



สถาบันพระปกเกล้า



การประกาศสถานการณ์ฉุกเฉิน **กับ**  
อำนาจการตรวจสอบขององค์กรตุลาการ :  
กรณีศึกษาต่างประเทศและประเทศไทย



ชมพูนุท ตั้งถาวร

เรื่อง การประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินกับอำนาจการตรวจสอบขององค์กรตุลาการ :  
กรณีศึกษาต่างประเทศและประเทศไทย  
โดย ชมพูนุท ตั้งถาวร

ข้อมูลทางบรรณานุกรมของหอสมุดแห่งชาติ

ชมพูนุท ตั้งถาวร.

การประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินกับอำนาจการตรวจสอบขององค์กรตุลาการ : กรณีศึกษา  
ต่างประเทศและประเทศไทย. -- กรุงเทพฯ : สถาบันพระปกเกล้า, 2565.

82 หน้า.

1. ตุลาการ. 2. อำนาจยามสงครามและภาวะฉุกเฉิน. I. ชื่อเรื่อง.

347.014

ISBN 978-616-476-311-1

รหัสสิ่งพิมพ์สถาบัน สสว.65-80-00.0 (ebook)

สงวนลิขสิทธิ์ © 2565

ลิขสิทธิ์ของสถาบันพระปกเกล้า

ประสานงาน นางกันธรัตน์ ลาเทศ

พิมพ์ครั้งที่ 1 กันยายน 2565

จัดพิมพ์โดย สถาบันพระปกเกล้า

ศูนย์ราชการเฉลิมพระเกียรติ 80 พรรษาฯ

อาคารรัฐประศาสนภักดี ชั้น 5 (โซนทิศใต้)

เลขที่ 120 หมู่ 3 ถนนแจ้งวัฒนะ แขวงทุ่งสองห้อง

เขตหลักสี่ กรุงเทพฯ 10210

<http://www.kpi.ac.th>

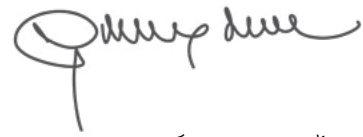
โทรศัพท์ 0-2141-9609 โทรสาร 0-2143-8177

## คำนำ

ในประเทศที่ปกครองด้วยระบอบประชาธิปไตย การเคารพสิทธิเสรีภาพถือว่าเป็นสิ่งสำคัญ และเป็นสิ่งที่บัญญัติรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญในหลายประเทศทั่วโลก จนถึงขนาดมีการกล่าวหาว่า หลักการแบ่งแยกการใช้อำนาจ และหลักนิติรัฐ นิติธรรม หรือนิติกระบวนการ (due process of law) ก็มีขึ้นเพื่อจำกัดการใช้อำนาจของรัฐและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน อย่างไรก็ตาม หลังเหตุการณ์การก่อการร้ายในสหรัฐอเมริกาที่เกิดขึ้นในเดือนกันยายน พ.ศ. 2544 หลายประเทศที่เป็นประชาธิปไตยเริ่มหันมาให้ความสนใจกับประเด็นเรื่องความมั่นคงของรัฐ จนถึงขนาดมีการกำหนดให้รัฐสามารถประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินที่ส่งผลทางกฎหมายโดยทำให้รัฐสามารถยกเว้นการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนบางประการได้โดยอ้างเหตุผลเรื่องความมั่นคง อย่างไรก็ตาม การใช้อำนาจรัฐในลักษณะดังกล่าวในบางประเทศได้เกิดการล่วงละเมิดสิทธิเสรีภาพของประชาชนจนเกินกว่าเหตุในรูปของการกำหนดมาตรการการจัดการที่ไม่เหมาะสม ทั้งนี้ ถ้าหากกรณีการใช้อำนาจรัฐดังกล่าวได้กลายเป็นประเด็นพิพาทขึ้นสู่ศาล ศาลในหลายประเทศก็ได้ตีความว่าการใช้อำนาจดังกล่าวนั้นขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญ หรือหลายประเทศก็เริ่มกำหนดให้ฝ่ายตุลาการเข้ามามีบทบาทในการตัดสินใจการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินของรัฐบาล ส่วนในประเทศไทยนั้น ที่ผ่านมามีการตราพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548 และได้มีการกำหนดข้อบังคับตามพระราชกำหนดดังกล่าวจนก่อให้เกิดคำถามเกี่ยวกับการใช้อำนาจในสถานการณ์ฉุกเฉินของรัฐบาล

ด้วยเหตุนี้ สถาบันพระปกเกล้า จึงจัดให้มีการศึกษา เรื่อง “การประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินกับอำนาจการตรวจสอบขององค์กรตุลาการ : กรณีศึกษาต่างประเทศและประเทศไทย” ภายใต้โครงการศึกษาวิเคราะห์ร่างกฎหมายและกฎหมายที่มีผลใช้บังคับอยู่ ซึ่งศึกษาวิจัยโดย ชมพูนุท ตั้งถาวร นักวิชาการผู้ชำนาญการ สถาบันพระปกเกล้า โดยมุ่งศึกษากรณีศึกษาต่างประเทศเกี่ยวกับการใช้อำนาจตุลาการในการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินซึ่งทำให้รัฐบาลไม่สามารถใช้อำนาจตามอำเภอใจในสถานการณ์

ดังกล่าวได้ เพื่อให้ข้อเสนอแนะสำหรับการปรับปรุงกฎหมายของประเทศไทย สถาบันพระปกเกล้า  
หวังเป็นอย่างยิ่งว่ารายงานการศึกษาวิจัยฉบับนี้ จะเป็นข้อมูลสำคัญสำหรับฝ่ายนิติบัญญัติในการนำไป  
ประกอบการพิจารณาเพื่อปรับปรุงกฎหมายที่เกี่ยวข้องต่อไป



ศาสตราจารย์วุฒิสาร ตันไชย  
เลขาธิการสถาบันพระปกเกล้า

## บทสรุปผู้บริหาร

หลายประเทศที่ปกครองด้วยระบอบประชาธิปไตยรวมถึงประเทศไทย จะมีการยกย่องรัฐธรรมนูญตามแนวคิดรัฐธรรมนูญนิยม (Constitutionalism) โดยกำหนดให้มีการจำกัดการใช้อำนาจรัฐซึ่งในทางวิชาการเรียกว่าการสร้าง “รัฐบาลที่มีอำนาจจำกัด” (limited government) และกำหนดให้บัญญัติคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน อย่างไรก็ตาม ในส่วนของการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารนั้น ก็จะมีบทบัญญัติกำหนดให้ฝ่ายบริหารสามารถใช้อำนาจในการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินได้ในกรณีที่เกิดเหตุการณ์ที่ไม่คาดคิด และเหตุการณ์ดังกล่าวนั้นจะส่งผลกระทบต่อความมั่นคงแห่งรัฐ เช่น เกิดภัยสงคราม ภัยพิบัติทางธรรมชาติ หรือโรคระบาด เป็นต้น โดยเมื่อมีการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินแล้ว รัฐธรรมนูญจะให้อำนาจบางประการแก่ฝ่ายบริหารเพื่อจัดการกับสถานการณ์ฉุกเฉิน โดยยกเว้นบทบัญญัติบางประการที่รัฐธรรมนูญกำหนดรับรองและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนไว้ หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ ในช่วงที่มีการประกาศใช้สถานการณ์ฉุกเฉินนั้น รัฐบาลมีความชอบธรรม (ตามที่รัฐธรรมนูญกำหนด) ที่จะใช้อำนาจที่อาจล่วงละเมิดสิทธิเสรีภาพบางประการของประชาชน ด้วยเหตุผลเพื่อรักษาความมั่นคงแห่งรัฐและจัดการกับสถานการณ์ฉุกเฉิน และการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินนี้เอง ก็ถือเป็นการท้าทายต่อหลักรัฐธรรมนูญนิยม เนื่องจากการประกาศใช้สถานการณ์ฉุกเฉินนั้นจะทำให้เกิดการรวมศูนย์อำนาจไปที่ฝ่ายบริหาร และองค์กรอื่นไม่ว่าจะเป็นฝ่ายนิติบัญญัติหรือฝ่ายตุลาการ ก็จะมีอำนาจในการตรวจสอบการดำเนินการดังกล่าวนั้นอย่างจำกัด

อย่างไรก็ตาม ตั้งแต่หลังสงครามโลกครั้งที่สองเป็นต้นมา ดุลอำนาจในประเด็นดังกล่าวในหลายประเทศได้เกิดความเปลี่ยนแปลง หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ การละเมิดสิทธิมนุษยชนที่เกิดขึ้นในหลายประเทศตลอดช่วงระยะเวลาที่สงครามโลกครั้งที่สองดำเนินอยู่นั้น ทำให้เกิดการมองว่าแท้จริงแล้วจุดมุ่งหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญคือการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนไม่ใช่เพียงการกำหนดรูปแบบการเมืองการปกครอง ที่สำคัญ หลายประเทศก็ได้เกิดการตั้งองค์กรที่ทำหน้าที่พิทักษ์ความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญเพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนที่บัญญัติรับรองในรัฐธรรมนูญ โดยแต่ละประเทศก็จะเรียกองค์กรนี้ในลักษณะที่ต่างกัน เช่น “ศาลรัฐธรรมนูญ” หรือ

“คณะตุลาการรัฐธรรมนูญ” หรือบางประเทศอาจกำหนดให้ศาลยุติธรรมทำหน้าที่ดังกล่าวต่อไป (ซึ่งตลอดทั้งงานวิจัยฉบับนี้ และในการกล่าวถึงครั้งต่อ ๆ ไปในบทสรุปผู้บริหารนี้ ผู้เขียนจะขอเรียกองค์กรที่ทำหน้าที่พิทักษ์ความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญว่า “องค์กรตุลาการ”)

ในระยะเริ่มแรก เขตอำนาจขององค์กรตุลาการในประเด็นเหล่านี้มีอยู่อย่างจำกัดและมีความชัดเจน ซึ่งกำหนดให้สิ่งใดก็ตามที่ถือว่าเป็นการกระทำทางรัฐบาล (Act of Government) ที่โดยหลักแล้วจะเป็นเรื่องที่ต้องถูกตรวจสอบด้วยกระบวนการทางการเมืองแต่เพียงอย่างเดียว (การถูกตรวจสอบโดยรัฐสภา) อย่างเช่นเรื่องการใช้อำนาจในการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน ก็จะอยู่นอกเขตอำนาจขององค์กรตุลาการอย่างชัดเจน แต่การใช้อำนาจของรัฐบาลในการบริหารราชการในการสถานการณ์ฉุกเฉินในหลายประเทศก็ได้ก่อให้เกิดคำถามในสังคมมากมายถึงการใช้อำนาจที่มีลักษณะรวมศูนย์อำนาจและยังอาจกระทบสิทธิเสรีภาพของประชาชนได้ด้วย ไม่เว้นแม้แต่กรณีของประเทศไทยในช่วงที่มีการประกาศใช้พระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548 กับกรณีที่เกิดวิกฤตโรคระบาด ประเด็นคำถามเหล่านี้เอง ก็ได้ทำให้เกิดแนวคิดในการขยายขอบเขตอำนาจขององค์กรตุลาการในการพิทักษ์ความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญเพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนตามที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ เพื่อให้เกิดการใช้อำนาจในการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉินที่สอดคล้องกับหลักความได้สัดส่วน (หมายถึง การเปรียบเทียบประสิทธิภาพของการบังคับใช้มาตรการในการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน เมื่อเปรียบเทียบกับการกระทบกระเทือนต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชน) ด้วยเหตุนี้ ผู้วิจัยจึงได้ศึกษาประเด็นเรื่องของการใช้อำนาจตุลาการกับการตรวจสอบการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารในสถานการณ์ฉุกเฉิน โดยมุ่งศึกษาแนวคิดทฤษฎีที่เกี่ยวข้องและกรณีศึกษาต่างประเทศเพื่อนำมาสู่ข้อสรุปและข้อเสนอแนะแก่ฝ่ายนิติบัญญัติในการปรับปรุงกฎหมายที่เกี่ยวข้อง

ทั้งนี้ จากการศึกษาแนวคิดทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับประเด็นดังกล่าว พบว่า แม้ว่าแนวคิดและทฤษฎีทั่วไปทั้งในหลักสากลและในต่างประเทศจะยอมรับการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารในสถานการณ์ฉุกเฉิน โดยยอมให้ฝ่ายบริหารมีอำนาจพิเศษบางประการที่อาจจะก่อให้เกิดการกระทบกระเทือนต่อสิทธิเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ได้เพื่อจัดการปัญหาเรื่องความมั่นคงของรัฐที่ถือเป็นหนึ่งในประโยชน์สาธารณะที่สำคัญที่รัฐจะต้องดำเนินการก็ตาม แต่แทบทุกแนวคิดทฤษฎีที่ได้รับการยอมรับในประเทศที่ปกครองด้วยระบอบประชาธิปไตยก็มีส่วนที่สอดคล้องตรงกันว่า การให้อำนาจฝ่ายบริหารในกรณีนี้ ย่อมไม่ได้หมายความว่าฝ่ายบริหารจะใช้อำนาจในการบริหารราชการสถานการณ์ฉุกเฉินตามอำเภอใจได้ แต่ฝ่ายบริหารจะต้องดำเนินการภายใต้หลักการที่รัฐธรรมนูญกำหนด เช่น ดำเนินการให้ถูกต้องตามกระบวนการและภายใต้กรอบการใช้อำนาจที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ นอกจากนี้ ยังมีการกำหนดอีกด้วยว่าสิทธิเสรีภาพบางประการก็ไม่สามารถถูกล่วงละเมิดได้โดยเด็ดขาดแม้ว่าจะเป็นช่วงที่ประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินอยู่ก็ตาม

นอกจากนี้ เมื่อศึกษากรณีศึกษาในงานวิจัยซึ่งผู้วิจัยได้ยกตัวอย่างมาสองประเทศ คือ กรณีศึกษาของประเทศแอฟริกาและประเทศฝรั่งเศสแล้ว พบว่ามีการบัญญัติไว้อย่างชัดเจนในองค์การตุลาการ สามารถเข้ามาตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของฝ่ายบริหารในการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉิน และการใช้อำนาจในการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉินได้ แต่จากกรณีศึกษาของทั้งสองประเทศ ก็ให้เห็นได้ว่าการให้อำนาจองค์การตุลาการในการตรวจสอบถ่วงดุลนั้น ไม่ว่าจะเป็นการให้อำนาจองค์การตุลาการในการให้ความเห็นก่อนที่จะมีการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉิน หรือให้อำนาจในการให้ฝ่ายการเมืองสามารถส่งเรื่องให้องค์กรตุลาการพิจารณาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการใช้อำนาจของฝ่ายบริหาร หรือจะเป็นกรณีให้องค์กรตุลาการสามารถพิจารณาให้ความเห็นชอบในกรณีที่จะต้องมีการขยายเวลาในการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินด้วยก็ตาม จะต้องอยู่บนหลักการที่ว่าต้องมีการสร้างความสมดุลระหว่างการตรวจสอบที่ต้องไม่เยอะจนเกินไปจนเป็นเหตุขัดขวางไม่ให้ฝ่ายบริหารสามารถใช้อำนาจในการบริหารราชการเพื่อแก้ไขสถานการณ์ฉุกเฉินที่มีลักษณะเร่งด่วนได้ แต่ขณะเดียวกันก็ต้องไม่ปล่อยให้ฝ่ายบริหารผูกขาดการใช้อำนาจจนไปละเมิดสิทธิเสรีภาพของประชาชนตามอำเภอใจได้

ที่สำคัญ จากการศึกษาแนวคิดทฤษฎีและการถอดบทเรียนต่างประเทศดังกล่าว ก็สามารถให้ข้อเสนอแนะต่อการปรับปรุงกฎหมายของประเทศไทยได้ โดยปรับปรุงพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548 โดยกำหนดให้มีองค์กรอื่นเข้ามาตรวจสอบการใช้อำนาจในการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินของฝ่ายบริหารด้วย โดยอาจกำหนดให้การขยายเวลาในการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินจะต้องได้รับความเห็นชอบจากฝ่ายนิติบัญญัติ โดยอาจกำหนดให้การประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินครั้งแรกมีกำหนดเวลาเพียง 15-21 วัน และควรบัญญัติให้ชัดเจนเกี่ยวกับกรณีการให้องค์กรตุลาการเข้ามาตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉิน โดยถ้าหากพบว่าการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินนั้นไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ การประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินนั้นจะต้องสิ้นผลไป

# Executive Summary



Although the Constitutions in almost all democratic countries follow the Constitutionalism concept in which the limited government and people's right guarantee are established, the Government is allowed to violate the rights to protect the national security in the case of emergencies, for example, the situations effecting the public safety, national economic security or averting public calamity. In other words, the issuance of emergency constitutionally and legitimately allows the Government to violate some people's rights under the condition of the Constitution. This challenges the constitutionalism concept as the exercise of executive power is centralized and the Parliament and the Court can limited control.

However, after the World War II, the human right violation made change to the value of democratic Constitution. Instead of emphasizing on creating the political regime and mechanism, the Constitution shift to focus on the protection of human's rights and liberties. Therefore, the Constitutional Courts or the Constitutional Commissions (Conseil constitutionnel) are established to control the constitutionality.

At the beginning, the jurisdiction of the constitutional courts is limited, as the Act of Government, including the emergency issuance, politically controlled by the Parliament, cannot be reviewed by the court. Nevertheless, the centralization of executive power exercise in the emergency is questioned in several democratic countries including Thailand where the emergency was issued during the pandemic. As a result, the jurisdiction of the Constitutional Courts tend to be extended to control the constitutionality of emergency issuance in order to protect the people's rights and liberties guaranteed by the Constitutions. This means that the power exercised by the executive must conform to the proportionality principles. In this research, the comparative perspective of the judicial review on the emergency will be studied and analyzed to propose the law amendments to the legislative branch.



According to the study, though the theories and concepts, accepted by the democratic countries, legalize the violation of some people's rights and liberties to manage the emergency situation to protect the national security. However, almost all democratic theories and concepts decline the abuse of power in such situations. Simply, the emergency power must be under the constitutional conditions. Besides, some people's rights and liberties cannot be violated despite the emergency.

Additionally, according to the case studies mentioned in the research, the Constitutions of Republic of France and South Africa are clearly indicated that the Constitutional Court or the Constitutional Committee have the jurisdiction to review the constitutionality of the emergency issuance and the exercise of power in such situation. Though the Constitutions allow the Courts to give the opinion to the Cabinet before issuing the emergency or to review the constitutionality of the measures announced by the Government in such situation to protect the people's rights and to avoid the abuse of power, it is universally accepted that the judicial review must not obstruct the Government trying to solve the national urgent crisis.

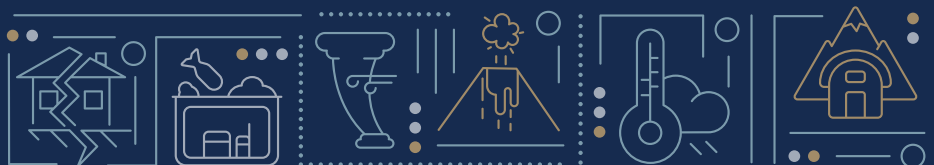
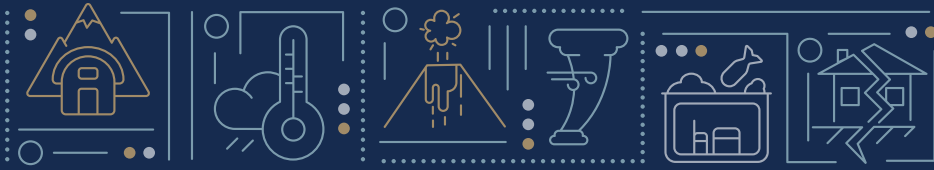
Above all, the analysis of the case studies lead to the proposal to amend the Emergency Decree on Public Administration in Emergency Situations, B.E. 2548 (2005). First of all, other organizations must be allowed to review the emergency issuance. At least, the expansion of the emergency must be reviewed by the Parliament. Simply, the emergency issuance may be expired within 15-21 days and the extension must be authorized by the Parliament. Furthermore, the Constitution must clearly indicate the judicial power to review the constitutionality of the emergency issuance and the issuance must be abolished if it is found unconstitutional.



	หน้า
คำนำสถาบันพระปกเกล้า	3
บทสรุปผู้บริหาร	5
Executive Summary	8
สารบัญ	10
<b>บทนำ</b>	<b>13</b>
<b>ที่มาและความสำคัญ และระเบียบวิธีวิจัย</b>	
1. หลักการและเหตุผล	13
2. วัตถุประสงค์	16
3. ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ	16
4. ระเบียบวิธีวิจัย	16
5. ขอบเขตในการศึกษาวิจัย	17
6. สมมติฐาน	19
<b>บทที่ 1</b>	<b>21</b>
<b>แนวคิดทฤษฎีและการทบทวนวรรณกรรม</b>	
1. ที่มาและแนวคิดเกี่ยวกับกรอบการบัญญัติเรื่องการใช้อำนาจในสถานการณ์ฉุกเฉิน	22
2. แนวคิดเกี่ยวกับข้อจำกัดในการใช้อำนาจในสถานการณ์ฉุกเฉิน	26
3. การตรวจสอบการประกาศและใช้อำนาจในสถานการณ์ฉุกเฉินขององค์กรตุลาการ	32

หน้า

<b>บทที่ 2</b>	<b>กรณีศึกษาต่างประเทศ</b>	<b>39</b>
	1. การประกาศและการใช้อำนาจในสถานการณ์ฉุกเฉินในประเทศแอฟริกาใต้	41
	2. การประกาศและการใช้อำนาจในสถานการณ์ฉุกเฉินในประเทศฝรั่งเศส	46
<b>บทที่ 3</b>	<b>การประกาศและการใช้อำนาจในสถานการณ์ฉุกเฉินและการตรวจสอบของฝ่ายตุลาการ ในประเทศไทย</b>	<b>57</b>
	1. เงื่อนไขในการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉิน	58
	2. กรอบเวลาในการประกาศใช้สถานการณ์ฉุกเฉิน	59
	3. การใช้อำนาจในการบริหารสถานการณ์ฉุกเฉิน	60
	4. อำนาจในการตรวจสอบการประกาศและการใช้อำนาจในสถานการณ์ฉุกเฉิน	65
<b>บทที่ 4</b>	<b>บทสรุป และข้อเสนอแนะ</b>	<b>73</b>
	1. บทสรุป : การถอดบทเรียนจากแนวคิดทฤษฎีและกรณีศึกษาต่างประเทศ	73
	2. ข้อเสนอแนะ	77
	เอกสารอ้างอิง	81



# บทนำ

## ที่มาและความสำคัญ และระเบียบวิธีวิจัย

### 1. หลักการและเหตุผล

ปัจจุบัน หลายประเทศที่ปกครองในระบอบประชาธิปไตยมักจะมีรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษร ที่ยกวางขึ้นตามแนวคิดของรัฐธรรมนูญนิยม (Constitutionalism) ซึ่งมุ่งเน้นไปที่การจำกัดการใช้อำนาจรัฐ หรือที่ตำราทางวิชาการหลายเล่มเรียกว่าเป็นการสร้าง “รัฐบาลที่มีอำนาจจำกัด” (limited government) และการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ รัฐธรรมนูญจะกำหนดให้มีการรับรองและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน และบัญญัติการใช้อำนาจรัฐของทั้งฝ่ายนิติบัญญัติ บริหาร และตุลาการ อย่างไรก็ตาม ในส่วนที่ว่าด้วยการใช้อำนาจของประมุขแห่งรัฐนั้น ก็จะมีบทบัญญัติให้อำนาจประมุขแห่งรัฐในการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉิน (ซึ่งถ้าหากเป็นประเทศที่ปกครองด้วยระบอบประชาธิปไตยระบบประธานาธิบดี ก็จะเป็นประธานาธิบดีที่ใช้อำนาจดังกล่าว แต่ถ้าหากเป็นประเทศที่ปกครองด้วยระบอบประชาธิปไตยระบบรัฐสภา แม้ว่าจะบัญญัติให้อำนาจการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินเป็นอำนาจของประมุขแห่งรัฐ แต่ประมุขแห่งรัฐก็มักจะเป็นเพียงผู้ที่ลงนามเพื่อให้การประกาศนั้นถูกต้องตามรูปแบบที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ โดยผู้ที่ประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินและใช้อำนาจในการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉินอย่างแท้จริงก็คือฝ่ายบริหาร) และการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินนี้เอง ก็ถือว่าเป็นประเด็นสำคัญที่ทำลายหลักรัฐธรรมนูญนิยมเป็นอย่างมาก เนื่องจากการประกาศใช้สถานการณ์ฉุกเฉินจะทำให้เกิดการรวมศูนย์อำนาจไปยังฝ่ายบริหารเพื่อบริหารจัดการกับสถานการณ์ดังกล่าว อีกทั้งเมื่อประกาศใช้สถานการณ์ฉุกเฉินแล้ว ฝ่ายบริหารยังสามารถกระทำที่อาจกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนบางประการที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้อีกด้วย จึงอาจกล่าวได้ว่า เมื่อมีการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉิน ก็อาจเกิดการยกเว้นหลักการแบ่งแยกการใช้อำนาจ (Separation of Powers)

และการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ ประเด็นดังกล่าวนี้เองนำมาสู่ การตั้งคำถามว่าการยับยั้งการบังคับใช้สิ่งที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ในช่วงที่มีการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินนั้น จะสอดคล้องกับหลักรัฐธรรมนูญนิยมหรือไม่ และจะต้องกำหนดกลไกอย่างไรเพื่อให้การใช้อำนาจในช่วง ที่ประกาศสถานการณ์ฉุกเฉิน ไม่ว่าจะเป็นการออกกฎหมาย คำสั่ง หรือข้อกำหนด ฯลฯ อยู่ภายใต้กรอบ ของรัฐธรรมนูญอย่างแท้จริง

ด้วยเหตุนี้ รัฐธรรมนูญหลาย ๆ ประเทศจึงพยายามกำหนดกรอบในการใช้อำนาจของฝ่ายบริหาร ในช่วงที่มีการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินไว้ ตั้งแต่การพยายามนิยามคำว่าสถานการณ์ฉุกเฉิน ไปจนถึงการกำหนดกลไกในการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉิน เช่น การกำหนดให้การใช้อำนาจเพื่อ ประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินไม่ผูกขาดอยู่แต่เพียงในฝ่ายบริหาร แต่กำหนดให้ต้องปรึกษากับรัฐสภาหรือ คณะตุลาการรัฐธรรมนูญก่อนการประกาศอย่างในประเทศฝรั่งเศส หรือกำหนดให้การประกาศสถานการณ์ ฉุกเฉินจะต้องดำรงอยู่เพียงช่วงเวลาไม่เกินที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ และถ้าหากไม่มีการขยายเวลา ก็จะต้องถือว่าสถานการณ์ฉุกเฉินนั้นสิ้นผลไป โดยการขยายเวลาก็อาจจะต้องขอมติจากรัฐสภา เป็นต้น อย่างไรก็ตาม แม้ว่ารัฐธรรมนูญของหลาย ๆ ประเทศจะบัญญัติเรื่องกลไกการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉิน ตลอดจนการใช้อำนาจในสถานการณ์ฉุกเฉินไว้อย่างชัดเจน แต่ก็ยังคงเกิดคำถามตามมาอยู่ นั่นเองว่า ถ้าหากการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินนั้นไม่เป็นไปตามกรอบที่รัฐธรรมนูญกำหนด หรือการใช้อำนาจ ของฝ่ายบริหารในช่วงที่มีการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินนั้นเกิดการละเมิดสิทธิเสรีภาพของประชาชน จะมีองค์กรหรือกลไกใดทำหน้าที่ตรวจสอบได้

ที่ผ่านมา นักวิชาการด้านกฎหมายทั้งทางตะวันตกและเอเชียรวมถึงประเทศไทยเอง ต่างยอมรับว่า การใช้อำนาจของฝ่ายบริหารในการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉิน ซึ่งรวมไปถึงการใช้ประกาศใช้มาตรการ ต่าง ๆ เพื่อบริหารจัดการสถานการณ์ฉุกเฉินนั้น มีลักษณะเป็น “การกระทำทางรัฐบาล” (Acte de gouvernement หรือ Act of Government) หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ เป็นสิ่งที่จะต้องถูกตรวจสอบ โดยกระบวนการทางการเมือง (ฝ่ายนิติบัญญัติ) และจะไม่ถูกตรวจสอบโดยองค์กรตุลาการ เช่นเดียวกับ การกระทำทางรัฐบาลอื่น ๆ เช่น การใช้อำนาจอยุบสภา การตราพระราชกำหนด การเสนอร่างกฎหมาย การรับรองร่างกฎหมายที่เกี่ยวข้องการเงิน หรือในเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ เป็นต้น แต่ในประเทศ ที่ปกครองด้วยระบอบประชาธิปไตยระบบรัฐสภาที่กำหนดให้ฝ่ายบริหารมีที่มาจากเสียงข้างมากของ ฝ่ายนิติบัญญัตินั้น ก็ได้ตั้งคำถามต่อการตรวจสอบถ่วงดุลด้วยกลไกทางการเมืองว่า ในทางปฏิบัตินั้น ฝ่ายบริหารในระบบรัฐสภาจะถูกตรวจสอบได้มากน้อยเพียงใดเนื่องจากเสียงข้างมากในรัฐสภาและ ฝ่ายบริหารมาจากกลุ่มเดียวกัน

อย่างไรก็ตาม ตั้งแต่หลังสงครามโลกครั้งที่สองเป็นต้นมา คุณอำนาจในเรื่องดังกล่าวในหลาย ๆ ประเทศได้เปลี่ยนแปลงไป เริ่มตั้งแต่การมองว่าแท้จริงแล้ว จุดมุ่งหมายสูงสุดในการมีรัฐธรรมนูญคือการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน แทนการมองว่ารัฐธรรมนูญเป็นเพียงเอกสารที่กำหนดรูปแบบการเมืองการปกครอง หรือการแสดงออกถึงการมีอำนาจอธิปไตยเหนือดินแดน ที่สำคัญ ในหลายประเทศได้มีการตั้งองค์กรที่ทำหน้าที่พิทักษ์ความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญเพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนตามที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ องค์กรดังกล่าวนี้อาจจะมีรูปแบบต่างกัน เช่น บางประเทศอาจกำหนดให้เป็น “ศาลรัฐธรรมนูญ” หรือ “คณะตุลาการรัฐธรรมนูญ” หรือบางประเทศอาจให้ศาลยุติธรรมเป็นองค์กรที่ใช้อำนาจนี้ (ซึ่งต่อไป ผู้วิจัยจะขอเรียกรวม ๆ ว่า “องค์กรตุลาการ”)

ทั้งนี้ ในระยะเริ่มแรก เขตอำนาจขององค์กรตุลาการในประเทศนี้จะมีอยู่อย่างจำกัด และค่อนข้างชัดเจน กล่าวคือ สิ่งใดที่ถือว่าเป็นการกระทำทางรัฐบาล โดยเฉพาะอย่างยิ่งเรื่องการใช้อำนาจในเรื่องการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน จะเป็นเรื่องที่อยู่นอกเขตอำนาจขององค์กรตุลาการอย่างชัดเจน และแม้ว่าศาลรัฐธรรมนูญประเทศไทยจะเคยวินิจฉัยว่าการที่พระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548 มีบทตัดอำนาจศาลปกครองนั้นจะไม่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ แต่ในการบังคับใช้ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง การบังคับใช้ในปัจจุบันที่มีการประกาศใช้พระราชกำหนดดังกล่าวในกรณีการเกิดโรคระบาด ก็ส่งผลให้เกิดคำถามทางวิชาการมากมายเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ โดยเฉพาะอย่างยิ่งประเด็นเรื่องการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพและเรื่องความได้สัดส่วนเมื่อเทียบประสิทธิภาพของมาตรการที่มีการบังคับใช้ในการบริหารสถานการณ์ฉุกเฉินกับการกระทบกระเทือนต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชน ประกอบกับในต่างประเทศ แม้จะเป็นประเทศเจ้าของทฤษฎีการกระทำทางรัฐบาลอย่างประเทศฝรั่งเศส ก็ยังแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไปในทางที่ทำให้องค์กรตุลาการมีอำนาจเพิ่มมากขึ้นในการตรวจสอบการกระทำทางรัฐบาลที่เกี่ยวข้องกับสถานการณ์ฉุกเฉิน

ด้วยเหตุนี้ จึงจำเป็นต้องมีการศึกษาเรื่องการใช้อำนาจขององค์กรตุลาการกับการตรวจสอบการใช้อำนาจในสถานการณ์ฉุกเฉิน เพื่อศึกษาเกี่ยวกับแนวคิดทฤษฎีที่เกี่ยวข้องซึ่งจะสามารถชี้ให้เห็นได้ว่า แม้จะมีการประกาศใช้สถานการณ์ฉุกเฉินเพื่อรักษาความมั่นคงของรัฐ แต่ก็ไม่ได้หมายความว่าฝ่ายบริหารจะสามารถใช้อำนาจตามอำเภอใจได้ หากแต่จะต้องทำตามกรอบที่รัฐธรรมนูญและกฎหมายกำหนด และอาจมีสิทธิเสรีภาพบางประการของประชาชนที่ไม่สามารถถูกล่วงละเมิดได้อย่างเด็ดขาด ตลอดจนศึกษาถึงบทบาทขององค์กรตุลาการในการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายหรือความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉิน และการใช้อำนาจในช่วงที่มีการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินของรัฐบาลด้วย ทั้งนี้ เพื่อให้ได้ข้อสรุปและข้อเสนอแนะแก่ฝ่ายนิติบัญญัติในการปรับปรุงกฎหมายที่เกี่ยวข้อง

## 2. วัตถุประสงค์

- 2.1 เพื่อศึกษาเหตุผลและปัจจัยเบื้องหลังที่ทำให้ฝ่ายบริหารมีอำนาจดังกล่าว ตลอดจนเหตุผลที่ทำให้พื้นที่ดังกล่าวนี้เป็นพื้นที่พิเศษของฝ่ายบริหาร
- 2.2 เพื่อศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายต่างประเทศที่กำหนดให้องค์กรตุลาการมีเขตอำนาจในประเด็นที่เกี่ยวกับการกระทำทางรัฐบาลดังกล่าว
- 2.3 เพื่อจัดทำข้อเสนอซึ่งอาจนำไปสู่การปรับปรุงแก้ไขกฎหมายที่เกี่ยวข้อง

## 3. ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

- 3.1 ได้ทราบถึงเหตุผลและปัจจัยเบื้องหลังที่ทำให้ฝ่ายบริหารสามารถใช้อำนาจในการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน และเหตุผลที่องค์กรตุลาการไม่มีอำนาจวินิจฉัยการใช้อำนาจดังกล่าวของฝ่ายบริหาร
- 3.2 ได้ผลการวิเคราะห์เกี่ยวกับกรณีศึกษาต่างประเทศเกี่ยวกับการให้เหตุผล และขอบเขตในการวินิจฉัยการดำเนินการดังกล่าวของฝ่ายบริหาร
- 3.3 ได้ข้อเสนอซึ่งอาจนำไปสู่การปรับปรุงแก้ไขกฎหมายที่เกี่ยวข้อง

## 4. ระเบียบวิธีวิจัย

รายงานวิจัยเรื่อง การประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินกับอำนาจการตรวจสอบขององค์กรตุลาการ : กรณีศึกษาต่างประเทศและประเทศไทย เป็นการศึกษาแบบผสมระหว่างการวิเคราะห์เอกสาร และการเปรียบเทียบกรณีศึกษา

- 4.1 การวิเคราะห์เอกสาร : รายงานวิจัยนี้จะทำการวิเคราะห์แนวคิดทฤษฎี แนวคำพิพากษา และคำวินิจฉัยของศาลไทย ทั้งศาลฎีกา ศาลปกครอง และศาลรัฐธรรมนูญ ที่มีการวินิจฉัยถึงประเด็นเกี่ยวกับการใช้อำนาจในสถานการณ์ฉุกเฉิน ตลอดจนบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญที่กำหนดเขตอำนาจนั้น
- 4.2 การเปรียบเทียบกรณีศึกษา : รายงานวิจัยนี้จะทำการวิเคราะห์คำพิพากษาศาล แนวคิด และประสบการณ์ ตลอดจนบทบัญญัติรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวข้องในต่างประเทศ



## 5. ขอบเขตในการศึกษาวิจัย

ในการศึกษาวิจัยเรื่อง “การประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินกับอำนาจการตรวจสอบขององค์กรตุลาการ : กรณีศึกษาต่างประเทศและประเทศไทย” มีขอบเขตในการศึกษาวิจัยแต่ละบทดังต่อไปนี้

5.1 **บทที่ 1 : แนวคิดทฤษฎีและการทบทวนวรรณกรรม** : ในส่วนเนื้อหาของบทที่ 1 นี้ จะเป็นการศึกษาแนวคิดและการทบทวนวรรณกรรมที่เกี่ยวข้องกับการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินได้แก่

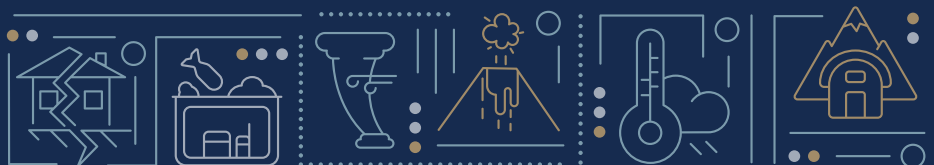
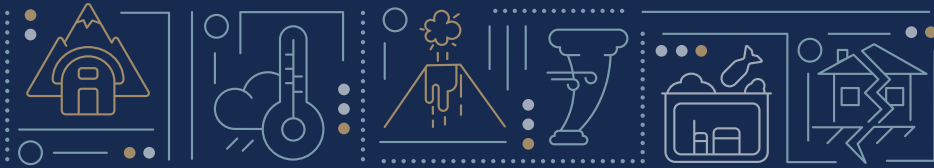
- แนวคิดเกี่ยวกับการบัญญัติเรื่องการใช้อำนาจในสถานการณ์ฉุกเฉินในรัฐธรรมนูญที่บัญญัติไว้ในหลาย ๆ ประเทศ ตั้งแต่การพยายามนิยามคำว่าสถานการณ์ฉุกเฉิน การกำหนดผู้มีอำนาจประกาศสถานการณ์ฉุกเฉิน ตลอดจนการตรวจสอบการใช้อำนาจดังกล่าว
- ข้อจำกัดเกี่ยวกับการใช้อำนาจในสถานการณ์ฉุกเฉิน ซึ่งมักจะเป็นเรื่องเกี่ยวกับการรับรองสิทธิเสรีภาพของประชาชน ได้แก่ หลักที่ว่าสิทธิเสรีภาพพื้นฐานบางประการที่ไม่สามารถยกเว้นได้ไม่ว่ากรณีใด ๆ รวมถึงกรณีที่มีการประกาศใช้สถานการณ์ฉุกเฉินด้วย โดยจะมีการกล่าวถึงกฎหมายระหว่างประเทศที่กำหนดในเรื่องนี้ไว้อย่างชัดเจน รวมถึงหลักความได้สัดส่วน ซึ่งเป็นหลักการสำคัญในการพิจารณาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญและความชอบด้วยกฎหมายของการใช้อำนาจในสถานการณ์ฉุกเฉิน
- แนวคิดเกี่ยวกับการให้ฝ่ายตุลาการเข้ามาเป็นผู้ตรวจสอบเรื่องการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินและการใช้อำนาจในการบริหารจัดการสถานการณ์ฉุกเฉิน ซึ่งจะมีทั้งการตรวจสอบก่อนการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉิน เช่น การกำหนดให้ประธานาธิบดีต้องหารือกับคณะตุลาการรัฐธรรมนูญก่อนที่จะมีการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉิน เป็นต้น และการตรวจสอบหลังจากการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉิน ซึ่งจะเป็นกรณีที่ศาลมีคำพิพากษาหลังจากที่มีการใช้อำนาจในช่วงที่มีการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉิน และดังที่ได้กล่าวไว้แล้วข้างต้น แม้ว่าที่ผ่านมามององค์กรตุลาการจะใช้อำนาจอย่างจำกัดในการตรวจสอบการใช้อำนาจของรัฐในช่วงที่มีการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินหรือการบังคับใช้กฎหมายเพื่อความมั่นคง แต่ก็ปรากฏว่า ตั้งแต่หลังเหตุการณ์การก่อการร้ายในวันที่ 11 กันยายน ค.ศ. 2001 สหรัฐอเมริการวมถึงหลาย ๆ ประเทศก็ได้ประกาศใช้กฎหมายหลายฉบับที่เกี่ยวข้องกับการจัดการกับการก่อการร้ายซึ่งอาจมีการยกเว้นสิทธิเสรีภาพของประชาชนที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้บางประการ เนื่องจากเหตุผลด้านความมั่นคง แต่ก็เริ่มปรากฏคำวินิจฉัยของศาลที่เกี่ยวข้องกับการใช้อำนาจของรัฐบาลเพิ่มมากขึ้นเช่นกัน และในส่วนนี้จะได้กล่าวถึงลักษณะการวินิจฉัยคดีของศาลในกรณีดังกล่าว

- 5.2 **บทที่ 2 : กรณีศึกษาต่างประเทศ** : ในบทนี้จะกล่าวถึงกรณีศึกษาต่างประเทศที่ปรากฏเรื่องการใช้อำนาจตุลาการในการตรวจสอบการประกาศและการใช้อำนาจในสถานการณ์ฉุกเฉินในต่างประเทศ โดยมุ่งศึกษากรณีของประเทศฝรั่งเศสซึ่งมีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญใน ค.ศ. 2008 เกี่ยวกับการใช้อำนาจของประธานาธิบดีในการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินและคำวินิจฉัยของศาลปกครองฝรั่งเศส (Conseil d'Etat) ซึ่งมีแนวโน้มเปลี่ยนไปในทางที่จะเข้าไปตรวจสอบการใช้อำนาจของประธานาธิบดีในการกำหนดมาตรการเพื่อบริหารจัดการสถานการณ์ฉุกเฉินมากขึ้น และศึกษากรณีของประเทศแอฟริกาใต้ เนื่องจากประเทศแอฟริกาใต้เป็นประเทศที่กำหนดกลไกไว้อย่างชัดเจนว่าในการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินนั้นองค์กรตุลาการสามารถตรวจสอบได้อย่างไร
- 5.3 **บทที่ 3 : การประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินในประเทศไทย** : ในบทนี้จะกล่าวถึงการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินในประเทศไทย ซึ่งปัจจุบันจะมีกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินที่ชัดเจนสองฉบับ ได้แก่ พระราชบัญญัติกฎอัยการศึก พ.ศ. 2457 และพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548 ส่วนพระราชบัญญัติการรักษาความมั่นคงภายในราชอาณาจักร พ.ศ. 2551 นั้น แม้ว่าจะเป็นกฎหมายที่เกี่ยวกับความมั่นคง แต่ก็ยังไม่พบว่ามีการใช้ตามพระราชบัญญัติดังกล่าวที่กลายเป็นที่วิพากษ์วิจารณ์จนถึงขนาดตั้งคำถามถึงการตรวจสอบการใช้อำนาจดังกล่าว ดังนั้น ในงานวิจัยชิ้นนี้ จึงมุ่งกล่าวถึงการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินตามพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548 เท่านั้น เนื่องจากเป็นการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินที่มีการบังคับใช้อย่างมากในช่วงที่ผ่านมา โดยเฉพาะอย่างยิ่งเพื่อแก้ไขปัญหาวิกฤตโรคระบาด โดยจะกล่าวถึงการใช้อำนาจในสถานการณ์ฉุกเฉินและคำพิพากษาและคำวินิจฉัยศาลที่เกี่ยวข้อง
- 5.4 **บทที่ 4 : บทวิเคราะห์และข้อเสนอแนะ** : ในส่วนนี้จะเป็นการวิเคราะห์ถึงการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินในประเทศไทยเปรียบเทียบกับต่างประเทศ และข้อเสนอแนะสำหรับการปรับปรุงกฎหมายเกี่ยวกับการประกาศและการใช้อำนาจในสถานการณ์ฉุกเฉิน

## 6. สมมติฐาน

งานวิจัยนี้มีสมมติฐานว่า เนื่องจากภูมิทัศน์ของประชาธิปไตยในหลายประเทศที่ปกครองในระบบประชาธิปไตยได้เปลี่ยนแปลงไป โดยปัจจุบันประเด็นเรื่องการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพถือเป็นประเด็นที่สำคัญและกลายเป็นคุณค่า (Value) ที่สำคัญยิ่งในการปกครองในระบบประชาธิปไตย ดังนั้น การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของหลาย ๆ ประเทศจึงมีทิศทางไปในแนวทางที่ไม่กำหนดให้องค์กรทางการเมืององค์กรใดองค์กรหนึ่งเพียงองค์กรเดียวผูกขาดการใช้อำนาจในเรื่องหนึ่ง ๆ ซึ่งรวมถึงเรื่องการประกาศและการใช้อำนาจในสถานการณ์ฉุกเฉินด้วย ตลอดจนบทบาทขององค์กรตุลาการก็มีความสำคัญมากยิ่งขึ้นในมุมมองขององค์กรที่มีหน้าที่สำคัญในการปกป้องสิทธิเสรีภาพของประชาชน ดังนั้น การให้องค์กรตุลาการเข้าไปตรวจสอบการใช้อำนาจในสถานการณ์ฉุกเฉินโดยให้เหตุผลว่าเป็นไปเพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน จึงมีแนวโน้มเพิ่มขึ้นเรื่อย ๆ ซึ่งอาจส่งผลต่อการปรับปรุงกฎหมายไทยในอนาคต





# บทที่ 1

## แนวคิดทฤษฎีและการทบทวนวรรณกรรม

ในส่วนนี้ ผู้วิจัยจะขอกล่าวถึงแนวคิดทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับการประกาศและการใช้อำนาจในสถานการณ์ฉุกเฉินผ่านการทบทวนวรรณกรรม โดยจะเริ่มจากการกล่าวถึง (1) ที่มาและแนวคิดเกี่ยวกับกรอบการบัญญัติเรื่องการใช้อำนาจในสถานการณ์ฉุกเฉิน ซึ่งปรากฏอยู่ในรัฐธรรมนูญของหลาย ๆ ประเทศ โดยเฉพาะอย่างยิ่งประเทศที่ปกครองด้วยระบอบประชาธิปไตย ก็มักจะกำหนดให้การประกาศและการใช้อำนาจในสถานการณ์ฉุกเฉินของฝ่ายบริหารมีลักษณะเป็น “การยกเว้น” กล่าวคือ เป็นกรณีที่ฝ่ายบริหารสามารถใช้อำนาจบางอย่าง หรือการกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนบางประการที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ได้ในช่วงเวลาหนึ่ง ๆ จากนั้นจะกล่าวถึง (2) แนวคิดที่สะท้อนให้เห็นถึงข้อจำกัดเกี่ยวกับการใช้อำนาจในสถานการณ์ฉุกเฉิน โดยจะเน้นไปที่การกล่าวถึงหลักเรื่องการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพ รวมถึงหลักความได้สัดส่วน ตลอดจนแสดงให้เห็นถึงข้อตกลงระหว่างประเทศที่จะกำหนดหลักของการใช้อำนาจในสถานการณ์ฉุกเฉินซึ่งมักจะกล่าวถึงสิทธิเสรีภาพที่ไม่สามารถล่วงละเมิดได้ และสุดท้ายจะกล่าวถึง (3) แนวคิดเกี่ยวกับการให้ฝ่ายตุลาการเข้ามาเป็นผู้ตรวจสอบการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินและการใช้อำนาจในสถานการณ์ฉุกเฉิน ซึ่งส่วนใหญ่แล้วมักจะเกิดจากการพัฒนาทางประวัติศาสตร์และบริบททางสังคมเป็นส่วนใหญ่

## 1. ที่มาและแนวคิดเกี่ยวกับกรอบการบัญญัติเรื่องการใช้อำนาจในสถานการณ์ฉุกเฉิน

การกำหนดให้ผู้ปกครองรัฐมีอำนาจเด็ดขาดในการปกครองและไม่จำกัดในช่วงเวลาหนึ่ง ๆ ที่รัฐเกิดวิกฤต เช่น สงคราม ภัยพิบัติ หรือโรคระบาด ฯลฯ หรือที่เรียกว่า “อำนาจในสถานการณ์ฉุกเฉิน” (Emergency Power) ปรากฏตั้งแต่สมัยโรมัน โดยกฎหมายโรมันได้กำหนดให้ในช่วงสงครามหรือในกรณีที่เกิดความไม่สงบในบ้านเมือง ให้งงสุล (Consul ซึ่งหมายถึงตำแหน่งหัวหน้าฝ่ายบริหาร) โดยความเห็นชอบของสมาชิกวุฒิสภา สามารถแต่งตั้งผู้ปกครองที่มีอำนาจเบ็ดเสร็จ (Dictator) ใช้อำนาจปกครองในช่วงเวลาดังกล่าวได้ ซึ่งการบัญญัติในลักษณะนี้ได้สะท้อนให้เห็นถึงการตัดสินใจสองส่วนที่แยกต่างหากจากกัน นั่นคือ **หนึ่ง** การตัดสินใจว่าเมื่อใดจึงจะถือว่า “สถานการณ์ฉุกเฉิน” เกิดขึ้นแล้ว ซึ่งองค์กรที่ต้องตัดสินใจได้แก่ กงสุลและวุฒิสภา และ **สอง** การตัดสินใจว่าจะใช้มาตรการใดบ้างเพื่อบริหารจัดการสถานการณ์ฉุกเฉินที่เกิดขึ้น ซึ่งเป็นการตัดสินใจของผู้ปกครองที่มีอำนาจเบ็ดเสร็จที่ได้รับการแต่งตั้งจากกงสุลและวุฒิสภานั้นเอง

จากนั้น นักกฎหมายที่ได้อธิบายถึงการใช้อำนาจของผู้ปกครองอย่างเบ็ดเสร็จและไร้ข้อจำกัดในช่วงที่มีการประกาศใช้สถานการณ์ฉุกเฉิน ได้แก่ คาร์ล ชมิทท์ (Carl Schmitt) ซึ่งได้กล่าวถึงสถานการณ์ฉุกเฉินในลักษณะที่เป็นสถานการณ์ที่ยกเว้น (The exception) ไม่ใช่สถานการณ์ที่ปกติทั่วไป โดยชมิทท์ได้กล่าวว่า สถานการณ์ฉุกเฉินนี้ ต้องหมายถึงภัยอันตรายอย่างยิ่ง หรือภัยอันตรายต่อความดำรงอยู่ของรัฐ โดยสิ่งที่เกิดขึ้นนี้มีลักษณะฉุกเฉิน คือ ไม่สามารถคาดการณ์ได้ว่าอะไรจะเกิดขึ้นได้บ้างจากสถานการณ์นั้น และสถานการณ์ดังกล่าวจะหมดสิ้นลงเมื่อใด ดังนั้น ในช่วงเวลาดังกล่าวนี้ ผู้ใช้อำนาจรัฐที่ได้รับมอบหมายให้จัดการสถานการณ์ฉุกเฉิน สามารถใช้อำนาจได้อย่างไม่จำกัดเพื่อแก้ไขปัญหาในสภาวะวิกฤตนั้น อย่างไรก็ตาม ชมิทท์เห็นว่า องค์กรที่มีอำนาจประกาศสถานการณ์ฉุกเฉิน และองค์กรที่ใช้อำนาจเพื่อบริหารจัดการสถานการณ์ฉุกเฉิน ควรเป็นองค์กรเดียวกัน<sup>1</sup>

ดังที่ได้กล่าวไว้แล้วตอนต้น ประเทศที่ปกครองในระบบประชาธิปไตยจะยกวางรัฐธรรมนูญตามแนวคิดรัฐธรรมนูญนิยมซึ่งมุ่งกำหนดให้มีการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน และจำกัดการใช้อำนาจรัฐ โดยวางกรอบการใช้อำนาจรัฐอย่างชัดเจน ตลอดจนสร้างกลไกและองค์กรที่มีหน้าที่ตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐเพื่อให้การใช้อำนาจนั้นชอบด้วยรัฐธรรมนูญและชอบด้วยกฎหมาย อย่างไรก็ตาม รัฐธรรมนูญและระบบกฎหมายของประเทศเหล่านั้นก็ต่างยอมรับว่ารัฐอาจจะต้องพบกับสถานการณ์ที่ส่งผลกระทบต่อความดำรงอยู่ของรัฐหรือต้องประสบกับภาวะวิกฤตซึ่งกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ไม่สามารถแก้ไขปัญหาได้ จึงจำเป็นต้องให้อำนาจพิเศษบางอย่างแก่ฝ่ายบริหารซึ่งเป็นผู้บังคับใช้กฎหมาย เพื่อให้ฝ่ายบริหารสามารถใช้อำนาจนั้นแก้ไขปัญหาภาวะวิกฤตนั้นได้ แต่ก็ไม่ได้หมายความว่ารัฐธรรมนูญของ

<sup>1</sup> Victor V. Ramraj and Menaka Guruswamy, Emergency Powers, p. 85-97, in Routledge Handbook of Constitutional law, Mark Tushnet, Thomas Fleiner and Cheryl Saunders, (eds), New York : Routledge, p. 86

<sup>2</sup> John P. McCormick, Carl Schmitt's critique of liberalism, UK : Cambridge University Press, p. 134

ประเทศเหล่านั้นจะให้อำนาจเบ็ดเสร็จแก่ฝ่ายบริหารเหมือนอย่างทีกล่าวไว้ในกฎหมายโรมันหรือแนวคิดของชมิทท์ เนื่องจากรัฐธรรมนูญมักจะกำหนดกรอบในการใช้อำนาจดังกล่าวไว้ในรูปแบบของการบัญญัติเงื่อนไขของการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉิน ทั้งองค์กรที่มีอำนาจประกาศสถานการณ์ฉุกเฉิน กระบวนการหรือแม้แต่นิยามของคำว่าสถานการณ์ฉุกเฉินซึ่งถือเป็นหนึ่งในเงื่อนไขสำคัญ หรือแม้แต่การกำหนดระยะเวลา และเงื่อนไขการขยายเวลา เป็นต้น

ทั้งนี้ การกำหนดกฎเกณฑ์เกี่ยวกับสถานการณ์ฉุกเฉินในรัฐธรรมนูญ สามารถแบ่งออกได้เป็นสามระบบ ได้แก่<sup>3</sup>

**ระบบที่หนึ่ง คือ การไม่บัญญัติกฎเกณฑ์เกี่ยวกับสถานการณ์ฉุกเฉินไว้ในรัฐธรรมนูญเลย** เนื่องจากเห็นว่าการบัญญัติเรื่องสถานการณ์ฉุกเฉินซึ่งเป็นการให้อำนาจพิเศษแก่ฝ่ายบริหารอาจกลายเป็นการเปิดช่องให้ฝ่ายบริหารอาศัยข้ออ้างว่ามีสถานการณ์ฉุกเฉินและนำไปสู่การใช้อำนาจแบบเผด็จการได้ เช่น รัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกา ซึ่งไม่ได้บัญญัติเรื่องการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินไว้ และทำให้เกิดปัญหาในภายหลังว่า ในกรณีที่เกิดสถานการณ์ฉุกเฉินและมีความจำเป็นรีบด่วนที่จะต้องดำเนินการอย่างใดอย่างหนึ่งนั้น ประธานาธิบดีจะใช้อำนาจด้วยตนเองโดยไม่ต้องขอความยินยอมหรือรอการตัดสินใจจากรัฐสภาได้หรือไม่ และถ้าหากพิจารณาจากหลักพื้นฐานของกฎหมายมหาชนทีกล่าวว่า “เมื่อกฎหมายไม่ให้อำนาจ ก็ไม่สามารถทำได้” นั้น ก็เท่ากับว่าเมื่อรัฐธรรมนูญไม่ได้กำหนดอำนาจพิเศษให้แก่ประธานาธิบดีเมื่อมีสถานการณ์ฉุกเฉิน ดังนั้น ประธานาธิบดีย่อมไม่สามารถใช้อำนาจเพิ่มขึ้นจากสถานการณ์ปกติได้ อย่างไรก็ตาม ที่ผ่านมาประธานาธิบดีก็มักจะอ้างหลักอำนาจโดยปริยาย (implied powers) หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ อำนาจที่ประธานาธิบดีใช้อยู่ในยามปกติ นั้น มีอำนาจโดยปริยายแฝงอยู่ด้วย ซึ่งประธานาธิบดีสามารถใช้อำนาจดังกล่าวได้ในกรณีฉุกเฉิน แต่การใช้อำนาจในลักษณะดังกล่าวของประธานาธิบดีสหรัฐอเมริกา ก็เกิดปัญหาบ่อยครั้งจนศาลสูงต้องพิพากษาว่าการกระทำดังกล่าวของประธานาธิบดีชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่

**ระบบที่สอง คือ การบัญญัติเรื่องสถานการณ์ฉุกเฉินไว้ในรัฐธรรมนูญโดยสังเขป เพื่อให้มีการกำหนดกรอบในการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉิน** แต่ถ้าหากบัญญัติไว้โดยละเอียด ก็อาจไม่สามารถใช้บังคับได้ถ้าหากเกิดสถานการณ์ฉุกเฉินขึ้นจริง โดยรัฐธรรมนูญที่บัญญัติเรื่องสถานการณ์ฉุกเฉินในลักษณะนี้ ได้แก่ รัฐธรรมนูญประเทศฝรั่งเศสฉบับปัจจุบัน ซึ่งกำหนดกรอบในการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉิน ว่าจะต้องเป็นกรณีที่มีเหตุฉุกเฉินเฉพาะหน้าที่อาจส่งผลกระทบต่อสถาบันต่าง ๆ ของรัฐ ความเป็นเอกราช บูรณภาพแห่งดินแดน หรือกระทบต่อการปฏิบัติตามพันธกรณีระหว่างประเทศ หรือทำให้องค์กรตามรัฐธรรมนูญไม่สามารถปฏิบัติหน้าที่ได้อย่างปกติ ก็สามารถประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินได้ภายใต้เงื่อนไขที่กำหนดไว้<sup>4</sup> เป็นต้น

<sup>3</sup> วรเจตน์ ภาคีรัตน์, 2555, คำสอนว่าด้วยรัฐและหลักกฎหมายมหาชน, กรุงเทพฯ : โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ หน้า 217-220

<sup>4</sup> รัฐธรรมนูญประเทศฝรั่งเศส มาตรา 16

**ระบบที่สาม** คือ การบัญญัติเรื่องสถานการณ์ฉุกเฉินไว้อย่างละเอียด โดยรัฐธรรมนูญของประเทศที่เลือกจะบัญญัติเรื่องสถานการณ์ฉุกเฉินไว้อย่างละเอียดนั้นก็เพื่อป้องกันไม่ให้องค์กรที่ใช้อำนาจในการบริหารจัดการสถานการณ์ฉุกเฉินขยายขอบเขตอำนาจออกไปจนไม่สามารถควบคุมได้ เช่น การบัญญัติสถานการณ์ฉุกเฉินในรัฐธรรมนูญของประเทศเยอรมนี ซึ่งมีชื่อเรียกว่า “กฎหมายพื้นฐาน” (Basic Law) (ซึ่งต่อไปผู้เขียนจะขอเรียกว่า “รัฐธรรมนูญ” เช่นเดียวกับรัฐธรรมนูญประเทศอื่น ๆ) ก็จะทำให้กำหนดไว้อย่างชัดเจนว่าสถานการณ์ฉุกเฉินว่ามีกี่แบบ และในแต่ละแบบนั้น องค์กรใดบ้างเป็นผู้มีอำนาจในการบริหารจัดการสถานการณ์ฉุกเฉิน ตลอดจนกำหนดไว้อย่างชัดเจนว่าการใช้อำนาจเหล่านั้นมีขอบเขตเพียงใด<sup>5</sup> เป็นต้น

ทั้งนี้ ในการบัญญัติสถานการณ์ฉุกเฉินในรัฐธรรมนูญทั้งแบบที่หนึ่งและแบบที่สอง ก็มักจะมีประเด็นหลักที่จะต้องคำนึงถึงเพื่อกำหนดกรอบในการประกาศและการใช้อำนาจในช่วงสถานการณ์ฉุกเฉิน เพื่อป้องกันไม่ให้เกิดการใช้อำนาจตามอำเภอใจ หรือนำไปสู่การกำหนดให้รัฐตั้งอยู่ในภาวะสถานการณ์ฉุกเฉินอย่างไม่มีที่สิ้นสุด โดยกรอบที่มักจะถูกบัญญัติในรัฐธรรมนูญ (หรือกฎหมายที่กำหนดรายละเอียดเกี่ยวกับสถานการณ์ฉุกเฉินที่ออกตามรัฐธรรมนูญ) จะมีสาระสำคัญในการกำหนดเงื่อนไข ดังนี้

**1) องค์กรที่มีอำนาจประกาศภาวะสถานการณ์ฉุกเฉิน :** ซึ่งหมายถึงองค์กรที่มีอำนาจตัดสินใจว่าภายใต้สถานการณ์ที่รัฐต้องเผชิญอยู่นั้น จะเรียกว่าเป็นสถานการณ์ฉุกเฉินได้หรือไม่ โดยส่วนใหญ่แล้ว รัฐธรรมนูญหลายประเทศจะกำหนดให้ฝ่ายบริหารเป็นองค์กรหลักที่มีอำนาจในการประกาศภาวะสถานการณ์ฉุกเฉินได้<sup>6</sup> อย่างไรก็ตาม หลังสงครามโลกครั้งที่สองเป็นต้นมา หลาย ๆ ประเทศในโลกที่ปกครองในระบอบประชาธิปไตยเริ่มให้ความสำคัญกับการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพมากยิ่งขึ้น และพยายามหลีกเลี่ยงการบัญญัติการใช้อำนาจไปในทางที่องค์กรใดองค์กรหนึ่งผูกขาดเพียงองค์กรเดียว ดังนั้น รัฐธรรมนูญหลายประเทศจึงกำหนดให้ฝ่ายนิติบัญญัติเข้ามามีส่วนร่วมในการใช้อำนาจดังกล่าวด้วย เช่น กรณีของประเทศฝรั่งเศส การประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินของประธานาธิบดีจำเป็นต้องปรึกษาฝ่ายนิติบัญญัติ และคณะตุลาการรัฐธรรมนูญก่อน หรือกรณีของประเทศแอฟริกาใต้ ก็กำหนดให้การประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินจะต้องกระทำโดยรัฐบัญญัติ<sup>7</sup> ซึ่งหมายความว่า ผู้แทนประชาชนเป็นคนที่ให้อำนาจฝ่ายบริหารและกำหนดเงื่อนไขในการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินนั่นเอง ซึ่งในส่วนนี้ ผู้เขียนจะได้กล่าวถึงรายละเอียดอีกครั้งในบทที่ 2

**2) การกำหนดเงื่อนไขในการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉิน :** หรือก็คือการกำหนดนิยามของสถานการณ์ฉุกเฉินนั่นเอง โดยการกำหนดนิยามนี้ถือว่ามีค่าความสำคัญมาก เนื่องจากเป็นสิ่งที่บ่งบอกว่าภายใต้สถานการณ์ใดที่ฝ่ายบริหารจะมีอำนาจประกาศว่ารัฐอยู่ภายใต้สถานการณ์ฉุกเฉิน ทั้งนี้ แม้ว่าสมิทท์จะกล่าวว่าบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญนั้น ไม่สามารถจะบัญญัติไว้ล่วงหน้าได้เลยว่าสถานการณ์

<sup>5</sup> รัฐธรรมนูญประเทศเยอรมนี มาตรา 115 a – 115 l

<sup>6</sup> Victor V. Ramraj and Menaka Guruswamy, Emergency Powers, p. 87

<sup>7</sup> รัฐธรรมนูญประเทศแอฟริกาใต้ มาตรา 37



อย่างไรบ้างที่จะเรียกว่าเป็นสถานการณ์ฉุกเฉิน ซึ่งฝ่ายบริหารสามารถใช้อำนาจพิเศษเพื่อบริหารจัดการได้ ดังนั้น สิ่งที่จะสามารถบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญได้จึงมีแต่เพียงการบัญญัติว่าองค์กรใดจะเป็นผู้มีอำนาจในการตัดสินใจว่าเมื่อใด สถานการณ์ใด ควรจะประกาศภาวะสถานการณ์ฉุกเฉินเท่านั้น อย่างไรก็ตาม รัฐธรรมนูญหลาย ๆ ประเทศก็ยังคงจะพยายามบัญญัติลักษณะของสถานการณ์ที่จะนำไปสู่การประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินได้<sup>8</sup> เช่น รัฐธรรมนูญประเทศอินเดียบัญญัติให้ฝ่ายบริหารสามารถประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินได้ในกรณีที่เกิดภาวะสงคราม การรุกรานจากภายนอก หรือการใช้อาวุธเพื่อให้เกิดการเปลี่ยนแปลงการปกครอง<sup>9</sup>

**3) การใช้อำนาจในสถานการณ์ฉุกเฉิน :** ซึ่งเป็นการบัญญัติว่าเมื่อเกิดสถานการณ์ฉุกเฉินขึ้นแล้ว จะมีการใช้อำนาจเพื่อบริหารจัดการและแก้ไขปัญหาวิกฤตของสถานการณ์นั้นแตกต่างไปจากการใช้อำนาจในภาวะปกติอย่างไร ทั้งนี้ ประเด็นดังกล่าวนี้ในรัฐธรรมนูญบางประเทศอาจจะไม่ได้บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ แต่บัญญัติไว้ในกฎหมายที่กำหนดรายละเอียดเกี่ยวกับการใช้อำนาจในสถานการณ์ฉุกเฉินซึ่งโดยทั่วไปแล้ว จะมีการกำหนดลักษณะการใช้อำนาจในสถานการณ์ฉุกเฉินที่แตกต่างจากการใช้อำนาจในภาวะปกติอยู่สามลักษณะด้วยกัน<sup>10</sup> ได้แก่ **หนึ่ง** การกำหนดให้อำนาจที่องค์กรหนึ่งให้อยู่เป็นปกติต้องถูกถ่ายโอนไปให้อีกองค์กรหนึ่งใช้ในช่วงที่มีการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉิน อันอาจทำให้เกิดการรวมศูนย์อำนาจ เช่น พระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548 กำหนดให้นายกรัฐมนตรีสามารถโอนอำนาจของรัฐมนตรีกระทรวงใดกระทรวงหนึ่งบางส่วนมาเป็นของนายกรัฐมนตรีเป็นการชั่วคราวได้ เพื่อให้การบริหารจัดการมีประสิทธิภาพขึ้น<sup>11</sup> **สอง** การกำหนดให้องค์กรใดองค์กรหนึ่งสามารถใช้อำนาจพิเศษบางอย่างที่ไม่สามารถใช้ได้ในภาวะปกติ แต่ยังคงต้องอยู่ภายในกรอบของรัฐธรรมนูญ เช่น พระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548 กำหนดให้นายกรัฐมนตรีสามารถออกข้อกำหนดตามพระราชกำหนดดังกล่าวได้ แต่การใช้อำนาจออกพระราชกำหนดนั้น ก็ยังคงต้องอยู่ภายใต้กรอบของรัฐธรรมนูญ<sup>12</sup> และ **สาม** การกำหนดให้สิทธิเสรีภาพบางประการในรัฐธรรมนูญจะต้องถูกระงับไปในช่วงที่มีการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉิน

<sup>8</sup> Victor V. Ramraj and Menaka Guruswamy, Emergency Powers, p. 88

<sup>9</sup> รัฐธรรมนูญประเทศอินเดีย มาตรา 352

<sup>10</sup> Victor V. Ramraj and Menaka Guruswamy, Emergency Powers, p. 89

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

มาตรา 7 วรรคหนึ่ง

“ในเขตท้องที่มีการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินตามมาตรา 5 ให้บรรดาอำนาจหน้าที่ของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงใดกระทรวงหนึ่งหรือหลายกระทรวง หรือที่เป็นผู้รักษาการตามกฎหมายหรือที่มีอยู่ตามกฎหมายใดก็ตาม เฉพาะในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการอนุญาต อนุมัติ สั่งการ บังคับ บัญชา หรือช่วยในการป้องกัน แก้ไข ปราบปราม ระงับยับยั้งในสถานการณ์ฉุกเฉินหรือฟื้นฟูหรือช่วยเหลือประชาชน โอนมาเป็นอำนาจหน้าที่ของนายกรัฐมนตรีเป็นการชั่วคราว เพื่อให้การสั่งการและการแก้ไขสถานการณ์เป็นไปโดยมีเอกภาพ รวดเร็ว และมีประสิทธิภาพ”

<sup>12</sup> พระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548 มาตรา 9

**4) การตรวจสอบถ่วงดุล :** เนื่องจากการประกาศใช้สถานการณ์ฉุกเฉินจะส่งผลกระทบต่อหลักการแบ่งแยกการใช้อำนาจและการตรวจสอบถ่วงดุลระหว่างฝ่ายนิติบัญญัติ บริหาร และตุลาการที่ดำรงอยู่ในภาวะปกติ โดยมักจะกำหนดให้ฝ่ายบริหารเป็นองค์กรหลักที่ใช้อำนาจดังกล่าว แต่รัฐธรรมนูญบางประเทศก็อาจจะกำหนดให้ฝ่ายนิติบัญญัติสามารถมีส่วนร่วมในการใช้อำนาจเกี่ยวกับสถานการณ์ฉุกเฉินด้วยเพื่อให้เกิดการตรวจสอบกัน เช่น การกำหนดให้การขยายเวลาของสถานการณ์ฉุกเฉินจะต้องได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภา เป็นต้น<sup>13</sup>

**5) การกำหนดการสิ้นสุดและการขยายเวลา :** รัฐธรรมนูญบางประเทศอาจจะไม่บัญญัติถึงช่วงเวลาของการดำรงอยู่ของสถานการณ์ฉุกเฉิน นั้นหมายความว่า สถานการณ์ฉุกเฉินจะหมดสิ้นไปต่อเมื่อมีการประกาศยกเลิก แต่รัฐธรรมนูญบางประเทศก็อาจกำหนดไว้อย่างชัดเจนว่า เมื่อประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินมาแล้ว จะต้องสิ้นสุดเมื่อใด และถ้าหากต้องการขยายเวลา ก็อาจจะต้องได้รับความเห็นชอบจากองค์กรอื่นด้วย เช่น กรณีของรัฐธรรมนูญประเทศแอฟริกาใต้ซึ่งกำหนดให้การประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินนั้นจะมีกำหนดเวลาเพียง 21 วัน และเมื่อครบกำหนดแล้วการจะขยายเวลาจะต้องได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภา และจะขยายได้ครั้งละไม่เกิน 3 เดือน<sup>14</sup> โดยรัฐธรรมนูญประเทศที่กำหนดเวลาสิ้นสุดไว้ในลักษณะนี้ ก็เพื่อป้องกันไม่ให้เกิดกรณีที่ฝ่ายบริหารถือโอกาสประกาศให้รัฐต้องตกอยู่ในภาวะสถานการณ์ฉุกเฉินอย่างไม่มีกำหนดและใช้อำนาจในลักษณะพิเศษนั่นเอง

จากลักษณะของการกำหนดเรื่องสถานการณ์ฉุกเฉินข้างต้น จะเห็นได้ว่า ประเทศที่เป็นประชาธิปไตยล้วนแล้วแต่ยอมรับเรื่องการใช้อำนาจพิเศษของฝ่ายบริหารเมื่อเกิดสถานการณ์ไม่ปกติขึ้น โดยรัฐธรรมนูญแต่ละประเทศก็จะพยายามกำหนดกรอบเกี่ยวกับเงื่อนไขในการประกาศและการใช้อำนาจในสถานการณ์ฉุกเฉินไว้ ซึ่งจะต้องพยายามหาจุดสมดุลระหว่างประสิทธิภาพและประสิทธิผลในการจัดการแก้ไขปัญหาวิกฤตในสถานการณ์ฉุกเฉิน และการป้องกันการใช้อำนาจตามอำเภอใจที่อาจกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชน

## 2. แนวคิดเกี่ยวกับข้อจำกัดในการใช้อำนาจในสถานการณ์ฉุกเฉิน

ในช่วงที่มีการประกาศใช้สถานการณ์ฉุกเฉินนั้น การใช้อำนาจเพื่อบริหารจัดการกับสถานการณ์ฉุกเฉินของฝ่ายบริหารอาจทำให้เกิดการกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนได้ แต่ในปัจจุบัน ก็ไม่มีรัฐธรรมนูญของประเทศที่ปกครองในระบอบประชาธิปไตยประเทศใดที่ยอมรับให้ฝ่ายบริหารใช้อำนาจในการแก้ไขปัญหาวิกฤตในสถานการณ์ฉุกเฉินอย่างไร้ข้อจำกัดได้ และหลักการสำคัญที่ใช้อธิบายการจำกัดการใช้อำนาจของรัฐในสถานการณ์ฉุกเฉินที่สำคัญ คือ หลักการเรื่องสิทธิพื้นฐานที่ไม่อาจล่วงละเมิดได้

<sup>13</sup> Victor V. Ramraj and Menaka Guruswamy, *Emergency Powers*, p. 90

<sup>14</sup> รัฐธรรมนูญประเทศแอฟริกาใต้ มาตรา 37

(non-derogation of fundamental rights) ซึ่งเป็นหลักที่กำหนดว่า แม้ในช่วงที่มีการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉิน ฝ่ายบริหารจะสามารถล่วงละเมิดสิทธิเสรีภาพบางประการที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ได้ แต่ก็มีสิทธิเสรีภาพบางประการที่ถือว่าเป็นสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานที่ไม่สามารถล่วงละเมิดได้โดยเด็ดขาด และหลักความได้สัดส่วน (Proportionality) ซึ่งเป็นหลักที่เปรียบเทียบว่าการชี้วัดว่าการเลือกใช้มาตรการในการจัดการกับภาวะวิกฤตในสถานการณ์ฉุกเฉินของฝ่ายบริหารนั้น มีความเหมาะสมหรือไม่

## 2.1 หลักการว่าด้วยสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานที่ไม่อาจล่วงละเมิดได้

การกำหนดให้สิ่งใดถือเป็นสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานที่แม้แต่ฝ่ายบริหารเองก็ไม่สามารถอ้างความจำเป็นในการบริหารจัดการสถานการณ์ฉุกเฉินเพื่อจำกัดสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานนั้นได้ อาจปรากฏอยู่ในรัฐธรรมนูญของประเทศนั้น ๆ เอง โดยรัฐธรรมนูญบัญญัติไว้อย่างชัดเจนว่าสิทธิเสรีภาพอะไรบ้างที่ไม่อาจล่วงละเมิดได้โดยเด็ดขาด เช่น รัฐธรรมนูญประเทศติมอร์เลสเตได้บัญญัติไว้ในหมวดที่ว่าด้วยสถานการณ์ฉุกเฉิน (State of Exception) อย่างชัดเจนว่า ไม่ว่าจะเป็กรณีใด ๆ ก็ตาม การประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินจะต้องไม่นำไปสู่การล่วงละเมิดสิทธิเสรีภาพที่กระทบต่อความมีชีวิตอยู่ สิทธิเสรีภาพในร่างกาย ความเป็นพลเมือง ห้ามยกเว้นหลักการไม่มีโทษทางอาญ้ย้อนหลัง สิทธิในการต่อสู้คดีอาญาของจำเลย ห้ามละเมิดเสรีภาพในการนับถือศาสนา ไม่สามารถจับบุคคลไปทรมาน หรือใช้แรงงานหนักเพื่อลงโทษ (Servitude) ไม่สามารถใช้อำนาจเพื่อกระทำต่อบุคคลอย่างโหดร้ายโดยปราศจากความเป็มนุษย์หรือลงโทษบุคคลในลักษณะที่เป็นการลดทอนศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ และห้ามละเว้นหลักการไม่เลือกปฏิบัติต่อบุคคล<sup>15</sup> หรือในรัฐธรรมนูญบางประเทศ หลักการดังกล่าวนี้อาจจะปรากฏในรัฐธรรมนูญแต่ไม่ได้บัญญัติไว้ในหมวดหรือมาตราที่เกี่ยวกับการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินโดยตรง เช่น รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฉบับปัจจุบัน (ประกาศใช้ตั้งแต่ พ.ศ. 2560) ในหมวดสิทธิเสรีภาพของปวงชนชาวไทยก็ได้บัญญัติในมาตรา 26 ว่า การตรากฎหมายที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธินั้น จะต้องไม่ขัดต่อหลักนิติธรรม ไม่เพิ่มภาระหรือจำกัดสิทธิเสรีภาพของบุคคลเกินสมควรแก่เหตุ และไม่ว่าจะอย่างไรก็ไม่สามารถกระทบต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของบุคคลได้<sup>16</sup> ซึ่งอาจตีความได้ว่า การกำหนดมาตรการเพื่อบริหารจัดการสถานการณ์

<sup>15</sup> Constitution of Timor-Leste

Article 25 (5)

*"In no case shall a declaration of a state of siege affect the right to life, physical integrity, citizenship, non-retroactivity of the criminal law, defense in a criminal case and freedom of conscience and religion, the right not to be subjected to torture, slavery or servitude, the right not to be subjected to cruel, inhuman or degrading treatment or punishment, and the guarantee of non-discrimination".*

<sup>16</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

มาตรา 26 วรรคแรก

ฉุกเฉินนั้น อาจกระทบกระเทือนต่อสิทธิเสรีภาพได้ แต่จะกระทบต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ไม่ได้อย่างเด็ดขาด

นอกจากนี้ หลักการเหล่านี้อาจปรากฏในคำพิพากษาของศาลก็ได้ ซึ่งอาจเกิดจากการตีความบทบัญญัติรัฐธรรมนูญของศาลเพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน เช่น กรณีศาลสูงประเทศอินเดีย ซึ่งเคยตีความว่าสิทธิในการปกป้องตนเองจากการฟ้องร้องในคดีอาญา สิทธิในการไม่ถูกดำเนินกระบวนพิจารณาซ้ำ (double-jeopardy) และหลักการห้ามออกกฎหมายมีผลย้อนหลังเป็นโทษทางอาญานั้น จะถูกมองละเมิดไม่ได้<sup>17</sup>

ที่สำคัญ การกำหนดเรื่องสิทธิเสรีภาพที่ไม่อาจถูกมองละเมิดได้นั้นปรากฏอย่างชัดเจนในข้อตกลงระหว่างประเทศ ที่สำคัญ ได้แก่ ข้อตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (International Covenant on Civil and Political Rights – ICCPR) และอนุสัญญาแห่งยุโรปว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน (European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms – ECHR) และอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนแห่งอเมริกา (American Convention on Human Rights – ACHR) โดยสราวุธ ทับทอง ได้สรุปว่าข้อตกลงระหว่างประเทศได้กำหนดสิทธิเสรีภาพที่ไม่อาจถูกมองละเมิดได้โดยเด็ดขาดไว้ตรงกัน 4 ประการ<sup>18</sup> คือ

- 1) สิทธิเสรีภาพในการดำรงชีวิต
- 2) สิทธิเสรีภาพจากการถูกทรมาน หรือการได้รับการลงโทษโดยวิธีการที่ไร้ซึ่งมนุษยธรรม
- 3) สิทธิเสรีภาพในการไม่ถูกเฆี่ยนเป็นทาส และ
- 4) สิทธิเสรีภาพในการไม่ได้รับโทษทางอาญาย้อนหลัง

โดยสามารถเปรียบเทียบรายละเอียดที่เหมือนและแตกต่างกันได้<sup>19</sup> ดังนี้

---

“การตรากฎหมายที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลต้องเป็นไปตามเงื่อนไขที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ ในกรณีที่รัฐธรรมนูญมิได้บัญญัติเงื่อนไขไว้ กฎหมายดังกล่าวต้องไม่ขัดต่อหลักนิติธรรม ไม่เพิ่มภาระหรือจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลเกินสมควรแก่เหตุ และจะกระทบต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของบุคคลมิได้ รวมทั้งต้องระบุเหตุผลความจำเป็นในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพไว้ด้วย”

<sup>17</sup> State of Maharashtra v. Bhairao Punjabrao Gawande, (2008) 3 SCC 613.

<sup>18</sup> สราวุธ ทับทอง, 2557, รัฐไทยกับการใช้อำนาจในสถานการณ์ฉุกเฉิน : ศึกษากรณีการประกาศใช้พระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548 ในช่วง พ.ศ. 2552-2553, วิทยานิพนธ์รัฐศาสตรมหาบัณฑิต คณะรัฐศาสตรมหาวิทยาลัทธิธรรมศาสตร์ หน้า 63

<sup>19</sup> Paul Sieghart, 1985, The International Law of Human Rights, Oxford : Clarendon Press, p. 113 อ้างถึงใน สราวุธ ทับทอง, 2557, รัฐไทยกับการใช้อำนาจในสถานการณ์ฉุกเฉิน : ศึกษากรณีการประกาศใช้พระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548 ในช่วง พ.ศ. 2552-2553, หน้า 64

### ตารางแสดงสิทธิที่รัฐไม่อาจล่วงละเมิดได้ในสถานการณ์ฉุกเฉิน

สิทธิเสรีภาพที่ไม่อาจระงับหรือล่วงละเมิดได้	ICCPR	ECHR	ACHR
สิทธิเสรีภาพในการดำรงชีวิต	✓	✓	✓
สิทธิเสรีภาพที่จะไม่ถูกจำคุกเนื่องจากไม่ชำระหนี้	✓		
สิทธิเสรีภาพที่จะไม่ถูกทรมาน	✓	✓	✓
สิทธิเสรีภาพที่จะไม่ถูกเออลงเป็นทาส	✓	✓	✓
สิทธิเสรีภาพที่จะไม่ได้รับโทษทางอาญาย้อนหลัง	✓	✓	✓
สิทธิเสรีภาพในการถูกยอมรับว่าเป็นบุคคลตามกฎหมาย	✓		✓
สิทธิเสรีภาพในทางความคิดและการนับถือศาสนา	✓		✓
สิทธิเสรีภาพในการสมรสและมีครอบครัว			✓
สิทธิเสรีภาพของเด็กที่จะได้รับความคุ้มครอง			✓
สิทธิเสรีภาพในการมีชื่อ			✓
สิทธิเสรีภาพในการมีสัญชาติ			✓
สิทธิเสรีภาพในการมีส่วนร่วมทางการเมือง			✓

ที่มา : Paul Sieghart, 1985, The International Law of Human Rights, Oxford : Clarendon Press, p. 113 อ้างถึงใน สรรวุธ ทับทอง, 2557, รัฐไทยกับการใช้อำนาจในสถานการณ์ฉุกเฉิน : ศึกษากรณีการประกาศใช้พระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548 ในช่วง พ.ศ. 2552-2553, วิทยานิพนธ์รัฐศาสตรมหาบัณฑิต สาขาการปกครอง คณะรัฐศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ หน้า 64

## 2.2 หลักความได้สัดส่วน (Proportionality)

หลักความได้สัดส่วนถือเป็นหนึ่งในหลักการสำคัญที่ใช้สำหรับการควบคุมการใช้อำนาจของรัฐในการบริหารจัดการสถานการณ์ฉุกเฉิน เพื่อไม่ให้เกิดการใช้อำนาจไปในทางที่ละเมิดสิทธิเสรีภาพของประชาชนตามอำเภอใจ หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ การพิจารณาว่ามาตรการที่กำหนดขึ้นเพื่อจัดการและแก้ปัญหาภัยพิบัติในสถานการณ์ฉุกเฉินนั้นมีความชอบด้วยกฎหมายหรือมีความชอบธรรมหรือไม่นั้น ก็จะต้องพิจารณาว่ามาตรการที่บังคับใช้นั้นมีความได้สัดส่วนกับการล่วงละเมิดสิทธิเสรีภาพของประชาชนหรือไม่

นอกจากนี้ หลักความได้สัดส่วนเป็นหลักการที่ได้รับการพัฒนาและมีการปรับใช้เป็นอย่างมาก ในหลายประเทศโดยเฉพาะอย่างยิ่งประเทศในภาคพื้นทวีปยุโรป ซึ่งแม้ว่าหลักความได้สัดส่วนอาจจะไม่ได้บัญญัติอย่างชัดเจนอยู่ในรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษร แต่ก็ยังเป็นหลักที่ได้รับการยอมรับในฐานะที่เป็นหลักกฎหมายทั่วไปและมีการบังคับใช้อย่างกว้างขวางโดยศาลที่จะต้องพิจารณาคดีเกี่ยวกับการใช้อำนาจรัฐ

และมีการกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชน ทั้งนี้ หลักความได้สัดส่วนเริ่มพัฒนาขึ้นตั้งแต่ปลายศตวรรษที่ 20 ซึ่งในส่วนของกรกล่าวถึงหลักความได้สัดส่วนนี้ ผู้วิจัยจะขอกล่าวถึงการพัฒนาหลักความได้สัดส่วนในประเทศเยอรมนีเป็นหลัก เนื่องจากมีการศึกษาและปรับใช้หลักการดังกล่าวอย่างชัดเจนที่สุด

ในประเทศเยอรมนี หลักความได้สัดส่วนพัฒนาขึ้นในช่วงหลังสงครามโลกครั้งที่สอง ซึ่งเป็นช่วงที่หลาย ๆ ประเทศเริ่มหันมาสนใจการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพและให้ความสำคัญกับประเด็นเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชน และศาลรัฐธรรมนูญของประเทศเยอรมนีก็ปรับใช้หลักดังกล่าวบ่อยครั้งในกรณีที่จะต้องตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการใช้อำนาจรัฐทุกประเภท โดยเฉพาะอย่างยิ่งการใช้อำนาจรัฐในกรณีที่จะทำให้เกิดการกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชน เริ่มแรก หลักการดังกล่าวได้วางหลักไว้เพียงสั้น ๆ ว่ารัฐสามารถจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนได้แต่เพียงเท่าที่จำเป็นเท่านั้น<sup>20</sup>

บรเวจิต ลิงคะเนติ และสมัคคี นวตระกูลพิสุทธ์ ได้กล่าวถึง ผลการศึกษาเรื่องหลักความได้สัดส่วนของ R.V. Krauss และ P. Lerche และงานเขียนของ L. Herschberg และ M. Ch. Jakobs และสามารถสรุปได้ว่า หลักความได้สัดส่วนนั้นประกอบด้วยหลักการสำคัญ 3 ประการ<sup>21</sup> คือ

**1) หลักความเหมาะสม :** ซึ่งหมายความว่า มาตรการที่รัฐเลือกใช้เพื่อแก้ปัญหา นั้น จะต้องเป็นมาตรการที่สามารถทำให้บรรลุวัตถุประสงค์ที่รัฐวางไว้ได้ แต่ไม่ได้หมายความว่าในขณะที่เลือกใช้มาตรการดังกล่าว นั้น จะต้องเป็นที่แน่นอนว่ามาตรการนั้นจะแก้ปัญหาได้ เพียงแต่การเลือกใช้มาตรการนั้น จะต้องวางอยู่บนสมมติฐานที่ได้รับการยอมรับ และต้องเป็นมาตรการที่แสดงให้เห็นได้ว่าเป็นไปได้อย่างที่บรรลุวัตถุประสงค์ที่วางไว้

**2) หลักความจำเป็น :** เมื่อรัฐได้เลือกมาตรการที่มองว่าเป็นมาตรการที่เหมาะสม เพราะจะทำให้สามารถบรรลุวัตถุประสงค์ที่วางไว้แล้วนั้น ลำดับต่อมา รัฐจะต้องพิจารณาด้วยว่ามาตรการที่เหมาะสมเหล่านั้นถือเป็นมาตรการที่จำเป็นหรือไม่ และการพิจารณาว่ามาตรการนั้นเป็นมาตรการที่จำเป็นหรือไม่ ก็จะต้องพิจารณาว่า มาตรการนั้นเป็นมาตรการที่จะก่อให้เกิดผลกระทบอย่างน้อยที่สุดเท่านั้น หรือถ้าหากมองอีกมุมหนึ่ง คือ การพิจารณาโดยตั้งคำถามว่า เพื่อที่จะบรรลุวัตถุประสงค์หรือเป้าหมายเดียวกันนี้ จำเป็นจะต้องใช้มาตรการดังกล่าวหรือไม่ ซึ่งถ้าหากพิจารณาแล้วปรากฏว่าแม้ไม่มีการใช้มาตรการดังกล่าว หรือถ้าหากใช้มาตรการอื่นที่มีผลกระทบน้อยกว่า ก็จะสามารถบรรลุวัตถุประสงค์ได้เช่นกัน ก็แสดงว่ามาตรการดังกล่าว นั้นไม่ใช่มาตรการที่จำเป็น<sup>22</sup>

<sup>20</sup> บรเวจิต ลิงคะเนติ และ สมัคคี นวตระกูลพิสุทธ์, 2542, หลักความได้สัดส่วนตามหลักกฎหมายของเยอรมันและฝรั่งเศส, วารสารศาลรัฐธรรมนูญ ปีที่ 1, ฉบับที่ 2 (พฤษภาคม-สิงหาคม 2542) หน้า 44

<sup>21</sup> บรเวจิต ลิงคะเนติ และ สมัคคี นวตระกูลพิสุทธ์, 2542, หลักความได้สัดส่วนตามหลักกฎหมายของเยอรมันและฝรั่งเศส, หน้า 46

<sup>22</sup> บรเวจิต ลิงคะเนติ และ สมัคคี นวตระกูลพิสุทธ์, 2542, หลักความได้สัดส่วนตามหลักกฎหมายของเยอรมันและฝรั่งเศส, หน้า 50

3) **หลักความได้สัดส่วนอย่างแคบ** : โดยเป็นการพิจารณาความสัมพันธ์ระหว่างผลกระทบกับประโยชน์ที่ได้รับ ว่ามาตรการที่เลือกใช้นั้น เป็นมาตรการที่มีประสิทธิภาพในการแก้ปัญหามากที่สุด และกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนน้อยที่สุดหรือไม่

นอกจากนี้ หลักการดังกล่าวยังถูกนำไปปรับใช้โดยศาลในหลาย ๆ ประเทศเมื่อต้องพิจารณาพิพากษาคดีที่เกี่ยวข้องกับความชอบด้วยกฎหมายของการใช้อำนาจรัฐ เช่น ศาลปกครองของประเทศฝรั่งเศสที่เรียกว่า “สภาแห่งรัฐ” (Conseil d'Etat) (ซึ่งต่อไปผู้วิจัยจะขอเรียกว่า “ศาลปกครอง” เพื่อลดความสับสน และเนื่องจากงานวิจัยชิ้นนี้กล่าวถึงบทบาทของสภาแห่งรัฐเฉพาะในส่วนที่ตัดสินคดีปกครองเท่านั้น) ซึ่งในกรณีที่ศาลจะต้องพิจารณาคดีที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของปัจเจกบุคคล ศาลก็มักจะพิจารณาเสมอว่าการใช้อำนาจของรัฐนั้นก่อภาระเกินสมควรให้แก่ประชาชนหรือไม่เมื่อเทียบกับประโยชน์ที่ได้รับ<sup>23</sup> หรืออย่างศาลในประเทศแคนาดาก็มีการปรับใช้หลักดังกล่าวในคำพิพากษาเช่นกัน โดยกำหนดให้การพิจารณาว่ามาตรการที่รัฐเลือกใช้เพื่อแก้ไขปัญหาที่สอดคล้องกับหลักความได้สัดส่วนหรือไม่ จะต้องพิจารณาว่า *หนึ่ง* มาตรการที่เลือกใช้นั้นมีความสมเหตุสมผลที่จะคาดหมายได้ว่าจะทำให้บรรลุวัตถุประสงค์ที่ต้องการได้ *สอง* มาตรการที่เลือกใช้นั้นเป็นมาตรการที่กระทบกระเทือนต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนน้อยที่สุดแล้วหรือไม่ และ *สาม* ผลกระทบที่เกิดขึ้นจากการละเมิดสิทธิเสรีภาพของประชาชนนั้น (แม้ว่าจะกระทบกระเทือนอย่างน้อยที่สุดแล้ว) ถือว่าคุ้มค่าหรือไม่เมื่อเทียบกับความสำคัญที่จะต้องบรรลุวัตถุประสงค์นั้น<sup>24</sup>

ที่สำคัญ แม้แต่ประเทศไทยเอง รัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันก็ได้บัญญัติเรื่องหลักความได้สัดส่วนไว้ในมาตรา 26 ดังที่ได้กล่าวไว้แล้วข้างต้น โดยบัญญัติเป็นหลักการให้ฝ่ายนิติบัญญัติจะต้องพิจารณาในการตรากฎหมายที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพของบุคคลว่า การตรากฎหมายในลักษณะนั้นจะต้อง “ไม่เพิ่มภาระหรือจำกัดสิทธิเสรีภาพของบุคคลเกินสมควรแก่เหตุ...” ซึ่งคำว่า “เกินสมควรแก่เหตุ” นี้ก็หมายถึงหลักความได้สัดส่วนนั่นเอง

แม้ว่าหลักความได้สัดส่วนจะปรากฏอย่างชัดเจนในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย เฉพาะส่วนที่เกี่ยวข้องกับการใช้อำนาจนิติบัญญัติ แต่ในกรณีที่มิคิดเกี่ยวกับการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารที่กระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนขึ้นสู่การพิจารณาของศาลปกครองหรือศาลรัฐธรรมนูญ ศาลก็มักจะนำแนวคิดเรื่องหลักความได้สัดส่วนมาปรับใช้เช่นกันโดยเรียกหลักดังกล่าวว่า “หลักความได้สัดส่วนพอเหมาะพอควรแก่กรณี”<sup>25</sup> หรือแม้แต่ศาลแพ่งซึ่งเป็นศาลยุติธรรม เมื่อต้องพิจารณาคดีที่เกี่ยวข้องกับมาตรการที่ฝ่ายบริหารเลือกใช้ในการจัดการกับสถานการณ์ฉุกเฉิน ก็นำหลักความได้สัดส่วนมาปรับใช้เช่นกัน ซึ่งผู้วิจัยจะขอกล่าวถึงเรื่องนี้โดยละเอียดในบทที่ 3

<sup>23</sup> บรรเจิด สิงคะเนติ และ สมศักดิ์ นวตระกูลพิสุทธิ์, 2542, หลักความได้สัดส่วนตามหลักกฎหมายของเยอรมันและฝรั่งเศส, หน้า 61

<sup>24</sup> Victor V. Ramraj and Menaka Guruswamy, Emergency Powers, p. 93

<sup>25</sup> คาวินิจัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 2/2562

จากที่กล่าวข้างต้นจะเห็นได้ว่า ในหัวข้อที่ 1 ที่ได้กล่าวถึงแนวคิดเกี่ยวกับสถานการณ์ฉุกเฉิน และกรอบการบัญญัติเรื่องการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินและการใช้อำนาจในกรณีที่มีการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินนั้น ก็เป็นส่วนที่เกี่ยวข้องกับ “กระบวนการ” ส่วนหัวข้อที่ 2 ที่กล่าวถึงหลักสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานที่ไม่อาจล่วงละเมิดได้โดยเด็ดขาด และหลักความได้สัดส่วนนั้น ก็เป็นส่วนสำคัญที่ใช้เป็นเครื่องมือในการพิจารณาเนื้อหาในการใช้อำนาจเพื่อจัดการกับสถานการณ์ฉุกเฉินว่ามีความชอบธรรมหรือไม่ หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ หัวข้อที่ 1 และ 2 นั้น เป็นเครื่องมือที่ใช้ในการตรวจสอบการใช้อำนาจในกรณีที่มีการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉิน ในหัวข้อต่อไป ผู้วิจัยจะขอลำดับถึงบทบาทขององค์กรตุลาการในฐานะที่เป็นองค์กรที่มีอำนาจตรวจสอบการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารในสถานการณ์ฉุกเฉิน

### 3. การตรวจสอบการประกาศและการใช้อำนาจในสถานการณ์ฉุกเฉินขององค์กรตุลาการ

ในยุคเริ่มแรกที่มีการพัฒนาหลักกฎหมายมหาชนนั้น การประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินและการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารเพื่อบริหารจัดการสถานการณ์ฉุกเฉินนั้น ถือเป็นการใช้อำนาจที่เรียกว่าเป็น “การกระทำทางรัฐบาล” หรือที่ตำราบางเล่มเรียกว่าเป็น “การใช้อำนาจทางการเมือง” ที่การตรวจสอบถ่วงดุลการใช้อำนาจในลักษณะนี้จะต้องเป็นการตรวจสอบด้วยกลไกทางการเมืองเท่านั้น องค์กรตุลาการไม่มีอำนาจที่จะก้าวล่วงมาตรวจสอบการใช้อำนาจในลักษณะดังกล่าวของฝ่ายบริหาร นั้นหมายความว่า ในกรณีที่ฝ่ายบริหารประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินอย่างไม่เหมาะสม หรือมีการเลือกใช้มาตรการเพื่อบริหารจัดการสถานการณ์ฉุกเฉินที่เกินขอบเขตหรือมีการล่วงละเมิดสิทธิเสรีภาพของประชาชนเกินสมควร องค์กรที่จะทำหน้าที่ตรวจสอบการดำเนินการดังกล่าวก็คือฝ่ายนิติบัญญัติ โดยใช้กลไกทางการเมืองที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ ซึ่งถ้าหากมีการฟ้องร้องประเด็นดังกล่าวต่อศาล ศาลก็มักจะปฏิเสธว่าประเด็นดังกล่าวไม่อยู่ในเขตอำนาจศาล

อย่างไรก็ตาม แนวปฏิบัติดังกล่าวได้ค่อยๆ เปลี่ยนไปตั้งแต่หลังสงครามโลกครั้งที่สอง ซึ่งหลายประเทศที่ปกครองในระบบประชาธิปไตยเริ่มตระหนักถึงการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน ส่งผลให้หลายประเทศเริ่มบัญญัติรับรองสิทธิเสรีภาพของประชาชนไว้อย่างชัดเจนในรัฐธรรมนูญ ตลอดจนเกิดการตั้งคำถามเกี่ยวกับการตรวจสอบถ่วงดุลในระบบรัฐสภาซึ่งฝ่ายบริหารมาจากเสียงข้างมากของฝ่ายนิติบัญญัติ จึงทำให้เกิดการวิพากษ์วิจารณ์ว่าถ้าหากฝ่ายบริหารใช้อำนาจไปในทางที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ ฝ่ายนิติบัญญัติจะสามารถตรวจสอบการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารได้จริงหรือไม่



ด้วยเหตุนี้ หลายประเทศจึงได้มีการตั้งองค์กรที่ทำหน้าที่พิทักษ์ความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญเพื่อป้องกันไม่ให้สิทธิเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญบัญญัติรับรองไว้นั้นถูกองค์กรอื่น ๆ ล่วงละเมิดได้ โดยอาจเรียกองค์กรเหล่านั้นว่า “ศาลรัฐธรรมนูญ” หรือ “คณะตุลาการรัฐธรรมนูญ” และหลังจากนั้นแนวคิดเกี่ยวกับการให้องค์กรตุลาการมีอำนาจพิจารณา “ความชอบด้วยกฎหมาย” ของการใช้อำนาจขององค์กรต่าง ๆ ตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ แม้ในบางกรณีอาจจะไม่ได้บัญญัติไว้อย่างชัดเจนในรัฐธรรมนูญ แต่ศาลก็อาจตีความขยายขอบอำนาจของตนเอง (Jurisdiction) เข้าไปพิจารณาพิพากษาการใช้อำนาจขององค์กรตามรัฐธรรมนูญดังกล่าวในกรณีที่เป็นที่เห็นได้ว่าถ้าหากปล่อยให้้องค์กรตามรัฐธรรมนูญใช้อำนาจเช่นนั้นต่อไป ก็อาจจะเกิดการกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนได้ เช่นกรณีของศาลรัฐธรรมนูญประเทศตุรเคียที่ตีความว่าศาลมีเขตอำนาจวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแม้ว่ารัฐธรรมนูญจะไม่บัญญัติไว้โดยตรง<sup>26</sup> หรือรัฐธรรมนูญบัญญัติให้อำนาจศาลรัฐธรรมนูญเฉพาะการวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญเฉพาะกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ แต่ศาลก็ตีความครอบคลุมไปจนเป็นผลให้เกิดการวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของเนื้อหาในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ<sup>27</sup>

ในส่วนของกรณีวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือความชอบด้วยกฎหมายในการประกาศและการใช้อำนาจในสถานการณ์ฉุกเฉินนั้น ก็มีความเปลี่ยนแปลงเช่นเดียวกัน กล่าวคือ ตั้งแต่หลังเหตุการณ์ก่อการร้ายในสหรัฐอเมริกาเมื่อวันที่ 11 กันยายน ค.ศ. 2001 เป็นต้นมา หลายประเทศได้มีการตรากฎหมายในลักษณะที่ให้อำนาจฝ่ายบริหารเป็นพิเศษในการกำหนดมาตรการ หรือการตรากฎหมายเพื่อยกเว้นการรับรองสิทธิเสรีภาพในกระบวนการยุติธรรมบางประการโดยให้เหตุผลเกี่ยวกับความต้องการในการปราบปรามการก่อการร้ายเพื่อปกป้องความมั่นคงของรัฐ ส่งผลให้ศาลหลายประเทศเริ่มมีคำพิพากษาเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของการใช้อำนาจพิเศษเหล่านั้น ที่สำคัญหลายประเทศที่ยกวางรัฐธรรมนูญขึ้นใหม่ หรือมีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ก็เริ่มแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไปในทางที่ให้องค์กรอื่นรวมทั้งองค์กรตุลาการเข้ามามีส่วนร่วมในการใช้อำนาจประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินด้วย ไม่ใช่กำหนดให้การประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินเป็นอำนาจของฝ่ายบริหารแต่เพียงองค์กรเดียวเหมือนที่ผ่านมา

ทั้งนี้ Victor V Ramraj และ Menaka Guruswamy ได้ชี้ให้เห็นว่าที่ผ่านมา มีนักวิชาการหลายท่านได้มีความเห็นที่แตกต่างกันไปเกี่ยวกับการตรวจสอบการใช้อำนาจในสถานการณ์ฉุกเฉินโดยมีทั้งกลุ่มนักวิชาการที่เห็นว่าการตรวจสอบควรกระทำโดยฝ่ายนิติบัญญัติเท่านั้น เพราะเป็นประเด็นเกี่ยวกับการเมือง แต่ก็มีบางกลุ่มที่เห็นว่าการตรวจสอบควรกระทำโดยฝ่ายตุลาการ และถ้าหากพิจารณาถึง

<sup>26</sup> คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญประเทศตุรเคียที่ 1965/40 ลงวันที่ 26 กันยายน ค.ศ. 1965, 1970/31 ลงวันที่ 16 มิถุนายน ค.ศ. 1970 และ 1971/37 ลงวันที่ 3 เมษายน ค.ศ. 1971

<sup>27</sup> คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญประเทศตุรเคียที่ 1975/87 ลงวันที่ 15 เมษายน ค.ศ. 1975, 1976/19 ลงวันที่ 23 มีนาคม ค.ศ. 1976, 1976/46 ลงวันที่ 12 ตุลาคม ค.ศ. 1976

บทบาทขององค์กรตุลาการที่เกี่ยวข้องกับการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินและการใช้อำนาจในสถานการณ์ฉุกเฉินแล้ว จะเห็นว่าสามารถแบ่งบทบาทดังกล่าวได้สองแบบ คือ หนึ่ง การให้องค์กรตุลาการมีบทบาทเกี่ยวกับกระบวนการในการใช้อำนาจในสถานการณ์ฉุกเฉินของฝ่ายบริหาร ซึ่งกรณีนี้จะเป็นกรณีที่รัฐธรรมนูญหรือกฎหมายที่ต้องออกตามรัฐธรรมนูญได้บัญญัติไว้โดยตรง เช่น ให้ประธานาธิบดีจะต้องหารือกับคณะตุลาการรัฐธรรมนูญก่อนการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉิน หรือ การให้ศาลรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรที่ต้องพิจารณาในกรณีที่ขยายเวลาการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉิน เป็นต้น<sup>28</sup>

ส่วนบทบาทในลักษณะที่สองนั้น เป็นการใช้อำนาจในการพิจารณาพิพากษาคดีที่เกี่ยวข้องกับสถานการณ์ฉุกเฉิน ซึ่งมักจะเป็นการวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือความชอบด้วยกฎหมายของมาตรการที่ฝ่ายบริหารได้ประกาศใช้เพื่อแก้ไขปัญหาวิกฤตในสถานการณ์ฉุกเฉิน โดยการใช้อำนาจของศาลในลักษณะนี้ อาจไม่ได้บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญอย่างชัดเจน แต่ในเมื่อสิทธิที่จะฟ้องร้องคดีต่อศาลถือเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชนที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ จึงมักปรากฏว่ามีการฟ้องคดีเกี่ยวกับการถูกละเมิดสิทธิเสรีภาพอันเนื่องมาจากการใช้มาตรการพิเศษเพื่อรักษาความมั่นคงของรัฐ แม้ว่าในอดีตศาลมักจะปฏิเสธในการตัดสินคดีเหล่านี้โดยให้เหตุผลว่าเป็นการกระทำทางรัฐบาล แต่ปัจจุบันศาลได้วินิจฉัยได้เข้ามาตัดสินคดีลักษณะนี้มากยิ่งขึ้นเพื่อคุ้มครองสิทธิของประชาชน

Arun K. Thiruvengadam ได้พิจารณาคำพิพากษาของศาลเกี่ยวกับการให้อำนาจพิเศษแก่ฝ่ายบริหารในการจัดการกับการก่อการร้ายซึ่งถือเป็นสถานการณ์ฉุกเฉินของหลายประเทศ เช่น การให้อำนาจในการจับกุมโดยไม่จำเป็นต้องมีหมายในบางกรณี การให้อำนาจรัฐบาลในการพิจารณาส่งผู้ร้ายข้ามแดนที่ทำได้โดยง่ายขึ้น หรือการให้อำนาจรัฐบาลในการใช้ดุลพินิจอย่างกว้างขวางเพื่อจัดการกับสถานการณ์ที่เป็นที่คาดหมายได้ว่าอาจจะมีกรก่อการร้ายและเป็นอันตรายต่อความมั่นคงของรัฐ และได้สรุปลักษณะของคำพิพากษาศาลในคดีที่เกี่ยวข้องกับสถานการณ์ฉุกเฉินว่ามีแนวทางในการวินิจฉัย 4 แนวทาง<sup>29</sup> ได้แก่

### 1) วินิจฉัยให้ฝ่ายบริหารซึ่งเป็นผู้ประกาศมาตรการดังกล่าวนี้ ต้องกลับไปดำเนินการใหม่เนื่องจากกระบวนการไม่ถูกต้อง

ได้แก่ คำวินิจฉัยของศาลสูง (Supreme Court) ประเทศแคนาดา ในคดี Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) ซึ่งเป็นกรณีที่นาย Suresh ผู้ก่อตั้งกลุ่มเคลื่อนไหวทางการเมืองและก่อการร้ายในประเทศศรีลังกา (กลุ่ม Liberation Tiger of Tamil Eelem) ได้ขอลี้ภัยทางการเมืองในประเทศแคนาดา แต่รัฐบาลแคนาดาได้มีคำสั่งส่งผู้ร้ายข้ามแดนโดยให้เหตุผลว่าจำเป็นต้องรักษา

<sup>28</sup> Victor V. Ramraj and Menaka Guruswamy, *Emergency Powers*, p. 90

<sup>29</sup> Arun K. Thiruvengadam, 2010, *Asian judiciaries and emergency powers : reasons for optimism?*, in *Emergency powers in Asia : Exploring the limits of legality*, Victor V. Ramraj and Arun K. Thiruvengadam, (eds), pp. 466-494, Cambridge : Cambridge University Press, p.469-470

ความมั่นคงของรัฐ แม้จะปรากฏข้อเท็จจริงว่าถ้าหากส่งผู้ร้ายข้ามแดนแล้ว นาย Suresh อาจจะต้องถูกลงโทษโดยการทรมาน อีกทั้งในขั้นตอนการพิจารณาว่าจะส่งผู้ร้ายข้ามแดนหรือไม่นั้น ก็ไม่เปิดโอกาสให้ผู้ต้องหาได้ชี้แจง และเมื่อคดีดังกล่าวขึ้นสู่การพิจารณาของศาลสูงแคนาดา ศาลได้พิพากษาขอให้เพิกถอนคำสั่งดังกล่าวเนื่องจากกระบวนการพิจารณาไม่ชอบด้วยกฎหมายโดยให้เหตุผลสำคัญสามประการ คือ หนึ่ง การตัดสินใจของรัฐบาลไม่มีเหตุผลเพียงพอที่จะส่งผู้ร้ายข้ามแดนในกรณีนี้ สอง กระบวนการพิจารณาของรัฐบาลขาดความเป็นธรรม เนื่องจากไม่เปิดโอกาสให้ผู้ต้องหาได้ชี้แจง และสาม การพิจารณาดังกล่าวมีผลเป็นการละเมิดต่อกฎบัตรแคนาดาว่าด้วยสิทธิเสรีภาพ (Canadian Charter of Rights and Freedom) เนื่องจากกฎบัตรดังกล่าวกำหนดว่าห้ามส่งผู้ร้ายข้ามแดน ถ้าหากว่าการส่งผู้ร้ายข้ามแดนจะทำให้ผู้นั้นต้องถูกลงโทษโดยการทรมาน ซึ่งผลของคำวินิจฉัยก็ทำให้รัฐบาลจะต้องพิจารณาเรื่องนี้ใหม่อีกครั้ง<sup>30</sup>

จะเห็นได้ว่า การวินิจฉัยเกี่ยวกับการใช้อำนาจพิเศษเพื่อรักษาความมั่นคงของรัฐในกรณีนี้ ศาลไม่ได้พิพากษายกเลิกบทบัญญัติที่เกี่ยวกับการส่งผู้ร้ายข้ามแดนในกรณีที่เป็นการก่อการร้าย แต่ศาลวินิจฉัยเพียงให้รัฐบาลพิจารณาเรื่องนี้ใหม่ด้วยกระบวนการที่ถูกต้องเท่านั้น (แม้ว่าสุดท้ายจะทำให้ผลการตัดสินใจของรัฐบาลเปลี่ยนไปจากเดิมก็ตาม)

## 2) วินิจฉัยว่ามาตรการที่ฝ่ายบริหารกำหนดขึ้นนั้น ไม่สอดคล้องกับกฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติ หรือไม่สอดคล้องกับพันธกรณีระหว่างประเทศ

ได้แก่ คำพิพากษาศาลอังกฤษในคดี Belmarsh ซึ่งในช่วง ค.ศ. 2001 รัฐสภาอังกฤษได้ตราพระราชบัญญัติความมั่นคงและการต่อต้านการก่อการร้ายและอาชญากรรม ค.ศ. 2001 (Anti-Terrorism, Crime and Security Act 2001) ซึ่งกฎหมายดังกล่าวจะกำหนดมาตรการพิเศษในกรณีที่เกี่ยวข้องกับการก่อการร้ายโดยให้สามารถจับกุมและคุมขังผู้ต้องหาต่างชาติระหว่างรอการส่งตัวออกนอกประเทศได้โดยไม่ต้องมีการไต่สวน และในกรณีนี้สามารถคุมขังได้โดยไม่มีกำหนด ซึ่งก็ได้มีการจับกุมผู้ต้องหาเนื่องจากปรากฏหลักฐานว่าบุคคลดังกล่าวเป็นภัยต่อความมั่นคงของชาติ และมีส่วนเกี่ยวข้องกับคดีก่อการร้ายและผู้ต้องหาเหล่านั้นได้ถูกคุมขังโดยไม่มีกำหนดตามกฎหมายดังกล่าว ต่อมาจึงได้มีการร้องต่อศาลเกี่ยวกับการปฏิบัติที่ละเมิดสิทธิเสรีภาพ โดยศาลอังกฤษได้พิพากษาว่าการกำหนดมาตรการทางกฎหมายดังกล่าวนั้น ขัดต่ออนุสัญญาแห่งยุโรปว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน อีกทั้งยังเป็นการเลือกปฏิบัติ เพราะกฎหมายดังกล่าวใช้บังคับเฉพาะกรณีที่เป็นผู้ต้องหาต่างชาติเท่านั้น<sup>31</sup>

<sup>30</sup> Suresh v. Canada, 2002 SCC1 (Can LII), (2002) 1SCR 3, <https://www.canlii.org/en/ca/scc/doc/2002/2002scc1/2002scc1.html>

<sup>31</sup> [2004] UKHL 56, [http://www.internationalcrimesdatabase.org/Case/3264/A-v-Secretary-of-State-for-the-Home-Department-\(No-1\)/](http://www.internationalcrimesdatabase.org/Case/3264/A-v-Secretary-of-State-for-the-Home-Department-(No-1)/)

### 3) วิจัยชี้ว่ากฎหมายที่กำหนดมาตรการพิเศษนั้น มีบางส่วนที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ส่งผลให้ส่วนที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญนั้นต้องสิ้นผลไป และฝ่ายนิติบัญญัติจะต้องทบทวนเพื่อแก้ไขอีกครั้ง

คำวินิจฉัยที่มีผลลักษณะข้างต้น ได้แก่ คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญเยอรมันเกี่ยวกับกฎหมายการออกหมายจับของสหภาพยุโรป (European Arrest Warrant Case) ใน ค.ศ. 2005 ซึ่งสหภาพยุโรปได้ออกกฎหมายดังกล่าวเนื่องจากเหตุการณ์ก่อการร้ายใน ค.ศ. 2001 ที่เกิดขึ้นในสหรัฐอเมริกา กฎหมายดังกล่าวกำหนดให้การส่งผู้ร้ายข้ามแดนในคดีเกี่ยวกับการก่อการร้ายระหว่างประเทศสมาชิกสหภาพยุโรปด้วยกันเองทำได้โดยง่ายขึ้น กล่าวคือ ในกรณีที่ประเทศปลายทางออกหมายจับผู้ต้องหาแล้ว ประเทศต้นทางที่ผู้ต้องหาหลบภัยอยู่ก็สามารถส่งผู้ร้ายข้ามแดนได้ และกฎหมายยังได้กำหนดให้รัฐบาลสามารถใช้ดุลพินิจได้อย่างกว้างขวางในการพิจารณาการส่งผู้ร้ายข้ามแดนในกรณีนี้ และในวันที่ 16 กันยายน ค.ศ. 2004 ศาลอาญากลางของเมืองแมดริด ประเทศสเปน (The Central Court of Investigation in Criminal Matters in Madrid) ได้ออกหมายจับผู้ต้องหาคดีก่อการร้ายซึ่งเป็นสมาชิกกลุ่มอัลกออิดะฮ์และมีสัญชาติเยอรมันเชื้อสายซีเรียซึ่งหลบภัยอยู่ในประเทศเยอรมนี รัฐบาลเยอรมันได้จับกุมผู้ต้องหาและเตรียมส่งผู้ร้ายข้ามแดน แต่ผู้ต้องหาได้ฟ้องร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญให้พิจารณาว่าการส่งผู้ร้ายข้ามแดนดังกล่าวไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ และศาลรัฐธรรมนูญได้มีคำวินิจฉัยว่าการส่งผู้ร้ายข้ามแดนดังกล่าวไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ เนื่องจากผู้ต้องหาเป็นสัญชาติเยอรมันซึ่งรัฐธรรมนูญประเทศเยอรมนีก็มีบทบัญญัติคุ้มครองสิทธิของผู้ถือสัญชาติเยอรมันที่จะไม่ถูกส่งข้ามแดน และแม้ว่าสิทธิที่จะไม่ถูกส่งข้ามแดนในกรณีนี้สามารถยกเว้นได้ในกรณีที่เป็นการส่งผู้ร้ายข้ามแดนภายในรัฐสมาชิก แต่การพิจารณาการส่งผู้ร้ายข้ามแดนดังกล่าวก็ต้องอยู่ภายใต้หลักนิติรัฐและหลักความได้สัดส่วน ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่า การกำหนดให้รัฐบาลสามารถใช้ดุลพินิจได้อย่างกว้างขวางในกรณีการยกเว้นสิทธิดังกล่าวเพื่อส่งผู้ร้ายที่มีสัญชาติเยอรมันข้ามแดนนั้นขัดต่อหลักความได้สัดส่วนและไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ<sup>32</sup>

ทั้งนี้ คำวินิจฉัยดังกล่าวไม่ได้ทำให้กฎหมายที่กำหนดมาตรการพิเศษนั้นสิ้นผลไป แต่ส่งผลให้มาตราที่กำหนดเรื่องการส่งผู้ร้ายข้ามแดนซึ่งกำหนดดุลพินิจอย่างกว้างขวาง แม้แต่ในกรณีของผู้ร้ายที่มีสัญชาติเยอรมันนั้นต้องตกไปเพราะไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ และฝ่ายนิติบัญญัติจำเป็นต้องแก้ไขบทบัญญัติดังกล่าวโดยอาจบัญญัติขอบเขตการใช้ดุลพินิจของรัฐบาลในการพิจารณาส่งผู้ร้ายที่มีสัญชาติเยอรมันข้ามแดน

<sup>32</sup> Nicolas Nohlen, 2007, Germany : The European Arrest Warrant Case, *International Journal of Constitutional Law*, Volume 6, Issue 1, January 2008, Pages 153–161

#### 4) วินิจฉัยให้มาตรการดังกล่าวนั้นสิ้นผลไป เนื่องจากกระทบกระเทือนต่อสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐาน หรือขัดต่อหลักความได้สัดส่วน

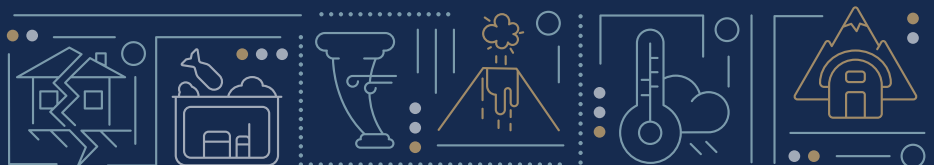
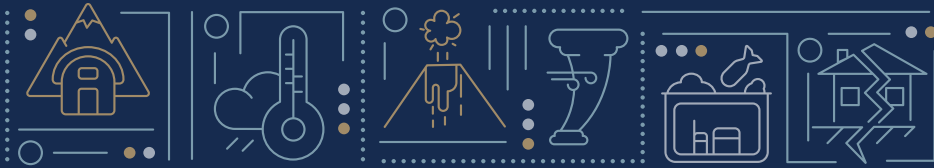
คำวินิจฉัยที่มีผลให้การบังคับใช้มาตรการพิเศษเพื่อรักษาความมั่นคงของรัฐต้องสิ้นผลไปเนื่องจากขัดต่อหลักสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานที่ไม่อาจล่วงละเมิดได้โดยเด็ดขาด ได้แก่ คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญประเทศเยอรมนีใน ค.ศ. 2006 เกี่ยวกับคดีรัฐบัญญัติความปลอดภัยในการเดินอากาศ (The Air Transport Security Act) ซึ่งเป็นกฎหมายที่ตราขึ้นเพื่อโต้ตอบเหตุการณ์จี้เครื่องบินของผู้ก่อการร้าย และมีจุดประสงค์เพื่อป้องกันอันตรายที่จะเกิดขึ้นถ้าหากเกิดการจี้เครื่องบินพุ่งชนอาคาร กฎหมายดังกล่าวมีผลบังคับใช้ในวันที่ 15 มกราคม ค.ศ. 2005 รัฐบัญญัติดังกล่าวได้กำหนดในมาตรา 14 (3) ให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงกลาโหม (Minister of Defense) มีอำนาจสั่งยิงเครื่องบินโดยสารให้ตกได้ ถ้าหากสามารถสันนิษฐานได้ว่าเครื่องบินดังกล่าวนั้นถูกใช้ในทางที่จะเป็นอันตรายต่อชีวิตของผู้อื่น (เช่น การถูกจี้โดยผู้ก่อการร้าย) และการยิงเครื่องบินให้ตกลงนั้น เป็นวิธีการเดียวที่จะป้องกันไม่ให้เกิดอันตรายดังกล่าวได้อย่างไรก็ตาม ศาลรัฐธรรมนูญประเทศเยอรมนีได้วินิจฉัยว่าบทบัญญัติดังกล่าวนี้ขัดรัฐธรรมนูญเนื่องจากการยิงเครื่องบินตกในกรณีที่มีข้อสันนิษฐานว่าเครื่องบินอาจกำลังถูกใช้เพื่อก่ออันตรายแก่บุคคลอื่นเป็นการทำร้ายผู้โดยสารซึ่งเป็นประชาชนผู้บริสุทธิ์ และขัดต่อสิทธิเสรีภาพในการมีชีวิตอยู่อันถือเป็นสิทธิเสรีภาพที่อาจไม่ล่วงละเมิดได้โดยเด็ดขาด<sup>33</sup>

จากที่กล่าวมาทั้งหมดข้างต้น จะเห็นได้ว่าปัจจุบันรัฐธรรมนูญหลายประเทศเริ่มกำหนดให้อำนาจในการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินและการใช้อำนาจในสถานการณ์ฉุกเฉินไม่ผูกขาดอยู่กับฝ่ายบริหารแต่เพียงอย่างเดียวเหมือนในอดีต แต่จะบัญญัติให้องค์กรอื่นไม่ว่าจะเป็นฝ่ายนิติบัญญัติหรือฝ่ายตุลาการเข้ามามีส่วนร่วมในการใช้อำนาจนั้นด้วย อีกทั้งองค์กรตุลาการเองก็เริ่มมีแนวโน้มที่จะเข้ามาวินิจฉัยความชอบด้วยกฎหมายในการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารมากยิ่งขึ้น ต่างจากแต่เดิมที่ศาลมักจะปฏิเสธการเข้าไปตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายอย่างเด็ดขาดโดยให้เหตุผลว่าเป็นเรื่องของกรกระทำทางรัฐบาล

ในบทต่อไป ผู้วิจัยจะยกตัวอย่างในกรณีศึกษาต่างประเทศที่แสดงให้เห็นว่าองค์กรตุลาการสามารถตรวจสอบถ่วงดุลฝ่ายบริหารในเรื่องการประกาศและการใช้อำนาจในสถานการณ์ฉุกเฉินได้อย่างไรบ้าง



<sup>33</sup> Oliver Lepsius, Human dignity and the downing of aircraft : The German Federal Constitutional Court strikes down a prominent anti-terrorism provision in the new air-transport security act, retrieved August 13, 2021, from [https://germanlawjournal.com/wp-content/uploads/GLJ\\_Vol\\_07\\_No\\_09\\_Lepsius.pdf](https://germanlawjournal.com/wp-content/uploads/GLJ_Vol_07_No_09_Lepsius.pdf)



## บทที่ 2

### กรณีศึกษาต่างประเทศ

ในส่วนนี้ ผู้วิจัยจะขอก้าวถึงกรณีศึกษาต่างประเทศในประเด็นเกี่ยวกับอำนาจขององค์กรตุลาการในการประกาศและการใช้อำนาจในสถานการณ์ฉุกเฉิน โดยเลือกศึกษากรณีศึกษาสองประเทศคือ หนึ่ง กรณีศึกษาของประเทศแอฟริกาใต้ โดยรัฐธรรมนูญของประเทศแอฟริกาใต้นั้นถูกยกร่างขึ้นหลังจากที่ผ่านความขัดแย้งที่มีการใช้ความรุนแรงและมีการละเมิดสิทธิมนุษยชน ด้วยเหตุนี้ บทบัญญัติหลายมาตราในรัฐธรรมนูญของประเทศแอฟริกาใต้จึงมีการกล่าวถึงการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนในการใช้อำนาจของรัฐรวมถึงการใช้อำนาจของรัฐในการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินด้วย และถ้าหากพิจารณาถึงการสร้างกลไกเพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนตั้งแต่กระบวนการร่างรัฐธรรมนูญและบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญแล้ว จะเห็นได้ว่ารัฐธรรมนูญประเทศแอฟริกาใต้กำหนดให้องค์กรตุลาการเป็นองค์กรที่ได้รับความไว้วางใจในการทำหน้าที่ปกป้องสิทธิเสรีภาพของประชาชน ด้วยเหตุนี้ บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญในประเทศแอฟริกาใต้ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการประกาศและการใช้อำนาจในสถานการณ์ฉุกเฉินจึงบัญญัติถึงกระบวนการในการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉิน ตลอดจนถึงขั้นตอนในการใช้อำนาจในสถานการณ์ฉุกเฉินอย่างละเอียด รวมถึงการบัญญัติเรื่องสิทธิเสรีภาพที่ไม่อาจล่วงละเมิดได้ และยังกำหนดไว้อย่างชัดเจนว่าองค์กรตุลาการมีเขตอำนาจวินิจฉัยเรื่องการประกาศและการใช้อำนาจในสถานการณ์ฉุกเฉินไว้อย่างไรบ้าง

ส่วนประเทศที่สองที่ผู้วิจัยเลือกเป็นกรณีศึกษา คือ ประเทศฝรั่งเศส โดยเหตุที่เลือกศึกษากรณีศึกษาของประเทศฝรั่งเศสนั้น เนื่องจากในช่วงเริ่มแรกของการยกย่องรัฐธรรมนูญประเทศฝรั่งเศส สมัยสาธารณรัฐที่ 5 ซึ่งเริ่มประกาศใช้ตั้งแต่ ค.ศ. 1958 นั้น รัฐธรรมนูญมุ่งให้ความสำคัญกับการสร้างเสถียรภาพทางการเมือง โดยทำให้ฝ่ายบริหารมีอำนาจมากขึ้น ที่สำคัญ ถ้าหากศึกษาบริบททางประวัติศาสตร์ของประเทศฝรั่งเศสแล้ว จะพบว่าองค์กรที่ใช้อำนาจทางการเมืองอย่างฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายบริหาร จะมีความชอบธรรมในการใช้อำนาจมากกว่าฝ่ายตุลาการ หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ บริบททางประวัติศาสตร์และสังคมของประเทศฝรั่งเศสให้ความสำคัญกับองค์กรที่มีจุดยึดโยงกับประชาชน ส่งผลให้การดำเนินการใดก็ตามที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้ในลักษณะที่เป็นความสัมพันธ์ระหว่างฝ่ายบริหารและฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายตุลาการจะปฏิเสธการเข้าไปตรวจสอบทันทีโดยให้เหตุผลว่าประเด็นดังกล่าวนั้นเป็น “การกระทำทางรัฐบาล” ที่อยู่นอกเหนือเขตอำนาจการตรวจสอบของฝ่ายตุลาการ ซึ่งรวมถึงกรณีการประกาศและการใช้อำนาจในสถานการณ์ฉุกเฉินด้วย อย่างไรก็ตาม ตั้งแต่การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญใน ค.ศ. 2008 ก็ได้สะท้อนให้เห็นแนวโน้มและภาพการเมืองความสัมพันธ์ระหว่างองค์กรที่ใช้อำนาจอธิปไตยทั้งสามส่วน คือ ฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหาร และฝ่ายตุลาการ ที่เปลี่ยนแปลงไป กล่าวคือ รัฐธรรมนูญพยายามบัญญัติให้การใช้อำนาจหลายประการไม่ผูกขาดอยู่กับองค์กรใดองค์กรหนึ่งแต่เพียงองค์กรเดียว และยังกำหนดให้องค์กรตุลาการมีอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายมากยิ่งขึ้น เช่น เดิม คณะตุลาการรัฐธรรมนูญ (Conseil Constitutionnel หรือ Constitutional Council) จะมีอำนาจวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญเฉพาะร่างกฎหมายที่ยังไม่ประกาศใช้เท่านั้น เพราะถือว่ากฎหมายที่ประกาศใช้แล้ว ได้ผ่านความเห็นชอบจากผู้แทนของประชาชนแล้ว องค์กรตุลาการที่ไม่ได้มาจากการเลือกตั้งโดยตรงของประชาชนจึงไม่มีอำนาจเข้าไปตรวจสอบ แต่การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญใน ค.ศ. 2008 ก็กำหนดให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญสามารถวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ผ่านการพิจารณาจากรัฐสภาแล้วได้ ถ้าหากว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นส่งผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนที่รัฐธรรมนูญได้รับรองไว้<sup>34</sup> เป็นต้น โดยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในลักษณะดังกล่าวได้สะท้อนให้เห็นถึงการยอมรับการขยายเขตอำนาจการตรวจสอบของฝ่ายตุลาการมากยิ่งขึ้น

ที่สำคัญ ในส่วนของการประกาศและการใช้อำนาจในสถานการณ์ฉุกเฉินนั้น รัฐธรรมนูญประเทศฝรั่งเศสก็กำหนดให้องค์กรตุลาการเข้ามามีส่วนร่วมในการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉิน และศาลปกครองฝรั่งเศสเองก็เริ่มมีคำวินิจฉัยไปในทางที่เข้ามาตรวจสอบการใช้อำนาจในการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินมากขึ้นด้วย

<sup>34</sup> รัฐธรรมนูญประเทศฝรั่งเศส มาตรา 61-1 วรรคหนึ่ง

(Lorsque, à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit, le Conseil constitutionnel peut être saisi de cette question sur renvoi du Conseil d'État ou de la Cour de cassation qui se prononce dans un délai déterminé.)



# 1. การประกาศและการใช้อำนาจในสถานการณ์ฉุกเฉินในประเทศแอฟริกาใต้

รัฐธรรมนูญประเทศแอฟริกาใต้ได้บัญญัติเรื่องการประกาศสถานการณ์ไม่ปกติที่จะส่งผลให้รัฐสามารถใช้อำนาจพิเศษบางประการได้ไว้สองลักษณะ คือ หนึ่ง การประกาศกฎอัยการศึก ซึ่งรัฐธรรมนูญบัญญัติเพียงสั้น ๆ ว่าการประกาศกฎอัยการศึกเป็นอำนาจของประธานาธิบดี และเมื่อประธานาธิบดีประกาศแล้ว ก็ต้องรีบแจ้งต่อรัฐสภาโดยไม่ชักช้า โดยต้องแจ้งเหตุที่ทำให้ต้องประกาศ สถานที่ที่บังคับใช้ และบุคคลที่เกี่ยวข้อง และรัฐสภาจะต้องเรียกประชุมพร้อมกับมีมติภายใน 7 วัน นับแต่วันที่มิประกาศว่าจะให้สัตยาบันต่อการประกาศกฎอัยการศึกดังกล่าวหรือไม่ (ในกรณีที่อยู่นอกสมัยการประชุมรัฐสภาให้เรียกประชุมรัฐสภาสมัยวิสามัญ) และถ้าหากรัฐสภามีมติไม่ให้สัตยาบัน การประกาศกฎอัยการศึกดังกล่าวก็ถือเป็นอันสิ้นผลไป<sup>35</sup> และสอง คือ การประกาศสถานการณ์ฉุกเฉิน ซึ่งในที่นี้ ผู้วิจัยจะขอกล่าวถึงเฉพาะกรณีการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินเท่านั้น เนื่องจากเป็นกรณีที่รัฐธรรมนูญบัญญัติรายละเอียดไว้ค่อนข้างมาก รวมถึงการบัญญัติเรื่องอำนาจขององค์กรตุลาการในการวินิจฉัยคดีที่เกี่ยวกับการประกาศและการใช้อำนาจในสถานการณ์ฉุกเฉินด้วย

## 1.1 เจื้อนไขการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉิน

รัฐธรรมนูญประเทศแอฟริกาใต้กำหนดให้การประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินนั้น ต้องกระทำโดยกฎหมายของรัฐสภา นั้นหมายความว่า การประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินจะต้องตราเป็นพระราชบัญญัติเพื่อกำหนดเงื่อนไขในการใช้อำนาจสถานการณ์ฉุกเฉิน ซึ่งจะเท่ากับว่า ฝ่ายนิติบัญญัติเป็นผู้กำหนดกรอบในการดำเนินการจัดการสถานการณ์ฉุกเฉินให้แก่ฝ่ายบริหารนั่นเอง และการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินจะทำได้ภายใต้เงื่อนไขสำคัญ 2 ประการ<sup>36</sup> คือ

<sup>35</sup> รัฐธรรมนูญประเทศแอฟริกาใต้ มาตรา 203

(1. The President as head of the national executive may declare a state of national defence, and must inform Parliament promptly and in appropriate detail of-

- a.the reasons for the declaration;
- b.any place where the defence force is being employed; and
- c.the number of people involved.

2. If Parliament is not sitting when a state of national defence is declared, the President must summon Parliament to an extraordinary sitting within seven days of the declaration.

3. A declaration of a state of national defence lapses unless it is approved by Parliament within seven days of the declaration.)

<sup>36</sup> รัฐธรรมนูญประเทศแอฟริกาใต้ มาตรา 37 (1)

(A state of emergency may be declared only in terms of an Act of Parliament, and only when-

- a.the life of the nation is threatened by war, invasion, general insurrection, disorder, natural disaster or other public emergency; and
- b.the declaration is necessary to restore peace and order.)

- 1) ต้องเป็นกรณีที่รัฐถูกคุกคามโดยสงคราม การบุกรุก การก่อกบฏ ความไม่สงบเรียบร้อย ภัยธรรมชาติ หรือเหตุฉุกเฉินอย่างอื่น และ
- 2) การประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินดังกล่าว ต้องเป็นไปเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยเท่านั้น

## 1.2 การใช้อำนาจในสถานการณ์ฉุกเฉิน

รัฐธรรมนูญได้กำหนดกรอบของการตรากฎหมายเพื่อกำหนดการใช้อำนาจในสถานการณ์ฉุกเฉิน และกำหนดขอบเขตการใช้อำนาจในสถานการณ์ฉุกเฉิน โดยมีรายละเอียดที่สำคัญ ดังนี้

### 1) ช่วงเวลาในการบังคับใช้

รัฐธรรมนูญกำหนดให้กฎหมายที่ตราขึ้นเพื่อกำหนดมาตรการในการใช้อำนาจในสถานการณ์ฉุกเฉินจะต้องมีผลบังคับใช้ในอนาคตกเท่านั้น และการใช้อำนาจในสถานการณ์ฉุกเฉินนี้ จะต้องไม่เกิน 21 วัน นับแต่วันที่ประกาศสถานการณ์ฉุกเฉิน (นั่นหมายความว่า เมื่อครบกำหนด 21 วัน ต้องถือว่ารัฐหรือบริเวณที่มีการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินกลับเข้าสู่สถานการณ์ปกติทันที และมาตรการใดๆ ที่ประกาศขึ้นเพื่อใช้บริหารจัดการสถานการณ์ฉุกเฉินก็ต้องสิ้นผลไปด้วย) แต่ในกรณีที่เหตุการณ์ที่ทำให้ต้องประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินยังคงดำรงอยู่ ก็สามารถขยายเวลาได้ โดยการขยายการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินจะต้องได้รับความเห็นชอบจากสภาผู้แทนราษฎร และจะขยายได้ครั้งละไม่เกิน 3 เดือน นอกจากนี้รัฐธรรมนูญยังกำหนดมติของสภาผู้แทนราษฎรในการขยายเวลาไว้แตกต่างกันในการขอขยายครั้งแรก และครั้งที่สอง กล่าวคือ ในการขอขยายครั้งแรก จะต้องได้รับความเห็นชอบจากสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรไม่น้อยกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนสมาชิกทั้งหมดที่มีอยู่ และการขยายเวลาครั้งที่สอง จะต้องได้รับความเห็นชอบจากสภาผู้แทนราษฎรไม่น้อยกว่าร้อยละ 60 ของจำนวนสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ที่สำคัญ การประชุมเพื่ออภิปรายในมติดังกล่าวนี้จะต้องกระทำโดยเปิดเผยต่อสาธารณะ จะประชุมลับไม่ได้<sup>37</sup>

<sup>37</sup> รัฐธรรมนูญประเทศแอฟริกาใต้ มาตรา 37 (2)

(A declaration of a state of emergency, and any legislation enacted or other action taken in consequence of that declaration, may be effective only-

a.prospective; and

b.for no more than 21 days from the date of the declaration, unless the National Assembly resolves to extend the declaration. The Assembly may extend a declaration of a state of emergency for no more than three months at a time. The first extension of the state of emergency must be by a resolution adopted with a supporting vote of a majority of the members of the Assembly. Any subsequent extension must be by a resolution adopted with a supporting vote of at least 60 per cent of the members of the Assembly. A resolution in terms of this paragraph may be adopted only following a public debate in the Assembly.)

## 2) ขอบเขตของเนื้อหาในการใช้อำนาจในสถานการณ์ฉุกเฉิน

รัฐธรรมนูญกำหนดให้กฎหมายที่ตราขึ้นเพื่อประกาศสถานการณ์ฉุกเฉิน อาจมีเนื้อหาเป็นการยกเว้นการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ได้ แต่จะต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขต่อไปนี้<sup>38</sup> คือ

- การยกเว้นการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพดังกล่าวจะต้องเป็นไปอย่างเคร่งครัด เนื่องจากอยู่ในสถานการณ์ฉุกเฉิน นั่นคือ การยกเว้นนั้นจะต้องกระทำเพียงเท่าที่จำเป็นเพื่อแก้ไขวิกฤติในสถานการณ์ฉุกเฉิน
- กฎหมายที่กำหนดให้ต้องจำกัดสิทธิเสรีภาพบางเรื่องนั้น จะต้องสอดคล้องกับกติการะหว่างประเทศที่กำหนดหลักเรื่องการบังคับใช้มาตรการในสถานการณ์ฉุกเฉิน
- ต้องรับประกาศการใช้มาตรการดังกล่าวลงรัฐกิจจานุเบกษา (Government Gazette) ทันทีหลังจากที่มีการประกาศใช้

นอกจากนี้ รัฐธรรมนูญยังกำหนดด้วยว่า การกำหนดมาตรการที่อาจมีผลเป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพนั้น ไม่ว่าจะอย่างไรก็ห้ามกำหนดให้มีการจ่ายค่าเสียหายให้แก่รัฐหรือบุคคลใด ในกรณี queบุคคลนั้นได้รับความเสียหายแต่เกิดจากกรณี queบุคคลนั้นกระทำการไม่ชอบด้วยกฎหมาย และไม่ว่าจะอย่างไรก็ตาม ก็ห้ามละเมิดสิทธิเสรีภาพที่กำหนดไว้ในตารางท้ายรัฐธรรมนูญโดยเด็ดขาด ซึ่งได้แก่สิทธิเสรีภาพในการมีชีวิต ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ความเท่าเทียมกัน และการไม่เลือกปฏิบัติเพราะความแตกต่างทางเพศ เชื้อชาติ หรือศาสนา<sup>39</sup>

<sup>38</sup> รัฐธรรมนูญประเทศแอฟริกาใต้ มาตรา 37 (4)

(Any legislation enacted in consequence of a declaration of a state of emergency may derogate from the Bill of Rights only to the extent that-

a.the derogation is strictly required by the emergency; and

b.the legislation-

i.is consistent with the Republic's obligations under international law applicable to states of emergency;

ii.conforms to subsection (5); and

iii.is published in the national Government Gazette as soon as reasonably possible after being enacted.)

<sup>39</sup> รัฐธรรมนูญประเทศแอฟริกาใต้ มาตรา 37 (5)

(No Act of Parliament that authorises a declaration of a state of emergency, and no legislation enacted or other action taken in consequence of a declaration, may permit or authorise-

a.indemnifying the state, or any person, in respect of any unlawful act;

b.any derogation from this section; or

c.any derogation from a section mentioned in column 1 of the Table of Non-Derogable Rights, to the extent indicated opposite that section in column 3 of the Table.)

### 3) ขอบเขตเฉพาะในการใช้อำนาจเพื่อจับกุม

รัฐธรรมนูญกำหนดให้ช่วงที่มีการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินนั้น อาจมีการจับกุมผู้ต้องสงสัยว่ากระทำความผิดมาคุมขังได้โดยไม่ต้องมีการพิจารณาก่อน ซึ่งการจับกุมในลักษณะดังกล่าวเหมือนกับ การจับกุมบุคคลโดยไม่มีหมายศาลนั่นเอง แต่เพื่อป้องกันการจับกุมบุคคลดังกล่าวในลักษณะที่เป็นการ “อุ้มหาย” รัฐธรรมนูญจึงกำหนดเงื่อนไขไว้<sup>40</sup> ดังต่อไปนี้

- เมื่อจับกุมบุคคลใดแล้ว ต้องติดต่อสมาชิกในครอบครัวหรือเพื่อนที่บรรลุนิติภาวะแล้วของบุคคลนั้นว่าบุคคลนั้นได้ถูกจับกุมตามมาตรการนี้
- ต้องประกาศลงในรัฐกิจจานุเบกษาว่าได้จับกุมบุคคลใดโดยไม่มีการพิจารณาคดี อันเนื่องมาจากการใช้อำนาจในสถานการณ์ฉุกเฉิน โดยในรัฐกิจจานุเบกษานั้น จะต้องปรากฏข้อมูลที่สำคัญ คือ ชื่อของบุคคลนั้น สถานที่ที่บุคคลนั้นถูกคุมขัง และมาตรการที่ใช้ในการจับกุม

<sup>40</sup> รัฐธรรมนูญประเทศแอฟริกาใต้ มาตรา 37 (6)

(6. Whenever anyone is detained without trial in consequence of a derogation of rights resulting from a declaration of a state of emergency, the following conditions must be observed:

a. An adult family member or friend of the detainee must be contacted as soon as reasonably possible, and informed that the person has been detained.

B .A notice must be published in the national Government Gazette within five days of the person being detained, stating the detainee’s name and place of detention and referring to the emergency measure in terms of which that person has been detained.

c. The detainee must be allowed to choose, and be visited at any reasonable time by, a medical practitioner.

d. The detainee must be allowed to choose, and be visited at any reasonable time by, a legal representative.

e. A court must review the detention as soon as reasonably possible, but no later than 10 days after the date the person was detained, and the court must release the detainee unless it is necessary to continue the detention to restore peace and order.

f. A detainee who is not released in terms of a review under paragraph (e), or who is not released in terms of a review under this paragraph, may apply to a court for a further review of the detention at any time after 10 days have passed since the previous review, and the court must release the detainee unless it is still necessary to continue the detention to restore peace and order.

g. The detainee must be allowed to appear in person before any court considering the detention, to be represented by a legal practitioner at those hearings, and to make representations against continued detention.

h. The state must present written reasons to the court to justify the continued detention of the detainee, and must give a copy of those reasons to the detainee at least two days before the court reviews the detention.)

- ผู้ถูกจับกุมมีสิทธิที่จะขอพบแพทย์หรือทนายความ และมีสิทธิเลือกด้วยว่าจะพบแพทย์คนใด หรือทนายความคนใด
- เมื่อจับกุมมาแล้ว ศาลต้องพิจารณาเหตุในการจับกุมนั้นให้เสร็จภายใน 10 วัน นับแต่วันที่มีการจับกุม และถ้าพิจารณาแล้วต้องปล่อยตัว เว้นแต่เห็นว่าจำเป็นต้องควบคุมตัวบุคคลนั้นต่อด้วยเหตุผลเพื่อความสงบเรียบร้อย และในกรณีที่ศาลพิจารณาให้ควบคุมตัวบุคคลนั้นต่อไป เมื่อครบกำหนดอีก 10 วัน บุคคลนั้นสามารถร้องขอให้ศาลพิจารณาใหม่อีกครั้งได้ ทั้งนี้ ในการพิจารณาของศาลรัฐจะต้องเป็นฝ่ายให้เหตุผลและพิสูจน์จนเป็นที่พอใจแก่ศาลว่าจำเป็นต้องควบคุมตัวบุคคลนั้นไว้ต่อไป (ไม่ใช่กำหนดให้ภาระการพิสูจน์ตกอยู่ที่ผู้ถูกจับกุม โดยให้ผู้ถูกจับกุมพิสูจน์ว่าตนจะไม่ก่อความสงบเรียบร้อยถ้าหากได้รับการปล่อยตัว) และผู้ถูกจับกุมเองก็มีสิทธิชี้แจงข้อเท็จจริงต่อศาลด้วย

### 1.3 เขตอำนาจศาลในการพิจารณาคดี

นอกจากการบัญญัติกรอบและเงื่อนไขอย่างชัดเจนในการประกาศและการใช้อำนาจในสถานการณ์ฉุกเฉินแล้ว รัฐธรรมนูญประเทศแอฟริกาใต้ยังกำหนดไว้อย่างชัดเจนว่าในกรณีที่เกี่ยวข้องกับการใช้อำนาจในสถานการณ์ฉุกเฉินนั้น ศาลมีอำนาจวินิจฉัยประเด็นนี้ได้บ้าง<sup>41</sup> ซึ่งได้แก่

- 1) ประเด็นเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือความชอบด้วยกฎหมายของการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉิน ซึ่งจะเป็นการตรวจสอบว่าการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินนั้น เป็นไปตามเงื่อนไขและกระบวนการที่รัฐธรรมนูญหรือกฎหมายกำหนดหรือไม่
- 2) การขยายเวลาของสภาวะสถานการณ์ฉุกเฉิน ซึ่งก็เป็นการตรวจสอบว่าการขยายเวลาสถานการณ์ฉุกเฉินนั้น เป็นไปตามที่รัฐธรรมนูญหรือกฎหมายบัญญัติหรือไม่ หรือ
- 3) เป็นการตรวจสอบบทบัญญัติของกฎหมายที่ตราขึ้นเพื่อบังคับใช้เกี่ยวกับการกำหนดสถานการณ์ฉุกเฉิน หรือ

<sup>41</sup> รัฐธรรมนูญประเทศแอฟริกาใต้ มาตรา 37 (3)

(Any competent court may decide on the validity of-

a. a declaration of a state of emergency;

b .any extension of a declaration of a state of emergency; or

c. any legislation enacted, or other action taken, in consequence of a declaration of a state of emergency.)

ดังนั้น ถ้าหากมีกรณีการฟ้องร้องในคดีเกี่ยวกับการประกาศหรือการใช้อำนาจในสถานการณ์ฉุกเฉิน ก็อาจต้องฟ้องร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญหรือศาลยุติธรรมแล้วแต่กรณี กล่าวคือ ถ้าหากเป็นกรณีที่มีการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉิน หรือการขยายเวลาสถานะสถานการณ์ฉุกเฉินไม่เป็นไปตามที่รัฐธรรมนูญกำหนด หรือเป็นกรณีที่กฎหมายที่ตราขึ้นเพื่อกำหนดการใช้อำนาจในสถานการณ์ฉุกเฉินนั้นขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญ คดีดังกล่าวก็จะอยู่ในเขตอำนาจศาลรัฐธรรมนูญ แต่ถ้าหากเป็นกรณีที่การออกคำสั่งหรือการใช้อำนาจในสถานการณ์ฉุกเฉิน ขัดหรือแย้งกับกฎหมายที่กำหนดเรื่องการใช้อำนาจในสถานการณ์ฉุกเฉิน ก็จะต้องฟ้องร้องคดีดังกล่าวต่อศาลยุติธรรม

จากที่กล่าวทั้งหมดข้างต้น จะเห็นได้ว่ารัฐธรรมนูญประเทศแอฟริกาใต้มีการบัญญัติถึงการประกาศและการใช้อำนาจในสถานการณ์ฉุกเฉินอย่างละเอียด ทั้งยังได้บัญญัติเกี่ยวกับขอบเขตอำนาจของศาลในการพิจารณาคดีดังกล่าวไว้อย่างชัดเจนว่า ศาลมีอำนาจพิจารณาในประเด็นใดบ้าง ส่วนประเด็นที่ว่าจะต้องฟ้องร้องต่อศาลใดได้ ก็แล้วแต่ประเด็นในการฟ้องร้องเป็นกรณี ๆ ไป

## 2. การประกาศและการใช้อำนาจในสถานการณ์ฉุกเฉินในประเทศฝรั่งเศส

ในส่วนนี้ ผู้วิจัยจะขอกล่าวถึงบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญประเทศฝรั่งเศสและกฎหมายของประเทศฝรั่งเศสที่กำหนดเรื่องการประกาศและการใช้อำนาจในสถานการณ์ฉุกเฉิน โดยประเทศฝรั่งเศสมีบทบัญญัติ และหลักการที่กำหนดการใช้อำนาจในลักษณะนี้ไว้ถึง 4 ลักษณะ<sup>42</sup> ได้แก่

1) การประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินในกรณีที่เกิดวิกฤตของชาติ ซึ่งเป็นการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินโดยอำนาจของประธานาธิบดี การประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินในกรณีนี้เป็นไปตามบทบัญญัติรัฐธรรมนูญมาตรา 16

2) การประกาศกฎอัยการศึก (L'état de siège) ซึ่งจะประกาศได้โดยคณะรัฐมนตรีในรูปแบบของรัฐกฤษฎีกา ตามที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้ในมาตรา 36

3) การประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินตามรัฐบัญญัติที่ 55-385 ลงวันที่ 3 เมษายน ค.ศ. 1955 (loi n° 55-385 du 3 avril 1955) ซึ่งเป็นการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินโดยอาศัยอำนาจของคณะรัฐมนตรี และทำในรูปแบบของรัฐกฤษฎีกา

<sup>42</sup> ปิยบุตร แสงกนกกุล, บทวิเคราะห์ พ.ร.ก. การบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548, สืบค้นเมื่อวันที่ 3 สิงหาคม 2564 จาก <http://www.public-law.net/publaw/view.aspx?id=886>

4) การใช้อำนาจพิเศษตามทฤษฎีว่าด้วยสถานการณ์ยกเว้นเป็นอย่างยิ่ง (La théorie des circonstances exceptionnelles) โดยทฤษฎีดังกล่าวนี้พัฒนามาจากคำวินิจฉัยของศาลปกครอง ซึ่งจะส่งผลให้หลักความชอบด้วยกฎหมายของเจ้าหน้าที่รัฐบางประการอาจไม่ถูกนำมาบังคับใช้

ทั้งนี้ ในส่วนของกรณีศึกษาประเทศฝรั่งเศสนี้ ผู้วิจัยจะขอกล่าวถึงเฉพาะการประกาศและการใช้อำนาจในสถานการณ์ฉุกเฉินเฉพาะกรณีของรัฐธรรมนูญประเทศฝรั่งเศส มาตรา 16 และรัฐบัญญัติที่ 55-385 เท่านั้น เนื่องจากเป็นการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินที่มีหลักเกณฑ์กำหนดไว้ชัดเจน และมีการประกาศใช้บ่อย อีกทั้ง ยังมีแนวคำวินิจฉัยของศาลเกี่ยวกับการประกาศและการใช้อำนาจในสถานการณ์ฉุกเฉินนั้นอย่างชัดเจน

## 2.1 การประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินตามมาตรา 16 ของรัฐธรรมนูญ

การใช้อำนาจประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินตามมาตรา 16 ของรัฐธรรมนูญประเทศฝรั่งเศสนี้ ได้รับการแก้ไขเพิ่มเติมใน ค.ศ. 2008 ซึ่งเป็นการแก้ไขในลักษณะที่เพิ่มการตรวจสอบการใช้อำนาจให้มากยิ่งขึ้น ส่งผลให้การใช้อำนาจพิเศษของประธานาธิบดีตามมาตราดังกล่าว มีรายละเอียด ดังนี้

### 1) เงื่อนไขในการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉิน

รัฐธรรมนูญกำหนดให้องค์กรที่สามารถประกาศสถานการณ์ฉุกเฉิน คือ ประธานาธิบดี โดยจะประกาศได้ต่อเมื่อประธานาธิบดีได้ปรึกษาหารือกับนายกรัฐมนตรี ประธานสภานิติบัญญัติแห่งชาติ (assemblée national ซึ่งเทียบได้กับสภาผู้แทนราษฎรในประเทศไทย) ประธานวุฒิสภา และคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ (conseil constitutionnel ซึ่งทำหน้าที่เช่นเดียวกับศาลรัฐธรรมนูญในประเทศไทย) และสถานการณ์ที่ประธานาธิบดีจะใช้เป็นเหตุผลในการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินในกรณีนี้ได้ จะต้องมียุทธศาสตร์ดังนี้

- เป็นกรณีที่สถาบันแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส ความเป็นเอกราช บูรณภาพของดินแดน หรือการปฏิบัติตามพันธกรณีระหว่างประเทศถูกคุกคามอย่างร้ายแรง และ
- เหตุที่เกิดขึ้นนั้นเป็นเหตุฉุกเฉิน เกิดอย่างปัจจุบันทันด่วน และ
- การใช้อำนาจปกติของสถาบันทางการเมืองแห่งรัฐตามที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้ ต้องหยุดชะงักลง

นอกจากนี้ รัฐธรรมนูญยังกำหนดอีกว่า ประธานาธิบดีจะต้องแถลงให้ประชาชนทราบถึงการใช้อำนาจพิเศษเพื่อแก้ไขปัญหาวิกฤตที่เกิดขึ้น<sup>43</sup>

จะเห็นได้ว่า ตั้งแต่การกำหนดกระบวนการประกาศว่าจะมีสถานการณ์ฉุกเฉินและต้องใช้อำนาจพิเศษนั้น รัฐธรรมนูญก็กำหนดให้ประธานาธิบดีเองจะต้องปรึกษาหารือกับทั้งฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายตุลาการ เพื่อให้เกิดการถ่วงดุลอำนาจกัน แต่รัฐธรรมนูญก็ไม่ได้บัญญัติว่าความเห็นของนายกรัฐมนตรี ประธานสภานิติบัญญัติแห่งชาติ ประธานวุฒิสภา หรือคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ จะผูกพันการตัดสินใจของประธานาธิบดี

## 2) กรอบเวลาในการใช้อำนาจพิเศษ

ในส่วนของกรอบเวลาในการใช้อำนาจพิเศษของประธานาธิบดีในกรณีนี้นั้น รัฐธรรมนูญประเทศฝรั่งเศสไม่ได้บัญญัติกรอบเวลาไว้อย่างชัดเจนว่าสถานการณ์ฉุกเฉินนี้ เมื่อประกาศแล้วจะมีระยะเวลาอยู่นานเพียงใดเหมือนอย่างกรณีของรัฐธรรมนูญประเทศแอฟริกาใต้ที่ได้กล่าวไปแล้วข้างต้น แต่รัฐธรรมนูญได้บัญญัติไว้กว้าง ๆ ว่า การใช้อำนาจกำหนดมาตรการเพื่อบริหารจัดการกับสถานการณ์ฉุกเฉินนั้น จะต้องใช้เพียงเท่าที่จำเป็นสำหรับการจัดการกับสถานการณ์ดังกล่าว และการใช้มาตรการดังกล่าวนั้น จะต้องเป็นไปเพื่อทำให้สถาบันทางการเมืองของรัฐนั้นกลับมาใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญและตามกฎหมายแบบปกติให้ได้ในระยะเวลาที่จำกัดที่สุด<sup>44</sup> หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ จะต้องใช้เวลาให้สั้นที่สุดนั่นเอง อย่างไรก็ตาม รัฐธรรมนูญมาตรา 16 ได้วางกลไกการตรวจสอบการใช้อำนาจเมื่อช่วงเวลาผ่านไป 30 วัน ซึ่งอาจมีผลทำให้สถานการณ์ฉุกเฉินสิ้นสุดลงได้ โดยผู้วิจัยจะขอกล่าวถึงรายละเอียดในหัวข้อต่อไป

<sup>43</sup> รัฐธรรมนูญประเทศฝรั่งเศส มาตรา 16 วรรคหนึ่ง และวรรคสอง

ในกรณีที่สถาบันแห่งสาธารณรัฐ ความเป็นเอกราชของชาติ บุรณภาพแห่งดินแดน หรือการปฏิบัติตามพันธกรณีระหว่างประเทศถูกคุกคามอย่างร้ายแรงและปัจจุบันทันด่วน และการดำเนินการตามปกติของสถาบันทางการเมืองแห่งรัฐตามรัฐธรรมนูญหยุดชะงักลง ประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐมีอำนาจใช้มาตรการที่จำเป็นสำหรับการจัดการกับสถานการณ์ดังกล่าวได้ภายหลังจากที่ได้มีการปรึกษาหารืออย่างเป็นทางการกับนายกรัฐมนตรี ประธานสภาทั้งสอง และคณะตุลาการรัฐธรรมนูญแล้ว

ประธานาธิบดีจะต้องแถลงให้ประชาชนทราบถึงการใช้อำนาจดังกล่าว”

(คำแปลรัฐธรรมนูญประเทศฝรั่งเศส โปรตดู นันทวัฒน์ บรมานันท์, 2548, คำแปลรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส ค.ศ. 1958, กรุงเทพฯ ฯ : สำนักพิมพ์วิญญูชน หน้า 36)

<sup>44</sup> รัฐธรรมนูญประเทศฝรั่งเศส มาตรา 16 วรรคหนึ่ง และวรรคสอง

“มาตรการดังกล่าวจะต้องใช้โดยมีเจตจำนงที่จะทำให้สถาบันการเมืองแห่งรัฐสามารถปฏิบัติตามภารกิจของตนได้ภายในระยะเวลาที่จำกัดที่สุด ทั้งนี้ โดยมีการปรึกษาหารือกับคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ”

(คำแปลรัฐธรรมนูญประเทศฝรั่งเศส โปรตดู นันทวัฒน์ บรมานันท์, 2548, คำแปลรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส ค.ศ. 1958, กรุงเทพฯ ฯ : สำนักพิมพ์วิญญูชน หน้า 36)



### 3) การตรวจสอบการใช้อำนาจในสถานการณ์ฉุกเฉิน

นอกจากรัฐธรรมนูญมาตรา 16 จะกำหนดให้ประธานาธิบดีต้องหารือกับองค์กรอื่นก่อนการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินแล้ว การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญมาตราดังกล่าวใน ค.ศ. 2008 ยังได้กำหนดกระบวนการตรวจสอบเพิ่มเติมหลังจากที่ระยะเวลาหนึ่งหลังจากการประกาศและใช้อำนาจในสถานการณ์ฉุกเฉินได้ผ่านพ้นไป โดยกำหนดให้เมื่อครบกำหนดเวลา 30 วัน หลังจากที่ได้มีการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินแล้ว บุคคลต่อไปนี้จะสามารถร้องให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญตรวจสอบการใช้อำนาจได้แก่

- ประธานสภานิติบัญญัติแห่งชาติ
- ประธานวุฒิสภา
- สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร 60 คน หรือ
- สมาชิกวุฒิสภา 60 คน

โดยสามารถร้องให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญตรวจสอบได้ว่าการใช้อำนาจในสถานการณ์ฉุกเฉินนั้น เป็นไปตามเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในมาตรา 16 วรรคแรกที่ได้กล่าวถึงข้างต้นหรือไม่ ทั้งนี้ คณะตุลาการรัฐธรรมนูญจะต้องพิจารณาคดีดังกล่าวและประกาศผลการพิจารณาคดีภายใน 60 วัน นับแต่วันที่มีการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉิน และในกรณีนี้ คณะตุลาการรัฐธรรมนูญสามารถตรวจสอบการใช้อำนาจในสถานการณ์ฉุกเฉินได้อย่างเต็มที่<sup>45</sup> ซึ่งก็หมายถึง การตรวจสอบได้ทุกประเด็นนั่นเอง

ดังนั้น จะเห็นได้ว่าการใช้อำนาจของประธานาธิบดีในการประกาศและการใช้อำนาจในสถานการณ์ฉุกเฉินตามรัฐธรรมนูญมาตรา 16 นั้น รัฐธรรมนูญได้วางกลไกในการตรวจสอบถ่วงดุลการใช้อำนาจตั้งแต่การประกาศใช้ โดยกำหนดให้ต้องปรึกษาหารือกับองค์กรอื่น และหลังจากที่ได้มีการประกาศใช้มาตรการพิเศษ โดยกำหนดให้ฝ่ายนิติบัญญัติสามารถร้องต่อคณะตุลาการรัฐธรรมนูญเพื่อให้ตรวจสอบการใช้อำนาจตามวรรคแรกได้ นั่นคือ การตรวจสอบว่าการใช้อำนาจนั้นเป็นไปตามเงื่อนไขที่รัฐธรรมนูญกำหนด ทั้งเรื่องสาเหตุในการประกาศใช้ และความจำเป็นในการใช้มาตรการ

<sup>45</sup> รัฐธรรมนูญประเทศฝรั่งเศส มาตรา 16 วรรคหก

“ภายในระยะเวลา 30 วัน หลังจากที่ได้มีการใช้อำนาจพิเศษ ประธานสภาผู้แทนราษฎร ประธานวุฒิสภา สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร 60 คน หรือสมาชิกวุฒิสภา 60 คน สามารถร้องขอต่อคณะตุลาการรัฐธรรมนูญให้ตรวจสอบว่าการใช้อำนาจดังกล่าวเป็นไปตามเงื่อนไขที่บัญญัติไว้ในวรรคแรกของมาตรานี้หรือไม่ คณะตุลาการรัฐธรรมนูญจะต้องพิจารณาและเปิดเผยผลการพิจารณาต่อสาธารณชนโดยเร็ว โดยในการพิจารณานั้น คณะตุลาการรัฐธรรมนูญมีอำนาจในการตรวจสอบการใช้อำนาจพิเศษดังกล่าวอย่างเต็มที่ และจะต้องประกาศผลการตรวจสอบการใช้อำนาจดังกล่าวภายในเวลา 60 วัน นับแต่วันที่มีการประกาศใช้อำนาจพิเศษหรือภายในเวลาใดเวลาหนึ่งนอกเหนือจากเวลาดังกล่าว”

(คำแปลรัฐธรรมนูญประเทศฝรั่งเศส โปรดดู นันทวัฒน์ บรมานันท์, 2548, คำแปลรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส ค.ศ. 1958, กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์วิญญูชน หน้า 36)

ซึ่งผู้วิจัยเห็นว่า การกำหนดให้สามารถตรวจสอบได้เมื่อเวลาผ่านไป 30 วัน ก็เป็นความพยายามในการสร้างสมดุลระหว่างความฉุกเฉินเร่งด่วนกับการตรวจสอบการใช้อำนาจ กล่าวคือ เมื่อการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินอยู่ภายใต้ข้อเท็จจริงที่ว่ามีความจำเป็นที่ฉุกเฉินรีบด่วน รัฐธรรมนูญจึงไม่กำหนดให้บุคคลที่มีอำนาจร้องต่อคณะตุลาการรัฐธรรมนูญสามารถร้องได้ทันทีอันอาจส่งผลให้เกิดการขัดขวางการบริหารราชการแผ่นดินในภาวะวิกฤต แต่จะร้องให้ตรวจสอบเมื่อระยะเวลาผ่านไปแล้ว 30 วัน ซึ่งต่างจากกรณีของรัฐธรรมนูญประเทศแอฟริกาใต้ซึ่งไม่กำหนดระยะเวลาในการฟ้องศาลทำให้ผู้ที่ต้องการฟ้องคดีต่อศาลสามารถฟ้องร้องได้ทันที

## 2.2 การประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินตามรัฐบัญญัติที่ 55-385 ลงวันที่ 3 เมษายน ค.ศ. 1955

รัฐบัญญัติที่ 55-385 ลงวันที่ 3 เมษายน ค.ศ. 1955 เป็นกฎหมายที่ประกาศใช้เพื่อควบคุมเหตุการณ์ความไม่สงบเรียบร้อยทางการเมืองในประเทศอัลจีเรียซึ่งในขณะนั้นยังอยู่ในฐานะเป็นประเทศอาณานิคมของประเทศฝรั่งเศส ซึ่งยังบังคับใช้เรื่อยมาจนปัจจุบัน และการบัญญัติการใช้อำนาจในสถานการณ์ฉุกเฉินของรัฐบัญญัติดังกล่าวก็มีลักษณะคล้ายกับการบัญญัติพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548 ของประเทศไทย กล่าวคือ รัฐบัญญัติดังกล่าวได้กำหนดเงื่อนไขการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉิน และกำหนดขอบเขตอำนาจในการใช้มาตรการดังกล่าวของฝ่ายบริหารอย่างชัดเจน แตกต่างจากการบัญญัติการใช้อำนาจพิเศษในสถานการณ์ฉุกเฉินของรัฐธรรมนูญมาตรา 16 ซึ่งบัญญัติกรอบการใช้อำนาจไว้เพียงกว้าง ๆ เท่านั้น ทั้งนี้ รัฐบัญญัติที่ 55-385 ได้กำหนดเรื่องเงื่อนไขในการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉิน กรอบเวลาในการใช้อำนาจ และขอบเขตการใช้อำนาจในสถานการณ์ฉุกเฉินไว้ ดังนี้

### 1) เงื่อนไขในการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉิน

รัฐบัญญัติที่ 55-385 กำหนดให้การประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินจะต้องประกาศโดยคณะรัฐมนตรี และจะต้องอยู่ในรูปแบบของรัฐกฤษฎีกา<sup>46</sup> โดยจะประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินทั่วประเทศหรือเพียงบริเวณใดบริเวณหนึ่งก็ได้ โดยสถานการณ์ที่จะทำให้ประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินดังกล่าวได้จะต้องเป็นกรณีที่เกิดอันตรายต่อความสงบเรียบร้อยของสาธารณะ หรือเป็นกรณีที่มีเหตุใดเหตุหนึ่งเกิดขึ้น และเหตุนั้นมีลักษณะที่รุนแรงและจะส่งผลกระทบต่อสาธารณะ<sup>47</sup>

<sup>46</sup> รัฐบัญญัติที่ 55-385 มาตรา 2 วรรคแรก

<sup>47</sup> รัฐบัญญัติที่ 55-385 มาตรา 1

## 2) กรอบเวลาในการใช้อำนาจในสถานการณ์ฉุกเฉิน

รัฐบัญญัติที่ 55-385 มีลักษณะการกำหนดกรอบเวลาในการใช้อำนาจในสถานการณ์ฉุกเฉินที่คล้ายกับการบัญญัติกรอบเวลาในการใช้อำนาจในสถานการณ์ฉุกเฉินของรัฐธรรมนูญประเทศแอฟริกาใต้ กล่าวคือ รัฐบัญญัติกำหนดให้การประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินจะมีผลอยู่เพียง 12 วันเท่านั้น<sup>48</sup> และการขยายเวลาของสถานการณ์ฉุกเฉินดังกล่าวจะต้องตราเป็นรัฐบัญญัติที่ออกโดยรัฐสภา<sup>49</sup> นั่นคือ รัฐสภาต้องให้ความเห็นชอบกับการขยายเวลานั้นเอง และการขยายเวลาของรัฐสภานี้ จะต้องกำหนดไว้อย่างชัดเจนว่าขยายให้เป็นเวลาเท่าใด<sup>50</sup> แต่ในกรณีที่รัฐบาลลาออก หรือมีการยุบสภานั้น การขยายเวลาสถานการณ์ฉุกเฉินดังกล่าวจะถือว่าถูกยกเลิกทันทีภายใน 15 วัน นับจากวันที่รัฐบาลลาออก หรือมีการยุบสภา<sup>51</sup>

## 3) กรอบการใช้อำนาจในสถานการณ์ฉุกเฉิน

รัฐบัญญัติดังกล่าวได้กำหนดว่าในกรณีที่มีการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินตามกฎหมายแล้วนั้น รัฐบาลมีอำนาจจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนในกรณีต่าง ๆ ดังนี้

- ประกาศห้ามการสัญจรของบุคคล หรือยานพาหนะ ในพื้นที่ใดพื้นที่หนึ่ง หรือภายในช่วงเวลาใดเวลาหนึ่ง<sup>52</sup>
- ประกาศควบคุมพื้นที่ใดพื้นที่หนึ่งเป็นพื้นที่ควบคุม โดยไม่ให้บุคคลในพื้นที่นั้นออกจากพื้นที่และห้ามบุคคลอื่นเข้าไปในพื้นที่ดังกล่าวภายในเวลาที่กำหนด<sup>53</sup>
- รัฐมนตรีกระทรวงมหาดไทยสามารถประกาศห้ามบุคคลในพื้นที่ใดพื้นที่หนึ่ง ออกนอกเคหสถาน หรืออาจจะห้ามเฉพาะบางบุคคลที่อาจมีการทำกิจกรรมที่ก่อให้เกิดอันตรายต่อความปลอดภัยของประชาชนในเขตนั้น ๆ ได้ แต่การใช้อำนาจในกรณีนี้ จะต้องไม่เป็นการใช้พื้นที่ดังกล่าวสำหรับการกักขัง และจะต้องมีมาตรการที่กำหนดไว้อย่างมีประสิทธิภาพว่าบุคคลที่ถูกสั่งห้ามออกนอกเคหสถานนั้น จะได้รับความปลอดภัย และสามารถดำรงชีพอยู่ได้ภายในพื้นที่นั้น ๆ<sup>54</sup>
- รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยสามารถสั่งปิดโรงมหรสพ สถานที่สำหรับการจำหน่ายเครื่องดื่มประเภทสุรา และสั่งปิดสถานที่ชุมนุม ที่อยู่ภายในบริเวณที่มีการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินได้เป็นการชั่วคราว<sup>55</sup>

<sup>48</sup> รัฐบัญญัติที่ 55-385 มาตรา 2 วรรคสาม

<sup>49</sup> รัฐบัญญัติที่ 55-385 มาตรา 2 วรรคสาม

<sup>50</sup> รัฐบัญญัติที่ 55-385 มาตรา 3

<sup>51</sup> รัฐบัญญัติที่ 55-385 มาตรา 4

<sup>52</sup> รัฐบัญญัติที่ 55-385 มาตรา 5 (1)

<sup>53</sup> รัฐบัญญัติที่ 55-385 มาตรา 5 (3)

<sup>54</sup> รัฐบัญญัติที่ 55-385 มาตรา 6

<sup>55</sup> รัฐบัญญัติที่ 55-385 มาตรา 8

- รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยสามารถอนุมัติให้มีการแต่งตั้งตัวแทน (เจ้าหน้าที่) ทำการตรวจค้นเคหสถานได้ตลอดเวลา และสามารถควบคุมสื่อ เช่น หนังสือพิมพ์ และรายการวิทยุโทรทัศน์ต่าง ๆ ได้<sup>56</sup>

จะเห็นได้ว่า การประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินตามรัฐธรรมนูญที่ 55-385 นั้น มีลักษณะการบัญญัติที่คล้ายกับการบัญญัติพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548 ของประเทศไทย คือ มีการกำหนดวิธีการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉิน และกรอบการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารในกรณีนี้ไว้อย่างชัดเจน แต่จะต่างกันก็ตรงที่ รัฐบัญญัติดังกล่าวไม่มีบทบัญญัติที่กำหนดให้รวมศูนย์อำนาจการสั่งการไว้ที่นายกรัฐมนตรี และไม่มอบตัดอำนาจของศาลปกครอง

### 2.3 การตรวจสอบการใช้อำนาจในสถานการณ์ฉุกเฉินขององค์กรตุลาการ

ดังที่ได้กล่าวไว้แล้วข้างต้น จะเห็นได้ว่าในส่วนของ การประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินตาม มาตรา 16 ของรัฐธรรมนูญนั้น มีการบัญญัติถึงบทบาทและอำนาจของฝ่ายตุลาการซึ่งก็คือ คณะตุลาการรัฐธรรมนูญไว้อย่างชัดเจน ทั้งในส่วนของก่อนการประกาศใช้สถานการณ์ฉุกเฉิน และการตรวจสอบการใช้อำนาจในสถานการณ์ฉุกเฉินหลังจากการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินแล้ว และที่ผ่านมามี คณะตุลาการรัฐธรรมนูญของประเทศฝรั่งเศสเองก็ตีความจำกัดเขตอำนาจของตนเองมาโดยตลอด นั่นคือ ถ้าหากรัฐธรรมนูญไม่ได้บัญญัติให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญมีอำนาจในการวินิจฉัย คณะตุลาการรัฐธรรมนูญก็จะปฏิเสธว่าตนเองไม่มีเขตอำนาจมาโดยตลอด และเมื่อการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารในสถานการณ์ฉุกเฉิน ไม่ว่าจะเป็นการออกกฎ หรือคำสั่ง มีลักษณะเป็นการกระทำทางปกครอง ด้วยเหตุนี้ การตรวจสอบการใช้อำนาจในกรณีดังกล่าวของประเทศฝรั่งเศส จึงมักเข้าสู่การพิจารณาของศาลปกครอง

อย่างไรก็ตาม ดังที่ได้กล่าวไว้แล้วในส่วนของบทนำ การใช้อำนาจของฝ่ายบริหารในการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินและการใช้มาตรการเพื่อจัดการกับสถานการณ์ฉุกเฉินนั้น เป็นสิ่งที่หลายประเทศยอมรับว่าการดำเนินการดังกล่าวมีลักษณะเป็นการกระทำทางรัฐบาลที่ฝ่ายตุลาการมักจะไม่ได้เข้าไปตรวจสอบ แต่จะปล่อยให้การตรวจสอบการใช้อำนาจดังกล่าวเป็นการตรวจสอบทางการเมือง หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ ให้ฝ่ายนิติบัญญัติซึ่งเป็นตัวแทนของประชาชนเป็นผู้ตรวจสอบ ในประเทศฝรั่งเศสก็เช่นกัน ถ้าหากพิจารณาถึงแนวคำวินิจฉัยศาลปกครองฝรั่งเศสตั้งแต่อดีต จะเห็นได้ว่าในช่วงแรก ฝ่ายตุลาการเองก็มักจะจำกัดอำนาจนี้ของตนเอง ซึ่งเป็นเหตุผลทางบริบทของประวัติศาสตร์การเมืองการปกครองในประเทศฝรั่งเศสที่มีทัศนคติในเชิงลบต่อองค์กรตุลาการ

<sup>56</sup> รัฐธรรมนูญที่ 55-385 มาตรา 11

ทั้งนี้ ตั้งแต่ก่อนการปฏิวัติใน ค.ศ. 1789 พระมหากษัตริย์ฝรั่งเศสจะตั้งศาลขึ้นประเภทหนึ่งตามหัวเมืองที่เรียกว่า “ศาลปาเลอ์มอง” (Parlement) และแต่งตั้งขุนนางเป็นผู้พิพากษา โดยศาลปาเลอ์มองจะทำหน้าที่วินิจฉัยกฎหมายที่พระมหากษัตริย์ตราขึ้นและสั่งให้ทรงทบทวนก่อนจะมีการบังคับใช้ แต่ผู้พิพากษาเองกลับพยายามจำกัดอำนาจของพระมหากษัตริย์โดยใช้อำนาจการคัดค้านกฎหมายนี้ อย่างไรก็ตาม ความพยายามจำกัดอำนาจของพระมหากษัตริย์โดยศาลกลับไม่ได้เป็นไปเพื่อประโยชน์ของประชาชน แต่เป็นไปเพื่อประโยชน์ของกลุ่มขุนนางด้วยกันเอง ส่งผลให้พระมหากษัตริย์ในขณะนั้นและประชาชนมีทัศนคติที่ค่อนข้างเป็นลบต่อการใช้อำนาจของศาล และต่อมา ศาลปาเลอ์มองเองก็ได้พัฒนา กลายเป็นศาลยุติธรรมที่มีอำนาจวินิจฉัยคดีพิพาทระหว่างเอกชนด้วยกันเอง<sup>57</sup>

นอกจากนี้ ถ้าหากพิจารณาจากพัฒนาการของการเมืองการปกครองในประเทศฝรั่งเศสเอง ก็จะได้เห็นได้อย่างชัดเจนว่า การเมืองการปกครองในประเทศฝรั่งเศสหลายยุคสมัยได้ให้ความสำคัญแก่ฝ่ายบริหาร โดยเห็นได้ชัดเจนที่สุดในสมัยสาธารณรัฐที่ 3 ที่มีการปกครองในลักษณะจักรวรรดิ โดยพระเจ้า نابโปลีเยนซึ่งพยายามรวมศูนย์อำนาจการปกครอง และในสมัยพระเจ้า นโปเลียนนี้เองที่ได้มีการจัดตั้งศาลปกครองเพื่อทำหน้าที่วินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทที่เกิดจากการใช้อำนาจของรัฐบาล และในระยะแรก การวินิจฉัยของศาลปกครองก็จะเป็นไปในแนวทางที่ว่า เรื่องใดก็ตามที่มีลักษณะเป็น “การกระทำทางรัฐบาล” ศาลจะไม่เข้าไปวินิจฉัยตรวจสอบโดยเด็ดขาด อย่างไรก็ตาม ตั้งแต่หลังสงครามโลกครั้งที่สองเป็นต้นมา กระแสการให้ความสำคัญต่อการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน กลายเป็นสิ่งสำคัญ ส่งผลให้การวางแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครอง และการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเพื่อเพิ่มอำนาจให้แก่ฝ่ายตุลาการ ได้เปลี่ยนแปลงไป<sup>58</sup>

ทั้งนี้ ถ้าหากพิจารณาจากแนวคำวินิจฉัยของฝ่ายตุลาการต่อการใช้อำนาจในสถานการณ์ฉุกเฉิน สามารถสรุปเป็นหลักสาระสำคัญได้ ดังนี้

หนึ่ง ศาลปกครองฝรั่งเศสวางหลักमतลอดว่า เรื่องใดก็ตามที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้ อย่างชัดเจนว่าการดำเนินการในเรื่องนั้น ๆ เป็นการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารและฝ่ายนิติบัญญัติ ศาลจะถือว่าการดำเนินการดังกล่าวเป็นเรื่องความสัมพันธ์ขององค์กรทางการเมืองทั้งสองฝ่าย และถือเป็นการกระทำทางรัฐบาลที่ศาลจะไม่เข้าไปวินิจฉัยหรือตรวจสอบ ดังนั้น การใช้อำนาจของประธานาธิบดีในการเลือกที่จะประกาศหรือไม่ประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินตามมาตรา 16 นั้น เป็นกรณีที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้เป็นการเฉพาะแล้ว ว่ามีกระบวนการอย่างไร ก่อนประกาศต้องไปปรึกษาองค์กรใด และหลังจากประกาศแล้ว ถ้าหากต้องการโต้แย้งหรือฟ้องร้องในประเด็นที่ว่าประธานาธิบดีใช้อำนาจประกาศสถานการณ์ฉุกเฉิน

<sup>57</sup> รวิวิท สิละพัฒน และชมพูนุท ตั้งถาวร, 2564, มุมมองใหม่ต่อการกระทำทางรัฐบาลในประเทศไทย : ศึกษาผ่านบริบทประวัติศาสตร์กฎหมายรัฐธรรมนูญ สืบค้นเมื่อวันที่ 4 สิงหาคม 2564 จาก <https://www.kpi.ac.th/uploads/pdf/Pjx34ZrTRHTzCQU8gOFUrEsBe90zib7lyhT9InlO.pdf>

<sup>58</sup> เรื่องเดียวกัน

ดังกล่าวถูกต้องตามกระบวนการที่บัญญัติไว้ในมาตรา 16 หรือไม่ เช่น มีกรณีที่ทำให้เกิดความจำเป็นต้องประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินตามมาตรา 16 หรือไม่ หรือได้ดำเนินการปรึกษาหารือตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดหรือไม่ ก็ต้องไปฟ้องต่อคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ และศาลปกครองจะปฏิเสธการเข้าไปตรวจสอบในประเด็นนี้ โดยให้เหตุผลว่า การใช้อำนาจประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินดังกล่าว เป็นอำนาจพิเศษที่รัฐธรรมนูญมอบให้แก่ประธานาธิบดี ประธานาธิบดีเองมีอำนาจที่จะใช้ดุลพินิจว่าจะประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินเมื่อใด ภายใต้สถานการณ์ใด ตามที่รัฐธรรมนูญกำหนด<sup>59</sup>

สอง อย่างไรก็ตาม ถ้าหากเป็นการใช้อำนาจประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินตามรัฐบัญญัติที่ 55-385 ซึ่งถือเป็นการใช้อำนาจประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินตามที่กฎหมายบัญญัติไม่ใช่อำนาจตามที่รัฐธรรมนูญบัญญัติ ศาลปกครองถือว่าการใช้อำนาจดังกล่าวเป็นเรื่องการใช้อำนาจตามกฎหมายไม่ได้ใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญ ดังนั้น ศาลปกครองถือว่าการกระทำดังกล่าวเป็น “การกระทำทางปกครอง” (Acte administrative) ไม่ใช่การกระทำทางรัฐบาล และศาลปกครองก็มีอำนาจเข้าไปตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของคณะรัฐมนตรีในการตัดสินใจประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินในกรณีนี้<sup>60</sup> และที่ผ่านมา ศาลปกครองเองก็เคยตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินตามกฎหมายนี้อยู่บ่อยครั้งไม่ว่าจะเป็นการตรวจสอบความมีผลบังคับใช้ย้อนหลังของการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉิน หรือการตรวจสอบว่าการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินนั้น อยู่ภายใต้เงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดหรือไม่

สาม ในส่วนของกรการใช้อำนาจเพื่อกำหนดมาตรการในสถานการณ์ฉุกเฉิน ไม่ว่าจะเป็นการกำหนดมาตรการบริหารจัดการสถานการณ์ฉุกเฉินอันเนื่องมาจากการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินตามรัฐธรรมนูญมาตรา 16 หรือ การประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินตามรัฐบัญญัติที่ 55-385 ก็ตาม ศาลปกครองถือว่าการใช้อำนาจดังกล่าวนั้นเป็นการกระทำทางปกครอง ซึ่งเป็นการใช้อำนาจตามกฎหมายไม่ใช่การกระทำทางรัฐบาล ดังนั้น ศาลปกครองจะเข้าไปตรวจสอบ<sup>61</sup>

ดังนั้น จึงอาจกล่าวได้ว่า ปัจจุบันการตรวจสอบการใช้อำนาจในสถานการณ์ฉุกเฉินของฝ่ายตุลาการในประเทศฝรั่งเศสนั้น สามารถทำได้โดย ถ้าหากเป็นกรณีการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินซึ่งมาจากการใช้อำนาจของประธานาธิบดีตามมาตรา 16 ของรัฐธรรมนูญ คณะตุลาการรัฐธรรมนูญจะเป็นผู้ตรวจสอบว่าเงื่อนไขของการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินนั้น ถูกต้องตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดหรือไม่ โดยจะต้องตรวจสอบหลังจากที่การประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินนั้นผ่านพ้นไปแล้ว 30 วัน และไม่ใช่กรณีที่คณะตุลาการรัฐธรรมนูญจะหยิบยกประเด็นดังกล่าวขึ้นพิจารณาตรวจสอบเองได้ แต่จะต้องมีการร้องต่อคณะตุลาการรัฐธรรมนูญให้ตรวจสอบ แต่ถ้าหากเป็นเรื่องของมาตรการที่ประกาศใช้หลังจากที่มี

<sup>59</sup> C.E. Rubin de Servens, 2 mars 1962, <http://www.legifrance.gov.fr/ceta/id/CETATEXT000007636269/>

<sup>60</sup> C.E. Rolin et Boisvert, 24 mars 2006, <https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000008239595/>

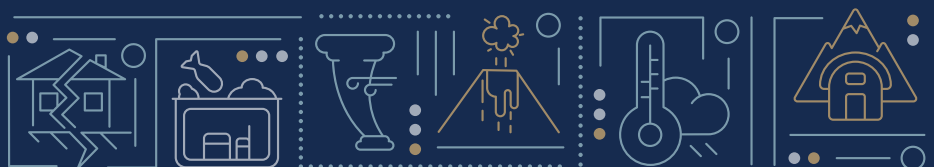
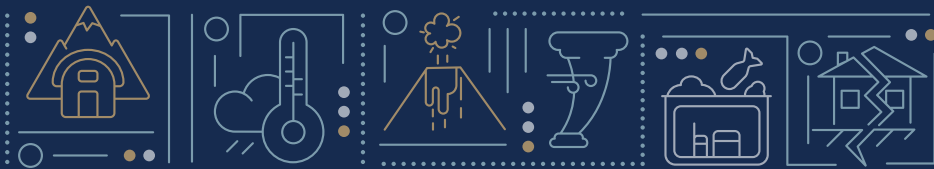
<sup>61</sup> Ord. C.E. Rolin, 14 Novembre 2005

การประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินแล้วนั้น การใช้มาตรการถือเป็นการกระทำทางปกครองที่ศาลปกครองมีอำนาจตรวจสอบ อย่างไรก็ตาม แม้ว่าคำวินิจฉัยศาลปกครองจะวางหลักว่าศาลปกครองมีเขตอำนาจในการตรวจสอบการใช้อำนาจตามมาตรการฉุกเฉินดังที่ได้กล่าวไปแล้วข้างต้น แต่ผู้วิจัยเห็นว่าประเด็นนี้ต้องขึ้นอยู่กับลักษณะการใช้อำนาจในการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินของประธานาธิบดีเอง กล่าวคือ ถ้าหากการประกาศการใช้มาตรการในสถานการณ์ฉุกเฉินนั้น ทำโดยอาศัยคำสั่งหรือประกาศ ก็ถือว่าเป็นการกระทำทางปกครองที่อยู่ในอำนาจศาลปกครอง แต่ถ้าหากการใช้มาตรการในสถานการณ์ฉุกเฉินนั้น ประธานาธิบดีดำเนินการโดยการตรากฎหมาย เช่นนี้ ถ้าหากมีประเด็นพิพาทว่ามาตรการที่ตราในกฎหมายดังกล่าวไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ก็ต้องเป็นอำนาจของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญในการวินิจฉัย เนื่องจากรัฐธรรมนูญกำหนดให้อำนาจในการวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายและร่างกฎหมายอยู่ในอำนาจของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ<sup>62</sup>

ทั้งนี้ แต่ถ้าหากเป็นกรณีการใช้อำนาจประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินของคณะรัฐมนตรีตามรัฐธรรมนูญที่ 55-385 ก็ถือว่าเป็นการใช้อำนาจตามกฎหมาย การประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินดังกล่าวจึงมีลักษณะเป็นการกระทำทางปกครองที่ศาลปกครองมีอำนาจตรวจสอบ ส่วนการใช้มาตรการต่างๆ เพื่อบริหารจัดการกับสถานการณ์ฉุกเฉินในกรณีนั้น ก็ถือว่าเป็นการใช้อำนาจที่เป็นการกระทำทางปกครอง ซึ่งศาลปกครองมีอำนาจในการวินิจฉัยเพื่อควบคุมความชอบด้วยกฎหมายเช่นกัน



<sup>62</sup> รัฐธรรมนูญประเทศฝรั่งเศส มาตรา 61 และ มาตรา 61-1





## บทที่ 3

# การประกาศและการใช้อำนาจ ในสถานการณ์ฉุกเฉินและการตรวจสอบ ของฝ่ายตุลาการในประเทศไทย

ดังที่ได้กล่าวไปแล้วในตอนต้น ปัจจุบันประเทศไทยมีกฎหมายที่ประกาศใช้เพื่อรักษาความมั่นคงของรัฐที่มีการกำหนดให้มีการใช้มาตรการพิเศษบางประการที่อาจจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนได้ 3 ฉบับ ได้แก่ พระราชบัญญัติกฎอัยการศึก พ.ศ. 2457 พระราชบัญญัติการรักษาความมั่นคงภายในราชอาณาจักร พ.ศ. 2551 และพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548 ซึ่งในงานวิจัยฉบับนี้ ผู้วิจัยจะขอกล่าวถึงเฉพาะพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548 เท่านั้น เนื่องจากเป็นกฎหมายที่กำหนดเกี่ยวกับการประกาศและการใช้อำนาจในสถานการณ์ฉุกเฉินที่มีการประกาศใช้ค่อนข้างบ่อย โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในช่วงวิกฤตโรคระบาดตั้งแต่ พ.ศ. 2563 อีกทั้งยังมีคดีขึ้นสู่ศาลที่เห็นได้อย่างชัดเจน

ทั้งนี้ พระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548 เป็นกฎหมายที่ถูกรื้อฟื้นโดยการใช้อำนาจตราเป็นพระราชกำหนดของฝ่ายบริหาร และรัฐสภาได้ให้การรับรองทำให้มีสถานะเป็นพระราชบัญญัติในเวลาต่อมา และมีผลเป็นการยกเลิกพระราชบัญญัติว่าด้วยการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2495<sup>63</sup> โดยพระราชกำหนดดังกล่าวมีลักษณะการบัญญัติคล้ายกับรัฐบัญญัติที่ 55-385 ของประเทศฝรั่งเศส ซึ่งกำหนดเงื่อนไขในการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉิน และกำหนดกรอบมาตรการที่รัฐบาลสามารถประกาศใช้ได้ในช่วงที่มีการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉิน โดยมีรายละเอียด ดังนี้

<sup>63</sup> พระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548 มาตรา 3

## 1. เจื้อนไขในการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉิน

พระราชกำหนดดังกล่าวได้กำหนดบทนิยามของคำว่า “สถานการณ์ฉุกเฉิน” ไว้ โดยบัญญัติให้สถานการณ์ฉุกเฉิน หมายความว่า

“สถานการณ์อันกระทบหรืออาจกระทบต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน หรือเป็นภัยต่อความมั่นคงของรัฐหรืออาจทำให้ประเทศหรือส่วนใดส่วนหนึ่งของประเทศ ตกอยู่ในภาวะคับขันหรือมีการกระทำความผิดเกี่ยวกับการก่อการร้ายตามประมวลกฎหมายอาญา การรบหรือการสงคราม ซึ่งจำเป็นต้องมีมาตรการเร่งด่วนเพื่อรักษาไว้ซึ่งการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขตามรัฐธรรมนูญ แห่งราชอาณาจักรไทย เอกอกราชและบูรณภาพแห่งอาณาเขต ผลประโยชน์ของชาติ การปฏิบัติตามกฎหมาย ความปลอดภัยของประชาชน การดำรงชีวิตโดยปกติสุขของประชาชน การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพ ความสงบเรียบร้อยหรือประโยชน์ส่วนรวม หรือการป้องกันหรือแก้ไขเยียวยาความเสียหายจากภัยพิบัติสาธารณะอันมีมาอย่างฉุกเฉิน และร้ายแรง”<sup>64</sup>

จากบทนิยามดังกล่าวข้างต้น จะเห็นได้ว่าสถานการณ์ที่จะทำให้ประกาศสถานการณ์ฉุกเฉิน ได้นั้น ได้แก่

- 1) สถานการณ์ที่กระทบต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน หรือ
- 2) สถานการณ์ที่เป็นภัยต่อความมั่นคงของรัฐ หรือ
- 3) สถานการณ์อย่างอื่นที่ทำให้ประเทศทั้งประเทศ หรือส่วนใดส่วนหนึ่งตกอยู่ในภาวะคับขัน หรือ
- 4) สถานการณ์ที่เกิดการกระทำความผิดในลักษณะที่เป็นการก่อการร้ายตามประมวลกฎหมายอาญา หรือ
- 5) สถานการณ์สงคราม หรือการรบ หรือ

และสถานการณ์ดังกล่าว นั้น จะต้องมีลักษณะฉุกเฉินและร้ายแรง จนทำให้จำเป็นต้องใช้ มาตรการเร่งด่วนเพื่อดำรงรักษาไว้ซึ่งระบอบการปกครอง เอกอกราช บูรณภาพของดินแดน ผลประโยชน์ของชาติ ความปลอดภัย และสิทธิเสรีภาพของประชาชน

นอกจากนี้ แม้ว่าบทนิยามจะกำหนดไว้เฉพาะกรณีของสถานการณ์ฉุกเฉิน แต่ถ้าอ่าน บทบัญญัติของพระราชกำหนดทั้งฉบับแล้ว จะเห็นได้ว่าพระราชกำหนดดังกล่าวกำหนดสถานะความรุนแรงของสถานการณ์ฉุกเฉิน ซึ่งสามารถแบ่งได้เป็น สถานการณ์ฉุกเฉินธรรมดา และสถานการณ์ฉุกเฉินที่มี

<sup>64</sup> พระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548 มาตรา 4

ความร้ายแรง โดยสถานการณ์ฉุกเฉินที่มีความร้ายแรงนี้ เป็นกรณีที่มีการก่อการร้าย เกิดการใช้กำลังประทุษร้ายต่อชีวิต ร่างกาย หรือทรัพย์สิน หรือมีเหตุควรเชื่อได้ว่าจะส่งผลกระทบต่อความมั่นคงของรัฐ ความปลอดภัย และมีความจำเป็นที่จะต้องเร่งแก้ไขปัญหา<sup>65</sup> ก็จะทำให้ใช้อำนาจกำหนดมาตรการที่ส่งผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนได้มากยิ่งขึ้น

ทั้งนี้ สำหรับการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินนั้น พระราชกำหนดบัญญัติให้เป็นอำนาจของนายกรัฐมนตรีโดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรี และในกรณีที่นายกรัฐมนตรีไม่สามารถขอความเห็นชอบจากคณะรัฐมนตรีได้ทัน ก็ให้นายกรัฐมนตรีประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินไปพลางก่อนได้ และให้ไปขอความเห็นจากคณะรัฐมนตรีภายใน 3 วัน ซึ่งถ้าหากไม่มีการขอความเห็นชอบต่อคณะรัฐมนตรี หรือคณะรัฐมนตรีไม่ให้ความเห็นชอบ สถานการณ์ฉุกเฉินที่นายกรัฐมนตรีประกาศมาจะต้องสิ้นสุดลงทันที<sup>66</sup> ซึ่งจะเห็นได้ว่า อำนาจในการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินหลักอยู่ที่ฝ่ายบริหาร และนายกรัฐมนตรีเอง ก็มีอำนาจค่อนข้างมากในการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉิน

## 2. กรอบเวลาในการประกาศใช้สถานการณ์ฉุกเฉิน

จากที่กล่าวมาแล้วข้างต้น สถานการณ์ฉุกเฉินที่นายกรัฐมนตรีประกาศนั้น อาจสิ้นสุดลงได้ภายใน 3 วัน นับแต่วันที่มีการประกาศ ถ้าหากไม่มีการขอความเห็นชอบจากคณะรัฐมนตรี หรือคณะรัฐมนตรีไม่ให้ความเห็นชอบ อย่างไรก็ตาม ถ้าหากการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินนั้นได้รับความเห็นชอบจากคณะรัฐมนตรี พระราชกำหนดก็กำหนดให้การประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินนั้นมีเวลาไม่เกิน 3 เดือน นับแต่วันประกาศ และถ้าหากต้องการขยายเวลาเนื่องจากสถานการณ์ดังกล่าวยังไม่สิ้นสุดลงนั้น ก็สามารถทำได้ โดยนายกรัฐมนตรีจะต้องขอความเห็นชอบจากคณะรัฐมนตรีให้ขยายการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินออกไปได้คราวละไม่เกิน 3 เดือน<sup>67</sup>

ทั้งนี้ จะเห็นได้ว่าอำนาจในการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉิน และการขยายเวลาในสถานการณ์ฉุกเฉินนั้น เป็นอำนาจของฝ่ายบริหารแต่เพียงอย่างเดียว ซึ่งต่างจากกรณีของการขยายเวลาในสถานการณ์ฉุกเฉินของรัฐธรรมนูญประเทศแอฟริกาใต้ และรัฐบัญญัติที่ 55-385 ของประเทศฝรั่งเศส ซึ่งกำหนดให้การขยายเวลาจะต้องใช้อำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติซึ่งเป็นตัวแทนของประชาชน เนื่องจากการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินนั้น จะส่งผลให้มีการยกเว้นการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพบางประการที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ ดังนั้น การประกาศและใช้อำนาจในสถานการณ์ฉุกเฉินจึงควรจะต้องกระทำในกรอบเวลาที่สั้นที่สุด และถ้าหากมีความจำเป็นที่จะต้องขยายเวลาในการประกาศและใช้อำนาจสถานการณ์ฉุกเฉินจริง ก็ควรจะต้องให้ผู้แทนของประชาชนเป็นผู้ให้ความเห็นชอบ

<sup>65</sup> พระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548 มาตรา 11

<sup>66</sup> พระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548 มาตรา 5

<sup>67</sup> พระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548 มาตรา 5 วรรคสอง

### 3. การใช้อำนาจในการบริหารสถานการณ์ฉุกเฉิน

ในส่วนของการใช้อำนาจในการบริหารจัดการสถานการณ์ฉุกเฉินนั้น พระราชกำหนดดังกล่าวได้กำหนดทั้งรูปแบบการจัดโครงสร้างองค์กรใหม่บางประการเพื่อให้เกิดการรวมศูนย์การใช้อำนาจ และกำหนดมาตรการในการใช้อำนาจเพื่อบริหารจัดการในสถานการณ์ฉุกเฉินไว้ ดังนี้

#### 3.1 การจัดโครงสร้างองค์กรเพื่อบริหารจัดการในสถานการณ์ฉุกเฉิน

ดังที่ได้กล่าวไว้แล้วข้างต้น พระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน ๙ กำหนดให้มีการรวมศูนย์อำนาจไว้ที่นายกรัฐมนตรีได้ในกรณีที่มีการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉิน ซึ่งมีรายละเอียดดังนี้

1) ในกรณีที่มีการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินแล้ว นายกรัฐมนตรีสามารถกำหนดให้อำนาจหน้าที่ของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงใดกระทรวงหนึ่งหรือหลายกระทรวง หรืออำนาจที่รัฐมนตรีกระทรวงนั้น ๆ รักษาการตามกฎหมายฉบับใดฉบับหนึ่ง เฉพาะในส่วนที่เกี่ยวกับการอนุญาต อนุมัติ สั่งการ บังคับบัญชา หรือภารกิจอื่นในการป้องกัน แก้ไข ปราบปราม ระงับยับยั้ง หรือฟื้นฟูสถานการณ์ โดยให้อำนาจเหล่านี้มาเป็นของนายกรัฐมนตรี<sup>68</sup> เพื่อให้นายกรัฐมนตรีสามารถดำเนินการสั่งการเพื่อแก้ไขปัญหาวิกฤตที่ทำให้เกิดสถานการณ์ฉุกเฉินนั้นได้อย่างรวดเร็ว

2) การตั้งคณะกรรมการบริหารสถานการณ์ฉุกเฉิน<sup>69</sup> ซึ่งประกอบด้วย

- รองนายกรัฐมนตรีซึ่งนายกรัฐมนตรีมอบหมาย เป็นประธานกรรมการ
- รัฐมนตรีว่าการกระทรวงกลาโหม รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทย และรัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรม เป็นรองประธานกรรมการ
- ปลัดกระทรวงกลาโหม
- ปลัดกระทรวงการต่างประเทศ
- ปลัดกระทรวงการพัฒนาสังคมและความมั่นคงของมนุษย์
- ปลัดกระทรวงมหาดไทย
- ปลัดกระทรวงยุติธรรม
- ผู้อำนวยการสำนักข่าวกรองแห่งชาติ

<sup>68</sup> พระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548 มาตรา 7

<sup>69</sup> พระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548 มาตรา 6

- อัยการสูงสุด
- ผู้บัญชาการทหารสูงสุด
- ผู้บัญชาการทหารบก
- ผู้บัญชาการทหารเรือ
- ผู้บัญชาการทหารอากาศ
- ผู้บัญชาการตำรวจแห่งชาติ
- อธิบดีกรมการปกครอง
- อธิบดีกรมป้องกันและบรรเทาสาธารณภัย และ
- เลขาธิการสภาความมั่นคงแห่งชาติ ซึ่งเป็นกรรมการและเลขานุการ ด้วย

ทั้งนี้ พระราชกำหนดได้บัญญัติให้คณะกรรมการดังกล่าวมีอำนาจหน้าที่ในการติดตามและตรวจสอบเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นทั้งภายในและภายนอกประเทศ ที่อาจส่งผลกระทบต่อสถานการณ์ฉุกเฉินที่เกิดขึ้น และรายงานต่อนายกรัฐมนตรี โดยอำนาจดังกล่าวจะไม่กระทบกระเทือนต่อการใช้อำนาจของนายกรัฐมนตรี

3) นายกรัฐมนตรีสามารถแต่งตั้งคณะบุคคลหรือบุคคลขึ้นทำหน้าที่เป็นที่ปรึกษาในการปฏิบัติงานของเจ้าหน้าที่ หรือเป็นผู้ช่วยเหลือเจ้าหน้าที่ในการปฏิบัติงาน<sup>70</sup> และสามารถจัดตั้งหน่วยงานพิเศษอย่างอื่นเป็นการเฉพาะเพื่อปฏิบัติหน้าที่ที่จำเป็นต่อการแก้ไขสถานการณ์ฉุกเฉิน โดยหน่วยงานพิเศษนั้นอาจจะปฏิบัติหน้าที่เป็นการชั่วคราว หรือจะปฏิบัติหน้าที่จนกว่าจะมีการยกเลิกสถานการณ์ก็ได้<sup>71</sup>

### 3.2 การกำหนดมาตรการในสถานการณ์ฉุกเฉิน

พระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน ฯ ได้กำหนดให้เมื่อมีการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินแล้ว ก็ให้นายกรัฐมนตรีสามารถออกข้อกำหนดซึ่งอาจมีผลเป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนบางประการได้ โดยแบ่งออกได้เป็นการกำหนดมาตรการในกรณีสถานการณ์ฉุกเฉินธรรมดา และกรณีที่เป็นสถานการณ์ฉุกเฉินอย่างร้ายแรง ดังนี้

<sup>70</sup> พระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548 มาตรา 8

<sup>71</sup> พระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548 มาตรา 7 วรรคห้า

1) การออกมาตรการเพื่อใช้สำหรับกรณีสถานการณ์ฉุกเฉินธรรมดา : ซึ่งนายกรัฐมนตรีสามารถออกข้อกำหนดในเรื่องต่อไปนี้ได้<sup>72</sup>

- ห้ามมิให้บุคคลใดออกนอกเคสสถานภายในระยะเวลาที่กำหนด เว้นแต่จะได้รับอนุญาตจากพนักงานเจ้าหน้าที่ หรือเป็นบุคคลซึ่งได้รับยกเว้น
- ห้ามมิให้มีการชุมนุมหรือมั่วสุมกัน ณ ที่ใด ๆ หรือกระทำการใดอันเป็นการยุยงให้เกิดความไม่สงบเรียบร้อย
- ห้ามการเสนอข่าว การจำหน่าย หรือทำให้แพร่หลายซึ่งหนังสือ สิ่งพิมพ์ หรือสื่ออื่นใดที่มีข้อความอันอาจทำให้ประชาชนเกิดความหวาดกลัวหรือเจตนาบิดเบือนข้อมูลข่าวสารทำให้เกิดความเข้าใจผิดในสถานการณ์ฉุกเฉินจนกระทบต่อความมั่นคงของรัฐ หรือความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนทั้งในเขตพื้นที่ที่ประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินหรือทั่วราชอาณาจักร
- ห้ามการใช้เส้นทางคมนาคมหรือการใช้นยานพาหนะ หรือกำหนดเงื่อนไขการใช้เส้นทางคมนาคมหรือการใช้นยานพาหนะ
- ห้ามการใช้อาคาร หรือเข้าไปหรืออยู่ในสถานที่ใด ๆ
- ให้อพยพประชาชนออกจากพื้นที่ที่กำหนดเพื่อความปลอดภัยของประชาชนดังกล่าว หรือห้ามผู้ใดเข้าไปในพื้นที่ที่กำหนด

ทั้งนี้ การกำหนดมาตรการดังกล่าวจะต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขว่าจะต้องไม่มีการปฏิบัติที่ก่อให้เกิดความเดือดร้อนแก่ประชาชนเกินสมควรกว่าเหตุ โดยอาจกำหนดเงื่อนไขในการปฏิบัติแก่เจ้าหน้าที่หรือกำหนดรายละเอียดในการปฏิบัติให้แก่เจ้าหน้าที่เพื่อป้องกันการเกิดความเดือดร้อนแก่ประชาชนก็ได้

2) การออกมาตรการเพื่อใช้สำหรับกรณีสถานการณ์ฉุกเฉินอย่างร้ายแรง : ในกรณีที่สถานการณ์ฉุกเฉินนั้นถูกวินิจฉัยว่าเป็นสถานการณ์ฉุกเฉินที่มีลักษณะร้ายแรง นอกจากนายกรัฐมนตรีจะมีอำนาจในการออกข้อกำหนดข้างต้นที่ได้กล่าวไปแล้ว นายกรัฐมนตรียังสามารถออกข้อกำหนดที่มีลักษณะดังต่อไปนี้เพิ่มเติมได้อีก<sup>73</sup> คือ

- ประกาศให้พนักงานเจ้าหน้าที่มีอำนาจจับกุมและควบคุมตัวบุคคลที่สงสัยว่าจะเป็นผู้ร่วมกระทำการให้เกิดสถานการณ์ฉุกเฉิน หรือเป็นผู้ใช้ ผู้โฆษณา ผู้สนับสนุน การกระทำเช่นนั้น หรือปกปิดข้อมูลเกี่ยวกับการกระทำให้เกิดสถานการณ์ฉุกเฉิน ทั้งนี้ เท่าที่มีเหตุจำเป็นเพื่อป้องกันมิให้บุคคลนั้นกระทำการหรือร่วมมือกระทำการใด ๆ อันจะทำให้เกิดเหตุการณ์ร้ายแรง หรือเพื่อให้เกิดความร่วมมือในการระงับเหตุการณ์ร้ายแรง

<sup>72</sup> พระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548 มาตรา 9

<sup>73</sup> พระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548 มาตรา 11

- ประกาศให้พนักงานเจ้าหน้าที่มีอำนาจออกคำสั่งเรียกให้บุคคลใดมารายงานตัวต่อพนักงานเจ้าหน้าที่หรือมาให้ถ้อยคำหรือส่งมอบเอกสารหรือหลักฐานใดที่เกี่ยวข้องเกี่ยวกับสถานการณ์ฉุกเฉิน
- ประกาศให้พนักงานเจ้าหน้าที่มีอำนาจออกคำสั่งยึดหรืออายัดอาวุธ สินค้า เครื่องอุปโภคบริโภค เคมีภัณฑ์ หรือวัตถุอื่นใด ในกรณีที่มีเหตุอันควรสงสัยว่า ได้ใช้หรือจะใช้สิ่งนั้น เพื่อการกระทำการหรือสนับสนุนการกระทำให้เกิดเหตุสถานการณ์ฉุกเฉิน
- ประกาศให้พนักงานเจ้าหน้าที่มีอำนาจออกคำสั่งตรวจค้น รั้ว ถนน หรือทำลายสิ่งอาคาร สิ่งปลูกสร้าง หรือสิ่งกีดขวาง ตามความจำเป็นในการปฏิบัติหน้าที่เพื่อระงับเหตุการณ์ร้ายแรงให้ยุติโดยเร็วและหากปล่อยเนิ่นช้าจะทำให้ไม่อาจระงับเหตุการณ์ได้ทัน่วงที
- ประกาศให้พนักงานเจ้าหน้าที่มีอำนาจออกคำสั่งตรวจสอบจดหมาย หนังสือ สิ่งพิมพ์ โทรเลข โทรศัพท์ หรือการสื่อสารด้วยวิธีการอื่นใด ตลอดจนการส่งระงับหรือยับยั้งการติดต่อหรือการสื่อสารใด เพื่อป้องกันหรือระงับเหตุการณ์ร้ายแรง โดยต้องปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในกฎหมายว่าด้วยการสอบสวนคดีพิเศษโดยอนุโลม
- ประกาศห้ามมิให้กระทำการใด ๆ หรือสั่งให้กระทำการใด ๆ เท่าที่จำเป็นแก่การรักษาความมั่นคงของรัฐ ความปลอดภัยของประเทศ หรือความปลอดภัยของประชาชน
- ประกาศให้พนักงานเจ้าหน้าที่มีอำนาจออกคำสั่งห้ามมิให้ผู้ใดออกไปนอกราชอาณาจักร เมื่อมีเหตุอันควรเชื่อได้ว่าการออกไปนอกราชอาณาจักรจะเป็นการกระทบกระเทือนต่อความมั่นคงของรัฐหรือความปลอดภัยของประเทศ
- ประกาศให้พนักงานเจ้าหน้าที่มีอำนาจสั่งการให้คนต่างด้าวออกไปนอกราชอาณาจักร ในกรณีที่มีเหตุอันควรเชื่อได้ว่าเป็นผู้สนับสนุนการกระทำให้เกิดสถานการณ์ฉุกเฉิน ทั้งนี้ โดยให้นำกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมืองมาใช้บังคับโดยอนุโลม
- ประกาศให้การซื้อ ขาย ใช้ หรือมีไว้ในครอบครองซึ่งอาวุธ สินค้า เวชภัณฑ์ เครื่องอุปโภคบริโภค เคมีภัณฑ์ หรือวัสดุอุปกรณ์อย่างหนึ่งอย่างใดซึ่งอาจใช้ในการก่อความไม่สงบหรือก่อการร้ายต้องรายงานหรือได้รับอนุญาตจากพนักงานเจ้าหน้าที่หรือปฏิบัติตามเงื่อนไขที่นายกรัฐมนตรีกำหนด

- ออกคำสั่งให้ใช้กำลังทหารเพื่อช่วยเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองหรือตำรวจระงับเหตุการณ์ร้ายแรง หรือควบคุมสถานการณ์ให้เกิดความสงบโดยด่วน โดยการใช้อำนาจของทหารในกรณีนี้ ให้ทหารมีอำนาจเช่นเดียวกับอำนาจหน้าที่ของพนักงานเจ้าหน้าที่ตามพระราชกำหนดนี้ด้วย โดยทำได้เพียงตามเงื่อนไขหรือระยะเวลาที่นายกรัฐมนตรีกำหนด และต้องไม่เกินไปกว่าอำนาจของทหารในกรณีที่มีการประกาศใช้กฎอัยการศึก

**3) การกำหนดมาตรการเฉพาะเกี่ยวกับการจับกุมและการควบคุมตัวบุคคล :** เช่นเดียวกับหลาย ๆ ประเทศ ที่เมื่อมีการกำหนดการใช้อำนาจในช่วงสถานการณ์ฉุกเฉิน จะต้องมีการกำหนดเรื่องการควบคุมตัวบุคคลหรือการจับกุมตัวบุคคลในลักษณะที่แตกต่างจากการจับกุมผู้ต้องหาที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ทั้งนี้ พระราชกำหนดได้บัญญัติให้เจ้าหน้าที่สามารถจับกุมและควบคุมตัวบุคคลที่ต้องสงสัยได้ โดยจะต้องร้องขอต่อศาลที่มีเขตอำนาจหรือร้องขอต่อศาลอาญาเพื่อขออนุญาตจับกุม และจะต้องจับกุมและคุมขังบุคคลดังกล่าวในสถานที่ที่กำหนด ซึ่งจะต้องไม่ใช่สถานีดำรวจที่คุมขัง ทัณฑสถาน หรือเรือนจำ โดยมีกำหนดเวลาในการจับกุมคราวละไม่เกิน 7 วัน และสามารถขยายเวลาได้อีกคราวละ 7 วัน แต่นับรวมระยะเวลาจับกุมทั้งหมดแล้ว จะต้องไม่นานเกินกว่า 30 วัน แต่ถ้าหากเมื่อครบกำหนดแล้วยังมีความจำเป็นที่จะต้องจับกุมและคุมขังบุคคลดังกล่าวต่อไป ก็จะต้องดำเนินการตามวิธีการที่กำหนดในประมวลกฎหมายอาญา<sup>74</sup>

จากที่กล่าวมาทั้งหมดข้างต้น จะเห็นได้ว่าพระราชกำหนดฉบับนี้ให้อำนาจแก่นายกรัฐมนตรีค่อนข้างมากตั้งแต่การเริ่มประกาศสถานการณ์ฉุกเฉิน ซึ่งผูกขาดอำนาจอยู่เฉพาะในฝ่ายบริหาร และนายกรัฐมนตรีเองยังสามารถประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินไปพลางก่อนได้ถึง 3 วัน โดยไม่ต้องขอความเห็นชอบจากคณะรัฐมนตรี อีกทั้งในเรื่องของการกำหนดมาตรการนั้น อำนาจในการพิจารณาว่าสถานการณ์ฉุกเฉินดังกล่าวเป็นแบบธรรมดาซึ่งควรออกข้อกำหนดตามมาตรา 9 หรือเป็นแบบร้ายแรงที่จะต้องออกข้อกำหนดเพิ่มเติมตามมาตรา 11 นั้น ก็ผูกขาดอยู่ที่ฝ่ายบริหารอีกเช่นกัน

<sup>74</sup> พระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548 มาตรา 12



## 4. อำนาจในการตรวจสอบการประกาศและการใช้อำนาจ ในสถานการณ์ฉุกเฉิน

จากที่กล่าวมาข้างต้น จะเห็นได้ว่าพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉินดังกล่าวได้ออกแบบให้อำนาจในการประกาศและการกำหนดมาตรการเพื่อการบริหารจัดการในสถานการณ์ฉุกเฉินนั้น ผูกขาดอยู่ที่ฝ่ายบริหารแต่เพียงอย่างเดียว ฝ่ายนิติบัญญัติจะสามารถตรวจสอบการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารในสถานการณ์ฉุกเฉินตามพระราชกำหนดฉบับนี้ได้ ก็เฉพาะด้วยวิธีการตรวจสอบทางการเมืองที่รัฐธรรมนูญกำหนด เช่น การตั้งกระทู้ถาม การขอเปิดอภิปรายทั่วไป และการขอเปิดอภิปรายเพื่อไม่ไว้วางใจ เท่านั้น แต่ไม่สามารถมีส่วนร่วมในการให้ความเห็นชอบเพื่อกำหนดมาตรการในการใช้อำนาจหรือการขอขยายเวลาในการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินได้เหมือนอย่างในกรณีของประเทศแอฟริกาใต้หรือประเทศฝรั่งเศส ดังที่ได้กล่าวไว้ในบทที่ 2

นอกจากนี้ พระราชกำหนดฉบับนี้ยังมีบทยกเว้นการดำเนินการของพนักงานเจ้าหน้าที่ด้วย โดยกำหนดว่า พนักงานเจ้าหน้าที่และผู้มีอำนาจหน้าที่เช่นเดียวกับพนักงานเจ้าหน้าที่ตามพระราชกำหนดนี้ ไม่ต้องรับผิดชอบทางแพ่ง ทางอาญา หรือทางวินัย เนื่องจากการปฏิบัติหน้าที่ในการระงับหรือป้องกันการกระทำผิดกฎหมาย หากเป็นการกระทำที่สุจริต ไม่เลือกปฏิบัติ และไม่เกินสมควรแก่เหตุหรือไม่เกินกว่ากรณีจำเป็น ซึ่งส่งผลให้ผู้ได้รับความเสียหายเนื่องจากการปฏิบัติหน้าที่ของพนักงานเจ้าหน้าที่ที่เข้าหลักเกณฑ์ดังกล่าว มีสิทธิเพียงเรียกร้องค่าเสียหายจากทางราชการตามกฎหมายว่าด้วยความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่เท่านั้น<sup>75</sup>

ที่สำคัญ แม้ว่าการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉิน หรือการออกข้อกำหนดเพื่อจัดการกับสถานการณ์ฉุกเฉินตามมาตรา 9 และมาตรา 11 จะมีลักษณะเป็นการกระทำทางปกครอง ซึ่งเป็นการใช้อำนาจตามกฎหมายที่ศาลปกครองมีอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายก็ตาม แต่พระราชกำหนดดังกล่าวก็ได้มีบทบัญญัติที่ตัดอำนาจศาลปกครอง โดยกำหนดไว้ในมาตรา 16 ซึ่งบัญญัติว่า

*“ข้อกำหนด ประกาศ คำสั่ง หรือการกระทำตามพระราชกำหนดนี้ไม่อยู่ใน  
บังคับของกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง และกฎหมายว่าด้วยการจัดตั้ง  
ศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง”*

การบัญญัติข้อความดังกล่าวในมาตรา 16 ส่งผลให้ศาลปกครองไม่มีอำนาจในการวินิจฉัยความชอบด้วยกฎหมายของการประกาศและการใช้อำนาจในสถานการณ์ฉุกเฉินของฝ่ายบริหารได้ และประเด็นดังกล่าวนี้ ศาลปกครองสูงสุดเคยส่งความเห็นเพื่อขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่า บทบัญญัติมาตรา 16 ของพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548 นี้ ขัดหรือแย้งกับ

<sup>75</sup> พระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548 มาตรา 17

รัฐธรรมนูญหรือไม่ ซึ่งในขณะนั้น รัฐธรรมนูญฉบับที่มีผลบังคับใช้อยู่ คือ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 (รัฐธรรมนูญ ๗ พ.ศ. 2550) ซึ่งมีบทบัญญัติมาตรา 223 บัญญัติว่า

“ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีพิพาทระหว่างหน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น หรือองค์กรตามรัฐธรรมนูญ หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกับเอกชน หรือระหว่างหน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น หรือองค์กรตามรัฐธรรมนูญ หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐด้วยกัน อันเนื่องมาจากการใช้อำนาจทางปกครองตามกฎหมาย หรือเนื่องมาจากการดำเนินกิจการทางปกครองของหน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น หรือองค์กรตามรัฐธรรมนูญ หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ ทั้งนี้ ตามที่กฎหมายบัญญัติ รวมทั้งมีอำนาจพิจารณาพิพากษาเรื่องที่รัฐธรรมนูญหรือกฎหมายบัญญัติให้อยู่ในอำนาจของศาลปกครอง”

ทั้งนี้ ศาลปกครองสูงสุดได้ร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญว่าบทบัญญัติมาตรา 16 ของพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน ๗ ขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญ ๗ พ.ศ. 2550 มาตรา 223 หรือไม่ เนื่องจากการกำหนดข้อกำหนดดังกล่าวมีลักษณะเป็นการใช้อำนาจของรัฐและเป็นการกระทำทางปกครอง ซึ่งรัฐธรรมนูญกำหนดให้ต้องอยู่ในอำนาจศาลปกครอง อีกทั้งบทบัญญัติการตัดอำนาจศาลดังกล่าวยังมีลักษณะเป็นการละเมิดสิทธิของประชาชนในการเข้าถึงความยุติธรรมด้วย

อย่างไรก็ตาม ศาลรัฐธรรมนูญได้มีคำวินิจฉัยว่าบทบัญญัติมาตรา 16 ไม่ขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญ โดยให้เหตุผลว่า

“การที่พระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548 มาตรา 16 บัญญัติให้ข้อกำหนด ประกาศ คำสั่ง หรือการกระทำตามพระราชกำหนดนี้ ไม่อยู่ในบังคับของกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองและกฎหมายว่าด้วยการจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครองนั้น เป็นการบัญญัติจำกัดอำนาจการตรวจสอบควบคุมการออกกฎ และการกระทำของฝ่ายบริหารของศาลปกครอง โดยมีเจตนารมณ์ให้ฝ่ายบริหารมีอำนาจพิเศษบางประการสำหรับบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน อันเป็นเครื่องมือในการรักษาความมั่นคงของรัฐ ความปลอดภัยของประเทศ และป้องกันภัยพิบัติสาธารณะ ซึ่งเป็นประโยชน์ต่อสังคมส่วนรวมยิ่งกว่าประโยชน์ของปัจเจกชนแต่ละรายในสถานการณ์ฉุกเฉิน ประกอบกับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 223 วรรคหนึ่งบัญญัติจำกัดอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีของศาลปกครองไว้โดยมีข้อความว่า “... ทั้งนี้ ตามที่กฎหมายบัญญัติ” อันเป็นการแสดงให้เห็นว่า

คดีพิพาทระหว่างรัฐกับเอกชนหรือคดีอื่นเนื่องมาจากการใช้อำนาจปกครองของหน่วยงานของรัฐนั้น มิได้อยู่ในอำนาจของศาลปกครองทั้งหมด รัฐอาจตรากฎหมายยกเว้นมิให้ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีปกครองบางประเภทได้เพื่อประโยชน์แก่การดำเนินการกิจของรัฐให้ลุล่วงอย่างรวดเร็ว...<sup>76</sup>

หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าบทบัญญัติมาตรา 223 ของรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2550 ไม่ได้บัญญัติรับรองอย่างไม่มีข้อยกเว้นว่าคดีปกครองทุกคดีจะต้องอยู่ในอำนาจศาลปกครอง แต่รัฐสามารถออกกฎหมายยกเว้นได้ว่าคดีปกครองประเภทใดบ้างที่จะไม่อยู่ในอำนาจศาลปกครอง ดังนั้น เมื่อพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548 ซึ่งมีลำดับศักดิ์เทียบเท่าพระราชบัญญัติ ได้กำหนดยกเว้นเขตอำนาจศาลปกครองในกรณีดังกล่าว ก็ถือว่าการยกเว้นนั้นไม่ขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญมาตรา 223 ส่วนในประเด็นที่เกี่ยวกับสิทธิของประชาชนในการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมนั้น ศาลรัฐธรรมนูญได้วินิจฉัยในประเด็นดังกล่าวว่า

“...ทั้งนี้ มิได้หมายความว่าสิทธิและเสรีภาพของประชาชนที่อาจได้รับผลกระทบจากการดำเนินการตามพระราชกำหนดดังกล่าวจะมีได้รับความคุ้มครอง เพราะผู้ได้รับความเสียหายยังสามารถนำคดีเข้าสู่กระบวนการพิจารณาของศาลยุติธรรมได้ ตามความในมาตรา 218 ของรัฐธรรมนูญ<sup>77</sup> รวมทั้งมีสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายจากทางราชการตามประมวลกฎหมายว่าด้วยความรับผิดชอบละเมิดของเจ้าหน้าที่ตามมาตรา 17 ของพระราชกำหนดฉบับเดียวกัน จึงมิได้เป็นบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่มีลักษณะจำกัดสิทธิของบุคคลในการนำคดีเข้ามาสู่กระบวนการตรวจสอบขององค์กรตุลาการแต่ประการใด...”<sup>78</sup>

นั่นคือ ศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่าการตัดอำนาจการฟ้องคดีต่อศาลปกครองยังไม่ถือว่าละเมิดต่อสิทธิเสรีภาพในการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมของประชาชน เนื่องจากบทบัญญัติดังกล่าวตัดอำนาจเพียงศาลปกครองเท่านั้น ซึ่งประชาชนที่ได้รับความเสียหายยังมีสิทธิฟ้องร้องคดีดังกล่าวต่อศาลยุติธรรมซึ่งเป็นศาลที่มีเขตอำนาจทั่วไป ด้วยเหตุนี้ คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญดังกล่าวจึงส่งผลให้คดีเกี่ยวกับการประกาศและการใช้อำนาจในสถานการณ์ฉุกเฉิน ตามพระราชกำหนดการบริหารราชการ

<sup>76</sup> สุวิมล แจ่มสว่าง, 2554, คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 9/2553 วันที่ 9 มิถุนายน พ.ศ. 2553, สืบค้นเมื่อวันที่ 11 สิงหาคม 2564 จาก [https://www.senate.go.th/assets/portals/93/fileups/272/files/S%E0%B9%88ub\\_Jun/7con/con41.pdf](https://www.senate.go.th/assets/portals/93/fileups/272/files/S%E0%B9%88ub_Jun/7con/con41.pdf)

<sup>77</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 218

“ศาลยุติธรรมมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีทั้งปวง เว้นแต่คดีที่รัฐธรรมนูญนี้หรือกฎหมายบัญญัติให้อยู่ในอำนาจของศาลอื่น”

<sup>78</sup> เรื่องเดียวกัน

ในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548 ต้องตกอยู่ในเขตอำนาจของศาลยุติธรรมซึ่งเป็นศาลที่โดยปกติแล้วจะวินิจฉัยคดีที่เอกชนพิพาทกับเอกชนเอง

อย่างไรก็ตาม ถ้าหากพิจารณาถึงบทบาทของศาลยุติธรรมที่เคยพิพากษาคดีที่เกี่ยวข้องกับการใช้อำนาจในสถานการณ์ไม่ปกติก่อนที่จะมีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ซึ่งในช่วงเวลาดังกล่าวนั้น คดีทุกประเภทจะอยู่ในอำนาจศาลยุติธรรม จะเห็นได้ว่าศาลยุติธรรมมักจะหลีกเลี่ยงการเข้าไปวินิจฉัยการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารโดยกรณีดังกล่าวโดยอาศัยเหตุผลทาง “เทคนิค” เช่น คดีที่เกี่ยวข้องกับกรณีการประกาศสงคราม ซึ่งในช่วงสงครามโลกครั้งที่สองนั้นรัฐบาลจอมพล ป. พิบูลสงครามได้ประกาศให้ประเทศไทยเข้าร่วมสงครามกับประเทศญี่ปุ่นและประกาศสงครามกับฝ่ายสัมพันธมิตร ต่อมาได้มีผู้ฟ้องร้องต่อศาลว่าการทิ้งระเบิดอันเนื่องจากการประกาศสงครามนั้นทำให้ผู้ฟ้องคดีเสียหาย ศาลได้ปฏิเสธไม่รับฟ้องโดยอ้างว่าผู้ที่จะเป็นคู่ความได้ต้องมีสภาพบุคคลและประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 73 วางหลักไว้ว่ารัฐบาลไม่ใช่นิติบุคคลตามกฎหมาย ศาลจึงไม่รับฟ้อง เพราะผู้ฟ้องคดีไม่มีอำนาจฟ้อง<sup>79</sup>

นอกจากนี้ ในกรณีที่มีการกำหนดให้ฝ่ายบริหารสามารถใช้อำนาจพิเศษได้ในสถานการณ์ปกติอันเนื่องมาจากการทำรัฐประหาร รัฐธรรมนูญฉบับชั่วคราวหลายฉบับมักจะกำหนดให้ฝ่ายบริหารมีอำนาจพิเศษเพื่อป้องกัน ระวัง หรือปราบปรามการกระทำที่อาจเป็นการทำลายความมั่นคงของประเทศ หรือเป็นการก่อกวนความสงบเรียบร้อยของประชาชน และยังกำหนดรับรองไว้ด้วยว่า ให้ถือว่าคำสั่ง การกระทำ และการปฏิบัติตามคำสั่งนั้น ชอบด้วยกฎหมาย<sup>80</sup> ดังนั้น เมื่อมีคดีฟ้องร้องเกี่ยวกับการใช้อำนาจในประเด็นดังกล่าว ศาลจึงมักยกฟ้อง โดยให้เหตุผลว่า

“...มาตรา 17 แห่งธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักรให้อำนาจนายกรัฐมนตรีที่จะออกคำสั่งหรือกระทำการใด ๆ โดยมติคณะรัฐมนตรี ในเมื่อนายกรัฐมนตรีเห็นสมควรเพื่อประโยชน์ในการระงับหรือปราบปรามการกระทำอันเป็นการบ่อนทำลายความมั่นคงของราชอาณาจักรฯ แสดงว่านายกรัฐมนตรีมีอำนาจที่จะวินิจฉัยพฤติการณ์ที่เห็นสมควรใช้มาตรการที่กำหนดไว้ การวินิจฉัยว่าคำสั่งหรือการกระทำชอบด้วยมาตรา 17 หรือไม่ อยู่ที่ความเห็นของนายกรัฐมนตรี โดยมติคณะรัฐมนตรีว่าสมควรต้องมีคำสั่งหรือกระทำ มิได้อยู่ที่มีพฤติการณ์บ่อนทำลายจริงหรือไม่ นอกจากนี้ เหตุต่าง ๆ ที่โจทก์อ้างมาเพื่อแสดงว่าการใช้อำนาจตามมาตรา 17 ไม่ถูกต้องนั้นเป็นเรื่องที่โจทก์ได้เพียงข้อเท็จจริงที่โจทก์มีความเห็นไม่ตรงกับผู้ดำเนินการตามมาตรา 17 เท่านั้น ไม่เป็นเหตุพอที่จะให้ศาลวินิจฉัยว่าความเห็นเช่นนั้นมิใช่ความเห็นที่สมควรตามมาตรา 17 และไม่มีพฤติการณ์ที่จะยกขึ้นอ้างและวินิจฉัยว่าคำสั่งและการกระทำที่อ้างมาตรา 17 นั้นได้กระทำโดยมิชอบด้วยมาตรา 17...”<sup>81</sup>

<sup>79</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 103/2521

<sup>80</sup> ธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พุทธศักราช 2502 มาตรา 17

<sup>81</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 494/2510

จากคำพิพากษาศาลฎีกาข้างต้น ผู้วิจัยเห็นว่า ในคดีที่มีลักษณะเกี่ยวข้องกับการใช้อำนาจพิเศษ ในสถานการณ์พิเศษนี้ ศาลฎีกาก่อนการประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มีแนวโน้มที่จะไม่รับฟ้องแต่แรก หรือถ้าหากรับฟ้อง ก็อาจจะมีแนวทางในการวินิจฉัยคล้ายกับการวินิจฉัย คดีละเมิดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420 กล่าวคือ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420 บัญญัติว่า

“ผู้ใดจงใจหรือประมาทเลินเล่อ ทำต่อบุคคลอื่นโดยผิดกฎหมายให้เขาเสียหาย ถึงแก่ชีวิตก็ดี แก่ร่างกายก็ดี อนามัยก็ดี เสรีภาพก็ดี ทรัพย์สินหรือสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใด ก็ได้ ท่านว่าผู้นั้นทำละเมิดจำต้องใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อการนั้น”

จากบทบัญญัติข้างต้น จะเห็นได้ว่าการกระทำที่ต้องเป็นการกระทำที่ “ผิดกฎหมาย” ถือเป็นองค์ประกอบสำคัญที่จะใช้พิจารณาว่าโจทก์ที่ฟ้องคดีนั้นจะสามารถเรียกให้จำเลยรับผิดชอบได้หรือไม่ ซึ่งถ้าหากการกระทำของจำเลยแม้จะทำให้โจทก์เสียหายแต่เป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมายแล้ว โจทก์ก็ไม่สามารถเรียกให้จำเลยรับผิดชอบได้ ดังนั้น การกระทำใดก็ตามที่รัฐได้กระทำไปแม้ว่าจะก่อให้เกิด ความเดือดร้อนเสียหายแก่ประชาชน แต่ถ้าหากมีกฎหมายรับรองว่าการกระทำนั้นให้ถือว่า “ชอบด้วย กฎหมาย” แล้ว ศาลก็จะไม่เข้าไปพิพากษา

อย่างไรก็ตาม ที่ผ่านมา กรณีการใช้อำนาจในการออกข้อกำหนดตามมาตรา 9 และกลายเป็น ข้อพิพาทขึ้นสู่การพิจารณาของศาลนั้น เห็นได้ชัดเจนในช่วงที่ผ่านมา โดยในวันที่ 29 กรกฎาคม พ.ศ. 2564 นายกรัฐมนตรีได้ออกข้อกำหนดออกตามความในมาตรา 9 แห่งพระราชกำหนดการบริหารราชการ ในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548 (ฉบับที่ 29) ซึ่งเป็นการตราข้อกำหนดเพื่อป้องกันการเผยแพร่ ข่าวปลอม (fake news) ในช่วงที่เกิดวิกฤตโรคระบาด โดยข้อกำหนดนั้นได้กำหนดให้

1. ห้ามผู้ใดเสนอข่าว จําหน่าย หรือทำให้แพร่หลายซึ่งหนังสือ สิ่งพิมพ์ หรือสื่ออื่นใด ที่มีข้อความอันอาจทำให้ประชาชนเกิดความหวาดกลัว หรือเจตนาบิดเบือนข้อมูลข่าวสาร ทำให้เกิดความเข้าใจผิดในสถานการณ์ฉุกเฉินจนกระทบต่อความมั่นคงของรัฐ หรือความสงบเรียบร้อยหรือ ศีลธรรมอันดีของประชาชนในเขตพื้นที่ที่ประกาศสถานการณ์ฉุกเฉิน<sup>82</sup>

2. ในกรณีที่มีการเผยแพร่ข้อมูลข่าวสารดังกล่าวผ่านอินเทอร์เน็ต ให้สำนักงานคณะกรรมการ กิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ (กสทช.) แจ้งผู้รับใบอนุญาต การให้บริการอินเทอร์เน็ตทุกรายทราบ เพื่อค้นหาว่าข้อมูลนั้นมาจากที่อยู่ไอพี (IP address) ของบุคคลใด เพื่อให้ระงับการให้บริการอินเทอร์เน็ตแก่ที่อยู่ไอพีนั้น<sup>83</sup>

<sup>82</sup> ข้อกำหนดออกตามความในมาตรา 9 แห่งพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548 (ฉบับที่ 29) ข้อ 1

<sup>83</sup> ข้อกำหนดออกตามความในมาตรา 9 แห่งพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548 (ฉบับที่ 29) ข้อ 2

การออกข้อกำหนดตามความในมาตรา 9 ดังกล่าวข้างต้นได้ถูกวิพากษ์วิจารณ์เป็นอย่างมากว่าเป็นการตราข้อกำหนดที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายเนื่องจากบทบัญญัติในมาตรา 9 ไม่ได้กำหนดให้นายกรัฐมนตรีมีอำนาจในการสั่งระงับการให้บริการอินเทอร์เน็ตได้ อีกทั้งการกำหนดให้ห้ามเสนอข่าวที่อาจทำให้เกิดความเข้าใจผิด โดยไม่ได้บัญญัติเจาะจงว่าใช้เฉพาะกรณีที่ข่าวนั้นเป็นข่าวเท็จ จะทำให้เกิดการจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนมากเกินไปจนสมควรและขัดต่อหลักความได้สัดส่วน

อย่างไรก็ตาม เนื่องจากบทบัญญัติในมาตรา 16 ของพระราชกำหนดดังกล่าวได้บัญญัติไว้อย่างชัดเจนว่า การฟ้องคดีดังกล่าวไม่อยู่ในอำนาจศาลปกครอง ทำให้มีการฟ้องคดีนี้ขึ้นสู่การพิจารณาของศาลยุติธรรม คือ ศาลแพ่ง และแม้ว่าศาลแพ่งจะยังไม่มีคำพิพากษาในคดีดังกล่าวว่าข้อกำหนดฉบับที่ 29 นั้น ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ แต่ศาลแพ่งก็ได้มีคำสั่งให้นำวิธีการชั่วคราวก่อนการพิพากษามาบังคับใช้ โดยออกคำสั่งห้ามดำเนินการบังคับตามข้อกำหนดฉบับที่ 29 เป็นการชั่วคราวจนกว่าศาลจะมีคำสั่งเปลี่ยนแปลงเป็นอย่างอื่น โดยให้เหตุผลสำคัญสองประการ<sup>84</sup> คือ

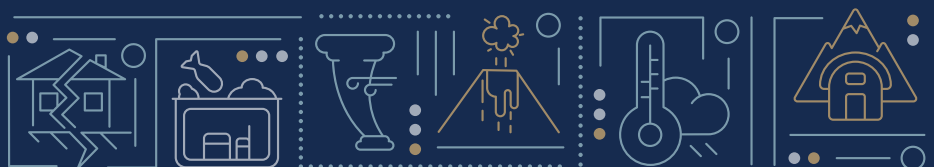
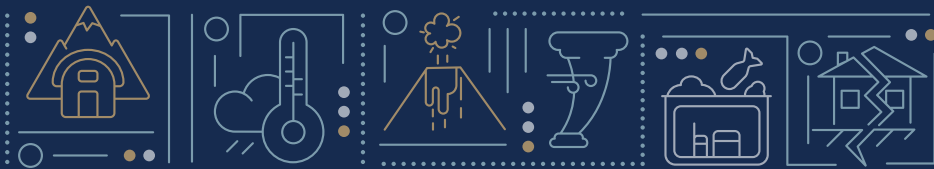
*ประการที่หนึ่ง* ข้อกำหนดข้อ 1 ที่กำหนดให้ห้ามเผยแพร่ข้อความที่จะทำให้ประชาชนเกิดความหวาดกลัวนั้น บัญญัติไว้กว้างเกินไป เนื่องจากไม่จำกัดว่าเฉพาะข้อความที่เป็นเท็จ ซึ่งเท่ากับเป็นการลิดรอนสิทธิในการแสดงออก อีกทั้งในมาตรา 9 กำหนดว่าต้องมีการกำหนดหลักเกณฑ์การใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่เพื่อไม่ให้เกิดการใช้อำนาจในการปฏิบัติหน้าที่ที่ก่อความเดือดร้อนแก่ประชาชน แต่ข้อกำหนดฉบับที่ 29 นั้น ก็ไม่ได้กำหนดเรื่องหลักเกณฑ์หรือวิธีการใช้อำนาจในการปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าว

*ประการที่สอง* ศาลได้พิจารณาถึงการใช้อำนาจในข้อกำหนดข้อ 2 และได้วินิจฉัยว่าการกำหนดให้รัฐสามารถใช้อำนาจระงับการให้บริการอินเทอร์เน็ตแก่ที่อยู่ไอพีที่มีการเผยแพร่ข้อความฝ่าฝืนข้อกำหนดข้อ 1 นั้น ไม่ชอบด้วยกฎหมาย เนื่องจากเมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติมาตรา 9 ที่กำหนดกรอบในการใช้อำนาจออกข้อกำหนดแล้ว ก็ไม่พบว่ามีกรให้อำนาจรัฐในการระงับการใช้อินเทอร์เน็ตแก่ที่อยู่ไอพี ที่สำคัญถ้าหากรัฐต้องการป้องกันการเผยแพร่ข้อมูลข่าวสารที่บิดเบือนและอาจเกิดอันตรายต่อสาธารณะได้ รัฐก็ยังสามารถใช้มาตรการอื่นที่มีประสิทธิภาพเหมือนกันแต่กระทบกระเทือนต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนได้ หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ มาตรการที่กำหนดนั้น ขัดต่อหลักความได้สัดส่วนนั่นเอง

การออกคำสั่งของศาลแพ่งดังกล่าวทำให้เห็นบทบาทขององค์กรตุลาการที่ทำหน้าที่คุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนที่เปลี่ยนแปลงไปอย่างชัดเจน ในบทต่อไป ผู้วิจัยจะขอกกล่าวถึงข้อสรุปโดยสะท้อนให้เห็นปัญหาเกี่ยวกับการบังคับใช้พระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548 ในประเด็นที่เกี่ยวกับการตรวจสอบการใช้อำนาจ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการตรวจสอบการใช้อำนาจโดยฝ่ายตุลาการ และกล่าวถึงข้อเสนอแนะเพื่อปรับปรุงแก้ไขกฎหมายดังกล่าวต่อไป

<sup>84</sup> คำสั่งศาลแพ่ง ในคดีหมายเลขดำที่ พ. 3618/2564







# บทที่ 4

## บทสรุป และข้อเสนอแนะ

จากบทที่ผ่านมา ผู้วิจัยได้กล่าวถึงแนวคิดทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับการใช้อำนาจตุลาการในการตรวจสอบการประกาศและการใช้อำนาจในสถานการณ์ฉุกเฉิน ซึ่งถือว่าเป็นการให้อำนาจพิเศษแก่ฝ่ายบริหารในการบริหารจัดการเพื่อแก้ไขปัญหาในภาวะวิกฤตที่เกิดขึ้นอย่างเร่งด่วน และกรณีศึกษาต่างประเทศที่มีแนวโน้มไปในทางที่ทำให้เกิดการตรวจสอบถ่วงดุลในการใช้อำนาจดังกล่าวมากยิ่งขึ้น ตลอดจนได้กล่าวถึงการบังคับใช้พระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548 ของประเทศไทย ซึ่งถือว่าเป็นกฎหมายที่ให้อำนาจการประกาศใช้สถานการณ์ฉุกเฉินแก่ฝ่ายบริหารที่มีการประกาศใช้ค่อนข้างมากในปัจจุบันโดยเฉพาะในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการใช้อำนาจตรวจสอบโดยฝ่ายตุลาการ ในส่วนนี้ ผู้วิจัยจะขอกกล่าวถึง ข้อสรุปจากการถอดบทเรียนในเรื่องแนวคิดทฤษฎีและกรณีศึกษาต่างประเทศเปรียบเทียบกับประเทศไทย จากนั้น จึงจะขอกกล่าวถึงข้อเสนอแนะเพื่อปรับปรุงพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548 ดังนี้

### 1. บทสรุป : การถอดบทเรียนจากแนวคิดทฤษฎีและกรณีศึกษาต่างประเทศ

จากที่กล่าวมาในบทที่ 1 และบทที่ 2 จะเห็นได้ว่า ประเทศที่ปกครองในระบอบประชาธิปไตยหลายประเทศในโลกยอมรับให้ฝ่ายบริหารสามารถมีอำนาจพิเศษเพื่อบริหารราชการในช่วงที่รัฐต้องตกอยู่ในสถานการณ์ที่ไม่ปกติ และยอมรับที่ให้อำนาจของฝ่ายบริหารในช่วงเวลาดังกล่าวสามารถกระทบ

ต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนบางประการได้ อย่างไรก็ตาม หลายประเทศก็ไม่ยอมรับที่จะให้ฝ่ายบริหารเป็นองค์กรที่ผูกขาดการใช้อำนาจแต่เพียงองค์กรเดียว และไม่ยอมรับที่จะให้การใช้อำนาจในช่วงเวลาดังกล่าวนั้น สามารถละเมิดสิทธิเสรีภาพของประชาชนอย่างไรก็ได้โดยไม่มีข้อจำกัด ด้วยเหตุนี้ รัฐธรรมนูญหลายประเทศจึงกำหนดให้ฝ่ายนิติบัญญัติซึ่งเป็นตัวแทนของประชาชนและมาจากการเลือกตั้งโดยตรงของประชาชนเข้ามามีส่วนร่วมในการใช้อำนาจดังกล่าวด้วย

นอกจากนี้ หลายประเทศที่ปกครองด้วยระบอบประชาธิปไตยระบบรัฐสภาซึ่งกำหนดให้ฝ่ายบริหารมาจากการเลือกของฝ่ายนิติบัญญัติ ก็เกิดการตั้งคำถามต่อการตรวจสอบของฝ่ายการเมืองที่กำหนดให้ฝ่ายนิติบัญญัติกับฝ่ายบริหารตรวจสอบถ่วงดุลกันเอง กล่าวคือ ในระบบรัฐสภานั้น ผู้นำฝ่ายบริหารมักจะมาจากเสียงข้างมากในฝ่ายนิติบัญญัติ หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ เสียงข้างมากในรัฐสภาและรัฐบาลนั้น เป็นบุคคลกลุ่มเดียวกัน (หรือแม้แต่ประเทศที่ปกครองในระบอบประชาธิปไตยระบบประธานาธิบดี หรือกึ่งรัฐสภากึ่งประธานาธิบดี ก็มีโอกาที่จะประสบกับสถานะเช่นนี้ได้เหมือนกัน) จึงทำให้การตรวจสอบการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารในความเป็นจริงนั้น อาจไม่สามารถกระทำได้อย่างเต็มที่ ด้วยเหตุนี้ จึงมีการกำหนดให้ฝ่ายตุลาการเริ่มเข้ามามีบทบาทในการตรวจสอบการใช้อำนาจพิเศษของฝ่ายบริหารในการประกาศและการใช้อำนาจในสถานการณ์ฉุกเฉินมากยิ่งขึ้น โดยมีลักษณะของการตรวจสอบ คือ

1) การกำหนดให้ฝ่ายตุลาการเข้ามาตรวจสอบการใช้อำนาจพิเศษตั้งแต่ก่อนการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉิน ซึ่งจะทำการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินเป็นไปด้วยความรอบคอบมากยิ่งขึ้น และไม่ผูกขาดการใช้อำนาจอยู่ในฝ่ายบริหารแต่เพียงอย่างเดียว ซึ่งอาจเป็นการกำหนดให้ฝ่ายบริหารต้องปรึกษาหารือกับฝ่ายตุลาการก่อน

2) การกำหนดให้ฝ่ายตุลาการสามารถเข้ามาตรวจสอบการใช้อำนาจพิเศษหลังจากที่มีการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินแล้ว ซึ่งมักจะเป็นกรณีการตรวจสอบการใช้อำนาจกำหนดมาตรการเพื่อบริหารจัดการสถานการณ์ฉุกเฉินของฝ่ายบริหาร ทั้งนี้ การตรวจสอบในลักษณะนี้ มีการบัญญัติรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายที่เกี่ยวข้องเพื่อให้เกิดการตรวจสอบได้สองวิธี คือ หนึ่ง ไม่มีการบัญญัติถึงเขตอำนาจศาลในการใช้อำนาจเพื่อตรวจสอบการกำหนดมาตรการเพื่อจัดการสถานการณ์ฉุกเฉินเลย นั่นคือ ไม่บัญญัติโดยตรงว่าฝ่ายตุลาการมีอำนาจ และไม่บัญญัติตัดอำนาจของฝ่ายตุลาการ ซึ่งการบัญญัติในลักษณะนี้ อาจจะขาดความชัดเจน ส่วนจะทำให้องค์กรตุลาการเข้ามาตรวจสอบการใช้อำนาจในกรณีนี้หรือไม่ก็นั้น ก็ขึ้นอยู่กับบริบททางสังคม และวัฒนธรรมทางการเมืองของประเทศนั้น ๆ เนื่องจากเหตุผลสำคัญขององค์กรตุลาการที่จะเข้ามาตีความว่าตนมีเขตอำนาจในการพิจารณาพิพากษาคดีที่กฎหมายหรือรัฐธรรมนูญไม่ได้เขียนตรง ๆ ว่าตนมีเขตอำนาจนั้น จะขึ้นอยู่กับว่าฝ่ายตุลาการเองแน่ใจหรือไม่ว่าด้วยข้อเท็จจริงและบริบทของสภาพแวดล้อมในขณะนั้น ถ้าหากตนเข้ามาวินิจฉัยแล้ว องค์กรทางการเมืองที่ได้รับผลกระทบจากคำวินิจฉัยจะปฏิบัติตาม และจะมีประชาชนที่เห็นพ้องด้วยกับคำพิพากษาดังกล่าวดังที่ได้กล่าวไปแล้วข้างต้น

ส่วนวิธีที่สอง คือ การบัญญัติไว้อย่างชัดเจนว่าศาลมีอำนาจในการตรวจสอบการประกาศและการใช้อำนาจในสถานการณ์ฉุกเฉินอย่างไรบ้าง ซึ่งการบัญญัติไว้อย่างชัดเจนนี้ จะทำให้เขตอำนาจศาลในเรื่องดังกล่าวมีความชัดเจน แต่บทบัญญัติที่กำหนดในเรื่องนี้ จะต้องกำหนดทั้ง “อำนาจ” และ “เครื่องมือ” กล่าวคือ กำหนดเรื่อง “อำนาจ” ซึ่งหมายถึง กำหนดให้ชัดเจนว่า ศาลสามารถพิจารณาในประเด็นอะไรได้บ้าง เช่น พิจารณาประเด็นที่เกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของเงื่อนไขการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉิน หรือสามารถพิจารณาความชอบด้วยกฎหมายหรือความชอบด้วยรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวกับการบังคับใช้มาตรการเพื่อบริหารจัดการกับสถานการณ์ฉุกเฉิน เป็นต้น ส่วน “เครื่องมือ” นั้น ก็หมายถึง ถ้าหากให้อำนาจศาลในการวินิจฉัยเพื่อตรวจสอบการประกาศและการใช้อำนาจในสถานการณ์ฉุกเฉินไว้อย่างชัดเจนแล้ว ก็ต้องมีสิ่งที่จะบัญญัติเครื่องมือด้วยว่าศาลจะตัดสินประเด็นดังกล่าวโดยพิจารณาจากอะไร นั่นคือ ฝ่ายตุลาการนั้นจะต้องพิพากษาคดีโดยอาศัยหลักกฎหมาย ดังนั้น กฎหมายหรือรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจตุลาการในการตรวจสอบการใช้อำนาจในสถานการณ์ฉุกเฉิน ก็จะต้องเขียนเรื่องกระบวนการและเงื่อนไขในการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารในกรณีนี้ไว้อย่างชัดเจน รวมถึงบัญญัติให้ชัดเจนด้วยว่า ในการกำหนดมาตรการนั้น จะต้องคำนึงถึงอะไรบ้างและมีสิทธิเสรีภาพใดบ้างที่ไม่ว่าจะประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินอย่างไรก็ห้ามละเมิดโดยเด็ดขาด ซึ่งการบัญญัติเนื้อหาในส่วนนี้ให้ชัดเจน จะทำให้ฐานทางกฎหมายที่ศาลใช้ยกขึ้นอ้างเพื่อวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือความชอบด้วยกฎหมายของการประกาศและการใช้อำนาจในสถานการณ์ฉุกเฉินนั้น มีความชัดเจนมากยิ่งขึ้น

ทั้งนี้ จากที่กล่าวมาทั้งหมดในบทที่ 1 จะเห็นได้ว่า การตัดอำนาจศาลที่มีความรุนแรงมากที่สุด ไม่ใช่การบัญญัติว่าศาลไม่มีอำนาจ แต่เป็นการบัญญัติให้ถือว่าการใช้อำนาจในสถานการณ์ฉุกเฉินของรัฐบาลทั้งหมดนั้นเป็นการใช้อำนาจที่ชอบด้วยกฎหมาย เพราะการบัญญัติเช่นนี้จะทำให้ศาลไม่สามารถเข้าไปวินิจฉัยได้อีกเลยว่า การใช้อำนาจชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ เพราะกฎหมายได้สั่งให้สิ่งนั้นกลายเป็นสิ่งที่ชอบด้วยกฎหมายไปทั้งหมดแล้ว

จากนั้นในบทที่ 2 ผู้วิจัยได้แสดงให้เห็นถึงกรณีศึกษาต่างประเทศ คือ ประเทศแอฟริกาใต้ และประเทศฝรั่งเศส ซึ่งการกำหนดให้องค์กรตุลาการสามารถตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายหรือความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการประกาศและการใช้มาตรการในสถานการณ์ฉุกเฉินจะต้องอยู่บนพื้นฐานของการสร้างสมดุลระหว่างการไม่ตรวจสอบมากเกินไป จนเป็นเหตุขัดขวางไม่ให้ฝ่ายบริหารสามารถบริหารราชการเพื่อแก้ไขสถานการณ์ฉุกเฉินซึ่งมีลักษณะเร่งด่วนได้ แต่ขณะเดียวกันก็ต้องไม่ปล่อยให้ฝ่ายบริหารผูกขาดการใช้อำนาจจนละเมิดสิทธิเสรีภาพของประชาชนตามอำเภอใจได้ โดยสามารถสรุปได้ ดังนี้

1) กรณีการตรวจสอบถ่วงดุลการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉิน : ซึ่งในกรณีของประเทศฝรั่งเศส จะกำหนดให้ประธานาธิบดีจะต้องหารือกับคณะตุลาการรัฐธรรมนูญก่อน และการร้องให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินของประธานาธิบดีนั้นชอบด้วยกระบวนการตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้หรือไม่จะต้องรอให้พ้นระยะเวลาการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินไปก่อน 30 วัน

ซึ่งเหตุที่รัฐธรรมนูญกำหนดให้รอนั้น ก็เนื่องจากการใช้อำนาจดังกล่าวเป็นการใช้อำนาจจัดการกับสถานการณ์ที่เร่งด่วน ถ้าหากปล่อยให้สามารถฟ้องร้องได้เลย ก็อาจกลายเป็นอุปสรรคในการบริหารราชการแผ่นดินได้ แต่เนื่องจากก่อนที่ประธานาธิบดีจะประกาศสถานการณ์ฉุกเฉิน ก็จำเป็นจะต้องหารือกับคณะตุลาการรัฐธรรมนูญก่อนอยู่แล้ว ดังนั้น การกำหนดให้การฟ้องร้องจะกระทำได้เมื่อพ้นไป 30 วัน จึงถือว่ามีเหตุผล ในขณะที่การประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินในประเทศแอฟริกาใต้นั้นไม่มีการกำหนดให้ฝ่ายบริหารต้องหารือกับฝ่ายตุลาการ แต่รัฐธรรมนูญก็กำหนดไว้อย่างชัดเจนว่า ศาลมีอำนาจวินิจฉัยว่าการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินนั้นชอบด้วยกระบวนการตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดหรือไม่ โดยไม่มีกำหนดเงื่อนไข จึงเท่ากับว่า ผู้ที่ต้องการฟ้องร้องว่าการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินนั้นไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญก็สามารถฟ้องร้องต่อศาลได้

2) กรณีการตรวจสอบการใช้อำนาจการเพื่อจัดการกับสถานการณ์ฉุกเฉิน : ในรัฐธรรมนูญประเทศแอฟริกาใต้นั้น บัญญัติไว้อย่างชัดเจนทั้งในเรื่อง “เครื่องมือ” และ “อำนาจ” กล่าวคือ รัฐธรรมนูญได้กำหนดกรอบให้การประกาศมาตรการในสถานการณ์ฉุกเฉินไว้อย่างชัดเจนว่า ห้ามละเมิดสิทธิในเรื่องใดบ้าง และยังบัญญัติอย่างชัดเจนด้วยว่าศาลมีอำนาจในการวินิจฉัยเรื่องดังกล่าว ส่วนกรณีของประเทศฝรั่งเศสนั้น มีการบัญญัติส่วนที่เป็น “เครื่องมือ” ไว้อย่างชัดเจน กล่าวคือ มีการกำหนดกระบวนการและกรอบการใช้อำนาจในสถานการณ์ฉุกเฉินอย่างชัดเจน แต่ไม่มีการกำหนดเรื่องอำนาจไว้อย่างชัดเจนในกรณีนี้ อย่างไรก็ตาม จากคำวินิจฉัยของศาลปกครองฝรั่งเศสก็แสดงให้เห็นว่า ศาลตีความว่าตนเองมีอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของสถานการณ์ฉุกเฉิน เพราะถือว่าการใช้อำนาจนั้นเป็นการกระทำทางปกครองเนื่องจากการใช้อำนาจตามกฎหมาย

ทั้งนี้ เมื่อพิจารณาจากการใช้อำนาจในการประกาศและกำหนดมาตรการในสถานการณ์ฉุกเฉินในต่างประเทศเทียบกับของประเทศไทยแล้ว จะเห็นได้ว่า การบังคับใช้พระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548 มีปัญหาในการบังคับใช้ ดังนี้

1) ปัญหาเกี่ยวกับการผูกขาดอำนาจของฝ่ายบริหาร : จะเห็นได้ว่า ตั้งแต่การประกาศสถานการณ์ฉุกเฉิน การขยายเวลาของสถานการณ์ฉุกเฉิน ตลอดจนการเลือกใช้อำนาจในการจัดการกับสถานการณ์ฉุกเฉินผูกขาดอยู่กับฝ่ายบริหารแต่เพียงฝ่ายเดียว คือ เป็นอำนาจของนายกรัฐมนตรี โดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรี โดยไม่มีฝ่ายใดเข้าไปตรวจสอบได้ ซึ่งทำให้ฝ่ายนิติบัญญัติตรวจสอบการดำเนินการดังกล่าวได้เพียงกลไกของระบบรัฐสภา คือ การตั้งกระทู้ถาม การขอเปิดอภิปรายทั่วไป และการขอเปิดอภิปรายไม่ไว้วางใจเท่านั้น ซึ่งที่ผ่านมามีการใช้กระบวนการดังกล่าวในประเทศไทยก็ไม่ค่อยมีประสิทธิภาพเท่าที่ควร

2) ปัญหาเกี่ยวกับการตัดอำนาจศาลปกครองในมาตรา 16 : การตัดอำนาจศาลปกครองดังกล่าวส่งผลให้คดีที่เกี่ยวข้องกับการใช้อำนาจในพระราชกำหนดนี้ตกอยู่ในเขตอำนาจของศาลยุติธรรม ซึ่งศาลยุติธรรมมีกระบวนการพิจารณาคดีแบบระบบกล่าวหา นั่นคือ ผู้ฟ้องร้องซึ่งในกรณีนี้คือประชาชนทั่วไปที่ได้รับความเดือดร้อนจากการใช้อำนาจของรัฐ จะต้องแสดงหลักฐานเพื่อพิสูจน์ด้วยตนเอง ในขณะที่ถ้าหากเป็นการพิจารณาคดีในศาลปกครอง การพิจารณาคดีจะเป็นแบบไต่สวน ซึ่งศาลจะเป็นผู้เรียกให้รัฐแสดงพยานหลักฐานและเอกสารทั้งหมดได้ ทำให้คู่กรณีซึ่งเป็นประชาชนทั่วไปได้รับความสะดวกมากกว่า อีกทั้งตุลาการศาลปกครองยังมีความเชี่ยวชาญในการตัดสินคดีเกี่ยวกับการใช้อำนาจของรัฐซึ่งมีลักษณะเป็นคดีที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายมหาชนมากกว่าศาลยุติธรรมที่เชี่ยวชาญในการตัดสินคดีโดยใช้หลักกฎหมายเอกชน ดังนั้น การตัดอำนาจศาลปกครองและทำให้คดีดังกล่าวต้องอยู่ในเขตอำนาจศาลแพ่ง จึงไม่เหมาะสม

## 2. ข้อเสนอแนะ

จากการถอดบทเรียนข้างต้นและการแสดงให้เห็นถึงปัญหาในการบังคับใช้พระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548 แล้ว ผู้วิจัยมีข้อเสนอแนะ ดังนี้

**1) ปรับปรุงพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548 โดยกำหนดให้มีองค์กรอื่นเข้ามาตรวจสอบการใช้อำนาจในการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินด้วย** โดย

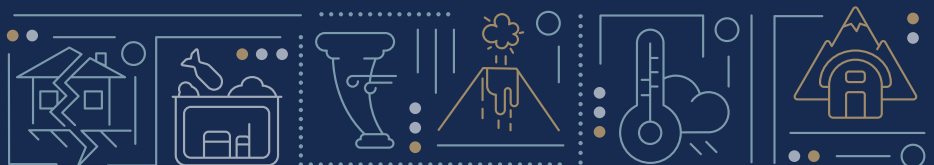
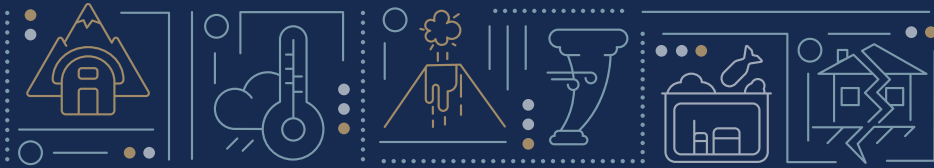
- อาจกำหนดให้การขยายเวลาในประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินจะต้องได้รับความเห็นชอบจากฝ่ายนิติบัญญัติ เพื่อให้ผู้แทนของประชาชนได้ตรวจสอบว่าเหตุที่ฝ่ายบริหารได้อ้างว่ามีความจำเป็นให้ต้องขยายเวลาในการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินนั้น ยังคงมีอยู่หรือไม่ โดยอาจกำหนดให้การประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินครั้งแรกมีกำหนดเวลาเพียง 15 วัน หรือ 21 วัน (อย่างในกรณีของประเทศแอฟริกาใต้) อย่างไรก็ตาม ผู้วิจัยไม่เห็นด้วยที่จะให้ฝ่ายบริหารจะต้องขอความเห็นจากฝ่ายนิติบัญญัติหรือฝ่ายตุลาการก่อนประกาศ เนื่องจากลักษณะของสถานการณ์ฉุกเฉินคือมีความรีบด่วน การไปขอความเห็นก่อนประกาศในครั้งแรกอาจทำให้เกิดความล่าช้าได้

- บัญญัติให้ชัดเจนถึงกรณีที่ให้อำนาจฝ่ายตุลาการเข้ามาตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉิน โดยการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายในกรณีนี้ต่างจากการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของมาตรการที่ใช้ในการบริหารจัดการ เนื่องจากถ้าหากพบว่าการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย การประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินนั้นจะต้องสิ้นผลไป ประเด็นดังกล่าวเป็นประเด็นที่ควรได้รับการวินิจฉัยโดยเร็ว เนื่องจากถ้าหากวินิจฉัยช้า

ก็จะทำให้การประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้นส่งผลให้เกิดการละเมิดสิทธิเสรีภาพแก่ประชาชนนานยิ่งขึ้น ดังนั้น จึงอาจกำหนดให้ศาลปกครอง หรือศาลรัฐธรรมนูญ มีอำนาจวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญและความชอบด้วยกฎหมายของการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉิน โดยต้องวินิจฉัยให้แล้วเสร็จภายใน 15 วัน ทั้งนี้ ผู้วิจัยเห็นว่า การให้วินิจฉัยให้แล้วเสร็จภายใน 60 วัน นับแต่วันที่มีการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินเหมือนอย่างกรณีของประเทศฝรั่งเศสนั้น นานเกินไป

2) ยกเลิกบทบัญญัติที่ตัดอำนาจศาลปกครองในการตรวจสอบประกาศ คำสั่ง หรือข้อบังคับที่ออกตามพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน (มาตรา 16) ซึ่งจะทำให้คดีพิพาทในประเด็นนี้ซึ่งมีลักษณะเป็นคดีปกครอง อยู่ในอำนาจของศาลปกครอง







# บรรณานุกรม

## เอกสารภาษาไทย

- นันทวัฒน์ บรมานันท์, 2548, คำแปลรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส ค.ศ. 1958, กรุงเทพฯ ฯ : สำนักพิมพ์วิญญูชน
- บรรเจิด สิงคะเนติ และ สมศักดิ์ นวตระกูลพิสุทธ์, 2542, หลักความได้สัดส่วนตามหลักกฎหมายของเยอรมันและฝรั่งเศส, วารสารศาลรัฐธรรมนูญ ปีที่ 1, ฉบับที่ 2 (พฤษภาคม-สิงหาคม 2542)
- ปิยบุตร แสงกนกกุล, บทวิเคราะห์ พ.ร.ก. การบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548, สืบค้นเมื่อวันที่ 3 สิงหาคม 2564 จาก <http://www.public-law.net/publaw/view.aspx?id=886>
- รวินท์ ลีละพัฒนะ และชมพูนุท ตั้งถาวร, 2564, มุมมองใหม่ต่อการกระทำทางรัฐบาลในประเทศไทย : ศึกษาผ่านบริบทประวัติศาสตร์กฎหมายรัฐธรรมนูญ สืบค้นเมื่อวันที่ 4 สิงหาคม 2564 จาก <https://www.kpi.ac.th/uploads/pdf/Pjx34ZrTRHTzCQU8gOFUrEsBe90zib7lyhT9lnlO.pdf>
- วรเจตน์ ภาคีรัตน์, 2555, คำสอนว่าด้วยรัฐและหลักกฎหมายมหาชน, กรุงเทพฯ ฯ : โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
- สรารุช ทับทอง, 2557, รัฐไทยกับการใช้อำนาจในสถานการณ์ฉุกเฉิน : ศึกษากรณีการประกาศใช้พระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548 ในช่วง พ.ศ. 2552-2553, วิทยานิพนธ์รัฐศาสตรมหาบัณฑิต คณะรัฐศาสตร์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

### เอกสารภาษาต่างประเทศ

- Arun K. Thiruvengadam, 2010, Asian judiciaries and emergency powers : reasons for optimism?, in *Emergency powers in Asia : Exploring the limits of legality*, Victor V. Ramraj and Arun K. Thiruvengadam, (eds), pp. 466-494, Cambridge : Cambridge University Press
- John P. McCormick, *Carl Schmitt's critique of liberalism*, UK : Cambridge University Press
- Nicolas Nohlen, 2007, Germany : The European Arrest Warrant Case, *International Journal of Constitutional Law*, Volume 6, Issue 1, January 2008, Pages 153–161
- Oliver Lepsius, Human dignity and the downing of aircraft : The German Federal Constitutional Court strikes down a prominent anti-terrorism provision in the new air-transport security act, retrieved August 13, 2021, from [https://germanlawjournal.com/wp-content/uploads/GLJ\\_Vol\\_07\\_No\\_09\\_Lepsius.pdf](https://germanlawjournal.com/wp-content/uploads/GLJ_Vol_07_No_09_Lepsius.pdf)
- Paul Sieghart, 1985, *The International Law of Human Rights*, Oxford : Clarendon Press
- Victor V. Ramraj and Menaka Guruswamy, Emergency Powers, p. 85-97, in *Routledge Handbook of Constitutional law*, Mark Tushnet, Thomas Fleiner and Cheryl Saunders, (eds), New York : Routledge

# EMERGENCY SITUATIONS



สถาบันพระปกเกล้า  
ศูนย์ราชการเฉลิมพระเกียรติ 80 พรรษาฯ  
อาคารรัฐประศาสนภักดี ชั้น 5 (โซนทิศใต้)  
เลขที่ 120 หมู่ 3 ถนนแจ้งวัฒนะ แขวงทุ่งสองห้อง  
เขตหลักสี่ กรุงเทพฯ 10210  
โทรศัพท์ 0-2141-9754 โทรสาร 0-2143-8186  
[www.kpi.ac.th](http://www.kpi.ac.th)



ISBN 978-616-476-311-1



9 786164 763111