

## บทที่ 4

### วิเคราะห์ปัญหาทางกฎหมายในกรณีจำเป็นอันมิอาจหลีกเลี่ยงได้ในการ จัดการภัยพิบัติทางธรรมชาติของเจ้าหน้าที่ของรัฐ

ประสบการณ์ที่ประเทศไทยได้รับมือกับสาธารณภัยซึ่งเป็นภัยพิบัติรุนแรงขนาดใหญ่ที่ผ่านมา การบริหารจัดการของรัฐ (State Management) ในเรื่องภัยพิบัติทางธรรมชาติ (Natural Disaster) รวมทั้งการเตรียมการจัดการตามระบบและแผนที่มีอยู่นั้นยังคงอาศัยการแก้ไขปัญหาเฉพาะหน้าเป็นส่วนใหญ่ การบริหารจัดการของรัฐ และการจำกัดสิทธิ (Right) และเสรีภาพ (Liberty) ของประชาชนไม่มีความชัดเจน ทั้งในกฎหมายระดับรัฐธรรมนูญ (Constitution) หรือพระราชบัญญัติ (Act) ที่เกี่ยวข้องมิได้ถูกนำมาใช้เพื่อแก้ไขปัญหาได้อย่างแท้จริง โดยพบว่ารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มิได้บัญญัติเรื่องภัยพิบัติฉุกเฉินไว้โดยตรงแต่อย่างใด มีเพียงมาตรา 30 ที่กล่าวถึงว่า การเกณฑ์แรงงานเพื่อป้องกันภัยพิบัติสาธารณะ<sup>1</sup> และมาตรา 50 (2) ที่กำหนดให้บุคคลมีหน้าที่ให้ความร่วมมือในการป้องกันและบรรเทาสาธารณภัย<sup>2</sup> ทำให้เห็นว่า การป้องกันและบรรเทาสาธารณภัยเป็นความรับผิดชอบของพลเมือง (Citizen) ทุกคน นอกจากนี้ หากศึกษาบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญ หมวดว่าด้วยสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานแล้ว ก็จะเห็นได้ว่า ได้มีการวางแนวทางการจัดการสิ่งแวดล้อมอย่างยั่งยืน (Sustainable Environmental

<sup>1</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

มาตรา 30 การเกณฑ์แรงงานจะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ตราขึ้นเพื่อป้องกันภัยพิบัติสาธารณะ หรือในขณะที่มีการประชุมสภาสามัญหรือสภาพิเศษ หรือประกาศใช้กฎอัยการศึก หรือในระหว่างเวลาที่ประเทศอยู่ในภาวะสงครามหรือการรบ

<sup>2</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

มาตรา 50 บุคคลมีหน้าที่ ดังต่อไปนี้

(1) พิทักษ์รักษาไว้ซึ่งชาติ ศาสนา พระมหากษัตริย์ และการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข

(2) ป้องกันประเทศ พิทักษ์รักษาเกียรติภูมิ ผลประโยชน์ของชาติ และสาธารณสมบัติของแผ่นดิน รวมทั้งให้ความร่วมมือในการป้องกันและบรรเทาสาธารณภัย

Management)<sup>3</sup> ไว้ โดยรัฐต้องดูแลทรัพยากรธรรมชาติ (Natural Resources) ให้เป็นไปอย่างสมดุล และยั่งยืน โดยร่วมกับประชาชนและชุมชนที่เกี่ยวข้อง แม้ว่าจะเป็นการบัญญัติไว้โดยกว้าง แต่หากนำมาพิจารณาเพื่อปรับใช้กับกรณีการจัดการทรัพยากรธรรมชาติที่เหมาะสมแล้วก็จะอาจส่งผลให้การจัดการภัยพิบัติเป็นไปด้วยดี หรือสามารถลดผลกระทบที่รุนแรงจากภัยพิบัตินั้นลงได้

ผู้วิจัยจะศึกษาและวิเคราะห์ในแง่มุมของหลักกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการจัดการภัยพิบัติทางธรรมชาติ นิยามความหมายและการกำหนดขอบเขตหรือหลักเกณฑ์ของคำว่า ในกรณีจำเป็นอันไม่อาจหลีกเลี่ยงได้ ในการดำเนินมาตรการจัดการป้องกันและบรรเทาสาธารณภัยของเจ้าหน้าที่ของรัฐ โดยศึกษาจากแนวคำพิพากษาศาลฎีกา และแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองในเรื่องภัยพิบัติทางธรรมชาติ เพื่อตอบปัญหาและให้ข้อเสนอแนะในประเด็นดังกล่าว อย่างไรก็ตามในการศึกษาและวิเคราะห์ถึงนิยามความหมายและการกำหนดขอบเขตหรือหลักเกณฑ์ของคำว่า ในกรณีจำเป็นอันไม่อาจหลีกเลี่ยงได้ ผู้วิจัยจะได้อธิบายถึงนิยามของคำว่า ภัยพิบัติและสาธารณภัยภัยพิบัติทางธรรมชาติที่เป็นเหตุสุดวิสัย ความจำเป็นที่กฎหมายยอมรับ ในกฎหมายไทย ความจำเป็นของรัฐกับสถานการณ์ฉุกเฉินตามความหมายของกฎหมายระหว่างประเทศ และเหตุจำเป็นตามคำพิพากษาของศาลไทย

<sup>3</sup> แนวทางการจัดการสิ่งแวดล้อมอย่างยั่งยืนเป็นผลสืบเนื่องมาจากการเกิดสภาวะความเสื่อมโทรมของทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม ที่นับวันจะทวีความรุนแรงและส่งผลกระทบต่อมนุษย์เพิ่มมากขึ้น

การพัฒนาที่ยั่งยืน เป็นคำที่มีรากฐานมาจากหลักปรัชญาเศรษฐกิจพอเพียง หมายถึง การพัฒนาคนให้มีคุณภาพ การเพิ่มผลผลิต และการใช้หรือจัดการทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมอย่างฉลาด รู้จักถนอมในการใช้เพื่อให้มีไว้ใช้อย่างยาวนานถึงคนรุ่นหลัง

การใช้ทรัพยากรเพื่อการพัฒนาที่ยั่งยืน หมายถึง การนำทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมมาใช้พัฒนาคุณภาพชีวิตของมนุษย์เพื่อให้มีมาตรฐานคุณภาพชีวิตที่ดี โดยไม่ทำให้ทรัพยากรธรรมชาติหรือสิ่งแวดล้อมนั้นค่อยประสิทธิภาพลง หรือกระทบกระเทือนต่อคนรุ่นหลัง

แนวทางในการปฏิบัติที่จะนำไปสู่การพัฒนาที่ยั่งยืน

- (1) ประชาชนและภาครัฐต้องช่วยกันควบคุมการปล่อยของเสียที่สร้างขึ้นให้ออกสู่ธรรมชาติน้อยลง
- (2) ประชาชนและภาครัฐต้องรู้จักวิธีการใช้ทรัพยากรธรรมชาติอย่างมีประสิทธิภาพ
- (3) ประชาชนทุกคนต้องเกิดจิตสำนึกร่วมกันโดยปรับเปลี่ยนพฤติกรรมการใช้ทรัพยากรธรรมชาติให้เหมาะสม

(4) ภาครัฐควรวางมาตรการการกระจายรายได้ออกไปสู่ภาคประชาชนในทุกกลุ่มทุกอาชีพเพื่อสร้างความมั่นคงทางเศรษฐกิจ

- (5) ภาครัฐควรวางมาตรการในการควบคุมอัตราการเพิ่มของจำนวนประชากร เป็นต้น

#### 4.1 นิยามคำว่า ภัยพิบัติและสาธารณภัย

คำว่า ภัยพิบัติ นั้นตรงกับคำที่ใช้ในภาษาอังกฤษว่า Disaster ซึ่งหมายถึง เหตุการณ์หายนะ หรือเหตุการณ์ที่น่าวิตกที่เกิดขึ้นอย่างฉับพลัน เป็นความโศกเศร้าอย่างยิ่งหรืออุบัติเหตุ<sup>4</sup> และนอกจากคำว่า Disaster แล้ว ในภาษาอังกฤษยังมีการใช้คำอื่น ๆ ในความหมายทำนองเดียวกันอีกหลายคำ เช่น คำว่า Catastrophe, Calamity, Tragedy เป็นต้น มีการให้ความหมายของคำว่า ภัยพิบัติไว้หลายความหมาย เช่น

ภัยพิบัติ (Disaster) หมายความว่า เหตุการณ์ที่เกิดขึ้นในสังคมทั้งในสังคมขนาดใหญ่ หรือในท้องถิ่น สร้างความเสียหายทางกายภาพ สร้างความสูญเสีย และทำให้การทำงานของท้องถิ่น ต้องหยุดชะงัก<sup>5</sup> หรือหมายความว่า เหตุการณ์ที่เกิดขึ้นอย่างรุนแรงจนทำให้เกิดการบาดเจ็บ หรือเสียชีวิตแก่คนจำนวนมาก หรือก่อให้เกิดความเสียหายแก่ทรัพย์สิน หรือส่งผลกระทบต่อชีวิตของคนส่วนใหญ่<sup>6</sup> สำนักงานว่าด้วยกลยุทธ์ระหว่างประเทศเพื่อการลดภัยพิบัติแห่งสหประชาชาติ (United Nations International Strategy for Disaster Reduction หรือ UNISDR) ให้นิยามภัยพิบัติ (Disaster) ว่า หมายถึง สภาวะที่กระทบกระเทือนต่อระบบการทำหน้าที่ของสังคมอย่างร้ายแรงอย่างยิ่ง ก่อให้เกิดความสูญเสียต่อชีวิตมนุษย์ (Man) ทรัพย์สิน (Property) หรือสิ่งแวดล้อม (Environment) ที่เกินไปกว่าความสามารถของสังคมที่ได้รับผลกระทบจะจัดการ โดยการใช้ทรัพยากรที่มีอยู่ของตนโดยลำพังได้<sup>7</sup> ศูนย์เตรียมความพร้อมภัยพิบัติแห่งเอเชีย ได้ให้คำนิยามของ ภัยพิบัติเอาไว้ว่า ภัยพิบัติ หมายถึง ต้นตอของผลกระทบซึ่งก่อให้เกิดความสูญเสียต่อชีวิตและทรัพย์สินของมนุษย์ หรือเกิดความเสียหายต่อระบบเศรษฐกิจ (Economics) มีผลกระทบต่อสังคม (Social) และอื่น ๆ อีกมากมาย<sup>8</sup>

<sup>4</sup> Shorter Oxford English Dictionary. (1971).

<sup>5</sup> Kreps, Sociological Inquiry and Disaster Research. (1984). 10 Annual Review of Sociology 309 at 312 อ้างถึงใน Celia Wells, Negotiating Tragedy : Law and Disaster. Sweet and Maxwell. 1995. p. 4.

<sup>6</sup> Emergency Management : Principle and Practices for Local Government. Brabed TE, Hotmer GL edit. International City Management Association 1991 : xviii อ้างถึงใน อนันต์ ตันมุกขกุล. (2541). *ภาพรวมของอุบัติเหตุในฐานะวิกฤตการณ์ใหม่ของสังคม ในการประชุมวิชาการประเพณีครั้งที่ 6 ธรรมศาสตร์ มหิดล กองทัพอเรือ เรื่องอุบัติเหตุในประเทศไทย : ปัญหาและการจัดการ*. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 4.

<sup>7</sup> A serious disruption of the functioning of a society, causing widespread human, material, or environmental losses which exceed the ability of affected society to cope using only its own resources.

<sup>8</sup> ศูนย์เตรียมความพร้อมภัยพิบัติแห่งเอเชีย. (2548). *คู่มือเรื่ององค์รวมแห่งการจัดการความเสี่ยงจากภัยพิบัติ*. กรุงเทพฯ: โครงการเตรียมความพร้อมเพื่อบรรเทาภัยพิบัติของชุมชนในเมืองไทย. หน้า 3.

สำหรับในภาษาไทยนั้น คำว่า ภัยพิบัติ เกิดจากการนำคำว่า ภัย (Disaster) ซึ่งหมายถึง สิ่งที่น่ากลัว หรืออันตราย มารวมกับคำว่า พิบัติ ซึ่งหมายถึง ความฉิบหาย ความหายนะ ความเป็นอัปมงคล<sup>9</sup> เมื่อรวมกันแล้วจึงหมายถึง สิ่งที่น่ากลัวหรืออันตรายที่นำมาซึ่งความหายนะ และนอกจากนี้ ยังมีการใช้คำอื่น ๆ ในความหมายทำนองเดียวกันนี้อีกหลายคำ เช่น สาธารณภัย ภัยพิบัติ สาธารณะ ซึ่งแต่ละคำก็มีความหมายที่ต่างกันออกไป

ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. ทวีดา กมลเวช ได้ให้คำอธิบายเกี่ยวกับคุณลักษณะพิเศษของ ภัยพิบัติ<sup>10</sup> เอาไว้ว่า ภัยพิบัติ เป็นเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นแล้ว ภัยหลักก่อให้เกิดภัยอื่นตามมา (Compound Hazard) ภัยพิบัติสามารถเพิ่มความรุนแรงได้หากระดับของความอ่อนไหวของชุมชนมีสูง (Level of Community Vulnerability) ภัยพิบัติสามารถขยายผลสู่พื้นที่ต่าง ๆ ในวงกว้าง และเป็นพื้นที่ข้ามเขตปกครองของหน่วยงาน (Cross Jurisdiction) ภัยพิบัติมีความไม่แน่นอน (Uncertainty) ภัยพิบัติจะก่อให้เกิดความโกลาหล (Chaos)

จากการให้ความหมายของคำว่า ภัยพิบัติ (Disaster) ดังที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น นั้น แม้การให้ความหมายจะมีความแตกต่างกันในรายละเอียดอยู่บ้าง แต่โดยรวมแล้วสามารถสรุปได้ว่า ภัยพิบัติ มีลักษณะสำคัญอยู่ 2 ประการ ได้แก่

ประการแรก ภัยพิบัติเป็นเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นแล้วสร้างผลกระทบต่อชีวิตและทรัพย์สินของผู้คนเป็นจำนวนมากและเป็นวงกว้าง

ประการที่สอง ในการแก้ไขเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นนั้นเกินกว่ากำลังของผู้ประสบเหตุและเกินกว่ากำลังของเจ้าหน้าที่ในท้องถิ่นที่จะสามารถแก้ไขเหตุการณ์นั้นได้ ต้องอาศัยกลไกในการแก้ไขเหตุการณ์ที่มีประสิทธิภาพจากหน่วยงานที่มีหน้าที่เฉพาะในระดับที่ใหญ่กว่ามาช่วยแก้ไข ดังนั้น จึงอาจกล่าวได้ว่า ภัยพิบัติ (Disaster) คือ เหตุการณ์ร้ายที่เกิดขึ้นแล้วส่งผลกระทบ หรือสร้างความเสียหายให้แก่ชีวิตและทรัพย์สินของคนเป็นจำนวนมากและเป็นวงกว้าง เกินกว่ากำลังของผู้ประสบเหตุจะรับมือได้โดยลำพัง หรือเกินกว่าจะแก้ไขโดยใช้กลไกปกติที่มีอยู่ในท้องถิ่นที่ประสบเหตุ นั้น การแก้ไขต้องอาศัยกลไกที่มีประสิทธิภาพมากกว่าของหน่วยงานที่มีหน้าที่จัดการ โดยเฉพาะเข้ามาแก้ไขเหตุการณ์

หากแบ่งภัยพิบัติออกเป็นประเภทจะแบ่งได้เป็น 2 ประเภทใหญ่<sup>11</sup> ตามสาเหตุของการเกิดภัยพิบัติ<sup>12</sup> ได้แก่

<sup>9</sup> พจนานุกรมราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554. พิมพ์ครั้งที่ 2 พ.ศ. 2556. หน้า 357.

<sup>10</sup> ทวีดา กมลเวช. (2554). *คู่มือการจัดการภัยพิบัติท้องถิ่น*. กรุงเทพฯ: สถาบันพระปกเกล้า. หน้า 78 – 79.

<sup>11</sup> กรมป้องกันและบรรเทาสาธารณภัย. (2552). *คู่มือประชาชนในการเตรียมตัวให้รอดปลอดภัยภัยพิบัติ*. กรุงเทพฯ: ชุมชนุสสภกรรมการเกษตรแห่งประเทศไทย. หน้า 3.

ประเภทแรก คือ ภัยพิบัติทางธรรมชาติ (Natural Disaster)<sup>13</sup> และ

ประเภทที่สอง คือ ภัยพิบัติที่เกิดจากการกระทำของมนุษย์ (Manmade Disaster)<sup>14</sup>

ภัยพิบัติทางธรรมชาติ เป็นภัยพิบัติที่เกิดขึ้นเองตามธรรมชาติ หรือเกิดจากปรากฏการณ์ตามธรรมชาติ ไม่ได้เกิดจากการกระทำของมนุษย์ ไม่มีบุคคลผู้ใดเป็นผู้ก่อให้เกิดขึ้นโดยตรง ก่อให้เกิดความเสียหายแก่ร่างกาย ชีวิต และทรัพย์สิน ลักษณะที่สำคัญของภัยพิบัติที่เกิดขึ้นตามธรรมชาติ คือ เป็นภัยพิบัติที่เกิดขึ้นเองจากปรากฏการณ์ทางธรรมชาติ เช่น การเกิดพายุฝนตกหนัก (Heavy Rain Storm) แผ่นดินไหว (Earthquake) ภูเขาไฟระเบิด (Volcano Eruption) การเกิดคลื่นยักษ์ (Tidal Wave) การเกิดโรคระบาด (Plague) เป็นต้น และภัยพิบัติทางธรรมชาติเป็นภัยที่รุนแรงเกินกว่าที่มนุษย์จะสามารถควบคุมหรือป้องกันมิให้เกิดขึ้นได้ นอกจากนี้ ภัยพิบัติทางธรรมชาตินั้นมักจะมีความรุนแรงและสร้างความเสียหายให้เกิดขึ้นอย่างมหาศาล<sup>15</sup>

ประเทศไทยมีกฎหมายเกี่ยวกับการจัดการสถานการณ์หรือเหตุการณ์พิเศษที่เข้าข่ายของเหตุการณ์ที่เรียกว่า ภัยพิบัติ อยู่หลายฉบับ แต่ละฉบับมีการบัญญัติถ้อยคำ และการให้นิยามที่แตกต่างกันออกไป ซึ่งถ้อยคำที่ปรากฏและใช้อยู่ในระบบกฎหมายของไทยนั้น มีดังต่อไปนี้

คำว่า สถานการณ์ฉุกเฉิน (Emergency Situation) ปรากฏขึ้นในพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548 ซึ่งตามพระราชกำหนด (Emergency Decree) ดังกล่าว

<sup>12</sup> การแบ่งประเภทของภัยพิบัติ จำแนกภัยพิบัติตามสาเหตุของการเกิดจะแบ่งได้เป็น 2 ประเภท ได้แก่ ประเภทแรก คือ ภัยพิบัติอันเกิดจากธรรมชาติ (Natural Disaster) และ ประเภทที่สอง คือ ภัยพิบัติอันเกิดจากการกระทำของมนุษย์ (Manmade Disaster)

<sup>13</sup> ภัยพิบัติอันเกิดจากธรรมชาติ (Natural Disaster) คือ ภัยพิบัติที่เกิดขึ้นเองตามธรรมชาติหรือจากปรากฏการณ์ตามธรรมชาติ ที่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่ชีวิต ร่างกาย และทรัพย์สิน โดยอาจแบ่งเป็นลักษณะต่าง ๆ ได้ ดังนี้ ภัยพิบัติที่เกิดขึ้นตามฤดูกาล หรือเกิดจากการเปลี่ยนแปลงของสภาพอากาศ เช่น ภัยจากพายุต่าง ๆ ภัยน้ำท่วม ภัยจากคลื่นความร้อน ภัยจากอากาศหนาวผิดปกติ หรือภัยแล้ง เป็นต้น ภัยพิบัติที่เกิดจากการเปลี่ยนแปลงของพื้นผิวโลก เช่น ภัยจากการเกิดแผ่นดินถล่มการขุดตัวของผิวดิน ภัยจากแผ่นดินไหว ภัยจากภูเขาไฟระเบิด ภัยจากการเกิดคลื่นสึนามิ เป็นต้น ภัยพิบัติที่เกิดจากเชื้อโรค สัตว์และแมลง เช่น ภัยพิบัติจากโรคระบาดต่าง ๆ ภัยจากการระบาดของสัตว์หรือแมลงบางชนิดที่มีมากกว่าปกติ เป็นต้น

<sup>14</sup> ภัยพิบัติอันเกิดจากการกระทำของมนุษย์ (Manmade Disaster) คือ ภัยพิบัติที่มนุษย์เป็นผู้ก่อให้เกิดขึ้นจากกิจกรรมต่าง ๆ ในชีวิตของมนุษย์เนื่องจากสิ่งประดิษฐ์ของมนุษย์เพื่อความสุขสบาย หรือเพื่อการสงคราม ได้แก่ อุบัติเหตุจากการคมนาคม ภัยจากการก่อสร้าง ภัยจากการประกอบอุตสาหกรรม การรั่วไหลของสารเคมี ภัยจากการขัดแย้งทางลัทธิ การก่อวินาศกรรม การจลาจล การปะทะกันด้วยอาวุธ การสงคราม เป็นต้น

<sup>15</sup> ศูนย์พัฒนาหนังสือ กรมวิชาการ กระทรวงศึกษาธิการ. (2539). *ภัยพิบัติทางธรรมชาติ*. กรุงเทพฯ: การศาสนา. หน้า 2 – 3.

ได้ให้คำนิยามของคำว่า สถานการณ์ฉุกเฉิน ไว้ในมาตรา 4<sup>16</sup> ซึ่งเป็นการให้นิยามความหมายที่กว้างมาก อย่างไรก็ตาม คำนิยามนี้เมื่อพิจารณาแล้วเห็นว่า มุ่งไปถึงเรื่องความมั่นคงโดยเฉพาะ และมุ่งถึงภัยที่มีสาเหตุมาจากการกระทำของมนุษย์

คำว่า สาธารณภัย ปรากฏอยู่ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 50 (2)<sup>17</sup> และพระราชบัญญัติป้องกันและบรรเทาสาธารณภัย พ.ศ. 2550 ซึ่งพระราชบัญญัติป้องกันและบรรเทาสาธารณภัย พ.ศ. 2550 ได้มีการกำหนดคำนิยามของคำว่า สาธารณภัย ไว้ในบทบัญญัติมาตรา 4<sup>18</sup> ซึ่งเป็นการให้คำนิยามโดยการยกตัวอย่าง คำว่า สาธารณภัยตามกฎหมายฉบับนี้มีความหมายที่กว้างครอบคลุมภัยพิบัติหลายประเภททั้งที่เกิดขึ้นเองตามธรรมชาติ และภัยพิบัติที่มนุษย์เป็นผู้ทำให้เกิดขึ้น

คำว่า ภัยพิบัติสาธารณะ ปรากฏในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มีการกล่าวถึง ภัยพิบัติสาธารณะเอาไว้ คือ ในบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ มาตรา 73 บัญญัติไว้ว่า บุคคลมีหน้าที่รับราชการทหารช่วยเหลือในการป้องกันและบรรเทาภัยพิบัติสาธารณะ เสียภาษีอากร

<sup>16</sup> พระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548

มาตรา 4 สถานการณ์ฉุกเฉิน หมายถึง สถานการณ์อันกระทบหรืออาจกระทบต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน หรือภัยต่อความมั่นคงของรัฐ หรืออาจทำให้ประเทศหรือส่วนใดส่วนหนึ่งของประเทศตกอยู่ในภาวะคับขัน หรือมีการกระทำความคิดเกี่ยวกับการก่อการร้ายตามประมวลกฎหมายอาญา การรบหรือการสงคราม ซึ่งจำเป็นต้องมีมาตรการเร่งด่วนเพื่อรักษาไว้ซึ่งการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย เอกราช และบูรณภาพแห่งอาณาเขต ผลประโยชน์ของชาติ การปฏิบัติตามกฎหมาย ความปลอดภัยของประชาชน การดำรงชีวิตโดยปกติสุขของประชาชน การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพความสงบเรียบร้อยหรือประโยชน์ส่วนรวม หรือการป้องกันหรือแก้ไขเยียวยาความเสียหายจากภัยพิบัติสาธารณะอันมีมาอย่างฉุกเฉินและร้ายแรง

<sup>17</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

มาตรา 50 บุคคลมีหน้าที่ ดังต่อไปนี้

(1) พิทักษ์รักษาไว้ซึ่งชาติ ศาสนา พระมหากษัตริย์ และการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข

(2) ป้องกันประเทศ พิทักษ์รักษาเกียรติภูมิ ผลประโยชน์ของชาติ และสาธารณสมบัติของแผ่นดิน รวมทั้งให้ความร่วมมือในการป้องกันและบรรเทาสาธารณภัย

๑๓๑

๑๓๑

<sup>18</sup> สาธารณภัย หมายความว่า อัคคีภัย วาตภัย อุทกภัย ภัยแล้ง โรคระบาดในมนุษย์ โรคระบาดสัตว์ โรคระบาดสัตว์น้ำ การระบาดของศัตรูพืช ตลอดจนภัยอื่น ๆ อันมีผลกระทบต่อสาธารณสุข ไม่ว่าจะเกิดจากธรรมชาติ มีผู้ทำให้เกิดขึ้น อุบัติเหตุ หรือเหตุอื่นใด ซึ่งก่อให้เกิดอันตรายแก่ชีวิต ร่างกายของประชาชน หรือความเสียหายแก่ทรัพย์สินของประชาชนหรือของรัฐ และหมายความรวมถึงภัยทางอากาศและการก่อวินาศกรรมด้วย

ช่วยเหลือราชการ รับการศึกษาอบรม พิทักษ์ ปกป้อง และสืบสานศิลปวัฒนธรรมของชาติและ ภูมิปัญญาท้องถิ่นและอนุรักษ์ทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม ทั้งนี้ ตามที่กฎหมายบัญญัติ บทบัญญัติดังกล่าวได้กล่าวถึง ภัยพิบัติสาธารณะ แต่ไม่ได้มีการให้คำนิยามหรือคำจำกัดความของ ถ้อยคำดังกล่าวเอาไว้แต่อย่างใด

คำว่า อุบัติภัย อุบัติเหตุ (Accident) แม้ไม่ปรากฏชัดเจนในตัวบทกฎหมาย แต่ก็มีการใช้กัน โดยทั่วไป ซึ่งมีการอธิบายความหมายเอาไว้ว่า หมายถึง ภัยอันเกิดขึ้นจากอุบัติเหตุ คือ ภัยที่เกิดขึ้น เนื่องจากสาเหตุที่ไม่อาจคาดหมายได้ล่วงหน้า เป็นภัยที่เกิดแก่ผู้เสียหาย (Sufferer) คนใดคนหนึ่ง หรือเกิดขึ้นกับกลุ่มคนกลุ่มใดกลุ่มหนึ่ง ซึ่งสามารถบรรเทาเหตุการณ์ได้ด้วยตัวของผู้เสียหาย หรือ ผู้ประสบเหตุได้<sup>19</sup>

#### 4.2 ภัยพิบัติทางธรรมชาติที่เป็นเหตุสุดวิสัย

จากการศึกษาความหมายของภัยพิบัติทางธรรมชาติที่ได้กล่าวมานั้น จะเห็นได้ว่า ภัยพิบัติทางธรรมชาติ (Natural Disaster) เป็นการจำแนกประเภทของภัยพิบัติตามสาเหตุการเกิด ซึ่งอาจกล่าวได้ว่าภัยพิบัติทางธรรมชาติที่ไม่ได้เกิดจากการกระทำของมนุษย์ ไม่มีบุคคลใดเป็นผู้ก่อให้เกิดขึ้น ดังนั้น เมื่อเกิดความเสียหายจากภัยพิบัติทางธรรมชาติ ย่อมไม่สามารถที่จะโทษบุคคลใดได้ จึงไม่อาจจะเรียกร้องให้บุคคลใดเป็นผู้รับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้น อีกทั้งภัยพิบัติทางธรรมชาตินั้นก็เป็นภัยพิบัติที่เกินกว่าขีดความสามารถของมนุษย์ที่จะสามารถป้องกันมิให้เกิดขึ้นได้ โดยในอดีตเราเห็นว่า ภัยพิบัติทางธรรมชาตินั้นเป็นการดลบันดาลของพระเจ้า (God) หรือเทพเจ้าความเสียหายที่เกิดขึ้นนั้นเป็น โชคชะตา (Fortune) หรือเวรกรรมของผู้เสียหายเอง ดังนั้น ภัยพิบัติทางธรรมชาตินี้จึงถือได้ว่าเป็นเหตุสุดวิสัย (Force Majeure)<sup>20</sup> เหตุสุดวิสัยเป็นเหตุที่ถูกนำมากล่าวอ้างเพื่อให้ตนพ้นจากความรับผิด โดยเฉพาะในเรื่องของความรับผิดทางละเมิด ซึ่งในระบบกฎหมายให้การยอมรับโดยเห็นได้จากบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และในกฎหมายอื่น ๆ ที่ให้อ้างเหตุสุดวิสัยเพื่อให้ตนพ้นผิดได้ โดยอ้างเหตุสุดวิสัยนั้นจะต้อง

<sup>19</sup> กิตติศักดิ์ ปรกติ. (2554). *หลักกฎหมายป้องกันและบรรเทาสาธารณภัย : หลักสำคัญที่ผู้คุมมองข้าม*. การสัมมนา เรื่อง รับมืออย่างไรกับภัยน้ำท่วม จัดโดยสำนักงานศาลปกครอง เมื่อวันที่ 21 ธันวาคม 2554 เวลา 9.00 – 12.00 น. ณ ห้องสัมมนา 2 อาคารศาลปกครอง. หน้า 9.

<sup>20</sup> ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

มาตรา 8 เหตุสุดวิสัย คือ เหตุใด ๆ อันจะเกิดขึ้นก็ดี จะให้ผลพิบัติก็ดี เป็นเหตุที่ไม่อาจป้องกันได้ แม้ทั้งบุคคลผู้ต้องประจบหรือใกล้จะต้องประจบเหตุนั้น จะได้จัดการระมัดระวังตามสมควรอันพึงคาดหมายได้จากบุคคลในฐานะและภาวะเช่นนั้น

ประกอบด้วยเงื่อนไข 2 ประการ คือ ประการแรก ต้องเป็นเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นโดยมิใช่ความผิดของบุคคลนั้นหรือเป็นความผิดของบุคคลนั้นจักต้องรับผิดชอบ ประการที่สอง จะต้องเป็นเหตุการณ์ซึ่งไม่สามารถจะป้องกันได้<sup>21</sup> ถ้าป้องกันได้แต่ไม่ป้องกันจะอ้างเหตุสุดวิสัยไม่ได้ จึงกล่าวได้ว่า ภัยพิบัติทางธรรมชาตินั้นเป็นเหตุสุดวิสัยอย่างหนึ่ง เพราะเป็นเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นเองตามธรรมชาติ มิได้มีผู้ใดทำให้เกิดขึ้น และเป็นเหตุการณ์ที่ไม่อาจป้องกันมิให้เกิดขึ้นได้ ดังนั้นเมื่อเกิดภัยพิบัติทางธรรมชาติที่เป็นเหตุที่เหนือการควบคุม และก็ไม่มิผู้ใดที่จะต้องรับผิดชอบ ในกรณีของภัยพิบัติทางธรรมชาตินั้น มีคำพิพากษาศาลฎีกาเคยวินิจฉัยว่า ภัยพิบัติทางธรรมชาตินั้นเป็นเหตุสุดวิสัย เช่น กรณีน้ำป่าพัดสะพานพังถล่มได้ว่าเป็นเหตุสุดวิสัย แต่กรณีระดับน้ำในแม่น้ำสูงขึ้นเป็นสิ่งที่เป็นไปได้โดยปกติตามฤดูกาลโดยระดับน้ำในหน้าฝนจะสูงขึ้นเช่นนี้ทุกปี ยังถือไม่ได้ว่าเป็นเหตุสุดวิสัย (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1194/2531) หรือกรณีจำเลย (Defendant) ทำสัญญาจ้างเหมาปรับถมพื้นที่ดิน ในระหว่างดำเนินการตามสัญญาได้เกิดฝนตกหนักน้ำท่วมทางขนส่ง ทำให้งานล่าช้ากว่ากำหนดตามสัญญา (Contract) จำเลยจึงหักค่าปรับ (Fine) ตามสัญญาออกจากค่าจ้าง โจทก์ (Plaintiff) ซึ่งเป็นผู้รับจ้างจึงนำคดีมาฟ้องศาลฎีกา (Supreme Court) วินิจฉัยว่า แม้ฝนจะตกทุกปีในฤดูฝนแต่สำหรับปลายปี 2526 ฝนตกหนักและน้ำท่วมสูงกว่าปีก่อนเป็นเหตุให้น้ำท่วมบริเวณที่ดินที่จะถม ดังนั้น แม้โจทก์จะหาแหล่งดินอื่นมาถมได้ แต่เมื่อบริเวณที่จะถมน้ำท่วมและเส้นทางขนส่งลำเลียงดินน้ำท่วม โจทก์ก็ไม่อาจดำเนินการถมดินให้แล้วเสร็จตามสัญญาได้ กรณีดังกล่าวถือได้ว่าเป็นเหตุสุดวิสัย (Force Majeure) (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 7588/2538) หรือในการขนส่งสินค้าบรรทุกเรือเดินทะเลซึ่งมีสภาพมั่นคงแข็งแรง เมื่อเรือแล่นมาถึงบริเวณทะเลที่เกิดเหตุเกิดมรสุมคลื่นลมจัดและมีของแข็งภายนอกเรือมากระแทกเรือจนเรือรั่วและอัปปางลง ทั้งนี้ แม้กับต้นเรือจะได้รับความระมัดระวังเป็นอย่างดีก็ย่อมไม่มีทางหลีกเลี่ยงมรสุมและการกระทบกระแทกจากของแข็งภายนอกเรือดังกล่าวได้ เหตุเรือรั่วและอัปปางจึงเป็นเหตุสุดวิสัยตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 8 (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1401/2534) เป็นต้น จะเห็นได้ว่า ภัยพิบัติทางธรรมชาตินั้นเป็นเหตุสุดวิสัย ซึ่งแต่ความเสียหายอันเกิดจากภัยพิบัติทางธรรมชาตินั้น ไม่อาจจะโทษผู้ใดหรือเรียกร้องให้ใครต้องรับผิดชอบได้ การยกเอาเหตุสุดวิสัยเป็นข้ออ้างเพื่อทำให้ไม่ต้องรับผิดชอบ จะต้องเป็นกรณีที่เหตุนั้นเป็นเหตุสุดวิสัยที่ไม่สามารถคาดหมายได้ หากเป็นกรณีที่คาดหมายได้จะไม่สามารถนำมากล่าวอ้างว่าเป็นเหตุสุดวิสัยได้ ปัญหาที่มีอีกว่า เมื่อภัยพิบัติทางธรรมชาติเป็นเหตุสุดวิสัยแล้ว เหตุใดในหลายกรณีเมื่อเกิดภัยพิบัติทางธรรมชาติ

<sup>21</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 842 – 844/2553 เหตุที่จะถือว่าเป็นเหตุสุดวิสัยตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 8 จะต้องเป็นเหตุที่เกิดขึ้นโดยมิใช่ความผิดของบุคคลนั้น และต้องเป็นเหตุที่ไม่สามารถป้องกันได้แม้บุคคลผู้ประสบเหตุนั้นจะได้ใช้ความระมัดระวังตามสมควรแล้ว



และเกิดความเสียหายขึ้นจึงมีการเรียกร้องให้รัฐ (State) ต้องรับผิดชอบ หรือเรียกร้องให้รัฐชดเชยค่าเสียหาย (Damages) อีก รัฐเข้ามาเกี่ยวข้องกับเรื่องภัยพิบัติทางธรรมชาติอย่างไร และเหตุใดรัฐจึงจะต้องรับผิดชอบ แล้วรัฐต้องรับผิดชอบได้อย่างไรนั้น จะได้กล่าวในหัวข้อต่อไป

### 4.3 หน้าที่ของรัฐในการจัดการภัยพิบัติทางธรรมชาติ

รัฐ (State) สมัยใหม่เกิดขึ้นจากธรรมชาติของมนุษย์ที่ต้องการอยู่ร่วมกันเป็นกลุ่ม (Group) หรือสังคม (Social) เพื่อสนองต่อความต้องการพื้นฐานของการดำรงชีวิต คือ ความมั่นคงปลอดภัย มีนักคิดบางท่านเห็นว่า ธรรมชาติที่แท้จริงของมนุษย์เป็นธรรมชาติที่ดี หรือบางท่านก็มีความเห็นว่า มนุษย์มีธรรมชาติที่เลวร้ายก็ตาม แต่ในที่สุดมนุษย์ก็ต้องการการอยู่ร่วมกันเพื่อความมั่นคงปลอดภัย การอยู่ร่วมกันของมนุษย์นี้เองที่พัฒนาจนเกิดเป็นรัฐขึ้น และรัฐก็ได้รับเอกราชที่จะสนองต่อความต้องการพื้นฐานของประชาชนในรัฐ แม้ว่าแต่ละรัฐอาจกำหนดเป้าหมายหรือภารกิจของรัฐที่แตกต่างกันออกไป แต่ภารกิจที่รัฐทุกรัฐจะต้องยึดถือเป็นสำคัญนั้น คือ ภารกิจในการรักษาความสงบเรียบร้อย ภารกิจในการสร้างความมั่นคงปลอดภัยในรัฐ หากเมื่อใดมีภัยคุกคามต่อความมั่นคงปลอดภัย ไม่ว่าจะ เป็นภัยคุกคามที่มาจากสาเหตุภายนอกหรือ เป็นภัยคุกคามที่เกิดขึ้นภายในรัฐนั้นเอง ย่อมเป็นภารกิจหรือหน้าที่ของรัฐ (Duty of the State) ที่จะต้องขจัดภัยคุกคามนั้นให้หมดสิ้นไป และมีหน้าที่ที่จะต้องปกป้องประชาชนในรัฐมิให้ได้รับผลกระทบหรือได้รับอันตรายจากภัยคุกคามนั้น หน้าที่ของรัฐอาจจะแยกเป็นหน้าที่ทั่วไป (General Duty) คือ หน้าที่ที่รัฐต้องปฏิบัติเป็นเรื่องทั่วไป ไม่ได้มีการกำหนดเฉพาะเจาะจงลงไปในเรื่องใดเรื่องหนึ่ง<sup>22</sup> และหน้าที่เฉพาะที่มีการกำหนดให้รัฐปฏิบัติเป็นเรื่องเฉพาะ โดยมีวัตถุประสงค์ใน

<sup>22</sup> หน้าที่โดยทั่วไป (General Duty) เป็นหน้าที่ที่กฎหมายกำหนดหน้าที่หรืออาจมอบภาระอย่างใดอย่างหนึ่ง ในลักษณะทั่วไป เนื้อหาสาระของกฎหมายไม่ได้กำหนดถึงรายละเอียดเกี่ยวกับขั้นตอนหรือวิธีการ หรือสิ่งที่ฝ่ายปกครองจะต้องกระทำ หรือดำเนินการให้เป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติอย่างชัดเจน บทกฎหมายดังกล่าว อาจกำหนดเป็นหลักการเป็นนโยบายกว้าง ๆ เพื่อให้รัฐหรือฝ่ายนำไปปฏิบัติ บทกฎหมายในประเภทนี้ เช่น มาตรา 21 แห่งพระราชบัญญัติป้องกันและบรรเทาสาธารณภัย พ.ศ. 2550 บัญญัติว่า เมื่อเกิดหรือคาดว่าจะเกิดสาธารณภัยขึ้นในเขตขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นแห่งพื้นที่ใด ให้ผู้อำนวยการท้องถิ่นขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นแห่งพื้นที่นั้นมีหน้าที่เข้าดำเนินการป้องกันและบรรเทาสาธารณภัยโดยเร็ว และแจ้งให้ผู้อำนวยการอำเภอที่รับผิดชอบในเขตพื้นที่นั้น และผู้อำนวยการจังหวัดทราบทันที นอกจากนี้ หน้าที่ทั่วไปของรัฐนั้นอาจจะไม่ได้เกิดจากกฎหมายลายลักษณ์อักษรก็ได้ ภารกิจพื้นฐานที่รัฐต้องปฏิบัติ แม้ไม่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรบัญญัติหน้าที่เอาไว้ก็เป็นหน้าที่ของรัฐ เป็นสิ่งที่รัฐจะต้องดำเนินการให้แก่ประชาชนในรัฐนั้น หน้าที่ทั่วไปของรัฐที่เกิดจากภารกิจของรัฐ ทั้งที่ได้บัญญัติเป็นกฎหมายหรือ

การคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคล<sup>23</sup> การพิจารณาว่าหน้าที่ใดเป็นหน้าที่เฉพาะ (Specific Functions) หน้าที่ใดเป็นหน้าที่โดยทั่วไปนั้น จะต้องพิจารณากฎหมายที่กำหนดหน้าที่นั้น ๆ ว่า มีวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองประชาชนเป็นการทั่วไป หรือเป็นกฎหมายที่มุ่งคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคล โดยเฉพาะอันจะมีผลเป็นการก่อตั้งสิทธิ<sup>24</sup> ขึ้น<sup>25</sup>

ภัยพิบัติทางธรรมชาติเป็นภัยคุกคามต่อความมั่นคง และความสงบเรียบร้อยของรัฐ ทั้งในแง่ของความมั่นคงของรัฐ และในแง่ของความมั่นคงในชีวิตและทรัพย์สินของประชาชน แม้ภัยพิบัติทางธรรมชาติ (Natural Disaster) เป็นภัยพิบัติที่เกิดขึ้นเอง หรือเกิดจากปรากฏการณ์ทางธรรมชาติโดยไม่ได้เกิดมาจากการกระทำของมนุษย์ (Manmade Disaster) อันเป็นเหตุสุดวิสัย (Force Majeure) เมื่อความเสียหายเกิดขึ้นจึงโทษผู้ใดมิได้และไม่สามารถเรียกร้องค่าเสียหายจากผู้ใดได้ ดังที่กล่าวมาแล้วข้างต้นก็ตาม แต่รัฐก็อาจเข้ามาเกี่ยวข้องกับกรณีภัยพิบัติทางธรรมชาติ

---

ไม่ได้บัญญัติไว้เป็นกฎหมายก็ตาม เป็นกรณีที่ไม่ได้เป็นการก่อตั้งสิทธิให้เกิดแก่บุคคล ดังนั้น หน้าที่ที่กำหนดเป็นหน้าที่โดยทั่วไปนี้จะไม่ก่อให้เกิดสิทธิเรียกร้องแก่บุคคลใดเป็นการเฉพาะ

<sup>23</sup> หน้าที่เฉพาะเจาะจง (Specific Functions) เป็นหน้าที่ที่กฎหมายกำหนดโดยมีลักษณะของเนื้อหาสาระที่มุ่งไปในทางกำหนดให้เป็นหน้าที่ในเรื่องใดเรื่องหนึ่งโดยเฉพาะเจาะจง กำหนดให้ต้องปฏิบัติอย่างใดอย่างหนึ่งหรือคงเว้นการปฏิบัติอย่างใดอย่างหนึ่งเมื่อมีข้อเท็จจริงอย่างหนึ่งเกิดขึ้น การบัญญัติกฎหมายกำหนดหน้าที่ในลักษณะนี้เพื่อให้บรรล่วัตถุประสงค์ที่กฎหมายกำหนดโดยวัตถุประสงค์ที่กฎหมายกำหนด อาจจะมีวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองประโยชน์ของบุคคลใดหรือกลุ่มใดกลุ่มหนึ่ง บทบัญญัติในลักษณะนี้ ตัวอย่างเช่น กฎหมายว่าด้วยการเสริมสร้างการคุ้มครองทางสิ่งแวดล้อม คริสต์ศักราช 1995 ของฝรั่งเศส กำหนดให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นมีหน้าที่สำคัญในการแจ้งข้อมูลข่าวสารให้ประชาชนได้ทราบถึงความเสี่ยงภัยหรืออันตรายที่ประชาชนกำลังเผชิญอยู่และข้อปฏิบัติต่าง ๆ โดยให้ประชาสัมพันธ์ผ่านสื่อต่าง ๆ นอกจากนี้ยังกำหนดให้มีการระบุหรือกำหนดพื้นที่ที่ถูกน้ำท่วม บทบัญญัติของกฎหมายในการกำหนดหน้าที่เช่นนี้ อาจก่อให้เกิดนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างรัฐและบุคคลที่กฎหมายคุ้มครอง กล่าวคือ เมื่อพิจารณาในเรื่องของสิทธิของบุคคลแล้ว สิทธิ (Right) คือ อำนาจที่กฎหมายรับรองให้แก่บุคคลหนึ่ง ในอันที่จะเรียกร้องให้ผู้อื่นอีกคนหนึ่งหรือหลายคนกระทำการบางอย่างบางประการให้เกิดประโยชน์แก่ตน เมื่อกฎหมายกำหนดหน้าที่ซึ่งเป็นหน้าที่ที่กฎหมายมีวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองบุคคลแล้ว บุคคลที่อยู่ในข่ายที่กฎหมายคุ้มครองนั้นก็ย่อมเกิดสิทธิที่จะเรียกร้องให้รัฐต้องปฏิบัติหน้าที่นั้นได้ อาจกล่าวได้ว่า กฎหมายที่กำหนดหน้าที่ของรัฐเป็นการเฉพาะเจาะจง หรือกฎหมายที่มีวัตถุประสงค์มุ่งคุ้มครองปัจเจกบุคคลนั้น เป็นกฎหมายที่ก่อตั้งสิทธิให้แก่บุคคลที่กฎหมายคุ้มครองบุคคลที่กฎหมายคุ้มครองจึงเกิดสิทธิที่จะเรียกร้องต่อรัฐได้

<sup>24</sup> การก่อตั้งสิทธิ หมายถึง การทำให้สิทธิเกิดขึ้น เช่น สัญญาซื้อขายย่อมทำให้ผู้ซื้อเกิดสิทธิที่จะได้สินค้า และขณะเดียวกันผู้ขายย่อมเกิดสิทธิที่จะได้รับชำระค่าสินค้านั้น

<sup>25</sup> วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. (2543). *สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540*. กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 21.

โดยการพัฒนาแนวคิดเกี่ยวกับการจัดการภัยพิบัติที่แสดงให้เห็นถึงกระบวนการในการจัดการภัยพิบัติทางธรรมชาติเพื่อลดความเสียหายที่จะเกิดขึ้น ภัยพิบัติทางธรรมชาติที่เกิดขึ้นในแต่ละครั้งมักจะมี ความรุนแรงและสร้างความเสียหายอย่างมหาศาล เมื่อภัยพิบัติทางธรรมชาติเป็นภัยคุกคามต่อความมั่นคงของรัฐและยังเป็นภัยคุกคามต่อความมั่นคงในชีวิตและทรัพย์สินของประชาชนในรัฐ ซึ่งเป็นสิ่งที่รัฐจะต้องให้ความคุ้มครอง รัฐจึงมีหน้าที่ในการจัดการกับภัยพิบัติทางธรรมชาติ เพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยความมั่นคงปลอดภัยของรัฐ และคุ้มครองชีวิตและทรัพย์สินของประชาชน การจัดการภัยพิบัติทางธรรมชาติให้เกิดความเสียหายน้อยที่สุดหรือบรรเทาความรุนแรงลงนั้นเป็นสิ่งที่รัฐสามารถดำเนินการได้ในระดับหนึ่ง โดยการดำเนินการตามหลักการจัดการภัยพิบัติแต่ละรัฐหรือแต่ละประเทศก็จะนำหลักการจัดการภัยพิบัติดังกล่าวไปบัญญัติเป็นกฎหมายที่กำหนดอำนาจและหน้าที่ในการดำเนินการต่าง ๆ ของรัฐเอาไว้ การที่รัฐมีหน้าที่ที่จะต้องรักษาความสงบเรียบร้อยและความมั่นคงปลอดภัยภายในรัฐ และรักษาความมั่นคงปลอดภัยในชีวิตและทรัพย์สินของประชาชนในรัฐนี้เองที่ทำให้รัฐต้องเข้ามาเกี่ยวข้องกับเหตุภัยพิบัติทางธรรมชาติ โดยรัฐเข้ามาเกี่ยวข้องในการเป็นผู้จัดการภัยพิบัติทางธรรมชาติตามหลักการจัดการภัยพิบัติ ซึ่งผูกพันตนให้ต้องมีหน้าที่ในการจัดการภัยพิบัติทางธรรมชาติโดยการบัญญัติหน้าที่เหล่านี้ไว้ในบทบัญญัติของกฎหมาย (Provisions of the Law)<sup>26</sup>

พระราชบัญญัติป้องกันและบรรเทาสาธารณภัย พ.ศ. 2550 นั้น ได้กำหนดบทบาทหน้าที่ของภาคส่วนที่เกี่ยวข้องแตกต่างกันไปจากแนวทางตามพระราชบัญญัติป้องกันภัยฝ่ายพลเรือน พ.ศ. 2522 ซึ่งเป็นกฎหมายแม่บทในด้านการป้องกันและบรรเทาสาธารณภัยที่มีอยู่เดิม ทำให้หน่วยงานของรัฐ (Government Sector) ที่ปฏิบัติจะต้องกำหนดแนวทาง วิธีการ ตลอดจนแผนต่าง ๆ ให้สอดคล้องกับพระราชบัญญัติป้องกันและบรรเทาสาธารณภัย พ.ศ. 2550 โดยมีเป้าหมายสูงสุด (The Ultimate Goal) ให้การดำเนินการรับมือตอบโต้กับภัยพิบัติที่อาจเกิดขึ้นอย่างฉับพลันสามารถรองรับสถานการณ์ได้อย่างเป็นรูปธรรมชัดเจน เป็นระบบ (System) และมีประสิทธิภาพ (Performance) กรมป้องกันและบรรเทาสาธารณภัย (Department of Prevention and Mitigation) กระทรวงมหาดไทย ในฐานะกองบัญชาการป้องกันและบรรเทาสาธารณภัยแห่งชาติ ซึ่งเป็นหน่วยงานหลักในด้านการบูรณาการการจัดการสาธารณภัย (Disaster Management) โดยประสานความร่วมมือกับ

<sup>26</sup> บทบัญญัติของกฎหมายที่กำหนดหน้าที่ของรัฐในการจัดการภัยพิบัติทางธรรมชาติมีการบัญญัติในกฎหมายระดับต่าง ๆ และในแต่ละระดับนั้นมีลักษณะที่แตกต่างกันออกไป อย่างไรก็ตาม จากการศึกษาจะพบว่า บทบัญญัติเหล่านั้นสามารถแบ่งกลุ่มตามประเภทหน้าที่ของรัฐ กล่าวคือ สามารถแบ่งได้เป็น 2 ประเภท ได้แก่ บทบัญญัติที่กำหนดหน้าที่ของรัฐในการจัดการภัยพิบัติทางธรรมชาติเป็นการทั่วไป และบทบัญญัติที่กำหนดหน้าที่ของรัฐในการจัดการภัยพิบัติทางธรรมชาติเป็นการเฉพาะเจาะจง ดังได้กล่าวมาแล้วนั้น

ทุกภาคส่วนอย่างเป็นทางการเป็นเอกภาพ เพื่อเข้าดำเนินการป้องกันและบรรเทาสาธารณภัยช่วยเหลือผู้ประสบภัย (Victim) ทรัพย์สินเงินและเร่งด่วน โดยมีเป้าหมายเพื่อลดความสูญเสียให้น้อยที่สุด

การจัดการภัยพิบัติในประเทศไทยนั้น ปัจจุบันมีกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการบริหารจัดการภัยพิบัติ คือ พระราชบัญญัติป้องกันและบรรเทาสาธารณภัย พ.ศ. 2550 ซึ่งได้กำหนดให้นายกรัฐมนตรี (Prime Minister) หรือรองนายกรัฐมนตรี (Deputy Prime Minister) เป็นประธานคณะกรรมการป้องกันและบรรเทาสาธารณภัยแห่งชาติ และมีรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทย (Minister of Interior) เป็นรองประธานกรรมการ รวมถึงปลัดกระทรวง (Permanent Secretary) ที่เกี่ยวข้องเป็นกรรมการตามมาตรา 6<sup>27</sup> โดยพระราชบัญญัติฉบับนี้มีจุดมุ่งหมายสำคัญคือ เพื่อป้องกันมิให้เกิดสาธารณภัย และหากเป็นกรณีที่เกิดสาธารณภัยขึ้นแล้ว ต้องมีการบรรเทาและฟื้นฟูให้สถานการณ์กลับมาเป็นปกติโดยเร็วที่สุด โดยเครื่องมือสำคัญประการหนึ่งในการป้องกันและบรรเทาสาธารณภัยนั้น คือ การจัดทำแผนป้องกันและบรรเทาสาธารณภัยแห่งชาติซึ่งเป็นการกำหนดรายละเอียดเกี่ยวกับการจัดการสถานการณ์ในกรณีที่เกิดสาธารณภัยขึ้น เช่น แนวทางป้องกันก่อนการเกิดภัยพิบัติ แนวทางในการซ่อมแซม บูรณะ ฟื้นฟู และให้ความช่วยเหลือประชาชนภายหลังที่สาธารณภัยสิ้นสุด ทั้งนี้ แต่เดิมประเทศไทยดำเนินการบริหารจัดการภัยพิบัติในเชิงตั้งรับมาโดยตลอด โดยให้ความสำคัญกับสัดส่วนงานในช่วงหลังเกิดเหตุมากกว่างานป้องกันก่อนเกิดเหตุ ซึ่งยังไม่เพียงพอกับภาวะภัยพิบัติในปัจจุบัน โดยต้องมีการเตรียมความพร้อมที่ครอบคลุมทั้งดำเนินการในด้านการบริหารความเสี่ยง (Risk Management)<sup>28</sup> เพื่อลดปัจจัยเสี่ยงที่อาจจะ

<sup>27</sup> พระราชบัญญัติป้องกันและบรรเทาสาธารณภัย พ.ศ. 2550

มาตรา 6 ให้มีคณะกรรมการป้องกันและบรรเทาสาธารณภัยแห่งชาติ เรียกโดยย่อว่า “กปภ.ช.” ประกอบด้วยนายกรัฐมนตรีหรือรองนายกรัฐมนตรีซึ่งนายกรัฐมนตรีมอบหมายเป็นประธานกรรมการ รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทย เป็นรองประธานกรรมการคนที่หนึ่ง ปลัดกระทรวงมหาดไทย เป็นรองประธานกรรมการคนที่สอง ปลัดกระทรวงกลาโหม ปลัดกระทรวงการพัฒนาสังคมและความมั่นคงของมนุษย์ ปลัดกระทรวงเกษตรและสหกรณ์ ปลัดกระทรวงคมนาคม ปลัดกระทรวงทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม ปลัดกระทรวงเทคโนโลยีสารสนเทศและการสื่อสาร ปลัดกระทรวงสาธารณสุข ผู้อำนวยการสำนักงานตำรวจแห่งชาติ ผู้บัญชาการทหารสูงสุด ผู้บัญชาการทหารบก ผู้บัญชาการทหารเรือ ผู้บัญชาการทหารอากาศ เลขาธิการสภาความมั่นคงแห่งชาติ และผู้ทรงคุณวุฒิอีกไม่เกินห้าคนซึ่งคณะรัฐมนตรีแต่งตั้งจากผู้มีความรู้ ความเชี่ยวชาญ หรือประสบการณ์ที่เกี่ยวข้องกับการผังเมือง และการป้องกันและบรรเทาสาธารณภัย เป็นกรรมการ

๑๓๑

๑๓๑

<sup>28</sup> การบริหารความเสี่ยง (Risk Management) คือ กระบวนการในการระบุ (Risk Identification) วิเคราะห์ (Risk Analysis) ประเมิน (Risk Assessment) ควบคุมตรวจสอบและควบคุมความเสี่ยง (Risk Control) ที่สัมพันธ์กับ

เกิดขึ้น แนวทางในการบริหารจัดการภัยพิบัติที่ดี คือ การบริหารจัดการในเชิงรุก ซึ่งมีลักษณะตรงกันข้ามกับการจัดการในเชิงตั้งรับ คือ การให้ความสำคัญกับสัดส่วนงานป้องกันก่อนเกิดเหตุมากกว่างานในช่วงหลังเกิดเหตุ

เมื่อพิจารณาถึงวัตถุประสงค์ของการจัดการภัยพิบัติตามพระราชบัญญัติป้องกันและบรรเทาสาธารณภัย พ.ศ. 2550 จะเห็นได้ว่า มีวัตถุประสงค์เพื่อป้องกันและบรรเทาภัยพิบัติที่เกิดขึ้นในด้านของการให้ความช่วยเหลือผู้ประสบภัย หรือมุ่งเน้นไปที่ภาคประชาชน การป้องกันและบรรเทาสาธารณภัยจัดเป็นการใช้อำนาจปกครองของรัฐ (Authority) เพื่อปกป้องคุ้มครองความปลอดภัยและรักษาความสงบสุขในสังคม สิทธิในชีวิตและทรัพย์สินของประชาชนตามรัฐธรรมนูญ แต่ในขณะเดียวกันการปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวก็อาจกระทบต่อสิทธิ (Right) และเสรีภาพ (Liberty) ของประชาชน การปฏิบัติการป้องกันและบรรเทาสาธารณภัยด้านหนึ่งจึงเป็นทั้งการใช้อำนาจปกครอง (Authority) ของรัฐในการรักษาความสงบเรียบร้อย และอีกด้านหนึ่งก็เป็นหน้าที่ของรัฐในการคุ้มครองสิทธิของประชาชนตามรัฐธรรมนูญ จึงต้องดำเนินไปภายใต้โครงสร้างการใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญ อันได้แก่

หลักการอำนาจอจักร (Principle of Kingdom) หมายถึง การบริหารราชการ โดยคำนึงถึงความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันของชาติ และการแบ่งแยกหน้าที่ในระดับต่าง ๆ อย่างเป็นเอกภาพและเชื่อมโยงกัน โดยเฉพาะในการบริหารจัดการภัยพิบัติธรรมชาตินี้ควรเป็นไปอย่างมีเอกภาพ เรื่องที่ท้องถิ่นจะต้องจัดทำก็ให้ท้องถิ่นดำเนินการเอง ซึ่งส่วนกลางไม่ควรเข้าไปก้าวกาย หรือหากเป็นเรื่องที่มีความคาบเกี่ยวระหว่างท้องถิ่นกับระดับชาติ การบริหารจัดการมีลักษณะเอื้อต่อการประสานงานและร่วมมือกัน ซึ่งเป็นไปตามหลักกระจายอำนาจที่เหมาะสม (Decentralization of the Administration) อันเป็นหลักที่ใครทำหน้าที่อะไรได้ดีกว่าก็ควรมีอำนาจหน้าที่รับผิดชอบในเรื่องนั้น<sup>29</sup>

---

กิจกรรม หน้าที่และกระบวนการทำงาน เพื่อให้องค์กรลดความเสียหายจากความเสียหายมากที่สุด อันเนื่องมาจากภัยที่องค์กรต้องเผชิญในช่วงเวลาใดเวลาหนึ่ง

นิยามของความเสียหาย ได้แก่

ประการแรก คือ โอกาสที่เกิดขึ้นแล้วธุรกิจจะเกิดความเสียหาย (Chance Loss)

ประการที่สอง คือ ความเป็นไปได้ที่จะเกิดความเสียหายต่อธุรกิจ (Possibility of Loss)

ประการที่สาม คือ ความไม่แน่นอนของเหตุการณ์ที่จะเกิดขึ้น (Uncertainty of Event)

ประการที่สี่ คือ การคลาดเคลื่อนของการคาดการณ์ (Dispersion of Actual Result)

<sup>29</sup> กิตติศักดิ์ ปรกติ. อ่างแล้ว. เชิงอรรถที่ 19. หน้า 11.

นอกจากนี้ ในรัฐที่ปกครองด้วยระบอบเสรีประชาธิปไตย (Liberal Democracy) จะต้องนำหลักนิติรัฐ (Legal State หรือ Rechtsstaat) มาใช้ประกอบด้วย เนื่องจากการบริหารจัดการภัยพิบัติมักจะเป็นกรณีฉุกเฉินไม่ใช่เหตุการณ์ที่คาดการณ์ไว้ล่วงหน้าได้ จึงจำเป็นต้องดำเนินการด้วยความรวดเร็วและมีประสิทธิภาพ แต่การใช้อำนาจเช่นนั้นก็ต้องอยู่ในขอบเขต กล่าวคือรัฐจะได้รับความคุ้มครองและการกระทำใด ๆ กระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายให้อำนาจไว้ ระบบนิติรัฐสร้างขึ้นเพื่อประโยชน์ของพลเมือง และมีวัตถุประสงค์หลักในการป้องกันและแก้ไขการใช้อำนาจตามอำเภอใจของเจ้าหน้าที่ของรัฐ

ในกรณีที่รัฐจำเป็นต้องดำเนินมาตรการที่ก่อภาระหรือกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชน รัฐก็ต้องคำนึงถึงหลักความชอบด้วยกฎหมาย (Principle of Legality) และชอบด้วยรัฐธรรมนูญ โดยการดำเนินมาตรการต่าง ๆ จะต้องไม่ขัดต่อกฎหมาย และอยู่ในกรอบแห่งความผูกพันตามรัฐธรรมนูญ คือ หลักความสมควรแก่เหตุ (Principle of Reason) และหลักการเยียวยาความเสียหาย (Principle of Healing) เมื่อรัฐกระทำกรใด ๆ ที่ส่งผลกระทบต่อประชาชน และหลักสำคัญอีกประการหนึ่ง คือ หลักการมีส่วนร่วมของประชาชน (Principles of Public Participation) ซึ่งมีความหมายกว้าง ไปถึงหลักสวัสดิภาพของประชาชน (Public Welfare) ด้วยการดำเนินการใด ๆ ของรัฐต้องคำนึงถึงหลักการมีส่วนร่วมของประชาชน การใช้อำนาจปกครองใด ๆ ในกรณีภัยพิบัติก็ควรใช้ความระมัดระวัง ยืดหยุ่น อะลุ่มอล่วย มีการใช้ดุลพินิจ (Discretion) ไตร่ตรองประโยชน์ได้เสียของฝ่ายที่เกี่ยวข้องทุกฝ่าย ตลอดจนส่งเสริมให้เกิดความร่วมมือร่วมใจในการป้องกันและบรรเทาสาธารณภัยให้ สำเร็จลุล่วงไปด้วยดี อันอาจโยงไปถึงหลักการที่ประชาชนจะได้รับสิทธิรับบริการและสวัสดิการของรัฐอย่างเท่าเทียม จนนำไปสู่หลักความเป็นธรรมในสังคม (Social Justice Principles) ที่ก่อให้เกิดการอยู่ร่วมกันอย่างผาสุก

นอกจากนี้ การดำเนินมาตรการทางปกครอง (Administrative Measures) ในการป้องกันและบรรเทาสาธารณภัยยังต้องอยู่ในกรอบวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ซึ่งหน่วยงานของรัฐที่ใช้มาตรการกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนต้องดำเนินการหรือใช้อำนาจหน้าที่โดยคำนึงถึงความแน่นอนชัดเจน เฉพาะเจาะจงได้ กล่าวคือ การบริหารจัดการเพื่อป้องกันและบรรเทาสาธารณภัยนั้น ทั้งในแง่เนื้อหา ในแง่ความมุ่งหมาย และในแง่ขอบเขตการใช้อำนาจจะต้องเป็นรูปธรรม มีความชัดเจนแน่นอน และในแง่รัฐธรรมนูญนั้น หากการใช้อำนาจรัฐจะมีผลไปในทางจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนก็ต้องอยู่ในกรอบของความสมควรแก่เหตุ และไม่กระทบต่อสาระสำคัญแห่ง

สิทธิและเสรีภาพนั้น ในฐานะที่เป็นกรอบของการใช้อำนาจอรัฐ ตามหลักในมาตรา 26 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560<sup>30</sup>

#### 4.4 ความจำเป็นของรัฐ (The Doctrine of State Responsibility) กับสถานการณ์ฉุกเฉินตามความหมายของกฎหมายระหว่างประเทศ<sup>31</sup>

ทฤษฎีความจำเป็นของรัฐ เป็นทฤษฎีที่อยู่นอกเหนือกฎหมายที่เกี่ยวกับความรับผิดชอบของรัฐ (The Law of State Responsibility) ที่ เป็น ความผูกพัน ในการ ปฏิบัติระหว่างประเทศซึ่ง คณะกรรมการกฎหมายระหว่างประเทศ (International Law Commission : ILC) ให้การยอมรับ ทฤษฎีความจำเป็นของรัฐเป็นรากฐานของทฤษฎีกฎหมายทั่วไป (The General Theory of Law) ที่ถูกนำมากล่าวอ้างในกฎหมายระหว่างประเทศว่าเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับสภาพความเป็นจริงที่รัฐต่าง ๆ จะกระทำการเพื่อปกป้องประโยชน์ของรัฐที่มีความขัดแย้งในประโยชน์ระหว่างรัฐ อย่างไรก็ตาม ยังต้องเคารพในประโยชน์ของรัฐอื่นเช่นกัน การนำหลักว่าด้วยความจำเป็นของรัฐมาปรับใช้นั้นจะต้องเป็นไปตามหลัก ดังนี้

ประการแรก คือ เป็นอันตรายที่ใกล้จะถึงและคุกคามต่อประโยชน์ที่มีความสำคัญ

ประการที่สอง คือ การนำหลักดังกล่าวมาใช้ง่ายต่อการเบี่ยงเบนต่อความสำคัญระหว่างประเทศ และ

ประการที่สาม คือ การกระทำใด ๆ นั้นจะต้องทำเท่าที่จำเป็น การกระทำเกินกว่าเหตุเป็นสิ่งที่ไม่ถูกต้อง

หลักการว่าด้วยมาตรฐานในการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนในสถานการณ์ฉุกเฉินได้นำทฤษฎีความจำเป็นของรัฐมาปรับใช้ เนื่องจากในระหว่างที่เกิดสถานการณ์ฉุกเฉินจะเกิดความขัดแย้งระหว่างประโยชน์ของรัฐในเรื่องการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนกับการใช้อำนาจอรัฐ

<sup>30</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

มาตรา 26 การตรากฎหมายที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลต้องเป็นไปตามเงื่อนไขที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ ในกรณีที่รัฐธรรมนูญมิได้บัญญัติเงื่อนไขไว้ กฎหมายดังกล่าวต้องไม่ขัดต่อหลักนิติธรรม ไม่เพิ่มภาระหรือจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลเกินสมควรแก่เหตุ และจะกระทบต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของบุคคลมิได้ รวมทั้งต้องระบุเหตุผลความจำเป็นในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพไว้ด้วย

กฎหมายตามวรรคหนึ่ง ต้องมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป ไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่งหรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเจาะจง

<sup>31</sup> กุสุมา จินดาทิพย์. (2531). *ความจำเป็นที่กฎหมายยอมรับ*. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ, คณะนิติศาสตร์, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 21.

ในสถานการณ์ฉุกเฉิน โดยเฉพาะประเทศที่มีความผูกพันตามสาส์นว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนที่ประเทศภาคีมีความจำเป็นที่จะระงับความผูกพันที่จะต้องปฏิบัติตามสาส์นที่ลงนามไว้ (Derogation Clause) ได้ในบางเรื่อง โดยที่การระงับการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนในสถานการณ์ฉุกเฉินเป็นหลักทั่วไปในกฎหมายระหว่างประเทศ (The Emergence of some of the Principles of the Derogation Clause as Principle of General International Law) มีการบัญญัติไว้ในสาส์นระหว่างประเทศหลายฉบับ เช่น กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมืองบัญญัติไว้ในข้อ 4 (1) ว่า ในยามที่เกิดภาวะฉุกเฉินอันมีมาเป็นสาธารณะซึ่งคุกคามความอยู่รอดปลอดภัยของชาติ ดังที่ได้ประกาศแล้วเป็นทางการ บรรดารัฐภาคีแห่งกติกาที่อาจดำเนินการระงับพันธะของตนที่มีตามกติกาฉบับนี้ได้เพียงเท่าที่จำเป็นอย่างแท้จริงตามสถานการณ์ฉุกเฉินและข้อบัญญัติในลักษณะเดียวกันนี้ได้บัญญัติในอนุสัญญายุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ข้อ 15 อนุสัญญาอเมริกาว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ข้อ 27 (1) ด้วย



#### 4.5 ความจำเป็นที่กฎหมายยอมรับในกฎหมายไทย

ประเทศไทยใช้ระบบประมวลกฎหมายหรือระบบกฎหมายซีวิลลอว์<sup>32</sup> แนวความคิดทางปรัชญาของหลักความจำเป็นที่กฎหมายยอมรับนี้ได้พัฒนามาจากรากฐานความคิดทางปรัชญาที่ว่าการกระทำนั้นเป็นเรื่องที่อยู่เหนือปทัสถาน หรืออยู่เหนือกฎเกณฑ์ที่กำหนดไว้ที่เราเรียกว่า

<sup>32</sup> ระบบประมวลกฎหมายหรือระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร (Civil Law System) คือ ระบบกฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษรใช้ในประเทศต่าง ๆ ดังต่อไปนี้ คือ ไทย เยอรมนี ฝรั่งเศส ญี่ปุ่น เป็นต้น

ส่วนระบบกฎหมายจารีตประเพณี (Common Law System) คือ ระบบกฎหมายจารีตประเพณี หรือระบบกฎหมายที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษร ใช้ในประเทศต่าง ๆ ดังต่อไปนี้ คือ อังกฤษ อเมริกา แคนาดา นิวซีแลนด์ ออสเตรเลีย สิงคโปร์ มาเลเซีย เป็นต้น

ข้อแตกต่างระหว่างระบบ Civil Law และระบบ Common Law

ประการแรก คือ ทศนคติต่อกฎหมายลายลักษณ์อักษร นักกฎหมาย Civil Law เห็นว่า เป็นระบบเหตุผลที่ถูกต้องและเป็นกฎหมายทั่วไป ส่วนนักกฎหมาย Common Law เห็นว่า เป็นกฎหมายที่ยกเว้นจากหลักทั่วไป (หลักทั่วไป คือ คำพิพากษาบรรทัดฐาน)

ประการที่สอง คือ ทศนคติต่อคำพิพากษา ระบบ Civil Law เห็นว่า เป็นเพียงคำอธิบายในการใช้ตัวบทกฎหมายในการปรับใช้แก่คดีไม่ใช่บ่อเกิดของกฎหมายและไม่ใช่ตัวบทกฎหมาย ดังนั้น คำพิพากษาที่ใหม่อาจจะตัดสินเปลี่ยนแปลงคำพิพากษาเดิมโดยหลักเกณฑ์หรือให้เหตุผลเสียใหม่ได้ ส่วนระบบ Common Law เห็นว่า คำพิพากษาเป็นบ่อเกิดของกฎหมาย ดังนั้น คำพิพากษาต่อ ๆ มาในกรณีอย่างเดียวกันย่อมต้องตัดสินตามแนวคำพิพากษาก่อน ๆ นั้นเสมอ

ประการที่สาม คือ ทศนคติต่อขนบธรรมเนียม จารีตประเพณีและศีลธรรม ระบบ Civil Law เห็นว่า กฎหมายลายลักษณ์อักษรเป็นกฎหมายที่อยู่เคียงคู่กับจารีตประเพณี และถือว่าเป็นสิ่งจำเป็นศีลธรรมด้วย ส่วนระบบ Common Law เห็นว่าทั้งจารีตประเพณีและศีลธรรมเป็นคณะเรื่องกัน ไม่เกี่ยวกับกฎหมายลายลักษณ์อักษร

ประการที่สี่ คือ การใช้การตีความกฎหมายลายลักษณ์อักษร ระบบ Civil Law อาจตีความกฎหมายโดยนัยต่าง ๆ ได้ โดยพิจารณาตามเหตุผลในบทกฎหมายนั้น ๆ ส่วนระบบ Common Law กฎหมายลายลักษณ์อักษรที่ถูกตราขึ้นโดยรัฐสภานั้นเป็นการตีความตามตัวอักษร ซึ่งเป็นการตีความในระบบ Common Law โดยเฉพาะและกฎหมายลายลักษณ์อักษรจะถูกนำมาใช้โดยวิธีการเทียบเคียง (Analogy) ไม่ได้

ประการที่ห้า คือ วิธีบัญญัติกฎหมายลายลักษณ์อักษร ระบบ Civil Law โดยหลักนั้นจะบัญญัติกฎหมายที่มีลักษณะเป็นหลักเกณฑ์ทั่วไป (บททั่วไป) โดยจะใช้เทคนิคในการบัญญัติเพื่อให้ครอบคลุมในกรณีปัญหาและเปิดโอกาสให้ผู้ใ้กฎหมายมีดุลยพินิจในการใช้กฎหมายนั้นให้เหมาะสมกับความเป็นธรรมในแต่ละคดี แต่ในบางบทมาตรหากไม่วางหลักเกณฑ์ทั่วไปได้อย่างสมบูรณ์ ก็จะบัญญัติเป็นรายละเอียด ส่วนระบบ Common Law วิธีการบัญญัตินั้นต้องเขียนให้แน่นอนชัดเจนและละเอียด ทั้งนี้ เพื่อผูกมัดให้ผู้ตีความได้ใช้กฎหมายตามที่ฝ่ายนิติบัญญัติต้องการ

Transcendental Norm<sup>33</sup> และจากแนวความคิดทางปรัชญาดังกล่าวได้เกิดหลักการชั่งน้ำหนักคุณธรรมทางกฎหมาย (Rechtguterabwägung)<sup>34</sup> หรือหลักการชั่งน้ำหนักประโยชน์ (Interest Balancing) หรืออาจจะเรียกว่าทฤษฎีความชั่วร้ายที่น้อยกว่า (The Theory of Lesser Evils) ซึ่งหลักการชั่งน้ำหนักประโยชน์หรือทฤษฎีความชั่วร้ายที่น้อยกว่านี้ เป็นหลักที่ถือว่าบุคคลสามารถกระทำการอันเป็นการละเมิดต่อกฎหมายได้หากการกระทำดังกล่าวเป็นไปเพื่อรักษาสิ่งที่มีประโยชน์ต่อสังคมมากกว่า และผู้กระทำการดังกล่าวก็ได้รับความคุ้มครองจากกฎหมายเช่นเดียวกัน เช่น กรณีรถไฟประสบอุบัติเหตุ (Accident) ผู้โดยสารรถไฟคนหนึ่งได้บุกรุก (Invade) เข้าไปในบ้านหลังหนึ่ง ซึ่งมีประตูกั้นไว้โดยพังประตูเข้าไป เพื่อที่จะโทรศัพท์ขอความช่วยเหลืออย่างทันท่วงที ประโยชน์ของสังคมที่จะนำมาชั่งน้ำหนักกันในกรณีนี้ คือ การบุกรุกเข้าไปในทรัพย์สินของผู้อื่นจนเกิดความเสียหายกับความอยู่รอดหรือการได้รับความช่วยเหลืออย่างทันท่วงทีของผู้โดยสารรถไฟขบวนนั้นว่าสิ่งใดควรถูกทำลาย สิ่งใดควรได้รับการรักษาไว้ หลักชั่งน้ำหนักประโยชน์ หรือทฤษฎีความชั่วร้ายที่น้อยกว่ามีหลักการพื้นฐาน ดังนี้

ประการแรก คือ การละเมิดหลักเกณฑ์หรือปทัสถานอันเป็นข้อห้ามห้ามต้องได้รับการรับรองว่าเป็นไปเพื่อรักษาประโยชน์ที่มากกว่า กล่าวคือ จะมีภัยอันตรายที่เป็นองค์ประกอบสองอย่าง คือ ภัยอันตรายที่จำต้องหลีกเลี่ยงและภัยอันตรายที่ต้องยอมรับ ภัยอันตรายทั้งสองนี้จะพิจารณาจากผลรวมที่เกิดขึ้นของภัยอันตรายที่จะปรากฏในที่สุดหรือภัยอันตรายที่บางครั้งอาจจะเกิดขึ้นโดยพิจารณาถึงคุณค่าในปัจจุบันของภัยอันตรายทั้งสอง การกระทำดังกล่าวถือว่าชอบธรรมถ้าประโยชน์ของภัยอันตรายที่ต้องหลีกเลี่ยงมีมากกว่าประโยชน์ของภัยอันตรายในปัจจุบันที่ต้องยอมรับ

ประการที่สอง คือ การละเมิดหลักเกณฑ์หรือปทัสถานอันเป็นข้อห้ามดังกล่าวต้องเป็นวิธีการที่น้อยที่สุดเท่าที่จะทำได้สำหรับการหลีกเลี่ยงภัยอันตรายที่คุกคาม เพราะถ้ามีวิธีการที่มีเหตุผลอื่น ๆ ที่จะทำให้เลือกแล้วไม่ยอมกระทำ การละเมิดหลักเกณฑ์หรือปทัสถานอันเป็นข้อห้ามนั้นจะถือว่าไม่ชอบธรรม แม้ว่าภัยอันตรายที่ต้องหลีกเลี่ยงจะเป็นประโยชน์ที่มากกว่าก็ตาม

<sup>33</sup> กิรติ บุญเจือ ได้แปลคำว่า Transcendentals ว่า อุดรวิสัย ซึ่งหมายถึง การอยู่พ้นขอบข่ายของธรรมชาติหรือโลกียวิสัย ซึ่งตรงกันข้ามกับ อันตรวิสัย ดู กิรติ บุญเจือ. (2522). *สารุกรมปรัชญา*. กรุงเทพฯ: ไทยวัฒนาพานิช. หน้า 40, 300.

<sup>34</sup> คุณธรรมทางกฎหมาย (Rechtsgut) เป็นสภาวะความคิดที่เป็นนามธรรม ซึ่งบัพัญญูติของกฎหมายแต่ละฐานความผิดมุ่งที่จะคุ้มครอง ดู คณิต ณ นคร. (2523). *คุณธรรมทางกฎหมายกับการใช้กฎหมายอาญา*. *วารสารอัยการ* 1, (3). หน้า 55.

ในกฎหมายอาญา เมื่อมีการบัญญัติประมวลกฎหมายอาญาขึ้นในปี 2499 ขึ้น ได้มีการกำหนดหลักเกณฑ์เรื่องการกระทำด้วยความจำเป็นไว้ 2 มาตรา คือ มาตรา 67<sup>35</sup> ซึ่งเป็นบทบัญญัติทั่วไปเกี่ยวกับการกระทำโดยจำเป็นที่กฎหมายยกเว้นโทษให้ และมาตรา 305 (1)<sup>36</sup> ซึ่งเป็นบทบัญญัติเฉพาะกรณีการทำแท้งโดยแพทย์ (Doctor) เพื่อสุขภาพของหญิงนั้น อันเป็นการกระทำด้วยความจำเป็นที่กฎหมายยอมรับ ซึ่งแพทย์ผู้กระทำไม่มีความผิด

หากพิจารณาจากบทบัญญัติในมาตรา 67 แล้วจะเห็นว่า ความจำเป็นในกรณีนี้แยกออกเป็น 2 ประการ ได้แก่

ประการแรก คือ ความจำเป็นทางจิตใจ (Mind) กล่าวคือ เพราะอยู่ในที่บังคับหรือภายใต้อำนาจหรืออิทธิพลจากภายนอกบงการให้กระทำ ผู้บังคับมิได้คิดริเริ่มกระทำกรณนั้นขึ้นด้วยใจตนเอง แต่ไม่มีทางที่จะทำอย่างอื่นได้<sup>37</sup> การบังคับนั้นนอกจากเกิดจากการกระทำของตัวบุคคลแล้ว อาจเกิดจากเหตุการณ์ธรรมชาติซึ่งไม่ใช่เหตุการณ์ที่เกิดขึ้นตามปกติอันยอมหลีกเลี่ยงได้ เช่น เกิดน้ำท่วมใหญ่ หรือถูกขังจึงเดินทางไปยังศาลไม่ได้ และการบังคับให้จำเป็นต้องทำตามนั้นต้องเป็นการบังคับโดยเด็ดขาด<sup>38</sup> ไม่ใช่เพียงแต่ทำให้เกิดความยากลำบากที่จะทำอย่างอื่นเท่านั้น แต่มาตรฐานของคำว่า เด็ดขาด (Categorical) ก็ยังไม่มี ความชัดเจนว่าต้องถึงขนาดไหน จึงต้องเปรียบเทียบกับความรู้สึกของคนทั่วไปและต้องพิจารณาประกอบกับความผิดที่กระทำลง เพราะถูกบังคับและความไม่สามารถขัดขืนหรือหลีกเลี่ยงได้

ความไม่สามารถหลีกเลี่ยงหรือขัดขืนได้ แสดงถึงความจำเป็นที่ต้องกระทำนั้นเอง ถ้าสามารถหลีกเลี่ยงได้ เช่น น้ำท่วมเดินทางมาศาลตามหมายเรียกโดยทางรถไฟไม่ได้ ก็อาจ

<sup>35</sup> มาตรา 67 ผู้ใดกระทำความผิดด้วยความจำเป็น

(1) เพราะอยู่ในที่บังคับ หรือภายใต้อำนาจซึ่งไม่สามารถหลีกเลี่ยงหรือขัดขืนได้ หรือ

(2) เพราะเพื่อให้ตนเองหรือผู้อื่นพ้นจากอันตรายที่ใกล้จะถึงและไม่สามารถหลีกเลี่ยงให้พ้นโดยวิธีอื่นใดได้ เมื่ออันตรายนั้นตนมิได้ก่อให้เกิดขึ้นเพราะความผิดของตน

ถ้าการกระทำนั้นไม่เป็นการเกินสมควรแก่เหตุแล้วผู้นั้นไม่ต้องรับโทษ

<sup>36</sup> มาตรา 305 ถ้าการกระทำความผิดดังกล่าวในมาตรา 301 และมาตรา 302 นั้น เป็นการกระทำของนายแพทย์ และ

(1) จำเป็นต้องกระทำเนื่องจากสุขภาพของหญิงนั้น และ

๑๗๑

๑๗๑

<sup>37</sup> จิตติ ดิงศภัทย์. (2525). *กฎหมายอาญาภาค 1*. กรุงเทพฯ: กรุงเทพมหานครพิมพ์. หน้า 750.

<sup>38</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 694/2503 เจ้าพนักงานถูกบังคับให้เปลี่ยนแปลงผลการเลือกตั้ง เพราะมีผู้นำปืนออกมาวางต่อหน้าและพูดว่าถ้าไม่ยอมทำตามก็ต้องใช้กำลังบังคับ เป็นการถูกบีบบังคับด้วยอำนาจปืน เป็นการกระทำด้วยความจำเป็นพอสมควรแก่เหตุ

เดินทางมาทางเรือได้ทันเวลา หรือผู้บังคับไม่มีกำลังที่จะทำร้ายได้อย่างจริงจัง ผู้ถูกข่มขู่อาจต่อสู้ขัดขวางได้ก็ไม่ได้มีความจำเป็นที่จะต้องทำความผิดตามที่ถูกบังคับ นอกจากนี้ยังหมายความรวมถึงความจำเป็นที่เกิดขึ้น เพราะความผิดของผู้กระทำนั่นเอง จะอ้างเป็นข้อแก้ตัวไม่ได้ถึงแม้มาตรา 67 (1) จะมีได้ระบุนข้อความนี้ไว้ก็ตาม ทั้งนี้เพราะเมื่อตนเองเป็นผู้ก่อเหตุการณั้ขึ้นเอง โดยความผิดของตนเองแล้วจะอ้างเป็นความจำเป็นเพราะถูกบังคับไม่ได้ เนื่องจากตนเองอาจหลีกเลี่ยงได้โดยไม่ก่อให้เกิดเหตุการณั้ขึ้นเสียตั้งแต่แรก เช่น การไม่ได้เข้ารับการคัดเลือกเข้ารับราชการทหารเพราะได้กระทำผิดเรื่องอื่นเอาไว้แล้วจะถูกจับ จะอ้างความจำเป็นขึ้นแก้ตัวไม่ได้

ประการที่สอง คือ ความจำเป็นทางร่างกาย (Body) กล่าวคือ เป็นการกระทำเพื่อให้ตนเองหรือผู้อื่นพ้นจากภยันตรายที่ใกล้จะถึง อันแสดงว่ามีภยันตรายที่ต้องหลีกเลี่ยงและผู้กระทำเลือกหลีกเลี่ยงภยันตรายโดยวิธีกระทำอันเป็นความผิดด้วยความผิดริเริ่มของตน<sup>39</sup> ถึงแม้ว่าจะกระทำอย่างอื่นได้ แต่การกระทำอย่างอื่นนั้นก็ยิ่งทำความเสียหายให้แก่ผู้อื่นอยู่นั่นเอง

สำหรับความหมายของคำว่า ผู้อื่น (Others) จะมีความหมายเพียงใดนั้น นักวิชาการบางท่านเห็นว่า ผู้ที่จะได้รับภยันตราย (Danger) จะเป็นใครก็ตามและจะมีความสัมพันธ์กับผู้ที่ถูกบังคับหรือไม่ก็ตาม<sup>40</sup> แต่ถ้าตามกฎหมายเยอรมันจะจำกัดเฉพาะญาติใกล้ชิดเท่านั้น ที่จะเข้าช่วยเหลือให้พ้นจากภยันตราย และคำว่า ภยันตราย จะเป็นภยันตรายต่อชีวิต ร่างกาย ชื่อเสียง หรือทรัพย์สิน หรือสิทธิอื่นใดก็ได้กฎหมายไม่ได้จำกัดไว้ และภยันตรายนี้จะเกิดจากธรรมชาติ จากสัตว์ หรือบุคคลกระทำก็ได้ ซึ่งไม่จำเป็นต้องเกิดจากการประทุษร้ายอันละเมิดต่อกฎหมาย

ภยันตรายนั้นต้องใกล้จะถึง (Close to) เป็นภยันตรายกำลังจะเกิดขึ้น ในปัจจุบันเป็นการฉุกเฉิน ถ้าไม่กระทำผิดลงในขณะนั้นก็อาจเกิดผลร้ายเกินกว่าจะแก้ไขในภายหลัง ถ้าภัยผ่านพ้นไปแล้วก็ไม่มีอะไรจะต้องหลีกเลี่ยง หรือถ้าภยันตรายยังอยู่ห่างไกลก็ยังไม่มีความจำเป็นอะไรจะต้องหลีกเลี่ยง หรือถ้าภยันตรายยังอยู่ห่างไกลก็ยังไม่มีความจำเป็นจะต้องเลือกกระทำผิดเพื่อหลีกเลี่ยงภยันตรายนั้นเสียตั้งแต่ยังไม่ถึงเวลาอันควร เพราะอาจมีโอกาสหาทางหลีกเลี่ยงโดยวิธีอื่นได้

นอกจากนี้ ภยันตรายไม่ได้เกิดขึ้นเพราะความผิดของผู้กระทำ อย่างไรก็ตามจึงจะเรียกว่าความผิดของผู้กระทำ ยังมีความเห็นที่แตกต่างกันอยู่ในเรื่องของการกระทำผิดโดยประมาท (Careless) จะถือว่าเป็นความผิดตามมาตรา 67 (2) ด้วยหรือไม่ แต่เนื่องจากมาตรา 67 (2) มิได้บัญญัติไว้โดยชัดแจ้งว่า หมายความถึง การกระทำให้เกิดภยันตรายขึ้นโดยเจตนา (Intent) จึงต้องเข้าใจความหมาย ของคำว่า ความผิด (Mistake) ในที่นี้ให้รวมถึงการกระทำโดยประมาท ทั้งนี้

<sup>39</sup> จิตติ ดิงศภัทย์. อ้างแล้ว. เจริญธรรมที่ 37. หน้า 750.

<sup>40</sup> อุทิศ แสนโกสีก. (2515). จำเป็นและป้องกัน. *บทบัญญัติ* 29, (2). หน้า 420.

เพราะการกระทำด้วยความจำเป็นเป็นการกระทำต่อบุคคลที่สาม ผู้ไม่มีส่วนก่อให้เกิดภัยนั้นขึ้นเลย หากจะให้ผู้นั้นรับผลจากภัยที่เกิดขึ้นเพราะความประมาทของผู้ก่อภัยด้วยก็จะเป็นธรรมแก่บุคคลที่สาม ฉะนั้น ผู้ใดก่อให้เกิดเพลิงไหม้โดยประมาท ผู้นั้นจะทำลายทรัพย์สินของผู้อื่นจะอ้างความจำเป็นที่จะดับไฟนั้นเพื่อมิให้ไหม้ทรัพย์สินของตนเองมิได้

ความจำเป็นทั้งสองประการดังกล่าวข้างต้นจะต้องกระทำไปไม่เกินสมควรแก่เหตุ จึงจะได้รับการยกเว้นโทษ การกระทำเพียงใดจึงจะถือว่าได้กระทำไปพอสมควรแก่เหตุ มีทฤษฎีที่สำคัญ 2 ทฤษฎี<sup>41</sup> คือ

ประการแรก คือ ทฤษฎีสัดส่วน (Proportion Theory) โดยพิจารณาถึงภัยอันตรายที่ผู้กระทำด้วยความจำเป็นจะพึงได้รับมาเปรียบเทียบกับภัยอันตรายที่ผู้กระทำด้วยความจำเป็นก่อให้เกิดขึ้น ถ้าได้สัดส่วนกันก็ถือว่าได้กระทำไปไม่เกินสมควรแก่เหตุ เช่น นาย ก. เอาปืนชู้นาย ข. ให้เอามีดแทงนาย ค. การที่นาย ข. เอามีดแทงนาย ค. นาย ข. ถือได้ว่ากระทำไปพอสมควรแก่เหตุ เพราะถ้านาย ข. ไม่เอามีดแทงนาย ค. นาย ข. ก็อาจต้องตาย นับได้ว่าภัยอันตรายที่นาย ข. จะได้รับถ้าไม่ได้กระทำสัดส่วนกับภัยอันตรายที่นาย ข. ก่อให้เกิดขึ้น เนื่องจากการกระทำด้วยความจำเป็น

ประการที่สอง คือ ทฤษฎีวิถีทางน้อยที่สุด โดยพิจารณาว่าการที่จำต้องกระทำด้วยความจำเป็นนั้นเป็นวิถีทางน้อยที่สุดที่พึงทำได้หรือไม่ ถ้าเป็นวิถีทางที่น้อยที่สุดก็ถือว่าได้กระทำไปไม่เกินสมควรแก่เหตุ เช่น นาย ก. ชูว่าจะตบหน้านางสาว ข. ถ้านางสาว ข. ไม่แทงนาย ค. นาย ก. มีร่างกายใหญ่โตและแข็งแรงกว่านางสาว ข. มาก ฉะนั้น การที่นางสาว ข. จะแทง นาย ค. ถือว่าเป็นวิถีทางน้อยที่สุดที่นางสาว ข. จะพึงทำได้ในภาวะเช่นนั้น นางสาว ข. ได้กระทำไปพอสมควรแก่เหตุ

ส่วนมูลเหตุแห่งการยกเว้นโทษสำหรับการกระทำด้วยความจำเป็นตามมาตรา 67 นั้น นักกฎหมายของไทยได้ให้ความเห็นเกี่ยวกับกรณีนี้ไว้ ดังนี้

ประการแรก คือ การกระทำด้วยความจำเป็นนั้นไม่ใช่การกระทำโดยผู้กระทำมีจิตใจ (Mind) เป็นอิสระ แต่กระทำไปโดยถูกผู้อื่นหรือเหตุการณ์อื่นบังคับอีกชั้นหนึ่ง ผู้กระทำไม่มีจิตใจชั่วร้าย ดังนั้น การลงโทษจึงไม่มีผลเป็นการขัดขวางมิให้มีการกระทำผิดเกิดขึ้นได้ เพราะในพฤติการณ์เช่นนั้นบุคคลย่อมเสี่ยงกระทำการหลีกเลี่ยงภัยอันตรายเพื่อรักษาผลประโยชน์ของตนในปัจจุบันเฉพาะหน้าแม้จะถูกลงโทษในภายหลังก็ต้องเสี่ยง<sup>42</sup>

ประการที่สอง คือ หากพิจารณาตามโครงสร้างความผิดอาญาแล้วการกระทำด้วยความจำเป็นตามมาตรา 67 เป็นเรื่องที่สังคมไม่ควรตำหนิ ถือว่าผู้กระทำไม่มีความชั่ว ปัญหา

<sup>41</sup> หยุด แสงอุทัย. (2511). *กฎหมายอาญาภาคทั่วไป*. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 264.

<sup>42</sup> จิตติ ดิงศภัทย์. อ้างแล้ว. *เชิงอรรถที่ 37*. หน้า 752.

เกี่ยวกับความชั่วของผู้กระทำเป็นปัญหาเกี่ยวกับความรับผิดชอบของผู้กระทำสำหรับการกระทำของเขา ทั้งนี้ เพราะว่าโทรมิใช้ทดแทนความชั่วแต่ทดแทนการกระทำที่เป็นความผิด แต่การลงโทษก็ต้องอยู่ในขอบเขตของความรับผิดชอบส่วนตัวของผู้กระทำนั้น<sup>43</sup>

ประการที่สาม คือ เป็นรัฐประศาสนโยบาย (Public Policy) ว่าผู้ที่เลือกกระทำความผิดที่มีโทษเบาเพื่อหลีกเลี่ยงมิให้มีภาระทำความผิดที่มีโทษหนักกว่าเกิดขึ้นเป็นผู้ก่อให้เกิดประโยชน์แก่ส่วนรวม จึงควรได้รับการให้อภัยด้วยการยกเว้นโทษ เช่น นาย ก. ชูว่าจะยิงนาย ข. หากนาย ข. ไม่ตีหัวหน้าย ค. การที่นาย ข. ตีหัวหน้าย ค. นาย ข. ได้ก่อประโยชน์แก่ส่วนรวม คือ หลีกเลี่ยงมิให้มีการทำความผิดฐานฆ่าคนตาย ซึ่งเป็นการกระทำที่มีโทษหนัก โดยเลือกทำความผิดฐานทำร้ายร่างกายที่มีโทษเบา หากนาย ข. ไม่ตีหัวหน้าย ค. นาย ข. ก็จะถูกฆ่าตาย สังคมจะได้รับการกระทบกระเทือนอย่างรุนแรงจากการฆาตกรรม<sup>44</sup>

อย่างไรก็ตาม การกระทำด้วยความจำเป็นตามมาตรา 67 นี้ เคยมีนักกฎหมายไทยบางท่าน<sup>45</sup> เห็นว่า ความจำเป็นตามมาตรา 67 (1) เทียบได้กับ Duress ของทางระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ และความจำเป็นตามมาตรา 67 (2) เทียบได้กับ Necessity ซึ่งผลของ Duress และ Necessity นั้นตามความเห็นของนักกฎหมายไทย<sup>46</sup> เห็นว่า เมื่อพิจารณาความในมาตรา 67 (1) และ (2) โดยละเอียดแล้วจะเห็นว่าไม่แตกต่างกัน การที่บุคคลถูกข่มขู่หรือถูกบังคับตาม (1) ก็คือ ภัยอันตรายที่ใกล้จะถึงตาม (2) ประการหนึ่งเช่นกัน ฉะนั้น ผลในทางกฎหมายของความจำเป็นทั้งสองนี้จึงไม่แตกต่างกัน

การกระทำตามความจำเป็นตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 305 (1)

ตามบทบัญญัติมาตรา 305 แห่งประมวลกฎหมายอาญา ได้บัญญัติถึงการทำแท้งของแพทย์ ซึ่งกฎหมายถือว่าไม่เป็นความผิดไว้ 2 ประการ ดังนี้

มาตรา 305 ถ้าการทำความผิดดังกล่าวในมาตรา 301<sup>47</sup> และมาตรา 302<sup>48</sup> นั้น เป็นการกระทำของนายแพทย์ และ

<sup>43</sup> คณิศ ฅ นคร. (2532). *กฎหมายอาญาภาคความผิด*. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 28.

<sup>44</sup> เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์. (2522). *ประมวลกฎหมายอาญาภาคทั่วไป*. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 260 – 261.

<sup>45</sup> เอกชัย ชินพงษ์. (2524). *การกระทำผิดโดยความจำเป็น*. วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 25.

<sup>46</sup> จิตติ ดิงศภัทย์. อ้างแล้ว. *เชิงอรรถที่ 37*. หน้า 759.

<sup>47</sup> มาตรา 301 หญิงใดทำให้ตนเองแท้งลูก หรือยอมให้ผู้อื่นทำให้ตนเองแท้งลูก ต้องระวางโทษจำคุก...

<sup>48</sup> มาตรา 302 ผู้ใดทำให้หญิงนั้นแท้งลูกโดยหญิงนั้นยินยอม ต้องระวางโทษจำคุก...

(1) จำเป็นต้องกระทำเนื่องจากสุขภาพของหญิงนั้น และ

(2) หญิงมีครรภ์เนื่องจากการกระทำความผิดอาญาตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 276 มาตรา 277 มาตรา 282 มาตรา 283 หรือมาตรา 284

บทบัญญัติมาตรา 305 (1) แห่งประมวลกฎหมายอาญานี้ เป็นบทบัญญัติที่บัญญัติขึ้นใหม่ แต่เดิมในกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 ไม่มีการบัญญัติในลักษณะเช่นนี้ไว้ บทบัญญัติที่เกี่ยวกับแพทย์มีเพียงมาตราเดียว คือ มาตรา 262<sup>49</sup> ในหมวดความผิดฐานริดลูกโดยกำหนดเป็นโทษหนักสำหรับแพทย์ที่ริดลูกให้หญิง แต่เมื่อมีการจัดทำร่างประมวลกฎหมายอาญาขึ้น คณะอนุกรรมการตรวจพิจารณาแก้ไขประมวลกฎหมายอาญาได้พิจารณาในส่วนบทบัญญัติเรื่องริดลูกแล้วเห็นว่าควรที่จะกำหนดหลักการในเรื่องการริดลูกเช่นเดียวกับกฎหมายสวีต โดยกำหนดเป็นหลักการไว้ว่าการริดลูกเป็นความผิดตามกฎหมายอาญา แต่ยอมให้ริดลูกได้ในบางกรณีโดยไม่มีความคิด คือ ให้แพทย์ผู้ทรงคุณวุฒิเป็นผู้ริดและการริดนั้นมีจุดประสงค์เพื่อช่วยชีวิตหรืออนามัยของมารดา โดยกำหนดเงื่อนไขไว้ให้ชัดเจนว่าแพทย์ชนิดใดมีอำนาจริดลูกได้และจะทำได้ในกรณีใดบ้าง สำหรับหลักเกณฑ์ของมาตรา 305 (1) แห่งประมวลกฎหมายอาญา มีดังนี้

ประการแรก คือ ต้องเป็นการกระทำของนายแพทย์ (Doctor) ซึ่งหมายความถึง กรณีที่หญิงกระทำกับตนเอง หญิงนั้นต้องเป็นแพทย์ หรือกรณีที่หญิงยอมให้แพทย์กระทำหรือแพทย์เป็นผู้กระทำโดยหญิงยินยอม แพทย์ในที่นี้ไม่จำกัดว่าเป็นแพทย์ชั้นไหน คงหมายความถึงแพทย์ที่ประกอบกิจการโดยชอบด้วยกฎหมายว่าด้วยการประกอบโรคศิลป์<sup>50</sup> ถ้าการทำให้แท้งเป็นการกระทำของนายแพทย์ตามมาตรา 301 ผู้ที่อยู่ในข่ายของมาตรา 301 มาตรา 302 อันจะตกอยู่ในฐานะผู้กระทำความผิด ก็จะได้รับยกเว้นความผิดด้วย คือ แพทย์หญิงซึ่งกระทำตนเองหรือหญิงผู้ยินยอมให้แพทย์กระทำ

ประการที่สอง คือ จำเป็นต้องกระทำเนื่องจากสุขภาพของหญิงนั้น เช่น ปล่อยให้หญิงมีครรภ์ต่อไป หญิงนั้นอาจจะตายได้

ส่วนมูลเหตุที่ทำให้การกระทำโดยความจำเป็นตามมาตรา 305 (1) นั้น เป็นการกระทำที่กฎหมายยอมรับ เพราะการกระทำของนายแพทย์ในกรณีนี้เป็นการคุ้มครองประโยชน์ตามกฎหมายที่มีน้ำหนักมากกว่า (Interest Balancing) โดยการทำลายประโยชน์ตามกฎหมายที่มีน้ำหนักน้อยกว่า

<sup>49</sup> กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127

มาตรา 262 ถ้าผู้กระทำผิดเช่นว่ามาในมาตรา 261 นั้นเป็นแพทย์ หรือเป็นแพทย์ศุภครุ หรือเป็นคนทำโดยเห็นแก่สินจ้างรางวัลก็ดี ท่านให้ลงโทษมันตามที่บัญญัติไว้สำหรับความผิดเช่นนั้น ทวิ ขึ้นอีกหนึ่งในสามส่วน

<sup>50</sup> จิตติ ดิงศักดิ์. (2511). ความผิดฐานทำให้แท้งลูก. *สุทธาหะ* 1, (15). หน้า 27.

ประโยชน์ตามกฎหมายที่มีน้ำหนักมากกว่า คือ ชีวิตของหญิงมีครรภ์หรือชีวิตของผู้ที่จะเป็นแม่ ส่วนที่เป็นประโยชน์ตามกฎหมายที่มีน้ำหนักน้อยกว่า คือ ชีวิตของทารกในครรภ์ ความจำเป็นในเรื่องของการทำแท้ง (Abortion) จึงเป็นเรื่องของประโยชน์สองอันเกิดปะทะกัน การเลือกทำลายประโยชน์ที่ด้อยกว่าเพื่อรักษาประโยชน์ที่เหนือกว่า และเป็นทางเลือกทางเดียวนั้น เป็นการกระทำที่ชอบธรรม<sup>51</sup> การที่กฎหมายเห็นว่า ชีวิตของผู้เป็นมารดานั้นสำคัญกว่าชีวิตของทารกที่จะเกิดมา เพราะแม้ว่าจะทำลายชีวิตทารกในครรภ์นั้นไป หญิงผู้จะเป็นมารดา ก็ยังมีโอกาสที่จะให้กำเนิดทารกคนใหม่ได้ แต่ถ้าทำลายชีวิตหญิงผู้เป็นมารดาแล้ว ก็เท่ากับเป็นการทำลายต้นกำเนิดของชีวิตใหม่ที่เดียว นอกจากนี้ หากมองในด้านประโยชน์ของสังคมส่วนรวมแล้ว จะเห็นว่า ชีวิตของหญิงผู้เป็นมารดานั้นมีคุณค่ามีประโยชน์ต่อสังคมมากกว่าชีวิตของทารกที่จะเกิดมา เพราะหญิงนั้นถือว่าเป็นทรัพยากร (Resource) ที่มีค่าของสังคม ดังนั้น การที่จะรักษาสิ่งที่มีค่าเหนือกว่าโดยการทำลายสิ่งที่ย่อยกว่า จึงถือว่าเป็นการกระทำเพื่อประโยชน์ของสังคมส่วนรวมทางอ้อมด้วย กฎหมายจึงไม่ถือว่าเป็นความผิด แต่จะต้องไม่มีทางเลือกที่จะกระทำได้ดีกว่านี้

อย่างไรก็ตาม หากพิจารณาอย่างลึกซึ้งแล้ว จะพบว่า คุณธรรมทางกฎหมาย (Rechtgüterabwägung) ของความผิดฐานทำแท้ง (Abortion) คือ ชีวิตในครรภ์มารดา ดังนั้น ประโยชน์หรือคุณธรรมทางกฎหมายซึ่งนำมาพิจารณาจึงเป็นการพิจารณาถึงชีวิตในครรภ์มารดา และชีวิตของมารดาเองว่า สิ่งใดจะมีคุณค่ามากกว่ากัน ทุกคนจะปฏิเสธไม่ได้เลยว่า ชีวิตของมารดานั้นย่อมสำคัญกว่า<sup>52</sup> การกระทำของแพทย์ตามมาตรา 305 (1) ความจริงแล้วจึงเป็นการชั่งน้ำหนักคุณธรรมทางกฎหมายนั่นเอง<sup>53</sup> ซึ่งกระทำให้การกระทำของแพทย์ไม่เป็นความผิด โปรดสังเกตว่า แพทย์นั้นความจริงแล้วมิได้มีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับฝ่ายหญิงแต่ประการใด แต่กฎหมายยอมรับการกระทำของแพทย์ว่าเป็นความชอบธรรม จึงอาจกล่าวได้ว่าการทำแท้งของแพทย์อันเนื่องมาจากสุขภาพของหญิงนั้นเป็นเรื่องของความจำเป็นที่กฎหมายยอมรับนั่นเอง

ส่วนประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มีการบัญญัติในเรื่องความจำเป็นที่กฎหมายยอมรับไว้ในเรื่องของการจัดการงานนอกสั่ง ความรับผิดชอบละเมิดไว้ ดังรายละเอียดต่อไปนี้

<sup>51</sup> คณิต ฒ นคร. (2531). *ประมวลกฎหมายอาญา หลักกฎหมายและพื้นฐานการเข้าใจ*. กรุงเทพฯ: นิติธรรม. หน้า 212.

<sup>52</sup> คณิต ฒ นคร. (2521). ทศนของนักกฎหมายเกี่ยวกับการแพทย์. *วารสารอัยการ 1*, (10). หน้า 48.

<sup>53</sup> คณิต ฒ นคร. (2521). ผู้เสียหายในคดีอาญา. *วารสารอัยการ 1*, (10). หน้า 48 – 49.



การจัดการนอกสั่ง (Management of Outsourced Tasks) ตามมาตรา 395<sup>54</sup> นั้นเป็นการเข้าทำกิจการของผู้อื่น โดยเขามิได้ว่าขานวานใช้ให้ทำหรือโดยไม่มีสิทธิที่จะทำการงานนั้นแทนเขา กิจการนี้ไม่จำกัดว่าจะต้องเป็นกิจการเกี่ยวกับทรัพย์สิน (Property) และในทางจัดการเท่านั้น แต่จะเป็นการซื้อหรือจำหน่ายทรัพย์สินก็ได้เช่นเดียวกัน<sup>55</sup> การที่จะถือว่าการจัดการงานนอกสั่งเป็นความจำเป็นที่กฎหมายยอมรับ เพราะผู้เข้าจัดการงานนอกสั่งนั้นไม่มีสิทธิที่จะเข้าไปจัดการกับกิจการของผู้อื่น แต่การที่ผู้เข้าจัดการต้องเข้าไปจัดการกับกิจการของผู้อื่นนั้นก็เพราะเกรงภัยอันตรายหรือภัยที่จะเกิดแก่ทรัพย์สิน (Asset) หรือกิจการ (Business) ที่เข้าไปจัดการนั้น จะมีมากกว่าที่ตนเองมิได้จัดการประการใดลงไป อันเป็นการที่มนุษย์พึงช่วยเหลือกันและกันในฐานะที่อยู่ร่วมในสังคมเดียวกันเพื่อความเป็นธรรมตามความประสงค์ของสังคม<sup>56</sup> แต่ก็อยู่ในเงื่อนไขที่ว่า การจัดการงานนอกสั่งจะต้องจัดการงานนั้นไปในทางที่จะให้สมประโยชน์ของตัวการตามความประสงค์อันแท้จริงของตัวการ หรือตามที่จะพึงสันนิษฐานได้ว่าเป็นความประสงค์อันแท้จริงของตัวการ หมายความว่า ผู้จัดการต้องคำนึงถึงความประสงค์อันแท้จริงของตัวการเป็นหลักในการจัดการ เช่น นาย ก. ซึ่งอยู่ในกรุงเทพฯ มีบ้านพักตากอากาศอยู่ชายทะเล นาย ข. เพื่อนบ้านเห็นบ้านนั้นถูกพายุพัดหลังคาเปิด โดยนาย ก. ไม่ทราบ นาย ข. จึงเข้าซ่อมแซมเพื่อมิให้บ้านเสียหายเพราะเป็นฤดูฝน ดังนี้ การที่ ข. เข้าไปจัดการงานของนาย ก. โดยนาย ก. มิได้วานหรือใช้ให้ทำ นาย ข. ต้องจัดการให้สมประโยชน์ของนาย ก. ตามความประสงค์อันแท้จริงของนาย ก. หรือตามที่จะพึงสันนิษฐานได้ว่าเป็นความประสงค์ของนาย ก. การกระทำของนาย ข. ดังกล่าวถือว่าเป็นการกระทำที่กฎหมายยอมรับได้

สำหรับบทบัญญัติในมาตรา 397<sup>57</sup> เป็นกรณีการจัดทำกิจการซึ่งเป็นหน้าที่บังคับให้ตัวการ (Up) ทำเพื่อสาธารณประโยชน์ (Commonwealth) หรือเป็นหน้าที่ตามกฎหมายที่จะบำรุงรักษาผู้อื่น โดยทำขัดกับความประสงค์ของตัวการ การที่กฎหมายบัญญัติในลักษณะดังกล่าว เพราะกฎหมายคำนึงว่า ประโยชน์ของสาธารณชนย่อมอยู่เหนือประโยชน์ของเอกชน (Private Benefit) เหตุนี้

<sup>54</sup> บุคคลใดเข้าทำกิจการแทนผู้อื่น โดยเขามิได้ว่าขานวานใช้ให้ทำก็ดี ท่านว่าบุคคลนั้นจะต้องจัดการงานไปในทางที่จะให้สมประโยชน์ของตัวการ ตามความประสงค์อันแท้จริงของตัวการ หรือตามที่จะพึงสันนิษฐานได้ว่าเป็นความประสงค์ของตัวการ

<sup>55</sup> จิตติ ดิงศภัทย์. (2523). *ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยมูลแห่งหนี้*. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 113.

<sup>56</sup> เรื่องเดียวกัน. หน้า 112.

<sup>57</sup> ถ้าผู้จัดการทำกิจอันใดซึ่งเป็นหน้าที่บังคับให้ตัวการทำเพื่อสาธารณประโยชน์ก็ดี หรือเป็นหน้าที่ตามกฎหมายที่จะบำรุงรักษาผู้อื่นก็ดี และหากผู้จัดการมิได้เข้าทำแล้ว กิจอันนั้นจะไม่สำเร็จภายในเวลาอันควรไซ้ การที่ได้ทำขัดกับความประสงค์ของตัวการเช่นนั้น ท่านมิให้ยกขึ้นเป็นข้อวินิจฉัย

เมื่อตัวการมีหน้าที่ที่จะต้องทำการใดเพื่อสาธารณประโยชน์ แต่ไม่กระทำจะเป็นเพราะเหตุใดก็ตาม หากมีผู้อื่นเข้าทำแทนให้ ตัวการจะปฏิเสธไม่รับรู้โดยอ้างว่าตนไม่มีความประสงค์จะกระทำตามหน้าที่ของตนไม่ได้ หรือในกรณีที่ตัวการมีหน้าที่ต้องกระทำเพื่อบำรุงรักษาผู้อื่น เช่น หน้าที่อุปการะเลี้ยงดูระหว่างสามี ภรรยา หรือบิดามารดากับบุตรในทำนองเดียวกัน การที่ผู้จัดการเข้าทำแทนตัวการในกรณีนี้ แม้จะขัดต่อความประสงค์ของตัวการ ตัวการจะยกขึ้นอ้างไม่ได้เช่นกัน เช่น ศาลพิพากษาให้นาย ก. รื้อถอนรั้ว ซึ่งนาย ก. ทำลงกีดขวางทางสาธารณะ นาย ก. มีกิจไปต่างประเทศกลับไม่ทันตามกำหนดที่ต้องปฏิบัติตามคำสั่งของศาล นาย ข. เพื่อนบ้านจึงเข้ารื้อถอนรั้วตามคำพิพากษา ดังนี้ นาย ก. จะอ้างว่าไม่ตั้งใจทำตามคำสั่งของศาลและได้บอกให้นาย ข. ทราบแล้วเพื่อแสดงว่านาย ข. ทำการขัดต่อความประสงค์ของนาย ก. ไม่ได้<sup>58</sup>

ละเมิด (Tort) มีบทบัญญัติในมาตรา 450 และมาตรา 452 นี้เป็นบทบัญญัติอยู่ในหมวด 3 ซึ่งว่าด้วยเรื่องนิรโทษกรรม ส่วนมาตรา 449 นั้น เป็นเรื่องเกี่ยวกับการกระทำที่เป็นการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายหรือเป็นการกระทำตามคำสั่งอันชอบด้วยกฎหมาย หากเกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่น ผู้กระทำไม่ต้องรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทน (Compensation) แต่เรื่องที่จะกล่าวต่อไปนี้เป็นทางเลือกการอันเป็นการละเมิดต่อกฎหมายที่มีน้ำหนักประโยชน์น้อยกว่าเพื่อบำบัดป้องกั้นอันตรายแก่สาธารณะ ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 450 วรรคแรก<sup>59</sup>

การกระทำโดยความจำเป็นอันเป็นข้อแก้ตัวให้พ้นผิดนี้ เป็นการยกเว้นความรับผิดชอบ การกระทำต่อทรัพย์สิน (Property) เท่านั้น ไม่ยกเว้นให้กรณีทำความเสียหายต่อบุคคล (Person) ภัยที่เกิดขึ้นต้องเป็นภัยที่มีต่อสาธารณะโดยฉุกเฉิน ทั้งความเสียหายก็ต้องไม่เกินสมควรแก่เหตุ ภัยอันตราย จึงจะเป็นข้อยกเว้นไม่ต้องใช้ค่าเสียหาย เช่น น้ำไหลบ่าท่วมนารายณ์ จึงต้องรื้อทำนบเพื่อระบายน้ำก็ดี น้ำจะท่วม ทำให้เหมืองพังแล้วจะไหลท่วมนารายณ์เสียหายอีกมาก จึงต้องขุดดินในนาผู้อื่นวิดน้ำไปเสียทางอื่นก็ดี เป็นภัยที่มีมาต่อสาธารณะ ถ้าความเสียหายที่เกิดขึ้นไม่เกินเหตุแห่งภัยอันตราย ไม่ต้องชดใช้ค่าเสียหาย (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 291/2473 และคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 594/2492)

<sup>58</sup> จิตติ ดิงศภัทย์. อ้างแล้ว. เจริญธรรมที่ 55. หน้า 118.

<sup>59</sup> มาตรา 450 ถ้าบุคคลทำบุบสลาย หรือทำลายทรัพย์สินหนึ่งสิ่งใดเพื่อจะบำบัดป้องกั้นอันตราย ซึ่งมีมาเป็นสาธารณะฉุกเฉิน ท่านว่าไม่จำต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทน หากความเสียหายนั้นไม่เกินสมควรแก่เหตุภัยอันตราย

สำหรับมาตรา 452<sup>60</sup> นั้น เป็นเรื่องของผู้ครอบงำสังหาริมทรัพย์ มีสิทธิจับสัตว์ของผู้อื่นที่เข้ามาทำความเสียหายในอสังหาริมทรัพย์ ตัวอย่างเช่น สุนัขของนาย ก. หลุดเข้าไปกัดกินพืชผลในไร่ของนาย ข. นาย ข. ขอบที่จะจับสุนัขไว้และเรียกให้นาย ก. ชดใช้ค่าเสียหายได้ โดยการยึดสุนัขนั้นไว้เป็นประกันจนกว่านาย ก. จะชดใช้ค่าเสียหายให้นาย ข. แต่นาย ข. ต้องบอกกล่าวให้นาย ก. ทราบโดยไม่ชักช้า ถ้านาย ข. ไม่ทราบตัวผู้เป็นเจ้าของ นาย ข. ต้องจัดการพอสมควร เช่น ปิดประกาศโฆษณา หากยังไม่รู้ตัวเจ้าของและสุนัขจะทำความเสียหายยิ่งขึ้นโดยนาย ข. ไม่สามารถกักขังไว้ได้ นาย ข. อาจฆ่าสุนัขนั้นเสียได้ ถ้าความเสียหายหรืออันตรายที่จะเกิดจากสุนัขมีมากกว่าการฆ่าสุนัข<sup>61</sup>

กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง (Civil Procedure Law) เมื่อพิจารณาบทบัญญัติในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งจะพบคำว่าความจำเป็น ปรากฏอยู่ในมาตรา 279 วรรคสอง<sup>62</sup> ซึ่งเป็นเรื่องเกี่ยวกับการบังคับคดี (Enforcement) ของเจ้าพนักงานบังคับคดี (Enforcement Officer)

เนื่องจากเจ้าพนักงานบังคับคดีมีหน้าที่ยึด (Seize) หรืออายัด (Freeze) และขายทรัพย์สินของลูกหนี้ตามคำพิพากษา (Debtors under the Judgment) และมีอำนาจรวบรวมเงินให้พอชำระหนี้ตามคำพิพากษา เจ้าพนักงานบังคับคดีจึงมีอำนาจในการจัดการเกี่ยวแก่ทรัพย์สินของลูกหนี้ได้อย่างกว้างขวางเพื่อยึดหรืออายัดและขายทรัพย์สินดังกล่าว มาตรานี้จึงให้อำนาจแก่เจ้าพนักงานบังคับคดีในการตรวจค้นสถานที่ เช่น บ้าน คลังสินค้า โรงเรียนและร้านค้าของลูกหนี้ตามคำพิพากษาโดย

<sup>60</sup> มาตรา 452 ผู้ครอบงำสังหาริมทรัพย์ขอบที่จะจับสัตว์ของผู้อื่นอันเข้ามาทำความเสียหายในอสังหาริมทรัพย์นั้น และยึดไว้เป็นประกันค่าสินไหมทดแทนอันจะพึงต้องใช้แก่ตนได้ และถ้าเป็นการจำเป็นโดยพฤติการณ์แม้จะฆ่าสัตว์นั้นเสียก็ชอบที่จะทำได้

แต่ว่าผู้นั้นต้องบอกกล่าวแก่เจ้าของสัตว์โดยไม่ชักช้า ถ้าและหาตัวเจ้าของสัตว์ไม่พบ ผู้ที่จับสัตว์ไว้ต้องจัดการพอสมควรเพื่อสืบหาตัวเจ้าของ

<sup>61</sup> จิตติ ดิงศภัทย์. อ้างแล้ว. เจริญธรรมที่ 55. หน้า 338.

<sup>62</sup> มาตรา 279 เจ้าพนักงานบังคับคดีจะต้องดำเนินการบังคับคดีในระหว่างพระอาทิตย์ขึ้นและพระอาทิตย์ตกในวันทำการงานปกติ เว้นแต่ในกรณีมีเหตุฉุกเฉิน โดยได้รับอนุญาตจากศาล

ในการที่จะดำเนินการบังคับคดี เจ้าพนักงานบังคับคดีย่อมมีอำนาจเท่าที่มีความจำเป็นเพื่อที่จะค้นสถานที่ใด ๆ อันเป็นของลูกหนี้ตามคำพิพากษาหรือที่ลูกหนี้ตามคำพิพากษาได้ปกครองอยู่ เช่น บ้านที่อยู่ คลังสินค้า โรงงาน และร้านค้าขาย ทั้งมีอำนาจที่จะยึดและตรวจสมุดบัญชี หรือแผ่นกระดาษ และกระทำการใด ๆ ตามสมควรเพื่อเปิดสถานที่หรือบ้านที่อยู่หรือโรงเรียนดังกล่าวแล้วรวมทั้งตู้หรือที่เก็บของอื่น ๆ

ไม่ถือเป็นการบุกรุก (Invade) อันเป็นความผิดตามมาตรา 362 แห่งประมวลกฎหมายอาญา<sup>63</sup> แต่ทั้งนี้จะต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขว่า จะเข้าไปในสถานที่ดังกล่าวเท่าที่มีความจำเป็น เพื่อค้นหาทรัพย์สินของลูกหนี้และเอกสารต่าง ๆ ซึ่งเป็นประโยชน์แก่การบังคับคดี<sup>64</sup>

กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา (Criminal Procedure Law) เมื่อพิจารณาบทบัญญัติในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาจะพบคำว่า ความจำเป็น ปรากฏอยู่ในเรื่องของการจับ โดยไม่มีหมายจับ ตามมาตรา 78

เนื่องจากการจับเป็นการกระทำขั้นต้นเพื่อจำกัดสิทธิและเสรีภาพในการเคลื่อนไหว เปลี่ยนที่ท่าของบุคคล แต่จะถือเป็นการจับตามกฎหมายจะต้องกระทำโดยชอบตามขั้นตอนของกฎหมาย<sup>65</sup> และโดยเหตุที่การจับเป็นอำนาจของรัฐและเป็นการกระทำที่กระทบกระเทือนต่อสิทธิและเสรีภาพของบุคคล กฎหมายจึงกำหนดมาตรการในการจับกุมไว้ให้รัดกุมพอสมควร โดยกำหนดว่า ในการจับผู้ใดก็ตามจะต้องมีหมายจับ (Arrest Warrant) ของศาลเสมอ อย่างไรก็ตาม แม้กฎหมายจะกำหนดไว้เช่นนี้ แต่ก็มีข้อยกเว้นเช่นกันว่า ในบางกรณีที่สามารถจับได้ โดยไม่จำเป็นต้องมีหมายจับ ซึ่งกำหนดไว้ในมาตรา 78<sup>66</sup>

การที่กฎหมายกำหนดให้เจ้าพนักงานของรัฐมีอำนาจในการที่จะจับกุมบุคคลในกรณีใดกรณีหนึ่ง ทั้ง 4 ประการตามมาตรา 78 ได้โดยไม่มีหมายจับนั้น อาจคล้ายกับว่าเจ้าพนักงานของรัฐนั้นมีความจำเป็นที่จะกระทำการเช่นนั้น แต่โดยแท้จริงแล้วเป็นแค่เพียงการกำหนดข้อยกเว้น เพื่อให้การใช้อำนาจของรัฐและเอกชนเกิดความสมดุลกันเท่านั้น

<sup>63</sup> มาตรา 362 ผู้ใดเข้าไปในอสังหาริมทรัพย์ของผู้อื่น เพื่อถือการครอบครองอสังหาริมทรัพย์นั้นทั้งหมดหรือแต่บางส่วน หรือเข้าไปกระทำการใด ๆ อันเป็นการรบกวนการครอบครองอสังหาริมทรัพย์ของเขาโดยปกติสุข ต้องระวางโทษ...

<sup>64</sup> มาโนช จรมาศ. (2523). *คำอธิบายประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ภาค 4*. กรุงเทพฯ: อักษรสาส์น. หน้า 147 – 148.

<sup>65</sup> คณิต ฌ นคร. (2528). *กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา*. กรุงเทพฯ: เจริญวิทย์การพิมพ์. หน้า 83.

<sup>66</sup> มาตรา 78 พนักงานฝ่ายปกครองหรือตำรวจจะจับผู้ใด โดยไม่มีหมายจับหรือคำสั่งของศาลนั้น ไม่ได้ เว้นแต่

- (1) เมื่อบุคคลนั้น ได้กระทำความผิดซึ่งหน้าดัง ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 80
- (2) เมื่อพบบุคคลโดยมีพฤติการณ์อันควรสงสัยว่าผู้นั้นน่าจะก่อเหตุร้ายให้เกิดอันตรายแก่บุคคลหรือทรัพย์สินของผู้อื่น โดยมีเครื่องมือ อาวุธ หรือวัตถุอย่างอื่นอันสามารถอาจใช้ในการกระทำความผิด
- (3) เมื่อมีเหตุที่จะออกหมายจับบุคคลนั้นตามมาตรา 66 (2) แต่มีความจำเป็นเร่งด่วนที่ไม่อาจขอให้ศาลออกหมายจับบุคคลนั้นได้
- (4) เป็นการจับผู้ต้องหาหรือจำเลยที่หนีหรือจะหลบหนีในระหว่างถูกปล่อยชั่วคราวตามมาตรา 117

#### 4.6 ความรับผิดชอบของรัฐในความเสียหายจากภัยพิบัติทางธรรมชาติตามแนวคำพิพากษาของศาลไทย

ความรับผิดทางละเมิดในระบบกฎหมายปกครองของไทยนั้นอาศัยหลักความรับผิดทางละเมิด (Tort) ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (Civil and Commercial Code) ซึ่งความรับผิดทางละเมิดมีองค์ประกอบความรับผิดที่สำคัญ คือ ต้องมีการกระทำที่เป็นความผิดในเรื่องภัยพิบัติทางธรรมชาติ (Natural Disaster) นั้น รัฐ (State) จะมีความผิดในกรณีนี้ได้ต้องเป็นกรณีที่รัฐมีหน้าที่ในการจัดการภัยพิบัติตามกฎหมายเสียก่อน แล้วรัฐได้กระทำการ (Act) หรืองดเว้นกระทำการ (Refrain from Action) อันเป็นการผิดต่อหน้าที่นั้น จึงจะเกิดความรับผิดได้ ซึ่งในกรณีที่มีการกล่าวหาว่ารัฐได้กระทำการอันเป็นความผิดในการจัดการภัยพิบัติทางธรรมชาติจนเป็นเหตุให้ผู้ฟ้องคดีได้รับความเสียหาย ศาลปกครองมีแนวคำวินิจฉัยเอาไว้ ดังนี้

กรณีที่ศาลปกครองมีคำพิพากษาว่าเป็นการทำละเมิด

ในกรณีที่หน่วยงานทางปกครองได้ทำข้อตกลงในการแจ้งเตือนก่อนที่จะมีการเปิดประตูระบายน้ำ เพื่อให้ผู้ที่อาศัยอยู่ใต้ประตูระบายน้ำได้เตรียมการป้องกัน (Prevent) ความเสียหายก่อน หากหน่วยงานทางปกครองได้ดำเนินการเปิดประตูระบายน้ำโดยไม่แจ้งเตือนก่อน เมื่อเกิดความเสียหายขึ้น ศาลปกครอง (Administrative Court) เคยมีคำพิพากษาให้หน่วยงานของรัฐ (Government Sector) ต้องรับผิดชอบใช้ค่าเสียหาย (Damages) ในกรณีนี้ เช่น ในคดีที่ผู้ฟ้องคดีเป็นผู้ประกอบการเลี้ยงปลากระชัง<sup>67</sup> บริเวณแม่น้ำบางปะกง<sup>68</sup> ได้รับความเสียหายจากการที่กรมชลประทาน (Royal Irrigation Department) ได้เปิดประตูระบายน้ำคลองพานทองโดยไม่ได้มีการแจ้งเตือน (Alert) ให้ผู้ฟ้องคดีทราบเพื่อเตรียมการป้องกันผลกระทบ ทำให้น้ำในคลองพานทอง

<sup>67</sup> การเลี้ยงปลาในกระชังเป็นรูปแบบการเลี้ยงที่ให้ผลผลิตสูง ก่อให้เกิดประโยชน์สูงสุดในเชิงเศรษฐศาสตร์ และ การใช้ประโยชน์จากแหล่งน้ำทั่วไป อีกทั้งยังช่วยให้ผู้ที่ไม่มีที่ดินทำกินสามารถหันมาเลี้ยงปลาได้ หากปล่อยปลาในอัตราที่เหมาะสมจะทำให้ปลามีอัตราการเจริญเติบโตที่ดีขึ้นสามารถช่วยลดระยะเวลาการเลี้ยงให้สั้นลงได้นอกจากนี้ยังสะดวกในการดูแลจัดการเคลื่อนย้าย รวมทั้งการเก็บเกี่ยวผลผลิตและมีการลงทุนต่ำกว่ารูปแบบการเลี้ยงอื่น ๆ ในขณะที่ผลตอบแทนต่อพื้นที่สูง อย่างไรก็ตาม การเลี้ยงปลาในกระชังอาจจะมีข้อเสียอยู่บ้าน เช่น ปัญหาโรคพยาธิที่มากับน้ำซึ่งไม่สามารถควบคุมได้ นอกจากนั้นยังอาจก่อให้เกิดปัญหาเรื่องสภาพแวดล้อม หากไม่มีการค้ำึงถึงปริมาณและที่ตั้งของกระชัง ตลอดจนความเหมาะสมของลำน้ำด้วย

<sup>68</sup> แม่น้ำบางปะกง เป็นแม่น้ำสายสำคัญในจังหวัดปราจีนบุรีและจังหวัดฉะเชิงเทรา มีความยาวประมาณ 231 กิโลเมตร และมีความกว้างในช่วงที่ไหลผ่านเขตเทศบาลเมืองฉะเชิงเทราประมาณ 120 เมตร แม่น้ำบางปะกงมีต้นกำเนิดมาจากแม่น้ำนครนายกและแม่น้ำปราจีนบุรีไหลมาบรรจบกันบริเวณ ตำบล บางแตน อำเภอบ้านสร้าง จังหวัดปราจีนบุรี

ซึ่งเป็นน้ำเสียระบายลงแม่น้ำบางปะกง เป็นเหตุให้ปลาที่ผู้ฟ้องคดีเลี้ยง iva ตายเป็นจำนวนมาก ในคดีนี้ข้อเท็จจริงปรากฏว่า กรมชลประทานเคยทำข้อตกลงร่วมกับผู้ประกอบการเลี้ยงปลากระชังว่า เมื่อใดจะมีการเปิดประตูระบายน้ำดังกล่าว จะมีการแจ้งเตือนให้ทราบเพื่อเตรียมการป้องกัน ความเสียหาย ซึ่งในกรณีนี้กรมชลประทาน ไม่ได้มีการแจ้งเตือนผู้ประกอบการก่อน โดย กรมชลประทานอ้างว่าเป็นเหตุจำเป็นเร่งด่วน (Urgent Need) เพราะพื้นที่เหนือประตูระบายน้ำ เกิดภาวะน้ำท่วมขัง ประกอบกับกรมอุตุนิยมวิทยา (Meteorological Department) ได้พยากรณ์อากาศว่า จะเกิดฝนตกหนักจึงได้เร่งเปิดประตูระบายน้ำเพื่อบรรเทาความเสียหาย ซึ่งศาลปกครองสูงสุด (Supreme Administrative Court) พิจารณาแล้วเห็นว่า กรณีนี้เป็นกรณีที่กรมชลประทานหลังจากร ทราบว่า มีภาวะน้ำท่วมขังจนกระทั่งถึงเวลาที่มีการเปิดประตูระบายน้ำ สามารถที่จะแจ้งเตือน แก่ผู้ประกอบการได้ทัน เมื่อไม่ได้มีการแจ้งเตือนผู้ประกอบการเลี้ยงปลาในกระชังดังกล่าว จึงเป็นการกระทำโดยประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง (Serious Negligence) เป็นการทละเมิดทำให้ ผู้ฟ้องคดีได้รับความเสียหายต้องชดใช้ค่าเสียหาย (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.590/2554 และคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 47/2552 วินิจฉัยในทำนองเดียวกัน)

กรณีที่ศาลปกครองพิพากษาว่าไม่เป็นการทละเมิด

กรณีที่มีการฟ้องคดีต่อศาลปกครองกล่าวหาว่า รัฐกระทำละเมิดจากการจัดการภัยพิบัติ ทางธรรมชาติ (Natural Disaster) อันเป็นการใช้อำนาจตามกฎหมาย โดยฟ้องเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับการกระทำละเมิด (Tort) ของหน่วยงานทางปกครอง ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (3) แห่งพระราชบัญญัติ จัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 กรณีเช่นนี้ศาลปกครองสูงสุดได้มี คำวินิจฉัยว่า ในกรณีที่เกิดภัยพิบัติทางธรรมชาติเกิดขึ้นแล้วมีความเสียหายแก่บุคคลใด หาก ความเสียหายที่เกิดขึ้นเกิดจากภัยพิบัติที่เกิดตามธรรมชาติอยู่แล้ว ไม่ได้เป็นผลมาจากการกระทำ การของหน่วยงานทางปกครอง (Administration)<sup>69</sup> หรือการจัดการของหน่วยงานทางปกครอง หน่วยงานทางปกครองไม่ต้องรับผิดชอบชดใช้ค่าเสียหายให้แก่ผู้เสียหาย เช่น ในคดีที่ผู้ฟ้องคดีเป็น ผู้ที่ตั้งบ้านเรือนอาศัยอยู่บริเวณพื้นที่ฝั่งตะวันตกของแม่น้ำยม ซึ่งพื้นที่ดังกล่าวเป็นลุ่มน้ำโดย แม่น้ำยมจะไหลเข้าไปท่วมเป็นประจำทุกปี เมื่อปี 2522 ผู้ถูกฟ้องคดี (กรมชลประทาน Royal

<sup>69</sup> พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

มาตรา 3 หน่วยงานทางปกครอง หมายความว่า กระทรวง ทบวง กรม ส่วนราชการที่เรียกชื่ออย่างอื่น และมีฐานะเป็นกรม ราชการส่วนภูมิภาค ราชการส่วนท้องถิ่น รัฐวิสาหกิจที่ตั้งขึ้นโดยพระราชบัญญัติหรือ พระราชกฤษฎีกา หรือหน่วยงานอื่นของรัฐ และให้หมายความรวมถึงหน่วยงานที่ได้รับมอบหมายให้ใช้อำนาจทางปกครองหรือให้ดำเนินกิจการทางปกครอง

Irrigation Department)<sup>70</sup> ได้ก่อสร้างพังกั้นน้ำยมตั้งแต่จังหวัดพิษณุโลกถึงจังหวัดพิจิตร โดยมีจุดประสงค์ป้องกันน้ำยมไหลบ่าเข้ามาท่วมพื้นที่เพาะปลูกในเขตของโครงการพัฒนาเกษตรชลประทานพิษณุโลก พังกั้นน้ำก่อสร้างด้วยดินเหนียวอัดแน่นสูงประมาณ 3 – 5 เมตร ผิวบนของพังกั้นน้ำเป็นดินลูกรังใช้ประโยชน์ในการสัญจร และมีท่อระบายน้ำขนาด 1 เมตร ขนาด 80 เซนติเมตร และขนาด 60 เซนติเมตร จำนวน 22 แห่ง ต่อมากรมชลประทานได้ทำการซ่อมแซมและปรับปรุงพังกั้นน้ำ โดยเสริมพังกั้นน้ำให้สูงขึ้นอีก 50 เซนติเมตร ได้ทำการลาดยางผิวของพังกั้นน้ำเป็นช่วง ๆ เพื่อใช้ประโยชน์ในการสัญจร ซึ่งผู้ฟ้องคดีเห็นว่า การปิดท่อระบายน้ำทั้งหมดและทำการเสริมพังกั้นน้ำสูงขึ้นเป็นการกระทำผิดข้อตกลงที่ราษฎรได้ทำการตกลงไว้ ต่อมาเมื่อปี 2545 ได้เกิดพายุพัดผ่านประเทศไทย ทำให้มีฝนตกหนักระดับน้ำในแม่น้ำยมสูงขึ้น และได้ไหลเข้าท่วมอาคารบ้านเรือนของราษฎรในพื้นที่ฝั่งตะวันตกของแม่น้ำยม ผู้ถูกฟ้องคดีได้ทำการปิดช่องระบายน้ำทุกแห่งของพังกั้นน้ำ พร้อมทั้งเสริมกระสอบทรายพังกั้นน้ำอีก 50 เซนติเมตร ผู้ฟ้องคดีเห็นว่า สาเหตุที่ทำให้น้ำท่วมมีปริมาณน้ำมากเกิดจากการก่อสร้างพังกั้นน้ำทำให้ผู้ฟ้องคดีได้รับความเสียหาย จึงนำคดีมาฟ้องต่อศาลปกครอง ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่า แม่น้ำยม<sup>71</sup> บริเวณดังกล่าวเป็นลำน้ำแคบ คดเคี้ยว และตื้นเขิน ในฤดูน้ำหลากน้ำจะท่วมทุกปี การที่ผู้ถูกฟ้องคดีก่อสร้างพังกั้นน้ำฝั่งตะวันออกก็เพื่อเป็นการป้องกันน้ำไหลเข้าไปท่วมพื้นที่เพาะปลูก รวมทั้งเพื่อ กัก เก็บ ส่งและระบายน้ำไปให้พื้นที่เพาะปลูกในเขตชลประทาน ซึ่งเป็นการกระทำตามอำนาจหน้าที่ของผู้ถูกฟ้องคดี และการก่อสร้างพังกั้นน้ำได้มีการก่อสร้างมานานแล้ว ผู้ฟ้องคดีก็ไม่ได้แย้งมาตั้งแต่ต้น ส่วนการเสริมกระสอบทรายก็เนื่องจากแม่น้ำยมมีปริมาณมากและเกิดภาวะน้ำท่วมทั้งสองฝั่งแม่น้ำยม อันเป็นการปฏิบัติหน้าที่ตามมาตรา 4 ประกอบกับมาตรา 5 (12) ถึง (23) แห่งพระราชกฤษฎีกาแบ่งส่วนราชการกรมชลประทาน กระทรวงเกษตรและสหกรณ์ พ.ศ. 2540 ประกอบกับในปี 2545 มีฝนตกหนักระดับน้ำในแม่น้ำยมได้สูงขึ้นอย่างรวดเร็ว และได้ไหลเข้าท่วมอาคารบ้านเรือนของราษฎรในพื้นที่ฝั่งตะวันตก

<sup>70</sup> กรมชลประทาน เป็นหน่วยงานในกระทรวงเกษตรและสหกรณ์ มีหน้าที่จัดให้ได้มาซึ่งน้ำเพื่อกักเก็บรักษาควบคุม ส่ง ระบาย หรือแบ่งน้ำเพื่อการเกษตร การพลังงาน การสาธารณสุข โภค หรือการอุตสาหกรรม และหมายรวมถึง การป้องกันความเสียหายอันเกิดจากน้ำ และการคมนาคมทางน้ำซึ่งอยู่ในเขตชลประทาน

<sup>71</sup> แม่น้ำยม เป็นแม่น้ำที่มีต้นกำเนิดอยู่ในป่าดงดิบสูงชันสลับซับซ้อนบนเทือกเขาผืนน้ำและเทือกเขาแดนลาว ซึ่งอยู่ในเขตพะเยาและแพร่ มีความยาวประมาณ 700 กิโลเมตร กระแสน้ำไหลผ่านที่ราบสูงของอำเภอปางอำเภอเชียงม่วน จังหวัดพะเยาผ่านจังหวัดแพร่ สุโขทัยพิษณุโลก และพิจิตร ไปบรรจบกับแม่น้ำน่านที่ตำบลเกลียว อำเภอยะโฮง จังหวัดนครสวรรค์ ก่อนแม่น้ำน่านจะไปรวมกับแม่น้ำปิง ที่ตำบลปากน้ำโพ อำเภอเมือง จังหวัดนครสวรรค์ เกิดเป็นแม่น้ำเจ้าพระยา แม่น้ำสายสำคัญของพื้นที่ราบลุ่มภาคกลางของประเทศไทย

ของแม่น้ำยม ดังนั้น ความเดือดร้อนหรือเสียหายของผู้ฟ้องคดีเกิดจากฝนตกมีปริมาณน้ำมาก ซึ่งเป็นภัยพิบัติที่เกิดขึ้นตามธรรมชาติ ไม่ได้มีผลโดยตรงมาจากการก่อสร้างพนังกั้นน้ำยม และการเสริมพนังกั้นน้ำของผู้ถูกฟ้องคดีแต่อย่างใด ผู้ถูกฟ้องคดีมิได้เป็นผู้กระทำละเมิดต่อผู้ฟ้องคดี จึงไม่ต้องรับผิดชอบใช้ค่าเสียหาย (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.313 – 320/2550)

#### 4.7 นิยาม และขอบเขตหรือหลักเกณฑ์ในกรณีเหตุจำเป็นอันมิอาจหลีกเลี่ยงได้

พระราชบัญญัติป้องกันและบรรเทาสาธารณภัย พ.ศ. 2550 เป็นกฎหมายที่พัฒนาโดยรวมหน่วยงานและประเด็นกฎหมายจากกฎหมายสองฉบับที่เกี่ยวข้อง นั่นคือ พระราชบัญญัติป้องกันภัยฝ่ายพลเรือน พ.ศ. 2522<sup>72</sup> และพระราชบัญญัติป้องกันและระงับอัคคีภัย พ.ศ. 2542<sup>73</sup> ทำให้เนื้อหาที่บัญญัติไว้นั้นยังไม่ครอบคลุมและไม่มีประสิทธิภาพเพียงพอที่จะนำมาป้องกันบรรเทา แก้ไข หรือฟื้นฟูภัยพิบัติขนาดใหญ่หรือที่มีความรุนแรงได้อย่างแท้จริง ในขณะที่เหตุการณ์ภัยพิบัติทางธรรมชาติเพิ่มทวีความรุนแรงมากขึ้นทุกวัน อันเป็นผลมาจากปรากฏการณ์เรือนกระจก (Greenhouse Effect) และน้ำมือของมนุษย์ กฎหมายฉบับนี้จึงไม่สามารถรับมือกับภัยพิบัติที่มีขนาดใหญ่ได้ โดยบทบัญญัติในมาตรา 21 แห่งพระราชบัญญัติป้องกันและบรรเทาสาธารณภัย พ.ศ. 2550<sup>74</sup> ที่ให้อำนาจแก่ผู้อำนวยการท้องถิ่นในพื้นที่ที่เกิดสาธารณภัยมีหน้าที่เข้าดำเนินการป้องกันและบรรเทาสาธารณภัยโดยเร็ว โดยให้อำนาจในการสั่งการข้าราชการพลเรือนเจ้าหน้าที่ของรัฐ และบุคคลใด ๆ ซึ่งหมายรวมถึง ประชาชนทั่วไปในเขตองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นของตนปฏิบัติกรอย่างหนึ่งอย่างใดตามความจำเป็นในการป้องกันและบรรเทาสาธารณภัย และในเรื่องการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน พบว่า พระราชบัญญัติป้องกันและบรรเทาสาธารณภัย พ.ศ. 2550 มาตรา 24<sup>75</sup> มีประเด็นปัญหาทางกฎหมายที่มีผลเป็นการจำกัด

<sup>72</sup> พระราชบัญญัติป้องกันภัยฝ่ายพลเรือน พ.ศ. 2522 ถูกยกเลิกโดยมาตรา 3 (1) แห่งพระราชบัญญัติป้องกันและบรรเทาสาธารณภัย พ.ศ. 2550.

<sup>73</sup> พระราชบัญญัติป้องกันและระงับอัคคีภัย พ.ศ. 2542 ถูกยกเลิกโดยมาตรา 3 (2) พระราชบัญญัติป้องกันและบรรเทาสาธารณภัย พ.ศ. 2550.

<sup>74</sup> มาตรา 21 เมื่อเกิดหรือคาดว่าจะเกิดสาธารณภัยขึ้นในเขตขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นแห่งพื้นที่ใด ให้ผู้อำนวยการท้องถิ่นขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นแห่งพื้นที่นั้นมีหน้าที่เข้าดำเนินการป้องกันและบรรเทาสาธารณภัยโดยเร็ว และแจ้งให้ผู้อำนวยการอำเภอที่รับผิดชอบในเขตพื้นที่นั้น และผู้อำนวยการจังหวัดทราบทันที

<sup>75</sup> พระราชบัญญัติป้องกันและบรรเทาสาธารณภัย พ.ศ. 2550

มาตรา 24 เมื่อเกิดภัยพิบัติสาธารณะ ให้เป็นหน้าที่ของเจ้าพนักงานที่ประสบเหตุต้องเข้าดำเนินการเบื้องต้นเพื่อระงับสาธารณภัยนั้น แล้วรีบรายงานให้ผู้อำนวยการท้องถิ่นที่รับผิดชอบในพื้นที่นั้นเพื่อส่งการต่อไป



สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญของประชาชนหลายประการ โดยเฉพาะในส่วนที่เกี่ยวกับอำนาจของเจ้าหน้าที่ของรัฐผู้ใช้มาตรการป้องกันและบรรเทาสาธารณภัย ตัวอย่างเช่น เมื่อเกิดภาวะคับขันขึ้นก็อาจเกิดเหตุจำเป็นอันไม่อาจหลีกเลี่ยงได้ ให้เจ้าหน้าที่ของรัฐต้องดำเนินการบางอย่างในลักษณะบังคับทางกายภาพที่กระทบกระเทือนต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ (Human Dignity) หรือสิทธิความเป็นอยู่ส่วนตัว (Right to Privacy)<sup>76</sup> ของบุคคลได้ เช่น ในสภาวะที่เกิดธรณีพิบัติ หรือโรคระบาด และเจ้าหน้าที่จำเป็นต้องบังคับให้บุคคลทำการบางอย่างโดยฝ่าฝืนความสมัครใจ หรือในบางกรณี มาตรฐานขั้นต่ำในการดำรงชีพหรือในการให้บริการสาธารณสุข (Health Service) อาจถูกละเลย หรือเกิดความบกพร่องชั่วคราวเพราะตกอยู่ในสภาวะที่ไม่อาจจัดหาปัจจัยในการยังชีพ ไม่อาจบำบัดหรือกำจัดของเสียได้ในระหว่างเผชิญภัยพิบัติ เป็นต้น อีกตัวอย่างหนึ่ง ได้แก่ กรณีที่มีการจำกัดสิทธิและเสรีภาพในการประกอบอาชีพแก่บุคคลซึ่งติดเชื้อ หรือสัมผัสกับสารพิษ เช่น เป็นไทฟอยด์ เป็นอหิวาต์ หรือมีอาการติดเชื้อในทางเดินอาหาร หรือต้องสงสัยว่าอาจติดเชื้อ หรืออาจเป็นพาหะของการติดเชื้อ และเป็นบุคคลที่อาจสัมผัสเกี่ยวข้องกับเครื่องอุปโภคบริโภคที่อาจติดต่อไปยังผู้อื่นได้ อาจต้องถูกห้ามประกอบอาชีพนั้นชั่วคราวระยะเวลาใดเวลาหนึ่ง ไปจนถึงการออกคำสั่งห้ามกระทำการบางอย่างเพื่อประโยชน์ในการป้องกันบรรเทาภัยพิบัติ เมื่อเกิดโรคระบาดเช่นนี้ ย่อมมีผลเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานของบุคคลในการประกอบอาชีพอย่างสำคัญ ทั้งนี้ เป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพที่อาจทำได้โดยชอบ เพื่อคุ้มครองประชาชนที่ยังไม่ติดเชื้อ ในฐานะที่ประชาชนเหล่านี้ย่อมมีสิทธิได้รับความคุ้มครองความปลอดภัยในชีวิต ร่างกายนั่นเอง

นอกจากนี้ การออกคำสั่งของเจ้าพนักงานที่ทำหน้าที่ป้องกันและบรรเทาสาธารณภัย ยังอาจกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพในการประกอบอาชีพในแง่มุมอื่น ๆ ได้อีก เช่น การที่เจ้าพนักงานสั่งให้บุคคลหรือผู้ประกอบการทำการในลักษณะที่เป็นการให้บริการ หรือทำของให้แก่เจ้าพนักงานเป็นกรณีพิเศษ ยิ่งกว่านั้นผู้ประกอบการ โตรคมนาคม หรือไปรษณีย์ ขนส่ง

---

และในกรณีจำเป็นอันไม่อาจหลีกเลี่ยงได้ ให้เจ้าพนักงานดำเนินการใด ๆ เพื่อคุ้มครองชีวิตหรือป้องกันอันตรายที่จะเกิดแก่บุคคลได้

<sup>76</sup> สิทธิความเป็นอยู่ส่วนตัว (Right to Privacy) เป็นหลักพื้นฐานของกฎหมายไทย อันจะเห็นได้จากการบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ซึ่งได้รับการยอมรับจากนานาประเทศ จึงถือได้ว่าสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวนี้เป็นเรื่องที่สำคัญ

ปัจจุบันมีกรณีละเมิดสิทธิความเป็นอยู่ส่วนตัวมากขึ้นเรื่อย ๆ โดยเฉพาะเรื่องของการใช้เทคโนโลยีสารสนเทศและการสื่อสารเป็นอย่างมากทั่วทุกมุมโลก โดยเน้นหนักไปในส่วนของข้อมูลทางอินเทอร์เน็ตและการสื่อสารแบบไร้สาย การละเมิดสิทธิเหล่านี้ในวันข้างหน้าจะยิ่งมีความรุนแรงเพิ่มขึ้นอยู่ตลอดเวลา

อาจจะถูกสั่งให้ช่วยบริการแก่ผู้ประสบภัย หรือแก่เจ้าหน้าที่เป็นพิเศษเพื่อประโยชน์ในการป้องกันหรือบรรเทาสาธารณภัยได้ เพื่อให้สามารถติดต่อสื่อสารกับบุคคลต่าง ๆ ในระหว่างดำเนินการป้องกันหรือบรรเทาสาธารณภัยได้ การต้องดำเนินการอื่น ๆ ตามคำสั่งของเจ้าพนักงานป้องกันและบรรเทาสาธารณภัย ก็อาจมีผลเป็นการจำกัดต่อสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานของประชาชนทำนองเดียวกัน

ข้อจำกัดสิทธิและเสรีภาพในทรัพย์สินหรือสิ่งที่มีค่าทางทรัพย์สินอาจมีได้ในกรณีใด ๆ ที่เจ้าพนักงานสั่งให้ต้องให้บริการ หรือส่งมอบทรัพย์สินหรือสิ่งอื่นใด หรือเช่นกรณีที่เจ้าพนักงานสั่งให้ฆ่าสัตว์ที่ติดเชื้อโรคระบาด เพื่อป้องกันการระบาดของโรคระบาดก็เป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพในทางทรัพย์สินเช่นกัน ตัวอย่างเช่น เมื่อเกิดโรคระบาดสัตว์ (Pest) จนเป็นเหตุให้ฝ่ายปกครองต้องสั่งฆ่าสัตว์ที่อยู่ในข่ายติดโรคหรือแพร่โรค หรือเมื่อเกิดอุทกภัยฝ่ายปกครองได้สั่งให้ระบายน้ำเข้าไปในท้องที่เกษตรกรรม เพื่อป้องกันมิให้น้ำท่วมเขตที่อยู่อาศัย หรือเขตอุตสาหกรรมอันเป็นกรณีที่สิทธิทางทรัพย์สินของประชาชนถูกจำกัดหรืออาจกล่าวได้ว่าถูกระทบเพื่อประโยชน์ ในการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะหรือประโยชน์ส่วนรวม กรณีดังกล่าวเรียกได้ว่าเป็นการกระทำเสมือนเวนคืนทรัพย์สินของเอกชน ซึ่งจะส่งผลตามมาว่า รัฐจะต้องจ่ายเงินชดเชยให้แก่ประชาชนผู้ถูกจำกัดสิทธิเหล่านั้น ด้วยเหตุนี้จึงต้องคำนึงไว้เสมอว่าการใช้อำนาจจำกัดสิทธิทางทรัพย์สินของเจ้าพนักงานตามอำนาจหน้าที่ที่กฎหมายป้องกันและบรรเทาสาธารณภัย (Law on Prevention and Mitigation) ได้รับความคุ้มครองไว้ ย่อมก่อให้เกิดหน้าที่ชดเชยความเสียหายไปด้วยพร้อมกัน

สิทธิและเสรีภาพในเคหสถาน (Rights and Freedoms in Housing) ก็เป็นสิทธิและเสรีภาพอันอาจถูกจำกัดได้ หากเป็นกรณีที่เจ้าพนักงานผู้ปฏิบัติหน้าที่ในการป้องกันและบรรเทาภัยพิบัติต้องเข้าไปในสถานที่อยู่อาศัย สถานที่ทำงาน โรงงาน หรือสถานประกอบการ หรือในกรณีที่ต้องเข้าไปเพื่อเข้าจัดการเก็บกวาด หรือเข้าไปอพยพย้ายผู้คนออกจากสถานที่นั้น ๆ การจำกัดสิทธิและเสรีภาพในเคหสถานนี้ปรากฏให้เห็นได้ในฐานะที่เป็นการบังคับการตามคำสั่งทางปกครอง ทั้งนี้ โดยกฎหมายที่ให้อำนาจกระทำเช่นนั้นจะต้องระบุนความชอบธรรมตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 29<sup>77</sup> ในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพนั้น ๆ ด้วย ซึ่ง

<sup>77</sup> มาตรา 29 การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ จะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย เฉพาะเพื่อการที่รัฐธรรมนูญนี้กำหนดไว้และเท่าที่จำเป็น และจะกระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพนั้นมิได้

ในกรณีพระราชบัญญัติป้องกันและบรรเทาสาธารณภัย พ.ศ. 2550 ไม่ได้กำหนดไว้โดยแจ้งชัด อันอาจเป็นเหตุโต้แย้งได้ว่า เป็นกฎหมายที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ

เสรีภาพในการสื่อสาร (Freedom of Communication) ก็อาจถูกจำกัดลงได้หากเป็นไปได้ เพื่อประโยชน์ในการดำเนินมาตรการที่จำเป็นในการป้องกันหรือบรรเทาสาธารณภัย แต่มีข้อนำพิจารณาว่า เสรีภาพในการชุมนุมโดยสงบ (Freedom of Assembly by Peace) จะถูกจำกัดในระหว่างดำเนินมาตรการป้องกันและบรรเทาสาธารณภัยได้หรือไม่ เพราะตามมาตรา 63 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550<sup>78</sup> กำหนดให้จำกัดได้เฉพาะโดยอาศัยอำนาจตามกฎหมายเฉพาะเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อย ในระหว่างที่ประเทศอยู่ในภาวะสงคราม หรือในระหว่างเวลาที่มีการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินหรือประกาศกฎอัยการศึกเท่านั้น

เสรีภาพในความเป็นอยู่ส่วนตัว (Freedom of Privacy) ก็อาจถูกจำกัดลงได้ หากมีกรณีที่ฝ่ายปกครอง (Administration) เปิดเผยข้อมูลเกี่ยวกับผู้ได้รับบาดเจ็บ หรือผู้อพยพอันเป็นการเปิดเผยข้อมูลที่กระทบต่อสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวหรือสิทธิในการกำหนดข้อมูลส่วนตัวของบุคคลเหล่านั้น และการออกคำสั่งให้บุคคลออกจากสถานที่อยู่ของตนในกรณีที่เกิดอันตราย ก็เป็นการใช้อำนาจจำกัดเสรีภาพในความเป็นอยู่ส่วนตัวที่จะเลือกอยู่ในเคหสถานของตนได้ด้วย โดยเฉพาะในกรณีที่เจ้าหน้าที่ใช้กำลังเข้าควบคุมตัวเพื่อนำออกนอกสถานที่นั้น ๆ

การบังคับให้บุคคลเข้ารับการฉีดวัคซีนเพื่อป้องกันโรคระบาด ก็เป็นกรณีที่มีการจำกัดสิทธิและเสรีภาพในชีวิตร่างกายของประชาชนเช่นกัน และเป็นกรณีที่สามารถมีได้ตามกฎหมายเกี่ยวกับการป้องกันโรคระบาด หรือการป้องกันและบรรเทาสาธารณภัยโดยทั่วไป

การรื้อถอนโรงเรียนสิ่งปลูกสร้าง และการกำหนดสถานที่อยู่ให้บุคคลเข้าไปหรือออกไปจากสถานที่ใดสถานที่หนึ่ง ก็นับเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพในการเลือกถิ่นที่อยู่ โดยเฉพาะเสรีภาพทั่วไปของประชาชน

มาตรา 24 แห่งพระราชบัญญัติป้องกันและบรรเทาสาธารณภัย พ.ศ. 2550 บัญญัติว่า เมื่อเกิดภัยพิบัติสาธารณะ ให้เป็นหน้าที่ของเจ้าพนักงานที่ประสบเหตุต้องเข้าดำเนินการเบื้องต้นเพื่อระงับสาธารณภัยนั้น แล้วรีบรายงานให้ผู้อำนวยการท้องถิ่นที่รับผิดชอบในพื้นที่นั้นเพื่อส่งการต่อไป และในกรณีจำเป็นอันไม่อาจหลีกเลี่ยงได้ ให้เจ้าพนักงานดำเนินการใด ๆ เพื่อคุ้มครองชีวิตหรือป้องกันอันตรายที่จะเกิดแก่บุคคลได้

<sup>78</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

มาตรา 63 บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการชุมนุมโดยสงบและปราศจากอาวุธ

ในกรณีนี้จึงมีปัญหว่า ในการดำเนินมาตรการทางปกครองในการจัดการป้องกันและบรรเทาสาธารณภัยของเจ้าพนักงาน ซึ่งคำว่า ในกรณีจำเป็นอันมิอาจหลีกเลี่ยงได้ นั้นมีความหมายว่าอย่างไร และในการดำเนินมาตรการของเจ้าพนักงานเพื่อคุ้มครองชีวิตหรือป้องกันอันตรายที่จะเกิดแก่บุคคลได้นั้น มีขอบเขตหรือหลักเกณฑ์อย่างไร

โดยที่การตราพระราชบัญญัติป้องกันและบรรเทาสาธารณภัย พ.ศ. 2550 มิได้มีการบัญญัติให้ความหมายของคำว่า ในกรณีจำเป็นอันมิอาจหลีกเลี่ยงได้ และกำหนดขอบเขตหรือหลักเกณฑ์ในการดำเนินมาตรการของเจ้าหน้าที่ของรัฐไว้ โดยทั่วไปอาจส่งผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนไปในทางก่อการะ หรือจำกัดตัดสิทธิของประชาชนได้ ดังตัวอย่างที่ปรากฏในคดีนี้ข้อเท็จจริงนั้นปรากฏว่า กรมชลประทานเคยทำข้อตกลงร่วมกับผู้ประกอบการเลี้ยงปลากระชังว่า เมื่อใดจะมีการเปิดประตูระบายน้ำดังกล่าวจะมีการแจ้งเตือนให้ทราบ เพื่อเตรียมการป้องกันความเสียหาย ซึ่งในกรณีนี้กรมชลประทาน (Royal Irrigation Department) ไม่ได้มีการแจ้งเตือนผู้ประกอบการก่อน โดยกรมชลประทานอ้างว่าเป็นเหตุจำเป็นเร่งด่วนเพราะพื้นที่เหนือประตูระบายน้ำเกิดภาวะน้ำท่วมขัง ประกอบกับกรมอุตุนิยมวิทยา (Meteorological Department) ได้พยากรณ์อากาศว่าจะเกิดฝนตกหนัก จึงได้เร่งเปิดประตูระบายน้ำเพื่อบรรเทาความเสียหาย ซึ่งศาลปกครองสูงสุดพิจารณาแล้วเห็นว่า กรณีนี้หลังจากกรมชลประทานทราบว่า มีภาวะน้ำท่วมขังจนกระทั่งถึงเวลาที่มีการเปิดประตูระบายน้ำสามารถที่จะแจ้งเตือนแก่ผู้ประกอบการได้ทัน เมื่อไม่ได้มีการแจ้งเตือนผู้ประกอบการดังกล่าว จึงเป็นการกระทำการโดยประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง (Serious Negligence) เป็นการกระทำละเมิดทำให้ผู้ฟ้องคดีได้รับความเสียหายต้องชดเชยค่าเสียหาย (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.590/2554)

จากการศึกษานิยามความหมายของคำว่า สาธารณภัย และคำว่า ภัยพิบัติ ซึ่งแบ่งออกได้เป็น 2 ประเภท ได้แก่ ประเภทแรก คือ ภัยพิบัติทางธรรมชาติ (Natural Disaster) และประเภทที่สองคือ ภัยพิบัติที่เกิดจากการกระทำของมนุษย์ (Manmade Disaster) ภัยพิบัติทางธรรมชาติที่เป็นเหตุสุดวิสัย ความจำเป็นที่กฎหมายยอมรับในกฎหมายไทย เหตุจำเป็นกับสถานการณ์ฉุกเฉินตามความหมายของกฎหมายระหว่างประเทศ และเหตุจำเป็นตามแนวคำพิพากษาของศาลไทยเพื่อมิให้เกิดการกระทบกระเทือนต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ (Human Dignity) สิทธิ (Right) และเสรีภาพ (Liberty) หรือความเป็นอยู่ส่วนตัวของบุคคลได้ หรือเกิดการกระทบกระเทือนให้น้อยที่สุดเท่าที่จำเป็น เมื่อเกิดภาวะคับขันขึ้นในกรณีที่เจ้าหน้าที่ของรัฐต้องดำเนินการบางอย่างในลักษณะที่เป็นการบังคับทางกายภาพ ดังนั้น ผู้เขียนจะวิเคราะห์และสรุปให้คำนิยามความหมายของคำว่า ในกรณีจำเป็นอันไม่อาจหลีกเลี่ยงได้ และขอบเขตหรือหลักเกณฑ์ของคำว่า ในกรณี

จำเป็นอันไม่อาจหลีกเลี่ยงได้ในการดำเนินมาตรการจัดการป้องกันและบรรเทาสาธารณภัยของเจ้าหน้าที่ของรัฐได้ ดังต่อไปนี้

คำว่า ในกรณีจำเป็นอันไม่อาจหลีกเลี่ยงได้ หมายความว่าถึง เหตุที่เจ้าหน้าที่ของรัฐทำบุบสลาย หรือทำลายทรัพย์สินหนึ่งสิ่งใด หรือต่อบุคคล เพื่อจะบำบัดป้องภัยอันตรายซึ่งมีมาเป็นสาธารณะโดยฉุกเฉิน และความเสียหายนั้นไม่เกินสมควรแก่เหตุภัยอันตราย

จากนิยามความหมายของคำว่า เหตุจำเป็นอันไม่อาจหลีกเลี่ยงได้ สามารถแยกองค์ประกอบได้ 4 ประการ ดังนี้

ประการแรก คือ ผู้กระทำได้เป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐ

ตามนัยมาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 บัญญัตินิยามคำว่า เจ้าหน้าที่ หมายความว่า ข้าราชการ พนักงาน ลูกจ้าง หรือผู้ปฏิบัติงานประเภทอื่น ไม่ว่าจะเป็นการแต่งตั้งในฐานะเป็นกรรมการหรือฐานะอื่นใด

โดยที่พระราชบัญญัตินี้เน้นถึงการทำงานแทนรัฐในลักษณะเจ้าหน้าที่ของภาครัฐทุกประเภท ดังนั้น เจ้าหน้าที่ตามคำนิยามดังกล่าวจึงหมายความว่าถึงบุคคลากรทุกประเภทที่ทำงานให้กับรัฐ ไม่ว่าจะเป็นลูกจ้างหรือเป็นกรรมการ และไม่ว่าจะเป็นการแต่งตั้งในฐานะใด

กรณีใดถือว่าเป็นหรือไม่เป็น เจ้าหน้าที่ ตามกฎหมายว่าด้วยความรับผิดทางละเมิด ของเจ้าหน้าที่ของรัฐได้มีความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกาและคำวินิจฉัยของศาลปกครองโดยอาจแยกพิจารณาได้ดังนี้

กรณีที่เห็นว่าเป็นเจ้าหน้าที่

คำว่า เจ้าหน้าที่ ตามมาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 หมายความว่า ข้าราชการ พนักงาน ลูกจ้าง หรือผู้ปฏิบัติงานประเภทอื่น ไม่ว่าจะเป็นการแต่งตั้งในฐานะเป็นกรรมการหรือฐานะอื่นใด และคำว่า เจ้าหน้าที่ ตามข้อ 4 ของระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 หมายถึง บรรดาบุคคลซึ่งได้รับการแต่งตั้งหรือถูกสั่งให้ปฏิบัติงานแก่หน่วยงานของรัฐ ดังนั้น เมื่อ พนักงานของรัฐในสังกัดกระทรวงสาธารณสุข ได้รับการแต่งตั้งให้ปฏิบัติงานในกระทรวงสาธารณสุขซึ่งเป็นหน่วยงานของรัฐ จึงเป็น เจ้าหน้าที่ ตามมาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539

องค์การเพื่อการปฏิรูประบบสถาบันการเงิน (ปรส.) เป็นหน่วยงานของรัฐตามพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 กรรมการ อนุกรรมการ เลขานุการ พนักงาน ตลอดจนผู้ปฏิบัติงานอื่นของ ปรส. จึงเป็นเจ้าหน้าที่ตามมาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539

ลูกจ้าง (Employee) ที่ได้รับการบรรจุแต่งตั้งให้ปฏิบัติงานในหน่วยงานของรัฐที่มีลักษณะเป็นการปฏิบัติงานประจำและต่อเนื่อง มีการกำหนดอัตราเงินเดือน การเลื่อนขั้นเงินเดือน การลงโทษทางวินัยตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดโดยกฎหมาย กฎ ระเบียบ หรือข้อบังคับ เช่น กฎหมายว่าด้วยระเบียบข้าราชการประเภทต่าง ๆ หรือลูกจ้างประจำ หรือกฎหมายว่าด้วยการจัดตั้งองค์การรัฐวิสาหกิจ ลูกจ้างประเภทนี้มีฐานะเป็นเจ้าหน้าที่ตามมาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539

กรรมการ (Committee) ในคณะกรรมการการไฟฟ้าส่วนภูมิภาคเป็นเจ้าหน้าที่ของการไฟฟ้าส่วนภูมิภาค จึงเป็นเจ้าหน้าที่ตามมาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 ประเภทผู้ปฏิบัติงานประเภทอื่นที่ได้รับแต่งตั้งในฐานะเป็นกรรมการ

เทศบาล (Municipal)<sup>79</sup> มีหน้าที่จัดให้มีการดำเนินการโรงรับจำนำในเขตเทศบาลนั้นๆ ตามมาตรา 53 (8) แห่งพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 ซึ่งเรียกว่า สถานธนาบาล ตามข้อ 3 ของระเบียบกระทรวงมหาดไทยว่าด้วยการควบคุมและดำเนินงานสถานธนาบาลของหน่วยงานบริหารราชการส่วนท้องถิ่น พ.ศ. 2516 โดยในการจัดตั้งสถานธนาบาลนั้น เทศบาลเมืองจะต้องขออนุญาตต่อเจ้าพนักงานผู้ออกใบอนุญาตตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติโรงรับจำนำ พ.ศ. 2505 เงินทุนหมุนเวียนรับจำนำในเริ่มแรกให้เทศบาลดังกล่าวกู้ยืมจากกองทุนส่งเสริมกิจการเทศบาลสำหรับเจ้าหน้าที่ผู้ปฏิบัติงานประจำสถานธนาบาลในตำแหน่งผู้จัดการสถานธนาบาล สำนักงานคณะกรรมการจัดการสถานธนาบาลของหน่วยบริหารราชการส่วนท้องถิ่น (จ.ส.ท.) กรมการปกครอง (Department of the Interior) กระทรวงมหาดไทย (Ministry) จะเป็นผู้จัดส่งมาปฏิบัติหน้าที่ส่วนพนักงานในตำแหน่งอื่น เทศบาลจะสอบแข่งขันและคัดเลือกเอง และในการปฏิบัติงานของพนักงานเป็นการปฏิบัติงานประจำ การบรรจุแต่งตั้ง

<sup>79</sup> เทศบาล เป็นรูปแบบการปกครองส่วนท้องถิ่นรูปแบบหนึ่งที่ใช้ในประเทศไทยปัจจุบัน การปกครองรูปแบบเทศบาลเป็นการกระจายอำนาจให้แก่ท้องถิ่นดำเนินการปกครองตนเองตามระบอบประชาธิปไตย เกิดขึ้นในรัชสมัยพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว โดยเริ่มจากการจัดตั้งสุขาภิบาลกรุงเทพฯ ร.ศ. 116 (พ.ศ. 2440) โดยมีพระราชกำหนดสุขาภิบาลรถมือสองชายกรุงเทพฯ ร.ศ. 116 ในส่วนภูมิภาคมีการตราพระราชบัญญัติจัดการสุขาภิบาลท่าฉลอม ร.ศ. 124 (พ.ศ. 2448) ขึ้น มีวิวัฒนาการเรื่อยมาจนปี 2475 ได้มีการเปลี่ยนแปลงการปกครองจากระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์มาเป็นระบอบประชาธิปไตย มีการกระจายอำนาจการปกครองที่สมบูรณ์แบบยิ่งขึ้น โดยมีการจัดตั้งเทศบาลขึ้นในปี 2476 มีการตราพระราชบัญญัติจัดระเบียบเทศบาล พ.ศ. 2476 มีการยกฐานะสุขาภิบาลขึ้นเป็นเทศบาลหลายแห่ง ต่อมาได้มีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงยกเลิกกฎหมายเกี่ยวกับเทศบาลหลายครั้ง จนในที่สุดได้มีการตราพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 ยกเลิกพระราชบัญญัติเดิมทั้งหมด ขณะนี้ยังมีผลบังคับใช้ซึ่งมีการแก้ไขครั้งสุดท้าย โดยพระราชบัญญัติเทศบาล (ฉบับที่ 12) พ.ศ. 2543 ในปัจจุบันเทศบาลทั่วประเทศมีจำนวนประมาณสองพันแห่ง

การพิจารณาเลื่อนขั้นเงินเดือน ค่าตอบแทนและค่าจ้างการดำเนินการทางวินัย การเกษียณอายุ การดำรงตำแหน่งเป็นไป ตามระเบียบสำนักงาน จ.ส.ท. ว่าด้วยพนักงานสถานชานาบาล พ.ศ. 2523 และให้ถือว่าเป็นพนักงานเทศบาลด้วย ดังนั้น พนักงานสถานชานาบาล จึงเป็น เจ้าหน้าที่ในราชการส่วนท้องถิ่น ตามมาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539

รัฐมนตรีช่วยว่าการกระทรวงวิทยาศาสตร์เทคโนโลยีและสิ่งแวดล้อม ซึ่งได้รับคำสั่งจาก นายกรัฐมนตรีให้เป็นประธานในการเจรจาข้อตกลงแก้ไขปัญหาผู้ได้รับผลกระทบจากการสร้างฝายราศีไศลอันเกิดจากการปฏิบัติงานตามโครงการที่อยู่ในความรับผิดชอบของกระทรวงวิทยาศาสตร์เทคโนโลยีและสิ่งแวดล้อม จึงถือได้ว่าการกระทำของรัฐมนตรีช่วยว่าการกระทรวงวิทยาศาสตร์เทคโนโลยีและสิ่งแวดล้อมดังกล่าว เป็นการกระทำในฐานะเจ้าหน้าที่ตามมาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 ส่วนคณะทำงานตรวจสอบข้อเท็จจริงของเอกสาร ซึ่งแต่งตั้งโดยประธานการเจรจาข้อตกลงแก้ไขปัญหาผู้ได้รับผลกระทบจากการสร้างฝายราศีไศล เป็นกรณีที่รัฐมนตรีช่วยว่าการกระทรวงวิทยาศาสตร์เทคโนโลยีและสิ่งแวดล้อมแต่งตั้งคณะบุคคลให้ช่วยปฏิบัติหน้าที่ให้แก่หน่วยงานของรัฐซึ่งมีอำนาจหน้าที่ตามกฎหมาย ซึ่งเป็นการแต่งตั้งเข้ามาเพื่อปฏิบัติงานอันเป็นภารกิจของกระทรวงวิทยาศาสตร์เทคโนโลยีและสิ่งแวดล้อม (Ministry of Science and Technology) ไม่ใช่การปฏิบัติงานด้านนโยบายคณะทำงานตรวจสอบข้อเท็จจริง จึงมีฐานะเป็นเจ้าหน้าที่ตามมาตรา 4

คณะกรรมการการเลือกตั้งเป็นผู้ดูแลสำนักงานคณะกรรมการการเลือกตั้งซึ่งเป็นหน่วยงานของรัฐตามพระราชกฤษฎีกากำหนดหน่วยงานของรัฐฯ ตามพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 และเป็นผู้บังคับใช้กฎหมายตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยคณะกรรมการการเลือกตั้ง พ.ศ. 2541 และพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและสมาชิกวุฒิสภา พ.ศ. 2541 คณะกรรมการการเลือกตั้งจึงอยู่ในฐานะที่เป็นผู้ปฏิบัติงานประเภทอื่นตามมาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539

ผู้ช่วยศาสตราจารย์ทันตแพทย์หญิงเป็นข้าราชการในสังกัดของมหาวิทยาลัยมหิดล จึงเป็นเจ้าหน้าที่ตามมาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539

ลูกจ้างของหน่วยงานของรัฐที่อยู่ในบังคับของพระราชบัญญัติได้นั้น จะต้องอยู่ในฐานะที่เป็นเจ้าหน้าที่ของหน่วยงานของรัฐและได้กระทำละเมิดในการปฏิบัติหน้าที่ การที่จะพิจารณาว่า ลูกจ้างคนใดเป็น เจ้าหน้าที่ หรือไม่นั้น อาจพิจารณาโดยจำแนกตามลักษณะของความสัมพันธ์ระหว่างหน่วยงานของรัฐกับบุคคลในสังกัดออกเป็น 2 ลักษณะ คือ

(1) ลูกจ้างที่ได้รับการบรรจุแต่งตั้งให้ปฏิบัติงานในหน่วยงานของรัฐที่มีลักษณะเป็นการปฏิบัติงานประจำและต่อเนื่อง มีการกำหนดอัตราเงินเดือน การเลื่อนขั้นเงินเดือน การลงโทษทางวินัยตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดโดยกฎหมาย ระเบียบหรือข้อบังคับ เช่น กฎหมายว่าด้วยระเบียบข้าราชการประเภทต่าง ๆ หรือระเบียบว่าด้วยลูกจ้างประจำหรือกฎหมายว่าด้วยการจัดตั้งรัฐวิสาหกิจ ลูกจ้างประเภทนี้มีฐานะเป็น เจ้าหน้าที่ ตามพระราชบัญญัตินี้ และความรับผิดชอบทางละเมิดของลูกจ้างประเภทนี้ย่อมเป็นไปตามบทบัญญัติของพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539

(2) ลูกจ้างที่หน่วยงานของรัฐได้ว่าจ้างให้ปฏิบัติงานเป็นครั้งคราวเฉพาะงานไม่ว่าจะมีสัญญาจ้าง (Contract) เป็นหนังสือหรือไม่ก็ตาม ความสัมพันธ์ระหว่างลูกจ้างดังกล่าวกับหน่วยงานที่ว่าจ้างย่อมเป็นไปตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (Civil and Commercial Code) หากลูกจ้างกระทำละเมิดต่อหน่วยงานของรัฐ ความรับผิดทางละเมิดย่อมเป็นไปตามบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

กรณีองค์การรับส่งสินค้าและพัสดุภัณฑ์ (ร.ส.พ.) ทำสัญญาจ้างลูกจ้างเป็นครั้งคราวเฉพาะงาน โดยระบุเงื่อนไขไว้ว่า “หากลูกจ้างก่อให้เกิดความเสียหายใด ๆ แก่นายจ้าง (Employer) ลูกจ้างยินยอมชดใช้ค่าเสียหาย (Damages) แก่นายจ้างทั้งหมดของความเสียหาย โดยลูกจ้างยินยอมให้หักเอาจากเงินต่าง ๆ ที่ลูกจ้างพึงได้จากนายจ้างหากไม่เพียงพอลูกจ้างจะต้องชดใช้ภายใน 15 วัน นับแต่วันที่ได้รับแจ้งจากนายจ้าง” กรณีจึงเป็นการจ้างลูกจ้างเป็นครั้งคราวเฉพาะงาน ไม่ใช่การบรรจุแต่งตั้งเป็นพนักงานเจ้าหน้าที่ของ ร.ส.พ. ดังนั้น นิติสัมพันธ์ระหว่างลูกจ้างดังกล่าวกับ ร.ส.พ. ย่อมเป็นไปตามข้อตกลงในสัญญา รวมทั้งความรับผิดทางละเมิดจะต้องนำบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาใช้บังคับ

แนวคำพิพากษาหรือคำสั่งศาลปกครองที่เห็นว่าเป็นเจ้าหน้าที่ตามพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539

กรุงเทพมหานครมีฐานะเป็นราชการส่วนท้องถิ่น พนักงานลูกจ้างประจำสำนักงานเขตสังกัดกรุงเทพมหานคร จึงเป็นเจ้าหน้าที่ตามมาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 351/2545)

แพทย์ (Doctor) ประจำโรงพยาบาลของรัฐเป็นเจ้าหน้าที่ในหน่วยงานของรัฐตามมาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 12/2548)

สำนักงานตำรวจแห่งชาติ (Royal Thai Police) เป็นราชการระดับกรมถือเป็นหน่วยงานของรัฐ ส่วนเจ้าหน้าที่ตำรวจ (Police) เป็นข้าราชการในสังกัดของสำนักงานตำรวจแห่งชาติจึงเป็น



เจ้าหน้าที่ตามมาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 566/2545)

พนักงานเจ้าหน้าที่ผู้ทำการรังวัดเพื่อออกโฉนดที่ดินตามที่ผู้ฟ้องคดีขอให้รังวัดและออกโฉนดที่ดิน รวมถึงพนักงานเจ้าหน้าที่ผู้ทำการรังวัดที่ดินตามคำสั่งศาล ถือเป็นเจ้าหน้าที่ตามมาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 144/2548)

องค์การขนส่งมวลชนกรุงเทพเป็นรัฐวิสาหกิจที่จัดตั้งขึ้นตามพระราชกฤษฎีกาจัดตั้งองค์การขนส่งมวลชนกรุงเทพ พ.ศ. 2519 มีฐานะเป็นหน่วยงานทางปกครอง (Administration) และพนักงานขับรถโดยสารประจำทางมีฐานะเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐ (Government Officials) (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 68/2550)

กรณีที่ไม่เห็นว่าเป็นเจ้าหน้าที่

ลูกจ้างที่หน่วยงานของรัฐว่าจ้างให้ปฏิบัติงานเป็นครั้งคราวเฉพาะงานไม่ว่าจะมีสัญญาจ้าง (Contract) เป็นหนังสือหรือไม่ก็ตาม ความสัมพันธ์ของบุคคลดังกล่าวกับหน่วยงานของรัฐที่ว่าจ้างเป็นไปตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ หากลูกจ้างกระทำละเมิด (Tort) ต่อหน่วยงานของรัฐ ความรับผิดทางละเมิดย่อมเป็นไปตามบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

กรณีที่มีการไฟฟ้าส่วนภูมิภาคทำสัญญาแต่งตั้งบุคคลอื่นไม่ว่าจะเป็นเอกชนซึ่งเป็นบุคคลธรรมดา (Individual) หรือนิติบุคคล (Corporate) หรือองค์การบริหารส่วนตำบล (Sub – District Administration Organization) ให้ดำเนินการในหน้าที่แทน เช่น เป็นตัวแทนเก็บเงินค่าไฟฟ้าจากประชาชนผู้ใช้ไฟฟ้า หรือทำสัญญาว่าจ้าง (Employment Contract) นิติบุคคล (Corporate) ให้เป็นผู้จัดหาผู้ปฏิบัติงานแทนพนักงานของการไฟฟ้าส่วนภูมิภาค หรือทำสัญญาจ้างเหมาให้ก่อสร้างสิ่งก่อสร้างใด ๆ ให้แก่การไฟฟ้าฯ เป็นสัญญาจ้างทำของตามมาตรา 428 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ดังนั้น บุคคลที่เป็นคู่สัญญากับการไฟฟ้าส่วนภูมิกาดังกล่าวจึงไม่ใช่เจ้าหน้าที่ของการไฟฟ้าส่วนภูมิภาค ไม่เป็นเจ้าหน้าที่ตามมาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539

สรุปได้ว่า คำว่า เจ้าหน้าที่ ตามพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 มีความหมายกว้างโดยรวมทั้งข้าราชการ พนักงาน ลูกจ้าง หรือผู้ปฏิบัติงานประเภทอื่น ไม่ว่าจะเป็นการแต่งตั้งในฐานะเป็นกรรมการ (Committee) หรือฐานะอื่นใด เจ้าหน้าที่ผู้อยู่ภายใต้บังคับพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 นั้น ต้องเป็นเจ้าหน้าที่ผู้ปฏิบัติงานในหน่วยงานของรัฐ (Government Sector) แต่ไม่ได้หมายความเฉพาะข้าราชการ (Official) หรือเจ้าหน้าที่ที่มีสถานะพิเศษตามกฎหมายเท่านั้น แต่ยังรวมถึงลูกจ้าง (Employee)

บางประเภทก็เป็นเจ้าหน้าที่ตามพระราชบัญญัติดังกล่าวด้วย แต่จะต้องเป็นลูกจ้างที่ได้รับการบรรจุแต่งตั้งให้ปฏิบัติงานในหน่วยงานของรัฐที่มีลักษณะเป็นการปฏิบัติงานประจำและต่อเนื่อง มีการกำหนดอัตราเงินเดือน การเลื่อนขั้นเงินเดือน การลงโทษทางวินัยตามหลักเกณฑ์ที่กำหนด โดยกฎหมาย กฎ ระเบียบ หรือข้อบังคับ ลูกจ้างประเภทนี้มีฐานะเป็นเจ้าหน้าที่ซึ่งอยู่ภายใต้บังคับของพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 ดังนั้น กรรมการในคณะกรรมการไฟฟ้าส่วนภูมิภาคเป็นเจ้าหน้าที่ของการไฟฟ้าส่วนภูมิภาคตามความหมายของกฎหมายนี้ อย่างไรก็ตาม แม้คำว่า เจ้าหน้าที่ จะมีความหมายรวมถึงลูกจ้างด้วยก็ตาม แต่หากเป็นลูกจ้างที่หน่วยงานของรัฐได้ว่าจ้างให้ปฏิบัติงานเป็นครั้งคราวเฉพาะงานไม่ว่าจะมีสัญญาจ้าง (Contract) เป็นหนังสือหรือไม่ก็ตาม ความสัมพันธ์ดังกล่าวเป็นไปตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลูกจ้างดังกล่าวจึงไม่ใช่เจ้าหน้าที่ตามความหมายของกฎหมายนี้ ดังความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกาที่ว่า ลูกจ้างขององค์การรับส่งสินค้าและพัสดุภัณฑ์ (ร.ส.พ.) ซึ่งได้ทำสัญญาว่าจ้างเป็นครั้งคราวเฉพาะงาน ไม่มีการบรรจุแต่งตั้งบุคคลดังกล่าวเป็นพนักงานเจ้าหน้าที่ขององค์การรับส่งสินค้าและพัสดุภัณฑ์ นิติสัมพันธ์ระหว่างลูกจ้างดังกล่าวกับองค์การรับส่งสินค้าและพัสดุภัณฑ์ ย่อมเป็นไปตามข้อตกลงในสัญญา รวมทั้งความรับผิดทางละเมิด ซึ่งต้องนำบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาใช้บังคับ นอกจากนี้ การพิจารณาว่าผู้ใดเป็นเจ้าหน้าที่หรือไม่ ก็ได้พิจารณาเพียงแต่บุคคลนั้นเป็นผู้ที่ปฏิบัติงานในหน่วยงานของรัฐหรือปฏิบัติงานเพื่อประโยชน์ของหน่วยงานของรัฐเท่านั้น แต่ต้องพิจารณาถึงความสัมพันธ์ระหว่างผู้ปฏิบัติงานและหน่วยงานของรัฐว่ามีความสัมพันธ์กันในรูปแบบใด ซึ่งหากความสัมพันธ์การรับเข้าปฏิบัติงานเป็นไปตามกฎหมายเอกชน (Private Law) เช่น เอกชนที่รับทำจัดกิจการให้แก่รัฐหรือแทนรัฐตามสัญญาจ้างทำของ หากมีความเสียหายอันเนื่องมาจากการปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าว จะต้องดำเนินการตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เนื่องจากผู้ปฏิบัติงานดังกล่าวไม่ใช่เจ้าหน้าที่ซึ่งอยู่ภายใต้บังคับพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 เช่น กรณีที่การไฟฟ้าส่วนภูมิภาค (ก.ฟ.ภ.) ทำสัญญาแต่งตั้งให้เอกชนซึ่งเป็นบุคคลธรรมดา (Individual) นิติบุคคล (Corporate) หรือองค์การบริหารส่วนตำบล (Sub – District Administration Organization) ดำเนินการในหน้าที่อย่างหนึ่งอย่างใดแทนการไฟฟ้าส่วนภูมิภาค เช่น เป็นตัวแทนเก็บค่าไฟฟ้าจากผู้ใช้ไฟฟ้าแทนพนักงานเก็บเงินของการไฟฟ้าส่วนภูมิภาคหรือแก่กระแสไฟฟ้าที่ขัดข้องให้แก่ผู้ใช้ไฟฟ้า หรือทำสัญญาจ้างเหมาเบ็ดเสร็จให้ก่อสร้างอาคารใด ๆ ให้แก่การไฟฟ้าส่วนภูมิภาค เป็นต้น บุคคลดังกล่าวย่อมไม่เป็นเจ้าหน้าที่ตามกฎหมายนี้

ประการที่สอง คือ ทำให้ทรัพย์สินของผู้อื่นบุบสลาย (Damage) หรือทำลาย (Destroy) หรือต่อบุคคล หมายความว่า เป็นการทำให้ทรัพย์สินของผู้อื่นหรือบุคคลอื่นเสียหาย ไม่ว่าจะเป็นการทำ

บุบสลาย กล่าวคือ ทรัพย์สินนั้นยังมีอยู่ แต่มีบางส่วนสูญหายหรือเสียหายไป เช่น ทบให้แตก หรือ จะเป็นการทำลาย คือ ทำให้ทรัพย์สินสูญไปจากสภาพเดิม เช่น รื้อหรือทำให้พังลง ทรัพย์สินในที่นี้จะเป็น สัตว์หรือทรัพย์สินหรืออสังหาริมทรัพย์ก็ได้ เช่น รถ เรือ ตู้ หรืออาคาร บ้านเรือน<sup>80</sup> และรวมถึงการทำความเสียหายแก่บุคคลด้วย เช่น พังทํานบเพื่อป้องกันน้ำท่วม ทํานบพังทลายคนตาย เป็นต้น<sup>81</sup>

ประการที่สาม คือ ทำเพื่อบำบัดป้องกั้นอันตรายสาธารณะโดยฉุกเฉิน การทำให้ทรัพย์สินของผู้เสียหายหรือทำลายนั้นต้องเกิดขึ้นด้วยความจำเป็นเพื่อปกป้องอันตรายต่อส่วนรวม ตามหลักของการช่วยเหลือซึ่งกันและกันในสังคม (Solidarity) และการที่จำเป็นต้องกระทำให้ทรัพย์สินหรือบุคคลอื่นเสียหายนั้นก็จำเป็นไปเพื่อปกป้องกั้นอันตรายที่เกิดขึ้นอย่างไม่ทันตั้งตัว กล่าวคือ เป็นเรื่องเร่งด่วน (Urgent) หรือฉุกเฉิน (Emergency) รอไม่ได้<sup>82</sup> หมายความว่า เหตุที่จะต้องเข้าทำให้บุบสลายหรือทำลายทรัพย์สินนั้นเพราะหากปล่อยทิ้งไว้จะเกิดอันตรายต่อบุคคลหรือต่อทรัพย์สินโดยส่วนรวมได้ ทั้งภัยนั้นจะต้องเกิดโดยฉุกเฉินด้วย คำว่า ซึ่งมีมาเป็นสาธารณะ หมายความว่า ภัยนี้จะเกิดแก่บุคคลโดยทั่วไปหรือสาธารณชน ไม่ใช่เกิดเพียงคนเดียว ตัวอย่างของภัยสาธารณะ เช่น อุทกภัย วาตภัย อัคคีภัย คำว่า ซึ่งมีมาเป็นสาธารณะ เป็นสิ่งสำคัญ เพราะจะต้องเป็นภัยที่เกิดต่อสาธารณะ ดังนั้น ในการพิจารณาข้อเท็จจริงต้องนำสืบให้ได้ว่า ภัยนั้นจะเกิดต่อสาธารณชนได้หรือไม่ ทั้งนี้ เพราะกรณีภัยสาธารณะกับภัยเอกชนส่งผลต่างกันมาก โดยฉุกเฉิน หมายความว่า โดยปัจจุบันทันด่วนหรือโดยฉับพลัน ภัยใดแม้จะมีมาเป็นสาธารณะ แต่หากมิได้เกิดโดยฉุกเฉินก็ไม่เข้าหลักเกณฑ์ข้อนี้ เช่น โรคระบาดหรือภัยอันเกิดจากการแทรกซึมในสงคราม เช่น ฝนตกหนักน้ำท่วมหมู่บ้านของราษฎร ผู้ใหญ่บ้านจึงควมราษฎรออกไปทำลายทํานบที่มีผู้ทำกั้นน้ำไว้เพื่อเป็นการระบายน้ำ ดังนี้ การทำลายทํานบของผู้อื่นเป็นละเมิด แต่ทำเพื่อป้องกันน้ำท่วม และน้ำท่วมเป็นการฉุกเฉิน ฉะนั้น การกระทำจึงได้รับการยกเว้นโทษ หรือเกิดเพลิงไหม้บ้านของเขียว เจ้าหน้าทีของรัฐเห็นเข้าจึงรื้อฝากระกั้นห้องบ้านของเขียวลง เพื่อตัดการลุกลามของเพลิงไหม้มิให้ไหม้บ้านของบุคคลอื่นอีกหลายบ้าน แต่ถ้าทราบว่าจะโรคระบาดเกิดที่จังหวัดใกล้เคียง และเป็นโรคที่ติดต่อ

<sup>80</sup> วาริ นาสกุล. (2553). *คำอธิบายกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะ ละเมิด จัดการงานนอกสั่ง ลามมิควรได้*. กรุงเทพฯ: จีระชัยการพิมพ์. หน้า 231.

<sup>81</sup> ศักดิ์ สนองชาติ. (2540). *คำอธิบายโดยย่อประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วย ละเมิด และความรับผิดชอบทางละเมิด*. กรุงเทพฯ: นิติบรรณการ. หน้า 231.

<sup>82</sup> ศันันท์กรณ โสทธิพันธ์. (2552). *คำอธิบายกฎหมายลักษณะละเมิด จัดการงานนอกสั่ง และลามมิควรได้*. กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 312.

ทางโภชนาการ ใส่อหาร เจ้าหน้าที่ของรัฐจึงทำให้โภชนาการของเพื่อนบ้านเสียหายหมดนี้ ไม่เป็นภัยอันมีมาเป็นสาธารณะโดยฉุกเฉิน การกระทำของเจ้าหน้าที่ของรัฐจึงไม่ได้รับการยกเว้นโทษ<sup>83</sup>

ประการที่สี่ คือ การกระทำนั้นพอสมควรแก่เหตุ กล่าวคือ การคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ ถือเป็นหลักการพื้นฐานที่สำคัญของหลักนิติรัฐ (Legal State หรือ Rechtsstaat) หรือรัฐภายใต้กฎหมาย ทั้งนี้ เพราะถือว่าศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ (Human Dignity) เป็นหลักสูงสุดของรัฐธรรมนูญ ดังนั้น การกระทำของรัฐทั้งหลาย จึงต้องดำเนินให้สอดคล้องกับคุณค่าอันสูงสุดของรัฐธรรมนูญ เพราะมนุษย์เป็นเป้าหมายการดำเนินการของรัฐ มนุษย์มิใช่เป็นเครื่องมือในการดำเนินการของรัฐ การดำรงอยู่ของรัฐย่อมดำรงอยู่เพื่อมนุษย์ มิใช่มนุษย์ดำรงอยู่เพื่อรัฐ ด้วยเหตุนี้ สิทธิและเสรีภาพจึงเป็นรากฐานที่สำคัญของรัฐเสรีประชาธิปไตยที่ยึดถือระบบนิติรัฐ<sup>84</sup> และจากบทสรุปดังกล่าว นิติรัฐจึงมีความเกี่ยวพันอย่างยิ่งกับสิทธิและเสรีภาพของบุคคล และสิทธิในความเสมอภาค ซึ่งเป็นสิทธิและเสรีภาพตามธรรมชาติของมนุษย์ที่ติดตัวมาตั้งแต่กำเนิด ไม่อาจพรากไปได้ โดยรัฐหรือผู้มีอำนาจปกครองมิอาจล่วงละเมิดสิทธิและเสรีภาพดังกล่าวได้ การใช้อำนาจรัฐจะต้องเคารพสิทธิของประชาชน การตรากฎหมายให้มีผลกระทบต่อสิทธิดังกล่าวย่อมมิอาจกระทำได้จากข้อความคิดดังกล่าวเชื่อว่า หากรัฐตรากฎหมายจำกัดสิทธิตามธรรมชาติของประชาชนแล้วกฎหมายนั้น ๆ จะไม่มีผลบังคับเลยทีเดียว<sup>85</sup> ซึ่งตามหลักกฎหมายธรรมชาติ (Natural Law) ได้ให้ความสำคัญและยอมรับคุณค่าของปัจเจกชน (Individuals) มิอาจก้าวข้ามบุคคลและสิทธิของเขาได้ เว้นแต่เพื่อประโยชน์ส่วนรวม<sup>86</sup>

อย่างไรก็ตาม เจตนารมณ์หรือความมุ่งหมายที่กฎหมายให้อำนาจฝ่ายปกครอง (Administration) จำกัดสิทธิและเสรีภาพของราษฎรนั้น ก็เพื่อคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของผู้อื่น และหรือประโยชน์มหาชนเท่านั้น การตรากฎหมายออกมาใช้บังคับแก่ราษฎรเพื่อประโยชน์อย่างอื่นนอกเหนือจากนี้ย่อมเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพอันเป็นการฝ่าฝืนเจตนารมณ์ตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ หรืออีกนัยหนึ่ง การใช้อำนาจนิติบัญญัติ (Legislative) โดยมีขอบเป็นผลให้กฎหมายนั้นขัดต่อรัฐธรรมนูญ (Constitution) และใช้บังคับมิได้ ดังนั้น หากมีการตรากฎหมายที่ใช้บังคับแก่ราษฎรเพื่อการบางอย่างนอกเหนือจากที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ แม้เกี่ยวกับประโยชน์มหาชนก็ตาม ก็เท่ากับเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพอันเป็นการฝ่าฝืน

<sup>83</sup> วารีนาสกุล. อ้างแล้ว. เจริญธรรมที่ 80. หน้า 232.

<sup>84</sup> บรรเจิด สิงคะเนติ. (2552). *หลักพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์*. กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 23 – 24.

<sup>85</sup> หุคุด แสงอุทัย. (2545). *ความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป*. กรุงเทพฯ: ประกายพริ้ง. หน้า 170 – 174.

<sup>86</sup> บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. (2554). *กฎหมายมหาชน เล่ม 1*. กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. หน้า 73 – 74.

เจตนารมณ์ตามบทบัญญัติรัฐธรรมนูญ<sup>87</sup> อย่างเช่น รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 5) พุทธศักราช 2538 มาตรา 45 วรรคสอง ยอมให้ตรากฎหมายให้อำนาจฝ่ายปกครองจำกัดเสรีภาพในการเดินทางและเสรีภาพในการเลือกถิ่นที่อยู่ภายในราชอาณาจักรได้เฉพาะแต่เพื่อความมั่นคงของรัฐ หรือความสงบเรียบร้อยของประชาชน หรือสวัสดิภาพของประชาชน หรือการผังเมือง เป็นต้น

หลักความได้สัดส่วน เป็นหลักกฎหมายทั่วไปที่สำคัญที่เข้ามามีบทบาทในการจำกัดวิธีการหรือมาตรการที่ฝ่ายปกครองจะใช้บังคับเพื่อให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ อยู่ในขอบเขตที่เหมาะสมจำเป็นกับสิทธิและเสรีภาพของประชาชนที่จะถูกระทบ โดยมีความมุ่งหมายให้การใช้อำนาจรัฐเป็นไปอย่างได้สัดส่วนเมื่อเปรียบเทียบกับวัตถุประสงค์ปลายทางกับมาตรการที่รัฐนำมาใช้ หากมาตรการหรือวิธีการที่นำมาใช้มีลักษณะเกินความจำเป็นไม่ได้สัดส่วน ผลก็คือการใช้มาตรการดังกล่าวเป็นการใช้ดุลพินิจโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย และไม่อาจมีผลใช้บังคับได้ ดังนั้น หลักความได้สัดส่วนจึงเป็นหลักพื้นฐานของการพิจารณาความสัมพันธ์อันเหมาะสมระหว่างคำสั่งหรือการกระทำทางปกครอง (Administrative Action) วัตถุประสงค์ของการกระทำของฝ่ายปกครองกับผลที่จะเกิดขึ้นอันเกิดจากการออกคำสั่งหรือจากการกระทำทางปกครองนั้น ๆ

หลักความได้สัดส่วน เป็นหลักกฎหมายที่ได้รับการยอมรับจากประเทศต่าง ๆ หลายประเทศ รวมทั้งประเทศไทยว่า เป็นหลักกฎหมายทั่วไป (General Law) แม้มิได้บัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร แต่มีค่าบังคับเช่นเดียวกับบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ ซึ่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ได้มีบัญญัติรับรองสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานของประชาชนไว้หลายประการ หากผู้ใช้อำนาจกระทำการอันเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ย่อมกระทำได้เฉพาะที่รัฐธรรมนูญบัญญัติให้อำนาจและภายในขอบเขตที่กำหนดไว้เท่านั้น<sup>88</sup> อย่างเช่น บทบัญญัติมาตรา 29 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 บัญญัติไว้ว่า การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้จะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเพื่อการที่รัฐธรรมนูญนี้กำหนดไว้ และเท่าที่จำเป็นเท่านั้น และจะกระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพนั้นมิได้ จากบทบัญญัตินี้ดังกล่าว การใช้อำนาจรัฐจะกระทำการใดอันเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพประชาชน นอกจากต้องคำนึงถึงอำนาจตามรัฐธรรมนูญที่ได้บัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษร (Constitutional Writing) แล้วยังต้องคำนึงถึงหลักความได้สัดส่วนด้วย ซึ่งเป็นหลักกฎหมายทั่วไป (General Law) ด้วย หลักความได้สัดส่วน

<sup>87</sup> วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. (2540). *หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครอง*. กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 57 – 58.

<sup>88</sup> สำนักวิจัยและวิชาการ สำนักงานศาลปกครอง. (2548). *สรุปหลักกฎหมายมหาชน เรื่อง หลักแห่งความได้สัดส่วน*. กรุงเทพฯ: สำนักวิจัยและวิชาการ สำนักงานศาลปกครอง. หน้า 1.

มีรากฐานจากหลักความยุติธรรม (Justice Principle) ที่ต้องคำนึงถึงทั้งในส่วนของผู้ปัจเจกบุคคลและสังคมโดยรวม ทั้งนี้ เพราะการอาศัยอยู่ร่วมกันในสังคมนั้น ผลประโยชน์ของผู้ปัจเจกชน ผลประโยชน์ของกลุ่มบุคคลที่แตกต่างกัน รวมทั้งผลประโยชน์ของมหาชน ย่อมมีการกระทบกันเสมอ การคลี่คลายปัญหาความขัดแย้งในเชิงผลประโยชน์ (Conflicts of Interest) ประเทศทางตะวันตกได้อาศัยหลักความได้สัดส่วนในการแก้ไขปัญหา โดยมีการคำนึงถึงความยุติธรรมของทุกฝ่าย อันเป็นความสมบูรณ์หรือความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของรัฐทั้งหลาย<sup>89</sup> ดังนั้นจึงมีความจำเป็นอย่างยิ่งในการทำความเข้าใจต่อสาระของหลักความได้สัดส่วน เพื่อนำมาใช้เป็นหลักเกณฑ์ในการตรวจสอบการกระทำของรัฐบาลหรือฝ่ายปกครอง

ดังนั้น จึงพอสรุปได้ว่า หลักความได้สัดส่วน คือ การที่ฝ่ายปกครองนำกฎเกณฑ์ที่ดีที่สุดมาปรับใช้กับเอกชน ในการกำหนดความสัมพันธ์ที่เหมาะสม ระหว่างวิธีการที่ฝ่ายปกครองใช้กับเป้าหมายที่คาดว่าจะได้รับ ในกรณีที่ฝ่ายปกครองมีอำนาจที่จะละเมิดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ฝ่ายปกครองต้องใช้อำนาจนั้นเท่าที่จำเป็น การละเมิดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนถือว่าไม่ชอบด้วยกฎหมาย ในกรณีที่การละเมิดนั้นมีขนาดเกินสมควร เมื่อเปรียบเทียบกับเป้าหมายของการกระทำทางปกครอง การจะวิเคราะห์ที่ลึกซึ้งซึ่งมากขึ้นนำไปสู่ความจริงที่ว่าหลักแห่งความได้สัดส่วนนี้มีได้พิจารณาแต่เพียงวิธีการและเป้าหมายเท่านั้น แต่จะต้องพิจารณาถึงข้อเท็จจริงของนิติกรรมทางปกครองนั้นด้วย นั่นก็คือ จะต้องมีความสัมพันธ์ที่ได้สัดส่วนเหมาะสมระหว่างสถานการณ์ที่เกิดขึ้น เป้าหมายและการตัดสินใจ อย่างกรณี การลงโทษทางวินัยนั้นต้องสัมพันธ์กับความผิดและวัตถุประสงค์ของการลงโทษ เช่นเดียวกับมาตรการในทางปกครองซึ่งมีผลในการละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชน ก็จะต้องมีความสัมพันธ์กับสถานการณ์ที่ก่อให้เกิดมาตรการนั้น และความจำเป็นที่ต้องรักษาไว้ซึ่งความเรียบร้อย หลักความได้สัดส่วนจึงต้องพิจารณาถึงสถานการณ์ การตัดสินใจ และวัตถุประสงค์ไปพร้อม ๆ กัน<sup>90</sup>

สำหรับการควบคุมความเหมาะสมของมาตรการทางปกครอง ที่กระทบต่อเสรีภาพของประชาชนที่ได้รับการรับรอง และคุ้มครองตามกฎหมาย คดีที่ถือเป็นกรณีคลาสสิกที่สุด คือ ในคำพิพากษา Benjamin ลงวันที่ 19 พฤษภาคม 1933 ซึ่งเป็นคำพิพากษาที่มีชื่อเสียงมากนั้น สภาแห่งรัฐได้พิพากษาเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองของนายกเทศมนตรีที่สั่งห้ามการประชุมด้วยเหตุผลว่า พิจารณาจากคำสั่งของฝ่ายปกครองจะพบว่า ความเป็นไปได้ของความวุ่นวายนั้นมิได้

<sup>89</sup> บรรเจิด ลิงคะเนติ. (2552). *หลักพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์*. กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 269.

<sup>90</sup> สมคิด เลิศไพฑูรย์. หลักแห่งความได้สัดส่วน. *วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์* 20, (4), หน้า 99 – 109.

มีระดับความร้ายแรงอย่างที่มีการคาดการณ์ แม้จะมีได้สั่งห้ามการประชุม ฝ่ายปกครองก็สามารถรักษาความสงบโดยใช้มาตรการอื่นได้ เราจะพบว่ามืองค์ประกอบที่สำคัญ 3 ประการ คือ สถานการณ์ (ความเป็นไปได้ของความวุ่นวาย) วัตถุประสงค์ (การรักษาความสงบเรียบร้อย) และนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ได้สัดส่วน (การสั่งห้ามมิให้มีการประชุม) นับแต่นั้นเป็นต้นมา สภาแห่งรัฐก็ได้ตัดสินใจตามคำพิพากษานี้<sup>91</sup>

อย่างไรก็ตาม ประเด็นปัญหาทางกฎหมายเหล่านี้จะชอบด้วยรัฐธรรมนูญก็ต่อเมื่อได้ระบุบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจตรากฎหมายในทางจำกัดสิทธิและเสรีภาพไว้ในกฎหมายด้วย แต่โดยที่การตราพระราชบัญญัติป้องกันและบรรเทาสาธารณภัย พ.ศ. 2550 มิได้มีการตราไว้ว่าเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพโดยอาศัยอำนาจตามรัฐธรรมนูญมาตราใด ดังนั้น โดยนัยแห่งมาตรา 26 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ย่อมอาจมีปัญหาก็ได้ว่ากฎหมายดังกล่าวขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ เพราะไม่ได้อ้างเหตุให้จำกัดสิทธิและเสรีภาพไว้โดยแจ้งชัด

นอกจากนั้น สิทธิขั้นพื้นฐาน (Fundamental Rights) ของประชาชนยังเป็นฐานแห่งสิทธิเรียกร้องค่าชดเชย (Compensation) จากรัฐอีกด้วย เพราะการดำเนินกระบวนการในการป้องกันและบรรเทาสาธารณภัยหรือภัยพิบัติทั้งหลายนั้น ย่อมอาจมีผลไปในทางจำกัด หรือก่อภาระแก่สิทธิขั้นพื้นฐานตามรัฐธรรมนูญ เช่น สิทธิและเสรีภาพในการประกอบอาชีพ หรือเสรีภาพทางทรัพย์สินย่อมได้รับความกระทบกระเทือนจากการดำเนินมาตรการต่าง ๆ ของรัฐ ในกรณีที่เกิดเป็นข้อพิพาทขึ้น การใช้อำนาจของรัฐก็ย่อมต้องถูกตรวจสอบโดยศาล (Judicial Review) ได้เสมอ

<sup>91</sup> วรรณ วิจาระนันท์. (2548). *หลักความได้สัดส่วนในระบบกฎหมายไทย*. นิติศาสตรมหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. หน้า 56.