

บทที่ 5

บทสรุปและเสนอแนะ

5.1 บทสรุป

ในกรณีมีสถานการณ์ไม่สงบหรือสถานการณ์ฉุกเฉินเกิดขึ้นในประเทศ การที่รอให้ฝ่ายนิติบัญญัติออกกฎหมายเพื่อที่จะจัดการกับสถานการณ์ฉุกเฉินดังกล่าวนั้นอาจไม่ทันการ ดังนั้นเพื่อรักษาความปลอดภัยของประเทศ ความปลอดภัยสาธารณะ ความมั่นคงในทางเศรษฐกิจของประเทศ หรือป้องกันภัยพิบัติสาธารณะที่มีความจำเป็นอันมีอาจหลีกเลี่ยงได้ จึงให้อำนาจแก่ฝ่ายบริหารสามารถออกกฎหมายที่เรียกว่าพระราชกำหนดได้เอง

แต่อย่างไรก็ตาม การออกกฎหมายนั้นไม่ว่าจะโดยฝ่ายนิติบัญญัติหรือฝ่ายบริหารจะต้องตั้งอยู่บนพื้นฐานของหลักการต่าง ๆ ทางกฎหมาย เช่น หลักความชอบด้วยกฎหมาย หลักความเสมอภาค หลักสิทธิเสรีภาพของประชาชน นอกจากนี้ในการใช้อำนาจรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐยังต้องคำนึงถึงกฎหมายต่าง ๆ ที่ออกมาเป็นแนวทางในการปฏิบัติงานของเจ้าหน้าที่ด้วย เช่น กฎหมาย วิธีปฏิบัติราชการทางปกครองอันเป็นกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับหลักเกณฑ์ของเจ้าหน้าที่ต่อกฎ และ คำสั่งทางปกครองทั้งในเรื่องการกระทำของเจ้าหน้าที่และสิทธิของคู่กรณี อันสอดคล้องต่อหลักนิติรัฐที่ให้อำนาจแก่ประชาชนในการฟ้องร้องต่อองค์กรตุลาการเพื่อขอให้ยกเลิก แก้ไข หรือเลิกบังคับใช้การกระทำทางปกครองที่ละเมิดสิทธิของประชาชนซึ่งถือกันว่าองค์กรตุลาการนั้นเป็น องค์กรที่ประชาชนเชื่อถือมากที่สุดในการทำหน้าที่ตรวจสอบการใช้อำนาจขององค์กรฝ่ายบริหารของรัฐ

ดังนั้น หากพิจารณาภายใต้หลักนิติรัฐซึ่งเป็นหลักที่ประกันสถานะแก่บุคคลต่าง ๆ ได้กำหนดให้ฝ่ายบริหารสามารถใช้อำนาจได้ครบเท่าที่อยู่ภายใต้กรอบแห่งกฎหมาย อาจกล่าวได้ว่าพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉินนั้นไม่ได้เป็นกฎหมายที่ขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญ แม้ว่าการใช้อำนาจตามพระราชกำหนดนั้นจะมีการจำกัดความรับผิดชอบของเจ้าหน้าที่ของรัฐ การยกเว้นเขตอำนาจศาลมิได้เป็นบทบัญญัติที่ขัดแย้งกับรัฐธรรมนูญตามที่ผู้วิจัยได้นำเสนอไปแล้วในบทที่ 4 พระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉินฯ จึงเป็นกฎหมายที่สอดคล้องกับหลักนิติรัฐที่ได้ประกันสิทธิและเสรีภาพของประชาชน

หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง เป็นหลักที่สำคัญหลักหนึ่ง เนื่องจากการกระทำของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองนั้นต้องเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมาย กล่าวคือ ฝ่ายปกครองจะกระทำการใด ๆ ที่อาจมีผลกระทบกระเทือนต่อสิทธิ เสรีภาพ หรือประโยชน์ของประชาชนคนหนึ่งคนใดได้ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายให้อำนาจไว้ และต้องกระทำการภายในกรอบหรือเงื่อนไขตามที่กฎหมายกำหนดไว้ และกฎหมายที่สามารถให้อำนาจฝ่ายปกครองกระทำการต่าง ๆ ที่อาจมีผลกระทบกระเทือนต่อสิทธิเสรีภาพของราษฎรได้แก่ พระราชบัญญัติ พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ และพระราชกำหนด

จากการสัมภาษณ์เจ้าหน้าที่ของรัฐในระดับผู้กำกับการซึ่งมีหน้าที่รับผิดชอบการบริหารราชการและเจ้าหน้าที่ตำรวจภายในหน่วยงานที่อยู่ในพื้นที่การประกาศใช้พระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉินฯ เจ้าหน้าที่ที่ได้ปฏิบัติงานเห็นสมควรว่าพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉินฯ มีความเหมาะสมกับสถานการณ์ในปัจจุบัน เนื่องจากสถานะของสถานการณ์ที่เกิดขึ้นได้ก่อให้เกิดความเสียหายอย่างรุนแรงต่อทั้งภาครัฐและเอกชนใน 3 จังหวัดชายแดนซึ่งส่งผลกระทบต่อครอบครัวของผู้ที่ได้รับความเสียหายซึ่งบทบัญญัติแห่งกฎหมายอื่นไม่สามารถนำมาใช้แก้ไขปัญหาดังกล่าวได้ พระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉินฯ จึงเป็นกฎหมายที่ส่งผลดีต่อขวัญและกำลังใจให้กับเจ้าหน้าที่ในสถานการณ์อันกระทบกระเทือนต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน จากที่ผ่านมาพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉินฯ ได้ส่งผลดีต่อการปฏิบัติงานของเจ้าหน้าที่ดังจะเห็นได้ว่านับแต่เกิดสถานการณ์ความไม่สงบขึ้นในพื้นที่จนถึงปัจจุบันทำให้เจ้าหน้าที่ของรัฐสามารถปฏิบัติงานได้มากขึ้น รวดเร็วขึ้น และได้ข้อมูลต่าง ๆ รวมทั้งสามารถตรวจค้น จับกุม และขยายผลทางคดีได้มาก ดังจะเห็นได้ว่าขณะนี้ สถานการณ์ในบางพื้นที่เริ่มเบาบางลง ประชาชนในพื้นที่เริ่มเข้าใจยอมรับ และให้ความร่วมมือในการให้ข้อมูลเบาะแสดแก่เจ้าหน้าที่ของรัฐมากขึ้นเรื่อย ๆ ซึ่งลักษณะของคำสั่งที่เคยออกไปจะเกี่ยวข้องกับการให้ข้าราชการและกำลังพลที่อยู่ในการบังคับบัญชาเตรียมพร้อมและตั้งรับสถานการณ์ที่อาจเกิดขึ้นหรือคาดว่าจะเกิดขึ้นในพื้นที่รับผิดชอบและเป็นกำลังสนับสนุนหน่วยข้างเคียงเมื่อร้องขอ นอกจากนี้ในการแก้ไขปัญหาหากมิได้รับความคุ้มครองตามพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉินฯ จะทำให้มีการปฏิเสธการออกคำสั่งหรือความรับผิดชอบ ซึ่งในส่วนของผู้ที่ได้รับความเสียหายยังมีสิทธิฟ้องร้องต่อศาลยุติธรรมในการเรียกร้องค่าเสียหายจากทางราชการตามกฎหมายว่าด้วยความรับผิดชอบของเจ้าหน้าที่ ซึ่งจากการสอบถามไปยังผู้พิพากษาและอัยการที่ปฏิบัติหน้าที่อยู่ในจังหวัดนราธิวาสทำให้ทราบว่ายังมีคดีที่เกี่ยวข้องเนื่องกับการใช้อำนาจตามมาตรา 9 และมาตรา 11 แห่งพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉินฯ ขึ้นไปสู่กระบวนการพิจารณาของศาลยุติธรรมนับแต่มีการประกาศใช้

พระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉินฯ เมื่อ พ.ศ. 2548 อย่างไรก็ตามมีข้อสังเกตจากการสอบถามประชาชนในจังหวัดที่มีการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินทำให้ทราบว่าสาเหตุของการที่ไม่มีการเรียกร้องอาจเกิดจากความที่ประชาชนนั้นกลัวว่าจะไม่ได้รับความเป็นธรรมหรือถูกกลั่นแกล้ง และบางส่วนคิดว่าเพียงแต่การที่ญาติถูกควบคุมไม่ใช่จับกุมนั้นไม่ถือว่าตนเองถูกละเมิดสิทธิในส่วนของการสอบถามทั้งตุลาการศาลปกครองและผู้พิพากษายุติธรรมต่างได้ให้ความเห็นไปในทิศทางเดียวกันว่าพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉินฯ นั้นไม่ขัดต่อรัฐธรรมนูญเนื่องจากมิได้ตัดสิทธิของประชาชนในการฟ้องร้องคดีต่อศาล แต่การที่ให้ศาลยุติธรรมเป็นองค์กรที่ตัดสินคดีที่มีลักษณะเป็นคดีทางปกครองนั้นอาจจะไม่สมกับเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญที่มุ่งหวังให้ศาลปกครองเป็นองค์กรที่มีอำนาจพิจารณาตัดสินคดีลักษณะดังกล่าว โดยที่ผู้ให้สัมภาษณ์บางคนได้ให้ความเห็นว่าหากได้มีการนำคดีขึ้นสู่ศาลปกครองจะทำให้ประชาชนเกิดความเชื่อมั่นมากกว่า อย่างไรก็ตามที่สุดแล้วผู้ให้สัมภาษณ์ได้ให้ความเห็นว่าหากเจ้าหน้าที่ปฏิบัติหน้าที่ด้วยความจริงใจ และยึดมั่นตามกฎหมายหมายแล้วจะทำให้ทุกฝ่ายสามารถแก้ไขปัญหาร่วมกันได้อย่างมีประสิทธิภาพ

การที่รัฐบาลประกาศใช้พระราชกำหนดเพื่อใช้บังคับต่อสถานการณ์ฉุกเฉินจะเป็นไปตามหลักความชอบด้วยกฎหมายก็ตาม แต่ถ้าวการบังคับใช้กฎหมายตามอำนาจที่มีในพระราชกำหนดได้ก่อให้เกิดความเสียหายต่อผู้เสียหาย การกระทำนั้นย่อมเป็นการกระทำละเมิดทางปกครองได้เช่นเดียวกัน ซึ่งหากพิจารณาลักษณะในการกระทำละเมิดทางปกครองในเบื้องต้นจะพบว่าการกระทำละเมิดมิได้มีแบ่งแยกว่าการกระทำละเมิดเป็นละเมิดทางปกครอง หรือละเมิดในทางแพ่ง ซึ่งคดีละเมิดทางปกครองที่เกิดขึ้นในประเทศไทย ก่อนปี พ.ศ. 2542 นั้น อาจต้องดำเนินคดีตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง และพิจารณาคดีในศาลยุติธรรมส่วนหนึ่ง ในขณะที่อีกส่วนหนึ่งอาจอยู่ในอำนาจวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ จนกระทั่งเมื่อได้มีการตราพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 และมีการตั้งศาลปกครองขึ้นอย่างเป็นทางการ การพิจารณาคดีละเมิดทางปกครองจึงต้องทำการพิจารณาคดีในศาลปกครอง ซึ่งตามพระราชบัญญัตินี้ได้แบ่งแยกละเมิดทางแพ่งกับละเมิดทางปกครองเพียงในส่วนเขตอำนาจศาลเท่านั้น ส่วนองค์ประกอบในการวินิจฉัยการกระทำว่าอย่างไรเป็นละเมิดทางปกครองยังคงต้องอาศัยหลักทั่วไปในเรื่องละเมิดในทางแพ่งเป็นเกณฑ์ในการพิจารณาความรับผิดชอบของรัฐและเจ้าหน้าที่ของรัฐอยู่นั่นเอง

ภายหลังจากการบังคับใช้พระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉินฯ แล้ว หากเกิดความเสียหายจากการใช้อำนาจปกครองโดยเป็นการกระทำโดยผิดกฎหมาย หรือถึงแม้ว่าจะมีกฎหมายให้อำนาจไว้ก็ตามแต่ก็ไม่ได้เป็นไปตามหลักความชอบด้วยกฎหมายแล้ว การกระทำ

ดังกล่าวย่อมเป็นการกระทำละเมิดทางปกครอง ถึงแม้ว่าในมาตรา 17 จะยกเว้นความรับผิดของเจ้าหน้าที่ไว้ก็ตาม แต่ผู้เสียหายก็ยังมีสิทธิฟ้องหน่วยงานของรัฐให้ต้องรับผิดเพื่อความเสียหายที่เกิดขึ้นได้โดยอาศัยการพิจารณาจากพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดเป็นเกณฑ์ในการพิจารณา ซึ่งความรับผิดของเจ้าหน้าที่นั้นแบ่งได้สองกรณีดังนี้

1) ความรับผิดของเจ้าหน้าที่จากการกระทำละเมิดในการปฏิบัติหน้าที่ การปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ซึ่งได้กระทำไปโดยมีอำนาจตามกฎหมาย หรือตามคำสั่งของผู้บังคับบัญชา การกระทำละเมิดของเจ้าหน้าที่ของรัฐได้เกิดขึ้นในขณะที่ได้ปฏิบัติหน้าที่แล้ว ผู้เสียหายมีแต่เพียงสิทธิในการฟ้องหน่วยงานของรัฐให้ต้องรับผิดเท่านั้น แต่จะฟ้องเจ้าหน้าที่รัฐให้ต้องรับผิดโดยตรงในความเสียหายที่เกิดขึ้นไม่ได้

2) ความรับผิดของเจ้าหน้าที่จากการกระทำละเมิดที่ไม่ใช่การปฏิบัติหน้าที่ การกระทำของเจ้าหน้าที่ที่กระทำไปเพื่อประโยชน์หรือเพื่อวัตถุประสงค์อย่างใดอย่างหนึ่งเป็นส่วนตัว โดยเฉพาะนั้น ความรับผิดในความเสียหายต่อผู้เสียหายนั้น เจ้าหน้าที่ผู้นั้นย่อมต้องรับผิดเป็นส่วนตัวและเต็มจำนวนเพื่อความเสียหายที่เกิดขึ้นทั้งหมด ในกรณีนี้ผู้เสียหายอาจฟ้องเจ้าหน้าที่ผู้นั้นได้โดยตรง แต่จะฟ้องหน่วยงานของรัฐให้รับผิดในความเสียหายที่เกิดขึ้นไม่ได้

ส่วนในเรื่องการใช้สิทธิไล่เบี่ยนั้น เมื่อผู้เสียหายฟ้องหน่วยงานของรัฐ และหน่วยงานของรัฐได้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนไปแล้ว หน่วยงานของรัฐจะใช้สิทธิไล่เบี่ยจากเจ้าหน้าที่ของรัฐได้ก็ต่อเมื่อเจ้าหน้าที่ของรัฐได้ก่อความเสียหายด้วยความจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงเท่านั้น

อนึ่ง ความรับผิดของรัฐตามพระราชบัญญัติค่าตอบแทนผู้เสียหายและค่าทดแทนและค่าใช้จ่ายแก่จำเลยในคดีอาญาฯ ได้วางหลักว่าหากผู้เสียหายได้รับผลร้ายจากการใช้อำนาจของพนักงานเจ้าหน้าที่ หรือจำเลยที่ถูกฟ้องเกี่ยวกับการกระทำความผิดตามพระราชกำหนดผู้เสียหายและจำเลยย่อมได้รับความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญมาตรา 245 และมาตรา 246 ซึ่งพระราชบัญญัติค่าตอบแทนผู้เสียหายและค่าทดแทนและค่าใช้จ่ายแก่จำเลย เป็นการชดใช้เยียวยาจากภาครัฐในลักษณะที่รัฐได้ให้การสงเคราะห์ แต่หาได้เป็นความรับผิดในความเสียหายในลักษณะที่รัฐได้กระทำละเมิดไม่ โดยคุ้มครองสิทธิของบุคคลสองประเภทได้แก่ผู้เสียหายและจำเลยในคดีอาญา

ดังนั้น เมื่อการบังคับใช้กฎหมายได้ก่อให้เกิดความเสียหายเกิดขึ้น การกระทำนั้นจึงเป็นการกระทำละเมิดทางปกครอง โดยหลักกฎหมายปกครองแล้วความเสียหายที่เกิดขึ้นนั้น ต้องทำการพิจารณาคดีที่ศาลปกครอง ซึ่งโดยหลักศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีที่อยู่ในอำนาจศาลปกครอง ซึ่งตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครองแบ่งออกเป็นหกประเภทโดยคดีละเมิดทางปกครองเป็นคดีประเภทหนึ่งของคดีที่อยู่ในอำนาจของศาล

ปกครองด้วย ส่วนเรื่องละเมิดทางปกครองจะแบ่งได้เป็นกี่ประเภทนั้น ตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครอง มิได้มีการแยกเอาไว้อย่างชัดเจน จึงต้องแบ่งแยกประเภทโดยพิจารณาจากหลักกฎหมายประกอบกับแนววินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดและคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ได้วางหลักเอาไว้

นอกจากนี้ในการศึกษาวิเคราะห์ถึงกฎหมายของประเทศต่างๆ ที่ได้มีการจัดการสถานการณ์ฉุกเฉินและจัดการเยียวยาความเสียหายจากการกระทำทางปกครองของรัฐและเจ้าหน้าที่ของรัฐนั้น คณะผู้วิจัยได้ทำการศึกษากฎหมายและแนวปฏิบัติของกลุ่มประเทศที่ใช้ระบบศาลเดี่ยว ได้แก่ ประเทศอังกฤษ ประเทศสหรัฐอเมริกา และประเทศมาเลเซีย และทำการศึกษากฎหมายและแนวปฏิบัติของกลุ่มประเทศที่ใช้ระบบศาลคู่ ได้แก่ ประเทศฝรั่งเศส และประเทศเยอรมนี โดยทำการศึกษาในประเด็นกฎหมายที่สำคัญสามประเด็น กล่าวคือ กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับสถานการณ์ฉุกเฉินศาลที่มีอำนาจในการพิจารณาพิพากษาคดีของประเทศต่าง ๆ และการเรียกร้องค่าเสียหายในกรณีละเมิด

สำหรับกฎหมายในสถานการณ์ฉุกเฉินของประเทศต่างๆ ที่ได้ทำการศึกษา ซึ่งในส่วนของประเทศอังกฤษนั้น สถานการณ์ฉุกเฉินมีความหมายอย่างกว้าง ซึ่งหมายรวมถึง เหตุการณ์หรือสถานการณ์ใดๆ ที่คุกคามและจะก่อให้เกิดความเสียหายต่อสิ่งสำคัญสามสิ่งได้แก่ สวัสดิภาพมนุษย์ สิ่งแวดล้อม และความมั่นคงของประเทศ โดยสถานการณ์ที่เกิดขึ้นนั้นจะต้องมีลักษณะที่มีความร้ายแรงประกอบด้วย นอกจากนี้ ยังหมายรวมถึง กรณีของการเกิดสงครามและการก่อการร้ายด้วย ปัจจุบันกฎหมายที่เกี่ยวข้องคือ the Civil Contingencies Act 2004

สำหรับการจัดการสถานการณ์ฉุกเฉินนั้นแบ่งเป็นสองระดับ คือ ระดับท้องถิ่น และระดับประเทศ ซึ่งในระดับท้องถิ่นจะเป็นอำนาจของหน่วยงานในท้องถิ่นซึ่งเรียกว่า ผู้รับผิดชอบประเภทที่หนึ่งและผู้รับผิดชอบประเภทที่สองทำงานร่วมกัน โดยผู้รับผิดชอบทั้งสองประเภทนี้มีหน้าที่ร่วมกันจัดทำแผนเพื่อรองรับกับสถานการณ์ฉุกเฉิน และปฏิบัติหน้าที่ตามคำสั่ง และประกาศของรัฐมนตรีที่เกี่ยวกับสถานการณ์ฉุกเฉิน แต่อย่างไรก็ดีในสถานการณ์ที่เร่งด่วนรัฐมนตรีอาจทำเป็นคำสั่งการที่เป็นลายลักษณ์อักษรก็ได้ แต่คำสั่งการนั้นจะมีผลบังคับเพียง 21 วันเท่านั้น และการปฏิบัติหน้าที่ในสถานการณ์ฉุกเฉินในท้องถิ่นนั้น ก็ได้มีข้อยกเว้นความรับผิดชอบเหมือนกฎหมายไทย แต่กฎหมายดังกล่าวได้ให้สิทธิแก่ส่วนราชการที่จะฟ้องเจ้าหน้าที่ของรัฐได้ต่อศาลที่เรียกว่า High Court

ส่วนการจัดการในระดับประเทศนั้น เป็นอำนาจของพระราชินีที่จะประกาศให้เป็นสถานการณ์ฉุกเฉิน และออกประกาศต่างๆ เพื่อจัดการกับสถานการณ์ฉุกเฉินโดยต้องผ่านขั้นตอนของสภา ทั้งนี้โดยมีเงื่อนไขสามประการ ได้แก่ 1) เหตุการณ์ฉุกเฉินนั้นได้เกิดขึ้นแล้ว กำลัง

จะเกิดขึ้น หรือใกล้จะเกิดขึ้น 2) มีความจำเป็นเพื่อป้องกัน ควบคุม หรือบรรเทาผลของสถานการณ์ฉุกเฉิน 3) มีความจำเป็นเร่งด่วนที่ต้องมีประกาศเกี่ยวกับสถานการณ์ฉุกเฉิน แต่อย่างไรก็ตาม หากเป็นกรณีที่ไม่อาจรอขั้นตอนของสภาได้ รัฐมนตรีอาวุโส ก็สามารถที่จะออกประกาศเกี่ยวกับสถานการณ์ฉุกเฉินได้

สำหรับการออกประกาศเกี่ยวกับสถานการณ์ฉุกเฉินนั้น ถือว่าเป็นสิ่งที่ทำได้อย่างจำกัด และต้องเป็นการเคารพต่อสิทธิมนุษยชนด้วย โดยมีข้อจำกัดที่สำคัญสี่ประการ กล่าวคือ

1) การประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินนั้นมีความจำเป็นที่จะต้องทำขึ้นเพื่อหลีกเลี่ยง ควบคุม หรือบรรเทาสถานการณ์ฉุกเฉิน โดยมาตรการนั้นจะต้องได้สัดส่วนอย่างยุติธรรมกับสถานการณ์ที่เกิดขึ้น

2) จะต้องไม่ใช่เป็นเรื่องของการใช้กำลังทหาร

3) จะต้องไม่เป็นการสร้างความรับผิดชอบทางอาญาขึ้นใหม่

4) ประกาศจะต้องไม่กระทบกระเทือนต่อ The Human Rights Act 1998

ระยะเวลาในการประกาศเกี่ยวกับสถานการณ์ฉุกเฉิน หรือการบังคับมาตรการใดๆ จะมีผลบังคับใช้เพียง 30 วันหรือสั้นกว่าเท่านั้น แต่ไม่ห้ามที่จะทำประกาศขึ้นใหม่ และเมื่อประกาศใช้แล้ว ก็จะต้องไปผ่านสภาอีกครั้งหนึ่ง หากว่าภายใน 7 วันสภาไม่ผ่านประกาศเกี่ยวกับสถานการณ์ฉุกเฉินนั้นให้ถือว่าประกาศเกี่ยวกับสถานการณ์ฉุกเฉินนั้นสิ้นสุดบังคับไป

ในส่วนของศาลที่จะมีสิทธิพิจารณาคดีในกรณีที่มีความเสียหายเกิดขึ้นกับประชาชนนั้น เนื่องจากไม่มีกฎหมายกำหนดไว้เป็นพิเศษ ดังนั้น ต้องพิจารณาว่าคดีนั้นก่อให้เกิดความเสียหายในลักษณะใด หากเป็นคดีแพ่งก็จะเข้าสู่การพิจารณาของศาลที่เกี่ยวกับคดีแพ่ง หากเป็นคดีทางอาญาก็ขึ้นสู่ศาลที่เกี่ยวกับคดีอาญาตามปกติ นอกจากนี้ ยังอาจขอรับการเยียวยาจากคณะกรรมการพิจารณาข้อพิพาททางปกครองได้อีกทางหนึ่งด้วย

สำหรับฐานความผิดในการฟ้องร้องรัฐ หรือเจ้าหน้าที่รัฐให้ต้องรับผิดชอบในสถานการณ์ฉุกเฉิน อาจมีการฟ้องร้องตามกฎหมายทั่วไป ซึ่งถือเป็นหลักสากลว่าศาลสามารถเข้ามาควบคุมการกระทำของฝ่ายปกครองได้ แม้ว่าการกระทำของเจ้าหน้าที่รัฐจะได้กระทำตามอำนาจของกฎหมายที่ให้ไว้ก็ตาม แต่เมื่อประชาชนได้รับความเสียหายศาลก็สามารถที่จะเข้ามาเยียวยาให้ได้ นอกจากนี้ ประชาชนยังอาจฟ้องในฐานละเมิดได้ด้วย ไม่ว่าการกระทำนั้นจะกระทำโดยจงใจ หรือประมาทเลินเล่อก็ตาม

สำหรับประเทศสหรัฐอเมริกา การประกาศใช้สถานการณ์ฉุกเฉินแบ่งออกเป็นสองระดับ คือ ในระดับมลรัฐและระดับประเทศ โดยในระดับประเทศนั้นให้อำนาจประธานาธิบดีเป็นผู้ประกาศ และในระดับมลรัฐให้อำนาจผู้ว่าการรัฐเป็นผู้ประกาศตามเงื่อนไขของรัฐธรรมนูญที่แต่ละ

มลรัฐบัญญัติไว้ สถานการณ์ฉุกเฉินนั้นจะมีผลอยู่นานกว่าเหตุการณ์ที่ก่อให้เกิดความไม่สงบได้สิ้นสุดลงหรือโดยคำนึงถึงความปลอดภัยของประชาชนเป็นหลัก แต่มีขรรมนูญในบางรัฐได้กำหนดระยะเวลาในการประกาศใช้ยู่เช่นกันโดยกำหนดให้ต้องมีมติร่วมของสองสภาในการต่อเวลาสถานการณ์ฉุกเฉิน ในส่วนของศาลที่มีอำนาจพิจารณาคดีก็มีการแบ่งออกเป็นสองกรณีเช่นกัน คือ ศาลทหาร และ ศาลยุติธรรมแห่งมลรัฐโดยกฎหมายที่สามารถใช้ในการเรียกร้องความรับผิดชอบในการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าพนักงานในสถานการณ์ฉุกเฉินนั้นคือกฎหมายความรับผิดชอบในทางละเมิดแห่งรัฐบาลกลาง

ในกรณีของประเทศฝรั่งเศส ภายใต้สถานการณ์ฉุกเฉินอำนาจฝ่ายบริหารจะเพิ่มขึ้นมากกว่ากรณีปกติทั่วไปกลายเป็นอำนาจพิเศษที่มีแนวโน้มที่จะกระทำตามอำเภอใจได้โดยง่ายซึ่งอาจส่งผลให้มีการละเมิดสิทธิเสรีภาพ หรือก่อให้เกิดความเสียหายแก่ชีวิต ร่างกาย ทรัพย์สินของประชาชนทั่วไปได้ จากหลักที่ว่าเจ้าหน้าที่ผู้ใดกระทำหรือใช้อำนาจใด ๆ ภายใต้สถานการณ์ฉุกเฉินจะต้องมีผลผูกพันรับผิดชอบในการกระทำหรือใช้อำนาจของตนจะเป็นทางหนึ่งที่ใช้เยียวยาความเสียหายให้แก่ประชาชนได้ การเยียวยาความเสียหายของประชาชนจากการกระทำหรือการใช้อำนาจที่มีขอบของเจ้าหน้าที่ของรัฐในประเทศฝรั่งเศสนั้นจะใช้หลักตามระบบศาลคู่ คือแยกเป็นคดีปกครองก็จะอยู่ในอำนาจของศาลปกครอง แต่ถ้าเป็นคดีแพ่งหรือคดีอาญา แม้ว่าผู้กระทำผิดจะเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐก็ตาม ศาลยุติธรรมก็จะเป็นผู้มีอำนาจในการพิจารณาคดีดังกล่าว

หลักดังกล่าวยังเป็นการป้องกันการกระทำของเจ้าหน้าที่ของรัฐก่อนที่จะก่อให้เกิดความเสียหายได้อีกด้วย จากการที่ผู้ใช้อำนาจต้องพึงตระหนักว่าการใช้อำนาจต้องเป็นไปอย่างระมัดระวังที่สุด และเท่าที่จำเป็นต่อเงื่อนไขของสถานการณ์เท่านั้น

สำหรับประเทศเยอรมันนี้ได้ให้ความหมายของสถานการณ์ฉุกเฉินว่าเป็นเหตุการณ์ผิดปกติหรืออันตราย ตลอดจนเหตุการณ์ความวุ่นวาย การจลาจล การก่อความไม่สงบ และการประกาศสงครามในประเทศซึ่งกฎหมายที่ใช้ยู่ในปัจจุบันคือ German Emergency Acts 1968 ส่วนศาลที่เกี่ยวข้องในสถานการณ์ฉุกเฉิน หากเป็นคดีแพ่งหรือคดีอาญาคือศาลทั่วไป แต่หากเป็นคดีที่เกี่ยวกับความเสียหายอย่างใด ๆ อันเกิดจากการกระทำที่มีขอบของเจ้าหน้าที่รัฐก็สามารถฟ้องศาลปกครองได้

ในส่วนของประเทศมาเลเซียมีกฎหมายที่เกี่ยวข้องคือ Internal Security Act 1960 คือ ศาลยุติธรรมซึ่งสามารถพิจารณาคดีแพ่งและคดีอาญาทุกประเภท การฟ้องละเมิดนั้นอาจเกิดขึ้นจากการกระทำโดยจงใจและประมาทเลินเล่อของเจ้าหน้าที่รัฐ

จะเห็นได้ว่าในแต่ละประเทศที่ได้ศึกษามานั้นจะมีกฎหมายเฉพาะขึ้นมาเพื่อจัดการกับสถานการณ์ฉุกเฉินและมีขอบเขตและความหมายของสถานการณ์ฉุกเฉินค่อนข้างกว้างขวาง

เช่นเดียวกับกฎหมายของประเทศไทย แต่ในการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ของรัฐนั้นจะเห็นชัดเจนว่า ประเทศอังกฤษและประเทศสหรัฐอเมริกาอำนาจจัดการไม่ได้ขึ้นอยู่กับส่วนกลางเท่านั้น แต่ยังเปิดโอกาสให้ส่วนท้องถิ่นมีส่วนร่วมในการจัดการสถานการณ์ฉุกเฉินได้ด้วย และกรณีที่มีการออกมาตราการใดๆ เกี่ยวกับสถานการณ์ฉุกเฉินนั้นไม่ใช่อำนาจของฝ่ายบริหารโดยเด็ดขาด แต่ยังคงได้รับการพิจารณาอย่างรอบคอบจากสภาอีกด้วย เพราะเป็นเรื่องสำคัญที่กระทบต่อสิทธิและสถานะของประชาชน นอกจากนี้ยังไม่มีกฎหมายของประเทศใดๆ ที่จะมีการบัญญัติกฎหมายไว้ล่วงหน้าเพื่อยกเว้นความรับผิดชอบของรัฐเช่นเดียวกับประเทศไทย เพราะประเทศต่าง ๆ ยึดถือในหลักว่าผู้ใดกระทำผิดก็ต้องได้รับโทษ

ส่วนในเรื่องอำนาจของศาลในการพิจารณาคดีที่เกี่ยวกับการใช้อำนาจในสถานการณ์ฉุกเฉินนั้น เมื่อเปรียบเทียบกับกฎหมายของประเทศฝรั่งเศสซึ่งใช้ระบบศาลคู่กันจะพบว่าไม่ได้มีการยกเว้นอำนาจศาลเฉพาะซึ่งมีความชำนาญพิเศษในคดีปกครอง

สำหรับในกรณีปัญหาและผลกระทบจากการบังคับใช้มาตรา 16 และมาตรา 17 แห่งพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉินนั้น คณะผู้วิจัยได้ทำการศึกษาถึงปัญหาและผลกระทบในสามประเด็น กล่าวคือ ผลกระทบจากการออกกฎและคำสั่งทางปกครอง อันกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนตามรัฐธรรมนูญ ผลกระทบต่อการเรียกค่าเสียหายและความรับผิดชอบของรัฐจากการกระทำละเมิดทางปกครอง และผลกระทบต่อเขตอำนาจศาลตามพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉินฯ

ในเรื่องผลกระทบจากการออกกฎและคำสั่งทางปกครองอันกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนตามรัฐธรรมนูญต่อพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉินฯ คณะผู้วิจัยเห็นว่าควรจะได้มีการพิจารณาตรา 4 ของพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ ซึ่งเป็นข้อยกเว้นมิให้พระราชบัญญัติดังกล่าวนำมาใช้บังคับแก่

- 1) รัฐสภาและคณะรัฐมนตรี
- 2) องค์การที่ใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญโดยเฉพาะ
- 3) การพิจารณาของนายกรัฐมนตรีหรือรัฐมนตรีในงานทางนโยบายโดยตรง
- 4) การพิจารณาพิพากษาคดีของศาลและการดำเนินงานของเจ้าหน้าที่ในกระบวนการพิจารณาคดี การบังคับคดี และการวางทรัพย์
- 5) การพิจารณาวินิจฉัยเรื่องร้องทุกข์และการสั่งการตามกฎหมายว่าด้วยคณะกรรมการกฤษฎีกา
- 6) การดำเนินงานเกี่ยวกับนโยบายการต่างประเทศ

7) การดำเนินงานเกี่ยวกับราชการทหารหรือเจ้าหน้าที่ซึ่งปฏิบัติหน้าที่ทางยุทธการร่วมกับทหารในการป้องกันและรักษาความมั่นคงของราชอาณาจักรจากภัยคุกคามทั้งภายนอกและภายในประเทศ

7) การดำเนินงานตามกระบวนการยุติธรรมทางอาญา

8) การดำเนินกิจการขององค์การทางศาสนา

ในการยกเว้นไม่ให้นำบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัตินี้มาใช้บังคับแก่การดำเนินกิจการใด นอกจากที่กำหนดไว้ให้ตราเป็นพระราชกฤษฎีกาตามข้อเสนอของคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง

เห็นได้ว่าพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวไม่ได้นำมาใช้กับคำสั่งทางปกครองในทุก ๆ เรื่องโดยอาจออกเป็นพระราชกฤษฎีกายกเว้นไว้ อย่างไรก็ดี ถึงแม้ว่าในกรณีที่คำสั่งทางปกครองอาจจะกระทบถึงสิทธิของคู่กรณี เจ้าหน้าที่ต้องให้คู่กรณีมีโอกาสที่จะได้ทราบข้อเท็จจริงอย่างเพียงพอ และมีโอกาสได้โต้แย้งและแสดงพยานหลักฐานของตน แต่ในบางกรณีอาจจะมีให้นำมาบังคับใช้ เว้นแต่เจ้าหน้าที่จะเห็นสมควรเป็นอย่างอื่น

นอกจากนี้ การใช้อำนาจรัฐในการออกกฎและคำสั่งทางปกครองตามอำนาจที่มีในพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉินฯ นั้น ได้ก่อให้เกิดผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนตามรัฐธรรมนูญในหลาย ๆ กรณี ได้แก่ สิทธิในการฟ้องหน่วยงานของรัฐ เสรีภาพในการเดินทางและเสรีภาพในการเลือกถิ่นที่อยู่ เสรีภาพในการชุมนุมโดยสงบ เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น เสรีภาพในการประกอบกิจการหรืออาชีพอาชีพ เป็นต้น

ในกรณีการยกเว้นความรับผิดของเจ้าหน้าที่ตามมาตรา 17 ซึ่งได้กำหนดยกเว้นความรับผิดของพนักงานเจ้าหน้าที่ไว้ แต่ไม่ได้ตัดสิทธิผู้ที่ได้รับความเสียหายที่จะเรียกร้องค่าเสียหายจากทางราชการตามกฎหมายว่าด้วยความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ เป็นการบัญญัติกฎหมายที่ไม่ขัดหรือแย้งกับบทบัญญัติรัฐธรรมนูญ เนื่องจากบทบัญญัตินี้ดังกล่าวหาได้เป็นการตัดสิทธิผู้ที่ได้รับความเสียหายที่จะดำเนินการฟ้องหน่วยงานของรัฐเพื่อเรียกร้องค่าเสียหายตามกฎหมายว่าด้วยความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ไม่ อีกทั้งศาลรัฐธรรมนูญได้มีคำวินิจฉัยที่ 12/2541 ว่าพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดไม่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ กล่าวคือรัฐธรรมนูญ มาตรา 62คุ้มครองสิทธิของประชาชนที่จะฟ้องหน่วยงานของรัฐที่เป็นนิติบุคคลเท่านั้น แต่มิได้บัญญัติรับรองไปถึงสิทธิของบุคคลที่จะฟ้องเจ้าหน้าที่ของหน่วยงานของรัฐซึ่งเป็นบุคคลธรรมดาด้วย ดังนั้น การที่มาตรา 17 ได้กำหนดสิทธิผู้เสียหายที่จะฟ้องหน่วยงานของรัฐตามพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดบทบัญญัติในตามมาตรา 5 วรรคหนึ่งจึงเป็นการบัญญัติกฎหมายรับรองสิทธิของบุคคลที่สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ มาตรา 62

นอกจากนั้นแล้วในปัญหาผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญนั้น คณะผู้วิจัยได้ศึกษาไปถึงการใช้อำนาจของพนักงานเจ้าหน้าที่ในมาตรา 9 มาตรา 11 และมาตรา 12 โดยมีประเด็นดังนี้

1) การใช้อำนาจของพนักงานเจ้าหน้าที่ตามมาตรา 9

(1) การห้ามบุคคลออกนอกเคหสถานภายในระยะเวลาที่กำหนด มีผลกระทบต่อรัฐธรรมนูญในมาตรา 36 เรื่องเกี่ยวกับเสรีภาพในการเดินทางและเสรีภาพในการเลือกถิ่นที่อยู่ภายในราชอาณาจักรของประชาชน

(2) การห้ามมิให้มีการชุมนุม หรือมั่วสุม ณ ที่ใดๆ หรือกระทำการใดอันเป็นการยุยงให้เกิดความไม่สงบเรียบร้อยนั้น มีผลกระทบต่อรัฐธรรมนูญในมาตรา 44 เรื่องที่เกี่ยวกับเสรีภาพในการชุมนุมโดยสงบและเป็นการชุมนุมโดยปราศจากอาวุธของประชาชน

(3) การห้ามการเสนอข่าว การจำหน่าย หรือทำให้แพร่หลายซึ่งหนังสือ สิ่งพิมพ์ หรือสื่ออื่นใดอาจกระทบต่อรัฐธรรมนูญในมาตรา 39 ในเรื่องเกี่ยวกับเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นการพูด การเขียน การพิมพ์ การโฆษณา และการสื่อสารของประชาชน และมาตรา 50 ในเรื่องเกี่ยวกับเสรีภาพในการประกอบกิจการหรืออาชีพ

(4) ห้ามการใช้เส้นทางคมนาคม หรือการใช้นยานพาหนะ หรือกำหนดเงื่อนไขในการใช้เส้นทางคมนาคม หรือการใช้นยานพาหนะมีผลกระทบต่อรัฐธรรมนูญในมาตรา 36 เรื่องเกี่ยวกับเสรีภาพในการเดินทาง และมาตรา 48 เกี่ยวกับสิทธิของบุคคลในทรัพย์สินได้ อาทิ การเดินทางสัญจรของประชาชน หรือ แม้แต่การประกอบอาชีพขับรถรับจ้าง

(5) ห้ามการใช้อาคาร หรือเข้าไป หรือ อยู่ในสถานที่ใดๆ มีผลกระทบต่อบทบัญญัติรัฐธรรมนูญในมาตรา 35 เกี่ยวกับเสรีภาพในเคหสถาน และมาตรา 48 เรื่องสิทธิของบุคคลในทรัพย์สิน

(6) ให้อพยพประชาชนออกจากพื้นที่ หรือห้ามเข้าไปในสถานที่ที่กำหนดอาจมีผลกระทบต่อรัฐธรรมนูญในมาตรา 35 เกี่ยวกับเสรีภาพในเคหสถาน มาตรา 36 เสรีภาพในการเดินทางและเสรีภาพในการเลือกถิ่นที่อยู่ และมาตรา 48 เกี่ยวกับสิทธิของบุคคลในทรัพย์สินได้

แต่อย่างไรก็ตาม หากพิจารณาจากบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญแล้ว คณะผู้วิจัยเห็นว่าการออกข้อกำหนดในมาตรา 9 นั้นสามารถกระทำได้ ถึงแม้ว่าจะกระทบต่อกับสิทธิและเสรีภาพของประชาชนไปบ้างก็ตาม ซึ่งคณะผู้วิจัยเห็นว่าการออกข้อกำหนดดังกล่าวเข้าข่ายยกเว้นที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ ที่ให้กระทำได้โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะ อีกทั้งเป็นการใช้อำนาจตามกฎหมายเพื่อความมั่นคงของรัฐ หรือความมั่นคงทางเศรษฐกิจของประเทศ หรือความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดี หรือสวัสดิภาพของประชาชนหรือสวัสดิภาพของผู้เยาว์

2) การใช้อำนาจของพนักงานเจ้าหน้าที่ตามมาตรา 11 และมาตรา 12

(1) การจับกุมและควบคุมตัวบุคคลที่สงสัยว่าเป็นผู้ร่วมกระทำการ ผู้ใช้ ผู้โฆษณา หรือผู้สนับสนุนให้เกิดสถานการณ์ฉุกเฉินอาจมีผลกระทบต่อรัฐธรรมนูญในมาตรา 31 ซึ่งเกี่ยวกับเสรีภาพในชีวิตร่างกาย และมาตรา 237 เกี่ยวกับการจับกุมคุมขังบุคคล ซึ่งรัฐธรรมนูญได้กำหนดไว้ในเรื่องจับกุมคุมขังบุคคลโดยจะต้องนำตัวไปศาลภายใน 48 ชั่วโมง ซึ่งการควบคุมตัวบุคคลใดๆ ไว้และไม่ได้นำตัวบุคคลนั้นไปศาลภายใน 48 ชั่วโมง การกระทำเช่นว่านั้นย่อมเป็นการกระทำที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญและกระทำมิได้ เว้นแต่การจับกุมคุมขังบุคคลดังกล่าวจะได้กระทำโดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายซึ่งเป็นข้อยกเว้นมาตรา 31 วรรคสามตอนท้าย หรือมีเหตุจำเป็นอย่างอื่นตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ตามมาตรา 237 วรรคหนึ่งตอนท้าย

ในกรณีนี้หากพิจารณาจากพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉินฯ แล้วพบว่าพระราชกำหนดฉบับนี้เป็นบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ได้ให้อำนาจไว้โดยเฉพาะ และการควบคุมตัวบุคคลไว้เกินกว่า 48 ชั่วโมงนั้นนับได้ว่าเป็นกรณีที่มีเหตุจำเป็นอย่างอื่นตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ ซึ่งหมายถึงมีเหตุจำเป็นอย่างอื่นเพื่อความมั่นคงปลอดภัยของประเทศในสถานการณ์ฉุกเฉิน ดังนั้น การใช้อำนาจของพนักงานเจ้าหน้าที่ตามมาตรา 11(1) ประกอบกับมาตรา 12 จึงสามารถกระทำได้และไม่ขัดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ

(2) การออกคำสั่งเรียกให้บุคคลใดมารายงานตัว หรือให้ถ้อยคำ หรือส่งมอบเอกสาร หรือหลักฐานที่เกี่ยวข้องกับสถานการณ์ฉุกเฉินมีผลกระทบต่อรัฐธรรมนูญในมาตรา 32 เกี่ยวกับการรับโทษทางอาญา และมาตรา 33 เกี่ยวกับการสันนิษฐานไว้ก่อนว่ายังไม่เป็นผู้กระทำความผิดจนกว่าศาลจะมีคำพิพากษาถึงที่สุด แต่อย่างไรก็ตาม การออกคำสั่งเรียกให้บุคคลใดมารายงานตัวต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ก็สามารถที่กระทำได้ตามอำนาจแห่งพระราชกำหนด เพื่อประโยชน์ในการป้องกันภัยพิบัติหรือการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉิน

(3) การออกคำสั่งยึด หรืออายัดอาวุธ สินค้า เครื่องอุปโภค บริโภค เคมีภัณฑ์ หรือวัตถุอื่นใด มีผลกระทบต่อบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญ ในมาตรา 37 เกี่ยวกับเสรีภาพในการสื่อสารถึงกัน มาตรา 48 เกี่ยวกับสิทธิของบุคคลในทรัพย์สิน และมาตรา 50 เกี่ยวกับเสรีภาพในการประกอบกิจการหรือการประกอบอาชีพ

(4) การออกคำสั่งตรวจ รื้อ ถอน หรือทำลาย อาคาร หรือสิ่งปลูกสร้าง หรือสิ่งกีดขวางตามความจำเป็นมีผลกระทบต่อบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญในมาตรา 35 เกี่ยวกับเสรีภาพในเคหสถาน และมาตรา 48 เกี่ยวกับสิทธิของบุคคลในทรัพย์สิน

(5) การออกคำสั่งตรวจสอบจดหมาย หนังสือ สิ่งพิมพ์ โทรเลข โทรศัพท์ หรือการสื่อสารด้วยวิธีการอื่นใด ย่อมมีผลกระทบต่อความชอบรัฐธรรมนูญในมาตรา 37 เกี่ยวกับเสรีภาพในการสื่อสารถึงกัน

(6) การประกาศห้ามมิให้กระทำการใดๆ หรือสั่งให้กระทำการใดๆ อาจมีผลกระทบต่อรัฐธรรมนูญในเรื่องต่างๆ ได้เช่นกัน อาทิ ตามมาตรา 4 มาตรา 26 และ มาตรา 27 อันเป็นบทบัญญัติรับรองสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานซึ่งรัฐต้องคำนึงถึงถึงมาตรา 35 ซึ่งเป็นเรื่องเกี่ยวกับเสรีภาพในเคหสถาน มาตรา 37 เกี่ยวกับเสรีภาพในการสื่อสารถึงกันและ มาตรา 50 เกี่ยวกับเสรีภาพในการประกอบกิจการหรือการประกอบอาชีพ

(7) การออกคำสั่งห้ามมิให้ผู้ใดออกไปนอกราชอาณาจักร มีผลกระทบต่อรัฐธรรมนูญในมาตรา 36 เกี่ยวกับเสรีภาพในการเดินทาง และมาตรา 50 เกี่ยวกับเสรีภาพในการประกอบกิจการหรือการประกอบอาชีพ

(8) การประกาศให้การซื้อ ขาย ใช้ หรือมีไว้ในครอบครองซึ่งอาวุธ สินค้า เวชภัณฑ์ เครื่องอุปโภค บริโภค เคมีภัณฑ์ต้องได้รับอนุญาตมีผลกระทบต่อบทบัญญัติรัฐธรรมนูญ และ มาตรา 48 เกี่ยวกับสิทธิของบุคคลในทรัพย์สิน และมาตรา 50 เสรีภาพในการประกอบกิจการหรือการประกอบอาชีพ

แต่อย่างไรก็ตาม หากพิจารณาบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญแล้ว คณะผู้วิจัยเห็นว่าการออกข้อกำหนดในมาตรา 11 นั้นสามารถกระทำได้ เนื่องจากการออกข้อกำหนดดังกล่าวเข้าข่ายยกเว้นที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญที่ให้กระทำได้โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะ อีกทั้งเป็นการใช้อำนาจตามกฎหมายเพื่อความมั่นคงของรัฐ หรือความมั่นคงทางเศรษฐกิจของประเทศ

ส่วนปัญหาการเรียกค่าเสียหายจากการกระทำละเมิดทางปกครองนั้น ไม่ว่าพนักงานเจ้าหน้าที่จะได้ปฏิบัติหน้าที่ในการระงับหรือป้องกันการกระทำผิดกฎหมายโดยเป็นไปตามเงื่อนไขของกฎหมายที่ได้กำหนดไว้ในมาตรา 17 แห่งพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉินฯหรือไม่ก็ตาม หากการกระทำของเจ้าหน้าที่เป็นละเมิดทางปกครองแล้ว หน่วยงานของรัฐต้องรับผิดชอบผู้เสียหายในผลแห่งละเมิดที่เจ้าหน้าที่ของรัฐได้กระทำในการปฏิบัติหน้าที่โดยผู้เสียหายย่อมใช้สิทธิในการฟ้องหน่วยงานของรัฐให้ต้องรับผิดชอบได้โดยตรง แต่ผู้เสียหายหาอาจฟ้องเจ้าหน้าที่ได้ไม่ ดังนั้น บทบัญญัติในมาตรา 17 จึงหาได้เป็นบทบัญญัติกฎหมายที่มีผลกระทบต่อสิทธิของผู้เสียหายที่จะได้รับความคุ้มครองหรือเยียวยาในความเสียหายที่เกิดจากการใช้อำนาจรัฐไม่

แต่อย่างไรก็ตาม เมื่อหน่วยงานของรัฐได้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนไปแล้ว และการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ของรัฐได้กระทำโดยสุจริต ไม่เลือกปฏิบัติและไม่เกินสมควรแก่เหตุหรือไม่เกินกว่ากรณีจำเป็นแล้ว ถึงแม้ว่าจะเกิดความเสียหายขึ้นก็ตาม แต่การกระทำดังกล่าวก็ถือได้ว่าผลแห่งความเสียหายดังกล่าวหาได้เกิดขึ้นจากการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงไม่ หน่วยงานของรัฐจึงไม่อาจใช้สิทธิไล่เบี้ยในความเสียหายที่เกิดขึ้นจากเจ้าหน้าที่ได้ เจ้าหน้าที่ของรัฐจึงไม่ต้องรับผิดชอบทางแพ่งตามนัยมาตรา 17 แห่งพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉินฯ

แต่ถ้าหากเจ้าหน้าที่ของรัฐได้ปฏิบัติหน้าที่ไปโดยไม่สุจริต หรือเลือกปฏิบัติหรือเกินสมควรแก่เหตุหรือเกินกว่ากรณีจำเป็นแล้ว ย่อมเป็นการปฏิบัติหน้าที่ไปด้วยความจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง หน่วยงานของรัฐย่อมใช้สิทธิไล่เบี้ยเพื่อเรียกค่าสินไหมทดแทนจากเจ้าหน้าที่ของรัฐผู้นั้นได้ เจ้าหน้าที่ของรัฐจึงต้องรับผิดชอบทางแพ่งตามนัยมาตรา 17 แห่งพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉินฯ

ปัญหาดังกล่าวจากการศึกษาเปรียบเทียบกับกฎหมายของต่างประเทศพบว่าปัญหาความรับผิดของเจ้าหน้าที่ของรัฐตามพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉินฯ นั้นมีความสอดคล้องกับหลักเกณฑ์ในปัญหาความรับผิดของรัฐของประเทศอังกฤษและประเทศฝรั่งเศส ถึงแม้ว่าการปฏิบัติงานของเจ้าหน้าที่จะมีกฎหมายให้อำนาจไว้ก็ตาม แต่ถ้าหากเจ้าหน้าที่ของรัฐไม่ได้ปฏิบัติตามเจตนารมณ์ของกฎหมายเท่ากับการใช้อำนาจโดยมิชอบหากการกระทำของฝ่ายปกครองเกิดจากการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อจนเกิดความเสียหายแล้ว ผู้เสียหายก็มีอำนาจฟ้องรัฐต้องรับผิดได้ ดังนั้น มาตรา 17 แห่งพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉินฯ จึงเป็นบทบัญญัติกฎหมายที่คุ้มครองสิทธิผู้เสียหายให้ได้รับการคุ้มครองและเยียวยาเพื่อความเสียหายที่เกิดขึ้นโดยฟ้องหน่วยงานของรัฐให้ต้องรับผิดได้

ในขณะที่กฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกาไม่ได้กำหนดข้อยกเว้นความรับผิดของเจ้าหน้าที่ของรัฐไว้อย่างที่กำหนดไว้ในมาตรา 17 แห่งพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉินฯ อีกทั้งความรับผิดของเจ้าหน้าที่ของรัฐนั้น กฎหมายของประเทศอังกฤษกำหนดให้เจ้าหน้าที่ของรัฐต้องรับผิดเป็นการส่วนตัวเพื่อความเสียหายที่เกิดขึ้นในการปฏิบัติหน้าที่ โดยจะปฏิเสธความรับผิด โดยอ้างว่าเป็นความเสียหายเกิดขึ้นในขณะที่ได้ปฏิบัติหน้าที่มิได้ซึ่งแตกต่างจากกฎหมายของประเทศเยอรมันนีที่กำหนดให้รัฐต้องรับผิดจากการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ของรัฐ โดยหน่วยงานของรัฐสามารถฟ้องไล่เบี้ยภายหลังได้ ในขณะที่กฎหมายของประเทศฝรั่งเศสกำหนดให้เจ้าหน้าที่ของรัฐต้องรับผิดชอบและชดใช้ค่าเสียหายให้แก่ผู้ที่ได้รับความเสียหายจากการกระทำของฝ่ายปกครอง ซึ่งเป็นการกำหนดสิทธิไล่เบี้ยในลักษณะสอดคล้อง

กับมาตรา 8 แห่งพระราชบัญญัติความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ฯ นอกจากนั้นกฎหมายของประเทศไทยยังกำหนดให้เจ้าหน้าที่ของรัฐต้องรับผิดชอบเป็นการส่วนตัวโดยจะอ้างว่าเป็นการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ไม่ได้

มาตรา 17 แห่งพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉินฯ นั้นจึงเป็นบทบัญญัติกฎหมายที่ได้กำหนดการคุ้มครองเจ้าหน้าที่ของรัฐผู้ปฏิบัติงานได้ดีกว่ากฎหมายต่างประเทศในระบบศาลเดียว อีกทั้งยังคุ้มครองสิทธิของผู้เสียหายได้เป็นอย่างดีโดยบทบัญญัติดังกล่าวหาได้เป็นการตัดสิทธิผู้เสียหายที่จะได้รับความคุ้มครองจากรัฐไม่

ส่วนปัญหาความรับผิดชอบของรัฐตามพระราชบัญญัติค่าตอบแทนผู้เสียหายและค่าทดแทนและค่าใช้จ่ายแก่จำเลยในคดีอาญาฯ

กรณีของผู้เสียหาย ในเรื่องของการจ่ายค่าตอบแทนผู้เสียหายในคดีอาญานั้น ความผิดที่บุคคลอื่นได้ก่อให้เกิดขึ้นต่อผู้เสียหายนั้น ต้องเป็นความผิดที่กระทำต่อผู้เสียหายในความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา ภาค 2 ภาคความผิด ซึ่งการปฏิบัติหน้าที่ของพนักงานเจ้าหน้าที่ในเรื่องเกี่ยวกับการระงับหรือป้องกันการกระทำผิดกฎหมายนั้น ควรจะเป็นความผิดในส่วนที่เกี่ยวข้องกับลักษณะ 10 ในหมวดที่ 1 ความผิดต่อชีวิตและหมวดที่ 2 ความผิดต่อร่างกาย และหมวดที่ 3 ความผิดฐานทำให้แท้งลูก

แต่อย่างไรก็ตาม ในส่วนความผิดเกี่ยวกับเพศนั้น หากในส่วนการใช้อำนาจหรือการปฏิบัติหน้าที่ของพนักงานเจ้าหน้าที่ตามพระราชกำหนดไม่ กล่าวคือ พนักงานเจ้าหน้าที่นั้นก็จะต้องรับผิดชอบเป็นส่วนตัวในความผิดที่เกิดขึ้น แต่ฝ่ายผู้เสียหายนั้นๆ ก็ย่อมมีสิทธิได้รับความคุ้มครองตามพระราชบัญญัติฉบับนี้ได้เช่นเดิม

ส่วนกรณีจำเลยในคดีอาญา กรณีที่ปรากฏตามคำพิพากษาถึงที่สุดในคดีนั้นว่าข้อเท็จจริงฟังเป็นยุติว่าจำเลยมิได้เป็นผู้กระทำความผิดแล้วนั้น คำพิพากษายกฟ้องในคดีอาญาดังกล่าวนั้นมีอยู่สองนัย ดังนี้ 1) ศาลยกฟ้องเพราะจำเลยมิได้กระทำความผิดใดๆ และ 2) ศาลยกฟ้อง เพราะพยานหลักฐานในคดี หรือกรณีมีเหตุอันควรสงสัยว่าจำเลยได้มีการกระทำความผิดตามฟ้องหรือไม่ ดังนั้น การที่ศาลมีคำพิพากษายกฟ้อง เนื่องจากพยานหลักฐานในคดี หรือในกรณีที่ศาลยังมีเหตุอันควรสงสัยว่าจำเลยได้กระทำความผิดตามคำฟ้องหรือไม่ การขอรับความคุ้มครองชดเชยในส่วนที่เกี่ยวกับค่าทดแทน ค่าใช้จ่าย จึงไม่ควรที่จะได้รับจากรัฐ

ในกรณีที่พนักงานเจ้าหน้าที่ได้ทำการการจับกุมและควบคุมตัวบุคคล หากข้อเท็จจริงปรากฏว่าภายหลังไม่มีการฟ้องคดีอาญาต่อศาล บุคคลดังกล่าวก็ได้สูญเสียอิสรภาพและได้รับความเสียหายจากกระบวนการยุติธรรมจากภาครัฐแล้ว แต่ความเสียหายที่เกิดขึ้นดังกล่าว ก็ไม่เข้าเงื่อนไขตามมาตรา 20 ที่จะขอรับความคุ้มครองในรูปแบบของค่าทดแทนและค่าใช้จ่ายได้

ส่วนในปัญหาเขตอำนาจศาลเกี่ยวกับการยกเว้นการใช้อำนาจศาลปกครองต่อการตรวจสอบการใช้อำนาจและการปฏิบัติงานของพนักงานเจ้าหน้าที่ตามมาตรา 16 บทบัญญัติดังกล่าวนั้นหากพิจารณาเขตอำนาจศาลตามรัฐธรรมนูญ ในเรื่องที่เกี่ยวข้องกับมาตรา 16 นั้นเกี่ยวข้องกับเขตอำนาจศาลดังนี้ 1) อำนาจศาลยุติธรรม ตามมาตรา 271 และ 2) อำนาจศาลปกครองตามมาตรา 276 กรณีดังกล่าว เมื่อรัฐธรรมนูญได้กำหนดให้ศาลยุติธรรมมีอำนาจในการพิจารณาพิพากษาคดีทั้งปวงแล้ว อีกทั้งเมื่อพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉินฯ ยกเว้นการใช้อำนาจตรวจสอบของศาลปกครองเหนือการใช้อำนาจรัฐแล้ว ศาลยุติธรรมย่อมมีเขตอำนาจในการตรวจสอบต่อการใช้อำนาจปกครองของรัฐได้ อีกทั้งมาตรา 16 ก็หาได้เป็นบทบัญญัติที่ขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญไม่ เนื่องจากบทบัญญัตินี้ดังกล่าวหาได้เป็นการตัดสิทธิผู้ที่ได้รับความเสียหายที่จะดำเนินการฟ้องหน่วยงานของรัฐไม่ ถึงแม้ว่าพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉินฯ จะยกเว้นการใช้อำนาจศาลปกครองก็ตาม แต่ผู้เสียหายก็อาจฟ้องที่ศาลยุติธรรมได้

นอกจากนั้น ศาลรัฐธรรมนูญเคยมีคำวินิจฉัยในปัญหาการตัดเขตอำนาจศาลปกครองไว้ในคดีที่ 33/2544 ว่าพระราชกำหนดการบริหารสินทรัพย์ไทย มาตรา 11 มีเนื้อหาไม่ให้นำเอากฎหมายว่าด้วยการจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาความปกครองมาใช้บังคับแก่การดำเนินการบริหารสินทรัพย์ด้วยคุณภาพของ บสท นั้น บทบัญญัตินี้ดังกล่าวไม่ขัดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ มาตรา 276 ว่าด้วยเขตอำนาจของศาลปกครอง ซึ่งหากคำวินิจฉัยดังกล่าวสามารถนำมาเทียบเคียงได้ว่าพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉินฯ มาตรา 16 ได้โดยชัดเจนว่าบทบัญญัตินี้ดังกล่าวไม่เป็นการขัดต่อรัฐธรรมนูญแต่อย่างใด แต่คดีปกครองนั้นให้อยู่ในเขตอำนาจของศาลยุติธรรมจะเป็นการเหมาะสมหรือไม่อย่างไรนั้น คณะผู้วิจัยจึงได้ทำการศึกษาในเชิงเปรียบเทียบโดยสรุปได้ว่าประเทศฝรั่งเศสและประเทศเยอรมนีนั้นได้มีตัวบทกฎหมายอย่างชัดเจนว่าแม้ประเทศจะตกอยู่ในสถานการณ์ฉุกเฉิน ถ้าพนักงานเจ้าหน้าที่ได้กระทำการใดๆ อันส่งผลเป็นการกระทำละเมิดต่อประชาชนของตน ถ้าการกระทำดังกล่าวถูกจัดเป็นคดีแพ่งหรือคดีอาญา การนั้นจะถูกพิจารณาดำเนินคดีที่ศาลยุติธรรม แต่หากการกระทำดังกล่าวได้ถูกจัดเป็นคดีปกครองการดำเนินการพิจารณาคดีจะถูกวินิจฉัยชี้ขาดโดยศาลปกครอง

นอกจากนี้การที่มาตรา 16 แห่งพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉินฯ ได้กำหนดให้มีการยกเว้นการใช้อำนาจศาลปกครองต่อกรณีการตรวจสอบการใช้อำนาจเหนือการออกข้อกำหนด ประกาศ คำสั่ง หรือแม้แต่การกระทำตามพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉินฯ นี้แล้วยังเป็นการยกเว้นการใช้อำนาจของศาลปกครองที่จะทำการตรวจสอบ

เหนือคดีละเมิดทางปกครองที่เกิดขึ้นจากการใช้อำนาจปกครองของหน่วยงานของรัฐและเจ้าหน้าที่ของรัฐด้วยเช่นกัน

ดังนั้นการที่พระราชกำหนดฯ มีบทบัญญัติยกเว้นมิให้ศาลปกครองมีอำนาจในการพิจารณาคดีโดยได้มีการตีความมาตรา 271 แห่งรัฐธรรมนูญให้ศาลยุติธรรมเป็นองค์กรที่มีอำนาจในการพิจารณาคดีในสถานการณ์ฉุกเฉินนั้นสามารถกระทำได้โดยไม่ถือว่าขัดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ แต่ถ้าหากวิเคราะห์ถึงเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญที่มุ่งหวังจะให้ประเทศไทยเป็นประเทศที่ใช้ระบบศาลคู่ (dual court system) โดยให้ศาลปกครองเป็นองค์กรที่มีอำนาจในการพิจารณาคดีทางปกครองนั้นอาจจะไม่สอดคล้องกับการที่ให้ศาลยุติธรรมเป็นองค์กรที่มีอำนาจในการพิจารณาคดีทางปกครองในสถานการณ์ฉุกเฉินตามพระราชกำหนดฯ ฉบับนี้ซึ่งหลังจากที่ได้ทำการศึกษาเปรียบเทียบกับประเทศอื่นๆ ที่ใช้ระบบศาลคู่เช่นเดียวกับประเทศไทยแล้ว จะเห็นได้ว่าประเทศฝรั่งเศสซึ่งเป็นประเทศที่มีระบบศาลใกล้เคียงกับประเทศไทยยังคงให้ศาลปกครองเป็นองค์กรที่มีอำนาจพิจารณาคดีทางปกครองแม้ในขณะสถานการณ์ฉุกเฉิน หากแต่การพิจารณาคดีดังกล่าวได้มีการกำหนดระยะเวลาไว้โดยจะใช้วิธีพิจารณาคดีเช่นเดียวกับคดีสามัญมิได้เนื่องจากต้องการความรวดเร็วในสถานการณ์ฉุกเฉิน

ในกรณีของประเทศไทย ประเด็นที่ควรพิจารณาคือเราจะเปลี่ยนไปใช้ระบบของประเทศฝรั่งเศสคือการที่ให้ศาลปกครองยังคงเป็นองค์กรที่มีอำนาจในการพิจารณาคดีทางปกครองในสถานการณ์ฉุกเฉินโดยมีกระบวนการพิจารณาคดีเป็นพิเศษเพื่อให้สอดคล้องกับสถานการณ์ฉุกเฉินหรือหากจะยกเว้นอำนาจในการพิจารณาคดีของศาลปกครองก็ควรจะต้องพิจารณาว่าในสถานการณ์ฉุกเฉินนั้นมีความจำเป็นอย่างไรที่จะตัดอำนาจของศาลปกครองและการกระทำได้กล่าวนั้นมีความเหมาะสมหรือไม่

5.2 ข้อเสนอแนะ

ถึงแม้ว่าในปีพ.ศ. 2545 เคยมีพระราชกำหนดบรรษัทบริหารสินทรัพย์ไทยที่ได้กำหนดไว้มิให้นำกฎหมายว่าด้วยการจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครองมาใช้บังคับแก่การดำเนินการเกี่ยวกับการบริหารสินทรัพย์ด้วยคุณภาพของบรรษัทบริหารสินทรัพย์ไทย (บสท.) แต่เป็นที่เข้าใจได้ว่าข้อพิพาทของ บสท. นั้นมีแนวโน้มไปในทางธุรกิจการค้าและการเงิน ทั้งนี้เป็นไปตามแนวคำวินิจฉัยที่ 33/2544 ของศาลรัฐธรรมนูญซึ่งถือว่ามีความแตกต่างไปจากกรณีของพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉินฯ อันเป็นเรื่องของการใช้อำนาจรัฐในลักษณะที่อาจจะกระทบกระเทือนต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนซึ่งถือเป็นเรื่องทางปกครอง

ดังนั้น เมื่อพิจารณาจากเหตุผลข้างต้น คณะผู้วิจัยจึงขอเสนอแนวทางในการเรียกค่าเสียหายในคดีปกครองสองประการดังนี้

ประการแรก แก้ไขหรือยกเลิกข้อความในมาตรา 16 ที่บัญญัติว่า “ข้อกำหนดก็ดี ประกาศก็ดี คำสั่งก็ดี หรือแม้แต่การกระทำตามพระราชกำหนดนี้ไม่อยู่ในบังคับของกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองและกฎหมายว่าด้วยการจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง” โดยให้ศาลปกครองยังคงเป็นองค์กรที่มีอำนาจพิจารณาคดีที่เกี่ยวข้องกับการปฏิบัติตามพระราชกำหนดนี้สืบเนื่องมาจากเหตุผลดังนี้

(1) เรื่องของอำนาจองค์กรที่มีหน้าที่ในการพิจารณาพิพากษาความเสียหายนั้นเอกชนไม่อาจฟ้องขอให้ศาลพิพากษาว่าการกระทำทางปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมายได้โดยตรง เช่น ไม่อาจฟ้องขอให้ศาลพิพากษาว่ากฎหมายลำดับรองฉบับใดฉบับหนึ่งซึ่งการฝ่าฝืนเป็นความผิดอาญา ไม่ชอบด้วยกฎหมาย เพราะมีข้อความขัดหรือแย้งต่อพระราชบัญญัติที่เป็นกฎหมายแม่บทหรือต่อรัฐธรรมนูญ แต่ต้องรอให้ตนเองถูกฟ้องเป็นจำเลยในข้อหาว่าฝ่าฝืนกฎหมายลำดับรองนั้นเสียก่อนจึงสามารถต่อสู้ว่ากฎหมายลำดับรองนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย การที่ตนฝ่าฝืนจึงไม่มีความผิดทางอาญา ในความเป็นจริงอาจมีกฎหมายลำดับรองที่ออกมาโดยมิชอบด้วยกฎหมายแต่ยังมีผลใช้บังคับอยู่ เพราะศาลยุติธรรมไม่มีโอกาสตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายเลย

และแม้ว่าศาลยุติธรรมจะพิพากษาว่ากฎหมายลำดับรองนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย ศาลยุติธรรมก็มิได้มีอำนาจเพิกถอนกฎหมายลำดับรอง คงมีแต่อำนาจปฏิเสธที่จะนำกฎหมายลำดับรองนั้นมาบังคับใช้แก่คดีที่ตนกำลังพิจารณาอยู่เท่านั้น ทำให้กฎหมายลำดับรองนั้นยังมีผลบังคับอยู่และฝ่ายปกครองก็อาจใช้กฎหมายลำดับรองนั้นบังคับใช้แก่เอกชนคนอื่นๆต่อไป

(2) กระบวนวิธีพิจารณาคดีของศาลปกครองที่ใช้ระบบไต่สวนย่อมจะเป็นการเอื้อประโยชน์ต่อประชาชนที่อาจได้รับความเสียหายจากกฎ คำสั่งทางปกครองหรือการปฏิบัติงานของเจ้าหน้าที่ หากให้ศาลยุติธรรมมีอำนาจในการพิจารณาวินิจฉัยคดีนั้น กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งเป็นกฎหมายที่ตราขึ้นเพื่อใช้ในการพิจารณาวินิจฉัยคดีที่เอกชนเป็นคู่ความระหว่างกัน และกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเป็นกฎหมายที่ตราขึ้นเพื่อใช้ในการแสวงหาตัวผู้กระทำความผิดอาญามาลงโทษนั้น มีความยุ่งยากและสลับซับซ้อน นอกจากทำให้เสียเวลาแล้ว ยังทำให้คู่ความต้องเสียค่าใช้จ่ายสูงซึ่งไม่เหมาะแก่การที่จะนำมาใช้ในการพิจารณาวินิจฉัยชี้ขาดว่าการกระทำทางปกครองชอบหรือมิชอบด้วยกฎหมายอันต้องการความ รวดเร็วและประหยัด โดยเฉพาะการแสวงหาความจริงในกฎหมายวิธีพิจารณาความทั้งสองฉบับ ดังกล่าวเน้นหนักไปในทางระบบกล่าวหาซึ่งหลักการการพิสูจน์ให้ตกอยู่แก่คู่ความฝ่ายที่กล่าวอ้างข้อเท็จจริงบนทอนกำลังใจของฝ่ายเอกชน

ที่จะเสนอปัญหาให้ศาลวินิจฉัยชี้ขาดว่าการกระทำทาง ปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมาย ทั้งนี้เพราะ โดยปกติแล้ว ฝ่ายปกครองมักจะเป็นผู้ครอบครองพยานหลักฐานที่จะใช้พิสูจน์ความจริง

(3) โดยที่ตุลาการศาลปกครองย่อมจะมีความเชี่ยวชาญในคดีลักษณะนี้ อีกทั้ง ยังเป็นผู้ที่มีความรู้ความเข้าใจในปรัชญาของกฎหมายมหาชน อันจะทำให้คำพิพากษาของ ศาลปกครองกลายเป็นบรรทัดฐานของการกระทำทางปกครองต่อไป ส่วนผู้พิพากษาศาลยุติธรรม ได้รับการอบรมให้มีความรู้ ความชำนาญในกฎหมายแพ่งและกฎหมายอาญาเท่านั้น ซึ่งอาจจะ ไม่นักในกฎหมายมหาชนซึ่งถือเป็นกฎหมายที่ใช้บังคับเกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่าง ฝ่ายปกครองกับเอกชนโดยเฉพาะ นอกจากนี้ ผู้พิพากษายังอาจจะไม่เคยมีประสบการณ์เกี่ยวกับการบริหารรัฐกิจจึงอาจใช้และตีความกฎหมายเฉพาะต่าง ๆ โดยคำนึงถึงแต่ความจำเป็นของ ฝ่ายปกครองจนสิทธิเสรีภาพและประโยชน์อันชอบธรรมของเอกชนไม่ได้รับความคุ้มครอง อย่างเพียงพอ หรือในทางกลับกัน คำนึงถึงแต่สิทธิเสรีภาพและประโยชน์อันชอบธรรมของเอกชน จนกลายเป็นอุปสรรคต่อการจัดทำบริการสาธารณะก็ได้

อย่างไรก็ตาม ศาลยุติธรรมยังคงมีอำนาจในการพิจารณาคดีทางอาญาในส่วนที่เกี่ยวข้อง กับเจ้าหน้าที่ของรัฐ หรือคดีแพ่งที่ไม่ต้องด้วยองค์ประกอบในการฟ้องร้องต่อศาลปกครอง เช่น คดีละเมิดอันเกิดมาจากการใช้อำนาจตามกฎหมาย หรือจากกฎ คำสั่งทางปกครอง หรือคำสั่งอื่น หรือจากการละเลยต่อ หน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติหรือปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวล่าช้า เกินสมควร

(4) จากการศึกษาแนวทางของประเทศต่างๆ โดยเฉพาะประเทศฝรั่งเศสซึ่งเป็นประเทศที่ได้ วางหลักว่าในบางสถานการณ์ เจ้าหน้าที่อาจจำเป็นต้องมีมาตรการพิเศษเพื่อใช้ในการแก้ปัญหา ซึ่งอาจมีการกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนมากกว่าในสถานการณ์ปกติซึ่งไม่ขัดต่อ หลักความชอบด้วยกฎหมายและการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพ

อย่างไรก็ตามการประกาศใช้อำนาจพิเศษของประธานาธิบดีนั้น ศาลปกครองไม่สามารถ เข้าไปตรวจสอบได้ แต่มาตรการต่างๆที่ใช้ในขณะที่มีสถานการณ์พิเศษ ศาลปกครองย่อมมีอำนาจ ตรวจสอบหากมาตรการนั้นเป็นกฎหรือคำสั่งทางปกครองซึ่งศาลปกครองเคยวางหลักในคดี Dame Lamotte เนื่องมาจากรัฐสภาได้ออกรัฐบัญญัติลงวันที่ 23 พฤษภาคม ค.ศ. 1943 มีใจความว่า ผู้ได้รับผลกระทบจากสัมปทานไม่อาจฟ้องต่อศาลปกครองหรือศาลยุติธรรมได้ แต่สภาแห่งรัฐ ในฐานะศาลปกครองสูงสุดได้พิจารณาว่า รัฐบัญญัติดังกล่าวไม่อาจตัดฟ้องขอให้เพิกถอนคำสั่ง หรือกฎต่อศาลปกครองได้ การฟ้องขอให้เพิกถอนคำสั่งหรือกฎเปิดกว้างเสมอแม้จะไม่มีกฎหมาย ใดกำหนดไว้ก็ตาม ทั้งนี้เพื่อประกันการเคารพหลักความชอบด้วยกฎหมาย

ประการที่สองในเรื่องของกำหนดระยะเวลาที่เหมาะสมในการประกาศใช้กฎหมายในสถานการณ์ฉุกเฉินนั้น จากกรณีของประเทศฝรั่งเศส เมื่อวันที่ 8 พฤศจิกายน พ.ศ.2548 ประธานาธิบดีประเทศฝรั่งเศส นายฌาค์ ชีรัก (Jacques Chirac) ได้มีคำสั่งจากมติของคณะรัฐมนตรี ประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินเพื่อแก้ไขเหตุการณ์จลาจลที่เกิดขึ้นตามชนเมืองต่างๆ ของประเทศฝรั่งเศส

คำสั่งประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินได้มีการกำหนดให้พื้นที่ทั้งหมดของเมืองหลวง คือ กรุงปารีส และชนเมืองต่างๆ ของประเทศฝรั่งเศส รวมแล้วทั้งสิ้น 25 เขต (departments) เป็นพื้นที่ที่อยู่ภายใต้ประกาศดังกล่าว ซึ่งผลของการประกาศทำให้ฝ่ายบริหารสามารถกำหนดพื้นที่ที่จะห้ามมิให้ประชาชนออกนอกเคสสถานได้ สรุปได้ว่าประกาศดังกล่าวได้ประกาศถึงสถานการณ์ฉุกเฉินและมีการกำหนดพื้นที่เอาไว้อย่างชัดเจน

วันที่ 15 พฤศจิกายน พ.ศ. 2548 สมาชิกวุฒิสภาผ่านร่างกฎหมายที่กำหนดให้มีการยืดระยะเวลาสถานการณ์ฉุกเฉินออกไปเป็นเวลา 3 เดือน โดยเริ่มนับจากวันที่ 21 พฤศจิกายน พ.ศ. 2548

วันที่ 16 พฤศจิกายน พ.ศ. 2548 กฎหมายดังกล่าวก็ผ่านวุฒิสภา ส่งผลทำให้สถานการณ์ฉุกเฉินมีการขยายระยะเวลาออกไปอีก แม้ว่าสถานการณ์ในขณะนั้นจะเริ่มมีความสงบลงก็ตาม

ต้นเดือนธันวาคม พ.ศ. 2548 ศาสตราจารย์ทางด้านกฎหมายจำนวนหนึ่งได้ยื่นคำร้องต่อสภาแห่งรัฐ (Le Conseil d'Etat) เพื่อให้รัฐบาลยกเลิกสถานการณ์ฉุกเฉินดังกล่าวซึ่งสภาแห่งรัฐมีคำพิพากษาว่าสถานการณ์ในขณะนั้นยังมีลักษณะไม่มั่นคง การคงไว้ซึ่งสถานการณ์ฉุกเฉินถือเป็นการกระทำที่ไม่ผิดกฎหมาย ดังนั้น การคงไว้ซึ่งสถานการณ์ฉุกเฉินดังกล่าว จึงสามารถกระทำได้

นายกรัฐมนตรี นายโดมินิก เดอวิลแปง และ นายนิโกล่า ซาโคซี (Dominique de Villepin et Nicolas Sarkozy) ก็ได้ประกาศว่าต้องการที่จะคงไว้ซึ่งสถานการณ์ฉุกเฉิน จนกระทั่งสิ้นสุดการทดลองปีใหม่เพื่อเป็นการป้องกันเหตุการณ์อันไม่สงบที่จะเกิดขึ้นมาอีก

วันที่ 22 มกราคม พ.ศ. 2549 ประธานาธิบดีฌาค์ ชีรัก (Jacques Chirac) จากคำแนะนำของนายกรัฐมนตรี (Dominique de Villepin et Nicolas Sarkozy) ได้ประกาศว่าจะให้สถานการณ์ฉุกเฉินสิ้นสุดในวันที่ 4 มกราคม พ.ศ. 2549 โดยจะออกเป็นมติของคณะรัฐมนตรีในวันที่ 3 มกราคม พ.ศ. 2549 ซึ่งในกรณีของประเทศไทยควรจะได้มีการศึกษาถึงระยะเวลาที่เหมาะสมในการประกาศใช้พระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548 ต่อไป

ส่วนในกรณีของมาตรา 17 สามารถคงไว้ได้โดยไม่ต้องแก้ไข เนื่องจากมาตราดังกล่าวเป็นบทบัญญัติที่ไม่ขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญ ซึ่งการที่มาตรา 17 ได้กำหนดสิทธิผู้เสียหายที่จะฟ้อง

หน่วยงานของรัฐได้ตามพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ฯ มาตรา 17 จึงเป็นบทบัญญัติกฎหมายที่ได้รับรองสิทธิของบุคคลที่สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ มาตรา 62 อีกทั้งการที่กฎหมายห้ามมิให้ฟ้องเจ้าหน้าที่นั้น ก็ไม่เป็นการขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญเพราะสิทธิของบุคคลที่จะฟ้องเจ้าหน้าที่นั้นแม้จะมีอยู่ก็ตามแต่มิได้มีการบัญญัติรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญ ประกอบกับบทบัญญัติในมาตรา 17 ที่ออกมานั้นหาไม่ผลทำให้ความรับผิดของเจ้าหน้าที่ของรัฐเปลี่ยนแปลงไปไม่กล่าวคือถึงแม้ว่าเจ้าหน้าที่ของรัฐได้ปฏิบัติหน้าที่ในการระงับหรือป้องกันการกระทำผิดกฎหมายซึ่งได้กระทำไปโดยสุจริต ไม่เลือกปฏิบัติ และไม่เกินสมควรแก่เหตุหรือไม่เกินกว่ากรณีจำเป็นหรือถึงแม้ว่าจะได้กระทำไปโดยไม่สุจริต หรือเลือกปฏิบัติ หรือเกินสมควรแก่เหตุหรือเกินกว่ากรณีจำเป็น ความรับผิดของเจ้าหน้าที่ของรัฐนั้นก็ต้องเป็นไปตามพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ฯ กล่าวคือ ผู้เสียหายนั้นไม่สามารถฟ้องเจ้าหน้าที่ของรัฐให้ต้องรับผิดในความเสียหายที่เกิดขึ้นได้โดยตรง แต่ผู้เสียหายนั้นมีแต่เพียงสิทธิที่จะฟ้องหน่วยงานของรัฐให้ต้องรับผิดในความเสียหายที่เกิดขึ้นเท่านั้น อีกทั้งถึงแม้ว่าหน่วยงานของรัฐจะได้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนไปแล้วก็ตาม หน่วยงานของรัฐจะใช้สิทธิไล่เบี้ยกับเจ้าหน้าที่ของรัฐได้ก็แต่เฉพาะกรณีที่เจ้าหน้าที่ของรัฐนั้นได้กระทำไปโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง