

การใช้อำนาจทางกฎหมายของฝ่ายทหาร :  
ศึกษากรณีคำสั่งทางปกครองในสถานการณ์ฉุกเฉิน

พันตรีวุฒิชัย ประทุมวัลย์

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต  
สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ปริธี พนมยงค์  
มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์

พ.ศ. 2559

**Legal Application of Military Authority:  
Case Study on The Administrative Order in the Emergency situation**

**Major Wuttichai Pratumwun**

**A Thesis Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements  
for the Degree of Master of Laws**

**Department of Law**

**Pridi Banomyong Faculty of Law, Dhurakij Pundit University**

**2016**



## ใบรับรองวิทยานิพนธ์

คณะนิติศาสตร์ปริทัศน์ พนมมรงค์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์

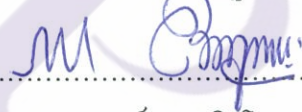
ปริญญาวิทยาศาสตรมหาบัณฑิต

หัวข้อวิทยานิพนธ์ การใช้อำนาจทางกฎหมายของฝ่ายทหาร : ศึกษากรณีคำสั่งทางปกครอง  
ในสถานการณ์ฉุกเฉิน  
เสนอโดย พันตรีวุฒิชัย ประทุมวัลย์  
สาขาวิชา นิติศาสตร์  
หมวดวิชา กฎหมายมหาชน

อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ รองศาสตราจารย์ ดร.ภูมิ โชคเหมาะ

ได้พิจารณาเห็นชอบโดยคณะกรรมการสอบวิทยานิพนธ์แล้ว

  
.....ประธานกรรมการ  
(ศาสตราจารย์ ดร.ไพศิษฐ์ พิพัฒน์กุล)

  
.....กรรมการและอาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์  
(รองศาสตราจารย์ ดร.ภูมิ โชคเหมาะ)

  
.....กรรมการ  
(รองศาสตราจารย์ประเสริฐ ตั่นศิริ)

  
.....กรรมการ  
(อาจารย์ ดร.สรชร ชนโชตโกทิน)

คณะนิติศาสตร์ปริทัศน์ พนมมรงค์ รับรองแล้ว

  
..... คณบดีคณะนิติศาสตร์ปริทัศน์ พนมมรงค์  
(รองศาสตราจารย์ ดร.เจษฎ์ โทณะวณิก)

วันที่ 15 เดือน กรกฎาคม พ.ศ. 2559

หัวข้อวิทยานิพนธ์	การใช้อำนาจทางกฎหมายของฝ่ายทหาร: ศึกษากรณีคำสั่งทางปกครอง ในสถานการณ์ฉุกเฉิน
ชื่อผู้เขียน	พันตรีวุฒิชัย ประทุมวัลย์
อาจารย์ที่ปรึกษา	รองศาสตราจารย์ ดร.ภูมิ โชคเหมาะ
สาขาวิชา	นิติศาสตร์
ปีการศึกษา	2558

### บทคัดย่อ

บทบาทสำคัญของรัฐคือสามารถใช้อำนาจเหนือประชาชนที่อยู่ในรัฐได้ แต่การใช้  
อำนาจดังกล่าวย่อมอยู่บนพื้นฐานของหลักการที่สำคัญภายใต้กติกาของรัฐที่เป็นเสรีประชาธิปไตย  
ที่จะยึดถือว่าประชาชนคือเจ้าของอำนาจอธิปไตย การใช้อำนาจอธิปไตยจึงต้องใช้โดยคำนึงถึงสิทธิและเสรีภาพ  
ของประชาชนที่อยู่ในรัฐอันเป็นการยกฐานะของประชาชนที่อยู่ในรัฐเป็นผู้ทรงสิทธิมิใช่ผู้ถูกกระทำ  
นอกจากนั้นต้องคำนึงถึงกรอบกติกาของกฎหมายระหว่างประเทศด้วย ดังนั้น การใช้อำนาจอธิปไตย  
ในการดูแลรักษาความสงบในรัฐหรือประเทศที่เป็นเสรีประชาธิปไตยหากเป็นสถานการณ์ปกติย่อม  
มีความเคร่งครัดหรือมีกรอบในการใช้อำนาจที่ต้องคำนึงถึงสิทธิและเสรีภาพของประชาชน แต่หาก  
เป็นการใช้อำนาจในสถานการณ์ที่ไม่ปกติสภาพการณ์ของการใช้อำนาจมักจะลดขั้นตอนและความ  
เคร่งครัดลงเพื่ออำนวยให้ผู้ใช้อำนาจรัฐสามารถใช้อำนาจนั้นนำพารัฐหรือประเทศเข้าสู่สถานการณ์  
ที่เป็นปกติโดยเร็ว ในส่วนของประเทศไทยที่มีการปกครองในระบอบประชาธิปไตยย่อมหลีกเลี่ยง  
ไม่พ้นที่จะต้องเดินตามกรอบและทิศทางดังกล่าวไว้เบื้องต้น

สถานการณ์ที่ผ่านมาของไทยประสบปัญหาเกี่ยวกับการใช้อำนาจของฝ่ายทหาร  
ในฐานะเจ้าพนักงานผู้ใช้อำนาจตามพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน  
พ.ศ. 2548 หลายประการ ขณะเดียวกันบัญญัติแห่งกฎหมายดังกล่าวก็ไม่สามารถปกป้องเจ้าหน้าที่  
ผู้ปฏิบัติงานให้พ้นจากความรับผิดทางกฎหมายแม้จะได้ปฏิบัติตามคำสั่งโดยสุจริตจาก  
ผู้บังคับบัญชา เป็นเหตุให้เจ้าหน้าที่ที่ปฏิบัติตามหน้าที่ถูกดำเนินคดีทางวินัยอย่างร้ายแรงและ  
ถูกดำเนินคดีอาญาสภาพการณ์ดังกล่าวบั่นทอนขวัญกำลังใจของผู้ปฏิบัติงานที่ปฏิบัติหน้าที่ด้วยความ  
สุจริตตามมา

จากการศึกษาสภาพปัญหาเกี่ยวกับการใช้อำนาจของฝ่ายทหารในฐานะเจ้าพนักงานตาม  
พระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548 แนวคิดทฤษฎีต่าง ๆ เกี่ยวกับการ  
ใช้อำนาจรัฐ กรณีศึกษาของต่างประเทศ ตลอดจนคำสั่งศาลหรือคำพิพากษาของศาลทั้งในและ

ต่างประเทศ สามารถนำมาวิเคราะห์ประเด็นปัญหาที่สำคัญได้เช่นปัญหาเกี่ยวกับอำนาจในการใช้  
ดุลพินิจประกาศ ว่าท้องที่ใดกำลังตกอยู่ในสถานการณ์ฉุกเฉินหรือสถานการณ์ฉุกเฉินที่มีความ  
ร้ายแรง ผู้วิจัยเสนอแนะว่าหากปรากฏว่าบริบทและข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นนั้นยังไม่เพียงพอที่ใช้เป็น  
ฐานของเหตุผลและความจำเป็นในการอ้างอิงเพื่อประกาศใช้สถานการณ์ฉุกเฉินได้ ฝ่ายบริหารหรือ  
รัฐบาลจึงควรใช้กฎหมายที่ใช้อยู่ในสถานการณ์ปกติไปก่อนเช่นพระราชบัญญัติการชุมนุม  
สาธารณะ พ.ศ. 2558 หากมีสถานการณ์ที่รุนแรงก็อาจพิจารณาใช้พระราชบัญญัติการรักษาความ  
มั่นคงภายในราชอาณาจักร พ.ศ. 2551 และหากสถานการณ์ไม่ดีขึ้นถึงค่อยพิจารณาใช้อำนาจตาม  
พระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548 เป็นต้น ในส่วนของ การ  
ควบคุมตัวบุคคลในสถานการณ์ฉุกเฉินเป็นมาตรการทางกฎหมายที่เป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพของ  
ประชาชน ผู้วิจัยเสนอแนะว่าเพื่อไม่ให้การใช้อำนาจเกิดความซ้ำซ้อนในการบังคับใช้กฎหมายใน  
เรื่องระยะเวลาการควบคุมตัวบุคคลระหว่างพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์  
ฉุกเฉินกับประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา จึงเห็นควรให้เจ้าพนักงานใช้อำนาจตาม  
พระราชกำหนดดังกล่าวใช้กฎหมายในสถานการณ์ปกติคือ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา  
ส่วนการให้อำนาจนายกรัฐมนตรีนสามารถใช้ดุลพินิจต่อเวลาประกาศสถานการณ์ฉุกเฉิน ผู้วิจัย  
เสนอแนะว่าควรใช้ดุลพินิจต่อเวลาประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินควรใช้เท่าที่จำเป็นจริง ๆ และต้องมี  
มีจุดเกาะเกี่ยวกับประชาชนผู้ทรงสิทธิและเสรีภาพผ่านทางอำนาจนิติบัญญัติ ส่วนขั้นตอนและ  
กระบวนการใช้อำนาจของฝ่ายทหารในฐานะเจ้าพนักงานผู้มีอำนาจตามพระราชกำหนดการบริหาร  
ราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548 ผู้วิจัยเห็นว่ากระบวนการออกคำสั่งทางปกครองของ  
ฝ่ายทหารในฐานะเจ้าพนักงานผู้มีอำนาจเฉพาะในสถานการณ์ที่ไม่ปกติ อาจใช้โดยผ่อนคลายจาก  
หลักความชอบด้วยกฎหมายได้ แต่ต้องใช้โดยต้องคำนึงถึงหลักนิติรัฐ หลักนิติธรรม ตลอดจนต้อง  
สอดคล้องกับหลักกฎหมายระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับสิทธิมนุษยชนหรือหลักมนุษยธรรมอัน  
เป็นกติการะหว่างประเทศที่ไทยจะต้องให้ความเคารพในฐานะรัฐภาคี ในส่วนของขั้นตอน และ  
กระบวนการเข้ายึดหรือสลายการชุมนุมอันเป็นการใช้อำนาจปฏิบัติการทางปกครองให้เป็นไปตาม  
หลักการที่เป็นสากล ในส่วนของ การใช้อาวุธนั้น เจ้าหน้าที่ฝ่ายทหารควรใช้อาวุธเฉพาะในการ  
ป้องกันตนเอง หรือผู้อื่นเท่านั้น และต้องเป็นการกระทำเพื่อป้องกันสิทธิของตนหรือของผู้อื่น  
เพื่อให้พ้นจากภัยอันตรายซึ่งเกิดจากการประทุษร้ายอันละเมิดต่อกฎหมายและเป็นภัยอันตรายที่  
ใกล้จะถึง และได้กระทำไปพอสมควรแก่เหตุ ในส่วนของ การใช้อำนาจและการเยียวยาผู้ได้รับ  
ผลกระทบจากการใช้อำนาจตามพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน  
พ.ศ. 2548 ผู้วิจัยเห็นว่าเมื่อรัฐดำเนินการใด ๆ ไปแล้วและเกิดความเสียหายไม่ว่าการกระทำนั้น  
จะชอบหรือไม่ชอบด้วยกฎหมายก็ย่อมต้องรับผิดชอบตามหลักความรับผิดชอบของรัฐ ส่วนรูปแบบในการ

ควบคุมการใช้อำนาจของฝ่ายทหารที่เกี่ยวข้องในฐานะเจ้าพนักงานผู้ใช้อำนาจตามพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548 โดยองค์กรภายในฝ่ายปกครอง ผู้วิจัยเสนอแนะให้ใช้รูปแบบการควบคุมโดยผู้มีอำนาจเหนือ และในส่วนของข้อเสนอแนะเกี่ยวกับองค์กรควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายฝ่ายทหารในฐานะเจ้าพนักงานผู้ใช้อำนาจตามพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548 โดยองค์กรภายนอกฝ่ายปกครอง ผู้วิจัยเสนอแนะให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548 ม.16 โดยให้ข้อกำหนด ประกาศ คำสั่ง หรือการกระทำตามพระราชกำหนดนี้อยู่ภายใต้กฎหมายว่าด้วยการจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง



Thesis Title	Legal Application of Military Authority: Case Study on The Administrative Order in the Emergency situation
Author	Major Wuttichai Pratumwan
Thesis Advisor	Associate Professor Dr. Poom Chokmoh
Department	Law
Academic Year	2015

### ABSTRACT

The main role of the government is the ability to exercise its power over people who are under their control. However, the exercise of such power must be based on important principle under government's rule with liberal democracy with the view that people is the owner of government's power. Therefore, exercising government power must take into account the right and freedom of people within the government, which is raising the status of people within the government as the possessor of such right, not the victim. Furthermore, the rule of international law must also be taken into account. Therefore, exercising government power in maintaining peace and security within the government or the country with liberal democracy in normal situation requires strictness or scope of power that must take into account people's rights and freedom. However, exercising power in abnormal situation, its circumstance would reduce the steps and strictness in order to facilitate the exerciser of government power to exercise such power to restore normal situation for the government and the country as quickly as possible. It is inevitable for Thailand's democracy to follow the aforementioned scope and direction.

In the past, Thailand had to face the problems relating to the exercise of military power as an official who exercises his power according to the Decree on Public Administration in Emergency Situation, B.E. 2548 (2005) in many respects. At the same time, such legislation could not protect the official from legal obligation despite acting according to the superior's order in good faith, causing such official to be subjected to serious disciplinary action and criminal prosecution. Such situation deteriorates the morale of honest official who honestly performs his duty.

The study of the problems relating to the exercising of military power as an official according to the Decree on Public Administration in Emergency Situation, B.E. 2548 (2005), concepts and theories relating to the exercise of government power, case studies from overseas, as well as court's order or judgment both local and international can be used to analyze important issues such as the issue relating to the exercise of discretionary power to announce which area is in an emergency or state of emergency. The researcher recommends that if it appears that the contexts and the facts are not sufficient to be the rationale and necessity to refer to announce emergency decree, administration or government should apply the law that exists in normal situation first such as the Public Assembly Act, B.E. 2558 (2015). In case of serious situation, The Internal Security Act, B.E. 2551 (2008) may be applied. And, in case the situation does not improve, then the Decree on Public Administration in Emergency Situation, B.E. 2548 (2005) may be applied, etc. Regarding taking individual into custody in an emergency situation is a legal measure that limits people's rights and freedom. The researcher suggests that in order to avoid duplication of law enforcement in terms of duration that individual can be taken into custody between the Decree on Public Administration in Emergency Situation and the Criminal Procedure Code. Therefore, it is viewed as appropriate for the official exercising power according to such decree to apply the law in normal situation, i.e. the Criminal Procedure Code. Regarding granting of the discretionary power to the Prime Minister to announce an emergency situation, the researcher recommends that such discretionary power should only be used if it is necessary and requires insertion relating to people who possesses the rights and freedom through legislative power. In terms of procedure and process of exercising military power as the authorized official according to the Decree on Public Administration in Emergency Situation, B.E. 2548 (2005), the researcher views that the process of issuing administrative order of the military as the authorized official only for abnormal situation may be applied by relaxing the principle of legitimacy. However, its application must take into account principle of legal state, rule of law, as well as consistency with international law in relation to human's rights or humanitarian principles, which are international rule that Thailand must respect as state party. In terms of procedure and process of breaking up the assembly, which is exercising of administration power according to international principle. In terms of the use of weapon, military officer should use weapon for self-protection or to protect others only, which must be acted to protect one's rights or the rights of



others to be free from danger due to violence that violates the law and imminent danger, and acted reasonably. In terms of exercising power and remedy for those who are affected by the exercise of power according to the Decree on Public Administration in Emergency Situation, B.E. 2548 (2005), the researcher views that after the government has performed any action and it caused damage, whether such action is legal or illegal, the government must be liable for such action according to the government's liability principle. For the method of controlling the exercise of relevant military power as the authorized official according to the Decree on Public Administration in Emergency Situation, B.E. 2548 (2005) internally within the administration, the researcher recommends the method of control by superior. And, in terms of recommendation regarding organization regulating legitimacy of the military as the authorized official according to the Decree on Public Administration in Emergency Situation, B.E. 2548 (2005) by external organization outside the administration, the researcher recommends to amend section 16 of the Decree on Public Administration in Emergency Situation, B.E. 2548 (2005) where regulation, order, or action according to the decree shall be under the Act on Establishment of Administrative Courts and Administrative Court Procedure.

## กิตติกรรมประกาศ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้ สำเร็จลงได้ด้วยได้รับความกรุณาอย่างสูงจาก รองศาสตราจารย์ ดร. ภูมิ โชคเหมาะ ซึ่งเมตตากรุณารับเป็นอาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์โดยได้สละเวลาให้คำปรึกษา และคำแนะนำที่เป็นประโยชน์อย่างยิ่ง รวมทั้งตรวจแก้ไขข้อบกพร่องต่าง ๆ จนทำให้วิทยานิพนธ์ฉบับนี้สมบูรณ์ยิ่งขึ้น ผู้เขียนใคร่ขอขอบพระคุณอาจารย์เป็นอย่างสูงไว้ ณ ที่นี้

ขอขอบพระคุณ ศาสตราจารย์ ดร.ไพศิษฐ์ พิพัฒนกุล ซึ่งได้กรุณารับเป็นประธาน กรรมการสอบวิทยานิพนธ์ พร้อมทั้งให้คำแนะนำอันเป็นประโยชน์อย่างสูงต่อวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ และผู้วิจัยขอขอบพระคุณคณะกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ทุกท่าน รองศาสตราจารย์ประเสริฐ ตัณศิริ และอาจารย์ ดร.สรธร ธนโชติ โภคิน ที่สละเวลารับเป็นกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ ตลอดจนให้ความช่วยเหลือในการแก้ไขและให้คำแนะนำที่มีประโยชน์อย่างยิ่งจนทำให้วิทยานิพนธ์ฉบับนี้ มีความสมบูรณ์มากยิ่งขึ้น

ผู้วิจัยขอกราบขอบพระคุณต่อบิดา มารดา และญาติพี่น้อง อันเป็นที่เคารพรักของผู้วิจัย ที่ให้โอกาสในการศึกษาและเป็นกำลังใจผู้เขียนเสมอมา รวมทั้งครูอาจารย์ทุกท่านตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบันที่ได้ประสิทธิ์ประสาทวิชาความรู้แก่ผู้เขียน และขอขอบคุณผู้แต่งตำราทุกเล่มที่ได้ทุ่มเทเพื่อประโยชน์ทางวิชาการต่อผู้อื่น ขอขอบพระคุณคณาจารย์ประจำหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิตทุกท่าน และขอขอบคุณพี่ ๆ เพื่อน ๆ ของผู้วิจัยทุกท่านที่ช่วยเหลือและให้กำลังใจแก่ผู้วิจัยตลอดมา ทำให้วิทยานิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จลุล่วงด้วยดี

อนึ่ง หากวิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีคุณค่าและคุณประโยชน์ต่อการศึกษาค้นคว้าของผู้สนใจ อยู่บ้างผู้วิจัยขออุทิศให้แก่บุพการี คณาจารย์ ตลอดจนผู้แต่งตำรา บทความต่าง ๆ ทุกท่าน ที่ผู้วิจัยได้ใช้ในการศึกษาค้นคว้าอ้างอิง และผู้มีพระคุณทุกท่านซึ่งผู้วิจัยให้ความเคารพนับถือ ทั้งนี้หากมีข้อผิดพลาดหรือบกพร่องประการใดผู้วิจัยขอน้อมรับไว้แต่เพียงผู้เดียว

พันตรีวุฒิชัย ประทุมวัลย์

สารบัญ

	หน้า
บทคัดย่อภาษาไทย .....	๗
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ .....	๗
กิตติกรรมประกาศ.....	๘
บทที่	
1. บทนำ .....	1
1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา.....	1
1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา.....	4
1.3 สมมติฐานของการศึกษา.....	5
1.4 ขอบเขตของการศึกษา.....	5
1.5 วิธีดำเนินการศึกษา .....	5
1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ.....	5
2. แนวคิด ทฤษฎี เกี่ยวกับการใช้อำนาจทางปกครองของฝ่ายทหารและ คำสั่งทางปกครองในสถานการณ์ฉุกเฉิน .....	7
2.1 แนวคิดเกี่ยวกับการใช้อำนาจทางปกครองของฝ่ายทหาร .....	8
2.2 แนวคิดเกี่ยวกับการใช้อำนาจทางปกครองในสถานการณ์ฉุกเฉิน.....	9
2.3 ทฤษฎีว่าด้วยรัฐและความสัมพันธ์ในลักษณะของผู้ใช้อำนาจเหนือประชาชน .....	19
2.4 หลักการพื้นฐานในระบอบประชาธิปไตยและบทบาทของประชาชน ในฐานะเจ้าของอำนาจอธิปไตยในฐานะผู้ทรงสิทธิและเสรีภาพ .....	28
2.5 พันธกรณีของประเทศไทยต่อกฎหมายระหว่างประเทศในด้านสิทธิมนุษยชน .....	44
3. มาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการใช้อำนาจทางปกครองของฝ่ายทหารและ คำสั่งทางปกครองในสถานการณ์ฉุกเฉินในต่างประเทศและภายในประเทศ.....	50
3.1 มาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการใช้อำนาจทางปกครองของฝ่ายทหารและ คำสั่งทางปกครองในสถานการณ์ฉุกเฉินในต่างประเทศ .....	51
3.2 มาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการใช้อำนาจทางปกครองของฝ่ายทหารและ คำสั่งทางปกครองในสถานการณ์ฉุกเฉินภายในประเทศ.....	57

## สารบัญ (ต่อ)

บทที่	หน้า
4. วิเคราะห์สภาพปัญหาเกี่ยวกับการใช้อำนาจฝ่ายทหารในฐานะเจ้าพนักงาน ผู้ใช้อำนาจตามพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548 .....	67
4.1 วิเคราะห์สภาพปัญหาบางประการเกี่ยวกับบทบัญญัติของพระราชกำหนด การบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548.....	67
4.2 วิเคราะห์สภาพปัญหาที่เกี่ยวกับกระบวนการใช้อำนาจของฝ่ายทหารในฐานะ เจ้าพนักงานผู้ใช้อำนาจตามพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548 .....	69
4.3 วิเคราะห์สภาพปัญหาเกี่ยวกับผลของการใช้อำนาจและการเยียวยา ผู้ได้รับผลกระทบจากการใช้อำนาจตามพระราชกำหนดการบริหารราชการ ในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548.....	81
4.4 วิเคราะห์สภาพปัญหาที่เกี่ยวกับการควบคุมและการตรวจสอบการกระทำ ทางปกครองตามหลักการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายในเรื่องการใช้อำนาจ ของฝ่ายทหารในฐานะเจ้าพนักงานผู้ใช้อำนาจตามพระราชกำหนด การบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548.....	84
5. บทสรุปและข้อเสนอแนะ.....	95
5.1 บทสรุป.....	95
5.2 ข้อเสนอแนะ .....	105
บรรณานุกรม .....	111
ภาคผนวก .....	116

# บทที่ 1

## บทนำ

### 1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

ในระบอบการปกครองแบบประชาธิปไตย อันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขอย่างประเทศไทย ได้มีการบัญญัติรับรองและคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานของประชาชนเอาไว้ เพื่อให้ประชาชนทุกคนมีสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานที่เท่าเทียมกัน เช่น สิทธิที่จะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย สิทธิทางการเมือง สิทธิในครอบครัวและความเป็นอยู่ส่วนตัว สิทธิที่จะได้รับการคุ้มครองโดยรัฐ สิทธิที่บุคคลสามารถฟ้องร้องหน่วยงานราชการ รัฐวิสาหกิจ ราชการส่วนท้องถิ่น หรือองค์กรของรัฐที่เป็นนิติบุคคลให้รับผิดชอบการกระทำหรือละเว้นการกระทำตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่ของรัฐภายในหน่วยงานนั้น เสรีภาพในเคหสถาน ที่กำหนดให้ชาวไทยทุกคนย่อมได้รับความคุ้มครองในการอาศัยและครอบครองเคหสถานโดยปกติสุข การเข้าไปในเคหสถานของผู้อื่นโดยปราศจากการยินยอมของผู้ครอบครอง หรือการเข้าไปตรวจค้นเคหสถานโดยไม่มีหมายค้นจากศาลย่อมทำไม่ได้ เสรีภาพในการเดินทางและการเลือกถิ่นที่อยู่ เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นผ่านการพูด การเขียน การพิมพ์ การโฆษณาและการสื่อความหมายโดยวิธีอื่น เสรีภาพในการสื่อสารถึงกัน โดยทางที่ชอบด้วยกฎหมาย การตรวจ การกัก หรือ การเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคล รวมทั้งการกระทำต่าง ๆ เพื่อเผยแพร่ข้อมูลนั้นจะกระทำมิได้ เสรีภาพในการชุมนุมโดยสงบและปราศจากอาวุธ เป็นต้น เมื่อรัฐธรรมนูญอันเป็นกติกาสถิตสูงสุด ได้มีการบัญญัติรับรองและคุ้มครองสิ่งเหล่านี้แล้ว ย่อมทำให้ประชาชนทุกคนเป็นผู้ทรงสิทธิ และเสรีภาพ ยิ่งไปกว่านั้น บทบัญญัติใดของกฎหมาย กฎ หรือข้อบังคับใดขัดหรือแย้งต่อสิทธิและเสรีภาพเหล่านี้ บทบัญญัตินั้นย่อมเป็นอันใช้บังคับมิได้

ปัญหาในสังคมเริ่มต้นสะสมมาหลังจากมีเหตุการณ์รัฐประหาร เมื่อ 19 กันยายน พ.ศ. 2549 ซึ่งทำให้คุณหมุมิทางการเมืองเริ่มร้อนแรงขึ้น ประกอบกับเมื่อปรากฏความขัดแย้งระหว่างกลุ่มพรรคการเมืองที่มีความต่อเนื่องยาวนาน

เพื่อให้การบริหารจัดการในการรักษาความสงบและความปลอดภัยมีเอกภาพและเป็นไปด้วยความเรียบร้อย พระราชบัญญัติการรักษาความมั่นคงภายในราชอาณาจักร พ.ศ. 2551 ถูกนำมาใช้ในพื้นที่ กรุงเทพมหานครและปริมณฑลในช่วง 11 มีนาคม 2553 ถึง 20 เมษายน 2553

นอกจากนั้นเพื่อป้องกันมิให้เหตุการณ์ขยายตัวเพื่อไม่ให้ส่งผลกระทบต่อความมั่นคงภายใน จึงได้มีการประกาศพื้นที่ กรุงเทพฯ และพื้นที่ใกล้เคียงว่าเป็นพื้นที่ที่มีเหตุการณ์อันกระทบต่อความมั่นคงภายในราชอาณาจักร ซึ่งในกฎหมายฉบับนี้ได้ให้อำนาจเจ้าหน้าที่ทหารเป็นพนักงานเจ้าหน้าที่ และสิ่งที่เห็นได้เด่นชัดในกฎหมายพิเศษกลุ่มนี้ก็คือการที่กฎหมายได้ให้อำนาจเจ้าหน้าที่รัฐสามารถออกกฎข้อกำหนดหรือมาตรการต่าง ๆ ที่มีลักษณะเป็นการจำกัดสิทธิ และเสรีภาพของประชาชนได้ เพื่อให้สถานการณ์กลับสู่สภาวะปรกติ เช่น ให้เจ้าหน้าที่ของรัฐปฏิบัติหรืองดเว้นการปฏิบัติห้ามเข้าหรือออกจากพื้นที่อาคารสถานที่ หรือการห้ามใช้เส้นทางหรือยานพาหนะภายใต้เงื่อนไขที่กำหนดไว้ ซึ่งผลในการออกคำสั่งต่าง ๆ ที่ผ่านมานั้นปรากฏว่าสามารถควบคุมปริมาณผู้ชุมนุมที่จะเดินทางเข้ามาชุมนุมในพื้นที่กรุงเทพฯ ได้ในระดับหนึ่งเท่านั้น

อย่างไรก็ตามการออกประกาศนั้นย่อมส่งผลกระทบต่อประชาชน โดยทั่วไปอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ ทั้งนี้ทั้งนั้นเจตนารมณ์ของกฎหมายฉบับนี้ไม่ได้มีวัตถุประสงค์ที่จะห้ามการชุมนุมที่ชอบด้วยกฎหมาย อีกทั้งเมื่อศาลแพ่งได้พิพากษาว่า การชุมนุมของกลุ่มแนวร่วมประชาธิปไตยต่อต้านเผด็จการแห่งชาติ (นปช.) ที่กีดขวางการใช้เส้นทางคมนาคมและการใช้ยานพาหนะของประชาชน โดยทั่วไปส่งผลกระทบต่อระบบธุรกิจสำคัญ และยังนำพาความเดือดร้อนไปสู่การประกอบอาชีพและการดำรงชีวิตโดยปกติสุขของประชาชน เป็นการจำกัดเสรีภาพในการเดินทางของประชาชนที่ใช้เส้นทางสาธารณะสร้างความเดือดร้อนแก่ประชาชนและกระทบความมั่นคงภายในราชอาณาจักร และยังเป็นการใช้สิทธิเสรีภาพในการชุมนุมเกินขอบเขตของรัฐธรรมนูญ อันเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย โดยเจ้าหน้าที่มีอำนาจที่จะดำเนินการเพื่อป้องกันและควบคุมแก้ไขให้สถานการณ์กลับสู่สภาวะปรกติได้<sup>1</sup>

แต่การบังคับใช้พระราชบัญญัติการรักษาความมั่นคงภายในราชอาณาจักร พ.ศ. 2551 นั้นไม่สามารถที่จะปิดกั้น ห้ามปราม หรือระงับการนำเสนอข่าวสารที่บิดเบือน การปลุกระดมในรายการสถานีโทรทัศน์บางช่องหรือแม้แต่การปลุกระดมจากสถานีวิทยุชุมชนต่าง ๆ ได้ และยังไม่สามารถห้ามการโพสต์ข้อความบนอินเทอร์เน็ตได้ จนกระทั่งเหตุการณ์ได้เริ่มบานปลายคือการยิงอาร์พีจีถล่มห้องทำงานในกระทรวงกลาโหม และกดดันให้รัฐบาลยุบสภา จึงทำให้รัฐบาลในขณะนั้นได้บังคับใช้พระราชบัญญัติการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548 ในพื้นที่ กรุงเทพฯและปริมณฑล และต่อมาก็เกิดเหตุการณ์บุกยึดสถานีไทยคมเพื่อปิดช่องสัญญาณ

<sup>1</sup> พระราชบัญญัติการรักษาความมั่นคงภายในราชอาณาจักร พ.ศ. 2551

มาตรา 18 ผู้ใดฝ่าฝืนข้อกำหนด ประกาศ หรือคำสั่งที่ออกตามมาตรา 9 มาตรา 10 มาตรา 11 หรือมาตรา 13 ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสองปี หรือปรับไม่เกินสี่หมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ.

<sup>2</sup> คำสั่งศาลแพ่ง คดีหมายเลขคำที่ 1433/2553, คดีหมายเลขแดงที่ 2521/2553.

ของพีทีอีอีกครั้งหนึ่ง ในวันที่ 9 เมษายน 2553 มีการส่งกำลังทหารกว่า 30 กองร้อย และการขอพื้นที่ คี้นบริเวณ ถนนราชดำเนินในวันที่ 10 เมษายน 2553 ในขณะที่เดียวกันกลุ่มแนวร่วมประชาธิปไตยต่อต้านเผด็จการแห่งชาติ (นปช.) ก็ได้ยกระดับความรุนแรงขึ้น ส่งผลทำให้เจ้าหน้าที่ทหารถูกโจมตี จากกองกำลังผู้ไม่หวังดี เป็นผลให้เจ้าหน้าที่ทหารเสียชีวิต 5 นายและบาดเจ็บอีก 188 นาย จากสภาวะการณ์ดังกล่าวเป็นเหตุให้มีประชาชนได้รับบาดเจ็บ สูญเสียชีวิตหรือหายสาบสูญไปและ ทรัพย์สินเสียหายจำนวนมาก ขณะเดียวกันบัญญัติแห่งกฎหมายในขณะนั้นก็ไม่สามารถปกป้อง เจ้าหน้าที่ผู้ปฏิบัติงานให้พ้นจากความรับผิดชอบตามกฎหมายแม้จะได้ปฏิบัติตามคำสั่งโดยสุจริตจาก ผู้บังคับบัญชา เป็นเหตุให้เจ้าหน้าที่ซึ่งปฏิบัติตามหน้าที่ถูกดำเนินการทางวินัยอย่างร้ายแรงและ ถูกดำเนินคดีอาญา มีหลายเหตุการณ์ที่เจ้าหน้าที่ของรัฐถูกร้องเรียนหรือฟ้องร้องจากการปฏิบัติหน้าที่ ยกตัวอย่างเช่นเมื่อเกิดการทำร้ายกันขึ้น โดยมีเจ้าหน้าที่ตำรวจเข้าระงับเหตุและมีการถูกทำร้ายจาก อีกฝ่ายหนึ่ง ผู้ถูกทำร้ายมักจะมองว่าเจ้าหน้าที่ตำรวจ ละเว้นการปฏิบัติหน้าที่หรือเลือกปฏิบัติ หรือ ในกรณีที่เมื่อเกิดการปะทะกันขึ้นจนเป็นเหตุให้มีผู้บาดเจ็บหรือเสียชีวิต ฝ่ายที่ถูกทำร้ายและเป็นผู้ ก่อเหตุขึ้นก่อนมักจะใช้เป็นข้อกล่าวหาในการร้องทุกข์กล่าวโทษต่อคณะกรรมการป้องกันและ ปราบปรามการทุจริตแห่งชาติเพื่อให้ได้สวนมูลความผิดทางอาญาและวินัยกับเจ้าหน้าที่ของรัฐ ในบางรายได้ถูกคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติชี้มูลความผิดทางอาญา และความผิดวินัยร้ายแรง เช่นกรณีของข้าราชการตำรวจท่านหนึ่ง เมื่อครั้งดำรงตำแหน่ง รอง ผบก.น.6 ได้ถูกคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ โดยคณะอนุกรรมการได้สวนแจ้ง ข้อกล่าวหาว่าข้าราชการตำรวจท่านนั้น ว่ามีมูลความผิดทางอาญา ฐานเป็นเจ้าพนักงานปฏิบัติหรือ ละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบ เพื่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้หนึ่งผู้ใด เป็นเจ้าพนักงานผู้มีอำนาจ สืบสวนคดีอาญากระทำการหรือไม่กระทำการอย่างใด ๆ ในตำแหน่งอันเป็นการมิชอบ เพื่อจะช่วยเหลือ บุคคลหนึ่งบุคคลใดมิให้ต้องรับโทษและมีมูลความผิดทางวินัย ฐานมีพฤติการณ์อันแสดงถึง ความจงใจ ไม่ปฏิบัติตามระเบียบของทางราชการ กระทำการอันได้ชื่อว่าเป็นผู้ประพฤติชั่ว อย่างร้ายแรงและกระทำหรือละเว้นการกระทำใด ๆ อันเป็นเหตุให้เสียหายแก่ราชการอย่างร้ายแรง ตามพระราชบัญญัติตำรวจแห่งชาติ พ.ศ.2547 สภาพการณ์ดังกล่าวบั่นทอนขวัญกำลังใจของ ผู้ปฏิบัติงานซึ่งปฏิบัติหน้าที่ด้วยความสุจริต

จากสภาพการณ์ที่ผ่านมาทำให้เห็นสภาพปัญหาที่สำคัญหลายประการ เช่น การที่ฝ่าย บริหารใช้อำนาจทางปกครองออกคำสั่งแต่งตั้งเจ้าหน้าที่ทหารให้เข้ามามีบทบาทในการรักษาความ สงบจากการชุมนุม ทำให้เจ้าหน้าที่ทหารเป็นเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจและรับผิดชอบในการดูแลและ รักษาความสงบเรียบร้อยในการชุมนุม อันถือเป็นภารกิจหลักของเจ้าหน้าที่ตำรวจนั้นสามารถทำได้ แคล่ไหนเพียงไร เป็นไปตามหลักความพอสมควรแก่เหตุหรือไม่ กระบวนการใช้อำนาจออกคำสั่ง

ทางปกครอง โดยเฉพาะกระบวนการออกคำสั่งทางปกครองของฝ่ายทหารในฐานะเจ้าพนักงานผู้มีอำนาจเฉพาะในสภาวะการณ์ที่ไม่ปกตินั้นต้องอยู่ภายใต้หลักความชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ และถ้าอยู่จะอยู่ภายใต้เงื่อนไขใดของหลักความชอบด้วยกฎหมาย และในสภาวะการณ์ที่อาจจะเกิดความรุนแรงและเมื่อเจ้าหน้าที่ได้สั่งให้ยุติการชุมนุมแต่ผู้ชุมนุมเพิกเฉย การเข้ายุติหรือสลายการชุมนุมอันเป็นการกระทำทางกายภาพนั้นจะต้องคำนึงถึงหลักการอะไรบ้างอันจะไม่ใช่เป็นการละเมิดหรือกระทบสิทธิของผู้ชุมนุม สุดท้ายกระบวนการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ทหารในฐานะที่เป็นหน่วยงานทางปกครอง สามารถตรวจสอบการกระทำตามหลักการควบคุมความชอบด้วยกฎหมาย ทั้งก่อนและหลังการกระทำตามหลักนิติรัฐได้มากน้อยแค่ไหน เพียงใด และโดยองค์กรใด

กระบวนการศึกษาตามประเด็นปัญหาดังกล่าว ผู้วิจัยหวังว่าจะก่อประโยชน์แก่เจ้าหน้าที่ของรัฐ โดยเฉพาะฝ่ายทหารในฐานะเจ้าพนักงานผู้ใช้อำนาจตามกฎหมายเฉพาะที่จะมีกรอบและขั้นตอนในการดำเนินการที่ชัดเจนขึ้นตั้งแต่ขั้นตอนการเตรียมการที่จะใช้อำนาจ ขั้นตอนการพิจารณาใช้อำนาจ ตลอดจนขั้นตอนภายหลังจากที่มีการใช้อำนาจ ในขณะเดียวกันเมื่อฝ่ายทหารในฐานะเจ้าพนักงานผู้ใช้อำนาจตามกฎหมายเฉพาะ ใช้อำนาจเป็นไปตามกรอบและขั้นตอนในการดำเนินการที่ถูกต้องย่อมไม่ส่งผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนเกินควร การดำเนินการปกครองก็จะอยู่บนพื้นฐานของหลักการที่เป็นประชาธิปไตยในบริบทของรัฐที่เป็นนิติรัฐ

## 1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา

1. เพื่อศึกษาแนวคิดเกี่ยวกับการใช้อำนาจทางกฎหมายปกครองและคำสั่งทางปกครองในสถานการณ์ฉุกเฉิน
2. เพื่อศึกษามาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการใช้อำนาจของฝ่ายทหารกรณีคำสั่งทางปกครองในสถานการณ์ฉุกเฉินในต่างประเทศและในประเทศ
3. เพื่อศึกษาวิเคราะห์สภาพปัญหาเกี่ยวกับการใช้อำนาจฝ่ายทหารในฐานะเจ้าพนักงานผู้ใช้อำนาจตามพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548
4. เพื่อเสนอแนะแนวทางและขั้นตอนในการใช้อำนาจทางปกครองของฝ่ายทหารเพื่อให้การใช้อำนาจทางปกครองดังกล่าวสอดคล้องกับหลักการพื้นฐานของประเทศที่เป็นนิติรัฐ



### 1.3 สมมุติฐาน

การใช้อำนาจของฝ่ายทหารในฐานะเจ้าพนักงานผู้ใช้อำนาจตามกฎหมายเฉพาะ ไม่มีกรอบและขั้นตอนในการดำเนินการที่ชัดเจน ทำให้การใช้อำนาจของฝ่ายทหารในฐานะเจ้าพนักงานผู้ใช้อำนาจตามกฎหมายเฉพาะอาจขัดต่อหลักความชอบด้วยกฎหมายได้ จึงต้องปรับปรุงบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่เกี่ยวข้องเพื่อให้การกระทำของฝ่ายทหารถูกตรวจสอบได้โดยศาลปกครอง

### 1.4 ขอบเขตของการศึกษา

มุ่งศึกษาถึงแนวคิดเกี่ยวกับการใช้อำนาจทางกฎหมายปกครองและคำสั่งทางปกครอง ในสถานการณ์ฉุกเฉิน มาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการใช้อำนาจของฝ่ายทหารกรณีคำสั่งทางปกครองในสถานการณ์ฉุกเฉินในต่างประเทศและในประเทศ แนวคิดทฤษฎีว่าด้วยรัฐและความสัมพันธ์กับประชาชน หลักการพื้นฐานในระบอบประชาธิปไตย หลักนิติรัฐ หลักการพื้นฐานที่เป็นสากลของต่างประเทศ เพื่อสามารถนำแนวคิดดังกล่าวมาวิเคราะห์สภาพปัญหาเกี่ยวกับการใช้อำนาจฝ่ายทหารในฐานะเจ้าพนักงานผู้ใช้อำนาจตามพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548

### 1.5 วิธีดำเนินการศึกษา

ใช้วิธีการศึกษาเชิงคุณภาพ (Qualitative Research) ด้วยการวิจัยเอกสาร (Documentary Research) ทั้งหมด ตำราทางวิชาการในสาขานิติศาสตร์ และสาขาอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้อง งานวิจัยวิทยานิพนธ์ บทความทางวิชาการ ตลอดจนความเห็นของนักนิติศาสตร์และข้อมูลจาก Website ต่าง ๆ

### 1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

1. ทำให้ทราบหลักการและแนวคิดเกี่ยวกับการใช้อำนาจทางกฎหมายปกครองและคำสั่งทางปกครองในสถานการณ์ฉุกเฉิน
2. ทำให้ทราบมาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการใช้อำนาจของฝ่ายทหารกรณีคำสั่งทางปกครองในสถานการณ์ฉุกเฉินในต่างประเทศและในประเทศ
3. ทำทราบผลการวิเคราะห์การใช้อำนาจทางกฎหมายปกครองและคำสั่งทางปกครองในสถานการณ์ฉุกเฉินมาวิเคราะห์สภาพปัญหาเกี่ยวกับการใช้อำนาจฝ่ายทหารในฐานะเจ้าพนักงานผู้ใช้อำนาจตามพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548

4. ทำให้สามารถเสนอแนะแนวทางและขั้นตอนในการใช้อำนาจทางปกครองของฝ่ายทหาร เพื่อให้การใช้อำนาจทางปกครองดังกล่าวสอดคล้องอยู่บนพื้นฐานของหลักการที่เป็นประชาธิปไตย ในบริบทของรัฐที่เป็นนิติรัฐ



## บทที่ 2

### แนวคิด ทฤษฎี เกี่ยวกับการใช้อำนาจทางปกครองของฝ่ายทหารและ คำสั่งทางปกครองในสถานการณ์ฉุกเฉิน

ในสถานการณ์ที่ผ่านมาการชุมนุมประท้วงของประชาชนไม่ว่าฝ่ายใด ก็จะมีการกล่าวอ้างเสรีภาพตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญมาเป็นข้ออ้างในการจัดการชุมนุมและเรียกร้องผลประโยชน์ทางการเมืองต่อรัฐบาล สภาพการณ์ของการชุมนุมมีลักษณะที่พิเศษแตกต่างจากการชุมนุมเรียกร้องในต่างประเทศคือการชุมนุมเรียกร้องมีระยะเวลาที่ยาวนาน มีการบุกยึดสถานที่ราชการเพื่อใช้เป็นสถานที่ในการจัดการชุมนุม มีการช่่องสุ่มอาวุธ และท้ายที่สุดการชุมนุมหลายกรณีก็นำมาซึ่งความไม่สงบเรียบร้อยเกิดขึ้นในประเทศ ประกอบกับประเทศไทยเรายังไม่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ใช้สำหรับบริหารจัดการการชุมนุมอันเป็นการเฉพาะ ดังนั้นเมื่อเกิดการชุมนุมและการชุมนุมนั้นก่อให้เกิดความไม่สงบเรียบร้อยภายในบ้านเมืองรัฐบาลก็มักจะใช้บทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะที่เกี่ยวกับความมั่นคงมาใช้เป็นเครื่องมือในการควบคุมสถานการณ์การชุมนุมที่ไม่สงบนั้น

การดูแลรักษาความสงบเรียบร้อยภายในรัฐจัดได้ว่าเป็นภารกิจหลักของรัฐที่จะต้องดำเนินการซึ่งโดยปกติรัฐก็จะมอบหมายภารกิจนี้ให้กับเจ้าพนักงานของรัฐซึ่งอาจเป็นเจ้าพนักงานตำรวจหรือฝ่ายปกครองเป็นผู้มีหน้าที่หลักในการดำเนินการ โดยรัฐก็จะตรากฎหมายมาเป็นเครื่องมือเพื่อให้เจ้าหน้าที่รัฐสามารถใช้อำนาจเหนือเพื่อจัดทำภารกิจดังกล่าว เครื่องมือที่สำคัญในการดูแลรักษาความสงบเรียบร้อยที่รัฐมักใช้อยู่เป็นประจำคือการตรากฎหมายลำดับรองหรือการออกคำสั่งทางปกครองเพื่อควบคุมสถานการณ์ความไม่สงบต่าง ๆ ให้อยู่และเป็นไปด้วยความสงบเรียบร้อยซึ่งกฎหมายที่ว่านี้ปัจจุบันมีอยู่ด้วยกันหลายฉบับ โดยเฉพาะที่สำคัญคือพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548 โดยบทบัญญัติแห่งกฎหมายฉบับดังกล่าวเปิดช่องให้รัฐบาลซึ่งเป็นผู้บริหารจัดการประเทศสามารถใช้อำนาจออกประกาศและสั่งการให้ฝ่ายทหารเข้ามาเป็นผู้ควบคุมและดูแลสถานการณ์ที่ไม่สงบนั้นได้

## 2.1 แนวคิดเกี่ยวกับการใช้อำนาจทางปกครองของฝ่ายทหาร

พระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548 กำหนดให้นายกรัฐมนตรีสามารถสั่งการให้ฝ่ายทหารเพื่อช่วยเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองหรือตำรวจระงับเหตุการร้ายแรง หรือควบคุมสถานการณ์ให้เกิดความสงบโดยด่วน ทั้งนี้ ในการปฏิบัติหน้าที่ของทหารให้มีอำนาจหน้าที่เช่นเดียวกับอำนาจหน้าที่ของพนักงานเจ้าหน้าที่ตามพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548 โดยการใช้อำนาจหน้าที่ของฝ่ายทหารจะทำได้ในกรณีใดได้เพียงใดให้เป็นไปตามเงื่อนไขและเงื่อนไขที่นายกรัฐมนตรีกำหนด แต่ต้องไม่เกินกว่ากรณีที่มีการใช้กฏอัยการศึก แต่การใช้อำนาจดังกล่าวต้องเป็นกรณีที่สถานการณ์ฉุกเฉินมีการก่อการร้าย การใช้กำลังประทุษร้ายต่อชีวิต ร่างกาย หรือทรัพย์สิน หรือมีเหตุอันควรเชื่อได้ว่ามีการกระทำที่มีความรุนแรงกระทบต่อความมั่นคงของรัฐ ความปลอดภัยในชีวิตหรือทรัพย์สินของรัฐหรือบุคคล และมีความจำเป็นที่จะต้องเร่งแก้ไขปัญหาให้ยุติได้อย่างมีประสิทธิภาพและทันทั่วทั้งและกรณีดังกล่าวนายกรัฐมนตรีโดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรีต้องประกาศให้สถานการณ์ฉุกเฉินนั้นเป็นสถานการณ์ที่มีความร้ายแรงเสียก่อน

บทบาทของฝ่ายทหารที่เกี่ยวข้องกับการใช้อำนาจในฐานะเจ้าพนักงานตามพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548 ยกตัวอย่างเช่นการสลายการชุมนุมที่แยกราชประสงค์ เป็นเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นในระหว่างวันที่ 13-19 พฤษภาคม พ.ศ. 2553 ซึ่งรัฐบาลของนายอภิสิทธิ์ เวชชาชีวะ ได้สั่งการให้กำลังทหารพร้อมอาวุธสงคราม และรถหุ้มเกราะ เข้าปิดล้อมพื้นที่การชุมนุมของแนวร่วมประชาธิปไตยต่อต้านเผด็จการแห่งชาติ (นปช.) บริเวณแยกราชประสงค์ ระหว่างการชุมนุมทางการเมืองเพื่อเรียกร้องให้รัฐบาลอภิสิทธิ์ เวชชาชีวะ ยุบสภาและจัดการเลือกตั้งใหม่ ส่งผลให้มีผู้เสียชีวิตหลายราย

หลักการที่สำคัญของพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548 บัญญัติรับรองให้เจ้าหน้าที่รัฐถ้าเห็นว่าในกรณีที่สภาพบ้านเมืองไม่อยู่ในภาวะที่อาจควบคุมได้ไม่ว่าจะเป็นระหว่างศึกสงคราม หรือเหตุจลาจลที่มีความรุนแรง การที่ฝ่ายปกครองต้องกระทำให้ถูกต้องตามหลักการหรือวางค้ำอยู่แต่ขั้นตอนในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน อาจชักช้าเกินกว่าที่จะสามารถควบคุมสถานการณ์ได้ บทบัญญัติแห่งกฎหมายดังกล่าวจึงกำหนดให้ข้อกำหนด ประกาศ คำสั่ง หรือการกระทำตามพระราชกำหนดไม่อยู่ในบังคับของกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง และกฎหมายว่าด้วยการจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง ซึ่งกฎหมายทั้งสองฉบับฉบับแรกคือกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง มีวัตถุประสงค์ในการกำหนดกรอบและขอบเขตการใช้อำนาจรัฐให้มีการใช้โดยคำนึงถึงสิทธิและเสรีภาพของประชาชนผู้ทรงสิทธิ และฉบับที่สองคือกฎหมายว่าด้วยการจัดตั้ง

ศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง ซึ่งมีวัตถุประสงค์ในการตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐและ  
 เยียวยาประชาชนผู้ถูกระทำจากการใช้อำนาจรัฐที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

## 2.2 แนวคิดเกี่ยวกับการใช้อำนาจทางปกครองในสถานการณ์ฉุกเฉิน

การจัดทำหรือการดำเนินกิจกรรมทางปกครองทุกประเภทของฝ่ายปกครอง  
 ในแนวความคิดของ “รัฐเสรีนิยม” (Liberal State) นั้น “ฝ่ายปกครอง” คือ องค์กรใช้อำนาจรัฐฝ่าย  
 ปกครอง ซึ่งการใช้อำนาจรัฐดังกล่าวมี “เอกสิทธิ์ทางปกครอง” เหนือพลเมืองซึ่งอยู่ภายใต้การ  
 ปกครองในฐานะเป็น “เอกชน” ทั้งนี้เพราะเหตุผลคือ ฝ่ายปกครองนั้นเป็นองค์กรผู้จัดทำหรือ  
 ดำเนินกิจกรรมทางปกครองเพื่อ “ประโยชน์สาธารณะ” (Public Interest) อันเป็นการจัดทำกิจกรรม  
 เพื่อสนองตอบความต้องการของคนส่วนใหญ่ในสังคมเป็นส่วนรวม อุดมคติตามแนวความคิด  
 เสรีนิยม (Liberalism) ในทางการเมืองนั้น คือ “การคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของเอกชน” ดังนั้น  
 การใช้อำนาจรัฐขององค์กรใช้อำนาจรัฐทุกประเภท ไม่ว่าจะเป็น “องค์กรใช้อำนาจรัฐฝ่ายนิติบัญญัติ”  
 “องค์กรใช้อำนาจรัฐฝ่ายบริหาร” หรือ “องค์กรใช้อำนาจรัฐฝ่ายตุลาการ” รวมทั้ง “องค์กรใช้อำนาจ  
 รัฐฝ่ายปกครอง” ซึ่งเป็นอีกบทบาทหนึ่งหรือ เป็นการใช้อำนาจรัฐในอีกสถานะหนึ่งของฝ่ายบริหาร  
 ย่อมจะต้องอยู่ภายใต้ “หลักความชอบด้วยกฎหมาย” (Principles of Legality) ทั้งนี้ เหตุผลที่การ  
 กระทำทางปกครองซึ่งเป็นการใช้อำนาจรัฐจะต้องอยู่ภายใต้ “หลักความชอบด้วยกฎหมาย” ก็คือ  
 เพื่อป้องกันมิให้ฝ่ายปกครองใช้อำนาจรัฐตามอำเภอใจและมีผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของเอกชน  
 ซึ่งสิทธิและเสรีภาพดังกล่าวนี้จะกำหนดรับรองไว้ตามรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นกฎหมายสูงสุด<sup>3</sup>

ด้วยเหตุที่ “การกระทำทางปกครอง” (Act of Administration) ทุกประเภทจะต้องอยู่  
 ภายใต้ “หลักความชอบด้วยกฎหมาย” ดังนั้น การกำหนด “รูปแบบ” “ขั้นตอน” และ “วิธีการ”  
 ในการใช้อำนาจรัฐของฝ่ายปกครอง หรือที่เรียกว่า “วิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง” จึงถูกกำหนด  
 ขึ้นมา โดยมีวัตถุประสงค์ทั่วไปก็คือ เพื่อเป็นหลักประกันในการคุ้มครอง สิทธิเสรีภาพของเอกชน  
 ผู้ได้รับผลกระทบจากการกระทำทางปกครอง และเพื่อให้มีแบบแผนทางกฎหมายในการปฏิบัติ  
 ราชการของเจ้าหน้าที่ผู้ใช้อำนาจรัฐในฐานะฝ่ายปกครอง อันเป็นการกำหนดเพื่อประสิทธิภาพของ  
 การปฏิบัติราชการนั่นเอง

การกระทำทางปกครองนั้น นอกจากสัญญาทางปกครองและละเมิดทางปกครองแล้ว  
 อาจพิจารณาแยกออกได้เป็น “กฎ” (Reglemen) อย่างหนึ่งกับ “คำสั่งทางปกครอง” (Decision  
 exécutoire) อีกอย่างหนึ่ง ทั้งกฎและคำสั่งทางปกครองสองประการนี้เป็น “การกระทำทางกฎหมาย

<sup>3</sup> อังกูร วัฒนรุ่ง. (2554). ระบบการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำ  
 ทางปกครอง. สืบค้น 15 มกราคม 2559, จาก <http://www.bpp.go.th/>.

ของการกระทำทางปกครอง” (l'acte juridique administratif) และเป็น “นิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียว” (l'acte administratif unilatéral) ซึ่งจะมีลักษณะที่แตกต่างกับการกระทำทางปกครองอีกอย่างหนึ่งที่เป็น “การปฏิบัติการทางปกครอง” (acte administratif operation materielle) ซึ่งหมายถึง “การใช้กำลังทางกายภาพของฝ่ายปกครองเพื่อบังคับการให้เป็นไปตามกฎหมาย” และปฏิบัติการทางปกครองนี้ จะไม่มีผลเป็นการเปลี่ยนแปลงสถานภาพทางกฎหมายของเอกชน

การกระทำทางปกครอง ในการออก “กฎ” หรือ “คำสั่งทางปกครอง” หมายถึง “การกระทำฝ่ายเดียวของฝ่ายปกครองที่มุ่งประสงค์ให้เกิดการเปลี่ยนแปลงในสภาพการณ์ทางกฎหมาย (Ordonnancement juridique) ของบุคคลโดยการกำหนดสิทธิหน้าที่ของบุคคล” ดังนั้น การกระทำทางปกครองจึงต้องชอบด้วยกฎหมาย หากเป็นการกระทำอันไม่ชอบด้วยกฎหมายแล้วผู้ถูกกระทบสิทธิหรือผู้เกี่ยวข้องย่อมร้องขอต่อศาลปกครองให้มีคำสั่งเพิกถอนการกระทำดังกล่าว นั้นเสียได้

“การกระทำทางปฏิบัติการ” นั้นเป็นการกระทำที่ไม่ก่อให้เกิดการเปลี่ยนแปลงในสิทธิ และหน้าที่ของบุคคลแต่อย่างใด แต่เป็นการกระทำในทางวัตถุหรือเป็นการกระทำทางกายภาพ ทั่ว ๆ ไป เช่น การซ่อมถนน การตีเส้นทำเครื่องหมายจราจร การติดตั้งเครื่องมือของฝ่ายปกครอง การส่งเอกสาร การทำความเห็นหรือคำแนะนำและการสั่งการระหว่างการเตรียมจัดทำคำสั่งทางปกครอง ฯลฯ เป็นต้น<sup>4</sup>

การกระทำทางปฏิบัติการของฝ่ายปกครองนี้อาจจะไม่ชอบด้วยกฎหมายได้เช่นเดียวกับการกระทำทางกฎหมายของฝ่ายปกครอง แต่โดยสภาพย่อมจะไม่อาจฟ้องคดีเพื่อขอให้ศาลเพิกถอนการปฏิบัติการนั้นได้เพราะการกระทำทางปฏิบัติการนั้นไม่ก่อให้เกิด “ผลทางกฎหมาย” ที่จะให้มีการเพิกถอน และโดยสภาพแล้วการกระทำทางปฏิบัติการไม่อาจถูกเพิกถอนได้ การปฏิบัติการนี้อาจก่อให้เกิดความเสียหายทางด้านวัตถุอย่างเดียวกว่าคือ เป็นการละเมิด ดังนั้น การเยียวยาความเสียหายอันเกิดจากการกระทำทางปฏิบัติการของฝ่ายปกครองจึงเป็นเรื่องของการชดเชยค่าสินไหมทดแทน ไม่ใช่เรื่องของการเพิกถอนการกระทำ อย่างไรก็ตามการกระทำทางกฎหมายและการกระทำทางปฏิบัติการอาจมีความสัมพันธ์ต่อกัน กล่าวคือ การกระทำทางปฏิบัติการนั้นส่วนใหญ่จะกระทำลงไปเพราะ มีการกระทำทางกฎหมายมาก่อน เช่น มีคำสั่งทางปกครองซึ่งเป็นการกระทำทางกฎหมายให้กระทำการอันเป็นการกระทำทางปฏิบัติการ ดังนั้นจึงสามารถร้องขอให้ศาลเพิกถอนในส่วนที่เป็นการกระทำทางกฎหมายที่ก่อให้เกิดการกระทำทางปฏิบัติการนั้นได้ ถ้าการกระทำนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย

<sup>4</sup> แหล่งเดิม.

ในส่วนของการใช้อำนาจทางปกครองคำสั่งทางปกครองถือว่าเป็นรูปแบบการกระทำของเจ้าหน้าที่ที่มีความสำคัญมากที่สุดและเป็นรูปแบบการกระทำที่เจ้าหน้าที่ใช้มากที่สุด เนื่องจากการออกคำสั่งทางปกครองเพื่อบังคับการตามกฎหมายนั้น เจ้าหน้าที่ไม่จำเป็นต้องได้รับความยินยอมจากผู้ที่จะตกอยู่ในบังคับของคำสั่งทางปกครอง ในแต่ละวันเจ้าหน้าที่ของรัฐได้อำนาจสั่งการในลักษณะที่เป็นคำสั่งทางปกครองมากมาย และโดยทั่วไปคำสั่งทางปกครองที่เกิดจากการสั่งการของเจ้าหน้าที่นั้นมีทั้งคำสั่งทางปกครองที่ให้ประโยชน์แก่บุคคล และคำสั่งทางปกครองที่สร้างภาระหรือเป็นผลร้ายแก่บุคคล ตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ แล้ว

ยังมีความสำคัญต่อตัวบุคคลผู้รับคำสั่งและความสำคัญอื่นในทางปฏิบัติอย่างน้อย 3 ประการ ประการแรก คำสั่งทางปกครองจะทำให้สิทธิหน้าที่ของบุคคลที่ได้รับการบัญญัติไว้ในกฎหมายกลายเป็นสิ่งที่ชัดเจน แน่นนอน เป็นรูปธรรมสำหรับผู้รับคำสั่ง ในแง่มุมนี้คำสั่งทางปกครองจึงเป็นการกำหนดกฎเกณฑ์ที่เป็นรูปธรรมผูกพันตัวบุคคลผู้รับคำสั่ง

ประการที่สอง คำสั่งทางปกครองที่ออกมาโดยเจ้าหน้าที่นั้น โดยหลักแล้วย่อมมีผลผูกพันบุคคลผู้รับคำสั่งให้ต้องปฏิบัติตาม ทั้งนี้แม้ว่าบุคคลผู้รับคำสั่งเห็นว่าคำสั่งทางปกครองนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมายก็ตาม แต่อย่างไรก็ตามหากบุคคลผู้รับคำสั่งเห็นว่าคำสั่งทางปกครองที่แจ้งมายังตนนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย บุคคลดังกล่าวก็ย่อมจะต้องอุทธรณ์โต้แย้งคำสั่งทางปกครองนั้นภายในระยะเวลาที่เจ้าหน้าที่ได้แจ้งมาในคำสั่งฯ หากปล่อยให้ระยะเวลาล่วงผ่านไปจนเกินกำหนดอุทธรณ์ คำสั่งทางปกครองนั้นย่อม ถึงที่สุด หรือกลายเป็นคำสั่งทางปกครองที่มีผลบังคับผูกพันซึ่งโดยหลักแล้วบุคคลผู้รับคำสั่งย่อมจำต้องปฏิบัติตามคำสั่งทางปกครองนั้น จะมาโต้แย้งว่าคำสั่งทางปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมายอีกไม่ได้ เพราะพ้นระยะเวลาอุทธรณ์โต้แย้งเสียแล้ว ทั้งนี้เว้นแต่จะเข้าข้อยกเว้นซึ่งมีอยู่ค่อนข้างจำกัด

ประการที่สาม ในกรณีที่คำสั่งทางปกครองนั้นเป็นคำสั่งที่จะต้องมีการบังคับ เช่น คำสั่งให้ชำระเงินหรือคำสั่งให้รื้อถอนอาคาร หากผู้รับคำสั่งฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติตาม เจ้าหน้าที่สามารถดำเนินการบังคับทางปกครองได้เอง โดยไม่จำเป็นต้องฟ้องคดีต่อศาล หากเป็นคำสั่งให้ชำระเงิน ถ้าเจ้าหน้าที่ได้เตือนและปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดในกฎหมายแล้ว ผู้รับคำสั่งทางปกครองยังเพิกเฉย เจ้าหน้าที่อาจเข้าดำเนินการยึดทรัพย์ของผู้นั้นออกขายทอดตลาดเพื่อนำเงินที่ได้มาชำระตามคำสั่งทางปกครองได้

ในระบบกฎหมายปกครองไทย คำสั่งทางปกครองจึงมีสองความหมาย คือ ความหมายโดยแท้ประการหนึ่ง<sup>5</sup> และความหมายตามที่องค์กรฝ่ายปกครองจะได้บัญญัติเป็นกรณีไปใน

<sup>5</sup> วิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 5 ในพระราชบัญญัตินี้ “คำสั่งทางปกครอง” หมายความว่า (1) การใช้อำนาจตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่ที่มีผลเป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคลในอัน

กฎกระทรวงประการหนึ่ง เหตุที่พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มอบอำนาจให้ฝ่ายปกครองสามารถกำหนดว่าการใดหรือคำสั่งลักษณะใดเป็นคำสั่งทางปกครองได้ ก็เนื่องจากในบางกรณีอาจมีข้อโต้แย้งกันได้ว่าคำสั่งใดคำสั่งหนึ่งเป็นคำสั่งทางปกครองหรือไม่ การที่องค์กรฝ่ายปกครองมีอำนาจกำหนดว่าการใดเป็นคำสั่งทางปกครองได้เองย่อมจะช่วยขจัดความไม่ชัดเจนแน่นอน และทำให้บุคคลผู้รับคำสั่งทราบสิทธิหน้าที่ของตนว่าตนจะต้องดำเนินการอย่างไรต่อไป ปัจจุบันองค์กรฝ่ายปกครองได้ใช้อำนาจดังกล่าวโดยกำหนดในกฎกระทรวงฉบับที่ 12 ออกตามความในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539<sup>6</sup>

หากพิจารณาจากคำจำกัดความของคำสั่งทางปกครองที่ปรากฏในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 5 แล้ว เราอาจแยกแยะองค์ประกอบของคำสั่งทางปกครองออกได้เป็น 5 ประการ ดังนี้<sup>7</sup>

1) องค์ประกอบในแง่ผู้ออกคำสั่ง คำสั่งทางปกครองต้องกระทำโดยเจ้าหน้าที่ อย่างไรก็ตามการกระทำขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมีความหลากหลายมาก เราจึงไม่อาจสรุปในทางกลับกันได้ว่าเมื่อเป็นการกระทำของเจ้าหน้าที่แล้วจะต้องเป็นคำสั่งทางปกครองเสมอ หากแต่จะต้องพิจารณาองค์ประกอบประการอื่นต่อไปอีก เอกชน ไม่ใช่เจ้าหน้าที่ ดังนั้นมาตรการต่าง ๆ ของเอกชนที่เป็นการแสดงเจตนาให้บุคคลอื่นกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งจึงไม่ถือว่าเป็นคำสั่งทางปกครอง ทั้งนี้เว้นแต่เอกชนนั้นจะได้รับมอบอำนาจปกครองให้กระทำการบางอย่าง การกระทำของเอกชนที่ได้รับมอบอำนาจจึงอาจเป็นคำสั่งทางปกครองได้ เช่น บริษัทเอกชนที่ได้รับมอบอำนาจจากรัฐให้มีอำนาจตรวจสภาพรถยนต์และออกใบรับรองว่ารถยนต์คันที่มารับการตรวจผ่านการตรวจสภาพ ดังนี้ใบรับรองดังกล่าวแม้จะออกโดยเอกชนก็ถือว่าเป็นคำสั่งทางปกครองหรือเป็นคำสั่งในกระบวนการพิจารณาเรื่องทางปกครองได้

2) องค์ประกอบในแง่ของการใช้อำนาจรัฐ มาตรการที่กระทำลงโดยเจ้าหน้าที่อันจะถือว่าเป็นคำสั่งทางปกครองนั้น จะต้องเป็นมาตรการอันเกิดจากการใช้อำนาจรัฐ และต้องเป็นอำนาจรัฐอันเป็นอำนาจมหาชนประเภทที่เป็นอำนาจปกครอง

---

ที่จะก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน ระงับ หรือมีผลกระทบต่อสภาพของสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคล ไม่ว่าจะเป็นการถาวรหรือชั่วคราว เช่น การสั่งการ การอนุญาต การอนุมัติ การวินิจฉัยอุทธรณ์ การรับรอง และการรับจดทะเบียน แต่ไม่หมายความรวมถึงการออกกฎ.

<sup>6</sup> กฎกระทรวงฉบับที่ 12 ออกตามความในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539.

<sup>7</sup> จาก *กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองสำหรับองค์การปกครองส่วนท้องถิ่น*, โดย วรเจตน์ ภาศิริตัน, 2554. กรุงเทพฯ: สถาบันพระปกเกล้า.



3) องค์ประกอบในแง่วัตถุประสงค์ องค์ประกอบข้อนี้สกัดมาจากความในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ ที่ว่า มีผลเป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคลในอันที่จะก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน ระงับ หรือมีผลกระทบต่อสถานภาพของสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคล ไม่ว่าจะเป็นการถาวรหรือชั่วคราวคำสั่งทางปกครองเป็นการกระทำที่มุ่งผลในทางกฎหมายที่มีลักษณะเป็นการกำหนดกฎเกณฑ์หรือนิติสัมพันธ์ระหว่างบุคคล โดยที่การกำหนดกฎเกณฑ์หรือนิติสัมพันธ์เป็นการกระทำที่มีจุดมุ่งหมายเช่นนี้ คำสั่งทางปกครอง จึงมีลักษณะเป็นการแสดงเจตนาในทางกฎหมาย และด้วยเหตุนี้จึงทำให้คำสั่งทางปกครองมีลักษณะแตกต่างจากการกระทำทางปกครองรูปแบบอื่น โดยเฉพาะอย่างยิ่งแตกต่างจากปฏิบัติการทางปกครอง<sup>8</sup>

ในขณะที่คำสั่งทางปกครองเป็นการแสดงเจตนาขององค์กรฝ่ายปกครอง โดยองค์กรเจ้าหน้าที่ของตนมุ่งกำหนดกฎเกณฑ์และนิติสัมพันธ์ กล่าวคือ ก่อให้เกิดการเปลี่ยนแปลงในทางกฎหมายนั้น ปฏิบัติการทางปกครองเป็นการกระทำขององค์กรฝ่ายปกครองที่ไม่มุ่งหมายผลในทางกฎหมายแต่อย่างใด แต่เป็นการกระทำเพื่อให้บรรลุผลทางข้อเท็จจริงบางอย่างบางประการ ทั้งนี้โดยไม่ต้องคำนึงว่าผลในทางข้อเท็จจริงนั้นจะนำไปสู่ความรับผิดชอบในทางกฎหมายหรือไม่ เช่น เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจออกประกาศเตือนให้ประชาชนทราบถึงอันตรายที่เกิดจากอาหารกระป๋องยี่ห้อหนึ่ง หรือประกาศผลการตรวจพิสูจน์อาหารให้ประชาชนทราบกรณีตรวจพบว่าอาหารรายใดเป็นอาหารไม่บริสุทธิ์ ในกรณีนี้แม้ผู้ออกประกาศเตือนจะเป็นเจ้าหน้าที่และใช้อำนาจปกครองก็ตาม แต่การประกาศเตือนดังกล่าวไม่ได้เป็นการแสดงเจตนาในการกำหนดกฎเกณฑ์หรือมุ่งต่อผลในทางกฎหมายก่อตั้งนิติสัมพันธ์แต่อย่างใด การประกาศเตือนดังกล่าวจึงไม่เป็นคำสั่งทางปกครอง อย่างไรก็ตามหากการประกาศเตือนนั้นก่อให้เกิดบริษัทผู้ผลิตอาหารกระป๋องหรือผู้ผลิตอาหารที่ถูกประกาศว่าเป็นอาหารที่ตนผลิตนั้นไม่บริสุทธิ์ได้รับความเสียหาย เป็นประกาศเตือนที่คลาดเคลื่อนจากความเป็นจริง บริษัทผู้ผลิตดังกล่าวก็อาจขอให้ระงับประกาศนั้นหรือขอให้แก้ไขเปลี่ยนแปลงประกาศดังกล่าวหรืออาจฟ้ององค์กรฝ่ายปกครองนั้นให้รับผิดชอบในทางกฎหมายได้

ในการใช้อำนาจปกครองนั้นมีหลายกรณีที่องค์กรเจ้าหน้าที่แจ้ง หรือเตือนให้เอกชนกระทำการหรืองดเว้นกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง โดยที่การเตือนนั้นอาจมีลักษณะเป็นการชี้แนะให้เอกชนปฏิบัติอย่างใดอย่างหนึ่งได้ โดยที่หากเอกชนไม่ปฏิบัติตามก็ไม่มีผลกระทบต่อสิทธิหน้าที่แต่อย่างใด เช่นนี้ถือว่าคำเตือนนั้นไม่ใช่คำสั่งทางปกครอง เพราะไม่มีลักษณะเป็นการกำหนดกฎเกณฑ์ที่กระทบกับสถานภาพของสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคลแต่อย่างใด

<sup>8</sup> แหล่งเดิม.

4) องค์ประกอบในแง่ของผลต่อผู้รับคำสั่ง องค์ประกอบในแง่ผลต่อผู้รับคำสั่ง ซึ่งเป็นผลเฉพาะกรณีนี้เป็นองค์ประกอบที่เป็นเครื่องแบ่งแยกคำสั่งทางปกครองออกจากรูปแบบการกระทำทางปกครองที่สำคัญอีกรูปแบบหนึ่ง คือ กฎ ในขณะที่กฎ เช่น กฎกระทรวง ประกาศกระทรวง ฯลฯ เป็นกรณีที่เจ้าหน้าที่ใช้อำนาจปกครองกำหนดกฎเกณฑ์หรือก่อตั้งนิติสัมพันธ์ในลักษณะที่มีผลบังคับกับบุคคลทั่วไปไม่จำกัดจำนวน คำสั่งทางปกครองเป็นการกำหนดกฎเกณฑ์หรือก่อตั้งนิติสัมพันธ์ที่มีผลเฉพาะกรณี คือ เป็นการกำหนดกฎเกณฑ์ที่มีลักษณะเป็นรูปธรรมให้มีผลกับบุคคลคนใดคนหนึ่งหรือกลุ่มใดกลุ่มหนึ่งที่สามารถระบุตัวบุคคลได้ เช่น คำสั่งลงโทษทางวินัย นาย ก. ซึ่งเป็นข้าราชการฐานทุจริตต่อหน้าที่

5) องค์ประกอบในแง่การเกิดผลในระบบกฎหมาย องค์ประกอบข้อนี้แม้จะไม่ได้รับการตรึงไว้อย่างชัดเจนในกฎหมาย แต่ก็ถือว่าเป็นองค์ประกอบสำคัญที่แสดงให้เห็นคุณลักษณะที่แท้จริงของคำสั่งทางปกครองและเป็นเครื่องแบ่งแยกคำสั่งทางปกครองออกจากคำสั่งภายในอื่น ๆ ด้วยเหตุนี้การที่คำสั่งใดคำสั่งหนึ่งจะเป็นคำสั่งทางปกครองได้นั้น คำสั่งนั้นจะต้องเป็นการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่กำหนดกฎเกณฑ์ที่มีผลโดยตรงออกไปภายนอกฝ่ายปกครอง กล่าวคือ มีผลเป็นการก่อตั้ง เปลี่ยนแปลง หรือยกเลิกสิทธิหน้าที่ของบุคคลที่มีสถานะอยู่ภายนอกฝ่ายปกครอง องค์ประกอบข้อนี้เป็นเครื่องแบ่งแยกคำสั่งทางปกครองออกจากคำสั่งภายในฝ่ายปกครอง เช่น รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยออกคำสั่งให้ผู้บัญชาการตำรวจนครบาลปิดสถานบริการแห่งหนึ่งที่ตั้งอยู่ในเขตกรุงเทพมหานคร คำสั่งดังกล่าวเป็นคำสั่งที่เจ้าหน้าที่คือ รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยใช้อำนาจปกครองแสดงเจตนาที่มุ่งผลในทางกฎหมายให้ผู้บัญชาการตำรวจนครบาลปฏิบัติตาม ไม่เป็นคำสั่งทางปกครอง เพราะยังไม่มีผลออกไปภายนอกฝ่ายปกครอง ยังไม่มีผลเป็นการก่อตั้งนิติสัมพันธ์ระหว่างองค์กรฝ่ายปกครองกับเจ้าของสถานบริการแต่อย่างใด ต่อเมื่อผู้บัญชาการตำรวจนครบาลออกคำสั่งปิดสถานบริการ คำสั่งดังกล่าวจึงเป็นคำสั่งทางปกครองที่เจ้าของสถานบริการอาจอุทธรณ์โต้แย้งได้

อย่างไรก็ตามการมีผลออกไปภายนอกฝ่ายปกครองนี้ ไม่ได้หมายความว่าจำเป็นต้องเป็นกรณีที่ต้องกรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองออกคำสั่งกับประชาชนทั่วไปเท่านั้น แต่อาจจะเป็นกรณีที่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่เป็นผู้บังคับบัญชาออกคำสั่งกับองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่เป็นผู้ใต้บังคับบัญชาก็ได้ ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับลักษณะของคำสั่งนั้นเป็นสำคัญ ถ้าเป็นกรณีที่ต้องกรฝ่ายปกครองที่เป็นผู้บังคับบัญชาออกคำสั่งให้องค์กรฝ่ายปกครองที่เป็นผู้ใต้บังคับบัญชาปฏิบัติ ในฐานะที่ต้องกรฝ่ายปกครองที่เป็นผู้ใต้บังคับบัญชามีสถานะเป็นส่วนหนึ่งขององค์กรแล้ว คำสั่งนั้นไม่ใช่คำสั่งทางปกครอง แต่เป็นคำสั่งภายในฝ่ายปกครอง แต่ถ้าองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่เป็นผู้บังคับบัญชาออกคำสั่งกับผู้ใต้บังคับบัญชาและคำสั่งนั้นกระทบกับสถานะ

ส่วนตัวหรือสิทธิหน้าที่ส่วนบุคคลของผู้ได้บังคับบัญชาที่ไม่ถือว่าเป็นส่วนหนึ่งขององค์กร ไม่เกี่ยวข้องกับการปฏิบัติหน้าที่ราชการโดยตรงแล้ว คำสั่งขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง ที่เป็นผู้บังคับบัญชาดังกล่าวย่อมเป็นคำสั่งทางปกครอง

การดำเนินงานต่าง ๆ ของฝ่ายปกครองนั้น ฝ่ายปกครองจะต้องยึดถือตัวบทกฎหมาย และหลักเกณฑ์ต่าง ๆ อย่างเคร่งครัดเป็นหลักในการทำงาน โดยเฉพาะการใช้อำนาจทางปกครอง ในเรื่องของคำสั่งทางปกครองที่ส่งผลกระทบต่อโดยตรงและเป็นรูปธรรมกับประชาชน ดังนั้น ในประเทศที่ยึดถือหลักการของนิติรัฐหรือนิติธรรมก็จะพยายามหามาตรการต่าง ๆ มาอธิบาย เพื่อควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐนั้น ๆ ให้อยู่ในกรอบของกฎหมายและเป็นไปเพื่อประโยชน์ มหาชนอย่างแท้จริง รูปแบบที่รัฐต่าง ๆ นิยมนำมาใช้เพื่อควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐเช่น ให้การกระทำทางปกครองนั้น ๆ ผูกติดกับเงื่อนไขของหลักความชอบด้วยกฎหมาย นอกจากนี้ กระบวนการและขั้นตอนในการใช้อำนาจโดยเฉพาะในเรื่องของการใช้อำนาจออกคำสั่งทางปกครอง ย่อมต้องดำเนินการภายใต้กรอบหรือเงื่อนไขตามกฎหมาย เช่น กรณีของประเทศไทยก็จะมี พระราชบัญญัติที่กำหนดกรอบในการใช้อำนาจออกคำสั่งทางปกครองของเจ้าหน้าที่ไว้คือ พระราชบัญญัติว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 เป็นต้น และเมื่อมีการใช้อำนาจไป แล้วและหากประชาชนผู้อยู่ภายใต้บังคับของการใช้อำนาจออกคำสั่งทางปกครองนั้นไม่เห็นด้วยกับ กระบวนการใช้อำนาจหรือเห็นว่าการใช้อำนาจไม่เป็นไปตามหลักความชอบด้วยกฎหมาย ประชาชนผู้อยู่ภายใต้บังคับนั้นก็สามารทำได้แย้งหรือฟ้องร้องต่อศาลเพื่อให้ศาลใช้อำนาจเพิกถอน การกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้นได้

จากที่ได้ศึกษามาข้างต้น ทำให้เป็นที่เข้าใจได้ว่าการดำเนินงานต่าง ๆ ของ ฝ่ายปกครองนั้น ฝ่ายปกครองจะต้องยึดถือตัวบทกฎหมายและหลักเกณฑ์ต่าง ๆ อย่างเคร่งครัด เป็นหลักในการทำงาน ซึ่งทำให้ดูเหมือนหนึ่งว่า ฝ่ายปกครองไม่มี“เสรีภาพ” ใด ๆ ในการคิด แต่ในความเป็นจริงแล้ว แม้กฎหมายจะเป็นสิ่งที่ฝ่ายปกครองต้องยึดถือและปฏิบัติอย่างเคร่งครัด แต่ในระบบกฎหมายปกครองก็ได้เปิดโอกาสให้ฝ่ายปกครองได้มี “เสรีภาพ” ในการดำเนินการบาง เรื่องโดยผ่านกลไกในการทำงานของฝ่ายปกครอง คือกระบวนการคิดซึ่งได้แก่ อำนาจดุลพินิจ (pouvoir discrétionaire) นอกจากอำนาจดุลพินิจแล้วในบางกรณีหากมีความจำเป็นอย่างใหญ่หลวง หากฝ่ายปกครองต้องปฏิบัติตามกฎหมายแล้วจะไม่สามารถแก้ปัญหของประเทศได้ หรืออาจทำให้เกิดปัญหาต่อประเทศชาติและประชาชน ทฤษฎีว่าด้วยสถานการณ์ฉุกเฉิน (La Théorie Des

Circonstances Exceptionnelles) ก็เปิดโอกาสให้ฝ่ายปกครองไม่ต้องปฏิบัติตามกฎหมายและกฎเกณฑ์ต่าง ๆ ได้ เพื่อที่ฝ่ายปกครองจะสามารถแก้ไขปัญหาของประเทศได้ทันทั่วทั้ง<sup>9</sup>

2.2.1 อำนาจดุลพินิจ ในการดำเนินกิจกรรมของฝ่ายปกครองนั้น แม้ฝ่ายปกครองจะถูกบังคับว่าจะต้องดำเนินการทุกอย่างตามที่กฎหมายกำหนด แต่ในทางปฏิบัติ ก็มีหลายกรณีที่ยกกฎหมายเปิดช่องให้ฝ่ายปกครองมีอิสระที่จะนำเอากฎหมายมาปรับเข้ากับข้อเท็จจริงเพื่อให้เกิดความยุติธรรมและความเหมาะสมในการดำเนินงาน อิสระที่ว่านี้คือ อำนาจดุลพินิจ (Le Pouvoir Discretionnaire) ของฝ่ายปกครอง อำนาจดุลพินิจ หมายความว่าในการกระทำทางปกครอง เช่น การออกคำสั่งเมื่อผู้ออกคำสั่ง ได้ข้อเท็จจริงที่กฎหมายประสงค์แล้ว ผู้ออกคำสั่งมีอำนาจเลือกว่าจะตัดสินใจแบบใดที่ตนเห็นว่าเหมาะสม ซึ่งกฎหมายจะกำหนดทางเลือกไว้สองลักษณะ คือ อาจกำหนดทางเลือกไว้เป็นอย่าง ๆ หรืออาจเปิดกว้างให้เจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งสามารถใช้ดุลพินิจได้ตามความเหมาะสม อำนาจดุลพินิจเป็นสิ่งที่อยู่ตรงกันข้ามกับอำนาจผูกพัน (Le Compétence Lié) ที่ เจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งจะต้องทำตามขั้นตอนที่กฎหมายกำหนด และเมื่อได้ทำตามทุกขั้นตอนแล้วก็ต้องตัดสินใจไปตามที่กฎหมายกำหนดเท่านั้น ขั้นตอนในการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองจะต้องเป็นไปตามที่กฎหมายกำหนดส่วนการเลือกใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองนั้น ฝ่ายปกครองมีอิสระที่จะเลือกตัดสินใจได้ตามที่ตนเห็นสมควร

2.2.2 ทฤษฎีว่าด้วยอำนาจในสถานการณ์ฉุกเฉิน (La Théorie Des Circonstances exceptionnelles) ในเหตุการณ์บางอย่างที่มีความสำคัญและกระทบต่อประโยชน์สาธารณะอย่างมาก หากฝ่ายปกครองซึ่งจะเข้ามาแก้ไขปัญหาต้องปฏิบัติตามตัวบทกฎหมายอย่างเคร่งครัดก็จะทำให้ฝ่ายปกครองไม่สามารถปฏิบัติหน้าที่ได้ เพื่อให้การทำหน้าที่ฝ่ายปกครองมีประสิทธิภาพและประสบความสำเร็จ ฝ่ายปกครองจึงต้องเลือกตัดสินใจที่จะดำเนินการบางอย่างที่มีผลเป็นการฝ่าฝืนกฎหมาย ทฤษฎีว่าด้วยสถานการณ์ฉุกเฉิน จึงเป็นสิ่งที่ถูกสร้างขึ้นเพื่อรองรับการดำเนินการของฝ่ายปกครองที่ฝ่าฝืนกฎหมาย จุดเริ่มต้นของทฤษฎีมาจากเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นในสมัยสงครามโลกครั้งที่ 1 ที่ฝ่ายปกครองต้องกำหนดมาตรการบางอย่างเกินไปจากอำนาจตามปกติของตน เพื่อต่อสู้และรับมือกับสถานการณ์ดังกล่าว ทฤษฎีว่าด้วยสถานการณ์ฉุกเฉินจึงเป็นข้อยกเว้นของหลักว่าด้วยความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง เนื่องจากในเหตุการณ์บางอย่างที่มีความสำคัญและกระทบต่อประโยชน์สาธารณะอย่างมาก หากฝ่ายปกครองซึ่งจะเข้ามาแก้ไขปัญหาต้องปฏิบัติตามตัวบทกฎหมายอย่างเคร่งครัดก็จะทำให้ฝ่ายปกครองไม่สามารถปฏิบัติหน้าที่ได้ เพื่อให้การทำหน้าที่ฝ่ายปกครองมีประสิทธิภาพและประสบความสำเร็จ ฝ่ายปกครองจึงต้องเลือก

<sup>9</sup> นันทวัฒน์ บรมานันท์. (2551). *หลักพื้นฐานของกฎหมายปกครอง*. สืบค้น 10 มกราคม 2559, จาก <http://www.pub-law.net/publaw/view.aspx?id=1229>.

ตัดสินใจที่จะดำเนินการบางอย่างที่มีผลเป็นการฝ่าฝืนกฎหมาย ทฤษฎีว่าด้วยสถานการณ์ฉุกเฉิน จึงเป็นสิ่งที่ถูกสร้างขึ้นเพื่อรองรับการดำเนินการของฝ่ายปกครองที่ฝ่าฝืนกฎหมาย จุดเริ่มต้นของ ทฤษฎีมาจากเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นในสมัยสงครามโลกครั้งที่ 1 ที่ฝ่ายปกครองต้องกำหนดมาตรการ บางอย่างเกินไปจากอำนาจตามปกติของตนเพื่อต่อสู้และรับมือกับสถานการณ์ดังกล่าว ทฤษฎีว่าด้วย สถานการณ์ฉุกเฉินจึงเป็นข้อยกเว้นของหลักว่าด้วยความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง ทฤษฎีว่าด้วยสถานการณ์ฉุกเฉินนี้เกิดจากการ “ยอมรับ” ของศาลปกครองสูงสุด (le Conseil d' Etat) ในการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองที่เกินกรอบที่กฎหมายกำหนด คือคำพิพากษา ลงวันที่ 28 มิถุนายน ค.ศ. 1918 คดี Heyriès ที่เกี่ยวข้องกับการที่ฝ่ายปกครองออกรัฐกฤษฎีกาเพื่อระงับการ บังคับใช้หลักเกณฑ์ทางกฎหมายบางประการที่เกี่ยวกับการลงโทษทางวินัยข้าราชการเนื่องจากอยู่ใน สถานการณ์สงคราม และคำพิพากษา ลงวันที่ 28 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1919 คดี Doles et Laurent ที่ฝ่ายปกครองออกกฎหมายห้ามผู้หญิงเข้าไปในสถานบริการบางแห่ง ซึ่งในคดีหลังนี้ศาลปกครองสูงสุด ก็ได้ให้เหตุผลไว้อย่างชัดเจนในคำพิพากษาว่า อำนาจของตำรวจในการรักษาความสงบเรียบร้อย สาธารณะและความปลอดภัยจะแตกต่างกันระหว่างในยามสงบกับในยามสงคราม ซึ่งในยาม สงครามจะต้องมีมาตรการที่เข้มงวดกว่า เพื่อให้การรักษาความสงบเรียบร้อยสาธารณะและความ ปลอดภัยได้ผลเต็มที่<sup>10</sup>

ทฤษฎีว่าด้วยอำนาจทางปกครองในสถานการณ์ฉุกเฉินนี้เกิดจากการยอมรับของศาล ปกครองสูงสุด (Le Conseil d' Etat) ในการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองที่เกินกรอบที่กฎหมายกำหนด คือคำพิพากษา ลงวันที่ 28 มิถุนายน ค.ศ. 1918 คดี Heyriès ที่เกี่ยวข้องกับการที่ฝ่ายปกครองออกรัฐ กฤษฎีกาเพื่อระงับการบังคับใช้หลักเกณฑ์ทางกฎหมายบางประการที่เกี่ยวกับการลงโทษทางวินัย ข้าราชการเนื่องจากอยู่ในสถานการณ์สงคราม และคำพิพากษา ลงวันที่ 28 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1919 กรณีที่ฝ่ายปกครองออกกฎหมายห้ามผู้หญิงเข้าไปในสถานบริการบางแห่ง ซึ่งในคดีหลังนี้ศาลปกครอง สูงสุดก็ได้ให้เหตุผลไว้อย่างชัดเจนในคำพิพากษาว่า อำนาจของตำรวจในการรักษาความสงบ เรียบร้อยสาธารณะและความปลอดภัยจะแตกต่างกันระหว่างในยามสงบกับในยามสงคราม ซึ่งในยามสงครามจะต้องมีมาตรการที่เข้มงวดกว่าเพื่อให้การรักษาความสงบเรียบร้อยสาธารณะ และความปลอดภัยได้ผลเต็มที่ ทฤษฎีว่าด้วยอำนาจในสถานการณ์ฉุกเฉิน จึงอาจหมายความว่า เป็นสภาวะการณ์ที่เกิดการผ่อนคลายในเรื่องการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ซึ่งปกติต้องเคร่งครัดต่อ หลักความชอบด้วยกฎหมาย ทำให้ข้อจำกัดในเรื่องการใช้อำนาจมีน้อยกว่าในสภาวะการณ์ปกติ แต่อย่างไรเสียก็ตามการใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ว่าขณะนี้สถานการณ์ฉุกเฉินจริงหรือไม่หรือ แม้ว่าสถานการณ์ในขณะนี้จะเป็นสถานการณ์ฉุกเฉินเจ้าหน้าที่ของรัฐก็ควรระลึกว่าการใช้อำนาจ

<sup>10</sup> แหล่งเดิม.

ในสภาวะการณ์ที่ถูกเงินต้องพอสมควรแก่เหตุที่เกิดขึ้นในขณะนั้น ๆ ด้วย เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง ต้องไม่ปฏิบัติให้เกินขอบเขตอำนาจที่ขยายออกไปอย่างไร้ข้อจำกัดเพราะมิเช่นนั้นการกระทำ ดังกล่าวอาจถูกฟ้องร้องเป็นคดีความต่อศาลได้<sup>11</sup>

แนวคิดในเรื่องข้อยกเว้นหลักความชอบด้วยกฎหมายดังที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้นนั้น อาจเกิดผลอยู่ 3 ประการ ดังนี้

1) ฝ่ายปกครองอาจไม่ต้องปฏิบัติตามกฎเกณฑ์ของกฎหมายที่อาจทำให้การปฏิบัติหน้าที่ของตนต้องเสียไป เช่นฝ่ายปกครองอาจกระทำการนอกเหนือจากอำนาจที่มีในกรณีปกติ นอกจากนี้ฝ่ายปกครองอาจกระทำการที่กระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนโดยอาจงดเว้น ขั้นตอนและรูปแบบหรือวิธีการในการใช้อำนาจได้

2) ฝ่ายปกครองถูกผูกพันตามแนวทางที่เรียกว่า ความชอบด้วยกฎหมายในสถานการณ์ ถูกเงินซึ่งแนวทางนี้ถูกกำหนดโดยศาลโดยมีสาระสำคัญอยู่ 2 ประการคือ 1. การกระทำในภาวะ ถูกเงินนั้นต้องมีวัตถุประสงค์เพื่อเผชิญต่อวิกฤตการณ์นั้น ๆ และ 2. รูปแบบและวิธีการที่จะ นำมาใช้ต้องสอดคล้องกับวัตถุประสงค์นั้นด้วย

3) ขอบเขตเกี่ยวกับความรับผิดชอบทางปกครอง โดยในสภาวะการณ์ปัจจุบันมีผลต่อความ รับผิดชอบทางปกครองหลายประการ กล่าวคือ การกระทำบางอย่างซึ่งในสภาวะการณ์ปกติอาจเป็นความผิด แต่หากได้กระทำในสภาวะการณ์ที่ไม่ปกติฝ่ายปกครองอาจหลุดพ้นจากความรับผิดได้ หรือ การกระทำที่โดยปกติแล้วจากลักษณะของความร้ายแรงของการกระทำอาจถือได้ว่าเป็นการกระทำ ผิดที่กระทบต่อทรัพย์สินหรือเสรีภาพขั้นพื้นฐานของประชาชนและอยู่ในเขตอำนาจของศาลยุติธรรม แต่หากเป็นการกระทำในสถานการณ์ที่ไม่ปกติย่อมอยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครอง และในบาง กรณีการกระทำที่เกิดขึ้นในสถานการณ์ที่ไม่ปกติแม้จะไม่ถือว่าเป็นความผิดแต่จะก่อให้เกิดความ รับผิดชอบทางปกครองที่เกิดจากการกระทำของรัฐในเรื่องความเสียหายก็อาจเป็นไปได้

ผลในทางกฎหมายของหลักที่เกี่ยวกับการใช้อำนาจในสถานการณ์ที่ไม่ปกตินั้น จึงเป็น การขยายอำนาจของฝ่ายปกครองออกไป เพื่อประโยชน์และเป็นการอำนวยความสะดวกให้กับ เจ้าหน้าที่รัฐฝ่ายปกครองในการดำเนินการ เพื่อบริหารจัดการให้ความสงบเรียบร้อยกลับมาโดยเร็ว ในทางทฤษฎีการใช้อำนาจในสถานการณ์ที่ไม่ปกติมิใช่ข้อยกเว้นที่แท้จริงของหลักความชอบด้วย กฎหมาย เนื่องจากมีความสัมพันธ์ที่ฝ่ายปกครองอาจใช้อำนาจโดยกล่าวอ้างเอาสถานการณ์ถูกเงิน หรือ ไม่ปกตินั้นมาเป็นข้ออ้างในการใช้อำนาจโดยอำเภอใจและการกระทำของศาลในการควบคุม

<sup>11</sup> จาก การควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองตามพระราชกำหนดการบริหาร ราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548 (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหาร) (น. 51), โดย พิเชษฐ ฤกษ์จิตร, 2554, เชียงราย: มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง.

ตรวจสอบการใช้อำนาจภายหลังจากการกระทำการก็ให้ผลในการเชี่ยวชาญได้ไม่ดีพอ ศาลปกครอง จึงสร้างแนวทางในการควบคุมการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองในสถานการณ์ที่ไม่ปกติที่ค่อนข้างจะ เครื่องคิดพอสมควรดังนี้<sup>12</sup>

1) การมีอยู่จริงของสถานการณ์ที่ไม่ปกติ โดยศาลจะพิจารณาว่ามีภาวะการณ์เช่นนั้น เกิดขึ้นจริงหรือไม่ และในขณะที่มีการใช้อำนาจภาวะการณ์นั้น ๆ ยังดำรงอยู่หรือไม่ ดังนั้น การที่ฝ่ายปกครองได้ออกคำสั่งให้การดำเนินการอย่างใดอย่างหนึ่งมีผลโดยไม่ได้กำหนดระยะเวลา การดำเนินการดังกล่าวจึงอาจถือได้ว่าไม่ชอบด้วยกฎหมายเพราะไม่ได้คำนึงถึงสถานการณ์ ว่ามีหรือหมดไปแล้วหรือไม่

2) ฝ่ายปกครองต้องให้เหตุผลและความจำเป็นของฝ่ายปกครองที่จะต้องดำเนินการ หรือสั่งการนั้นเพื่อประโยชน์สาธารณะและจำเป็นที่จะขัดต่อกฎหมายที่ใช้บังคับในยามปกติ

3) ความพอสมควร หมายความว่าศาลจะพิจารณาว่าคำสั่งหรือการดำเนินการที่ ฝ่ายปกครองได้กระทำไปนั้นได้สัดส่วนความจำเป็นของเหตุการณ์เพียงใดหรือไม่ หากการพิจารณา สิ่งนั้น ๆ ได้กระทำไปเกินสัดส่วนแห่งความจำเป็น การกระทำนั้นย่อมขัดต่อหลักความชอบ ด้วยกฎหมาย

ดังนั้น อาจกล่าวได้ว่าแม้ว่าฝ่ายปกครองสามารถอ้างอิงเอาหลักการใช้อำนาจใน สถานการณ์ที่ไม่ปกติมาเป็นเหตุผลเพื่อใช้อำนาจเกินกรอบหรือขอบเขตการใช้อำนาจ แต่การใช้ อำนาจดังกล่าวก็หาอาจหลุดพ้นจากการควบคุมหรือตรวจสอบไม่ แต่หลักเกณฑ์และรูปแบบที่ใช้ ในการควบคุมหรือตรวจสอบอาจผ่อนคลายจากสถานการณ์การใช้อำนาจในกรณีทั่วไป เพื่อเปิดโอกาส ให้เจ้าหน้าที่ของรัฐเข้าไปดำเนินการอย่างใดอย่างหนึ่งเพื่อให้สถานการณ์กลับมาเป็นปกติโดยเร็ว

### 2.3 ทฤษฎีว่าด้วยรัฐและความสัมพันธ์ในลักษณะของผู้ใช้อำนาจเหนือประชาชน

การใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ฝ่ายทหารหรือแม้แต่เจ้าหน้าที่ของรัฐโดยทั่วไปย่อมสัมพันธ์ แน่นแฟ้นกับสถาบันรัฐ เพราะหากขาดไว้ซึ่งความเป็นรัฐเสียแล้วเจ้าหน้าที่รัฐก็ย่อมไม่มีอำนาจใน การดำเนินการใด ๆ ประกอบกับวัตถุประสงค์หลักในการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่รัฐย่อมต้อง สัมพันธ์กับบทบาทและภาระหน้าที่หลักของรัฐ ดังนั้น ในส่วนของบทที่สองนี้ผู้วิจัยจึงขออธิบาย และทำความเข้าใจเกี่ยวกับทฤษฎีว่าด้วยรัฐและความสัมพันธ์ในลักษณะของผู้ใช้อำนาจเหนือ ประชาชนเสียก่อนเป็นเบื้องต้น

แนวความคิดว่าด้วยรัฐนั้นเกิดจากการยอมรับคำว่า “อำนาจ” (le pouvoir) ที่เรียกกันว่า อำนาจรัฐ (le pouvoir d'Etat) ซึ่งสืบเนื่องมาจากอำนาจสูงสุดในการปกครองรัฐที่เรียกกันว่า

<sup>12</sup> แหล่งเดิม. (น. 54).

อำนาจอธิปไตย อำนาจรัฐแสดงถึงการมีอำนาจของผู้ปกครองรัฐที่มีอยู่เหนือผู้ที่อยู่ใต้การปกครอง หรือพลเมืองของรัฐอันเป็นการสะท้อนให้เห็นถึงความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับประชาชนของรัฐที่อยู่บนพื้นฐานแห่งความไม่เท่าเทียมกัน แนวความคิดดังกล่าวถือว่าเป็นปรัชญาหรือหัวใจของกฎหมายมหาชนที่กล่าวว่า “ถ้าไม่มีกฎหมายให้อำนาจไว้ ก็ไม่สามารถกระทำได้” อันที่จริงแล้วรัฐนั้นเป็นแนวคิดทางพุทธปรัชญาที่รวมเอาจิตวิญญาณทั้งหมดของทุก ๆ คนในรัฐมาไว้ในขอบเขตปริมาตรของรัฐ นอกจากนี้รัฐยังได้รับมอบอำนาจและหน้าที่เฉพาะที่เกี่ยวกับการรักษาความสงบสุขของสังคมมากไปกว่าที่ทราบกันเป็นอย่างดีว่ารัฐเป็นสิ่งที่จับต้องไม่ได้และเป็นสิ่งที่มองไม่เห็นและก็ยังดำรงอยู่ในรูปของนามธรรม<sup>13</sup>

คำว่า “รัฐ” นั้นในภาษาฝรั่งเศสใช้คำว่า “Etat” ในภาษาอังกฤษใช้คำว่า “State” ในภาษาเยอรมันใช้คำว่า “Staat” คำดังกล่าวมาปรากฏอยู่ในช่วงรอยต่อระหว่างศตวรรษที่ 15 กับศตวรรษที่ 16 ก่อนหน้านั้นไม่ปรากฏมีการใช้คำดังกล่าวไว้เลยแม้แต่นักปราชญ์ในยุคก่อนหน้านั้นใช้คำว่า Polis, res publica, civitas, regnum, communitas perfecta ในความหมายว่าโครงสร้างทางการเมือง (Le corps politique) หรือใช้คำว่า la Couronne de royaume ในความหมายว่าอาณาจักรแห่งพระราชินีซึ่งแสดงให้เห็นถึงการก่อประชาคมของมนุษย์อันเป็นการสะท้อนถึงความสัมพันธ์ระหว่างผู้ปกครองที่ใช้อำนาจบังคับหรือคำสั่งที่มีต่อผู้ที่อยู่ใต้การปกครองและผู้ที่อยู่ใต้การปกครองต้องปฏิบัติตามคำสั่งหรือคำสั่งบังคับดังกล่าว

Nicholas Machiavel เป็นนักปรัชญาคนแรกที่เขียนคำว่า “รัฐ” ในความหมายปัจจุบันลงในหนังสือ “Le Prince” ในปี ค.ศ. 1513 ว่า “รัฐทุกรัฐ ซึ่งเคยมีหรือมีอำนาจเหนือมนุษย์ เคยเป็นหรือเป็นสาธารณรัฐหรือราชอาณาจักร” (Tous les Etats, toutes les Seigneuries qui eurent et ont commandement sur les hommes, furent et sont ou République ou Principauté)<sup>14</sup> คำว่ารัฐ (Etat) ของ Niccolo Machiavalle ได้รับการนิยามและมีความหมายเท่ากับคำว่าสาธารณรัฐ (République) หรือราชอาณาจักร (Principauté) รัฐนั้นจะต้องมีอำนาจเหนือมนุษย์ ถ้ารัฐไม่มีอำนาจก็ถือว่าเป็นปราศจากความเป็นรัฐ นิยามดังกล่าวก็ยังถือว่าไม่สมบูรณ์ถึงกระนั้นก็ตามก็ได้เป็นการเปิดทางแนวความคิดใหม่ของรัฐว่ารัฐควบคู่กับอำนาจต่อมา Le Secrétaire florentin ได้กล่าวถึงรัฐโดยพิจารณาจากกิจกรรมของรัฐหรือกิจกรรมสาธารณะเป็นหลักในการกำหนดขอบข่ายและจัดตั้งองค์กรหรือสถาบันของรัฐ

<sup>13</sup> เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์. (2548). *แนวความคิดว่าด้วยรัฐ (ตอนที่ 1)*. สืบค้น 5 มกราคม 2559, จาก <http://www.pub-law.net/publaw/view.aspx?id=295>.

<sup>14</sup> จาก *กฎหมายมหาชน เล่ม 1 วิวัฒนาการทางปรัชญาและลักษณะของกฎหมายมหาชนในยุคต่าง ๆ* (น. 30), โดย บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, 2538, กรุงเทพฯ: นิติธรรม.



ดังนั้น นิยามความหมายของรัฐจึงชัดเจนขึ้นมามากกว่านอกจากรัฐจะมีอำนาจเหนือประชาชนของรัฐแล้ว รัฐยังต้องมีองค์กรของรัฐ มีสถาบันทางการเมืองของรัฐซึ่งการใช้อำนาจของรัฐทำให้รัฐนั้น ๆ จะต้องมิชอบเขตปริมณฑลหรือดินแดนของรัฐด้วย ภายในขอบเขตแห่งปริมณฑลของการสร้างรัฐนั้น มีนักทฤษฎีหลายท่าน ได้กล่าวถึงเรื่องดังกล่าวไว้ที่แตกต่างกันไปอย่างไรก็ตามนักทฤษฎีเหล่านั้นก็ได้สร้างสรรค์ผลงานในเรื่องดังกล่าวไว้ให้ชนรุ่นหลังได้ศึกษากันต่อไปและผลงานแห่งการสร้างสรรค์ดังกล่าวยังแสดงให้เห็นถึงความลึกซึ้งของคำว่ารัฐมากยิ่งขึ้นพอจะจำแนกแนวความคิดของการก่อกำเนิดรัฐได้สามประการ คือ ประการแรก รัฐเกิดจากการทำพันธสัญญา ประการที่สอง รัฐเกิดจากผลของความขัดแย้ง และประการสุดท้าย รัฐเกิดจากผลของแนวความคิดของการจัดสร้างสถาบัน

1) รัฐเกิดจากพันธสัญญาประชาคม (le contrat social) ในความคิดเรื่องดังกล่าวนี้ต้องการแสดงหรือพิสูจน์ให้เห็นว่ารัฐมีแหล่งกำเนิดมาจากสัญญา สัญญาดังกล่าวคือสัญญาอะไร แนวความคิดนี้ได้มีนักปราชญ์นามอุโฆษหลายท่านได้แสดงไว้ เช่น Thomas Hobbes, John Locke, Jean Jacques Rousseau แต่อย่างไรก็ตามไม่ได้หมายความว่านักปราชญ์ที่ได้เอ่ยนามดังกล่าวจะเห็นเหมือนกัน กล่าวคือทุก ๆ ท่านต่างมองว่าผลนั้นคือการก่อเกิดรัฐนั้นเหมือนกันที่ว่าเกิดจากพันธสัญญาแต่ที่มาแห่งพันธสัญญานั้นมีความแตกต่างกันในความคิดของแต่ละท่าน

Thomas Hobbes กับ สัญญาประชาคม ตามแนวความคิดของ Hobbes นั้นมองว่าสภาวะตามธรรมชาติของมนุษย์นั้นเปรียบเสมือนเป็นหมาป่าที่จะต้องดิ้นรนเพื่อความอยู่รอดของตนเอง โดยธรรมชาติของตัวมันเองเปรียบดั่งมนุษย์ต่างก็มีธรรมชาติของการอยู่รอดด้วยตนเองดังเช่นหมาป่าที่ออกล่าเหยื่อ ดังนั้นโดยสัญชาตญาณของมนุษย์ย่อมมีความเห็นแก่ตัวเป็นที่ตั้ง มีความเลวหยาบช้าและโหดร้าย ต่างก็ไม่มี ความไว้วางใจซึ่งกันและกันและต่างก็ต้องระวังว่าตนเองจะถูกทำร้ายจากอีกฝ่ายหนึ่ง ทุกคนต่างปกป้องและรักษาชีวิตของตนเองเพื่อให้มีชีวิตดำรงอยู่ต่อไปได้ในสังคมนั้น ต่างก็กำหนดกฎเกณฑ์ของตนเอง ต่างก็เป็นผู้ที่ทำหน้าที่ตัดสินข้อขัดแย้งของตนเองกับผู้อื่น ดังที่ Hobbes ได้กล่าวไว้ว่า “สิ่งที่คนเราต้องการยอมถือว่าดี ส่วนสิ่งที่คนเราเกลียด ถือว่าเลว” ซึ่งในสภาวะธรรมชาติแล้ว จะขึ้นอยู่กับแต่ละบุคคลจะตัดสินใจเอาเอง จะไม่มีสิ่งใดดีหรือเลวบริสุทธิ์และไม่มีความที่จะใช้ร่วมกันได้<sup>15</sup> ดังนั้น การที่จำต้องอยู่ในภาวะดังกล่าวนี้จึงทำให้ทุกคนเปรียบเสมือนตกอยู่ในภาวะที่ต้องสงครามต่อกัน ภาวะดังกล่าวถือว่าเป็นภาวะตามธรรมชาติของ

<sup>15</sup> จาก *นักคิดผู้ยิ่งใหญ่ของโลก ปรัชญาและทฤษฎีการเมือง* (น. 58), โดย ทินพันธุ์ นาคะตะ, 2541, กรุงเทพฯ: โครงการเอกสารและตำรา สมาคมรัฐประศาสนศาสตร์ นิดา. (อ้างถึงใน *Leviathan: Or the Matter, Forme and Power of a Commonwealth Ecclesiasticall and Civil*, by Thomas Hobbes (pp. 48-49), 1967, edited by Michael Oakeshot with an introduction by Richard S. Peters, New York: Collier Books).

มนุษย์ ดังนั้นทุกคนจึงมีสิทธิตามธรรมชาติที่จะรักษาตัวเองให้รอดด้วยการคุกคาม การทำร้าย การประหารชีวิตผู้อื่นที่มาล่วงละเมิดสิทธิของตน ตามความเห็นของ Hobbes แล้ว จะเห็นได้ว่า พันธสัญญาดังกล่าวนี้เป็นพันธสัญญาที่ทุก ๆ คนในประชาคมนั้นต่างหันหน้าเข้ามาทำสัญญากันเองไม่ใช่เป็นพันธสัญญาที่ประชาชนแห่งประชาคมนั้นทำกับรัฐ รัฐเข้ามาเกี่ยวข้องเป็นผู้ใช้อำนาจตามพันธสัญญาและเป็นผู้ได้รับมอบหมายให้รักษาตามพันธสัญญาดังกล่าวเท่านั้น ไม่ใช่ในฐานะผู้ร่วมก่อพันธสัญญา ดังนั้นรัฐจึงเป็นผู้มีอำนาจสูงสุดและเด็ดขาดเหนือทุก ๆ คนในประชาคมนั้นและเป็นนิรันดร์ ไม่มีอำนาจใดมาจำกัดได้ เนื่องจากรัฐเป็นนามธรรม ดังนั้นจึงจำเป็นต้องมีบุคคลหนึ่งเป็นตัวแทนของรัฐในการใช้อำนาจดังกล่าวซึ่งเรียกว่ารัฐาธิปไตยมาทำหน้าที่ดังกล่าว ทุก ๆ คนในประชาคมนั้นต้องยอมรับและเชื่อฟังรัฐาธิปไตย แนวความคิดดังกล่าวนี้ที่สะท้อนให้เห็นถึงสัญญาสมาคม (Pactum subjectiones) อันเป็นการส่งเสริมระบอบการปกครองแบบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ (la Monarchie absolue) และภาระหน้าที่ของรัฐาธิปไตยตามความเห็นของ Hobbes คือให้ความปลอดภัยแก่ปวงชนเพื่อก่อให้เกิดเสถียรภาพแก่ทุก ๆ คนในประชาคมนั้น

John Locke กับสัญญาประชาคม ในเรื่องธรรมชาติของมนุษย์แล้วความคิดเห็นของ Locke แล้วไม่แตกต่างจาก Hobbes เท่าไรกล่าวคือมนุษย์ทุก ๆ คนต่างคนต่างอยู่ ต่างก็มีเสรีภาพตามธรรมชาติ และต่างก็มุ่งแสวงหาความมั่นคงแห่งชีวิตของตนเองแต่ก็มีข้อแตกต่างกันอยู่บ้างดังนี้ ประการแรก Locke จะมองในแง่ที่ดีกว่า Hobbes ที่ว่าสภาวะธรรมชาติของมนุษย์นั้นไม่ได้เป็นสภาวะต่อสู้แข่งขันรบรากันเพื่อที่จะให้บรรลุถึงความปรารถนาของตนเองแต่เป็นสภาวะที่มีแต่ความเสมอภาค มีสันติภาพ ทุก ๆ คนต่างก็ตระหนักถึงกฎหมายธรรมชาติและเมื่อเกิดการขัดแย้งกันขึ้นระหว่างกันแล้วต่างก็บังคับการตามสิทธิที่ตนมีอยู่ตามธรรมชาติและลงโทษผู้กระทำผิดด้วยตนเอง<sup>16</sup>

ประการที่สอง ตามความคิดเห็นของ Locke แล้ว มีสองพันธสัญญาที่ประชาชนทำขึ้น (ในขณะที่ Hobbes มองว่ามีหนึ่งพันธสัญญาเท่านั้น) พันธสัญญาแรกเป็นพันธสัญญาที่ประชาชนทำกันเองเพื่อหาหนทางแก้ไขความขัดแย้งที่เกิดขึ้นระหว่างกันเองและเพื่อความมั่นคงแห่งชีวิตของแต่ละคน ในกรณีดังกล่าวตรงกับแนวคิดของ Hobbes ส่วนพันธสัญญาที่สองนั้น เป็นพันธสัญญาที่ประชาชนทำกับรัฐ ในกรณีดังกล่าวเป็นจุดแตกต่างกับ Hobbes กล่าวคือ Hobbes ไม่ได้มองว่าการที่ประชาชนมอบอำนาจให้รัฐไปนั้นเป็นการที่ประชาชนเข้าทำพันธสัญญากับรัฐแต่เป็นกรณีที่ประชาชนนั้น ต้องหากคนกลางมาใช้อำนาจสูงสุดดังกล่าว รัฐเป็นคนกลางที่ถูกสมมุติขึ้น เพื่อใช้

<sup>16</sup> จาก *นิติปรัชญา* (น. 196), โดย ปรีดี เกษมทรัพย์, 2539, กรุงเทพฯ: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอนคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

อำนาจดังกล่าวโดยมีตัวแทนที่เรียกว่ารัฐาธิปไตย ซึ่งเป็นการส่งเสริมระบบสวามิภักดิ์ รัฐจึงมิใช่ คู่พันธสัญญาเพราะรัฐมีอำนาจเหนือกว่าทุก ๆ คนในประชาคม ดังที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น

ดังนั้น การเกิดรัฐในแนวความคิดของ Locke นั้นหมายความว่า รัฐนั้นเกิดขึ้นมาเพราะ เพื่อให้มนุษย์อยู่ภายใต้กฎหมาย ถ้าไม่มีกฎหมายก็ไม่มีเสรีภาพ การมีเสรีภาพนั้นก็คือการพ้นจากการบีบบังคับหรือการทำร้ายโดยคนอื่น กฎหมายจึงเป็นหลักประกันแห่งเสรีภาพ ความเห็นดังกล่าวของ Locke แสดงว่าเสรีภาพตามธรรมชาติของมนุษย์นั้นต้องถูกจำกัดโดยกฎหมายเพื่อความสงบและมั่นคงในชีวิตของทุกคน ถ้ามีการทำสัญญาประชาคมกันแล้วแล้ว มนุษย์ก็จะใช้เสรีภาพอย่างไม่มีขอบเขตจนอาจก่อให้เกิดความขัดแย้งขึ้นในประชาคมนั้นได้ รัฐเข้ามาเป็นคู่กรณีในพันธสัญญากับประชาชนก็เพื่อที่จะมาควบคุมและคุ้มครองเสรีภาพดังกล่าวตามกฎหมายและถ้ารัฐไม่เคารพเสรีภาพของประชาชนก็เท่ากับรัฐละเมิดพันธสัญญาดังกล่าวและประชาชนสามารถยกเลิกเพิกถอนรัฐได้

Jean Jacques Rousseau กับ สัญญาประชาคม ตามแนวความคิดของ Rousseau ไม่ได้แตกต่างจาก Hobbes ในจุดเริ่มต้น กล่าวคือในสภาวะธรรมชาติ ทุก ๆ คนมีเสรีภาพแห่งการดำรงอยู่ทั้งสิ้น ทุกคนเป็นนายของตัวเอง ไม่อยู่ใต้อำนาจของใครถ้าเขาไม่ยินยอม แต่อย่างไรก็ตามในสภาวะดังกล่าวทุกคนต่างก็ไม่มีความปลอดภัย ไม่มีความมั่นคงในชีวิตและในเสรีภาพ ก็หมายความว่าทุกคนไม่มีหลักประกันที่แน่นอน จากจุดนี้ที่ Rousseau เห็นว่าเป็นสถานการณ์ที่บังคับให้ทุก ๆ คนจำเป็นต้องมารวมตัวกันเพื่อให้บรรลุตามวัตถุประสงค์ของทุก ๆ คนในประชาคมนั้น โดยการทำสัญญาประชาคม ดังที่ Rousseau ได้เขียนไว้ว่า “มนุษย์เกิดมามีเสรี แต่ทุกหนทุกแห่งเขาอยู่ในเครื่องพันธนาการ”<sup>17</sup> เป็นการสะท้อนถึงความคิดของ Rousseau เป็นอย่างดีว่าเขายอมรับเสรีภาพตามธรรมชาติของมนุษย์ทุกคนมีอย่างไม่จำกัด เมื่อไม่มีการจำกัดดังกล่าว ทุกคนก็พยายามใช้เสรีภาพตามธรรมชาติของตนเองอย่างไร้ขอบเขต จนก่อให้เกิดความไม่มั่นคงในชีวิตของแต่ละคน ดังนั้นจึงมีความจำเป็นที่ว่าทุกคนในประชาคมนั้นต้องหันหน้าเข้าหากันทำข้อตกลงวางกฎเกณฑ์ของการอยู่ร่วมกันในสังคมนั้นขึ้นมา กฎเกณฑ์ดังกล่าวจึงเป็นกฎเกณฑ์ที่จำกัดการใช้เสรีภาพอย่างไร้ขอบเขตของทุกคน ดังนั้นเสรีภาพที่แท้จริงของ Rousseau นั้น คือเสรีภาพที่เกิดขึ้นตามกฎเกณฑ์ของประชาคมนั้น ๆ ซึ่งเรียกว่าเสรีภาพในฐานะพลเมือง(civil liberty) สัญญาประชาคมของ Rousseau จึงเป็นสัญญาเชิงศีลธรรม (le contrat moral) ซึ่งเป็นสัญญาที่ก่อกำเนิดมาจากทุก ๆ คนในประชาคมนั้น แต่ละคนมีข้อผูกพันสองประการด้วยกัน คือ ประการแรกเป็นข้อผูกพันกับตนเอง และประการที่สองเป็นข้อผูกพันกับรัฐ Rousseau ว่าการที่เกิดข้อผูกพันกับรัฐนั้นเป็นจุดก่อกำเนิด

<sup>17</sup> จาก *สัญญาประชาคม* (น. 21), โดย จัง จากส์ รุสโซ (แปลและเรียบเรียงโดย จินดา จินตนเสรี), 2522, กรุงเทพฯ: ศรีพราการพิมพ์.

หรือการสร้างรัฐให้เกิดขึ้นมาเพราะทุกคนต่างเข้าทำสัญญาประชาคมกันนั้น ไม่ใช่การที่ทุกคนมอบเสรีภาพของตนเองให้แก่ผู้หนึ่งผู้ใดโดยเฉพาะแต่เป็นการมอบให้รัฐ Russo กล่าวว่า “เราแต่ละคนมอบร่างกายและพลังทั้งหมดที่ตนมี เข้าอยู่ภายใต้คำบัญชาสูงสุดของเจตนารมณ์ส่วนรวม และในอำนาจร่วมกันของเรา เราขอรับสมาชิกแต่ละคนในฐานะที่เป็นส่วนหนึ่งซึ่งจะแบ่งแยกมิได้ของสังคม” ดังนั้นรัฐจึงเป็นการรวมตัวกันของทุก ๆ คนในประชาคมนั้น เจตนารมณ์ร่วมกันของทุกคนก็คืออำนาจอธิปไตยที่เป็นของทุก ๆ คน ตามทัศนะของ Rousseau อำนาจอธิปไตยไม่สามารถจะจำหน่ายจ่ายโอนไปให้ผู้ใดได้และไม่สามารถแบ่งแยกออกไปได้และจำกัดไม่ได้เพราะอำนาจดังกล่าวเป็นของคนทุกคนในประชาคมนั้น ตรงจุดนี้เองที่มองว่า Rousseau เป็นผู้ก่อให้เกิดแนวคิดที่ว่าอำนาจอธิปไตยเป็นของประชาชนและก่อให้เกิดระบอบการปกครองที่เรียกว่าการปกครองในระบอบประชาธิปไตยทางตรง (la democratie directe) กล่าวคือ ให้ความสำคัญกับฝ่ายนิติบัญญัติเป็นอย่างมากเพราะเกิดจากการเข้าทำสัญญาประชาคมของประชาชนทุกคน กล่าวคือประชาชนเป็นผู้บัญญัติกฎหมายที่มีผลบังคับใช้กับทุก ๆ คนในประชาคมนั้น ผลที่ตามมาก็คือ Rousseau มองว่าฝ่ายบริหารนั้นเป็นอำนาจที่รองลงมาและได้อำนาจมาจากฝ่ายนิติบัญญัติ ส่วนฝ่ายตุลาการเป็นเพียงหน้าที่อย่างหนึ่งของรัฐบาลเท่านั้น รัฐบาลจึงเปรียบเสมือนเป็นผู้ที่ได้รับมอบหมายจากเจตนารมณ์ส่วนรวมอันเป็นองค์อธิปัตย์ให้ทำงานเท่านั้น Rousseau มีความเห็นที่แตกต่างจาก Hobbes และ Locke Hobbes ถือว่าประชาชนโอนอำนาจอธิปไตยให้แก่ผู้ปกครองส่วน Locke นั้น เน้นเรื่องการแบ่งแยกอำนาจ Rousseau เห็นด้วยกับ Locke ในแง่ที่ว่ารัฐบาลเป็นตัวแทนชั่วคราวของประชาชน ๆ เป็นเจ้าของอำนาจแต่ไม่ถือว่าประชาชนโอนอำนาจไปให้องค์กรรัฐบาลเป็นผู้ใช้โดยแบ่งแยกอำนาจและมีการถ่วงดุลระหว่างอำนาจ

2) รัฐเกิดจากความขัดแย้ง (les conflits) ทฤษฎีที่ว่าด้วยรัฐเกิดจากการขัดแย้งถือได้ว่าเป็นรากฐานของการก่อกำเนิดรัฐและเน้นให้เห็นถึงสภาวะการณ์ทางกฎหมายให้เด่นชัดขึ้นโดยสังเกตได้จากกลุ่มชนกลุ่มหนึ่งในสังคมนั้นหรือไม่ก็โดยจากปัจเจกชนในสังคมนั้นที่ครอบคลุมอยู่เหนือทุก ๆ กลุ่มเพื่อให้เกิดความมั่นคงและความเป็นระเบียบของสังคมนั้นในเรื่องดังกล่าวปรากฏว่าได้มีนักทฤษฎีหลายท่านที่วิเคราะห์เพื่อที่จะอธิบายถึงการก่อกำเนิดรัฐขึ้น โดยตั้งอยู่บนฐานของการรับรู้ของมนุษย์โดยตรงบนขอบเขตปริมาตรของอำนาจทางการเมือง (le pouvoir politique)

Montesquieu ได้กล่าวถึงเรื่องดังกล่าวในหนังสือ “เจตนารมณ์แห่งกฎหมาย” (De L'esprit Des Lois) ว่าการปกครองแบบราชาธิปไตยก็ดี การปกครองแบบการผูกขาดอำนาจไว้ที่บุคคลคนเดียวก็ดีหรือการปกครองของระบบอังกฤษก็ดีและอำนาจรัฐก็ดีต่างก็อยู่บนหลักเกณฑ์ของกฎแห่งการขัดแย้งซึ่งเป็นพื้นฐานของการวิเคราะห์ Montesquieu ได้พูดถึงการปกครองในระบอบราชาธิปไตยว่าในระบบการปกครองดังกล่าวจะต้องมีเกียรติศักดิ์ (L'honneur) เป็นตัวจำกัด

อำนาจและเป็นตัวที่มีอำนาจเหนือทุก ๆ คนและนอกจากนี้ยังเป็นตัวที่สร้างเขตแดนกันการปกครองแบบราชาธิปไตยออกจากการปกครองที่ผูกขาดอำนาจอยู่ที่บุคคลเพียงคนเดียวหรือที่เรียกว่าระบบเผด็จการ (Despotisme) โดยการสร้างกฎเกณฑ์ขึ้นมาเพื่อการดังกล่าวและเกียรติศักดิ์เป็นตัวที่ทำให้พวกขุนนางได้ใช้อำนาจที่เป็นกลาง (Les Pouvoirs Intermediares) เพื่อที่จะสร้างความมั่นคงและเสถียรภาพให้เกิดขึ้นในความสัมพันธ์ระหว่างพระมหากษัตริย์และราษฎร ดังนั้น จะเห็นได้ว่าความขัดแย้งต่างที่เกิดขึ้นในรัฐนั้นจะได้รับการแก้ไขก็ด้วยแต่เกียรติศักดิ์เท่านั้น สภาพการณ์ดังกล่าวนั้นเป็นการป้องกันมิให้เกิดรูปแบบการปกครองแบบเผด็จการที่จะสร้างความขัดแย้งให้เกิดขึ้นเพราะว่าระบบการปกครองแบบเผด็จการนั้นจะต้องมีความเกรงกลัวนั่นเองและการแก้ไขความขัดแย้งในระบบดังกล่าวก็มีแต่การใช้กำลังอย่างรุนแรงและป่าเถื่อน มุมมองของ Montesquieu เป็นมุมมองที่มองว่าการลดหรือการหลีกเลี่ยงความขัดแย้งที่จะเกิดขึ้นในรัฐราชาธิปไตยนั้นต้องมีตัวเชื่อมตรงกลางระหว่างกษัตริย์กับประชาชน โดยผ่านพวกขุนนางที่ใช้เกียรติศักดิ์เป็นกันชนมิให้กษัตริย์ได้ใช้อำนาจจนเกินไปจนอาจจะเป็นระบบเผด็จการไปได้และอาจจะนำไปสู่ความขัดแย้งขึ้นมาได้<sup>18</sup>

นอกจากนี้ยังมี Rousseau และ Locke อีกสองท่านที่ได้พูดถึงทฤษฎีความขัดแย้งขึ้นโดยมองว่าพันธสัญญาที่เกิดขึ้นในประชาคมเป็นหนทางที่เข้ามาแก้ไขความขัดแย้งซึ่งพบว่าเป็นกลไกสำคัญของการเปลี่ยนแปลงของรัฐ ดังได้กล่าวมาแล้วข้างต้นว่าการที่ประชาชนในประชาคมนั้นเข้าทำสัญญาประชาคมก็เพราะต้องการหลีกเลี่ยงความขัดแย้งที่อาจจะเกิดขึ้นระหว่างปัจเจกชนด้วยกันเองโดยให้ใช้สัญญาหรือพันธสัญญาดังกล่าวเป็นตัวที่ควบคุมมิให้เกิดความขัดแย้งขึ้นได้ในรัฐนั้น ถ้ามีความขัดแย้งเกิดขึ้นก็เท่ากับเป็นการทำลายพันธสัญญานั้นเอง

3) รัฐและแนวคิดว่าด้วยการจัดสร้างสถาบัน (L'Etat et La Notion D'institution) แนวความคิดดังกล่าวได้รับการเสนอโดย Maurice Hauriou ภายใต้ทฤษฎีที่เรียกว่า ทฤษฎีแห่งการจัดตั้งสถาบัน โดยเสนอว่ารัฐเป็นนิติบุคคล (La Personne Morale) และเนื่องจากความเป็นนิติบุคคลของรัฐ ๆ จึงได้จัดตั้งสถาบันที่อยู่ภายใต้รัฐขึ้นมา การเป็นนิติบุคคลของรัฐเป็นผลมาจากปรากฏการณ์ธรรมชาติซึ่งเป็นกฎปรากฏการณ์ที่ซับซ้อน มีความสัมพันธ์อย่างใกล้ชิดกับการเป็นองค์กรที่มีการจัดตั้งระบบของรัฐและความคิดขึ้นที่เป็นพื้นฐานขององค์กร แนวความคิดเรื่องการเป็นนิติบุคคลของรัฐทำให้กล่าวได้ว่ามีบางสิ่งบางอย่างในรัฐที่อยู่ในปัจเจกชนที่ประกอบกันเป็นรัฐ ทั้งในด้านความสำคัญในระยะเวลา สิ่งนั้นก็คือแนวความคิดแห่งการดำเนินการร่วม

<sup>18</sup> จาก เจตนารมณ์แห่งกฎหมาย (น. 41-48), โดย มงเตสกีเยอร์ (แปลและเรียบเรียงโดย วิจารณ์ ตวยานนท์), 2528, กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.

ซึ่งเป็นพื้นฐานของรัฐ<sup>19</sup> และจากความเป็นนิติบุคคลของรัฐ ๆ จึงเป็นผู้ก่อตั้งสถาบันภายใต้รัฐขึ้น รัฐมีสถานภาพและมีความเป็นอิสระในการดำเนินการต่าง ๆ ตามแนวคิดของ Maurice Hauriou นั้น จะเห็นได้ว่า รัฐและความเป็นนิติบุคคลของรัฐนั้นเกิดจากผลผลิตตามธรรมชาติตามแนวความคิดของสำนักกฎหมายฝ่ายธรรมชาติ ขณะเดียวกันนักกฎหมายฝ่ายบ้านเมืองเห็นว่าความเป็นนิติบุคคลของรัฐนั้นไม่ได้เป็นผลผลิตมาจากธรรมชาติแต่เกิดจากการที่มนุษย์ช่วยกันสร้างขึ้นมาโดยรับรองความเป็นรัฐและความเป็นนิติบุคคลของรัฐโดยกฎหมายฝ่ายบ้านเมือง จากแนวความคิดของ Maurice Hauriou ดังกล่าวจึงเกิดปัญหาว่าความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับกฎหมายนั้นยากที่จะแยกออกจากกันได้ Leon Duguit จึงได้สร้างมาตรฐานที่แบ่งแยกผู้ปกครองออกจากผู้ที่อยู่ใต้การปกครองให้เกิดขึ้น การอธิบายการเกิดของรัฐนั้นเกิดจากคำถามที่เกี่ยวกับสถานะทางกฎหมายของรัฐรวมทั้งอำนาจของรัฐด้วย การที่กำหนดให้รัฐเป็นสถาบันขึ้นนั้นเท่ากับเป็นการหลุดพ้นจากขอบเขตแห่งเกณฑ์ของรัฐและเป็นการมอบหมายให้รัฐเทียบเท่าและมากกว่าสถานะทางกฎหมายอื่น ๆ แต่ก็แตกต่างที่ว่ารัฐนั้นเป็นสถาบันที่เป็นองค์อธิปัตย์ นอกจากนี้รัฐยังเป็นมวลรวมของทุกคนในชาตินั้นแต่ในขณะเดียวกันก็เป็นการสร้างเจตนารมณ์ทางกฎหมายขึ้นกล่าวคือเป็นผลผลิตที่บริสุทธิ์ของการจินตนาการที่ยังคงอยู่ในเจตนารมณ์ของสิ่งที่อยู่ภายใต้การจัดการของรัฐ ข้อสงสัยจึงเกิดขึ้นว่าจินตนาการที่เป็นมวลรวมที่เรียกว่ารัฐนั้นสามารถแสดงออกในการกระทำของรัฐได้อย่างไร คำตอบก็คือการแสดงออกของรัฐนั้นก็คือการแสดงออกของผู้ปกครองรัฐ

จะเห็นได้ว่าแนวความคิดเรื่องรัฐเป็นสถาบันนั้นเป็นกลไกของการจำกัดอำนาจของรัฐ โดยอาศัยอำนาจของกฎเกณฑ์ในการปฏิบัติงานที่นิติบุคคลจะต้องกระทำตาม เช่น แนวความคิดในเรื่องการจัดการทรัพย์สินของนิติบุคคล แนวความคิดในเรื่องสถานะของนิติบุคคลซึ่งสองสิ่งนี้เป็นเสาหลักทางกฎหมายของสถาบัน มุมมองที่มองรัฐเป็นสถาบันเป็นมุมมองที่มองจากด้านสูง ขณะที่ฝ่ายที่เห็นว่ารัฐเกิดจากความขัดแย้งนั้นเป็นมุมมองที่มองจากด้านล่างขึ้นไป เมื่อนำแนวความคิดของทั้งสองฝ่ายมาพบกันได้สร้างแนวคิดที่ทำให้รัฐนั้นต้องมีความเป็นกลาง อย่างไรก็ตามแนวความคิดเรื่องสถาบันนั้นได้เป็นเรื่องอดีตไปแล้ว แนวความคิดของรัฐสมัยใหม่จึงเป็นแนวความคิดทางกฎหมายที่ปรากฏขึ้นเพราะทำให้เกิดการแยกระหว่างอำนาจและปัจเจกชนที่ได้รับมอบอำนาจมา

แนวความคิดในการก่อกำเนิดรัฐทำให้เห็นได้ว่าถ้าวิเคราะห์การกำเนิดรัฐแล้ว เราจะพบว่าการที่รัฐจะดำเนินการต่อไปได้นั้นจะต้องมีอำนาจซึ่งเราอาจเรียกว่า อำนาจรัฐ (Le Pouvoir d'Etat) หรือ อำนาจทางการเมือง (Le Pouvoir Politique) ก็แล้วแต่ และหากเรามองการกำเนิดรัฐ

<sup>19</sup> จาก *หลักกฎหมายมหาชน* (เอกสารประกอบการบรรยาย) (น. 80), โดย โภคิน พลกุล, 2526, กรุงเทพฯ: คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

ในแง่ของสัญญาประชาคมซึ่งเป็นที่ยอมรับกันทั่วไปอย่างเป็นทางการเป็นพื้นฐานอย่างปฏิบัติกันไม่ได้ การกำเนิดรัฐตามทฤษฎีสัญญาประชาคมว่า ประชาคมนั้นมีแต่ความขัดแย้ง ทุก ๆ คนในประชาคมนั้นต่างก็ต้องการความมั่นคงในชีวิตและทรัพย์สินของตนเอง จึงจำเป็นต้องหันหน้าเข้าหากันเข้ามาทำพันธสัญญากันขึ้น โดยทุกคนต่างมอบอำนาจที่ตนเป็นเจ้าของอยู่นั้นให้แก่รัฐ โดยมีผู้แทนของรัฐที่ทุก ๆ คนในประชาคมนั้นให้การยอมรับเป็นผู้ใช้อำนาจดังกล่าวในฐานะที่เป็นหัวหน้าที่กล้าหาญและเข้มแข็ง ผู้ที่ใช้อำนาจดังกล่าวนั้นก็เป็นผู้ทรงสิทธิในการใช้อำนาจอธิปไตยและเป็นผู้ใช้อำนาจทางการเมืองด้วยในตัว ซึ่งตรงกับทฤษฎีการสนับสนุนแนวความคิดศักดินาสวามิภักดิ์และการปกครองแบบราชาธิปไตยตามลำดับ จะเห็นได้ว่าในยุคคนผู้ปกครองที่ได้รับการยอมรับให้ใช้อำนาจดังกล่าวแทนทุก ๆ คนในประชาคมนั้นเป็นเจ้าของอำนาจทางการเมือง<sup>20</sup>

ดังนั้นอำนาจนี้จึงเป็นเอกสิทธิ์ของผู้ปกครองที่เห็นชัดเจนว่าเป็นตัวบุคคลคือเป็นสิทธิของผู้คนที่ใช้อำนาจนั้นหรือไม่อย่างไร โดยวิธีใดหรือเพื่ออะไรก็ได้ซึ่งเป็นเอกสิทธิ์เพราะคนอื่นไม่มีอำนาจนั้น เฉพาะผู้ปกครองเท่านั้นที่มี จะเห็นได้ว่าอำนาจรัฐในยุคดังกล่าวอยู่ที่ตัวบุคคลเป็นสำคัญที่มีคุณสมบัติเฉพาะตัวเท่านั้น ไม่ได้มีการแยกอำนาจออกจากตัวบุคคลคนนั้นเลย ถ้าบุคคลนั้นสูญเสียคุณสมบัติแล้ว อำนาจทางการเมืองของบุคคลนั้นก็สิ้นไปด้วย การที่อำนาจอยู่ที่ตัวบุคคลนั้นจึงทำให้บุคคลนั้นมีอำนาจมากและอาจใช้อำนาจตามอำเภอใจได้จนเป็นที่เดือดร้อนแก่ผู้ที่อยู่ใต้การปกครองนั้น

ดังนั้น จึงมีความพยายามที่จะแบ่งแยกอำนาจทางการเมืองออกจากตัวบุคคลเสีย โดยการสร้างแนวความคิดเรื่องการแบ่งแยกอำนาจทางการเมืองออกจากบุคคลไปให้สถาบัน (L'institutionalisation Du Pouvoir) โดยตั้งสมมติฐานว่า อำนาจทางการเมืองนั้นเป็นของสถาบันที่เรียกว่า รัฐ เป็นการกระทำที่เป็นการจัดสถาบันให้อำนาจทางการเมือง ทำให้อำนาจทางการเมืองเป็นสถาบันอิสระออกจากตัวบุคคล และเป็นของนิติบุคคลที่เรียกว่ารัฐ ดังนั้นตามแนวความคิดดังกล่าวจึงทำให้อำนาจการเมืองกลายมาเป็นของรัฐ ไม่ว่าจะในยุคดังกล่าวจะมีการปกครองในระบอบราชาธิปไตยหรือประชาธิปไตยก็ตาม กษัตริย์หรือผู้นำประเทศที่ใช้อำนาจทางการเมืองก็เป็นเพียงตัวแทนที่ทำการแทนรัฐ อำนาจทางการเมืองก็ยังอยู่ที่รัฐนั่นเอง ปัจจัยที่แสดงว่ามีการแยกอำนาจออกจากตัวบุคคลมายังรัฐนั้นมีอยู่หลายปัจจัยด้วยกัน ปัจจัยแรกได้แก่ ปัจจัยทางกฎหมาย คือการเข้าสู่ตำแหน่งอาศัยความชอบธรรมแห่งกฎหมาย มิได้อาศัยความเก่งกาจ ความกล้าหาญหรือคุณสมบัติเฉพาะตัว ปัจจัยที่สองคือความต่อเนื่องของอำนาจทางการเมือง ๆ จะต้องมีความต่อเนื่องเพื่อแสดงถึงความคงอยู่ของตัวมันเองซึ่งถ้าอำนาจทางการเมืองยังอยู่ที่ตัวบุคคล ความต่อเนื่องของ

<sup>20</sup> เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์. (2548). *แนวความคิดว่าด้วยรัฐ (ตอนที่ 1)*. สืบค้น 5 มกราคม 2559, จาก <http://www.pub-law.net/publaw/view.aspx?id=295>.

อำนาจทางการเมืองอาจจะสะดุดหยุดลงด้วยก็ได้เพราะถ้าบุคคลผู้นั้นหมดสิ้นซึ่งคุณสมบัติแล้ว อำนาจที่เป็นของบุคคลคนนั้นก็จะต้องหยุดลงด้วย ปัจจัยที่สาม ความมีเหตุผลของรัฐ กล่าวคือ ผู้ปกครองรัฐจะต้องทำการใดไปนั้นจะต้องทำไปเพื่อส่วนรวมอันจะทำให้ทุกคนในประชาคมนั้น เห็นว่าทำไปเพื่อส่วนรวมไม่ใช่ทำไปเพื่อตนเอง และเหตุผลของรัฐจึงเป็นสิ่งที่อยู่เหนือทุก ๆ คน ในประชาคมนั้น<sup>21</sup>

#### 2.4 หลักการพื้นฐานในระบอบประชาธิปไตยและบทบาทของประชาชนในฐานะเจ้าของอำนาจอธิปไตยในฐานะผู้ทรงสิทธิและเสรีภาพ

การเมืองการปกครองระบอบประชาธิปไตย (Democracy) คือแนวคิดที่เชื่อว่าประชาชนมีสิทธิที่จะปกครองตนเอง ซึ่งแตกต่างจากแนวคิดก่อนหน้านี้ที่เชื่อว่าประชาชนมีชีวิตอยู่เพื่อเสริมสร้างบารมีหรือความมั่งคั่งให้กับผู้ปกครองหรือมีชีวิตตามความต้องการของพระเจ้า การเปลี่ยนกระบวนทัศน์นี้เป็นผลจาก “ยุคแสงสว่าง” ซึ่งการนำแนวคิดประชาธิปไตยมาใช้จริงนั้น มีลักษณะเป็นขั้นเป็นตอนจากประชาธิปไตยเชิงรูปแบบไปเป็นประชาธิปไตยเชิงเสรีและเป็นประชาธิปไตยแบบมีส่วนร่วม แม้ว่าประเทศส่วนใหญ่ในโลกจะเป็นประเทศประชาธิปไตย แต่บางประเทศก็เป็นแค่ในนาม บางประเทศเป็นประชาธิปไตยที่ประชาชนไม่มีสิทธิและเสรีภาพ บางประเทศเป็นประชาธิปไตยเชิงเสรีและบางประเทศก็พัฒนาไปเป็นประชาธิปไตยแบบมีส่วนร่วมที่ประชาชนรู้สึกว่าเป็นเจ้าของรัฐและมีกิจกรรมทางการเมืองอย่างสม่ำเสมอ ประชาธิปไตยนั้น กล่าวได้ว่ามีความหมายทั้งในแง่อุดมการณ์หรือลัทธิความคิดทางการเมือง และความหมายในเชิงระบอบการปกครองโดยเป็นที่ประจักษ์กันทั่วไปว่าระบอบการปกครองที่สามารถสนองตอบความต้องการของประชาชน ได้อย่างมีประสิทธิภาพและประสิทธิผล โดยมีกลไกเงื่อนไขรองรับศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิ เสรีภาพและความเท่าเทียมกันของบุคคลในสังคมคือ การปกครองระบอบประชาธิปไตย

ประชาธิปไตยเป็นรูปแบบการปกครองและวิถีทางแห่งการดำเนินชีวิตซึ่งยึดหลักของความเสมอภาค สิทธิ เสรีภาพและศักดิ์ศรีแห่งความเป็นมนุษย์ การปกครองในระบอบเสรีประชาธิปไตย ถือว่าทุกคนมีสิทธิและเสรีภาพอย่างเท่าเทียมกัน ซึ่งเป็นรูปแบบการปกครองที่ทุกคนในรัฐในสังคมนั้นยอมรับว่าอำนาจอธิปไตยซึ่งเป็นอำนาจสูงสุดและแบ่งแยกมิได้เป็นของปวงชนทุกคนที่อยู่ในรัฐหรือสังคมนั้น

คำว่าประชาธิปไตยตรงกับคำในภาษาอังกฤษว่า Democracy เป็นคำที่มาจากคำในภาษากรีกโบราณว่า “Demokratia” (ديمอคราเทีย) อีกต่อหนึ่งซึ่งคำดังกล่าวประกอบด้วยคำสองคำ คือ

<sup>21</sup> แหล่งเดิม.



คำว่า “Demos” กับ “kratein” หรือ “kratos” คำว่า “Demos” หมายถึงประชาชนและ “Kratein” หมายถึงการปกครองดังนั้น โดยรากศัพท์ดั้งเดิม Demoskratia หรือ Democracy จึงหมายถึงการปกครองโดยประชาชน (to rule by the people หรือ government by the people)<sup>22</sup>

สำหรับรูปแบบการปกครองในระบอบประชาธิปไตย มีการให้ความหมายหรือมีการนำไปใช้เป็นหลักในการปกครองประเทศในรัฐสมัยใหม่ที่ค่อนข้างจะแตกต่างกันบ้างในรายละเอียดแต่สิ่งหนึ่งที่เหมือนกันคือหลักการพื้นฐานเบื้องต้นซึ่งก็คือหลักประชาธิปไตยที่ทุกรัฐทุกประเทศจะต้องมีเหมือนกัน และเมื่อพูดถึงความหมายของ ประชาธิปไตย ก็มักจะมีการยกเอาถ้อยคำของประธานาธิบดี คนที่ 16 ของประเทศสหรัฐอเมริกา ที่ชื่อ Abraham Lincoln ท่านได้กล่าวไว้ในคำกล่าวสดุดีเหล่าทหารที่เมืองเกตตีสเบิร์ก (Gettysburg) เมื่อวันที่ 19 พฤศจิกายน ค.ศ. 1863 การปกครองของประเทศสหรัฐอเมริกานั้นเป็นประชาธิปไตยเพราะเป็น “การปกครองของประชาชน โดยประชาชน และเพื่อประชาชน (government of the people, by the people, and for the people)”<sup>23</sup>

นักวิชาการจำนวนไม่น้อยที่ศึกษาระบอบประชาธิปไตยมักนิยมนั้นความหมายของรูปแบบการปกครองในระบอบประชาธิปไตย ตามคำกล่าวของ Lincoln อยู่ที่ “การปกครองโดยประชาชน” เนื่องจากแม้จะมีการกล่าวอ้างว่าอำนาจสูงสุดในการปกครองประเทศจะเป็นของประชาชน แต่การปกครองนั้นจะเป็นประชาธิปไตยก็ต่อเมื่ออำนาจนั้นถูกใช้โดยประชาชน ซึ่งอาจจะเป็นการใช้โดยตรงหรือโดยอ้อมผ่านผู้แทนที่ประชาชนเลือกมาโดยเสรี การเน้นความหมายของการปกครองในระบอบประชาธิปไตยว่าเป็นการปกครองโดยประชาชนนั้นย่อมแสดงให้เห็นถึงความแตกต่างของการปกครองในระบอบประชาธิปไตยกับการปกครองรูปแบบอื่น ๆ เพราะไม่ว่าจะมีรูปแบบการปกครองในระบอบไหนผู้ปกครองหรือคณะผู้ปกครองไม่ว่าในระบอบไหนก็มักจะอ้างว่า ตนเองปกครองหรือใช้อำนาจปกครองไปเพื่อประชาชน หรืออาจอ้างว่าอำนาจปกครองนั้นเป็นของประชาชนแต่ก็ไม่เปิดโอกาสอย่างเสรีให้ประชาชนได้มีโอกาสตัดสินใจหรือยินยอมพร้อมใจอย่างเป็นอิสระด้วยตนเองในการปกครอง ฉะนั้น การปกครองในระบอบประชาธิปไตยจึงถือว่าเป็นรูปแบบการปกครองที่เกิดและดำรงอยู่จากความยินยอมพร้อมใจกันอย่างเสรีทั้งของผู้ปกครองและผู้ถูกภายใต้การปกครอง

<sup>22</sup> จาก *แนวคิดพื้นฐานของประชาธิปไตย* (น. 1), โดย วิสุทธิ์ โภธิแทน, 2551, กรุงเทพฯ: สำนักฝึกอบรม เผยแพร่ และประชาสัมพันธ์สถาบันพระปกเกล้า คณะรัฐมนตรีและราชกิจจานุเบกษา.

<sup>23</sup> From *The Life of Abarham Lincon*, by Stefan Lorant ( adapted by Adolph Myers), 1959, New York: The American Library.

คำว่าสิทธิและเสรีภาพมีความหมายอย่างกว้าง ซึ่งถือว่ามนุษย์นั้นมีความเสรีภาพตามธรรมชาติ และรัฐจะต้องรักษาและให้ความคุ้มครองสิทธิของประชาชนเหล่านั้นไว้ โดยคำว่าสิทธิและเสรีภาพนั้นมาจากอุดมการณ์ในการปฏิวัติฝรั่งเศสในปีคริสต์ศักราช 1789 ซึ่งสอดคล้องกับปรัชญาแนวคิดของสองลัทธิการเมืองปรัชญาแนวคิดในการให้ความคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของบุคคลนั้นได้รับอิทธิพลมาจากสอง ลัทธิการเมือง คือ ลัทธิปัจเจกนิยม Individualism และลัทธิชุมชนนิยม Collectivism

ลัทธิปัจเจกนิยม (Individualism) ได้ให้ความสำคัญต่อความเป็นอิสระและเสรีภาพของปัจเจกชนเป็นหลัก โดยถือว่ามนุษย์มีคุณค่าในตัวเองและมีศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์รัฐไม่มีความสำคัญเหนือไปกว่ามนุษย์และมนุษย์มิได้อยู่เพื่อรัฐแต่รัฐมีหน้าที่ทำสังคมมีความเป็นอยู่ที่ดีและให้การคุ้มครองแก่พลเมืองของรัฐ ซึ่งแนวความคิดนี้ ได้รับอิทธิพลมาจากแนวความคิดของ Aristotle ที่เชื่อว่า มนุษย์เป็นส่วนหนึ่งของจักรวาล และมนุษย์เป็นสัตว์ที่รู้จักใช้เหตุผล มนุษย์จึงสามารถเข้าถึงกฎหมายธรรมชาติได้ด้วยการใช้เหตุผลนั่นเอง โดยแนวความคิดนี้ได้สอนให้ยอมรับในเรื่องความเสมอภาคของมนุษย์ทุกคน จึงไม่มีการยึดติดในเรื่องเชื้อชาติ เผ่าพันธุ์ และศาสนา และแนวความคิดของ Aristotle ได้พัฒนาไปสู่ แนวคิดขั้นพื้นฐานของประชาธิปไตย ของแนวเสรีนิยมอีกขั้นหนึ่ง

ลัทธิสิทธิชุมชนนิยม (Collectivism) ให้ความสำคัญของการรวมตัวกันของมนุษย์เพื่อเป็นสังคม และเชื่อว่ามนุษย์ไม่สามารถแยกตัวออกเป็นอิสระจากสังคมได้ มนุษย์แต่ละคนไม่มีค่าในตัวเองแต่ต้องรวมตัวกันเพื่อให้สังคมมีเสถียรภาพ และมีความมั่นคง รัฐเป็นกลไกที่สำคัญต่อความมั่นคงของมนุษย์ รัฐจึงสามารถที่จะดำเนินการใด ๆ เพื่อเป็นการแทรกแซงหรือกำหนดทิศทางในการดำเนินชีวิตของสังคม<sup>24</sup>

แนวความคิดเกี่ยวกับเรื่องสิทธิและเสรีภาพเหล่านี้มีผลต่อการให้ความคุ้มครองและการดำรงชีวิตของมนุษย์ในสังคมได้เป็นอย่างมาก คำว่า “สิทธิ” นั้นมีรากศัพท์มาจากคำว่า “Right” คือ ประโยชน์ที่กฎหมายรับรองและคุ้มครองให้ และคำว่า “เสรีภาพ” นั้นมาจากคำว่า “Liberty” คือ ความเป็นอิสระที่จะกระทำการหรืองดเว้นกระทำการ<sup>25</sup> โดยในสิทธิของประชาชนที่ได้รับการรับรองและการประกันจากรัฐนั้นสามารถแยกออกได้ 3 กรณีคือ สิทธิส่วนบุคคล (Private Right) สิทธิในชีวิตร่างกาย ที่ผู้ใดจะกระทำละเมิดมิได้ สิทธิทางการเมือง (Political Right) เป็นสิทธิที่ประชาชนทุกคนสามารถเข้าไปมีบทบาททางการเมืองในฐานะเจ้าของอำนาจอธิปไตย เช่น การเลือกผู้แทน การสมัครเป็นผู้แทน การจัดตั้งพรรคการเมือง การวิพากษ์วิจารณ์การทำงานของรัฐบาล

<sup>24</sup> จาก นิติปรัชญา (น. 131), โดย จรัญ โฆษณานันท์, 2552, กรุงเทพฯ.

<sup>25</sup> จาก กฎหมายรัฐธรรมนูญ (น. 326), โดย วิษณุ เครืองาม, 2523, กรุงเทพฯ: นิติบรรณการ.

การประชุมทางการเมืองเป็นต้น สิทธิทางเศรษฐกิจ (Economic Right) สิทธิในการเลือกประกอบอาชีพ การค้าและยังหมายถึงรวมถึงสิทธิที่จะได้รับการช่วยเหลือจากรัฐในทางเศรษฐกิจ เมื่อบุคคลในรัฐ มีสิทธิและเสรีภาพ โดยมีบทบัญญัติของกฎหมายรับรองแล้ว รัฐมีหน้าที่ที่จะให้ความคุ้มครอง ดำเนินการให้ประชาชนของตนได้รับประโยชน์ตามที่สมควรตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย ซึ่งหน้าที่ของรัฐ นั้นแบ่งได้เป็นสองประการ คือ

หน้าที่กระทำการ คือรัฐต้องดำเนินการหรือกระทำการใด ๆ เพื่อให้ประชาชนของตน พึ่งพิงหรือพึ่งได้ตามสิทธิที่เขาเหล่านั้นควรจะได้

หน้าที่งดเว้นกระทำการ คือ เมื่อประชาชนในรัฐได้รับมีสิทธิต่าง ๆ ตามที่กฎหมายได้ รับรองไว้ รัฐไม่สามารถกระทำการใด ๆ เพื่อเป็นแทรกแซงได้

สิทธิที่ได้รับการประกันจากรัฐนั้นจะถูกละเมิดหรือถูกตัดทอนมิได้ เว้นแต่จะมี กฎหมายให้อำนาจแก่รัฐจะกระทำได้ คือหากบุคคลมีสิทธิเสรีภาพอย่างใด ๆ แล้วโดยที่มีกฎหมาย ให้การรับรอง คุ้มครองรัฐจำเป็นที่จะต้องกำหนดมาตรการหรือดำเนินการให้สมประโยชน์แก่ บุคคลเหล่านั้น

สิทธิที่ประชาชนจะจัดการชุมนุมได้โดยสงบและปราศจากอาวุธนั้นสามารถกระทำได้ เพราะถือเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานที่ประชาชนสามารถกระทำได้ แต่หากการชุมนุมนั้นเป็นการกระทำที่ เกินกรอบหรือขอบเขตไปจากที่กฎหมายรับรองไว้ กล่าวคือ เป็นการชุมนุมที่มีลักษณะรบกวนสิทธิ ของผู้อื่น ทำให้ผู้อื่นเดือดร้อน หรือมีการใช้อาวุธ ในการชุมนุมนั้น ๆ ก็จะถือว่าเป็นการกระทำที่ ขัดต่อเจตนารมณ์ที่กฎหมายได้รับรองไว้ ทั้งนี้ผู้ชุมนุมควรที่จะคาดหมายได้ว่าการเข้าร่วมชุมนุมนั้น อาจมีเหตุการณ์บานปลาย หรือลุกลามได้เมื่อจำนวนคนเพิ่มมากขึ้น หรือเมื่อมีการปลุกระดม ให้เกิดความเกลียดชังจนนำไปสู่การใช้ความรุนแรง เมื่อเป็นเช่นนี้การชุมนุมที่สงบอาจเปลี่ยนไป เป็นการชุมนุมที่ผิดกฎหมายเป็นได้

ถึงแม้ว่าการชุมนุมนั้นจะเป็นไปตามวิถีทางประชาธิปไตย คือ สงบและปราศจาก อาวุธ แต่ผู้ที่เข้าชุมนุมก็ควรที่จะไตร่ตรองและพิเคราะห์ก่อนว่าเหตุการณ์จะเป็นเช่นไร เพราะหาก ยังคงเข้าร่วมต่อไปในการชุมนุมที่มีการใช้ความรุนแรงขึ้น ก็อาจจะเข้าข่ายเจตนาเล็งเห็นผลในการ กระทำความผิดต่าง ๆ ได้ ผู้ชุมนุมควรที่จะใช้หลักที่ว่า Self Control คือการควบคุมเพื่อไม่ให้มีการ ใช้สถานการณ์ความรุนแรงเกิดขึ้นจากการใช้สิทธิของตน มากกว่าที่จะให้หน่วยงานรัฐเข้ามาควบคุมดูแล Government Control

### 2.4.1 หลักนิติรัฐ

คำว่า “นิติรัฐ” เป็นคำที่แปลมาจากภาษาเยอรมันว่า “Rechtsstaat” คำว่า “Rechtsstaat” ประกอบขึ้นจากคำสองคำ คือ คำว่า Recht ที่แปลว่า กฎหมาย (ในภาษาเยอรมันคำ ๆ นี้สามารถแปลว่า “สิทธิ” ได้ด้วย) และคำว่า Staat ที่แปลว่า รัฐ แต่คำสองคำนี้เมื่อมารวมกันแล้วได้กลายเป็นคำศัพท์ทางนิติศาสตร์ในระบบกฎหมายเยอรมันซึ่งยากจะหาคำในภาษาต่างประเทศที่แปลแล้วให้ความหมายได้ตรงกับคำในภาษาเดิม คำแรกที่เขียนเป็นภาษาอังกฤษจำนวนหนึ่งได้ใช้คำ ๆ นี้ทับศัพท์ภาษาเยอรมันโดยไม่แปลอย่างไรก็ตามมีความพยายามในการแปลคำว่า Rechtsstaat อยู่เช่นกัน ถึงแม้ว่าคำแปลที่พยายามคิดกันขึ้นนั้นไม่สามารถสื่อความหมายของคำว่า Rechtsstaat ได้อย่างสมบูรณ์ก็ตาม เช่น ในระบบกฎหมายอังกฤษ แปลคำว่า Rechtsstaat ว่า rule of law หรือ state-under-law ระบบกฎหมายฝรั่งเศสแปลว่า État Constitutionnel แต่ตำรากฎหมายฝรั่งเศสยุคหลัง ๆ มักแปลว่า état de droit ซึ่งเป็นแนวโน้มการแปลในภาษาอื่น ๆ ด้วย คือแปลตรงตัว เช่น ระบบกฎหมายอิตาลี แปลว่า Stato di diritto หรือระบบกฎหมายสเปนแปลว่า Estado de derecho เป็นต้น สำหรับในสหรัฐอเมริกาหากไม่แปลคำว่า Rechtsstaat ว่า Rule of Law ก็มักจะยกเอาหลักการในทางกฎหมายที่มีเนื้อหาบางส่วนที่คล้ายคลึงกับ Rechtsstaat มาเทียบเคียง เช่น due-process-clause หรือการกล่าวถึง Limited Government ในฐานะมโนทัศน์ทางกฎหมายที่ใกล้เคียงกับ Rechtsstaat

ในทางวิชาการ ไม่ว่าจะแปลคำว่า Rechtsstaat ว่าอย่างไรก็ตาม ประเด็นสำคัญย่อมอยู่ที่ความหมายอันเป็นแก่นแท้ของหลักการนี้ กล่าวคือ การปกครองใน Rechtsstaat หรือนิติรัฐนั้น กฎหมายจะต้องไม่เปิดโอกาสให้ผู้ปกครองใช้อำนาจตามอำเภอใจ ภายใต้กฎหมายบุคคลทุกคนต้องเสมอภาคกัน และบุคคลจะต้องสามารถทราบก่อนล่วงหน้าว่ากฎหมายมุ่งประสงค์จะบังคับให้ตนทำอะไรหรือไม่ให้ตนทำอะไร ผลร้ายอันเกิดจากการฝ่าฝืนกฎหมายคืออะไร ทั้งนี้เพื่อที่จะบุคคลได้ปฏิบัติตนให้ถูกต้องสอดคล้องกับกฎหมาย แนวความคิดพื้นฐานดังกล่าวนี้ย่อมจะก่อให้เกิดหลักต่าง ๆ ตามมาในทางกฎหมายมากมาย เช่น หลักไม่มีความผิด ไม่มีโทษ โดยปราศจากกฎหมาย (Nulla Poena Sine Lege) หลักการห้ามลงโทษซ้ำซ้อน หลักการห้ามตรากฎหมายย้อนหลังกำหนดโทษแก่บุคคล เป็นต้น<sup>26</sup>

เมื่อย้อนกลับไปพิจารณาพัฒนาการของนิติรัฐแล้ว จะพบว่าแนวความคิดว่าด้วยนิติรัฐมีขึ้นเพื่อจำกัดอำนาจของรัฐหรือผู้ปกครองให้อยู่ในขอบเขตของกฎหมาย คำกล่าวที่ว่านิติรัฐคือรัฐที่ปกครองโดยกฎหมาย ไม่ใช่โดยมนุษย์ (Government of Law and Not of Men) จะเป็นการให้

<sup>26</sup> วรเจตน์ ภาศิริรัตน์. (2553). *หลักนิติรัฐและหลักนิติธรรม*. สืบค้น 4 กรกฎาคม 2558, จาก <http://www.pub-law.net/publaw/view.aspx?id=1431>.

ความหมายของนิติรัฐในเบื้องต้นที่ตรงที่สุด ในแง่ของประวัติศาสตร์การเมืองการปกครอง แนวความคิดว่าด้วยนิติรัฐเริ่มต้นขึ้นในช่วงศตวรรษที่ 17 ในฐานะที่เป็นปฏิกิริยาที่มีต่อการปกครองในระบบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ อาจกล่าวได้ว่าเสาหลักที่ค้ำจุนนิติรัฐไว้ก็คือการปกป้องบุคคลจากการกระทำตามอำเภอใจของรัฐหรือผู้ปกครอง แนวความคิดนี้สอดคล้องต้องกันกับพัฒนาการและความเชื่อที่มีมาตั้งแต่ยุคกลางว่าสันติสุขและความยุติธรรมจะเกิดขึ้นได้ย่อมต้องอาศัยกฎหมาย อย่างไรก็ตามในวงวิชาการเยอรมัน ซึ่งเป็นแหล่งที่พัฒนาแนวคิดเรื่องนิติรัฐขึ้นจนถึงปัจจุบันก็ยังไม่เป็นที่ยุติว่าใครเป็นผู้ที่ให้ความหมายของคำว่า Rechtsstaat อย่างชัดเจนเป็นคนแรก แต่ส่วนใหญ่เชื่อกันว่า Robert von Mohl ซึ่งได้ศึกษารัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกาในเวลานั้นเป็นอย่างดี เป็นคนแรกที่นำเอาความคิดที่ว่า การดำรงอยู่ของรัฐไม่ควรจะขึ้นอยู่กับกำลังอำนาจ แต่ควรขึ้นอยู่กับเหตุผล มาอธิบายอย่างเป็นระบบในตำรากฎหมายว่าด้วยรัฐแห่งราชอาณาจักรวürttemberg (Staatsrecht des Koenigreichs Wuerttemberg) อนึ่ง สำหรับ Mohl แล้วเสรีภาพของปัจเจกบุคคลย่อมถือเป็นหัวใจของมโนทัศน์ว่าด้วยนิติรัฐ

หลักนิติรัฐมีองค์ประกอบสำคัญสองส่วน คือ องค์ประกอบในทางรูปแบบ และ องค์ประกอบในทางเนื้อหา ความเป็นนิติรัฐในทางรูปแบบ คือ การที่รัฐผูกพันตนเองไว้กับกฎหมาย ที่องค์กรของรัฐตราขึ้นตามกระบวนการที่รัฐธรรมนูญกำหนดขึ้นหรือที่รัฐธรรมนูญมอบอำนาจไว้ ทั้งนี้เพื่อจำกัดอำนาจของรัฐลง เมื่อพิจารณาในทางรูปแบบแล้ว ย่อมจะเห็นได้ว่าหลักนิติรัฐมุ่งประกันความมั่นคงแน่นอนแห่งนิติฐานะของบุคคล ส่วนความเป็นนิติรัฐในทางเนื้อหานั้น ก็คือการที่รัฐประกันสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของราษฎร โดยกำหนดให้บทบัญญัติว่าด้วยสิทธิเสรีภาพมีค่าบังคับในระดับรัฐธรรมนูญ เรียกร้องให้รัฐต้องกระทำการโดยยุติธรรมและถูกต้อง พิจารณาในทางเนื้อหา นิติรัฐ ย่อมต้องเป็นยุติธรรมรัฐ (Gerechtigkeitsstaat) ในทางปฏิบัติเป็นไปได้เสมอที่หลักความมั่นคงแน่นอนแห่งนิติฐานะกับหลักความยุติธรรมอาจจะขัดแย้งกัน เป็นหน้าที่ขององค์กรนิติบัญญัติที่จะพยายามประสานสองหลักการนี้เข้าด้วยกัน และในบางกรณีจะต้องตัดสินใจว่าจะใช้หลักการใดเป็นหลักการนำ บ่อยครั้งที่องค์กรนิติบัญญัติตัดสินใจเลือกหลักความมั่นคงแน่นอนแห่งนิติฐานะเพื่อประกันความมั่นคงในระบบกฎหมาย เช่น การกำหนดบทบัญญัติเกี่ยวกับอายุความไว้ในระบบกฎหมาย เป็นต้น<sup>27</sup>

1) องค์ประกอบในทางรูปแบบของหลักนิติรัฐ เมื่อพิจารณาในทางรูปแบบ หลักนิติรัฐประกอบไปด้วยหลักการย่อย ๆ หลายประการ ที่สำคัญได้แก่ หลักการแบ่งแยกอำนาจ หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำขององค์กรของรัฐ หลักการประกันสิทธิในกระบวนการพิจารณาคดี ตลอดจนหลักการประกันสิทธิของปัจเจกบุคคลในการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรม

<sup>27</sup> แหล่งเดิม.

หลักการแบ่งแยกอำนาจเรียกเรื่องมิให้อำนาจของรัฐรวมศูนย์อยู่ที่องค์กรใดองค์กรหนึ่ง แต่ให้มีการแบ่งแยกการใช้อำนาจหรือกระจายการใช้อำนาจของรัฐให้องค์กรต่างองค์กรกันเป็นผู้ใช้ เพื่อให้เกิดการดุลและคานอำนาจกัน โดยทั่วไปรัฐธรรมนูญของนิติรัฐจะแบ่งแยกองค์กรที่ใช้ อำนาจรัฐออกเป็นองค์กรที่ใช้อำนาจนิติบัญญัติ องค์กรที่ใช้อำนาจบริหาร และองค์กรที่ใช้อำนาจ ตุลาการ

หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำขององค์กรของรัฐเรียกเรื่องให้การกระทำ ขององค์กรนิติบัญญัติต้องผูกพันอยู่กับรัฐธรรมนูญ กล่าวคือ ในการตรากฎหมายขึ้นใช้บังคับในรัฐนั้น องค์กรนิติบัญญัติจะตรากฎหมายล่วงกรอบที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้ไม่ได้ หลักการดังกล่าวนี้ ยังเรียกร่ององค์กรบริหาร (โดยเฉพาะอย่างยิ่งองค์กรฝ่ายปกครอง) และองค์กรตุลาการให้ต้อง ผูกพันต่อกฎหมาย ซึ่งหมายถึงต้องผูกพันต่อรัฐธรรมนูญและบรรดากฎหมายต่าง ๆ ที่ใช้บังคับอยู่ จริงในบ้านเมือง โดยเฉพาะอย่างยิ่งกฎหมายที่องค์กรนิติบัญญัติได้ตราขึ้น กล่าวเฉพาะฝ่ายปกครอง หลักการดังกล่าวนี้เรียกร่องให้ฝ่ายปกครองต้องกระทำการ โดยไม่ขัดต่อกฎหมาย และในกรณีที การกระทำทางปกครองมีผลก้าวล่วงสิทธิเสรีภาพของราษฎร ย่อมจะต้องมีกฎหมายให้อำนาจ ฝ่ายปกครองกระทำการเช่นนั้นได้ หากไม่มีกฎหมายให้อำนาจแล้ว การกระทำทางปกครองนั้น ย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมาย

หลักการประกันสิทธิในกระบวนการพิจารณาในชั้นเจ้าหน้าที่และศาลเรียกร่องให้รัฐ ต้องเปิดโอกาสให้ราษฎรได้ต่อสู้ป้องกันสิทธิของตนในกระบวนการพิจารณาต่าง ๆ ของรัฐได้อย่าง เต็มที่ ด้วยเหตุนี้ระบบกฎหมายของรัฐจึงกำหนดให้องค์กรของรัฐต้องรับฟังบุคคล เปิดโอกาสให้ บุคคลนำพยานหลักฐานเข้าหักล้างข้อกล่าวหาต่าง ๆ ก่อนที่จะตัดสินใจกำหนดมาตรการทาง กฎหมายที่เป็นผลร้ายแก่บุคคลนั้น ทั้งนี้กระบวนการพิจารณาที่ได้รับการออกแบบขึ้นจะต้องเป็น กระบวนการพิจารณาที่เป็นธรรม (Fair) ด้วย อนึ่งในกรณีที่ราษฎรได้รับความเสียหายจากการใช้อำนาจ มหาชนขององค์กรของรัฐ รัฐจะต้องเปิดโอกาสให้ราษฎรสามารถฟ้ององค์กรของรัฐที่ก่อให้เกิด ความเสียหายแก่ตนต่อศาลได้

ส่วนหลักการประกันสิทธิของปัจเจกบุคคลในการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมนั้น เรียกร่องให้รัฐกำหนดกระบวนการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทที่เกิดขึ้นระหว่างเอกชนกับเอกชนด้วยกัน อย่างมีประสิทธิภาพ เอกชนที่พิพาทกันเองต้องมีหนทางในการนำข้อพิพาทนั้น ไปสู่ศาล และ กฎหมายวิธีพิจารณาคดีในชั้นศาลจะต้องได้รับการออกแบบให้การพิจารณาคดีเป็นไปอย่างรอบด้าน ตลอดจนกำหนดผลผูกพันเด็ดขาดของคำพิพากษาไว้เพื่อให้เกิดความมั่นคงแน่นอนในระบบ กฎหมาย

2) องค์ประกอบในทางเนื้อหาของนิติรัฐ ถ้าตั้งแต่การเรียกร้องให้องค์กรของรัฐต้องผูกพันต่อกฎหมายในการกระทำต่าง ๆ นั้น ยังไม่เพียงพอที่จะช่วยปกป้องคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของบุคคลได้ หากกฎหมายที่ได้รับการตราขึ้นนั้นไม่สอดคล้องกับความถูกต้องเป็นธรรม ด้วยเหตุนี้หลักนิติรัฐจึงเรียกร้องต่อไปอีกว่าในการตรากฎหมายขึ้นใช้บังคับกับราษฎรนั้น กฎหมายที่ได้รับการตราขึ้นจะต้องมีความชัดเจนและแน่นอนเพียงพอที่ราษฎรจะเข้าใจได้ ยิ่งไปกว่านั้นระบบกฎหมายจะต้องคุ้มครองความเชื่อถือและไว้วางใจที่บุคคลมีต่อกฎหมาย การตรากฎหมายย้อนหลังไปเป็นผลร้ายแก่บุคคล ทั้ง ๆ ที่จะต้องคุ้มครองความไว้วางใจที่บุคคลมีต่อกฎหมาย โดยหลักแล้วไม่อาจกระทำได้ หลักการดังกล่าวนี้เป็นหลักการที่บังคับใช้โดยไม่มีข้อยกเว้นในกรณีของกฎหมายอาญาสารบัญญัติ อย่างไรก็ตามไม่ได้หมายความว่าหากผลร้ายที่เกิดขึ้นกับปัจเจกบุคคลไม่ใช่โทษทางอาญาแล้ว รัฐสามารถตรากฎหมายย้อนหลังไปเป็นผลร้ายแก่บุคคลได้ทุกกรณีดังที่เข้าใจผิดพลาดกันอยู่ในวงการกฎหมายไทยแต่อย่างใดไม่ การวินิจฉัยว่าการตรากฎหมายย้อนหลังเป็นผลร้ายแก่บุคคลจะกระทำได้หรือไม่จะต้องพิจารณาองค์ประกอบในแง่ความไว้วางใจที่บุคคลมีต่อระบบกฎหมาย ตลอดจนการคาดหมายความคุ้มครองจากระบบกฎหมายของบุคคลประกอบกัน โดยหลักทั่วไปแล้ว ในกรณีที่บุคคลได้กระทำการจบสิ้นไปแล้วในอดีต ไม่สามารถหวนกลับไปแก้ไขเปลี่ยนแปลงการกระทำของตนได้แล้ว การตรากฎหมายไปกำหนดองค์ประกอบความผิดขึ้นใหม่ กำหนดโทษขึ้นใหม่หรือเปลี่ยนแปลงโทษที่มีอยู่ในกฎหมายในขณะที่ได้กระทำการ แม้โทษนั้นจะไม่ใช่โทษอาญาก็กระทำไม่ได้<sup>28</sup>

นอกจากหลักนิติรัฐในทางเนื้อหาจะเรียกร้องการคุ้มครองความไว้วางใจที่บุคคลมีต่อระบบกฎหมายแล้ว หลักการดังกล่าวยังกำหนดให้สิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคลมีค่าบังคับทางกฎหมายในระดับรัฐธรรมนูญและถือว่าบทบัญญัติว่าด้วยสิทธิขั้นพื้นฐานเป็นกฎหมายโดยตรงอีกด้วย บทบัญญัติว่าด้วยสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคลตามหลักนิติรัฐที่ปรากฏในเยอรมนีจึงมีสองมิติ คือ มิติแรก สิทธิขั้นพื้นฐานมีลักษณะเป็นสิทธิหรืออำนาจที่ปัจเจกบุคคลสามารถยกขึ้นใช้ยันรัฐได้ โดยทั่วไปสิทธิขั้นพื้นฐานมีลักษณะเป็นสิทธิของปัจเจกบุคคลที่จะป้องกันตนจากการล่วงละเมิดโดยรัฐ เช่น สิทธิในชีวิต สิทธิในร่างกาย สิทธิในทรัพย์สิน แต่ในบางกรณี โดยเฉพาะอย่างยิ่งในรัฐที่เป็นสังคมนิยมหรือรัฐสวัสดิการ (Sozialstaat) สิทธิขั้นพื้นฐานยังมีลักษณะเป็นสิทธิที่ปัจเจกบุคคลสามารถเรียกร้องให้รัฐกระทำที่เป็นประโยชน์แก่ตนด้วย เช่น สิทธิที่จะได้รับการรักษาพยาบาล เป็นต้น สำหรับอีกมิติหนึ่ง สิทธิขั้นพื้นฐานย่อมมีฐานะเป็น “กฎหมาย” ที่มีผลผูกพันองค์กรผู้ใช้อำนาจรัฐทุกองค์กรโดยตรง<sup>29</sup>

<sup>28</sup> แหล่งเดิม.

<sup>29</sup> แหล่งเดิม.

หลักการสำคัญอีกประการหนึ่งในทางเนื้อหาของนิติรัฐ คือ หลักความพอสมควรแก่เหตุ หลักการนี้เรียกร้องให้การใช้อำนาจของรัฐจะต้องเป็นไปโดยพอสมควรประมาณ เพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ที่ชอบธรรม ในนิติรัฐ รัฐไม่อาจใช้มาตรการใด ๆ ก็ได้เพื่อที่จะบรรลุวัตถุประสงค์ที่ตนต้องการ (ด้วยเหตุนี้แนวความคิด The End Justifies The Means จึงไปด้วยกันไม่ได้กับนิติรัฐ) การบรรลุวัตถุประสงค์ที่ชอบธรรมต้องใช้เครื่องมือหรือมาตรการทางกฎหมายที่ถูกต้อง พอเหมาะสมประมาณด้วย ดังนั้นแม้ว่าระบบกฎหมายจะมอบเครื่องมือหรือมาตรการทางกฎหมายให้องค์กรของรัฐดำเนินการ แต่หากการใช้เครื่องมือหรือมาตรการนั้นไม่อาจบรรลุวัตถุประสงค์ได้ หรือวัตถุประสงค์นั้นอาจบรรลุได้ เพียงแค่ใช้เครื่องมือหรือมาตรการทางกฎหมายที่รุนแรงน้อยกว่า หรือแม้ในที่สุดแม้ไม่มีเครื่องมือหรือมาตรการทางกฎหมายที่รุนแรงน้อยกว่า แต่การที่จะบรรลุวัตถุประสงค์นั้นปรากฏว่าทำให้ปัจเจกบุคคลได้รับผลร้ายอย่างรุนแรง ต้องเสียหายเกินกว่าที่จะคาดหมายจากบุคคลนั้น ไม่ได้สัดส่วนกับประโยชน์ที่สาธารณะจะได้รับการใช้เครื่องมือหรือมาตรการทางกฎหมายนั้นก็ย่อมไม่อาจกระทำได้ในนิติรัฐ นอกจากหลักความพอสมควรแก่เหตุแล้ว ในแง่เนื้อหา หลักนิติรัฐยังห้ามการกระทำตามอำเภอใจของรัฐ เรียกร้องให้รัฐต้องกระทำการ โดยเคารพต่อหลักความเสมอภาค กล่าวคือ เรียกร้องรัฐต้องปฏิบัติต่อสิ่งที่มีสาระสำคัญเหมือนกันให้เหมือนกัน และปฏิบัติต่อสิ่งที่มีสาระสำคัญแตกต่างกัน ให้แตกต่างกันออกไปตามสภาพของสิ่งนั้น ๆ ด้วย

การปกครองในระบอบประชาธิปไตยนั้นย่อมแสดงให้เห็นว่าประเทศไทยยอมรับหลักการเรื่องสิทธิ เสรีภาพเป็นของปัจเจกชน และถือเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานที่การกระทำใด ๆ จะไปกระทบกระเทือนสิทธินั้น ๆ ไม่ได้ เว้นแต่จะมีกฎหมายกำหนดไว้ อย่างไรก็ตามแม้กฎหมายให้อำนาจให้กระทำได้ในเรื่องของสิทธิสมบูรณ์ หรือ Absolute Basic Right นั้นรัฐไม่อาจกระทำได้ หากหน่วยงานรัฐจะมีมาตรการใด ๆ ที่ไปกระทบสิทธินั้นจะเป็นการกระทำที่เกินขอบเขตของกฎหมายหรือไม่เพียงใดหากเทียบกับประโยชน์สาธารณะ และในกรณีที่เป็นสิทธิประเภท Relative Basic Right ที่รัฐจะสามารถออกข้อกำหนดไปกระทบสิทธิ ก็จะต้องมีมาตรการและขั้นตอนเพื่อตรวจสอบถึงความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำนั้น ๆ หากมีข้อกำหนดเหล่านั้น เป็นการเพิ่มภาระกับผู้ที่ได้รับผลจากคำสั่งหรือมาตรการนั้น ๆ ฉะนั้นเพื่อให้ภารกิจต่าง ๆ ของรัฐเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ และการกระทำต้องถูกตรวจสอบได้ตามลำดับชั้นตามหลักการถ่วงดุลอำนาจ (Check and Balance) เพื่อป้องกันมิให้เจ้าหน้าที่รัฐใช้อำนาจตามอำเภอใจ ฉะนั้นไม่ว่าจะเป็นการกระทำของรัฐบาลหรือการกระทำของเจ้าหน้าที่ทหารก็ต้องปฏิบัติ ตามรูปแบบและขั้นตอนตามที่กฎหมายได้กำหนดเอาไว้ และนอกเหนือจากนั้น การกระทำนั้น ๆ จะต้องถูกตรวจสอบได้ ไม่ว่าจะเป็นการ



การตรวจสอบจากองค์กรภายใน หรือจากองค์กรภายนอก เพื่อเป็นการตรวจสอบการใช้อำนาจตามหน้าที่ว่าได้อำนาจเกินขอบเขต หรือบิดเบือนหรือไม่

เพื่อเป็นการป้องกันปัญหาต่าง ๆ ที่อาจจะเกิดขึ้นได้จากการกระทำของเจ้าหน้าที่ของรัฐ ไม่ว่าจะเป็นการกระทำที่มีลักษณะเป็นการเอื้อผลประโยชน์ให้แก่กลุ่ม หรือเป็นการทำให้เกิดผลกระทบหรือความเสียหายต่อคนในส่วนรวม อันอาจนำไปสู่ประเด็นของการที่ประชาชนถูกกลืนกรอนสิทธิเสรีภาพ จึงจำเป็นที่จะต้องมีการออกมาตรการต่าง ๆ ออกมาถ่วงดุลการใช้อำนาจเจ้าหน้าที่ของรัฐไม่ให้กระทำการตามอำเภอใจ

นิติรัฐยุคใหม่จะเป็นการรวบรวมเอาหลักการหรือกฎเกณฑ์ต่าง ๆ ที่สร้างขึ้นมาเพื่อจำกัดการใช้อำนาจรัฐให้อยู่ในกรอบและความพอดี ซึ่งผู้วิจัยขออ้างอิงเอาหลักการย่อยของนิติรัฐที่เกี่ยวข้องมาอธิบายในบทนี้ดังนี้

2.4.1.1 หลักความชอบด้วยกฎหมาย หลักความชอบด้วยกฎหมายมีที่มาจากแนวความคิดของนักกฎหมายเยอรมันที่ต้องการแยกรัฐตำรวจ (Etat de Police) ออกจากนิติรัฐ (Etat de Droit) โดยในรัฐตำรวจนั้น รัฐหลดพ้นจากภาระที่ต้องเคารพต่อเคารพกฎหมายเพราะระบบรัฐตำรวจเป็นระบบที่ให้อำนาจอย่างมากกับฝ่ายปกครองในการดำเนินการต่าง ๆ ฝ่ายปกครองสามารถใช้ดุลพินิจของตนในการดำเนินการทุกอย่างได้ หากเห็นว่าจำเป็นการดำเนินการในรัฐตำรวจของฝ่ายปกครองจึงมักจะก่อให้เกิดผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนตามมาอย่างหลีกเลี่ยงมิได้ แต่การดำเนินการของฝ่ายปกครองในรัฐตำรวจที่กล่าวไปก็ไม่ได้หมายความว่าฝ่ายปกครองจะสามารถใช้อำนาจตามอำเภอใจของตนได้เพราะในรัฐตำรวจก็มีระบบกฎหมาย แต่กฎหมายดังกล่าวรัฐอาจเปลี่ยนแปลงได้หากต้องการ ในขณะที่ในรัฐแบบนิติรัฐนั้น ความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับพลเมืองอยู่ภายใต้ระบบกฎหมาย มีการวางหลักไว้ว่าองค์กรและเจ้าหน้าที่ของรัฐไม่อาจใช้อำนาจของตนได้หากไม่มีกฎหมายให้อำนาจ และแม้หากมีกฎหมายให้อำนาจก็ไม่อาจใช้อำนาจนอกกรอบที่กฎหมายให้ไว้ได้ หลักนิติรัฐจึงก่อให้เกิดลักษณะสำคัญคือ มีกระบวนการควบคุมการใช้อำนาจของฝ่ายปกครอง พลเมืองมีกระบวนการทางกฎหมายที่จะบังคับให้ฝ่ายปกครองเคารพต่อกฎหมายซึ่งก็คือมีศาลที่เป็นอิสระจากฝ่ายปกครองที่จะเข้ามาตรวจสอบการฝ่าฝืนกฎหมายของฝ่ายปกครองได้<sup>30</sup>

ก่อนหน้าที่จะมีการ “สร้าง” แนวคิดเรื่องความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองนั้น เป็นที่เข้าใจกันอย่างชัดเจนว่าไม่มีอะไรที่จะเข้ามาขัดขวางหรือจำกัดการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองได้ เนื่องจากฝ่ายปกครองเป็นผู้มีอำนาจรัฐ (Puissance Publique) อันเป็นอำนาจพิเศษที่

<sup>30</sup> นันทวัฒน์ บรมานันท์. (2551). *หลักพื้นฐานของกฎหมายปกครอง*. สืบค้น 10 มกราคม 2559, จาก <http://www.pub-law.net/publaw/view.aspx?id=1229>.

ทำให้ฝ่ายปกครองมีอำนาจเหนือเอกชน การกระทำทั้งหลายของฝ่ายปกครองจึงมีความ “สูงสุด” และ “ไม่มีข้อจำกัด” แต่ต่อมาเมื่อมีการสร้างระบบ “รัฐธรรมนูญ” ให้เป็นกฎหมายสูงสุด และมีการกำหนดหลักเกณฑ์ให้กฎหมายไม่สามารถขัดหรือแย้งรัฐธรรมนูญได้พร้อมทั้งมีการสร้างระบบการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย (Le Contrôle de Constitutionnalité) ที่กฎหมายไม่ว่าจะเป็นประเภทใดหรือลำดับใดจะมาขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญไม่ได้ ระบบดังกล่าวส่งผลเป็นลูกโซ่ลงมายังกฎหมายลำดับรองต่าง ๆ ที่จะต้องเป็นไปตามกฎหมาย และจะขัดหรือแย้งกับกฎหมายลำดับสูงกว่าไม่ได้ เมื่อฝ่ายปกครองเป็นฝ่ายที่มีอำนาจในการดำเนินการต่าง ๆ การดำเนินการของฝ่ายปกครองจึงต้องเป็นไปตามที่ได้หลักเดียวกันคือจะต้องเป็นไปตามกฎหมาย และจะขัดหรือแย้งกับกฎหมายหรือกฎหมายลำดับสูงกว่าไม่ได้ หลักดังกล่าวจึงทำให้การดำเนินงานของฝ่ายปกครองถูกจำกัดลง ฝ่ายปกครองจึงไม่มีอิสระในการดำเนินการใด ๆ ก็ได้ ตามใจตัวเองอีกต่อไป เพราะต้องอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์ที่กำหนดเงื่อนไขในการดำเนินงานของฝ่ายปกครองและเพื่อกำหนดสิทธิและหน้าที่ของผู้อยู่ใต้ปกครองด้วย

เมื่อหลักว่าด้วยความชอบด้วยกฎหมายถูกสร้างขึ้นและนำมาใช้กับฝ่ายปกครอง จึงทำให้ฝ่ายปกครองต้องดำเนินการต่าง ๆ ตามที่กฎหมายให้อำนาจ และในเมื่อไม่มีกฎหมายให้อำนาจ ฝ่ายปกครองก็ไม่สามารถดำเนินการใด ๆ ได้ ซึ่งหลักดังกล่าวก็ได้ถูกนำมาใช้ในประเทศไทยมาเป็นเวลานานแล้ว (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1/2489 ที่ศาลฎีกาได้วางหลักไว้ว่า “ไม่มีความผิดและไม่มีโทษโดยไม่มีกฎหมาย”)

การให้ฝ่ายปกครองต้องอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายมีผลทำให้เกิดการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนตามมา เพราะหากไม่มีหลักดังกล่าว ฝ่ายปกครองซึ่งมีอำนาจรัฐอาจใช้อำนาจตามอำเภอใจหรือใช้อำนาจในลักษณะเกินเลยต่อความจำเป็น ซึ่งก็จะก่อให้เกิดปัญหากับประชาชนได้ ดังนั้นในรัฐสมัยใหม่ซึ่งให้ความสำคัญกับสิทธิและเสรีภาพของประชาชนจึงได้นำหลักว่าด้วยความชอบด้วยกฎหมายมาใช้เพื่อให้มีผลเป็นการเพิ่มการพิทักษ์สิทธิและเสรีภาพของประชาชนและเพื่อให้การดำเนินการต่าง ๆ ของฝ่ายปกครองอยู่ภายใต้ระบบกฎหมาย

มีข้อสังเกตว่า แม้หลักว่าด้วยความชอบด้วยกฎหมายจะทำให้การดำเนินการต่าง ๆ ของฝ่ายปกครองต้องอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมาย แต่ฝ่ายปกครองเองก็เป็นองค์กรสำคัญของครุหนึ่งที่มีอำนาจในการออกกฎหมายลำดับรอง เช่น พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ระเบียบ ประกาศ ข้อบังคับ คำสั่ง ฯลฯ มาใช้กับประชาชนได้ การออกกฎหมายลำดับรองฝ่ายปกครองก็ต้องสอดคล้องกับหลักว่าด้วยการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย คือฝ่ายปกครองไม่สามารถออกกฎหมายลำดับรองได้ถ้าไม่มีกฎหมายแม่บทให้อำนาจและการออกกฎหมายลำดับรองก็จะต้องไม่ขัดหรือแย้งต่อกฎหมายที่อยู่ในลำดับที่สูงกว่า หลักความชอบด้วยกฎหมายจึงมีผล

ทำให้การกระทำทุกอย่างของฝ่ายปกครองไม่ว่าจะเป็นการปฏิบัติราชการทางปกครอง นิติกรรมทางปกครอง การออกกฎ คำสั่งต่าง ๆ ต้องมีกฎหมายให้อำนาจและต้องไม่ขัดหรือแย้งต่อกฎหมายที่อยู่ในลำดับที่สูงกว่า ด้วยเหตุนี้เอง จึงทำให้คำว่า “ความชอบด้วยกฎหมาย” เป็นคำที่กว้างมากไม่จำกัดเฉพาะกฎหมายที่ออกโดยฝ่ายนิติบัญญัติเท่านั้น แต่จะรวมถึง “กฎหมาย” ทุกประเภททั้งที่อยู่สูงกว่ากฎหมายธรรมดาหรือรัฐธรรมนูญ หลักกฎหมายทั่วไป กฎหมายระหว่างประเทศและ “กฎหมาย” ทุกประเภทที่อยู่ต่ำกว่ากฎหมายธรรมดา คือ พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ระเบียบ ข้อบังคับ ประกาศ คำสั่ง ฯลฯ<sup>31</sup>

ข้อจำกัดของหลักว่าด้วยความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง ในการดำเนินงานต่าง ๆ ของฝ่ายปกครองนั้น ฝ่ายปกครองจะต้องยึดถือค้ำประกันกฎหมายและหลักเกณฑ์ต่าง ๆ อย่างเคร่งครัดเป็นหลักในการทำงาน ซึ่งทำให้ดูเหมือนหนึ่งว่า ฝ่ายปกครองไม่มี “เสรีภาพ” ใด ๆ ในการคิด แต่ในความเป็นจริงแล้ว แม้กฎหมายจะเป็นสิ่งที่ฝ่ายปกครองต้องยึดถือและปฏิบัติตามอย่างเคร่งครัด แต่ในระบบกฎหมายปกครองก็ได้เปิดโอกาสให้ฝ่ายปกครองได้มี “เสรีภาพ” ในการดำเนินการบางเรื่องโดยผ่านกลไกในการทำงานของฝ่ายปกครอง คือกระบวนการคิดซึ่งได้แก่อำนาจดุลพินิจ ซึ่งนอกจากอำนาจดุลพินิจแล้วในบางกรณีหากมีความจำเป็นอย่างใหญ่หลวงหากฝ่ายปกครองต้องปฏิบัติตามกฎหมายแล้วจะไม่สามารถแก้ปัญหาของประเทศได้หรืออาจทำให้เกิดปัญหาต่อประเทศชาติและประชาชน ซึ่งทฤษฎีว่าด้วยสถานการณ์ฉุกเฉิน ก็เปิดโอกาสให้ฝ่ายปกครองไม่ต้องปฏิบัติตามกฎหมายและกฎเกณฑ์ต่าง ๆ ได้ เพื่อที่ฝ่ายปกครองจะสามารถแก้ไขปัญหาของประเทศได้ทันทั่วทั้งที่ ท้ายที่สุดระบบกฎหมายปกครองฝรั่งเศสได้ยอมรับถึงการกระทำทางปกครองบางประเภท เช่น การกระทำทางรัฐบาล (Les Actes de Gouvernement) หรือมาตรการภายในของฝ่ายปกครอง (Les Mesures d' Ordre Intérieur) ว่าสามารถถูกตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายได้

อำนาจดุลพินิจในการดำเนินกิจกรรมของฝ่ายปกครองนั้น แม้ฝ่ายปกครองจะถูกบังคับว่าจะต้องดำเนินการทุกอย่างตามที่กฎหมายกำหนด แต่ในทางปฏิบัติ ก็มีหลายกรณีที่กฎหมายเปิดช่องให้ฝ่ายปกครองมีอิสระที่จะนำเอากฎหมายมาปรับเข้ากับข้อเท็จจริงเพื่อให้เกิดความยุติธรรม และความเหมาะสมในการดำเนินงาน อิสระที่ว่านี้คือ อำนาจดุลพินิจ (le pouvoir discrétionnaire) ของฝ่ายปกครอง อำนาจดุลพินิจ หมายความว่าในการกระทำทางปกครอง เช่น การออกคำสั่ง เมื่อผู้ออกคำสั่ง ได้ข้อเท็จจริงที่กฎหมายประสงค์แล้ว ผู้ออกคำสั่งมีอำนาจเลือกว่าจะตัดสินใจแบบใดที่ตนเห็นว่าเหมาะสม ซึ่งกฎหมายจะกำหนดทางเลือกไว้สองลักษณะ คือ อาจกำหนดทางเลือกไว้เป็นอย่าง ๆ หรืออาจเปิดกว้างให้เจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งสามารถใช้ดุลพินิจได้

<sup>31</sup> แหล่งเดิม.

ตามความเหมาะสม อำนาจดุลพินิจเป็นสิ่งที่อยู่ตรงกันข้ามกับอำนาจผูกพัน (le compétence lié) ที่เจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งจะต้องทำตามขั้นตอนที่กฎหมายกำหนด และเมื่อได้ทำตามทุกขั้นตอนแล้ว ก็จะต้องตัดสินใจไปตามที่กฎหมายกำหนดเท่านั้น ขั้นตอนในการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง จะต้องเป็นไปตามที่กฎหมายกำหนดส่วนการเลือกใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองนั้น ฝ่ายปกครองมีอิสระที่จะเลือกตัดสินใจได้ตามที่ตนเห็นสมควร

ทฤษฎีว่าด้วยสถานการณ์ฉุกเฉินในเหตุการณ์บางอย่างนั้นที่มีความสำคัญและกระทบต่อประโยชน์สาธารณะอย่างมาก หากฝ่ายปกครองซึ่งจะเข้ามาแก้ไขปัญหาต้องปฏิบัติตามตัวบทกฎหมายอย่างเคร่งครัดก็จะทำให้ฝ่ายปกครองไม่สามารถปฏิบัติหน้าที่ได้ เพื่อให้การทำหน้าที่ฝ่ายปกครองมีประสิทธิภาพและประสบผลสำเร็จ ฝ่ายปกครองจึงต้องเลือกตัดสินใจที่จะดำเนินการบางอย่างที่มีผลเป็นการฝ่าฝืนกฎหมาย ทฤษฎีว่าด้วยสถานการณ์ จึงเป็นสิ่งที่ถูกสร้างขึ้นเพื่อรองรับการดำเนินการของฝ่ายปกครองที่ฝ่าฝืนกฎหมาย จุดเริ่มต้นของทฤษฎีมาจากเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นในสมัยสงครามโลกครั้งที่ 1 ที่ฝ่ายปกครองต้องกำหนดมาตรการบางอย่างเกินไปจากอำนาจตามปกติของตนเพื่อต่อสู้และรับมือกับสถานการณ์ดังกล่าว ทฤษฎีว่าด้วยสถานการณ์ฉุกเฉินจึงเป็นข้อยกเว้นของหลักว่าด้วยความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง ซึ่งทฤษฎีว่าด้วยสถานการณ์ฉุกเฉินนี้เกิดจากการ “ยอมรับ” ของศาลปกครองสูงสุด (Le Conseil d'Etat) ในการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองที่เกินกรอบที่กฎหมายกำหนด คือคำพิพากษา ลงวันที่ 28 มิถุนายน ค.ศ. 1918 คดี Heyriès ที่เกี่ยวข้องกับการที่ฝ่ายปกครองออกรัฐกฤษฎีกาเพื่อระงับการบังคับใช้หลักเกณฑ์ทางกฎหมายบางประการที่เกี่ยวกับการลงโทษทางวินัยข้าราชการเนื่องจากอยู่ในสถานการณ์สงคราม และคำพิพากษา ลงวันที่ 28 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1919 คดี Doles et Laurent ที่ฝ่ายปกครองออกกฎหมายห้ามผู้หญิงเข้าไปในสถานบริการบางแห่ง ซึ่งในคดีหลังนี้ศาลปกครองสูงสุดก็ได้ให้เหตุผลไว้อย่างชัดเจนในคำพิพากษาว่า อำนาจของตำรวจในการรักษาความสงบเรียบร้อย สาธารณะและความปลอดภัยจะแตกต่างกันระหว่างในยามสงบกับในยามสงคราม ซึ่งในยามสงครามจะต้องมีมาตรการที่เข้มงวดกว่าเพื่อให้การรักษาความสงบเรียบร้อยสาธารณะและความปลอดภัยได้ผลเต็มที่

นิติกรรมทางปกครองที่ไม่อาจถูกตรวจสอบได้ มีนิติกรรมทางปกครองบางประเภท ซึ่งมีลักษณะพิเศษในตัวเองที่อาจเกี่ยวข้องกับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศหรือความสัมพันธ์ระหว่างฝ่ายบริหารกับองค์กรอื่นที่ใช้อำนาจรัฐที่อาจออกมาโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายหรืออาจเป็นการดำเนินงานภายในของฝ่ายปกครองที่มีได้มุ่งเน้นว่าจะต้องมีผลเกี่ยวข้องกับประชาชนทั่วไป

การกระทำทางรัฐบาล ได้แก่การกระทำของรัฐบาลที่มีลักษณะเป็นเรื่องทางการเมือง เช่น นิติกรรมทางปกครองของรัฐบาลที่เกี่ยวข้องกับรัฐสภา (การประกาศใช้บังคับกฎหมายหรือ

การยุบสภาผู้แทนราษฎร) หรือนิติกรรมทางปกครองของรัฐบาลที่เกี่ยวข้องกับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ (การให้หรือไม่ให้สัตยาบันในข้อตกลงระหว่างประเทศ) การกระทำของรัฐบาลไม่สามารถนำมาฟ้องต่อศาลปกครองเพื่อขอให้ศาลปกครองเพิกถอนได้เพราะไม่ได้เป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับการบริหารงานตามปกติของฝ่ายปกครอง แต่เป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับความรับผิดชอบทางการเมืองที่รัฐบาลมีต่อรัฐสภา

มาตรการภายในของฝ่ายปกครอง มาตรการภายในของฝ่ายปกครอง ได้แก่ การที่ฝ่ายปกครองที่เป็นผู้บังคับบัญชาออกคำสั่งบังคับให้เจ้าหน้าที่ของตนกระทำหรือไม่กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง ซึ่งคำสั่งที่ว่านี้อาจมีสภาพเป็นนิติกรรมทางปกครองได้หากไปกระทบต่อสถานภาพ สิทธิ หรือหน้าที่ของผู้นั้น แต่ถ้าหากคำสั่งดังกล่าวไม่กระทบต่อ สถานภาพ สิทธิ หรือหน้าที่ก็ถือว่าเป็น มาตรการภายในของฝ่ายปกครอง เมื่อมาตรการภายในของฝ่ายปกครองมิได้เป็นนิติกรรมทางปกครอง จึงไม่อาจถูกตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายโดยศาลปกครองได้ เมื่อผู้บังคับบัญชาสั่งให้ผู้ใต้บังคับบัญชาชี้แจง แสดงความคิดเห็น รายงานผลการดำเนินงาน การสั่งดังกล่าวถือเป็น มาตรการภายในของฝ่ายปกครองเพราะไม่ได้ก่อให้เกิดผลกระทบต่อสถานภาพ สิทธิหรือหน้าที่ของผู้ ใต้บังคับบัญชา ซึ่งแตกต่างจากการสั่งเลื่อนระดับ การสั่งลงโทษที่กระทบต่อสถานภาพ สิทธิหรือ หน้าที่ของผู้ใต้บังคับบัญชาอันมีลักษณะเป็นนิติกรรมทางปกครอง<sup>32</sup>

2.4.1.2 หลักความพอสมควรแก่เหตุหรือหลักความได้สัดส่วน โดยหลักนี้ถือว่าเป็น หลักกฎหมายมหาชนทั่วไปที่มีได้มีการบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร แต่มีสภาพบังคับในทาง ปฏิบัติเพราะเป็นหลักการที่สำคัญที่ศาลใช้ในการตรวจสอบการกระทำทั้งหลายของรัฐ โดยเฉพาะ การกระทำของฝ่ายปกครอง สาระสำคัญของหลักการดังกล่าวสามารถแยกย่อยออกมาพิจารณาได้ 3 หลักคือ

หลักความเหมาะสมหมายความว่า หากฝ่ายปกครองต้องกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง เพื่อบรรลุวัตถุประสงค์หนึ่ง และมีมาตรการในการบรรลุวัตถุประสงค์หลายมาตรการ มาตรการ อันใดอันหนึ่งจะเป็นมาตรการที่ไม่เหมาะสมทันที หากมาตรการนั้นไม่อาจบรรลุวัตถุประสงค์ที่ กำหนดไว้ได้ หรือการบรรลุวัตถุประสงค์ดังกล่าวเป็นไปด้วยความยากลำบาก

หลักความจำเป็นหมายความว่า หากรัฐมีมาตรการในการที่จะบรรลุวัตถุประสงค์ หลายมาตรการ รัฐต้องเลือกใช้มาตรการที่ส่งผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนให้น้อยที่สุด

หลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบหมายความว่ามาตรการที่รัฐใช้เพื่อบรรลุ วัตถุประสงค์กับวัตถุประสงค์จะต้องมีความสมดุลกัน ระหว่างสิทธิขั้นพื้นฐานที่ถูกกระทบกับ ผลประโยชน์ส่วนรวม ที่เกิดจากการกระทบสิทธิขั้นพื้นฐานดังกล่าว เมื่อใดก็ตามถ้ามาตรการของ

<sup>32</sup> แหล่งเดิม.

รัฐกระทบสิทธิของปัจเจกบุคคลมาก แต่ประโยชน์สาธารณะที่เกิดจากการกระทบสิทธิดังกล่าว มีน้อย กรณีนี้ย่อมถือว่ามาตรการของรัฐดังกล่าวไม่เป็นไปตามหลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ

หลักการย่อยทั้ง 3 หลักของหลักความพอสมควรแก่เหตุควรต้องพิจารณาไปพร้อม ๆ กันไม่ควรแยกพิจารณาเพียงหลักใดหลักหนึ่งเท่านั้น

2.4.1.3 หลักประกันในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ หลักนิติรัฐมีความเกี่ยวพันเป็นอย่างยิ่งกับสิทธิในเสรีภาพของบุคคล (Freiheitsrecht) และสิทธิในความเสมอภาค (Gleichheitsrecht) สิทธิทั้งสองประการนี้ถือว่าเป็น พื้นฐานของ “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์” ในรัฐที่ปกครองในระบอบประชาธิปไตยส่วนใหญ่จะยอมรับ หลักความเป็นอิสระของประชาชนในการที่จะพัฒนาบุคลิกภาพของตนเองและเพื่อให้ประชาชนมี อิสระในการพัฒนาบุคลิกภาพของแต่ละคน รัฐจึงต้องให้ความเคารพต่อขอบเขตของสิทธิและเสรีภาพ ของประชาชนแต่ละคนการแทรกแซงในสิทธิและเสรีภาพของประชาชนรัฐจะกระทำได้นั้นต้องมี กฎหมายที่ผ่านความเห็นชอบจากตัวแทนของประชาชน ตามหลักความชอบธรรมในทาง ประชาธิปไตยแล้วเท่านั้นจึงจะสามารถทำได้ ทั้งนี้เพื่อเป็นการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกบุคคลให้มีผลในทางปฏิบัติอย่างแท้จริงจึงได้มีการนำหลักการแบ่งแยกอำนาจมาใช้เพื่อความมุ่งหมายจะให้อำนาจแต่ละอำนาจควบคุมตรวจสอบซึ่งกันและกันและเพื่อให้สิทธิและเสรีภาพของประชาชน ได้รับการรับรองและคุ้มครอง

นอกจากหลักการแบ่งแยกอำนาจแล้วยังมีหลักการอื่น ๆ อีกหลายหลักการที่เป็น หลักประกันในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนมิให้ถูกละเมิดจากอำนาจจากรัฐ กล่าวคือการตรากฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพต้องมีผลบังคับเป็นการทั่วไปและไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่งหรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเฉพาะเจาะจง การที่รัฐธรรมนูญให้อำนาจในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพไว้ในกฎหมายหลักการจำกัดสิทธิและเสรีภาพที่จะไปกระทบกระเทือนต่อสาระสำคัญแห่งสิทธิและเสรีภาพนั้นจะทำได้ถือเป็นหลักประกันที่สำคัญในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ

องค์การตุลาการซึ่งถือว่าเป็นการให้ความคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ แก่ประชาชนโดยเปิดโอกาสให้ประชาชนสามารถเรียกร้องสิทธิของตนเองได้ หากไม่มีหลักการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพ โดยองค์การตุลาการในรัฐใดเท่ากับว่าการคุ้มครองหรือหลักประกันทั้งหลายจะไม่มี ความหมายเลย หากไม่ให้สิทธิโต้แย้งการกระทำของรัฐแก่ประชาชนและมีให้องค์กรศาล ซึ่งเป็น

องค์กรที่เป็นกลางในการเข้ามาควบคุมตรวจสอบการกระทำของรัฐที่ถูกต้องได้แย้งว่าละเมิดต่อสิทธิและเสรีภาพของบุคคล<sup>33</sup>

#### 2.4.2 หลักนิติธรรม

นักกฎหมายรัฐธรรมนูญของอังกฤษที่มีบทบาทมากที่สุดคนหนึ่งในการช่วยพัฒนาหลักนิติธรรม ก็คือ A.V. Dicey (ค.ศ. 1835 ถึง 1922) ตำราของเขาที่ชื่อว่า Introduction to the Study of the Law of the Constitution (พิมพ์ครั้งแรก ค.ศ. 1885)<sup>34</sup> ได้กลายเป็นตำรามาตรฐานและเป็นตำราที่นักกฎหมายรัฐธรรมนูญอังกฤษส่วนใหญ่ต้องอ้างอิงเมื่อจะอธิบายความหมายของหลักนิติธรรม Dicey เห็นว่า หลักนิติธรรมจะต้องสัมพันธ์ใกล้ชิดกับความมีอำนาจสูงสุดของรัฐสภา และหลักนิติธรรมนั้นย่อมมีเนื้อหาสาระที่สำคัญ คือ บุคคลทุกคนย่อมเสมอภาคกันต่อหน้ากฎหมาย บุคคลไม่ว่าจะในชนชั้นใดย่อมต้องตกอยู่ภายใต้กฎหมายปกติธรรมดาของแผ่นดิน (the ordinary law of the land) ซึ่งบรรดาศาลธรรมดาทั้งหลายจะเป็นผู้รักษาไว้ซึ่งกฎหมายดังกล่าว หลักนิติธรรมในความหมายนี้ย่อมปฏิเสธความคิดทั้งหลายที่ล่วงที่จะยกเว้นมิให้บรรดาเจ้าหน้าที่ทั้งหลายต้องเคารพต่อกฎหมาย บุคคลทั้งหลายย่อมไม่ต้องถูกลงโทษ หากไม่ได้กระทำการอันผิดกฎหมาย และไม่มีผู้ใดทั้งสิ้นแม้แต่กษัตริย์ที่จะอยู่เหนือกฎหมายได้ กล่าวโดยรวมแล้ว Dicey เห็นว่า บรรดาการกระทำทั้งหลายทั้งปวงของรัฐบาลและฝ่ายปกครองจะต้องอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมาย จะต้องไม่กระทำการก้าวล่วงสิทธิและเสรีภาพของราษฎรตามอำเภอใจ หากปรากฏว่ารัฐบาลหรือฝ่ายปกครองกระทำการอันขัดต่อกฎหมาย การกระทำดังกล่าวย่อมต้องถูกฟ้องคดียังศาลยุติธรรมหรือศาลธรรมดาได้ เพราะรัฐบาลหรือเจ้าหน้าที่ย่อมจะมีสิทธิพิเศษใด ๆ เหนือกว่าราษฎรไม่ได้ เราจะเห็นได้ว่าหลักนิติธรรมตามแนวความคิดของ Dicey นี้มุ่งเน้นไปที่ความผูกพันต่อกฎหมายของฝ่ายบริหาร ไม่ได้เรียกร้องฝ่ายนิติบัญญัติให้ต้องผูกพันต่อกฎเกณฑ์อื่นใดในการตรากฎหมาย

แม้ว่าในปัจจุบัน การให้คำอธิบายเกี่ยวกับเนื้อหาของหลักนิติธรรม อาจจะแตกต่างกันอยู่บ้างในรายละเอียด แต่องค์ประกอบสำคัญของหลักนิติธรรมนั้น ตำราต่าง ๆ ก็ไม่ได้อธิบายความแตกต่างกันมากนัก องค์ประกอบที่สำคัญของหลักนิติธรรม คือ ความคาดหมายได้ของการกระทำของรัฐ ความชัดเจนของกฎหมาย ความมั่นคงของกฎหมาย ความเป็นกฎหมายทั่วไปของกฎหมาย ความเป็นอิสระของศาล การเคารพในหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติ ตลอดจนความสะดวกในการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรม ในยุคหลังมีผู้อธิบายลักษณะของกฎหมายที่จะช่วยสร้างให้เกิดการปกครอง

<sup>33</sup> จาก *หลักพื้นฐานของสิทธิ เสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2540* (น. 23), โดย บรรเจิด สิงคะเนติ, 2540, กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

<sup>34</sup> วรเจตน์ ภาศิริรัตน์. (2553). *หลักนิติรัฐและหลักนิติธรรม*. สืบค้น 4 กรกฎาคม 2558, จาก <http://www.pub-law.net/publaw/view.aspx?id=1431>.

ตามหลักนิติธรรม ดังเช่นคำอธิบายของ Lon L. Fuller<sup>35</sup> นักนิติศาสตร์ที่มีชื่อเสียงชาวอเมริกัน ที่เห็นว่ากฎหมายที่จะทำให้หลักนิติธรรมปรากฏเป็นจริงได้นั้นต้องมีลักษณะสำคัญ คือ

- 1) กฎหมายที่ประกาศใช้ในรัฐจะต้องบังคับเป็นการทั่วไปกับบุคคลทุกคน ไม่เว้นแม้แต่องค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐ
- 2) กฎหมายจะต้องได้รับการประกาศใช้อย่างเปิดเผย
- 3) กฎหมายจะต้องได้รับการตราขึ้นให้มีผลบังคับไปในอนาคต ไม่ใช่ตราขึ้นเพื่อใช้บังคับย้อนหลังไปในอดีต
- 4) กฎหมายจะต้องได้รับการตราขึ้นโดยมีข้อความที่ชัดเจน เพื่อหลีกเลี่ยงมิให้เกิดการบังคับใช้ที่ไม่เป็นธรรม
- 5) กฎหมายจะต้องไม่มีข้อความที่ขัดแย้งกันเอง
- 6) กฎหมายจะต้องไม่เรียกร้องให้บุคคลปฏิบัติในสิ่งที่ไม่อาจเป็นไปได้
- 7) กฎหมายต้องมีความมั่นคงตามสมควร แต่ก็จะต้องเปิดโอกาสให้แก้ไขให้สอดคล้องกับสภาพของสังคมที่เปลี่ยนแปลงไปได้
- 8) กฎหมายที่ได้รับการประกาศใช้แล้วจะต้องได้รับการบังคับให้สอดคล้องต้องกัน กล่าวคือต้องบังคับการให้เป็นไปตามเนื้อหาของกฎหมายที่ได้ประกาศใช้แล้วนั้น<sup>36</sup>

## 2.5 พันธกรณีของประเทศไทยต่อกฎหมายระหว่างประเทศในด้านสิทธิมนุษยชน

ประเทศไทยเป็นประเทศหนึ่งที่เป็นรัฐภาคีขององค์การสหประชาชาติ และได้ให้การรับรอง ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน รวมทั้งเข้าร่วมเป็นภาคีสันติสัญญาระหว่างประเทศด้านสิทธิมนุษยชนหลายฉบับ ทำให้มีผลผูกพันที่จะต้องปฏิบัติตามสนธิสัญญา รวมถึงข้อตกลงระหว่างประเทศในเรื่องต่าง ๆ นอกจากนี้ประเทศไทยยังเป็นภาคีกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (ICCPR) และสนธิสัญญาหลักอื่น ๆ ของสหประชาชาติในเรื่องสิทธิมนุษยชน อันหมายความว่าประเทศไทยย่อมผูกพันตนเองและมีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามหลักประกันต่าง ๆ ที่บัญญัติไว้ในสนธิสัญญาหรือข้อตกลงระหว่างประเทศเหล่านี้อย่างหลีกเลี่ยงมิได้ นอกจากนี้ประเทศไทยยังไม่สามารถกล่าวอ้างเอาบทบัญญัติซึ่งเป็นกฎหมายภายในของไทยมาใช้เป็นเหตุผลหลักในการปฏิเสธหรือไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีในสนธิสัญญานั้นได้ และในส่วนของความหมายสิทธิมนุษยชน คำว่า สิทธิมนุษยชน ในอดีตยังไม่เป็นที่แพร่หลาย จนกระทั่งมีการ

<sup>35</sup> From *The Morality of law* (pp. 46-91), by L. L. Fuller, 1969, New Haven: Yale University Press.

<sup>36</sup> วรเจตน์ ภาศิริรัตน์. (2553). *หลักนิติรัฐและหลักนิติธรรม*. สืบค้น 4 กรกฎาคม 2558, จาก <http://www.pub-law.net/publaw/view.aspx?id=1431>.



ก่อตั้งองค์การสหประชาชาติแล้ว จึงได้ถูกนำมาใช้อย่างแพร่หลายทั้งในระดับภูมิภาคและในระดับนานาชาติ ซึ่งในกฎบัตรสหประชาชาติได้กล่าวถึงสิทธิมนุษยชนไว้หลายแห่ง เช่น ในอารัมภบท มีข้อความที่กล่าวถึงความมุ่งหมายของสหประชาชาติไว้ว่า “เพื่อเป็นการยืนยันความเชื่อในสิทธิขั้นพื้นฐานของความเป็นมนุษย์ ในศักดิ์ศรีและคุณค่าของ มนุษยชาติ To Reaffirm Faith in Fundamental Human Rights, in the Dignity and Worth of the Human Person...” (United Nation Organization, 2012) ในตัวกฎบัตรสหประชาชาติได้เพียงกล่าวถึงสิทธิมนุษยชนไว้ในที่ต่าง ๆ เช่น ในอารัมภบท ดังกล่าวมาแล้ว ในข้อ 1 ข้อ 13 ข้อ 55 ข้อ 56 ข้อ 62 และข้อ 76 เท่านั้น แต่มิได้มีคำนิยามหรือคำอธิบาย เกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนแต่อย่างใด ในทางวิชาการมักไม่มีการให้คำนิยามความหมายของสิทธิมนุษยชน นอกจากมีการพยายาม อธิบายคำปรารภของปณิญาสากล่าวด้วยสิทธิมนุษยชน ที่ว่า “โดยที่การยอมรับนับถือเกียรติศักดิ์ประจำตัว และสิทธิเท่าเทียมกันและโอนมิได้ของบรรดาสมาชิกทั้งหลายแห่งครอบครัวมนุษยชนเป็นหลักการพื้นฐาน แห่งอิสรภาพ ความยุติธรรมและสันติภาพโลก” นั้น หมายถึง สิทธิมนุษยชน เป็นสิทธิประจำตัวของมนุษย์ทุกคน เพราะมนุษย์ทุกคนมีศักดิ์ศรี มีเกียรติศักดิ์ประจำตัว สิทธิมนุษยชนไม่สามารถโอนให้แก่กันได้ แต่นักปฏิบัติการสิทธิมนุษยชนให้คำอธิบายว่า เราเรียกสิ่งจำเป็นสำหรับคนทุกคนที่ต้องได้รับในฐานะที่เป็นคน ซึ่งทำให้คน ๆ นั้นมีชีวิตอยู่รอดได้อย่างมีความเหมาะสมแก่ความเป็นคนและสามารถมีการพัฒนาตนเองได้ ว่าคือ “สิทธิมนุษยชน” เมื่อนำคำอธิบายทั้ง 2 ประการมาประกอบกันก็สามารถเข้าใจได้ว่า สิทธิมนุษยชน คือ สิ่งจำเป็นสำหรับคนทุกคนที่ต้องได้รับในฐานะที่เป็นคน เพื่อให้คน ๆ นั้น มีชีวิตอยู่รอดได้และมีการพัฒนา สิทธิมนุษยชนจึงมี 2 ระดับ

ระดับแรก สิทธิที่คิดตัวคนทุกคนมาแต่เกิด ไม่สามารถ ถ้ายโอนให้แก่กันได้ อยู่เหนือกฎหมายและอำนาจ ใด ๆ ของรัฐทุกรัฐ สิทธิเหล่านี้ได้แก่ สิทธิในชีวิต ห้ามฆ่าหรือทำร้ายต่อชีวิต ห้ามการค้ำมนุษย์ ห้ามทรมานอย่างโหดร้าย คนทุกคนมีสิทธิในความเชื่อ มโนธรรม หรือลัทธิทางศาสนา ทางการเมือง มีเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นและแสดงออก หรือการสื่อความหมายโดยวิธีอื่น สิทธิมนุษยชน เหล่านี้ไม่จำเป็นต้องมีกฎหมายมารองรับ สิทธิเหล่านี้ ก็ดำรงอยู่ ซึ่งอย่างน้อยอยู่ในมโนธรรมสำนึกถึงบาป บุญคุณ โทษที่อยู่ในตัวของแต่ละคน เช่น แม้ไม่มีกฎหมายบัญญัติว่าการฆ่าคนเป็นความผิดตามกฎหมาย แต่คนทุกคนมีสำนึกรู้ได้เองว่าการฆ่าคนนั้น เป็นสิ่งต้องห้าม เป็นบาปในทางศาสนา เป็นต้น

ระดับที่สอง สิทธิที่ต้องได้รับการรับรองในรูปของกฎหมายหรือต้องได้รับการคุ้มครองโดยรัฐบาล ได้แก่ การได้รับสัญชาติ การมีงานทำ การได้รับความคุ้มครองแรงงาน ความเสมอภาคของหญิง-ชาย สิทธิของเด็ก เยาวชน ผู้สูงอายุ และคนพิการ การได้รับการศึกษาขั้นพื้นฐาน การประกันการว่างงาน การได้รับบริการทางด้านสาธารณสุข การที่จะแสดงออกทางด้านวัฒนธรรม

อย่างอิสระ และสามารถได้รับความเพลิดเพลินจากศิลปะวัฒนธรรมในกลุ่มของตน เป็นต้น สิทธิมนุษยชนระดับที่สองนี้ต้องเขียนรับรองไว้ในกฎหมายหรือรัฐธรรมนูญหรือแนวนโยบายพื้นฐานของรัฐของแต่ละประเทศ เพื่อเป็นหลักประกันว่าคนทุกคนที่อยู่ในรัฐนั้นจะได้รับความคุ้มครองชีวิตความเป็นอยู่ให้มีความเหมาะสมแก่ความเป็นมนุษย์

และด้วยทบทวนปรัชญาขององค์การสหประชาชาติดังกล่าว ต่อมาจึงได้มีความร่วมมือในการจัดทำปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (Universal Declaration of Human Rights) ขึ้น และได้ประกาศใช้ เมื่อวันที่ 10 ธันวาคม พ.ศ. 2491 (ค.ศ. 1948) สำหรับประเทศไทยนั้น เป็นประเทศในกลุ่มแรกที่ทำให้การรับรอง ปฏิญญาดังกล่าว อย่างไรก็ตาม เนื่องจากปฏิญญาสากลไม่ใช่กฎหมายจึงขาดสภาพบังคับในกรณีที่มีการละเมิด สิทธิมนุษยชนเกิดขึ้น แต่โดยเนื้อหาของปฏิญญาสากล ถือได้ว่าเป็นมาตรฐานของสิทธิมนุษยชนที่นานาประเทศยอมรับ หลายประเทศได้นำหลักการของปฏิญญาสากลดังกล่าวไปเป็นต้นแบบในการจัดทำระบบกฎหมายของตนให้สอดคล้องกับมาตรฐานของนานาอารยประเทศ สำหรับเนื้อหาของปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ประกอบด้วยข้อความ 30 ข้อ โดยมีเนื้อหาแบ่งเป็น 4 ส่วน ดังนี้ ส่วนแรก ปรากฏในคำปรารภ ข้อ 1 และข้อ 2 กล่าวถึงหลักการสำคัญของสิทธิมนุษยชนที่ว่า มนุษย์มีสิทธิติดตัวมาแต่เกิด มีศักดิ์ศรี มีความเสมอภาคกัน ดังนั้นจึงห้ามเลือกปฏิบัติต่อมนุษย์และควรปฏิบัติต่อกันเสมือนเป็นพี่น้อง สิทธิมนุษยชนนี้เป็นสิ่งที่ไม่สามารถโอนให้แก่กันได้ จึงเป็นหน้าที่ของรัฐบาลทุกประเทศที่จะสร้างหลักประกันแก่ทุกชีวิตด้วยการเคารพหลักการของสิทธิเสรีภาพที่ปรากฏในปฏิญญานี้ เพื่อให้สิทธิมนุษยชนเป็นมาตรฐานร่วมกันสำหรับการปฏิบัติต่อกันของผู้คนในสังคมทั้งในประเทศและระหว่าง ประเทศอันจะเป็นพื้นฐานแห่งเสรีภาพ ความยุติธรรม และสันติภาพในโลก ส่วนที่สอง ปรากฏในข้อ 3 ถึงข้อ 21 กล่าวถึงสิทธิของพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (Civil and Political Rights) ส่วนที่สาม ข้อ 22 ถึงข้อ 27 กล่าวถึงสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม (Economic, Social and Cultural Rights) ส่วนที่สี่ ข้อ 28 ถึงข้อ 30 กล่าวถึงหน้าที่ของบุคคล สังคม และรัฐ โดยการทำจะต้องดำเนินการสร้างหลักประกันให้มีการคุ้มครองสิทธิที่ปรากฏในปฏิญญานี้ ให้ได้รับการปฏิบัติอย่างจริงจัง ห้ามรัฐกระทำการละเมิดสิทธิมนุษยชนและจำกัดสิทธิของบุคคลไม่ให้ใช้สิทธิมนุษยชนละเมิดสิทธิของผู้อื่นสังคมและโลก

ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนนอกจากระบุขอบเขตของสิทธิมนุษยชนว่าครอบคลุมสิทธิอะไรแล้ว ตัวปฏิญญาฯ เองยังได้นำเสนอหลักการสำคัญของสิทธิมนุษยชนไว้ด้วย หลักการนี้ถือเป็นสาระสำคัญที่ใช้อ้างอิงความเป็นสากลของสิทธิมนุษยชน และใช้เป็นเครื่องมือชี้วัดว่าสังคมใด

มีการเคารพ และปฏิบัติตามหลักการสิทธิมนุษยชนหรือไม่ สำหรับ “หลักการสำคัญของสิทธิมนุษยชน”<sup>37</sup> ประกอบด้วย<sup>38</sup>

1) เป็นสิทธิธรรมชาติ ติดตัวมนุษย์มาแต่เกิด (Natural Rights) หมายความว่า มนุษย์ทุกคนมีศักดิ์ศรีประจำตัวตั้งแต่เกิดมาเป็นมนุษย์ ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ (Human Dignity) นี้ไม่มีใครมอบให้ เป็นสิ่งที่ธรรมชาติได้กำหนดขึ้นในมนุษย์ทุกคน

2) สิทธิมนุษยชนเป็นสากลและไม่สามารถถ่ายโอนกันได้ (Universality & Inalienability) หมายความว่า สิทธิมนุษยชนนั้นเป็นของคนทุกคน ไม่มีพรมแดน คนทุกคนมีสิทธิมนุษยชนต่าง ๆ ดังที่กล่าวมานี้ เช่นเดียวกัน เพราะโดยหลักการแล้วถือว่าเป็นคน ไม่ว่าจะอยู่ที่ไหนในโลก ไม่ว่าจะเชื้อชาติ สัญชาติ เหล่ากำเนิดใดก็ตาม ย่อมมีสิทธิมนุษยชนประจำตัวทุกคนไป จึงเรียกได้ว่าสิทธิมนุษยชนเป็นของคนทุกคน ไม่ว่าคน ๆ นั้น จะยากจนหรือร่ำรวย เป็นคนพิการ เป็นเด็ก เป็นผู้หญิง ส่วนที่กล่าวว่าสิทธิมนุษยชนไม่สามารถถ่ายโอนให้แก่กันได้ หมายความว่า ในเมื่อสิทธิมนุษยชนเป็นสิทธิประจำตัวของมนุษย์ มนุษย์แต่ละคนย่อมไม่สามารถมอบอำนาจ หรือสิทธิมนุษยชน ของตนให้แก่ผู้ใด ได้ไม่มีการครอบครองสิทธิแทนกัน แตกต่างจากการครอบครองที่ดินหรือทรัพย์สิน เพราะสิทธิมนุษยชนเป็นเรื่องที่ธรรมชาติกำหนดขึ้น เป็นหลักการที่ทุกคนต้องปฏิบัติ แต่หากจะถามว่าในเมื่อ สิทธิมนุษยชนเป็นของคนทุกคนเช่นนี้แล้ว สามารถมีสิทธิมนุษยชนเฉพาะกลุ่มได้หรือไม่ ในทางสากลได้มีการจัดหมวดหมู่และกลุ่มของสิทธิมนุษยชนเป็นสิทธิของกลุ่มเฉพาะและสิทธิตามประเด็นปัญหา เช่น สิทธิสตรี สิทธิเด็ก สิทธิในกระบวนการยุติธรรม สิทธิผู้ติดเชื้อ HIV/เอดส์ สิทธิของผู้ลี้ภัย เป็นต้น

3) สิทธิมนุษยชนไม่สามารถแยกเป็นส่วน ๆ ว่าสิทธิใดมีความสำคัญกว่าอีกสิทธิหนึ่ง (Indivisibility) กล่าวคือ สิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ไม่สามารถแบ่งแยกว่ามีความสำคัญกว่าสิทธิทาง เศรษฐกิจ สังคมและวัฒนธรรม สิทธิทั้งสองประการนี้ต่างมีความสำคัญเท่าเทียมกัน ดังนั้นรัฐบาลใดจะมาอ้างว่าต้องพัฒนาประเทศให้ประชาชนมีความเป็นอยู่ทางเศรษฐกิจ หรือต้องแก้ปัญหาปากท้องก่อนแล้วจึงค่อยให้ประชาชนมีส่วนร่วมทางการเมืองย่อมขัดต่อหลักการนี้

4) ความเสมอภาคและห้ามการเลือกปฏิบัติ (Equality and Non-Discrimination) การเลือก ปฏิบัติเป็นปัญหาที่เกิดขึ้นมานานในทุกสังคม และถือเป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชน เพราะเหตุ

<sup>37</sup> แพลและเรียบเรียงจาก UNDP, Indicators for Human Right Based Approaches to Development in UNDP Programming A Users' Guide March 2006.

<sup>38</sup> จาก บทวิเคราะห์ข้อมูล สถานการณ์ และเชื่อมโยงเพื่อวางทิศทางแผนสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ ฉบับที่ 3 (พ.ศ. 2557-2561) (น. 20-21), โดย กรมคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ กระทรวงยุติธรรม, 2556, กรุงเทพฯ: คณะรัฐมนตรีและราชกิจจานุเบกษา.

ว่าในฐานะที่เราเกิดมาเป็นคนต้องได้รับการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกัน ไม่ว่าจะเป็นคนจน คนรวย คนพิการ เด็ก หรือผู้สูงอายุ คนป่วยหรือมีสุขภาพดีความเสมอภาคไม่ใช่การได้รับเท่ากัน เช่น การที่นักเรียนทุกคนที่ทำผิดระเบียบจะต้อง ถูกเขียน 3 ที เท่า ๆ กัน อย่างนี้ไม่ถือว่าเป็นความเสมอภาค

5) การมีส่วนร่วมและการเป็นส่วนหนึ่งของสิทธินั้น (Participation & Inclusion) หมายความว่า ประชาชนแต่ละคนและกลุ่มของประชาชนหรือประชาสังคมย่อมมีส่วนร่วมอย่างแข็งขัน ในการเข้าถึงและได้รับ ประโยชน์จากสิทธิพลเมือง สิทธิทางการเมือง และสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคมและวัฒนธรรม

6) ตรวจสอบได้และใช้หลักนิติธรรม (Accountability & The Rule of Law) หมายถึง รัฐและ องค์กรที่มีหน้าที่ในการก่อให้เกิดสิทธิมนุษยชน ต้องมีหน้าที่ตอบคำถามให้ได้ว่าสิทธิมนุษยชนได้รับการปฏิบัติ ให้เกิดผลจริงในประเทศของตน ส่วนสิทธิโดยยังไม่ได้ดำเนินการให้ เป็นไปตามหลักการสากลก็ต้องอธิบาย ต่อสังคมได้ว่าจะมีขั้นตอนดำเนินการอย่างไร โดยเฉพาะรัฐ ต้องมีมาตรการปกครองประเทศโดยใช้หลักนิติธรรม หรือปกครองโดยอาศัยหลักการที่ใช้กฎหมาย อย่างเที่ยงธรรม ประชาชนเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมได้โดยง่าย มีกระบวนการไม่ซับซ้อนเกินไป ตามหลักกฎหมายและมีความเท่าเทียมกันเมื่ออยู่ต่อหน้ากฎหมาย ไม่มีใครอยู่เหนือกฎหมายได้

นอกจากนั้นประเทศไทยยังยอมรับตามกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและ สิทธิทางการเมือง (International Covenant on Civil and Political Rights - ICCPR) ประเทศไทยเข้า เป็นภาคี โดยการภาคยานุวัติ 1 และมีผลบังคับใช้ตั้งแต่วันที่ 29 มกราคม 2540 โดยมีการทำคำแถลง ตีความ 2 ประเด็น ได้แก่ (1) เรื่องการกำหนดเจตจำนงของตนเอง โดยมีได้หมายรวมถึงการแบ่งแยก ดินแดนหรือเอกภาพทางการเมือง (ข้อ 1วรรคหนึ่ง) และ (2) การโฆษณาชวนเชื่อเพื่อทำสงคราม (ข้อ 20 วรรคหนึ่ง) เนื้อหาของกติกาฉบับนี้มี 6 ส่วน 53 ข้อ 3 ส่วนแรก (ข้อ 1-27) เป็นสาระบัญญัติ ว่าด้วยสิทธิ ต่าง ๆ ส่วนที่ 4 (ข้อ 27-45) ว่าด้วยคณะกรรมการและการเสนอรายงาน (ข้อ 40) การไต่ถามข้อร้องเรียนระหว่างประเทศเกี่ยวกับการไม่ปฏิบัติตามบทบัญญัติของกติกาส่วนที่ 5 (ข้อ 46-47) ว่าด้วยการตีความ และ ส่วนที่ 6 (ข้อ 47-53) ว่าด้วยการลงนามเข้าเป็นภาคี การมีผลใช้ บังคับ การแก้ไข การเก็บรักษาต้นฉบับทั้ง 5 ภาษา ส่วนที่เป็นสาระบัญญัติ 27 ข้อ กำหนดสิทธิต่าง ๆ ทั้งในส่วนที่เป็นสิทธิของประชาชน ซึ่งว่าด้วยการกำหนดสิทธิของตนเองของประชาชนในเรื่อง การเมือง และสามารถดำเนินการอย่างเสรีในการจัดการทรัพยากร และพัฒนาเศรษฐกิจสังคมและ วัฒนธรรมของตน และการประกันสิทธิของรัฐภาคี ที่จะต้องส่งเสริมให้บังเกิดผลตามสิทธิดังกล่าว โดยปราศจากการเลือกปฏิบัติ สิทธิเหล่านี้รวมถึงสิทธิที่จะมีชีวิตและการยกเลิกโทษประหารชีวิต การห้ามการทรมาน/ลงโทษทรมาน โหดร้าย การมีทาส เสรีภาพในความปลอดภัยของร่างกาย ห้ามการจับกุม โดยมีได้ทำผิดกฎหมาย การปฏิบัติต่อผู้ถูกจับกุมด้วยมนุษยธรรม เสรีภาพในการ

เลือกถิ่นที่อยู่อาศัย ความเสมอภาคในด้านกฎหมาย และกระบวนการยุติธรรมทางศาลสิทธิในสถานะบุคคล สิทธิในความเป็นส่วนตัว สิทธิเสรีภาพทางความคิดและศาสนา การห้ามการโฆษณาชวนเชื่อเพื่อการสงครามและการเกลียดชังเผ่าพันธุ์ สิทธิในการชุมนุมอย่างสงบ การรวมตัวเป็นสมาคม การคุ้มครองครอบครัวและการสมรส สิทธิของเด็กในด้าน การคุ้มครอง การมีทะเบียนเกิด และสัญชาติการมีสิทธิมี ส่วนในการบริหารบ้านเมืองและสิทธิของชนกลุ่มน้อย 2) กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคมและวัฒนธรรม (International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights - ICESCR) ประเทศไทยเข้าเป็นภาคีโดยการภาคยานุวัติและมีผลบังคับใช้ ตั้งแต่วันที่ 5 ธันวาคม 2542 โดยทำคำแถลงตีความข้อ 1 วรรคหนึ่ง เกี่ยวกับสิทธิในการกำหนดเจตจำนงของตนเอง โดยมีให้ตีความรวมถึง การแบ่งแยกดินแดนหรือเอกภาพทางการเมือง

เนื้อหาของกติกาฉบับนี้มี 5 ส่วน 31 ข้อ 3 ส่วนแรก (ข้อ 1-15) เป็นสาระบัญญัติว่าด้วยสิทธิต่าง ๆ ส่วนที่ 4 (ข้อ 16-25) ว่าด้วยการเสนอรายงานทั้งของรัฐภาคีและในระหว่างองค์กรของสหประชาชาติ ของการให้ความช่วยเหลือ และการประชุมทางวิชาการและการตีความ และส่วนที่ 5 (ข้อ 26-31) ว่าด้วยการ ลงนามเข้าเป็นรัฐภาคี การมีผลบังคับใช้ ความครอบคลุมของกติกา การแก้ไข และการเก็บรักษาต้นฉบับ ส่วนที่ เป็นสาระบัญญัติ 15 ข้อ โดยกำหนดสิทธิต่าง ๆ ของประชาชน ได้แก่ การกำหนดเจตจำนงของตน การจัดการ ทรัพยากรและการประกันสิทธิของรัฐภาคีที่จะต้องให้สิทธิแก่ทั้งประชาชนและผู้ที่ไม่ใช่คนชาติของตน การประกันสิทธิความเท่าเทียมกันในเรื่องเศรษฐกิจสังคมและวัฒนธรรมระหว่างชายหญิงและเพื่อความเท่าเทียมกันในสังคม ประชาธิปไตย การห้ามลิดรอนสิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐานการรับรองสิทธิในการทำงานหาเลี้ยงชีพด้วยสภาพการทำงานที่ยุติธรรม ค่าจ้างที่เป็นตามความเป็นอยู่และสภาพการทำงานที่ปลอดภัยถูกสุขลักษณะ การก่อตั้ง สหภาพแรงงาน สิทธิของคนงาน สิทธิในสวัสดิการสังคม การประกันสังคม สิทธิของครอบครัวในฐานะจำเป็น สังคมพื้นฐานทางธรรมชาติสิทธิของมารดา เด็ก ผู้เยาว์และความคุ้มครองสิทธิในมาตรฐานการครองชีพ ที่เพียงพอในปัจจุบัน 4 โดยเฉพาะเรื่องอาหาร โดยปลอดจากความหิวโหยและการแบ่งสรรอาหาร สิทธิด้าน สุขภาพ สุขลักษณะ บริการทางการแพทย์การควบคุมโรคระบาด โดยเฉพาะอนามัยทารก สิทธิทางการศึกษา ซึ่งประถมศึกษาจะเป็นการศึกษาภาคบังคับที่ให้เปล่าแก่ทุกคน และการศึกษาในระดับมัธยมศึกษาและอุดมศึกษาที่เหมาะสมเท่าเทียมกัน รวมถึงการศึกษาขั้นพื้นฐานที่จะต้องส่งเสริมให้มากที่สุด สิทธิที่จะมีส่วนร่วม ของประชาชนในด้าน วัฒนธรรม วิทยาศาสตร์และการดูแลจากภาครัฐที่จะคุ้มครอง อนุรักษ์และการพัฒนา รวมทั้งการเผยแพร่ความรู้ทางวิทยาศาสตร์และทางวัฒนธรรม<sup>39</sup>

<sup>39</sup> แหล่งเดิม. (น. 1-12).

### บทที่ 3

## มาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการใช้อำนาจทางปกครองของฝ่ายทหารและ คำสั่งทางปกครองในสถานการณ์ฉุกเฉินในต่างประเทศและภายในประเทศ

บทบาทของรัฐที่สำคัญมีอยู่สองด้านคือบทบาทในการรักษาความสงบและความมั่นคงของรัฐอันเป็นภารกิจหลักของรัฐกับบทบาทในการดูแลคุณภาพชีวิตความเป็นอยู่ของประชาชนในรัฐให้ได้รับความสะดวกสบายในการดำรงชีวิตในสังคมรัฐนั้น ๆ ซึ่งบทบาทหลังเป็นการจัดทำภารกิจลำดับรองที่รัฐจำเป็นต้องดำเนินการให้ประชาชน บทบาทในการรักษาความสงบและความมั่นคงของรัฐอันเป็นภารกิจหลักของรัฐจะจัดทำเองโดยตั้งส่วนราชการมาดำเนินการเพราะมีความจำเป็นต้องใช้อำนาจเหนือในการดำเนินการที่เราเรียกว่า “การกระทำทางปกครอง” แต่ทั้งนี้ทั้งนั้นตามหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะกระทำการในเรื่องใดได้ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายบัญญัติให้อำนาจไว้ โดยเฉพาะกรณีที่การใช้อำนาจของฝ่ายปกครองมีผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของบุคคล<sup>40</sup> ซึ่งโดยหลักแล้วบทกฎหมายจะต้องบัญญัติให้อำนาจแก่ฝ่ายปกครองไว้อย่างชัดเจน แต่บางกรณีอาจเป็น “อำนาจโดยปริยาย (Pouvoirs Implicites)” ที่เกิดจากการตีความตีความบทกฎหมายเพื่อให้การบังคับใช้กฎหมายบรรลุวัตถุประสงค์ของผู้ตรากฎหมาย หรืออาจยอมรับว่าเจ้าหน้าที่ที่มีอำนาจกระทำการได้โดยพิจารณาจากบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งเพื่ออุดช่องว่างของกฎหมาย นอกจากนี้ เจ้าหน้าที่อาจกระทำการโดยอาศัยอำนาจตามหลักทั่วไป เช่น “หลักอำนาจขนาน (Principe Du Parallélisme Des Compétences)” ที่ถือว่าเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจออกคำสั่งในเรื่องใด ย่อมมีอำนาจออกคำสั่งในทางตรงกันข้าม (Acte Contraire) โดยกฎหมายไม่จำเป็นต้องบัญญัติให้อำนาจไว้ เช่น ผู้มีอำนาจออกคำสั่งแต่งตั้งย่อมมีอำนาจออกคำสั่งให้พ้นจากตำแหน่งด้วย ทั้งนี้ ในกรณีที่กฎหมายบัญญัติให้ฝ่ายปกครองมีอำนาจกระทำการในเรื่องใด เจ้าหน้าที่ที่จะกระทำการในเรื่องนั้นต้องเป็นผู้มี “อำนาจหน้าที่ (Competence)” กล่าวคือเป็นบุคคลหรือคณะบุคคลที่มี “ความสามารถทางกฎหมาย” ที่จะกระทำการในนามของหน่วยงาน

<sup>40</sup> จาก กฎหมายปกครอง ภาคทั่วไป (น. 50-55), โดย วรเจตน์ ภาคีรัตน์, 2554, กรุงเทพฯ: นิติราษฎร์.

ทางปกครอง<sup>41</sup> ในส่วนของฝ่ายทหารจะมีภารกิจหลักในด้านการป้องกันการรุกรานจากรัฐอื่น ส่วนบทบาทในการดูแลความสงบเรียบร้อยที่อยู่ในรัฐจะเป็นหน้าที่ของเจ้าพนักงานตำรวจและเจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครองในกรณีปกติแต่เมื่อใดก็ตามหากรัฐหรือประเทศเกิดเหตุการณ์ความไม่สงบขึ้นจนเกินศักยภาพของเจ้าพนักงานตำรวจและเจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครอง ฝ่ายทหารก็จะได้รับบทบาทนี้ผ่านกฎหมายที่ให้อำนาจหลากหลายฉบับเช่น พระราชบัญญัติกฎอัยการศึก พ.ศ. 2457 หรือกฎหมายเกี่ยวกับความมั่นคงภายในต่าง ๆ ที่รัฐตราออกมาเพื่อให้อำนาจแก่ฝ่ายทหารเข้ามามีบทบาทในการรักษาความสงบเรียบร้อยภายในรัฐตามแต่สภาพการณ์และความรุนแรงของความไม่สงบนั้น ๆ เช่นพระราชบัญญัติการรักษาความมั่นคงภายในราชอาณาจักร พ.ศ. 2551 หรือพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548 เป็นต้น

### 3.1 มาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการใช้อำนาจทางปกครองของฝ่ายทหารและคำสั่งทางปกครองในสถานการณ์ฉุกเฉินในต่างประเทศ

ความสงบเรียบร้อยในต่างประเทศ ผู้วิจัยขอยกตัวอย่างของประเทศที่สำคัญที่ใช้ระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร (Civil Law System) และกลุ่มประเทศที่สำคัญที่ใช้ระบบกฎหมายจารีตประเพณี (Common Law System) ซึ่งมีประเด็นให้ศึกษาดังต่อไปนี้

3.1.1 มาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการใช้อำนาจทางปกครองของฝ่ายทหารและคำสั่งทางปกครองในสถานการณ์ฉุกเฉินของประเทศที่สำคัญที่ใช้ระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร (Civil Law System)

สำหรับกลุ่มประเทศในระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร (civil law system) ที่ผู้วิจัยจะยกมาเป็นกรณีศึกษาที่สำคัญมีอยู่ 2 ประเทศ คือ สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี และสาธารณรัฐเกาหลี ดังนี้

3.1.1.1 มาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการใช้อำนาจทางปกครองของฝ่ายทหารและคำสั่งทางปกครองในสถานการณ์ฉุกเฉินในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

ในเรื่องการชุมนุมนั้นเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานที่รัฐบัญญัติ โดยได้รับรองไว้ว่ากระทำได้โดยไม่ต้องแจ้งหรือขออนุญาตหากเป็นการชุมนุมโดยสงบและปราศจากอาวุธ โดยมีกฎหมายพื้นฐานที่รับรองเสรีภาพในการชุมนุมนั้น (Grundgesetz-GG) และยังมีรัฐบัญญัติว่าด้วยการชุมนุมและการเดินขบวน ซึ่งบังคับกับการชุมนุมทุกประเภท เนื่องจากรัฐบัญญัตินี้เป็นกฎหมายที่มีความสำคัญที่สุดในจำกัดสิทธิในการชุมนุม ดังนั้นเจ้าหน้าที่จะกลับไปใช้บทบัญญัติทั่วไปของ

<sup>41</sup> ศุภวัฒน์ สิงห์สุวรรณ. (2557). ข้อพิจารณาบางประการเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง. สืบค้น 10 มกราคม 2559, จาก <http://www.pub-law.net/publaw/view.aspx?id=1957>.

กฎหมายตำรวจและกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการรักษาความสงบเรียบร้อยไม่ได้ แต่หากเป็นกรณีที่มีการชุมนุมที่ไม่ใช่การชุมนุมสาธารณะก็สามารถกลับไปใช้กฎหมายทั่วไปและกฎหมายเกี่ยวกับการรักษาความสงบเรียบร้อยได้ แต่ในกรณีของการควบคุมการชุมนุมและการสลายการชุมนุม ให้เป็นอำนาจและหน้าที่ของตำรวจ นอกจากนั้นตำรวจยังสามารถกำหนดมาตรการต่าง ๆ เกี่ยวกับการชุมนุมได้อีกด้วย

จะเห็นได้ว่าการชุมนุมในประเทศอย่าง เช่น สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีซึ่งได้แบ่งการชุมนุมออกเป็นสองกรณี คือ การชุมนุมสาธารณะและการชุมนุมที่ไม่เป็นสาธารณะ ซึ่งการชุมนุมทั้งสองกรณีนี้จะอยู่ภายใต้การควบคุมดูแลของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง คือเจ้าหน้าที่ตำรวจหรือเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง โดยการชุมนุมเหล่านั้นจะต้องเป็นการชุมนุมโดยสงบและปราศจากอาวุธจึงจะถือเป็นการชุมนุมที่ชอบด้วยกฎหมาย แต่เมื่อใดที่การชุมนุมนั้นกลายเป็นลักษณะของการส่งเสริมความรุนแรงหรือก่อให้เกิดการจลาจลรวมถึงการก่ออันตรายต่อชีวิตสุขภาพอนามัยของผู้เข้าร่วมชุมนุม หรือการเตรียมการเพื่อต่อต้านเจ้าหน้าที่อันนำไปสู่การชุมนุมที่ไม่สงบ ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์รัฐเยอรมนีถือว่าการชุมนุมที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

ส่วนอำนาจในการสลายการชุมนุมนั้น กฎหมายว่าด้วยการชุมนุมและการเดินขบวนแห่งสหพันธ์รัฐได้กำหนดให้เฉพาะเจ้าหน้าที่ตำรวจเท่านั้นที่มีอำนาจสลายการชุมนุมในกรณีเป็นการชุมนุมในพื้นที่ที่จำกัด แต่หากเป็นการชุมนุมในพื้นที่เปิดโล่ง ให้เป็นอำนาจหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง (เจ้าหน้าที่ซึ่งมีเขตอำนาจ) แต่อย่างไรก็ตามกฎหมายของแคว้นรัฐจะกำหนดหน้าที่และเขตอำนาจของเจ้าหน้าที่ตำรวจและเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองไว้แตกต่างกัน เช่นมลรัฐ Berlin กำหนดให้เจ้าหน้าที่ตำรวจเป็นเจ้าหน้าที่ที่มีเขตอำนาจทุกกรณี ในขณะที่ Bayern กำหนดให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองเป็นเจ้าหน้าที่ที่มีเขตอำนาจ โดยในคำสั่งสลายการชุมนุมนั้นมีผลบังคับแก่นำและผู้เข้าร่วมชุมนุม โดยที่เจ้าหน้าที่ผู้มีเขตอำนาจรับผิดชอบสามารถสลายการชุมนุมต่อผู้ที่ชุมนุมโดยสงบเฉพาะกรณีที่มีเหตุจำเป็นฉุกเฉินเท่านั้น

เจ้าหน้าที่ตำรวจอาจสั่งสลายการชุมนุมได้ในกรณีเช่น การชุมนุมดำเนินไปด้วยความรุนแรงหรือก่อการจลาจล ผู้นำการชุมนุมไม่ห้ามบุคคลซึ่งพกพาอาวุธเข้ามาในการชุมนุม หรือการชุมนุมอาจเป็นการขู่ให้กระทำผิดอาญา ดังนั้นคำสั่งสลายการชุมนุมจึงเป็นมาตรการสุดท้ายที่เจ้าหน้าที่ที่มีเขตอำนาจจะนำมาใช้ (Ultima ratio)

การสั่งสลายการชุมนุม คำสั่งสลายการชุมนุมนั้นต้องเป็นคำสั่งทางปกครองที่มีผลผูกพันตามกฎหมายและไม่สามารถโต้แย้งได้ ซึ่งการบังคับทางปกครองนั้นเป็นกระบวนการบังคับตามคำสั่งทางปกครองที่กำหนด ให้กระทำการหรือละเว้นกระทำการไว้ 3 ขั้นตอน คือ 1. ออกคำสั่งเตือนว่าจะบังคับการ 2. การกำหนดวิธีการบังคับทางปกครอง 3. การดำเนินการตามมาตรการบังคับ



ทางปกครอง อย่างไรก็ตามเจ้าหน้าที่สามารถระงับการบังคับทางปกครองได้โดยหากเป็นกรณีจำเป็นเร่งด่วนเพื่อป้องกันอันตราย โดยเจ้าหน้าที่ไม่จำเป็นต้องออกคำสั่งเตือน หรือกำหนด

วิธีการบังคับทางปกครองก่อน และมาตรการบังคับทางปกครอง ตามรัฐบัญญัติว่าด้วยการบังคับทางปกครองแบ่งได้เป็น 3 กรณี คือ 1. การดำเนินการกับบุคคลหรือทรัพย์สิน โดยการใช้กำลังกายภาพ 2. การใช้เครื่องมืออุปกรณ์ เช่นการใช้น้ำฉีด เครื่องกีดขวาง สุนัขตำรวจ ม้าหรือยานพาหนะของทางราชการ 3. การใช้อาวุธ เช่น ปืน หรือสารที่ก่อให้เกิดการระคายเคืองหรือหมดสติ เช่น แก๊สน้ำตา หรือระเบิดควัน เป็นต้นหากดำเนินการนอกจากที่กฎหมายกำหนดไว้กรณีนอกจากนั้นแล้วเจ้าหน้าที่จะต้องคำนึงถึงหลัก ข้างต้นยอมเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายพอสมควรแก่เหตุ

กรณีการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉิน หากมีความรุนแรงเกิดขึ้นจนถึงขั้นต้องประกาศใช้สถานการณ์ฉุกเฉิน (Emergency Act) ซึ่งแบ่งภัยคุกคามออกเป็น 4 กรณี คือ 1) ภัยภายนอกประเทศ 2) ความตึงเครียดระหว่างประเทศ 3) ภัยคุกคามภายใน ซึ่งรวมไปถึงการก่อการร้าย และ 4) ภัยธรรมชาติ<sup>42</sup> ซึ่งผู้มีอำนาจประกาศใช้คือรัฐสภา

3.1.1.2 มาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการใช้อำนาจทางปกครองของฝ่ายทหารและคำสั่งทางปกครองในสถานการณ์ฉุกเฉินในสาธารณรัฐเกาหลี

สาธารณรัฐเกาหลีใช้กฎหมายทั่วไปเกี่ยวกับการชุมนุมและได้กำหนดให้เจ้าหน้าที่ตำรวจเป็นผู้รับผิดชอบ โดยที่เจ้าหน้าที่ตำรวจสามารถกำหนดเขตพื้นที่ชุมนุมได้เรียกว่า “เขตตำรวจ (Police Line)” เพื่อความปลอดภัยของผู้ชุมนุมได้และบุคคลที่สามทั้งนี้การกำหนดเขตนั้นต้องกระทำเท่าที่จำเป็นเท่านั้น<sup>43</sup> นอกจากนั้นแล้วเจ้าหน้าที่ตำรวจผู้มีเขตอำนาจรับผิดชอบเกี่ยวกับการชุมนุมสามารถสั่งห้ามไม่ให้มีการชุมนุมได้ เมื่อปรากฏข้อเท็จจริงว่า การชุมนุมนั้นมีลักษณะก่อให้เกิดความไม่สงบและความมั่นคงต่อรัฐโดยตรง มีการปลุกระดมให้ใช้ความรุนแรง ใช้กำลังคุกคาม และทำลายทรัพย์สินเป็นต้น โดยเจ้าหน้าที่จะออกคำสั่งให้มีการยุติการชุมนุมซึ่งต้องมีคำสั่งเป็นหนังสือพร้อมทั้งแสดงเหตุผลและความจำเป็นส่งให้กับผู้ที่จัดการชุมนุม

<sup>42</sup> พัชร นิยมศิลป์. (2553). *เปรียบเทียบกฎหมายเกี่ยวกับการรักษาความมั่นคง แห่งชาติ พ.ร.บ. กฎอัยการศึก พ.ศ. 2478 พ.ร.ก. การบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548 และ พ.ร.บ. การรักษาความมั่นคงภายในราชอาณาจักร พ.ศ. 2551*. สืบค้น 20 กรกฎาคม 2555, จาก <http://www.pub-law.net/publaw/view.aspx?id=1479>.

<sup>43</sup> Jose Ney. (2008). *Democracy in South Korea: Mature society versus immature system*. Retrieved November 8, 2015, from <http://www.ethicsinaction.asia/archive/2008-ethics-in-action/vol.-2-no.-4-august-2008/democracy-in-south-korea-mature-society-versus>.

การสั่งสลายการชุมนุม เนื่องจากเจ้าหน้าที่ตำรวจเป็นผู้ที่รักษาความสงบเรียบร้อย และความมั่นคงภายในกฎหมายจึงได้มอบอำนาจให้เจ้าหน้าที่ตำรวจเป็นผู้ที่สามารถออกคำสั่งห้ามหรือให้ยุติการชุมนุมได้กับกรณีที่มีการชุมนุมนั้นเข้าข่ายการชุมนุมที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย เจ้าหน้าที่ตำรวจโดยผู้บัญชาการตำรวจแจ้งให้ผู้ชุมนุมยุติการชุมนุมได้ และหากผู้ชุมนุมไม่ปฏิบัติตามผู้บัญชาการตำรวจมีอำนาจสั่งสลายการชุมนุมได้แต่การดำเนินการดังกล่าวนี้จะต้องกระทำภายใต้เงื่อนไขควบคุมกับการชุมนุม ซึ่งเจ้าหน้าที่จะใช้อำนาจตามอำเภอใจไม่ได้และการสลายการชุมนุมนั้นต้องกระทำตามความเหมาะสมซึ่งจะกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนเกินสมควรไม่ได้

3.1.2 มาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการใช้อำนาจทางปกครองของฝ่ายทหารและคำสั่งทางปกครองในสถานการณ์ฉุกเฉินของประเทศที่สำคัญที่ใช้ระบบกฎหมายจารีตประเพณี (Common Law System)

สำหรับกลุ่มประเทศในระบบกฎหมายจารีตประเพณี (Common Law System) ที่ผู้วิจัยจะขอมาเป็นกรณีศึกษาที่สำคัญมีอยู่ 2 ประเทศ คือ สหรัฐอเมริกา และเครือรัฐออสเตรเลีย ดังนี้

3.1.2.1 มาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการใช้อำนาจทางปกครองของฝ่ายทหารและคำสั่งทางปกครองในสถานการณ์ฉุกเฉินในสหรัฐอเมริกา

สหรัฐอเมริกาใช้กฎหมายทั่วไปเกี่ยวกับการควบคุมการชุมนุม คือ กฎหมายอาญาและกฎหมายแพ่ง ซึ่งมีหลักเกณฑ์เดียวคือต้องแจ้งให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองทราบถึงการชุมนุมเพื่อที่เจ้าหน้าที่จะได้เข้ามารักษาความปลอดภัยและอำนวยความสะดวกแก่การชุมนุม หากการชุมนุมก่อให้เกิดความเสียหายต่อผู้อื่นขึ้น เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองสามารถจับกุมตัวดำเนินคดีได้ ฐานชุมนุมโดยผิดกฎหมายหรือฐานก่อให้เกิดการจลาจล ซึ่งเป็นความผิดตามกฎหมายอาญา<sup>44</sup>

การใช้อำนาจของฝ่ายปกครองในสถานการณ์ฉุกเฉินของสหรัฐอเมริกานั้น อำนาจในการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินในระดับสหพันธรัฐเป็นอำนาจของประธานาธิบดีตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญและตามบทบัญญัติของ U.S.C. การประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินแบ่งออกเป็น 2 กรณี คือ การประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินในกรณีทั่วไปเช่นกรณีเกิดภัยธรรมชาติและสามารถควบคุมได้ในระดับรัฐเป็นอำนาจของผู้ว่าราชการรัฐนั้น ๆ ที่จะประกาศ แต่หากเป็นกรณีเกิดภัยธรรมชาติและไม่สามารถควบคุมได้ในระดับรัฐ สงคราม การก่อการร้ายเป็นหน้าที่ของประธานาธิบดี แต่การใช้อำนาจดังกล่าวอาจถูกตรวจสอบได้โดยฝ่ายนิติบัญญัติ (สภาองเกรส) โดยเฉพาะขั้นตอนการใช้

<sup>44</sup> ไกรพล อรรถรัตน์. (2552). *กฎหมายควบคุมการชุมนุมสาธารณะ: พัฒนาการอีกขั้นหนึ่งของ การชุมนุมในประเทศไทย*. สืบค้น 22 มกราคม 2559, จาก <http://www.pub-law.net/publaw/view.aspx?id=1393>.

อำนาจและการควบคุมการใช้อำนาจ นอกจากนั้นยังมีบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ใช้ควบคุมควบคุมภายหลังจากมีการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินอีกหลายฉบับเช่น<sup>45</sup>

1) รัฐบัญญัติสถานการณ์ฉุกเฉินแห่งชาติ ค.ศ. 1998 (The National Emergencies Act 1998) กฎหมายฉบับนี้ให้มีการจัดตั้งคณะกรรมการขึ้นมาทำหน้าที่เป็นผู้มีอำนาจพิจารณาว่ามีสถานการณ์ฉุกเฉินและมีอำนาจพิจารณาความคงอยู่ของสถานการณ์ฉุกเฉิน อำนาจเกี่ยวเนื่องที่ได้ให้ไว้คือ การออกระเบียบ ข้อบังคับหรือข้อพึงปฏิบัติของประธานาธิบดี ในการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉิน ประธานาธิบดีจะต้องชี้แจงให้เห็นต่อเหตุฉุกเฉินที่ใกล้จะถึง และที่สำคัญจะมิชอบเขตระยะเวลาอัตโนมัติสิ้นสุดของประกาศภายหลัง 1 ปีเว้นแต่ประธานาธิบดีจะคัดค้านและแจ้งต่อรัฐสภาว่ายังเหตุอยู่นอยู่

2) รัฐบัญญัติต่อต้านการก่อการร้าย (U.S.A Patriot Act 2001) สำคัญของกฎหมายฉบับดังกล่าวพูดถึงการให้อำนาจแก่เจ้าหน้าที่ของรัฐเข้าถึงข้อมูลส่วนบุคคล สามารถแยกได้ 2 กรณีคือ กรณีแรกเป็นการให้อำนาจเข้าถึงข้อมูลทางอิเล็กทรอนิกส์ในสถานการณ์ฉุกเฉิน ส่วนกรณีที่สองเป็นการให้อำนาจควบคุมบุคคลที่ต้องสงสัยว่าเกี่ยวข้องกับผู้ก่อการร้าย ยกตัวอย่างเช่นกฎหมายฉบับดังกล่าวให้มีการคุมขังชาวต่างชาติที่ต้องสงสัยว่าเป็นผู้ก่อการร้ายได้ถึง 7 วัน จากกรณีสถานการณ์ปกติคุมขังได้แค่ 2 วัน เป็นต้น

3) บทบัญญัติที่ใช้ในการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินอาจมีได้ 2 กรณีคือบทบัญญัติแห่งกฎหมายเกี่ยวกับการต่อต้านสงคราม (U.S.C Title 50-War and Nation Defense) และสถานการณ์ฉุกเฉินที่เกิดจากภัยพิบัติจากธรรมชาติ (U.S.C. Title 42-Disaster Relief-Emergency Preparedness)

ผลของการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉิน เมื่อประธานาธิบดีประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินแล้ว การใช้อำนาจเป็นของประธานาธิบดี เว้นแต่ประธานาธิบดีจะกำหนดหรือมอบหมายให้เจ้าหน้าที่กระทำการ และที่สำคัญเมื่อมีการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินแล้วจะต้องประกาศใน Federal Register และต้องแจ้งให้กับสภาองเกรสทราบด้วย ซึ่งอำนาจของประธานาธิบดีถือได้ว่าเป็นผู้บังคับบัญชาของกองทัพ สามารถสั่งการให้หน่วย National Guard ให้ไปปฏิบัติหน้าที่ในช่วงสถานการณ์ฉุกเฉินได้

ในส่วนของขอบเขตในเรื่องระยะเวลาของประกาศสถานการณ์ฉุกเฉิน กฎหมายดังกล่าวจะกำหนดให้การสิ้นสุดผลของประกาศมีได้ 2 กรณีคือ 1.มีการลงมติร่วมกันของสภาองเกรสให้สถานการณ์ฉุกเฉินนั้นสิ้นสุดลง และ 2.ประธานาธิบดีประกาศให้สิ้นสุดลง นอกจากนั้นภายใน

<sup>45</sup> การควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองตามพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548 (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหาร (น. 54). เล่มเดิม.

ไม่เกิน 6 เดือนนับแต่มีการประกาศใช้สถานการณ์ฉุกเฉินจะต้องมีการประชุมร่วมกันของสภาอง  
 เกรสเพื่อลงมติร่วมกันว่าจะให้สถานการณ์ฉุกเฉินนั้นสิ้นสุดหรือดำรงต่อไป และถ้าครบกำหนด  
 1 ปี กฎหมายก็จะกำหนดให้ประกาศนั้นสิ้นผลไปโดยอัตโนมัติเว้นแต่ประธานาธิบดีจะคัดค้านและ  
 แจ้งต่อรัฐสภาว่ายังเหตุอยู่นอยู่

3.1.2.2 มาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการใช้อำนาจทางปกครองของฝ่ายทหารและ  
 คำสั่งทางปกครองในสถานการณ์ฉุกเฉินในเครือรัฐออสเตรเลีย

รูปแบบการปกครองของเครือรัฐออสเตรเลียนั้นมีลักษณะเป็นเครือรัฐ (Commonwealth)  
 ซึ่งประกอบไปด้วย 6 รัฐ และ 2 เขตปกครองพิเศษ รัฐสภาของเครือรัฐมีอำนาจในการตรากฎหมาย  
 อย่างจำกัดซึ่งถูกกำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญของเครือรัฐ ส่วนเรื่องอื่น ๆ ที่ไม่ได้กำหนดไว้ใน  
 รัฐธรรมนูญเครือรัฐ แต่ละรัฐมีอำนาจในการตรากฎหมายของตนเอง

1) รัฐนิวเซาท์เวลส์ การชุมนุมในรัฐนิวเซาท์เวลส์นั้นพื้นที่ปกคอยู่ในความดูแลของ  
 ฝ่ายปกครอง ซึ่งรัฐนิวเซาท์เวลส์มีกฎหมายเฉพาะที่ใช้รักษาความสงบเรียบร้อยจากการชุมนุมคือ  
 Summary Offences Act 1988 (NSW) ซึ่งกฎหมายฉบับนี้ได้กำหนดขั้นตอนและข้อบังคับเกี่ยวกับ  
 การชุมนุมเอาไว้

การชุมนุมโดยที่ไม่ปฏิบัติตามขั้นตอนที่กฎหมายได้กำหนดไว้ คือ ได้รับการพิจารณา  
 จากเจ้าหน้าที่ก่อน หรือกรณีที่ไม่อนุญาตให้ชุมนุม ถือเป็น การชุมนุมที่ผิดกฎหมาย

เจ้าหน้าที่ตำรวจมีหน้าที่ในการอำนวยความสะดวก และดูแลการชุมนุมให้เป็นไปโดย  
 สงบเรียกว่าอำนาจพิเศษ (Special Power) อำนาจพิเศษนี้คงมีเฉพาะในเขตพื้นที่ที่มีการชุมนุม  
 เท่านั้น เช่นปิดถนน คันตั่วบุคคลหรือยานพาหนะในพื้นที่ควบคุม และอำนาจพิเศษอีกประการหนึ่ง  
 คือ อำนาจในการสลายการชุมนุม ซึ่งเจ้าหน้าที่ตำรวจสามารถสั่งด้วยวาจาได้หากในเขตควบคุม  
 มีผู้ชุมนุม 3 คน ขึ้นไปโดยผู้ชุมนุมต้องปฏิบัติตามทันที หากผู้ชุมนุมไม่ปฏิบัติตามคำสั่งของ  
 เจ้าหน้าที่ตำรวจ ก็สามารถจับกุมได้ทันที ในกรณีที่มีการจัดการจับกุมของเจ้าหน้าที่ตำรวจ  
 ก็สามารถใช้กำลังได้เท่าที่จำเป็นเท่านั้นเพื่อบังคับการให้เป็นไปตามกฎหมาย<sup>46</sup> ส่วนการพิจารณาว่า

<sup>46</sup> Law Enforcement (Powers and Responsibilities) Act 2002 (NSW)

230 Use of force generally by police officers

It is lawful for a police officer exercising a function under this Act or any other Act or law in  
 relation to an individual or a thing, and anyone helping the police officer, to use such force as is reasonably  
 necessary to exercise the function.

231 Use of force in making an arrest

A police officer or other person who exercises a power to arrest another person may use such force  
 as is reasonably necessary to make the arrest or to prevent the escape of the person after arrest.

การใช้กำลังนั้นเหมาะสมหรือไม่เพียงใด ต้องพิจารณาจากข้อเท็จจริงเป็นรายกรณีไป ซึ่งอำนาจพิเศษของเจ้าหน้าที่ตำรวจนี้อยู่ภายใต้การตรวจสอบของผู้ตรวจการแผ่นดิน

2) รัฐควินส์แลนด์ ประชาชนในรัฐควินส์แลนด์สามารถชุมนุมได้ ซึ่งกฎหมายได้ให้การรับรองสิทธิเอาไว้ว่าการชุมนุมนั้นต้องเป็นการชุมนุมโดยสงบและปราศจากอาวุธ ซึ่งการชุมนุมที่ขอด้วยกฎหมายนั้นจะต้องได้รับอนุญาตจากผู้บัญชาการตำรวจ หรือฝ่ายปกครอง หรือศาลก่อน ทั้งนี้ผู้บัญชาการตำรวจ ฝ่ายปกครองหรือศาลอาจจะกำหนดเงื่อนไขให้ผู้ชุมนุมปฏิบัติตามเพื่อเป็นการรักษาความปลอดภัยสาธารณะ ความสงบเรียบร้อย และยังเป็นกรคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของผู้อื่นอีกด้วย

ผู้เข้าร่วมชุมนุมโดยสงบและปฏิบัติตามเงื่อนไขที่เจ้าหน้าที่ได้กำหนดจะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย ส่วนการชุมนุมที่จะไม่ได้รับความคุ้มครองคือการชุมนุมในลักษณะที่จะมีการใช้ความรุนแรงต่อบุคคลหรือทรัพย์สิน โดยไม่คำนึงว่าการชุมนุมนั้นจะได้รับอนุญาตหรือไม่ ดังนั้นเมื่อการชุมนุมเป็นไปโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย และทำให้เกิดความหวาดกลัวแก่บุคคลในบริเวณใกล้เคียงเจ้าหน้าที่ตำรวจมีอำนาจในการที่จะเข้าไป สั่งให้ผู้ชุมนุมงดเว้นการกระทำที่มีลักษณะจะก่อให้เกิดความเสียหาย และหากการชุมนุมนั้นมีลักษณะเป็นไปในทิศทางที่จะก่อความไม่สงบเรียบร้อย เจ้าหน้าที่ตำรวจที่มีอำนาจที่จะสั่งให้ยุติการกระทำและมีอำนาจกักขังผู้กระทำความผิดตามความเหมาะสมได้ และในกรณีที่การชุมนุมนั้นมีลักษณะที่จะเกิดการจลาจล เจ้าหน้าที่ตำรวจกระทำการเพื่อยุติการจลาจลนั้น ซึ่งกฎหมายถือว่าการกระทำของเจ้าหน้าที่ตำรวจนั้นเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมาย<sup>47</sup>

### 3.2 มาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการใช้อำนาจทางปกครองของฝ่ายทหารและคำสั่งทางปกครองในสถานการณ์ฉุกเฉินภายในประเทศ

ในส่วนของมาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการใช้อำนาจในการรักษาความสงบ โดยเฉพาะฝ่ายทหารในการใช้อำนาจเพื่อดูแลรักษาความสงบเรียบร้อยภายในประเทศมีประเด็นให้ศึกษาดังต่อไปนี้

<sup>47</sup> Police Power and Responsibility Act 2000 (QLD)51 Prevention of riot

(1) It is lawful for a police officer to take the steps the police officer reasonably believes are necessary to suppress a riot.

(2) It is lawful for a police officer, acting under reasonable orders given by a justice for suppressing a riot, to suppress a riot.

### 3.2.1 บทบัญญัติแห่งกฎหมายกฎหมายไทยที่ให้อำนาจเจ้าหน้าที่ทหารในการปฏิบัติหน้าที่

ประเทศไทยมีการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข มีกฎหมายแม่บทที่ใช้เป็นหลักในการบริหารปกครองประเทศคือ “รัฐธรรมนูญ” และโดยทั่วไปรัฐธรรมนูญก็จะกำหนดบทบาทหลักของฝ่ายทหารไว้เช่น รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 หมวด 5 แนวนโยบายพื้นฐานแห่งรัฐ มาตรา 71 กำหนดให้รัฐต้องพิทักษ์รักษาไว้ซึ่งสถาบันพระมหากษัตริย์ เอกราช และบูรณภาพแห่งอาณาเขต และมาตรา 72 กำหนดให้รัฐต้องจัดให้มีกำลังทหารไว้เพื่อพิทักษ์รักษาเอกราช ความมั่นคงของรัฐ สถาบันพระมหากษัตริย์ ผลประโยชน์แห่งชาติ และการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข และเพื่อการพัฒนาประเทศ และในรัฐธรรมนูญฉบับชั่วคราวอีกฉบับคือรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ส่วนที่ 2 แนวนโยบายด้านความมั่นคง มาตรา 77 ก็กำหนดให้ รัฐต้องพิทักษ์รักษาไว้ซึ่งสถาบันพระมหากษัตริย์ เอกราช อธิปไตย และบูรณภาพแห่งเขตอำนาจรัฐ และต้องจัดให้มีกำลังทหาร อาวุธยุทโธปกรณ์ และเทคโนโลยีที่ทันสมัย จำเป็น และเพียงพอ เพื่อพิทักษ์รักษาเอกราช อธิปไตย ความมั่นคงของรัฐ สถาบันพระมหากษัตริย์ ผลประโยชน์แห่งชาติ และการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข และเพื่อการพัฒนาประเทศ ดังนั้นโดยหลักทหารจะมีบทบาทและอำนาจชัดเจนตามรัฐธรรมนูญ การที่ฝ่ายทหารจะเข้ามามีอำนาจและใช้อำนาจเกี่ยวข้องกับการเมืองหรือเหตุการณ์ความไม่สงบในบ้านเมือง อาจเกิดจากปัจจัยหลายประการเช่นเกิดการรวมกลุ่มชุมนุมเพื่อกดดันรัฐบาลเพื่อแก้ปัญหาจนกลายเป็นสถานการณ์ที่วุ่นวาย และเนื่องจากทหารเป็นองค์กรที่มีคุณลักษณะพิเศษแตกต่างจากองค์กรของรัฐอื่นโดยทั่วไป เนื่องจากฝ่ายทหารมีความเคร่งครัดในระเบียบวินัย มีระบบการปกครองหรือการบังคับบัญชา ที่ชัดเจนเคร่งครัด มีการได้รับการฝึกฝนให้มีความอดทน และมีการใช้อาวุธและมียุทธวิธีต่าง ๆ ที่เหมาะสมกับการแก้ปัญหาที่เกิดจากความไม่สงบได้ดี ประกอบกับฝ่ายทหารเป็นองค์กรที่มีและใช้อาวุธได้ดีกว่าองค์กรอื่น ๆ สภาพการณ์ดังกล่าวจึงส่งผลให้ผู้ปกครองรัฐมักนิยมให้ฝ่ายทหารเข้ามาช่วยระงับความวุ่นวายที่เกิดขึ้นในประเทศอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้

นอกจากการอ้างอิงเอาบทบาทและอำนาจหน้าที่ตามรัฐธรรมนูญแล้วรัฐบาลก็มีการกำหนดให้ฝ่ายทหารเข้ามามีบทบาทในการระงับความวุ่นวายภายในรัฐผ่านกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับความมั่นคงหลากหลายฉบับ เช่น

1) พระราชบัญญัติจัดระเบียบกระทรวงกลาโหม พ.ศ. 2551 กำหนดให้ “กระทรวงกลาโหม” มีอำนาจหน้าที่ในการพิทักษ์รักษาเอกราชและความมั่นคงแห่งราชอาณาจักรจากภัยคุกคามทั้งภายนอกและภายในราชอาณาจักร ปราบปรามการกบฏและการจลาจล โดยจัดให้มี

และใช้กำลังทหารตามที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยหรือตามที่มีกฎหมายกำหนด ทำหน้าที่พิทักษ์รักษา ปกป้องสถาบัน พระมหากษัตริย์ ตลอดจนสนับสนุนภารกิจของสถาบันพระมหากษัตริย์ ปกป้อง พิทักษ์รักษาผลประโยชน์แห่งชาติและการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ ทรงเป็นประมุข พัฒนาประเทศเพื่อความมั่นคงตลอดจนสนับสนุนภารกิจอื่นของรัฐในการพัฒนาประเทศ การป้องกันและแก้ไขปัญหายาเสพติด และการช่วยเหลือประชาชน ปฏิบัติการอื่นที่เป็นการปฏิบัติการทางทหารนอกเหนือจากสงครามเพื่อความมั่นคง แห่งราชอาณาจักรหรือปฏิบัติการอื่นใด ทั้งนี้ ตามที่มีกฎหมายกำหนดหรือตามมติคณะรัฐมนตรี

2) พระราชบัญญัติกฏอัยการศึก พ.ศ. 2457 กำหนดให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายทหาร มีอำนาจเหนือเจ้าหน้าที่ฝ่ายพลเรือนในส่วนที่เกี่ยวกับการยุทธ การระงับปราบปราม หรือการรักษาความสงบเรียบร้อย และเจ้าหน้าที่ฝ่ายพลเรือนต้องปฏิบัติ ตามความต้องการของเจ้าหน้าที่ฝ่ายทหารในเขตที่ประกาศใช้กฏอัยการศึก

3) พระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉินพ.ศ. 2548 กำหนดว่าเมื่อปรากฏว่า มีสถานการณ์ฉุกเฉินเกิดขึ้น และนายกรัฐมนตรีเห็นสมควร ใช้กำลังเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองหรือตำรวจ เจ้าหน้าที่ฝ่ายพลเรือน หรือเจ้าหน้าที่ฝ่ายทหารร่วมกัน ป้องกันแก้ไข ปราบปราม ระงับ ยับยั้ง ฟื้นฟู หรือช่วยเหลือประชาชน

4) พระราชบัญญัติการรักษาความมั่นคงภายในราชอาณาจักร พ.ศ. 2551 กำหนดให้ในกรณีที่เกิดเหตุการอันกระทบต่อความมั่นคงภายในราชอาณาจักรแต่ยังไม่มีความจำเป็นต้องประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินตามกฎหมายว่าด้วยการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน และเหตุการณ์นั้นมีแนวโน้มที่จะมีอยู่ต่อไปเป็นเวลานานทั้งอยู่ในอำนาจหน้าที่หรือความรับผิดชอบในการแก้ไขปัญหายของหน่วยงานของรัฐหลายหน่วยคณะรัฐมนตรีจะมีมติมอบหมายให้ กอ.รมน. เป็นผู้รับผิดชอบในการป้องกัน ปราบปราม ระงับ ยับยั้ง และแก้ไขหรือบรรเทาเหตุการณ์ที่กระทบต่อความมั่นคงภายในราชอาณาจักรนั้นภายในพื้นที่และระยะเวลาที่กำหนด

เพื่อให้สอดคล้องกับหัวข้อที่ผู้วิจัยศึกษาผู้วิจัยจึงขอจำกัดและให้ความสำคัญกับการศึกษาการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายทหารตามพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548 ดังนี้

3.2.2 หลักการ เหตุผลและโครงสร้างของพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548

กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉินในประเทศไทยบังคับใช้ครั้งแรกเมื่อ พ.ศ. 2495 ในขณะนั้นเรียกชื่อว่า พระราชบัญญัติว่าด้วยการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2495 ประกาศใช้ในสมัยจอมพล ป.พิบูลสงคราม ต่อมาเมื่อปี พ.ศ. 2547-2548

สถานการณ์ในจังหวัดชายแดนภาคใต้มีความรุนแรงขึ้น มีการก่อการร้ายในหลายพื้นที่ก่อให้เกิดความไม่ปลอดภัยในชีวิตและทรัพย์สินของทั้งทางราชการและเอกชน รัฐบาลขณะนั้นจึงได้ตราพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548 ขึ้นในวันที่ 16 กรกฎาคม พ.ศ. 2548 และมีผลในวันถัดมา คือวันที่ 17 กรกฎาคม พ.ศ. 2548 และมีการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินตามพระราชกำหนดในพื้นที่ 3 จังหวัดชายแดนภาคใต้เป็นครั้งแรก

หลักการสำคัญของพระราชกำหนดดังกล่าว คือ เพื่อที่จะทดแทนกฎหมายที่ยกเลิกไป นั่นคือพระราชบัญญัติว่าด้วยการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2495 เพราะได้ใช้บังคับมาเป็นเวลานาน และไม่สามารถที่จะนำมาใช้ในสถานการณ์ที่มีความจำเป็นฉุกเฉินบังคับใช้ได้ทันทั่วทั้ง รวมทั้งมาตรการบางอย่างที่ปรากฏในพระราชบัญญัติก็อาจล้าสมัย หรือไม่สอดคล้องกับบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญ หรือมีละเมิดที่อาจมีปัญหาในเชิงความหมาย หรือการตีความ โดยประมวลเอามาตรการบางมาตรการในพระราชบัญญัติดังกล่าว ในพระราชบัญญัติกฏอัยการศึก และในพระราชบัญญัติอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องอีกหลายฉบับ เช่น พระราชบัญญัติการสอบสวนคดีพิเศษ พระราชบัญญัติการป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน หรือแม้แต่ประมวลกฎหมายอาญา ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา และหลักการใหม่ ๆ บางหลักการเพิ่มเติมนำมาประมวลไว้ในพระราชกำหนดนี้<sup>48</sup>

เหตุผลในการประกาศใช้พระราชกำหนดฉบับนี้ คือ โดยที่กฎหมายว่าด้วยการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน ได้ใช้บังคับมาเป็นเวลานานแล้ว บทบัญญัติต่าง ๆ ไม่สามารถนำมาใช้แก้ไขสถานการณ์ที่มีผลกระทบต่อความมั่นคงของรัฐที่มีหลากหลายรูปแบบให้ยุติลงได้โดยเร็ว รวมทั้งไม่อาจนำมาใช้ในการแก้ไขปัญหาที่เกิดจากภัยพิบัติสาธารณะและการฟื้นฟูสภาพความเป็นอยู่ของประชาชนที่ได้รับความเสียหายและเนื่องจากในปัจจุบันมีปัญหาเกี่ยวกับความมั่นคงของรัฐ ซึ่งมีความร้ายแรงมากยิ่งขึ้นจนอาจกระทบต่อเอกราชและบูรณภาพแห่งอาณาเขตและก่อให้เกิดความไม่สงบเรียบร้อยในประเทศ รวมทั้งทำให้ประชาชนได้รับอันตรายหรือเดือดร้อนจนไม่อาจใช้ชีวิตอย่างเป็นปกติสุข และไม่อาจแก้ไขปัญหาดังกล่าวด้วยการบริหารราชการในรูปแบบปกติได้ สมควรต้องกำหนดมาตรการในการบริหารราชการสำหรับสถานการณ์ฉุกเฉินไว้เป็นพิเศษเพื่อให้รัฐสามารถรักษาความมั่นคงของรัฐ ความปลอดภัย และการรักษาสิทธิและเสรีภาพของประชาชนทั้งปวงให้กลับสู่สภาพปกติได้โดยเร็ว จึงเป็นกรณีฉุกเฉินที่มีความจำเป็นรีบด่วนอันมิอาจหวั่นไหวได้เพื่อประโยชน์อันที่จะรักษาความปลอดภัยของประเทศ ความปลอดภัยสาธารณะ และป้องกันภัยพิบัติสาธารณะ จึงจำเป็นต้องตราพระราชกำหนดนี้

<sup>48</sup> เลิศศักดิ์ ตัน โท. (2557). *ข้อคิดบางประการ: กฎหมายการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน*. สืบค้น 15 มกราคม 2559, จาก <http://www.pub-law.net/publaw/view.aspx?id=1928>.



พระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548 ประกอบด้วยบทบัญญัติทั้งสิ้น 19 มาตราและในกฎหมายฉบับดังกล่าวได้ให้นิยามความหมายของคำว่า “สถานการณ์ฉุกเฉิน” ตามมาตรา 4 ว่าสถานการณ์อันกระทบหรืออาจกระทบต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชนหรือเป็นภัยต่อความมั่นคงของรัฐหรืออาจทำให้ประเทศหรือส่วนหนึ่งของประเทศตกอยู่ในภาวะคับขันหรือมีการกระทำความผิดเกี่ยวกับการก่อการร้ายตามประมวลกฎหมายอาญา การรบหรือการสงคราม ซึ่งจำเป็นต้องมีมาตรการเร่งด่วนเพื่อรักษาไว้ซึ่งสถาบันพระมหากษัตริย์ การปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย เอกภาพและบูรณภาพแห่งอาณาเขต ผลประโยชน์ของชาติ การปฏิบัติตามกฎหมาย ความปลอดภัยของประชาชน การดำรงชีวิตโดยปกติสุขของประชาชน การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพ ความสงบเรียบร้อยหรือประโยชน์ส่วนรวม หรือการป้องกันหรือแก้ไขเยียวยาความเสียหายจากภัยพิบัติสาธารณะอันมีมาอย่างฉุกเฉินและร้ายแรง<sup>49</sup> การประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินโดยปกติมักมีภายหลังจากการเกิดภัยธรรมชาติ การก่อความไม่สงบ หรือการประกาศสงคราม ซึ่งอาจมีผลให้เจ้าหน้าที่บางฝ่ายต้องหยุดการปฏิบัติการตามอำนาจหน้าที่ลงชั่วคราว

ในบทบัญญัติแห่งกฎหมายดังกล่าวกำหนดให้มีคณะกรรมการบริหารสถานการณ์ฉุกเฉินคณะหนึ่ง ซึ่งมีอำนาจหน้าที่ติดตามและตรวจสอบเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นทั้งภายในและภายนอกประเทศที่อาจเกิดสถานการณ์ฉุกเฉินเพื่อเสนอแนะต่อนายกรัฐมนตรีในกรณีที่มีความจำเป็นต้องประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินตามมาตรา 5 หรือสถานการณ์ที่มีความร้ายแรงตามมาตรา 11 และในการใช้มาตรการที่เหมาะสมตามพระราชกำหนดนี้ เพื่อการป้องกัน แก้ไข หรือระงับสถานการณ์ฉุกเฉินนั้น<sup>50</sup>

ในส่วนของการใช้อำนาจของนายกรัฐมนตรีเพื่อแก้ไขสถานการณ์ฉุกเฉินให้ยุติลงได้โดยเร็ว หรือป้องกันมิให้เกิดเหตุการณ์ร้ายแรงมากขึ้น นายกรัฐมนตรีมีอำนาจออกข้อกำหนดสำหรับสถานการณ์ฉุกเฉินทั่วไปตามพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548 มาตรา 9<sup>51</sup>

ในกรณีที่สถานการณ์ฉุกเฉินมีการก่อการร้าย การใช้กำลังประทุษร้ายต่อชีวิต ร่างกาย หรือทรัพย์สิน หรือมีเหตุอันควรเชื่อได้ว่า มีการกระทำที่มีความรุนแรงกระทบต่อความมั่นคงของรัฐ ความปลอดภัยในชีวิตหรือทรัพย์สินของรัฐหรือบุคคล และมีความจำเป็นที่จะต้องเร่งแก้ไขปัญหา

<sup>49</sup> พระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548 มาตรา 4.

<sup>50</sup> พระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548 มาตรา 6.

<sup>51</sup> พระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548 มาตรา 9.

ให้ยุติได้อย่างมีประสิทธิภาพและทันท่วงที ให้นายกรัฐมนตรี โดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรี มีอำนาจประกาศให้สถานการณ์ฉุกเฉินนั้นเป็นสถานการณ์ที่มีความร้ายแรงตามพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548 มาตรา 11 ได้<sup>52</sup>

พระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548 มาตรา 15 กำหนดให้พนักงานเจ้าหน้าที่หรือผู้มีอำนาจหน้าที่เช่นเดียวกับพนักงานเจ้าหน้าที่ตามพระราชกำหนดนี้ เป็นเจ้าพนักงานตามประมวลกฎหมายอาญา และมีอำนาจหน้าที่เป็นพนักงานฝ่ายปกครองหรือตำรวจตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ที่พระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548 มาตรา 16 การดำเนินการของเจ้าพนักงานตามกฎหมายฉบับนี้ไม่ว่าจะเป็นการออกข้อกำหนด ประกาศ คำสั่ง หรือการกระทำตามพระราชกำหนดนี้ ไม่อยู่ในบังคับของกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง และกฎหมายว่าด้วยการจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง อันเป็นกฎหมายทั่วไปในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานของประชาชนจากการใช้อำนาจรัฐ

ส่วนประเด็นในเรื่องของผลกระทบจากการใช้อำนาจดังกล่าวพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548 มาตรา 16 มีบทบัญญัติที่กำหนดให้พนักงานเจ้าหน้าที่และผู้มีอำนาจหน้าที่เช่นเดียวกับพนักงานเจ้าหน้าที่ตามพระราชกำหนดนี้ไม่ต้องรับผิดชอบทางแพ่ง ทางอาญา หรือทางวินัย เนื่องจากการปฏิบัติหน้าที่ในการระงับหรือป้องกันการกระทำผิดกฎหมาย หากเป็นการกระทำที่สุจริต ไม่เลือกปฏิบัติ และไม่เกินสมควรแก่เหตุหรือไม่เกินกว่ากรณีจำเป็น แต่ไม่ตัดสิทธิผู้ได้รับความเสียหายที่จะเรียกร้องค่าเสียหายจากทางราชการตามกฎหมายว่าด้วยความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่<sup>53</sup> นอกจากนั้นการฝ่าฝืนข้อกำหนด ประกาศ หรือคำสั่งที่ออกบทบัญญัติแห่งกฎหมายนี้ ประชาชน ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสองปี หรือปรับไม่เกินสี่หมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับด้วย

<sup>52</sup> พระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548 มาตรา 11.

<sup>53</sup> พระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548 มาตรา 17 พนักงานเจ้าหน้าที่และผู้มีอำนาจหน้าที่เช่นเดียวกับพนักงานเจ้าหน้าที่ตามพระราชกำหนดนี้ไม่ต้องรับผิดชอบทางแพ่ง ทางอาญา หรือทางวินัย เนื่องจากการปฏิบัติหน้าที่ในการระงับหรือป้องกันการกระทำผิดกฎหมาย หากเป็นการกระทำที่สุจริต ไม่เลือกปฏิบัติ และไม่เกินสมควรแก่เหตุหรือไม่เกินกว่ากรณีจำเป็น แต่ไม่ตัดสิทธิผู้ได้รับความเสียหายที่จะเรียกร้องค่าเสียหายจากทางราชการตามกฎหมายว่าด้วยความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่.

3.2.3 อำนาจหน้าที่ของฝ่ายทหารในการจำกัดหรือรอนสิทธิและเสรีภาพภายใต้พระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548

อำนาจหน้าที่ของฝ่ายทหารในการดำเนินการตามพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548 แบ่งออกเป็น 2 กรณี ได้แก่ กรณีที่หนึ่ง สถานการณ์ฉุกเฉินทั่วไป และกรณีที่สอง สถานการณ์ฉุกเฉินที่มีความร้ายแรง

กรณีที่หนึ่ง สถานการณ์ฉุกเฉินทั่วไป มีข้อกำหนดเพื่อให้อำนาจแก่พนักงานเจ้าหน้าที่ในการแก้ไขสถานการณ์ความวุ่นวาย มีดังต่อไปนี้<sup>54</sup>

1) ห้ามมิให้บุคคลใดออกนอกเคหสถานภายในระยะเวลาที่กำหนด เว้นแต่จะได้รับอนุญาตจากพนักงานเจ้าหน้าที่ หรือเป็นบุคคลซึ่งได้รับการยกเว้น เช่น ทูตหรือผู้แทนต่างประเทศหรือระหว่างประเทศ

2) ห้ามมิให้มีการชุมนุมหรือมั่วสุมกัน ณ ที่ใด ๆ หรือกระทำการใดอันเป็นการยุยงให้เกิดความไม่สงบเรียบร้อย

3) ห้ามการเสนอข่าว การจำหน่าย หรือทำให้แพร่หลายซึ่งหนังสือ สิ่งพิมพ์ หรือสื่ออื่นใด ที่มีข้อความอันอาจทำให้ประชาชนเกิดความหวาดกลัว หรือเจตนาบิดเบือนข้อมูลข่าวสารทำให้เกิดความเข้าใจผิดในสถานการณ์ฉุกเฉิน จนกระทบต่อความมั่นคงของรัฐหรือความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ทั้งในเขตพื้นที่ที่ประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินหรือทั่วราชอาณาจักร

4) ห้ามการใช้เส้นทางคมนาคมหรือการใช้ยานพาหนะ หรือกำหนดเงื่อนไขการใช้เส้นทางคมนาคมหรือการใช้ยานพาหนะ

5) ห้ามการใช้อาคาร หรือเข้าไปหรืออยู่ในสถานที่ใด ๆ

6) ให้อพยพประชาชนออกจากพื้นที่ที่กำหนดเพื่อความปลอดภัยของประชาชนดังกล่าว หรือห้ามผู้ใดเข้าไปในพื้นที่ที่กำหนด

กรณีที่สอง สถานการณ์ฉุกเฉินที่มีความร้ายแรง มีข้อกำหนดเพื่อให้อำนาจแก่พนักงานเจ้าหน้าที่ในการแก้ไขคลี่คลายสถานการณ์ ดังต่อไปนี้

1) ให้พนักงานเจ้าหน้าที่มีอำนาจจับกุมและควบคุมตัวผู้ใดซึ่งต้องสงสัยว่าจะเป็นผู้ร่วมกระทำการให้เกิดสถานการณ์ฉุกเฉินก็ดี ว่าเป็นผู้ใช้ ผู้โฆษณา ผู้สนับสนุนการกระทำเช่นนั้นก็ดี หรือว่าปกปิดข้อมูลเกี่ยวกับการกระทำให้เกิดสถานการณ์ฉุกเฉินก็ดี ทั้งนี้ เท่าที่มีเหตุจำเป็นเพื่อกันมิให้ผู้นั้นกระทำการหรือร่วมมือกระทำการใด ๆ อันจะทวีความรุนแรง หรือเพื่อระงับความรุนแรงโดยไม่ชักช้า

<sup>54</sup> พระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548 มาตรา 9.

2) ให้พนักงานเจ้าหน้าที่มีอำนาจออกคำสั่งเรียกให้บุคคลใดมารายงาน ตัวต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ หรือเรียกมาให้ถ้อยคำ หรือส่งมอบเอกสารหรือหลักฐานใด ๆ ที่เกี่ยวข้อง

3) ให้พนักงานเจ้าหน้าที่มีอำนาจออกคำสั่งยึดหรืออายัดอาวุธ สินค้า เครื่องอุปโภคบริโภค เคมีภัณฑ์ หรือวัตถุอื่นใด ในกรณีที่มีเหตุอันควรสงสัยว่าได้ใช้หรือจะใช้สิ่งนั้นเพื่อกระทำ หรือ สนับสนุนการกระทำให้เกิดเหตุสถานการณ์ฉุกเฉิน

4) ให้พนักงานเจ้าหน้าที่มีอำนาจออกคำสั่งตรวจค้น รื้อ ถอน หรือทำลายซึ่งอาคาร สิ่งปลูกสร้าง หรือสิ่งกีดขวาง ตามความจำเป็นในการปฏิบัติหน้าที่เพื่อระงับเหตุการณ์ร้ายแรงให้ยุติโดยเร็ว และหากปล่อยเนิ่นช้าจะทำให้ไม่อาจระงับเหตุการณ์ได้ทันทั่วถึง

5) ให้พนักงานเจ้าหน้าที่มีอำนาจออกคำสั่งให้มีการตรวจสอบจดหมาย หนังสือ สิ่งพิมพ์ โทรเลข โทรศัพท์ หรือการสื่อสารด้วยวิธีการอื่นใด ตลอดจนสั่งระงับหรือยับยั้งการติดต่อ หรือ การสื่อสารใด ๆ เพื่อป้องกันหรือระงับเหตุการณ์ร้ายแรง ในกรณีนี้ ต้องปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในกฎหมายว่าด้วยการสอบสวนคดีพิเศษโดย อนุโลม

6) ห้ามบุคคลมิให้กระทำการใด ๆ หรือสั่งให้บุคคลกระทำการใด ๆ เท่าที่จำเป็นแก่การรักษาความมั่นคงของรัฐ ความปลอดภัยของประเทศ หรือความปลอดภัยของประชาชน

7) ประกาศให้พนักงานเจ้าหน้าที่มีอำนาจออกคำสั่งห้ามมิให้ผู้ใดออกไปนอกราชอาณาจักร เมื่อมีเหตุอันควรเชื่อได้ว่าการออกไปนอกราชอาณาจักรจะเป็นการกระทบกระเทือนต่อความมั่นคงของรัฐหรือความปลอดภัยของประเทศ

8) ให้พนักงานเจ้าหน้าที่มีอำนาจสั่งการให้คนต่างด้าวออกไปนอกราชอาณาจักร ในกรณีที่มีเหตุอันควรเชื่อได้ว่า เป็นผู้สนับสนุนการกระทำให้เกิดสถานการณ์ฉุกเฉิน ทั้งนี้ ต้องให้นำกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมืองมาใช้บังคับโดยอนุโลม

9) ให้การซื้อ ขาย ใ้ หรือมีไว้ในครอบครองซึ่งอาวุธ สินค้า เวชภัณฑ์ เครื่องอุปโภคบริโภค เคมีภัณฑ์ หรือวัสดุอุปกรณ์อย่างหนึ่งอย่างใดซึ่งอาจใช้ในการก่อความไม่สงบ หรือก่อการร้ายต้องรายงานหรือได้รับอนุญาตจากพนักงานเจ้าหน้าที่ หรือต้องดำเนินไปโดยปฏิบัติตามเงื่อนไขที่นายกรัฐมนตรีกำหนด ทั้งนี้ หากสิ่งดังกล่าวเป็นเครื่องมือหรือส่วนหนึ่งของเครื่องมือที่ใช้เพื่อการสื่อสาร นายกรัฐมนตรีอาจประกาศให้ใช้มาตรการเช่นว่าทั่วราชอาณาจักรหรือในท้องที่ อื่นซึ่งมิได้มีการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินเพิ่มขึ้นด้วยก็ได้

10) ออกคำสั่งให้ใช้กำลังทหารเพื่อเข้าเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองหรือตำรวจระงับเหตุการณ์ร้ายแรงหรือควบคุมสถานการณ์ให้เกิดความสงบโดยด่วน ทั้งนี้ ในการปฏิบัติหน้าที่ของทหารให้มีอำนาจหน้าที่เช่นเดียวกับอำนาจหน้าที่ของพนักงานเจ้าหน้าที่ด้วย แต่การใช้อำนาจหน้าที่

ของฝ่ายทหารจะทำได้ในกรณีใดได้เพียงใดให้เป็นไปตาม เงื่อนไขและเงื่อนไขที่นายกรัฐมนตรี กำหนด ซึ่งต้องไม่เกินกว่ากรณีที่มีการใช้กฎอัยการศึกและอำนาจของพ.ร.ก. ฉุกเฉิน<sup>55</sup>



---

<sup>55</sup> พระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548 มาตรา 11.

## บทที่ 4

### วิเคราะห์สภาพปัญหาเกี่ยวกับการใช้อำนาจฝ่ายทหารในฐานะเจ้าพนักงานผู้ใช้อำนาจตามพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548

สภาพปัญหาเกี่ยวกับการใช้อำนาจฝ่ายทหารในฐานะเจ้าพนักงานผู้ใช้อำนาจตามพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548 สามารถแยกพิจารณาได้ 4 ประเด็นหลัก ๆ ได้แก่ การวิเคราะห์สภาพปัญหาเกี่ยวกับบทบัญญัติของพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548 การวิเคราะห์สภาพปัญหาที่เกี่ยวกับกระบวนการใช้อำนาจของฝ่ายทหารในฐานะเจ้าพนักงานผู้ใช้อำนาจตามพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548 การวิเคราะห์สภาพปัญหาเกี่ยวกับผลของการใช้อำนาจและการเยียวยาผู้ได้รับผลกระทบจากการใช้อำนาจตามพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548 และ การวิเคราะห์สภาพปัญหาที่เกี่ยวกับควบคุมและการตรวจสอบการกระทำทางปกครองตามหลักการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายในเรื่องการใช้อำนาจของฝ่ายทหารในฐานะเจ้าพนักงานผู้ใช้อำนาจตามพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548 ดังนี้

#### 4.1 วิเคราะห์สภาพปัญหาบางประการเกี่ยวกับบทบัญญัติของพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548

พระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548 มีทั้งสิ้น 19 มาตรา โดยให้ความหมายของ “สถานการณ์ฉุกเฉิน” ตามมาตรา 4 ว่า “สถานการณ์อันกระทบหรืออาจกระทบต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชนหรือเป็นภัยต่อความมั่นคงของรัฐหรืออาจทำให้ประเทศหรือส่วนหนึ่งของประเทศตกอยู่ในภาวะคับขันหรือมีการกระทำความผิดเกี่ยวกับการก่อการร้ายตามประมวลกฎหมายอาญา การรบหรือการสงคราม ซึ่งจำเป็นต้องมีมาตรการเร่งด่วนเพื่อรักษาไว้ซึ่งสถาบันพระมหากษัตริย์ การปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยเอกภาพและบูรณภาพแห่งอาณาเขตผลประโยชน์ของชาติ การปฏิบัติตามกฎหมาย ความปลอดภัยของประชาชน การดำรงชีวิตโดยปกติ

สุขของประชาชน การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพ ความสงบเรียบร้อยหรือประโยชน์ส่วนรวม หรือการป้องกันหรือแก้ไขเยียวยาความเสียหายจากภัยพิบัติสาธารณะอันมีมาอย่างฉุกเฉินและร้ายแรง” ส่วนสถานการณ์ฉุกเฉินที่มีความร้ายแรง ได้แก่ กรณีที่สถานการณ์ฉุกเฉินมีการก่อการร้าย การใช้กำลังประทุษร้ายต่อชีวิต ร่างกาย หรือทรัพย์สิน หรือมีเหตุอันควรเชื่อได้ว่ามีการกระทำที่มีความรุนแรงกระทบต่อความมั่นคงของรัฐ ความปลอดภัยในชีวิตหรือทรัพย์สินของรัฐหรือบุคคล และมีความจำเป็นที่จะต้องเร่งแก้ไขปัญหาค่าให้ยุติได้อย่างมีประสิทธิภาพและทันทั่วทั้ง การประกาศว่าท้องที่ใดกำลังตกอยู่ในสถานการณ์ฉุกเฉิน และสมควรใช้กำลังเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองหรือตำรวจ เจ้าหน้าที่ฝ่ายพลเรือน หรือเจ้าหน้าที่ฝ่ายทหาร เข้าร่วมกันเยียวยาสถานการณ์นั้น เป็นอำนาจของนายกรัฐมนตรีโดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรี โดยจะประกาศทั้งราชอาณาจักรหรือบางท้องที่ก็ได้ และประกาศนี้มีอายุใช้บังคับสามเดือนนับแต่วันประกาศ แต่นายกรัฐมนตรีอาจขยายอายุดังกล่าวได้คราวละไม่เกินสามเดือน โดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรี ในบางสถานการณ์ หากไม่อาจขอความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรีเพื่อประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินได้อย่างทันทั่วทั้ง นายกรัฐมนตรีก็มีอำนาจประกาศไปก่อน ค่อยขอความเห็นชอบทีหลังภายในสามวันนับแต่วันประกาศ หากคณะรัฐมนตรีไม่ให้ความเห็นชอบ ประกาศเช่นนี้จะป็นอันสิ้นสุดลง การใช้อำนาจประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินของรัฐบาลจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องพิจารณาอย่างรอบคอบต่อบริบทและข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น เพราะกฎหมายการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉินกระทบกระเทือนต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชน หากมีการจำกัดสิทธิและเสรีภาพต้องต้องพิจารณาอย่างรอบคอบและกระทำเท่าที่จำเป็นเท่านั้น ดังนั้นหากปรากฏว่าบริบทและข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นนั้นยังไม่เพียงพอที่ใช้เป็นฐานของเหตุผลและความจำเป็นในการอ้างอิงเพื่อประกาศใช้สถานการณ์ฉุกเฉินได้ ฝ่ายบริหารหรือรัฐบาลจึงควรใช้กฎหมายที่ใช้อยู่ในสภาวะการณ์ปกติไปก่อนเช่นพระราชบัญญัติการชุมนุมสาธารณะ พ.ศ. 2558 หากมีสถานการณ์ที่รุนแรงก็อาจพิจารณาใช้พระราชบัญญัติการรักษาความมั่นคงภายในราชอาณาจักร พ.ศ. 2551 และหากสถานการณ์ไม่ดีขึ้นถึงค่อยพิจารณาใช้อำนาจตามพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548 เป็นต้น ในบริบทของต่างประเทศการประกาศใช้สถานการณ์ฉุกเฉินมักจะใช้กับกรณีเกิดภัยพิบัติทางธรรมชาติที่มีความรุนแรงเป็นส่วนใหญ่

ในส่วนของการควบคุมตัวบุคคลในสถานการณ์ฉุกเฉินเป็นมาตรการทางกฎหมายที่เป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชน เนื่องจากกรณีการจับและควบคุมตัวผู้ต้องสงสัยตามมาตรา 11 (1) นั้นเป็นการให้อำนาจนายกรัฐมนตรีประกาศให้เจ้าหน้าที่มีอำนาจจับกุมและควบคุมตัวบุคคลที่สงสัยว่าจะเป็นผู้ร่วมกระทำการให้เกิดสถานการณ์ฉุกเฉิน หรือเป็นผู้ใช้ ผู้โฆษณา ผู้สนับสนุนการกระทำเช่นนั้น หรือปกปิดข้อมูลเกี่ยวกับการกระทำให้เกิดสถานการณ์ฉุกเฉิน

ซึ่งหากพิจารณาตามความเป็นจริงแล้วจะเห็นได้ว่าอำนาจในการจับกุมและควบคุมตัวนั้น กฎหมายใช้คำว่า “บุคคลที่สงสัย” เท่านั้น มิใช่ “ผู้ต้องหา” ดังนั้นการควบคุมตัวผู้ต้องสงสัยมาอยู่ในอำนาจรัฐตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา การปฏิบัติต่อบุคคลซึ่งถูกควบคุมตัวดังกล่าวจึงต้องแตกต่างไปจากบุคคลซึ่งมีสถานะของการตกเป็นผู้ต้องหาในคดีอาญา และจะให้สิทธิของบุคคลนั้นในกระบวนการยุติธรรมต่ำกว่าบุคคลซึ่งมีสถานะเป็นผู้ต้องหาข่มขู่กระทำไม่ได้

การใช้อำนาจจับกุม มาตรา 12 ให้เจ้าหน้าที่ที่จะจับกุมและควบคุมตัวได้ก็ต่อเมื่อขออนุญาตจากศาลเสียก่อน โดยควบคุมตัวได้ไม่เกิน 7 วัน ขยายได้อีกคราวละไม่เกิน 7 วัน แต่รวมแล้วทั้งหมดต้องไม่เกิน 30 วัน หากจำเป็นต้องควบคุมตัวต่อให้ดำเนินการตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ซึ่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 87 กำหนดให้ในกรณีความผิดอาญาศาลมีอำนาจสั่งขังหลายครั้งติด ๆ กันได้ แต่ครั้งหนึ่งต้องไม่เกิน 12 วัน และเมื่อรวมกันทั้งหมดต้องไม่เกิน 84 วัน กรณีดังกล่าวจะเห็นได้ว่าในเมื่อระยะเวลาสูงสุดในการควบคุมตัวตามที่พระราชกำหนดนี้กำหนด คือ 30 วัน ซึ่งในส่วนของระยะเวลาสูงสุดในการควบคุมตัวตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา คือ 84 วัน เมื่อเราเอาระยะเวลาของกฎหมายทั้งสองฉบับมารวมกันก็เท่ากับว่าผู้ต้องสงสัยตามที่เจ้าพนักงานประสงค์จะควบคุมตัวอาจถูกควบคุมตัวเป็นเวลาทั้งสิ้นถึง 114 วัน ดังนั้นเพื่อไม่ให้เกิดความซ้ำซ้อนในการบังคับใช้กฎหมายในเรื่องระยะเวลาการควบคุมตัวบุคคลระหว่างพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉินกับประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา เจ้าพนักงานผู้ใช้อำนาจตามพระราชกำหนดดังกล่าวจึงต้องคำนึงถึงสิทธิและเสรีภาพของประชาชนให้มากที่สุดและถึงแม้ว่าจะมีอำนาจเต็มตามกฎหมายทั้งสองฉบับผู้วิจัยเห็นควรให้เจ้าพนักงานผู้ใช้อำนาจตามพระราชกำหนดดังกล่าว ใช้กฎหมายในสถานการณ์ปกติคือ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาโดยมีระยะเวลาของการควบคุมตัวได้ไม่เกิน 84 วัน

ส่วนของบทบัญญัติในมาตรา 5 แห่งพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548 มีการกำหนดให้นายกรัฐมนตรี โดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรีมีอำนาจประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินในพื้นที่ใดก็ได้ โดยมีระยะเวลาไม่เกินสามเดือน การให้อำนาจดังกล่าวที่อนุญาตให้นายกรัฐมนตรีสามารถใช้ดุลพินิจต่อเวลาประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินไปได้เรื่อย ๆ ครั้งละไม่เกินสามเดือนอย่างไม่มีข้อจำกัด ประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินให้อำนาจรัฐในการกระทบสิทธิและเสรีภาพของประชาชนมากขึ้นและส่งผลให้หลักนิติรัฐลดความเข้มข้นลง จึงเป็นข้อยกเว้นที่ควรใช้เท่าที่จำเป็นจริง ๆ และต้องมีจุดเกาะเกี่ยวกับประชาชนผู้ทรงสิทธิและเสรีภาพผ่านทางอำนาจนิติบัญญัติ เมื่อประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินเพื่อแก้ไขปัญหาเฉพาะหน้าไปพลางก่อนได้ระยะหนึ่งแล้ว รัฐบาลควรเปิดโอกาสให้รัฐสภาเข้ามามีส่วนร่วมในการให้ความเห็นชอบประกาศ



สถานการณ์ฉุกเฉิน บทบัญญัติในมาตรา 5 ไม่ได้กำหนดความเชื่อมโยงการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินไว้กับองค์กรฝ่ายนิติบัญญัติ เป็นการกำหนดให้อำนาจของฝ่ายบริหารเท่านั้นโดยเปิดโอกาสให้ฝ่ายบริหารสามารถใช้อำนาจโดยไม่คำนึงว่าสถานการณ์ฉุกเฉินจะกินระยะเวลาานเพียงใด ซึ่งการให้อำนาจประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินไว้กับฝ่ายบริหารโดยไม่มีกำหนดระยะเวลาและไม่มี ความเชื่อมโยงกับรัฐสภาอาจมีข้อครหาในแง่ของความเป็นประเทศที่ยึดหลักนิติรัฐเป็นที่มั่น ยกตัวอย่างในระบบกฎหมายของประเทศฝรั่งเศส จะกำหนดให้รัฐบาลประกาศกฎอัยการศึกหรือ ประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินไปก่อนได้ภายในระยะเวลา 12 วัน หากเกินกว่านั้น รัฐบาลต้องขอความเห็นชอบจากรัฐสภา เป็นต้น

ในส่วนของประเด็นปัญหาอื่น ๆ เช่นการใช้อำนาจ ผลของการใช้อำนาจและรูปแบบในการควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจซึ่งผู้วิจัยมองว่าเป็นประเด็นปัญหาที่มีความสำคัญจึงขอพิจารณาเป็นประเด็นสำคัญในหัวข้อที่ 4.2, 4. 3 และ 4.4 ต่อไป

#### 4.2 วิเคราะห์สภาพปัญหาที่เกี่ยวกับกระบวนการใช้อำนาจของฝ่ายทหารในฐานะเจ้าพนักงานผู้มีอำนาจตามพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548

สภาพปัญหาเกี่ยวกับการใช้อำนาจของฝ่ายทหารในฐานะเจ้าพนักงานผู้ใช้อำนาจตามพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548 สามารถแยกวิเคราะห์สภาพปัญหาได้สองประการ โดยประการแรกมุ่งศึกษาสภาพปัญหาเกี่ยวกับกระบวนการและขั้นตอนการใช้อำนาจอันมีผลผูกพันทางกฎหมายไม่ว่าจะเป็นการออกกฎหรือกระบวนการในการออกคำสั่งทางปกครองโดยเฉพาะในสภาวะการณ์ที่ไม่ปกติ และประการที่สองมุ่งศึกษาถึงสภาพปัญหาเพื่อแสวงหาแนวทางแก้ไขเกี่ยวกับขั้นตอน และกระบวนการเข้ายุติหรือสลายการชุมนุมอันเป็นการกระทำที่มีได้มุ่งหมายให้เกิดผลในทางกฎหมายแต่มุ่งหมายให้เกิดผลในทางข้อเท็จจริง เพื่อให้การดำเนินการดังกล่าวเป็นไปตามหลักการที่เป็นสากล

4.2.1 วิเคราะห์สภาพปัญหาเกี่ยวกับขั้นตอน และกระบวนการใช้อำนาจออกคำสั่งทางปกครอง โดยเฉพาะกระบวนการออกคำสั่งทางปกครองของฝ่ายทหาร ในฐานะเจ้าพนักงานผู้มีอำนาจเฉพาะในสภาวะการณ์ที่ไม่ปกติ

การดูแลรักษาความสงบเรียบร้อยภายในรัฐถือได้ว่าเป็นภารกิจหลักของรัฐที่จะต้องดำเนินการซึ่งโดยปกติรัฐก็จะมอบหมายภารกิจนี้ให้กับเจ้าพนักงานของรัฐซึ่งอาจเป็นเจ้าพนักงานตำรวจหรือฝ่ายปกครองเป็นผู้มีหน้าที่หลักในการดำเนินการ โดยรัฐก็จะตรากฎหมายมาเป็นเครื่องมือเพื่อให้เจ้าหน้าที่รัฐสามารถใช้อำนาจเหนือเพื่อจัดทำภารกิจดังกล่าว เครื่องมือที่สำคัญในการดูแลรักษาความสงบเรียบร้อยที่รัฐมักใช้อยู่เป็นประจำคือการตรากฎหมายลำดับรองหรือ

การออกคำสั่งทางปกครองเพื่อควบคุมสถานการณ์ความสงบต่าง ๆ ให้อยู่และเป็นไปด้วยความสงบเรียบร้อย

ในสภาวะการณ์ที่ผ่านมาการประชุมประหวังของประชาชนไม่ว่าฝ่ายใด ก็กล่าวอ้างเสรีภาพตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญมาเป็นข้ออ้างในการจัดการชุมนุมและเรียกร้องผลประโยชน์ทางการเมืองต่อรัฐบาล สภาพการณ์ของกรชุมนุมมีลักษณะที่พิเศษแตกต่างจากการชุมนุมเรียกร้องในต่างประเทศคือการชุมนุมเรียกร้องมีระยะเวลาที่ยาวนาน มีการบุกยึดสถานที่ราชการเพื่อใช้เป็นสถานที่ในการจัดการชุมนุม มีการช่่งสุมอาวุธ และท้ายที่สุดการชุมนุมหลายกรณีก็นำมาซึ่งความไม่สงบเรียบร้อยเกิดขึ้นในประเทศ ประกอบกับประเทศไทยเรายังไม่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ใช้สำหรับบริหารจัดการการชุมนุมอันเป็นการเฉพาะ ดังนั้นเมื่อเกิดการชุมนุมและการชุมนุมนั้นก่อให้เกิดความไม่สงบเรียบร้อยภายในบ้านเมืองรัฐบาลก็มักจะใช้บทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะที่เกี่ยวกับความมั่นคงมาใช้เป็นเครื่องมือในการควบคุมสถานการณ์การชุมนุมที่ไม่สงบนั้น กฎหมายที่ว่านี้ปัจจุบันมีอยู่ด้วยกันหลายฉบับ โดยเฉพาะที่สำคัญคือ พระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548 บทบัญญัติแห่งกฎหมายฉบับดังกล่าวเปิดช่องให้รัฐบาลซึ่งเป็นผู้บริหารจัดการประเทศสามารถใช้อำนาจออกประกาศและสั่งการให้ฝ่ายทหารเข้ามาเป็นผู้ควบคุมและดูแลสถานการณ์ที่ไม่สงบนั้นได้

บทบัญญัติแห่งพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548 กำหนดให้นายกรัฐมนตรีสามารถสั่งการให้ฝ่ายทหารเพื่อช่วยเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองหรือตำรวจระงับเหตุการณ์ร้ายแรง หรือควบคุมสถานการณ์ให้เกิดความสงบโดยด่วน ทั้งนี้ ในการปฏิบัติหน้าที่ของทหารให้มีอำนาจหน้าที่เช่นเดียวกับอำนาจหน้าที่ของพนักงานเจ้าหน้าที่ตามพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548 โดยการใช้อำนาจหน้าที่ของฝ่ายทหารจะทำได้ในกรณีใดได้เพียงใดให้เป็นไปตามเงื่อนไขและเงื่อนไขที่นายกรัฐมนตรีกำหนด แต่ต้องไม่เกินกว่ากรณีที่มีการใช้กฏอัยการศึก แต่การใช้อำนาจดังกล่าวต้องเป็นกรณีที่สถานการณ์ฉุกเฉินมีการก่อการร้าย การใช้กำลังประทุษร้ายต่อชีวิต ร่างกาย หรือทรัพย์สิน หรือมีเหตุอันควรเชื่อได้ว่ามีการกระทำที่มีความรุนแรงกระทบต่อความมั่นคงของรัฐ ความปลอดภัยในชีวิตหรือทรัพย์สินของรัฐหรือบุคคล และมีความจำเป็นที่จะต้องเร่งแก้ไขปัญหาให้ยุติได้อย่างมีประสิทธิภาพและทันท่วงที และกรณีดังกล่าวนายกรัฐมนตรีโดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรีต้องประกาศให้สถานการณ์ฉุกเฉินนั้นเป็นสถานการณ์ที่มีความร้ายแรงเสียก่อน

บทบาทของฝ่ายทหารที่เกี่ยวข้องกับการใช้อำนาจในฐานะเจ้าพนักงานตามพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548 ยกตัวอย่างเช่นการสลายการชุมนุมที่แยกราชประสงค์ เป็นเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นในระหว่างวันที่ 13-19 พฤษภาคม พ.ศ. 2553 ซึ่งรัฐบาล

ของนายอภิสิทธิ์ เวชชาชีวะ ได้สั่งการให้กำลังทหารพร้อมอาวุธสงคราม และรถหุ้มเกราะ เข้าปิดล้อมพื้นที่การชุมนุมของแนวร่วมประชาธิปไตยต่อต้านเผด็จการแห่งชาติ (นปช.) บริเวณแยกราชประสงค์ ระหว่างการชุมนุมทางการเมืองเพื่อเรียกร้องให้รัฐบาลอภิสิทธิ์ เวชชาชีวะ ยุบสภาและจัดการเลือกตั้งใหม่ส่งผลให้มีผู้เสียชีวิตและได้รับบาดเจ็บจากเหตุการณ์ดังกล่าวหลายราย

หลักการที่สำคัญของพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548 บัญญัติรับรองให้เจ้าหน้าที่รัฐเห็นว่าในกรณีที่สภาพบ้านเมืองไม่อยู่ในภาวะที่อาจควบคุมได้ ไม่ว่าจะเป็นระหว่างศึกสงคราม หรือเหตุจลาจลที่มีความรุนแรง การที่ฝ่ายปกครองต้องกระทำให้อำนาจตามหลักการหรือวงค้ำอยู่แต่ขั้นตอนในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน อาจชักช้าเกินกว่าที่จะสามารถควบคุมสถานการณ์ได้ บทบัญญัติแห่งกฎหมายดังกล่าวจึงกำหนดให้ข้อกำหนด ประกาศ คำสั่ง หรือการกระทำตามพระราชกำหนดไม่อยู่ในบังคับของกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง และกฎหมายว่าด้วยการจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง ซึ่งกฎหมายทั้งสองฉบับฉบับแรกคือกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง มีวัตถุประสงค์ในการกำหนดกรอบและขอบเขตการใช้อำนาจรัฐให้มีการใช้โดยคำนึงถึงสิทธิและเสรีภาพของประชาชนผู้ทรงสิทธิ และฉบับที่สองคือกฎหมายว่าด้วยการจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง ซึ่งมีวัตถุประสงค์ในการตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐและเยียวยาประชาชนผู้ถูกระงับจากการใช้อำนาจรัฐที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

จากการศึกษาหลักการและแนวคิดทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับการใช้อำนาจรัฐผู้วิจัยเห็นว่าแม้ว่าเจ้าหน้าที่ของรัฐจะได้รับมอบหมายให้ใช้อำนาจออกข้อกำหนด ประกาศ คำสั่ง หรือการกระทำตามพระราชกำหนด ไม่อยู่ในบังคับของกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง และกฎหมายว่าด้วยการจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง เพราะกระบวนการใช้อำนาจดังกล่าวจำเป็นต้องอาศัยความรวดเร็วในการบริหารจัดการให้บ้านเมืองกลับสู่ความสงบเรียบร้อยโดยเร็ว แต่การดำเนินการดังกล่าวผู้ใช้อำนาจรัฐก็ต้องใช้โดยต้องคำนึงถึงหลักนิติรัฐ หลักนิติธรรม ตลอดจนต้องสอดคล้องกับหลักกฎหมายระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับสิทธิมนุษยชนหรือหลักมนุษยธรรมอันเป็นกติการะหว่างประเทศที่ไทยจะต้องให้ความเคารพอยู่นั่นเองในฐานะรัฐภาคี

หากพิจารณาถึงคำพิพากษาหรือคำสั่งศาลที่ออกมาในช่วงระยะเวลาที่เกี่ยวข้องเนื่องกับการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ของรัฐตามพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548 ในช่วงหลายปีที่ผ่านมา ฝ่ายตุลาการเองก็พยายามตีความในเรื่องการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ของรัฐที่ต้องยืนอยู่บนพื้นฐานของหลักการต่าง ๆ ที่ผู้วิจัยได้กล่าวมาแล้วเช่นคดีหมายเลขดำที่ อ.1818/2546 เลขแดงที่ 1804/2547 ที่นายศักดิ์กริยา หมะหวังเอียด กับพวกรวม 25 คน เป็นโจทก์ยื่นฟ้อง พลตำรวจเอกสันต์ ศรีदानนท์ กับพวกรวม 38 คน ฐานความผิดเป็นเจ้าพนักงาน

ปฏิบัติงานและละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบฯ จากเหตุสลายการชุมนุมกลุ่มคัดค้านท่อก๊าซธรรมชาติไทย – มาเลเซีย เมื่อวันที่ 20 ธันวาคม 2545 บริเวณสะพานจตุติ - บุญส่ง อุทิศ ทางเข้าโรงแรมเจ.บี.หาดใหญ่ จังหวัดสงขลา คดีการสลายการชุมนุมที่หาดใหญ่ ซึ่งศาลปกครองสงขลาได้มีคำพิพากษาเมื่อวันที่ 1 มิถุนายน 2549 ซึ่งมีข้อเท็จจริงและคำพิพากษาโดยสรุปคือเมื่อวันที่ 20 ธันวาคม 2545 เจ้าหน้าที่ตำรวจได้ใช้กำลังในการสลายการชุมนุมของเครือข่ายคัดค้าน โครงการก่อสร้างท่อส่งก๊าซและโรงแยกก๊าซธรรมชาติไทย – มาเลเซีย ซึ่งได้ชุมนุมกันบริเวณสะพานจตุติ-บุญส่ง เพื่อรื้อยื่นหนังสือเสนอข้อเรียกร้องต่อนายกรัฐมนตรีและคณะรัฐมนตรีที่จะมาประชุมที่โรงแรม เจ.บี.หาดใหญ่ ผู้ชุมนุมเห็นว่าเป็นการใช้อำนาจโดยมิชอบจึงได้ฟ้องคดีต่อศาลปกครองสงขลา ซึ่งศาลได้มีคำพิพากษาโดยสรุปว่า ศาลเห็นว่าการชุมนุมของกลุ่มผู้ชุมนุมเป็นการชุมนุมโดยปราศจากอาวุธ จึงมีปัญหาที่ต้องวินิจฉัยว่า เจ้าหน้าที่จะจำกัดเสรีภาพในการชุมนุมดังกล่าวด้วยการสลายการชุมนุมได้หรือไม่ ศาลเห็นว่า การชุมนุมบริเวณสะพานจตุติบุญส่ง อุทิศ อันเป็นที่สาธารณะนั้น การจะจำกัดเสรีภาพในการชุมนุมดังกล่าวซึ่งเป็นการชุมนุมสาธารณะด้วยการสลายการชุมนุมจะทำได้เฉพาะในกรณีที่อาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะ เพื่อคุ้มครองความสะดวกของประชาชนที่จะใช้ที่สาธารณะหรือเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยในระหว่างเวลาที่ประเทศอยู่ในภาวะการณีสงครามหรือในระหว่างที่มีประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินหรือประกาศใช้กฎอัยการศึก ตามที่ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 44 วรรคสองของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 แต่ขณะตำรวจเข้าไปสลายการชุมนุม หาได้มีบทกฎหมายเฉพาะที่ให้อำนาจจำกัดการชุมนุมสาธารณะโดยสงบและปราศจากอาวุธไม่ การที่เจ้าหน้าที่ตำรวจสลายการชุมนุม จึงเป็นการกระทำทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ และตัดสินให้สำนักงานตำรวจแห่งชาติชดใช้ค่าเสียหายให้แก่ผู้ชุมนุมที่ฟ้องคดีทั้ง 24 ราย

นอกจากนั้นการใช้อำนาจรัฐภายใต้สถานการณ์ฉุกเฉินของไทยยังต้องคำนึงถึงพันธกรณีในการปฏิบัติตามกติกา ICCPR อย่างครบถ้วนด้วย ซึ่งกฎหมายระหว่างประเทศดังกล่าวโดยหลักอนุญาตให้รัฐใช้มาตรการพิเศษในการตอบโต้สถานการณ์ฉุกเฉินอันจะทำให้เกิดภัยคุกคามชาติได้ (ข้อ 4 ICCPR) แต่การกระทำรุนแรงและการก่อความไม่สงบไม่ถือว่าเป็นการสร้างภัยคุกคามต่อชาติไปเสียทุกอย่าง ที่สำคัญระยะเวลา ขอบเขตของพื้นที่และเนื้อหาของประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินจะต้องสอดคล้องกับภัยคุกคามที่มีอยู่จริง มิใช่สร้างสถานการณ์เอง และแม้ว่าประเทศหรือรัฐจะอยู่ในสถานการณ์ฉุกเฉินจริง ICCPR ก็กำหนดเงื่อนไขไว้เหมือนกันว่ามีกรณีใดที่อาจมีการจำกัดสิทธิได้และสิทธิบางกรณีไม่อนุญาตให้มีการจำกัดสิทธิได้เลย เช่น สิทธิในชีวิต (ข้อ 6 ICCPR) การห้ามการทรมานหรือปฏิบัติหรือลงโทษที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรมหรือย่ำยีศักดิ์ศรี (ข้อ 7 ICCPR) ห้ามค้าทาส (ข้อ 8 ICCPR) ห้ามถูกจำคุกเนื่องจากไม่สามารถปฏิบัติตามสัญญา

(ข้อ 11 ICCPR) สิทธิในการเสรีภาพทางความคิด มโนธรรมและศาสนา (ข้อ 18 ICCPR) เป็นต้น นอกจากนี้ห้ามตนเองละเมิดแล้วรัฐทั้งหลายยังมีภาระผูกพันในการประกันให้เกิดสิทธิที่จะได้รับการเยียวยาอย่างมีประสิทธิภาพหากมีการฝ่าฝืนแม้ในระหว่างการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉิน

กล่าวโดยสรุปประเทศไทยมีหน้าที่คุ้มครองและให้หลักประกันแก่บุคคลทุกคนที่อยู่ภายใต้อำนาจในรัฐของตน ดังนั้นมาตรการทั้งหลายของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐทุกมาตรการจะต้องไม่ทำลายหลักการพื้นฐานของสิทธิมนุษยชน มาตรการต่าง ๆ ที่รัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำขึ้นจะต้องปฏิบัติภายใต้กรอบของหลักนิติรัฐ หลักนิติธรรมและต้องสอดคล้องกับกฎหมายระหว่างประเทศ ไม่ว่าจะนำมาใช้ด้วยข้ออ้างด้านความมั่นคงหรือสถานการณ์ฉุกเฉินหรือไม่ก็ตาม

4.2.2 วิเคราะห์สภาพปัญหาเกี่ยวกับขั้นตอน และกระบวนการเข้าขุดหรือสลายการชุมนุมอันเป็นการใช้อำนาจปฏิบัติการทางปกครองให้เป็นไปตามหลักการที่เป็นสากล

บทบาทของรัฐในฐานะที่เป็นผู้ดูแลและรักษาความสงบเรียบร้อยในรัฐ ดังนั้นเมื่อเกิดเหตุการณ์ที่ไม่สงบในรัฐ รัฐก็สามารถใช้อำนาจเหนือเข้าไปดำเนินการอย่างใดอย่างหนึ่งเพื่อให้ความไม่สงบเรียบร้อยนั้นกลับมาสงบเรียบร้อยดังเดิม ดังนั้นเมื่อการชุมนุมต่าง ๆ ของประชาชนนำมาซึ่งความไม่สงบเรียบร้อยและเป็นการชุมนุมที่เกินขอบหรือขอบเขตที่กฎหมายกำหนด รัฐก็สามารถใช้มาตรการตามกฎหมายเพื่อดำเนินการกับการชุมนุมต่าง ๆ เหล่านั้นได้ มาตรการที่สำคัญอันจะเป็นมาตรการสุดท้ายที่รัฐพึงกระทำคือการใช้กำลังของเจ้าหน้าที่รัฐเพื่อสลายการชุมนุมที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายและอาจนำมาซึ่งความรุนแรงและความไม่สงบเรียบร้อยหมายความว่าเมื่อการชุมนุมสาธารณะนั้นเป็นการชุมนุมที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย โดยเป็นการชุมนุมที่อาจเป็นอันตรายโดยตรงต่อความมั่นคงแห่งราชอาณาจักรหรือความสงบเรียบร้อยของบ้านเมืองหรือต่อความปลอดภัยของประชาชน พนักงานเจ้าหน้าที่ย่อมมีอำนาจสั่งให้เลิกการชุมนุม ในกรณีที่ผู้จัดการชุมนุมหรือผู้นำการชุมนุมหรือผู้ร่วมการชุมนุมฝ่าฝืน ไม่ปฏิบัติตามคำสั่งของเจ้าหน้าที่ พนักงานเจ้าหน้าที่ก็ย่อมมีอำนาจใช้มาตรการบังคับโดยตรงให้ผู้ชุมนุมสลายการชุมนุมได้นั่นเอง การใช้กำลังของเจ้าหน้าที่รัฐในการเข้าจัดการกับการชุมนุมในที่สาธารณะโดยหลักจะกระทำได้ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายบัญญัติให้อำนาจอย่างชัดเจน และบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นจะต้องบัญญัติถึงเงื่อนไขข้อเท็จจริง สภาพการณ์และความจำเป็นในขณะที่อนุมัติให้ใช้กำลัง และต้องมีบทบัญญัติที่ให้แจ้งเตือนกลุ่มผู้ชุมนุมล่วงหน้าพอสมควร รัฐบาลจะต้องจัดระดับมาตรการบังคับเพื่อตอบโต้การชุมนุมที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งจะต้องมีตั้งแต่ระดับเบาไปจนถึงระดับรุนแรง รวมทั้งการเลือกใช้ระดับมาตรการบังคับจะต้องให้ได้สัดส่วน (Principle of Proportionality) พอสมควรควรแก่เหตุกับระดับความรุนแรงหรือการคุกคามของการชุมนุมในที่สาธารณะนั้น ต้องจัดสรรงบประมาณเพื่อพัฒนาเครื่องมือวิธีการที่หลากหลายเพื่อให้สามารถรับมือกับสถานการณ์การชุมนุมในที่

สาขาระเบิดที่รุนแรงแตกต่างกัน และเตรียมเครื่องมืออุปกรณ์ให้แก่เจ้าหน้าที่ตำรวจผู้ทำหน้าที่บังคับ การตามกฎหมายให้พร้อมมูลเพียงพอ ฝึกฝนให้เจ้าหน้าที่เหล่านั้นรู้จักใช้เครื่องมืออุปกรณ์และ อาวุธชนิดต่าง ๆ ที่ใช้ในการควบคุมการชุมนุม เพื่อให้เจ้าหน้าที่ที่สามารถแยกแยะได้อย่างถูกต้อง ตลอดจนเตรียมความพร้อมด้านร่างกายและจิตใจของเจ้าหน้าที่ ทั้งนี้ รัฐบาลควรพัฒนาอาวุธที่ ไม่ก่ออันตรายถึงแก่ชีวิตเพื่อนำไปใช้ควบคุมการชุมนุมในสถานการณ์ที่เหมาะสม<sup>56</sup>

ในส่วนของเครื่องมือหรืออาวุธของเจ้าหน้าที่ที่จะนำมาใช้กับกลุ่มผู้ชุมนุม ก็มีหลากหลาย ประเภท เช่น

สเปรย์พริกไทย สเปรย์พริกไทยถูกนำมาใช้ในการควบคุมการชุมนุมบ่อยครั้ง สเปรย์ พริกไทยเป็นสารสกัดจากพริก ส่งผลกระทบต่ออวัยวะรุนแรง ทำให้ตาปิดและมองไม่เห็น แสบตา ทำให้หายใจยาก พูดยาก ไม่เป็นอันตรายถึงชีวิต

แก๊สน้ำตา เป็นอาวุธที่พบเห็นบ่อยในการใช้สลายการชุมนุม แก๊สน้ำตามีหลายประเภท ผู้ที่ถูกแก๊สน้ำตาจะมีอาการน้ำตาไหล น้ำมูกไหล มองไม่ชัด ระคายเคือง อาเจียน ถ้าสัมผัสปริมาณ มาก อาจถึงขั้นตาบอดได้

กระสุนยาง เป็นอาวุธควบคุมการชุมนุมอีกชนิดหนึ่ง กระสุนยางใช้ยิงผ่านปืนบางชนิด ถ้ายิงโดนบริเวณท้องหรือลำตัวจะทำให้จุก ถ้าโดนบริเวณกระดูกอาจถึงขั้นกระดูกหัก และถ้าโดน กะโหลกศีรษะอาจทำให้กะโหลกศีรษะร้าวและอันตรายถึงชีวิตได้ เป็นอาวุธอีกชนิดหนึ่งที่หลาย ประเทศใช้ในการปราบจลาจล

เครื่อง LRAD เครื่องขยายเสียงระยะไกล เป็นอาวุธสงครามที่สหรัฐอเมริกาผลิตขึ้น ใช้ป้องกันเรือรบจากการโจมตีของเรือเล็ก ต่อมานำมาใช้เพื่อป้องกันการโจมตีของโจรสลัด และ สหรัฐเคยนำมาใช้กับการควบคุมฝูงชนในอิรักด้วย LRAD มีลักษณะเป็นเครื่องขยายเสียง ใช้ในการ ประกาศ สื่อสารกับผู้ชุมนุม สามารถกำหนดทิศทางของเสียงได้ และสามารถส่งเสียงดังได้ ถึง 151 เดซิเบล ซึ่งเป็นความดังที่ประสาทหูของคนทั่วไปจะรับไม่ได้ ผู้ที่อยู่ในระยะของเสียง จะเกิดอาการปวดแสบปวดร้อน คลื่นไส้ อาเจียน หมดสติ ต้องหลบให้พ้นจากแนวเสียง หากทนอยู่นาน ๆ อาจสูญเสียประสาทการได้ยินเป็นการชั่วคราวหรือถาวรได้

นอกจากที่กล่าวมา ในต่างประเทศยังมีอาวุธและอุปกรณ์อีกหลายชนิดที่คิดค้นขึ้นมา สำหรับการควบคุมการชุมนุม เช่น ปืนไฟฟ้า ปืนลวดถั่ว ระบิดกลิ่นเหม็น (Stink bomb) ระบิดเสียง ปืนตาข่าย (Net gun) โฟมกาว (Goopy foam) สุนัขตำรวจ เป็นต้นบางชนิดก็ได้รับการยอมรับให้ใช้

<sup>56</sup> จันทจิรา เอี่ยมมยุรา. (2554). *เสรีภาพในการชุมนุมในที่สาธารณะ: หลักทั่วไปและข้อจำกัด*. สืบค้น 10 มกราคม 2559, จาก <http://www.enlightened-jurists.org/>.

ในการสลายการชุมนุมได้ บางชนิดก็ยังเป็นที่วิพากษ์วิจารณ์กันอยู่ถึงผลกระทบบว่าอาจจะรุนแรงเกินไป

สภาพการณ์ที่ผ่านมาได้มีการดำเนินการของเจ้าหน้าที่รัฐทั้งตำรวจและทหารเข้าทำการสลายการชุมนุมที่รัฐอ้างว่าเป็นการชุมนุมที่อาจไม่ชอบด้วยกฎหมายและอาจนำมาซึ่งความไม่สงบเรียบร้อย จนนำมาซึ่งการฟ้องร้องดำเนินคดีอาชญากรรมกับหน่วยงานหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐหลากหลายกรณี ยกตัวอย่างเช่น คำพิพากษาศาลปกครองสงขลา ที่ 51/2549 วันที่ 1 มิถุนายน 2549 กรณีแกนนำด้านทอผ้าชาวไทย - มาเลย์ ยื่นฟ้องสำนักงานตำรวจแห่งชาติ จังหวัดสงขลา และกระทรวงมหาดไทย กรณีใช้กำลังสลายกลุ่มผู้ชุมนุมที่หน้าโรงแรม เจ.บี. หาดใหญ่ จังหวัดสงขลา มีผู้ได้รับบาดเจ็บจำนวนมาก และจับกุมผู้ชุมนุมประมาณห้าสิบคนดำเนินคดี เหตุเกิดเมื่อวันที่ 20 ธันวาคม 2549 จากภาพเหตุการณ์และข้อเท็จจริงข้างต้น ผู้ฟ้องคดีที่ 1 ถึงผู้ฟ้องคดีที่ 24 ได้ร่วมชุมนุมโดยสงบและปราศจากอาวุธ การผลักดันให้มีการสลายการชุมนุมอันเป็นการกระทำทางปกครองที่จำกัดเสรีภาพในการชุมนุมโดยสงบ และปราศจากอาวุธของผู้ฟ้องคดีที่ 1 ถึงผู้ฟ้องคดีที่ 24 กับกลุ่มผู้ชุมนุมโดยไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ จึงเป็นการกระทำละเมิดต่อเสรีภาพในการชุมนุมด้วยการใช้อำนาจตามกฎหมาย และศาลปกครองสงขลาได้พิพากษาให้ชดเชยค่าเสียหายให้แก่ผู้ฟ้องคดีที่ 1 ถึงผู้ฟ้องคดีที่ 24 หรือกรณีของคำพิพากษาของศาลปกครองกลางคดีหมายเลขคำที่ 1605/2551 ศาลปกครองกลางได้วางหลักในการใช้กำลังเข้ายุติการชุมนุมที่สร้างความไม่สงบเรียบร้อยขึ้นในบ้านเมืองหรือที่ละเมิดสิทธิเสรีภาพของบุคคลอื่น ไว้ในคำสั่งกำหนดมาตรการชั่วคราวในคดีหมายเลขคำที่ 1605/2551 ว่า “...การกระทำของเจ้าหน้าที่ตำรวจเพื่อสลายการชุมนุมจะต้องกระทำเท่าที่จำเป็น โดยคำนึงถึงความเหมาะสมมีลำดับขั้นตอนตามหลักสากลที่ใช้ในการสลายการชุมนุมของประชาชน...” ต่อมา ศาลปกครองกลางได้วางหลักการไว้ในคำพิพากษา เมื่อวันที่ 5 ตุลาคม 2555 สรุปใจความได้ว่า “การที่เจ้าหน้าที่ตำรวจ ได้นำอาวุธปืน วัตถุระเบิดชนิดต่าง ๆ อันมีอันตรายโดยสภาพมาใช้ในการสลายการชุมนุม โดยมีได้ปฏิบัติตามหลักการมาตรฐานของสากลซึ่งต้องเริ่มจากการเจรจาต่อรอง หากไม่สามารถเจรจาต่อรองได้จึงจะใช้มาตรการสลายการชุมนุมจากเบาไปหาหนัก โดยใช้โล่กำบังผลักดันผู้ชุมนุม หากไม่ได้ผลจึงจะใช้มาตรการฉีดน้ำจากรถดับเพลิง ซึ่งมีความแรงพอที่จะผลักดันกลุ่ม ผู้ชุมนุมให้ออกจากเป้าหมายที่ประสงค์จะเปิดทางได้ หากใช้น้ำฉีดไม่ได้ผลจึงค่อยใช้แก๊สน้ำตา ทั้งสามขั้นตอนดังกล่าว เจ้าหน้าที่จำต้องประกาศให้กลุ่มผู้ชุมนุมทราบก่อน”

จากคำพิพากษาดังกล่าวในฐานะที่ประเทศไทยเป็นสมาชิกของสหประชาชาติและผูกพันที่จะต้องปฏิบัติตามพันธกรณีต่าง ๆ ของสหประชาชาติ กรณีจึงอาจนำพันธกรณีของสหประชาชาติมาพิจารณาประกอบการกำหนด “หลักการ” หรือ “ขอบเขต” ใช้กำลังเข้ายุติการชุมนุมที่สร้างความไม่สงบเรียบร้อยขึ้นในบ้านเมืองหรือที่ละเมิดสิทธิเสรีภาพของบุคคลอื่น

ในฐานะที่เป็นหลักสากลที่ทุกประเทศยอมรับ เพราะหากพิจารณา Code of Conduct for Law Enforcement Officials ของสหประชาชาติ ที่ได้รับการรับรองโดยมติที่ประชุมใหญ่สหประชาชาติที่ 34/169 เมื่อวันที่ 17 ธันวาคม 2522 จะพบว่า มาตรา 2 ของ Code of Conduct ดังกล่าว<sup>57</sup> ได้กำหนด “กรอบการปฏิบัติหน้าที่” ของ Law Enforcement Officials ในกรณีที่มีการกระทำใด ๆ ที่มีโทษอาญา รวมทั้งการกระทำที่ก่อให้เกิดความรุนแรง ทำลาย หรือเป็นอันตราย (violent, predatory and harmful acts) ด้วย โดย Law Enforcement Officials ในที่นี้หมายรวมถึงเจ้าหน้าที่ของรัฐตามกฎหมายซึ่งใช้อำนาจรักษาความสงบเรียบร้อย (police powers) โดยเฉพาะอำนาจในการจับกุมหรือควบคุมตัว ไม่ว่าจะมาจากการแต่งตั้งหรือเลือกตั้ง และถ้าทหารเป็นผู้มีอำนาจตามกฎหมายในการใช้อำนาจนั้นให้หมายความรวมถึงทหารด้วย ในการปฏิบัติหน้าที่ Law Enforcement Officials ต้องเคารพและคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์และสิทธิมนุษยชนของบุคคลทุกคนในการนี้ มาตรา 3 กำหนดกรอบการใช้อำนาจ (use of force) ของเจ้าหน้าที่ของรัฐว่าให้กระทำได้เพียงเฉพาะกรณีที่ทำเป็นอย่างยิ่งและเพื่อประโยชน์ในการปฏิบัติหน้าที่เท่านั้น กรณีจึงเห็นได้ชัดว่าการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ของรัฐต้องเป็นกรณียกเว้นและมาตรการที่ใช้ต้องไม่เกินกว่าเหตุหรือต้องได้สัดส่วนด้วย<sup>58</sup>

ในส่วนของ Code of Conduct for Law Enforcement Officials ของสหประชาชาติ ดังกล่าวข้างต้นจะได้กำหนดกรอบการใช้อำนาจ (use of force) ของเจ้าหน้าที่ของรัฐไว้แล้ว แต่ยังคงมีปัญหาในการนำไปใช้เนื่องจากบทบัญญัติดังกล่าวมีการกำหนดกรอบที่กว้างมาก UN Congress ในการประชุมเรื่อง Prevention of Crime and the Treatment of Offenders ครั้งที่ 8 ที่กรุงฮาวานา ประเทศคิวบา ระหว่างวันที่ 27 สิงหาคม ถึงวันที่ 7 กันยายน 2553 จึงได้มีการรับรอง Basic Principles of the Use of Force and Firearms by Law Enforcement Officials ที่มีรายละเอียดมากขึ้น โดยในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการยุติการชุมนุมสาธารณะนั้น ได้มีการกำหนด “หลักในการจัดการการชุมนุมสาธารณะที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย” (Policing Unlawful Assemblies)<sup>59</sup> ไว้ด้วยในหลักข้อ 12-14

<sup>57</sup> Code of Conduct for Law Enforcement Officials Article 2 In the performance of their duty, law enforcement officials shall respect and protect human dignity and maintain and uphold the human rights of all persons.

<sup>58</sup> Code of Conduct for Law Enforcement Officials Article 3 Law enforcement officials may use force only when strictly necessary and to the extent required for the performance of their duty.

<sup>59</sup> Policing unlawful assemblies

12. As everyone is allowed to participate in lawful and peaceful assemblies, in accordance with the principles embodied in the Universal Declaration of Human Rights and the International Covenant on Civil and



หลักในการจัดการการชุมนุมสาธารณะที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายตาม Basic Principles of the Use of Force and Firearms by Law Enforcement Officials ขอมรับว่า ประชาชนมีสิทธิเข้าร่วมการชุมนุมสาธารณะที่ชอบด้วยกฎหมายและโดยสงบ (lawful and peaceful assemblies) ตามปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ดังนั้น รัฐบาล หน่วยงานของรัฐ และเจ้าหน้าที่ของรัฐจึงต้องตระหนักว่าการใช้กำลังและอาวุธ (force and firearms) ควรเป็นไปอย่างจำกัดโดยมีหลักว่า

1) ถ้าเป็นการชุมนุมที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย แต่ไม่ก่อให้เกิดความรุนแรง (Unlawful but non-violent) เจ้าหน้าที่ของรัฐต้องหลีกเลี่ยงการใช้กำลัง (use of force) หรือหากไม่สามารถหลีกเลี่ยงการใช้กำลังได้ ให้ใช้กำลังเพียงเท่าที่จำเป็น

2) ถ้าเป็นการชุมนุมที่ก่อให้เกิดความรุนแรง (Violent assemblies) เจ้าหน้าที่ของรัฐอาจใช้อาวุธได้ (use firearms) หากไม่สามารถใช้มาตรการอื่นที่อันตรายน้อยกว่านี้ได้

ทั้งนี้ ข้อ 9 ของ Basic Principles of the Use of Force and Firearms by Law Enforcement Officials วางหลักในการใช้อาวุธเพิ่มเติมไว้ว่าเจ้าหน้าที่ของรัฐต้องไม่ใช้อาวุธต่อบุคคลอื่น เว้นแต่เพื่อบรรลุดัตถุประสงค์ต่อไปนี้ เช่น เพื่อป้องกันตนเองหรือบุคคลอื่นให้พ้นจากภัยอันตรายร้ายแรงต่อชีวิตหรือร่างกาย หรือเพื่อป้องกันมิให้เกิดการกระทำความผิดอาญาร้ายแรงที่อาจก่อให้เกิดอันตรายต่อชีวิต หรือเพื่อจับกุมผู้ที่กระทำการอันเป็นอันตรายหรือต่อผู้เจ้าพนักงานหรือเพื่อป้องกันมิให้บุคคลดังกล่าวหลบหนี

นอกจากนี้ ต้องเป็นกรณีที่ปรากฏว่าการใช้มาตรการอื่นไม่สามารถบรรลุดัตถุประสงค์ดังกล่าวได้ ส่วนการใช้อาวุธร้ายแรงโดยเจตนาให้กระทำได้เฉพาะเพื่อป้องกันชีวิตในกรณีที่ไม่อาจหลีกเลี่ยงได้เท่านั้น ส่วนกฎการใช้อาวุธนั้น ข้อ 10 ของ Basic Principles of the Use of Force and Firearms by Law Enforcement Officials วางหลักไว้ว่า เจ้าหน้าที่ของรัฐต้องแสดงตนก่อนการใช้อาวุธและต้องแจ้งเตือนให้ทราบล่วงหน้าว่าจะมีการใช้อาวุธ เว้นแต่การดำเนินการดังกล่าวอาจทำให้เจ้าหน้าที่ของรัฐเสี่ยงที่จะได้รับอันตราย หรือทำให้บุคคลอื่นเสี่ยงที่จะได้รับอันตรายแก่ชีวิตหรือ

---

Political Rights, Governments and law enforcement agencies and officials shall recognize that force and firearms may be used only in accordance with principles 13 and 14.

13. In the dispersal of assemblies that are unlawful but non-violent, law enforcement officials shall avoid the use of force or, where that is not practicable, shall restrict such force to the minimum extent necessary.

14. In the dispersal of violent assemblies, law enforcement officials may use firearms only when less dangerous means are not practicable and only the minimum extent necessary. Law enforcement officials shall use firearms in such cases, except under the conditions stipulated in principle 9.

ร่างกาย หรือเป็นที่ชัดเจนว่าไม่มีความเหมาะสมหรือจำเป็นที่ต้องดำเนินการดังกล่าวในสถานการณ์  
เช่นนั้น<sup>60</sup>

ดังนั้นการใช้อำนาจรัฐเพื่อดูแลการชุมนุมของรัฐ โดยหลักรัฐมีหน้าที่ในการปกป้อง  
คุ้มครองการชุมนุมที่เป็นไปโดยสงบ หลักการข้อนี้เรียกร้องให้รัฐมีหน้าที่และความรับผิดชอบที่  
จะต้องสร้างระบบการบริหารจัดการที่เหมาะสมและเพียงพอ ตลอดจนสร้างกระบวนการต่าง ๆ  
ภายในระบบราชการ เพื่อให้มั่นใจได้ว่าบุคคลสามารถมีเสรีภาพในการแสดงออกและสามารถเข้า  
ร่วมการชุมนุมโดยสงบได้อย่างแท้จริงในทางปฏิบัติ การชุมนุมโดยสงบต้องไม่อยู่ภายใต้การ  
ควบคุมของระบบราชการและโดยระเบียบกฎเกณฑ์ที่หุ้มนิยามไม่จำเป็น นอกจากนี้ภายใต้  
ประเทศที่ปกครองในระบอบประชาธิปไตยที่ควรต้องพึงพิงอาศัยหลักนิติรัฐมาเป็นหลักในการปกครอง  
ประเทศ การใช้อำนาจของรัฐก็ต้องตั้งอยู่บนพื้นฐานของหลักความชอบด้วยกฎหมาย (legality)  
ดังนั้นการออกระเบียบ กติกาหรือข้อห้ามใด ๆ ของรัฐที่บัญญัติขึ้นเพื่อควบคุมแทรกแซงเสรีภาพใน  
การชุมนุม จึงจำเป็นต้องมีฐานอ้างอิงตามกฎหมายได้ และกฎหมายนั้นจะต้องสอดคล้อง  
(compatible) กับกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิมนุษยชน อีกทั้งจะต้องมีความแน่นอนชัดเจน  
เพียงพอที่บุคคลจะเข้าถึงและตรวจสอบได้ว่าการกระทำของตนจะฝ่าฝืนกฎหมายหรือไม่ และผล  
ของการกระทำที่ผิดกฎหมายนั้นคืออะไร หลักการที่สำคัญอีกประการของนิติรัฐคือหลักความได้  
สัดส่วนหรือหลักความพอสมควรแก่เหตุ (proportionality) หลักการนี้เรียกร้องว่าข้อจำกัดหรือ  
มาตรการใด ๆ ที่จะใช้บังคับกับเสรีภาพในการชุมนุมจะต้องได้สัดส่วนและเป็นไปโดยพอสมควร  
พอสมควรแก่เหตุ หมายความว่า รัฐต้องใช้มาตรการที่มีความรุนแรงหรือผลกระทบน้อยที่สุดก่อน  
ในกรณีที่มาตรการที่มีผลกระทบน้อยที่สุดไม่เป็นผลจึงเพิ่มระดับของการดำเนินการให้เข้มข้นขึ้น  
ตามลำดับ ส่วนการสลายการชุมนุมนั้นให้ถือเป็นมาตรการสุดท้ายที่จะกระทำ เพราะเหตุว่าเป็นการ  
ทำลายเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของผู้ชุมนุม หลักการข้อนี้เรียกร้องให้เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจ  
ในการสั่งการต้องใช้ดุลยพินิจและพิจารณาในการวินิจฉัยสั่งการด้วยความระมัดระวังสำหรับ  
ข้อเท็จจริงแต่ละกรณี<sup>61</sup> นอกจากนี้ในการใช้อำนาจรัฐเพื่อให้ผู้ชุมนุมที่ดำเนินการชุมนุมโดยฝ่าฝืน  
กฎหมายเลิกการชุมนุม (หรือสลายการชุมนุม) นั้นผู้วิจักษณ์เห็นว่าเจ้าหน้าที่ของรัฐจะต้องใช้มาตรการ  
ที่เป็นไปตามหลักการที่เป็นที่ยอมรับของสากล กล่าวคือ ต้องเลือกมาตรการบังคับที่

<sup>60</sup> ปกรณ์ นิลประพันธ์. (2556). *หลักสากลในการใช้กำลังและอาวุธของเจ้าหน้าที่ของรัฐในการ  
ยุติการชุมนุมสาธารณะที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย*. สืบค้น 12 มีนาคม 2559, จาก [http://www.pub-law.net/publaw/  
view.aspx?id=1872](http://www.pub-law.net/publaw/view.aspx?id=1872).

<sup>61</sup> จันทจิรา เอี่ยมมยุรา. (2554). *เสรีภาพในการชุมนุมในที่สาธารณะ: หลักทั่วไปและข้อจำกัด*. สืบค้น  
10 มกราคม 2559, จาก <http://www.enlightened-jurists.org>.

กระทบกระเทือนต่อผู้ชุมนุมและประโยชน์ส่วนรวมน้อยที่สุด ในกรณีที่พนักงานเจ้าหน้าที่ดำเนินการบังคับโดยเลือกใช้เครื่องอุปกรณ์หรือการใช้กำลังทางกายภาพเพื่อให้เลิกการชุมนุมสาธารณะ พนักงานเจ้าหน้าที่ต้องกระทำเท่าที่จำเป็น อย่างได้สัดส่วนและพอสมควรแก่เหตุ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ต้องไม่ดำเนินการบังคับในลักษณะที่ละเมิดต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์หรือขัดต่อหลักความชอบด้วยกฎหมายอย่างชัดเจน

กระบวนการและขั้นตอนในการควบคุมการชุมนุมที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย รัฐควรจะต้องเตรียมเครื่องมืออุปกรณ์การยุติการชุมนุมที่มีคุณภาพและเพียงพอ การใช้อุปกรณ์ในการยุติการชุมนุมควรประเมินจากสถานการณ์ในแต่ละครั้งว่ามีความรุนแรงมากน้อยเพียงใด โดยเริ่มจากอุปกรณ์ที่มีความรุนแรงน้อยไปหาที่มีความรุนแรงมาก ตามหลักการสากล ประกอบกับเจ้าหน้าที่ของรัฐผู้รับผิดชอบการยุติการชุมนุมต้องมีแผนและขั้นตอนในการปฏิบัติการที่ชัดเจน ซึ่งสอดคล้องกับหลักการของกฎหมาย ตลอดจนเจ้าหน้าที่ที่ได้รับการฝึกฝนเพื่อภารกิจในการยุติการชุมนุมหรือควบคุมฝูงชน ต้องเป็นบุคลากรที่มีความชำนาญและต้องผ่านการฝึกอบรมด้านจิตวิทยาในการควบคุมการชุมนุมด้วย จากทั้งคำสั่งและคำพิพากษาศาลปกครองชั้นต้น ต่อมา ผู้บัญชาการตำรวจแห่งชาติ ในฐานะผู้อำนวยการศูนย์อำนวยการรักษาความสงบเรียบร้อย (ศอ.รส.) พร้อมผู้เกี่ยวข้องได้แถลงผ่านสถานีโทรทัศน์ถึงรายละเอียดของแผนปฏิบัติการที่เจ้าหน้าที่ตำรวจจะใช้เพื่อดูแลการชุมนุมที่จะเกิดขึ้นสรุปความได้ว่า หลักสำคัญของการใช้กำลังในการควบคุมฝูงชนนั้น เจ้าหน้าที่จะต้องพึงระลึกว่าการชุมนุมโดยสงบและปราศจากอาวุธเป็นสิทธิและเสรีภาพของประชาชนตามกฎหมาย เมื่อมีการชุมนุมเกิดขึ้น เจ้าหน้าที่จะต้องพิจารณาถึงความชอบธรรมในการใช้กำลังตามกฎหมายที่กำหนด และหลักสิทธิมนุษยชนและหลักควบคุมฝูงชนที่เป็นหลักปฏิบัติสากล ซึ่งการใช้กำลังตามหลักการดังกล่าวหมายถึงความรวมถึงการใช้อุปกรณ์และอาวุธประกอบการใช้กำลังด้วย ส่วนการจัดการกับการชุมนุมที่ทำให้ผิดกฎหมายนั้น เจ้าหน้าที่ผู้รับผิดชอบจะต้องทำตามอำนาจหน้าที่เพื่อให้สถานการณ์กลับสู่ภาวะปกติโดยเร็ว และหากมีการใช้กำลัง เจ้าหน้าที่จะต้องยึดหลัก 4 ประการคือ

หลักแห่งความจำเป็น หมายความว่าให้เจ้าหน้าที่ใช้กำลังเท่าที่จำเป็น โดยต้องพยายามใช้วิธีการอื่นก่อนการใช้กำลังที่อาจเกิดอันตรายต่อผู้ชุมนุม หากจำเป็นต้องใช้กำลังเพราะไม่สามารถหลีกเลี่ยงได้แล้ว ต้องเลือกวิธีจากเบาที่สุดและเป็นอันตรายต่อผู้ชุมนุมน้อยที่สุดก่อน โดยต้องยึดหลักแห่งความได้สัดส่วน คือ ต้องใช้วิธีการและกำลังด้วยความเหมาะสมสอดคล้องกับภัยอันตรายที่คุกคามเพื่อป้องกันสิทธิของตนเองและผู้อื่น

หลักความถูกต้องตามกฎหมาย คือ การพิจารณาใช้กำลัง เครื่องมือ หรือยุทธโศปกรณ์ตามหลักสากลกำหนดไว้

หลักความรับผิดชอบ ให้พิจารณาถึงผลที่เกิดขึ้นจากการใช้กำลังโดยต้องมีผู้รับผิดชอบในการสั่งการหรือการปฏิบัติและให้มีการจัดเตรียมบรรเทาผลร้ายหรือเยียวยาหลังใช้กำลังเสร็จสิ้นด้วย

และสุดท้ายหลักการใช้กำลังสากลในการใช้กำลังปฏิบัติการควบคุมฝูงชนนั้น จากเขาไปหาหนัก และก่อนจะเริ่มใช้อำนาจในแต่ละขั้นตอนเจ้าหน้าที่ตำรวจจะต้องประกาศแจ้งเตือนต่อผู้ชุมนุมก่อนทุกครั้ง และการใช้อุปกรณ์อาจไม่เรียงลำดับ ขึ้นอยู่กับสถานการณ์ความรุนแรงในสถานการณ์นั้น ๆ ด้วย<sup>62</sup>

“หลักสากล” ในการยุติการชุมนุมสาธารณะ แบ่งออกเป็น 2 ส่วน คือ “การใช้กำลัง” (Use of force) กับ “การใช้อาวุธ” (Use of firearms) สำหรับการชุมนุมสาธารณะที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายแต่ไม่สร้างความรุนแรงนั้น เจ้าหน้าที่ของรัฐอาจใช้กำลังเข้ายุติการชุมนุมได้ แต่จะใช้อาวุธมิได้ ส่วนในกรณีการชุมนุมสาธารณะที่ก่อให้เกิดความรุนแรงเจ้าหน้าที่ของรัฐอาจใช้อาวุธได้ แต่ต้องเป็นไปเพื่อป้องกันตนเองหรือบุคคลอื่นให้พ้นจากภัยอันตรายร้ายแรงต่อชีวิตหรือร่างกาย เพื่อป้องกันมิให้เกิดการกระทำความผิดอาชญากรรมร้ายแรงที่อาจก่อให้เกิดอันตรายต่อชีวิต หรือเพื่อจับกุมผู้ที่กระทำการอันเป็นอันตรายหรือต่อผู้เจ้าพนักงานหรือเพื่อป้องกันมิให้บุคคลดังกล่าวหลบหนี และการใช้อาวุธร้ายแรงโดยเจตนาให้กระทำได้เฉพาะเพื่อป้องกันชีวิตในกรณีที่ไม่อาจหลีกเลี่ยงได้เท่านั้น แต่ไม่ว่าจะเป็นการใช้กำลังหรือการใช้อาวุธต้องเป็นกรณีที่ปรากฏว่าไม่มีมาตรการอื่นที่จะใช้ในการยุติการชุมนุมนั้นได้แล้วเท่านั้น Code of Conduct for Law Enforcement Officials และ Basic Principles of the Use of Force and Firearms by Law Enforcement Officials กล่าวถึงเฉพาะ “หลักการ” ในการใช้กำลังและการใช้อาวุธเท่านั้น มิได้กล่าวถึง “กระบวนการ” หรือ “วิธีการ” ในการใช้กำลังและการใช้อาวุธ ดังนั้น สมาชิกสหประชาชาติแต่ละประเทศจึงมีดุลพินิจที่จะกำหนดกระบวนการ ขั้นตอน และวิธีการในการยุติการชุมนุมสาธารณะที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายหรือที่ก่อให้เกิดความรุนแรงได้ตามความเหมาะสมภายใต้ “หลักการ” ดังที่ได้กล่าวมาข้างต้น ดังจะเห็นได้จากการที่สมาชิกสหประชาชาติแต่ละประเทศมีกระบวนการ ขั้นตอน และวิธีการในการยุติการชุมนุมสาธารณะที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายหรือที่ก่อให้เกิดความรุนแรงแตกต่างกัน เงื่อนไขในการใช้กำลังและการใช้อาวุธตาม Code of Conduct for Law Enforcement Officials และ Basic Principles of the Use of Force and Firearms by Law Enforcement Officials นั้น อยู่ที่ว่าการชุมนุมสาธารณะนั้นก่อให้เกิดความรุนแรง (violent) ขึ้นหรือไม่ แต่ทั้ง Code of Conduct และ Basic Principles ดังกล่าวข้างต้นมิได้นิยามว่าการชุมนุมสาธารณะที่ก่อให้เกิดความรุนแรงนั้นมี

<sup>62</sup> นันทวัฒน์ บรมานันท์. (2556). *บทบรรณาธิการครั้งที่ 323*. สืบค้น 10 มีนาคม 2559, จาก <http://www.pub-law.net/publaw/view.aspx?id=1870>.

ลักษณะอย่างไร เนื่องจากสมาชิกสหประชาชาติแต่ละประเทศมีทัศนคติในเรื่องนี้แตกต่างกัน แต่ละประเทศจึงมีดุลพินิจที่จะพิจารณาว่ากรณีใดเป็นการข่มขู่สาธารณะที่ก่อให้เกิดความรุนแรง

#### 4.3 วิเคราะห์สภาพปัญหาเกี่ยวกับผลของการใช้อำนาจและการเยียวยาผู้ได้รับผลกระทบจากการใช้อำนาจตามพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548

เมื่อประเทศต่าง ๆ นำแนวทางการปกครองในระบอบประชาธิปไตยมาใช้ และรัฐก็มีความบทบาทในการจัดทำภารกิจเพิ่มมากขึ้น รัฐจึงมีโอกาสกระทำสิ่งที่อาจก่อให้เกิดความเสียหายต่อเอกชนเพิ่มมากขึ้น เมื่อรัฐดำเนินการใด ๆ ไปแล้วและเกิดความเสียหายไม่ว่าการกระทำนั้นจะชอบหรือไม่ชอบด้วยกฎหมายก็ย่อมต้องรับผิดชอบตามหลักความรับผิดชอบของรัฐ เช่นกรณีของระบบกฎหมายของประเทศฝรั่งเศสรัฐอาจรับผิดชอบได้ทั้งตามกฎหมายมหาชนและตามกฎหมายแพ่งทั้งนี้ขึ้นอยู่กับลักษณะของกิจกรรมที่รัฐปฏิบัติ นอกจากนี้ระบบกฎหมายของประเทศฝรั่งเศสยังมีหลักความรับผิดชอบเป็นส่วนตัวของเจ้าหน้าที่รัฐตามหลักเกณฑ์ของกฎหมายแพ่งซึ่งเป็นหลักคู่ขนานกับความรับผิดชอบในการบริการสาธารณะซึ่งรัฐต้องรับผิดชอบ หลักความรับผิดชอบโดยปราศจากความผิดในกฎหมายฝรั่งเศสนี้เป็นผลมาจากแนวความคิดในเรื่องการช่วยเหลือเกื้อกูลกันในชาติ (solidarité nationale) และตั้งอยู่บนหลักการพื้นฐานอยู่ 2 หลักการ ได้แก่ หลักความเสมอภาคของบุคคลในการรับภาระสาธารณะ (Egalité des personnes devant les charges publiques) และหลักความเสี่ยงภัย (Risque) หลักความรับผิดชอบของรัฐโดยปราศจากความผิดของฝ่ายปกครองตามหลักทั่วไปสำหรับความรับผิดชอบของฝ่ายปกครองนั้น เป็นกรณีที่ถือว่าเป็นข้อยกเว้นของหลักทั่วไปสำหรับความรับผิดชอบของฝ่ายปกครอง ซึ่งโดยหลักแล้วฝ่ายปกครองจะต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดจากการกระทำผิดของฝ่ายปกครอง โดยความรับผิดชอบโดยปราศจากความผิดของฝ่ายปกครองนี้ เป็นกรณีที่ฝ่ายปกครองจะต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้น แม้ว่าความเสียหายจะมีได้เกิดจากการกระทำผิดของฝ่ายปกครองก็ตาม

สำหรับความรับผิดชอบโดยปราศจากความผิดที่มีพื้นฐานมาจากหลักความเสมอภาคบุคคลในการรับภาระสาธารณะนั้น เป็นกรณีที่เป็นการชดเชยความเสียหายแก่บุคคลที่ต้องรับภาระหรือความเสียหายที่เกิดจากกิจกรรมที่ทำไปเพื่อประโยชน์ของส่วนรวมเกินขอบเขตหรือไม่ได้สัดส่วนกับความเสียหายที่บุคคลนั้นได้รับส่วนความรับผิดชอบโดยปราศจากความผิดที่มีพื้นฐานมาจากหลักความเสี่ยงภัยนั้น เป็นกรณีที่การดำเนินกิจกรรมต่าง ๆ ของรัฐที่เป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะ

อาจก่อให้เกิดความเสียหาย อันเป็นเหตุให้เกิดความเสียหายขึ้นแก่บุคคลอื่น ซึ่งตามหลักความเสียหายนี้ รัฐถูกบังคับให้จัดการเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่บุคคลผู้ได้รับความเสียหายดังกล่าว<sup>63</sup>

ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ความรับผิดชอบของรัฐในระบบกฎหมายสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี โดยทั่วไปแล้วตั้งอยู่บนรากฐานทางความคิดที่สำคัญสองฐานความคิด ประการแรกเป็นความรับผิดชอบของรัฐสำหรับการกระทำของข้าราชการใน ตำแหน่งซึ่งก่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่น (ความรับผิดทางละเมิดของฝ่ายปกครอง) และประการที่ สองเป็นความรับผิดชดใช้ค่าทดแทนความเสียหายให้แก่ปัจเจกชนที่ได้รับความเสียหายอันเนื่องมาจาก การที่จะต้องอุทิศประโยชน์ของตนเพื่อประโยชน์สาธารณะ<sup>64</sup> หากเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำให้เกิดความเสียหายในการปฏิบัติหน้าที่ไม่ว่าจะเป็นการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ และเมื่อหน่วยงานของรัฐได้ชดใช้ไปแล้วหน่วยงานของรัฐก็มีสิทธิไต่เบียดเอากับเจ้าหน้าที่ของรัฐผู้ก่อให้เกิดความเสียหายได้ในภายหลังหากเจ้าหน้าที่ของรัฐได้กระทำโดยจงใจหรือโดยประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง ซึ่งระบบกฎหมายเยอรมันเจ้าหน้าที่ของรัฐหากได้กระทำการในหน้าที่ผู้กระทำละเมิดจะได้รับความคุ้มครองโดยไม่ถูกฟ้องศาลโดยตรง

ประเทศไทยนั้น หลักการความรับผิดชอบของรัฐโดยปราศจากความผิด ไม่ได้มีบัญญัติไว้เป็นหลักการทั่วไปโดยตรง แต่หากประชาชนได้รับความเสียหายจากการดำเนินการใด ๆ รัฐมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (3) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 กำหนดให้ คดีพิพาทเกี่ยวกับความรับผิดอย่างอื่นของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐอันเกิดจากการใช้อำนาจตามกฎหมาย หรือจากกฎ คำสั่งทางปกครอง หรือคำสั่งอื่น หรือจากการละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติ หรือปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวล่าช้าเกินสมควร จะอยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครองในการพิจารณา แต่ในคำนิยามมาตรา 3 ของพระราชบัญญัติ ดังกล่าว ไม่ได้มีการนิยามคำว่า “ความรับผิดอย่างอื่น” ไว้แต่อย่างใด จึงเป็นหน้าที่ของประชาชนผู้ได้รับความเสียหายและเป็นหน้าที่ของตุลาการศาลปกครองในการวางหลักเรื่องความรับผิดอย่างอื่นในการวินิจฉัยคดี ซึ่งก็อาจจะเทียบเคียงได้กับหลักการเรื่องความรับผิดของรัฐโดยปราศจากความผิดตามกฎหมายฝรั่งเศส มีข้อสังเกตประการหนึ่ง ในกรณีที่ศาลปกครองวางหลักการวินิจฉัยไว้คือกรณีเรื่องเงินเยียวยาที่ศาลปกครองสั่งให้รัฐจ่ายให้ผู้เสียหายคือ ความรับผิด

<sup>63</sup> คลังกฎหมาย. (2555). *ความรับผิดชอบของรัฐ โดยปราศจากความผิด (La responsabilité sans faute)*. สืบค้น 28 พฤษภาคม 2559, จาก [https://www.facebook.com/permalink.php?story\\_fbid=641259919234437&id=369868539706911](https://www.facebook.com/permalink.php?story_fbid=641259919234437&id=369868539706911).

<sup>64</sup> จาก *ความรับผิดชอบของรัฐในระบบกฎหมายเยอรมัน* (รายงานผลการวิจัย), โดย วรเจตน์ ภาศิริรัตน์, 2547, กรุงเทพฯ: สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา.

อย่างอื่นอันเนื่องมาจากการที่คณะรัฐมนตรีมีมติให้จ่ายเงินค่าชดเชยหรือเงินค่าทดแทนให้แก่เอกชนที่ได้รับผลกระทบจากโครงการชลประทานของรัฐ (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.35/2547, อ.82/2547, อ.74-75/2550 เป็นต้น) ซึ่งก็อาจเทียบเคียงได้กับ มติคณะรัฐมนตรี ที่ให้จ่ายเงินเยียวยา กับผู้ได้บาดเจ็บและเสียชีวิตจากเหตุการณ์ชุมนุมทางการเมืองจากเหตุการณ์ความรุนแรงเดือน พฤษภาคม 2553 ที่ผ่านมา ดังนั้นในส่วนของกรณีเยียวยาผู้เสียหายตามหลักการความรับผิดชอบของรัฐ โดยปราศจากความผิด (ความรับผิดชอบอื่นตามกฎหมายไทย) นั้น โดยหลักการทั่วไปจะมีการเยียวยาผ่านทางคำพิพากษาของศาลปกครอง ซึ่งต้องมีการผ่านขั้นตอนที่จะต้องมีการดำเนินการฟ้องคดีโดยผู้เสียหาย และมีการพิจารณาวินิจฉัยโดยใช้นิติวิธีในทางมหาชน โดยตุลาการเจ้าของจำนวน เป็นรายกรณีไป

ดังนั้นในส่วนผลของการใช้อำนาจและการเยียวยาผู้ได้รับผลกระทบจากการใช้อำนาจ ตามพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548 หากการกระทำนั้นของ เจ้าหน้าที่รัฐที่ใช้อำนาจ และความเสียหายต่อเอกชนนั้นเป็นผลจากการกระทำละเมิดที่เกิดจากการ ใช้อำนาจพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548 บทบัญญัติแห่ง มาตรา 17 ตอนท้ายแม้ว่าจะไม่ตัดสิทธิผู้ได้รับความเสียหายที่จะเรียกร้องค่าเสียหายจากทางราชการ ตามกฎหมายว่าด้วยความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ แต่เมื่อพิจารณาข้อความในบทบัญญัติใน มาตรา 16 แห่งพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548 ที่กำหนดว่า ข้อกำหนด ประกาศ คำสั่ง หรือการกระทำตามพระราชกำหนดนี้ไม่อยู่ในบังคับของกฎหมายว่าด้วย วิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง และกฎหมายว่าด้วยการจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดี ปกครอง นั่นก็หมายความว่าศาลปกครองไม่มีอำนาจในการพิจารณาในส่วนของกรณีกระทำละเมิดนี้ ไปด้วย จากบทบัญญัติแห่งกฎหมายดังกล่าวทำให้ศาลปกครองไม่มีเขตอำนาจในการพิจารณาคดีที่ เจ้าหน้าที่ของรัฐที่กระทำการตามพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548 ดังนั้นผู้เสียหายจากการกระทำดังกล่าวจึงต้องฟ้องร้องหน่วยงานที่เจ้าหน้าที่สังกัดต่อ ศาลยุติธรรม จึงอาจทำให้เกิดปัญหาในด้านการศึกษาเพื่อคุ้มครองประชาชนจากการใช้อำนาจรัฐ ได้เพราะผู้พิพากษาในศาลยุติธรรมอาจขาดความรู้ความเข้าใจในเรื่องหลักการความรับผิดชอบของรัฐ โดยปราศจากความผิด ซึ่งเป็นหลักการในทางกฎหมายมหาชน ซึ่งต้องใช้นิติวิธีในทางมหาชนใน การพิจารณาวิเคราะห์สภาพปัญหาที่เกิดขึ้นได้

#### 4.4 วิเคราะห์สภาพปัญหาที่เกี่ยวกับการควบคุมและการตรวจสอบการกระทำทางปกครองตามหลักการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายในเรื่องการใช้อำนาจของฝ่ายทหารในฐานะเจ้าพนักงานผู้มีอำนาจตามพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548

การควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายในเรื่องการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่รัฐในเรื่องการใช้อำนาจทางปกครอง สามารถดำเนินการได้หลายรูปแบบด้วยกัน แต่รูปแบบการควบคุมตรวจสอบที่สำคัญ อาจจำแนกได้เป็น 2 รูปแบบ คือ “รูปแบบการควบคุมโดยองค์กรภายในฝ่ายปกครอง” และ “รูปแบบการควบคุมโดยองค์กรภายนอกฝ่ายปกครอง” โดยผู้วิจัยวิเคราะห์สภาพปัญหาเกี่ยวกับองค์กรควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายฝ่ายทหารในฐานะเจ้าพนักงานผู้มีอำนาจตามพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548 ได้ดังนี้

##### 4.4.1 วิเคราะห์สภาพปัญหาเกี่ยวกับองค์กรควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายฝ่ายทหารในฐานะเจ้าพนักงานผู้มีอำนาจตามพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548 โดยองค์กรภายในฝ่ายปกครอง

รูปแบบในการควบคุมการใช้อำนาจของฝ่ายทหารที่เกี่ยวข้องในฐานะเจ้าพนักงานผู้มีอำนาจตามพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548 โดยองค์กรภายในฝ่ายปกครองสามารถแยกพิจารณาได้ 3 กรณีคือ

- 1) รูปแบบการควบคุมโดยผู้มีอำนาจเหนือ ซึ่งในที่นี้ได้แก่การใช้อำนาจของผู้บังคับบัญชาที่สามารถควบคุมการใช้อำนาจของฝ่ายทหารในการดำเนินการอย่างใดอย่างหนึ่งในทางปกครองได้โดยอำนาจของผู้บังคับบัญชาแต่ละระดับสามารถควบคุมการใช้อำนาจของฝ่ายทหารในฐานะผู้อยู่ภายใต้อำนาจได้ทั้งความเหมาะสมของการใช้อำนาจและความชอบด้วยกฎหมายของการใช้อำนาจ ซึ่งหลักการทั่วไปเมื่อผู้บังคับบัญชาได้สั่งการใด ๆ ให้ผู้ใต้บังคับบัญชาไปดำเนินการใด ๆ ตามกฎหมายแล้ว ผู้บังคับบัญชาต้องคอยติดตาม สอดส่องดูแลให้ผู้ใต้บังคับบัญชาปฏิบัติหน้าที่ให้เป็นไปตามกรอบที่กฎหมายกำหนดด้วย และที่สำคัญการใช้อำนาจของฝ่ายทหารในสถานะการณ์ที่ไม่ปกติ หลักความชอบด้วยกฎหมายและหลักสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ย่อมมีข้อจำกัดในการควบคุมการใช้อำนาจของฝ่ายทหารในสถานะการณ์นั้น หมายความว่าดุลยพินิจระหว่างการใช้อำนาจกับการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพย่อมแตกต่างจากสถานการณ์ปกติ ดังนั้นผู้บังคับบัญชา ตลอดจนนายกรัฐมนตรีหรือผู้ที่นายกรัฐมนตรีมอบหมายให้ใช้อำนาจแทนจึงมีหน้าที่คอยสอดส่องดูแลและควบคุมการใช้อำนาจให้สอดคล้องกับสถานการณ์นั้น ๆ หากเห็นว่าการใช้อำนาจของฝ่ายทหารขัดต่อหลักความชอบด้วยกฎหมายหรือขัดต่อหลักความเหมาะสม



ของการใช้อำนาจ ผู้บังคับบัญชา ตลอดจนนายกรัฐมนตรีหรือผู้ที่นายกรัฐมนตรีมอบหมายให้ใช้อำนาจแทนต้องเข้าระงับยับยั้งการใช้อำนาจนั้นเพื่อคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน

ข้อบังคับกระทรวงกลาโหมยังได้ให้ความหมายว่าการจลาจลคือ การก่อความวุ่นวายในบ้านเมืองซึ่งความรุนแรงถึงขนาดมีผลกระทบต่อความมั่นคงของประเทศ<sup>65</sup> และคำว่า การก่อความไม่สงบ หมายความว่า การกระทำความผิดตามกฎหมายซึ่งอาจส่งผลกระทบต่อความสงบเรียบร้อยของบ้านเมือง<sup>66</sup> หากสถานการณ์มีความรุนแรงและมีความจำเป็นต้องใช้อาวุธก็จะต้องได้รับอนุมัติจากรัฐมนตรีว่าการกระทรวงกลาโหม หรือผู้ที่ได้รับมอบอำนาจเป็นหนังสือจากรัฐมนตรีว่าการกระทรวงกลาโหม เว้นแต่ การใช้กำลังทหารที่มีอาวุธเพื่อปราบปรามการจลาจล หรือปฏิบัติตามพันธกรณีระหว่างประเทศ ซึ่งจะต้องได้รับความเห็นชอบจากคณะรัฐมนตรีก่อน หรือกรณีที่ผู้บังคับบัญชาทหารในเขตพื้นที่พิจารณาสั่งการได้ตามแผนที่กำหนดไว้หรือตามความจำเป็นโดยไม่ต้องรอคำสั่งจากรัฐมนตรีว่าการกระทรวงกลาโหม<sup>67</sup>

กฎหมายกำหนดให้ผู้บังคับบัญชาระดับสูง หรือผู้บังคับบัญชาจะมอบหมายการสั่งการได้ตามแผนหรือตามความจำเป็น<sup>68</sup> นอกจากนี้หากเป็นการใช้กำลังทางทหารเพื่อปราบปรามการจลาจลที่อยู่ในช่วงที่มีการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินหรือสถานการณ์ฉุกเฉินที่มีความร้ายแรงตามพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548 นั้นจะต้องได้รับความ

<sup>65</sup> ข้อบังคับกระทรวงกลาโหมว่าด้วยการใช้กำลังทหาร การเคลื่อนกำลังทหารและการเตรียมพร้อม พ.ศ. 2548

ข้อ 4 “ในข้อบังคับนี้ “การจลาจล” หมายความว่า การก่อความวุ่นวายในบ้านเมือง ซึ่งมีความรุนแรงถึงขนาดมีผลกระทบต่อความมั่นคงของรัฐ.

<sup>66</sup> ข้อ 4.5 “การก่อความไม่สงบ” หมายความว่า การกระทำความผิดตามกฎหมาย ซึ่งอาจส่งผลกระทบต่อความสงบเรียบร้อยของบ้านเมือง.

<sup>67</sup> ข้อ 8 การใช้กำลังทหารในกรณีต่อไปนี้ ให้ผู้บังคับบัญชาของทหารพิจารณาสั่งการได้โดยไม่ต้องรอรับคำสั่งจากรัฐมนตรีว่าการกระทรวงกลาโหม

8.1 เมื่อมีการรุกล้ำ ดินแดน

8.2 เมื่อมีการประกาศสงคราม หรือมีสถานะสงคราม หรือได้ประกาศใช้กฎอัยการศึกแล้ว

8.3 เมื่อหน่วยทหารถูกจู่โจม

8.4 เมื่อมีการก่อความไม่สงบขึ้นในบริเวณหน่วยทหาร.”

<sup>68</sup> ข้อบังคับกระทรวงกลาโหมว่าด้วยการใช้กำลังทหาร การเคลื่อนกำลังทหารและการเตรียมพร้อม พ.ศ. 2548

ข้อ 9 “การใช้กำลังทหารเพื่อการปฏิบัติการทางทหารอื่น ๆ ให้ปลัดกระทรวงกลาโหม ผู้บัญชาการทหารสูงสุด ผู้บัญชาการทหารบก ผู้บัญชาการทหารเรือ ผู้บัญชาการทหารอากาศ หรือผู้ที่ผู้บังคับบัญชาดังกล่าวมอบหมาย พิจารณาสั่งการได้ตามแผนที่กำหนดไว้ หรือตามความจำเป็น.”

เห็นชอบจากคณะรัฐมนตรีก่อน<sup>69</sup> ซึ่งถือว่าเป็นการกำหนดแนวทางปฏิบัติให้สอดคล้องกับข้อบังคับกระทรวงกลาโหมว่าด้วยการใช้กำลังทหาร

2) การควบคุมรูปแบบและขั้นตอนการกระทำทางปกครองฝ่ายเดียว รูปแบบและขั้นตอนการใช้อำนาจของฝ่ายทหารตามพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548 ฝ่ายทหารสามารถใช้อำนาจและได้รับความคุ้มครองที่ไม่ต้องอยู่ในบังคับของกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง และกฎหมายว่าด้วยการจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง ซึ่งหมายความว่าในกระบวนการใช้อำนาจทางปกครองปกติรูปแบบและขั้นตอนการใช้อำนาจตั้งแต่การเตรียมการ การใช้อำนาจและการดำเนินการหลังใช้อำนาจไปแล้วย่อมตกอยู่ภายใต้กรอบของกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ซึ่งเป็นกฎหมายที่มีวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนจากการใช้อำนาจรัฐเพราะมีหลักเกณฑ์ที่ประกันความเป็นธรรมที่จะทำให้ประชาชนได้มีโอกาสต่อสู้ป้องกันสิทธิของตนในฐานะผู้ทรงสิทธิและกฎหมายดังกล่าวจะกำหนดหลักการให้การใช้อำนาจรัฐได้มาตรฐานในการปฏิบัติราชการทางปกครอง แต่เนื่องจากการใช้อำนาจของฝ่ายทหารจะมและใช้ได้ก็ต่อเมื่อนายกรัฐมนตรีโดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรีมีอำนาจประกาศให้สถานการณ์ฉุกเฉินนั้นเป็นสถานการณ์ที่มีความร้ายแรง และนายกรัฐมนตรีต้องออกคำสั่งให้ใช้กำลังทหารเพื่อช่วยเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองหรือตำรวจระงับเหตุการณ์ร้ายแรง หรือควบคุมสถานการณ์ให้เกิดความสงบโดยด่วน ซึ่งหมายความว่า การใช้อำนาจของฝ่ายทหารส่วนใหญ่จะใช้ก็ต่อเมื่อในกรณีที่สถานการณ์ฉุกเฉินมีการก่อการร้าย การใช้กำลังประทุษร้ายต่อชีวิต ร่างกาย หรือทรัพย์สิน หรือมีเหตุอันควรเชื่อได้ว่ามีการกระทำที่มีความรุนแรงกระทบต่อความมั่นคงของรัฐ ความปลอดภัยในชีวิตหรือทรัพย์สินของรัฐหรือบุคคล สถานการณ์ดังกล่าวในต่างประเทศ ซึ่งแน่นอนว่าในประเทศไทยก็ควรอยู่ภายใต้หลักการนี้คือ ทฤษฎีว่าด้วยสถานการณ์ยกเว้นเป็นอย่างยิ่ง

ทฤษฎีนี้พัฒนามาโดยแนวคำพิพากษาของศาลปกครองตั้งแต่ช่วงสงครามโลกครั้งที่ 1 ศาลปกครองวางหลักว่ากรณีใดจะถือเป็นสถานการณ์ยกเว้นเป็นอย่างยิ่งก็ต่อเมื่อ

- เป็นสถานการณ์ที่ยกเว้นเป็นอย่างยิ่งจริง ๆ เช่น ภาวะสงคราม ภัยธรรมชาติ โรคระบาด การนัดหยุดงานในอาณาบริเวณกว้างและเป็นเวลานานจนทำให้การบริการสาธารณะสะดุดลง เป็นต้น

- สถานการณ์เช่นว่านั้น เมื่อเกิดขึ้นแล้วทำให้ฝ่ายปกครองไม่อาจปฏิบัติตามหลักความชอบด้วยกฎหมายได้ดังเช่นสถานการณ์ปกติ

<sup>69</sup> หนังสือกรมพระธรรมนูญ ที่ 880/49 เรื่องการใช้กำลังทหารปราบปรามการจลาจล ลง 3 มีนาคม พ.ศ. 2549.

- ประโยชน์ที่ได้รับจากการใช้มาตรการที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายในสถานการณ์ยกเว้นดังกล่าวนี้ ต้องคุ้มค่าเพียงพอ เช่น ทำให้เพื่อความมั่นคงของชาติหรือเพื่อความต่อเนื่องของบริการสาธารณะ<sup>70</sup>

สถานการณ์ยกเว้นเป็นอย่างยิ่ง ส่งผลโดยตรงให้หลักความชอบด้วยกฎหมายไม่สามารถนำมาใช้ในบางกรณี เช่น เจ้าหน้าที่ออกคำสั่งไปโดยไม่เปิดโอกาสให้รับทราบข้อเท็จจริงอย่างเพียงพอหรือไม่เปิดโอกาสให้ได้แย้งแสดงพยานหลักฐาน ในสถานการณ์ปกติ คำสั่งนี้ย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมาย แต่ในสถานการณ์ยกเว้นเป็นอย่างยิ่ง ศาลอาจบอกว่าเป็นกรณีสถานการณ์ยกเว้นเป็นอย่างยิ่ง การออกคำสั่งดังกล่าวย่อมไม่อาจปฏิบัติตามกฎหมายได้ดังสถานการณ์ปกติ จึงไม่เพิกถอนคำสั่งนั้นนอกจากนั้น เจ้าหน้าที่อาจออกมาตรการบางประการที่เป็นการกระทบสิทธิและเสรีภาพได้มากกว่าปกติอีกด้วย

แต่อย่างไรก็ตามสถานการณ์ยกเว้นเป็นอย่างยิ่งย่อมไม่อาจดำรงอยู่ตลอดเวลา มาตรการต่าง ๆ ย่อมใช้เพื่อความจำเป็นอันต้องคำนึงถึงหลักความได้สัดส่วน และใช้ได้เฉพาะในช่วงเวลาที่สถานการณ์ยกเว้นเป็นอย่างยิ่งยังคงดำรงอยู่ เท่านั้น หากสถานการณ์คลี่คลายเป็นปกติแล้วเจ้าหน้าที่ฝ่ายทหารต้องดำเนินการโดยยึดหลักความชอบด้วยกฎหมายเหมือนเดิม และแม้ว่าพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548 จะยกเว้นให้การใช้อำนาจไม่ต้องอยู่ในบังคับของกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง แต่ก็ไม่ได้ห้ามเจ้าหน้าที่ฝ่ายทหารที่จะดำเนินการภายใต้กรอบและแนวทางตามกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองเพื่อป้องกันตนเองจากผลกระทบจากการใช้อำนาจนั้นและเพื่อคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนด้วย

3) การควบคุมรูปแบบและขั้นตอนการปฏิบัติการทางปกครอง ในส่วนของการใช้อำนาจของฝ่ายทหารในการปฏิบัติการทางปกครอง โดยเฉพาะการใช้อำนาจเข้าสลายการชุมนุมศาลปกครองสงขลาได้เคยให้เหตุผลในกรณีสลายการชุมนุมการประท้วงคัดค้านโครงการก่อสร้างท่าอากาศยานและโรงแยกก๊าซธรรมชาติไทย-มาเลเซีย ที่ จ. สงขลาที่จังหวัดสงขลาซึ่งมีการกำหนดมาตรการโดยให้เจ้าหน้าที่ตำรวจได้ตั้งแถวใช้กระบอกแก๊สและเผชิญหน้ากับกลุ่มผู้ชุมนุมโดยใช้ไม้พลักดันให้กลุ่มผู้ชุมนุมให้ถอยร่นไป โดยไม่ปรากฏว่ากลุ่มผู้ชุมนุมนั้นใช้อาวุธหรือได้กระทำการอย่างใดที่เป็นการฝ่าฝืนกฎหมาย และไม่ปรากฏว่าเจ้าหน้าที่ตำรวจได้ประกาศว่าจะใช้อำนาจสลายการชุมนุม แม้ตำรวจทำการยึด ไม้ธงและกรรไกรได้ แต่สิ่งของที่ยึดได้ไม่ถือเป็นอาวุธโดยสภาพ หากแต่จะเป็นอาวุธได้โดยการใช้ หรือเจตนาจะใช้ ซึ่งในการชุมนุมไม่ปรากฏว่าผู้ชุมนุมมีเจตนาจะมาแต่แรกที่จะให้มีการนำไม้ไฟหรือกรรไกร เพื่อใช้เป็น อาวุธ แต่ได้ใช้เป็นอาวุธหลังจากที่

<sup>70</sup> ปิยะบุตร แสงกนกกุล. (2549). *บทวิเคราะห์ พ.ร.ก.การบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548*. สืบค้น 10 มีนาคม 2559, จาก <http://www.pub-law.net/publaw/view.aspx?id=886>.

เจ้าหน้าที่ตำรวจได้ผลักดันเพื่อสลายการชุมนุม ซึ่งเป็นเจตนาที่เกิดขึ้น จากผู้ชุมนุมแต่ละคน มิใช่เจตนาที่เกิดขึ้น แต่แรกของผู้ชุมนุม ส่วนมิดสปาด้าและมิดพับ กับหนังสือพิมพ์ นั้น แม้จะเป็นอาวุธโดยสภาพ แต่ก็มีจำนวนน้อยเมื่อเทียบกับจำนวนคนในกลุ่มผู้ชุมนุม ทั้ง ไม่ปรากฏข้อเท็จจริง ว่ากลุ่มผู้ชุมนุม ได้มีเจตนาร่วมกันที่จะพกพาอาวุธดังกล่าวมาแต่แรก จึงเชื่อว่าการพาอาวุธข้างต้น นั้นเป็นเจตนาของผู้ที่เป็นเจ้าของโดยลำพัง กลุ่มผู้ชุมนุมไม่น่าจะรู้เห็นด้วย การชุมนุมดังกล่าวจึง เป็นการชุมนุมโดยสงบและปราศจากอาวุธ การที่เจ้าหน้าที่ตำรวจจำกัดเสรีภาพในการชุมนุมด้วยการใช้อำนาจสลายการชุมนุม จึงเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ และเป็นการละเมิดต่อเสรีภาพในการชุมนุม

นอกจากนั้นศาลปกครองกลางได้มีคำสั่งในคดีหมายเลขคำที่ 1065/2551 ของการสลายการชุมนุม ซึ่งวินิจฉัยถึงความชอบด้วยกฎหมายของการสลายการชุมนุม ว่าการที่ผู้ชุมนุมห้ามคณะรัฐมนตรีมิให้เข้าออกรัฐสภาเพื่อไปแถลงนโยบายต่อรัฐสภาเป็นเหตุให้เกิดผลกระทบต่อหน้าที่ในการบริหารราชการแผ่นดินและการจัดทำบริการสาธารณะซึ่งศาลเห็นว่าเจ้าหน้าที่ตำรวจสามารถเข้าสลายการชุมนุมได้ ซึ่งการให้ศาลเข้ามามีบทบาทในการตรวจสอบถึงการใช้อุปกรณ์ของฝ่ายปกครองนั้นถือเป็นกระบวนการถ่วงดุลอำนาจของฝ่ายปกครองได้ แต่ขั้นตอนการสลายการชุมนุมนั้นจะเป็นอย่างไรต้องอยู่ที่ข้อเท็จจริงเป็นกรณีไป

ดังนั้นผู้วิจัยเห็นว่าการสลายการชุมนุมตามมาตรฐานสากลจะต้องเริ่มจากการเจรจาต่อรองหากไม่สามารถต่อรองได้จึงจะใช้มาตรการสลายการชุมนุมจากเขาไปหาหนัก ด้วยวิธีการใช้โล่กำบังผลักดันกลุ่มผู้ชุมนุม หากไม่ได้ผลจึงจะใช้มาตรการฉีดน้ำจากรถดับเพลิง หากใช้น้ำฉีดแล้วไม่ได้ผล จึงจะใช้แก๊สน้ำตา โดยขั้นตอนทั้งหมดนั้น เจ้าหน้าที่จะต้องประกาศให้ผู้ชุมนุมทราบก่อน อีกทั้ง หลักการใช้แก๊สน้ำตาชนิดขว้างนั้น ควรขว้างให้ตกห่างจากฝูงชนมากกว่า 3 เมตร ในทิศทางเหนือลม ส่วนการยิงระเบิดแก๊สน้ำตา ควรใช้มุมยิง 25-45 องศาโดยยิงห่างฝูงชน 60-90 เมตร ซึ่งทั้งสองแบบไม่ควรขว้างหรือเล็งไปยังตัวบุคคลโดยตรง แต่จากเหตุการณ์เมื่อวันที่ 7 ตุลาคม 2551 นั้น เจ้าหน้าที่มิได้มีการประกาศเตือน มิได้ใช้มาตรการจากเขาไปหาหนักตามแผน “กรกฎ/48” ที่ได้วางไว้แต่แรก โดยเจ้าหน้าที่ตำรวจได้ขว้างและยิงแก๊สน้ำตาไปยังผู้ชุมนุมโดยตรงและยิงเข้าใส่เจ้าหน้าที่แพทย์พยาบาลที่เข้าไปช่วยเหลือผู้ได้รับบาดเจ็บ โดยไม่คำนึงถึงหลักมนุษยธรรม เช่นเดียวกับการที่เจ้าหน้าที่ทหารได้โปรยแก๊สน้ำตาจากเฮลิคอปเตอร์ เมื่อวันที่ 10 เมษายน 2553 เพื่อให้ผู้ชุมนุมยุติการชุมนุมนั้น เห็นได้ว่าการโยนแก๊สน้ำตาจากที่สูงสู่พื้นล่างเป็นการกระทำที่เล็งเห็นผลได้ว่า ผู้ชุมนุมอาจถูกกระป๋องแก๊สน้ำตาได้รับบาดเจ็บได้ แม้ในเหตุการณ์ครั้งนั้นจะมีการประกาศเตือนแล้วก็ตาม แต่หากพิจารณาถึงหลักความได้สัดส่วนแล้ว ก็น่าจะเป็นการกระทำที่ไม่ชอบได้ เพราะเจ้าหน้าที่ทหารสามารถเลือกวิธีทางอื่นในการใช้แก๊สน้ำตาได้ จะเห็นได้ว่าแม้ว่า

การแต่งตั้งเจ้าหน้าที่ทหารจะกระทำโดยชอบด้วยกฎหมายก็ตามแต่หากพิเคราะห์แล้วนั้นก็ควรทราบว่าภารกิจในการเข้าสลายการชุมนุมของเจ้าหน้าที่ทหารนั้นที่ไม่สอดคล้องกับบทบาทที่เจ้าหน้าที่ทหารถูกฝึกมา เพราะว่าทหารจะถูกฝึกมาเพื่อปราบศัตรูผู้รุกรานมากกว่าที่จะดำเนินการกับกลุ่มผู้ชุมนุม

ผู้วิจัยเห็นว่าหลักสำคัญของของเจ้าหน้าที่รัฐรวมถึงฝ่ายทหารในการใช้กำลังในการควบคุมฝูงชนนั้น เจ้าหน้าที่ของรัฐจะต้องพึงระลึกว่าการชุมนุมโดยสงบและปราศจากอาวุธเป็นสิทธิและเสรีภาพของประชาชนตามกฎหมาย เมื่อมีการชุมนุมเกิดขึ้น เจ้าหน้าที่จะต้องพิจารณาถึงความชอบธรรมในการใช้กำลังตามกฎหมายที่กำหนด และหลักสิทธิมนุษยชนและหลักควบคุมฝูงชนที่เป็นหลักปฏิบัติสากล ซึ่งการใช้กำลังตามหลักการดังกล่าวหมายความรวมถึงการใช้อุปกรณ์และอาวุธประกอบการใช้กำลังด้วย ส่วนการจัดการกับการชุมนุมที่ทำผิดกฎหมายนั้น เจ้าหน้าที่ผู้รับผิดชอบจะต้องทำตามอำนาจหน้าที่เพื่อให้สถานการณ์กลับสู่ภาวะปกติโดยเร็ว และหากมีการใช้กำลัง เจ้าหน้าที่จะต้องยึดหลัก 4 ประการคือ

1) หลักแห่งความจำเป็น ให้เจ้าหน้าที่ใช้กำลังเท่าที่จำเป็นโดยต้องพยายามใช้วิธีการอื่นก่อนการใช้กำลังที่อาจเกิดอันตรายต่อผู้ชุมนุม หากจำเป็นต้องใช้กำลังเพราะไม่สามารถหลีกเลี่ยงได้แล้ว ต้องเลือกวิธีจากเบาที่สุดและเป็นอันตรายต่อผู้ชุมนุมน้อยที่สุดก่อน โดยต้องยึดหลักแห่งความได้สัดส่วน คือ ต้องใช้วิธีการและกำลังด้วยความเหมาะสมสอดคล้องกับภัยอันตรายที่คุกคามเพื่อป้องกันสิทธิของตนเองและผู้อื่น

2) หลักความถูกต้องตามกฎหมาย คือ การพิจารณาใช้กำลัง เครื่องมือ หรือยุทธโศปกรณ์ตามหลักสากลกำหนดไว้

3) หลักความรับผิดชอบ ให้พิจารณาถึงผลที่เกิดขึ้นจากการใช้กำลังโดยต้องมีผู้รับผิดชอบในการสั่งการหรือการปฏิบัติและให้มีการจัดเตรียมบรรเทาผลร้ายหรือเยียวยาหลังใช้กำลังเสร็จสิ้นด้วย

4) หลักการใช้กำลังสากลในการใช้กำลังปฏิบัติการควบคุมฝูงชนจากเบาไปหาหนัก และก่อนจะเริ่มในแต่ละขั้นตอนเจ้าหน้าที่ทหารจะต้องประกาศแจ้งเตือนต่อผู้ชุมนุมก่อนทุกครั้ง และการใช้อุปกรณ์อาจไม่เรียงลำดับก็ได้ขึ้นอยู่กับสถานการณ์ในขณะนั้นประกอบด้วย

4.4.2 วิเคราะห์สภาพปัญหาเกี่ยวกับองค์การควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายฝ่ายทหารในฐานะเจ้าพนักงานใช้อำนาจตามพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548 โดยองค์การภายนอกฝ่ายปกครอง

การควบคุมและตรวจสอบการใช้อำนาจทางปกครองของรัฐ โดยองค์การภายนอกฝ่ายปกครอง เป็นรูปแบบที่ให้หลักประกันที่ดีแก่ประชาชนผู้อยู่ภายใต้การใช้อำนาจทางปกครอง

เนื่องจากข้อพิพาทดังกล่าวจะได้รับการพิจารณาจากบุคคลที่ไม่มีส่วนได้เสียกับกระบวนการใช้อำนาจ มีความเป็นกลาง และเป็นที่สุด โดยรูปแบบที่ใช้ควบคุมอาจมอบหมายให้ฝ่ายนิติบัญญัติในฐานะผู้แทนปวงชนทำหน้าที่ในการควบคุม หรืออาจมอบหมายให้องค์กรของรัฐที่เป็นอิสระจากฝ่ายบริหารหรือฝ่ายปกครองทำหน้าที่ในการควบคุมและตรวจสอบส่วนใหญ่จะเป็นองค์กรระดับรัฐธรรมนูญ แต่รูปแบบในการตรวจสอบที่ให้หลักประกันที่ดีที่สุดในการควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจทางปกครองของรัฐมักจะเป็นฝ่ายตุลาการ และบางรัฐบางประเทศที่ใช้ระบบศาลเดี่ยวก็ให้ศาลยุติธรรมทำหน้าที่ในควบคุมและการตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐ ส่วนบางประเทศก็สถาปนาระบบศาลให้เป็นระบบศาลคู่เพื่อทำหน้าที่เฉพาะในการควบคุมและตรวจสอบการใช้อำนาจทางปกครองของรัฐ ในส่วนของประเทศไทยเรานำรูปแบบการควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจทางปกครองของรัฐมาใช้ทั้งสามรูปแบบ

ในสภาพการณ์ทั่วไปสำหรับกลุ่มประเทศที่ใช้ระบบศาลคู่ หากข้อพิพาทนั้นเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับการใช้อำนาจทางปกครองของรัฐ ข้อพิพาทดังกล่าวย่อมได้รับการควบคุมและตรวจสอบการใช้อำนาจโดยศาลปกครอง แต่หากเราพิจารณาบทบัญญัติในมาตรา 16 แห่งพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน ที่กำหนดว่า ข้อกำหนด ประกาศ คำสั่ง หรือการกระทำตามพระราชกำหนดนี้ไม่อยู่ในบังคับของกฎหมายว่าด้วยวิधिปฏิบัติราชการทางปกครอง และกฎหมายว่าด้วยการจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง นั่นก็หมายความว่าศาลปกครองไม่มีอำนาจควบคุมการใช้อำนาจตามพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน ซึ่งนั่นย่อมหมายความว่าบทบัญญัติแห่งมาตราดังกล่าวเป็นบทตัดอำนาจของศาลปกครอง แต่บทบัญญัติดังกล่าวก็ไม่ได้ก้าวล่วงไปถึงขนาดที่จะตัดอำนาจในการตรวจสอบโดยฝ่ายตุลาการไปเสียทีเดียวเพราะแม้ว่าพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548 จะเขียนยกเว้นไม่ให้ศาลปกครองมีเขตอำนาจในการตรวจสอบ แต่ภายใต้หลักนิติรัฐศาลยุติธรรมก็ต้องมีบทบาทและเขตอำนาจในการพิจารณาควบคุมตรวจสอบแทนในฐานะที่เป็นศาลที่มีเขตอำนาจทั่วไป ดังนั้นหากเป็นเรื่องการตรวจสอบการใช้อำนาจทางปกครองของเจ้าหน้าที่รัฐฝ่ายทหารในการใช้อำนาจทางปกครองตามพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548 นี้ ตลอดจน การใช้อำนาจของฝ่ายทหารตามพระราชกำหนดนี้อาจต้องรับผิดชอบทั้งทางแพ่งทางอาญา หรือทางวินัย เนื่องจากการปฏิบัติหน้าที่ในการระงับหรือป้องกันการกระทำผิดกฎหมาย หากเป็นการกระทำที่ไม่สุจริต เลือกปฏิบัติ และเกินสมควรแก่เหตุหรือไม่เกินกว่ากรณีจำเป็น ก็จะอยู่ในเขตอำนาจพิจารณาของศาลยุติธรรม

กรณีดังกล่าวได้เคยมีผู้ยื่นฟ้องนายกรัฐมนตรี (นายอภิสิทธิ์ เวชชาชีวะ) และพวก ต่อศาลปกครองสูงสุดว่า ตนได้รับความเดือดร้อนเสียหายจากการถูกปิดกั้นข้อมูลข่าวสาร ไม่สามารถแสดงความคิดเห็นใด ๆ ได้โดยอิสระ และไม่อาจใช้สิทธิในการชุมนุมสาธารณะใด ๆ อย่างปลอดภัยได้ อันเนื่องจากการออกกฎหรือคำสั่งทางปกครองของผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสอง (นายกรัฐมนตรี ผู้ถูกฟ้องที่ 1 รองนายกรัฐมนตรีและผู้อำนวยการศูนย์อำนวยการแก้ไขสถานการณ์ฉุกเฉิน ผู้ถูกฟ้องที่ 2) ซึ่งได้อาศัยอำนาจตาม พ.ร.บ. การรักษาความมั่นคงภายในราชอาณาจักร พ.ศ. 2551 ออกข้อกำหนดและออกประกาศต่าง ๆ ที่เป็นการจำกัดสิทธิของผู้ฟ้องคดี และต่อมา ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ก็ได้อาศัยอำนาจตาม พ.ร.ก. การบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548 ออกประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินที่มีความร้ายแรง โดยกำหนดให้เขตท้องที่กรุงเทพมหานครและท้องที่ใกล้เคียง อยู่ในเขตพื้นที่ใช้ประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินที่มีความร้ายแรง ซึ่งผู้ฟ้องคดีเห็นว่าการออกประกาศ ข้อกำหนด และคำสั่งของผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพที่รับรองไว้ตามรัฐธรรมนูญฯ เป็นการกระทำที่ขัดต่อหลักความพอสมควรแก่เหตุ ตาม พ.ร.บ. ระเบียบปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 จึงขอให้ศาลมีคำพิพากษาหรือคำสั่งเพิกถอนบรรดากฎ หรือคำสั่งทางปกครอง ที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามกฎหมายทั้งสองฉบับดังกล่าว

ต่อมาศาลปกครองสูงสุดพิเคราะห์ว่า การที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 อาศัยอำนาจตาม พ.ร.ก. การบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548 ออกประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินที่มีความร้ายแรงนั้น การที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ออกข้อกำหนดและมาตรการต่าง ๆ ก็เพื่อให้สามารถแก้ไขสถานการณ์ฉุกเฉินให้ยุติได้โดยเร็ว และป้องกันมิให้เกิดเหตุการณ์ร้ายแรงมากขึ้น ซึ่งกฎหมายดังกล่าวได้มีข้อกำหนดให้การดำเนินการตาม พ.ร.ก.การบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉินฯ ฉบับนี้ ไม่อยู่ในบังคับของกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองและกฎหมายว่าด้วยการจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง กรณีจึงไม่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองเช่นกัน ศาลปกครองสูงสุดจึงมีคำสั่งไม่รับคำฟ้องคดีนี้ไว้พิจารณา (พ.82/2555) และในเวลาต่อมารักษาการนายกรัฐมนตรี (นางสาวยิ่งลักษณ์ ชินวัตร) ก็ได้ประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินที่มีความร้ายแรงในเขตท้องที่กรุงเทพมหานคร จังหวัดนนทบุรี อำเภอลาดหลุมแก้ว จังหวัดปทุมธานี และอำเภอบางพลี จังหวัดสมุทรปราการ ลงวันที่ 21 มกราคม พ.ศ. 2557 และคณะรัฐมนตรีได้มีมติให้จัดตั้งศูนย์รักษาความสงบ (สรส.) ขึ้นเพื่อปฏิบัติหน้าที่แก้ไขสถานการณ์ฉุกเฉินดังกล่าว ส่งผลให้การชุมนุมทางการเมืองไม่สามารถทำได้ เป็นเหตุให้ฝ่ายที่ไม่เห็นด้วยคือกลุ่มผู้ชุมนุม กปปส. ซึ่งเห็นว่าการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินฯ ดังกล่าวไม่ชอบด้วยกฎหมาย เพราะศาลรัฐธรรมนูญได้เคยวินิจฉัยไว้แล้วว่า การชุมนุมของคณะกรรมการประชาชนเพื่อการเปลี่ยนแปลงประเทศไทยให้เป็นประชาธิปไตยที่สมบูรณ์อันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข

(กปปส.) ไม่ขัดต่อกฎหมาย เพราะเป็นการชุมนุมโดยสงบและปราศจากอาวุธ ซึ่งไม่มีความจำเป็นที่จะต้องประกาศใช้พระราชกำหนดดังกล่าว อันเป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชน ผู้ฟ้องคดีได้ยื่นฟ้องคดีนี้ต่อศาลแพ่งเพื่อขอให้เพิกถอนประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินดังกล่าว ซึ่งต่อมาศาลแพ่งได้มีคำสั่งรับคำฟ้องไว้พิจารณา<sup>71</sup>

การกำหนดให้ศาลยุติธรรมมีอำนาจในการควบคุมและตรวจสอบการกระทำของฝ่ายปกครองอาจจะมีผลกระทบต่อระบบศาลของประเทศไทยที่เป็นระบบศาลคู่ ดังนี้<sup>72</sup>

1) รูปแบบการพิจารณาคดี การพิจารณาคดีในระบบศาลยุติธรรมจะเน้นให้คู่พิพาทรักษาผลประโยชน์ของตนเอง กระบวนการพิจารณาคดีมีความยุ่งยากและสลับซับซ้อน มีค่าใช้จ่ายสูง จึงไม่น่าจะเหมาะกับการที่จะนำวิธีพิจารณาดังกล่าวมาใช้กับการกระทำทางปกครองที่ต้องอาศัยความรวดเร็ว นอกจากนี้กระบวนการพิจารณาในศาลยุติธรรมจะเน้นที่ระบบกล่าวหาซึ่งผลักภาระการพิสูจน์ให้ตกอยู่กับคู่ความฝ่ายที่กล่าวอ้างข้อเท็จจริง กรณีดังกล่าวจึงเป็นการยากลำบากมากที่ประชาชนผู้ตกอยู่ภายใต้คำสั่งจะเสนอปัญหาให้ศาลวินิจฉัยชี้ขาดได้ว่าการกระทำทางปกครองของเจ้าหน้าที่รัฐไม่ชอบด้วยกฎหมาย

2) ประชาชนไม่อาจฟ้องขอให้ศาลพิพากษาว่าการกระทำทางปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมายได้โดยตรง เนื่องจากต้องรอให้ตนเองถูกฟ้องเป็นจำเลยในข้อหาว่าฝ่าฝืนกฎหมายลำดับรองนั้นเสียก่อนจึงสามารถต่อสู้ว่ากฎหมายลำดับรองนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมายการที่ตนฝ่าฝืนจึงไม่เป็นความผิดตามกฎหมายและถึงแม้ว่าศาลยุติธรรมจะพิพากษาว่ากฎหมายลำดับรองนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย ศาลยุติธรรมก็มิได้มีอำนาจในการเพิกถอนกฎหมายลำดับรอง คงมีแต่อำนาจปฏิเสธที่จะนำกฎหมายลำดับรองนั้นมาบังคับใช้แก่คดีที่ตนกำลังพิจารณาอยู่เท่านั้น ทำให้กฎหมายลำดับรองนั้นยังมีผลบังคับอยู่และฝ่ายปกครองก็อาจใช้กฎหมายลำดับรองนั้นบังคับใช้แก่เอกชนอื่น ๆ ต่อไป

3) ผู้พิพากษาศาลยุติธรรมส่วนใหญ่จะมีองค์ความรู้ และความชำนาญในกฎหมายแพ่งและกฎหมายอาญา ผู้พิพากษาศาลยุติธรรมจึงอาจใช้และตีความกฎหมายแตกต่างไปจากหลักคิดและแนวทางในการใช้และตีความในทางมหาชน

<sup>71</sup> ครอบธรรม ธรรมรัฐ. (ม.ป.ป.). การใช้กฎหมายรักษาความมั่นคงของรัฐ: กับอำนาจการตรวจสอบของศาล. สืบค้น 5 กุมภาพันธ์ 2557, จาก <http://www.manager.co.th/asp-bin/PrintNews.aspx?NewsID=9570000014078>.

<sup>72</sup> จาก “บทวิเคราะห์การบังคับใช้พระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548 กับปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ,” โดย บรรหาร กำลา, 2551, *มูลนิธิ*, น. 36-37.



หากพิจารณาเปรียบเทียบจากมาตรการในการตรวจสอบการกระทำของเจ้าพนักงานที่ได้ใช้อำนาจหน้าที่ไปตามกฎหมายที่ได้ออกมาเพื่อใช้ในการควบคุมสถานการณ์ฉุกเฉินอันส่งผลให้เป็นการกระทำละเมิดทางปกครองต่อประชาชนของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีซึ่งมีระบบศาลคู่แล้วพบว่ามีความหมายอย่างชัดเจนวางหลักเกณฑ์ไว้ว่าแม้กรณีประเทศตกอยู่ในสถานการณ์ฉุกเฉินหากพนักงานเจ้าหน้าที่ได้กระทำการใด ๆ อันส่งผลเป็นการกระทำละเมิดต่อประชาชนของตนหากพิจารณาแล้วถือว่าการกระทำดังกล่าวถูกจัดเป็นคดีแพ่งหรืออาญา การนั้นจะถูกพิจารณาดำเนินคดีที่ศาลยุติธรรม แต่หากการกระทำดังกล่าวมีลักษณะเป็นคดีปกครองการดำเนินการพิจารณาคดีจะถูกวินิจฉัยชี้ขาดโดยศาลปกครอง<sup>73</sup>

ดังนั้นการที่ผู้ร่างกฎหมายประสงค์ให้ศาลยุติธรรมทำหน้าที่ตรวจสอบการใช้อำนาจทางปกครองของรัฐ โดยเฉพาะการกระทำของฝ่ายทหารในการดำเนินการตามพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548 ผู้วิจัยไม่เห็นด้วยเนื่องจากการตรวจสอบการใช้อำนาจทางปกครองว่าชอบด้วยกฎหมายหรือไม่จำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องใช้นิติวิธีทางด้านมหาชนประกอบการพิจารณาซึ่งผู้พิพากษาในศาลยุติธรรมจะคุ้นชินอยู่กับรูปแบบการใช้และการตีความกฎหมายเอกชนจึงทำให้ผู้พิพากษาอาจขาดความชำนาญในการพิจารณาคดีปกครอง นอกจากนี้ในระบบศาลยุติธรรมจะถือหลักว่าผู้ฟ้องคดีต้องถูกโต้แย้งสิทธิก่อนถึงจะมีอำนาจในการฟ้องคดีส่วนศาลปกครองจะถือหลักเพียงแค่อำนาจให้ผู้ฟ้องคดีมีส่วนได้เสียพอสมควรในเรื่องที่ฟ้องร้องก็สามารถมีอำนาจฟ้องคดีได้ ทำให้ช่องทางในการฟ้องคดีของประชาชนแคบกว่าการฟ้องคดีต่อศาลปกครอง และผลจากหลักการนี้ส่งผลโดยตรงให้ศาลยุติธรรมไม่สามารถรับฟ้องคดีที่ประชาชนฟ้องเพิกถอนกฎที่รัฐตราโดยอาศัยอำนาจตามพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548 ได้ เพราะยังไม่อาจถือได้ว่าประชาชนยังไม่ถูกโต้แย้งสิทธิในขณะเดียวกัน โดยหลักการทั่วไปศาลปกครองจะมีอำนาจรับฟ้องกรณีเพิกถอนกฎได้ และในส่วนของละเมิดที่เกิดจากการใช้อำนาจพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน๗ บทบัญญัติแห่งมาตรา 17 ตอนท้ายก็ไม่ตัดสิทธิผู้ได้รับความเสียหายที่จะเรียกร้องค่าเสียหายจากทางราชการตามกฎหมายว่าด้วยความรับผิดชอบละเมิดของเจ้าหน้าที่ แต่เมื่อบทบัญญัติในมาตรา 16 แห่งพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉินพ.ศ.2548 กำหนดว่า ข้อกำหนด

<sup>73</sup> จาก การเรียกค่าเสียหายในคดีปกครอง : ศึกษากรณีตามมาตรา 16 และมาตรา 17 แห่งพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548 (รายงานผลการวิจัย) (น. 129), โดย มหาวิทยาลัยอัสสัมชัญ คณะนิติศาสตร์ (ได้รับทุนอุดหนุนจากคณะกรรมการวิจัยและพัฒนาของวุฒิสภา สำนักงานเลขาธิการวุฒิสภา), 2549, กรุงเทพฯ: คณะกรรมการวิจัยและพัฒนาของวุฒิสภา สำนักงานเลขาธิการวุฒิสภา.

ประกาศ คำสั่ง หรือการกระทำตามพระราชกำหนดนี้ไม่อยู่ในบังคับของกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง และกฎหมายว่าด้วยการจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง นั่นก็หมายความว่าศาลปกครองไม่มีอำนาจในการพิจารณาในส่วนของการกระทำละเมิดนี้ไปด้วย



## บทที่ 5

### บทสรุปและข้อเสนอแนะ

#### 5.1 บทสรุป

ในระบอบการปกครองแบบประชาธิปไตย อันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขอย่างประเทศไทย ได้มีการบัญญัติรับรองและคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานของประชาชนเอาไว้ เพื่อให้ประชาชนทุกคนมีสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานที่เท่าเทียมกัน ในขณะเดียวกันรัฐเองก็มีบทบาทและหน้าที่หลักในการบริหารจัดการรัฐให้เป็นไปด้วยความสงบเรียบร้อย หากเกิดเหตุการณ์ที่ไม่สงบและกฎหมายธรรมดาที่อยู่ในรัฐไม่สามารถแก้ไขปัญหาได้อย่างมีประสิทธิภาพและสถานการณ์นั้น ๆ กลับลุกลามเข้าสู่สภาวะการณ์ที่รุนแรง เพื่อให้การบริหารจัดการในการรักษาความสงบและความปลอดภัยมีเอกภาพและเป็นไปด้วยความเรียบร้อย พระราชบัญญัติการรักษาความมั่นคงภายในราชอาณาจักร พ.ศ. 2551 ถูกนำมาใช้ แต่การบังคับใช้พระราชบัญญัติการรักษาความมั่นคงภายในราชอาณาจักร พ.ศ. 2551 นั้น ไม่สามารถแก้ไขปัญหาได้อย่างมีประสิทธิภาพจนกระทั่งเหตุการณ์ได้เริ่มบานปลายคือ การยิงอาร์พีจีลั่นม็องทำงานในกระทรวงกลาโหมและกดดันให้รัฐบาลในขณะนั้นยุบสภา จึงทำให้รัฐบาลในขณะนั้นบังคับใช้พระราชบัญญัติการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548 แต่กฎหมายฉบับดังกล่าวก็ยังมีสภาพปัญหาในการบังคับใช้ขณะเดียวกันบัญญัติแห่งกฎหมายดังกล่าวก็ไม่สามารถปกป้องเจ้าหน้าที่ผู้ปฏิบัติงานให้พ้นจากความรับผิดชอบตามกฎหมายแม้จะได้ปฏิบัติตามคำสั่งโดยสุจริตจากผู้บังคับบัญชา เป็นเหตุให้เจ้าหน้าที่ที่ปฏิบัติตามหน้าที่ถูกดำเนินการทางวินัยอย่างร้ายแรงและถูกดำเนินคดีอาญาสภาพการณ์ดังกล่าวบั่นทอนขวัญกำลังใจของผู้ปฏิบัติงานที่ปฏิบัติหน้าที่ด้วยความสุจริต

จากการศึกษาแนวคิดและทฤษฎีที่เกี่ยวข้อง ทำให้ทราบว่ารัฐมีบทบาทสำคัญในการจัดทำภารกิจหลักในด้านการรักษาความสงบเรียบร้อยและดูแลด้านความมั่นคง ทำให้รัฐสามารถใช้อำนาจเหนือประชาชนที่อยู่ภายใต้รัฐได้ แต่ถึงแม้ว่ารัฐสามารถใช้อำนาจเหนือประชาชนได้แต่การใช้อำนาจดังกล่าวย่อมอยู่บนพื้นฐานของหลักการที่สำคัญภายใต้กติกของรัฐที่เป็นเสรีประชาธิปไตย ตลอดจนต้องคำนึงถึงกรอบกติกาของกฎหมายระหว่างประเทศด้วย กติกาของรัฐหรือประเทศที่อยู่ภายใต้การปกครองที่เป็นประชาธิปไตยมักจะยึดถือว่าประชาชนคือเจ้าของอำนาจ

ดังนั้นการใช้อำนาจรัฐจึงต้องใช้โดยคำนึงถึงสิทธิและเสรีภาพของประชาชนที่อยู่ในรัฐอันเป็นการยกฐานะของประชาชนที่อยู่ในรัฐเป็นผู้ทรงสิทธิมิใช่ผู้ถูกระทำเหมือนเอกเช่นรัฐที่เป็นเผด็จการ หลักการพื้นฐานที่รัฐหรือผู้ใช้อำนาจรัฐจะต้องยึดถือเป็นกรอบในการใช้อำนาจนั้น เช่น หลักประชาธิปไตย หลักนิติรัฐ หลักนิติธรรม ตลอดจนคติการต่าง ๆ ของกฎหมายระหว่างประเทศที่รัฐนั้น ๆ พึงยึดถือ

การใช้อำนาจรัฐในการดูแลรักษาความสงบในรัฐหรือประเทศนั้นหากเป็นสภาวะการณ์ปกติย่อมมีความเคร่งครัดหรือมีกรอบในการใช้อำนาจที่ต้องคำนึงถึงสิทธิและเสรีภาพของประชาชน แต่หากเป็นการใช้อำนาจในสถานการณ์ที่ไม่ปกติสภาพการณ์ของการใช้อำนาจมักจะลดขั้นตอนและความเคร่งครัดลงเพื่ออำนวยให้ผู้ใช้อำนาจรัฐสามารถใช้อำนาจนั้นนำพารัฐหรือประเทศเข้าสู่สภาวะการณ์ที่เป็นปกติโดยเร็ว

ในส่วนของประเทศไทยที่มีการปกครองในระบอบประชาธิปไตยย่อมหลีกเลี่ยงไม่ได้ที่จะต้องเดินตามกรอบและทิศทางดังที่กล่าวไว้เบื้องต้นหมายความว่าหากประเทศไทยอยู่ในสภาวะการณ์ปกติ ผู้ใช้อำนาจรัฐจะต้องใช้อำนาจโดยคำนึงถึงกรอบการใช้อำนาจอย่างเคร่งครัด แต่หากประเทศไทยตกอยู่ในสภาวะการณ์ที่ไม่ปกติและกฎหมายธรรมดาที่อยู่ในรัฐไม่สามารถนำมาใช้บังคับให้เกิดประสิทธิภาพได้ ประเทศไทยก็ย่อมที่จะสามารถตรากฎหมายเพื่อนำมาใช้บังคับกับสถานการณ์ที่ไม่ปกตินั้นได้เพื่อนำพาประเทศเข้าสู่ความสงบเรียบร้อยโดยเร็ว

ตลอดระยะเวลาที่ผ่านมาประเทศไทยเกิดสภาวะการณ์ที่ไม่ปกติและนำมาสู่ความรุนแรงทางการเมืองหลายครั้ง ทำให้รัฐบาลไทยตัดสินใจตราและประกาศใช้กฎหมายสำหรับบริหารจัดการสถานการณ์ที่ไม่ปกติหลายฉบับเช่น

1) พระราชบัญญัติจัดระเบียบกระทรวงกลาโหม พ.ศ. 2551 ที่กำหนดให้” กระทรวงกลาโหม” มีอำนาจหน้าที่ ในการ พิทักษ์รักษาเอกราชและความมั่นคงแห่งราชอาณาจักร จากภัยคุกคามทั้งภายนอกและ ภายในราชอาณาจักรปราบปรามการกบฏและการจลาจล โดยจัดให้มีและใช้กำลังทหารตามที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยหรือตามที่มี กฎหมายกำหนด ทำหน้าที่ พิทักษ์รักษา ปกป้องสถาบันพระมหากษัตริย์ ตลอดจนสนับสนุนภารกิจของสถาบันพระมหากษัตริย์ ปกป้อง พิทักษ์รักษาผลประโยชน์แห่งชาติและการปกครองระบอบประชาธิปไตย อันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข พัฒนาประเทศเพื่อความมั่นคงตลอดจนสนับสนุนภารกิจอื่นของรัฐในการพัฒนาประเทศ การป้องกันและแก้ไขปัญหาจากภัยพิบัติ และการช่วยเหลือประชาชน ปฏิบัติการอื่นที่เป็นการปฏิบัติการทางทหารนอกเหนือจากสงครามเพื่อความมั่นคงแห่งราชอาณาจักร หรือปฏิบัติการอื่นใด ทั้งนี้ ตามที่มีกฎหมายกำหนดหรือตามมติคณะรัฐมนตรี

2) พระราชบัญญัติกฏอัยการศึก พ.ศ. 2457 ที่กำหนดให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายทหาร มีอำนาจเหนือเจ้าหน้าที่ฝ่ายพลเรือนในส่วนที่เกี่ยวกับการยุทธ การระงับปราบปราม หรือการรักษาความสงบเรียบร้อย และเจ้าหน้าที่ฝ่ายพลเรือนต้องปฏิบัติ ตามความต้องการของเจ้าหน้าที่ฝ่ายทหารในเขตที่ประกาศใช้กฏอัยการศึก

3) พระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548 ที่กำหนดว่าเมื่อปรากฏว่า มีสถานการณ์ฉุกเฉินเกิดขึ้น และนายกรัฐมนตรีเห็นสมควร ใช้กำลังเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองหรือตำรวจ เจ้าหน้าที่ฝ่ายพลเรือน หรือเจ้าหน้าที่ฝ่ายทหารร่วมกันป้องกัน แก้ไขปราบปราม ระงับ ชัยยั้ง ฟืนฟู หรือช่วยเหลือประชาชน

4) พระราชบัญญัติการรักษาความมั่นคงภายในราชอาณาจักร พ.ศ. 2551 ที่กำหนดให้ในกรณีที่เกิดเหตุฉุกเฉินอันกระทบต่อความมั่นคงภายในราชอาณาจักรแต่ยังไม่มีควมจำเป็นต้องประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินตามกฎหมายว่าด้วยการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน และเหตุการณ์นั้นมีแนวโน้มที่จะมีอยู่ต่อไปเป็นเวลานานทั้งอยู่ในอำนาจหน้าที่หรือความรับผิดชอบในการแก้ไขปัญหของหน่วยงานของรัฐหลายหน่วยคณะรัฐมนตรีจะมีมติมอบหมายให้กอ.รมน. เป็นผู้รับผิดชอบในการป้องกัน ปราบปราม ระงับ ชัยยั้ง และแก้ไขหรือบรรเทาเหตุการณ์ที่กระทบต่อความมั่นคงภายในราชอาณาจักรนั้นภายในพื้นที่และระยะเวลาที่กำหนดได้ ทั้งนี้ ให้ประกาศให้ทราบโดยทั่วไป

อนึ่งปัญหาเกี่ยวกับการใช้อำนาจฝ่ายทหาร ในฐานะเจ้าพนักงานผู้ใช้อำนาจตามพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548 สามารถแยกพิจารณาได้ 4 ประเด็นหลัก ๆ ได้แก่สภาพปัญหาเกี่ยวกับบทบัญญัติของพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548 สภาพปัญหาที่เกี่ยวกับกระบวนการใช้อำนาจของฝ่ายทหารในฐานะเจ้าพนักงานผู้มีอำนาจตามพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548 สภาพปัญหาเกี่ยวกับผลของการใช้อำนาจและการเยียวยาผู้ได้รับผลกระทบจากการใช้อำนาจตามพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548 และสภาพปัญหาที่เกี่ยวกับควบคุมและการตรวจสอบการกระทำทางปกครองตามหลักการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายในเรื่องการใช้อำนาจของฝ่ายทหารในฐานะเจ้าพนักงานผู้มีอำนาจตามพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548

สภาพปัญหาบางประการเกี่ยวกับบทบัญญัติของพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548 ในประเด็นเกี่ยวกับอำนาจในการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉิน เนื่องจากการประกาศว่าท้องที่ใดกำลังตกอยู่ในสถานการณ์ฉุกเฉิน และสมควรใช้กำลังเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองหรือตำรวจ เจ้าหน้าที่ฝ่ายพลเรือน หรือเจ้าหน้าที่ฝ่ายทหารเข้าร่วมกันเยียวยา

สถานการณ์นั้น เป็นอำนาจของนายกรัฐมนตรีโดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรี โดยจะประกาศทั้งราชอาณาจักรหรือบางท้องที่ได้ และประกาศนี้มีอายุใช้บังคับสามเดือนนับแต่วันประกาศ แต่นายกรัฐมนตรีอาจขยายอายุดังกล่าวได้คราวละไม่เกินสามเดือน โดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรี ในบางสถานการณ์หากไม่อาจขอความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรีเพื่อประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินได้อย่างทันทั่วถึง ดังนั้นการใช้อำนาจประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินของรัฐบาลจำเป็นต้องอย่างยั้งที่จะต้องพิจารณาอย่างรอบคอบต่อบริบทและข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น เพราะกฎหมายการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉินกระทบกระเทือนต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชน หากมีการจำกัดสิทธิและเสรีภาพต้องต้องพึงกระทำอย่างรอบคอบและกระทำเท่าที่จำเป็นเท่านั้น ดังนั้นหากปรากฏว่าบริบทและข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นนั้นยังไม่เพียงพอที่ใช้เป็นฐานของเหตุผลและความจำเป็นในการอ้างอิงเพื่อประกาศใช้สถานการณ์ฉุกเฉินได้ ฝ่ายบริหาร หรือรัฐบาลจึงควรใช้กฎหมายที่ใช้อยู่ในสภาวะการณ์ปกติไปก่อนเช่นพระราชบัญญัติการชุมนุมสาธารณะ พ.ศ. 2558 หากมีสถานการณ์ที่รุนแรงก็อาจพิจารณาใช้พระราชบัญญัติการรักษาความมั่นคงภายในราชอาณาจักร พ.ศ. 2551 และหากสถานการณ์ไม่ดีขึ้นถึงค่อยพิจารณาใช้อำนาจตามพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548 เป็นต้น

ประเด็นของการควบคุมตัวบุคคลในสถานการณ์ฉุกเฉินเป็นมาตรการทางกฎหมายที่เป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชน เนื่องจากกรณีการจับและควบคุมตัวผู้ต้องสงสัยตามมาตรา 11 (1) นั้น เพื่อไม่ให้เกิดความซ้ำซ้อนในการบังคับใช้กฎหมายในเรื่องระยะเวลาการควบคุมตัวบุคคลระหว่างพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉินกับประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา เจ้าพนักงานผู้ใช้อำนาจตามพระราชกำหนดดังกล่าวจึงต้องคำนึงถึงสิทธิและเสรีภาพของประชาชนให้มากที่สุดและถึงแม้ว่าจะมีอำนาจเต็มตามกฎหมายทั้งสองฉบับผู้วิจัยเห็นควรให้เจ้าพนักงานผู้ใช้อำนาจตามพระราชกำหนดดังกล่าวใช้กฎหมายในสถานการณ์ปกติคือประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาโดยมีระยะเวลาของการควบคุมตัวได้ไม่เกิน 84 วัน

ประเด็นปัญหาของบทบัญญัติในมาตรา 5 แห่งพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548 ที่มีการกำหนดให้นายกรัฐมนตรีโดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรีมีอำนาจประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินในพื้นที่ใดก็ได้ โดยมีระยะเวลาไม่เกินสามเดือน การใช้อำนาจดังกล่าวที่อนุญาตให้นายกรัฐมนตรีสามารถใช้ดุลพินิจต่อเวลาประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินไปได้เรื่อย ๆ ครั้งละไม่เกินสามเดือนอย่างไม่มีข้อจำกัด ประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินให้อำนาจรัฐในการกระทบสิทธิและเสรีภาพของประชาชนมากขึ้นและส่งผลให้หลักนิติรัฐลดความเข้มข้นลง จึงเป็นข้อยกเว้นที่ควรใช้เท่าที่จำเป็นจริง ๆ และต้องมีมีจุดเกาะเกี่ยวกับประชาชนผู้ทรงสิทธิและเสรีภาพผ่านทางอำนาจนิติบัญญัติ เมื่อประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินเพื่อแก้ไขปัญหา

เฉพาะหน้าไปพลางก่อนได้ระยะหนึ่งแล้ว รัฐบาลควรเปิดโอกาสให้รัฐสภาเข้ามามีส่วนร่วมในการให้ความเห็นชอบประกาศสถานการณ์ฉุกเฉิน

สภาพปัญหาเกี่ยวกับการใช้อำนาจของฝ่ายทหารในฐานะเจ้าพนักงานผู้ใช้อำนาจตามพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548 สามารถแยกวิเคราะห์สภาพปัญหาได้สองประการโดยประการแรกมุ่งศึกษาสภาพปัญหาเกี่ยวกับกระบวนการและขั้นตอนการใช้อำนาจอันมีผลผูกพันทางกฎหมายไม่ว่าจะเป็นการออกกฎหรือกระบวนการในการออกคำสั่งทางปกครองโดยเฉพาะในสภาวะการณ์ที่ไม่ปกติ และประการที่สองมุ่งศึกษาถึงสภาพปัญหาเพื่อแสวงหาแนวทางแก้ไขเกี่ยวกับขั้นตอน และกระบวนการเข้ายุติหรือสลายการชุมนุมอันเป็นการกระทำที่มีได้มุ่งหมายให้เกิดผลในทางกฎหมายแต่มุ่งหมายให้เกิดผลในทางข้อเท็จจริง เพื่อให้การดำเนินการดังกล่าวเป็นไปตามหลักการที่เป็นสากลในส่วนของสภาพปัญหาเกี่ยวกับกระบวนการและขั้นตอนการใช้อำนาจอันมีผลผูกพันทางกฎหมายไม่ว่าจะเป็นการออกกฎหรือกระบวนการในการออกคำสั่งทางปกครองโดยเฉพาะในสภาวะการณ์ที่ไม่ปกติ หลักการที่สำคัญของพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548 บัญญัติรับรองให้เจ้าหน้าที่รัฐถ้าเห็นว่าในกรณีที่สภาพบ้านเมืองไม่อยู่ในภาวะที่อาจควบคุมได้ ไม่น่าจะเป็นระหว่างศึกสงคราม หรือเหตุจลาจลที่มีความรุนแรง การที่ฝ่ายปกครองต้องกระทำให้อำนาจตามกฎหมายหรือกฎบังคับอยู่แต่ขั้นตอนในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน อาจชักช้าเกินกว่าที่จะสามารถควบคุมสถานการณ์ได้ บทบัญญัติแห่งกฎหมายดังกล่าวจึงกำหนดให้ข้อกำหนด ประกาศ คำสั่ง หรือการกระทำตามพระราชกำหนดไม่อยู่ในบังคับของกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง และกฎหมายว่าด้วยการจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง ในประเด็นนี้ ผู้วิจัยเห็นด้วยแต่การดำเนินการดังกล่าวผู้ใช้อำนาจรัฐก็ต้องใช้โดยต้องคำนึงถึงหลักนิติรัฐ หลักนิติธรรม ตลอดจนต้องสอดคล้องกับหลักกฎหมายระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับสิทธิมนุษยชนหรือหลักมนุษยธรรมอันเป็นกติการะหว่างประเทศที่ไทยจะต้องให้ความเคารพอยู่นั่นเองในฐานะรัฐภาคีและหากพิเคราะห์ถึงคำพิพากษาหรือคำสั่งศาลที่ออกมาในช่วงระยะเวลาที่เกี่ยวข้องกับการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ของรัฐตามพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548 ในช่วงหลายปีที่ผ่านมา ฝ่ายตุลาการเองก็พยายามตีความในเรื่องการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ของรัฐที่ต้องขึ้นอยู่กับพื้นฐานของหลักการต่าง ๆ ที่ ผู้วิจัยได้กล่าวมาแล้วเช่นคดีหมายเลขดำที่ อ.1818/2546 เลขแดงที่ 1804/2547 เมื่อประเทศไทยมีหน้าที่คุ้มครองและให้หลักประกันแก่บุคคลทุกคนที่อยู่ภายใต้อำนาจในรัฐของตน ดังนั้นมาตรการทั้งหลายของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐทุกมาตรการจะต้องไม่ทำลายการเคารพสิทธิมนุษยชน มาตรการต่าง ๆ ที่รัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ

กระทำขึ้นจะต้องปฏิบัติตามได้กรอบของหลักนิติรัฐ หลักนิติธรรมและต้องสอดคล้องกับกฎหมายระหว่างประเทศ ไม่ว่าจะนำมาใช้ด้วยข้ออ้างด้านความมั่นคงหรือสถานการณ์ฉุกเฉินหรือไม่ก็ตาม

ในส่วนของสภาพปัญหาเกี่ยวกับขั้นตอน และกระบวนการเข้ายุติหรือสลายการชุมนุม อันเป็นการใช้อำนาจปฏิบัติการทางปกครองให้เป็นไปตามหลักการที่เป็นสากล บทบาทของรัฐ ในฐานะที่เป็นผู้ดูแลและรักษาความสงบเรียบร้อยในรัฐ ดังนั้นเมื่อเกิดเหตุการณ์ที่ไม่สงบในรัฐ รัฐก็สามารถใช้อำนาจเหนือเข้าไปดำเนินการอย่างใดอย่างหนึ่งเพื่อให้ความไม่สงบเรียบร้อยนั้น กลับมาสงบเรียบร้อยดังเดิม ดังนั้นเมื่อการชุมนุมต่าง ๆ ของประชาชนนำมาซึ่งความไม่สงบเรียบร้อยและเป็นการชุมนุมที่เกินขอบหรือขอบเขตที่กฎหมายกำหนด รัฐก็สามารถใช้มาตรการตามกฎหมายเพื่อดำเนินการกับการชุมนุมต่าง ๆ เหล่านั้นได้ มาตรการที่สำคัญอันจะเป็นมาตรการสุดท้ายที่รัฐพึงกระทำคือการใช้กำลังของเจ้าหน้าที่รัฐเพื่อสลายการชุมนุมที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย และอาจนำมาซึ่งความรุนแรงและความไม่สงบเรียบร้อยหมายความว่าเมื่อการชุมนุมสาธารณะนั้น เป็นการชุมนุมที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย โดยเป็นการชุมนุมที่อาจเป็นอันตรายโดยตรงต่อความมั่นคงแห่งราชอาณาจักรหรือความสงบเรียบร้อยของบ้านเมืองหรือต่อความปลอดภัยของประชาชน พนักงานเจ้าหน้าที่ย่อมมีอำนาจสั่งให้เลิกการชุมนุม ในกรณีที่ผู้จัดการชุมนุมหรือผู้นำการชุมนุม หรือผู้ร่วมการชุมนุมฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติตามคำสั่งของเจ้าหน้าที่ พนักงานเจ้าหน้าที่ก็ย่อมมีอำนาจใช้มาตรการบังคับโดยตรงให้ผู้ชุมนุมสลายการชุมนุมได้นั่นเอง ผู้วิจัยเห็นว่าการใช้กำลังของเจ้าหน้าที่รัฐในการเข้าจัดการกับการชุมนุมในที่สาธารณะ โดยหลักจะกระทำได้อีกต่อเมื่อมีกฎหมายบัญญัติให้อำนาจอย่างชัดแจ้ง และบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นจะต้องบัญญัติถึงเงื่อนไขข้อเท็จจริง สภาพการณ์และความจำเป็น ในขณะที่อนุวัติให้ใช้กำลัง และต้องมีบทบัญญัติที่ให้แจ้งเตือนกลุ่มผู้ชุมนุมล่วงหน้าพอสมควร รัฐบาลจะต้องจัดระดับมาตรการบังคับเพื่อตอบโต้การชุมนุมที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งจะต้องมีตั้งแต่ระดับเบาไปจนถึงระดับรุนแรง รวมทั้งการเลือกใช้ระดับมาตรการบังคับจะต้องให้ได้สัดส่วน (Principle of Proportionality) พอสมควรแก่เหตุกับระดับความรุนแรงหรือการคุกคามของการชุมนุมในที่สาธารณะนั้น ต้องจัดสรรงบประมาณเพื่อพัฒนาเครื่องมือวิธีการที่หลากหลายเพื่อให้สามารถรับมือกับสถานการณ์การชุมนุมในที่สาธารณะที่รุนแรงแตกต่างกัน และเตรียมเครื่องมืออุปกรณ์ให้แก่เจ้าหน้าที่ตำรวจผู้ทำหน้าที่บังคับการตามกฎหมายให้พร้อมมูลเพียงพอ ฝึกฝนให้เจ้าหน้าที่เหล่านั้นรู้จักใช้เครื่องมืออุปกรณ์และอาวุธชนิดต่าง ๆ ที่ใช้ในการควบคุมการชุมนุม เพื่อให้เจ้าหน้าที่สามารถแยกแยะได้อย่างถูกต้อง ตลอดจนเตรียมความพร้อมด้านร่างกายและจิตใจของเจ้าหน้าที่ด้วย

สภาพปัญหาเกี่ยวกับผลของการใช้อำนาจและการเยียวยาผู้ได้รับผลกระทบจากการใช้อำนาจตามพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548 เมื่อประเทศต่าง ๆ



นำแนวทางการปกครองในระบอบประชาธิปไตยมาใช้ และรัฐก็มีบทบาทในการจัดทำภารกิจเพิ่มมากขึ้น รัฐจึงมี โอกาสกระทำภารกิจที่อาจก่อให้เกิดความเสียหายต่อเอกชนเพิ่มมากขึ้น เมื่อรัฐดำเนินการใด ๆ ไปแล้วและเกิดความเสียหายไม่ว่าการกระทำนั้นจะชอบหรือไม่ชอบด้วยกฎหมายก็ย่อมต้องรับผิดชอบหลักความรับผิดของรัฐ เช่นกรณีของระบบกฎหมายของประเทศฝรั่งเศสรัฐอาจรับผิดชอบได้ทั้งตามกฎหมายมหาชนและตามกฎหมายแพ่งทั้งนี้ขึ้นอยู่กับลักษณะของกิจกรรมที่รัฐปฏิบัติ ส่วนความรับผิดของรัฐในระบบกฎหมายสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี โดยทั่วไปแล้วตั้งอยู่บนรากฐานทางความคิดที่สำคัญสองฐานความคิด ประการแรกเป็นความรับผิดของรัฐสำหรับการกระทำของข้าราชการใน ตำแหน่งซึ่งก่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่น (ความรับผิดทางละเมิดของฝ่ายปกครอง) และประการที่สองเป็นความรับผิดค่าใช้จ่ายทดแทนความเสียหายให้แก่ปัจเจกชนที่ได้รับความเสียหายอันเนื่องมาจาก การที่จะต้องอุทิศประโยชน์ของตนเพื่อประโยชน์สาธารณะ ประเทศไทยนั้น หลักการความรับผิดของรัฐโดยปราศจากความผิด ไม่ได้มีบัญญัติไว้เป็นหลักการทั่วไปโดยตรง แต่หากประชาชนได้รับความเสียหายจากการดำเนินการใด ๆ รัฐ มาตรา 9 วรรคหนึ่ง (3) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 กำหนดให้ คดีพิพาทเกี่ยวกับความรับผิดอย่างอื่นของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐอันเกิดจากการใช้อำนาจตามกฎหมาย หรือจากกฎ คำสั่งทางปกครอง หรือคำสั่งอื่น หรือจากการละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติ หรือปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวล่าช้าเกินสมควร จะอยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครองในการพิจารณา แต่ในคำนิยามมาตรา 3 ของ พ.ร.บ.ดังกล่าว ไม่ได้มีการนิยามคำว่า “ความรับผิดอย่างอื่น” ไว้แต่อย่างใด จึงเป็นหน้าที่ของประชาชนผู้ได้รับความเสียหายและเป็นหน้าที่ของตุลาการศาลปกครองในการวางหลักเรื่องความรับผิดอย่างอื่นในการวินิจฉัยคดีในส่วนผลของการใช้อำนาจและการเสียหายผู้ได้รับผลกระทบจากการใช้อำนาจตามพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548 หากการกระทำนั้นของเจ้าหน้าที่รัฐที่ใช้อำนาจ และความเสียหายต่อเอกชนนั้นเป็นผลจากการกระทำละเมิดที่เกิดจากการใช้อำนาจพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548 บทบัญญัติแห่ง มาตรา 17 ตอนท้ายแม้ว่าจะไม่ตัดสิทธิผู้ได้รับความเสียหายที่จะเรียกร้องค่าเสียหายจากทางราชการตามกฎหมายว่าด้วยความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ แต่เมื่อพิจารณาข้อความในบทบัญญัติใน มาตรา 16 แห่งพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548 ที่กำหนดว่า ข้อกำหนด ประกาศ คำสั่ง หรือการกระทำตามพระราชกำหนดนี้ไม่อยู่ในบังคับของกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง และกฎหมายว่าด้วยการจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง นั่นก็หมายความว่าศาลปกครองไม่มีอำนาจในการพิจารณาในส่วนของการกระทำละเมิดนี้ไปด้วย จากบทบัญญัติแห่งกฎหมายดังกล่าวทำให้ศาลปกครองไม่มีเขตอำนาจในการพิจารณากรณี

ที่เจ้าหน้าที่ของรัฐที่กระทำการตามพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548 ดังนั้นผู้เสียหายจากการกระทำดังกล่าวจึงต้องฟ้องร้องหน่วยงานที่เจ้าหน้าที่สังกัดต่อศาลยุติธรรม จึงอาจทำให้เกิดปัญหาในด้านการตีความเพื่อคุ้มครองประชาชนจากการใช้อำนาจรัฐได้เพราะผู้พิพากษาในศาลยุติธรรมอาจขาดความรู้ความเข้าใจในเรื่องหลักการความรับผิดชอบของรัฐโดยปราศจากความผิด ซึ่งเป็นหลักการในทางกฎหมายมหาชน ซึ่งต้องใช้นิติวิธีในทางมหาชนในการพิจารณาวิเคราะห์สภาพปัญหาที่เกิดขึ้นได้

สภาพปัญหาเกี่ยวกับการควบคุมและการตรวจสอบการกระทำทางปกครองตามหลักการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายในเรื่องการใช้อำนาจของฝ่ายทหารในฐานะเจ้าพนักงานผู้มีอำนาจตามพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548 การควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายในเรื่องการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่รัฐในเรื่องการใช้อำนาจทางปกครอง สามารถดำเนินการได้หลายรูปแบบด้วยกัน แต่รูปแบบการควบคุมตรวจสอบที่สำคัญอาจจำแนกได้เป็น 2 รูปแบบ คือ “รูปแบบการควบคุมโดยองค์กรภายในฝ่ายปกครอง” และ “รูปแบบการควบคุมโดยองค์กรภายนอกฝ่ายปกครอง” โดยผู้วิจัยขอวิเคราะห์สภาพปัญหาเกี่ยวกับองค์กรควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายฝ่ายทหาร ในฐานะเจ้าพนักงานผู้มีอำนาจตามพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548 ได้ดังต่อไปนี้

รูปแบบในการควบคุมการใช้อำนาจของฝ่ายทหารที่เกี่ยวข้องในฐานะเจ้าพนักงานผู้มีอำนาจตามพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548 โดยองค์กรภายในฝ่ายปกครองสามารถแยกพิจารณาได้หลายกรณีเช่น

1) รูปแบบการควบคุมโดยผู้มีอำนาจเหนือ ซึ่งในที่นี้ได้แก่การใช้อำนาจของผู้บังคับบัญชา ที่สามารถควบคุมการใช้อำนาจของฝ่ายทหารในการดำเนินการอย่างใดอย่างหนึ่งในทางปกครองได้โดยอำนาจของผู้บังคับบัญชาแต่ละระดับสามารถควบคุมการใช้อำนาจของฝ่ายทหารในฐานะผู้อยู่ภายใต้อำนาจได้ทั้งความเหมาะสมของการใช้อำนาจและความชอบด้วยกฎหมายของการใช้อำนาจ

2) การควบคุมรูปแบบและขั้นตอนการกระทำทางปกครองฝ่ายเดียว ปกติการใช้อำนาจย่อมอยู่ภายใต้กรอบของหลักความชอบด้วยกฎหมายแต่หากเป็นสถานการณ์ฉุกเฉินหลักความชอบด้วยกฎหมายก็จะผ่อนคลายความเข้มงวดในเรื่องรูปแบบและขั้นตอนในการใช้อำนาจยิ่ง ส่งผลโดยตรงให้หลักความชอบด้วยกฎหมายไม่สามารถนำมาใช้ในบางกรณี เช่น เจ้าหน้าที่ออกคำสั่งไปโดยไม่เปิดโอกาสให้รับทราบข้อเท็จจริงอย่างเพียงพอหรือไม่เปิดโอกาสให้โต้แย้งแสดงพยานหลักฐาน ในสถานการณ์ปกติ คำสั่งนี้ย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมาย แต่ในสถานการณ์ยกเว้นเป็นอย่างยิ่ง ศาลอาจบอกว่าเป็นกรณีสถานการณ์ฉุกเฉิน การออกคำสั่งดังกล่าว

ยอมไม่อาจปฏิบัติตามกฎหมายได้ตั้งสถานการณ์ปกติ จึงไม่เพิกถอนคำสั่งนั้นนอกจากนั้น  
 เจ้าหน้าที่อาจออกมาตรการบางประการที่เป็นการกระทบสิทธิและเสรีภาพได้มากกว่าปกติอีกด้วย  
 แต่อย่างไรก็ตามสถานการณ์ฉุกเฉินที่จะทำให้เจ้าหน้าที่ของรัฐใช้อำนาจได้มากกว่าปกติย่อมไม่อาจ  
 ดำรงอยู่ตลอดเวลา มาตรการต่าง ๆ ที่เจ้าหน้าที่ของรัฐใช้ในสถานการณ์ฉุกเฉินนั้นยอมใช้เพื่อความ  
 จำเป็นอันต้องคำนึงถึงหลักความได้สัดส่วน และใช้ได้เฉพาะในช่วงเวลาที่สถานการณ์ยกเว้นเป็น  
 อย่างยิ่งยังคงดำรงอยู่เท่านั้นและแม้ว่าพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน  
 พ.ศ. 2548 จะยกเว้นให้การใช้อำนาจไม่ต้องอยู่ในบังคับของกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทาง  
 ปกครอง แต่ก็ไม่ได้ห้ามเจ้าหน้าที่ฝ่ายทหารที่จะดำเนินการภายใต้กรอบและแนวทางตามกฎหมาย  
 ว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองเพื่อป้องกันตนเองจากผลกระทบจากการใช้อำนาจนั้นและเพื่อ  
 คุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนด้วย

3) การควบคุมรูปแบบและขั้นตอนการปฏิบัติการทางปกครอง หลักสำคัญของ  
 เจ้าหน้าที่รัฐรวมถึงฝ่ายทหารในการใช้กำลังในการควบคุมฝูงชนนั้น เจ้าหน้าที่ของรัฐจะต้องพึง  
 ระลึกว่าการชุมนุมโดยสงบและปราศจากอาวุธเป็นสิทธิและเสรีภาพของประชาชนตามกฎหมาย  
 เมื่อมีการชุมนุมเกิดขึ้น เจ้าหน้าที่ที่จะต้องพิจารณาถึงความชอบธรรมในการใช้กำลังตามกฎหมายที่  
 กำหนด และหลักสิทธิมนุษยชนและหลักควบคุมฝูงชนที่เป็นหลักปฏิบัติสากล ซึ่งการใช้กำลังตาม  
 หลักการดังกล่าวหมายความรวมถึงการใช้อุปกรณ์และอาวุธประกอบการใช้กำลังด้วย ส่วนการ  
 จัดการกับการชุมนุมที่ทำผิดกฎหมายนั้น เจ้าหน้าที่ผู้รับผิดชอบจะต้องทำตามอำนาจหน้าที่เพื่อให้  
 สถานการณ์กลับสู่ภาวะปกติโดยเร็ว และหากมีการใช้กำลัง เจ้าหน้าที่จะต้องยึดหลัก 4 ประการ คือ  
 ให้เจ้าหน้าที่ใช้กำลังเท่าที่จำเป็น โดยต้องพยายามใช้วิธีการอื่นก่อนการใช้กำลังที่อาจเกิดอันตรายต่อ  
 ผู้ชุมนุม หากจำเป็นต้องใช้กำลังเพราะไม่สามารถหลีกเลี่ยงได้แล้ว ต้องเลือกวิธีจากเบาที่สุดและ  
 เป็นอันตรายต่อผู้ชุมนุมน้อยที่สุดก่อน โดยต้องยึดหลักแห่งความได้สัดส่วน หลักความถูกต้องตาม  
 กฎหมาย คือ การพิจารณาใช้กำลัง เครื่องมือ หรือยุทธโศปกรณ์ตามหลักสากลกำหนดไว้ หลักความ  
 รับผิดชอบ ให้พิจารณาถึงผลที่เกิดขึ้นจากการใช้กำลังโดยต้องมีผู้รับผิดชอบในการสั่งการหรือการ  
 ปฏิบัติและให้มีการจัดเตรียมบรรเทาผลร้ายหรือเยียวยาหลังใช้กำลังเสร็จสิ้นด้วย หลักการใช้กำลัง  
 สากลในการใช้กำลังปฏิบัติการควบคุมฝูงชนจากเบาไปหาหนักและก่อนจะเริ่มในแต่ละขั้นตอน  
 เจ้าหน้าที่ทหารจะต้องประกาศแจ้งเตือนต่อผู้ชุมนุมก่อนทุกครั้ง และการใช้อุปกรณ์อาจไม่เรียงลำดับ  
 ก็ได้ขึ้นอยู่กับสถานการณ์ในขณะนั้นประกอบด้วย

ในส่วนของสภาพปัญหาเกี่ยวกับองค์กรควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมาย  
 ฝ่ายทหารในฐานะเจ้าพนักงานผู้ใช้อำนาจตามพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์  
 ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548 โดยองค์กรภายนอกฝ่ายปกครอง ผู้วิจัยเห็นว่า การควบคุมและตรวจสอบการใช้

อำนาจทางปกครองของรัฐ โดยองค์กรภายนอกฝ่ายปกครอง เป็นรูปแบบที่ให้หลักประกันที่ดีแก่ประชาชนผู้อยู่ภายใต้การใช้อำนาจทางปกครองเนื่องจากข้อพิพาทดังกล่าวจะได้รับการพิจารณาจากบุคคลที่ไม่มีส่วนได้เสียกับกระบวนการใช้อำนาจ มีความเป็นกลาง และเป็นที่สุด โดยรูปแบบที่ใช้ควบคุมอาจมอบหมายให้ฝ่ายนิติบัญญัติในฐานะผู้แทนปวงชนทำหน้าที่ในการควบคุม หรืออาจมอบหมายให้องค์กรของรัฐที่เป็นอิสระจากฝ่ายบริหารหรือฝ่ายปกครองทำหน้าที่ในการควบคุมและตรวจสอบส่วนใหญ่จะเป็นองค์กรระดับรัฐธรรมนูญ แต่รูปแบบในการตรวจสอบที่ให้หลักประกันที่ดีที่สุดในการควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจทางปกครองของรัฐมักจะเป็นฝ่ายตุลาการ และหากเราพิจารณาบทบัญญัติในมาตรา 16 แห่งพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน ที่กำหนดว่า ข้อกำหนด ประกาศ คำสั่ง หรือการกระทำตามพระราชกำหนดนี้ไม่อยู่ในบังคับของกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง และกฎหมายว่าด้วยการจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง นั่นก็หมายความว่าศาลปกครองไม่มีอำนาจควบคุมการใช้อำนาจตามพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน ซึ่งนั่นย่อมหมายความว่าบทบัญญัติแห่งมาตราดังกล่าวเป็นบทตัดอำนาจของศาลปกครอง แต่บทบัญญัติดังกล่าวก็ไม่ได้ก้าวล่วงไปถึงขนาดที่จะตัดอำนาจในการตรวจสอบโดยฝ่ายตุลาการไปเสียทีเดียวเพราะแม้ว่าพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548 จะเขียนยกเว้นไม่ให้ศาลปกครองมีเขตอำนาจในการตรวจสอบ แต่ภายใต้หลักนิติรัฐศาลยุติธรรมก็จะต้องมีบทบาทและเขตอำนาจในการพิจารณาควบคุมตรวจสอบแทนในฐานะที่เป็นศาลที่มีเขตอำนาจทั่วไป ดังนั้นหากเป็นเรื่องการตรวจสอบการใช้อำนาจทางปกครองของเจ้าหน้าที่รัฐฝ่ายทหารในการใช้อำนาจทางปกครองตามพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548 นี้ ตลอดจนการใช้อำนาจของฝ่ายทหารตามพระราชกำหนดนี้อาจต้องรับผิดชอบทั้งทางแพ่ง ทางอาญา หรือทางวินัย เนื่องจากการปฏิบัติหน้าที่ในการระงับหรือป้องกันการกระทำผิดกฎหมาย หากเป็นการกระทำที่ไม่สุจริต เลือกปฏิบัติ และเกินสมควรแก่เหตุหรือไม่เกินกว่ากรณีจำเป็น ก็จะอยู่ในเขตอำนาจพิจารณาของศาลยุติธรรม การที่ผู้ร่างกฎหมายประสงค์ให้ศาลยุติธรรมทำหน้าที่ตรวจสอบการใช้อำนาจทางปกครองของรัฐ โดยเฉพาะการกระทำของฝ่ายทหารในการดำเนินการตาม พระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548 ผู้วิจัยไม่เห็นด้วยเนื่องจากการตรวจสอบการใช้อำนาจทางปกครองว่าชอบด้วยกฎหมายหรือไม่จำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องใช้นิติวิธีทางด้านมหาชนประกอบการพิจารณาซึ่งผู้พิพากษาในศาลยุติธรรมจะคุ้นชินอยู่กับรูปแบบการใช้และการตีความกฎหมายเอกชนจึงทำให้ผู้พิพากษาอาจขาดความชำนาญการในการพิจารณาคดีปกครอง นอกจากนี้ในระบบศาลยุติธรรมจะถือหลักว่าผู้ฟ้องคดีต้องถูกโต้แย้งสิทธิก่อนถึงจะมีอำนาจในการฟ้องคดีส่วนศาลปกครองจะถือหลักเพียงแต่ขอให้ผู้ฟ้องคดีมีส่วนได้เสียพอสมควร

ในเรื่องที่ฟ้องร้องก็สามารถมีอำนาจฟ้องคดีได้ ทำให้ช่องทางในการฟ้องคดีของประชาชนแคบกว่า การฟ้องคดีต่อศาลปกครอง และผลจากหลักการนี้ส่งผลโดยตรงให้ศาลยุติธรรมไม่สามารถรับฟ้องคดีที่ประชาชนฟ้องเพิกถอนกฎที่รัฐตราโดยอาศัยอำนาจตามพระราชกำหนดการบริหารราชการ ในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548 ได้ เพราะยังไม่อาจถือได้ว่าประชาชนยังไม่ถูกโต้แย้งสิทธิ ในขณะเดียวกัน โดยหลักการทั่วไปศาลปกครองจะมีอำนาจรับฟ้องกรณีเพิกถอนกฎได้ และใน ส่วนของละเมิดที่เกิดจากการใช้อำนาจพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉินฯ บทบัญญัติแห่งมาตรา 17 ตอนท้ายก็ไม่ตัดสิทธิผู้ได้รับความเสียหายที่จะเรียกร้องค่าเสียหายจากทาง ราชการตามกฎหมายว่าด้วยความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ แต่เมื่อบทบัญญัติในมาตรา 16 แห่งพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548 กำหนดว่า ข้อกำหนด ประกาศ คำสั่ง หรือการกระทำตามพระราชกำหนดนี้ไม่อยู่ในบังคับของกฎหมายว่าด้วยวิधिปฏิบัติ ราชการทางปกครอง และกฎหมายว่าด้วยการจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง นั้นก็หมายความว่าศาลปกครองไม่มีอำนาจในการพิจารณาในส่วนของการกระทำละเมิดนี้ไปด้วย

## 5.2 ข้อเสนอแนะ

จากการศึกษาสภาพปัญหาเกี่ยวกับการใช้อำนาจของฝ่ายทหารในฐานะเจ้าพนักงานตาม พระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548 แนวคิดทฤษฎีต่าง ๆ เกี่ยวกับการ ใช้อำนาจรัฐ กรณีศึกษาของต่างประเทศ ตลอดจนคำสั่งศาลหรือคำพิพากษาของศาลทั้งในและ ต่างประเทศ ผู้วิจัยจึงขอเสนอแนะแนวทางในการแก้ปัญหาดังต่อไปนี้

5.2.1 ข้อเสนอแนะเกี่ยวกับปัญหาบางประการของบทบัญญัติของพระราชกำหนดการบริหาร ราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548 เช่นปัญหาเกี่ยวกับอำนาจในการใช้ดุลพินิจประกาศว่า ท้องที่ใดกำลังตกอยู่ในสถานการณ์ฉุกเฉินหรือสถานการณ์ฉุกเฉินที่มีความร้ายแรง ผู้วิจัยเสนอแนะ ว่าหากปรากฏว่าบริบทและข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นนั้นยังไม่เพียงพอที่ใช้เป็นฐานของเหตุผลและความ จำเป็นในการอ้างอิงเพื่อประกาศใช้สถานการณ์ฉุกเฉินได้ ฝ่ายบริหารหรือรัฐบาลจึงควรใช้กฎหมาย ที่ใช้อยู่ในสภาวะการณ์ปกติไปก่อนเช่นพระราชบัญญัติการชุมนุมสาธารณะ พ.ศ. 2558 หากมี สถานการณ์ที่รุนแรงก็อาจพิจารณาใช้พระราชบัญญัติการรักษาความมั่นคงภายในราชอาณาจักร พ.ศ. 2551 และหากสถานการณ์ไม่ดีขึ้นถึงค่อยพิจารณาใช้อำนาจตามพระราชกำหนดการบริหาร ราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548 เป็นต้น ในส่วนของการควบคุมตัวบุคคลในสถานการณ์ ฉุกเฉินเป็นมาตรการทางกฎหมายที่เป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชน เนื่องจากกรณีการจับ และควบคุมตัวผู้ต้องสงสัยตามมาตรา 11 (1) นั้น ผู้วิจัยเสนอแนะว่าเพื่อไม่ให้เกิดการ ใช้อำนาจ เกิดความซ้ำซ้อนในการบังคับใช้กฎหมายในเรื่องระยะเวลาการควบคุมตัวบุคคลระหว่าง

พระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉินกับประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา เจ้าพนักงานผู้ใช้อำนาจตามพระราชกำหนดดังกล่าวจึงต้องคำนึงถึงสิทธิและเสรีภาพของประชาชนให้มากที่สุดและถึงแม้ว่าจะมีอำนาจเต็มตามกฎหมายทั้งสองฉบับผู้วิจัยเห็นควรให้เจ้าพนักงานผู้ใช้อำนาจตามพระราชกำหนดดังกล่าวใช้กฎหมายในสถานการณ์ปกติคือ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาโดยมีระยะเวลาของการควบคุมตัวได้ไม่เกิน 84 วัน และการให้อำนาจนายกรัฐมนตรียังสามารถใช้ดุลพินิจต่อเวลาประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินไปได้เรื่อย ๆ ครั้งละไม่เกินสามเดือนอย่างไม่มีการข้อยกเว้น ผู้วิจัยเสนอแนะว่าการใช้ดุลพินิจต่อเวลาประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินควรใช้เท่าที่จำเป็นจริง ๆ และต้องมีจุดเกาะเกี่ยวกับประชาชนผู้ทรงสิทธิและเสรีภาพผ่านทางอำนาจนิติบัญญัติ เมื่อประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินเพื่อแก้ไขปัญหาเฉพาะหน้าไปพลางก่อนได้ระยะหนึ่งแล้ว รัฐบาลควรเปิดโอกาสให้รัฐสภาเข้ามามีส่วนร่วมในการให้ความเห็นชอบประกาศสถานการณ์ฉุกเฉิน

5.2.2 ข้อเสนอแนะเกี่ยวกับขั้นตอน และกระบวนการใช้อำนาจของฝ่ายทหารในฐานะเจ้าพนักงานผู้ใช้อำนาจตามพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548 ผู้วิจัยเห็นว่าในส่วนของขั้นตอน และกระบวนการใช้อำนาจออกคำสั่งทางปกครองโดยเฉพาะกระบวนการออกคำสั่งทางปกครองของฝ่ายทหารในฐานะเจ้าพนักงานผู้ใช้อำนาจเฉพาะในสถานการณ์ที่ไม่ปกติ อาจใช้โดยผ่อนคลายจากหลักความชอบด้วยกฎหมายได้ แต่ต้องใช้โดยต้องคำนึงถึงหลักนิติรัฐ หลักนิติธรรม ตลอดจนต้องสอดคล้องกับหลักกฎหมายระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับสิทธิมนุษยชนหรือหลักมนุษยธรรมอันเป็นกติการะหว่างประเทศที่ไทยจะต้องให้ความเคารพในฐานะรัฐภาคี ดังนั้นกระบวนการออกคำสั่งทางปกครองของฝ่ายทหารในฐานะเจ้าพนักงานต้องคำนึงว่าขณะที่ใช้อำนาจนั้นมีสถานะการณ์เช่นนั้นเกิดขึ้นจริงหรือไม่ และในขณะที่มีการใช้อำนาจสถานะการณ์นั้น ๆ ยังดำรงอยู่หรือไม่ ทุกขั้นตอนในการใช้อำนาจฝ่ายทหารในฐานะเจ้าพนักงานต้องมีเหตุผลและความจำเป็นว่าทำไมจะต้องดำเนินการหรือสั่งการนั้นเพื่อประโยชน์สาธารณะและจำเป็นที่จะขัดต่อกฎหมายที่ใช้บังคับในยามปกติ ตลอดจนการใช้อำนาจออกคำสั่งหรือการดำเนินการต่าง ๆ ต้องกระทำไปได้สัดส่วนความจำเป็นของเหตุการณ์ หากการพิจารณาสั่งการนั้น ๆ ได้กระทำไปเกินสัดส่วนแห่งความจำเป็น การกระทำนั้นย่อมขัดต่อหลักความชอบด้วยกฎหมาย และในส่วนของขั้นตอน และกระบวนการเข้ายุติหรือสลายการชุมนุมอันเป็นการใช้อำนาจปฏิบัติการทางปกครองให้เป็นไปตามหลักการที่เป็นสากล การจัดการกับการชุมนุมที่ทำผิดกฎหมายนั้น เจ้าหน้าที่ผู้รับผิดชอบจะต้องทำตามอำนาจหน้าที่เพื่อให้สถานการณ์กลับสู่ภาวะปกติโดยเร็ว และหากมีการใช้กำลัง เจ้าหน้าที่จะต้องยึดหลัก 4 ประการคือ ให้เจ้าหน้าที่ใช้กำลังเท่าที่จำเป็นโดยต้องพยายามใช้วิธีการอื่นก่อนการใช้กำลังที่อาจเกิดอันตรายต่อผู้ชุมนุม หากจำเป็นต้อง

ใช้กำลังเพราะไม่สามารถหลีกเลี่ยงได้แล้ว ต้องเลือกวิธีจากเบาที่สุดและเป็นอันตรายต่อผู้ชุมนุม น้อยที่สุดก่อน โดยต้องยึดหลักแห่งความได้สัดส่วน คือ ต้องใช้วิธีการและกำลังด้วยความเหมาะสม สอดคล้องกับภัยอันตรายที่คุกคามเพื่อป้องกันสิทธิของตนเองและผู้อื่น การพิจารณาใช้กำลัง เครื่องมือ หรือยุทธโศปกรณ์ตามหลักสากลกำหนดไว้ ก่อนการดำเนินการทุกครั้งให้พิจารณาถึงผลที่ เกิดขึ้นจากการใช้กำลังโดยต้องมีผู้รับผิดชอบในการสั่งการหรือการปฏิบัติและให้มีการจัดเตรียม บรรเทาผลร้ายหรือเยียวยาหลังใช้กำลังเสร็จสิ้นด้วย และสุดท้ายหลักการใช้กำลังสากลในการใช้ กำลังปฏิบัติการควบคุมฝูงชนนั้น จากเบาไปหาหนัก และก่อนจะเริ่มใช้อำนาจในแต่ละขั้นตอน เจ้าหน้าที่ตำรวจจะต้องประกาศแจ้งเตือนต่อผู้ชุมนุมก่อนทุกครั้ง และการใช้อุปกรณ์อาจ ไม่เรียงลำดับ ขึ้นอยู่กับสถานการณ์ความรุนแรงในสภาวะการณ์นั้น ๆ การดำเนินการตามขั้นตอนที่ กำหนดไว้ จึงควรเป็นไปตามลำดับดังนี้

- 1) การแสดงกำลังของตำรวจ
- 2) การใช้คำสั่งเตือน
- 3) การใช้มือเปล่าจับกุม
- 4) การใช้มือเปล่าจับตื้อกบังคับ
- 5) การใช้เครื่องพันธนาการ ปืนยิงตาข่าย
- 6) การใช้คลื่นเสียง
- 7) การใช้น้ำฉีด
- 8) อุปกรณ์เคมี เช่น แก๊สน้ำตา สเปรย์พริกไทย
- 9) กระบองหรืออุปกรณ์ที่ใช้ตี
- 10) อาวุธที่ไม่เป็นอันตรายถึงตายอื่น ๆ เช่น กระสุนยาง อุปกรณ์ช็อตไฟฟ้า

ในส่วนของการใช้อาวุธนั้น เจ้าหน้าที่ฝ่ายทหารควรใช้อาวุธเฉพาะในการป้องกัน ตนเอง ผู้อื่นเท่านั้น และต้องเป็นการกระทำเพื่อป้องกันสิทธิของตนหรือของผู้อื่นเพื่อให้พ้นจาก ภัยอันตรายซึ่งเกิดจากการประทุษร้ายอันละเมิดต่อกฎหมายและเป็นภัยอันตรายที่ใกล้จะถึง และได้กระทำไปพอสมควรแก่เหตุ ดังนั้นในการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ตำรวจควบคุมฝูงชน จึงต้อง มีความอดทนอดกลั้นต่อสิ่งยั่วยุต่าง ๆ จากผู้ชุมนุมในสถานการณ์ที่เกิดขึ้น จะต้องไม่ปฏิบัติหน้าที่ โดยขาดสติหรือด้วยโทสะ เพราะหากการใช้กำลังหรืออาวุธในการระงับเหตุหรือสลายการชุมนุม กระทำด้วยความ โกรธหรือบันดาลโทสะก็ย่อมไม่อาจอ้างเหตุการณ์ป้องกัน โดยชอบด้วยกฎหมายได้

5.2.3 ข้อเสนอแนะเกี่ยวกับผลของการใช้อำนาจและการเยียวยาผู้ได้รับผลกระทบจากการใช้อำนาจตามพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548 เมื่อประเทศต่าง ๆ นำแนวทางการปกครองในระบอบประชาธิปไตยมาใช้ และรัฐก็มีบทบาทในการจัดทำภารกิจเพิ่มมากขึ้น รัฐจึงมีโอกากระทำการที่อาจก่อให้เกิดความเสียหายต่อเอกชนเพิ่มมากขึ้น เมื่อรัฐดำเนินการใด ๆ ไปแล้วและเกิดความเสียหายไม่ว่าการกระทำนั้นจะชอบหรือไม่ชอบด้วยกฎหมาย ก็ย่อมต้องรับผิดชอบตามหลักความรับผิดชอบของรัฐ เช่นกรณีของระบบกฎหมายของประเทศฝรั่งเศสรัฐอาจรับผิดชอบได้ทั้งตามกฎหมายมหาชนและตามกฎหมายแพ่ง ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับลักษณะของกิจกรรมที่รัฐปฏิบัติ และความรับผิดชอบของรัฐในระบบกฎหมายสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี โดยทั่วไปแล้วตั้งอยู่บนรากฐานทางความคิดที่สำคัญสองฐานความคิด ประการแรกเป็นความรับผิดชอบของรัฐสำหรับการกระทำของข้าราชการใน ตำแหน่งซึ่งก่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่น (ความรับผิดทางละเมิดของฝ่ายปกครอง) และประการที่ สองเป็นความรับผิดชอบใช้ค่าทดแทนความเสียหายให้แก่ปัจเจกชนที่ได้รับความเสียหายอันเนื่องมาจาก การที่จะต้องอุทิศประโยชน์ของตนเพื่อประโยชน์สาธารณะ

ในส่วนของประเทศไทยบทบัญญัติแห่งมาตรา 17 ตอนท้ายแม้ว่าจะไม่ตัดสิทธิผู้ได้รับความเสียหายที่จะเรียกร้องค่าเสียหายจากทางราชการตามกฎหมายว่าด้วยความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ แต่เมื่อพิจารณาข้อความในบทบัญญัติในมาตรา 16 แห่งพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉินพ.ศ.2548 ที่กำหนดว่า ข้อกำหนด ประกาศ คำสั่ง หรือการกระทำตามพระราชกำหนดนี้ไม่อยู่ในบังคับของกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง และกฎหมายว่าด้วยการจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง นั่นก็หมายความว่าศาลปกครองไม่มีอำนาจในการพิจารณาในส่วนของการกระทำละเมิด ผู้เสียหายจากการกระทำดังกล่าวจึงต้องฟ้องร้องหน่วยงานที่เจ้าหน้าที่สังกัดต่อศาลยุติธรรม จึงอาจทำให้เกิดปัญหาในด้านการตีความเพื่อคุ้มครองประชาชนจากการใช้อำนาจรัฐได้เพราะผู้พิพากษาในศาลยุติธรรมอาจขาดความรู้ความเข้าใจในเรื่องหลักการความรับผิดชอบของรัฐโดยปราศจากความผิด ซึ่งเป็นหลักการในทางกฎหมายมหาชนซึ่งต้องใช้นิติวิธีในทางมหาชนในการพิจารณาวิเคราะห์สภาพปัญหาที่เกิดขึ้นได้ ผู้วิจัยจึงขอเสนอแนะให้แก้บทบัญญัติแห่งพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548 มาตรา 16 โดยให้โดยให้ข้อกำหนด ประกาศ คำสั่ง หรือการกระทำตามพระราชกำหนดนี้อยู่ภายใต้กฎหมายว่าด้วยการจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง



5.2.4 ข้อเสนอแนะเกี่ยวกับการควบคุมและการตรวจสอบการกระทำทางปกครองตามหลักการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายในเรื่องการใช้อำนาจของฝ่ายทหารในฐานะเจ้าพนักงานผู้มีอำนาจตามพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548 รูปแบบในการควบคุมการใช้อำนาจของฝ่ายทหารที่เกี่ยวข้องในฐานะเจ้าพนักงานผู้มีอำนาจตามพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548 โดยองค์กรภายในฝ่ายปกครอง ผู้วิจัยเสนอแนะให้ใช้รูปแบบการควบคุมโดยผู้มีอำนาจเหนือ ซึ่งในที่นี่ได้แก่การใช้อำนาจของผู้บังคับบัญชาที่สามารถควบคุมการใช้อำนาจของฝ่ายทหารในการดำเนินการอย่างใดอย่างหนึ่งในทางปกครองได้ โดยอำนาจของผู้บังคับบัญชาแต่ละระดับสามารถควบคุมการใช้อำนาจของฝ่ายทหารในฐานะผู้อยู่ภายใต้อำนาจได้ทั้งความเหมาะสมของการใช้อำนาจและความชอบด้วยกฎหมายของการใช้อำนาจ และในส่วนของกรควบคุมรูปแบบและขั้นตอนการกระทำทางปกครองฝ่ายเดียว ปกติการใช้อำนาจย่อมอยู่ภายใต้กรอบของหลักความชอบด้วยกฎหมายแต่หากเป็นสถานการณ์ฉุกเฉิน หลักความชอบด้วยกฎหมายก็จะผ่อนคลายความเข้มงวดในเรื่องรูปแบบและขั้นตอนในการใช้อำนาจยิ่ง ส่งผลโดยตรงให้หลักความชอบด้วยกฎหมายไม่สามารถนำมาใช้ในบางกรณี แต่อย่างไรก็ตามสถานการณ์ฉุกเฉินที่จะทำให้เจ้าหน้าที่ของรัฐใช้อำนาจได้มากกว่าปกติย่อมไม่อาจดำรงอยู่ตลอดเวลา มาตรการต่าง ๆ ที่เจ้าหน้าที่ของรัฐใช้ในสถานการณ์ฉุกเฉินนั้นย่อมใช้เพื่อความจำเป็นอันต้องคำนึงถึงหลักความได้สัดส่วน และใช้ได้เฉพาะในช่วงเวลาที่สถานการณ์ยกเว้นเป็นอย่างยิ่งยังคงดำรงอยู่เท่านั้นและแม้ว่าพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548 จะยกเว้นให้การใช้อำนาจไม่ต้องอยู่ในบังคับของกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง แต่ก็ไม่ได้ห้ามเจ้าหน้าที่ฝ่ายทหารที่จะดำเนินการภายใต้กรอบและแนวทางตามกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองเพื่อป้องกันตนเองจากผลกระทบจากการใช้อำนาจนั้นและเพื่อคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนด้วย ส่วนการจัดการกับการชุมนุมที่ผิดกฎหมายนั้น เจ้าหน้าที่ผู้รับผิดชอบจะต้องทำตามอำนาจหน้าที่เพื่อให้สถานการณ์กลับสู่ภาวะปกติโดยเร็ว และหากมีการใช้กำลัง เจ้าหน้าที่จะต้องยึดหลัก 4 ประการคือให้เจ้าหน้าที่ใช้กำลังเท่าที่จำเป็นโดยต้องพยายามใช้วิธีการอื่นก่อนการใช้กำลังที่อาจเกิดอันตรายต่อผู้ชุมนุม หากจำเป็นต้องใช้กำลังเพราะไม่สามารถหลีกเลี่ยงได้แล้ว ต้องเลือกวิธีจากเบาที่สุดและเป็นอันตรายต่อผู้ชุมนุมน้อยที่สุดก่อน โดยต้องยึดหลักแห่งความได้สัดส่วน หลักความถูกต้องตามกฎหมาย คือ การพิจารณาใช้กำลัง เครื่องมือหรือยุทธโปกรณ์ตามหลักสากลกำหนดไว้ หลักความรับผิดชอบ ให้พิจารณาถึงผลที่เกิดขึ้นจากการใช้กำลังโดยต้องมีผู้รับผิดชอบในการสั่งการหรือการปฏิบัติและให้มีการจัดเตรียมบรรเทาผลร้ายหรือเยียวยาหลังใช้กำลังเสร็จสิ้นด้วย หลักการใช้กำลังสากลในการใช้กำลังปฏิบัติการควบคุมฝูงชนจากเบาไปหาหนักและก่อนจะเริ่มในแต่ละขั้นตอนเจ้าหน้าที่ทหารจะต้องประกาศแจ้งเตือนต่อ

ผู้ชุมนุมก่อนทุกครั้ง และการใช้อุปกรณ์อาจไม่เรียงลำดับก็ได้ขึ้นอยู่กับสถานการณ์ในขณะนั้นประกอบด้วย

ในส่วนของข้อเสนอแนะเกี่ยวกับองค์กรควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายฝ่ายทหารในฐานะเจ้าพนักงานผู้ใช้อำนาจตามพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548 โดยองค์กรภายนอกฝ่ายปกครอง พระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548 กำหนดให้ศาลยุติธรรมทำหน้าที่ตรวจสอบการใช้อำนาจทางปกครองของรัฐ โดยเฉพาะการกระทำของฝ่ายทหารในการดำเนินการตามพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548 ผู้วิจัยไม่เห็นด้วยเนื่องจากการตรวจสอบการใช้อำนาจทางปกครองว่าชอบด้วยกฎหมายหรือไม่จำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องใช้นิติวิธีทางด้านมหาชนประกอบการพิจารณา ซึ่งผู้พิพากษาในศาลยุติธรรมจะคุ้นชินอยู่กับรูปแบบการใช้และการตีความกฎหมายเอกชนจึงทำให้ผู้พิพากษาอาจขาดความชำนาญการในการพิจารณาคดีปกครอง นอกจากนี้ในระบบศาลยุติธรรมจะถือหลักว่าผู้ฟ้องคดีต้องถูกโต้แย้งสิทธิก่อนถึงจะมีอำนาจในการฟ้องคดีส่วนศาลปกครองจะถือหลักเพียงแค่ว่าผู้ฟ้องคดีมีส่วนได้เสียพอสมควรในเรื่องที่ฟ้องร้องก็สามารถมีอำนาจฟ้องคดีได้ ทำให้ช่องทางในการฟ้องคดีของประชาชนแคบกว่าการฟ้องคดีต่อศาลปกครอง และผลจากหลักการนี้ส่งผลโดยตรงให้ศาลยุติธรรมไม่สามารถรับฟ้องคดีที่ประชาชนฟ้องเพิกถอนกฎที่รัฐตราโดยอาศัยอำนาจตามพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548 ได้ เพราะยังไม่อาจถือได้ว่าประชาชนยังไม่ถูกโต้แย้งสิทธิ ดังนั้นผู้วิจัยจึงเสนอแนะให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548 ม. 16 โดยให้ข้อกำหนดประกาศ คำสั่ง หรือการกระทำตามพระราชกำหนดนี้อยู่ภายใต้กฎหมายว่าด้วยการจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง



**บรรณานุกรม**

## บรรณานุกรม

### ภาษาไทย

กมลชัย รัตนสกาวงศ์. (2537). *หลักกฎหมายปกครองเยอรมัน*. กรุงเทพฯ: นิติธรรม.

กมลชัย รัตนสกาวงศ์. (2540). “ความชอบด้วยกฎหมาย ความมิชอบด้วยกฎหมาย และบังคับทางกฎหมายของนิติกรรมทางปกครองตามกฎหมายเยอรมัน,” *รวมบทความเนื่องในโอกาสครบ 84 ปี ประยูร กาญจนกุล*. กรุงเทพฯ: คณะนิติศาสตร์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.

กรมคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ กระทรวงยุติธรรม. (2556, กันยายน). *บทวิเคราะห์ข้อมูลสถานการณ์ และเชื่อมโยงเพื่อวางทิศทางแผนสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ ฉบับที่ 3 (พ.ศ. 2557-2561)*. กรุงเทพฯ: คณะรัฐมนตรีและราชกิจจานุเบกษา.

กำชัย จงจักรพันธ์. (ม.ป.ป.). *หลักนิติธรรม*. สืบค้น 5 มกราคม 2559, จาก

<http://www.oja.go.th/new2011>

กิตติศักดิ์ ปรกติ. (2546). *ความเป็นมาและหลักการใช้นิติวิธีในระบบชีวิต ลอว์และคอมมอน ลอว์*. กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์. (2547). *หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชนว่าด้วยรัฐ รัฐธรรมนูญ และกฎหมาย*. กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์. (2548). *แนวความคิดว่าด้วยรัฐ (ตอนที่ 1)*. สืบค้น 5 มกราคม 2559, จาก

<http://www.pub-law.net/publaw/view.aspx?id=295>.

เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์. (2548). *แนวความคิดว่าด้วยรัฐ (ตอนที่ 2)*. สืบค้น 5 มกราคม 2559, จาก

<http://www.pub-law.net/publaw/view.aspx?id=296>

ไกรพล อรัญรัตน์. (2552). *กฎหมายควบคุมการชุมนุมสาธารณะ: พัฒนาการอีกขั้นหนึ่งของการชุมนุมในประเทศไทย*. สืบค้น 10 กันยายน 2555, จาก <http://www.public-Law.net>.

ครองธรรม ธรรมรัฐ. (ม.ป.ป.). *การใช้กฎหมายรักษาความมั่นคงของรัฐ: กับอำนาจการตรวจสอบของศาล*. สืบค้น 5 กุมภาพันธ์ 2557, จาก <http://www.manager.co.th/asp-bin/PrintNews.aspx?NewsID=9570000014078>.

คลังกฎหมาย. (2555). *ความรับผิดชอบของรัฐ โดยปราศจากความผิด (La responsabilité sans faute)*.

สืบค้น 28 พฤษภาคม 2559, จาก [https://www.facebook.com/permalink.php?story\\_fbid=641259919234437&id=369868539706911](https://www.facebook.com/permalink.php?story_fbid=641259919234437&id=369868539706911).

คำสั่งศาลแพ่ง คดีหมายเลขดำที่ 1433/2553, คดีหมายเลขแดงที่ 2521/2553.

- คึกฤทธิ์ เรกะลาภ. (2551). *การแทรกแซงทางการเมืองของทหารไทย: กรณีศึกษาการรัฐประหาร 19 กันยายน 2549* (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท). นนทบุรี: มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช.
- จรัญ โฆษณานันท์. (2552). *นิติปรัชญา*. กรุงเทพฯ.
- จิ่ง จากส์ รุสโซ. (2522). *สัญญาประชาคม* (แปลและเรียบเรียงโดย จินดา จินตนะเสรี). กรุงเทพฯ: ศรีพรการพิมพ์.
- จันทจิรา เอี่ยมมยุรา. (2554). *เสรีภาพในการชุมนุมในที่สาธารณะ: หลักทั่วไปและข้อจำกัด*. สืบค้น 10 มกราคม 2559, จาก <http://www.enlightened-jurists.org/>.
- ชาญชัย แสวงศักดิ์. (2550). *คำอธิบายกฎหมายปกครอง*. กรุงเทพฯ: วิญญูชน.
- ทินพันธ์ นาคะตะ. (2541). *นักคิดผู้ยิ่งใหญ่ของโลก ปรัชญาและทฤษฎีการเมือง*. กรุงเทพฯ: โครงการเอกสารและตำรา สมาคมรัฐประศาสนศาสตร์ นิด้า.
- นภดล เสงเจริญ. (2548). “กระบวนการตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐ,” *รวมบทความทางวิชาการ ชุดที่ 4 “ศาลรัฐธรรมนูญกับการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน.”*
- นันทวัฒน์ บรมานันท์. (2551). *หลักพื้นฐานของกฎหมายปกครอง*. สืบค้น 10 มกราคม 2559, จาก <http://www.pub-law.net/publaw/view.aspx?id=1229>.
- นันทวัฒน์ บรมานันท์. (2556). *บทบรรณาธิการครั้งที่ 323*. สืบค้น 10 มีนาคม 2559, จาก <http://www.pub-law.net/publaw/view.aspx?id=1870>.
- บรรเจิด สิงคะเนติ. (2540). *หลักพื้นฐานของสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามรัฐธรรมนูญ พุทธศักราช 2540* (พิมพ์ครั้งที่ 2). กรุงเทพฯ: วิญญูชน
- บรรเจิด สิงคะเนติ. (2545). “การควบคุมและตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐ,” *รวมบทความกฎหมายมหาชน*. สืบค้นจาก [pub-law.net](http://pub-law.net).
- บรรเจิด สิงคะเนติ. (2552). *หลักพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพ และศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์*. กรุงเทพฯ: วิญญูชน.
- บรรหาร กำลา. (2551). “บทวิเคราะห์การบังคับใช้พระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548 กับปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ,” *จุดนิติ*.
- บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. (2538). *กฎหมายมหาชน เล่ม 1 วิวัฒนาการทางปรัชญาและลักษณะของกฎหมายมหาชนในยุคต่าง ๆ*. กรุงเทพฯ: นิติธรรม.
- บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. (2539). *กฎหมายมหาชน เล่มที่ 3 ที่มาและนิติวิธี*. กรุงเทพฯ: นิติธรรม.

- ปกรณ นิลประพันธ์. (2556). *หลักสากลในการใช้กำลังและอาวุธของเจ้าหน้าที่ของรัฐในการยุติการชุมนุมสาธารณะที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย*. สืบค้น 12 มีนาคม 2559, จาก <http://www.pub-law.net/publaw/view.aspx?id=1872>.
- ปรีดี เกษมทรัพย์. (2539). *นิติปรัชญา*. กรุงเทพฯ: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- ปิยบุตร แสงกนกกุล. (2549). *บทวิเคราะห์ พ.ร.ก.การบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548*. สืบค้น 10 มีนาคม 2559, จาก <http://www.pub-law.net/publaw/view.aspx?id=886>.
- พระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548.
- พระราชบัญญัติการรักษาความมั่นคงภายในราชอาณาจักร พ.ศ. 2551.
- พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539.
- พัชร์ นิยมศิลป์. (2553). *เปรียบเทียบกฎหมายเกี่ยวกับการรักษาความมั่นคง แห่งชาติ พ.ร.บ. กฎอัยการศึก พ.ศ. 2478 พ.ร.ก. การบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548 และ พ.ร.บ. การรักษาความมั่นคงภายในราชอาณาจักร พ.ศ. 2551*. สืบค้น 20 กรกฎาคม 2555, จาก <http://www.pub-law.net/publaw/view.aspx?id=1479>.
- พิเชษฐ ถูจจิตร. (2554). *การควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองตามพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548* (วิทยานิพนธ์ปริญญา มหาบัณฑิต). เชียงราย: มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง.
- โกคิน พลกุล. (2526). *หลักกฎหมายมหาชน (เอกสารประกอบการบรรยาย)*. กรุงเทพฯ: คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- โกคิน พลกุล. (2528). "รูปแบบและวิธีการควบคุมฝ่ายปกครอง," *วารสารนิติศาสตร์*, 1 (2).
- โกคิน พลกุล. (2544). *สาระสำคัญของกฎหมายว่าด้วยศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง*. กรุงเทพฯ: สวัสดิการสำนักงานศาลปกครอง 2544.
- มหาวิทยาลัยอัสสัมชัญ คณะนิติศาสตร์. (2549). *การเรียกค่าเสียหายในคดีปกครอง: ศึกษากรณี ตามมาตรา 16 และมาตรา 17 แห่งพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548* (รายงานผลการวิจัย). กรุงเทพฯ: คณะกรรมการวิจัยและพัฒนาของ วุฒิสภา สำนักงานเลขาธิการวุฒิสภา (รับทุนอุดหนุนจากคณะกรรมการวิจัยและพัฒนา ของวุฒิสภา สำนักงานเลขาธิการวุฒิสภา).
- มองเตสกีเออร์ (แปลและเรียบเรียงโดย วิจารณ์ธรรม ตูยานนท์). (2528). *เจตนารมณ์แห่งกฎหมาย*. กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.

- เลิศศักดิ์ ต้นโต. (2557). *ข้อคิดบางประการ: กฎหมายการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน*. สืบค้น 15 มกราคม 2559, จาก <http://www.pub-law.net/publaw/view.aspx?id=1928>.
- วรเจตน์ ภาคีรัตน์. (2547). *ความรับผิดชอบของรัฐในระบบกฎหมายเยอรมัน* (รายงานผลการวิจัย). กรุงเทพฯ: สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา.
- วรเจตน์ ภาคีรัตน์. (2553). *หลักนิติรัฐและหลักนิติธรรม*. สืบค้น 4 กรกฎาคม 2558, จาก <http://www.pub-law.net/publaw/view.aspx?id=1431>.
- วรเจตน์ ภาคีรัตน์. (2554). *กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองสำหรับองค์การปกครองส่วนท้องถิ่น*. กรุงเทพฯ: สถาบันพระปกเกล้า.
- วรเจตน์ ภาคีรัตน์. (2554). *กฎหมายปกครอง ภาคทั่วไป*. กรุงเทพฯ: นิติราษฎร์.
- วรพจน์ วิสสุตพิชญ์. (2531). การควบคุมการใช้ดุลพินิจทางปกครองโดยองค์กรตุลาการ, *รวมบทความ 60 ปี คร.ปรีดี เกษมทรัพย์*. กรุงเทพฯ: พี.เค.พรินต์ติ้งเฮาส์.
- วรพจน์ วิสสุตพิชญ์. (2537). “ศาลปกครองกับหลักการแบ่งแยกอำนาจ,” *วารสารนิติศาสตร์*, 24 (3), 2537.
- วรพชร จันทร์ขันธ์. (2551). *กระบวนการตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐภายใต้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย* (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต). กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.
- วิษณุ เครืองาม. (2523). *กฎหมายรัฐธรรมนูญ*. กรุงเทพฯ : นิติบรรณการ.
- วิสุทธิ โพธิแท่น. (2550). *แนวคิดพื้นฐานของประชาธิปไตย*. กรุงเทพฯ: สำนักฝึกอบรมเผยแพร่และประชาสัมพันธ์สถาบันพระปกเกล้า คณะรัฐมนตรีและราชกิจจานุเบกษา.
- ศุภวัฒน์ สิงห์สุวรรณ. (2557). *ข้อพิจารณาบางประการเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง*. สืบค้น 10 มกราคม 2559, จาก <http://www.pub-law.net/publaw/view.aspx?id=1957>.
- สุรเชษฐ์ ลาภวงศ์. (2553). *ทหารกับการเป็นเจ้าพนักงานผู้บังคับใช้กฎหมายในสถานการณ์ฉุกเฉิน* (เอกสารทางวิชาการ). กรุงเทพฯ: กองกฤษฎีกาทหารและการต่างประเทศ กรมพระธรรมนูญ. หนังสือกรมพระธรรมนูญ ที่ 880/49 เรื่องการใช้กำลังทหารปราบปรามการจลาจล ลง 3 มีนาคม พ.ศ. 2549.
- อังกร วัฒนรุ่ง. (2554). *ระบบการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง*. สืบค้น 15 มกราคม 2559, จาก <http://www.bpp.go.th/>.

### ภาษาต่างประเทศ

Hans Kelsen. (1942). Judicial Review of Legislation, *the Journal of Politics*, 183 (199).

Hong Kong Ordinance.

Jose Ney. (2008). *Democracy in South Korea: Mature society versus immature system*. Retrieved November 8, 2015, from <http://www.ethicsinaction.asia/archive/2008-ethics-in-action/vol.-2-no.-4-august-2008/democracy-in-south-korea-mature-society-versus>.

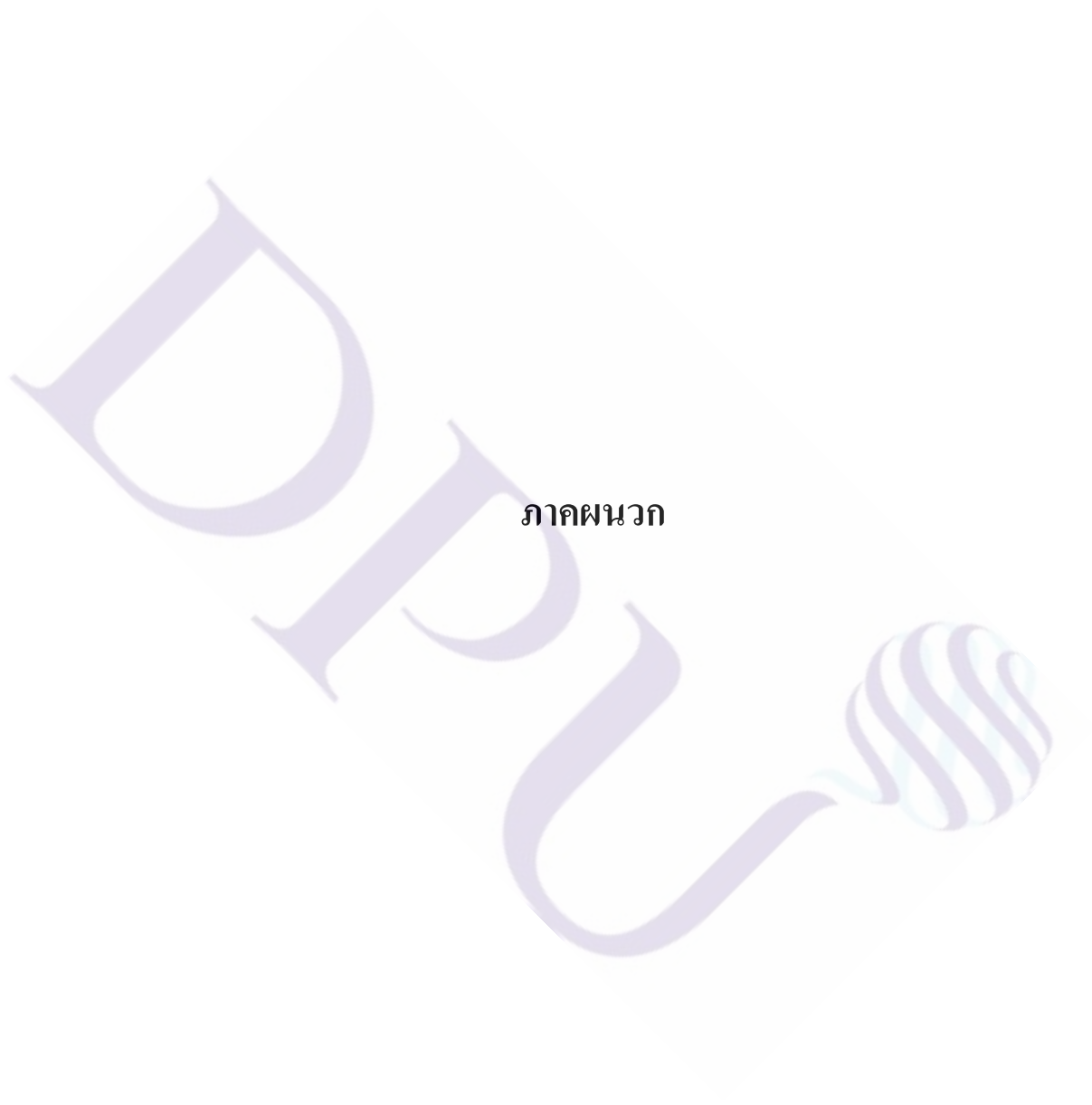
Law Enforcement (Powers and Responsibilities) Act 2002 (NSW).

L. L. Fuller. (1969). *The Morality of law*. New Haven: Yale University Press

Police Power and Responsibility Act 2000 (QLD).

Stefan Lorant. (1959). *The Life of Abarham Lincon, adapted by Adolph Myers*. New York: The American Library.





ภาคผนวก

## Basic Law for Federal Republic of Germany

### Article 8

[Freedom of assembly]

(1) All Germans shall have the right to assemble peacefully and unarmed without prior notification or permission.

(2) In the case of outdoor assemblies, this right may be restricted by or pursuant to a law.

### Article 87b

[Federal Defence Administration]

(1) The Federal Defence Administration shall be conducted as a federal administrative authority with its own administrative structure. It shall have jurisdiction for personnel matters and direct responsibility for satisfaction of the procurement needs of the Armed Forces. Responsibilities connected with pensions for injured persons or with construction work may be assigned to the Federal Defence Administration only by a federal law requiring the consent of the Bundesrat. Such consent shall also be required for any

laws to the extent that they empower the Federal Defence Administration to interfere with rights of third parties; this requirement, however, shall not apply in the case of laws regarding personnel matters.

(2) In addition, federal laws concerning defence, including re-cruitment for military service and protection of the civilian population, may, with the consent of the Bundesrat, provide that they shall be executed, wholly or in part, either by federal administrative authorities with their own administrative substructures or by the *Länder* on federal commission. If such laws are executed by the *Länder* on federal commission, they may, with the consent of the Bundesrat, provide that the powers vested in the Federal Government or in the competent highest federal authorities pursuant to Article 85 be transferred wholly or in part to federal higher authorities; in this event the law may provide that such authorities shall not require the consent of the Bundesrat in issuing general administrative rules pursuant to the first sentence of paragraph (2) of Article 85

## Article 91

### [Internal emergency]

- (1) In order to avert an imminent danger to the existence or free democratic basic order of the Federation or of a *Land*, a *Land* may call upon police forces of other *Länder*, or upon personnel and facilities of other administrative authorities and of the Federal Border Police.
- (2) If the *Land* where such danger is imminent is not itself willing or able to combat the danger, the Federal Government may place the police in that *Land* and the police forces of other *Länder* under its own orders and deploy units of the Federal Border Police. Any such order shall be rescinded once the danger is removed, or at any time on the demand of the Bundesrat. If the danger extends beyond the territory of a single *Land*, the Federal Government, insofar as is necessary to combat such danger, may issue instructions to the *Land* governments; the first and second sentences of this paragraph shall not be affected by this provision.

## Australia

### LAW ENFORCEMENT (POWERS AND RESPONSIBILITIES) ACT 2002

#### Authorisation of special powers to prevent or control public disorder in public place

#### 87D Authorisation of special powers to prevent or control public disorder in public place

- (1) An authorisation for the exercise in a public place of the special powers conferred by this Division may be given in accordance with this Division if the police officer giving the authorisation:
- (a) has reasonable grounds for believing that there is a large-scale public disorder occurring or a threat of such a disorder occurring in the near future, and
  - (b) is satisfied that the exercise of those powers is reasonably necessary to prevent or control the public disorder.
- (2) In giving an authorisation, the police officer is to be satisfied that the nature and extent of the powers to be conferred by the authorisation are appropriate to the public disorder that is occurring or threatened.

### พ.ร.บ.จัดระเบียบกระทรวงกลาโหม พ.ศ.2551

มาตรา ๑ พระราชบัญญัตินี้เรียกว่า “พระราชบัญญัติจัดระเบียบราชการกระทรวงกลาโหม พ.ศ. ๒๕๕๑”

มาตรา ๒ พระราชบัญญัตินี้ให้ใช้บังคับตั้งแต่วันถัดจากวันประกาศในราชกิจจานุเบกษาเป็นต้นไป

“ข้าราชการทหาร” หมายความว่า ข้าราชการทหารตามกฎหมายว่าด้วยระเบียบข้าราชการทหาร

“ข้าราชการพลเรือนกลาโหม” หมายความว่า ข้าราชการที่ได้รับการบรรจุและแต่งตั้งให้รับราชการในกระทรวงกลาโหมในตำแหน่งที่มีใช้อัตราทหารและไม่มีชั้นยศเพื่อปฏิบัติหน้าที่ที่ต้องใช้ความชำนาญเฉพาะทาง

“ทหารกองประจำการ” หมายความว่า ทหารกองประจำการตามกฎหมายว่าด้วยการรับราชการทหาร

“นักเรียนในสังกัดกระทรวงกลาโหม” หมายความว่า นักเรียนในสังกัดกระทรวงกลาโหมตามกฎหมายว่าด้วยระเบียบข้าราชการทหาร

“เจ้าหน้าที่ทางทหาร” หมายความว่า ผู้ซึ่งรัฐมนตรีว่าการกระทรวงกลาโหมแต่งตั้งโดยความเห็นชอบของสภากลาโหมเพื่อปฏิบัติภารกิจตามพระราชบัญญัตินี้

“การใช้กำลังทหาร” หมายความว่า การใช้ทหารตามมาตรา ๖ วรรคหนึ่ง ข้าราชการพลเรือนกลาโหม และเจ้าหน้าที่ทางทหาร เพื่อปฏิบัติภารกิจตามพระราชบัญญัตินี้

### หมวด ๑ บททั่วไป

มาตรา ๓ การบริหารราชการของกระทรวงกลาโหม ต้องดำเนินการตามหลักการบริหารกิจการบ้านเมืองที่ดี เว้นแต่ในกรณีใดที่มีความจำเป็นในการบริหารราชการของกระทรวงกลาโหมอาจกำหนดวิธีปฏิบัติราชการให้สอดคล้องและเหมาะสมกับการปฏิบัติราชการของกระทรวงกลาโหมเป็นการเฉพาะสำหรับกรณีนั้นได้ โดยให้ตราเป็นพระราชกฤษฎีกา

(๑) พิทักษ์รักษาเอกราชและความมั่นคงแห่งราชอาณาจักรจากภัยคุกคามทั้งภายนอกและภายในราชอาณาจักร ปราบปรามการกบฏและการจลาจล โดยจัดให้มีและใช้กำลังทหารตามที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยหรือตามที่มีกฎหมายกำหนด

(๒) พิทักษ์รักษา ปกป้องสถาบันพระมหากษัตริย์ ตลอดจนสนับสนุนภารกิจของสถาบันพระมหากษัตริย์

(๓) ปกป้อง พิทักษ์รักษาผลประโยชน์แห่งชาติและการปกครองระบอบประชาธิปไตย อันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข พัฒนาประเทศเพื่อความมั่นคงตลอดจนสนับสนุนภารกิจอื่นของรัฐในการพัฒนาประเทศ การป้องกันและแก้ไขปัญหายาเสพติด และการช่วยเหลือประชาชน

(๔) ศึกษา วิจัย พัฒนา และดำเนินการด้านอุตสาหกรรมป้องกันประเทศและพลังงาน ทหาร ด้านวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีป้องกันประเทศ และด้านกิจการอวกาศเทคโนโลยีสารสนเทศและการสื่อสาร ทั้งนี้ เพื่อสนับสนุนภารกิจของกระทรวงกลาโหมและความมั่นคงของประเทศ

(๕) ปฏิบัติการอื่นที่เป็นการปฏิบัติการทางทหารนอกเหนือจากสงครามเพื่อความมั่นคงแห่งราชอาณาจักร หรือปฏิบัติการอื่นใด ทั้งนี้ ตามที่มีกฎหมายกำหนดหรือตามมติคณะรัฐมนตรี

ในการดำเนินการตาม (๔) กระทรวงกลาโหมอาจมอบหมายให้ส่วนราชการในกระทรวงกลาโหมหรือหน่วยงานอื่นในกำกับของกระทรวงกลาโหมเป็นผู้ดำเนินการก็ได้หรืออาจร่วมงาน ร่วมทุนหรือดำเนินการกับภาคเอกชนตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายก็ได้

**พระราชกำหนด**  
**การบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน**

พ.ศ. ๒๕๔๘

มาตรา ๔ ในพระราชกำหนดนี้

“สถานการณ์ฉุกเฉิน” หมายความว่า สถานการณ์อันกระทบหรืออาจกระทบต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชนหรือเป็นภัยต่อความมั่นคงของรัฐหรืออาจทำให้ประเทศหรือส่วนใดส่วนหนึ่งของประเทศตกอยู่ในภาวะคับขันหรือมีการกระทำความผิดเกี่ยวกับการก่อการร้ายตามประมวลกฎหมายอาญา การรบหรือการสงคราม ซึ่งจำเป็นต้องมีมาตรการเร่งด่วนเพื่อรักษาไว้ซึ่งการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย เอกราชและบูรณภาพแห่งอาณาเขต ผลประโยชน์ของชาติ การปฏิบัติตามกฎหมาย ความปลอดภัยของประชาชน การดำรงชีวิตโดยปกติสุขของประชาชน การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพ ความสงบเรียบร้อยหรือประโยชน์ส่วนรวม หรือการป้องกันหรือแก้ไขเยียวยาความเสียหายจากภัยพิบัติสาธารณะอันมีมาอย่างฉุกเฉินและร้ายแรง

“พนักงานเจ้าหน้าที่” หมายความว่า ผู้ซึ่งนายกรัฐมนตรีแต่งตั้งให้ปฏิบัติหน้าที่ตามพระราชกำหนดนี้

มาตรา ๕ เมื่อปรากฏว่ามีสถานการณ์ฉุกเฉินเกิดขึ้นและนายกรัฐมนตรีเห็นสมควรใช้กำลังเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองหรือตำรวจ เจ้าหน้าที่ฝ่ายพลเรือนหรือเจ้าหน้าที่ฝ่ายทหารร่วมกันป้องกัน แก้ไข ปราบปราม ระงับยับยั้ง ฟื้นฟูหรือช่วยเหลือประชาชน ให้นายกรัฐมนตรีโดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรี มีอำนาจประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินเพื่อบังคับใช้ทั่วราชอาณาจักรหรือในบางเขตบางท้องที่ได้ตามความจำเป็นแห่งสถานการณ์ ในกรณีที่ไม่อาจขอความเห็นชอบจากคณะรัฐมนตรีได้ทันทั่วทั้งที่ นายกรัฐมนตรีอาจประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินไปก่อน แล้วดำเนินการให้ได้รับความเห็นชอบจากคณะรัฐมนตรีภายในสามวัน หากมิได้ดำเนินการขอความเห็นชอบจากคณะรัฐมนตรีภายในเวลาที่กำหนด หรือคณะรัฐมนตรีไม่ให้ความเห็นชอบ ให้การประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินดังกล่าวเป็นอันสิ้นสุดลง

การประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินตามวรรคหนึ่ง ให้ใช้บังคับตลอดระยะเวลาที่นายกรัฐมนตรีกำหนด แต่ต้องไม่เกินสามเดือนนับแต่วันประกาศ ในกรณีที่มีความจำเป็นต้องขยายระยะเวลาให้นายกรัฐมนตรีโดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรีมีอำนาจประกาศขยายระยะเวลาการใช้บังคับออกไปอีกเป็นคราว ๆ คราวละไม่เกินสามเดือน

เมื่อสถานการณ์ฉุกเฉินสิ้นสุดลงแล้ว หรือเมื่อคณะรัฐมนตรีไม่ให้ความเห็นชอบหรือเมื่อสิ้นสุดกำหนดเวลาตามวรรคสอง ให้นายกรัฐมนตรีประกาศยกเลิกประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินนั้น

มาตรา ๖ ให้มีคณะกรรมการบริหารสถานการณ์ฉุกเฉินคณะหนึ่ง ประกอบด้วยรองนายกรัฐมนตรีซึ่งนายกรัฐมนตรีมอบหมาย เป็นประธานกรรมการ รัฐมนตรีว่าการกระทรวงกลาโหม รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทย และรัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรม เป็นรองประธานกรรมการ ปลัดกระทรวงกลาโหม ปลัดกระทรวงการต่างประเทศ ปลัดกระทรวงการพัฒนาสังคมและความมั่นคงของมนุษย์ ปลัดกระทรวงมหาดไทย ปลัดกระทรวงยุติธรรม ผู้อำนวยการสำนักข่าวกรองแห่งชาติ อัยการสูงสุด ผู้บัญชาการทหารสูงสุด ผู้บัญชาการทหารบก ผู้บัญชาการทหารเรือ ผู้บัญชาการทหารอากาศ ผู้บัญชาการตำรวจแห่งชาติ อธิบดีกรมการปกครอง และอธิบดีกรมป้องกันและบรรเทาสาธารณภัย เป็นกรรมการ และเลขาธิการสภาความมั่นคงแห่งชาติ เป็นกรรมการและเลขานุการ มีอำนาจหน้าที่ติดตามและตรวจสอบเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นทั้งภายในและภายนอกประเทศที่อาจเกิดสถานการณ์ฉุกเฉินเพื่อเสนอแนะต่อนายกรัฐมนตรีในกรณีที่มีความจำเป็นต้องประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินตามมาตรา ๕ หรือสถานการณ์ที่มีความร้ายแรงตามมาตรา ๑๑ และในการใช้มาตรการที่เหมาะสมตามพระราชกำหนดนี้ เพื่อการป้องกันแก้ไขหรือระงับสถานการณ์ฉุกเฉินนั้น

ความในมาตรานี้ไม่กระทบกระเทือนการใช้อำนาจของนายกรัฐมนตรี ตามมาตรา ๕ ในการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินเมื่อมีเหตุการณ์จำเป็นเร่งด่วนอันอาจเป็นภัยต่อประเทศหรือประชาชน

มาตรา ๗ ในเขตท้องที่ที่มีการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินตามมาตรา ๕ ให้บรรดาอำนาจหน้าที่ของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงใดกระทรวงหนึ่งหรือหลายกระทรวง หรือที่เป็นผู้รักษาการตามกฎหมายหรือที่มีอยู่ตามกฎหมายใดก็ตาม เฉพาะในส่วนที่เกี่ยวกับการอนุญาต อนุมัติ สั่งการ บังคับ บัญชา หรือช่วยในการป้องกัน แก้ไข ปราบปราม ระงับยับยั้งในสถานการณ์ฉุกเฉิน หรือฟื้นฟูหรือช่วยเหลือประชาชน โอนมาเป็นอำนาจหน้าที่ของนายกรัฐมนตรีเป็นการชั่วคราว เพื่อให้การสั่งการและการแก้ไขสถานการณ์เป็นไปโดยมีเอกภาพ รวดเร็ว และมีประสิทธิภาพ

การกำหนดให้อำนาจหน้าที่ของรัฐมนตรีตามกฎหมายใดทั้งหมดหรือบางส่วนเป็นอำนาจหน้าที่ของนายกรัฐมนตรีตามวรรคหนึ่ง ให้เป็นไปตามประกาศที่คณะรัฐมนตรีกำหนด

ให้นายกรัฐมนตรีมีอำนาจแต่งตั้งบุคคลเป็นพนักงานเจ้าหน้าที่เพื่อปฏิบัติหน้าที่ตามพระราชกำหนดนี้ และเพื่อปฏิบัติงานตามกฎหมายที่ได้รับ โอนมาเป็นอำนาจหน้าที่ของนายกรัฐมนตรีตามวรรคหนึ่ง โดยให้ถือว่าบุคคลที่ได้รับแต่งตั้งเป็นพนักงานเจ้าหน้าที่เป็นผู้มี

อำนาจตามกฎหมายนั้น ในการนี้ นายกรัฐมนตรีอาจมอบหมายให้ส่วนราชการหรือพนักงานเจ้าหน้าที่ตามกฎหมายนั้นยังคงใช้อำนาจหน้าที่เช่นเดิมต่อไปก็ได้ แต่ต้องปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ที่นายกรัฐมนตรีกำหนด

ในกรณีที่นายกรัฐมนตรีแต่งตั้งข้าราชการพลเรือน ตำรวจหรือทหารซึ่งมีตำแหน่งไม่ต่ำกว่าอธิบดี ผู้บัญชาการตำรวจ แม่ทัพ หรือเทียบเท่าเป็นพนักงานเจ้าหน้าที่และกำหนดให้เป็นหัวหน้าผู้รับผิดชอบในการแก้ไขสถานการณ์ฉุกเฉิน ในพื้นที่และบังคับบัญชาข้าราชการและพนักงานเจ้าหน้าที่ ในการนี้ ให้การปฏิบัติหน้าที่ของส่วนราชการและข้าราชการที่เกี่ยวข้อง รวมทั้งพนักงานเจ้าหน้าที่เป็นไปตามการสั่งการของหัวหน้าผู้รับผิดชอบนั้น เว้นแต่การปฏิบัติหน้าที่ทางทหารให้เป็นไปตามกฎ ระเบียบ หรือข้อบังคับเกี่ยวกับการใช้กำลังทหารแต่จะต้องปฏิบัติให้สอดคล้องกับแนวทางการดำเนินการที่ผู้ซึ่งได้รับแต่งตั้งเป็นหัวหน้าผู้รับผิดชอบกำหนด

ในกรณีที่มีความจำเป็น คณะรัฐมนตรีอาจให้มีการจัดตั้งหน่วยงานพิเศษเป็นการเฉพาะเพื่อปฏิบัติหน้าที่ตามพระราชกำหนดนี้เป็นการชั่วคราวได้ จนกว่าจะยกเลิกประกาศสถานการณ์ฉุกเฉิน

นายกรัฐมนตรีอาจมอบหมายให้รองนายกรัฐมนตรีหรือรัฐมนตรีคนหนึ่งหรือหลายคนเป็นผู้ใช้อำนาจตามวรรคหนึ่ง วรรคสาม หรือวรรคสี่แทน หรือมอบหมายให้เป็นผู้กำกับการปฏิบัติงานของส่วนราชการที่เกี่ยวข้อง พนักงานเจ้าหน้าที่ตามวรรคสาม หัวหน้าผู้รับผิดชอบตามวรรคสี่ และหน่วยงานตามวรรคห้าได้ และให้ถือว่าเป็นผู้บังคับบัญชาหัวหน้าผู้รับผิดชอบข้าราชการ และพนักงานเจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้อง

มาตรา ๘ เพื่อประโยชน์ในการประสานการปฏิบัติงานในพื้นที่ที่ประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินให้เป็นไปด้วยความเหมาะสมและสอดคล้องกับสภาพเหตุการณ์และความเป็นอยู่ของประชาชนในเขตพื้นที่ นายกรัฐมนตรีหรือผู้ซึ่งนายกรัฐมนตรีมอบหมายอาจมีคำสั่งแต่งตั้งคณะบุคคลหรือบุคคลเป็นที่ปรึกษาในการปฏิบัติงานของพนักงานเจ้าหน้าที่หรือเป็นผู้ช่วยเหลือพนักงานเจ้าหน้าที่ ในการปฏิบัติหน้าที่ตามพระราชกำหนดนี้ได้

ให้บุคคลที่ได้รับการแต่งตั้งตามวรรคหนึ่งได้รับความคุ้มครองเช่นเดียวกับการปฏิบัติงานของพนักงานเจ้าหน้าที่ ทั้งนี้ ตามขอบเขตการปฏิบัติหน้าที่ที่ได้รับแต่งตั้ง

มาตรา ๙ ในกรณีที่มีความจำเป็นเพื่อแก้ไขสถานการณ์ฉุกเฉินให้ยุติลงได้โดยเร็ว หรือป้องกันมิให้เกิดเหตุการณ์ร้ายแรงมากขึ้น ให้นายกรัฐมนตรีมีอำนาจออกข้อกำหนด ดังต่อไปนี้

(๑) ห้ามมิให้บุคคลใดออกนอกเคหสถานภายในระยะเวลาที่กำหนด เว้นแต่จะได้รับอนุญาตจากพนักงานเจ้าหน้าที่ หรือเป็นบุคคลซึ่งได้รับยกเว้น



(๒) ห้ามมิให้มีการชุมนุมหรือมั่วสุมกัน ณ ที่ใด ๆ หรือกระทำการใดอันเป็นการยุยงให้เกิดความไม่สงบเรียบร้อย

(๓) ห้ามการเสนอข่าว การจำหน่าย หรือทำให้แพร่หลายซึ่งหนังสือ สิ่งพิมพ์ หรือสื่ออื่นใดที่มีข้อความอันอาจทำให้ประชาชนเกิดความหวาดกลัวหรือเจตนาบิดเบือนข้อมูลข่าวสารทำให้เกิดความเข้าใจผิดในสถานการณ์ฉุกเฉินจนกระทบต่อความมั่นคงของรัฐ หรือความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ทั้งในเขตพื้นที่ที่ประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินหรือทั่วราชอาณาจักร

(๔) ห้ามการใช้เส้นทางคมนาคมหรือการใช้ยานพาหนะ หรือกำหนดเงื่อนไขการใช้เส้นทางคมนาคมหรือการใช้ยานพาหนะ

(๕) ห้ามการใช้อาคาร หรือเข้าไปหรืออยู่ในสถานที่ใด ๆ

(๖) ให้อพยพประชาชนออกจากพื้นที่ที่กำหนดเพื่อความปลอดภัยของประชาชนดังกล่าว หรือห้ามผู้ใดเข้าไปในพื้นที่ที่กำหนด

ข้อกำหนดตามวรรคหนึ่ง จะกำหนดเงื่อนไขในการปฏิบัติตามข้อกำหนดหรือเงื่อนไขในการปฏิบัติงานของพนักงานเจ้าหน้าที่ หรือมอบหมายให้พนักงานเจ้าหน้าที่กำหนดพื้นที่และรายละเอียดอื่นเพิ่มเติม เพื่อมิให้มีการปฏิบัติที่ก่อให้เกิดความเดือดร้อนแก่ประชาชนเกินสมควรแก่เหตุก็ได้

มาตรา ๑๐ เพื่อประโยชน์ในการแก้ไขปัญหาในพื้นที่ที่เกิดสถานการณ์ฉุกเฉินให้สามารถกระทำได้โดยรวดเร็ว นายกรัฐมนตรีอาจมอบอำนาจให้พนักงานเจ้าหน้าที่ผู้ซึ่งได้รับการแต่งตั้งเป็นหัวหน้าผู้รับผิดชอบตามมาตรา ๗ วรรคสี่ เป็นผู้ใช้อำนาจออกข้อกำหนดตามมาตรา ๕ แทนก็ได้ แต่เมื่อดำเนินการแล้วต้องรีบรายงานให้นายกรัฐมนตรีทราบโดยเร็ว และถ้านายกรัฐมนตรีมิได้มีข้อกำหนดในเรื่องเดียวกันภายในสี่สิบแปดชั่วโมงนับแต่เวลาที่พนักงานเจ้าหน้าที่ออกข้อกำหนด ให้ข้อกำหนดนั้นเป็นอันสิ้นผลใช้บังคับ

มาตรา ๑๑ ในกรณีที่สถานการณ์ฉุกเฉินมีการก่อการร้าย การใช้กำลังประทุษร้ายต่อชีวิต ร่างกาย หรือทรัพย์สิน หรือมีเหตุอันควรเชื่อได้ว่ามีการกระทำที่มีความรุนแรงกระทบต่อความมั่นคงของรัฐ ความปลอดภัยในชีวิตหรือทรัพย์สินของรัฐหรือบุคคล และมีความจำเป็นที่จะต้องเร่งแก้ไขปัญหาให้ยุติได้อย่างมีประสิทธิภาพและทันทั่วถึง ให้นายกรัฐมนตรีโดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรีมีอำนาจประกาศให้สถานการณ์ฉุกเฉินนั้นเป็นสถานการณ์ที่มีความร้ายแรง และให้นำความในมาตรา ๕ และมาตรา ๖ วรรคสอง มาใช้บังคับโดยอนุโลม

เมื่อมีประกาศตามวรรคหนึ่งแล้ว นอกจากอำนาจตามมาตรา ๗ มาตรา ๘ มาตรา ๙ และมาตรา ๑๐ ให้นายกรัฐมนตรีมีอำนาจดังต่อไปนี้ด้วย

(๑) ประกาศให้พนักงานเจ้าหน้าที่มีอำนาจจับกุมและควบคุมตัวบุคคลที่สงสัยว่าจะเป็นผู้ร่วมกระทำการให้เกิดสถานการณ์ฉุกเฉิน หรือเป็นผู้ใช้ ผู้โฆษณา ผู้สนับสนุนการกระทำเช่นนั้น หรือปกปิดข้อมูลเกี่ยวกับการกระทำให้เกิดสถานการณ์ฉุกเฉิน ทั้งนี้ เท่าที่มีเหตุจำเป็นเพื่อป้องกันมิให้บุคคลนั้นกระทำการหรือร่วมมือกระทำการใด ๆ อันจะทำให้เกิดเหตุการณ์ร้ายแรง หรือเพื่อให้เกิดความร่วมมือในการระงับเหตุการณ์ร้ายแรง

(๒) ประกาศให้พนักงานเจ้าหน้าที่มีอำนาจออกคำสั่งเรียกให้บุคคลใดมารายงานตัวต่อพนักงานเจ้าหน้าที่หรือมาให้ถ้อยคำหรือส่งมอบเอกสารหรือหลักฐานใดที่เกี่ยวข้องกับสถานการณ์ฉุกเฉิน

(๓) ประกาศให้พนักงานเจ้าหน้าที่มีอำนาจออกคำสั่งยึดหรืออายัดอาวุธ สินค้า เครื่องอุปโภคบริโภค เคมีภัณฑ์ หรือวัตถุอื่นใด ในกรณีที่มีเหตุอันควรสงสัยว่า ได้ใช้หรือจะใช้สิ่งนั้นเพื่อการกระทำการหรือสนับสนุนการกระทำให้เกิดเหตุสถานการณ์ฉุกเฉิน

(๔) ประกาศให้พนักงานเจ้าหน้าที่มีอำนาจออกคำสั่งตรวจค้น รั้ว ถอน หรือทำลายซึ่งอาคาร สิ่งปลูกสร้าง หรือสิ่งกีดขวาง ตามความจำเป็นในการปฏิบัติหน้าที่เพื่อระงับเหตุการณ์ร้ายแรงให้ยุติโดยเร็วและหากปล่อยเนิ่นช้าจะทำให้ไม่อาจระงับเหตุการณ์ได้ทัน่วงที

(๕) ประกาศให้พนักงานเจ้าหน้าที่มีอำนาจออกคำสั่งตรวจสอบจดหมาย หนังสือ สิ่งพิมพ์ โทรเลข โทรศัพท์ หรือการสื่อสารด้วยวิธีการอื่นใด ตลอดจนการส่งระงับหรือยับยั้งการติดต่อหรือการสื่อสารใด เพื่อป้องกันหรือระงับเหตุการณ์ร้ายแรง โดยต้องปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในกฎหมายว่าด้วยการสอบสวนคดีพิเศษโดยอนุโลม

(๖) ประกาศห้ามมิให้กระทำการใด ๆ หรือสั่งให้กระทำการใด ๆ เท่าที่จำเป็นแก่การรักษาความมั่นคงของรัฐ ความปลอดภัยของประเทศ หรือความปลอดภัยของประชาชน

(๗) ประกาศให้พนักงานเจ้าหน้าที่มีอำนาจออกคำสั่งห้ามมิให้ผู้ใดออกไปนอกราชอาณาจักร เมื่อมีเหตุอันควรเชื่อได้ว่า การออกไปนอกราชอาณาจักรจะเป็นการกระทบกระเทือนต่อความมั่นคงของรัฐหรือความปลอดภัยของประเทศ

(๘) ประกาศให้พนักงานเจ้าหน้าที่มีอำนาจสั่งการให้คนต่างด้าวออกไปนอกราชอาณาจักร ในกรณีที่มีเหตุอันควรเชื่อได้ว่าเป็นผู้สนับสนุนการกระทำให้เกิดสถานการณ์ฉุกเฉิน ทั้งนี้ โดยให้นำกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมืองมาใช้บังคับโดยอนุโลม

(๙) ประกาศให้การซื้อ ขาย ใช้ หรือมีไว้ในครอบครองซึ่งอาวุธ สินค้า เวชภัณฑ์ เครื่องอุปโภคบริโภค เคมีภัณฑ์ หรือวัสดุอุปกรณ์อย่างหนึ่งอย่างใดซึ่งอาจใช้ในการก่อความไม่สงบหรือก่อการร้ายต้องรายงานหรือได้รับอนุญาตจากพนักงานเจ้าหน้าที่หรือปฏิบัติตามเงื่อนไขที่นายกรัฐมนตรีกำหนด

(๑๐) ออกคำสั่งให้ใช้กำลังทหารเพื่อช่วยเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองหรือตำรวจระงับเหตุการณ์ร้ายแรง หรือควบคุมสถานการณ์ให้เกิดความสงบโดยด่วน ทั้งนี้ ในการปฏิบัติหน้าที่ของทหารให้มีอำนาจหน้าที่เช่นเดียวกับอำนาจหน้าที่ของพนักงานเจ้าหน้าที่ตามพระราชกำหนดนี้ โดยการใช้อำนาจหน้าที่ของฝ่ายทหารจะทำได้ในกรณีใดได้เพียงใดให้เป็นไปตามเงื่อนไขและเงื่อนไขเวลาที่นายกรัฐมนตรีกำหนด แต่ต้องไม่เกินกว่ากรณีที่มีการใช้กฎอัยการศึก

เมื่อเหตุการณ์ร้ายแรงตามวรรคหนึ่งยุติลงแล้ว ให้นายกรัฐมนตรีประกาศยกเลิกประกาศตามมาตรานี้โดยเร็ว

มาตรา ๑๒ ในการจับกุมและควบคุมตัวบุคคลที่ต้องสงสัยตามประกาศในมาตรา ๑๑ (๑) ให้พนักงานเจ้าหน้าที่ร้องขอต่อศาลที่มีเขตอำนาจหรือศาลอาญาเพื่อขออนุญาตดำเนินการ เมื่อได้รับอนุญาตจากศาลแล้ว ให้พนักงานเจ้าหน้าที่มีอำนาจจับกุมและควบคุมตัวได้ไม่เกินเจ็ดวัน และต้องควบคุมไว้ในสถานที่ที่กำหนดซึ่งไม่ใช่สถานีตำรวจ ที่คุมขัง ทัณฑสถาน หรือเรือนจำ โดยจะปฏิบัติต่อบุคคลนั้นในลักษณะเป็นผู้กระทำความผิดมิได้ ในกรณีที่มีความจำเป็นต้องควบคุมตัวต่อเพื่อประโยชน์ในการแก้ไขสถานการณ์ฉุกเฉิน ให้พนักงานเจ้าหน้าที่ร้องขอต่อศาลเพื่อขยายระยะเวลาการควบคุมตัวต่อได้อีกคราวละเจ็ดวัน แต่รวมระยะเวลาควบคุมตัวทั้งหมดต้องไม่เกินกว่าสามสิบวัน เมื่อครบกำหนดแล้ว หากจะต้องควบคุมตัวต่อไป ให้ดำเนินการตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา

ในการดำเนินการตามวรรคหนึ่ง ให้พนักงานเจ้าหน้าที่จัดทำรายงานเกี่ยวกับการจับกุมและควบคุมตัวบุคคลนั้นเสนอต่อศาลที่มีคำสั่งอนุญาตตามวรรคหนึ่ง และจัดสำเนารายงานนั้นไว้ ณ ที่ทำการของพนักงานเจ้าหน้าที่ เพื่อให้ญาติของบุคคลนั้นสามารถขอดูรายงานดังกล่าวได้ตลอดระยะเวลาที่ควบคุมตัวบุคคลนั้นไว้

การร้องขออนุญาตต่อศาลตามวรรคหนึ่ง ให้นำบทบัญญัติเกี่ยวกับวิธีการขออนุญาตตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามาใช้บังคับโดยอนุโลม

มาตรา ๑๓ สิ่งของหรือวัสดุอุปกรณ์ที่ประกาศตามมาตรา ๑๑ (๕) หากเป็นเครื่องมือหรือส่วนหนึ่งของเครื่องมือที่ใช้ในการสื่อสาร นายกรัฐมนตรีอาจประกาศให้ใช้มาตรการดังกล่าวทั่วราชอาณาจักรหรือในพื้นที่อื่นซึ่งมิได้ประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินเพิ่มขึ้นด้วยก็ได้

มาตรา ๑๔ ข้อกำหนด ประกาศ และคำสั่งตามมาตรา ๕ มาตรา ๗ มาตรา ๘ มาตรา ๙ มาตรา ๑๑ และมาตรา ๑๕ เมื่อมีผลใช้บังคับแล้ว ให้ประกาศในราชกิจจานุเบกษาด้วย

มาตรา ๑๕ ให้พนักงานเจ้าหน้าที่หรือผู้มีอำนาจหน้าที่เช่นเดียวกับพนักงานเจ้าหน้าที่ตามพระราชกำหนดนี้เป็นเจ้าพนักงานตามประมวลกฎหมายอาญา และมีอำนาจหน้าที่เป็นพนักงาน

ฝ่ายปกครองหรือตำรวจตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ทั้งนี้ ตามที่นายกรัฐมนตรีประกาศกำหนด

มาตรา ๑๖ ข้อกำหนด ประกาศ คำสั่ง หรือการกระทำตามพระราชกำหนดนี้ไม่อยู่ในบังคับของกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง และกฎหมายว่าด้วยการจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง

มาตรา ๑๗ พนักงานเจ้าหน้าที่และผู้มีอำนาจหน้าที่เช่นเดียวกับพนักงานเจ้าหน้าที่ตามพระราชกำหนดนี้ไม่ต้องรับผิดชอบทั้งทางแพ่ง ทางอาญา หรือทางวินัย เนื่องจากการปฏิบัติหน้าที่ในการระงับหรือป้องกันการกระทำผิดกฎหมาย หากเป็นการกระทำที่สุจริต ไม่เลือกปฏิบัติ และไม่เกินสมควรแก่เหตุหรือไม่เกินกว่ากรณีจำเป็น แต่ไม่ตัดสิทธิผู้ได้รับความเสียหายที่จะเรียกร้องค่าเสียหายจากทางราชการตามกฎหมายว่าด้วยความรับผิดชอบของเจ้าหน้าที่

มาตรา ๑๘ ผู้ใดฝ่าฝืนข้อกำหนด ประกาศ หรือคำสั่งที่ออกตามมาตรา ๕ มาตรา ๑๐ มาตรา ๑๑ หรือมาตรา ๑๓ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสองปี หรือปรับไม่เกินสี่หมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

มาตรา ๑๙ ให้นายกรัฐมนตรีรักษาการตามพระราชกำหนดนี้

หมายเหตุ :- เหตุผลในการประกาศใช้พระราชกำหนดฉบับนี้ คือ โดยที่กฎหมายว่าด้วยการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน ได้ใช้บังคับมาเป็นเวลานานแล้ว บทบัญญัติต่าง ๆ ไม่สามารถนำมาใช้แก้ไขสถานการณ์ที่มีผลกระทบต่อความมั่นคงของรัฐที่มีหลากหลายรูปแบบให้ยุติลงได้โดยเร็ว รวมทั้งไม่อาจนำมาใช้ในการแก้ไขปัญหาที่เกิดจากภัยพิบัติสาธารณะและการฟื้นฟูสภาพความเป็นอยู่ของประชาชนที่ได้รับความเสียหาย และเนื่องจากในปัจจุบันมีปัญหาเกี่ยวกับความมั่นคงของรัฐ ซึ่งมีความร้ายแรงมากยิ่งขึ้นจนอาจกระทบต่อเอกราชและบูรณภาพแห่งอาณาเขตและก่อให้เกิดความไม่สงบเรียบร้อยในประเทศ รวมทั้งทำให้ประชาชนได้รับอันตรายหรือเดือดร้อนจนไม่อาจใช้ชีวิตอย่างเป็นปกติสุข และไม่อาจแก้ไขปัญหาด้วยการบริหารราชการในรูปแบบปกติได้ สมควรต้องกำหนดมาตรการในการบริหารราชการสำหรับสถานการณ์ฉุกเฉินไว้เป็นพิเศษ เพื่อให้รัฐสามารถรักษาความมั่นคงของรัฐ ความปลอดภัย และการรักษาสิทธิและเสรีภาพของประชาชนทั้งปวงให้กลับสู่สภาพปกติได้โดยเร็ว จึงเป็นกรณีฉุกเฉินที่มีความจำเป็นรีบด่วนอันมิอาจจะหลีกเลี่ยงได้ เพื่อประโยชน์ในอันที่จะรักษาความปลอดภัยของประเทศ ความปลอดภัยสาธารณะ และป้องปรามภัยพิบัติสาธารณะ จึงจำเป็นต้องตราพระราชกำหนดนี้