

บทที่ 2

หลักการพื้นฐานเกี่ยวกับการใช้อำนาจตามพระราชบัญญัติกฏอัยการศึก พระพุทธศักราช 2457 และหลักความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้ เป็นการศึกษาวิจัยกฎหมายของไทยที่มีความสำคัญต่อความมั่นคงของประเทศ คือ พระราชบัญญัติกฏอัยการศึก พระพุทธศักราช 2457 หรือที่เรียกกันว่า “กฏอัยการศึก” กฎหมายที่ให้อำนาจพิเศษแก่เจ้าหน้าที่ฝ่ายทหารในการประกาศใช้กฏอัยการศึก ในกรณีมีสงครามหรือเกิดเหตุการณ์จลาจลขึ้นในเขตอำนาจหน้าที่ของกองทหาร โดยผู้บังคับบัญชาทหารที่มีกำลังอยู่ใต้การบังคับบัญชาไม่น้อยกว่าหนึ่งกองพันหรือผู้บังคับบัญชาในป้อมหรือที่มั่นอย่างใด ๆ ของทหาร เมื่อมีการประกาศใช้กฏอัยการศึก ณ พื้นที่แห่งใดก็จะมีผลให้กฎหมายอื่นที่มีบทบัญญัติขัดหรือแย้งกับความตามบทบัญญัติของพระราชบัญญัติกฏอัยการศึก พระพุทธศักราช 2457 ต้องระงับลง และใช้บทบัญญัติของกฏอัยการศึกบังคับแทน นอกจากนี้ กฏอัยการศึกยังให้อำนาจพิเศษแก่เจ้าหน้าที่ฝ่ายทหารอีกหลายประการ ที่มีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนยิ่งกว่ากฎหมายฉบับใดของประเทศไทย ดังนั้นในการศึกษาวิจัยกฎหมายพระราชบัญญัติกฏอัยการศึก พระพุทธศักราช 2457 ในเบื้องต้นจึงควรต้องศึกษาหลักการพื้นฐานเกี่ยวกับการใช้อำนาจตามพระราชบัญญัติกฏอัยการศึก พระพุทธศักราช 2457 และหลักความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย เพื่อศึกษาถึงสภาพปัญหาในทางกฎหมายของกฎหมายฉบับนี้ รวมทั้งแนวทางแก้ไขปัญหาดังกล่าวของพระราชบัญญัติกฏอัยการศึก พระพุทธศักราช 2457

2.1 ทฤษฎีนิติรัฐ

“ทฤษฎีนิติรัฐ (Legal State)” หรือเรียกอีกอย่างหนึ่งว่า “หลักนิติรัฐ” คือ “รัฐภายใต้กฎหมาย” ตามแนวคิดทางกฎหมายมหาชนที่ถือว่ารัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐจะกระทำการใดก็ด้วยมีอำนาจตามที่กฎหมายให้ไว้¹ เป็นหลักการที่มุ่งหมายควบคุมการใช้อำนาจของรัฐ เพื่อปกป้องคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ซึ่งหลักนิติรัฐประกอบด้วยหลักเกณฑ์ 2 ประการ² ได้แก่

¹ มานิตย์ จุมปา. (2557). *หลักกฎหมายรัฐธรรมนูญ*. กรุงเทพฯ: นิติธรรม. หน้า 87.

² เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์. (2556). *หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชน*. กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 109.

ประการที่หนึ่ง “ประชาชนต้องมีสิทธิและหน้าที่ที่ได้รับการรับรองโดยกฎหมาย รัฐและองค์กรของรัฐที่จะกระทำการใด ต้องอาศัยอำนาจที่กฎหมายให้ไว้ และต้องทำตามกฎหมาย กล่าวคือ รัฐจะได้รับการคุ้มครองและกระทำการใด ๆ กระทบต่อสิทธิเสรีภาพและหน้าที่ของประชาชน ได้ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายให้อำนาจไว้”

ประการที่สอง “ต้องมีการเยียวยาแก้ไขความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการที่รัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการนอกขอบแห่งกฎหมายและไปกระทบต่อสิทธิเสรีภาพและหน้าที่ของประชาชน โดยต้องจัดให้มีองค์กรหรือผู้วินิจฉัยในการทำหน้าที่ดังกล่าว”

ดังนั้น นิติรัฐจึงเป็นกฎเกณฑ์ที่ควบคุมการกระทำของรัฐและเจ้าหน้าที่ของรัฐตามหลักความชอบด้วยกฎหมาย รวมทั้งเป็นกลไกที่ควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของรัฐ และเจ้าหน้าที่ของรัฐ ซึ่งหลักการที่ใช้ในการควบคุมความชอบด้วยกฎหมาย คือ หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางนิติบัญญัติ หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางบริหาร และหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางตุลาการ³

การ เดอ มัลแบร์ (Carré de Malberg) นักกฎหมายชาวฝรั่งเศส ได้อธิบายถึงเรื่องนิติรัฐไว้ โดยมีสาระสำคัญว่า “รัฐและหน่วยงานของรัฐ กระทำการเพื่อประโยชน์สาธารณะ และอยู่ในฐานะที่เหนือกว่าเอกชน มีอำนาจก่อให้เกิดความเคลื่อนไหวในสิทธิหน้าที่แก่เอกชนฝ่ายเดียวโดยปัจเจกชนไม่สมัครใจได้ กฎหมายมหาชนให้อำนาจรัฐหรือหน่วยงานของรัฐดำเนินการเพื่อประโยชน์สาธารณะได้ในฐานะที่เหนือกว่าเอกชน แต่กฎหมายนั่นเองก็จำกัดอำนาจรัฐหรือหน่วยงานของรัฐไม่ให้ใช้อำนาจนอกกรอบที่กฎหมายให้ไว้ ผลที่ตามมาคือ จะต้องมีการควบคุมการกระทำขององค์กรของรัฐทุกองค์กรให้ชอบด้วยกฎหมาย กล่าวคือ จะต้องควบคุมการกระทำและนิติกรรมทางปกครองของฝ่ายปกครองให้ชอบด้วยกฎหมาย และจะต้องมีการควบคุมการกระทำขององค์กรตุลาการ ซึ่งได้แก่คำพิพากษาและคำสั่งของศาลให้ชอบด้วยกฎหมาย โดยจะมีองค์กรและกระบวนการควบคุมที่แตกต่างกันไปในแต่ละระบบกฎหมาย”⁴

อย่างไรก็ตาม การ เดอ มัลแบร์ ยังได้อธิบายไว้ว่า “นิติรัฐ จึงเป็นรัฐที่ให้หลักประกันแก่ปัจเจกชนว่า เมื่อใดก็ตามที่รัฐละเมิดหลักนี้ ปัจเจกชนสามารถไปสู่ผู้มีอำนาจวินิจฉัยคดีเพื่อให้เพิกถอนการกระทำ หรือเปลี่ยนแปลง หรือให้เลิกใช้การกระทำนั้น ๆ ของฝ่ายปกครองที่ละเมิดกฎหมายได้ เพราะฉะนั้น ระบบนิติรัฐจึงเป็นระบบที่สร้างขึ้นเพื่อประโยชน์ของพลเมือง และมี

³ มานิตย์ จุมปา, อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 1, หน้า 89-91.

⁴ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, (2537). *กฎหมายมหาชน : การแบ่งแยกกฎหมายมหาชน-เอกชน และพัฒนาการกฎหมายมหาชนในประเทศไทย*. กรุงเทพฯ: นิติธรรม. หน้า 48-55.

วัตถุประสงค์หลักในการป้องกันและแก้ไขการใช้อำนาจตามอำเภอใจของเจ้าหน้าที่ของรัฐ และเพื่อที่จะให้นิติรัฐ

เป็นความจริงขึ้นมาได้ ก็มีความจำเป็นที่ประชาชนจะต้องสามารถดำเนินคดีกับการกระทำของรัฐทุกประเภทที่มิชอบ และที่ทำให้ปึกเจกชนเสียหาย”⁵

ตามแนวความคิดเรื่องเสรีนิยมประชาธิปไตย ซึ่งสอดคล้องกับความคิดเรื่องหลักนิติรัฐสรุปได้ว่ารัฐจะต้องเคารพอธิปไตยเสรีภาพของประชาชน เคารพต่อกฎหมาย และอยู่ภายใต้กฎหมาย⁶ กฎ ข้อบังคับ และคำสั่ง การกระทำของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐจึงไม่อาจขัดต่อกฎหมายซึ่งเป็นที่มาของอำนาจได้ ดังนั้น การประกาศใช้กฎอัยการศึกโดยเจ้าหน้าที่ฝ่ายทหาร และการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ฝ่ายทหารเมื่อมีการประกาศใช้กฎอัยการศึก ต้องเป็นไปตามที่พระราชบัญญัติกฎอัยการศึก พระพุทธศักราช 2457 ได้ให้อำนาจไว้เท่านั้น และหากการกระทำของเจ้าหน้าที่ฝ่ายทหารที่ใช้อำนาจตามกฎหมายได้ก่อให้เกิดความเสียหายขึ้นกับประชาชนแล้ว รัฐต้องให้การเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการกระทำของเจ้าหน้าที่ฝ่ายทหาร โดยจะต้องมีองค์การที่ทำหน้าที่ในการจัดการให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ดังกล่าว

อย่างไรก็ตาม นอกจากทฤษฎีนิติรัฐ (Legal State) แล้ว ยังมีทฤษฎีที่อธิบายถึงแนวความคิดในเรื่องเสรีนิยมประชาธิปไตยไว้อีกทฤษฎีหนึ่ง คือ ทฤษฎีว่าด้วยการจำกัดอำนาจตนเองด้วยความสมัครใจ (Auto-Limitation) โดยมีสาระสำคัญว่า รัฐไม่อาจถูกจำกัดอำนาจโดยกฎหมาย เว้นแต่รัฐจะสมัครใจจำกัดอำนาจตนเองด้วยหลักกฎหมาย รวมทั้งตามรูปแบบและเงื่อนไขการใช้อำนาจของรัฐที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ (Constitution)

2.2 หลักความชอบด้วยกฎหมาย

แนวความคิดของกฎหมายมหาชน (Public Law) ซึ่งเป็นกฎหมายที่กำหนดสถานะ อำนาจ และหน้าที่ของรัฐหรือหน่วยงานของรัฐ ในฐานะที่รัฐหรือหน่วยงานของรัฐเป็นผู้ปกครอง โดยมีอำนาจเหนือกว่าประชาชนผู้อยู่ภายใต้การปกครอง ทั้งนี้ ก็เพื่อประโยชน์สาธารณะอันเป็นประโยชน์ร่วมกันของประชาชนภายในรัฐ

ศาสตราจารย์ มัคส์ กูแน็ล (Max Gounell) นักกฎหมายชาวฝรั่งเศส ได้ให้ความหมายของกฎหมายมหาชนไว้ว่า “เป็นกฎหมายที่ประกอบด้วยกฎเกณฑ์ทางกฎหมายทั้งหมดที่เกี่ยวกับสถานะ

⁵ เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 2. หน้า 108-109.

⁶ ภูริชญา วัฒนรุ่ง. (2542). *หลักกฎหมายมหาชน*. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยรามคำแหง. หน้า 389.

ของรัฐและผู้ปกครอง กับกฎเกณฑ์ทางกฎหมายที่ควบคุมความ สัมพันธ์ระหว่างผู้ปกครองกับ พลเมือง”⁷

ศาสตราจารย์ ดร.ปรีดี พนมยงค์ ผู้ประศาสน์การมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ และอดีตนายกรัฐมนตรี ได้อธิบายความหมายของคำว่ากฎหมายมหาชนไว้ว่า “กฎหมายมหาชนนั้น อาจให้ บทวิเคราะห์ศัพท์ดังนี้ คือ เป็นส่วนหนึ่งของกฎหมาย อันเกิดขึ้นเนื่องจากการที่ประเทศแสดงตัว เป็นผู้บังคับปกครองในพระราชอาณาจักร โดยรักษาความสงบเรียบร้อย ระเบียบ การเก็บภาษีอากร และการที่ประเทศแสดงตัวนอกพระราชอาณาจักร เป็นผู้ทำการเกี่ยวข้องกับประเทศอื่น”⁸

ศาสตราจารย์กิตติคุณ ดร.วิชญ์ เครืองาม ประธานกรรมการกฤษฎีกา และอาจารย์ผู้สอน วิชากฎหมาย ได้อธิบายความหมายของคำว่ากฎหมายมหาชนว่า “กฎหมายมหาชน หมายถึง กฎหมายที่กำหนดความสัมพันธ์ระหว่างรัฐหรือหน่วยงานของรัฐกับราษฎรในฐานะที่เป็นฝ่าย ปกครอง กล่าวคือ ในฐานะที่รัฐเหนือกว่าราษฎร”⁹

ศาสตราจารย์ ดร.เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์ อาจารย์ผู้สอนวิชากฎหมายมหาชน ได้อธิบาย ความหมายของกฎหมายมหาชนไว้ว่า “กฎหมายมหาชน หมายถึง กฎหมายที่ว่าด้วยความสัมพันธ์ ซึ่งเกิดจากการใช้อำนาจของรัฐกับประชาชน หรือระหว่างองค์กรของรัฐด้วยกัน บนพื้นฐานของ ความไม่เท่าเทียม โดยรัฐในฐานะผู้มีอำนาจปกครองนั้นมีอำนาจอยู่เหนือประชาชน กฎหมาย มหาชนจึงเป็นเรื่องที่เกี่ยวกับการใช้อำนาจ (รัฐ) บังคับให้ประชาชนต้องปฏิบัติตาม ถ้าไม่ปฏิบัติ ตามก็จะมิบทลงโทษตามมา”¹⁰

ภายใต้หลักการของกฎหมายมหาชน (Public Law) ซึ่งได้กำหนดสถานะให้รัฐหรือ เจ้าหน้าที่ของรัฐมีอำนาจเหนือกว่าประชาชนแล้ว หากรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐใช้อำนาจอย่างไม่ จำกัด หรือใช้อำนาจโดยไม่มีกฎหมายรองรับ หรือใช้อำนาจตามอำเภอใจ ย่อมที่จะกระทบต่อสิทธิ และเสรีภาพของประชาชน หรือที่เรียกว่า “รัฐตำรวจ (Police State)” ซึ่งมีความหมายว่า “รัฐซึ่ง เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองสามารถนำเอาวิธีการต่าง ๆ ที่ตนเห็นว่าเป็นประโยชน์ในการดำเนินการทาง ปกครองมาใช้กับประชาชนได้ ในลักษณะที่มีอำนาจในการใช้ดุลพินิจอย่างเต็มที่ ทั้งนี้ เพื่อเผชิญ กับสถานการณ์ และเพื่อให้บรรลุจุดมุ่งหมายที่ตนมุ่งประสงค์ได้ตลอดเวลา ระบอบรัฐตำรวจนี้ตั้งอยู่ บนความคิดที่ว่า เพื่อจุดมุ่งหมายที่ตนประสงค์ ก็เพียงพอแล้วที่จะทำให้วิธีการต่าง ๆ ที่ตนนำมาใช้

⁷ ชาญชัย แสงศักดิ์. (2556). *กฎหมายมหาชน ความเป็นมา ทฤษฎี และหลักการที่สำคัญ*. กรุงเทพฯ: วิทยุชน. หน้า 28.

⁸ กุริชญา วัฒนรุ่ง. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 6. หน้า 43.

⁹ จักร์ พันธุ์เพชร. (2557). *กฎหมายรัฐธรรมนูญและกฎหมายปกครอง*. นนทบุรี: ธนภัทรพรีนติ้ง. หน้า 24.

¹⁰ เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 2. หน้า 22.

ถูกต้องชอบธรรม”¹¹ ดังนั้น จึงจำเป็นที่จะต้องมีหลักเกณฑ์ที่เป็นกลไกในการควบคุมไม่ให้รัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐใช้อำนาจตามอำเภอใจ อันเป็นหลักประกันให้กับสิทธิและเสรีภาพของประชาชน

“หลักความชอบด้วยกฎหมาย (Le Principe de légalité)” เป็นหลักการสำคัญในกฎหมายมหาชนที่ให้อำนาจแก่ฝ่ายปกครองในการกระทำการต่าง ๆ ขณะเดียวกันกฎหมายก็เป็นข้อจำกัดที่ควบคุมการใช้อำนาจของฝ่ายปกครอง ไม่ให้รัฐ หน่วยงานของรัฐ และเจ้าหน้าที่ของรัฐใช้อำนาจที่มีอยู่เหนือประชาชน บังคับประชาชนให้ต้องปฏิบัติตามกฎหมาย คำสั่ง และข้อบังคับที่กำหนดขึ้นได้ตามอำเภอใจ รวมทั้งเป็นกรอบที่ควบคุมไม่ให้รัฐหรือฝ่ายปกครองใช้อำนาจกระทำการเกินกว่าเหตุโดยไม่คำนึงถึงความเสียหายของประชาชน เช่น การที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายทหารใช้อำนาจในการประกาศใช้กฎอัยการศึกจะต้องเป็นไปตามกฎหมายและเงื่อนไขที่พระราชบัญญัติกฎอัยการศึก พระพุทธศักราช 2457 ได้บัญญัติให้อำนาจไว้ หรือการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ฝ่ายทหารในการตรวจค้นบุคคล ยานพาหนะ เคหะสถาน ให้อำนาจในการเกณฑ์พลเมือง ยวดยาน เสบียงอาหาร ให้อำนาจที่จะห้ามเผยแพร่หนังสือ สิ่งพิมพ์ หนังสือพิมพ์ ห้ามรับส่งวิทยุหรือ โทรทัศน์ ห้ามใช้ทางสาธารณะทั้งทางบก ทางน้ำ และทางอากาศ ห้ามบุคคลออกนอกเคหะสถาน ให้อำนาจยึดทรัพย์สินของบุคคล ให้อำนาจเข้าอาศัย ให้อำนาจเผา ทำลาย หรือเปลี่ยนแปลงสถานที่ ให้อำนาจจับไล่ ให้อำนาจกักตัวบุคคลตามที่กฎอัยการศึกได้ให้อำนาจไว้ เจ้าหน้าที่ฝ่ายทหารจะต้องไม่กระทำการเกินสมควรแก่เหตุ หลักความชอบด้วยกฎหมายนี้จึงเป็นหลักประกันในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกบุคคลที่อยู่ภายใต้อำนาจของรัฐ

ศาสตราจารย์ ชาร์ล กาดู (Charles Cadoux) นักกฎหมายชาวฝรั่งเศส ได้อธิบายความหมายของหลักความชอบด้วยกฎหมายไว้ว่า “นิติกรรมทุกอย่างของรัฐที่กระทำโดยบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคล ต้องสอดคล้องกับตัวบทกฎหมายต่าง ๆ โดยเฉพาะอย่างยิ่งรัฐธรรมนูญ”¹² ดังนั้น การที่รัฐจะปฏิบัติให้เป็นไปตามหลักความชอบด้วยกฎหมาย (Principe de la légalité) รัฐจึงจะต้องคำนึงถึงลำดับศักดิ์ของกฎหมาย (Hierarchy of Law) เป็นสำคัญ โดยจะต้องปฏิบัติให้เป็นไปตามรัฐธรรมนูญ (Constitution) ซึ่งเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐ บทบัญญัติของกฎหมาย คำสั่ง หรือข้อบังคับของรัฐ หรือการกระทำของเจ้าหน้าที่ของรัฐที่ไม่เป็นไปตามรัฐธรรมนูญแล้ว ก็ย่อมที่จะขัดต่อหลักความ ชอบด้วยกฎหมาย

ในเรื่องหลักความชอบด้วยกฎหมาย (Le Principe de légalité) นี้ เป็นหลักการที่เป็นกลไกในการควบคุมการใช้อำนาจของรัฐและเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง เพื่อไม่ให้รัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองใช้อำนาจได้ตามอำเภอใจ ในการที่จะกระทำการ

¹¹ ภูริชญา วัฒนรุ่ง. อ่างแล้วเชิงอรธที่ 6. หน้า 391.

¹² ชาญชัย แสงศักดิ์. อ่างแล้วเชิงอรธที่ 7. หน้า 275.

อย่างหนึ่งอย่างใดอันมีผลเป็นการกระทบต่อสิทธิหรือเสรีภาพของประชาชนแล้ว ย่อมจะต้องกระทำตามหลักเกณฑ์ ขั้นตอน และวิธีการที่กำหนดไว้ในกฎหมายเท่านั้น ซึ่งหากพิจารณาลักษณะการใช้อำนาจตามกฎหมายของรัฐและเจ้าหน้าที่ของรัฐแล้ว อาจจำแนกการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองหรือเจ้าหน้าที่รัฐได้ 2 ลักษณะ ดังนี้¹³

1) อำนาจผูกพัน (Mandatory Power)

“อำนาจผูกพัน (Mandatory Power)” หมายถึง อำนาจของเจ้าหน้าที่ของรัฐบางประการซึ่งกฎหมายได้บังคับไว้ล่วงหน้าแล้ว เมื่อมีองค์ประกอบที่เกี่ยวข้องกับเรื่องนั้น ๆ ครบถ้วนตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ เจ้าหน้าที่ของรัฐมีหน้าที่ในการดำเนินการให้เป็นไปตามที่กฎหมายได้บัญญัติไว้เท่านั้น โดยไม่อาจปฏิเสธหรือใช้ดุลพินิจในการพิจารณาว่าจะดำเนินการหรือไม่ดำเนินการ เช่น การจดทะเบียนสมรส การจดทะเบียนจัดตั้งบริษัท การจดทะเบียนสิทธิการเช่า เป็นต้น ดังนั้น อำนาจผูกพัน จึงเป็นอำนาจที่กำหนดให้เจ้าหน้าที่ของรัฐจะต้องดำเนินการตามที่กฎหมายบัญญัติไว้โดยไม่อาจใช้ดุลพินิจในการเลือกที่จะกระทำหรือไม่กระทำ

2) อำนาจดุลพินิจ (Discretionary Power)

“อำนาจดุลพินิจ (Discretionary Power)” หมายถึง อำนาจในการตัดสินใจที่กฎหมายให้แก่เจ้าหน้าที่ของรัฐ เพื่อพิจารณาเลือกที่จะกระทำการหรือไม่กระทำการ หรือพิจารณาเลือกระหว่างการกระทำอย่างหนึ่งกับการกระทำอีกอย่างหนึ่งตามที่กฎหมายได้ให้อำนาจไว้ ทั้งนี้ การที่เจ้าหน้าที่ของรัฐจะใช้อำนาจดุลพินิจโดยชอบด้วยกฎหมายนั้น ต้องพิจารณาข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายที่เกี่ยวข้องอย่างครบถ้วนก่อนการตัดสินใจ รวมทั้งต้องคำนึงถึงหลักกฎหมายมหาชนอื่น ๆ เพื่อประกอบการตัดสินใจ ซึ่งอำนาจดุลพินิจแบ่งออกเป็น 2 ลักษณะ ดังนี้

อำนาจดุลพินิจในการวินิจฉัย คือ อำนาจในการที่จะพิจารณาวินิจฉัยข้อเท็จจริงและข้อกฎหมาย เช่น การใช้ดุลพินิจในการรับฟังพยานหลักฐานในการสอบสวนของพนักงานสอบสวน หรือการใช้ดุลพินิจของผู้บังคับบัญชาทหารซึ่งมีกำลังอยู่ใต้บังคับไม่น้อยกว่าหนึ่งกองพัน หรือเป็นผู้บังคับบัญชาในป้อมหรือที่มั่นอย่างใด ๆ ของทหาร ที่จะพิจารณาว่าเหตุอย่างใดเป็นสงคราม หรือเหตุจลาจล อันเป็นเหตุในการประกาศใช้กฎอัยการศึกได้ตามพระราชบัญญัติกฎอัยการศึก พระพุทธศักราช เป็นต้น

อำนาจดุลพินิจในการตัดสินใจ คือ อำนาจในการตัดสินใจเลือกที่จะกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใดตามที่กฎหมายได้กำหนดไว้ เช่น การใช้ดุลพินิจของข้าราชการในการกำหนดโทษทางวินัยไม่ร้ายแรงแก่ผู้ใต้บังคับบัญชา หรือการใช้ดุลพินิจในการประกาศใช้กฎอัยการศึกของผู้บังคับบัญชา

¹³ ภูริชญา วัฒนรุ่ง. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 6. หน้า 451-452.

ทหาร และอำนาจของเจ้าหน้าที่ฝ่ายทหารในการตัดสินใจที่จะห้าม ที่จะเกณฑ์ ที่จะตรวจค้นตาม ความในพระราชบัญญัติกฎอัยการศึก พระพุทธศักราช 2457 เป็นต้น

2.3 หลักความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย

“รัฐธรรมนูญ (Constitution)” คือ กฎหมายสูงสุดของประเทศ (Supreme Law of the Land) ที่กำหนดรูปแบบของรัฐ จัดระเบียบ โครงสร้างการปกครอง สถาบันทางการเมือง และองค์กร ภายใน ต่าง ๆ ของรัฐ เป็นกฎหมายที่กำหนดกลไกสำคัญต่าง ๆ อันเป็นโครงสร้างพื้นฐานในการจัด องค์กรบริหารรัฐ และกำหนดกฎเกณฑ์ในการควบคุมการใช้อำนาจรัฐ รวมทั้งเป็นหลักประกันที่ สำคัญในการให้การรับรองและคุ้มครองสิทธิ (Right) และเสรีภาพ (Liberty) ของประชาชน หรืออีก นัยหนึ่งอาจกล่าวได้ว่ารัฐธรรมนูญมีสถานะเป็น “สัญญาประชาคม (Social Contract)” ที่พลเมือง แห่งรัฐได้ร่วมกันกำหนดขึ้นเพื่อเป็นกฎเกณฑ์ในการปกครอง¹⁴ รัฐธรรมนูญจึงเป็นกฎหมายที่มี ความสำคัญยิ่งต่อระบบกฎหมายของ “รัฐสมัยใหม่ (Modern State)” ซึ่งใช้กฎหมายเป็นเครื่องมือใน การปกครองประเทศ โดยมีรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายแม่บทและเป็นต้นทางของกฎหมายทั้งหมด ของรัฐ รัฐธรรมนูญจึงเป็นกฎหมายที่มีส่วนสัมพันธ์กับการใช้อำนาจของรัฐ หน่วยงานของรัฐ และ เจ้าหน้าที่ของรัฐ

ศาสตราจารย์ ดร.เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์ อาจารย์ผู้สอนวิชากฎหมายมหาชน ได้อธิบาย ความหมายของรัฐธรรมนูญไว้ 2 ความหมาย คือ “รัฐธรรมนูญในความหมายอย่างกว้าง” กับ “รัฐธรรมนูญในความหมายอย่างแคบ” ซึ่งได้อธิบายไว้ดังนี้¹⁵

1) “รัฐธรรมนูญในความหมายอย่างกว้างหรือรัฐธรรมนูญตามเนื้อหา (Constitution au sens matériel) หมายถึง บรรดากฎเกณฑ์ทั้งหลายที่จัดระเบียบทางการเมืองการปกครองของรัฐ ทั้งนี้ กฎเกณฑ์ดังกล่าวอาจอยู่ในรูปแบบของรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรหรือในรูปแบบของ กฎหมายลายลักษณ์อักษรหลาย ๆ ฉบับที่ไม่มีชื่อเรียกว่ารัฐธรรมนูญก็ได้ เช่น พระราชบัญญัติ ประกอบรัฐธรรมนูญ พระราชบัญญัติ พระราชกำหนด เป็นต้น รวมทั้งอาจปรากฏอยู่ในรูปแบบ ของกฎหมายที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษร เช่น จารัตประเพณีหรือธรรมเนียมปฏิบัติทางรัฐธรรมนูญ คำพิพากษาของศาล เป็นต้น” และความหมายที่สอง

2) “รัฐธรรมนูญในความหมายอย่างแคบหรือรัฐธรรมนูญตามรูปแบบ (แบบพิธี) (Constitution au sens formel ou organique) หมายถึง กฎเกณฑ์แบบแผนที่ว่าด้วยการจัดระเบียบ

¹⁴ มานิตย์ จุมปา. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 1. หน้า 2.

¹⁵ เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 2. หน้า 196.

ทางการเมืองการปกครองของรัฐที่รวบรวมไว้อย่างเป็นทางการเป็นระบบในกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่เรียกว่า “รัฐธรรมนูญ”

รองศาสตราจารย์มานิตย์ จุมปา อาจารย์ผู้สอนวิชากฎหมาย คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ได้ให้คำอธิบายความหมายของรัฐธรรมนูญไว้ว่า “รัฐธรรมนูญจึงเป็นกฎหมายที่ก่อตั้งสถาบันทางการเมือง เช่น รัฐสภาซึ่งเป็นผู้ใช้อำนาจนิติบัญญัติ คณะรัฐมนตรีซึ่งเป็นผู้ใช้อำนาจบริหาร และศาลซึ่งเป็นผู้ใช้อำนาจตุลาการ เป็นต้น ตลอดจนมีกลไกในการถ่วงดุลอำนาจ (Check and Balance) ระหว่างสถาบันการเมืองเหล่านั้น เพื่อเป็นหลักประกันไม่ให้มีอำนาจใดอำนาจหนึ่งมีอำนาจสูงสุดจนล้นพ้น อันอาจนำไปสู่การใช้อำนาจที่มิชอบได้ การจำกัดการใช้อำนาจรัฐไว้ในรัฐธรรมนูญนั้น จะเป็นหลักประกันสิทธิและเสรีภาพของประชาชน เพราะรัฐจะก้าวล่วงเข้ามาจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนได้ ก็เฉพาะแต่เมื่อรัฐธรรมนูญให้อำนาจไว้เท่านั้น”¹⁶

ศาสตราจารย์ ชาร์ล กาคูซ์ (Charles Cadoux) นักกฎหมายชาวฝรั่งเศส ได้อธิบายเรื่องรัฐธรรมนูญไว้ โดยมีสาระสำคัญดังนี้ “รัฐทุกรัฐจำเป็นต้องมีรัฐธรรมนูญ ทั้งนี้ เป็นเพราะผู้ปกครองในนิติรัฐจะใช้อำนาจได้ก็ต่อเมื่อได้รับการมอบหมายแต่งตั้ง มิใช่อาศัยคุณสมบัติที่เป็นของตน โดยเฉพาะ ในฐานะที่เป็นบ่อเกิดของระบบกฎหมายของรัฐ รัฐธรรมนูญอยู่ในลำดับสูงสุดของลำดับชั้นของกฎเกณฑ์ทางกฎหมาย ซึ่งรัฐธรรมนูญมอบอำนาจทางกฎหมายให้แก่กฎเกณฑ์ดังกล่าวในฐานะที่เป็นบ่อเกิดของความชอบธรรมของอำนาจ รัฐธรรมนูญเป็นการกำหนดกฎกติกาที่สำคัญของการเมืองภายในรัฐ”¹⁷

รัฐธรรมนูญมีสถานะเป็น “กฎหมายสูงสุดของประเทศ (Supreme Law of the Land)” ซึ่งในเรื่องความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญนี้ ศาสตราจารย์ ดร.บวรศักดิ์ อุวรรณโณ ประธานคณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญ ในปี พ.ศ. 2558 และอดีตสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2539 ได้ให้คำอธิบายถึงหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดไว้ว่า “รัฐธรรมนูญเป็นที่มาของระบบกฎหมาย เพราะรัฐธรรมนูญเป็นรากฐานของระบบกฎหมายทั้งระบบ ที่เป็นเช่นนี้เพราะกฎหมายอื่นทั้งหมดมีที่มาจากรัฐธรรมนูญทั้งสิ้น กล่าวคือ ถ้าพระราชบัญญัติเป็นกฎหมายได้ ก็เพราะได้มีการตราพระราชบัญญัตินั้นตามที่รัฐธรรมนูญกำหนด และพระราชบัญญัตินั้นเองก็เป็นที่มาของกฎหมายอื่น ๆ เช่น พระราชกฤษฎีกาหรือกฎกระทรวงต่อไป และจะเป็นเช่นนี้ไปตลอดสาย ดังนั้น

¹⁶ มานิตย์ จุมปา. (2555). *คำอธิบายรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พ.ศ.2550) เล่ม 1 ว่าด้วยบททั่วไปพระมหากษัตริย์ สิทธิและเสรีภาพของชนชาวไทย หน้าที่ของชนชาวไทย แนวนโยบายพื้นฐานแห่งรัฐ และรัฐสภา*. กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. หน้า 1.

¹⁷ ชาญชัย แสงศักดิ์. (2554). *กฎหมายรัฐธรรมนูญ แนวคิดและประสบการณ์ของต่างประเทศ*. กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 60.

เราจึงกล่าวได้ว่ารัฐธรรมนูญเป็นที่มาสุดท้ายหรือรากฐานของกฎเกณฑ์ทางกฎหมายทุกอัน ไม่ว่าจะ เป็นพระราชบัญญัติแต่ละฉบับ เรื่อยลงไปจนถึงพระราชกฤษฎีกาแต่ละฉบับ จนถึงคำพิพากษาแต่ ละคดี หรือคำสั่งของเจ้าหน้าที่ ทางปกครองแต่ละคำสั่ง ซึ่งมีที่มาจากกฎหมายเหล่านี้¹⁸

หลักการและแนวความคิดทางกฎหมายมหาชนที่กำหนดให้ “รัฐธรรมนูญ(Constitution)” มีสถานะเป็น “กฎหมายสูงสุดของประเทศ (Supreme Law of the Land)” จึงเป็นผลให้บรรดา กฎหมายทั้งหลายในระบบกฎหมายภายในของรัฐ ซึ่งมีลำดับศักดิ์ของกฎหมาย (Hierarchy of Law) เป็นรองจากรัฐธรรมนูญ จึงไม่อาจที่จะขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ซึ่งเป็นกฎหมายสูงสุด (Constitutional Supremacy)¹⁹ ดังนั้น ด้วยเหตุที่รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดนี้ หากมีบทบัญญัติ ใดของกฎหมาย กฎ ข้อบังคับ หรือคำสั่งที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐ แล้ว บทบัญญัติของกฎหมาย กฎ ข้อบังคับ และคำสั่งที่มีลักษณะดังกล่าวนั้นก็ไม่น่าจะนำมาใช้บังคับ ได้ตามกฎหมาย เช่นเดียวกับการกระทำใดของรัฐหรือของเจ้าหน้าที่ของรัฐที่ขัดหรือแย้งต่อ รัฐธรรมนูญแล้ว ก็ย่อมที่จะไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ซึ่งเรียกแนวคิดนี้ว่า “หลักความชอบด้วย รัฐธรรมนูญ (Le Principe de Constitutionnalité)”

เมื่อพิจารณาความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญจากคำอธิบายดังกล่าวแล้ว เห็นได้ ว่ารัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายแม่บทที่จัดให้มีสถาบันทางการเมืองสูงสุดของรัฐ ทั้งฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหาร และฝ่ายตุลาการ รวมทั้งได้กำหนดถึงอำนาจหน้าที่ กลไก และกฎเกณฑ์การใช้อำนาจ ขององค์กรต่าง ๆ ไว้ในรัฐธรรมนูญ ดังนั้น องค์กรผู้ใช้อำนาจนิติบัญญัติก็ไม่อาจใช้อำนาจที่ รัฐธรรมนูญให้ไว้ ตราบกฎหมายที่มีบทบัญญัติขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนั้น องค์กรผู้ใช้อำนาจ บริหารก็ไม่อาจใช้อำนาจเกินกว่าที่รัฐธรรมนูญให้ไว้ และองค์กรผู้ใช้อำนาจตุลาการก็ไม่อาจใช้ อำนาจพิพากษาคัดสินคดีโดยขัดต่อรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐ

ศาสตราจารย์ มัคส์ กูแน็ล (Max Gounell) นักกฎหมายชาวฝรั่งเศส ได้อธิบายหลัก ความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ (Le Principe de Constitutionnalité)²⁰ ว่าเป็นหลักเกณฑ์ที่กำหนดให้ องค์กรของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐจะกระทำนิติกรรมการปกครองได้ก็ต่อเมื่อนิติกรรมนั้น สอดคล้องกับกฎเกณฑ์ของรัฐธรรมนูญซึ่งหลักการนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อควบคุมรัฐหรือเจ้าหน้าที่ ของรัฐให้กระทำการโดยเคารพต่อรัฐธรรมนูญ

ด้วยเหตุความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ จึงต้องมีกลไกที่ใช้ในการควบคุม ความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ เพื่อไม่ให้สถาบันทางการเมือง ได้แก่ องค์กรฝ่ายนิติบัญญัติ องค์กรฝ่าย

¹⁸ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. (2538). *กฎหมายมหาชน เล่ม 3 ที่มาและนิติวิธี*. กรุงเทพฯ: นิติธรรม. หน้า 25.

¹⁹ มานิตย์ จุมปา. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 1. หน้า 2.

²⁰ ชาญชัย แสงศักดิ์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 7. หน้า 269.

บริหาร รวมทั้งองค์กรของรัฐอื่น ๆ และเจ้าหน้าที่ของรัฐ ตรากฎหมาย ออกกฎ ข้อบังคับ คำสั่ง หรือ กระทำใดอันเป็นการขัดต่อรัฐธรรมนูญ

2.4 การควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย

ตามหลักความชอบด้วยรัฐธรรมนูญแล้ว รัฐธรรมนูญ (Constitution) เป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ (Supreme Law of the Land) บทบัญญัติของกฎหมาย กฎ ข้อบังคับ หรือการกระทำใดของรัฐหรือองค์กรของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ จะขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญไม่ได้ ดังนั้น จึงต้องมีกลไกในการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ เพื่อควบคุมไม่ให้องค์กรฝ่ายนิติบัญญัติตรากฎหมายที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ควบคุมไม่ให้กฎหมายที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญมีผลใช้บังคับ ควบคุมไม่ให้องค์กรฝ่ายบริหารออกกฎ ข้อบังคับ หรือการกระทำใดที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ และควบคุมไม่ให้กฎ ข้อบังคับ หรือการกระทำใดที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญมีผลบังคับได้ตามกฎหมาย ทั้งนี้ เพื่อรักษาความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ

ภายใต้หลักการแบ่งแยกอำนาจ (Separation of Powers)²¹ ซึ่งเป็นหลักการแบ่งแยกอำนาจอธิปไตย (Sovereignty) โดยแบ่งออกเป็นสามอำนาจ คือ อำนาจนิติบัญญัติ (Legislative) อำนาจบริหาร (Executive) และอำนาจในการตัดสินคดี (La Puissance de Juger) เพื่อให้อำนาจทั้งสามคานและดุลอำนาจ (Check and Balance) ซึ่งกันและกัน ดังนั้น ในระยะแรก องค์กรฝ่ายตุลาการหรือศาลยุติธรรม จึงเป็นองค์กรที่ทำหน้าที่ควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการกระทำทางนิติบัญญัติ และการกระทำทางบริหาร

ศาสตราจารย์ ชาร์ล กาดูซ์ (Charles Cadoux) นักกฎหมายชาวฝรั่งเศส ได้อธิบายเรื่องหลักการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญไว้ โดยมีสาระสำคัญดังนี้²²

1) รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายที่สำคัญที่สุด จึงต้องรักษาไว้ซึ่งความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ โดยการสร้างกลไกที่สามารถตรวจสอบการใช้อำนาจหรือการกระทำขององค์กรฝ่ายบริหารและองค์กรฝ่ายนิติบัญญัติ เพื่อให้เป็นไปตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ หรือไม่ขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญ

2) การควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎ หรือคำสั่ง ขององค์กรฝ่ายบริหารหรือฝ่ายปกครอง ให้เป็นอำนาจขององค์กรฝ่ายตุลาการที่จะพิจารณาว่า กฎ หรือคำสั่ง ขององค์กรฝ่ายบริหารหรือฝ่ายปกครองนั้น ชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่

²¹ เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 2. หน้า 94-106.

²² ชาญชัย แสงศักดิ์. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 7. หน้า 269-270.

การใช้อำนาจตุลาการในการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญเกิดขึ้นครั้งแรกที่ประเทศสหรัฐอเมริกา ในปี ค.ศ. 1803 โดยศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกา (Supreme Court of the United States) ได้มีคำพิพากษาในคดี Marbury V. Madison โดยวินิจฉัยว่า “ศาลเป็นองค์กรที่ต้องใช้กฎหมายในการบังคับแก่คดี ศาลจึงเป็นองค์กรที่จะต้องวินิจฉัยว่าสิ่งใดเป็นกฎหมายและสิ่งใดไม่ใช่กฎหมายและเมื่อศาลเห็นว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญ ศาลก็ยกบทบัญญัตินั้น ขึ้นปรับแก้คดีไม่ได้ ดังนั้น ศาลจึงมีอำนาจวินิจฉัยว่ากฎหมายที่ศาลกำลังจะใช้บังคับแก้คดีนั้นขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญหรือไม่ และจะใช้บังคับได้หรือไม่”²³ ซึ่งคดีดังกล่าวเป็นคดีที่องค์กรฝ่ายตุลาการทำหน้าที่ควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญเป็นครั้งแรก

อย่างไรก็ตาม การที่องค์กรฝ่ายตุลาการหรือศาลยุติธรรม ทำหน้าที่ในการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ โดยใช้อำนาจของฝ่ายตุลาการในการวินิจฉัยว่าบทบัญญัติของกฎหมายที่ตราโดยองค์กรฝ่ายนิติบัญญัตินั้น ชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่นั้น ได้มีการโต้แย้งในเรื่องดังกล่าวนี้ว่าองค์กรฝ่ายตุลาการก้าวล่วงอำนาจขององค์กรฝ่ายนิติบัญญัติ เนื่องจากกฎหมายที่ตราขึ้นโดยองค์กรฝ่ายนิติบัญญัติ ถือเป็นเจตจำนงของประชาชน ดังนั้น จึงมีความเห็นในอีกทางหนึ่งว่าองค์กรฝ่ายตุลาการหรือศาลยุติธรรมไม่มีอำนาจในการที่จะวินิจฉัยว่ากฎหมายที่องค์กรฝ่ายนิติบัญญัติได้ตราขึ้นนั้น ชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่

ต่อมาจึงได้มีแนวคิดในการจัดตั้งองค์กรในฝ่ายตุลาการขึ้นเพื่อให้ทำหน้าที่ควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญขึ้นเป็นการเฉพาะ ได้แก่ ตุลาการรัฐธรรมนูญ หรือศาลรัฐธรรมนูญ เป็นองค์กรที่มีอำนาจในการวินิจฉัยชี้ขาดว่าการตรากฎหมายหรือการกระทำขององค์กรฝ่ายนิติบัญญัติ และการออกกฎ หรือข้อบังคับ หรือคำสั่ง หรือการกระทำขององค์กรฝ่ายบริหาร ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่²⁴

การควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของประเทศไทย เพื่อไม่ให้พระราชบัญญัติซึ่งเป็นกฎหมายที่มีลำดับศักดิ์ต่ำกว่ารัฐธรรมนูญ ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนั้น ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มีบทบัญญัติเกี่ยวกับกระบวนการในการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญบัญญัติไว้ ซึ่งแบ่งได้เป็น 2 ลักษณะ คือ การควบคุมก่อนการประกาศใช้กฎหมาย ก่อนที่นายกรัฐมนตรีจะนำขึ้นทูลเกล้าทูลกระหม่อมถวายพระมหากษัตริย์เพื่อทรงลงพระปรมาภิไธย และการควบคุมภายหลังการประกาศใช้กฎหมาย โดยมีศาลรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรที่มี

²³ มานิตย์ จุมปา. (2557). “อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญกับอำนาจในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของรัฐสภา”. *วารสารจตุรนิติ*, 11(4), หน้า 12-15.

²⁴ พรชัย เลื่อนฉวี. (2554). *กฎหมายรัฐธรรมนูญและสถาบันการเมือง*. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต. หน้า 74-75.

หน้าที่และมีอำนาจในการพิจารณาวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างกฎหมาย²⁵ ซึ่งคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญถือเป็นที่สุดและเด็ดขาด โดยให้มีผลผูกพันรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล ยุติธรรม ศาลปกครอง ศาลทหาร องค์การอิสระทุกองค์กร องค์กรอัยการ และหน่วยงานของรัฐ²⁶

2.5 หลักความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครอง

“นิติกรรมทางปกครอง (Acte Administratif)”²⁷ หมายถึง การกระทำทางปกครองขององค์กรของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครองที่กระทำโดยอาศัยอำนาจตามกฎหมาย โดยมีความมุ่งหมายให้เกิดผลอย่างหนึ่งอย่างใดทางกฎหมาย ซึ่งกระทบต่อสิทธิของบุคคลได้โดยไม่ต้องได้รับความยินยอมจากบุคคลที่ได้รับผลกระทบนั้น ดังนั้น การที่เจ้าหน้าที่ของรัฐหรือฝ่ายปกครองใช้อำนาจกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใดที่มีผลกระทบต่อสิทธิของบุคคล เจ้าหน้าที่ของรัฐหรือฝ่ายปกครองจะต้องอาศัยอำนาจตามที่กฎหมายได้ให้ไว้ ทั้งนี้ ต้องเป็นไปเพื่อรักษาประโยชน์ของสาธารณะอันเป็นประโยชน์ร่วมกันของประชาชนภายในรัฐ หากเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือฝ่ายปกครองซึ่งมีสถานะเหนือกว่าประชาชน กระทำการโดยกฎหมายไม่ได้ให้อำนาจไว้ หรือใช้อำนาจเกินกว่าที่กฎหมายได้ให้ไว้ หรือใช้อำนาจโดยไม่ถูกต้องตามรูปแบบและขั้นตอนที่กฎหมายกำหนด หรือกระทำการโดยเลือกปฏิบัติ หรือกระทำการโดยไม่สุจริต หรือสร้างขั้นตอนโดยไม่จำเป็นอันเป็นเหตุให้เกิดภาระแก่ประชาชนเกินสมควร หรือเป็นการใช้ดุลพินิจโดยไม่ชอบ ก็ย่อมที่จะขัดต่อหลักความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครอง

นิติกรรมทางปกครองอาจจำแนกออกได้เป็น 2 ประเภท คือ “กฎ” และ “คำสั่งทางปกครอง” ซึ่งตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ได้ให้ความหมายของ “กฎ” และ “คำสั่งทางปกครอง” ไว้ดังนี้²⁸

“กฎ” หมายความว่า พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ประกาศกระทรวง ข้อบัญญัติท้องถิ่น ระเบียบ ข้อบังคับ หรือบทบัญญัติอื่นที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไป โดยไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดหรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะ

“คำสั่งทางปกครอง” หมายความว่า

1) การใช้อำนาจตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่ที่มีผลเป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคลในอันที่จะก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน ระงับ หรือมีผลกระทบต่อสถานภาพของ

²⁵ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560. มาตรา 210 (1).

²⁶ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560. มาตรา 211 วรรคสี่.

²⁷ ชาญชัย แสงศักดิ์. (2555). *คำอธิบายกฎหมายปกครอง*. กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 278-282.

²⁸ พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539. มาตรา 5.

สิทธิหรือหน้าที่ของบุคคล ไม่ว่าจะเป็นการถาวรหรือชั่วคราว เช่น การสั่งการ การอนุญาต การอนุมัติ การวินิจฉัยอุทธรณ์ การรับรอง และการรับจดทะเบียน แต่ไม่หมายความรวมถึงการออกกฎ

2) การอื่นที่กำหนดในกฎกระทรวง

อย่างไรก็ตาม หากเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือฝ่ายปกครองกระทำการออกกฎหรือคำสั่งทางปกครองโดยไม่มีอำนาจ หรือนอกเหนืออำนาจหน้าที่ของตน หรือกระทำโดยไม่ถูกต้องตามกฎหมาย หรือกระทำโดยไม่ถูกต้องตามรูปแบบ ขั้นตอน หรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญที่กฎหมายได้กำหนดไว้สำหรับการกระทำนั้น หรือเป็นการกระทำโดยไม่สุจริต เป็นการใช้อำนาจโดยมิชอบ หรือมีลักษณะที่เป็นการเลือกปฏิบัติต่อบุคคลโดยไม่เป็นธรรม หรือมีลักษณะเป็นการสร้างขั้นตอนโดยไม่จำเป็นหรือเพิ่มภาระให้ประชาชนเกินสมควรแล้ว ย่อมขัดต่อหลักความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครอง ดังนั้น กฎหมายจึงต้องกำหนดมาตรการและกลไกในการควบคุมไม่ให้เจ้าหน้าที่ของรัฐหรือฝ่ายปกครองกระทำการไม่ชอบด้วยกฎหมาย

2.6 การควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครอง

“การควบคุม” หมายถึง การตรวจสอบฝ่ายปกครองและการเสียหายโดยฝ่ายปกครอง และ “การควบคุมการใช้อำนาจทำนิติกรรมทางปกครอง” หมายถึง การตรวจสอบการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง ซึ่งรวมถึงการเสียหายความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการกระทำของฝ่ายปกครอง ในการควบคุมฝ่ายปกครองอาจกระทำได้โดยฝ่ายปกครองเองและการควบคุมโดยองค์กรอื่น เช่น รัฐสภา และศาล²⁹

การควบคุมการใช้อำนาจของรัฐและเจ้าหน้าที่ของรัฐนั้น รองศาสตราจารย์ ดร. โภคิน พลกุล อธิการบดีประธานศาลปกครองสูงสุด และอาจารย์ผู้สอนวิชากฎหมาย ได้อธิบายถึงหลักการควบคุมการใช้อำนาจรัฐนั้น มี 2 ลักษณะ³⁰ คือ “การควบคุมแบบป้องกัน” หรือ “การควบคุมก่อนใช้อำนาจ” และ “การควบคุมแบบแก้ไข” หรือ “การควบคุมภายหลังใช้อำนาจ”

การควบคุมแบบป้องกัน คือ การควบคุมก่อนที่รัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐจะใช้อำนาจกระทำการ หรือออกกฎ หรือออกคำสั่ง ซึ่งการควบคุมการใช้อำนาจในลักษณะนี้ สามารถที่จะกระทำได้โดยการปรึกษาองค์กรที่มีหน้าที่ให้คำปรึกษา เช่น คณะกรรมการกฤษฎีกา หรือการกำหนด ให้ประชาชนมีส่วนร่วมโดยการให้ข้อมูล คำชี้แจง และเหตุผลจากหน่วยงานของรัฐแก่ประชาชน การรับฟังความคิดเห็นของผู้มีส่วนได้เสียและประชาชนที่เกี่ยวข้อง รวมทั้งเปิดโอกาสให้ประชาชนได้โต้แย้งหรือคัดค้านก่อนการใช้อำนาจรัฐ เป็นต้น

²⁹ ชาญชัย แสวงศักดิ์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 27. หน้า 295.

³⁰ โภคิน พลกุล. (2524). “รูปแบบและวิธีการควบคุมฝ่ายปกครอง”. *วารสารนิติศาสตร์*, 12(1), หน้า 38-87.

กลไกในการควบคุมการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่รัฐซึ่งสามารถนำมาใช้ควบคุมก่อนการใช้ อำนาจได้ นอกจากที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น ยังมีกระบวนการในการตรวจสอบถ่วงดุลเพื่อป้องกันการ ใช้อำนาจโดยมิชอบด้วยกฎหมาย คือ การกำหนดให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปฏิบัติต้องขออนุมัติต่อ ผู้บังคับบัญชาก่อนการดำเนินการ การที่เจ้าหน้าที่ตำรวจขอออกหมายจับหรือหมายค้นจากศาล ยุติธรรม หรือการกำหนดให้ก่อนการใช้อำนาจที่มีผลกระทบต่อประชาชนจำนวนมากจะต้องได้รับความ เห็นชอบจากคณะรัฐมนตรี เช่น การที่นายกรัฐมนตรีประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินจะต้องได้รับความ เห็นชอบจากคณะรัฐมนตรี เป็นต้น

การควบคุมแบบแก้ไข คือ การควบคุมภายหลังจากที่ได้มีการใช้อำนาจกระทำการออกกฎ หรือออกคำสั่ง โดยรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ การควบคุมในลักษณะนี้กระทำได้โดยการร้องเรียน หรืออุทธรณ์คำสั่งต่อเจ้าหน้าที่ของรัฐที่ใช้อำนาจนั้น ร้องเรียนหรืออุทธรณ์คำสั่งไปยัง ผู้บังคับบัญชาของเจ้าหน้าที่ของรัฐที่ใช้อำนาจ ร้องทุกข์ต่อหน่วยงานของรัฐที่เกี่ยวข้องหรือองค์กร ซึ่งทำหน้าที่ตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐ การกำหนดให้ผู้ได้รับความเสียหายจากการกระทำของ เจ้าหน้าที่ของรัฐ มีสิทธิฟ้องหน่วยงานของรัฐให้ต้องรับผิดชอบในการกระทำของเจ้าหน้าที่ของรัฐ ซึ่งเป็นกระบวนการตรวจสอบการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่รัฐอีกทางหนึ่ง เพื่อให้เจ้าหน้าที่รัฐมีความ ระมัดระวังและตระหนักถึงความรับผิดชอบที่จะตามมาจากการใช้อำนาจของตน อันเป็นการป้องปราม ไม่ให้เจ้าหน้าที่ของรัฐใช้อำนาจกระทำการโดยมิชอบหรือตามอำเภอใจ องค์กรที่สำคัญในการ ควบคุมการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองหรือควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทาง ปกครอง คือ องค์กรศาล

ดร.ประสาท พงษ์สุวรรณ ตุลาการศาลปกครองสูงสุด ได้อธิบายเรื่องนิติกรรมทาง ปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายที่เพิกถอนแบ่งได้ 2 ประเภท³¹ คือ “เหตุความไม่ชอบด้วยกฎหมาย ภายนอก (L'illégalité externe)” และ “เหตุความไม่ชอบด้วยกฎหมายภายใน (L'illégalité interne)” ซึ่งเหตุความไม่ชอบด้วยกฎหมายทั้ง 2 ประเภท มีรายละเอียดที่สรุปได้ ดังนี้

“เหตุความไม่ชอบด้วยกฎหมายภายนอก (L'illégalité externe)” แบ่งได้ 3 เหตุ คือ

1) กรณีนิติกรรมทางปกครองออกไปโดยปราศจากอำนาจ (L'incompétence de l'auteur de l'acte) หมายถึง การที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองทำนิติกรรมทางปกครองโดยกฎหมายไม่ได้ ให้อำนาจไว้เป็นเหตุให้นิติกรรมทางปกครองดังกล่าวไม่ชอบด้วยกฎหมาย โดยแบ่งออกเป็น 4 กรณี คือ กรณีปราศจากอำนาจเนื่องจากตัวบุคคล (Retiōne Personae) กรณีปราศจากอำนาจตามเนื้อ

³¹ ประสาท พงษ์สุวรรณ. (2545). “เหตุที่ใช้อ้างในการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครอง”. *เอกสารประกอบการ ฝึกอบรม โครงการพัฒนาความรู้และประสิทธิภาพการปฏิบัติงานของพนักงานคดีปกครอง*. หน้า 9-52.

เรื่อง (L'incompétence Ratione) กรณีปราศจากอำนาจเพราะสถานที่ (L'incompétence Ratione Loci) กรณีเจ้าหน้าที่ใช้อำนาจนอกขอบอำนาจของตน (L'incompétence Ratione Temporis)

2) กรณีนิติกรรมทางปกครองออกไปโดยผิดแบบ (Le Vice de Forme) คือ การกระทำนิติกรรมทางปกครองที่ไม่เป็นไปตามแบบ (Forme) โดยจะต้องพิจารณาว่าการไม่ทำตามแบบที่กฎหมายกำหนดไว้นั้น มีผลกระทบต่อสิทธิของเอกชนที่กฎหมายให้การรับรองและคุ้มครองไว้หรือไม่ ในกรณีที่กฎหมายกำหนดไว้ชัดเจนว่าหากฝ่ายปกครองใช้อำนาจโดยไม่ทำตามแบบ (Forme) ที่กำหนดไว้ การกระทำนิติกรรมทางปกครองนั้นจะไม่ชอบด้วยกฎหมาย ถือได้ว่าแบบที่กฎหมายกำหนดไว้นั้นเป็น “แบบที่เป็นสาระสำคัญ (Formalité Substantielle)” เช่น กฎหมายกำหนดให้การทำนิติกรรมทางปกครองนั้นจะต้องทำเป็นลายลักษณ์อักษร และการลงนามผู้ออกคำสั่ง เป็นต้น ซึ่งแบบที่เป็นสาระสำคัญมีความแตกต่างจากแบบ (Forme) ที่กฎหมายไม่ได้กำหนดชัดเจนว่าแบบ (Forme) นั้นเป็นสาระสำคัญของการทำนิติกรรมทางปกครอง แม้ว่าการทำนิติกรรมทางปกครองนั้นไม่ได้ทำตามแบบที่กฎหมายกำหนดไว้ นิติกรรมทางปกครองนั้นก็ยังคงชอบด้วยกฎหมาย ถือได้ว่าแบบที่กฎหมายกำหนดไว้นั้นเป็น “แบบที่ไม่เป็นสาระสำคัญ (Formalité Non Substantielle)”

3) กรณีนิติกรรมทางปกครองออกไปโดยผิดขั้นตอนหรือวิธีการ (Le Vice de Procédure) หรือ “ระเบียบแบบแผนทางราชการ” ซึ่งมีลักษณะสำคัญ กล่าวคือ ระเบียบแบบแผนหรือขั้นตอนวิธีการในการทำนิติกรรมทางปกครองที่กฎหมาย กฎ ระเบียบ หรือหนังสือเวียนของทางราชการกำหนดไว้ หลักกฎหมายทั่วไป และหลักในการพิจารณาคดีปกครอง การทำนิติกรรมทางปกครองแบ่งได้ 3 ขั้นตอน ได้แก่ ขั้นตอนหรือวิธีการเกี่ยวกับการปรึกษาหารือ ซึ่งเป็นนิติกรรมทางปกครองที่จะต้องได้รับความเห็นชอบจากหน่วยงานที่กฎหมายกำหนด ขั้นตอนหรือวิธีการเกี่ยวกับการโต้แย้งคัดค้าน ซึ่งกฎหมายกำหนดให้ก่อนทำนิติกรรมทางปกครองบางประเภทจะต้องให้ผู้เกี่ยวข้องได้มีโอกาสโต้แย้งคัดค้านเสียก่อน และขั้นตอนหรือวิธีการอื่น เช่น การทำนิติกรรมทางปกครองภายในระยะเวลาที่กฎหมายกำหนด หรือนิติกรรมทางปกครองที่กฎหมายกำหนดให้ฝ่ายปกครองจะต้องทำการไต่สวน (Enquête) ก่อนทำนิติกรรมทางปกครอง เป็นต้น

“เหตุความไม่ชอบด้วยกฎหมายภายใน (L'illégalité interne)” แบ่งได้ 2 เหตุ คือ

1) นิติกรรมทางปกครองออกไปโดยฝ่าฝืนกฎหมาย (La Violation de La Loi) หมายถึง นิติกรรมทางปกครองที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองได้กระทำขึ้น โดยไม่เป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ การที่ศาลมีอำนาจในการพิจารณาเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองออกไปโดยฝ่าฝืนกฎหมายนี้เป็นการควบคุมดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองในรูปแบบหนึ่ง ซึ่งนิติกรรมทางปกครองออกไปโดยฝ่าฝืนกฎหมายแบ่งออกได้เป็น 2 กรณี คือ กรณีการฝ่าฝืนเนื้อหาของกฎหมาย

โดยตรง (La Violation Directe de La Règle de Droit) และกรณีมีความผิดพลาดในข้อกฎหมายหรือข้อเท็จจริง (L'Erreur de Droit Et L'Erreur de Fait)

2) การทำนิติกรรมทางปกครองไปโดยบิดเบือนอำนาจ (Le Détournement de Pouvoir) กล่าวคือ การที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองใช้อำนาจในการทำนิติกรรมทางปกครองโดยผิดไปจากวัตถุประสงค์ของกฎหมาย เช่น การออกกฎหรือคำสั่งเพื่อประโยชน์ส่วนตัวของผู้ใช้อำนาจทางปกครองโดยไม่ได้ใช้อำนาจเพื่อประโยชน์สาธารณะตามความมุ่งหมายของกฎหมาย เป็นต้น และการทำนิติกรรมทางปกครองไปโดยบิดเบือนขั้นตอนหรือวิธีการ (Le Détournement de Procédure) กล่าวคือ การนิติกรรมทางปกครองโดยใช้ขั้นตอนแตกต่างไปจากขั้นตอนหรือวิธีการที่กฎหมายได้กำหนดไว้สำหรับเป้าหมายนั้น

2.7 การควบคุมการใช้อำนาจรัฐในสถานการณ์ไม่ปกติ

อำนาจอธิปไตย บุรณภาพแห่งดินแดน ความสงบเรียบร้อยของบ้านเมือง และความปลอดภัยของประชาชน เป็นสิ่งสำคัญที่รัฐจะต้องดูแลไม่ให้เกิดการสูญเสียดังกล่าวหรือความเสียหายร้ายแรง การรักษาความมั่นคงและความสงบเรียบร้อยของรัฐ และการรักษาความปลอดภัยให้แก่ประชาชนนั้นถือเป็นภาระกิจพื้นฐานที่สำคัญของรัฐ ในสถานการณ์วิกฤติร้ายแรงและฉุกเฉิน เช่น ในภาวะสงคราม หรือมีการโจมตีจากผู้ก่อการร้าย หรือเกิดภัยพิบัติสาธารณะที่สร้างความเสียหายร้ายแรง และรัฐไม่สามารถแก้ไขสถานการณ์โดยใช้กฎหมายปกติได้ หรือไม่สามารถแก้ไขได้อย่างมีประสิทธิภาพและทันต่อสถานการณ์ที่เกิดขึ้น จึงมีแนวความคิดให้รัฐสามารถใช้อำนาจได้อย่างเต็มที่มากยิ่งขึ้น โดยการผ่อนปรนหรือผ่อนคลายนวของกฎหมายปกติเพื่อให้เจ้าหน้าที่ของรัฐสามารถใช้อำนาจพิเศษในการแก้ไขสถานการณ์วิกฤติร้ายแรงให้กลับสู่ภาวะปกติได้โดยเร็วและทันต่อสถานการณ์ที่เกิดขึ้น

2.7.1 ทฤษฎีว่าด้วยสถานการณ์ไม่ปกติ (Les circonstances exceptionnelles)

“ทฤษฎีว่าด้วยสถานการณ์ไม่ปกติ (Les circonstances exceptionnelles)” หมายถึง การใช้อำนาจรัฐในสถานการณ์ที่มีเหตุวิกฤติร้ายแรง (Etat de siège) หรือภาวะฉุกเฉิน (Etat d'urgence) ซึ่งมีผลกระทบต่อความมั่นคงและความสงบเรียบร้อยของประเทศ ซึ่งการปฏิบัติตามกฎหมาย หรือตามแบบ หรือตามขั้นตอนที่กฎหมายกำหนดไว้ อาจทำให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองไม่สามารถปฏิบัติหน้าที่ได้อย่างมีประสิทธิภาพหรือทันท่วงที หรือไม่สามารถดำเนินการที่จำเป็นต่อสถานการณ์ได้ ดังนั้น เมื่อเกิดเหตุการณ์ร้ายแรงหรือเกิดเหตุฉุกเฉินที่กระทบต่อความมั่นคงของรัฐ หรือกระทบต่อความสงบเรียบร้อยของบ้านเมือง หรือในกรณีเกิดภัยพิบัติสาธารณะ อันเป็นสถานการณ์ไม่ปกติ

จึงมีความจำเป็นที่รัฐต้องใช้กฎหมายพิเศษเพื่อรักษาประโยชน์สาธารณะ โดยผ่อนคลายนโยบายหรือขั้นตอนการใช้อำนาจ และในบางกรณีที่มีความจำเป็นจะต้องขยายอำนาจให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง เช่น ในสภาวะสงคราม หรือในกรณีที่ประกาศใช้กฎอัยการศึก หรือการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉิน เป็นต้น

การบังคับใช้กฎหมายในสถานการณ์ที่ไม่ปกติจึงมีความแตกต่างจากการใช้กฎหมายในเวลาปกติ ทฤษฎีว่าด้วยสถานการณ์ไม่ปกติ (Les circonstances exceptionnelles) จึงเป็นข้อยกเว้นของหลักความชอบด้วยกฎหมาย (Principe de la legalité)

ทฤษฎีว่าด้วยสถานการณ์ไม่ปกติเกิดขึ้น โดยคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส³² เมื่อวันที่ 28 มิถุนายน ค.ศ. 1918 ในคดี Heyriés เนื่องจากในช่วงสงครามโลกครั้งที่ 1 สาธารณรัฐฝรั่งเศสได้เข้าร่วมสงครามดังกล่าว รัฐบาลมีความจำเป็นที่จะต้องใช้อำนาจมหาชนโดยฝ่าฝืนต่อกฎหมายเพื่อรับมือกับสถานการณ์ที่เกิดขึ้นในระหว่างสงคราม สภาแห่งรัฐจึงได้ออกรัฐกฤษฎีกาเพื่อยกเว้นการใช้กฎหมายที่เกี่ยวกับการลงโทษทางวินัยข้าราชการ ต่อมาได้มีคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดในคดี Doles เมื่อวันที่ 18 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1919 ซึ่งได้กล่าวถึงอำนาจในการรักษาความสงบเรียบร้อยของเจ้าหน้าที่รัฐในสภาวะสงครามกับในสถานการณ์ปกติย่อมแตกต่างกัน อย่างไรก็ตาม การพิจารณาว่าสถานการณ์ใดเป็นสถานการณ์ไม่ปกตินั้น เป็นอำนาจของศาลในการพิจารณา

2.7.2 หลักความจำเป็นย่อมเป็นกฎหมาย (Nécessité fait loi)

“หลักความจำเป็นย่อมเป็นกฎหมาย (Nécessité fait loi)”³³ คือ การผ่อนปรนหรือผ่อนคลายนโยบายบังคับใช้กฎหมายในสถานการณ์ไม่ปกติ เพื่อให้ฝ่ายปกครองมีอำนาจมากขึ้นในการควบคุมหรือแก้ไขสถานการณ์ร้ายแรงและฉุกเฉินนั้น ให้กลับคืนสู่สภาวะปกติโดยเร็ว ซึ่งหลักการนี้ไม่ได้ขัดกับหลักความชอบด้วยกฎหมายแต่อย่างใด แต่ถือเป็นข้อยกเว้นตามหลักความจำเป็นเท่านั้น ในการพิจารณานำหลักการความจำเป็นของรัฐมาใช้เมื่อใด และเพียงใด รัฐหรือฝ่ายปกครองจะต้องคำนึงถึงหลักความได้สัดส่วน (Principle of Proportionality) เป็นสำคัญ รวมทั้งจะต้องพิจารณาถึงหลักเกณฑ์ดังต่อไปนี้

³² วสันต์ ชมภูศรี. (2559). *การบังคับใช้พระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548 กับ การคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์, คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. หน้า 135-137.

³³ ทรงศักดิ์ รักศักดิ์สกุล. (2549). *การควบคุมฝ่ายปกครองในสถานการณ์ฉุกเฉิน*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 84-85.

1) สถานการณ์ไม่ปกติที่วิกฤติและร้ายแรงนั้นได้เกิดขึ้นจริง เช่น สภาวะสงคราม มีการโจมตีด้วยกำลังทหาร การก่อการร้ายด้วยอาวุธร้ายแรง หรือในกรณีที่ประเทศเกิดภัยพิบัติ สาธารณะที่มีลักษณะรุนแรงและฉุกเฉิน

2) รัฐไม่สามารถใช้อำนาจตามกฎหมายปกติเข้าป้องกันหรือแก้ไขสถานการณ์ที่เกิดขึ้น หรือกฎหมายปกติไม่สามารถนำมาใช้แก้ไขสถานการณ์ที่เกิดขึ้นนั้นได้อย่างมีประสิทธิภาพ หรือการใช้อำนาจตามกฎหมายปกติไม่สามารถแก้ไขปัญหาได้อย่างทันที่

3) คุ่มค่าต่อการรักษาประโยชน์สาธารณะ โดยมาตรการที่นำมาใช้อาจกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของบุคคลหรือก่อให้เกิดความเสียหายขึ้นบ้าง แต่ความเสียหายนั้นคุ่มค่าต่อการรักษาประโยชน์ของรัฐหรือของประชาชนส่วนใหญ่

การใช้อำนาจในสถานการณ์ไม่ปกตินั้น เป็นหลักการที่ยินยอมให้รัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐใช้อำนาจเป็นกรณีพิเศษได้เพียงชั่วคราวตามความจำเป็นของสถานการณ์ โดยผ่อนคลายการควบคุมการใช้อำนาจรัฐที่อยู่ภายใต้กฎเกณฑ์ของกฎหมาย เพื่อธำรงไว้ซึ่งเอกราช บูรณภาพแห่งดินแดน ความสงบเรียบร้อยของประเทศ และความปลอดภัยของประชาชน หรือเพื่อป้องกันภัยพิบัติสาธารณะร้ายแรงที่เกิดขึ้นหรือที่จะเกิดขึ้นอันเป็นประโยชน์สาธารณะ อย่างไรก็ตาม การใช้อำนาจรัฐในสถานการณ์ไม่ปกติยังคงอยู่ภายใต้การควบคุมและตรวจสอบโดยศาล ซึ่งมีอำนาจที่จะพิจารณาตรวจสอบว่ามีสถานการณ์ไม่ปกติวิกฤติร้ายแรงและฉุกเฉินเกิดขึ้นจริงหรือไม่ มาตรการที่เจ้าหน้าที่ของรัฐนำมาใช้นั้นสมควรแก่เหตุหรือไม่ เมื่อเกิดความเสียหายขึ้นจากการกระทำของเจ้าหน้าที่ของรัฐแล้ว ได้มีการเยียวยาผู้ได้รับความเสียหายหรือได้รับผลกระทบนั้นอย่างเหมาะสมหรือไม่ อันเป็นการตรวจสอบถ่วงดุลตามหลักการแบ่งแยกอำนาจ (Separation of Powers) รวมทั้งเป็นการควบคุมแบบแก้ไขตามหลักการควบคุมใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่รัฐ โดยนำหลักความได้สัดส่วน (Principle of Proportionality) มาใช้ในการพิจารณา

2.8 หลักความรับผิดชอบของรัฐ

รัฐมีหน้าที่ในการรักษาเอกราช อธิปไตย บูรณภาพแห่งอาณาเขต ความมั่นคงของรัฐ ความสงบเรียบร้อยของประชาชน รวมทั้งดำเนินกิจการต่าง ๆ อันเป็นประโยชน์สาธารณะ เพื่อให้รัฐสามารถดำเนินการตามหน้าที่ดังกล่าวได้ รัฐจึงมีอำนาจมหาชนที่เหนือกว่าประชาชนในอันที่จะกระทำการต่างๆ ซึ่งในการกระทำของรัฐนั้น ไม่ว่าจะกระทำโดยหน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐก็อาจจะกระทบต่อสิทธิหรือเสรีภาพของประชาชนตามที่รัฐธรรมนูญได้ให้ความคุ้มครองไว้ อย่างไรก็ตาม การกระทำของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐเมื่อก่อให้เกิดความเสียหายขึ้นกับบุคคลหรือ

ประชาชนแล้ว รัฐจะต้องรับผิดชอบต่อการกระทำและความเสียหายที่เกิดขึ้น รวมทั้งจะต้องเยียวยาความเสียหายให้แก่ผู้ได้รับความเสียหายจากการกระทำนั้น ตามหลักความรับผิดชอบของรัฐ

ศาสตราจารย์ มัคส์ กูเน็ล (Max Gounell) นักกฎหมายชาวฝรั่งเศส ได้กล่าวถึงหลักความรับผิดชอบของรัฐโดยสรุปได้ว่า หลักนิติรัฐ (Etat de Droit) จะต้องควบคู่ไปกับหลักความรับผิดชอบ (Le principe de responsabilité) และนิติบุคคลมหาชนมีหน้าที่ชดใช้ความเสียหายทั้งหมดที่ตนก่อขึ้น โดยการเยียวยาผู้ได้รับความเสียหายให้กลับสู่สถานภาพเดิม ต่อมาได้มีการพัฒนาหลักความรับผิดชอบของรัฐขึ้น โดยการแบ่งประเภทความรับผิดชอบออกเป็น 2 ลักษณะ³⁴ คือ “หลักความรับผิดชอบทางละเมิด (Responsabilité pour faute)” และ “หลักความรับผิดชอบโดยปราศจากความรับผิดชอบ (Responsabilité sans faute)” หลักความรับผิดชอบดังกล่าวมานี้ เป็นหลักการที่เกิดขึ้นจากแนวความคิดทางกฎหมายมหาชนของสาธารณรัฐฝรั่งเศสซึ่งมีสาระสำคัญดังต่อไปนี้

2.8.1 หลักความรับผิดชอบทางละเมิด (Responsabilité pour faute)

หลักความรับผิดชอบทางละเมิด (Responsabilité pour faute) คือ ความรับผิดชอบของรัฐที่เกิดขึ้นจากการกระทำของหน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ ซึ่งก่อให้เกิดความเสียหายขึ้นกับบุคคล โดยแบ่งเป็นความรับผิดชอบโดยหน่วยงานของรัฐ ความรับผิดชอบโดยเจ้าหน้าที่ของรัฐ และความรับผิดชอบร่วมกันระหว่างหน่วยงานของรัฐและเจ้าหน้าที่ของรัฐ ในการพิจารณาว่ากรณีใดที่เป็นความรับผิดชอบของรัฐ กรณีใดเป็นความรับผิดชอบส่วนตัวของเจ้าหน้าที่ของรัฐ และกรณีใดที่หน่วยงานของรัฐและเจ้าหน้าที่ของรัฐจะต้องร่วมกันรับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นนั้น จะต้องพิจารณาว่าความเสียหายที่เกิดขึ้นนั้นเป็นผลจากการกระทำ³⁵ ตามอำนาจหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือเป็นผลจากการกระทำส่วนตัวของเจ้าหน้าที่ของรัฐ จึงเป็นหลักเกณฑ์ที่ต้องคำนึงถึงความเหมาะสมระหว่างระบบงานของรัฐกับสิทธิของบุคคล แนวความคิดในเรื่องความรับผิดชอบของรัฐดังที่ได้กล่าวมานี้ เกิดขึ้นจากคดี Blanco ของสาธารณรัฐฝรั่งเศส ในปี ค.ศ. 1873 ต่อมาได้มีการพัฒนามาเป็นหลักความรับผิดชอบทางละเมิดของรัฐโดยแบ่งได้ 3 ประการ³⁶

1) “ความรับผิดชอบในการปฏิบัติหน้าที่ (Faute de Service Public)” คือ กรณีที่ความเสียหายเกิดขึ้นจากการกระทำของเจ้าหน้าที่ของรัฐ ซึ่งได้กระทำขึ้นในการปฏิบัติตามอำนาจหน้าที่ตามกฎหมาย และการกระทำที่เกิดความเสียหายดังกล่าวไม่มีวัตถุประสงค์ส่วนตัวของเจ้าหน้าที่

³⁴ ชาญชัย แสงวงศ์. อ้างแล้วเชิงบรรณที่ 17. หน้า 281-283.

³⁵ สุจิธรรม รัตนประทีป. (2555). *ความรับผิดชอบของรัฐ : ศึกษากรณีการรับภาระเกินปกติ*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขานิติศาสตร์, คณะนิติศาสตร์ปริทัศน์ มงคล มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์. หน้า 51-55.

³⁶ ชาญชัย แสงวงศ์. (2560). *กฎหมายว่าด้วยความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ และความรับผิดชอบของรัฐโดยปราศจากความผิด*. กรุงเทพฯ: วิทยุชน. หน้า 23-24.

รวมอยู่ในการกระทำนั้น รัฐจึงมีหน้าที่จะต้องรับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการกระทำของเจ้าหน้าที่ของรัฐ เนื่องจากการกระทำตามอำนาจหน้าที่ที่กฎหมายกำหนดไว้ โดยเจ้าหน้าที่ของรัฐที่กระทำนั้นไม่ต้องรับผิดชอบในฐานะส่วนตัว

2) “ความรับผิดชอบส่วนตัว (Faute Personelle)” คือ กรณีที่การกระทำละเมิดหรือความเสียหายเกิดขึ้นจากการกระทำของเจ้าหน้าที่ของรัฐ โดยที่ไม่เกี่ยวข้องกับการปฏิบัติงานตามอำนาจหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ผู้กระทำให้เกิดความเสียหายนั้น รัฐไม่ต้องรับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นดังกล่าว เจ้าหน้าที่ของรัฐที่ก่อให้เกิดความเสียหายจะต้องรับผิดชอบด้วยตนเอง เช่น คดี Litzier ซึ่งเกิดขึ้นในปี ค.ศ. 1954 (พ.ศ.2497) โดยเจ้าหน้าที่ตุลาการได้นำปิ่นของทางการไปใช้นอกเวลาทำการและก่อให้เกิดความเสียหายขึ้นแก่บุคคลอื่น

3) “ความรับผิดชอบร่วม (Cumul des Reponsabilités)” คือ กรณีที่การกระทำอันเป็นละเมิดเกิดขึ้นจากความผิดร่วมกันระหว่างเจ้าหน้าที่ของรัฐและรัฐ รัฐและเจ้าหน้าที่ของรัฐจะต้องร่วมกันรับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดขึ้น เช่น คดี Laruelle ซึ่งเกิดขึ้นในปี ค.ศ. 1951 (พ.ศ.2494) โดยเจ้าหน้าที่ของรัฐได้ขโมยรถของทางการไปใช้ประโยชน์ส่วนตัวและเกิดอุบัติเหตุขึ้น ศาลปกครองของสาธารณรัฐฝรั่งเศส พิจารณาว่ากรณีดังกล่าวเป็นความผิดร่วมกันระหว่างเจ้าหน้าที่ของรัฐที่ขโมยรถไปใช้ส่วนตัวและหน่วยงานของรัฐมีความผิดเนื่องมาจากความบกพร่องที่ไม่ควบคุมดูแลรถของทางการให้ดีเพียงพอจึงเป็นเหตุให้รถของทางการถูกขโมย

สำหรับประเทศไทย เรื่องความรับผิดของรัฐในทางละเมิดที่เกิดขึ้นจากหน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐนี้ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มีบทบัญญัติคุ้มครองสิทธิของบุคคลไว้ โดยให้มีสิทธิในการฟ้องหน่วยงานของรัฐให้รับผิดชอบเนื่องมาจากการกระทำหรือการละเว้นการกระทำของข้าราชการ พนักงาน หรือลูกจ้างของหน่วยงานของรัฐ³⁷ ซึ่งเป็นไปตามหลักความรับผิดทางละเมิดและนอกจากการนำหลักการดังกล่าวบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญแล้วประเทศไทยได้มีการประกาศใช้พระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539³⁸ โดยมีสาระสำคัญที่กำหนดให้เจ้าหน้าที่ของรัฐจะต้องรับผิดทางละเมิดที่เกิดขึ้นในการปฏิบัติหน้าที่ เฉพาะกรณีที่เกิดจากการกระทำเพื่อการเฉพาะตัว หรือจงใจให้เกิดความเสียหาย หรือกรณีที่กระทำการโดยประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงเท่านั้น และให้แบ่งแยกความรับผิดของเจ้าหน้าที่รัฐแต่ละคนโดยไม่นำหลักลูกหนี้ร่วมมาใช้บังคับ

³⁷ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560. มาตรา 41 (3).

³⁸ พ.ร.บ.ความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539. (2539, 14 พฤศจิกายน). *ราชกิจจานุเบกษา*. เล่ม 113, หน้า 25

2.8.2 หลักความรับผิดโดยปราศจากความผิด (La responsabilité sans faute)

หลักความรับผิดโดยปราศจากความผิด (La responsabilité sans faute) คือ ความรับผิดที่เกิดขึ้นจากการที่รัฐได้กระทำละเมิดต่อหลักความเสมอภาคของบุคคล โดยได้กระทำการก่อให้เกิดความเสียหายขึ้นกับบุคคลส่วนน้อยเพื่อรักษาประโยชน์สาธารณะให้แก่คนส่วนใหญ่ แม้ว่าความเสียหายที่เกิดขึ้นนั้นจะไม่ใช่ความผิดของรัฐก็ตาม หรือการดำเนินการของรัฐเพื่อประโยชน์สาธารณะซึ่งเป็นประโยชน์ของคนส่วนใหญ่ แต่ทำให้คนส่วนหนึ่งต้องเสียประโยชน์ที่มีอยู่ของตนไปโดยไม่ใช่ความผิดของรัฐ อย่างไรก็ตาม รัฐยังคงมีหน้าที่ต้องรับผิดชอบค่าใช้จ่ายความเสียหายที่เกิดขึ้นให้แก่บุคคลส่วนน้อยที่จะต้องรับภาระสาธารณะมากกว่าบุคคลอื่น จึงเป็น “ความรับผิดชอบ (La responsabilité)” ต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นโดยไม่คำนึงว่าการกระทำนั้นจะเป็นความผิดหรือไม่ ซึ่งแนวความคิดในเรื่องดังกล่าวนี้มีที่มาจากทฤษฎีเกี่ยวกับความรับผิดชอบของรัฐโดยปราศจากความรับผิด³⁹ ดังนี้

1) “ทฤษฎีความเสียหาย” เป็นทฤษฎีที่มีแนวคิดว่าการดำเนินการใด ๆ ย่อมมีความเสี่ยงภัยทั้งกับผู้กระทำและกับบุคคลอื่นทั้งสิ้น เมื่อความเสียหายนั้นเป็นไปเพื่อประโยชน์ของผู้กระทำแล้ว ดังนั้นการให้ผู้กระทำให้เกิดความเสียหายต้องรับผิดชอบต่อผลหรือความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการกระทำของตนนั้นจึงเป็นสิ่งที่ถูกต้องแล้ว

2) “ทฤษฎีการสูญเสียความเสมอภาคของพลเมืองต่อการรับภาระสาธารณะ” เป็นทฤษฎีที่มีแนวคิดจากหลักความเสมอภาคของบุคคล หากบุคคลใดต้องรับภาระหรือได้รับความเสียหายจากการกระทำของรัฐมากกว่าบุคคลอื่น และการกระทำนั้นเป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะแล้ว แม้ว่าการกระทำนั้นจะไม่ใช่ความผิดของรัฐก็ตาม รัฐมีหน้าที่ต้องชดเชยและเยียวยาความเสียหายให้แก่บุคคลผู้ที่ต้องรับภาระสาธารณะนั้น

3) “ทฤษฎีการช่วยเหลือเกื้อกูลกันในชาติ” เป็นทฤษฎีที่ปรากฏอยู่ในรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส (The Constitution of France) ที่บัญญัติให้พลเมืองฝรั่งเศสร่วมมือช่วยเหลือกันเมื่อประเทศประสบภัยพิบัติ โดยมีที่มาจากแนวความคิดที่ต้องการให้ความช่วยเหลือเยียวยาประชาชนซึ่งได้รับความเสียหายจากภัยพิบัติ เหตุฉาฉา หรือภัยจากสงคราม เช่น การเยียวยาความเสียหายให้แก่ประชาชนภายหลังจากสงครามโลกได้สิ้นสุดลง รัฐสภาแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศสได้ตรากฎหมายขึ้นเพื่อใช้ในการเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นกับทรัพย์สินของประชาชนซึ่งได้รับผลกระทบจากสงครามโดยใช้งบประมาณจำนวนมากในการเยียวยาความเสียหายที่ประชาชนได้รับจากเหตุการณ์สงครามโลก 2 ครั้ง⁴⁰ ดังนี้

³⁹ ชาญชัย แสงศักดิ์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 36. หน้า 389-393.

⁴⁰ สุจิวรรณ รัตนประทีป. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 35. หน้า 65.

ครั้งที่ 1 เมื่อวันที่ 17 เมษายน ค.ศ. 1919 ภายหลังจากสงครามโลกครั้งที่ 1 สิ้นสุดลง

ครั้งที่ 2 เมื่อวันที่ 28 ตุลาคม ค.ศ. 1946 ภายหลังจากสงครามโลกครั้งที่ 2 สิ้นสุดลง ในการที่รัฐจะรับผิดชอบเยียวยาต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่บุคคล โดยที่ความเสียหายนั้นไม่ได้เกิดขึ้นจากความผิดของรัฐ ตามหลักความรับผิดชอบโดยปราศจากความรับผิด มีองค์ประกอบสำคัญ 3 ประการ คือ

ประการที่หนึ่ง ต้องเป็นความเสียหายที่ชัดเจน

ประการที่สอง ต้องเป็นความเสียหายที่คำนวณเป็นเงินได้

ประการที่สาม ต้องเป็นความเสียหายที่เป็นผลจากการกระทำของรัฐ

สำหรับประเทศไทย หลักความรับผิดชอบโดยปราศจากความผิดของรัฐ กฎหมายของไทยได้มีบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 เรื่องการออกกฎหมายเวนคืนทรัพย์สินจากประชาชน ทั้งนี้ เพื่อประโยชน์ในการป้องกันประเทศ เพื่อประโยชน์ในการจัดทำสาธารณูปโภค เพื่อให้ได้มาซึ่งทรัพยากรธรรมชาติ หรือเพื่อประโยชน์สาธารณะอย่างอื่น โดยรัฐมีหน้าที่ต้องชดเชยค่าทดแทนเพื่อเยียวยาความเสียหายให้แก่ผู้ได้รับผลกระทบจากการเวนคืนนั้นอย่างเป็นธรรม⁴¹

2.9 ประวัติและความเป็นมาของพระราชบัญญัติกฏอัยการศึก พระพุทธศักราช 2457

กฏอัยการศึกของไทย มีบัญญัติขึ้นครั้งแรกในรัชสมัยพระบาทสมเด็จพระปรมินทรมหาจุฬาลงกรณ์ พระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว (รัชกาลที่ 5) พระองค์ทรงมีพระบรมราชโองการโปรดเกล้าฯ ให้ประกาศใช้พระราชบัญญัติกฏอัยการศึก รัตนโกสินทร ศก 126 เมื่อวันที่ 10 ธันวาคม 2450 โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อให้ใช้พระราชบัญญัติใหม่แทนพระราชกำหนดกฎหมายต่าง ๆ ซึ่งใช้อยู่ในเวลานั้น และเพื่อให้สอดคล้องกับกฎหมายพระธรรมนูญศาลทหารบก รัตนโกสินทร ศก 126 ซึ่งปรากฏความอยู่ในบทบัญญัติ ภาค 4 วิธีจัดการศาลทหารในเวลาสงคราม หรือจลาจลหรือเวลาที่ประกาศใช้กฏอัยการศึก และในบทบัญญัติ ภาค 5 อำนาจศาลทหารบกในเวลาสงคราม หรือการจลาจล หรือเมื่อประกาศ ให้ใช้กฏอัยการศึก⁴² กฎหมายพระธรรมนูญศาลทหารบกฉบับดังกล่าวได้ยกร่างขึ้นโดยที่ปรึกษากฎหมายของรัฐบาลไทยในขณะนั้น คือ นายยอร์ช ปาร์ดู นักกฎหมายชาวฝรั่งเศส⁴³

⁴¹ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560. มาตรา 37.

⁴² พระธรรมนูญศาลทหารบก รัตนโกสินทร ศก 126. (2450, 29 ธันวาคม). *ราชกิจจานุเบกษา*. เล่ม 24, หน้า 1015.

⁴³ สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร.(2550).*กฏอัยการศึก*.กรุงเทพฯ: สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร. หน้า8.

ด้วยเหตุดังกล่าว “กฎอัยการศึก รัตน โกสินทร ศก 126” ของประเทศไทย จึงได้รับอิทธิพลมาจากกฎหมายว่าด้วยกฎอัยการศึกของฝรั่งเศส

กฎอัยการศึก รัตน โกสินทร ศก 126⁴⁴ มีบทบัญญัติเพียง 8 มาตรา โดยมีสาระสำคัญกล่าวคือ เมื่อมีเหตุอันจำเป็นเพื่อการรักษาความเรียบร้อยปราศจากภัย ซึ่งจะมีมาจากภายนอกและภัยที่เกิดขึ้นภายในราชอาณาจักร จะได้มีประกาศพระบรมราชโองการให้ใช้กฎอัยการศึกในส่วนหนึ่งส่วนใดของราชอาณาจักร หรือเมื่อมีสงครามหรือมีจลาจลเกิดขึ้น ณ พื้นที่ใด ให้ผู้บังคับบัญชาทหาร ณ ที่นั้น ซึ่งมีกำลังไม่น้อยกว่ากองพันหรือผู้บังคับบัญชาในที่มั่นของทหาร ให้มีอำนาจในการประกาศใช้กฎอัยการศึกในเขตอำนาจหน้าที่ของกองทหารนั้น และเมื่อได้ประกาศใช้กฎอัยการศึกในพื้นที่ตำบลใด ให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายทหารมีอำนาจเหมือนกับเจ้าหน้าที่ฝ่ายพลเรือนในการระงับปราบปรามหรือเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อย โดยไม่ได้ให้อำนาจเจ้าหน้าที่ฝ่ายทหารมีอำนาจ “เหนือ” เจ้าหน้าที่ฝ่ายพลเรือน ดังเช่นบทบัญญัติของกฎอัยการศึกในปัจจุบัน อย่างไรก็ตามกฎอัยการศึก รัตน โกสินทร ศก 126 มีบทบัญญัติที่กำหนดให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายพลเรือนต้องช่วยราชการทหารตามความต้องการของเจ้าหน้าที่ฝ่ายทหาร กับให้อำนาจเจ้าหน้าที่ฝ่ายทหารเข้าค้นที่หนึ่งที่ใด และในเวลาใดก็ได้ มีอำนาจจับ ไล่บุคคลซึ่งไม่มีภูมิลำเนาอาศัยอยู่ในพื้นที่ตำบลนั้น มีอำนาจบังคับให้คนในพื้นที่นั้นทำการส่งอาวุธและกระสุนดินปืนที่อยู่ในครอบครองให้แก่เจ้าพนักงานฝ่ายทหาร และให้มีอำนาจตรวจและจับกุมอาวุธ กระสุนดินปืน และสิ่งของต้องห้ามในการสงคราม นอกจากนี้ยังมีบทบัญญัติให้อำนาจของศาลทหารในพื้นที่ตำบลที่ใช้กฎอัยการศึก ต้องเป็นไปตามพระราชกำหนดกฎหมายอาญาทหาร

ต่อมาในรัชสมัยของพระบาทสมเด็จพระปรเมนทรมหาอานันทมหิดล พระอัฐมรามาธิบดินทร (รัชกาลที่ 6) ทรงมีพระบรมราชโองการโปรดเกล้าฯ ให้ประกาศว่า “กฎอัยการศึกซึ่งได้ตราเป็นพระราชบัญญัติไว้ตั้งแต่ พ.ศ. 2450 (ร.ศ. 126) นั้น อำนาจเจ้าพนักงานฝ่ายทหารที่จะกระทำการใด ๆ ยังหาตรงกับระเบียบพิไชยสงคราม อันจะได้รักษาความเรียบร้อยปราศจากภัย ซึ่งจะมีมาจากภายนอก หรือเกิดขึ้นภายในได้โดยสะดวกไม่ บัดนี้สมควรแก้ไขกฎอัยการศึกแลเปลี่ยนแปลงให้เหมาะสมกับกาลสมัย” พระองค์จึงทรงพระกรุณาโปรดเกล้าฯ ให้ยกเลิกกฎอัยการศึก รัตน โกสินทร ศก 126 และทรงประกาศใช้ “พระราชบัญญัติกฎอัยการศึก พระพุทธศักราช 2457”⁴⁵ เมื่อวันที่ 27 สิงหาคม 2457 มีบทบัญญัติทั้งสิ้น 17 มาตรา ซึ่งต่อมาภายหลังได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัตินี้รวมทั้งสิ้น 5 ครั้ง ดังนี้

⁴⁴ กฎอัยการศึก รัตน โกสินทร ศก 126. (2450, 29 ธันวาคม). *ราชกิจจานุเบกษา*. เล่ม 24, หน้า 1029.

⁴⁵ พระราชบัญญัติกฎอัยการศึก พระพุทธศักราช 2457. (2457, 13 กันยายน). *ราชกิจจานุเบกษา*. เล่ม 31, หน้า 388-395.

ครั้งที่ 1 เมื่อวันที่ 24 เมษายน 2485 ซึ่งได้แก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชกำหนดแก้ไขเพิ่มเติม กฎอัยการศึก พ.ศ. 2457 พุทธศักราช 2485 แก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติมาตรา 2 เรื่องประกาศพระบรมม

ราชโองการให้ใช้กฎอัยการศึกทุกมาตราหรือแต่บางมาตรา หรือข้อความส่วนหนึ่งส่วนใดของ มาตราตลอดจนการกำหนดเงื่อนไขแห่งการใช้บทบัญญัตินั้น โดยมี จอมพล ป. พิบูลสงคราม นายกรัฐมนตรีในขณะนั้นเป็นผู้รับสนองพระบรมราชโองการ⁴⁶

ครั้งที่ 2 เมื่อวันที่ 22 ธันวาคม 2487 ซึ่งได้แก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติกฎอัยการศึก (ฉบับที่ 3) พุทธศักราช 2487⁴⁷ แก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติมาตรา 6 ให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายทหารมีอำนาจเหนือเจ้าหน้าที่ฝ่ายพลเรือนในส่วนที่เกี่ยวกับการรักษาความสงบเรียบร้อยของประชาชน และให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายพลเรือนต้องปฏิบัติตามคำเรียกร้องของเจ้าหน้าที่ฝ่ายทหารตามความจำเป็นในการยุทธ แก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติมาตรา 7 ให้ผู้มีอำนาจประกาศใช้กฎอัยการศึกมีอำนาจประกาศให้ศาลทหารพิจารณาพิพากษาคดีอาญาซึ่งการกระทำผิดเกิดขึ้นในเขตที่ประกาศใช้กฎอัยการศึกกับให้เพิ่มเติมบทบัญญัติมาตรา 7 ทวิ มาตรา 7 ตรี และประกาศใช้บัญชีต่อท้ายว่าด้วยความผิดอาญาที่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลทหาร โดยมีนายควง อภัยวงศ์ นายกรัฐมนตรีในขณะนั้นเป็นผู้รับสนองพระบรมราชโองการ

ครั้งที่ 3 เมื่อวันที่ 7 เมษายน 2488 ซึ่งได้แก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชกำหนดแก้ไขเพิ่มเติม พระราชบัญญัติกฎอัยการศึก พุทธศักราช 2457 พุทธศักราช 2488⁴⁸ แก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติกฎอัยการศึก (ฉบับที่ 3) พุทธศักราช 2487 มาตรา 7 ให้เพิ่มเติมบทบัญญัติวรรคสามและวรรคสี่ ว่าด้วยเรื่องอำนาจในการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลทหาร โดยมีนายควง อภัยวงศ์ นายกรัฐมนตรีในขณะนั้นเป็นผู้รับสนองพระบรมราชโองการ

ครั้งที่ 4 เมื่อวันที่ 6 สิงหาคม 2502 ซึ่งได้แก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติกฎอัยการศึก (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2502⁴⁹ แก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติมาตรา 7 เรื่องอำนาจในการพิจารณาพิพากษา

⁴⁶ พระราชกำหนดแก้ไขเพิ่มเติมกฎอัยการศึก พ.ศ. 2457 พุทธศักราช 2485. (2485, 28 เมษายน). *ราชกิจจานุเบกษา*. เล่ม 59, หน้า 916-918.

⁴⁷ พระราชบัญญัติกฎอัยการศึก (ฉบับที่ 3) พุทธศักราช 2487. (2487, 31 ธันวาคม). *ราชกิจจานุเบกษา*. เล่ม 61, หน้า 1245-1252.

⁴⁸ พระราชกำหนดแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติกฎอัยการศึก พุทธศักราช 2457 พุทธศักราช 2488. (2488, 7 เมษายน). *ราชกิจจานุเบกษา*. เล่ม 62, หน้า 251-253.

⁴⁹ พระราชบัญญัติกฎอัยการศึก (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2502. (2502, 11 สิงหาคม). *ราชกิจจานุเบกษา*. เล่ม 76, หน้า 315-322.

คดีของศาลทหาร และประกาศใช้บัญชีต่อท้ายว่าด้วยความผิดอาญาที่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลทหาร โดยมี จอมพลสฤษดิ์ ธนะรัชต์ นายกรัฐมนตรีในขณะนั้นเป็นผู้รับสนองพระบรมราชโองการ

ครั้งที่ 5 เมื่อวันที่ 13 ธันวาคม 2515 ซึ่งได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมโดยประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 303⁵⁰ โดยแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติมาตรา 6 ให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายทหารมีอำนาจเหนือเจ้าหน้าที่ฝ่ายพลเรือนในส่วนที่เกี่ยวกับการยุท การระงับปราบปราม หรือการรักษาความสงบเรียบร้อย และให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายพลเรือนต้องปฏิบัติตามความต้องการของเจ้าหน้าที่ฝ่ายทหาร แก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติมาตรา 7 เรื่องอำนาจในการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลทหาร แก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติมาตรา 9 เรื่องอำนาจของเจ้าหน้าที่ฝ่ายทหารในการตรวจค้น แก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติมาตรา 11 เรื่องอำนาจของเจ้าหน้าที่ฝ่ายทหารในการห้าม และเพิ่มเติมบทบัญญัติมาตรา 15 ทวิ เรื่องอำนาจของเจ้าหน้าที่ฝ่ายทหารในการกักตัวบุคคล ประกาศโดย จอมพลถนอม กิตติขจร หัวหน้าคณะปฏิวัติ

พระราชบัญญัติกฎอัยการศึก พระพุทธศักราช 2457 และที่แก้ไขเปลี่ยนแปลงเป็นกฎหมายความมั่นคงที่มีเจตนารมณ์เพื่อใช้ในการรักษาความมั่นคงของประเทศ ให้ปราศจากภัยซึ่งจะมีมาจากภายนอกประเทศหรือภัยที่เกิดขึ้นภายในประเทศ เมื่อเวลาที่มีเหตุจำเป็น หรือสงคราม หรือจลาจลในภาวะปกติกฎอัยการศึกจะไม่มีผลบังคับใช้ หากมีเหตุจำเป็นต้องใช้กฎอัยการศึกจะต้องมีประกาศพระบรมราชโองการให้ใช้กฎอัยการศึกในส่วนหนึ่งส่วนใดของราชอาณาจักรหรือตลอดทั่วทั้งพระราชอาณาจักร หรือเมื่อมีสงครามหรือจลาจลขึ้น ณ ที่แห่งใด ให้ผู้บังคับบัญชาทหาร ณ ที่นั้น ซึ่งมีกำลังทหารอยู่ใต้การบังคับบัญชาไม่น้อยกว่าหนึ่งกองพัน หรือผู้บังคับบัญชาในป้อมหรือที่มั่นอย่างใด ๆ ของทหาร มีอำนาจที่จะประกาศใช้กฎอัยการศึกเฉพาะในพื้นที่เขตอำนาจหน้าที่ของทหารนั้น

เมื่อประกาศใช้กฎอัยการศึกในพื้นที่ใดแล้วจะมีผลให้กฎหมายอื่นที่มีบทบัญญัติขัดกับความของกฎอัยการศึกที่ใช้บังคับต้องระงับลง โดยให้ใช้บทบัญญัติของกฎอัยการศึกที่ใช้บังคับนั้นแทน และให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายทหารมีอำนาจเหนือเจ้าหน้าที่ฝ่ายพลเรือนในส่วนที่เกี่ยวกับการยุทการระงับปราบปราม หรือการรักษาความสงบเรียบร้อย เจ้าหน้าที่ฝ่ายทหารมีอำนาจเต็มในการตรวจค้นบุคคล ยานพาหนะ เคหะสถาน ไม่ว่าที่ใด ๆ และไม่ว่าเวลาใด ๆ ให้อำนาจเจ้าหน้าที่ฝ่ายทหารในการที่จะเกณฑ์พลเมือง ยวดยาน เสบียงอาหาร ให้อำนาจที่จะห้ามเผยแพร่หนังสือ สิ่งพิมพ์ หนังสือพิมพ์ ห้ามรับส่งวิทยุหรือโทรทัศน์ ห้ามใช้ทางสาธารณะทั้งทางบก ทางน้ำ และทางอากาศ ห้ามบุคคลออกนอกเคหะสถาน ให้อำนาจยึดทรัพย์สินของบุคคล ให้อำนาจเข้าอาศัย ให้อำนาจเผา

⁵⁰ ประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 303. (2515, 13 ธันวาคม). *ราชกิจจานุเบกษา*. เล่ม 89, ฉบับพิเศษ หน้า 11-16.

ทำลาย หรือเปลี่ยนแปลงสถานที่ให้อ่านจับไล่ให้อ่านจกักตัวบุคคล และบุคคลซึ่งได้รับความเสียหายจากการกระทำของเจ้าหน้าที่ฝ่ายทหารจะเรียกร้องค่าเสียหายหรือค่าปรับอย่างหนึ่งอย่างใดจากเจ้าหน้าที่ฝ่ายทหารไม่ได้เลย

ในอดีตที่ผ่านมา ประเทศไทยได้มีการประกาศใช้กฎอัยการศึกหลายครั้ง⁵¹ โดยได้มีการประกาศใช้กฎอัยการศึกในเหตุการณ์ที่เป็นภัยต่อความมั่นคงของประเทศที่มีมาจากภายนอก ราชอาณาจักร อาทิ การประกาศใช้กฎอัยการศึกในเหตุการณ์สงครามอินโดจีน เมื่อวันที่ 7 มกราคม 2484 และการประกาศใช้กฎอัยการศึกในเหตุการณ์สงครามเอเชียบูรพา เมื่อวันที่ 10 ธันวาคม 2484 การประกาศใช้กฎอัยการศึกในเหตุการณ์ภายในประเทศ อาทิ การประกาศใช้กฎอัยการศึกเมื่อวันที่ 5 มกราคม 2547 โดยกองทัพภาคที่ 4 ในเหตุความไม่สงบในพื้นที่ 3 จังหวัดชายแดนภาคใต้ ได้แก่ จังหวัดนราธิวาส จังหวัดปัตตานี และจังหวัดยะลา ซึ่งเป็นเหตุการณ์ที่เป็นภัยต่อความมั่นคงของประเทศที่เกิดขึ้นภายในราชอาณาจักร เป็นต้น

อย่างไรก็ตาม การใช้อำนาจประกาศกฎอัยการศึกโดยเจ้าหน้าที่ฝ่ายทหารที่ผ่านมาได้มีการประกาศใช้กฎอัยการศึกในสถานการณ์ทางการเมือง ดังนี้

จอมพล สฤษดิ์ ธนะรัชต์ ประกาศใช้กฎอัยการศึกเมื่อวันที่ 16 กันยายน 2500 และวันที่ 20 ตุลาคม 2501

จอมพล ถนอม กิตติขจร ประกาศใช้กฎอัยการศึกเมื่อวันที่ 17 พฤศจิกายน 2514

พลเรือเอก สงัด ชลออยู่ ประกาศใช้กฎอัยการศึกเมื่อวันที่ 6 ตุลาคม 2519

พลเอก สุนทร คงสมพงษ์ ประกาศใช้กฎอัยการศึกเมื่อวันที่ 23 กุมภาพันธ์ 2534

พลเอก สนธิ บุญยรัตกลิน หัวหน้าคณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ประกาศใช้กฎอัยการศึกเมื่อวันที่ 19 กันยายน 2549

พลเอก ประยุทธ์ จันทร์โอชา ในขณะที่ดำรงตำแหน่งผู้บัญชาการทหารบก ประกาศใช้กฎอัยการศึกทั่วราชอาณาจักรในสถานการณ์ที่มีกลุ่มผู้ชุมนุมทางการเมือง เมื่อวันที่ 20 พฤษภาคม 2557 และการประกาศใช้กฎอัยการศึกทั่วราชอาณาจักรในขณะที่ดำรงตำแหน่งหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ภายหลังจากที่คณะรักษาความสงบแห่งชาติได้ยึดอำนาจการปกครองประเทศ เมื่อวันที่ 22 พฤษภาคม 2557

2.10 กฎหมายเกี่ยวกับความมั่นคงฉบับอื่นนอกจากพระราชบัญญัติกฎอัยการศึก พระพุทธศักราช 2457

⁵¹ ประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 303. (2515, 13 ธันวาคม). *ราชกิจจานุเบกษา*. เล่ม 89, ฉบับพิเศษ หน้า 5-6.

ประเทศไทย นอกจากพระราชบัญญัติกฏอัยการศึก พระพุทธศักราช 2457 เป็นกฎหมายด้านความมั่นคงของประเทศแล้ว ประเทศไทยยังคงมีกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการรักษาความมั่นคงของประเทศอีกหลายฉบับ ผู้เขียนจึงได้ทำการศึกษากฎหมายความมั่นคงฉบับอื่นซึ่งมีความเชื่อมโยงหรือมีลักษณะการบังคับใช้ที่ใกล้เคียงกับกฏอัยการศึก ซึ่งสามารถที่จะนำมาใช้ในสถานการณ์ที่เป็นภัยร้ายแรงได้ตามความจำเป็นและเหมาะสมกับระดับความรุนแรงที่เกิดขึ้นได้ เพื่อประกอบการศึกษาเปรียบเทียบพระราชบัญญัติกฏอัยการศึก พระพุทธศักราช 2457 กับกฎหมายด้านความมั่นคงฉบับอื่นของไทย

2.10.1 พระราชบัญญัติผู้อำนวยการรักษาความเรียบร้อยภายในประเทศ พ.ศ. 2519

พระราชบัญญัติผู้อำนวยการรักษาความเรียบร้อยภายในประเทศ พ.ศ. 2519⁵² ได้ตราขึ้นโดยสภาที่ปรึกษาของนายกรัฐมนตรี ซึ่งทำหน้าที่สภาปฏิรูปการปกครองแผ่นดินเป็นผู้ให้คำแนะนำและยินยอม พระราชบัญญัตินี้มีผลใช้บังคับเมื่อวันที่ 17 พฤศจิกายน 2519 เพื่อใช้บังคับแทนคำสั่งคณะปฏิรูปการปกครองแผ่นดิน ฉบับที่ 2 เรื่องแต่งตั้งผู้บัญชาการผู้รักษาความสงบเรียบร้อยภายในประเทศ ลงวันที่ 6 ตุลาคม 2519 ที่ออกคำสั่งโดยพลเรือเอกสงัด ชลออยู่ หัวหน้าคณะปฏิรูปการปกครองแผ่นดิน ที่เข้ายึดอำนาจการปกครองจากรัฐบาลในขณะนั้นซึ่งมีหม่อมราชวงศ์เสนีย์ ปราโมช เป็นนายกรัฐมนตรี

กฎหมายความมั่นคงฉบับนี้ มีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์ในการรักษาความสงบเรียบร้อยภายในประเทศให้เป็นไปโดยรวดเร็วและมีประสิทธิภาพ ภายหลังจากเหตุการณ์ 6 ตุลา ซึ่งรัฐบาลใช้กำลังทหารเข้าปราบปรามนักศึกษาและประชาชนที่ท้องสนามหลวงและมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ พระราชบัญญัติผู้อำนวยการรักษาความเรียบร้อยภายในประเทศ พ.ศ. 2519 มีสาระสำคัญ คือ การให้นายกรัฐมนตรีมีอำนาจแต่งตั้งผู้บัญชาการทหารสูงสุดเป็นผู้ผู้อำนวยการรักษาความเรียบร้อยภายในประเทศ และให้ผู้ผู้อำนวยการรักษาความเรียบร้อยภายในประเทศมีอำนาจในการสั่งการใด ๆ รวมตลอดทั้งสั่งใช้กำลังทหารบก ทหารเรือ ทหารอากาศ ตำรวจ และข้าราชการพลเรือนเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยตามกฎหมายได้ทุกกรณี กบิให้มีอำนาจแต่งตั้งบุคคลหรือคณะบุคคลให้กระทำการใดตามที่เห็นสมควรได้ อำนาจของผู้ผู้อำนวยการรักษาความเรียบร้อยภายในประเทศไม่เป็นการลบล้างอำนาจของบุคคลอื่นใดที่มีอยู่ตามกฎหมาย แต่บุคคลอื่นจะสั่งการให้ขัดต่อคำสั่งของผู้ผู้อำนวยการรักษาความเรียบร้อยภายในประเทศไม่ได้ พระราชบัญญัติผู้อำนวยการรักษาความเรียบร้อยภายในประเทศ พ.ศ. 2519 มีนายธานินทร์ กรัยวิเชียร นายกรัฐมนตรีในขณะนั้น เป็นผู้รับสนองพระบรมราชโองการ

⁵² พระราชบัญญัติผู้อำนวยการรักษาความเรียบร้อยภายในประเทศ พ.ศ. 2519.

กฎหมายความมั่นคงของไทยฉบับนี้ มีบทบัญญัติหลายมาตราที่มีผลในการใช้บังคับคล้ายกับพระราชบัญญัติกฎอัยการศึก พระพุทธศักราช 2457 อยู่หลายประการ กล่าวคือ พระราชบัญญัติผู้อำนวยการรักษาความเรียบร้อยภายในประเทศ พ.ศ. 2519 มีบทบัญญัติที่ให้ฝ่ายทหารมีอำนาจเต็มในการปฏิบัติการทางทหาร โดยมุ่งหมายให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายทหารสามารถที่จะดำเนินการได้อย่างรวดเร็วและมีประสิทธิภาพเพื่อการรักษาความสงบเรียบร้อยภายในประเทศ และให้ฝ่ายทหารมีอำนาจเหนือเจ้าหน้าที่ฝ่ายพลเรือน

ต่อมาในปี พ.ศ. 2535 คณะรัฐมนตรีซึ่งมี นายชวน หลีกภัย เป็นนายกรัฐมนตรี ได้มีมติคณะรัฐมนตรีเสนอให้ยกเลิกพระราชบัญญัติผู้อำนวยการรักษาความเรียบร้อยภายในประเทศ พ.ศ. 2519 โดยให้เหตุผลว่า กฎหมายดังกล่าวได้ตราขึ้นให้เป็นมาตรการพิเศษในการดำเนินการรักษาความสงบเรียบร้อยภายในประเทศในภาวะการณ์ของบ้านเมืองในขณะหนึ่ง เมื่อสถานการณ์ได้เปลี่ยนแปลงไปจึงสมควรยกเลิกมาตรการดังกล่าว ประกอบกับการที่กฎหมายให้อำนาจที่เด็ดขาดและรวดเร็วตามกฎหมายดังกล่าว อาจเป็นอันตรายต่อประเทศได้ เนื่องจากตามข้อเท็จจริงในทางปฏิบัติผู้อำนวยการรักษาความเรียบร้อยภายในประเทศต้องมอบอำนาจให้แก่ผู้ใต้บังคับบัญชาตามลำดับชั้นลงไป จึงไม่อาจควบคุมการปฏิบัติการของเจ้าหน้าที่ฝ่ายทหารในระดับล่างได้ ซึ่งสอดคล้องกับความคิดของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรที่เสนอให้ยกเลิกกฎหมายฉบับนี้ โดยให้เหตุผลว่า “เนื่องจากพระราชบัญญัติผู้อำนวยการรักษาความเรียบร้อยภายในประเทศ พ.ศ. 2519 เป็นกฎหมายที่ให้อำนาจแก่ผู้อำนวยการรักษาความเรียบร้อยภายในประเทศอย่างไม่มีขอบเขต และเป็นกฎหมายที่ออกมาใช้บังคับในระหว่างที่มีเหตุการณ์ไม่สงบเรียบร้อยในขณะที่มีการปฏิรูปการปกครองแผ่นดิน ซึ่งเหตุการณ์ดังกล่าวได้ผ่านพ้นไปแล้ว สมควรยกเลิกกฎหมายดังกล่าวเสีย” นอกจากนี้ในการพิจารณาร่างพระราชบัญญัติยกเลิกพระราชบัญญัติผู้อำนวยการรักษาความเรียบร้อยภายในประเทศ พ.ศ. 2519 พ.ศ. ของสภาผู้แทนราษฎร ได้มีสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรอภิปรายแสดงความคิดเห็นว่า หากมีการยกเลิกกฎหมายฉบับนี้แล้ว ยังมีกฎหมายด้านความมั่นคงอื่นที่นำมาใช้ได้ตามความเหมาะสมกับสถานการณ์ จึงได้มีการตราและประกาศใช้พระราชบัญญัติยกเลิกพระราชบัญญัติผู้อำนวยการรักษาความเรียบร้อยภายในประเทศ พ.ศ. 2519 พ.ศ. 2536⁵³

ภายหลังจากได้มีการยกเลิกพระราชบัญญัติผู้อำนวยการรักษาความเรียบร้อยภายในประเทศ พ.ศ. 2519 แล้ว คณะรัฐมนตรีได้มอบหมายให้สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาและคณะกรรมการพัฒนากฎหมายพิจารณาปรับปรุงกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการรักษาความสงบ

⁵³ พระราชบัญญัติยกเลิกพระราชบัญญัติผู้อำนวยการรักษาความเรียบร้อยภายในประเทศ พ.ศ. 2519 พ.ศ. 2536. (2536, 31 มีนาคม). *ราชกิจจานุเบกษา*. เล่ม 110, หน้า 19.

เรียบร้อยภายในประเทศตามข้อสังเกตของวุฒิสภา คณะกรรมการพัฒนากฎหมายพิจารณาแล้ว มีความเห็นสมควรให้ปรับปรุงกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการรักษาความสงบเรียบร้อยภายในประเทศ จึงได้ดำเนินการยกร่างกฎหมายขึ้น 2 ฉบับ คือ ร่างพระราชบัญญัติกฎอัยการศึก พ.ศ. เพื่อปรับปรุงพระราชบัญญัติกฎอัยการศึก พระพุทธศักราช 2457 และร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. เพื่อปรับปรุงพระราชบัญญัติว่าด้วยการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2495 ต่อมาได้มีการปรับปรุงกฎหมาย พระราชบัญญัติว่าด้วยการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2495 โดยการประกาศใช้พระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548 แต่จนถึงปัจจุบันยังมิได้มีการปรับปรุงพระราชบัญญัติกฎอัยการศึก พระพุทธศักราช 2457 ตามข้อเสนอดังกล่าวแต่อย่างใด

2.10.2 พระราชบัญญัติการเกณฑ์ช่วยราชการทหาร พ.ศ. 2530

พระราชบัญญัติการเกณฑ์ช่วยราชการทหาร พ.ศ. 2530⁵⁴ ได้ประกาศใช้บังคับแทนพระราชบัญญัติเกณฑ์พลเมืองอุดหนุนราชการทหารในเวลาปกติ หรือเวลาสงคราม และในเวลาที่ได้ประกาศใช้กฎอัยการศึก พระพุทธศักราช 2464 เนื่องจากกฎหมายว่าด้วยการเกณฑ์ช่วยราชการทหารฉบับเดิมนั้น ได้ประกาศใช้บังคับมาเป็นเวลานาน ประกอบกับถ้อยคำของกฎหมายที่บัญญัติไว้ยังไม่รัดกุม ไม่ชัดเจน รวมทั้งเป็นการสมควรแก้ไขปรับปรุงวิธีการเกณฑ์ช่วยราชการทหารให้มีความเหมาะสมกับกาลสมัยเพื่อให้สอดคล้องกับสถานการณ์ของประเทศ โดยให้ใช้บทบัญญัติในพระราชบัญญัติการเกณฑ์ช่วยราชการทหาร พ.ศ. 2530 แทนกฎหมาย กฎ ข้อบังคับ ซึ่งขัดหรือแย้งกับพระราชบัญญัตินี้

การเกณฑ์ช่วยราชการทหารตามพระราชบัญญัติการเกณฑ์ช่วยราชการทหาร พ.ศ. 2530 แบ่งออกเป็น 2 กรณี คือ “การเกณฑ์ในเวลาปกติ” และ “การเกณฑ์ในเวลาไม่ปกติ”

“การเกณฑ์ในเวลาปกติ” คือ การเกณฑ์ทรัพย์สินเพื่อช่วยราชการทหารสำหรับหน่วยทหารที่ออกฝึกการสนามเฉพาะเมื่อไม่สามารถหรือไม่มีเวลาพอที่จะจัดหาทรัพย์สินที่จะใช้ในราชการทหารได้ตามปกติ ซึ่งจะกระทำได้เฉพาะในการฝึกการสนามที่จำเป็นจะต้องมีพลเรือนเข้าร่วมในการฝึกนั้น

“การเกณฑ์ในเวลาไม่ปกติ” คือ การเกณฑ์ทรัพย์สินและแรงงานเพื่อช่วยราชการทหารในระหว่างเวลาที่ประเทศอยู่ในภาวะการรบ หรือการสงคราม หรือในระหว่างเวลาที่มิประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินหรือประกาศใช้กฎอัยการศึก

⁵⁴ พระราชบัญญัติการเกณฑ์ช่วยราชการทหาร พ.ศ. 2530. (2530, 28 ธันวาคม). *ราชกิจจานุเบกษา*. เล่ม 104, หน้า 1.

เจ้าของหรือผู้ครอบครองทรัพย์สินที่ถูกเกณฑ์ มีสิทธิได้รับค่าทดแทนในราคาหรือค่าเช่าปานกลางในท้องที่ที่ทรัพย์สินนั้นตั้งอยู่ในกรณีที่เจ้าของหรือผู้ครอบครองทรัพย์สินไม่พอใจค่าทดแทนที่เจ้าพนักงานปกครองท้องที่กำหนดให้เจ้าของหรือผู้ครอบครองทรัพย์สินมีสิทธิยื่นคำคัดค้านเพื่อให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายทหารพิจารณาวินิจฉัยได้ หรือในกรณีที่เจ้าของหรือผู้ครอบครองทรัพย์สินที่ถูกเกณฑ์ประสงค์จะเรียกค่าเสียหาย ก็สามารถยื่นคำร้องต่อเจ้าพนักงานปกครองท้องที่ที่ออกหมายเกณฑ์หรือเจ้าหน้าที่ฝ่ายทหารได้ และในกรณีที่ไม่มีกรจ่ายค่าทดแทนหรือค่าเสียหายภายในระยะเวลาที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัตินี้ เจ้าของหรือผู้ครอบครองทรัพย์สินมีสิทธิฟ้องคดีต่อศาล เพื่อให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายทหารจ่ายค่าทดแทนหรือค่าเสียหายได้ตามกฎหมาย ในส่วนของผู้ถูกเกณฑ์แรงงานก็มีสิทธิที่จะได้รับเงินค่าทดแทนจากการถูกเกณฑ์แรงงานตามอัตราที่กระทรวงกลาโหมกำหนด เว้นแต่ผู้ถูกเกณฑ์แรงงานซึ่งมีหน้าที่จะต้องกระทำเป็นปกติและได้รับค่าจ้างจากรายจ้างสำหรับงานนั้นอยู่แล้วไม่มีสิทธิได้รับค่าทดแทน

2.10.3 พระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548

พระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548⁵⁵ ได้ตราขึ้นเมื่อวันที่ 16 กรกฎาคม 2548 โดยความเห็นของคณะรัฐมนตรีในสมัยที่ นายทักษิณ ชินวัตร เป็นนายกรัฐมนตรี พระราชบัญญัตินี้มีผลใช้บังคับเมื่อวันที่ 17 กรกฎาคม 2548 โดยมีเหตุผลในการประกาศใช้พระราชกำหนดฉบับนี้ เนื่องจากพระราชบัญญัติว่าด้วยการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2495 ได้ใช้บังคับมาเป็นเวลานานแล้ว บทบัญญัติต่าง ๆ จึงไม่สามารถที่จะนำมาใช้เพื่อแก้ไขสถานการณ์ที่มีผลกระทบต่อความมั่นคงของรัฐที่มีหลากหลายรูปแบบให้ยุติลงได้โดยเร็ว รวมทั้งไม่อาจนำมาใช้ในการแก้ไขปัญหาซึ่งเกิดจากภัยพิบัติสาธารณะและการฟื้นฟูสภาพความเป็นอยู่ของประชาชนที่ได้รับความเสียหาย และเนื่องจากในปัจจุบันมีปัญหาเกี่ยวกับความมั่นคงของรัฐ ซึ่งมีความร้ายแรงมากยิ่งขึ้นจนอาจกระทบต่อเอกราชและบูรณภาพแห่งอาณาเขต และก่อให้เกิดความไม่สงบเรียบร้อยในประเทศ รวมทั้งทำให้ประชาชนได้รับอันตรายหรือเดือดร้อนจนไม่อาจใช้ชีวิตได้อย่างเป็นปกติสุข และไม่อาจแก้ไขปัญหาด้วยการบริหารราชการในรูปแบบปกติได้ สมควรที่จะต้องกำหนดมาตรการในการบริหารราชการสำหรับสถานการณ์ฉุกเฉินไว้เป็นพิเศษ เพื่อให้รัฐสามารถรักษาความมั่นคงของรัฐความปลอดภัย และการรักษาสิทธิเสรีภาพของประชาชนทั้งปวงให้กลับสู่สภาพปกติได้โดยเร็ว อันเป็นกรณีฉุกเฉินที่มีความจำเป็นรีบด่วนอันมิอาจจะหลีกเลี่ยงได้เพื่อประโยชน์ในการรักษาความปลอดภัยของประเทศ ความปลอดภัยสาธารณะ และป้องกันภัยพิบัติสาธารณะ จึงได้ตราพระราชกำหนดนี้

⁵⁵ พระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548. (2548, 16 กรกฎาคม). *ราชกิจจานุเบกษา*. เล่ม 122, หน้า 1.

“สถานการณ์ฉุกเฉิน”⁵⁶ ในพระราชกำหนดฉบับนี้ หมายความว่า สถานการณ์อันกระทบหรืออาจกระทบต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน หรือเป็นภัยต่อความมั่นคงของรัฐ หรืออาจทำให้ประเทศหรือส่วนใดส่วนหนึ่งของประเทศตกอยู่ในภาวะคับขัน หรือมีการกระทำความผิดเกี่ยวกับการก่อการร้ายตามประมวลกฎหมายอาญา การรบหรือการสงคราม ซึ่งจำเป็นต้องมีมาตรการเร่งด่วนที่นำมาใช้เพื่อรักษาไว้ซึ่งการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย เอกราชและบูรณภาพแห่งอาณาเขต และผลประโยชน์ของชาติการปฏิบัติตามกฎหมาย ความปลอดภัยของประชาชน การดำรงชีวิตโดยปกติสุขของประชาชนการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพ ความสงบเรียบร้อยหรือประโยชน์ส่วนรวม หรือการป้องกันหรือแก้ไขเยียวยาความเสียหายจากภัยพิบัติสาธารณะอันมีมาอย่างฉุกเฉินและร้ายแรง

พระราชกำหนดฉบับนี้ มีบทบัญญัติที่เป็นสาระสำคัญ ดังนี้

1) อำนาจประกาศสถานการณ์ฉุกเฉิน⁵⁷ เมื่อปรากฏว่ามีสถานการณ์ฉุกเฉินเกิดขึ้นและนายกรัฐมนตรีเห็นสมควรให้ใช้กำลังเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง ตำรวจ เจ้าหน้าที่ฝ่ายพลเรือน หรือเจ้าหน้าที่ฝ่ายทหาร ร่วมกันเพื่อป้องกัน แก้ไข ปราบปราม ระงับยับยั้ง ฟื้นฟู หรือช่วยเหลือประชาชน ให้นายกรัฐมนตรีโดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรี มีอำนาจประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินเพื่อบังคับใช้ทั่วราชอาณาจักรหรือในบางเขตบางท้องที่ได้ตามความจำเป็นแห่งสถานการณ์ โดยให้มีผลใช้บังคับตลอดระยะเวลาที่นายกรัฐมนตรีกำหนด แต่ต้องไม่เกินกว่าสามเดือนนับแต่วันที่ประกาศ ในกรณีที่มีความจำเป็นที่จะต้องขยายระยะเวลาการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินออกไป ให้นายกรัฐมนตรีโดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรีมีอำนาจประกาศระยะเวลาการใช้บังคับออกไปอีกเป็นคราว ๆ คราวละไม่เกินสามเดือน และเมื่อสถานการณ์ฉุกเฉินสิ้นสุดลงแล้วให้นายกรัฐมนตรีประกาศยกเลิกประกาศสถานการณ์ฉุกเฉิน

2) คณะกรรมการบริหารสถานการณ์ฉุกเฉิน⁵⁸ ประกอบด้วยรองนายกรัฐมนตรีที่นายกรัฐมนตรีมอบหมายเป็นประธานกรรมการ รัฐมนตรีว่าการกระทรวงกลาโหม รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทย และรัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรม เป็นรองประธาน ปลัดกระทรวงกลาโหม ปลัดกระทรวงการต่างประเทศ ปลัดกระทรวงการพัฒนาสังคมและความมั่นคงของมนุษย์ ปลัดกระทรวงมหาดไทย ปลัดกระทรวงยุติธรรม ผู้อำนวยการสำนักข่าวกรองแห่งชาติ อัยการสูงสุด ผู้บัญชาการทหารสูงสุด ผู้บัญชาการทหารบก ผู้บัญชาการทหารเรือ ผู้บัญชาการทหารอากาศ ผู้บัญชาการตำรวจแห่งชาติ อธิบดีกรมการปกครอง และอธิบดีกรมป้องกันและบรรเทาสาธารณภัย

⁵⁶ พระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548. มาตรา 4.

⁵⁷ พระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548. มาตรา 5.

⁵⁸ พระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548. มาตรา 6.

เป็นกรรมการ และเลขาธิการสภาความมั่นคงแห่งชาติ เป็นกรรมการและเลขานุการ มีอำนาจและหน้าที่ในการติดตามและตรวจสอบเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นทั้งภายในและภายนอกประเทศที่อาจเป็นเหตุให้เกิดสถานการณ์ฉุกเฉิน เพื่อเสนอแนะต่อนายกรัฐมนตรีในกรณีที่มีความจำเป็นต้องประกาศสถานการณ์ฉุกเฉิน

3) อำนาจสั่งการ⁵⁹ ในเขตท้องที่ที่มีการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉิน ให้อำนาจของรัฐมนตรี ในส่วนที่เกี่ยวกับการอนุญาต อนุมัติ สั่งการ บังคับ บัญชา หรือช่วยในการป้องกัน แก้ไขปราบปราม และระงับยับยั้งในสถานการณ์ฉุกเฉินหรือพื้นที่พutschelประชาชน โอนมาเป็นอำนาจหน้าที่ของนายกรัฐมนตรีเป็นการชั่วคราว เพื่อให้การสั่งการและการแก้ไขสถานการณ์เป็นไปโดยมีเอกภาพ รวดเร็ว และมีประสิทธิภาพ โดยให้นายกรัฐมนตรีมีอำนาจแต่งตั้งบุคคลเพื่อปฏิบัติหน้าที่ตามพระราชกำหนดนี้

4) หน่วยงานพิเศษ⁶⁰ ในเขตท้องที่ที่มีการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉิน ให้คณะรัฐมนตรีมีอำนาจในการจัดตั้งหน่วยงานพิเศษขึ้นเป็นการเฉพาะ เพื่อให้ปฏิบัติหน้าที่ตามพระราชกำหนดนี้เป็นการชั่วคราวได้ตามความจำเป็น โดยให้หน่วยงานพิเศษปฏิบัติหน้าที่ได้จนกว่าจะประกาศยกเลิกสถานการณ์ฉุกเฉิน

5) อำนาจออกข้อกำหนด⁶¹ ในกรณีที่มีความจำเป็นเพื่อแก้ไขสถานการณ์ฉุกเฉินให้ยุติลงได้โดยเร็ว หรือป้องกันมิให้เกิดเหตุร้ายแรงมากขึ้น ให้นายกรัฐมนตรีมีอำนาจออกข้อกำหนดดังต่อไปนี้

(ก) ห้ามมิให้บุคคลใดออกนอกเคหะสถานภายในระยะเวลาที่กำหนด เว้นแต่จะได้รับอนุญาตจากพนักงานเจ้าหน้าที่

(ข) ห้ามมิให้มีการชุมนุมหรือมั่วสุมกัน ณ ที่ใด ๆ หรือกระทำการใดอันเป็นการยุยงให้เกิดความไม่สงบเรียบร้อย

(ค) ห้ามการเสนอข่าว การจำหน่าย หรือทำให้แพร่หลายซึ่งหนังสือ สิ่งพิมพ์ หรือสิ่งอื่นใดที่มีข้อความอันอาจทำให้ประชาชนเกิดความหวาดกลัว หรือมีเจตนาบิดเบือนข้อมูลข่าวสารเพื่อทำให้ประชาชนเกิดความเข้าใจผิดในสถานการณ์ฉุกเฉินจนกระทบต่อความมั่นคงของรัฐ หรือความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ทั้งในเขตพื้นที่ที่ประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินและในพื้นที่ทั่วราชอาณาจักร

⁵⁹ พระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548. มาตรา 7.

⁶⁰ พระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548. มาตรา 7 วรรคห้า.

⁶¹ พระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548. มาตรา 9.

(ง) ห้ามการใช้เส้นทางคมนาคม ยานพาหนะ หรือกำหนดเงื่อนไขการใช้เส้นทางคมนาคมหรือยานพาหนะ

(จ) ห้ามการใช้อาคาร หรือเข้าไปหรืออยู่ในสถานที่ใด ๆ

(ฉ) ให้อพยพประชาชนออกจากพื้นที่ที่กำหนดเพื่อความปลอดภัยของประชาชน หรือห้ามผู้ใดเข้าไปในพื้นที่ที่กำหนด

6) สถานการณ์ฉุกเฉินที่มีความร้ายแรง⁶² ในกรณีที่สถานการณ์ฉุกเฉินมีการก่อการร้าย หรือมีการใช้กำลังประทุษร้ายต่อชีวิต ร่างกาย หรือทรัพย์สิน หรือมีเหตุอันควรเชื่อได้ว่าการกระทำที่มีความรุนแรงอันกระทบต่อความมั่นคงของรัฐ ความปลอดภัยในชีวิตของประชาชน ทรัพย์สินของรัฐหรือของประชาชน และมีความจำเป็นที่จะต้องเร่งดำเนินการแก้ไขปัญหาให้ยุติได้ อย่างมีประสิทธิภาพและทัน่วงที ให้นายกรัฐมนตรีโดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรี มีอำนาจในการประกาศให้สถานการณ์ฉุกเฉินนั้น เป็นสถานการณ์ฉุกเฉินที่มีความร้ายแรง และให้นายกรัฐมนตรีโดยมีอำนาจดังต่อไปนี้

(ก) ประกาศให้พนักงานเจ้าหน้าที่มีอำนาจจับกุมและควบคุมบุคคลที่สงสัยว่าเป็นผู้ร่วมกระทำการให้เกิดสถานการณ์ฉุกเฉิน ได้เท่าที่จำเป็น เพื่อป้องกันมิให้บุคคลนั้นกระทำการใด ๆ อันจะทำให้เกิดสถานการณ์ฉุกเฉินร้ายแรง หรือเพื่อระงับเหตุการณ์ร้ายแรง

(ข) ประกาศให้พนักงานเจ้าหน้าที่มีอำนาจออกคำสั่งเรียกให้บุคคลใดมารายงานตัวต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ หรือมาให้ถ้อยคำ หรือส่งมอบเอกสารหรือหลักฐานใด ที่เกี่ยวข้องกับสถานการณ์ฉุกเฉิน

(ค) ประกาศให้พนักงานเจ้าหน้าที่มีอำนาจออกคำสั่งยึดหรืออายัดอาวุธ สินค้า เครื่องอุปโภคบริโภค เคมีภัณฑ์ หรือวัตถุอื่นใด ในกรณีที่มีเหตุอันควรสงสัยว่าได้ใช้หรือจะใช้เพื่อกระทำการให้เกิดเหตุสถานการณ์ฉุกเฉิน

(ง) ประกาศให้พนักงานเจ้าหน้าที่มีอำนาจออกคำสั่งตรวจค้น รั้วถอน ทำลายสิ่งปลูกสร้างหรือสิ่งกีดขวาง ตามความจำเป็นเพื่อระงับเหตุร้ายแรงโดยเร็ว

(จ) ประกาศให้พนักงานเจ้าหน้าที่มีอำนาจออกคำสั่งตรวจสอบจดหมาย หนังสือ สิ่งพิมพ์ โทรเลข โทรศัพท์ หรือการสื่อสารด้วยวิธีการอื่นใด มีอำนาจสั่งระงับหรือยับยั้งการติดต่อหรือการสื่อสารใด เพื่อป้องกันหรือระงับเหตุการณ์ร้ายแรง

(ฉ) ประกาศห้ามกระทำการใด ๆ หรือสั่งให้กระทำการใด ๆ เท่าที่จำเป็นแก่ความมั่นคงของรัฐ ความปลอดภัยของประเทศ หรือความปลอดภัยของประชาชน

⁶² พระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548. มาตรา 11.

(ข) ประกาศให้พนักงานเจ้าหน้าที่ที่มีอำนาจออกคำสั่งห้ามผู้ใดออกนอกราชอาณาจักรในกรณีที่มีเหตุอันควรเชื่อได้ว่าการออกไปนอกราชอาณาจักรจะกระทบต่อความมั่นคงของรัฐ หรือความปลอดภัยของประเทศ

(ค) ประกาศให้พนักงานเจ้าหน้าที่ที่มีอำนาจสั่งการให้คนต่างด้าวออกไปนอกราชอาณาจักร ในกรณีมีเหตุอันควรเชื่อได้ว่าเป็นผู้สนับสนุนการกระทำให้เกิดสถานการณ์ฉุกเฉิน

(ง) ประกาศให้การซื้อ ขาย ใช้ หรือมิได้ครอบครองซึ่งอาวุธ สินค้า เวชภัณฑ์ เครื่องอุปโภคบริโภค เคมีภัณฑ์ หรือวัสดุอุปกรณ์อย่างหนึ่งอย่างใดซึ่งอาจใช้ในการก่อความไม่สงบหรือก่อการร้ายต้องรายงานหรือได้รับอนุญาตจากพนักงานเจ้าหน้าที่หรือปฏิบัติตามเงื่อนไขที่นายกรัฐมนตรีกำหนด

(จ) ออกคำสั่งให้ใช้กำลังทหาร เพื่อช่วยเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองหรือตำรวจในการระงับเหตุการณ์ร้ายแรง หรือควบคุมสถานการณ์ให้เกิดความสงบโดยด่วน ทั้งนี้ ตามเงื่อนไขและเวลาที่นายกรัฐมนตรีกำหนด แต่ต้องไม่เกินกว่ากรณีที่มีการใช้กฎอัยการศึก

7) การขออนุญาตศาลเพื่อจับกุมและควบคุมตัวบุคคล⁶³ ให้พนักงานเจ้าหน้าที่ร้องขอต่อศาล เพื่อขออนุญาตดำเนินการจับกุมและควบคุมตัวบุคคลที่ต้องสงสัย เมื่อได้รับอนุญาตจากศาล ให้พนักงานเจ้าหน้าที่มีอำนาจจับกุมและควบคุมตัวได้ไม่เกินเจ็ดวัน และต้องควบคุมไว้ในสถานที่ซึ่งไม่ใช่สถานีตำรวจ ที่คุมขัง ทัณฑสถาน หรือเรือนจำ ในกรณีที่มีความจำเป็นต้องควบคุมตัวต่อเพื่อประโยชน์ในการแก้ไขสถานการณ์ฉุกเฉิน ให้พนักงานเจ้าหน้าที่ร้องขอต่อศาลเพื่อขอขยายระยะเวลาได้อีกคราวละเจ็ดวัน แต่รวมระยะเวลาทั้งหมดต้องไม่เกินกว่าสามสิบวัน

8) ข้อกำหนด ประกาศ คำสั่ง หรือการกระทำตามพระราชกำหนดนี้⁶⁴ ไม่อยู่ในบังคับของกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง กฎหมายว่าด้วยการจัดตั้งศาลปกครอง และกฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง

9) ความรับผิดชอบของพนักงานเจ้าหน้าที่⁶⁵ พนักงานเจ้าหน้าที่และผู้มีอำนาจเช่นเดียวกับพนักงานเจ้าหน้าที่ตามพระราชกำหนดนี้ ซึ่งหากกระทำการโดยสุจริต ไม่เลือกปฏิบัติ ไม่เกินสมควรกว่าเหตุ และไม่เกินกว่ากรณีจำเป็น ไม่ต้องรับผิดชอบในทางแพ่ง ทางอาญา หรือทางวินัย แต่ไม่ตัดสิทธิผู้ได้รับความเสียหายที่จะเรียกร้องค่าเสียหายจากทางราชการตามกฎหมายว่าด้วยความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่

⁶³ พระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548. มาตรา 12.

⁶⁴ พระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548. มาตรา 16.

⁶⁵ พระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548. มาตรา 17.

10) บทกำหนดโทษ⁶⁶ ผู้ใดฝ่าฝืนข้อกำหนด ประกาศ หรือคำสั่ง ตามพระราชกำหนดนี้ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสองปี หรือปรับไม่เกินสี่หมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

พระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548 เป็นกฎหมายเกี่ยวกับความมั่นคงของไทย ซึ่งมีบทบัญญัติและมีผลบังคับใช้ที่คล้ายกับ “กฎอัยการศึก” อยู่หลายประการ กล่าวคือ เป็นกฎหมายที่ให้อำนาจพิเศษแก่เจ้าหน้าที่ของรัฐในการรักษาความสงบเรียบร้อยและความปลอดภัยของประชาชน ความมั่นคงของรัฐ หรือในกรณีที่มีการรบหรือสงคราม อันเป็นสถานการณ์ซึ่งจำเป็นที่จะต้องมีมาตรการเร่งด่วน เพื่อรักษาไว้ซึ่งการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข รักษาไว้ซึ่งเอกราชและบูรณภาพแห่งอาณาเขต ผลประโยชน์ของชาติ การดำรงชีวิตโดยปกติสุขของประชาชน และเป็นกฎหมายที่ให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายทหารเข้าดำเนินการในการปฏิบัติการทางทหารอย่างรวดเร็วและมีประสิทธิภาพ เพื่อการรักษาความสงบเรียบร้อยภายในประเทศ เป็นกฎหมายที่ให้อำนาจในการออกข้อกำหนด ประกาศ หรือคำสั่ง การจับกุมหรือควบคุมตัวบุคคลซึ่งเป็นมาตรการพิเศษที่มีลักษณะคล้ายกับกฎอัยการศึก และมีบทบัญญัติของกฎหมายยกเว้นความผิดให้แก่ผู้ปฏิบัติหน้าที่

อย่างไรก็ตาม พระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548 มีความแตกต่างจากกฎอัยการศึกหลายประการ กล่าวคือ การประกาศใช้หรือการประกาศยกเลิกสถานการณ์ฉุกเฉินกระทำได้โดยไม่ต้องมีพระบรมราชโองการ นายกรัฐมนตรีเป็นผู้มีอำนาจประกาศสถานการณ์ฉุกเฉิน กฎหมายไม่ได้ให้อำนาจฝ่ายทหารในการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉิน การประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินมีระยะเวลาสามเดือน หากมีความจำเป็นต้องขยายระยะเวลาต้องได้รับความเห็นชอบจากคณะรัฐมนตรี พระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉินฉบับนี้ จึงเป็นกฎหมายด้านความมั่นคงที่มีการตรวจสอบถ่วงดุลและมีกลไกในการควบคุมการใช้ดุลพินิจของพนักงานเจ้าหน้าที่มากกว่ากฎอัยการศึก นอกจากนี้ยังมีคณะกรรมการบริหารสถานการณ์ฉุกเฉินที่มีองค์ประกอบของกรรมการ มีที่มาจากบุคคลซึ่งดำรงตำแหน่งรัฐมนตรี ข้าราชการระดับสูงจากกระทรวงต่าง ๆ รวมทั้งบุคคลจากหน่วยงานด้านความมั่นคง ประกอบขึ้นเป็นคณะกรรมการบริหารสถานการณ์ฉุกเฉินมีหน้าที่ติดตาม ตรวจสอบ และเสนอแนะต่อนายกรัฐมนตรีในการประกาศใช้สถานการณ์ฉุกเฉิน

กฎหมายที่ว่าด้วยความมั่นคงฉบับนี้ ไม่ได้ให้อำนาจเจ้าหน้าที่ฝ่ายทหารเหนือกว่าเจ้าหน้าที่ฝ่ายพลเรือน แต่ให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายทหารช่วยเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองหรือตำรวจในการระงับเหตุการณ์ร้ายแรงหรือควบคุมสถานการณ์ ตามเงื่อนไขและเวลาที่นายกรัฐมนตรีกำหนดได้ไม่เกินกว่ากรณีที่มีการใช้กฎอัยการศึก พระราชกำหนดฉบับนี้ ได้ให้อำนาจในการฟื้นฟูช่วยเหลือ

⁶⁶ พระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548. มาตรา 18.

ประชาชน ซึ่งกฏอัยการศึกไม่ได้ให้อำนาจในส่วนนี้ไว้ การจับกุมหรือควบคุมตัวบุคคลตามพระราชกำหนดนี้ ได้กำหนดให้พนักงานเจ้าหน้าที่ต้องขออนุญาตจากศาล อันเป็นการตรวจสอบถ่วงดุลตามหลักการแบ่งแยกอำนาจซึ่งแตกต่างจากกฏอัยการศึกที่ให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายทหารมีอำนาจเต็มในการการจับกุมหรือควบคุมตัวบุคคล

ข้อแตกต่างอันเป็นสาระสำคัญอีกประการหนึ่ง ระหว่างพระราชบัญญัติกฏอัยการศึก พระพุทธศักราช 2457 กับพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548 คือ พระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน กำหนดให้พนักงานเจ้าหน้าที่ต้องรับผิดชอบทางแพ่ง ทางอาญา หรือทางวินัย หากปฏิบัติหน้าที่โดยไม่สุจริต เลือกปฏิบัติ หรือปฏิบัติหน้าที่เกินสมควรกว่าเหตุ หรือเกินกว่ากรณีจำเป็น และผู้ได้รับความเสียหายมีสิทธิที่จะเรียกร้องค่าเสียหายจากทางราชการได้ตามกฎหมายว่าด้วยความรับผิดชอบของเจ้าหน้าที่ ซึ่งแตกต่างจากกฏอัยการศึก ผู้ได้รับความเสียหายจากการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ฝ่ายทหาร จะเรียกค่าเสียหายหรือค่าปรับอย่างหนึ่งใดไม่ได้เลย

2.10.4 พระราชบัญญัติจัดระเบียบราชการกระทรวงกลาโหม พ.ศ. 2551

พระราชบัญญัติจัดระเบียบราชการกระทรวงกลาโหม พ.ศ. 2551⁶⁷ พระราชบัญญัติฉบับนี้ ประกาศใช้เมื่อวันที่ 1 กุมภาพันธ์ 2551 เหตุผลในการประกาศใช้กฎหมายนี้เนื่องจากกฎหมายว่าด้วยการจัดระเบียบราชการกระทรวง กลาโหม พ.ศ. 2503 ใช้บังคับมาเป็นเวลานาน ประกอบกับสถานการณ์และระบบบริหารราชการของประเทศได้เปลี่ยนแปลงไป สมควรที่จะต้องปรับปรุงการบริหารจัดการของกระทรวงกลาโหม

“ทหาร”⁶⁸ ตามความแห่งพระราชบัญญัติจัดระเบียบราชการกระทรวงกลาโหม พ.ศ. 2551 ประกอบด้วย

- 1) ข้าราชการกระทรวงกลาโหมที่เป็นข้าราชการทหาร
- 2) ทหารกองประจำการ
- 3) นักเรียนในสังกัดกระทรวงกลาโหมที่ขึ้นทะเบียนกองประจำการ
- 4) บุคคลที่ถูกเรียกเข้ารับราชการทหารตามกฎหมาย

นอกจากนี้ พระราชบัญญัติจัดระเบียบราชการกระทรวงกลาโหม พ.ศ. 2551 ยังกำหนดให้มี “เจ้าหน้าที่ทางทหาร” ซึ่งรัฐมนตรีว่าการกระทรวงกลาโหมมีคำสั่งแต่งตั้ง โดยความเห็นชอบของสภากลาโหม

⁶⁷ พระราชบัญญัติจัดระเบียบราชการกระทรวงกลาโหม พ.ศ. 2551. (2551, 1 กุมภาพันธ์). *ราชกิจจานุเบกษา*. เล่ม 125, หน้า 35.

⁶⁸ พระราชบัญญัติจัดระเบียบราชการกระทรวงกลาโหม พ.ศ. 2551. มาตรา 6.

พระราชบัญญัติจัดระเบียบราชการกระทรวงกลาโหม พ.ศ. 2551 มีบทบัญญัติว่าด้วยการแบ่งส่วนราชการกระทรวงกลาโหม การจัดระเบียบราชการทั่วไป และการจัดระเบียบการปฏิบัติราชการทหาร ดังต่อไปนี้

กระทรวงกลาโหม⁶⁹ มีอำนาจหน้าที่พิทักษ์รักษา ปกป้องสถาบันพระมหากษัตริย์ เอกราชและความมั่นคงแห่งราชอาณาจักร ทั้งภัยคุกคามที่มาจากภายนอกและภายในราชอาณาจักร มีอำนาจหน้าที่ในการปราบปรามการกบฏและการจลาจลโดยใช้กำลังทหาร รวมทั้งปฏิบัติการทางทหารที่นอกเหนือจากสงคราม เพื่อความมั่นคงแห่งราชอาณาจักร หรือปฏิบัติการอื่นตามกฎหมายหรือตามมติคณะรัฐมนตรี โดยมีรัฐมนตรีว่าการกระทรวงกลาโหมเป็นผู้บังคับบัญชารับผิดชอบในการปฏิบัติราชการของกระทรวงกลาโหม⁷⁰

สภากลาโหม⁷¹ ประกอบด้วยสมาชิกตามตำแหน่ง จำนวน 21 คน และผู้ทรงคุณวุฒิ จำนวนไม่เกิน 3 คน โดยมีรัฐมนตรีว่าการกระทรวงกลาโหม เป็นประธานสภากลาโหม ในการดำเนินการของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงกลาโหมในเรื่องนโยบายการทหาร นโยบายการระดมสรรพกำลังเพื่อการทหาร นโยบายการปกครองและการบังคับบัญชาภายในกระทรวงกลาโหม พิจารณางบประมาณการทหารและการแบ่งสรรงบประมาณของกระทรวงกลาโหม การพิจารณาร่างกฎหมายที่เกี่ยวกับทหาร และเรื่องที่เกี่ยวข้องหรือรัฐมนตรีว่าการกระทรวงกลาโหมกำหนดให้เสนอต่อสภากลาโหม⁷²

กองทัพไทย⁷³ มีส่วนราชการ ประกอบด้วย กองบัญชาการกองทัพไทย กองทัพบก กองทัพเรือ กองทัพอากาศ และส่วนราชการอื่นตามที่จะได้กำหนดโดยพระราชกฤษฎีกา โดยมีกองบัญชาการกองทัพไทยทำหน้าที่ควบคุม อำนาจการ สั่งการ และกำกับดูแลการดำเนินงานของส่วนราชการในกองทัพไทย การเตรียมกำลัง การป้องกันราชอาณาจักร และการใช้กำลังทหารตามอำนาจหน้าที่ของกระทรวงกลาโหม⁷⁴

คณะผู้บัญชาการทหาร⁷⁵ ประกอบด้วย ผู้บัญชาการทหารสูงสุด ผู้บัญชาการทหารบก ผู้บัญชาการทหารเรือ ผู้บัญชาการทหารอากาศ และเสนาธิการทหาร มีหน้าที่เสนอแนะให้คำปรึกษา

⁶⁹ พระราชบัญญัติจัดระเบียบราชการกระทรวงกลาโหม พ.ศ. 2551. มาตรา 8.

⁷⁰ พระราชบัญญัติจัดระเบียบราชการกระทรวงกลาโหม พ.ศ. 2551. มาตรา 24.

⁷¹ พระราชบัญญัติจัดระเบียบราชการกระทรวงกลาโหม พ.ศ. 2551. มาตรา 42.

⁷² พระราชบัญญัติจัดระเบียบราชการกระทรวงกลาโหม พ.ศ. 2551. มาตรา 43.

⁷³ พระราชบัญญัติจัดระเบียบราชการกระทรวงกลาโหม พ.ศ. 2551. มาตรา 17.

⁷⁴ พระราชบัญญัติจัดระเบียบราชการกระทรวงกลาโหม พ.ศ. 2551. มาตรา 18.

⁷⁵ พระราชบัญญัติจัดระเบียบราชการกระทรวงกลาโหม พ.ศ. 2551. มาตรา 47.

ต่อรัฐมนตรีว่าการกระทรวงกลาโหมในเรื่องการเตรียมกำลัง การสั่งการใช้กำลัง การเคลื่อนกำลัง ทหารและการเตรียมพร้อม รับผิดชอบควบคุมอำนาจการยุทธในภาพรวม รวมทั้งควบคุมบังคับบัญชากองกำลังเฉพาะกิจร่วมที่จัดตั้งขึ้นเมื่อมีสถานการณ์ซึ่งกระทบต่อความสงบเรียบร้อยและความมั่นคงของประเทศ

การใช้กำลังทหาร หรือการวางกำลังเพื่อเตรียมการยุทธ พระราชบัญญัติฉบับนี้ได้กำหนดให้เป็นไปตามข้อบังคับแผนและคำสั่งปฏิบัติการทางทหารที่กระทรวงกลาโหมกำหนดสำหรับการจัดให้มี การวาง และการใช้กำลังทหารเพื่อปฏิบัติราชการทหารให้เป็นไปตามที่กระทรวงกลาโหมกำหนด⁷⁶

ในกรณีที่มีความจำเป็นเพื่อการรบ การสงคราม การปราบปรามกบฏ หรือเมื่อมีการประกาศใช้กฎอัยการศึก ให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงกลาโหมโดยความเห็นชอบของสภากลาโหมมีอำนาจในการกำหนดหน่วยงาน แต่งตั้งเจ้าหน้าที่ทางทหาร รวมทั้งให้มีอำนาจที่จะกำหนดอำนาจหน้าที่ของหน่วยงานและเจ้าหน้าที่ทางทหารที่แต่งตั้งได้ตามความเหมาะสมแก่การปฏิบัติการ⁷⁷ ในการใช้กำลังทหารเพื่อการปราบปรามการจลาจลให้เป็นไปตามที่กระทรวงกลาโหมกำหนดโดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรี⁷⁸ และการใช้กำลังทหารเพื่อป้องกัน ระงับ ปราบปรามการกระทำความผิดที่เป็นภัยต่อความมั่นคงของรัฐ ซึ่งมีความจำเป็นต้องใช้กำลังทหารเพื่อระงับเหตุการณ์ร้ายแรงโดยเร็วให้เป็นไปตามที่กระทรวงกลาโหมกำหนด⁷⁹

2.10.5 พระราชบัญญัติการรักษาความมั่นคงภายในราชอาณาจักร พ.ศ. 2551

พระราชบัญญัติการรักษาความมั่นคงภายในราชอาณาจักร พ.ศ. 2551⁸⁰ ได้เสนอร่างกฎหมายโดยคณะรัฐมนตรีในสมัยที่มี พลเอก สุรยุทธ์ จุลานนท์ เป็นนายกรัฐมนตรี ซึ่งเป็นรัฐบาลที่ตั้งขึ้นภายหลังจากที่มีการรัฐประหารเมื่อวันที่ 19 กันยายน 2549 พระราชบัญญัติฉบับนี้ได้ประกาศใช้เมื่อวันที่ 27 กุมภาพันธ์ 2551 โดยมีผลบังคับใช้เมื่อวันที่ 28 กุมภาพันธ์ 2551

⁷⁶ พระราชบัญญัติจัดระเบียบราชการกระทรวงกลาโหม พ.ศ. 2551. มาตรา 33.

⁷⁷ พระราชบัญญัติจัดระเบียบราชการกระทรวงกลาโหม พ.ศ. 2551. มาตรา 34.

⁷⁸ พระราชบัญญัติจัดระเบียบราชการกระทรวงกลาโหม พ.ศ. 2551. มาตรา 35.

⁷⁹ พระราชบัญญัติจัดระเบียบราชการกระทรวงกลาโหม พ.ศ. 2551. มาตรา 36.

⁸⁰ พระราชบัญญัติการรักษาความมั่นคงภายในราชอาณาจักร พ.ศ. 2551. (2551, 27 กุมภาพันธ์). *ราชกิจจานุเบกษา*. เล่ม 125, หน้า 33.

เหตุผลในการประกาศใช้พระราชบัญญัติเนื่องจากในช่วงเวลานั้นประเทศไทยได้มีปัญหาเกี่ยวกับความมั่นคงซึ่งเกิดขึ้นโดยบุคคลและกลุ่มบุคคลต่าง ๆ อย่างรวดเร็วและรุนแรง กระทั่งส่งผลกระทบเป็นวงกว้าง ในอันที่จะเป็นภัยอันตรายต่อความสงบสุขของประชาชน เพื่อให้สามารถป้องกันและระงับภัยที่เกิดขึ้นได้อย่างทันทั่วทั้งที่สมควรที่จะต้องกำหนดให้มีหน่วยงานปฏิบัติงานหลักที่มีอำนาจหน้าที่รับผิดชอบดำเนินการรักษาความมั่นคงในราชอาณาจักร ตลอดจนเพื่อบูรณาการและประสานการปฏิบัติร่วมกับทุกส่วนราชการ และเพื่อส่งเสริมให้ประชาชนมีส่วนร่วมในการป้องกันและรักษาความมั่นคง รวมทั้งเสริมสร้างความเข้มแข็งในท้องถิ่นของตน เพื่อป้องกันภัยอันตรายที่เกิดขึ้นตั้งแต่ในยามปกติ และในยามที่เกิดสถานการณ์อันเป็นภัยต่อความมั่นคงในพื้นที่ใดพื้นที่หนึ่ง โดยกำหนดให้มีมาตรการและกลไกในการควบคุมการใช้อำนาจเป็นการเฉพาะตามระดับความรุนแรงของสถานการณ์ เพื่อให้สามารถแก้ไขสถานการณ์ได้อย่างมีประสิทธิภาพและเป็นเอกภาพ จึงได้มีการตราพระราชบัญญัตินี้ขึ้นใช้บังคับ

ต่อมาเมื่อวันที่ 21 พฤศจิกายน 2560 ภายหลังจากการเข้าควบคุมอำนาจการปกครองประเทศโดยคณะรักษาความสงบแห่งชาติ พลเอก ประยุทธ์ จันทร์โอชา หัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ได้ออกคำสั่งที่ 51/2560 เรื่อง การแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายว่าด้วยการรักษาความมั่นคงภายในราชอาณาจักร⁸¹ ให้แก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติการรักษาความมั่นคงภายในราชอาณาจักร พ.ศ. 2551 โดยมีสาระสำคัญ คือ การแก้ไขเพิ่มเติมองค์ประกอบและอำนาจของ กอ.รมน. ภาค และ กอ.รมน. จังหวัด

พระราชบัญญัติการรักษาความมั่นคงภายในราชอาณาจักร พ.ศ. 2551 มีบทบัญญัติที่เป็นสาระสำคัญ ดังต่อไปนี้

“การรักษาความมั่นคงภายในราชอาณาจักร” ในพระราชบัญญัตินี้ หมายความว่า การดำเนินการเพื่อป้องกัน ควบคุม แก้ไข และฟื้นฟูสถานการณ์ใดที่เป็นภัยหรืออาจเป็นภัยอันเกิดจากบุคคลหรือกลุ่มบุคคลที่ก่อให้เกิดความไม่สงบสุข ทำลาย หรือทำความเสียหายต่อชีวิต ร่างกาย ทรัพย์สินของประชาชนหรือของรัฐ รวมถึงในกรณีที่เกิดหรือคาดว่าจะเกิดสาธารณภัยตามกฎหมายว่าด้วยการป้องกันและบรรเทาสาธารณภัย ให้กลับสู่สภาวะปกติเพื่อให้เกิดความสงบเรียบร้อยของประชาชนหรือความมั่นคงของรัฐ⁸²

⁸¹ คำสั่งหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ที่ 51/2560. (2560, 22 พฤศจิกายน). *ราชกิจจานุเบกษา*. เล่ม 134, หน้า13.

⁸² พระราชบัญญัติการรักษาความมั่นคงภายในราชอาณาจักร พ.ศ. 2551. มาตรา 3.

1) กองอำนวยการรักษาความมั่นคงภายในราชอาณาจักร⁸³ เรียกโดยย่อว่า “กอ.รมน.” ให้จัดตั้งขึ้นในสำนักนายกรัฐมนตรี มีฐานะเป็นส่วนราชการรูปแบบเฉพาะอยู่ภายใต้การบังคับบัญชาขึ้นตรงต่อนายกรัฐมนตรี มีอำนาจหน้าที่และความรับผิดชอบเกี่ยวกับการรักษาความมั่นคงภายในราชอาณาจักร โดยมีนายกรัฐมนตรีเป็นผู้อำนวยการรักษาความมั่นคงภายในราชอาณาจักร ผู้บัญชาการทหารบกเป็นรองผู้อำนวยการรักษาความมั่นคงภายในราชอาณาจักร และเสนาธิการทหารบกเป็นเลขาธิการ กอ.รมน.

2) อำนาจหน้าที่ของ กอ.รมน.⁸⁴ มีดังต่อไปนี้

(ก) ติดตาม ตรวจสอบ ประสานงาน และประเมินแนวโน้มของสถานการณ์ทั้งภายในและภายนอกราชอาณาจักร ที่อาจก่อให้เกิดภัยคุกคามด้านความมั่นคงภายในราชอาณาจักร และรายงานคณะรัฐมนตรีเพื่อพิจารณาดำเนินการต่อไป

(ข) อำนวยการในการรักษาความมั่นคงภายในราชอาณาจักร เสนอแผนและแนวทางในการปฏิบัติงานและดำเนินการต่อคณะรัฐมนตรีเพื่อพิจารณาให้ความเห็นชอบ ซึ่งแผนและแนวทางจะต้องสอดคล้องกับแผนการป้องกันและบรรเทาสาธารณภัยแห่งชาติ เมื่อคณะรัฐมนตรีให้ความเห็นชอบแล้ว ให้หน่วยงานของรัฐปฏิบัติตามแผนและแนวทางนั้น

(ค) อำนวยการ ประสานงาน และเสริมการปฏิบัติของหน่วยงานของรัฐที่เกี่ยวข้องในการดำเนินการตามแผนและแนวทางในการปฏิบัติงานตาม (ข) และมีอำนาจในการกำกับดำเนินการของหน่วยงานของรัฐตามที่คณะรัฐมนตรีกำหนด

(ง) เสริมสร้างให้ประชาชนตระหนักในหน้าที่พิทักษ์รักษาไว้ซึ่งชาติ ศาสนา และพระมหากษัตริย์ สร้างความรักความสามัคคีของคนในชาติ รวมทั้งส่งเสริมให้ประชาชนมีส่วนร่วมในการป้องกันและแก้ไขปัญหาต่าง ๆ ที่กระทบต่อความมั่นคงภายในราชอาณาจักรและความสงบเรียบร้อยของสังคม

(จ) ดำเนินการอื่นตามที่กฎหมายบัญญัติ หรือตามที่คณะรัฐมนตรี สภาความมั่นคงแห่งชาติ หรือนายกรัฐมนตรีมอบหมาย

3) คณะกรรมการอำนวยการรักษาความมั่นคงภายในราชอาณาจักร⁸⁵ ประกอบด้วยนายกรัฐมนตรีหรือรองนายกรัฐมนตรีคนหนึ่งซึ่งนายกรัฐมนตรีมอบหมายเป็นประธาน รัฐมนตรีว่าการกระทรวงกลาโหมและรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยเป็นรองประธาน รัฐมนตรีว่าการกระทรวงดิจิทัลเพื่อเศรษฐกิจและสังคม รัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรม ปลัดกระทรวงกลาโหม

⁸³ พระราชบัญญัติการรักษาความมั่นคงภายในราชอาณาจักร พ.ศ. 2551. มาตรา 5.

⁸⁴ พระราชบัญญัติการรักษาความมั่นคงภายในราชอาณาจักร พ.ศ. 2551. มาตรา 7.

⁸⁵ พระราชบัญญัติการรักษาความมั่นคงภายในราชอาณาจักร พ.ศ. 2551. มาตรา 10.

ปลัดกระทรวงการต่างประเทศ ปลัดกระทรวงมหาดไทย อัยการสูงสุด เลขานุการสภาความมั่นคงแห่งชาติ ผู้อำนวยการสำนักข่าวกรองแห่งชาติ ผู้อำนวยการสำนักงบประมาณ เลขานุการคณะกรรมการข้าราชการพลเรือน เลขานุการคณะกรรมการพัฒนาระบบราชการ ผู้บัญชาการทหารสูงสุด ผู้บัญชาการทหารบก ผู้บัญชาการทหารเรือ ผู้บัญชาการทหารอากาศ ผู้บัญชาการตำรวจแห่งชาติ อธิบดีกรมบัญชีกลาง อธิบดีกรมป้องกันและบรรเทาสาธารณภัย และอธิบดีกรมสอบสวนคดีพิเศษ เป็นกรรมการ เลขานุการ กอ.รมน. เป็นกรรมการและเลขานุการ และให้ผู้บัญชาการแต่งตั้งข้าราชการในกอ.รมน. เป็นผู้ช่วยเลขานุการไม่เกินสองคน

อำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการอำนาจการรักษาความมั่นคงภายในราชอาณาจักร⁸⁶ ได้แก่ อำนาจในการกำกับดูแล อำนาจในการให้คำปรึกษา และอำนาจในการเสนอแนะต่อ กอ.รมน.

รวมทั้งให้มีอำนาจหน้าที่ ดังนี้

(ก) วางระเบียบเกี่ยวกับการอำนาจการและประสานงานกับหน่วยงานของรัฐที่เกี่ยวข้องในการรักษาความมั่นคงภายในราชอาณาจักร

(ข) วางระเบียบเกี่ยวกับการปฏิบัติงานของ กอ.รมน. กอ.รมน.ภาค และ กอ.รมน.จังหวัด คณะกรรมการอำนาจการรักษาความมั่นคงภายในภาค และคณะกรรมการอำนาจการรักษาความมั่นคงภายในจังหวัด

(ค) ออกข้อบังคับเกี่ยวกับการงบประมาณ การเงินการคลัง การพัสดุและการจัดการทรัพย์สินของ กอ.รมน.

(ง) แต่งตั้งคณะที่ปรึกษา กอ.รมน. ประกอบด้วย ผู้ทรงคุณวุฒิหรือผู้มีประสบการณ์ด้านรัฐศาสตร์ รัฐประศาสนศาสตร์ นิติศาสตร์ วิทยาศาสตร์และเทคโนโลยี การคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน การแก้ไขปัญหาโดยสันติวิธี การรักษาความมั่นคงของรัฐ และสื่อมวลชน

(จ) แต่งตั้งคณะอนุกรรมการหรือคณะทำงานเพื่อปฏิบัติหน้าที่ตามที่ได้รับมอบหมาย

(ฉ) ปฏิบัติหน้าที่อื่นตามที่กฎหมายบัญญัติ

4) กองอำนาจการรักษาความมั่นคงภายในภาค⁸⁷ ในกรณีที่มีความจำเป็นในการรักษาความมั่นคงภายในราชอาณาจักรในพื้นที่ของกองทัพภาค ให้ผู้บัญชาการรักษาความมั่นคงภายในราชอาณาจักรเสนอความเห็นต่อคณะกรรมการอำนาจการรักษาความมั่นคงภายใน

⁸⁶ พระราชบัญญัติการรักษาความมั่นคงภายในราชอาณาจักร พ.ศ. 2551. มาตรา 10 วรรคสอง.

⁸⁷ พระราชบัญญัติการรักษาความมั่นคงภายในราชอาณาจักร พ.ศ. 2551. มาตรา 11.

ราชอาณาจักร เพื่อให้พิจารณาให้มีมติให้ม็อกอำนาจการรักษาความมั่นคงภายในภาค เรียกโดยย่อว่า “กอ.รมน.ภาค” เป็นหน่วยงานขึ้นตรงต่อ กอ.รมน. โดยให้แม่ทัพภาคเป็นผู้อำนวยการรักษาความมั่นคงภายในภาค มีหน้าที่รับผิดชอบและสนับสนุนการรักษาความมั่นคงภายในราชอาณาจักรในพื้นที่รับผิดชอบของกองทัพภาค

5) กองอำนาจการรักษาความมั่นคงภายในจังหวัด⁸⁸ เพื่อประโยชน์ในการสนับสนุน ช่วยเหลือ การปฏิบัติการของ กอ.รมน.ภาค ผู้อำนวยการรักษาความมั่นคงภายในราชอาณาจักรและรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยมีอำนาจตั้งกองอำนาจรักษาความมั่นคงภายในจังหวัด เรียกโดยย่อว่า “กอ.รมน.จังหวัด” เป็นหน่วยงานขึ้นตรงต่อ กอ.รมน.ภาค โดยให้ผู้ว่าราชการจังหวัดเป็นผู้อำนวยการรักษาความมั่นคงภายในจังหวัด มีหน้าที่รับผิดชอบและสนับสนุนการรักษาความมั่นคงภายในพื้นที่ของจังหวัด

6) ภารกิจรักษาความมั่นคงภายในราชอาณาจักร⁸⁹ เมื่อมีเหตุกระทบต่อความมั่นคงภายในราชอาณาจักร แต่ยังไม่มีความจำเป็นต้องประกาศสถานการณ์ฉุกเฉิน คณะรัฐมนตรีจะต้องมีมติให้ กอ.รมน. รับผิดชอบในการป้องกันปราบปราม ระงับ ยับยั้ง และแก้ไขหรือบรรเทาเหตุการณ์ที่กระทบต่อความมั่นคงภายในราชอาณาจักรภายในพื้นที่และระยะเวลาที่กำหนดได้ ในกรณีเหตุการณ์ที่กระทบต่อความมั่นคงภายในราชอาณาจักรสิ้นสุดลง หรือสามารถดำเนินการแก้ไขได้ตามอำนาจหน้าที่ในภาวะปกติ นายกรัฐมนตรีต้องประกาศให้อำนาจหน้าที่ของ กอ.รมน. สิ้นสุดลงและรายงานผลต่อสภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภาทราบโดยเร็ว

7) อำนาจออกข้อกำหนด⁹⁰ ในกรณีที่คณะรัฐมนตรีมีมติให้ กอ.รมน. รับผิดชอบในการป้องกันปราบปราม ระงับ ยับยั้ง และแก้ไขหรือบรรเทาเหตุการณ์ที่กระทบต่อความมั่นคงภายในราชอาณาจักร ผู้อำนวยการรักษาความมั่นคงภายในราชอาณาจักรมีอำนาจในการออกข้อกำหนด ดังนี้

(ก) ให้เจ้าหน้าที่ของรัฐที่เกี่ยวข้องปฏิบัติการหรืองดเว้นการปฏิบัติการอย่างหนึ่งอย่างใด

(ข) ห้ามเข้า หรือให้ออกจากบริเวณพื้นที่ อาคาร หรือสถานที่ที่กำหนด เว้นแต่ได้รับอนุญาตจากพนักงานเจ้าหน้าที่

(ค) ห้ามออกนอกเคหะสถานในเวลาที่กำหนด

⁸⁸ พระราชบัญญัติการรักษาความมั่นคงภายในราชอาณาจักร พ.ศ. 2551. มาตรา 13.

⁸⁹ พระราชบัญญัติการรักษาความมั่นคงภายในราชอาณาจักร พ.ศ. 2551. มาตรา 15.

⁹⁰ พระราชบัญญัติการรักษาความมั่นคงภายในราชอาณาจักร พ.ศ. 2551. มาตรา 18.

(ง) ห้ามการใช้เส้นทางคมนาคม หรือยานพาหนะ หรือกำหนดเงื่อนไขการใช้เส้นทางคมนาคมหรือยานพาหนะ

(จ) ให้นุ้คคลกระทำหรือห้ามกระทำกรอย่างหนึ่งอย่างใด อันเกี่ยวกับเครื่องมือหรืออุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์ เพื่อป้องกันอันตรายที่จะเกิดแก่ชีวิต ร่างกาย หรือทรัพย์สินของประชาชน

8) การชดเชยค่าเสียหาย⁹¹ ในกรณีที่มีประชาชนผู้สุจริตได้รับความเสียหายจากการใช้อำนาจของ กอ.รมน. ในการป้องกันปราบปราม ระงับ ยับยั้ง แก้ไขหรือบรรเทาเหตุการณ์ที่กระทบต่อความมั่นคงภายในราชอาณาจักร ให้ได้รับการชดเชยค่าเสียหายตามหลักเกณฑ์และเงื่อนไขที่คณะรัฐมนตรีกำหนด

9) อำนาจศาล⁹² เมื่อได้ประกาศสถานการณ์ฉุกเฉิน บรรดาข้อกำหนด ประกาศ คำสั่ง หรือการปฏิบัติตามอำนาจหน้าที่ของ กอ.รมน. ในภารกิจรักษาความมั่นคงภายในราชอาณาจักรไม่อยู่ในบังคับของกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ทั้งนี้ ในการดำเนินคดีใด ๆ ให้อยู่ในอำนาจของศาลยุติธรรม

10) บทกำหนดโทษ⁹³ ผู้ที่ฝ่าฝืนข้อกำหนดเรื่องการห้ามเข้า หรือให้ออกจากบริเวณพื้นที่อาคาร หรือสถานที่ที่กำหนด ห้ามออกนอกเคหะสถานในเวลาที่กำหนด ห้ามการใช้เส้นทางคมนาคม หรือการใชยานพาหนะ หรือเงื่อนไขการใช้เส้นทางคมนาคมหรือการใชยานพาหนะ หรือกระทำกรอย่างหนึ่งอย่างใดอันเกี่ยวกับเครื่องมือหรืออุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์โดยฝ่าฝืนข้อกำหนดต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งปี หรือปรับไม่เกินสองหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

⁹¹ พระราชบัญญัติการรักษาความมั่นคงภายในราชอาณาจักร พ.ศ. 2551. มาตรา 20.

⁹² พระราชบัญญัติการรักษาความมั่นคงภายในราชอาณาจักร พ.ศ. 2551. มาตรา 23.

⁹³ พระราชบัญญัติการรักษาความมั่นคงภายในราชอาณาจักร พ.ศ. 2551. มาตรา 24.