



กฎหมายการศึกษา : ศึกษาโมทัศน์ สถานะ และการปรับใช้ในระบบกฎหมายไทย  
และระบบกฎหมายต่างประเทศ

โดย

นางสาวสิริญา แสงอำนาจ

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตร

นิติศาสตรมหาบัณฑิต

สาขากฎหมายมหาชน

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

ปีการศึกษา 2563

ลิขสิทธิ์ของมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

กฎอัยการศึก : ศึกษาโมทัศน์ สถานะ และการปรับใช้ในระบบกฎหมายไทย  
และระบบกฎหมายต่างประเทศ

โดย

นางสาวสิริญา แสงอำนาจ



วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตร

นิติศาสตรมหาบัณฑิต

สาขากฎหมายมหาชน

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

ปีการศึกษา 2563

ลิขสิทธิ์ของมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

MARTIAL LAW: THE STUDY OF CONCEPT, STATUS AND  
IMPLEMENTATION UNDER THAI LEGAL SYSTEM  
AND FOREIGN LEGAL SYSTEMS

BY

MISS SIRIYA SANGUMNAJ



A THESIS SUBMITTED IN PARTIAL FULFILLMENT OF THE REQUIREMENTS  
FOR THE DEGREE OF MASTER OF LAWS  
PUBLIC LAW  
FACULTY OF LAW  
THAMMASAT UNIVERSITY  
ACADEMIC YEAR 2020  
COPYRIGHT OF THAMMASAT UNIVERSITY

มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

คณะนิติศาสตร์

วิทยานิพนธ์

ของ

นางสาวสิริญา แสงอำนาจ

เรื่อง

กฎัยการศึกษา : ศึกษาโมทัศน์ สถานะ และการปรับใช้ในระบกกฏหมายไทย

และระบกกฏหมายต่างประเทศ

ได้รับการตรวจสอบและอนุมัติ ให้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตร

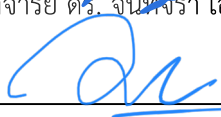
นิติศาสตรมหาบัณฑิต

เมื่อ วันที่ 7 ตุลาคม พ.ศ. 2564

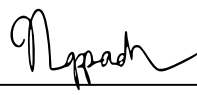
ประธานกรรมการสอบวิทยานิพนธ์

  
(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. จันทจิรา เอี่ยมมยุรา)

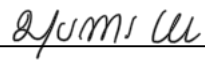
กรรมการและอาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์

  
(ศาสตราจารย์ ดร. วรเจตน์ ภาคีรัตน์)

กรรมการสอบวิทยานิพนธ์

  
(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. นพดล เดชสมบุรณ์รัตน์)

คณบดี

  
(รองศาสตราจารย์ ดร. มุนินทร์ พงศาปาน)

หัวข้อวิทยานิพนธ์	กฏอัยการศึก : ศึกษาโมทัศน์ สถานะ และการปรับใช้ ในระบบกฎหมายไทยและระบบกฎหมายต่างประเทศ
ชื่อผู้เขียน	นางสาวสิริญา แสงอำนาจ
ชื่อปริญญา	นิติศาสตรมหาบัณฑิต
สาขาวิชา/คณะ/มหาวิทยาลัย	กฎหมายมหาชน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์	ศาสตราจารย์ ดร. วรเจตน์ ภาคีรัตน์
ปีการศึกษา	2563

### บทคัดย่อ

วิทยานิพนธ์นี้มีวัตถุประสงค์เพื่อศึกษา “กฏอัยการศึก” ซึ่งเป็นกฎหมายในสถานการณ์ไม่ปกติ ผู้เขียนเริ่มจากการค้นคว้าข้อมูลทางประวัติศาสตร์ตั้งแต่โมทัศน์ รากฐานทางความคิดของกฏอัยการศึก ลักษณะเฉพาะ พัฒนาการทางกฎหมายในแต่ละยุคสมัย เพื่อทำความเข้าใจกฏอัยการศึกในมิติอดีตและแนวคิดที่ควรจะเป็นในปัจจุบัน ตลอดจนศึกษาเปรียบเทียบกฏอัยการศึกในระบบกฎหมายไทยและระบบกฎหมายต่างประเทศทั้งในส่วนของบทบัญญัติแห่งกฎหมายและการบังคับใช้เพื่อเป็นข้อมูลในการวิเคราะห์ปัญหาบางประการของกฏอัยการศึกไทย ไม่ว่าจะในประเด็นการประกาศกฏอัยการศึกเพื่อรัฐประหารอันไม่ชอบด้วยกฎหมาย ปัญหาสถานะทางกฎหมายของการประกาศใช้กฏอัยการศึก ปัญหาความบกพร่องของพระราชบัญญัติกฏอัยการศึก พ.ศ. 2457 อันตกทอดมาจากระบอบการปกครองเก่าสมัยสมบูรณาญาสิทธิราชย์และยังคงนำมาใช้บังคับบ่อยครั้งในประเทศไทยอย่างไม่เหมาะสมกับยุคปัจจุบัน

จากการศึกษาพบว่า กฏอัยการศึก (Martial Law) มีพัฒนาการที่สัมพันธ์กันกับกฎหมายทหารและมีลักษณะของระบบกฎหมายในสถานการณ์ไม่ปกติ ซึ่งบังคับใช้ได้เฉพาะในยามจำเป็นอันไม่อาจใช้มาตรการทางกฎหมายในระดับปกติได้ โดยเจ้าหน้าที่ทหารจะเข้ามามีอำนาจและทำหน้าที่แทนเจ้าหน้าที่พลเรือนในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการป้องกันและปราบปรามภายในระยะเวลาที่จำกัด เพื่อนำพาประเทศกลับสู่ภาวะปกติ ทั้งนี้ การบังคับใช้กฏอัยการศึกให้อำนาจแก่เจ้าหน้าที่รัฐมากกว่าปกติอาจกระทบสิทธิเสรีภาพของพลเมืองอยู่บ้าง แต่ต้องเป็นไปเท่าที่กฎหมายให้อำนาจภายใต้กรอบแห่งนิติรัฐและหลักสิทธิมนุษยชน ในช่วงหลังกฏอัยการศึกมีพัฒนาการไปเป็นกฎหมายความมั่นคงอีกประเภทคือ กฎหมายในสถานการณ์ฉุกเฉิน (Emergency Law) สำหรับจัดการ

สถานการณ์ไม่ปกติโดยให้เจ้าหน้าที่พลเรือนจัดการสถานการณ์ไม่ปกติเป็นหลักแทนเจ้าหน้าที่ทหาร เพื่อให้ตอบสนองต่อสถานการณ์ไม่ปกติภายในประเทศอย่างเหมาะสมกับยุคสมัยมากกว่ากฎอัยการศึก ซึ่งเป็นกฎหมายที่ใช้ในยามสงคราม ดังนั้นไม่ว่าประเทศซีวิลลอว์หรือคอมมอนลอว์ จึงมีแนวโน้มการใช้กฎอัยการศึกลดลงและใช้กฎหมายในสถานการณ์ฉุกเฉินแทน

ทั้งนี้ เมื่อพิจารณาบทบัญญัติกฎหมายและการปรับใช้กฎอัยการศึกในต่างประเทศพบว่า มีการปรับให้กฎอัยการศึกเป็นกลไกหรือระบบกฎหมายในสถานการณ์ไม่ปกติอันเป็นส่วนหนึ่งของรัฐธรรมนูญ ดังนั้นทั้งกฎอัยการศึกและรัฐธรรมนูญจึงมีความสอดคล้องกัน มีเงื่อนไขการประกาศกฎอัยการศึกที่ชัดเจน มีกำหนดเวลาและการควบคุมตรวจสอบ มีการบังคับใช้กฎหมายอยู่ภายใต้กรอบแห่งนิติรัฐที่มีได้สิทธิเสรีภาพประชาชนเกินจำเป็นและการบังคับใช้กฎหมายเป็นไปเพื่อปกป้องประเทศและประชาชนจากภัยคุกคาม ต่างจากประเทศไทย การบัญญัติกฎหมายอัยการศึกในรัฐธรรมนูญและพระราชบัญญัติกฎหมายอัยการศึก พ.ศ. 2457 มิได้มีความสอดคล้องกัน โดยเฉพาะพระราชบัญญัติฯ ซึ่งตราขึ้นสมัยรัชกาลที่ 6 และใช้อยู่จนถึงปัจจุบันโดยแทบมิได้มีการแก้ไขให้เหมาะสมกับยุคสมัยทั้งในส่วนของเงื่อนไขผู้มีอำนาจประกาศและเงื่อนไขสถานการณ์ที่ประกาศกฎอัยการศึก ปัญหาสถานะทางกฎหมายของการประกาศใช้กฎอัยการศึก ทั้งการไม่ระบุระยะเวลาและไม่มีการตรวจสอบ ทำให้กฎอัยการศึกถูกใช้เป็นเครื่องมือทำการรัฐประหารล้มรัฐธรรมนูญและระบอบการปกครอง อันเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายและเจตนารมณ์แห่งรัฐธรรมนูญ

ในท้ายที่สุด วิทยานิพนธ์เล่มนี้ต้องการแสดงให้เห็นถึงปัญหาของพระราชบัญญัติกฎหมายอัยการศึกฯ ซึ่งเป็นกฎหมายเก่าในระบอบการปกครองใหม่ที่ยากจะปรับใช้ให้เหมาะสมกับยุคสมัย จึงสมควรยกเลิกและจัดทำกฎหมายว่าด้วยกฎหมายอัยการศึกขึ้นใหม่ รวมถึงการบัญญัติสาระสำคัญอันเป็นเงื่อนไขในการประกาศใช้กฎหมายอัยการศึกไว้ในรัฐธรรมนูญ โดยเฉพาะกรณีของผู้มีอำนาจประกาศใช้ควรเป็นอำนาจของพระมหากษัตริย์ภายใต้คำแนะนำของคณะรัฐมนตรี เพื่อให้สอดคล้องกับสถานะในทางกฎหมายของการประกาศกฎหมายอัยการศึกอันเป็นการกระทำทางรัฐบาล และสถานการณ์ที่ประกาศกฎหมายอัยการศึกได้คือ ยามสงครามหรือในภาวะวิกฤตทำนองเดียวกัน ตลอดจนการระบุระยะเวลาในการประกาศใช้และการควบคุมตรวจสอบเบื้องต้นโดยรัฐสภา อีกทั้งไม่มีความจำเป็นต้องให้เจ้าหน้าที่ทหารมีอำนาจประกาศกฎหมายอัยการศึกเฉพาะพื้นที่อีกต่อไป ผู้เขียนหวังอย่างยิ่งว่า กฎอัยการศึกของไทยจะเป็นระบบกฎหมายในสถานการณ์วิกฤตเพื่อปกป้องรัฐและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน ไม่ใช่เครื่องมือรัฐประหารอันไม่ชอบด้วยกฎหมายและเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญอีกต่อไป

**คำสำคัญ:** กฎอัยการศึก, สถานการณ์ไม่ปกติ, สภาวะยกเว้น, รัฐธรรมนูญ, รัฐประหาร

Thesis Title	MARTIAL LAW : THE STUDY OF CONCEPT, STATUS AND IMPLEMENTATION UNDER THAI LEGAL SYSTEM AND FOREIGN LEGAL SYSTEMS
Author	Miss Siriya Sangumnaj
Degree	Master of laws
Major Field/Faculty/University	Public law Faculty of law Thammasat University
Thesis Advisor	Professor Worachet Pakeerut, Doctor der Rechte
Academic Years	2020

## ABSTRACT

This thesis aims to study "martial law" which is a law exercised under unusual circumstances. The author began by researching the historical background of the concept, conceptual foundation of martial law, identity, development of law in each period, to understand the background of martial law and its concept that will be suitable for nowadays and also a comparative study on martial laws between Thai and international legal system in terms of the enforcement. The purpose is to examine the problems of Thai martial law including the declaration of martial law for an unlawful coup d'état, the status of laws when martial law is declared and the error in the Martial Law B.E. 2457 that has been inherited from a period of absolute monarchy and used many times in Thailand which is inconsistent with modern times.

It was found from the study that Martial Law has developed in connection with military laws and was reserved for unusual circumstances. It is applicable only when necessary and normal legal measure is not suitable. Under these circumstances, the military personnel will take charge and act for civilian personnel in connection with defense and suppression within a limited period of time to bring the country back to normal. The application of martial law authorizes the government officials more power than in normal situation which may affect the rights of citizens. However, the

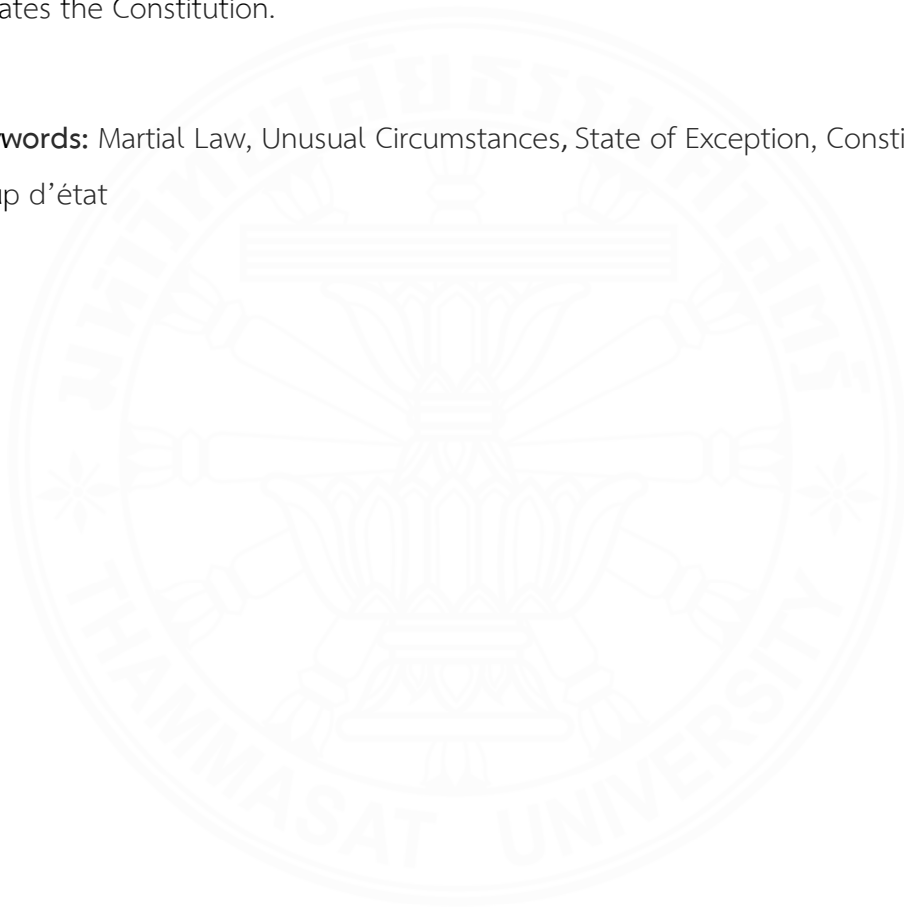
application of martial law may deprive the right and liberty of the people but must be within the power authorized by the laws under the rule of law and human rights principles. Later on, the concept of martial law has evolved into another form of national security law which is Emergency Law. It has also been used to manage an emergency situation. Comparing to the Martial Law which is invoked in time of war, the power of Emergency Law is granted mainly to the civilian personnel instead of the army for responding properly to any unusual circumstances in that period of time. Either in the civil or common law system, the trend of applying martial law is decreasing, but on the contrary, Emergency Law instead.

Considering the law and the application of martial law in other countries, it has been used as a mechanism or legal measure under unusual circumstances and also part of the constitution law. Therefore, there should be consistency between martial law and constitution law. The condition of the declaration of martial law must be clear. The scope, duration and application must be within the rule of law and does not deprive the right and liberty of the people beyond necessary. The application must also protect the country and not threaten the livelihoods of people. On the contrary, in Thailand, there is no consistency in the enactment of martial law in the Constitution and the Martial Law B.E. 2457, especially when the law was enacted in the King Rama VI era and applicable until nowadays without any amendment that will suit the change over time. The authority to declare martial law, the justification for martial law and the legality of the declaration of martial law especially when the scope and period were not specified and without any examination. This results in the use of martial law as a tool to launch a coup d'état to overthrow the Constitution and the regime which is illegal and violates the intention of the Constitution.

Lastly, this thesis wishes to point out the problems of the Martial Law which is a law from the old age in the new regime and can hardly be applied to nowadays society. The revocation of the Martial Law and enactment of new martial law in the Constitution must be initiated including the material detail of a condition of the declaration, especially when the person declaring martial law is the King upon the recommendation of the cabinet, in accordance with the legal status of the declaration

of martial law which is an act of government. Martial law may be declared in time of war or emergency. There must be a clear duration of the declaration and examination measures. There is also no necessity of the power granted to the army for declaring martial law in specific area. The author strongly wish that Thailand martial law will be the legal measure used under emergency circumstances and protect the right and liberty of the people but no longer be used as a tool for a coup which illegal and violates the Constitution.

**Keywords:** Martial Law, Unusual Circumstances, State of Exception, Constitution, Coup d'état



## กิตติกรรมประกาศ

วิทยานิพนธ์เล่มนี้ไม่อาจสำเร็จได้ หากขาดความช่วยเหลือและกำลังใจจากบุคคลทั้งหลายไม่ว่าโดยทางตรงหรือทางอ้อมอันสมควรกล่าวขอบคุณ รวมถึงบางเหตุการณ์อันกลายเป็นมูลเหตุจูงใจและแรงผลักดันผู้เขียนมิให้ย่อท้อ กรณีหลังนี้มีใช้เรื่องที่ต้องขอบคุณ หากแต่เป็นปัญหาที่ควรศึกษาเพื่อหาแนวทางแก้ไข วิทยานิพนธ์เรื่องนี้คงไม่อาจถือกำเนิดขึ้นมาได้ หากบ้านเมืองของเราเป็นประชาธิปไตยและมีได้ตกอยู่ในวังวนรัฐประหารซ้ำรอยเดิมนับสิบครั้ง แม้ความตั้งใจทำให้ภักดิ์การศึกษาเป็นกฎหมายในลักษณะที่ควรจะเป็นสมกาลสมัยไม่อาจหยุดยั้งการรัฐประหารและวงจรเจ้าปัญหาได้ก็ตาม ทว่าการได้เป็นฟันเฟืองเล็ก ๆ ในการทำลายความชอบธรรมของการใช้ภักดิ์การศึกษาเป็นเครื่องมือรัฐประหาร ผู้เขียนถือว่าสมความตั้งใจในการทำวิทยานิพนธ์ครั้งนี้ โดยผู้ที่สมควรกล่าวขอบพระคุณเป็นบุคคลแรกคือ ศาสตราจารย์ ดร. วรเจตน์ ภาคีรัตน์ ผู้จุดประกายหัวข้อวิทยานิพนธ์นี้ เพราะแม้ผู้เขียนจะสนใจประเด็นเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญและมีแรงจูงใจอยู่ก่อนแล้วก็ตาม แต่การเลือกประเด็นหัวข้อวิทยานิพนธ์นี้ มีใช้สิ่งที่เราสนใจจะสามารถใช้เป็นหัวข้อวิทยานิพนธ์ได้ทุกเรื่อง ดังนั้นการที่อาจารย์ตั้งคำถามถึงภักดิ์การศึกษาในห้วงบรรยายครั้งนั้น จึงทำให้ผู้เขียนนอนไม่หลับและสนใจที่จะหาคำตอบ ซึ่งอาจารย์ก็ให้ความกรุณารับเป็นที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ในที่สุด ทั้งที่ขณะนั้นผู้เขียนยังมิได้มีเค้าโครงที่ชัดเจนนัก

เดิมทีผู้เขียนรู้จักและชื่นชมอาจารย์วรเจตน์ผ่านผลงานวิชาการและบทบาทของคณะนิติราษฎร์ ในฐานะนักวิชาการด้านกฎหมายที่ชื่อตรง ยิ่งเมื่อมีโอกาสได้เรียนและมีอาจารย์เป็นที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ก็ไม่ทำให้ผู้เขียนผิดหวัง เพราะอาจารย์คือ ครูที่เรานับถือได้อย่างสนิทใจ แม้อาจารย์จะมีภาระงานจำนวนมาก แต่ในยามลูกศิษย์ต้องการคำแนะนำ อาจารย์ก็สละเวลาให้เข้าพบและแนะนำการเขียนวิทยานิพนธ์ในส่วนที่มีปัญหาขาดตกบกพร่องและส่วนที่ล้นเกินของผู้เขียน อันช่วยให้งานเขียนนี้เป็นรูปเป็นร่างขึ้น พร้อมกันนั้นก็ให้อิสระทางวิชาการในการเขียนและแสดงความคิดเห็นได้อย่างเต็มที่ ทั้งย้ำเตือนให้ผู้เขียนระมัดระวังการเขียนให้อยู่บนพื้นฐานของหลักการ มีพิกัดกล่าวถึงกำไรจากการเรียนและการพูดคุยประเด็นสำคัญต่าง ๆ ในห้องเรียนของอาจารย์ ดังนั้น อาจารย์วรเจตน์จึงเป็นครูที่ผู้เขียนศรัทธาและปรารถนาให้เป็นที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ที่สุด

ขอขอบพระคุณ ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. จันทจิรา เอี่ยมมยุรา ที่ให้ความกรุณารับเป็นประธานกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ และผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. นพดล เดชสมบูรณ์รัตน์ ที่ได้สละเวลารับเป็นกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ของผู้เขียน ท่านอาจารย์ทั้งสองได้มอบคำแนะนำอันเป็นประโยชน์อย่างยิ่ง ตลอดจนถึงทั้งในบางประเด็นที่ผู้เขียนยังมีข้อบกพร่อง หรือบางประเด็นที่ขาดความชัดเจนสมควรต้องเพิ่มเติม อันทำให้งานวิทยานิพนธ์ของผู้เขียนนี้สมบูรณ์ยิ่งขึ้น

คณะบุคคลที่ผู้เขียนอยากขอบคุณเป็นพิเศษคือ “คณะนิไตราชฎร์” นิติศาสตร์เพื่อราษฎร ในช่วงแรกที่คณะอาจารย์กลุ่มดังกล่าวออกมาขับเคลื่นทางความคิด ตีตอาวูรทางปัญญาให้ประชาชน รู้เท่าทันสิ่งที่เกิดขึ้นภายหลังการรัฐประหารในปี 2549 ขณะนั้นผู้เขียนเรียนอยู่ชั้นมัธยมศึกษาได้มีโอกาส ติดตามผลงานและเรียนรู้เหตุบ้านการเมืองอย่างค่อยเป็นค่อยไป ยิ่งเมื่อได้เข้าเรียนในระดับอุดมศึกษา การได้ไปงานเสวนาวิชาการเป็นเรื่องสนุกและจุดประกายความคิดให้ผู้เขียนได้เสมอ การให้พื้นที่เวที สาธารณะในการอภิปรายแลกเปลี่ยนความคิดเห็นและเสรีภาพทางวิชาการจึงเป็นสิ่งสำคัญที่ทำให้ผู้เขียน ได้เรียนรู้ นอกเหนือจากอาจารย์วรเจตน์และอาจารย์จันทจิราจากคณะนิไตราชฎร์แล้ว ผู้เขียนต้อง ขอบพระคุณอาจารย์ปิยบุตร แสงกนกกุล อาจารย์ในกลุ่มนิไตราชฎร์ที่ผู้เขียนมีโอกาสพบปะตามงาน เสวนามากที่สุด และเป็นผู้บอกให้ผู้เขียนทราบว่า อาจารย์ในชั้นปริญญาโทจะจัดกลุ่มสลับกันสอน ดังนั้น กลุ่มอาจารย์วรเจตน์จึงไม่ได้สอนในทุกปีการศึกษา ทำให้ผู้เขียนสามารถวางแผนการเรียนปริญญาโทกับ กลุ่มของอาจารย์ที่เวียนกลับมาสอนอีกครั้งในปี 2560 ได้สมความตั้งใจและเข้าเรียนทวิวิชาที่อาจารย์สอน เพื่อเก็บเกี่ยวความรู้ให้คุ้มค่าที่สุด รวมถึงขอบพระคุณอาจารย์ธีระ สุธีวรากล ซึ่งเป็นผู้สัมภาษณ์ผู้เขียน ในการสอบเข้าศึกษาระดับปริญญาโท อาจารย์ให้ความเอ็นดูและให้กำลังใจแก่ผู้เขียน อันมีส่วนช่วยลด ความลังเลในการเลือกศึกษาต่อที่มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ทั้งยังแลกเปลี่ยนความเห็น พูดคุยอย่างเป็น กันเองในชั้นเรียนหรือทุกครั้งที่ได้พบและแบ่งปันหนังสืองานวิจัยของอาจารย์ให้ผู้เขียนอีกด้วย

นอกจากนี้ ต้องขอบพระคุณอาจารย์เอกบุญ วงศ์สวัสดิ์กุล และอาจารย์กิตติศักดิ์ ปรกติ ในการสร้างตำนานให้วิชาสัมมนากฎหมายมหาชนรุ่น 60 ทำให้ผู้เขียนแข็งแกร่งขึ้นเมื่อถูกตั้งคำถามและ ถูกโต้แย้ง ซึ่งขณะนั้นผู้เขียนได้เริ่มสนใจศึกษาเรื่องกฎอัยการศึกแล้ว โดยเฉพาะอาจารย์เอกบุญ ที่แม้ ความคิดเห็นในบางเรื่องจะแตกต่างกับผู้เขียนก็ตาม ทว่าอาจารย์ก็รับฟังและให้คำแนะนำเป็นอย่างดี ขอบพระคุณอาจารย์จากมหาวิทยาลัยรามคำแหงซึ่งมีเพียงไม่กี่วิชาที่ผู้เขียนมีโอกาสได้เข้าเรียนและ พูดคุยแลกเปลี่ยนความเห็นอันมีส่วนให้ผู้เขียนกระตือรือร้นและสนใจในวิชากฎหมาย โดยเฉพาะอาจารย์ สิริวัฒน์ สุภรณ์ไพบูลย์ ในวิชากฎหมายรัฐธรรมนูญเปรียบเทียบ และอาจารย์จรัญ โฆษณานันท์ ในวิชา นิติปรัชญา รวมถึงขอบคุณมหาวิทยาลัยรามคำแหงที่ให้โอกาสผู้เขียนได้ไฝ่หาความรู้ด้านกฎหมาย ในลักษณะของตลาดวิชาที่เลือกเรียนได้ตามความสนใจ แม้ขณะนั้นผู้เขียนจะศึกษาในคณะครุศาสตร์และ ตั้งใจจะเป็นครูก็ตาม

ย่อหน้านี้ ผู้เขียนขอมอบคำขอบคุณให้กับบรรดาพี่น้องและผองเพื่อนผู้เป็นกัลยาณมิตร ทั้งหลาย เริ่มจาก พี่ส้ม พี่สาวแสนดีที่คอยให้กำลังใจน้อง และเป็นคนแรก ๆ ที่ช่วยอ่านงานของ ผู้เขียนอย่างตั้งใจ รวมถึงคอยช่วยเหลืออำนวยความสะดวกในการสอบวิทยานิพนธ์ทั้งสองครั้ง ขอบคุณเพื่อนคนแรกในสายกฎหมาย พี่นเดียร์ ที่คอยช่วยเหลือ ให้กำลังใจ และเชื่อมั่นในตัวเพื่อน คนนี้เสมอ ขอบคุณเพื่อนครุศาสตร์หลายคนที่คอยช่วยเหลือและให้กำลังใจโดยเฉพาะครูปาน ครูพริ้ม และครูกีฟ ขอบคุณทุกความช่วยเหลือและกำลังใจซึ่งกันและกันจากทีมมหาชนรุ่น 60 ที่ทำให้ผู้เขียน

รู้สึกโชคดีที่ได้รู้จักทุกคนไม่ว่าจะเป็น พี่จอย พี่แก้ม พี่แป้ง พี่ตั้ม พี่สร้อย เพื่อ เจ น้องโอบ น้องมัน น้องท้อพี พี่น้องเปรม โดยเฉพาะพี่ผึ้งและน้องชัตเจน ผู้คอยช่วยเหลือผู้เขียนในหลายเรื่องมา โดยตลอด ขอขอบคุณเพื่อนปลาและน้องเน ที่ช่วยพิสูจน์อักษรในช่วงเวลาเร่งด่วน รวมถึงขอบคุณพี่เอ๊ะ และน้องเจมส์ ชาวสมาคมชั้นสี่แห่งห้องสมุดที่คอยช่วยเหลือกันมาโดยตลอด

ขอบคุณห้องสมุดสัญญา ธรรมศักดิ์ และห้องสมุดในเครือมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ สำหรับคลังความรู้และการอำนวยความสะดวกในทุกสิ่งสำหรับการทำวิทยานิพนธ์นี้ อีกทั้งขอขอบคุณทุนสนับสนุนการทำวิทยานิพนธ์จากสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญประจำปี 2563 อีกส่วนหนึ่งด้วย

ลืมเสียมิได้ ผู้เขียนขอขอบคุณคณะครุศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ซึ่งได้ประสาทความรู้และสร้างความเป็นครูที่ยึดนักเรียนเป็นสำคัญเสมอ ผู้เขียนยังคงมีความสุขและมั่นใจในการทำหน้าที่ครู แม้เป็นเพียงครูสอนพิเศษที่ได้มีสังกัดโรงเรียนก็ตาม และเพราะงานสอนอิสระนี้เองที่ทำให้ผู้เขียนพึ่งพาตนเองและมีเงินลงทุนในการศึกษาด้านนิเทศศาสตร์ตั้งแต่ในชั้นปริญญาตรีกระทั่งปัจจุบัน ได้โดยไม่เดือดร้อน ขอขอบคุณนักเรียนที่น่ารัก ดาว ไอลิม เคท ออกัส ออสติน และธัญญา ที่คอยถามไถ่ความคืบหน้าการทำวิทยานิพนธ์และเอาใจช่วยครุฑดีดีของพวกเขา รวมถึงกำลังใจจากผู้ปกครองนักเรียนทุกท่านโดยเฉพาะจากอาจารย์ปาริณา ที่พร้อมให้คำแนะนำเสมอ

เหนือสิ่งอื่นใด ขอขอบคุณครอบครัวที่น่ารัก โดยเฉพาะป้าและแม่ผู้เป็นกำลังใจสำคัญที่สุดของผู้เขียน ท่านยอมรับและเชื่อมั่นในการตัดสินใจของลูกคนนี้เสมอไม่ว่าจะเลือกเดินในเส้นทางใด หากลูกสามารถดูแลตนเองได้ทั้งสองท่านก็พร้อมสนับสนุน รวมทั้งกำลังใจใก้กู่และสัมผัส ป้าทั้งสองผู้ดูแลผู้เขียนมาเป็นอย่างดี แม้ในท้ายที่สุดแล้ว สัมผัสจะไม่ทันได้เห็นความสำเร็จของวิทยานิพนธ์เล่มนี้ เพราะความล้มเหลวของรัฐบาลในการจัดการสถานการณ์โควิด 19 ก็ตาม

สุดท้าย ผู้เขียนอยากขอบคุณตนเองที่เข้มแข็งและเชื่อมั่นในสิ่งที่หัวใจเลือกเสมอ เมื่อตัดสินใจทำอะไรแล้ว แม้จะพบเจออุปสรรคก็ได้ล้มเลิกเสียก่อน วิทยานิพนธ์เล่มนี้อยู่ในชีวิตของผู้เขียนเสมือนเพื่อนคู่คิดคนหนึ่ง นับตั้งแต่จดจองหัวข้อเมื่อวันที่ 29 มิถุนายน 2561 กระทั่งวันสอบวิทยานิพนธ์ในวันที่ 29 มิถุนายน 2564 เรื่องวันที่ตรงกันอาจเป็นเรื่องบังเอิญแต่ความสำเร็จของงานนั้นเกิดจากความตั้งใจ แม้ผู้เขียนจะมีได้เขียนงานนี้อย่างสม่าเสมอเป็นเหตุให้งานล่าช้ามาถึงเทอมสุดท้ายแล้วก็ตาม ยิ่งในบทว่าด้วยมโนทัศน์ของกฎอัยการศึกจำเป็นต้องศึกษาจากแนวคิดของต่างประเทศ นับเป็นส่วนที่ยากสำหรับผู้เขียน เพราะต้องอ่านตำราและบทความต่างประเทศจำนวนมากซึ่งเป็นข้อจำกัดของผู้เขียน บางบทความผู้เขียนใช้เวลาอ่านหลายรอบกว่าจะเรียบเรียงออกมาได้ หรือในภาวะเครียดจากสถานการณ์ต่าง ๆ ที่มีส่วนให้วิทยานิพนธ์เล่มนี้ล่าช้าไปบ้าง ไม่ว่าจะการระบาดของไวรัสโควิด 19 ในระลอกแรก กระทั่งสถานการณ์โควิดระลอกใหม่ในช่วงใกล้สอบวิทยานิพนธ์ ซึ่งผู้เขียนได้รับผลกระทบอย่างมากจนไม่อาจปรับแก้งานเขียนชิ้นนี้ได้เต็มที่ รวมถึงวิกฤตทาง

สุขภาพของผู้เขียนที่มาขัดจังหวะในช่วงระยะเวลาส่งงานครั้งสุดท้าย จึงต้องยอมรับว่างานเขียนวิชาการขนาดยาวครั้งแรกของผู้เขียนยังไม่สมบูรณ์ตามที่ตั้งใจไว้ในหลายส่วน และหากมีความผิดพลาดประการใดในวิทยานิพนธ์นี้ ผู้เขียนขออภัยและน้อมรับผิดไว้แต่เพียงผู้เดียว

นางสาวสิริญา แสงอำนาจ



## สารบัญ

	หน้า
บทคัดย่อภาษาไทย	(1)
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ	(3)
กิตติกรรมประกาศ	(6)
สารบัญตาราง	(17)
บทที่ 1 บทนำ	1
1.1. ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา	1
1.2. วัตถุประสงค์ของการศึกษา	5
1.3. สมมติฐานของการศึกษา	6
1.4. ขอบเขตของการศึกษา	6
1.5. วิธีการศึกษา	6
1.6. ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ	7
บทที่ 2 ข้อพิจารณาเบื้องต้นว่าด้วย “อำนาจรัฐ” และ “สถานการณ์ไม่ปกติ”	8
2.1 ข้อความเบื้องต้น	8
2.2 อำนาจรัฐกับความมั่นคง	8
2.2.1 รัฐ อำนาจรัฐและการกระทำของรัฐ	9
2.2.1.1 รัฐโดยสังเขป	9
2.2.1.2 ว่าด้วยอำนาจรัฐ	11
2.2.1.3 การกระทำของรัฐ	13
2.2.2 รัฐกับความมั่นคง	19
2.2.2.1 รัฐ ว่าด้วยภารกิจ	19

2.2.2.2 ความมั่นคงของรัฐและความมั่นคงของมนุษย์	21
2.3 อำนาจอรัฐในสถานการณ์ไม่ปกติ	27
2.3.1 ข้อพิจารณาเบื้องต้น: ว่าด้วยรัฐในสถานการณ์ปกติ	28
2.3.1.1 หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำขององค์กรรัฐ	29
2.3.1.2 การควบคุมตรวจสอบการกระทำของรัฐ	30
2.3.1.3 หลักความพอสมควรแก่เหตุ	32
2.3.2 ทฤษฎีว่าด้วยสถานการณ์ไม่ปกติ	34
2.3.2.1 สถานการณ์ไม่ปกติตามแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครอง	35
2.3.2.2 ผลทางกฎหมายของสถานการณ์ไม่ปกติ	36
2.3.2.3 การควบคุมตรวจสอบของศาลปกครองในสถานการณ์ไม่ปกติ	37
2.3.3 แนวคิดที่ว่าด้วยสภาวะยกเว้นและทฤษฎีความจำเป็นของรัฐ	38
2.3.3.1 แนวคิดสภาวะยกเว้น	38
2.3.3.2 แนวคิดที่ว่าด้วยเหตุผลแห่งรัฐ	41
2.3.4 บทสรุปว่าด้วยการใช้อำนาจอรัฐ	44
2.4 หลักการจำกัดสิทธิเสรีภาพกับกฎหมายความมั่นคง	45
2.4.1 หลักการพื้นฐานว่าด้วยสิทธิและเสรีภาพ	45
2.4.1.1 ความหมายและประเภทของสิทธิ	45
2.4.2 การจำกัดสิทธิและเสรีภาพ	47
2.4.2.1 เหตุผลในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพ	48
2.4.2.2 เงื่อนไขและหลักเกณฑ์ในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพ	49
2.4.3 การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพและข้อยกเว้นในกฎหมายระหว่างประเทศ	51
2.4.3.1 ปณิญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน	52
2.4.3.2 กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง	52
2.5 ความสูงสุดของพลเรือนเหนือทหาร	56
2.5.1 ข้อพิจารณาว่าด้วยความสัมพันธ์ระหว่างพลเรือน-ทหาร	57
2.5.1.1 ลักษณะความสัมพันธ์พิจารณาจากระบบการเมืองภายในประเทศ	57
2.5.1.2 ลักษณะความสัมพันธ์พิจารณาจากผู้นำพลเรือนและทหาร	58
2.5.1.3 ลักษณะความสัมพันธ์พิจารณาจากข้อตกลงร่วมกันและการ	59

	กำกับกองทัพ	
2.5.2	ทฤษฎีการควบคุมทหารโดยพลเรือน	59
2.5.2.1.	ความสัมพันธ์ที่พลเรือนมีอำนาจควบคุมทหาร : พลเรือน อำนาจสูงสุดและมีแนวคิดเปลี่ยนทหารเป็นพลเรือน	60
2.5.2.2.	ความสัมพันธ์ที่พลเรือนมีอำนาจควบคุมทหาร : ทำให้ วิชาชีพทหารมีการพัฒนาก้าวหน้ามากที่สุด	61
2.5.3	กรณีศึกษาการควบคุมทหารโดยพลเรือน: ประเทศสหรัฐอเมริกา	64
2.5.4	สรุปแนวทางการสร้างระบบ “การควบคุมพลเรือนเหนือทหาร”	66
บทที่ 3	มโนทัศน์ว่าด้วย “กฎอัยการศึก”	68
3.1	ข้อพิจารณาเบื้องต้น	68
3.2	ความหมายและลักษณะเฉพาะของกฎอัยการศึก	68
3.2.1	ความหมายของกฎอัยการศึก	68
3.2.2	ลักษณะเฉพาะของกฎอัยการศึก	72
3.2.2.1	ความคลุมเครือและความไม่ชัดเจน	72
3.2.2.2	การปรากฏตัวในสถานการณ์ไม่ปกติ	74
3.2.2.3	ความเกี่ยวข้องกับเจ้าหน้าที่ทหาร การปฏิบัติหน้าที่ระหว่าง กองทัพกับเจ้าหน้าที่พลเรือนและศาลยุติธรรมกับศาลทหาร	77
3.2.2.4	การเป็นข้อยกเว้นกฎหมายในระบบปกติอันกระทบสิทธิ ขั้นพื้นฐานของประชาชน	82
3.3	พัฒนาการทางประวัติศาสตร์ของ “กฎอัยการศึก”	85
3.3.1	จาก military Law ถึง Martial Law	86
3.3.2	Martial Law สู่อการปรับใช้	88
3.3.2.1	พัฒนาการช่วงศตวรรษที่ 14-17	88
3.3.2.2	พัฒนาการช่วงหลังศตวรรษที่ 17-20	91
3.3.3	จาก Martial Law ถึง Emergency Law	102
3.4	วิเคราะห์ปัญหาทางทฤษฎีว่าด้วย “กฎอัยการศึก”	105
3.4.1	ปัญหาว่าด้วย “สภาวะยกเว้น” กับ “กฎอัยการศึก”	105
3.4.1.1	ความสัมพันธ์ของกฎอัยการศึกกับสภาวะยกเว้น	105

3.4.1.2 กฎอัยการศึกกับกับกฎหมาย Martial Law หรือ Martial Rule	107
3.4.2 ฐานอำนาจและการอ้างความชอบธรรมในการบังคับใช้กฎอัยการศึก	109
3.4.2.1 กฎอัยการศึกกับอำนาจของพระมหากษัตริย์ (Royal Prerogative)	110
3.4.2.2 กฎอัยการศึกบนพื้นฐานกฎหมายทั่วไป ว่าด้วยความจำเป็น (Necessity)	112
3.4.3 ปัญหาความสัมพันธ์ระหว่าง “กฎอัยการศึก” “รัฐธรรมนูญ” และ “สิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ”	115
3.4.3.1 ความสัมพันธ์ของกฎอัยการศึกกับรัฐธรรมนูญ: การสร้างกลไกเพื่อจัดการสถานการณ์ไม่ปกติ	115
3.4.3.2 หลักสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศกับกฎหมายความมั่นคง	125
บทที่ 4 กฎอัยการศึกในระบบกฎหมายต่างประเทศ	131
4.1 ข้อพิจารณาเบื้องต้น	131
4.2 กฎอัยการศึกในระบบกฎหมายฝรั่งเศส	131
4.2.1 ภาพรวมระบบกฎหมายความมั่นคง	131
4.2.2.1 กฎอัยการศึก	132
4.2.2.2 การใช้อำนาจของประธานาธิบดีตามมาตรา 16	132
4.2.2.3 การประกาศสถานการณ์ฉุกเฉิน	133
4.2.2 กฎอัยการศึกในประเทศฝรั่งเศส พิศุระห์บทบัญญัติทางกฎหมาย	135
4.2.2.1 บทบัญญัติว่าด้วยกฎอัยการศึกก่อนมีการยกเลิก	135
4.2.2.2 บทบัญญัติกฏอัยการศึกที่ใช้บังคับในปัจจุบัน	138
4.3 กฎอัยการศึกในระบบกฎหมายอังกฤษ	142
4.3.1 ภาพรวมระบบกฎหมายความมั่นคง	143
4.3.1.1 กฎอัยการศึก	143
4.3.1.2 กฎหมายรักษาความสงบภายในราชอาณาจักร	143
4.3.1.3 กฎหมายในสถานการณ์ฉุกเฉิน	144
4.3.2 กฎอัยการศึกในประเทศอังกฤษ	146

4.3.2.1 การประกาศกฎอัยการศึกภายในราชอาณาจักร	147
4.3.2.2 การประกาศกฎอัยการศึกในจักรวรรดิและอาณานิคม	149
4.4 บทสรุปกฎอัยการศึกในระบบกฎหมายต่างประเทศ	153
4.4.1 สรุปการบังคับใช้กฎอัยการศึกในประเทศฝรั่งเศสและประเทศ อังกฤษ	153
4.4.2 ทิศทางของกฎอัยการศึกในอนาคต	155
บทที่ 5 กฎอัยการศึกในระบบกฎหมายไทย	159
5.1 ข้อพิจารณาเบื้องต้น	159
5.2 พัฒนาการกฎอัยการศึกในระบบกฎหมายไทย	160
5.2.1 ยุคก่อนปฏิรูปกฎหมาย: เริ่มต้นจากกฎหมายในยามสงครามและ กฎหมายทหาร	160
5.2.2 ยุคปฏิรูปกฎหมาย: การปรากฏตัวของกฎอัยการศึก	162
5.2.2.1 กฎอัยการศึก ร.ศ. 126	163
5.2.2.2 พระราชบัญญัติกฎอัยการศึก พ.ศ. 2457	164
5.2.3 ยุคสมัยใหม่ หลังการเปลี่ยนแปลงการปกครอง 2475: การปรับใช้ กฎอัยการศึกและการถือกำเนิดของกฎหมายในสถานการณ์ฉุกเฉิน	165
5.2.3.1 การใช้กฎอัยการศึก	165
5.2.3.2 การถือกำเนิดของกฎหมายในสถานการณ์ฉุกเฉิน	166
5.3 สาระสำคัญในพระราชบัญญัติกฎอัยการศึก พ.ศ. 2457	167
5.3.1 บทบัญญัติว่าด้วยเงื่อนไขการประกาศใช้กฎอัยการศึก	169
5.3.1.1 เหตุแห่งการประกาศใช้กฎอัยการศึก	169
5.3.1.2 ผู้มีอำนาจประกาศกฎอัยการศึก	171
5.3.1.3 หลักเกณฑ์การประกาศและยกเลิกกฎอัยการศึก	174
5.3.2 บทบัญญัติที่มีผลหลังการประกาศใช้กฎอัยการศึก	175
5.3.2.1 อำนาจของเจ้าหน้าที่ทหาร	175
5.3.2.2 อำนาจของศาลทหาร	178
5.3.3 บทบัญญัติว่าด้วยการควบคุมตรวจสอบ	181
5.4 กฎอัยการศึกในรัฐธรรมนูญไทย	183

5.4.1 บทบัญญัติว่าด้วยกฎอัยการศึกในรัฐธรรมนูญไทย	183
5.4.2 พิศุเคราะห์อำนาจในการประกาศใช้กฎอัยการศึก	188
5.4.3 กฎอัยการศึกกับการระงับสิทธิตามรัฐธรรมนูญ	191
5.5 การปรับใช้กฎอัยการศึกในระบบกฎหมายไทย	194
บทที่ 6 พิศุเคราะห์ปัญหาบางประการของกฎอัยการศึกและอนาคตกฎอัยการศึกไทย	204
6.1 ข้อความเบื้องต้น	204
6.2 พิศุเคราะห์ปัญหาความสัมพันธ์ระหว่างรัฐธรรมนูญกับกฎอัยการศึก และการปรับใช้ในระบบกฎหมายไทย	204
6.2.1 รัฐธรรมนูญและกฎอัยการศึกในฐานะระบบกฎหมายในสถานการณ์ไม่ปกติ	205
6.2.1.1 กฎอัยการศึกสากล: ระบบกฎหมายในสถานการณ์ไม่ปกติภายใต้รัฐธรรมนูญ หลักนิติรัฐและกรอบสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ	206
6.2.1.2 การปรับใช้กฎอัยการศึกที่ชอบด้วยกฎหมายในประเทศไทย	209
6.2.2 รัฐธรรมนูญและกฎอัยการศึกในฐานะเครื่องมือรัฐประหาร	211
6.2.2.1 กฎอัยการศึกเพื่อการรัฐประหาร: ทำลายรัฐธรรมนูญและสร้างระบอบรัฐประหาร	212
6.2.2.2 ปัญหาการปรับใช้กฎอัยการศึกที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายในประเทศไทย	217
6.2.2.3 ปัจจัยสนับสนุนการปรับใช้กฎอัยการศึกเพื่อการรัฐประหาร	222
6.2.3 บทสรุปความสัมพันธ์ของรัฐธรรมนูญกับกฎอัยการศึก และการปรับใช้ในระบบกฎหมายไทย	226
6.3 พิศุเคราะห์ปัญหาสถานะทางกฎหมายของการประกาศใช้กฎอัยการศึก: กฎหมายเก่าในระบอบการปกครองใหม่	227
6.3.1 ปัญหาสถานะทางกฎหมายของการประกาศใช้กฎอัยการศึก	228
6.3.1.1 การประกาศให้ใช้กฎอัยการศึก	229
6.3.1.2 การใช้อำนาจหลังประกาศกฎอัยการศึกโดยเจ้าหน้าที่ทหาร	231
6.3.2 ปัญหาการประกาศกฎอัยการศึกกับบทบัญญัติที่ไม่ชัดเจน	233

6.3.2.1	องค์กรผู้ใช้อำนาจ	233
6.3.2.2	สถานการณ์ในการประกาศกฏอัยการศึก	235
6.3.3	บทสรุป	238
6.4	วิเคราะห์ปัญหาการควบคุมตรวจสอบการประกาศใช้กฏอัยการศึก: สิ่งสำคัญที่ไม่ปรากฏในพระราชบัญญัติกฏอัยการศึกฯ	238
6.4.1	การตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการประกาศใช้ กฏอัยการศึก	239
6.4.1.1	บทบัญญัติที่ขัดหาย: การตรวจสอบการประกาศ กฏอัยการศึก	240
6.4.2	การตรวจสอบประกาศ คำสั่งและการกระทำของเจ้าหน้าที่ทหาร หลังประกาศใช้กฏอัยการศึก	243
6.4.3	การควบคุมตรวจสอบโดยระยะเวลา	245
6.4.4	การควบคุมตรวจสอบโดยมาตรฐานสากลระหว่างประเทศ	247
6.5	วิเคราะห์อนาคตกฏอัยการศึกไทย	249
6.6	บทสรุป	253
	บรรณานุกรม	260
	ประวัติผู้เขียน	275

## สารบัญตาราง

ตารางที่	หน้า
4.1 ตารางสรุปการบังคับใช้กฎหมายการศึกษาในประเทศฝรั่งเศสและประเทศอังกฤษ	154



## บทที่ 1 บทนำ

### 1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

เมื่อ “รัฐ” ถือกำเนิดขึ้น “อำนาจรัฐ” ซึ่งเป็นลักษณะของการใช้อำนาจในรัฐย่อมเกิดขึ้นตามมาด้วย การใช้อำนาจรัฐมีการพัฒนาไปพร้อมกับวิวัฒนาการของตัวรัฐเอง นับตั้งแต่ในยุคกลางที่เริ่มต้นความเป็นรัฐสู่รัฐสมัยใหม่ จากรัฐสมบูรณาญาสิทธิราชย์จนถึงรัฐเสรีประชาธิปไตย พัฒนาการดังกล่าวส่งผลให้ลักษณะการใช้อำนาจเปลี่ยนไป จากการใช้อำนาจรัฐอย่างไร้ขีดจำกัดไปสู่การใช้อำนาจรัฐที่จำกัดภายใต้เงื่อนไขบางประการ อันเป็นผลจากการตื่นรู้ในเรื่องสิทธิมนุษยชนและการปกครองโดยรัฐธรรมนูญ นำไปสู่แนวคิดในเรื่องหลักนิติรัฐและนิติธรรม และแนวคิดดังกล่าวนี้เองคือกรอบในการใช้อำนาจรัฐเพื่อสร้างความมั่นคงให้กับประเทศที่ปกครองในระบอบประชาธิปไตยไม่อาจละทิ้งได้

นอกจากรัฐและอำนาจรัฐจะมีพัฒนาการไปตามยุคสมัยแล้ว การตีความ “ความมั่นคงของรัฐ” ซึ่งถือเป็นภารกิจที่เกิดขึ้นมาพร้อม ๆ กับการก่อร่างสร้างตัวของรัฐ แรกเริ่มลักษณะภัยคุกคามความมั่นคงของรัฐ มักอยู่ในรูปของการใช้กองกำลังทหารทำสงคราม แย่งชิงดินแดน แย่งชิงอำนาจเพื่อความเป็นปึกแผ่นของอาณาจักร ทว่าในปัจจุบัน ความมั่นคงของชาติ มิได้จำกัดเฉพาะความมั่นคงของตัวรัฐเท่านั้น แต่มีความหมายครอบคลุมถึงความมั่นคงของมนุษย์ (Human Security)<sup>1</sup> คือประชาชนและความเป็นอยู่ของประชาชนในรัฐนั้น เราจึงมองรัฐเป็นองค์กรวมที่มีใช้เฉพาะผู้ใช้อำนาจในรัฐเท่านั้น แต่หมายรวมถึงประชาชนด้วย สอดคล้องกับภารกิจของรัฐสมัยใหม่ (Modern State) ซึ่งมีภารกิจพื้นฐาน (Basic Function)<sup>2</sup> ได้แก่ ภารกิจภายนอกซึ่งเป็นกิจการทหารป้องกันภัยประเทศ และภารกิจภายในเพื่อยังความสงบเรียบร้อยในรัฐ อันเป็นการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐาน

---

<sup>1</sup> สำนักงานโครงการพัฒนาแห่งสหประชาชาติประจำประเทศไทย, ความมั่นคงของมนุษย์ในปัจจุบันและอนาคต, (กรุงเทพมหานคร: ม.ป.พ., 2553), น. 8.

<sup>2</sup> สมยศ เชื้อไทย, หลักกฎหมายมหาชนเบื้องต้น, พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2551), น. 128-129.

ของประชาชนไปพร้อม ๆ กัน ดังนั้นความเป็นรัฐ อำนาจอรัฐ และภารกิจของรัฐ จึงมีความสอดคล้องและพัฒนาควบคู่กันไปตามลำดับแห่งยุคสมัย

อย่างไรก็ดี ในบางสถานการณ์ที่รัฐตกอยู่ภายในสภาวะวิกฤตอันไร้วิถีทางตามกฎหมายในระบบปกติที่จะแก้ไขปัญหาและฟื้นฟูประเทศได้ สถานการณ์ดังกล่าวนำไปสู่สภาวะยกเว้น (State Exception) ซึ่งหมายถึง การยกเว้นกฎหมายในระบบปกติเพื่อใช้ระบบกฎหมายในสถานการณ์ไม่ปกติแทนที่ และกฎหมายในสถานการณ์ไม่ปกตินี้เองที่มีผลเป็นการผ่อนปรนความเคร่งครัดในหลักนิติรัฐลงด้วยเหตุผลของความจำเป็นและความปลอดภัยของประชาชน ตัวอย่างกฎหมายในสถานการณ์ไม่ปกติหรืออาจเรียกว่ากฎหมายความมั่นคงที่มีมาแต่โบราณและผู้เขียนสนใจศึกษาในวิทยานิพนธ์นี้คือ กฎอัยการศึก ( Martial Law )

กฎอัยการศึก เป็นกฎหมายเก่าตั้งแต่สมัยโบราณที่มีพัฒนาการทางความคิดและการปรับใช้เปลี่ยนแปลงไปตามลำดับเช่นเดียวกับพัฒนาการของรัฐและยังคงมีปรากฏให้เห็นเป็นลายลักษณ์อักษรในบางประเทศ มโนทัศน์ของกฎหมายว่าด้วยกฎอัยการศึกมีความสัมพันธ์กับกฎหมายทหาร (Military Law) ในความเข้าใจของหลายท่าน รวมถึงความสัมพันธ์ระหว่างกฎอัยการศึกกับกฎหมายในสถานการณ์ฉุกเฉิน (Emergency Law) อันเป็นไปตามพัฒนาการของกฎอัยการศึกที่เริ่มจากใช้บังคับแก่ทหารในช่วงเวลาสงครามหรือความไม่สงบเท่านั้น ต่อมาในช่วงศตวรรษที่ 19 ยุคแห่งการล่าอาณานิคม กฎอัยการศึกลายเป็นกฎหมายที่ใช้สำหรับควบคุมชาวอาณานิคมและนับเป็นจุดเริ่มต้นนำกฎหมายดังกล่าวมาบังคับใช้กับชาวพื้นเมือง ซึ่งเป็นพลเมืองในดินแดนอาณานิคมที่มีใช้การบังคับใช้เฉพาะในหมู่ทหารอีกต่อไป การนำกฎอัยการศึกลงมาใช้บังคับกับพลเมืองในประเทศของตนอยู่ภายใต้เหตุผลความมั่นคงของรัฐ<sup>3</sup> และได้กลายเป็นเครื่องมือหรือกลไกตามรัฐธรรมนูญที่สำคัญในการปกครองประเทศในสภาวะไม่ปกติในเวลาต่อมา โดยกฎอัยการศึก (Martial Law หรือ State of Siege) ที่ใช้ในประเทศฝรั่งเศส) มีแนวคิดและการปรับใช้ที่เปลี่ยนไปแต่ยังคงมีสาระสำคัญอันเป็นลักษณะเฉพาะ คือ เมื่อมีการประกาศกฎอัยการศึกแล้ว อำนาจของเจ้าหน้าที่พลเรือนจะโอนไปยัง

---

<sup>3</sup> Mark Neocleous, “Whatever happened to martial law,” *Radical Philosophy*, 43, pp. 13-21 (May 2007).

เจ้าหน้าที่ฝ่ายทหารในส่วนของอำนาจในการปฏิบัติการป้องกัน ปราบปรามและรักษาความสงบเรียบร้อย และอาจรวมไปถึงการให้ศาลทหารมีเขตอำนาจพิจารณาคดีของพลเรือน

ในยุคเสรีประชาธิปไตยการปรับใช้กฎหมายการศึกษาย่อมเปลี่ยนไปด้วย การให้ทหารมีอำนาจเหนือเจ้าหน้าที่พลเรือนไม่ใช่สิ่งที่สมควรหรือยอมรับได้ในห้วงเวลาปกติ เนื่องจากการให้ทหารมีอำนาจดังกล่าว อาจนำมาซึ่งการปกครองแบบเผด็จการทหารและอาจส่งผลกระทบต่อสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชนเกินความจำเป็น อีกทั้งการสงครามในความหมายแบบโบราณมิใช่วิธีการสร้างอำนาจและความเข้มแข็งให้รัฐอีกต่อไป รัฐต้องรับมือภัยคุกคามรูปแบบใหม่นอกเหนือไปจากเรื่องของสงครามแต่เป็นสถานการณ์ฉุกเฉินหรือสถานการณ์ความไม่สงบภายในประเทศ ไม่ว่าจะเป็นการจลาจลหรือภัยคุกคามจากธรรมชาติหรือภัยจากโรคระบาดอันเป็นภัยอันตรายต่อประชาชนในรัฐซึ่งมิได้จำเป็นต้องให้เจ้าหน้าที่ทหารขึ้นมาใช้อำนาจในการปฏิบัติการแทนที่เจ้าหน้าที่พลเรือน ดังเช่นยามสงคราม เกิดเป็นกฎหมายในสถานการณ์ฉุกเฉิน (Emergency Law) ขึ้น จึงเกิดคำถามสำคัญว่า กฎอัยการศึกษายังจำเป็นหรือไม่ และหากมีความจำเป็นกฎหมายการศึกษาในปัจจุบันควรมีลักษณะอย่างไร ในวิทยานิพนธ์เล่มนี้ผู้เขียนได้พยายามศึกษามโนทัศน์ว่าด้วยกฎหมายการศึกษา ตั้งแต่รากฐานทางความคิด ลักษณะเฉพาะของกฎหมายการศึกษา และพัฒนาการปรับใช้กฎหมายการศึกษาตั้งแต่อดีตกระทั่งปัจจุบัน ตลอดจนการศึกษากฎอัยการศึกษาในต่างประเทศเพื่อนำมาเปรียบเทียบกับกฎหมายการศึกษาของประเทศไทย

ในต่างประเทศมีความพยายามจัดระบบกฎหมายความมั่นคงให้เป็นระบบ ตลอดจนปรับปรุงให้กฎหมายการศึกษาเป็นกฎหมายที่มีเงื่อนไขและมาตรการสอดคล้องกับยุคปัจจุบัน วิทยานิพนธ์เล่มนี้เลือกศึกษากฎอัยการศึกษาของประเทศอังกฤษ ซึ่งเป็นตัวอย่างประเทศในกลุ่มคอมมอนลอว์ (Common Law) ที่มีได้มีการบัญญัติกฎหมายการศึกษาเป็นลายลักษณ์อักษร มีเพียงการตรากฎหมายในสถานการณ์ฉุกเฉินแทน ทว่าหากเกิดสงครามขึ้น ความจำเป็นย่อมเป็นบ่อเกิดแห่งกฎหมายการศึกษาที่เคยใช้บังคับในอดีตอาจปรากฏขึ้นก็เป็นได้ ส่วนกลุ่มประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายซีวิลลอว์ (Civil Law) โดยเฉพาะประเทศฝรั่งเศสนับเป็นประเทศต้นแบบการร่างกฎหมายการศึกษาในลักษณะกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่บัญญัติไว้ทั้งในรัฐธรรมนูญและในกฎหมายเฉพาะ ทั้งนี้ ภายหลังจากสงครามโลกครั้งที่ 2 ไม่ว่าจะเป็ในประเทศอังกฤษหรือประเทศฝรั่งเศสก็ได้มีการประกาศใช้กฎหมายการศึกษาแต่อย่างใด จึงน่าสนใจว่ากฎหมายการศึกษาเป็นกฎหมายในสถานการณ์ไม่ปกติในระดับสงครามซึ่งอาจยังจำเป็นต้องบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญในฐานะกลไกในยามฉุกเฉิน อีกทั้งการปรับใช้

กฎอัยการศึกในสองประเทศนี้ล้วนแต่ชอบด้วยกฎหมาย ไม่ละทิ้งคุณค่าแห่งนิติรัฐและสอดคล้องกับหลักสิทธิมนุษยชน แตกต่างจากการบังคับใช้กฎอัยการศึกในประเทศไทยซึ่งมีปัญหาการปรับใช้กฎอัยการศึกและปัญหาในส่วนของบทบัญญัติแห่งกฎหมายดังกล่าวด้วย

ประการแรก ปัญหาการปรับใช้กฎอัยการศึกในประเทศไทย การประกาศใช้กฎอัยการศึกเพื่อรัฐประหารในปี พ.ศ. 2557 ได้จุดประกายให้ผู้เขียนสนใจศึกษาพระราชบัญญัติกฎอัยการศึก พ.ศ. 2457 ด้วยความสงสัยว่า กฎอัยการศึกเป็นกฎหมายที่บัญญัติขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์ใด เหตุใดการรัฐประหารในประเทศไทยหลายครั้งจึงมีการประกาศกฎอัยการศึกด้วยเสมอ เมื่อผู้เขียนเริ่มศึกษาประวัติศาสตร์และพัฒนาการของกฎอัยการศึกในประเทศไทยพบว่า ในอดีตก่อนมีกฎอัยการศึกเราก็มีกฎหมายทหารซึ่งใช้เฉพาะในยามสงคราม กระทั่งมีการตราพระราชบัญญัติกฎอัยการศึกเป็นครั้งแรกในรัชกาลที่ 5 คือ พระราชบัญญัติกฎอัยการศึก ร.ศ. 126 ต่อมาได้มีการยกเลิกและบัญญัติกฎหมายขึ้นใหม่ในสมัยรัชกาลที่ 6 เป็นพระราชบัญญัติกฎอัยการศึก พระพุทธศักราช 2457 ที่ยังคงมีการประกาศใช้เรื่อยมาจวบจนปัจจุบัน ในพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวได้กำหนดให้ประกาศกฎอัยการศึกได้ในยามจำเป็น ยามสงครามหรือมีภัยอันตรายต่อประเทศ แต่จากการศึกษาผู้เขียนพบว่า การประกาศใช้กฎอัยการศึกทั้งสิ้น 16 ครั้ง มีการประกาศกฎอัยการศึกเพื่อทำการรัฐประหารช่วงชิงอำนาจจากรัฐบาลพลเรือนถึง 9 ครั้ง สะท้อนให้เห็นปัญหาความสัมพันธ์ระหว่างกฎอัยการศึกและรัฐธรรมนูญของไทยซึ่งแตกต่างจากประเทศประชาธิปไตยอื่นที่ผู้เขียนได้กล่าวไว้ในย่อหน้าก่อน กล่าวคือ แทนที่กฎอัยการศึกจะมีฐานะเป็นกลไกหนึ่งของรัฐธรรมนูญเพื่อจัดการสถานการณ์ไม่ปกติเพื่อรักษาความมั่นคงของรัฐและความมั่นคงของการปกครองในระบอบ ทว่ากฎอัยการศึกของไทยกลับถูกใช้เป็นเครื่องมือรัฐประหารล้มล้างการปกครองและล้มล้างรัฐธรรมนูญ อันเป็นปัญหาการปรับใช้กฎอัยการศึกในประเทศไทยที่ผู้เขียนศึกษาโดยเปรียบเทียบกับ การบังคับใช้กฎอัยการศึกในต่างประเทศเพื่อให้เห็นภาพชัดเจนยิ่งขึ้น

ปัญหาประการต่อมาคือ การพิจารณาพระราชบัญญัติกฎอัยการศึก พ.ศ. 2457 ซึ่งตราขึ้นในสมัยสมบูรณาญาสิทธิราชย์ยังคงมีความเหมาะสม สอดคล้องกับระบอบประชาธิปไตยในปัจจุบันหรือไม่ ขณะที่ประเทศไทยยังคงมีการประกาศใช้กฎอัยการศึกบ่อยครั้งโดยแทบไม่มีการปรับเปลี่ยนในส่วนที่เป็นสาระสำคัญของกฎหมายเลย หากพิจารณาตามกฎหมายแล้วทั้งเงื่อนไขสถานการณ์สำหรับประกาศกฎอัยการศึก ผู้มีอำนาจในการประกาศกฎอัยการศึก รวมถึงรูปแบบในการประกาศมีความไม่ชัดเจน และอาจไม่เหมาะสมกับยุคปัจจุบันเมื่อเทียบเคียงกับกฎอัยการศึกในต่างประเทศ

และง่ายต่อการถูกนำไปใช้เป็นเครื่องมือในการทำรัฐประหารด้วย ในวิทยานิพนธ์นี้ผู้เขียนจะได้วิเคราะห์ปัญหาว่าด้วยสถานะทางกฎหมายของการประกาศใช้กฎอัยการศึก โดยพิจารณาเทียบกับทฤษฎีหรือหลักการกระทำทางรัฐบาลในต่างประเทศ คำตอบในเรื่องสถานะของการประกาศให้ใช้กฎอัยการศึกนี้มีผลในการวิเคราะห์ถึงปัญหาในประเด็นต่อไป คือปัญหาการควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจตามกฎอัยการศึก ซึ่งในพระราชบัญญัตินี้มีได้บัญญัติไว้แต่ประการใดทั้งในแง่ของการตรวจสอบโดยรัฐสภาหรือโดยองค์กรตุลาการ รวมถึงเงื่อนไขในด้านระยะเวลาเพื่อป้องกันมิให้มีการดำรงสภาวะยกเว้นไว้จนเป็นปกติ ตลอดจนปัญหาการตรวจสอบการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ทหารหลังการประกาศใช้กฎอัยการศึก โดยศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายต่างประเทศเพื่อหาแนวทางแก้ไขปัญหาดังกล่าวและพิจารณาทิศทางที่ควรจะเป็นของพระราชบัญญัติกฎอัยการศึกฯ ของไทยในอนาคต

วิทยานิพนธ์เล่มนี้ ผู้เขียนตระหนักถึงความสำคัญของกฎอัยการศึกในอดีต เมื่อมองในสถานะกฎหมายในสถานการณ์วิกฤตที่ไม่อาจใช้มาตรการอื่นใดเพื่อนำประเทศกลับคืนสู่ภาวะปกติ ผู้เขียนเชื่อว่า การศึกษาข้อความคิดและพัฒนาการของกฎอัยการศึก ตลอดจนการศึกษาปัญหาการบังคับใช้กฎอัยการศึกในทางปฏิบัติโดยเปรียบเทียบทั้งในระบบกฎหมายไทยและระบบกฎหมายต่างประเทศ จะนำไปสู่การปรับปรุงหรือนำเสนอแนวคิดที่เป็นประโยชน์เพื่อให้ “กฎอัยการศึก” ของประเทศไทยอยู่ในจุดสมดุลและมีความเหมาะสมระหว่างการประกันความมั่นคงแห่งรัฐและประกันสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชนไปพร้อมกัน

## 1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา

1. เพื่อศึกษามโนทัศน์และพัฒนาการทางความคิดของกฎอัยการศึก
2. เพื่อศึกษาสถานะทางกฎหมายของการประกาศให้ใช้กฎอัยการศึก ตลอดจนความสัมพันธ์ที่มีต่อรัฐธรรมนูญทั้งในฐานะกลไกจัดการสถานการณ์ฉุกเฉินที่ชอบด้วยกฎหมายและในฐานะเครื่องมือรัฐประหารที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายของประเทศไทย
3. เพื่อศึกษาปัญหาการปรับใช้พระราชบัญญัติกฎอัยการศึก พ.ศ. 2457 ทั้งในด้านความชอบด้วยกฎหมายของเงื่อนไขแห่งการประกาศ การควบคุมตรวจสอบการประกาศใช้กฎอัยการศึก โดยเปรียบเทียบกับต่างประเทศ

4. เพื่อหาแนวทางการแก้ไขปัญหาและปรับเปลี่ยนให้กฎอัยการศึกในระบบกฎหมายไทยให้เป็นกฎหมายที่เหมาะสมกับการปกครองระบอบประชาธิปไตยในปัจจุบัน

### 1.3 สมมติฐานของการศึกษา

กฎอัยการศึก เป็นกฎหมายที่มีพัฒนาการมาจากกฎหมายทหารที่บังคับใช้ในหมู่ทหาร ก่อนจะมีการนำมาบังคับใช้กับพลเรือนโดยอ้างเหตุแห่งความมั่นคงของรัฐ แต่หลังจากยุคสมัยเปลี่ยนไป การนำกฎอัยการศึกมาใช้ในรัฐเสรีประชาธิปไตย ย่อมต้องมีการปรับเปลี่ยนหลักเกณฑ์หรือรูปแบบกฎหมาย มิเช่นนั้นจะเป็นปัญหาในทางปฏิบัติอันส่งผลกระทบต่อประชาชน ดังนั้น จึงสมควรปรับเปลี่ยนกฎอัยการศึกซึ่งถือกำเนิดขึ้นในระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์และมีปัญหาการบังคับใช้หลายประการให้เป็นกฎหมายที่มีความเหมาะสมกับยุคสมัยปัจจุบัน

### 1.4 ขอบเขตของการศึกษา

วิทยานิพนธ์นี้มุ่งศึกษา มโนทัศน์ของกฎอัยการศึก ในทางทฤษฎีตั้งแต่ประวัติศาสตร์ ข้อความคิด พัฒนาการก่อสร้างตัวของกฎอัยการศึกทั้งของประเทศไทยและต่างประเทศ ตลอดจนศึกษาในทางปฏิบัติของการปรับใช้กฎหมายนี้ในประเทศฝรั่งเศสและประเทศอังกฤษเทียบกับการบังคับใช้พระราชบัญญัติกฎอัยการศึก พ.ศ. 2457 ของประเทศไทย เพื่อให้เห็นถึงปัญหาและแนวทางปรับปรุงกฎอัยการศึกที่เหมาะสมสำหรับประเทศไทย

### 1.5 วิธีการศึกษา

วิทยานิพนธ์นี้ใช้วิธีการศึกษาแบบวิจัยเอกสาร (Documentary Research) โดยศึกษา ค้นคว้า และรวบรวมข้อมูลจากหนังสือ งานวิจัย บทความ วิทยานิพนธ์ทั้งไทยและต่างประเทศ รวมถึงสิ่งตีพิมพ์ต่าง ๆ ของรัฐ เช่น ข้อมูลข่าวสาร ตลอดจนสื่ออิเล็กทรอนิกส์ การศึกษา แบ่งเป็นบทต่าง ๆ เริ่มตั้งแต่แนวคิดทฤษฎีพื้นฐานของเรื่อง และประเด็นปัญหาในทางปฏิบัติ ศึกษาในส่วนกฎหมายไทยและต่างประเทศ เพื่อนำมาวิเคราะห์ เปรียบเทียบและสรุปผลในตอนสุดท้าย

## 1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

วิทยานิพนธ์เล่มนี้ได้รวบรวมข้อมูลและประเด็นปัญหาที่น่าสนใจว่าด้วยกฎอัยการศึก ทั้งความรู้ในทางทฤษฎีและในทางปฏิบัติ โดยเฉพาะแนวคิดพื้นฐานของกฎอัยการศึก ลักษณะเฉพาะ และพัฒนาการของกฎหมาย ตลอดจนปัญหาของกฎหมายหรือการบังคับใช้ที่สมควรแก้ไขให้ถูกต้อง ด้วยหวังเป็นอย่างยิ่งว่าจะทำให้เห็นทิศทางที่ควรจะเป็นของกฎอัยการศึก ตลอดจนการพัฒนาระบบ กฎหมายความมั่นคงของประเทศไทยต่อไป และหากทำการศึกษาเพิ่มเติมอาจนำไปต่อยอดทางการศึกษาได้ สำหรับผู้เขียนเองก็คาดหวังว่าผลงานนี้จะเป็นการเสริมสร้างความคิด ความเข้าใจของ ประชาชนต่อกฎหมายที่อาจกระทบสิทธิขั้นพื้นฐานอย่างรู้เท่าทัน



## บทที่ 2

### ข้อพิจารณาเบื้องต้นว่าด้วย “อำนาจรัฐ” และ “สถานการณ์ไม่ปกติ”

#### 2.1 ข้อความเบื้องต้น

เมื่อรัฐถือกำเนิดขึ้น อำนาจในการจัดระเบียบภายในรัฐและการดำเนินภารกิจต่าง ๆ ย่อมถือกำเนิดขึ้นตามมาด้วย อำนาจดังกล่าวคือ “อำนาจรัฐ” ซึ่งลักษณะของการใช้อำนาจรัฐในแต่ละยุคสมัยนั้นมีการพัฒนาไปพร้อมกับวิวัฒนาการของตัวรัฐเอง นับตั้งแต่ในยุคกลางที่เริ่มต้นความเป็นรัฐสู่รัฐสมัยใหม่ จากรัฐสมบูรณาญาสิทธิราชย์จนถึงรัฐเสรีประชาธิปไตย ทั้งนี้ พัฒนาการดังกล่าวส่งผลให้ลักษณะการใช้อำนาจเปลี่ยนไปด้วย จากการใช้อำนาจรัฐอย่างไร้ขีดจำกัด ไปสู่การใช้อำนาจรัฐที่จำกัดภายใต้เงื่อนไขบางประการ อันเป็นผลจากการตื่นรู้ในเรื่องสิทธิมนุษยชนและการปกครองโดยรัฐธรรมนูญ นำไปสู่แนวคิดในเรื่องหลักนิติรัฐและนิติธรรม แนวคิดดังกล่าวนี้เองคือกรอบในการใช้อำนาจรัฐเพื่อสร้างความมั่นคงแก่รัฐ ทั้งนี้ “ความมั่นคงของรัฐ” ยังมีลักษณะการตีความที่แตกต่างออกไปตามพัฒนาการของรัฐในแต่ละช่วงเวลาด้วย

การใช้อำนาจรัฐในข้อความเบื้องต้นนี้ คือหลักทั่วไปในการปฏิบัติ แต่ทว่าอาจมีเหตุให้นำไปสู่สภาวะยกเว้น ซึ่งทำให้กรอบนิติรัฐ นิติธรรมนั้นผ่อนลงด้วยเหตุผลความจำเป็นของรัฐในยามที่รัฐอยู่ในสภาวะวิกฤต อันไร้วิถีทางตามกฎหมายซึ่งจะดำรงชาติไว้ได้ ซึ่งหมายถึงในสถานการณ์ไม่ปกตินั่นเอง ในบทนี้ผู้เขียนได้ศึกษาข้อพิจารณาเบื้องต้นของการใช้อำนาจรัฐในสภาวะปกติและในสถานการณ์ไม่ปกติ ตลอดจนความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพ และหลักความสูงสุดของพลเรือนเหนือทหาร เพื่อเป็นพื้นฐานในการศึกษาทฤษฎีการศึกษาระบบต่อไป

#### 2.2 อำนาจรัฐกับความมั่นคง

อำนาจรัฐและความมั่นคงมีความสัมพันธ์เกี่ยวข้องกัน เนื่องจากอำนาจรัฐเป็นสิ่งที่สร้างความมั่นคงภายในรัฐได้ อีกทั้งผู้มีอำนาจรัฐย่อมผูกขาดการตีความความมั่นคงในมิติต่าง ๆ ทั้งอำนาจรัฐภารกิจของรัฐต่างก็มีพัฒนาการคู่กันไป ความหมายของความมั่นคงจึงมิได้มีเพียงรูปแบบเดียว ในหัวข้อนี้ผู้เขียนจึงได้ศึกษาเรื่องอำนาจรัฐและความมั่นคงเพื่อเป็นพื้นฐานความเข้าใจในการศึกษาระบบกฎหมายความมั่นคงต่อไป

## 2.2.1 รัฐ อำนาจรัฐและการกระทำของรัฐ

### 2.2.1.1 รัฐโดยสังเขป

เมื่อกล่าวถึง “อำนาจรัฐ” เราไม่อาจละเลยการทำความเข้าใจเบื้องต้นในสิ่งที่เรียกว่ารัฐได้ โดยธรรมชาติมนุษย์ไม่อาจอยู่ได้เพียงลำพัง สมดังคำกล่าวอมตะของอริสโตเติล (Aristotle) ที่ว่า “มนุษย์เป็นสัตว์สังคม<sup>1</sup>” นำไปสู่การรวมตัวกันของมนุษย์จนกลายเป็นสังคมขนาดใหญ่ที่เรียกว่า “รัฐ” ขณะเดียวกัน “อำนาจรัฐ” ย่อมต้องมีขึ้นเพื่อจัดระเบียบสังคมภายในรัฐให้ทุกกลุ่มผลประโยชน์สามารถอยู่ร่วมกันได้ ดังนั้น รัฐกับอำนาจรัฐจึงมีความสัมพันธ์และพัฒนาการควบคู่กันไปเสมอ

การอธิบายคำว่า “รัฐ” ให้จบภายในไม่กี่บรรทัดย่อมไม่อาจนิยามความหมายได้ครบถ้วน และการพยายามอธิบายความหมายของรัฐมีความแตกต่างกันอยู่บ้างสุดแต่จะยึดสิ่งใดเป็นหลักเกณฑ์ ทั้งในทางประวัติศาสตร์ สังคมวิทยา หรือกฎหมาย<sup>2</sup> โดยความคิดเกี่ยวกับ “รัฐ” เกิดขึ้นในช่วงรอยต่อระหว่างสมัยกลางและสมัยใหม่ที่เรียกว่า “ยุคฟื้นฟูศิลปวิทยาการ” บุคคลแรก ๆ ที่ริเริ่มใช้คำว่า “รัฐ” เพื่อเรียกชุมชนทางการเมืองที่มีการจัดการปกครองอย่างเป็นระบบคือ นิกโกเลาะ มาเคียเวลลี (Niccolo Machiavelli) ในงานเขียน “เจ้าผู้ปกครอง” (The Prince) มาเคียเวลลีเสนอความคิดว่ารัฐเป็นสิ่งที่มีความสำคัญในตัวของตัวเอง เพราะรัฐที่มั่นคงเป็นปีกแผ่นเท่านั้นที่จะจัดความวุ่นวายทั้งปวงในสังคมได้ เขาจึงสนับสนุนการรักษาอำนาจรัฐให้มั่นคงโดยไม่คำนึงถึงวิธีการกล่าวคือ ผู้ปกครองหรือผู้นำทางการเมืองจะรักษาไว้ซึ่งอำนาจรัฐโดยไม่ต้องผูกพันตนต่อกฎหมายหรือหลักศีลธรรม สะท้อนหลักเหตุผลแห่งรัฐ ซึ่งผู้เขียนจะได้ขยายความในหัวข้อต่อไป นักคิดคนสำคัญที่สนับสนุนเรื่องรัฐและอำนาจรัฐอีกคน คือ ฌอง โบแดง (Jean Bodin) เจ้าของผลงานลือชื่อ “Lex Six Livres de La République” เห็นว่า รัฐมีลักษณะที่สำคัญ คือ รัฐจัดตั้งขึ้นโดยอำนาจสูงสุดมีสถาบันที่ทรงอำนาจเพียงหนึ่งเดียว<sup>3</sup>

<sup>1</sup> วรเจตน์ ภาคีรัตน์, ประวัติศาสตร์ความคิดนิติปรัชญา, (กรุงเทพมหานคร: อานกกฎหมาย, 2561), น. 97.

<sup>2</sup> ไพโรจน์ ชัยนาม, คำอธิบายกฎหมายรัฐธรรมนูญเปรียบเทียบ เล่ม 1 ข้อความเบื้องต้นและหลักการทั่วไปของกฎหมายรัฐธรรมนูญ, (กรุงเทพมหานคร: คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2495), น. 29.

<sup>3</sup> รายละเอียดใน วรเจตน์ ภาคีรัตน์, คำสอนว่าด้วยรัฐและหลักกฎหมายมหาชน, พิมพ์ครั้งที่ 3, แก้ไขเพิ่มเติม (กรุงเทพมหานคร: อานกกฎหมาย, 2564), น. 21.

ในเชิงสังคมวิทยา Maurice Hauriou ได้อธิบายความหมายของ“รัฐ” ไว้ อย่างน่าสนใจว่า “รัฐเป็นการรวมเอาการเมือง เศรษฐกิจ กฎหมาย สาระสำคัญของชาติไว้ด้วยกัน เพื่อสถาปนาระบบการปกครองฝ่ายพลเรือน”<sup>4</sup> หากพิจารณาในแง่กฎหมาย รัฐเป็นหน่วยงานหรือ บุคคลทางกฎหมาย กล่าวคือ รัฐเป็นผู้ทรงสิทธิและหน้าที่ต่างๆด้วยตนเอง รัฐจึงสามารถกระทำการ หรือแสดงเจตนาของรัฐเองได้

ตามกฎหมายระหว่างประเทศ “รัฐ” คือ คณะบุคคลซึ่งรวมกันอยู่เป็นปึกแผ่น มีความเป็นอิสระบนดินแดนซึ่งตนเป็นเจ้าของและอยู่ภายใต้อำนาจปกครองซึ่งได้จัดไว้เป็นระเบียบ เดียวกัน โดยมุ่งจะให้ประกันแก่ทุก ๆ คนในการใช้เสรีภาพและในการถือเอาประโยชน์จากสิทธิของ ตน<sup>5</sup>

แมกซ์ เวเบอร์ (Max Weber) นักนิติศาสตร์และสังคมวิทยา แสดงความเห็น เกี่ยวกับรัฐในการบรรยายที่มหาวิทยาลัยมิวนิคว่า “รัฐ” คือกลุ่มการเมืองซึ่งสามารถผูกขาดการใช้ กำลังบังคับโดยชอบธรรม ภายในอาณาเขตใดอาณาเขตหนึ่ง ในประโยชน์มีค่าสำคัญคือ การผูกขาด (Monopoly) ความชอบธรรม (Legitimacy) และกำลัง (Force)<sup>6</sup> แสดงให้เห็นว่า เวเบอร์อาจจะมอง รัฐเป็นผู้ผูกขาดการใช้อำนาจเพียงผู้เดียวเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อย รัฐจึงจำเป็นต้องใช้กำลังบังคับ ไม่มีกำลังบังคับก็ไม่มีรัฐ รัฐ คือ ผู้มีอำนาจชอบธรรมในการใช้กำลังบังคับเพียงผู้เดียว ทั้งนี้ เวเบอร์เอง ก็ยอมรับว่าการใช้กำลังบังคับนี้ก็อันตรายหากใช้โดยไม่จำเป็น อาจนำไปสู่ความรุนแรงและสงครามได้

เมื่อพิจารณาประกอบกับหลักเกณฑ์องค์ประกอบของรัฐในทางสังคมวิทยา รัฐมี องค์ประกอบ 3 ประการตามที่ เกออร์ก เยลลิเนก (Georg Jellinek) นักกฎหมายมหาชนคิดขึ้นโดย ใช้เป็นเกณฑ์บ่งชี้ความเป็นรัฐในทางกฎหมายระหว่างประเทศ<sup>7</sup> ประกอบด้วย อาณาเขตหรือดินแดนที่ แน่นนอนของรัฐ ประชากรผู้เป็นเลือดเนื้อและจิตใจของดินแดนนั้น และอำนาจรัฐ ในที่นี้ผู้เขียน จะอธิบายรายละเอียดเฉพาะองค์ประกอบของรัฐในส่วนอำนาจรัฐเป็นหลัก

<sup>4</sup> ไพโรจน์ ชัยนาม, สถาบันการเมืองและกฎหมายรัฐธรรมนูญ ภาค 1 ความนำทั่วไป, (กรุงเทพมหานคร: คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2524), น. 234.

<sup>5</sup> ไพโรจน์ ชัยนาม, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 2, น. 29.

<sup>6</sup> บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, กฎหมายมหาชนเล่ม 4 : รัฐ, (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2560), น. 24.

<sup>7</sup> รายละเอียดองค์ประกอบของรัฐใน วรเจตน์ ภาคีรัตน์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 3, น. 39-58. และ สมยศ เชื้อไทย, คำอธิบายหลักรัฐธรรมนูญทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: โครงการ ตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2535), น. 1-3.

### 2.2.1.2 ว่าด้วยอำนาจรัฐ

ในส่วนของ “อำนาจรัฐ” (State Power) ผู้เขียนกล่าวในส่วนต้นแล้วว่า เป็นหนึ่งในองค์ประกอบของรัฐ เป็นอำนาจที่รัฐต้องมีเพื่อจัดการบังคับให้สมาชิกของรัฐปฏิบัติตามเจตจำนงของตน เพื่อให้สามารถอยู่ร่วมกันได้อย่างสันติสุข รวมถึงการเป็นอำนาจรัฐที่ออกข้อบังคับหรือกฎหมายให้พลเมืองปฏิบัติตาม ขณะเดียวกันก็มีอำนาจบังคับให้พลเมืองทำตามข้อบังคับ หรือกฎหมายนั้นด้วย อาจกล่าวได้ว่ารัฐเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองและเป็นเพียงผู้เดียวที่ผูกขาดการใช้อำนาจเพื่อดำเนินภารกิจของรัฐให้ลุล่วง โดยเฉพาะความสงบในสังคมและความมั่นคงแห่งนิติฐานะ<sup>8</sup> อนึ่ง การที่รัฐแสดงออกซึ่งการใช้อำนาจรัฐได้หลายรูปแบบนั้น มิได้หมายความว่าอำนาจรัฐมีความหมายตรงข้ามกับความถูกต้อง โดยเฉพาะในรัฐสมัยใหม่ซึ่งสถาปนาหลัก “นิติรัฐ” ไว้เป็นมุกฎแห่งรัฐ บุคคลหรือองค์กรซึ่งได้รับอำนาจปกครองมาจากรัฐย่อมต้องใช้อำนาจอยู่ในกรอบกฎหมายถูกต้องและชอบธรรม

อำนาจรัฐมีคุณลักษณะพิเศษ 2 ประการ คือ ความสามารถในการจัดการองค์กรตนเองได้ กล่าวคือ สามารถใช้อำนาจโดยอาศัยสิทธิตนเอง แสดงให้เห็นว่า อำนาจรัฐเป็นอำนาจที่ดำรงอยู่ได้ด้วยตนเอง ทั้งยังเป็นอำนาจดั้งเดิมที่รัฐมีได้รับมาจากผู้หนึ่งผู้ใด อำนาจลักษณะนี้สามารถที่จะให้รัฐธรรมนูญหรือแก้ไขรัฐธรรมนูญได้ ส่วนในอีกลักษณะคือ ความเป็นเอกภาพของอำนาจรัฐ หมายความว่า ในรัฐหนึ่งต้องมีผู้ถืออำนาจรัฐเพียงหนึ่งเดียว จะแบ่งแยกผู้ถืออำนาจรัฐมิได้<sup>9</sup> อำนาจในลักษณะนี้ก็คืออำนาจอิสระ (Sovereignty) ซึ่งเรารู้จักกันดีในนามของ “อำนาจอธิปไตย” แม้อำนาจรัฐจะเป็นเอกภาพแต่ก็มีการแบ่งแยกการใช้อำนาจนี้ออกเป็น อำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหาร และอำนาจอตุลาการ โดยองค์กรผู้ใช้อำนาจทั้งสามต้องมีไซ่องค์กรเดียวกัน อำนาจนิติบัญญัติเป็นอำนาจที่รัฐสภาเป็นผู้ใช้ อำนาจบริหารเป็นอำนาจที่คณะรัฐมนตรีและองค์กรของรัฐเป็นผู้ใช้ และอำนาจอตุลาการมีศาลเป็นผู้ใช้ ทั้ง 3 อำนาจมีความสัมพันธ์ในลักษณะถ่วงดุลอำนาจซึ่งกันและกัน มีข้อสังเกตเพิ่มเติมว่าด้วยอำนาจอิสระนี้ หากเป็นอำนาจอิสระที่ย่อมไม่ตกอยู่ภายใต้อิทธิพลของอำนาจใด ตามแนวคิดของ ฌอง โบแดง (Jean Bodin) แต่ในปัจจุบันนักนิติศาสตร์หลายท่านไม่เห็นด้วยกับทฤษฎีนี้ โดยโต้แย้งว่า ในระบบความสัมพันธ์ระหว่างรัฐที่ซับซ้อนจะเห็นได้ว่าอำนาจของรัฐไม่ว่า

<sup>8</sup> วรเจตน์ ภาศิริรัตน์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 7*, น. 53.

<sup>9</sup> Hartmut Maurer, *Staatsrecht* (München: Beck, 2005), S. 3. *อ้างถึงใน* วรเจตน์ ภาศิริรัตน์, *เพียงอ้าง*, น. 55.

รัฐใด มักถูกจำกัดโดยเงื่อนไขบางอย่างเสมอ อำนาจอรัฐหากเป็นอำนาจอสูงสุดก็แต่เฉพาะในมิติความสัมพันธ์มิใช่อำนาจอสูงสุดในลักษณะสมบูรณ์ (Absolute)<sup>10</sup>

ประเด็นที่พิจารณาอีกประการ คือ การผูกขาดการใช้กำลังบังคับโดยรัฐ แนวคิดนี้ได้อิทธิพลจากงานเขียนชื่อของโทมัส ฮอบส์ (Thomas Hobbes) เจ้าของผลงาน “Leviathan” เกี่ยวกับสภาพธรรมชาติของมนุษย์ที่สู้รบกันจนนำไปสู่สภาวะสงคราม การหลีกเลี่ยงสภาวะนี้ มนุษย์จำต้องสละสิ่งที่ตนมีเพื่อร่วมกันสร้างความผาสุกส่วนรวมภายใต้อำนาจอสูงสุดหนึ่งเดียว และภายใต้อำนาจอสำคัญของผู้เป็นอธิปัตย์นั้น กล่าวคือ อำนาจในการทำสงครามและสร้างสันติภาพ อำนาจในการออกกฎหมาย อำนาจในการตัดสินคดีและอำนาจในการลงโทษ จะเห็นโดยปริยายว่า การใช้อำนาจอเหล่านี้รัฐเป็นผู้ผูกขาดทั้งสิ้น โดยเฉพาะการใช้กำลัง (force) และการบังคับ (contrainte)<sup>11</sup> รวมถึงนักวิชาการสำคัญอย่าง จอห์น ล็อก (John Locke) เป็นอีกหนึ่งคนที่สนับสนุนแนวคิดการผูกขาดการใช้กำลังบังคับโดยรัฐ ล็อกกล่าวว่า สังคมพลเรือนเกิดขึ้นเมื่อมนุษย์สละอำนาจอบังคับตนเองตามธรรมชาติและต้องมีผู้มีอำนาจอเหนือกว่ามาทำหน้าที่เป็นผู้พิพากษาและองค์อธิปัตย์เพื่อตัดสินข้อพิพาทและลงโทษผู้ทำละเมิดผู้อื่น ส่วนสภาวะสงครามจะเกิดขึ้นเมื่อคนหนึ่งสามารถใช้ความรุนแรงต่อคนอื่นเพราะไม่มีผู้เหนือกว่าและความรุนแรงที่อยู่ศีลธรรมและฉันทานุจะนำมาซึ่งสภาวะสงครามระหว่างรัฐต่อรัฐ หรือระหว่างคนในรัฐ ซึ่งผู้ถูกใช้ความรุนแรงมีสิทธิตอบโต้ด้วยความรุนแรงเช่นกัน สภาวะเช่นนี้จะหมดไป หากทุกคนร่วมกันทำสัญญาว่าจะสละการใช้ความรุนแรงนี้ให้แก่สังคม<sup>12</sup> ตลอดจนแนวคิดของแมกซ์ เวเบอร์ (Max Weber) ซึ่งกล่าวถึงการใช้กำลังบังคับของรัฐในลักษณะผูกขาด แม้แต่ฮันส์ เคลเซน (Hans Kelsen) ก็ยังเห็นตรงกับเวเบอร์ในส่วนที่ว่า “รัฐคือรูปแบบการปกครองที่มีอำนาจอเหนือซึ่งประกอบไปด้วยการผูกขาดและการใช้กำลัง”<sup>13</sup> อย่างไรก็ตามรัฐอาจมอบอำนาจอหรืออนุญาตให้ผู้อื่นใช้กำลังบังคับนั้นได้เช่นกัน

ในส่วนของการจัดระบบการใช้กำลังบังคับ โดยผ่านองค์กรของรัฐ แยกเป็น 2 กรณี คือ การใช้กำลังบังคับในสถานการณ์ปกติ ซึ่งการปฏิบัติหน้าที่เป็นไปตามระบบ

<sup>10</sup> สมยศ เชื้อไทย, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 7*, น. 3.

<sup>11</sup> บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ, *กฎหมายมหาชนเบื้องต้น*, พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพมหานคร: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2562), น. 48-49.

<sup>12</sup> บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, *กฎหมายมหาชนเล่ม 1: วิวัฒนาการทางปรัชญาและลักษณะของกฎหมายมหาชนยุคต่างๆ*, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2552), น. 51-52.

<sup>13</sup> บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 6*, น. 189.

กฎหมายปกติ การใช้กำลังบังคับมากน้อยเพียงใดเป็นไปตามที่กฎหมายให้อำนาจ ส่วนในสถานการณ์พิเศษ (Circonstances Exceptionnelles) ไม่ว่าจะภัยพิบัติธรรมชาติหรือการกระทำโดยฝีมือมนุษย์ เช่น การก่อการร้ายหรือการจลาจลร้ายแรง<sup>14</sup> รัฐหรือหน่วยงานรัฐมีอำนาจเพิ่มขึ้นกว่าในสถานการณ์ปกติ ในกระทำบางอย่าง เช่น การห้ามการชุมนุม การสลายการชุมนุม ตลอดจนการปราบปราม ในสถานการณ์เช่นนี้รัฐย่อมมีอำนาจจัดการได้ กรณีสถานการณ์ไม่ปกตินี้ผู้เขียนจะได้อธิบายอย่างละเอียดในหัวข้อต่อไป

ลักษณะเฉพาะของอำนาจรัฐหรือสิ่งที่เราเรียกว่าอำนาจมหาชน (Puisseance Publique) มีลักษณะเฉพาะพอสังเขป กล่าวคือ 1. เป็นอำนาจแห่งการซ้อนกันและรวมศูนย์กลางไม่ว่าจะเป็นราชอาณาจักร หรือสาธารณรัฐต่างก็มีการรวมอำนาจเข้าสู่ศูนย์กลาง 2. อำนาจรัฐเป็นอำนาจทางการเมือง เป็นอำนาจในการตัดสินใจ อำนาจในการจัดการรวมถึงอำนาจจัดสรรปันส่วนในทางเศรษฐกิจ 3. อำนาจรัฐเป็นอำนาจทางพลเรือนที่อยู่เหนืออำนาจทางทหาร ซึ่งส่วนใหญ่ประเทศโลกที่สามมักยึดมั่นในหลักการนี้ ทหารไม่มีบทบาททางการเมืองโดยตรง และ 4. อำนาจรัฐเป็นอำนาจทางอาณาจักร แยกขาดกันจากศาสนจักร<sup>15</sup> ทั้ง 4 ข้อ ถือเป็นลักษณะเฉพาะของอำนาจรัฐ

กล่าวโดยสรุป ชุมชนทางการเมืองของมนุษย์ก่อร่างสร้างตัวขึ้นเป็นรัฐอันประกอบด้วยดินแดนที่มีขอบเขตแน่นอน มีประชากรจำนวนหนึ่ง มีรัฐบาลเป็นผู้ปกครองและมีอำนาจอธิปไตยเป็นของตนเอง ความหมายของอำนาจอธิปไตย (Sovereignty) หรืออำนาจรัฐ (State power) หมายถึง อำนาจสูงสุดของรัฐที่ใช้ในการปกครองบ้านเมือง มีลักษณะเป็นอำนาจเด็ดขาดที่มีเพียงอำนาจเดียว แต่แบ่งการใช้อำนาจเป็น 3 ทาง ได้แก่ อำนาจในการตรากฎหมาย (นิติบัญญัติ) อำนาจในการบังคับใช้กฎหมาย (บริหาร) และอำนาจในการวินิจฉัยกฎหมาย (ตุลาการ) รัฐและอำนาจรัฐจึงมีความสัมพันธ์กันอย่างยิ่ง เพราะหากไม่มีอำนาจรัฐ ชุมชนทางการเมืองนั้นย่อมไม่อาจเป็นรัฐได้ และในอีกมิติหนึ่งของอำนาจรัฐก็คือ การใช้กำลังบังคับ ซึ่งผู้ผูกขาดการใช้กำลังบังคับดังกล่าวได้มีเพียง“รัฐ” เท่านั้น ทั้งนี้การใช้กำลังบังคับของรัฐย่อมมีระดับต่างกันออกไประหว่างในสถานการณ์ปกติและสถานการณ์ไม่ปกติ

### 2.2.1.3 การกระทำของรัฐ

เมื่อเราเข้าใจการก่อร่างสร้างรัฐและอำนาจของรัฐแล้ว สมควรต้องพิจารณาต่อไปว่า การใช้อำนาจรัฐเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ของรัฐนั้น สามารถแสดงออกในรูปแบบ

<sup>14</sup> เฟ็งอ้วง, น. 190.

<sup>15</sup> โภคิน พลกุล และ ชาญชัย แสงศักดิ์, หลักกฎหมายมหาชนเบื้องต้น, พิมพ์ครั้งที่ 8 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม), น. 37-42.

ของการกระทำต่าง ๆ ผ่านองค์กรของรัฐโดยยึดหลักการแบ่งแยกอำนาจได้เป็น 3 ประเภท คือ อำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหารและอำนาจตุลาการ ในที่นี้ผู้เขียนจะเน้นอธิบายอำนาจในทางบริหารเป็นหลัก

**(1) การกระทำทางนิติบัญญัติ** เป็นการกระทำในลักษณะของการใช้อำนาจตรากฎหมายในลักษณะกำหนดสิทธิและหน้าที่แก่ประชาชนโดยรัฐสภาอันเป็นองค์กรรัฐที่มีอำนาจชอบธรรมสูงสุดในฐานะผู้แทนประชาชน ซึ่งกฎหมายที่ตราขึ้นต้องมีลักษณะเป็นการทั่วไป กล่าวคือ เป็นกฎเกณฑ์ที่ใช้บังคับกับบุคคลทุกคนภายใต้แนวคิดที่ว่า บุคคลมีความเสมอภาคกันภายใต้กฎหมายเดียวกัน อย่างไรก็ตาม แม้อำนาจในการตรากฎหมายจะเป็นของฝ่ายนิติบัญญัติก็ตาม ทว่า ในรัฐธรรมนูญได้บัญญัติยินยอมให้ฝ่ายบริหารอาจสามารถตรากฎหมายได้ภายใต้เงื่อนไขบางประการ ในลักษณะของข้อยกเว้น เช่น กรณีการตราพระราชกำหนด หรือกรณีที่องค์กรฝ่ายนิติบัญญัติมอบอำนาจ (Delegate) ให้องค์กรฝ่ายบริหารบัญญัติกฎหมายรายละเอียดหรือวิธีการใช้บังคับกฎหมายซึ่งเป็นกฎหมายลำดับรอง<sup>16</sup>

**(2) การกระทำทางบริหาร** การกระทำทางบริหารเป็นการใช้อำนาจรัฐที่มีความซับซ้อนและขอบเขตกว้างขวางที่สุดเมื่อเทียบกับการกระทำทางนิติบัญญัติและตุลาการ ทั้งนี้ การกระทำของรัฐในทางบริหารสามารถจำแนกเป็นการกระทำในสองลักษณะ กล่าวคือ การใช้อำนาจบริหารตามรัฐธรรมนูญที่ใช้โดยคณะรัฐมนตรีและนายกรัฐมนตรี เรียกว่า อำนาจทางรัฐบาล (Pouvoir Gouvernemental) ผลผลิตของการใช้อำนาจคือ “การกระทำทางรัฐบาล” ส่วนการใช้อำนาจทางปกครองหรืออำนาจบริหารตามกฎหมายอื่นซึ่งมิใช่ใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญผลผลิตย่อมเป็นการกระทำทางปกครอง<sup>17</sup> ซึ่งการแยกอำนาจบริหารออกเป็นอำนาจทางรัฐบาลและอำนาจในทางปกครองนี้สืบเนื่องจากแนวคิดที่ว่ารัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายพื้นฐานของรัฐ มีศักดิ์หรือค่าบังคับสูงกว่ากฎหมายอื่น ดังนั้นการกระทำทางรัฐบาลจึงเป็นการบังคับใช้รัฐธรรมนูญ ส่วนการกระทำทางปกครองคือการบังคับใช้กฎหมาย<sup>18</sup> ในที่นี้ผู้เขียนมุ่งศึกษาการกระทำทางรัฐบาลซึ่งเกี่ยวข้องกับกฎอัยการศึกเป็นสำคัญ รายละเอียดแยกพิจารณาได้ดังนี้

<sup>16</sup> สมยศ เชื้อไทย, หลักกฎหมายมหาชนเบื้องต้น, พิมพ์ครั้งที่ 14 (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2563), น. 241-247.

<sup>17</sup> วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, ข้อความคิดและหลักการพื้นฐานบางประการของกฎหมายปกครอง, (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2562), น. 20-21.

<sup>18</sup> Raymond Carré de Malberg, อ้างอิงใน วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, เพ็ญอ้าง, น. 21.

(2.1) การกระทำทางรัฐบาล<sup>19</sup> คือ การกระทำของรัฐบาลซึ่งอาศัยอำนาจในทางการเมืองเพื่อการดำรงอยู่ของรัฐ เพื่อความมั่นคงปลอดภัย และเพื่อการวางนโยบายบริหารราชการแผ่นดิน ตลอดจนความสัมพันธ์ระหว่างคณะรัฐมนตรีกับรัฐสภา เช่น การประกาศสงคราม การทำสัญญาสันติภาพ การติดต่อและความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ การขออนุมัติงบประมาณรายจ่ายประจำปีต่อรัฐสภาและการยุบสภาผู้แทนราษฎร<sup>20</sup> เป็นต้น ลักษณะของการกระทำทางรัฐบาลซึ่งเป็นการกระทำในทางการเมืองและอยู่ในขอบเขตของกฎหมายรัฐธรรมนูญนี้มีความพิเศษแตกต่างจากการกระทำในทางปกครองตรงที่ว่า ผู้เสียหายไม่อาจฟ้องร้องรัฐได้และองค์กรฝ่ายตุลาการไม่อาจก้าวล่วงเข้ามาควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจทางการเมืองของฝ่ายบริหารได้ เนื่องจากเป็นดุลพินิจที่กฎหมายให้เป็นอิสระของฝ่ายบริหาร อีกทั้งการควบคุมตรวจสอบโดยองค์กรอื่นมีความเหมาะสมมากกว่า

ทั้งนี้ การพิจารณาถึงการกระทำทางรัฐบาลของฝ่ายบริหารนี้สมควรทำความเข้าใจทฤษฎีการกระทำทางรัฐบาลของต่างประเทศพอสังเขปเพื่อความเข้าใจที่แจ่มชัดขึ้น โดยเฉพาะการกระทำทางรัฐบาลในระบบกฎหมายฝรั่งเศส พิจารณาได้จากคำพิพากษาของสภาแห่งรัฐ (Conseil d'Etat) สรุปได้ว่า<sup>21</sup> การกระทำทางรัฐบาลเป็นการกระทำที่ว่าด้วย 1. ความสัมพันธ์ระหว่างรัฐสภากับรัฐบาล ได้แก่ การเตรียมจัดให้มีการเลือกตั้งสมาชิกสภา การมีส่วนร่วมในทางนิติบัญญัติของรัฐบาลไม่ว่าจะเป็นการเสนอร่างกฎหมายหรือการจัดให้ลงประชามติ รวมถึงการกระทำของประธานาธิบดี เช่น การใช้อำนาจตามมาตรา 16 แห่งรัฐธรรมนูญ สภาแห่งรัฐเคยวินิจฉัยในคดี Rubin de Servens et Autres ว่า การใช้อำนาจของประธานาธิบดีตามมาตรา 16 แห่งรัฐธรรมนูญ นี้เป็นการกระทำในทางรัฐบาลไม่อยู่ในอำนาจสภาแห่งรัฐที่จะเข้าไปพิจารณาความชอบ

<sup>19</sup> มีข้อถกเถียงถึงการแปลถ้อยคำ Act of Government, Acte de gouvernement ระหว่าง “การกระทำของรัฐบาล” ซึ่งแปลถูกต้องตามตัวอักษรกับ “การกระทำทางรัฐบาล” ที่ให้ความหมายถูกต้องตามเนื้อหาแห่งการกระทำมากกว่า เพราะมิได้หมายความว่าความถึงการกระทำของรัฐบาลเท่านั้นแต่ยังรวมถึงองค์กรอื่นๆ ตามรัฐธรรมนูญด้วย ดังนั้นผู้เขียนจึงเลือกใช้คำว่า การกระทำทางรัฐบาล

<sup>20</sup> วรเจตน์ ภาคีรัตน์, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 3*, น. 405.

<sup>21</sup> รายละเอียดเพิ่มเติมใน เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, รายงานการวิจัยเรื่อง การกระทำทางรัฐบาลศึกษากรณีเปรียบเทียบระหว่างประเทศไทย สาธารณรัฐฝรั่งเศส สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี สหรัฐอเมริกาและอังกฤษ, (กรุงเทพมหานคร: บริษัทพี เพรส จำกัด, 2554), น. 80-107.

ด้วยกฎหมายได้<sup>22</sup> 2. การกระทำเกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ ในการจัดทำหรือยกเลิกสนธิสัญญาต่าง ๆ การกระทำของผู้แทนทูตหรือกงสุล การกระทำเกี่ยวกับการดำเนินคดีในศาลระหว่างประเทศ รวมถึงการกระทำเกี่ยวกับสงครามในต่างประเทศ เป็นต้น

ส่วนในระบบกฎหมายของสหรัฐอเมริกาแนวคิดที่เรียกว่า “ทฤษฎีปัญหาในทางการเมือง (Theory of Political Questions)” แม้ในรายละเอียดจะมีความแตกต่างจากทฤษฎีการกระทำทางรัฐบาลของฝรั่งเศสอยู่บ้างก็ตาม แต่ปลายทางล้วนเป็นไปในทิศทางเดียวกัน กล่าวคือ จำกัดอำนาจในการตรวจสอบขององค์กรตุลาการในการเข้าไปยุ่งเกี่ยวกับการกระทำที่เป็นรัฐประศาสนโยบาย รวมถึงการกระทำที่เกี่ยวข้องด้วยความสัมพันธ์ของฝ่ายบริหารและฝ่ายนิติบัญญัติ การใช้กำลังทหารและการกระทำที่เกี่ยวข้องกับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ ซึ่งศาลสูงเองก็เห็นว่าปัญหาที่มีความเกี่ยวข้องทางการเมืองควรแก้ไขด้วยวิถีทางการเมือง<sup>23</sup> ทำนองเดียวกันกับในประเทศอังกฤษซึ่งมิได้มีหลักการกระทำทางรัฐบาลในระบบกฎหมายอย่างชัดเจน ทว่าศาลในประเทศอังกฤษได้จำกัดอำนาจของตนในการพิจารณาคดีหรือข้อพิพาทที่เป็นความขัดแย้งในทางการเมืองภายใต้แนวคิด พระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ (Royal Prerogative) และประเพณีทางรัฐธรรมนูญ (Constitutional Convention) ในกรณีการกระทำที่เป็นพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ที่เป็นพระราชอำนาจทั่วไป อันเป็นการกระทำภายใต้คำแนะนำของรัฐมนตรีตามหลัก The King can do no wrong ซึ่งพระมหากษัตริย์จะทรงทำผิดมิได้ รวมถึงการใช้พระราชอำนาจในฐานะประมุขแห่งรัฐที่สัมพันธ์กับฝ่ายนิติบัญญัติ บริหารและตุลาการในลักษณะประเพณีทางรัฐธรรมนูญ และแนวคิดการกระทำของรัฐ (Act of State) ในกรณีเกี่ยวพันกับเรื่องการเมืองและความสัมพันธ์ระหว่างประเทศและการสงครามตลอดจนนโยบายการจัดการต่าง ๆ เพื่อบริหารประเทศ โดยรัฐสภาจะทำหน้าที่ตรวจสอบการกระทำดังกล่าวอันเป็นการตรวจสอบในทางการเมือง มากกว่าจะให้องค์กรศาลเข้ามาตรวจสอบ<sup>24</sup>

สำหรับการกระทำในทางรัฐบาลในประเทศไทย เมื่อพิจารณาจากคำพิพากษาของศาลและความเห็นในทางกฎหมายของนักวิชาการ พอจะสรุปได้ว่า การกระทำทาง

<sup>22</sup> คดี C.E. Rubin de Servens et Autres, 1962 อ้างถึงใน เกรียงไกร เจริญนาวัฒน์, *เพ็งอ้าง*, น. 87.

<sup>23</sup> รายละเอียดเพิ่มเติมใน บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, *กฎหมายมหาชน เล่ม 3: ที่มาและนิติวิธี*, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2538), น. 182.

<sup>24</sup> เกรียงไกร เจริญนาวัฒน์, *อ้างแล้ว เจริญนาวัฒน์ที่ 21*, น. 137-157.

รัฐบาลได้แก่ การกระทำในความสัมพันธ์ระหว่างรัฐบาลและรัฐสภาเช่น การยุบสภาผู้แทนราษฎร<sup>25</sup> การขออนุมัติงบประมาณรายจ่ายประจำปี การดำเนินการทางนโยบายของรัฐบาล<sup>26</sup> หรือในกรณี การกระทำเกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ ไม่ว่าจะเป็นการทำสนธิสัญญาหรือข้อตกลง ระหว่างรัฐหรือองค์การระหว่างประเทศ เรื่องความมั่นคงของรัฐในเรื่องของการประกาศสงคราม การเจรจาสงบศึก รวมถึงการประกาศกฎอัยการศึกในสถานการณ์จำเป็นโดยฝ่ายบริหารซึ่งใน วิทยานิพนธ์นี้จะได้กล่าวถึงในบทต่อไป

กล่าวโดยสรุป การกระทำทางรัฐบาล หมายถึง การกระทำบางอย่างของรัฐ ในลักษณะที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ของฝ่ายนิติบัญญัติกับฝ่ายบริหารหรือความสัมพันธ์ของรัฐบาลกับ รัฐสภา ตลอดจนการดำเนินงานทางนโยบายของรัฐบาล รวมถึงการกระทำอันเกี่ยวกับความสัมพันธ์ ระหว่างประเทศทั้งการทำสนธิสัญญาและการกระทำในทางสงคราม

(2.2) การกระทำทางปกครอง<sup>27</sup> เป็นการใช้อำนาจรัฐของฝ่ายปกครอง เพื่อจัดทำบริการสาธารณะตอบสนองความต้องการประชาชนอันเป็นภารกิจทั่วไปของรัฐ โดยทั่วไป ฝ่ายปกครองเป็นผู้ดำเนินกิจกรรมทางปกครองและเป็นหน่วยในการบังคับบัญชาหรือกำกับดูแลของ คณะรัฐมนตรีในลักษณะของการปฏิบัติตามนโยบาย คำสั่ง คำชี้แนะของรัฐบาลและต้องเป็นไปตาม กฎหมาย งานของฝ่ายปกครองมีความหลากหลายตั้งแต่การรักษาความสงบเรียบร้อยของสังคม การรักษาความปลอดภัยในชีวิตและทรัพย์สิน การจัดการสาธารณสุขโรค การพัฒนาด้านเศรษฐกิจ สังคมและวัฒนธรรม และเนื่องจากการกระทำของเจ้าหน้าที่ทั้งหลายในฝ่ายปกครองที่เราอาจเรียก

<sup>25</sup> ตัวอย่างคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 36/2549 พิพากษาถึงความชอบด้วยกฎหมายของ พระราชกฤษฎีกายุบสภา เป็นกลไกถ่วงดุลอำนาจระหว่างฝ่ายบริหารและฝ่ายนิติบัญญัติมิใช่การตรา พระราชกฤษฎีกาเพื่อการบริหารราชการแผ่นดินตามปกติ จึงไม่อยู่ในอำนาจของศาลปกครอง

<sup>26</sup> กรณีการดำเนินการทางนโยบายของรัฐบาล ศาลปกครองได้มีคำสั่งไม่รับพิจารณาคดี เนื่องจากเห็นว่าการใช้อำนาจของคณะรัฐมนตรีในการออกมติคณะรัฐมนตรีเป็นการดำเนินงาน นโยบายอันมิใช่การใช้อำนาจในทางปกครอง จึงไม่อยู่ในอำนาจของศาลปกครอง ดู คำสั่งศาลปกครอง สูงสุดที่ 563/2555 กรณีมติของคณะรัฐมนตรีที่อนุมัติในหลักการเกี่ยวกับการปรับโครงสร้างการบริหารจัดการเพื่อฟื้นฟูฐานะทางการเงินของการรถไฟแห่งประเทศไทย

<sup>27</sup> วรเจตน์ ภาคีรัตน์, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 3*, น. 407.

รวม ๆ ว่า “การกระทำทางปกครอง” มีความหลากหลายและซับซ้อนพอสมควร โดยสามารถจัดกลุ่มรูปแบบการกระทำทางปกครองที่สำคัญพอสังเขปได้ดังนี้<sup>28</sup>

**1. คำสั่งทางปกครอง** เป็นการใช้อำนาจทางปกครองฝ่ายเดียวของเจ้าหน้าที่ในลักษณะกำหนดกฎเกณฑ์ให้ผู้รับคำสั่งกระทำหรืองดเว้นการกระทำ หรือก่อตั้งนิติสัมพันธ์ทางปกครอง โดยคำสั่งดังกล่าวต้องมีผลเฉพาะรายและมีผลโดยตรงออกไปภายนอก และต้องมีใช้การกระทำในทางข้อเท็จจริง **2. กฎ** มีลักษณะคล้ายกับคำสั่งทางปกครอง ทว่ากฎนั้นเป็นคำสั่งฝ่ายเดียวที่มีผลเป็นการทั่วไปมิใช่คำสั่งที่มีผลเฉพาะรายเช่นคำสั่งทางปกครอง ทั้งนี้เนื้อหาของกฎมีลักษณะที่เป็นนามธรรม กล่าวคือ เป็นลักษณะกฎเกณฑ์ทั่วไปที่มีได้ระบุสิทธิหรือหน้าที่เจาะจงสำหรับบุคคลใด ๆ ทั้งนี้ กฎยังเป็นกฎหมายตามเนื้อความด้วย **3. สัญญาทางปกครอง** เป็นสัญญาซึ่งคู่กรณีอย่างน้อยฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือเป็นผู้กระทำการแทนรัฐในลักษณะที่มีเอกสิทธิ์เหนือกว่าเอกชน พิจารณาที่เนื้อหาของสัญญาทางปกครองจะเป็นเรื่องของสัมปทาน การจัดทำบริการทางสาธารณะ การจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค สัญญาเกี่ยวกับการแสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ รวมถึงสัญญาที่ก่อตั้งนิติสัมพันธ์ทางปกครองหรือดำเนินกิจการทางปกครอง และ **4. ปฏิบัติการทางปกครอง** เป็นการกระทำของเจ้าหน้าที่ในลักษณะของการกระทำในทางข้อเท็จจริง กล่าวคือ การปฏิบัติการทางปกครองมิได้มีลักษณะเป็นการแสดงเจตนา องค์กรฝ่ายปกครองซึ่งกระทำการนั้นมิได้มุ่งก่อให้เกิดนิติสัมพันธ์ในทางกฎหมาย แต่เป็นการปฏิบัติภารกิจทางปกครองให้สำเร็จมิได้เป็นการออกกฎหรือคำสั่งทางปกครองหรือสัญญาทางปกครอง เช่น การสลายการชุมนุม การรื้อถอนอาคาร ตลอดจนการออกประกาศเตือนต่าง ๆ

**(3) การกระทำทางตุลาการ** เป็นการกระทำในลักษณะวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาท โดยนำกฎหมายมาปรับใช้กับข้อเท็จจริงในแต่ละกรณีซึ่งโดยหลักแล้วมีผลเฉพาะคดีและคำพิพากษามีความเด็ดขาด ข้อพิพาททางกฎหมายอันนำไปสู่การใช้อำนาจทางตุลาการมีหลายลักษณะ เช่น ข้อพิพาทระหว่างเอกชนกับเอกชนในคดีแพ่ง ข้อพิพาทระหว่างรัฐกับเอกชนในทางกฎหมายปกครองในคดีปกครอง รวมถึงข้อพิพาทระหว่างองค์กรทางรัฐธรรมนูญในคดีรัฐธรรมนูญ ซึ่งคดีเหล่านี้จะวินิจฉัยชี้ขาดโดยศาลที่แตกต่างกันตามประเภทคดี ทั้งนี้การกระทำทางตุลาการมีลักษณะเหมือนกับการกระทำทางปกครองในแง่ที่ว่า บังคับการให้เป็นไปตามกฎหมาย ทว่าการกระทำทางปกครองมีลักษณะเชิงรุก (Active) เจ้าหน้าที่ปกครองสามารถเริ่มดำเนินการได้เอง ส่วนการกระทำทางตุลาการมีลักษณะเชิงรับ (Passive) กล่าวคือ ไม่สามารถดำเนินการได้เอง

<sup>28</sup> ดูรายละเอียดเพิ่มเติมใน กฎหมายปกครอง ภาคทั่วไป ของวรเจตน์ ภาคีรัตน์ และ ข้อความคิดและหลักการพื้นฐานบางประการของกฎหมายปกครอง ของวรพจน์ วิศวพิชญ์.

จำเป็นต้องมีผู้ฟ้องร้องคดีก่อน<sup>29</sup> นอกจากนี้ ลักษณะสำคัญของการกระทำทางตุลาการยังเป็นไป  
ในลักษณะวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทอันมีผลผูกพันคู่ความเป็นเด็ดขาด โดยองค์กรตุลาการนี้มีความเป็น  
อิสระ มิได้ตกอยู่ภายใต้อิทธิพลของสิ่งใดหรือใคร ทั้งยังมีลักษณะเป็นผลสะท้อนจากการตรวจสอบ  
การกระทำของบุคคลและรักษาไว้ซึ่งกฎหมาย

### 2.2.2 รัฐกับความมั่นคง

ในเบื้องต้นผู้เขียนได้อธิบายความเป็นรัฐและอำนาจรัฐ และการกระทำของรัฐที่มี  
พัฒนาควบคู่กันไปพอสังเขปแล้ว ในส่วนนี้จะอธิบายถึงรัฐในทางภารกิจของรัฐ ซึ่งมีความเชื่อมโยงกับ  
แนวคิดที่ว่าด้วยความมั่นคงของรัฐ อันจำเป็นต้องปรับตัวหรือเปลี่ยนแปลงไปตามพัฒนาการของรัฐ  
เช่นกัน

#### 2.2.2.1 รัฐ : ว่าด้วยภารกิจ (Function of state)

เมื่อรัฐถือกำเนิดขึ้นและมีอำนาจรัฐในการดำเนินการต่าง ๆ นั้น ย่อมมี  
การกำหนดจุดมุ่งหมายที่รัฐจะต้องดำเนินการในลักษณะของหน้าที่เพื่อนำพารัฐนั้นไปสู่ทิศทางที่วางไว้  
ดังนั้นภารกิจของรัฐจะช่วยให้การทำความเข้าใจถึงจุดประสงค์การดำเนินการของรัฐในมิติต่าง ๆ ทั้งนี้  
ภารกิจของรัฐอาจมีการเปลี่ยนแปลง หรือขยายวงกว้างขึ้นได้ตามรูปแบบของรัฐที่มีพัฒนาการเช่นกัน

ในเบื้องต้นเมื่อพิจารณาทฤษฎีว่าด้วยภารกิจของรัฐ อาจแบ่งได้เป็น 2  
แนวคิด คือ ทฤษฎีสัมบูรณ์ (Absolute theory) มีความเห็นว่ารัฐมีภารกิจอยู่ประการเดียวและ  
ไม่เปลี่ยนแปลง เช่น รัฐที่เป็นเสรีนิยมจะเน้นภารกิจให้ความปลอดภัยและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพ  
ประชาชน นำไปสู่รูปแบบรัฐที่เรียกว่า “นิติรัฐ (Rechtsstaat)” แต่ถ้าเป็นรัฐเผด็จการจะเน้นภารกิจ  
ไปในทางใช้อำนาจเพื่อคุ้มครองประโยชน์ส่วนรวม โดยไม่สนใจสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกชน  
เน้นการขยายอำนาจรัฐมากกว่าการจำกัดอำนาจ นำไปสู่รูปแบบรัฐที่เรียกว่า “รัฐตำรวจ (Police  
State)” ส่วนทฤษฎีสัมพันธ์ (Relative theory) เป็นแนวคิดที่เห็นว่ารัฐมีภารกิจได้หลายอย่างและ  
เปลี่ยนแปลงตามยุคสมัย<sup>30</sup> สำหรับภารกิจของรัฐสมัยใหม่ในทางปฏิบัติ อาจแบ่งเป็น 2 ประเภทใหญ่ ๆ  
ได้แก่ ภารกิจพื้นฐานและภารกิจลำดับรอง

(1) ภารกิจพื้นฐานของรัฐ (Primary Function) หมายถึง ภารกิจหลัก  
ที่ทำให้รัฐดำรงอยู่โดยไม่ถูกทำลาย จึงเป็นภารกิจที่ทุกรัฐต้องยึดเป็นหลัก มีลักษณะเป็นภารกิจ  
ในเรื่องความมั่นคงหรือความปลอดภัยของประเทศนั่นเอง ทั้งนี้ แยกพิจารณาได้เป็นภารกิจต่อ  
ภายนอก ได้แก่ กิจการทหารและกิจการต่างประเทศ ส่วนภารกิจภายใน เป็นไปในลักษณะการ

<sup>29</sup> สมยศ เชื้อไทย, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 16*, น. 256-257.

<sup>30</sup> *เพ็ญอ้าว*, น. 127-128.

ดำเนินการเพื่อให้เกิดความสงบเรียบร้อยภายในประเทศ เกี่ยวพันในส่วนของการตรากฎหมายและการปฏิบัติหน้าที่ของฝ่ายปกครองที่สอดคล้องในการปกป้อง ค้ำครองประชาชน ภารกิจพื้นฐานเหล่านี้มีลักษณะเป็นการป้องกันสิทธิและสวัสดิภาพที่มีอยู่แล้ว มิได้มีการเพิ่มเติมหรือปรับปรุงสิทธิเหล่านั้น จึงเรียกรากภารกิจประเภทนี้ว่า “Negative Function of State”<sup>31</sup>

**(2) ภารกิจลำดับรอง (Secondary Function)** หมายถึง ภารกิจที่ทำให้ชีวิตความเป็นอยู่ของประชาชนดีขึ้น เป็นการส่งเสริมสิทธิและสวัสดิภาพของประชาชนในด้านต่าง ๆ ได้แก่ การพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมในรัฐให้ดีขึ้น เรียกรากภารกิจประเภทนี้ว่า “Positive Function of State” หรือ “Social Function”

เมื่อได้ศึกษาพัฒนาการของรัฐควบคู่ไปกับภารกิจของรัฐย่อมเห็นได้ชัดเจนถึงการเปลี่ยนแปลงไปตามยุคสมัย กล่าวคือ รัฐในยุคโบราณนั้น ภารกิจของรัฐมิได้มีหลากหลาย และมักมุ่งเน้นไปเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยหรือความปลอดภัยของรัฐเป็นงานหลัก พอเข้าสู่รัฐสมัยใหม่ ภารกิจรัฐมีมากขึ้น ซึ่งหมายถึงอำนาจรัฐเข้ามาควบคุมปัจเจกชนมากขึ้นตามไปด้วย โดยเฉพาะในด้านเศรษฐกิจและสังคม จากรัฐสมบูรณ์ญาสิทธิราชย์ไปสู่รัฐที่มีการจำกัดอำนาจและเดินทางมาสู่รัฐประชาธิปไตย สิทธิเสรีภาพของประชาชนกลายเป็นหัวใจสำคัญของรัฐ ภารกิจในการประกันสิทธิเสรีภาพกลายเป็นสิ่งจำเป็น และเมื่อรัฐเสรีประชาธิปไตยมีข้ออ่อนในเรื่องความเหลื่อมล้ำ รัฐย่อมต้องปรับปรุงภารกิจในด้านสวัสดิการหรือบริการสาธารณะมากขึ้นเพื่ออำนวยความสะดวกในสังคม นำไปสู่รัฐสวัสดิการ และในช่วงศตวรรษที่ 20 เป็นต้นมา รัฐทั้งหลายเริ่มหันมาตระหนักถึงปัญหาในทางสิ่งแวดล้อมเพิ่มมากขึ้นและนำมาบรรจุเป็นภารกิจของรัฐในที่สุด เราอาจสรุปภารกิจของรัฐในศตวรรษที่ 21 ได้ ดังนี้<sup>32</sup>

(1) การรักษาความสงบเรียบร้อยและความปลอดภัยของรัฐ ซึ่งเป็นภารกิจดั้งเดิม ไม่ว่ารัฐจะมีวิวัฒนาการไปเพียงใด การรักษาความสงบเรียบร้อยยังคงเป็นงานพื้นฐานโดยรัฐเป็นผู้ถือสิทธิใช้กำลังทางทหารเพื่อปกป้องชาติและประชาชนเมื่อเกิดสงครามหรือสถานการณ์วิกฤต รวมถึงการต่างประเทศและความสัมพันธ์ในทางการทูต เป็นต้น

<sup>31</sup> D.D. Raphael, Problem of political Philosophy (Hong Kong: The Macmillan Press Ltd., 1981), p. 46. อ้างถึงใน จันทจิรา เอี่ยมมยุรา , “วิสาทภิรมหาชน (รัฐวิสาทภิรมหาชน) ในกฎหมายไทย : ศึกษาในเชิงประวัติศาสตร์และเชิงวิเคราะห์ข้อความคิด”, (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ , 2529) , น. 6-7.

<sup>32</sup> โปรตตุ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 3, น. 75-77.

(2) การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐาน เมื่อมีการยอมรับหลักเรื่องสิทธิขั้นพื้นฐานและบัญญัติไว้ในกฎหมายเพื่อคุ้มครองมิให้รัฐก้าวล่วงแล้ว รัฐยังมีหน้าที่กระทำการปกป้องสิทธิจากการละเมิดโดยบุคคลที่สามด้วย

(3) การจัดการศึกษาและบำรุงศิลปวัฒนธรรม รัฐควรส่งเสริมการศึกษา การเรียนรู้แขนงต่างๆ เพื่อพัฒนาทรัพยากรมนุษย์ ตลอดจนสนับสนุนวัฒนธรรมความเชื่อ วิถีชีวิตที่แตกต่างหลากหลายให้อยู่ร่วมกันได้อย่างสันติ

(4) การจัดสวัสดิการสังคมและสร้างความเป็นธรรมในสังคม รัฐมีหน้าที่จัดการและสนับสนุนให้ประชาชนมีความเป็นอยู่ที่ดี

(5) การส่งเสริมและควบคุมกำกับเศรษฐกิจ การที่รัฐจะจัดสวัสดิการได้ จำต้องมีรายได้ ซึ่งก็คือ การจัดเก็บภาษี ส่วนการหารายได้ในลักษณะธุรกิจ (รัฐวิสาหกิจ) ยังมีข้อจำกัดอยู่ ทางที่ดีที่สุดคือ ช่วยให้เศรษฐกิจเติบโต รัฐจึงเก็บภาษีได้

(6) การรักษาสิ่งแวดล้อม เป็นภารกิจใหม่ในทางกฎหมาย โดยมีเป้าหมายอยู่ที่การรักษาสุขภาพธรรมชาติ

ภาระหน้าที่หรือภารกิจเหล่านี้ล้วนหล่อหลอมเป็นหัวใจของรัฐ อันเป็นไปเพื่อตอบสนองความต้องการของสังคมและประชาชน เมื่อพิจารณาภารกิจรัฐทั้ง 6 ประเภทแล้วจะเห็นได้ว่า ความต้องการของสังคมที่รัฐจะต้องตอบสนองมีหลากหลายและมีการปรับตัวตามโลกที่เปลี่ยนแปลง เช่น ภารกิจในการรักษาสิ่งแวดล้อมของรัฐสมัยใหม่ ในยุคโบราณภารกิจรัฐในเรื่องนี้คงจะมีได้คำนี้ถึง ทว่าเน้นไปในเรื่องความมั่นคง การป้องกันประเทศ ในที่นี้ผู้เขียนจะดลงรายละเอียดในภารกิจของรัฐในด้านการรักษาความสงบเรียบร้อยและความปลอดภัยของรัฐ ความมั่นคงของรัฐและในด้านของการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของประชาชนเป็นหลัก เพื่อให้ผู้อ่านเห็นถึงภารกิจของรัฐที่มีมากขึ้นและมีการปรับตัวตามยุคสมัย

### 2.2.2.2 ว่าด้วยความมั่นคงของรัฐและความมั่นคงของมนุษย์

ในเบื้องต้นผู้เขียนได้อธิบายถึงภารกิจของรัฐไปพอสังเขปแล้ว จะเห็นว่า ความมั่นคงของชาติหรือความมั่นคงของรัฐ เป็นภารกิจพื้นฐานที่สำคัญของรัฐประการหนึ่ง ซึ่งในหัวข้อนี้จะได้อธิบายเพิ่มเติมถึงความหมายและการตีความ “ความมั่นคงของรัฐ” ให้กระจ่างชัดขึ้น อันจะเป็นประโยชน์ต่อการพิจารณากฎหมายความมั่นคงอย่างกฎอัยการศึก ซึ่งมีเงื่อนไขความจำเป็นผูกติดกับความมั่นคงของรัฐ โดยเริ่มจากแนวคิดความมั่นคงมีพื้นฐานมาจากทฤษฎีความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ การจัดกลุ่มความมั่นคงในรูปแบบเดิมซึ่งมีการปรับเปลี่ยนไปสู่แนวคิดความมั่นคงของมนุษย์

(1) **กลุ่มฐานความคิดว่าด้วยความสัมพันธ์ระหว่างประเทศเป็นระบบระหว่างประเทศ** แนวคิดความมั่นคงมีพื้นฐานมาจากทฤษฎีความสัมพันธ์ระหว่างประเทศโดยแบ่งความมั่นคงตามมุมมองและฐานความคิดออกเป็น 3 ประเภท ดังต่อไปนี้<sup>33</sup>

1. **กลุ่มฐานความคิดว่าด้วยความสัมพันธ์ระหว่างประเทศเป็นระบบระหว่างประเทศ** กลุ่มฐานความคิดนี้มักสืบสายมาจากทฤษฎีทางการเมืองของ นิโคโล แมคเคียวเวลลี (Niccolò Machiavelli) และ โทมัส ฮอบส์ (Thomas Hobbes) โดยกลุ่มนี้จะยึด “รัฐ” เป็นหน่วยอ้างอิงหลักในการวิเคราะห์ความมั่นคงและมองโครงสร้างระหว่างประเทศที่มีสถานะอนาธิปไตย และเมื่อการเมืองเป็นเรื่องของอำนาจ สันติภาพ ดังนั้นความมั่นคงจึงเกิดขึ้นได้โดยการรักษาดุลอำนาจแห่งรัฐเป็นหลัก

2. **กลุ่มฐานความคิดว่าด้วยความสัมพันธ์ระหว่างประเทศในบริบทของสังคมระหว่างประเทศ หรือสังคมแห่งรัฐ** กลุ่มฐานความคิดนี้มักเป็นทฤษฎีที่สืบสายมาจากสำนักคิดเหตุผลนิยม เช่น ฮูโก โกรเซียม (Hugo Grotius) โดยมองรัฐเทียบเคียงกับบุคคลที่อยู่ในสังคม และสังคมทุกสังคมไม่ว่าจะของรัฐหรือของบุคคลย่อมมีบรรทัดฐานและมาตรฐานในการปฏิบัติ หากมองตามทฤษฎีเหตุผลนิยมแล้ว บ่อเกิดของบรรทัดฐานต้องตั้งอยู่บนเหตุผลของประโยชน์ร่วมกัน

3. **กลุ่มฐานความคิดว่าความสัมพันธ์ระหว่างประเทศต้องก้าวข้ามมุมมองที่กำหนดแบบเดิมสู่ “สังคมโลก”** กลุ่มนี้มีพื้นฐานแนวคิดตั้งอยู่บนหลักสากลของคุณค่าที่มนุษยชาติอาศัยธรรมชาติของความเป็นมนุษย์ที่มีร่วมกัน สืบสายความคิดมาจาก อิมมานูเอล คานท์ (Immanuel Kant) ซึ่งมองมนุษย์เป็นปัจเจกชน แต่ต่อมาจะมีการรวมตัวกันเป็นรัฐแต่มนุษย์ยังคงเป็นมนุษย์โดยพื้นฐาน เมื่อพิจารณามนุษย์ในระดับโลก ปัจเจกชนจึงเป็นส่วนหนึ่งของมวลมนุษยชาติ และเป็นประชากรโลกที่ก้าวข้ามรัฐชาติ แนวคิดดังกล่าวจึงสนับสนุนการจัดระเบียบสังคมโลกให้เกิดการเปลี่ยนแปลงครั้งใหญ่นำไปสู่การก้าวข้ามความยึดติดกับรัฐชาติและให้ความสำคัญกับความมั่นคงที่อยู่นอกกรอบความเป็นรัฐหรือที่เรียกรวม ๆ ว่า “ความมั่นคงของมนุษย์” จุดเน้นของการศึกษาและ

<sup>33</sup> รายละเอียดเพิ่มเติมใน สมชาย เย็นสบาย, ชุดการสอนความคิดทางการเมืองและสังคม: รัฐกับความมั่นคง, (นนทบุรี: มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช), น. 6-9. Kenneth Waltz, Theory of International Politics. (New York: Random House, 1979), 102-28. อ้างถึงใน จันจิรา สมบัติพูนศิริ, “กระบวนการประกอบสร้าง ‘ความมั่นคง’ (Securitization): แนวคิดและตัวอย่าง,” สืบค้นเมื่อวันที่ 10 กุมภาพันธ์ 2563, จาก The 101.World, <https://www.the101.world/securitization/>

หน่วยการวิเคราะห์ความมั่นคงจึงเปลี่ยนไป จากความมั่นคงรูปแบบเดิมซึ่งเน้นที่ตัวรัฐเปลี่ยนมาเป็นแนวทางความมั่นคงรูปแบบใหม่คือ ความมั่นคงของมนุษย์แทน

## (2) ความมั่นคงแบบดั้งเดิมและความมั่นคงรูปแบบใหม่<sup>34</sup>

จากทฤษฎีความสัมพันธ์ระหว่างประเทศในมุมมองกฎหมายระหว่างประเทศในหัวข้อก่อนหน้า เป็นเพียงการปูพื้นฐานความเข้าใจถึงทฤษฎีความมั่นคงในเบื้องต้น หากแบ่งให้ชัดเจน นักวิชาการส่วนใหญ่แบ่งความมั่นคงออกเป็น 2 รูปแบบ คือ ความมั่นคงแบบดั้งเดิม (traditional security) และความมั่นคงรูปแบบใหม่ (non-traditional security) ซึ่งเป็นการพิจารณาความมั่นคงในประเด็นที่ว่า ความมั่นคงของใคร (whose security) อะไรคือภัยคุกคามและต้องรับมือภัยนั้นเพื่อสร้างความมั่นคงอย่างไร<sup>35</sup> โดยในรูปแบบแรก ความมั่นคงแบบดั้งเดิม เป็นการมองความมั่นคงของรัฐในมิติที่ผูกติดกับการทหาร เพราะในอดีตภัยคุกคามความมั่นคงคือการถูกรุกรานโดยศัตรู ต่างจากในปัจจุบันที่ภัยคุกคามมิใช่การรุกรานรัฐโดยกำลังทหารเพียงอย่างเดียว แต่หมายถึงความมั่นคงรูปแบบใหม่ ที่คำนึงถึงความอยู่รอดของประชาชนด้วย สอดคล้องกับที่นายโอเล แวเวอร์ (Ole Waever) แสดงความเห็นไว้ว่า นับแต่ปี 1980 เป็นต้นมา ขอบเขตการศึกษาความมั่นคงได้ขยายออกไปมากกว่าเดิมที่เน้นรัฐเป็นหน่วยอ้างอิง กลับมาสู่ประชาชนทั้งในระดับปัจเจกชนและความเป็นพลโลก มีผลให้ความมั่นคงขยายขอบเขตไปครอบคลุมหลายด้าน ไม่ว่าจะเป็นเศรษฐกิจหรือสิ่งแวดล้อมตลอดจนความมั่นคงในประเด็นที่เกี่ยวข้องกับมนุษย์มากขึ้น โดยความมั่นคงเริ่มแรกอ้างอิงกับรัฐก่อนจะขยายสู่หน่วยอ้างอิงอื่นๆ แม้จะมีการศึกษาความมั่นคงสมัยใหม่ที่มีความจำเป็นเพิ่มขึ้นก็มักจะต้องนำไปเปรียบเทียบกับความมั่นคงของรัฐอยู่นั่นเอง<sup>36</sup> จากคำกล่าวของโอเล ผู้เขียนเห็นว่า เมื่อก้าวถึงแนวคิดความมั่นคง แม้ยังคงเป็นความมั่นคงของรัฐที่จะถูกพิจารณาเป็นประการแรก ทว่าก็ไม่อาจปฏิเสธความมั่นคงในรูปแบบใหม่ที่สัมพันธ์กับโลกปัจจุบันเช่นกัน เราจึงสมควรศึกษาความมั่นคงทั้งสองรูปแบบควบคู่กันไป ดังนี้

<sup>34</sup> รายละเอียดความมั่นคงทั้งสองรูปแบบใน P. H. Liotta and Taylor Owen, “Why Human Security?” *The Whitehead Journal of Diplomacy and International Relations*, Vol VII, No. 1 (2006), p. 38.

<sup>35</sup> สมชาย เอ็นสบาย, *ชุดการสอนความคิดทางการเมืองและสังคม: หน่วยที่ 2 รัฐกับความมั่นคง*, (นนทบุรี: สำนักพิมพ์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช), น. 2-11.

<sup>36</sup> Ole Wæver, “Securitization and Desecuritization in On Security,” eds. Ronnie D. Lipschutz, (New York: Columbia University Press), 1995, pp. 48-49.

**1. ความมั่นคงแบบดั้งเดิม (Traditional Security)** เป็นความมั่นคงที่ให้ความสำคัญกับความมั่นคงของรัฐ หรือความมั่นคงแห่งชาติ (National Security) โดยการตีความในแบบเดิมว่า ความมั่นคงของรัฐหรือชาติหมายถึงเฉพาะตัวของรัฐหรือความมั่นคงในเขตแดนรัฐอันได้แก่ ภัยคุกคามที่เกิดจากการทำสงคราม การใช้กำลังทหารเข้าทำการรบ และยังมีความหมายครอบคลุมถึงการบ่อนทำลาย การก่อวินาศกรรมที่มีการกระทำในลักษณะรัฐต่อรัฐ แต่กระแสโลกาภิวัตน์ (Globalization) ส่งผลให้รูปแบบการดำเนินชีวิตในสังคมประกอบกับการเกิดนวัตกรรมใหม่ ๆ ส่งผลให้เกิดการเปลี่ยนแปลงทางสังคมนำไปสู่การเกิดขึ้นของภัยคุกคามรูปแบบใหม่<sup>37</sup> ไม่ว่าจะเป็นภัยธรรมชาติ โรคระบาด ตลอดจนความยากจนอดอยาก ความเหลื่อมล้ำและอาชญากรรม ฯลฯ ความมั่นคงของชาติที่เน้นด้านอุดมการณ์และเขตแดนเป็นหลักจึงไม่สามารถแก้ไขปัญหาได้ นำไปสู่การตีความและให้ความสำคัญกับความมั่นคงในด้านอื่น ๆ มากขึ้น

**2. กรณีความมั่นคงรูปแบบใหม่ (non-traditional security) หรือ ความมั่นคงของมนุษย์ (Human Security)** คือ ความมั่นคงของชาติที่นอกเหนือไปจากการตีความแบบเดิมไปสู่ความมั่นคงทางการพัฒนาที่ถือประชาชนเป็นศูนย์กลาง แนวคิดนี้ปรากฏชัดเจนในช่วงปี 1970 จากนั้นในช่วงปี 1990 เริ่มมีการพูดถึงอย่างแพร่หลาย เริ่มจากรายงานการพัฒนามนุษย์ประจำปี 1994 ของโครงการพัฒนาแห่งสหประชาชาติ (United Nations Development Program-UNDP) กล่าวถึงความมั่นคงของมนุษย์เป็นครั้งแรก โดยระบุความมั่นคงของมนุษย์ควรประกอบด้วยแนวคิดว่าด้วยสิทธิขั้นพื้นฐาน คือ การมีเสรีภาพหรือปลอดจากความกลัว (Freedom from Fear) และการมีเสรีภาพหรือปลอดจากความต้องการ (Freedom from Want)<sup>38</sup> จากแนวคิดดังกล่าว นำไปสู่การตีความและนิยามความมั่นคงที่เปลี่ยนไปในสองลักษณะ (1) เปลี่ยนจากความมั่นคงของรัฐที่เน้นการรักษาอธิปไตยด้านเขตแดนมาเป็นเรื่องของมนุษย์ และ (2) เปลี่ยนวิธีการสร้างความมั่นคงจากการสะสมอาวุธมาเป็นการพัฒนามนุษย์อย่างยั่งยืน<sup>39</sup> จนกระทั่งปัจจุบันสหประชาชาติและรัฐต่าง ๆ ทั่วโลก ล้วนให้ความสำคัญกับความมั่นคงของมนุษย์เป็นวาระแห่งชาติ

<sup>37</sup> มนัสวี อรุณชะกะ, ชุดการสอนวิชาการพัฒนามนุษย์ในบริบทโลก: หน่วยที่ 3 ความมั่นคงของมนุษย์, (นนทบุรี : สำนักพิมพ์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, 2561), น. 24.

<sup>38</sup> UNDP Human Development Report (1994), New dimensions of human security, (Oxford: Oxford University Press), p. 24, Retrieved on February 5, 2020, from [http://hdr.undp.org/sites/default/files/reports/255/hdr\\_1994\\_en\\_complete\\_nostats.pdf](http://hdr.undp.org/sites/default/files/reports/255/hdr_1994_en_complete_nostats.pdf).

<sup>39</sup> มนัสวี อรุณชะกะ, อ้างแล้ว *เชิงอรรถที่ 37*, น. 24.

ดังนั้น “ความมั่นคง” (security) จึงมิได้ดีความและให้ความสำคัญกับ “รัฐ” เท่านั้น แต่ยังหมายความรวมถึง “ความมั่นคงของมนุษย์” ด้วย

นอกจากนี้ในรายงานการพัฒนามนุษย์ประจำปี 1994 ของโครงการพัฒนาแห่งสหประชาชาติ (United Nations Development Program-UNDP) ฉบับเดียวกัน ยังได้ระบุประเภทความมั่นคงของมนุษย์ไว้ 7 ด้าน ได้แก่ 1) ความมั่นคงทางเศรษฐกิจ ภัยคุกคามความมั่นคงด้านนี้จึงเป็นสถานะที่ทำให้ประชาชนขาดรายได้ ปัญหาความยากจน ปัญหาการว่างงาน 2) ความมั่นคงทางอาหาร คือ การที่ทุกคนสามารถเข้าถึงแหล่งอาหารขั้นพื้นฐานได้ทั้งในแง่การเพาะปลูกเอง การซื้อหรือโอกาสที่จะได้รับการแบ่งปันจัดสรรอาหารจากรัฐ แหล่งอาหารซึ่งต้องมีเพียงพอแม้ในภาวะประสบภัยพิบัติ ซึ่งเป็นความเสี่ยงด้านความมั่นคงทางอาหารของมนุษย์ด้วย 3) ความมั่นคงทางสุขภาพ คือ การมีสุขอนามัยที่ดี อัตราการเสียชีวิตของเด็กแรกเกิดต่ำ ไม่มีโรคระบาด ประชาชนมีโอกาสเข้าถึงการรักษาพยาบาลที่ดี 4) ความมั่นคงทางสิ่งแวดล้อม คือ สถานะที่ประเทศต่าง ๆ สามารถบริหารจัดการและใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมได้อย่างยั่งยืนเพื่อสร้างสวัสดิการที่ดีให้แก่ประชาชนได้ ภัยคุกคามด้านนี้จึงเป็นพวกภัยธรรมชาติ 5) ความมั่นคงส่วนบุคคล คือ ความมั่นคงปลอดภัยในชีวิตจากอันตรายต่างๆ เช่น อันตรายจากรัฐ (การข่มขู่) ภัยจากรัฐอื่น (สงคราม) ความรุนแรงจากความขัดแย้งในสังคม ปัญหาอาชญากรรม ปัญหาความรุนแรงปัญหายาเสพติด เป็นต้น 6) ความมั่นคงทางชุมชน คือ การเคารพสิทธิและค่านิยมของชุมชน กลุ่ม สังคมดั้งเดิม ซึ่งมีลักษณะเฉพาะของชาติพันธุ์ หากมีการละเมิดในประเด็นดังกล่าวถือเป็นภัยคุกคามทางชุมชน 7) ความมั่นคงทางการเมือง คือ ประชาชนต้องสามารถดำรงชีวิตในสังคมได้อย่างมีเกียรติและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ รวมทั้งได้รับความเคารพในสิทธิมนุษยชน ดังนั้นหากประชาชนเผชิญกับการละเมิดสิทธิมนุษยชน การขาดสิทธิทางการเมือง และความไร้เสถียรภาพทางการเมืองย่อมหมายถึงภัยคุกคามทางการเมืองนั่นเอง<sup>40</sup> การระบุประเภทของความมั่นคงของมนุษย์ไว้เช่นนี้ทำให้หลายประเทศตระหนักและหันมาให้ความสำคัญกับความมั่นคงในลักษณะนี้มากขึ้น

ข้อสังเกตประการหนึ่งในแนวคิดเรื่องความมั่นคงของมนุษย์ ชี้ให้เห็นว่าความมั่นคงทางทหารอาจไม่ช่วยให้คนกินดีอยู่ดีและมีคุณภาพชีวิตที่ดีได้ มนุษย์ต้องการปัจจัยอื่นในการมีชีวิตรอดและอยู่อย่างมีศักดิ์ศรี ดังนั้น หากงบประมาณการทหารของรัฐหนึ่งไปเบียดบัง

<sup>40</sup> UNDP Human Development Report (1994), New dimensions of human security, (Oxford: Oxford University Press), p. 24, Retrieved on February 5, 2020, from [http://hdr.undp.org/sites/default/files/reports/255/hdr\\_1994\\_en\\_complete\\_nostats.pdf](http://hdr.undp.org/sites/default/files/reports/255/hdr_1994_en_complete_nostats.pdf).

งบประมาณส่วนที่สำคัญต่อการพัฒนาคุณภาพชีวิตมนุษย์ (เช่น การศึกษา สาธารณสุข หรือ สิ่งแวดล้อม) ก็หมายความว่า ความมั่นคงทางทหารอาจเป็น “ภัย” ต่อความมั่นคงของมนุษย์ เช่นเดียวกัน หรือหากรัฐทำร้ายประชาชน (ในรูปแบบของการอุ้มหาย ทรมาน หรือคุมขังโดยพลการ) แม้จะทำในนามของความมั่นคงแห่งรัฐ ก็ถือว่าบั่นทอนความมั่นคงของมนุษย์ ในแง่นี้ความมั่นคงของรัฐ อาจไม่เท่ากับความมั่นคงของมนุษย์เสมอไป หลายครั้งความมั่นคงของรัฐก็เป็นภัยต่อความมั่นคงของมนุษย์ได้เช่นกัน<sup>41</sup> กรณีเหล่านี้มีโอกาสดังกล่าวเกิดขึ้นได้มากในสถานการณ์ไม่ปกติซึ่งอาจกระทบความมั่นคงของรัฐ และจำเป็นต้องนำกฎหมายความมั่นคงมาใช้ ไม่ว่าจะ เป็นพระราชบัญญัติการรักษาความมั่นคง ในราชอาณาจักร พ.ศ. 2551 พระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548 รวมถึงพระราชบัญญัติกฏอัยการศึก พ.ศ. 2457 ปัญหาอยู่ที่ว่า จะทำอย่างไรให้จุดประสงค์หลักเพื่อ ความมั่นคงของรัฐบรรลุผล โดยมิได้ละทิ้งความมั่นคงของมนุษย์หรือผู้เป็นประชาชนในชาติเช่นกัน เพราะหากไร้ซึ่งประชาชนในชาติแล้ว ชาติจะดำรงอยู่ได้อย่างไร

### (3) ความมั่นคงแห่งชาติของประเทศไทย

สำหรับในประเทศไทย หนังสือคู่มือความมั่นคงแห่งชาติของวิทยาลัย ป้องกันประเทศให้ความหมายไว้ว่า หมายถึง การป้องกันชาติให้พ้นจากอันตรายทั้งปวง ได้แก่ การรุกราน จากภายนอก การจารกรรม การลาดตระเวนของข้าศึก การก่อวินาศกรรม การบ่อนทำลาย การรบกวนและอิทธิพลอื่น ๆ ซึ่งจะเป็นอันตรายอย่างร้ายแรงต่อชาติ<sup>42</sup> ซึ่งเป็นนิยามความมั่นคง ในรูปแบบดั้งเดิม ทั้งนี้ภายในคู่มือได้ระบุถึง “ความมั่นคงของมนุษย์” ไว้เช่นกัน โดยกล่าวอ้างถึง รายงานการพัฒนามนุษย์ประจำปี 1994 ของโครงการพัฒนาแห่งสหประชาชาติ (UNDP) ทั้งความมุ่งหมาย และความมั่นคงของมนุษย์ทั้ง 7 ด้าน และสรุปปิดท้ายความมั่นคงแห่งชาติว่าหมายถึงทั้งการป้องกัน ภัยอันตรายและสร้างความเข้มแข็งให้ชาติ โดยรวมไปถึงการสร้างความมั่นคงของมนุษย์ด้วย<sup>43</sup> นอกจากนี้ หากเราพิจารณาสาระสำคัญของนโยบายและแผนระดับชาติว่าด้วยความมั่นคงแห่งชาติ (2562-2566) โดยสภาความมั่นคงแห่งชาติได้ให้นิยาม ความมั่นคงแห่งชาติ ไว้ว่า “ภาวะที่ประเทศ ปลอดภัยจากภัยคุกคามต่อเอกราชอธิปไตย บูรณภาพแห่งอาณาเขต สถาบันศาสนา สถาบัน

<sup>41</sup> จันจิรา สมบัติพูนศิริ, “กระบวนการประกอบสร้าง ‘ความมั่นคง’ (Securitization): แนวคิดและตัวอย่าง,” สืบค้นเมื่อวันที่ 10 กุมภาพันธ์ 2563, จาก The 101.World, <https://www.the101.world/securitization/>

<sup>42</sup> วิทยาลัยป้องกันราชอาณาจักร, “เอกสาร วปท. หมายเลข 008 คู่มือเรื่อง ความมั่นคง แห่งชาติ,” วิทยาลัยป้องกันราชอาณาจักร, 2554, น. 3.

<sup>43</sup> เฟิงอ้วง.

พระมหากษัตริย์ ความปลอดภัยของประชาชน การดำรงชีวิตโดยปกติสุขของประชาชน หรือที่กระทบต่อผลประโยชน์แห่งชาติหรือการปกครองระบอบประชาธิปไตย อันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข รวมทั้งความพร้อมของประเทศที่จะเผชิญสถานการณ์ต่างๆ อันเกิดจากภัยคุกคามทุกรูปแบบ<sup>44</sup> แสดงให้เห็นว่า สภาความมั่นคงยังคงให้น้ำหนักไปกับความมั่นคงของรัฐในรูปแบบเดิม และเน้นความมั่นคงไปที่สามสถาบันหลักโดยเฉพาะสถาบันพระมหากษัตริย์ อย่างไรก็ตาม แม้ไม่ได้เขียนถึงความมั่นคงของมนุษย์ให้ชัดเจน แต่การระบุถึงความปลอดภัยของประชาชนกับการดำรงชีวิตโดยปกติสุขก็เป็นการให้ความสำคัญกับประชาชนที่แม้จะเขียนอย่างกว้าง ๆ ถึงภัยคุกคามทุกรูปแบบก็ตาม

โดยสรุป ในประเด็นของรัฐกับความมั่นคง เมื่อพิจารณาภารกิจของรัฐ ประกอบกับการศึกษาแนวคิดที่ว่าด้วยความมั่นคง ผู้เขียนเห็นว่าทั้งสองเรื่องมีความสัมพันธ์กัน รวมถึงภารกิจของรัฐที่เพิ่มมากขึ้นจากอดีตที่เน้นการป้องกันประเทศ ไปสู่ภารกิจว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพและความเป็นอยู่ของประชาชน ตลอดจนปัญหาส่วนรวมในระดับโลกในมิติอื่น ๆ สอดคล้องกับการตีความความมั่นคงของชาติ จากแนวคิดดั้งเดิมไปสู่รูปแบบใหม่ ซึ่งมีการตีความภัยความมั่นคงของมนุษย์ให้สอดคล้องกับโลกที่เปลี่ยนไปเพื่อเตรียมพร้อมรับมือกับสถานการณ์คุกคามในปัจจุบัน

### 2.3 อำนาจรัฐในสถานการณ์ไม่ปกติ

ในรัฐที่เป็นเสรีประชาธิปไตยนั้น การใช้อำนาจรัฐย่อมต้องผูกพันต่อหลักนิติรัฐ กล่าวคือ รัฐที่ปกครองโดยกฎหมาย ในยามปกติการใช้อำนาจรัฐต้องเป็นไปตามหลักนิติรัฐ ทว่าในสถานการณ์ที่ไม่ปกติ รัฐอาจมีความจำเป็นที่จะต้องใช้อำนาจมากเป็นพิเศษและอาจหย่อนการยึดถือหลักนิติรัฐลงไปบ้าง เพื่อรักษาความมั่นคงสงบเรียบร้อยของรัฐไว้อย่างไม่อาจเลี่ยงได้ การใช้อำนาจรัฐในสถานการณ์ไม่ปกติจึงอาจถือเป็นข้อยกเว้นความเข้มข้นของหลักนิติรัฐ กล่าวคือ เป็นการผ่อนคลายความเคร่งครัดของหลักนิติรัฐลงให้เอื้ออำนวยต่อสถานการณ์ที่เกิดขึ้นจริง ทว่าไม่ถึงขนาดงดเว้นไม่นำหลักนิติรัฐมาบังคับใช้เสียทีเดียว ดังนั้นในหัวข้อนี้ผู้เขียนจะได้อธิบายถึงหลักนิติรัฐในสถานการณ์ปกติและการใช้อำนาจรัฐในสถานการณ์ไม่ปกติ รวมถึงหลักการบางอย่างที่สนับสนุนให้การใช้กฎหมายในสถานการณ์ไม่ปกติให้มีความผ่อนปรนกว่าในเวลาปกติ

<sup>44</sup> ประกาศนโยบายและแผนระดับชาติ ว่าด้วยความมั่นคงแห่งชาติ (2562-2566), ราชกิจจานุเบกษา ฉบับกฤษฎีกา เล่มที่ 136 ตอนที่ 124 ก (22 พฤศจิกายน 2562): 11.

### 2.3.1 ข้อพิจารณาเบื้องต้น: นิติรัฐในสถานการณ์ปกติ

ประเทศในโลกเสรีประชาธิปไตย ต่างยึดในหลักที่เรียกว่า “นิติรัฐ” (Rechtsstaat) แปลความหมายตรงตัวได้ว่า รัฐที่ปกครองภายใต้กฎหมายที่มีความยุติธรรม และเมื่อกล่าวถึงนิติรัฐแล้วมักพาดพิงถึงหลัก “นิติธรรม”(Rule of Law)<sup>45</sup> อยู่เสมอ ทั้งนี้นักวิชาการหลายท่านมีความเห็นว่าเป็นหลักการที่ใกล้เคียงกัน เพราะต่างก็เป็นหลักการที่ถือกำเนิดขึ้นมาเพื่อจำกัดอำนาจของผู้ปกครองให้อยู่ในกรอบของกฎหมาย ทว่าในส่วนของการละเอียดมีความแตกต่างกันอยู่บ้างสืบเนื่องจากพัฒนาการทางประวัติศาสตร์โดยเฉพาะในเยอรมนีซึ่งเป็นต้นกำเนิดหลักนิติรัฐและในอังกฤษอันมีพัฒนาการทางประวัติศาสตร์นำไปสู่หลักนิติธรรมในระบบคอมมอนลอว์<sup>46</sup>

สาระสำคัญอันเป็นเสมือนหัวใจของหลักนิติรัฐ มีอยู่ 3 ประการ คือ 1. การกระทำทั้งหลายขององค์กรรัฐฝ่ายบริหารต้องชอบด้วยกฎหมายซึ่งตราโดยองค์กรรัฐฝ่ายนิติบัญญัติ 2. กฎหมายที่ออกโดยองค์กรรัฐฝ่ายนิติบัญญัติต้องชอบด้วยรัฐธรรมนูญ โดยเฉพาะอย่างยิ่งกฎหมายที่มอบอำนาจให้ฝ่ายบริหารล่วงล้ำเข้าสู่แดนของสิทธิเสรีภาพของประชาชน และ 3. การควบคุมมิให้การกระทำขององค์กรฝ่ายบริหารขัดต่อกฎหมาย หรือการควบคุมมิให้กฎหมายขัดต่อรัฐธรรมนูญก็เป็นอำนาจหน้าที่ขององค์กรรัฐฝ่ายตุลาการซึ่งมีความเป็นอิสระจากองค์กรรัฐฝ่ายบริหารและนิติบัญญัติ<sup>47</sup> อันเป็นไปเพื่อคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชนและอำนวยซึ่งประโยชน์สาธารณะ สอดคล้องกับนิยามความเป็นนิติรัฐในทางเนื้อหาของนักวิชาการหลายท่านอธิบายไว้ว่า ประกอบด้วยหลักประกันสิทธิขั้นพื้นฐานและหลักการคุ้มครองความมั่นคงแห่งนิติฐานะ<sup>48</sup> อันเป็นเรื่องของการใช้อำนาจและจำกัดอำนาจของรัฐภายใต้กฎหมายที่มีคุณค่าของความยุติธรรมนั่นเอง ในที่นี้ผู้เขียนจะอธิบายเฉพาะหลักการที่มีความเกี่ยวข้องกับวิทยานิพนธ์เป็นหลักในประเด็นที่ว่า การกระทำของรัฐต้องชอบด้วยกฎหมายซึ่งจำเป็นจะต้องมีการควบคุมตรวจสอบเพื่อให้เป็นไปตามหลักนิติรัฐ และหลักนิติรัฐในทาง

<sup>45</sup>รายละเอียดหลักนิติธรรมใน จรรย์ โฆษณานันท์, นิติปรัชญา, (กรุงเทพมหานคร : มหาวิทยาลัยรามคำแหง)

<sup>46</sup> รายละเอียดความแตกต่างของนิติรัฐและนิติธรรมใน วรเจตน์ ภาศิริรัตน์, คำสอนว่าด้วยรัฐและหลักทั่วไปของกฎหมายมหาชน, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 3, น. 316-326. เอกบุญ วงศ์สวัสดิ์กุล, บรรณาธิการ, นิติรัฐนิติธรรม, (กรุงเทพมหานคร: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอนคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553).

<sup>47</sup> วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 17, น. 1-7.

<sup>48</sup> วรเจตน์ ภาศิริรัตน์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 3, น. 288-289.

เนื้อหาในเรื่องของการใช้อำนาจรัฐโดยเคารพหลักความพอสมควรแก่เหตุ (Principle of Proportionality)

### 2.3.1.1 หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำขององค์กรรัฐ<sup>49</sup>

องค์ประกอบในทางรูปแบบของหลักนิติรัฐมีหลายประการ แต่ในหัวข้อนี้ ผู้เขียนมุ่งศึกษาหลักความผูกพันต่อกฎหมายขององค์กรรัฐ โดยหลักการนี้เรียกร้องให้ฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหารและฝ่ายตุลาการ ล้วนแต่ต้องปฏิบัติตามภารกิจและใช้อำนาจผูกพันต่อกฎหมาย ซึ่งกฎหมายในที่นี้หมายถึง รัฐธรรมนูญ กฎหมายลายลักษณ์อักษรที่ตราขึ้นโดยรัฐสภา ตลอดจนกฎหมายในลำดับรอง แสดงว่าการกระทำของรัฐไม่ว่าในทางนิติบัญญัติ การกระทำทางปกครองและการกระทำทางตุลาการ ล้วนแต่ต้องชอบด้วยกฎหมาย สอดคล้องกับการแบ่งการกระทำของรัฐเป็น 3 ประเภทแยกพิจารณาได้ ดังนี้<sup>50</sup>

(1) **หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางนิติบัญญัติ** องค์กรนิติบัญญัติเป็นองค์กรภายใต้รัฐธรรมนูญซึ่งมีหน้าที่ในการตรากฎหมายและการตรากฎหมายนั้นย่อมต้องชอบด้วยกฎหมายเช่นกัน กฎหมายที่ตราขึ้นจะขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญมิได้ทั้งในทางรูปแบบและเนื้อหา

(2) **หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางบริหาร** สำหรับฝ่ายบริหารสามารถแยกออกเป็น 2 ส่วน คือ ส่วนที่เป็นฝ่ายบริหารในฐานะที่เป็นรัฐบาล เรียกว่าการกระทำทางรัฐบาล (Act of Government) มักไม่ถูกตรวจสอบโดยศาลแต่ควบคุมตรวจสอบในทางการเมือง กับส่วนที่ทำภารกิจในทางปกครองของฝ่ายปกครอง ซึ่งมีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับประชาชนที่สุดเพราะฝ่ายปกครองเป็นผู้รับนโยบายจากฝ่ายบริหารมาลงมือปฏิบัติการควบคุมตรวจสอบฝ่ายปกครองจึงจำเป็นอย่างยิ่งสำหรับคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน

(3) **หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางตุลาการ** อำนาจในทางตุลาการมีความเป็นอิสระ เนื่องจากต้องควบคุมการกระทำต่าง ๆ ของบุคคลหรือองค์กรของรัฐ

<sup>49</sup> การให้นิยามและองค์ประกอบของนิติรัฐของนักวิชาการหลายท่านมิได้แตกต่างกันมากนัก รายละเอียดเพิ่มเติมใน คำสอนว่าด้วยรัฐและหลักทั่วไปของกฎหมายมหาชน ของวรเจตน์ ภาคีรัตน์, หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชน ของเกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, หลักกฎหมายมหาชนเบื้องต้น ของสมยศ เชื้อไทย เป็นต้น

<sup>50</sup> เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชน, พิมพ์ครั้งที่ 6 (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2563), น. 135-140.

ให้เคารพต่อหลักความชอบด้วยกฎหมาย ขณะเดียวกันองค์กรตุลาการย่อมต้องเคารพหลักความชอบด้วยกฎหมายเช่นกัน จึงจำเป็นต้องมีการควบคุมตรวจสอบองค์กรศาล เช่น กรณีมีศาล 3 ชั้น เป็นต้น

### 2.3.1.2 การควบคุมตรวจสอบการกระทำของรัฐ

การควบคุมการใช้อำนาจรัฐมีหลายวิธีเพื่อให้เหมาะสมกับกิจกรรมของรัฐในแต่ละประเภทในที่นี้จะเน้นอธิบายการควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐของฝ่ายบริหารซึ่งแยกพิจารณาได้ว่าเป็นการกระทำทางรัฐบาล<sup>51</sup> การควบคุมตรวจสอบที่เหมาะสมคือ การตรวจสอบทางการเมืองโดยรัฐสภา หรือโดยสื่อมวลชนหรือประชาชน ในการแสดงความคิดเห็นวิพากษ์วิจารณ์ การควบคุมตรวจสอบโดยองค์กรศาลอาจมีความไม่เหมาะสม กรณีก้าวล่วงพิจารณาการตัดสินใจของฝ่ายบริหารในเชิงนโยบาย มิเช่นนั้นศาลจะกลายเป็นองค์กรสูงสุดควบคุมตรวจสอบและบริหารประเทศเสียเอง ต่างจากการกระทำในทางปกครอง ศาลปกครองมีความเหมาะสมที่จะตรวจสอบการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองได้

(1) **การควบคุมฝ่ายปกครอง** การควบคุมของฝ่ายปกครอง จำแนกได้เป็นการควบคุมตรวจสอบภายในฝ่ายปกครอง การตรวจสอบภายนอกฝ่ายปกครองและการตรวจสอบโดยองค์กรตุลาการ ดังนี้<sup>52</sup>

1.1 **การควบคุมภายในฝ่ายปกครอง** การควบคุมประเภทนี้มีได้ทั้งในลักษณะการควบคุมแบบป้องกัน คือ ควบคุมก่อนมีการกระทำทางปกครองไม่ว่าจะก่อนออกคำสั่งหรือกระทำการใด ๆ เรียกได้ว่าเป็นการควบคุมตรวจสอบในขั้นก่อนกระทำการ ไม่ว่างจะเป็นกรณีควบคุมโดยองค์กรของรัฐที่มีอำนาจทั่วไป ในที่นี้หมายถึงคณะกรรมการกฤษฎีกาซึ่งมีหน้าที่ตรวจสอบร่างกฎหมายหรือกรณีควบคุมโดยองค์กรที่มีอำนาจเฉพาะเรื่อง เช่น กรณีที่พระราชบัญญัติต่าง ๆ กำหนดคณะกรรมการที่มีอำนาจตามพระราชบัญญัตินั้นในการให้คำปรึกษาแก่ฝ่ายปกครองซึ่งต้องปฏิบัติตามพระราชบัญญัตินั้น

ส่วนกรณีการควบคุมฝ่ายปกครองแบบแก้ไขโดยองค์กรภายในฝ่ายปกครอง เป็นกรณีการควบคุมตรวจสอบหลังจากรัฐมีการกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งในทางปกครองและมีผลในทางกฎหมายแล้ว หากเป็นการกระทำที่บกพร่องหรือไม่ชอบด้วยกฎหมาย ย่อมสมควรคุ้มครองสิทธิของบุคคลโดยแก้ไขหรือเยียวยาผู้ถูกกระทบสิทธิ การควบคุมฝ่ายปกครองแบบแก้ไขจึงเป็นการควบคุมหลังจากรัฐมีการกระทำทางปกครองไปแล้ว เช่น การควบคุมโดยผู้มีส่วนเกี่ยวข้อง

<sup>51</sup> รายละเอียดในหัวข้อ 2.1.1 การกระทำของรัฐ

<sup>52</sup> รายละเอียดเพิ่มเติมใน บรรเจิด สิงคะเนติ, หลักกฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมฝ่ายปกครอง, พิมพ์ครั้งที่ 5 (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2556), น. 68-144.

ซึ่งก็คือผู้บังคับบัญชาหรือผู้กำกับดูแล การอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองและการควบคุมโดยคณะกรรมการวินัยข้อพิพาท<sup>53</sup>

**1.2 การควบคุมภายนอกฝ่ายปกครอง** เป็นกรณีของการควบคุมฝ่ายปกครองโดยองค์กรภายนอก ได้แก่ การควบคุมทางการเมือง การควบคุมโดยองค์กรตุลาการและการควบคุมโดยอิสระตามรัฐธรรมนูญ โดยส่วนที่เกี่ยวข้องกับการควบคุมฝ่ายปกครองในสถานการณ์ไม่ปกติพิจารณาเฉพาะการควบคุมตรวจสอบทางการเมืองและการควบคุมตรวจสอบโดยองค์กรตุลาการเป็นหลัก

**การควบคุมตรวจสอบในทางการเมือง** ประเทศที่ปกครองในระบบประชาธิปไตยแบบรัฐสภานั้น รัฐสภาและคณะรัฐมนตรีจะมีการควบคุมตรวจสอบซึ่งกันและกันอันเป็นลักษณะของการตรวจสอบในทางการเมือง<sup>54</sup> สอดคล้องกับบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจรัฐสภาตรวจสอบคณะรัฐมนตรีในการดำเนินการตามรัฐธรรมนูญ กฎหมายและนโยบายที่ได้แถลงในสภา<sup>55</sup> โดยใช้วิธีการตั้งกระทู้ถาม ซึ่งเป็นการควบคุมการบริหารราชการแผ่นดินที่สำคัญของฝ่ายนิติบัญญัติซึ่งบรรดาสภาผู้แทนราษฎรเป็นตัวแทนของประชาชนในการควบคุมตรวจสอบเพื่อให้ฝ่ายบริหารปฏิบัติหน้าที่อย่างระมัดระวัง หรือการตั้งคณะกรรมการตามที่รัฐธรรมนูญให้อำนาจโดยเป็นคณะบุคคลที่สภาแต่งตั้งขึ้นเพื่อพิจารณากฎหมายหรือทำการใด ๆ อันอยู่ในอำนาจหน้าที่ของสภา และหัวใจสำคัญในการตรวจสอบโดยรัฐสภา คือ การใช้กลไกเปิดอภิปรายทั่วไปในสภาเพื่อลงมติไว้วางใจหรือไม่ไว้วางใจการทำงานของรัฐมนตรีเป็นรายบุคคลหรือทั้งคณะ ซึ่งมักกระทำเมื่อสมาชิกในสภาเห็นว่าการบริหารงานของรัฐบาลไม่เป็นไปตามนโยบายที่แถลงหรือบริหารงานผิดพลาดหรืออาจเป็นกรณีเปิดการอภิปรายทั่วไปโดยไม่มีการลงมติก็ได้ เพื่อติดตามและตรวจสอบการทำงานของรัฐบาลในขณะนั้น<sup>56</sup>

**การควบคุมตรวจสอบในทางตุลาการ** เป็นการควบคุมตรวจสอบฝ่ายปกครองที่ให้หลักประกันแก่ฝ่ายปกครองเป็นอย่างดี และเป็นไปตามหลักนิติรัฐมากที่สุดกว่า

<sup>53</sup> เที่ยงอ้าง, น. 68-87.

<sup>54</sup> เที่ยงอ้าง, น. 145.

<sup>55</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (2560) มาตรา 164

<sup>56</sup> ศรีนยา สีมา, “การควบคุมตรวจสอบคณะรัฐมนตรีโดยรัฐสภา ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560,” สำนักวิชาการ สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, สืบค้นเมื่อวันที่ 10 กันยายน 2563, จาก <https://library2.parliament.go.th/ebook/content-issue/2560/hi2560-059.pdf>.

การควบคุมในทางการเมืองหรือการควบคุมภายในองค์กรเอง เนื่องจากองค์กรตุลาการมีความเป็นอิสระในการพิจารณาพิพากษาคดีโดยไม่อยู่ภายใต้อิทธิพลใด จึงเป็นหลักประกันให้กับประชาชนได้ดี<sup>57</sup> ในส่วนของขอบเขตการควบคุมฝ่ายปกครองโดยศาลนั้นมีความแตกต่างจากการควบคุมภายในฝ่ายปกครองซึ่งควบคุมทั้งปัญหาความชอบด้วยกฎหมายและความชอบด้วยวัตถุประสงค์ของการกระทำหรือความเหมาะสมในการกระทำ ทว่าองค์กรตุลาการนั้นควบคุมตรวจสอบเฉพาะความชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น ไม่อาจก้าวล่วงไปควบคุมความเหมาะสมของการกระทำได้

สรุปได้ว่า การกระทำทางรัฐบาล การควบคุมตรวจสอบที่เหมาะสมคือ การตรวจสอบทางการเมืองโดยรัฐสภา หรือโดยสื่อสารมวลชนหรือประชาชนในการแสดงความคิดเห็นวิพากษ์วิจารณ์ การควบคุมตรวจสอบโดยองค์กรศาลอาจมีความไม่เหมาะสม เนื่องจากเป็นการก้าวล่วงพิจารณาการตัดสินใจของฝ่ายบริหารในเชิงนโยบายและดุลพินิจ มิเช่นนั้นศาลจะกลายเป็นองค์กรสูงสุดควบคุมตรวจสอบและบริหารประเทศเสียเอง ต่างจากการกระทำในทางปกครอง ศาลปกครองมีความเหมาะสมที่จะตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองได้

(2) การควบคุมฝ่ายปกครองในสถานการณ์ไม่ปกติ ในเบื้องต้นผู้เขียนบรรยายลักษณะการควบคุมฝ่ายปกครองเพื่ออ้างความชอบด้วยกฎหมาย ทว่าหากเกิด “สถานการณ์ไม่ปกติ” หรือ “สถานการณ์ฉุกเฉิน” รัฐจำเป็นต้องผ่อนปรนความเข้มงวดของกฎหมายตามหลักนิติรัฐลง ทั้งนี้ก็ได้หมายความว่ารัฐละทิ้งซึ่งหลักนิติรัฐและนิติธรรมโดยสิ้นเชิง เป็นเพียงการสร้างมาตรการหรือระบบกฎหมายในยามวิกฤตเพื่อให้รัฐรักษาความอยู่รอดให้ได้ ในลักษณะของการควบคุมตรวจสอบการกระทำของฝ่ายปกครองที่ผ่อนปรนและอาจมีข้อยกเว้นบางประการในสถานการณ์ดังกล่าวซึ่งย่อมแตกต่างจากภาวะปกติ หลักการซึ่งช่วยให้เราเข้าใจสถานการณ์ไม่ปกติหรือสถานการณ์ฉุกเฉินได้มากขึ้นได้แก่ ทฤษฎีว่าด้วยสถานการณ์ไม่ปกติ (Les circonstances exceptionnelles) ทฤษฎีว่าด้วยเหตุผลของรัฐและแนวคิดสภาวะยกเว้น อันจะได้อธิบายรายละเอียดในหัวข้อต่อไป

### 2.3.1.3 หลักความพอสมควรแก่เหตุ

หลักความพอสมควรแก่เหตุหรือหลักความได้สัดส่วน (Principle of Proportionality) เป็นหลักการหนึ่งของนิติรัฐในทางเนื้อหาซึ่งจำเป็นต้องนำมาใช้เพื่อควบคุมการใช้อำนาจรัฐในการดำเนินการต่าง ๆ โดยเฉพาะการที่รัฐใช้อำนาจจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชน

<sup>57</sup> วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับศาลปกครอง, (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2544), น. 56.

ย่อมต้องเป็นไปอย่างพอประมาณ โดยพิจารณาจากหลักเกณฑ์ย่อยอีก 3 ประการ ได้แก่ 1) หลักความสัมฤทธิ์ผล 2) หลักความจำเป็น และ 3) หลักความพอสมควรแก่เหตุตามความหมายอย่างแคบ<sup>58</sup>

### (1) หลักความสัมฤทธิ์ผลหรือหลักความเหมาะสม (Suitability)

หมายถึง มาตรการที่กฎหมายให้อำนาจแก่ฝ่ายปกครองนำมาใช้บังคับแก่ประชาชนต้องเป็นมาตรการที่เหมาะสม กล่าวคือการทำรัฐจะนำมาตราการใดมาบังคับใช้ มาตรการนั้นต้องเหมาะสมกับวัตถุประสงค์ของรัฐ เป็นมาตรการที่ทำให้รัฐบรรลุวัตถุประสงค์ได้<sup>59</sup> ดังนั้นหากมาตรการดังกล่าวมีอาจบรรลุวัตถุประสงค์ได้หรือว่าจะบรรลุวัตถุประสงค์ได้เป็นเรื่องยาก มาตรการดังกล่าวย่อมไม่เหมาะสม

### (2) หลักความจำเป็น (Necessity) กรณีที่รัฐจะนำมาตราการใดมาบังคับ

ใช้ มาตรการนั้นต้องมีความจำเป็น ซึ่งความจำเป็นในที่นี้หมายถึงไม่จำกัดสิทธิของประชาชนเกินความจำเป็น ในบรรดามาตรการต่าง ๆ รัฐต้องชั่งน้ำหนักและเลือกวิธีการซึ่งเป็นมาตรการที่บรรลุวัตถุประสงค์โดยกระทบประชาชนน้อยที่สุด ดังนั้นหลักการนี้จึงช่วยคุ้มครองการกระทำของรัฐให้กระทบสิทธิเสรีภาพของประชาชนเท่าที่จำเป็น

### (3) หลักความพอสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบ

(Proportionality stricto sensu)<sup>60</sup> หลักความพอสมควรแก่เหตุหรือความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ มุ่งพิจารณามาตรการที่รัฐนำมาใช้ต้องไม่เป็นมาตรการที่ไม่ได้สัดส่วนเมื่อเปรียบเทียบกับสิทธิเสรีภาพของประชาชนที่ถูกจำกัด อาจกล่าวได้ว่าเป็นหลักการที่ต้องชั่งน้ำหนักระหว่างประโยชน์สาธารณะกับผลกระทบที่เกิดขึ้นกับปัจเจกชน

สรุปได้ว่า หลักความพอสมควรแก่เหตุหรือความได้สัดส่วนนี้เป็นสาระสำคัญอย่างยิ่งในประเทศที่ยึดมั่นในนิติรัฐ การใช้อำนาจรัฐไม่ว่ามาตรการใด ๆ อันจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนย่อมต้องคำนึงถึงหลักการนี้แม้ในสถานการณ์ฉุกเฉินซึ่งการบังคับใช้กฎหมาย

<sup>58</sup> บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 11*, น. 48-49.

<sup>59</sup> วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, *สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540*, (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2538), น. 85-91.

<sup>60</sup> รายละเอียดเพิ่มเติมใน เกื้อ เจริญราษฎร์, “มโนทัศน์ว่าด้วยความพอสมควรแก่เหตุ: ศึกษาพัฒนาการของหลักกฎหมายและการปรับใช้ในศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีและศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกา,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2560), น. 22-27.

อาจแตกต่างจากกฎหมายในระบบปกติไปบ้างก็ตาม ทว่าคุณค่าของหลักการดังกล่าวนี้ไม่อาจละเลยได้

### 2.3.2 ทฤษฎีว่าด้วยสถานการณ์ไม่ปกติ (Les circonstances exceptionnelles)

การพิจารณาในทางทฤษฎีสมควรทำความเข้าใจคำศัพท์ในหัวข้อนี้ก่อน คำว่า “สถานการณ์ไม่ปกติ” (exceptionnelles) เกิดจากการนิยามความหมายตามคำพิพากษาและกรณีที่มีบัญญัติไว้ในกฎหมายของประเทศฝรั่งเศส บางครั้งอาจเรียกว่าเป็นสถานการณ์พิเศษ ส่วน “สถานการณ์ฉุกเฉิน” หมายถึง เหตุการณ์ที่ไม่ได้คาดไว้ล่วงหน้า มีผลให้เกิดการปฏิบัติในทันที เช่น การเกิดภัยพิบัติธรรมชาติ การก่อการร้าย รวมถึงในยามสงคราม ดังนั้น “สถานการณ์ไม่ปกติ” จะมีความหมายกว้างกว่า อย่างไรก็ตามทั้งสองคำนี้มิได้มีการให้ความหมายที่ชัดเจน เนื่องจากในแต่ละประเทศมีการให้คำนิยามในบทบัญญัติต่างกันอยู่บ้าง ทว่าพอจะสรุปไปในทางเดียวกันได้ถึงสถานการณ์ที่เกิดขึ้นทันทีอย่างฉับพลันอันกระทบกระเทือนต่อความสงบเรียบร้อยของรัฐ ไม่ว่าจะเป็นการเกิดภัยพิบัติธรรมชาติ การก่อการร้ายรวมถึงสงครามและภัยคุกคามอื่น ในทางปฏิบัติของการตีความยังมีความไม่ชัดเจนและกลายเป็นปัญหาในการบังคับใช้กฎหมายความมั่นคงในหลายประเทศ โดยในหัวข้อนี้เป็นทฤษฎีจากประเทศฝรั่งเศสจึงใช้คำว่าสถานการณ์ไม่ปกติเป็นหลัก

ทฤษฎีว่าด้วยสถานการณ์ไม่ปกติหรือทฤษฎีสถานการณ์พิเศษนี้ เกิดขึ้นจากแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุด (Conseil d'Etat) หรือสภาแห่งรัฐในประเทศฝรั่งเศส เพื่อให้ฝ่ายปกครองบริหารบ้านเมืองในยามที่มีเหตุการณ์ไม่ปกติ หรือยามเกิดวิกฤตการณ์บางอย่างซึ่งไม่สามารถใช้มาตรการทางกฎหมายเช่นยามปกติ หรือใช้แล้วไม่ได้ประสิทธิภาพเพียงพอจะแก้ไขสถานการณ์ได้ แนวคิดนี้จึงพยายามให้การปฏิบัติหน้าที่ของฝ่ายปกครองมีประสิทธิภาพและสามารถนำพาประเทศกลับสู่สภาวะปกติโดยเร็ว อาจกล่าวได้ว่าทฤษฎีนี้ ส่งผลให้การกระทำทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายในสภาวะปกติ กลายเป็นการกระทำทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมาย หากการกระทำนั้นเป็นการกระทำเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยและความต่อเนื่องในการให้บริการสาธารณะ<sup>61</sup>

ดังนั้นตามแนวคำวินิจฉัยของศาล “สถานการณ์ไม่ปกติ” จึงหมายถึง ข้อเท็จจริงในแต่ละสถานการณ์ที่นำไปสู่ผล 2 ประการ คือ ทำให้ฝ่ายปกครองได้รับการยกเว้นในการเคารพและปฏิบัติตามกฎเกณฑ์ทางกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ประการหนึ่ง และมีผลให้ฝ่ายปกครองตกอยู่ภายใต้กฎเกณฑ์ทางกฎหมายพิเศษที่ศาลพิจารณาเห็นว่าสถานการณ์นั้น เรียกร้องให้ต้องมีการใช้บังคับ

<sup>61</sup> ปาลีรัฐ ศรีวรรณพฤษ, “สถานการณ์ที่ไม่ปกติในระบบกฎหมายฝรั่งเศส” ใน *รวมบทความกฎหมายมหาชน* publaw.net เล่ม 11, (กรุงเทพมหานคร: สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2556), น. 412.

กฎเกณฑ์ทางกฎหมายพิเศษเช่นนั้นอีกประการหนึ่ง<sup>62</sup> ทั้งนี้สถานการณ์ไม่ปกติอาจแบ่งออกเป็น 2 ประเภท ได้แก่ สถานการณ์ไม่ปกติในระดับสงคราม ซึ่งฝ่ายปกครองอาจมีอำนาจพิเศษเพิ่มขึ้น และสถานการณ์ไม่ปกติอื่นๆ เช่น การจลาจล<sup>63</sup> โดยทฤษฎีสถานการณ์ไม่ปกติมีทั้งที่บัญญัติเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษร อันได้แก่ กรณีการใช้อำนาจของประธานาธิบดีตามมาตรา 16 กับกรณีการประกาศกฎอัยการศึกตามมาตรา 36 แห่งรัฐธรรมนูญสาธารณรัฐที่ 5 รวมถึงกรณีประกาศสถานการณ์ฉุกเฉิน กับกรณีตามแนวคำพิพากษา ซึ่งกรณีที่มีบัญญัติเป็นกฎหมายนี้จะได้อธิบายในบทต่อไป ส่วนในบทนี้จะเน้นอธิบายถึงหลักการสถานการณ์ไม่ปกติตามแนวคำวินิจฉัยของศาลเป็นหลัก

### 2.3.2.1 สถานการณ์ตามแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองที่ถือเป็นสถานการณ์

#### ไม่ปกติ

ในประเทศฝรั่งเศส สภาแห่งรัฐได้วางหลักเกี่ยวกับสถานการณ์ไม่ปกติไว้หลายกรณี โดยคดีแรกที่สภาแห่งรัฐมีคำวินิจฉัยว่าเป็นสถานการณ์ไม่ปกติคือ สภาวะสงคราม พบมากในคำพิพากษาปี ค.ศ.1914-1918 เช่น ในคดีแรกคำวินิจฉัยคดี Heyriès ลงวันที่ 28 มิถุนายน ค.ศ. 1918 แม้ข้าราชการจะมีกฎหมายรับรองหลักประกันการลงโทษทางวินัยแก่ราชการ เช่น สิทธิในการเข้าถึงข้อมูลข่าวสารของตน การที่รัฐบาลออกกฎหมายฉุกเฉิน ลงวันที่ 10 กันยายน ค.ศ.1914 ระบุการใช้หลักประกันดังกล่าวเพื่อให้มีการลงโทษทางวินัยแก่ข้าราชการรวดเร็วขึ้นตามความจำเป็นในการป้องกันประเทศ ถือว่ากฎหมายที่ออกมานั้นชอบด้วยกฎหมายเพราะเป็นการใช้อำนาจภายใต้เงื่อนไขภาวะสงคราม<sup>64</sup> ต่อมาในช่วง ค.ศ.1939-1945 คำพิพากษาของศาลขยายขอบเขตออกไปกว้างยิ่งขึ้น แต่เดิมเป็นการตีความภาวะหลังสงคราม ต่อมาเป็นการตีความในช่วงวิกฤติการณ์ในช่วงสงครามสงบ และขยายความ “สถานการณ์ไม่ปกติ” ครอบคลุมไปถึงสถานการณ์ตึงเครียดทางการเมือง การหยุดงานที่ทำให้ประเทศเป็นอัมพาต สถานการณ์ที่เป็นภัยต่อสังคมและภัยพิบัติธรรมชาติ เมื่อพิจารณาแล้วจะพบจุดร่วมที่เหมือนกัน คือ เป็นเหตุการณ์ที่ผิดปกติ ทำให้รัฐจำเป็นต้องกระทำการเพื่อป้องกันประโยชน์มหาชน ขณะเดียวกันรัฐก็ไม่อาจปฏิบัติตามกฎหมายในขณะนั้นได้

นอกจากสถานการณ์ในภาวะสงครามแล้ว แนวคำวินิจฉัยของศาลในประเทศฝรั่งเศสได้ขยายความหมายของสถานการณ์ควบคุมสถานการณ์ไม่ปกติอื่นๆ ได้แก่ คดีสถานการณ์ความตึงเครียดทางการเมือง (La tension politique) อันเนื่องมาจาก การต่อสู้เพื่อ

<sup>62</sup> เอกบุณย์ วงศ์สวัสดิ์กุล, “นิติรัฐนิติธรรมกับเทศบาลบ้านเมืองในสถานการณ์ไม่ปกติในระบบกฎหมายฝรั่งเศส,” วารสารรัฐธรรมนูญ, ปีที่ 18, เล่มที่ 53, น. 278 (พฤษภาคม – สิงหาคม, 2559).

<sup>63</sup> บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 23, น. 286-287.

<sup>64</sup> เอกบุณย์ วงศ์สวัสดิ์กุล, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 62, น. 278.

ปลดปล่อยประเทศฝรั่งเศส (La Libération de la France) ในระหว่างสงครามโลกครั้งที่ 2 กรณีข่มขู่คุกคามเกี่ยวกับการหยุดงานทั่วไป (Les menaces de grève générale) กรณีสถานการณ์ที่เป็นภัยต่อสังคม (Les troubles sociaux) รวมถึงภัยพิบัติจากธรรมชาติ (Les catastrophes naturelles)<sup>65</sup> จะเห็นได้ว่าเป็นสถานการณ์ไม่ปกติที่ศาลตีความหมายค่อนข้างกว้าง รวมถึงบางกรณีแม้ศาลมิได้ตัดสินว่าเป็นสถานการณ์ไม่ปกติ เช่น กรณีการลุกฮือขึ้นประท้วงของนักศึกษาและผู้ใช้แรงงานในปี 1968 โดยศาลปกครองสูงสุดเห็นว่า “เป็นสถานการณ์พิเศษ” (Circonstances particulières) ทั้งนี้แม้การใช้ถ้อยคำแตกต่างกันอยู่บ้าง แต่ในผลทางกฎหมายก็เป็นเช่นเดียวกันกับสถานการณ์ไม่ปกติ

อย่างไรก็ตาม ไม่ว่าศาลจะตีความ “สถานการณ์ไม่ปกติ” ไว้อย่างไร การตีความทุกครั้งศาลจะต้องพิจารณาเงื่อนไข 2 ประการ คือ คำนี้ถึงหลักความชอบด้วยกฎหมาย และคำนี้ถึงขอบเขตอำนาจในการควบคุม ยิ่งกว่านั้น ศาลต้องพิจารณาว่าสถานการณ์ดังกล่าวเป็นสถานการณ์ที่ไม่ปกติอย่างแท้จริง เนื่องจากสถานการณ์ไม่ปกติไม่ใช่สถานการณ์ที่เกิดขึ้นทั่วไปโดยตัวมันเอง แต่เป็นสถานการณ์ที่ศาลเป็นผู้กำหนดโดยพิจารณาจากเหตุแวดล้อมซึ่งมักเป็นเหตุการณ์ไม่ธรรมดา (anormale) และมีความร้ายแรง (grave) หรือเกิดสถานการณ์ฉุกเฉินอย่างยิ่ง

### 2.3.2.2 ผลทางกฎหมายของสถานการณ์ไม่ปกติ<sup>66</sup>

1. ฝ่ายปกครองไม่ต้องปฏิบัติตามกฎหมายที่กระทบต่อการทำหน้าที่ในสถานการณ์ไม่ปกติ กล่าวคือ ฝ่ายปกครองหรือเจ้าหน้าที่รัฐอาจใช้อำนาจเกินกว่าขอบเขตอำนาจหน้าที่ตามปกติได้ หรือฝ่ายปกครองอาจไม่ปฏิบัติตามขั้นตอนและรูปแบบที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติ หรือการใช้อำนาจที่กระทบกระเทือนต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชน ซึ่งในสถานการณ์ปกติไม่อาจกระทำได้ โดยสภาแห่งรัฐเป็นผู้มีอำนาจวินิจฉัยว่าในสถานการณ์ไม่ปกติในแต่ละกรณีนั้นกฎเกณฑ์ทางกฎหมายใดสามารถยกเว้นไม่ปฏิบัติได้ และกฎหมายใดที่ยังคงต้องได้รับการปฏิบัติอยู่

2. ฝ่ายปกครองต้องผูกพันตนต่อการใช้อำนาจตาม “หลักความชอบด้วยกฎหมายในสถานการณ์ไม่ปกติ” (La légalité de crise) ซึ่งสภาแห่งรัฐเป็นผู้กำหนดขึ้น โดยตั้งอยู่บนหลักการสำคัญ ได้แก่ วัตถุประสงค์ของการใช้อำนาจ ต้องเป็นการใช้อำนาจเพื่อเผชิญหน้าต่อสถานการณ์วิกฤตที่เกิดขึ้น อีกนัยหนึ่งก็คือการใช้อำนาจต้องเป็นไปเพื่อแก้ไขสถานการณ์ที่เกิดขึ้น และวิธีการหรือมาตรการที่นำมาใช้ต้องสอดคล้องเหมาะสมกับวัตถุประสงค์ของการใช้อำนาจ

<sup>65</sup> เฟ็งอ้วง, น. 279.

<sup>66</sup> ศูนย์การศึกษากฎหมายปกครองเปรียบเทียบ, *หลักกฎหมายปกครองฝรั่งเศส*, สำนักวิจัยและวิชาการสำนักงานศาลปกครอง, (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์คุรุสภาลาดพร้าว, 2547), น. 18-19.

อาจกล่าวได้ว่า วัตถุประสงค์ของการใช้อำนาจและมาตรการที่เลือกใช้ต้องสอดคล้องและได้สัดส่วนกัน โดยสามารถพิจารณาได้จากผลที่เกิดว่าเป็นไปตามวัตถุประสงค์หรือไม่

3. กรณีความรับผิดในทางปกครองตามทฤษฎีสถานการณ์ไม่ปกติ ความรับผิดในทางปกครองเช่นนี้ของประเทศฝรั่งเศสมีหลายกรณี เช่น กรณีการใช้อำนาจที่ในสถานการณ์ปกติมีความผิดและต้องรับผิด แต่เมื่ออยู่ในสถานการณ์ไม่ปกติ การใช้อำนาจเช่นนั้นถือว่าเป็นฝ่ายปกครองไม่ต้องรับผิด หรือในการใช้อำนาจ เมื่อพิจารณาถึงระดับความร้ายแรงของการกระทำซึ่งในสถานการณ์ปกติถือว่าเป็นการกระทำที่มีความรุนแรงอย่างยิ่ง อยู่ในอำนาจพิจารณาของศาลยุติธรรม แต่เมื่อมีการใช้อำนาจนั้นในยามไม่ปกติ ถือเป็นความผิดระดับธรรมดาอยู่ในอำนาจของศาลปกครอง รวมถึงกรณีการใช้อำนาจที่ก่อให้เกิดความเสียหายซึ่งกระทำในสถานการณ์ไม่ปกติ และเป็นที่ยอมรับว่าเป็นการกระทำที่ไม่มีความผิด แต่อาจผูกพันให้ฝ่ายปกครองต้องรับผิดตามแนวคิดเรื่องความรับผิดโดยปราศจากความผิด (La responsabilité sans faute)<sup>67</sup>

### 2.3.2.3 การควบคุมตรวจสอบของศาลปกครองในสถานการณ์ไม่ปกติ<sup>68</sup>

การใช้อำนาจของศาลปกครองในการตรวจสอบการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองในสถานการณ์ไม่ปกติ แสดงให้เห็นว่าการใช้อำนาจในสถานการณ์ไม่ปกติยังคงอยู่ภายใต้หลักความชอบด้วยกฎหมายอย่างมีประสิทธิภาพและประสิทธิผล กล่าวคือ ศาลจะตรวจสอบว่ามีสถานการณ์ไม่ปกติที่ฝ่ายปกครองกล่าวอ้างหรือไม่ หากเป็นกรณีอยู่ในสถานการณ์และเมื่อใดถือว่าสถานการณ์คืนสู่ภาวะปกติแล้ว ขั้นตอนต่อมาหลังสถานการณ์เป็นปกติ ศาลปกครองจะตรวจสอบมาตรการที่กำหนดนั้นเป็นไปตามหลักความชอบด้วยกฎหมายของข้อยกเว้นหรือไม่ หากมาตรการนั้นวัตถุประสงค์และมาตรการในการเลือกใช้ไม่เป็นไปตามหลักการดังกล่าว ศาลปกครองก็อาจพิจารณายกเลิกหรือเพิกถอนการใช้อำนาจนั้นเสีย

เมื่อพิจารณาตามแนวคิดทฤษฎีสถานการณ์ไม่ปกติของประเทศฝรั่งเศส จะเห็นได้ว่าระบบกฎหมายฝรั่งเศสยอมรับถึงการมีอยู่ของสภาวะยกเว้นในสถานการณ์ไม่ปกติ ซึ่งมีการบังคับใช้กฎหมายในระบบปกติที่ผ่อนปรนและให้อำนาจเจ้าหน้าที่รัฐมากขึ้น ขณะเดียวกันฝ่ายปกครองต้องผูกพันตนต่อการใช้อำนาจตาม “หลักความชอบด้วยกฎหมายในสถานการณ์ไม่ปกติ” (La légalité de crise) กล่าวคือ วัตถุประสงค์การใช้อำนาจและมาตรการที่เลือกใช้ต้องสอดคล้องและได้สัดส่วนกัน โดยพิจารณาจากผลที่เกิดว่าเป็นไปตามวัตถุประสงค์หรือไม่ รวมถึงแนวทางในการ

<sup>67</sup> เอกบุณญ วงศ์สวัสดิ์กุล, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 62*, น. 280

<sup>68</sup> ปาลีรัฐ ศรีวรรณพุกษ, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 61*, น. 416-417.

พิจารณาของศาลในกรณีเกิดสถานการณ์ไม่ปกติขึ้นหรือไม่ น่าจะเป็นแนวทางการพิจารณาและปรับใช้กับประเทศไทยได้บางส่วน

### 2.3.3 แนวคิดว่าด้วยสภาวะยกเว้นและทฤษฎีความจำเป็นของรัฐ

#### 2.3.3.1 สภาวะยกเว้น (State of Exception)

แนวคิดของของคาร์ล ชมิทท์ (Carl Schmitt) ปรากฏให้เห็นในผลงาน Political Theory ซึ่งเขามีความเห็นที่องคธิปไตยเป็นผู้ตัดสินใจในสภาวะยกเว้น กล่าวคือ รัฐอธิปไตยเป็นผู้วินิจฉัยการมีอยู่ของสถานการณ์ไม่ปกติ (Sovereign is he who decides on the exception)<sup>69</sup> สภาวะยกเว้น อันได้แก่สถานการณ์ฉุกเฉิน เป็นช่วงเวลาของรัฐอธิปไตย สามารถก้าวข้ามกรอบหลักนิติธรรมและใช้อำนาจเบ็ดเสร็จฝ่ายเดียว เพื่อธำรงไว้ซึ่งความอยู่รอดของรัฐ แนวคิดในลักษณะนี้เอนนำไปสู่การตีความสนับสนุนอำนาจเผด็จการ

Political Theory, Four Chapters on the Concept of Sovereignty ของชมิทท์ ได้รับอิทธิพลจาก Leviathan ผลงาน โทมัส ฮอบส์ (Thomas Hobbes) นักปรัชญาการเมืองสมัยใหม่ผู้ยิ่งใหญ่ เป็นการอ่านและตีความองคธิปไตย เพื่อรื้อฟื้นความสัมพันธ์ของรัฐผ่านบทบาทขององคธิปไตยในการเป็นนายเหนือกฎหมาย<sup>70</sup> องคธิปไตยเป็นผู้ตัดสินใจในสภาวะยกเว้น การตัดสินใจจึงไม่ใช่เรื่องในทางกฎหมาย เพราะเงื่อนไขในการตัดสินใจมิได้ตั้งอยู่บนเนื้อหาและความสมเหตุสมผลเท่ากับบารมีและความน่าเชื่อถือของผู้ตัดสิน<sup>71</sup> ชมิทท์เห็นว่าการตัดสินใจในสภาวะยกเว้นนั้นกฎเกณฑ์จะถูกงดใช้ไป ทว่าการงดใช้กฎเกณฑ์หรือกฎหมายดังกล่าวก็เพื่อทำให้กลับสู่สถานการณ์ปกติ แม้สภาวะยกเว้นอาจนำเราไปอยู่ในพื้นที่ไร้กฎหมาย แต่ก็เพื่อให้กฎหมายกลับมาใช้ได้อีกครั้ง จากแนวคิดดังกล่าวนำไปสู่การถกเถียงว่า “สภาวะยกเว้นอยู่ในกฎหมายหรือนอกกฎหมาย” ฝ่ายหนึ่งเห็นว่าสภาวะยกเว้นอยู่ในกฎหมาย เพราะความจำเป็นสร้างกฎหมายขึ้นมาและความจำเป็นเป็นสิทธิเรียกร้องของรัฐ แต่อีกฝ่ายมีแนวคิดที่สภาวะยกเว้นอยู่นอกกฎหมาย เป็นข้อเท็จจริงทางการเมืองที่เกิดขึ้น ทว่ามีผลลัพธ์เกิดในแดนของกฎหมาย

จีโออร์จีโอ อาแกมเบน (Giorgio Agamben) เจ้าของหนังสือ State of Exception เห็นว่า สภาวะยกเว้นคือ สภาวะที่กำหนดได้ไม่แน่นอน เป็นสภาวะไร้กฎหมายที่สัมพันธ์

<sup>69</sup> Carl Schmitt, *Political Theory: Four Chapters on the Concept of Sovereignty* (Chicago: University of Chicago Press, 2006), p. 5.

<sup>70</sup> โปรดตุ อรรถสิทธิ์ สิทธิดำรง, “จากสภาวะยกเว้นถึงพระเจ้าบนดิน : โทมัส ฮอบส์ในทฤษฎีการเมืองของคาร์ล ชมิทท์,” *รัฐศาสตร์สาร*, ปีที่ 35, ฉบับที่ 3, น. 53-73 (กันยายน-ธันวาคม, 2557).

<sup>71</sup> *เพ็งอ้วง*, น. 62.

กับระบบกฎหมาย เขานำประเด็นที่นักกฎหมายยังคงถกเถียงกันเรื่องความจำเป็นกับสภาวะยกเว้น และสภาวะยกเว้นอยู่ในแดนของกฎหมายหรือนอกแดนของกฎหมายมาอภิปราย โดยกลุ่มแรกเห็นว่า สภาวะยกเว้นอยู่ในระบบกฎหมาย และความจำเป็นเป็นบ่อเกิดของกฎหมาย เป็นสิทธิของรัฐที่จะใช้ เมื่อสถานการณ์วิกฤตรัฐย่อมนำกฎหมายสำหรับสถานการณ์ไม่ปกติมาใช้ได้ ทั้ง Santi Romano และ Maurice Hauriou เห็นด้วยกับแนวคิดนี้ และกลุ่มที่มองว่าสภาวะยกเว้นอยู่นอกกฎหมาย เพราะ สภาวะยกเว้นเกิดจากข้อเท็จจริงทางการเมืองแต่ไปมีผลในแดนของกฎหมาย นักกฎหมายที่สนับสนุนแนวคิดนี้ เช่น Balladore Pallieri และ Raymond Carré de Malberg สำหรับอากัมเบนเองไม่เห็นด้วยกับทั้งสองฝ่าย เขาเห็นว่าสภาวะยกเว้นไม่ได้อยู่ทั้งในระบบกฎหมายและนอกระบบกฎหมาย แต่เป็นพื้นที่ที่แบ่งแยกไม่ได้เด็ดขาด เพราะการงดบังคับใช้กฎหมายไม่ได้แปลว่ายกเลิกกฎหมาย กฎหมายดำรงอยู่ท่ามกลางใช้เท่านั้น ส่วนสภาวะไร้กฎหมายที่เกิดจากการงดบังคับใช้กฎหมายก็ยังคงมีความสัมพันธ์กับกฎหมายอยู่อย่างตัดไม่ขาด<sup>72</sup>

อากัมเบนยังกล่าวถึงผลงาน Die Diktatur ของซมิทท์ ซึ่งได้แบ่ง เผด็จการออกเป็นสองประเภท ได้แก่ Commissarial Dictatorship หรือเผด็จการที่มีลักษณะชั่วคราว เพื่อฟื้นฟูระเบียบกฎหมายที่มีอยู่ ซึ่งก็คือการประกาศใช้อำนาจฉุกเฉินในสถานการณ์พิเศษ นั้นเอง กับอีกประเภทคือ Sovereign Dictatorship หรือเผด็จการอธิปัตย์ เผด็จการประเภทนี้ เป็นการเปลี่ยนแปลงแบบปฏิวัติจากระเบียบดั้งเดิมเพื่อสร้างระเบียบกฎหมายและการเมืองใหม่ ซึ่งถือได้ว่าเป็นอำนาจเผด็จการเต็มรูป ในความเห็นของซมิทท์ การยอมรับเผด็จการประเภทชั่วคราว เป็นความจำเป็นเพื่อหลีกเลี่ยงเผด็จการประเภทที่ 2 แต่อากัมเบนไม่เห็นด้วย เขามองว่าสภาวะยกเว้น ไม่ใช่ทั้งเผด็จการชั่วคราว ไม่ใช่เผด็จการอธิปัตย์ และไม่ใช่เผด็จการตามรัฐธรรมนูญหรือเผด็จการนอก รัฐธรรมนูญ แต่คือ พื้นที่โล่งว่างเปล่าจากกฎหมาย เป็นที่ซึ่งไร้กฎหมายและการกำหนดทางกฎหมาย ถูก “ถอดปลั๊ก”(désactivé) ออก<sup>73</sup> สำหรับตัวผู้เขียนเองมิได้ปฏิเสธแนวคิดที่ว่าด้วยสภาวะยกเว้น ของซมิทท์ในเรื่องการมีอยู่ของสภาวะยกเว้นซึ่งเป็นสถานการณ์ไม่ปกติที่ต้องอาศัยข้อเท็จจริง และการตัดสินใจของรัฐเพื่อแก้ไขสถานการณ์ดังกล่าว ผู้เขียนมองจากปัจจุบันว่า มันเป็นสภาวะ ที่กฎหมายในระบบปกติไม่สามารถจัดการแก้ไขได้ แต่จะกล่าวว่าสภาวะยกเว้นอยู่เหนือจากกฎหมาย ทั้งปวงนั้นไม่ถูกต้องนัก มันอาจยกเว้นกฎหมายในภาวะปกติเพื่อใช้กลไกกฎหมายในสถานการณ์ ไม่ปกติ ซึ่งแน่นอนว่ารัฐมีอำนาจมากขึ้นแต่มิใช่ในลักษณะตามอำเภอใจ แต่เป็นการใช้อำนาจตาม

<sup>72</sup> ปิยบุตร แสงกนกกุล, “สภาวะยกเว้นในความคิดของ Giorgio Agamben,” วารสาร ฟ้าเดียวกัน, ปีที่ 8, ฉบับที่ 1, น. 85-86 (มกราคม-กันยายน, 2554).

<sup>73</sup> เพ็งอ้วง, น. 87-91.

กฎหมายในสถานการณ์ไม่ปกติและยังคงอยู่ภายใต้กรอบของคุณค่าแห่งนิติรัฐและกรอบของรัฐธรรมนูญ ดังนั้นไม่ว่าสภาวะยกเว้นโดยสภาพจะมีลักษณะเป็นกฎหมายหรืออยู่นอกกฎหมายก็ตาม ผู้เขียนให้ความสำคัญกับการนำสภาวะยกเว้นมาเป็นกลไกหนึ่งในกฎหมาย เป็นมาตรการชุดหนึ่งตามรัฐธรรมนูญเพื่อปกป้องรัฐและระบอบการปกครองประชาธิปไตยมากกว่า<sup>74</sup>

นอกจากนี้ ชมิทท์ยังได้มีการสนทนาตอบโต้ผ่านงานเขียนกับนักทฤษฎีกฎหมายรัฐธรรมนูญคนสำคัญอย่าง ฮันส์ เคลเซน (Hans Kelsen) ในประเด็นปัญหาที่ว่า “การคุ้มครองรัฐธรรมนูญ” หรือการบังคับให้เป็นไปตามรัฐธรรมนูญ (The Guardian of the Constitution) ในการถกเถียงเกี่ยวกับมาตรา 48 แห่งรัฐธรรมนูญไวมาร์ ที่บัญญัติให้อภิสิทธิ์แก่ฝ่ายบริหารในการประกาศภาวะฉุกเฉิน เพื่อใช้อำนาจพิเศษกระทำการต่างๆ ชมิทท์มองว่ามาตรานี้มีความจำเป็นในแง่เทคนิคกฎหมาย แต่เคลเซนเห็นว่ารัฐธรรมนูญมาตรานี้เป็นการดึงอำนาจทางการเมืองในการออกระเบียบต่าง ๆ ไปที่ประธานาธิบดีและผลทางการเมืองที่ตามมาคือ รัฐบาลกึ่งเผด็จการ การให้ประธานาธิบดีแทรกแซงในยามสถานการณ์ฉุกเฉินได้ หมายความว่า การให้เหตุผลของรัฐมีความสำคัญ จนกระทั่งระบบกฎหมายไม่มีความจำเป็นอีกต่อไป เขาจึงไม่อาจยอมรับแนวคิดให้ประธานาธิบดีเป็นผู้คุ้มครองรัฐธรรมนูญได้ สอดรับกับความเห็นของอากัมเบนในประเด็นผู้พิทักษ์รัฐธรรมนูญนี้ เขาเห็นถึงความล้มเหลวของสาธารณรัฐไวมาร์ในการให้ประธานาธิบดีเป็นผู้พิทักษ์รัฐธรรมนูญแต่กลับได้ผลในทางตรงกันข้าม กลับกลายเป็นกระบวนทัศน์ของระบอบเผด็จการที่ใช้รัฐธรรมนูญเป็นตัวเปลี่ยนผ่าน<sup>75</sup>

เคลเซนเห็นว่า การแก้ปัญหารัฐในสถานการณ์ฉุกเฉิน ไม่ใช่การกลับไปหาองค์อธิปัตย์ที่มีลักษณะเผด็จการในทางใดทางหนึ่งตามที่ชมิทท์เสนอ แต่ควรเป็น “ศาลรัฐธรรมนูญ” เข้ามาควบคุมตรวจสอบฝ่ายบริหาร รวมทั้งตัดสินใจกระทำการใด ๆ ที่เชื่อมโยงกับสถานการณ์ฉุกเฉินนั้น โดยมีเงื่อนไขคือ ศาลรัฐธรรมนูญต้องไม่ก้าวเข้าสู่ดินแดนทางการเมืองมากเกินไปจนเผชิญหน้ากับรัฐสภา<sup>76</sup> ผู้เขียนเห็นด้วยกับชมิทท์ที่ว่า ความจำเป็นอาจเรียกร้องให้เกิด

<sup>74</sup> รายละเอียด ปัญหาว่าด้วยเรื่อง สภาวะยกเว้นกับกฎอัยการศึก จะได้อภิปรายเพิ่มเติมในหัวข้อ 3.4.1

<sup>75</sup> Giorgio Agamben, *State of Exception*, (Chicago: University of Chicago Press, 2005), pp. 11-25.

<sup>76</sup> โปรตตุ ศิโรตม์ คล้ามไพบูลย์, “ความคิดทางการเมืองของคาร์ล ชมิทท์ ความเป็นการเมืองสภาวะสมัยใหม่ และเสรีประชาธิปไตย,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะรัฐศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2548), น. 34-39.

สภาวะยกเว้นได้ แต่สภาวะดังกล่าวไม่ใช่เรื่องปกติที่ควรดำรงอยู่นานหรือเกิดขึ้นบ่อยครั้ง ส่วนแนวคิดว่าด้วยองค์อธิปัตย์ของซิมิทที่มีทั้งส่วนที่คล้ายและแตกต่างจากแนวคิดของฮอบส์ เขาเห็นว่าองค์อธิปัตย์อาจเป็นใครก็ได้ที่ทำหน้าที่ตัดสินใจว่าอะไรคือประโยชน์สาธารณะ อะไรคือความปลอดภัยของส่วนรวม และองค์อธิปัตย์คือผู้ทำหน้าที่ตัดสินใจในสถานการณ์พิเศษหรือยามเกิดสภาวะยกเว้น โดยที่องค์อธิปัตย์อาจมิได้ยึดโยงกับประชาชนก็ได้<sup>77</sup> ตรงนี้จึงเป็นปัญหาที่ทำให้แนวคิดของซิมิทถูกนำไปตีความรองรับความชอบธรรมของผู้ปกครองแบบเผด็จการ

### 2.3.3.2 แนวคิดว่าด้วยเหตุผลแห่งรัฐ” (Raison d’Etat หรือ Reason of the State)

แนวคิดเรื่องรัฐถือกำเนิดโดยนักปรัชญาทางการเมืองหลายท่านในยุคกลาง ซึ่งยุโรปในขณะนั้นอยู่ท่ามกลางความวุ่นวายของสงครามและการต่อสู้ระหว่างศาสนจักรกับกษัตริย์ และกษัตริย์กับเหล่าเจ้าศักดินาทั้งหลาย นักปรัชญาจึงพยายามแสวงหาทางออกของปัญหาดังกล่าว<sup>78</sup> ทำนองเดียวกันกับช่วงยุคสงครามขุนศึกในประเทศจีน ซึ่งมีนักปราชญ์เกิดขึ้นมาหลายสำนัก รวมทั้งลัทธิขงจื้อและลัทธิเต๋าถือกำเนิดในยุคนั้นเช่นกัน แนวคิดแยกรัฐออกจากศาสนจักรจึงเกิดขึ้นในยุโรป ผลงานเกี่ยวกับรัฐที่โดดเด่นที่สุดในขณะนั้นคือ “เจ้าผู้ปกครอง”<sup>79</sup> (The Prince) ของนิโคโล มาเคียแวลลี (Niccolo Machiavelli) นักปราชญ์ชาวอิตาลี งานเขียนของเขาได้กล่าวถึงคุณสมบัติของผู้ปกครองและวิธีในการรักษาอำนาจของผู้ปกครองให้อย่างมั่นคง โดยอธิบายว่าผู้ปกครองรัฐจะเป็น “เจ้า” (Prince) ที่มีความสามารถในลักษณะที่เป็นทั้งผู้นำและสถาบัน เป็นทั้งทหารและทำตัวเสมือนผู้มีคุณสมบัติที่ดีอันได้แก่ ต้องเป็นคนกล้าหาญ มีสัจจะ มีเมตตาปราณีต่อผู้อยู่ใต้ปกครอง ชอบช่วยเหลือผู้อื่น เคารพศาสนา อันเป็นการแสดงให้ผู้อื่นเห็นเสมือนหนึ่งว่าตนมีคุณสมบัติที่ดีพอ<sup>80</sup>

ผลงานสะท้อนถึง “เหตุผลแห่งรัฐ” หรือ “ความจำเป็นแห่งรัฐ” โดยกล่าวถึงเจ้าผู้ปกครองรัฐ ที่อาจเลือกใช้วิธีที่ดีหรือเลวก็ได้ในสถานการณ์ที่แตกต่างกัน

<sup>77</sup> รายละเอียดใน ศิโรตม์ คล้ามไพบูลย์, “การเมืองของความเป็นศัตรู: แง่คิดและปัญหาบางประการในความคิดทางการเมืองของ คาร์ล ชมิทท์,” *รัฐศาสตร์สาร*, ปีที่ 22, ฉบับที่ 1, น. 116-118 (2543).

<sup>78</sup> บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, *อ้างแล้ว เชียงธรรมที่ 12*, น. 22.

<sup>79</sup> งานแปลภาษาไทยโดย สมบัติ จันทรวงศ์, *เจ้าผู้ปกครอง*, (กรุงเทพมหานคร: โครงการจัดพิมพ์คบไฟ, 2551).

<sup>80</sup> บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, *อ้างแล้ว เชียงธรรมที่ 12*, น. 29.

โดยเปรียบเทียบว่า การต่อสู้นั้นมี 2 วิธี วิธีแรก เป็นการต่อสู้ด้วยกฎหมายซึ่งเหมาะสมกับมนุษย์ วิธีที่สอง เป็นการต่อสู้ด้วยกำลังซึ่งแม้เป็นการต่อสู้ที่เหมาะสมกับสัตว์ป่า แต่บ่อยครั้งที่วิธีแรกหรือการใช้กฎหมาย ไม่มีประสิทธิภาพเพียงพอจึงต้องใช้วิธีที่สองคือ การใช้กำลัง ดังนั้นเจ้าผู้ปกครองจึงจำเป็นต้องรู้ทั้งวิธีแรกและวิธีที่สองและสามารถใช้เมื่อมีเหตุจำเป็นต้องใช้ กล่าวโดยสรุป ในทรรศนะของมาเคียเวลลีผู้ปกครองต้องมีความสามารถ มีลักษณะเป็นผู้นำ แม้บางครั้งอาจต้องละเมิดกฎเกณฑ์ทางมนุษยธรรม หรือความดีงามทางศาสนาแต่หากได้กระทำลงไปเพื่อพิทักษ์รักษาไว้ซึ่งอำนาจและความมั่นคงแห่งรัฐย่อมเป็นสิ่งจำเป็น<sup>81</sup> ดังนั้นศาสนาแทบไม่มีอิทธิพลต่อการปกครองบ้านเมือง ในหนังสือของเขาโดยสิ้นเชิง ขณะเดียวกันเรื่องทีกลายมาเป็นหัวใจของการปกครองบ้านเมืองกลับเป็นเรื่องของสงคราม<sup>82</sup> การกระทำดังกล่าวเป็นไปตามแนวความคิดความจำเป็นแห่งรัฐ หรือ “เหตุผลแห่งรัฐ” (reason of state) ซึ่งเป็นแนวคิดที่ได้รับการยอมรับว่าเป็นทฤษฎีที่วางรากฐานรัฐสมัยใหม่ แม้ยังไม่ได้ปรากฏคำว่าเหตุผลแห่งรัฐก็ตาม

ต่อมาชาวอิตาลีเลียน จิโวันนี โบเทโร (Giovanni Botero) นำคำว่า “เหตุผลของรัฐ” (Raison d'Etat หรือ Reason of the State) มาใช้ใน Della ragion di Stato โดยอธิบายว่า “รัฐ คือ การครอบงำเหนือชีวิตของประชาชนได้อย่างมั่นคง (The state is a firm domination over peoples)” รัฐจึงมิใช่ดินแดนหรืออาณาบริเวณ แต่คือความสามารถในการที่ผู้ปกครองจะใช้ครอบงำประชาชนได้อย่างมั่นคง<sup>83</sup>

ในยุคหลังในแวดวงรัฐศาสตร์และสังคมศาสตร์ ชื่อของ มิเชล ฟูโก (Michel Foucault) เป็นที่รู้จักโดยเฉพาะประเด็นอำนาจและความสัมพันธ์ทางอำนาจ รวมถึงผลงานในหนังสือ Security, Territory, Population ได้กล่าวถึงเหตุผลของรัฐไว้อย่างน่าสนใจว่า “เหตุผลของรัฐ” เป็นแกนกลางสำคัญที่ทำให้รัฐสามารถดำรงอยู่ได้ โดยไม่ต้องอาศัยอำนาจเทวสิทธิ (theological reference) เพื่อสร้างความชอบธรรมในการดำรงอยู่กับรัฐ กล่าวคือ เป็นสิ่งที่ทำให้อำนาจรัฐตัดขาดจากอำนาจทางศาสนาซึ่งแต่เดิมรัฐเคยพึ่งพิงอยู่ กรอบคิดเรื่องเหตุผลของรัฐเป็นประดิษฐกรรมบนรากฐานของปรัชญาสายสัญญาประชาคม (contractarian) ที่มองว่ารัฐมีหน้าที่ในการปกป้องประชาชนจากภัยที่เกิดจากนอกรัฐและรักษาความสงบภายในรัฐ ดังนั้นแล้ว เหตุผลของรัฐ

<sup>81</sup> เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชนว่าด้วยรัฐ รัฐธรรมนูญ และกฎหมาย, (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2558). น. 29.

<sup>82</sup> สมเกียรติ วันทะนะ, “อำนาจของประเทศ,” วารสารสังคมศาสตร์และมนุษยศาสตร์, ปีที่ 40, ฉบับที่ 1, น. 14 (2560).

<sup>83</sup> เพ็งอ้วง, น.16.

จึงเป็นกรอบที่ใช้ในการสร้างความชอบธรรมให้กับรัฐในการกระทำบางสิ่งบางอย่าง เพื่อปกป้องตนเอง จากภัยหรือแนวโน้มที่อาจเป็นภัยแก่ตนเอง<sup>84</sup>

ฟูโกสรุปลักษณะของแนวคิดที่ว่าด้วยเหตุผลแห่งรัฐไว้ 4 ประการคือ<sup>85</sup>

1. ไม่อ้างอิงกับอำนาจอื่นใดที่อยู่นอกรัฐ เนื่องจาก Raison d'Etat เป็นคำอธิบายที่ขึ้นมาทดแทนอำนาจเทวสิทธิ์ อันเกิดจากกระบวนการแยกศาสนาออกจากรัฐ
2. เป็นความรู้พื้นฐานที่ทำให้รัฐสามารถดำเนินการไปได้ โดยไม่ต้องสนใจถึงภววิทยาหรือมิติสภาพความเป็นจริงที่กำลังเกิดขึ้น กล่าวคือรัฐใช้กลไกต่างๆ ของตัวเองในการจัดการและตัดสินใจเพื่อปกป้องตัวเองได้
3. เหตุผลของรัฐมีไว้เพื่อปกป้องตัวรัฐเท่านั้น ไม่ได้มีประชาชนเข้าไปเป็นส่วนหนึ่งในการตัดสินใจ ดังนั้นแล้วการดำเนินการใด ๆ ภายใต้อำนาจของรัฐจึงเป็นการดำเนินการเพื่อตัวรัฐเองเท่านั้น
4. เป้าหมายของการใช้ “เหตุผลของรัฐ” เป็นประเด็นเรื่องของการรักษาความอยู่รอดของรัฐแต่เพียงอย่างเดียว

เราจึงสรุปได้ว่า “เหตุผลของรัฐ” เป็นชุดของตรรกะที่ว่าด้วยเรื่องการรักษาและรับใช้รัฐให้อยู่รอด มากกว่าที่จะเป็นเรื่องอื่นใดและประชาชนก็เป็นเพียงส่วนที่ไม่ได้ถูกนับรวมด้วย แนวคิดเช่นนี้ดำรงอยู่ต่อและเป็นข้ออ้างส่วนหนึ่งของรัฐในการรักษาความมั่นคงปลอดภัยในมิติดั้งเดิม ซึ่งในปัจจุบันก็ได้พยายามตีความความมั่นคงของรัฐให้รวมถึงความมั่นคงของมนุษย์ที่หมายถึงประชาชนในชาติด้วย

นอกจากนี้ เมื่อก้าวถึงเหตุผลแห่งรัฐแล้ว หลักการป้องกันตนเองของรัฐ (Self – Defense) เป็นสิทธิที่ได้รับการยอมรับมาตั้งแต่อดีต และเป็นเหตุผลที่รัฐใช้อ้างอย่างสม่ำเสมอจนกระทั่งได้กลายเป็นจารีตประเพณีระหว่างประเทศ สอดคล้องกับกฎบัตรสหประชาชาติ ในมาตรา 51<sup>86</sup> ซึ่งบัญญัติให้การยอมรับการใช้กำลังได้ในลักษณะของการใช้สิทธิป้องกันตัวเองของรัฐ กล่าวคือ

<sup>84</sup> Foucault, M., Senellart, M., & Davidson, A. I. (2007). Security, territory, population: lectures at the Collège de France, 1977-1978, (Houndmills, Basingstoke, Hampshire : New York: Palgrave Macmillan) อ้างถึงใน ภัทรนันท์ ลิ้มอุดมพร, “จากศาสนาพุทธสู่รัฐไทย ไปถึงหมิ่นพระบรมเดชานุภาพ,” ประชาไท, สืบค้นเมื่อวันที่ 25 กุมภาพันธ์ 2563, จาก <https://prachatai.com/journal3/2017/08/72993>

<sup>85</sup> เพิ่งอ้าง.

<sup>86</sup> Charter of United Nations, Article 51

เป็นข้อยกเว้นของหลักการห้ามใช้กำลังในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ แสดงถึงการยอมรับในสิทธิป้องกันตนเองของรัฐไปพร้อมกับการวางกรอบจำกัดการใช้สิทธิป้องกันตนเองของรัฐ มีหลักเกณฑ์ดังนี้<sup>87</sup>

1. สิทธิป้องกันตนเองของรัฐเป็นสิทธิตามธรรมชาติ (Inherent Right) เป็นสิทธิที่สหประชาชาติให้การรับรองแต่ไม่ได้หมายความว่ารัฐจะใช้สิทธิดังกล่าวได้อย่างอิสระ
2. สิทธิป้องกันตนเองใช้เฉพาะกรณีมีความจำเป็นอย่างยิ่งยวด (Necessity) ได้สัดส่วนกับการโจมตี (Proportionality) และเป็นไปโดยฉับพลันทันที (Immediacy) ปัญหาคือ กรณีใดที่ถือว่ามีความจำเป็นอย่างยิ่งยวด การจะพิจารณาโดยชัดเจนเป็นไปได้ยาก เพราะอาจไม่เหมาะสมกับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในแต่ละกรณี การพิจารณาว่ากรณีใดมีความจำเป็นอย่างยิ่งยวดจึงต้องคำนึงถึงสถานการณ์ที่เกิดขึ้นขณะนั้นเป็นปัจจัยหลัก ประกอบกับดุลพินิจของรัฐที่พิจารณาถึงความเหมาะสมและจังหวะเวลาในการตัดสินใจใช้กำลังเพื่อป้องกันตนเอง
3. การป้องกันตนเองของรัฐสามารถกระทำได้ต่อเมื่อมีการโจมตีด้วยกำลังทางอาวุธเกิดขึ้น (Armed attack occurs)

### 2.3.4 บทสรุปว่าด้วยการใช้อำนาจรัฐ

ในประเทศซึ่งเป็นนิติรัฐ การใช้อำนาจรัฐในสถานการณ์ปกติย่อมเป็นไปตามกฎหมาย และยึดมั่นในหลักการไม่ว่าจะเป็นหลักการทางรูปแบบหรือทางเนื้อหาก็ตาม โดยเฉพาะอย่างยิ่งในหลักที่ว่ากระทำของรัฐต้องชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งหมายถึงต้องมีการควบคุมตรวจสอบและการใช้หลักความพอสมควรแก่เหตุในการใช้มาตรการต่าง ๆ เป็นคุณค่าสำคัญที่ไม่อาจละเลยได้ แม้ข้อยกเว้นหลักความชอบด้วยกฎหมายในกรณีที่เป็นกระทำทางรัฐบาล<sup>88</sup> ซึ่งความจริงมีความต่างจากการกระทำทางปกครองที่โดยหลักมีอาจตรวจสอบได้โดยองค์กรตุลาการกับแนวคิดสถานการณ์ไม่ปกติอันนำไปสู่สภาวะยกเว้นกฎหมายในระบบปกติซึ่งผู้เขียนได้อธิบายแล้วในส่วนต้น การใช้กฎหมายในกรณีเหล่านี้อาจมีการผ่อนปรนลงบ้าง ทว่ามีได้หมายความว่า จะเป็นข้อยกเว้นให้หลุดพ้นจากหลักการและกฎหมายทั้งปวงในลักษณะตามอำเภอใจ แต่เป็นการตัดสินใจใช้ระบบกฎหมายในสถานการณ์ไม่ปกติแทน

<sup>87</sup> รายละเอียดใน พรณสิทธิ์ จอมศรี, “มาตรการตอบโต้ตามกฎหมายระหว่างประเทศ: วิเคราะห์บทบัญญัติที่เกี่ยวข้องในร่างข้อบทว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐของคณะกรรมการกฎหมายระหว่างประเทศ,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2551), น. 40-43.

<sup>88</sup> รายละเอียดในหัวข้อ 2.1.1.3 การกระทำของรัฐ

## 2.4 หลักการจำกัดสิทธิเสรีภาพกับกฎหมายความมั่นคง

“มนุษย์ถูกสถาปให้มีเสรีภาพ” คำกล่าวของ ฌอง-ปอล ซาร์ต (Jean-Paul Sartre) สะท้อนให้เห็นถึงการตระหนักรู้ถึงสิทธิและเสรีภาพที่ติดตัวมนุษย์มาแต่กำเนิดและไม่อาจถูกพรากไปได้ เสมือนเป็นคำสาปติดตัวของมนุษย์ แรกเริ่มเดิมทีนั้นสิทธิเสรีภาพย่อมเป็นสิทธิโดยธรรมชาติที่อยู่กับมนุษย์มาโดยตลอด ทว่าในบางกรณีสิทธิเสรีภาพของประชาชนอาจต้องยอมสละเพื่อรักษาคุณค่าบางอย่างและภายใต้หลักเกณฑ์บางประการของกฎหมายในสถานการณ์ไม่ปกติ ซึ่งกฎอัยการศึกเป็นหนึ่งในกฎหมายประเภทนั้นที่มีลักษณะจำกัดสิทธิเสรีภาพประชาชน ดังนั้นในบทนี้ผู้เขียนจะชวนให้ผู้อ่านทำความรู้จักกับหลักการพื้นฐานว่าด้วยสิทธิและเสรีภาพ ทั้งการจำกัดสิทธิเสรีภาพตลอดจนความสัมพันธ์ของกฎหมายความมั่นคงกับขอบเขตการจำกัดสิทธิเสรีภาพ

### 2.4.1 หลักพื้นฐานว่าด้วยสิทธิและเสรีภาพ

ในเบื้องต้น ผู้เขียนเห็นสมควรต้องทำความเข้าใจความหมายและประเภทของสิทธิและเสรีภาพ เพื่อให้เกิดความเข้าใจกระจ่างชัดขึ้น ดังนี้

#### 2.4.1.1. ความหมายและประเภทของสิทธิและเสรีภาพ

เมื่อกล่าวถึงสิทธิและเสรีภาพ มีคำสำคัญที่ต้องทำความเข้าใจ ได้แก่ “สิทธิ” (Right) คือ อำนาจที่กฎหมายรับรองคุ้มครองให้แก่บุคคลในอันที่จะเรียกร้องให้บุคคลอื่นกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง หรือให้งดเว้นกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง<sup>89</sup> ส่วน “เสรีภาพ” (Liberty) หมายถึง ภาวะของมนุษย์ที่ไม่ได้ตกอยู่ภายใต้การครอบงำของผู้อื่น<sup>90</sup> เป็นอำนาจโดยอิสระของบุคคลที่จะกระทำการหรือไม่กระทำการใด เมื่อพินิจความหมายเห็นได้ชัดว่า สิทธิและเสรีภาพมีความคล้ายคลึงกัน ความแตกต่างที่สำคัญอยู่ที่สิทธิเป็นอำนาจในการ “เรียกร้อง” ให้บุคคลอื่นกระทำหรืองดเว้นการกระทำ ส่วนเสรีภาพเป็นอำนาจเหนือตนเองที่จะ “เลือก” กระทำหรือไม่กระทำโดยไม่อยู่ภายใต้การครอบงำของผู้อื่น อย่างไรก็ตาม เรามักใช้คำว่าสิทธิและเสรีภาพปะปนกันเสมอ และอาจสับสนกับคำว่า “สิทธิในเสรีภาพ” ซึ่งเป็นกรณีที่จัดกลุ่มให้เสรีภาพเป็นสิทธิประเภทหนึ่งในสิทธิตามรัฐธรรมนูญซึ่งจะได้อธิบายต่อไป และอีกคำที่สัมพันธ์กับสิทธิเสรีภาพที่ควรทำความเข้าใจคือคำว่า “สิทธิมนุษยชน” เป็นสิทธิที่ถือว่าผู้ทรงสิทธิคือมนุษย์ทุกคนที่เกิดมาพร้อมสิทธิโดยกำเนิดเหมือนกัน

<sup>89</sup> วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ, (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2538), น. 21.

<sup>90</sup> เพ็งอ้วน, น. 22.

เป็นสิทธิเสรีภาพตามธรรมชาติ ซึ่งไม่สามารถจำหน่ายโอนได้<sup>91</sup> และเนื่องจากสิทธิมนุษยชนเป็นสิทธิป้องกัน กล่าวคือเป็นสิทธิที่มนุษย์ใช้ป้องกันเสรีภาพของตนจากอำนาจรัฐ แต่เราอาจถูกละเมิดจากบุคคลที่สามได้ด้วย เพื่อให้สิทธิมนุษยชนมีผลสมบูรณ์ จึงจำเป็นต้องกำหนดให้รัฐมีหน้าที่ปกป้องคุ้มครองสิทธิมนุษยชนด้วย

การจำแนกประเภทของสิทธิเสรีภาพตามแนวคลาสสิกเยอรมันของเกออร์ก เบลลิเน็ก เป็นการจำแนกโดยอาศัยลักษณะของการใช้สิทธิและเสรีภาพของประชาชนกับหน้าที่ของรัฐเป็นข้อพิจารณาในการแบ่งสิทธิและเสรีภาพ<sup>92</sup> โดยแบ่งเป็น 1. status negativus หมายถึง กรณีสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกบุคคลจะต้องปราศจากการเข้ามาแทรกแซงใด ๆ ของรัฐ การใช้สิทธิและเสรีภาพประเภทนี้เป็นเรื่องที่ปัจเจกบุคคลสามารถดำเนินการได้เอง 2. status positivus หมายถึง กลุ่มของสิทธิที่การใช้สิทธิและเสรีภาพของปัจเจกบุคคลมีอาจบรรลุความมุ่งหมายได้ หากปราศจากการเข้ามาดำเนินการอย่างใดอย่างหนึ่งจากรัฐ สิทธิเสรีภาพประเภทนี้แสดงออกมาในลักษณะ “สิทธิเรียกร้อง” เช่น สิทธิเรียกร้องให้กระทำการ สิทธิในการดำเนินคดี เป็นต้น และ 3. status activus หมายถึง กลุ่มของสิทธิที่ปัจเจกบุคคลใช้สิทธิของตนในการเข้ามามีส่วนร่วมในการสร้างเจตจำนงทางการเมืองหรือมีส่วนร่วมกับองค์กรของรัฐ

ส่วนสิทธิตามรัฐธรรมนูญหรือสิทธิขั้นพื้นฐาน (Constitutional Right, Basic Right) ที่มักกล่าวถึงนั้น หมายถึง สิทธิของปัจเจกบุคคลที่มีต่ออำนาจมหาชนแห่งรัฐ เป็นอำนาจของปัจเจกบุคคลในการป้องกันตนจากการถูกล่วงละเมิดโดยรัฐ ใช้ยื่นต่อรัฐ เมื่อพิจารณาจากผู้ทรงสิทธิทางรัฐธรรมนูญ เราสามารถแบ่งสิทธิทางรัฐธรรมนูญออกได้ เป็น 2 ประเภท ได้แก่ (1) สิทธิมนุษยชน คือ สิทธิขั้นพื้นฐานที่บุคคลทุกคนเป็นผู้ทรงสิทธิ และ (2) สิทธิพลเมือง คือ สิทธิขั้นพื้นฐานที่บุคคลในสัญชาติของรัฐนั้นเท่านั้นเป็นผู้ทรงสิทธิได้<sup>93</sup> เมื่อพิจารณาจากรากฐานการประกันศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ เราสามารถแบ่งแยกสิทธิทางรัฐธรรมนูญออกเป็น 2 ประเภท ได้แก่ (1) สิทธิในเสรีภาพ เมื่อพิจารณาให้ดีแล้วเสรีภาพเป็นสิทธิอย่างหนึ่ง สิทธิขั้นพื้นฐานส่วนใหญ่ล้วนแต่เป็นสิทธิในเสรีภาพทั้งสิ้น สิทธิในเสรีภาพนั้นสามารถแบ่งออกได้เป็น 2 ประเภท ได้แก่ (1.1) สิทธิในเสรีภาพทั่วไป ก็คือ สิทธิในเสรีภาพในบุคลิกภาพ ตลอดจนการกระทำและพฤติกรรมทั้งหลายทั้งปวง (1.2) สิทธิในเสรีภาพเฉพาะเรื่อง คือ สิทธิในเสรีภาพทั้งหมดที่รัฐธรรมนูญได้รับรองไว้ เช่น สิทธิในเสรีภาพ

<sup>91</sup> เท็งฮ้าง, น. 22.

<sup>92</sup> บรรเจติ สิงคะเนติ, หลักพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2552), น. 52-53.

<sup>93</sup> วรเจตน์ ภาศิริรัตน์, อ้างแล้ว *เชิงอรรถที่ 3*, น. 398.

ในการแสดงความคิดเห็น การนับถือศาสนา การติดต่อสื่อสารถึงกัน การเดินทาง เป็นต้น และ (2) สิทธิในความเสมอภาค แบ่งออกได้เป็น 2 ประเภท ได้แก่ (2.1) สิทธิในความเสมอภาคทั่วไป เป็นการปฏิบัติต่อสิ่งที่มีสาระสำคัญเหมือนกัน และปฏิบัติต่อสิ่งที่มีสาระสำคัญแตกต่างกันให้แตกต่างกัน (2.2) สิทธิในความเสมอภาคเฉพาะเรื่อง สิทธิในความเสมอภาคที่รัฐธรรมนูญกำหนดห้ามมิให้มีการเลือกปฏิบัติในเรื่องใดไว้โดยเฉพาะ เช่น ห้ามเลือกปฏิบัติเพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา เพศ เป็นต้น<sup>94</sup>

ในปัจจุบันสิทธิมนุษยชนและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เป็นเรื่องของพลโลกที่เข้าใจและตระหนักถึงความสำคัญ มีการก่อตั้งองค์กระดบระหว่างประเทศเพื่อให้ความคุ้มครองในเรื่องสิทธิมนุษยชนเพิ่มมากขึ้น ไม่ว่าจะเป็นปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ปี 1948 และกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (ICCPR) ที่มีผลบังคับใช้ในปี 1976 ในที่นี้ผู้เขียนขอยกข้อความบางตอนจากปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน 1948 ที่ประทับใจมาเป็นตัวอย่าง “ศักดิ์ศรีและสิทธิที่มวลมนุษย์มีอยู่อย่างเท่าเทียมกัน และมนุษย์ไม่อาจสละละทิ้งไปเสียได้ เป็นรากฐานของเสรีภาพ ความยุติธรรมและสันติภาพของโลก”<sup>95</sup> แสดงให้เห็นถึงการตระหนักรู้ถึงคุณค่าในสิทธิอันชอบธรรมของตนเองและเพื่อนร่วมโลก

#### 2.4.2 การจำกัดสิทธิและเสรีภาพ

แม้ประเทศที่เป็นประชาธิปไตยจะบัญญัติรับรองสิทธิเสรีภาพของประชาชนไว้ในรัฐธรรมนูญก็ตาม แต่เมื่อพิจารณาอย่างละเอียดเราอาจจำแนกลักษณะการบัญญัติถึงสิทธิเสรีภาพ 2 รูปแบบด้วยกัน คือ บางกรณีบัญญัติรับรองไว้อย่างสัมบูรณ์ (Absolute) โดยไม่มีเงื่อนไขหรือข้อจำกัดใด ๆ และบางกรณีก็ได้บัญญัติรับรองไว้อย่างสัมพัทธ์ (Relative) กล่าวคือ รัฐสงวนไว้ซึ่งอำนาจในอันที่จะจำกัดการใช้สิทธิหรือเสรีภาพนั้นได้ในภายหลัง<sup>96</sup> จากการศึกษาพบว่ามีเพียงสิทธิเสรีภาพในมโนธรรมทางความคิดเท่านั้นที่รัฐธรรมนูญจะบัญญัติรับรองให้ประชาชนอย่างสมบูรณ์ ทว่าหากเป็นสิทธิเสรีภาพในการกระทำแล้ว รัฐธรรมนูญมิได้บัญญัติรับรองไว้อย่างสมบูรณ์ เนื่องจากการกระทำอาจมีผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพผู้อื่นและต่อประโยชน์สาธารณะ เช่น การที่เรามีเสรีภาพในการเดินทาง แต่เราก็ไม่อาจใช้เสรีภาพนั้นเดินเข้าไปในที่ทางของผู้อื่นโดยเจ้าของมิได้อนุญาต หรือเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นไม่ว่าจะพูดหรือเขียน หากเกินขอบเขตทำให้ผู้อื่นเสื่อมเสียหรือทำลายความ

<sup>94</sup> เพิ่งอ้าง.

<sup>95</sup> ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (Universal Declaration of Human Rights หรือ UDHR) 1948. อ้างถึงใน วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 89, น. 36.

<sup>96</sup> เพิ่งอ้าง, น. 49-50.

มั่นคงของรัฐ ย่อมเกิดปัญหาและกลายเป็นข้ออ้างหนึ่งให้จำเป็นต้องมีการจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชน และผู้ที่มีอำนาจทำเช่นนั้นได้ย่อมคือรัฐหรือผู้ปกครอง ปัญหาของการจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนโดยรัฐในรูปแบบกฎหมายและคำสั่งต่างๆ คือ เราจะควบคุมตรวจสอบการกระทำของรัฐในกรณีเหล่านี้ให้เหมาะสมในกรอบนิติรัฐและนิติธรรมอย่างไร ในส่วนนี้ผู้เขียนเห็นว่าสมควรพิจารณาถึงเหตุผลและหลักเกณฑ์ของการจำกัดสิทธิเสรีภาพประชาชน

#### 2.4.2.1 เหตุผลในการจำกัดสิทธิเสรีภาพ<sup>97</sup>

การที่รัฐจะเข้ามาแทรกแซงหรือจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนได้ ย่อมต้องมีเหตุผลมิใช่การกระทำตามอำเภอใจ ทั้งนี้เหตุผลที่รัฐอ้างต้องพิจารณาประกอบเงื่อนไขหรือหลักเกณฑ์ตามกฎหมายด้วย เหตุที่ทำให้รัฐตรากฎหมายหรือออกคำสั่งจำกัดสิทธิเสรีภาพได้มีเพียง 3 เหตุผลเท่านั้น คือ

(1) **เพื่อคุ้มครองสิทธิของบุคคลอื่น** สิทธิเสรีภาพของเราทั้งหลายมักจะมีข้อจำกัดคือ “สิทธิของบุคคลอื่น” ด้วยเสมอ ด้วยความที่มนุษย์ในสภาวะธรรมชาติ มีเสรีภาพอย่างสมบูรณ์และทุกคนต่างเป็นอิสระอย่างเท่าเทียมกันตามแนวคิดของจอห์น ล็อก และสิทธิเหล่านี้ในสภาวะธรรมชาตินั้นขอบเขตจำกัดอยู่ที่การใช้สิทธิเสรีภาพไม่ให้รบกวนผู้อื่น ดังนั้นกฎหมายที่บัญญัติขึ้นต้องคำนึงถึงและรับรองเช่นกัน

(2) **เพื่อการดำรงอยู่และเพื่อความสามารถในการทำภาระหน้าที่ของรัฐ** เมื่อพิจารณาการจำกัดสิทธิเสรีภาพเพื่อการดำรงอยู่ของรัฐ ย่อมหมายถึงการรักษาความมั่นคงปลอดภัยของรัฐนั่นเอง โดยเฉพาะกรณีการรุกรานโจมตีจากศัตรูนอกประเทศ การจำกัดสิทธิเสรีภาพด้วยเหตุผลเช่นนี้ย่อมชอบธรรม เช่น กรณีการเกณฑ์แรงงานตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 มาตรา 30 ในเวลาปกติกระทำมิได้ เว้นแต่หากมีสาธารณภัย เหตุฉุกเฉิน ในภาวะสงคราม หรือมีการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินหรือประกาศใช้กฎอัยการศึก ส่วนในกรณีภาระหน้าที่ของรัฐ การจำกัดสิทธิเสรีภาพมักจะมาในรูปแบบของการกำหนดหน้าที่ให้พลเมืองของตน เช่น การกำหนดให้บุคคลมีหน้าที่ต้องเสียภาษี เป็นการบังคับให้กระทำการบางอย่างเพื่อการดำรงอยู่ของรัฐนั่นเอง

(3) **เพื่อประโยชน์สาธารณะหรือเพื่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน** ก่อนอื่นต้องทำความเข้าใจก่อนว่า “ประโยชน์สาธารณะ” คืออะไร แม้ยังไม่มีนิยามที่ชัดเจนแต่ก็พอจะอธิบายได้ว่า ประโยชน์สาธารณะเป็นวัตถุประสงค์ของการดำเนินงานของรัฐ เพื่อตอบสนองความต้องการของคนส่วนใหญ่ ส่วนอำนาจมหาชน (puissance publique) เป็นวิธีดำเนินการที่รัฐมีอำนาจเหนือปัจเจกชนเพื่อให้ปฏิบัติการกิจของรัฐสำเร็จ หัวใจของกฎหมาย

<sup>97</sup> บรรเจิด สิงคะเนติ, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 92*, น. 204-214.

มหาชนคือ วัตถุประสงค์ ดังนั้นการจำกัดสิทธิเสรีภาพเพื่อประโยชน์สาธารณะจึงมีความชอบธรรมจนไม่อาจปฏิเสธได้ ลักษณะของประโยชน์สาธารณะคือ 1.เป็นการตอบสนองความต้องการของคนส่วนใหญ่ที่ไม่ใช่ผู้ดำเนินการนั้นๆ เอง 2. ผู้ที่จะบอกว่าอะไรคือประโยชน์สาธารณะ โดยหลักถือว่าเป็นหน้าที่รัฐสภา เพราะเป็นตัวแทนของประชาชน 3. เมื่อเป็นประโยชน์สาธารณะฝ่ายปกครองมีหน้าที่ต้องตอบสนองจะใช้ดุลพินิจในการตัดสินใจได้ และ 4. ขอบเขตประโยชน์สาธารณะกว้างขวางมาก ขึ้นอยู่กับรัฐสภาจะกำหนด ส่วนแนวคิดเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน (public policy) มีที่มาเริ่มต้นจากกฎหมายโรมัน และมีพัฒนาการจนกลายเป็นหลักสำคัญที่ใช้บังคับแก่กฎหมายเอกชนโดยทั่วไป เช่น ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย ได้ยอมรับหลักการว่าด้วยความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนซึ่งบังคับใช้กับการทำนิติกรรมและรวมถึงกรณีอื่น ๆ อีกหลายเรื่อง<sup>98</sup> ในที่นี้ความสงบเรียบร้อยของประชาชน หมายความว่ารวมถึงประโยชน์ทั่วไปของประเทศชาติ ดังนั้นวัตถุประสงค์ของการอ้างความสงบเรียบร้อยของประชาชนนี้ใช้ในกรณีผลประโยชน์ส่วนรวมของประเทศขัดแย้งกับผลประโยชน์ส่วนตัว รัฐจึงมีความชอบธรรมที่จะจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนได้ เช่น ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 มาตรา 34 วรรคแรก บัญญัติให้ “บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น การพูด การเขียน การพิมพ์ การโฆษณาและการสื่อความหมายโดยวิธีอื่น การจำกัดเสรีภาพดังกล่าว จะกระทำมิได้เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ตราขึ้นเฉพาะเพื่อรักษาความมั่นคงของรัฐ เพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของบุคคลอื่น เพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือเพื่อป้องกันสุขภาพของประชาชน” จะเห็นได้ว่ากฎหมายบัญญัติคุ้มครองเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น

#### 2.4.2.2 เงื่อนไขและหลักเกณฑ์ในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพ<sup>99</sup>

กฎหมายที่จำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนนั้นต้องมีเจตนารมณ์เพื่อคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของผู้อื่นหรือคุ้มครองประโยชน์มหาชนเท่านั้น หากการตรากฎหมายออกมาเพื่อใช้บังคับแก่ประชาชนนอกเหนือจากความมุ่งหมายของกฎหมายโดยเฉพาะกฎหมายรัฐธรรมนูญย่อมไม่อาจทำได้ ดังนั้นการตรากฎหมายที่จำกัดสิทธิเสรีภาพทำได้แต่โดยตามเงื่อนไขที่

<sup>98</sup> อุกฤษ มงคลนาวิน, “ความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน,” บทบัญญัติ เล่มที่ 32 ตอน 1, น. 13 (2518).

<sup>99</sup> บรรเจิด สิงคะเนติ, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 92, น. 202-204, 234-284. และ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 89, น. 49-50.

กฎหมายกำหนดเท่านั้น จากการศึกษาพบว่า การตรากฎหมายที่จำกัดสิทธิเสรีภาพมีเงื่อนไข 5 ประการ ดังนี้

**(1) การจำกัดในสิทธิและเสรีภาพกระทำได้ต่อเมื่อมีกฎหมายให้อำนาจและกฎหมายต้องมีลักษณะเป็นการทั่วไป** กล่าวคือ อยู่ในขอบเขตที่รัฐธรรมนูญอนุญาต ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 มาตรา 26 กำหนดให้การตรากฎหมายที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพต้องเป็นไปตามเงื่อนไขที่บัญญัติในรัฐธรรมนูญ กรณีรัฐธรรมนูญมิได้บัญญัติไว้กฎหมายดังกล่าวต้องไม่ขัดหลักนิติธรรม ไม่เพิ่มภาระหรือจำกัดสิทธิเสรีภาพของบุคคลเกินแก่เหตุ และจะกระทบศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์มิได้ รวมทั้งต้องระบุเหตุผลความจำเป็นในการจำกัดสิทธิเสรีภาพไว้ด้วย ทั้งนี้ในวรรคสองได้ระบุชัดเจนว่ากฎหมายที่จำกัดสิทธิเสรีภาพดังกล่าวต้องมีผลเป็นการใช้บังคับทั่วไป สอดคล้องกับคำกล่าวที่ว่าทุกคนเสมอภาคภายใต้กฎหมายเดียวกัน ทั้งนี้ในปฏิญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและพลเมืองที่ว่า กฎหมายนั้นต้องใช้บังคับทั่วไปกับทุกคน เป็นหลักสากลที่นานอารยประเทศปฏิบัติ

**(2) กฎหมายที่จำกัดสิทธิเสรีภาพต้องมีความแน่นอนชัดเจน** กล่าวคือ กฎหมายที่จำกัดสิทธิเสรีภาพนั้นต้องบัญญัติให้ชัดเจน ข้อบังคับ ข้อห้าม รัฐมีอำนาจออกข้อบังคับคำสั่งใดบ้าง ส่วนหนึ่งเพื่อประกันความมั่นคงแห่งนิติฐานะ (Legal Security) และอีกมุมหนึ่งก็ช่วยคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนและอำนวยความสะดวก การจำกัดสิทธิจึงต้องมีกรอบที่ชัดเจน

**(3) กฎหมายที่จำกัดสิทธิเสรีภาพต้องไม่มีผลย้อนหลัง** กฎหมายที่จำกัดสิทธิเสรีภาพจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องประกาศให้ประชาชนทราบล่วงหน้าในราชกิจจานุเบกษา และจะใช้กฎหมายนั้นบังคับกับการกระทำที่เกิดขึ้นก่อนวันประกาศใช้ไม่ได้ หลักเกณฑ์ดังกล่าวปรากฏชัดเจนในรัฐธรรมนูญ

**(4) การจำกัดสิทธิเสรีภาพต้องคำนึงถึงหลักความได้สัดส่วน** หลักความได้สัดส่วนก็คือหลักการจำกัดสิทธิเสรีภาพเท่าที่จำเป็นหรือหลักพอสมควรแก่เหตุ เป็นหลักที่มีความสำคัญสำหรับควบคุมการใช้อำนาจรัฐไม่ให้เกินสมควรกว่าเหตุในกรณีที่มีผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพ ความได้สัดส่วนประกอบด้วยหลักการย่อย 3 ประการ คือ 1.) ความเหมาะสมของมาตรการกับวัตถุประสงค์ที่กระทำ 2.) ความจำเป็นของมาตรการหรือวิธีการ กล่าวคือ อาจมีหลายมาตรการที่สามารถทำให้รัฐบรรลุเป้าหมายได้ ซึ่งแต่ละมาตรการอาจมีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนมากน้อยแตกต่างกัน รัฐต้องตัดสินใจเลือกมาตรการที่กระทบกระเทือนต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนน้อยที่สุดและบรรลุเจตนารมณ์แห่งกฎหมายให้มากที่สุด และ 3.) ความได้

สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ ซึ่งก็คือความสมเหตุสมผลระหว่างผลกระทบที่เกิดขึ้นกับประโยชน์ของการดำเนินการ

#### (5) การจำกัดสิทธิเสรีภาพไม่อาจกระทบกระเทือนต่อสาระสำคัญของสิทธิได้

กรณีนี้ในรัฐธรรมนูญบัญญัติไว้เป็นหลักเกณฑ์ในมาตรา 26 ที่ว่ากฎหมายซึ่งจำกัดสิทธิเสรีภาพต้องไม่ขัดหลักนิติธรรม ไม่เพิ่มภาระหรือจำกัดสิทธิเสรีภาพของบุคคลเกินแก่เหตุและจะกระทบศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์มิได้ แสดงให้เห็นว่าแม้สิทธิเสรีภาพของประชาชนอาจถูกจำกัดได้โดยกฎหมายซึ่งตราขึ้นโดยชอบด้วยเงื่อนไขทุกประการก็ตาม ทว่าก็มีอาจให้ประชาชนเสียสละสิทธิขั้นพื้นฐานบางประการซึ่งเป็นเสมือนแก่นหรือหัวใจของสิทธิเสรีภาพ แม้ในกฎหมายใช้คำว่ากระทบศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ก็ตาม สาระสำคัญของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ก็คือสิทธิขั้นพื้นฐานนั่นเอง

#### 2.4.3 การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพและข้อยกเว้นในกฎหมายระหว่างประเทศ

ในเบื้องต้นเราได้บทสรุปแล้วว่า สิทธิเสรีภาพอันพึงหวงแหนของเราอาจถูกจำกัดได้ภายใต้บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ตราขึ้นเพื่อประกันสิทธิเสรีภาพของผู้อื่นและเพื่อความสงบเรียบร้อยของสังคมและความมั่นคงของรัฐ ทั้งนี้ต้องเป็นไปตามเงื่อนไขที่กำหนด โดยมีกฎหมายหลักคือ รัฐธรรมนูญ หมายความว่ารัฐธรรมนูญเป็นทั้งหลักประกันสิทธิเสรีภาพ ทว่าก็กำหนดข้อยกเว้นและจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานไปพร้อม ๆ กันด้วย กฎหมายที่มีลักษณะเป็นการแทรกแซงและจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนอย่างเห็นได้ชัดที่สุด คือ กฎหมายความมั่นคง อันได้แก่ พระราชบัญญัติกฎอัยการศึกพระพุทธศักราช 2457 พระราชกำหนดบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548 และพระราชบัญญัติความมั่นคงภายในราชอาณาจักร พ.ศ. 2551 ซึ่งไม่ใช่เพียงระบบกฎหมายในประเทศไทยเท่านั้นที่ให้ความสำคัญกับสิทธิขั้นพื้นฐานไปพร้อมกับการยอมรับถึงสถานการณ์ฉุกเฉิน อันมีความจำเป็นในการจำกัดสิทธิเสรีภาพ เมื่อเราพิจารณาสีทธิมนุษยชนในระดับระหว่างประเทศพบว่า อารยประเทศทั้งหลายให้คุณค่ากับสิทธิมนุษยชนและสร้างความร่วมมือเพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของมวลมนุษย์ ทว่ายังคงยอมรับถึงการมีอยู่ของสภาวะยกเว้นที่อาจมีความจำเป็นให้รัฐกระทำบางอย่างจนกระทบสิทธิขั้นพื้นฐานเช่นกัน ในที่นี้ผู้เขียนจะอธิบายปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน กับกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ซึ่งเป็นตราสารระหว่างประเทศด้านสิทธิมนุษยชนที่ถือเป็นสนธิสัญญาหลักด้านสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ ภายใต้สหประชาชาติที่สำคัญและไทยเข้าเป็นภาคีสมาชิก

### 2.4.3.1 ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (Universal Declaration of Human Rights หรือ UDHR)

สมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติซึ่งประกอบด้วยสมาชิกประเทศต่าง ๆ ได้ลงมติรับรองและประกาศใช้ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน เพื่อเป็นหลักการสำคัญในการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนของประชาคมโลกเมื่อวันที่ 10 ธันวาคม พ.ศ. 2491 ณ กรุงปารีส ประเทศฝรั่งเศส ซึ่งเป็นเอกสารที่ทั่วโลกตกลงใช้ร่วมกันเป็นแนวทางไปสู่เสรีภาพและความเท่าเทียม โดยการปกป้องสิทธิมนุษยชนของทุกคนในทุกแห่งหน นับเป็นครั้งแรกในประวัติศาสตร์ที่นานาประเทศเห็นพ้องกันว่า สิทธิและเสรีภาพเป็นสิ่งที่ต้องได้รับการปกป้องเพื่อให้มนุษย์สามารถมีชีวิตอยู่ได้อย่างเสรี เท่าเทียม และมีศักดิ์ศรี ถึงแม้ว่าปฏิญญาฉบับนี้จะไม่ใช่สนธิสัญญาระหว่างประเทศ แต่ก็จัดเป็นกฎหมายจารีตระหว่างประเทศด้านสิทธิมนุษยชนที่สำคัญที่สุด ซึ่งประเทศต่าง ๆ จำต้องเคารพต่อหลักการสิทธิมนุษยชนที่ได้ตราไว้ในปฏิญญาฉบับนี้ โดยที่ปฏิญญาฉบับนี้ยังเป็นพื้นฐานสำคัญของสนธิสัญญาหรือกฎหมายระหว่างประเทศด้านสิทธิมนุษยชนอื่น ๆ อีกหลายฉบับ<sup>100</sup> โดยเนื้อหาภายในปฏิญญามีทั้งสิ้น 30 ข้อ ล้วนแล้วแต่เกี่ยวข้องกับหลักสิทธิมนุษยชนทั้งสิ้น เช่น สิทธิในชีวิต สิทธิที่จะไม่ตกเป็นทาส สิทธิในการศึกษา สิทธิความเป็นส่วนตัว เสรีภาพในการชุมนุมอย่างสันติ การได้รับการดูแลคุ้มครองจากรัฐ ความเท่าเทียมกันทางกฎหมายและสันติภาพระหว่างประเทศ และในข้อสุดท้ายที่ว่า ไม่ว่าจะอย่างไรไม่มีใครสามารถพรากสิทธิเสรีภาพเหล่านี้ไปจากมนุษย์ได้

### 2.4.3.2. กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (International Covenant on Civil and Political Rights : ICCPR)

ก่อนอื่นต้องทำความเข้าใจก่อนว่า สนธิสัญญาด้านสิทธิมนุษยชนนั้นมีลักษณะเป็นสนธิสัญญาพหุภาคี กล่าวคือ เป็นสนธิสัญญาที่มีรัฐมากกว่าสองรัฐขึ้นไปเข้าเป็นภาคีสนธิสัญญา ซึ่งกระบวนการในการทำสนธิสัญญามีหลายขั้นตอน นับตั้งแต่การเจรจา การให้ความยินยอมของรัฐเพื่อผูกพันตามสนธิสัญญาโดยการลงนาม การให้สัตยาบัน การภาคยานุวัติ และบางรัฐอาจตั้งข้อสงวนหรือตีความสนธิสัญญา และเมื่อปฏิบัติตามขั้นตอนในการทำสัญญาครบถ้วนแล้ว ประเทศภาคีก็มีพันธกรณีที่ต้องปฏิบัติตามสนธิสัญญาต่อไป ปัจจุบันประเทศไทยเป็นภาคีสนธิสัญญาด้านสิทธิมนุษยชนที่สหประชาชาติถือเป็นสนธิสัญญาหลัก จำนวน 7 ฉบับ (จาก 9 ฉบับ) หนึ่งในนั้นก็คือ

<sup>100</sup> Amnesty International Thailand, “ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน,” สืบค้นเมื่อวันที่ 15 สิงหาคม 2562, จาก <https://www.amnesty.or.th/our-work/hre/what-udhr/>

กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (International Covenant on Civil and Political Rights : ICCPR)<sup>101</sup>

กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (International Covenant on Civil and Political Rights : ICCPR) เป็นสนธิสัญญาพหุภาคีด้านสิทธิมนุษยชน คือเป็นสนธิสัญญาที่มีรัฐมากกว่าสองรัฐขึ้นไปเข้าเป็นภาคีสถิติสัญญา สมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติให้การรับรองกติกานี้เมื่อวันที่ 16 ธันวาคม พ.ศ.2509 และมีผลใช้บังคับเมื่อวันที่ 23 มีนาคม พ.ศ.2519 เนื้อหาของ ICCPR มุ่งคุ้มครองสิทธิของบุคคลในฐานะที่เป็นพลเมืองและสิทธิในทางการเมือง ตั้งแต่สิทธิในการกำหนดเจตจำนงของตนเอง สิทธิในชีวิต สิทธิทางความคิด สิทธิในการมีเสรีภาพในการแสดงออก สิทธิในการได้รับการพิจารณาคดีที่เป็นธรรม สิทธิในการโยกย้ายถิ่นฐาน สิทธิในการมีเสรีภาพชุมนุมโดยสงบ สิทธิในการมีเสรีภาพรวมกันเป็นสมาคม สิทธิในความเป็นส่วนตัว สิทธิการได้รับรองเป็นบุคคลตามกฎหมาย การรับรองสิทธิของชนกลุ่มน้อยทางชาติพันธุ์ ศาสนา และภาษาภายในรัฐ เป็นต้น นอกจากนี้ ICCPR ยังกำหนดให้รัฐเคารพและประกันสิทธิของบุคคล เช่น ห้ามการเลือกปฏิบัติ ห้ามการเอาบุคคลลงเป็นทาสหรือการปฏิบัติที่โหดร้ายไร้มนุษยธรรม การควบคุมตัวบุคคลโดยพลการ ห้ามมิให้บังคับใช้กฎหมายอาญาย้อนหลัง รวมทั้งยังกล่าวถึงการจัดตั้งคณะกรรมการสิทธิมนุษยชน ซึ่งมีหน้าที่ในการตรวจสอบการปฏิบัติตามพันธกรณีที่กำหนดไว้ในกติกา

**การตรวจสอบ** การจัดทำและเสนอรายงานการปฏิบัติตามพันธกรณีของรัฐ ต่อคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนชุด ICCPR นั้น กำหนดให้ต้องส่งรายงานภายในปีแรกนับจากวันที่ลงนามเป็นภาคี เป็นรายงานผลการดำเนินงานเบื้องต้น (initial report) หลังจากนั้น จะต้องส่งรายงานทบทวนสถานการณ์เป็นระยะ (periodic reports) ทุกๆ 5 ปี การตรวจสอบของคณะกรรมการจะดำเนินการโดยการศึกษารายงานของรัฐบาล และศึกษาร่วมกับรายงานเงา (shadow report) ที่จัดทำโดยองค์กรพัฒนาเอกชน องค์กรประชาสังคม สถาบันการศึกษา หรือหน่วยงานสิทธิมนุษยชนต่างๆ รวมทั้งเอกสารและข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับสถานการณ์ด้านสิทธิมนุษยชนของประเทศนั้นๆ ที่ปรากฏอยู่ในระบบเอกสารขององค์การสหประชาชาติ และในแหล่งข้อมูลอื่น ๆ ในกรณีที่รัฐไม่ส่งรายงานตามกำหนดดังกล่าว แม้คณะกรรมการจะไม่มีอำนาจบังคับ แต่ยังสามารถพิจารณาสถานการณ์ในประเทศนั้นๆ ภายใต้ขั้นตอนการทบทวน (review procedure) โดยสามารถ

<sup>101</sup> “สนธิสัญญาหลักด้านสิทธิมนุษยชน,” สิทธิมนุษยชน, สืบค้นเมื่อวันที่ 15 สิงหาคม 2562, จาก <http://humanrights.mfa.go.th/th/humanrights/obligation/international-human-rights-mechanism/>

ตั้งรายการประเด็นปัญหาและคำถามสำหรับรัฐสมาชิกดังกล่าว และเชิญให้คณะผู้แทนเข้าร่วมในการประชุมได้ รวมถึงการได้รับข้อมูลจากหน่วยงานอื่นๆ ของสหประชาชาติ หรือองค์กรประชาสังคมต่าง ๆ ในรูปแบบของรายงานทางเลือก (Alternative report) และคณะกรรมการสามารถแจ้งข้อสังเกตหรือข้อเสนอแนะต่อรัฐสมาชิก แม้จะไม่มีรายงานที่เป็นทางการจากรัฐนั้น ๆ ก็ตาม<sup>102</sup>

อย่างไรก็ดี แม้สนธิสัญญาและอนุสัญญาทั้งหลายมุ่งให้การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพก็ตาม แต่ยังคงรับรองสถานะยกเว้นไว้ในสนธิสัญญาหรืออนุสัญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนเช่นกัน กล่าวคือ มีข้อยกเว้นพันธกรณีหรือยินยอมให้จำกัดสิทธิเสรีภาพบางประการได้ โดยแบ่งสิทธิเป็น 2 ประเภทคือ กลุ่มที่เป็นสิทธิเด็ดขาด (Absolute Rights) ไม่ว่าจะรัฐจะตกอยู่ในสถานะใดก็ไม่อาจยกเว้นสิทธิขั้นพื้นฐานนี้ได้ และกลุ่มสิทธิเสรีภาพไม่เด็ดขาด (Non-Absolute Rights) เป็นกลุ่มสิทธิเสรีภาพที่รัฐสามารถจำกัดได้ภายใต้เงื่อนไข<sup>103</sup> เหตุผลที่ทำให้อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนทั้งหลายไม่อาจเป็น ICCPR ต่างก็ยอมให้มีการงดเว้นพันธกรณีบางประการเพราะ “ภาวะฉุกเฉิน” รัฐจึงสามารถเลียงพันธกรณีเพื่อฟื้นฟูสถานการณ์ให้กลับสู่ภาวะปกติและต้องทำโดยเร็วที่สุด ย่อมเป็นการมิชอบหากรัฐใดคงภาวะฉุกเฉินนั้นไว้ยาวนานจนกลายเป็นเรื่องปกติ<sup>104</sup> การระงับชั่วคราวหรือการฝ่าฝืนพันธกรณีว่าด้วยสิทธิมนุษยชน อยู่ภายใต้เงื่อนไขที่ว่า เป็นการงดเว้นพันธกรณีเพียงชั่วคราวในกรณีสถานการณ์พิเศษเพื่อความปลอดภัยของรัฐ และมาตรการที่นำมาใช้ต้องได้สัดส่วนกับอันตรายที่ปรากฏ โดยกลุ่มสิทธิขั้นพื้นฐานแม้ในสถานการณ์พิเศษก็ไม่อาจระงับได้คือ สิทธิในชีวิตและร่างกาย สิทธิในการใช้ชีวิต สิทธิที่จะไม่ถูกทรมานหรือตกเป็นทาสและสิทธิที่ไม่ต้องถูกลงโทษทางอาญาย้อนหลัง<sup>105</sup> ซึ่งมีปรากฏในอนุสัญญาและกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิมนุษยชนหลายฉบับ

เมื่อกลับมาพิจารณาใน ICCPR ภาค 2 ข้อ 4 สรุปสาระสำคัญได้ว่า ในภาวะฉุกเฉินสาธารณะซึ่งคุกคามความอยู่รอดของชาติ เมื่อได้มีการประกาศอย่างเป็นทางการแล้ว

<sup>102</sup> ศูนย์ทนายความเพื่อสิทธิมนุษยชน, “10 ข้อควรรู้ ก่อนการประชุมทบทวนการบังคับใช้ ICCPR ของไทย ที่ นครเจนีวา 13-14 มี.ค. 60,” สืบค้นเมื่อวันที่ 15 สิงหาคม 2562, จาก <https://www.tlhr2014.com/?p=3659>

<sup>103</sup> พัชร นิยมศิลป์, “การจำกัดเสรีภาพการชุมนุมในประเทศไทย,” วารสารกฎหมายจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, ปีที่ 39, ฉบับที่ 1, น. 44 (มีนาคม 2564).

<sup>104</sup> Oren Gross and Fionnuala Ni Aolain, Low in Time of Crisis, (New York: Cambridge University Press, 2006), p. 228.

<sup>105</sup> Paul Sieghart, The International Law of Human Right, (Oxford: Clarendon Press, 1985), p. 113.

รัฐภาคีอาจใช้มาตรการที่เป็นการเล็งพันกรณีของตนภายใต้กติกานี้ได้เพียงเท่าที่จำเป็นตามความ  
 ฉุกเฉินของเหตุการณ์ ทั้งนี้มาตรการดังกล่าวต้องไม่ขัดแย้งต่อพันกรณีอื่น ๆ ภายใต้กฎหมายระหว่าง  
 ประเทศ และไม่เป็นการเลือกปฏิบัติเพียงเหตุแห่งเชื้อชาติ ผิว เพศ ภาษา ศาสนา หรือ เผ่าพันธุ์  
 ทางสังคม และการเล็งพันกรณีตามข้อ 6 ข้อ 7 ข้อ 8 (วรรค 1 และ 2) ข้อ 11 ข้อ 15 ข้อ 16 และ  
 ข้อ 18 ไม่อาจทำได้<sup>106</sup> หมายความว่า หากมีสถานการณ์ฉุกเฉินเกิดขึ้นในประเทศใดและประเทศนั้น  
 มีการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินหรือประกาศกฎหมายความมั่นคงใดๆ อย่างเป็นทางการแล้ว  
 อาจจำเป็นต้องละเมิดพันกรณีภายใต้กติกานี้ได้เพียงเท่าที่จำเป็นเพื่อแก้ไขสถานการณ์วิกฤตให้กลับ  
 สู่ภาวะปกติ พันกรณีข้อที่สามารถงดเว้นได้ เช่น ข้อ 12 โดยหลักแล้วบุคคลย่อมอยู่ในดินแดนของรัฐ  
 ได้โดยชอบด้วยกฎหมาย และมีเสรีภาพในการเดินทาง โยกย้ายในดินแดนของรัฐ หรือเดินทางออก  
 จากประเทศใดๆ เว้นแต่เป็นข้อจำกัดตามกฎหมายและจำเป็นเพื่อรักษาความมั่นคงของชาติ  
 ความสงบเรียบร้อย การสาธารณสุข หรือศีลธรรมของประชาชนหรือเพื่อคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ  
 ของบุคคลอื่น หากเกิดเหตุวิกฤตตามข้อ 4 ย่อมยกเว้นการปฏิบัติตามพันธสัญญาข้อ 12 ได้ และ  
 ข้ออื่น ๆ ตามที่ ICCPR อนุญาต

อย่างไรก็ดี ในข้อ 4 ของ ICCPR ระบุให้งดเว้นพันกรณีบางข้อใน  
 สถานการณ์ฉุกเฉินก็จริง แต่ก็ได้กำหนดถึง**พันกรณีบางข้อซึ่งไม่อาจยกเว้นได้** ไม่ว่าในสถานการณ์  
 ใดๆ ได้แก่ สิทธิในชีวิตและไม่อาจลงโทษโดยประหารชีวิต ฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ (ข้อ 6), ไม่อาจถูกลงโทษ  
 โดยทรมานและโหดร้ายไร้มนุษยธรรมได้ (ข้อ 7), ไม่อาจเอาคนลงเป็นทาสหรือบังคับบุคคลเยี่ยงทาส  
 ได้ (ข้อ 8 วรรค 1 และ 2), ไม่อาจถูกจำคุกเพราะเหตุว่าไม่สามารถปฏิบัติตามสัญญาได้  
 (ข้อ 11), ไม่อาจจับโทษในทางอาญาย้อนหลัง (ข้อ 15), บุคคลย่อมได้รับการยอมรับว่าเป็นบุคคลตามกฎหมาย  
 ทุกคน (ข้อ 16) และบุคคลมีเสรีภาพในทางความคิด โดยเฉพาะในเรื่องของศาสนา (ข้อ 18)  
<sup>107</sup> กรณีข้างต้นนี้ไม่อาจงดเว้นหรือยกเว้นได้เลย ไม่ว่าในกรณีใดๆ เนื่องจากพันกรณีเหล่านี้ล้วนเป็น  
 สาระสำคัญของสิทธิเสรีภาพหรือเป็นแก่นของสิทธิมนุษยชนนั่นเอง ปัญหาประการหนึ่งคือ เราจะทราบ  
 ได้อย่างไรว่าประเทศนั้นเกิดภาวะและจำเป็นต้องใช้มาตรการฉุกเฉิน อันกระทบสิทธิเสรีภาพ  
 ประชาชน รวมถึงหากประเทศสมาชิกฝ่าฝืนจะส่งผลอย่างไร แม้แต่ประเทศไทยเองก็ยังคงประสบปัญหาอยู่

บทสรุปในส่วนของสิทธิขั้นพื้นฐานที่มีอาจจะรับหรือถูกจำกัดได้  
 โดยพิจารณาจากกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (ICCPR) ร่วมกับ

<sup>106</sup> กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ข้อ 2, 12,

<sup>107</sup> กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ข้อ 6-8, 11, 15, 16

ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (UDHR) และอนุสัญญาแห่งยุโรปว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน (EUCHR) สอดคล้องตรงกันดังนี้ 1. รัฐไม่อาจละเมิดต่อสิทธิในการมีชีวิต (Right of Life) 2. ไม่อาจระงับสิทธิเสรีภาพในการดำรงชีวิต 3. ไม่อาจถูกลงโทษโดยทรมานอย่างไร้มนุษยธรรมหรือข่าล้าแก่ฝ่าพันธุ 4. ไม่อาจเอาคนลงเป็นทาสหรือบังคับบุคคลเยี่ยงทาสได้ และ 5. ไม่อาจรับโทษอาญาย้อนหลังได้<sup>108</sup> เนื่องจากสิทธิเสรีภาพเหล่านี้เป็นสาระสำคัญของสิทธิเป็นสิทธิมนุษยชน (Human Rights) เป็นสิ่งเดียวกันกับที่จอห์น ล็อค เรียกว่า “สิทธิธรรมชาติ” และแหล่งที่มาของมันคือธรรมชาติของมนุษย์ แนวคิดดังกล่าวเหล่านี้เองได้ให้สิทธิบางอย่างแก่มนุษย์อันเป็นสิทธิที่ไม่อาจโอนให้แก่กัน และไม่มีใครมาล่วงละเมิดได้ อันได้แก่ สิทธิในชีวิต เสรีภาพ และสิทธิที่จะหาความสุข<sup>109</sup> สิทธิขั้นพื้นฐานเหล่านี้จึงไม่อาจถูกพรากไปได้ด้วยข้ออ้างของความจำเป็นในสถานการณ์ฉุกเฉิน

## 2.5 หลักความสูงสุดของพลเรือนเหนือทหาร (Supremacy of Civilian over Military Personnel) หรือการควบคุมทหารโดยพลเรือน (Civilian Control of the Military)

โดยปกติแล้ว การศึกษาบทบาทของสถาบันทางการเมืองของประเทศประชาธิปไตยเป็นที่เข้าใจตรงกันว่า ประชาธิปไตยจะเข้มแข็งมั่นคงได้ต้องยอมรับในการมีอำนาจสูงสุดของสถาบันพลเรือนในทางการเมืองและการปกครองประเทศ กล่าวคือ สถาบันพลเรือนจะต้องมีอำนาจในการควบคุมสถาบันทหารได้ และสถาบันทหารต้องมีบทบาทและอำนาจทางการเมืองในกรอบที่จำกัด แนวคิดเหล่านี้นำไปสู่การศึกษาความสัมพันธ์ระหว่างพลเรือน-ทหาร (Civil – Military Relations) ในสังคมตะวันตกและประเทศกำลังพัฒนามาโดยตลอด และเกิดเป็นหลัก “การควบคุมโดยพลเรือน (Civilian Control)” ในที่สุด ซึ่งในหัวข้อนี้ผู้เขียนจะได้อธิบายถึงการศึกษาความสัมพันธ์ของพลเรือน-ทหาร และหลักการควบคุมทหารโดยพลเรือน ตลอดจนการศึกษาความสัมพันธ์ระหว่างพลเรือนและทหารในประเทศไทย เพื่อเป็นพื้นฐานการวิเคราะห์ประเด็นที่เกี่ยวข้องกับกฎอัยการศึกในบทต่อไป

<sup>108</sup> กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง

<sup>109</sup> กุลพล พลวัน, “ปัญหาการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนโดยสหประชาชาติ,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2516), น. 8.

### 2.5.1 ข้อพิจารณาว่าด้วยความสัมพันธ์ระหว่างพลเรือน-ทหาร

แนวคิดเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างพลเรือน-ทหาร เน้นการอธิบายความสัมพันธ์ระหว่างผู้นำพลเรือนที่มาจากการเลือกตั้งกับกองทัพ โดยสืบสายแนวคิดมาจาก Clausewitz ที่ได้อธิบายถึง “คณะรัฐมนตรีที่มีได้เป็นทหาร” ว่าหมายถึง ผู้จัดทำนโยบายด้านการสงครามและสันติภาพ ซึ่งให้ความสำคัญต่อรัฐบาลพลเรือนและค่านิยมแบบพลเรือน โดยมีจุดมุ่งหมายเพื่อควบคุมตรวจสอบทหารและกิจการสงคราม แม้ว่าคณะรัฐมนตรีจะประกอบด้วยตัวแทนทั้งที่เป็นทหารและไม่เป็นทหารก็ตาม แนวคิดเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างพลเรือน-ทหาร ได้มีพัฒนาการเรื่อยมา นักวิชาการหลายท่านได้พยายามจำแนกลักษณะความสัมพันธ์ระหว่างพลเรือน-ทหารด้วยเกณฑ์การชี้วัดที่แตกต่างกันออกไป<sup>110</sup> แม้ในประเทศที่แนวคิดประชาธิปไตยลงหลักปักฐานมั่นคงแล้วย่อมเข้าใจตรงกันว่า กองทัพอยู่ภายใต้การควบคุมของรัฐบาลพลเรือน กระนั้นยังคงมีบางประเทศโดยเฉพาะประเทศกำลังพัฒนาทั้งหลายยังไม่สามารถให้รัฐบาลพลเรือนเป็นนายของกองทัพได้ หนึ่งในนั้นคือประเทศไทยด้วย การปูพื้นฐานในเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างพลเรือนและทหารจึงยังเป็นประเด็นที่มีความจำเป็น

#### 2.5.1.1 ลักษณะความสัมพันธ์พิจารณาจากระบบการเมืองภายในประเทศ<sup>111</sup>

Claude E Welch และ Arthur K Smith ได้สร้างแนวคิดที่พัฒนาต่อยอดมาจากแนวคิดการควบคุมทหารโดยพลเรือน (Civilian Control) ผ่านการวิเคราะห์ที่สอดคล้องกับสภาพการณ์ที่เปลี่ยนไปทั้งการเมือง เศรษฐกิจ สังคม และจำแนกลักษณะความสัมพันธ์พลเรือน-ทหารจากการพิจารณาระบบการเมืองภายในประเทศ โดยแบ่งเป็น 1) ระบบการเมืองที่พลเรือนมีอำนาจ (Civil System) ในกรณีนี้เส้นกั้นเขตแดนระหว่างพลเรือน-ทหารจะมีความเข้มแข็ง มั่นคง และไม่เปราะบาง ดังนั้นการแทรกแซง ก้าวก่ายอำนาจระหว่างทหารและพลเรือนทำได้ยาก ฝ่ายพลเรือนจะใช้อำนาจควบคุมทหารได้โดยผ่านการบังคับบัญชาของทหาร ขณะที่ฝ่ายทหารเองจะยังคงมีอิสระในการปฏิบัติการกิจของกองทัพ และ 2) ระบบการเมืองที่ทหารมีอำนาจ (Praetorian System) หรือรัฐขุนศึก เป็นกรณีที่ฝ่ายพลเรือนมีอำนาจควบคุมทหารน้อยมากหรือแทบไม่มีอยู่เลย ขณะที่ฝ่ายทหารจะมีบทบาททางการเมืองในระดับสูง ผู้บัญชาการทหารมีอิทธิพลต่อการตัดสินใจ

<sup>110</sup> ดูรายละเอียดงานเขียนภาษาไทยเพิ่มเติมได้ที่ วิลาวัลณ์ ยี่ทอง, “บทบาทของรัฐบาลพลเรือนในการสร้างคุณภาพความสัมพันธ์ระหว่างพลเรือนและทหาร ในกระบวนการพัฒนาประชาธิปไตย,” (วิทยานิพนธ์ดุสิตวิทยบัณฑิต คณะรัฐศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2556), น. 18-21.

<sup>111</sup> Claude E Welch and Arthur K Smith, Military Role and Rule: perspectives on civil-military, (Massachusetts: Duxbury Press, 1974), chapter 3.

ทางการเมืองหรือสามารถคัดค้านนโยบายบางเรื่องของรัฐบาลได้ โดยเฉพาะนโยบายที่เกี่ยวข้องกับการป้องกันประเทศ การรักษาความมั่นคงและการต่างประเทศ นอกจากนี้ทหารยังอาจใช้กำลังโค่นล้มรัฐบาลพลเรือนและสถาปนาการปกครองแบบเผด็จการทหารขึ้นมาแทนที่ได้เสมอ

### 2.5.1.2 ลักษณะความสัมพันธ์พิจารณาจากผู้นำพลเรือนและผู้นำทหาร

Beeson และ Bellamy จำแนกลักษณะความสัมพันธ์โดยพิจารณาจาก “ความเป็นทหารอาชีพ” (military professionalism) และความสัมพันธ์ระหว่างผู้นำพลเรือนกับผู้นำทหาร โดยจะให้น้ำหนักต่อการศึกษาความสัมพันธ์ระหว่างพลเรือน-ทหารในภูมิภาคเอเชียตะวันออกเฉียงใต้มากกว่าการศึกษาประเทศตะวันตก แบ่งได้ 4 รูปแบบ<sup>112</sup> คือ 1) รูปแบบการปกครองของทหาร (military rule) เป็นรัฐบาลที่ปกครองอย่างเบ็ดเสร็จโดยทหาร กรณีนี้พบได้ในประเทศเมียนมาร์ 2) รูปแบบการปรองดองระหว่างพลเรือน-ทหาร (concordance) ในกรณีนี้ ชนชั้นนำทั้งที่เป็นพลเรือนและเป็นทหารต่างร่วมมือกันปกครองประเทศอย่างใกล้ชิด ฝ่ายราชการพลเรือนและกองทัพจะแยกออกจากกันในแง่ของทางการเท่านั้น กรณีของประเทศไทยบางครั้งพบว่ามี การก่อตั้งรัฐบาลที่มีลักษณะของการปรองดองกันระหว่างทหารกับพลเรือนที่เป็นพันธมิตรของตนเช่นกัน 3) แบบพหุนิยม (polyarchic) มีการแบ่งแยกอำนาจกันระหว่างผู้นำพลเรือนและผู้นำทหาร โดยต่างฝ่ายต่างเป็นตัวแทนผลประโยชน์ของกลุ่มตน ในกรณีนี้กองทัพจะไม่ถูกระทบกระเทือนจากการควบคุมของพลเรือน แต่ถ้าเมื่อใดที่ฝ่ายทหารสามารถมีบทบาทในกิจการของพลเรือน ฝ่ายทหารจะเน้นไปที่ผลประโยชน์ของกองทัพมากกว่าผลประโยชน์ของรัฐบาลพลเรือน และเมื่อฝ่ายทหารเห็นว่าพลเรือนไม่สามารถปกครองประเทศได้อย่างมีประสิทธิภาพหรือมีการทุจริต ฝ่ายทหารจะเข้ายึดอำนาจทันที 4) แบบภายใต้ขอบเขตแห่งรัฐธรรมนูญ (constitutional) เป็นรูปแบบที่พบได้ทั่วไปในสังคมตะวันตก กล่าวคือ ฝ่ายทหารจะถูกปกครองโดยกฎหมายแต่ในทางปฏิบัติแล้วจะพบความสัมพันธ์แบบไม่เป็นการที่คล้ายคลึงกับรูปแบบที่ 2 ซึ่งจะมีการปรองดองกันระหว่างพลเรือน-ทหาร กรณีนี้พบได้ในประเทศมาเลเซียซึ่งได้อิทธิพลการจัดรูปแบบของกองทัพและความสัมพันธ์ระหว่างพลเรือน-ทหารจากประเทศอังกฤษ

<sup>112</sup> Beeson Mark and Bellamy Alex J, Securing Southeast Asia: the politics of security sector reform, (New York: Routledge, 2008), pp. 5-9, อ้างถึงใน วิลาวัณย์ ยี่ทอง, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 110, น. 19-20.

### 2.5.1.3 ลักษณะความสัมพันธ์พิจารณาจากข้อตกลงร่วมกันและการกำกับกองทัพ<sup>113</sup>

เกณฑ์ในการจำแนกลักษณะความสัมพันธ์ระหว่างพลเรือน-ทหารในสองลักษณะที่กล่าวไปแล้วนั้นอาจยังไม่ชัดเจนเพียงพอ เนื่องจากไม่ได้มีการแสดงให้เห็นถึงความเชื่อมโยงระหว่างสถานภาพของรัฐบาลกับดุลแห่งอำนาจระหว่างพลเรือน-ทหาร ต่อมา Zagorski จึงจำแนกลักษณะความสัมพันธ์โดยพิจารณาจากข้อตกลงร่วมกันและการกำกับกองทัพภายใต้กรอบประชาธิปไตย โดยจำแนกลักษณะความสัมพันธ์ระหว่างพลเรือน-ทหาร ออกเป็น 4 รูปแบบคือ 1) แบบได้เสีย (zero-sum game) หมายถึง ความสัมพันธ์ที่มีฝ่ายหนึ่งตกเป็นฝ่ายเสียเปรียบ โดยเฉพาะในกรณีที่ฝ่ายการเมืองมีอำนาจที่เหนือกว่า ย่อมเสี่ยงต่อการถูกรัฐประหาร 2) แบบผู้รับการอุปถัมภ์หรือตัวประกัน (civilian government as client or hostage) หมายถึง ความสัมพันธ์ที่รัฐบาลพลเรือนอยู่ในฐานะที่อ่อนแอกว่าฝ่ายทหาร 3) แบบอยู่ร่วมกันในระบบการเมือง (civil-military coexistence) หมายถึง การที่รัฐบาลพลเรือนและทหารมิได้มีการก้าวท้าวซึ่งกันและกัน จึงสามารถอยู่ร่วมกันได้อย่างสันติ แต่เมื่อใดก็ตามที่ฝ่ายทหารเกิดความแตกแยกภายในหรือเมื่อรัฐบาลได้รับการสนับสนุนจากสังคมมาก จะทำให้ฝ่ายพลเรือนมีความสามารถเพิ่มมากขึ้นในการรุกเข้าไปในผลประโยชน์ของกองทัพ 4) แบบที่ดุลแห่งอำนาจระหว่างพลเรือนกับทหารเท่าเทียมกัน หมายถึง การที่รัฐบาลพยายามควบคุมทหารผ่านการเปลี่ยนแปลงในหลักการ (establishing control via doctrinal change) ซึ่งถือว่าเป็นยุทธศาสตร์ในการถ่วงดุลกับฝ่ายทหารอย่างเหมาะสมและเป็นกองทัพภายใต้กรอบประชาธิปไตย การตกลงร่วมกันและการควบคุมทหารโดยพลเรือนสามารถใช้เป็นเกณฑ์ในการบ่งชี้ลักษณะความสัมพันธ์ระหว่างพลเรือน-ทหาร ได้ชัดเจนขึ้นอีกระดับหนึ่ง

### 2.5.2 ทฤษฎีการควบคุมทหารโดยพลเรือน

ทฤษฎีที่ได้รับการกล่าวขานมากที่สุดเมื่อกล่าวถึงความสัมพันธ์ระหว่างพลเรือน-ทหาร คือ ผลงานของซามูเอล ฮันติงตัน (Samuel P. Huntington) ผู้เสนอรูปแบบความสัมพันธ์ในลักษณะที่ฝ่ายพลเรือนมีอำนาจควบคุมฝ่ายทหาร หรือ Civilian Control โดย “การควบคุมทหารโดยพลเรือน” หรือหลักการที่ให้พลเรือนเป็นใหญ่ (Civilian Supremacy) หมายถึง การที่ฝ่ายกองทัพ (รวมถึงกำลังตำรวจ) อยู่ภายใต้การควบคุมของฝ่ายพลเรือน กล่าวคือ ฝ่ายพลเรือนสามารถใช้อำนาจ

<sup>113</sup> Zagorski Paul W, Democracy VS. National security: civil-military relations in Latin America, (Colorado: Lynne Rienner Publishers, 1992), pp. 77-83.

ในการควบคุมกองทัพอย่างถูกต้องตามกระบวนการประชาธิปไตย<sup>114</sup> ซึ่งมีได้หมายถึงการเข้าแทรกแซงด้านการทหารหรือการควบคุมกองทัพ ทว่าหมายถึงการมีส่วนร่วมรับผิดชอบในงานด้านการทหารและการป้องกันประเทศโดยฝ่ายพลเรือนเท่านั้น โดยในที่นี้จะมุ่งอธิบายเพื่อสร้างความเข้าใจระหว่างทหาร-พลเรือน ความสัมพันธ์ในลักษณะนี้ฮันติงตัน แบ่งเป็นสองประเภท คือ

### 2.5.2.1. ความสัมพันธ์ที่พลเรือนมีอำนาจควบคุมทหาร : พลเรือนมีอำนาจสูงสุดและมีแนวคิดเปลี่ยนทหารเป็นพลเรือน (Subjective Civilian Control)<sup>115</sup>

หรือการควบคุมเชิงอัตวิสัย กรณีนี้ทำได้ง่ายที่สุดในการทำให้อำนาจพลเรือนเพิ่มขึ้นสูงสุด (maximizing of the power of civilian groups)<sup>116</sup> กล่าวคือ การพยายามเสริมอำนาจให้พลเรือนเข้มแข็งจนสามารถควบคุมทหารได้ โดยการตัดตอนให้ฝ่ายทหารมีอำนาจน้อยที่สุด ทว่าฝ่ายพลเรือนเองก็มีข้อจำกัดและมีการแย่งชิงผลประโยชน์ซึ่งกันและกันอยู่ตลอดเวลา จึงยากที่จะรวมกลุ่มกันให้มีพลังเหนือกองทัพ การเสริมกำลังให้ฝ่ายพลเรือนจึงมีความจำเป็นต้องพิจารณาว่า พลเรือนคนใด คณะใด หรือสถาบันใดควรได้รับอำนาจพิเศษสูงสุดเหนือพลเรือนกลุ่มอื่น ๆ ที่พอจะเอาชนะทหารได้ การควบคุมทหารในลักษณะนี้จึงเกิดขึ้นได้เฉพาะกรณีที่มีการพัฒนาวิชาชีพในระดับต่ำและไม่มีความมั่นคงเข้มแข็ง

การที่พลเรือนจะสามารถควบคุมทหารได้ในลักษณะ Subjective Civilian Control แบ่งย่อยได้ 3 ประเภท<sup>117</sup> ดังนี้

1. กรณีสถาบันและองค์กรทางการเมืองฝ่ายพลเรือนมีอำนาจสูงสุดในการควบคุมฝ่ายทหาร (Civilian Control by Government Institutions) คือ กรณีที่เจ้าหน้าที่พลเรือน

<sup>114</sup> สุรชาติ บำรุงสุข, สังคมต้องรู้เรื่องทหาร: ทำไม-อย่างไร, (กรุงเทพมหานคร: ศูนย์วิจัยและผลิตตำรา มหาวิทยาลัยเกริก, 2540), น. 40-41.

<sup>115</sup> กนลา สุขพานิช, “ทฤษฎีความสัมพันธ์ระหว่างทหาร-พลเรือน กับข้อคิดและแนวทางในการศึกษาบทบาทของทหารในการพัฒนาทางการเมืองในประเทศไทย,” วารสารสังคมศาสตร์, ปีที่ 27, ฉบับที่ 1-2, น. 317-329 (มีนาคม-กรกฎาคม 2533) และ วิลาวัลย์ ยี่ทอง, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 110, น. 18-31.

<sup>116</sup> สุรชาติ บำรุงสุข, “การควบคุมโดยพลเรือน,” จุลสารความมั่นคง: ความสัมพันธ์พลเรือน-ทหาร ของไทย, ฉบับที่ 9, น. 24 (สิงหาคม 2549).

<sup>117</sup> Samuel P. Huntington, The Soldier and the State: The Theory and Politics of Civil-Military Relations, (New York: Vantage Books, 1957), Chapter 4, อ้างถึงใน กนลา สุขพานิช, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 115, น. 319-322.

ได้แก่ รัฐบาล มีอำนาจควบคุมฝ่ายทหารได้ เช่น ประเทศอังกฤษในช่วงศตวรรษที่ 17-18 อำนาจทางทหารตกอยู่ภายใต้การควบคุมของสถาบันกษัตริย์และรัฐสภา ซึ่งต่างก็เป็นพลเรือนทั้งคู่ ที่มาที่ไปทางประวัติศาสตร์ชี้ให้เห็นว่ารัฐสภาต้องสร้างอำนาจของตนให้เข้มแข็งเพื่อจะได้ควบคุมกองทัพได้นอกจากจะเป็นการบั่นทอนอำนาจของทหารซึ่งรัฐสภามองว่าทหารเป็นเครื่องมือของกษัตริย์ หากสิทธิอำนาจทางทหารได้มากเพียงใด ย่อมสามารถบั่นทอนอำนาจของพระมหากษัตริย์ให้ลดลงต่ำไปด้วย

2. กรณีที่ชนชั้นทางสังคมมีอำนาจสูงสุดในการควบคุมฝ่ายทหาร (Civilian Control by Social Class) เป็นกรณีพลเรือนควบคุมทหารผ่านการรวมศูนย์อำนาจอยู่ที่ชนชั้นสังคม เช่น ลักษณะสังคมยุโรปในช่วงศตวรรษที่ 18-19 กล่าวคือ มีการต่อสู้ระหว่างชนชั้นขุนนางกับชนชั้นกลางเพื่อแย่งกันควบคุมสถาบันทหาร ซึ่งกลุ่มขุนนางมักได้เปรียบกว่ากลุ่มชนชั้นกลาง จึงมักเป็นผู้ควบคุมกองทัพได้ ชนชั้นกลางในที่นี้จะมีแนวคิดเสรีนิยม จึงง่ายในการชักจูงให้ทหารหันมาสนับสนุนและให้ความสำคัญกับชนชั้นกลาง และสุดท้ายชนชั้นกลางก็กลายเป็นบุคคลที่มีอำนาจ

3. การที่รัฐธรรมนูญหรือบทบัญญัติทางกฎหมายมีอำนาจสูงสุดในการควบคุมทหาร (Civilian Control by Constitutional Form) เป็นกรณีฝ่ายพลเรือนมีอำนาจควบคุมฝ่ายทหาร โดยผ่านบทบัญญัติทางรัฐธรรมนูญและกฎหมาย กรณีนี้จะเกิดขึ้นได้ทั้งในสังคมประชาธิปไตยและเผด็จการ กล่าวคือ สังคมประชาธิปไตยสามารถอ้างความถูกต้องในการใช้อำนาจของฝ่ายพลเรือนโดยผนวกเข้ากับหลักประชาธิปไตย ขณะเดียวกันการมีอำนาจของฝ่ายทหารเพิ่มมากขึ้นก็อาจเพิ่มความเสี่ยงในการทำให้สังคมตกอยู่ภายใต้การปกครองแบบเผด็จการและการใช้อำนาจเด็ดขาด

ความสัมพันธ์ที่พลเรือนสามารถควบคุมทหารได้ในลักษณะ Subjective Civilian Control กับการพัฒนากองทัพอาจจะไม่ราบรื่นนัก เนื่องจากการพัฒนาวิชาชีพทหารให้มีประสิทธิภาพในด้านต่างๆไม่ว่าจะยุทธโศปกรณ์ การจัดองค์กร ตลอดจนการใช้ยุทธวิธีใหม่ๆ กับสงครามรูปแบบใหม่ ย่อมมีผลกระทบต่อความสัมพันธ์ระหว่างทหารและพลเรือน ฝ่ายพลเรือนต้องปรับตัวให้เข้มแข็งและควบคุมฝ่ายทหารเช่นกัน เมื่อพิจารณาวิชาชีพทหารซึ่งเป็นภารกิจรัฐในด้านความมั่นคงของชาติเป็นหลัก

#### 2.5.2.2. ความสัมพันธ์ที่พลเรือนมีอำนาจควบคุมทหาร : ทำให้วิชาชีพทหารมีการพัฒนาก้าวหน้ามากที่สุด (Objective Civilian Control)

เป็นกรณีการควบคุมเชิงภววิสัย กล่าวคือ การทำให้ความเป็นอาชีพนิยมของทหาร (Military Professionalism) เพิ่มขึ้น โดยส่งเสริมให้ฝ่ายทหารสามารถสร้างความก้าวหน้า ความทันสมัยและเข้มแข็งในวิชาชีพให้มากที่สุด<sup>118</sup> รูปแบบ Objective Civilian Control มีเพียง

<sup>118</sup> สุรชาติ บำรุงสุข, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 116*, น. 25.

รูปแบบเดียว โดยอำนาจทางการเมืองถูกนำมาแบ่งปันระหว่างพลเรือนและทหาร เพื่อให้ทหารมีทัศนคติและพฤติกรรมสอดคล้องกับวิชาชีพของตน โดยมองว่าหากทำให้ทหารมีความเป็นทหารมากขึ้น (Military of the Military) ทั้งยังให้อิสระแก่ทหารและมีได้กีดกันออกจากการเมืองโดยเด็ดขาด แต่เป็นการทำให้ทหารตระหนักถึงความเป็นกลางทางการเมือง ตระหนักในบทบาทหน้าที่ของตน ต้องทำให้ทหารเป็นเครื่องมือของรัฐ ไม่ใช่เข้ามาปกครองรัฐ ซึ่งแตกต่างจากรูปแบบ Subjective Civilian Control ที่ต้องการทำให้ทหารกลายเป็นพลเรือน และปฏิเสธบทบาทอิสระของทหารอย่างสิ้นเชิง<sup>119</sup>

ประเด็นที่ผู้เขียนสงสัยและคิดว่าสมควรต้องทำความเข้าใจ คือ ทหารมืออาชีพ หรือการทำให้ทหารเป็นวิชาชีพคืออะไร ฮันดิงตันอธิบายว่า ความเป็นวิชาชีพ (Professionalism) พิจารณาได้จาก 1. ระดับความเชี่ยวชาญ (Expertise) เห็นได้จากการใช้กำลังรุนแรง เป็นภารกิจของทหารที่ไม่มีใครปฏิบัติได้ โดยเฉพาะการทำสงคราม ทหารจึงต้องมีโรงเรียนฝึกหัดเฉพาะทั้งการใช้กำลัง ยุทธศาสตร์ ยุทธวิธี ยุทธโศปกรณ์ต่างๆ การบังคับบัญชาและอีกหลายประการที่เป็นความรู้เฉพาะของทหาร ส่วนความรู้ด้านสังคมศาสตร์ มนุษยศาสตร์มีในหลักสูตรเพื่อเสริมสร้างการตัดสินใจทางทหารให้ดีขึ้น ความรับผิดชอบและความเป็นกลุ่มหรือคณะ 2. ความรับผิดชอบ คือความรับผิดชอบต่อภารกิจของรัฐที่เกี่ยวกับบทบาทของตนในเรื่องการรักษาความมั่นคง โดยรัฐถือเป็นผู้รับบริการจากทหารไม่ต่างจากอาชีพอื่นๆ เพียงทำหน้าที่ของตนให้ดีที่สุดก็พอ และ 3. ลักษณะของความเป็นหมู่คณะของทหารเห็นได้ชัดเจนในการแบ่งลำดับชั้นการบังคับบัญชา มีระเบียบวินัยแบบแผน ตลอดจนจรรยาและผลประโยชน์ร่วมกันอื่น ๆ และเมื่อทหารได้ฝึกอบรมให้มีความเชี่ยวชาญพิเศษมากขึ้นก็จะเข้าแทรกแซงการเมืองน้อยลง เพราะสนใจแต่การพัฒนาศักยภาพของอาชีพตน<sup>120</sup> ทหารจะปฏิบัติตามหน้าที่และบทบาทในการรักษาความมั่นคงของรัฐมิได้เข้าไปก้าวร้าวในงานบริหารราชการอื่น ๆ ซึ่งมีใช้หน้าที่ของตน

อาจกล่าวได้ว่า การควบคุมทหารแบบอัตวิสัย (Subjective Civilian Control) คือการปฏิเสธต่อความเป็นอิสระของทหาร ซึ่งการกีดกันทหารออกไปและพยายามให้พลเรือนมีอำนาจเหนือกว่าโดยเด็ดขาดนั้นทำได้ยาก ส่วนการควบคุมทหารแบบภววิสัย (Objective

<sup>119</sup> Samuel P. Huntington, The Soldier and the State: The Theory and Politics of Civil-Military Relations, (New York: Vantage Books, 1957), Chapter 4.

<sup>120</sup> Samuel P. Huntington, The Soldier and the State: The Theory and Politics of Civil-Military Relations, (Cambridge: Harvard University Press, 1967), pp. 7-18. อ้างถึงใน สุจิต บุญบงการ, “การแทรกแซงทางการเมืองของทหารไทย,” วารสารสังคมศาสตร์, ปีที่ 15, ฉบับที่ 2, น. 29-30 (เมษายน-มิถุนายน 2521).

Civilian Control) เป็นการยอมรับและให้อิสระแก่วิชาชีพทหารในเรื่องของการเมือง ซึ่งใช้การควบคุมทหารโดยพลเรือนเพียงรูปแบบเดียวอาจประสบความสำเร็จได้ยาก แต่ถ้าหากทำให้ทหารเป็นทหารมืออาชีพ และให้อำนาจทางการเมืองของทหารลดลงมีโอกาสประสบความสำเร็จมากกว่า<sup>121</sup> แม้แต่ฮันติงตันเองยังเสนอคำตอบของกระบวนการนี้ว่า ต้องดำเนินการทั้งในลักษณะอัติวิสัยและภาววิสัย โดยเฉพาะการลดอำนาจทางการเมืองของทหารให้ต่ำลง และส่งเสริมให้ทหารพัฒนาศักยภาพและเป็นทหารมืออาชีพ ทหารไม่ได้ถูกกีดกันจากการเมืองแต่ทหารจะวางตัวเป็นกลางและรู้บทบาทหน้าที่ว่าควรปฏิบัติ

อย่างไรก็ดี การทำให้ทหารเป็นมืออาชีพนั้นอาจไม่เป็นปัญหาก็ว่า การทำให้ทหารมีความเป็นกลางทางการเมืองหรือเข้ามามีบทบาทในเวทีการเมืองให้น้อยลงนั้นทำได้ยาก ขึ้นอยู่กับปัจจัยหลายประการ ซึ่งล้วนเกี่ยวข้องกับความสุขธรรมและประสิทธิผลในการบริหารประเทศของสถาบันพลเมืองด้วย ปัจจัยเหล่านั้นคือ 1. ผู้นำทหารหรือพลเรือนมีประวัติความเป็นมาจากชนชั้นทางสังคมเดียวกันและรวมกลุ่มกันได้เป็นอย่างดี 2. กองทัพมีขนาดเล็ก เมื่อเทียบกับสถาบันอื่น มีงบประมาณจำกัดทำให้ไม่สามารถพัฒนาความเข้มแข็งและอำนาจทางการเมืองของกองทัพได้เต็มที่ 3. มีสถานการณ์ที่คุกคามความมั่นคงของชาติที่แน่ชัด ทำให้การกำหนดบทบาทของทหารมีลักษณะเป็นระบบที่มีภารกิจแน่ชัดในบทบาททางการเมืองและสังคม 4. เกียรติ ศักดิ์ศรีและความนิยมที่ประชาชนให้กับผู้นำทหารมีน้อยกว่าที่มอบให้กับผู้นำพลเรือน 5. อุดมการณ์ทางการเมืองของชาติมีลักษณะเป็นอนุรักษ์นิยม สอดคล้องกับจริยธรรมและความเป็นวิชาชีพของทหาร<sup>122</sup> ซึ่งปัจจัยทั้ง 5 ช่วยกำหนดความสัมพันธ์ระหว่างพลเรือน-ทหารได้ในระดับหนึ่ง โดยเฉพาะประเด็นความสุขธรรมของรัฐบาล ความนิยมในตัวรัฐบาลสูง การบริหารงานเป็นไปด้วยดี ทหารจะไม่มีเหตุผลให้ต้องทำตัวผิดบทบาทของตนที่ดูแลความมั่นคงและมุ่งพัฒนาวิชาชีพของตนเองเพราะบทบาทหน้าที่ของทหารในด้านความมั่นคงจะถูกกำหนดชัดเจนไม่เกี่ยวกับการบริหารประเทศ ทั้งนี้ ปัจจัยนอกเหนืออื่น ๆ อาจส่งผลถึงการควบคุมพลเรือนได้ โดยเฉพาะโลกทัศน์ทางการเมืองของนายทหาร และทัศนคติของประชาชนต่อกองทัพด้วย ในประเทศประชาธิปไตยบางประเทศหลักควบคุมทหารโดยพลเรือนไม่ประสบความสำเร็จนัก เพราะทหารมีอิสระจากฝ่ายพลเรือนอย่างมากและทหารคิดว่าตนมีหน้าที่ป้องกันชาติและเป็นผู้กอบกู้บ้านเมืองในสถานการณ์ไม่ปกติในฐานะสถาบันที่มีกองกำลังและอาวุธอยู่ในมือ โดยมีได้สนวิธิการอันเป็นผลจากประวัติศาสตร์การเมืองของประเทศ

<sup>121</sup> สุรชาติ บำรุงสุข, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 116*, น. 25.

<sup>122</sup> Samuel P. Huntington, *supra note 119*, pp. 85-94.

### 2.5.3 กรณีศึกษาการควบคุมทหารโดยพลเรือน: ประเทศสหรัฐอเมริกา

เหตุที่ผู้เขียนยกตัวอย่างความสัมพันธ์ระหว่างพลเรือน-ทหารของประเทศสหรัฐอเมริกาขึ้นมาศึกษา เนื่องจากเห็นว่าเป็นประเทศที่นำแนวคิดเรื่องการควบคุมพลเรือนมาใช้ก่อนประเทศอื่นๆ และประสบความสำเร็จ ทำให้หลักการควบคุมโดยพลเรือนกลายเป็นองค์ประกอบสำคัญในระบอบประชาธิปไตย ผู้เขียนจึงสรุปหลักการควบคุมทหารโดยพลเรือนดังกล่าวมาพอสังเขป ดังนี้

**1. แนวคิดและหลักการในรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกา** แนวคิดพลเรือนควบคุมทหารนี้มีการคิดและถกเถียงกันตั้งแต่สมัยสหรัฐอเมริกายังเป็นอาณานิคมของอังกฤษ กล่าวคือ ทำอย่างไรจึงจะควบคุมการใช้อำนาจทางทหารอย่างไม่ถูกต้องได้ โดยพวกเขาเห็นว่าหากให้อำนาจทหารอยู่ในมือของสถาบันการเมืองโดยอ้อมไม่ปลอดภัย ชาวอาณานิคมย่อมเห็นว่าหากให้อำนาจทางการทหาร ทั้งประกาศสงครามและทำสงครามไว้ในมือกษัตริย์แห่งอังกฤษ จะทำให้เกิดการใช้อำนาจอย่างมิชอบต่ออาณานิคมชาวอเมริกัน ซึ่งเป็นส่วนหนึ่งนำไปสู่สงครามกบฏเอกราชของสหรัฐอเมริกา ผู้ร่างรัฐธรรมนูญทั้งหลายพยายามหาคำตอบและคิดว่าบทสรุปจากสงครามกับอังกฤษคือ การทำลายล้างอำนาจทางทหารให้หมดไป ทว่าเหตุการณ์ในขณะนั้นของอาณานิคมที่เพิ่งได้เอกราชเต็มไปด้วยสงคราม ทำให้ผู้นำในยุคนั้นตระหนักได้ว่าหากปราศจากอำนาจทางทหารที่เข้มแข็ง พวกเขาจะไม่มีความปลอดภัยที่จะคุ้มครองสาธารณรัฐที่เพิ่งเกิดขึ้นได้<sup>123</sup>

รัฐธรรมนูญที่ร่างขึ้นมาจึงสร้างหลักการไว้ 2 ประการ คือ หลักการควบคุมโดยพลเรือน ให้กองทัพอยู่ภายใต้รัฐบาลพลเรือน รวมทั้งคำนึงถึงการแยกระหว่างอำนาจในการประกาศสงครามและการทำสงครามออกจากกัน มิใช่รวมศูนย์อยู่กับสถาบันใดสถาบันหนึ่ง และหลักการแยกอำนาจและการตรวจสอบถ่วงดุล โดยแยกอำนาจของพลเรือนในการควบคุมกองทัพ กล่าวคือ แยกอำนาจประกาศสงครามให้เป็นอำนาจของรัฐสภา (รัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกา หมวด 1 มาตรา 8) และให้อำนาจในการดำเนินสงครามเป็นของประธานาธิบดีซึ่งอยู่ในฐานะของผู้บัญชาการทหารสูงสุด (หมวด 2 มาตรา 2 ) จะเห็นได้ว่าเป็นความพยายามไม่ให้อำนาจทางทหารอยู่ในมือของสถาบันพลเรือนเพียงแห่งเดียว เพื่อให้ฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายบริหารตรวจสอบ-ถ่วงดุลกัน รวมถึงการแยกอำนาจภายในสถาบันฝ่ายบริหารด้วย โดยแยกระหว่างรัฐบาลกลางและรัฐบาลมลรัฐ<sup>124</sup> หลักการใน

<sup>123</sup> สุรชาติ บำรุงสุข, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 116* น. 28.

<sup>124</sup> โปรตตุ สุรชาติ บำรุงสุข, *เพ็ญอ้าว*, น. 28-29. และ ภาณุวัฒน์ เกียรติขจร, “ระบบพลเรือนควบคุมกองทัพ: บททดสอบความมั่นคงของระบอบประชาธิปไตย,” *รัฐสภาสาร*, ปีที่ 68, ฉบับที่ 1, น. 13-14 (มกราคม – กุมภาพันธ์ 2563).

รัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกาอาจสรุปได้ว่า หลักการควบคุมทหารโดยพลเรือน คือการมอบความรับผิดชอบ กิจการด้านการทหารและความมั่นคงแก่พลเรือน ขณะเดียวกันก็จำกัดขอบการใช้อำนาจทางทหาร ของพลเรือนด้วย

**2. การจัดสรรงบประมาณ** ความสัมพันธ์ระหว่างพลเรือน-ทหารในเรื่อง งบประมาณ ในสหรัฐอเมริกางบประมาณเป็นเสมือนสะพานเชื่อมการติดต่อสื่อสารระหว่างกองทัพ ผู้ดำเนินการในนโยบายด้านการทหาร กับฝ่ายนักการเมือง ผู้ได้รับการเลือกตั้งมาจากประชาชน ให้เป็นผู้ใช้อำนาจทำนโยบายด้านการทหาร โดยการทำงานงบประมาณนี้เจ้าหน้าที่พลเรือนจะเข้าไป เกี่ยวข้องด้วยตั้งแต่ต้น เริ่มจากการเตรียมงบประมาณโดยเหล่าทัพต่างๆ ก่อนส่งต่อให้สำนักงาน รัฐมนตรีว่าการกระทรวงกลาโหมตรวจสอบและส่งต่อให้สำนักงานบริหารและงบประมาณ (OMB) ของทำเนียบขาวตรวจสอบร่วมกับเจ้าหน้าที่ฝ่ายความมั่นคงแห่งชาติ อันเป็นขั้นตอนถกเถียง ขั้นสุดท้ายระหว่างฝ่ายทหารและฝ่ายการเมือง ก่อนนำเสนอต่อรัฐสภา ถือว่าเป็นกระบวนการที่ ให้ พลเรือนเข้ามามีส่วนร่วมจัดสรรงบประมาณทหาร โดยเฉพาะอย่างยิ่งบทบาทรัฐมนตรี กระทรวงกลาโหมซึ่งเป็นพลเรือน<sup>125</sup>

**3. ทศนคติและวัฒนธรรม** ทศนคติและความคาดหวังต่อฝ่ายทหารทั้งของ ประชาชนในประเทศและของเจ้าหน้าที่ฝ่ายทหารเองมีผลอย่างยิ่งต่อการทำให้หลักควบคุมทหาร โดยพลเรือนประสบความสำเร็จ เมื่อพิจารณากลุ่มประชาชนชาวอเมริกามีความเห็นร่วมกันที่จะให้ เกิดระบบพลเรือนควบคุมทหาร กองทัพเป็นฝ่ายดำเนินการ ไม่ฝักฝ่ายใดทางการเมือง และฝ่ายทหาร เองก็มีวัฒนธรรมองค์กรที่ว่า กองทัพเป็นส่วนหนึ่งของฝ่ายบริหารและจะดำเนินการตามนโยบายของ รัฐบาลพลเรือน<sup>126</sup> ส่วนนี้ผู้เขียนเห็นว่าเป็นแนวคิดสำคัญ หากเทียบกับประเทศไทยแล้วแทบเป็นไปได้ เลย ฝ่ายทหารมีอำนาจอิสระและดูเหมือนมิได้เป็นส่วนหนึ่งของฝ่ายบริหารแต่อย่างใด รวมถึง การที่กองทัพสหรัฐอเมริกาได้รับการยอมรับว่า กองทัพมิได้มีไว้ป้องกันชาติหรือประเทศเท่านั้น แต่มีหน้าที่ ต่อสู้เพื่อแพร่ขยายและเชิดชูเสรีภาพและประชาธิปไตยซึ่งถือเป็นผลประโยชน์ของคนในชาติที่ต้องปกป้อง เช่นกัน<sup>127</sup> แต่หลายประเทศไม่ได้ยึดมั่นในส่วนนี้ ระบบพลเรือนควบคุมกองทัพของสหรัฐอเมริกา

<sup>125</sup> สุรชาติ บำรุงสุข, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 116*, น. 31.

<sup>126</sup>E. R. Taylor, “Command in the 21st Century: An Introduction to Civil – Military Relations”, (Master’s Thesis, Naval Postgraduate School Monterey Californian, 1998), pp. 31–33. *อ้างถึงใน* ภาณุวัฒน์ เกียรติขจร, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 124*, น. 15-16.

<sup>127</sup> พิษณุ พงษ์สวัสดิ์, *เผด็จการวิทยา*. (กรุงเทพมหานคร: มติชน, 2561), น. 131.

จึงกลายเป็นตัวแบบที่ดีของประเทศที่ปกครองด้วยระบอบประชาธิปไตยที่มั่นคงและกองทัพยึดถือหลักความเป็นมืออาชีพ ที่ยินยอมให้ถูกควบคุมโดยพลเรือน

แม้ในสถานการณ์ไม่ปกติ การควบคุมทหารโดยพลเรือนยังดำรงอยู่ได้ เช่น ในสภาวะที่ประเทศต้องเผชิญสงครามเกิดข้อถกเถียงระหว่างประธานาธิบดีแฟรงคลิน รูสเวลต์ (Franklin D. Roosevelt) กับ พล.อ.จอร์จ ซี มาร์แชล (George C. Marshall Jr.) เสนาธิการทหารบกของสหรัฐอเมริกาในปัญหาการบุกแอฟริกาเหนือ ทำเนียบขาว (ฝ่ายการเมือง) มีแนวคิดที่จะเปิดการยุทธ์กับกำลังรบของกองทัพเยอรมันในบริเวณแอฟริกาเหนือมากกว่าการที่ฝ่ายสัมพันธมิตรจะเปิดการยุทธ์ขึ้นสู่ยุโรปโดยตรงในปี พ.ศ.2486 แต่ทางฝ่ายทหารของสหรัฐอเมริกาต้องการที่จะทำการยุทธ์ในลักษณะหลังมากกว่า เพราะในมุมมองทางทหาร การยกพลขึ้นบกที่ยุโรปนั้นจะเท่ากับเป็นการบุกเข้าไปสู่หัวใจของกองทัพนาซีโดยตรง แต่ทำเนียบขาวคิดว่าประเทศเรายังไม่มีความพร้อมมากพอ ความเห็นนี้ถูกชี้ขาดด้วยการตัดสินใจของประธานาธิบดีรูสเวลต์ที่จะให้บุกแอฟริกาเหนือก่อน และฝ่ายทหารก็ยอมรับในคำตัดสินของฝ่ายพลเรือนเช่นนี้ ทั้งที่ผู้นำทหารไม่เห็นด้วยกับแนวคิดดังกล่าวก็ตาม หรือกรณีหลังสงครามโลกครั้งที่ 2 นายพลดักลาส แมกอาร์เธอร์ (Douglas MacArthur) ผู้บัญชาการกองกำลังสหรัฐอเมริกาและภายหลังเป็นผู้บัญชาการกองกำลังสหประชาชาติในสงครามเกาหลี เขามีความเห็นที่สมควรบุกจีนซึ่งให้ความสนับสนุนเกาหลีเหนือในขณะนั้นโดยใช้ระเบิดปรมาณูอันสวนทางกับนโยบายของประธานาธิบดีทรูแมน (Harry S. Truman) และประธานาธิบดีได้มีคำสั่งปลดนายพล แมกอาร์เธอร์ในที่สุด

ทั้งสองกรณีสะท้อนให้เห็นว่า แม้ในยามสถานการณ์ไม่ปกติเพราะมีสงครามก็มีได้ เป็นข้อยกเว้นหลักการควบคุมทหารโดยพลเรือนแต่อย่างใด โดยเฉพาะอำนาจตัดสินใจทางนโยบาย นอกจากนี้ก็ยังมีกรณีอื่น ที่แสดงให้เห็นว่าเมื่อมีความขัดแย้งเกิดขึ้นระหว่างผู้นำทหารกับผู้นำรัฐบาล พลเรือน ฝ่ายการเมืองจะเป็นผู้ตัดสินชี้ขาดในปัญหาเหล่านี้ จนทำให้กองทัพสหรัฐอเมริกาเป็นแบบที่นำเสนอใจของการที่ฝ่ายทหารยอมรับอำนาจการนำของฝ่ายพลเรือน

#### 2.5.4 สรุปแนวทางการสร้างระบบควบคุมทหารโดยพลเรือน

แม้ผู้เขียนจะยกกรณีศึกษาของประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นกรณีศึกษา ในฐานะประเทศที่ประสบความสำเร็จในการนำหลักการควบคุมทหารโดยพลเรือน (Civilian Control) มาใช้ มิได้เจตนาให้ประเทศไทยเลียนแบบมาทั้งหมด แต่ควรเป็นการนำหลักการสำคัญของแนวคิดดังกล่าว มาปรับใช้ให้เข้ากับพัฒนาการทางประวัติศาสตร์และระบบการเมืองอย่างเหมาะสม ทั้งนี้แม้จะมีการปรับให้เข้ากับบริบทของประเทศก็ตาม แต่หลักการสำคัญของการควบคุมทหารโดยพลเรือนยังคงต้องมีอยู่ ผู้เขียนสรุปมาเป็นแนวทาง ดังนี้

1. การสร้างทัศนคติและความเข้าใจที่ถูกต้อง ประชาชนสามารถตั้งคำถาม ตรวจสอบและวิจารณ์การทำงานของทหารได้ โดยเฉพาะในเรื่องของความมั่นคง ต้องสร้างความเข้าใจ ให้ได้ว่าเรื่องความมั่นคงหรือเรื่องกองทัพไม่ใช่เรื่องเฉพาะของทหารเท่านั้น และเมื่อเกิดวิกฤต ในสถานการณ์ไม่ปกติ ผู้สั่งการควรเป็นหัวหน้าฝ่ายบริหาร ความปรารถนาดีและตั้งใจปกป้องประเทศ เป็นเรื่องดี ทว่าในบางเรื่องบางสถานการณ์ผู้ที่มีอำนาจตัดสินใจควรเป็นรัฐบาลพลเรือน และแก้ไข ตามครรลองประชาธิปไตยมากกว่าการแก้ปัญหาโดยวิธีทางนอกรัฐธรรมนูญหรือการใช้กำลังทหาร

2. การสร้างทหารมืออาชีพ การให้ทหารได้พัฒนาศักยภาพอย่างเต็มที่ทาง ยุทธศาสตร์และยุทธวิธีอย่างเดียวนั้นเพียงพอ ควรต้องมีการปรับความสัมพันธ์ระหว่างทหารกับ พลเรือนในมุมใหม่ที่เรียกว่า “การปฏิรูปด้านความมั่นคง” นั้น จะให้ความสัมพันธ์กับการควบคุม ทหารด้วยระบอบประชาธิปไตย ประสิทธิภาพของกองทัพ ตำรวจ และหน่วยความมั่นคงอื่น ๆ อยู่ภายใต้นโยบายของฝ่ายพลเรือน ทั้งนี้ควรเป็นในลักษณะการร่วมมือซึ่งกันและกัน ไม่ใช่การบังคับ บัญชาเพียงฝ่ายเดียว รวมถึงสถาบันการศึกษาในกองทัพต้องมีการปรับปรุงหลักสูตรการเรียนการสอน เพิ่มเติมจากการฝึกเฉพาะด้าน โดยเพิ่มการเรียนรู้ประชาธิปไตย สิทธิมนุษยชน และสร้างเป็นค่านิยม ใหม่เพื่อลดความเข้าใจผิดในอดีต<sup>128</sup> โดยเฉพาะในประเด็นของการปกป้องและสร้างความมั่นคงให้ ประเทศ นอกจากสามสถาบันสำคัญ ชาติ ศาสน์ กษัตริย์แล้ว ยังต้องปกป้องรักษาประชาธิปไตยซึ่งเป็น คุณค่าหนึ่งของสังคม โดยมองประชาธิปไตยเป็นผลประโยชน์ของพลเมืองทุกคนรวมทั้งทหารเองด้วย

3. ความพยายามของฝ่ายพลเรือนที่จะสร้างความเชื่อมั่นให้ประชาชน ตลอดจน ดำเนินการด้วยความชอบธรรมและโปร่งใสตามกระบวนการประชาธิปไตย ทั้งฝ่ายการเมืองยังต้อง สร้างความเข้มแข็งให้ได้ โดยเฉพาะฝ่ายรัฐบาลที่มาจากทางเลือกตั้งอาจจะต้องคิยุทธศาสตร์ในการ สร้างระบบ “การควบคุมโดยพลเรือน”<sup>129</sup> ไว้เช่นกัน แม้จะเป็นเรื่องที่ยากแต่ทั้งฝ่ายทหารและ ฝ่ายพลเรือนต้องปรับตัวไปด้วยกันเพื่อสร้างระบบความสัมพันธ์พลเรือน-ทหาร ในลักษณะการควบคุม โดยพลเรือน เพราะหากทำได้ย่อมส่งผลให้ประชาธิปไตยในประเทศแข็งแกร่งขึ้นเช่นกัน

<sup>128</sup> ภาณุวัฒน์ เถียรชนา, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 124*, น. 30.

<sup>129</sup> สุรชาติ บำรุงสุข, “ยุทธศาสตร์ประชาธิปไตยต่อกองทัพไทย,” *จุลสารความมั่นคง: ความสัมพันธ์พลเรือน-ทหาร ของไทย*, ฉบับที่ 9, น. 38 (สิงหาคม 2549).

## บทที่ 3 มโนทัศน์ว่าด้วย “กฎอัยการศึก”

### 3.1 ข้อความเบื้องต้น

เมื่อกล่าวถึง “กฎอัยการศึก” หรือ “Martial Law” มักจะนำมาซึ่งความตื่นตระหนก ความสับสนแก่ผู้คน ส่วนหนึ่งอาจเป็นเพราะยามใดที่มีการประกาศใช้กฎหมายดังกล่าว ชวนให้จินตนาการถึงสภาวะสงคราม การจลาจล การก่อการร้าย การรัฐประหารในประเทศที่ยังไม่พัฒนา หรือการเกิดภัยพิบัติครั้งใหญ่ ตลอดจนสภาวะการณ์ใดๆ ที่ยากลำบากในการจัดการให้อยู่ในสภาวะปกติ ซึ่งในแต่ละประเทศมีหลักเกณฑ์หรือกฎหมายในการจัดการต่างกันไป ในบทข้อพิจารณาเบื้องต้น ผู้เขียนได้ปูพื้นฐานให้เข้าใจในหลักการพื้นฐานที่เกี่ยวข้องกับการใช้กฎอัยการศึกในสถานการณ์ไม่ปกติ อันเป็นสภาวะยกเว้นหรือผ่อนปรนการปฏิบัติตามกฎหมายบางประการ ซึ่งมีความสัมพันธ์กับอำนาจเจ้าหน้าที่ระหว่างพลเรือนและทหาร ทั้งมีผลกระทบต่อสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชนไปแล้ว ในบทนี้ผู้เขียนได้พยายามรวบรวม ทำความเข้าใจและบรรจงถ่ายทอด “กฎอัยการศึก” ในเชิงมโนทัศน์หรือข้อความคิด (Concept) โดยเริ่มจากการอธิบายความหมายและลักษณะเฉพาะ พัฒนาการทางกฎหมาย ความสัมพันธ์ต่อรัฐธรรมนูญและหลักสิทธิมนุษยชน ตลอดจนวิเคราะห์ถึงปัญหาในทางทฤษฎีของกฎอัยการศึก ด้วยความมั่นใจที่จะปูพื้นฐานความเข้าใจกฎอัยการศึกให้มากยิ่งขึ้นทั้งในอดีต ปัจจุบัน และเพื่อจินตนาการถึงภาพกฎอัยการศึกที่ควรจะเป็นในอนาคต

### 3.2 ความหมายและลักษณะเฉพาะของ “กฎอัยการศึก”

#### 3.2.1 ความหมายของกฎอัยการศึก

กฎอัยการศึก ในภาษาอังกฤษใช้คำว่า Martial Law เมื่อพิจารณาในทางนิรุกติศาสตร์พบว่า “Martial” ในพจนานุกรม หมายถึง สิ่งที่เกี่ยวข้องกับทหาร การสงครามหรือในกองทัพ รวมถึงการต่อสู้<sup>1</sup> คาดว่ามีรากศัพท์มาจากคำว่า “Mars” ซึ่งหมายถึง เทพแห่งสงครามของโรมัน จึงมีความหมายพ้องต้องกันกับคำว่า Military คือ ทหารหรือกองทัพ หรือ Warlike ในเรื่องของสงครามและการใช้กำลัง ดังนั้น “Martial Law” จึงหมายถึง กฎหมายในยามสงคราม หรือกฎหมาย

<sup>1</sup> Cambridge Dictionary Online, s.v. “martial,” Retrieved on May 12, 2019, from <https://dictionary.cambridge.org/dictionary/english/martial>.

ชั่วคราวในระหว่างมีสงครามหรือสถานการณ์ฉุกเฉินภายใต้การควบคุมของกองทัพ<sup>2</sup> จะเห็นได้ว่า Martial Law กับคำว่า Military Law มีความหมายไปในทำนองเดียวกัน ทำให้มีหลายความเห็นเชื่อว่า กฎหมายทั้งสองอาจเป็นกฎหมายเดียวกัน หรือมีพัฒนาการทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกัน ในส่วนของ รายละเอียดจะได้พิจารณาความเหมือนและความแตกต่างของกฎหมายทั้งสองในหัวข้อต่อไป

ส่วน Martial Law ในภาษาฝรั่งเศสใช้คำว่า état de siège หรือ State of Siege เป็นระบบกฎหมายในยามวิกฤตที่มีลักษณะเดียวกันกับ Martial Law แปลเป็นภาษาไทยได้ว่า “สถานการณ์ที่ถูกล้อม” ผู้เขียนเห็นว่าถ้อยคำภาษาก็แสดงถึงลักษณะสภาวะดังกล่าวอยู่บ้าง กล่าวคือ “การล้อม” อาจหมายถึง การล้อมโดยกองกำลัง การปิดล้อมเมืองซึ่งสื่อถึงสถานการณ์วิกฤตได้ Max Radin ได้อธิบายความหมายของ “State of Siege” ว่าหมายถึง สถานการณ์ไม่ว่าเล็กหรือใหญ่ ไม่ว่าจะป็นภัยจากการบุกรุก คุกคาม โดยกองทัพศัตรูหรือการจลาจล ซึ่งก็คือสถานการณ์ฉุกเฉินที่มีความจำเป็นต้องประกาศใช้กฎอัยการศึก โดยอ้างความจำเป็นภายใต้การระบับใช้กฎหมายในระบบ ปกตินั้นเอง<sup>3</sup> แนวคิดที่ว่าด้วย State of Siege ของฝรั่งเศสมีลักษณะเป็นระบอบ (Regime) ในสถานการณ์ไม่ปกติ เป็นระบบการใช้อำนาจของรัฐเพื่อแก้ไขสถานการณ์ดังกล่าวโดยมาตรการ เฉพาะอีกชุดหนึ่ง กระทั่งมีการบัญญัติเป็นกฎหมายชัดเจนซึ่งแตกต่างกันตามระดับความรุนแรง

สำหรับประเทศไทย คำว่า “กฎอัยการศึก” เมื่อพิจารณาความหมายของคำว่า “อัยการ” พบว่าในทางประวัติศาสตร์มีความหมายแตกต่างจากในปัจจุบัน กล่าวคือ “พระอัยการ” หรือ “พระไอยการ” หมายถึง กฎหมายพื้นฐานของแผ่นดินที่ทุกคนต้องปฏิบัติตามและหากมีปัญหาเกี่ยวกับพระอัยการ พระมหากษัตริย์มีหน้าที่ให้ความยุติธรรมหรือต้องมีพระราชวินิจฉัย<sup>4</sup> ดังนั้น ในอดีตคำว่า อัยการ จึงหมายถึงกฎหมาย เช่น พระอัยการลักษณะพยาน ก็คือกฎหมายลักษณะ พยานนั่นเอง ส่วนคำว่า “กฎอัยการศึก” มิได้ปรากฏความหมายหรือคำนิยามอย่างชัดเจน แม้แต่ ในพระราชบัญญัติกฎอัยการศึกก็มิได้บัญญัติไว้ ส่วนความหมายของกฎอัยการศึกที่ปรากฏอยู่ใน พจนานุกรมศัพท์กฎหมายไทย ได้นิยามความหมายกฎอัยการศึกไว้ว่าเป็น “กฎหมายที่ให้อำนาจ ฝ่ายบริหารและเจ้าหน้าที่ฝ่ายทหารประกาศให้เขตพื้นที่ใดพื้นที่หนึ่งเป็นเขตใช้กฎอัยการศึก ซึ่งโดยผล

<sup>2</sup> Cambridge Dictionary Online, s.v. “martial law,” Retrieved on May 12, 2019, from <https://dictionary.cambridge.org/dictionary/english/martial-law>.

<sup>3</sup> Max Radin. “Martial law and State of Siege,” *California Law Review* 30, no. 6, p. 636 (September 1942).

<sup>4</sup> แสวง บุญเฉลิมวิภาส, *ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย*, พิมพ์ครั้งที่ 9 (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2552), น. 94.

จากการกำหนดเช่นนั้นจะทำให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายทหารมีอำนาจหน้าที่เหนือเจ้าหน้าที่ฝ่ายพลเรือนในส่วนที่เกี่ยวกับการยุทธรณ์ การระงับ การปราบปราม หรือการรักษาความสงบเรียบร้อย และมีอำนาจลิดรอนสิทธิเสรีภาพบางประการของประชาชน และศาลทหารมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีอาญาบางอย่างที่ในประกาศระบุไว้แทนศาลพลเรือน กฎอัยการศึกจะประกาศใช้เมื่อมีเหตุจำเป็นเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยในบ้านเมือง เช่น ในกรณีเกิดสงคราม การจลาจลในเขตที่ประกาศใช้กฎอัยการศึก”<sup>5</sup> ในทำนองเดียวกันกับที่มีการให้ความหมายในพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554

เพื่อให้เข้าใจเนื้อหาของกฎอัยการศึกยิ่งขึ้น สมควรพิจารณาความหมายหรือคำนิยามของกฎอัยการศึกในมุมมองของนักวิชาการหลายท่านประกอบกัน เช่น

Harbans Singh Bhatia ให้ความหมายของกฎอัยการศึกไว้ว่า เป็นการใช้อำนาจทางบริหารและตุลาการโดยบุคคลคนเดียว เป็นกฎหมายของทหาร แต่นำมาใช้กับพลเรือน หรืออาจเป็นเจตนาธรรมณ์ของกองทัพ เป็นกฎของทหารที่ปฏิบัติกับประชาชนในสถานการณ์ฉุกเฉิน ในระดับสงคราม<sup>6</sup>

คล้ายกันกับ Sir Charles Napier ผู้บัญชาการทหารสูงสุดแห่งอังกฤษในประเทศอินเดีย กล่าวถึงกฎอัยการศึกว่า คือ การรวมอำนาจนิติบัญญัติ บริหารและตุลาการไว้ในบุคคลคนเดียวอันเป็นสาระสำคัญของกฎอัยการศึก แสดงให้เห็นว่ากฎอัยการศึกไม่ใช่เพียงอำนาจในทางบริหาร เพราะเมื่อประกาศใช้บังคับแล้ว มีผลให้สามารถออกกฎระเบียบ ข้อกำหนด ข้อบังคับต่อประชาชนได้ ทั้งยังรวมถึงอำนาจในการพิจารณาคดีบางประการซึ่งอยู่ในเขตอำนาจศาลทหาร หรือศาลพิเศษที่ได้รับมอบหมาย อย่างไรก็ตามมีผู้โต้แย้งอยู่ว่า แม้ประกาศกฎอัยการศึกแล้วก็ได้หมายถึงการใช้อำนาจตามอำเภอใจ กล่าวคือ รัฐบาลในขณะนั้นอาจมีมาตรการพิเศษเพื่อฟื้นฟูประเทศสู่ภาวะปกติได้ แต่หากเป็นการฆ่าเชลย ประหารชีวิตผู้ต้องโทษโดยเร่งด่วนไม่ผ่านการพิจารณาจากศาลตลอดจนสังหารประชาชนผู้บริสุทธิ์เพื่อข่มขู่ให้ยอมจำนนยอมไม่อาจกระทำได้อาจกระทำได้<sup>7</sup> มุมมองนี้สะท้อนให้เห็นว่า ในบางครั้งกฎอัยการศึกก็เป็นมากกว่ากฎหมายในยามสงคราม เป็นการรวมศูนย์อำนาจ

<sup>5</sup> ราชบัณฑิตยสถาน, “กฎอัยการศึก,” ใน พจนานุกรมศัพท์กฎหมายไทย พ.ศ. 2556, พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพมหานคร: ราชบัณฑิตยสถาน, 2556).

<sup>6</sup> H. S. Bhatia, Martial Law: Theory and Practice, (New Delhi: Deep and Deep Publication, 1979), pp.10-11.

<sup>7</sup> Camaron Moore, Crown and Sword: Executive power and the use of force by the Australian Defence Force, (Canberra: ANU Press. 2017), p. 130.

เป็นการสร้างระบอบการปกครองอิสระขึ้นมาในยามวิกฤตหรือในสภาวะยกเว้นจากกฎหมายในระบบปกติ จึงไม่น่าแปลกใจที่มีนักวิชาการใช้คำว่า “regime of martial law”

Harold C. Relyea ได้ให้ความหมายกฎอัยการศึกไว้ว่า เป็นการที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายทหารใช้อำนาจทางบริหารควบคุมฝ่ายพลเรือนในสถานการณ์สงคราม หรือมีเหตุให้การใช้อำนาจของฝ่ายพลเรือนไม่มีประสิทธิภาพเช่นในยามปกติ<sup>8</sup>

Matthew Hale อธิบายถึงกฎอัยการศึกไว้ว่า มันไม่ใช่กฎหมาย แต่เป็นสิ่งที่มาผ่อนปรนหรือยกเว้นความเข้มงวดในการใช้กฎหมาย และจะใช้ได้เฉพาะกรณีที่มีความจำเป็นเท่านั้น เฉพาะในช่วงเวลาที่มีสงคราม ไม่มีการบังคับใช้ในเวลาปกติซึ่งศาลและเจ้าหน้าที่พลเรือนยังคงทำหน้าที่ได้<sup>9</sup> เช่นเดียวกับความเห็นของ John Rowan สมาชิกของรัฐสภา กล่าวในทำนองเดียวกันกับเฮลว่า สังคมย่อมไม่ยินยอมให้ชีวิตประชาชนไปขึ้นอยู่กับดุลพินิจหรือการตัดสินใจของศาลทหาร ยกเว้นภายใต้สถานการณ์จำเป็นซึ่งศาลยุติธรรมในช่วงเวลาปกติไม่สามารถปฏิบัติหน้าที่ได้

V.D. Sebastian สรุปความหมายของกฎอัยการศึกไว้อย่างน่าสนใจว่า คือระบบความสัมพันธ์ในทางกฎหมายระหว่างทหารและพลเรือน ในช่วงเวลาที่มีการกบฏหรือสงครามกลางเมือง ซึ่งเจ้าหน้าที่ทหารอาจมีอำนาจทำทุกวิถีทางที่จำเป็น รวมถึงการใช้กำลังเพื่อให้สถานการณ์กลับคืนสู่ความสงบเรียบร้อย<sup>10</sup>

A W Bradley และ K D Ewing เขียนอธิบายถึงความหมายที่หลากหลายของกฎอัยการศึกไว้ว่า กฎอัยการศึกในอดีตมีความหมายครอบคลุมไปถึงกฎหมายทหาร ส่วนในมุมมองกฎหมายระหว่างประเทศ หมายถึง อำนาจที่บังคับใช้โดยผู้บัญชาการทหารในกรณียึดครองดินแดนของต่างประเทศ ส่วนในบริบทปัจจุบัน กฎอัยการศึก หมายถึง เหตุฉุกเฉินซึ่งมีลักษณะเช่นเดียวกับภาวะสงคราม ซึ่งทหารเข้าไปกำหนดข้อบังคับและข้อจำกัดที่เกี่ยวข้องกับพลเมืองในประเทศของตน<sup>11</sup>

<sup>8</sup> Harold C. Relyea, “Martial Law and National Emergency,” CRS Report for Congress, p. 4 (January 2005).

<sup>9</sup> Matthew Hale, The Common Law of History of England, (1739). Quoted in Khagesh Gautam, “Martial Law in India,” Southwestern Journal of International Law, p. 120 (1958).

<sup>10</sup> V.D. Sebastian, “Martial Law and the Defence of Constitutional Order in India,” Kerala University Law Review, p. 175 (1971).

<sup>11</sup> A W Bradley and K D Ewing, Constitutional and Administrative Law, 14 ed, (England: Pearson Education Limited, 2007), p. 632.

ในประเทศสหรัฐอเมริกา ศาลสูงหรือ Supreme Court เข้ามามีบทบาทในการพัฒนาหลักการทางกฎหมาย ในเรื่องของกฏอัยการศึกมีคำพิพากษาที่น่าสนใจ สะท้อนถึงหลักการ และลักษณะของกฏอัยการศึก เช่น ในคดี United States V. Diekelman<sup>12</sup> กฏอัยการศึก เป็นกฎหมายที่จำเป็นของทหารในยามสงคราม เป็นการปกครองโดยผู้บัญชาการทหารซึ่งมีอำนาจ ในการตัดสินใจ แม้ความจำเป็นนั้นอาจดูไม่มีเหตุผลแต่ย่อมต้องปฏิบัติตาม

จากการให้นิยามความหมายทางนิติศาสตร์และความเห็นทางวิชาการ อาจสรุปได้ว่า กฏอัยการศึก คือ ระบบกฎหมายในสถานการณ์ไม่ปกติ เป็นกฎหมายประเภทหนึ่ง ซึ่งบังคับใช้ได้เฉพาะยามจำเป็นอันไม่อาจใช้มาตรการทางกฎหมายอื่นได้ โดยเจ้าหน้าที่ทหารจะ ขึ้นมาใช้อำนาจและทำหน้าที่แทนเจ้าหน้าที่พลเรือนในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการป้องกันและปราบปราม ในช่วงเวลาสั้น ๆ เพื่อให้ประเทศกลับสู่ภาวะปกติ การบังคับใช้กฏอัยการศึกอาจจะกระทบสิทธิ ขั้นพื้นฐานของพลเมืองอยู่บ้าง การตัดสินใจประกาศใช้กฎหมายตลอดจนมาตรการบังคับจึงต้อง กระทำอย่างเหมาะสมและพอสมควรแก่เหตุ ทั้งนี้พึงระลึกไว้เสมอว่า กฏอัยการศึกเป็น “ข้อยกเว้น” จากสภาวะปกติเพียงชั่วคราวเท่านั้น

### 3.2.2 ลักษณะเฉพาะของกฏอัยการศึก

ในการศึกษากฎหมายเฉพาะด้าน จำเป็นต้องมีการจำแนกคุณลักษณะเฉพาะ หรือหลักเกณฑ์สำคัญของกฎหมายนั้นให้ออก ในหัวข้อนี้จะได้อธิบายว่า กฎหมายว่าด้วยกฏอัยการศึก คืออะไร มีลักษณะเฉพาะที่น่าสนใจอย่างไร ในขณะที่ค้นคว้าข้อมูลเกี่ยวกับกฏอัยการศึกนั้น หลายบทความเริ่มต้นจากการกล่าวถึงความคลุมเครือ ไม่ชัดเจนของกฏอัยการศึก อาจกล่าวได้ว่า มีปัญหาตั้งแต่ความเห็นที่ไม่ตรงกันในประเด็นที่ว่า กฏอัยการศึกเป็นกฎหมายหรือไม่ สมควรเรียกว่า “Martial Law” หรือเป็น “Martial Rule” และมันคืออะไร ไปจนถึงปัญหาในขั้นตอนการใช้และการตรวจสอบ โดยส่วนนี้ผู้เขียนได้ศึกษาและจำแนกคุณลักษณะเฉพาะของกฏอัยการศึกไว้ ดังนี้

#### 3.2.2.1 ความคลุมเครือและความไม่ชัดเจน

อย่างที่เกริ่นนำไปในช่วงต้น ความพิเศษอย่างหนึ่งของกฏอัยการศึก คือ ความคลุมเครือหรือความไม่ชัดเจน ตั้งแต่ในประเด็นที่ว่า กฏอัยการศึกเป็นกฎหมายหรือไม่ หรือ ที่จริงแล้วเป็นเพียงการตัดสินใจของผู้มีอำนาจเพื่อจัดการสถานการณ์ฉุกเฉินในขณะนั้น แม้เราจะ เรียกมันว่า Martial Law เพื่อพยายามสร้างรูปลักษณ์ของสิ่งนี้ให้เป็นกฎหมาย (Law) ทว่าก็ไม่อาจ ปฏิเสธทฤษฎีรากฐานของกฏอัยการศึกอันเกี่ยวข้องกับสถานการณ์หรือข้อเท็จจริงในขณะนั้นได้

<sup>12</sup> United States v. Diekelman, 92 US 520 (1875)

รวมถึงความจำเป็นที่มักจะอ้างขึ้นในทำนองว่า ความจำเป็น เป็นบ่อเกิดแห่งกฎหมาย<sup>13</sup> ตามแนวคิดคอมมอนลอว์ (Common Law) เท่ากับว่า “ความจำเป็น” เป็นการตัดสินใจของผู้มีอำนาจ อันนำไปสู่การตีความและใช้บังคับกฎหมายที่กว้างและอาจแตกต่างกันไป ส่วนหนึ่งเป็นผลจากการต้องชั่งน้ำหนักความจำเป็นในข้อเท็จจริงเกี่ยวกับสถานการณ์และการตัดสินใจ สอดคล้องไปกับหลักการประกาศกฏอัยการศึกที่ว่า “ความจำเป็น” เป็นเหตุผลเดียวเท่านั้นที่ทำให้การประกาศกฏอัยการศึกสมเหตุสมผลและชอบด้วยกฎหมาย<sup>14</sup> ซึ่งความจำเป็นนี้เองที่เชื่อมโยงกับสถานการณ์และข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น ดังนั้นการตัดสินใจของผู้มีอำนาจว่าเหตุการณ์นี้จำเป็นเร่งด่วน สถานการณ์นี้ยังไม่จำเป็นถึงขนาดต้องประกาศใช้ จึงมีความสำคัญและทำให้กฏอัยการศึกมีลักษณะไม่ชัดเจน

ส่วนในประเทศที่มีกฏอัยการศึกในลักษณะที่เป็นลายลักษณ์อักษรพิจารณาให้ดีแล้วก็ยังไม่อาจเขียนเงื่อนไขในการประกาศ ตลอดจนหลักเกณฑ์ที่ต้องปฏิบัติในการใช้กฏอัยการศึกลงไปได้ชัดเจนครบถ้วนในกฎหมาย เนื่องด้วยกฏอัยการศึกมีความสัมพันธ์กับการตัดสินใจและข้อเท็จจริงในสถานการณ์นั้น ๆ อย่างแยกกันได้ยาก อย่างไรก็ตาม ความไม่ชัดเจนนี้หากพิจารณาในแง่ดี คือ สามารถตีความและใช้บังคับเท่าที่กฎหมายบัญญัติไว้ได้ทัน่วงทีในยามจำเป็น ซึ่งครอบคลุมสถานการณ์ไม่ปกติที่ไม่อาจคาดเดาได้ในอนาคต ขณะเดียวกันข้อเสียในการใช้กฎหมายลักษณะนี้ก็ คือ การตีความและใช้อำนาจเกินความจำเป็นและไม่เป็นไปตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย เกินกว่ากฏเกณฑ์ที่กฎหมายพึงอนุญาต ดังนั้นจะมีการบัญญัติกฏอัยการศึกเป็นลายลักษณ์อักษรหรือไม่ก็ตาม ความไม่ชัดเจนและคลุมเครือนี้ยังคงมีอยู่

ความไม่ชัดเจนดังกล่าวสอดคล้องกับที่ Matthew Hale อธิบายลักษณะของกฏอัยการศึกว่า ไม่ใช่กฎหมาย แต่เป็นสิ่งที่มาผ่อนปรนหรือยกเว้นความเข้มงวดในการใช้กฎหมาย และจะกระทำได้อต่อเมื่อมีความจำเป็นอย่างยิ่งยวด<sup>15</sup> ตัวอย่างของความไม่ชัดเจนในการประกาศใช้กฏอัยการศึกสามารถพิจารณาได้จากการใช้กฏอัยการศึกในสถานการณ์ที่ต่างกันออกไป ไม่ว่าจะเพราะใช้โดยมิได้วางหลักเกณฑ์และเงื่อนไขให้ชัดเจน หรือเพราะมีพัฒนาการในการปรับใช้กฎหมายก็ตาม สะท้อนว่ากฏอัยการศึกเป็นเครื่องมือที่ใช้แก้ปัญหาที่ต่างกันออกไป ดังที่ Charles Fairman ได้เขียนสรุปประเภทของการประกาศใช้กฏอัยการศึกเป็น 5 ประเภท ตามลักษณะการใช้งาน

<sup>13</sup> รายละเอียดในหัวข้อ 2.3.3 แนวคิดว่าด้วยสภาวะยกเว้นและทฤษฎีความจำเป็นของรัฐ

<sup>14</sup> Charles Fairman, “The Law of Martial Rule,” *The American Political Science Review* 22, no. 3, p. 592 (August 1928).

<sup>15</sup> Matthew Hale, *The Common Law of History of England*, (1739). Quoted in Khagesh Gautam, *supra note 9* p. 120.

ได้แก่ 1) กฎอัยการศึกเทียบได้กับ Marshal Law ในระบบกฎหมายโบราณ เป็นการบังคับใช้กฎหมาย โดยตำรวจและจอมพลแห่งอังกฤษ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการใช้บังคับกับกองทัพทหารในสมรภูมिरบ ในลักษณะของศาลอัศวินตามขนบธรรมเนียมในยุคกลาง ซึ่งการใช้กฎอัยการศึกลักษณะนี้ล้าสมัยไปแล้ว 2) Punishment การใช้กฎอัยการศึกในการลงโทษ โดยอ้างอิงจากระบวรการยุติธรรมทหาร ในสมัยราชวงศ์ทิวเดอร์ (Tudors) และสจิวต (Stuarts) 3) กฎอัยการศึกบางครั้งหมายถึง Military Law เป็นกฎเกณฑ์หรือกฎหมายที่ใช้บังคับและปกครองในเหล่าทหาร 4) มีการใช้ในลักษณะ Military Government Power คือ การยึดครองและปกครองประเทศโดยรัฐบาลทหารในช่วงเวลาที่เกิดสถานการณ์ไม่ปกติ และ 5) เป็นหลักในรัฐธรรมนูญที่ผู้ปกครองใช้ควบคุมการกำลังทหาร ในการปฏิบัติงานช่วงที่เกิดสภาวะฉุกเฉิน<sup>16</sup>

จะเห็นได้ว่า การใช้กฎอัยการศึกทั้ง 5 รูปแบบนั้น มีความแตกต่างกัน การใช้ในสถานการณ์ที่ต่างกันโดยไม่มีหลักเกณฑ์เป็นเหตุผลหนึ่งที่ทำให้กฎอัยการศึกมีลักษณะคลุมเครือและไม่ชัดเจนทั้งในเงื่อนไขของการประกาศใช้และระเบียบปฏิบัติของเจ้าหน้าที่ทหารที่มีการเปลี่ยนแปลงไปบ้างตามยุคสมัย ซึ่งอาจเป็นเพราะกฎอัยการศึกเป็นเครื่องมือในการช่วงชิงอำนาจ ในยามสถานการณ์ไม่ปกติที่ใช้ง่ายที่สุดก็เป็นได้

### 3.2.2.2 การปรากฏตัวในสถานการณ์ไม่ปกติและเพียงชั่วคราว

เป็นที่เข้าใจได้ว่า ในบางสถานการณ์บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ใช้บังคับในช่วงเวลาปกติ อาจไม่สามารถตอบสนองต่อเหตุการณ์ไม่ปกติซึ่งมีความรุนแรงและเกิดขึ้นในฉับพลันได้ และเมื่อไม่อาจบังคับใช้มาตรการทางกฎหมายในยามปกติได้ จึงนำสู่ความจำเป็นในการประกาศใช้กฎหมายความมั่นคงในระดับต่างๆ จากมาตรการเบาไปสู่มาตรการที่หนักสุด กฎอัยการศึกจึงปรากฏตัวขึ้นเพื่อเป็นหนทางสุดท้ายที่รัฐจะฟื้นคืนสู่สภาวะปกติ

ดังที่กล่าวในหัวข้อข้างต้นว่าด้วยความไม่ชัดเจนของกฎอัยการศึก สืบเนื่องจากความเกี่ยวพันกับสถานการณ์หรือข้อเท็จจริงในแต่ละกรณีประการหนึ่ง และเกี่ยวกับอำนาจในการตัดสินใจของผู้มีอำนาจในขณะนั้นอีกประการหนึ่ง ข้อเท็จจริงของสถานการณ์ในขณะนั้นจึงถือเป็นเงื่อนไขอย่างหนึ่งในการประกาศกฎอัยการศึก การประกาศกฎอัยการศึกสามารถทำได้ต่อเมื่อมีความจำเป็นอย่างยิ่งยวดเท่านั้น เทียบคำพิพากษาในคดี Ex parte Milligan การประกาศกฎอัยการศึกทำได้ระหว่างที่มีการรุกรานของต่างชาติหรือสงครามกลางเมือง รวมถึงการที่ศาลพลเรือนไม่สามารถ

<sup>16</sup> Charles Fairman, *supra* note 14, p. 596.

เปิดทำการได้ตามปกติ<sup>17</sup> ดังนั้นในสหรัฐอเมริกาการประกาศกฎอัยการศึกทำได้เมื่อผู้รุกรานหรือในสถานการณ์สงคราม แน่ใจว่าหากเป็นช่วงเวลา Time of Peace หรือในสถานการณ์ปกติจะไม่สามารถประกาศใช้กฎหมายดังกล่าวได้ ปัญหาอย่างหนึ่งของลักษณะเฉพาะนี้คือ ความจำเป็นเช่นนั้นเป็นความจำเป็นในระดับใด หรือสถานการณ์ไม่ปกติเพียงใดจึงจะมีความจำเป็นพอที่กฎอัยการศึกจะปรากฏตัวขึ้นได้

หลักการเดียวที่ทำให้ระบบกฎหมายของอังกฤษยอมรับสิ่งที่เรียกว่า “กฎอัยการศึก” คือ หลักของความจำเป็น การที่กฎอัยการศึกจะบังคับใช้ได้อย่างนุ่มนวลเป็นเพราะความจำเป็นนั้นยังคงมีอยู่เช่นกัน หากปราศจากความจำเป็นการกระทำทั้งหลายที่อ้างอำนาจกฎอัยการศึกละเลยกลายเป็นการใช้ความรุนแรงที่ผิดกฎหมายในทันที สอดคล้องกับ Albert Venn Dicey ซึ่งได้แสดงความเห็นไว้ว่า ต้องเป็นความจำเป็นอย่างเร่งด่วน หรือความจำเป็นที่เกิดขึ้นอย่างฉับพลันทันที (immediate necessity)<sup>18</sup> ในขณะที่ Sir Frederick Pollock เห็นว่า ความจำเป็นนี้น่าจะหมายถึง ความจำเป็นทางการเมืองหรือเป็นความได้เปรียบทางการเมือง<sup>19</sup> ซึ่งจากการศึกษาผู้เขียนพบว่า แนวคิดพื้นฐานของกฎอัยการศึกละเลยต้องการเป็นเครื่องมือขั้นสุดท้ายสำหรับปกป้องรัฐในสถานการณ์ฉุกเฉิน ซึ่งไม่อาจล่าช้าได้ จำต้องดำเนินการให้ทันทั่วทั้งที่ แม้ในระยะหลังการใช้กฎอัยการศึกจะถูกใช้ในเรื่องทางการเมืองโดยอ้างความมั่นคงของรัฐและไม่อาจปฏิเสธความเป็นการเมืองภายใต้การตัดสินใจประกาศใช้กฎอัยการศึกโดยผู้ถืออำนาจสูงสุดของรัฐ ดังนั้น Dicey ได้กล่าวถึงหลักการที่ควรจะเป็นอย่างถูกต้องส่วน Pollock ก็กล่าวถึงในทางปฏิบัติที่เกิดขึ้นจริงเช่นกัน

การใช้กฎอัยการศึกในประวัติศาสตร์ที่ผ่านมา รวมถึงความเห็นของนักวิชาการหลายท่านได้พยายามอธิบายถึงสถานการณ์หรือเหตุอันสมควรในการประกาศใช้กฎอัยการศึก โดยเฉพาะการตีความและการตัดสินใจว่าความจำเป็นระดับใดจึงสมควรประกาศใช้ นอกเหนือจากกรณีสงคราม (State of War) ยังรวมถึงสถานการณ์ไม่ปกติ กล่าวคือ สถานการณ์ความรุนแรงที่ทำให้กฎหมายในระบบปกติไม่สามารถจัดการได้ ไม่ว่าจะจากการก่อความไม่สงบภายในประเทศ หรือการรุกรานจากศัตรูภายนอก และภายใต้เงื่อนไขที่ว่า อำนาจของฝ่ายพลเรือนในพื้นที่นั้นไม่สามารถรักษาความสงบเรียบร้อยได้ จึงเป็นสิ่งชอบธรรมที่ประชาชนทุกคนรวมถึงทหารและฝ่ายบริหารจะใช้กำลัง

<sup>17</sup> William Feldman, “Theories of Emergency Powers: A Comparative Analysis of American Martial Law and the French State of Siege,” *Cornell International Law Journal* 38, no. 3, p. 1036 (2005).

<sup>18</sup> Charles Fairman, *supra note 14*, p. 592.

<sup>19</sup> *Ibid.*

เท่าที่จำเป็นสำหรับการฟื้นฟูประเทศสู่ภาวะปกติ Martial Law เป็นคำตอบสำหรับระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) และ State of Siege คือตัวเลือกที่ดีที่สุดของประเทศในระบบกฎหมายซีวิลลอว์ (Civil Law) ซึ่งเป็นแนวคิดกฎหมายมหาชนที่บัญญัติอยู่ในรัฐธรรมนูญ โดยมีประเทศฝรั่งเศสเป็นต้นแบบ<sup>20</sup>

แม้จะมีข้อเท็จจริงที่แสดงให้เห็นเนื้อหาของกฎอัยการศึกในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ เป็นเรื่องของพระราชอำนาจ (Prerogative Power) และอยู่บนพื้นฐานของหลักความจำเป็น ซึ่งเป็นหลักที่ช่วยจำกัดพระราชอำนาจและมีจุดหมายเป็นไปเพื่อฟื้นฟูภาวะปกติแก่รัฐ อนึ่งหลักความจำเป็นดังกล่าว มิใช่สิ่งที่พลเมืองจะอาศัยพึ่งพาหรือวางใจได้<sup>21</sup> ผู้เขียนเข้าใจว่าคงเป็นเพราะความจำเป็น คือเหตุผลที่อ้างในการบังคับใช้กฎอัยการศึกและเป็นทั้งการจำกัดอำนาจไปพร้อม ๆ กัน แต่เนื่องด้วยวัตถุประสงค์หลักของความจำเป็นนั้นเป็นไปเพื่อรัฐ มิติของความจำเป็นในอดีตอาจมิได้มุ่งเน้นคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชน เราจึงไม่อาจไว้วางใจหลักความจำเป็นเช่นนี้ได้ อย่างสนิทใจ รัฐธำธิปัตย์อาจอ้างถึงความจำเป็นในการรวบอำนาจไปเป็นของตนดังที่มีให้เห็นในประวัติศาสตร์ก็เป็นได้

นอกจากประเด็นในเรื่องของความจำเป็นทำให้กฎอัยการศึกปรากฏตัวขึ้นแล้ว การบังคับใช้กฎอัยการศึกซึ่งเป็นกฎหมายที่มีลักษณะเป็นข้อยกเว้น กล่าวคือ ยกเว้นการปฏิบัติตามกฎหมายในระบบปกติ เป็นเสมือนกลไกที่เมื่อนำมาใช้แล้วอาจผ่อนปรนหลักนิติรัฐให้หย่อนลงถึงขนาดยกเว้นรัฐธรรมนูญได้ในบางมาตรา ซึ่งมีผลกระทบต่อสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชน ดังนั้นการบังคับใช้จึงอยู่ภายใต้เงื่อนไขสถานการณ์วิกฤตที่มีความจำเป็นและดำรงอยู่ในระยะเวลาอันจำกัด เนื่องจากรัฐไม่อาจตกอยู่ภายใต้สถานการณ์ไม่ปกติดังกล่าวได้เป็นเวลานาน การยินยอมให้ประกาศใช้กฎอัยการศึกเป็นไปเพื่อให้สถานการณ์วิกฤตกลับคืนสู่ภาวะปกติโดยเร็วที่สุด สภาวะยกเว้น (State of Exception) ไม่อาจดำรงอยู่ได้นาน ดังนั้นระยะเวลาในการประกาศใช้กฎอัยการศึกในแต่ละประเทศจึงมักจะกำหนดระยะเวลาที่เหมาะสมเพื่อเป็นเงื่อนไขหนึ่งในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน และป้องกันการใช้อำนาจจากกฎอัยการศึกในทางไม่ชอบเพื่อครอบงำรัฐ

ภายใต้สถานการณ์ไม่ปกติอันอ้างได้ว่า “มีความจำเป็น” นอกจากสถานการณ์สงครามแล้ว พัฒนาการของกฎอัยการศึกในระยะเวลาต่อมาถูกนำไปใช้ในสถานการณ์การกบฏ การจลาจล สงครามการเมืองที่ก่อความไม่สงบ เนื่องจากมีลักษณะเป็น “สงครามภายใน (Internal War)” กล่าวคือ ส่งผลต่อการดำรงอยู่ของรัฐ สามารถทำลายการทำงานของเจ้าหน้าที่รัฐ

<sup>20</sup> V.D. Sebastian, *supra* note 10, p. 173.

<sup>21</sup> Camaron Moore, *supra* note 7, p. 138.

ในภาวะปกติได้ไม่ต่างจากการเกิดสงคราม ในมิตินี้กฎอัยการศึกมิได้มีไว้เพียงจัดการกับศัตรู ทว่าใช้งานกว้างไปถึงการกระทำเพื่อฟื้นฟูความสงบเรียบร้อยของประเทศ<sup>22</sup> ก่อนที่ในสถานการณ์ความไม่สงบภายในประเทศจะมีการบัญญัติกฎหมายที่เหมาะสมเช่น กฎหมายในสถานการณ์ฉุกเฉิน

แม้กฎอัยการศึกจะถูกนำไปใช้ในสถานการณ์ไม่ปกติและมีความฉุกเฉินในหลายรูปแบบก็จริง แต่ต้องไม่ลืมว่าในสมัยโบราณมิได้มีกฎหมายที่ใช้ในยามฉุกเฉินหรือกฎหมายในสถานการณ์ไม่ปกติมากนัก ในขณะที่นั้นอาจมีกฎอัยการศึกเป็นกฎหมายฉุกเฉินเพียงประเภทเดียวที่ใช้แก้ไขสถานการณ์วิกฤต เป็นเหตุหนึ่งที่ทำให้กฎอัยการศึกนำไปใช้ได้กว้างกว่าที่ควรจะเป็น กฎอัยการศึกจึงกลายเป็น “ยาแรง” หรือหนทางสุดท้ายที่จะนำมาใช้รักษาความมั่นคง ความสำคัญอยู่ตรงที่ว่าเมื่อยุคสมัยเปลี่ยน ระบบกฎหมายความมั่นคงสำหรับจัดการในสถานการณ์ไม่ปกติมีจำนวนมากขึ้น ทั้งรูปแบบกฎหมาย และบทบัญญัติที่ปรับเปลี่ยนจากรูปแบบเดิมเพื่อรับมือกับสภาวะวิกฤตที่หลากหลายมิใช่เพียงภาวะสงครามในมิติอดีตเท่านั้น การรักษาความมั่นคงของรัฐในปัจจุบันจึงไม่อาจละเลยการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชน กฎอัยการศึกจึงค่อย ๆ พัฒนาไปเป็นกฎหมายในสถานการณ์ฉุกเฉิน (Emergency Law) ภายใต้การจัดการของเจ้าหน้าที่พลเรือนเป็นหลัก

### 3.2.2.3 ความเกี่ยวข้องกับเจ้าหน้าที่ทหาร การปฏิบัติหน้าที่ระหว่างกองทัพกับเจ้าหน้าที่พลเรือน และศาลยุติธรรมกับศาลทหาร

(1) **เจ้าหน้าที่ทหารมีอำนาจเหนือเจ้าหน้าที่พลเรือน** ลักษณะเฉพาะที่สำคัญอีกประการเมื่อมีการประกาศกฎอัยการศึก คือ การที่เจ้าหน้าที่ทหารเข้ามามีบทบาทและทำหน้าที่ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการป้องกันและปราบปรามแทนเจ้าหน้าที่พลเรือน ทั้งยังอาจมีอำนาจบังคับบัญชาเหนือเจ้าหน้าที่พลเรือนซึ่งเกิดขึ้นได้เฉพาะกรณีมีสถานการณ์ไม่ปกติในลักษณะจำเป็นอย่างยิ่งยวด การประกาศกฎอัยการศึกจึงเป็นหนทางสุดท้ายเพื่อความอยู่รอดของรัฐ<sup>23</sup> เนื่องจากการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่พลเรือนในสถานการณ์ดังกล่าวย่อมไม่เพียงพอในการแก้ไขปัญหา จำต้องมีเจ้าหน้าที่ทหารในการปราบปรามกบฏที่มีอาวุธ หรือภัยคุกคามที่มีลักษณะเป็นสงคราม ในส่วนนี้ผู้เขียนมีความเข้าใจและมีได้ปฏิเสธความสำคัญของการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ทหารในบริบทดังกล่าว

การประกาศ State of Siege ในฝรั่งเศสก็เช่นเดียวกัน ในมาตรา 7 แห่งรัฐธรรมนูญปี 1849 กำหนดให้การใช้อำนาจในการรักษาความสงบเรียบร้อย (pouvoir de police) จะเปลี่ยนผ่านอำนาจจากพลเรือน (l'autorité civile) ไปสู่อำนาจทางการทหาร (l'autorité militaire)

<sup>22</sup> *Ibid.*, p. 140.

<sup>23</sup> รายละเอียดโปรดดูข้อ 3.2.2.2 การปรากฏตัวในสถานการณ์ไม่ปกติ

ดังนั้นเมื่อมีการประกาศกฎอัยการศึกแล้ว การตัดสินใจในการใช้อำนาจเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อย จึงขึ้นอยู่กับอำนาจทางการทหารเป็นสำคัญ<sup>24</sup>

อย่างไรก็ดี Sir Alfred Milner และ A.V. Dicey มีความเห็นไปในทำนองเดียวกันสำหรับการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่พลเรือนกับเจ้าหน้าที่ทหารว่า ในพื้นที่ประกาศกฎอัยการศึก หากเจ้าหน้าที่พลเรือนยังสามารถปฏิบัติหน้าที่ได้ ย่อมมีอำนาจในการปฏิบัติหน้าที่ของตนต่อไป จนกว่าจะมีเหตุขัดแย้งกับเจ้าหน้าที่ทหาร ในกรณีนี้อำนาจทหารจะมีมากกว่า<sup>25</sup> หมายความว่า เจ้าหน้าที่พลเรือนยังคงมีอำนาจและหน้าที่ตามปกติ ทว่าหากมีเหตุขัดแย้งหรือขัดขวางการทำงานของเจ้าหน้าที่ทหาร เจ้าหน้าที่ทหารย่อมมีอำนาจเหนือกว่าในการออกคำสั่ง หรือปฏิบัติการใดๆแทนที่เจ้าหน้าที่พลเรือน

(2) ศาลทหารเมื่อประกาศกฎอัยการศึก นอกจากความสัมพันธ์ระหว่างเจ้าหน้าที่ทหารและพลเรือนแล้ว ประเด็นที่น่าสนใจอีกประการหนึ่งคือ ความสัมพันธ์ระหว่างศาลยุติธรรมและศาลทหารหรือศาลพิเศษอื่นที่จัดตั้งขึ้นเฉพาะในห้วงเวลาไม่ปกติ ในยามสงครามหรือมีการจลาจลภายในประเทศย่อมส่งผลถึงการอำนวยความสะดวกให้หยุดชะงักลง กล่าวคือ ศาลยุติธรรมอาจไม่สามารถปฏิบัติหน้าที่ได้ และการบังคับใช้กฎอัยการศึกเป็นหนทางสุดท้ายที่จะนำพาบ้านเมืองสู่ภาวะปกติ “การกระทำของทหาร ในการคืนความสงบเรียบร้อย ไม่อาจถูกตรวจสอบได้โดยศาลทหาร หากสถานการณ์ไม่ปกตินั้นยังดำรงอยู่” และเมื่อรัฐอยู่ในสภาวะวิกฤตแม้แต่กระบวนการยุติธรรมยังต้องหยุดชะงัก ศาลทหารในยามประกาศกฎอัยการศึกจึงจัดตั้งขึ้น เราต้องเข้าใจก่อนว่า ในหลายประเทศต่างก็มีศาลทหารในยามปกติสำหรับพิจารณาพิพากษาคดีของเจ้าหน้าที่ทหารและความผิดอันเกี่ยวข้องด้วยการปฏิบัติหน้าที่ทางทหาร ทว่าศาลทหารที่ผู้เขียนจัดให้เป็นลักษณะเฉพาะของกฎอัยการศึกนี้ หมายถึงศาลทหารในสถานการณ์ไม่ปกติที่มีการประกาศกฎอัยการศึกซึ่งมักจะมีอำนาจมากกว่าศาลทหารปกติ

เมื่อพิจารณาการใช้ศาลทหารเป็นกลไกในการควบคุมความสงบเรียบร้อยในประเทศอังกฤษ ปรากฏชัดเจนในสองช่วงคือ ระยะเวลาแรก การพิจารณาภายใต้อำนาจของศาลตำรวจและศาลจอมพล (Court of the High Constable and Earl Martial) หรือศาลแห่งเกียรติยศ (Court of Honor) มีอำนาจลงโทษเจ้าหน้าที่ทหารและตำรวจของกษัตริย์ที่กระทำความผิดฐานกบฏ

<sup>24</sup> William Feldman, *supra note 17*, p. 1025.

<sup>25</sup> Charles Townshend, “Martial Law: Legal and Administrative Problems of Civil Emergency in Britain and the Empire, 1800-1940,” *The Historical Journal*, Vol. 25, No. 1, p. 177 (March 1982).

ผู้ทรงศประเทศ ผู้สร้างควมวุ่นวายหรือปลุกกระดมต่าง ๆ เช่น การพิจารณาและตัดสินโทษของ Thomas, Earl of Lancaster and Leicester ในสมัย Edward II of England ในลักษณะการใช้ กฎอัยการศึกเพื่อลงโทษ<sup>26</sup> แม้จะไม่เข้าเงื่อนไขกฎอัยการศึกที่มีสงครามหรือการจลาจลจากการกบฏ ก็ตาม แต่ในขณะนั้นอำนาจในการบังคับใช้กฎอัยการศึกเป็นของพระมหากษัตริย์ พระองค์สั่งประหาร ทันทีโดยไม่ผ่านกระบวนการยุติธรรม ส่วนในระยะหลัง สืบเนื่องจากการขยายจักรวรรดินิยมของ ประเทศอังกฤษ เมื่อมีการนำกฎอัยการศึกไปบังคับใช้ในดินแดนอาณานิคมเพื่อควบคุมชนพื้นเมือง ที่กระด้างกระเดื่อง รวมถึงการใช้ศาลทหารเป็นเครื่องมืออำนวยความสะดวกในการปราบปราม ความวุ่นวายเหล่านั้น ตัวอย่างเช่น กรณีกบฏจาเมกา (Jamaica Rebellion) ในปี 1865 ผู้ว่าการ อาณานิคมจาเมกาได้อนุญาตให้มีการใช้กำลังบังคับและปราบปรามการจลาจลอย่างโหดร้าย และการ ตัดสินโทษโดยศาลทหาร (Court-Martial) ซึ่งในสถานการณ์ปกติไม่สามารถกระทำได้<sup>27</sup>

อย่างไรก็ดี เมื่อพิจารณาคำพิพากษาในคดีสำคัญในจักรวรรดิอังกฤษ เขตอำนาจของศาลทหารในขณะประกาศกฎอัยการศึกมีการเปลี่ยนแปลงอยู่ตลอด เริ่มจากในกรณี Wolfe Tone's Case ในปี 1798 ซึ่ง Dicey ได้แสดงความเห็นถึงกรณีนี้ไว้ว่า การที่ศาลทหารในเมือง ดับลิน (Dublin) พิพากษาให้กบฏชาวไอริชต้องโทษประหารชีวิต แต่ศาลของไอร์แลนด์ภายใต้ King's Bench ให้มีหมายเรียกตัวมายังศาล (Writ of Habeas Corpus) โดยอ้างว่า Wolfe Tone ไม่ใช่เจ้าหน้าที่ทหารจึงไม่ต้องถูกลงโทษโดยศาลทหาร นับเป็นคดีแรกๆ ที่ศาลวางหลักการไว้ว่าศาล ทหารมีเขตอำนาจศาลเหนือเจ้าหน้าที่ทหารเท่านั้น พลเรือนไม่สมควรที่จะต้องถูกพิจารณาคดีในศาล ทหารทั้งที่ศาลพลเรือนยังคงปฏิบัติหน้าที่อยู่ นอกจากนี้เขาได้แสดงความเห็นเกี่ยวกับคดีนี้โดย ต้องการชี้ให้เห็นว่า แม้ท่ามกลางการต่อสู้ในภาวะไม่ปกติในไอร์แลนด์ กฎอัยการศึกที่บังคับใช้ยังไม่ อาจเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายคอมมอนลอว์<sup>28</sup>

หลักการข้างต้นถูกยึดถือมาโดยตลอดจนกระทั่งในกรณี Ex parte Marais ในปี 1902 ที่มาที่ไปของเรื่องเริ่มจากนาย Francois Marais พลเมืองซึ่งอาศัยอยู่ในอาณานิคม Cape Town ถูกหัวหน้าตำรวจควบคุมตัวตามคำสั่งของทหารซึ่งตั้งข้อหาว่าเขาละเมิดหรือ

<sup>26</sup> J. V. Capua, "The Early History of Martial Law in England from the Fourteenth Century to the Petition of Right," *The Cambridge Law Journal*, Vol. 36, No. 1, pp. 152-155 (April 1977).

<sup>27</sup> Camaron Moore, *supra note 7*, p.134.

<sup>28</sup> Albert Venn Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 10<sup>th</sup> ed (London: Macmillan, 1959), pp. 293-294.

ฝ่าฝืนกฎอัยการศึก ทำให้เขาต้องถูกควบคุมตัวไว้ Marais จึงได้มายื่นอุทธรณ์คำตัดสินของศาลทหาร แห่งกึ่งโตโฮปต่อคณะองคมนตรี เขาอ้างว่า ศาลยุติธรรมยังคงปฏิบัติหน้าที่ได้ตามปกติ แสดงว่า สถานการณ์ไม่ได้อยู่ในภาวะสงครามและกฎอัยการศึกย่อมไม่อาจมีผลใช้บังคับ<sup>29</sup> และหากเขาทำผิดจริง ก็มีใช้อำนาจของทหารที่จะบังคับเหนือพลเรือนได้ เพราะศาลยุติธรรมเปิดทำการอยู่ คณะองคมนตรี (Privy Council)<sup>30</sup> พิจารณาและตัดสินว่า สงครามยังคงดำรงอยู่ แม้ทหารจะอนุญาตให้ศาลยุติธรรม บางแห่งเปิดทำการได้อยู่ก็ตาม คณะองคมนตรีมองไกลออกไปถึงว่า การจลาจลกลางเมืองที่ไม่รุนแรง เท่ากับสงคราม หากทหารไม่เข้าไปจัดการควบคุมความวุ่นวาย ปล่อยให้ผ่านไปก็อาจกลับกลายเป็น สงครามขึ้นมาได้ และจากหลักฐานเชื่อว่าสงครามยังคงดำรงอยู่ การที่ศาลพลเรือนเปิดทำการอยู่ไม่ได้ หมายความว่า การประกาศกฎอัยการศึกไม่ชอบด้วยกฎหมาย ศาลพลเรือนไม่มีเขตอำนาจในการ พิจารณาความเหมาะสมในการปฏิบัติงานของเจ้าหน้าที่ทหารในยามสงคราม<sup>31</sup>

จากข้อมูลคำพิพากษาทั้ง 2 คดี แสดงให้เห็นว่าในช่วงแรกของประเทศ อังกฤษ แม้มีการประกาศกฎอัยการศึก ทว่าศาลยุติธรรมยังสามารถปฏิบัติหน้าที่ได้ ความผิดทาง อาญาทั่วไปย่อมต้องได้รับการพิจารณาโดยศาลพลเรือน เว้นแต่จะมีประกาศข้อบังคับเป็นการเฉพาะ ให้คดีร้ายแรงใดอยู่ในอำนาจศาลทหาร เช่น ความผิดฐานกบฏหรือทรยศชาติ จนทำให้นักวิชาการ ส่วนหนึ่งใช้เกณฑ์การเปิดทำการของศาลพลเรือนเพื่อพิจารณาว่ามีสถานการณ์ฉุกเฉินอันสมควร ประกาศกฎอัยการศึกหรือไม่ แต่การวินิจฉัยอุทธรณ์ของสภาองคมนตรีในคดีหลังได้กลับหลักการเดิม โดยระบุในทำนองว่า การที่พลเรือนและศาลยุติธรรมยังคงปฏิบัติหน้าที่ได้ตามปกติอยู่นั้น ไม่ได้ หมายความว่า รัฐมีได้อยู่ในสถานะสงครามและการประกาศกฎอัยการศึกจะทำได้<sup>32</sup> ในประเด็นนี้ ผู้เขียนเห็นว่าการเปิดทำการตามปกติของศาลยุติธรรมและการทำงานของเจ้าหน้าที่พลเรือน ย่อมแสดงให้เห็นว่า กลไกตามกฎหมายในภาวะปกติยังคงดำเนินอยู่ได้ ซึ่งให้เห็นว่ามีได้อยู่ในสถานะ

<sup>29</sup> Charles Townshend, *supra note 25*, p. 182.

<sup>30</sup> Privy Council หรือ The Judicial Committee of the Privy Council (JCPC) เป็นคณะองคมนตรี ทำหน้าที่เป็นศาลสูงสุดของศาลอุทธรณ์สำหรับดินแดนในเครือจักรภพของ อังกฤษ กล่าวคือ เป็นศาลสุดท้ายของดินแดนในจักรวรรดิ ในช่วงขยายจักรวรรดิมีความสำคัญ อย่างมากในการพิจารณาอุทธรณ์ซึ่งส่งมาจากศาลทหารในดินแดนอาณานิคม และคำพิพากษานี้ ไม่ผูกพันถึงศาลในสหราชอาณาจักรแต่ผูกพันศาลทุกแห่งในเครือจักรภพ

<sup>31</sup> Marais [1902] AC 109, 114. Quoted in Camaron Moore, *supra note 7*, p. 142.

<sup>32</sup> Khagesh Gautam, *supra note 9*, p. 127.

สงครามหรือสถานการณ์วิกฤตอันจำเป็นต้องประกาศใช้กฎอัยการศึก ดังนั้นเกณฑ์การเปิดทำการของศาลพลเรือนสมควรเป็นหนึ่งในเกณฑ์พิจารณาความจำเป็นในการใช้กฎอัยการศึก

ในประเทศฝรั่งเศส เมื่อมีการประกาศ State of Siege ทหารจะจัดตั้งศาลทหารเพื่อพิจารณาทั้งเจ้าหน้าที่ทหารและพลเรือน โดยมีอำนาจพิจารณาคดีอาชญากรรมและความผิดเกี่ยวกับความปลอดภัยของประเทศ รัฐธรรมนูญและความผาสุกของประชาชน ส่วนศาลพลเรือนได้รับอนุญาตให้มีอำนาจพิจารณาคดีที่ไม่อยู่ในประเภทดังกล่าว ทั้งนี้เป็นไปตามรัฐบัญญัติ 1849 ในมาตรา 8 และรัฐบัญญัติ 1878 ในมาตราเดียวกัน<sup>33</sup> ดังนั้น หากเกิดสงคราม ศาลทหารจะถูกร้องขอให้เป็นผู้ดำเนินคดีทั้งคดีแพ่งและคดีอาญา ทว่าสองสิ่งที่ต้องพิจารณา คือ 1. ภายใต้กฎหมายยุติธรรมทหาร (Code of Military Justice) ศาลทหารยังคงมีประธานศาลซึ่งเป็นผู้พิพากษาพลเรือนที่มีตำแหน่งทางทหาร และ 2. การพิจารณาคดีทุกประเภท อาจถูกมอบหมายให้ศาลยุติธรรมทำหน้าที่พิจารณาในขณะที่ ประกาศ State of Siege ก็ได้ เว้นในกรณี ที่ เจ้าหน้าที่ ทหารมีความจำเป็นที่ต้องเข้าแทรกแซง<sup>34</sup>

ในสงครามโลกครั้งที่ 1 มีการประกาศ State of Siege ในฝรั่งเศส นำไปสู่การจัดตั้งศาลทหารขึ้นในแต่ละเขตและมีศาลพิเศษสำหรับพิจารณาคดีร้ายแรงหรือกรณีวิกฤต โดยมีการจัดตั้งศาลอุทธรณ์ขึ้นเพื่อพิจารณาคัดตัดสินของศาลล่าง ทั้งนี้แม้จะมีการจำกัดการกระทำ ความผิดที่อยู่ในอำนาจของศาลทหารตามมาตรา 8 ก็ตาม แต่ศาลทหารยังคงมีอำนาจพิจารณาได้เกือบทุกกรณี เนื่องจากการตีความภาษากฎหมายซึ่งกว้างและครอบคลุมโดยปริยาย และหากเกิดการพิพาทโต้แย้งระหว่างเจ้าหน้าที่ทหารและเจ้าหน้าที่พลเรือนในเขตอำนาจศาลเหนือคดีที่สำคัญ ทหารจะเป็นผู้มีสิทธิขาดในการตัดสินว่าคดีใดอยู่ในอำนาจพิจารณาของตน นอกจากนี้ ศาลทหารยังร้องขอให้มีอำนาจเหนือคดีอาญาซึ่งไม่เกี่ยวข้องกับความปลอดภัยและความสงบเรียบร้อยของรัฐ เช่น การลักทรัพย์บนรถไฟหรือการพยายามฆ่าคู่อริของตน แม้จะมีโอกาสขยายอำนาจของศาลออกไปในบางครั้ง แต่ในกรณีปกติมักมอบหมายให้ศาลพลเรือนในพื้นที่ที่มีอำนาจพิจารณาคดี<sup>35</sup> อย่างไรก็ตาม ผลสะท้อนจากการไม่บังคับตามเขตอำนาจของศาลทหารนำไปสู่การตรากฎหมายกำหนดเขตอำนาจศาลทหารอย่างชัดเจนในเวลาต่อมา

ส่วนกรณีของสหรัฐอเมริกา คดี Ex parte Milligan ได้วางหลักการพื้นฐานสำหรับศาลทหารในระหว่างการประกาศกฎอัยการศึกไว้ โดยศาลปฏิเสธการพิจารณาคดีของ

<sup>33</sup> William Feldman, *supra note 17*, p. 1030.

<sup>34</sup> Max Radin, *supra note 3*, p. 641.

<sup>35</sup> William Feldman, *supra note 17*, p. 1030.

ศาลทหารในคดีของมิลลิแกน เนื่องจากศาลพลเรือนที่มีเขตอำนาจเหนือคดียังคงเปิดทำการตามปกติ แสดงให้เห็นอย่างชัดเจนว่า ศาลทหารจะมีอำนาจพิจารณาคดีได้ก็ต่อเมื่อศาลพลเรือนในระบบปกติไม่สามารถเปิดทำการได้ ซึ่งอาจเป็นเพราะสถานการณ์ฉุกเฉินหรือภาวะสงครามในประเทศ เมื่อนั้น ศาลทหารจึงจัดตั้งขึ้นมาเพื่อเขตอำนาจศาลเหนือดินแดนที่ประกาศใช้กฎอัยการศึก โดยมีได้คำนึงถึง ลักษณะของความผิด<sup>36</sup>

หากเปรียบเทียบศาลทหารในระหว่างประกาศกฎอัยการศึกในฝรั่งเศส และสหรัฐอเมริกา จะเห็นว่ามีความแตกต่างกัน กล่าวคือ ในสหรัฐอเมริกาศาลทหารมีอำนาจพิจารณาคดีพลเรือนก็ต่อเมื่อศาลยุติธรรมไม่สามารถปฏิบัติหน้าที่ได้ เช่นเดียวกับแนวคำตัดสินช่วงแรกของอังกฤษ ในคดี Wolfe Tone's Case ดังนั้นเมื่อมีการก่อตั้งศาลทหารขึ้นในพื้นที่ที่เคยมีเขตอำนาจจัดการคดีความได้ทุกกรณีโดยไม่คำนึงถึงความผิด ส่วนศาลทหารในฝรั่งเศสเมื่อประกาศ State of Siege ศาลทหารและศาลพลเรือนยังคงปฏิบัติหน้าที่ไปพร้อมกันได้ โดยศาลทหารมีเขตอำนาจเหนือพลเรือนในกรณีความผิดเกี่ยวกับอาชญากรรมร้ายแรง รวมถึงอาชญากรรมต่อรัฐ การกบฏทรยศชาติ ส่วนศาลพลเรือนยังคงมีเขตอำนาจเหนือคดีอื่นๆ ทั่วไป<sup>37</sup> ศาลทหารของฝรั่งเศสจึงได้เปรียบอยู่บ้าง อย่างน้อยก็ในเรื่องความชัดเจน

#### 3.2.2.4 การเป็นข้อยกเว้นกฎหมายในระบบปกติอันกระทบสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชน

“salus populi est suprema lex” เป็นคำกล่าวของซีเซโร (Cicero's maxim) แปลความได้ว่า the safety of the people is the supreme law หรือ “ความปลอดภัยของประชาชนเป็นกฎหมายสูงสุด” ในบริบทยุคโรมันขณะนั้นตีความได้ว่า เมื่อความปลอดภัยของประชาชนตกอยู่ภายใต้การคุกคามในสถานการณ์ฉุกเฉิน กฎหมายที่ใช้บังคับไม่ใช่กฎหมายว่าด้วยเรื่องสิทธิ แต่เป็นการตัดสินใจของผู้มีอำนาจในฐานะผู้นำเพื่อรักษาความปลอดภัยของประชาชนในชาติ<sup>38</sup> หมายความว่า การกระทำใดๆ ในสถานการณ์วิกฤตอันเป็นไปเพื่อปกป้องคุ้มครองประชาชนแล้ว สิ่งนั้นถือเป็นกฎหมายสูงสุด (โรมันในขณะเกิดสถานการณ์ฉุกเฉิน อำนาจทั้งหมดอยู่ที่ผู้เผด็จการ) ทว่า

<sup>36</sup> Ex parte Milligan, 71 U.S. (4 Wall.) 2, 108 (1866), William Feldman, *supra* note 17, p. 1037.

<sup>37</sup> *Ibid.*

<sup>38</sup> David Dyzenhaus, “The Safety of the People is the Supreme Law,” Retrieved on November 19, 2019, from <https://newramblerreview.com/book-reviews/classics/the-safety-of-the-people-is-the-supreme-law>.

ตีความกลับกันในบริบทปัจจุบัน ความปลอดภัยของประชาชนในชาติคือ กฎหมายสูงสุด ซึ่งหมายรวมถึง การคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชนด้วยแล้ว แม้ในสถานการณ์ฉุกเฉินความพยายามในการ ป้องกันและแก้ไขสถานการณ์ของประเทศย่อมทำได้เท่าที่ไม่กระทบสิทธิเสรีภาพประชาชนเกินสมควร การกระทำเพื่อคุ้มครองประชาชนในมิตินี้จึงสมควรเป็นกฎหมายสูงสุด ในส่วนนี้ผู้เขียนต้องการชี้ให้เห็นถึงลักษณะเด่นอย่างหนึ่งของกฎอัยการศึก ตลอดจนกฎหมายความมั่นคงอื่นๆ อันเป็นกฎหมายที่เมื่อบังคับใช้แล้วมีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชน เป็นการปะทะกันของสองคุณค่าหลัก คือ ความมั่นคงของรัฐกับสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชน

การใช้ State of Siege หรือกฎอัยการศึกในประเทศฝรั่งเศสสามารถพิจารณาการจำกัดสิทธิเสรีภาพของพลเมืองได้ประจักษ์ชัด เนื่องจากมีการบัญญัติเป็นกฎหมาย เช่น ในรัฐบัญญัติว่าด้วยกฎอัยการศึกในปี 1849 มาตรา 9 ให้เจ้าหน้าที่ทหารมีอำนาจพิเศษ โดยเฉพาะสิทธิในการตรวจค้น ยึด สิทธิในการปลดปล่อยนักโทษและบุคคลเร่ร่อน มีสิทธิควบคุมอาวุธ ยุทโธปกรณ์ ตลอดจนห้ามการชุมนุมและตีพิมพ์อันอาจก่อให้เกิดความวุ่นวาย<sup>39</sup> คำสั่งดังกล่าวแน่นอนว่าเป็นการละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐานของพลเมืองซึ่งรัฐไม่อาจทำได้ในสถานการณ์ปกติ ทว่าหากเป็นในภาวะวิกฤต เช่น ในยามสงคราม พลเรือนทั้งหลายย่อมต้องสละสิทธิพื้นฐานบางประการในระยะเวลาจำกัด กฎอัยการศึกจึงเป็นมาตรการป้องกันปราบปรามข้าศึกที่มารุกรานหรือปราบปรามผู้ก่อการร้าย เพื่อรักษาชีวิตพลเรือนและความมั่นคงของรัฐที่กระทำได้ อย่างไรก็ตาม แม้กฎหมายนี้จะระงับสิทธิเสรีภาพของประชาชนในบางส่วนแต่ก็ได้บัญญัติเรื่องการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานอื่นที่มีได้มีกฎหมายชัดเจนไว้ในมาตรา 11 สิทธิตามที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ไม่ถูกระงับไป ยังคงมีผลบังคับใช้ได้เต็มรูปแบบเป็นความพยายามที่จะคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานอื่นซึ่งแม้จะมีการประกาศกฎอัยการศึกก็ไม่อาจละเมิดได้

ในสหรัฐอเมริกา ช่วงสงครามกลางเมืองเมื่อ ค.ศ. 1861 อับราฮัม ลินคอล์น ประธานาธิบดีแห่งสหรัฐอเมริกาสั่งระงับสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคลในอันที่จะได้รับการปล่อยจากการคุมขังที่มีชอบ (Habeas Corpus) โรเจอร์ บี. แทนีย์ (Roger B. Taney) ประธานศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกาขณะนั้นมีคำวินิจฉัยในคำร้องฝ่ายเดียวของแมร์ริแมน (Ex parte Merryman) สรุปความได้ว่า ประธานาธิบดีมีอำนาจระงับเอกสิทธิ์ในอันที่จะได้รับการปล่อยจากการคุมขังที่มีชอบ (Habeas Corpus) และไม่อาจให้อำนาจเจ้าพนักงานทหารระงับเอกสิทธิ์เช่นนั้นด้วย<sup>40</sup> นอกจากนี้

<sup>39</sup> The Law of 1849 translated in Clinton L. Rossiter, *Constitutional Dictatorship: Crisis Government in Modern Democracies*, (Princeton: Princeton University Press, 1948), p. 82.

<sup>40</sup> See Ex parte Merryman (1861), Charles Fairman, *supra note 14*, p. 608.

ในช่วงสงครามโลกครั้งที่ 2 มีหลายคดีที่ประชาชนต้องยอมเสียสิทธิเสรีภาพ เช่น ในคดีระหว่าง ฮิระบายาชิกับสหรัฐอเมริกา (Hirabayashi v. United States) ในปี 1943 ศาลสูงแห่งสหรัฐอเมริกา ยังรับรองว่า การห้ามชนกลุ่มน้อยออกจากเคสสถานในยามวิกาลนั้นชอบด้วยรัฐธรรมนูญ เพราะประเทศชาติกำลังทำสงครามกับรัฐแม่ของชนเหล่านี้<sup>41</sup> แม้จะต้องจำกัดเสรีภาพในการเดินทาง แต่เนื่องจากพวกเขาเป็นชาวญี่ปุ่นประเทศคู่สงคราม กรณีเหล่านี้เจ้าหน้าที่ย่อมต้องเข้มงวดซึ่งเราก็ตอบได้ว่า

Henry Hallam นักวิชาการที่มีชื่อเสียงยอมรับว่า อาจมีช่วงเวลาวิกฤตที่เป็นอันตรายเกิดขึ้นอย่างปัจจุบันทันด่วน เรียกร้องให้มีการเสียสละสิทธิตามกฎหมายเพียงเล็กน้อย รวมถึงการละทิ้งกฎเกณฑ์ตามรัฐธรรมนูญชั่วคราว ซึ่งเป็นเรื่องปกติสำหรับทุกรัฐบาลในระหว่างเกิดการจลาจล การประกาศกฎอัยการศึก รวมถึงการระงับเขตอำนาจในทางแพ่งยอมเกิดขึ้นได้<sup>42</sup> แนวคิดดังกล่าวของฮอลแลมและนักกฎหมายชาวอังกฤษอีกหลายท่านเป็นอันตรายอย่างยิ่ง สำหรับข้อเท็จจริงที่ว่า เมื่อกฎหมายในระบบปกติพังทลายลง หน่วยงานเดียวที่สามารถทดแทนได้คือทหาร แม้จะหมายถึงเฉพาะในกรณีมีความจำเป็นก็ตาม เป็นตัวอย่างให้เห็นว่านักวิชาการส่วนหนึ่งเห็นด้วยและพยายามอธิบายเหตุผลที่ยอมให้ความมั่นคงของประเทศอยู่เหนือสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชนได้ในสถานการณ์ปกติ ฝ่ายที่ไม่เห็นด้วยและท้วงติงก็เพราะไม่อาจวางใจนำสิทธิเสรีภาพของเราไปวางไว้ในกำมือของทหารได้

ในค.ศ.1998 วิลเลียม เรห์นควิสต์ (William Rehnquist) ประธานศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกากล่าวในบทความ กฎหมายมีทุกอย่างยกเว้นอย่างเดียวคือ เสรีภาพของพลเมืองในยามสงคราม (All the Laws but One: Civil Liberties in Wartime) สรุปความได้ว่า ในอนาคตศาลไม่ควรยอมรับการบั่นทอนเสรีภาพของพลเมืองในภาวะสงครามอีก เขาเน้นย้ำว่า "เป็นไปได้ และไม่มีทางจะเป็นได้เลยที่เสรีภาพของพลเมืองจะยังให้เกิดความได้เปรียบเสียเปรียบในยามรบดุจเดียวกับในยามสงบ แต่ควรอย่างยิ่งและเป็นไปได้ที่ศาลจะใส่ใจให้มากขึ้นในข้อที่รัฐบาลอ้างว่าจำเป็นต้องลดทอนสิทธิของพลเมือง" ถ้าทำเช่นนี้ได้กฎหมายก็จะไม่เจียบงัน เมื่อต้องประชันกับอาวุธ

<sup>41</sup> Hirabayashi v. United States, 320 U.S. 81 (1943).

<sup>42</sup> Henry Hallam, "Constitutional History of England from the Accession of Henry VII to the Death of George II" (1827), p. 258. quoted in Charles Townshend, *supra note 25*, p. 170.

อีกต่อไป แต่กฎหมายจะได้เปล่งเสียงที่ต่างกันออกไป<sup>43</sup> ในส่วนนี้ผู้เขียนชื่นชมและเห็นด้วยกับผู้พิพากษา ทว่ายังมีความกังวลถึงในทางปฏิบัติจะสามารถทำได้มากน้อยเพียงใด ผู้เขียนรู้เพียงว่ามีสิทธิขั้นพื้นฐานบางประการเท่านั้นที่รัฐจะขอให้เราเสียสละได้ และต้องเป็นความจำเป็นที่ได้สัดส่วนระหว่างการกระทำและผลด้วย

### 3.3 พัฒนาการทางประวัติศาสตร์ของ “กฏอัยการศึก”

ในเบื้องต้นเราได้ทราบตัวตนและลักษณะของกฏอัยการศึกโดยสังเขปในหัวข้อก่อนแล้ว เพื่อความเข้าใจกฎหมายความมั่นคงประเภทนี้ยิ่งขึ้น ผู้เขียนจึงพยายามสืบสาวข้อมูลทางประวัติศาสตร์ตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบัน นำมาจัดระบบให้เห็นพัฒนาการและการปรับเปลี่ยนไปของกฎหมายว่าด้วย “กฏอัยการศึก” ดังต่อไปนี้

ย้อนกลับไปในยุคสมัยโรมันภายใต้การปกครองแบบสาธารณรัฐ สถาบันที่สำคัญในขณะนั้นประกอบด้วยกงสุล (Consul) วุฒิสภา (Senate) และสภาสามัญ (Assembly of Citizens) การปกครองในระบบกฎหมายปกติจะมีกงสุล 2 คน ทำหน้าที่เป็นประมุขของฝ่ายบริหาร ซึ่งเป็นพวกแพทริเซียนหรือกลุ่มชนชั้นสูงที่มาจากการเลือกตั้งโดยสภาสามัญ ทั้งสองมีอำนาจเท่าเทียมกัน และอยู่ในตำแหน่งวาระละ 1 ปี กงสุลสามารถปรึกษาซึ่งกันและกันและสามารถยับยั้ง (veto) ซึ่งกันและกันได้ หากเป็นในยามสงครามหรือยามฉุกเฉินจะมีการแต่งตั้งผู้เผด็จการ (Dictator) เพียงคนเดียว เป็นผู้นำในการบริหารและมีอำนาจแต่ผู้เดียวในการแก้ไขสถานการณ์วิกฤตนั้น

Dictator หรือผู้เผด็จการ (magistratus extraordinarius) ในยุคโรมันนั้นค่อนข้างเป็นคำในแง่บวก กล่าวคือ ผู้เผด็จการที่จะมีอำนาจสูงสุดนี้จะต้องมาตามวิถีทางของรัฐธรรมนูญ และเป็นการแต่งตั้งขึ้นมาเพื่อวัตถุประสงค์บางอย่างที่จะระบุชัดเจน ตลอดจนมีช่วงระยะเวลาอยู่ในตำแหน่งไม่เกิน 6 เดือน<sup>44</sup> จึงไม่ใช่ความหมายของทรราชย์ที่ยึดอำนาจมาแบบรวมศูนย์อำนาจไว้ที่ตน และใช้ตามอำเภอใจ สำหรับวิธีการคัดเลือกผู้เผด็จการเป็นไปตามที่รัฐธรรมนูญกำหนด โดยเริ่มจากสภาซีเนท ออกประกาศขึ้นมาเพื่อให้กงสุลเลือกผู้เผด็จการ กงสุลทั้งสองคนทำการเลือกหาผู้เผด็จการที่จะมาใช้อำนาจสูงสุด โดยต้องผ่านสภาซีเนทอีกครั้ง ผู้ได้รับแต่งตั้งจะมีอำนาจมาก สั่งลงโทษ ยกเว้นกฎหมาย ทั้งยังไม่มีควมรับผิดชอบทางกฎหมายสำหรับการกระทำในตำแหน่ง ผู้เผด็จการเมื่อได้รับ

<sup>43</sup> William H. Rehnquist, *All the Laws But One: Civil Liberties in Wartime*, (New York: Knopf, 1998), pp. 27–39.

<sup>44</sup> Clinton L. Rossiter, *supra note 39*, p. 20.

แต่ตั้งแล้วจะต้องปฏิบัติภารกิจที่กำหนดไว้ (Cause) ในระยะเวลาไม่เกิน 6 เดือน ตัวอย่างภารกิจของผู้เผด็จการก็เช่น การทำสงคราม การไต่สวนคดีพิเศษ ตลอดจนการเป็นประธานทำพิธีกรรมหรืองานกีฬาที่มีความสำคัญ อย่างไรก็ตาม ในช่วงหลังการคัดเลือกผู้เผด็จการเริ่มมีการเปลี่ยนแปลง สืบเนื่องจากการแย่งชิงอำนาจของกงสุลทั้งสองคน และนำไปสู่การเปลี่ยนวิธีการเลือกผู้เผด็จการโดย Lucius Cornelius Sulla Felix<sup>45</sup> นับเป็นจุดเริ่มต้นของการออกแบบรัฐธรรมนูญที่มีกลไกในการแก้ปัญหาในยามวิกฤตก่อนจะค่อยๆ มีพัฒนาการมาตามลำดับทั้งการออกแบบรัฐธรรมนูญและกฎหมายอื่น ๆ อย่างเช่น กฎอัยการศึกก็ได้ถือกำเนิดขึ้นมาเพื่อเป็นเครื่องมือในการธำรงความเป็นรัฐเช่นกัน

### 3.3.1 จาก Military Law ถึง Martial Law

ดังที่ได้เกริ่นนำในหัวข้อความหมายของกฎอัยการศึกไว้แล้วว่า เมื่อพิจารณาความหมายทางนิติศาสตร์ของ Martial Law พบว่ามีความหมายใกล้เคียงกับ Military Law อีกทั้งยังเป็นกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับทหารและกองทัพ ดังนั้นกฎหมายทั้งสองจึงทำให้หลายคนสับสนและนำไปสู่การถกเถียงในประเด็นที่ว่า Martial Law และ Military Law คือกฎหมายเดียวกันหรือไม่อย่างไร และหากไม่ใช่กฎหมายเดียวกัน กฎหมายทั้งสองมีความสัมพันธ์กันหรือไม่ ซึ่งในช่วงแรกของการศึกษา จากที่ได้อ่านความคิดเห็นของ Lord Chief Justice Loughborough ในกรณี Grant V. Sir Charles ซึ่งมีความเข้าใจว่า Martial Law และ Military Law คือ กฎหมายเดียวกันเพราะใช้กับทหารและกองทัพ<sup>46</sup> รวมทั้งลักษณะเฉพาะของกฎอัยการศึกที่มีความคลุมเครือในการบังคับใช้อยู่แล้วก็ทำให้ผู้เขียนมีความสับสนและคิดว่ากฎหมายทั้งสองฉบับ “อาจจะ” เป็นกฎหมายเดียวกัน แต่เมื่อศึกษามากยิ่งขึ้นก็พบความแตกต่างของกฎหมายทั้งสองฉบับนี้อยู่บางประการ

กฎหมายทหาร (Military Law) เป็นกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติหรืออย่างน้อยต้องมีการตราเป็นกฎหมาย และจะใช้บังคับกับผู้เป็นทหารและกองทัพเท่านั้น เพื่อรักษาวินัยและความเรียบร้อยเรียบร้อยในกองทัพ ในขณะที่กฎอัยการศึก (Martial Law) เป็นกฎหมายแห่งความจำเป็นซึ่งมักเป็นบทบัญญัติส่วนหนึ่งในรัฐธรรมนูญ จะมีการประกาศใช้ต่อเมื่อเจ้าหน้าที่พลเรือนและศาลยุติธรรมไม่สามารถปฏิบัติหน้าที่ได้ตามปกติ เพื่อคุ้มครองและฝ่าฟันวิกฤตกลับสู่สภาวะปกติของรัฐให้ได้ นักวิชาการหลายท่านจึงเห็นว่า กฎอัยการศึกจะมีความถูกต้องชอบธรรมและต้องทำในยามจำเป็นเท่านั้น นอกเหนือจากนี้ ข้อแตกต่างที่สำคัญอีกประการคือ กฎหมายทหารจะใช้บังคับเกี่ยวกับ

<sup>45</sup> *Ibid.*

<sup>46</sup> Grant v. Sir Charles Gould, 126 Eng. Rep. 434, 449 (1792). Quoted in Khagesh Gautam, *supra* note 9.

การทหาร แต่กฎอัยการศึกจะควบคุมทุกเรื่องมากกว่าแค่เรื่องทหาร อาจรวมไปถึงการปกครอง และการศาล<sup>47</sup> ดังนั้นจึงสรุปได้ว่า Martial Law และ Military Law มิใช่กฎหมายตัวเดียวกัน แต่มีลักษณะใกล้เคียงและสัมพันธ์กันอย่างแน่นแฟ้น

ทั้งในทางประวัติศาสตร์ของประเทศอังกฤษ การออกกฎหมายและตั้งศาลทหาร เป็นอำนาจของพระมหากษัตริย์ โดยพระองค์ทรงไว้ซึ่งพระราชอำนาจในการกำหนดกฎระเบียบ (Ordinance) หรือยุทธวิธีการรบ (Article of War) โดยศาลทหาร (Court-Martial) มีรากฐานมาจาก Court of the High Constable and Earl Marshal หรือศาลแห่งเกียรติยศ (Court of Honor) หรือ Court of Chivalry<sup>48</sup> ตั้งขึ้นในศตวรรษที่ 14 สันนิษฐานว่า ในสมัยพระเจ้าเอ็ดเวิร์ดที่ 1 (Edward I) เป็นศาลที่มีอำนาจเหนือความผิดทางทหารซึ่งพระมหากษัตริย์เป็นผู้กำหนดกฎระเบียบดังกล่าว ตลอดจนมีเขตอำนาจเหนือบรรดาความผิดฐานก่อกบฏ ทยศต่อชาติและพระมหากษัตริย์ มักใช้บังคับในยามสงคราม เช่น กรณีสงครามในสมัยพระเจ้าเอ็ดเวิร์ดที่ 1 ต่อผู้นำชาวสกอตและเวลส์ในความผิดฐานทยศต่อชาติ พวกเขาถูกประหารชีวิตโดยมิได้มีการพิจารณาคดีในกระบวนการยุติธรรมปกติ แต่ถูกประกาศโดยพระมหากษัตริย์ในศาล Court of Chivalry ว่าเป็นกบฏและต้องโทษประหารชีวิต<sup>49</sup> เพราะเหตุที่มีการลงโทษโดยการตัดสินของพระมหากษัตริย์หรือจอมทัพของพระองค์นั่นเอง ทำให้สับสนและคิดว่าเป็นลักษณะอย่างหนึ่งของกฎอัยการศึกในยุคก่อน สอดรับกับงานเขียนของ Charles Fairman ซึ่งสรุปประเภทของการบังคับใช้กฎอัยการศึกที่ต่างกันออกไปรวมทั้งกรณีนี้ด้วย<sup>50</sup>

<sup>47</sup> See, Charles M. Clode, “The Law Military as Distinct from Martial Law,” 29 L. MAG. & L. REV. Q. J. JURIS. 24, 25-27, 32 (1870), See generally J. V. Capua, *supra* note 26, p. 152.

<sup>48</sup> Court of the High Constable and Earl Marshal คือ ศาลอัศวินที่ ตั้งขึ้นในสมัยยุคกลาง เดิมเป็นศาลที่บังคับบัญชาเหนือกองทัพทหาร ก่อนจะมีการใช้ควบคู่กับกฎอัยการศึกในการบังคับให้เป็นไปตามกฎหมายภายในประเทศ มีประธานศาลสองคน คือ Lord High Constable และคนที่สอง คือ Earl Marshal ซึ่งล้วนแต่เป็นเหล่าอัศวินและขุนนางชั้นสูง ศาลดังกล่าวหมดอำนาจลง ในสมัยพระเจ้าเฮนรีที่ 8 ปัจจุบันตำแหน่ง Earl Marshal ยังคงมีการแต่งตั้งในเชิงพิธีการตามสายตระกูลอยู่

<sup>49</sup> J. V. Capua, *supra* note 26, p. 154.

<sup>50</sup> รายละเอียดในหัวข้อ 3.2.2.1 ความคลุมเครือและความไม่ชัดเจน

แม้กฎหมายทั้ง 2 ฉบับ จะมีความแตกต่างและไม่ใช้กฎหมายเดียวกัน แต่เราไม่อาจปฏิเสธความสัมพันธ์ใกล้ชิดของ Martial Law และ Military Law เนื่องจากผู้เขียนเห็นว่า Martial Law หรือกฎอัยการศึกนั้นมีพัฒนาการมาจากกฎหมายทหาร ตามลักษณะที่ใกล้เคียงกันในเรื่องที่เกี่ยวกับทหารและกองทัพ ซึ่งมีใช้การบังคับใช้หมู่ทหารแบบวินัยหรือกฎของทหารเท่านั้น แต่เป็นการใช้กฎหมายบังคับทหารให้ทำหน้าที่รักษาความสงบเรียบร้อยของประเทศ เสมือนเป็นการสร้างกลไกที่จะใช้กำลังทหารเข้าช่วยจัดการวิกฤตหรือความจำเป็นของรัฐซึ่งไม่อาจใช้วิธีการในสถานการณ์ปกติได้นั่นเอง กฎอัยการศึกซึ่งมีพัฒนาการใกล้ชิดมากับกฎหมายทหารจึงค่อย ๆ พัฒนาขึ้นมาตามลำดับ

### 3.3.2 Martial Law สู่การปรับใช้

กฎอัยการศึกถือกำเนิดขึ้นเมื่อใด ไม่ปรากฏหลักฐานชัดเจน แต่จากการศึกษาผู้เขียนพบว่า กฎอัยการศึกเริ่มปรากฏตัวขึ้นในช่วงศตวรรษที่ 13-14 และเป็นที่ยุติจากการใช้หรือถูกอ้างถึงบ่อยครั้งในช่วงศตวรรษที่ 16 และมีการเปลี่ยนแปลงครั้งสำคัญในแนวคิดบางประการในศตวรรษที่ 19 หรือช่วงยุคล่าอาณานิคมนั่นเอง ก่อนจะเปลี่ยนรูปกลายเป็นกฎหมายความมั่นคงรูปแบบใหม่ให้สอดคล้องกับยุคปัจจุบันที่เรียกว่า กฎหมายในสถานการณ์ฉุกเฉิน (Emergency Law) รายละเอียดโดยสังเขปเป็นไปดังนี้

#### 3.3.2.1 พัฒนาการช่วงศตวรรษที่ 14-17

ในช่วงแรกกฎอัยการศึกดูเหมือนเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายทหาร ในการลงโทษเจ้าหน้าที่ทหารและตำรวจของกษัตริย์ รวมถึงผู้ทำความผิดฐานกบฏ ผู้ทรยศประเทศ ผู้สร้างความวุ่นวายหรือปลุกระดมต่าง ๆ เช่น การพิจารณาและตัดสินโทษ Thomas, Earl of Lancaster ในสมัยพระเจ้าเอ็ดเวิร์ดที่ 2 (Edward II) ในปี ค.ศ. 1322 สืบเนื่องจากความขัดแย้งระหว่างกษัตริย์และขุนนาง จนท้ายที่สุดท่านเอิร์ลก็ถูกตัดสินประหารชีวิตฐานเป็นกบฏซึ่งคาดว่าพิจารณาคดีภายใต้กฎอัยการศึก แม้จะมีข้อกังขาถึงการไม่เข้าเงื่อนไขการบังคับใช้กฎอัยการศึกที่มีสงครามหรือการจลาจลจากการกบฏก็ตาม เพราะในขณะนั้นผู้มีอำนาจใช้กฎอัยการศึกคือพระมหากษัตริย์ ส่วนในกรณีที่ไม่ใช่การจลาจลเต็มรูปแบบอันเนื่องมาจากปัญหาสภาพเศรษฐกิจและสังคม ในขณะนั้นการรักษาความสงบเรียบร้อยของประเทศ พระมหากษัตริย์ทรงใช้มาตรการเพื่อรักษาความสงบในหลายรูปแบบ แต่ไม่ปรากฏว่านำกฎอัยการศึกมาใช้แต่อย่างใด จะเห็นได้ว่าในช่วงเริ่มต้นการใช้กฎอัยการศึกยังไม่ปรากฏรูปร่างที่ชัดเจนนักและมีความใกล้เคียงกับกฎหมาย

ทหาร ตลอดจนกระบวนการยุติธรรมทางทหาร หรือการพิจารณาในศาลทหารจนไม่น่าแปลกใจที่นักวิชาการหลายท่านมองว่าทั้งกฎอัยการศึกและกฎหมายทหารเป็นกฎหมายเดียวกัน<sup>51</sup>

ต่อมากฎอัยการศึกเริ่มเป็นที่รู้จักมากขึ้นจากการนำไปใช้ในยามสงครามและการปราบกบฏในอาณาจักรการลงโทษทหารและอาชญากร มีการตั้งคณะกรรมการพิจารณาด้วยกฎอัยการศึกและสามารถใช้ได้เฉพาะในช่วงเวลาของสงครามหรือการก่อกบฏเท่านั้น และเริ่มมีการเปลี่ยนแปลงครั้งสำคัญเมื่อ “The Petition of Right 1628” หรือ “คำร้องขอสิทธิฟ้องร้องรัฐ” เอกสารซึ่งร่างโดยรัฐสภาแห่งอังกฤษก่อนหน้าที่จะเข้าสู่สงครามกลางเมืองในสมัยพระเจ้าจอห์น (John I) สืบเนื่องจาก พระเจ้าชาร์ลส์ที่ 1 (Charles I) ทรงต้องการกู้เงินมาใช้ทำสงครามซึ่งต้องได้รับความยินยอมจากรัฐสภา แต่เมื่อพระองค์เรียกประชุมสภา ฝ่ายรัฐสภาจึงใช้โอกาสนี้พิจารณาคำร้องทุกข์ที่เกิดจากการเรียกเก็บภาษีโดยไม่ถูกต้องของฝ่ายกษัตริย์ หัวใจสำคัญของ The Petition of Right 1628 คือ การเน้นย้ำหลักที่ว่า ห้ามพระมหากษัตริย์ทรงเก็บภาษีโดยมิได้รับอนุมัติจากรัฐสภา และนักโทษสามารถร้องเรียนการจับกุมโดยขอหมายสั่งให้ส่งตัวผู้ถูกคุมขัง (Writ of Habeas Corpus) มาศาลได้ ทั้งยังมีข้อความที่ระบุถึงกฎอัยการศีกอยู่ด้วย กล่าวคือ กฎอัยการศึกใช้บังคับกับทหารเท่านั้นและไม่สามารถประกาศใช้ในยามสันติ ปราศจากสงครามได้ นับเป็นกฎหมายที่ประกันสิทธิเสรีภาพประชาชนอีกขั้นหนึ่ง และพยายามจำกัดอำนาจของพระมหากษัตริย์มิให้ใช้ตามอำเภอใจ<sup>52</sup>

ข้อมูลจากกฎหมาย The Petition of Right 1628<sup>53</sup> และเหตุการณ์ทางประวัติศาสตร์ในช่วงเวลาดังกล่าวแสดงให้เห็นว่า กฎอัยการศึกเป็นพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ ซึ่งบังคับใช้กับเหล่าทหารของพระองค์ในยามสงครามเท่านั้น และแม้พระเจ้าชาร์ลส์ที่ 1 จะทรงยอมลงนามในกฎหมายดังกล่าว แต่การต่อสู้และช่วงชิงอำนาจของพระมหากษัตริย์และรัฐสภายังคงดำเนินต่อไป เกิดเป็นสงครามกลางเมืองในที่สุด ผลจากการต่อสู้ทำให้อังกฤษเปลี่ยนผ่านไปสู่ระบอบสาธารณรัฐ และดำรงอยู่ในช่วงเวลาสั้นๆ ก่อนจะเปลี่ยนกลับมาสู่ระบอบกษัตริย์ภายใต้

<sup>51</sup> J. V. Capua, *supra* note 26, pp. 152-155.

<sup>52</sup> *Ibid.*, See W. S. Holdsworth, “Martial Law Historically Considered,” The Law Quarterly Review, 117, pp. 117-118 (1902).

<sup>53</sup> ในส่วนเนื้อหาของ The Petition of Right 1628 มีการอธิบายเป็นภาษาไทย โปรดดู วิชาญ เครื่องงาม, กฎหมายรัฐธรรมนูญ, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร: นิติบรรณาการ, 2530), น. 112. และ สมยศ เชื้อไทย, คำอธิบายหลักรัฐธรรมนูญทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2535), น. 25.

การปกครองของ พระเจ้าชาร์ลส์ที่ 2 (Charles II) ในปี 1660 จากเหตุการณ์ดังกล่าวสะท้อนผลสุดท้ายของความพยายามปกครองรัฐโดยถืออำนาจสิทธิขาดในนามกษัตริย์และการมีรัฐสภาโดยไม่มีกษัตริย์นั้นเป็นเช่นใด นับเป็นบทเรียนครั้งสำคัญที่ทำให้เห็นถึงความจำเป็นของทั้งสององค์กร ตลอดจนการพยายามป้องกันมิให้เกิดความความรุนแรงทางการเมือง และปัญหาในเรื่องของอำนาจเหนือกองทัพ เพราะกองทัพเป็นปัจจัยสำคัญที่จะทำให้ชนะสงครามได้ ความขัดแย้งระหว่างพระเจ้าเจมส์ที่ 2 (James II) กับรัฐสภาปะทุขึ้นมาอีกครั้งในปี 1688 เมื่อพระมหากษัตริย์ต้องการรวบรวมอำนาจและไม่ยอมรับอำนาจรัฐสภา นำไปสู่เหตุการณ์ “การปฏิวัติอันรุ่งโรจน์” (The Glorious Revolution)

จากการปฏิวัติอันรุ่งโรจน์ นำไปสู่การออกพระราชบัญญัติว่าด้วยสิทธิพื้นฐานของพลเมืองหรือ Bill of Rights 1689 อันมีสาระสำคัญคือ การจำกัดอำนาจพระมหากษัตริย์ในการที่เกี่ยวข้องกับราชการบ้านเมืองต้องได้รับอนุมัติจากรัฐสภา ไม่ว่าจะเป็นการตรากฎหมายหรือยกเลิกกฎหมาย การขึ้นภาษี ทั้งการจัดกองทัพประจำการในราชอาณาจักรยามบ้านเมืองสงบจะกระทำมิได้เว้นแต่ได้รับอนุญาตจากรัฐสภา รวมถึงไม่อาจประกาศใช้กฏอัยการศึกในช่วงบ้านเมืองสงบสุขได้ ตลอดจนการรับรองสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชนในราชอาณาจักร<sup>54</sup> และในปีเดียวกันได้ผ่านร่าง Mutiny Act 1689 หรือพระราชบัญญัติปราบกบฏ ซึ่งมีสาระสำคัญเกี่ยวข้องกับกฏอัยการศึก กล่าวคือ อนุญาตให้มีการพิจารณาคดีและลงโทษทหารโดยศาลทหาร และรัฐสภาอนุญาตให้กษัตริย์ประกาศกฏอัยการศึกในช่วงสงครามและในยามสงบได้ ทั้งนี้ไม่รวมถึงการนำมาใช้กับพลเรือนแต่อย่างใด<sup>55</sup> แสดงให้เห็นว่า ในช่วงเวลานั้นการอนุญาตให้ใช้กฏอัยการศึกบังคับใช้เฉพาะกับทหารเท่านั้น

พัฒนาการของกฏอัยการศึก ในช่วงศตวรรษที่ 14-17 สรุปได้ว่า มีการใช้ในลักษณะที่แตกต่างกัน โดยในช่วงแรกมีการใช้กฏอัยการศึกปะปนอยู่กับกฎหมายทหารและเกี่ยวข้องกับการพิจารณาคดีในศาลทหาร ตลอดจนการลงโทษผู้ทำการกบฏหรือทรยศประเทศ ก่อนจะค่อยๆพัฒนามามีบัญญัติในพระราชบัญญัติต่างๆ ซึ่งทำให้การปรากฏตัวของกฏอัยการศึกชัดเจนขึ้น โดยการประกาศกฏอัยการศึกนี้ยังเป็นอำนาจของพระมหากษัตริย์ ประกาศได้เฉพาะยามบ้านเมืองประสบสงครามและยังคงเป็นการใช้บังคับเฉพาะกับเจ้าหน้าที่ทหารเท่านั้น

<sup>54</sup> สมยศ เชื้อไทย, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 53*, น. 25.

<sup>55</sup> Mark Neocleous, “Whatever Happened to Martial Law? Detainees and the Logic of Emergency,” *Radical Philosophy*, 143, p. 14 (May 2007).

### 3.3.2.2 พัฒนาการหลังศตวรรษที่ 17 – ศตวรรษที่ 20<sup>56</sup> พิจารณาทั้งมิติกฎหมายคอมมอนลอว์และซีวิลลอว์

ในศตวรรษที่ 18 เป็นช่วงเวลาที่มีการจลาจลเกิดขึ้นบ่อยครั้ง นำไปสู่การร่าง Riot Act 1714 หรือพระราชบัญญัติการจลาจล ค.ศ. 1714 มีผลใช้บังคับเมื่อวันที่ 1 สิงหาคม พ.ศ.1715 ซึ่งมีสาระสำคัญว่าด้วยการป้องกันความวุ่นวายและการจลาจล โดยในช่วงหลังเริ่มมีความสับสนระหว่างการใช้พระราชบัญญัตินี้กับการประกาศใช้กฎอัยการศึกในการปราบปรามการจลาจลภายในประเทศเช่น กรณี Gordon Riots ในปี 1780 นำโดย Lord George Gordon และประชาชนชาวโปรเตสแตนต์รวมตัวกันไปยื่นคำร้องต่อรัฐสภาเพื่อต่อต้าน Papists Act of 1778 ซึ่งเป็นพระราชบัญญัติว่าด้วยการยกเลิกข้อจำกัดสิทธิของชาวคาทอลิก ต้องการให้ชาวคาทอลิกเข้าร่วมกับกองทัพอังกฤษเพื่อร่วมกันต่อสู้กับอาณานิคมอเมริกา นำไปสู่ความวุ่นวายและเหตุจลาจลรุนแรงครั้งหนึ่งในอังกฤษ ทั้งยังมีการใช้เจ้าหน้าที่ทหารควบคุมพลเรือน ทำให้หลายคนเชื่อว่าการประกาศกฎอัยการศึก แต่อีกฝ่ายหนึ่งเห็นว่ามิใช่การประกาศกฎอัยการศึก ทั้งนี้ ตามคำพิพากษาของ Lord Chief Justice ระบุว่า การที่ศาลยุติธรรมยังคงเปิดทำการได้ตามปกติ แสดงว่าสถานการณ์ดังกล่าวมิได้รุนแรงในระดับสงครามอันจะประกาศกฎอัยการศึกได้ แต่เป็นเพียงการจลาจล ซึ่งเจ้าหน้าที่ต้องปฏิบัติตามพระราชบัญญัติ Riot Act 1714<sup>57</sup>

แนวคิดเกี่ยวกับกฎอัยการศึกเปลี่ยนไปอีกครั้ง เมื่อเข้าสู่ศตวรรษที่ 19 ซึ่งลัทธิจักรวรรดินิยมของโลกตะวันตกขยายตัวครอบงำดินแดนต่างๆ ทั่วโลก นำไปสู่การประกาศกฎอัยการศึกเพื่อบังคับใช้ในดินแดนอาณานิคมขึ้นครั้งแรกเมื่อวันที่ 4 มีนาคม ค.ศ. 1804 เป็นที่รู้จักกันในชื่อ Castle Hill Rebellion หรือ Vinegar Hill ในดินแดนออสเตรเลีย ซึ่งขณะนั้นมีสถานะเป็นเพียงที่คุมขังนักโทษของจักรวรรดิอังกฤษ เหตุการณ์นองเลือดเริ่มต้นเมื่อผู้นำกบฏชาวไอริช Philip Cunningham กับพรรคพวกนักโทษอีกประมาณ 1,000 คน ลุกฮือขึ้นต่อต้านเจ้าหน้าที่รัฐและหนีออกจากที่คุมขัง ผู้ว่าการรัฐนิวเซาท์เวลส์ Philip Gidley King ได้ประกาศกฎอัยการศึกทันทีเมื่อได้รับการแจ้งเตือนถึงการจลาจลดังกล่าวและสั่งให้พันตรี George Johnston จัดกองทัพและรวบรวมอาสาสมัครพลเรือนจากชุมชนชิตินีย์เพื่อออกติดตามกลุ่มนักโทษและเกิดการปะทะกัน ฝ่ายกบฏล้มตายและพ่ายแพ้ในที่สุด Philip Cunningham และผู้นำก่อการอีก 8 คน ถูกจับแขวนคอ

<sup>56</sup> *Ibid.*, pp. 13-16.

<sup>57</sup> Mark Neocleous, “Martial Law to the War on Terror,” *New Criminal Law Review: An International and Interdisciplinary Journal*, Vol. 10, No. 4, p. 493 (2007).

โดยมิได้มีการพิจารณาคดีใด ๆ<sup>58</sup> นับเป็นครั้งแรกที่มีการประกาศใช้กฎอัยการศึกกับพลเรือนในดินแดนอาณานิคมและเป็นต้นแบบการใช้กฎอัยการศึกเป็นเครื่องมือในการควบคุมความสงบเรียบร้อย

การประกาศใช้กฎอัยการศึกที่ได้รับการกล่าวถึงและนำไปสู่การถกเถียงมากที่สุดครั้งหนึ่ง คือ การประกาศกฎอัยการศึกที่จาเมกา (Jamaica)<sup>59</sup> เกาะหนึ่งในทะเลแคริบเบียน และเป็นส่วนหนึ่งของอาณานิคมอินดีสตะวันตกแห่งบริเตนใหญ่ ในปี 1865 เกิดการจลาจล “Morant Bay Rebellion” สืบเนื่องมาจากความขัดแย้งระหว่างกลุ่มคนยุโรปผิวขาวซึ่งอพยพเข้ามาตั้งรกรากใหม่กับกลุ่มแอฟริกันนิโกรที่อาศัยอยู่ในจาเมกามาก่อน การปฏิบัติอย่างไม่เป็นธรรมและการปกครองที่ไร้ซึ่งความเข้าใจชาวอาณานิคมของผู้ว่าการอาณานิคม นาย Edward John Eyre นำไปสู่การเดินขบวนประท้วงของชาวจาเมกา โดยมี Paul Bogle พระนักเทศน์ซึ่งชาวบ้านให้การนับถือเป็นผู้นำขบวนประท้วงไปยังศาล Morant Bay ผู้ว่าการรัฐจึงประกาศกฎอัยการศึกเพื่อควบคุมผู้ชุมนุม นำไปสู่การนองเลือดครั้งใหญ่ มีการเกณฑ์ทหารอาสาจากอาณานิคมต่าง ๆ เข้ามาช่วยควบคุมโดยวิธีการรุนแรงและโหดร้ายเกินกว่าเหตุ ทำให้มีผู้เสียชีวิตเป็นจำนวนมาก แกนนำถูกจับกุมรวมถึง นาย George William Gordon นักการเมืองท้องถิ่นและผู้วิจารณ์นโยบายรัฐบาลกลางและผู้ว่าการรัฐในหลายครั้ง เหตุจลาจลดังกล่าวนำไปสู่การวิพากษ์วิจารณ์อย่างหนัก ทั้งในเรื่องของ “ความจำเป็น” ในการประกาศใช้กฎอัยการศึกและมาตรการบังคับใช้ที่อาจเกินสมควรแก่เหตุ

นอกจากกรณีการบังคับใช้กฎอัยการศึกกับพลเมืองในดินแดนอาณานิคมเพื่อควบคุมความสงบเรียบร้อยและง่ายต่อการปกครองในประเทศออสเตรเลียและประเทศจาเมกาแล้ว ยังมีการประกาศใช้กฎอัยการศึกอีกหลายครั้ง เช่น การประกาศใช้กฎอัยการศึกในสงครามโบเออร์ (The Boer War) ระหว่างสหราชอาณาจักรกับดินแดนในแอฟริกาใต้ คือ Republic of Transvaal และ the Orange Free State รัฐซึ่งเต็มไปด้วยแร่ทองคำ การต่อสู้ในปี 1877 และสงครามโบเออร์ครั้งที่ 2 นครรัฐทั้งสองตกเป็นอาณานิคมในที่สุด แสดงให้เห็นว่ารัฐในดินแดนอาณานิคมถูกควบคุมให้อยู่ในความสงบโดยกฎอัยการศึก นำไปสู่การถกเถียงและวิพากษ์วิจารณ์ความชอบด้วยกฎหมายในช่วงเวลาดังกล่าว แม้แต่ผู้ว่าการรัฐเคปทาวน์ Sir Alfred Milner ก็ได้แสดงความเห็นถึงการนำกฎอัยการศึกไปบังคับใช้ในดินแดนอาณานิคมว่า เขาไม่เห็นด้วยในส่วนของการขยายอำนาจจากกฎอัยการศึกออกไปไกลเกินกว่าขอบเขตพื้นที่ที่มีเหตุการณ์ความไม่สงบเกิดขึ้น ทั้งการประกาศกฎอัยการศึกเช่นนี้

<sup>58</sup> National Museum Australia, “Castle Hill Rebellion,” Retrieved on November 12, 2019, from <https://www.nma.gov.au/defining-moments/resources/castle-hill-rebellion>,

<sup>59</sup> Clinton Black, *History of Jamaica*, (London: Churchill Livingstone, 1998), pp. 183-184.

อาจเป็นการกระตุ้นการจลาจลมากกว่าที่จะยับยั้งเหตุไม่สงบดังกล่าว ส่วนในกรณีที่มีความจำเป็นอย่างยิ่งในการปกป้องดินแดนและกองทัพซึ่งถูกล้อมหรือต้องต่อสู้กับพวกกบฏย่อมมีความจำเป็นอย่างไม่ต้องสงสัย เช่น ในกรณีเมือง Colesberg และเมือง Sterkstroom ในสงคราม The Second Boer War<sup>60</sup> ประเด็นนี้ชี้ให้เห็นว่า ไม่ใช่ทุกสถานการณ์ไม่ปกติจะสมควรแก้ไขปัญหาโดยการบังคับใช้กฎอัยการศึก รัฐในดินแดนอาณานิคมก็ใช้กฎอัยการศึกเพื่อควบคุมความสงบอย่างแพร่หลาย นำไปสู่การถกเถียงและวิพากษ์วิจารณ์ความชอบด้วยกฎหมายในช่วงเวลาดังกล่าว

จากการประกาศกฎอัยการศึกในดินแดนอาณานิคมที่น่าสนใจ นำไปสู่การอธิบายความแตกต่างระหว่างกฎอัยการศึกและกฎหมายทหารที่เห็นชัดขึ้นว่า Martial Law คือการใช้เจ้าหน้าที่ทหารปกครองพลเรือนในสภาวะสงครามหรือการจลาจล ต่างจาก Military Law ที่เป็นการปกครองทหารด้วยกฎหมายทหาร และจากตัวอย่างการใช้กฎอัยการศึกในดินแดนอาณานิคมของอังกฤษ เราพอจะสรุปได้ว่าการบังคับใช้ในช่วงนี้มีความยืดหยุ่นในลักษณะของวิธีการทางกฎหมายสำหรับตอบโต้ความรุนแรงในดินแดนจักรวรรดิ ประกาศใช้ได้ง่ายโดยอ้างถึงความจำเป็นเพื่อรักษาความสงบ

เมื่อหันมาพิจารณากฎอัยการศึกของประเทศสหรัฐอเมริกา หนึ่งในประเทศซึ่งเคยเป็นอาณานิคมของอังกฤษ ลักษณะและพัฒนาการของกฎอัยการศึกมีความคล้ายคลึงกันในช่วงแรก ก่อนจะมีพัฒนาการเฉพาะของตนจากการวางหลักโดยศาลสูงแห่งสหรัฐอเมริกา (Supreme Court of the United States: SCOTUS) เนื่องจากในรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกามีได้บัญญัติถึงกฎอัยการศึกไว้ในรัฐธรรมนูญ ทั้งมิได้ระบุอำนาจในสถานการณ์ฉุกเฉินของประธานาธิบดีไว้ให้ชัดเจน<sup>61</sup> ทว่าเมื่อพิจารณาคำพิพากษาของศาลสูงแห่งสหรัฐอเมริกาในกรณีการประกาศกฎอัยการศึกก็อ้างพื้นฐานของอำนาจตามความจำเป็น ซึ่งมีขึ้นตามเหตุผลของเรื่องหรือสถานการณ์ กล่าวคือ เป็นอำนาจที่สัมพันธ์กับข้อเท็จจริง ทั้งยังมีแนวคิดที่ว่าหากรัฐตกอยู่ในภาวะวิกฤตประธานาธิบดีย่อมมี “อำนาจโดยปริยาย” (implied powers หรือ resulting powers) ที่สามารถประกาศกฎอัยการศึกหรือตัดสินใจใช้มาตรการใดๆ เพื่อธำรงความเป็นรัฐไว้ได้<sup>62</sup> การประกาศกฎอัยการศึกปรากฏชัดเจนเพียง 2 ช่วงเวลา คือในช่วงสงครามกลางเมืองและในสงครามโลกครั้งที่ 2

<sup>60</sup> Charles Townshend, *supra* note 25, p. 177.

<sup>61</sup> William Feldman, *supra* note 17, p. 1022.

<sup>62</sup> วสันต์ ชมภูศรี, “การบังคับใช้พระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548 กับ การคุ้มครอง สิทธิและเสรีภาพของประชาชน,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2559), น. 214-215.

ตัวอย่างการประกาศใช้กฎอัยการศึกที่สำคัญ เช่น กรณีการประกาศกฎอัยการศึกในรัฐ New Orleans ของนายพล Andrew Jackson ในปี 1814 เนื่องจากขณะนั้นอยู่ในช่วงทำสงครามกับประเทศอังกฤษ<sup>63</sup> การใช้กฎอัยการศึกในเหตุสงครามย่อมเป็นสิ่งที่เข้าใจได้ต่อมาระหว่างปี 1841–1842 เกิดกบฏ Dorr Rebellion ในรัฐโรด ไอแลนด์ (Rhode Island) สืบเนื่องมาจากประชาชนในรัฐไม่พอใจรัฐธรรมนูญฉบับเดิมที่สืบต่อมาจากสมัยอาณานิคม และต้องการให้ร่างรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ เพราะรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันไม่ได้ให้สิทธิและความเสมอภาคอย่างเท่าเทียมกัน จากการเรียกร้องนำไปสู่การจลาจลภายใต้การนำของ Thomas Wilson Dorr ทำให้ผู้ว่าการรัฐโรด ไอแลนด์ ออกคำสั่งสลายการชุมนุมโดยใช้เจ้าหน้าที่ทหาร และหลายคนถูกควบคุมตัวโดยไม่มีการแจ้งข้อกล่าวหา เหตุการณ์ดังกล่าวเป็นที่วิพากษ์วิจารณ์ถึงการใช้อำนาจทหารปราบปรามการจลาจลทั้งที่มีได้มีการประกาศใช้กฎอัยการศึกหรือมีความจำเป็นด้าน การสงคราม และตามมาด้วยกรณี Luther v. Borden ในปี 1849 สืบเนื่องมาจากเหตุการณ์ Dorr Rebellion เมื่อนาย Martin Luther หนึ่งในผู้สนับสนุนกบฏถูกจับกุมและตรวจค้นที่ Roger B. Taney ประธานศาลสูงสหรัฐอเมริกา ตัดสินว่า กฎอัยการศึกเป็นอำนาจเด็ดขาดทางทหารโดยเฉพาะของผู้มีอำนาจในฝ่ายบริหารเพื่อขจัดปัดเป่าภัยอันตรายนั้นๆ ในยามฉุกเฉิน อำนาจทางทหารที่ว่าย่อมอยู่ที่ประธานาธิบดีผู้อยู่ในฐานะของผู้บัญชาการทหารสูงสุดด้วย เมื่อเป็นการกระทำทางรัฐบาลตุลาการจึงไม่อาจก้าวล่วงเข้าตรวจสอบได้ ศาลจึงมิได้เข้าไปตรวจสอบการปฏิบัติการของรัฐบาลโรด ไอแลนด์

ในช่วงสงครามกลางเมืองสหรัฐอเมริกา (American Civil War) ระหว่างรัฐบาลกลางและกลุ่มมลรัฐทางเหนือกับมลรัฐทางใต้ในนามของสมาพันธรัฐอเมริกา สืบเนื่องจากกรณีการเลิกทาส ในปี ค.ศ. 1861-1865 ท่ามกลางสงครามกลางเมืองในสหรัฐอเมริกา ได้เกิดคดี Ex parte Merryman ในปี 1861 ศาลสูงแห่งสหรัฐอเมริกาพิจารณาว่าประธานาธิบดีไม่มีอำนาจระงับ Habeas Corpus หรือคำร้องเรียกผู้ถูกคุมขังมาศาล<sup>64</sup> แต่ในคดีสำคัญ Ex parte Milligan ในปี 1866 ได้วางหลักการพื้นฐานสำหรับศาลทหารในระหว่างการประกาศกฎอัยการศึกไว้ในลักษณะที่ต่างจากคดี Ex parte Merryman และยังวินิจฉัยทำนองว่า กฎหมายว่าด้วยสิทธิของพลเมืองต้องสงบเสงี่ยมในยามสงคราม<sup>65</sup> ศาลจึง

<sup>63</sup> Mark Neocleous, *supra* note 57, See Luther v. Borden, 7 How. (48 U.S.) 1 (1849) Quoted in Herbert Marx, “The Emergency Power and Civil Liberties in Canada,” McGILL LAW JOURNAL, Vol.16, No 1, p. 4 (1970).

<sup>64</sup> รายละเอียดเพิ่มเติมใน 3.2.2.4 การเป็นข้อยกเว้นกฎหมายในระบบปกติอันอาจกระทบสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชน

<sup>65</sup> William Feldman, *supra* note 17, p. 1037.

ปฏิเสธรการพิจารณาคดีของศาลทหารในคดีของมิลลิแกน เนื่องจากศาลพลเรือนที่มีเขตอำนาจเหนือคดียังคงเปิดทำการตามปกติ แสดงให้เห็นว่ามีได้อยู่ในช่วงสงครามที่มีการปฏิบัติการทางทหาร เมื่อศาลยุติธรรมเปิดอยู่พลเรือนย่อมไม่ต้องถูกพิจารณาในศาลทหาร<sup>66</sup>

กระทั่งช่วงต้นศตวรรษที่ 20 ในคดี *Moyer v. Peabody* (1909) เกิดการพิพาทระหว่างลูกจ้างและนายจ้างในอุตสาหกรรมเหมืองแร่รัฐโคโลราโด มีการประท้วงและนัดหยุดงานของลูกจ้าง เจ้าของโรงงานจึงขอความช่วยเหลือจากรัฐ Peabody ผู้ว่าการรัฐจึงประกาศกฎอัยการศึกในปี 1903-1904 อ้างว่าเพื่อระงับการจลาจลและความวุ่นวาย มีการใช้มาตรการทั้งระงับ habeas corpus การประกาศเคอร์ฟิว (curfew) และมีการควบคุมตัว Charles Moyer ประธานสหภาพแรงงานโดยไม่ผ่านการพิจารณาคดีจากศาล Moyer ยื่นคำร้องว่าตนถูกคุมขังให้ปราศจากซึ่งเสรีภาพ<sup>67</sup> ศาลสูงแห่งสหรัฐอเมริกาตัดสินว่า การตัดสินใจว่ามีสงครามหรือการจลาจลรุนแรงหรือไม่เป็นอำนาจของผู้ว่าการรัฐและสิทธิเสรีภาพของพลเมืองต้องโอนอ่อนให้สถานการณ์ความจำเป็นในขณะนั้น<sup>68</sup> คำพิพากษาในคดีนี้ได้กลับหลักในคดี *Luther v. Borden* เมื่อปี 1849 ไปในที่สุด ทั้งยังนำไปสู่การใช้กฎอัยการศึกในการแก้ไขวิกฤตการณ์ทางเศรษฐกิจและสังคมอีกหลายครั้ง ทั้งที่มีได้มีความจำเป็นอย่างยิ่งในลักษณะของสงคราม เช่น ในคดี *Sterling v. Constantin* ในปี 1932 เมื่อ Sterling ผู้ว่าการรัฐเท็กซัสประกาศกฎอัยการศึกเพื่อควบคุมการผลิตน้ำมันในช่วงที่ราคาตกต่ำ สุดท้ายศาลสูงวินิจฉัยว่า การประกาศกฎอัยการศึกของผู้ว่าการรัฐที่มีได้มีสงครามหรือการจลาจลด้วยอาวุธเป็นการขยายอำนาจของกฎอัยการศึกรวมไปมากขึ้น การประกาศกฎอัยการศึกในสถานการณ์ดังกล่าวจึงเป็นการกระทำของรัฐที่ไม่ได้สัดส่วนกับเหตุสถานการณ์ฉุกเฉิน<sup>69</sup> เมื่อพิจารณาถึงบรรทัดฐานการวินิจฉัยคดีของศาลสูงในช่วงเวลาดังกล่าว แนวทางของคำพิพากษาอาจยังไม่นิ่งนักซึ่งส่วนหนึ่งขึ้นอยู่กับสถานการณ์ของบ้านเมืองและเหตุผลทางการเมืองในขณะนั้นด้วย

ในช่วงสงครามโลกครั้งที่ 2 กฎอัยการศึกถูกประกาศใช้อีกครั้งในฮาวาย โดยผู้ว่าการรัฐไม่กี่ชั่วโมงหลังจากญี่ปุ่นโจมตีอ่าวเพิร์ลฮาร์เบอร์ (Pearl Harbour) กฎอัยการศึก

<sup>66</sup> *Ibid.*

<sup>67</sup> *Moyer v. Peabody*, 212 U.S. 78 (1909)

<sup>68</sup> Mark Neocleous, *supra note 55*, p. 16., Charles Fairman, “The Law of Martial Rule and the National Emergency,” *Harvard Law Review*, Vol. 55, No. 8, p. 1268 (1942).

<sup>69</sup> See *Sterling v. Constantin*, 287 U.S. 378 (1932), William Feldman, *supra note 17*, p. 10374.

มีผลใช้บังคับจนถึงวันที่ 24 ตุลาคม 1944 แม้กระนั้นมาตรการควบคุมและศาลทหารยังคงดำเนินต่อไปจนได้รับเสียงวิพากษ์วิจารณ์อย่างมากถึงความไม่เหมาะสม เนื่องจากสภาวะสงครามสิ้นสุดลงแล้ว<sup>70</sup> คำพิพากษาที่น่าสนใจของศาลสูงในช่วงนี้ เช่น คดีระหว่างฮิระบายะชิกับสหรัฐอเมริกา (Hirabayashi v. United States) เมื่อค.ศ. 1943 ศาลสูงที่สุดแห่งสหรัฐอเมริการับรองว่า การห้ามชนกลุ่มน้อยออกจากเคสสถานในยามวิกาลนั้นชอบด้วยรัฐธรรมนูญ เพราะประเทศสหรัฐอเมริกากำลังทำสงครามกับประเทศญี่ปุ่นซึ่งเป็นรัฐแม่ของคนเหล่านี้ ศาลดังกล่าวยังมีคำวินิจฉัยทำนองเดียวกันในคดีระหว่างยะซุยกับสหรัฐอเมริกา (Yasui v. United States) ส่วนกรณี Duncan. v. Kahanamoku (1944)<sup>71</sup> เรื่องราวมีอยู่ว่า Duke Kahanamoku เป็นเจ้าหน้าที่ตำรวจทหารในช่วงสงครามโลกครั้งที่ 2 เขาจับกุม Lloyd C. Duncan นักเดินเรือผู้ก่อเหตุทะเลาะวิวาทกับทหารนาวิกโยธิน ซึ่งเขาถูกตัดสินโดยศาลทหารว่ามีความผิดฐานต่อต้านหรือขัดขวางการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ Duncan ยื่นคำร้องต่อศาลสูงสหรัฐอเมริกา ศาลพิจารณาในประเด็นที่ว่า แม้มีการประกาศกฏอัยการศึก แต่ศาลยุติธรรมยังเปิดทำการปกติ พลเรือนจึงไม่อาจถูกพิจารณาคดีในศาลทหารได้ ศาลวินิจฉัยโดยกลับมายึดหลักการนี้อีกครั้ง

หลังจากสงครามโลกครั้งที่ 2 ผ่านไป ไม่เคยปรากฏการบังคับใช้กฏอัยการศึกในสหรัฐอเมริกาอีกเลย แม้จะมีหลายท่านเข้าใจว่า เมื่อมีเหตุสาธารณภัยครั้งใหญ่หรือการก่อการร้าย อาจมีการประกาศกฏอัยการศึก ทว่าความจริงแล้วเป็นการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉิน ทั้งยังมีการตรากฎหมายเกี่ยวกับความมั่นคงเพื่อใช้บังคับในสถานการณ์ฉุกเฉิน โดยได้บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญของประเทศสหรัฐอเมริกา ประธานาธิบดีเป็นผู้ประกาศใช้อำนาจและเป็นผู้ควบคุมสถานการณ์ โดยเป็นลักษณะของสถานการณ์ที่เกิดจากสงครามความไม่สงบเรียบร้อยภายในและภายนอกประเทศ รวมไปถึงสถานการณ์อันเกิดจากภัยพิบัติทางธรรมชาติด้วย สถานการณ์การก่อการร้ายที่ผ่านมาโดยเฉพาะอย่างยิ่งภายหลังเหตุการณ์ 911 ซึ่งเป็นเหตุการณ์ที่เกิดจากกลุ่มผู้ก่อการร้ายจัดบังคับเครื่องบินและพุ่งชนตึกเวิลด์เทรด ส่งผลให้ฝ่ายบริหารออกกฎหมายเพื่อแก้ปัญหาเหล่านี้ กฎหมายเกี่ยวกับความมั่นคงหลายฉบับจึงถือกำเนิดขึ้น เช่น Emergency Detention Act 1950, Patriot Act 2001, บทบัญญัติแห่งกฎหมายเกี่ยวกับการต่อต้านสงคราม (U.S.C. Title 50 War and Nation Defense 178) และบทบัญญัติแห่งกฎหมายเกี่ยวกับสถานการณ์ฉุกเฉินจากภัยพิบัติตามธรรมชาติ (ตาม U.S.C. Title 42 Disaster Relief-Emergency preparedness 179) ตามลำดับ

<sup>70</sup> Herbert Marx, “The Emergency Power and Civil Liberties in Canada,” McGILL LAW JOURNAL, vol. 16, No. 1, p. 50 (1970).

<sup>71</sup> Duncan v. Kahanamoku, 327 U.S. 304 (1946)

ในช่วงเวลาเดียวกัน พัฒนาการของกฏอัยการศึกทางฟากฝั่งระบบกฎหมายซีวิลลอว์ (Civil Law) ก็เริ่มปรากฏขึ้นในชื่อของ “l'état de siege” หรือ “State of Siege” ในประเทศฝรั่งเศส โดยมีพัฒนาการมาจากกฎหมายโรมัน ซึ่งผู้เขียนได้เกริ่นนำในช่วงต้นไปแล้วถึงกลไกตามกฎหมายในขณะนั้น กล่าวคือ ในช่วงที่เกิดสถานการณ์ฉุกเฉินจะมีการโอนอำนาจในการปกครองทั้งหมดให้กับบุคคลเพียงคนเดียวในฐานะเป็นผู้เผด็จการ หรือ Dictator เพื่อจัดการสถานการณ์ฉุกเฉินให้กลับสู่ภาวะปกติ<sup>72</sup> สายธารชีวิต State of Siege เริ่มต้นแบบไม่ชัดเจนในช่วงก่อนการปฏิวัติใหญ่ในปี 1789 เวลานั้นการประกาศ “State of Siege” หมายถึง การที่อำนาจรัฐทั้งหมดถูกถ่ายโอนไปยังผู้บังคับบัญชาการทหารในพื้นที่ที่ถูกคุกคาม ซึ่งเป็นธรรมเนียมปฏิบัติที่ยังคงมีผลอยู่ตราบเท่าที่ภัยคุกคามยังคงมีอยู่<sup>73</sup> จนกระทั่งหลังเกิดการปฏิวัติใหญ่ กฎหมายในปี 1791 ได้เริ่มกำหนดกฎเกณฑ์การบังคับใช้และหน้าที่ของทหารในช่วง State of Siege ต่อมาในปี 1797 แนวคิดดังกล่าวได้ขยายอิทธิพลและตราเป็นกฎหมายในที่สุด สารระสำคัญคือ การบังคับใช้ในช่วงสงครามกรณีการรุกรานจากต่างชาติหรือกบฏ น่าสนใจที่คำว่า rebellion ถูกตีความขยายอำนาจออกไปอย่างกว้างขวาง โดยนำไปใช้กับถึงการจลาจลซึ่งเป็นการไม่สงบภายในประเทศ เช่น ในชว่นนโปเลียนที่ 1 และนโปเลียนที่ 2 นำ State of Siege ไปใช้กับคู่ขัดแย้งทางการเมืองแทน<sup>74</sup>การนำกฎหมายไปใช้อย่างไม่ถูกต้องนี้เอง นำไปสู่การแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายในที่สุด และในช่วงนี้เองที่กฏอัยการศึกของฝรั่งเศสพัฒนาจากกฎหมายที่ใช้ในกองทัพยามสงคราม ไปสู่การใช้ในสงครามการเมือง

ในปี 1842 เข้าสู่ช่วงสาธารณรัฐที่ 2 ในรัฐธรรมนูญปี 1848 มาตรา 106 ได้กำหนดสถานการณ์ที่ประกาศ State of Siege รวมถึงกำหนดรูปแบบและผลกระทบของมาตรการดังกล่าวให้เป็นไปตามที่กฎหมายกำหนด<sup>75</sup> หลังจากนั้นจึงมีตรารัฐบัญญัติว่าด้วยกฏอัยการศึก 1849 (Loi du 9 août 1849) อย่างเป็นทางการฉบับแรกขึ้นในวันที่ 9 สิงหาคม 1849 เพื่อให้สอดคล้องกับบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญข้างต้น<sup>76</sup> มาตราที่สำคัญ เช่น มาตรา 7 ว่าด้วยการโอนอำนาจของตำรวจ ซึ่งเป็นเจ้าหน้าที่พลเรือนไปสู่เจ้าหน้าที่ทหารในกรณีประกาศ State of Siege มาตรา 8 การอนุญาตให้ศาลทหารมีอำนาจพิจารณาคดีพลเรือนในความผิดเกี่ยวกับความมั่นคงปลอดภัยของรัฐและ

<sup>72</sup> รายละเอียดผู้เผด็จการ ในหน้า 85-86.

<sup>73</sup> William Feldman, *supra note 17*, p. 1024.

<sup>74</sup> Clinton L. Rossiter, *supra note 39*, p. 80.

<sup>75</sup> French Constitution of 1848, Article 106.

<sup>76</sup> William Feldman, *supra note 17*, p. 1024.

ประชาชน มาตรา 9 ให้อำนาจทหารละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐานบางประการของประชาชน เป็นต้น<sup>77</sup> แม้จะมีการบัญญัติกฎหมายว่าด้วย State of Siege เป็นลายลักษณ์อักษรชัดเจนแล้วก็ตาม ทว่า ในทางปฏิบัติยังคงมีการใช้อำนาจบิดเบือน (abused of power) เช่น ในสมัยนโปเลียนที่ 3 (Napoleon III, Louis-Napoléon Bonaparte) ประธานาธิบดีเพียงคนเดียวแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศสที่สอง ได้ประกาศใช้ State of Siege เพื่อจัดการกับสภาร่างรัฐธรรมนูญ (Constituent Assembly) ที่เป็นปรปักษ์กับตน<sup>78</sup>

สี่ปีต่อมาในปี 1852 ฝรั่งเศสได้ร่างรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ ซึ่งเป็นรอยต่อระหว่างสาธารณรัฐที่ 2 และสาธารณรัฐที่ 3 ในขณะนั้นนโปเลียนที่ 3 ได้สถาปนาจักรวรรดิฝรั่งเศสที่ 2 ขึ้น โดยในรัฐธรรมนูญ 1852 มีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงอำนาจในการประกาศ State of Siege เปลี่ยนจากอำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติไปเป็นอำนาจประมุขแห่งรัฐ (Head of State) โดยให้ผ่านการรับรองจากวุฒิสภา (Senate) อย่างไรก็ตาม เหตุวิกฤตเมื่อวันที่ 16 พฤษภาคม 1877 มีการประกาศ State of Siege ซึ่งไม่เป็นไปตามที่กฎหมายกำหนด หลังจากเหตุการณ์นั้นจึงมีการแก้ไขกฎหมาย โดยกำหนดให้ฝ่ายนิติบัญญัติเท่านั้นที่มีอำนาจในการประกาศกฎอัยการศึกขณะอยู่ในสมัยการประชุมเท่านั้น ทั้งต้องเป็นการประกาศเพียงชั่วระยะเวลาหนึ่งเท่านั้น เมื่อวิกฤตผ่านไป State of Siege จะสิ้นสุดโดยอัตโนมัติทันที<sup>79</sup>

ในสาธารณรัฐที่ 3 ได้สถาปนารัฐธรรมนูญใหม่ขึ้นในปี 1875 และมีความเห็นว่ารัฐบัญญัติในปี 1849 ไม่เหมาะสมสอดคล้องกับรัฐธรรมนูญและโครงสร้างการปกครอง จึงได้ผ่านกฎหมายว่าด้วยกฎอัยการศึก (Loi du 3 avril relative à l' état de siège) ลงวันที่ 3 เมษายน 1878 เพื่อแก้ไขเพิ่มเติมหลักการบางอย่างและใช้คู่กับรัฐบัญญัติในปี 1849 ด้วย ตัวอย่างมาตราสำคัญในรัฐบัญญัติ 1878 เช่น มาตรา 1 State of Siege ประกาศได้ในกรณีมีอันตรายอันใกล้จะถึงจากสงครามหรือการจลาจลโดยอาวุธรุนแรงอันกระทบถึงความปลอดภัยของรัฐ และมาตรา 2 กำหนดผู้มีอำนาจในการประกาศ<sup>80</sup> เป็นต้น ดังนั้นรัฐบัญญัติในปี 1849 และ ปี 1878 จึงกลายเป็นหลักการพื้นฐานในเรื่อง State of Siege

State of Siege ถูกประกาศใช้อีกครั้งในศตวรรษที่ 20 ในช่วงสงครามโลกครั้งที่ 1 เมื่อวันที่ 2 สิงหาคม 1914 โดยประธานาธิบดี Raymond Poincaré เป็นการประกาศครั้งใหญ่ทั่วทั้งประเทศซึ่งไม่สอดคล้องกับรัฐบัญญัติ 1878 อันเป็นการละเมิดบทบัญญัติที่ให้

<sup>77</sup> รัฐบัญญัติ 1849 รายละเอียดเพิ่มเติมในบทที่ 4

<sup>78</sup> Clinton L. Rossiter, *supra note 39*, p. 81.

<sup>79</sup> Max Radin, *supra note 3*, p. 638.

<sup>80</sup> รัฐบัญญัติ 1878 รายละเอียดเพิ่มเติมในบทที่ 4

ประกาศ State of Siege ได้เฉพาะในพื้นที่ที่ถูกบุกหรือรุกรานตามความเป็นจริง แต่ประธานาธิบดีประกาศใช้บังคับทั่วประเทศ ทั้งยังเป็นการประกาศที่มีได้ระยะเวลา และในท้องที่ที่มีการประกาศเหล่าทหารจะมีอำนาจหน้าที่แทนเจ้าหน้าที่พลเรือน เมื่อประกาศทั้งประเทศจึงเสมือนทหารเข้าควบคุมพื้นที่ทั้งหมด<sup>81</sup>

ในช่วงสาธารณรัฐที่ 4 มีการออกรัฐบัญญัติว่าด้วยการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉิน (L'état d'urgence) เมื่อวันที่ 3 เมษายน 1955 โดยกำหนดให้ประกาศเป็นรัฐกฤษฎีกาโดยคณะรัฐมนตรี กฎหมายนี้ตราขึ้นและมีการประกาศใช้ครั้งแรกในกรณีสงครามแอลจีเรียที่ปะทุขึ้นมาในวันที่ 18 มีนาคม 1955 ฝ่ายบริหารภายใต้การนำของ Charles de Gaulle เลือกจะใช้ประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินแทนที่จะประกาศ State of Siege แม้จะเป็นการจลาจลครั้งใหญ่ที่รุนแรงจนอาจเรียกได้ว่าเป็นสงครามเรียกร้องเอกราชก็ตาม เนื้อหาในรัฐบัญญัติได้ให้นิยามสถานการณ์ฉุกเฉินและกำหนดลักษณะสถานการณ์ฉุกเฉินไว้ 2 ประเภท<sup>82</sup> คือ ประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินแบบธรรมดา (l'état d'urgence simple) ซึ่งเป็นการเพิ่มอำนาจให้แก่เจ้าหน้าที่รัฐในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลหลายประการ เช่น ห้ามเข้าไปในเขตหวงห้าม ห้ามสัญจร ห้ามออกจากบ้าน ควบคุมตัวไว้ในสถานที่กักขัง สั่งปิดโรงมหรสพหรือสถานที่ชุมนุมและสั่งห้ามชุมนุมทุกรูปแบบ ส่วนอีกประเภท คือ ประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินแบบร้ายแรง (l'état d'urgence aggravé) เป็นการเพิ่มอำนาจให้แก่เจ้าหน้าที่รัฐมากกว่ากรณีแบบธรรมดาโดยให้อำนาจในการตรวจค้นภายในเคหสถานทั้งกลางวันและกลางคืน และอำนาจในการตรวจสอบหนังสือพิมพ์ สิ่งตีพิมพ์ทุกชนิด ตลอดจนรายการวิทยุ โทรทัศน์ และมหรสพต่างๆ ซึ่งตามแนวคำพิพากษาของศาลปกครองเกี่ยวกับกรณีการใช้อำนาจในสถานการณ์ฉุกเฉินยอมรับให้มีการจำกัดสิทธิเสรีภาพบางประการได้ตามหลักความจำเป็นย่อมเป็นกฎหมาย (necessite fait loi) นั้นเอง<sup>83</sup>

ต่อมาในสาธารณรัฐที่ 5 การถือกำเนิดของรัฐธรรมนูญฉบับปี 1958 ยอมรับและบัญญัติในเรื่องของการใช้อำนาจในสถานการณ์ไม่ปกติไว้ในรัฐธรรมนูญ โดยบัญญัติอำนาจ

<sup>81</sup> William Feldman, *supra note 17*, p. 1028.

<sup>82</sup> สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, “รายงานการประชุมสรุปผลการพิจารณาของคณะกรรมการศึกษาพระราชบัญญัติว่าด้วยการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ.2495,” จัดโดยสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, 2535

<sup>83</sup> วสันต์ ชมภูศรี, “การบังคับใช้พระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548 กับการคุ้มครอง สิทธิและเสรีภาพของประชาชน,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2559), น. 179-180.

ในสถานการณ์ฉุกเฉิน (Emergency Law) ตามคำแนะนำของ Charles de Gaulle ว่าประธานาธิบดีควรมีอำนาจฉุกเฉินไว้เพื่อพิทักษ์รัฐ หากเกิดฉุกเฉินเช่นสงครามโลกครั้งที่ 2 อีก เนื้อความมาตรา 16 ว่าด้วยการใช้อำนาจพิเศษของประธานาธิบดีแต่เพียงผู้เดียว กรณีมีภัยคุกคามต่อสถาบันหลักของสาธารณรัฐหรือบูรณภาพแห่งดินแดน<sup>84</sup> โดยมีเงื่อนไขห้ามยุบสภาในช่วงที่มีการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉิน และการประกาศของประธานาธิบดีต้องปรึกษากับคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ (The Conseil Constitutionnel) ทั้งนี้มีได้บังคับให้ประธานาธิบดีต้องปฏิบัติตามคำแนะนำของศาลรัฐธรรมนูญอำนาจในลักษณะกระทำการใด ๆ ก็ได้ เพื่อแก้วิกฤตการณ์ที่เกิดขึ้นเช่นนี้ อีกนัยหนึ่งคือ ให้ประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐมีอำนาจสมบูรณ์เด็ดขาด (la totalité des pouvoirs) ในการบริหารบ้านเมืองในภาวะไม่ปกติ<sup>85</sup> เช่นเดียวกับลักษณะของ “เผด็จการชั่วคราว”<sup>86</sup> เนื่องจากการมอบอำนาจให้แก่ประธานาธิบดีเช่นนี้ คล้ายกับกลไกจัดการสถานการณ์ไม่ปกติในสมัยโรมันซึ่งจะรวมอำนาจไว้ที่ผู้เผด็จการ<sup>87</sup> ทั้งนี้เป็นเพียงระยะเวลาชั่วคราวและไม่ว่าจะจะเป็นประธานาธิบดีหรือผู้เผด็จการในสมัยโรมันล้วนแต่เป็นไปตามวิถีทางในรัฐธรรมนูญทั้งสิ้น

ส่วนมาตรา 36 แห่งรัฐธรรมนูญ 1958 บัญญัติถึงการประกาศ State of Siege เพื่อสร้างความชอบธรรมทางรัฐธรรมนูญ โดยมีสาระสำคัญคือ ต้องทำในรูปรัฐกฤษฎีกาโดยคณะรัฐมนตรี มีประธานาธิบดีเป็นผู้ลงนาม (le décret en Conseil des ministres) ระยะเวลาที่ประกาศกฤษฎีกาการศึกไม่เกิน 12 วัน หากขยายระยะเวลาเกินกว่า 12 วัน ต้องขอความเห็นชอบจากรัฐสภาก่อน และเมื่อประกาศกฤษฎีกาการศึกไปแล้ว อำนาจต่าง ๆ ย่อมโอนมาอยู่ที่เจ้าหน้าที่ทหารข้อพิพาททางอาญาอยู่ในเขตอำนาจของศาลทหาร (les juridictions militaires) และเจ้าหน้าที่มีอำนาจในการใช้มาตรการอันอาจกระทบสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชนได้มากกว่า ทั้งมาตรา 16 และมาตรา 36 ต่างก็เป็นมาตรการในสภาวะยกเว้นหรือในสถานการณ์ไม่ปกติที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ ข้อแตกต่างของทั้งสองมาตรการ คือ มาตรา 16 จะเกี่ยวข้องโดยตรงกับอำนาจพิเศษของ

<sup>84</sup> รัฐธรรมนูญ 1958 มาตรา 16

<sup>85</sup> Jean WALINE, Droit administratif, 22e éd., Précis, Paris, Dalloz, 2008, p. 308, อ้างถึงใน เอกบุณย วงศ์สวัสดิ์กุล, “นิติรัฐนิติธรรมกับเทศบาลบ้านเมืองในสถานการณ์ไม่ปกติในระบบกฎหมายฝรั่งเศส,” วารสารรัฐธรรมนูญ, ปีที่ 18, เล่มที่ 53, น. 278 (พฤษภาคม-สิงหาคม, 2559).

<sup>86</sup> ปิยบุตร แสงกนกกุล, “บทวิเคราะห์ พ.ร.ก.การบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548,” สืบค้นเมื่อวันที่ 15 ธันวาคม 2562, จาก <http://public-law.net/publaw/view.aspx?id=886>

<sup>87</sup> รายละเอียดในหัวข้อ 3.3 พัฒนาการของกฤษฎีกาการศึก

ประธานาธิบดีและยังคงเป็นการจัดการสถานการณ์ฉุกเฉินโดยเจ้าหน้าที่พลเรือนเป็นหลัก ส่วนมาตรา 36 เป็นสถานการณ์ในยามสงครามซึ่งเจ้าหน้าที่ทหารจะมีอำนาจในการจัดการเป็นหลัก

ต่อมาได้มีการประกาศใช้ประมวลกฎหมายป้องกันประเทศ (Code de la defense) ออกเป็นรัฐกำหนดลงวันที่ 20 ธันวาคม 2004 (Ordonnance n° 2004-1374 du 20 Décembre 2004 relative à la partie législative du code de la défense) เป็นผลให้รัฐบัญญัติก่อนหน้าทั้งสองฉบับสิ้นผลไปโดยปริยาย<sup>88</sup> โดยกฎอัยการศึกปรากฏอยู่ในประมวลกฎหมายป้องกันประเทศใน Article L 2121-1 ถึง Article L 2121-8 มีใจความสำคัญสรุปได้ว่า การประกาศใช้ State of Siege จะต้องกระทำโดยตราเป็นรัฐกฤษฎีกา โดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรี ซึ่งจะกระทำได้ก็แต่ในกรณีที่กำลังจะเกิดภัยอันตรายจากสงครามระหว่างประเทศ หรือจากการกบฏโดยใช้กำลังอาวุธเท่านั้น รัฐกฤษฎีกาดังกล่าวจะต้องกำหนดระยะเวลาการใช้บังคับและจะต้องระบุท้องที่ที่จะให้กฎอัยการศึกมีผลใช้บังคับด้วย และเมื่อได้มีการประกาศใช้กฎอัยการศึกแล้วให้อำนาจหน้าที่ในการรักษาความสงบเรียบร้อยและงานของตำรวจซึ่งเป็นของเจ้าหน้าที่ฝ่ายพลเรือนเป็นอำนาจหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ฝ่ายทหาร แต่เจ้าหน้าที่ฝ่ายพลเรือนยังคงเป็นผู้ใช้อำนาจหน้าที่ดังกล่าวในส่วนที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายทหารยังมิได้รับโอน<sup>89</sup> รายละเอียดในการบังคับใช้ผู้เขียนจะอธิบายอย่างละเอียดในบทต่อไป ปัจจุบันประเทศฝรั่งเศสจึงมีบทบัญญัติว่าด้วยกฎอัยการศึกหรือ State of Siege ทั้งในรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส ค.ศ. 1958 และประมวลกฎหมายป้องกันประเทศซึ่งเป็นตัวอย่างของประเทศที่สร้างกลไกสำหรับสภาวะยกเว้นไว้ในรัฐธรรมนูญ

สรุปกฎอัยการศึกในช่วงนี้ไม่ว่าจะเป็น Martial Law หรือ State of Siege ต่างมีลักษณะคล้ายกัน กล่าวคือ เป็นการเพิ่มอำนาจให้ฝ่ายบริหารและเจ้าหน้าที่ทหาร ทั้งยังมีการยกเว้นสิทธิพื้นฐานบางประการของประชาชน ที่สำคัญคือเริ่มเปลี่ยนจากการเป็นกฎหมายที่ใช้ปกครองทหารในรัฐ ไปสู่การควบคุมความสงบเรียบร้อยของสังคมโดยทหารในนามของรัฐแทน<sup>90</sup> โดยเฉพาะการใช้กฎอัยการศึกเพื่อควบคุมความสงบเรียบร้อยในดินแดนอาณานิคม และในยุคหลังเริ่มมีการบัญญัติกฎหมายในสถานการณ์ฉุกเฉินรูปแบบอื่น ๆ มาใช้แทนที่จะประกาศใช้กฎอัยการศึก

<sup>88</sup> อภิชัย กู้เมือง, “กฎอัยการศึก: บทวิเคราะห์มาตรการทางกฎหมายบางประการ,” สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, สืบค้นเมื่อวันที่ 12 ธันวาคม 2562, จาก <http://web.krisdika.go.th/pdfPage.jsp?type=act&actCode=265>.

<sup>89</sup> Article L 2121-1 ถึง Article L 2121-8, Code de la defense อ้างถึงใน อภิชัย กู้เมือง, *เพิ่งอ้าง*.

<sup>90</sup> Mark Neocleous, *supra note 55*, p. 15.

### 3.3.3 จาก Martial Law ถึง Emergency Law

ในช่วงศตวรรษที่ 20 เป็นต้นมา กฎหมายในสถานการณ์ไม่ปกติอันมีลักษณะเป็นกฎหมายในสภาวะยกเว้น มีการปรับตัวจากกฎอัยการศึกมาเป็นกฎหมายความมั่นคงรูปแบบต่างๆ ให้สอดคล้องกับยุคสมัยใหม่ในโลกประชาธิปไตยมากขึ้น ทั้งประเทศอังกฤษและประเทศฝรั่งเศสเองก็มีการตรากฎหมายความมั่นคง เช่น กฎหมายในสถานการณ์ฉุกเฉิน (Emergency Law) หลายรูปแบบมากขึ้น โดยมีแนวคิดพื้นฐานคล้ายกับกฎอัยการศึก แต่พยายามให้การปฏิบัติหน้าที่อยู่ในอำนาจของเจ้าหน้าที่พลเรือนเป็นหลักและเจ้าหน้าที่ทหารเป็นรอง อาจกล่าวได้ว่าเป็นพัฒนาการของกฎหมายในสถานการณ์ฉุกเฉินที่เปลี่ยนแปลงไปพร้อม ๆ กับพัฒนาการของรัฐ ในยุคเสรีประชาธิปไตย ซึ่งนอกจากเรื่องความมั่นคงของรัฐแล้ว การคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชนก็เป็นเรื่องที่ไม่อาจละเลยได้

กฎหมายสถานการณ์ฉุกเฉินในประเทศอังกฤษปรากฏชัดเจนโดยเฉพาะการผ่านกฎหมายพระราชบัญญัติ ป้องกันราชอาณาจักร หรือ The Defence of the Realm Act (DORA) ประกาศใช้เมื่อวันที่ 8 สิงหาคม 1914 หลังสงครามโลกครั้งที่ 1 เพียง 4 วัน โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อเพิ่มอำนาจพิเศษในยามฉุกเฉิน (Emergency Power) ให้แก่รัฐบาลในการบริหารจัดการในภาวะสงคราม รวมถึงอำนาจในการออกข้อกำหนดต่างๆ (Regulation) ในลักษณะข้อห้ามที่จำกัดสิทธิ เช่น การควบคุมสื่อสิ่งพิมพ์ จดหมาย ควบคุมการบริโภคเครื่องดื่มและอาหาร เป็นต้น<sup>91</sup> กฎหมายนี้มีลักษณะของมาตรการทางสงครามที่ปรับเปลี่ยนมาจากกฎอัยการศึก จึงไม่น่าแปลกใจที่บางมาตรการก็คือกฎอัยการศึคนั่นเอง มีข้อสังเกตว่า นับจากเหตุการณ์ความไม่สงบในไอร์แลนด์และกรณีของสงครามโลกครั้งที่ 1 จนถึงปี 1920 กฎอัยการศึกมีแนวโน้มที่จะช่วยทำให้เกิดความรุนแรง เพราะทำให้ประชาชนนึกถึงอำนาจในการปราบปราม ทางรัฐบาลอังกฤษจึงได้ผ่านกฎหมายความมั่นคงซึ่งมีลักษณะการใช้อำนาจใกล้เคียงกับกฎอัยการศึก ภายใต้ชื่อใหม่ว่า “พระราชบัญญัติ ป้องกันราชอาณาจักร 1914” มีผลในทางปฏิบัติเช่นเดียวกับกฎอัยการศึก ทว่าไม่ได้มีนัยยะทางการเมืองที่ถูกต่อต้านเช่นการใช้ชื่อว่า “กฎอัยการศึก”

อย่างไรก็ดี กฎอัยการศึกได้ถูกประกาศใช้ในไอร์แลนด์ในปี 1916 เพื่อตอบโต้กบฏอีสเตอร์ (Easter Rebellion) ของชาวไอริชที่ต้องการแยกตัวออกจากอังกฤษ ภายใต้การปกครองของนายพลแมกซ์เวลล์ (General Sir John Grenfell Maxwell) เขาได้ดำเนินการกับ

---

<sup>91</sup> Hynes Gregory, “Defence of the Realm Act (DORA)” Retrieved on February 5, 2020, from [https://encyclopedi.1914-1918-online.net/article/defence\\_of\\_the\\_realm\\_act\\_dora](https://encyclopedi.1914-1918-online.net/article/defence_of_the_realm_act_dora) .

ผู้ก่อการกบฏอย่างจริงจัง โดยเฉพาะผู้นำของกลุ่มถูกลงโทษอย่างรุนแรง ทว่าขบวนการเรียกร้องอิสระของชาวไอริชก็ยังคงดำเนินต่อไป ขณะเดียวกันอังกฤษได้พยายามใช้กฎหมายความมั่นคงที่บัญญัติขึ้นใหม่อย่างพระราชบัญญัติ The Restoration of Order in Ireland Act 1920 สำหรับใช้ในไอร์แลนด์ เพื่อเตรียมพร้อมรับมือกับฝ่ายกบฏและเหตุการณ์รุนแรงโดยไม่ต้องประกาศใช้กฎอัยการศึก แต่ในที่สุดก็มีการประกาศกฎอัยการศึกอีกครั้งในวันที่ 10 ธันวาคม ค.ศ.1920 ที่เมือง Limerick Cork, Kerry และ Tipperary โดยให้อำนาจเจ้าหน้าที่ทหารในการตรวจค้นและศาลยุติธรรมต้องหยุดปฏิบัติหน้าที่<sup>92</sup> เราจะเห็นได้ว่ามีความซ้ำซ้อนกันอยู่ระหว่างกฎอัยการศึกับพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าว และจากคำตัดสินของหัวหน้าผู้พิพากษาศาลอุทธรณ์ที่ว่า การใช้ The Restoration of Order in Ireland Act ได้แทนที่อำนาจของรัฐบาลในการประกาศกฎอัยการศึกแล้ว และคำพิพากษาของศาลทหารซึ่งไม่ได้จัดตั้งขึ้นตามพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวย่อมเป็นโมฆะ ทั้งนี้คำตัดสินดังกล่าวอาจเป็นปัญหาในการบริหารประเทศภายใต้วิกฤต<sup>93</sup> เนื่องจากแสดงให้เห็นว่า ในท้องที่ใดประกาศใช้พระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวแล้วย่อมประกาศกฎอัยการศึอีกไม่ได้

เมื่อพิจารณาถึงตรงนี้อาจกล่าวได้ว่า The Defence of the Realm Act 1914 (DORA) เป็นจุดเชื่อมระหว่างกฎอัยการศึและแนวคิดเรื่องอำนาจในสถานการณ์ฉุกเฉิน นำไปสู่การเปลี่ยนรูปกฎอัยการศึให้เป็นกฎหมายใหม่ภายใต้หลักการและแนวคิดของอำนาจในสถานการณ์ฉุกเฉิน<sup>94</sup> พระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวจึงมีมาตรการคล้ายกฎอัยการศึ แต่ไม่ได้มีขึ้นสำหรับใช้บังคับในยามสงครามเท่านั้น ทว่าใช้เมื่อเกิดสถานการณ์ฉุกเฉินอันเป็นภัยต่อรัฐซึ่งมีความหมายกว้างกว่า ก่อนที่จะมีการปรับเปลี่ยนหลักการและมาตรการบางอย่างจนเกิดกฎหมายในสถานการณ์ฉุกเฉินฉบับใหม่แยกจากร่มเงาของกฎอัยการศึ คือ Emergency Powers Act of 1920 (EPA) หรือพระราชบัญญัติในสถานการณ์ฉุกเฉิน 1920 ซึ่งมีสาระสำคัญในการให้อำนาจประกาศภาวะฉุกเฉินแก่ฝ่ายบริหาร โดยทำเป็นพระบรมราชโองการ (Order-in-Council) เพื่อใช้ในการรักษาความสงบเรียบร้อยในประเทศอังกฤษ เนื่องจากในขณะนั้นมีปัญหาความวุ่นวายจากการนัดหยุดงาน ข้อพิพาททางแรงงาน ซึ่งเป็นปัญหาของอังกฤษขณะนั้น แม้จะเป็นกฎหมายที่ให้อำนาจฝ่ายบริหารมาก แต่ยังคงไม่มีอำนาจในการแก้ไขระบอบพิจารณาตุลาการ รวมทั้งการลงโทษโดยไม่ผ่านการพิจารณาจากศาล และ

<sup>92</sup> Charles Townshend, *supra note 25*, p. 184.

<sup>93</sup> Egan v. Macready (1921), 1 I.R. 265. There is an interesting and extensive commentary in Keir and Lawson, *Cases*, 226-30. Quoted in Charles Townshend, *Ibid.*, p. 187 (March 1982).

<sup>94</sup> Mark Neocleous, *supra note 55*, p. 17.

แน่นอนว่าไม่มีส่วนใดเกี่ยวข้องกับศาลทหาร<sup>95</sup> พระราชบัญญัตินี้มีการแก้ไขเพิ่มเติมอีกใน Emergency Powers (Defence) Act ในปี 1939 และ Emergency Powers (Defence) Act ในปี 1940 สุดท้ายพระราชบัญญัตินี้สิ้นผลเมื่อมีการตราพระราชบัญญัติภัยพิบัติพลเรือน หรือ Civil Contingencies Act 2004 ซึ่งก่อนหน้านั้นกฎหมายในสถานการณ์ฉุกเฉินของอังกฤษจัดการปัญหาได้ไม่ดีเท่าที่ควร ไม่ว่าจะเหตุอุทกภัยครั้งใหญ่ในปี 2000 ความตื่นตัวเผด็จการระบอบเผด็จการจากกรณี 9 กันยายน ในปีเดียวกัน รวมถึงการระบาดของโรคมือเท้าปาก ในปี 2001<sup>96</sup> นำไปสู่ความพยายามปรับปรุงกฎหมายในสถานการณ์ฉุกเฉินให้เหมาะสมกับสถานการณ์ไม่ปกติต่าง ๆ มากขึ้น ทั้งแบ่งเป็นระดับความรุนแรงในระดับประเทศและในระดับท้องถิ่นให้สามารถใช้งานได้ทันทั่วทั้ง และใช้อยู่จนถึงปัจจุบัน

อาจกล่าวได้ว่า นับแต่ช่วงสงครามโลกเป็นต้นมา มีการเปลี่ยนแปลงกฎหมายการศึกษาในประเทศ Common Law ให้อยู่ในรูปกฎหมายในสถานการณ์ฉุกเฉิน โดยเริ่มจาก Defence of the Realm Acts ไปจนถึง Emergency Powers Acts ในปี 1940 และ Civil Contingencies Act 2004 หรือพระราชบัญญัติการบริหารราชการพลเรือนในบางสถานการณ์ 2004 ที่ใช้อยู่จนถึงปัจจุบัน ซึ่งกฎหมายส่วนใหญ่ออกแบบมาสำหรับรับมือกับสถานการณ์ไม่ปกติที่หลากหลายมากขึ้น หากกฎหมายการศึกษาคือหนทางสุดท้ายที่ใช้ในยามสงคราม กฎหมายในสถานการณ์ฉุกเฉินก็ย่อมเป็นทางเลือกสำหรับภาวะวิกฤตอื่น ๆ ภายในประเทศ ส่วนประเทศสหรัฐอเมริกาเองก็มีพัฒนาการของกฎหมายความมั่นคงและประกาศสถานการณ์ฉุกเฉิน เช่น การออกพระราชบัญญัติ USA Patriot Act เพื่อต่อสู้กับเหตุก่อการร้าย 19 กันยายน ค.ศ. 2001 ซึ่งให้อำนาจเจ้าหน้าที่บังคับใช้กฎหมายอย่างล้นเหลือ และละเมิดสิทธิความเป็นส่วนตัวของประชาชนเกินไป<sup>97</sup> เช่นเดียวกับที่ประเทศฝรั่งเศสบัญญัติการประกาศกฏอัยการศึกและอำนาจฉุกเฉินของประธานาธิบดีไว้ในรัฐธรรมนูญ ตลอดจนการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินต่าง ๆ พยายามเปลี่ยนจากการใช้กฏอัยการศึก ไปใช้กฎหมายในสถานการณ์ไม่ปกติประเภทอื่นที่เหมาะสมกับสถานการณ์มากกว่า โดยเฉพาะในยุคเสรีประชาธิปไตยที่ต้องรักษาคุณค่าทั้งความมั่นคงของรัฐและสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชนให้อยู่ในจุดสมดุล สอดคล้องกับที่ Mark Neocleous แสดงความเห็นไว้ว่า ในปัจจุบันกฏอัยการศึกเทียบได้กับกฎหมายในสถานการณ์ฉุกเฉิน

<sup>95</sup> Herbert Marx, *supra not 71*, p. 46, 50.

<sup>96</sup> Anna Khakee, “Securing Democracy? A Comparative Analysis of Emergency Powers in Europe,” *Geneva Centre for the Democratic Control of Armed Forces (DCAF)*, Policy Paper –30, p. 27 (2009).

<sup>97</sup> “The USA Patriot Act: Preserving Life and Liberty, Department of Justice,” Retrieved on February 25, 2020, from <https://www.justice.gov/archive/ll/highlights.htm>.

และกฎหมายความมั่นคงแห่งชาติ<sup>98</sup> พื้นฐานแนวคิดเดียวกันแต่กฎอัยการศึกและกฎหมายในสถานการณ์ฉุกเฉินต่างกันการใช้เจ้าหน้าที่ทหารมาเป็นเจ้าหน้าที่พลเรือนเป็นหลัก

### 3.4 พิเคราะห์ปัญหาทางทฤษฎีว่าด้วยกฎอัยการศึก

ในเบื้องต้นผู้เขียนได้เกริ่นนำถึงลักษณะเฉพาะของกฎอัยการศึกที่มีความคลุมเครือและไม่ชัดเจนในตัวเองไปบ้างแล้ว ในหัวข้อนี้จะได้ลงรายละเอียดในสิ่งที่ปัญหาในทางทฤษฎีพื้นฐานของกฎอัยการศึก และยังคงมีการอภิปรายโต้แย้งมายาวนานโดยไม่อาจหาคำตอบสุดท้ายได้ ในหัวข้อนี้เป็นเพียงการตอบคำถามในบางประเด็นและเสนอความคิดเห็นของผู้เขียนเองซึ่งก็อาจไม่ใช่คำตอบสุดท้าย แต่อย่างน้อยน่าจะเป็นการชี้ประเด็นชวนคิดและต่อยอดทางความคิดต่อไป เช่น สภาวะยกเว้นกับกฎอัยการศึกมีความสัมพันธ์กันอย่างไร การตอบคำถามที่ว่ากฎอัยการศึกเป็นกฎหมายหรือไม่ เหตุใดนักวิชาการบางท่านจึงเห็นว่าควรเรียกกฎอัยการศึกว่า martial rule แทน martial law ตลอดจนลักษณะความสัมพันธ์ของกฎอัยการศึกกับกฎหมายสูงสุดอย่างรัฐธรรมนูญ และหลักสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ

#### 3.4.1 ปัญหาว่าด้วยเรื่อง สภาวะยกเว้น (State of Exception) กับกฎอัยการศึก

##### 3.4.1.1 ความสัมพันธ์ของกฎอัยการศึกกับสภาวะยกเว้น

ผู้เขียนได้อธิบายแนวคิดเบื้องต้นว่าด้วยสภาวะยกเว้นมาบ้างแล้ว<sup>99</sup> ทั้งความเห็นของคาร์ล ชมิทท์ (Carl Schmitt) ในผลงาน Political Theology ซึ่งเป็นจุดเริ่มต้นของการศึกษาเรื่องสภาวะยกเว้น (State of Exception) โดยชมิทท์เห็นว่า องค์กรอัยการเป็นผู้ตัดสินใจในสภาวะยกเว้น ซึ่งเป็นสภาวะที่สามารถก้าวข้ามกรอบหลักนิติธรรมและใช้อำนาจเบ็ดเสร็จฝ่ายเดียวเพื่อธำรงไว้ซึ่งความอยู่รอดของรัฐ<sup>100</sup> อาจสรุปได้ว่าเป็นสภาวะที่ยกเว้นจากกฎหมายและกฎเกณฑ์ทั้งปวง แนวคิดดังกล่าวถูกนำไปพัฒนาต่อโดยจีโอร์จีโอ อากัมเบน (Giorgio Agamben) ในความเห็นและ

<sup>98</sup> Mark Neocleous, *supra* note 55, p. 16–18.

<sup>99</sup> รายละเอียดในบทที่ 2

<sup>100</sup> Carl Schmitt, Political Theology: Four Chapters on the Concept of Sovereignty (2005), p. 5. Quoted in David Dyzenhaus, “States of Emergency,” in The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law, ed. Michel Rosenfeld, András Sajó, (Oxford: Oxford University Press, 2012), p. 444.

ชุดคำอธิบายอีกอย่างหนึ่ง เขานิยามสภาวะยกเว้นไว้ว่า คือ สภาวะที่กำหนดได้ไม่แน่นอน เป็นสภาวะไร้กฎหมายที่สัมพันธ์กับระบบกฎหมาย

แนวคิดเรื่องสภาวะยกเว้น แม้จะปรากฏและเป็นที่รู้จักจากงานของซมิทท์ก็ตาม แต่จากการศึกษาความหมายและลักษณะเฉพาะของสภาวะดังกล่าวทั้งผลงานของซมิทท์และอากัมเบนพบว่า สภาวะยกเว้นมีมานานนับแต่การก่อตั้งรัฐ รู้จักการปกครองและวางแผนอำนาจรัฐ อย่างน้อยก็ยุคโบราณในสมัยโรมัน ซึ่งผู้เขียนได้อธิบายบางส่วนไปแล้วในการปกครองของโรมัน ในห้วงเวลาปกติมีกงสุล มีสภาคูเรียหรือสภาสามัญ มีสภาซีเนท ทว่าเมื่อเกิดภาวะวิกฤตในสถานการณ์ฉุกเฉิน กฎหมายให้อำนาจรัฐไปรวมอยู่ที่ผู้เผด็จการ (Dictator) ซึ่งเป็นผู้มีอำนาจสูงสุดเพื่อจัดการกับวิกฤตที่เกิดขึ้นในขณะนั้น อำนาจนั้นคือทำอะไรก็ได้แม้ผิดกฎหมายในระบบปกติ การออกกฎหมาย หรือลงโทษบุคคล แม้ไม่ชอบด้วยกฎหมายในระบบปกติ ทว่าหากทำไปเพื่อให้ผ่านพ้นเหตุการณ์ฉุกเฉินย่อมทำได้และจำกัดภายในเวลา 6 เดือน<sup>101</sup> รวมถึงกรณีที่มีภาวะสงครามหรือวิกฤตต่าง ๆ เจ้าหน้าที่ทหารเข้ามาปฏิบัติหน้าที่และได้รับอำนาจพิเศษในการกระทำบางอย่างที่อาจกระทบสิทธิเสรีภาพในบางประเด็น เป็นภาวะยกเว้นสิทธิเสรีภาพบางประการ ยกเว้นจากความเข้มข้นของหลักนิติรัฐและกฎหมายในระบบปกติ มาใช้มาตรการในภาวะฉุกเฉินแทน การรวมศูนย์อำนาจแบบกึ่ง ๆ เผด็จการของโรมันนี้เองคือลักษณะของกฎหมายในสถานการณ์ไม่ปกติในอดีต ไม่ว่าจะเป็นการประกาศกฎอัยการศึก การประกาศสถานการณ์ฉุกเฉิน การประกาศพระราชบัญญัติความมั่นคงหรือชื่อกฎหมายอื่น ตามแต่จะเรียกโดยมักอ้างว่าเป็นไปเพื่อความมั่นคงของรัฐและความผาสุกของสังคม ดังนั้นความสัมพันธ์ของสองสิ่งนี้ก็คือ กฎอัยการศึกเป็นรูปแบบหนึ่งของสภาวะยกเว้น ทั้งนี้การพยายามให้ความหมายหรืออธิบายแนวคิดสภาวะยกเว้นอาจมีการเปลี่ยนแปลงไปตามยุคสมัย

กฎอัยการศึกในฐานะของกฎหมายในสถานการณ์วิกฤต คือ สภาวะยกเว้นชนิดหนึ่งซึ่งผู้เขียนเห็นว่าน่าจะเป็นสภาวะยกเว้นในระดับรุนแรงที่สุด หากพิจารณาในฐานะของเครื่องมือของรัฐที่มีความเก่าแก่และเป็นจุดเริ่มต้นให้เหล่ากฎหมายในสถานการณ์ฉุกเฉินอื่น ๆ เป็นเสมือนสารตั้งต้นของกฎหมายในสถานการณ์ฉุกเฉินที่พัฒนาขึ้นมาเป็นสภาวะยกเว้นรูปแบบใหม่เหมาะสมกับยุคสมัยมากกว่า มาถึงตรงนี้ผู้เขียนมิได้จะบอกว่ากฎหมายในสถานการณ์ฉุกเฉินนั้นดีกว่ากฎอัยการศึก เพียงต้องการชี้ให้เห็นว่าจากการศึกษานั้น กฎอัยการศึกมีการเปลี่ยนรูปและปรับโฉมหน้าใหม่ให้เหมาะสมกับยุคสมัยมากขึ้น และกลายเป็นกฎหมายในสถานการณ์ฉุกเฉินที่ใช้เจ้าหน้าที่พลเรือนเป็นหลักในการปฏิบัติหน้าที่เป็นหลัก กองทัพเป็นเพียงผู้ช่วย การใช้กฎอัยการศึกในปัจจุบันจึงค่อย ๆ น้อยลง มองในแง่ดีคือ กฎอัยการศึกซึ่งเน้นการใช้กำลังทหารในยามสงครามไม่เหมาะสมกับยุคเสรี

<sup>101</sup> รายละเอียดในหัวข้อ 3.3 พัฒนาการทางประวัติศาสตร์ของ “กฎอัยการศึก”

ประชาธิปไตย ในบางประเทศยกเลิกกฎหมาย บางประเทศมิได้ยกเลิกอย่างเป็นทางการแต่ก็ไม่ได้นำมาประกาศใช้แม้เป็นสิ่งที่ดี แต่เราไม่อาจหลงติใจได้ เพราะรัฐเพียงเปลี่ยนเครื่องมือที่ใช้ในสภาวะยกเว้นไปเท่านั้น การใช้กฎหมายความมั่นคงประเภทอื่นเพื่อต่อสู้กับภัยคุกคามยังคงมีอยู่ตลอดทั้งเพื่อความมั่นคงแบบดั้งเดิมและรูปแบบใหม่ สภาวะยกเว้นจึงยังคงอยู่คู่กับรัฐอย่างตัดไม่ขาดอยู่ที่ว่าจะแสดงออกมาในรูปแบบใดและประชาชนรู้เท่าทันหรือไม่

### 3.4.1.2 กฎอัยการศึกกับกฎหมาย Martial Law หรือ Martial Rule

ในผลงาน State of Exception อากัมเบนฮอยบยกประเด็นที่เหล่านักกฎหมายถกเถียงถึงสภาวะยกเว้นว่าอยู่ในระบบกฎหมายหรือนอกระบบกฎหมาย รวมทั้งกรณี “ความจำเป็น” หลายท่านน่าจะเคยได้ยินคำกล่าวที่ว่า ความจำเป็นเป็นบ่อเกิดกฎหมายและความจำเป็นเรียกร้องให้เกิดสภาวะยกเว้น กับอีกแนวคิดหนึ่งซึ่งเห็นตรงข้ามอย่างชัดเจนคือ ความจำเป็นไม่มีและไม่ยอมรับกฎหมาย อากัมเบนมิได้เห็นด้วยกับฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเพราะเขามองว่าสภาวะยกเว้นคือโซนที่แบ่งแยกมิได้<sup>102</sup> สำหรับผู้เขียนเองก็เห็นด้วยกับอากัมเบนในกรณีไม่สามารถชี้ชัดได้ว่า สภาวะยกเว้นอยู่ในกฎหมายหรืออยู่นอกกฎหมาย เนื่องจากสภาวะยกเว้นโดยเนื้อแท้มันก็มีใช้กฎหมาย ปรากฏกายขึ้นได้ด้วยความจำเป็น ซึ่งความจำเป็นมีความเกี่ยวข้องกับสถานการณ์และการตัดสินใจของผู้มีอำนาจ ทั้งยังมีความเป็นการเมืองและสิ้นไหลอย่างมีอรรถนัยหรือมาตรฐานอย่างชัดเจนว่าสิ่งนี้เป็นความจำเป็นและความจำเป็นระดับใดสมควรที่จะเกิดสภาวะยกเว้น แต่หากเรายึดตามหลักว่าความจำเป็นเป็นเหตุผลในการป้องกันตน เป็นสิทธิของรัฐที่จะสร้างวิธีการบางอย่างมาป้องกันตนเอง ซึ่งในที่นี้ก็คือสภาวะยกเว้น และสภาวะยกเว้นนี้เองที่มุ่งเว้นกฎหมายในระบบปกติและเกิดระบบกฎหมายหรือมาตรการการบังคับใช้อีกชุดหนึ่งขึ้นทดแทน เพื่อป้องกันรัฐให้รอดพ้นจากอันตรายและกลับสู่ภาวะปกติ เมื่อเรานำสภาวะยกเว้นเข้ามาในแดนของกฎหมาย ทำให้กฎเกณฑ์และมาตรฐานทั้งหลายนี้มีความเป็นระบบในลักษณะของกฎหมาย เป็นกลไกจัดการสถานการณ์ไม่ปกติตามรัฐธรรมนูญ ทั้งยังสอดคล้องกับคุณค่าแห่งนิติรัฐ กฎหมายนี้จึงมีความชอบธรรมได้ก็ต่อเมื่อบังคับใช้ตามกฎหมายเพื่อให้รัฐกลับสู่ภาวะปกติโดยเร็วและไม่เป็นการละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชนเกินสมควร

เมื่อกลับมาพิจารณาแนวคิดสภาวะยกเว้นเป็นการเฉพาะในกรณีที่น่าเข้ามาเป็นกฎหมายที่เรียกว่า “กฎอัยการศึก” ก็เป็นอีกประเด็นหนึ่งที่ผู้เขียนเห็นว่ามิใช่นักวิชาการหลายท่านไม่เห็นด้วยที่จะให้กฎอัยการศึกเป็นกฎหมาย โดยเฉพาะจากการศึกษางาน Sir Matthew Hale กล่าวว่า กฎอัยการศึกไม่ใช่กฎหมาย แต่เป็นสิ่งที่ทำตามการตัดสินใจมากกว่าการได้รับอนุญาตจาก

<sup>102</sup> รายละเอียดในหัวข้อ 2.3.3.1 สภาวะยกเว้น (State of Exception)

กฎหมาย<sup>103</sup> Blackstone เห็นว่า กฎอัยการศึกคือสิ่งที่สร้างขึ้นมาจากพราศจากหลักการและเป็นการตัดสินใจตามอำเภอใจ<sup>104</sup> หรือที่ Duke of Wellington ให้ความเห็นไว้ว่า กฎอัยการศึกไม่ได้มากไปกว่าเจตจำนงของผู้บัญชาการทหาร และ Charles Fairman เองก็ได้แสดงความเห็นว่า กฎอัยการศึกควรใช้คำว่า Martial Rule มากกว่า Martial law เพราะมันไม่ใช่กฎหมายแต่เป็น “กฎ” โดยอิงตามความเห็นของ Matthew Hale และ David Dudley Field (ความเห็นในคดี Ex parte Milligan 1866 )<sup>105</sup> หรือแม้แต่ Oliver Cromwell ก็ยังได้แสดงความคิดเห็นไว้ว่า “ในความจำเป็นไม่มีกฎหมาย ความจำเป็นเป็นเพียงการเสแสร้ง เป็นจินตนาการ เป็นการหลอกลวงครั้งใหญ่ของมนุษย์ต่อหน้าพระเจ้า ทั้งยังเป็นการโกหกเพื่อทำลายกฎเกณฑ์ลงด้วย”<sup>106</sup> ผู้เขียนทำความเข้าใจตามแนวคิดของนักวิชาการกลุ่มนี้พอจะเข้าใจและสรุปได้ว่า เนื่องจากกฎอัยการศึกนี้มีการปรับใช้มายาวนานเริ่มต้นจากที่ไม่มีหลักเกณฑ์อะไรชัดเจน ทั้งยังเป็นเรื่องของการประเมินและตัดสินใจตามสถานการณ์ของผู้มีอำนาจปกครองและมีความเป็นการเมือง มากไปกว่านั้น กฎอัยการศึกยังถูกนำไปใช้ในหลากหลายสถานการณ์ หลากหลายรูปแบบดังที่ผู้เขียนได้บรรยายในหัวข้อก่อน ภาพการบังคับใช้กฎอัยการศึกจึงมีความคลุมเครือและสัมพันธ์กับการตัดสินใจของผู้มีอำนาจ

ในมิตินี้ผู้เขียนเห็นด้วยที่ว่า เนื้อแท้ของแนวคิดสภาวะยกเว้นนี้ไม่ใช่กฎหมาย ซ้ำยังมีลักษณะยกเว้นระบบกฎหมายปกติที่เป็นอยู่ด้วย ในมุมหนึ่งสภาวะยกเว้นจึงเป็นการช่วงชิงอำนาจในยามวิกฤตเพราะผู้มีอำนาจปกครองอาจตัดสินใจใช้สภาวะดังกล่าว กรณีนี้คือการมองสภาวะยกเว้นเป็นสภาวะหรือสถานการณ์หนึ่งของรัฐที่ไม่เป็นปกติ ส่วนกฎอัยการศึกคือ การยอมรับสภาวะยกเว้นและนำสภาวะยกเว้นนั้นเข้ามาอยู่ในแดนของกฎหมาย เกิดเป็นเงื่อนไขในการใช้อำนาจหรือมาตรการในสภาวะวิกฤตดังกล่าว เป็นระบบหนึ่งแยกจากกฎหมายในระบบปกติ ดังนั้นแม้สภาวะยกเว้นจะมีลักษณะเป็นข้อยกเว้นหรืองดเว้นกฎหมาย ยกเว้นสิทธิขั้นพื้นฐานบางประการ แต่ก็มิได้

<sup>103</sup> Matthew Hale, *The Common Law of History of England*, (1739). Quoted in Khagesh Gautam, *supra note 9*, p. 120.

<sup>104</sup> William Blackstone, *Commentaries (Cooley's 2nd ed.)*, 412. Quoted in Charles Fairman, *supra note 14*, p. 591.

<sup>105</sup> *Ibid.*, p. 594.

<sup>106</sup> Speech to the First Protectorate Parliament (12 September 1654)  
 “...Necessity hath no law. Feigned necessities, imaginary necessities ... are the greatest cozenage men can put upon the Providence of God, and make pretences to break known rules by. But it is as legal, ...”

หมายความว่างดเว้นโดยสิ้นเชิง เมื่อนำเข้ามาในแดนกฎหมายกลายเป็นระบบกฎหมายในสถานการณ์ไม่ปกติ ไม่ว่าจะเป็กฎอัยการศึก หรือแม้กระทั่งกฎหมายฉุกเฉินอื่นยอมเป็นเพียงการงดเว้นเท่าที่กฎหมายรัฐธรรมนูญให้อำนาจ หลักนิติรัฐยังคงอยู่แม้ผ่อนปรนลง และต้องสอดคล้องกับกฎหมายระหว่างประเทศซึ่งกำหนดสิทธิขั้นพื้นฐานบางประการอันมีอาจงดเว้นได้ไม่ว่าในสถานการณ์ใด

พิจารณาประกอบกับนิยามของกฎหมายว่า กฎหมายคืออะไร ยังคงเป็นคำถามทางปรัชญาที่ตอบหรือให้นิยามที่ชัดเจนไม่ได้ ทั้งนี้โดยทั่วไปแล้วเราอาจสรุปลักษณะที่สำคัญของกฎหมายได้ 3 ประการ ได้แก่ 1) กฎหมายเป็นกฎเกณฑ์ที่กำหนดความสัมพันธ์เกี่ยวกับสิทธิหน้าที่ของบุคคล 2) กฎหมายเป็นกฎเกณฑ์ที่เป็นนามธรรมและใช้บังคับกับบุคคลทั่วไป และ 3) กฎหมายเป็นกฎเกณฑ์ที่มีสภาพบังคับและมีกระบวนการบังคับที่เป็นกิจจะลักษณะ<sup>107</sup> เมื่อนำมาพิจารณากฎอัยการศึกก็มีลักษณะพอที่จะเป็นกฎหมายได้เนื่องจากการกำหนดให้กระทำ หรืองดเว้นการกระทำอันเป็นสิทธิและหน้าที่และใช้กับบุคคลทั่วไป ทั้งนี้ก็อาจจะมีภาวะที่ประกาศใช้กฎอัยการศึกกรณีประกาศบางพื้นที่ และบังคับใช้เฉพาะช่วงเวลาไม่ปกติและกฎอัยการศึกก็มีการกำหนดสภาพบังคับในเมื่อมีข้อห้าม หากฝ่าฝืนยอมมีโทษเช่นกัน จะเห็นได้ว่าหากมีการประกาศใช้กฎอัยการศึกกฎอัยการศึกละยอมทำหน้าที่เป็นเครื่องมือในการควบคุมความสงบเรียบร้อยของสังคมในสภาวะยกเว้นเป็นบรรทัดฐานในห้วงเวลานั้นจึงเป็นเรื่องยากที่จะปฏิเสธความเป็นกฎหมายของกฎอัยการศึก

ดังนั้น ในประเด็นนี้จึงมิได้ตอบคำถามอย่างชัดเจนแต่เป็นการทำความเข้าใจมากกว่าว่า สภาวะยกเว้นไม่ได้ตัดขาดความสัมพันธ์กับระบบกฎหมายเสียทีเดียว และเป็นไปในลักษณะของการยกเว้นกฎหมายในระบบปกติเพื่อใช้กลไกหรือระบบกฎหมายอีกระบบหนึ่ง ซึ่งก็คือการพยายามนำแนวคิดสภาวะยกเว้นกลับเข้ามาอยู่ในแดนของกฎหมาย นำมาทำให้เป็นส่วนหนึ่งของรัฐธรรมนูญในฐานะกลไกจัดการสถานการณ์ไม่ปกติในระดับสงคราม เป็นกฎอัยการศึกที่ใช้ในห้วงวิกฤตเมื่อกฎหมายระบบปกติไม่อาจทำงานได้ ดังนั้นไม่ว่าสภาวะยกเว้นจะเป็นสิ่งที่อยู่ในแดนกฎหมายหรือไม่ก็ตาม แต่การมีกฎหมายความมั่นคงทั้งหลายก็คือการยอมรับและนำสภาวะยกเว้นเข้ามาในแดนกฎหมายแล้ว กฎอัยการศึกจึงได้ปรากฏขึ้นในฐานะกฎหมายในสถานการณ์วิกฤต

### 3.4.2 ฐานอำนาจและการอ้างความชอบธรรมในการบังคับใช้กฎอัยการศึก

จากการศึกษาข้อมูลและพัฒนาการของกฎอัยการศึกรับว่า หลักการหรือแนวคิดที่สนับสนุนและเป็นฐานอำนาจให้มีการประกาศกฎอัยการศึกแต่ละครั้งมีความชอบธรรมนั้น มีหลายเหตุผล แต่โดยสรุปแล้วเราอาจจัดกลุ่มชุดเหตุผลที่ใช้อธิบายได้ 2 ลักษณะ คือ

<sup>107</sup> วรเจตน์ ภาคีรัตน์, คำสอนว่าด้วยรัฐและหลักกฎหมายมหาชน, พิมพ์ครั้งที่ 3, แก้ไขเพิ่มเติม (กรุงเทพมหานคร: อานกฎหมาย, 2564), น. 177-180.

### 3.4.2.1 กฎอัยการศึกเป็นพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ (Royal Prerogative)

ในผลงานของ J.C. Capua นักประวัติศาสตร์กฎหมายได้อธิบายถึงการปรากฏตัวอย่างชัดเจนของกฎอัยการศึกในศตวรรษที่ 14 เมื่อพระเจ้าเอ็ดเวิร์ดที่ 3 (Edward III) ทรงประกาศอำนาจของพระองค์ (Royal Prerogative) โดยพระมหากษัตริย์ทรงประกาศยืนยันอำนาจอธิปไตยเหนือดินแดนของพระองค์ ทรงมีอำนาจประกาศกฎอัยการศึกในห้วงเวลาแห่งสงคราม การจลาจล หรือภัยคุกคามอันใกล้จะถึงและบัพัญญูติแห่งกฎหมายอื่นถูกระงับ ไม่สามารถตอบสนองต่อภัยคุกคาม<sup>108</sup> ในสถานะที่รัฐตกอยู่ในสถานะสงคราม (State of War) หรือในสถานการณ์ใกล้เคียงกันนี้เอง อาจมีผลกระทบต่อความสงบเรียบร้อยของรัฐ เช่น กบฏหรือการจลาจลโดยมีอาวุธ กรณีเหล่านี้ย่อมใช้พระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์เข้าร่วมสงคราม ประกาศสงครามหรือใช้กำลังทหารจัดการภัยอันตรายได้กฎหมายอนุญาตให้กระทำได้ โดยพิจารณาว่ามีการคุกคามรัฐหรือละเมิดอำนาจอธิปไตยของพระมหากษัตริย์และเป็นกรณีที่เมื่อจะใช้กฎหมายในระบบปกติจัดการให้คืนสู่ความเรียบร้อย หากเป็นเช่นนั้นจริงกษัตริย์หรือรัฐบาลในพระองค์ย่อมประกาศกฎอัยการศึกได้<sup>109</sup> Joseph Chitty เขียนในหนังสือว่าด้วยพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ แม้มิได้ระบุโดยใช้คำว่ากฎอัยการศึกแต่ก็ได้อธิบายถึงพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ที่จะกระทำประการใดๆ ในยามภาวะฉุกเฉินได้ทันที ซึ่งภาวะฉุกเฉินดังกล่าวย่อมเกิดเพียงชั่วคราว ทั้งนี้พระมหากษัตริย์ไม่อาจใช้พระราชอำนาจในภาวะสงครามของพระองค์เพื่อการเปลี่ยนแปลงกฎหมายภายในรัฐได้<sup>110</sup>

นักกฎหมายและนักวิชาการส่วนใหญ่มีความเห็นในแนวเดียวกันที่ว่าพระมหากษัตริย์สามารถใช้สงครามต่อต้านการจลาจลหรือจัดการเหตุไม่สงบได้ เป็นสิทธิอันชอบธรรม เช่น กรณีกบฏยูเรกา (Euraka Stockade) ในปี 1854 ระหว่างทหารในอาณานิคมวิกตอเรีย ประเทศออสเตรเลียกับการประท้วงของชาวเหมืองแร่ การจลาจลนำไปสู่การประกาศกฎอัยการศึก หลังจากนั้นจึงมีการออกกฎหมาย Victorian Act XII of 1854 ซึ่งมีลักษณะเป็นพระราชบัญญัติปลดเปลื้องความรับผิดชอบ (Indemnity Act) เพื่อให้การปฏิบัติหน้าที่ของทหารและตำรวจปราบปรามความไม่สงบในนามของพระมหากษัตริย์มีความชอบธรรม<sup>111</sup> อาจกล่าวได้ว่าในพระราชบัญญัตินี้มีได้มีการเพิ่มเติมพระราชอำนาจให้มากขึ้น เพียงแต่ยืนยันอำนาจของรัฐบาลวิกตอเรียในการปราบปรามเท่านั้น

<sup>108</sup> J. V. Capua, *supra note 26*, pp. 152–173.

<sup>109</sup> Camaron Moore, *supra note 7*, p.138.

<sup>110</sup> Joseph Chitty, *A Treatise on the Law of the Prerogatives of the Crown; and the Relative Duties and Rights of the Subject*, (Butterworths, 1820), p. 49.

<sup>111</sup> W. S. Holdsworth, *supra note 52*, p. 128.

เมื่อเราพิจารณาอำนาจในการประกาศกฎอัยการศึกในฐานะที่เป็นพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ หรือ Royal Prerogative ในทางประวัติศาสตร์ พบว่าหลังจากมี Magna Carta อำนาจของพระมหากษัตริย์ถูกจำกัดลง โดยเฉพาะเมื่อมี The Petition of Right 1628 คือ การเน้นย้ำหลักที่ว่า ห้ามพระมหากษัตริย์ทรงเก็บภาษีโดยมิได้รับอนุมัติจากรัฐสภา และนักโทษสามารถร้องเรียนการจับกุมที่ไม่ถูกต้องโดยขอหมายสั่งให้ส่งตัวผู้ถูกคุมขังมาศาล (Writ of Habeas Corpus) และระบุถึงกฎอัยการศึกไว้ว่า กฎอัยการศึกใช้บังคับกับทหารเท่านั้นและไม่สามารถประกาศใช้ในยามสันติปราศจากสงครามได้ ตลอดจน Bill of Rights ล้วนเป็นกฎหมายที่มีขึ้นเพื่อจำกัดอำนาจที่เคยมีของพระมหากษัตริย์ และกลายเป็นรัฐสภาที่ทรงอำนาจสูงสุดแทน<sup>112</sup> ทั้งนี้หากเป็นการใช้กฎอัยการศึกในดินแดนอาณานิคมย่อมมีแตกต่างกันออกไป

ในช่วงศตวรรษที่ 18 เป็นต้นมา มีการนำกฎอัยการศึกไปใช้ในดินแดนอาณานิคมโดยผู้ว่าการรัฐอาณานิคม เมื่อประกาศใช้กฎอัยการศึกก็มักอ้างว่ากระทำในนามของพระมหากษัตริย์ ทำเพื่อปกป้องอำนาจอธิปไตยของสหราชอาณาจักร<sup>113</sup> Simpson เขียนแสดงความเห็นถึงกรณีการใช้กฎอัยการศึกไว้ว่า ผู้ว่าการรัฐและคณะกรรมการระดับสูงในอาณานิคมปฏิบัติหน้าที่ภายใต้พระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ การตัดสินใจของฝ่ายบริหารนั้นเป็นสิ่งที่ชอบด้วยกฎหมาย กฎอัยการศึกจึงเป็นรูปแบบกฎหมายในสภาวะวิกฤตที่กำหนดไว้สำหรับพระมหากษัตริย์<sup>114</sup> แม้ความจริงแล้วพระมหากษัตริย์จะมีได้ทรงตัดสินใจเองแต่อย่างไร ส่วนแนวคิดว่าด้วยอำนาจพื้นฐานของกฎอัยการศึกซึ่งสืบมาจากพระราชอำนาจนี้ถูกใช้อธิบายสร้างความชอบธรรมในประเทศที่ปกครองโดยมีพระมหากษัตริย์เป็นประมุขของรัฐภายใต้รัฐธรรมนูญ มีการปรับรูปแบบตามยุคสมัย เช่น ในประเทศอังกฤษอำนาจในการประกาศกฎอัยการศึกกลายเป็นอำนาจในทางบริหาร เมื่อจะประกาศกฎอัยการศึกหรือประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินจึงเป็นอำนาจของฝ่ายบริหารและพระมหากษัตริย์ยังคงต้องลงพระปรมาภิไธยก็ตาม นอกจากนี้แนวคิด Royal Prerogative หากเทียบเคียงกับประเทศประชาธิปไตยแบบสาธารณรัฐก็คือ ในส่วนที่เป็นอำนาจพิเศษของประธานาธิบดีนั่นเอง

<sup>112</sup> รายละเอียดในหัวข้อ 3.3 พัฒนาการทางประวัติศาสตร์ของ “กฎอัยการศึก”

<sup>113</sup> Lyndall Ryan, “Martial Law in the British Empire,” in *Violence, Colonialism and Empire in the Modern World*, ed. Philip Dwyer, Amanda Nettelbeck, (Cham: Springer International Publishing, 2018), p. 101.

<sup>114</sup> A. W. B. Simpson, *Human Rights and the End of Empire*, (Oxford: Oxford University Press, 2001), p. 67 quoted in Lyndall Ryan, *Ibid.*, p. 100.

### 3.4.2.2 กฎอัยการศึกอยู่บนพื้นฐานกฎหมายทั่วไป ว่าด้วยความจำเป็น (Necessity)

สิทธิพื้นฐานของรัฐประการหนึ่งที่มีอยู่โดยธรรมชาติคือ สิทธิในการป้องกันตนเองจากอันตราย และเป็นสิทธิที่ไม่อาจถูกแทรกแซงได้แม้ในยามสงคราม (durante bello)<sup>115</sup> โดยเน้นไปที่หลักของความจำเป็น เพราะความจำเป็นคือกฎเกณฑ์เดียวที่ทำให้การปรากฏตัวของกฎอัยการศึกมีความถูกต้องชอบธรรมตามครรลองของกฎหมาย<sup>116</sup> ซึ่งทั้ง Frederick Pollock และ Dicey ต่างก็เห็นด้วยแนวคิดพื้นฐานของการใช้อำนาจกฎอัยการศึกจากความจำเป็น มีปัญหาเพียงว่า ความจำเป็นนั้นมากน้อยเพียงใดและใครตัดสิน เป็นความจำเป็นอันเร่งด่วนในเรื่องสถานการณ์หรือความจำเป็นในทางการเมือง<sup>117</sup>

ทั้งนี้ Dicey มิได้ปฏิเสธแนวคิดพื้นฐานของกฎอัยการศึกที่สืบสาวราวเรื่องมาจากพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ โดยแสดงความเห็นไว้ว่า กฎอัยการศึกเป็นกฎหมายเกี่ยวกับสิทธิและหน้าที่ในการปราบปรามการละเมิดความสงบสุขของสังคม เขาเห็นว่าพระราชอำนาจ (Prerogative Power) จะเป็นสิ่งใดไปไม่ได้ นอกจากอำนาจในมือของพระมหากษัตริย์ ในมุมมองนี้ กฎอัยการศึกเป็นเพียงชื่อหนึ่งสำหรับสิทธิและหน้าที่ที่มีอยู่ในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) และถูกจำกัดโดยความจำเป็น นอกจากนี้ Dicey ยังกล่าวถึงกฎอัยการศึกที่เขาเห็นในรูปแบบของรัฐบาลในประเทศที่ปกครองหรืออยู่ในเขตอำนาจของศาลทหาร ซึ่งกฎอัยการศึกในลักษณะนี้ ไม่เป็นที่รู้จักในรัฐธรรมนูญของอังกฤษ<sup>118</sup> ความเห็นเช่นนี้เป็นการมองกฎอัยการศึกตามแนวคิดระบบคอมมอนลอว์ ซึ่งเน้นเรื่องความจำเป็นเป็นหัวใจสำคัญ และไม่ได้ปฏิเสธแนวคิดพระราชอำนาจเสียทีเดียว ทั้งนี้ผู้เขียนตั้งข้อสังเกตว่า Dicey ไม่ได้พิจารณาถึงกรณีประเทศอังกฤษใช้กฎอัยการศึกในการครอบครองดินแดนอาณานิคมหรือการควบคุมในไอร์แลนด์ซึ่งมีการใช้กฎอัยการศึกและศาลทหารเป็นเครื่องมือควบคุมกลุ่มคนพื้นเมืองแต่อย่างใด หรือผู้ว่าการรัฐมีอำนาจในการประกาศกฎอัยการศึกในนามของพระมหากษัตริย์หรือไม่

ในส่วนแนวคิดเหตุผลแห่งรัฐ ซึ่งรัฐมีสิทธิในการป้องกันตนเอง (Self – Defence) เกี่ยวข้องสัมพันธ์กับแนวคิดเรื่องความจำเป็น เมื่ออยู่ในสถานการณ์ฉุกเฉิน รัฐมีความจำเป็นต้องใช้สิทธิอันชอบธรรมเพื่อป้องกันตนเอง โดยใช้กำลังบังคับหรือมาตรการใดเพื่อให้รัฐฝ่าฟัน

<sup>115</sup> V.D. Sebastian, *supra note 10*, p. 177.

<sup>116</sup> Charles Fairman, *supra note 14*, pp. 592-593.

<sup>117</sup> รายละเอียดในหัวข้อ 3.2.2 ลักษณะเฉพาะของกฎอัยการศึก

<sup>118</sup> Albert Venn Dicey, *supra note 28*, p. 291.

วิกฤตไปได้ สิทธิในการป้องกันตนเองจึงเป็นข้อกล่าวอ้างที่มีเหตุผลกว้างขวางและใช้เป็นพื้นฐานทั้งประเทศที่มีกฎหมายในระบบคอมมอนลอว์และซีวิลลอว์ โดยเฉพาะประเทศในคอมมอนลอว์ รัฐบาลในทุกประเทศอาจอ้างอำนาจที่อยู่นอกเหนือรัฐธรรมนูญ โดยอ้างหลัก “เหตุจำเป็น” (State of Necessity) เป็นไปตามหลักในสุภาษิตกฎหมายที่ว่า “necessitas legem non habet” หรือหลักที่ว่า “เหตุจำเป็นไม่อยู่ใต้บังคับกฎหมาย”<sup>119</sup> เพื่อประกาศใช้กฎอัยการศึกได้ ทั้งนี้ไม่ว่าในประเทศที่บัญญัติกฎอัยการศึกไว้ในรัฐธรรมนูญหรือไม่ก็สามารถอ้างความจำเป็นเพื่อให้กฎอัยการศึกปรากฏตัวขึ้นมาเช่นกัน หากเป็นประเทศที่มีการบัญญัติกฎอัยการศึกไว้ในรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายเฉพาะอื่น ย่อมต้องปฏิบัติให้เป็นไปตามเงื่อนไขที่กำหนดในกฎหมายด้วย มิเช่นนั้นการประกาศกฎอัยการศึกที่ไม่เป็นไปตามกฎหมาย เป็นการใช้อำนาจตามอำเภอใจย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมาย ส่วนประเทศที่มีได้บัญญัติกฎอัยการศึกอย่างชัดเจนอาจอ้างได้ว่า เพราะเมื่อมีความจำเป็นเกิดขึ้นจริง กฎอัยการศึกละม่อมปรากฏตัวขึ้นมาได้ ทั้งนี้การปฏิบัติมักยึดตามจารีตประเพณีและกรณีตัวอย่างจากคำพิพากษาของศาลเป็นหลัก อย่างไรก็ตาม การประกาศกฎอัยการศึกของประเทศที่สถาปนาตัวเองเป็นนิติรัฐบนโลกประชาธิปไตยสมัยใหม่มิได้ประกาศกฎอัยการศึบบ่อยครั้งหรือแทบมิได้มีสภาวะวิกฤต ขั้นรุนแรงสันชาติอันต้องใช้มาตรการสุดท้ายนี้ เพียงแต่หันไปหาสภาวะยกเว้นอีกแบบคือ กฎหมายในสถานการณ์ฉุกเฉินแทน

สหรัฐอเมริกา เป็นตัวอย่างประเทศในกลุ่มคอมมอนลอว์เช่นเดียวกับอังกฤษ ดังนั้นจึงมีหลักการพื้นฐานที่ใกล้เคียงกัน โดยกฎอัยการศึกมิได้บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกาและก็ไม่ใช่อำนาจในสถานการณ์ฉุกเฉินที่มอบหมายให้ประธานาธิบดีอย่างชัดเจน หลักของกฎอัยการศึกจึงมีพัฒนาการมาจากศาล<sup>120</sup> แม้จะไม่มีคำนิยามกฎอัยการศึกที่ชัดเจน ทว่าศาลสูงแห่งสหรัฐก็ได้กำหนดความหมายไว้ดังนี้ “กฎอัยการศึก” เป็นกฎหมายว่าด้วยความจำเป็นทางทหารเมื่อเกิดสงครามอย่างแท้จริง ภายใต้การบริหารจัดการโดยผู้บังคับบัญชากองทัพ แม้ความจำเป็นนั้นจะปราศจากเหตุผลแต่ต้องเชื่อฟัง และสาระสำคัญอันเป็นพื้นฐานของกฎอัยการศึกคือ “หลักความจำเป็น” และมีข้อจำกัดเล็กน้อยในการใช้อำนาจทางการทหารเมื่อสถานการณ์จำเป็นต้องบังคับใช้โดยผู้มีอำนาจตัดสินใจคือ ประธานาธิบดี<sup>121</sup> ขณะเดียวกันกฎอัยการศึกมิได้มีการบังคับใช้

<sup>119</sup> Guide to Latin in International Law Online, s.v. “necessitas legem non habet,” Retrieved on May 12, 2020, from <https://www.oxfordreference.com/view/10.1093/acref/9780195369380.001.0001/acref-9780195369380>

<sup>120</sup> Charles Fairman, *supra note 69*, p. 1269-1270.

<sup>121</sup> *Ibid.*, p. 1271.

ทั่วประเทศมีเพียงการประกาศบางพื้นที่โดยรัฐบาลกลางหรือรัฐบาลท้องถิ่นเฉพาะในช่วงสงครามกลางเมืองและสงครามโลกครั้งที่ 2 หลังจากนั้นก็ได้ปรากฏการใช้กฏอัยการศึกอีกจนถึงปัจจุบัน

พิจารณาเพิ่มเติมแนวคิดพื้นฐานของ State of Siege ในประเทศฝรั่งเศส แม้ไม่ได้กล่าวถึงหลักความจำเป็นก็ตาม ทว่าทฤษฎีสถานการณ์ไม่ปกติ (Les circonstances exceptionnelles)<sup>122</sup> และอำนาจพิเศษของประธานาธิบดีซึ่งมีลักษณะคล้ายหลักว่าด้วยความจำเป็น<sup>123</sup> หรือสภาวะยกเว้นบางอย่างโดยอ้างความจำเป็นของสถานการณ์ Max Radin แบ่งประเภท State of Siege ออกเป็น actual state of siege และ constructive state of siege ความแตกต่างระหว่าง "actual state of siege " และ "constructive state of siege" มีความสำคัญอย่างยิ่งและความแตกต่างนี้คล้ายกันกับการปฏิบัติตามกฎหมาย Common Law ในกรณี actual state of siege (etat de siege reel) ผู้เขียนเข้าใจว่า หมายถึง กฏอัยการศึกตามข้อเท็จจริงหรือตามสถานการณ์ความเป็นจริง กล่าวคือ เป็นสถานการณ์ที่บ้านเมืองถูกศัตรูล้อม หรือบุกรุกคุกคามเข้ามา ในขณะที่เจ้าหน้าที่ทหารปฏิบัติภารกิจอยู่ ภายใต้เงื่อนไขของสงครามสมัยใหม่ กฏอัยการศึกถูกนำไปใช้กับเมืองที่ถูกโจมตีด้วยระเบิดและพลเมืองไม่อาจใช้ชีวิตอยู่ได้อย่างปกติ ตราบใดที่ยังคงอยู่ในสถานการณ์เช่นนี้ย่อมระงับกฎหมายและกระทำการดำเนินชีวิตปกติบางส่วน ไม่มีการตัดสินใจโดยผู้บัญชาการทหารในวิกฤตดังกล่าวซึ่งต้องกระทำอย่างระมัดระวัง รอบคอบและเหมาะสมกับความจำเป็นด้วย<sup>124</sup> อาจกล่าวโดยสรุปได้ว่าเป็นสถานการณ์ที่ดินแดนถูกศัตรูเข้ายึดครองหรือการที่เจ้าหน้าที่ทหารเข้าปฏิบัติภารกิจในขณะนั้นอย่างต่อเนื่อง และเป็นสถานการณ์ที่กฎหมายอยู่ในสภาวะยกเว้น

ส่วน constructive state of siege หมายถึง สภาวะที่ถูกสร้างขึ้นให้เป็นสถานการณ์ไม่ปกติ ซึ่งขณะนั้นชีวิตของพลเรือนไม่ได้ถูกรบกวนหรือได้รับผลกระทบจนเกินไป แม้ว่าจะมีอันตรายที่อาจจะเกิดขึ้นในอนาคต ฝ่ายเจ้าหน้าที่พลเรือนถูกรบกวนเพียงเท่าที่จำเป็นเท่านั้นและยังคงมีภาระหน้าที่ในการรักษาความสงบเรียบร้อยทางกฎหมายและการประกันสิทธิพื้นฐานตามรัฐธรรมนูญเช่นเดียวกับในสถานการณ์ปกติ อาจเรียกได้ว่า "สภาวะไม่ปกติเทียม" อย่างไรก็ตาม ความแตกต่างระหว่าง reel etat de siege และ etat de siege fictif บางครั้งอาจเป็นเพียงเรื่องของระดับสถานการณ์ที่กฎหมายต่างๆและบทบัญญัติรัฐธรรมนูญที่บัญญัติไว้<sup>125</sup> กล่าวคือ actual state

<sup>122</sup> โปรตดูรายละเอียดในบทที่ 2

<sup>123</sup> Anna Khakee, *supra note 97*, p. 22.

<sup>124</sup> Max Radin, *supra note 3*, p. 640.

<sup>125</sup> *Ibid.*

of siege สถานการณ์จริงน่าจะรุนแรงจริง อยู่ท่ามกลางวิกฤตที่รัฐบาลต้องหาทางรักษารัฐให้อยู่รอด ส่วน constructive state of siege คือสถานการณ์ที่เริ่มไม่ปกติ แต่หากรัฐไม่จัดการบางประการ สถานการณ์อาจจะเข้าสู่ขั้นวิกฤต รัฐจึงต้องใช้มาตรการบางอย่างเพื่อหยุดยั้งวิกฤตที่ยังมาไม่ถึง แน่แน่นอนว่าระดับความวิกฤตของสองกรณีนี้ย่อมต่างกัน การใช้มาตรการหรือกฎหมายความมั่นคงสมควรที่จะอยู่ในระดับที่ต่างกันหรือไม่ การที่รัฐธรรมนูญหรือกฎหมายความมั่นคงบัญญัติถึงเหตุในการนำมาตราการใช้บางกรณี constructive state of siege หรือกฎอัยการศึกเทียมนี้เอง ได้กลายเป็นช่องว่างให้ใช้มาตรการเพื่อป้องกันอันตรายฉุกเฉินมาใช้เป็นเครื่องมือทางการเมืองของฝ่ายตรงข้าม หรือแม้กระทั่งเครื่องมือรักษาอำนาจของรัฐบาลก็เป็นได้

จากการศึกษาทั้งหมดไม่ว่ากฎอัยการศึกจะอ้างฐานอำนาจใดก็ตาม ลักษณะที่คล้ายคลึงกันคือ มอบอำนาจพิเศษแก่ผู้นำรัฐในการจัดการสถานการณ์วิกฤต สภาพการณ์ดังกล่าวนำไปสู่ปัญหาที่ว่า ใครสมควรเป็นผู้มีอำนาจพิเศษนี้ในการบังคับใช้อย่างเหมาะสม มิติในทางการเมืองของกฎอัยการศึกจึงเป็นการช่วงชิงอำนาจในห้วงยามไม่ปกติ ส่วนในทางกฎหมายคือ การพยายามสร้างระบบกฎหมายหรือกำหนดมาตรการสำหรับใช้แก้ไขสถานการณ์วิกฤตอันเหมาะสม สอดคล้องกับการปกครองในระบอบประชาธิปไตย

### 3.4.3 ปัญหาความสัมพันธ์ระหว่าง “กฎอัยการศึก” รัฐธรรมนูญ และสิทธิมนุษยชน ระหว่างประเทศ

#### 3.4.3.1 ความสัมพันธ์ของกฎอัยการศึกกับรัฐธรรมนูญ: การสร้างกลไกเพื่อจัดการสถานการณ์ไม่ปกติ (State of Emergency)

รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายซึ่งกำหนดกฎเกณฑ์และจัดวางความสัมพันธ์และอำนาจในแต่ละสถาบันสำคัญของรัฐ ทั้งยังบัญญัติโครงสร้าง การจัดการปกครอง ตลอดจนหลักการพื้นฐานอันรัฐเสรีประชาธิปไตยพึงมี โดยเฉพาะการประกันสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชน ทั้งมีความเป็นกฎหมายสูงสุดเมื่อพิจารณาจากแหล่งกำเนิดของตัวรัฐธรรมนูญเองและการกำหนดให้กฎหมายอื่นอื่นขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญมิได้ มีพักต้องกล่าวถึงกระบวนการร่างรัฐธรรมนูญและการแก้ไขกฎหมายรัฐธรรมนูญที่ย่อมแตกต่างจากกฎหมายทั่วไป ส่วนกฎอัยการศึคนั้นเล่า เป็นสิ่งที่ถกเถียงกันในเรื่องต้นถึงสภาพความเป็นกฎหมาย ซึ่งจากการศึกษาการศึกษากฎอัยการศึกสรุปเป็นที่เข้าใจตรงกันได้ว่า เป็นมาตรการหรือกลไกสุดท้ายสำหรับธำรงความเป็นรัฐให้อยู่รอดปลอดภัยต่อไปได้ ประเด็นชวนพิจารณาในหัวข้อนี้คือ ควรบัญญัติกฎอัยการศึกหรือกฎหมายในสถานการณ์ฉุกเฉินไว้ในรัฐธรรมนูญหรือไม่ อย่างไร

จากการศึกษารูปแบบของรัฐในสถานการณ์ฉุกเฉิน (State of Emergency) ทั้งในทางทฤษฎีและทางปฏิบัติเป็นเรื่องที่มีความสำคัญ เห็นได้จากความพยายามหารูปแบบ

หรือหลักการ บ้างก็ยึดรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรเป็นเครื่องยึดเหนี่ยว โดยกำหนดหลักเกณฑ์ในการตอบสนองสถานการณ์ฉุกเฉินไว้ในรัฐธรรมนูญ หรือกรณีไม่มีรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรมักเป็นเรื่องการตัดสินใจของผู้มีอำนาจสูงสุดภายในรัฐเมื่อมีสถานการณ์ฉุกเฉินเกิดขึ้นโดยอ้างหลักความจำเป็นหรือบางประเทศแม้มีรัฐธรรมนูญทว่ามีได้บัญญัติในส่วนของมาตรการในสถานการณ์ฉุกเฉินไว้ แต่มีกฎหมายเฉพาะสำหรับแก้ไขสถานการณ์ฉุกเฉิน ดังนั้น ในส่วนนี้ผู้เขียนจึงได้จัดประเภทของกลไกการจัดการในสถานการณ์ไม่ปกติเป็น 2 ประเภท โดยใช้รัฐธรรมนูญเป็นส่วนหนึ่งในการแบ่งกลุ่มกลไกแก้ไขสถานการณ์ฉุกเฉินที่ค่อนข้างหลากหลาย

### (1) การบัญญัติกลไกแก้ไขสถานการณ์ฉุกเฉินไว้ในรัฐธรรมนูญ

การกำหนดหลักเกณฑ์ต่าง ๆ เกี่ยวกับสถานการณ์ฉุกเฉินไว้ในรัฐธรรมนูญ ในที่นี้ นอกจากกฎอัยการศึกแล้วยังเทียบเคียงกับกฎหมายในสถานการณ์ฉุกเฉินอื่นซึ่งต่างก็เป็นกฎหมายในสถานการณ์ไม่ปกติเช่นกัน เนื่องจากภายใต้บทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญมีการใช้ถ้อยคำต่างๆ จำนวนหนึ่งเพื่อปกปิดอำนาจพิเศษอันล้นเหลือของรัฐในยามวิกฤต เช่น “สถานการณ์ฉุกเฉิน (State of Emergency) ”, “ สถานะแห่งข้อยกเว้น (State of Exception) ”, “ สถานะแห่งการเตือนภัย (State of Alarm)”, “ กฎอัยการศึก (Martial Law, State of Sieges)” หรือแม้แต่ “ช่วงเวลาแห่งสงคราม (State of War)”<sup>126</sup> ดังนั้น การกล่าวอ้างถ้อยคำเหล่านี้แม้จะมีความแตกต่างกันอยู่บ้างทั้งในสถานการณ์จริงหรือตามที่กฎหมายบัญญัติ รายละเอียดดังที่ผู้เขียนพยายามดึงลักษณะเฉพาะของกฎอัยการศึกรออกมาในหัวข้อก่อนหน้าแล้ว ทว่าโดยเนื้อแท้แล้วล้วนเป็นกฎหมายที่มีลักษณะเดียวกันทั้งสิ้น ซึ่งผู้เขียนเรียกรวม ๆ กันว่ากฎหมายในสถานการณ์ไม่ปกติหรือกฎหมายในสถานการณ์ฉุกเฉิน

สำหรับประเทศที่มีการวางกลไกหรือมาตรการฉุกเฉินไว้ในรัฐธรรมนูญนั้น มักจะเป็นประเทศที่ใช้กฎหมายในระบบซีวิลลอว์ โดยเฉพาะในแถบภาคพื้นยุโรป Anna Khakee ได้รวบรวมข้อมูลรัฐธรรมนูญจาก 28 ประเทศในทวีปยุโรป<sup>127</sup> ซึ่งส่วนใหญ่มีกฎหมายรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรและมีการบัญญัติกลไกในการแก้ไขสถานการณ์ฉุกเฉินไว้ในรัฐธรรมนูญ เช่น รัฐธรรมนูญของประเทศเยอรมนีหรือที่เรียกว่า Basic Law เป็นตัวอย่างรัฐธรรมนูญที่มีการระบุมาตรการและหลักการจัดการสถานการณ์ฉุกเฉินไว้อย่างละเอียดและมีความเข้มงวดในการกำหนดข้อบังคับต่าง ๆ อยู่ในหมวด Verteidigungsfall หรือ State of Defence เป็นการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินในสภาวะป้องกัน มีความซับซ้อนและไม่ยอมให้อำนาจในสถานการณ์ฉุกเฉินอยู่ในกำมือของใครคนเดียว กฎเกณฑ์ในสถานการณ์ฉุกเฉินของเยอรมันจึงเรียกกันโดยทั่วไปว่า

<sup>126</sup> Anna Khakee, *supra* note 97, p. 6.

<sup>127</sup> รายละเอียดที่น่าสนใจเกี่ยวกับมาตรการฉุกเฉินในรัฐธรรมนูญยุโรป ใน Anna Khakee, *Ibid.*

“รัฐธรรมนูญในภาวะฉุกเฉิน” (Notstandsverfassung) ดังนั้นการตัดสินใจว่ามีสถานการณ์ฉุกเฉินเกิดขึ้นหรือมีสถานการณ์ที่เข้าเงื่อนไขตามกฎหมายหรือไม่เป็นมติของรัฐสภา โดยคณะรัฐมนตรีต้องยื่นญัตติต่อสภาผู้แทนราษฎร (Bundestag) ซึ่งต้องได้รับความเห็นชอบไม่น้อยกว่าสองในสามของสภาผู้แทนราษฎรทั้งหมด และได้รับความเห็นชอบจากสภาผู้แทนมลรัฐในสหพันธ์ (Bundesrat) จึงจะประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินได้ นอกจากนี้ในรัฐธรรมนูญบัญญัติถึงกรณีที่ไม่สามารถเรียกประชุมสภาผู้แทนราษฎรได้ แต่มีเหตุจำเป็นเร่งด่วนต้องประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินเพื่อป้องกันตนแล้ว รัฐธรรมนูญกำหนดให้ตั้งคณะกรรมการเฉพาะจากรัฐสภาพร้อมมาตรการต่าง ๆ และหากกรรมการนั้นทำหน้าที่ไม่ได้ประธานาธิบดีจึงเป็นผู้ใช้อำนาจดังกล่าวได้<sup>128</sup> ทว่ามีใช้การให้มีอำนาจอย่างเบ็ดเสร็จเช่นกัน

เหตุที่รัฐธรรมนูญของเยอรมนีบัญญัติถึงมาตรการที่ใช้ในสภาวะฉุกเฉินอย่างละเอียดและมีความเข้มงวดและซับซ้อนในการใช้งาน ทั้งยังมีได้มอบอำนาจในสถานการณ์ฉุกเฉินแก่ฝ่ายบริหารเป็นพิเศษนั้น สาเหตุหนึ่งเป็นเพราะภูมิหลังทางประวัติศาสตร์ ย้อนกลับไปสมัยรัฐธรรมนูญไวมาเรอในมาตรา 48 อันเลื่องชื่อถึงการให้อำนาจอย่างมหาศาลแก่ประธานาธิบดี โดยบัญญัติให้ 1. หากรัฐไม่อาจปฏิบัติหน้าที่ให้ลุล่วงไปได้ตามที่รัฐธรรมนูญกำหนด ประธานาธิบดีสามารถปฏิบัติหน้าที่นั้นได้โดยความช่วยเหลือของกองทัพ 2. หากความปลอดภัยและความสงบเรียบร้อยของประเทศถูกรบกวนอย่างรุนแรง ประธานาธิบดีอาจใช้มาตรการที่จำเป็นสำหรับฟื้นฟูความปลอดภัยและความสงบเรียบร้อยของประชาชนโดยความร่วมมือของกองทัพ และหากมีความจำเป็นอาจต้องระงับสิทธิขั้นพื้นฐานบางประการ เช่น เสรีภาพส่วนบุคคล การรुक้าเคหสถาน เสรีภาพในการชุมนุม การแสดงความเห็น เป็นต้น การใช้อำนาจดังกล่าวต้องมีการลงนามของรัฐมนตรีและรัฐมนตรีเหล่านี้ได้รับการแต่งตั้งจากประธานาธิบดีและผ่านความเห็นชอบจากรัฐสภา

ต่อมาในปี 1932 ประธานาธิบดี Field Marshall von Hindenburg ได้ออกรัฐกฤษฎีกาว่าด้วยการฟื้นฟูความปลอดภัยและรักษาความสงบเรียบร้อยของประชาชนในพื้นที่ปรัสเซีย นับเป็นครั้งแรกที่มีการตรากฎหมายโดยประธานาธิบดีอาศัยอำนาจตามมาตรา 48 ก่อนที่ในปี 1933 จะเกิดเหตุเพลิงไหม้อาคารไรชส์ทาค (Reichstagsbrand) นำไปสู่การออกคำสั่งที่ชื่อว่า กฤษฎีกาเพลิงไหม้ไรชส์ทาค (Reichstagsbrandverordnung) ซึ่งเป็นอำนาจของประธานาธิบดีในมาตรา 48 ตามมาด้วยการตรารัฐธรรมนูญมอบอำนาจให้รัฐบาล นำไปสู่การเถลิงอำนาจของ Adolf Hitler และพรรคนาซีก่อนจะนำไปสู่สงครามโลกและบทเรียนความพ่ายแพ้ในที่สุด นี่คือประวัติศาสตร์ประเทศเยอรมนีซึ่งอยู่เบื้องหลังการร่างรัฐธรรมนูญ Basic Law ที่มีการกำหนดการแก้ไขสถานการณ์ฉุกเฉินไว้ในรัฐธรรมนูญอย่างละเอียด และเป็นความพยายามจำกัดอำนาจของฝ่าย

<sup>128</sup> วรเจตน์ ภาคีรัตน์, *อ้างแล้ว* เชิงอรรถที่ 108, น. 423-424.

บริหารโดยรัฐสภาแม้ในสภาวะไม่ปกติก็ตาม นอกจากนี้รัฐธรรมนูญของประเทศกรีซ ฮังการี โปแลนด์ โปรตุเกสและสเปน ต่างก็บัญญัติถึงมาตรการในสถานการณ์ฉุกเฉินอย่างละเอียดและเข้มงวด เพราะต่างก็มีประสบการณ์การถูกปกครองโดยรัฐบาลเผด็จการเช่นกัน<sup>129</sup>

ในประเทศฝรั่งเศส รัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐที่ 5 ได้บัญญัติถึงกลไกแก้ไขสถานการณ์ฉุกเฉินไว้ ทั้งการให้อำนาจประธานาธิบดีตามมาตรา 16 และการประกาศใช้กฎอัยการศึก (State of Siege) ในมาตรา 36 ใช้ร่วมกับกฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้องอย่างประมวลกฎหมายป้องกันประเทศ (Code de la défense) รวมทั้งการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉิน (State of Emergency) ทั้ง 3 อาจจะประเภทย่อยบนพื้นฐานของการใช้อำนาจในสถานการณ์ไม่ปกติ (pouvoirs exceptionnels) และในมาตรา 16 เป็นอำนาจพิเศษของประธานาธิบดีในการใช้มาตรการต่างๆ การให้อำนาจอย่างกว้างขวางนี้ต่างจากในรัฐธรรมนูญของเยอรมนีอย่างชัดเจนแม้จะได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมให้ผ่านการแนะนำจากคณะตุลาการรัฐธรรมนูญก็ตาม ส่วนมาตรา 36 กฎอัยการศึกที่ใช้ในยามสงคราม กฎหมายให้อำนาจตัดสินใจเป็นของรัฐบาลและประกาศโดยประธานาธิบดีเป็นระยะเวลา 12 วัน หากจะขยายระยะเวลาต้องขออนุญาตจากรัฐสภาก่อน เห็นได้ว่ามาตรการในสถานการณ์ฉุกเฉินที่บัญญัติในรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสเมื่อเทียบกับกลุ่มแรกถือว่าอยู่ในระดับกลาง ๆ มิได้ตรวจสอบเข้มงวด ทว่าก็ยังให้อำนาจรัฐสภาตรวจสอบการใช้อำนาจฝ่ายบริหารได้

สำหรับตัวอย่างการบัญญัติมาตรการหรือกลไกแก้ไขสถานการณ์ฉุกเฉินในฝั่งประเทศเอเชียนั้น ผู้เขียนพบว่าในรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐเกาหลี ค.ศ. 1948 (แก้ไขเพิ่มเติมล่าสุด 1987) ในมาตรา 76 บัญญัติถึงมาตรการในสถานการณ์ฉุกเฉินไว้ และในมาตรา 77 กล่าวถึงการจัดการกับสถานการณ์สงครามหรือมีเหตุจำเป็นให้ใช้กำลังทหาร บัญญัติให้อำนาจประธานาธิบดีประกาศกฎอัยการศึกได้ กำหนดรายละเอียดไว้ระดับหนึ่ง<sup>130</sup> ประกอบกับพระราชบัญญัติหมายเลข 3442 ลงวันที่ 17 เมษายน ค.ศ. 1981 (แก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติหมายเลข 1993 ในปี 1987) เป็นมาตรการว่าด้วยการบังคับใช้กฎอัยการศึกอย่างละเอียด<sup>131</sup> ในรัฐธรรมนูญของประเทศฟิลิปปินส์ มีการบัญญัติถึงกลไกจัดการสถานการณ์ไม่ปกติไว้ในหมวด 7 มาตรา 18 ว่าด้วยอำนาจของประธานาธิบดีในฐานะผู้บัญชาการทหารสูงสุดในการสั่งการกำลังทหารเมื่อถูกรุกรานหรือเกิดกบฏได้

<sup>129</sup> Anna Khakee, *supra note 97*, p. 13.

<sup>130</sup> รัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐเกาหลี ค.ศ. 1948 มาตรา 76 และมาตรา 78

<sup>131</sup> พระราชบัญญัติหมายเลข 3442 อ้างถึงใน ศิริพร ไชยสุรยگانต์, “การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลในสถานการณ์พิเศษ,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2553), น. 288-290.

เพื่อป้องกันความปลอดภัยของรัฐ โดยมีอำนาจประกาศกฎอัยการศึกไม่เกิน 60 วัน และภายใน 48 ชั่วโมงหลังการประกาศกฎอัยการศึกต้องรายงานต่อรัฐสภา มีการบัญญัติรายละเอียดการควบคุมตรวจสอบโดยรัฐสภาและศาล ตลอดจนการคุ้มครองสิทธิของประชาชนไว้ค่อนข้างชัดเจน<sup>132</sup> นอกจากนี้ในรัฐธรรมนูญหมวด 6 มาตรา 23, หมวด 12 มาตรา 17 และหมวด 16 มาตรา 5 ยังได้บัญญัติถึงมาตรการในภาวะฉุกเฉิน (National Emergency) ไว้ด้วย ส่วนในรัฐธรรมนูญแห่งสหภาพเมียนมา ค.ศ. 2008 บัญญัติกลไกในสถานการณ์ฉุกเฉินไว้ในมาตรา 417 ให้ประธานาธิบดีประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินได้โดยปรึกษากลาโหมและสภาความมั่นคงแห่งชาติในกรณีวิกฤตอย่างยิ่ง ในระยะเวลา 1 ปีและรายละเอียดพอสมควรในมาตรา 418<sup>133</sup> โดยมีได้บัญญัติถึงการประกาศกฎอัยการศึกแต่อย่างใด ทั้งนี้รัฐธรรมนูญของเมียนมาบัญญัติให้อำนาจผู้บัญชาการทหารในการจัดการสถานการณ์ไม่ปกติมากกว่ารัฐธรรมนูญของประเทศอื่น ๆ ผ่านสภาโกลาโหมและความมั่นคงแห่งชาติ

เมื่อพิจารณารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 ในมาตรา 176 บัญญัติถึงการประกาศกฎอัยการศึกเป็นอำนาจของพระมหากษัตริย์ และในความจำเป็นเฉพาะพื้นที่ให้อำนาจเจ้าหน้าที่ทหารในการประกาศกฎอัยการศึก โดยมีได้บัญญัติถึงเงื่อนไขสำคัญหรือมาตรการบังคับใช้ไว้แต่ประการใด จึงต้องพิจารณาประกอบกับกฎหมายเฉพาะ คือ พระราชบัญญัติกฎอัยการศึก พระพุทธศักราช 2457 ซึ่งกำหนดเงื่อนไขในการประกาศใช้ตลอดจนมาตรการต่าง ๆ ไว้ ดังนั้นประเทศไทยจึงจัดอยู่ในกลุ่มที่บัญญัติกลไกจัดการสถานการณ์ไม่ปกติไว้ในรัฐธรรมนูญเพียงเล็กน้อยและไม่ชัดเจน จึงต้องใช้ประกอบกับพระราชบัญญัติกฎอัยการศึกฯ นอกจากนี้ ยังมีกฎหมายความมั่นคงอื่นๆ เช่น พระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548 และพระราชบัญญัติความมั่นคงภายในราชอาณาจักร พ.ศ. 2551 สำหรับจัดการสถานการณ์ไม่ปกติต่างๆ

(2) การบัญญัติกลไกแก้ไขสถานการณ์ฉุกเฉินไว้ในกฎหมายอื่น กรณีนี้หากมุ่งพิจารณาที่รัฐธรรมนูญจะต่างจากกลุ่มแรก เพราะมาตรการฉุกเฉินทั้งหลายจะมีได้ถูกบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญอย่างละเอียด แต่จะบัญญัติถึงสถานการณ์ฉุกเฉินเพียงบางส่วนหรือมีได้บัญญัติถึงไว้เลย โดยเฉพาะกรณีที่มีได้บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญเลยมักเป็นรูปแบบของประเทศที่มีระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ ซึ่งมักจะไม่มีกฎหมายรัฐธรรมนูญเป็นลายลักษณ์อักษร เช่น ประเทศอังกฤษ อังกฤษมิได้บัญญัติกลไกในสถานการณ์ฉุกเฉินไว้ในรัฐธรรมนูญ ส่วนหนึ่งเป็นเพราะไม่มีรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรนั่นเอง อย่างไรก็ตามลักษณะของกฎหมายคอมมอนลอว์ที่ว่า กฎหรือคำสั่งทางกฎหมายที่มีได้มีรัฐธรรมนูญเป็นลายลักษณ์อักษรจะกล่าวได้ว่าไม่มีรัฐธรรมนูญไม่ได้ เพราะอาจเป็นรัฐธรรมนูญที่ไม่เป็น

<sup>132</sup> รัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฟิลิปปินส์ ค.ศ. 1987 หมวด 7 มาตรา 18

<sup>133</sup> รัฐธรรมนูญแห่งสหภาพเมียนมา ค.ศ. 2008 มาตรา 417 และมาตรา 418

ลายลักษณ์อักษรหรือรัฐธรรมนูญจารีตประเพณี และรัฐธรรมนูญประเภทนี้เองเป็นที่มาของหลักการควบคุมเหตุฉุกเฉิน และมีการพัฒนาหลักการต่างๆ ผ่านคำพิพากษาของศาล<sup>134</sup> ตัวอย่างกฎหมายอื่นซึ่งถือเป็นรัฐธรรมนูญของอังกฤษ เช่น Bill of Rights เป็นต้น สำหรับกลไกจัดการสถานการณ์ฉุกเฉินอย่างกฎอัยการศึก ซึ่งมีได้บัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรแต่ตามพัฒนาการทางประวัติศาสตร์นั้นกฎอัยการศึกรยังคงมีอยู่แม้ในปัจจุบันมิได้มีการประกาศใช้มานานแล้วก็ตาม โดยใช้กฎหมายในสถานการณ์ฉุกเฉินแทนตั้งแต่ Emergency Power Act จนถึง Civil Contingency Act 2004 ซึ่งเป็นกฎหมายที่ใช้ยู่ล่าสุดที่มีกำหนดเงื่อนไขและมาตรการในการบังคับไว้อย่างครบถ้วน

เช่นเดียวกับประเทศฟินแลนด์ แม้มีรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรทว่าในรัฐธรรมนูญมิได้กำหนดรายละเอียดมาตรการในสถานการณ์ฉุกเฉินไว้ มีเพียงมาตรา 23 ที่บัญญัติถึงสิทธิและเสรีภาพในสถานการณ์ฉุกเฉิน<sup>135</sup> ส่วนกลไกในสถานการณ์ฉุกเฉินถูกกำหนดไว้ในกฎหมายเฉพาะ 2 ฉบับ คือ กฎหมายในสถานการณ์ฉุกเฉิน (Beredskapslagen) ที่เขียนวัตถุประสงค์ของกฎหมายไว้ว่าประทับใจว่า เป็นกฎหมายปกป้องความปลอดภัยของประชาชนในยามสถานการณ์พิเศษ ทั้งยังรักษาไว้ซึ่งนิติธรรม สิทธิมนุษยชนและความมั่นคงของรัฐ โดยนิยามสถานการณ์พิเศษตั้งแต่ภัยคุกคามจากการใช้กำลังอาวุธ การสงครามรวมถึงภัยหรือเหตุร้ายแรงต่าง ๆ อันกระทบชีวิตประชาชน ในกฎหมายดังกล่าวบัญญัติมาตรการและการใช้กฎหมายไว้อย่างครบถ้วน<sup>136</sup> และประมวลกฎหมายป้องกันประเทศ (Lag om försvarstillstånd)<sup>137</sup> โดยทั้งสองประเทศต่างบัญญัติกลไกในสถานการณ์ฉุกเฉินไว้ในกฎหมายเฉพาะและจัดอยู่ในกลุ่มที่มีมาตรการในสถานการณ์ฉุกเฉินเข้มงวดในระดับปานกลางเมื่อเทียบกับกลุ่มประเทศเยอรมนี

นอกจากประเทศฟินแลนด์แล้ว ประเทศในกลุ่มที่มีรัฐธรรมนูญเป็นลายลักษณ์อักษร ทว่ามีได้กำหนดรายละเอียดของกลไกหรือข้อกำหนดต่าง ๆ ไว้ในรัฐธรรมนูญ แต่ใช้วิธีการบัญญัติกลไกจัดการสถานการณ์ไม่ปกติเป็นกฎหมายเฉพาะแทน จากการศึกษาพบว่า ประเทศในยุโรปโดยเฉพาะในแถบสแกนดิเนเวียและยุโรปตะวันตกหลายประเทศมีลักษณะเช่นนี้ แต่อาจมีรายละเอียดของมาตรการที่แตกต่างกันออกไปตามบริบท ซึ่งส่วนใหญ่มาตรการในในประเทศเหล่านี้

<sup>134</sup> David Dyzenhaus, *supra note 101*, p. 442.

<sup>135</sup> The Constitution of Finland, Section 23.

<sup>136</sup> Finlex, “Beredskapslag,” Retrieved on March 5, 2020, from <https://finlex.fi/sv/laki/ajantasa/2011/20111552>.

<sup>137</sup> Finlex, “Lag om försvarstillstånd,” Retrieved on March 5, 2020, from <https://www.finlex.fi/sv/laki/ajantasa/1991/19911083#L2>.

จะมีได้เข้มงวดและควบคุมการใช้อำนาจเท่ากับกลุ่มแรก และกลุ่มมาตรการระดับปานกลาง เช่น ในรัฐธรรมนูญของประเทศนอร์เวย์ (Statsforfatningen i Norge) ในมาตรา 68 มีการบัญญัติถึงการประชุมของรัฐสภาในช่วงสถานการณ์ไม่ปกติซึ่งต้องแจ้งต่อสาธารณชนในเวลาที่เหมาะสม<sup>138</sup> และมีกฎหมายเฉพาะคือ Beredskapsloven หรือกฎหมายในสถานการณ์ฉุกเฉิน ได้กำหนดกฎเกณฑ์การตัดสินใจและใช้อำนาจกรณีที่เกิดวิกฤตร้ายแรง เช่น กรณีสงคราม หาก Storting (รัฐสภา) ไม่สามารถดำเนินการตามปกติเนื่องจากสถานการณ์วิกฤต กษัตริย์ซึ่งในทางปฏิบัติคือรัฐบาลมีสิทธิตัดสินใจในการใช้มาตรการใด ๆ เพื่อปกป้องประเทศและประชาชนได้ โดยรัฐบาลต้องแจ้งให้รัฐสภาทราบการตัดสินใจโดยมิชักช้า ทั้งนี้แม้ในสถานการณ์เช่นว่านั้นรัฐบาลในนามของพระมหากษัตริย์สามารถออกกฎหรือข้อบังคับที่อาจละเมิดกฎหมายด้วยความจำเป็นก็ตาม แต่การบังคับให้ต้องรายงานต่อรัฐสภา ซึ่งมีอำนาจที่จะยกเลิกกฎระเบียบเหล่านั้นได้<sup>139</sup> ถือเป็น การตรวจสอบการใช้ อำนาจของฝ่ายบริหารแล้วในระดับหนึ่ง ทำนองเดียวกันรัฐธรรมนูญของประเทศสวิตเซอร์แลนด์ เบลเยียม เดนมาร์ก ออสเตรียและลักเซมเบิร์ก ต่างไม่มีใครให้ความสำคัญในการบัญญัติรายละเอียดมาตรการ ในสถานการณ์ไม่ปกติแต่อย่างใด<sup>140</sup>

ส่วนในรัฐธรรมนูญฉบับเก่าแก่ของโลกอย่างสหรัฐอเมริกา ไม่ได้บัญญัติ ขั้นตอนในการจัดการสถานการณ์ฉุกเฉินไว้มากไปกว่ากรณี Writ of Habeas Corpus ซึ่งไม่อาจถูก ระงับได้ เว้นแต่เกิดการจลาจลหรือสงครามอันส่งผลต่อความปลอดภัยของรัฐ มิได้ให้รายละเอียดใด ๆ เกี่ยวกับกลไกในสถานการณ์ฉุกเฉินกฎอัยการศึกเองแม้จะเคยประกาศใช้แต่เป็นไปในลักษณะของการ อ้างอิงความจำเป็นและพัฒนาการทางกฎหมายที่อยู่นอกเหนือจากในรัฐธรรมนูญ (Extra-Constitution) Robert H. Jackson ผู้พิพากษาในศาลสูงแห่งสหรัฐ ได้แสดงความเห็นและแบ่งกลุ่ม

<sup>138</sup> The Constitution of the Kingdom of Norway, Article 68.

“The Storting shall as a rule assemble on the first weekday in October every year in the capital of the realm, unless the King, by reason of extraordinary circumstances, such as hostile invasion or infectious disease, designates another town in the realm for the purpose. Such a decision must be publicly announced in good time”

<sup>139</sup> Lovdata, “Lov om særlige rådgerder under krig, krigsfare og liknende forhold (beredskapsloven),” Retrieved on March 5, 2020, from <http://www.lovdata.no/all/hl-19501215-007.html>.

<sup>140</sup> Anna Khakee, *supra note 97*, p. 29.

การใช้อำนาจภายใต้รัฐธรรมนูญของประธานาธิบดีในกรณีการใช้มาตรการฉุกเฉินไว้ 3 ประเภท กล่าวคือ 1. การกระทำของฝ่ายบริหารในสถานการณ์เร่งด่วนซึ่งได้รับอนุญาตทั้งโดยชัดแจ้งหรือโดยนัยจากรัฐสภา ประธานาธิบดีมีอำนาจสูงสุดทั้งของตำแหน่งตนและที่ได้รับมอบหมายจากรัฐสภา 2. การกระทำของประธานาธิบดีที่รัฐสภามีได้แสดงเจตนาไปทางใดทางหนึ่ง คือ ทั้งมิได้อนุญาตและชัดขวาง ประธานาธิบดีจึงใช้อำนาจอย่างอิสระเท่าที่ตนมีและไม่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ และ 3. กรณีที่ประธานาธิบดีทำสิ่งที่ขัดแย้งโดยตรงต่อเจตจำนงของรัฐสภา การกระทำในลักษณะนี้มีความชอบธรรมตามรัฐธรรมนูญต่ำมากและศาลย่อมสามารถเข้าไปตรวจสอบได้<sup>141</sup> หลักกฎหมายในหลายเรื่องจึงเป็นพัฒนาการจากคำพิพากษาของศาลอันเป็นลักษณะเด่นของระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ อย่างไรก็ตามในปัจจุบันสหรัฐอเมริกามีการร่างกฎหมายความมั่นคงขึ้นมาหลายฉบับ โดยเฉพาะหลังเกิดการก่อการร้ายเมื่อวันที่ 11 กันยายน 2001 เช่น Emergency Detention Act 1950, Patriot Act 2001, บทบัญญัติแห่งกฎหมายเกี่ยวกับการต่อต้านสงคราม (U.S.C. Title 50 War and Nation Defense 178) และบทบัญญัติแห่งกฎหมายเกี่ยวกับสถานการณ์ฉุกเฉินจากภัยพิบัติตามธรรมชาติ (ตาม U.S.C. Title 42 Disaster Relief-Emergency preparedness 179) แต่มิได้มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรว่าด้วยกฤษฎีกาการศึกแต่อย่างใด

(3) แนวคิดการจัดกลุ่มกลไกแก้ไขสถานการณ์ฉุกเฉินอื่น ๆ นอกจากการใช้เกณฑ์การบัญญัติกลไกในสถานการณ์ฉุกเฉินระหว่างในรัฐธรรมนูญและกฎหมายเฉพาะแล้วยังมีการใช้เกณฑ์แบ่งแยกอำนาจเพื่อจัดรูปแบบมาตรการในสถานการณ์ฉุกเฉิน จากข้อมูลมาตรการฉุกเฉินในหลายประเทศพอจะสรุปตามเกณฑ์แบ่งแยกอำนาจได้ว่า “executive model” คือ การมอบอำนาจให้ฝ่ายบริหารตัดสินใจว่ามีสถานการณ์ฉุกเฉินหรือไม่ ต้องตอบสนองสถานการณ์นั้นด้วยมาตรการใด โน้มเอียงไปในทางให้อำนาจพิเศษแก่ฝ่ายบริหารมากกว่าในระบบกฎหมายปกติ ส่วน “legislative model” กำหนดให้ฝ่ายนิติบัญญัติต้องออกแบระบบกฎหมายที่เข้มงวด รัฐสภาจะมีอำนาจมากกว่าฝ่ายบริหารในการตัดสินใจประกาศใช้มาตรการต่างๆ ตลอดจนไม่ว่าจะเป็นโมเดลของฝ่ายบริหารหรือฝ่ายนิติบัญญัติ รวมถึงสมควรมีการตรวจสอบการพิจารณาคดีซึ่งบางครั้ง กระบวนการยุติธรรมที่เกิดภายใต้ระบบกฎหมายในสถานการณ์ฉุกเฉินไม่น่าไว้วางใจ จึงจำเป็นต้องมี “judicial model” และในสองรูปแบบหลังนี้ แม้มิได้บัญญัติเป็นมาตรการฉุกเฉินในรัฐธรรมนูญ แต่สมควรจะต้องมีขึ้นเพื่อตรวจสอบการกระทำของฝ่ายบริหาร<sup>142</sup>

<sup>141</sup> William Feldman, *supra* note 17, p. 1035-1036.

<sup>142</sup> David Dyzenhaus, *supra* note 101, p. 442.

ในประเด็นนี้ผู้เขียนเห็นว่า จากการศึกษาทั่วโลกแก้ปัญหาในสถานการณ์ฉุกเฉินในหลายประเทศ ส่วนใหญ่อำนาจในการตัดสินใจประกาศกฏอัยการศึกหรือสถานการณ์ฉุกเฉินมักเป็นอำนาจของฝ่ายบริหารซึ่งเป็นการกระทำในทางรัฐบาล ทว่าฝ่ายนิติบัญญัติจะมีความสำคัญในการให้ความเห็นชอบในการประกาศ การขยายเวลา และการสิ้นสุดของกฎหมายพิเศษเหล่านั้น เพื่อเป็นการถ่วงดุลตรวจสอบระหว่างรัฐบาลกับรัฐสภาในขณะและหลังเกิดสถานการณ์ปกติ ส่วนอำนาจฝ่ายตุลาการแม้ไม่ได้มีความสำคัญเท่าฝ่ายนิติบัญญัติอันเป็นผู้แทนของประชาชนแต่จะมีส่วนช่วยคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานตลอดจนเยียวยาความเสียหายประการต่าง ๆ ได้หากให้ฝ่ายตุลาการเข้ามาตรวจสอบ ทั้งยังส่งเสริมให้การปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่รัฐทุกฝ่ายเป็นไปตามกฎหมาย แม้จะเป็นในสถานการณ์ปกติที่ไม่อาจดำเนินการตามระบบกฎหมายปกติได้ก็ตาม มิได้หมายความว่าถึงการปล่อยให้กระทำการตามอำเภอใจ ดังนั้นหากมีผู้ได้รับผลกระทบจากมาตรการฉุกเฉิน ศาลอาจจะเป็นที่พึ่งแก่ประชาชนได้ ฝ่ายตุลาการไม่อาจก้าวล่วงการกระทำทางรัฐบาลก็จริง แต่ในส่วนการออกคำสั่งหรือการปฏิบัติมาตรการในสถานการณ์ฉุกเฉินก็สมควรมีการตรวจสอบ ดังนั้นการใช้เกณฑ์แบ่งแยกอำนาจทั้ง 3 ประเภท แยกขาดจากกันย่อมทำไม่ได้ พิจารณาได้เพียงแต่น้ำหนักขององค์กรใดที่ได้รับอำนาจพิเศษมากกว่าปกติในยามสถานการณ์วิกฤต โดยเฉพาะอำนาจในการตัดสินใจใช้มาตรการฉุกเฉินประเภทต่าง ๆ ซึ่งเป็นข้อถกเถียงมาตั้งแต่ประเด็นสภาวะยกเว้นของสมิทท์ หากเป็นประเทศเยอรมนี ประวัติศาสตร์สอนให้ไม่อาจวางใจนำอำนาจที่มีมากกว่าปกติไปไว้ในมือของฝ่ายบริหารได้ อำนาจในสถานการณ์ฉุกเฉินจึงอยู่ที่ฝ่ายนิติบัญญัติมากกว่า ตรงข้ามกับอีกหลายประเทศที่ให้อำนาจเน้นไปที่ฝ่ายบริหารมากกว่าเช่นในฝรั่งเศส ประเด็นที่ประเทศต่าง ๆ สมควรพิจารณากฎหมายในสถานการณ์ไม่ปกติจึงเป็นเรื่องของการจัดการอำนาจทั้งสามฝ่ายอย่างสมดุล หรือจัดสรรการใช้อำนาจอย่างไรให้เหมาะสมกับบริบทในประเทศของตนเป็นสำคัญ

**(4) บทสรุป** จากการศึกษาทั้งโลกแก้ไขสถานการณ์ฉุกเฉินที่บัญญัติในรัฐธรรมนูญหรือกรณีการบัญญัติไว้เป็นกฎหมายเฉพาะ หรือการพยายามศึกษารูปแบบการใช้ อำนาจในสถานการณ์ฉุกเฉินในแบบอื่นล้วนเป็นเรื่องระหว่าง “ความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ” (Constitutionality) กับ “กลไกนอกเหนือรัฐธรรมนูญ” (Extra-Constitutionality) และระหว่างแนวคิด “การควบคุมตรวจสอบ” (checks and balances) กับ “การให้อำนาจพิเศษแก่ฝ่ายบริหาร” (unrestrained executive power)<sup>143</sup> รวมถึงอิทธิพลจากชุดความคิดของคาร์ล ชมิทท์ กล่าวคือ ฝ่ายบริหารเป็นตัวแทนที่เหมาะสมในการจัดการกับสถานการณ์ฉุกเฉิน ซึ่งหลายคนเห็นด้วยว่าเหมาะสมทั้งในทางกฎหมายและในทางการเมือง ซึ่งมักถูกนำไปใช้ในทางปฏิบัติซึ่งฝ่ายบริหารมีข้อมูล

<sup>143</sup> Anna Khakee, *supra note 97*, p. 18.

และความสามารถในการดำเนินการที่รวดเร็วเพื่อแก้ไขสถานการณ์วิกฤตได้คล่องตัวที่สุด ทั้งนี้ยังอาจตีความไปอีกว่าในสถานการณ์ฉุกเฉินจัดการได้ด้วยวิธีการนอกเหนือรัฐธรรมนูญเท่านั้น ทั้งนี้อาจมีปัญหาลอยลางในทางทฤษฎีหากกฎหมายมิได้กำหนดชัดเจน หากคำสั่งและการปฏิบัติหน้าที่ในสถานการณ์ฉุกเฉินของฝ่ายบริหารเป็นไปตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดย่อมเป็นผลดีอันอ้างได้ว่ามีความชอบด้วยกฎหมาย อย่างไรก็ตามก็ด้วยความเชื่อมั่นในการตัดสินใจขององค์อธิปัตย์ย่อมเสี่ยงต่อการใช้อำนาจตามอำเภอใจและยิ่งในกรณีที่มีได้มีกฎหมายบัญญัติไว้ ยิ่งง่ายในการใช้อำนาจนอกเหนือจากรัฐธรรมนูญและอาจนำไปสู่ระบอบเผด็จการได้ ดังนั้นหลายประเทศจึงกำหนดให้อำนาจฝ่ายบริหารเป็นพิเศษในยามวิกฤตและรัฐสภามีอำนาจลดลงแต่ยังคงมีส่วนร่วมในการตรวจสอบและตัดสินใจมากขึ้นตามแต่ละประเทศกำหนด รวมถึงการบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายเฉพาะ เพื่อให้มาตรการต่าง ๆ เป็นไปตามกฎหมาย

ขณะเดียวกันในบางประเทศ เช่น ในประเทศนอร์เวย์และสวีเดนก็ให้ความสำคัญกับ “หลักความจำเป็น” ซึ่งสอดคล้องกับแนวคิดสภาวะยกเว้นของซมิทท์ที่ว่าสถานการณ์ฉุกเฉินจะจัดการได้ด้วยวิธีการนอกเหนือจากรัฐธรรมนูญ โดยรัฐบาลเห็นว่าการควบคุมการใช้อำนาจในยามจำเป็นตามรัฐธรรมนูญเป็นการเพิ่มความเสี่ยงของการใช้อำนาจในทางที่ผิดมากกว่า และกลัวว่าหากมีกฎหมายเป็นลายลักษณ์อักษรในหลักความจำเป็น อาจเป็นผลในทางจิตวิทยาซึ่งทำให้เจ้าหน้าที่มีความลังเลหรือการยับยั้งชั่งใจน้อยลงในการใช้มาตรการในทางฉุกเฉิน<sup>144</sup> ทั้งการบัญญัติหลักเกณฑ์ไว้ อาจนำไปสู่การเปิดทางให้ฝ่ายบริหารอ้างสถานการณ์ดังกล่าวเมื่อใช้กฎหมายแสวงหาอำนาจให้ตนเอง ดังนั้นประเทศเหล่านี้จึงเลือกให้อำนาจในสถานการณ์ฉุกเฉินอยู่นอกเหนือกฎหมาย เป็นการใช้หลักความจำเป็นที่ต้องพิจารณาและตัดสินใจอย่างระมัดระวัง เพราะมิได้บัญญัติมาตรการเป็นลายลักษณ์อักษรที่ชัดเจน

มาตรการในสถานการณ์ไม่ปกติของประเทศตัวอย่างเหล่านี้ สะท้อนให้เห็นถึงการคิดและถกเถียงในเชิงหลักการและภูมิหลังทางประวัติศาสตร์ จึงส่งผลให้มาตรการในสถานการณ์ฉุกเฉินของแต่ละประเทศมีความแตกต่างกันออกไปในรายละเอียดปลีกย่อย ทว่าแนวคิดหลักยังคงใกล้เคียงกัน ไม่ว่าในส่วนของกรวยการยอมรับการมีอยู่ของสภาวะยกเว้น กล่าวคือในสถานการณ์วิกฤตของประเทศ อาจมีความจำเป็นต้องใช้กฎหมายในสถานการณ์ฉุกเฉินประเภทต่าง ๆ ซึ่งต่างจากกฎหมายในยามปกติ รวมถึงความพยายามรักษาสอดคล้องคุณค่าระหว่างการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชนกับหลักความมั่นคงแห่งรัฐ ซึ่งคงไม่มีสูตรหรือคำตอบตายตัวแน่ชัด แล้วแต่บริบทในแต่ละประเทศ กรณีดังกล่าววนสะท้อนความจริงที่ว่า “กฎหมายไม่อาจแยกจากสังคมได้”

<sup>144</sup> *Ibid.*, pp. 18-19.

เมื่อเราเรียนรู้สิ่งที่เรียกว่าประวัติศาสตร์แล้วนำมาแก้ไขปัญหาการใช้กฎหมายในสถานการณ์ไม่ปกติในประเทศของเรา โดยการเปรียบเทียบกับตัวอย่างประเทศทั้งหลายนี้ ย่อมเป็นแนวทางในการตอบคำถามถึงอนาคตทฤษฎีการศึกษาของประเทศไทยว่าควรเป็นไปในทิศทางใด

### 3.4.3.2 หลักสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศกับกฎหมายความมั่นคง

การเมืองการปกครองซึ่งทุกประเทศและทุกยุคทุกสมัยพยายามหาข้อยุติคือ ปัญหาว่าทำอะไรจึงจะให้รัฐบาลซึ่งมีกำลังอำนาจเช่นเสือดุร้ายน้อยกว่าเสือ ทำอย่างไรจึงจะสร้างความมั่นใจแก่ราษฎรได้ว่าองค์กรต่างๆ ของรัฐจะจำกัดสิทธิเสรีภาพของตนโดยชอบด้วยเหตุผลและความเป็นธรรม ทำอย่างไรจึงจะคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของราษฎรจากการใช้อำนาจตามอำเภอใจของผู้ปกครองได้สำเร็จ<sup>145</sup> คำถามของอาจารย์วรวพจน์ วิศรุตพิชญ์ ตรงกับสิ่งที่ผู้เขียนครุ่นคิดกับตนเองบ่อยครั้งขณะศึกษาเรื่องทฤษฎีการศึกษาในปัญหาที่ว่า ความสมดุลของมาตรการที่รัฐอ้างถึงความจำเป็นในการล่วงละเมิดสิทธิเสรีภาพของประชาชนในนามกฎหมายความมั่นคงควรเป็นอย่างไร และในระดับกฎหมายระหว่างประเทศมีส่วนช่วยคุ้มครองสิทธิมนุษยชนได้มากน้อยเพียงใด

(1) **ลักษณะของกฎหมายความมั่นคง** หรือเรียกรวม ๆ ว่า กฎหมายในสภาวะฉุกเฉินหรือกฎหมายในสถานการณ์ไม่ปกติก็แล้วแต่ ลักษณะเฉพาะอย่างหนึ่งของกฎหมายประเภทนี้คือ มีผลกระทบกระเทือนถึงสิทธิขั้นพื้นฐานบางประการของประชาชนอย่างไม่อาจหลีกเลี่ยงได้ โดยมักอ้างเหตุแห่งความจำเป็นเพื่อรักษาซึ่งความมั่นคงปลอดภัยของรัฐ หลายครั้งเป็นเรื่องปัญหาทางการเมืองที่ต้องหาจุดสมดุลระหว่างความมั่นคงและความสงบเรียบร้อยของสังคมกับสิทธิเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น ยิ่งเมื่อเสรีภาพในการยึดมั่นในอุดมการณ์ทางการเมืองที่แตกต่างไปจากรัฐนำไปสู่ความขัดแย้ง รัฐมักอ้างความเป็นใหญ่หรือความเป็นผู้พิทักษ์ประโยชน์ส่วนรวมเข้าระงับ จำกัด หรือยกเลิกเสรีภาพประการข้างต้น กลายเป็นประเด็นปัญหาที่ว่า รัฐกำลังล่วงล้ำสิทธิเสรีภาพของปัจเจกบุคคลและอาจกลายเป็นการกระทำในลักษณะทรราชย์กดขี่ประชาชน<sup>146</sup> แม้ในรัฐเสรีประชาธิปไตยจะยืนยันหนักแน่นในการยึดหลักนิติรัฐและนิติธรรม และไม่ยอมให้อำนาจรัฐกล้ากรายสู่ดินแดนสิทธิเสรีภาพของบุคคลก็ตาม ทว่าในยามสถานการณ์ไม่ปกติไม่อาจหลีกเลี่ยงจากสภาวะยกเว้น ซึ่งกล่าวอย่างง่ายที่สุดคือ สภาวะที่กฎหมายปกติและสิทธิเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองถูกงดเว้นชั่วคราว โดยมีความมุ่งหมายเพื่อนำระบบปกติกลับมาโดยเร็วที่สุด

<sup>145</sup> วรวพจน์ วิศรุตพิชญ์, สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ, (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2538), น. 18.

<sup>146</sup> จรัญ โฆษณานันท์, กฎหมายกับสิทธิเสรีภาพในสังคมไทย เส้นขนานจาก 2475 ถึงปัจจุบัน, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์กลุ่มประสานงานศาสนาเพื่อสังคม, 2528), น. 9.

อาจกล่าวได้ว่าสถานการณ์ฉุกเฉินเป็นทั้งสภาวะยกเว้นกฎหมายในระบบปกติภายในประเทศและอาจยกเว้นพันธกรณีระหว่างประเทศได้ด้วย ทั้งนี้ข้อยกเว้นดังกล่าวย่อมเป็นไปตามที่รัฐธรรมนูญอนุญาต

กฎหมายความมั่นคงโดยเฉพาะอย่างยิ่ง “กฎอัยการศึก” เป็นกลไกหรือเครื่องมือของรัฐที่มีพยานภาพรุนแรงที่สุดในบรรดากฎหมายความมั่นคงทั้งหมด เมื่อพิจารณาในมิติที่ว่าเป็นกฎหมายในยามสงครามระหว่างประเทศหรือสงครามกลางเมือง และมีเจ้าหน้าที่ทหารเข้ามาเกี่ยวข้องทั้งในการป้องกันและปราบปรามเป็นหลักแทนเจ้าหน้าที่พลเรือน ในกรณีเช่นนี้ย่อมเป็นสถานการณ์ฉุกเฉินที่แท้จริง รัฐจำเป็นต้องรีบตัดสินใจใช้มาตรการต่าง ๆ เพื่อรักษาประเทศชาติไว้ซึ่งประชาชนในชาติย่อมเข้าใจและให้ความร่วมมือ แม้บางมาตรการหรือกฎข้อบังคับที่ประกาศออกมาอาจจะละเมิดสิทธิเสรีภาพของประชาชนบางประการ เช่น สิทธิเสรีภาพในเคหสถาน การเดินทาง การแสดงความคิดเห็น เป็นต้น เห็นได้จากกฎหมายรัฐธรรมนูญในหลายประเทศ แม้รัฐธรรมนูญประกันสิทธิขั้นพื้นฐานแต่ทว่าก็จำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานนั้นด้วย ดังนั้นจึงเป็นที่ยอมรับได้โดยสากลว่าหากมีความจำเป็นต้องบังคับใช้กฎอัยการศึกในฐานะเรื่องเครื่องมือขั้นสุดทำที่รัฐจะใช้ปกป้องประชาชน สิทธิเสรีภาพเหล่านี้พอที่จะเสียสละเพื่อส่วนรวมได้ตามสมควร ตัวอย่างสิทธิเสรีภาพที่มีการยินยอมให้ถูกระทบกระเทือนได้ เช่น เสรีภาพในการเดินทาง เสรีภาพในเคหสถาน เสรีภาพในการชุมนุมและแสดงความคิดเห็น ตลอดจนสิทธิในความเป็นส่วนตัวบางประการ ทั้งนี้สิทธิเสรีภาพดังกล่าว ซึ่งมีกฎหมายระหว่างประเทศรับรอง รัฐอ้างสถานการณ์ฉุกเฉินยกเว้นได้ในลักษณะของการลดระดับความเข้มข้นของการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพเท่านั้น มิใช่รัฐจะปลดเปลื้องพันธกรณีในการคุ้มครองเสียจนสิ้นเชิงได้<sup>147</sup>

**(2) ขอบเขตของการจำกัดสิทธิเสรีภาพและบทบาทของกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ** แนวคิดสิทธิมนุษยชนหรือที่เรียกสิทธิขั้นพื้นฐานนี้ นอกจากกฎหมายรัฐธรรมนูญในแต่ละประเทศให้การรับรองแล้ว เมื่อเราพิจารณาประกอบกับสนธิสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิมนุษยชน การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพในระดับนานาชาติต่างล้วนมุ่งหมายคุ้มครองสิทธิมนุษยชนของพลโลก โดยเฉพาะในกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (ICCPR) และปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (UDHR)<sup>148</sup> ล้วนมีจุดประสงค์เพื่อคุ้มครองสิทธิมนุษยชน สิทธิขั้นพื้นฐานของมนุษย์ที่พลเมืองของโลกนี้พึงมี อย่างไรก็ตาม เราไม่อาจ

<sup>147</sup> รวินท์ ลีละพัฒนะ, “สถานการณ์ฉุกเฉินและอนุสัญญาสิทธิมนุษยชนยุโรป: ข้อยกเว้นที่ไม่ใช่เรื่องยกเว้น,” วารสารกฎหมายนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, ปีที่ 32, ฉบับที่ 1, น. 129 (มีนาคม 2557).

<sup>148</sup> รายละเอียดในบทที่ 2

ปฏิเสศการมีอยู่ของสถานการณ์ไม่ปกติที่รัฐต้องประสบอันนำไปสู่การระงับพันธกรณีในบางข้อ อันแสดงถึงการยอมรับว่ารัฐอาจเผชิญหน้ากับสภาวะยกเว้นและนำไปสู่การงดเว้นพันธกรณีหรือกติกา บางข้อเช่นเดียวกันกับกฎหมายที่ต้องลดความเข้มข้นในการบังคับใช้ลงในบางกรณี

ตัวอย่างที่ชัดเจนปรากฏอยู่ในกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมือง และสิทธิทางการเมือง (ICCPR) ภาค 2 ข้อ 4 (1) ว่าด้วยการไม่ปฏิบัติตามพันธกรณี หรือ Derogation ที่รับรองไว้ใน ICCPR สรุปได้ว่าในภาวะฉุกเฉินสาธารณะซึ่งคุกคามความอยู่รอดของชาติ เมื่อได้มีการประกาศอย่างเป็นทางการแล้ว รัฐภาคีอาจใช้มาตรการที่เป็นการเลียงพันธกรณีของตนภายใต้กติกานี้ ได้เพียงเท่าที่จำเป็นตามความฉุกเฉินของเหตุการณ์ ทั้งนี้มาตรการดังกล่าวต้องไม่ขัดแย้งต่อพันธกรณี อื่น ๆ ภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ และไม่เป็นการเลือกปฏิบัติเพียงเหตุแห่งเชื้อชาติ ผิว เพศ ภาษา ศาสนา หรือ เผ่าพันธุ์ทางสังคม<sup>149</sup> หมายความว่า เมื่อรัฐนั้นประกาศภาวะฉุกเฉินบางประการ อย่างเป็นทางการแล้ว การใช้มาตรการเพื่อหลีกเลี่ยงพันธกรณีตามกติกานี้สามารถทำได้โดยไม่ขัดต่อ กฎหมายระหว่างประเทศและไม่เป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม และต้องพิจารณาประกอบกับ ICCPR ข้อ 4 (2) ซึ่งบัญญัติถึงพันธกรณีที่ไม่อาจงดเว้นได้แม้ในภาวะฉุกเฉิน ได้แก่ พันธกรณีตามข้อ 6 ว่าด้วยมนุษย์ทุกคนมีสิทธิที่จะมีชีวิตและได้รับการคุ้มครองตามกฎหมาย, ข้อ 7 ว่าด้วยการทรมาน หรือลงโทษอย่างโหดร้ายจะกระทำไม่ได้, ข้อ 8 (วรรค 1 และ 2) บุคคลจะถูกนำตัวลงเป็นทาส หรือถูกบังคับให้อยู่ในภาวะดังกล่าวไม่ได้, ข้อ 11 บุคคลไม่อาจถูกจำคุกเพราะเหตุไม่ชำระหนี้ ตามสัญญาไม่ได้, ข้อ 15 บุคคลไม่อาจรับโทษทางอาญาย้อนหลังได้, ข้อ 16 บุคคลมีสิทธิได้รับการ ยอมรับว่าเป็นบุคคลตามกฎหมายในทุกแห่ง และข้อ 18 บุคคลย่อมมีเสรีภาพทางความคิด มโนธรรม และศาสนา<sup>150</sup> ทั้ง 7 ข้อนี้ ถือเป็นสิทธิขั้นพื้นฐาน เป็นหัวใจหรือสาระสำคัญที่ไม่อาจยกเว้นได้ไม่ว่าใน สถานการณ์ใด ดังนั้นหากเกิดสงครามและมีการประกาศกฎอัยการศึกแล้ว รัฐอาจมีความจำเป็นต้อง ประกาศห้ามออกนอกเคหสถานในช่วงเวลาที่กำหนด หรือจำกัดเสรีภาพในการเดินทาง โยกย้าย อันเป็นการเลียงพันธกรณีใน ICCPR ภาค 2 ข้อ 14<sup>151</sup> ซึ่งเมื่อพิจารณาตาม ICCPR ข้อ 4 (2) แล้ว ไม่เข้าข้อยกเว้นยอมจำกัดสิทธิได้ในขอบเขตที่กฎหมายอนุญาตและเป็นไปเพื่อรักษาความมั่นคง ปลอดภัยของรัฐ ขณะที่พันธกรณีในข้อ 6, 7, 8, 11, 15, 16 และข้อ 18 นั้นไม่อาจหลีกเลี่ยงหรือ ยกเว้นได้เลย

<sup>149</sup> กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ภาค 2 ข้อ 4 (1)

<sup>150</sup> กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ภาค 2 ข้อ 4, 6, 7, 8, 11, 15, 16 และข้อ 18

<sup>151</sup> กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ข้อ 14

นอกจากนี้ ใน ICCPR ข้อ 4 (3) ยังกำหนดให้รัฐภาคีที่ประกาศภาวะฉุกเฉินและใช้สิทธิเลียงพันกรณีตามข้อ 4 (1) ต้องแจ้งต่อรัฐภาคีอื่นให้ทราบถึงเหตุผลความจำเป็นและแจ้งพันกรณีที่ถูกยกเว้น โดยส่งให้เลขาธิการสหประชาชาติเป็นสื่อกลาง รวมถึง ICCPR ข้อ 40 กำหนดให้ประเทศภาคีสมาชิกจัดทำและเสนอรายงานการปฏิบัติตามพันกรณีต่อคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนของ ICCPR ในปีแรกหลังลงนามเป็นภาคีและจากนั้นต้องส่งรายงานทบทวนสถานการณ์สิทธิมนุษยชนของ ICCPR ในปีแรกหลังลงนามเป็นภาคีและจากนั้นต้องส่งรายงานทบทวนสถานการณ์ในทุก ๆ 5 ปี<sup>152</sup> ประกอบกับรายงานเงา (shadow report) ที่จัดทำโดยองค์กรพัฒนาเอกชน องค์กรประชาสังคม สถาบันการศึกษา หรือหน่วยงานสิทธิมนุษยชนต่างๆ ซึ่งแม้คณะกรรมการจะไม่มีอำนาจบังคับ แต่ยังสามารถพิจารณาสถานการณ์ในประเทศนั้นๆ โดยตั้งประเด็นปัญหาและคำถามสำหรับรัฐสมาชิกดังกล่าว และเชิญให้ประเทศที่มีปัญหาด้านสิทธิมนุษยชนนั้นได้ชี้แจง อาจดูมิใช่มาตรการบังคับที่เคร่งครัดมากนัก ทว่าหากรัฐภาคีมิได้ปฏิบัติตามสนธิสัญญาดังกล่าวนี้นั้นย่อมไม่อาจหลีกเลี่ยงพ้นสายตาจับจ้องจากอารยประเทศ รวมถึงมาตรการกดดันจากภาคีสมาชิก นำไปสู่การระงับความร่วมมือหรือระงับการให้ความช่วยเหลือประการต่าง ๆ อันจะส่งผลกระทบต่อภาพลักษณ์ การลงทุน และการพัฒนาภายในประเทศ

อย่างไรก็ดี สำหรับในประเทศยุโรป นอกจากมีอนุสัญญาแห่งยุโรปว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐานแล้ว อนุสัญญาดังกล่าวยังได้จัดตั้งศาลสิทธิมนุษยชนยุโรป (European Court of Human Rights/ECHR) ขึ้น เพื่อให้บุคคลที่ถูกละเมิดสิทธิภายใต้อนุสัญญาสามารถนำคดีไปสู่ศาลได้ ซึ่งคำพิพากษาของศาลจะผูกพันรัฐสมาชิกและรัฐสมาชิกเองก็ย่อมมีพันธกรณีต้องบังคับตามคำพิพากษา โดยคณะกรรมการรัฐมนตรีของสภาแห่งยุโรปจะทำหน้าที่เป็นผู้ตรวจสอบการบังคับคดีตามคำพิพากษาดังกล่าว เพื่อคุ้มครองปัจเจกชนที่ถูกละเมิดสิทธิมนุษยชน รวมทั้งการที่รัฐสมาชิกสามารถฟ้องร้องรัฐสมาชิกด้วยกันเองได้ ที่สำคัญคำวินิจฉัยจากศาล

สิทธิมนุษยชนแห่งยุโรปยังใช้เป็นบรรทัดฐานในการใช้อำนาจฉุกเฉินในทวีปยุโรปได้<sup>153</sup> ทำให้อนุสัญญายุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชนมีสภาพบังคับมากกว่ากติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (ICCPR), ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (UDHR) ซึ่งใช้มาตรการกดดันไม่มีใครได้ผลนัก ขึ้นอยู่กับศักดิ์ศรีและความสามารถของแต่ละประเทศ

<sup>152</sup> รายละเอียดในบทที่ 2.3.3

<sup>153</sup> The International Justice Resource Center, “EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS,” Retrieved on March 5, 2020, from <https://ijrcenter.org/european-court-of-human-rights/>.

แม้รัฐมีหน้าที่ปกป้องซึ่งสิทธิเสรีภาพของประชาชน ขณะเดียวกันก็มีข้อยกเว้นอันทำให้สิทธิเสรีภาพบางประเภทถูกระงับกระเทือนได้ ซึ่งเป็นการจำกัดตามกฎหมายและหลักสิทธิมนุษยชนทั้งในรัฐธรรมนูญและสนธิสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิมนุษยชนมิใช่การจำกัดอำนาจตามอำเภอใจ นอกจากนี้ยังมีข้อจำกัดอีกประเด็นที่รัฐต้องพิจารณาประกอบการจำกัดสิทธิเสรีภาพ คือ เหตุแห่งการกระทำและผลที่ได้ต้องมีความสอดคล้องได้สัดส่วนและพอสมควรแก่เหตุ กล่าวคือ เหตุหรือเงื่อนไขที่ให้เจ้าหน้าที่รัฐใช้ออกคำสั่งหรือปฏิบัติการอันกระทบสิทธิเสรีภาพนั้นต้องเป็นไปเพราะความจำเป็นอันมิอาจเลี่ยงได้ โดยมุ่งหมายเพื่อป้องกันสวัสดิภาพรัฐและประชาชน เมื่อมีเหตุอันสมควรใช้อำนาจในสถานการณ์ไม่ปกติดังกล่าวแล้ว จึงมาพิจารณาผลจากมาตรการที่รัฐเลือกใช้ว่าเป็นไปตามความมุ่งหมายหรือไม่ อันเป็นการพิจารณาและตั้งคำถามของผู้เขียนถึงความเหมาะสม ความจำเป็นและผลที่ได้รับตามหลักความได้สัดส่วน อันเป็นคุณค่าพื้นฐานของนิติรัฐที่ไม่อาจละเลยได้ แม้เป็นการปฏิบัติตามมาตรการในสถานการณ์ไม่ปกติก็ตาม<sup>154</sup> รวมถึงในสภาวะยกเว้นดังกล่าว การเลือกใช้กฎหมายความมั่นคงต้องเหมาะสมกับระดับสถานการณ์ไม่ปกติ นั้น ๆ ทั้งยังต้องเป็นไปเพื่อฟื้นฟูประเทศกลับสู่ภาวะปกติ ไม่อาจอ้างสถานการณ์ฉุกเฉินเพื่อใช้อำนาจตามอำเภอใจได้ บ้านเมืองยังคงอยู่ภายใต้หลักนิติรัฐและนิติธรรมซึ่งมิได้ถูกยกเว้นโดยสิ้นเชิง และเป็นคุณค่าที่รัฐยึดถือแม้มิได้ตราเป็นกฎหมายก็ตาม

**(3) บทสรุปสภาวะยกเว้นและหลักสิทธิมนุษยชน** จากการศึกษาผู้เขียนเห็นว่า แนวคิดสภาวะยกเว้นอันอยู่เบื้องหลังกฎหมายความมั่นคงทั้งหลายกับหลักสิทธิมนุษยชนอันเป็นหัวใจประการหนึ่งของการปกครองในระบอบประชาธิปไตย เปรียบเสมือนเส้นขนานที่อยู่ตรงข้ามกันและไม่มีวันบรรจบกันได้ เนื่องด้วยแนวคิดสภาวะยกเว้นของคาร์ล ชมิทท์ นี้ ลดทอนประสิทธิภาพของการคุ้มครองสิทธิ ในสถานการณ์ดังกล่าวเป็นไปได้ยากที่จะหลีกเลี่ยงการกระทบกระเทือนซึ่งสิทธิขั้นพื้นฐานทั้งหลาย ปัญหาใหญ่ที่เกิดขึ้นในหลายประเทศจึงเป็นเรื่องการตัดสินใจหาจุดสมดุลระหว่างมาตรการจำเป็นเพื่อรักษามันคงของชาติและการรักษาสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชนให้ถูกละเมิดน้อยที่สุด ความมั่นคงของชาติเป็นสิ่งสำคัญไม่มีใครปฏิเสธ ทว่าหากสิทธิเสรีภาพของประชาชนไม่มีเสียแล้วก็ไม่ทราบว่าจะมีคุณค่าอันใด เส้นขนานทั้งสองจึงต้องมีระยะห่างหรือจุดสมดุลที่พอดี ในรัฐธรรมนูญควรมีมาตรการหรือกรอบปฏิบัติในสถานการณ์ฉุกเฉินในสาระสำคัญ จริ่งอยู่ที่หลายประเทศยอมรับความเหนือกว่าของความมั่นคงหรือความสงบเรียบร้อยของส่วนรวมอยู่เหนือสิทธิเสรีภาพปัจเจกชนเป็นที่ยอมรับดังที่ปรากฏในรัฐธรรมนูญ กระนั้นก็ได้กำหนดเงื่อนไขไว้เช่นกันว่า ต้องเป็นเรื่องอันตรายและเป็นภัยต่อความมั่นคงของรัฐอย่างแน่แท้

<sup>154</sup> รายละเอียดในบทที่ 2

โดยพิจารณาประกอบกับหลักความได้สัดส่วนและพอสมควรแก่เหตุและผลที่กระทำ รวมถึงการ ออกแบบมาตรการในสถานการณ์ฉุกเฉินให้เหมาะสมและมีความสมดุลทั้งการใช้อำนาจและคุ้มครอง สิทธิเสรีภาพ

นอกจากนี้การคุ้มครองสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ ไม่ว่าจะเป็นกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (ICCPR), ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (UDHR) ย่อมเป็นเสมือนกรอบกติกาหรือข้อตกลงร่วมกันของนานาประเทศในโลก เพื่อปกป้องคุ้มครองมนุษย์ทุกคนอย่างไม่แบ่งแยก ทุกประเทศภาคีสมาชิกต้องปฏิบัติตามรวมถึงการใช้กฎหมายภายในประเทศก็ควรมีการนำหลักสิทธิมนุษยชนไปปรับใช้ให้สอดคล้องกัน แม้การ ตรวจสอบการใช้อำนาจละเมิดสิทธิมนุษยชนในรัฐต่าง ๆ เป็นการตรวจสอบที่ได้มีสภาพบังคับมากนัก แต่เป็นลักษณะของการตรวจสอบโดยคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศและมีการเรียกให้ ประเทศดังกล่าวชี้แจง ตอบข้อสงสัย รวมถึงมาตรการกีดกันจากอารยประเทศอันมีผลกระทบต่อ ประเทศที่มีปัญหาสิทธิมนุษยชนอย่างแน่นอน ทั้งนี้ผลกระทบจากการกีดกันมากน้อยประการใด ยังคง เป็นปัญหาท้าทายความร่วมมือระดับนานาชาติในการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศเช่นกัน



## บทที่ 4

### กฎอัยการศึกในระบบกฎหมายต่างประเทศ

#### 4.1 ข้อความเบื้องต้น

หากกล่าวถึงกฎหมายความมั่นคงหรือกฎหมายในสภาวะยกเว้นยุคแรก ๆ ซึ่งยังบังคับใช้ อยู่จนถึงปัจจุบัน คงไม่อาจหลีกเลี่ยงการศึกษากฎอัยการศึกไปได้ ในบทที่ 3 ผู้เขียนได้ศึกษารากฐาน ทางความคิดและข้อพิจารณาว่าด้วยกฎอัยการศึกในทางทฤษฎีไปแล้ว ส่วนในบทนี้ ผู้เขียนจะชี้ชวนให้ ผู้อ่านพิจารณากฎหมายว่าด้วยกฎอัยการศึก โดยเน้นที่บทบัญญัติกฎหมายและการปรับใช้กฎหมาย ของประเทศในกลุ่มซีวิลลอว์ โดยมี State of Siege ของฝรั่งเศสเป็นกฎหมายหลัก กับกลุ่มกฎหมาย ในระบบคอมมอนลอว์ ซึ่งศึกษาผ่าน Martial Law ของประเทศอังกฤษ เพื่อให้เห็นถึงการใช้อัยการศึก ในต่างประเทศและนำมาเปรียบเทียบกับการใช้บังคับกฎอัยการศึกในระบบกฎหมายไทยต่อไป

#### 4.2 กฎอัยการศึกในระบบกฎหมายฝรั่งเศส

##### 4.2.1 ภาพรวมระบบกฎหมายความมั่นคง

ในเบื้องต้นผู้เขียนได้กล่าวถึงพัฒนาการโดยรวมของกฎอัยการศึกไว้ในบทที่ 3 ซึ่งได้พาดพิงถึงประเทศฝรั่งเศสไว้ว่า กฎหมายลักษณะความมั่นคงในประเทศฝรั่งเศสนั้นมี 3 ประเภท ซึ่งล้วนอยู่ภายใต้กรอบแนวคิดที่ว่าด้วย “สถานการณ์ไม่ปกติ”(Les circonstances exceptionnelles)<sup>1</sup> ทั้งสิ้น รวมถึงการยึดแนวคิดที่ว่าด้วยความสงบเรียบร้อย (La notion de police) อันเป็นหลักปฏิบัติ ที่ช่วยสร้างความชอบธรรมแก่ฝ่ายบริหารในยามสถานการณ์ไม่ปกติ และเป็นการคุ้มครองสิทธิ เสรีภาพของประชาชนด้วย หลักการว่าด้วยความสงบเรียบร้อยที่ควรพิจารณา ได้แก่<sup>2</sup>

<sup>1</sup> รายละเอียดในบทที่ 2 ข้อพิจารณาเบื้องต้นว่าด้วย “อำนาจรัฐ” และ “สถานการณ์ไม่ปกติ”

<sup>2</sup> Jacques ROBERT, Libertés Publiques Et Droits De L'homme (Paris: Montehrestien, 4eme edition, 1988), p. 103 อ้างถึงใน วสันต์ ชมภูศรี, “การบังคับใช้พระราช กำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548 กับการคุ้มครอง สิทธิและเสรีภาพของ ประชาชน,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2559), น. 140.

(1) ความจำเป็น (nécessaire) คือ การใช้อำนาจตามกฎหมายในสถานการณ์ไม่ปกติต้องเป็นไปเพื่อป้องกันภัยคุกคามที่เกิดจากความวุ่นวาย มาตรการที่กฎหมายให้อำนาจฝ่ายบริหารต้องกระทำเท่าที่จำเป็นและกระทบสิทธิเสรีภาพประชาชนน้อยที่สุด

(2) ความมีประสิทธิภาพ (efficace) คือ การกำหนดมาตรการทางกฎหมายเพื่อหลีกเลี่ยงความวุ่นวายในสถานการณ์วิกฤตนั้น มาตรการที่ใช้จึงต้องมีประสิทธิภาพด้วย

(3) ความได้สัดส่วนกับสถานการณ์วิกฤตโดยอาจคาดการณ์ได้ (La violence disproportionnée) หลักการนี้ทำให้เกิดความลังเลในการปฏิบัติหน้าที่เพื่อประชาชนอย่างเท่าเทียมกันในระหว่างความจำเป็นบังคับกับสิทธิเสรีภาพประชาชน กล่าวโดยง่าย มาตรการที่เลือกใช้กับความรุนแรงหรือวิกฤตการณ์ที่เกิดขึ้นต้องชั่งน้ำหนักแล้วมีความเหมาะสม หากเจ้าหน้าที่มีหนทางหรือมาตรการที่มีประสิทธิภาพเหมือนกันแต่ความรุนแรงโดยเฉพาะผลกระทบของประชาชนน้อยกว่า ก็สมควรเลือกทางที่กระทบประชาชนน้อยที่สุด

การแก้ไขสถานการณ์ฉุกเฉินทั้งหลายให้กลับสู่ภาวะปกติจึงใช้ทั้งหลักทฤษฎีสถานการณ์ไม่ปกติและหลักความสงบเรียบร้อยที่ช่วยด้วยกฎหมายประกอบกัน นอกจากนี้หลักการเหล่านี้ซึ่งส่วนใหญ่ได้รับการพัฒนาจากคำพิพากษาของศาลแล้ว ในระบบกฎหมายฝรั่งเศสมีกฎหมายความมั่นคงซึ่งใช้บังคับเมื่อเกิดสถานการณ์ไม่ปกติ 3 ประเภท ดังนี้

#### 4.2.1.1 กฎอัยการศึก (L'état de siège) หรือ State of Siege

เป็นระบบกฎหมายที่มีมาช้านานก่อนกฎหมายความมั่นคงประเภทอื่น ๆ รวมถึงมีความแตกต่างจากกฎหมายในระบบปกติอย่างเด่นชัดในเรื่องขององค์กรผู้ใช้อำนาจและกระบวนการใช้อำนาจคือ อำนาจในการรักษาความสงบเรียบร้อยของเจ้าหน้าที่พลเรือนจะถูกถ่ายโอนไปยังเจ้าหน้าที่ทหาร รายละเอียดต่าง ๆ จะได้กล่าวถึงอย่างละเอียดในหัวข้อถัดไป

#### 4.2.1.2 กรณีการใช้อำนาจของประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศสตาม มาตรา 16 ในรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐที่ 5

เป็นกรณีการให้อำนาจในสถานการณ์ฉุกเฉิน (Emergency Power) แก่ประธานาธิบดีในฐานะประมุขของรัฐมีอำนาจในลักษณะเด็ดขาดเพียงผู้เดียว ซึ่งมาจากการเสนอของนายพล Charles de Gaulle ในระหว่างการร่างรัฐธรรมนูญ โดยเห็นว่าผู้นำรัฐควรมีอำนาจพิเศษในสถานการณ์ฉุกเฉินเช่นในกรณีสงครามโลกครั้งที่ 2<sup>3</sup> ในรัฐธรรมนูญนี้ระบุว่า เมื่อเกิดสถานการณ์

<sup>3</sup> William Feldman, "Theories of Emergency Powers: A Comparative Analysis of American Martial Law and the French State of Siege," *Cornell International Law Journal* 38, no. 3, (2005).

ซึ่งมีภัยคุกคามอย่างรุนแรงต่อสถาบันแห่งรัฐ เอกราชของชาติ บูรณภาพแห่งดินแดนหรือการปฏิบัติ ตามพันธสัญญาระหว่างประเทศ ซึ่งการดำเนินการต่างๆตามรัฐธรรมนูญไม่อาจกระทำได้ ประธานาธิบดีมีอำนาจกำหนดมาตรการใด ๆ ตามที่จำเป็นในการดำเนินการกับสถานการณ์นั้นได้ และได้มีการแก้ไขเพิ่มเติม โดยเติมในส่วนของการตรวจสอบจากฝ่ายอำนาจอื่นว่า การออกมาตรการ ดังกล่าวต้องได้หารือกับนายกรัฐมนตรี ประธานสภาทั้งสอง และคณะตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ อย่างเป็นทางการแล้ว และห้ามมิให้มีการยุบสภาในระหว่างใช้อำนาจในสถานการณ์ฉุกเฉิน<sup>4</sup> อย่างไรก็ตาม คำแนะนำดังกล่าวจากการหารือกันไม่ได้มีบทบังคับให้ประธานาธิบดีต้องปฏิบัติตาม

หลักการเบื้องหลังที่ซ่อนอยู่ภายใต้มาตรา 16 คือ หลัก *pouvoirs exceptionnels* (Exceptional Powers) หรือการให้ประธานาธิบดีมีอำนาจเต็มโดยสมบูรณ์ ทั้งอำนาจนิติบัญญัติและอำนาจบริหาร<sup>5</sup> อำนาจในลักษณะนี้ของประธานาธิบดีจึงคล้ายกับผู้เผด็จการ (Dictator) ในสมัยโรมัน ซึ่งนำไปสู่ปัญหาสถานะของการกระทำและการตรวจสอบการใช้อำนาจของ ประธานาธิบดี ในกรณีการตัดสินใจประกาศใช้อำนาจตามมาตรา 16 เป็นการกระทำทางรัฐบาลหรือ อำนาจของฝ่ายบริหาร ควรเป็นการตรวจสอบทางการเมืองซึ่งไม่อยู่ภายใต้การควบคุมขององค์กร ตุลาการ ส่วนมาตรการต่างๆ ที่ใช้ในช่วงเวลาตามมาตรา 16 อยู่ภายใต้การควบคุมของฝ่ายตุลาการ ได้ในบางกรณี ทั้งนี้แล้วแต่กรณีว่า การกระทำนั้นเทียบเคียงได้กับกฎหมายที่ออกโดยฝ่ายนิติบัญญัติ หรือเป็นในลักษณะของการออกกฎ คำสั่งในฐานะฝ่ายปกครองซึ่งย่อมถูกตรวจสอบโดยศาลได้

#### 4.2.1.3 กรณีการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉิน (L'état d'urgence)

กฎหมายว่าด้วยสถานการณ์ฉุกเฉิน มีขึ้นเป็นครั้งแรกโดยการตรา รัฐ บัญญัติว่าด้วยสถานการณ์ฉุกเฉิน (la loi n° 55-385 du 3 avril 1955) ฉบับวันที่ 3 เมษายน ค.ศ. 1955 โดยฝ่ายบริหาร จุดเริ่มต้นในการตรา รัฐบัญญัตินี้สืบเนื่องมาจากกรณีวิกฤตการณ์ในแอลจีเรีย ซึ่งขณะนั้นเป็นอาณานิคมของประเทศฝรั่งเศส เมื่อมีการลุกฮือของประชาชนขึ้นต่อต้านและต้องการ เอกราชจนนำไปสู่สงครามกลางเมือง ฝ่ายบริหารเห็นว่าสถานการณ์ดังกล่าวยังมีใช้สงครามซึ่งคุกคาม ดินแดนฝรั่งเศสอันจะประกาศใช้กฎอัยการศึกได้ จึงมีการตรา รัฐบัญญัติว่าด้วยสถานการณ์ฉุกเฉินขึ้น แทน และประกาศใช้กฎหมายดังกล่าวทั่วแอลจีเรียเป็นเวลา 6 เดือน ก่อนสถานการณ์จะค่อย ๆ

<sup>4</sup> รัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส ค.ศ. 1958, มาตรา 16.

<sup>5</sup> Anna Khakee, “Securing Democracy? A Comparative Analysis of Emergency Powers in Europe,” *Geneva Centre for the Democratic Control of Armed Forces (DCAF), Policy Paper –30, p. 23-24 (2009).*

คลี่คลายในที่สุด<sup>6</sup> ซึ่งกฎอัยการศึกและสถานการณ์ฉุกเฉินเป็นกฎหมายในสถานการณ์ไม่ปกติเช่นกัน แตกต่างกันตรงที่กฎอัยการศึกใช้ในยามสงครามหรือสถานการณ์ใกล้เคียงกันในภาวะการเข้าแทรกแซงโดยเจ้าหน้าที่ทหาร<sup>7</sup>

ภายในรัฐบัญญัติได้ระบุการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินไว้ 2 ประเภท คือ การประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินแบบธรรมดา (l'état d'urgence simple) และประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินแบบร้ายแรง (l'état d'urgence aggravé) ซึ่งกรณีร้ายแรงนั้นจะเพิ่มอำนาจเจ้าหน้าที่เป็นกรณีพิเศษ<sup>8</sup> เงื่อนไขการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินที่สำคัญ เช่น กรณีเกิดเหตุอันร้ายแรง กรณีภัยต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน หรือกรณีเกิดความไม่สงบอย่างร้ายแรงกระทบความสงบสุขของประชาชน นับรวมถึงภัยธรรมชาติต่าง ๆ โดยผู้มีอำนาจในการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินระดับประเทศคือ ฝ่ายบริหาร ประธานาธิบดีกระทำในรูปของรัฐกฤษฎีกาและคณะรัฐมนตรีต้องให้ความเห็นชอบ ส่วนในระดับท้องถิ่น ผู้ว่าการจังหวัด (Gouverneur) เป็นเจ้าหน้าที่พลเรือนมีอำนาจประกาศและออกมาตรการต่าง ๆ ได้ ทั้งนี้การประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินมีกำหนดระยะเวลา ไม่เกิน 12 วัน<sup>9</sup>

ในปี 2548 ประเทศฝรั่งเศสมีการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินในบางพื้นที่เพื่อจัดการกับเหตุการณ์จลาจลและเมื่อวันที่ 13 พฤศจิกายน 2558 ในสมัยประธานาธิบดี François Hollande มีการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินทั่วประเทศเพื่อต่อสู้กับการก่อร้ายที่มีขึ้นในขณะนั้น นับเป็นการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินทั่วประเทศเป็นครั้งที่สองหลังจากการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินครั้งแรกในสมัยของนายพล Charles de Gaulle<sup>10</sup> ทั้งยังมีการกล่าวคำแถลงต่อรัฐสภา

<sup>6</sup> วสันต์ ชมภูศรี, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 2*, น. 179-180.

<sup>7</sup> ปาลีรัฐ ศรีวรรณพุกษ์, *สถานการณ์ที่ไม่ปกติในระบบกฎหมายฝรั่งเศส*, (รวมบทความกฎหมายมหาชน publaw.net, 2556), น. 412.

<sup>8</sup> สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, “รายงานการประชุมสรุปผลการพิจารณาของคณะกรรมการศึกษาพระราชบัญญัติว่าด้วยการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2495,” จัดทำโดยสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, (2535).

<sup>9</sup> ปาลีรัฐ ศรีวรรณพุกษ์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 7*, น. 412.

<sup>10</sup> รายละเอียดใน ธนกฤต วรธนัชชากุล, “คำแถลงของประธานาธิบดีฝรั่งเศสต่อรัฐสภาฝรั่งเศสเพื่อต่อสู้กับสงครามการก่อการร้ายและประเด็นข้อกฎหมายที่น่าสนใจ,” สืบค้นเมื่อวันที่ 10 เมษายน 2564, จาก <https://thaipublica.org/2015/11/thanakrit-vorathanatchakul-1> และ

ฝรั่งเศสเพื่อขยายระยะเวลาในการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินครั้งนี้ออกไปและเสนอขอแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในส่วนของมาตรา 16 และการประกาศกฎอัยการศึกตามมาตรา 36 รวมถึงบัญญัติการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินไว้ในรัฐธรรมนูญแต่สุดท้ายก็ได้มีการแก้ไขแต่อย่างใด นอกจากนี้เมื่อวันที่ 24 มีนาคม 2563 ในสถานการณ์โควิด 19 กำลังระบาดไปทั่วโลก ฝรั่งเศสได้ตรารัฐธรรมนูญ “สถานการณ์ฉุกเฉินทางสาธารณสุข” (l'état d'urgence sanitaire) อันเป็น “อำนาจพิเศษ” ประเภทที่ 4 ที่เกิดขึ้นใหม่ในระบบกฎหมายฝรั่งเศสแยกจากการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินภายใต้รัฐธรรมนูญในปี 1955<sup>11</sup>

#### 4.2.2 กฎอัยการศึกในประเทศฝรั่งเศส พิศาระห์บทบัญญัติทางกฎหมาย

กฎหมายความมั่นคงในงานเขียนนี้ มุ่งพิจารณากฎอัยการศึกเป็นสำคัญในประเทศฝรั่งเศสใช้คำว่า “State of Siege” ซึ่งมีลักษณะคล้าย Martial Law พิจารณากฎหมายว่าด้วยกฎอัยการศึกที่ปรากฏเป็นลายลักษณ์อักษรในหัวข้อต่าง ๆ โดยเริ่มจากกฎหมายที่ยกเลิกแล้ว และกฎหมายที่ใช้อยู่ในปัจจุบัน

##### 4.2.2.1 บทบัญญัติว่าด้วยกฎอัยการศึกก่อนมีการยกเลิก

พิจารณาเฉพาะประเด็นกฎอัยการศึก พบว่าในรัฐธรรมนูญฉบับสาธารณรัฐที่ 2 (ค.ศ.1848-1857) เป็นรัฐธรรมนูญฉบับแรกที่มีการบัญญัติถึง State of Siege ในมาตรา 106 สรุปความได้ว่า “ภายใต้บทบัญญัติแห่งกฎหมาย อาจมีการกำหนดกรณีที่มีการประกาศกฎอัยการศึก รวมถึงรูปแบบหรือมาตรการในการบังคับใช้ต่อไป”<sup>12</sup> ต่อมาในปี 1849 จึงได้มีการบัญญัติกฎหมายเฉพาะว่าด้วยกฎอัยการศึกขึ้นครั้งแรกคือ รัฐบัญญัติ Loi du 9 août 1849 sur l'état de siège ลงวันที่ 9 สิงหาคม ค.ศ. 1849 และได้มีการตรารัฐธรรมนูญว่าด้วยกฎอัยการศึก

---

Jean-Claude Paye, “Sovereignty and the State of Emergency France and the United States,” Retrieved on April 10, 2021, from <https://monthlyreview.org/2017/01/01/sovereignty-and-the-state-of-emergency>.

<sup>11</sup> ญัฐวุฒิ คล้ายขำ, “รับมือโควิดในฝรั่งเศส: ยกเลิกสถานการณ์ฉุกเฉินแล้ว ชุมนุมประท้วงทำได้,” สืบค้นเมื่อวันที่ 10 กรกฎาคม 2563, จาก [https://ilaw.or.th/node/5726?fbclid=IwAR1qR5n9Zno7CFkm\\_Kn5YEoNJEWvblldLd90CwBss6sDSMtD5tIqlz8c4](https://ilaw.or.th/node/5726?fbclid=IwAR1qR5n9Zno7CFkm_Kn5YEoNJEWvblldLd90CwBss6sDSMtD5tIqlz8c4).

<sup>12</sup>Constitution 1848, Article 106. “Une loi déterminera les cas dans lesquels l'état de siège pourra être déclaré, et réglera les formes et les effets de cette mesure.” , See Max Radin, “Martial law and State of Siege,” *California Law Review* 30, no. 6, p. 638 (September, 1942).

เพิ่มเติมในปี 1878 (La loi du 3 avril 1878 relative à l'état de siege) ในมาตรา 1-6 ตัวอย่าง มาตราที่สำคัญและผู้เขียนเห็นว่าจะจะเป็นประโยชน์ในการพิจารณา ประกอบกับรัฐบัญญัตินี้ เป็นต้นแบบของกฎหมายว่าด้วยกฏอัยการศึกในหลายประเทศรวมทั้งเป็นแบบฉบับของ กฏอัยการศึก ร.ศ.126 ของประเทศไทยด้วย<sup>13</sup>

### (1) สาระสำคัญในรัฐบัญญัติ 1849 และ 1878<sup>14</sup>

1. **เหตุแห่งการประกาศ State of Siege** ในมาตรา 1 กำหนดให้ ประกาศได้ต่อเมื่อมีอันตรายอันใกล้เข้ามาจากสงครามระหว่างประเทศ หรือการจลาจลติดอาวุธ ในประเทศและประกาศนั้นสิ้นผลทันทีเมื่อสถานการณ์ดังกล่าวผ่านพ้นไป

2. **ผู้มีอำนาจประกาศ** อำนาจในการประกาศ State of Siege เป็นของ ประธานาธิบดีโดยคำแนะนำของคณะรัฐมนตรี แต่ทั้งนี้ต้องผ่านความเห็นชอบในที่ประชุมรัฐสภา ภายใน 2 วันหลังจากนั้นตามมาตรา 2 และในมาตรา 3 มีเงื่อนไขว่า กรณีมีการยุบสภาผู้แทนราษฎร จะไม่อาจประกาศกฏอัยการศึกได้แม้จะในระยะเวลาชั่วคราวก็ตาม เว้นแต่กรณีสงครามระหว่าง ประเทศ ประธานาธิบดีโดยคำแนะนำของคณะรัฐมนตรีมีอำนาจประกาศ State of Siege ในพื้นที่ ซึ่งศัตรูคุกคามได้

3. **ผลการประกาศกฏอัยการศึก** ในมาตรา 7 ระบุว่า เมื่อมีการประกาศใช้ กฏอัยการศึก อำนาจทั้งหมดของเจ้าหน้าที่พลเรือนซึ่งมีขึ้นเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยจะโอนไปยัง เจ้าหน้าที่ทหาร ทั้งนี้เจ้าหน้าที่พลเรือนยังคงสามารถปฏิบัติหน้าที่ได้ เว้นแต่มีการระงับไว้โดย เจ้าหน้าที่ทหารในกรณีที่มีการขัดแย้งกันในแนวทางป้องกันประเทศขณะนั้น หมายความว่า เจ้าหน้าที่ พลเรือนยังคงทำหน้าที่ตนตามปกติ เว้นแต่ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการรักษาความสงบ ป้องกันและ รักษาความปลอดภัยจะเป็นอำนาจของเจ้าหน้าที่ทหารเป็นหลัก และในมาตรา 9 ให้เจ้าหน้าที่ทหาร มีอำนาจพิเศษดังนี้ 1.) อำนาจในการตรวจค้นเคหสถานของประชาชนทั้งเวลากลางวันและกลางคืน 2.) มีอำนาจในการปล่อยหรือจับไล่บุคคลผู้เคยต้องโทษและบุคคลที่ไม่ทราบภูมิลำเนาออกไปจาก พื้นที่ที่มีการประกาศกฏอัยการศึก 3.) มีอำนาจค้น ยึดและควบคุมอาวุธ ยุทโธปกรณ์ และ 4.) มีอำนาจ

<sup>13</sup> พลโท ชูชาติ สุขสงวน, "กฎหมายว่าด้วยกฏอัยการศึก," (เอกสารประกอบคำบรรยาย หลักสูตรกฎหมายที่เกี่ยวกับผู้บังคับบัญชาทหาร 2535), น. 9-11.

<sup>14</sup> See, The Law of 1849 Article 7-13, The Law of 1878 Article 1-6 translated in Clinton L. Rossiter, Constitutional Dictatorship: Crisis Government in Modern Democracies, (Princeton: Princeton University Press, 1948), pp. 82-83.

ในการห้ามโฆษณาและการชุมนุมกันในลักษณะที่อาจมีการยุยงและนำไปสู่ความรุนแรง อำนาจพิเศษเหล่านี้ในสถานการณ์ปกติย่อมไม่อาจทำได้เพราะล้วนแต่กระทบซึ่งสิทธิเสรีภาพของประชาชนทั้งสิ้น

ในส่วนของศาลทหาร เมื่อมีการประกาศกฎอัยการศึก ศาลทหารจะมีเขตอำนาจเหนือบุคคลทุกคนและเหนือทุกคดีอาญา รวมถึงคดีอันเป็นความผิดเกี่ยวกับความปลอดภัยของสาธารณะและความสงบสุขของประเทศตามที่ระบุในมาตรา 8 และบางครั้งหากเกิดสงคราม ศาลทหารจะถูกร้องขอให้เป็นผู้ดำเนินคดีทั้งคดีแพ่งและคดีอาญา ทว่ามีสองสิ่งที่ต้องพิจารณาประกอบ คือ 1. ภายใต้กฎหมายยุติธรรมทหาร (Code of Military Justice) ศาลทหารยังคงมีประธานศาลซึ่งเป็นผู้พิพากษาพลเรือนที่มีตำแหน่งทางทหาร และ 2. การพิจารณาคดีทุกประเภทอาจถูกมอบหมายให้ศาลยุติธรรมทำหน้าที่พิจารณาในขณะที่ประกาศ State of Siege ก็ได้ เว้นในกรณีที่เจ้าหน้าที่ทหารมีความจำเป็นที่ต้องเข้าแทรกแซง ดังนั้นคดีที่เกิดในพื้นที่ประกาศกฎอัยการศึกอาจพิจารณาในศาลยุติธรรมตามปกติก็ได้<sup>15</sup>

**4. การควบคุมตรวจสอบ** เมื่อพิจารณาอำนาจในการประกาศกฎอัยการศึก จะเห็นได้ว่าเป็นอำนาจในทางบริหาร เป็นการกระทำเกี่ยวกับสงครามในลักษณะปฏิบัติการทางทหาร หากเป็นการกระทำในดินแดนต่างประเทศแล้ว บรรทัดฐานคำพิพากษาของสภาแห่งรัฐไม่มีอำนาจควบคุมเพราะเป็นเรื่องระหว่างประเทศ<sup>16</sup> เมื่อเป็นการกระทำทางรัฐบาลและในทางการเมืองซึ่งศาลมักจะไม่วางใจเข้าไปพิจารณาในส่วนดุลพินิจตัดสินใจในส่วนของความจำเป็น การตรวจสอบอำนาจฝ่ายบริหารที่เหมาะสมจึงเป็นการตรวจสอบโดยฝ่ายนิติบัญญัติในทางการเมือง กล่าวคือ แม้ประธานาธิบดีมีอำนาจในการประกาศกฎอัยการศึกก็ตาม แต่กฎหมายกำหนดให้ผ่านการอนุมัติจากคณะรัฐมนตรีก่อน ทั้งยังต้องนำเข้ารัฐสภาเพื่อตรวจสอบจึงเป็นการถ่วงดุลและตรวจสอบในทางการเมือง อีกทั้งในกฎอัยการศึกมาตรา 1 กำหนดให้ระบุเขตพื้นที่จังหวัด หัวเมือง และระยะเวลาในการประกาศใช้ให้ชัดเจน เจ้าหน้าที่รัฐสมควรปฏิบัติตามอย่างเคร่งครัดจึงจะชอบด้วยกฎหมาย แม้ในห้วงเวลาสถานการณ์ไม่ปกติ ผู้เขียนจึงมองว่าเป็นการควบคุมตรวจสอบวิธีหนึ่ง นอกจากนี้ในมาตรา 11 ได้บัญญัติว่า แม้มีการประกาศกฎอัยการศึกก็ตาม ประชาชนยังคงมีสิทธิตามที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ กล่าวคือประชาชนมีสิทธิและเสรีภาพตามที่รัฐธรรมนูญรับรองอย่างเต็มที่เว้นแต่สิทธิบางประการที่ถูกจำกัดภายใต้กฎอัยการศึก

<sup>15</sup> William Feldman, *supra note 3*, p. 1030.

<sup>16</sup> บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, *กฎหมายมหาชน เล่ม 3: ที่มาและนิติวิธี*, (กรุงเทพมหานคร: นิติธรรม, 2538).

#### 4.2.2.2 บทบัญญัติว่าด้วยกฎอัยการศึกที่บังคับใช้ในปัจจุบัน

กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับหลักเกณฑ์และมาตรการว่าด้วยกฎอัยการศึกในปัจจุบันของประเทศฝรั่งเศสมี 2 ฉบับที่สำคัญคือ 1.) บทบัญญัติในระดับรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส 1958 มาตรา 36 และ 2.) ประมวลกฎหมายป้องกันประเทศ (Code de la defense) ออกเป็นรัฐกำหนดลงวันที่ 20 ธันวาคม 2004 (Ordonnance n° 2004-1374 du 20 Décembre 2004 relative à la partie législative du code de la défense) ใน Article L 2121-1 ถึง Article L 2121-8 ซึ่งเป็นผลให้รัฐบัญญัติก่อนหน้านี้ทั้งสองฉบับสิ้นผลไป<sup>17</sup> ทั้งนี้กฎหมายทั้งสองฉบับซึ่งวางหลักเกณฑ์และเงื่อนไขว่าด้วย State of Siege ไว้เป็นอย่างดีก็ยังมีได้มีการประกาศใช้แต่อย่างใด

##### (1) หลักเกณฑ์ เงื่อนไข และมาตรการในการบังคับใช้

บทบัญญัติแห่งกฎหมายว่าด้วยกฎอัยการศึกทั้งในรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส 1958 และประมวลกฎหมายป้องกันประเทศมีรายละเอียดจำแนกตามหัวข้อดังต่อไปนี้

**1. เหตุแห่งการประกาศ** เหตุแห่งการประกาศระบอบอยู่ในประมวลกฎหมายป้องกันประเทศว่า State of Siege ประกาศได้ก็ต่อเมื่อกำลังจะเกิดภัยอันตรายร้ายแรงจากสงครามกับต่างประเทศ (guerre étrangère) หรือจากการกบฏโดยใช้กำลังอาวุธ (l'insurrection armée) เท่านั้น<sup>18</sup> หมายความว่า การประกาศกฎอัยการศึกใช้ได้เฉพาะในยามสงครามกับต่างประเทศ และสงครามกลางเมืองที่มีการใช้กำลังอาวุธอย่างรุนแรง เงื่อนไขสถานการณ์นี้หากพิจารณาเทียบกับการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินซึ่งเป็นเรื่องของจลาจลและภัยพิบัติในลักษณะของการใช้กำลังพลเรือนแทรกแซงได้ กฎอัยการศึกจึงมีลักษณะที่แคบกว่าเพราะมุ่งเจาะจงในส่วนของการเกิดสงครามหรือภัยคุกคามในทำนองเดียวกันที่จำเป็นต้องให้เจ้าหน้าที่ทหารเข้ามาปฏิบัติการ

**2. ผู้มีอำนาจประกาศ** ในรัฐธรรมนูญ มาตรา 36 บัญญัติให้การประกาศ State of Siege ต้องกระทำเป็นรัฐกฤษฎีกาที่ออกในที่ประชุมคณะรัฐมนตรี ประกอบกับมาตรา 13 แห่งรัฐธรรมนูญนี้บัญญัติให้การตรารัฐกำหนดและรัฐกฤษฎีกาที่ผ่านที่ประชุมคณะรัฐมนตรีต้องให้

<sup>17</sup>“Ordonnance n° 2004-1374 du 20 décembre 2004 relative à la partie législative du code de la défense,” Retrieved on May 5, 2020, from [https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do;jsessionid=AF18FA7332973A35E4683C7BFB190CCB.tplgfr27s\\_2?cidTexte=JORFTEXT000000238564&dateTexte=20041221](https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do;jsessionid=AF18FA7332973A35E4683C7BFB190CCB.tplgfr27s_2?cidTexte=JORFTEXT000000238564&dateTexte=20041221)

<sup>18</sup> Code de la defense, Article L 2121-1

ประธานาธิบดีลงนามประกาศใช้ด้วย การประกาศกฎอัยการศึกในฝรั่งเศสจึงเป็นอำนาจของ คณะรัฐมนตรีและประธานาธิบดีในฐานะของฝ่ายบริหาร

**3. ผลการประกาศกฎอัยการศึก** เมื่อมีการประกาศ State of Siege แล้วในประมวลกฎหมายป้องกันประเทศ Article L 2121-2 บัญญัติให้โอนอำนาจหน้าที่ในการรักษา ความสงบเรียบร้อยจากเจ้าหน้าที่พลเรือนมายังเจ้าหน้าที่ทหาร<sup>19</sup> และ Article L 2121-7 ให้ทหาร มีอำนาจดังนี้

- 1) อำนาจในการตรวจค้นเคหสถานของประชาชนทั้งเวลากลางวันและ กลางคืน
- 2) มีอำนาจในการจับไล่บุคคลผู้เคยต้องโทษและบุคคลที่ไม่ทราบ ภูมิลำเนาออกไปจากพื้นที่ที่มีการประกาศกฎอัยการศึก
- 3) มีอำนาจค้น ยึดและควบคุมอาวุธ ยุทโธปกรณ์ และ
- 4) มีอำนาจห้ามการตีพิมพ์ โฆษณาและการชุมนุมกันในลักษณะที่อาจมี การยั่วยุคนำไปสู่ความรุนแรง<sup>20</sup>

เมื่อพิจารณาถึงข้อกำหนดในการเพิ่มอำนาจให้แก่เจ้าหน้าที่ทหาร ในประมวลกฎหมายป้องกันประเทศทั้ง 4 ข้อ พบว่า มีความเหมือนกับที่บัญญัติในรัฐบัญญัติ ว่าด้วยกฎอัยการศึก ค.ศ. 1849 ไม่ว่าจะเป็นอำนาจในการตรวจค้นเคหสถาน ตรวจยึดและควบคุมอาวุธ จับไล่บุคคลตลอดจนการชุมนุมและตีพิมพ์อันเป็นการปิดกั้นการแสดงความคิดเห็นที่อาจกระทบต่อ ความสงบเรียบร้อย และเป็นที่น่าสังเกตว่า อำนาจหน้าที่ในการรักษาความสงบเรียบร้อยที่เคยเป็น ของเจ้าหน้าที่ตำรวจโอนมาสู่เจ้าหน้าที่ทหาร แสดงว่าในขณะนั้นเฉพาะในส่วนหน้าที่ซึ่งเกี่ยวกับการ ป้องกันปราบปรามและรักษาความสงบจะอยู่ที่เจ้าหน้าที่ทหารเป็นหลักแต่มีใช้การที่เจ้าหน้าที่ ทหารแทนที่เจ้าหน้าที่พลเรือนในทุกส่วน เนื่องด้วยเห็นว่าการที่รัฐจะใช้กำลังบังคับในกรณีสงคราม หรือสถานการณ์ใกล้เคียงกันนั้นควรเป็นเจ้าหน้าที่ทหาร และเมื่อพิจารณาแล้วจะพบว่าอำนาจ ที่เพิ่มเติมขึ้นมาดังกล่าวอาจจะกระทบสิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้ ทว่าต้องเพราะเหตุจำเป็น และกระทำอย่างได้สัดส่วน สมควรแก่เหตุแล้วย่อมกระทำได้

ในกรณีเขตอำนาจศาลทหาร เมื่อมีการประกาศ State of Siege ในรัฐบัญญัติ เดิมให้ศาลทหารมีอำนาจเหนือคดีอาญาและกรณีความผิดอันเกี่ยวข้องกับความปลอดภัย ของรัฐ ความสงบเรียบร้อยของสังคมและการดำรงอยู่ของรัฐธรรมนูญ ส่วนศาลพลเรือนยังคงมี

<sup>19</sup> Code de la defense, Article L 2121-2

<sup>20</sup> Code de la defense, Article L 2121-7

เขตอำนาจตามปกติ นอกเหนือจากกรณียกเว้นเหล่านี้<sup>21</sup> ต่อมาเมื่อใช้ประมวลกฎหมายป้องกันประเทศแทนรัฐบัญญัติกฎอัยการศึกฉบับเก่า ได้บัญญัติถึงศาลทหารในระหว่างประกาศกฎอัยการศึกใน Article L 2121-3 ถึง Article L 2121-6 โดยสรุปใจความสำคัญได้ว่า เมื่อประกาศ State of Siege ในกรณีอันตรายอันใกล้จะเกิดจากสงครามระหว่างประเทศ ศาลทหารมีอำนาจพิจารณาและลงโทษคดีอาชญากรรมที่ระบุไว้ในประมวลกฎหมายอาญาตามที่กำหนดไว้<sup>22</sup> และในกรณีการจลาจลจากอาวุธ ศาลทหารซึ่งมีอำนาจพิเศษสามารถพิจารณาคดีการก่อเหตุอาชญากรรมแม้บุคคลนั้นมิได้เป็นทหาร ทั้งนี้ให้พิจารณาประกอบประมวลกฎหมายยุติธรรมทางทหารและกฎหมายอาญาในส่วนที่เกี่ยวข้อง<sup>23</sup> ทั้งนี้ไม่ว่าในกรณีใด ศาลยุติธรรมยังคงปฏิบัติหน้าที่ตามปกติ เว้นแต่ศาลทหารได้มีคำสั่งอย่างอื่นในช่วงเวลาดังกล่าว<sup>24</sup>

ประเด็นขอบเขตอำนาจของศาลทหารในยามประกาศกฎอัยการศึคนอกจากบรรดากฎหมายว่าด้วยกฎอัยการศึกแล้ว ต้องพิจารณาประมวลกฎหมายยุติธรรมทหาร (Code of Military Justice) ซึ่งกำหนดโครงสร้างและวิธีพิจารณาความในศาลทหารประกอบด้วย นอกจากนี้ ประธานศาลทหารของฝรั่งเศสยังคงเป็นผู้พิพากษาพลเรือนที่มีตำแหน่งทางทหารมิใช่เพียงเจ้าหน้าที่ทหาร บางครั้งศาลทหารอาจมอบหมายให้ศาลยุติธรรมทำหน้าที่พิจารณาในขณะที่ประกาศ State of Siege ก็ได้ เว้นในกรณีที่เจ้าหน้าที่ทหารมีความจำเป็นที่ต้องเข้าแทรกแซง<sup>25</sup> ประมวลกฎหมายยุติธรรมทหารมีการปรับปรุงแก้ไขข้อบกพร่องอยู่หลายครั้ง ครั้งล่าสุดคือในปี ค.ศ. 1982 และประกาศใช้เมื่อวันที่ 10 พฤศจิกายน ค.ศ. 1999 เป็นกฎหมายฉบับที่ 99-929 คือ Code de Justice Militaire โดยให้มีการจัดตั้งศาลทหารในเวลาปกติเพื่อพิจารณาคดีของทหารเมื่อออกไปประจำการหรือออกไปปฏิบัติกรนอกสาธารณรัฐเท่านั้น และศาลทหารในเวลาสงครามซึ่งมีเขตอำนาจในคดีเกี่ยวกับความมั่นคงหรือคดีอาญาบางประเภทที่กฎหมายกำหนด<sup>26</sup>

**4. การควบคุมตรวจสอบ** เมื่อพิจารณาบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส มาตรา 36 วรรค 2 พบว่ามีการกำหนดระยะเวลาในการประกาศกฎอัยการศึกไว้

<sup>21</sup> William Feldman, *supra note 3*, p. 1030.

<sup>22</sup> Code de la defense, Article L 2121-3

<sup>23</sup> Code de la defense, Article L2121-4.

<sup>24</sup> Code de la defense, Article L2121-5

<sup>25</sup> Max Radin, *supra note 12*, p. 641.

<sup>26</sup> รายละเอียดเพิ่มเติมในเสนีย์ พรหมวิวัฒน์, “โครงสร้างองค์กรและอำนาจหน้าที่ของศาลทหาร,” (วิทยานิพนธ์ดุษฎีบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2553), น. 81.

12 วัน หากต้องการขยายระยะเวลาจะต้องได้รับการอนุมัติจากรัฐสภา<sup>27</sup> แสดงให้เห็นถึงข้อจำกัดด้านเวลาในการประกาศใช้กฏอัยการศึกซึ่งเป็นกฎหมายในสภาวะยกเว้นอันไม่อาจปล่อยให้รัฐอยู่ในสภาวะดังกล่าวเป็นเวลานานได้ สภาวะยกเว้นในยามจำเป็นจึงมีได้เพียงชั่วคราวในระยะเวลาสั้น ๆ การกำหนดเป็นการควบคุมตรวจสอบอย่างหนึ่งโดยรอบระยะเวลาเพื่อมิให้การใช้อำนาจในสถานการณ์ฉุกเฉินเฉกเช่นภาวะปกติ นอกจากนี้ยังมีลักษณะเป็นการควบคุมตรวจสอบในทางการเมืองในลักษณะการตรวจสอบการใช้อำนาจเชิงรูปแบบ กล่าวคือ แม้การประกาศ State of Siege เป็นอำนาจตัดสินใจของฝ่ายบริหาร เป็นการกระทำทางรัฐบาลโดยฝ่ายบริหารซึ่งไม่อาจถูกตรวจสอบได้โดยศาล ทว่าสมควรที่จะมีการตรวจสอบในทางการเมืองโดยรัฐสภา ดังนั้นหากสภาวะไม่ปกตินั้นสิ้นสุดลงแล้ว เมื่อนำเข้ารัฐสภาย่อมไม่ได้รับความเห็นชอบให้ขยายระยะเวลา การประกาศ State of Siege จึงสิ้นสุดผลไป ทั้งนี้ในกรณีประกาศหรือข้อบังคับในการปฏิบัติหน้าที่ซึ่งฝ่าฝืนต่อกฎหมายและกระทบสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชนอย่างไม่เหมาะสมย่อมสมควรถูกตรวจสอบโดยศาล อย่างไรก็ตาม ในส่วนของมาตรา 36 แห่งรัฐธรรมนูญเป็นการตรวจสอบเฉพาะการประกาศใช้ State of Siege มิได้รวมถึงการออกกฎหมายหรือคำสั่งของเจ้าหน้าที่ทหารในการปฏิบัติหน้าที่หลังจากประกาศกฏอัยการศึก ส่วนการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนแม้ในยามสถานการณ์ไม่ปกตินั้น พบว่าเมื่อมีการประกาศกฏอัยการศึก ในประมวลกฎหมายป้องกันประเทศ Article L2121-8 ได้บัญญัติระบุดังถึงการประกันสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญที่มีได้ถูกจำกัดโดยกฏอัยการศึกยังคงมีอยู่เช่นในภาวะปกติ<sup>28</sup>

## (2) ตัวอย่างการประกาศใช้กฏอัยการศึกและปัญหาที่พบ

หลังการตรารัฐธรรมนูญที่ว่าด้วย State of Siege ปี 1849 ซึ่งเป็นกฎหมายว่าด้วยกฏอัยการศึกอย่างชัดเจน มีการบังคับใช้เมื่อครั้ง Patrice de MacMahon เป็นประธานาธิบดี และมีความพยายามจะพาฝรั่งเศสไปสู่การปกครองแบบราชาธิปไตย นำไปสู่การประกาศกฏอัยการศึกเมื่อวันที่ 16 มีนาคม 1877 โดยมีได้ปฏิบัติตามรัฐธรรมนูญดังกล่าว นำไปสู่การตรารัฐธรรมนูญที่ว่าด้วยกฏอัยการศึกเพิ่มเติมในปี 1878 เพื่อกำหนดเงื่อนไข มาตรการและหลักการว่าด้วยกฏอัยการศึกที่รัดกุมมากขึ้น<sup>29</sup> กรณีนี้แสดงให้เห็นว่าปัญหาการใช้กฎหมายในลักษณะที่ลู่แก่อำนาจและมีได้เป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติ โดยเฉพาะปัญหาความสมดุลในการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารในสถานการณ์ไม่ปกติ ฝรั่งเศสเลือกที่จะแก้ไขกฎหมายในส่วนที่อาจเป็นช่องทางให้ใช้อำนาจโดยมิชอบเสีย แม้มันอาจมิใช่การแก้ปัญหาคือที่สุดก็ตาม

<sup>27</sup> รัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส ค.ศ. 1958, มาตรา 36.

<sup>28</sup> Code de la defense, Article L 2121-8

<sup>29</sup> Clinton L. Rossiter, *supra* note 14, p. 85.

ต่อมามีการประกาศใช้ State of Siege ในช่วงสงครามโลกครั้งที่ 1 โดยประธานาธิบดี Poincaré ลงนามในรัฐกฤษฎีกาหลังจากมีการเปิดสมัยประชุมสภาและคณะรัฐมนตรีเสนอให้ประกาศรัฐกฤษฎีกาดังกล่าว เมื่อวันที่ 2 สิงหาคม 1914 เหนือเขตพื้นที่ 86 จังหวัดในฝรั่งเศส รวมถึงเขตการปกครอง Belfort และบางส่วนใน Algeria นับเป็นครั้งแรกหลังเข้าสู่สาธารณรัฐที่ 3 และทั้งช่วงเป็นเวลากว่า 40 ปีนับแต่การประกาศ State of Siege ในปี 1877 การใช้กฎอัยการศึกในครั้งนี้มีหลายประการที่ไม่เป็นไปตามกฎหมายเช่นกัน โดยเฉพาะในรัฐบัญญัติปี 1878 มาตรา 1 ในกรณีของการประกาศกฎอัยการศึก เป็นไปในลักษณะ “imminent danger” ภัยอันตรายอันใกล้จะถึงในลักษณะของสงครามและเรื่องของการกำหนดระยะเวลาที่ประกาศใช้ 30 เป็นต้น ทั้งนี้ประชาชนชาวฝรั่งเศสต้องอยู่ภายใต้กฎหมายความมั่นคงดังกล่าวเป็นเวลานานกว่า 5 ปี ก่อนจะยกเลิกไปในวันที่ 12 ตุลาคม ค.ศ. 1919

ภายหลังจากที่มีการจัดทำและประกาศใช้รัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1958 แห่งสาธารณรัฐที่ 5 ตลอดจนการประกาศใช้ประมวลกฎหมายป้องกันประเทศ ค.ศ. 2004 ยังมิได้มีการประกาศใช้กฎอัยการศึกแต่อย่างใด แม้กระทั่งวิกฤตการณ์ในแอลจีเรียในปี 1955 ซึ่งมีสถานการณ์รุนแรงอันอาจนำไปสู่สงครามกลางเมืองก็ได้มีการประกาศใช้กฎอัยการศึก มีเพียงการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินเท่านั้น

#### 4.3 กฎอัยการศึกในระบบกฎหมายอังกฤษ

สำหรับการศึกษากฎอัยการศึกในระบบกฎหมายอังกฤษ เสมือนเป็นการศึกษาลักษณะของกฎอัยการศึกหรือ Martial Law ของกลุ่มกฎหมายคอมมอนลอว์ ซึ่งประเทศอังกฤษถือเป็นต้นแบบที่มีพัฒนาการทางความคิดของกฎอัยการศึกมาอย่างยาวนาน<sup>31</sup> ทั้งนี้ อาจมีปัญหาในการจัดแบ่งข้อมูลตามหัวข้ออยู่บ้าง เนื่องจากจากลักษณะของกฎหมายในประเทศคอมมอนลอว์มิได้บัญญัติ Martial Law ไว้เป็นลายลักษณ์อักษร การใช้กฎอัยการศึกจึงมีลักษณะเป็นธรรมเนียมปฏิบัติที่ใช้สืบต่อมาโดยมีพื้นฐานมาจาก “ความจำเป็นเป็นบ่อเกิดแห่งกฎหมาย” และจากหลักการในทางคอมมอนลอว์ในการป้องกันตนเองโดยพอสมควรแก่เหตุ การศึกษาจึงมีลักษณะต่างจากหัวข้อแรกในระบบซีวิลลอว์ ซึ่งสามารถพิจารณาต่อบทกฎหมายประกอบได้

<sup>30</sup> *Ibid.*, p. 91-92.

<sup>31</sup> รายละเอียดใน บทที่ 3 มโนทัศน์ว่าด้วย “กฎอัยการศึก”

### 4.3.1 ภาพรวมระบบกฎหมายความมั่นคง

ในส่วนของกฎหมายว่าด้วยความมั่นคงของประเทศอังกฤษ ผู้เขียนได้จัดกลุ่มกฎหมายความมั่นคงออกเป็นกฎอัยการศึก (Martial Law) และกฎหมายในสถานการณ์ฉุกเฉิน (Emergency Law) ดังนี้

#### 4.3.1.1 กฎอัยการศึก (Martial Law)

กฎอัยการศึกในประเทศอังกฤษมิได้มีบัญญัติเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่ชัดเจน ทว่าเป็นการใช้ในลักษณะของธรรมเนียมปฏิบัติและแนวคิดความจำเป็นเป็นบ่อเกิดแห่งกฎหมายและในฐานะพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ (Royal Prerogative) ในทางแบบพิธี โดยเริ่มมีพัฒนาการมาจากกฎหมายทหาร และกลายเป็นกฎหมายในยามสงครามและการลงโทษโดยพระมหากษัตริย์ แต่ในช่วงที่รัฐสภามีอำนาจมากและผ่านกฎหมาย Petition of Right ทำให้การประกาศกฎอัยการศึกของพระมหากษัตริย์ต้องได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภา ก่อน และในช่วงหลังกฎอัยการศึกก็ได้ประกาศใช้ในราชอาณาจักร ทว่าถูกนำไปใช้ควบคุมความสงบเรียบร้อยในดินแดนอาณานิคมแทน ซึ่งการใช้กฎอัยการศึกมีความยืดหยุ่นตามสถานการณ์อย่างที่คุณเขียนเคยสรุปไว้ว่าความไม่แน่นอนชัดเจนเป็นลักษณะอย่างหนึ่งของกฎอัยการศึก

#### 4.3.1.2 กฎหมายรักษาความสงบในสหราชอาณาจักร พระราชบัญญัติว่าด้วยการจลาจล (The Riot Act 1714)

พระราชบัญญัติว่าด้วยการจลาจลหรือ The Riot Act ผ่านความเห็นชอบจากรัฐสภาและมีผลใช้บังคับเมื่อวันที่ 1 สิงหาคม 1714 เนื่องจากในช่วงปี ค.ศ. 1700 เป็นต้นมา ประเทศอังกฤษประสบความไม่สงบจากการจลาจลและความวุ่นวายทางการเมืองอยู่บ่อยครั้ง เช่น การจลาจลในปี 1710 1714 และ 1715 พระราชบัญญัตินี้จึงจัดทำขึ้นเพื่อแก้ปัญหาดังกล่าว โดยกำหนดขั้นตอนและวิธีการป้องกันความปลอดภัยตลอดจนบทลงโทษสำหรับผู้ฝ่าฝืน เช่น ห้ามรวมตัวกันเกิน 12 คน โดยให้เจ้าหน้าที่ท้องถิ่นมีอำนาจในการอ่านประกาศแจ้ง Riot Act หากมีการแจ้งแล้วภายในหนึ่งชั่วโมงยังไม่สลายการรวมตัวก็จะมีคามผิด<sup>32</sup> จากการใช้พระราชบัญญัตินี้ นำไปสู่วลี “read the riot act” ซึ่งเป็นการเตือนให้หยุดพฤติกรรมที่ไม่ดี เนื่องจากก่อนที่ฝ่ายทหารจะเข้าคุมตัวหรือใช้กำลังกับผู้ชุมนุมต้องมีการอ่านหรือประกาศข้อความก่อน ถ้าหลังจากนั้นยังรวมตัวกันจะถือว่ามีความผิด การประกาศ The Riot Act 1714 ครั้งสำคัญ คือ กรณีการสังหารหมู่ที่

<sup>32</sup> UK Parliament, “1714 Riot Act,” สืบค้นเมื่อวันที่ 15 มิถุนายน 2563 , จาก <https://www.parliament.uk/about/livingheritage/transformingsociety/electionsvoting/newport-rising/1839-newp-ris/riot-act-1714/>.

St George's Fields เมื่อปี 1769 ในลอนดอน โดยกลุ่มผู้ชุมนุมประท้วงเรียกร้องให้ปล่อยตัว John Wilkes สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรที่ถูกจับกุมในขณะนั้น และทหารได้ใช้อาวุธสลายการชุมนุมที่เกินกว่าเหตุจนมีผู้เสียชีวิต<sup>33</sup> และอีกครั้งในกรณีการจลาจลของกอร์ดอนในเหตุ Gordon Riots ในปี 1780 ซึ่งการใช้กำลังทหารเข้าควบคุมฝูงชนจนทำให้เกิดความสับสนว่ามีการประกาศกฏอัยการศึกหรือไม่ และเมื่อมิได้ประกาศกฏอัยการศึก การใช้ทหารจัดการผู้ชุมนุมประท้วงนั้นรุนแรงไปหรือไม่ ก็เป็นที่วิพากษ์วิจารณ์ในขณะนั้น<sup>34</sup> พระราชบัญญัติว่าด้วยการจลาจลถูกยกเลิกในปี 1973

#### 4.3.1.3 กฎหมายในสถานการณ์ฉุกเฉิน (Emergency Law)

ในวันที่ 18 สิงหาคม 1914 มีการประกาศใช้พระราชบัญญัติป้องกันราชอาณาจักร หรือ The Defence of the Realm Act (DORA) ซึ่งถือเป็นกฎหมายในสถานการณ์ฉุกเฉินฉบับแรกของประเทศอังกฤษนอกเหนือไปจากการใช้กฏอัยการศึกในช่วงสงครามโลกครั้งที่ 1 โดยเป็นรอยต่อระหว่างแนวความคิดกฏอัยการศึกับกฎหมายในสถานการณ์ฉุกเฉิน จึงไม่น่าแปลกใจที่กฎหมายนี้มีลักษณะของมาตรการทางสงครามที่ปรับเปลี่ยนมาจากกฏอัยการศึก<sup>35</sup> หรือหากพิจารณาพระราชบัญญัติดังกล่าวแล้วจะพบว่า มีลักษณะเหมือนกับกฏอัยการศึอย่างยิ่ง และเพิ่มอำนาจให้ฝ่ายบริหารเป็นอย่างมากจนอาจกล่าวได้ว่า The Defence of the Realm Act (DORA) เสมือนกับกฏอัยการศึจำแลงตัวมาภายใต้กฎหมายลายลักษณ์อักษรชื่อใหม่<sup>36</sup> โดยมีจุดมุ่งหมายเพื่อใช้รักษาความสงบเรียบร้อยภายในราชอาณาจักรในช่วงสงคราม

ภายหลังสงครามโลกครั้งที่ 1 มีการประกาศใช้ Emergency Powers Act of 1920 (EPA) หรือพระราชบัญญัติในสถานการณ์ฉุกเฉิน 1920 จุดเริ่มต้นของการใช้อำนาจพิเศษภายใต้แนวคิดใหม่อย่างอำนาจในสถานการณ์ฉุกเฉิน (Emergency Power) ซึ่งแยกจากกฏอัยการศึอย่างชัดเจนโดยเฉพาะการกำหนดให้เป็นอำนาจของเจ้าหน้าที่พลเรือน การประกาศใช้สถานการณ์ฉุกเฉินตามพระราชบัญญัตินี้ ต้องกระทำเป็นพระบรมราชโองการโดยคำแนะนำขององคมนตรี (Order-in-Council) เพื่อให้อำนาจฝ่ายบริหารอย่างกว้างขวางในการรักษาความสงบ

<sup>33</sup> UK Parliament, “The Massacre of St George's Fields and the petition of William Allen”, สืบค้นเมื่อวันที่ 15 มิถุนายน 2563, <https://www.parliament.uk/business/committees/committees-a-z/commons-select/petitions-committee/petition-of-the-month/the-massacre-of-st-georges-fields-and-the-petition-of-william-allen-the-elder/>.

<sup>34</sup> รายละเอียดการจลาจล Gordon Riots ในบทที่ 3 มโนทัศน์ว่าด้วย “กฏอัยการศึ”

<sup>35</sup> รายละเอียดในบทที่ 3 มโนทัศน์ว่าด้วย “กฏอัยการศึ”

<sup>36</sup> Clinton L. Rossiter, *supra note 14*, pp. 153-154.

เรียบริ้อยโดยเฉพาะกรณีที่ข้อพิพาททางเศรษฐกิจและอุตสาหกรรมระหว่างนายจ้างและกลุ่มลูกจ้าง การนัดหยุดงานและประท้วงครั้งใหญ่อันอาจนำไปสู่ความวุ่นวายได้ เช่น กรณี Black Friday เป็นการประกาศใช้พระราชบัญญัตินี้เป็นครั้งแรกในวันที่ 21 เมษายน 1921 โดยรัฐบาลของ David Lloyd George เพื่อระงับเหตุประท้วงเรื่องค่าแรงของสหภาพการค้า (TUC)<sup>37</sup> และนำมาใช้ในกรณีของการนัดหยุดงานอีกหลายครั้ง ทั้งนี้ในพระราชบัญญัติสถานการณ์ฉุกเฉินมีได้บัญญัติให้อำนาจในส่วนของกระบวนการยุติธรรมทางอาญาและการลงโทษอาญาโดยไม่ผ่านการพิจารณาของศาล รวมถึงไม่เกี่ยวข้องกับการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ทหารแต่อย่างใด

ต่อมาได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายในสถานการณ์ฉุกเฉินโดยผ่านกฎหมาย Emergency Powers (Defence) Acts ในปี 1939 และปี 1940 ในลักษณะเพิ่มอำนาจให้ฝ่ายบริหารยิ่งขึ้นเนื่องจากอยู่ในภาวะสงครามโลกครั้งที่ 2 จนกระทั่งมีการตรา Civil Contingencies Act 2004 หรือพระราชบัญญัติการบริหารราชการพลเรือนในบางสถานการณ์ ค.ศ. 2004 ซึ่งเป็นกฎหมายในสถานการณ์ฉุกเฉินที่ใช้อยู่ในปัจจุบันสมัย มีลักษณะเป็นการบูรณาการพระราชบัญญัติการป้องกันพลเรือน ค.ศ. 1948 (Civil Protection Act 1948) และพระราชบัญญัติอำนาจฉุกเฉิน ค.ศ. 1920 (Emergency Powers Act of 1920) เข้าด้วยกัน<sup>38</sup> โดยพระราชบัญญัติฉบับนี้ตราขึ้นใหม่เพื่อแก้ปัญหาการประกาศใช้สถานการณ์ฉุกเฉินให้มีความครอบคลุมและวางมาตรการที่เหมาะสมในแต่ละระดับสถานการณ์ไว้ทั้งในส่วนของสถานการณ์ความจำเป็นในระดับประเทศและในระดับท้องถิ่นไว้ครบครันในกฎหมายเดียว ทั้งการพยายามปรับนิยามและความหมายของสถานการณ์ฉุกเฉินที่หลากหลายและครอบคลุมยิ่งขึ้น โดยแบ่งสถานการณ์ฉุกเฉินเป็น 3 ประเภท ได้แก่ 1. สถานการณ์ที่เป็นภัยร้ายแรงต่อสวัสดิภาพและความผาสุกของประชาชน 2. สถานการณ์ที่เป็นภัยร้ายแรงต่อสิ่งแวดล้อม และ 3. สถานการณ์ที่เป็นภัยร้ายแรงต่อความมั่นคง อันได้แก่ สงคราม การก่อการร้าย<sup>39</sup> โดยมีเงื่อนไขตามมาตรา 21 แห่งพระราชบัญญัตินี้ประกอบการตัดสินใจ กล่าวคือ เป็นเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นขณะนั้นหรือกำลังจะเกิด และมีความจำเป็นต้องใช้มาตรการและกฎเกณฑ์ที่ออกโดยอาศัย

<sup>37</sup> Cornelius P. Cotter, “Constitutionalizing Emergency Powers: The British Experience,” *Stanford Law Review*, Vol. 5, No. 3, pp. 398-400 (April 1953).

<sup>38</sup> อภิชัย กู้เมือง, “กฎอัยการศึก: บทวิเคราะห์มาตรการทางกฎหมายบางประการ,” สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, สืบค้นเมื่อวันที่ 12 ธันวาคม 2562, จาก <http://web.krisdika.go.th/pdfPage.jsp?type=act&actCode=265>

<sup>39</sup> Civil Contingencies Act ค.ศ. 2004 มาตรา 1

อำนาจจากพระราชบัญญัติอย่างเร่งด่วนในลักษณะที่กฎหมายในระบบปกติไม่สามารถแก้ไขหรือจัดการสถานการณ์ดังกล่าวได้ และต้องมีใช้กรณีที่มีการประกาศกฎอัยการศึก<sup>40</sup>

การประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินในระดับประเทศและการออกข้อบังคับในสถานการณ์ฉุกเฉิน (Emergency Regulation) ดังกล่าว เป็นอำนาจของฝ่ายบริหารโดยสมเด็จพระราชินีภายใต้คำแนะนำของคณะรัฐมนตรี เว้นแต่จะเข้าเงื่อนไขพิเศษอื่นตามที่กำหนด<sup>41</sup> อีกทั้งมีการควบคุมตรวจสอบโดยมีระยะเวลาใช้อำนาจฉุกเฉินที่จำกัดและการตรวจสอบในทางการเมืองโดยรัฐสภา กล่าวคือ การประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินตามมาตรา 26 กำหนดไว้คราวละไม่เกิน 30 วัน และเมื่อประกาศใช้ระเบียบนี้แล้ว รัฐบาลต้องนำระเบียบดังกล่าวเสนอต่อรัฐสภาเพื่อพิจารณาในโอกาสแรก ซึ่งต้องได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภาภายใน 7 วัน หากรัฐสภาไม่เห็นชอบกับกฎหรือข้อบังคับดังกล่าว กฎนั้นเป็นอันสิ้นสุดลงตามมาตรา 27<sup>42</sup>

#### 4.3.2 กฎอัยการศึกในประเทศอังกฤษ พิศະการปรับใช้กฎหมาย

กรณีการศึกษาแนวทางการใช้กฎอัยการศึกของประเทศไทยเนื่องจากมิได้มีการตรากฎหมายเป็นลายลักษณ์อักษร ผู้เขียนจึงพิเคราะห์ตามการปรับใช้กฎหมายและจากบรรทัดฐานคำพิพากษา ซึ่งแน่นอนว่าอาจจะมีการเปลี่ยนแปลงและพัฒนาการไปตามยุคสมัย เริ่มจากปรากฏชัดในช่วงราชวงศ์ทิวดอร์ (Tudor) และราชวงศ์สจิวต์ (Stuart) ในฐานะพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ซึ่งมีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับกฎหมายทหาร เนื่องจากก่อนมีกฎอัยการศึกกฎหมายทหารนอกจากใช้ในกองทัพแล้ว ยังนำไปใช้เพื่อปราบปรามกบฏ ลงโทษศัตรูของพระมหากษัตริย์ ในลักษณะของการใช้กฎอัยการศึกในเชิงลงโทษ โดยช่วงแรกเป็นการประกาศใช้กฎอัยการศึกในยามสงคราม และตั้งแต่ปีค.ศ. 1800 ก็มิได้มีการประกาศกฎอัยการศึกในสหราชอาณาจักรอีกเลย<sup>43</sup> มีเพียงการนำกฎอัยการศึกไปใช้เพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยในดินแดนอาณานิคมต่าง ๆ เช่น ปราบปรามการชุมนุมหรือการจลาจลของชนพื้นเมืองในพื้นที่โดยอ้างถึงการรักษาความสงบเรียบร้อยและปกป้องอำนาจอธิปไตยของสหราชอาณาจักร

ข้อสังเกตประการหนึ่งของการประกาศกฎอัยการศึกในประเทศอังกฤษซึ่งมิได้มีการกฎหมายเป็นลายลักษณ์อักษรนั้น ทว่าหลังการประกาศกฎอัยการศึกแล้ว มักมีการตรา

<sup>40</sup> Civil Contingencies Act ค.ศ. 2004 มาตรา 21

<sup>41</sup> Civil Contingencies Act ค.ศ. 2004 มาตรา 20

<sup>42</sup> Civil Contingencies Act ค.ศ. 2004 มาตรา 26 และมาตรา 27

<sup>43</sup> Oren Gross, Law in Time of Crisis: Emergency Powers in Theory and Practice, (New York: Cambridge University Press, 2006), p. 182.

พระราชบัญญัติปลดเปลื้องความรับผิด (Indemnity Act) ตามมา เพื่อช่วยยกเว้นความรับผิดจากการกระทำในช่วงที่มีการใช้กฎอัยการศึกภายใต้แนวคิดของความจำเป็น แม้จะดูไม่เกี่ยวข้องกันนักเพราะพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวไม่ใช่กฎอัยการศึกหรือส่วนหนึ่งส่วนใดของกฎอัยการศึกก็ตาม แต่การที่พระมหากษัตริย์ได้ลงพระปรมาภิไธยและผ่านกฎหมายดังกล่าว เพื่อป้องกันการฟ้องร้องข้าราชการบริหารของพระองค์ที่ปฏิบัติหน้าที่โดยสุจริตเพื่อรักษาความสงบแม้ต้องปะทะกับพลเรือน ย่อมเหมือนคั่นช่องสะท้อนความเป็นจริงที่ว่า การกระทำของเจ้าหน้าที่ในช่วงที่ประกาศใช้กฎอัยการศึกเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมายแต่ได้รับการอภัยโทษให้ พิจารณาประกอบกับความเห็นของคณะกรรมการในปี 1866 มีความเห็นว่า เมื่อเจ้าหน้าที่ฝ่ายบริหารถูกเรียกร้องให้ปฏิบัติหน้าที่และจำเป็นต้องใช้อำนาจพิเศษ หากเป็นการใช้อำนาจโดยสุจริตเพื่อปราบปรามการจลาจลและสถานการณ์ไม่ปกติอันเป็นภัยต่อสาธารณะ การกระทำของเจ้าหน้าที่เหล่านี้จะถูกต้องตามกฎหมายและได้รับการรับรองจาก Indemnity Act<sup>44</sup> หมายความว่า การกระทำดังกล่าวอาจจะไม่ชอบด้วยกฎหมายในสภาวะปกติ แต่เมื่อกระทำในยามวิฤตแล้ว พระราชบัญญัติดังกล่าวปลดเปลื้องความรับผิดในการกระทำนั้น ๆ อาจช่วยอำนวยความสะดวกในการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ในยามสถานการณ์ไม่ปกติ ภายใต้เงื่อนไขของความจำเป็นเร่งด่วนและหลักสุจริต กล่าวได้ว่าเป็นกฎหมายยกเว้นความรับผิดนั่นเอง

การตรากฎหมายในลักษณะดังกล่าว อาจมีข้อดีในการอำนวยความสะดวกแก่เจ้าหน้าที่ในการปฏิบัติหน้าที่ในยามสถานการณ์ไม่ปกติ ทว่าอาจเป็นผลร้ายซึ่งทำให้เกิดความคิดและความเชื่อที่ว่า ความจำเป็นถูกต้องตามกฎหมายเสมอหลังจากมีการประกาศใช้กฎอัยการศึก แนวคิดดังกล่าวปรากฏชัดเจนในศตวรรษที่ 19<sup>45</sup> ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าเป็นความคิดที่ตื่นเงินไป อันอาจนำไปสู่ปัญหาในการคิดและปฏิบัติเพื่อแก้ไขสถานการณ์ไม่ปกติในเวลาต่อมา โดยเฉพาะการประกาศกฎอัยการศึกโดยไม่เข้าเงื่อนไขความจำเป็น เป็นการประกาศใช้กฎอัยการศึกโดยกฎหมายมิได้ให้อำนาจซึ่งมักพบในกรณีของการประกาศใช้กฎอัยการศึกในดินแดนอาณานิคม

#### 4.3.2.1 การประกาศใช้กฎอัยการศึกภายในสหราชอาณาจักร

1. **เหตุแห่งการประกาศ** ในช่วง ค.ศ. 1300-1600 กฎอัยการศึกประกาศใช้ต่อเมื่อมีเหตุสงคราม บ้านเมืองอยู่ในความไม่สงบ (State of War) สงครามในลักษณะที่กระทบอำนาจของพระมหากษัตริย์ โดยเฉพาะในการช่วงชิงอำนาจในราชวงศ์ และการปราบกบฏที่

<sup>44</sup> Charles Townshend, “Martial Law: Legal and Administrative Problems of Civil Emergency in Britain and the Empire, 1800-1940,” *The Historical Journal*, Vol. 25, No. 1, p. 177 (March, 1982)

<sup>45</sup> *Ibid.*

ก้าวล่วงอำนาจอธิปไตยซึ่งขณะนั้นเป็นของพระมหากษัตริย์ สงครามนี้หมายถึงทั้งสงครามระหว่างประเทศและภายในประเทศ รวมถึงข้ออ้างว่ามีความจำเป็นเร่งด่วนที่ต้องประกาศกฏอัยการศึก ไม่ว่าจะในมิติของสถานการณ์จริงหรือในเรื่องทางการเมือง<sup>46</sup>

**2. ผู้มีอำนาจประกาศ** จากการศึกษารากฐานทางความคิดว่าด้วยกฏอัยการศึกของประเทศอังกฤษ ในช่วงแรกอำนาจในการประกาศกฏอัยการศึกเป็นของพระมหากษัตริย์ในฐานะพระราชอำนาจ (Royal Prerogative) ประเภทหนึ่ง<sup>47</sup> แม้มิได้มีกฎหมายว่าด้วยกฏอัยการศึกบัญญัติเป็นการเฉพาะก็ตาม ทว่าเราสามารถสืบสาวเรื่องราวจากข้อมูลทางประวัติศาสตร์ได้ ข้อมูลดังกล่าวแสดงให้เห็นว่า พระมหากษัตริย์เป็นผู้ทรงอำนาจในการประกาศใช้กฏอัยการศึก และมีการประกาศใช้เพื่อช่วงชิงอำนาจในราชวงศ์และจัดการผู้ไม่จงรักภักดีต่อพระมหากษัตริย์ จนกระทั่งหลังจากรัฐสภาผ่านร่างกฎหมาย The Petition of Right 1628 และ Bill of Rights 1689 จึงมีการจำกัดอำนาจในการประกาศกฏอัยการศึกของพระมหากษัตริย์และเข้าสู่ห้วงเวลาแห่งการช่วงชิงอำนาจของสถาบันกษัตริย์และรัฐสภา

**3. ผลการประกาศกฏอัยการศึก** หลังการประกาศกฏอัยการศึกซึ่งอยู่ในช่วงสงครามจะนำไปสู่การระดมพลและเกณฑ์ทหาร ตลอดจนให้อำนาจในการรักษาความสงบเรียบร้อยและปกป้องประเทศอยู่ที่กองทัพเป็นหลัก ภายใต้ผู้นำสูงสุดซึ่งก็คือพระมหากษัตริย์ ผู้เป็นจอมทัพ แต่เนื่องจากขณะนั้นกฏอัยการศึกมิได้ใช้บังคับกับพลเรือน สิทธิเสรีภาพจึงไม่ได้รับการกระทบกระเทือนมากนัก ส่วนผลกระทบในส่วนของการพิจารณาคดีของศาล เมื่อมีการประกาศกฏอัยการศึกในช่วงสงครามหรือปราบปรามกบฏ มักมีการลงโทษโดยกระบวนการยุติธรรมทางอาญาในศาลทหารซึ่งมีลักษณะเร่งด่วน มิได้เป็นไปตามขั้นตอนดังเช่นศาลยุติธรรมเพื่อลงโทษกบฏและทหารที่ทำความผิดข้อบังคับแต่มิได้มีอำนาจพิจารณาลงโทษพลเมืองทั่วไปแต่อย่างใด

**4. การควบคุมตรวจสอบ** การประกาศกฏอัยการศึกในช่วงแรกเป็นอำนาจโดยสัมบูรณ์ของพระมหากษัตริย์ในลักษณะเจ้าของอำนาจอธิปไตย ย่อมมิได้มีขอบเขตการใช้อำนาจประกาศกฏอัยการศึกที่ชัดเจน โดยเฉพาะในช่วงที่กษัตริย์มีอำนาจมากแต่หลังจากที่รัฐสภาผ่านร่างกฎหมาย The Petition of Right 1628 และ Bill of Rights 1689<sup>48</sup> ในเวลาต่อมา เนื้อหา

<sup>46</sup> Clinton L. Rossiter, *supra* note 14, pp. 148-149.

<sup>47</sup> Lyndall Ryan, “ Martial Law in the British Empire,” in *Violence, Colonialism and Empire in the Modern World*, ed. Philip Dwyer, Amanda Nettelbeck, (Cham: Springer International Publishing, 2018), p. 94.

<sup>48</sup> รายละเอียดในบทที่ 3

ในกล่าวถึงกฎอัยการศึกในลักษณะของการจำกัดอำนาจในการประกาศใช้ กล่าวคือ กฎอัยการศึกใช้บังคับกับทหารเท่านั้นและไม่สามารถประกาศใช้ในยามสงบปราศจากสงครามได้ นับเป็นความพยายามจำกัดอำนาจของพระมหากษัตริย์มิให้ใช้ตามอำเภอใจโดยรัฐสภา<sup>49</sup> ดังนั้น การระดมกำลังทหารจัดตั้งกองทัพและกฎอัยการศึกในยามสงบย่อมกระทำมิได้

**5. ตัวอย่างการใช้บังคับกฎอัยการศึกในสหราชอาณาจักร** หนึ่งใน การประกาศใช้กฎอัยการศึกในยุคกลาง คือ กรณีกบฏชาวนา (Peasants' Revolt) ในปี 1381 รัชสมัยพระเจ้าริชาร์ดที่ 2 (Richard II) ผู้นำฝ่ายกบฏ ว๊ต ไทเลอร์ (Wat Tyler) ได้รวมกลุ่มผู้คนโดยเฉพาะ ชาวนาและผู้ใช้แรงงานมาประท้วงกรณีการเก็บภาษีรวมถึงเรียกร้องให้มีการปฏิรูปด้านต่าง ๆ โดยเฉพาะเรียกร้องการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกัน ในที่สุดไทเลอร์และผู้ติดตามถูกปราบปรามและลงโทษประหารโดยมิได้ผ่านกระบวนการพิจารณาใด ๆ ทั้งยังมีการประกาศพระราชบัญญัติปลดเปลื้องความรับผิด (Act of Indemnity)<sup>50</sup> เพื่อยกเว้นความรับผิดให้บรรดาข้าราชการในการกระทำต่าง ๆ เพื่อปราบปรามกบฏโดยปราศจากการตรวจสอบทั้งปวง

ในช่วงราชวงศ์ทิวดอร์ปกครองบ้านเมือง มีการใช้กฎอัยการศึกในลักษณะของการลงโทษ เช่น ในปี 1571 รัชสมัยของพระราชินีนาถเอลิซาเบธที่ 1 มีการประกาศ Bulls, etc., from Rome Act ซึ่งเป็นกฎหมายที่ออกมาเพื่อต่อต้านพระสันตะปาปา กล่าวคือ เป็นกฎหมายห้ามนำเข้าตราสารซึ่งลงนามสมเด็จพระสันตะปาปาหรือเครื่องรางต่าง ๆ จากกรุงโรม มิเช่นนั้นจะถือเป็นกบฏและต้องถูกลงโทษตามกฎอัยการศึก<sup>51</sup> ดังนั้น การใช้กฎอัยการศึกในช่วงแรกของสหราชอาณาจักร จะใช้ในกรณีปราบปรามกบฏและใช้ลงโทษผู้กระทำความผิดร้ายแรงภายใต้อำนาจโดยสัมบูรณ์ของพระมหากษัตริย์ ก่อนจะถูกจำกัดอำนาจลงโดยรัฐสภา

#### 4.3.2.2 การประกาศใช้กฎอัยการศึกในจักรวรรดิและอาณานิคม

**1. เหตุแห่งการประกาศ** การประกาศกฎอัยการศึกในดินแดนอาณานิคม เจื่อนใจในการประกาศยังคงเป็นกรณีของความจำเป็นซึ่งไม่อาจใช้กฎหมายในระบบปกติแก้ไข

<sup>49</sup> See, J. V. Capua, "The Early History of Martial Law in England from the Fourteenth Century to the Petition of Right", *The Cambridge Law Journal*, Vol. 36, No. 1, pp. 152-155 (April 1977). W. S. Holdsworth, "Martial Law Historically Considered," *The Law Quarterly Review*, p. 117 (1902).

<sup>50</sup> R.B. Tewari, "Martial Law in England," *The Indian Law Institute*, Vol. 2, No. 1, p. 72 (1959).

<sup>51</sup> *Ibid.*, p. 75.

สถานการณ์ได้ การประกาศด้วยเหตุต่าง ๆ มักอ้างเหตุผลจากความจำเป็นอันกระทบความมั่นคง จากข้อมูลการประกาศกฏอัยการศึกในศตวรรษที่ 19 – 20 กฏอัยการศึกถูกใช้ปราบปรามกบฏและการจลาจลในดินแดนอาณานิคมหลากหลายกรณี ตั้งแต่ปราบกบฏโดยเจ้าชายในประเทศอินเดีย ไปจนถึงการปราบปรามทาสและกรรมกรพื้นเมือง โดยเหตุผลความจำเป็นถูกตีความให้กว้างออกไป วัตถุประสงค์ของกฏอัยการศึกเปลี่ยนไปเป็นเพื่อปกป้องอำนาจอธิปไตยของอังกฤษ<sup>52</sup>

**2. ผู้มีอำนาจประกาศ** การประกาศกฏอัยการศึกในดินแดนชาติอื่นซึ่งอยู่ในเครือจักรวรรดิหรือเป็นอาณานิคมของอังกฤษนั้น ผู้ประกาศกฏอัยการศึกมักเป็นผู้บัญชาการทหารแห่งอังกฤษที่สามารถเข้าไปยึดครองดินแดนนั้นได้ รวมถึงกรณีที่มีการแต่งตั้งผู้ว่าการรัฐหรือข้าหลวงแทนพระองค์ประจำในเมืองต่าง ๆ กระทำในนามของพระมหากษัตริย์ อย่างไรก็ตามก็ดี กรณีนี้ยังคงเป็นข้อถกเถียงที่ว่า ผู้บัญชาการทหารและบรรดาผู้ว่าการรัฐเหล่านั้นมีอำนาจประกาศกฏอัยการศึกหรือไม่ เนื่องจากมิได้มีกฎหมายใดให้อำนาจในการประกาศกฏอัยการศึกหรือได้รับมอบหมายให้กระทำในนามของสมเด็จพระราชินีได้<sup>53</sup>

**3. ผลการประกาศกฏอัยการศึก** หลังประกาศใช้กฏอัยการศึกในดินแดนอาณานิคมเหล่านี้ การปฏิบัติการทางทหารจะดำเนินการอย่างเคร่งครัดเต็มรูปแบบในพื้นที่ที่ประกาศกฏอัยการศึก โดยเฉพาะกับบรรดาชาวพื้นเมืองที่อยู่ในพื้นที่ไม่ว่าจะเพื่อขับไล่หรือปราบปรามการชุมนุม ทั้งยังเป็นการปฏิบัติเพื่อปกป้องคนผิวขาวซึ่งเข้าไปตั้งถิ่นฐานใหม่ สอดคล้องกับที่ W.R. Finlason สรุปอำนาจของกฏอัยการศึกไว้ว่า เป็นอำนาจสุดท้ายที่เหลืออยู่ของผู้ว่าการอาณานิคมซึ่งสามารถใช้กำลังทหารจัดการกับผู้ก่อกบฏหรือก่อความไม่สงบได้ทุกรูปแบบ<sup>54</sup>

ส่วนระยะเวลาในการประกาศกฏอัยการศึกจะไม่มีคำแนะนำเฉลี่ยอยู่ที่ประมาณ 3-6 เดือน สำหรับการปราบปรามและควบคุมชาวพื้นเมืองให้อยู่ในความสงบ เช่น ในปี 1790 มีการบังคับใช้กฏอัยการศึกเป็นเวลา 5 เดือน ในพื้นที่ New South Wales, ในปี 1815 มีการใช้กฏอัยการศึกในแทสมาเนีย (Van Diemen's Land) เป็นเวลา 6 เดือน การประกาศกฏอัยการศึก ในแอฟริกาใต้ (Cape Colony) ช่วงค.ศ. 1818 กินเวลา 3 เดือน และในปี 1819 เป็นเวลา 6 เดือน รวมถึงการประกาศกฏอัยการศึกในศรีลังกา (Ceylon) ซึ่งมีผลบังคับใช้เป็นเวลา

<sup>52</sup> Lyndall Ryan, *supra note 47*, p. 101.

<sup>53</sup> See Charles Townshend, *supra note 44.*, Lyndall Ryan, *supra note 47*.

<sup>54</sup> W. R. Finlason, Commentaries on Martial Law with Special Reference to its Regulation and Restraint, (London: London, Stevens & Sons, 1867), p. 12, quoted in Lyndall Ryan, *supra note 47*, p.98.

อย่างน้อยหนึ่งทศวรรษ<sup>55</sup> ทำให้เกิดเสียงวิพากษ์วิจารณ์ถึงระยะเวลาที่ใช้กฎอัยการศึกมีความจำเป็นที่ต้องประกาศใช้นานเพียงนี้เชียวหรือ

**4. การควบคุมตรวจสอบ** การประกาศกฎอัยการศึกเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยและควบคุมชาวอาณานิคมมิได้มีการตรวจสอบอย่างจริงจังนัก เนื่องจากมีลักษณะเป็นอำนาจตัดสินใจของผู้ว่าราชการรัฐหรือข้าหลวงแทนพระองค์ที่เข้าไปปกครองดินแดนนั้น ๆ ทั้งมิได้มีการผูกเกณฑ์ทางกฎหมายที่แน่ชัดและเมื่อประกาศกฎอัยการศึกแล้วในดินแดนอาณานิคมทั้งหลายไม่มีหน่วยงานใดที่จะตรวจสอบได้ การประกาศกฎอัยการศึกในหลายครั้งและหลายพื้นที่ที่มีปัญหาความชอบด้วยกฎหมายทั้งในแง่ของอำนาจและการปฏิบัติในยามจำเป็นที่ต้องพอสมควรแก่เหตุ แม้จะมี Colonial Office หรือสำนักงานใหญ่แห่งอาณานิคม รวมถึงการตั้งคณะกรรมการพิจารณาในบางกรณี เช่น การประกาศกฎอัยการศึกในจาเมกา โดยผู้ว่าราชการอาณานิคม นายเอ็ดเวิร์ด จอห์น แอร์ (Edward John Eyre)<sup>56</sup> ซึ่งนำไปสู่สงครามทางความคิดในแผ่นดินอังกฤษโดยฝ่ายนักสิทธิมนุษยชนกับฝ่ายสนับสนุนการประกาศกฎอัยการศึก มีการจัดตั้งคณะกรรมการจาเมกา (Jamaica Committee) โดยนักวิชาการฝ่ายเสรีนิยมแต่ในท้ายที่สุดผู้ว่าราชการอาณานิคมจาเมกาก็มิได้รับโทษแต่อย่างใด การตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการใช้กฎอัยการศึกในดินแดนอาณานิคมจึงเป็นไปได้ยาก

สำหรับการตรวจสอบโดยศาลในคดี R. v. Allen วุฒิสภา (House of Lords) พิจารณาตัดสินว่า ศาลยุติธรรมไม่สามารถออกคำสั่งห้ามพิจารณาคดี (Writ of Prohibition)<sup>57</sup> และตรวจสอบการพิจารณาคดีของศาลทหารภายใต้การประกาศกฎอัยการศึกได้<sup>58</sup> หมายความว่าขณะประกาศกฎอัยการศึกไม่สามารถตรวจสอบการกระทำของทหารได้ ศาลยุติธรรมจะไม่เข้าไปตรวจสอบในช่วงที่มีการประกาศกฎอัยการศึก นอกจากนี้คดี Higgins v. Willis ในปี 1921 กรณีฟ้องร้องกันเนื่องจากทหารทำลายบ้านเรือนของพลเรือนโดยมิชอบในขณะที่มีการประกาศใช้กฎอัยการศึก ศาลตัดสินว่าโจทก์มีสิทธิฟ้องเจ้าหน้าที่ทหารได้ก็ต่อเมื่อสภาวะสงครามนั้น

<sup>55</sup> *Ibid.*

<sup>56</sup> รายละเอียด Morant Bay Rebellian ในบทที่ 3 มโนทัศน์ว่าด้วย “กฎอัยการศึก”

<sup>57</sup> Writ of Prohibition คือ คำสั่งห้ามผู้ใดบังคับบัญชาให้หยุดทำสิ่งที่กฎหมายห้าม คำสั่งนี้มักจะออกโดยศาลสูงไปถึงศาลล่างเพื่อสั่งไม่ให้ดำเนินการกับคดีที่ไม่ตกอยู่ในอำนาจของศาลนั้น

<sup>58</sup> A W Bradley and K D Ewing, *Constitutional and Administrative Law*, 14ed, (England: Pearson Education Limited, 2007), p. 634.

สิ้นสุดลง กรณีเหล่านี้ล้วนแสดงให้เห็นว่าหากยังคงอยู่ภายใต้การประกาศกฏอัยการศึก ศาลยุติธรรมไม่อาจเข้าไปตรวจสอบการกระทำของเจ้าหน้าที่ได้

**5. ตัวอย่างการใช้บังคับกฏอัยการศึกในอาณานิคม** การประกาศกฏอัยการศึกในดินแดนอาณานิคมโดยผู้ว่าการอาณานิคม (Colonial Governors) ในนามของตัวแทนสมเด็จพระราชินีจะดำเนินการโดยปรึกษาหารือกับสภาผู้บริหาร (Executive Council) ซึ่งเป็นเจ้าหน้าที่ในอาณานิคมรวมถึงเจ้าหน้าที่กฎหมายอย่างน้อยหนึ่งคน การดำเนินการในลักษณะนี้ปรากฏให้เห็นในการประกาศกฏอัยการศึกในแอฟริกาใต้ การต่อสู้กับชนเผ่าอะบอริจิน์ในออสเตรเลีย การประกาศกฏอัยการศึกในศรีลังกา และการประกาศกฏอัยการศึกกับชาวเมารีในนิวซีแลนด์ ซึ่งอ้างความจำเป็นที่ว่ากฏอัยการศึกเป็นมาตรการเดียวในการควบคุมชนพื้นเมืองให้อยู่ในความสงบและยอมรับอำนาจอธิปไตยเหนือดินแดนอาณานิคมดังกล่าว<sup>59</sup>

ส่วนเหตุจลาจล Morant Bay Rebellion<sup>60</sup> ในจาเมกาถูกวิพากษ์วิจารณ์อย่างหนัก ทั้งในเรื่องของ “ความจำเป็น” ในการประกาศใช้กฏอัยการศึกและมาตรการบังคับใช้ที่อาจเกินสมควรแก่เหตุ อีกทั้งการจับกุมตัว Lord George Gordon ผู้นำการชุมนุมยังเป็นที่น่าสงสัยเนื่องจากการประกาศกฏอัยการศึกในพื้นที่ Morant Bay แต่ขณะนั้น Gordon อยู่ที่เมือง Kingston ซึ่งไม่ใช่พื้นที่ที่ประกาศแต่อย่างใด การที่เจ้าหน้าที่จับกุมตัวเขาที่เมือง Morant Bay เพื่อจะได้พิจารณาคดีภายใต้พื้นที่ประกาศกฏอัยการศึกและมีการตัดสินโทษประหารชีวิตของเขาในฐานะผู้สมรู้ร่วมคิดกับกบฏโดยไม่มีการพิจารณาคดีจากศาล กรณีดังกล่าวเป็นที่ถกเถียงกันอย่างแพร่หลายในประเทศอังกฤษ มีการจัดตั้งคณะกรรมการจาเมกา (Jamaica Committee) เพื่อพิจารณาเรื่องดังกล่าว โดยมีนักวิชาการฝ่ายเสรีนิยมคนสำคัญ เช่น John Bright, John Stuart Mill, Charles Darwin, Thomas Henry Huxley และ AV Dicey ซึ่งต่างก็ไม่เห็นด้วยกับการประกาศใช้กฏอัยการศึกและกรณีการลงโทษ อย่างไม่เป็นธรรม สมควรจะต้องนำผู้ว่าการรัฐจาเมกาเข้าสู่กระบวนการพิจารณาของศาล ส่วนอีกฝ่ายหนึ่งก็ได้มีการตั้งคณะกรรมการสนับสนุนและช่วยเหลือผู้ว่าการจาเมกา นำโดย Thomas Carlyle, Charles Kingsley, Charles Dickens, John Tyndall และ John Ruskin ซึ่งมีความเห็นว่า การกระทำของผู้ว่าการจาเมกาเป็นสิ่งที่ถูกต้องเพื่อคืนความสงบเรียบร้อย อย่างไรก็ตามท้ายที่สุดผู้ว่าการจาเมกา Edward John Eyre ก็ได้ถูกดำเนินคดีแต่อย่างใด เพียงแต่ต้องออกจากตำแหน่งผู้ว่าการอาณานิคมเท่านั้น<sup>61</sup>

<sup>59</sup> Lyndall Ryan, *supra* note 47, p. 96.

<sup>60</sup> การจลาจลในจาเมกา รายละเอียดในหัวข้อ 3.3.2.2

<sup>61</sup> Charles Townshend, *supra* note 44, pp. 172-175.

เราอาจสรุปการใช้กฏอัยการศึกช่วงนี้ได้ว่า กฏอัยการศึกเป็นเครื่องมือที่จำเป็นสำหรับควบคุมบรรดาอาณานิคมให้อยู่ในความสงบเรียบร้อย ซึ่งหมายถึงการควบคุมชาวพื้นเมืองให้อยู่ภายใต้การปกครองของผู้ว่าราชการรัฐอาณานิคม หากไม่มีกฏอัยการศึก จักรวรรดิอังกฤษคงจะล่มสลายลงแล้ว<sup>62</sup> เพราะคงไม่มีมาตรการใดที่จะให้ความชอบธรรมในการใช้กำลังบังคับได้เช่น กฏอัยการศึก แม้จะมีได้มีสงครามเกิดขึ้นก็ตาม ดังนั้นแม้จะกระทบสิทธิมนุษยชนของผู้คนในอาณานิคมอย่างไร สุดท้ายกฏอัยการศึกก็ถูกใช้ในลักษณะเช่นนี้เฉพาะในดินแดนอาณานิคม โดยไม่ปรากฏว่าถูกนำไปใช้ในดินแดนสหราชอาณาจักรแต่อย่างใด

#### 4.4 บทสรุปกฏอัยการศึกในระบบกฎหมายต่างประเทศ

จากการศึกษาการบังคับใช้กฎหมายว่าด้วยกฏอัยการศึกทั้งจากในระบบกฎหมายซีวิลลอว์ของประเทศฝรั่งเศสและระบบคอมมอนลอว์ของประเทศอังกฤษอาจสรุปได้ว่า กฏอัยการศึกไม่ว่าจะถูกเรียก State of Siege หรือ Martial Law ล้วนแต่เป็นกฎหมายในสภาวะยกเว้นหรือในสถานการณ์ไม่ปกติที่รุนแรงอย่างถึงที่สุดและไม่อาจใช้วิธีการใดในการนำพาประเทศเข้าสู่ภาวะปกติได้โดยมีลักษณะของการให้อำนาจทางทหารเหนืออำนาจเจ้าหน้าที่พลเรือนในการปฏิบัติหน้าที่เพื่อป้องกันรักษาประเทศในระยะเวลาอันสั้น แน่แน่นอนว่ากฏอัยการศึกมีพัฒนาการในการใช้ที่เปลี่ยนไปบ้าง เพราะกฏอัยการศึกเกี่ยวพันถึงข้อเท็จจริงหรือสถานการณ์ในขณะนั้น รวมถึงบริบททางการเมืองที่อยู่เบื้องหลังการใช้กฎหมายดังกล่าวในลักษณะการช่วงชิงอำนาจในยามสถานการณ์ไม่ปกติ ในส่วนนี้ ผู้เขียนได้สรุปการใช้กฏอัยการศึกในประเทศฝรั่งเศสและประเทศอังกฤษเปรียบเทียบกันพอสังเขปในรูปแบบของตาราง จากนั้นจึงได้วิเคราะห์และพยากรณ์ทิศทางของการใช้กฏอัยการศึกในอนาคตดังนี้

##### 4.4.1 สรุปการบังคับใช้กฏอัยการศึกในประเทศฝรั่งเศสและประเทศอังกฤษ

ผู้เขียนสรุปการบังคับใช้กฏอัยการศึกของทั้ง 2 ประเทศในรูปแบบตาราง ดังนี้

---

<sup>62</sup> W. R. Finlason, Commentaries on Martial Law with Special Reference to its Regulation and Restraint, (London: London, Stevens & Sons, 1867), p. 12. quoted in Lyndall Ryan, *supra note 47*, p. 93.

ตารางที่ 4.1 สรุปการบังคับใช้กฎอัยการศึกในประเทศฝรั่งเศสและประเทศอังกฤษ

ประเด็นพิจารณา	State of Siege ของประเทศฝรั่งเศส	Martial Law ของประเทศอังกฤษ
บทบัญญัติกฎหมาย	รัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส ค.ศ.1958 มาตรา 36 และประมวลกฎหมายป้องกันประเทศ (Code de la defense)	ไม่มีบทบัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษร เป็นการใช้ในลักษณะกฎหมายคอมมอนลอว์ ซึ่งความจำเป็นจะเป็น บ่อเกิดแห่งกฎหมาย
ผู้มีอำนาจประกาศ	เป็นอำนาจของฝ่ายบริหารร่วมกัน โดยทำเป็นรัฐกฤษฎีกาในที่ประชุมคณะรัฐมนตรีและผ่านการลงนามของประธานาธิบดี	เป็น พระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ ในทางแบบพิธีที่ต้องผ่านความเห็นชอบจากรัฐสภา และในยุคล่าอาณานิคม ถูกกล่าวอ้างว่าเป็นอำนาจผู้ว่าการอาณานิคมในฐานะผู้แทนพระมหากษัตริย์
เหตุที่ประกาศกฎอัยการศึก	ภัยอันตรายอันใกล้จะถึงในลักษณะของสงคราม หรือการจลาจล	ความจำเป็นเร่งด่วนในลักษณะของสงคราม และสภาวะไม่ปกติซึ่งกฎหมายอื่นไม่สามารถแก้ไขได้
ผลการประกาศ (อำนาจทหารและศาลทหาร)	-เจ้าหน้าที่ทหารมีอำนาจเหนือเจ้าหน้าที่พลเรือนในการป้องกันและรักษาความปลอดภัย -ศาลทหารในยามสงครามมีอำนาจพิจารณาคดีเหนือพื้นที่ที่ประกาศกฎอัยการศึกในคดีเกี่ยวกับความมั่นคงและคดีอาญาตามที่กฎหมายกำหนด	-เจ้าหน้าที่ทหารมีอำนาจเหนือเจ้าหน้าที่พลเรือนในการป้องกันและรักษาความปลอดภัย -ศาลทหารมีเขตอำนาจเหนือพื้นที่ที่มีการประกาศกฎอัยการศึกในคดีอาญาและคดีความผิดเกี่ยวกับความมั่นคง

ประเด็นพิจารณา	State of Siege ของประเทศฝรั่งเศส	Martial Law ของประเทศอังกฤษ
สถานะทางกฎหมาย ของการประกาศ กฎอัยการศึกและ การตรวจสอบ	เนื่องจากมีลักษณะเป็นการกระทำ ทางรัฐบาล โดยฝ่ายบริหารในเรื่อง เกี่ยวกับนโยบายและความสัมพันธ์ ระหว่างประเทศ จึงมีการตรวจสอบ การใช้อำนาจฝ่ายบริหารโดยฝ่าย นิติบัญญัติ ในทางการเมืองโดย รัฐสภา การประกาศกฎอัยการศึก เกินกว่า 12 วัน ต้องได้รับความ เห็นชอบจากรัฐสภา การตรวจสอบ ดุลพินิจการตัดสินใจในเรื่อง สถานการณ์สงครามหรือความ จำเป็น ศาลไม่อาจตรวจสอบการ ประกาศในทางเนื้อหาได้ แต่ ตรวจสอบรูปแบบการประกาศทำ ตามเงื่อนไขกฎหมายหรือไม่ยอมทำ ได้	-ในช่วงแรกการประกาศกฎ อัยการศึกเป็นอำนาจเต็มของ พระมหากษัตริย์ แต่หลังจากผ่าน กฎหมาย Petition of Right ใน ปี 1628 การประกาศกฎอัยการ ศึกของพระมหากษัตริย์ต้อง ได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภา ถือว่าเป็นการตรวจสอบในทาง การเมือง -หลังการประกาศกฎอัยการศึก มักมีการตรากฎหมายปลด เปลื้องความรับผิดชอบหรือ Indemnity Act ทำให้ การ กระทำทั้งหลายของเจ้าหน้าที่ ขณะนั้นไม่เป็นความผิดที่จะ ตรวจสอบย้อนหลังได้

#### 4.4.2 พิเคราะห์ทิศทางของกฎอัยการศึกในอนาคต

จากการศึกษาการบังคับใช้กฎหมายว่าด้วยกฎอัยการศึกของต่างประเทศพบว่า ในประเทศฝรั่งเศสมีการบัญญัติกฎอัยการศึกเป็นลายลักษณ์อักษรขึ้นครั้งแรกภายใต้ชื่อ รัฐบัญญัติว่าด้วยกฎอัยการศึก ค.ศ. 1849 ก่อนจะพัฒนามาเป็นประมวลกฎหมายป้องกันประเทศ (Code de la defense) ในปี 2004 ประกอบกับมาตรา 36 ของรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส อันแสดงถึงการเลือกที่จะบัญญัติกลไกสำหรับรับมือกับสถานการณ์ไม่ปกติไว้ในรัฐธรรมนูญ โดยกฎหมายฉบับใหม่บัญญัติขึ้นเพื่อแก้ปัญหาการใช้กฎอัยการศึกที่ลุแก่อำนาจในอดีต โดยเฉพาะการเพิ่มเติมในเรื่องของการควบคุมตรวจสอบและเงื่อนไขในการประกาศ อย่างไรก็ตาม แม้มีการแก้ไขกฎหมายให้เหมาะสมกับยุคสมัยไว้เป็นอย่างดีแล้วก็ตาม ทว่านับแต่ใช้รัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐที่ 5 จนถึงปัจจุบันก็มิได้มีการประกาศกฎอัยการศึกแต่อย่างใด ผู้เขียนคิดว่าอาจเป็นเพราะระบบกฎหมายความมั่นคงของฝรั่งเศสมิได้มีเพียงกฎอัยการศึกเท่านั้น แต่ยังหมายรวมถึงอำนาจของประธานาธิบดีตามมาตรา 16

แห่งรัฐธรรมนูญและการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินสำหรับสถานการณ์ไม่ปกติในรูปแบบต่าง ๆ ซึ่งภายหลังสงครามโลกครั้งที่ 2 เป็นต้นมา หากมีสถานการณ์ไม่ปกติเกิดขึ้นภายในประเทศย่อมจำเป็นต้องประกาศสถานการณ์ฉุกเฉิน เช่น กรณีการจลาจลในแอลจีเรีย ในปี 1955 การประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินในเหตุการณ์กบฏนายพลในปี 1961 การประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินจากเหตุการณ์จลาจลในปารีสเมื่อปี 2005 รวมถึงประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินในเหตุก่อการร้ายในปี 2015 เป็นต้น และล่าสุดล่าสุดในปี 2020 มีการผ่านกฎหมายสถานการณ์ฉุกเฉินทางสาธารณสุข (L'état d'urgence sanitaire) เพื่อรับมือกับสถานการณ์การระบาดของโรคโควิด-19 รัฐบัญญัติดังกล่าวเป็นการแยก “สถานการณ์ฉุกเฉินทางสาธารณสุข” ออกจาก “สถานการณ์ฉุกเฉินทางความมั่นคง” อย่างชัดเจน<sup>63</sup>

เมื่อพิจารณาที่ข้อมูลการบังคับใช้กฏอัยการศึกข้างต้นแล้ว ผู้เขียนเห็นว่า ในอนาคตการประกาศใช้กฏอัยการศึกมีโอกาสน้อยมาก เนื่องจากการใช้อำนาจรัฐมีพัฒนาการตามยุคสมัย ซึ่งในปัจจุบันรัฐถูกจำกัดการใช้อำนาจโดยหลักนิติรัฐและนิติธรรม ซึ่งไม่อาจใช้อำนาจตามอำเภอใจได้และการตีความคำว่าความมั่นคงของรัฐได้เปลี่ยนไปในมิติที่คำนึงถึงสิทธิเสรีภาพของประชาชนมากกว่าความอยู่รอดของรัฐเพียงประการเดียว อีกทั้งประเทศประชาธิปไตยทั้งหลายได้พยายามที่จะจัดการกับสถานการณ์ไม่ปกติหรือสถานการณ์ฉุกเฉินต่าง ๆ โดยอำนาจของเจ้าหน้าที่พลเรือนเป็นหลัก เจ้าหน้าที่ทหารเป็นกำลังเสริมที่เข้ามาช่วย ดังนั้นแม้เราไม่อาจยืนยันได้อย่างชัดเจนว่าในอนาคตจะไม่มีสงครามหรือความจำเป็นเร่งด่วนใดทำให้กฏอัยการศึกปรากฏตัวขึ้นก็ตาม แต่การบังคับใช้กฏอัยการศึกละย่อมมีโอกาสน้อยลงอย่างแน่นอน เช่นเดียวกับที่การประกาศสงครามระหว่างประเทศต่าง ๆ ก็มีได้เกิดขึ้นบ่อยนัก ประเทศฝรั่งเศสเองแม้มีการปรับปรุงกฎหมายว่าด้วยกฏอัยการศึกไว้แล้ว ทว่าการจัดการสถานการณ์ไม่ปกติต่าง ๆ คงเน้นใช้การประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินภายใต้อำนาจของฝ่ายบริหารและเจ้าหน้าที่พลเรือนเป็นหลักในการแก้ปัญหาเช่นเดียวกับประเทศประชาธิปไตยทั้งหลาย

สำหรับการใช้กฏอัยการศึกในประเทศอังกฤษนั้น มีความแตกต่างกันในประเด็นที่ว่า ประเทศอังกฤษมิได้มีกฏอัยการศึกเป็นลายลักษณ์อักษร การประกาศใช้กฏอัยการศึกที่ผ่านมาในอดีตเป็นไปในลักษณะของระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ โดยถือว่าความจำเป็นเป็นบ่อเกิดแห่งกฎหมาย และรัฐสามารถใช้กำลังในการป้องกันตนเอง (Self – Defense) ได้ แต่ต้องเป็นไปตามหลักความได้สัดส่วนและพอสมควรแก่เหตุด้วย ดังนั้นแม้ประเทศอังกฤษไม่มีกฎหมายว่าด้วยกฏอัยการศึกรก็ตาม ทว่าเมื่อมีสงครามหรือสถานการณ์จำเป็นเพื่อรักษาความอยู่รอดของรัฐก็ย่อมประกาศกฏอัยการศึก

<sup>63</sup> รายละเอียดในหัวข้อ 4.2.1 ภาพรวมกฎหมายความมั่นคงในประเทศฝรั่งเศส

โดยออกเป็นพระบรมราชโองการของพระมหากษัตริย์โดยคำแนะนำของคณะรัฐมนตรี เพื่อให้อำนาจของเจ้าหน้าที่ทหารเข้ามารักษาความสงบเรียบร้อย หากพิจารณาพัฒนาการกฏอัยการศึกของประเทศอังกฤษจะเห็นได้ว่าการเปลี่ยนแปลงไปจากกฎหมายที่ใช้บังคับในกองทัพทหารของพระมหากษัตริย์ การใช้กฏอัยการศึกในการลงโทษกบฏและทำสงครามจนกระทั่งใช้เพื่อควบคุมความสงบเรียบร้อยในดินแดนอาณานิคม<sup>64</sup> ก่อนจะค่อย ๆ เปลี่ยนรูปเป็นกฎหมายในสถานการณ์ฉุกเฉินโดยมีการตราพระราชบัญญัติว่าด้วยความมั่นคงขึ้นใช้บังคับในสถานการณ์ไม่ปกติต่าง ๆ ฝ่ายบริหารใช้การประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินเพื่อแก้ไขปัญหาความมั่นคงในหลายครั้งแทนที่กฏอัยการศึก กรณีเหล่านี้สะท้อนให้เห็นว่าประเทศประชาธิปไตยทั้งหลายพยายามจัดการสถานการณ์ฉุกเฉินทั้งหลายด้วยอำนาจของเจ้าหน้าที่พลเรือนเป็นหลักมากกว่าการประกาศใช้กฏอัยการศึกเพื่อให้เจ้าหน้าที่ทหารมีอำนาจในการปฏิบัติหน้าที่เหนือพลเรือน เว้นเสียแต่ในภาวะสงครามซึ่งโดยสภาพควรเป็นการปฏิบัติหน้าที่ของทหาร จึงมิใช่เรื่องแปลกที่ภายหลังสงครามโลกครั้งที่ 2 จะไม่มีการประกาศกฏอัยการศึกอีก

ในขณะที่การประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินเพื่อเพิ่มอำนาจให้ฝ่ายบริหารนั้นเกิดขึ้นบ่อยครั้งในสถานการณ์ไม่ปกติที่หลากหลายยิ่งขึ้นนอกเหนือจากการสงคราม จนกระทั่งมีการตราพระราชบัญญัติ Civil Contingencies Act 2004 หรือพระราชบัญญัติการบริหารราชการพลเรือนในบางสถานการณ์ ซึ่งครอบคลุมทั้งกรณีสงคราม การก่อการร้าย ภัยพิบัติธรรมชาติ ตลอดจนภัยพิบัติสาธารณสุขทั้งในระดับประเทศและระดับท้องถิ่น แม้ไม่อาจกล่าวอย่างชัดเจนได้ว่ากฏอัยการศึกในประเทศอังกฤษยังคงมีอยู่หรือไม่เพราะโดยสภาพมิได้มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรปรากฏอยู่แล้ว แต่การไม่ประกาศใช้เป็นเวลานาน ทั้งยังหันไปใช้กฎหมายในสถานการณ์ฉุกเฉินภายใต้การทำงานของเจ้าหน้าที่พลเรือนเป็นหลักแทน แสดงให้เห็นแนวโน้มรัฐในการใช้กฎหมายในสถานการณ์ฉุกเฉินเพื่อจัดการสภาวะยกเว้นต่าง ๆ เว้นเสียแต่ว่าเกิดสงครามและมาตรการฉุกเฉินไม่อาจแก้ไขสถานการณ์ได้ กฏอัยการศึกก็อาจปรากฏขึ้นมาในฐานะหนทางสุดท้ายก็เป็นได้

จากข้อมูลเบื้องต้นของทั้งประเทศฝรั่งเศสและประเทศอังกฤษต่างก็มิได้มีการใช้บังคับกฏอัยการศึกมาเป็นเวลานาน และใช้กฎหมายในสถานการณ์ฉุกเฉินเพื่อจัดการสถานการณ์ไม่ปกติต่าง ๆ ภายใต้แนวคิดการจัดการสถานการณ์ฉุกเฉินโดยอำนาจของเจ้าหน้าที่พลเรือนเป็นหลัก หากเป็นประเทศในระบบกฎหมายซีวิลลอว์อย่างประเทศฝรั่งเศสเลือกที่จะปรับปรุงกฎหมายว่าด้วยกฏอัยการศึกให้เข้ากับยุคสมัยเพื่อเตรียมพร้อมหากในอนาคตเกิดสงครามขึ้น แต่โดยรวมรัฐใช้กฎหมายสถานการณ์ฉุกเฉินเป็นหลักในยามจำเป็น ทำนองเดียวกันกับประเทศในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์อย่างประเทศอังกฤษซึ่งไม่มีกฎหมายว่าด้วยกฏอัยการศึกใช้บังคับ แต่หันมาใช้

<sup>64</sup> รายละเอียดโปรดดูบทที่ 3 มโนทัศน์ว่าด้วย “กฏอัยการศึก”

การประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินแทน โดยมีการปรับปรุงกฎหมายความมั่นคงไว้ให้ครอบคลุมและมีมาตรการเหมาะกับยุคสมัยยิ่งขึ้น ทว่าหากมีความจำเป็นและไม่มีวิธีการใดที่จะแก้ไขสถานการณ์ฉุกเฉินดังกล่าว กฎอัยการศึกอาจปรากฏตัวขึ้นอีกครั้งก็ได้ ดังนั้นทั้งสองประเทศจึงมีกฎอัยการศึกในลักษณะที่เรียกได้ว่า “ไม่ใช่แต่ก็มีได้ตัดทิ้ง”



## บทที่ 5

### กฎอัยการศึกในระบบกฎหมายไทย

#### 5.1 ข้อความเบื้องต้น

หลังจากที่ได้กล่าวถึงข้อพิจารณาเบื้องต้นและบทมโนทัศน์ว่าด้วยกฎอัยการศึก ซึ่งเป็นการศึกษาในทางรากฐานความคิดจากกฎหมายตะวันตก รวมถึงการปรับใช้กฎอัยการศึกในระบบกฎหมายต่างประเทศแล้ว ในบทนี้ผู้เขียนจะได้อธิบายกฎอัยการศึกในระบบกฎหมายไทย ตั้งแต่พัฒนาการในยุคโบราณก่อนกฎอัยการศึกจะปรากฏตัวขึ้น จนกระทั่งมีพระราชบัญญัติกฎอัยการศึก พ.ศ. 2457 ตลอดจนสาระสำคัญของพระราชบัญญัติกฎอัยการศึกและประเด็นความสัมพันธ์ของกฎอัยการศึกกับรัฐธรรมนูญของไทย เพื่อให้มีข้อมูลพร้อมสรรพในการวิเคราะห์ปัญหาบางประการของพระราชบัญญัติกฎอัยการศึกฯ และปัญหาการปรับใช้กฎหมายโดยเปรียบเทียบกับกฎอัยการศึกในต่างประเทศอันนำไปสู่การแก้ไขปัญหาดังกล่าวและข้อเสนอแนะในบทต่อไป

ก่อนจะกล่าวถึงกฎอัยการศึกแบบพิสดาร ผู้เขียนเห็นสมควรทำความเข้าใจระบบกฎหมายความมั่นคงในชั้นปฐมภูมิก่อนว่า กฎหมายความมั่นคงนั้นจะนำมาบังคับใช้ได้ต่อเมื่อความมั่นคงของประเทศชาติถูกคุกคามหรือตกอยู่ในสภาวะไม่ปกติซึ่งระบบกฎหมายปกติไม่อาจแก้ไขปัญหาดังกล่าวได้ จึงจำเป็นต้องบังคับใช้กฎหมายพิเศษซึ่งให้อำนาจแก่เจ้าหน้าที่รัฐมากกว่าในยามปกติเพื่อแก้ไขสถานการณ์ ทั้งนี้ ด้วยการตีความความมั่นคงที่เปลี่ยนไปเพื่อให้สอดคล้องกับยุคประชาธิปไตย ซึ่งคำนึงชาติที่เป็นทั้งรัฐและประชาชน กฎหมายความมั่นคงทั้งหลายจึงต้องหาจุดสมดุลระหว่างรักษาความมั่นคงของรัฐและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนไปพร้อมกันด้วย ปัจจุบันระบบกฎหมายความมั่นคงในประเทศไทยแบ่งได้เป็น 2 ประเภท คือ กฎหมายความมั่นคงในสถานการณ์ไม่ปกติ ได้แก่ พระราชบัญญัติกฎอัยการศึก พ.ศ. 2457 และพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548 กับกฎหมายความมั่นคงในสถานการณ์ปกติซึ่งยังมีได้มีสถานการณ์ฉุกเฉินเกิดขึ้นในทันทีแต่อาจมีเหตุบางประการที่จำเป็นต้องใช้มาตรการป้องกัน นำไปสู่การตราพระราชบัญญัติการรักษาความมั่นคงภายในราชอาณาจักร พ.ศ. 2551 ซึ่งยังคงมีปัญหาบางประการในความชอบด้วยกฎหมายของมาตรการที่อาจกระทบสิทธิเสรีภาพทั้งที่สถานการณ์ภายในประเทศยังอยู่ในภาวะปกติ<sup>1</sup>

<sup>1</sup> สำหรับผู้สนใจศึกษาปัญหาของพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน โปรดดูวิทยานิพนธ์ของจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัยเรื่อง “การบังคับใช้พระราชกำหนดการบริหาร

หากกล่าวตามจริงแล้ว กฎหมายความมั่นคงทั้ง 3 ฉบับ ยังคงมีปัญหาเรื่องความสมดุระหว่าง การรักษาความมั่นคงและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพประชาชน และปัญหาอื่น ๆ เช่น ความทับซ้อนกันของ ความจำเป็นในการประกาศใช้กฎหมาย การตรวจสอบและการบังคับใช้ที่สมควรปรับปรุงโดยเฉพาะ พระราชบัญญัติกฏอัยการศึกฯ ซึ่งผู้เขียนได้เลือกศึกษา ในฐานะของกฎหมายความมั่นคงในระดับ รุนแรงที่สุดทั้งยังเป็นกฎหมายในระบอบเก่าก่อนเปลี่ยนแปลงการปกครองในปี 2475 ที่ยังคงถูกใช้อยู่ จนถึงปัจจุบัน

## 5.2 พัฒนาการกฏอัยการศึกในระบบกฎหมายไทย

แรกเริ่มเดิมทีนั้น “กฏอัยการศึก” ตามแนวคิดของกฎหมายตะวันตกที่ใช้บังคับ ในปัจจุบันมิได้มีปรากฏมาก่อนในยุคโบราณ มีเพียงกฎหมายในลักษณะที่ใกล้เคียงกันบังคับใช้อยู่ คือ กฎหมายทหาร กระทั่งสมัยพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว สยามประเทศเข้าสู่รัฐสมัยใหม่ กฎหมายว่าด้วยกฏอัยการศึกจึงปรากฏตัวขึ้นครั้งแรกในช่วงปฏิรูปกฎหมาย ละทิ้งกฎหมายจารีต สู่กฎหมายสมัยใหม่ที่คาดหวังให้มีความเป็นอารยะแฉกเช่นชาติตะวันตก ในส่วนของพัฒนาการ กฏอัยการศึกในระบบกฎหมายไทยผู้เขียนแบ่งออกเป็น 3 ยุคสมัย คือ 1. ยุคก่อนปฏิรูปกฎหมาย ซึ่งยังไม่ปรากฏชื่อของกฏอัยการศึกโดยตรงมีเพียงกฎหมายที่ใช้ในยามสงครามและกฎหมายทหาร 2. ยุคปฏิรูปกฎหมายในสมัยรัฐชาติ (Nation State) ซึ่งเป็นครั้งแรกที่มีการตรากฎหมายว่าด้วย กฏอัยการศึก และ 3. ยุคสมัยใหม่ โดยเริ่มนับตั้งแต่มีการเปลี่ยนแปลงการปกครองจนกระทั่งถึง ปัจจุบัน อันเป็นยุคที่เริ่มมีการบังคับใช้กฏอัยการศึกภายในราชอาณาจักรเป็นครั้งแรกรวมถึง การปรากฏตัวของกฎหมายในสถานการณ์ฉุกเฉินรูปแบบอื่น

### 5.2.1 ยุคก่อนปฏิรูปกฎหมาย: เริ่มต้นจากกฎหมายในยามสงครามและกฎหมาย

#### ทหาร

ในยุคโบราณก่อนเข้าสู่ยุคปฏิรูปกฎหมายในสมัยรัชกาลที่ 5 นั้น บริเวณประเทศไทย ในปัจจุบันเป็นที่ตั้งของเหล่าอาณาจักรโบราณหลายแห่ง ตามหลักฐานทางประวัติศาสตร์ได้ค้นพบ

---

ราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548 กับการคุ้มครอง สิทธิและเสรีภาพของประชาชน” ของวสันต์ ชมภูศรี (2559) และปัญหาของพระราชบัญญัติการรักษาความมั่นคงภายในราชอาณาจักร พ.ศ. 2551 โปรดดูวิทยานิพนธ์ของมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์เรื่อง “บทวิเคราะห์ว่าด้วยกฎหมายการ รักษาความมั่นคงภายในราชอาณาจักร” ของดุสิต ยมจินดา (2553).

กฎหมายโบราณเขียนเป็นภาษาล้านนา คือ “มังรายศาสตร์” หรือวินิจฉัยมังราย สันนิษฐานว่าเขียนขึ้นในสมัยพระยามังรายมหาราชแห่งอาณาจักรล้านนา กฎหมายฉบับดังกล่าวมีลักษณะเป็นกฎหมายโบราณเช่นเดียวกับพระธรรมศาสตร์ในประเทศอินเดีย<sup>2</sup> ในบางส่วนได้กล่าวถึงการการหนีศึก การรบกรณีได้หัวข้าศึกและกรณีไม่ได้หัวข้าศึกมา ซึ่งมีลักษณะเป็นกฎหมายที่ใช้ในยามเกิดศึกสงคราม และการลงโทษทหาร เราอาจพออนุมานได้ว่ามีลักษณะเป็นกฎหมายทหาร ซึ่งใช้บังคับในยามสงคราม เฉพาะกับผู้เป็นทหารหรือรับราชการและไปร่วมในสงครามนั้น เช่น “...ในการรบผู้ใดหลบหนีละทิ้งผู้บังคับบัญชาให้ฆ่าเสีย...เมื่อฆ่าแล้วให้รับครอบครัวทรัพย์สินทั้งสิ้น...”<sup>3</sup> ซึ่งหมายถึงในยามออกรบ หากผู้ใดบังคับบัญชาละทิ้งหน้าที่ หลบหนีจากกองทัพย่อมมีความผิดให้ลงโทษตาย ทั้งยังริบทรัพย์ และครอบครัวมาเป็นของหลวง

ในช่วงอาณาจักรอยุธยาศรีรามเทพนครเรื่องอำนาจ ในสมัยสมเด็จพระบรมไตรโลกนาถมีการตรากฎหมายที่สำคัญขึ้นหลายฉบับ เนื่องจากเป็นช่วงเวลาแห่งการปฏิรูปการปกครองครั้งสำคัญในอาณาจักรอยุธยา ได้แก่ พระอัยการตำแหน่งนาพลเรือนและทหารหัวเมือง หรือกฎหมายศักดินาและ “พระอัยการลักษณะขบถศึก” หรือพระอัยการกบฏศึก ซึ่งเป็นกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับความปลอดภัยของบ้านเมืองและบัญญัติการลงโทษอริราชศัตรูด้วยโทษที่รุนแรงถึง 32 สถาน ในพระอัยการลักษณะขบถศึกจัดหมวดไว้ 37 มาตรา ว่าด้วยเรื่องของความผิดกบฏทรยศต่อพระมหากษัตริย์หรือต่อบ้านเมือง กับการประพฤติดัวในยามณรงค์สงครามในลักษณะของกฎหมายทหารหรือกฎหมายอาญาศึกจึงเรียกรวมกันเป็นพระอัยการลักษณะขบถศึกนั่นเอง ตัวอย่างความผิดที่ต้องรับโทษ เช่น ความผิดฐานรู้ว่าผู้ใดทำขบถ เข้าด้วยพวกกบฏรวมถึงรู้แต่ไม่นำความขึ้นกราบทูล ความผิดของการไม่ช่วยราชการทหาร การล่าถอยในเวลารบยอมต้องถูกลงโทษ<sup>4</sup>

ภายหลังอาณาจักรอยุธยาล่มสลาย มีการสถาปนากรุงเทพมหานครภายใต้ราชวงศ์จักรีขึ้นในปี พ.ศ. 2325 กฎหมายที่ใช้ในระยะแรกก็คือ กฎหมายที่ใช้ในสมัยกรุงศรีอยุธยาซึ่งมี

<sup>2</sup> รายละเอียดเพิ่มเติมเกี่ยวกับมังรายศาสตร์ ดู ประเสริฐ ฐ นคร, มังรายศาสตร์ พิมพ์เนื่องในงานพระราชทานเพลิงศพหลวงโหดฤทธิยานุพัทธ์ (อาสา โหดระกิตย), (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์เลียงเชียงจงเจริญ, 2514)

<sup>3</sup> หลวงสุทิวาทัศนฤทธิ, คำบรรยายประวัติศาสตร์กฎหมาย ชั้นปริญญาโท, (กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2516), น. 216.

<sup>4</sup> หม่อมราชวงศ์เสนีย์ ปราโมช, กฎหมายสมัยอยุธยา, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2559), น. 138-144.

ความชำรุดและสูญหายอยู่บ้าง กระทั่งเกิดเหตุคดีประวัติศาสตร์ของอำแดงป้อม<sup>5</sup> พระบาทสมเด็จพระพุทธยอดฟ้าจุฬาโลกมหาราชจึงโปรดให้มีการชำระสะสางกฎหมายใหม่ในปี พ.ศ. 2347 และเรียกกันในภายหลังว่า “กฎหมายตราสามดวง” โดยรวบรวมกฎหมายลักษณะต่าง ๆ ไว้ถึง 29 ลักษณะ โดยเฉพาะพระอัยการในลักษณะอาญาหลวงและพระอัยการลักษณะขบถศึก ผู้เขียนเห็นว่ากฎหมายดังกล่าวมีลักษณะเกี่ยวข้องกับการสงคราม ใช้บังคับกับเหล่าทหารและมีลักษณะใกล้เคียงกฎหมายในสมัยกรุงศรีอยุธยา เช่น พระอัยการลักษณะขบถศึกในกฎหมายตราสามดวง บทที่ 26 สรุปความได้ว่า “ผู้ใดเป็นยามในการรบ หากปล่อยให้ข้าศึกแปลกปลอมไปได้ ให้นำตัวไปฆ่าเสีย”<sup>6</sup> หรือในบทที่ 35 “ในการรบศึก” หากได้รับคำสั่งให้รบปฏิบัติโดยเร็ว หากบังอาจหลบหนี ให้นำตัวไปฆ่าเสีย”<sup>7</sup> ดีความได้ว่าในยามสงครามผู้ใดมีหน้าที่เป็นยามหากปล่อยให้ข้าศึกปะปนเข้ามา ต้องโทษตาย เช่นเดียวกับการได้รับคำสั่งจากผู้บังคับบัญชา ไม่ว่าจะพระมหากษัตริย์หรือแม่ทัพนายกอง หากหลบหนีหรือไม่ปฏิบัติตามโดยเร็วย่อมต้องโทษตายเช่นกัน กฎหมายตราสามดวงใช้บังคับเรื่อยมาจนกระทั่งในรัชสมัยของพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว ระบบกฎหมายไทยจึงเข้าสู่การเปลี่ยนแปลงครั้งสำคัญ

สรุปได้ว่า ในยุคก่อนปฏิรูปกฎหมาย เป็นกฎหมายดั้งเดิมที่ยังไม่มีกฎอัยการศึกษาดังเช่นที่ใช้ในปัจจุบัน มีเพียงลักษณะของกฎหมายที่ใกล้เคียงกัน กล่าวคือ มีกฎหมายที่บังคับในยามศึกสงคราม ซึ่งโดยส่วนใหญ่จะบังคับกับทหารที่ออกไปรบ ตลอดจนใช้ในการลงโทษบรรดาภักดีและราชศัตรูของพระมหากษัตริย์และแผ่นดิน ในส่วนนี้หากนำไปเปรียบเทียบกับพัฒนาการกฎอัยการศึกษานี้ในบทที่ 3<sup>8</sup> ซึ่งก่อนจะมีการใช้กฎอัยการศึกษานี้ในต่างประเทศก็มักจะมีกฎหมายในยามสงครามหรือกฎหมายทหารมาก่อน ถือว่าจุดเริ่มต้นสอดคล้องไปในทำนองเดียวกันกับพัฒนาการในต่างประเทศ

### 5.2.2 ยุคปฏิรูปกฎหมาย: การปรากฏตัวของกฎอัยการศึก

หากจะกล่าวเพียงว่า ในยุคปฏิรูปกฎหมายเกิดขึ้นในสมัยพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัวก็อาจจะดูเบาฉวยเกินไป เพราะความจริงแล้วการพยายามปฏิรูปประเทศให้ทัดเทียมชาติตะวันตกเริ่มต้นมาตั้งแต่ในสมัยพระบาทสมเด็จพระจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว เพราะทรงมี

<sup>5</sup> คดีอำแดงป้อมฟ้องหย่านายบุญศรี ทั้งที่ตนเองได้ทำชู้กับชายอื่น และศาลพิพากษาให้หย่าได้ตามบทกฎหมายที่ว่า “ชายหาผิดมิได้หญิงขอหย่า ท่านว่าหญิงหย่าชายได้” นายบุญศรีจึงได้ทูลเกล้าถวายฎีกาต่อรัชกาลที่ 1

<sup>6</sup> พิธีนัย ไชยแสงสุขสกุล และ อำนวย พรหมนันต์, วิจัยพื้นฐาน เรื่อง กฎหมายแห่งอาณาจักรสยาม, (กรุงเทพมหานคร: บริษัทสามเจริญพาณิชย์, 2537), น. 183.

<sup>7</sup> เพ็ญอ้าง.

<sup>8</sup> รายละเอียดในหัวข้อ 3.3 พัฒนาการทางประวัติศาสตร์ของ “กฎอัยการศึก”

พระราชโอรสชาติติดต่อกับชาวตะวันตก นำไปสู่การไหลบ่าเข้ามาของอารยธรรมและวิทยาการสมัยใหม่ พร้อมกับการค้าที่เสรีมากขึ้นหลังลงนามในสนธิสัญญาเบาว์ริง ขณะเดียวกันก็เป็นสนธิสัญญาที่ไทยต้องเสียสิทธิสภาพนอกอาณาเขตหรือเสียอธิปไตยทางศาลซึ่งเป็นภาวะที่รัฐบาลไทยไม่อาจนิ่งดูตายได้ เป็นแรงผลักดันประการหนึ่งสู่การปฏิรูปกฎหมายโดยเร็ว<sup>9</sup> และเป็นงานต่อเนื่องสู่สมัยพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว

### 5.2.2.1 กฎอัยการศึก รัตนโกสินทร์ศก 126

ในแผ่นดินพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว เป็นยุคแห่งการปฏิรูปในหลาย ๆ ด้าน เพื่อปรับปรุงประเทศให้ทัดเทียมกับอารยประเทศ ไม่ว่าจะเป็นการพัฒนาด้านสาธารณสุข โภค การสาธารณสุข การปกครองรวมถึงพระราชโอรสชาติรวมอำนาจเข้าสู่ศูนย์กลาง กล่าวได้ว่า การสร้างรัฐชาติ (Nation State) ถือกำเนิดขึ้นแล้วในขณะนั้น รวมถึงการปฏิรูประบบกฎหมายไทยและการจัดระเบียบศาลไทย ในช่วงนี้เอง “กฎอัยการศึก” ปรากฏเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรครั้งแรก คือ “กฎอัยการศึก ร.ศ. 126” ตรงกับปี พ.ศ. 2450 ซึ่งเป็นปีที่ประเทศไทยปรับปรุงกฎหมายครั้งใหญ่ โดยเหตุที่มีการร่างกฎอัยการศึกนี้สืบเนื่องมาจากนายยอร์ช ปาร์ดู (Georges Padoux) ชาวฝรั่งเศส ที่ปรึกษากฎหมายของรัฐบาลไทย ได้ทำการยกร่างพระธรรมนูญศาลทหารบก ร.ศ. 126 ซึ่งมีเนื้อหาบทบัญญัติภาคหนึ่งว่าด้วยศาลทหารระหว่างประเทศมีอำนาจประกาศใช้กฎอัยการศึกได้ จึงจำเป็นที่จะต้องมีกฎหมายว่าด้วยกฎอัยการศึกมารองรับ สอดคล้องกับคำปรารภในพระราชบัญญัตินี้ว่า

“...ตามระเบียบที่ได้ทรงพระกรุณาโปรดเกล้าฯ ให้ใช้พระราชบัญญัติใหม่แทนพระราชกำหนดกฎหมายต่าง ๆ ซึ่งใช้อยู่ในพระราชอาณาจักรเวลานี้ เพื่อปกครองการยุติธรรมของทหารและในพระราชบัญญัติใหม่นั้นมีทั้งส่วนพิเศษว่าด้วยศาลทหารบกเมื่อได้มีการประกาศให้ใช้กฎอัยการศึก เพราะฉะนั้นก่อนที่จะเริ่มใช้พระราชบัญญัติใหม่นี้ สมควรตรากฎอัยการศึกขึ้นไว้ จึงทรงพระกรุณาโปรดเกล้าฯ ให้ตราพระราชบัญญัติไว้ดังต่อไปนี้”<sup>10</sup>

จากคำปรารภในกฎหมายฉบับนี้ นอกจากชี้ให้เห็นถึงเจตนารมณ์ในเบื้องต้นของการร่างกฎอัยการศึก เพื่อให้สอดคล้องกับการใช้กฎหมายพระธรรมนูญศาลทหารบกแล้ว ยังแสดงให้เห็นว่า ก่อนมีการตราพระราชบัญญัติดังกล่าว อาจจะมีกฎหมายหรือข้อบังคับในลักษณะนี้ซึ่งเป็นกฎหมายในยามสงครามอยู่ก่อนแล้วในชื่อกฎหมายอื่น พระราชบัญญัติกฎอัยการศึก ร.ศ. 126 นี้มี

<sup>9</sup> กิตติศักดิ์ ปรกติ, การปฏิรูปกฎหมายไทยภายใต้อิทธิพลยุโรป, พิมพ์ครั้งที่ 4 แก้ไขเพิ่มเติม (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2556), น. 21.

<sup>10</sup> พระราชบัญญัติกฎอัยการศึก รัตนโกสินทร์ศก 126.

เพียง 8 มาตรา ซึ่งถอดแบบมาจากรัฐบัญญัติว่าด้วยกฏอัยการศึก ลงวันที่ 9 สิงหาคม 1849<sup>11</sup> ของประเทศฝรั่งเศส ก่อนจะถูกยกเลิกไปในปีพ.ศ. 2457

### 5.2.2.2 พระราชบัญญัติกฏอัยการศึก พระพุทธศักราช 2457

ภายหลังการตราพระราชบัญญัติกฏอัยการศึก ร.ศ. 126 เพียง 7 ปี ในรัชสมัยพระบาทสมเด็จพระมงกุฎเกล้าเจ้าอยู่หัวได้โปรดให้ยกเลิกกฏอัยการศึกดังกล่าวและได้ประกาศใช้ “พระราชบัญญัติกฏอัยการศึก พ.ศ. 2457” ขึ้นใช้แทน เหตุผลที่ยกเลิกและตราพระราชบัญญัติกฏอัยการศึกขึ้นใหม่ปรากฏอยู่ในคำปรารภว่า

“...ให้ประกาศทราบทั่วกันว่า กฏอัยการศึก ซึ่งได้ตราเป็นพระราชบัญญัติไว้ตั้งแต่ พ.ศ. 2450 (ร.ศ. 126) นั้น อำนาจเจ้าพนักงานฝ่ายทหารที่จะทำการใด ๆ ยังหาตรงกับระเบียบพิไชยสงคราม อันจะได้ความรักษาความสงบเรียบร้อย ปราศจากภัย ซึ่งจะมีมาจากภายนอกหรือเกิดขึ้นภายในได้โดยสะดวกไม่ บัดนี้สมควรแก้ไขกฏอัยการศึก และเปลี่ยนแปลงให้เหมาะสมกับกาลสมัย จึงทรงพระกรุณาโปรดเกล้าให้ยกเลิกกฏอัยการศึก พ.ศ. 2450 (ร.ศ. 126) นั้นเสียและให้ใช้กฏอัยการศึก ซึ่งได้ตราเป็นพระราชบัญญัติขึ้นใหม่ คือพระราชบัญญัติกฏอัยการศึก พระพุทธศักราช 2457”<sup>12</sup>

จากคำปรารภแสดงให้เห็นว่าในสายพระเนตรของพระบาทสมเด็จพระมงกุฎเกล้าเจ้าอยู่หัว กฏอัยการศึก ร.ศ. 126 มีข้อกำหนดให้อำนาจหน้าที่ทหารไม่ตรงกับตำราพิชัยสงครามและไม่เหมาะสมกับยุคสมัย ผู้เขียนเห็นด้วยในบางส่วนที่ว่า บทบัญญัติกฎหมายดังกล่าวอาจจะไม่สอดคล้องกับตำราพิชัยสงครามโบราณ เนื่องจากบทบัญญัติส่วนใหญ่ถอดแบบมาจากรัฐบัญญัติว่าด้วยกฏอัยการศึกปี 1843 ของประเทศฝรั่งเศส แต่ข้อที่ว่าไม่สะดวกในการใช้งาน ผู้เขียนไม่แน่ใจนัก เนื่องจากพระราชบัญญัติกฏอัยการศึก ร.ศ. 126 นี้ยังไม่เคยถูกประกาศใช้มาก่อน กอปรกับห้วงเวลาในขณะนั้นอยู่ในช่วงสงครามโลกครั้งที่ 1 ซึ่งพระเจ้าอยู่หัวรัชกาลที่ 6 ให้ความสนพระราชหฤทัยติดตามสถานการณ์ของสงครามเพื่อเตรียมความพร้อม หากสงครามมีผลกระทบมาถึงสยามประเทศ ต่อมาเจ้าพระยาบดินทรเดชาฯ นุชิต เสนาบดีกระทรวงกลาโหมขณะนั้นจึงได้ทูลเกล้าฯ ถวายร่างพระราชบัญญัติกฏอัยการศึกฉบับใหม่ซึ่งนำต้นแบบมาจากกฏอัยการศึกของประเทศต่าง ๆ ที่เคยตก

<sup>11</sup> พลโทไสว ดวงมณี, “กฏอัยการศึก,” บทบัญญัติ เล่มที่ 20, ตอนที่ 3, น. 505 (กรกฎาคม 2523).

<sup>12</sup> พระราชบัญญัติกฏอัยการศึก พระพุทธศักราช 2457, ราชกิจจานุเบกษา เล่มที่ 31 (13 กันยายน 2457): 388.

อยู่ในภาวะสงครามมาเป็นต้นแบบ<sup>13</sup> และมีการประกาศใช้พระราชบัญญัติกฎอัยการศึก พ.ศ. 2457 เมื่อวันที่ 13 กันยายน 2457 ซึ่งให้อำนาจทหารเพิ่มขึ้น พิจารณาเปรียบเทียบได้จากมาตรา 6 แห่งพระราชบัญญัติกฎอัยการศึก ร.ศ. 126 ที่บัญญัติให้เจ้าหน้าที่ทหารมีอำนาจเหมือนเจ้าหน้าที่ฝ่ายพลเรือนเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อย และให้เจ้าหน้าที่พลเรือนต้องช่วยเหลือเจ้าหน้าที่ทหาร<sup>14</sup> แต่ในพระราชบัญญัติกฎอัยการศึก พ.ศ. 2457 ในมาตราเดียวกัน ระบุให้เจ้าหน้าที่ทหารมีอำนาจเหนือเจ้าหน้าที่ฝ่ายพลเรือน และให้เจ้าหน้าที่พลเรือนปฏิบัติตามที่เจ้าหน้าที่ทหารสั่ง<sup>15</sup> รายละเอียดบทบัญญัติว่าด้วยกฎอัยการศึกดังกล่าวจะได้กล่าวถึงในหัวข้อต่อไป

### 5.2.3 ยุคสมัยใหม่ หลังการเปลี่ยนแปลงการปกครอง 2475: การปรับใช้กฎอัยการศึก และการถือกำเนิดของกฎหมายในสถานการณ์ฉุกเฉิน

หลังจากประกาศใช้พระราชบัญญัติกฎอัยการศึก พ.ศ. 2457 แทนที่พระราชบัญญัติกฎอัยการศึกของเดิมนั้น แม้เจตนารมณ์ประการหนึ่งเป็นไปเพื่อเตรียมพร้อมหากเผชิญกับสงครามในช่วงสงครามโลกครั้งที่ 1 ซึ่งสยามประกาศสงครามกับเยอรมนีและออสเตรีย-ฮังการี มีการประกาศใช้ข้อบังคับและพระบรมราชโองการประกาศสงครามเท่านั้น มิได้มีการประกาศกฎอัยการศึกแต่อย่างใด ส่วนหนึ่งผู้เขียนเห็นว่าอาจเป็นเพราะสถานการณ์ภายในประเทศมิได้รับผลกระทบโดยตรงจากสงครามที่จะต้องใช้กำลังทหารดูแลความสงบเรียบร้อยในพื้นที่เพราะสมรภูมิล้อมอยู่ฝั่งโลกตะวันตกเป็นส่วนใหญ่ ตลอดรัชสมัยของพระองค์มิได้มีการประกาศใช้กฎอัยการศึกแต่อย่างใด

#### 5.2.3.1 การปรับใช้กฎอัยการศึก

การประกาศใช้กฎอัยการศึกครั้งแรกกลับเกิดขึ้นภายหลังเปลี่ยนแปลงการปกครอง 24 มิถุนายน พ.ศ. 2475 ภายใต้การปกครองระบอบใหม่ที่พระมหากษัตริย์อยู่ภายใต้รัฐธรรมนูญ โดยครั้งแรกของการประกาศใช้กฎอัยการศึกนั้นสืบเนื่องจากกรณีกบฏบวรเดช พระยาพหลพลพยุหเสนา นายกรัฐมนตรีและผู้บัญชาการทหารสูงสุดในขณะนั้น ได้ประกาศใช้กฎอัยการศึกในพื้นที่จังหวัดทหารบกกรุงเทพฯ<sup>16</sup> อาศัยอำนาจตามความในมาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัตินี้ หลังจากนั้นกฎอัยการศึกก็เริ่มถูกประกาศใช้ด้วยข้ออ้างที่ต่างกันออกไป ในช่วงแรกเป็นการใช้บังคับกรณีกบฏและสงครามโดยฝ่ายรัฐบาล ซึ่งเมื่อเราพิจารณาสถานการณ์ขณะนั้นการอ้างว่าประกาศ

<sup>13</sup> หอจดหมายเหตุแห่งชาติ. ร.6 ก.2/12 เรื่องพระราชบัญญัติกฎอัยการศึก (24 สิงหาคม 2457).

<sup>14</sup> พระราชบัญญัติกฎอัยการศึก ร.ศ. 126 มาตรา 6.

<sup>15</sup> พระราชบัญญัติกฎอัยการศึก พ.ศ. 2457 มาตรา 6.

<sup>16</sup> ประกาศให้ใช้กฎอัยการศึก, *ราชกิจจานุเบกษา* เล่มที่ 50 (12 ตุลาคม 2476): 597.

กฎอัยการศึกเพื่อรักษาความมั่นคงภายในประเทศก็พอจะรับฟังได้ ส่วนในช่วงปี พ.ศ. 2500 เป็นต้นมา ตั้งแต่มีการประกาศใช้กฎอัยการศึกครั้งที่ 5 โดยจอมพลสฤษดิ์ ธนะรัชต์ การประกาศกฎอัยการศึก เป็นไปในลักษณะของการรัฐประหารแย่งชิงอำนาจในทางการเมืองในอีกหลายครั้ง กฎอัยการศึก กลับกลายเป็นเครื่องมือทำร้ายรัฐบาลเสียเอง ผู้ประกาศใช้กฎอัยการศึกกลายเป็นผู้บัญชาการทหารบก รวมถึงการประกาศกฎอัยการศึกเฉพาะพื้นที่ใน 3 จังหวัดชายแดนภาคใต้เพื่อควบคุม ความสงบเรียบร้อยที่ดูจะไม่ค่อยได้ผลนัก นี่คือภาพรวมของการประกาศใช้กฎอัยการศึกทั้ง 16 ครั้ง รายละเอียดทั้งหมดผู้เขียนจะได้อธิบายในหัวข้อต่อไป

### 5.2.3.2 การถือกำเนิดของกฎหมายในสถานการณ์ฉุกเฉิน

แม้จะมีกฎอัยการศึกเป็นเครื่องมือรักษาความมั่นคงของรัฐก็ตาม ทว่า ปัญหาด้านความมั่นคงมิใช่ในเรื่องสงครามเพียงอย่างเดียว กอปรกับการปกครองในระบอบ ประชาธิปไตยที่นานาอารยประเทศพยายามยึดมั่นในนิติรัฐและนิติธรรม การใช้อำนาจรัฐถูกจำกัด มากขึ้น การให้อำนาจในการรักษาความเรียบร้อยโดยเจ้าหน้าที่ทหารลดน้อยลงเช่นเดียวกับภัยความ มั่นคงของชาติในลักษณะของการสงครามแบบดั้งเดิมน้อยลง มีภัยความมั่นคงในรูปแบบใหม่ ๆ เข้ามา รวมทั้งเหตุผลเบื้องหลังในทางการเมือง นำไปสู่การตรากฎหมายความมั่นคงประเภทอื่นที่เกี่ยวข้องกับ การสงครามและความมั่นคง เช่น พระราชบัญญัติกำหนดหน้าที่ของคนไทยในเวลารบ พ.ศ. 2481 พระราชบัญญัติมอบอำนาจให้รัฐบาลในภาวะคับขัน พ.ศ. 2484 พระราชบัญญัติให้อำนาจในการ ป้องกันประเทศในภาวะสงคราม พ.ศ. 2488 พระราชบัญญัติป้องกันการกระทำอันเป็นคอมมิวนิสต์ พ.ศ. 2495 รวมถึงการตรากฎหมายในสถานการณ์ฉุกเฉินขึ้นเป็นฉบับแรก คือ พระราชบัญญัติว่าด้วย การบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2495<sup>17</sup>

เมื่อพิจารณาภูมิหลังและบริบทบ้านเมืองในขณะนั้นจะเห็นได้ว่า ในช่วงปี 2481-2487 จอมพล ป. พิบูลสงครามเป็นนายกรัฐมนตรีที่กำลังเรื่องอำนาจและสามารถควบคุม กองทัพได้ กฎหมายความมั่นคงเป็นไปเพื่อเตรียมรับมือกับการสงครามเนื่องจากอยู่ในช่วงสงครามอินโดจีน และสงครามมหาเอเชียบูรพาซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของสงครามโลกครั้งที่ 2 กฎหมายนี้เน้นให้อำนาจล้นเหลือ แก่รัฐบาลเพื่อจัดการกับสถานการณ์ดังกล่าว แต่ในช่วงหลังปี 2495 อำนาจของรัฐบาลจอมพล ป. มิได้มั่นคงและไม่สามารถจะควบคุมกองทัพได้ทั้งหมด จอมพล ป. จึงได้ผ่านกฎหมายการบริหาร ราชการในสถานการณ์ฉุกเฉินขึ้น ซึ่งเป็นกฎหมายที่ให้อำนาจฝ่ายบริหารเพื่อรับมือกับสถานการณ์ ฉุกเฉินและรักษาความมั่นคง โดยมีได้ระบุให้ปฏิบัติการโดยเจ้าหน้าที่ทหารเป็นหลักดังเช่นกฎอัยการศึก

<sup>17</sup> พระราชบัญญัติว่าด้วยการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2495, *ราชกิจจานุเบกษา* เล่มที่ 16 ตอนที่ 69 (11 มีนาคม 2495): 278-285.

ผู้เขียนเห็นว่า อาจเป็นเพราะรัฐบาลต้องการกฎหมายที่ให้อำนาจฉุกเฉินแก่ตนและมีได้ใช้เจ้าหน้าที่ทหารเป็นหลัก เนื่องจากขณะนั้นรัฐบาลไม่อาจควบคุมกองทัพได้ ดังนั้นแม้ประกาศกฎอัยการศึก บรรดาผู้บัญชาการทหารที่มีกำลังทหารในมืออาจไม่ปฏิบัติตามและอาจนำไปสู่การรัฐประหารก็เป็นได้

เนื้อหาในพระราชบัญญัติว่าด้วยการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2495 ให้อำนาจนายกรัฐมนตรีและรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินทั่วราชอาณาจักรหรือเฉพาะพื้นที่ซึ่งให้อำนาจฝ่ายบริหารค่อนข้างมากในการออกคำสั่งต่าง ๆ เช่นเดียวกับการประกาศกฎอัยการศึก<sup>18</sup> ทั้งนี้กฎหมายในสถานการณ์ฉุกเฉินดังกล่าวถูกแทนที่โดยพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548 สืบเนื่องจากกรณีความไม่สงบใน 3 จังหวัดชายแดนภาคใต้ สารสำคัญของพระราชกำหนดดังกล่าวคือ ผู้มีอำนาจประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินคือ นายกรัฐมนตรี โดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรีที่จะประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินเพื่อบังคับใช้ทั่วราชอาณาจักรหรือในบางเขตบางท้องที่ตามความจำเป็นเมื่อปรากฏว่ามีสถานการณ์ฉุกเฉินเกิดขึ้น โดยให้นายกรัฐมนตรีมีดุลพินิจเลือกใช้กำลังเจ้าหน้าที่พลเรือนซึ่งเป็นฝ่ายปกครองหรือตำรวจ รวมถึงเจ้าหน้าที่ฝ่ายทหารร่วมกันป้องกัน แก้ไข ปราบปราม ช่วยเหลือประชาชน ระยะเวลาในการประกาศไม่เกิน 3 เดือน เว้นแต่ได้รับความเห็นชอบให้ขยายระยะเวลา ทั้งนี้ในกรณีที่ไม้อาจขอความเห็นชอบจากคณะรัฐมนตรีได้ทันท่วงที นายกรัฐมนตรีอาจประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินไปก่อน แล้วจึงมาขอความเห็นชอบจากคณะรัฐมนตรีภายใน 3 วันก็ได้<sup>19</sup> พระราชกำหนดดังกล่าวใช้มาจนกระทั่งปัจจุบันและมีการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินโดยอาศัยอำนาจตามกฎหมายดังกล่าวครั้งล่าสุดเมื่อการแก้ไขสถานการณ์โรคติดเชื้อไวรัสโคโรนา 2019<sup>20</sup>

### 5.3 สารสำคัญของพระราชบัญญัติกฎอัยการศึก พ.ศ. 2457 และการปรับใช้ในระบบกฎหมายไทย

พระราชบัญญัติกฎอัยการศึก พ.ศ. 2457 มีจำนวนทั้งสิ้น 17 มาตรา เป็นกฎหมายที่มีลักษณะพิเศษ กล่าวคือ แม้จะเป็นกฎหมายที่มีผลใช้บังคับแล้ว ทว่าการจะใช้อำนาจหรือมาตรการ

<sup>18</sup> อัมพร ศรีไชยยันต์, กฎหมายเกี่ยวกับการป้องกันราชอาณาจักร, (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์กรมแผนที่ทหาร, 2513), น. 63-64.

<sup>19</sup> พระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548 มาตรา 5

<sup>20</sup> ประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินในเขตท้องที่ทั่วราชอาณาจักร, ราชกิจจานุเบกษา เล่มที่ 137 ตอนพิเศษที่ 69 ง (25 มีนาคม 2563): 1.

บังคับตามกฎหมายนี้จะต้องดำเนินการ“ประกาศพระบรมราชโองการให้ใช้กฎอัยการศึก”ทั่วราชอาณาจักร หรือ “ประกาศให้ใช้กฎอัยการศึก” เฉพาะพื้นที่ ตามเงื่อนไขที่กฎหมายดังกล่าวกำหนด พระราชบัญญัติกฎอัยการศึกจึงจะมีชีวิตขึ้นมา และหนึ่งร้อยกว่าปีที่ผ่านมา กฎอัยการศึกของไทยมีการแก้ไขทั้งสิ้น 5 ครั้ง ดังนี้

1. พระราชกำหนดแก้ไขเพิ่มเติมกฎอัยการศึก พ.ศ. 2457 พุทธศักราช 2485<sup>21</sup> ได้แก้ไขเพิ่มเติมในมาตรา 2 โดยให้พระมหากษัตริย์ทรงมีพระราชอำนาจที่จะประกาศพระบรมราชโองการให้ใช้กฎอัยการศึกทั้งฉบับหรือเฉพาะบางมาตรา ตลอดจนกำหนดเงื่อนไขใด ๆ เพื่อการนั้นย่อมได้ และเมื่อประกาศแล้วพระราชบัญญัติหรือกฎหมายใดขัดกับกฎอัยการศึกละเมิดกฎอัยการศึกให้ใช้บทบัญญัติว่าด้วยกฎอัยการศึกแทน

2. พระราชบัญญัติกฎอัยการศึก (ฉบับที่ 3) พุทธศักราช 2487<sup>22</sup> แก้ไขมาตรา 6 และมาตรา 7 โดยระบุประเภทความผิดอาญาที่สำคัญซึ่งได้กระทำผิดในพื้นที่ซึ่งประกาศกฎอัยการศึกให้อยู่ในอำนาจของศาลทหารที่จะพิจารณาพิพากษาไว้ในบัญชีต่อท้ายพระราชบัญญัติกฎอัยการศึก รวมถึงเพิ่มบทบัญญัติในมาตรา 7 ทวิ และ 7 ตริ เกี่ยวกับอำนาจของศาลทหารเพิ่มเติมไว้ด้วย

3. พระราชกำหนดแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติ กฎอัยการศึก พุทธศักราช 2457 พุทธศักราช 2488<sup>23</sup> ได้เพิ่มเติมวรรคสามและวรรคสี่ในมาตรา 7 โดยให้อำนาจคณะกรรมการที่ตั้งขึ้นตามพระราชบัญญัตินี้ มีอำนาจสั่งให้คดีอาญาที่มีได้อยู่ในบัญชีท้ายพระราชบัญญัตินี้ไปขึ้นศาลทหารได้ตามที่แม่ทัพภาคร้องขอ เมื่อมีเหตุพิเศษเกี่ยวกับความมั่นคงหรือความสงบเรียบร้อยได้

4. พระราชบัญญัติกฎอัยการศึก (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2502<sup>24</sup> ได้แก้ไขมาตรา 7 ซึ่งได้แก้ไขเพิ่มเติมไปแล้วนั้น โดยยกเลิกคณะกรรมการที่สั่งให้คดีอาญาบางประเภทขึ้นศาลทหาร และให้ผู้บัญชาการทหารสูงสุดเป็นผู้ใช้อำนาจดังกล่าวแทน และได้แก้ไขเพิ่มเติมบัญชีท้ายพระราชบัญญัติกรณีความผิดที่ต้องขึ้นศาลทหารให้มีความเหมาะสม

<sup>21</sup> พระราชกำหนดแก้ไขเพิ่มเติมกฎอัยการศึก พ.ศ. 2457 พุทธศักราช 2485, *ราชกิจจานุเบกษา* เล่มที่ 59 ตอนที่ 29 (28 เมษายน 2485): 916.

<sup>22</sup> พระราชบัญญัติกฎอัยการศึก (ฉบับที่ 3) พุทธศักราช 2487, *ราชกิจจานุเบกษา* เล่มที่ 61 ตอนที่ 79 (31 ธันวาคม 2487): 1245.

<sup>23</sup> พระราชกำหนดแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติ กฎอัยการศึก พุทธศักราช 2457 พุทธศักราช 2488, *ราชกิจจานุเบกษา* เล่มที่ 62 ตอนที่ 21 (7 เมษายน 2488): 251.

<sup>24</sup> พระราชบัญญัติกฎอัยการศึก (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2502, *ราชกิจจานุเบกษา* เล่มที่ 76 ตอนที่ 78 (11 สิงหาคม 2502): 115.

5. ประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 303 ลงวันที่ 13 ธันวาคม พุทธศักราช 2515<sup>25</sup> แก้ไขบทบัญญัติในมาตรา 6 และมาตรา 7 ในเรื่องอำนาจหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ทหาร แก้ไขมาตรา 9 ให้อำนาจเจ้าหน้าที่ทหารในการตรวจค้นบรรดาหนังสือ สิ่งพิมพ์ หนังสือพิมพ์ต่างๆ แก้ไขมาตรา 11 ให้อำนาจการห้ามต่าง ๆ แก่เจ้าหน้าที่ทหารกว้างขวางยิ่งขึ้น เช่น ห้ามการแสดงมหรสพ ห้ามออกนอกเคหสถาน รวมทั้งเพิ่มมาตรา 15 ทวิ ให้เจ้าหน้าที่ทหารมีอำนาจกักตัวบุคคลผู้ต้องสงสัยว่าเป็นราชศัตรูเพื่อสอบถามได้ไม่เกิน 7 วัน

เมื่อพิจารณาการแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติกฎอัยการศึกที่ผ่านมาทั้ง 5 ครั้ง พบว่าได้แก้ไขในส่วนสำคัญอันเป็นเงื่อนไขในการประกาศใช้กฎอัยการศึกหรือเพิ่มเติมการควบคุมตรวจสอบให้เหมาะสมกับกาลสมัย มิได้แก้ไขกฎหมายในส่วนที่เป็นปัญหา แต่กลับเป็นการแก้ไขกฎหมายในลักษณะการเพิ่มเติมอำนาจให้เจ้าหน้าที่ทหาร รวมถึงศาลทหารเสียมากกว่า ดังนั้นในหัวข้อนี้ผู้เขียนจะได้อธิบายบทบัญญัติที่สำคัญในพระราชบัญญัติกฎอัยการศึกและชี้ให้เห็นถึงปัญหาบางประการดังต่อไปนี้

### 5.3.1 บทบัญญัติว่าด้วยเงื่อนไขการประกาศใช้กฎอัยการศึก

ผู้เขียนได้เกริ่นนำถึงความพิเศษของพระราชบัญญัติกฎอัยการศึกในเบื้องต้นแล้ว ซึ่งในพระราชกิจจานุเบกษามีข้อความเสมือนเป็นข้อไว้ด้วยว่า “ใช้พระราชบัญญัติเมื่อใดที่ใดต้องประกาศ” ก่อนจะตามด้วยถ้อยคำในมาตรา 2 แสดงให้เห็นประจักษ์ที่ว่าบทบัญญัติในกฎหมายนี้จะใช้ได้ต่อเมื่อมีการประกาศ และการประกาศต้องเข้าเงื่อนไขต่อไปนี้

#### 5.3.1.1 เหตุแห่งการประกาศใช้กฎอัยการศึก

เหตุในการประกาศใช้กฎอัยการศึกถือเป็นบทบัญญัติที่มีความสำคัญมาก ดังที่ผู้เขียนได้อธิบายในบทก่อนหน้าถึงรากฐานทางความคิดและลักษณะเฉพาะของกฎอัยการศึกในเบื้องต้นแล้วเป็นที่ประจักษ์ว่า เป็นกฎหมายความมั่นคงในยามสถานการณ์ไม่ปกติและไม่ปกติในระดับสงครามหรือสภาวะยกเว้นจากกฎหมายต่าง ๆ ที่จะแก้ไขสถานการณ์ได้จึงจำเป็นต้องใช้กฎอัยการศึกซึ่งอาจกระทบสิทธิเสรีภาพของประชาชนในชาติ ดังนั้นการประกาศใช้กฎอัยการศึกจึงไม่อาจกระทำโดยพลการปราศจากเงื่อนไขทั้งปวง โดยเฉพาะเมื่อกฎอัยการศึกซึ่งเป็นเครื่องมือรักษาความมั่นคงของรัฐมาอย่างยาวนาน เมื่อยุคสมัยและการดำรงอยู่ของรัฐมีลักษณะเปลี่ยนไปสู่ความเป็นประชาธิปไตยซึ่ง

<sup>25</sup>ประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 303 ลงวันที่ 13 ธันวาคม พุทธศักราช 2515, *ราชกิจจานุเบกษา* เล่มที่ 89 ตอนที่ 190 ฉบับพิเศษ (13 ธันวาคม 2515): 11.

ยากจะปฏิเสธความเป็นนิติรัฐ การใช้อำนาจรัฐจึงถูกจำกัดโดยกฎหมาย การประกาศใช้กฎอัยการศึกต้องเป็นกรณีดังต่อไปนี้

(1) **มีเหตุจำเป็น** ในพระราชบัญญัติกฎอัยการศึก พ.ศ. 2457 มาตรา 2 บัญญัติในส่วนนี้ไว้ว่า “เมื่อเวลาที่มีเหตุจำเป็นเพื่อจะได้รักษาความเรียบร้อย ปราศจากภัยซึ่งจะมีมาจากภายนอกหรือภายในพระราชอาณาจักนั้นแล้ว จะได้มีประกาศพระบรมราชโองการให้ใช้กฎอัยการศึกทุกมาตราหรือแต่บางมาตรา...”

เมื่อพิจารณา “เหตุจำเป็น” พร้อมคำอธิบายที่บัญญัติไว้เพียงเล็กน้อย อาจสรุปได้ว่า กฎอัยการศึกประกาศใช้ได้เมื่อมีเหตุจำเป็นที่กระทบความสงบเรียบร้อยของบ้านเมือง ไม่ว่าจะเป็นภัยคุกคามจากภายในหรือภายนอกราชอาณาจักร ซึ่งถ้อยคำดังกล่าวมีความคลุมเครือและตีความหมายได้กว้างขวาง ความจำเป็นที่ว่าต้องอยู่ในระดับใดและยอมเชื่อมโยงไปถึงประเด็นที่ว่าความจำเป็นนั้น ใครเป็นผู้ตัดสิน และเป็นความจำเป็นของตัวบุคคลหรือประเทศชาติ<sup>26</sup>

(2) **มีเหตุสงคราม** ในมาตรา 4 บัญญัติเงื่อนไขกรณีการประกาศกฎอัยการศึกในบางพื้นที่ซึ่งเกิดสงคราม จากการศึกษาบทสนทนาว่าด้วยกฎอัยการศึกในเบื้องต้นมาแล้ว สถานการณ์ที่สมเหตุสมผลในการประกาศใช้กฎอัยการศึกคือ “กรณีสงคราม” นิยามสงครามในอดีตคือ การใช้กฎหมายระหว่างประเทศในส่วนที่เกี่ยวกับการกระทำตามสภาวะที่เป็นอยู่เพื่อป้องกันสิทธิของตนและยุติข้อพิพาทโดยใช้กำลังบังคับให้อีกฝ่ายปฏิบัติตามความเห็นของตน<sup>27</sup> กล่าวโดยสรุปคือการต่อสู้กองทัพของรัฐตั้งแต่สองรัฐขึ้นไปโดยใช้กำลังบังคับ<sup>28</sup> ทว่าในปัจจุบันความหมายของสงครามกว้างออกไปมากทั้งกรณีของสงครามที่มีการประกาศสงครามตามกฎหมายและสงครามที่ไม่มีการประกาศในลักษณะสงครามตามข้อเท็จจริง อย่างไรก็ตามในสงครามมีกฎของสงครามเช่นกัน เป็นกฎที่มีมานานแล้วภายใต้หลักการ 2 ประการ คือ 1. หลักความจำเป็น และ 2. หลักมนุษยภาพ เมื่อสงครามเป็นเรื่องของรัฐ พลเรือนที่มีได้เข้าร่วมรบด้วยจึงไม่อาจได้รับผลกระทบเกินสมควรในการใช้กำลังบังคับ<sup>29</sup> กรณีเหล่านี้กลายเป็นพันธะกรณีและกฎหมายระหว่างประเทศในเวลาต่อมา

<sup>26</sup> รายละเอียดเพิ่มเติมในหัวข้อ 3.2.2 ลักษณะเฉพาะของกฎอัยการศึก

<sup>27</sup> เดือน บุญนาค, คำสอนชั้นปริญญาโททางการทูต: กฎหมายระหว่างประเทศพิศดารการสงคราม, (กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2478), น. 1.

<sup>28</sup> สุเทพ อรรถากร, กฎหมายระหว่างประเทศกับการเมืองระหว่างประเทศ, (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2515), น. 468.

<sup>29</sup> เดือน บุญนาค, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 27, น. 9.

**(3) มีเหตุจลาจล** เจื่อนใจการจลาจลเป็นเหตุหนึ่งในการประกาศกฎอัยการศึกตามมาตรา 4 เช่นเดียวกับสงคราม โดยมีได้ระบุนิยามไว้ ทั้งนี้หากยึดความหมายทั่วไปตามที่วิญญูชนเข้าใจย่อมหมายถึง ความวุ่นวายปั่นป่วนในบ้านเมือง ส่วนในพจนานุกรมกฎหมาย มีเพียงของขุนสมุหราชหิตะคดีเท่านั้นที่ให้ความหมาย “ก่อการจลาจล” ไว้ว่า บุคคลมั่วสุมกันตั้งแต่ 10 คนขึ้นไปโดยใช้กำลังทำร้าย หรือขู่เชี้ยว่าจะทำร้าย หรือกระทำอย่างใดให้วุ่นวายในบ้านเมือง<sup>30</sup> ซึ่งอธิบายตามกฎหมายอาญามาตรา 183 ในขณะนั้น พอจะอนุมานได้ว่าเป็นกรณีเหตุการณ์ความวุ่นวายในบ้านเมืองที่มีลักษณะของการใช้ความรุนแรง ใช้กำลังและอาวุธซึ่งเจ้าหน้าที่พลเรือนไม่สามารถระงับเหตุได้

เมื่อพิจารณาเหตุแห่งการประกาศกฎอัยการศึกทั้ง 3 กรณีจะเห็นได้ว่ามิได้มีนิยามที่ชัดเจน หากแต่พอจะสรุปได้ว่า กฎอัยการศึกประกาศได้ในสถานการณ์ที่มีความจำเป็นเร่งด่วนที่กระทบการดำรงอยู่ของชาติ ซึ่งควรหมายรวมถึงประชาชน ในลักษณะของสงครามหรือการจลาจลที่มีความรุนแรงเกิดขึ้นในระดับที่กฎหมายในสถานการณ์ปกติไม่สามารถจัดการได้เป็นต้น ทั้งนี้หากในระบบกฎหมายมีกฎหมายความมั่นคงฉบับอื่นด้วย เหตุหรือเจื่อนใจสถานการณ์ในการเลือกใช้กฎหมายควรมีการจัดระบบเพื่อมิให้ทับซ้อนกัน

### 5.3.1.2 ผู้มีอำนาจประกาศใช้กฎอัยการศึก

ในเมื่อกฎอัยการศึกเป็นกฎหมายความมั่นคงที่สำคัญ ผู้มีอำนาจประกาศกฎอัยการศึกย่อมต้องเป็นบุคคลที่กฎหมายบัญญัติให้อำนาจ ซึ่งการประกาศกฎอัยการศึกมีระบุทั้งในรัฐธรรมนูญและพระราชบัญญัติกฎอัยการศึกที่สอดคล้องกันคือ เป็นอำนาจของพระมหากษัตริย์และเจ้าหน้าที่ฝ่ายทหาร รายละเอียดตามพระราชบัญญัติเป็นดังต่อไปนี้

**(1) พระมหากษัตริย์** พระราชบัญญัติกฎอัยการศึก พ.ศ. 2457 ในมาตรา 2 บัญญัติว่า “เมื่อเวลาเกิดเหตุจำเป็น เพื่อจะได้รักษาความสงบเรียบร้อยปราศจากภัยซึ่งจะมาจากภายนอกหรือภายในราชอาณาจักรแล้ว จะได้มีประกาศพระบรมราชโองการให้ใช้กฎอัยการศึกทุกมาตราหรือบางมาตรา...” เนื่องจากขณะตรากฎหมายนั้น อยู่ในกรอบการปกครองแบบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ อำนาจสูงสุดจึงอยู่ที่พระมหากษัตริย์ และการประกาศพระบรมราชโองการของพระองค์ย่อมเป็นกฎหมาย เมื่อนำพระราชบัญญัตินี้มาใช้ในรัชสมัยปัจจุบันอันเป็นการปกครองในระบอบประชาธิปไตยซึ่งพระมหากษัตริย์อยู่ภายใต้รัฐธรรมนูญนั้น การออกพระบรมราชโองการย่อมต้องมีผู้ลงนามรับสนองพระบรมราชโองการ ได้แก่ นายกรัฐมนตรีและรัฐมนตรี การประกาศพระบรมราชโองการให้ใช้กฎอัยการศึกซึ่งเป็นเรื่องการบริหารราชการแผ่นดิน เมื่อปรับใช้ในระบอบประชาธิปไตยที่มีพระมหากษัตริย์ทรง

<sup>30</sup> ขุนสมุหราชหิตะคดี, พจนานุกรมกฎหมาย, (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2549), น. 18.

เป็นประมุขของรัฐ พระองค์จึงมีพระราชอำนาจในทางบริหารทั้งหลายตามที่บัญญัติในรัฐธรรมนูญ รวมถึงการประกาศใช้และยกเลิกกฎอัยการศึก<sup>31</sup> ทว่าพระมหากษัตริย์ในฐานะอันเป็นที่เคารพสักการะ ผู้ใดจะละเมิดมิได้นั้น สืบเนื่องจากพระองค์ไม่ต้องรับผิดชอบสิ่งใดทั้งในทางกฎหมายและทางการเมือง ตามหลัก The King can do no wrong หรือหลักที่ว่าพระมหากษัตริย์ทรงทำผิดมิได้ หมายความว่าพระมหากษัตริย์ไม่ต้องลงมือทำอะไรเอง จะมีผู้อื่นที่มีหน้าที่นำไปดำเนินงานต่อตามพระบรมราชโองการนั้นเพื่อให้เกิดผลในทางปฏิบัติได้จริง<sup>32</sup> พระมหากษัตริย์จึงไม่อาจใช้พระราชอำนาจนั้นเพียงลำพังโดยไม่มีสถาบันใดหรือบุคคลใดถวายคำแนะนำและลงนามกำกับพระปรมาภิไธยได้

ดังนั้น การประกาศพระบรมราชโองการให้ใช้กฎอัยการศึกจึงเป็นอำนาจพระมหากษัตริย์โดยคำแนะนำของนายกรัฐมนตรีและรัฐมนตรี<sup>33</sup> ทั้งนี้พระราชอำนาจดังกล่าวคล้ายกับอำนาจในทางแบบพิธี เนื่องจากผู้ตัดสินใจที่แท้จริงคือนายกรัฐมนตรีและรัฐมนตรี

(2) **ผู้บังคับบัญชาทหาร** พระราชบัญญัติกฎอัยการศึกในมาตรา 4 บทบัญญัติว่า “เมื่อมีสงครามหรือการจลาจลขึ้น ณ แห่งใด ให้ผู้บังคับบัญชาทหารในที่นั้น ซึ่งมีกำลังอยู่ใต้บังคับบัญชาไม่น้อยกว่าหนึ่งกองพันหรือผู้บังคับบัญชาในป้อมหรือที่มั่นมีอำนาจประกาศกฎอัยการศึก...” แสดงว่าผู้มีอำนาจประกาศกฎอัยการศึกเฉพาะพื้นที่ คือ 1. ผู้บัญชาการทหารซึ่งเป็นส่วนกำลังรบ และมีกำลังอยู่ใต้บังคับบัญชาไม่น้อยกว่าหนึ่งกองพัน ได้แก่ รัฐมนตรีว่าการกระทรวงกลาโหม ผู้บัญชาการทหารสูงสุด ผู้บัญชาการทหารบก ผู้บัญชาการทหารเรือ ผู้บัญชาการทหารอากาศ บรรดาแม่ทัพภาคที่ 1-4 ผู้บัญชาการกองพล ผู้บังคับการกรม ผู้บังคับกองพัน เป็นต้น<sup>34</sup> และ 2. ผู้บังคับบัญชาทหารในป้อมหรือที่มั่นซึ่งเกิดสงครามหรือการจลาจล แม้จะมีกำลังในบังคับบัญชาไม่ถึง 1 กองพันก็ตาม อนึ่ง ในตอนท้ายของมาตรา 4 เมื่อทหารประกาศใช้กฎอัยการศึกเฉพาะพื้นที่แล้ว ต้องรีบรายงานให้รัฐบาลทราบโดยเร็วที่สุด เนื่องจากเป็นกรณีที่เจ้าหน้าที่ทหารประกาศเพราะสถานการณ์เร่งด่วนเกินกว่าจะให้ฝ่ายบริหารเป็นผู้ประกาศได้ ผู้เขียนตั้งข้อสังเกตไว้ประการ

<sup>31</sup> วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, “การกระทำทางปกครอง,” ใน อาจารย์ชูชา รวมนบทความทางวิชาการเนื่องในโอกาสครบรอบ 72 ปี ศาสตราจารย์ ดร. อมร จันทรมานุญ, (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2545), น. 134-135.

<sup>32</sup> ดู หยุด แสงอุทัย, คำอธิบายรัฐธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2515, (กรุงเทพมหานคร: นิติบรรณการ, 2516), น. 53-54.

<sup>33</sup> หยุด แสงอุทัย, คำบรรยายกฎหมายรัฐธรรมนูญ, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2515), น. 281.

<sup>34</sup> พลโท ไสว ดวงมณี, อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 11, น. 7-10.

หนึ่งว่า บทบัญญัติเก่าที่ให้อำนาจเจ้าหน้าที่ทหารประกาศกฎอัยการศึกได้ยังเหมาะสมกับปัจจุบันหรือไม่ซึ่ง ผู้เขียนจะได้ตอบคำถามในบทต่อไป

อย่างไรก็ดี ท่านผู้อ่านอาจสงสัยว่า คณะปฏิวัติ คณะรัฐประหารซึ่งมักประกาศใช้กฎอัยการศึกเพื่อล้มล้างรัฐบาลอยู่บ่อยครั้งในบ้านเมืองเรา ถือเป็นผู้มีอำนาจประกาศกฎอัยการศึกหรือไม่ กรณีนี้ผู้เขียนเห็นว่าการใช้อำนาจในนามของคณะปฏิวัติ คณะรัฐประหารหรือคณะใด ๆ ก็ตามแต่ หากในกฎหมายมิได้ระบุให้อำนาจ ล้วนแล้วแต่เป็นการประกาศกฎอัยการศึกโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายและพระราชบัญญัติกฎอัยการศึกฯ เนื่องจากกฎอัยการศึกมีความสำคัญในฐานะกฎหมายความมั่นคงซึ่งเมื่อประกาศใช้ย่อมกระทบสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชน การบังคับใช้จึงต้องระมัดระวัง ไม่อาจยินยอมให้ใช้ได้ตามอำเภอใจ เมื่อไม่มีกฎหมายให้อำนาจ คณะรัฐประหารจึงไม่อาจประกาศใช้กฎอัยการศึกได้ ทว่าสิ่งที่นักวิชาการอีกฟากฝั่งรวมถึงคำพิพากษาของศาลได้วินิจฉัยในทำนองรับรองการกระทำรัฐประหาร โดยยึดเหตุผลที่ว่า คณะรัฐประหารทำการสำเร็จจึงสถาปนาตนเองเป็นรัฐอธิปไตย เป็นผู้ถืออำนาจตามความเป็นจริงย่อมประกาศกฎอัยการศึกได้<sup>35</sup>

ผู้เขียนไม่ปฏิเสธความจริงที่ว่า หากการรัฐประหารดำเนินการสำเร็จ อำนาจในทางความเป็นจริงย่อมอยู่ที่คณะรัฐประหารหรือคณะปฏิวัตินั้น แต่ทั้งนี้การประกาศกฎอัยการศึกโดยคณะรัฐประหารมักเป็นเครื่องมือที่ใช้ควบคุมทั้งรัฐบาลและประชาชนให้ยอมจำนนและไม่กล้าต่อต้านโดยใช้กำลังทหารตั้งแต่เริ่มต้นก่อการ ซึ่งก็ไม่ชัดเจนว่าการปฏิวัตินั้นสำเร็จหรือไม่ แต่เมื่อรัฐประหารสำเร็จอำนาจตามความเป็นจริงอยู่ที่คณะรัฐประหารย่อมออกคำสั่งเช่นใดก็ได้โดยมิต้องอ้างกฎอัยการศึก เพราะต้องถือว่าการใช้กำลังเข้ายึดอำนาจเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมายแต่ต้นอยู่แล้ว ดังนั้นในความเห็นผู้เขียน ผู้มีอำนาจประกาศกฎอัยการศึกจึงไม่นับรวมคณะรัฐประหารและคณะอื่นในพฤติการณ์ทำนองเดียวกัน เนื่องจากกฎหมายมิได้บัญญัติให้อำนาจ การประกาศกฎอัยการศึกของกลุ่มคนดังกล่าวจึงเป็นเพียงการออกประกาศหรือคำสั่งของผู้มีอำนาจและกองทัพอยู่ในมือโดยใช้ชื่อบังหน้าว่ากฎอัยการศึกเท่านั้น

<sup>35</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 45/2496 มีคำวินิจฉัยว่า คณะรัฐประหารยึดอำนาจการปกครองบ้านเมืองได้สำเร็จ ย่อมมีอำนาจในการเปลี่ยนแปลง แก้ไข ยกเลิก หรือออกกฎหมายได้ตามระบบแห่งการปฏิวัติเพื่อบริหารประเทศชาติต่อไป มิฉะนั้นประเทศชาติจะตั้งอยู่ด้วยความสงบไม่ได้ และหยุด แสงอุทัย ได้บันทึกหมายเหตุท้ายคำพิพากษาดังกล่าวรับรองผลของการปฏิวัติรัฐประหารไว้อีก โดยแปลคำพิพากษาของศาลเยอรมันแนบไว้ด้วยและแนวความเห็นนี้ได้กลายเป็นบรรทัดฐานต่อมา

### 5.3.1.3 หลักเกณฑ์ในการประกาศและยกเลิกกฎอัยการศึก

การประกาศใช้กฎอัยการศึกทั้งในรูปแบบของพระบรมราชโองการและประกาศจากผู้บัญชาการทหารต้องมีการประกาศเป็นลายลักษณ์อักษร เผยแพร่ทั่วไปในราชกิจจานุเบกษาและโฆษณาให้ประชาชนรับทราบ เนื่องจากเป็นกฎหมายที่เมื่อนำมาใช้แล้วอาจกระทบสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของประชาชนได้ ผู้เขียนอยากให้ลองจินตนาการถึงสงครามที่เกิดขึ้นในประเทศเรา ประชาชนต้องหลบซ่อนตัวอย่างระมัดระวังจากการใช้กำลังของทั้งสองฝ่าย การประกาศข้อกำหนดต่างๆ เพื่อให้ประชาชนปฏิบัติตามเช่น ห้ามออกนอกเคหสถานในบางช่วงเวลา การเกณฑ์คนออกจากพื้นที่อันตราย ประชาชนย่อมต้องทราบถึงสถานการณ์ไม่ปกติดังกล่าว ตลอดจนข้อกำหนดต่าง ๆ ของทางการ การประกาศให้ทราบโดยทั่วกันจึงเป็นสิ่งสำคัญ ส่วนในกรณีที่มีได้ประกาศกฎอัยการศึกทั่วราชอาณาจักร ในมาตรา 3 กำหนดให้ระบุพื้นที่ซึ่งประกาศกฎอัยการศึกให้ชัดเจน รวมถึงต้องอ้างเหตุอันเป็นเงื่อนไขของการประกาศกฎอัยการศึกในมาตรา 2 หรือมาตรา 4 ด้วย สรุปสาระสำคัญทางเนื้อหาทั้งการประกาศพระบรมราชโองการและการประกาศใช้กฎอัยการศึก ดังนี้<sup>36</sup>

1. ต้องประกาศเป็นลายลักษณ์อักษร และเผยแพร่ให้ประชาชนทราบโดยทั่วกัน ทั้งการประกาศในราชกิจจานุเบกษา ประกาศทางหนังสือพิมพ์ โทรทัศน์หรือวิทยุ ตลอดจนศูนย์ราชการต่าง ๆ
2. อ้างเหตุผลที่ประกาศใช้กฎอัยการศึกเพื่อให้ประชาชนทราบถึงความจำเป็น
3. กำหนดพื้นที่ที่ใช้กฎอัยการศึก หากเป็นการประกาศทั่วราชอาณาจักร ต้องกระทำเป็นพระบรมราชโองการ ส่วนการประกาศกฎอัยการศึกเฉพาะพื้นที่ต้องระบุเขตพื้นที่ให้ชัดเจน
4. ระบุวัน เดือน ปี เวลาที่เริ่มใช้กฎอัยการศึก เพื่อให้ประชาชนได้ทราบเนื่องจากเป็นกรณีที่เจ้าหน้าที่ทหารเข้ามามีอำนาจปฏิบัติการมากกว่าในช่วงเวลาปกติ อันอาจกระทบสิทธิเสรีภาพของประชาชนได้ รวมถึงวัน เดือน ปีที่ประกาศกฎอัยการศึกในกรณีที่มีวันประกาศกับเวลาที่เริ่มใช้กฎอัยการศึกไม่ตรงกัน
5. ชื่อและตำแหน่งของผู้ประกาศกฎอัยการศึก เพื่อแสดงให้เห็นว่าเป็นผู้มีอำนาจในการประกาศ

<sup>36</sup> พลโทไสว ดวงมณี, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 11*, น. 510-511.

ส่วนกรณีของการยกเลิกกฎอัยการศึก ระบุชัดเจนในมาตรา 5 ว่า “การที่จะเลิกใช้กฎอัยการศึกแห่งใดนั้น จะเป็นไปได้ต่อเมื่อมีกระแสพระบรมราชโองการเสมอ” หมายความว่า การยกเลิกกฎอัยการศึกไม่ว่ากรณีประกาศทั่วราชอาณาจักรหรือเฉพาะพื้นที่ หากต้องการยกเลิก ต้องประกาศเป็นพระบรมราชโองการเท่านั้น

### 5.3.2 บทบัญญัติที่มีผลหลังการประกาศกฎอัยการศึก

เมื่อมีการประกาศใช้กฎอัยการศึกตามมาตรา 2 และมาตรา 4 แล้วย่อมส่งผลให้ บทบัญญัติในพระราชบัญญัติกฎอัยการศึกมีผลบังคับใช้ได้ โดยเฉพาะอำนาจหน้าที่ของทหารที่เพิ่มมากขึ้นกว่าในสถานการณ์ปกติ รวมถึงศาลทหารที่มีเขตอำนาจกว้างขวางขึ้น สาระสำคัญที่ควรพิจารณามีดังนี้

#### 5.3.2.1 อำนาจของเจ้าหน้าที่ทหาร

เมื่อมีการประกาศใช้กฎอัยการศึกแล้ว ในมาตรา 6 บัญญัติให้ “เจ้าหน้าที่ทหารมีอำนาจเหนือเจ้าหน้าที่พลเรือนในส่วนที่เกี่ยวกับการยุทธ การระงับปราบปราม หรือรักษาความสงบเรียบร้อย และเจ้าหน้าที่ฝ่ายพลเรือนต้องปฏิบัติตามความต้องการของเจ้าหน้าที่ฝ่ายทหาร” หมายความว่าเมื่อประกาศใช้กฎอัยการศึกแล้วอำนาจของเจ้าหน้าที่ทหารจะมีมากกว่าในภาวะปกติ และมีอำนาจเหนือเจ้าหน้าที่พลเรือนในส่วนเกี่ยวกับการป้องกันและปราบปราม รวมถึงเจ้าหน้าที่พลเรือนต้องรับฟังคำสั่งของเจ้าหน้าที่ทหารด้วย ในมาตรานี้ให้อำนาจเจ้าหน้าที่ทหารมากขึ้นกว่าในพระราชบัญญัติกฎอัยการศึก ร.ศ. 129 ที่บัญญัติเพียงให้เจ้าหน้าที่ทหารมีอำนาจเหมือนเจ้าหน้าที่พลเรือน และให้เจ้าหน้าที่พลเรือนช่วยเหลือตามความต้องการของเจ้าหน้าที่ทหาร<sup>37</sup>

ในส่วนอำนาจหน้าที่ของเจ้าหน้าที่พลเรือน แม้ในพระราชบัญญัตินี้มิได้ระบุว่าหมายถึงเจ้าหน้าที่ในตำแหน่งใด แต่พิจารณาตามนัยและเทียบเคียงกับพระราชบัญญัติการเกณฑ์ช่วยราชการทหาร พ.ศ. 2530 ในนิยามของ “เจ้าพนักงานปกครองท้องที่” ซึ่งหมายถึงเจ้าหน้าที่ปกครองส่วนท้องถิ่น ได้แก่ ผู้ว่าราชการจังหวัด นายอำเภอ กำนัน เป็นต้น<sup>38</sup> เหตุผลที่ต้องโอนอำนาจหน้าที่เหล่านี้ไปยังเจ้าหน้าที่ทหารสืบเนื่องมาจากให้เจ้าหน้าที่พลเรือนดำเนินการโดยวิธีในสถานการณ์ไม่ปกติแล้วไม่สามารถแก้ไขสถานการณ์ได้นั้นเอง และในมาตรา 8 ได้กำหนดให้ทหารมีอำนาจเพิ่มขึ้นหลังจากประกาศใช้กฎอัยการศึกในการที่จะตรวจค้น เกณฑ์ ห้าม ยึด เข้าอาศัย เข้าทำลายหรือเปลี่ยนแปลงสถานที่ และจับไล่ โดยมีรายละเอียดดังนี้

<sup>37</sup> พระราชบัญญัติกฎอัยการศึก รัตนโกสินทร์ศก 126 มาตรา 6.

<sup>38</sup> ดู ปรีชา นิติวรกุล, “กฎอัยการศึก,” บทบัญญัติ เล่มที่ 28, ตอนที่ 4, น. 857 (2514). และพระราชบัญญัติการเกณฑ์ช่วยราชการทหาร พ.ศ. 2530 มาตรา 4.

**(1) อำนาจในการตรวจค้น** ในเวลาปกติอำนาจในการตรวจค้นเป็นของเจ้าพนักงานฝ่ายปกครองหรือตำรวจตามประมวลกฎหมายอาญาและประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ทหารไม่มีอำนาจดังกล่าว แต่เมื่อมีการประกาศกฎอัยการศึก ในมาตรา 9 แห่งพระราชบัญญัตินี้ให้อำนาจเจ้าหน้าที่ทหารในการตรวจค้นบรรดาสิ่งของที่จะเกณฑ์หรือต้องห้าม หรือตรวจค้นสิ่งของที่ยึดหรือที่อาศัยหรือมีไว้ในครอบครองโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ทั้งยังตรวจค้นตัวบุคคล เคหสถาน สิ่งปลูกสร้างทุกชนิดโดยไม่จำกัดเวลา หรือสถานที่ รวมถึงการตรวจข่าวสารจดหมาย โทรเลข วิทยุหรือสิ่งของที่ส่งไปมาถึงกัน ตลอดจนตรวจหนังสือ สิ่งพิมพ์ต่าง ๆ การโฆษณา แม้แต่บทประพันธ์ทุกประเภท สอดคล้องกับข้อยกเว้นในรัฐธรรมนูญในหมวดสิทธิและเสรีภาพ

**(2) อำนาจในการเกณฑ์** เมื่อมีการประกาศกฎอัยการศึกแล้ว มาตรา 10 ให้เจ้าหน้าที่ทหารมีอำนาจในการเกณฑ์พลเมืองให้ช่วยกำลังทหารในกิจการเกี่ยวกับการป้องกันราชอาณาจักรและช่วยเหลือเกื้อหนุนราชการทหารทุกอย่างทุกประการ ตลอดจนอำนาจในการเกณฑ์ยวดยาน สัตว์พาหนะ เสบียงอาหาร ศาสตราวุธ และเครื่องมือเครื่องใช้ต่าง ๆ จากบุคคลหรือบริษัทใด ๆ ซึ่งราชการทหารต้องใช้เป็นกำลังในเวลานั้น ซึ่งอำนาจในการเกณฑ์ดังกล่าวเป็นอำนาจพิเศษซึ่งในเวลาปกติไม่อาจทำได้เว้นแต่ในกรณีกฎหมายเฉพาะให้อำนาจ โดยรายละเอียดหลักเกณฑ์และข้อปฏิบัติในการเกณฑ์ต้องเป็นไปตามพระราชบัญญัติการเกณฑ์ช่วยราชการทหาร พ.ศ. 2530<sup>39</sup> ด้วย

**(3) อำนาจในการห้าม** ตามพระราชบัญญัติกฎอัยการศึกมาตรา 11 เจ้าหน้าที่ทหารมีอำนาจในการห้ามได้ดังนี้

- ห้ามมั่วสุมประชุมกัน
- ห้ามออก จำหน่าย จ่ายหรือแจกซึ่งหนังสือ สิ่งพิมพ์ หนังสือพิมพ์ บทประพันธ์ต่าง ๆ
- ห้ามโฆษณา แสดงมหรสพ รับหรือส่งซึ่งวิทยุกระจายเสียงหรือวิทยุโทรทัศน์
- ห้ามใช้ทางสาธารณะเพื่อการจราจรไม่ว่าทางบก ทางน้ำ หรือทางอากาศ รวมถึงทางรถไฟและรถราง
- ห้ามมีหรือใช้เครื่องมือสื่อสาร อาวุธ เครื่องอุปกรณ์ของอาวุธและเคมีภัณฑ์หรือสิ่งอื่นใดที่มีคุณสมบัติดังกล่าว

---

<sup>39</sup> รายละเอียดหลักการเกณฑ์แต่เดิมเป็นไปตามพระราชบัญญัติการเกณฑ์พลเมืองอุดหนุนราชการทหาร พ.ศ. 2464 ก่อนจะถูกยกเลิกโดยพระราชบัญญัติการเกณฑ์ช่วยราชการทหาร พ.ศ. 2530

-ห้ามบุคคลออกนอกเคสสถานภายในระยะเวลาที่กำหนด

-ห้ามบุคคลเข้าไปหรืออาศัยอยู่ในเขตท้องที่ใดซึ่งเจ้าหน้าที่ทหารเห็นว่าเป็นเพื่อการยุท การระงับปราบปราม หรือรักษาความสงบเรียบร้อย และเมื่อประกาศห้ามเมื่อใด แล้วผู้ซึ่งอาศัยในเขตประกาศต้องออกไปจากเขตพื้นที่นั้นภายในเวลาที่กำหนด

-ห้ามบุคคลกระทำหรือมีสิ่งกิจการหรือสิ่งอื่นใดที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงกลาโหมได้กำหนดไว้ว่าควรต้องห้ามในเวลาที่ใช้กฎอัยการศึก

เมื่อพิจารณาบรรดาอำนาจในการห้ามต่าง ๆ จะเห็นได้ว่าบทบสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชนอย่างมาก การประกาศใช้กฎอัยการศึกจึงต้องระมัดระวังและใช้ตามเงื่อนไขกฎหมายอย่างเคร่งครัด และการประกาศห้ามตามมาตราดังกล่าวต้องประกาศให้ทราบเป็นการทั่วไป โดยกำหนดรายละเอียดอย่างชัดเจนถึงเรื่องที่ห้ามและเงื่อนไขต่าง ๆ<sup>40</sup>

**(4) อำนาจในการยึด** ในมาตรา 12 แห่งพระราชบัญญัตินี้ ให้อำนาจเจ้าหน้าที่ทหารยึดบรรดาสิ่งทีกล่าวไว้ในมาตรา 9 มาตรา 10 และมาตรา 11 ถ้าเห็นว่ามีคามจำเป็นจะยึดไว้ชั่วคราวเพื่อมิให้เป็นประโยชน์แก่ราชศัตรู หรือเพื่อประโยชน์แก่ราชการทหารยอมทำได้ มาตรานี้สิ่งที่พึงระวังคือ กฎหมายให้อำนาจยึดเพียงชั่วคราวเท่านั้น แม้มิได้ระบุระยะเวลาแต่สมควรที่จะคำนึงถึงความจำเป็น มาตรการยึดควรได้สัดส่วนกับสถานการณ์ความจำเป็นขณะนั้น ทั้งยังไม่ก่อให้เกิดผลเสียต่อประชาชนจนเกินไป มิเช่นนั้นเจ้าหน้าที่ทหารอาจต้องรับผิดชอบคำพิพากษาฎีกาที่ 241/2495 รายละเอียดผู้เขียนจะได้กล่าวถึงในหัวข้อต่อไป

**(5) อำนาจในการเข้าพักอาศัย** ในมาตรา 13 บัญญัติอำนาจในการเข้าพักอาศัย คือ ที่อาศัยใด ๆ ซึ่งราชการทหารเห็นจำเป็นต้องใช้ประโยชน์ในราชการทหารแล้วทหารมีอำนาจอาศัยได้ทุกที่ ตัวอย่างเช่น ในกรณีสงครามอาจมีความจำเป็นที่ทหารขอเข้าพักอาศัยในบ้านประชาชนเป็นการชั่วคราว แม้ประชาชนมีเสรีภาพในเคสสถานแต่หากในกรณีสถานการณ์ไม่ปกติมีการประกาศใช้กฎอัยการศึก ประชาชนต้องยินยอมให้ความร่วมมือ ทั้งนี้เจ้าหน้าที่ทหารที่เข้าพักอาศัยย่อมระมัดระวังมิให้เกิดความเสียหายต่อประชาชนเช่นกัน

<sup>40</sup> แม้ในพระราชบัญญัติกฎอัยการศึกมิได้บัญญัติไว้ แต่ด้วยเหตุผลข้อกำหนดห้ามต่าง ๆ สมควรที่จะประกาศให้ประชาชนทราบโดยทั่วไป เทียบเคียงกับคำพิพากษาฎีกาที่ 1164/2487 คำสั่งข้าหลวงประจำจังหวัดร้อยเอ็ด ออกตามความในพระราชบัญญัติให้อำนาจเตรียมป้องกันประเทศ พ.ศ.2484 มาตรา 4 เมื่อมิได้ประกาศในราชกิจจานุเบกษา จำเลยไม่ทราบคำสั่งจึงไม่มีความผิด

**(6) อำนาจในการทำลายหรือเปลี่ยนแปลงสถานที่** ในมาตรา 14 ได้บัญญัติให้อำนาจในการทำลายหรือเปลี่ยนแปลงสถานที่ กล่าวคือ ถ้าการสงครามหรือสู้รบเป็นรอง ศัตรู ทหารมีอำนาจจะเผาบ้าน หรือสิ่งทีเห็นว่าเป็นกำลังแก่ศัตรูเมื่อกองทหารถอยไปแล้ว หรือสิ่งใด กีดขวางการต่อสู้ยอมทำลายได้ทั้งสิ้น รวมถึงอำนาจในการสร้างที่มั่นหรือตัดแปลงภูมิประเทศ เมือง หรือหมู่บ้านสำหรับต่อสู้กับราชศัตรู หรือเตรียมการป้องกันรักษาตามความเห็นของเจ้าหน้าที่ทหาร จะเห็นได้ว่ามาตรานี้ทำให้เรามองภาพกฎอัยการศึกได้ชัดเจนถึงวัตถุประสงค์ของการบังคับใช้ในกรณี การเกิดสงครามที่ชัดเจน มีการกล่าวถึงการถอยทัพโดยเผาบ้านหรือสิ่งของ

**(7) อำนาจในการขับไล่** ตามมาตรา 15 ให้เจ้าหน้าที่ทหารมีอำนาจ ในการขับไล่ กรณีผู้หนึ่งผู้ใดซึ่งไม่มีภูมิลำเนาอาศัยเป็นหลักแหล่ง หรือเป็นผู้มาอาศัยในตำบลนั้นชั่วคราว เมื่อมีความสงสัยอย่างหนึ่งอย่างใด หรือมีความจำเป็น ทหารยอมขับไล่ผู้นั้นให้ออกไปจากพื้นที่นั้นได้

**(8) อำนาจในการกักตัว** ในกรณีที่เจ้าหน้าที่ทหารมีเหตุอันควรสงสัยว่า บุคคลใดเป็นอริราชศัตรู หรือบุคคลใดฝ่าฝืนต่อบทบัญญัติของพระราชบัญญัตินี้หรือต่อคำสั่งเจ้าหน้าที่ ทหาร ให้เจ้าหน้าที่ทหารมีอำนาจกักตัวบุคคลนั้นเพื่อสอบถามหรือกักตัวตามความจำเป็นของทาง ราชการทหารได้ แต่ต้องกักตัวไว้ไม่เกินกว่า 7 วัน เป็นไปตามข้อกำหนดในมาตรา 15 ทวิ

**(9) อำนาจในการออกกฎกระทรวงหรือข้อบังคับบรรยายความตาม กฎอัยการศึก** ตามมาตรา 17 ในเวลาปกติเจ้ากระทรวงหรือรัฐมนตรีว่าการกระทรวงกลาโหมสามารถ ตรากฎกระทรวงสำหรับบรรยายข้อความตามกฎอัยการศึก หรือในยามสงครามผู้บังคับบัญชา การทหาร ในที่นี้มีการแก้ไขกฎหมายให้หมายถึงอำนาจของผู้บัญชาการทหารสูงสุดในการออก ข้อบังคับเพิ่มเติมสำหรับการปฏิบัติตามกฎอัยการศึกและเมื่อได้ประกาศใช้ข้อบังคับดังกล่าวแล้ว ให้ถือเป็นส่วนหนึ่งของกฎอัยการศึก ในกรณีนี้ผู้เขียนเห็นว่า เป็นการให้อำนาจเจ้าหน้าที่ทางทหาร มากเกินสมควร โดยเฉพาะเมื่อประกาศข้อบังคับแล้วให้ถือเป็นส่วนหนึ่งของกฎอัยการศึกซึ่งอาจมี ความยากในการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งเหล่านั้น และกลายเป็นการให้อำนาจในทางนิติบัญญัติแก่เจ้าหน้าที่ทหาร ทั้งยังเป็นการบัญญัติกฎหมายในลักษณะจำกัดสิทธิ ประชาชน ย่อมไม่สมควรให้องค์กรที่มีได้ยึดโยงกับประชาชนมาเพิ่มเติมกฎหมายในกรณีนี้ได้ มาตรานี้ ผู้เขียนเห็นว่าไม่เหมาะสมอย่างยิ่งสำหรับการบังคับใช้ในระบอบกฎหมายปัจจุบัน

### 5.3.2.2 อำนาจของศาลทหาร

หลังประกาศใช้กฎอัยการศึก สิ่งเปลี่ยนแปลงไปจากในสถานการณ์ปกติ นอกจากเรื่องของอำนาจเจ้าหน้าที่ทหารที่ทวีคูณมากขึ้นแล้ว เขตอำนาจศาลทหารเองก็ขยายขอบเขต กว้างขวางขึ้นเช่นกัน กล่าวคือ ศาลทหารในเวลาปกติ มีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีเกี่ยวกับการ กระทำผิดของทหาร นักเรียนทหารและบุคคลที่มีใช้ทหารแต่เป็นข้าราชการพลเรือน หรือลูกจ้างของ

กระทรวงกลาโหม รวมถึงบุคคลที่อยู่ในการควบคุมของทหารตามกฎหมายและเฉลยศึกในความผิดตามกฎหมายทหารและกฎหมายอื่นในทางอาญา ทว่า “ศาลทหารในเวลาไม่ปกติ” เมื่อมีการรบ การสงครามหรือการประกาศใช้กฎอัยการศึก ศาลทหารในเวลาปกติจะมีอำนาจเพิ่มเติมขึ้นมาในการพิจารณาพิพากษาคดีอาญาที่กฎหมายบัญญัติและความผิดซึ่งผู้ประกาศกฎอัยการศึกหรือผู้บัญชาการทหารสูงสุดมีคำสั่ง นอกจากนี้ยังมีศาลอาญาศึก ซึ่งเป็นศาลทหารพิเศษซึ่งจะจัดตั้งขึ้นได้ต่อเมื่อมีการรบเกิดขึ้นและได้กำหนดเขตยุทธบริเวณไว้โดยผู้บังคับบัญชากองกำลังทหารไม่น้อยกว่าหนึ่งกองพันและได้ตั้งศาลอาญาศึกขึ้นมาในบริเวณที่มีการรบนั้น ทั้งยังมีเขตอำนาจพิจารณาคดีเหนือบุคคลทุกคน<sup>41</sup>

**(1) เขตอำนาจของศาลทหาร** ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับกฎอัยการศึก คือ ศาลทหารในเวลาไม่ปกติ ในกรณีสถานการณ์ไม่ปกติ มีสงครามหรือมีการประกาศกฎอัยการศึก และการตั้งศาลอาญาศึกในยุทธบริเวณสงคราม แต่ส่วนใหญ่เมื่อประกาศกฎอัยการศึกจะเป็นกรณีของศาลทหารในเวลาไม่ปกติ ซึ่งก็คือศาลทหารในเวลาปกติแต่พิจารณาคดีอย่างเคร่งครัด รวดเร็วยิ่งขึ้น<sup>42</sup> ทั้งนี้ต้องพิจารณาประกอบกับมาตรา 7 แห่งพระราชบัญญัติกฎอัยการศึก พ.ศ. 2457 ซึ่งในบทบัญญัติเดิมกำหนดให้พลเมืองซึ่งกระทำความผิดอาญาในแขนงที่ใช้กฎอัยการศึกนั้น ไม่ว่าจะคดีอาญาใด ต้องพิจารณาในศาลทหารทั้งสิ้น ก่อนจะมีการแก้ไขเพิ่มเติมตามประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 303 ซึ่งบัญญัติให้ศาลพลเรือนยังคงมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีได้ปกติ เว้นคดีที่อยู่ในอำนาจของศาลทหารและกรณีผู้มีอำนาจประกาศกฎอัยการศึกประกาศให้ศาลทหารมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีอาญาซึ่งกระทำผิดในเขตที่มีการประกาศกฎอัยการศึก ตามที่ระบุไว้ในบัญชีต่อท้ายพระราชบัญญัตินี้ทุกข้อหรือบางข้อ รวมถึงกรณีคดีอาญาพิเศษเกี่ยวกับความมั่นคงหรือความสงบเรียบร้อยของประชาชนซึ่งเกิดขึ้นในเขตประกาศกฎอัยการศึก ผู้บัญชาการทหารสูงสุดจะสั่งให้พิจารณาคดีอาญาในศาลทหารก็ได้ ส่วนกรณีเลิกใช้กฎอัยการศึกแล้ว ให้ศาลทหารมีอำนาจพิจารณาคดีอาญาที่ค้างอยู่ในศาลนั้น รวมถึงคดีอาญาที่เกิดขึ้นขณะประกาศกฎอัยการศึกแต่ยังมีได้ฟ้องร้องด้วยตามมาตรา 7 และมาตรา 9

จากบทบัญญัติที่แก้ไขดังกล่าวสรุปได้ว่า เมื่อมีการประกาศกฎอัยการศึก ศาลพลเรือนยังคงปฏิบัติหน้าที่ตามปกติ แต่ 1. ผู้มีอำนาจประกาศกฎอัยการศึกสามารถประกาศให้

<sup>41</sup> โครงสร้างศาลและวิธีพิจารณาคดีในศาลทหารเป็นไปตามพระราชบัญญัติพระธรรมนูญศาลทหาร พ.ศ. 2498 ซึ่งแบ่งศาลทหารออกเป็น 3 ประเภท คือ ศาลทหารในเวลาปกติ ศาลทหารในเวลาไม่ปกติและศาลอาญาศึก

<sup>42</sup> พระราชบัญญัติพระธรรมนูญศาลทหาร พ.ศ. 2498 มาตรา 38.

ศาลทหารมีอำนาจพิจารณาคดีอาญาตามที่ระบุในบัญชีต่อท้ายพระราชบัญญัตินี้ ซึ่งได้กระทำผิด ในขณะที่ประกาศกฎอัยการศึก เช่น ความผิดอาญาต่อพระมหากษัตริย์ ความผิดอาญาในหมวดความมั่นคงของรัฐภายในราชอาณาจักร และ 2. ผู้บัญชาการทหารสูงสุดจะสั่งให้ศาลทหารพิจารณาคดีอาญาพิเศษเกี่ยวกับความมั่นคงและความสงบเรียบร้อย<sup>43</sup> โดยประกาศในข้อ 1. และ 2. นี้ ต้องประกาศในพระราชกิจจานุเบกษา ส่วนกรณีเลิกใช้กฎอัยการศึกนั้น ศาลทหารมีอำนาจพิจารณาคดีอาญาที่ค้างอยู่ในศาล รวมถึงคดีอาญาที่เกิดขึ้นขณะประกาศกฎอัยการศึกแต่ยังมิได้ฟ้องร้องด้วย ดังนั้นหากผู้ประกาศกฎอัยการศึกมิได้ประกาศให้คดีที่บัญญัติไว้ท้ายพระราชบัญญัตินี้ขึ้นศาลทหาร ศาลพลเรือนจะมีอำนาจพิจารณารรคดีไปตามปกติ<sup>44</sup>

อนึ่ง มีข้อสังเกตจากการประกาศใช้กฎอัยการศึกเมื่อวันที่ 25 พฤษภาคม 2557 โดยคณะรักษาความสงบแห่งชาติได้ออกประกาศฉบับที่ 37/2557 ให้บรรดาคดีความผิดตามที่กำหนดไว้ต่อไปนี้ อันกระทำผิดในเขตราชอาณาจักร และในระหว่างที่ประกาศนี้ใช้บังคับอยู่ในอำนาจพิจารณาคดีของศาลทหาร คือ ความผิดตามประมวลกฎหมายอาญาว่าด้วยความผิดต่อองค์พระมหากษัตริย์ และความผิดต่อความมั่นคงภายในราชอาณาจักร และความผิดตามประกาศหรือคำสั่งของคณะรักษาความสงบแห่งชาติ<sup>45</sup> ซึ่งความผิดตามประกาศหรือคำสั่งของคณะรักษาความสงบแห่งชาติเป็นกรณีที่ไม่ใช่ความผิดตามบัญชีแนบท้ายพระราชบัญญัติกฎอัยการศึก เช่นนั้นแล้วคณะรักษาความสงบแห่งชาติมีอำนาจประกาศให้ความผิดอื่นนอกเหนือบัญชีแนบท้ายนี้ อยู่ในอำนาจศาลทหารได้อย่างไร ประเด็นนี้สร้างความงุนงงสงสัยให้ผู้เขียนเป็นอย่างมาก ทั้งนี้หากเราไม่ลืมนำคณะรักษาความสงบแห่งชาติเข้ามาพิจารณาโดยวิธีการนอกกฎหมาย ทั้งการประกาศกฎอัยการศึกก็ไม่เป็นไปตามกฎหมาย<sup>46</sup> ดังนั้น ประกาศฉบับที่ 37/2557 กระทำโดยไม่มีฐานอำนาจทางกฎหมายเป็นเรื่องที่เข้าใจได้สำหรับ “ระบอบรัฐประหาร”<sup>47</sup>

<sup>43</sup> ตัวอย่างคำสั่งในคดีพิเศษเกี่ยวกับความมั่นคง เช่น ข้อหากระทำความผิดต่อพระราชบัญญัติป้องกันการกระทำอันเป็นคอมมิวนิสต์ พ.ศ. 2495

<sup>44</sup> ปรีชา นิติวรกุล, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 38*, น. 861.

<sup>45</sup> ประกาศคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ฉบับที่ 37/2557, *ราชกิจจานุเบกษา* เล่มที่ 131 ตอนพิเศษที่ 92 ง (30 พฤษภาคม 2557): 3.

<sup>46</sup> รายละเอียดกรณีการประกาศกฎอัยการศึกเมื่อวันที่ 25 พฤษภาคม 2557 ไม่ชอบด้วยกฎหมายอย่างไรจะได้อธิบายในบทความต่อไป

<sup>47</sup> “ระบอบรัฐประหาร” ผู้เขียนหยิบยืมถ้อยคำมาจากคำพิพากษาศาลอุทธรณ์ที่ 2247/2561 ซึ่งวินิจฉัยว่าการกระทำของ คสช. เป็นการได้มาซึ่งอำนาจการปกครองประเทศ

(2) กระบวนพิจารณาในศาลทหารเมื่อประกาศกฎอัยการศึก การพิจารณาพิพากษาคดีในศาลทหารในเวลาไม่ปกติจะมีความเคร่งครัด รวดเร็วและรวบรัดเป็นพิเศษ ดังนั้น คำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลทหารในเวลาไม่ปกติและศาลอาญาศึกต้องห้ามอุทธรณ์หรือฎีกา<sup>48</sup> ส่วนรายละเอียดการพิจารณาอรรถคดีเป็นไปตามพระธรรมนูญศาลทหาร

### 5.3.3 บทบัญญัติว่าด้วยการควบคุมตรวจสอบและคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชน

บทบัญญัติในพระราชบัญญัติกฎอัยการศึกมิได้บัญญัติถึงการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนแต่อย่างใด เหตุผลประการหนึ่งเป็นที่เข้าใจได้ว่าเป็นกฎหมายที่ตราขึ้นมาก่อนมีการเปลี่ยนแปลงการปกครองมาสู่ประชาธิปไตย การตระหนักรู้ถึงสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชนย่อมไม่มี แม้กระทั่งเรื่องของระยะเวลาในการประกาศกฎอัยการศึกซึ่งผู้เขียนอธิบายในเบื้องต้นแล้วว่าเป็นการควบคุมโดยระยะเวลาได้อีกทางหนึ่ง เนื่องจากการประกาศกฎอัยการศึกทำให้เกิดสภาวะยกเว้นกฎหมายในระบบปกติเพื่อแก้ไขสถานการณ์วิกฤตซึ่งควรเป็นระยะเวลาอันจำกัด ในช่วงเวลาสั้น ๆ แต่ในพระราชบัญญัติก็มิได้ระบุไว้แต่อย่างใด

กรณีความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ทหาร บุคคลหรือบริษัทจะร้องขอค่าเสียหายหรือค่าปรับอย่างไรจากเจ้าหน้าที่ทหารมิได้เลย เพราะการดำเนินการตามกฎหมายอัยการศึกเป็นไปเพื่อป้องกันพระมหากษัตริย์ ชาติ ศาสนาให้คงอยู่ ปราศจากศัตรูภายในภายนอก บัญญัติไว้ในกฎหมายมาตรา 16 แห่งพระราชบัญญัตินี้ ในเบื้องต้นผู้เขียนเข้าใจว่าผู้ได้รับผลกระทบจากการใช้อำนาจหน้าที่ของทหารตามมาตรา 8 ถึงมาตรา 15 ไม่อาจเรียกค่าสินไหมทดแทนเยียวยาความเสียหายได้เลย ทว่าจากการศึกษาผู้เขียนพบว่าเคยมีกรณีที่สามารถเรียกร้องค่าเสียหายได้ เช่น กรณีของการเกณฑ์ ต้องเป็นไปตามพระราชบัญญัติการเกณฑ์ช่วยราชการทหาร พ.ศ. 2530 หรือกรณี

---

โดยวิธีการที่มีได้เป็นไปตามวิถีทางตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยที่บังคับใช้อยู่ในขณะนั้น แต่เมื่อ คสช. เข้าควบคุมอำนาจในการปกครองประเทศ โดยไม่มีการต่อต้านขัดขืนจากประชาชนส่วนใหญ่ของประเทศ ตลอดจนหน่วยงานหรือองค์กรใดๆ ทั้งภาครัฐและเอกชน แม้แต่คณะรัฐบาลรักษาการก็ไม่อาจโต้แย้งขัดขวางการยึดอำนาจและบริหารราชการของคสช. ถือเป็นการใช้กำลังยึดอำนาจเปลี่ยนแปลงรัฐบาลตามนัยของระบอบแห่งการรัฐประหารได้เป็นผลสำเร็จแล้ว

<sup>48</sup> พระราชบัญญัติพระธรรมนูญศาลทหาร พ.ศ. 2498 มาตรา 61 วรรค 2.

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 241/2495<sup>49</sup> เมื่อเจ้าหน้าที่ทหารเข้ายึดทรัพย์สินของโจทก์โดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติกฎอัยการศึกฯ มาตรา 12 ประกอบพระราชบัญญัติเกณฑ์พลเมืองอุทหนุราชการทหาร พ.ศ. 2464 ทว่ากระทรวงกลาโหมยึดทรัพย์สินไว้เป็นเวลาถึง 3 ปี โดยไม่มีความจำเป็นแล้ว จึงคืนให้โจทก์ ย่อมเป็นการยึดที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย เพราะในมาตรา 12 ให้อำนาจยึดไว้ชั่วคราวเท่านั้น จึงเป็นการทำละเมิดโจทก์ กระทรวงการคลังต้องจ่ายค่าสินไหมทดแทนแก่โจทก์ ซึ่งศาลชั้นต้นและศาลอุทธรณ์ยกฟ้องโจทก์ โดยอ้างว่าทางราชการทหารไม่มีหน้าที่ต้องจ่ายค่าสินไหมทดแทนตามนัยพระราชบัญญัติกฎอัยการศึกมาตรา 16 ที่ว่าความเสียหายซึ่งอาจเกิดจากอำนาจของเจ้าหน้าที่ทหารตามที่กล่าวมาแล้ว บุคคลหรือบริษัทใด ๆ จะเรียกร้องค่าเสียหายหรือค่าปรับจากเจ้าหน้าที่ทหารมิได้ แต่ศาลฎีกาวินิจฉัยว่าพระราชบัญญัติกฎอัยการศึกตามมาตรา 12 ให้อำนาจยึดไว้เพียงชั่วคราว แต่เจ้าหน้าที่ทหารยึดไว้ถึง 3 ปี โดยมิได้มีความจำเป็น ฉะนั้นแล้วการยึดทรัพย์สินของราษฎรต้องกระทำโดยจำเป็นและพอสมควรแก่เหตุอันไม่ทำให้ประชาชนเดือดร้อนจนเกินไป ทั้งกฎอัยการศึกเป็นกฎหมายความมั่นคงที่ใช้ในสถานการณ์วิกฤต ไม่ควรใช้บังคับเป็นเวลานานเกินความจำเป็นอันกระทบสิทธิขั้นพื้นฐานประชาชน กระทรวงกลาโหมจึงต้องรับผิดชอบในค่าสินไหมทดแทนตามคำพิพากษาดังกล่าว

ผู้เขียนเห็นด้วยกับศาลฎีกาในการคำนึงถึงเจตนารมณ์ของกฎหมายมาตรา 16 ซึ่งมีให้ข้าราชการทหารต้องรับผิดชอบในการใช้อำนาจตามพระราชบัญญัติกฎอัยการศึก เป็นไปเพื่อให้เจ้าหน้าที่ทหารป้องกันภัยอันตรายในสถานการณ์ไม่ปกติหรือปฏิบัติการเมื่อมีเหตุจำเป็นได้สะดวก ทั้งในมาตราดังกล่าวมิได้บัญญัติห้ามตั้งนั้นหากมิได้มีความจำเป็น และมีได้เป็นการใช้อำนาจเพื่อป้องกันประเทศแล้ว ย่อมไม่ได้รับการคุ้มครองตามมาตราดังกล่าว ทั้งนี้การที่พระราชบัญญัติกฎอัยการศึกมิได้บัญญัติถึงการควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ ไม่มีการกำหนดระยะเวลา อีกทั้งยังห้ามมิให้เรียกร้องค่าสินไหมทดแทนความเสียหายย่อมเกิดปัญหากระทบถึงสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชนและไม่เหมาะสมกับยุคปัจจุบันนัก การใช้กฎหมายจึงต้องระมัดระวังอย่างยิ่ง และการประกาศกฎอัยการศึกต้องเป็นไปตามเจตนารมณ์และเงื่อนไขของกฎหมายจึงจะถือเป็นการคุ้มครองประชาชนขั้นต่ำที่สุด มิเช่นนั้นแล้วกฎอัยการศึกของไทยพิจารณาทั้งตัวบทกฎหมายและในทางปฏิบัติย่อมดำรงอยู่ในปัจจุบันได้ยาก

<sup>49</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 241/2495 ระหว่าง พระยาไชยยศสมบัติ ผู้ชำระบัญชีของบริษัท ศรีราชา จำกัด (โจทก์) และกระทรวงกลาโหม จำเลย ในกรณีฟ้องเรียกค่าทดแทนและค่าเสียหายจากการยึดทรัพย์สินโดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติกฎอัยการศึก พ.ศ. 2457 และพระราชบัญญัติเกณฑ์พลเมืองอุทหนุราชการทหาร พ.ศ. 2464 (ลงวันที่ 28 กุมภาพันธ์ 2495)

## 5.4 กฎอัยการศึกในรัฐธรรมนูญไทย

รัฐธรรมนูญในสถานะกฎหมายสูงสุดซึ่งกำหนดโครงสร้างการปกครองพื้นฐานตลอดจนความสัมพันธ์ระหว่างอำนาจขององค์กรตามรัฐธรรมนูญและการประกันคุณค่าสำคัญอย่างสิทธิขั้นพื้นฐานแล้ว รัฐธรรมนูญในหลายประเทศยังเลือกที่จะบัญญัติกลไกจัดการสถานการณ์ไม่ปกติรวมไว้ในรัฐธรรมนูญไม่ว่าจะเป็นกฎหมายในสถานการณ์ฉุกเฉิน หรือกฎหมายในยามสงครามอย่างกฎอัยการศึก และเป็นการบัญญัติในลักษณะที่ต่างกันทั้งในกรณีบัญญัติไว้เพียงสั้น ๆ และกลุ่มที่บัญญัติรายละเอียดทั้งหมดของกลไกดังกล่าวไว้ในรัฐธรรมนูญ<sup>50</sup> เสมือนเป็นระบบกฎหมายในสถานการณ์ไม่ปกติอีกชุดหนึ่งสำหรับความจำเป็นที่ระบบกฎหมายปกติไม่อาจแก้ไขสถานการณ์ได้ในหัวข้อนี้ ผู้เขียนมุ่งศึกษาการบัญญัติถึงกฎอัยการศึกในรัฐธรรมนูญไทย ตลอดจนปูพื้นฐานความสัมพันธ์ของกฎอัยการศึกและรัฐธรรมนูญของไทยเพื่อเป็นวัตถุดิบในการวิเคราะห์ในบทต่อไป

### 5.4.1 บทบัญญัติว่าด้วยกฎอัยการศึกในรัฐธรรมนูญไทย

การประกาศกฎอัยการศึกเริ่มมีบัญญัติรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญมาตั้งแต่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสยาม พ.ศ. 2475 ซึ่งเป็นรัฐธรรมนูญฉบับที่ 2 และเป็นรัฐธรรมนูญถาวรฉบับแรกของไทย และมีการบัญญัติถึงการประกาศกฎอัยการศึกในรัฐธรรมนูญฉบับต่อ ๆ มาจนถึงฉบับปัจจุบันโดยบัญญัติไว้เพียงมาตราเดียวมาโดยตลอดในลักษณะเดียวกันโดยมิได้มีการเปลี่ยนแปลงมากนัก จากการศึกษาพบว่ามีการบัญญัติกฎอัยการศึกที่แตกต่างหรือมีการบัญญัติเป็นพิเศษสมควรแก่การพิจารณาดังนี้

**รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสยาม พ.ศ. 2475** รัฐธรรมนูญฉบับที่ 2 ของประเทศไทย ร่างโดยคณะอนุกรรมการร่างพระราชบัญญัติธรรมนูญการปกครองแผ่นดิน 9 ท่าน ซึ่งเป็นที่ทราบกันดีว่ามีนายปรีดี พนมยงค์ เพียงคนเดียวที่เป็นตัวแทนจากฝ่ายคณะราษฎร รัฐธรรมนูญฉบับนี้จึงถูกมองเป็นสัญลักษณ์การประนีประนอมของฝ่ายอำนาจเก่าและฝ่ายอำนาจใหม่

การประกาศกฎอัยการศึกบัญญัติรับรองอยู่ในมาตรา 53 มีเนื้อความเพียงวรรคเดียวว่า “พระมหากษัตริย์ทรงประกาศใช้กฎอัยการศึกตามลักษณะและวิธีการในพระราชบัญญัติกฎอัยการศึก” เมื่อผู้เขียนพิจารณาประกอบกับรายงานการประชุมในมาตราดังกล่าวแล้วมิได้พบ

<sup>50</sup> รายละเอียดโปรดดูบทที่ 3 หัวข้อ 3.4.3 ปัญหาความสัมพันธ์ระหว่าง “กฎอัยการศึก รัฐธรรมนูญ และสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ”

ปัญหาหรือข้อสังเกตพิเศษแต่อย่างใด<sup>51</sup> คงเป็นการสังเกตเห็นถึงความจำเป็นที่จะบัญญัติรับรองพระราชบัญญัติกฎอัยการศึกในฐานะกลไกหรือเครื่องมือสำหรับการจัดการสถานการณ์ไม่ปกติดังเช่นในหลายประเทศ และข้อความดังกล่าวได้ถูกบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญฉบับต่อ ๆ มา ไม่ว่าจะเป็นรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2489 ในมาตรา 74 และในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พ.ศ. 2490 ในมาตรา 82 ก็ได้ผิดแผกออกไปแต่ประการใด

**รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักร พ.ศ. 2492** กระทั่งมีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2492 การร่างรัฐธรรมนูญฉบับนี้มีขึ้นภายหลังการรัฐประหารในปี 2490 โดยพลโทผิน ชุณหะวัณ พร้อมกับการประกาศใช้รัฐธรรมนูญชั่วคราวเพื่อเตรียมร่างรัฐธรรมนูญฉบับถาวรในเวลาต่อมา โดยมีการเลือกสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญขึ้นมาทำหน้าที่และได้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2492 ในที่สุด ซึ่งเป็นรัฐธรรมนูญที่ให้พระราชอำนาจพระมหากษัตริย์มากฉบับหนึ่ง เช่น การให้พระราชอำนาจในการยับยั้งกฎหมาย มีการบัญญัติเนื้อหาเกี่ยวกับการประกาศใช้กฎอัยการศึกไว้ในมาตรา 152 โดยบัญญัติแยกเป็นสองวรรค ดังนี้

“พระมหากษัตริย์ทรงไว้ซึ่งพระราชอำนาจในการประกาศใช้กฎอัยการศึกตามลักษณะและวิธีการตามกฎหมายว่าด้วยกฎอัยการศึก

ในกรณีที่มีความจำเป็นต้องประกาศใช้กฎอัยการศึกเฉพาะแห่งเป็นการรีบด่วนเจ้าหน้าที่ฝ่ายทหารย่อมกระทำได้ตามกฎหมายว่าด้วยกฎอัยการศึก”

กล่าวได้ว่า เป็นครั้งแรกที่มีการบัญญัติถึงอำนาจประกาศกฎอัยการศึกของทหารไว้ในรัฐธรรมนูญ และกลายเป็นต้นแบบให้รัฐธรรมนูญฉบับต่อ ๆ มา ต่างก็มีเนื้อหาเช่นเดียวกับมาตรา 152 ของรัฐธรรมนูญฉบับนี้ทั้งสิ้น นัยสำคัญของการเปลี่ยนแปลงบทบัญญัติว่าด้วยการประกาศกฎอัยการศึกคืออะไร ผู้เขียนตรวจสอบจากรายงานการประชุมสภาร่างรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2492 ก็ได้มีรายละเอียดถกเถียงในมาตราดังกล่าวเท่าใดนัก เพียงแต่บันทึกไว้ว่าไม่มีผู้แปรญัตติ แต่กรรมาธิการขอแก้ไขโดยเติมวรรคสองลงไปโดยให้เหตุผลว่า กฎอัยการศึกให้อำนาจเจ้าหน้าที่ทหารประกาศกฎอัยการศึกได้เฉพาะแห่ง<sup>52</sup> ผู้เขียนมีความเห็นว่า เหตุผลที่คณะกรรมาธิการกล่าวอ้างมีเหตุผลที่รับฟังได้ ทั้งยังเป็นการเน้นให้ชัดเจนอีกด้วยว่า การประกาศกฎอัยการศึกโดยทหารทำได้ใน

<sup>51</sup> รายงานการประชุมสภาผู้แทนราษฎร, ครั้งที่ 39/2475, สมัยสามัญ, 27 พฤศจิกายน 2475: 527.

<sup>52</sup> รายงานการประชุมสภาร่างรัฐธรรมนูญ ครั้งที่ 68/2491, 8 ธันวาคม 2491: 2938. และ รายงานการประชุมรัฐสภา พิจารณาร่างรัฐธรรมนูญหมวด 7, ครั้งที่ 21/2492, 24 มกราคม 2492 : 542.

กรณีเร่งด่วนเฉพาะพื้นที่เท่านั้น อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนอดตั้งข้อสังเกตมิได้ว่า การที่รัฐธรรมนูญบัญญัติให้เจ้าหน้าที่ทหารประกาศกฎอัยการศึกได้ตามที่กฎหมายว่าด้วยกฎอัยการศึกกำหนดนั้น อาจมีส่วนทำให้เจ้าหน้าที่ทหารเข้าใจผิดที่กักไปว่า รัฐธรรมนูญรับรองการประกาศกฎอัยการศึกโดยเจ้าหน้าที่ทหาร เพราะหลังจากนั้นเป็นต้นมา ดูเหมือนการประกาศใช้กฎอัยการศึกที่วราชอาณาจักรโดยคณะรัฐประหารที่เป็นเจ้าหน้าที่ทหารได้กระทำเช่นนี้หลายครั้งเหมือนเป็นธรรมเนียมปฏิบัติเสียแล้ว อนึ่ง ในหมวดนโยบายแห่งรัฐในรัฐธรรมนูญฉบับนี้ ได้พยายามบัญญัติมิให้ทหารเข้ามายุ่งเกี่ยวกับการเมือง และในมาตรา 60 ได้บัญญัติให้การใช้กำลังทหารเพื่อการรบ การสงครามหรือเพื่อปราบปราม การจลาจลจะใช้ได้ก็แต่โดยกระแสนพระบรมราชโองการ เว้นแต่ในกรณีที่มีประกาศใช้กฎอัยการศึก<sup>53</sup> แสดงว่า แม้รัฐธรรมนูญนี้จะร่างขึ้นภายหลังการทำรัฐประหารโดยคณะทหาร ทว่าก็มิได้ผลิตโดยตรงจากคณะรัฐประหาร แต่กลับเป็นเครื่องชี้ให้เห็นถึงพลังของฝ่ายอนุรักษ์นิยมและอำนาจนิยมของฝ่ายจอมพล ป.<sup>54</sup> โดยเฉพาะอำนาจของฝ่ายอนุรักษ์พิจารณาได้จากบทบัญญัติรัฐธรรมนูญนี้เอง และสุดท้ายรัฐธรรมนูญฉบับ 2492 ก็สิ้นอายุขัยลงโดยการยึดอำนาจของคณะบริหารประเทศชั่วคราว ในปี พ.ศ. 2494

**รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2517** เป็นรัฐธรรมนูญที่บัญญัติถึงการประกาศใช้กฎอัยการศึกผิดแผกแตกต่างไปจากรัฐธรรมนูญฉบับอื่น เมื่อพิจารณาบริบทแวดล้อมในขณะร่างรัฐธรรมนูญฉบับนี้ซึ่งเกิดขึ้นหลังเหตุการณ์ 14 ตุลาคม 2516 การต่อสู้ของขบวนการเคลื่อนไหวภาคประชาชนขับไล่รัฐบาลเผด็จการภายใต้การนำของจอมพลถนอม กิตติขจร ได้สำเร็จนายสัญญา ธรรมศักดิ์ เข้าดำรงตำแหน่งนายกรัฐมนตรีและเตรียมการร่างรัฐธรรมนูญภายใต้กระบวนการในรัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2515 ซึ่งรัฐบาลต้องเป็นผู้เสนอร่างรัฐธรรมนูญให้สภานิติบัญญัติแห่งชาติพิจารณา กล่าวโดยง่ายที่สุดกระบวนการร่างรัฐธรรมนูญฉบับปี 2517 นี้ เริ่มจากรัฐบาลแต่งตั้งคณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญและส่งให้คณะรัฐมนตรีพิจารณาก่อนจะเสนอต่อสภานิติบัญญัติแห่งชาติพิจารณาในวาระที่ 1-3<sup>55</sup> โดยมีบทบัญญัติว่าด้วยกฎอัยการศึกในมาตรา 193 ได้บัญญัติเพิ่มวรรคสามและวรรคสี่ลงไป ดังนี้

<sup>53</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2492 มาตรา 60.

<sup>54</sup> เสน่ห์ จามริก, การเมืองกับพัฒนาการรัฐธรรมนูญ, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร: มูลนิธิโครงการตำราสังคมศาสตร์และมนุษยศาสตร์, 2549), น. 183-184.

<sup>55</sup> รายละเอียดใน บัณฑิต จันทร์โรจน์กิจ, ชีวประวัติรัฐธรรมนูญการปกครองและรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2475-2520, เอกสารวิชาการหมายเลข 607 (กรุงเทพมหานคร: โครงการเมธีวิจัยอาวุโส สกว, 2560 ), น. 157-158.

“พระมหากษัตริย์ทรงไว้ซึ่งพระราชอำนาจในการประกาศใช้กฎอัยการศึกตามลักษณะและวิธีการตามกฎหมายว่าด้วยกฎอัยการศึก

ในกรณีที่มีความจำเป็นต้องประกาศใช้กฎอัยการศึกเฉพาะแห่งเป็นการรีบด่วนเจ้าหน้าที่ฝ่ายทหารย่อมกระทำได้ตามกฎหมายว่าด้วยกฎอัยการศึก

กฎอัยการศึกตามวรรคหนึ่งและวรรคสอง จะมีผลใช้บังคับเกิน 30 วันได้อีกเป็นระยะเวลาเท่าใด ต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภา

ในระหว่างที่สภาผู้แทนราษฎรสิ้นอายุ หรือสภาผู้แทนราษฎรถูกยุบ ให้วุฒิสภำทำหน้าที่รัฐสภาในการให้ความเห็นชอบตามวรรคสาม”

สรุปความส่วนที่เพิ่มเติมได้ว่า กรณีประกาศใช้กฎอัยการศึกตามวรรคหนึ่งและวรรคสองจะบังคับใช้เกิน 30 วันได้ ต้องได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภา และหากสภาผู้แทนราษฎรสิ้นอายุหรือถูกยุบให้วุฒิสภำทำหน้าที่รัฐสภาให้ความเห็นชอบแทน<sup>56</sup> นับเป็นครั้งแรกที่มีการกำหนดระยะเวลาในการประกาศกฎอัยการศึกและให้รัฐสภาได้มีส่วนร่วมในการตรวจสอบการใช้กฎอัยการศึกของคณะรัฐมนตรี คล้ายกับอารยประเทศที่มีพัฒนาการในการจัดทำกฎหมายความมั่นคง เช่น กฎอัยการศึกของฝรั่งเศส หรือแม้แต่ในกฎหมายสถานการณ์ฉุกเฉินของอังกฤษซึ่งมีกระบวนการให้รัฐสภาตรวจสอบ จึงเป็นที่น่าเสียดายที่ไม่มีบัญญัติวรรคสามและวรรคสี่ในรัฐธรรมนูญฉบับต่อ ๆ มา

สำหรับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 อันเป็นฉบับปัจจุบันได้บัญญัติอันเกี่ยวกับการประกาศใช้กฎอัยการศึกไว้ในรัฐธรรมนูญมาตรา 176 ในลักษณะเช่นเดียวกันกับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2492 เช่นกัน โดยกำหนดเนื้อหาแบ่งแยกเป็นสองวรรค หากพิจารณาประกอบกับพระราชบัญญัติกฎอัยการศึกพอจะสรุปได้ว่า ในวรรคแรกจะกำหนดให้เป็นพระราชอำนาจที่จะทรงประกาศใช้กฎอัยการศึกตลอดทั่วราชอาณาจักร ทั้งนี้โดยมีเงื่อนไขสองประการ คือ (1) พระบรมราชโองการให้ประกาศใช้กฎอัยการศึกไม่ว่าจะเป็นการเฉพาะแห่งหรือตลอดทั่วราชอาณาจักร จะต้องเป็นไปตามลักษณะและวิธีการตามกฎหมายว่าด้วยกฎอัยการศึก (2) พระบรมราชโองการให้ประกาศใช้กฎอัยการศึกจะต้องมีรัฐมนตรีคนหนึ่งลงนามรับสนองพระบรมราชโองการเสมอ เนื่องจากเป็นพระบรมราชโองการอันเกี่ยวกับการบริหารราชการแผ่นดิน

<sup>56</sup> ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2517 มาตรา 193 ในวรรคสามและสี่ มีความแตกต่างจากร่างรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2517 ในมาตรา 183 ซึ่งเป็นร่างแรกที่เข้าที่ประชุมสภานิติบัญญัติแห่งชาติมีบทบัญญัติต่างกันอยู่บ้าง

ซึ่งสอดคล้องกับมาตรา 182 ของรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน<sup>57</sup> ส่วนในวรรคสอง ถือเป็นข้อยกเว้นของวรรคแรก กล่าวคือ ถ้าจำเป็นที่จะต้องประกาศใช้กฎอัยการศึกเฉพาะแห่งเป็นการรีบด่วน เจ้าหน้าที่ทหารย่อมกระทำได้ตามกฎหมายว่าด้วยกฎอัยการศึกในท้องที่ที่เกิดเหตุขึ้น ซึ่งสอดคล้องกับมาตรา 2 และมาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติกฎอัยการศึก

อนึ่ง แม้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 ฉบับปัจจุบันในมาตรา 176 ได้บัญญัติเช่นเดียวกับฉบับที่ผ่านมา แต่หากพิจารณาให้ถ่วงถึพบว่า ในวรรคหนึ่ง ถ้อยความแต่เดิมคือ “พระมหากษัตริย์ทรงไว้ซึ่งพระราชอำนาจในการประกาศใช้กฎอัยการศึก ตามลักษณะและวิธีการตามกฎหมายว่าด้วยกฎอัยการศึก” ในรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันมีการตัดถ้อยคำว่า “ตามลักษณะและวิธีการตามกฎหมายว่าด้วยกฎอัยการศึก” ออกเสีย ชวนให้ฉงนสงสัยว่าเป็นเพราะเหตุใด หากตีความในแง่ร้ายอาจหมายถึงพระราชอำนาจในการประกาศกฎอัยการศึกเป็นของพระมหากษัตริย์ที่จะทรงใช้และยกเลิกกฎอัยการศึกโดยมิต้องคำนึงถึงเงื่อนไขและวิธีการหรือไม่

ผู้เขียนเห็นว่า แม้จะมีการตัดทอนข้อความดังกล่าวออกไปก็ไม่อาจตีความเช่นนั้นได้ เนื่องจากเป็นการตีความกฎหมายขัดกับบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญมาตรา 182 ซึ่งกำหนดให้บทกฎหมาย พระราชหัตถเลขา และพระบรมราชโองการอันเกี่ยวกับราชการแผ่นดิน ต้องมีรัฐมนตรีลงนามรับสนองพระบรมราชโองการ เว้นแต่ที่มีบัญญัติไว้เป็นอย่างอื่นในรัฐธรรมนูญนี้ สอดคล้องกับหลักกฎหมายรัฐธรรมนูญที่ในระบบรัฐสภาอันถือว่า “พระมหากษัตริย์ทรงกระทำผิดมิได้” หรือหลัก “The King can do no wrong” ประมุขของรัฐจึงกระทำการใดโดยลำพังมิได้ ดังนั้นการประกาศกฎอัยการศึกโดยพระมหากษัตริย์ย่อมต้องมีรัฐมนตรีลงนามรับสนองพระบรมราชโองการ การตีความมาตรา 176 จึงต้องตีความมิให้บทบัญญัติในรัฐธรรมนูญขัดแย้งกันเองและสอดคล้องกับการปกครองในระบอบประชาธิปไตยด้วย

จากการพิจารณาบทบัญญัติว่าด้วยกฎอัยการศึกในรัฐธรรมนูญ แห่งราชอาณาจักรไทยทั้ง 20 ฉบับ สรุปได้ว่า มีการบัญญัติถึงกฎอัยการศึกเป็นครั้งแรกในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2475 ซึ่งเป็นรัฐธรรมนูญฉบับที่ 2 โดยมีเพียงวรรคเดียวกล่าวถึงอำนาจประกาศกฎอัยการศึกของพระมหากษัตริย์และให้เป็นไปตามพระราชบัญญัติกฎอัยการศึก นับเป็นต้นแบบแรกของการบัญญัติถึงกฎอัยการศึกในรัฐธรรมนูญฉบับต่อ ๆ มา กระทั่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2492 เป็นรัฐธรรมนูญฉบับที่ 5 จึงได้มีบัญญัติเพิ่มเติมในวรรคสอง ว่าด้วยอำนาจในการประกาศ

---

<sup>57</sup>รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 มาตรา 182 “บทกฎหมาย พระราชหัตถเลขา และพระบรมราชโองการอันเกี่ยวกับราชการแผ่นดิน ต้องมีรัฐมนตรีลงนามรับสนองพระบรมราชโองการ เว้นแต่ที่มีบัญญัติไว้เป็นอย่างอื่นในรัฐธรรมนูญนี้”

กฎอัยการศึกเฉพาะพื้นที่ของเจ้าหน้าที่ทหารตามพระราชบัญญัติกฎอัยการศึก และกลายเป็นพิมพ์เขียว การบัญญัติกฎอัยการศึกในรัฐธรรมนูญที่มี 2 วรค มาจนถึงรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน โดยมีเพียง รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2517 เท่านั้นที่บัญญัติถึงการตรวจสอบโดยรัฐสภาเพิ่มเติมไว้ ด้วย

#### 5.4.2 พิเคราะห์อำนาจการประกาศกฎอัยการศึกตามรัฐธรรมนูญ

ในเบื้องต้น ผู้เขียนได้อธิบายถึงกฎอัยการศึกซึ่งมีการบัญญัติรับรองใน รัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2475 กระทั่งถึงรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน ซึ่งมีการเปลี่ยนแปลงอยู่บ้างในรัฐธรรมนูญ ปี 2492 และรัฐธรรมนูญปี 2517 แต่สิ่งหนึ่งที่รัฐธรรมนูญไทยบัญญัติถึงกฎอัยการศึกไว้โดยมิได้มีการ ปรับเปลี่ยนแต่ประการใด คือข้อความในส่วนที่ว่า “พระมหากษัตริย์ทรงไว้ซึ่งพระราชอำนาจในการ ประกาศใช้กฎอัยการศึก ตามลักษณะและวิธีการตามกฎหมายว่าด้วยกฎอัยการศึก” ในหัวข้อนี้ผู้เขียน เห็นสมควรพิจารณาถึงการที่ รัฐธรรมนูญบัญญัติให้อำนาจในการประกาศกฎอัยการศึกแก่ พระมหากษัตริย์

เป็นที่ทราบโดยทั่วกันอยู่แล้วว่า ประเทศที่ปกครองในระบอบประชาธิปไตย ในระบบรัฐสภาย่อมมีพระมหากษัตริย์เป็นประมุขของรัฐ ทั้งนี้การเป็นประมุขขององค์พระมหากษัตริย์ เป็นไปในลักษณะของการใช้อำนาจตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดหรือที่เรียกว่าระบอบกษัตริย์ภายใต้ รัฐธรรมนูญ (Constitution Monarchy) อำนาจอันเกี่ยวด้วยการบริหารบ้านเมืองในอดีตตามระบอบ สมบูรณาญาสิทธิราชย์เคยเป็นสิทธิขาดของพระมหากษัตริย์ย่อมเปลี่ยนไป เพราะประมุขในฝ่าย บริหารคือนายกรัฐมนตรี การปกครองในระบอบนี้พระมหากษัตริย์จึงไม่มีความรับผิดชอบทางการเมือง แต่ประการใด<sup>58</sup> สอดคล้องกับหลักกฎหมายรัฐธรรมนูญที่สำคัญของต้นแบบการปกครองในระบบ รัฐสภาอย่างประเทศอังกฤษซึ่งถือว่า “พระมหากษัตริย์ทรงกระทำผิดมิได้” หรือหลัก “The King can do no wrong” ดังนั้น ประมุขของรัฐจึงกระทำการใดโดยลำพังมิได้ (The King cannot act alone)<sup>59</sup> กิจกรรมต่าง ๆ ที่กระทำในนามของพระมหากษัตริย์ ย่อมต้องมีบุคคลผู้ดำรงตำแหน่งตามที่กฎหมาย กำหนดไว้ลงชื่อกำกับไว้ซึ่งก็คือ “การลงนามรับสนองพระบรมราชโองการ” บุคคลผู้ลงชื่อคือ ผู้รับผิดชอบในการกระทำนั้น ดังนั้นอำนาจของพระมหากษัตริย์ที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญโดยเฉพาะ

<sup>58</sup> วิษณุ เครืองาม, กฎหมายรัฐธรรมนูญ, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร: นิติบรรณาการ, 2530), น. 306.

<sup>59</sup> ไพโรจน์ ชัยนาม, คำอธิบายกฎหมายรัฐธรรมนูญเปรียบเทียบ เล่ม 1 ข้อความเบื้องต้นและ หลักการทั่วไปของกฎหมายรัฐธรรมนูญ, (กรุงเทพมหานคร: คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2495), น. 299.

ในหมวดฝ่ายบริหาร แท้จริงแล้วอำนาจเหล่านั้นเป็นการตัดสินใจหรือริเริ่มดำเนินการของฝ่ายบริหาร มิใช่พระราชอำนาจโดยแท้ของพระมหากษัตริย์ดังเช่นในอดีตซึ่งพระองค์ทรงทำได้โดยลำพัง พระราชอำนาจในแบบพิธีจึงต่างจากพระราชอำนาจโดยแท้ของพระมหากษัตริย์ที่ทรงใช้ตามพระราชอัธยาศัย แต่ในหัวข้อนี้ผู้เขียนจะอธิบายถึงพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ตามรัฐธรรมนูญอันเกี่ยวข้องกับ ความมั่นคงของประเทศนั่นคือ “การประกาศกฎอัยการศึก” เป็นใจความหลัก

เพื่อความเข้าใจในประเด็นพระราชอำนาจประกาศกฎอัยการศึกนี้อาจต้องกล่าวอ้างถึงมาตรา 8 ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 ที่ว่า “พระมหากษัตริย์ทรงดำรงตำแหน่งจอมทัพไทย” ซึ่งปรากฏถ้อยความในลักษณะนี้มานับแต่รัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2475 ในมาตรา 5 ที่ว่า “พระมหากษัตริย์ทรงดำรงตำแหน่งจอมทัพสยาม” เดิมทีก่อนเปลี่ยนแปลงการปกครอง พ.ศ. 2475 พระมหากษัตริย์ย่อมมีอำนาจตามความเป็นจริงในการบังคับบัญชาทหารทั้งหมดในฐานะ จอมทัพเป็นเรื่องที่เข้าใจได้ ทว่าเมื่อการปกครองเปลี่ยนเป็นระบอบประชาธิปไตย สถานะและพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ย่อมถูกจำกัดโดยรัฐธรรมนูญ การตีความมาตรานี้จึงหมายถึง อำนาจโดยสถานะประมุขแห่งรัฐเท่านั้น ส่วนการที่จะทรงบริหารอย่างไร ใด ๆ ก็จำเป็นต้องผ่านทาง รัฐมนตรี ซึ่งเป็นผู้รับผิดชอบตามรัฐธรรมนูญ<sup>60</sup> สอดคล้องกับความเห็นหลวงประเจิดอักษรลักษณ์ซึ่ง อธิบายบทบาทของพระมหากษัตริย์ในฐานะจอมทัพโดยสรุปว่า พระมหากษัตริย์ไม่ทรงรับผิดชอบใน กิจการที่ได้ทรงปฏิบัติไป เนื่องจากการปกครองโดยรัฐสภา มีคณะเสนาบดีที่ต้องรับผิดชอบ ฉะนั้น ก่อนที่พระมหากษัตริย์จะทรงใช้กำลังทหารย่อมต้องได้รับความยินยอมเห็นชอบจากรัฐมนตรี ซึ่งเป็นผู้รับผิดชอบต่อสภาโดยตรงและเป็นผู้รู้เห็นในการสั่งใช้กำลังทหารทุกครั้งไป เพราะเหตุว่า หากมีเหตุการณ์ที่ต้องรับผิดชอบเกิดขึ้น คณะรัฐมนตรีย่อมเป็นผู้รับผิดชอบต่อบ้านเมือง<sup>61</sup> ดังนั้น การที่รัฐธรรมนูญบัญญัติถ้อยความเช่นนั้นในทางหลักการย่อมเป็นอำนาจในทางแบบพิธีและเป็น พระเกียรติยศในฐานะประมุขของรัฐ แต่มิใช่อำนาจสั่งกิจการทหารได้ตามพระราชหฤทัย เพราะใน

<sup>60</sup> เตือน บุนนาค และไพโรจน์ ชัยนาม, คำอธิบายกฎหมายรัฐธรรมนูญและกฎหมายเลือกตั้ง, (พระนคร: นิติสารัน, 2477), น. 68.

<sup>61</sup> หลวงประเสริฐอักษรลักษณ์, กฎหมายรัฐธรรมนูญ: คำสอนชั้นปริญญาตรี, (พระนคร: คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์และการเมือง, 2477), น. 122-123.

รัฐธรรมนูญกำหนดให้มีผู้ลงนามสนองพระบรมราชโองการอยู่แล้วตามมาตรา 182 ของรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน<sup>62</sup>

พระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญอันเกี่ยวข้องกับความมั่นคงของประเทศจัดอยู่ในกลุ่มการใช้อำนาจในทางบริหาร เช่น พระราชอำนาจในการประกาศใช้กฎอัยการศึกและพระราชอำนาจในการประกาศสงคราม แม้ในรัฐธรรมนูญบัญญัติให้เป็นอำนาจของพระมหากษัตริย์ ทว่าในทางปฏิบัตินั้นเป็นอำนาจหน้าที่ของฝ่ายบริหาร รวมถึงต้องได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภาด้วยในกรณีประกาศสงคราม<sup>63</sup> ซึ่งพระราชอำนาจในการประกาศกฎอัยการศึกของพระมหากษัตริย์ต้องพิจารณาประกอบกับพระราชบัญญัติกฎอัยการศึก พ.ศ. 2457 กรณีผู้มีอำนาจประกาศกฎอัยการศึก โดยเฉพาะในมาตรา 2 ซึ่งกำหนดให้พระมหากษัตริย์มีอำนาจประกาศพระบรมราชโองการให้ใช้กฎอัยการศึกทั่วราชอาณาจักรได้<sup>64</sup> แม้ขณะตรากฎหมายดังกล่าวเป็นช่วงเวลาของระบอบการปกครองสมบูรณาญาสิทธิราชย์ซึ่งพระมหากษัตริย์มีพระราชอำนาจโดยตรงในการประกาศกฎอัยการศึกก็ตาม แต่เมื่อนำมาใช้ในระบอบประชาธิปไตย ย่อมหมายถึงการประกาศพระบรมราชโองการให้ใช้กฎอัยการศึกของพระมหากษัตริย์โดยมีนายกรัฐมนตรีเป็นผู้ลงนามรับสนองพระบรมราชโองการ พิจารณาประกอบกับข้อมูลในเบื้องต้นย่อมกล่าวได้ว่า อำนาจในการประกาศกฎอัยการศึกทั่วราชอาณาจักรตามมาตรา 2 นี้ เป็นอำนาจของฝ่ายบริหารโดยรัฐมนตรีนั่นเอง แต่ด้วยการประกาศกฎอัยการศึกเป็นเรื่องร้ายแรงและในอดีตเป็นอำนาจของพระมหากษัตริย์<sup>65</sup> การกำหนดรูปแบบให้ทำเป็นพระบรมราชโองการจึงเป็นเรื่องที่มีเหตุผลอยู่ ทั้งนี้สิ่งที่ควรพิจารณาคือ รูปแบบการประกาศกฎอัยการศึกดังกล่าวยังคงเหมาะสมกับกาลสมัยหรือไม่

ส่วนกรณีที่รัฐธรรมนูญของไทยในปี พ.ศ. 2492 ริเริ่มบัญญัติถึงอำนาจการประกาศกฎอัยการศึกเฉพาะพื้นที่ของเจ้าหน้าที่ทหาร สืบเนื่องมาจากในพระราชบัญญัติกฎอัยการศึก พ.ศ. 2457 มาตรา 4 บัญญัติให้อำนาจเจ้าหน้าที่ทหารประกาศกฎอัยการศึกเฉพาะพื้นที่เป็นการเร่งด่วนและรายงานคณะรัฐมนตรีโดยเร็ว<sup>66</sup> เสมือนเป็นการนำบทบัญญัติในพระราชบัญญัติดังกล่าว

<sup>62</sup> รายละเอียดเพิ่มเติมในเรื่องฐานะประมุขแห่งรัฐตลอดถึงข้อถกเถียงที่สำคัญ ดู สมชาย ปรีชาศิลป์กุล, นี่คือปณิธานที่หาญมุ่ง : ข้อถกเถียงว่าด้วยสถาบันพระมหากษัตริย์ในองค์การจัดทำรัฐธรรมนูญของไทย ตั้งแต่ พ.ศ. 2475-2550, (นนทบุรี: ฟ้าเดียวกัน, 2561), น. 267-289.

<sup>63</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 มาตรา 176 และมาตรา 177.

<sup>64</sup> พระราชบัญญัติกฎอัยการศึก พ.ศ. 2457 มาตรา 2.

<sup>65</sup> ดูเทียบเคียงกับแนวคิดกฎอัยการศึกในต่างประเทศ ในบทที่ 3.4.2

<sup>66</sup> พระราชบัญญัติกฎอัยการศึก พ.ศ. 2457 มาตรา 4.

มารับรองไว้อีกครั้งเช่นเดียวกับกรณีอำนาจประกาศกฎอัยการศึกเป็นพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ โดยมีได้มีการปรับเปลี่ยนแต่อย่างใด และกลายเป็นบทบัญญัติที่ถูกตราซ้ำแล้วซ้ำอีกในรัฐธรรมนูญจนถึงปัจจุบัน

สรุปความสัมพันธ์ระหว่างรัฐธรรมนูญและกฎอัยการศึกในส่วนของการบัญญัติให้อำนาจประกาศกฎอัยการศึก พิจารณาทั้งในบทบัญญัติรัฐธรรมนูญและอำนาจในการประกาศกฎอัยการศึกตามพระราชบัญญัติว่าด้วยกฎอัยการศึกฯ แล้ว ผู้เขียนเห็นว่า เราไม่อาจปฏิเสธรัฐธรรมนูญไทยในฐานะฐานอำนาจและความเป็นกฎหมายที่รับรองการใช้กฎอัยการศึก ซึ่งเป็นอำนาจของฝ่ายบริหารในนามของพระมหากษัตริย์

#### 5.4.3 กฎอัยการศึกกับการระงับสิทธิตามรัฐธรรมนูญ

ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 มาตรา 5 มีบทบัญญัติซึ่งแสดงถึงความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญไว้ว่า “รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ บทบัญญัติใดของกฎหมาย กฎ หรือข้อบังคับ หรือการกระทำใดขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนี้ บทบัญญัติหรือการกระทำนั้นเป็นอันใช้บังคับมิได้” บทบัญญัติในลักษณะดังกล่าวมีมาตั้งแต่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสยาม พ.ศ. 2475 ในมาตรา 61 “บทบัญญัติแห่งกฎหมายใด ๆ มีข้อความแย้งหรือขัดกับรัฐธรรมนูญนี้ ท่านว่าบทบัญญัตินั้น ๆ เป็นโมฆะ” ซึ่งมีความหมายในทำนองเดียวกัน กล่าวคือ รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสำคัญเหนือกฎหมายอื่น จึงไม่อาจมีกฎหมายใดแย้งหรือขัดกับรัฐธรรมนูญได้ หากบทบัญญัติดังกล่าวขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญย่อมใช้บังคับมิได้ ประกอบกับการจัดลำดับศักดิ์ของกฎหมาย รัฐธรรมนูญก็เป็นกฎหมายในลำดับสูงสุด เหนือกฎหมายประเภทอื่น แต่เมื่อพิจารณาพระราชบัญญัติกฎอัยการศึก พ.ศ. 2457 ในมาตรา 2 เนื้อความส่วนท้ายที่ว่า “บรรดาข้อความในพระราชบัญญัติหรือบทกฎหมายใด ๆ ซึ่งขัดกับความของกฎอัยการศึก ต้องระงับและใช้บทบัญญัติของกฎอัยการศึกที่ให้ใช้บังคับนั้นแทน” ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมภายหลังในปีพ.ศ. 2485<sup>67</sup>

บทบัญญัติว่าด้วยกฎอัยการศึกในมาตรา 2 ตอนท้ายดังกล่าว หมายความว่า ขณะที่มีการประกาศใช้กฎอัยการศึก หากมีบทบัญญัติกฎหมายใด ๆ ที่แตกต่างหรือขัดแย้งกับบทบัญญัติว่าด้วยกฎอัยการศึก ให้ใช้บทบัญญัติในกฎอัยการศึก กรณีนี้เป็นที่สงสัยว่า รวมถึงการขัดหรือแย้งกับกฎหมายรัฐธรรมนูญหรือไม่ ก่อนอื่นต้องทำความเข้าใจก่อนว่า มาตรา 2 แห่งพระราชบัญญัตินี้เป็นกฎหมายในระบอบเก่าตั้งแต่ปีพ.ศ. 2457 ซึ่งยังมีรัฐธรรมนูญใช้บังคับ ดังนั้น หากสถานการณ์ซับซ้อนจำเป็น การใช้กฎอัยการศึกละเลยไม่ได้เต็มที่มิได้อยู่ภายใต้รัฐธรรมนูญ ทว่าเมื่อยุคสมัยเปลี่ยนไป มีการร่างรัฐธรรมนูญภายใต้ระบอบประชาธิปไตย แต่พระราชบัญญัติบทนี้มี

<sup>67</sup> รายละเอียดในบทที่ 5.3.1 บทบัญญัติว่าด้วยเงื่อนไขกฎอัยการศึก

การแก้ไข การพิจารณาตามพระราชบัญญัติกฏอัยการศึกฯ อย่างเคร่งครัดโดยมิได้มีการปรับใช้ให้สอดคล้องกับระบอบการปกครองย่อมเกิดปัญหา การตีความตามมาตรา 2 เช่นนั้นย่อมหมายถึงการยินยอมให้กฏอัยการศึกอยู่เหนือรัฐธรรมนูญในยามสถานการณ์ไม่ปกติ เท่ากับเมื่อประกาศใช้กฏอัยการศึกแล้ว กฏอัยการศึกมีอำนาจเหนือทุกสิ่งไม่เว้นแม้แต่กฎหมายรัฐธรรมนูญ ผู้เขียนไม่เห็นด้วยกับการตีความเช่นนี้ เพราะไม่สอดคล้องกับระบอบประชาธิปไตย และขัดกับลำดับชั้นของกฎหมายซึ่งรัฐธรรมนูญย่อมมีลำดับชั้นทางกฎหมายสูงกว่ากฏอัยการศึกอันเป็นกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติ พระราชบัญญัติกฏอัยการศึกฯ ต่างหากที่ไม่อาจขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญได้ ทั้งยังควรเป็นระบบกฎหมายสำหรับการจัดการสถานการณ์วิกฤตที่อยู่ภายใต้รัฐธรรมนูญ แต่พระราชบัญญัติกฏอัยการศึก พ.ศ. 2457 และรัฐธรรมนูญของไทยนี้กลับไม่เป็นไปในทิศทางเดียวกัน ซึ่งผู้เขียนตั้งข้อสังเกตไว้ว่า ปัญหาดังกล่าวส่วนหนึ่งเป็นเพราะพระราชบัญญัติกฏอัยการศึกฯ เป็นกฎหมายที่ร่างขึ้นบนพื้นฐานของระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์และตกทอดมาสู่ปัจจุบันโดยแทบจะมิได้แก้ไขในสาระสำคัญยอมเป็นการยากที่จะใช้บังคับภายใต้หลักแห่งนิติรัฐทั้งยังสอดคล้องกับกฎหมายรัฐธรรมนูญได้

เมื่อเกิดสภาวะยกเว้นกฎหมายในระบบปกติที่ไม่อาจหลีกเลี่ยงได้ บทบัญญัติในรัฐธรรมนูญบางมาตราอาจถูกยกเว้นและเปลี่ยนไปใช้กลไกในกฏอัยการศึกแทนนั้น การตีความให้ห้วงเวลาดังกล่าวรัฐธรรมนูญของไทยไม่ใช่กฎหมายสูงสุดอีกต่อไปยอมไม่ถูกต้องนัก แม้เป็นไปได้ที่จะมีการอาศัยช่วงเวลาในสภาวะยกเว้นดังกล่าวช่วงชิงอำนาจทางการเมือง ทว่าความเป็นจริงกฎหมายรัฐธรรมนูญยังคงอยู่ ทั้งยังเป็นฐานอำนาจของการใช้กฏอัยการศึกและการยกเว้นรัฐธรรมนูญในบางมาตราล้วนแต่ได้รับอนุญาตและกระทำได้เท่าที่กรอบของรัฐธรรมนูญกำหนด กฏอัยการศึกจึงเป็นเพียงกลไกซึ่งบังคับใช้ในสถานการณ์ไม่ปกติในระดับสงคราม โดยมีหลักเกณฑ์และเงื่อนไขที่สอดคล้องกับบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญภายใต้กรอบประชาธิปไตย ดังนั้นพระราชบัญญัติกฏอัยการศึกของไทยจึงสมควรที่จะมีการปรับเปลี่ยนเพื่อให้เอื้อต่อการใช้งานยุคปัจจุบัน ลดช่องว่างของการปรับใช้กฎหมายความมั่นคงในทางมิชอบ รวมถึงการร่างรัฐธรรมนูญของไทยควรมีการพิจารณาถกเถียงถึงกลไกสำหรับการจัดการสถานการณ์ไม่ปกติ รัฐธรรมนูญควรมีกลไกในรูปแบบใด ขอบเขตเงื่อนไขของการใช้กฏอัยการศึกหรือกฎหมายความมั่นคงอื่นเพื่อเป็นเครื่องมือรักษาความมั่นคงของรัฐและพิทักษ์ซึ่งระบอบการปกครองควรที่จะมีการอภิปรายถกเถียงกัน เรื่องนี้มีความสำคัญต่อระมัดระวังและซึ้งน้ำหนักในการตัดสินใจมาเป็นอย่างมาก เพราะสภาวะยกเว้นอันไม่ปกติดังกล่าวเสมือนดาบสองคมที่ด้านหนึ่งคือประโยชน์ในการรักษาความมั่นคงของรัฐและชีวิตประชาชน ส่วนอีกด้านหนึ่งเป็นการใช้อำนาจอันอาจกระทบถึงสิทธิเสรีภาพของประชาชน

อย่างไรก็ดี เมื่อเราพิจารณาบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญอย่างละเอียดนอกเหนือจากการบัญญัติถึงกฎอัยการศึกในมาตรา 176 แล้ว พบว่าในหลายมาตราเป็นการตรากฎหมายในลักษณะที่คล้ายจะเป็นการคุ้มครอง ทว่าก็เป็นการสร้างข้อจำกัดไปในตัวด้วย เช่น ในมาตรา 30 บัญญัติว่า “การเกณฑ์จะกระทำมิได้ เว้นแต่อาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ตราขึ้นเพื่อป้องกันภัยพิบัติสาธารณะ หรือมีการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉิน หรือประกาศใช้กฎอัยการศึก หรือในระหว่างเวลาที่ประเทศอยู่ในภาวะสงครามหรือการรบ” ในกรณีนี้คือในภาวะปกติการเกณฑ์แรงงานย่อมกระทำมิได้ แต่ในรัฐธรรมนูญก็ได้บัญญัติข้อยกเว้นให้ทำได้เช่นเดียวกัน ดังนั้นเมื่อมีการประกาศใช้กฎอัยการศึกและได้มีการออกคำสั่งพิเศษใช้อำนาจการเกณฑ์แรงงานแล้วย่อมกระทำมิได้ หรือในมาตรา 36 ที่ว่า “บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการติดต่อสื่อสารถึงกันไม่ว่าในทางใด ๆ การตรวจ การกัก หรือการเปิดเผยข้อมูลที่บุคคลสื่อสารถึงกัน รวมทั้งการกระทำด้วยประการใด ๆ เพื่อให้ล่วงรู้หรือได้มาซึ่งข้อมูลที่บุคคลสื่อสารถึงกันจะกระทำมิได้ เว้นแต่มีคำสั่งหรือหมายของศาลหรือมีเหตุอย่างอื่นตามที่กฎหมายบัญญัติ” เมื่อในพระราชบัญญัติกฎอัยการศึกให้อำนาจเจ้าหน้าที่ทหารในการตรวจค้น ข่าวดสาร สิ่งพิมพ์ต่าง ๆ ในขณะที่ประกาศกฎอัยการศึกย่อมทำได้ มีพักต้องกล่าวถึงการห้าม การค้น การอายัด การกักตัวหรือการเข้าอาศัยของเจ้าหน้าที่ล้วนแต่กระทบกระเทือนสิทธิเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองทั้งสิ้น รวมถึงเป็นการยกเว้นสิทธิเสรีภาพบางประการโดยความยินยอมของรัฐธรรมนูญเอง<sup>68</sup> ในกรณีนี้ทั้งรัฐธรรมนูญและพระราชบัญญัติบัญญัติ กฎหมายให้สอดคล้องกันเสมือนหนึ่งกฎอัยการศึกเป็นกฎหมายพิเศษ ที่อาจยกเว้นการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญในบางกรณีได้ โดยต้องเป็นไปตามเงื่อนไขของกฎหมายทั้งสองฉบับและมาตรการที่เลือกใช้ก็ควรที่จะได้สัดส่วนและสมควรแก่เหตุ ทั้งนี้สิทธิมนุษยชนและสิทธิขั้นพื้นฐานอันเป็นหัวใจสำคัญ เป็นคุณค่าแห่งรัฐธรรมนูญย่อมไม่อาจถูกกระทบกระเทือนได้ ดังนั้นแม้จะมีกฎหมายที่จำกัดสิทธิเสรีภาพประชาชนในยามไม่ปกติ ทว่าขอบเขตนั้นต้องเป็นไปตามกฎหมายและยังอยู่ในกรอบของหลักนิติรัฐ

นอกจากความสัมพันธ์ของกฎอัยการศึกกับรัฐธรรมนูญนอกจากในฐานะกลไกรักษาความมั่นคงแล้ว เมื่อมีการประกาศใช้กฎอัยการศึกอาจมีความจำเป็นต้องใช้มาตรการซึ่งกระทบสิทธิเสรีภาพบางประการที่รัฐธรรมนูญบัญญัติคุ้มครองและกำหนดเหตุยกเว้นในสถานการณ์จำเป็นไว้เช่นกัน โดยต้องเป็นไปตามเงื่อนไขกฎหมายและอยู่ภายใต้หลักความพอสมควรแก่เหตุอีกทั้งความจำเป็นและมาตรการที่ใช้ต้องได้สัดส่วนและไม่ทำให้ประชาชนต้องรับภาระเกินจำเป็น ทั้งต้องคำนึงถึงหลักกฎหมายระหว่างประเทศและปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (UDHR) รวมถึงกติกา ระหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (ICCPR) ซึ่งแม้จะยอมรับว่าสถานการณ์

<sup>68</sup> ดูรายละเอียดอำนาจในหัวข้อ 5.3 การประกาศกฎอัยการศึก

ฉุกเฉินในแต่ละรัฐอาจเกิดขึ้นได้ และอนุญาตให้งดเว้นพันธกรณีบางประการแต่ยังคงคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานอันเป็นหัวใจหลักที่ไม่อาจถูกยกเว้นได้ ไม่ว่าจะเป็นสิทธิในการมีชีวิต (Right of Life) สิทธิเสรีภาพในการดำรงชีวิต ซึ่งไม่อาจถูกลงโทษโดยทรมาณอย่างไร้มนุษยธรรมหรือฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ และไม่อาจเอาคนลงเป็นทาสหรือบังคับบุคคลเยี่ยงทาส รวมถึงไม่อาจรับโทษอาญาย้อนหลังได้<sup>69</sup> ผู้เขียนเห็นว่าหากกฎหมายว่าด้วยกฏอัยการศึกได้รับการปรับปรุงให้เข้ากับยุคสมัยและการบัญญัติกฏอัยการศึกไว้ในรัฐธรรมนูญในฐานะกฎหมายในสภาวะฉุกเฉินที่สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญซึ่งไม่มีผลเป็นการทำลายรัฐธรรมนูญอันเป็นฐานอำนาจแต่อย่างใด

## 5.5 การปรับใช้กฏอัยการศึกในระบบกฎหมายไทย

นับตั้งแต่มีการประกาศใช้พระราชบัญญัติกฏอัยการศึก พ.ศ. 2457 เป็นต้นมา มีการประกาศพระบรมราชโองการและประกาศให้ใช้กฏอัยการศึกมาแล้ว 16 ครั้ง<sup>70</sup> รายละเอียดและบริบททางสังคมโดยสังเขปเป็นดังต่อไปนี้

**ครั้งที่ 1** ประกาศใช้กฏอัยการศึกในพื้นที่จังหวัดทหารบกกรุงเทพฯ เมื่อวันที่ 12 ตุลาคม 2476 ในสมัยพระยาพหลพลพยุหเสนาเป็นนายกรัฐมนตรีและผู้บัญชาการทหารบก อันเนื่องมาจากเหตุการณ์กบฏบวรเดช โดยอาศัยอำนาจตามมาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติกฏอัยการศึก ซึ่งสถานการณ์ขณะนั้นฝ่ายพระองค์เจ้าบวรเดชผู้นำกลุ่ม “คณะกู้บ้านกู้เมือง” มีเป้าหมายของการยกกองทัพมาประชิดพระนครแสดงถึงเจตนาเป็นปฏิปักษ์ต่อการปฏิวัติ 2475 ด้วยต้องการเปลี่ยนแปลงการปกครองให้กลับไปสู่ระบอบเดิมโดยใช้กำลังบังคับ<sup>71</sup> สุดท้ายฝ่ายกบฏพ่ายแพ้และประกาศเลิกใช้กฏอัยการศึกเมื่อวันที่ 22 พฤศจิกายน พ.ศ. 2476

**ครั้งที่ 2** พระบรมราชโองการประกาศใช้กฏอัยการศึกในพื้นที่ 24 จังหวัด ในบริเวณภาคเหนือ ภาคอีสานและภาคตะวันออก (บริเวณแนวชายแดนลาวและกัมพูชา) เมื่อวันที่ 7

<sup>69</sup> รายละเอียดในบทที่ 2.3 หลักการจำกัดสิทธิและเสรีภาพ

<sup>70</sup> จำนวนครั้งที่ประกาศกฏอัยการศึกดูประกอบกับ วรชัย แสนสิทธิ์, “จุดต่างแห่งอำนาจตามพระราชบัญญัติกฏอัยการศึก พระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉินและพระราชบัญญัติการรักษาความมั่นคงภายในราชอาณาจักร พ.ศ. 2557,” *จุลนิติ*, น. 129-131 (พฤษภาคม-มิถุนายน 2553).

<sup>71</sup> ธรรมนูญใจจริง, *กบฏบวรเดช: เบื้องแรกปฏิวัติสยาม 2475*, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: มติชน, 2560), น. 87.

มกราคม 2484 โดยจอมพล ป. พิบูลสงคราม นายกรัฐมนตรี อาศัยอำนาจตามมาตรา 2 แห่งพระราชบัญญัติกฎอัยการศึกนี้ อันเนื่องมาจากสงครามมหาเอเซียบูรพา<sup>72</sup> ประเทศไทยเรียกร่องดินแดนอินโดจีนคืนจากประเทศฝรั่งเศส ต่างฝ่ายต่างเตรียมการรบ มีการวางระเบิดทางบกและยุทธนาวีที่เกาะช้างอันถือว่ามีความจำเป็นในลักษณะสงคราม สู้ตายเหตุการณ์จบลงที่การทำสนธิสัญญาและไทยได้ดินแดนคืนมา ประกาศเลิกใช้กฎอัยการศึกเมื่อวันที่ 22 พฤษภาคม พ.ศ. 2484

**ครั้งที่ 3** พระบรมราชโองการประกาศใช้กฎอัยการศึกทั่วราชอาณาจักร เมื่อวันที่ 10 ธันวาคม 2484 ในสมัยที่จอมพล ป. พิบูลสงคราม เป็นนายกรัฐมนตรี อาศัยอำนาจตามมาตรา 2 แห่งพระราชบัญญัติกฎอัยการศึก อันเนื่องมาจากเหตุการณ์สงครามมหาเอเซียบูรพาและสงครามโลกครั้งที่ 2 สถานการณ์ในขณะนั้นคือ หลังจากญี่ปุ่นประกาศสงครามกับสหรัฐอเมริกาและอังกฤษ ได้ยกพลขึ้นบกที่จังหวัดสงขลา ปัตตานี และชุมพร โดยมีการปะทะกันกับทหารไทย สถานการณ์ค่อนข้างตึงเครียด นายกรัฐมนตรีเรียกประชุมคณะรัฐมนตรีเป็นการด่วนเพื่อระงับเหตุนองเลือดบานปลายรัฐบาลประเมินสถานการณ์แล้วเห็นว่า คงไม่อาจรบแตกหักกับญี่ปุ่นได้ จำต้องตกลงอนุญาตให้ญี่ปุ่นเดินทัพผ่านประเทศไทยและประกาศเลิกใช้กฎอัยการศึกเมื่อวันที่ 23 มกราคม พ.ศ. 2489

**ครั้งที่ 4** พระบรมราชโองการประกาศใช้กฎอัยการศึกในพื้นที่จังหวัดพระนครและจังหวัดธนบุรี เมื่อวันที่ 30 มิถุนายน 2494 โดยอาศัยอำนาจตามมาตรา 2 แห่งพระราชบัญญัติกฎอัยการศึกฯ ในสมัยที่จอมพล ป. พิบูลสงคราม เป็นนายกรัฐมนตรี อันเนื่องมาจากเหตุการณ์กบฏแมนฮัตตันโดยกลุ่มคณะกู้ชาติ เหตุการณ์ครั้งนี้เกิดขึ้นขณะที่นายกรัฐมนตรีเข้าร่วมงานรับมอบเรือแมนฮัตตันจากสหรัฐอเมริกา<sup>73</sup> การประกาศครั้งนี้มีความพิเศษตรงที่ผู้ลงนามรับสนองพระบรมราชโองการไม่ใช่ นายกรัฐมนตรี แต่เป็นนายวรการบัญชา (บุญเกิด สุตันตานนท์) รัฐมนตรีคนหนึ่งในรัฐบาล เนื่องจากขณะนั้นนายกรัฐมนตรีถูกควบคุมตัวอยู่ในเรือศรีอยุธยาไม่อาจปฏิบัติหน้าที่ได้ จะเห็นได้ว่าสถานการณ์ครั้งนี้ค่อนข้างวิกฤต มีการทิ้งระเบิดปรมาณูฝ่ายกบฏ การจมเรือหลวงศรีอยุธยาและช่วยนายกรัฐมนตรีได้สำเร็จ ประกาศเลิกใช้กฎอัยการศึกเมื่อวันที่ 6 กันยายน พ.ศ. 2494

**ครั้งที่ 5** พระบรมราชโองการประกาศใช้กฎอัยการศึกทั่วราชอาณาจักร เมื่อวันที่ 16 กันยายน 2500 อันเนื่องมาจากเหตุการณ์ที่จอมพลสฤษดิ์ ธนะรัชต์ ทำการรัฐประหารรัฐบาลของจอมพล ป. พิบูลสงคราม อาศัยอำนาจตามมาตรา 2 อ้างถึงความจำเป็นเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อย

<sup>72</sup> รายละเอียดใน ประเสริฐ ปัทมะสุคนธ์ และกลุ่มรัฐกิจเสรี, รัฐสภาไทยในรอบสี่สิบสองปี (2475-2517), (กรุงเทพมหานคร: ห้างหุ้นส่วนจำกัด ช. ชุมชุมช่าง, 2517), น. 342-352.

<sup>73</sup> รอง ศยามานนท์, ประวัติศาสตร์ไทยในระบอบรัฐธรรมนูญ, (กรุงเทพมหานคร: ไทยวัฒนาพานิช, 2520), น. 315.

ปราศจากภัย นับเป็นครั้งแรกในประวัติศาสตร์ที่ริเริ่มนำกฎอัยการศึกมาใช้กับการรัฐประหาร ยึดอำนาจจากรัฐบาล เหตุการณ์ในขณะนั้นคือ จอมพลป. พิบูลสงคราม ขณะการเลือกตั้งประชาชน ไม่พอใจเนื่องจากการเลือกตั้งที่สกปรกนำไปสู่การชุมนุมประท้วง รัฐบาลจึงประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินเพื่อควบคุมสถานการณ์ และจอมพลสฤษดิ์ ธนะรัชต์ ซึ่งเป็นผู้มีอำนาจทหารในมืออย่างแท้จริง ขณะนั้นได้ทำการรัฐประหารในที่สุด<sup>74</sup>

ขั้นตอนการรัฐประหารครั้งนี้เริ่มจากคณะรัฐประหารออกแถลงการณ์ยึดอำนาจ โดยจอมพลสฤษดิ์ ลงลายมือชื่อในฐานะผู้รักษาการพระนคร จากนั้นมีพระบรมราชโองการระบุว่า จอมพล ป. พิบูลสงคราม นายกรัฐมนตรีบริหารราชการแผ่นดินไม่เป็นที่ไว้วางใจของประชาชน คณะทหารจึงได้เข้ามายึดอำนาจและทำหน้าที่เป็นผู้รักษาพระนครฝ่ายทหาร พระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัว รัชกาลที่ 9 จึงทรงตั้งให้เป็นผู้รักษาพระนครฝ่ายทหารและขอให้ประชาชนอยู่ในความสงบ<sup>75</sup> แล้วจึงได้ประกาศใช้กฎอัยการศึก โดยมีจอมพลสฤษดิ์เป็นผู้ลงนามรับสนองพระบรมราชโองการเอง มีข้อสังเกตว่า ในขณะนั้นอำนาจสูงสุดในการปกครองประเทศถูกยึดมาเป็นของผู้รักษาพระนครฝ่ายทหารทั้งยังมีพระบรมราชโองการแต่งตั้งโดยพระมหากษัตริย์ การรับรองเช่นนี้อาจทำให้จอมพลสฤษดิ์ มีอำนาจปกครองชั่วคราวเทียบเท่านายกรัฐมนตรีในขณะนั้น ทว่าสถานการณ์การชุมนุมยังมีไม่หยุด อันจะประกาศใช้กฎอัยการศึกได้ ประกาศเลิกใช้กฎอัยการศึกทุกจังหวัดเมื่อวันที่ 10 มกราคม พ.ศ. 2501

**ครั้งที่ 6** ประกาศใช้กฎอัยการศึกทั่วราชอาณาจักร เมื่อวันที่ 20 ตุลาคม 2501 อันเนื่องมาจากการที่จอมพลสฤษดิ์ ธนะรัชต์ ทำการรัฐประหารรัฐบาลที่มาจากกาเลือกตั้งคือ รัฐบาลจอมพลถนอม กิตติขจร ซึ่งไม่สามารถบริหารบ้านเมืองอย่างราบรื่นภายใต้ระบอบรัฐสภา ทั้งพรรครัฐบาลต้องพบกับความยุ่งยากในการจัดการในพรรคการเมืองและพรรคร่วมรัฐบาล จอมพลถนอมจึงลาออก และจอมพลสฤษดิ์ซึ่งเดินทางกลับจากการไปรักษาดวงตาที่สหรัฐอเมริกา ก็ทำการรัฐประหารในวันรุ่งขึ้น คาดว่าได้มีการปรึกษาหารือกันมาแล้ว<sup>76</sup> นับเป็นการประกาศกฎอัยการศึกทั่วราชอาณาจักรครั้งแรกที่มีได้ทำตามเงื่อนไขของพระราชบัญญัติ กล่าวคือ ประกาศใช้ทั่วราชอาณาจักร โดยมีได้ประกาศเป็นพระบรมราชโองการ และมีได้ระบุว่าอาศัยอำนาจตามมาตราใดในกฎอัยการศึก สถานการณ์ขณะนั้นมิได้มีภัยอันตรายคุกคามประเทศชาติแต่อย่างใด การยึดอำนาจในขณะนั้น

<sup>74</sup> รายละเอียดใน ทักษ์ เฉลิมเตียรณ, การเมืองระบบพหุชนูปถัมภ์แบบเผด็จการ, พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพมหานคร : มูลนิธิโครงการตำราสังคมศาสตร์และมนุษยศาสตร์, 2559), น. 125-133.

<sup>75</sup> ประกาศพระบรมราชโองการตั้งผู้รักษาพระนครฝ่ายทหาร, ราชกิจจานุเบกษา เล่มที่ 74 ตอนพิเศษที่ 76 (16 กันยายน 2500): 1.

<sup>76</sup> รอง ศยามานนท์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 73, น. 363.

จึงเป็นไปได้โดยง่ายเพื่อให้จอมพลสฤษดิ์เข้ารับตำแหน่งนายกรัฐมนตรีที่ว่างลงและประกาศใช้รัฐธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พ.ศ. 2502 เริ่มต้นการปกครองในระบอบเผด็จการ

อนึ่ง มีข้อสังเกตถึงการประกาศเลิกใช้กฎอัยการศึก ซึ่งเป็นครั้งที่มีการบังคับใช้กฎอัยการศึกลาวนานมาก กล่าวคือ มีประกาศยกเลิกกฎอัยการศึกบางจังหวัดเมื่อวันที่ 15 พฤษภาคม พ.ศ. 2514 คงเหลือไว้อีก 34 จังหวัดภายใต้กฎอัยการศึก โดยให้เหตุผลว่ายังมีภัยจากคอมมิวนิสต์อยู่<sup>77</sup> หมายความว่า มีบางจังหวัดในประเทศไทยตกอยู่ภายใต้กฎอัยการศึกตั้งแต่มีการทำรัฐประหารในปี 2501 กระทั่งยกเลิกในบางจังหวัดในปี 2514 เป็นเวลายาวนานถึง 13 ปี ผู้เขียนเห็นว่าเป็นการประกาศใช้กฎอัยการศึกที่ยาวนานเกินกว่าลักษณะของกฎหมายในสถานการณ์ไม่ปกติซึ่งบังคับใช้ในระยะเวลาจำกัด

**ครั้งที่ 7** ประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 2 ให้ใช้กฎอัยการศึกทั่วราชอาณาจักร เมื่อวันที่ 17 พฤศจิกายน 2514 อันเนื่องมาจากเหตุการณ์ที่จอมพลถนอม กิตติขจร ทำการรัฐประหารยึดอำนาจตนเองเพราะไม่อาจบริหารบ้านเมืองภายใต้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2511 ลักษณะการประกาศกฎอัยการศึกในครั้งนี้เป็นเช่นเดียวกันกับการประกาศกฎอัยการศึกครั้งที่ 6 กล่าวคือ ไม่ได้ทำตามเงื่อนไขของพระราชบัญญัติกฎอัยการศึกทั้งผู้มีอำนาจประกาศ เงื่อนไขในการประกาศรวมถึงรูปแบบการประกาศแต่อย่างใด โดยออกประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 1 อธิบายถึงการควบคุมพื้นที่ของคณะปฏิวัติ ก่อนจะมีประกาศคณะปฏิวัติฉบับที่ 2 ให้ใช้กฎอัยการศึก รวมถึงมีประกาศคำสั่งของคณะปฏิวัติอีกหลายฉบับออกมาควบคุมความสงบและกำจัดภัยความมั่นคง สร้างความไม่พอใจแก่ประชาชนและนำไปสู่เหตุการณ์ 14 ตุลาคม 2516

**ครั้งที่ 8** คำสั่งของคณะปฏิรูปการปกครองแผ่นดิน ฉบับที่ 1 ให้ใช้กฎอัยการศึกทั่วราชอาณาจักร เมื่อวันที่ 6 ตุลาคม 2519 นำโดยพลเรือเอกสฤษดิ์ ชลออยู่ ได้ดำเนินการปฏิรูปการปกครองแผ่นดินและโค่นล้มรัฐบาลของ ม.ร.ว. เสนีย์ ปราโมช สถานการณ์ขณะนั้นคือ มีการชุมนุมต่อต้านจอมพลถนอม กิตติขจร ซึ่งบวชเป็นสามเณรอยู่ไม่ให้เห็นทางกลับมาประเทศไทย เหล่านักศึกษาและประชาชนจึงมาชุมนุมประท้วงครั้งใหญ่ นำไปสู่การสังหารหมู่ที่บริเวณมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ โดยเจ้าหน้าที่รัฐและประชาชนบางกลุ่ม<sup>78</sup> เหตุการณ์นองเลือดนั้นเกิดขึ้นในรุ่งเช้าของวันที่ 6 ตุลาคม

<sup>77</sup> ประกาศเลิกใช้กฎอัยการศึก, *ราชกิจจานุเบกษา* เล่มที่ 88 ตอนที่ 57 (1 มิถุนายน 2514): 365

<sup>78</sup> รายละเอียดใน ชาญวิทย์ เกษตรศิริ. “6 ตุลา กับ สถานะทางประวัติศาสตร์การเมือง (ใหม่)” ใน *ตุลา-ตุลา สังคม-รัฐไทยกับความรุนแรงทางการเมือง*, พิมพ์ครั้งที่ 5 (กรุงเทพมหานคร:

พ.ศ. 2519 ก่อนจะมีการรัฐประหารตามมาในช่วงเย็นวันเดียวกัน แม้การรัฐประหารครั้งนี้จะเรียกชื่อตนเองว่าคณะปฏิรูป เพื่อมิให้เหมือนกับการปฏิวัติของจอมพลสฤษดิ์-ถนอม แต่เมื่อพิจารณาในทางปฏิบัติ มิแล้วมิได้แตกต่างกันมากนัก โดยเฉพาะการล้มล้างรัฐธรรมนูญ<sup>79</sup> แต่งตั้งให้นายธานินทร์ กรัยวิเชียร เป็นนายกรัฐมนตรี และประกาศเลิกใช้กฎอัยการศึกเมื่อวันที่ 9 สิงหาคม พ.ศ. 2527 รวมระยะเวลาภายใต้การใช้กฎอัยการศึกถึง 8 ปี

**ครั้งที่ 9** ประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 2 ให้คงใช้กฎอัยการศึกตามประกาศของคณะปฏิรูปการปกครองแผ่นดิน ฉบับที่ 1 อยู่ต่อไป เมื่อวันที่ 20 ตุลาคม 2520 สืบเนื่องจากพลเรือเอกสัจด์ ชลออยู่ ทำการรัฐประหารรัฐบาลของนายธานินทร์ กรัยวิเชียร โดยอ้างว่านายกรัฐมนตรีไม่อาจบริหารบ้านเมืองได้ และแต่งตั้งพลเอกเกรียงศักดิ์ ชมะนันทน์ เป็นนายกรัฐมนตรี ภายใต้ธรรมนูญการปกครองฉบับเดิม<sup>80</sup> ข้อสังเกตประการหนึ่งสำหรับการประกาศกฎอัยการศึกครั้งที่ 9 นี้ คือลักษณะของการต่ออายุ เนื่องจากก่อนมีการรัฐประหารในครั้งนี้ การรัฐประหารโดยคณะปฏิรูปการปกครองในปี 2519 ยังมีได้มีพระบรมราชโองการยกเลิกกฎอัยการศึกในครั้งก่อน ดังนั้นการประกาศกฎอัยการศึกในครั้งนี้เป็นการใช้กฎอัยการศึกต่อไปอีก โดยกระทำในรูปของประกาศคณะปฏิวัติ ข้อ (4) ร่วมกับบรรดาคำสั่งให้รัฐธรรมนูญ คณะรัฐมนตรีและสภาปฏิรูปการปกครองแผ่นดินสิ้นสุดลง

**ครั้งที่ 10** ประกาศคณะรักษาความสงบเรียบร้อยแห่งชาติ ฉบับที่ 4 เรื่อง การใช้กฎอัยการศึกทั่วราชอาณาจักร เมื่อวันที่ 23 กุมภาพันธ์ 2534 อันเนื่องมาจากพลเอกสุนทร คงสมพงษ์ ผู้นำคณะรักษาความสงบเรียบร้อยแห่งชาติ (รสช.) ทำการรัฐประหารยึดอำนาจจากรัฐบาลพลเอกชาติชาย ชุณหะวัณ โดยอ้างว่ารัฐบาลทุจริตและเผด็จการรัฐสภา การประกาศกฎอัยการศึกครั้งนี้อยู่ในรูปของประกาศคณะปฏิวัติและบังคับใช้ทั่วราชอาณาจักรที่มีได้ทำตามเงื่อนไขกฎหมาย และมีการสืบทอดอำนาจของคณะรัฐประหารโดยให้พลเอกสุจินดา คราประยูร ผู้บัญชาการทหารบก

---

มูลนิธิโครงการตำราสังคมศาสตร์และมนุษยศาสตร์, 2556), น. 230-238. และผู้เขียนขอแนะนำหนังสือเพิ่มเติม “6 ตุลา ลืมไม่ได้ จำไม่ลง” ของธงชัย วินิจจะกุล

<sup>79</sup> ปว้ย อึ้งภากรณ์, “ความรุนแรงและรัฐประหาร 6 ตุลาคม 2519” ใน ตุลา-ตุลา สังคม-รัฐไทยกับความรุนแรงทางการเมือง, พิมพ์ครั้งที่ 5 (กรุงเทพมหานคร: มูลนิธิโครงการตำราสังคมศาสตร์และมนุษยศาสตร์, 2556), น. 127-128.

<sup>80</sup> สมบัติ อารังธัญวงศ์, การเมืองการปกครองไทย: ยุคเผด็จการ-ยุคปฏิรูป, (กรุงเทพมหานคร: เสมาธรรม, 2548), น. 397-398, 415, 433.

และหนึ่งในคณะรัฐประหารได้เข้ามาเป็นนายกรัฐมนตรีในภายหลัง<sup>81</sup> นำไปสู่เหตุการณ์พฤษภาทมิฬในเวลาต่อมา<sup>82</sup>

**ครั้งที่ 11** ประกาศกองทัพภาคที่ 4 เรื่อง การใช้กฎอัยการศึกในบางเขตพื้นที่ของจังหวัดนราธิวาส จังหวัดปัตตานี และยะลา เมื่อวันที่ 5 มกราคม 2547 เนื่องจากเกิดเหตุความไม่สงบ มีกลุ่มคนปล้นอาวุธ วางเพลิง และมีการใช้อาวุธทำร้ายเจ้าหน้าที่จนเสียชีวิต<sup>83</sup> โดยแม่ทัพภาค 4 อาศัยอำนาจตามมาตรา 4 เมื่อมีความจำเป็นเร่งด่วนต้องประกาศกฎอัยการศึกเฉพาะพื้นที่ยอมทำได้ โดยเร่งรายงานให้รัฐบาลทราบเป็นการด่วน ซึ่งการประกาศกฎอัยการศึกโดยแม่ทัพภาคนี้มิได้ประกาศลงในพระราชกิจจานุเบกษาแต่ต้องรายงานให้รัฐบาลทราบในการประชุมคณะรัฐมนตรีกรณีนี้ผู้เขียนพบว่า มีการรายงานต่อคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ 2 มีนาคม พ.ศ. 2547 ซึ่งผู้เขียนอดตั้งข้อสังเกตมิได้ว่า เหตุใดจึงทิ้งช่วงระยะเวลานับแต่ประกาศใช้กฎอัยการศึกกระทั่งแจ้งรัฐบาลให้ทราบนานเกือบ 2 เดือน จริงอยู่ที่ว่าอาจเป็นไปตามระเบียบการประชุมโดยปกติของคณะรัฐมนตรีก็ตามแต่การประกาศกฎอัยการศึกซึ่งเป็นเรื่องจำเป็นเร่งด่วนปล่อยไว้เช่นนี้ได้หรือ

**ครั้งที่ 12** ประกาศกองทัพภาคที่ 4 เรื่อง การใช้กฎอัยการศึกในบางเขตพื้นที่ของอำเภอของจังหวัดนราธิวาส จังหวัดสตูล อำเภอเมือง จังหวัดปัตตานี และจังหวัดยะลา เมื่อวันที่ 26 มกราคม 2547 เนื่องจากเกิดเหตุการณ์ความไม่สงบและการใช้อาวุธของผู้ก่อการร้ายและได้แจ้งให้รัฐบาลทราบในการประชุมคณะรัฐมนตรี เมื่อวันที่ 2 มีนาคม พ.ศ. 2547 พร้อมกับกรณีการใช้กฎอัยการศึกครั้งที่ 11 ทั้งนี้ การประกาศกฎอัยการศึกโดยกองทัพภาค 4 ทั้งสองครั้งได้มีพระบรมราชโองการ เลิกใช้กฎอัยการศึกไปเมื่อวันที่ 21 กรกฎาคม พ.ศ. 2548<sup>84</sup> แม้ผู้เขียนจะมีได้เห็นประกาศ

<sup>81</sup> เพ็งอ่าง., น. 740-743.

<sup>82</sup> พฤษภาทมิฬ คือ เหตุการณ์การลุกฮือของประชาชนในช่วงเดือนพฤษภาคม พ.ศ. 2535 เพื่อขับไล่พลเอกสุจินดา คราประยูร หนึ่งในผู้นำคณะรัฐประหารที่ก้าวเข้ามาเป็นนายกรัฐมนตรีสืบทอดอำนาจ และนำไปสู่การปราบปรามประชาชนด้วยความรุนแรง เหตุการณ์จบลงเมื่อพระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัว รัชกาลที่ 9 โปรดเกล้าฯ ให้พลเอกสุจินดา และพลตรีจำลอง ศรีเมือง ผู้ว่าราชการกรุงเทพมหานคร และผู้นำการชุมนุมเข้าเฝ้าฯ เพื่อยุติความรุนแรงและนายกรัฐมนตรีลาออก นายอานันท์ ปันยารชุน เป็นนายกรัฐมนตรีชั่วคราวอีกครั้งเพื่อจัดการเลือกตั้งต่อไป

<sup>83</sup> รายละเอียดใน รุ่ง แก้วแดง, สงครามและสันติสุข @ชายแดนภาคใต้, (กรุงเทพมหานคร: มติชน, 2548), น. 135-136.

<sup>84</sup> ประกาศเลิกใช้กฎอัยการศึก, ราชกิจจานุเบกษา เล่มที่ 122 ตอนที่ 59 ก. (21 กรกฎาคม 2548): 1.

ฉบับนี้อย่างเป็นทางการ ทว่าเมื่อพิจารณาพระบรมราชโองการประกาศยกเลิกกฎอัยการศึกทั้งสองครั้งที่ระบุชัดเจนในพระราชกิจจานุเบกษาแล้ว เชื่อได้ว่าการประกาศใช้กฎอัยการศึกโดยกองทัพภาค 4 จริง

**ครั้งที่ 13** ประกาศกองทัพภาคที่ 4 เรื่องการใช้กฎอัยการศึกเพิ่มเติมในเขตอำเภอจะนะ และอำเภอเทพา จังหวัดสงขลา เมื่อวันที่ 3 พฤศจิกายน พ.ศ. 2548 เนื่องจากกรณีกลุ่มผู้ก่อความไม่สงบได้อาศัยพื้นที่ชอนอาวูร์ไว้ใช้ประโยชน์ในการก่อเหตุความไม่สงบ กับทั้งได้ขยายการก่อเหตุความรุนแรงเข้ามาในเขตพื้นที่ดังกล่าว โดยกองทัพบกให้เหตุผลที่ต้องประกาศใช้กฎอัยการศึกว่า เนื่องจากการประกาศใช้พระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548 ครอบคลุมเพียง 3 จังหวัดชายแดนภาคใต้ คือ จังหวัดยะลา นราธิวาส และปัตตานี ทว่าไม่ครอบคลุมพื้นที่ดังกล่าวในจังหวัดสงขลา เพื่อให้สกัดกั้นการก่อการร้ายจึงจำเป็นต้องประกาศใช้กฎอัยการศึก ทั้งนี้ได้มีมติคณะรัฐมนตรีรับทราบการประกาศกฎอัยการศึกดังกล่าวเมื่อวันที่ 17 มกราคม พ.ศ. 2549<sup>85</sup> การเข้าถึงข้อมูลการประกาศกฎอัยการศึกโดยกองทัพภาค 4 นี้ค่อนข้างลำบาก เนื่องจากมิได้ประกาศในราชกิจจานุเบกษา ต้องตรวจสอบในมติคณะรัฐมนตรีและในมติคณะรัฐมนตรีนี้จะมีความล่าช้ากว่าวันที่ประกาศพอสมควร

**ครั้งที่ 14** ประกาศคณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข (คปค.) ให้ใช้กฎอัยการศึกทั่วราชอาณาจักร เมื่อวันที่ 19 กันยายน 2549 อันเนื่องมาจากกรณีที่พลเอกสนธิ บุญยรัตกลิน และคณะทำการรัฐประหารรัฐบาล พ.ต.ท. ทักษิณ ชินวัตร ซึ่งการประกาศใช้กฎอัยการศึกครั้งนี้เป็นไปตามแบบแผนของการรัฐประหารในอดีต ซึ่งภายหลังการเข้ารับตำแหน่งนายกรัฐมนตรีในวาระ 2 เริ่มมีกลุ่มผู้ชุมนุมต่อต้านกดดันให้ พ.ต.ท. ทักษิณ ลาออกจากตำแหน่งโดยให้เหตุผลว่า รัฐบาลบริหารงานผิดพลาด มีการฉ้อโกงเกิดขึ้นในระบบราชการ และเป็นแผ่นดินไหวรัฐสภา สถานการณ์ตึงเครียดดังกล่าวกลายเป็นข้ออ้างให้คณะทหารออกมา รัฐประหารในที่สุด<sup>86</sup>

<sup>85</sup> รายละเอียดและเอกสารประกาศกฎอัยการศึกของกองทัพภาค 4 ใน สำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี, “มติคณะรัฐมนตรี เรื่องประกาศใช้กฎอัยการศึก เมื่อวันที่ 17 มกราคม พ.ศ. 2549,” สืบค้นเมื่อวันที่ 8 เมษายน 2564, จาก [https://resolution.soc.go.th/?page\\_id=74&find\\_word=&start\\_date=17%2F01%2F2549&end\\_date=&book\\_number=&page\\_no=](https://resolution.soc.go.th/?page_id=74&find_word=&start_date=17%2F01%2F2549&end_date=&book_number=&page_no=)

<sup>86</sup> มติชนสุดสัปดาห์, “เกิดอะไรขึ้นบ้างก่อน-หลัง “รัฐประหาร 19 ก.ย.49” จากปรากฏการณ์ไล่ทักษิณ ถึง ผลไม้พิช คมช,” สืบค้นเมื่อวันที่ 9 เมษายน 2563, จาก [https://www.matchonweekly.com/scoop/article\\_230466](https://www.matchonweekly.com/scoop/article_230466)

**ครั้งที่ 15** ประกาศกองทัพบก ฉบับที่ 1/2557 เรื่องการประกาศใช้พระราชบัญญัติกฎอัยการศึก ในวันที่ 20 พฤษภาคม 2557 โดยพลเอกประยุทธ์ จันทร์โอชา ผู้บัญชาการกองทัพบก อาศัยอำนาจตามมาตรา 3 และมาตรา 4 ประกาศใช้กฎอัยการศึกทั่วราชอาณาจักร ในวันที่ 20 พฤษภาคม 2557 สืบเนื่องมาจากการชุมนุมประท้วงรัฐบาลของนางสาวยิ่งลักษณ์ ชินวัตร จากกรณีพระราชบัญญัตินิรโทษกรรม ซึ่งในพระราชบัญญัติกฎอัยการศึกฯ นั้น ผู้บัญชาการทหารมีอำนาจประกาศได้เฉพาะพื้นที่ที่เกิดสถานการณ์จำเป็นและอยู่ในเขตอำนาจของตน ทั้งต้องเร่งรายงานรัฐบาลเป็นการด่วน การประกาศกฎอัยการศึกครั้งนี้เป็นครั้งแรกที่ผู้บัญชาการทหารบกใช้อำนาจประกาศกฎอัยการศึกทั่วราชอาณาจักรโดยมิได้ทำเป็นพระบรมราชโองการและในประกาศอ้างเหตุผลว่า มีกลุ่มผู้ชุมนุมหลายกลุ่มประท้วงอยู่ในหลายพื้นที่ ทั้งกลุ่มผู้ไม่หวังดีสร้างสถานการณ์ความรุนแรงและมีแนวโน้มจะเกิดการจลาจลและความไม่สงบเรียบร้อยในหลายพื้นที่อันกระทบต่อความมั่นคง จึงจำเป็นต้องประกาศกฎอัยการศึกเพื่อรักษาความสงบและนำความสงบสุขกลับคืนสู่ประชาชน<sup>87</sup> อย่างไรก็ตาม การประกาศกฎอัยการศึกครั้งนี้แม้อ้างถึงกฎหมายแต่ก็มิได้เป็นไปตามกฎหมายแต่อย่างใด<sup>88</sup> แม้การใช้กฎอัยการศึกครั้งนี้ยังมิใช่การรัฐประหารก็ตาม แต่มีความเป็นไปได้ที่จะนำไปสู่สถานการณ์ดังกล่าว เพราะกองทัพควบคุมอำนาจบางส่วนของประเทศไว้แล้ว

**ครั้งที่ 16** ประกาศคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ฉบับที่ 2/2557 เรื่องการประกาศใช้กฎอัยการศึกทั่วราชอาณาจักร โดยคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ซึ่งได้ดำเนินการเข้าควบคุมอำนาจการปกครองประเทศ เมื่อวันที่ 22 พฤษภาคม 2557 รัฐประหารรัฐบาลนางสาวยิ่งลักษณ์ ชินวัตร ซึ่งขณะนั้นเป็นรักษาการนายกรัฐมนตรี เป็นการดำเนินการต่อจากการประกาศกฎอัยการศึก ครั้งที่ 15 ของกองทัพบก ข้อสังเกตประการหนึ่งคือ การประกาศกฎอัยการศึกครั้งนี้เป็นตามแบบของการรัฐประหารของคณะทหาร กล่าวคือ หัวหน้าคณะรัฐประหารประกาศใช้กฎอัยการศึกโดยใช้ข้ออ้างว่าด้วยความจำเป็น ซึ่งมีได้เป็นเรื่องของสงครามหรือการจลาจลในระดับรุนแรง เป็นสงครามช่วงชิงอำนาจกันในทางการเมือง

นอกจากประกาศกฎอัยการศึกทั้ง 16 ครั้งนี้แล้ว อาจมีความสับสนกับกรณีประกาศของกองอำนวยการรักษาความมั่นคงภายใน ภาค 4 ส่วนหน้า ฉบับที่ 86/2561 ประกาศให้

<sup>87</sup> ประกาศกองทัพบก ฉบับที่ 1/2557 เรื่องการประกาศใช้พระราชบัญญัติกฎอัยการศึก, *ราชกิจจานุเบกษา* เล่มที่ 131 ตอนพิเศษ 97 ง. (4 มิถุนายน 2557): 1.

<sup>88</sup> ผู้เขียนแนะนำให้อ่านแถลงการณ์ คณะนิติราษฎร์ เรื่อง การประกาศใช้กฎอัยการศึกไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญและกฎหมาย ใน <https://prachatai.com/journal/2011/09/36971>.

ประชาชนในพื้นที่ตำบลบางเขา ตำบลท่ากำชำ อำเภอหนองจิก จังหวัดปัตตานี นำอาวุธปืนและยานพาหนะมาแสดงต่อเจ้าหน้าที่ ในระหว่างวันที่ 17-23 กันยายน 2561 โดยอ้างอำนาจตามกฎหมายการศึกษา ประกาศให้พื้นที่ดังกล่าวเป็น “พื้นที่ควบคุมพิเศษ” เนื่องจากเหตุการณ์ความไม่สงบและการใช้อาวุธของผู้ก่อการร้ายซุ่มโจมตีเจ้าหน้าที่ชุดลาดตระเวน ซึ่ง “พื้นที่ควบคุมพิเศษ” เป็นถ้อยคำที่ไม่มีปรากฏในพระราชบัญญัติการศึกษาฯ การประกาศพื้นที่ควบคุมพิเศษดังกล่าวจึงมิได้อาศัยฐานอำนาจจากกฎหมายการศึกษา<sup>89</sup> ทั้งมิใช่การประกาศกฎหมายการศึกษาอย่างที่ปรากฏในสื่อแต่อย่างใด

จากข้อมูลการปรับใช้กฎหมายการศึกษาของประเทศไทยในเบื้องต้น แบ่งเป็น 3 กลุ่ม คือ 1. การใช้กฎหมายการศึกษาเพื่อรักษาความมั่นคงในยามสงครามและการปราบกบฏ กรณีนี้ได้แก่ การประกาศใช้กฎหมายการศึกษาในปี 2476 เนื่องจากเกิดกบฏบวรเดช การประกาศกฎหมายการศึกษาอีก 2 ครั้งในปี 2484 เนื่องจากกรณีสงครามอินโดจีนและกรณีญี่ปุ่นยกพลขึ้นบกที่ประเทศไทยในช่วงสงครามมหาเอเชียบูรพา และการประกาศกฎหมายการศึกษาในปี 2494 อันเนื่องมาจากกบฏแมนฮัตตัน 2. การประกาศใช้กฎหมายการศึกษาเพื่อช่วงชิงอำนาจในทางการเมืองโดยการรัฐประหาร เริ่มมีการประกาศกฎหมายการศึกษาเพื่อรัฐประหารในปี 2500 ในรูปของพระบรมราชโองการและการประกาศกฎหมายการศึกษาเพื่อรัฐประหารในปี 2501 อันเป็นต้นแบบการประกาศกฎหมายการศึกษาโดยคณะปฏิวัติ คณะรัฐประหารในปี 2514, 2519, 2520, 2534, 2549 และในปี 2557 และ 3. การใช้กฎหมายศึกษาเฉพาะพื้นที่ของกองทัพภาค 4 สืบเนื่องจากกรณีปัญหาความไม่สงบใน 3 จังหวัดชายแดนภาคใต้ ประกาศทั้งหมด 3 ครั้ง คือในปี 2547 และปี 2548 ซึ่งในเบื้องต้นนี้ท่านผู้อ่านจะเห็นได้ว่า การใช้กฎหมายการศึกษาในประเทศไทยช่วงแรกก่อนปี 2500 กฎหมายการศึกษาถูกใช้เป็นกลไกในการป้องกันรัฐและระบอบการปกครองจากกบฏและสงครามระหว่างประเทศ อันมีความสอดคล้องกับการปรับใช้กฎหมายการศึกษาในต่างประเทศเพื่อเป็นกลไกจัดการสถานการณ์ไม่ปกติ ทว่าหลังจากปี 2500 เป็นต้นมา กฎหมายการศึกษาถูกประกาศใช้โดยคณะรัฐประหารเพื่อช่วงชิงอำนาจในทางการเมืองที่เห็นได้ชัดว่าไม่สอดคล้องกับเงื่อนไขในรัฐธรรมนูญและพระราชบัญญัติกฎหมายการศึกษาฯ หรือแม้แต่การให้เจ้าหน้าที่

<sup>89</sup> ผู้เขียนเห็นด้วยกับข้อสังเกตของคุณพูนสุข พูนสุขเจริญ ทนายความสิทธิมนุษยชนที่ว่า ประกาศฉบับนี้มีใช้ประกาศกฎหมายการศึกษาอย่างที่หลายสำนักข่าวนำเสนอ และถ้อยความว่า “พื้นที่ควบคุมพิเศษ” มิได้เป็นถ้อยคำที่ปรากฏในกฎหมายการศึกษาจึงมิใช่คำสั่งที่มีฐานอำนาจจากกฎหมายการศึกษา รายละเอียดเพิ่มเติมใน ประชาไท, “ทนายสิทธิฯ ตั้ง 5 ข้อสังเกต ต่อประกาศ กอ.รมน. ให้ 'หนองจิก' เป็นพื้นที่ควบคุมพิเศษ,” สืบค้นเมื่อวันที่ 9 เมษายน พ.ศ. 2564, จาก <https://prachatai.com/journal/2018/09/78783>

ทหารประกาศกฎอัยการศึกเฉพาะพื้นที่ดังปรากฏในช่วงหลังของกรณีความไม่สงบในสามจังหวัดชายแดนภาคใต้ แม้เป็นไปตามกฎหมายแล้ว ทว่ายังต้องพิจารณาถึงความเหมาะสมของกฎหมายกับยุคสมัยรวมถึงประสิทธิภาพของมาตรการดังกล่าวด้วย โดยปัญหาทั้งหลายนี้จะได้วิเคราะห์ในบทต่อไป



## บทที่ 6

### วิเคราะห์ปัญหาบางประการของกฎอัยการศึกและอนาตตกฎอัยการศึกไทย

#### 6.1 ข้อความเบื้องต้น

บทที่ 6 เรื่องราวของกฎอัยการศึกได้ศึกษามาถึงตอนสุดท้าย ในบทนี้ผู้เขียนจะชี้ให้เห็นถึงปัญหาบางประการของกฎอัยการศึกในประเทศไทย โดยเริ่มจากการนำเสนอภาพรวมในเชิงโครงสร้างของกฎอัยการศึกและความสัมพันธ์กับรัฐธรรมนูญทั้งในมิติของเครื่องมือจัดการสถานการณ์ไม่ปกติเช่นเดียวกับในต่างประเทศและปัญหาการใช้กฎอัยการศึกเป็นเครื่องมือรัฐประหารในประเทศไทย เพื่อจุดประกายการทบทวนเรื่องรัฐธรรมนูญในสถานการณ์ไม่ปกติ รวมถึงการใช้กฎอัยการศึกที่สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญภายใต้กรอบนิติรัฐและหลักสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ จากนั้นจึงวิเคราะห์ปัญหาในส่วนของพระราชบัญญัติกฎอัยการศึก พ.ศ. 2457 ในประเด็นว่าด้วยสถานะทางกฎหมายของการ “ประกาศ” ให้ใช้กฎอัยการศึก อันมีผลขบชีวิตพระราชบัญญัติกฎอัยการศึก พ.ศ. 2457 ให้ใช้บังคับได้ และประเด็นปัญหาการควบคุมตรวจสอบการใช้กฎอัยการศึก ซึ่งล้วนแต่ชี้ให้เห็นถึงความเป็นกฎหมายเก่าในระบอบการปกครองใหม่ที่ไม่สอดคล้องกัน อันนำมาซึ่งปัญหาในการปรับใช้กฎอัยการศึก โดยในส่วนท้ายผู้เขียนได้นำข้อมูลว่าด้วยกฎอัยการศึกทั้งหมดมาวิเคราะห์ถึงอนาคตของกฎอัยการศึกในระบบกฎหมายไทย รวมทั้งบทสรุปในตอนสุดท้ายเพื่อหาแนวทางหรือข้อเสนอแนะในการแก้ปัญหา โดยมุ่งเน้นให้กฎหมายว่าด้วยกฎอัยการศึกมีความสมดุลทั้งการรักษาความมั่นคงดำรงอยู่ของรัฐกับการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชนไปพร้อมกันในฐานะกลไกจัดการสถานการณ์ไม่ปกติ มิใช่เครื่องมือในการทำรัฐประหารแต่อย่างใด

#### 6.2 วิเคราะห์ปัญหาความสัมพันธ์ระหว่างรัฐธรรมนูญกับกฎอัยการศึก และการปรับใช้ในระบบกฎหมายไทย

ในเบื้องต้น ผู้เขียนได้ศึกษามโนทัศน์และพัฒนาการของกฎอัยการศึกตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบัน ประกอบกับการศึกษาเปรียบเทียบการใช้กฎอัยการศึกในต่างประเทศในบทที่ 3 และบทที่ 4 แล้ว กล่าวสรุปได้ว่า กฎอัยการศึกเป็นกลไกสำหรับสถานการณ์ไม่ปกติโดยเฉพาะในระดับสงคราม เป็นกฎหมายว่าด้วยกฎอัยการศึกที่สัมพันธ์สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญและเหมาะสมกับการปกครองในระบอบประชาธิปไตยในฐานะกลไกจัดการสถานการณ์ไม่ปกติ อย่างไรก็ตาม ความสัมพันธ์ระหว่างรัฐธรรมนูญและกฎอัยการศึกในฐานะเครื่องมือรัฐประหารเป็นปัญหาการปรับใช้กฎหมายในบาง

ประเทศ รวมถึงประเทศไทยซึ่งบังคับใช้กฎอัยการศึกเป็นเครื่องมือทำรัฐประหารและสร้างระบอบรัฐประหารเสียมากกว่าใช้แก้ปัญหาในสถานการณ์วิกฤต ในหัวข้อนี้ผู้เขียนจะได้อธิบายถึงความสัมพันธ์ระหว่างรัฐธรรมนูญและกฎอัยการศึกใน 2 ฐานะ พร้อมทั้งพิจารณาการปรับใช้กฎอัยการศึกในประเทศไทยทั้ง 16 ครั้ง โดยเฉพาะการปรับใช้กฎอัยการศึกเพื่อทำรัฐประหารในฐานะเครื่องมือทำลายระบอบประชาธิปไตยและทำลายรัฐธรรมนูญซึ่งไม่ชอบด้วยกฎหมาย เพื่อทำลายการปกครองในระบอบประชาธิปไตยไปพร้อมกับการสร้างระบบรัฐประหารภายใต้ระบอบที่ตั้งชื่อได้<sup>1</sup>

### 6.2.1 รัฐธรรมนูญและกฎอัยการศึกในฐานะระบบกฎหมายในสถานการณ์ไม่ปกติ

ในบทสนทนาเกี่ยวกับกฎอัยการศึก ผู้เขียนได้สรุปพัฒนาการกฎอัยการศึกในยุคสมัยต่าง ๆ นับแต่อดีตในสมัยโรมันซึ่งยังไม่ปรากฏกฎหมายว่าด้วยกฎอัยการศึก มีเพียงกลไกตามรัฐธรรมนูญที่จะใช้บังคับเมื่ออยู่ในสถานการณ์ไม่ปกติ โดยการแต่งตั้งผู้เผด็จการ (Dictator) ขึ้นมาเป็นผู้ดำเนินการบริหารและมีอำนาจแต่เพียงผู้เดียวในการแก้ไขสถานการณ์วิกฤต นับเป็นต้นแบบแรก ๆ ของรัฐธรรมนูญที่กำหนดกลไกในการจัดการสถานการณ์ฉุกเฉินไว้ และได้พัฒนามาเป็นระบบกฎหมายในสถานการณ์ไม่ปกติ คือ กฎอัยการศึก ไม่ว่าจะปรากฏในชื่อของ Martial Law หรือ State of Siege หรือ State of War ก็ตาม เดิมการใช้กฎอัยการศึกเป็นไปเพื่อปราบปรามกบฏ การจลาจลหรือสงคราม รวมถึงถูกใช้อย่างกว้างขวางโดยมิได้มีขอบเขตที่ชัดเจนมากนักก็ค่อย ๆ เปลี่ยนไปตามพัฒนาการของรัฐ กระทั่งเริ่มมีกฎหมายที่จำกัดการใช้พระราชอำนาจดังกล่าว เช่น ในประเทศอังกฤษมี The Petition of Right 1628 และ Bill of Rights 1689 มาจำกัดการใช้พระราชอำนาจ

<sup>1</sup> “ระบอบรัฐประหาร” ผู้เขียนหยิบยืมมาจากคำพิพากษาศาลอุทธรณ์ ในคดีหมายเลขแดงที่ 2247/2561 และนักวิชาการหลายท่านใช้คำนี้อธิบายการปกครองของไทยภายหลังการรัฐประหารในปี 2557 เช่น บัณฑิต จันทรโรจนกิจ และปิยบุตร แสงกนกกุล แม้จะมีได้ให้นิยามชัดเจนแต่เป็นที่เข้าใจตรงกันว่า หมายถึง ระบอบที่ก่อตัวขึ้นหลังการรัฐประหาร และมีความพยายามสร้างกลไกทางกฎหมายที่ผิดปกติให้แทรกซึมอยู่ในระบบกฎหมายปกติ แต่ผู้เขียนเห็นด้วยกับอาจารย์วรเจตน์ ภาคีรัตน์ ในบทสัมภาษณ์ของประชาไทและ the101.world ว่า ระบอบรัฐประหารควรเรียก “ระบบรัฐประหาร” มากกว่า ซึ่งเป็นระบบที่อยู่ภายใต้ “ระบอบที่ตั้งชื่อไม่ได้” โดยระบบรัฐประหารเป็นเพียงกลไกหนึ่งในการเริ่มระบอบดังกล่าว ที่ค่อย ๆ สร้างกลไกทางกฎหมายและทำให้สถาบันทางการเมืองที่มีอยู่บิดเบี้ยวไปตามความต้องการของระบอบที่ตั้งชื่อไม่ได้ ดังนั้น แม้การรัฐประหารสิ้นสุดลงแล้วแต่ระบอบนี้ยังคงดำรงอยู่ทำนองเดียวกันกับงานเขียนของอาจารย์เสนห์ จามริก ซึ่งได้อธิบายถึงระบอบรัฐธรรมนูญทหาร-ระบอบปฏิวัติ ผ่านเหตุการณ์ทางประวัติศาสตร์รัฐธรรมนูญในปี 2500 เป็นต้นมา ทั้งนี้ ในช่วงหลังระบอบรัฐประหารกลมกลืนอยู่ในสภาวะปกติได้ยากกว่าและเกิดเป็นระบอบที่ตั้งชื่อไม่ได้นั่นเอง

ของพระมหากษัตริย์ กระทั่งถึงยุคสมัยแห่งการตระหนักรู้ในสิทธิมนุษยชนและบรรดารัฐทั้งหลาย ปกครองในระบอบประชาธิปไตย ผู้ปกครองย่อมถูกจำกัดอำนาจโดยรัฐธรรมนูญและกรอบนิติรัฐ การใช้กฎอัยการศึกมีเงื่อนไขและมาตรการที่ชัดเจนขึ้น<sup>2</sup> โดยเฉพาะประเทศที่มีการบัญญัติถึงกฎอัยการศึกไว้ในรัฐธรรมนูญ การใช้กฎอัยการศึกเป็นกลไกหนึ่งของรัฐธรรมนูญ รวมถึงกฎหมาย ความมั่นคงอื่น ๆ ด้วย ในฐานะของระบบกฎหมายในสถานการณ์ไม่ปกติ อาจมีความแตกต่างอยู่บ้าง ในกรณีประเทศคอมมอนลอว์ซึ่งไม่มีกฎอัยการศึกเป็นลายลักษณ์อักษรในปัจจุบันย่อมไม่จำเป็นต้องตรากฎหมายดังกล่าวขึ้นมา แต่มีการตรากฎหมายในสถานการณ์ฉุกเฉิน (Emergency Law) ซึ่งใช้พลเรือนในการจัดการสถานการณ์ไม่ปกติในระดับต่าง ๆ เป็นหลักแทน<sup>3</sup>

อย่างไรก็ดี เมื่อเราพิจารณากฎอัยการศึกในรัฐธรรมนูญของไทย ข้อมูลในบทก่อนหน้าชี้ให้เห็นชัดเจนในส่วนที่ว่า ในการร่างรัฐธรรมนูญนั้น ผู้ร่างรัฐธรรมนูญของไทยไม่ได้อภิปรายถกเถียงหรือให้ความสำคัญกับการออกแบบโครงสร้างรัฐธรรมนูญเพื่อให้พร้อมรับกับสถานการณ์ฉุกเฉิน เห็นได้จากการที่รัฐธรรมนูญบัญญัติถึงกฎอัยการศึกเพียงมาตราเดียวมาตั้งแต่รัฐธรรมนูญฉบับที่ 2 ในปี 2475 กระทั่งถึงปัจจุบันด้วยถ้อยคำลักษณะซ้ำเดิม ยกเว้นรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยปี 2517 สำหรับรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน พ.ศ. 2560 ก็ยังคงบัญญัติในลักษณะเดียวกันกับรัฐธรรมนูญในปี 2492 อีกทั้งผู้เขียนเห็นว่า ถ้อยความที่บัญญัติตาม ๆ กันถึงกฎอัยการศึก อาจยังมีความชัดเจนในส่วนที่เป็นสาระสำคัญไม่เพียงพอที่จะใช้เป็นกลไกจัดการสถานการณ์ไม่ปกติ เช่น ผู้มีอำนาจประกาศและสถานการณ์ที่ประกาศกฎอัยการศึกได้ รวมถึงการปรับแก้พระราชบัญญัติกฎอัยการศึก พ.ศ. 2457 ในส่วนของมาตรการและรายละเอียดของกฎอัยการศึกให้มีความสอดคล้องกับระบอบการปกครองในปัจจุบัน ในหัวข้อต่อไปผู้เขียนจะได้วิเคราะห์ถึงการสร้างกฎอัยการศึก ในฐานะระบบกฎหมายในสถานการณ์ไม่ปกติโดยพิจารณากฎอัยการศึกในต่างประเทศและประเทศไทย รวมถึงตัวอย่างการใช้กฎอัยการศึกของประเทศไทยในลักษณะของกลไกจัดการสถานการณ์ไม่ปกติที่สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของกฎหมายดังกล่าว

### 6.2.1.1 กฎอัยการศึกสากล: ระบบกฎหมายในสถานการณ์ไม่ปกติภายใต้รัฐธรรมนูญ หลักนิติรัฐและกรอบสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ

กฎอัยการศึกที่สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ เป็นระบบกฎหมายในสถานการณ์วิกฤตภายใต้รัฐธรรมนูญและยังคงอยู่ในกรอบของนิติรัฐ จากข้อมูลในบทบทน์ที่ 3 จะเห็นได้ว่ากฎอัยการศึกเป็นระบบกฎหมายที่เกิดขึ้นเพื่อแก้ไขสถานการณ์

<sup>2</sup> รายละเอียดในหัวข้อ 3.3 พัฒนาการทางประวัติศาสตร์ของกฎอัยการศึก

<sup>3</sup> รายละเอียดในหัวข้อที่ 4.4 บทสรุปกฎอัยการศึกในระบบกฎหมายต่างประเทศ

ในยามสงครามหรือวิกฤตการณ์รุนแรงอันไม่อาจใช้ระบบกฎหมายในภาวะปกติจัดการได้ เมื่อเราพิจารณาถึงการบัญญัติกลไกในสถานการณ์ฉุกเฉินไว้ในรัฐธรรมนูญของประเทศที่เรียกตัวเองว่าเป็นประชาธิปไตย เช่น ในประเทศฝรั่งเศสซึ่งผู้เขียนได้ศึกษาในเบื้องต้นแล้ว จะเห็นได้ว่าการวางกลไกหรือสร้างระบบกฎหมายจัดการสถานการณ์ไม่ปกติทั้งในกฎหมายระดับรัฐธรรมนูญและกฎหมายเฉพาะ โดยแบ่งตามเงื่อนไขสถานการณ์รุนแรงที่แตกต่างกันในระดับสงครามและความรุนแรงอย่างค่อนข้างเป็นระบบทั้งกฎหมายในระดับรัฐธรรมนูญและในกฎหมายระดับพระราชบัญญัติซึ่งเป็นกฎหมายเฉพาะ นอกจากนี้ยังมีกฎหมายในสถานการณ์ฉุกเฉินอื่นเพื่อรองรับสถานการณ์ไม่ปกติประเภทต่าง ๆ ที่มีใช้เรื่องสงคราม<sup>4</sup>

ส่วนในประเทศอังกฤษซึ่งเป็นตัวอย่างประเทศคอมมอนลอว์ที่แม้มิได้มีกฎหมายว่าด้วยกฎอัยการศึกเป็นลายลักษณ์อักษร ทว่าจากแนวคิดความจำเป็นเป็นบ่อเกิดแห่งกฎหมายและจากข้อมูลการใช้กฎอัยการศึกในประวัติศาสตร์สมควรนำมาเปรียบเทียบเป็นตัวอย่างซึ่งภายหลังมิได้มีความจำเป็นต้องบัญญัติกฎอัยการศึกขึ้นมาเป็นกฎหมายในปัจจุบัน แต่ได้ตราพระราชบัญญัติ Civil Contingencies Act 2004 หรือพระราชบัญญัติการบริหารราชการพลเรือนในบางสถานการณ์ขึ้นแทน ซึ่งครอบคลุมทั้งกรณีสงคราม การก่อการร้าย ภัยพิบัติธรรมชาติตลอดจนสาธารณภัยทั้งในระดับประเทศและระดับท้องถิ่นให้อำนาจเจ้าหน้าที่พลเรือนปฏิบัติหน้าที่เป็นหลัก หากกฎอัยการศึกจะมีการประกาศใช้ย่อมเป็นยามสงครามที่เจ้าหน้าที่ทหารต้องเข้ามาปฏิบัติการเป็นหลักแทน<sup>5</sup> แม้ในปัจจุบันทั้งในประเทศฝรั่งเศสและประเทศอังกฤษ ต่างมีแนวโน้มในการบังคับใช้กฎอัยการศึกลดน้อยลง การบังคับใช้กฎอัยการศึกจึงชอบด้วยกฎหมายรัฐธรรมนูญภายใต้กรอบนิติรัฐและยังปรับใช้สอดคล้องกับหลักสิทธิมนุษยชน แยกพิจารณาได้ดังนี้

**(1) กฎอัยการศึกที่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ** กฎอัยการศึกสากลในปัจจุบันเป็นระบบกฎหมายในสถานการณ์ที่กฎหมายในระบบปกติไม่อาจดำเนินการได้ เช่น ในยามสงครามซึ่งไม่อาจใช้กฎหมายในระบบปกติเพื่อปกป้องประเทศและชีวิตประชาชนได้ การประกาศกฎอัยการศึกลดน้อยทำให้เจ้าหน้าที่ทหารเข้ามาปฏิบัติหน้าที่จึงมีความจำเป็น โดยต้องเป็นไปตามที่รัฐธรรมนูญบัญญัติภายใต้กรอบนิติรัฐและหลักสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ ในประเทศที่มีรัฐธรรมนูญเป็นลายลักษณ์อักษรและมีการสร้างกลไกจัดการสถานการณ์ไม่ปกติไว้ในรัฐธรรมนูญ หากประเทศเผชิญหน้ากับภาวะวิกฤต กฎหมายว่าด้วยกฎอัยการศึกซึ่งเป็นกลไกหนึ่งในรัฐธรรมนูญย่อมถูกนำมาใช้ในระยะเวลาชั่วคราวตามที่รัฐธรรมนูญบัญญัติให้อำนาจและจำกัดการใช้อำนาจไปพร้อม ๆ ทั้งนี้

<sup>4</sup> รายละเอียดในหัวข้อ 4.4 บทสรุปกฎอัยการศึกในระบบกฎหมายต่างประเทศ

<sup>5</sup> รายละเอียดในหัวข้อ 4.3 กฎอัยการศึกในระบบกฎหมายอังกฤษ

ผลของการบังคับใช้กฎอัยการศึกย่อมมิได้เป็นการทำลายรัฐธรรมนูญและระบอบการปกครอง ในขณะนั้น นอกจากนี้ยังหมายรวมถึงการใช้กฎอัยการศึกให้เป็นไปตามกฎหมายเฉพาะ กล่าวคือ ในหลายประเทศนอกจากบัญญัติถึงกลไกสถานการณ์ฉุกเฉินไว้ในรัฐธรรมนูญแล้ว ยังมีการตราเป็นกฎหมายเฉพาะด้วย หรือบางประเทศที่มีได้บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญก็มักมีการตราเป็นกฎหมาย ในระดับพระราชบัญญัติแทน และไม่ว่าจะเป็นการบังคับใช้กฎอัยการศึกหรือกฎหมายในสถานการณ์ ฉุกเฉินก็ตาม ย่อมต้องปฏิบัติตามกฎหมายอย่างเคร่งครัดเพื่อมิให้กระทบถึงสิทธิเสรีภาพของ ประชาชนเกินสมควร

**(2) กฎอัยการศึกภายใต้กรอบคุณค่าแห่งนิติรัฐ** แม้ความคิดพื้นฐานของ กฎหมายในสถานการณ์ฉุกเฉินทั้งหลายไม่ว่ากฎอัยการศึกหรือกฎหมายความมั่นคงอื่น ๆ มีความ เกี่ยวข้องกับสภาวะยกเว้น ปัญหาคือ สภาวะที่ยกเว้นนั้นยกเว้นจากหลักนิติรัฐหรือไม่ ผู้เขียนเห็นว่า ในยามสถานการณ์ไม่ปกติ มาตรการบางอย่างอาจมีลักษณะยกเว้นกฎหมายในระบบปกติไปบ้าง ก็ตาม ทว่าการยกเว้นดังกล่าวยังคงมีกรอบบังคับได้เพียงที่กฎหมายอนุญาตหรือให้อำนาจกระทำได้ เป็นมาตรการอีกชุดหนึ่งสำหรับสถานการณ์ไม่ปกติซึ่งสอดคล้องเป็นส่วนหนึ่งของรัฐธรรมนูญ แม้หลัก นิติรัฐอาจมิได้บัญญัติเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษร แต่หากเป็นคุณค่าแห่งหลักนิติรัฐแล้วย่อมไม่ อาจละเลยได้ โดยเฉพาะหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำขององค์กรรัฐ<sup>6</sup> อันนำไปสู่ความ จำเป็นในการควบคุมตรวจสอบแม้การใช้กฎอัยการศึกมีความจำเป็นเร่งด่วนก็ตาม กฎหมายในหลาย ประเทศยังคงบัญญัติให้มีการควบคุมตรวจสอบภายหลังการประกาศกฎอัยการศึกไม่ว่าในรูปแบบของ การตรวจสอบในทางการเมืองของรัฐสภาหรือศาล และหลักความได้สัดส่วนหรือหลักความพอสมควร แก่เหตุ ผู้เขียนเห็นว่ามีความสำคัญอย่างยิ่งเพราะการรัฐจะนำมาตราบังคับใช้ มาตรการนั้น ต้องเหมาะสมกับวัตถุประสงค์และเป็นมาตรการที่ทำให้รัฐบรรลุวัตถุประสงค์ได้<sup>7</sup>

**(3) กฎอัยการศึกกับการปรับใช้ให้สอดคล้องกับหลักสิทธิมนุษยชน** การบังคับใช้กฎอัยการศึกซึ่งมีลักษณะเป็นกฎหมายในยามสถานการณ์ไม่ปกติย่อมกระทบสิทธิ เสรีภาพของพลเมืองอย่างไม่อาจเลี่ยงได้ก็ตาม ทว่าก็ไม่อาจกระทบถึงสาระสำคัญแห่งสิทธิได้ กรณีนี้ พิจารณาประกอบกับกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (ICCPR) อันเป็นตราสารระหว่างประเทศด้านสิทธิมนุษยชนที่สำคัญที่มุ่งคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานตลอดจนสิทธิ พลเมืองและสิทธิในทางการเมืองซึ่งประเทศไทยเข้าเป็นภาคีสมาชิก ดังนั้นประเทศไทยต้องผูกพันและ ปฏิบัติตามแนวทางดังกล่าว โดยสรุป ICCPR ได้บัญญัติรับรองแนวคิดที่ว่าด้วยสภาวะยกเว้นไว้ว่า

<sup>6</sup> รายละเอียดในหัวข้อที่ 2.2.1.1 หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำขององค์กรรัฐ

<sup>7</sup> รายละเอียดในหัวข้อที่ 2.2.1.3 หลักความพอสมควรแก่เหตุ

ในกรณีเกิดสภาวะฉุกเฉิน รัฐภาคีจำเป็นต้องใช้มาตรการเล็งภัยพันธกรณีหรือลดระดับการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพตามพันธกรณีได้ แต่ใน ICCPR ข้อ 4 ระบุถึงสิทธิขั้นพื้นฐานอันเป็นหัวใจสำคัญแห่งสิทธิไม่อาจยกเว้นได้ คือ 1. รัฐไม่อาจละเมิดต่อสิทธิในการมีชีวิต (Right of Life) 2. ไม่อาจระงับสิทธิเสรีภาพในการดำรงชีวิต 3. ไม่อาจถูกลงโทษโดยทรมานอย่างไร้มนุษยธรรมหรือฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ 4. ไม่อาจเอาคนลงเป็นทาส และ 5. ไม่อาจรับโทษอาญาย้อนหลังได้<sup>8</sup> ในรัฐธรรมนูญมักยอมรับในหลักสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศดังกล่าวไว้อย่างสอดคล้องกันในส่วนของการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐาน ดังนั้นการใช้กฏอัยการศึกต้องชอบด้วยกฎหมายและอยู่ในกรอบนิติรัฐแล้ว ยังต้องสอดคล้องกับหลักสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศทั้งการคุ้มครองและจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานดังกล่าวโดยไม่อาจใช้อำนาจจากกฏอัยการศึกงดเว้นเรื่องดังกล่าวได้เลย

#### 6.2.1.2 การปรับใช้กฏอัยการศึกที่ชอบด้วยกฎหมายในประเทศไทย

การประกาศใช้กฏอัยการศึกในประเทศไทยทั้ง 16 ครั้ง ผู้เขียนได้พิจารณาและแบ่งออกเป็น 3 ประเภท ตามเงื่อนไขในการประกาศ<sup>9</sup> ประกอบกับในเบื้องต้นที่ผู้เขียนได้อธิบายถึงการปรับใช้กฏอัยการศึกเป็นเครื่องมือหรือกลไกจัดการสถานการณ์ไม่ปกติที่สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญและชอบด้วยกฎหมายตามพระราชบัญญัติกฏอัยการศึกฯ ภายใต้กรอบนิติรัฐ ได้แก่ กลุ่มที่มีการประกาศใช้กฏอัยการศึกในยามสงครามหรือเกิดกบฏ เมื่อพิจารณาตามหลักเกณฑ์ในพระราชบัญญัติกฏอัยการศึกโดยเฉพาะเงื่อนไขในส่วนของแต่ละแห่งการประกาศและผู้มีอำนาจประกาศกฏอัยการศึก กรณีทำในรูปแบบพระบรมราชโองการและการประกาศใช้กฏอัยการศึกต้องเป็นไปตามมาตรา 2 และมาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัตินี้และสอดคล้องกับรัฐธรรมนูญในฐานะเป็นกลไกปกป้องรัฐธรรมนูญและพิทักษ์ระบอบประชาธิปไตยจึงเป็นการประกาศกฏอัยการศึกที่ชอบด้วยกฎหมายเช่นเดียวกับในต่างประเทศ ได้แก่

**การประกาศใช้กฏอัยการศึกครั้งที่ 1** ในกรณีกบฏบวรเดช โดยพระยาพหลพลพยุหเสนา ขณะดำรงตำแหน่งเป็นนายกรัฐมนตรีและผู้บัญชาการทหารบก เป็นการประกาศเฉพาะพื้นที่จึงประกาศโดยมีต้องกระทำเป็นพระบรมราชโองการ การประกาศกฏอัยการศึกครั้งนี้มีความจำเป็นเนื่องจากฝ่ายกบฏบวรเดชได้นำกำลังทหารเข้ามาล้อมถึงดอนเมืองแล้ว มีลักษณะเป็นภัยคุกคามภายในประเทศ จึงเป็นการประกาศกฏอัยการศึกที่ชอบด้วยกฎหมายแล้ว ทั้งเงื่อนไขผู้มีอำนาจประกาศและเงื่อนไขสถานการณ์ตามมาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติกฏอัยการศึกฯ

<sup>8</sup> รายละเอียดในหัวข้อ 2.4.3 การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพและข้อยกเว้นในกฎหมายระหว่างประเทศ

<sup>9</sup> รายละเอียดในหัวข้อ 5.5 การปรับใช้กฏอัยการศึกในระบบกฎหมายไทย

**การประกาศกฏอัยการศึกครั้งที่ 2** ประกาศพระบรมราชโองการให้ใช้ กฏอัยการศึกกรณีสงครามอินโดจีน โดยจอมพล ป. พิบูลสงคราม นายกรัฐมนตรีในขณะนั้น ซึ่งประกาศเป็นพระบรมราชโองการอาศัยอำนาจตามมาตรา 2 ของพระราชบัญญัติกฏอัยการศึก เฉพาะพื้นที่ 24 จังหวัดตามแนวชายแดน ซึ่งเมื่อพิจารณาเงื่อนไขผู้มีอำนาจประกาศกฏอัยการศึก คือ รัฐมนตรีถวายคำแนะนำแต่พระมหากษัตริย์ให้ทรงลงพระปรมาภิไธยในรูปแบบพระบรมราชโองการประกาศใช้กฏอัยการศึกทั่วราชอาณาจักรหรือบางพื้นที่ตามความในมาตรา 2 และขณะนั้นมีสงครามย่อมมีความจำเป็นที่ต้องป้องกันประเทศ เช่นเดียวกับกับการประกาศ **กฏอัยการศึกครั้งที่ 3** คือ พระบรมราชโองการให้ใช้กฏอัยการศึกกรณีสงครามมหาเอเซียบูรพา โดยจอมพล ป. พิบูลสงคราม ในฐานะนายกรัฐมนตรี เป็นการประกาศพระบรมราชโองการให้ใช้ กฏอัยการศึกทั่วราชอาณาจักรเป็นครั้งแรก ซึ่งขณะนั้นญี่ปุ่นยกพลขึ้นบกในหลายจังหวัดของประเทศไทย เมื่อพิจารณาการประกาศใช้กฏอัยการศึกทั่วราชอาณาจักรซึ่งต้องทำเป็นพระบรมราชโองการและมีเหตุจำเป็นในลักษณะของสงคราม การประกาศกฏอัยการศึกขณะนั้นจึงชอบด้วยเงื่อนไขตาม มาตรา 2 แห่งพระราชบัญญัติกฏอัยการศึก และชอบด้วยรัฐธรรมนูญแล้ว

**การประกาศกฏอัยการศึกครั้งที่ 4** พระบรมราชโองการให้ใช้ กฏอัยการศึก เฉพาะในพื้นที่พระนครและจังหวัดธนบุรี สืบเนื่องจากเกิดกบฏแมนฮัตตันซึ่งมีการใช้ กำลังปะทะกัน รวมถึงจับตัวจอมพล ป. พิบูลสงคราม นายกรัฐมนตรีไว้ การประกาศกฏอัยการศึกครั้งนี้ ผู้ลงนามรับสนองพระบรมราชโองการจึงเป็นนายวรการบัญชา รัฐมนตรีว่าการกระทรวงต่างประเทศ เนื่องจากนายกรัฐมนตรีไม่อาจลงนามได้โดยอาศัยอำนาจตามมาตรา 2 แห่งพระราชบัญญัติกฏอัยการศึกฯ เข้าเงื่อนไขทั้งสถานการณ์จำเป็นต้องต่อสู้กับกบฏ ถึงขนาดที่นายกรัฐมนตรีไม่อาจปฏิบัติหน้าที่ได้ ประเด็นนี้มีความน่าสนใจที่ว่า หากเกิดความจำเป็นเร่งด่วนต้องประกาศกฏอัยการศึกแล้ว นายกรัฐมนตรีไม่อาจดำเนินการขณะนั้น ก็ย่อมมีบุคคลในคณะรัฐมนตรีรักษาการในตำแหน่งแทน เช่นเดียวกับนายวรการบัญชาได้ การประกาศกฏอัยการศึกครั้งนี้จึงชอบด้วยกฎหมายแล้ว

**ส่วนการประกาศกฏอัยการศึกครั้งที่ 11 ครั้งที่ 12 และครั้งที่ 13** เป็นการประกาศโดยกองทัพภาค 4 เนื่องจากกรณีความไม่สงบในสามจังหวัดชายแดนภาคใต้ จึงเป็น กรณีเจ้าหน้าที่ทหารใช้อำนาจประกาศกฏอัยการศึกเฉพาะพื้นที่ตามมาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติ กฏอัยการศึกฯ มิได้ประกาศลงในพระราชกิจจานุเบกษา แต่ได้แจ้งต่อรัฐบาลโดยเร็วแล้วจึงชอบด้วย กฏอัยการศึกตามมาตรา 4 ซึ่งให้อำนาจเจ้าหน้าที่ทหารประกาศกฏอัยการศึกเฉพาะพื้นที่เกิดสงคราม หรือการจลาจลได้ แม้การก่อการร้ายโดยการวางระเบิดและโจมตีเจ้าหน้าที่ทหารจะยังไม่ร้ายแรง เท่ากรณีสงครามก็ตาม แต่เมื่อเป็นการใช้กำลังอาวุธเข้าปะทะกันย่อมจำเป็นที่จะต้องหามาตรการ จัดการสถานการณ์ดังกล่าว ทั้งนี้การประกาศกฏอัยการศึกกลุ่มนี้อาจชอบด้วยพระราชบัญญัติ

กฎอัยการศึกฯ แต่อาจมีปัญหาเรื่องความสอดคล้องกับหลักนิติรัฐในเรื่องความได้สัดส่วน มาตรการที่ใช้เหมาะสมกับสถานการณ์หรือไม่ เมื่อพิจารณาถึงผลสัมฤทธิ์ของการใช้กฎอัยการศึกก็มิได้ประสบความสำเร็จเท่าที่ควร กระทบลสิทธิเสรีภาพของประชาชนในพื้นที่ดังกล่าวยาวนานเกินความจำเป็น รวมถึงการให้เจ้าหน้าที่ทหารประกาศกฎอัยการศึกเหมาะสมกับยุคสมัยปัจจุบันหรือไม่ เป็นปัญหาที่ผู้เขียนจะได้กล่าวถึงในหัวข้อต่อไป

การพิจารณาการประกาศกฎอัยการศึกที่ชอบด้วยกฎหมายตามกฎเกณฑ์ข้างต้นแล้วย่อมเห็นภาพชัดเจนขึ้นว่า การประกาศพระบรมราชโองการริเริ่มโดยคณะรัฐมนตรีและม็วยกรัฐมนตรีหรือรัฐมนตรีเป็นผู้ลงนามรับสนองพระบรมราชโองการสามารถประกาศใช้ได้ทั่วราชอาณาจักรหรือเฉพาะพื้นที่ โดยเหตุแห่งการประกาศกฎอัยการศึกในกรณีเกิดสงครามหรือการปราบปรามกบฏที่ต้องใช้กำลังเจ้าหน้าที่ทหารตอบโต้เป็นไปตามกฎหมายว่าด้วยกฎอัยการศึกและสอดคล้องกับเจตนารมณ์แห่งรัฐธรรมนูญในการบัญญัติให้กฎอัยการศึกเป็นระบบกฎหมายป้องกันประเทศแล้ว ส่วนกรณีที่ให้เจ้าหน้าที่ทหารประกาศกฎอัยการศึกเองได้ในกรณีที่เกิดเหตุจำเป็นเฉพาะในพื้นที่นั้นซึ่งมักเป็นในกรณีเหตุความไม่สงบในชายแดนภาคใต้ชอบด้วยกฎหมายเช่นกัน

### 6.2.2 รัฐธรรมนูญและกฎอัยการศึกในฐานะเครื่องมือรัฐประหาร

กฎอัยการศึคนอกจากมีสถานะเป็นกฎหมายในสถานการณ์ไม่ปกติหรือกลไกอย่างหนึ่งของรัฐธรรมนูญอย่างที่ควรจะเป็นแล้ว ด้วยความที่ใช้กฎอัยการศึกมิใช่แค่เรื่องของกฎหมายเท่านั้น ยังมีเรื่องของการตัดสินใจในสถานการณ์วิกฤตโดยผู้ปกครองรัฐอย่างเต็มที่<sup>10</sup> ในมิติทางรัฐศาสตร์เป็นเรื่องของอำนาจ เป็นการช่วงชิงอำนาจโดยมีสภาวะวิกฤตเป็นเงื่อนไขและการตีความความมั่นคงของรัฐ ดังนั้นในสถานการณ์ไม่ปกติกฎอัยการศึกจึงอาจถูกนำมาใช้เป็นเครื่องมือรัฐประหารทำลายรัฐธรรมนูญและระบอบการปกครองได้ง่าย อย่งไรก็ดี เมื่อนำสภาวะยกเว้นเข้ามาในแดนแห่งกฎหมายในรูปของกฎอัยการศึกแล้ว การบังคับใช้กฎอัยการศึทย่อมต้องเป็นไปตามกฎหมายและสอดคล้องกับระบอบการปกครอง การใช้กฎอัยการศึกเพื่อรัฐประหารจึงไม่สอดคล้องกับเจตนารมณ์แห่งกฎหมายในการรักษาความมั่นคงปลอดภัยของรัฐและประชาชนในยามสงครามหรือยามวิกฤต ทั้งนี้ได้ปฏิบัติตามเงื่อนไขแห่งกฎหมายเป็นการทำลายซึ่งกฎหมายและไม่เป็นไปตามที่รัฐธรรมนูญบัญญัติ มีพักต้องพิจารณาถึงกรอบนิติรัฐและของหลักสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศที่ไม่มีทางสอดคล้องกันกับการใช้กฎอัยการศึกในลักษณะดังกล่าวได้เลย

<sup>10</sup> รายละเอียดในหัวข้อ 2.3.3 แนวคิดว่าด้วยสภาวะยกเว้น

### 6.2.2.1 กฎอัยการศึกเพื่อการรัฐประหาร: ทำลายรัฐธรรมนูญและสร้างระบบ รัฐประหาร

ก่อนจะพิจารณาถึงความสัมพันธ์ระหว่างรัฐธรรมนูญและกฎอัยการศึก ในฐานะเครื่องมือรัฐประหารนั้น ผู้เขียนเห็นสมควรทำความเข้าใจความหมายของคำว่า “ปฏิวัติและรัฐประหาร” เสียก่อน เนื่องจากมีปัญหาในเรื่องของการใช้คำศัพท์ทั้งในทางนิติศาสตร์และการตีความในทางกฎหมายอยู่บ้าง แต่โดยสรุป “ปฏิวัติ” เป็นศัพท์ที่บัญญัติขึ้นโดยพระเจ้าวรวงศ์เธอ กรมหมื่นนคราธิพงษ์ประพันธ์ถอดคำมาจากภาษาอังกฤษว่า Revolution หมายถึง การผันแปร เปลี่ยนหลักมูลฐาน เช่น การเปลี่ยนแปลงการปกครอง<sup>11</sup> ส่วนคำว่า “รัฐประหาร” มาจากภาษาฝรั่งเศสว่า Coup d’Etat ซึ่งหมายถึงวิธีการยึดอำนาจโดยฉับพลัน<sup>12</sup> หรืออย่างที่พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถานบัญญัติความหมายว่า การใช้กำลังยึดอำนาจและเปลี่ยนแปลงรัฐบาล ส่วนนิยามในทางกฎหมายหากมุ่งพิจารณาทฤษฎีในทางกฎหมายโดยเฉพาะแนวคิดของ ฮันส์ เคลเซน (Hans Kelsen) จากสำนักกฎหมายบ้านเมืองซึ่งถือว่ามีอิทธิพลอย่างมาก ได้อธิบายการปฏิวัติ-รัฐประหารไว้ว่า การปฏิวัติความหมายอย่างกว้างรวมถึงรัฐประหารด้วย กล่าวคือ ทุกการแก้ไขเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญ หรือทุกการนำรัฐธรรมนูญใหม่แทนที่อย่างไม่ชอบเพราะมิได้ปฏิบัติตามบทบัญญัติที่รัฐธรรมนูญกำหนด<sup>13</sup> แสดงให้เห็นว่าเคลเซนมองการปฏิวัติและรัฐประหารไม่แตกต่างกันนัก

ส่วนนักกฎหมายในประเทศไทย หยุต แสงอุทัย อธิบายถ้อยคำเหล่านี้ว่า การปฏิวัติ คือ การเปลี่ยนแปลงรัฐบาลโดยใช้กำลังบังคับซึ่งเป็นสิ่งผิดกฎหมาย แต่ถ้าทำสำเร็จย่อมกลายเป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตย สิ่งผิดกฎหมายก็กลายเป็นถูกกฎหมายได้ เพราะมีการสร้างรัฐธรรมนูญขึ้นใหม่และมีการเปลี่ยนแปลงส่วนสำคัญของรัฐ ขณะที่การเปลี่ยนแปลงทันทีทันใดนั้น

<sup>11</sup> ดู นราธิปพงศ์ประพันธ์, “คำชี้แจงเพิ่มเติมเกี่ยวกับการถอดศัพท์ปฏิวัติ, ปฏิรูป” ใน รวมวิทยาการท่านวรรณฯ, (พระนคร: โอเดียนสโตร์, 2495), น. 182. ซึ่งคำว่าปฏิวัตินั้น ปรีดี พนมยงค์ ไม่ใคร่จะเห็นด้วยและเห็นว่า “อภิวัฒน์” น่าจะเหมาะสมกว่า เนื่องจากหมายถึงการเปลี่ยนแปลงที่ก้าวหน้า รายละเอียดใน ปรีดี พนมยงค์, คณะราษฎรกับการอภิวัฒน์ประชาธิปไตย 24 มิถุนายน, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: แม่คำฝาง, 2553), น. 74. แต่คำว่าปฏิวัติเป็นที่ใช้แพร่หลายและบัญญัติไว้ในพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน

<sup>12</sup> ปรีดี พนมยงค์, คณะราษฎรกับการอภิวัฒน์ประชาธิปไตย 24 มิถุนายน, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: แม่คำฝาง, 2553), น. 59.

<sup>13</sup> Hans Kelsen, Théorie pure du droit, (Paris: L.G.D.J., 1999) อ้างถึงใน ปิยบุตร แสงกนกกุล, ศาลรัฐประหาร: ตุลาการ ระบอบเผด็จการ และนิติรัฐประหาร, (นนทบุรี: ฟ้าเดียวกัน, 2560), น. 86.

เป็นเพียงรัฐประหารซึ่งอาจนำไปสู่การปฏิวัติได้และเป็นการเปลี่ยนแปลงโดยใช้กำลังของผู้มีอำนาจรัฐ<sup>14</sup> ความเห็นเหล่านี้โน้มเอียงไปในทางว่า รัฐประหารเป็นส่วนหนึ่งของการปฏิวัติที่มีความหมายกว้างกว่า ทั้งยังมีความใกล้เคียงกัน จึงไม่แปลกที่ทั้งสองคำนี้จะถูกใช้ปะปนกัน ความแตกต่างของทั้งสองคำนี้อยู่ที่การรัฐประหารเป็นเพียงการแย่งชิงอำนาจรัฐจากรัฐบาลเท่านั้น มิได้มีการเปลี่ยนแปลงโครงสร้างพื้นฐานของรัฐ ในที่นี้ผู้เขียนเน้นศึกษาการรัฐประหารในความหมายอย่างแคบโดยการใช้กำลังทหาร บังคับเพื่อล้มล้างรัฐบาลเป็นหลัก แม้ในปัจจุบันการรัฐประหารอาจหมายถึงวิธีการอื่น ๆ ด้วยก็ตาม ดังนั้นไม่ว่าจะพิจารณาในแง่มุมใด การรัฐประหารย่อมมิใช่สิ่งที่ถูกต้องตามกฎหมายเนื่องจากทำลายซึ่งกฎเกณฑ์ทางรัฐธรรมนูญ<sup>15</sup> ไม่มีทางเป็นไปได้เลยที่รัฐธรรมนูญจะบัญญัติอนุญาตให้มีการรัฐประหารอันทำลายรัฐธรรมนูญและระบอบการปกครองในขณะนั้น

การใช้บังคับกฏอัยการศึกเพื่อเป็นเครื่องมือในทางการเมืองและนำไปสู่ระบบรัฐประหารนี้มีลักษณะตรงข้ามกับกฏอัยการศึกในฐานะกลไกจัดการในสถานการณ์ไม่ปกติที่ผู้เขียนอธิบายในตอนต้น เนื่องจากกฏอัยการศึกในฐานะกลไกจัดการสถานการณ์ไม่ปกติในรัฐธรรมนูญเป็นลักษณะกฏอัยการศึกสากลที่ควรจะเป็น แต่การรัฐประหารเป็นการทำลายซึ่งรัฐธรรมนูญและระบอบการปกครองที่มีอยู่ในขณะนั้น การบังคับใช้กฏอัยการศึกเพื่อการรัฐประหารจึงเป็นความสัมพันธ์กันทางลบซึ่งไม่ใช่การป้องกันรัฐแต่เป็นการทำลายรัฐบาลเพื่อช่วงชิงอำนาจปกครอง กฏอัยการศึกในลักษณะนี้จึงไม่อาจสอดคล้องกับรัฐธรรมนูญและโลกยุคเสรีประชาธิปไตยได้เลย โดยรวมการใช้กฏอัยการศึกเช่นนี้จะมีลักษณะดังนี้

**1) ไม่ชอบด้วยกฎหมาย** กล่าวคือ การใช้กฏอัยการศึกเพื่อทำการรัฐประหารย่อมไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ แม้การบัญญัติกฏอัยการศึกไว้ในรัฐธรรมนูญของไทยจะมีปัญหาและควรบัญญัติใหม่เพราะมิได้ระบุเงื่อนไขการใช้อำนาจให้ชัดเจนก็ตาม ทว่าการรัฐประหารก็ไม่อาจเป็นสิ่งที่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ไม่ชอบด้วยเจตนารมณ์แห่งกฎหมายในการบังคับใช้กฏอัยการศึกเพื่อทำลายรัฐธรรมนูญและระบอบการปกครอง ทั้งการใช้กฏอัยการศึกในกรณีนี้ยังไม่เป็นไปตามเงื่อนไขในพระราชบัญญัติกฏอัยการศึก พ.ศ. 2457 อันจะอ้างความชอบธรรมทางกฎหมายได้ หรือ

<sup>14</sup> หยุด แสงอุทัย, แนวคำถามคำตอบรัฐธรรมนูญทั่วไปและรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย, (พระนคร: นำเขียนการพิมพ์, 2513), น. 23-24.

<sup>15</sup> Roberto Nigro, Quelques considérations sur la fonction et la théorie du coup d'État, Rue Descartes 2013/1 (n° 77) p. 130. อ้างถึงใน ยอดพล เทพสิทธิ์า, “ว่าด้วยรัฐธรรมาธิปไตยและรัฐประหาร,” ศูนย์ทนายความเพื่อสิทธิมนุษยชน, สืบค้นเมื่อวันที่ 30 เมษายน 2564, จาก <https://tlhr2014.com/archives/2897>

อีกนัยหนึ่ง หากเป็นการนำกฎอัยการศึกมาใช้ในการรัฐประหารแล้วย่อมไม่อาจปฏิบัติตามกฎหมายได้เลย รวมถึงข้ออ้างที่ว่า การรัฐประหารที่เป็นประชาธิปไตย กรณีนี้เป็นไปได้ยากและมีใช้การรัฐประหารทุกครั้งจะนำไปสู่ประชาธิปไตย<sup>16</sup> เห็นได้จากกรณีของประเทศไทยที่ระบบรัฐประหารนำไปสู่ระบอบที่ตั้งชื่อไม่ได้นั่นเอง

**2) ไม่อยู่ภายใต้กรอบแห่งนิติรัฐ** นอกจากการใช้กฎอัยการศึกเพื่อการรัฐประหารไม่ชอบด้วยกฎหมายแล้ว ยังขาดซึ่งคุณค่าแห่งนิติรัฐ กล่าวคือ เป็นการใช้อำนาจโดยมิชอบและไม่อาจควบคุมตรวจสอบได้ เดิมกฎอัยการศึกของไทยซึ่งเป็นกฎหมายเก่าในสมัยสมบูรณาญาสิทธิราชย์ก็มิได้มีการบัญญัติถึงการควบคุมตรวจสอบอยู่แล้ว เมื่อนำมาใช้เพื่อรัฐประหารยิ่งเป็นการยากที่จะตรวจสอบไม่ว่าการตรวจสอบทางการเมืองโดยรัฐสภา ซึ่งขณะประกาศกฎอัยการศึกทั้งรัฐธรรมนูญและบรรดาสมาชิกรัฐสภามักถูกล้มกระดานก่อน หรือแม้หลังการรัฐประหารจะมีรัฐสภาหรือสภานิติบัญญัติขึ้นมาแล้วก็ล้วนแต่ไม่สามารถจะตรวจสอบการใช้อำนาจของคณะรัฐประหารได้ รวมถึงการควบคุมตรวจสอบโดยศาลย่อมเป็นไปได้ยาก เนื่องจากคณะรัฐประหารเป็นผู้มีอำนาจตามความเป็นจริงในขณะนั้น หรือแม้จะผ่านพ้นช่วงเวลาในการยึดอำนาจแล้วแต่ “ระบอบที่ตั้งชื่อไม่ได้”<sup>17</sup> ยังคงดำเนินอยู่ กฎหมายที่บัญญัติขึ้นล้วนแต่สนับสนุนระบอบดังกล่าวกระทั่งศาลก็ไม่อาจตรวจสอบได้<sup>18</sup>

ความสัมพันธ์ระหว่างรัฐธรรมนูญและกฎอัยการศึกในลักษณะนี้เป็นปัญหาเรื้อรังในหลายประเทศโดยเฉพาะประเทศที่การเมืองไม่มีเสถียรภาพ ตัวอย่างในปัจจุบันที่เห็นชัดเจนที่สุดคือ ประเทศเมียนมา เมื่อวันที่ 1 กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2564 ที่ผ่านมา พลเอกอาวุโส

<sup>16</sup> ผู้เขียนชวนอ่านบทความว่าด้วยรัฐประหารที่เป็นประชาธิปไตยของ Ozan Varol เรื่อง “The Democratic Coup d’État” เรียบเรียงเป็นภาษาไทยโดย สฤณี อาชวานันทกุล ใน <https://thaipublica.org/2014/09/democratic-coup> เพื่อนำลักษณะของรัฐประหารที่เป็นประชาธิปไตยในบทความดังกล่าวมาเปรียบเทียบกับกรณีของประเทศเมียนมาและประเทศไทย

<sup>17</sup> ถ้อยคำจากบทสัมภาษณ์อาจารย์วรเจตน์ ภาคีรัตน์ ใน The 101. World นิยามถึงระบอบที่ตั้งชื่อไม่ได้ ซึ่งเนื้อหาของระบอบคือการยอมรับให้ระบบรัฐประหารเข้ามาก่อรูปในทางปฏิบัติจนกลายเป็นแบบแผนและการใช้กฎหมาย ผู้เขียนเห็นว่าการใช้กฎอัยการศึกโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายในการรัฐประหารคือการพยายามใช้กฎหมายเป็นเครื่องมือเพื่อสร้างระบบรัฐประหารภายใต้ระบอบที่ตั้งชื่อไม่ได้

<sup>18</sup> รายละเอียดในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 45/2496 และ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1662/2505 ซึ่งเป็นบรรทัดฐานให้ผู้ยึดอำนาจการปกครองบ้านเมืองสำเร็จย่อมเป็นรัฐอธิปัตย์ หรือคดีหมายเลขแดงที่ 1760/2558 กรณีศาลฎีกายกคำฟ้องของกลุ่มพลเมืองโต้กลับในคดีฟ้อง คสช. ในข้อหาทวงบุญ รวมถึงคำพิพากษาศาลอุทธรณ์ที่ 2247/2561 ที่ให้เหตุผลถึงความชอบธรรมของระบอบรัฐประหาร

มิน อ่อง หล่าย ได้ทำการรัฐประหารรัฐบาลพลเรือนจากพรรคสันนิบาตแห่งชาติเพื่อประชาธิปไตย (NLD) ซึ่งพรรค NLD เพิ่งได้รับชัยชนะอย่างท่วมท้นจากการเลือกตั้งในช่วงปลายเดือนพฤศจิกายนที่ผ่านมา สร้างความสั่นคลอนอำนาจของกองทัพเป็นอย่างยิ่ง นำไปสู่การทำรัฐประหารภายใต้ข้ออ้างที่ว่า มีการทุจริตการเลือกตั้งและพรรค NLD ทำให้สังคมวุ่นวายจึงต้องควบคุมตัวผู้นำฝ่ายประชาธิปไตย<sup>19</sup> ขณะเดียวกันคณะทหารได้ตั้ง พลเอก มินต์ ส่วย รองประธานาธิบดีจากฝ่ายทหารมาเป็นรักษาการประธานาธิบดีชั่วคราวและได้ประกาศภาวะฉุกเฉินเป็นเวลา 1 ปี เพื่อรักษาความสงบและความมั่นคงของประเทศ โดยอ้างว่ารัฐธรรมนูญแห่งเมียนมาให้อำนาจกองทัพสามารถเข้าควบคุมสถานการณ์ได้ และต่อมาในวันที่ 15 มีนาคม 2564 คณะทหารได้ประกาศใช้กฎอัยการศึกในบางพื้นที่เพื่อควบคุมประชาชนที่ลุกฮือขึ้นต่อต้าน<sup>20</sup> สถานการณ์ยังคงตึงเครียดและทวีความรุนแรงขึ้นเรื่อย ๆ

จากเหตุการณ์รัฐประหารในเมียนมาประกอบกับการพิจารณารัฐธรรมนูญแห่งสหภาพเมียนมา ค.ศ. 2008 เป็นตัวอย่างการบัญญัติกลไกในสถานการณ์ฉุกเฉินในมาตรา 417 ซึ่งให้ประธานาธิบดีประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินได้โดยปรึกษาสภากลาโหมและสภาความมั่นคงแห่งชาติในกรณีวิกฤตอย่างยิ่ง ในระยะเวลา 1 ปี<sup>21</sup> และ มาตรา 418 (a) ในรัฐธรรมนูญแห่งสหภาพเมียนมายังระบุว่า เมื่อมีการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินตามมาตรา 417 ให้ประธานาธิบดีโอนอำนาจนิติบัญญัติ บริหาร และตุลาการให้แก่ผู้บัญชาการทหารสูงสุดเพื่อฟื้นฟูสถานการณ์ให้กลับสู่ภาวะปกติ<sup>22</sup> บทบัญญัติดังกล่าวมีลักษณะการถ่ายทอดอำนาจการปกครองไปสู่มือกองทัพ ซึ่ง มิน อ่อง หล่าย ได้ใช้ช่องทางดังกล่าวในการควบคุมตัวประธานาธิบดี เพื่อให้รองประธานาธิบดีที่มาจากฝ่ายทหารเข้ามาเป็นรักษาการประธานาธิบดีชั่วคราว และให้ประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินตามเงื่อนไขรัฐธรรมนูญและถ่ายโอนอำนาจแก่ตนในฐานะผู้บัญชาการทหารสูงสุด นอกจากในมาตรา 418 ที่มีลักษณะรวบอำนาจเบ็ดเสร็จไว้ที่กองทัพแล้ว ในมาตรา 413 (b) ก็ให้อำนาจประธานาธิบดีประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินตามมาตรา 412 และถ่ายโอนอำนาจนิติบัญญัติ บริหารและตุลาการไปยังกองทัพได้ ภายใต้การประกาศ Military Administrative Order ซึ่งก็คือการให้อำนาจเด็ดขาดในการปกครองประเทศแก่

<sup>19</sup> The Matter, “เกิดอะไรขึ้นในพม่า? สรุปเหตุการณ์รัฐประหารของกองทัพพม่า หลังจับกุมองซาน ซูจี,” สืบค้นเมื่อวันที่ 22 มีนาคม 2564, จาก <https://thematter.co/brief/134555/>

<sup>20</sup> BBC NEWS, “Myanmar military extends martial law after bloodiest day since coup, Retrieved on March 25, 2021, from <https://www.bbc.com/news/world-asia-56398001>

<sup>21</sup> รัฐธรรมนูญแห่งสหภาพเมียนมา ค.ศ. 2008 มาตรา 417

<sup>22</sup> รัฐธรรมนูญแห่งสหภาพเมียนมา ค.ศ. 2008 มาตรา 418

ทหาร แม้ในรัฐธรรมนูญมิได้บัญญัติถึงกฎอัยการศึก ทว่าเมื่อพิจารณาการรวบอำนาจเบ็ดเสร็จ ทั้ง 3 ฝ่ายของทหารแล้ว คล้ายกับการใช้กฎอัยการศึกในอดีต<sup>23</sup> และเป็นแนวคิดการใช้กฎอัยการศึกที่ล่าช้า ไม่เหมาะสมกับปัจจุบันหากจะให้ผู้บัญชาการทหารสูงสุดมีอำนาจสูงสุดอย่างเบ็ดเสร็จ

อาจกล่าวได้ว่าในบริบทของเมียนมา กองทัพหรือทัตมาดอว์ (Tatmadaw) ยังคงมีอำนาจอยู่มากทั้งในทางความเป็นจริงและตามบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญ พิจารณาได้จากในรัฐธรรมนูญ หมวด 11 บทบัญญัติว่าด้วยสถานการณ์ฉุกเฉินมาตรา 410-432 ให้อำนาจผู้บัญชาการทหารสูงสุดเข้ามามีอำนาจจัดการสถานการณ์ฉุกเฉินในหลายมาตรา<sup>24</sup> รัฐธรรมนูญแห่งสหภาพเมียนมา จึงเป็นตัวอย่างของการบัญญัติให้อำนาจทหารมากเกินไป ซึ่งอาจเพราะคณะทหารครองอำนาจมายาวนาน การลบล้างและกำจัดอำนาจดังกล่าวที่แทรกซึมอยู่ในองคาพยพของรัฐภายในเวลาอันสั้นไม่ใช่เรื่องง่าย และการที่คณะทหารของเมียนมาอ้างว่า การรัฐประหารเป็นไปตามรัฐธรรมนูญนั้น ผู้เขียนเห็นว่าจะไม่ถูกต้อง เป็นการพยายามสร้างวิกฤตทั้งที่มีได้มีภัยความมั่นคงหรือสถานการณ์เลวร้ายแต่ประการใด กรณีการเลือกตั้งที่มีปัญหาที่มีได้อยู่ในระดับรุนแรงและการรัฐประหารไม่น่าใช่การแก้ปัญหาดังกล่าว ประกอบกับรัฐธรรมนูญเปิดช่องให้ทหารเข้ามามีอำนาจควบคุมในยามสถานการณ์ฉุกเฉินที่มากเกินไป เป็นไปไม่ได้เลยที่รัฐธรรมนูญจะบัญญัติกลไกจัดการสถานการณ์ฉุกเฉินมาเพื่อทำลายตนเองและระบอบการปกครองในขณะนั้น ดังนั้น การวางกลไกจัดการสถานการณ์ไม่ปกติที่ควรผ่านการถกเถียงเพื่อหาแนวทางเหมาะสมและบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญในลักษณะระบบกฎหมายที่ปกป้องรัฐ

ผู้เขียนเห็นด้วยกับอาจารย์พรสันต์ เลี้ยงบุญเลิศชัย ที่ว่า “การรัฐประหารโดยอ้างรัฐธรรมนูญมาตรา 417 ของกองทัพมาอยู่บนพื้นฐานของเจตนาทุจริต (Mala Fides) ไม่เคารพต่อบทบัญญัติและเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญอย่างแท้จริง (Constitutional Fidelity) จึงถือ

<sup>23</sup> Melissa Crouch เห็นว่า Military Administrative Order ของพม่ากับ Martial Law ก็คือการประกาศกฎอัยการศึกเหมือนกัน เนื่องจากมีการถ่ายโอนอำนาจนิติบัญญัติ บริหารและตุลาการไปที่ผู้บัญชาการทหารสูงสุดแทนรัฐบาลพลเรือนและทหารมีอำนาจในการควบคุมพื้นที่ภายในประเทศ ทั้งกรณีตามมาตรา 412-413 และมาตรา 417-418 รายละเอียดใน Melissa Crouch, “What martial law in Myanmar?,” Retrieved on March 25, 2021, from <https://melissacrouch.com/2021/03/15/what-is-martial-law-in-myanmar/>

<sup>24</sup> รัฐธรรมนูญแห่งสหภาพเมียนมา ค.ศ. 2008 หมวดที่ 11 State of Emergency ตั้งแต่มาตรา 410 ถึงมาตรา 432

เป็นการใช้อำนาจที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ”<sup>25</sup> ทำนองเดียวกันกับการพยายามสร้างความชอบธรรมให้คณะทหารที่ประกาศใช้กฎอัยการศึกเพื่อรัฐประหารในประเทศไทย ทั้งที่มีได้เป็นไปตามเงื่อนไขของพระราชบัญญัติกฎอัยการศึกและเจตนารมณ์แห่งรัฐธรรมนูญแต่อย่างใด มีพิกต้องพิจารณาถึงหลักนิติรัฐ เพราะการใช้กฎอัยการศึกไม่ชอบด้วยกฎหมาย เป็นการละเมิดกฎหมายตั้งแต่ต้น เราจึงไม่อาจปล่อยให้การใช้กฎอัยการศึกเป็นเครื่องมือรัฐประหารทำลายความมั่นคงของรัฐและประชาชนต่อไปได้

### 6.2.2.2 ปัญหาการปรับใช้กฎอัยการศึกที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายในประเทศไทย

ผู้เขียนได้รวบรวมข้อมูลการประกาศใช้กฎอัยการศึกในเบื้องต้นไว้แล้ว ทั้ง 16 ครั้ง และการประกาศใช้กฎอัยการศึกที่มีปัญหาที่สุดคือ การประกาศกฎอัยการศึกเพื่อรัฐประหาร อันเป็นการปรับใช้กฎอัยการศึกเพื่อทำลายทั้งรัฐธรรมนูญและระบอบการปกครองในขณะนั้น แน่นนอนว่าย่อมขัดกับเจตนารมณ์แห่งกฎหมายในการพิทักษ์รัฐและระบอบการปกครองด้วย ดังที่มีการประกาศใช้กฎอัยการศึกเพื่อรัฐประหารล้มการปกครองในระบอบประชาธิปไตยในประเทศไทยมีจำนวนมากที่สุดถึง 9 ครั้ง ดังนั้นการบังคับใช้กฎอัยการศึกเพื่อรัฐประหารล้มล้างรัฐธรรมนูญและการปกครองระบอบประชาธิปไตย ทั้งยังช่วงชิงอำนาจการปกครองจากรัฐบาลที่มาจากการเลือกตั้ง พิจารณาอย่างไรก็ไม่อาจชอบด้วยกฎหมายรัฐธรรมนูญและสอดคล้องกับเจตนารมณ์แห่งกฎหมายได้ อีกทั้งยังเป็นการใช้กฎอัยการศึกโดยไม่เป็นไปตามพระราชบัญญัติกฎอัยการศึก พ.ศ. 2457 ด้วย ในหัวข้อนี้ผู้เขียนมุ่งพิจารณากรณีความชอบด้วยกฎหมายตามพระราชบัญญัติดังกล่าวเป็นหลัก เพื่อชี้ให้เห็นถึงปัญหาของบทบัญญัติกฎหมายและการปรับใช้กฎอัยการศึกเพื่อการรัฐประหาร แยกพิจารณา ดังนี้

(1) การประกาศกฎอัยการศึกไม่ชอบด้วยกฎหมายเพราะไม่เข้าเงื่อนไข **สถานการณ์** ได้แก่ ครั้งที่ 5 การประกาศพระบรมราชโองการให้ใช้กฎอัยการศึก กรณีจอมพลสฤษดิ์ รัฐประหารรัฐบาลจอมพล ป. พิบูลสงคราม ซึ่งการประกาศใช้กฎอัยการศึกที่ราชอาณาจักรต้องทำเป็นพระบรมราชโองการตามมาตรา 2 แห่งพระราชบัญญัติกฎอัยการศึกฯ เดิมที่ผู้นำคณะรัฐประหารมิใช่ผู้รับสนองพระบรมราชโองการตามที่กฎหมายกำหนด กล่าวคือ มิใช่ผู้มีอำนาจประกาศใช้กฎอัยการศึคนั่นเอง ทว่ามีข้อสังเกตถึงการที่พระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัวภูมิพลอดุลยเดช

<sup>25</sup> โปรตตุ พรสันต์ เลี้ยงบุญเลิศชัย, “อ.จุฬาฯ มองรัฐประหารเมียนมา อยู่บนพื้นฐานทฤษฎีไม่เคารพกฎหมาย-เจตนารมณ์ของรธน.อย่างแท้จริง,” สืบค้นเมื่อวันที่ 30 มีนาคม 2564, จาก [https://www.matichon.co.th/politics/news\\_2564934](https://www.matichon.co.th/politics/news_2564934).

(รัชกาลที่ 9) มีพระบรมราชโองการแต่งตั้งจอมพลสฤษดิ์เป็นผู้รักษาการพระนคร<sup>26</sup> อาจถือได้ว่าขณะนั้นผู้นำคณะรัฐประหารได้เป็นผู้มีอำนาจสูงสุดตามความเป็นจริงและได้รับการแต่งตั้งตำแหน่งพิเศษอันแสดงถึงการรับรองสถานะบางอย่างโดยพระมหากษัตริย์ แต่เมื่อพิจารณาเงื่อนไขสถานการณ์ความจำเป็นแล้ว แม้สถานการณ์ในขณะนั้นจะเรียกได้ว่าเป็นสถานการณ์ไม่ปกติ เนื่องจากมีผู้มาชุมนุมประท้วงไม่พอใจรัฐบาลก็ตาม ทว่ายังไม่ถึงขั้นก่อการจลาจลหรือเกิดสงครามกลางเมืองที่รุนแรงถึงขนาดใช้กฎอัยการศึก พิจารณาแล้วมิได้มีความจำเป็นถึงขนาดต้องประกาศกฎอัยการศึกแต่อย่างใด จึงไม่ชอบด้วยพระราชบัญญัติกฎอัยการศึกฯ และไม่ชอบด้วยเจตนารมณ์แห่งรัฐธรรมนูญด้วยมิได้มุ่งหมายป้องกันประเทศ

**(2) การประกาศใช้กฎอัยการศึกที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายเนื่องจากผู้ประกาศไม่มีอำนาจและไม่เข้าเงื่อนไขสถานการณ์** กรณีเหล่านี้ได้แก่

**การประกาศใช้กฎอัยการศึกครั้งที่ 6** กรณีจอมพลสฤษดิ์ ธนะรัชต์ รัฐประหารรัฐบาลจอมพลถนอม กิตติขจร ซึ่งไม่สามารถบริหารประเทศได้ จึงลาออกจากตำแหน่งนายกรัฐมนตรีก่อนเกิดเหตุรัฐประหารเพียง 1 วันเพื่อเปิดทางให้จอมพลสฤษดิ์ เข้ามาบริหารประเทศภายใต้รัฐธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พ.ศ. 2502 จะเห็นได้ว่าเป็นการร่วมมือกันส่งไม้ต่อระหว่าง 2 จอมพล ซึ่งไม่อาจบริหารประเทศในระบบรัฐสภาได้ หัวหน้าคณะปฏิวัติมีผู้มีอำนาจประกาศกฎอัยการศึก ทั้งมิได้มีสถานการณ์จำเป็นอันเกี่ยวข้องกับความมั่นคงของประเทศแต่อย่างใด ในประกาศระบุเพียงเพื่อรักษาสถานการณ์และความสงบเรียบร้อยของประชาชนทั้งที่ได้มีเหตุสงครามหรือการจลาจลแต่ประการใด นับเป็นพิมพ์เขียวข้ออ้างการประกาศกฎอัยการศึกของคณะรัฐประหารครั้งต่อมา

**การประกาศใช้กฎอัยการศึกครั้งที่ 7** โดยประกาศของคณะปฏิวัติฉบับที่ 2 ให้ใช้กฎอัยการศึก ซึ่งเป็นกรณีจอมพลถนอมทำการรัฐประหารยึดอำนาจตนเอง เนื่องจากไม่สามารถบริหารประเทศภายใต้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2511 ในระบบรัฐสภาได้ คณะปฏิวัติอ้างในประกาศว่าเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยปราศจากภัยของประชาชนทั่วประเทศ ทำนองเดียวกับที่อ้างถึงในการประกาศกฎอัยการศึกครั้งที่ 6 ทั้งสถานการณ์ขณะนั้นมิได้มีสงครามหรือ

<sup>26</sup> ข้อสังเกตอีกประการหนึ่งในการรัฐประหาร ของจอมพลสฤษดิ์ ธนะรัชต์ ในครั้งนี้คือเมื่อคณะรัฐประหารออกแถลงการณ์ยึดอำนาจแล้ว ได้มีพระบรมราชโองการแต่งตั้งจอมพลสฤษดิ์เป็นผู้รักษาการพระนคร โดยมีผู้ลงนามรับสนองพระบรมราชโองการ และจึงมีพระบรมราชโองการให้ใช้กฎอัยการศึกโดยมีผู้รักษาการพระนครเป็นผู้ลงนามรับสนองพระบรมราชโองการในภายหลัง

ความจำเป็นต้องรักษาความมั่นคงแต่อย่างใด การประกาศกฎอัยการศึกทั่วราชอาณาจักรมิได้ทำเป็นพระบรมราชโองการ การประกาศกฎอัยการศึกจึงไม่ชอบด้วยมาตรา 2 แห่งพระราชบัญญัติกฎอัยการศึก ฯ

**การประกาศใช้กฎอัยการศึกครั้งที่ 8** กระทำในรูปแบบของคำสั่งของคณะปฏิรูปการปกครองแผ่นดิน ฉบับที่ 1 ในเหตุการณ์ 6 ตุลาคม พ.ศ. 2519 ซึ่งประชาชนรวมตัวกันประท้วงการกลับมาของจอมพลถนอม กิตติขจร และบานปลายกลายเป็นเหตุการณ์สังหารหมู่หากพิจารณาเพียงเงื่อนไขสถานการณ์ความรุนแรงและโหดร้ายในขณะนั้น การประกาศกฎอัยการศึกเพื่อยุติสงครามกลางเมืองหรือการจลาจลนองเลือดเฉพาะในพื้นที่ที่เกิดเหตุย่อมเป็นเหตุผลที่พอจะรับฟังได้ แต่การประกาศกฎอัยการศึกในครั้งนี้กลับไม่ได้เป็นไปเพื่อทำให้สถานการณ์กลับสู่สภาวะปกติเนื่องจากสถานการณ์สลายการชุมนุมในมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์เริ่มขึ้นในย่ำรุ่งของวันที่ 6 ตุลาคม พ.ศ. 2519 แต่การประกาศกฎอัยการศึกและการรัฐประหารเกิดขึ้นในช่วงเย็น อีกทั้งพลเรือเอกสงัด ชลออยู่ หัวหน้าคณะปฏิรูปการปกครองก็มิได้อำนาจประกาศกฎอัยการศึกทั่วราชอาณาจักรและมิได้ประกาศเป็นพระบรมราชโองการจึงไม่ชอบด้วยมาตรา 2 แห่งพระราชบัญญัติกฎอัยการศึก ฯ

**การประกาศใช้กฎอัยการศึกครั้งที่ 9** กรณีพลเรือเอกสงัด ชลออยู่ทำการรัฐประหารอีกครั้ง โดยประกาศคณะปฏิวัติฉบับที่ 2 ให้คงใช้กฎอัยการศึกของคณะปฏิรูปการปกครองแผ่นดินฉบับที่ 1 ต่อไป เพื่อล้มรัฐบาลนายธานินทร์ กรัยวิเชียร โดยอ้างถึงเป็นการประกาศกฎอัยการศึกในลักษณะขยายระยะเวลาจากประกาศคำสั่งคณะปฏิรูปในครั้งก่อน โดยไม่เข้าเงื่อนไขผู้มีอำนาจประกาศ สถานการณ์ในการประกาศ รวมถึงรูปแบบการประกาศกฎอัยการศึกซึ่งแตกต่างจากบทบัญญัติในกฎหมายไปมาก

**การประกาศกฎอัยการศึกครั้งที่ 10** ประกาศคณะรักษาความสงบเรียบร้อยแห่งชาติ ฉบับที่ 4 เรื่อง การใช้กฎอัยการศึกทั่วราชอาณาจักร โดยพลเอกสุนทร คงสมพงษ์ ผู้นำรัฐประหารล้มรัฐบาลพลเอกชาติชาย ชุณหะวัณ อ้างว่ารัฐบาลขณะนั้นทุจริตและเป็นเผด็จการรัฐสภา รวมถึงการอ้างว่าประกาศกฎอัยการศึกเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยอันมิใช่เหตุผลในการประกาศใช้กฎอัยการศึก ทั้งยังเป็นการประกาศใช้กฎอัยการศึกทั่วราชอาณาจักรโดยมิได้ทำเป็นพระบรมราชโองการย่อมไม่ถูกต้องตามรูปแบบ จึงไม่ชอบด้วยพระราชบัญญัติกฎอัยการศึก ฯ ตามมาตรา 2 และมาตรา 4

**การประกาศใช้กฎอัยการศึกครั้งที่ 14** โดยพลเอกสนธิ บุญยรัตกลิน หัวหน้าคณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข (คปค.)

เมื่อวันที่ 19 กันยายน 2549<sup>27</sup> สืบเนื่องจากเป็นช่วงเวลาที่มีรัฐบาลรักษาการและมีการชุมนุมประท้วง ยึดเยื้อจากความขัดแย้งทางการเมือง จึงประกาศกฎอัยการศึกเพื่อความสงบเรียบร้อย เริ่มจาก แดงการณียึดอำนาจของคณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตย อันมีพระมหากษัตริย์ทรง เป็นประมุข จากนั้นจึงมีการประกาศกฎอัยการศึกทั่วราชอาณาจักรโดยคณะปฏิรูปการปกครองฯ แล้วจึงมีพระบรมราชโองการประกาศแต่งตั้งหัวหน้าคณะปฏิรูปการปกครองฯ ตามมาภายหลัง พิจารณาแล้วจะเห็นได้ว่า มีความคล้ายคลึงกับการรัฐประหารและประกาศกฎอัยการศึกในปี 2500 อย่างยิ่ง ในกรณีที่พระมหากษัตริย์ทรงรับรองการทำรัฐประหารโดยมีพระบรมราชโองการแต่งตั้ง หัวหน้าคณะรัฐประหาร แต่ครั้งนี้มีผู้ลงนามรับรองพระบรมราชโองการดังกล่าวคือ พลเอกสนธิ หัวหน้าคณะรัฐประหารนั่นเอง อย่างไรก็ตาม การประกาศกฎอัยการศึกไปก่อนจะมีพระบรมราชโองการ แต่งตั้งจากพระมหากษัตริย์เพียง 1 วัน เกิดเป็นคำถามว่า แม้คณะรัฐประหารจะได้รับการแต่งตั้งโดย พระมหากษัตริย์ก็ตาม แต่การประกาศใช้กฎอัยการศึกทั่วราชอาณาจักรที่ได้กระทำไปแล้วโดยไม่ชอบ ด้วยพระราชบัญญัติกฎอัยการศึกฯ นั้น การรับรองภายหลังได้มีผลย้อนหลังให้การกระทำที่ไม่ชอบ ด้วยกฎหมายนั้นกลับมาชอบด้วยกฎหมายไม่ อีกทั้งการประกาศกฎอัยการศึกทั่วราชอาณาจักรครั้งนี้ มิได้ทำเป็นพระบรมราชโองการ ดังนั้นไม่ว่าพิจารณาเงื่อนไขสถานการณ์ ผู้มีอำนาจประกาศและ รูปแบบในการประกาศแล้วย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมายทั้งสิ้น

**การประกาศกฎอัยการศึกครั้งที่ 15** ประกาศกองทัพบก ฉบับที่ 1/2557 เรื่องการประกาศใช้พระราชบัญญัติกฎอัยการศึก ในวันที่ 20 พฤษภาคม 2557 โดยพลเอกประยุทธ์ จันทร์โอชา ผู้บัญชาการกองทัพบก อาศัยอำนาจตามมาตรา 3 และมาตรา 4 ประกาศใช้กฎอัยการศึก ทั่วราชอาณาจักร ซึ่งตามพระราชบัญญัติกฎอัยการศึกนั้น ผู้บัญชาการทหารมีอำนาจประกาศ ได้เฉพาะในพื้นที่ที่เกิดสงครามหรือการจลาจลเท่านั้น มิได้มีอำนาจประกาศกฎอัยการศึก ทั่วราชอาณาจักรอันเป็นอำนาจของพระมหากษัตริย์ซึ่งต้องกระทำในรูปแบบของพระบรมราช โองการและมีรัฐมนตรีลงนามรับรองพระบรมราชโองการด้วย ผู้บัญชาการทหารจึงไม่มีอำนาจในการ ออกประกาศกองทัพบกดังกล่าว ทั้งขณะนั้นก็ได้มีเหตุสงครามหรือการจลาจลอันเป็นเหตุให้ทหาร มีอำนาจประกาศกฎอัยการศึกเฉพาะพื้นที่ แต่อย่างไรก็ดี ประกาศฉบับนี้จึงไม่ชอบด้วย พระราชบัญญัติกฎอัยการศึกฯ ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ และไม่ควรมีผลผูกพันในทางกฎหมาย

<sup>27</sup> ลำดับเหตุการณ์จาก ฐานความรู้หอสมุดรัฐสภา, “รวบรวมแถลงการณ์ ประกาศ คำสั่ง กรณีรัฐประหาร 19 กันยายน 2549,” สืบค้นเมื่อวันที่ 18 กันยายน 2563, จาก <https://library2.parliament.go.th/giventake/kpk.html>.

**การประกาศใช้กฎอัยการศึกครั้งที่ 16** ประกาศคณะรักษาความสงบแห่งชาติโดยพลเอกประยุทธ์ จันทร์โอชา เมื่อวันที่ 22 พฤษภาคม 2557 มีความทับซ้อนกับการประกาศกฎอัยการศึกครั้งที่ 15 ซึ่งเป็นประกาศที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย การประกาศกฎอัยการศึกในครั้งนี้เพื่อรัฐประหารรัฐบาลรักษาการ โดยระบุในประกาศว่าเพื่อให้การรักษาความสงบเรียบร้อย มีประสิทธิภาพและนำความสงบสุขกลับคืนสู่ประชาชน ทว่าสถานการณ์ในการประกาศกฎอัยการศึกมิได้มีสงคราม การจลาจล หรือภัยคุกคามความมั่นคงแต่อย่างใด มีเพียงการชุมนุมต่อต้านร่างพระราชบัญญัตินิรโทษกรรมและการชุมนุมยึดเยื่อโดยคณะกรรมการประชาชนเพื่อการเปลี่ยนแปลงปฏิรูปประเทศไทยให้เป็นประชาธิปไตยที่สมบูรณ์แบบอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข (กปปส.) ในส่วนนี้ผู้เขียนเห็นพ้องด้วยในการที่ประชาชนจะออกมาชุมนุมแสดงความคิดเห็นหรือความไม่พอใจต่อรัฐบาลอันเป็นเรื่องปกติในวิถีประชาธิปไตย แต่เหตุการณ์ดังกล่าวมิใช่เหตุแห่งการประกาศกฎอัยการศึก ผู้เขียนเห็นว่ายังไม่มีความจำเป็นถึงขนาดที่จะใช้มาตรการตามกฎอัยการศึกได้ พิจารณาตามหลักความได้สัดส่วนหรือหลักความพอสมควรแก่เหตุย่อมเห็นว่าเกินความจำเป็นไปมาก<sup>28</sup> ดังนั้นสถานการณ์การชุมนุมทั้งสองครั้งจึงยังไม่เข้าเงื่อนไขการประกาศใช้กฎอัยการศึกตามพระราชบัญญัติกฎอัยการศึกฯ

ส่วนกรณีผู้มีอำนาจประกาศกฎอัยการศึก ครี้งนี้ลงนามหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติประกาศใช้กฎอัยการศึกทั่วราชอาณาจักร แม้จะอ้างความเป็นรัฐอธิปไตย ซึ่งเป็นผู้ยึดและกุมอำนาจสูงสุดขณะนั้นก็ตาม แต่ตามเงื่อนไขในพระราชบัญญัติกฎอัยการศึกฯ ผู้มีอำนาจประกาศกฎอัยการศึกทั่วราชอาณาจักรคือ พระมหากษัตริย์และต้องกระทำในรูปแบบพระบรมราชโองการด้วย การประกาศใช้กฎอัยการศึกในครั้งนี้เช่นเดียวกับในปี 2549 คือมีพระบรมราชโองการโปรดเกล้าฯ แต่งตั้งพลเอกประยุทธ์ จันทร์โอชา เป็นหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ภายหลัง ย่อมไม่อาจเปลี่ยนแปลงการประกาศกฎอัยการศึกที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายให้กลับมาชอบด้วยกฎหมายได้

สรุปการปรับใช้กฎอัยการศึกในระบบกฎหมายไทยได้ว่า ในช่วงแรกที่มีการปรับใช้กฎอัยการศึก กฎอัยการศึกทำหน้าที่เป็นกลไกจัดการสถานการณ์ฉุกเฉินและเป็นไปตามรัฐธรรมนูญ ภายใต้การตัดสินใจและใช้อำนาจของรัฐบาลพลเรือน ทว่าในช่วงหลังปี 2500 เป็นต้นมา ประเทศไทยมีปัญหาการใช้กฎอัยการศึกเป็นเครื่องมือรัฐประหารอยู่บ่อยครั้งโดยคณะกรรมการบังคับใช้กฎหมายในลักษณะนี้ย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมายรัฐธรรมนูญและพระราชบัญญัติกฎอัยการศึก พ.ศ. 2457 โดยเฉพาะในส่วนของผู้มีอำนาจในการประกาศกฎอัยการศึกทั่วราชอาณาจักรเป็นอำนาจ

<sup>28</sup> รายละเอียดในหัวข้อ 2.2.1.3 หลักความพอสมควรแก่เหตุ

ของพระมหากษัตริย์ ต้องกระทำในรูปแบบของพระบรมราชโองการและมีรัฐมนตรีลงนามรับสนองพระบรมราชโองการ รวมถึงต้องเข้าเงื่อนไขความจำเป็นเพื่อรักษาความเรียบร้อยปราศจากภัย รวมถึงสงครามหรือการจลาจล ซึ่งการประกาศกฎอัยการศึกเพื่อรัฐประหารมิได้บังคับใช้ตามกฎหมายแต่อย่างใด

### 6.2.2.3 ปัจจัยสนับสนุนการปรับใช้กฎอัยการศึกเพื่อการรัฐประหาร

จากข้อมูลการปรับใช้กฎอัยการศึกในฐานะเครื่องมือรัฐประหารของประเทศไทยถึง 9 ครั้ง เมื่อนำมาพิจารณาปัจจัยหรือเหตุผลที่คณะปฏิวัติหรือคณะรัฐประหารเลือกใช้กฎอัยการศึกเป็นเครื่องมือในการช่วงชิงอำนาจ อาจมีปัจจัยสนับสนุนที่สำคัญ 2 ประการ ดังนี้

#### (1) กฎหมายสร้างภาพความชอบธรรม

เมื่อการปฏิวัติ-รัฐประหาร ได้ทำลายระบบกฎหมายเดิมลงอย่างไม่มีขึ้นดีแล้ว ย่อมจะสถาปนาระบบกฎหมายใหม่และการสร้างระบบกฎหมายใหม่นี้เองมักใช้หลักประสิทธิภาพ (Effectiveness) ในการพิจารณาว่าการรัฐประหารนั้นสำเร็จหรือไม่<sup>29</sup> และการทำรัฐประหารในหลายประเทศรวมถึงประเทศไทยก็มักจะนำ “กฎอัยการศึก” มาเป็นเครื่องมือในการช่วงชิงอำนาจและควบคุมสถานการณ์อย่างแยบยลจนสามารถล้มรัฐบาลและทำการสำเร็จในที่สุด ลักษณะดังกล่าวเป็นการนำกฎหมายที่มีอยู่แล้วมาใช้เพื่อสนับสนุนและสร้างความชอบธรรมให้กับคณะปฏิวัติ คณะรัฐประหาร สาเหตุที่นิยมใช้กฎอัยการศึกเป็นเครื่องมือสำคัญในการรัฐประหาร เนื่องจากรากฐานทางความคิดของกฎอัยการศึกเป็นกฎหมายในสภาวะยกเว้นจากกฎหมายปกติ เพื่อแก้ไขสถานการณ์วิกฤตที่ให้อำนาจเจ้าหน้าที่ทหารเป็นพิเศษในการปฏิบัติหน้าที่ ทั้งที่ความเป็นจริง บทบัญญัติส่วนใหญ่ของกฎอัยการศึกไทยมุ่งใช้ในยามสงคราม<sup>30</sup> มากกว่าการประหารกัน ในทางการเมือง หรือใช้เป็นกฎหมายเพื่ออำนวยความสะดวกและสร้างภาพ สร้างความชอบธรรมลงตาผู้คนให้เห็นว่าการรัฐประหารนี้เป็นไปตามกฎหมาย และประชาชนต้องปฏิบัติตามเพราะกลัวการคุกคาม ด้วยกำลังและด้วยกฎหมาย

<sup>29</sup> หลักประสิทธิภาพ (Effectiveness) ปรากฏให้เห็นบ่อยครั้งในคำพิพากษาของศาลประเทศไทยและต่างประเทศในคดีที่ต้องพิจารณาว่ารัฐประหารและบรรดาคำสั่งต่าง ๆ ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ เช่น การปรับใช้หลักประสิทธิภาพของศาลปากีสถาน (1958), ศาลอุยกานดา (1966) รวมถึงคำพิพากษาของศาลไทย โปรดดู ปิยบุตร แสงกนกกุล, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 13*, น. 86-121.

<sup>30</sup> การเกณฑ์พลเมือง หรือการทำลายหรือเปลี่ยนแปลงสถานที่ รายละเอียดในบทที่ 5.3 สาระสำคัญในพระราชบัญญัติกฎอัยการศึก

ข้ออ้างของคณะรัฐประหารที่ถูกทำให้เห็นประจักษ์โดยคำพิพากษารับรองการกระทำดังกล่าวของศาล คือ การกล่าวอ้าง “หลักความจำเป็น (Necessity)” ซึ่งความจำเป็นนี้เองคือหลักการหนึ่งที่มีความสัมพันธ์อย่างยิ่งยวดกับ “กฎอัยการศึก” เมื่อพิจารณาบทบัญญัติว่าด้วยกฎอัยการศึกซึ่งมีได้เขียนเฉพาะกรณีสงครามเท่านั้น แต่เขียนไว้กว้าง ๆ ว่า “เมื่อเวลาเมื่อเหตุจำเป็นเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยปราศจากภัย...”<sup>31</sup> เป็นการเปิดโอกาสให้ใช้ดุลพินิจในการตัดสินใจว่าสถานการณ์นี้มีความจำเป็นหรือไม่ คณะรัฐประหารเมื่อก่อการและประกาศใช้กฎอัยการศึกก็มักอ้างถึง “ความจำเป็น” เช่น การประกาศใช้กฎอัยการศึก ในปี 2500 อ้างว่าด้วยเหตุจำเป็นเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยปราศจากภัย หรือการประกาศกฎอัยการศึกในปี 2501 และ 2514 อ้างว่าเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยปราศจากภัย ทั้งที่ในความเป็นจริงสถานการณ์ในขณะนั้นมิได้มีเหตุในลักษณะใกล้เคียงสงครามหรือความจำเป็นในสถานการณ์ถึงขั้นวิกฤตก็ตาม แต่เพราะ “ความจำเป็น” เป็นคำที่อ้างขึ้นได้ง่ายเสมือนมีกฎหมายให้อำนาจ

อย่างไรก็ดี แม้เราจะเห็นประจักษ์ว่า การใช้กฎอัยการศึกของคณะรัฐประหารไม่ชอบด้วยกฎหมาย ไม่มีความชอบธรรม แต่เมื่อคดีที่มีการฟ้องร้องเอาผิดคณะรัฐประหารหรือฟ้องร้องว่าประกาศหรือการกระทำของคณะรัฐประหารไม่ชอบด้วยกฎหมาย ศาลมักพิพากษารับรองการทำรัฐประหารนั้นโดยกล่าวอ้างว่า คณะรัฐประหารเป็นรัฐอธิปไตย ซึ่งเป็นการรับรองการทำรัฐประหารมาโดยตลอด การประกาศและการกระทำทั้งหลายของคณะรัฐประหารจึงพ้นจากการตรวจสอบ ทั้งนี้ ผู้เขียนขอยกมีคำพิพากษาที่น่าสนใจของศาลพิิจที่พิจารณาการทำรัฐประหารโดยอาศัยหลักความจำเป็นไว้อย่างน่าสนใจว่า หลักความจำเป็นซึ่งอ้างในการประกาศใช้กฎอัยการศึกนั้นมิได้สำหรับยอมรับการกระทำบางอย่างเพื่อแก้ไขสถานการณ์วิกฤตและนำความสงบเรียบร้อยกลับคืนมา หลักความจำเป็นมิได้อนุญาตให้มีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญในลักษณะถาวร รวมถึงทำลายระบบกฎหมายเดิม<sup>32</sup> หากศาลไทยนำหลักการดังกล่าวมาใช้พิจารณาถึงความจำเป็นในการประกาศใช้กฎอัยการศึกของคณะรัฐประหาร ย่อมได้ผลที่แตกต่างและทำให้คณะรัฐประหารยากที่จะอ้างฐานอำนาจจากกฎอัยการศึกได้ เพราะ “ความชอบธรรม” อันลวงตาหายไป ปรากฏเพียงความ “ชอบทำรัฐประหาร” เท่านั้น

อนึ่ง เมื่อพิจารณาการที่กองทัพเลือกใช้กฎอัยการศึกในฐานะกฎหมายห่อหุ้มอาวุธเพื่อให้ทำการรัฐประหารสำเร็จโดยง่ายนี้ สะท้อนถึงปัญหาความเหมาะสมและสอดคล้อง

<sup>31</sup> พระราชบัญญัติกฎอัยการศึก พ.ศ. 2457, มาตรา 2.

<sup>32</sup> คำพิพากษาของศาล High Court ประเทศพิิจ ในคดี Prasad (2000) อ้างถึงใน ปิยบุตร แสงกนกกุล, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 13*, น. 106-111.

กับรัฐธรรมนูญและการปกครองในปัจจุบันของพระราชบัญญัติกฎอัยการศึก พ.ศ. 2457 ทั้งกรณีให้อำนาจเจ้าหน้าที่ทหารประกาศกฎอัยการศึกเฉพาะพื้นที่ รวมถึงความไม่ชัดเจนของเงื่อนไขสถานการณ์ บทบัญญัติดังกล่าวเปิดช่องว่างในการตีความและตัดสินใจ “ความจำเป็น” เกินไป ส่งผลให้ภาพลักษณ์ของกฎอัยการศึกกลายเป็นกฎหมายสำหรับคณะรัฐประหารทั้งที่การกระทำดังกล่าวนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย

## (2) ความสัมพันธ์ระหว่างพลเรือนและทหารในประเทศไทย

หนึ่งในปัจจัยที่สนับสนุนให้เกิดการรัฐประหารในบางประเทศรวมถึงประเทศไทย คือ หลักความสัมพันธ์ระหว่างพลเรือน-ทหาร (Civil – Military Relations) ซึ่งมุ่งพิจารณาความสัมพันธ์ระหว่างรัฐบาลที่มาจากการเลือกตั้งและฝ่ายทหารในตำแหน่งหน้าที่ที่เหมาะสมนำไปสู่หลักการสำคัญ “การควบคุมโดยพลเรือน (Civilian Control)” เป็นหลักที่ให้รัฐบาลพลเรือนมีอำนาจควบคุมกองทัพได้ และทหารมีความเป็นทหารอาชีพที่มีได้ลงมาเล่นการเมือง<sup>33</sup> อันเป็นหลักการที่ใช้โดยทั่วไปในโลกตะวันตก เมื่อมองย้อนกลับมาเปรียบเทียบกับประเทศไทย ย่อมประจักษ์ว่า ผู้บัญชาการทหารเป็นผู้มีอำนาจและมีกำลังทหารตามความเป็นจริง มีความเป็นอิสระจากการบังคับบัญชาของรัฐบาลพลเรือนที่แม้จะมีรัฐมนตรีว่าการกระทรวงกลาโหมแต่อำนาจการควบคุมกองทัพที่แท้จริงยังคงเป็นของผู้บัญชาการทั้ง 3 เหล่าทัพ มีพักต้องเอ่ยถึงการควบคุมโดยนายกรัฐมนตรีประมุขฝ่ายบริหาร เพราะหากมิใช่ นายกรัฐมนตรีที่เป็นทหารแล้ว ส่วนใหญ่ไม่มีอำนาจที่จะเข้าไปควบคุมใด ๆ ได้เลย สถาบันกองทัพจึงเป็นองค์กรหนึ่งที่มีความเป็นเอกภาพสูง มีความเป็นอิสระแตกต่างจากองค์กรอื่นและดำรงอยู่ในสังคมไทยมาอย่างยาวนานเปรียบเสมือนสถาบันที่ 4 ตามหลักของการแบ่งแยกอำนาจ ทำให้การดำเนินการใด ๆ ของกองทัพย่อมเป็นอิสระและยากต่อการตรวจสอบ<sup>34</sup> จึงไม่แปลกที่นักวิชาการหลายท่านจะเรียกองค์กรเช่นนี้ว่า “รัฐพันลึก (Deep State)” หรือแนวคิด “รัฐซ้อนรัฐ” เนื่องจากความเป็นเอกภาพและมีอิสระไม่อยู่ภายใต้การควบคุมของรัฐบาล และบางครั้งมีสภาพเหนือรัฐเมื่อมีการทำรัฐประหาร<sup>35</sup>

<sup>33</sup> รายละเอียดในหัวข้อ 2.5 หลักความสูงสุดของพลเรือนเหนือทหาร

<sup>34</sup> อรรถพล เมืองมิ่ง, “การจัดความสัมพันธ์ระหว่างพลเรือนและทหารที่ผิดพลาดจากรัฐประหารปี 2549 สู่อำนาจรัฐประหารปี 2557 : บทเรียนสู่สังคมไทยเพื่อการปฏิรูปกองทัพ,” วารสารรัฐศาสตร์ปริทรรศน์ มหาวิทยาลัยเกษตรศาสตร์, ปีที่ 4, ฉบับที่ 2, น. 83-91 (กรกฎาคม-ธันวาคม 2560).

<sup>35</sup> นักวิชาการที่เสนอแนวคิดด้วยรัฐพันลึกหรือรัฐซ้อนรัฐที่น่าสนใจ ได้แก่ เออเชนี เมรีโอ (Eugénie Mériau), เกเชียร เตชะพีระ และนิธิ เอียวศรีวงศ์

ตัวอย่างที่แสดงให้เห็นถึงการไม่ยอมรับหลักรัฐบาลพลเรือนเหนือทหาร เช่น การให้สัมภาษณ์ของผู้บัญชาการทหารบกต่อสถานการณ์การเมืองในประเทศหลายครั้งในลักษณะแสดงแสนยานุภาพของกองทัพ หรือกรณีการประกาศกฎอัยการศึกโดยกองทัพภาค 4 ในปี 2548 ซึ่งนายกรัฐมนตรีในขณะนั้นได้ให้สัมภาษณ์ถึงกรณีดังกล่าวว่า “ตนยังไม่ทราบเรื่องเพราะการประกาศกฎอัยการศึกเป็นอำนาจของผู้บังคับกองพันเป็นต้นไป ในพื้นที่ที่มีเหตุการณ์จำเป็น จึงเป็นอำนาจที่กองทัพภาค 4 ทำได้ โดยไม่เกี่ยวกับรัฐบาล”<sup>36</sup> สะท้อนให้เห็นถึงปัญหาความเข้าใจในหลักการควบคุมทหารโดยพลเรือนของทั้งกองทัพและรัฐบาลพลเรือนด้วย แม้ในมาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติกฎอัยการศึกฯ จะให้อำนาจประกาศกฎอัยการศึกเฉพาะพื้นที่แก่ผู้บัญชาการทหาร แต่เมื่อพิจารณาความซ้ำซ้อนในการตัดสินใจประกาศใช้กฎอัยการศึกที่ไม่เป็นเอกภาพ ทั้งการบัญญัติให้เจ้าหน้าที่ทหารตัดสินใจประกาศกฎอัยการศึกเช่นนี้อาจไม่เหมาะสมในระบอบประชาธิปไตย เทียบกับกรณีการจลาจลบริเวณท่าเนียบขาวจากกรณีการเลือกตั้งประธานาธิบดีในประเทศสหรัฐอเมริกา ท่าทีของผู้นำทหารคือการออกถ้อยแถลงในนามคณะเสนาธิการร่วมของกองทัพสหรัฐ (JCS) มิใช่การรัฐประหารแต่เป็นการแสดงจุดยืนของกองทัพในการปกป้องรัฐธรรมนูญ เชื่อฟังคำสั่งที่ถูกต้องตามกฎหมายของผู้นำพลเรือน<sup>37</sup> เป็นตัวอย่างกองทัพในฐานะผู้พิทักษ์รัฐธรรมนูญและไม่ละเมิดกฎหมายที่แตกต่างอย่างสิ้นเชิงกับประเทศไทย

ทั้งนี้ มิใช่ผู้เขียนจะกีดกันทหารออกจากการเมืองแต่อย่างใด เพียงต้องการจัดการความสัมพันธ์ระหว่างพลเรือนและทหารในสังคมที่เป็นประชาธิปไตย พลเรือนจะต้องเป็นใหญ่เหนือทหาร (Civilian Supremacy) และกองทัพจะต้องถูกควบคุมและอยู่ภายใต้คำสั่งของรัฐบาลพลเรือนอย่างถูกต้องตามกระบวนการประชาธิปไตย<sup>38</sup> และเมื่อกองทัพมีความเป็น

<sup>36</sup>MGR Online, “แม้ว่า เหวอ แม่ทัพภาค 4 ประกาศกฎอัยการศึกเพิ่ม,” สืบค้นเมื่อวันที่ 2 มีนาคม 2564, จาก <https://mgronline.com/politics/detail/9480000152404>.

<sup>37</sup> สุรชาติ บำรุงสุข, “2021: ทหารกับการเมืองอเมริกัน,” สืบค้นเมื่อวันที่ 2 มีนาคม 2564, จาก [https://www.matichonweekly.com/column/article\\_399955](https://www.matichonweekly.com/column/article_399955).

<sup>38</sup> ดู สุรชาติ บำรุงสุข, สังคมต้องรู้เรื่องทหาร: ทำไม-อย่างไร, (กรุงเทพมหานคร: ศูนย์วิจัยและผลิตตำรา มหาวิทยาลัยเกริก, 2540) และ อรรถพล เมืองมิ่ง, “การจัดความสัมพันธ์ระหว่างพลเรือนและทหารที่ผิดพลาด จากรัฐประหารปี 2549 สู่อำนาจรัฐประหารปี 2557 : บทเรียนสู่สังคมไทยเพื่อการปฏิรูปกองทัพ,” วารสารรัฐศาสตร์ปริทรรศน์ มหาวิทยาลัยเกษตรศาสตร์, ปีที่ 4, ฉบับที่ 2, น. 89 (กรกฎาคม-ธันวาคม 2560).

ทหารอาซีพมิได้ลงมาเป็นคู่ขัดแย้งทางการเมืองแล้ว การรัฐประหารซึ่งนำภักดิ์การศึกษาก็ไปใช้ เป็นเครื่องมือย่อมมีโอกาสเกิดขึ้นได้น้อยลง

### 6.2.3 บทสรุปความสัมพันธ์ของรัฐธรรมนูญกับภักดิ์การศึกษา และการปรับใช้ในระบบกฎหมายไทย

ในหัวข้อนี้ผู้เขียนพยายามสะท้อนภาพภักดิ์การศึกษาซึ่งควรเป็นกฎหมาย ในสถานการณ์ไม่ปกติอันสอดคล้องและเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายรัฐธรรมนูญ เป็นระบบกฎหมายที่ปรากฏตัวเมื่อเกิดสภาวะสงครามหรือภาวะวิกฤตอย่างยิ่งจนไม่อาจใช้มาตรการในระบบกฎหมายปกติจัดการได้ การใช้อำนาจที่มากกว่าปกติดังกล่าวยังคงต้องเป็นไปตามรัฐธรรมนูญและอยู่ภายใต้กรอบคุณค่าแห่งนิติรัฐซึ่งประเทศประชาธิปไตยไม่อาจละเลยได้ ดังนั้นภักดิ์การศึกษาจึงเป็นส่วนหนึ่งของรัฐธรรมนูญ เป็นระบบกฎหมายภายใต้รัฐธรรมนูญมีอำนาจและถูกจำกัดได้ภายใต้รัฐธรรมนูญและหลักนิติรัฐ เป็นกลไกป้องกันรัฐและรัฐธรรมนูญจากสถานการณ์วิกฤตเพื่อกลับคืนสู่ภาวะปกติตนเอง การปรับใช้ภักดิ์การศึกษาที่สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญในช่วงต้นของไทย ได้แก่ การประกาศภักดิ์การศึกษาของรัฐบาลพลเรือนเพื่อปกป้องประเทศจากกบฏวระเดชที่มุ่งหมายเปลี่ยนแปลงการปกครองไปสู่ระบอบเดิม การปราบกบฏที่ต้องการล้มล้างรัฐบาล หรือในกรณีของสงครามอินโดจีนและสงครามมหาเอเซียบูรพา รวมถึงการปราบปรามผู้ก่อการร้ายในสามจังหวัดชายแดนภาคใต้

อย่างไรก็ดีในปี 2500 มีการประกาศใช้ภักดิ์การศึกษาเพื่อทำรัฐประหารเป็นครั้งแรก ตั้งแต่นั้นเป็นต้นมาการปรับใช้ภักดิ์การศึกษาเป็นไปเพื่อรัฐประหารอีกหลายครั้งในลักษณะของคณะทหารที่เข้ามาช่วงชิงอำนาจในการปกครองประเทศ แน่แน่นอนว่าหากพิจารณาข้อเท็จจริงประวัติศาสตร์ของการปรับใช้ประกาศภักดิ์การศึกษาที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายทั้ง 9 ครั้ง ล้วนเป็นไปเพื่อรัฐประหารภายใต้ข้ออ้างของ “ความจำเป็น” ไม่ว่าจะเป็นความจำเป็นในการช่วงชิงอำนาจจากรัฐบาล หรือความจำเป็นที่รัฐบาลทหารไม่สามารถบริหารประเทศในระบบรัฐสภาตามวิถีทางประชาธิปไตยได้ รวมถึงรัฐประหารเพื่อความสงบเรียบร้อยกรณีเกิดการชุมนุมประท้วง ล้วนแต่เป็นปัญหาในทางการเมืองและความขัดแย้งภายในประเทศที่มีใช้ในเรื่องของสงครามหรือภาวะวิกฤตที่ชาติกำลังจะล่มสลายหรือประชาชนกำลังจะเผชิญอันตรายแต่ประการใด ใช้ภักดิ์การศึกษาเป็นเครื่องมือควบคุมมิให้มีการต่อต้านและสร้างความชอบธรรมให้ตนเองแล้วก่อตั้งระบบรัฐประหารเพื่อความมั่นคงของกลุ่มตนเอง การรัฐประหารทุกครั้งจึงมีผลยกเลิกรัฐธรรมนูญที่ใช้อยู่ ล้มรัฐบาลขณะนั้น หรือเรียกว่าล้มการปกครองประชาธิปไตยและพ้นจากกรอบนิติรัฐไปโดยสิ้นเชิงโดยสภาพ การใช้ภักดิ์การศึกษาในลักษณะนี้จึงเป็นไปเพื่อทำลายรัฐธรรมนูญและระบอบประชาธิปไตย ทั้งการเข้าควบคุมความสงบดังกล่าวย่อมลิดรอนสิทธิเสรีภาพประชาชนเกินจำเป็น ซึ่งไม่สอดคล้องกับเจตนารมณ์แห่งกฎหมาย

ของการบัญญัติกฎหมายการศึกษาเพื่อเป็นเครื่องมือรักษาความมั่นคงของประเทศ ทั้งยังมีได้เป็นไปตามเจตนาของพระราชบัญญัติกฎหมายการศึกษา

ดังนั้น จากการพิจารณาความสัมพันธ์ระหว่างรัฐธรรมนูญและกฎหมายการศึกษา พบว่ามี 2 ฐานะ คือรัฐธรรมนูญและกฎหมายการศึกษาในฐานะกลไกจัดการสถานการณ์วิกฤต อันเป็นส่วนหนึ่งของรัฐธรรมนูญ จึงควรมีความสอดคล้องไปในทิศทางเดียวกันเพื่อรักษาความมั่นคงของชาติ (ชาติที่มีประชาชนอยู่ในนั้นด้วย) ทั้งอยู่ภายใต้กรอบนิติรัฐและหลักสิทธิมนุษยชน ส่วนความสัมพันธ์ระหว่างรัฐธรรมนูญและกฎหมายการศึกษาในฐานะเครื่องมือรัฐประหารนั้น เป็นการใช้อำนาจการศึกษาทำลายรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นร่างกายของกฎหมายการศึกษาเองย่อมมิใช่เจตนารมณ์แห่งกฎหมายรัฐธรรมนูญ แต่เป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายและมิได้อยู่ในกรอบแห่งนิติรัฐ อันเป็นปัญหาการปรับใช้กฎหมายการศึกษาในประเทศไทยที่ต้องได้รับการแก้ไข เริ่มต้นจากการตระหนักรู้ว่าการบังคับใช้กฎหมายการศึกษาในฐานะเครื่องมือรัฐประหารนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย กฎหมายศึกษามีใช้กฎหมายเพื่อวัตถุประสงค์ดังกล่าว ซึ่งปัญหาความไม่สอดคล้องกันของรัฐธรรมนูญและพระราชบัญญัติกฎหมายการศึกษา ตลอดจนการที่บทบัญญัติว่าด้วยกฎหมายศึกษายังไม่เหมาะสมกับการปกครองในระบอบประชาธิปไตยจะได้รับการพิจารณาในบทต่อไป

### 6.3 พิจารณาปัญหาสถานะทางกฎหมายของการประกาศใช้กฎหมายการศึกษา : กฎหมายเก่าในระบอบการปกครองใหม่

เมื่อเราพิจารณาปัญหาในระดับโครงสร้างความสัมพันธ์ระหว่างรัฐธรรมนูญและกฎหมายการศึกษาในฐานะของกลไกจัดการสถานการณ์ไม่ปกติตามรัฐธรรมนูญอย่างที่ควรจะเป็นแล้วพบว่า ประเทศไทยมีปัญหาการใช้บังคับกฎหมายการศึกษาในฐานะเครื่องมือทำลายระบอบการปกครองประชาธิปไตยโดยการรัฐประหารชี้ให้เห็นถึงการประกาศใช้กฎหมายศึกษามิชอบด้วยกฎหมายและเจตนารมณ์แห่งรัฐธรรมนูญแล้ว ในหัวข้อนี้ผู้เขียนมุ่งพิจารณาที่ปัญหาของพระราชบัญญัติกฎหมายการศึกษา พ.ศ. 2457 ในประเด็นกฎหมายเก่าในระบอบการปกครองใหม่ เพื่อชี้ให้เห็นถึงการรับกฎหมายในสมัยสมบูรณาญาสิทธิราชย์ซึ่งเป็นกฎหมายเก่ามาใช้โดยมิได้มีการปรับให้เหมาะสมกับยุคสมัยประชาธิปไตย นำไปสู่ปัญหาที่พึงพิจารณาในเรื่องของสถานะทางกฎหมายของการประกาศใช้กฎหมายการศึกษาโดยรัฐบาลและเจ้าหน้าที่ทหาร และปัญหาสะท้อนถึงบทบัญญัติที่ขาดความชัดเจนง่ายต่อการใช้อำนาจปิดฝันของพระราชบัญญัติกฎหมายการศึกษา ฉบับนี้

### 6.3.1 ปัญหาสถานะทางกฎหมายของการประกาศใช้กฎอัยการศึก และการใช้อำนาจภายหลังประกาศใช้กฎอัยการศึก

การประกาศใช้กฎอัยการศึกเพื่อให้พระราชบัญญัติกฎอัยการศึกมีชีวิตขึ้นมาบังคับใช้ได้นั้น ตามที่กฎหมายรัฐธรรมนูญให้อำนาจประกอบกับบทบัญญัติในพระราชบัญญัติกฎอัยการศึกฯ การประกาศใช้กฎอัยการศึกกระทำได้ 2 รูปแบบ คือ การประกาศเป็น “พระบรมราชโองการ” ให้ใช้กฎอัยการศึกทั่วราชอาณาจักรโดยพระมหากษัตริย์ภายใต้คำแนะนำของคณะรัฐมนตรี และการ “ประกาศ” ใช้กฎอัยการศึกเฉพาะพื้นที่โดยเจ้าหน้าที่ทหาร<sup>39</sup> ประเด็นที่น่าสนใจคือ สถานะทางกฎหมายของการประกาศใช้กฎอัยการศึกนี้คืออะไร และใช้คำอธิบายหรือหลักการใดในการให้เหตุผล ซึ่งผู้เขียนเข้าใจว่าเป็นเรื่องที่ซับซ้อนพอสมควร

ในการถกเถียงถึงสถานะของการประกาศใช้กฎอัยการศึกนี้ Charles Fairman ได้เขียนบทความและตั้งคำถามไว้เช่นเดียวกับผู้เขียนว่า การประกาศกฎอัยการศึกมีสถานะใดในทางกฎหมายหรือไม่ หรือเป็นเพียงการบอกกล่าวจุดประสงค์ของรัฐบาลต่อประชาชนในลักษณะแจ้งให้ทราบ เนื่องจากการประกาศส่งผลให้ฝ่ายบริหารมีอำนาจพิเศษอย่างที่ในภาวะปกติไม่สามารถกระทำได้<sup>40</sup> และในบทความนี้ก็มิได้ให้คำตอบแต่อย่างใด เช่นเดียวกับ V.D. Sebastian ได้เขียนอธิบายไว้ว่าการประกาศใช้กฎอัยการศึก ไม่ใช่ทั้งเรื่องของอำนาจและเหตุผลของกองทัพ ทั้งไม่ใช่เงื่อนไขความจำเป็นที่ทำให้กฎอัยการศึกรับด้วยกฎหมาย “การประกาศ” เป็นเพียงการบอกกล่าวเพื่อความสะดวกในการให้ประชาชนทราบสถานการณ์ที่เป็นอยู่ สถานการณ์ที่เจ้าหน้าที่มีอำนาจโดยเบ็ดเสร็จสมบูรณ์ ทั้งการประกาศนี้ก็มิได้เป็นการเพิ่มอำนาจให้เจ้าหน้าที่ในการปราบปรามเหตุร้าย<sup>41</sup> ทำนองเดียวกันกับความเห็นที่ว่า “การประกาศ” (Proclamation) ในตัวของมันเองไม่ได้เป็นการนำกฎอัยการศึกมาใช้ การประกาศเป็นเพียงการแจ้งสถานการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไปแล้วสำหรับรัฐบาลในการเป็นเครื่องมือสำหรับการบริหารจัดการ<sup>42</sup> เพื่อให้ประชาชนทราบถึงสถานการณ์และมาตรการที่รัฐนำมาใช้อำนาจ

<sup>39</sup> พระราชบัญญัติกฎอัยการศึก พ.ศ. 2457 มาตรา 2 และมาตรา 4

<sup>40</sup> Charles Fairman, “The Law of Martial Rule,” *The American Political Science Review*, Vol. 22, No. 3, p. 592 (August 1928).

<sup>41</sup> V.D. Sebastian, “Martial Law and the Defence of Constitutional Order in India,” *Kerala University Law Review*, p. 176 (1971).

<sup>42</sup> Charles Townshend, “Martial Law: Legal and Administrative Problems of Civil Emergency in Britain and the Empire, 1800-1940,” *The Historical Journal*, Vol. 25, No. 1, p. 174 (March 1982).

กระทบสิทธิเสรีภาพของประชาชน การประกาศกฎอัยการศึกอาจไม่สำคัญเท่ากับว่าในขณะนั้นมีสงครามเกิดขึ้นจริงหรือไม่ ซึ่งดูเหมือน Charles Fairman และ V.D. Sebastian จะให้ความสำคัญกับความจำเป็นในการประกาศมากกว่าการพิจารณาสถานะทางกฎหมายของการประกาศ จึงยังไม่ได้ข้อสรุปที่ชัดเจน อย่างไรก็ตาม ใดๆก็ดี เนื่องจากปัญหาสถานะนี้มีความสำคัญและเชื่อมโยงกับการควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจตามกฎหมายอัยการศึก ผู้เขียนจึงพยายามศึกษาและตอบคำถามดังกล่าวโดยพิจารณาในทางกฎหมายเป็นหลัก

อาจมีความสับสนบางประการในการพิจารณาการประกาศกฎอัยการศึกว่าเป็นการใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญหรืออาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติกฎอัยการศึก ประเด็นนี้ผู้เขียนแยกพิจารณาเป็นสองส่วน คือ 1. การประกาศใช้กฎอัยการศึก อันทำให้บทบัญญัติในพระราชบัญญัติกฎอัยการศึกฯ ใช้บังคับได้ กับ 2. การออกกฎ คำสั่งหรือการกระทำหลังประกาศใช้กฎอัยการศึก เช่น การประกาศห้ามออกจากเคหสถาน หรือการห้ามมั่วสุมประชุมกัน<sup>43</sup> อันเป็นการใช้อำนาจตามพระราชบัญญัติกฎอัยการศึกฯ ดังนั้นอำนาจตัดสินใจประกาศใช้กฎอัยการศึกอันนำไปสู่สภาวะยกเว้นนั้น เป็นอำนาจตามรัฐธรรมนูญซึ่งถือเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ และเป็นหัวใจสำคัญของหัวข้อการพิจารณาสถานะทางกฎหมายนี้ ส่วนอำนาจในการออกคำสั่งและปฏิบัติการภายหลังการประกาศใช้กฎอัยการศึกเป็นการใช้อำนาจตามพระราชบัญญัติกฎอัยการศึกฯ ซึ่งมีความแตกต่างกัน แยกพิจารณาได้ดังนี้

### 6.3.1.1 การประกาศใช้กฎอัยการศึก

การพิจารณาถึงสถานะทางกฎหมายของการประกาศกฎอัยการศึก พึงพิจารณาถึงการใช้อำนาจรัฐในกรณีดังกล่าวก่อนว่า เป็นการใช้อำนาจในทางนิติบัญญัติ บริหาร หรือตุลาการ ซึ่งประกาศใช้กฎอัยการศึกมีบทบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญให้อำนาจพระมหากษัตริย์โดยคำแนะนำของนายกรัฐมนตรี รวมถึงให้อำนาจทหารในการประกาศกฎอัยการศึกประกอบกับเงื่อนไขในพระราชบัญญัติกฎอัยการศึกโดยเฉพาะการประกาศในยามสงคราม การกระทำของฝ่ายบริหารโดยพระมหากษัตริย์ภายใต้การแนะนำของนายกรัฐมนตรีและคณะรัฐมนตรี ซึ่งการประกาศกฎอัยการศึกมิใช่การกระทำในทางนิติบัญญัติที่ว่าด้วยการตรากฎหมายและมีให้อำนาจในทางตุลาการในการพิจารณาอรรถคดี การประกาศกฎอัยการศึกจึงเป็นการกระทำในทางบริหารโดยมีต้องสงสัย กรณีนี้สอดคล้องกับการประกาศกฎอัยการศึกในต่างประเทศ

เมื่อการประกาศกฎอัยการศึกเป็นการใช้อำนาจในทางบริหาร ประการต่อมาที่ต้องพิจารณาคือ อำนาจบริหารนั้นเป็นการกระทำในทางรัฐบาลหรือการกระทำในทาง

<sup>43</sup> พระราชบัญญัติกฎอัยการศึก พ.ศ. 2457 มาตรา 11

ปกครอง<sup>44</sup> ซึ่งการประกาศกฎอัยการศึกอันจะมีผลให้พระราชบัญญัติกฎอัยการศึกฯ ที่มีอยู่ก่อนนั้น มีผลบังคับใช้ได้ จากการศึกษาโมโนทัศน์ตลอดจนการปรับใช้กฎอัยการศึก จะเห็นได้ว่า การประกาศกฎอัยการศึกเป็นการใช้กฎหมายในยามสงครามหรือสถานการณ์จำเป็นร้ายแรงในลักษณะใกล้เคียงกัน เมื่อประกาศแล้วจึงมีผลให้เจ้าหน้าที่ทหารมีอำนาจในการเข้าดำเนินการทั้งการกระทำทางทหาร ในยามสงครามหรือการกระทำในทางปกครองตามที่พระราชบัญญัติกฎอัยการศึกฯ ให้อำนาจซึ่งเป็นอีกกรณีหนึ่งที่จะพิจารณาในหัวข้อต่อไป การประกาศใช้กฎอัยการศึกเป็นเรื่องการใช้อำนาจในด้านความมั่นคง หากมีการประกาศกฎอัยการศึกในกรณีที่มีสงครามหรือการประกาศสงคราม การประกาศกฎอัยการศึกดังกล่าวย่อมเป็นการตัดสินใจของฝ่ายบริหารที่เกี่ยวข้องด้วยนโยบายป้องกันประเทศ ทั้งยังมีความเกี่ยวข้องกับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศในลักษณะการใช้กำลังทางทหาร สอดคล้องกับแนวคิดการกระทำทางรัฐบาล (Acte de gouvernement) ของฝรั่งเศส ในกรณีการกระทำทางสงครามในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ รวมถึงใกล้เคียงกับทฤษฎีปัญหาในทางการเมือง (Theory of Political Questions) ของสหรัฐอเมริกา ซึ่งถือว่าการใช้กำลังของทหารในยามสงครามเป็นการกระทำทางรัฐบาล<sup>45</sup> ทั้งยังมีทิศทางเดียวกันกับแนวคิดการกระทำของรัฐ (Act of State) ของอังกฤษ ในลักษณะความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ<sup>46</sup> ดังนั้นเมื่อพิจารณาลักษณะแห่งเนื้อหาของ การประกาศกฎอัยการศึกแล้ว การกระทำดังกล่าวเป็นการกระทำทางรัฐบาล

อีกประการหนึ่ง การประกาศกฎอัยการศึกนำไปสู่สภาวะยกเว้นกฎหมาย บางส่วนอันเป็นเรื่องสำคัญในทางบริหารบ้านเมืองในสภาวะวิกฤตซึ่งจำเป็นต้องใช้ดุลพินิจและการตัดสินใจในการเลือกใช้มาตรการดังกล่าว การตัดสินใจในการประกาศกฎอัยการศึกเป็นเรื่องในทางบริหารบ้านเมืองซึ่งรัฐธรรมนูญได้บัญญัติรับรองไว้ในหมวดอำนาจของฝ่ายบริหารที่มีผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนอย่างไม่อาจเลี่ยงได้ เหตุผลเหล่านี้ล้วนสนับสนุนให้การประกาศกฎอัยการศึกเป็นการกระทำทางรัฐบาล โดยอาศัยอำนาจตามรัฐธรรมนูญซึ่งมอบอำนาจให้รัฐบาลอันหมายถึงพระมหากษัตริย์โดยคำแนะนำของนายกรัฐมนตรีหรือรัฐมนตรี อย่างไรก็ตาม การประกาศกฎอัยการศึกโดยเจ้าหน้าที่ทหารนั้น พิจารณาถึงระดับความร้ายแรงและผู้มีอำนาจประกาศแล้วมีได้ อยู่ในระดับเดียวกับการประกาศพระบรมราชโองการและมีใช้ในลักษณะของการกระทำทางรัฐบาล

<sup>44</sup> รายละเอียดการกระทำของรัฐในหัวข้อ 2.1.1.3

<sup>45</sup> คดี *Mora v. McNamara*, 389 U.S. 934 (1967) กรณีสหรัฐอเมริกามีการปฏิบัติการทางทหารในเวียดนามก่อนจะมีการประกาศสงคราม ในเรื่องของปฏิบัติการทางทหารและสงครามสากลก็หลีกเลี่ยงที่จะเข้าไปพิจารณาเนื่องจากเป็นปัญหาทางการเมือง

<sup>46</sup> รายละเอียดการกระทำของรัฐในหัวข้อ 2.1.1.3

แม้จะอาศัยฐานอำนาจเช่นเดียวกันกับประกาศพระบรมราชโองการก็ตาม ซึ่งเดิมการประกาศกฎอัยการศึกโดยเจ้าหน้าที่ทหารมิได้มีการบัญญัติรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญ ทว่าเริ่มบัญญัติไว้ครั้งแรกในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2492<sup>47</sup> กรณีนี้ชวนให้ตั้งข้อสังเกตว่าสถานะของการประกาศกฎอัยการศึกทั้งสองรูปแบบอาจทำให้เกิดความสับสน และการประกาศกฎอัยการศึกเฉพาะพื้นที่ของทหารยังมีความจำเป็นหรือไม่ โดยเฉพาะเมื่อพระราชบัญญัตินี้เป็นกฎหมายในระบอบกึ่งการบังคับใช้เหมาะสมกับระบอบการปกครองใหม่หรือไม่ อันเป็นปัญหาหนึ่งที่ผู้เขียนจะได้อธิบายในหัวข้อต่อไป

นอกจากการพิจารณาลักษณะแห่งการกระทำในการประกาศกฎอัยการศึกเทียบกับทฤษฎีการกระทำทางรัฐบาลของต่างประเทศดังกล่าวแล้ว เมื่อพิจารณาประกอบคำพิพากษาของศาลปกครองพบว่า เป็นไปในทิศทางเดียวกันเช่น ในคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด หมายเลขแดงที่ พ. 24/2551 เรื่องพิพาทกันเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของพระราชกฤษฎีกา โดยฟ้องเพิกถอนการประกาศกฎอัยการศึกและการประกาศยกเลิกกฎอัยการศึกบางพื้นที่ของคณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข (รัฐประหาร 19 กันยายน 2549) ผู้ฟ้องอ้างว่าการประกาศใช้และยกเลิกกฎอัยการศึกเป็นการกระทำทางปกครองประเภทกฎ ซึ่งผู้ฟ้องบรรยายถึงความไม่ชอบด้วยกฎหมายของการประกาศใช้กฎอัยการศึกเพื่อขอให้เพิกถอนประกาศกฎอัยการศึกและประกาศยกเลิกกฎอัยการศึkdังกล่าว ท้ายที่สุด ศาลปกครองสูงสุดมีความเห็นว่า การประกาศพระบรมราชโองการให้ใช้กฎอัยการศึกและยกเลิกกฎอัยการศึกเป็นการใช้อำนาจดำเนินงานเกี่ยวกับราชการทหารในการป้องกันและรักษาความมั่นคงของราชอาณาจักร อันเป็นการใช้อำนาจพิเศษในเรื่องความมั่นคงของราชอาณาจักรตามที่รัฐธรรมนูญและพระราชบัญญัติกฎอัยการศึกบัญญัติไว้เป็นการเฉพาะจึงมิใช่การกระทำทางปกครองตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง จึงไม่อยู่ในอำนาจของศาลปกครอง<sup>48</sup> คำพิพากษานี้แสดงให้เห็นว่า การกระทำที่เกี่ยวกับความมั่นคงและปฏิบัติการทางทหารของไทยจัดเป็นการกระทำทางรัฐบาลเช่นเดียวกันกับในประเทศฝรั่งเศส<sup>49</sup> ประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศอังกฤษ

### 6.3.1.2 การใช้อำนาจหลังประกาศกฎอัยการศึกโดยเจ้าหน้าที่ทหาร

ในเบื้องต้นเราได้ถึงกรณีสถานะของการ “ประกาศ” กฎอัยการศึก ซึ่งเมื่อพิจารณาถึงฐานอำนาจจากรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจฝ่ายบริหารและลักษณะแห่งการกระทำอันเกี่ยว

<sup>47</sup> รายละเอียดในหัวข้อ 5.4.1 บทบัญญัติว่าด้วยกฎอัยการศึกในรัฐธรรมนูญไทย

<sup>48</sup> คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ พ. 42/2551 ลงวันที่ 20 สิงหาคม 2551

<sup>49</sup> รายละเอียดในหัวข้อ 4.2.2 กฎอัยการศึกในประเทศฝรั่งเศส

ด้วยความมั่นคงและการตัดสินใจอันอาจมีผลในระดับระหว่างประเทศ จึงมีสถานะเป็นการกระทำทางรัฐบาล สมควรเป็นอำนาจโดยเฉพาะของพระมหากษัตริย์ภายใต้คำแนะนำของคณะรัฐมนตรี ส่วนกรณีการใช้อำนาจภายหลังการประกาศใช้กฎอัยการศึกโดยเจ้าหน้าที่ทหารนั้น เราพิจารณาการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ทหารไม่ว่าจะเป็นการออกกฎหรือคำสั่งห้ามหรือให้กระทำบางอย่าง ตลอดจนการปฏิบัติการอันอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติกฎอัยการศึก พ.ศ. 2457 ภายหลังจากที่มีการประกาศใช้กฎอัยการศึกแล้ว

การใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ทหารตามที่พระราชบัญญัติกฎอัยการศึกฯ ให้อำนาจ ไม่ว่าจะเป็นการออกคำสั่งให้ทำหรืองดเว้นการกระทำ ตลอดจนการปฏิบัติการบางอย่าง เช่น การห้ามบุคคลออกจากเคหสถาน ตามมาตรา 11 (6) การกักตัวบุคคลผู้ต้องสงสัยว่าเป็นอริราชศัตรู ตามมาตรา 15 (ทวิ) เป็นต้น กรณีเหล่านี้เจ้าหน้าที่ทหารดำเนินการได้ก็ต่อเมื่อพระราชบัญญัติกฎอัยการศึกฯ ให้อำนาจ อันเป็นการกระทำที่อาศัยอำนาจในระดับพระราชบัญญัติ และเมื่อพิจารณาถึงผู้ใช้อำนาจและลักษณะของการกระทำดังกล่าว เจ้าหน้าที่ทหารเข้ามาปฏิบัติหน้าที่แทนเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองหรือเจ้าหน้าที่พลเรือน เพื่อปกป้องและรักษาความสงบเรียบร้อยของประเทศ อันเป็นกิจการทางปกครอง การกระทำทั้งหลายจึงลักษณะเป็นการกระทำในทางปกครองและย่อมอยู่ภายใต้อำนาจของศาลปกครอง อย่างไรก็ดี หากมีการประกาศสงครามและได้ประกาศกฎอัยการศึกแล้ว ย่อมส่งผลให้เจ้าหน้าที่ทหารต้องเตรียมปฏิบัติการโดยใช้กำลังทหารเข้าดำเนินการในลักษณะที่มากกว่าการรักษาความสงบเรียบร้อย ในกรณีนั้นการกระทำในทางสงครามของทหารย่อมไม่เป็นการกระทำในทางปกครอง

นอกจากนี้ ในพระราชบัญญัติกฎอัยการศึกฯ มาตรา 16 ได้บัญญัติตัดสิทธิมิให้บุคคลที่ได้รับความเสียหายอันเกิดจากการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ทหารตามมาตรา 8 ถึงมาตรา 15 นั้น เรียกร้องค่าเสียหายจากเจ้าหน้าที่ เพื่ออำนวยความสะดวกในการปฏิบัติหน้าที่และคุ้มครองการกระทำของเจ้าหน้าที่ทหารในยามวิกฤต แต่การบัญญัติเช่นนี้มีใช้บทบัญญัติเด็ดขาด เพราะเป็นการบัญญัติคุ้มครองเฉพาะกรณีการกระทำที่จำเป็น มีความชอบด้วยกฎหมายและชอบด้วยรัฐธรรมนูญ สอดคล้องกับคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดที่ อ.1309/2559 ซึ่งพิพากษาให้หน่วยงานรัฐชดใช้ค่าเสียหายจากการทำละเมิดของเจ้าหน้าที่รัฐ แม้หน่วยงานรัฐอ้างอำนาจตามพระราชบัญญัติกฎอัยการศึกฯ ก็ตาม แต่เมื่อเจ้าหน้าที่กระทำเกินสมควรแก่เหตุจึงต้องรับผิดชอบในความเสียหายนั้น กรณีดังกล่าวผู้เขียนจะได้อธิบายเพิ่มเติมในส่วนต่อไป

### 6.3.2 ปัญหาการประกาศกฎอัยการศึกกับบทบัญญัติที่ไม่ชัดเจน

การประกาศกฎอัยการศึกเป็นที่เข้าใจตรงกันแล้วว่า เป็นการกระทำทางรัฐบาล เมื่อนำมาพิจารณาพระราชบัญญัติกฎอัยการศึก พ.ศ. 2457 ของประเทศไทย พบว่าในพระราชบัญญัติฯ นี้ มีความไม่ชัดเจนในกรณีขององค์กรผู้ใช้อำนาจ รวมถึงเงื่อนไขสถานการณ์อันประกาศกฎอัยการศึกได้ แยกพิจารณา ดังนี้

#### 6.3.2.1 องค์กรผู้ใช้อำนาจ

เมื่อพิจารณาองค์กรผู้ใช้อำนาจและรูปแบบการประกาศกฎอัยการศึก แบ่งเป็น 2 กรณี ได้แก่ พระบรมราชโองการของพระมหากษัตริย์และการประกาศของผู้บัญชาการทหาร โดยสถานะของพระบรมราชโองการ เมื่อพิจารณาตามรัฐธรรมนูญและกฎหมายอื่น ๆ พบว่า มิได้มีการกำหนดนิยามหรือจัดลำดับศักดิ์กฎหมายแต่อย่างใด เพื่อความเข้าใจที่กระจ่างชัดยิ่งขึ้น อาจต้องทำความเข้าใจถึงการปกครองในยุคสมบูรณาญาสิทธิราชย์ก่อนว่า ห้วงเวลานั้นพระมหากษัตริย์ ทรงไว้ซึ่งอำนาจสูงสุดไม่ว่าจะเป็นอำนาจในทางนิติบัญญัติ บริหาร หรือตุลาการ ในขณะที่นั้นยังไม่มี หลักการแบ่งแยกอำนาจดังกล่าวเช่นในปัจจุบัน พระมหากษัตริย์จึงมีอำนาจในการออกกฎหมาย คำสั่งในลักษณะของโองการหรือพระบรมราชโองการซึ่งล้วนแต่มีสภาพบังคับทั้งสิ้น<sup>50</sup> ดังนั้นเมื่อ พระมหากษัตริย์มีพระบรมราชโองการยอมถือเป็นกฎหมายทั้งสิ้น มิพักต้องพิจารณาถึงการใช้อำนาจ ในฐานะฝ่ายนิติบัญญัติหรือฝ่ายบริหาร สอดรับกับพระราชดำรัสของพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้า เจ้าอยู่หัวที่ว่า “อนึ่ง พระบรมเดชานุภาพของพระเจ้าแผ่นดินกรุงสยามนี้ไม่ได้มีปรากฏในกฎหมาย อันหนึ่งอันใด ด้วยเหตุถือว่าเป็นที่ล้นพ้น ไม่มีข้อสิ่งอันใดหรือผู้ใดจะเป็นผู้บังคับขัดขวางได้ แต่เมื่อว่า ตามความที่เป็นจริงแล้ว เพราะเหตุฉะนั้นข้าพเจ้าไม่มีความรังเกียจอันใดเลยซึ่งจะมีกฎหมายกำหนด พระบรมเดชานุภาพของพระเจ้าแผ่นดิน”<sup>51</sup> ตลอดจนคำพิพากษาฎีกาซึ่งยืนยันในความเห็นดังกล่าว

ภายหลังเปลี่ยนแปลงการปกครอง 24 มิถุนายน พ.ศ. 2475 สู่การ ปกครองในรูปแบบประชาธิปไตยซึ่งพระมหากษัตริย์ทรงอยู่ภายใต้รัฐธรรมนูญ โดยเป็นไปตาม หลักการแบ่งแยกอำนาจ การใช้อำนาจในทางบริหารแต่เดิมของพระมหากษัตริย์เมื่อเปลี่ยนผ่านสู่ ระบอบใหม่ย่อมหมายถึงการกระทำของพระมหากษัตริย์ภายใต้คำแนะนำของนายกรัฐมนตรีและ

<sup>50</sup> เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชน, พิมพ์ครั้งที่ 6 (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2563), น. 327.

<sup>51</sup> เจษฎา พรไชยา, พระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ของประเทศไทยกับประเทศอังกฤษ, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2556), น. 198.

คณะรัฐมนตรี ประกาศพระบรมราชโองการในปัจจุบันมี 2 ประเภท<sup>52</sup> คือ พระบรมราชโองการที่มีผลทางบริหาร ซึ่งกลายเป็นกฎหมายลำดับรองอย่างหนึ่งโดยฝ่ายบริหารซึ่งต้องมีรัฐมนตรีเป็นผู้ลงนามรับสนองพระบรมราชโองการ ที่เห็นชัดเจนในปัจจุบันก็คือ พระบรมราชโองการในลักษณะที่เป็นข้อกำหนดหรือข้อบังคับทางบริหารอันเกี่ยวกับการบริหารราชการแผ่นดินโดยมีรัฐมนตรีลงนามรับสนองพระบรมราชโองการ ดังที่ปรากฏในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 มาตรา 182 และกรณีพระบรมราชโองการที่มีผลเฉพาะบุคคลในการแต่งตั้งเพื่อดำรงตำแหน่งสำคัญ ซึ่งกฎอัยการศึกษานับเป็นกฎหมายเก่าที่ยังคงใช้อยู่จนถึงปัจจุบันในลักษณะข้อบังคับหรือคำสั่งเกี่ยวกับการบริหารราชการแผ่นดิน หากบทบัญญัติในส่วนของผู้มีอำนาจประกาศใช้กฎอัยการศึกษที่เหมาะสมโดยพิจารณาจากสถานะในทางกฎหมายของ “ประกาศกฎอัยการศึก” อันเป็นการกระทำทางรัฐบาล ผู้เหมาะสมจะใช้อำนาจดังกล่าวย่อมเป็นฝ่ายบริหารโดยคณะรัฐมนตรี ดังนั้นอาจบัญญัติกฎหมายให้สอดคล้องกับพัฒนาการทางการเมืองและรูปแบบการปกครองได้ว่า กฎอัยการศึกเป็นอำนาจของพระมหากษัตริย์ภายใต้คำแนะนำของคณะรัฐมนตรี

ส่วนการประกาศตามมาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติกฎอัยการศึก เมื่อพิจารณาในทางเนื้อหาสาระสำคัญในประกาศพบว่า มีลักษณะเหมือนกับการประกาศพระบรมราชโองการ กล่าวคือ การประกาศนี้ต้องกระทำเป็นลายลักษณ์อักษรที่ชัดเจนและเผยแพร่เป็นการทั่วไปเพื่อให้ประชาชนได้ทราบ โดยต้องระบุถึงเหตุความจำเป็นในการประกาศใช้กฎอัยการศึกและการกำหนดพื้นที่ซึ่งบังคับใช้กฎอัยการศึกให้ชัดเจน รวมถึงวัน เดือน ปี ของการเริ่มใช้กฎอัยการศึกษันับแต่เวลาใด ทั้งยังควรระบุระยะเวลาที่ประกาศใช้กฎอัยการศึกให้ชัดเจนหากเป็นไปได้ รวมถึงชื่อและตำแหน่งของผู้ประกาศกฎอัยการศึก เพื่อแสดงให้เห็นว่าเป็นผู้มีอำนาจประกาศหรือไม่<sup>53</sup> ทว่าการประกาศใช้กฎอัยการศึกโดยเนื้อหาหลักณะแห่งการกระทำเป็นการกระทำทางรัฐบาล และเมื่อพิจารณาถึงเจตนารมณ์ของกฎหมายตลอดจนพัฒนาการทางความคิด กฎอัยการศึกเป็นเสมือนมาตรการสุดท้ายในยามวิกฤตร้ายแรงควรต้องผ่านการพิจารณาจากฝ่ายบริหาร แต่การให้อำนาจผู้บัญชาการทหารประกาศกฎอัยการศึกเฉพาะพื้นที่ได้ สืบเนื่องจากในขณะที่มีการตรากฎหมายอยู่ในรัชสมัยของพระบาทสมเด็จพระมงกุฎเกล้าเจ้าอยู่หัว ซึ่งเป็นช่วงเวลาที่เราปกครองแบบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ซึ่งขณะนั้นเป็นการรวมศูนย์อำนาจมิได้มีการแบ่งแยกอำนาจอธิปไตยและมีได้มีการถ่วงดุลตรวจสอบการใช้อำนาจเช่นปัจจุบัน ตลอดจนพระราชสถานะความเป็นจอมทัพไทยของพระมหากษัตริย์มีสิทธิขาดแต่เพียงผู้เดียวในการควบคุมบังคับบัญชากำลังทหาร ประกอบกับการ

<sup>52</sup> เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 50*, น. 327-329.

<sup>53</sup> รายละเอียดเพิ่มเติมในหัวข้อ 5.3.1 บทบัญญัติว่าด้วยเงื่อนไขการประกาศใช้กฎอัยการศึก

ติดต่อระหว่างราชธานีกับเมืองหรือหัวเมืองต่าง ๆ มิได้มีความรวดเร็วและอุดมด้วยเทคโนโลยี หากเกิดสถานการณ์ฉุกเฉิน กฎหมายความมั่นคงในขณะนั้นมีเพียงกฎอัยการศึกเท่านั้น จึงเป็นเหตุผลให้มีการบัญญัติให้อำนาจการประกาศกฎอัยการศึกเฉพาะพื้นที่อันอาจถูกอริราชศัตรูหรือภัยอันตรายอื่นรุกราน เพื่อให้ทหารสามารถจัดการสถานการณ์ได้อย่างทันท่วงทีโดยมิต้องรอคำสั่งของพระมหากษัตริย์จากส่วนกลาง นี่เป็นแนวคิดสำหรับกฎอัยการศึกในอดีตเมื่อร้อยกว่าปี

ปัจจุบันสมัย ความจำเป็นทั้งหลายที่จะให้ผู้บัญชาการทหารที่มีกำลังอยู่ไม่น้อยกว่าหนึ่งกองพันประกาศกฎอัยการศึกไม่จำเป็นแล้ว เนื่องจากเป็นกฎหมายสำคัญเกี่ยวพันกับการสงครามความสัมพันธ์ระหว่างประเทศและยุคโลกาภิวัตน์ที่ติดต่อสื่อสารกันได้อย่างรวดเร็ว อำนาจในการตัดสินใจประกาศใช้กฎอัยการศึกจึงสมควรเป็นอำนาจหน้าที่ของรัฐบาล สอดคล้องกับหลักการเว้นเหนือทหาร ซึ่งแม้ยามประกาศกฎอัยการศึกทหารจะมีอำนาจในการปฏิบัติหน้าที่เหนือเจ้าหน้าที่พลเรือนก็แต่เฉพาะการปฏิบัติการป้องกัน มิใช่หมายถึงในส่วนของแนวนโยบายและการตัดสินใจในเรื่องดังกล่าว<sup>54</sup> ดังนั้นการประกาศกฎอัยการศึกที่ในปัจจุบันจึงไม่ควรให้อำนาจเจ้าหน้าที่ทหารในลักษณะดังกล่าว แต่ควรเป็นอำนาจของฝ่ายบริหารซึ่งก็คือการประกาศกฎอัยการศึก โดยนอกจากสอดคล้องกับยุคสมัยและการปกครองในระบอบใหม่แล้ว ยังช่วยลดการใช้กฎหมายในลักษณะบิดผันเพื่อเป็นเครื่องมือทำลายรัฐธรรมนูญและระบอบการปกครอง

### 6.3.2.2 สถานการณ์ในการประกาศกฎอัยการศึก

หากมีการแก้ไขกฎหมายให้ชัดเจนว่าเป็นอำนาจของฝ่ายบริหารเท่านั้น โดยอาจยังให้คงรูปแบบประกาศเป็นพระบรมราชโองการไว้ก็ได้ ซึ่งเงื่อนไขสถานการณ์ที่ประกาศกฎอัยการศึกได้ในพระราชบัญญัติกฎอัยการศึกของไทยคือ "เมื่อมีเหตุอันจำเป็นเพื่อรักษาความเรียบร้อยปราศจากภัย" และ "กรณีสงครามหรือการจลาจล"<sup>55</sup> ความจำเป็นย่อมตีความได้กว้างขวางมากเพื่อให้การรักษาความสงบเรียบร้อยเป็นไปโดยง่ายและครอบคลุมกว่ากรณีสงครามและการจลาจลที่ให้อำนาจทหารประกาศเฉพาะพื้นที่ แต่ก็ไม่ควรกว้างเกินไปจนผิดเจตนารมณ์แห่งกฎหมาย และถูกใช้เป็นเครื่องมือรัฐประหาร ผู้เขียนเข้าใจว่าในสมัยรัชกาลที่ 6 ซึ่งมีการตราพระราชบัญญัติกฎอัยการศึกฯ นั้น มิได้มีกฎหมายในสถานการณ์ไม่ปกติฉบับอื่น การบัญญัติเงื่อนไขในการใช้กฎอัยการศึกจึงครอบคลุมความจำเป็นที่ต้องรักษาความสงบเรียบร้อยไม่ว่าสงครามหรือการจลาจลหรือเหตุความไม่สงบต่าง ๆ แต่เมื่อมีการตรากฎหมายในสถานการณ์ฉุกเฉินฉบับอื่น

<sup>54</sup> รายละเอียดเพิ่มเติมในหัวข้อ 2.4 การควบคุมทหารโดยพลเรือน

<sup>55</sup> รายละเอียดในหัวข้อ 5.3.1 สถานการณ์ที่ประกาศกฎอัยการศึก

เงื่อนไขสถานการณ์ในการประกาศกฎอัยการศึกจึงควรมีความชัดเจนและไม่ควรทับซ้อนกับกฎหมายอื่น

เมื่อพิจารณาบทบัญญัติในพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548<sup>56</sup> เพื่อให้เห็นภาพเงื่อนไขสถานการณ์ที่ประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินชัดเจนขึ้นนั้น ในกฎหมายนิยามสถานการณ์ฉุกเฉินไว้ค่อนข้างยาว โดยสรุปคือสถานการณ์อันกระทบหรืออาจกระทบต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน หรือเป็นภัยต่อความมั่นคงของรัฐ หรือมีการกระทำที่ความผิดเกี่ยวกับการก่อการร้ายตามประมวลกฎหมายอาญา การรบหรือการสงครามซึ่งต้องมีมาตรการเร่งด่วนเพื่อรักษาไว้ซึ่งการปกครองในระบอบประชาธิปไตย เอกราชและบูรณภาพแห่งอาณาจัก ผลประโยชน์ของชาติ การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพหรือการป้องกันภัยพิบัติสาธารณะอันฉุกเฉินและร้ายแรง<sup>57</sup> เห็นได้ว่าเป็นบัญญัติในลักษณะกว้างครอบคลุมกระทั่งสงคราม ความไม่สงบภายในประเทศที่กระทบความมั่นคงของรัฐ ความเป็นอยู่ประชาชนรวมถึงสาธารณภัยต่าง ๆ เมื่อเทียบกับเงื่อนไขการประกาศกฎอัยการศึกกรณีความจำเป็นเพื่อรักษาความเรียบร้อยปราศจากภัยซึ่งผู้เขียนอธิบายไปก่อนหน้านี้แล้วนั้นตีความได้กว้างเช่นเดียวกัน นำไปสู่ปัญหาความทับซ้อนของกฎหมายทั้งสอง การบัญญัติให้ชัดเจนถึงสถานการณ์การประกาศกฎอัยการศึกในยามสงครามหรือในภาวะใกล้เคียงกัน และให้กฎหมายในสถานการณ์ฉุกเฉินใช้รักษาความมั่นคงและความสงบเรียบร้อยภายในประเทศย่อมดีกว่า สอดคล้องกับการศึกษากฎอัยการศึกทั้งในมโนทัศน์ รากฐานทางความคิด ตลอดจนพัฒนาการของกฎอัยการศึกและการบังคับใช้ในต่างประเทศ<sup>58</sup> เป็นที่ประจักษ์ว่า กฎอัยการศึกเป็นกฎหมายในยามสงครามที่มีข้อบังคับจำกัดสิทธิเสรีภาพประชาชนที่มีอาจประกาศใช้พรั้าเพรีอ หากไม่ใช่สถานการณ์ฉุกเฉินถึงที่สุด ก่อนจะพัฒนาการไปสู่กฎหมายในสถานการณ์ฉุกเฉินซึ่งเน้นรักษาความสงบเรียบร้อยภายในประเทศและเปลี่ยนจากการใช้เจ้าหน้าที่ทหารเป็นหลักในการปฏิบัติหน้าที่มาเป็นเจ้าหน้าที่พลเรือนแทนเพื่อให้เหมาะสมกับยุคสมัยและสถานการณ์

นอกจากนี้ การบังคับใช้มาตรการใดในกฎหมายในสถานการณ์ไม่ปกติย่อมสมควรนำหลักความพอสมควรแก่เหตุ (Principle of Proportionality) มาพิจารณา

<sup>56</sup> รายละเอียดโดยสังเขปในหัวข้อ 5.2.3.2 การถือกำเนิดของกฎหมายในสถานการณ์ฉุกเฉิน

<sup>57</sup> นิยามสถานการณ์ฉุกเฉินในพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548 มาตรา 4

<sup>58</sup> รายละเอียดในบทที่ 3 และบทที่ 4

ประกอบด้วย แม้ในกรณีบังคับใช้กฎหมายความมั่นคง หากเทียบกับประเทศฝรั่งเศส กรณีเหตุจลาจลที่แอลจีเรียเป็นสถานการณ์ไม่ปกติที่มีความรุนแรงในลักษณะแบ่งแยกดินแดน นำไปสู่การประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินแทนการใช้กฏอัยการศึก อาจเป็นแนวทางในการตีความสถานการณ์ใดจำเป็นร้ายแรงถึงขนาดต้องประกาศกฏอัยการศึก จำเป็นที่ต้องแยกแยะสถานการณ์ฉุกเฉินโดยสงครามหรือสถานการณ์ในลักษณะที่ใกล้เคียงกันกับกลุ่มความไม่สงบเรียบร้อยภายในประเทศที่มีความรุนแรงต่างกัน เช่น การจลาจล มาตรการบังคับใช้ย่อมต่างกันไปด้วย เช่นเดียวกับประเทศอังกฤษซึ่งเป็นตัวอย่งที่ดีในการพยายามจัดระบบกฎหมายในสถานการณ์ไม่ปกติในระดับต่าง ๆ ไว้ในพระราชบัญญัติการบริหารราชการพลเรือนในบางสถานการณ์ (Civil Contingencies Act 2004)<sup>59</sup> โดยไม่จำเป็นต้องใช้กฏอัยการศึกเป็นลายลักษณ์อักษร อย่างไรก็ตามหากสถานการณ์วิกฤตอย่างถึงที่สุดซึ่งพระราชบัญญัติการบริหารราชการพลเรือนในบางสถานการณ์ หรือมาตรการอื่นใดไม่อาจใช้ได้ ความจำเป็นย่อมเป็นบ่อเกิดแห่งกฎหมาย กฏอัยการศึกจึงอาจปรากฏตัวขึ้นอีกครั้งก็เป็นได้

สำหรับกฏอัยการศึกของประเทศไทยซึ่งมิได้ระบุเงื่อนไขสถานการณ์ในการประกาศกฏอัยการศึกให้ชัดเจนนั้น ผู้เขียนเห็นว่า หากมีการบัญญัติกฎหมายใหม่สมควรระบุให้การประกาศกฏอัยการศึกทำได้ในยามสงครามหรือสถานการณ์ในลักษณะที่ใกล้เคียงกัน ส่วนความไม่สงบหรือสถานการณ์ไม่ปกติอื่น ๆ ภายในประเทศนั้น ให้อยู่ภายใต้อำนาจของกฎหมายสถานการณ์ฉุกเฉินเช่นเดียวกับในต่างประเทศ เพื่อแก้ปัญหาความทับซ้อนของการใช้กฎหมายความมั่นคงในประเทศไทยให้มีความชัดเจนและเป็นระบบมากขึ้น รวมถึงช่วยให้กฏอัยการศึกมีความชัดเจนในเหตุแห่งการประกาศใช้อันไม่อาจอ้างเพื่อการรัฐประหารได้<sup>60</sup> ส่วนรูปแบบแห่งการประกาศใช้กฏอัยการศึก ในกรณีที่กฎหมายได้แก้ไขให้การประกาศกฏอัยการศึกเป็นอำนาจของรัฐบาลในยามเกิดภาวะสงคราม รูปแบบในการประกาศใช้กฏอัยการศึกยังจำเป็นต้องทำเป็นพระบรมราชโองการหรือไม่ประเด็นนี้ผู้เขียนเห็นว่าอาจแยกพิจารณาได้ 2 กรณี ได้แก่ การประกาศกฏอัยการศึกทั่วราชอาณาจักรในกรณีสงคราม ซึ่งเป็นสงครามระหว่างประเทศที่มีการประกาศสงครามอย่างเป็นทางการ กรณีนี้จะสอดคล้องกับบทบัญญัติว่าด้วยการประกาศสงครามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ การประกาศสงครามเช่นนี้ย่อมเป็นเรื่องสำคัญที่พระมหากษัตริย์ในฐานะประมุขของรัฐย่อมต้องรับทราบและลงพระปรมาภิไธย แต่หากจำเป็นเร่งด่วนและมีสถานการณ์วิกฤตในลักษณะของสงครามเกิดขึ้นโดยยังมิได้มีการ

<sup>59</sup> รายละเอียดในหัวข้อ 4.3 กฏอัยการศึกในระบบกฎหมายอังกฤษ

<sup>60</sup> รายละเอียดในหัวข้อ 6.2.2.1 ปัจจัยสนับสนุนการใช้กฏอัยการศึกเป็นเครื่องมือช่วงชิงอำนาจ

ประกาศสงครามอย่างเป็นทางการ รัฐบาลอาจประกาศกฎอัยการศึกได้โดยมีต้องกระทำในรูปของพระบรมราชโองการก็ได้เพื่อเป็นการแบ่งเบาพระราชภาระและแก้ไขปัญหาในสงครามตามความเป็นจริงที่มีได้มีการประกาศสงคราม

### 6.3.3 บทสรุป

การพยายามกำหนดสถานะทางกฎหมายของการ “ประกาศ” ใช้กฎอัยการศึก เพื่อให้พระราชบัญญัติกฎอัยการศึกมีผลใช้บังคับผู้เขียนเห็นว่าเป็นเรื่องที่มีความซับซ้อนพอสมควร แต่เมื่อเราตั้งต้นพิจารณาการประกาศกฎอัยการศึกจากเนื้อหาแห่งการกระทำย่อมเห็นได้ชัดเจนว่าเป็นการใช้อำนาจบริหารตามรัฐธรรมนูญในยามเกิดสถานการณ์วิกฤต ซึ่งเป็นการกระทำในยามสงครามอันเกี่ยวข้องด้วยความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ มีความเป็นการเมืองในทางนโยบายและการตัดสินใจของรัฐบาลว่า มีความจำเป็นในภาวะสงครามหรือสภาวะใกล้เคียงกันอันไม่อาจใช้มาตรการอื่นได้ ความเป็นการเมืองและเกี่ยวข้องกับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศนี้ สอดคล้องกับแนวคิดที่ว่าด้วยการกระทำทางรัฐบาลในหลายประเทศ ทั้งการประกาศกฎอัยการศึกเป็นการอาศัยอำนาจตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดในลักษณะของการอนุญาตให้ประเทศเข้าสู่สภาวะยกเว้น ย่อมเป็นการกระทำในทางรัฐบาลอันไม่อยู่ภายใต้อำนาจการตรวจสอบโดยองค์กรตุลาการ

เมื่อทราบสถานะของการประกาศกฎอัยการศึกแล้ว พิจารณาประกอบกับบทบัญญัติในพระราชบัญญัติกฎอัยการศึกฯ ในส่วนผู้มีอำนาจประกาศกฎอัยการศึกลักษณะที่ปรากฏกฎหมายเก่าแก่นี้ให้อำนาจผู้บังคับบัญชาทหารมีอำนาจประกาศได้ ซึ่งไม่สอดคล้องกับเนื้อหาแห่งการกระทำทางรัฐบาลและบริบทสังคมประชาธิปไตย สมควรให้การประกาศกฎอัยการศึกเป็นอำนาจของพระมหากษัตริย์ภายใต้คำแนะนำของรัฐบาลเท่านั้น รวมถึงให้แก้ไขบทบัญญัติในส่วนของเงื่อนไขสถานการณ์ในการประกาศกฎอัยการศึกที่ไม่ชัดเจน ควรบัญญัติให้เฉพาะเจาะจงมากขึ้นในกรณีมีสงครามระหว่างประเทศ หรือสถานการณ์ร้ายแรงในระดับใกล้เคียงกับภาวะสงคราม อันจะช่วยให้กฎอัยการศึกรมีความชัดเจนขึ้นและลดโอกาสในการถูกนำไปใช้เป็นเครื่องมือทำรัฐประหาร

## 6.4 พิศาระห์ปัญหาการควบคุมตรวจสอบการประกาศใช้กฎอัยการศึก: สิ่งสำคัญที่ไม่ปรากฏในกฎอัยการศึกไทย

พระราชบัญญัติกฎอัยการศึก พระพุทธศักราช 2457 เป็นกฎหมายที่ตราขึ้นตั้งแต่ในรัชสมัยพระบาทสมเด็จพระมงกุฎเกล้าเจ้าอยู่หัว รัชกาลที่ 6 และใช้มาจวบจนปัจจุบันอาจเรียกว่าเป็นมรดกทางกฎหมายที่สืบทอดมาจากการปกครองในระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ จึงไม่ใช่เรื่อง

น่าประหลาดใจหากกฎหมายฉบับนี้จะมีได้บัญญัติถึงการควบคุมตรวจสอบแต่ประการใด<sup>61</sup> ทว่าการที่กฎหมายดังกล่าวยังคงใช้บังคับอยู่ในปัจจุบันโดยมิได้แก้ไขสาระสำคัญเป็นไปได้อย่างไรในยุคเสรีประชาธิปไตยดูน่าประหลาดใจมากกว่า กฎหมายและการบังคับใช้มีควรอยู่ในรูปแบบของเก่าที่ไม่สอดคล้องกับการปกครองในระบอบปัจจุบัน ปัญหาของพระราชบัญญัติกฏอัยการศึกฯ ในเบื้องต้นพบว่า ไม่มีการควบคุมตรวจสอบไม่ว่าจะก่อนประกาศ ขณะประกาศกฏอัยการศึก หรือภายหลังสถานการณ์ไม่ปกติสิ้นสุดลงแล้ว เท่ากับไม่มีหลักประกันใด ๆ ในทางกฎหมายอันจะคุ้มครองสิทธิของประชาชนและนำไปสู่การใช้กฏอัยการศึกเป็นเครื่องมือเถลิงถวัลย์สู่อำนาจทั้งที่ไม่เข้าเงื่อนไขอันประกาศกฏอัยการศึกโดยมิได้ตรวจสอบหรือควบคุมแต่อย่างใด

ในหัวข้อนี้ ผู้เขียนชวนพิจารณาประเด็นปัญหาการควบคุมตรวจสอบการประกาศใช้กฏอัยการศึกซึ่งกระทำในรูปแบบของ “พระบรมราชโองการ” ให้ใช้กฏอัยการศึก ตลอดจนประกาศคำสั่ง และการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ทหารโดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติกฏอัยการศึกฯ ในการดำเนินการ ทั้งนี้รวมถึงปัญหาด้านระยะเวลาในการประกาศใช้กฏอัยการศึกอันเป็นการควบคุมการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ในยามสภาวะยกเว้นอีกทางหนึ่ง โดยวิเคราะห์เปรียบเทียบกับกฏอัยการศึกในระบบกฎหมายต่างประเทศ เพื่อจะได้หาแนวทางในการแก้ไขปัญหาดังกล่าวต่อไป

#### 6.4.1 การตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการประกาศใช้กฏอัยการศึก

สำหรับการควบคุมตรวจสอบการประกาศใช้กฏอัยการศึกมีความเชื่อมโยงกับปัญหาสถานะซึ่งผู้เขียนได้อธิบายในหัวข้อก่อนหน้านี้อแล้ว เพื่อหามาตรการควบคุมตรวจสอบการประกาศกฏอัยการศึกอย่างเหมาะสม เมื่อพิจารณาบทบัญญัติในพระราชบัญญัติกฏอัยการศึกฯ ไม่ว่าจะการประกาศพระบรมราชโองการให้ใช้กฏอัยการศึก หรือการประกาศใช้กฏอัยการศึกโดยเจ้าหน้าที่ทหาร ไม่ว่าจะเป็นการตรวจสอบในทางการเมืองหรือโดยองค์กรตุลาการต่างก็มิได้บัญญัติไว้ในกฎหมายแต่อย่างใด จึงเป็นปัญหาขาดการควบคุมตรวจสอบทั้งความชอบด้วยกฎหมายและการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน จริงอยู่ที่ว่าเมื่อประกาศกฏอัยการศึกแล้ว มาตรการในระบบกฎหมายปกติอาจใช้บังคับไม่ได้หรือใช้บังคับได้ไม่เต็มที่ เนื่องจากเข้าสู่สถานการณ์วิกฤตหรือยามสงคราม กฏอัยการศึกจึงเป็นการพยายามทำให้สภาวะยกเว้นที่อยู่นอกเหนือกฎหมายเข้ามาเป็นกฎหมายซึ่งใช้เฉพาะสถานการณ์ไม่ปกติ หลักนิติรัฐอาจผ่อนปรนลงบ้างทว่ามีอาจตัดขาดหลักนิติรัฐโดยสิ้นเชิงได้ ในส่วนนี้การควบคุมตรวจสอบการประกาศใช้กฏอัยการศึกจึงเป็นไปในลักษณะของการตรวจสอบภายหลังจากการประกาศใช้แล้ว การควบคุมก่อนการประกาศกฏอัยการศึกอาจทำได้ยาก

<sup>61</sup> รายละเอียดพระราชบัญญัติกฏอัยการศึกในหัวข้อที่ 5.3

และขัดกับเจตนารมณ์ของกฎหมายที่ตั้งใจจะใช้ในยามที่วิกฤตและเร่งด่วนอย่างไม่อาจหามาตรการอื่นทดแทนได้ หากมีการควบคุมตรวจสอบก่อนประกาศย่อมเกิดความล่าช้าไม่ทันสถานการณ์ ส่วนการควบคุมก่อนการประกาศใช้กฎอัยการศึกที่ทำได้มีเพียงการออกแบบกฎอัยการศึก ให้เป็นกฎหมายในยามสงครามที่มีความสอดคล้องกับโลกประชาธิปไตยซึ่งผู้เขียนจะได้เสนอแนะในบทต่อไป

#### 6.4.1.1 บทบัญญัติที่ขาดหาย: การตรวจสอบการประกาศใช้กฎอัยการศึก

ในเบื้องต้นผู้เขียนได้ข้อสรุปในส่วนที่ว่า การประกาศพระบรมราชโองการให้ใช้กฎอัยการศึกเป็นการใช้อำนาจในทางการเมืองเพื่อดำเนินกิจการและเพื่อให้รัฐดำรงอยู่ในสภาวะยกเว้นซึ่งได้รับอนุญาตและให้อำนาจจากรัฐธรรมนูญอันลักษณะของการกระทำทางรัฐบาล (Acte de gouvernement) โดยปกติหากเป็นการกระทำทางรัฐบาลจะไม่อยู่ภายใต้การควบคุมตรวจสอบโดยองค์กรตุลาการแต่จะใช้การควบคุมตรวจสอบในทางการเมืองในลักษณะตรวจสอบถ่วงดุลระหว่างฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายบริหาร เว้นแต่การกระทำทางรัฐบาลในบางกรณีซึ่งมีบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญให้อำนาจฝ่ายตุลาการตรวจสอบได้ ทั้งนี้การตรวจสอบของศาลย่อมเป็นไปในลักษณะของการตรวจสอบในเชิงรูปแบบที่มีได้กล่าวไว้ในส่วนอันเป็นดุลพินิจของฝ่ายบริหาร

เมื่อพิจารณาพระราชบัญญัติกฎอัยการศึกพบว่าไม่มีการควบคุมตรวจสอบไม่ว่าจะก่อนประกาศ ขณะประกาศกฎอัยการศึก หรือภายหลังสถานการณ์ไม่ปกติสิ้นสุดลงแล้วจึงเท่ากับไม่มีหลักประกันใด ๆ ในทางกฎหมายอันจะคุ้มครองสิทธิของประชาชนและนำไปสู่การใช้กฎอัยการศึกเป็นเครื่องมือเถลิงถวัลย์สู่อำนาจทั้งที่ไม่เข้าเงื่อนไขอันประกาศกฎอัยการศึกโดยมิได้มีการตรวจสอบหรือควบคุมแต่อย่างใด ทั้งนี้ความชอบด้วยกฎหมายของกฎอัยการศึกในรูปแบบนี้แยกพิจารณา 2 ส่วน ดังนี้

(1) การตรวจสอบในทางการเมือง ดังที่ผู้เขียนได้กล่าวในเบื้องต้นแล้วว่า การประกาศพระบรมราชโองการให้ใช้กฎอัยการศึกเป็นการกระทำในทางรัฐบาล การควบคุมตรวจสอบที่เหมาะสมย่อมเป็นการตรวจสอบในทางการเมือง โดยเฉพาะการควบคุมตรวจสอบโดยฝ่ายนิติบัญญัติอย่างรัฐสภา แม้การประกาศกฎอัยการศึกล้มเกิดขึ้นในสถานการณ์จำเป็นเร่งด่วนที่ไม่อาจรอการพิจารณาในรัฐสภาเพื่อขอความเห็นชอบก่อนประกาศได้ ทว่าเมื่อประกาศแล้วสมควรที่จะมีการตรวจสอบในภายหลังหรือเป็นไปในลักษณะของการขอความเห็นชอบในการคงประกาศกฎอัยการศึกหรือขยายระยะเวลาในการประกาศกฎอัยการศึกรออกไป ผู้เขียนเห็นว่า กรณีนี้ถือเป็นการตรวจสอบในเบื้องต้นที่ควรกำหนดไว้ซึ่งในรัฐธรรมนูญมิใช่บัญญัติไว้แต่เพียงเป็นอำนาจของใครในการประกาศกฎอัยการศึกและให้ปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ในพระราชบัญญัติกฎอัยการศึก และเมื่อพิจารณาตัวพระราชบัญญัติโดยเฉพาะก็ไม่พบมาตรการควบคุมตรวจสอบเช่นกัน

เป็นที่น่าเสียดายว่า การบัญญัติรับรองให้การควบคุมตรวจสอบการประกาศใช้กฎอัยการศึกในระดับรัฐธรรมนูญโดยรัฐสภา มีเพียงรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2517 เป็นรัฐธรรมนูญฉบับแรกและฉบับเดียวของประเทศไทยที่ได้บัญญัติรายละเอียดไว้มากกว่ากรณีผู้มีอำนาจประกาศในวาระหนึ่งและวาระสอง โดยบัญญัติว่าการประกาศกฎอัยการศึกเกิน 30 วันต้องได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภา<sup>62</sup> ทว่ารัฐธรรมนูญฉบับหลังกลับไม่ปรากฏการตรวจสอบในลักษณะดังกล่าว

เมื่อเปรียบเทียบกับกฎหมายต่างประเทศ โดยเฉพาะของประเทศฝรั่งเศส ระบุไว้อย่างชัดเจนในรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐที่ 5 ให้ประกาศกฎอัยการศึกได้ 12 วัน หากต้องการขยายระยะเวลาจะต้องได้รับการอนุมัติจากรัฐสภา<sup>63</sup> หรือแม้กระทั่งการประกาศกฎอัยการศึกของอังกฤษที่แม้มิได้บัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษรชัดเจน ทว่าใน The Petition of Right 1628 และ Bill of Rights 1689<sup>64</sup> ก็ได้จำกัดอำนาจของพระมหากษัตริย์และเพิ่มอำนาจของรัฐสภามากขึ้น หรืออาจพิจารณาเทียบกับกฎหมายความมั่นคงอย่างเช่น พระราชบัญญัติการบริหารราชการพลเรือนในบางสถานการณ์ ค.ศ. 2004 (Civil Contingencies Act 2004) ยังมีข้อกำหนดให้รัฐสภาให้ความเห็นชอบในกรณีการประกาศข้อบังคับต่าง ๆ ภายใน 7 วัน หรือแม้แต่กระทั่งประเทศเพื่อนบ้านของเราอย่างประเทศฟิลิปปินส์ ในรัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1987 บัญญัติให้อำนาจประธานาธิบดีประกาศกฎอัยการศึกได้ 60 วัน โดยต้องแจ้งต่อสภาองเกรสเพื่อขอความเห็นชอบ รวมถึงการเพิกถอนหรือขยายระยะเวลา<sup>65</sup> ทั้งนี้การเพิ่มเติมข้อกำหนดที่น่าสนใจอีกประเด็นคู่กับการตรวจสอบโดยรัฐสภาคือ ขณะประกาศกฎอัยการศึกสมควรต้องมีสมาชิกรัฐสภาหรือรักษาการอยู่ในตำแหน่งใช่หรือไม่ รวมถึงการคงอยู่ของรัฐธรรมนูญอันเป็นกฎหมายแม่บทที่ให้อำนาจประกาศกฎอัยการศึกในขณะประกาศใช้นั้น หากเป็นการประกาศกฎอัยการศึกเพื่อล้มล้างระบอบการปกครอง ล้มรัฐบาลหรือเพื่อยกเลิกรัฐธรรมนูญแล้ว ย่อมไม่อาจประกาศใช้กฎอัยการศึกในห้วงเวลาดังกล่าวได้เช่นกัน

**(2) การตรวจสอบโดยองค์กรตุลาการ** แม้การกระทำทางรัฐบาลโดยหลักการจะมีอยู่ภายใต้การควบคุมตรวจสอบขององค์กรศาล เพื่อมิให้ศาลควบคุมและมีอำนาจเสมือนเป็นฝ่ายบริหารก็ตาม ทว่าการกระทำทางรัฐบาลในบางกรณีหากจำเป็นและมีกฎหมายบัญญัติไว้ชัดเจนศาลย่อมสามารถตรวจสอบได้ เมื่อพิจารณาการประกาศพระบรมราชโองการให้ใช้กฎอัยการศึก

<sup>62</sup> รายละเอียดในหัวข้อ 5.4.1.1 พิเคราะห์บทบัญญัติกฎอัยการศึกในรัฐธรรมนูญ

<sup>63</sup> รัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส ค.ศ. 1958 มาตรา 36.

<sup>64</sup> รายละเอียดในบทที่ 3 มโนทัศน์ว่าด้วยกฎอัยการศึก

<sup>65</sup> รัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฟิลิปปินส์ ค.ศ. 1987 หมวด 7 มาตรา 18.

ซึ่งเป็นการใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญและพระราชบัญญัติซึ่งเป็นเรื่องที่มีความสำคัญเนื่องจากเป็นกฎหมายความมั่นคงที่ระดับรุนแรงที่สุดย่อมกระทบประชาชนอย่างไม่อาจเลี่ยงได้ จึงสมควรจะมีการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการประกาศกฎอัยการศึกภายหลังสถานการณ์วิกฤตนั้น ฝ่ายพ้นไปแล้ว

องค์กรตุลาการที่มีความเหมาะสมในการใช้อำนาจตรวจสอบการประกาศกฎอัยการศึกคือ ศาลรัฐธรรมนูญ เนื่องจากการประกาศกฎอัยการศึคนี้อาศัยฐานอำนาจจากรัฐธรรมนูญ ทั้งยังเป็นกรณีพิเศษในการให้องค์กรตุลาการทำหน้าที่ตรวจสอบการกระทำทางรัฐบาล อันเป็นการใช้อำนาจของนายกรัฐมนตรีและคณะรัฐมนตรีในนามของพระมหากษัตริย์ ทั้งปัญหาในการใช้อำนาจหน้าที่ขององค์กรตามรัฐธรรมนูญย่อมอยู่ภายใต้การวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญซึ่งอยู่ในฐานะผู้พิทักษ์รัฐธรรมนูญและความมั่นคงแห่งรัฐย่อมเหมาะสมจะทำหน้าที่ในการพิจารณาความชอบด้วยกฎหมายของการประกาศกฎอัยการศึก<sup>66</sup> โดยเฉพาะหากการประกาศกฎอัยการศึคนั้นมิได้เข้าเงื่อนไขตามกฎหมายรัฐธรรมนูญและพระราชบัญญัติกฎอัยการศึกฯ แต่เป็นไปเพื่อช่วงชิงอำนาจในระหว่างสถานการณ์ไม่ปกติ หรือใช้เพื่อล้มล้างการปกครอง ล้มล้างรัฐบาล แม้กระทั่งยกเลิกรัฐธรรมนูญโดยการรัฐประหารอันมิใช่การใช้กฎหมายเพื่อความมั่นคงแห่งรัฐแต่อย่างใด

ทั้งนี้ การควบคุมตรวจสอบโดยองค์กรตุลาการย่อมไม่เหมาะสมที่จะก้าวล่วงในส่วนของคุณพิทักษ์ฝ่ายบริหารอันเป็นการตัดสินใจในทางการเมือง โดยเฉพาะในกรณีเงื่อนไขสถานการณ์ความจำเป็นที่ต้องตัดสินใจว่า กรณีใดมีเหตุจำเป็นในลักษณะสงครามหรือไร้ซึ่งมาตรการอื่นของรัฐที่จะกระทำได้แล้ว การควบคุมตรวจสอบโดยองค์กรตุลาการจึงกระทำได้เพียงพิจารณาความชอบด้วยกฎหมายในทางรูปแบบ กล่าวคือ พิจารณาเงื่อนไขและรูปแบบของการประกาศใช้กฎอัยการศึกว่าเป็นไปตามกฎหมายหรือไม่ เช่น ผู้มีอำนาจประกาศ รูปแบบในการประกาศกฎอัยการศึก เว้นเสียแต่เงื่อนไขทางสถานการณ์มีความชัดเจนว่ามีได้อยู่ในสภาวะจำเป็นอย่างเห็นได้ชัด ทั้งยังต้องมีการบัญญัติเป็นกฎหมายให้อำนาจศาลรัฐธรรมนูญในการควบคุมตรวจสอบด้วย โดยการตรวจสอบในทางรูปแบบโดยศาลนี้ หากเงื่อนไขสถานการณ์ของการประกาศกฎอัยการศึกมีความชัดเจนในการใช้ยามสงครามหรือสภาวะใกล้เคียงกัน แยกจากกรณีของการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินซึ่งมีขอบเขตกว้างกว่าสำหรับจัดการสถานการณ์ความไม่สงบภายในประเทศ การตรวจสอบโดยศาลอาจไม่จำเป็นมากนักเมื่อเทียบกับการตรวจสอบทางการเมืองโดยรัฐสภา

<sup>66</sup> รายละเอียดในหัวข้อ 2.2.3 แนวคิดที่ว่าด้วยสภาวะยกเว้น

## 6.4.2 การตรวจสอบประกาศ คำสั่งและการกระทำของเจ้าหน้าที่ทหารหลังประกาศใช้กฎอัยการศึก

หลังจากมีการประกาศใช้กฎอัยการศึกแล้ว จะมีการประกาศหรือมีคำสั่งที่อาศัยอำนาจมาจากพระราชบัญญัติกฎอัยการศึกบังคับใช้กับประชาชน รวมถึงให้อำนาจปฏิบัติการบางอย่างแก่เจ้าหน้าที่ตามแต่จะมีประกาศ ซึ่งล้วนแต่เป็นการกระทำที่กระทบสิทธิเสรีภาพของประชาชน ไม่ว่าจะเป็นกรณีของการห้ามประชาชนแสดงความคิดเห็น ห้ามการชุมนุม หรือการที่เจ้าหน้าที่เข้าตรวจค้นหรือทำลายทรัพย์สินหรือกรณีอื่นที่บัญญัติให้อำนาจเจ้าหน้าที่ทหารซึ่งเป็นเจ้าหน้าที่รัฐเช่นกัน ดังนั้นการออกกฎหรือคำสั่งตลอดจนการปฏิบัติตามคำสั่งล้วนแต่เป็นการปฏิบัติโดยอาศัยอำนาจมาจากพระราชบัญญัติกฎอัยการศึก เป็นการกระทำในทางปกครองซึ่งศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาวินิจฉัย แม้ในพระราชบัญญัติกฎอัยการศึกมาตรา 16 บัญญัติให้ความเสียหายอันเกิดจากการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ทหารตามมาตรา 8 และมาตรา 15 จะเรียกร้องความรับผิดในค่าเสียหายที่เกิดขึ้นมิได้เพราะถือว่าเป็นการกระทำเพื่อป้องกันและรักษาความมั่นคง

อย่างไรก็ดี การปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ทหารในขณะประกาศใช้กฎอัยการศึก หากเป็นการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบไม่ว่าจะกระทำโดยไม่มีอำนาจ หรือกระทำเกินกว่าที่กฎหมายให้อำนาจอันกระทบถึงประชาชน การกระทำทางปกครองดังกล่าวย่อมสามารถฟ้องต่อศาลปกครอง รวมถึงเรียกร้องความเสียหายในทางละเมิดจากการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบดังกล่าวได้ แม้ในพระราชบัญญัติกฎอัยการศึกฯ จะเขียนในลักษณะของการปฏิเสธความรับผิดต่อความเสียหายดังกล่าวก็ตาม เช่น ในคำพิพากษาฎีกาที่ 241/2495 กรณีเจ้าหน้าที่ทหารเข้ายึดทรัพย์สินโดยอาศัยอำนาจตามกฎหมายอัยการศึกและพระราชบัญญัติเกณฑ์พลเมืองอุดหนุนราชการทหารฯ ซึ่งยึดทรัพย์สินไว้นานเกินความจำเป็นและไม่ชอบด้วยกฎหมาย ศาลฎีกาจึงพิพากษาให้หน่วยงานรัฐชดเชยค่าเสียหายจากการทำละเมิดนั้น<sup>67</sup>

หรือคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 1309/2559 เป็นคดีพิพาทว่าด้วยการทำละเมิดของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐในการใช้อำนาจตามกฎหมาย กรณีนี้ผู้เสียหายฟ้องร้องกองทัพและกระทรวงกลาโหม สืบเนื่องจากเจ้าหน้าที่ทหารได้ตรวจค้น ยึดและกักตัวผู้ฟ้องคดีโดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติกฎอัยการศึกตามมาตรา 8 และมาตรา 15 ทวิ ซึ่งขณะนั้นพื้นที่ดังกล่าวอยู่ภายใต้การประกาศกฎอัยการศึกจริง เจ้าหน้าที่ย่อมมีอำนาจกระทำการดังกล่าวเท่าที่จำเป็นและพระราชบัญญัตินั้นให้อำนาจ ทว่าข้อเท็จจริงปรากฏว่าเจ้าหน้าที่ทหารกระทำในลักษณะที่เกินสมควรแก่เหตุ มีการควบคุมตัวผู้เสียหายไว้เป็นเวลา 9 วัน ซึ่งเกินระยะเวลา 7

<sup>67</sup> รายละเอียดคำพิพากษาฎีกาที่ 241/2495 ในหัวข้อ 5.3.3

วันที่พระราชบัญญัติกฎอัยการศึกฯ มาตรา 15 ทวิ ให้อำนาจไว้ ทั้งยังมีการซ่อมและทรมานผู้เสียหาย ศาลปกครองสูงสุดพิจารณาโดยให้เหตุผลที่ดีและผู้เขียนเห็นด้วยเป็นอย่างยิ่งสรุปใจความได้ว่า แม้เจ้าหน้าที่ทหารในพื้นที่ซึ่งมีการประกาศกฎอัยการศึก มีอำนาจตามมาตรา 8 ถึงมาตรา 15 ทวิ ก็ตาม การใช้อำนาจดังกล่าวเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยย่อมกระทบถึงสิทธิของประชาชน การใช้ อำนาจตามกฎหมายอัยการศึกจึงอยู่ภายใต้บังคับของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 มาตรา 26 ซึ่งบัญญัติให้การใช้อำนาจโดยองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นของรัฐต้องคำนึงถึงศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิและเสรีภาพ มาตรา 27 สิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองไม่ว่าโดยกฎหมายหรือโดยปริยาย ย่อมผูกพันทุกองค์กรตามรัฐธรรมนูญ และในมาตรา 29 การจำกัดสิทธิเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรอง จะกระทำมิได้<sup>68</sup> เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติกฎหมายเฉพาะเพื่อการที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ และเท่าที่จำเป็นและจะกระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพนั้นมิได้ ดังนั้น การกระทำของเจ้าหน้าที่ทหารที่จะได้รับการคุ้มครองตามพระราชบัญญัติกฎอัยการศึกต้องกระทำ เท่าที่กฎหมายนั้นอนุญาตและเท่าที่จำเป็น และมีได้กระทบสาระสำคัญของสิทธิที่รัฐธรรมนูญรับรอง คดีที่เจ้าหน้าที่ทหารควบคุมตัวผู้เสียหายไว้เกินกำหนดเวลาจึงไม่ชอบด้วยกฎอัยการศึกมาตรา 15 ทวิ และการซ่อมหรือทรมานเป็นการละเมิดสาระสำคัญของสิทธิเสรีภาพซึ่งรัฐธรรมนูญรับรอง ผู้ถูกฟ้อง จึงต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนแก่ผู้เสียหาย

จากคำพิพากษาดังกล่าวแสดงให้เห็นว่า แม้ในพระราชบัญญัติ กฎอัยการศึกฯ จะบัญญัติคุ้มครองการกระทำของเจ้าหน้าที่ทหารในลักษณะมิให้มีการเรียกร้อง ค่าเสียหายก็ตาม ทว่าการคุ้มครองดังกล่าวเป็นไปเพื่ออำนวยความสะดวกในการปฏิบัติหน้าที่และ ย่อมคุ้มครองเฉพาะกรณีการกระทำที่จำเป็นและที่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ เมื่อเปรียบเทียบกับกรณีของ ต่างประเทศ ในประเทศฝรั่งเศสผลในทางกฎหมายของแนวคิดสถานการณ์ไม่ปกติ ฝ่ายปกครองยังคง ต้องผูกพันตนต่อการใช้อำนาจตาม “หลักความชอบด้วยกฎหมายในสถานการณ์ไม่ปกติ” (La légalité de crise)<sup>69</sup> กล่าวคือ ภายหลังจากที่สถานการณ์ไม่ปกติผ่านพ้นไปแล้ว ศาลปกครองมี อำนาจตรวจสอบประกาศ คำสั่งหรือมาตรการที่เจ้าหน้าที่ใช้ว่าเป็นไปตามหลักความชอบด้วย กฎหมายของข้อยกเว้นหรือไม่ เว้นแต่กรณีของการประกาศกฎอัยการศึกอันเป็นการกระทำทาง รัฐบาล ส่วนของประเทศอังกฤษซึ่งมิได้มีกฎอัยการศึกเป็นลายลักษณ์อักษรและพยายามจัดการ สถานการณ์ภัยพิบัติต่าง ๆ โดยพระราชบัญญัติ การบริหารราชการพลเรือนในบางสถานการณ์ ค.ศ. 2004 (Civil Contingencies Act) การปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ทั้งหลายสามารถตรวจสอบได้

<sup>68</sup> เทียบได้กับมาตรา 25 และมาตรา 26 ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560

<sup>69</sup> รายละเอียดในหัวข้อ 2.2.2 ทฤษฎีว่าด้วยสถานการณ์ไม่ปกติ

โดยศาล ดังนั้นกรณีในประเทศไทย เมื่อการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ทหารในมาตรการต่าง ๆ อันอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติกฎอัยการศึกฯ มีลักษณะเป็นการกระทำทางปกครองจึงสมควรตรวจสอบได้โดยศาลปกครอง

#### 6.4.3 การควบคุมตรวจสอบโดยระยะเวลา

ผู้เขียนได้อธิบายลักษณะเฉพาะของกฎอัยการศึกไว้ในบทหมิ่นทัศน์แล้วว่า เกิดขึ้นเฉพาะยามจำเป็นและภายใต้ระยะเวลาอันสั้น<sup>70</sup> เนื่องจากการยินยอมให้ประกาศใช้กฎอัยการศึกเป็นไปเพื่อให้สถานการณ์วิกฤตกลับคืนสู่สภาวะปกติโดยเร็วที่สุด เราไม่อาจปล่อยให้สภาวะยกเว้น (State of Exception) ดำรงอยู่ได้นาน ระยะเวลาในการประกาศใช้กฎอัยการศึกในแต่ละประเทศจึงต้องกำหนดระยะเวลาที่เหมาะสมเพื่อเป็นเงื่อนไขหนึ่งในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนและป้องกันการใช้อำนาจจากกฎอัยการศึกในทางไม่ชอบอันเป็นการแสวงหาอำนาจแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งหรือเพื่อกำจัดศัตรูในทางการเมืองโดยพยายามดำรงสภาวะยกเว้นไว้เสียจนกลายเป็นสภาวะปกติ

จากการพิจารณาพระราชบัญญัติกฎอัยการศึก พ.ศ. 2457 ของประเทศไทยพบว่า มิได้บัญญัติกรอบระยะเวลาในการประกาศใช้กฎอัยการศึกแต่อย่างใดซึ่งหากเทียบกับกรณีการประกาศกฎอัยการศึกของหลายประเทศในอดีตก็มิได้มีกำหนดระยะเวลาแต่อย่างใด ทว่าในปัจจุบันการปกครองในระบอบประชาธิปไตยที่ต้องคำนึงถึงสิทธิเสรีภาพของประชาชนไปพร้อมๆกับรักษาความมั่นคงของรัฐ การใช้กฎหมายความมั่นคงย่อมมีพัฒนาการไปในทางที่ดีขึ้น ดังนั้นกฎอัยการศึกในหลายประเทศจึงระบุระยะเวลาในการประกาศไว้ทั้งสิ้น เช่น ของประเทศฝรั่งเศส ประกาศกฎอัยการศึกได้เพียง 12 วัน หรือในประเทศกรีซ ประกาศ State of Siege ได้ในระยะเวลา 15 วัน<sup>71</sup> กฎอัยการศึกของประเทศฟิลิปปินส์ ประกาศได้คราวละ 60 วัน แต่ต้องเร่งรายงานรัฐสภาภายใน 48 ชั่วโมง<sup>72</sup> และหากประกาศเกินกว่านี้ล้วนแต่เป็นอำนาจของรัฐสภาในการให้ความเห็นชอบ ส่วนประเทศที่มีได้บัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร เช่น ประเทศอังกฤษ มิได้มีกำหนดระยะเวลาไว้และมีได้ประกาศใช้มานานแล้ว คงมีเพียงกฎหมายในสถานการณ์ฉุกเฉินซึ่งประกาศได้คราวละ 30 วัน โดยกฎหรือข้อบังคับต่าง ๆ ที่ประกาศใช้ขณะนั้น ต้องได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภา

<sup>70</sup> รายละเอียดในหัวข้อ 3.2.2 ลักษณะเฉพาะของกฎอัยการศึก

<sup>71</sup> Anna Khakee, “Securing Democracy? A Comparative Analysis of Emergency Powers in Europe,” Geneva Centre for the Democratic Control of Armed Forces (DCAF), Policy Paper –30, p. 35 (2009).

<sup>72</sup> รัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฟิลิปปินส์ ค.ศ. 1987 หมวด 7 มาตรา 18.

ภายใน 7 วันด้วย อีกปัญหาสำคัญคือ ประเทศไทยมีการประกาศใช้กฎอัยการศึกทั้งที่มีได้อยู่ในภาวะสงครามบ่อยครั้ง และมีหลายครั้งที่การประกาศกฎอัยการศึกเป็นเวลายาวนานเกินกว่าความจำเป็น โดยเฉพาะในพื้นที่สามจังหวัดชายแดนภาคใต้ อันกระทบถึงสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชน เป็นไปได้ อย่างไรก็ตามที่จะบังคับใช้กฎอัยการศึกเป็นเวลานานับ 10 ปี โดยที่ประชาชนใช้ชีวิตในสถานการณ์ที่มีได้มีสงครามหรือเหตุความจำเป็นในทำนองเดียวกัน

ปัญหาการใช้บังคับกฎอัยการศึกเป็นระยะเวลาอันยาวนานเกินไปกระทั่งทำให้กฎหมายในสถานการณ์ไม่ปกติบังคับใช้จนเป็นปกติที่เห็นชัดเจนที่สุดคือ กรณีของการประกาศกฎอัยการศึกโดยกองทัพภาค 4 ในพื้นที่ 3 จังหวัดชายแดนภาคใต้ ซึ่งมีรายงานสถิติพื้นที่ที่อยู่ภายใต้การประกาศกฎอัยการศึกเป็น 10 ปี ชำร่วยยังเป็นการประกาศใช้ที่มีความทับซ้อน กล่าวคือ ขณะนั้นมีการประกาศกฎอัยการศึกอยู่ก่อนแล้วในพื้นที่สามจังหวัดชายแดนใต้ และเมื่อมีการประกาศใช้กฎอัยการศึกทั่วราชอาณาจักรโดยคณะรัฐประหารก็ย่อมทับซ้อนกัน ทั้งยังมีกรณีที่อาจทับซ้อนกับพื้นที่ซึ่งประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินด้วย<sup>73</sup> การประกาศกฎอัยการศึกหรือกฎหมายความมั่นคงใดเป็นเวลานานย่อมกระทบถึงสิทธิเสรีภาพของประชาชนและสะท้อนถึงการใช้อำนาจกฎหมายที่ไร้ประสิทธิภาพและไม่สามารถแก้ปัญหา รวมถึงกรณีการประกาศกฎอัยการศึกครั้งที่ 6 เมื่อปี 2501 เป็นครั้งที่มีการบังคับใช้กฎอัยการศึกลายาวนานมาก เนื่องจากมีประกาศยกเลิกกฎอัยการศึกในครั้งดังกล่าวเพียงบางจังหวัดเมื่อวันที่ 15 พฤษภาคม พ.ศ. 2514 คงเหลือไว้อีก 34 จังหวัดภายใต้การประกาศกฎอัยการศึก โดยให้เหตุผลว่ายังมีภัยจากคอมมิวนิสต์อยู่ หมายความว่ายังมีบางจังหวัดในประเทศไทยตกอยู่ภายใต้กฎอัยการศึกตั้งแต่มีการทำรัฐประหารในปี 2501 กระทั่งยกเลิกในบางจังหวัดในปี 2514 เป็นเวลาถึง 13 ปี<sup>74</sup>

ผู้เขียนเห็นว่ากรณีดังกล่าวเป็นการประกาศใช้กฎอัยการศึกที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายที่ยาวนานมาก กระทบสิทธิเสรีภาพของประชาชนเกินความจำเป็นและมีได้คำนึงถึงหลักความได้สัดส่วนแต่อย่างใด นอกจากนี้ เมื่อพิจารณารายงานการประชุมสภาผู้แทนราษฎร เมื่อวันที่ 3 กรกฎาคม พ.ศ. 2512 ก็มีการตั้งกระทู้ถามเรื่อง การยกเลิกประกาศใช้กฎอัยการศึกโดยสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรจังหวัดชลบุรี ถาถามนายรัฐมนตรีเรื่องทีคณะปฏิวัติการประกาศกฎอัยการศึกตั้งแต่วันที่ 20 ตุลาคม 2501 เป็นต้นมาจนถึงขณะนั้นนับ 10 ปี หมดความจำเป็นแล้ว

<sup>73</sup> พรเพ็ญ คงขจรเกียรติ, “10 ปี กฎอัยการศึกในบริบทจังหวัดชายแดนภาคใต้ ตอนที่ 1,” สืบค้นเมื่อวันที่ 25 มีนาคม 2564, จาก <https://crcfthailand.org/2014/05/21>.

<sup>74</sup> รายละเอียดการประกาศกฎอัยการศึกครั้งที่ 6 ในหัวข้อ 5.5 การใช้กฎอัยการศึกในระบบกฎหมายไทย

หรือไม่ ประภาส จารุเสถียร รองนายกรัฐมนตรีตอบคำถามว่า สถานการณ์ขณะนั้นยังไม่ปลอดภัย ทั้งภายนอกประเทศและภัยคุกคามในประเทศจากคอมมิวนิสต์ ทั้งการประกาศนี้ประชาชนในพระนครใช้ชีวิตได้ปกติ ประกาศไว้เพื่อให้ผู้จะกระทำผิดเกรงกลัวมาตรการในกฏอัยการศึก<sup>75</sup> เนื่องจากพระราชบัญญัติกฏอัยการศึกมิได้บัญญัติระยะเวลาและไว้กระบวนควบคุมตรวจสอบ ทำให้มีการบังคับใช้กฏอัยการศึกเพื่อรัฐประหารและรักษาอำนาจอย่างยาวนาน และระบบรัฐสภาไม่สามารถทำหน้าที่ได้หากอยู่ภายใต้ระบอบเผด็จการ

ดังนั้น ผู้เขียนเห็นว่าพระราชบัญญัติกฏอัยการศึกของประเทศไทยสมควรแก้ไขอย่างยิ่ง โดยควรกำหนดระยะเวลาในการประกาศและการขยายระยะเวลาการประกาศโดยความเห็นชอบจากรัฐสภาเพื่อเป็นการป้องกันการใช้อำนาจในทางมิชอบ ซึ่งเนื้อหาของกฏอัยการศึกอันเป็นสภาวะยกเว้นนั้นสมควรดำรงอยู่ในระยะเวลาอันสั้นเพื่อกลับสู่ภาวะปกติโดยเร็ว และถือเป็นหลักประกันขั้นต่ำสำหรับคุ้มครองประชาชนในยามประกาศกฏอัยการศึกที่สมควรมีกำหนดระยะเวลาให้ประชาชนทราบ ทั้งนี้หากสถานการณ์ในภาวะวิกฤตของประเทศยังไม่ผ่านพ้นไป ก็สามารถขอขยายระยะเวลาได้เช่นกัน ทั้งนี้ในเรื่องควรกำหนดระยะเวลาเท่าใด ผู้เขียนเห็นว่าในส่วนนี้สามารถกำหนดได้หลายช่วงเวลา อาจจะ 7 วัน หรือ 15 วัน แต่ไม่ควรเกิน 30 วัน หากกำหนดระยะเวลาในการประกาศกฏอัยการศึกถึง 30 วัน ผู้เขียนก็อยากเสนอให้มีการขอความเห็นชอบจากรัฐสภาภายใน 7 วัน หากไม่ได้รับความเห็นชอบย่อมต้องประกาศเลิกใช้กฏอัยการศึก ทั้งนี้หากจำเป็นต้องประกาศกฏอัยการศึกนานกว่าที่กำหนดย่อมสามารถขยายระยะเวลาได้โดยขอความเห็นชอบจากรัฐสภาเช่นกัน

#### 6.4.4 การควบคุมตรวจสอบโดยมาตรฐานสากลระหว่างประเทศ

ประเด็นพิจารณาเกี่ยวกับกฎหมายพิเศษด้านความมั่นคงกับกฎหมายระหว่างประเทศนั้น ผู้เขียนมุ่งเน้นพิจารณากติการระหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ค.ศ. 1966 (ICCPR) ซึ่งไทยเป็นภาคีสมาชิก มีการกำหนดเงื่อนไขที่รัฐภาคีอาจเลียงพันธกรณีตามกติการระหว่างประเทศฯ ได้ กล่าวคือ ประเทศภาคีอาจงดเว้นการปฏิบัติตามพันธกรณีในกติการระหว่างประเทศฯ ได้ เพื่อให้รัฐไทยไม่ต้องให้ความคุ้มครองสิทธิมนุษยชนบางประการ เพราะความจำเป็นในลักษณะภาวะฉุกเฉินซึ่งคุกคามความอยู่รอดของชาติ เมื่อพิจารณาประกอบกับแนวทางการตีความข้อกำหนดดังกล่าวโดยคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติ ผู้รายงานพิเศษด้านสิทธิมนุษยชนในภาวะฉุกเฉิน และ The Siracusa Principles on the Limitation and Derogation

<sup>75</sup> รายงานการประชุมสภาผู้แทนราษฎร, ครั้งที่ 8/2512, สมัยสามัญ, 3 กรกฎาคม 2512: 307-312.

Provisions in the International Covenant on Civil and Political Rights แล้ว สรุปลักษณะภาวะฉุกเฉินในความหมายสากลได้ดังนี้ (1) เป็นสถานการณ์พิเศษที่รัฐนั้นตกอยู่ในภาวะคับขันเร่งด่วนในสถานการณ์ที่ไม่คาดคิดมาก่อน (2) เป็นภัยที่มีอยู่จริง หรือใกล้จะถึงซึ่งคาดหมายได้ว่าภัยนั้นอาจเกิดขึ้นได้ตลอดเวลาโดยมิใช่การคาดคะเนอย่างเลื่อนลอย (3) เป็นภัยที่ส่งผลกระทบต่อประชาชนโดยรวม (4) เป็นภัยร้ายแรงถึงขั้นส่งผลกระทบต่อความอยู่รอดของชาติ (5) รัฐไม่มีหนทางอื่นใดอีกที่จะรับมือกับภัยดังกล่าวได้ จึงจำเป็นที่จะต้องใช้มาตรการเล็งพันกรณีเป็นการชั่วคราวเพื่อแก้ไขสถานการณ์ให้กลับคืนสู่ภาวะปกติโดยเร็ว<sup>76</sup> หากเกิดเหตุวิกฤตตาม 5 ข้อดังกล่าว ย่อมยกเว้นการปฏิบัติตามพันธกรณีบางข้อได้ตามที่ ICCPR อนุญาต

อย่างไรก็ดี แม้สามารถงดเว้นพันธกรณีบางข้อในยามสถานการณ์ฉุกเฉินก็ตาม ทว่ามีพันธกรณีในบางข้อที่ไม่อาจยกเว้นได้ไม่ว่าในสถานการณ์ใด ๆ ได้แก่ สิทธิในชีวิตซึ่งไม่อาจมีการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์รวมถึงการถูกทรมานอย่างโหดร้ายทารุณได้ ไม่อาจเอาคนลงเป็นทาสหรือบังคับบุคคลเยี่ยงทาสได้ ไม่อาจถูกจำคุกเพราะเหตุว่าไม่สามารถปฏิบัติตามภาระหน้าที่ตามสัญญา ไม่อาจรับโทษในทางอาญาย้อนหลัง บุคคลย่อมได้รับการยอมรับว่าเป็นบุคคลตามกฎหมายทุกคน รวมถึงบุคคลมีเสรีภาพในทางความคิดโดยเฉพาะในเรื่องของศาสนาตาม ICCPR ข้อ 4(2)<sup>77</sup> กรณีข้างต้นนี้ไม่อาจงดเว้นหรือยกเว้นได้เลย ไม่ว่าในกรณีใด ๆ เนื่องจากพันธกรณีเหล่านี้ล้วนเป็นสาระสำคัญของสิทธิเสรีภาพหรือเป็นแก่นของสิทธิมนุษยชนนั่นเองประเทศไทยมีพันธกรณีทางกฎหมายที่จะต้องปฏิบัติตาม ICCPR ซึ่งมีสถานะเป็นกฎหมายระหว่างประเทศ โดยต้องดำเนินการทางนิติบัญญัติและมาตรการอื่น เพื่อให้การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพทั้งหลายที่รับรองไว้ใน ICCPR เกิดผลเป็นรูปธรรมได้จริง<sup>78</sup> ซึ่งนอกจากการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพตามที่ ICCPR กำหนดแล้ว ในข้อ 40 ของ ICCPR ยังระบุให้รัฐภาคีสมาชิกจัดทำและเสนอรายงานการปฏิบัติตามพันธกรณีต่อคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนของ ICCPR ในปีแรกหลังลงนามเป็นภาคีและจากนั้นต้องส่งรายงานทบทวนสถานการณ์ในทุก ๆ 5 ปี<sup>79</sup>

<sup>76</sup> กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (ICCPR) ข้อ 4 (1) ประกอบกับ Siracusa Principles on the Limitation and Derogation Provisions in the International Covenant on Civil and Political.

<sup>77</sup> กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (ICCPR) ข้อ 6-8, 11, 15, 16 และ 18 รายละเอียดในหัวข้อ 2.4.3 การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพ

<sup>78</sup> ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช. “ข้อพิจารณาบางประการเกี่ยวกับการใช้อำนาจตาม พรก. ฉุกเฉิน,” สืบค้นเมื่อวันที่ 15 เมษายน 2563, <https://prachatai.com/journal/2010/06/30055>.

<sup>79</sup> รายละเอียดในบทที่ 2.4.3 การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพและข้อยกเว้นในกฎหมายระหว่างประเทศ

ดังนั้น หากประเทศไทยบังคับใช้กฎหมายความมั่นคงไม่ว่าจะกฏอัยการศึกหรือประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินย่อมสมควรปฏิบัติตามมาตรฐานสากลของ ICCPR ดังที่ผู้เขียนเคยอ้างคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด อ. 1309/2559 ซึ่งเป็นกรณีกักขังบุคคลเกินกว่าระยะเวลาที่กำหนดทั้งยังมีการซ้อมและทำร้ายร่างกายประชาชน การกระทำดังกล่าวย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมายและขัดต่อหลักการสากลของ ICCPR แม้ขณะนั้นจะมีการประกาศกฏอัยการศึกก็ตาม

แม้การควบคุมตรวจสอบโดยองค์กรระหว่างประเทศในสภาพบังคับอาจไม่สามารถควบคุมตรวจสอบได้เข้มข้นนัก ทว่าบรรดาข้อกำหนดหรือหลักเกณฑ์ทั้งในกรณีของ ICCPR หรือปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (Universal Declaration of Human Rights หรือ UDHR ) ในการพยายามคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน อย่างน้อยสามารถนำมาปรับใช้ในกรณีที่มีการร่างกฎหมายใหม่โดยเฉพาะในส่วนของคำนิยามสถานการณ์ไม่ปกติต่าง ๆ ซึ่งผู้เขียนเห็นว่า บทนิยามของเงื่อนไขสถานการณ์ในการประกาศใช้กฏอัยการศึก รวมถึงประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินมีความทับซ้อนและไม่ชัดเจนในลักษณะของการตีความ เนื่องด้วยคำอาจมีความหมายกว้างและให้อำนาจการตีความมากเกินไป จริงอยู่การตีความสถานการณ์ไม่ปกติหรือใช้อ้างเป็นเหตุผลในคำพิพากษาของศาล รวมถึงการบัญญัติคำนิยามและมาตรการสากลซึ่งค่อนข้างเหมาะสมและนำไปใช้ในหลายประเทศ เช่น ในประเทศฝรั่งเศส การนิยามสถานการณ์ที่ประกาศกฏอัยการศึกและประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินมีความแตกต่างกันและสอดคล้องกับ ICCPR รวมถึงหลักเกณฑ์การเล็งพันกรณีซึ่งต้องเป็นกรณีเกิดสถานการณ์วิกฤตต่อความปลอดภัยของรัฐในระยะเวลาอันสั้น โดยมาตรการที่นำมาใช้ต้องได้สัดส่วนกับความรุนแรงของสถานการณ์<sup>80</sup> แนวทางดังกล่าวควรนำไปปรับใช้เมื่อมีการร่างกฎหมายใหม่ต่อไป

## 6.5 พิจารณาขนาดตักกฏอัยการศึกไทย

จากการศึกษาการกฏอัยการศึกของต่างประเทศ ได้ปรากฏแนวทางกฏอัยการศึกใน 2 ลักษณะ คือ กฏอัยการศึกของประเทศไทยซึ่งมีการบัญญัติกฏอัยการศึกเป็นลายลักษณ์อักษร และอีกลักษณะหนึ่งคือ กฏอัยการศึกของประเทศไทยซึ่งได้มีการตราการกฏอัยการศึกเป็นลายลักษณ์อักษร โดยประเทศไทยเป็นตัวอย่างของประเทศในกลุ่มซีวิลลอว์ที่มีการบัญญัติกฏอัยการศึกไว้เป็นลายลักษณ์อักษรไว้ในรัฐธรรมนูญและประมวลกฎหมายป้องกันประเทศอันเป็นกฎหมายเฉพาะ มีการกำหนด

<sup>80</sup> รายละเอียดในหัวข้อ 2.4.3 การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพและข้อยกเว้นในกฎหมายระหว่างประเทศ

เงื่อนไขและมาตรการใช้บังคับที่ค่อนข้างชัดเจน เช่น การประกาศใช้ในกรณีสงครามหรือในสภาวะใกล้เคียงกัน รวมถึงการบัญญัติกฎหมายความมั่นคงประเภทอื่นสำหรับใช้ในสถานการณ์ที่แตกต่างกัน และแม้ประเทศฝรั่งเศสจะบัญญัติกฎหมายว่าด้วยกฎอัยการศึกไว้ชัดเจนก็ตาม แต่ในปัจจุบันกลับมิได้มีการประกาศใช้กฎอัยการศึกแต่อย่างใด ยังคงเป็นกรณีของการใช้ประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินเสียมากกว่า ส่วนเจ้าหน้าที่พลเรือนยังคงสามารถจัดการกับสถานการณ์ฉุกเฉินต่าง ๆ ได้เองภายใต้การช่วยเหลือของเจ้าหน้าที่ทหาร กฎอัยการศึกจึงถูกปรับปรุงและบัญญัติไว้เป็นกลไกจัดการในยามสงครามหรือคราวจำเป็นที่กฎหมายอื่นไม่สามารถใช้บังคับได้

ส่วนประเทศอังกฤษซึ่งเป็นตัวอย่างของประเทศในกลุ่มคอมมอนลอว์นั้น แม้จะมีได้มีกฎอัยการศึกเป็นลายลักษณ์อักษรก็ตาม ทว่าไม่อาจปฏิเสธแนวคิดความจำเป็นเป็นบ่อเกิดแห่งกฎหมาย ทำให้กฎอัยการศึกอาจถูกประกาศใช้ขึ้นมาได้เมื่ออยู่ในสภาวะจำเป็น ส่วนกฎหมายในสถานการณ์ไม่ปกติที่ใช้จึงเป็นพระราชบัญญัติภัยพิบัติในบางสถานการณ์ โดยในพระราชบัญญัตินี้ได้จัดลำดับสถานการณ์ไม่ปกติในระดับต่าง ๆ พร้อมมาตรการแก้ไขสถานการณ์ที่แตกต่างกันตามระดับความรุนแรง คือ 1. สถานการณ์ที่เป็นภัยร้ายแรงต่อสวัสดิภาพและความผาสุกของประชาชน 2. สถานการณ์ที่เป็นภัยร้ายแรงต่อสิ่งแวดล้อม และ 3. สถานการณ์ที่เป็นภัยร้ายแรงต่อความมั่นคง อันได้แก่ สงคราม การก่อการร้าย<sup>81</sup> พิจารณาการกำหนดนิยามในส่วนนี้จะเห็นได้ว่า ค่อนข้างมีความครอบคลุมต่อสถานการณ์ จึงไม่จำเป็นต้องตรากฎหมายว่าด้วยกฎอัยการศึกขึ้นใหม่ เพียงเปลี่ยนรูปโฉมให้เป็นกฎหมายในสถานการณ์ฉุกเฉินแทนซึ่งเข้ากับยุคสมัยมากกว่า โดยสรุปไม่ว่าจะเป็นกรณีของการบัญญัติเป็นกฎหมายไว้หรือไม่ก็ตาม อนาคตของกฎอัยการศึกจะถูกนำมาใช้น้อยลงและถูกแทนที่โดยการใช้อำนาจในสถานการณ์ฉุกเฉินแทน เนื่องจากมีลักษณะของการใช้อำนาจเจ้าหน้าที่พลเรือนเป็นหลักในการปฏิบัติการมิใช่การใช้กำลังทหารเป็นหลัก ทั้งนี้การออกแบบระบบกฎหมายความมั่นคงในแต่ละประเทศย่อมออกแบบมาแตกต่างกันตามภูมิหลังทางประวัติศาสตร์ของแต่ละประเทศเพื่อแก้ไขปัญหาและทำให้เกิดสมดุลของการรักษาความมั่นคงของรัฐไปพร้อมกับการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนในยามสถานการณ์ไม่ปกติ

สำหรับกฎอัยการศึกในระบบกฎหมายไทย เดิมปรากฏเพียงกฎหมายในยามสงคราม ในลักษณะของพระอัยการลักษณะขบถศึก ก่อนจะมีการปฏิรูปกฎหมายและการร่างพระธรรมนูญศาลทหาร นำไปสู่การตราพระราชบัญญัติกฎอัยการศึก ร.ศ. 127 ก่อนจะเปลี่ยนไปเป็นพระราชบัญญัติกฎอัยการศึก พ.ศ. 2457 ฉบับปัจจุบันที่แม้จะมีการแก้ไขอยู่บ้างแต่ยังคงเงื่อนไขและมาตรการสำคัญไว้เช่นเดิม กฎอัยการศึกจึงเป็นกฎหมายในระบอบเก่าสมัยสมบูรณาญาสิทธิราชย์ ที่ตกทอดสู่ระบอบ

<sup>81</sup> Civil Contingencies Act ค.ศ. 2004 มาตรา 1 (1)

ประชาธิปไตยและมีการใช้บังคับอยู่ ปัญหาของกฏอัยการศึกไทยเมื่อพิจารณาในเรื่องของตัวบทกฎหมายในพระราชบัญญัติล้นสะทอนแนวคิดของการปกครองในระบอบเก่า การประกาศกฏอัยการศึกที่พระราชอาณาจักรเป็นของพระมหากษัตริย์ที่มีอำนาจประกาศพระบรมราชโองการและให้อำนาจทหารประกาศได้เฉพาะพื้นที่ ไม่มีกำหนดระยะเวลาและการควบคุมตรวจสอบแต่อย่างใด ยิ่งไปกว่านั้นในกฏอัยการศึกมีบทบัญญัติที่แสดงให้เห็นว่า เมื่อมีการประกาศกฏอัยการศึกแล้ว บทบัญญัติใด ๆ จะขัดหรือแย้งมิได้ซึ่งขณะนั้นยังไม่มีรัฐธรรมนูญ กฏอัยการศึกจึงกลายเป็นกฎหมายที่ใช้บังคับในสถานการณ์ไม่ปกติเพียงฉบับเดียวที่กฎหมายอื่นจะขัดหรือแย้งมิได้

ทั้งนี้ ในส่วนของการบัญญัติถึงสถานการณ์ที่ประกาศใช้กฏอัยการศึกได้นั้นมีลักษณะกว้างมากภายใต้คำว่า “ความจำเป็นเพื่อความสงบเรียบร้อย ปราศจากภัย”<sup>82</sup> อันเป็นการให้อำนาจดุลพินิจอย่างกว้างขวาง แรกเริ่มเดิมทีประเทศไทยมีกฎหมายความมั่นคงเพียงฉบับเดียว การเขียนกฎหมายให้ยืดหยุ่นและตีความได้กว้างอาจเป็นประโยชน์ แต่ในปัจจุบันประเทศไทยมีกฎหมายความมั่นคงในลักษณะอื่นอันเหมาะสมกับการจัดการสถานการณ์ฉุกเฉินที่แตกต่างหลากหลาย ดังนั้นการกำหนดเงื่อนไขในการประกาศกฏอัยการศึกให้ชัดเจนว่า ประกาศใช้ในยามสงครามแยกจากสถานการณ์ความไม่สงบภายในประเทศซึ่งสามารถใช้กฎหมายฉุกเฉินแทนได้ อันเป็นการช่วยลดปัญหาความทับซ้อนของกลุ่มกฎหมายความมั่นคงด้วย

อย่างไรก็ดี หากเป็นกฎหมายเก่าเมื่อมีการปรับใช้ให้สอดคล้องกับการปกครองในระบอบใหม่ย่อมไม่เป็นปัญหา แต่เมื่อพิจารณาการประกาศกฏอัยการศึกทั้ง 16 ครั้งที่ผ่านมาพบว่า นอกจากปัญหาของพระราชบัญญัติกฏอัยการศึกฯ แล้ว การใช้บังคับกฎหมายก็มีปัญหาเช่นเดียวกัน เนื่องจากมีกฎหมาย หว่ามิได้ทำตามกฎหมาย เช่นนี้แล้วพระราชบัญญัติกฏอัยการศึกจะยังจำเป็นหรือไม่ เพราะการประกาศกฏอัยการศึกที่ผ่านมามิได้เป็นไปตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนด หลายครั้งเป็นการประกาศกฏอัยการศึกเพื่อการรัฐประหาร กรณีเหล่านี้เป็นปัญหาอย่างหนึ่งของประเทศไทย ซึ่งเกี่ยวข้องกับหลักการพลเรือนเหนือทหาร (Civilian Control of the Military) ซึ่งประเทศไทยมิได้ยึดถือปฏิบัติ สังเกตได้จากกรณีที่ผู้บัญชาการทหารไม่ยอมอยู่ภายใต้รัฐบาลพลเรือนและเข้าใจว่าตนมีอำนาจในการประกาศกฏอัยการศึก เข้าใจว่าตนคือวีรบุรุษที่จะเข้ามาแก้ไขปัญหาในบ้านเมือง แม้วิธีการนั้นจะมีได้มีกฎหมายให้อำนาจ ทั้งหมดนี้คือสภาพปัญหาเบื้องต้นของพระราชบัญญัติกฏอัยการศึกฯ และการใช้บังคับใช้กฏอัยการศึกในประเทศไทย หากยังคงยอมรับให้พระราชบัญญัติกฏอัยการศึกฯ ซึ่งตราขึ้นในสมัยสมบูรณาญาสิทธิราชย์มีผลใช้บังคับตามรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน

<sup>82</sup> รายละเอียดในหัวข้อ 5.3 สารระสำคัญในพระราชบัญญัติกฏอัยการศึก

อย่างไม่สอดคล้องกันย่อมไม่ต่างกับการมี “ม้าไม้เมืองทรอยอยู่ในรัฐธรรมนูญ”<sup>83</sup> นอกจากจะมีได้เป็นกลไกจัดการสถานการณ์ที่ไม่ปกติตามรัฐธรรมนูญแล้ว กลับเป็นการทำลายรัฐธรรมนูญและความมั่นคงของรัฐเสียเอง

ดังนั้น ในทัศนะของผู้เขียน พระราชบัญญัติกฏอัยการศึก พ.ศ. 2457 ฉบับนี้ ไม่สามารถดำรงอยู่ได้ในโลกเสรีประชาธิปไตยเช่นเดียวกับบทบัญญัติว่าด้วยกฏอัยการศึกในรัฐธรรมนูญที่ควรแก้ไข ผู้เขียนไม่อาจปฏิเสธถึงความจำเป็นของกฏอัยการศึกในฐานะกฎหมายในยามสงครามหรือในฐานะของมาตรการสุดท้ายในสถานการณ์ฉุกเฉินที่ใช้เพื่อเป็นกลไกป้องกันประเทศ แม้ในขณะพิจารณาไม่ได้ปรากฏสถานการณ์ความจำเป็นดังกล่าว แต่ในอนาคตอันไม่แน่นอนเราไม่สามารถยืนยันได้ว่าจะไม่มีสงครามเกิดขึ้นอีก การบัญญัติเรื่องกฏอัยการศึกไว้ในรัฐธรรมนูญจึงถือเป็นการยอมรับและพยายามให้สภาวะยกเว้นเข้ามาอยู่ในระบบกฎหมาย โดยวางกรอบเงื่อนไขให้เหมาะสม ได้แก่ 1) ผู้มีอำนาจประกาศกฏอัยการศึกควรเป็นอำนาจของพระมหากษัตริย์ภายใต้คำแนะนำของคณะรัฐมนตรี ยกเลิกการให้อำนาจเจ้าหน้าที่ทหารประกาศกฏอัยการศึกเฉพาะพื้นที่ รวมถึงรูปแบบในการประกาศ กรณีประกาศทั่วราชอาณาจักรและมีการประกาศสงครามต้องทำเป็นพระบรมราชโองการ 2) เงื่อนไขสถานการณ์ที่ต้องเขียนนิยามให้ชัดเจน ควรใช้กฏอัยการศึกเฉพาะยามสงครามหรือภาวะวิกฤตในลักษณะเดียวกัน 3) กำหนดระยะเวลาในการประกาศกฏอัยการศึกให้ชัดเจน รวมถึงกรณีของการขยายระยะเวลา และ 4) การควบคุมตรวจสอบในเบื้องต้นโดยเฉพาะการตรวจสอบทางการเมืองโดยรัฐสภา เงื่อนไขเหล่านี้ควรบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญเพื่อเป็นกรอบในการบังคับใช้เช่นเดียวกับที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส

พร้อมกันนั้น ผู้เขียนเห็นสมควรให้ยกเลิกพระราชบัญญัติกฏอัยการศึกฯ และร่างพระราชบัญญัติกฏอัยการศึกขึ้นใหม่เพื่อกำหนดมาตรการเพิ่มเติมในรายละเอียดเมื่อมีการประกาศกฏอัยการศึก เช่น อำนาจของเจ้าหน้าที่ทหาร เขตอำนาจของศาลทหาร รวมถึงอาชญากรรมกลุ่มสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานที่มีอาจถูกระทบได้แม้ในช่วงที่มีการประกาศกฏอัยการศึก การยกเลิกมาตรา 16 ที่ห้ามมิให้เรียกร้อยค่าเสียหายหรือค่าปรับจากเจ้าหน้าที่ทหารในการปฏิบัติตามกฏอัยการศึก หรือ

---

<sup>83</sup> ม้าไม้เมืองทรอยในรัฐธรรมนูญ หมายถึง พระราชบัญญัติกฏอัยการศึกฯ ซึ่งกลายเป็นเครื่องมือในการรัฐประหารมากกว่าเป็นกฎหมายในยามวิกฤตตามรัฐธรรมนูญการที่รัฐธรรมนูญบัญญัติรับรองให้ใช้พระราชบัญญัติกฏอัยการศึกฯ จึงนำไปสู่การทำลายรัฐธรรมนูญ ดู วรเจตน์ ภาคีรัตน์, คำสอนว่าด้วยรัฐและหลักกฎหมายมหาชน, พิมพ์ครั้งที่ 3, แก้ไขเพิ่มเติม (กรุงเทพมหานคร: อานกฏหมาย, 2564), น. 427.

หากทำได้ผู้เขียนมองเลยไปกว่าการแก้ไขเฉพาะกฏอัยการศึก โดยให้นำกฎหมายในสถานการณ์ไม่ปกติมาจัดทำในลักษณะบูรณาการเป็นประมวลกฎหมายป้องกันประเทศหรือประมวลกฎหมายความมั่นคงโดยพิจารณาพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548 และพระราชบัญญัติความมั่นคงภายในราชอาณาจักร พ.ศ. 2551 มาจัดลำดับความรุนแรงของสถานการณ์และมาตรการที่บังคับใช้ให้มีความเป็นระบบและลดการซ้ำซ้อนอาจเป็นอีกทางเลือกหนึ่งในการปรับปรุงกฎหมายความมั่นคง

นอกจากข้อเสนอแก้ไขปัญหาเฉพาะเจาะจงไปที่กฏอัยการศึกข้างต้นแล้ว เมื่อพิจารณาภาพรวมของกฎหมายความมั่นคงหรือกฎหมายในสถานการณ์ไม่ปกติทั้งระบบแล้ว หากสามารถนำกฎหมายในสถานการณ์ไม่ปกติทั้งหมดมาจัดลำดับทั้งบทนิยามและมาตรการใช้บังคับตามความรุนแรงของสถานการณ์ให้เป็นระบบ ลดความซ้ำซ้อนและทับซ้อนระหว่างกฎหมายความมั่นคงด้วยกันเองทั้งกฎหมายว่าด้วยกฏอัยการศึกและกฎหมายในสถานการณ์ฉุกเฉินซึ่งการตรากฎหมายนี้โดยฝ่ายนิติบัญญัติจะทำให้กฎหมายมีความเหมาะสมกับระบอบการปกครองที่ใช้อยู่ในปัจจุบัน ทั้งยังเป็นไปตามหลักเกณฑ์การตรากฎหมายที่จำกัดสิทธิเสรีภาพโดยผู้แทนประชาชน<sup>84</sup> คล้ายกับพระราชบัญญัติภัยพิบัติพลเรือนของประเทศอังกฤษที่ได้กำหนดสถานการณ์และมาตรการแต่ละระดับไว้แล้ว อย่างไรก็ดี นอกจากในส่วนของการเปลี่ยนรูปแบบกฎหมายให้เข้ากับระบอบการปกครองแล้วยังต้องปรับเปลี่ยนความสัมพันธ์ระหว่างพลเรือนและทหาร เนื่องจากประเทศที่เป็นประชาธิปไตยล้วนแต่นำหลักพลเรือนเหนือทหารมาใช้ทั้งสิ้น (Civilian Control of the Military, Civilian Supremacy) เพื่อป้องกันการแทรกแซงทางการเมืองของทหาร ผู้เขียนเชื่อว่ากฏอัยการศึกจะเป็นกฎหมายในสถานการณ์ไม่ปกติที่มีความสมดุลทั้งรักษาความมั่นคงของรัฐและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนไปพร้อม ๆ กัน

## 6.6 บทสรุป

จากการศึกษานโยบายที่เห็นว่าด้วยกฏอัยการศึกและพัฒนาการทางประวัติศาสตร์ พอจะสรุปได้ว่า กฏอัยการศึกเป็นระบบกฎหมายพิเศษอย่างหนึ่งที่ปรากฏขึ้นในภาวะวิกฤตแทนที่กฎหมายในระบบปกติซึ่งไม่สามารถแก้ไขสถานการณ์ได้ โดยการให้อำนาจเจ้าหน้าที่ทหารเข้ามาปฏิบัติหน้าที่เป็นหลักภายในระยะเวลาจำกัดเพื่อนำความปกติกลับสู่รัฐ เป็นไปได้ที่ในบางสถานการณ์กฏอัยการศึกอาจเป็นมากกว่ากฎหมายในยามสงคราม แต่เป็นการรวมศูนย์อำนาจการปกครอง เป็นการสร้าง

<sup>84</sup> รายละเอียดในหัวข้อ 2.3.2 การจำกัดสิทธิและเสรีภาพ

ระบอบปกครองขึ้นภายในภาวะฉุกเฉินในลักษณะที่เรียกว่า “regime of the martial law” ระบอบการปกครองที่จำเป็นต้องมีขึ้นเพื่อควบคุมสถานการณ์วิกฤต และกฎอัยการศึกนี้ก็มีพัฒนาการมาเป็นลำดับเช่นเดียวกับพัฒนาการของรัฐ กล่าวคือ กฎอัยการศึกในช่วงแรกยังมีความยืดหยุ่นและไม่ชัดเจนในเจตนาของการใช้อำนาจเท่าที่ควร แต่ในยุคเสรีประชาธิปไตย กฎอัยการศึกเป็นส่วนหนึ่งของกลไกจัดการสถานการณ์วิกฤตของรัฐธรรมนูญ เป็นระบบจัดการสถานการณ์ไม่ปกติที่อยู่ภายใต้รัฐธรรมนูญ และกรอบนิติรัฐอันไม่อาจละเลยหลักสิทธิมนุษยชนได้ ทั้งนี้ ลักษณะเฉพาะของกฎอัยการศึกที่ผู้เขียนค้นพบได้แก่ 1. ความคลุมเครือ เนื่องจากเป็นกฎหมายที่มีความเกี่ยวข้องกับสถานการณ์และการตัดสินใจ 2. การปรากฏตัวเฉพาะในยามจำเป็นในลักษณะของภาวะสงครามและดำรงอยู่ในระยะเวลาจำกัด 3. เมื่อประกาศใช้แล้วเจ้าหน้าที่ทหารจะมีอำนาจในการปฏิบัติหน้าที่เหนือฝ่ายพลเรือน รวมถึงอำนาจของศาลทหาร และ 4. มีลักษณะยกเว้นกฎหมายในระบบปกติซึ่งย่อมกระทบถึงสิทธิเสรีภาพของประชาชน

ในส่วนของพัฒนาการทางประวัติศาสตร์ของกฎอัยการศึกนี้ ผู้เขียนแบ่งเป็น 3 ยุค คือ **ยุคจาก Military Law ถึง Martial Law** เป็นยุคเริ่มต้นของกฎอัยการศึกซึ่งมีความสัมพันธ์และพัฒนาการมาจากกฎหมายทหาร แต่กฎหมายทั้ง 2 ประเภท ไม่ใช่กฎหมายเดียวกัน **ยุค Martial Law สู่อำนาจปรับใช้** ในยุคนี้จะมีการนำกฎอัยการศึกเพื่อใช้ในสถานการณ์ไม่ปกติที่หลากหลาย เช่น ใช้ในการลงโทษ ใช้ในการปกครอง รวมถึงเริ่มนำมาใช้กับพลเมืองในดินแดนอาณานิคม กระทั่งถึง **ยุคจาก Martial Law ถึง Emergency Law** ซึ่งเป็นยุคที่กฎอัยการศึกมีเจตนาและแนวทางการใช้ที่ชัดเจนขึ้นโดยเฉพาะในยามสงคราม และปรับตัวเกิดเป็นกฎหมายในสถานการณ์ฉุกเฉินเพื่อจัดการสถานการณ์ไม่ปกติอื่น ๆ ที่มีใช้ในระดับสงครามโดยมีจุดตัดที่แตกต่างในหลักการที่ว่า กฎอัยการศึกจะใช้เจ้าหน้าที่ทหารในการปฏิบัติการเป็นหลัก ทว่ากฎหมายในสถานการณ์ฉุกเฉินคือการจัดการสถานการณ์ไม่ปกติโดยใช้เจ้าหน้าที่พลเรือนเป็นหลักซึ่งเหมาะสมกับการจัดการสถานการณ์ไม่ปกติภายในประเทศมากกว่า อย่างไรก็ตาม ไม่ว่าจะเป็นอย่างใด กฎอัยการศึกหรือกฎหมายในสถานการณ์ฉุกเฉินต่างก็เป็นสภาวะยกเว้น (State of Exception) ที่มีการถกเถียงกันในหลายประเด็น สำหรับตัวผู้เขียนไม่ว่าสภาวะยกเว้นโดยสภาพจะมีลักษณะเป็นกฎหมายหรืออยู่นอกกฎหมายก็ตาม การปรากฏตัวของกฎอัยการศึกคือการนำสภาวะยกเว้นเข้ามาในแดนแห่งกฎหมาย เข้ามาเป็นระบบกฎหมายในสถานการณ์ไม่ปกติอันเป็นมาตรการตามรัฐธรรมนูญเพื่อปกป้องรัฐและระบอบการปกครองประชาธิปไตยที่มีใช้การใช้อำนาจยกเว้นตามอำเภอใจ

เมื่อพิจารณาศึกษาจากกฎอัยการศึกในระบบกฎหมายต่างประเทศโดยมุ่งเน้นไปที่ตัวบทกฎหมายและการปรับใช้กฎอัยการศึกพบว่า กฎอัยการศึกของประเทศฝรั่งเศส มีการบัญญัติกฎอัยการศึกเป็นลายลักษณ์อักษรไว้ในรัฐธรรมนูญและประมวลกฎหมายป้องกันประเทศ โดยกำหนด

เงื่อนไขและมาตรการใช้บังคับที่ค่อนข้างชัดเจน โดยเฉพาะให้ใช้ในกรณีเกิดสงครามหรือสภาวะ  
 ใกล้เคียง รวมถึงการบัญญัติกฎหมายความมั่นคงประเภทอื่นสำหรับใช้ในสถานการณ์ที่แตกต่างกัน  
 อย่างค่อนข้างเป็นระบบ แม้จะมีการแก้ไขและปรับปรุงบัญญัติว่าด้วยกฎอัยการศึกไว้ แต่กลับไม่ได้มี  
 การประกาศใช้แต่อย่างใด ยังคงเป็นกรณีของการใช้ประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินเสียมากกว่า  
 เจ้าหน้าที่พลเรือนยังคงสามารถจัดการกับสถานการณ์ฉุกเฉินต่าง ๆ ได้เองภายใต้การช่วยเหลือของ  
 เจ้าหน้าที่ทหาร ส่วนสาระสำคัญในรัฐธรรมนูญและประมวลกฎหมายป้องกันประเทศนั้น บัญญัติให้  
 กฎอัยการศึกเป็นอำนาจของประธานาธิบดีโดยคำแนะนำของคณะรัฐมนตรี โดยประกาศใช้ได้ไม่เกิน  
 12 วัน หากเกินกว่านี้ต้องได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภา และแม้ศาลจะไม่อาจก้าวล่วงตรวจสอบ  
 ดุลพินิจในการพิจารณาถึงความจำเป็นในขณะประกาศ กฎอัยการศึกก็ตาม แต่ศาลสามารถตรวจสอบ  
 ในทางเนื้อหาและเงื่อนไขในการประกาศ ตลอดจนตรวจสอบการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ซึ่งใช้  
 อำนาจตามกฎหมายอัยการศึกได้

เช่นเดียวกันกับประเทศอังกฤษ แม้จะมีได้มีกฎอัยการศึกเป็นลายลักษณ์อักษร ทว่าไม่  
 อาจปฏิเสธแนวคิดความจำเป็นคือบ่อเกิดแห่งกฎหมาย กล่าวคือ กฎอัยการศึกอาจประกาศใช้ขึ้นมา  
 ได้เมื่ออยู่ในสภาวะจำเป็น แต่โดยปกติจะใช้เป็นพระราชบัญญัติภัยพิบัติในบางสถานการณ์ ซึ่งใน  
 พระราชบัญญัตินี้ได้จัดลำดับสถานการณ์ไม่ปกติในระดับต่าง ๆ พร้อมมาตรการแก้ไขสถานการณ์ที่  
 แตกต่างกันไปตามระดับความรุนแรง ซึ่งค่อนข้างมีความครอบคลุมต่อสถานการณ์ที่หลากหลายไว้ใน  
 พระราชบัญญัติเดียวกัน จึงไม่จำเป็นต้องตรากฎหมายว่าด้วยกฎอัยการศึกขึ้นใหม่ แต่เปลี่ยนรูปโฉม  
 ให้เป็นกฎหมายในสถานการณ์ฉุกเฉินแทนซึ่งเข้ากับยุคสมัยมากกว่า โดยมีการกำหนดเงื่อนไข  
 สถานการณ์ ผู้มีอำนาจประกาศ กำหนดระยะเวลาและมีการควบคุมตรวจสอบเช่นเดียวกับของ  
 ประเทศฝรั่งเศส แม้ว่ารูปแบบของซีวิลลอว์และคอมมอนลอว์จะแตกต่างกันอยู่บ้าง ทว่าการบังคับใช้  
 กฎอัยการศึกเป็นไปในทิศทางเดียวกัน คือ กฎอัยการศึกกลายเป็นกฎหมายในยามสงครามหรือยาม  
 จำเป็นที่สุดซึ่งมีแนวโน้มที่จะบังคับใช้น้อยลง โดยใช้กฎหมายในสถานการณ์ฉุกเฉินโดยเจ้าหน้าที่  
 พลเรือนจัดการสถานการณ์ไม่ปกติเป็นหลักมากกว่า

เมื่อกลับมาพิจารณากฎอัยการศึกในระบบกฎหมายไทย ในส่วนของพัฒนาการนั้นนับว่า  
 มีความใกล้เคียงกับกฎอัยการศึกในโลกตะวันตก กล่าวคือ ก่อนกฎอัยการศึกจะถือกำเนิดขึ้น กฎหมาย  
 ที่มีลักษณะใกล้เคียงกันคือ กฎหมายทหารซึ่งบังคับในยามสงครามเฉพาะกับเหล่าทหาร กฎอัยการศึก  
 ฉบับแรกของไทย คือ กฎอัยการศึก ร.ศ. 126 ในสมัยรัชกาลที่ 5 ซึ่งถอดแบบมาจากรัฐธรรมนูญว่าด้วย  
 กฎอัยการศึกของประเทศฝรั่งเศส ฉบับลงวันที่ 9 สิงหาคม 1849 ก่อนจะร่างขึ้นใหม่ในรัชกาลที่ 6 คือ  
 พระราชบัญญัติกฎอัยการศึก พระพุทธศักราช 2457 และใช้มาจนถึงปัจจุบัน ดังนั้นอาจกล่าวได้ว่า  
 พระราชบัญญัติกฎอัยการศึกฯ นี้ เป็นกฎหมายเก่าตั้งแต่สมัยสมบูรณาญาสิทธิราชย์ที่ตกทอดมาสู่

ยุคประชาธิปไตย ซึ่งอาจเป็นส่วนหนึ่งที่ทำให้กฎอัยการศึกและรัฐธรรมนูญได้มีความสอดคล้องกัน ทั้งรัฐธรรมนูญของไทยได้มีการวางกลไกจัดการสถานการณ์ไม่ปกติอย่างจริงจัง มีเพียงการบัญญัติถึงการประกาศกฎอัยการศึกให้เป็นไปตามเงื่อนไขในพระราชบัญญัติกฎอัยการศึก ฯ ซึ่งเสมือนการนำกฎหมายเกณฑ์ใส่ไว้ในรัฐธรรมนูญอย่างง่ายดาย การใช้กฎอัยการศึกให้เหมาะสมกับยุคสมัยปัจจุบันจึงทำได้ยาก ผู้เขียนพบปัญหาในพระราชบัญญัติกฎอัยการศึกฯ ตั้งแต่การบัญญัติเงื่อนไขการประกาศใช้ การขาดกำหนดระยะเวลา การไร้ซึ่งการควบคุมตรวจสอบในทุกรูปแบบ รวมถึงปัญหาการปรับใช้กฎอัยการศึกที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายเพื่อการรัฐประหาร ปัญหาเหล่านี้ผู้เขียนจะนำเสนอทีละประเด็น ดังนี้

ในประเด็นปัญหาความสัมพันธ์ระหว่างกฎอัยการศึก รัฐธรรมนูญและการรัฐประหาร ในประเทศไทย เป็นปัญหาที่เราต้องทำความเข้าใจให้ชัดเจนว่า กฎอัยการศึกและรัฐธรรมนูญ อาจมี 2 ฐานะ กล่าวคือ กฎอัยการศึกในฐานะเป็นกลไกหรือระบบกฎหมายในสถานการณ์วิกฤตตามรัฐธรรมนูญเพื่อป้องกันความมั่นคงของรัฐและความปลอดภัยของประชาชนในยามสงคราม มีความชอบด้วยรัฐธรรมนูญภายใต้กรอบนิติรัฐและไม่ละเลยซึ่งหลักสิทธิมนุษยชน อันเป็นแนวคิดและการปรับใช้กฎอัยการศึกในแบบสากลที่อารยประเทศยึดถือปฏิบัติ ส่วนความสัมพันธ์ระหว่างกฎอัยการศึกกับรัฐธรรมนูญในฐานะเครื่องมือรัฐประหาร เป็นการบังคับใช้กฎอัยการศึกเพื่อช่วงชิงอำนาจในการปกครอง ในฐานะนี้มิใช่การป้องกันรัฐจากสถานการณ์ฉุกเฉิน ทว่าเป็นการสร้างสถานการณ์ฉุกเฉินเพื่อล้มล้างรัฐธรรมนูญและระบอบการปกครอง นำไปสู่การก่อตั้งระบอบใหม่ นอกเหนือรัฐธรรมนูญ การรัฐประหารจึงปฏิเสธไม่ได้ถึง “ความไม่ชอบด้วยกฎหมาย ทำลายระบอบประชาธิปไตย ละทิ้งหลักนิติรัฐและละเลยซึ่งหลักสิทธิมนุษยชน” ในความเป็นจริงรัฐธรรมนูญจะมีกฎอัยการศึกในฐานะที่ล้มล้างตนเองมิได้ แต่ปัญหาอาจมาจากช่องว่างของกฎหมายและการปรับใช้กฎหมายมากกว่า ซึ่งประเทศไทยมีปัญหาการประกาศใช้กฎอัยการศึกเพื่อการรัฐประหาร ดังนั้นประเทศไทยต้องตั้งแนวความคิดให้ชัดเจนว่า กฎอัยการศึกที่ควรจะเป็นคือ ในฐานะกลไกจัดการสถานการณ์ไม่ปกติอันเป็นส่วนหนึ่งของรัฐธรรมนูญที่ไ้ยามสงคราม

ประเด็นปัญหาสถานะทางกฎหมายของการ “ประกาศกฎอัยการศึก” เมื่อพิจารณาการใช้อำนาจบริหารตามรัฐธรรมนูญในยามเกิดสถานการณ์วิกฤต ซึ่งเป็นการกระทำในยามสงคราม อันเกี่ยวข้องด้วยความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ มีความเป็นการเมืองในทางนโยบายและการตัดสินใจของรัฐบาลว่า มีความจำเป็นในภาวะสงครามหรือสภาวะที่ไม่อาจใช้มาตรการอื่นได้ ความเป็นการเมืองและเกี่ยวข้องกับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศนี้เองล้วนสอดคล้องกับแนวคิดที่ว่าด้วยการกระทำทางรัฐบาลในหลายประเทศ ทั้งแนวคิดการกระทำทางรัฐบาล (Acte de gouvernement) ของฝรั่งเศส ทฤษฎีปัญหาในทางการเมือง (Theory of Political Questions) ของสหรัฐอเมริกา รวมถึงแนวคิด

การกระทำของรัฐ (Act of State) ของอังกฤษ การประกาศกฎอัยการศึกจึงเป็นการกระทำทางรัฐบาล ทั้งการประกาศกฎอัยการศึกเป็นการอาศัยอำนาจตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดในลักษณะของการอนุญาตให้ประเทศเข้าสู่สภาวะยกเว้นยอมเป็นการกระทำในทางรัฐบาลอันไม่อยู่ภายใต้อำนาจการตรวจสอบโดยองค์กรตุลาการ และจากปัญหาสถานะในทางกฎหมายนี้ นำไปสู่การพิจารณาบทบัญญัติในพระราชบัญญัติกฎอัยการศึกฯ มาตรา 4 ให้อำนาจผู้บังคับบัญชาทหารมีอำนาจประกาศได้ ซึ่งไม่สอดคล้องกับเนื้อหาแห่งการกระทำทางรัฐบาลและบริบทสังคมประชาธิปไตย ทั้งยังอาจเป็นช่องทางให้ใช้กฎอัยการศึกโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายเพื่อรัฐประหาร จึงสมควรยกเลิกบทบัญญัติที่ให้อำนาจเจ้าหน้าที่ทหารประกาศกฎอัยการศึกเฉพาะพื้นที่และควรให้การประกาศกฎอัยการศึกเป็นอำนาจของพระมหากษัตริย์ภายใต้คำแนะนำของรัฐบาลเท่านั้น

ปัญหาข้างต้นนี้สะท้อนให้เห็นว่า พระราชบัญญัติกฎอัยการศึก ฯ ยังขาดความชัดเจนและไม่สอดคล้องกับบริบทปัจจุบัน ไม่ว่าจะกรณีผู้มีอำนาจในการประกาศ รูปแบบการประกาศ รวมถึงการกำหนดเงื่อนไขสถานการณ์ในการประกาศกฎอัยการศึกควรมีความชัดเจนว่า อยู่ในสภาวะสงครามหรือสถานการณ์รุนแรงที่ใกล้เคียงกัน ทั้งจากแนวโน้มในปัจจุบันการจัดการสถานการณ์ฉุกเฉินภายในประเทศนิยมใช้กฎหมายในสถานการณ์ฉุกเฉินเป็นหลัก ไม่ว่าจะกรณีการจลาจลภัยธรรมชาติหรือภัยความมั่นคงด้านอื่น และให้เจ้าหน้าที่พลเรือนปฏิบัติหน้าที่ซึ่งเหมาะสมมากกว่าการใช้กำลังทหารและศาลทหาร จึงควรนิยามเงื่อนไขสถานการณ์ที่ประกาศใช้กฎอัยการศึกให้ชัดเจนว่าใช้ในยามสงครามหรือสถานการณ์ใกล้เคียง แยกจากการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉิน เพื่อลดความซ้ำซ้อนในการใช้กฎหมายความมั่นคงและการใช้กฎหมายอย่างบิดผันไม่ตรงตามเจตนารมณ์

ส่วนกรณีปัญหาการควบคุมตรวจสอบการบังคับใช้กฎอัยการศึกซึ่งเป็นเรื่องสำคัญแต่กฎอัยการศึกของไทยทั้งในระดับรัฐธรรมนูญและพระราชบัญญัติมิได้บัญญัติไว้เลย แม้กระทั่งการควบคุมโดยระยะเวลา ควรมีกำหนดระยะเวลาเพื่อมิให้ประกาศใช้กฎอัยการศึกนานเกินความจำเป็นอันอาจนำไปสู่การใช้กฎหมายในสถานการณ์ไม่ปกติแบบถาวร การตรวจสอบในทางการเมืองโดยรัฐสภาอันเหมาะสมในการตรวจสอบการกระทำทางรัฐบาลเป็นสิ่งที่ควรมี และหลายประเทศบัญญัติในส่วนนี้ไว้ รวมถึงกรณีการตรวจสอบโดยองค์กรตุลาการในส่วนของความชอบด้วยเงื่อนไขในลักษณะตรวจสอบเชิงรูปแบบ ส่วนการตรวจสอบการใช้อำนาจหลังประกาศใช้กฎอัยการศึก การปฏิบัติตามกฎหมายหรือคำสั่งของเจ้าหน้าที่ทหารควรตรวจสอบได้ ตลอดจนการเยียวยาผู้เสียหายในกรณีเกิดจากการใช้อำนาจโดยมิชอบ รวมถึงการนำหลักสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ โดยเฉพาะตราสาร ICCPR เข้ามาช่วยควบคุมการใช้อำนาจในส่วนของจำกัดสิทธิบางประการที่ทำได้และทำไม่ได้ เนื่องจากกฎอัยการศึกเป็นกฎหมายที่มีคำสั่งหรือการปฏิบัติหน้าที่ที่อาจกระทบถึงสิทธิเสรีภาพของประชาชน จึงไม่อาจใช้พร่ำเพรื่อและทำให้ประชาชนได้รับผลกระทบเกินความจำเป็น

เมื่อพิจารณาข้อมูลว่าด้วยกฎอัยการศึกทั้งในทางข้อความคิดเชิงทฤษฎีและการพิจารณากฎหมายและการบังคับใช้กฎอัยการศึกทั้งของไทยและต่างประเทศ ผู้เขียนเห็นว่าพระราชบัญญัติกฎอัยการศึก พ.ศ. 2457 ของประเทศไทยไม่เหมาะสมที่จะใช้บังคับในปัจจุบัน เนื่องจากการบัญญัติกฎหมายดังกล่าวมิได้อยู่บนพื้นฐานของการปกครองในระบอบประชาธิปไตยที่จะคำนึงถึงคุณค่าแห่งนิติรัฐหรือคุณค่าในสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชน นำไปสู่ปัญหาการบังคับใช้กฎอัยการศึกที่ง่ายต่อการใช้อำนาจอย่างบิดผันนำไปสู่การใช้กฎอัยการศึกเพื่อการรัฐประหารอันเป็นการประกาศกฎอัยการศึกที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายบ่อยครั้งในประเทศไทย จึงจำเป็นต้องยกเลิกพระราชบัญญัติกฎอัยการศึก พ.ศ. 2457 อย่างไรก็ดีผู้เขียนก็ไม่อาจปฏิเสธถึงความจำเป็นของกฎอัยการศึกในฐานะกฎหมายในยามสงครามหรือในฐานะของมาตรการสุดท้ายในสถานการณ์ฉุกเฉินตามรัฐธรรมนูญสำหรับป้องกันประเทศ แม้ในขณะที่พิจารณานี้การใช้กฎอัยการศึกดูไม่มีความจำเป็นก็ตาม แต่ในอนาคตอันไม่แน่นอนเราไม่สามารถยืนยันได้ว่าจะมีสงครามเกิดขึ้นอีกหรือไม่ ทั้งในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 รวมถึงรัฐธรรมนูญในหลายประเทศยังคงมีบทบัญญัติว่าด้วยการประกาศสงครามไว้เพราะเราไม่อาจวางใจอนาคตได้ ทางที่ดีจึงควรออกแบบกลไกหรือระบบกฎหมายในสถานการณ์ไม่ปกติไว้ให้เป็นระบบและมีความเหมาะสมกับยุคสมัย

ดังนั้น ผู้เขียนเห็นว่าอนาคตกฎอัยการศึกในระบบกฎหมายไทย ควรมีการจัดทำพระราชบัญญัติกฎอัยการศึกฉบับใหม่ขึ้นมาภายใต้กระบวนการประชาธิปไตย รวมทั้งการบัญญัติกฎอัยการศึกไว้ในรัฐธรรมนูญให้มีความสอดคล้องกันในฐานะระบบกฎหมายในสถานการณ์วิกฤตอันเป็นส่วนหนึ่งของรัฐธรรมนูญมิใช่การยกเว้นหรืออยู่เหนือกว่ารัฐธรรมนูญเช่นเดียวกับแนวทางของประเทศฝรั่งเศส โดยการบัญญัติในรัฐธรรมนูญอย่างน้อยที่สุดต้องระบุถึงผู้มีอำนาจประกาศกฎอัยการศึก ซึ่งจากการศึกษาได้ข้อสรุปแล้วว่า เป็นอำนาจของพระมหากษัตริย์ภายใต้คำแนะนำของคณะรัฐมนตรี มิให้เจ้าหน้าที่ทหารมีอำนาจประกาศอีกต่อไป ภายใต้เงื่อนไขของสภาวะสงครามหรือสถานการณ์วิกฤตในทำนองเดียวกัน ต้องกำหนดระยะเวลาในการประกาศไว้ให้ชัดเจนเพื่อมิให้มีการดำรงสถานะความไม่ปกตินี้ไว้นานจนกลายเป็นสภาวะปกติ ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าไม่ควรเกินกว่า 30 วัน เพราะสามารถขยายระยะเวลาได้อยู่แล้ว ส่วนการตรวจสอบในทางการเมืองโดยรัฐสภาภายหลังการประกาศกฎอัยการศึกควรรายงานต่อรัฐสภาเพื่อขอความเห็นชอบภายในระยะเวลาที่กำหนดหรือขอความเห็นชอบกรณีของการต่อระยะเวลา รวมถึงกรณีของการตรวจสอบโดยองค์กรตุลาการในส่วนของความชอบด้วยกฎหมายของการประกาศกฎอัยการศึก อันเป็นการตรวจสอบในทางรูปแบบรวมถึงการตรวจสอบการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ทหาร หากเป็นการใช้อำนาจโดยมิชอบหรือกระทำโดยไม่มีอำนาจย่อมตรวจสอบและเยียวยาประชาชนผู้ได้รับผลกระทบได้ ส่วนรายละเอียดการใช้อำนาจและข้อจำกัดในพระราชบัญญัติกฎอัยการศึก เช่น อำนาจของเจ้าหน้าที่ทหาร เขตอำนาจของศาลทหาร

ตลอดจนบทบัญญัติคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานอันเป็นหัวใจสำคัญแห่งสิทธิอาจเขียนรับรองไว้ในกฎหมายมิให้มีการละเมิดแม้ในสถานการณ์ฉุกเฉินก็ได้ โดยอิงตามมาตรฐานของ ICCPR ข้อ 4 ทั้งหมดนี้เป็นข้อเสนอแนะจากการศึกษาของผู้เขียนด้วยความปรารถนาเป็นอย่างยิ่งว่า จะสามารถทำให้กฎอัยการศึกของไทยเป็นกฎหมายจัดการสถานการณ์วิกฤตมิใช่เครื่องมือรัฐประหารอีกต่อไป รวมถึงเป็นกฎหมายที่มีความสมดุลระหว่างการรักษาความมั่นคงของรัฐและการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนไปพร้อมกัน



## บรรณานุกรม

### หนังสือและบทความในหนังสือ

- กิตติศักดิ์ ปรกติ. การปฏิรูปกฎหมายไทยภายใต้อิทธิพลยุโรป. พิมพ์ครั้งที่ 4. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2556.
- เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์. หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชน. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2556.
- คริส เบเคอร์ และ ผาสุก พงษ์ไพจิตร. ประวัติศาสตร์ไทยร่วมสมัย. พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพมหานคร: มติชน, 2558.
- จรัญ โฆษณานันท์. กฎหมายกับสิทธิเสรีภาพในสังคมไทย เส้นขนานจาก 2475 ถึงปัจจุบัน. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์กลุ่มประสานงานศาสนาเพื่อสังคม, 2528.
- เจษฎา พรไชยา. พระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ของประเทศไทยกับประเทศอังกฤษ. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2556.
- ชาญวิทย์ เกษตรศิริ. “6 ตุลา กับสถานะทางประวัติศาสตร์การเมือง (ใหม่)” ใน ตุลา-ตุลา สังคม-รัฐไทยกับความรุนแรงทางการเมือง. พิมพ์ครั้งที่ 5. กรุงเทพมหานคร: มูลนิธิโครงการตำราสังคมศาสตร์และมนุษยศาสตร์, 2556.
- \_\_\_\_\_. “14 ตุลา: บันทึกประวัติศาสตร์” ใน ตุลา-ตุลา สังคม-รัฐไทยกับความรุนแรงทางการเมือง. พิมพ์ครั้งที่ 5. น. 63-66. กรุงเทพมหานคร: มูลนิธิโครงการตำราสังคมศาสตร์และมนุษยศาสตร์, 2556.
- ณัฐพล ใจจริง. กบฏบวรเดช: เบื้องแรกปฏิวัติสยาม 2475. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร: มติชน, 2560.
- ดิเรก ชัยนาม. ไทยกับสงครามโลกครั้งที่ 2. พิมพ์ครั้งที่ 4. นนทบุรี: ศรีปัญญา, 2549.
- เดือน บุนนาค. คำสอนชั้นปริญญาโททางการทูต: กฎหมายระหว่างประเทศพิศดาร การสงคราม. กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2478.
- เดือน บุนนาค และไพโรจน์ ชัยนาม. คำอธิบายกฎหมายรัฐธรรมนูญและกฎหมายเลือกตั้ง. พระนคร: นิตินิทัศน์, 2477.
- ทักษ์ เฉลิมเตียรณ. การเมืองระบบพ่อนอุปถัมภ์แบบเผด็จการ. พิมพ์ครั้งที่ 4. กรุงเทพมหานคร : มูลนิธิโครงการตำราสังคมศาสตร์และมนุษยศาสตร์, 2559.

- นราธิปพงศ์ประพันธ์. “คำชี้แจงเพิ่มเติมเกี่ยวกับการถอดศัพท์ปฏิวัติ, ปฏิรูป.” ใน รวมวิทยาการท่าน  
วรรณฯ. พระนคร: โอเดียนสโตร์, 2495.
- บรรเจิด สิงคะเนติ. หลักกฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมฝ่ายปกครอง. พิมพ์ครั้งที่ 5. กรุงเทพมหานคร:  
วิญญูชน, 2556.
- \_\_\_\_\_. หลักพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์. พิมพ์ครั้งที่ 3.  
กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2552.
- บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. กฎหมายมหาชนเล่ม 1 : วิวัฒนาการทางปรัชญาและลักษณะของกฎหมาย  
มหาชนยุคต่าง ๆ. พิมพ์ครั้งที่ 11. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย,  
2554.
- \_\_\_\_\_. กฎหมายมหาชนเล่ม 4 : รัฐ. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2560.
- บัณฑิต จันทรโรจนกิจ. ชีวประวัติรัฐธรรมนูญการปกครองและรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.  
2475-2520. เอกสารวิชาการหมายเลข 607. กรุงเทพมหานคร : โครงการเมธีวิจัยอาวุโส  
สกว, 2560.
- บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ. กฎหมายมหาชนเบื้องต้น. พิมพ์ครั้งที่ 4. กรุงเทพมหานคร: โครงการตำราและ  
เอกสารประกอบการสอนคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2562.
- ประเจิดอักษรลักษณ์, หลวง. กฎหมายรัฐธรรมนูญ: คำสอนชั้นปริญญาตรี. พระนคร: คณะนิติศาสตร์  
มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์และการเมือง, 2477.
- ประเสริฐ ฐ นคร. มั่งรายศาสตร์. พิมพ์เนื่องในงานพระราชทานเพลิงศพหลวงโหดฤทธิยานุพัทธ์  
(อาสา โหดระกิตย). กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์เสียงเชียงใหม่, 2514.
- ประเสริฐ ปัทมะสุคนธ์ และกลุ่มรัฐกิจเสรี. รัฐสภาไทยในรอบสี่สิบสองปี (2475-2517).  
กรุงเทพมหานคร: ห้างหุ้นส่วนจำกัด ช. ชุมชุมช่าง, 2517.
- ป๋วย อึ๊งภากรณ์. “ความรุนแรงและรัฐประหาร 6 ตุลาคม 2519” ใน ตุลา-ตุลา สังคม-รัฐไทยกับ  
ความรุนแรงทางการเมือง. พิมพ์ครั้งที่ 5. น. 127-128. กรุงเทพมหานคร: มูลนิธิโครงการ  
ตำราสังคมศาสตร์และมนุษยศาสตร์, 2556.
- ปรีดี พนมยงค์. คณะราษฎรกับการอภิวัฒน์ประชาธิปไตย 24 มิถุนายน. พิมพ์ครั้งที่ 2.  
กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์แม่คำฝาง, 2553.
- ปาลีรัฐ ศรีวรรณพฤกษ์. “สถานการณ์ที่ไม่ปกติในระบบกฎหมายฝรั่งเศส.” ใน รวมบทความกฎหมาย  
มหาชน publaw.net เล่ม 11. หน้า 416-417. กรุงเทพมหานคร: สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ,  
2556.

ปิยบุตร แสงกนกกุล. ศาลรัฐธรรมนูญ : ตลกาการ ระบอบเผด็จการ และนิติรัฐประหาร. นนทบุรี: ฟ้ายเดียวกััน, 2560.

พิชญ์ พงษ์สวัสดิ์. เผด็จการวิทยา. กรุงเทพมหานคร: มติชน, 2561.

พินัย ไชยแสงสุขสกุล และ อำนวย พรหมอนันต์. วิจัยพื้นฐาน เรื่อง กฎหมายแห่งอาณาจักรสยาม. กรุงเทพมหานคร: บริษัทสามเจริญพาณิชย์, 2537.

ไพโรจน์ ชัยนาม. คำอธิบายกฎหมายรัฐธรรมนูญเปรียบเทียบ เล่ม 1 ข้อความเบื้องต้นและหลักการทั่วไปของกฎหมายรัฐธรรมนูญ. กรุงเทพมหานคร: คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2495.

\_\_\_\_\_. สถาบันการเมืองและกฎหมายรัฐธรรมนูญ ภาค 1 ความนำทั่วไป. กรุงเทพมหานคร: คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2524.

รอง ศยามานนท์. ประวัติศาสตร์ไทยในระบอบรัฐธรรมนูญ. กรุงเทพมหานคร: ไทยวัฒนาพานิช, 2520.

ราชบัณฑิตยสถาน. พจนานุกรมศัพท์กฎหมายไทย พ.ศ. 2556. พิมพ์ครั้งที่ 4. กรุงเทพมหานคร: ราชบัณฑิตยสถาน, 2556.

รุ่ง แก้วแดง. สงครามและสันติสุข @ชายแดนภาคใต้. กรุงเทพมหานคร: มติชน, 2548.

วรเจตน์ ภาคีรัตน์. คำสอนว่าด้วยรัฐและหลักกฎหมายมหาชน. พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพมหานคร: อานกฎหมาย, 2564.

\_\_\_\_\_. ประวัติศาสตร์ความคิดนิติปรัชญา. กรุงเทพมหานคร : อานกฎหมาย, 2561.

วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. “การกระทำทางปกครอง.” ใน อาจารย์บุชา รวบรวมบทความทางวิชาการเนื่องในโอกาสครบรอบ 72 ปี ศาสตราจารย์ ดร. ออมร จันทรสมบูรณ์. กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2545.

\_\_\_\_\_. ข้อความคิดและหลักการพื้นฐานบางประการของกฎหมายปกครอง. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2562.

\_\_\_\_\_. ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับศาลปกครอง. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2544.

\_\_\_\_\_. สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2538.

วิชญ์ เครื่องาม. กฎหมายรัฐธรรมนูญ. พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพมหานคร: นิติบรรณาการ, 2530.

ศูนย์การศึกษากฎหมายปกครองเปรียบเทียบ สำนักงานศาลปกครอง. หลักกฎหมายปกครองฝรั่งเศส. กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์คุรุสภา, 2547.

- สมชาย ปรีชาศิลปกุล. นี่คือปณิธานที่หาญมุ่ง : ข้อถกเถียงว่าด้วยสถาบันพระมหากษัตริย์ในองค์กร  
จัดทำรัฐธรรมนูญของไทย ตั้งแต่ พ.ศ. 2475-2550. นนทบุรี: ฟ้าเดียวกัน, 2561.
- สมบัติ จันทรวงศ์. เจ้าผู้ปกครอง. กรุงเทพมหานคร: โครงการจัดพิมพ์คบไฟ, 2551.
- สมบัติ อารงธัญวงศ์. การเมืองการปกครองไทย: ยุคเผด็จการ-ยุคปฏิรูป. กรุงเทพฯ: เสมาธรรม, 2548.
- สมยศ เชื้อไทย. คำอธิบายหลักรัฐธรรมนูญทั่วไป. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร: โครงการตำราและ  
เอกสารประกอบการสอนคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2535.
- \_\_\_\_\_. หลักกฎหมายมหาชนเบื้องต้น. พิมพ์ครั้งที่ 14. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน , 2563.
- สมาหารหิตะคดี, ชุน. พจนานุกรมกฎหมาย. กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2549.
- สำนักงานโครงการพัฒนาแห่งสหประชาชาติประจำประเทศไทย. ความมั่นคงของมนุษย์ในปัจจุบัน  
และอนาคต. กรุงเทพมหานคร: ม.ป.ธ.
- สุชิน ตันติกุล. รัฐประหาร พ.ศ. 2490. กรุงเทพมหานคร: มติชน, 2557.
- สุเทพ อรรถการ. กฎหมายระหว่างประเทศกับการเมืองระหว่างประเทศ. กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์  
มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2515.
- สุทธิวาทนฤพุมิ, หลวง. คำบรรยายประวัติศาสตร์กฎหมาย ชั้นปริญญาโท. กรุงเทพมหานคร:  
มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2516.
- สุราชัย ยัมประเสริฐ. แผนชิงชาติไทย: ว่าด้วยรัฐและการต่อต้านรัฐสมัยจอมพล ป. พิบูลสงคราม  
ครั้งที่สอง (พ.ศ. 2491-2500). พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพมหานคร: 6 ตุลารำลึก, 2553.
- สุรชาติ บำรุงสุข. สังคมต้องรู้เรื่องทหาร: ทำไม-อย่างไร. กรุงเทพมหานคร: ศูนย์วิจัยและผลิตตำรา  
มหาวิทยาลัยเกริก, 2540, 2553.
- เสน่ห์ จามริก. การเมืองกับพัฒนาการรัฐธรรมนูญ. พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพมหานคร : มูลนิธิโครงการ  
ตำราสังคมศาสตร์และมนุษยศาสตร์, 2549.
- \_\_\_\_\_. “การเมืองไทยกับการปฏิวัติตุลาคม” ใน จาก 14 ถึง 6 ตุลา. พิมพ์ครั้งที่ 4. น. 13-18.  
กรุงเทพมหานคร: มูลนิธิโครงการตำราสังคมศาสตร์และมนุษยศาสตร์, 2551
- เสนีย์ ปราโมช, ม.ร.ว., กฎหมายสมัยอยุธยา. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2559.
- แสวง บุญเฉลิมวิภาส. ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย. พิมพ์ครั้งที่ 9. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2552.
- หยุด แสงอุทัย. คำบรรยายกฎหมายรัฐธรรมนูญ. พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพมหานคร:  
มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2515.
- \_\_\_\_\_. คำอธิบายรัฐธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2515. กรุงเทพมหานคร: นิติบรรณการ,  
2516.

..... แนวคำถามคำตอบรัฐธรรมนูญทั่วไปและรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย. พระนคร: นำเขียนการพิมพ์, 2513.

อัมพร ศรีไชยยันต์. กฎหมายเกี่ยวกับการป้องกันราชอาณาจักร. กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์กรมแผนที่ทหาร, 2513.

### บทความวารสาร

กนลา สุขพานิช. “ทฤษฎีความสัมพันธ์ระหว่างทหาร-พลเรือน กับข้อคิดและแนวทางในการศึกษา บทบาทของทหารในการพัฒนาทางการเมืองในประเทศไทย.” วารสารสังคมศาสตร์. ปีที่ 27. ฉบับที่ 1-2 (มีนาคม-กรกฎาคม 2533): 317-329.

เทพ บุญตานนท์. “พระราชบัญญัติกฏอัยการศึกกับการสร้างอำนาจพิเศษในกรอบรัฐธรรมนูญ” วารสารอักษรศาสตร์. ปีที่ 46. (มกราคม-มิถุนายน 2560)

ปรีชา นิติวรกุล. “กฏอัยการศึก.” บทบัญญัติ เล่มที่ 28. ตอนที่ 4. (2514): น. 857-861

ปิยบุตร แสงกนกกุล. “สภาวะยกเว้นในความคิดของ Giorgio Agamben.” วารสารฟ้าเดียวกัน. ปีที่ 8. ฉบับที่ 1. (มกราคม-กันยายน, 2554): 85-91.

พัชร์ นิยมศิลป์. “การจำกัดเสรีภาพการชุมนุมในประเทศไทย.” วารสารกฎหมาย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. ปีที่ 39. ฉบับที่ 1. (มีนาคม 2564): 44.

ภาณุวัฒน์ เกียรติชนา. “ระบบพลเรือนควบคุมกองทัพ: บททดสอบความมั่นคงของระบอบประชาธิปไตย.” รัฐสภาสาร ปีที่ 68. ฉบับที่ 1. (มกราคม – กุมภาพันธ์ 2563): 13-16.

รวินท์ ลีละพัฒนะ. “สถานการณ์ฉุกเฉินและอนุสัญญาสิทธิมนุษยชนยุโรป: ข้อยกเว้นที่ไม่ใช่เรื่องยกเว้น.” วารสารกฎหมายนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ปีที่ 32. ฉบับที่ 1. (มีนาคม 2557): 129.

วรชัย แสนสีระ. “จุดต่างแห่งอำนาจตามพระราชบัญญัติกฏอัยการศึก พระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉินและพระราชบัญญัติการรักษาความมั่นคงภายในราชอาณาจักร พ.ศ. 2557.” จลนिति. (พฤษภาคม-มิถุนายน 2553): 129-131

ศิโรตม์ คล้ามไพบูลย์. “การเมืองของความเป็นศัตรู: แง่คิดและปัญหาบางประการในความคิดทางการเมืองของ คาร์ล ชมิตท์.” รัฐศาสตร์สาร. ปีที่ 22. ฉบับที่ 1. (2543): 116-118.

สมเกียรติ วันทะนะ. “อำนาจของประเทศ.” วารสารสังคมศาสตร์และมนุษยศาสตร์ ปีที่ 40. ฉบับที่ 1. (2560): 14.

สุจิต บุญบงการ. “การแทรกแซงทางการเมืองของทหารไทย.” วารสารสังคมศาสตร์. ปีที่ 15. ฉบับที่

2. (เมษายน-มิถุนายน 2521): 29-30.

สุรชาติ บำรุงสุข. “การควบคุมโดยพลเรือน.” จุลสารความมั่นคง: ความสัมพันธ์พลเรือน-ทหาร ของไทย.

ฉบับที่ 9. (สิงหาคม 2549): 24-31.

\_\_\_\_\_. “ยุทธศาสตร์ประชาธิปไตยต่อกองทัพบไทย.” จุลสารความมั่นคง: ความสัมพันธ์

พลเรือน-ทหาร ของไทย. ฉบับที่ 9. (สิงหาคม 2549): 38.

ไสว ดวงมณี. “กฎอัยการศึก.” บทบัญญัติ. เล่มที่ 20. ตอนที่ 3. (กรกฎาคม, 2523): น. 505.

อรรถพล เมืองมิ่ง. “การจัดความสัมพันธ์ระหว่างพลเรือนและทหารที่ผิดพลาด จากรัฐประหารปี

2549 สู่รัฐประหารปี 2557: บทเรียนสู่สังคมไทยเพื่อการปฏิรูปกองทัพ.” วารสารรัฐศาสตร์

ปริทรรศน์ มหาวิทยาลัยเกษตรศาสตร์. ปีที่ 4. ฉบับที่ 2. (กรกฎาคม-ธันวาคม 2560): 83-

91.

อรรถสิทธิ์ สิทธิดำรง. “จากสภาวะยกเว้นถึงพระเจ้าแผ่นดิน : โทมัส ฮอบส์ในทฤษฎีการเมืองของคาร์ล

ชมิทท์.” รัฐศาสตร์สาร. ปีที่ 35. ฉบับที่ 3 (กันยายน-ธันวาคม, 2557): 53-73.

อุกฤษ มงคลนาวิน. “ความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน.” บทบัญญัติ. เล่มที่ 32.

ตอน 1. (2518): 13.

เอกบุญ วงศ์สวัสดิ์กุล. “นิติรัฐนิติธรรมกับเทศกาลบ้านเมืองในสถานการณ์ไม่ปกติในระบบกฎหมาย

ฝรั่งเศส.” วารสารรัฐธรรมนุญ. ปีที่ 18. เล่มที่ 53. (พฤษภาคม-สิงหาคม 2559): 278-279.

## วิทยานิพนธ์

กุลพล พลวัน. “ปัญหาการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนโดยสหประชาชาติ.” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะ

นิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2516.

จันทจิรา เอี่ยมมยุรา. “วิสาหกิจมหาชน (รัฐวิสาหกิจ) ในกฎหมายไทย: ศึกษาในเชิงประวัติศาสตร์

และเชิงวิเคราะห์ ข้อความคิด.” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์

มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2529.

ดุสิต ยมจินดา. “บทวิเคราะห์ว่าด้วยกฎหมายรักษาความมั่นคงภายในราชอาณาจักร.” วิทยานิพนธ์

มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553.

ทรงศักดิ์ รักศักดิ์สกุล. “การควบคุมฝ่ายปกครองในสถานการณ์ฉุกเฉิน.” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2549.

พรรณสิทธิ จอมศรี. “มาตรการตอบโต้ตามกฎหมายระหว่างประเทศ: วิเคราะห์บทบัญญัติที่เกี่ยวข้อง  
ในร่างข้อบ่งชี้ด้วยความรับผิดชอบของรัฐของคณะกรรมการกฤษฎีกาตามกฎหมายระหว่างประเทศ.”

วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2551.

วสันต์ ชมภูศรี. “การบังคับใช้พระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548  
กับการคุ้มครอง สิทธิและเสรีภาพของประชาชน.” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์  
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2559

วิลาวัลย์ ยี่ทอง. “บทบาทของรัฐบาลพลเรือนในการสร้างดุลยภาพความสัมพันธ์ระหว่างพลเรือนและ  
ทหาร ในกระบวนการพัฒนาประชาธิปไตย.” ดุษฎีนิพนธ์ คณะรัฐศาสตร์ จุฬาลงกรณ์  
มหาวิทยาลัย, 2556.

ศิริพร ไชยสุรยกานต์. “การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลในสถานการณ์พิเศษ.” วิทยานิพนธ์  
มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2553.

ศิโรตม์ คล้ามไพบูลย์. “ความคิดทางการเมืองของคาร์ล ชมิทท์ ความเป็นการเมือง สภาวะสมัยใหม่  
และเสรีประชาธิปไตย.” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะรัฐศาสตร์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์,  
2548.

สุเทพ เสนิวรงค์ ณ ออยุธยา. “กฎอัยการศึก.” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย,  
2521.

เสนีย์ พรหมวิวัฒน์. “โครงสร้างองค์กรและอำนาจหน้าที่ของศาลทหาร.” ดุษฎีนิพนธ์ คณะนิติศาสตร์  
มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2553.

เกื้อ เจริญราษฎร์. “มโนทัศน์ว่าด้วยความพอสมควรแก่เหตุ: ศึกษาพัฒนาการของหลักกฎหมายและ  
การปรับใช้ในศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีและศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกา.”  
วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2560.

## เอกสารประกอบการประชุม

สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา. "รายงานการประชุมสรุปผลการพิจารณาของคณะกรรมการศึกษา  
พระราชบัญญัติว่าด้วยการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ.2495." จัดโดย  
สำนักงานกฤษฎีกา, 2535.

## สื่ออิเล็กทรอนิกส์

- “กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง.” [http://www.rlpd.go.th/rlpdnew/images/rlpd\\_1/pdf/ICCPR\\_TH.pdf](http://www.rlpd.go.th/rlpdnew/images/rlpd_1/pdf/ICCPR_TH.pdf), 15 สิงหาคม 2562.
- จันจิรา สมบัติพูนศิริ. “กระบวนการประกอบสร้าง ‘ความมั่นคง’ (Securitization) : แนวคิดและตัวอย่าง.” <https://www.the101.world/securitization/>, 10 กุมภาพันธ์ 2563.
- ฐานความรู้หอสมุดรัฐสภา. “ลำดับเหตุการณ์ใน รวบรวมแถลงการณ์ ประกาศ คำสั่งกรณีรัฐประหาร 19 กันยายน 2549.” <https://library2.parliament.go.th/giventake/kpk.html>, 18 กันยายน 2563.
- ณัฐวุฒิ คล้ายขำ. “รับมือโควิดในฝรั่งเศส: ยกเลิกสถานการณ์ฉุกเฉินแล้ว ชุมชนประท้วงทำได้.” [https://ilaw.or.th/node/5726?fbclid=IwAR1qR5n9Zno7CFkm\\_Kn5YEoNJEWvvlIIdLd90CwBss6sDSMtD5tlqlz8c4](https://ilaw.or.th/node/5726?fbclid=IwAR1qR5n9Zno7CFkm_Kn5YEoNJEWvvlIIdLd90CwBss6sDSMtD5tlqlz8c4), 10 กรกฎาคม 2563.
- “ทนายสิทธิฯ ตั้ง 5 ข้อสังเกต ต่อประกาศ กอ.รมน. ให้ 'หนองจิก' เป็นพื้นที่ควบคุมพิเศษ.” ประชาไท. <https://prachatai.com/journal/2018/09/78783>, 9 เมษายน พ.ศ. 2564.
- ธนกฤต วรณชชากุล, “คำแถลงของประธานาธิบดีฝรั่งเศสต่อรัฐสภาฝรั่งเศสเพื่อต่อสู้กับสงครามการก่อการร้ายและประเด็นข้อกฎหมายที่น่าสนใจ.” <https://thaipublica.org/2015/11/thanakrit-vorathanatchakul-1>, 10 เมษายน 2564.
- ปิยบุตร แสงกนกกุล. “บทวิเคราะห์ พ.ร.ก.การบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ.2548.” [public-law.net, http://public-law.net/publaw/view.aspx?id=886](http://public-law.net/public-law.net/publaw/view.aspx?id=886), 15 ธันวาคม 2562.
- พรเพ็ญ คงขจรเกียรติ. “10 ปี กฎอัยการศึกในบริบทจังหวัดชายแดนภาคใต้ ตอนที่ 1.” <https://crcfthailand.org/2014/05/21>, 25 มีนาคม 2564.
- พรสันต์ เลี้ยงบุญเลิศชัย. “อ. จุฬาฯ มองรัฐประหารเมียนมา อยู่บนพื้นฐานทฤษฎีไม่เคารพกฎหมาย-เจตนาารมณ์ของรธน. อย่างแท้จริง.” [https://www.matichon.co.th/politics/news\\_2564934](https://www.matichon.co.th/politics/news_2564934), 30 มีนาคม 2564.
- ภัทรนันท์ ลิ้มอุตมพร. “จากศาสนาพุทธสู่รัฐไทย ไปถึงหมิ่นพระบรมเดชานุภาพ.” <https://prachatai.com/journal3/2017/08/72993>, 25 กุมภาพันธ์ 2563.
- มติชนสุดสัปดาห์. “เกิดอะไรขึ้นบ้างก่อน-หลังรัฐประหาร 19 ก.ย.49 จากปรากฏการณ์ไล่ทักษิณ ถึงผลไม้พิช คมช.” [https://www.matichonweekly.com/scoop/article\\_230466](https://www.matichonweekly.com/scoop/article_230466), 9 เมษายน 2563.

วรเจตน์ ภาคีรัตน์. สัมภาษณ์โดย ธิติ มีแต้ม. “ห้องเรียนนิติศาสตร์เพื่อราษฎร คาบที่ 1 : “รัฐประหาร เป็นเพียงระบบย่อยภายใต้ระบอบใหญ่ที่ตั้งชื่อไม่ได้.” <https://www.the101.world/worachet-interview-2019-01/>, 9 มกราคม 2562.

ยอดพล เทพลีธา. “ว่าด้วยรัฐธรรมนูญปดัยและรัฐประหาร.” ศูนย์ทนายความเพื่อสิทธิมนุษยชน. <https://tlhr2014.com/archives/2897>, 30 เมษายน 2564.

ศรันยา สีมา. “การควบคุมตรวจสอบคณะรัฐมนตรีโดยรัฐสภา ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560.” <https://library2.parliament.go.th/ebook/content-issue/2560/hi2560-059.pdf>, 10 กันยายน 2563.

ศูนย์ทนายความเพื่อสิทธิมนุษยชน. “10 ข้อควรรู้ ก่อนการประชุมทบทวนการบังคับใช้ ICCPR ของไทย ที่นครเจนีวา 13-14 มี.ค. 60.” <https://www.tlhr2014.com/?p=3659>, 15 สิงหาคม 2562.

สฤณี อาชวานันทกุล. “ลักษณะของรัฐประหารที่เป็นประชาธิปไตย.” [https://thaipublica.org/2014/09/democratic-coup/?fbclid=IwARTuRg-OngCFX\\_0fhEaxcw2\\_mG13Uu8eqC8bP9dMo3HL6rPp8ocVM1bQfxk](https://thaipublica.org/2014/09/democratic-coup/?fbclid=IwARTuRg-OngCFX_0fhEaxcw2_mG13Uu8eqC8bP9dMo3HL6rPp8ocVM1bQfxk), 10 เมษายน 2564.

สำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี. “มติคณะรัฐมนตรี เรื่องประกาศใช้กฎอัยการศึก เมื่อวันที่ 17 มกราคม พ.ศ. 2549.” [https://resolution.soc.go.th/?page\\_id=74&find\\_word=&start\\_date=17%2F01%2F2549&end\\_date=&book\\_number=&page\\_no=](https://resolution.soc.go.th/?page_id=74&find_word=&start_date=17%2F01%2F2549&end_date=&book_number=&page_no=), 8 เมษายน 2564.

สิทธิมนุษยชน. “สนธิสัญญาหลักด้านสิทธิมนุษยชน.” <http://humanrights.mfa.go.th/th/humanrights/obligation/international-human-rights-mechanism/>, 15 สิงหาคม 2562.

สุภลักษณ์ กาญจนขุนดี. “ดูการรัฐประหารเพื่อความมั่นคงของตัดมาดอร์.” <https://www.the101.world/tatmadaw/>, 20 มีนาคม 2564.

สุรชาติ บำรุงสุข. “2021: ทหารกับการเมืองอเมริกัน.” [https://www.matichonweekly.com/column/article\\_399955](https://www.matichonweekly.com/column/article_399955), 2 มีนาคม 2564.

อภิชัย กู้เมือง. “กฎอัยการศึก: บทวิเคราะห์มาตรการทางกฎหมายบางประการ.” <http://web.krisdika.go.th/pdfPage.jsp?type=act&actCode=265>, 12 ธันวาคม 2562.

อารยา สุขสม. “ปัญหาหลักประกันสิทธิและเสรีภาพของบุคคลภายใต้กฎอัยการศึก.” [http://www.senate.go.th/lawdatacenter/includes/FCKeditor/upload/Image/b/b36%20jun\\_2\\_4.pdf](http://www.senate.go.th/lawdatacenter/includes/FCKeditor/upload/Image/b/b36%20jun_2_4.pdf), 30 เมษายน 2562.

Amnesty International Thailand. “ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน. <https://www.amnesty.or.th/our-work/hre/what-udhr/>, 15 สิงหาคม 2562.

MGR Online. “แม้ว่า เหวอ แม่ทัพภาค 4 ประกาศกฎอัยการศึกเพิ่ม.” <https://mgronline.com/politics/detail/9480000152404>, 2 มีนาคม 2564.

The Matter. “เกิดอะไรขึ้นในพม่า? สรุปเหตุการณ์รัฐประหารของกองทัพพม่า หลังจับกุมองซาน ซูจี.” <https://thematter.co/brief/134555/>, 22 มีนาคม 2564.

THE STANDARD. “22 พฤษภาคม 2557 – ครบรอบ 6 ปี รัฐประหารโดย คสช.” <https://thestandard.co/onthisday220557>, 6 เมษายน 2564.

## เอกสารอื่น ๆ

เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์. รายงานการวิจัยเรื่อง การกระทำทางรัฐบาลศึกษากรณีเปรียบเทียบระหว่างประเทศไทย สาธารณรัฐฝรั่งเศส สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี สหรัฐอเมริกาและอังกฤษ. กรุงเทพมหานคร : บริษัทพี เพรส จำกัด, 2554.

มนัสวี อรชุนะกะ. ชุดการสอนวิชาการพัฒนามนุษย์ในบริบทโลก: หน่วยที่ 3 ความมั่นคงของมนุษย์. นนทบุรี : สำนักพิมพ์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, 2561.

รายงานการประชุมรัฐสภา พิจารณาร่างรัฐธรรมนูญหมวด 7, ครั้งที่ 21/2492, 24 มกราคม 2492: 542.

รายงานการประชุมสภาผู้แทนราษฎร, ครั้งที่ 8/2512, สมัยสามัญ, 3 กรกฎาคม 2512: 307-312.

รายงานการประชุมสภาผู้แทนราษฎร, ครั้งที่ 39/2475, สมัยสามัญ, 27 พฤศจิกายน 2475: 527.

รายงานการประชุมสภาร่างรัฐธรรมนูญ ครั้งที่ 68/2491, 8 ธันวาคม 2491: 2938.

หोजดหมายเหตุแห่งชาติ. เอกสารราชเลขาธิการรัชกาลที่ 6, กระทรวงกลาโหม ร.6 ก.2/12 เรื่อง พระราชบัญญัติกฎอัยการศึก (24 สิงหาคม 2457).

สมชาย เย็นสบาย. ชุดการสอนความคิดทางการเมืองและสังคม: รัฐบาลกับความมั่นคง. นนทบุรี: มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช.

สุรพล นิติไกรพจน์ และคณะ. รายงานวิจัยเรื่องหลักกฎหมายปกครองฝรั่งเศส. (กรุงเทพมหานคร: คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2545.

วิทยาลัยป้องกันราชอาณาจักร. “เอกสาร วปท. หมายเลข 008 คู่มือเรื่อง ความมั่นคงแห่งชาติ.” วิทยาลัยป้องกันราชอาณาจักร, 2554.

## BOOKS

- Albert Venn Dicey. Introduction to the Study of the Law of the Constitution. 10ed. London: Macmillan, 1959.
- A W Bradley and K D Ewing. Constitutional and Administrative Law. 14ed. England: Pearson Education Limited, 2007.
- Camaron Moore. Crown and Sword: Executive power and the use of force by the Australian Defence Force. Canberra: ANU Press, 2017.
- Carl Schmitt. Political Theology: Four Chapters on the Concept of Sovereignty. George Schwab tr: University of Chicago Press, 2006.
- Claude E Welch and Arthur K Smith. Military Role and Rule: perspectives on civil-military. Massachusetts: Duxbury Press, 1974.
- Clinton Black. History of Jamaica. London: Churchill Livingstone, 1998.
- Clinton L. Rossiter. Constitutional Dictatorship: Crisis Government in Modern Democracies. Princeton: Princeton University Press, 1948.
- David Dyzenhaus. "States of Emergency." in The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law. ed. Michel Rosenfeld and András Sajó. Oxford: Oxford University Press, 2012.
- Giorgio Agamben. State of Exception. Chicago : University of Chicago Press, 2005.
- H. S. Bhatia. Martial Law: Theory and Practice. New Delhi : Deep and Deep Publication, 1979.
- Joseph Chitty. A Treatise on the Law of the Prerogatives of the Crown; and the Relative Duties and Rights of the Subject. Butterworths, 1820.
- Lyndall Ryan. "Martial Law in the British Empire" in Violence, Colonialism and Empire in the Modern World. ed. Philip Dwyer and Amanda Nettelbeck. Cham: Springer International Publishing, 2018.
- Ole Wæver. Securitization and Desecuritization in On Security. eds. Ronnie D. Lipschutz. New York : Columbia University Press, 1995.
- Oren Gross. Law in Time of Crisis: Emergency Powers in Theory and Practice. New York: Cambridge University Press, 2006.

Paul Sieghart. The International Law of Human Right. Oxford: Clarendon Press, 1985.

Samuel P. Huntington. The Soldier and the State: The Theory and Politics of Civil-Military Relations. New York: Vantage Books, 1957.

William H. Rehnquist. All the Laws But One: Civil Liberties in Wartime. New York: Knopf, 1998.

Zagorski Paul W. Democracy VS. National security: civil-military relations in Latin America. Colorado: Lynne Rienner Publishers, 1992.

## ARTICLES

Anna Khakee. "Securing Democracy? A Comparative Analysis of Emergency Powers in Europe." Geneva Centre for the Democratic Control of Armed Forces (DCAF). Policy Paper –30. (2009): 6, 13, 16,18-19, 21-22, 27.

Charles Fairman. "The Law of Martial Rule." The American Political Science Review 22. no. 3. (August 1928): 592-596, 608

\_\_\_\_\_. "The Law of Martial Rule and the National Emergency." Harvard Law Review. Vol. 55. No. 8. (1942): 1268-1271.

Charles Townshend. "Martial Law: Legal and Administrative Problems of Civil Emergency in Britain and the Empire, 1800-1940." The Historical Journal. Vol. 25. No. 1 (March 1982): 170, 172-175, 177, 182, 187.

Cornelius P. Cotter. "Constitutionalizing Emergency Powers: The British Experience." Stanford Law Review. Vol. 5. No. 3. (April 1953): 398-400.

J. V. Capua. "Early History of Martial Law from the Fourteenth Century to the Petition of Right." Cambridge Law Journal. vol. 36. (April 1977): 152–173.

Harold C. Rolyea. "Martial Law and National Emergency." CRS Report for Congress. (January 2005): 4.

Herbert Marx. "The Emergency Power and Civil Liberties in Canada." McGILL LAW JOURNAL. vol. 16. No. 1 (1970): 46, 50.

- Khagesh Gautam. "Martial Law in India: The Deployment of Military under the Armed Forces Special Power Act, 1958." Southwestern Journal of International Law. 24. (2018): 120, 127.
- Mark Neocleous. "Martial Law to the War on Terror." New Criminal Law Review: An International and Interdisciplinary Journal. Vol. 10. No. 4 (2007): 493.
- \_\_\_\_\_. "Whatever Happened to Martial Law? Detainees and the Logic of Emergency." Radical Philosophy. 143 (May 2007): 13-18.
- Max Radin. "Martial law and State of Siege." California Law Review 30. no. 6 (September 1942): 636, 638, 640, 641.
- P. H. Liotta and Taylor Owen. "Why Human Security?." The Whitehead Journal of Diplomacy and International Relations. Vol VII. No. 1. (2006) : 38.
- R.B. Tewari. "Martial Law in England." The Indian Law Institute. Vol. 2. No. 1. (1959): 72, 75.
- V.D. Sebastian. "Martial Law and the Defence of Constitutional Order in India." Kerala University Law Review. (1971): 173, 175-177.
- William Feldman. "Theories of Emergency Powers: A Comparative Analysis of American Martial Law and the French State of Siege." Cornell International Law Journal 38. no. 3 (2005): 1013, 1022, 1025, 1027-1030, 1035-1038.
- W. S. Holdsworth. "Martial Law Historically Considered." The Law Quarterly Review. 117 (1902): 117-118, 128.

#### **ELECTTRONIC MEDIA**

- BBC NEWS. "Myanmar military extends martial law after bloodiest day since coup." <https://www.bbc.com/news/world-asia-56398001>, March 25, 2021.
- Cambridge Dictionary Online. <https://dictionary.cambridge.org/dictionary/English/martial>, May 12, 2019.
- David Dyzenhaus. "The Safety of the People is the Supreme Law," <https://newramblerreview.com/book-reviews/classics/the-safety-of-the-people-is-the-supreme-law>, November 19, 2020.

- Finlex. “Beredskapslag.” <https://finlex.fi/sv/laki/ajantasa/2011/20111552>, March 5, 2020.
- \_\_\_\_\_. “Lag om försvarstillstånd.” <https://www.finlex.fi/sv/laki/ajantasa/1991/19911083#L2>, March 5, 2020.
- Guide to Latin in International Law Online. <https://www.oxfordreference.com/view/10.1093/acref/9780195369380.001.0001/acref-9780195369380>, May 12, 2020.
- Hynes, Gregory. “Defence of the Realm Act (DORA).” [https://encycopedi.1914-1918-online.net/article/defence\\_of\\_the\\_realm\\_act\\_dora](https://encycopedi.1914-1918-online.net/article/defence_of_the_realm_act_dora), February 5, 2020.
- Jean-Claude Paye. “Sovereignty and the State of Emergency France and the United State.” <https://monthlyreview.org/2017/01/01/sovereignty-and-the-state-of-emergency>, April 10, 2021.
- “Ordonnance n° 2004-1374 du 20 décembre 2004 relative à la partie législative du code de la défense.” [https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do;jsessionid=AF18FA7332973A35E4683C7BFB190CCB.tplgfr27s\\_2?cidTexte=JORFTEXT00000238564&dateTexte=20041221](https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do;jsessionid=AF18FA7332973A35E4683C7BFB190CCB.tplgfr27s_2?cidTexte=JORFTEXT00000238564&dateTexte=20041221), May 5, 2020.
- Lovdata. “Lov om særlige rådgerder under krig, krigsfare og liknende forhold (beredskapsloven).” <http://www.lovdata.no/all/hl-19501215-007.html>, March 5, 2020.
- Melissa Crouch. “What martial law in Myanmar?.” <https://melissacrouch.com/2021/03/15/what-is-martial-law-in-myanmar/>, March 25, 2021.
- National Museum Australia. “Castle Hill Rebellion.” <https://www.nma.gov.au/defining-moments/resources/castle-hill-rebellion>, November 12, 2019.
- The International Justice Resource Center. “EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS.” <https://ijrcenter.org/european-court-of-human-rights/>, March 5, 2020.
- “The USA PATRIOT Act: Preserving Life and Liberty, Department of Justice.” <https://www.justice.gov/archive/ll/highlights.htm>, February 25, 2020.
- UK Parliament. “1714 Riot Act.” <https://www.parliament.uk/about/livingheritage/transformingsociety/electionsvoting/newport-rising/1839-newp-ris/riot-act-1714/>, June 15, 2020.

\_\_\_\_\_. “The Massacre of St George's Fields and the petition of William Allen.”  
<https://www.parliament.uk/business/committees/committees-a-z/commons-select/petitions-committee/petition-of-the-month/the-massacre-of-st-georges-fields-and-the-petition-of-william-allen-the-elder/>, June 15, 2020.



## ประวัติผู้เขียน

ชื่อ	นางสาวสิริญา แสงอำนาจ
วันเดือนปีเกิด	30 ตุลาคม 2533
วุฒิการศึกษา	ปีการศึกษา 2557: ครุศาสตรบัณฑิต (เกียรตินิยมอันดับหนึ่ง) จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ปีการศึกษา 2557: นิติศาสตรบัณฑิต มหาวิทยาลัยรามคำแหง ปีการศึกษา 2560: หลักสูตรวิชาว่าความรุ่นที่ 45 สำนักฝึกอบรมวิชาว่าความแห่งสหภาพนายความ ปีการศึกษา 2560: เนติบัณฑิตไทย สมัยที่ 70
ทุนการศึกษา	พ.ศ. 2563: ทุนสนับสนุนการทำวิทยานิพนธ์ จากสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ
ผลงานทางวิชาการ	สิริญา แสงอำนาจ. “กฎอัยการศึก : ว่าด้วยมโนทัศน์และความสัมพันธ์กับรัฐธรรมนูญในระบบ กฎหมายไทย.” วารสารรัฐสภาสาร. ปีที่ 69. ฉบับที่ 5 (กันยายน-ตุลาคม 2564). สิริญา แสงอำนาจ. “กฎอัยการศึก : ศึกษาโมทัศน์ สถานะ และการปรับใช้ในระบบกฎหมาย ไทยและระบบกฎหมายต่างประเทศ.” วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต (กฎหมาย มหาชน) คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2564.
ประสบการณ์ทำงาน	พ.ศ. 2557- ปัจจุบัน ครูสอนพิเศษระดับชั้น ประถมศึกษา-มัธยมศึกษา พ.ศ. 2560-ปัจจุบัน ทนายความอิสระ