

บทวิเคราะห์ปัญหาเกี่ยวกับการควบคุมฝ่ายปกครองในสถานการณ์ฉุกเฉิน

ในระบอบการปกครองแบบประชาธิปไตย ระบบควบคุมและตรวจสอบหน่วยงานทางปกครองย่อมอยู่ภายใต้หลักการแบ่งแยกอำนาจเป็นอันพื้นฐานของหลักนิติรัฐ (Rechtsstaat) ตามหลักการแบ่งแยกอำนาจที่แบ่งออกเป็น ฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหาร และฝ่ายตุลาการเพื่อให้เกิดการถ่วงดุลอำนาจระหว่างกัน หลักแบ่งแยกอำนาจต้องควบคุมและตรวจสอบซึ่งกันและกันได้เพราะอำนาจทั้งสามมิได้แบ่งแยกกันโดยเด็ดขาด เพื่อให้สิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้รับการคุ้มครองและไม่มีอำนาจหนึ่งอำนาจใดมีอำนาจเหนืออำนาจหนึ่งโดยเด็ดขาด สำหรับการดำเนินการของฝ่ายบริหารและฝ่ายปกครองเป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะ ลักษณะของการใช้อำนาจจึงมีลักษณะที่จะต้องกระทบกระเทือนสิทธิและเสรีภาพต่อปัจเจกชนอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้โดยที่ฝ่ายปกครองจะต้องใช้อำนาจตามกรอบอำนาจหน้าที่ที่ได้รับมอบหมายตามกฎหมายที่ได้รับ โดยต้องดำเนินการในแดนของกฎหมายมหาชนเป็นหลัก เนื่องจากเป็นเป็นแดนที่ฝ่ายปกครองมีอำนาจเหนือเอกชน อย่างไรก็ตามการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองในบางกรณี หากใช้อำนาจตามกฎหมายทั่วไป อาจไม่สามารถแก้ไขสถานการณ์ที่เกิดขึ้นโดยเร่งด่วน จักเห็น ในขณะนั้นได้ทันทั่วทั้งที่มีความจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องให้ฝ่ายปกครองใช้อำนาจกับปัจเจกชนได้มากกว่าปกติ เช่น สถานการณ์สงคราม สถานการณ์ภัยพิบัติที่เกิดจากธรรมชาติ ที่เกิดขึ้นอย่างฉุกเฉินทันทีทันใด ทำความเสียหายต่อชีวิต และทรัพย์สิน หากใช้มาตรการกฎหมายปกติทั่วไปฝ่ายปกครองก็ไม่สามารถแก้ไขสถานการณ์ที่เกิดขึ้นเหล่านั้นได้ทันทั่วทั้ง

จากการศึกษาที่มาของระบบกฎหมายต่างประเทศ พบว่าสถานการณ์สงคราม เป็นที่มาของการใช้กำลังทหาร และเป็นเหตุผลในการบัญญัติกฎหมายในสถานการณ์ฉุกเฉิน ให้ฝ่ายปกครองกำลังเข้าไปจัดการกับสถานการณ์ให้กลับคืนอยู่ในสภาพปกติ การที่จะให้ฝ่ายปกครองต้องเคารพหลักเกณฑ์ หรือ ความชอบด้วยกฎหมายเคร่งครัดเหมือนกับภาวะปกติคงจะเป็นไปไม่ได้ และอาจกล่าวได้ว่า ที่มาในการใช้อำนาจในระบบกฎหมายต่างประเทศในระบบ Common Law ระบบ Civil Law และระบบกฎหมายไทย การใช้อำนาจในการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉิน แบ่งเป็น 2 กรณี คือ

กรณีแรก เป็นการใช้อำนาจโดยให้อำนาจฝ่ายทหารในกรณีที่เจ้าหน้าที่พลเรือนไม่สามารถที่จะรักษาความสงบเรียบร้อยภายในบ้านเมืองได้ ในช่วงสถานการณ์ในขณะนั้น เช่น ในสถานการณ์สงคราม อาจเป็นสงครามระหว่างประเทศหรือสงครามกลางเมือง การบังคับบัญชาฝ่ายพลเรือนจะต้องขึ้นอยู่กับฝ่ายทหาร ในต่างประเทศและประเทศไทยเมื่อมีการปฏิวัติหรือรัฐประหาร จะมีการประกาศกฎอัยการศึกเป็นเครื่องมือของฝ่ายบริหารในการปราบปรามผู้กบฏ หรือ เป็นเครื่องมือให้

คณะปฏิวัติ เปลี่ยนแปลงผู้บริหาร หรือ ผู้ปกครองประเทศ แทนที่จะเป็นเครื่องมือของฝ่ายบริหารในการปราบปรามกบฏ ทั้งที่หัวหน้าคณะรัฐประหารที่กฎหมายให้อำนาจในการประกาศกฎอัยการศึกมิใช่บุคคลตามมาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติกฎอัยการศึก พ.ศ.2457¹

กรณีที่สอง การใช้อำนาจโดยให้อำนาจฝ่ายพลเรือนในสถานการณ์ฉุกเฉิน ที่ไม่ใช่การประกาศสงคราม

การใช้อำนาจทั้งสองกรณีผู้ศึกษาเห็นว่าในปัจจุบันในแต่ละประเทศได้ให้อำนาจของพลเรือนมากกว่าใช้กำลังทหาร เนื่องจากสภาวะการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไปในแต่ละประเทศ

4.1 สภาพปัญหาของการใช้อำนาจในสถานการณ์ฉุกเฉิน

สถานการณ์ในปัจจุบัน ไม่ได้อยู่ระหว่างสงครามที่มีการเผชิญหน้าด้วยการรบ แต่เป็นปัญหาจากภัยก่อการร้าย ภัยพิบัติธรรมชาติ ที่ได้เกิดขึ้นและก่อให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรง จำเป็นที่จะต้องป้องกัน มิให้สถานการณ์นั้นเกิดขึ้น และการจัดการกับสถานการณ์เหล่านั้นฝ่ายปกครองจะต้องได้รับเอกสิทธิ์ที่จะใช้มาตรการตามกฎหมายพิเศษ จัดการกับสถานการณ์รุนแรงที่เกิดขึ้น ในระบบกฎหมายต่างประเทศเกือบทุกประเทศล้วนแต่มีระบบกฎหมายที่ให้อำนาจพลเรือนเข้าไปจัดการกับสถานการณ์ที่เกิดจากการก่อการร้าย ภัยพิบัติธรรมชาติ โดยทหารเพียงทำหน้าที่ช่วยเหลือพลเรือนเท่านั้น และระบบกฎหมายดังกล่าวให้อำนาจพิเศษแก่ฝ่ายพลเรือนมากเสียกฎหมายในสถานการณ์สงครามที่ให้อำนาจทหาร เช่น ระบบกฎหมายของ ประเทศอังกฤษบัญญัติได้ตามพระราชบัญญัติเหตุภัยพิบัติพลเรือน ค.ศ.2004(Civil Contingencies Act 2004) ในประเทศสหรัฐอเมริกา มีบทบัญญัติ United States Code (U.S.C.) เรื่องสถานการณ์ฉุกเฉินแห่งชาติ (Nation Emergency) ในประเทศฝรั่งเศสมีกฎหมายสถานการณ์ฉุกเฉิน ตามรัฐธรรมนูญ ลงวันที่ 3 เมษายน ค.ศ.1955 (l' état d' urgence) รัฐธรรมนูญ ค.ศ.1958 มาตรา 16 ในประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินแห่งชาติ และสำหรับในประเทศไทย บทบัญญัติของ พระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ.2548 กฎหมายแต่ละฉบับดังกล่าวให้อำนาจฝ่ายบริหาร และฝ่ายปกครองในการเข้าไปจัดการกับสถานการณ์ฉุกเฉินที่เกิดขึ้นให้ทันทั่วถึง และมีอำนาจในมากกว่ากฎหมายปกติทั่วไป

¹ คำพิพากษาฎีกาที่ 45/2496 พิพากษาว่คณะรัฐประหารยึดอำนาจการปกครองประเทศได้สำเร็จ ย่อมมีอำนาจออกและยกเลิก แก้ไขกฎหมายได้ รัฐมนตรีที่แต่งตั้งตามรัฐธรรมนูญซึ่งคณะรัฐประหารได้ประกาศใช้จึงเป็นรัฐมนตรีโดยชอบ

อย่างไรก็ตามแม้ว่าระบบกฎหมายในแต่ละประเทศจะมีลักษณะของการให้อำนาจฝ่ายปกครอง เข้าไปจัดการกับสถานการณ์ฉุกเฉินที่เกิดขึ้นใกล้เคียงกันก็ตาม แต่มีความแตกต่างอย่างเห็นได้ชัดเจน นั่นคือ หลักเกณฑ์และเงื่อนไขในการควบคุมการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองมิให้กระทำการใดเกินอำนาจหน้าที่ ซึ่งจะต้องมีองค์การหนึ่งองค์กรใดตรวจสอบและควบคุมการใช้อำนาจดังกล่าว โดยจะทำการศึกษายึดเคียงกับพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ.2548

4.1.1 การควบคุมการใช้อำนาจในสถานการณ์ฉุกเฉิน

สถานการณ์ฉุกเฉินอาจเกิดขึ้นได้ตลอดเวลา ไม่เลือกเวลาและสถานที่ รัฐต้องมีหน้าที่ในการทำให้สถานการณ์ฉุกเฉินนั้นผ่านพ้นไป หรือ ไม่เลวร้ายกว่าเดิม และสามารถจัดการกับสถานการณ์ได้อย่างรวดเร็วไม่บานปลายโดยกลับคืนสู่สภาวะปกติโดยเร็ว การใช้อำนาจของฝ่ายบริหารและฝ่ายปกครองในสถานการณ์ฉุกเฉินในระบบกฎหมายของต่างประเทศ เช่น ฝรั่งเศส สหรัฐอเมริกาอยู่ภายใต้การควบคุม ของรัฐสภา และศาลปกครอง ไม่มีเงื่อนไขข้อยกเว้นการตรวจสอบการใช้อำนาจของฝ่ายปกครอง เหมือนกับที่ได้กำหนดไว้ใน พระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548 การบัญญัติข้อยกเว้นการตรวจสอบการใช้อำนาจดังกล่าวทำให้ขาดระบบในการควบคุมฝ่ายปกครองในสถานการณ์ฉุกเฉิน ในกรณีต้องการติดตามประเมินสถานการณ์เพื่อยกเลิกสถานการณ์เหล่านั้นเมื่อหมดความจำเป็น หรือการควบคุมมิให้ระยะเวลาของสถานการณ์ฉุกเฉินยาวนานเกินไปกว่าสถานการณ์จริง หรือเมื่อสถานการณ์หมดไป จึงจำเป็นจะต้องมีกลไกในการตรวจสอบการใช้อำนาจ เพื่อให้มีความเชื่อมโยง ต่อเนื่อง กับระบอบการปกครองแบบประชาธิปไตยในระบบรัฐสภา และ หลักนิติรัฐอย่างแท้จริง

การใช้อำนาจของฝ่ายปกครองในสถานการณ์ฉุกเฉินจะเกิดขึ้นได้ จะต้องมีสถานการณ์เกิดขึ้นก่อน ฝ่ายบริหารที่จะต้องนำข้อเท็จจริงของสถานการณ์มาพิจารณา และทบทวนสถานการณ์ที่เกิดขึ้นว่ามาตรการตามกฎหมายทั่วไป สามารถแก้ไขสถานการณ์ที่เกิดขึ้นในขณะนั้นได้หรือไม่ สถานการณ์ดังกล่าวมีเงื่อนไข และเหตุของความเร่งด่วน ฉุกเฉินอย่างไรเพื่อนำมาพิจารณาตัดสินใจใช้อำนาจในการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉิน หลังจากนั้นเป็นขั้นตอนของการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉิน เมื่อประกาศสถานการณ์แล้ว ฝ่ายปกครองมีอำนาจในการที่จะออกข้อกำหนด เช่น การห้ามออกจากเคหสถานในช่วงเวลาที่กำหนด การห้ามชุมนุม รวมถึงมาตรการพิเศษอื่นๆ นอกเหนือจากมาตรการตามกฎหมายทั่วไปมาบังคับกับประชาชนด้วย เนื่องจากสาเหตุของการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินมาจากวัตถุประสงค์ที่จะใช้มาตรการพิเศษเพื่อให้สถานการณ์นั้นๆ หมดไปเพราะไม่สามารถที่จะใช้มาตรการทางกฎหมายตามปกติทำให้สถานการณ์หมดไปได้ ซึ่งโดยทั่วไปแล้ว การใช้มาตรการ

พิเศษดังกล่าวนั้นถือได้ว่าเป็น คำสั่งทางปกครองที่ฝ่ายปกครองได้กำหนดขึ้น และมาตรการระหว่างประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินจะต้องดำเนินไปตามระยะเวลาจำกัดที่สุด และประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินเฉพาะบางพื้นที่จำเป็นเพื่อควบคุมสถานการณ์เท่านั้น

หากฝ่ายปกครองได้นำหลักได้สัดส่วน จำเป็น และเหมาะสม ในการออกข้อกำหนดระหว่างที่ประกาศสถานการณ์ฉุกเฉิน นอกจากจะทำให้กระทบกระเทือนสิทธิเสรีภาพ ความเป็นอยู่ของปัจเจกบุคคลเกินความจำเป็นแล้ว จะทำให้สามารถแก้ไขสถานการณ์ที่เกิดขึ้นได้อย่างเหมาะสม เช่น หากฝ่ายปกครองต้องการจะออกข้อกำหนด หรือ มาตรการที่ป้องกันการจลาจลที่เกิดจากเยาวชนอายุไม่เกิน 16 ปี เมื่อมีการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินจากการจลาจลดังกล่าว ฝ่ายปกครองอาจออกมาตรการห้ามไม่ให้เด็กอายุต่ำกว่า 16 ปี ออกนอกบ้านโดยไม่มีผู้ปกครอง กรณีดังกล่าวในประเทศฝรั่งเศส เคยเกิดสถานการณ์ดังกล่าวและได้ใช้ รัฐบัญญัติลงวันที่ 3 เมษายน 1955 ในการประกาศข้อห้ามดังกล่าว ซึ่งเห็นว่ามาตรการไม่ได้ห้ามเยาวชนออกจากบ้านเสียทีเดียว แต่ห้ามเฉพาะเยาวชนในกรณีที่ไม่มียุวกครองไปด้วยเท่านั้น บุคคลทั่วไปสามารถประกอบกิจกรรมทั่วไปได้ตามปกติ ไม่ได้รับผลกระทบ ทำให้เห็นว่ามาตรการดังกล่าวเหมาะสมกับสถานการณ์ และไม่กระทบกระเทือนสิทธิการเป็นอยู่ของบุคคลทั่วไป

4.1.2 การควบคุมการใช้อำนาจประกาศสถานการณ์ฉุกเฉิน

การใช้อำนาจประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินของฝ่ายปกครอง ก็เพื่อต้องการเข้าควบคุมสถานการณ์ที่เกิดขึ้นโดยใช้มาตรการที่พิเศษนอกเหนือจากบทบัญญัติกฎหมายทั่วไป เพื่อไม่ให้สถานการณ์ลุกลามจนไม่สามารถแก้ไขให้กลับสู่สภาวะปกติได้ โดยจะได้พิจารณาจากลักษณะและชนิดของการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉิน ผู้มีอำนาจประกาศสถานการณ์ฉุกเฉิน เป็นลำดับดังนี้

1) ลักษณะและชนิดของการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉิน

ในระบบกฎหมายของฝรั่งเศสตามกฎหมายระดับพระราชบัญญัติที่เรียกว่า รัฐบัญญัติลงวันที่ 3 เมษายน ค.ศ. 1955 การประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินในประเทศฝรั่งเศสมี 2 ประเภท คือ “ประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินแบบธรรมดา” (l'état d'urgence simple) มีผลในทางเพิ่มอำนาจของเจ้าหน้าที่ฝ่ายพลเรือนในอันที่จะจำกัดสิทธิเสรีภาพของบุคคลได้หลายประการ เช่น ห้ามสัญจร ห้ามเข้าไปในเขตหวงห้าม ห้ามออกจากบ้าน ควบคุมตัวไว้ในสถานที่กักขัง สั่งปิดโรงมหรสพ สถานที่ชุมนุม ร้านจำหน่ายเครื่องดื่ม และสั่งห้ามการชุมนุมทุกรูปแบบ “ประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินแบบร้ายแรง” (l'état d'urgence aggravé) มีผลในการเพิ่มอำนาจของเจ้าหน้าที่ฝ่ายพลเรือนมากกว่าในกรณีของ

ประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินแบบธรรมดา ในอีก 2 เรื่องคือ อำนาจตรวจค้นในเคสสถานทั้งกลางวันและกลางคืน และอำนาจตรวจสอบหนังสือพิมพ์ สิ่งตีพิมพ์ทุกชนิด รายการวิทยุ โทรทัศน์ และมหรสพ ต่างๆ

ในประเทศอังกฤษ การประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินเป็นไปตาม The Civil Contingencies act 2004 เนื่องจากประเทศอังกฤษมีการปกครองเป็นสหราชอาณาจักรมีพื้นที่ปกครองในส่วนของ สกอตแลนด์ เวลส์ หรือ ไอร์แลนด์เหนือ ท้องถิ่นมีอำนาจประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินเองได้ เหมือนกับ สหรัฐอเมริกา และ อังกฤษ การใช้อำนาจประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินทั่วสหราชอาณาจักร เป็นอำนาจของสมเด็จพระราชินี ความร้ายแรงของสถานการณ์ฉุกเฉิน ได้ถูกกำหนดไว้ บทบัญญัติของกฎหมายฉบับนี้ ซึ่งรวมถึงสถานการณ์ก่อการร้าย ภัยพิบัติทางธรรมชาติ และ ภัยที่เกิดจากสิ่งแวดล้อม แต่กฎหมายฉบับดังกล่าวได้กำหนดให้ผู้รับผิดชอบในการสนับสนุน และสั่งการชัดเจน

ในประเทศสหรัฐอเมริกา ภายใต้รัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกา และ บทบัญญัติของ U.S.C. ได้กำหนดให้ ประธานาธิบดี มีอำนาจในการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินในระดับสหพันธรัฐได้ทุกสถานการณ์ แต่หากเกิดสถานการณ์ฉุกเฉินที่เป็นภัยพิบัติธรรมชาติที่รัฐที่เกิดสถานการณ์ไม่สามารถควบคุมสถานการณ์ได้ ผู้ว่าการรัฐอาจร้องขอความช่วยเหลือผ่าน FEMA เป็นผู้เสนอให้ประธานาธิบดี ให้ใช้อำนาจในการประกาศ สถานการณ์ฉุกเฉินในรัฐได้ ระบบกฎหมายเกี่ยวกับความมั่นคงของ สหรัฐอเมริกา ได้แบ่งระดับความรุนแรงเป็น 5 ระดับ คือ ความรุนแรงสูงสุด (Severe Condition) ความรุนแรงสูงมาก (High Condition) ความรุนแรงสูง (Elevated Condition) ระดับความรุนแรงปานกลาง (Guarded Condition) ระดับความรุนแรงต่ำ (Low Condition) เป็นการกำหนดกรอบของสถานการณ์ในแต่ละประเภทเพื่อรับมือกับสถานการณ์การก่อการร้าย ในประเทศสหรัฐอเมริกาแต่ไม่ได้กำหนดเป็นประเภทของสถานการณ์ฉุกเฉินไว้ในกฎหมาย เป็นอำนาจประธานาธิบดีในการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉิน โดยผ่านกระบวนการตรวจสอบจากสภา Congress

สำหรับในประเทศไทยได้แบ่งประเภทของ ประกาศสถานการณ์ฉุกเฉิน 2 ประเภท คือ ประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินแบบธรรมดา นายกรัฐมนตรีมีอำนาจออกข้อกำหนดตามมาตรา 9 และ ประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินแบบร้ายแรง นายกรัฐมนตรีมีอำนาจออกข้อกำหนดได้ตามความในมาตรา 11 หากพิจารณาเทียบเคียงกับระบบกฎหมายฝรั่งเศสแล้วเห็นว่าในระบบกฎหมายไทยได้นำบทบัญญัติกฎหมายส่วนหนึ่งในเรื่องสถานการณ์ฉุกเฉินในประเทศฝรั่งเศส มาใช้เป็นแนวทางในการบัญญัติกฎหมาย ผู้ศึกษาเห็นว่า การแบ่งประเภทของสถานการณ์เป็น 2 ประเภท ทำให้สอดคล้องกับความจำเป็นและสถานการณ์ที่เกิดขึ้น เพราะหากสถานการณ์ไม่ฉุกเฉินร้ายแรง กฎ หรือ คำสั่งที่ได้ออกบังคับกับประชาชนทั่วไปก็ควรที่จะต้องกระทบกระเทือนสิทธิเสรีภาพเท่าที่จำเป็น และน้อยที่สุด และต้องได้สัดส่วน เหมาะสมกับสถานการณ์ที่เกิดขึ้นแต่ละเรื่อง

2) ผู้มีอำนาจประกาศสถานการณ์ฉุกเฉิน

ระบบกฎหมายในแต่ละประเทศได้กำหนดให้ผู้มีอำนาจประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินไว้แตกต่างกัน ในระบบกฎหมายอังกฤษตาม Civil Contingencies Act 2004 สมเด็จพระราชินีโดยความยินยอมของรัฐสภา ใช้พระราชอำนาจตามคำแนะนำของคณะรัฐมนตรี ประกาศสถานการณ์ฉุกเฉิน ระบบกฎหมายของสหรัฐอเมริกา รัฐธรรมนูญ Article 2 Section 2 บทบัญญัติใน U.S.C. ให้อำนาจประธานาธิบดี (Power and duties of the President of the United State) และมีอำนาจประกาศสถานการณ์ฉุกเฉิน โดยความเห็นชอบของ สภา Congress ผู้ว่าการรัฐ (Governor) สามารถประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินที่เกิดจากภัยพิบัติในแต่ละรัฐได้ ยกเว้นกรณีเป็นสถานการณ์ฉุกเฉินที่รุนแรง จะต้องเสนอขอความช่วยเหลือจากสหพันธรัฐ และประธานาธิบดีสามารถมอบอำนาจให้กับ Executive Branch ระดับรัฐเพื่อดำเนินการในการแก้ไขสถานการณ์ฉุกเฉินที่เกิดขึ้นในแต่ละสถานการณ์ต่อไปได้ด้วย

ในระบบกฎหมายฝรั่งเศส ตามรัฐธรรมนูญ ลงวันที่ 3 เมษายน ค.ศ.1955 ได้บัญญัติให้อำนาจการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินเป็นอำนาจของผู้ว่าราชการจังหวัด ในสถานการณ์ที่เกิดขึ้นระดับจังหวัด แต่หากเป็นสถานการณ์ฉุกเฉินเกิดขึ้นระดับประเทศ อำนาจในการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินเป็นของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทย หากมีความจำเป็นจะต้องประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินระดับชาติเป็นอำนาจของประธานาธิบดีตามรัฐธรรมนูญ ในการประกาศใช้ มาตรา 16

ในระบบกฎหมายของอังกฤษ ฝรั่งเศส และ สหรัฐอเมริกา มีระบบใกล้เคียงกัน กล่าวคือการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินในระดับรัฐ ระบบกฎหมายในสหรัฐอเมริกาเป็นอำนาจของผู้ว่าการรัฐ (Governor) ระบบกฎหมายของฝรั่งเศส ในระดับท้องถิ่นเป็นอำนาจของ ผู้ว่าราชการจังหวัด (préfet) อำนาจของผู้ว่าการรัฐของสหรัฐ ฯ ดังกล่าวเป็นกรณีที่แต่ในละรัฐมีอำนาจเป็นอิสระ แต่ละรัฐที่มีระบบกฎหมายของตนเอง ที่ไม่ขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญทำให้เกิดความคล่องตัวในการแก้ไขสถานการณ์สำหรับในประเทศฝรั่งเศสอำนาจของผู้ว่าราชการจังหวัดมาจากเหตุผลในเรื่องของการกระจายอำนาจในระบบการปกครอง เพื่อให้เกิดความสะดวกและรวดเร็ว ในการเข้าไปแก้ไขสถานการณ์ให้ทันทั่วทั้ง

ในระบบกฎหมายไทยนายกรัฐมนตรีเป็นผู้ใช้อำนาจในการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินตามที่ได้รับความเห็นชอบจากคณะรัฐมนตรี ไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายในการมอบอำนาจให้ท้องถิ่น เนื่องจากการปกครองของไทยเป็นระบบรัฐเดี่ยว และหน่วยงานกลางสามารถเข้าไประงับสถานการณ์ได้ทันทั่วทั้ง แต่นายกรัฐมนตรีสามารถมอบอำนาจให้กับรองนายกรัฐมนตรี หรือ รัฐมนตรีคนหนึ่งหรือหลายคนใช้อำนาจในการบริหารจัดการ ตามพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ.2548 มาตรา 7 ได้ หลังจากมีการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉิน

อาจกล่าวได้ว่า การประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินในระดับประเทศ บทบัญญัติของกฎหมายในแต่ละประเทศ ได้กำหนดให้หัวหน้าฝ่ายบริหาร หรือ ประมุขของรัฐ เป็นผู้มีอำนาจในการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉิน เช่น ประเทศสหรัฐอเมริกา และ อังกฤษ รวมถึงประเทศไทย ยกเว้นในประเทศฝรั่งเศส ผู้มีอำนาจประกาศสถานการณ์ฉุกเฉิน คือ รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทย และผู้ว่าราชการจังหวัด ที่เกิดสถานการณ์นั้น ๆ โดยในระบบกฎหมายฝรั่งเศส มีบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญให้อำนาจของประธานาธิบดีในการใช้อำนาจตามมาตรา 16 แต่เป็นการใช้อำนาจคนละกรณีกับ รัฐบัญญัติลงวันที่ 3 เมษายน ค.ศ.1955 ซึ่งการใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญของฝรั่งเศส มาตรา 16 และการใช้อำนาจตาม รัฐบัญญัติลงวันที่ 3 เมษายน ค.ศ.1955 มีเงื่อนไขที่แตกต่างกันดังนี้

(1) ผู้มีอำนาจประกาศสถานการณ์ฉุกเฉิน ตามรัฐบัญญัติลงวันที่ 3 เมษายน ค.ศ.1955 คือ รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทย หรือ ผู้ว่าราชการจังหวัด แต่ในรัฐธรรมนูญมาตรา 16 กำหนดให้เป็นอำนาจของประธานาธิบดี

(2) ขั้นตอนการประกาศ รัฐบัญญัติลงวันที่ 3 เมษายน ค.ศ.1955 คณะรัฐมนตรีเป็นผู้อนุมัติในการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินแต่ในการใช้อำนาจรัฐธรรมนูญมาตรา 16 ประธานาธิบดีต้องขอความเห็นชอบต่อรัฐสภา และต้องนำไปหาหรืออย่างเป็นทางการกับนายกรัฐมนตรี ประธานรัฐสภาทั้งสองสภา และ คณะตุลาการรัฐธรรมนูญ

(3) การใช้อำนาจตามมาตรา 16 ต้องเป็นกรณีที่ ความเป็นเอกราชของชาติ บุรณภาพแห่งดินแดน หรือการปฏิบัติตามพันธกรณีระหว่างประเทศถูกคุกคามอย่างร้ายแรง และปัจจุบันทันด่วน และการดำเนินการตามปกติของสถาบันทางการเมืองแห่งรัฐตามรัฐธรรมนูญหยุดชะงักลง แต่การประกาศสถานการณ์ฉุกเฉิน รัฐบัญญัติลงวันที่ 3 เมษายน ค.ศ.1955 มีเงื่อนไขในมาตรา 1 มีเงื่อนไขในการประกาศโดยต้องเป็นภัยอันตรายที่ใกล้ถึงอันเนื่องมาจากการกระทำที่กระทบกระเทือนต่อความสงบเรียบร้อยของบ้านเมือง หรือ ภัยพิบัติสาธารณะ คำจำกัดความของสถานการณ์ฉุกเฉินได้บัญญัติไว้อย่างกว้างๆ

จากเงื่อนไขตามรัฐธรรมนูญของประเทศฝรั่งเศส มาตรา 16 จึงเห็นได้ชัดเจนว่า การประธานาธิบดีจะประกาศใช้มาตรา 16 ต้องเป็นเรื่องที่รุนแรงจริงๆ และมีความแตกต่างกับกฎหมายสถานการณ์ฉุกเฉิน ตามรัฐบัญญัติลงวันที่ 3 เมษายน ค.ศ.1955 อย่างเห็นได้ชัด

สำหรับปัญหาสำคัญอีกประการหนึ่งที่ต้องพิจารณาว่า การใช้อำนาจในสถานการณ์ฉุกเฉิน กรณีใดบ้างเป็นการใช้อำนาจที่ไม่สามารถควบคุมและตรวจสอบการใช้อำนาจได้ นอกเหนือการควบคุมของศาลหรือไม่ กรณีดังกล่าว มีทฤษฎีที่เกี่ยวข้องอยู่ 2 ทฤษฎี คือ หลักการกระทำของรัฐ (Act of State) และ ทฤษฎีสถานการณ์ไม่ปกติ ซึ่ง 2 ทฤษฎีนี้มีความแตกต่างกันเพราะการกระทำในระหว่างสงคราม และในสถานการณ์ไม่ปกติ ยังถือว่าเป็นการกระทำทางปกครอง แต่การ

กระทำของรัฐบาลนั้นได้รับการคุ้มกันที่จะไม่ถูกฟ้องร้องอย่างสิ้นเชิง เท่ากับว่าทฤษฎีการกระทำของรัฐบาลได้รับยกเว้นหลักในเรื่องการกระทำของฝ่ายปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย² ทำให้การกระทำทางปกครองถูกอ้างว่าเป็นการกระทำของรัฐบาลจนไม่มีขอบเขต ในฝรั่งเศสจึงให้อำนาจศาลในการพิจารณาเป็นกรณีๆ ไป เช่นในกรณีการใช้อำนาจตามมาตรา 16 ศาลปกครองสูงสุดของฝรั่งเศส (Conseil d'Etat) ในคดี Labonne³) ได้วินิจฉัยว่าการใช้อำนาจดังกล่าวอยู่นอกเหนือการควบคุม แต่มาตรการต่างๆ ในช่วงระยะเวลาที่ประกาศการใช้อำนาจตามมาตรา 16 อยู่ภายใต้การควบคุมขององค์กรตุลาการ จึงอาจกล่าวได้ว่าในระบบกฎหมายของฝรั่งเศส การประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินของประธานาธิบดีไม่อยู่ในการควบคุมโดยศาลแต่อาจถูกตรวจสอบ และถ่วงดุลได้ในระบบรัฐสภา สำหรับการใช้อำนาจการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินของประธานาธิบดีในประเทศสหรัฐอเมริกา ก่อนใช้อำนาจในการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินจะถูกตรวจสอบโดย สภา Congress ซึ่งเป็นตัวแทนของประชาชน และ

ในระบบกฎหมายอังกฤษ การใช้อำนาจในการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินได้กระทำโดยการประกาศของพระราชินีโดยการถวายการแนะนำของคณะรัฐมนตรีตามหลัก The king can do no wrong การประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินที่กระทำในนามของกษัตริย์ จึงไม่อาจฟ้องให้ยกเลิกหรือเพิกถอนได้

สำหรับกรณีการควบคุมการใช้อำนาจในการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉิน ตามพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ.2548 ผู้ศึกษาเห็นว่ามีส่วนพิจารณาอยู่ 2 ประการคือ

ประการแรก ปัญหาบทบัญญัติของกฎหมายในการใช้อำนาจในสถานการณ์ฉุกเฉิน

ในระบบกฎหมายในต่างประเทศมีบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญรับรองการใช้อำนาจและขั้นตอนการใช้อำนาจก่อนประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินไว้ในรัฐธรรมนูญ ในระบบกฎหมายของสหรัฐอเมริกา ก่อนที่ประธานาธิบดีจะประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินจะต้องผ่านความเห็นชอบจากสภา Congress โดยอำนาจของประธานาธิบดีได้ถูกบัญญัติรองรับการใช้อำนาจไว้ในรัฐธรรมนูญ ในระบบกฎหมายของฝรั่งเศส การใช้อำนาจของประธานาธิบดีตามรัฐธรรมนูญมาตรา 16 ก่อนการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉิน จะต้องหารือกับ ประธานวุฒิสภา ประธานสภาผู้แทนราษฎร ประธานตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ วิธีการดังกล่าวถือได้ว่ามีขั้นตอน วิธีการ และเชื่อมโยงการใช้อำนาจในระบบประชาธิปไตยอย่างเป็นระบบ และมีการตรวจสอบกลั่นกรองอย่างรอบคอบก่อนการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉิน เหตุที่ระบบกฎหมายของต่างประเทศได้บัญญัติการใช้อำนาจของหัวหน้าฝ่าย

² ประยูร กาญจนกุล, คำบรรยายกฎหมายปกครองเปรียบเทียบ, (จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2518) น. 26.

³ <http://www.assemblee-nationale.fr/12/rapports/r2675.asp>

บริหารไว้ในรัฐธรรมนูญ ก็เพื่อต้องการที่จะให้การใช้อำนาจของฝ่ายบริหารในกรณีฉุกเฉินมีกฎหมายรองรับ มีเอกภาพ ในการแก้ไขปัญหาสำคัญของประเทศในกรณีฉุกเฉินที่ไม่อาจจะให้รัฐสภาพิจารณาอนุมัติให้ทันเวลา โดยเฉพาะระบอบการปกครองในสหรัฐอเมริกาได้แบ่งการปกครองเป็นรัฐฯ จึงได้บัญญัติอำนาจหน้าที่ของประธานาธิบดีไว้ในรัฐธรรมนูญ

หากพิจารณาบทบัญญัติของกฎหมายสถานการณ์ฉุกเฉินของอังกฤษ Civil Contingencies Act 2004 “รัฐบัญญัติ ลงวันที่ 3 เมษายน ค.ศ.1955 พบว่าการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินในครั้งแรกจะต้องขอความเห็นชอบต่อคณะรัฐมนตรีซึ่งเป็นฝ่ายบริหารเหมือนกับระบบกฎหมายไทย

ผู้ศึกษาพิจารณาเห็นว่าในระบบกฎหมายไทยควรมีบทบัญญัติในเรื่องการใช้อำนาจของนายกรัฐมนตรีไว้ในรัฐธรรมนูญในเรื่องอำนาจหน้าที่ของผู้นำฝ่ายบริหารเกี่ยวกับสถานการณ์ฉุกเฉินไว้ด้วยเพื่อจะมีความเกาะเกี่ยวกับการใช้อำนาจของประชาชนในระบบรัฐสภาอย่างไม่มีข้อโต้แย้งในเรื่องที่มาของอำนาจ และบัญญัติรัฐธรรมนูญเพิ่มเติมด้วยว่าให้ฝ่ายนิติบัญญัติควบคุมการใช้อำนาจของนายกรัฐมนตรี ก่อนการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉิน เพื่อควบคุมและตรวจสอบการใช้อำนาจให้สอดคล้องกับการปกครองในระบบประชาธิปไตย

อนึ่ง ในระบบกฎหมายของฝรั่งเศส ตามรัฐธรรมนูญของฝรั่งเศส มาตรา 16 ได้บัญญัติในกรณีที่มีการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินแล้วห้ามมิให้มีการยุบสภาผู้แทนราษฎร เนื่องจากการขอขยายระยะเวลาสถานการณ์ฉุกเฉินต้องผ่านรัฐสภาหากไม่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญแล้วอาจเกิดปัญหาในการปฏิบัติหากจะต้องขอขยายระยะเวลา และ รัฐบัญญัติ ลงวันที่ 3 เมษายน ค.ศ.1955 ได้บัญญัติไว้ว่า สถานการณ์ฉุกเฉินนั้นยังคงอยู่จนกว่าจะมีการจัดตั้งรัฐบาลใหม่ ซึ่งไม่ขัดหรือแย้งกับมาตรา 16 เป็นการแก้ไขปัญหาการเกิดสุญญากาศในการใช้อำนาจ ซึ่งหากจะมีการแก้ไขบทบัญญัติเพิ่มเติมในรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับการใช้อำนาจของหัวหน้าฝ่ายบริหารในเรื่องเกี่ยวกับการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉิน และการขยายระยะเวลาการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินควรจะต้องพิจารณาในประเด็นนี้ประกอบด้วย

ประการที่สอง ปัญหาเรื่องการควบคุมผู้ใช้อำนาจในการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉิน

หากได้นำหลัก “การกระทำของรัฐ” (Act of State) ในระบบต่างประเทศมาเทียบเคียงกับการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินในระบบกฎหมายไทย ประกอบกับแนวทางตามพระราชบัญญัติคณะกรรมการการกฤษฎีกา พ.ศ.2522 มาตรา 20(1) ได้บัญญัติในเรื่องร้องทุกข์ไว้ว่า เรื่องร้องทุกข์ที่มีลักษณะเป็นไปในทางนโยบายโดยตรงๆ ซึ่งรัฐบาลต้องรับผิดชอบต่อสภาและเรื่องที่คณะรัฐมนตรี หรือนายกรัฐมนตรีในฐานะหัวหน้ารัฐบาลได้มีมติเด็ดขาดแล้ว กรณีการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินที่ได้ประกาศโดยนายกรัฐมนตรีเป็นหัวหน้าฝ่ายบริหารได้กระทำในนามรัฐบาล และผ่านคณะรัฐมนตรีแล้ว

ผู้ศึกษาเห็นว่ากรณีที่นายกรัฐมนตรีในฐานะหัวหน้าฝ่ายบริหารซึ่งเป็นรัฐบาลได้กระทำไป ในขั้นตอนของการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินอยู่นอกเหนือการตรวจสอบและควบคุมการใช้อำนาจ ทั้งนี้เพราะกฎหมายประสงคิให้รัฐสภาเป็นผู้ตรวจสอบทางการเมือง มิใช่ตรวจสอบทางกฎหมาย แต่ มาตรการ ประกาศ ข้อกำหนดของฝ่ายบริหารที่ได้ออกหลังจากการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉิน ตาม พระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ.2548 ถือได้ว่าเป็นคำสั่งทางปกครอง ควรจะต้องอยู่ในอำนาจในการควบคุมของศาลปกครอง เนื่องจากการออกประกาศ ข้อบังคับ คำสั่ง เป็นการออกโดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ.2548 ที่เป็นการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองแท้ๆ

4.1.3 การควบคุมระยะเวลาการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉิน

หลักในเรื่องสถานการณ์ฉุกเฉินเป็นที่ยอมรับในระบบกฎหมายในแต่ละประเทศว่า การ ประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินเป็นการใช้อำนาจของฝ่ายบริหาร ในช่วงสถานการณ์ที่มีความจำเป็น เร่งด่วนเพื่อป้องกัน แก้ไข บรรเทา ภัยสาธารณะที่เกิดขึ้นมิฉะนั้นจะเกิดความเสียหายต่อรัฐ และ สวัสดิภาพของประชาชนโดยรวม แต่จะต้องเป็นเรื่องความจำเป็น เหมาะสมกับสถานการณ์ด้วย การใช้อำนาจจะต้องไม่กระทบกระเทือนต่อสิทธิ และเสรีภาพ เกินกว่าจำเป็น ฉะนั้น บทบัญญัติของกฎหมาย จึงวางกรอบของระยะเวลาที่กำหนดช่วงที่ให้ฝ่ายบริหาร และฝ่ายปกครองมีอำนาจจัดการและควบคุม สถานการณ์นั้น ๆ ในระบบกฎหมายในแต่ละประเทศมีระยะเวลาในการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินไม่ เท่ากัน เช่น

ในระบบกฎหมายฝรั่งเศสในรัฐบัญญัติลงวันที่ 3 เมษายน 1955 มาตรา 2 กำหนดว่า การ ประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินจะต้องประกาศในรูป"รัฐกฤษฎีกา" (décret) โดยความเห็นชอบของ คณะรัฐมนตรี (Conseil des ministres) ในมาตรา 3 ได้กำหนดระยะเวลาไว้ 12 วัน และการประกาศ ต้องกำหนดวันสิ้นสุด และกำหนดพื้นที่ที่ประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินไว้ด้วย การขยายระยะเวลา หลังจากมีการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินครั้งแรกต้องเสนอให้รัฐสภาให้ความเห็นชอบด้วย แต่การขอ ขยายระยะเวลารั้งที่สอง บทบัญญัติของกฎหมายไม่ได้กำหนดระยะเวลาไว้ว่ายาวนานเท่าใด เป็น เรื่องที่รัฐสภาจะต้องชั่งถ่วงถึงเหตุผล หรือความจำเป็น ความเหมาะสมในการขยายระยะเวลา เมื่อ ประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินอำนาจโอนมาอยู่ที่ข้าราชการฝ่ายพลเรือน คือรัฐมนตรีว่าการ กระทรวงมหาดไทยและผู้ว่าราชการจังหวัด ที่เป็นฝ่ายปกครองมีอำนาจในการออกมาตรการใน ระหว่างประกาศสถานการณ์ฉุกเฉิน

หากพิจารณาเปรียบเทียบกับกฎอัยการศึกของฝรั่งเศส ตามรัฐบัญญัติลงวันที่ 9 สิงหาคม 1849 และรัฐบัญญัติลงวันที่ 3 เมษายน 1878 ประกอบรัฐธรรมนูญ ค.ศ.1958 มาตรา 36 ที่เป็นบทบัญญัติของกฎหมายที่ใช้ในกรณีสงคราม ได้กำหนดให้มีรายละเอียดหลายกรณีไม่แตกต่างกับการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉิน กล่าวคือ มีระยะจำนวน 12 วันเท่านั้น การประกาศต้องประกาศโดย "รัฐกฤษฎีกา" คณะรัฐมนตรีต้องให้ความเห็นชอบ ในการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉิน การขอขยายระยะเวลาจะต้องขอความเห็นชอบจากรัฐสภา เห็นได้ว่าในระบบกฎหมายของประเทศฝรั่งเศสได้บัญญัติในเรื่องการควบคุมและตรวจสอบอำนาจของฝ่ายบริหารและฝ่ายปกครอง เกี่ยวกับการขยายระยะเวลาไว้อย่างละเอียดเป็นขั้นตอน ทั้งในเรื่องของสถานการณ์ฉุกเฉิน และ กฎอัยการศึก ซึ่งต่างกับพระราชบัญญัติกฎอัยการศึก พ.ศ.2457 ในระบบกฎหมายไทยเนื่องจากการประกาศกฎอัยการศึกในระบบกฎหมายของไทยไม่มีระยะเวลา และไม่มีการควบคุมและตรวจสอบการใช้อำนาจโดยตัวแทนของประชาชนในระบบรัฐสภา

ในระบบกฎหมายของสหรัฐอเมริกา ในบทบัญญัติของ U.S.C. สถานการณ์ฉุกเฉินที่เกิดจากภัยพิบัติให้อำนาจผู้ว่าการรัฐ(Governor)ประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินได้ภายใต้บทบัญญัติของกฎหมายในแต่ละรัฐที่ไม่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ ซึ่งกำหนดระยะเวลาในการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินไม่เท่ากันในแต่ละรัฐ ยกเว้นกรณีที่สถานการณ์ฉุกเฉินร้ายแรงเกินกว่ารัฐนั้นๆจะควบคุมได้อาจร้องขอให้สหพันธรัฐเข้าไปช่วยเหลือ และประธานาธิบดีใช้อำนาจในการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินได้ ตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญและ U.S.C. ในหมวด National emergency Act ประธานาธิบดีมีอำนาจประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินได้ไม่เกิน 1 ปี หากต้องการขอขยายระยะเวลาการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินเมื่อครบ 6 เดือนจะต้องเสนอให้สภา Congress อนุมัติเวลาขอขยายระยะเวลาในระหว่างประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินก่อนครบกำหนด 90 วันของการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉิน มิฉะนั้นการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินนั้นเป็นอันสิ้นสุดไป ประธานาธิบดีจะต้องเสนอเหตุผลความจำเป็นในการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินเพื่อให้สภาตรวจสอบการใช้อำนาจสภาอาจใช้อำนาจ"สิทธิยับยั้งกฎหมาย" (legislative veto) โดยจะเห็นว่าระบบรัฐสภาของสหรัฐอเมริกามีการตรวจสอบการใช้อำนาจทุกขั้นตอนระหว่างประกาศสถานการณ์ฉุกเฉิน

ในระบบกฎหมายอังกฤษ(Civil Contingencies act 2004) มาตรา 26 อนุมาตรา (1) ได้บัญญัติให้การประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินตราเป็นกฎมีระยะเวลา 30 วัน นับจากวันที่ได้ประกาศ โดยต้องแสดงเหตุผลความจำเป็นในการประกาศ และได้บัญญัติในเรื่องของการต่ออายุของสถานการณ์ฉุกเฉิน มาตรา 27 อนุมาตรา (1) กำหนดให้กฎในสถานการณ์ฉุกเฉินนั้นจะต้องนำไปผ่านการพิจารณาของรัฐสภาโดยด่วนที่สุด หากรัฐสภาไม่พิจารณาให้สิ้นสุดไปภายใน 7 วัน หรือรัฐสภามีมติเห็นชอบด้วยกับกฎในสถานการณ์ฉุกเฉินดังกล่าวให้สถานการณ์ฉุกเฉินสิ้นสุดไป การพิจารณาจะต้องร่วมกัน

พิจารณาทั้งสองสภา เป็นการวางบทบัญญัติในเรื่องของการควบคุมตรวจสอบการประกาศและขยายระยะเวลา การประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินในระบบรัฐสภาของอังกฤษ ที่ได้กำหนดเงื่อนไขละเอียดขึ้นไปอีกขั้นตอนหนึ่งว่ารัฐสภาต้องพิจารณาโดยเร่งด่วน การไม่พิจารณาในกำหนดเงื่อนไขทางกฎหมาย จะถือว่าสถานการณ์ยกเลิกไปโดยอัตโนมัติ

ในระบบกฎหมายไทยให้อำนาจนายกรัฐมนตรีโดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรีประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินได้ครั้งละไม่เกิน 3 เดือน และขยายระยะเวลาต่อคณะรัฐมนตรีที่เป็นฝ่ายบริหารด้วยกันครั้งละไม่เกิน 3 เดือนโดยไม่มีกำหนดระยะเวลาว่าจะขอขยายได้กี่ครั้งและไม่มีองค์อื่นนอกจากฝ่ายบริหารด้วยกันตรวจสอบการใช้อำนาจในการขอขยายระยะเวลาดังกล่าว หากพิจารณาเทียบเคียงกับบทบัญญัติกฎหมายของต่างประเทศ พบว่าระยะเวลาของระบบกฎหมายไทยได้กำหนดระยะเวลาไว้ยาวนานกว่าของฝรั่งเศส และอังกฤษ ฉะนั้นในระบบการควบคุมฝ่ายปกครองในการขยายระยะเวลาของสถานการณ์ฉุกเฉินในระบบกฎหมายไทยผู้ศึกษาเห็นว่ายังมีข้อที่จะต้องแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติของพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ.2548 ให้มีความสอดคล้องกับระบบการปกครองในระบอบประชาธิปไตยดังนี้

กรณีที่หนึ่ง ขั้นตอนการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินครั้งแรกไม่ควรมีระยะยาวนานเกินไป เพราะเมื่อมีการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินแล้ว ฝ่ายปกครองได้ออกมาตรการ ข้อกำหนด หรือประกาศที่ใช้ในช่วงระยะเวลาสถานการณ์ฉุกเฉิน เร่งด่วนในการแก้ไขปัญหาและเข้าไปจัดการกับปัญหาระยะหนึ่งแล้ว การประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินในครั้งแรกไม่ควรยาวนานเกินไป เนื่องจากกระทบกระเทือนสิทธิและเสรีภาพของประชาชนโดยทั่วไปในพื้นที่นั้นๆ เช่น กรณีสถานการณ์ที่เกิดขึ้นในพื้นที่จังหวัดชายแดนทางภาคใต้ได้เกิดขึ้นมาตั้งแต่วันที่ 4 มกราคม 2549 แล้ว จนถึงปัจจุบันเป็นเวลา 2 ปีเศษสถานการณ์ยังไม่ยุติ จะถือเป็นเรื่องของฉุกเฉินเร่งด่วนหรือไม่ การประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินในครั้งแรกควรกำหนดระยะเวลาในการประกาศไม่เกินกว่า 30 วัน

กรณีที่สอง ผู้ศึกษาเห็นว่าการในขั้นตอนประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินเป็นกรณีที่หัวหน้าฝ่ายบริหารเห็นว่าเป็นเรื่องฉุกเฉิน จำเป็น เร่งด่วน ก็ตาม ระบบกฎหมายต่างประเทศมีระบบการควบคุมก่อนการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินเช่นในระบบกฎหมายอังกฤษ และประเทศฝรั่งเศส (เฉพาะรัฐธรรมนูญ ลงวันที่ 3 เมษายน ค.ศ.1955) โดยจะต้องผ่านความเห็นชอบจากคณะรัฐมนตรีที่เป็นฝ่ายบริหารที่เป็นขั้นตอนการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินครั้งแรกเท่านั้น แต่ในการขอขยายระยะเวลาของสถานการณ์ฉุกเฉินจะต้องผ่านความเห็นชอบจากรัฐสภาซึ่งเป็นความเชื่อมโยงหลักความผูกพันต่อกฎหมายของฝ่ายปกครองเข้ากับหลักประชาธิปไตยโดยผู้แทน โดยการใช้กฎหมายของฝ่ายปกครองจะต้องผูกพันต่อบทบัญญัติของกฎหมายที่ออกโดยองค์กรนิติบัญญัติ อันเป็นองค์กรที่มีพื้นฐานมาจากตัวแทนของประชาชน ฉะนั้นการขยายระยะเวลาการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินควรแก้ไข

บทบัญญัติ ตามพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ.2548 ว่าการขยายระยะเวลาสถานการณ์ฉุกเฉินจะต้องให้ความเห็นชอบเพื่อเป็นการตรวจสอบและถ่วงดุลในการใช้อำนาจของฝ่ายบริหาร รัฐสภามีหน้าที่ในการนำข้อมูลความจำเป็นที่เหมาะสมในมาตรการต่างๆ ระหว่างประกาศสถานการณ์ฉุกเฉิน ที่ฝ่ายบริหาร และฝ่ายปกครองได้ดำเนินการไปแล้วมาใช้เป็นข้อมูลในการพิจารณาขยายระยะเวลาในการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินว่า จะให้ขยายระยะเวลาหรือไม่ จะให้ขยายระยะเวลายาวนานเท่าใด มิใช่คณะรัฐมนตรีที่เป็นฝ่ายบริหารด้วยกันเป็นผู้ให้ความเห็นชอบ เพราะในข้อเท็จจริงคณะรัฐมนตรีจะต้องรับผิดชอบร่วมกับหัวหน้าฝ่ายบริหารคือ นายกรัฐมนตรีที่ไม่สามารถควบคุม และตรวจสอบการใช้อำนาจได้

4.2 การยกเว้นการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายจากการใช้อำนาจตามพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ.2548

การควบคุมฝ่ายปกครองจะมีการกำหนดหลักเกณฑ์ทั่วไปในการปฏิบัติราชการทางการปกครองโดยจะกำหนดหลักเกณฑ์ วิธีการ และขั้นตอนในการออกคำสั่งทางการปกครองไว้ว่าจะต้องดำเนินการอย่างไรเพื่อให้ฝ่ายปกครองใช้เป็นหลักในการปฏิบัติราชการอันเป็นการป้องกันไม่ให้ฝ่ายปกครองใช้อำนาจอย่างได้สัดส่วน เหมาะสม จำเป็น เป็นการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนในระบบกฎหมายในหลายๆประเทศ มีกฎหมายที่ได้กำหนดขั้นตอน และวิธีปฏิบัติราชการของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองก่อนออกคำสั่งทางการปกครองที่เรียกว่า"หลักกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง"(Administrative Procedure Act) ตามพระราชบัญญัติหรือกฎหมายลำดับรองให้อำนาจไว้ หากฝ่ายปกครองไม่ได้ดำเนินการตามหลักเกณฑ์และขั้นตอนดังกล่าวถือได้ว่าได้กระทำไปโดยไม่มีอำนาจ

ระบบกฎหมายในสถานการณ์ฉุกเฉินของอังกฤษ กฎหมายได้ออกแบบมาโดยเฉพาะเป็นการควบคุมโดยกฎหมายนั่นเอง โดยกระบวนการตรากฎหมายต้องผ่านกระบวนการอย่างละเอียดตั้งแต่ขั้นตอนของการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินให้ประชาชนทั่วไปรับทราบ บทบัญญัติของกฎหมายดังกล่าว ได้วางขั้นตอนการปฏิบัติว่าการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินนั้น จะต้องมิใช่ผลความจำเป็นจริงๆ โดยเฉพาะการออกกฎในสถานการณ์ฉุกเฉิน เพื่อให้อำนาจในสถานการณ์ฉุกเฉินของฝ่ายปกครองในระบบอังกฤษ อาจกล่าวได้ว่าเป็นการควบคุมก่อนที่จะมีมาตรการพิเศษบังคับกับประชาชน เพื่อมิให้มาตรการที่ออกมาจนกระทบกระเทือนกับสิทธิเสรีภาพของประชาชนเกินความจำเป็น โดยมีการกำหนดรายละเอียดเกี่ยวกับขั้นตอนการออกกฎดังนี้

(1) มีขั้นตอนการแถลงของผู้ออกกฎ ถึงสาเหตุของการออกกฎดังกล่าวด้วย เป็นต้นว่าได้เกิดสถานการณ์ฉุกเฉินขึ้นแล้ว หรือขณะนี้กำลังเกิดสถานการณ์ฉุกเฉิน หรือกำลังจะเกิดสถานการณ์ฉุกเฉิน ซึ่งเป็นการควบคุมขั้นตอนก่อนการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉิน

(2) มีขั้นตอนควบคุมความชอบในด้านสิทธิเสรีภาพด้วยโดยการออกกฎต้องแสดงให้เห็นปรากฏด้วยว่ากฎนั้นไม่ขัดหรือแย้งต่อสิทธิมนุษยชนตามกฎหมายบัตรสหประชาชาติ (ในความหมายของพระราชบัญญัติสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1988 (The Human Right 1988)

(3) กฎในสถานการณ์ฉุกเฉินซึ่งผู้มีอำนาจในการตราได้กำหนดขึ้นนั้น จะต้องพอสมควรแก่เหตุเพื่อวัตถุประสงค์ที่จะป้องกัน ควบคุม หรือ บรรเทา สภาพหรือผลกระทบที่เกิดขึ้นในสถานการณ์ฉุกเฉินและจะต้องอยู่ภายในขอบเขตของวัตถุประสงค์ตามที่ได้กำหนดไว้ ในบทบัญญัติของกฎในสถานการณ์ฉุกเฉินนั้น อาจกำหนดกฎเกณฑ์โดยการกำหนดหน้าที่ให้รัฐมนตรีหรือบุคคลอื่นใดตามที่กำหนดไว้มีอำนาจหรือหน้าที่ที่จะต้องปฏิบัติการด้วยความรอบคอบ

ในระบบกฎหมายฝรั่งเศส ตามรัฐธรรมนูญถึงวันที่ 3 เมษายน 1955 การใช้อำนาจของฝ่ายปกครอง ตามมาตรา 5 ในการห้ามบุคคลที่เป็นอุปสรรคต่อการใช้อำนาจสาธารณะเข้าไปในพื้นที่ที่มีการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉิน ความในมาตรามาตรา 6 แห่งรัฐกำหนดดังกล่าว บุคคลที่ได้รับคำสั่งอาจร้องขอให้เพิกถอนมาตรการนั้นได้ โดยมีกระบวนการในการทำคำร้องโดยจะต้องได้รับความเห็นชอบจากกรรมการที่ปรึกษา ซึ่งประกอบด้วยบรรดาผู้แทนของที่ประชุมสภาจังหวัด (Conseil général) ที่ได้รับการแต่งตั้ง พร้อมด้วยตัวแทนของของสถาบันการศึกษา จำนวน 2 คน ที่ได้รับการเลือกตั้ง บุคคลดังกล่าวสามารถทำคำร้องขอความช่วยเหลือจากการใช้อำนาจเกินขอบเขต จากคำตัดสินของกรรมการดังกล่าวข้างต้น ศาลปกครองที่มีอำนาจ (le tribunal administratif compétent) ศาลปกครองของฝรั่งเศสจะต้องลงมาพิจารณาวินิจฉัยให้เสร็จสิ้นภายในเดือนที่ร้องขอ ในกรณีมีการอุทธรณ์คำวินิจฉัยต่อ ศาลปกครองสูงสุดของฝรั่งเศส (Conseil d'Etat) จะต้องวินิจฉัยให้เสร็จสิ้นภายใน 3 เดือนนับแต่วันอุทธรณ์ รัฐธรรมนูญถึงวันที่ 3 เมษายน 1955 ได้บัญญัติการควบคุมการใช้อำนาจของฝ่ายปกครอง และคุ้มครองสิทธิของผู้ได้รับผลกระทบจากคำสั่งทางปกครองอย่างเป็นระบบ การใช้อำนาจอยู่ภายใต้การตรวจสอบและควบคุมของศาลปกครอง

สำหรับประเด็นในเรื่องการยกเว้นการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายจากการใช้อำนาจตามพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ.2548 นั้น ผู้ศึกษาเห็นว่าตามบทบัญญัติใน มาตรา 16 ได้บัญญัติไว้ว่า “ ข้อกำหนด ประกาศ หรือ คำสั่ง หรือการกระทำตามพระราชกำหนดนี้ ไม่อยู่ในบังคับของกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง และกฎหมายว่าด้วยการจัดตั้งศาลปกครอง และวิธีพิจารณาคดีปกครอง”เป็นการยกเว้นการกระทำทางปกครองที่กระทำในช่วงระหว่างการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉิน มีข้อพิจารณา หากได้พิจารณาตาม

พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครอง พ.ศ.2542 มาตรา 9 ได้บัญญัติยกเว้นไว้ว่า คดีที่ไม่อยู่ในอำนาจศาลปกครองมีอยู่ 3 ประเภท คือการดำเนินการเกี่ยวกับวินัยทหาร การดำเนินการของคณะกรรมการตุลาการ ตามกฎหมายว่าด้วยระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการ และ คดีที่อยู่ในอำนาจของศาลเยาวชนและครอบครัวกลาง ศาลแรงงาน ศาลภาษีอากร ศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ ศาลล้มละลาย หรือศาลชำนาญพิเศษ เป็นการยกเว้นประเภทของคดีที่โดยเนื้อหาของคดีเป็นการกระทำทางปกครองเหมือนกับการบัญญัติยกเว้น มิให้พระราชกำหนดบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ.2548 อยู่ในอำนาจศาลปกครองเช่นกัน แตกต่างกันเพียงการยกเว้นดังกล่าวได้ถูกบัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครอง พ.ศ.2542 เท่านั้น มีข้อพิจารณาจากบทบัญญัติที่ยกเว้นเงื่อนไขทางปกครองดังกล่าวอยู่ 4 กรณีคือ

กรณีที่หนึ่ง หลักนิติรัฐจำเป็นต้องมีองค์การเข้ามาควบคุมการใช้อำนาจของฝ่ายปกครอง แต่จะมีปัญหาว่าในเมื่อคดีดังกล่าวไม่ใช่คดีปกครอง หากผู้ถูกระทบกระทบสิทธิ และเสรีภาพฟ้องต่อศาลยุติธรรมแล้วจะมีปัญหาอยู่หลายประการเช่น สิทธิในการฟ้องคดีตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ผู้ฟ้องคดีจะต้องถูกโต้แย้งสิทธิ หรือ หน้าที่ของบุคคลตามกฎหมายจึงจะสามารถใช้สิทธิทางศาลได้ (ประมวลกฎหมายแพ่ง มาตรา 55) แต่หลักในการฟ้องคดีต่อศาลปกครองผู้ฟ้องคดีเพียงมีส่วนได้เสียพอสมควรก็สามารถฟ้องคดีในศาลปกครองได้ ซึ่งหากมีกฎ หรือ คำสั่งที่ออกโดยการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินในพื้นที่ใดพื้นที่หนึ่ง ผู้ฟ้องคดีก็ไม่น่าจะนำคดีมาสู่ศาลยุติธรรมได้เนื่องจากผู้ฟ้องคดีไม่ได้ถูกโต้แย้งสิทธิของตนโดยตรง เนื่องจากไม่มีผลบังคับผูกพันกับผู้ฟ้องคดีโดยตรง นอกจากการฟ้องคดีดังกล่าวต่อศาลปกครองซึ่งต้องห้ามตามพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ.2548

กรณีที่สอง กรณีที่มีการฟ้องคดีต่อศาลยุติธรรม คำพิพากษาของศาลยุติธรรมผูกพันเฉพาะคดีนั้นเท่านั้น ไม่อาจหนีบทกฏ หรือ เพิกถอน กฎ หรือ คำสั่ง ไปใช้ในคดีอื่นๆได้ ซึ่งแตกต่างจากศาลปกครองที่สามารถเพิกถอนกฎ หรือ คำสั่งที่ออกโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายและสามารถนำไปใช้บังคับผูกพันในคดีอื่นๆได้

กรณีที่สาม การที่พระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ.2548 ได้บัญญัติยกเว้นมิให้อยู่ในบังคับของศาลปกครอง และวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง เพราะอาจเห็นว่าหากมีการฟ้องขอให้เพิกถอนกฎ หรือคำสั่งในการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินอาจจะทำให้ฝ่ายปกครองไม่สามารถใช้อำนาจ หลังจากมีการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉิน เช่น การออกคำสั่ง ข้อกำหนด หรือ มาตรการ หลังจากการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉิน กฎ คำสั่ง ข้อกำหนด ในสถานการณ์ฉุกเฉิน มีความจำเป็นต้องกระทบกระเทือนสิทธิและเสรีภาพของประชาชน เพื่อหยุดยั้งสถานการณ์ที่เกิดขึ้นที่มีอยู่อย่างฉุกเฉิน ภัยสาธารณะ แต่หากมีการฟ้องขอเพิกถอน และขอให้คุ้มครอง หรือ ทุเลา กฎ

ข้อกำหนด คำสั่ง ที่ได้ออกเพราะการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉิน ชั่วคราว จะทำให้กระบวนการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองหยุดชะงัก และเกิดภัยร้ายแรงที่เกิดขึ้นจนไม่สามารถระงับได้

ผู้ศึกษาเห็นว่าในกรณีนี้หากมิได้มีบทบัญญัติห้ามมิให้ควบคุมหรือตรวจสอบการใช้อำนาจดังกล่าว แล้วมีการฟ้องต่อศาลปกครองให้ศาลเป็นผู้ทำหน้าที่วินิจฉัย และสามารถตรวจสอบข้อกำหนด หรือ มาตรการต่างๆของฝ่ายปกครองที่ได้ใช้นั้นว่าเหมาะสม จำเป็น หรือ ได้สัดส่วนในการใช้อำนาจหรือไม่ อย่างไร เนื่องจากข้อกำหนด คำสั่ง ที่ได้ออกตามพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ.2548 เป็นคำสั่งทางปกครอง แม้มีบทบัญญัติของพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ.2548 ได้ห้ามมิให้อยู่ในบังคับของศาลปกครอง วิธีพิจารณาคดีปกครอง และการปฏิบัติราชการทางปกครองก็ตาม หากมีการออกกฎ หรือ คำสั่งหลังจากมีการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินแล้ว ผู้ถูกกระทบสิทธิย่อมมีสิทธิที่จะใช้สิทธิทางศาล โดยสามารถเลือกฟ้องต่อศาลปกครอง หรือ ศาลยุติธรรม ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 62⁴ได้รองรับสิทธิไว้ ผู้ศึกษาเห็นว่าการบทบัญญัติ ในมาตรา 16 แห่งพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ.2548 เป็นบทบัญญัติที่ขัดต่อบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ

กรณีที่สี่ การยกเว้นการปฏิบัติราชการทางปกครองนั้น เป็นการยกเว้นหลักความชอบด้วยกฎหมายเนื่องจากการปฏิบัติราชการทางปกครองจะต้องมีกฎหมายให้อำนาจและเฉพาะภายในขอบเขตที่กฎหมายกำหนดไว้เท่านั้น มีหลักเกณฑ์การตรวจสอบความชอบของกฎหมายที่การกระทำทางปกครองที่อาจกระทบกระเทือนต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนหรือเอกชน เป็นการตรวจสอบการกระทำทางปกครองทั้งหลักเกณฑ์ในทางเนื้อหา และ หลักเกณฑ์ในทางรูปแบบ สำหรับหลักเกณฑ์ในทางรูปแบบเป็นการตรวจสอบการใช้อำนาจในเรื่องของอำนาจ วิธีการ ขั้นตอนของการปฏิบัติราชการทางปกครอง แบบปฏิบัติทางปกครอง หลักเกณฑ์ทางด้านเนื้อหา จะต้องพิจารณาถึงหลักความได้สัดส่วน (Principle of Proportionality) หลักความเสมอภาค และ หลักคุ้มครองประโยชน์สาธารณะ การยกเว้นหลักเกณฑ์ต่างๆ ตาม วิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 มาตรา 5 ซึ่งหมายถึง "การเตรียมการ และการดำเนินการของเจ้าหน้าที่เพื่อจัดให้มีคำสั่งทางการปกครอง หรือ กฎ รวมถึงการดำเนินการใดๆ ทางการปกครองตามพระราชบัญญัตินี้" ผู้ศึกษาเห็นว่าการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉิน แล้วออกข้อกำหนด ประกาศตามพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ.2548 มาตรา 9,11 ไม่อาจตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายทั้งในเรื่องรูปแบบ และ เนื้อหา ส่งผลกระทบต่อ

⁴ มาตรา 62 "สิทธิของบุคคลที่จะฟ้องหน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ ราชการส่วนท้องถิ่น หรือองค์กรอื่นของรัฐ ที่เป็นนิติบุคคลให้รับผิดชอบเนื่องจากการกระทำหรือละเว้นการกระทำของข้าราชการ พนักงาน หรือลูกจ้างของหน่วยงานนั้น ย่อมได้รับการคุ้มครองทั้งนี้ตามที่กฎหมายบัญญัติ"

กระบวนการตรวจสอบการใช้อำนาจ และ กระทบกระเทือนต่อสิทธิและเสรีภาพอย่างแท้จริง และ หากไม่มีบทยกเว้นตามกฎหมายดังกล่าวแล้ว การออกข้อกำหนด ประกาศ หลังจากประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินจะทำให้มีมาตรการการตรวจสอบการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองโดยศาลปกครอง พระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ.2548 ที่มีบทบัญญัติยกเว้นพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครองดังกล่าวจึงขัดต่อหลักนิติรัฐ

4.3 การควบคุมการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการยุติธรรมทางอาญา

จากคำแถลงการณ์ของฝ่ายบริหารในการตราพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ.2548 ได้ให้เหตุผลในการบัญญัติกฎหมายไว้หลายกรณี กล่าวคือ พระราชบัญญัติว่าด้วยการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ.2495 ได้ใช้บังคับมานานแล้ว ไม่สามารถนำบทบัญญัติของกฎหมายที่มีอยู่ใช้แก้ปัญหาสถานการณ์ในจังหวัดชายแดนทางภาคใต้ได้ ประกอบกับ มาตรการทางกฎหมายที่มีอยู่กระจาย บางฉบับให้อำนาจทหาร บางฉบับให้อำนาจพลเรือน ไม่สามารถบูรณาการทางกฎหมายได้อย่างเป็นระบบ ซึ่งเห็นได้ว่าบทบัญญัติเมื่อมีการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินตามความในมาตรา 5 แล้ว ความในมาตรา 7 ให้โอนบรรดาอำนาจหน้าที่ของรัฐมนตรีว่าการกระทำใดกระทรงหนึ่ง หรือ หลายกระทรง ในเรื่องการอนุญาต อนุมัติ สั่งการ บังคับบัญชา มาเป็นอำนาจหน้าที่ของนายกรัฐมนตรีชั่วคราว เพื่อให้การแก้ไขสถานการณ์เป็นไปโดยมีเอกภาพ เห็นได้ว่าเมื่อมีการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉิน อำนาจตามกฎหมายของทุกส่วนราชการเป็นของนายกรัฐมนตรีเพียงผู้เดียว หากพิจารณาเทียบเคียงได้กับอำนาจของประธานาธิบดีสหรัฐอเมริกา และฝรั่งเศส ที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ นอกจากนั้นแล้วเมื่อประกาศสถานการณ์ฉุกเฉิน นายกรัฐมนตรียังมีอำนาจตามมาตรา 10 (1),(2),(5) ในการประกาศให้เจ้าหน้าที่มีอำนาจในการจับกุม เรียกบุคคลที่ต้องสงสัยมารายงานตัว รวมถึงมีอำนาจในการตรวจสอบจดหมาย สิ่งพิมพ์ เพื่อป้องกันหรือระงับเหตุร้ายแรง โดยปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในกฎหมายว่าด้วยการสอบสวนคดีพิเศษโดยอนุโลม ซึ่งการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินในพื้นที่จังหวัดชายแดนทางภาคใต้ ฝ่ายบริหารได้ใช้มาตรการดังกล่าว โดยการประกาศมอบให้กับเจ้าพนักงานตำรวจและทหาร ดำเนินการออกหมายเรียก หมายจับ บุคคล โดยไม่ต้องต้องดำเนินการตามขั้นตอนของกฎหมายปกติ กรณีดังกล่าวถือได้ว่าเป็นการใช้อำนาจในทางปกครองที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการยุติธรรมทางอาญา

ในประเทศสหรัฐอเมริกา การใช้อำนาจตามกฎหมายในการเข้าถึงข้อมูลบุคคลที่จะกระทบกระเทือนสิทธิและเสรีภาพของประชาชนจะต้องกระทำโดยสำนักงานสอบสวนกลาง หรือที่เรียกว่า F.B.I. ซึ่งจะต้องเป็นเรื่ององค์การอาชญากรรม และ คดีความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด หรือความผิด

ที่กฎหมายได้กำหนดให้ โดยไม่จำเป็นต้องมีการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉิน โดยระบบของกฎหมายไทยได้บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติการสอบสวนคดีพิเศษ พ.ศ.2547 ที่ให้อำนาจกรมสอบสวนคดีพิเศษ มาตรา 25⁵ ในการเข้าถึงข้อมูลของบุคคลโดยไม่ต้องประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินแต่จะต้องเป็นคดีพิเศษ⁶ ตามที่กฎหมายกำหนดเท่านั้น ซึ่งตามพฤติการณ์ข้อเท็จจริงแล้วหากเป็นคดีที่เกี่ยวข้องกับความมั่นคงก็อยู่ในเงื่อนไขของพระราชบัญญัติการสอบสวนคดีพิเศษ พ.ศ.2547 มาตรา 21 วรรคแรก ในการดำเนินการเข้าถึงข้อมูลส่วนตัวของบุคคลเพื่อเป็นหลักฐานในทางคดีโดยไม่ต้องบัญญัติให้อำนาจการเข้าถึงข้อมูลส่วนตัวไว้ใน พระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ.2548 เนื่องจากยากแก่การควบคุมการใช้อำนาจโดยไม่ถูกต้อง

สำหรับกรณีการใช้อำนาจในการคุมขังบุคคลโดยอาศัยอำนาจในการประกาศมอบอำนาจของฝ่ายบริหารมอบอำนาจให้ฝ่ายปกครองใช้อำนาจดังกล่าว หลังจากประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินแล้ว ทำให้ฝ่ายปกครองมีอำนาจในการควบคุมผู้ต้องสงสัยว่าได้กระทำความผิด 7 วัน และขอขยายระยะเวลาการควบคุมได้ไม่เกิน 30 วัน โดยไม่ต้องผ่านกระบวนการสอบสวนตามกฎหมาย ระยะเวลาดังกล่าวมากกว่าการควบคุมตัวตาม พระราชบัญญัติกฏอัยการศึก พ.ศ.2457 ซึ่งมีระยะเพียง 7 วัน

⁵ มาตรา 25 “ในกรณีที่มีเหตุอันควรเชื่อว่า เอกสาร หรือ ข้อมูลข่าวสารอื่นใดซึ่งส่งทางไปรษณีย์ โทรเลข โทรศัพท์ คอมพิวเตอร์ เครื่องมือ หรืออุปกรณ์ในการสื่อสารสื่ออิเล็กทรอนิกส์ หรือสื่อสารทางเทคโนโลยีสารสนเทศใด ถูกใช้หรืออาจถูกใช้เพื่อประโยชน์ในการกระทำความผิดที่เป็นคดีพิเศษ พนักงานสอบสวนคดีพิเศษซึ่งได้รับอนุมัติจากอธิบดีเป็นหนังสือจะยื่นคำขอฝ่ายเดียวต่ออธิบดีผู้พิพากษาศาลอาญาเพื่อมีคำสั่งอนุญาตให้พนักงานสอบสวนคดีพิเศษได้มาซึ่งข้อมูลข่าวสารดังกล่าวก็ได้

⁶ มาตรา 21 “ คดีพิเศษที่จะต้องดำเนินการสืบสวนสอบสวนตามพระราชบัญญัตินี้ได้แก่ ความผิดทางอาญาดังต่อไปนี้

(1) คดีความผิดทางอาญาตามกฎหมายที่ได้กำหนดไว้ในบัญชีท้ายพระราชบัญญัตินี้และที่กำหนดไว้ในกฎกระทรวงโดยการเสนอแนะของ กกพ. โดยคดีความผิดตามกฎหมายดังกล่าวจะต้องมีลักษณะอย่างหนึ่งอย่างใดดังต่อไปนี้

(ก) ความผิดทางอาญาที่มีความสลับซับซ้อน จำเป็นต้องใช้วิธีการสืบสวนสอบสวนและรวบรวมพยานหลักฐานเป็นพิเศษ

(ข) คดีความผิดทางอาญาที่มีหรืออาจมีผลกระทบต่อความรุนแรงต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน ความมั่นคงของประเทศ ความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ หรือระบบเศรษฐกิจ หรือ การคลังของประเทศ

.....ฯลฯ..”

เท่านั้นทั้งที่สถานการณ์จากสงครามกับสถานการณ์ฉุกเฉินมีความใกล้เคียงกันแต่การใช้อำนาจการควบคุมมีระยะเวลาที่ยาวนานมากกว่า

จากการศึกษาสภาพปัญหาจากการใช้กฎหมายในสถานการณ์ฉุกเฉินของประเทศสหรัฐอเมริกา พบว่าหลังจากที่ได้มีการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินโดยการใช้อำนาจตาม U.S.Patriot Act 2001 ในเดือนกันยายน ค.ศ.2003 มีจำนวนกว่า 100 คดีที่ใช้อำนาจการสืบสวนสอบสวนในคดีอาญาทั่วไปที่มีผู้ก่อการร้าย โดยใช้อำนาจตามกฎหมายของ Patriot act 2001 อย่างไม่ต้อง เช่น

- การใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่อาศัยอำนาจตาม U.S.Patriot Act 2001 ในทางที่มีขอบ เช่น ในเมือง Las Vegas เจ้าหน้าที่ได้ใช้ใบอนุญาต (Warrant FISA = Federal Intelligence Surveillance) ที่ให้อำนาจหน่วยข่าวกรองจับติดตามผู้ต้องสงสัยในการก่อการร้าย แต่กลับนำใบอนุญาตดังกล่าวเข้าไปในเฝ้าคลับเปลื้องผ้า (strip club) ในเดือนเมษายน ค.ศ.2004

- การใช้อำนาจจับกุมโดยอำนาจตาม ตาม U.S. Patriot Act 2001 ไม่ชอบ ชายชาวมุสลิมชื่อ Idaho ได้ถูกพิจารณาคดีในเรื่องการสนับสนุนลัทธิการก่อการร้าย โดยการเก็บบางส่วนของ website ไว้ในครอบครอง

- ในเดือนพฤษภาคม ค.ศ.2004 F.B.I. อาศัยอำนาจของ ตาม U.S. Patriot Act 2001 ได้เข้าล้อมตรวจค้นบ้านของศาสตราจารย์ท่านหนึ่งซึ่งเป็นผู้วิจัยสัตว์ (University buffalo of associate) โดยทำการทดลองอยู่ที่บ้านมีหลอดแก้วเล็กๆ และเพาะเชื้อแบคทีเรีย ศาสตราจารย์ดังกล่าวถูกกล่าวหาว่าสนับสนุนการก่อการร้าย⁷

ซึ่งโดยที่สุดแล้วการถูกกล่าวหาไม่เป็นความจริง เห็นได้ว่าการใช้อำนาจในสถานการณ์ฉุกเฉิน ตาม U.S. Patriot Act 2001 เจ้าหน้าที่ได้ใช้อำนาจโดยไม่ถูกต้องและกระเทือนสิทธิและเสรีภาพของประชาชน รัฐสภาของสหรัฐเห็นถึงปัญหา และความสำคัญของเรื่องดังกล่าวโดยเห็นว่าคุณค่าสำคัญอยู่ที่ขั้นตอน และวิธีการปฏิบัติของเจ้าหน้าที่ในการบังคับใช้กฎหมายดังกล่าว

ในประเทศอังกฤษ⁸ รัฐสภาได้ผลักดันให้มีการตราบทบัญญัติเกี่ยวกับการป้องกันการก่อการร้ายชั่วคราวมีอำนาจในการจับกุม กักขังของตำรวจ โดยให้สามารถควบคุมบุคคลต้องสงสัยได้ 48 ชั่วโมง การขยายอำนาจพิเศษในการตรวจค้นของเจ้าหน้าที่ตำรวจ และ หน่วยปฏิบัติการพิเศษ หน่วยข่าวกรองเจ้าหน้าที่ตำรวจมีอำนาจในการตรวจค้นหาพยานหลักฐานโดยไม่ต้องออกหมายค้นได้พบปัญหาในการปฏิบัติพบว่าประชาชนจำนวน 459 คน ได้ถูกกักขังภายใต้การปฏิบัติการที่สถานีตำรวจมี

⁷ http://bambooweb.com/articles/u/s/USA_PATRIOT_Act.html, ALLEGED

⁸ http://en.wikipedia.org/wiki/Irish_Republican_Army

เพียง 16 คนที่ถูกกล่าวหาว่าได้กระทำความผิดทางอาญา เพราะเจ้าหน้าที่ตำรวจขาดพยานหลักฐาน เสนอต่อศาลให้เห็นว่าเป็นผู้กระทำความผิด แต่การเพิ่มอำนาจดังกล่าวไม่สามารถกำหนดความผิดของผู้ถูกจับกุม และไม่สามารถดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิด

ในประเทศแถบเอเชียเช่น ประเทศเกาหลีใต้ เนปาล ศรีลังกา อินเดีย สิงคโปร์และประเทศมาเลเซียมีบทบัญญัติเกี่ยวกับกฎหมายในสถานการณ์ฉุกเฉินโดยมีแนวคิดในเรื่องความปลอดภัยแห่งชาติ(National security)ความปลอดภัยสาธารณะ(State or Public security)และบทบัญญัติของกฎหมายที่เกี่ยวกับการป้องกันและปราบปรามลัทธิก่อการร้าย (Terrorism)สำหรับในประเทศมาเลเซีย ได้มีบทบัญญัติของ Internal Security Act (ISA)แต่ได้ถูกต่อต้านให้ยกเลิกกฎหมายดังกล่าวโดยประชาชนอ้างว่ารัฐได้ดำเนินการตามอำเภอใจใช้อำนาจในทางที่ผิดคุกคามสิทธิและเสรีภาพของประชาชนมีการกักขังปราศจากการสอบสวน(without trial) การขังลี้ม (Indefinite Detention) โดยเฉพาะการคุมขัง นาย Lokman Nor Adam กับพวกรวม 6 คนในเรือนจำโดยมิได้ฟ้องร้อง⁹

จากปัญหาของการใช้อำนาจ ตาม U.S. Patriot Act 2001 และการกักขังบุคคลภายใต้กฎหมายเกี่ยวกับความมั่นคงของประเทศอังกฤษ พบว่าได้เกิดปัญหาขึ้น 2 กรณีคือ การใช้อำนาจหน้าที่โดยไม่ชอบ โดยการใช้อำนาจกฎหมาย ตาม U.S. Patriot Act 2001 ไปใช้กับการดำเนินการในคดีอื่นๆ ที่นอกเหนือจากเรื่องของความมั่นคง และ การใช้อำนาจกักขัง คุมขัง เกินความจำเป็น ซึ่งเชื่อได้ว่าปัญหาที่เกิดขึ้นในต่างประเทศ หากไม่มีการควบคุมการใช้อำนาจให้รัดกุมแล้วจะเห็นปัญหาการละเมิดกฎหมายของเจ้าหน้าที่โดยไม่ชอบ ในขั้นตอน การออกหมายเรียก การออกหมายค้น การควบคุม การจับกุมตรวจสอบการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองโดยควรจะต้องวางมาตรการเพิ่มเติมดังนี้

1) วางมาตรการควบคุมการใช้อำนาจในเรื่องการควบคุมผู้ต้องสงสัยที่ได้กระทำความผิดเท่าที่จำเป็นเท่านั้น ไม่จำเป็นต้องควบคุมเกินกว่า 7 วัน หรือ ขยายระยะเวลาโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร เพื่อกักตัวไว้ให้ทุกขุทรมานเพื่อจะได้ให้ข้อมูลที่ต้องการ อันเป็นการกระทบกระเทือนสิทธิและเสรีภาพของประชาชน มาตรการดังกล่าว รวมถึงมาตรการที่ใช้ในการเข้าถึงข้อมูลส่วนบุคคลโดยไม่มีขอบเขตด้วย เช่นการเข้าถึงข้อมูลทางโทรศัพท์ โดยการจัดตั้ง หน่วยงานที่เป็นองค์กรภายในฝ่ายปกครองด้วยตนเองที่รับผิดชอบตรวจสอบการใช้อำนาจดังกล่าวอย่างจริงจัง

2)วางมาตรการแก้ไข นำสภาพปัญหาหลังจากประกาศสถานการณ์ฉุกเฉิน เช่น การออกประกาศ คำสั่ง การบังคับใช้กฎหมาย ที่จะต้องกระทบกระเทือนสิทธิและเสรีภาพของประชาชนมาวิเคราะห์ เพื่อป้องกันการใช้อำนาจอย่างเป็นระบบ

⁹ <http://www.suaram.org/isa2> International

3) รัฐสภาจะต้องทำหน้าที่ในการควบคุม และ ตรวจสอบการใช้งบประมาณ การปฏิบัติในการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉิน หากมีกฤษฎาธิ์ระยะเวลาสถานการณ์ฉุกเฉิน เพื่อเป็นการควบคุมการปฏิบัติของฝ่ายปกครอง

4) จากการศึกษาพบว่า มีบทบัญญัติเกี่ยวกับสิทธิสัญญาเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานในกรณีสถานการณ์ฉุกเฉินของสหภาพยุโรป และรัฐบาลฝรั่งเศสได้ให้สัตยาบรรณเมื่อ 3 เมษายน 1974 สนธิสัญญานี้ได้กำหนดให้รัฐต่างๆ สัญญาต้องคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐาน แต่มีข้อยกเว้นตามมาตรา 15 ระบุว่าข้อยกเว้นไว้ว่าที่การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานจะถูกยกเว้นเมื่อมีสงคราม หรือ กรณีมีอันตรายต่อสาธารณะที่อาจกระทบต่อความเป็นอยู่ของชาติ แต่มิให้ยกเว้นในเรื่องดังต่อไปนี้คือ สิทธิในการมีชีวิต การทรมาน การห้ามนำคนเป็นทาส เมื่อมีการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉิน และที่ใช้สิทธิในเรื่องข้อยกเว้นรัฐภาคีสมาชิกมีหน้าที่จะต้องแจ้งต่อเลขาธิการของรัฐบาลยุโรปเกี่ยวกับเหตุผลและมาตรการที่ใช้ วันที่เริ่มและวันยุติของมาตรการ การใช้อำนาจของฝ่ายปกครองในการออกคำสั่ง ประกาศ ที่เป็นมาตรการที่กระทบกระเทือนสิทธิและเสรีภาพของประชาชนในระบบกฎหมายไทยตามพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ.2548 ฉะนั้น การออกประกาศใช้มาตรการต่างๆของฝ่ายปกครองควรเป็นการใช้อำนาจเฉพาะที่จำเป็น และเหมาะสมเพื่อป้องกันมิให้กระทบกระเทือนสิทธิและเสรีภาพของประชาชนโดยการนำหลักการทั่วไปและเงื่อนไขของสหภาพยุโรปมาเป็นแนวทางในการปฏิบัติต่อไป