและขั้นสูงสุดของการประกันภัยในแต่ละประเภทประกอบเงื่อนไขและเหตุผล เพื่อให้มีความชัดเจนแก่ผู้ประกอบการไม่ว่าจะในทางภาครัฐหรือภาคเอกชน ซึ่งเหตุผลที่ควรมีประกันภัยโดยการแบ่งชั้นเป็นสามชั้น เพื่อให้การดำเนินการกิจกรรมอวกาศเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพและได้รับความมั่นใจต่อรัฐอื่น ๆ รวมถึงความปลอดภัยและการเยียวยาความเสียหายที่อาจจะเกิดขึ้นแก่ประชาชนภายในประเทศ ทั้งนี้ อาจจะนำแนวทางของกฎหมายต่างประเทศ เช่น สหราชอาณาจักร มาปรับเป็นแนวทางตามความเหมาะสมกับเศรษฐกิจและความเป็นไปได้ในการปฏิบัติงานของผู้ประกอบการ และควรมีการคำนึงถึงสิทธิไล่เบียดของรัฐต่อเอกชนอีกด้วย แต่การนำแนวทางของต่างประเทศมาใช้นั้น ผู้เขียนเห็นว่าจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องระบุไว้อย่างละเอียดเพื่อไม่ให้เกิดปัญหาหรือช่องว่างในการปฏิบัติตามมาในการดำเนินกิจกรรมอวกาศ

ทั้งนี้ ไม่ว่าจะประเทศไทยจะจัดทำประกันภัยความรับผิดชอบต่อบุคคลที่สามในการดำเนินกิจกรรมอวกาศหรือไม่ นั่น สิ่งที่ประเทศไทยควรคำนึงถึงเป็นอย่างแรก คือ ความพร้อม เนื่องจากหากประเทศไทยไม่มีความ

พร้อมในด้านเศรษฐกิจและด้านการลงทุนแล้ว การทำประกันภัยอาจจะส่งผลเสียมากกว่าจะเป็นผลดี และอาจจะกระทบต่อความสัมพันธ์ระหว่างประเทศอีกด้วย

