

บทที่ 4

ปัญหาและผลกระทบจากการบังคับใช้มาตรา 16 และ มาตรา 17 แห่งพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548

สำหรับในบทนี้ คณะผู้วิจัยได้ทำการศึกษาในสามประการที่สำคัญ กล่าวคือ ประการที่หนึ่ง ผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญจากการออกกฎ คำสั่งทางปกครองและการประกาศใช้มาตรา 17 แห่งพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉินฯ ประการที่สอง ปัญหาการเรียกค่าเสียหายและความรับผิดชอบของรัฐจากการกระทำละเมิดตามพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉินฯ และ ประการที่สาม ผลกระทบต่อเขตอำนาจศาลจากการประกาศใช้มาตรา 16 แห่งพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉินฯ

4.1 ผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญจากการออกกฎ คำสั่งทางปกครองและการประกาศใช้มาตรา 17 แห่งพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548

ในหัวข้อผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญจากการออกกฎ คำสั่งทางปกครองและการประกาศใช้มาตรา 17 แห่งพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉินฯ คณะผู้วิจัยจะทำการศึกษาถึงปัญหาและผลกระทบในสองประเด็นได้แก่ ปัญหาและผลกระทบจากการออกกฎและคำสั่งทางปกครอง และปัญหาและผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญจากการประกาศใช้มาตรา 17 แห่งพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ ฉุกเฉินฯ โดยมีรายละเอียดดังนี้

4.1.1 ปัญหาและผลกระทบจากการออกกฎและคำสั่งทางปกครอง

พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ เป็นกฎหมายที่เป็นเครื่องมือในการควบคุมทางปกครอง ซึ่งหมายถึง การตรวจสอบฝ่ายปกครอง และการเยียวยา โดยฝ่ายปกครองซึ่งการตรวจสอบนั้นหมายถึง การสอบสวน การสอดส่อง การดูแลให้ถูกต้อง ก่อนการกระทำ หรือมีนิติกรรมทางปกครองว่าฝ่ายปกครองดำเนินการดีหรือไม่ ถูกต้องหรือไม่ ซึ่งมีลักษณะเป็นการป้องกันมิให้เกิดการละเมิดกฎหมายขึ้น ส่วนการเยียวยา หมายถึง การแก้ไขซึ่งความผิดพลาดที่ก่อให้เกิดความเสียหาย

แก่ประชาชน อันเนื่องมาจากการกระทำของฝ่ายปกครอง และการควบคุมฝ่ายปกครองหมายถึง การตรวจสอบฝ่ายปกครองที่อาจกระทำการทางปกครองโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายและการแก้ไข ความเสียหายแก่ประชาชนผู้ได้รับความเสียหาย เดือดร้อน อันเนื่องมาจากการกระทำของฝ่ายปกครอง

พระราชบัญญัติฉบับนี้จึงเป็นการกำหนดมาตรการควบคุมทางปกครองเกี่ยวกับเรื่องของ หลักเกณฑ์ การออกคำสั่ง และสิทธิของคู่กรณี ในการรับทราบข้อเท็จจริงและการโต้แย้งก่อนมีคำสั่ง ทางปกครองนั่นเอง

สำหรับคำสั่งทางปกครองนั้นเป็นการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ที่มีผลเป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ ขึ้นระหว่างบุคคลในอันที่จะ ก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน ระบุ รับ หรือมีผลกระทบต่อสถานภาพของ สิทธิ หรือหน้าที่ของบุคคล ไม่ว่าจะเป็นการถาวรหรือชั่วคราว แต่มิได้หมายความรวมถึงการออกกฎ ซึ่งคำสั่งทางปกครอง มีสาระสำคัญหาใช่ประการคือ

1. เป็นการกระทำโดยเจ้าหน้าที่
2. เป็นการใช้อำนาจรัฐตามกฎหมาย
3. เป็นการกำหนดสภาพทางกฎหมาย
4. ก่อให้เกิดผลเฉพาะกรณี (เช่น การออกใบอนุญาตให้ก่อสร้างอาคาร อาจเป็นคำสั่ง รวมหรือคำสั่งทั่วไปที่ใช้บังคับกับกลุ่มบุคคลใดก็ได้ เช่น ตำรวจออกคำสั่งห้ามการชุมนุม เป็นต้น)
5. มีผลภายนอกโดยตรง (การที่ผู้ได้บังคับบัญชาละเลยไม่ปฏิบัติตามคำสั่ง ผู้บังคับบัญชา มีคำสั่งลงโทษ คำสั่งลงโทษจึงเป็นคำสั่งทางปกครอง)

ส่วนกฎนั้นพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ ได้ให้คำนิยามหมายถึง พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ประกาศกระทรวง ข้อบัญญัติ ระเบียบ ข้อบังคับ หรือบทบัญญัติอื่น ที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไปโดยไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใด หรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะซึ่ง เมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติแห่งพระราชกำหนดฯ มาตรา 9 ซึ่งบัญญัติไว้ว่า

ในกรณีที่มีความจำเป็นเพื่อแก้ไขสถานการณ์ฉุกเฉินให้ยุติลงได้โดยเร็ว หรือป้องกันมิให้เกิด เหตุการณ์ร้ายแรงมากขึ้น ให้นายกรัฐมนตรีมีอำนาจออกข้อกำหนดดังต่อไปนี้

- (1) ห้ามมิให้บุคคลใดออกนอกเคหสถานภายในระยะเวลาที่กำหนด เว้นแต่จะได้รับอนุญาต จากพนักงานเจ้าหน้าที่ หรือเป็นบุคคลซึ่งได้รับการยกเว้น
- (2) ห้ามมิให้มีการชุมนุมหรือมั่วสุมกัน ณ ที่ใดๆ หรือกระทำการใดอันเป็นการยุยงให้เกิด ความไม่สงบเรียบร้อย
- (3) ห้ามการเสนอข่าว การจำหน่าย หรือทำให้แพร่หลายซึ่งหนังสือ สิ่งพิมพ์ หรือสื่ออื่นใด ที่มีข้อความอันอาจทำให้ประชาชนเกิดความหวาดกลัวหรือเจตนาบิดเบือนข้อมูลข่าวสาร ทำให้เกิดความเข้าใจผิดในสถานการณ์ฉุกเฉิน จนกระทบต่อความมั่นคงของรัฐ หรือ

ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ทั้งในเขตพื้นที่ที่ประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินหรือทั่วราชอาณาจักร

- (4) ห้ามการใช้เส้นทางคมนาคมหรือการใชยานพาหนะ หรือกำหนดเงื่อนไขการใช้เส้นทางคมนาคมหรือการใชยานพาหนะ
- (5) ห้ามการใช้อาคาร หรือเข้าไปหรืออยู่ในสถานที่ใดๆ
- (6) ให้อพยพประชาชนออกจากพื้นที่ที่กำหนดเพื่อความปลอดภัยของประชาชนดังกล่าว หรือห้ามผู้ใดเข้าไปในพื้นที่ที่กำหนด

ข้อกำหนดตามวรรคหนึ่ง จะกำหนดเงื่อนไขเวลาในการปฏิบัติตามข้อกำหนดหรือเงื่อนไขในการปฏิบัติงานของพนักงานเจ้าหน้าที่ หรือมอบหมายพนักงานเจ้าหน้าที่กำหนดพื้นที่และรายละเอียดอื่นเพิ่มเติม เพื่อมิให้มีการปฏิบัติที่ก่อให้เกิดความเดือดร้อนแก่ประชาชนเกินสมควรแก่เหตุก็ได้

ต่อมาเมื่อพิจารณามาตรา 3 ของพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ ซึ่งบัญญัติไว้ว่าวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองตามกฎหมายต่างๆ ให้เป็นไปตามที่กำหนดในพระราชบัญญัตินี้ เว้นแต่ในกรณีที่กฎหมายใดกำหนดวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองเรื่องใดไว้โดยเฉพาะและมีหลักเกณฑ์ที่ประกันความเป็นธรรม หรือมีมาตรฐานในการปฏิบัติราชการไม่ต่ำกว่าหลักเกณฑ์ที่กำหนดในพระราชบัญญัตินี้ ซึ่งมาตราดังกล่าวจึงถือเป็นการกำหนดมาตรฐานขั้นต่ำสำหรับวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองของเจ้าหน้าที่ของรัฐ

สำหรับในกรณีของพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉินฯ คณะผู้วิจัยเห็นว่าควรจะได้มีการพิจารณาตรา 4 ของพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ ซึ่งเป็นข้อยกเว้นมิให้พระราชบัญญัตินี้นำมาใช้บังคับแก่

- 1) รัฐสภาและคณะรัฐมนตรี
- 2) องค์กรที่ใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญโดยเฉพาะ
- 3) การพิจารณาของนายกรัฐมนตรีหรือรัฐมนตรีในงานทางนโยบายโดยตรง
- 4) การพิจารณาพิพากษาคดีของศาลและการดำเนินงานของเจ้าหน้าที่ในกระบวนการพิจารณาคดี การบังคับคดี และการวางทรัพย์
- 5) การพิจารณาวินิจฉัยเรื่องร้องทุกข์และการสั่งการตามกฎหมายว่าด้วยคณะกรรมการกฤษฎีกา
- 6) การดำเนินงานเกี่ยวกับนโยบายการต่างประเทศ
- 7) การดำเนินงานเกี่ยวกับราชการทหารหรือเจ้าหน้าที่ซึ่งปฏิบัติหน้าที่ทางยุทธการร่วมกับทหารในการป้องกันและรักษาความมั่นคงของราชอาณาจักรจากภัยคุกคามทั้งภายในและภายนอกประเทศ

8) การดำเนินงานตามกระบวนการยุติธรรมทางอาญา

9) การดำเนินกิจการขององค์การทางศาสนา

ซึ่งในการยกเว้นไม่ให้นำบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัตินี้มาใช้บังคับแก่การดำเนินกิจการใด นอกจากที่กำหนดไว้ให้ตราเป็นพระราชกฤษฎีกาตามข้อเสนอของคณะกรรมการวิधिปฏิบัติราชการทางปกครองอีกด้วย

เห็นได้ว่าพระราชบัญญัตินี้กล่าวไม่จำเป็นจะต้องนำมาใช้กับคำสั่งทางปกครองในทุก ๆ เรื่อง โดยการออกเป็นพระราชกฤษฎีกายกเว้นไว้ อย่างไรก็ตาม ในกรณีที่คำสั่งทางปกครองอาจจะกระทบถึงสิทธิของคู่กรณี เจ้าหน้าที่ต้องให้คู่กรณีมีโอกาสที่จะได้ทราบข้อเท็จจริงอย่างเพียงพอและมีโอกาสได้โต้แย้งและแสดงพยานหลักฐานของตน แต่ในกรณีบางกรณีอาจจะมิให้นำมาบังคับใช้ เว้นแต่เจ้าหน้าที่จะเห็นสมควรเป็นอย่างอื่น เช่น

- 1) เมื่อมีความจำเป็นรีบด่วน หากปล่อยให้เนิ่นนานไปจะก่อให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงแก่ผู้หนึ่งผู้ใดหรือจะกระทบต่อประโยชน์สาธารณะ
- 2) เมื่อจะมีผลทำให้ระยะเวลาที่กฎหมายหรือกฎกำหนดไว้ในการทำคำสั่งทางปกครองต้องล่าช้าออกไป
- 3) เมื่อข้อเท็จจริงที่คู่กรณีนั้นเองได้ให้ไว้ในคำขอ คำให้การ หรือ คำแถลง
- 4) เมื่อโดยสภาพเห็นได้ชัดในตัวเองว่าการให้โอกาสดังกล่าวไม่อาจกระทำได้
- 5) เมื่อเป็นมาตรการบังคับทางปกครอง
- 6) กรณีอื่นตามที่กำหนดในกฎกระทรวง

แต่อย่างไรก็ตาม ห้ามมิให้เจ้าหน้าที่ให้โอกาสดังกล่าวหากการให้โอกาสนั้นจะก่อให้เกิดผลเสียหายอย่างร้ายแรงต่อประโยชน์สาธารณะ

กล่าวโดยสรุปคือถึงแม้ว่าคำสั่งต่าง ๆ ที่ออกตามพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉินฯ ฉบับนี้จะทำให้สิทธิของคู่กรณีหายไปตั้งแต่เดิมมีพระราชบัญญัติวิधिปฏิบัติราชการทางปกครองฯ บังคับและกำหนดสิทธิของคู่กรณีเอาไว้ แต่ตามบทบัญญัติแห่งมาตรา 4 ของพระราชบัญญัติวิधिปฏิบัติราชการทางปกครองฯ นั้นฝ่ายปกครองสามารถออกคำสั่งที่อาจจะส่งผลกระทบต่อสิทธิของประชาชนได้โดยจะต้องออกเป็นพระราชกฤษฎีกายกเว้นให้ใช้ได้ซึ่งควรจะต้องทำการพิจารณาว่าควรจะเป็นการยกเว้นเฉพาะกรณีหรือไม่ นอกจากนี้ควรต้องมีการให้เหตุผลด้วยว่าทำไมถึงยกเว้นได้ อันเป็นการป้องกันสิทธิของประชาชนจากการประกาศใช้พระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉินฯ นี้

สำหรับประเด็นที่คณะผู้วิจัยจะได้ทำการศึกษาต่อไป คือ การออกคำสั่งทางปกครอง หรือกฎตามพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉินฯ จะส่งผลต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนตามรัฐธรรมนูญอย่างไรบ้าง

4.1.2 ปัญหาและผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญจากการประกาศใช้มาตรา 17 แห่งพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548

มาตรา 17 แห่งพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉินฯ เป็นกฎหมายที่กำหนดขกเว้นความรับผิดชอบของพนักงานเจ้าหน้าที่ซึ่งได้ปฏิบัติหน้าที่ตามอำนาจที่กำหนดไว้ในพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉินฯ ถ้าหากพนักงานเจ้าหน้าที่ได้ปฏิบัติหน้าที่เป็นไปตามเงื่อนไขที่กำหนดไว้ตามกฎหมาย ซึ่งมาตรา 17 ได้บัญญัติไว้ดังนี้

มาตรา 17 พนักงานเจ้าหน้าที่และผู้มีอำนาจเช่นเดียวกับพนักงานเจ้าหน้าที่ตามพระราชกำหนดนี้ไม่ต้องรับผิดชอบทั้งทางแพ่ง ทางอาญา หรือทางวินัย เนื่องจากการปฏิบัติหน้าที่ในการระงับหรือป้องกันการกระทำผิดกฎหมาย หากเป็นการกระทำที่สุจริต ไม่เลือกปฏิบัติ และไม่เกินสมควรแก่เหตุหรือไม่เกินกว่ากรณีจำเป็น แต่ไม่ตัดสิทธิผู้ได้รับความเสียหายที่จะเรียกร้องค่าเสียหายจากทางราชการตามกฎหมายว่าด้วยความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่

หากพิจารณาบทบัญญัติในมาตรา 17 จะพบว่า มีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนตามรัฐธรรมนูญดังนี้

ประการแรก สิทธิของบุคคลที่จะฟ้องหน่วยงานของรัฐให้รับผิดชอบจากการกระทำของข้าราชการ พนักงานตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 62 ซึ่งบัญญัติไว้ดังนี้

มาตรา 62 บัญญัติว่า สิทธิของบุคคลที่จะฟ้องหน่วยงานราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ ราชการส่วนท้องถิ่น หรือองค์กรอื่นของรัฐที่เป็นนิติบุคคล ให้รับผิดชอบเนื่องจากการกระทำหรือการละเว้นการกระทำของข้าราชการ พนักงาน หรือลูกจ้างของหน่วยงานนั้นย่อมได้รับความคุ้มครอง ทั้งนี้ ตามที่กฎหมายบัญญัติ

การที่มาตรา 17 ได้กำหนดยกเว้นความรับผิดของพนักงานเจ้าหน้าที่ไว้ แต่ไม่ได้ตัดสิทธิผู้ที่ได้รับความเสียหายที่จะเรียกร้องค่าเสียหายจากทางราชการตามกฎหมายว่าด้วยความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ คณะผู้วิจัยเห็นว่า เป็นการบัญญัติกฎหมายที่ไม่เป็นการขัดหรือแย้งกับบทบัญญัติรัฐธรรมนูญ เนื่องจากมาตรา 17 ได้กำหนดยกเว้นความรับผิดของพนักงานเจ้าหน้าที่ในความรับผิดทั้งทางแพ่ง ทางอาญา หรือทางวินัยเท่านั้น ถ้าหากเป็นการกระทำที่สุจริต ไม่เลือกปฏิบัติ และไม่เกินสมควรแก่เหตุหรือไม่เกินกว่ากรณีจำเป็น ซึ่งบทบัญญัติดังกล่าวหาได้เป็นการตัดสิทธิผู้ที่ได้รับความเสียหายที่จะดำเนินการฟ้องหน่วยงานของรัฐเพื่อเรียกร้องค่าเสียหายตามกฎหมายว่าด้วยความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ไม่

ดังนั้น เมื่อพนักงานเจ้าหน้าที่ได้ก่อให้เกิดความเสียหายขึ้น ถึงแม้ว่าบทบัญญัติดังกล่าวจะห้ามมิให้ผู้เสียหายทำการฟ้องเจ้าหน้าที่ของรัฐก็ตาม แต่ผู้เสียหายก็สามารถฟ้องหน่วยงานของรัฐให้ต้องรับผิดได้โดยตรง บทบัญญัติในมาตรา 17 จึงเป็นบทบัญญัติที่กำหนดเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิของประชาชนที่จะฟ้องหน่วยงานของรัฐให้รับผิดเนื่องจากการกระทำหรือการละเว้นการกระทำของพนักงานเจ้าหน้าที่ได้ซึ่งสอดคล้องกับหลักเกณฑ์ในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 62

อนึ่ง การที่มาตรา 17 ห้ามมิให้ฟ้องพนักงานเจ้าหน้าที่ แต่ไม่ได้ตัดสิทธิผู้เสียหายที่จะเรียกร้องค่าเสียหายจากทางราชการตามกฎหมายว่าด้วยความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่นั้น บทบัญญัติดังกล่าวไม่เป็นการบัญญัติกฎหมายที่ขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญ เนื่องจากศาลรัฐธรรมนูญได้มีคำวินิจฉัยที่ 12/2541 ว่าพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ไม่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ กล่าวคือรัฐธรรมนูญมาตรา 62 คุ้มครองสิทธิของประชาชนที่จะฟ้องหน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ ราชการส่วนท้องถิ่น หรือองค์กรอื่นของรัฐที่เป็นนิติบุคคลเท่านั้น แต่มิได้บัญญัติรับรองไปถึงสิทธิของบุคคลที่จะฟ้องเจ้าหน้าที่ของหน่วยงานของรัฐซึ่งเป็นบุคคลธรรมดาด้วย

ดังนั้น การที่มาตรา 17 ได้กำหนดสิทธิผู้เสียหายที่จะฟ้องหน่วยงานของรัฐตามพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ฯ บทบัญญัติตามมาตรา 5 วรรคหนึ่งจึงเป็นการบัญญัติกฎหมายรับรองสิทธิของบุคคลที่สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญมาตรา 62 อีกทั้งการที่กฎหมายห้ามมิให้ฟ้องเจ้าหน้าที่นั้น ก็ไม่เป็นการขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญเพราะสิทธิของบุคคลที่จะฟ้องเจ้าหน้าที่นั้นแม้จะมีอยู่ก็ตาม แต่ก็มิได้มีการบัญญัติรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญ ดังนั้นบทบัญญัติในมาตรา 17 จึงไม่เป็นการบัญญัติกฎหมายที่ขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญ

ประการที่สอง ในกรณีการพิจารณาถึงผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนว่ามีผลประการใด และกระทบต่อบทบัญญัติที่เป็นข้อยกเว้นความรับผิดของพนักงานเจ้าหน้าที่ตามมาตรา

17 อย่างไรรันนั้น คณะผู้วิจัยเห็นว่าบทบัญญัติดังกล่าวเป็นบทบัญญัติที่เกิดขึ้นจากการใช้อำนาจตามพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉินฯ ในมาตรา 9 มาตรา 11 และมาตรา 12

ดังนั้น ในการพิจารณาถึงผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนจำต้องพิจารณาจากการใช้อำนาจในบทบัญญัติในมาตราดังกล่าว ซึ่งเป็นปัญหาโดยตรงต่อการพิจารณาในปัญหาความรับผิดชอบและข้อยกเว้นความรับผิดชอบในการปฏิบัติงานของพนักงานเจ้าหน้าที่ตามมาตรา 17 ซึ่งมีรายละเอียดดังนี้

4.1.2.1 การใช้อำนาจของพนักงานเจ้าหน้าที่ตามมาตรา 9

การใช้อำนาจของพนักงานเจ้าหน้าที่นั้น เกิดจากการที่พระราชกำหนดให้อำนาจในการออกข้อกำหนดของนายกรัฐมนตรีตามมาตรา 9 ซึ่งต้องเป็นการกระทำภายใต้เงื่อนไขว่าจะต้องไม่เป็นการก่อให้เกิดความเดือดร้อนแก่ประชาชนเกินสมควรแก่เหตุ โดยการออกข้อกำหนดดังกล่าวจะทำการกำหนดเงื่อนไขเวลาในการปฏิบัติตามข้อกำหนด หรือกำหนดเงื่อนไขในการปฏิบัติงานของพนักงานเจ้าหน้าที่ หรือทำการมอบหมายให้พนักงานเจ้าหน้าที่กำหนดพื้นที่ และรายละเอียดอื่นเพิ่มเติมก็ได้

มาตรา 9 บัญญัติว่า “ในกรณีที่มีความจำเป็นเพื่อแก้ไขสถานการณ์ฉุกเฉินให้ยุติลงได้โดยเร็วหรือป้องกันมิให้เกิดเหตุการณ์ร้ายแรงมากขึ้น ให้นายกรัฐมนตรีมีอำนาจออกข้อกำหนดดังต่อไปนี้”

1) การห้ามบุคคลออกนอกเคหสถานภายในระยะเวลาที่กำหนด

ในเรื่องการห้ามบุคคลออกนอกเคหสถานภายในระยะเวลาที่กำหนด เว้นแต่จะได้รับอนุญาตจากพนักงานเจ้าหน้าที่ หรือเป็นบุคคลที่ได้รับยกเว้นไว้โดยเฉพาะ ย่อมมีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนตามรัฐธรรมนูญในมาตรา 36 เรื่องเกี่ยวกับเสรีภาพในการเดินทางและเสรีภาพในการเลือกถิ่นที่อยู่ภายในราชอาณาจักรของประชาชนได้ เนื่องจากการห้ามออกนอกเคหสถานนั้น อาจทำให้ประชาชนที่อาศัยอยู่ภายในเขตที่มีการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินไม่สามารถเดินทางไปทำงาน หรือเดินทางไปประกอบอาชีพได้ อาทิ การประกอบอาชีพขับรถรับจ้าง หรือการกรีดยาง เป็นต้น

แต่อย่างไรก็ตาม หากพิจารณาบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญแล้ว จะเห็นได้ว่าการออกข้อกำหนดห้ามบุคคลใดๆ ออกนอกเคหสถานนั้นสามารถกระทำได้ ถึงแม้ว่าจะกระทบต่อเสรีภาพในการเดินทางก็ตาม เนื่องจากการออกข้อกำหนดดังกล่าวเข้าข้อยกเว้นที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญที่สามารถกระทำได้โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะเพื่อความมั่นคงของรัฐ หรือเศรษฐกิจของประเทศ ความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดี หรือสวัสดิภาพของประชาชน หรือเพื่อสวัสดิภาพของผู้เยาว์

2) การห้ามมิให้มีการชุมนุม หรือมั่วสุม ณ ที่ใดๆ หรือกระทำการใดอันเป็นการยุยงให้เกิดความไม่สงบเรียบร้อย

ในเรื่องการออกคำสั่งห้ามมิให้มีการชุมนุม หรือกระทำการมั่วสุม ณ ที่ใด ๆ หรือกระทำการใดอันเป็นการยุยงให้เกิดความไม่สงบเรียบร้อยนั้น ย่อมมีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนตามรัฐธรรมนูญในมาตรา 44 เรื่องที่เกี่ยวกับเสรีภาพในการชุมนุมโดยสงบ และเป็นการชุมนุมโดยปราศจากอาวุธของประชาชน

แต่อย่างไรก็ตาม หากพิจารณาในบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญแล้วจะเห็นได้ว่าการออกข้อกำหนดห้ามมิให้มีการชุมนุมก็ดี การมั่วสุม ณ ที่ใด ๆ ก็ดี หรือการกระทำการใด ๆ อันเป็นการยุยงให้เกิดความไม่สงบเรียบร้อยก็ดี โดยเฉพาะอย่างยิ่งในเขตพื้นที่ที่มีการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินนั้น สามารถกระทำได้ตามบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจไว้ หากเป็นกรณีที่เกิดโดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะ หรือแม้แต่ในกรณีการชุมนุมสาธารณะ และเพื่อคุ้มครองความสะดวกของประชาชนที่จะใช้ที่สาธารณะ หรือเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยในระหว่างเวลาที่ประเทศอยู่ในภาวะการสงคราม หรือในระหว่างเวลาที่มีประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินหรือประกาศใช้กฎอัยการศึก

3) การห้ามการเสนอข่าว การจำหน่าย หรือทำให้แพร่หลายซึ่งหนังสือ สิ่งพิมพ์ หรือสื่ออื่นใด

ในกรณีการห้ามการเสนอข่าว การจำหน่าย หรือทำให้แพร่หลายซึ่งหนังสือ สิ่งพิมพ์ หรือสื่ออื่นใดที่มีข้อความทำให้ประชาชนเกิดความหวาดกลัว หรือเจตนาบิดเบือนข้อมูลข่าวสารที่ทำให้เกิดความเข้าใจผิดในสถานการณ์ฉุกเฉินจนกระทบต่อความมั่นคงของรัฐ หรือความสงบเรียบร้อย หรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ทั้งในเขตพื้นที่ที่ประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินหรือทั่วราชอาณาจักร ย่อมมีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนตามรัฐธรรมนูญในมาตรา 39 ในเรื่องเกี่ยวกับเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นการพูด การเขียน การพิมพ์ การโฆษณา และการสื่อสารของประชาชน และตามมาตรา 50 ในเรื่องเกี่ยวกับเสรีภาพในการประกอบกิจการหรืออาชีพ อาทิจากการรายงานข่าวทางโทรทัศน์ หรือในหนังสือพิมพ์รายวัน ที่เกี่ยวข้องกันเหตุการณ์ในพื้นที่ที่มีการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉิน

แต่อย่างไรก็ตาม กรณีการใช้อำนาจดังกล่าวนี้รัฐก็สามารถจำกัดเสรีภาพดังกล่าวได้ โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะเพื่อรักษาความมั่นคงของรัฐ หรือเศรษฐกิจของประเทศ เพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพ รักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน

4) ห้ามการใช้เส้นทางคมนาคม หรือการใช้นาพาหนะ หรือกำหนดเงื่อนไขในการใช้เส้นทางคมนาคม หรือการใช้นาพาหนะ

ในการห้ามการใช้เส้นทางคมนาคม หรือแม้แต่การห้ามการใช้นาพาหนะ หรือการกำหนดเงื่อนไขในการใช้เส้นทางคมนาคมหรือการใช้นาพาหนะนั้น ย่อมมีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพ

ของประชาชนตามรัฐธรรมนูญ ในมาตรา 36 เรื่องเกี่ยวกับเสรีภาพในการเดินทาง และตามมาตรา 48 เกี่ยวกับสิทธิของบุคคลในทรัพย์สิน อาทิ การเดินทางสัญจรของประชาชน หรือแม้แต่การประกอบอาชีพเข้ารับจ้างของประชาชน เป็นต้น

แต่อย่างไรก็ตาม การจำกัดสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญในเรื่องเกี่ยวกับการห้ามการใช้เส้นทางคมนาคม หรือการใช้นาพาหนะ หรือกำหนดเงื่อนไขในการใช้เส้นทางคมนาคม หรือการใช้นาพาหนะสามารถกระทำได้โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะ เพื่อความมั่นคงของรัฐ หรือเศรษฐกิจของประเทศและรวมถึงความสงบเรียบร้อยหรือสวัสดิภาพของประชาชน

5) ห้ามการใช้อาคาร หรือเข้าไป หรือ อยู่ในสถานที่ใดๆ

ในการออกคำสั่งของนายกรัฐมนตรีเกี่ยวกับการห้ามการใช้อาคารก็ดี หรือการเข้าไปในอาคารก็ดี หรือการอยู่ในสถานที่ใดๆ ก็ดีนั้น ย่อมมีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนตามรัฐธรรมนูญในมาตรา 35 ซึ่งเป็นเรื่องเกี่ยวกับเสรีภาพในเคหสถาน และมาตรา 48 เกี่ยวกับสิทธิของบุคคลในทรัพย์สิน

แต่อย่างไรก็ตาม การจำกัดสิทธิและเสรีภาพในเรื่องเกี่ยวกับการออกคำสั่งห้ามการใช้อาคาร หรือการเข้าไปในอาคาร หรือการอยู่ในสถานที่ใดๆ นั้นสามารถกระทำได้โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย กล่าวคือ พระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉินฯ ฉบับนี้ หรือเพื่อประโยชน์ในการรักษาความมั่นคงของรัฐ หรือเศรษฐกิจของประเทศ

6) ให้อพยพประชาชนออกจากพื้นที่ หรือห้ามเข้าไปในสถานที่ที่กำหนด

ในการออกคำสั่งของนายกรัฐมนตรีเกี่ยวกับการอพยพประชาชนออกจากพื้นที่ หรือห้ามเข้าไปในสถานที่ที่กำหนดนั้น ย่อมมีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนตามรัฐธรรมนูญในมาตรา 35 เกี่ยวกับเสรีภาพในเคหสถาน มาตรา 36 เสรีภาพในการเดินทางและเสรีภาพในการเลือกถิ่นที่อยู่ และมาตรา 48 เกี่ยวกับสิทธิของบุคคลในทรัพย์สิน อาทิ การให้ประชาชนอพยพออกจากถิ่นที่อยู่ของตนเอง หรือห้ามเข้าไปยังถิ่นที่อยู่ของตนเอง หรือห้ามการใช้ทรัพย์สิน หรืออาคาร สถานที่ของประชาชน เป็นต้น

แต่อย่างไรก็ตาม การออกคำสั่งเช่นว่านั้นสามารถกระทำได้ตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่กำหนดไว้ โดยเป็นการอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย เพื่อความมั่นคงของรัฐ หรือเศรษฐกิจของประเทศ หรือความสงบเรียบร้อยหรือสวัสดิภาพของประชาชน โดยเฉพาะในกรณีที่เป็นการออกประกาศเพื่อใช้กับเขตพื้นที่ที่มีการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉิน

4.1.2.2 การใช้อำนาจของพนักงานเจ้าหน้าที่ตามมาตรา 11 และมาตรา 12

นายกรัฐมนตรีโดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรีมีอำนาจในการประกาศให้สถานการณ์ฉุกเฉินเป็นสถานการณ์ที่มีความร้ายแรงดังที่กำหนดไว้ในมาตรา 11 ดังนี้

มาตรา 11 บัญญัติว่า ในกรณีที่สถานการณ์ฉุกเฉินมีการก่อการร้าย การใช้กำลังประทุษร้ายต่อชีวิต ร่างกาย หรือทรัพย์สิน หรือมีเหตุอันควรเชื่อได้ว่ามีการกระทำที่มีความรุนแรงกระทบต่อความมั่นคงของรัฐ ความปลอดภัยในชีวิตหรือทรัพย์สินของรัฐหรือบุคคล และมีความจำเป็นที่จะต้องเร่งแก้ไขปัญหายุติได้อย่างมีประสิทธิภาพและทันทั่วทั้งที่ให้นายกรัฐมนตรีโดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรีมีอำนาจประกาศให้สถานการณ์ฉุกเฉินนั้นเป็นสถานการณ์ฉุกเฉินที่มีความร้ายแรงและให้นำความในมาตรา 5 และมาตรา 6 วรรคสอง มาใช้บังคับโดยอนุโลม

ดังนั้น เมื่อมีประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินแล้ว อำนาจของนายกรัฐมนตรีนอกจากจะมีอำนาจตามมาตรา 7 มาตรา 8 มาตรา 9 และมาตรา 10 แล้ว มาตรา 11 วรรคสองยังกำหนดให้นายกรัฐมนตรีมีอำนาจดังต่อไปนี้ด้วย

1) การจับกุมและควบคุมตัวบุคคลที่สงสัยว่าเป็นผู้ร่วมกระทำการ ผู้ใช้ผู้โฆษณา หรือผู้สนับสนุนให้เกิดสถานการณ์ฉุกเฉิน

อำนาจของนายกรัฐมนตรีในการประกาศให้พนักงานเจ้าหน้าที่ที่มีอำนาจจับกุมและควบคุมตัวบุคคลที่สงสัยว่าจะเป็นผู้ร่วมกระทำการให้เกิดสถานการณ์ฉุกเฉิน หรือเป็นผู้ใช้ ผู้โฆษณา ผู้สนับสนุนการกระทำเช่นนั้น หรือปกปิดข้อมูลเกี่ยวกับการกระทำให้เกิดสถานการณ์ฉุกเฉิน ทั้งนี้เท่าที่มีเหตุจำเป็นเพื่อป้องกันมิให้บุคคลนั้นกระทำการหรือร่วมมือกระทำการใดๆ อันจะทำให้เกิดเหตุการณ์ร้ายแรง หรือเพื่อให้เกิดความร่วมมือในการระงับเหตุการณ์ร้ายแรง ซึ่งในการใช้อำนาจดังกล่าวนี้ พระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉินฯ ได้กำหนดหลักเกณฑ์วิธีการและอำนาจของพนักงานเจ้าหน้าที่ไว้มาตรา 12 ดังนี้

มาตรา 12 บัญญัติว่า ในการจับกุมและควบคุมตัวบุคคลที่ต้องสงสัยตามมาตรา 11 (1) ให้พนักงานเจ้าหน้าที่ร้องขอต่อศาลที่มีเขตอำนาจหรือศาลอาญาเพื่อขออนุญาตดำเนินการ เมื่อได้รับอนุญาตจากศาลแล้ว ให้พนักงานเจ้าหน้าที่ที่มีอำนาจจับกุมและควบคุมตัวได้ไม่เกินเจ็ดวัน และต้องควบคุมไว้ในสถานที่ที่กำหนดซึ่งไม่ใช่สถานีดำรวจ ที่คุมขัง ทณฑสถาน หรือเรือนจำ โดยจะปฏิบัติต่อบุคคลนั้นในลักษณะเป็นผู้กระทำความผิดมิได้ ในกรณีที่มีความจำเป็นต้องควบคุมตัวต่อเพื่อ

ประโยชน์ในการแก้ไขสถานการณ์ฉุกเฉิน ให้พนักงานเจ้าหน้าที่ร้องขอต่อศาลเพื่อขยายระยะเวลาการควบคุมตัวต่อได้อีกคราวละเจ็ดวัน แต่รวมระยะเวลาควบคุมตัวทั้งหมดไม่เกินสามสิบวันเมื่อครบกำหนดแล้ว หากจะควบคุมตัวต่อไป ให้ดำเนินการตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา

ในการดำเนินการตามวรรคหนึ่ง ให้พนักงานเจ้าหน้าที่จัดทำรายงานเกี่ยวกับการจับกุมและควบคุมตัวบุคคลนั้นเสนอต่อศาลที่มีคำสั่งอนุญาตตามวรรคหนึ่ง และจัดสำเนารายงานนั้นไว้ ณ ที่ทำการของพนักงานเจ้าหน้าที่ เพื่อให้ญาติของบุคคลนั้นสามารถขอดูรายงานดังกล่าวได้ตลอดระยะเวลาที่ควบคุมตัวบุคคลนั้นไว้

การร้องขออนุญาตต่อศาลตามวรรคหนึ่ง ให้นำบทบัญญัติเกี่ยวกับการขออนุญาตตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามาใช้บังคับโดยอนุโลม

ในเรื่องผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนต่อกรณีของการใช้อำนาจนายกรัฐมนตรีในการประกาศให้พนักงานเจ้าหน้าที่มีอำนาจจับกุมและควบคุมตัวบุคคลนั้นคณะผู้วิจัยตั้งข้อสังเกตไว้ดังนี้

ประการแรก การที่พนักงานเจ้าหน้าที่ใช้อำนาจจับกุมและควบคุมตัวบุคคลที่สงสัยว่าจะเป็นผู้ร่วมกระทำการให้เกิดสถานการณ์ฉุกเฉิน หรือเป็นผู้ใช้ ผู้โฆษณา ผู้สนับสนุนการกระทำเช่นนั้น หรือปกปิดข้อมูลเกี่ยวกับการกระทำให้เกิดสถานการณ์ฉุกเฉินนั้น อาจมีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนตามรัฐธรรมนูญในมาตรา 31 เกี่ยวกับเสรีภาพในชีวิตร่างกาย และมาตรา 237 เกี่ยวกับการจับกุมคุมขังบุคคล ซึ่งรัฐธรรมนูญได้กำหนดไว้ในเรื่องจับกุมคุมขังบุคคลโดยจะต้องนำตัวไปศาลภายในสี่สิบแปดชั่วโมง แต่พระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉินฯ กลับกำหนดให้พนักงานเจ้าหน้าที่สามารถทำการจับกุมและควบคุมตัวบุคคลไว้ได้ถึงเจ็ดวันนั้น การใช้อำนาจดังกล่าวจะเป็นการกระทำที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่

คณะผู้วิจัยเห็นว่าการใช้อำนาจของพนักงานเจ้าหน้าที่ตามมาตรา 11(1) ประกอบกับมาตรา 12 สามารถกระทำได้โดยไม่ขัดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ เนื่องจากการใช้อำนาจดังกล่าวได้กระทำโดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะ ซึ่งเป็นข้อยกเว้นที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญตอนท้ายของมาตรา 31 วรรคสาม และถือได้ว่าเป็นกรณีที่มีเหตุจำเป็นอย่างอื่นตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ตามมาตรา 237 วรรคหนึ่งตอนท้าย อีกทั้งหากพิจารณาจากพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉินฯ แล้วจะพบว่า พระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉินฯ ฉบับนี้เป็นบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ได้ให้อำนาจไว้โดยเฉพาะ และการควบคุมตัวบุคคลไว้เกินกว่า 48 ชั่วโมงนั้นก็นับได้ว่าเป็นกรณีที่มีเหตุจำเป็นอย่างอื่นตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ ซึ่งหมายถึงมีเหตุจำเป็นอย่างอื่นเพื่อ

ความมั่นคงปลอดภัยของประเทศในสถานการณ์ฉุกเฉิน โดยที่พระราชกำหนดฉบับนี้เป็นกฎหมายที่ออกมาเพื่อใช้ในเหตุการณ์ที่ไม่ปกติ ระดับการบังคับใช้กฎหมายก็ดี มาตรการทางกฎหมายที่ใช้ก็ดี ย่อมต้องมีลักษณะการใช้ที่ต้องคำนึงถึงความมั่นคงของรัฐและความปลอดภัยของประเทศ ความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนเป็นสาระสำคัญ

ดังนั้นการใช้อำนาจของพนักงานเจ้าหน้าที่ตามมาตรา 11(1) ประกอบกับมาตรา 12 จึงสามารถกระทำได้โดยไม่ขัดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ ถึงแม้ว่าจะมีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของบุคคลในชีวิตและร่างกายก็ตาม

ประการที่สอง ในเรื่องการตีความปัญหาการใช้อำนาจมาตรา 11(1) และมาตรา 12 นั้น ว่ามีลักษณะเป็นการจับกุมบุคคลตามความหมายของกฎหมายอาญาหรือไม่

กรณีดังกล่าวคณะผู้วิจัยเห็นว่าการใช้อำนาจตามพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉินฯ มาตรา 11(1) และมาตรา 12 นั้นมีลักษณะเป็นการจับกุมและควบคุมตัวบุคคลตามความหมายของกฎหมาย เนื่องจาก ประการแรก การจับกุมและควบคุมตัวบุคคลดังกล่าว พระราชกำหนดได้กำหนดให้พนักงานเจ้าหน้าที่ต้องดำเนินการขออนุญาตจากศาลก่อนทำการจับกุมและควบคุมตัวบุคคล หากเป็นการเชิญตัวบุคคลเพื่อทำการสอบถาม หรือให้ข้อมูลก็ไม่ควรจะต้องขออนุญาตจากศาลแต่อย่างใด พนักงานเจ้าหน้าที่ที่สามารถกระทำได้โดยอำนาจของพนักงานเจ้าหน้าที่ โดยการออกหมายเรียกของพนักงานสอบสวนหรือพนักงานฝ่ายปกครองหรือตำรวจชั้นผู้ใหญ่ก็ได้ตามมาตรา 52 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ประการที่สอง การนำตัวบุคคลไปไว้ในสถานที่ใดๆ ถึงแม้จะมีโซ่เรือนจำหรือทัณฑสถานก็ตาม การกระทำความดังกล่าวย่อมทำให้บุคคลที่ถูกควบคุมตัวเสื่อมเสียเสรีภาพในการเคลื่อนไหวแล้ว การใช้อำนาจดังกล่าวก็เป็นการจับกุมบุคคลตามความหมายของกฎหมายแล้ว (คมชัดลึก, 2548 : 2 กรุงเทพธุรกิจ, 2548 : 17) ประการที่สาม หากพิจารณาตามบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญมาตรา 237 และประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาในมาตรา 78 การจับกุมบุคคลตามที่ศาลได้ออกหมายจับนั้น พนักงานเจ้าหน้าที่ต้องรีบนำตัวผู้ถูกจับกุมไปยังศาลภายใน 48 ชั่วโมง ในขณะที่พระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉินฯ กลับให้อำนาจพนักงานเจ้าหน้าที่ควบคุมตัวบุคคลผู้ถูกจับกุมได้ถึงเจ็ดวันโดยพนักงานเจ้าหน้าที่สามารถขอขยายระยะเวลาการควบคุมตัวบุคคลดังกล่าวต่อได้อีกหลายครั้ง โดยแต่ละครั้งต้องไม่เกิน 7 วันแต่อย่างไรก็ตามการควบคุมตัวทั้งหมดจะต้องไม่เกินไปกว่า 30 วัน ซึ่งการควบคุมตัวบุคคลดังกล่าวนี้เป็นการควบคุมตัวบุคคลที่ยาวนานกว่าการจับกุมตัวบุคคลที่กระทำความผิดตามกฎหมายอาญา ซึ่งมีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนตามที่รัฐธรรมนูญและประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาได้กำหนดไว้

ดังนั้น การใช้อำนาจตามพระราชกำหนดฯ ในมาตรา 11(1) และมาตรา 12 จึงมีลักษณะเป็นการจับกุมและควบคุมตัวบุคคลตามความหมายของกฎหมายอาญา

แต่อย่างไรก็ตาม ถึงแม้ว่าการจับกุมและควบคุมตัวบุคคลตามมาตรา 11(1) และมาตรา 12 จะมีลักษณะทางกฎหมายเป็นการจับกุม และมีระยะเวลาที่ยาวนานกว่าที่ได้กำหนดไว้ในที่รัฐธรรมนูญและประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาก็ตาม แต่กรณีดังกล่าวคณะผู้วิจัยเห็นว่าหากพิจารณาบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญในมาตรา 237 วรรคหนึ่งตอนท้ายแล้ว จะพบว่าการจับกุมบุคคลในกรณีดังกล่าวก็สามารถทำได้ เนื่องจากถือได้ว่าเป็นกรณีที่มีเหตุจำเป็นอย่างอื่นตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ ซึ่งหมายถึงมีเหตุจำเป็นอย่างอื่นเพื่อความมั่นคงปลอดภัยของประเทศในสถานการณ์ฉุกเฉิน ซึ่งพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉินฯ ฉบับนี้มีวัตถุประสงค์ในการแก้ไขปัญหาความไม่สงบในภาคใต้ อันมีลักษณะเป็นสถานการณ์ฉุกเฉินเพื่อรักษาความมั่นคง ปลอดภัยแห่งราชอาณาจักร การออกกฎหมายดังกล่าวจึงมีวัตถุประสงค์เพื่อใช้แก้ปัญหาที่เกิดขึ้นจากการก่อความไม่สงบ พระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉินฯ จึงมีการให้อำนาจพนักงานเจ้าหน้าที่มากกว่ากรณีการใช้อำนาจในสถานการณ์ปกติธรรมดา ซึ่งอาจทำให้การแก้ไขปัญหาความไม่สงบเช่นนั้นบรรลุผลได้อย่างเป็นรูปธรรมได้ ถึงแม้ว่าจะมีปัญหาต่อความชอบด้วยกฎหมายที่คุ้มครองสิทธิของประชาชนไปบ้างก็ตาม

ประการที่สาม ในประเด็นเรื่องคุ้มครองสิทธิของผู้ต้องหาหรือจำเลยนั้น คณะผู้วิจัยเห็นว่า การใช้อำนาจตามพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉินฯ ในการจับกุมและควบคุมตัวบุคคลที่ต้องสงสัยตามมาตรา 11(1) ประกอบกับมาตรา 12 นั้น พระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉินฯ ได้กำหนดหลักเกณฑ์ในการคุ้มครองสิทธิของบุคคลเช่นนั้นไว้อย่างชัดเจน และสอดคล้องกับรัฐธรรมนูญมาตรา 33 ดังจะเห็นได้จากมาตรา 12 ที่กำหนดว่าสถานที่ที่ควบคุมนั้นต้องไม่ใช่สถานีดำรวจ ที่คุมขัง ทัณฑสถาน หรือเรือนจำ อีกทั้งกำหนดให้ต้องมีการทำรายงานเกี่ยวกับการจับกุมและควบคุมนั้นเสนอต่อศาล และต้องจัดทำรายงานนั้นไว้ ณ ที่ทำการของพนักงานเจ้าหน้าที่เพื่อให้ญาติของบุคคลนั้นสามารถขอดูรายงานดังกล่าวได้ตลอดระยะเวลาที่ควบคุมตัวบุคคลนั้นไว้

อีกทั้งพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉินฯ ยังได้กำหนดหลักเกณฑ์ไว้ว่าในการจับกุมและควบคุมตัวบุคคลก็ดี พนักงานเจ้าหน้าที่ต้องปฏิบัติต่อผู้ถูกจับกุมและจะทำการควบคุมตัวบุคคลในลักษณะที่เป็นผู้กระทำความผิดไม่ได้ ซึ่งในกรณีดังกล่าวนี้ถือได้ว่าพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉินฯ ได้กำหนดหลักเกณฑ์ในการคุ้มครองสิทธิของบุคคลเช่นนั้นไว้อย่างชัดเจนและสอดคล้องกับรัฐธรรมนูญมาตรา 33 ซึ่งได้คุ้มครองสิทธิของประชาชนไว้ ในกรณีที่ตกเป็นผู้ต้องหาโดยถือว่ายังถือว่าเป็นผู้บริสุทธิ์อยู่จนกว่าจะมีคำพิพากษา

ถึงที่สุดว่าเป็นผู้กระทำความผิด การจับกุมก็ดี การปฏิบัติต่อบุคคลดังกล่าวก็ดี จะกระทำในลักษณะที่บุคคลนั้นเป็นผู้กระทำความผิดไม่ได้

2) การออกคำสั่งเรียกให้บุคคลใดมารายงานตัว หรือให้ถ้อยคำ หรือส่งมอบเอกสาร หรือหลักฐานที่เกี่ยวข้องกับสถานการณ์ฉุกเฉิน

อำนาจของนายกรัฐมนตรีในการประกาศให้พนักงานเจ้าหน้าที่ที่มีอำนาจออกคำสั่งเรียกให้บุคคลใดมารายงานตัวต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ หรือมาให้ถ้อยคำ หรือส่งมอบเอกสารหรือหลักฐานใดที่เกี่ยวข้องกับสถานการณ์ฉุกเฉินอาจมีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนตามรัฐธรรมนูญในมาตรา 32 เกี่ยวกับการรับโทษทางอาญา และมาตรา 33 เกี่ยวกับการสันนิษฐานไว้ก่อนว่ายังไม่เป็นผู้กระทำความผิดจนกว่าศาลจะมีคำพิพากษาถึงที่สุด เนื่องจากการเรียกให้บุคคลใดมารายงานตัวนั้น หากบุคคลใดมารายงานตัวแล้วอาจจะมีการดำเนินการควบคุมตัวอย่างใดอย่างหนึ่งได้

แต่อย่างไรก็ตาม การที่พระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉินฯ ได้ให้อำนาจนายกรัฐมนตรี ในการประกาศให้พนักงานเจ้าหน้าที่ที่มีอำนาจออกคำสั่งเรียกให้บุคคลใดมารายงานตัวต่อพนักงานเจ้าหน้าที่สามารถกระทำได้ตามอำนาจแห่งพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉินฯ เพื่อประโยชน์ในการป้องกันภัยพิบัติหรือการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉิน

อนึ่ง ในกรณีบทสันนิษฐานของรัฐธรรมนูญในกรณีบุคคลยังเป็นผู้บริสุทธิ์จนกว่าศาลจะมีคำพิพากษา การลงโทษบุคคลตามกฎหมายนั้น การออกหมายเรียกของพนักงานเจ้าหน้าที่นั้นต้องกระทำโดยคำนึงถึงบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญดังกล่าวด้วย หากการใช้อำนาจต่อบุคคลที่ถูกหมายเรียกมานั้นได้กระทำในลักษณะเป็นการปฏิบัติต่อผู้ที่ถูกตัดสินว่าเป็นผู้กระทำความผิดแล้ว การใช้อำนาจเช่นนั้นย่อมมีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนตามรัฐธรรมนูญด้วยเช่นกัน

3) การออกคำสั่งยึด หรืออายัดอาวุธ สินค้า เครื่องอุปโภค บริโภค เคมีภัณฑ์ หรือวัตถุอื่นใด

นายกรัฐมนตรีมีอำนาจประกาศให้พนักงานเจ้าหน้าที่ที่มีอำนาจออกคำสั่งยึด หรืออายัดอาวุธ สินค้า เครื่องอุปโภค บริโภค เคมีภัณฑ์ หรือวัตถุอื่นใด ในกรณีมีเหตุอันควรสงสัยว่าได้ใช้ หรือจะใช้สิ่งนั้น เพื่อกระทำการหรือสนับสนุนการกระทำให้เกิดสถานการณ์ฉุกเฉินนั้น ย่อมมีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนตามรัฐธรรมนูญในมาตรา 37 เกี่ยวกับเสรีภาพในการสื่อสารถึงกัน มาตรา 48 เกี่ยวกับสิทธิของบุคคลในทรัพย์สิน และมาตรา 50 เกี่ยวกับเสรีภาพในการประกอบกิจการหรือการประกอบอาชีพของประชาชนได้ อาทิ การออกคำสั่งให้ยึดเครื่องมือสื่อสาร หรือโทรศัพท์มือถือเพื่อทำการตรวจสอบซิมการ์ด หรือแม้แต่การออกคำสั่งยึดเคมีภัณฑ์ที่อาจใช้เป็นส่วนประกอบของวัตถุระเบิด เป็นต้น

แต่อย่างไรก็ตาม ถึงแม้ว่าการใช้อำนาจตามพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉินฯ ในเรื่องการยึด การอายัด วัตถุอื่นใดที่ใช้ในการกระทำความผิดฉุกเฉิน การประกาศให้การซื้อขายหรือการมีไว้ครอบครองซึ่งอาวุธ วัสดุอื่นใดที่ใช้ในการก่อความไม่สงบ เช่น โทรศัพท์ เคมีภัณฑ์ ต้องได้รับอนุญาตจากพนักงานเจ้าหน้าที่ จะมีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพในการสื่อสาร ในทรัพย์สิน การประกอบกิจการหรืออาชีพของประชาชนก็ตาม แต่การใช้อำนาจของพนักงานเจ้าหน้าที่ดังกล่าวก็สามารถกระทำได้ตามที่พระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉินฯ ได้ให้อำนาจไว้ เพื่อความมั่นคงของรัฐ หรือเศรษฐกิจของประเทศ หรือความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน

4) การออกคำสั่งตรวจ รื้อ ถอน หรือทำลาย อาคาร หรือสิ่งปลูกสร้าง หรือสิ่งกีดขวางตามความจำเป็น

นายกรัฐมนตรีมีอำนาจออกประกาศพนักงานเจ้าหน้าที่มีอำนาจออกคำสั่งตรวจค้น รื้อ ถอน หรือทำลายซึ่งอาคาร สิ่งปลูกสร้าง หรือสิ่งกีดขวาง ตามความจำเป็นในการปฏิบัติหน้าที่เพื่อระงับเหตุการณ์ร้ายแรงให้ยุติโดยเร็วและหากปล่อยเนิ่นช้าจะทำให้ไม่อาจระงับเหตุการณ์ได้ทันทั่วทั้งนั้นย่อมมีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนตามรัฐธรรมนูญในมาตรา 35 เกี่ยวกับเสรีภาพในเคหสถาน และมาตรา 48 เกี่ยวกับสิทธิของบุคคลในทรัพย์สินได้ อาทิ การรื้อถอน ทำลาย บ้านเรือน อาคารเพื่อตรวจค้น เป็นต้น

แต่อย่างไรก็ตาม ถึงแม้ว่าการใช้อำนาจตามพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉินฯ ในเรื่อง การออกคำสั่งตรวจค้น รื้อ ถอน หรือทำลายซึ่งอาคาร สิ่งปลูกสร้าง หรือสิ่งกีดขวาง ดังกล่าวจะกระทบต่อเสรีภาพในเคหสถาน สิทธิในทรัพย์สินของประชาชน แต่การใช้อำนาจของพนักงานเจ้าหน้าที่ดังกล่าวสามารถกระทำได้ตามที่รัฐธรรมนูญได้กำหนดเป็นข้อยกเว้นไว้ เพื่อความมั่นคงของรัฐ หรือเศรษฐกิจของประเทศ หรือความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน

5) การออกคำสั่งตรวจสอบจดหมาย หนังสือ สิ่งพิมพ์ โทรเลข โทรศัพท์ หรือการสื่อสารด้วยวิธีการอื่นใด

นายกรัฐมนตรีมีอำนาจในการออกประกาศคำสั่งให้พนักงานเจ้าหน้าที่มีอำนาจออกคำสั่งตรวจสอบจดหมาย หนังสือ สิ่งพิมพ์ โทรเลข โทรศัพท์ หรือการสื่อสารด้วยวิธีการอื่นใด ตลอดจนการตั้งระงับ หรือยับยั้งการติดต่อ หรือการสื่อสารอื่นใด เพื่อป้องกันหรือระงับเหตุการณ์ร้ายแรง โดยต้องปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในกฎหมายว่าด้วยการสอบสวนคดีพิเศษโดยอนุโลมนั้น การออกคำสั่งดังกล่าวย่อมมีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนตามรัฐธรรมนูญในมาตรา 37 เกี่ยวกับเสรีภาพในการสื่อสารถึงกัน เนื่องจากรัฐธรรมนูญห้ามมิให้มิทำการตรวจ การกัก หรือ

เปิดเผยสิ่งสื่อสารที่บุคคลมีติดต่อกัน รวมทั้งการกระทำด้วยประการอื่นใดเพื่อให้ล่วงรู้ถึงข้อความในสิ่งสื่อสารทั้งหลายที่บุคคลอื่นทำการติดต่อกัน ดังนั้น การตรวจสอบจดหมาย หนังสือ โทรเลข การดักฟังโทรศัพท์ หรือแม้แต่การสื่อสารด้วยประการอื่นย่อมเป็นการกระทำที่ขัดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ

แต่อย่างไรก็ตาม ถึงแม้ว่าการใช้อำนาจตามพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉินฯ ในเรื่องออกประกาศ คำสั่งให้พนักงานเจ้าหน้าที่มีอำนาจออกคำสั่งตรวจสอบจดหมาย หนังสือ สิ่งพิมพ์ โทรเลข โทรศัพท์ หรือการสื่อสารด้วยวิธีการอื่นใดจะกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนในการสื่อสารก็ตาม แต่การใช้อำนาจของพนักงานเจ้าหน้าที่ดังกล่าวก็สามารถกระทำได้ตามที่พระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉินฯ ได้ให้อำนาจไว้ เพื่อความมั่นคงของรัฐ หรือเศรษฐกิจของประเทศ หรือความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน

6) การประกาศห้ามมิให้กระทำการใดๆ หรือสั่งให้กระทำการใดๆ

นายกรัฐมนตรีมีอำนาจออกประกาศห้ามมิให้กระทำการใดๆ หรือสั่งให้กระทำการใดๆ เท่าที่จำเป็นแก่การรักษาความมั่นคงของรัฐ ความปลอดภัยของประเทศ หรือความปลอดภัยของประชาชนนั้น การออกประกาศห้ามดังกล่าวมีลักษณะเป็นการเขียนกฎหมายที่ให้อำนาจพนักงานเจ้าหน้าที่ไว้อย่างกว้างขวาง กล่าวคือ การใช้อำนาจดังกล่าวนี้ อาจจะเป็นการใช้อำนาจเรื่องใด ๆ ก็ได้ที่อยู่นอกเหนือจากที่กำหนดไว้ในพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉินฯ ในมาตราต่างๆ ซึ่งอาจมีผลกระทบต่อรัฐธรรมนูญในเรื่องต่างๆ ได้เช่นกัน อาทิ ตามมาตรา 4 มาตรา 26 และ มาตรา 27 อันเป็นบทบัญญัติ รับรองสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ซึ่งรัฐจำต้องคำนึงถึง นอกจากนั้น ยังอาจกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพตามมาตรา 35 ซึ่งเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับเสรีภาพในเคหสถาน มาตรา 37 เกี่ยวกับเสรีภาพในการสื่อสารถึงกัน และมาตรา 50 เกี่ยวกับเสรีภาพในการประกอบกิจการหรือการประกอบอาชีพ เป็นต้น

7) การออกคำสั่งห้ามมิให้ผู้ใดออกไปนอกราชอาณาจักร

นายกรัฐมนตรีมีอำนาจในการประกาศให้พนักงานเจ้าหน้าที่มีอำนาจออกคำสั่งห้ามมิให้ผู้ใดออกไปนอกราชอาณาจักรเมื่อมีเหตุอันควรเชื่อได้ว่าการออกไปนอกราชอาณาจักรจะเป็นการกระทบกระเทือนต่อความมั่นคงของรัฐหรือความปลอดภัยของประเทศย่อมมีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนตามรัฐธรรมนูญในมาตรา 36 เกี่ยวกับเสรีภาพในการเดินทาง และมาตรา 50 เกี่ยวกับเสรีภาพในการประกอบกิจการหรือการประกอบอาชีพได้ อาทิ การเดินทางไปทำธุรกิจ ในต่างประเทศหรือการท่องเที่ยว

แต่อย่างไรก็ตาม การออกคำสั่งเช่นว่านั้นก็สามารถกระทำได้ตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่กำหนดไว้ โดยเป็นการอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งพระราชกำหนดการบริหารราชการใน

สถานการณ์ฉุกเฉินฯ เพื่อความมั่นคงของรัฐ หรือเศรษฐกิจของประเทศ หรือความสงบเรียบร้อย หรือสวัสดิภาพของประชาชน

8) การประกาศให้การซื้อ ขาย ใช้ หรือมีไว้ในครอบครองซึ่งอาวุธ สินค้า เวชภัณฑ์ เครื่องอุปโภค บริโภค เคมีภัณฑ์ต้องได้รับอนุญาต

นายกรัฐมนตรีมีอำนาจในการออกประกาศให้พนักงานเจ้าหน้าที่ที่มีอำนาจในการให้การซื้อ ขาย ใช้ หรือมีไว้ในครอบครองซึ่งอาวุธ สินค้า เวชภัณฑ์ เครื่องอุปโภค บริโภค เคมีภัณฑ์ หรือวัสดุอุปกรณ์ อย่างหนึ่งอย่างใดซึ่งอาจใช้ในการก่อความไม่สงบหรือก่อการร้ายต้องรายงานหรือได้รับอนุญาตจากพนักงานเจ้าหน้าที่หรือปฏิบัติตามเงื่อนไขที่นายกรัฐมนตรีกำหนด ย่อมมีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนตามรัฐธรรมนูญในมาตรา 48 เกี่ยวกับสิทธิของบุคคลในทรัพย์สิน และมาตรา 50 เสรีภาพในการประกอบกิจการหรือการประกอบอาชีพ อาทิ การประกอบกิจการค้าขายสินค้าต่าง ๆ โดยเฉพาะเคมีภัณฑ์ โทรศัพท์มือถือ เป็นต้น

แต่อย่างไรก็ตาม การออกคำสั่งเช่นนั้นสามารถกระทำได้ ตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ ที่กำหนดไว้ โดยเป็นการอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย เพื่อความมั่นคงของรัฐ หรือเศรษฐกิจของประเทศ หรือความสงบเรียบร้อย หรือสวัสดิภาพของประชาชน

4.2 ปัญหาการเรียกค่าเสียหายและความรับผิดชอบของรัฐจากการกระทำละเมิดตามพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548

ในปัญหาการเรียกค่าเสียหายและความรับผิดชอบของรัฐจากการกระทำละเมิดนั้น คณะผู้วิจัย จะทำการศึกษาและวิเคราะห์สภาพปัญหาจากการบังคับใช้พระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉินฯ ว่ามีผลกระทบต่อการเรียกค่าเสียหายของผู้เสียหายอย่างไรโดยทำการศึกษาสองประเด็นดังนี้

4.2.1 ปัญหาการเรียกค่าเสียหายจากการประกาศใช้มาตรา 17 แห่งพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548

จากการพิจารณาพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉินฯ ที่ผ่านมา จะพบว่าการใช้อำนาจตามพระราชกำหนดอาจก่อให้เกิดความเสียหายต่อบุคคลอื่นหรือประชาชนได้ในหลาย ๆ ลักษณะ ไม่ว่าจะเป็นการใช้อำนาจตามพระราชกำหนดดังกล่าวนั้นจะเป็นการกระทำที่สุจริต ไม่เลือกปฏิบัติ และไม่เกินสมควรแก่เหตุ หรือไม่เกินกว่ากรณีจำเป็นหรือไม่ก็ตาม

แต่อย่างไรก็ตาม ปัญหาการเรียกค่าเสียหายอันเกิดจากการบังคับการให้เป็นไปตามพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉินฯ ฉบับนี้ หากพิจารณาในมาตรา 17 แล้วจะพบว่ากฎหมายกำหนดเงื่อนไขที่ไม่ต้องรับผิดชอบของเจ้าหน้าที่ของรัฐไว้ ดังนั้น ในการพิจารณาถึงการเรียกค่าเสียหายจากการใช้อำนาจตามพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉินฯ นั้น อาจกล่าวได้ว่าหลักในการพิจารณาความรับผิดชอบตามกฎหมายนั้นจะอยู่ที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะละเมิด โดยพิจารณาควบคู่ไปกับพระราชบัญญัติความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ฯ ส่วนการวิเคราะห์ถึงปัญหาความรับผิดชอบและการเรียกค่าเสียหายจากการกระทำละเมิดทางปกครองนั้นแบ่งแยกออกได้เป็นสองลักษณะดังนี้

4.2.1.1 การปฏิบัติหน้าที่เป็นไปตามเงื่อนไขของกฎหมาย

มาตรา 17 แห่งพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉินฯ ได้กำหนดเงื่อนไขที่เจ้าหน้าที่ของรัฐไม่ต้องรับผิดชอบไว้ โดยต้องเป็นการกระทำที่สุจริต ไม่เลือกปฏิบัติ และไม่เกินสมควรแก่เหตุ หรือไม่เกินกว่ากรณีจำเป็น ซึ่งการปฏิบัติงานของเจ้าหน้าที่ของรัฐนั้นหากก่อให้เกิดความเสียหายแล้ว ผู้เสียหายจะฟ้องเจ้าหน้าที่ของรัฐให้ต้องรับผิดชอบได้หรือไม่

คณะผู้วิจัยเห็นว่าปัญหาความรับผิดชอบดังกล่าวจนถึงแม้ว่าเจ้าหน้าที่ของรัฐจะมีอำนาจตามกฎหมายก็ตาม แต่การใช้อำนาจต้องเป็นไปตามหลักความชอบด้วยกฎหมายด้วย การที่พนักงานเจ้าหน้าที่ได้ปฏิบัติหน้าที่ในลักษณะเป็นการกระทำที่สุจริต ไม่เลือกปฏิบัติ และไม่เกินสมควรแก่เหตุ หรือไม่เกินกว่ากรณีจำเป็นก็ตาม แต่ถ้าหากการใช้อำนาจของพนักงานเจ้าหน้าที่ตามพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉินฯ ตามมาตรา 9 มาตรา 11 และมาตรา 12 เกี่ยวกับการจับกุม ควบคุมตัว คุมขังบุคคล การตรวจค้นทรัพย์สิน เลหสถาน การยึด การอายัดทรัพย์สินใด ๆ ไม่เป็นไปตามหลักความชอบด้วยกฎหมายและได้ก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้เสียหายขึ้นมาจนเป็นการกระทำละเมิดแล้ว การกระทำของเจ้าหน้าที่ก็ถือได้ว่าเป็นการกระทำละเมิดทางปกครองได้

แต่อย่างไรก็ตาม หากพิจารณาตามมาตรา 17 แห่งพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉินฯ แล้วจะพบว่าบทบัญญัติดังกล่าวหาได้เป็นการยกเว้นความรับผิดชอบในผลแห่งละเมิดที่เกิดขึ้นจากการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ไม่ กล่าวคือ เมื่อการกระทำในการปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวได้ก่อให้เกิดความเสียหายอันเป็นละเมิดแล้ว ถึงแม้ว่าพนักงานเจ้าหน้าที่ผู้ปฏิบัติหน้าที่ในการระงับหรือป้องกันการกระทำผิดกฎหมายจะไม่ต้องรับผิดชอบในทางแพ่งก็ตาม แต่บทบัญญัติในมาตรา 17 หาได้ตัดสิทธิผู้เสียหายที่จะเรียกค่าเสียหายจากทางราชการตามกฎหมายว่าด้วยความรับผิดชอบของเจ้าหน้าที่ไม่

ดังนั้น ความรับผิดชอบตามพระราชบัญญัติความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ฯ นั้น การปฏิบัติหน้าที่ของพนักงานเจ้าหน้าที่ถึงแม้ว่าจะก่อให้เกิดความเสียหายขึ้นและพนักงานเจ้าหน้าที่ไม่ต้องรับ

ผิดทางแพ่งในพลแห่งละเมิด เนื่องจากเข้าเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในมาตรา 17 แห่งพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉินฯ ก็ตาม แต่ผู้เสียหายนั้นก็อาจจะใช้สิทธิฟ้องคดีแพ่งอันเกี่ยวกับการกระทำละเมิดโดยฟ้องหน่วยงานของรัฐให้ต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้น แต่ไม่สามารถฟ้องเจ้าหน้าที่ให้ต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้นเป็นส่วนตัวได้ตามมาตรา 5

ในประเด็นเรื่องการใช้สิทธิไล่เบียดโดยหน่วยงานของรัฐนั้น การที่พนักงานเจ้าหน้าที่ได้ปฏิบัติหน้าที่ในการระงับหรือป้องกันการกระทำผิดกฎหมายในลักษณะเป็นการกระทำที่สุจริต ไม่เลือกปฏิบัติและไม่เกินสมควรแก่เหตุหรือไม่เกินกว่ากรณีจำเป็นนั้น ถึงแม้ว่ามาตรา 5 จะกำหนดให้สิทธิแก่ผู้เสียหายที่จะใช้สิทธิฟ้องเรียกค่าเสียหายจากทางราชการได้ก็ตาม แต่เมื่อหน่วยงานราชการได้ชดเชยค่าเสียหายให้แก่ผู้เสียหายไปแล้ว หน่วยงานราชการก็อาจจะใช้สิทธิไล่เบียดจากเจ้าหน้าที่ได้ไม่ เนื่องจากในการใช้สิทธิไล่เบียดนั้น หน่วยงานของรัฐมีสิทธิเรียกให้เจ้าหน้าที่ผู้ทำละเมิดชดเชยค่าสินไหมทดแทนให้แก่หน่วยงานของรัฐได้ ถ้าหากเข้าเงื่อนไขของกฎหมาย กล่าวคือ เจ้าหน้าที่ได้กระทำการนั้นๆ ไปด้วยความจงใจ หรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงเท่านั้น ตามมาตรา 8 วรรคหนึ่งแห่งพระราชบัญญัติความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ฯ

ดังนั้น เมื่อการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่เข้าตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนด กล่าวคือ เป็นการกระทำที่สุจริต ไม่เลือกปฏิบัติและไม่เกินสมควรแก่เหตุหรือไม่เกินกว่ากรณีจำเป็นแล้ว ถึงแม้ว่าจะเกิดความเสียหายขึ้นก็ตาม แต่ถือได้ว่าพลแห่งความเสียหายดังกล่าวหาได้เกิดขึ้นจากการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงไม่ เมื่อการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่หาได้เกิดจากการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง หน่วยงานของรัฐจึงไม่อาจใช้สิทธิไล่เบียดในความเสียหายที่เกิดขึ้นจากเจ้าหน้าที่ได้ เจ้าหน้าที่ของรัฐจึงไม่ต้องรับผิดชอบในทางแพ่งตามนัยมาตรา 17 แห่งพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉินฯ แต่อย่างใด

4.2.1.2 การปฏิบัติหน้าที่ไม่เป็นไปตามเงื่อนไขของกฎหมาย

ในกรณีที่เจ้าหน้าที่ของรัฐได้ปฏิบัติหน้าที่ในการระงับหรือป้องกันการกระทำผิดกฎหมาย โดยเป็นการปฏิบัติหน้าที่ไม่เป็นไปตามเงื่อนไขในมาตรา 17 แห่งพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉินฯ กล่าวคือ เป็นการกระทำที่ไม่สุจริต หรือเป็นการเลือกปฏิบัติ หรือเป็นการกระทำที่เกินสมควรแก่เหตุ หรือเป็นการกระทำที่เกินกว่ากรณีจำเป็น เจ้าหน้าที่ของรัฐซึ่งได้ก่อให้เกิดความเสียหายขึ้นมาจนมีลักษณะเป็นการกระทำละเมิดแล้วนั้น โดยนัยมาตรา 17 จึงหมายถึงเจ้าหน้าที่ของรัฐนั้นต้องรับผิดชอบในทางแพ่งเพื่อความเสียหายที่เกิดขึ้นด้วย

ดังนั้น ส่วนในความรับผิดชอบตามพระราชบัญญัติความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ฯ เมื่อเจ้าหน้าที่ของรัฐได้ปฏิบัติหน้าที่โดยมีลักษณะเป็นการกระทำโดยผิดกฎหมายก็ดี หรือไม่เป็นไปตามหลักความชอบด้วยกฎหมายก็ดี จนเกิดความเสียหายแล้วการกระทำความผิดดังกล่าวจึงเป็นการกระทำละเมิด

ทางปกครอง อันมีผลทำให้เจ้าหน้าที่ของรัฐที่ก่อให้เกิดความเสียหายนั้นจึงต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้น ซึ่งกรณีดังกล่าวโดยผลของมาตรา 5 ทำให้หน่วยงานของรัฐต้องรับผิดชอบต่อผู้เสียหายในผลแห่งละเมิดที่เจ้าหน้าที่ของรัฐได้กระทำการปฏิบัติหน้าที่ โดยผู้เสียหายย่อมใช้สิทธิในการฟ้องหน่วยงานของรัฐให้ต้องรับผิดชอบได้โดยตรง แต่ผู้เสียหายอาจฟ้องเจ้าหน้าที่ของรัฐผู้กระทำละเมิดได้ไม่

ส่วนในประเด็นเรื่องการใช้สิทธิไต่เบี่ยนั้น ถึงแม้ว่าการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ของรัฐซึ่งได้ก่อให้เกิดความเสียหายจนเป็นละเมิด จะไม่ถูกฟ้องให้ต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้นโดยตรงก็ตาม แต่เมื่อหน่วยงานของรัฐได้ชดใช้ค่าเสียหายให้แก่ผู้เสียหายไปแล้ว หน่วยงานของรัฐก็มีสิทธิเรียกให้เจ้าหน้าที่ผู้กระทำละเมิดนั้นทำการชดใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่หน่วยงานของรัฐได้ ถ้าหากเจ้าหน้าที่ได้ปฏิบัติหน้าที่ไปด้วยความจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงตามมาตรา 8 วรรคหนึ่ง และการที่หน่วยงานของรัฐจะใช้สิทธิไต่เบี่ยในการเรียกค่าสินไหมทดแทนจากเจ้าหน้าที่ผู้ได้นั้นได้แก่ไหนเพียงใดนั้น ต้องพิจารณาโดยต้องคำนึงถึงระดับความร้ายแรงแห่งการกระทำและความเป็นธรรมในแต่ละกรณีเป็นเกณฑ์โดยมิต้องให้ใช้เต็มจำนวนของความเสียหายก็ได้ตามมาตรา 8 วรรคสอง

แต่อย่างไรก็ตาม ถ้าการกระทำละเมิดเกิดจากความผิดหรือความบกพร่องของหน่วยงานของรัฐ หรือระบบการดำเนินงานส่วนรวมประกอบด้วย การใช้สิทธิไต่เบี่ยนั้นจะต้องหักส่วนแห่งความรับผิดชอบดังกล่าวออกด้วยก่อนที่จะหน่วยงานของรัฐจะทำการไต่เบี่ยเจ้าหน้าที่ผู้ปฏิบัติงานดังกล่าวตามมาตรา 8 วรรคสาม

อนึ่ง หากการกระทำละเมิดเกิดจากเจ้าหน้าที่หลายคนได้ก่อให้เกิดความเสียหายขึ้นมาไม่ว่าจะเป็นการกระทำละเมิดร่วมหรือต่างคนต่างทำละเมิดก็ตาม พระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ฯ มิให้นำหลักกฎหมายในเรื่องลูกหนี้ร่วมมาใช้บังคับและเจ้าหน้าที่แต่ละคนต้องรับผิดชอบชดใช้ค่าสินไหมทดแทนเฉพาะส่วนของตนเท่านั้น หากเจ้าหน้าที่ผู้ใดได้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนในส่วนของตนหมดไปแล้ว เจ้าหน้าที่ผู้นั้นก็หลุดพ้นจากความรับผิดไปตามมาตรา 8 วรรคสี่

ดังนั้น เมื่อการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ไม่เป็นไปตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนด กล่าวคือเป็นการกระทำที่ไม่สุจริต หรือเลือกปฏิบัติหรือเกินสมควรแก่เหตุหรือเกินกว่ากรณีจำเป็นจนเกิดความเสียหายขึ้นก็ตาม กรณีดังกล่าวถือได้ว่าผลแห่งความเสียหายได้เกิดขึ้นจากการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง หน่วยงานของรัฐจึงสามารถใช้สิทธิไต่เบี่ยในความเสียหายที่เกิดขึ้นจากเจ้าหน้าที่ของรัฐผู้กระทำละเมิดได้ เจ้าหน้าที่ของรัฐจึงต้องรับผิดชอบในทางแพ่งตามนัยมาตรา 17 แห่งพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉินฯ

จากการศึกษาที่ผ่านมา คณะผู้วิจัยสรุปได้ว่าไม่ว่าพนักงานเจ้าหน้าที่จะได้ปฏิบัติหน้าที่ในการระงับหรือป้องกันการกระทำผิดกฎหมายโดยเป็นไปตามเงื่อนไขของกฎหมายที่ได้กำหนดไว้

ในมาตรา 17 แห่งพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉินฯ หรือไม่ก็ตาม หากการกระทำของเจ้าหน้าที่เป็นละเมิดทางปกครองแล้ว ในปัญหาความรับผิดของเจ้าหน้าที่ตามพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ฯ ทั้งสองกรณีนั้นโดยผลของมาตรา 5 ทำให้หน่วยงานของรัฐต้องรับผิดชอบต่อผู้เสียหายในผลแห่งละเมิดที่เจ้าหน้าที่ของรัฐได้กระทำในการปฏิบัติหน้าที่ โดยผู้เสียหายย่อมใช้สิทธิในการฟ้องหน่วยงานของรัฐให้ต้องรับผิดได้โดยตรง แต่ผู้เสียหายอาจฟ้องเจ้าหน้าที่ได้ไม่ ดังนั้น บทบัญญัติในมาตรา 17 จึงหาได้เป็นบทบัญญัติกฎหมายที่มีผลกระทบต่อสิทธิของผู้เสียหายที่จะได้รับความคุ้มครองหรือเยียวยาในความเสียหายที่เกิดจากการใช้อำนาจรัฐไม่

แต่อย่างไรก็ตาม ในส่วนของปัญหาความรับผิดของเจ้าหน้าที่ของรัฐตามมาตรา 17 แห่งพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉินฯ จะมีหรือไม่นั้น ต้องพิจารณาว่าได้ปฏิบัติหน้าที่เป็นไปตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดไว้ในมาตรา 17 หรือไม่ กล่าวคือ เมื่อหน่วยงานของรัฐได้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนไปแล้ว และการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ของรัฐเข้าตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนด กล่าวคือ เป็นการกระทำที่สุจริต ไม่เลือกปฏิบัติและไม่เกินสมควรแก่เหตุ หรือไม่เกินกว่ากรณีจำเป็นแล้ว ถึงแม้ว่าจะเกิดความเสียหายขึ้นก็ตาม แต่การกระทำดังกล่าวถือได้ว่าผลแห่งความเสียหายดังกล่าวหาได้เกิดขึ้นจากการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงไม่ เมื่อการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่หาได้เกิดจากการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง หน่วยงานของรัฐจึงไม่อาจใช้สิทธิไล่เบี้ยในความเสียหายที่เกิดขึ้นจากเจ้าหน้าที่ได้ เจ้าหน้าที่ของรัฐจึงไม่ต้องรับผิดทางแพ่งตามนัยมาตรา 17 แห่งพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉินฯ แต่ถ้าหากเจ้าหน้าที่ของรัฐได้ปฏิบัติหน้าที่ไม่เป็นไปตามเงื่อนไขของกฎหมาย กล่าวคือได้ปฏิบัติหน้าที่ไปด้วยความจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง ตามมาตรา 8 วรรคหนึ่งแห่งพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ฯ หน่วยงานของรัฐย่อมใช้สิทธิไล่เบี้ยเพื่อเรียกค่าสินไหมทดแทนจากเจ้าหน้าที่ของรัฐผู้นั้นได้ เจ้าหน้าที่ของรัฐจึงต้องรับผิดทางแพ่งตามนัยมาตรา 17 แห่งพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉินฯ

สำหรับประเด็นข้างต้น คณะผู้วิจัยจึงได้ทำการศึกษาในเชิงเปรียบเทียบจากตัวบทกฎหมายของต่างประเทศพบว่าในปัญหาความรับผิดของเจ้าหน้าที่ของรัฐตามพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉินฯ นั้นมีความสอดคล้องกับหลักเกณฑ์ในปัญหาความรับผิดของรัฐของประเทศอังกฤษและประเทศฝรั่งเศส ถึงแม้ว่าการปฏิบัติงานของเจ้าหน้าที่จะมีกฎหมายให้อำนาจไว้ก็ตาม แต่ถ้าหากเจ้าหน้าที่ของรัฐไม่ได้ปฏิบัติตามเจตนารมณ์ของกฎหมายเท่ากับเป็นการใช้อำนาจโดยมิชอบ หากการกระทำของฝ่ายปกครองเกิดจากการกระทำโดยจงใจหรือประมาท เลินเล่อจนเกิดความเสียหายแล้ว ผู้เสียหายก็มีอำนาจฟ้องรัฐให้รับผิดได้ ดังนั้นมาตรา 17 แห่งพระราชกำหนดการ

บริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน ฯ จึงเป็นบทบัญญัติกฎหมายที่คุ้มครองสิทธิผู้เสียหายให้ได้รับการคุ้มครองและเยียวยาเพื่อความเสียหายที่เกิดขึ้นโดยฟ้องหน่วยงานของรัฐให้ต้องรับผิดชอบได้

ในขณะที่กฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกาไม่ได้กำหนดข้อยกเว้นความรับผิดชอบของเจ้าหน้าที่ของรัฐไว้อย่างที่กำหนดไว้ในมาตรา 17 แห่งพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉินฯ อีกทั้งความรับผิดชอบของเจ้าหน้าที่ของรัฐนั้นกฎหมายของประเทศอังกฤษกำหนดให้เจ้าหน้าที่ของรัฐต้องรับผิดชอบเป็นการส่วนตัวเพื่อความเสียหายที่เกิดขึ้นในการปฏิบัติหน้าที่ โดยจะปฏิเสธความรับผิดชอบโดยอ้างว่าเป็นความเสียหายเกิดขึ้นในขณะที่ได้ปฏิบัติหน้าที่มิได้ ซึ่งแตกต่างจากกฎหมายของประเทศเยอรมนีที่กำหนดให้รัฐต้องรับผิดชอบจากการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ของรัฐ โดยหน่วยงานของรัฐสามารถฟ้องไล่เบี้ยภายหลังได้ ในขณะที่กฎหมายของประเทศฝรั่งเศสกำหนดให้เจ้าหน้าที่ของรัฐต้องรับผิดชอบและชดใช้ค่าเสียหายให้แก่ผู้ที่ได้รับความเสียหายจากการกระทำของฝ่ายปกครอง ซึ่งเป็นการกำหนดสิทธิไล่เบี้ยในลักษณะสอดคล้องกับมาตรา 8 แห่งพระราชบัญญัติความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ฯ

ดังนั้น หากพิจารณาพระราชบัญญัติความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ฯ พบว่ากฎหมายได้กำหนดให้ผู้เสียหายฟ้องหน่วยงานของรัฐได้ แต่ผู้เสียหายจะฟ้องเจ้าหน้าที่ของรัฐไม่ได้ โดยที่เจ้าหน้าที่ของรัฐไม่ต้องรับผิดชอบเป็นการส่วนตัว ถ้าได้ปฏิบัติหน้าที่โดยมิใช่เป็นการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง ซึ่งเป็นการบัญญัติกฎหมายเป็นการคุ้มครองเจ้าหน้าที่ของรัฐดีกว่ากฎหมายของประเทศอังกฤษที่ต้องรับผิดชอบเป็นการส่วนตัวโดยจะอ้างว่าเป็นการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่มิได้ และดีกว่ากฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกาที่ไม่มีข้อกำหนดยกเว้นความรับผิดชอบอย่างมาตรา 17 แห่งพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉินฯ

ดังนั้น อาจกล่าวได้ว่า มาตรา 17 แห่งพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉินฯ นั้นเป็นบทบัญญัติกฎหมายที่ได้กำหนดการคุ้มครองเจ้าหน้าที่ของรัฐผู้ปฏิบัติงานได้ดีกว่ากฎหมายต่างประเทศในระบบศาลเดียว อีกทั้งยังคุ้มครองสิทธิของผู้เสียหายได้เป็นอย่างดีโดยบทบัญญัตินี้ดังกล่าวหาได้เป็นการตัดสิทธิผู้เสียหายที่จะได้รับความคุ้มครองจากรัฐไม่

4.2.2 ปัญหาความรับผิดชอบของรัฐตามพระราชบัญญัติค่าตอบแทนผู้เสียหายและค่าทดแทนและค่าใช้จ่ายแก่จำเลยในคดีอาญา พ.ศ. 2544

พระราชบัญญัติค่าตอบแทนผู้เสียหายและค่าทดแทนและค่าใช้จ่ายแก่จำเลยในคดีอาญาฯ เป็นบทกฎหมายที่มุ่งคุ้มครองสิทธิของบุคคลสองจำพวก ได้แก่ ผู้เสียหายและจำเลยในคดีอาญา ให้ได้รับการชดใช้เยียวยาจากภาครัฐในรูปแบบของค่าตอบแทนและค่าทดแทนและค่าใช้จ่าย

เพื่อให้เกิดความกระจ่างชัดเกี่ยวกับหลักเกณฑ์ในการคุ้มครองสิทธิตามกฎหมายฉบับนี้ คณะผู้วิจัยจะขอแบ่งแยกการพิจารณาออกเป็นสองกรณี ดังนี้

4.2.2.1 กรณีของผู้เสียหาย

ฐานความผิดที่กำหนดในมาตรา 17 และรายการท้ายพระราชบัญญัติค่าตอบแทนผู้เสียหายและค่าทดแทนและค่าใช้จ่ายแก่จำเลยในคดีอาญานั้น คณะผู้วิจัยเห็นว่าความผิดที่อาจจะเกิดขึ้นและมีผลต่อการคุ้มครองสิทธิของผู้เสียหายจากการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ในเรื่องเกี่ยวกับการระงับหรือป้องกันการกระทำผิดกฎหมายนั้น ควรจะเป็นความผิดในส่วนที่เกี่ยวข้องกับความผิดต่อชีวิต ความผิดต่อร่างกาย ความผิดฐานทำให้แท้งลูกมากกว่า เนื่องจากการปฏิบัติตามอำนาจหน้าที่ในการระงับหรือป้องกันการกระทำผิดกฎหมายนั้นอาจก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้เสียหายในส่วนที่เกี่ยวข้องกับชีวิต ร่างกาย และอาจกระทบต่อผู้เสียหายที่เป็นหญิงที่ตั้งครรภ์ได้

แต่อย่างไรก็ตาม ในส่วนความผิดเกี่ยวกับเพศนั้น คณะผู้วิจัยเห็นว่ากรณีความผิดดังกล่าว ย่อมไม่ใช่ส่วนที่เกี่ยวข้องกับการปฏิบัติหน้าที่ที่เกี่ยวข้องกับการใช้อำนาจหรือการปฏิบัติหน้าที่อื่นเกี่ยวกับการระงับหรือป้องกันการกระทำผิดกฎหมายของเจ้าหน้าที่แน่นอน ซึ่งหมายถึงความผิดดังกล่าว หากได้อยู่ในขอบข่ายที่เกี่ยวข้องเนื่องกับการใช้อำนาจหรือการปฏิบัติหน้าที่ตามพระราชกำหนดค่าตอบแทนผู้เสียหายและค่าทดแทนแก่จำเลยฉบับนี้ไม่

ในทางกลับกัน หากข้อเท็จจริงปรากฏว่ามีการกระทำความผิดในส่วนที่เกี่ยวข้องกับความผิดในลักษณะ 9 ซึ่งเป็นความผิดเกี่ยวกับเพศนั้น เจ้าหน้าที่นั้นก็จะต้องรับผิดชอบเป็นส่วนตัวในความผิดที่เกิดขึ้น หากการปฏิบัติหน้าที่ในฐานะพนักงานเจ้าหน้าที่ไม่

แต่อย่างไรก็ตาม ในฐานความผิดดังกล่าว หากพิจารณาในส่วนของผู้เสียหายนั้น ถึงแม้ว่าการกระทำของพนักงานเจ้าหน้าที่จะไม่ได้เกิดขึ้นจากการปฏิบัติหน้าที่ก็ตาม ฝ่ายผู้เสียหายนั้นๆ ก็ย่อมมีสิทธิได้รับความคุ้มครองตามพระราชบัญญัติค่าตอบแทนผู้เสียหายและค่าทดแทนแก่จำเลย ฉบับนี้ได้เช่นเดิม

4.2.2.2 กรณีจำเลยในคดีอาญา

จำเลยในคดีอาญาซึ่งถูกฟ้องต่อศาลว่าได้กระทำความผิดอาญาจากการบังคับใช้พระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉินฯ นั้น จะได้รับความคุ้มครองตามพระราชบัญญัติค่าตอบแทน ผู้เสียหายและค่าทดแทนและค่าใช้จ่ายแก่จำเลยในคดีอาญาฯ แค่ไหนเพียงใดนั้น

ประการที่แรก หากจำเลยได้รับการประกันตัว จำเลยจะมีสิทธิได้รับค่าทดแทนและค่าใช้จ่ายตามพระราชบัญญัติค่าตอบแทนผู้เสียหายและค่าทดแทนแก่จำเลย ฉบับนี้หรือไม่

คณะผู้วิจัยเห็นว่าในกรณีที่จำเลยมิได้ถูกคุมขัง เพราะศาลมีคำสั่งอนุญาตให้ประกันตัวก็ตาม ซึ่งในปัจจุบันผู้ถูกดำเนินคดีอาญาที่มีฐานะยากจนและไม่มีเงินประกันตัวในชั้นศาลนั้นสามารถได้รับ

การประกันตัวได้เช่นเดียวกัน โดยการซื้อประกันภัยอิสรภาพจากบริษัทประกันภัย ซึ่งการได้รับการประกันตัวในคดีอาญานั้น ไม่ได้หมายความว่าค่าใช้จ่ายในการต่อสู้คดีจะไม่เกิดขึ้นแต่อย่างใด

ดังนั้น บุคคลที่ถูกฟ้องเป็นจำเลยในคดีอาญาโดยพนักงานอัยการก็อาจจะไม่มีเงินเพียงพอสำหรับใช้ในการต่อสู้คดีก็เป็นได้ เมื่อข้อเท็จจริงปรากฏว่าจำเลยได้ถูกดำเนินคดีโดยรัฐหรือโดยพนักงานอัยการแล้ว การต่อสู้คดีก็เป็นสิทธิที่จำเลยพึงกระทำได้ตามกฎหมาย ซึ่งในการต่อสู้คดีนั้นย่อมต้องมีค่าใช้จ่ายเกิดขึ้นทั้งสิ้นไม่ว่าจำเลยจะถูกคุมขังหรือไม่ก็ตาม ซึ่งค่าใช้จ่ายดังกล่าวคณะผู้วิจัยเห็นว่าเป็นค่าใช้จ่ายอันเป็นผลโดยตรงจากการใช้อำนาจรัฐในการดำเนินคดีอาญาทั้งสิ้น

ค่าใช้จ่ายในส่วนของการดำเนินคดีอาญานั้น หากพิจารณาจากพระราชบัญญัติค่าตอบแทนผู้เสียหายและค่าทดแทนและค่าใช้จ่ายแก่จำเลยในคดีอาญาฯ มุ่งคุ้มครองเฉพาะบุคคลที่ถูกฟ้องเป็นจำเลยในคดีอาญาโดยพนักงานอัยการเท่านั้น และถูกคุมขัง และต้องปรากฏว่าต้องมีการถอนฟ้องก็ดี หรือศาลพิพากษาว่ามิได้เป็นผู้กระทำความผิดก็ดี หรือการกระทำของจำเลยไม่เป็นความผิดเท่านั้น จำเลยจึงมีสิทธิที่จะได้รับค่าใช้จ่ายที่จำเป็นในการดำเนินคดีได้ ซึ่งตามพระราชบัญญัติค่าตอบแทนผู้เสียหายและค่าทดแทนและค่าใช้จ่ายแก่จำเลยในคดีอาญาฯ มาตรา 21(1) ได้กำหนดค่าทดแทนไว้ว่า จะต้องเป็นค่าทดแทนในกรณีที่ถูกล้มขัง หรือในกรณีที่จำเลยถึงแก่ความตายและความตายจะต้องเป็นผลโดยตรงจากการถูกดำเนินคดีโดยพนักงานอัยการและถูกคุมขังตามมาตรา 21(1) (2) หรือต้องเป็นค่าขาดประโยชน์ทำมาหาได้ในระหว่างที่ถูกดำเนินคดีตามมาตรา 21 (4) เท่านั้น

ดังนั้น หากจำเลยมิได้ถูกล้มขัง หรือมิได้ถึงแก่ความตายในขณะที่ถูกดำเนินคดีอาญาและถูกคุมขังแล้ว หรือมิได้ขาดประโยชน์ทำมาหาได้อย่างใด ๆ ในขณะที่ถูกดำเนินคดีอาญาอย่างใดอย่างหนึ่ง ค่าทดแทนในกรณีดังกล่าวจำเลยหาสิทธิได้รับไม่

ดังนั้น ในกรณีของค่าใช้จ่ายที่จำเป็นที่เกิดขึ้นจากการถูกดำเนินคดีอาญาของจำเลยที่ถูกฟ้องโดยพนักงานอัยการนั้น คณะผู้วิจัยเห็นว่าถึงแม้ว่าจำเลยจะได้ถูกล้มขังก็ตาม หากว่าภายหลังปรากฏหลักฐานชัดเจนว่าจำเลยมิได้เป็นผู้กระทำความผิด และมีการถอนฟ้องในระหว่างดำเนินคดี หรือปรากฏตามคำพิพากษาอันถึงที่สุดคดีนั้นว่าข้อเท็จจริงฟังเป็นยุติว่าจำเลยมิได้เป็นผู้กระทำความผิดหรือการกระทำของจำเลยไม่เป็นความผิดแล้วแต่กรณี จำเลยในคดีอาญาที่ถูกดำเนินคดีโดยพนักงานอัยการในความผิดที่เกี่ยวข้องเนื่องกับการบังคับใช้พระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉินนั้น ควรจะได้รับการคุ้มครองจากภาครัฐในส่วน of ค่าใช้จ่ายที่จำเป็นในการดำเนินคดีเช่นเดียวกัน อาทิ ค่าทนายความ ค่ายานพาหนะในการเดินทางมาศาล และค่าใช้จ่ายอื่นๆ ที่จำเป็นเป็นต้น

ประการที่สอง จำเลยที่มีการถอนฟ้องหรือศาลมีคำพิพากษายกฟ้องจะมีสิทธิในการได้รับค่าทดแทนและค่าใช้จ่ายหรือไม่

คณะผู้วิจัยเห็นว่าในกรณีที่ปรากฏหลักฐานชัดเจนว่าจำเลยมิได้เป็นผู้กระทำความผิด และมีการถอนฟ้องในระหว่างดำเนินคดี หรือได้ปรากฏตามคำพิพากษาถึงที่สุดในคดีนั้นว่าข้อเท็จจริงฟังเป็นยุติว่าจำเลยมิได้เป็นผู้กระทำความผิดหรือการกระทำของจำเลยไม่เป็นความผิด การขอรับความคุ้มครองสิทธิในค่าทดแทน และค่าใช้จ่ายให้แก่จำเลยที่ถูกดำเนินคดีอาญาสามารถกระทำได้ตามวัตถุประสงค์ของกฎหมาย

แต่อย่างไรก็ตาม คำพิพากษายกฟ้องในคดีอาญาดังกล่าวนั้นมีอยู่สองนัย ดังนี้

ก. ศาลยกฟ้องเพราะจำเลยมิได้กระทำความผิดใดๆ

ข. ศาลยกฟ้อง เพราะพยานหลักฐานในคดี หรือกรณีมีเหตุอันควรสงสัยว่าจำเลยได้มีการกระทำความผิดตามฟ้องหรือไม่

หากข้อเท็จจริงปรากฏว่าจำเลยในคดีเกี่ยวกับการกระทำความผิดตามพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉินฯ นั้น ภายหลังศาลยุติธรรมได้มีคำพิพากษายกฟ้องเพราะจำเลยมิได้กระทำความผิดใดๆ ตามฟ้อง สิทธิที่จะได้รับความคุ้มครองจากรัฐก็เป็นสิ่งที่จำเลยพึงจะได้รับโดยการเยียวยาจากภาครัฐ

ในทางกลับกัน หากข้อเท็จจริงปรากฏว่าจำเลยในคดีเกี่ยวกับการกระทำความผิดตามพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉินฯ ได้ถูกศาลมีคำพิพากษายกฟ้อง เนื่องจากพยานหลักฐานในคดี หรือในกรณีที่ศาลยังมีเหตุอันควรสงสัยว่าจำเลยได้กระทำความผิดตามคำฟ้องหรือไม่ ความเหมาะสมในเรื่องการพิจารณาในการจ่ายค่าทดแทน ค่าใช้จ่ายแก่จำเลยในคดีอาญาเป็นสิ่งที่รัฐควรคำนึงถึง เนื่องจาก หากจำเลยนั้นได้กระทำความผิดตามที่ถูกฟ้องจริง เพียงแต่ศาลได้ยกฟ้อง เพราะขาดพยานหลักฐานที่จะมัดตัวจำเลยว่าเป็นผู้กระทำความผิดได้อย่างปราศจากเหตุอันควรสงสัย การขอรับความคุ้มครองชดเชยในส่วนที่เกี่ยวกับค่าทดแทน ค่าใช้จ่าย จึงไม่ควรที่จะได้รับจากรัฐ

ประการที่สาม การจับกุมและควบคุมตัวบุคคลที่สงสัยว่าจะเป็นผู้ร่วมกระทำการให้เกิดสถานการณ์ฉุกเฉินมาตรา 11(1) แห่งพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉินฯ หากข้อเท็จจริงปรากฏว่าภายหลังว่าไม่มีการฟ้องคดีอาญาต่อศาลเท่ากับว่าได้สูญเสียสิทธิเสรีภาพและได้รับความเสียหายจากการใช้อำนาจรัฐแล้ว บุคคลเช่นว่านั้นจะได้รับการเยียวยา จากภาครัฐหรือไม่

คณะผู้วิจัย เห็นว่าหากพิจารณาในค่านิยมศัพท์คำว่า ผู้เสียหาย หรือแม้แต่ คำว่าจำเลยตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติค่าตอบแทนผู้เสียหายและค่าทดแทนและค่าใช้จ่ายแก่จำเลยในคดีอาญาฯ บุคคลที่ถูกควบคุมตัว แต่ไม่ได้มีการฟ้องต่อศาลเป็นคดีอาญานั้น บุคคลดังกล่าวหากมีสิทธิได้รับการคุ้มครองจากรัฐในรูปค่าทดแทน ค่าตอบแทน รวมทั้งค่าใช้จ่ายจากการทำให้ได้รับความเสียหายในสิทธิเสรีภาพไม่ ถึงแม้ว่าบุคคลดังกล่าวจะได้รับความเสียหายก็ตาม แต่ความ

เสียหายที่เกิดขึ้นดังกล่าวก็ไม่เข้าเงื่อนไขตามมาตรา 20 แห่งพระราชบัญญัติค่าตอบแทนผู้เสียหายและค่าทดแทนและค่าใช้จ่ายแก่จำเลยในคดีอาญาฯ ที่จะขอรับความคุ้มครองในรูปแบบของค่าทดแทนและค่าใช้จ่ายได้เลย

ในทางกลับกันบุคคลดังกล่าวนั้นเมื่อถูกควบคุมตัวไว้ เพราะต้องสงสัยว่าจะมีส่วนในการก่อให้เกิดสถานการณ์ฉุกเฉินนั้น ก็หาได้อยู่ในฐานะของผู้เสียหายตามความหมายของกฎหมายไม่ เนื่องจากผู้เสียหาย หมายถึง บุคคลที่ได้รับความเสียหายถึงแก่ชีวิตหรือร่างกายหรือจิตใจเนื่องจากการกระทำความผิดอาญาของผู้อื่น โดยตนมิได้มีส่วนเกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดนั้น

คณะผู้วิจัย เห็นว่าคำนิยามศัพท์ดังกล่าวไม่ได้กำหนดถึงความเสียหายที่เกิดขึ้นกับเสรีภาพไว้ อีกทั้งความเสียหายที่เกิดขึ้นนั้นหาได้เกิดจากการกระทำความผิดอาญาของผู้อื่นไม่ แต่เป็นกรณีที่พนักงานเจ้าหน้าที่ได้ใช้อำนาจที่มีตามพระราชกำหนดฉบับนี้เพื่อการระงับหรือป้องกันการกระทำความผิดกฎหมาย ดังนั้น บุคคลที่ถูกควบคุมตัว ถูกจับกุมตัว แต่ไม่ถูกฟ้องคดีอาญาและเข้าเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดนั้นย่อมไม่มีสิทธิในการได้รับการชดเชยเยียวยาในความเสียหายที่เกิดขึ้นได้ ตามพระราชบัญญัติค่าตอบแทนผู้เสียหายและค่าทดแทนแก่จำเลย

4.3 ผลกระทบต่อเขตอำนาจศาลจากการประกาศใช้มาตรา 16 แห่งพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548

มาตรา 16 เป็นการกำหนดกฎหมายเพื่อยกเว้นการใช้อำนาจของศาลปกครองต่อกรณีการตรวจสอบการใช้อำนาจของพนักงานเจ้าหน้าที่ตามพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉินฯ ซึ่งมีรายละเอียดดังนี้

มาตรา 16 บัญญัติว่า “ข้อกำหนด ประกาศ คำสั่ง หรือการกระทำตามพระราชกำหนดนี้ไม่อยู่ในบังคับของกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง และกฎหมายว่าด้วยการจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง”

บทบัญญัติดังกล่าวนี้ อาจกล่าวได้ว่ามีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนตามรัฐธรรมนูญ และระบบศาลของประเทศไทยที่เป็นระบบศาลคู่ หากพิจารณาเขตอำนาจศาลตามรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวกับมาตรา 16 แห่งพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉินฯ นั้นเกี่ยวข้องกับเขตอำนาจศาลตามรัฐธรรมนูญในสองลักษณะดังนี้

ก. อำนาจศาลยุติธรรม ตามมาตรา 271 บัญญัติว่า “ศาลยุติธรรมมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีทั้งปวง เว้นแต่คดีที่รัฐธรรมนูญนี้หรือกฎหมายบัญญัติให้อยู่ในอำนาจของศาลอื่น”

ข. อำนาจศาลปกครอง ดังนั้น หากพิจารณาบทบัญญัติดังกล่าวแล้วในเรื่องผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนตามรัฐธรรมนูญ คณะผู้วิจัยเห็นว่าบทบัญญัติในมาตรา 16 นั้นได้บัญญัติไว้ในลักษณะที่ไม่เป็นการขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญมาตรา 62 เกี่ยวกับสิทธิของบุคคลที่จะฟ้องหน่วยงานรัฐ ถึงแม้ว่ามาตรา 16 แห่งพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉินฯ จะกำหนดให้ข้อกำหนด ประกาศ คำสั่ง หรือการกระทำตามพระราชกำหนดนี้ไม่อยู่ในบังคับของกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง และกฎหมายว่าด้วยการจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครองก็ตาม แต่บทบัญญัตินี้เป็นการตัดสิทธิผู้เสียหายที่จะฟ้องหน่วยงานของรัฐไม่ ถึงแม้ว่าศาลปกครองจะถูกยกเว้นการใช้อำนาจตรวจสอบต่อการใช้อำนาจ หรือการปฏิบัติหน้าที่ของพนักงานเจ้าหน้าที่ตามพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉินฯ ก็ตาม แต่โดยบทบัญญัติรัฐธรรมนูญมาตรา 271 ทำให้ศาลยุติธรรมมีเขตอำนาจในการพิจารณาคดีดังกล่าวได้ เนื่องจากรัฐธรรมนูญได้กำหนดให้ศาลยุติธรรมมีอำนาจในการพิจารณาพิพากษาคดีทั้งปวง กล่าวคือเมื่อพระราชกำหนดยกเว้นการใช้อำนาจตรวจสอบของศาลปกครองเหนือการใช้อำนาจรัฐแล้ว ศาลยุติธรรมย่อมมีเขตอำนาจในการตรวจสอบต่อการใช้อำนาจปกครองของรัฐ

นอกจากนั้นแล้วหากได้นำมาพินิจพิเคราะห์โดยถ่วงถ่วงแล้วจะเห็นได้ว่ามาตรา 16 แห่งพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉินฯ หากได้เป็นบทบัญญัติอันมีเนื้อหาขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ อันส่งผลให้ใช้บังคับมิได้ตามมาตรา 16 ไม่กล่าวคือถึงแม้ว่าตัวบทกฎหมายดังกล่าวจะมีเนื้อหาในทำนองเป็นการตัดเขตอำนาจของศาลปกครองในการพิจารณาคดีต่างๆ ว่าด้วยเรื่องการใช้อำนาจของพนักงานเจ้าหน้าที่ตามพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉินฯ ก็ตาม แต่ก็มิได้เป็นการขัดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญแต่อย่างใด โดยจะเห็นได้อย่างประจักษ์ชัด หากได้ทำการวิเคราะห์ตามคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 33/2544 อันถือเป็นบรรทัดฐานในกรณีนี้ กล่าวคือ คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญดังกล่าวได้มีการวินิจฉัยในประเด็นที่ว่าพระราชกำหนดบรรษัทบริหารสินทรัพย์ไทย มาตรา 11 มีเนื้อหาไม่ให้นำเอากฎหมายว่าด้วยการจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาความปกครองมาใช้บังคับแก่การดำเนินการบริหารสินทรัพย์ด้วยคุณภาพของ บสท. ซึ่งถือเป็นการบัญญัติกฎหมายไม่ให้ บสท. อยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครอง ในท้ายที่สุดศาลได้มีคำวินิจฉัยว่าบทบัญญัตินี้ขัดต่อรัฐธรรมนูญมาตรา 276 ว่าด้วยเขตอำนาจของศาลปกครอง

ดังนั้น จากคำวินิจฉัยดังกล่าวถ้านำมาเทียบเคียงแล้วเป็นคำวินิจฉัยที่ต้องถือเป็นเสมือนกฎหมาย ทั้งนี้ เป็นไปตามรัฐธรรมนูญมาตรา 268 เพื่อพิจารณาในประเด็นความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉินฯ มาตรา 16 ได้โดยชัดเจนว่าบทบัญญัตินี้ดังกล่าวไม่เป็นการขัดต่อรัฐธรรมนูญแต่อย่างใด

แต่อย่างไรก็ตาม ความชอบด้วยบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญของตัวบทกฎหมายในพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉินฯ นี้เพียงประการเดียวก็หาได้หรือเป็นการยืนยันถึงความเหมาะสมในทุก ๆ กรณีไม่ แต่บางครั้งต้องพิจารณาถึงหลักการต่าง ๆ รวมทั้งเจตนารมณ์ของกฎหมายอื่นๆ ประกอบด้วย กล่าวอีกนัยคือ กรณีของการวิเคราะห์ในบทบัญญัติมาตรา 16 นั้น ไม่สามารถพิจารณาเฉพาะแต่ประเด็นความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ (Constitutionality) อย่างเดียว แต่ต้องพิจารณาต่อไปว่าเมื่อมีการตัดเขตอำนาจของศาลปกครองในการดำเนินการพิจารณาคดีที่โดยส่วนใหญ่แล้วเป็นคดีปกครองนั้นให้อยู่ในเขตอำนาจของศาลยุติธรรมจะเป็นการเหมาะสมหรือไม่อย่างไร

สำหรับประเด็นข้างต้น คณะผู้วิจัยจึงได้ทำการศึกษาในเชิงเปรียบเทียบ (Comparative Study) จากตัวบทกฎหมายของต่างประเทศเพื่อวัตถุประสงค์ที่ว่าประเทศเหล่านั้นจะมีมาตรการในการตรวจสอบการกระทำของเจ้าพนักงานที่ได้ใช้ไปตามกฎหมายที่ประเทศตนเองได้ออกมาเพื่อใช้ในการควบคุมสถานการณ์ฉุกเฉินอันส่งผลให้เป็นการกระทำละเมิดทางปกครองต่อประชาชนได้อย่างไรบ้าง โดยเฉพาะอย่างยิ่งในประเด็นที่ว่าศาลใดจะเป็นศาลที่จะดำเนินการพิจารณาระหว่างศาลยุติธรรมและศาลปกครอง ในประเด็นดังกล่าวนี้คณะผู้วิจัยขอเสนอแนวความคิดเกี่ยวกับประเทศฝรั่งเศสและประเทศเยอรมนี ซึ่งจากการศึกษาสามารถกล่าวโดยสรุปได้ว่าสำหรับประเทศฝรั่งเศสและประเทศเยอรมนีนั้นได้มีตัวบทกฎหมายอย่างชัดเจนได้วางหลักเกณฑ์ไว้ว่าแม้กรณีประเทศตกอยู่ในสถานการณ์ฉุกเฉินหากพนักงานเจ้าหน้าที่ได้กระทำการใด ๆ อันส่งผลเป็นการกระทำละเมิดต่อประชาชนของตนหากพิจารณาแล้วถือว่าการกระทำดังกล่าวถูกจัดเป็นคดีแพ่งหรืออาญา การนั้นจะถูกพิจารณาดำเนินคดีที่ศาลยุติธรรม แต่หากการกระทำดังกล่าวได้ถูกจัดเป็นคดีปกครองการดำเนินการพิจารณาคดีจะถูกวินิจฉัยชี้ขาดโดยศาลปกครอง

นอกจากนี้ การที่มาตรา 16 แห่งพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉินฯ ได้กำหนดให้มีการยกเว้นการใช้อำนาจศาลปกครองต่อกรณีการตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐเหนือการออกข้อกำหนด ประกาศ คำสั่ง หรือแม้แต่การกระทำตามพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉินฯ นี้ ซึ่งมีลักษณะเป็นการกระทำทางปกครองโดยไม่อยู่ภายใต้การพิจารณาของศาลปกครอง การยกเว้นเขตอำนาจของศาลปกครองดังกล่าว นอกจากจะเป็นการยกเว้นการตรวจสอบการใช้อำนาจปกครองของหน่วยงานของรัฐแล้ว ยังเป็นการยกเว้นการใช้อำนาจของศาลปกครองที่จะทำการตรวจสอบเหนือคดีละเมิดทางปกครองที่เกิดขึ้นจากการใช้อำนาจปกครองของหน่วยงานของรัฐและเจ้าหน้าที่ของรัฐด้วยเช่นกัน

เนื่องจากมาตรา 16 แห่งพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉินฯ ได้ยกเว้นการใช้อำนาจของศาลปกครองโดยมิให้ศาลปกครองเข้ามาตรวจสอบการกระทำอันเป็นการ

กระทำละเมิดโดยการใช้อำนาจตามตัวบทกฎหมายนั้นไม่ถือเป็นการขัดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญมาตรา 276 ส่งผลให้องค์กรในการดำเนินการแทนศาลปกครองในกรณีดังกล่าวคือศาลยุติธรรมนั่นเอง ทั้งนี้ เป็นไปตามมาตรา 271 ของรัฐธรรมนูญ หากนำมาเทียบเคียงกับการศึกษาวิจัยเชิงเปรียบเทียบเกี่ยวกับต่างประเทศโดยเฉพาะอย่างยิ่งแล้วในประเทศฝรั่งเศสและประเทศเยอรมนีซึ่งเป็นประเทศที่ใช้ระบบศาลคู่ (Dual System) กล่าวคือ มีศาลปกครองเช่นเดียวกันกับประเทศไทยดังนั้น จึงอาจสรุปได้ว่าการที่ประเทศไทยมีบทบัญญัติอันเป็นการไม่ให้ศาลปกครองมาพิจารณาคดีละเมิดอันกล่าวได้ว่าเป็นคดีละเมิดทางปกครองจนทำให้ศาลยุติธรรมต้องเข้าพิจารณาแทนโดยปริยายนั้นจึงอาจเป็นการไม่เหมาะสมนักประกอบกับการพิจารณาถึงเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญอันสะท้อนมาจากบทบัญญัติแห่งมาตรา 271 หรือเจตนารมณ์ในการจัดตั้งศาลปกครองที่ต้องการให้ศาลปกครองเป็นองค์กรที่จัดตั้งขึ้นมาเพื่อดำเนินการพิจารณาคดีอันเป็นคดีปกครองซึ่งรวมไปถึงคดีอย่างการละเมิดทางปกครองด้วยความตระหนักถึงสภาพแห่งคดีที่มีลักษณะแตกต่างไปจากคดีแพ่งหรือคดีอาญาทั่วไป ซึ่งพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉินฯ มาตรา 16 อาจเป็นตัวบทกฎหมายที่จะส่งผลกระทบให้การดำเนินการพิจารณาคดีโดยเฉพาะอย่างยิ่งคดีปกครองนั้นอาจไม่มีประสิทธิภาพอย่างอดีตสมัยก่อนที่จะมีการจัดตั้งศาลปกครองขึ้น

อนึ่ง การที่พระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉินฯ ได้ประกาศใช้มาตรา 16 นั้น คณะผู้วิจัยเห็นว่าข้อกำหนด ประกาศ คำสั่ง หรือการกระทำดังกล่าว มีลักษณะเป็นการใช้อำนาจโดยฝ่ายปกครอง ซึ่งการใช้อำนาจดังกล่าวนี้ อาจถูกตรวจสอบการใช้อำนาจโดยศาลปกครองได้ อีกทั้งถ้าศาลปกครองพิจารณาเห็นว่าการใช้อำนาจตามพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉินฯ นั้น เป็นคำสั่งทางปกครองหรือเป็นกฎที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ศาลปกครองก็อาจมีคำสั่งเพิกถอนคำสั่งหรือกฎดังกล่าวได้ ซึ่งการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองเช่นว่านั้นย่อมส่งผลถึงการปฏิบัติงานที่ดี การออกคำสั่งที่ดี ตามพระราชกำหนดฉบับนี้ รวมทั้งส่งผลถึงการแก้ไขปัญหาในการก่อความไม่สงบในภาคใต้ได้ ทำให้การแก้ไขปัญหาไม่ต่อเนื่องและไม่บรรลุผล ผู้ร่างกฎหมายจึงมีเจตนารมณ์ยกเว้นการใช้อำนาจของศาลปกครองต่อกรณีการตรวจสอบดังกล่าว

แต่อย่างไรก็ตาม คณะผู้วิจัยตั้งข้อสังเกตว่าถ้าพิจารณาในมาตรา 7 แห่งพระราชบัญญัติกฎอัยการศึก พุทธศักราช 2457 ซึ่งได้กำหนดไว้ดังนี้

มาตรา 7 บัญญัติว่า ในกรณีที่ประกาศใช้กฎอัยการศึก ศาลพลเรือนคงมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีได้อย่างปกติ เว้นแต่คดีที่อยู่ในอำนาจของศาลอาญา และผู้ที่มีอำนาจประกาศใช้กฎอัยการศึกมีอำนาจประกาศให้ศาลทหารพิจารณาพิพากษาคดีอาญาซึ่งการกระทำความผิดเกิดขึ้นในเขตที่ประกาศใช้กฎอัยการศึกและ

ในระหว่างที่ใช้กฎัยการศึกษิตตามทีระบุไว้ในบัญญัติทั่ยพระราชบัญญัตินี้ทุกข้อ หรือ แต่บางข้อ และหรือบางส่วนของข้อใดข้อหนึ่งได้ ทั้มีอำนาจในการแก้ไขเพิ่มเติม หรือยกเลิกประกาศดังกล่าวนี้ด้วย

ประกาศให้ศาลทหารมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีตามวรรคแรกให้มีผลบังคับเฉพาะคดีที่การกระทำความผิดเกิดขึ้นตั้งแต่วันเวลาที่ระบุไว้ในประกาศ วันเวลาที่ระบุนั้นจะเป็นวันที่ออกประกาศนั้นหรือภายหลังก็ได้ ประกาศเช่นว่านี้ให้โฆษณาในราชกิจจานุเบกษาด้วย

นอกจากกรณีดังกล่าวแล้ว ถ้าคดีอาญาใดที่เกิดขึ้นในเขตที่ประกาศใช้กฎัยการศึกษิตมีเหตุพิเศษเกี่ยวกับความมั่นคงของประเทศ หรือความสงบเรียบร้อยของประชาชน ผู้บัญชาการทหารสูงสุดจะสั่งให้พิจารณาพิพากษาคดีอาญานั้นในศาลทหารก็ได้

เห็นได้ว่ามาตรา 7 ได้กำหนดให้ศาลพลเรือนมีอำนาจพิจารณาคดีได้อย่างปกติ เว้นแต่เป็นคดีที่อยู่ในเขตอำนาจของศาลอาญาศึก และผู้มีอำนาจประกาศใช้กฎัยการศึกษิตมีอำนาจประกาศให้ศาลทหารมีอำนาจในการพิจารณาคดีได้ในส่วนความผิดในบัญญัติทั่ยการศึกษิตนั้น จะพบว่ก่อนการประกาศใช้พระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉินฯฉบับนี้ ในเขตที่มีการประกาศใช้กฎัยการศึกษิตใน 3 จังหวัดภาคใต้ นั้น การใช้อำนาจตามกฎัยการศึกษิตดังกล่าวเป็นการใช้อำนาจเจ้าหน้าที่ทหาร ซึ่งเจ้าหน้าที่ทหารหาใช่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองไม่ เมื่อเจ้าหน้าที่ทหารไม่ใช่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง ศาลปกครองจึงไม่มีเขตอำนาจเหนือกรณีการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ทหารดังกล่าว

แต่อย่างไรก็ตาม ภายหลังที่มีการประกาศยกเลิกกฎัยการศึกษิตมาใช้พระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉินฯ ฉบับนี้บังคับแทนนั้น พระราชกำหนดได้กำหนดให้อำนาจที่ใช้ันี้โดยส่วนใหญ่กระทำโดยนายกรัฐมนตรีและพนักงานเจ้าหน้าที่ ซึ่งเป็นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง มาตรา 16 จึงถูกกำหนดขึ้นมาเพื่อยกเว้นการใช้อำนาจของศาลปกครองต่อกรณีการตรวจสอบการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองดังกล่าว

กล่าวโดยสรุปแล้ว การที่พระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉินฯ กำหนดให้ศาลยุติธรรมมีอำนาจในการควบคุมและตรวจสอบการกระทำของฝ่ายปกครองอาจจะมิชอบกพร่องอันอาจจะนำไปสู่ปัญหาเรื่องเอกภาพของศาลอันขัดต่อเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ ได้ในอนาคต (วรพจน์ วิสรุตพิชญ์, 2540 : 179) ดังนี้

1) กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งนั้นเป็นกฎหมายที่ตราขึ้นเพื่อใช้ในการพิจารณาพิพากษาคดีที่เอกชนเป็นคู่ความระหว่างกัน และกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเป็นกฎหมายที่ตราขึ้นเพื่อใช้ในการแสวงหาตัวผู้กระทำความผิดอาญามาลงโทษนั้น มีความยุ่งยากและสลับซับซ้อน นอกจากทำให้เสียเวลาแล้ว ยังทำให้คู่ความต้องเสียค่าใช้จ่ายสูงซึ่งไม่เหมาะแก่การที่จะนำมาใช้ในการพิจารณาวินิจฉัยชี้ขาดว่าการกระทำทางปกครองชอบหรือไม่ชอบด้วยกฎหมาย อันต้องการความรวดเร็วและประหยัด โดยเฉพาะการแสวงหาความจริงในกฎหมายวิธีพิจารณาความทั้งสองฉบับ ดังกล่าวนั้นหนักไปในทางระบบกล่าวหาซึ่งผลกการพิสูจน์ให้ตกอยู่แก่คู่ความฝ่ายที่กล่าวอ้างข้อเท็จจริงซึ่งบั่นทอนกำลังใจของฝ่ายเอกชนที่จะเสนอปัญหาให้ศาลวินิจฉัยชี้ขาดว่าการกระทำทางปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมาย ทั้งนี้ เพราะโดยปกติแล้วฝ่ายปกครองมักจะเป็นผู้ครอบครองพยานหลักฐานที่จะใช้พิสูจน์ความจริง

2) กรณีที่เอกชนไม่อาจฟ้องขอให้ศาลพิพากษาว่าการกระทำทางปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมายได้โดยตรง เช่น ไม่อาจร้องขอให้ศาลพิพากษาว่ากฎหมายลำดับรองฉบับใดฉบับหนึ่งซึ่งการฝ่าฝืนเป็นความผิดอาญา ไม่ชอบด้วยกฎหมาย เพราะมีข้อความขัดหรือแย้งต่อพระราชบัญญัติที่เป็นกฎหมายแม่บท หรือต่อรัฐธรรมนูญ แต่ต้องรอให้ตนเองถูกฟ้องเป็นจำเลยในข้อหาว่าฝ่าฝืนกฎหมายลำดับรองนั้นเสียก่อนจึงสามารถต่อสู้ว่ากฎหมายลำดับรองนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย การที่ตนฝ่าฝืนจึงไม่เป็นความผิดทางอาญา ในความเป็นจริงอาจมีกฎหมายลำดับรองที่ออกมาโดยมิชอบด้วยกฎหมายแต่ยังมีผลใช้บังคับอยู่ เพราะศาลยุติธรรมไม่มีโอกาสตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายเลย

3) ถึงแม้ว่าศาลยุติธรรมจะพิพากษาว่ากฎหมายลำดับรองนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย ศาลยุติธรรมก็มิได้มีอำนาจเพิกถอนกฎหมายลำดับรอง คงมีแต่อำนาจปฏิเสธที่จะนำกฎหมายลำดับรองนั้นมาบังคับใช้แก่คดีที่ตนกำลังพิจารณาอยู่เท่านั้น ทำให้กฎหมายลำดับรองนั้นยังมีผลบังคับอยู่ และฝ่ายปกครองก็อาจใช้กฎหมายลำดับรองนั้นบังคับใช้แก่เอกชนอื่นๆ ต่อไป

4) ผู้พิพากษาศาลยุติธรรมได้รับการอบรมให้มีความรู้ ความชำนาญในกฎหมายแพ่งและกฎหมายอาญาเท่านั้น กฎหมายมหาชนถือเป็นกฎหมายที่ใช้บังคับเกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างฝ่ายปกครองกับเอกชนโดยเฉพาะ นอกจากนี้ผู้พิพากษายังอาจจะไม่เคยมีประสบการณ์เกี่ยวกับการบริหารรัฐกิจจึงอาจใช้และตีความกฎหมายเฉพาะต่างๆ โดยคำนึงถึงแต่ความจำเป็นของฝ่ายปกครองจนสิทธิเสรีภาพและประโยชน์อันชอบธรรมของเอกชนไม่ได้รับความคุ้มครองอย่างเพียงพอ หรือในทางกลับกัน คำนึงถึงแต่สิทธิเสรีภาพและประโยชน์อันชอบธรรมของเอกชนจนกลายเป็นอุปสรรคต่อการจัดทำบริการสาธารณะได้