

ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการประกาศใช้กฎอัยการศึก

พีรธรรม มั่งพล

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต
สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ปริธี พนมยงค์
มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์
พ.ศ.2564

**LEGAL ISSUES RELATED TO THE PROMULGATION OF
MARTIAL LAW**

PERATHUM MONGPHOL



A Thesis Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements

for the Degree of Master of Laws

Department of Law

Pridi Banomyong Faculty of Law, Dhurakij Pundit University

2021



ใบรับรองวิทยานิพนธ์

คณะนิติศาสตร์ปรีดี พนมยงค์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์

ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต

หัวข้อวิทยานิพนธ์ ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการประกาศใช้กฎอัยการศึก

เสนอ โดย นายพีรธรรม มั่งพล

สาขาวิชา นิติศาสตร์

หมวดวิชา กฎหมายมหาชน

อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ ศาสตราจารย์ ดร.ไพศิษฐ์ พิพัฒนกุล

ได้พิจารณาเห็นชอบโดยคณะกรรมการสอบวิทยานิพนธ์แล้ว


..... ประธานกรรมการ
(รองศาสตราจารย์ วรวิมล เทพทอง)


..... กรรมการและอาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์
(ศาสตราจารย์ ดร.ไพศิษฐ์ พิพัฒนกุล)


..... กรรมการและอาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ร่วม
(อาจารย์ ดร.จิรวุฒิ ลิปิพันธ์)


..... กรรมการ
(อาจารย์ ดร.มาโนช นามเดช)

คณะนิติศาสตร์ปรีดี พนมยงค์ รับรองแล้ว


..... คณบดีคณะนิติศาสตร์ปรีดี พนมยงค์

(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.สมชาย รัตนเชื้อสกุล)

วันที่ ๒ เดือน กรกฎาคม พ.ศ. ๒๕๕๕

หัวข้อวิทยานิพนธ์	ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการประกาศใช้กฎอัยการศึก
ชื่อผู้เขียน	พิรชธรรม มั่งพล
อาจารย์ที่ปรึกษา	ศาสตราจารย์ ดร.ไพศิษฐ์ พิพัฒนกุล
สาขาวิชา	นิติศาสตร์
ปีการศึกษา	2563

บทคัดย่อ

พระราชบัญญัติ กฎอัยการศึก พระพุทธศักราช 2457 เป็นกฎหมายที่ใช้บังคับมาแล้วเป็นเวลานาน และยังไม่ได้รับการแก้ไข ทั้งยังมีการใช้กฎหมายที่ซ้ำซ้อนกับกฎหมายความมั่นคงอื่นอยู่หลายฉบับ ซึ่งส่งผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชน รวมทั้งการรวมศูนย์อำนาจการตีความไว้ที่บุคคลเดียวโดยปราศจากการตรวจสอบ ทำให้ไม่สอดคล้องกับหลักเกณฑ์การปกครองระบอบประชาธิปไตย

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้จึงมีวัตถุประสงค์เพื่อศึกษา ความหมาย แนวความคิด ทฤษฎีเกี่ยวกับเงื่อนไข ทางกฎหมาย กระบวนการตรวจสอบการใช้อำนาจของผู้ประกาศใช้กฎอัยการศึก และการเยียวยาผู้ได้รับผลกระทบจากการใช้กฎอัยการศึก เพื่อเสนอแนะให้มีการปรับปรุงกฎหมายที่เกี่ยวกับการประกาศใช้กฎอัยการศึกให้ทันสมัย และสอดคล้องกับการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข

จากการศึกษาพบว่า ปัจจุบันการใช้กฎอัยการศึกตาม พระราชบัญญัติ กฎอัยการศึก พระพุทธศักราช 2457 ยังขาดหลักเกณฑ์ วิธีการ ขั้นตอน เงื่อนไข การใช้อำนาจของผู้ประกาศใช้กฎอัยการศึก อีกทั้งยังคงขาดมาตรการการเยียวยาประชาชนผู้ได้รับผลร้ายจากการประกาศใช้กฎอัยการศึกอย่างเป็นรูปธรรม ดังนั้นเพื่อให้เกิดความเข้าใจที่ตรงกัน และใช้กฎอัยการศึกให้ตรงตามเจตนารมณ์อันแท้จริงของกฎหมาย และเพื่อป้องกันการใช้กฎอัยการศึกในการแสวงหาประโยชน์โดยไม่ชอบอันอาจจะมีขึ้นในอนาคต จึงเห็นควรยกเลิกพระราชบัญญัติ กฎอัยการศึก พระพุทธศักราช 2457 และนำหลักการดังกล่าวมาบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ โดยปรับปรุงหลักเกณฑ์ วิธีการ ขั้นตอน เงื่อนไข การใช้อำนาจของผู้ประกาศใช้กฎอัยการศึก ตลอดจนมาตรการการเยียวยาประชาชนผู้ได้รับผลร้ายจากการประกาศใช้กฎอัยการศึก เช่นเดียวกับในต่างประเทศซึ่งมีแบบอย่างที่ดีกว่า และประเทศไทยสามารถนำมาปรับใช้เพื่อให้เหมาะสมได้

Thesis Title	Legal Issues Related to the Promulgation of Martial Law
Author	Perathum Mongphol
Thesis	Advisor Professor Dr. Paisit Pipatanakul
Department	Law
Academic	2020

ABSTRACT

The Martial Law Act, B.E. 2457 has been in force for a long time and still not fixed. It has also been used overlaps with many other state security law. Which may affect the rights and freedoms of the people including the centralization of interpretation power to a single person without examination would inevitably create a loophole and does not comply with the rules for the separation of sovereignty of Thailand.

The purpose of this thesis to study the meanings, concepts, theories about legal conditions, the process of examining the exercise of powers of the proclaimers of martial law. And remedies for those affected by martial law. To suggest the modernization of the law relating to the proclamation of martial law and in accordance with the democratic regime of government with the Constitutional Monarchy.

According to the study, it was found that currently, the use of martial law The Martial Law Act, B.E. 2457, still lacks rules, procedures, procedures, and conditions for exercising the powers of those who proclaim Martial Law. In addition, there is still a lack of concrete measures to remedy the people affected by the promulgation of martial law. In addition, the declaration of martial law in accordance with The Martial Law Act, B.E. 2457 is not consistent with the Democracy with a monarch as head of state. Therefore, in order to achieve the same understanding and implementing martial law in accordance with the true intent of the law and to prevent further exploitation of martial law. Therefore, The Martial Law Act, B.E. 2457 and bring the aforementioned principles into the constitution by revising the rules and procedures for declaring

the use of new martial law as well as in a foreign country which could be a better vote model for Thailand.



กิติกรรมประกาศ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จลุล่วงได้ด้วยความสำเร็จและความอนุเคราะห์อย่างยิ่งจากอาจารย์ที่ปรึกษา ศาสตราจารย์ ดร.ไพศิษฐ์ พิพัฒน์กุล ซึ่งกรุณาใช้เวลาอันมีค่า รับเป็นอาจารย์ที่ปรึกษา และให้คำแนะนำปรับปรุงวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จนแล้วเสร็จ ผู้เขียนจึงขอขอบพระคุณอาจารย์อย่างสูง ณ โอกาสนี้

ขอขอบพระคุณ รองศาสตราจารย์ วรวิทย์ เทพทอง ประธานกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ ดร. มาโนช นามเดช ดร.จิรวุฒิ ลิปิพันธ์ คณะกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ ซึ่งได้กรุณาเป็นกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ โดยให้คำแนะนำ และข้อคิดเห็นต่างๆที่เป็นประโยชน์ ตลอดจนช่วยแก้ไขข้อบกพร่องให้แก่ผู้เขียนจนทำให้วิทยานิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จลุล่วง

ขอขอบพระคุณ ศาสตราจารย์ ดร.สุนทร มณีสวัสดิ์ ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ปราโมทย์ ประจวบปัจฉิม ซึ่งท่านยังคงเมตตาให้กำลังใจ ตลอดจนความรู้ต่างๆ แก่ผู้เขียน จนทำให้วิทยานิพนธ์ฉบับนี้แล้วเสร็จ และขอขอบพระคุณ คุณ มะลิเอกริ เจ๊ะนิ กรรมการสภานายความภาค 9 และกรรมการบริหารศูนย์นิติธรรมสมานฉันท์สามจังหวัดชายแดนภาคใต้ และคุณ สุสนานี เจ๊ะนิ ทนายความประจำสำนักงานกฎหมาย ลาติฟทนายความ ที่สละเวลาให้สัมภาษณ์ และรวบรวมข้อมูลต่างๆ ผู้เขียนรู้สึกซาบซึ้งในความช่วยเหลือ และขอขอบพระคุณอย่างสูงจากใจจริง

ท้ายที่สุดนี้ขอขอบคุณเพื่อนนักศึกษา ครอบครัว และขอขอบคุณ เจ้าหน้าที่บัณฑิตวิทยาลัยที่เกี่ยวข้องทุกท่านซึ่งต่างก็ได้ให้คำแนะนำ และอำนวยความสะดวกในการดำเนินการจัดทำวิทยานิพนธ์จนสำเร็จลุล่วงด้วยดี ตลอดจนผู้แต่งหนังสือ บทความต่าง ๆ ที่ผู้เขียนได้ใช้ศึกษาค้นคว้า และอ้างอิงในวิทยานิพนธ์

หากวิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีคุณค่า และมีประโยชน์ใดๆ อยู่บ้าง ผู้เขียนขอมอบเป็นเครื่องบูชาพระคุณบิดามารดาที่ให้กำเนิด เลี้ยงดู และให้การศึกษา ตลอดจนครูบาอาจารย์และผู้มีพระคุณทุกท่านที่มีส่วนวางรากฐานการศึกษาให้กับผู้เขียน ทั้งนี้หากวิทยานิพนธ์เล่มนี้มีเหตุบกพร่องประการใด ผู้เขียนขอน้อมรับไว้แต่เพียงผู้เดียว

พิรธรรม มั่งพล

สารบัญ

	หน้า
บทคัดย่อภาษาไทย.....	๗
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ.....	๘
กิตติกรรมประกาศ.....	๙
บทที่	
1. บทนำ.....	1
1.1 ความเป็นมา และความสำคัญของปัญหา.....	2
1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา.....	5
1.3 สมมติฐานของการศึกษา.....	5
1.4 ขอบเขตของการศึกษา.....	6
1.5 วิธีดำเนินการศึกษา.....	6
1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ.....	6
2. ความหมาย แนวความคิด ทฤษฎี และหลักการตรวจสอบ เกี่ยวกับการ ประกาศให้ใช้กฎอัยการศึก.....	7
2.1 ความหมายของคำว่า กฎอัยการศึก.....	7
2.2 แนวความคิด ทฤษฎี เกี่ยวกับการประกาศให้ใช้กฎอัยการศึก.....	9
2.3 แนวความคิด เกี่ยวกับการจำกัดอำนาจรัฐ.....	16
2.4 การตีความกฎหมายปกครอง.....	24
2.5 อำนาจของรัฐในสถานการณ์ที่มีภัยความมั่นคง.....	32
2.6 การควบคุม และตรวจสอบฝ่ายปกครองในสถานการณ์วิกฤติ.....	33
2.7 ความรับผิดชอบของรัฐ.....	42
3. การประกาศให้ใช้กฎอัยการศึกตามกฎหมายต่างประเทศ และ ตามกฎหมายไทย.....	47
3.1 กลุ่มประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายจารีตประเพณี.....	47
3.2 กลุ่มประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายแบบลายลักษณ์อักษร.....	56

สารบัญ(ต่อ)

บทที่	หน้า
3.3 การประกาศให้ใช้กฎอัยการศึกในประเทศไทย.....	71
4. วิเคราะห์ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับกฎอัยการศึกของประเทศไทย เปรียบเทียบกับต่างประเทศ.....	78
4.1 ความชัดเจนของถ้อยคำในกฎหมาย.....	78
4.2 ผู้มีอำนาจประกาศให้ใช้กฎอัยการศึก.....	81
4.3 ระยะเวลาใช้บังคับกฎอัยการศึกและการขยายเวลา.....	83
4.4 หลักประกันสิทธิเสรีภาพของประชาชน.....	84
4.5 การถ่วงดุลอำนาจการประกาศใช้กฎอัยการศึก.....	85
4.6 ปัญหาสถานะทางกฎหมายของ “คำประกาศให้ใช้กฎอัยการศึก”.....	94
5. บทสรุป และข้อเสนอแนะ.....	99
5.1 บทสรุป.....	99
5.2 ข้อเสนอแนะ.....	101
บรรณานุกรม.....	107
ภาคผนวก.....	111
ประวัติผู้เขียน.....	120

บทที่ 1

บทนำ

นับแต่อดีตจนถึงปัจจุบัน ประวัติศาสตร์ของนานาประเทศล้วนแต่ประสบปัญหาการนำประเทศเข้าสู่ภาวะสงครามมาแล้วทั้งสิ้น ประเทศต่าง ๆ พยายามที่จะทำให้ประเทศของตนเองกลายเป็นประเทศมหาอำนาจ เพื่อแข่งขันทรัพยากรทุกประเภท เช่น ดินแดน ประชากร หรือ ทรัพยากรทางธรรมชาติ เป็นต้น เครื่องมือต่างๆ ที่ใช้ในการเพิ่มศักยภาพทางการรบจึงถูกคิดค้นขึ้นมามากมาย เพื่อแสดงให้เห็นถึงอำนาจ หรือ ศักยภาพที่เหนือกว่า และเพื่อเป็นการแสดงออกถึงแสนยานุภาพทางการทหาร ต่อมาในปัจจุบันความสำคัญของการใช้กำลัง หรือ การทำลายชีวิตซึ่งกันและกันของประเทศคู่แข่งเป็นเรื่องที่ไม่อาจยอมรับกันโดยทั่วไป แต่อย่างไรก็ตาม การแข่งขันกันเพื่อได้มาซึ่งความเป็นประเทศมหาอำนาจยังคงมีอยู่สืบเนื่องมาจนถึงปัจจุบัน ทั้งนี้ก็เพื่อช่วงชิงความเป็นมหาอำนาจในรูปแบบที่เปลี่ยนไป กล่าวคือ จะเป็นมุ่งเน้นที่เป็นการแข่งทางด้านเทคโนโลยี และนวัตกรรมใหม่ๆ ประเทศที่มีความก้าวหน้าทางด้านเทคโนโลยีที่สูงกว่า และสามารถคิดค้นนวัตกรรมใหม่ๆ ได้จนเป็นที่ต้องการของมนุษย์ ย่อมทำให้ประเทศนั้นกลายเป็นประเทศมหาอำนาจทางด้านเศรษฐกิจในที่สุด

การแข่งขันเพื่อให้ได้สถานะความเป็นประเทศมหาอำนาจย่อมส่งผลให้เกิดยุทธศาสตร์ด้านการค้าระหว่างประเทศ เพื่อสร้างความกดดัน หรือ กีดกันประเทศคู่แข่งไม่ให้มีอำนาจในการครอบครองความต้องการของประชาชนภายในประเทศของตน ซึ่งทางวิชาการมักเรียกว่า เป็นสงครามการค้า หรือ สงครามค่าเงิน เป็นต้น รูปแบบการช่วงชิงความเป็นมหาอำนาจของนานาประเทศที่สร้างความกดดันในด้านต่างๆ ให้กับประเทศคู่แข่งมากเกินไป ก็ย่อมก่อให้เกิดยุทธศาสตร์การตอบโต้ซึ่งกันและกัน และท้ายที่สุดความบาดหมางเช่นนี้ก็มีผลเป็นการตอบโต้กัน โดยการใช้กำลังทางทหารแทนการตอบโต้ด้วยสันติวิธี

ผลเสียของสงครามไม่ว่าจะเป็นสงครามอันมีสาเหตุมาจากภายนอกก็ดี หรือ มาจากสาเหตุภายในก็ดี ผู้ที่ได้รับผลกระทบมากที่สุด คือ ประชาชนที่ต้องถูกรอนสิทธิเสรีภาพโดยปราศจากความผิด สงครามอันมีเหตุจากปัจจัยภายนอกประเทศอาจเป็นสิ่งที่หลีกเลี่ยงไม่ได้ แต่สงครามที่เกิดจากปัญหาความขัดแย้งที่เกิดขึ้นภายในประเทศเป็นเรื่องอาจพอหลีกเลี่ยงได้หากทุกฝ่ายเคร่งครัดในหลักของนิติรัฐ และนิติธรรม ซึ่งในกรณีที่เกิดปัญหาความขัดแย้งภายในผู้ปกครอง

ควรใช้มาตรการทางกฎหมายที่เหมาะสมเท่าเทียมตามสมควรกับสถานการณ์ และต้องตรงตามเจตนารมณ์ของกฎหมายแต่ละฉบับ

การรักษารักษาสสมดุลระหว่างผลประโยชน์ของประชาชนด้วยกันเองก็ดี การรักษารักษาคุลยภาพระหว่างผลประโยชน์ของชาติกับประชาชนก็ดี เป็นเรื่องที่ต้องตระหนักและต้องพยายามรักษาสสมดุลให้เกิดขึ้นในสังคมให้ได้ มิฉะนั้นแล้วอาจเกิดปัญหาความวุ่นวายจนนำไปสู่สงครามกลางเมืองได้ในที่สุด ผู้ที่ใช้อำนาจปกครองไม่อาจให้ความสำคัญในการดำเนินการของรัฐเพียงด้านใดด้านหนึ่งจนเสียสมดุลได้ เช่น หากให้ความสำคัญด้านความมั่นคงเพียงด้านเดียวโดยไม่สนใจสิทธิเสรีภาพของประชาชน ก็อาจส่งผลให้ประเทศนั้นมีลักษณะเป็นระบอบชาติสังคมนิยมมากกว่าจะเป็นการปกครองระบอบประชาธิปไตย แต่หากให้ความสำคัญด้านสิทธิเสรีภาพของประชาชนมากเกินไปก็จะทำให้ประเทศชาติขาดวินัยจนส่งผลกระทบต่อการล่วงละเมิดสิทธิของประชาชนด้วยกันเอง และอาจทำให้การปฏิบัติภารกิจของรัฐในด้านต่างๆ โดยเฉพาะด้านความมั่นคงไม่อาจปฏิบัติได้

1.1 ความเป็นมา และความสำคัญของปัญหา

พระราชบัญญัติ กฎอัยการศึก พระพุทธศักราช 2457 เป็นกฎหมายที่ใช้บังคับมาเป็นเวลานานซึ่งยังไม่ได้รับการแก้ไขในส่วนของหลักประกันสิทธิเสรีภาพของประชาชน ทั้งยังมีความซ้ำซ้อนในการบังคับใช้กฎหมายอันเกี่ยวกับความมั่นคงอื่นๆ อยู่อีกหลายฉบับ ซึ่งอาจส่งผลกระทบต่อสิทธิ เสรีภาพของประชาชน อีกทั้งการรวมศูนย์กลางอำนาจการตีความไว้ที่ผู้บังคับบัญชาทหารเพียงผู้เดียว อาจไม่สอดคล้องกับหลักการแบ่งแยกองค์กรผู้ใช้อำนาจอธิปไตย และอาจเกิดความไม่ถ่วงในการไตร่ตรองสถานการณ์เพื่อนำข้อเท็จจริงมาปรับเข้ากับหลักกฎหมายที่เกี่ยวกับความมั่นคง ซึ่งมีอยู่หลายฉบับได้แก่

(1) พระราชบัญญัติ การรักษาความมั่นคงภายในราชอาณาจักร พ.ศ. 2551 ตราขึ้นโดยเจตนาแก้ไขปัญหาความมั่นคงกรณีจากบุคคล หรือกลุ่มบุคคลที่มีหลากหลาย มีความรุนแรงรวดเร็ว สามารถขยายตัวจนส่งผลกระทบเป็นวงกว้าง และมีความสลับซับซ้อน จนอาจกระทบต่อเอกราช และบูรณภาพแห่งอาณาเขต ก่อให้เกิดความไม่สงบเรียบร้อยในประเทศ และเป็นภัยอันตรายต่อความสงบสุขของประชาชน ดังนั้นเพื่อให้สามารถป้องกันและระงับภัยที่เกิดขึ้นได้อย่างทันทั่วทั้งที่ จึงสมควรกำหนดให้มีหน่วยปฏิบัติงานหลักเพื่อรับผิดชอบดำเนินการรักษาความมั่นคงในราชอาณาจักร ตลอดจนบูรณาการ และประสานการปฏิบัติร่วมกับทุกส่วนราชการ ส่งเสริมให้ประชาชนเข้ามามีส่วนร่วมในการป้องกัน และรักษาความมั่นคง รวมทั้งเสริมสร้างความเข้มแข็งในท้องถิ่นของตน เพื่อป้องกันภัยอันตรายที่เกิดขึ้นตั้งแต่ในยามปกติ และในยามที่เกิดสถานการณ์อัน

เป็นภัยต่อความมั่นคงในพื้นที่ใดพื้นที่หนึ่ง และกำหนดให้มีมาตรการ และกลไกควบคุม การใช้ อำนาจเป็นการเฉพาะ ตามระดับความรุนแรงของสถานการณ์ เพื่อให้สามารถแก้ไขสถานการณ์ได้ อย่างมีประสิทธิภาพ และเป็นเอกภาพ¹ โดยอาศัยกลไกของรัฐที่มีอยู่แล้วเพื่อแก้ไขสถานการณ์ที่ เกิดขึ้น เพียงแต่ขาดผู้รับผิดชอบ และผู้ประสานงานระหว่างองค์กรต่าง ๆ ของรัฐที่เกี่ยวข้องกับ สภาพปัญหาเท่านั้น อำนาจในการใช้พระราชบัญญัติ การรักษาความมั่นคงภายในราชอาณาจักร พ.ศ. 2551 เมื่อพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าว ส่งผลบางประการเกี่ยวกับการจำกัดสิทธิ และเสรีภาพของ บุคคล จึงจำต้องให้นายกรัฐมนตรีในฐานะหัวหน้ารัฐบาลซึ่งมาจากตัวแทนของประชาชนเป็น ผู้อำนวยการรักษาความมั่นคงภายในราชอาณาจักร²

(2) พระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548 ตราขึ้นโดยมี เจตนารมณ์เพื่อแก้ไขสถานการณ์อันกระทบ หรืออาจกระทบต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน หรือเป็นภัยต่อความมั่นคงของรัฐ หรืออาจทำให้ประเทศ หรือส่วนใดส่วนหนึ่งของประเทศตกอยู่ใน ภาวะคับขัน หรือมีการกระทำความผิดเกี่ยวกับการก่อการร้ายตามประมวลกฎหมายอาญา การรบ หรือการสงคราม ซึ่งจำเป็นต้องมีมาตรการเร่งด่วนเพื่อรักษาไว้ซึ่งการปกครองระบอบ ประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย เอก ราช และบูรณภาพแห่งอาณาเขต ผลประโยชน์ของชาติ การปฏิบัติตามกฎหมาย ความปลอดภัยของ ประชาชน การดำรงชีวิตโดยปกติสุขของประชาชน การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพ ความสงบเรียบร้อย หรือประโยชน์ส่วนรวม หรือการป้องกัน หรือแก้ไขเยียวยาความเสียหายจากภัยพิบัติสาธารณะอันมี มาอย่างฉุกเฉิน และร้ายแรง³ เมื่อปรากฏว่ามีสถานการณ์ฉุกเฉินเกิดขึ้น และนายกรัฐมนตรี เห็นสมควรใช้กำลังเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองหรือตำรวจเจ้าหน้าที่ฝ่ายพลเรือนหรือเจ้าหน้าที่ฝ่ายทหาร ร่วมกันป้องกันแก้ไขปราบปราม ระงับยับยั้ง ฟื้นฟูหรือช่วยเหลือประชาชน ให้นายกรัฐมนตรีโดย ความเห็นชอบของ คณะรัฐมนตรี มีอำนาจประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินเพื่อบังคับใช้ทั่ว ราชอาณาจักร หรือในบางเขตบางท้องที่ได้ ตามความจำเป็นแห่งสถานการณ์ในกรณีที่ไม่อาจขอ ความเห็นชอบจากคณะรัฐมนตรีได้ทันที่ นายกรัฐมนตรีอาจประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินไป ก่อนแล้วดำเนินการให้ได้รับความ เห็นชอบจากคณะรัฐมนตรีภายในสามวัน หากมิได้ดำเนินการขอ

¹ หมายเหตุท้ายพระราชบัญญัติ, พระราชบัญญัติ การรักษาความมั่นคงภายในราชอาณาจักร พ.ศ. 2551, ประกาศในราชกิจจานุเบกษา เล่ม 125 ตอน 39ก เมื่อวันที่ 27 กุมภาพันธ์ 2551.

² มาตรา 5, เพิ่งอ้าง.

³ มาตรา 4, พระราชกำหนด การบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548, ประกาศใน ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 122 ตอน 58ก เมื่อวันที่ 16 กรกฎาคม 2548.

ความเห็นชอบจากคณะรัฐมนตรี ภายในเวลาที่กำหนด หรือคณะรัฐมนตรีไม่ให้ความเห็นชอบให้
การประกาศสถานการณ์ฉุกเฉิน ดังกล่าวเป็นอันสิ้นสุดลง⁴

(3) พระราชบัญญัติ กฎอัยการศึก พระพุทธศักราช 2457 ตรารึ้นโดยมีเจตนารมณ์ให้ใช้
ในกรณีเวลามีเหตุอันจำเป็นเพื่อรักษาความเรียบร้อยปราศจากภัย ซึ่งจะมีมาจากภายนอก หรือ
ภายในราชอาณาจักรแล้ว โดยให้อำนาจเจ้าพนักงานฝ่ายทหารที่จะกระทำการใดๆตามพิสัยสงคราม
อันจะได้รับการรักษาความเรียบร้อยปราศจากภัยซึ่งจะมีมาจากภายนอก หรือเกิดขึ้นภายในให้ได้รับความ
สะดวก ในการรบ การสนับสนุนกำลังรบ ตลอดจนเครื่องมือเครื่องใช้ต่าง ๆ ที่ได้กำหนดไว้ในกฎ
อัยการศึก ควรให้อำนาจแก่เจ้าหน้าที่ฝ่ายทหารเพิ่มขึ้นเพื่อให้การปฏิบัติการของทหารมี
ประสิทธิภาพยิ่งขึ้น และควรกำหนดวิธีการขึ้นต้นให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายทหารมีอำนาจกักตัวบุคคลผู้เป็น
ราชศัตรู หรือฝ่าฝืนต่อกฎอัยการศึก หรือคำสั่งของเจ้าหน้าที่ฝ่ายทหารไว้เพื่อการสอบถาม หรือตาม
ความจำเป็นของทางราชการซึ่งเป็นกฎหมายที่จะหยิบยกขึ้นมาใช้เฉพาะกรณีที่ต้องอาศัยพิสัย
สงคราม แทนการบริหารราชการแผ่นดิน โดยต้องสืบเนื่องมาจากสงครามไม่ว่าจะเป็นสงครามอันมี
เหตุจากปัจจัยภายนอก หรือจากเหตุปัจจัยภายในก็ตาม

ตามพระราชบัญญัติ กฎอัยการศึก พระพุทธศักราช 2457 กำหนดเงื่อนไข และขั้นตอน
การประกาศให้ใช้กฎอัยการศึกอันมีสาระสำคัญว่า การใช้พระราชบัญญัตินี้ที่ใดเมื่อใดต้องประกาศ
และเมื่อเวลามีเหตุอันจำเป็นเพื่อรักษาความเรียบร้อยปราศจากภัย ซึ่งจะมีมาจากภายนอก หรือภายใน
ราชอาณาจักรแล้ว จะได้มีประกาศพระบรมราชโองการให้ใช้กฎอัยการศึก ทุกมาตรา หรือแต่บาง
มาตรา หรือข้อความส่วนใดส่วนหนึ่งของมาตรา ตลอดจนการกำหนดเงื่อนไขแห่งการใช้
บทบัญญัตินั้นบังคับในส่วนหนึ่งส่วนใดของราชอาณาจักร หรือตลอดทั่วราชอาณาจักร⁵ นอกจากนี้
ยังมีการกำหนดหน้าที่ของผู้มีอำนาจใช้กฎอัยการศึกว่า เมื่อมีสงครามหรือจลาจลขึ้น ณ แห่งใดให้
ผู้บังคับบัญชาทหาร ณ ที่นั้น ซึ่งมีกำลังอยู่ได้บังคับไม่น้อยกว่าหนึ่งกองพัน หรือเป็นผู้บังคับบัญชา
ในป้อม หรือที่มั่นอย่างใด ๆ ของทหารมีอำนาจประกาศใช้กฎอัยการศึกเฉพาะในเขตอำนาจหน้าที่
ของกองทหารนั้นได้ แต่จะต้องรีบรายงานให้รัฐบาลทราบโดยเร็วที่สุด⁶

ปัญหาการประกาศใช้กฎอัยการศึกตามพระราชบัญญัติ กฎอัยการศึก พระพุทธศักราช
2457 ที่มีรวมศูนย์อำนาจการตีความ ไว้ที่ผู้บังคับบัญชาทหารเพียงผู้เดียวก็ดี ปัญหาของความชัดเจน
ในวิธีการ ขึ้นตอน เงื่อนไข มาตรการการตรวจสอบการใช้อำนาจของผู้ประกาศใช้กฎอัยการศึกก็ดี

⁴ มาตรา 5, แห่งอ้าง.

⁵ มาตรา 2, แห่งอ้าง.

⁶ มาตรา 4, แห่งอ้าง.

ย่อมสร้างความกดดัน และหวาดกลัวให้กับประชาชนที่อยู่ภายใต้การปกครองเสียเอง อีกทั้งผลกระทบจากการประกาศให้ใช้กฎอัยการศึก ทำให้บรรดาข้อความในพระราชบัญญัติหรือบทกฎหมายใดๆ ซึ่งขัดกับความของกฎอัยการศึกที่ใช้บังคับต้องระงับ และใช้บทบัญญัติของกฎอัยการศึกที่ใช้บังคับนั้นแทน⁷ ซึ่งนอกจากจะเป็นช่องทางสำหรับการแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบของผู้มีอำนาจในอนาคตแล้ว อีกทั้งยังทำให้ประชาชนที่อยู่ภายใต้การปกครองเกิดความรู้สึกไม่ปลอดภัยจากการใช้มาตรการดังกล่าวเสียเอง ซึ่งหากปล่อยให้เกิดปัญหาดังกล่าวต่อไป ประชาชนที่อยู่ภายใต้การปกครองเช่นนี้อาจใช้ความรุนแรงเพื่อโต้แย้งการกระทำของเจ้าหน้าที่ฝ่ายทหาร และฝ่ายทหารเองก็อาจจะไม่ได้รับความสะดวกในด้านการรบในยามที่มีสงครามเกิดขึ้น

1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา

- 1 เพื่อศึกษาความหมาย และเจตนารมณ์อันแท้จริง ของการประกาศให้ใช้กฎอัยการศึกของประเทศไทย
- 2 เพื่อศึกษาแนวความคิด ทฤษฎีเกี่ยวกับเงื่อนไข ทางกฎหมายตลอดจนกระบวนการตรวจสอบการใช้อำนาจของผู้ประกาศให้ใช้กฎอัยการศึก
- 3 เพื่อศึกษาวิเคราะห์ปัญหาเกี่ยวกับการใช้อำนาจของผู้ประกาศให้ใช้กฎอัยการตามพระราชบัญญัติ กฎอัยการศึก พระพุทธศักราช 2457 เปรียบเทียบกฎหมายต่างประเทศบางประเทศ
- 4 เพื่อเสนอแนะให้มีการปรับปรุงกฎหมายที่เกี่ยวกับการประกาศให้ใช้กฎอัยการศึก ให้ทันสมัย และสอดคล้องกับการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข

1.3 สมมติฐานของการศึกษา

กฎอัยการศึกตามพระราชบัญญัติ กฎอัยการศึก พระพุทธศักราช 2457 เป็นกฎหมายหนึ่งที่ถูกนำมาใช้สำหรับการแก้ไขในสถานการณ์ความมั่นคงอยู่บ่อยครั้ง แต่กฎหมายดังกล่าวยังไม่เคยได้รับการแก้ไขในส่วนของขั้นตอน และวิธีการ ตลอดจนเงื่อนไขต่างๆ ในการประกาศให้ใช้กฎอัยการศึก อีกทั้งยังขาดหลักเกณฑ์ วิธีการตรวจสอบการใช้อำนาจดังกล่าว ทำให้การประกาศให้ใช้กฎอัยการศึกของประเทศไทยไม่สอดคล้องกับการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์เป็นประมุข ดังนั้นจากสภาพปัญหาต่างๆ จึงเห็นว่าควรมีการปรับปรุงพระราชบัญญัติ กฎอัยการศึก พระพุทธศักราช 2457 โดยกำหนดบทบัญญัติเกี่ยวกับขั้นตอน และ

⁷ มาตรา 2, เฟิงฮ้าง.

เงื่อนไข กำหนดองค์กรที่ทำหน้าที่ตรวจสอบการประกาศให้ใช้กฎอัยการศึก เพื่อให้สอดคล้องกับการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์เป็นประมุข และให้เป็นไปตามหลักมาตรฐานสากล

1.4 ขอบเขตของการศึกษา

ศึกษาถึงความหมาย แนวความคิด ทฤษฎีเกี่ยวกับเงื่อนไข และกระบวนการตรวจสอบการใช้อำนาจของผู้ประกาศให้ใช้กฎอัยการศึกแนวความคิดของประเทศไทย และของต่างประเทศ ได้แก่ สหราชอาณาจักร สหรัฐอเมริกา สาธารณรัฐฝรั่งเศส สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

1.5 วิธีดำเนินการศึกษา

วิทยานิพนธ์นี้มีลักษณะการวิจัยเชิงคุณภาพ (Qualitative Research) ทางนิติศาสตร์ มุ่งเน้นการวิจัยเอกสาร (Documentary Research) โดยศึกษาจากหนังสือ วิทยานิพนธ์ บทความทางกฎหมายเป็นหลัก เพื่อนำผลการศึกษามามาประมวล และวิเคราะห์

1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

- 1 ทำให้ทราบถึงความหมาย และเจตนารมณ์อันแท้จริง ของการประกาศให้ใช้กฎอัยการศึกของประเทศไทย
- 2 ทำให้ทราบถึงแนวความคิด ทฤษฎีเกี่ยวกับเงื่อนไขทางกฎหมายตลอดจนกระบวนการตรวจสอบการใช้อำนาจของผู้ประกาศให้ใช้กฎอัยการศึก
- 3 ทำให้ทราบถึงผลการวิเคราะห์ปัญหาเกี่ยวกับการใช้อำนาจของผู้ประกาศให้ใช้กฎอัยการศึกตามพระราชบัญญัติ กฎอัยการศึก พระพุทธศักราช 2457 และสามารถหาแนวเพื่ออุดช่องว่างทางกฎหมาย และเพื่อป้องกันการแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบจากช่องว่างของกฎหมายดังกล่าวซึ่งจะเป็นผลดีต่อเสรีภาพของประชาชน และความมั่นคงภายในประเทศ
- 4 เพื่อเสนอแนะแนวทางการปรับปรุงกฎหมายเกี่ยวกับการประกาศให้ใช้กฎอัยการศึกให้ทันสมัย และสอดคล้องกับการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข

บทที่ 2

ความหมาย แนวความคิด ทฤษฎี และหลักการตรวจสอบ เกี่ยวกับการประกาศให้ใช้กฎอัยการศึก

ประเทศไทยมีการประกาศให้ใช้กฎอัยการศึกมาแล้วหลายครั้ง โดยแต่ละครั้งจะมีเหตุผลที่แตกต่างกันออกไป ซึ่งส่วนมากการประกาศให้ใช้กฎอัยการศึกจะใช้เพื่อเพิ่มความเข้มงวดกวดขันในการควบคุมสถานการณ์ความไม่สงบภายในประเทศที่มีความรุนแรงเพิ่มขึ้นมากกว่าที่จะเป็นมาตรการที่ใช้เพื่อควบคุมสถานการณ์ในยามสงคราม ดังนั้นจึงจำเป็นต้องศึกษาความหมายอันแท้จริง แนวความคิด เงื่อนไข และความจำเป็นที่ต้องใช้กฎอัยการศึกเสียก่อนว่า กฎอัยการศึกนั้นเป็นกฎหมายที่สร้างขึ้นมาจากเหตุจำเป็นใด

2.1 ความหมายของคำว่า “กฎอัยการศึก”

คำว่า “กฎอัยการศึก” ตามพระราชบัญญัติกฎอัยการศึก พุทธศักราช 2457 ไม่ได้บัญญัติถึงนิยามไว้โดยชัดเจนว่ามีความหมายอย่างไร อีกทั้งไม่ปรากฏว่ามีกฎหมายลายลักษณ์อักษรอื่นที่ใช้บังคับอยู่พอจะเทียบเคียงได้ จึงจำเป็นต้องอาศัยความหมายจากพจนานุกรมลब्บราชบัณฑิตสถาน พ.ศ. 2554 เพื่อประโยชน์ในการทำความเข้าใจ คำว่า “กฎอัยการศึก” ซึ่งตามพจนานุกรมลब्บราชบัณฑิตสถาน พ.ศ. 2554 ให้ความหมายว่า “กฎหมายที่ให้อำนาจเจ้าหน้าที่ฝ่ายทหารลิดรอนสิทธิเสรีภาพบางประการของประชาชนได้ตามความจำเป็น ทั้งให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายทหารมีอำนาจหน้าที่เหนือเจ้าหน้าที่ฝ่ายพลเรือนเฉพาะในส่วนที่เกี่ยวกับการยุท การระงับปราบปราม หรือการรักษาความสงบเรียบร้อย และศาลทหารมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีอาญาบางอย่างที่ประกาศระบุไว้แทนศาลพลเรือน การใช้กฎอัยการศึกจะกระทำได้เมื่อมีเหตุจำเป็นเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยในบ้านเมือง เช่น ในกรณีเกิดสงคราม การจลาจล โดยจะให้มีผลบังคับทุกท้องที่ หรือบางท้องที่ก็ได้ตามความจำเป็น”¹ นอกจากนี้คำว่า “กฎอัยการศึก” ยังพออนุมานได้จากพระราชปรารภแห่งพระราชบัญญัติ กฎอัยการศึก พระพุทธศักราช 2457 ซึ่งมีหลักว่า “มีพระบรมราชโองการในพระบาทสมเด็จพระปรเมนทรมหาอานันทมหิดลราชกุมารเกล้าเจ้าอยู่หัวคำรัสเหนือเกล้าฯ ให้ประกาศทราบทั่วกันว่า กฎอัยการศึกซึ่งได้ตราเป็นพระราชบัญญัติไว้ตั้งแต่ พ.ศ. 2450 (ร.ศ. 126) นั้น อำนาจ

¹ คำว่า “กฎอัยการศึก,” พจนานุกรมลब्บราชบัณฑิตสถาน พ.ศ. 2554, สืบค้นเมื่อวันที่ 6 ตุลาคม

เจ้าพนักงานฝ่ายทหารที่จะกระทำกรใด ๆ ยังหาตรงกับระเบียบพิชัยสงคราม อันต้องการของความเรียบร้อยปราศจากภัย ซึ่งจะมีมาจากภายนอก หรือเกิดขึ้นภายในได้โดยสะดวกไม่ บัดนี้สมควรแก้ไขกฎอัยการศึก และเปลี่ยนแปลงให้เหมาะกับกาลสมัยจึงทรงพระกรุณาโปรดเกล้าฯ ให้ยกเลิกกฎอัยการศึก พ.ศ. 2450 (ร.ศ. 126) นั้นเสีย และให้ใช้กฎอัยการศึกซึ่งได้ตราเป็นพระราชบัญญัติขึ้นใหม่ดังต่อไปนี้”²

เมื่อศึกษาในมุมมองทางประวัติศาสตร์ของกฎหมายพบว่า ตามพระราชบัญญัติ กฎอัยการศึก พุทธศักราช 2457 มีพัฒนาการมาจาก กฎอัยการศึก ร.ศ. 126 ซึ่งเดิมที่กฎหมายไม่ได้ให้อำนาจแก่เจ้าพนักงานฝ่ายทหารที่จะมีอำนาจประกาศใช้กฎอัยการศึกได้เช่นเดียวกับปัจจุบัน ตามความในมาตรา 2 แห่งกฎอัยการศึก ร.ศ. 126 ซึ่งกำหนดหลักเกณฑ์ว่า “เมื่อเวลาที่มีเหตุอันจำเป็นเพื่อจะได้รักษาความเรียบร้อยปราศจากภัย ซึ่งจะมีจากภายนอกหรือภายในพระราชอาณาจักรนั้นแล้วจะได้มีประกาศพระบรมราชโองการให้ใช้กฎอัยการศึกในส่วนหนึ่งส่วนใดของพระราชอาณาจักร”³ และมาตรา 4 ซึ่งกำหนดหลักเกณฑ์ว่า “เมื่อมีสงครามหรือจลาจลขึ้น ณ แห่งใด ผู้บังคับบัญชาทหารที่นั่นซึ่งมีกำลังไม่น้อยกว่ากองพัน หรือผู้บังคับบัญชาในที่มั่นของทหาร มีอำนาจที่จะประกาศใช้กฎอัยการศึกในเขตอำนาจหน้าที่ของกองทหารนั้นได้ แต่ต้องรีบรายงานให้รัฐบาลทราบโดยเร็วที่สุด”⁴ สำหรับถ้อยคำของไทยที่เดิมเคยใช้และมีลักษณะที่ใกล้เคียงกับคำว่า “กฎอัยการศึก” อีกคำหนึ่งคือ คำว่า “พระอัยการ” หรือ “พระไอยการ” หมายถึง กฎหมายพื้นฐานของแผ่นดิน (Basic law) ซึ่งทุกคนจะต้องปฏิบัติตาม และหากมีปัญหาเกี่ยวกับพระอัยการ พระมหากษัตริย์ซึ่งมีพระราชภาระในการให้ความยุติธรรมกับบุคคลทุกคนจะต้องมีพระราชวินิจฉัย พระราชวินิจฉัยในแต่ละคดี จะเรียกว่า พระราชบัญญัติ พระราชบัญญัติแต่ละมาตราจะอ้างมูลคดีเดิมเสมอ อนึ่ง โดยทั่วไปพระราชบัญญัตินี้ใช้ในรัชกาลเดียวเท่านั้น ซึ่งถ้าสิ้นราชการนั้นพระราชบัญญัติดังกล่าวจะเป็นอันล้มเลิกไป แต่บางกรณีกษัตริย์องค์ใหม่อาจนำมาใช้ต่อก็จะเรียก

² พระราชปรารภ, พระราชบัญญัติ กฎอัยการศึก พระพุทธศักราช 2457, ประกาศในราชกิจจานุเบกษา เล่ม 31 ตอน 0 ก เมื่อวันที่ 13 กันยายน 2457.

³ มาตรา 2, กฎอัยการศึก ร.ศ. 126, ประกาศในราชกิจจานุเบกษา เล่ม 24 ตอน 39 ก เมื่อวันที่ 29 ธันวาคม 2450.

⁴ มาตรา 4, เพิ่งอ้าง

ใหม่ว่าเป็น พระราชกำหนด พระราชกำหนดที่ถูกชำระสะสางใหม่ในสมัยรัตนโกสินทร์เรียกว่า พระราชกำหนดใหม่⁵

จากบทนิยามดังกล่าวแม้จะยังไม่ได้ความชัดเจนของคำว่ากฎอัยการศึกก็ตาม แต่ก็พอสรุปได้ว่า คำว่า “กฎอัยการศึก” หมายถึง กฎหมายที่มีลักษณะพิเศษกว่ากฎหมายทั่วไป ตราบขึ้นเพื่อจะใช้เฉพาะสถานการณ์ที่รัฐนั้นเกิดภาวะสงครามและมีความจำเป็นต้องใช้การบริหารราชการแผ่นดินให้เป็นไปตามตำราพิชัยสงคราม เนื่องระเบียบการบริหารราชการแผ่นดินในสภาวะปกติไม่อาจจะใช้บังคับได้อีกต่อไป ไม่ว่าเหตุแห่งการนั้นจะเกิดภัยจากภายนอก หรือภายในประเทศ และเป็นกฎหมายที่ให้อำนาจแก่เฉพาะประมุขของรัฐเท่านั้นในการเรียกคืนอำนาจปกครองทั้งหมดจากเหล่าข้าราชการระดับสูงที่ถือครองอำนาจปกครองไว้ และจัดระเบียบขึ้นใหม่โดยให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายทหารเป็นผู้ดำเนินการแทนเจ้าหน้าที่ฝ่ายพลเรือน

2.2 แนวความคิด ทฤษฎีเกี่ยวกับการประกาศให้ใช้กฎอัยการศึก

การทำความเข้าใจเรื่องการใช้อำนาจในการประกาศให้ใช้กฎอัยการศึกนั้น ควรเป็นภาระขององค์กรใด จำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องศึกษาหลักการกำเนิดรัฐให้เป็นที่เข้าใจเสียก่อน จึงจะสามารถอธิบายได้ว่าผู้ใดหรือองค์กรใด คือ ผู้ที่ต้องรับภาระในการใช้อำนาจนี้ เนื่องจากตัวของรัฐเองไม่อาจดำเนินกิจกรรมทางการเมืองภายในรัฐได้ รัฐจำเป็นต้องอาศัยผู้ปกครองเป็นตัวแทนในการใช้อำนาจของรัฐในการดำเนินกิจการต่างๆที่เกิดขึ้นภายในรัฐ

คำว่า “รัฐ” (“state” ในภาษาอังกฤษ หรือ “Etat” ในฝรั่งเศส) มีความหมายว่า ประเทศที่ถือว่าเป็นการจัดตั้งชุมชนทางการเมืองที่ครอบคลุมโดยรัฐบาลหนึ่ง⁶ ซึ่งตามพจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ.2554 คำว่า “รัฐ” หมายถึง แคว้น เช่น รัฐปาหัง, บ้านเมือง เช่น กฎหมายสูงสุดของรัฐ, ประเทศ เช่น รัฐวาติกัน ดังนั้นคำว่า “รัฐ” จึงไม่ได้มีความหมายอย่างชัดเจนในตัวของมันเอง แต่เป็นคำที่มีความหมายกว้างๆ ในลักษณะที่เป็นเชิงสัญลักษณ์ที่แสดงถึงบทบาททางการเมือง หรือความถูกต้อง หรือระบบกฎหมายเสียมากกว่า และในสมัยอดีตยังหมายความ รวมถึงกษัตริย์ผู้ปกครองรัฐด้วย เพราะยังไม่มีกรแยกตัวกษัตริย์ในฐานะที่เป็นผู้ปกครองออกจากความเป็นรัฐ นักปราชญ์ชาวอิตาลี นามว่า นิคโคโล แมคเคียเวลลี (Nicolo Machiavelli) ได้กล่าวไว้ใน

⁵ แสง บุญเฉลิมวิภาส, ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย, พิมพ์ครั้งที่ 19, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2563), น.96.

⁶ search “state”, Oxford Dictionary, Date 20 October 2563, Available at: <https://www.oxfordlearnersdictionaries.com>

หนังสือ “เจ้าชายผู้ปกครอง” (The Prince) ว่า ทุกรัฐ ทุกเขตการปกครอง มีอำนาจอำนาจเด็ดขาดเหนือคนที่เคยเป็นมา หรือกำลังเป็นอยู่⁷ ในอดีตอำนาจรัฐยังไม่ได้แยกออกจากผู้ปกครองรัฐเหมือนเช่นปัจจุบัน การใช้อำนาจของปกครองจึงไม่อาจแยกได้ว่าการกระทำต่าง ๆ นั้น กระทำเพื่อประโยชน์ส่วนหรือกระทำแทนรัฐ ต่อมาเมื่อมีการแยกอำนาจรัฐออกจากผู้ปกครองแล้วการใช้ อำนาจดังกล่าวจึงไม่ได้ใช้ในฐานะอำนาจอันเป็นเอกสิทธิอันเกิดจากสมบัติส่วนตัวผู้ใช้อีกต่อไป หากแต่การใช้อำนาจดังกล่าวนี้เป็นการใช้ในฐานะที่ผู้ใช้นั้นเป็นผู้กระทำการแทนรัฐ การกระทำทุกอย่างเป็นการกระทำในนามของรัฐซึ่งส่งผลให้ผู้ใช้นั้นไม่ต้องรับผิดชอบเป็นการส่วนตัว เช่น หาก นายกรัฐมนตรีไปเซ็นสัญญาซื้ออุปกรณ์ครุภัณฑ์ แม้ต่อมานายกรัฐมนตรีคนดังกล่าวจะพ้นจาก ตำแหน่งหน้าที่ไปแล้ว หน้าที่เกิดขึ้นจะไม่ตกติดไปกับนายกรัฐมนตรีคนดังกล่าวให้ต้องเข้ามารับผิดชอบ ในหน้าที่นั้นเป็นการส่วนตัว

ความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับประมุขของรัฐก็เช่นกัน เมื่อความเป็นรัฐเกิดขึ้นและ ได้แยกออกจากผู้ปกครองแล้ว แม้ประมุขของรัฐจะเป็นคนเดิมหรือไม่ก็ตาม ความเป็นรัฐก็ จะยังคงอยู่เช่นเดิม เพียงแต่มุมมองของรากฐานแห่งอำนาจนี้ถูกเปลี่ยนไป เช่น ในระบอบ สมบูรณาญาสิทธิราชย์ก่อนกำเนิดรัฐ อำนาจการเมืองเป็นของส่วนพระองค์ของกษัตริย์ แต่ เมื่อรัฐเกิดขึ้นแล้ว แม้กษัตริย์องค์เดิมยังปกครองอยู่ต่อไป แต่รากฐานของอำนาจเปลี่ยนไป กล่าวคืออำนาจการเมืองเป็นของรัฐ องค์พระมหากษัตริย์ใช้อำนาจหน้าที่แทนรัฐในนาม รัฐ ในฐานะองค์กรของรัฐไม่ใช่ในฐานะส่วนพระองค์ การแยกเรื่องส่วนตัวออกจาก ภาระหน้าที่นี้จะเกิดขึ้นในทุกระดับของคนที่ใช้อำนาจ ปกครองเสมอตั้งแต่ระดับประมุข ของรัฐเรื่อยลงมาจนถึงรัฐสภา รัฐบาล ศาล ฝ่ายปกครองจนถึงเจ้า หน้าที่ชั้นต่ำสุดในลำดับ การบังคับบัญชา ในทุกระดับที่รัฐใช้คนทำแทนตัวนี้ บุคคลจะมี 2 ฐานะ คือ ฐานะส่วนตัว กับฐานะองค์กรซึ่งทำภาระหน้าที่แทนรัฐ อาทิเช่น องค์พระมหากษัตริย์ ในฐานะส่วน พระองค์ก็กระทำการใดๆ ได้เหมือนคนธรรมดาทั่วไป คือ ทรงมีทรัพย์สินส่วนพระองค์ได้ ทรงจำหน่ายจ่ายโอนได้ ทรงฟ้องคดีได้ แต่พระมหากษัตริย์ อันเป็นตำแหน่งประมุขของรัฐ ซึ่งมีลักษณะเป็นสถาบันนั้นยังคงต้องทรงปฏิบัติตามรัฐธรรมนูญ สำหรับรัฐมนตรีก็ดี สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรก็ดี ประธานศาลก็ดี ฯลฯ ในฐานะส่วนตัวก็มีลักษณะเหมือนคน ธรรมดาทั่วไป แต่ในภาระหน้าที่ ในฐานะองค์กรของรัฐ คนเหล่านี้ก็มีลักษณะพิเศษ

⁷ Niccolo Machiavelli, *The Prince* (Reprinted 11), (London : J . M . Dent & Sons Ltd., 1938), P. 34.

กว่าคนอื่น คือ มีความชอบธรรม และชอบด้วยกฎหมายในการใช้อำนาจการเมืองของรัฐที่เรียกว่า อำนาจมหาชน⁸

2.2.1 แนวความคิดทางปรัชญาสำคัญเกี่ยวกับการเกิดรัฐ

การเกิดรัฐนั้นมีนักปรัชญาหลายท่านได้แสดงแนวความคิดไว้อย่างหลากหลายทฤษฎีด้วยกัน ซึ่งเมื่อศึกษาแนวความคิดเหล่านั้น ทำให้ทราบถึงรากฐานของอำนาจอธิปไตยที่ถือว่าเป็นองค์ประกอบที่สำคัญที่สุดในความเป็นรัฐ อีกทั้งเป็นกำหนดกรอบการใช้อำนาจปกครองของผู้ปกครองให้สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของความเป็นรัฐ ทฤษฎีแนวความคิดเช่นนี้ได้แก่

2.2.1.1 ทฤษฎีว่าด้วยรัฐ ตามแนวความคิดของนักปรัชญาต่างๆ เช่น

นิคโคโล แมคเคียเวลลี อธิบายว่า เดิมมนุษย์อยู่รวมกันเป็นสังคม ซึ่งแต่ละสังคมจะมีหัวหน้าเป็นผู้ปกครอง โดยส่วนมากผู้ปกครองจะมีความสามารถด้านการรบเป็นสำคัญ อำนาจในการปกครองสังคมจึงเป็นอำนาจของผู้ปกครอง แต่อำนาจของผู้ปกครองนี้ยังไม่ใช่อำนาจอธิปไตยตามแนวคิดของฌอง โบแดง (Jean Bodin) ที่ว่า “อำนาจอธิปไตยสูงสุด เด็ดขาด และเป็นนิรันดร์” เพราะอำนาจปกครองตามที่ แมคเคียเวลลีอ้างย่อมสั่นลง เมื่อผู้ปกครองสิ้นอำนาจปกครอง ไม่ว่าจะโดยผู้ปกครองสูญเสียคุณสมบัติในการปกครองเอง หรือถูกแย่งชิงโดยสมาชิกในสังคม อำนาจของผู้ปกครองนี้จึงเป็นเพียงอำนาจทางการเมือง หรืออำนาจในการปกครองสังคม และเป็นอำนาจที่ติดอยู่กับตัวบุคคลเท่านั้น

การมอบอำนาจทางการเมืองให้กับบุคคลดังในสังคมบรรพกาล ทำให้สังคมไม่มั่นคง เพราะความเป็นไปของสังคมขึ้นอยู่กับผู้ปกครอง หากผู้ปกครองเป็นคนดี มีศีลธรรม สังคมก็จะดำรงอยู่ได้อย่างปกติสุข แต่หากผู้ปกครองเป็นทรราชแล้ว สังคมย่อมเผชิญกับชะตากรรมที่เลวร้ายภายใต้ ความผันแปรดังกล่าว ทำให้เกิดแนวคิดการมอบอำนาจที่ติดอยู่กับตัวบุคคลมาให้แก่รัฐ รัฐจึงเป็น เจ้าของอำนาจทางการเมือง และเมื่อรัฐเป็นเจ้าของอำนาจ รัฐต้องมีสภาพบุคคล แต่เนื่องจากรัฐเป็นสิ่งสมมติ หรือมีลักษณะเป็นนามธรรมไม่สามารถจับต้องได้ รัฐจึงเป็นบุคคลอย่างบุคคลธรรมดาไม่ได้ จึงต้องมีฐานะเป็นนิติบุคคล และมีผู้ใช้อำนาจ หรือกระทำการแทนรัฐซึ่งได้แก่ผู้ปกครองรัฐ

⁸ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, กฎหมายมหาชน เล่ม 4, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2560), น. 173-174.

⁹ เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, หลักพื้นฐาน กฎหมายมหาชน, พิมพ์ครั้งที่ 5, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2562), น.75-76.

แนวคิดของ แมคเคียวเวลล์นั้นถือเป็นแนวคิดที่กำหนดให้รัฐมีลักษณะเป็นสถาบันที่กำหนด กรอบการใช้อำนาจทางการเมืองการปกครองในรูปแบบต่าง ๆ และสะท้อนให้เห็นถึงการแยกความเรื่องส่วนตัวของเจ้าชายออกจาก “รัฐ” ซึ่งรัฐเป็นสถาบันที่เจ้าชายต้องรับผิดชอบแต่แนวคิดดังกล่าวไม่ได้กล่าวรวมถึงทฤษฎีอำนาจอธิปไตยแต่อย่างใด

2.2.1.2 รัฐเกิดจากพันธสัญญาหรือสัญญาประชาคม

แนวคิดที่ว่ารัฐเกิดจากสัญญาประชาคม เป็นแนวคิดที่แสดงให้เห็นว่า รัฐมีที่มาหรือก่อกำเนิดจากพันธสัญญาระหว่างคนในสังคม โดยพันธสัญญา ดังกล่าวได้กำหนดพฤติกรรมของคนในสังคมนั้น ๆ ที่มาแห่งพันธสัญญานั้นนักปรัชญาแต่ละท่านมีแนวคิดแตกต่างกันไปดังนี้

1) แนวคิดว่าด้วยสัญญาประชาคม ของ โกรติอุส (Grotius ค.ศ. 1583 - 1654) นักปรัชญาชาวฮอลันดาโดย โกรติอุสอธิบายว่า ในสมัยที่มนุษย์ดำรงชีวิตอยู่ในสภาวะตามธรรมชาตินั้น มนุษย์มีความเป็นอิสระ กล่าวคือ มนุษย์ไม่ได้ตกอยู่ภายใต้การบังคับบัญชาของใคร หรือขึ้นอยู่กับอำนาจใด แต่การที่มนุษย์มาอยู่รวมกันเป็นสังคมมนุษย์ หรือการที่สังคมมนุษย์เกิดขึ้นนั้น เนื่องจากมนุษย์ต้องการหลีกเลี่ยงจากสภาวะตามธรรมชาติ เพราะมนุษย์เป็นสัตว์ที่โหดร้าย ดังนั้นมนุษย์จึงทำข้อตกลงระหว่างกันเพื่อก่อตั้งสังคมขึ้นมา ข้อตกลงนี้เรียกว่า “สัญญาประชาคม” กล่าวคือ รัฐเกิดจากการรวมตัวกันของมนุษย์เป็นสังคมอันบริบูรณ์ แนวคิดของ โกรติอุส มีอิทธิพลต่อทฤษฎีสัญญาประชาคมของ ฮอบส์ ล็อก และรูสโซในเวลาต่อมา¹⁰

2) โทมัส ฮอบส์ (Thomas Hobbes) นักปราชญ์ชาวอังกฤษ มีมุมมองว่าธรรมชาติของมนุษย์โหดร้าย และเห็นแก่ตัว การอยู่ร่วมกันยอมทำให้มนุษย์เกิดวิวาทกันเพื่อยังชิงสิ่งต่างๆ เพื่อความอยู่รอดของตนเอง¹¹ ทุกคนต่างต้องระวังว่าตนเองจะถูกทำร้ายจากอีกฝ่ายหนึ่ง ทุกคนต่างกำหนดกฎเกณฑ์ของตนเอง และเป็นผู้ที่ทำหน้าที่ตัดสินข้อขัดแย้งของตนเองกับผู้อื่น ฮอบส์ยังได้อธิบายต่อไปว่า “สิ่งที่คนเราต้องการยอมถือว่าดี ส่วนสิ่งที่คนเราเกลียดถือว่าเลว ซึ่งในสภาวะธรรมชาติแล้วจะขึ้นอยู่กับแต่ละบุคคลจะตัดสินใจเอาเองจะไม่มีสิ่งใดดี หรือเลวบริสุทธิ์ และ ไม่มีกฎที่จะใช้ร่วมกันได้” ดังนั้นทุกคนจึงมีสิทธิตามธรรมชาติที่จะรักษาตัวเองให้อยู่รอดด้วยการคุกคาม การทำร้าย การประหารชีวิตผู้อื่นที่มาล่วงละเมิดสิทธิของตน

แม้แนวคิดของ ฮอบส์แสดงถึงมุมมองว่าธรรมชาติของมนุษย์ที่โหดร้าย แต่ ฮอบส์ยังได้ให้ความสำคัญกับความเท่าเทียมกันของมนุษย์ด้วย โดยกล่าวว่า “คนเราตามธรรมชาติมีความเท่า

¹⁰ เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, *เพ็ญอ่าง*, น. 77.

¹¹ สมยศ เชื้อไทย, *นิติปรัชญา*, พิมพ์ครั้งที่ 11 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2550), น.127-128.

เทียมกันธรรมชาติได้สร้างให้คนเรามีความเท่าเทียมกันทั้งในทางกาย และในทางใจ ถึงแม้ว่าโดยภายนอกแล้ว บางคนอาจจะมีร่างกายแข็งแรง หรือบางคนฉลาดกว่าผู้อื่น แต่โดยรวมคนเราจะไม่แตกต่างกันนักจนไม่อาจถือเอาประโยชน์ใส่ตน โดยที่ผู้อื่นจะไม่ทำสิ่งนั้นบ้าง จะเห็นได้ว่าคนอ่อนแอก็อาจสังหารคนที่แข็งแรงที่สุดได้ด้วยการใช้เล่ห์กล หรือสมคบกับผู้อื่น ส่วนความฉลาดย่อมเกิดจากประสบการณ์ซึ่งถ้าใช้เวลาพอๆกันคนทั้งหลายย่อมจะมีสิ่งนั้นได้เท่าๆกันเราอาจยอมรับว่ามีหลายคนที่มีไหวพริบ หรือรู้มากกว่า แต่ก็คิดว่ามีอยู่ไม่กี่คนที่ฉลาดเท่ากับตัวเอง โดยเฉพาะอย่างยิ่งการที่ทุกคนพอใจในส่วนแบ่งที่มีอยู่ก็ย่อมแสดงให้เห็นถึงความเท่าเทียมกันดังกล่าวของมนุษย์นั่นเอง”¹²

อย่างไรก็ตาม สอบสเห็นว่ ความเท่าเทียมกันดังกล่าวนี้ นำพามาซึ่งความยุ่งยาก และก่อให้เกิดความขัดแย้งซึ่งกันและกัน โดยทุกคนต่างคิดว่ามีความเท่าเทียมกัน ทุกคนต่างตักอันตรายสภาวะตามธรรมชาติที่ไม่มีระเบียบหรือกฎเกณฑ์ใดๆมาควบคุม เหตุการณ์ดังกล่าวเป็นการแปรสภาวะตามธรรมชาติมาเป็นสภาวะทางสงคราม และเพื่อเป็นการหลีกเลี่ยงสภาวะดังกล่าวนี้เอง มนุษย์ทุกคน ต่างตระหนัก และต้องการขจัดสภาวะดังกล่าวให้หายไป คนในประชาคมนั้นจึงต้องก่อพันธมิตรสัญญาขึ้นเพื่อให้มีสันติภาพ ทุกคนต้องยอมสละเสรีภาพส่วนที่เป็นการละเมิดสิทธิของผู้อื่น เสรีภาพส่วนที่สละนี้จะมีค่าเท่ากับสิทธิของตนที่จะไม่ถูกผู้อื่นละเมิด ต่างคนต่างรักษาสิทธิของตน ทุกคนต่างก็เป็นปัจเจกชน ไม่สามารถควบคุมการละเมิดสิทธิดังกล่าวได้ ดังนั้นการรักษาสิทธิส่วนนี้ของทุกคนจึงต้องรวมกันเข้าเป็นพลังอันมหาศาลที่จะใช้รักษาสิทธิของทุกคนโดยผ่านรัฐ รัฐเข้ามาเกี่ยวข้องเป็นผู้ใช้อำนาจตามพันธสัญญา และเป็นผู้ได้รับมอบหมายให้รักษาตามพันธสัญญาดังกล่าวเท่านั้น ไม่ใช่ในฐานะผู้ร่วมก่อพันธสัญญา ดังนั้นรัฐจึงเป็นผู้มีอำนาจสูงสุด และเด็ดขาดคนในประชาคมนั้นต้องยอมสวามิภักดิ์ และเชื่อฟังรัฐอธิปไตย ทฤษฎีแนวคิดดังกล่าวแสดงให้เห็นว่า สอบสนั้นเป็นผู้หนึ่งที่ศรัทธากับรูปแบบการปกครองในระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ และภาระหน้าที่ของรัฐอธิปไตยตามความเห็นของ สอบส คือ ให้ความปลอดภัยแก่ปวงชน เพื่อก่อให้เกิดเสถียรภาพ และเป็นหลักประกันสิทธิตามธรรมชาติของทุกคนในประชาคม รัฐมีหน้าที่คุ้มครอง และปกป้องสิทธิตามธรรมชาติดังกล่าวโดยตรากฎหมายมาเป็นกลไกในการคุ้มครอง และปกป้องสิทธิตามธรรมชาติของคนทุกคนในประชาคม การตรากฎหมายดังกล่าว รัฐ หรือฝ่ายบ้านเมืองอาจนำกฎธรรมชาติมาบัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษร ก็ได้ เพื่อเป็นการทำให้เนื้อหาของกฎธรรมชาติ และเนื้อหาของกฎหมายสอดคล้องกัน เช่น เสรีภาพ ในชีวิต เสรีภาพในร่างกาย เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น เสรีภาพเหล่านี้ล้วนกำเนิดมาจาก แนวคิดของสำนักกฎหมายธรรมชาติ

¹² เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, *อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 9*, น. 78

ทั้งสิ้น แต่อย่างไรก็ตาม ฝ่ายรัฐหรือฝ่ายบ้านเมืองมีอาจปฏิเสธ เสรีภาพเหล่านี้ไปได้ จึงนำเสรีภาพเหล่านี้มาบัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษร แปรเปลี่ยนสถานะจากการเป็นกฎหมายธรรมชาติสู่การเป็นกฎหมายฝ่ายบ้านเมืองทันที แต่ที่มาของเสรีภาพกลุ่มนี้มาจากกฎหมายธรรมชาติ¹³

3) จอห์น ล็อก (John Locke) นักปรัชญาชาวอังกฤษ มีความเห็นมนุษย์ทุกคนต่างคนต่างอยู่ ต่างก็มีเสรีภาพตามธรรมชาติ และต่างก็มุ่งแสวงหาความ มั่นคงแห่งชีวิตของตนเอง แต่ก็มีข้อแตกต่างกันอยู่บ้างเล็กน้อย กล่าวคือ สภาวะธรรมชาติของมนุษย์ไม่ได้เป็นสภาวะของการต่อสู้แข่งขันกันเพื่อที่จะให้บรรลุถึงความปรารถนาของตนเอง แต่เป็นสภาวะที่มีแต่ความเสมอภาคมีสันติภาพ ทุกคนต่างก็ตระหนักถึงกฎหมายธรรมชาติ และเมื่อเกิดความขัดแย้งระหว่างกันแล้วต่างก็บังคับการตามสิทธิที่ตนมีอยู่ตามธรรมชาติ และลงโทษผู้กระทำผิดด้วยตนเอง ในส่วนของพันธสัญญา ล็อกมีมุมมองว่า มีสองพันธสัญญาที่ประชาชนทำขึ้นดังนี้

พันธสัญญาแรก เป็นพันธสัญญาที่ประชาชนทำกันเอง เพื่อหาหนทางแก้ไขความขัดแย้งที่เกิดขึ้นระหว่างกันเองและเพื่อความมั่นคงแห่งชีวิตของแต่ละคน ในกรณีดังกล่าวตรงกับแนวคิดของฮอบส์

พันธสัญญาที่สอง เป็นพันธสัญญาที่ประชาชนทำกับรัฐ ในกรณีดังกล่าวเป็นจุดที่แตกต่างกับฮอบส์ กล่าวคือ ฮอบส์ไม่ได้มองว่าการที่ประชาชนมอบอำนาจให้รัฐ แต่เป็นกรณีที่ประชาชนนั้นหากคนกลางมาใช้อำนาจสูงสุดดังกล่าว รัฐเป็นคนกลางที่ถูกสมมุติขึ้นเพื่อใช้อำนาจดังกล่าว โดยมีตัวแทนที่เรียกว่ารัฐสภาปีศาจ ส่วนล๊อคนั้นมองว่ามีพันธสัญญาที่สองก็ด้วยเหตุผลที่ว่า พันธสัญญาแรกจะเกิดสำเร็จผลได้ก็ต่อเมื่อ ประชาชนในประชาคมยินยอมรับสภาพปกครอง และเพื่อให้การยินยอมดังกล่าวไปได้ด้วยดีจึงต้องมีการควบคุมอำนาจของรัฐ โดยกฎหมายที่ออกมาจากฝ่ายนิติบัญญัติรัฐนั้นจะต้องเคารพกฎหมายที่ตราขึ้นมา ถ้ารัฐละเมิดกฎหมาย ประชาชนมีสิทธิที่จะลงโทษ (sanction) รัฐได้ รัฐนั้นไม่ได้อยู่เหนือประชาชนเลย เพราะรัฐเข้ามาเป็นคู่พันธสัญญากับประชาชนเสียเอง รัฐเป็นทั้งผู้ควบคุมกติกา และอยู่ใต้กติกาตามพันธสัญญาที่สอง ดังนั้นในมุมมอง ล็อกเห็นว่า ถ้าไม่มีกฎหมายก็ไม่มีเสรีภาพ การมีเสรีภาพนั้นก็คือการพ้นจากการบีบบังคับ หรือการทำร้ายโดยคนอื่น กฎหมายจึงเป็นหลักประกันแห่งเสรีภาพ ส่วนเสรีภาพตามธรรมชาติของมนุษย์นั้นต้องถูกจำกัดโดยกฎหมายเพื่อความสงบ และมั่นคงในชีวิตของทุกคน¹⁴

4)ฌอง ชัก รูสโซ (Jean Jacques Rousseau) นักปราชญ์ชาวฝรั่งเศส อธิบายว่า มนุษย์มีทุกอย่างตามต้องการ มนุษย์จะมีความดีและรักสงบไม่รู้จักรานผู้อื่นไม่ก้าวร้าวไม่เอาใจเอาเปรียบมี

¹³ เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, *อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 9*, น.80

¹⁴ เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, *อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 9*, น. 81.

จิตใจสูงๆ โอบอ้อมอารีไม่เห็นแก่ตัว มนุษย์ในสภาพเช่นนี้จะดำรงชีวิตอยู่โดยสอดคล้องกับธรรมชาติ แต่หากมนุษย์เกิดสภาวะที่ไม่มั่นคงในชีวิต และเสรีภาพ คือ ไม่มีหลักประกันอันแน่นอน มนุษย์จะกลายเป็นผู้เห็นแก่ตัว และโหดร้ายขึ้นมาทันที การกดขี่ข่มเหงเพื่อให้ได้มาซึ่งความเป็นเจ้าของทำให้มนุษย์จำเป็นต้องมารวมสังคัม โดยทำสัญญาประชาคมเพื่อให้ผู้ปกครอง และระบอบปกครองกำจัดความขัดแย้งของผู้ครอบครองที่อ่อนแอ และลงโทษผู้ข่มเหง รุสโซเป็นบุคคลที่คัดค้านทฤษฎีสัญญาสวามิภักดิ์ และยืนยันหลักอำนาจธิปไตยเป็นของประชาชน รุสโซยืนยันหลักการปกครองของประชาชนโดยประชาชนเพื่อประชาชน การปกครองตนเองของประชาชนแสดงออกในรูปแบบของเจตจำนงทั่วไป ซึ่งเป็นความคิดเห็น และความต้องการส่วนรวม ของประชาชนเอง และนั่นคือจุดมุ่งหมายของกฎหมาย ตามสัญญาประชาคมของ รุสโซทุกคนยอมเสียดเสรีภาพตามธรรมชาติมีอยู่อย่างจำกัด และยอมอยู่ร่วมกันโดยมีเสรีภาพที่จำกัดตามกฎหมาย เมื่อถือว่ากฎหมาย คือ เจตจำนงทั่วไปของสังคัมการปฏิบัติตามกฎหมายก็คือ การปฏิบัติตามเจตจำนงของตนเอง การปกครองตามเจตจำนงซึ่งประชาชนทุกคนมีส่วนร่วมจึงเป็นการปกครองของประชาชน และเป็นอำนาจที่ไม่จำกัด เพราะเป็นอำนาจของประชาชนทุกคน¹⁵

รุสโซยังมีมุมมองเรื่องอำนาจธิปไตย ว่า รัฐเกิดจากเจตจำนงร่วมกันของทุก ๆ คนในประชาคม และเจตนารมณ์ที่ร่วมกันของทุกคนนี้ก็คือ อำนาจธิปไตยที่เป็นของทุกคน และอำนาจธิปไตยนี้ไม่สามารถจำหน่ายโอนไปให้ผู้อื่นได้ และไม่สามารถแบ่งแยกออกไปได้ และจำกัดไม่ได้ เพราะอำนาจดังกล่าวเป็นของคนทุกคนในประชาคมนั้น รุสโซสนับสนุนแนวความคิดการปกครองในระบอบประชาธิปไตยทางตรง รุสโซให้ความสำคัญกับฝ่ายนิติบัญญัติมาก เพราะเกิดจากการเข้าทำสัญญาประชาคมของประชาชนทุกคน ประชาชนเป็นผู้บัญญัติกฎหมายที่มีผลบังคับใช้กับทุกคนในประชาคมนั้น ในส่วนอำนาจฝ่ายบริหาร รุสโซมองว่า เป็นอำนาจที่รองลงมา และได้อำนาจมาจากฝ่ายนิติบัญญัติ ส่วนฝ่ายตุลาการเป็นเพียงหน้าที่อย่างหนึ่งของรัฐบาลเท่านั้น รัฐบาลจึงเปรียบเสมือนเป็นผู้ที่ได้รับมอบหมายจากเจตนารมณ์ส่วนรวมของประชาชนทุกคนให้ทำงานแทนตน

2.2.1.3 รัฐเกิดจากความขัดแย้ง

ทฤษฎีที่ว่าด้วยรัฐเกิดจากความขัดแย้งถือว่า ความขัดแย้งกันในสังคัมจึงจำเป็นต้องหาทางออกของความขัดแย้งดังกล่าว เพื่อให้เกิดความมั่นคง และความเป็นระเบียบของสังคัม รัฐจึง

¹⁵ สมยศ เชื้อไทย, *อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 11*, น.105-106.

เกิดขึ้นให้เป็นทางออกของความขัดแย้งในสังคม นักปรัชญาที่มีมุมมองเช่นเดียวกันนี้มีอยู่หลายท่าน เช่น¹⁶

1) มองเตสกีเออ (Montesquieu) นักปราชญ์ชาวฝรั่งเศส กล่าวถึงเรื่องกล่าวใน หนังสือ “เจตนารมณ์แห่งกฎหมาย” (De l'esprit des lois, The Spirit of Laws) ว่า การปกครองแบบราชาธิปไตยที่ดี การปกครองแบบการผูกขาดอำนาจไว้ที่บุคคลคนเดียวก็ดี ต่างก็อยู่บนพื้นฐานของความขัดแย้ง การปกครองในระบอบราชาธิปไตยจะต้องมีเกียรติศักดิ์เป็นตัวจำกัดอำนาจ และเป็นตัวที่มีอำนาจเหนือทุกคน ซึ่งต่างจากการปกครองที่ผูกขาดอำนาจอยู่ที่บุคคลเพียงคนเดียว หรือที่เรียกว่า ระบอบเผด็จการ การสร้างกฎเกณฑ์ขึ้นมาเพื่อการดังกล่าว และเกียรติศักดิ์เป็นสิ่งที่ให้พวกขุนนางได้ใช้อำนาจที่เป็นกลาง เพื่อที่จะสร้างความมั่นคงและเสถียรภาพให้เกิดขึ้นในความสัมพันธ์ระหว่างความสมัครใจของพระมหากษัตริย์ และราษฎร ดังนั้นจะเห็นได้ว่าความขัดแย้งต่าง ๆ ที่เกิดขึ้นในรัฐนั้นจะได้รับการแก้ไขด้วยแต่เกียรติศักดิ์เท่านั้น สภาพการณ์ดังกล่าวนั้นเป็นการป้องกันมิให้เกิดรูปแบบการปกครองแบบเผด็จการที่จะสร้างความขัดแย้งให้เกิดขึ้น เพราะวาระบอบการปกครองแบบเผด็จการนั้นจะต้องมีความเกรงกลัวนั่นเอง และการแก้ไขความขัดแย้งในระบอบดังกล่าวก็มีแต่การใช้กำลังอย่างรุนแรง และป่าเถื่อน การหลีกเลี่ยงความขัดแย้งที่จะเกิดขึ้นในรัฐราชาธิปไตยนั้น ต้องมีตัวเชื่อมกลางระหว่างกษัตริย์กับประชาชนโดยผ่านพวกขุนนางที่ใช้เกียรติศักดิ์เป็นกันชนมิให้กษัตริย์ใช้อำนาจเกินไปจนกลายเป็นระบอบเผด็จการ และอาจจะนำไปสู่ความขัดแย้งใหม่ๆขึ้นมาในภายหลัง

2) คาร์ล ไฮน์ริช มาคส์ ปฏิเสธการมีอยู่ของ “รัฐ” กล่าวคือ การกดขี่ระหว่างชนชั้นจะหมดไปก็ต่อเมื่อมีการ ยกเลิกชนชั้นในสังคม ความขัดแย้งก็จะไม่บังเกิดขึ้น การยกเลิกดังกล่าวไม่ว่าจะเรียกว่าการปฏิวัติ หรือปฏิรูปก็ตามนั้นจะนำพาสังคมนั้นไปสู่ระบอบสังคมนิยม และในที่สุดก็นำไปสู่การสิ้นสุดของรัฐ เพราะรัฐเกิดขึ้นจากผลแห่งความขัดแย้งในประชาคมที่ไม่อาจประนีประนอมกันได้ รัฐจึงต้องดำรงอยู่ ตราบใดที่ยังมีความขัดแย้งระหว่างชนชั้นในสังคม และเมื่อใดความขัดแย้งระหว่างชนชั้นสิ้นสุดไปการดำรงอยู่ของรัฐก็ไม่มีความจำเป็นที่รัฐจะต้องตั้งอยู่ต่อไป

2.3 แนวความคิดเกี่ยวกับการจำกัดอำนาจรัฐ

แม้การที่มนุษย์จะยอมตกอยู่ภายใต้อำนาจรัฐไม่ว่าจะเพราะด้วยเหตุผลใดๆดังที่กล่าวมาแล้วในข้างต้นก็ตาม แต่สิทธิพื้นฐานทางธรรมชาติมนุษย์ในการที่จะปกป้องตนเองยังคงไม่ได้

¹⁶ เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, *อ้าวแล้วในเชิงอรรถที่ 9*, น. 82-83.

สูญเสียไปด้วย มนุษย์มีความเข้มแข็งต่ออำนาจรัฐที่ถูกผูกขาดโดยบุคคลเพียงคนเดียวเสมอ ในทางทฤษฎีปัจจุบันแม้จะมีการแยกผู้ปกครองออกจากอำนาจดังกล่าวแล้วก็ตาม แต่ก็เป็นการง่ายที่จะทำให้ผู้ปกครองใช้อำนาจเกินที่เกินขอบเขตที่กฎหมายกำหนด ตามทัศนคติของ จอห์น ล็อก ซึ่งเคยกล่าวเกี่ยวกับเรื่องนี้พอสรุปได้ว่า ผู้ปกครองประเทศมักอ้างถึงความรับผิดชอบเกินกว่าขอบเขตที่ควร ทั้งนี้ก็เพื่อจะแสวงหาอำนาจเอาไว้เกินกว่าที่ควรนั่นเอง การปกครองสังคมเมืองในฐานะที่เป็นสถาบันหนึ่งเท่านั้น มนุษย์สร้างสังคมขึ้นมาเป็นประการต้น แล้วแต่งตั้งผู้ปกครองขึ้นมาดูแลพวกตนก็เพราะถ้าอยู่ตามธรรมชาติโดยปราศจากการปกครองที่มีระเบียบเรียบร้อยย่อมเป็นการลำบากยากเย็นเกินไปสำหรับมนุษย์ หากมนุษย์อยู่กับธรรมชาติย่อมมีผลเสียด้วยเพราะทุกคนจะต้องป้องกันรักษาชีวิต และทรัพย์สินสมบัติของตนเอง การปกครองต่างๆที่เกิดขึ้นในแผ่นดิน เพื่อที่จะเสริมสร้าง และรักษาสิทธิของตัวเองไว้¹⁷ และการป้องกันผู้ปกครองในการบังคับใช้กฎหมายเพื่อแสวงหาประโยชน์ให้กับตนเองจึงจำต้องจำกัดการใช้ของผู้ปกครองให้อยู่ภายใต้หลักนิติรัฐ และนิติธรรม

2.3.1 การจำกัดการใช้อำนาจรัฐตามหลักนิติรัฐ

คำว่า “นิติรัฐ” เป็นคำที่แปลมาจากภาษาเยอรมันว่า “Rechtsstaat” คำว่า “Rechtsstaat” ประกอบขึ้นจากคำสองคำ คือ คำว่า Recht ที่แปลว่า กฎหมาย (ในภาษาเยอรมันคำ ๆ นี้ สามารถแปลว่า “สิทธิ” ได้ด้วย) และคำว่า Staat ที่แปลว่า รัฐ แต่คำสองคำนี้เมื่อมารวมกันแล้วได้กลายเป็นคำศัพท์ทางนิติศาสตร์ในระบบกฎหมายเยอรมันซึ่งยากจะหาคำในภาษาต่างประเทศที่แปลแล้วให้ความหมาย ได้ตรงกับคำในภาษาเดิม ในทางวิชาการไม่ว่าจะแปลคำว่า Rechtsstaat ว่าอย่างไรก็ตามประเด็นสำคัญย่อมอยู่ที่ความหมายอันเป็นแก่นแท้ของหลักการนี้ กล่าวคือ การปกครองใน Rechtsstaat หรือนิติรัฐนั้น กฎหมายจะต้องไม่เปิดโอกาสให้ผู้ปกครองใช้อำนาจตามอำเภอใจภายใต้กฎหมายบุคคลทุกคนต้องเสมอภาคกัน และบุคคลจะต้องสามารถทราบก่อนล่วงหน้าว่ากฎหมายมุ่งประสงค์จะบังคับให้ตนทำอะไร หรือไม่ให้ตนทำอะไร ผลร้ายอันเกิดจากการฝ่าฝืนกฎหมายคืออะไร ทั้งนี้เพื่อที่บุคคลจะได้ปฏิบัติตนให้ถูกต้องสอดคล้องกับกฎหมาย แนวความคิดพื้นฐานดังกล่าวนี้ย่อมจะก่อให้เกิดหลักต่าง ๆ ตามมาในทางกฎหมายมากมาย เช่น หลักไม่มี

¹⁷ มอริซ แครนสตัน, ปรัชญาการเมือง, แปลโดย ส. ศิวรักษ์, พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์สยามปริทัศน์, 2562), น.45-46.

ความคิด ไม่มีโทษ โดยปราศจากกฎหมาย (nula poena Sine lege) หลักการห้ามลงโทษซ้ำซ้อน หลักการห้ามตรากฎหมายย้อนหลังกำหนดโทษแก่บุคคลเป็นต้น¹⁸

2.3.2 องค์ประกอบของหลักนิติรัฐ

การศึกษาทำความเข้าใจในเรื่องของหลักนิติรัฐนั้นเป็นไปได้โดยยาก เนื่องจากไม่ได้มีบทนิยามไว้ชัดเจนแน่นอน แต่จากแก่นแท้ของหลักการดังกล่าวนี้ ทำให้สามารถแยกมีองค์ประกอบสำคัญ 2 ส่วนดังนี้คือ¹⁹

1) องค์ประกอบในทางรูปแบบของหลักนิติรัฐ กล่าวคือ การที่รัฐผูกพันตนเองไว้กับกฎหมายที่องค์กรของรัฐตราขึ้นตามกระบวนการที่รัฐธรรมนูญกำหนดขึ้น หรือที่รัฐธรรมนูญมอบอำนาจไว้ ทั้งนี้เพื่อจำกัดอำนาจของรัฐลง เมื่อพิจารณาในทางรูปแบบย่อมจะเห็นได้ว่า หลักนิติรัฐมุ่งประกันความมั่นคงแน่นอนแห่งนิติฐานะของบุคคล หลักนิติรัฐนั้นจะประกอบไปด้วยหลักการย่อยๆ หลายประการที่สำคัญ ได้แก่ หลักการแบ่งแยกอำนาจ หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำขององค์กรของรัฐ หลักการประกันสิทธิในกระบวนการพิจารณาคดี ตลอดจนหลักการประกันสิทธิของปัจเจกบุคคลในการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรม

หลักการแบ่งแยกอำนาจ คือ การเรียกร่องมิให้อำนาจของรัฐรวมศูนย์อยู่ที่องค์กรใดองค์กรหนึ่ง แต่ให้มีการแบ่งแยกการใช้อำนาจ หรือกระจายการใช้อำนาจของรัฐให้องค์กรต่างองค์กรกันเป็นผู้ใช้อำนาจ เพื่อให้เกิดการคานอำนาจซึ่งกันและกัน โดยทั่วไปรัฐธรรมนูญของประเทศที่ยึดหลักนิติรัฐจะแบ่งแยกองค์กรใช้อำนาจรัฐออกเป็น 3 องค์กร คือ องค์กรที่ใช้อำนาจนิติบัญญัติ องค์กรที่ใช้อำนาจบริหาร และองค์กรที่ใช้อำนาจตุลาการ

หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำขององค์กรของรัฐ คือ การเรียกร่องให้ การกระทำขององค์กรนิติบัญญัติต้องผูกพันอยู่กับรัฐธรรมนูญ การตรากฎหมายขึ้นใช้บังคับในรัฐนั้น องค์กรนิติบัญญัติจะตรากฎหมายล่วงกรอบที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้ไม่ได้ หลักการดังกล่าวนี้ ยังเรียกร่ององค์กรบริหาร และองค์กรตุลาการ ต้องผูกพันต่อกฎหมายด้วยเช่นเดียวกัน ซึ่งหมายความว่าองค์กรเหล่านั้น ต้องผูกพันต่อรัฐธรรมนูญ และบรรดากฎหมายต่างๆ ที่ใช้บังคับอยู่จริงในบ้านเมือง อย่างไรก็ดีแม้ฝ่ายปกครองเองจะมีอำนาจในการบัญญัติกฎหมายของฝ่ายปกครองในบางเรื่องก็ตาม แต่หากมีผลเป็นการก้าวล่วงสิทธิเสรีภาพของประชาชน ย่อมจะต้องมีกฎหมายให้อำนาจ

¹⁸ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, “หลักนิติรัฐและหลักนิติธรรม,” *วารสารจตุลนิติ* ฉบับที่ 1, ปีที่ 9 (มกราคม-กุมภาพันธ์ 2555), น.50-51.

¹⁹ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, *เพิ่งอ้าง*, น.55-56.

แก่ฝ่ายปกครองนั้นกระทำการเช่นนั้นได้ และหากไม่มีกฎหมายให้อำนาจไว้แล้ว การกระทำทางปกครองนั้นย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมาย

หลักการประกันสิทธิในกระบวนการพิจารณาในชั้นเจ้าหน้าที่ และศาล คือการเรียกร้องให้รัฐต้องเปิดโอกาสให้ราษฎรได้ต่อสู้ป้องกันสิทธิของตนในกระบวนการพิจารณาต่างๆของรัฐ ได้อย่างเต็มที่ ด้วยเหตุนี้ระบบกฎหมายของรัฐจึงกำหนดให้องค์กรของรัฐต้องรับฟังบุคคลโดยการเปิดโอกาสให้บุคคลนำพยานหลักฐานเข้าหักล้างข้อกล่าวหาต่างๆก่อนที่จะตัดสินใจกำหนดมาตรการทางกฎหมายที่เป็นผลร้ายแก่บุคคลนั้น ทั้งนี้กระบวนการพิจารณาที่ได้รับการออกแบบขึ้นจะต้องเป็นกระบวนการพิจารณาที่เป็นธรรมด้วย อนึ่งในกรณีที่ราษฎรได้รับความเสียหายจากการใช้อำนาจมหาชนขององค์กรของรัฐ รัฐจะต้องเปิดโอกาสให้ราษฎรสามารถฟ้ององค์กรของรัฐที่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่คนต่อศาลได้

2) องค์ประกอบในทางเนื้อหาของหลักนิติรัฐ กล่าวคือ การที่รัฐประกันสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของราษฎร โดยกำหนดให้บทบัญญัติว่า ด้วยสิทธิเสรีภาพมีค่าบังคับในระดับรัฐธรรมนูญ เรียกร้องให้รัฐต้องกระทำการโดยยุติธรรม และถูกต้อง ลำพังแต่การเรียกร้องให้องค์กรของรัฐต้องผูกพันต่อกฎหมายในการกระทำ การต่าง ๆ นั้นยังไม่เพียงพอที่จะช่วยปกป้องคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของบุคคลได้ หากกฎหมายที่ได้รับการตราขึ้นไม่สอดคล้องกับความถูกต้องเป็นธรรมด้วยเหตุนี้หลักนิติรัฐจึงเรียกร้องต่อไปอีกว่า ในการตรากฎหมายขึ้นใช้บังคับกับราษฎรนั้นกฎหมายที่ได้รับการตราขึ้นจะต้องมีความชัดเจน และแน่นอน เพียงพอที่ราษฎรจะเข้าใจได้ ยิ่งไปกว่านั้นระบบกฎหมายจะต้องคุ้มครองความเชื่อถือ และไว้วางใจที่บุคคลมีต่อกฎหมาย การตรากฎหมายย้อนหลังไปเป็นผลร้ายแก่บุคคลต่างๆที่จะต้องคุ้มครองความไว้วางใจที่บุคคลมีต่อกฎหมายโดยหลักแล้วไม่อาจกระทำได้

หลักการสำคัญอีกประการหนึ่งในทางเนื้อหาของหลักนิติรัฐ คือ หลักความพอสมควรแก่เหตุ หลักการนี้เรียกร้องให้การใช้อำนาจของรัฐจะต้องเป็นไปโดยพอสมควรประมาณเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ที่ชอบธรรม รัฐไม่อาจใช้มาตรการใดๆก็ได้ เพื่อที่จะบรรลุวัตถุประสงค์ที่ตนต้องการ การบรรลุวัตถุประสงค์ที่ชอบธรรมต้องใช้เครื่องมือ หรือมาตรการทางกฎหมายที่ถูกต้องพอสมควรประมาณ ดังนั้นแม้ว่าระบบกฎหมายจะมอบเครื่องมือ หรือมาตรการทางกฎหมายให้องค์กรของรัฐดำเนินการ แต่หากการใช้เครื่องมือหรือมาตรการนั้นไม่อาจบรรลุวัตถุประสงค์ที่ดี หรือวัตถุประสงค์นั้นอาจบรรลุได้เพียงแก้ไขเครื่องมือ หรือมาตรการทางกฎหมายที่รุนแรงน้อยกว่าก็ดี หรือในที่สุดแล้วแม้ไม่มีเครื่องมือหรือมาตรการทางกฎหมายที่รุนแรงน้อยกว่า แต่การที่จะบรรลุวัตถุประสงค์นั้นปรากฏว่า ทำให้ปัจเจกบุคคลได้รับผลร้ายอย่างรุนแรงต้องเสียหายเกินกว่าที่จะคาดหมายจากบุคคลนั้นซึ่งไม่ได้สัดส่วนกับประโยชน์ที่สาธารณะจะได้รับ การใช้เครื่องมือ หรือ

มาตรการทางกฎหมายนั้นก็ย่อมไม่อาจกระทำได้ในหลักนิติรัฐนอกจากหลักความพอสมควรแก่เหตุแล้วในแง่เนื้อหาหลักนิติรัฐยังห้ามการกระทำตามอำเภอใจของรัฐ และเรียกร้องให้รัฐต้องกระทำการโดยเคารพต่อหลักความเสมอภาค กล่าวคือ เรียกร้องรัฐต้องปฏิบัติต่อสิ่งที่มีสาระสำคัญเหมือนกันให้เหมือนกัน และปฏิบัติต่อสิ่งที่มีสาระสำคัญแตกต่างกันให้แตกต่างกันออกไปตามสภาพของสิ่งนั้น²⁰

2.3.3 การจำกัดการใช้อำนาจรัฐตามหลักนิติธรรม

คำว่า “นิติธรรม” แปลมาจากภาษาอังกฤษว่า “The Rule of Law” ซึ่งเป็นหลักพื้นฐานระบบกฎหมายในประเทศสหราชอาณาจักร คำศัพท์ดังกล่าวมีนักปรัชญาหลายท่านได้ให้ความหมายไว้หลายประการเช่น

เพลโต (Plato) นักปราชญ์ชาวกรีก ผู้เคยเสนอว่า “การปกครองที่ดีที่สุด คือ การปกครองโดยราชาปราชญ์” ซึ่งเป็นทั้งคนเก่งและคนดีมีคุณธรรมประจำใจ ปกครองบ้านเมืองด้วยความ ถูกต้องชอบธรรม” แต่สุดท้ายแล้ว เพลโตก็ไม่สามารถหาคนที่สมบูรณ์แบบพอที่จะเป็นราชาปราชญ์ได้ ในบั้นปลายชีวิต เพลโตจึงหันมาให้ความสำคัญกับ “กฎหมาย” โดยเสนอว่า “กฎหมายเป็นสิ่งสูงสุด และการปกครองจะต้องดำเนินตามกฎหมาย หากสังคมสามารถสร้างระบบกฎหมายที่ดีและเป็นธรรม ขึ้นมาให้คนประพฤติปฏิบัติตามได้ แม้แต่คนชั่วก็ยังมีทางทำความดีขึ้นมาได้เช่นกัน”

อริสโตเติล (Aristotle) ได้นำความคิดของเพลโตมาขยายต่อ โดยเสนอว่า การปกครองโดยกฎหมาย เป็นสิ่งที่พึงปรารถนามากกว่าการปกครองโดยมนุษย์ ไม่ว่าจะเป็นผู้ใดก็ตาม และการปกครองต้องเป็นไปตามกฎหมายกำหนดไว้เท่านั้น

พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2542 ให้คำแปลของคำว่า “หลักนิติธรรม” ไว้เพียงว่า “หลักพื้นฐานแห่งกฎหมาย” อย่างไรก็ตาม พจนานุกรมให้คำแปลไว้เพียงเท่านี้ มิได้ให้คำอธิบายความหมายแต่อย่างใด จึงยังไม่กระจ่างชัดว่า หลักนิติธรรมคืออะไร หลักพื้นฐานแห่งกฎหมายที่ว่ามิอะไรบ้าง การปฏิบัติอย่างไรจึงจะถือได้ว่าถูกต้อง และเป็นไปตามหลักนิติธรรม

นักปรัชญาคนสำคัญที่ทำให้แนวความคิดเรื่องหลักนิติธรรมแพร่หลายจนเป็นที่ยอมรับมากที่สุดท่านหนึ่ง คือ อัลเบิร์ต เวนน์ ไดเซย์ (Albert Venn Dicey) นักปรัชญาชาวอังกฤษ ซึ่งได้อธิบายถึงหลักนิติธรรมพอสรุปได้ว่า หลักนิติธรรมนั้นเป็นหลักเกณฑ์ธรรมชาติ และเป็นเจตจำนงทั่วไปของรัฐ ซึ่งประกอบไปด้วยคุณลักษณะดังต่อไปนี้ กล่าวคือ อำนาจอสูงสุดทั่วทั้งประเทศของรัฐบาลกลาง ผู้มีอำนาจของรัฐเดิมทีเคยวนั้นเป็นของกษัตริย์ และถือว่ากษัตริย์เป็นแหล่งที่มาของ

²⁰ วรเจตน์ ภาศิริรัตน์, *อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 18*, น.57.

กฎหมายและผู้รักษาความสงบเรียบร้อยที่สูงที่สุด ซึ่งในปัจจุบันนี้อำนาจสูงสุดนี้ได้ผ่านเข้าสู่อำนาจอธิปไตยของรัฐสภาประการหนึ่ง อีกประการหนึ่งซึ่งเชื่อมโยงกับอำนาจอธิปไตยนั้น คือ กฎ หรืออำนาจสูงสุดของกฎหมายเป็นกรอบจำกัดอำนาจของผู้ปกครองให้อยู่ภายใต้กฎหมายเพื่อเป็นหลักประกันความปลอดภัยทางสิทธิเสรีภาพของบุคคล²¹ ดังนั้นจะเห็นว่าตามทัศนคติของไคเซย์ เขาสนับสนุนแนวความคิดการปกครองประชาชนโดยประชาชน และหลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งกฎหมายที่ออกโดยตัวแทนของประชาชน ไคเซย์ยังอธิบายต่อไปว่าหลักนิติธรรมอันเป็นลักษณะเฉพาะของรัฐธรรมนุญอังกฤษประกอบไปด้วยหลักเกณฑ์ 3 ประการ คือ²²

1) จะไม่มีผู้ใดได้รับโทษหรือถูกทำให้ต้องทนทุกข์ทรมานในร่างกาย หรือทรัพย์สินโดยชอบด้วยกฎหมาย ยกเว้นผู้ซึ่งทำการฝ่าฝืนกฎหมายที่ชัดเจน ซึ่งกฎหมายดังกล่าวบัญญัติขึ้นในอย่างวิธีการทั่วไป และจะไม่มีผู้ใดได้รับโทษ หรือถูกทำให้ต้องทนทุกข์ทรมานในร่างกาย หรือทรัพย์สิน ก่อนศาลของแผ่นดินจะตัดสิน ทั้งนี้ก็เพื่อในการจำกัดขอบเขตการใช้อำนาจตามอำเภอใจของผู้ปกครอง

2) ในหลักนิติธรรมนั้นจะไม่มีบุคคลใดอยู่เหนือกฎหมายแม้บุคคลจะแตกต่างกัน ไม่ว่าจะด้วยตำแหน่ง หรือเงื่อนไขอื่น บุคคลต้องอยู่ภายใต้กฎหมายปกติของดินแดนเดียวกัน และทุกคนต้องยอมรับขอบเขตอำนาจของศาล ความคิดเรื่องความเท่าเทียมกันทางกฎหมาย หรือการอยู่ใต้บังคับของทุกคนขึ้นต่อกฎหมายเดียวกัน และถูกตรวจสอบโดยศาลได้รับการยอมรับกันอย่างแพร่หลาย เจ้าหน้าที่ทุกคนตั้งแต่นายกรัฐมนตรีจนถึงตำรวจ หรือผู้เก็บภาษีอยู่ภายใต้ความรับผิดชอบเดียวกัน ไม่มีข้อยกเว้นเช่นเดียวกับพลเรือน เจ้าหน้าที่คนใดถูกนำตัวต่อหน้าศาล และถูกดำเนินคดีในฐานะส่วนตัวต้องรับโทษ หรือชดเชยค่าเสียหายสำหรับการกระทำในลักษณะทางการของพวกเขาดังกล่าว แม้ว่าปฏิบัติตามคำสั่งของผู้บังคับบัญชาอย่างเป็นทางการ เจ้าหน้าที่ผู้นั้นก็ต้องรับผิดชอบต่อการกระทำใด ๆ ที่กฎหมายไม่อนุญาตให้กระทำ ทั้งนี้ก็เพราะแม้บุคคลเหล่านั้นจะมีสถานะที่แตกต่างออกไปจากพลเมืองก็ตาม แต่พวกเขาก็ไม่ได้หนีจากหน้าที่ของพลเมืองธรรมดา

3) หลักนิติธรรมเปรียบเสมือนจิตวิญญาณทางกฎหมาย ซึ่งหลักนิติธรรมดังกล่าวนี้เป็นพื้นฐานของหลักการทั่วไปแห่งรัฐธรรมนุญอีกชั้นหนึ่ง (เช่นสิทธิเสรีภาพส่วนบุคคล สิทธิในการชุมนุมในที่สาธารณะ) หลักนิติธรรมที่อยู่ในรัฐธรรมนุญนี้มาจากการตัดสินของตุลาการที่กำหนดสิทธิของบุคคลในกรณีที่มีข้อพิพาทขึ้น และนำหลักเกณฑ์นำมาใช้เพื่อเป็นบรรทัดฐาน

²¹ A. V. DICEY, INTRODUCTION TO THE STUDY OF THE LAW OF THE CONSTITUTION 1885, (London : Macmillan, 1915) p. 107.

²² A. V. DICEY, *Ibid.*, p.110 – 115.

สำหรับประเทศไทยแม้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 3วรรคสอง จะกำหนดว่า “รัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล องค์กรอิสระ และหน่วยงานของรัฐ ต้องปฏิบัติหน้าที่ให้เป็นไปตามรัฐธรรมนูญ กฎหมาย และหลักนิติธรรม เพื่อประโยชน์ส่วนรวมของประเทศชาติและความสุขของประชาชนโดยรวม”²³ แต่โดยโครงสร้างของรัฐ ที่มีการจัดลำดับศักดิ์ของกฎหมาย และมีการใช้ระบบศาลคู่ ทำให้พอเข้าใจได้ว่า ในทางความเป็นจริงแล้วประเทศไทยใช้หลักนิติรัฐเป็นหลักมากกว่าหลักนิติธรรม

2.3.4 หลักนิติรัฐ และหลักนิติธรรมในฐานะหลักเกณฑ์ในการปฏิบัติหน้าที่

หลักนิติรัฐ และหลักนิติธรรมแม้มีพัฒนาการมาจากระบบกฎหมายที่แตกต่างกัน แต่หลักการทั้งสองประการนี้มีความมุ่งประสงค์ในสิ่งเดียวกัน คือ การจำกัดอำนาจของผู้ปกครอง มิให้ผู้ใดผูกขาด และมีให้มีการใช้อำนาจตามอำเภอใจอันจะเป็นภัยต่อสังคม จากพื้นฐานของแนวคิดดังกล่าวทำให้เกิดการพัฒนาไปสู่หลักเกณฑ์การถ่วงดุลอำนาจ โดยแบ่งแยกลักษณะของการใช้อำนาจของรัฐออกเป็น 3 อำนาจ คือ อำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหาร อำนาจตุลาการ ซึ่งการแบ่งแยกอำนาจเช่นนี้มิได้มีลักษณะเป็นการแบ่งแยกอำนาจกัน โดยเด็ดขาดตามที่หลายฝ่ายเข้าใจ การแบ่งแยกอำนาจเช่นนี้แท้จริงแล้วเป็นการกำหนดบทบาทอำนาจหน้าที่ของแต่ละองค์กรให้สามารถควบคุมตรวจสอบซึ่งกันและกันได้ตามลักษณะแห่งอำนาจที่ใช้²⁴

สำหรับการจัดการองค์กรผู้ใช้อำนาจธิปไตย ในประเทศที่มีการปกครองในระบอบประชาธิปไตยจะมุ่งเน้นถึงการมีส่วนร่วมของประชาชนให้มากที่สุด เพราะถือว่าประชาชนนั้นไม่เพียงแต่เป็นผู้ถืออำนาจรัฐ แต่ต้องหมายรวมว่าการใช้อำนาจรัฐทั้งหมดจะถูกใช้เพื่อประชาชน และมุ่งหมายเพื่อผลประโยชน์ของประชาชน และหมายความหมายรวมถึง การใช้อำนาจรัฐโดยผ่านองค์กรของรัฐต่างๆ ต้องมีพื้นฐานมาจากประชาชนด้วย กล่าวคือ ต้องมีความเกี่ยวพันเชื่อมโยงไปถึงประชาชน ซึ่งความสัมพันธ์พื้นฐานเช่นนี้จักก่อให้เกิดความชอบธรรมในทางประชาธิปไตยต่อการใช้อำนาจรัฐขององค์กรนั้นๆ และเพื่อให้เกิดความชอบธรรมต่อองค์กรอื่น หรือเจ้าหน้าที่ที่ได้รับมอบหมายให้เป็นผู้ดำเนินการกิจของรัฐ

ความเกี่ยวพันความชอบธรรมในทางประชาธิปไตยที่ไม่ขาดสาย เป็นจุดเชื่อมโยงระหว่างประชาชนกับผู้ปกครอง แต่ทั้งนี้ไม่จำเป็นที่จะต้องมีความสัมพันธ์โดยตรงมาจากประชาชนในทุก

²³ มาตรา 3, รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560, ประกาศในราชกิจจานุเบกษา เล่ม 134 ตอนที่ 40 ก วันที่ 6 เมษายน 2560

²⁴ บรรเจิด สิงคะเนติ, หลักกฎหมายมหาชน หลักนิติรัฐ/นิติธรรม ในฐานะเกณฑ์จำกัดอำนาจรัฐ, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2561), น. 69.

กรณี องค์กรหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐบุคคลใดบุคคลหนึ่งจะต้องได้รับการแต่งตั้งโดยองค์กรที่ถูกเลือกมาจากประชาชน ในกรณีนี้ย่อมถือว่า บุคคลที่ถูกแต่งตั้งนั้นมีพื้นฐานมาจากหลักความชอบธรรมในทางประชาธิปไตยแล้ว หลักความชอบธรรมในทางประชาธิปไตยมีความมุ่งหมายเพื่อเป็นหลักประกันว่า การใช้อำนาจรัฐโดยองค์กรต่าง ๆ มีพื้นฐานมาจากประชาชน และดำรงอยู่ในลักษณะที่เชื่อมโยงถึงประชาชนได้ เพื่อบรรลุจุดมุ่งหมายดังกล่าว จึงมีความจำเป็นที่จะต้องอาศัยการแต่งตั้งเจ้าหน้าที่ของรัฐจากองค์กรที่มีความชอบธรรมในทางประชาธิปไตย²⁵ เพื่อปฏิบัติการภารกิจของรัฐให้สำเร็จลุล่วง

ผลผลิตของการใช้อำนาจปกครองของฝ่ายปกครองอัน ได้แก่ การออกคำสั่งทางปกครอง กฎ คำสั่งอื่น และนโยบายในการใช้ดุลพินิจ และการกระทำอื่น²⁶ ซึ่งรวมแล้วเรียกว่า การกระทำทางปกครองนั้นยังคงต้องยึดหลักความผูกพันต่อกฎหมายขององค์กรของรัฐอันเป็นหลักการทั่วไปของรัฐเสรีประชาธิปไตยที่องค์กรของรัฐยอมผูกพันตนต่อกฎหมาย เพียงแต่การผูกพันต่อกฎหมายขององค์กรของรัฐนั้นจะมีความแตกต่างกันไปตามภารกิจขององค์กร²⁷ มิฉะนั้นแล้วการกระทำทางปกครองทั้งหลายจะขาดความชอบธรรมที่จะใช้บังคับ และสามารถถูกเพิกได้ในภายหลัง

กฎหมายอันผูกพันที่ทำให้การกระทำของรัฐ (การกระทำของฝ่ายบริหารและฝ่ายปกครอง) เป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมายนั้น มิได้หมายความว่ากฎหมายลายลักษณ์อักษรที่มีผลใช้บังคับอยู่ในขณะนั้น เช่น รัฐธรรมนูญ พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ พระราชบัญญัติ และกฎหมายลำดับรองทั้งหลาย เพียงอย่างเดียว หากแต่ยังคงต้องผูกพันตามกฎหมายทั่วไป กล่าวคือการกระทำของรัฐต้องสอดคล้องกับหลักพื้นฐานในทางกฎหมายโดยเฉพาะหลักพื้นฐานในทางกฎหมายปกครองที่ได้รับการยอมรับในระบบกฎหมายนั้นๆ อันนำมาสู่ข้อจำกัดของฝ่ายปกครองในอันที่จะไม่กระทำการให้ขัดแย้งกับหลักดังกล่าว เช่น หลักการกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย หลักความได้สัดส่วน หรือหลักความพอสมควรแก่เหตุ หลักความเป็นกลางของเจ้าหน้าที่ เป็นต้น หลักพื้นฐานทางมหาชนอันสำคัญอีกประการหนึ่งอันสร้างความชอบธรรมทำกับการกระทำของรัฐนั้น คือ การไม่มีกฎหมายไม่มีอำนาจ กล่าวคือ กฎหมายนั้นเป็นบ่อเกิดอำนาจมหาชนที่ให้อำนาจแก่ฝ่ายปกครองมีอำนาจเหนือ หรือจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนที่ถูกปกครอง ดังนั้นการกระทำของฝ่ายปกครองที่จะกระทำการในเรื่องที่ไปกระทบสิทธิประชาชน จะต้องมิ

²⁵ บรรเจิด สิงคะเนติ, *เพ็ญอ้าง*, น.76-77.

²⁶ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, *ข้อความคิด และหลักการพื้นฐานบางประการของกฎหมายปกครอง*, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2562), น. 24.

²⁷ บรรเจิด สิงคะเนติ, *อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 24*, น.117-120.

กฎหมายให้อำนาจ โดย “กฎหมาย” ในที่นี้หมายเฉพาะกฎหมายตามแบบพิธี หรือกฎหมายที่ตราออกมาโดยฝ่ายนิติบัญญัติเท่านั้น เนื่องจากฝ่ายนิติบัญญัติโดยหลักแล้วเป็นเพียงฝ่ายเดียวที่หน้าที่เขียนเพื่อให้อำนาจฝ่ายปกครองนำไปปฏิบัติ ดังนั้นเมื่อความสัมพันธ์ระหว่างประชาชนกับฝ่ายปกครองผูกพันด้วยกฎหมายตามที่กล่าวมาแล้ว วิธีการใช้อำนาจต่างๆของฝ่ายรัฐ และฝ่ายปกครองจึงต้องสอดคล้อง กับหลักความเป็นนิติรัฐ นิติธรรม เพื่อเสริมสร้างความเป็นรัฐให้แข็งแกร่ง และเพื่อความสงบสุขของประชาชน

2.4 การตีความกฎหมายปกครอง

ปัญหาการตีความกฎหมายนั้นเป็นเรื่องที่สำคัญอีกเรื่องหนึ่งของระบบกฎหมายทั้งหมด เพราะขีดจำกัดของกฎหมายไม่ว่าจะเป็นระบบใดก็ตาม ไม่สามารถบัญญัติให้ครอบคลุมถึงสถานการณ์ที่จะเกิดขึ้นอนาคตได้ครอบคลุมทุกกรณี และไม่อาจที่จะบัญญัติไว้โดยละเอียดได้ เพราะจะทำให้กฎหมายนั้นมีลักษณะที่แข็งจนเกินไปจนไม่ยืดหยุ่นพอที่จะนำมาปรับให้เข้ากับสถานการณ์ต่างๆที่เกิดขึ้น กฎหมายจึงต้องอาศัยผู้บังคับใช้กฎหมายในการคิดวิเคราะห์ และนำข้อกฎหมายที่มีอยู่มาปรับใช้กับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น

พระราชบัญญัติ กฎอัยการศึก พระพุทธศักราช 2457 ก็เช่นเดียวกันที่คงมีปัญหาสำคัญยิ่งโดยเฉพาะในเรื่องของการตีความกฎหมาย ว่า การใช้อำนาจตามมาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าวนี้ต้องตีความสอดคล้องกับมาตรา 2 แห่งพระราชบัญญัติเดียวกัน และต้องสอดคล้องกับรัฐธรรมนูญหรือไม่ การตีความกฎหมายนั้นแม้จะเป็นถ้อยคำธรรมดาที่สามารถเข้าใจได้อยู่แล้วก็ดี หรือแม้จะไม่มี ความสับสนยกย่อนก็ดี ก็ต้องมี การตีความทั้งสิ้น เพียงแต่จะตีความโดยอัตโนมัตินี้ไม่ลึกซึ้งเท่าใดนัก²⁸ การตีความของกฎหมายแต่ละสาขาวิชาย่อมมีพื้นฐานที่แตกต่างกันไป เช่น ในกฎหมายแพ่งจะมุ่งเน้นในเรื่องความยุติธรรมระหว่างบุคคล ส่วนหัวใจของกฎหมายมหาชนกลับมีมุมมองที่ให้ความสำคัญเรื่องประโยชน์สาธารณะมากกว่า²⁹ อีกทั้งความแตกต่างของระบบกฎหมาย ทำให้เกิดการตีความถ้อยคำในกฎหมายที่ไม่อาจสอดคล้องกับประเทศที่นำกฎหมายต้นแบบมาปรับใช้ กล่าวคือ ในกลุ่มประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายแบบจารีตประเพณี จะตีถ้อยคำโดยยึดความตามตัวถ้อยคำเป็นหลัก เพราะบรรทัดฐานทางกฎหมายถูกสร้างขึ้นโดยคำพิพากษา ส่วนตัวบทกฎหมายจะมีลักษณะที่เป็นการยกเว้นกฎหมายที่ถูกสร้างขึ้นจากองค์กรตุลาการ สำหรับระบบ

²⁸ วิษณุ เครืองาม, “หลักการตีความกฎหมายมหาชน,” ใน หนังสือหลักการตีความ กฎหมายมหาชน, จัดพิมพ์โดย สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ (กรุงเทพมหานคร: บริษัท พี. เพรส จำกัด, 2551), น. 29.

²⁹ วิษณุ เครืองาม, *เพิ่งอ้าง*, น. 37.

ประมวลกฎหมายไม่ได้มีพื้นฐานทางกฎหมายมาจากศาลเป็นหลักเหมือนระบบจารีตประเพณี จึงพยายามสร้างกฎเกณฑ์มีอุดมการณ์เพื่อรับใช้ความยุติธรรมขึ้น การตีความจึงมุ่งเน้นตีความไปให้เป็นเหตุเป็นผล และไม่จำเป็นต้องยึดติดกับตัวถ้อยคำที่เป็นลายลักษณ์อักษรเช่นเดียวกับระบบกฎหมายแบบจารีตประเพณี³⁰

2.4.1 หลักการตีความกฎหมายในระบบกฎหมายจารีตประเพณีที่รู้จักกันทั่วไป มีอยู่ 3 หลักคือ

31

1. Literal Rule
2. Golden Rule
3. Mischief Rule

ประการแรก คือ Literal Rule หรือหลักการตีความถ้อยคำตาม ตัวอักษร โดยหลัก หรือแนวทางการตีความข้อนี้ผู้พิพากษา หรือผู้มีหน้าที่ในการตีความกฎหมายจะแปลถ้อยคำในบัญญัติของกฎหมายที่เป็นปัญหาด้วยการอาศัยความหมายธรรมดา หรือความหมายปกติ (ordinary sense) ของถ้อยคำนั้น ๆ เป็นสำคัญ โดยไม่คำนึงถึงว่า ผลจากการแปลถ้อยคำตามความหมายธรรมดาเหล่านั้น จะมีเหตุมีผล (sensible) มากน้อยเพียงใด (ทั้งนี้ เว้นแต่ถ้อยคำนั้นจะมีความหมายเฉพาะในลักษณะที่เป็นการกำหนดไว้เป็นบทนิยามศัพท์) โดยวิธีการตีความตามตัวอักษรนี้ ผู้พิพากษา หรือผู้มีหน้าที่ตีความที่จะต้องพิจารณาความหมายในทางภาษามากกว่าที่จะพิจารณาถึงวัตถุประสงค์ของกฎหมายนั้น ๆ เพราะในระบบ Common Law นั้น แนวความคิดของผู้พิพากษาของศาลอังกฤษ ถือว่าในการตีความกฎหมายที่รัฐสภาตราขึ้นเป็น Statutes นั้น ศาลไม่ได้ทำหน้าที่เป็นผู้สร้างหลักกฎหมาย กล่าวคือ ไม่เหมือนกับการทำหน้าที่ของศาลสูงในการพิจารณาพิพากษาบรรดาคดีที่เกิดจากข้อพิพาททั่วไป ซึ่งในกรณีนั้นศาลสูงจะเป็นผู้สร้างหลักกฎหมาย Common Law

หลักการตีความประการที่สองที่เรียกว่าหลัก Golden Rule ซึ่งอาจจะถือได้ว่าเป็นการปรับปรุง (adaptation) หลัก Literal Rule เพื่อไม่ให้เกิดการใช้หลักการตีความถ้อยคำตามตัวอักษรก่อให้เกิดผลที่ประหลาด (absurd) หรือ ไม่สอดคล้องสมเหตุสมผล (inconsistency or repugnance) เพื่อแสดงให้เห็นว่าการปรับปรุงหลักการตีความตามตัวอักษรโดยเคร่งครัด เพื่อไม่ให้เกิดผล

³⁰ วรเจตน์ ภาศิริรัตน์, หลักการตีความกฎหมายมหาชน, ใน หนังสือหลักการตีความ กฎหมายมหาชน (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์บริษัท พี. เพรส จำกัด, 2551), น.120.

³¹ อัคราทร จุฬารัตน์, การตีความกฎหมาย (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์กฎหมายไทย, 2542), น.30-49.

ประหลาดหรือไม่สมเหตุ สมผล จึงขอยกตัวอย่างที่ศาลอังกฤษ ได้วินิจฉัยไว้รวมถึง แนวคิดที่อาจโต้แย้งในการใช้หลัก Golden Rule ในบางคดีเพื่อความเข้าใจ ดังต่อไปนี้

ข้อเท็จจริงว่า คู่สมรส คือ หมอ และภริยา ต่างทำพินัยกรรมคนละฉบับที่มีข้อความเหมือนกัน โดยใช้แบบพิมพ์ มีข้อกำหนดว่าแต่ละคนจะยกสมบัติทรัพย์สินของตนให้กับคู่สมรสเมื่ออีกฝ่ายหนึ่งตายก่อนอีกฝ่ายหนึ่ง แต่ถ้าหากในกรณีที่มีเหตุการณ์ทำให้ความตายของฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเกิดขึ้น "preceding or coinciding" กับผู้ที่ทำพินัยกรรมแล้ว ก็ให้ทรัพย์สินของผู้นั้นตกให้แก่ญาติของผู้ทำพินัยกรรม ที่ได้กำหนดไว้ ซึ่งในพินัยกรรมของสามีซึ่งเป็นหมอได้กำหนดให้ทรัพย์สินนั้นตกให้แก่ น้องชาย และหลานของตน หลังจากทำพินัยกรรมดังกล่าว ปรากฏว่าในการไปท่องเที่ยววันนั้น สามี และภริยาได้ลงเรือลำเดียวกันและเกิดหายไปทะเลแปซิฟิกได้ ข้อเท็จจริงหรือเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นในครั้งนี้อย่างไร ไม่ปรากฏว่าเกิดขึ้นได้อย่างไร จึงมีปัญหาว่า ทรัพย์สินที่เป็นสมบัตินั้นควรตกแก่ภริยา หรือตกแก่ฝ่ายสามี

ผู้พิพากษา Russell กับผู้พิพากษา Harman ซึ่งเป็นฝ่ายข้างมากมีความเห็นว่า คำว่า "Coinciding" " (ตายพร้อมกัน) หมายความว่า การตายที่เกิดขึ้นในเวลาเดียวกัน (Simultaneous) และในคดีนี้ไม่มีหลักฐานว่าตายพร้อมกัน การที่จะตีความขยายคำว่า ตายพร้อมกัน (Coinciding) ให้รวมถึงการตาย เนื่องจากเหตุการณ์ หรือโอกาสเดียวกันด้วยนั้น จะเป็นการทำให้เกิดความไม่แน่นอนมากยิ่งขึ้น ศาลตัดสินโดยใช้เสียงข้างมาก ว่า ในกรณีนี้ไม่ถือว่าเป็นการตายพร้อมกัน และเมื่อไม่สามารถระบุได้ว่า ใครตายก่อนกันภายใต้มาตรา 184 ของ Law of Property Act, 1925 ซึ่งกำหนดว่า "ถ้าการตายมิใช่เป็นการตายพร้อมกัน" ภริยาซึ่งมิได้ตายพร้อมกับสามี และมีอายุน้อยกว่า กฎหมาย ให้ถือว่าตายทีหลัง ดังนั้นมรดกของสามีจึงตกแก่ภริยา เมื่อภริยาถึงแก่ความตายมรดกของภริยาจึงตกทอดแก่ญาติของฝ่ายภริยา

ผู้พิพากษา Lord Denning มีความเห็นแย้งว่า จากหลัก Golden Rule ดังกล่าวนั้น จะเห็นได้ว่ามีลักษณะเป็นแนวทางการตีความเพื่อไม่ให้การใช้หลักการตีความตัวอักษรก่อให้เกิดผลที่ประหลาด หรือไม่สมเหตุสมผล ในกรณีนี้ศาลจึงน่าจะต้องใช้วิธีตีความถ้อยคำที่เป็นปัญหาให้ต่างไปจากความหมายของถ้อยคำปกติได้ อาจมองได้ว่าหลัก Golden Rule เป็นหลักการตีความเสริมประกอบหลัก Literal Rule ไม่ใช่เป็นหลักการตีความที่เกิดขึ้นเป็นอิสระแยกต่างหากหลักหนึ่งอย่างแท้จริง ทั้งนี้จะเห็นได้จากคดีที่ศาลสูงอังกฤษได้ตัดสินตั้งแต่ ประมาณปี ค.ศ. 1800 จนถึงปี ค.ศ. 1980 ที่มีการตีความที่ใช้หลัก Literal Rule กับหลัก Golden Rule กลับไปกลับมายุติตลอดเวลา แม้จนกระทั่งในปัจจุบันนี้

หลักการตีความประการที่สาม คือ หลัก Mischief Rule ซึ่งเป็นหลักที่มีมาก่อนหลัก Golden Rule เป็นหลักที่เปิดโอกาสให้ศาลได้พิจารณาบทบัญญัติลายลักษณ์อักษรที่รัฐสภาตราขึ้น

(Statutes) โดยคำนึงถึงวัตถุประสงค์ของกฎหมายที่ตราขึ้นใหม่นั้น ทั้งนี้สืบเนื่องจากการที่หลักกฎหมาย Common Law ในเรื่องดังกล่าวที่ศาลสูง ได้วางไว้แล้วก่อนหน้านั้น ไม่อาจใช้บังคับกับกรณีที่เกิดขึ้นนั้นได้ ทำให้ต้องมี Statutes ออกมาใช้บังคับ ซึ่งหมายความว่าโดยปกติแล้ว จะใช้หลัก Mischief Rule ต่อเมื่อไม่อาจจะใช้หลักกฎหมายที่เกิดจาก Common Law บังคับแก่กรณีที่เกิดขึ้นได้ แต่อย่างไรก็ตามนักกฎหมายอังกฤษ เช่น Lord Diplock ก็ยังเห็นว่า ในการใช้หลักดังกล่าวผู้พิพากษาก็ไม่สมควรที่จะแปลความให้ไกลไปกว่าสิ่งที่ปรากฏในตัวของกฎหมาย (Statutes) นั้น

ในกรณีที่ศาลจะนำหลัก Mischief Rule มาใช้ในการตีความนั้น ศาลสูงของอังกฤษได้วางหลักไว้ว่า ศาลจำเป็นต้องพิจารณาจากแนวทาง 4 ประการดังต่อไปนี้ คือ ประการที่หนึ่งต้องพิจารณาว่าก่อนที่มีการตราพระราชบัญญัติดังกล่าวขึ้นนั้น หลักกฎหมาย Common Law ในเรื่องที่เป็นปัญหาไว้ว่าอย่างไร ประการที่สอง ข้อบกพร่อง (defect of mischief) ที่หลักกฎหมาย Common Law มิได้วางเอาไว้เป็นอย่างไร ประการที่สาม สิ่งที่รัฐสภาออกกฎหมายดังกล่าวมานั้นมีวิธีการแก้ไข ข้อบกพร่องในเรื่องนั้นไว้อย่างไร กับประการที่สี่ เหตุผลที่แท้จริง ในการกำหนดวิธีการแก้ไข (remedy) ข้อบกพร่องนั้นคืออะไร

2.4.2 หลักการตีความกฎหมายตามระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร (Civil Law) มีหลักเกณฑ์ดังนี้³²

- 1 การตีความตามหลักภาษา และไวยากรณ์
- 2 การตีความตามระบบ
- 3 การตีความตามประวัติความเป็นมาแห่งกฎหมาย
- 4 การตีความตามวัตถุประสงค์ของกฎหมาย

ประการแรก การตีความตามหลักภาษา และไวยากรณ์ ถ้อยคำต่าง ๆ ที่ถูกบัญญัติไว้ในกฎหมาย คือ สิ่งหนึ่งที่บ่งชี้ว่า บทกฎหมายบทนั้นควรจะมีความหมายอย่างไร แต่โดยเหตุที่ถ้อยคำต่าง ๆ นั้น อาจมีความหมายได้ในหลายนัยด้วยกัน ซึ่งหากพิจารณาโครงสร้างของบทกฎหมายที่ประกอบด้วย “องค์ประกอบส่วนเหตุ” และ “ผลในทางกฎหมาย” แล้ว เห็นว่าในองค์ประกอบส่วนเหตุ ซึ่งเป็นวัตถุประสงค์การตีความจะประกอบถ้อยคำ 2 ประเภทใหญ่ ๆ คือ ถ้อยคำที่เป็นองค์ประกอบเชิงพรรณนาประเภทหนึ่ง และถ้อยคำที่เป็นองค์ประกอบเชิงบรรทัดฐานอีกประเภทหนึ่ง

ถ้อยคำที่เป็นองค์ประกอบเชิงพรรณนานั้น จะมีลักษณะเป็นถ้อยคำที่บ่งชี้ข้อเท็จจริงในโลกแห่งความเป็นจริงที่ใช้ประสาทสัมผัสบ่งชี้ในทางกายภาพ เช่น สัตว์ อากาศ รถยนต์ ยา ฯลฯ แต่

³² วรเจตน์ กาสิรัตน์, “การใช้และการตีความกฎหมายมหาชน,” วารสารจตุนิติ, ฉบับที่ 4, ปีที่ 7, น.55-57 (กรกฎาคม – สิงหาคม, 2553).

ก็มีบางกรณีที่เป็นถ้อยคำเชิงพรรณนาไม่สามารถหาความหมายได้ชัดเจน เช่น คำว่า “ยามวิกาล” ซึ่งไม่อาจทราบช่วงเวลาได้ว่าเริ่มต้นเมื่อใดและสิ้นสุดเมื่อใด ดังนั้นจะเห็นว่า ถ้อยคำแต่ละถ้อยคำจะมี “เขตแดนในทางนิรุกติศาสตร์” กล่าวคือ ถ้อยคำแต่ละถ้อยคำล้วนแล้วแต่มี “แก่นความ” (Begriffkern) และ “ขอบความ” (Begriffshof) วัตถุที่จะถือได้ว่าอยู่ในกรอบความหมายของถ้อยคำใด วัตถุนั้นอย่างน้อยจะต้องอยู่ในขอบความของถ้อยคำนั้น เมื่อใดที่ถ้อยคำมีความหมายไม่ชัดเจน ผู้ตีความต้องคำนึงในเบื้องต้นว่า วัตถุที่เป็นปัญหานั้นเห็นเป็นประจักษ์ชัดว่า อยู่ในกรอบความหมายของถ้อยคำดังกล่าวอย่างแน่นอนหรือไม่ หากพิจารณาแล้วยังชี้ชัดไม่ได้ว่าวัตถุนั้นอยู่ในกรอบความหมายของถ้อยคำนั้นหรือไม่ ซึ่งกรณีที่อยู่ในกรอบความหมายของถ้อยคำอย่างแน่นอน เราเรียกวัตถุนั้นว่า “ตัวเลือกปฏิฐาน” (positive Kandidaten) กรณีที่ไม่อยู่ในกรอบความหมายของถ้อยคำอย่างแน่นอน เราเรียกวัตถุนั้นว่า “ตัวเลือกปฏิเสศ” (negative Kandidaten) ส่วนกรณีที่ไม่แน่ชัดว่าอยู่ในกรอบความหมายของถ้อยคำหรือไม่ เราเรียกวัตถุนั้นว่า “ตัวเลือกที่เป็นกลาง” (neutrale Kandidaten)

ถ้อยคำที่เป็นองค์ประกอบเชิงบรรทัดฐาน เป็นถ้อยคำที่อ้างอิง หรือบ่งชี้สิ่งที่เป็นนามธรรม หรือคุณค่า ส่วนมากถ้อยคำมักปรากฏให้เห็นที่เป็นศัพท์เทคนิค (terminus technicus) ทางนิติศาสตร์ เช่น คำสั่งทางปกครอง สัญญาทางปกครอง ฯลฯ ถ้อยคำเหล่านี้แม้จะมีการบัญญัติบทนิยามเอาไว้ชัดเจน แต่ก็ยังเป็นปัญหาหาขึ้นสู่การพิจารณาของศาลบ่อยครั้ง โดยเฉพาะศาลปกครอง

นอกจากถ้อยคำที่มีลักษณะเป็นศัพท์เทคนิคทางนิติศาสตร์แล้ว ถ้อยคำที่เป็นองค์ประกอบของกฎหมายเชิงบรรทัดฐานอาจเกิดขึ้นจากการประเมินคุณค่าทางสังคม เช่น “ความเป็นกลางหรือไม่เป็นกลางทางปกครอง” ฯลฯ ถ้อยคำเหล่านี้ เรียกกันในทางนิติศาสตร์ว่า “ถ้อยคำทางกฎหมายที่มีความหมายไม่เฉพาะเจาะจง” (unbestimmte Rechtsbegriff; indefinite legal concept) ถ้อยคำในลักษณะนี้เป็นถ้อยคำที่เปิด ที่บัญญัติขึ้นเพื่อให้ผู้ใช้กฎหมายตีความตามดุลพินิจเพื่อปรับเข้ากับสถานการณ์ ถ้อยคำทางกฎหมายที่ไม่เฉพาะเจาะจงนี้หากเป็นถ้อยคำที่มีเนื้อหาในเชิงหลักการอันเป็นศูนย์กลางของบทบัญญัติแห่งกฎหมาย เราเรียกถ้อยคำดังกล่าวว่า “ถ้อยคำที่เป็นหลักการทั่วไป” (Generalklauseln; general clause) ในส่วนของกฎหมายปกครอง ถ้อยคำที่เป็นหลักการทั่วไปอันเป็นศูนย์กลางของบทบัญญัติแห่งกฎหมาย คือ การคุ้มครองความเชื่อมั่นในความคงอยู่ของคำสั่งทางปกครอง ซึ่งหากปรากฏว่า ผู้รับคำสั่งทางปกครองสุจริต และมีการใช้เพื่อประโยชน์อันเกิดจากคำสั่งทางปกครองที่ไม่ถูกต้อง แม้คำสั่งทางปกครองนั้นจะไม่ชอบด้วยกฎหมาย แต่หากการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองนั้นจะก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้รับคำสั่งทางปกครองที่

สุจริต และไม่ปรากฏว่าการเพิกถอนคำสั่งดังกล่าวจะทำให้เกิดประโยชน์สาธารณะมากกว่า ฝ่ายปกครองย่อมไม่อาจเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้นได้³³

ดังนั้นการตีความการตีความตามหลักภาษา และไวยากรณ์ผู้ตีความจะให้ความสำคัญกับถ้อยคำหลักภาษา และไวยากรณ์เพียงอย่างเดียวไม่ได้ มิฉะนั้นจะกลายเป็นการตีความตามหลักภาษาศาสตร์มากกว่านิติศาสตร์ ถ้อยคำนั้นเป็นเพียงส่วนหนึ่งของการตีความเท่านั้น ผู้ตีความต้องพิจารณาถึงความหมายของบทกฎหมายเป็นสำคัญ แม้ถ้อยคำบางถ้อยคำจะมีความหมายขัดแย้งก็ตาม ผู้ใช้กฎหมายจะใช้กฎหมายตามตัวอักษรอย่างตรงไปตรงมา โดยไม่คำนึงถึงผลประหลาดหรือผลอันอยู่ดิริธรรมที่เกิดขึ้นไม่ได้ ศิลปะในการใช้กฎหมายไม่ให้เกิดผลประหลาด เรื่องดังกล่าวนี้นักปรัชญาท่านหนึ่งนาม เซลซุส (Celsus) นักนิติศาสตร์โรมันเคยกล่าวไว้ในประเด็นนี้ว่า “การทำ ความเข้าใจกฎหมาย ไม่ได้หมายความว่า การยึดติดอยู่กับถ้อยคำ แต่หมายถึง การหยั่งรู้พลัง และอำนาจของถ้อยคำนั้น” (Scire legis non hoc est verba earum tenere sed vim ac potestatem)³⁴

ประการที่สอง การตีความตามระบบของกฎหมาย กล่าวคือ บทกฎหมายนั้น ผู้ตีความต้องคำนึงถึง ว่า ถ้อยคำหรือข้อความของบทกฎหมายนั้นอยู่ในบริบทของกฎหมายสาขาใด และดำรงอยู่ในระบบกฎหมายใด โดยพิจารณาจากเหตุผลแวดล้อมของบทกฎหมาย และความสัมพันธ์เชิงเหตุผลของบทกฎหมายกับกฎหมายอื่น ๆ ที่มีความเกี่ยวเนื่องกัน เชื่อมโยงกันจนกลายเป็นระบบกฎหมายที่มีความเป็นเอกภาพทั้งระบบ³⁵ โครงสร้างทางรูปแบบของระบบกฎหมายแต่ละฉบับยังแบ่งออกเป็น บริบทภายนอกแห่งกฎหมาย กับบริบทภายในแห่งกฎหมาย

บริบทภายนอกแห่งกฎหมาย คือ โครงสร้างทางรูปแบบของกฎหมาย ผู้ตีความกฎหมายต้องพิจารณาว่า บทกฎหมายอันเป็นวัตถุแห่งการตีความนั้น มีที่วรรค แต่ละวรรคเชื่อมโยง และมีความสัมพันธ์กันอย่างไร บทมาตราก่อนหน้านั้น และบทมาตราหลังจากนั้นสัมพันธ์กับบทมาตราที่เป็นวัตถุแห่งการตีความในลักษณะอย่างไร เป็นเหตุเป็นผลกันหรือไม่ บทกฎหมายที่เป็นวัตถุแห่งการตีความอยู่ในหมวดใด ส่วนใด หรือบรรพใดของกฎหมาย มีการกำหนดให้นำเอาบทบัญญัติมาตราอื่นในหมวดอื่น หรือส่วนอื่นมาใช้บังคับ โดยอนุโลมหรือไม่ ถ้ามีกฎหมายกำหนดให้นำกฎหมายอื่นมาใช้โดยอนุโลม ต้องคำนึงว่าเอาส่วนไหนมาใช้บังคับ และบทบัญญัติที่จะต้องนำมาใช้บังคับโดยอนุโลมนั้นโดยตัวของตัวเองดำรงอยู่ในบริบทเช่นใด

³³ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, *เพ็งอ้าง*, น.58.

³⁴ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, *เพ็งอ้าง*, น.61.

³⁵ เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, *อ้างแล้วในเชิงอรรถที่*9, น.383.

บริบทภายในแห่งกฎหมาย คือ คุณค่าอันเป็นรากฐานของกฎหมายแต่ละระบบนั้น ย่อมมีผลอย่างสำคัญยิ่งในการตีความบทกฎหมาย เช่น กฎหมายแพ่ง ต้องคุ้มครอง หลักเสรีภาพในสัญญา เสรีภาพในกรรมสิทธิ์ ตลอดจนเสรีภาพในสมาคม ยิ่งไปกว่านั้นกฎหมายแพ่งในแต่ละลักษณะย่อมจะมีคุณค่ารากฐานย่อยที่เชื่อมโยงซึ่งกัน และกันลงไปอีก เช่น ในกฎหมายลักษณะสัญญาซึ่งมีหลักเสรีภาพในการทำสัญญาเป็นแกน การตีความสัญญาต้องเคารพเจตจำนง หลักสุจริต หลักความยุติธรรมในการแลกเปลี่ยนตอบแทน ตลอดจนหลักสัญญาต้องเป็นสัญญา (pacta sunt servanda) ประสานเกาะเกี่ยวกันเชื่อมโยง หรือในกฎหมายลักษณะละเมิด หรือกฎหมายที่เกี่ยวกับหน้าที่ความรับผิดชอบ ย่อมมีหลักความรับผิดชอบ เพราะเหตุที่ผู้ก่อให้เกิดความรับผิดอาจถูกประณาม และตำหนิได้เนื่องจากกระทำโดยเจตนา หรือประมาทเลินเล่อ หรือหลักความรับผิดชอบ เพราะก่อให้เกิดอันตราย หรือความรับผิดขององค์การ เพื่อองค์การของตน หลักเหล่านี้ล้วนเป็นคุณค่า หรือหลักการที่สำคัญ สำหรับในทางกฎหมายมหาชนเองการที่จะดำเนินการยกเลิกคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมาย ย่อมจะต้องคำนึงว่าผู้รับคำสั่งทางปกครองมีส่วนผิดหรือไม่ หรือประโยชน์สาธารณะเรียกร้องให้ต้องกระทำหรือไม่

ผู้ตีความต้องตีความให้รับ หรือสอดคล้องกับคุณค่า หรือหลักการที่บทกฎหมายดังกล่าวซึมซับไว้ แต่มีบางกรณีที่หากบทกฎหมายที่มีลักษณะขัดแย้งกับคุณค่าที่บทบัญญัติส่วนใหญ่ในเรื่องนั้นมีอยู่ ย่อมจะต้องถือว่า บทบัญญัตินั้นดำรงอยู่ในลักษณะที่เป็นข้อยกเว้น และต้องไม่ตีความขยายความบทกฎหมายออกไป (singularia non sunt extendenda) แต่ต้องตีความอย่างเคร่งครัด และไม่นำบทกฎหมายนั้น ไปใช้ในฐานะเป็นบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งโดยเด็ดขาด³⁶ นอกจากนี้ความสัมพันธ์ทางระบบกฎหมายมิได้มีแต่เฉพาะความสัมพันธ์ในแนวระนาบเท่านั้น หากแต่ยังคงมีความสัมพันธ์ในแนวตั้งด้วย การตีความในแนวตั้ง ผู้ตีความต้องไม่ตีความกฎหมายในลำดับศักดิ์กฎหมายที่ต่ำกว่าให้ขัดกับกฎหมายแม่บท หรือกฎหมายที่อยู่ในลำดับศักดิ์ที่สูงกว่า ทั้งจะต้องตีความให้กฎหมายแต่ละมาตราสนับสนุนซึ่งกันและกัน และต้องพยายามไม่ให้อัตนัยตนเองจนมาตราอื่นขาดสภาพบังคับใช้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งรัฐธรรมนูญ ซึ่งถือว่าเป็นกฎหมายสูงสุดสูงในระบอบประมวลกฎหมาย

ประการที่สาม การตีความตามประวัติความเป็นมาแห่งกฎหมาย กฎหมายนั้นถูกสร้างขึ้นโดยฝีมือของมนุษย์ เพื่อใช้เป็นเครื่องมือหรือแนวทางอย่างหนึ่งสำหรับแก้ไขปัญหาอย่างหนึ่งอย่างใด ดังนั้นผู้ตีความต้องไปค้นหาประวัติของกฎหมายนั้นๆ ว่ามีความเป็นมาอย่างไร มีต้นกำเนิดมาจากอะไร ผู้ตีความต้องสืบค้นว่ามีทฤษฎีใดเป็นรากฐานของกฎหมายดังกล่าว การศึกษาตัวร่าง

³⁶ วรเจตน์ ภาศิริรัตน์, *อ้างแล้วในเชิงอรรถที่32*, น.64.

กฎหมายฉบับนั้น ๆ บันทึกรายงานการประชุม บันทึกความคิดเห็นต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้อง เพื่อนำมาเปรียบเทียบกับบทกฎหมายที่เป็นต้นแบบของบทกฎหมายฉบับนั้น ถ้อยคำใดบ้างในเวลานั้นที่ผู้ร่างกฎหมายอาจเลือกใช้ และนำมาประมวลเป็นประโยคทางกฎหมายได้ ถ้อยคำอื่นที่ไม่ได้รับการเลือกใช้คืออะไร การตีความตามหลักทางประวัติศาสตร์ดังกล่าวนี้ เพื่อให้ค้นพบความประสงค์ของผู้ร่างกฎหมาย ว่าผู้ร่างกฎหมายมุ่งหมายอะไร³⁷

ประการสุดท้ายของหลักการตีความกฎหมายนั้น คือ ผู้ตีความต้องตีความตามวัตถุประสงค์แท้จริงของกฎหมาย หลักการตีความดังกล่าวนี้เป็นการค้นหาเจตนารมณ์ของกฎหมาย เพราะเหตุที่ว่าถ้อยคำ ของบทกฎหมายจะเกิดขึ้นจากเจตนารมณ์ของกฎหมาย ดังนั้น ถ้าทราบถึงเจตนารมณ์ของบทกฎหมายแล้ว จะทำให้ทราบว่าบทกฎหมายนั้นมีวัตถุประสงค์อย่างไร และทำให้ทราบถึงความหมายของถ้อยคำของบทกฎหมายนั้นสิ่งที่ผู้ตีความต้องคำนึงถึงสำหรับการตีความตามวัตถุประสงค์แท้จริงของกฎหมายนี้ ผู้ตีความต้องค้นหา “เป้าหมาย” หรือ “เหตุผล” ของบทกฎหมายนั้น ๆ ว่า ผู้ร่าง กฎหมายมีเหตุผล หรือนิติบัญญัติ อย่างไรในการร่างบทกฎหมายบทนั้น หรือค้นหาว่า บทกฎหมายบทนั้นในสภาวะการณ์ ณ เวลาตีความในขณะนั้น มีวัตถุประสงค์อย่างไร การตีความตามหลักนี้ ต่างกับการตีความตามประวัติความเป็นมาแห่งกฎหมายตามที่กล่าวมาแล้วข้างต้น เนื่องจากการตีความตามหลักนี้ ผู้ตีความไม่จำเป็นต้องคำนึงถึงเจตจำนงของผู้ร่าง เพราะเจตจำนงของผู้ร่างไม่ใช่กรอบความคิดผูกพันผูกตีความให้ต้องยึดถือ ผู้ตีความต้องหลีกเลี่ยงการตีความถ้อยคำตามอำเภอจิต และอำเภอการณ เพราะจะทำให้มีการตีความกฎหมายขยายขอบเขตออกไปจนหาที่สุดสิ้นไม่ได้³⁸

ดังนั้นตามพระราชบัญญัติ กฎอัยการศึก พระพุทธศักราช 2457 ซึ่งถือว่าเป็นกฎหมายพิเศษอย่างหนึ่งที่มีลักษณะในการจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชน ทั้งมีลักษณะที่เป็นการเปลี่ยนแปลงหลักปฏิบัติราชการทางปกครอง โดยมีการโอนอำนาจหน้าที่ของฝ่ายพลเรือนไปเป็นของเจ้าพนักงานฝ่ายทหาร ผู้ตีความหรือผู้มีอำนาจบังคับใช้กฎหมายดังกล่าว ต้องตีความอย่างเคร่งครัดตามหลักการตีความดังที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น และต้องไม่ตีความขยายขอบเขตของสถานการณ์ที่จะให้ใช้กฎอัยการศึกให้เกินเลยออกไปเจตนารมณ์ของกฎหมาย อีกทั้งควรมีระบบกลไกที่ใช้ถ่วงดุลอำนาจในการใช้ดุลพินิจของผู้มีอำนาจ เพื่อป้องกันมิให้อำนาจความจำเป็นเกินสมควรในอันจะประกาศใช้กฎอัยการศึก

³⁷ เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, *อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 9*, น.382.

³⁸ วรเจตน์ ภาศิริรัตน์, *อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 32*, น.65.

2.5 อำนาจของรัฐในสถานการณ์ที่มีภัยความมั่นคง

เมื่อสถานการณ์อันไม่ปกติได้เกิดขึ้นภายในประเทศอันถึงขนาดที่ไม่อาจนำวิธีปฏิบัติราชการตามปกติมาใช้ เพื่อให้การบริหารราชการงานแผ่นดินดำเนินต่อไปได้ ผู้มีอำนาจอาจบริหารงานราชการแผ่นดินตามภารกิจของตนเองต่อไปได้ โดยคำนึงเพียงประสิทธิภาพในการดำเนินกิจการต่างๆภายในรัฐ มากกว่าการเคารพทบทบัญญัติของกฎหมายโดยเคร่งครัด แต่ทั้งนี้ก็มีได้หมายความว่า ผู้มีอำนาจจะใช้อำนาจได้โดยอิสระนั้นก็เพราะ ผู้มีอำนาจนั้นยังคงต้องผูกพันตนตามหลักของนิติรัฐนิติธรรม³⁹ตามที่ได้กล่าวมาแล้วในบทก่อนๆ อีกทั้งผู้มีอำนาจยังคงต้องรักษาสมดุลระหว่างสิทธิเสรีภาพของประชาชน กับประโยชน์ของชาติให้ใกล้เคียงกัน ซึ่งหากให้ความสำคัญกับด้านประโยชน์ของชาติมากกว่าแล้ว ก็จะทำให้เกิดความสุ่มเสี่ยงให้ประเทศเข้าสู่ระบบการปกครองแบบสังคมนิยมแทนการปกครองในระบอบประชาธิปไตย

สถานการณ์ไม่ปกติ หมายถึง การปฏิบัติอย่างเคร่งครัดตามกฎหมายเมื่อการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ตกอยู่ใน สถานการณ์วิกฤติบางสถานการณ์น่าจะเป็นการเสี่ยงต่อการเป็นปัญหา หรืออุปสรรคในการบริหารกิจการบ้านเมืองได้ เช่น อาจทำให้ไม่สามารถใช้อำนาจกำหนดมาตรการที่จำเป็นได้ หรืออาจทำให้ การปฏิบัติหน้าที่ล่าช้าได้ เป็นต้น ในกรณีเช่นนี้ ศาลปกครองสูงสุดของประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส ยอมรับว่าในสถานการณ์ดังกล่าว ฝ่ายปกครองอาจบริหาร กิจการบ้านเมืองโดยฝ่าฝืนต่อกฎหมายตามปกติได้ แต่การใช้อำนาจในการบริหารกิจการบ้านเมืองในสถานการณ์ไม่ปกตินี้ ศาลปกครองสูงสุดของประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศสยังถือว่า ฝ่ายปกครองก็ยังคงต้องเคารพ หรืออยู่ภายใต้กฎหมาย เพียงแต่เป็นกฎหมายพิเศษที่ออกแบบขึ้นเพื่อให้แตกต่างจากกฎหมายที่ใช้บังคับในกรณีปกติเท่านั้น⁴⁰

การใช้อำนาจใช้รัฐในสถานการณ์ไม่ปกติ ยังสามารถแยกย่อยออกได้อีกประการหนึ่ง ซึ่งเรียกว่า การใช้อำนาจใช้รัฐในสถานการณ์วิกฤติก็คือ การใช้อำนาจใช้รัฐในสถานการณ์วิกฤติ เป็นเสมือนคำเล็กที่อยู่ในคำใหญ่ของคำว่า การใช้อำนาจใช้รัฐในสถานการณ์ไม่ปกติ ซึ่งทั้งสองสถานการณ์นั้นมีความใกล้ชิดกันมาก แต่ยังคงมีความต่างกันในส่วนของปัญหาจากสถานการณ์ที่เกิดขึ้น การใช้อำนาจรัฐในสถานการณ์วิกฤติจะเป็นสถานการณ์เฉพาะในเชิงการเมือง มิใช่เป็นกรณี

³⁹ เอกบุณญ วงศ์สวัสดิ์กุล, “นิติรัฐนิติธรรมกับเทศบาลบ้านเมืองในสถานการณ์ไม่ปกติในระบบฝรั่งเศส,” วารสารศาลรัฐธรรมนูญ, ฉบับที่ 53, ปีที่ 18, น.272 (พฤษภาคม - สิงหาคม 2559).

⁴⁰ วสันต์ ชมภูศิริ, “การบังคับใช้พระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548 กับการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน”, (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2559), น. 68.

ของการกฎหมายทั้งสองประเภทสำหรับแก้ไขสถานการณ์เดียวกัน เช่น การศึกษาสงคราม การรัฐประหาร การล้มล้างการปกครอง เป็นต้น ส่วนด้านภัยพิบัติ⁴¹ เช่น อุทกภัย ภัยแล้ง โรคระบาดในมนุษย์ สัตว์ พืช ซึ่งมีผลต่อสาธารณชนนั้น จัดอยู่ในกลุ่มจำพวกสถานการณ์ไม่ปกติที่ยังไม่ใช่สถานการณ์วิกฤติ การใช้อำนาจของรัฐดังกล่าวไม่อาจนำมาตราการสำหรับสถานการณ์จำพวกหนึ่งไปปรับใช้กับอีกสถานการณ์จำพวกหนึ่งได้ เพราะทำให้เกิดความซ้ำซ้อนในการใช้อำนาจของรัฐ และอาจส่งผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนได้ เช่น หากเกิดกรณีสถานการณ์ที่วิกฤติ ผู้มีอำนาจมักใช้อำนาจตามพระราชบัญญัติ กฎอัยการศึก พระพุทธศักราช 2457 และใช้อำนาจตามพระราชกำหนด บริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548 ในการจับกุม หรือควบคุมตัวบุคคลที่ต้องสงสัยว่าเป็นผู้กระทำความผิดควบคู่กันไป จนมีลักษณะเป็นการขยายขอบจำกัดเรื่องกำหนดระยะเวลาในการควบคุมตัวบุคคลออกไปจนเกินสมควร⁴²

แนวความคิดเดิมของอำนาจรัฐในภาวะวิกฤตินั้นมีกำเนิดจากแนวความคิดที่ว่า สังคมในบางช่วงเวลาอาจเผชิญกับภาวะที่จำเป็นภายใต้สถานการณ์ที่มีลักษณะเฉพาะ ซึ่งบางสถานการณ์ทำให้หลักความชอบด้วยกฎหมายที่ให้สังคมดำรงอยู่ในภาวะปกติมีเหตุให้ต้องระงับ หรือหยุดลงเป็นการชั่วคราว และรัฐต้องรักษาสภาพความมั่นคงแห่งรัฐที่อยู่เหนือสิทธิ และเสรีภาพของประชาชน อย่างไรก็ตามประชาชนก็อาจต้องถูกละเมิดสิทธิเสรีภาพในช่วงระยะเวลาหนึ่งเท่านั้น ขึ้นกับแต่ละสถานการณ์และไม่มีการบัญญัติไว้แน่นอนตายตัว การสถาปนาแนวความคิดเรื่อง การใช้อำนาจรัฐในภาวะวิกฤตินี้แปรผันในทิศทางตรงข้ามกับแนวความคิดเรื่องสิทธิ⁴³ และเสรีภาพของประชาชน และยังพบว่าด้วยความไม่แน่นอนทางกฎหมาย ตลอดจนการขาดขั้นตอนในการถ่วงดุลอำนาจ ทำให้ประชาชนมีความระแวงต่อการใช้อำนาจรัฐในสถานการณ์วิกฤติ

2.6 การควบคุมฝ่ายปกครองในสถานการณ์วิกฤติ

กฎหมายที่ใช้ควบคุมสถานการณ์ในขณะที่ประเทศเข้าสู่สภาวะวิกฤตินั้น คือพระราชบัญญัติ กฎอัยการศึก พระพุทธศักราช 2457 ซึ่งเป็นกฎหมายที่มีลักษณะเฉพาะตัวประการหนึ่ง กล่าวคือ เป็นกฎหมายที่บังคับให้ประชาชนจำต้องยอมถูกจำกัดสิทธิเสรีภาพของตนเอง เพื่ออำนวยความสะดวกในด้านการรบ โดยปราศจากขั้นตอนการโต้แย้ง กฎหมายดังกล่าวจึงเป็น

⁴¹ วสันต์ ชมภูศรี, *เพิ่งอ้าง*, น.69.

⁴² มะสือกรี เจ๊ะนิ, กรรมการสภาพทนายความภาค9 และกรรมการบริหารศูนย์นิติธรรมสมานพันธ์ สยามจังหวัดชายแดนภาคใต้, สัมภาษณ์, สำนักงานกฎหมาย ลาติฟทนายความ, 8 ธันวาคม 2563.

⁴³ วสันต์ ชมภูศรี, *อ้างแล้วเชิงอรรถที่40*.

กฎหมายที่แสดงให้เห็นถึงไม่เท่าเทียมทางสังคม การบังคับเอาจากประชาชนได้โดยอิสระ และปราศจากขั้นตอนการโต้แย้งนี้เอง ที่ทำให้มีความจำเป็นต้องอาศัยความถี่ถ้วน และความเชี่ยวชาญเฉพาะในหลายสาขาวิชา เพื่อป้องกันการใช้กฎหมายดังกล่าว รอนสิทธิ เสรีภาพ ของประชาชนโดยไม่เหมาะสมกับความจำเป็นตามสถานการณ์ที่เกิดขึ้น

2.6.1 การควบคุมการการตีความกฎหมายมหาชน

ตามพระราชบัญญัติ กฎอัยการศึก พระพุทธศักราช 2457 ไม่ได้กำหนดหลักเกณฑ์การตีความแบบกระจายอำนาจการตีความไว้แม้ในทางกฎหมายมหาชนจะยอมรับให้แต่ละองค์กรของรัฐต่างก็มีอำนาจตีความกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับตนเองได้ก็ตาม แต่การตีความกฎหมายของแต่ละองค์กรนั้นก็มิได้ไร้ขอบเขต การตีความกฎหมายของแต่ละองค์กรจะต้องอยู่ภายใต้ขอบเขตของหลักนิติรัฐ หลักนิติธรรม ดังที่เคยกล่าวมาแล้วในข้างต้น องค์กรแต่ละองค์กรต้องตีความกฎหมายเพื่อให้การปฏิบัติการกิจพื้นฐานของรัฐในแต่ละด้านสัมฤทธิ์ผล โดยเฉพาะอย่างยิ่งในด้านการคุ้มครองสิทธิ เสรีภาพ ของประชาชน การตีความในระบบกฎหมายมหาชนมีการควบคุม 2 แบบด้วยกันคือ⁴⁴

1 การควบคุมในแนวดิ่ง หรือแนวตั้ง คือ การควบคุมการตีความตามสายการบังคับบัญชาที่มีลักษณะเป็นการควบคุมตามลำดับชั้น เช่น เจ้าหน้าที่ปฏิเสศ ไม่รับจดทะเบียนสมรสให้แก่บุคคลผู้ซึ่งมาขอจดทะเบียนสมรส คำสั่งดังกล่าวเป็นคำสั่งทางปกครอง คู่สมรสที่มาจดทะเบียนสามารถอุทธรณ์คำสั่งต่อผู้บังคับบัญชาของเจ้าหน้าที่ผู้นั้นได้ หากเห็นว่าคำสั่งดังกล่าวนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย และผู้บังคับบัญชาของเจ้าหน้าที่ผู้นั้นสามารถกลับคำสั่งของเจ้าหน้าที่นั้นเสียก็ได้ หากเห็นว่า คำสั่งของเจ้าหน้าที่นั้น ไม่ถูกต้องตามกฎหมาย ในกรณีที่ผู้บังคับบัญชาเห็นว่า คำสั่งของเจ้าหน้าที่เป็นคำสั่งที่ชอบแล้ว ผู้ขอจดทะเบียนสามารถอุทธรณ์ต่อคณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์ได้อีกชั้นหนึ่ง และหากยังคงเห็นว่าไม่ควรจะทะเบียนให้แก่ผู้มาขอจดทะเบียน ผู้ขอจดทะเบียนยังคงสามารถฟ้องคดีต่อศาลปกครองได้

2 การควบคุมในแนวนอน หรือแนวระนาบ เป็นการควบคุมระหว่างฝ่ายนิติบัญญัติ กับฝ่ายบริหารในระบบรัฐสภา กล่าวคือ การถ่วงดุลอำนาจระหว่างสององค์กรด้วยกัน เช่น การเปิดอภิปรายไม่ไว้วางใจรัฐบาล การลงมติไม่ไว้วางใจรัฐบาล การยุบสภาผู้แทนราษฎร การควบคุมระหว่างสององค์กรนี้เป็นการควบคุมในระบบรัฐสภา ระบบการตรวจสอบ และควบคุมการใช้อำนาจของฝ่ายปกครอง หรือควบคุมการตีความตามกฎหมายที่ได้รับความนิยมที่สุดนั้น คือ การตรวจสอบโดยองค์กรตุลาการ แต่ทั้งนี้ฝ่ายตุลาการเองก็มิได้มีอำนาจตรวจสอบจนไร้ขอบเขตจนทำ

⁴⁴ เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, *อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 9*, น. 39.

ให้ฝ่ายบริหารที่ดี หรือฝ่ายปกครองที่ดี ไม่กล้าที่จะกระทำการใด ๆ ตามภารกิจของตนเอง ฝ่ายตุลาการนั้นต้องหลีกเลี่ยงที่จะเข้าไปทำการตรวจสอบในส่วนของการทำงานทางรัฐบาล หรือหลีกเลี่ยงที่จะเข้าไปตรวจสอบในส่วนที่เป็นอำนาจบริหาร โดยแท้ของฝ่ายปกครอง เช่น การกำหนดนโยบายของหน่วยงานทางปกครองประเภทต่าง ๆ เป็นต้น

2.6.2 การควบคุมฝ่ายปกครองโดยองค์กรตุลาการ

ฝ่ายปกครองนั้นคือ บรรดาบุคคล และคณะบุคคลที่อยู่ในบังคับบัญชาหรือในกำกับดูแล หรือควบคุมดูแลโดยตรงหรือโดยทางอ้อมของนายกรัฐมนตรี หรือรัฐมนตรี เป็นต้น⁴⁵ การกระทำต่าง ๆ ของฝ่ายปกครอง แม้จะเป็นที่ยอมรับในระดับสากลว่า ในกรณีที่เกิดสถานการณ์อันวิฤติ ผู้ปกครองอาจกระทำการภารกิจในด้านความมั่นคงได้โดยไม่ต้องเคารพกฎหมายมากเท่ากับสถานการณ์ปกติก็ตาม แต่อย่างไรเสียหลักนิติรัฐนิติธรรมในการใช้อำนาจของผู้ปกครองยังคงต้องดำรงอยู่เสมอเพื่อคงไว้ซึ่งความเป็นรัฐเสรีประชาธิปไตย หลักสำคัญอีกประการหนึ่งในระบบเสรีประชาธิปไตยโดยนั้นคือ หลักเกณฑ์การถ่วงดุลอำนาจ ทั้งนี้ก็เพื่อให้แน่ใจว่าผู้ปกครองจะไม่ใช้อำนาจปกครองตามอำเภอใจ⁴⁶ และเป็นหลักประกันของประชาชนว่า สิทธิเสรีภาพของตนจะไม่ถูกละเมิดจากการกระทำที่ไม่สมควร ในการถ่วงดุลอำนาจอันเป็นที่ยอมรับแก่ประชาชนโดยทั่วไปนั้น ประชาชนส่วนใหญ่ยังคงให้ความไว้วางใจให้องค์กรตุลาการเป็นผู้มีอำนาจตรวจสอบการกระทำต่าง ๆ ของฝ่ายปกครอง เนื่องจากเป็นองค์กรภายนอกที่มีอิสระในการพิจารณาพิพากษาคดี และไม่ได้เป็นคู่พิพาทเสียเองมาตั้งแต่แรก องค์กรตุลาการจึงมีลักษณะที่เป็นคนกลางในการชี้ขาดข้อพิพาทที่เกิดขึ้น อีกทั้งกระบวนการพิจารณาในศาลเองก็มีลักษณะเป็นกระบวนการพิจารณาคดีที่เปิดเผย และให้โอกาสคู่พิพาทสามารถนำพยานหลักฐานมาแสดงได้อย่างเต็มที่เพื่อป้องกันสิทธิของตนเอง และ สำหรับการทำคำพิพากษานั้น ต้องแสดงไว้ซึ่งข้อเท็จจริง หลักกฎหมาย และมีเหตุผลประกอบด้วยเสมอจึงทำให้ประชาชนสามารถตรวจสอบดุลพินิจขององค์กรตุลาการจากคำพิพากษาได้เสมอ

ประเทศไทยได้ใช้ระบบศาลคู่ เป็นระบบที่ให้ศาลยุติธรรมมีอำนาจวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทระหว่างเอกชนด้วยกันเช่น คดีแพ่ง และคดีอาญาเท่านั้น ส่วนคดีปกครองอยู่ให้ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาได้เฉพาะ (1) คดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครอง หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการ โดยไม่ชอบด้วยกฎหมายไม่ว่าจะเป็นการออกกฎ คำสั่งหรือการกระทำอื่นใด

⁴⁵ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, *อ้าวแล้วเชิงอรรถที่ 26*.

⁴⁶ ยุติธรรม ปัทมะ, “การควบคุม และตรวจสอบการใช้อำนาจของฝ่ายปกครอง”, วารสารบทความทางวิชาการ, สำนักงานเลขาธิการวุฒิสภา, ฉบับที่ 06, ปีที่ 4, น.18-25 (มีนาคม 2557).

เนื่องจากกระทำโดยไม่มีอำนาจ หรือนอกเหนืออำนาจหน้าที่ หรือไม่ถูกต้องตามกฎหมาย หรือโดยไม่ถูกต้องตามรูปแบบขั้นตอน หรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญที่กำหนดไว้สำหรับการกระทำนั้น หรือโดยไม่สุจริตหรือมีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม หรือมีลักษณะเป็นการสร้างขั้นตอนโดยไม่จำเป็น หรือสร้างภาระให้เกิดกับประชาชนเกินสมควร หรือเป็นการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบ (2) คดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติ หรือปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวล่าช้าเกินสมควร (3) คดีพิพาทเกี่ยวกับการกระทำละเมิดหรือความรับผิดอย่างอื่นของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐอันเกิดจากการใช้อำนาจตามกฎหมาย หรือจากกฎ คำสั่งปกครอง หรือคำสั่งอื่น หรือจากการละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติ หรือปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวล่าช้าเกินสมควร (4) คดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง (5) คดีที่มีกฎหมายกำหนดให้หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐฟ้องคดีต่อศาลเพื่อบังคับให้บุคคลต้องกระทำหรือละเว้นกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใด (6) คดีพิพาทเกี่ยวกับเรื่องที่มีกฎหมายกำหนดให้อยู่ในเขตอำนาจศาลปกครอง ส่วนเรื่องดังต่อไปนี้แม้จะเป็นคดีปกครองก็ตาม ศาลปกครองก็ไม่มีอำนาจพิจารณา (1) การดำเนินการเกี่ยวกับวินัยทหาร (2) การดำเนินการของคณะกรรมการตุลาการตามกฎหมายว่าด้วยระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการ (3) คดีที่อยู่ในอำนาจของศาลเยาวชนและครอบครัว ศาลแรงงาน ศาลภาษีอากร ศาลทรัพย์สินทางปัญญา และการค้าระหว่างประเทศ ศาลล้มละลาย หรือศาลชำนาญพิเศษอื่น⁴⁷

จากหลักกฎหมายดังกล่าวนี้ทำให้เห็นว่า ศาลปกครองถูกจำกัดอำนาจเฉพาะในส่วนของการดำเนินการเกี่ยวกับวินัยทหารเท่านั้น สำหรับกรณีอื่นในส่วนของการดำเนินคดีเกี่ยวกับการกระทำทางปกครองยังคงอยู่ภายใต้เขตอำนาจศาลปกครอง ดังนั้นศาลปกครองจึง เป็นองค์กรภายนอกองค์กรหนึ่งที่เป็นคอยทำหน้าที่เป็นหลักประกันให้กับประชาชนในการเข้ามามีส่วนร่วมในควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจฝ่ายปกครอง และการแก้ไขเยียวยาแก่ผู้ที่ได้รับผลกระทบที่เกิดจากการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองในการกระทำทางปกครอง⁴⁸

2.6.3 แนวความคิดของ จอห์น ออสติน (John Austin) กับศาลไทย

แนวความคิดของ จอห์น ออสติน (John Austin) เริ่มเข้ามาในประเทศไทยสมัยพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว (รัชกาลที่ 5) มีการปฏิรูปกฎหมายให้เป็นไปตามหลักสากล ครั้นกรมหลวงราชบุรีดิเรกฤทธิ์สำเร็จการศึกษาวิชากฎหมายมาจากมหาวิทยาลัยออกซฟอร์ด

⁴⁷ มาตรา 9, พระราชบัญญัติ จัดตั้งศาลปกครอง และวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ประกาศราชกิจจานุเบกษา เล่มที่ 116 ตอน 94 ก วันที่ 10 ตุลาคม พ.ศ. 2542.

⁴⁸ วสันต์ ฆมภูศรี, *อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 40*.

(oxford) ประเทศอังกฤษ ได้ทรงโปรดเกล้าฯ ให้รับตำแหน่งเสนาบดีกระทรวงยุติธรรม ต่อมากรมหลวงราชบุรีดิเรกฤทธิ์ได้ทรงจัดตั้งโรงเรียนสอนกฎหมาย เพื่อสอนกฎหมายให้กับบุคคลผู้ซึ่งจะเข้ามาเป็นตุลาการ พระองค์ทรงนำแนวความคิดของ จอห์น ออสติน ซึ่งเป็นแนวความคิดที่ได้รับความนิยมในประเทศอังกฤษในสมัยนั้น มาสอนในโรงเรียนสอนกฎหมายจนแนวความคิดนี้ได้เป็นรากฐานให้กับนักกฎหมายจนปัจจุบัน

ออสติน เป็นนักปรัชญาฝ่ายทฤษฎีปฏิฐานนิยมทางกฎหมาย ซึ่งสำนักดังกล่าวยึดมั่นในหลักว่า กฎหมายของรัฐชาติบัตย์ไม่อาจเป็นสิ่งยุติธรรมได้ เพราะสิ่งที่ถือว่าเป็นความยุติธรรม ความยุติธรรม หรือความถูกต้อง เป็นสิ่งที่ถูกกำหนดโดยกฎหมายของรัฐชาติบัตย์โดยปริยายอยู่แล้ว จอห์น ออสติน เขียนแนวความคิดดังกล่าวในหนังสือภายใต้ชื่อเรื่องว่า “ปริมาตรของวิชานิติศาสตร์ ตามที่กำหนดไว้” (The Province of Jurisprudence Determined) เขาที่อธิบายถึงทฤษฎีคำสั่งแห่งกฎหมาย (The Command Theory of Law) ซึ่งถือ ว่าวิธีการศึกษากฎหมายโดยทั่วไปจะต้องใช้วิธีการวิเคราะห์แยกองค์ประกอบ ของลักษณะ ข้อความในกฎหมายที่เห็นได้ชัดเจนว่า คือ คำสั่งของรัฐชาติบัตย์ที่มีสภาพบังคับ โดยเหตุนี้เองที่ ทำให้เขาสรุปว่ากฎหมาย คือคำสั่งของรัฐชาติบัตย์ ซึ่งกำหนดมาตรฐานความประพฤติให้กับผู้อยู่ ใต้อำนาจปกครองของตน ซึ่งหากไม่ปฏิบัติตามแล้วจะต้องได้รับโทษ นอกจากนี้ ออสตินยังกำหนดนิยามของคำว่า รัฐชาติบัตย์ ให้หมายถึงบุคคลหรือกลุ่มบุคคลที่มีอำนาจทางการเมืองสูงสุดในประชคมนั้น ๆ ซึ่งประชาชนให้การเคารพเชื่อฟังคำสั่งโดยสม่ำเสมอ เพียงผู้เดียว/กลุ่มเดียว โดยที่องค์รัฐชาติบัตย์นั้นมิได้ตกอยู่ภายใต้ข้อจำกัดของอำนาจตามกฎหมายใด ๆ อีก นอกจากนี้การที่ออสตินเน้นประเด็น เรื่อง “การเคารพเชื่อฟังคำสั่งโดยสม่ำเสมอ” (Habitual Obedience) เท่ากับถือเอาหลักความมีประสิทธิภาพ (Efficiency) ของคำสั่ง/กฎหมาย เป็นเงื่อนไขสำคัญ ในการดำรงอยู่ของกฎหมาย หรือระบบกฎหมาย (Criterior of Existence) ประสิทธิภาพของคำสั่ง และบทกำหนดโทษ ซึ่งทำให้ผู้คนต้องปฏิบัติตามเพราะความกลัว โดยไม่คำนึงถึงลักษณะภายในของกฎหมายซึ่งก็คือ ความชอบธรรมของตัวบทกฎหมายนั้น ๆ ซึ่งเป็นปัจจัยสำคัญที่ทำให้ประชาชนเห็นดีเห็นชอบปฏิบัติตามกฎหมายนั้นอย่างแท้จริง นอกจากนี้ ลักษณะภายในของกฎหมายยังคลุมความถึง โครงสร้างของระบบกฎหมาย และกฎเกณฑ์ เกี่ยวกับการก่อตั้งสถาบันทางกฎหมาย ซึ่งในสายตาของปฏิฐานนิยมทางกฎหมาย รุ่นใหม่ใน ศตวรรษที่ 20 ถือว่าเป็นองค์ประกอบสำคัญที่จะทำให้กฎหมายได้รับการสนับสนุนจากสังคมจริง ๆ หรือทำให้คนเคารพกฎหมายเพราะความเชื่อถือจริง ๆ สำหรับออสตินแล้ว เขาไม่ถือว่า เนื้อหาสาระซึ่งปรากฏอยู่ในตัวบทกฎหมาย จะมีผลกระทบต่อความสมบูรณ์ หรือไม่สมบูรณ์ ของกฎหมาย สิ่งที่เขาสนใจก็คือกฎหมายนั้นตราขึ้นโดยรัฐชาติบัตย์หรือไม่ และกฎหมายนั้นมีสภาพบังคับจริง ๆ หรือไม่ ถ้าใช่แล้วคำสั่งนั้นก็คือ กฎหมายโดยสมบูรณ์ ด้วยเหตุนี้เองที่ออสติน เห็นว่ากฎหมายระหว่างประเทศ

มิใช่เป็นกฎหมายในความหมายอันแท้จริง เพราะขาดสาระสำคัญ ดังกล่าว โดยเฉพาะเรื่องสภาพบังคับ หรือบทลงโทษ สถานะของกฎหมายระหว่างประเทศใน สายตาของออสติน จึงมีค่าเป็นเพียง “พันธะทางศีลธรรม” (Moral Obligation) เท่านั้น ทำนองเดียวกัน กฎหมายรัฐธรรมนูญ ก็ดี (Constitutional Law) หรือกฎหมายจารีตประเพณี (Customary Law) ก็ดี ก็ไม่จัดว่าเป็นกฎหมายอันแท้จริงตามแนวความคิดของออสติน⁴⁹

อีกปัจจัยหนึ่งที่ทำให้แนวความคิด ออสติน ได้รับความนิยมน้อยมากในประเทศไทย เนื่องจากความเคยชินกับการปกครองในระบอบเดิมที่ประเทศไทยเคยใช้ในสมัยอดีต กล่าวคือเดิมที่นั้นประเทศไทยใช้ระบอบการปกครองแบบสมบูรณาญาสิทธิราชย์โดยมีกษัตริย์เป็นผู้มีอำนาจสูงสุดในการบริหารราชการของแผ่นดินพระราชดำรัส หรือพระบรมราชโองการหรือคำสั่งของ กษัตริย์มีสถานะเป็นกฎหมาย ความต้องการของกษัตริย์ คือ เจตจำนงของชาติ แต่กษัตริย์นั้นก็มิได้อำนาจในการบริหารราชการของแผ่นดิน และปกครองพลเมืองโดยอิสระ ทั้งนี้เพราะกษัตริย์ไทยนั้นต้องอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์ที่ปรากฏอยู่ในคัมภีร์พระธรรมศาสตร์ และเมื่อใดที่มีกฎหมายที่ขัดกับหลักของคัมภีร์พระธรรมศาสตร์ กฎหมายนั้นย่อมสิ้นผล เมื่อกษัตริย์ที่ออกกฎหมายนั้นสิ้นพระชนม์ลง หลักกฎหมายดังกล่าวจะไม่ผูกพันในรัชกาลต่อมา

สำหรับบทบาทของผู้ปกครองแผ่นดินนั้น หากวิเคราะห์จาก คำอธิบายในทางพุทธศาสนาและการอธิบายเกี่ยวกับคัมภีร์พระ ธรรมศาสตร์ที่เรียกว่า ธรรมสัทธัม ก็พบว่า บทบาทของผู้ปกครอง แผ่นดินก็คือบทบาทในลักษณะที่เรียกว่า ธรรมราชา คือ ผู้เปี่ยม ด้วยคุณธรรมจนผู้คนยกย่องให้เป็นผู้นำ ถ้อยคำในอัครคัมภีร์สูตรใช้ คำว่า “มหาชนสมมุติ” ซึ่งเป็นแนวคิดที่ต่างจากพราหมณ์ พุทธวจนะ ที่ว่า “ราชา มุข มนุสสาน” จึงเป็นการตรัสถึงความจริงที่ว่า พระราชา คือ หัวหน้าของมนุษย์นั่นเอง ส่วนศัพท์คำว่า “กษัตริย์” ก็คือความหมาย ของผู้ที่เปี่ยมหัวหน้า ในบางครั้งมีการใช้คำว่า “ราชา” ซึ่งเป็นคำที่มีความหมายลึกซึ้งยิ่งกว่า คือ เป็นผู้นำที่นำความสุขใจและความยินดีมาสู่ประชาชนด้วยธรรมที่มีอยู่ในองค์พระมหากษัตริย์ นั้น ๆ คำว่า “ราชา” จึงเป็นคำที่มนุษย์พูดหลุดปากต่อบุคคลที่ยังความพอใจมาให้พวกเขาจนกลายเป็นคำเรียกทั่วไป ในพระไตรปิฎก ฉบับภาษาไทย เล่มที่ 11 หน้า 101 ได้กล่าวถึงคำว่า “ราชา” ว่า หมายถึง ผู้ที่ทำให้คนอื่นพอใจโดยธรรม คือใช้ธรรมเป็นหลักในการปฏิบัติหน้าที่ เพื่อประโยชน์สุขของคนอื่น มิใช่เพื่อตนเอง⁵⁰

⁴⁹ จริญญา โฆษณานันท์, นิติปรัชญา, พิมพ์ครั้งที่ 13, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง), น.48-49.

⁵⁰ แสง บุญเฉลิมวิภาส, ฮ้างแล้วเชิงอรรถที่5, น.91-94.

ตัวอย่างคำพิพากษาที่มีเกี่ยวกับกฎหมายมหาชนในอดีต เช่น

คำพิพากษาศาลฎีกา 45/2496⁵¹ “...การที่คณะรัฐประหารยึดอำนาจการปกครองประเทศได้สำเร็จนั้น คณะรัฐประหารย่อมมีอำนาจที่จะเปลี่ยนแปลงแก้ไขยกเลิกและออกกฎหมายตามระบบแห่งการปฏิวัติเพื่อบริหารประเทศชาติต่อไปได้มีฉะนั้นประเทศชาติจะตั้งอยู่ด้วยความสงบไม่ได้ ดังนั้นรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักร (ฉบับชั่วคราว)พ.ศ.2490 จึงเป็นกฎหมายอันสมบูรณ์การแต่งตั้งให้ผู้ใดเป็นรัฐมนตรีในต่อนั้น ก็ย่อมเป็นการชอบด้วย

คำสั่งของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลังที่สั่งให้ปลดปลัดกระทรวงฐานประมาทเล่นเล่อในหน้าที่ราชการเป็นเหตุให้เสียหายแก่ราชการอย่างร้ายแรง อันเป็นความผิด ตาม พ.ร.บ.ระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ.2485 มาตรา 61 และอาศัยอำนาจตามมาตรา 6 แห่ง พ.ร.บ.กำหนดวิธีการพิจารณาลงโทษข้าราชการผู้กระทำผิดหน้าที่หรือหย่อนความสามารถ พ.ศ.2490 นั้น เป็นคำสั่งที่ออกมาในทางราชการโดยอำนาจและหน้าที่ในตำแหน่งราชการด้วย การใช้ดุลยพินิจวินิจฉัยตามบทกฎหมายที่ให้อำนาจ เมื่อฟังได้ว่า เป็นการกระทำโดยสุจริตในอำนาจและหน้าที่ ทั้งมิได้มุ่งที่จะให้เกิดเสียหายแก่ผู้ใด ดังนี้ แม้จะวินิจฉัยผิดพลาด ก็หาเป็นละเมิดไม่...”

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1662/2505⁵² “...ศาลฎีกาเห็นว่า ในเมื่อ พ.ศ. 2501คณะปฏิวัติได้ทำการยึดอำนาจการปกครองประเทศไทยได้เป็นผลสำเร็จ หัวหน้าคณะปฏิวัติย่อมเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองบ้านเมือง ข้อความใดที่หัวหน้าคณะปฏิวัติสั่งบังคับประชาชนก็ต้องถือว่าเป็นกฎหมาย...”

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1234/2523⁵³ “...การที่ศาลได้รับคำฟ้องไว้เพื่อไต่สวนมูลฟ้องนั้นไม่จำเป็นจะต้องสืบพยานหรือต้องวินิจฉัยว่าฟ้องมีมูลหรือไม่เสมอไป ถ้าศาลเห็นว่าเป็นฟ้องที่ไม่ถูกต้องตามกฎหมายก็ชอบที่จะงดการไต่สวนมูลฟ้องและพิพากษายกฟ้องได้ โจทก์บรรยายฟ้องว่า จำเลยโฆษณาหรือประกาศให้บุคคลอื่นประทุษร้ายต่อชีวิตโจทก์ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 85และมีคำขอท้ายฟ้องโดยอ้างมาตรา 288 มาด้วย ต้องถือว่า โจทก์มีความประสงค์ให้ลงโทษตาม มาตรา 288 เพราะตามมาตรา 85 นั้น เมื่อจะใช้ก็ต้องโยงไปประกอบมาตรา 288 ด้วย ดังนั้น เมื่อเหตุในคดีนี้เกิดขึ้นระหว่างที่มีการประกาศใช้กฎอัยการศึก และความผิดตามมาตรา 288 อยู่ในอำนาจของศาลทหารที่จะพิจารณาพิพากษา คดีนี้จึงไม่อยู่ในอำนาจของศาลอาญา เมื่อคณะปฏิวัติหรือคณะปฏิรูปการปกครองแผ่นดินยึดอำนาจการปกครองแผ่นดินได้เป็นผลสำเร็จ หัวหน้าคณะปฏิวัติหรือ

⁵¹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 45/2496 สืบค้น 24 ตุลาคม 2563 จาก <https://deka.in.th/view-80535.html>

⁵² คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1662/2505 สืบค้น 24 ตุลาคม 2563 จาก <https://deka.in.th/view-45595.html>

⁵³ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1234/2523 สืบค้น 24 ตุลาคม 2563 จาก [https://deka.in.th/view-](https://deka.in.th/view-33667.html)

หัวหน้าคณะปฏิรูปการปกครองแผ่นดินย่อมมีอำนาจออกประกาศ หรือคำสั่งอันถือว่าเป็นกฎหมายใช้บังคับแก่ประชาชนได้ แม้จะมีรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยประกาศใช้แล้วก็ตาม แต่เมื่อไม่มีกฎหมายยกเลิกประกาศหรือคำสั่งดังกล่าวประกาศหรือคำสั่งนั้นก็ยังคงเป็นกฎหมายใช้บังคับอยู่...”

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ พ 42/2551⁵⁴ “...ผู้ฟ้องคดีฟ้องเพิกถอนการออกประกาศคณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ ทรงเป็นประมุข ลงวันที่ 19 กันยายน 2559 ลงนามประกาศโดยผู้ถูกฟ้องคดีที่ 3 ว่า ตามที่คณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ได้ยึดอำนาจการปกครองแผ่นดินเป็นที่เรียบร้อยแล้วที่ได้ประกาศให้ทราบทั่วกันแล้วนั้น เพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยให้เกิดกับประชาชนทั้งประเทศ คณะปฏิรูปการปกครอง ในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข จึงประกาศใช้กฎอัยการศึกทั่วราชอาณาจักร

ศาลปกครองสูงสุดเห็นว่า มาตรา 9 พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครอง และวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 บัญญัติให้ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณา พิพากษาหรือมีคำสั่งในเรื่องที่เป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองหรือ เจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายไม่ว่าจะเป็นการออกกฎ คำสั่ง หรือกระทำการอื่นใด เนื่องจากกระทำโดยไม่มีอำนาจหรือนอกเหนืออำนาจหน้าที่หรือไม่ถูกต้อง ตามกฎหมายหรือโดยไม่ถูกต้องตามรูปแบบ ขั้นตอน หรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญ ที่กำหนดไว้สำหรับการกระทำนั้น หรือโดยไม่สุจริต หรือมีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม หรือมีลักษณะเป็นการสร้างขั้นตอนโดยไม่จำเป็น หรือสร้างภาระให้เกิดกับประชาชนเกินสมควร หรือเป็นการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบ ตามคำฟ้องดังกล่าว คณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขได้กระทำการประกาศใช้กฎอัยการศึก ทั่วราชอาณาจักรเมื่อวันที่ 19 กันยายน 2559 เพื่อรักษาความสงบเรียบร้อย ซึ่งต่อมามาตรา 36 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2559 ได้บัญญัติว่า บรรดาประกาศและคำสั่งของคณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตย อันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขหรือคำสั่งของหัวหน้าคณะปฏิรูปการปกครองในระบอบ ประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขที่ได้ประกาศหรือสั่งในระหว่างวันที่ 19 กันยายน 2559 จนถึงวันประกาศใช้รัฐธรรมนูญนี้ ไม่ว่าจะเป็นในรูปใดและไม่ว่าจะประกาศ หรือสั่งให้มีผลบังคับในทางนิติบัญญัติ ในทางบริหาร หรือในทางตุลาการ ให้มีผลใช้บังคับต่อไป และให้ถือว่าประกาศหรือคำสั่งตลอดจนการปฏิบัติตามประกาศหรือคำสั่งนั้น ไม่ว่าจะการปฏิบัติ ตามประกาศหรือคำสั่งนั้นจะ

⁵⁴ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ พ. 42/2551

กระทำก่อนหรือหลังวันประกาศใช้รัฐธรรมนูญนี้เป็นประกาศ หรือคำสั่งหรือการปฏิบัติที่ชอบด้วยกฎหมายและชอบด้วยรัฐธรรมนูญ...”

2.6.4 การควบคุมภายในฝ่ายปกครองในสถานการณ์วิกฤต

การกำเนิดรัฐตามทฤษฎีต่างๆ ทางกฎหมาย ไม่ว่าจะด้วยเหตุว่า รัฐเกิดจากสัญญาประชาคม หรือเกิดจากความขัดแย้งนั้น เป็นสิ่งที่แสดงให้เห็นว่ารัฐนั้นเกิดขึ้นมาพร้อมกับหน้าที่การขับเคลื่อนหน้าที่หรือที่เรียกว่า ภารกิจของรัฐในทุกๆ ด้านนั้น หากต้องอาศัยหลักความสมัครใจของประชาชนย่อมเป็นการยากลำบากในการปฏิบัติภารกิจต่าง ๆ ให้สำเร็จลุล่วงได้ ประชาชนทุกคนจึงจำเป็นต้องมอบอำนาจรัฐที่อยู่เหนือบุคคลภายในรัฐ ให้รัฐเป็นผู้จัดการดูแลเพื่อเป็นหนึ่งในโลก การขับเคลื่อนดำเนินภารกิจของรัฐให้ได้โดยสมบูรณ์ สำหรับการปฏิบัติภารกิจของรัฐในปัจจุบันจะแตกต่างจากสมัยอดีตอยู่มาก กล่าวคือ ในสมัยอดีต การบริหารราชการแผ่นดินในทุกด้านถือว่าเป็นพระราชภาระของกษัตริย์เพียงพระองค์เดียวเท่านั้น แต่ในปัจจุบันได้มีการลดพระราชภาระของกษัตริย์ลง โดยแบ่งหน้าที่ให้แต่ละหน่วยงานที่มีมีความรู้ความสามารถต่างๆ เป็นผู้รับผิดชอบ

การปฏิบัติภารกิจของรัฐ แต่ละหน่วยงานต้องรับผิดชอบหน้าที่เฉพาะภายใต้กรอบของกฎหมายที่กำหนด เกณฑ์ในการปฏิบัติหน้าที่ของหน่วยงานทางปกครองต่างๆ จะบัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติ ปรับปรุง กระทรวง ทบวง กรม พ.ศ. 2545 ซึ่งกำหนดให้มีกระทรวงต่างๆ เป็นผู้รับผิดชอบในงานแต่ละด้าน โดยเฉพาะในส่วนเกี่ยวกับการใช้กำลังทางทหารเพื่อป้องกันประเทศ จะมอบหมายให้กระทรวงกลาโหมเป็นผู้รับผิดชอบ โดยให้มีอำนาจหน้าที่เกี่ยวกับการป้องกัน และรักษาความ มั่นคงของราชอาณาจักรจากภัยคุกคามทั้งภายนอก และภายในประเทศ การรักษาผลประโยชน์ แห่งชาติสนับสนุนการพัฒนาประเทศ และราชการอื่นตามที่มีกฎหมายกำหนดให้เป็นอำนาจหน้าที่ ของกระทรวงกลาโหม หรือส่วนราชการที่สังกัดกระทรวงกลาโหม⁵⁵ และพระราชบัญญัติ จัดระเบียบราชการกระทรวงกลาโหม พ.ศ. 2551 กำหนดให้มีอำนาจหน้าที่ดังต่อไปนี้ (1) พิทักษ์รักษาเอกราช และความมั่นคงแห่งราชอาณาจักร จากภัยคุกคามทั้งภายนอก และภายในราชอาณาจักร ปรามปรามการกบฏ และการจลาจล โดยจัดให้มี และใช้กำลังทหารตามที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย หรือตามที่มีกฎหมายกำหนด (2) พิทักษ์รักษา ปกป้องสถาบันพระมหากษัตริย์ ตลอดจนสนับสนุนภารกิจของสถาบันพระมหากษัตริย์ (3) ปกป้อง พิทักษ์รักษาผลประโยชน์แห่งชาติ และการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์เป็นประมุขพัฒนาประเทศ เพื่อความมั่นคงตลอดจนสนับสนุนภารกิจอื่นของรัฐในการพัฒนาประเทศ การ

⁵⁵ มาตรา 8, พระราชบัญญัติ ปรับปรุง กระทรวง ทบวง กรม พ.ศ. 2545, ประกาศในราชกิจจานุเบกษา เล่ม 119 ตอน 99 ก เมื่อวันที่ 2 ตุลาคม 2545.

ป้องกัน และแก้ไขปัญหาจากภัยพิบัติ และการช่วยเหลือประชาชน (4) ศึกษา วิจัย พัฒนา และดำเนินการด้านอุตสาหกรรมป้องกันประเทศ และพลังงานทหาร ด้านวิทยาศาสตร์ และเทคโนโลยีป้องกันประเทศ และด้านกิจการอวกาศเทคโนโลยีสารสนเทศ และการสื่อสาร ทั้งนี้ เพื่อสนับสนุนภารกิจของกระทรวงกลาโหม และความมั่นคงของประเทศ (5) ปฏิบัติการอื่นที่เป็นการปฏิบัติการทางทหารนอกเหนือจากสงครามเพื่อความมั่นคงแห่งราชอาณาจักร หรือปฏิบัติการอื่นใด ทั้งนี้ ตามที่มีกฎหมายกำหนด หรือตามมติคณะรัฐมนตรี⁵⁶

สำหรับการดำเนินงานเกี่ยวกับราชการทหาร ยกเว้นงานด้านการป้องกัน และรักษาความมั่นคงของราชอาณาจักรจากภัยคุกคามทั้งภายนอก และภายในประเทศ หรือกรณีเจ้าหน้าที่ซึ่งปฏิบัติหน้าที่ทางยุทธการร่วมกับทหาร ในการป้องกันและรักษาความมั่นคงของราชอาณาจักรจากภัยคุกคามทั้งภายนอกและ ภายในประเทศ ยังคงต้องปฏิบัติตามพระราชบัญญัติ วิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539⁵⁷ แต่หากเป็นในกรณีมีสถานการณ์อันไม่ปกติ ที่มีความจำเป็น เพื่อการใช้กำลังทหารเพื่อการปราบปรามการจลาจล ก็ให้เป็นไปตามที่กระทรวงกลาโหมกำหนดโดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรี⁵⁸ ซึ่งจากพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวจะเห็นว่า การควบคุมภายในของเจ้าหน้าที่ฝ่ายทหารในขณะที่อยู่ในสถานการณ์ไม่ปกติก็ต้องอยู่ภายใต้การควบคุมของคณะรัฐมนตรี แต่ทั้งนี้ก็ไม่ตัดอำนาจในการออกคำสั่งต่างๆ ตามสายการบังคับบัญชาเพื่อให้การปฏิบัติราชการตามพิชัยสงครามสำเร็จลุล่วง

2.7 ความรับผิดชอบของรัฐ

ความรับผิดชอบของรัฐเกิดขึ้นจากการกระทำทางในปกครองเกือบทุกประเภท โดยเฉพาะอย่างยิ่งการกระทำต่างๆ อันมีลักษณะเป็นการรอนเสรีภาพของประชาชน เนื่องด้วยที่ฝ่ายปกครองต้องอาศัยอำนาจที่เหนือกว่าในการบังคับประชาชนซึ่งอยู่ภายใต้การปกครองให้ปฏิบัติตาม เพื่อให้การดำเนินงานในด้านสาธารณะประโยชน์สามารถขับเคลื่อนต่อไปได้ สำหรับความรับผิดชอบของรัฐแบ่งออกได้เป็น 2 ประเภทดังนี้

2.7.1 ความรับผิดชอบของเจ้าหน้าที่อันเกิดจากการกระทำผิด

⁵⁶ มาตรา 8, พระราชบัญญัติ จัดระเบียบราชการกระทรวงกลาโหม พ.ศ. 2551, ประกาศในราชกิจจานุเบกษา เล่ม 125 ตอน 26 ก เมื่อวันที่ 1 กุมภาพันธ์ 2551.

⁵⁷ บัญชีคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง, เรื่อง ข้อยกเว้นตามมาตรา 4(7) แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 (เรื่องเสร็จที่ 276/2548).

⁵⁸ มาตรา 35, อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 56.

ความรับผิดชอบของเจ้าหน้าที่ประเภทนี้จะเกิดขึ้น เนื่องจากกระทำของเจ้าหน้าที่อย่างหนึ่ง อย่างไม่ดี อันเนื่องเนื่องกับการปฏิบัติหน้าที่โดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย โดยจงใจ หรือโดยประมาท ก่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลไม่ว่าจะเป็นความเสียหายแก่ชีวิตก็ดี แก่ร่างกายก็ดี อนามัยก็ดี เสรีภาพก็ดี ทรัพย์สินหรือสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดก็ดี ซึ่งการกระทำความผิดในลักษณะเป็นที่รู้จักในชื่อว่า “ละเมิด” ซึ่งการกระทำละเมิดอันเนื่องเนื่องจากการปฏิบัติหน้าที่ใช้หลักการเดียวกันกับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420 แต่เพื่อเป็นการป้องกันเจ้าหน้าที่ ที่บางครั้งอาจกระทำการในหน้าที่เกินเลยไป กฎหมายจึงบัญญัติความรับผิดของเจ้าหน้าที่ไว้ในพระราชบัญญัติความรับผิดทาง ละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ.2539 โดยมีวัตถุประสงค์ในการจำกัดความรับผิดของเจ้าหน้าที่ไว้ การกระทำละเมิดของเจ้าหน้าที่ไม่ว่าการกระทำผิดของเจ้าหน้าที่ทุกอย่างจะเป็นละเมิดเสียหายทั้งหมดซึ่งบางครั้งหากไม่ได้กระทำไปโดยอาศัยอำนาจหน้าที่ก็ต้องถือว่าเป็นการกระทำละเมิดในฐานะส่วนตัว เช่น การที่เจ้าหน้าที่ผู้หนึ่งไปหลอกลวงผู้อื่นและได้ประโยชน์ไปลักษณะที่เป็นทรัพย์สิน เช่นนี้ ถือว่าเป็นการกระทำไปในฐานะเป็นความผิดส่วนตัว ในทางกลับกันหากเจ้าหน้าที่คนดังกล่าวมีหน้าที่ในการออกโฉนดที่ดิน แต่กลับเขียนจำนวนที่ดิน หรือระวางผิดไป เช่นนี้ ถือว่าเป็นการกระทำละเมิดอันเกิดจากการกระทำของเจ้าหน้าที่ได้ ส่วนการกรณีว่า การกระทำละเมิดอันเกิดจากการกระทำของเจ้าหน้าที่จะอยู่ในเขตอำนาจการพิจารณาตัดสินของศาลปกครองหรือไม่ ก็จำเป็นต้องพิจารณาให้ได้เสียก่อนว่า เป็นเรื่องการกระทำละเมิดอันเนื่องเนื่องจากการปฏิบัติหน้าที่ในเรื่องทั่วไป หรือเป็นการกระทำละเมิดอันเนื่องเนื่องจากการปฏิบัติหน้าที่โดยใช้อำนาจทางปกครอง

2.7.2 ความรับผิดของเจ้าหน้าที่โดยปราศจากความผิด

ความรับผิดของเจ้าหน้าที่ประเภทนี้จะเกิดขึ้น เนื่องจากเจ้าหน้าที่ของรัฐ กระทำการอย่างหนึ่งอย่างใด อันเนื่องเนื่องจากการปฏิบัติหน้าที่โดยชอบด้วยกฎหมาย แต่ผลของการกระทำนั้น ทำให้บุคคลผู้ใดผู้หนึ่งต้องแบกรับภาระจากการกระทำภารกิจของรัฐเพื่อประโยชน์สาธารณะหนักกว่าปัจเจกชนทั่วไป เช่น กรณีที่มีการก่อสร้างสถานีขึ้นลงรถไฟ แล้วทำให้อาคารพาณิชย์ด้านข้างในถิ่นแถวบริเวณนั้นมีตกลงไม่มีแสงสว่าง เจ้าของอาคารพาณิชย์ต้องเปิดไฟใช้ในเวลากลางวัน เช่นนี้ ถือว่าเจ้าของอาคารพาณิชย์ผู้นั้นต้องแบกรับภาระที่หนักกว่าปัจเจกชนทั่วไป เป็นต้น

ในระบบกฎหมายของฝรั่งเศสนั้นความรับผิดโดยปราศจากความผิดของฝ่ายปกครอง มิได้มีฐานการพัฒนาหลักการดังกล่าวมาจากการกระทำละเมิด หลักความรับผิดโดย ปราศจากความผิดของฝ่ายปกครองมีพัฒนาการมาตั้งแต่ปี 1895 จนถึงปัจจุบันหลักความรับผิดโดยปราศจาก

ความคิดในระบบกฎหมายฝรั่งเศสได้รับการพัฒนา และครอบคลุมกรณีต่าง ๆ ซึ่งอาจแบ่ง ออกได้ เป็น 2 ลักษณะดังนี้⁵⁹

(1) ความรับผิดชอบที่มีฐานมาจากการก่อให้เกิดความทุกข์ทรมานความเสียหาย กล่าวคือ ในการดำเนินกิจการต่าง ๆ ตามอำนาจหน้าที่ในทางปกครองของฝ่ายปกครองอาจก่อให้เกิดความเสียหาย เป็นกรณีพิเศษเกิดขึ้นแก่ราษฎร โดยการดำเนินการต่าง ๆ อาจมีการใช้วิธีการหรือเครื่องมือที่จะ บรรลุวัตถุประสงค์ที่จะดำเนินการนั้น ซึ่งเป็นการใช้วิธีการหรือใช้เครื่องมือวัตถุประสงค์ที่อาจ ก่อให้เกิดอันตรายได้โดยสภาพ หากราษฎรได้รับความเสียหายจากวิธีการดำเนินการของฝ่าย ปกครอง หรือเครื่องมือที่นั้น ฝ่ายปกครองก็ต้องรับผิดชอบในการชดเชยเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่ ราษฎรผู้ที่ได้รับความเสียหาย ทั้งนี้โดยผู้เสียหายไม่ต้องพิสูจน์ว่าความเสียหายดังกล่าวนี้ ได้ เกิดขึ้นโดยมีการจงใจหรือประมาทเลินเล่อกระทำละเมิดหรือไม่ ผู้เสียหายมีหน้าที่พิสูจน์ ความสัมพันธ์ระหว่างเหตุกับผล หรือความเสียหายที่ตนได้รับว่า การกระทำดังกล่าวเกิดขึ้นจากการ กระทำของฝ่ายปกครองเท่านั้น

(2) ความรับผิดชอบของรัฐอันเนื่องมาจากการสร้างภาระเกินสมควรแก่บุคคล ซึ่งการ กระทำนั้นเป็นฝ่าฝืนหลักความเสมอภาคของบุคคลในการรับภาระสาธารณะ ตามหลักความเสมอ ภาคของบุคคลในการรับภาระสาธารณะอันเป็นหลักกฎหมายทั่วไป และเป็นหลักการที่มีความ สำคัญมากซึ่งเรียกว่า ในการดำเนินการให้เกิดภาระใด ๆ กับราษฎร รัฐหรือหน่วยงานของ รัฐต้องกำหนดให้ราษฎรทุกคนได้ รับภาระนั้นอย่างเสมอภาคเท่าเทียมกัน มิใช่กำหนดหรือ ดำเนินการให้เกิดผลเป็นภาระแก่ราษฎรคนใดคนหนึ่งหรือกลุ่มใดกลุ่มหนึ่งเท่านั้น ดังนั้น เมื่อ พิจารณาจากดังกล่าวแล้วศาลจึงได้อาศัย หลักการดังกล่าว กำหนดให้ฝ่ายปกครองต้องรับผิด เพื่อให้เกิดความเป็นธรรม

จะเห็นว่าความแตกต่างระหว่างความรับผิดโดยมีความผิดกับความรับผิดโดยปราศจาก ความผิดมีจุดที่แตกต่างกันมาก กล่าวคือ ความรับผิดโดยมีความผิด(ละเมิด) ศาลปกครองพิจารณา ตามองค์ประกอบมาตรา 420 แห่งประมวลกฎหมายแพ่ง และพาณิชย์ กล่าวคือ มีการกระทำโดยจง ใจหรือประมาทเลินเล่อทำต่อบุคคลอื่นโดยผิดกฎหมายและทำให้เขาได้รับความเสียหาย หากแต่ ความรับผิดโดยปราศจากความผิด นั้น แม้เป็นการกระทำที่ทำให้บุคคลอื่นได้รับความเสียหาย เช่นกัน แต่ว่าการกระทำที่ว่าเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งมีกฎหมายให้อำนาจกระทำ ได้โดยชอบ หรืออาจสรุปความแตกต่างระหว่างความรับผิดทั้งสองประเภทดังกล่าวได้สั้น ๆ ว่า

⁵⁹ เดชา มหาเสนา, “การนำหลักความรับผิดโดยปราศจากความผิด มาใช้ในการพิจารณาคดี ปกครอง,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2559) น.41-42

ความรับผิด ทางละเมิดจะเกิดจากการกระทำที่ผิดกฎหมายหรือไม่ชอบด้วยกฎหมาย ส่วนความรับผิดโดยปราศจาก ความผิดจะเกิดจากการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งความรับผิดที่เกิดจากการปฏิบัติหน้าที่ราชการทั้งสอง ประเภทดังกล่าว รัฐมีหน้าที่ต้องชดใช้ความเสียหายให้แก่ผู้เสียหายไม่ว่าจะเป็นประชาชนหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐเองก็ตาม⁶⁰

หลักความรับผิดของรัฐที่กล่าวมาแล้วในข้างต้นนี้ เป็นความรับผิดของรัฐกรณีที่รัฐอยู่ในสถานการณ์ที่บ้านเมืองอยู่ในสภาวะปกติ แต่เมื่อใดก็ตามที่ประเทศตกอยู่ในสภาวะวิกฤติ และได้มีการใช้มาตรการในการแก้ปัญหาดังกล่าวโดยอาศัยเครื่องมือทางกฎหมายประเภทหนึ่งซึ่งเรียกว่า “กฏอัยการศึก” ความรับผิดของเจ้าหน้าที่ฝ่ายทหาร ในความเสียหายซึ่งอาจบังเกิดขึ้นอย่างหนึ่งอย่างใด⁶¹ ในเรื่องอำนาจของเจ้าหน้าที่ฝ่ายทหารในการดำเนินการตรวจค้น ที่จะเกณฑ์ ที่จะห้าม ที่จะยึด ที่จะเข้าอาศัย ที่จะทำลายหรือเปลี่ยนแปลงสถานที่ และที่จะจับได้⁶² ผู้หนึ่งผู้ใด ซึ่งไม่มีภูมิลาเนาอาศัยเป็นหลักฐาน หรือเป็นผู้มาอาศัยในตำบลนั้นชั่วคราว เมื่อมีความสงสัยอย่างหนึ่งอย่างใด หรือ จำเป็นแล้ว มีอำนาจที่จะจับได้ผู้นั้นให้ออกไปจากเมืองหรือตำบลนั้น⁶³ บุคคลหรือบริษัทใด ๆ จะร้องขอค่าเสียหายหรือค่าปรับอย่างหนึ่ง อย่างไม่แก่เจ้าหน้าที่ฝ่ายทหาร ไม่ได้เลย เพราะอำนาจทั้งปวงที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายทหารได้ปฏิบัติและดำเนินการตามกฏอัยการศึกนี้ เป็นการสำหรับป้องกัน พระมหากษัตริย์ ชาติ ศาสนา ด้วยกำลังทหารให้ดำรงคงอยู่ในความเจริญรุ่งเรืองเป็นอิสรภาพและสงบเรียบร้อยปราศจากราชศัตรูภายนอกและภายในจะเห็นได้ว่ามาตราดังกล่าว เป็นกฎหมายที่ถูกบัญญัติขึ้นก่อนเปลี่ยนแปลงการปกครองเมื่อพุทธศักราช 2475ซึ่งในสมัยนั้นมีแนวคิด ว่า กษัตริย์นั้นจะทรงกระทำผิดมิได้ หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งคือ กษัตริย์ไม่จำเป็นต้องมีความรับผิดอันใด ดังนั้นจึงส่งผลให้ฝ่ายปกครองหรือบุคคลที่กระทำการในนามของกษัตริย์ก็จะต้องไม่มีความรับผิดใดๆ ต่อเอกชนเช่นกัน⁶⁴ และเมื่อกษัตริย์นั้นมีฐานะเป็นจอมทัพไทยซึ่งในสมัยอดีตทรงเป็นผู้นำทางด้านการรบแล้ว เมื่อเจ้าหน้าที่ฝ่ายทหารกระทำการในนามของกษัตริย์หรือดำเนินการภารกิจ

⁶⁰ สมฤดี ธัญญศิริ, “คอลัมน์รายงานพิเศษ,” หนังสือพิมพ์ไทยโพสต์, สืบค้นเมื่อวันที่ 6 ตุลาคม 2563 จาก http://admincourt.go.th/ADMINCOURT/upload/webcms/Academic/Academic_200218_090242.pdf

⁶¹ มาตรา 16, พระราชบัญญัติ กฏอัยการศึก พระพุทธศักราช 2457, ประกาศในราชกิจจานุเบกษา เล่ม 31 ตอน 0 ก เมื่อวันที่ 13 กันยายน 2457.

⁶² มาตรา 8, เพิ่งอ้าง

⁶³ มาตรา 15, เพิ่งอ้าง

⁶⁴ เดชา มหาเสนา, อ้างอิงแล้ว เจริญธรรมที่ 59, น.6

ต่างๆตามพระราชดำรัส จึงไม่ต้องรับผิดชอบเอากันเช่นกัน และแม้ว่าต่อมาได้เปลี่ยนแปลงรูปแบบการปกครอง และได้ปกครองแบบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ แล้วก็ตาม



บทที่ 3

การประกาศใช้กฎอัยการศึกตามกฎหมายต่างประเทศ และตามกฎหมายไทย

คำว่า “กฎอัยการศึก” ตามที่ได้กล่าวมาแล้วในบทก่อนซึ่งเหมือนว่าจะเป็นคำที่ใช้เฉพาะสำหรับกรณี ที่ต้องการแก้ไขสถานการณ์ที่วิกฤติ โดยมีความจำเป็นยิ่งที่ต้องนำเจ้าหน้าที่ฝ่ายทหารเข้ามาทำหน้าที่แทนหรือให้มีอำนาจที่เหนือกว่าเจ้าหน้าที่ฝ่ายพลเรือน ในการปฏิบัติหน้าที่ในการรักษาความสงบ โดยเฉพาะ จากการศึกษาพบว่าประเทศที่นำหลักการดังกล่าวมาใช้เป็นประเทศแรกคือ ประเทศออสเตรเลีย สืบเนื่องจากเมื่อวันที่ 4 มีนาคม ค.ศ.1804 (พ.ศ.2347) ซึ่งขณะนั้นมีสถานะเป็นเพียงอาณานิคมหนึ่งของประเทศสหราชอาณาจักร และเป็นอาณานิคมที่มีไว้สำหรับคุมขังนักโทษจำนวนมาก เหล่านักโทษลุกขึ้นมาต่อต้านกับกองกำลังปกครองอาณานิคมของออสเตรเลีย หรือที่เรียกว่า การจลาจลของเหล่านักโทษคาสเซลฮิลล์ (Castle Hill Convict Rebellion) เหตุการณ์ดังกล่าวยุติลงเมื่อผู้ปกครองประเทศ ออสเตรเลียขณะนั้นประกาศกฎอัยการศึกเพื่อเปิดให้เจ้าหน้าที่พนักงานฝ่ายทหารของประเทศสหราชอาณาจักรเข้ามาควบคุมสถานการณ์ และจับกุมตัวผู้ก่อความไม่สงบไปลงโทษ ซึ่งเหตุการณ์ดังกล่าวถือว่าเป็นต้นกำเนิดของการใช้กำลังทหารหรือให้เจ้าพนักงานฝ่ายทหารเข้ามาแทรกแซงการบริหารงานของฝ่ายบริหารครั้งแรก และหลังจากนั้นเหตุการณ์ในการประกาศใช้กฎอัยการศึกของนานาประเทศยังคงสืบเนื่องมาจนถึงปัจจุบัน¹

3.1 กลุ่มประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายจารีตประเพณี (Common Law)

กลุ่มประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายจารีตประเพณี (Common Law) กลุ่มประเทศเหล่านี้ใช้รูปแบบของกฎหมายที่มาจากขนบธรรมเนียมจารีตประเพณีของแต่ละประเทศ แต่ประเทศเหล่านี้จะไม่นำขนบธรรมเนียมจารีตประเพณีที่ปฏิบัติมาบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร² เหมือนกับกลุ่ม

¹ ข้อเท็จจริง (รอบโลก) และมาชาติ เรื่อง "กฎอัยการศึก", สืบค้นเมื่อวันที่ 4 กุมภาพันธ์ 2563, จาก <https://prachatai.com/journal/2007/09/14252>

² วิชา รัฐสภา แสงสุข, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2553), น.19-20.

ประเทศที่ใช้ระบบประมวลกฎหมาย (Civil Law) กฎหมายต่าง ๆ นั้นจะถูกสร้างขึ้นจากคำพิพากษาที่ตัดสินในแต่ละคดีละถูกนำมาใช้เป็นบรรทัดฐานด้วยในเรื่องอื่น รัฐสภาหากไม่เห็นชอบกับคำพิพากษาดังกล่าวก็สามารถออกกฎหมายเพื่อยกเว้นบรรทัดฐานนั้นได้ภายหลัง ประเทศที่เป็นตัวอย่างของระบบกฎหมายจารีตประเพณีที่เกี่ยวข้องกับการประกาศใช้กฎอัยการศึกนั้นหลักๆ จะมีอยู่สองประเทศที่น่าสนใจดังนี้

3.1.1 ประเทศสหราชอาณาจักร (United Kingdom)

ประเทศสหราชอาณาจักรถือว่าเป็นประเทศต้นกำเนิดของระบบกฎหมายจารีตประเพณี และทำให้ด้วยวัฒนธรรมเชิงประวัติศาสตร์นั้นส่งผลต่อนักกฎหมายของประเทศ แนวความคิดของนักปรัชญาหลายท่านมุ่งเน้นไปที่ความเสมอภาคกันของบุคคลทุกคน ไม่ว่าจะบุคคลนั้นจะมีสถานะเป็นข้าราชการหรือประชาชนธรรมดา อย่างไรก็ตามก็มีใช้ว่ากฎหมายมหาชนนั้นจะไม่มีบัญญัติขึ้นเลยในประเทศ ความเป็นกฎหมายมหาชนของประเทศสหราชอาณาจักรก็ได้ถูกสอดแทรกไว้ในกฎหมายต่างๆ ผสมกลมกลืนกันไป

จุดเริ่มต้นของกฎหมายมหาชนที่ถูกบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรนั้น เริ่มขึ้นจากความมุ่งหมายในการจำกัดอำนาจของกษัตริย์มาตั้งแต่ปี ค.ศ. 1213 ในสมัยพระเจ้าจอห์น (John, King of England) (ค.ศ. 1199 ถึง 1216) ซึ่งเป็นกษัตริย์ที่ทรงโปรดการสงคราม และต้องการเงินจำนวนมากเพื่อใช้ในสงคราม พระองค์ทรงใช้วิธีเรียกเก็บภาษีจากประชาชน และมีการลงโทษอย่างรุนแรงแก่ผู้ขัดขวาง ระหว่างช่วงที่พระองค์กำลังทำสงครามกับฝรั่งเศส ขุนนางชั้นบารอน (Barons) อศวิน และชาวเมือง ได้มาประชุมกันครั้งใหญ่ 2 ครั้ง เพื่ออภิปรายถึงความเดือดร้อนของตน จนได้ข้อยุติว่า ต้องให้พระเจ้าจอห์นลงนามในกฎบัตรให้สิทธิ และเสรีภาพแก่ประชาชน พระเจ้าจอห์นทรงปฏิเสธ แต่ก็ไม่อาจทัดทานกองทัพซึ่งเรียกว่า “กองทัพของพระเจ้า และวัดศักดิ์สิทธิ์” (The Army of God and Holy Church) ที่ได้รวมกำลังกับประชาชนกันต่อต้านพระเจ้าจอห์น และในวันที่ 15 มิถุนายน ค.ศ. 1215 พระเจ้าจอห์นจำต้องลงพระนามาภิไธยในเอกสารขึ้นประวัติศาสตร์ของโลกฉบับนี้ซึ่งเรียกว่า มหาบัตร (Magna Carta) ในเวลาต่อมา เพื่อระบุเสรีภาพดั้งเดิมของชาวอังกฤษ มหาบัตรดังกล่าวเป็นกฎหมายของประเทศที่อยู่เหนือเจตจำนงของกษัตริย์ สำคัญเกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างผู้ปกครองกับผู้อยู่ภายใต้การปกครอง และสิทธิเสรีภาพของประชาชน³ ผล

³ ปวริศ เลิศธรรมเทวี,ระบอบการปกครอง ระบบกฎหมาย และรัฐธรรมนูญของประเทศอังกฤษ : บ่อเกิดแห่งกฎหมายประเพณีทางรัฐธรรมนูญ, รัฐสภาสาร, ฉบับที่ 5 ปีที่ 66 (กันยายน-ตุลาคม, 2561).

ของการลงนามดังกล่าว ถือว่าเป็นจุดเริ่มต้นของการประกาศว่า อำนาจอธิปไตยนั้นต้องอยู่ภายใต้หลักของคำว่า นิติธรรม⁴

ช่วงเวลาประมาณ ค.ศ. 1300 ถึง 1628 ถือว่าจุดเริ่มต้นของใช้กฎหมายการศึกษา ซึ่งได้ถูกกำหนดให้เป็นจารีตประเพณีในการควบคุมสถานการณ์กรณีมีความจำเป็น และให้ใช้ได้เป็นการชั่วคราว ในทางประวัติศาสตร์ของกฎหมายการศึกษาในประเทศสหราชอาณาจักร คำว่ากฎหมายการศึกษาจะหมายถึง รูปแบบ และบทสรุปของคำเนิการกระบวนการยุติธรรมทางอาญา โดยใช้อำนาจโดยตรง หรือได้รับมอบหมายจากกองกำลังทหาร หรือตำรวจ ของพระมหากษัตริย์ซึ่งเป็นอิสระจากกระบวนการที่กำหนดขึ้นของศาล หรือกฎหมายทั่วไปในประเทศสหราชอาณาจักร กฎหมายการศึกษาไม่ใช่กฎหมายที่มีเนื้อหาอันจะเป็นสาระสำคัญ แต่เป็นการกล่าวถึงเฉพาะเรื่องการใช้อำนาจเท่านั้น⁵

การประกาศกฎหมายการศึกษาในช่วงระยะเวลาดังกล่าว มุ่งเน้นไปที่การให้อำนาจในการประกาศให้ใช้กฎหมายการศึกษา ว่าอำนาจการประกาศกฎหมายการศึกษานี้เป็นเด็ดขาดของกษัตริย์เท่านั้น ทั้งนี้ก็เพราะในช่วงระยะเวลาดังกล่าวประเทศสหราชอาณาจักรปกครองในระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ โดยมีการรวมศูนย์อำนาจไว้ที่กษัตริย์เพียงพระองค์เดียว แต่หลังจากที่พระเจ้าจอห์นลงนามในเอกสารแมกนาคาร์ตา(Magna Carta) แล้วทำให้มีการจำกัดอำนาจของพระเจ้าจอห์นลง และให้ความสำคัญแก่สิทธิเสรีภาพของประชาชนมากขึ้น เช่น การเก็บภาษีเพิ่มเติมต้องได้รับความยินยอมจากขุนนางเสียก่อน การลงโทษบุคคลใด ๆ จะกระทำไม่ได้ เว้นแต่จะได้รับการพิจารณาอย่างเที่ยงธรรมตามกฎหมาย เป็นต้น⁶

ในปี ค.ศ. 1914จารีตประเพณีในการควบคุมสถานการณ์โดยการใช้กฎหมายการศึกษานั้นถูกนำมาบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร พระราชบัญญัติดังกล่าวนี้ชื่อว่า พระราชบัญญัติการป้องกันอาณาจักร 1914 (Defence of the Realm Act 1914) หรือที่เรียกสั้นๆ ว่า DORA พระราชบัญญัตินี้มีกำหนดเงื่อนไขของการใช้กฎหมายการศึกษันสรุปสาระสำคัญได้ว่า กษัตริย์ในสภา (กษัตริย์ที่ใช้อำนาจบริหารผ่านรัฐสภา) ทรงมีอำนาจตามกฎหมายนี้ ในระหว่างการปฏิบัติตามสงครามที่เกิดขึ้น

⁴ Doris Mary Stenton, "Magna Carta.", Encyclopedia Britannica.,11 Jun. 2020, Available at: <https://global.britannica.com/topic/Magna-Carta>

⁵ J. V. Capua, The Early History of Martial Law in England from the Fourteenth Century to the Petition of Right.,The Cambridge Law Journal.,(England : Cambridge University Press, 2021) P.152.

⁶ Nicholas Vincent, "Magna Carta Translation.", National Archives and Records Administration., 11 January 2020, Available at: <https://www.archives.gov/files/press/press-kits/magna-carta/magna-carta-translation.pdf>

ในปัจจุบัน ให้มีอำนาจตามกฎหมายนี้เพื่อออก กฎ ข้อบังคับ เกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ของ คณะมนตรี ทหารเรือ และกองทัพบก และบุคคลอื่นที่ทำหน้าที่แทนพระองค์ เพื่อรักษาความปลอดภัยของ ประชาชน และการป้องกันประเทศอาณาจักร ความปลอดภัยสาธารณะ และการป้องกันดินแดน การกระทำที่ฝ่าฝืนพระราชบัญญัตินี้อาจสั่งให้พิจารณาคดีโดยศาลทหาร และลงโทษบุคคลที่ฝ่าฝืน ข้อบังคับ ซึ่งการใช้พระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวนี้เสมือนประกาศในทำนอง ว่า บุคคลต้องอยู่ภายใต้ กฎหมายทหาร กฎ ข้อบังคับที่ออกตามพระราชบัญญัตินี้กำหนดไว้อย่างกว้าง ๆ กฎ ข้อบังคับที่ออก ตามพระราชบัญญัตินี้ต้องเป็นไป เพื่อรักษาความปลอดภัยของวิธีการสื่อสาร หรือทางรถไฟ ทำ เทียบเรือ หรือท่าเรือ เท่านั้น และยังรวมถึง กฎระเบียบต่าง ๆ ต้องเป็นไปเพื่อป้องกันไม่ให้บุคคลที่ สื่อสารกับศัตรู หรือได้รับข้อมูล เพื่อวัตถุประสงค์นั้น หรือวัตถุประสงค์ใด ๆ ที่ค่านิ่งว่าจะเป็น อันตรายต่อความสำเร็จของกองกำลังทหาร หรือเพื่อช่วยเหลือข้าศึก⁷ จากเนื้อหาแห่ง พระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวทำให้เห็นว่า พระราชบัญญัตินี้มีลักษณะเป็นการให้อำนาจแก่กษัตริย์ซึ่งมี ภาระสำคัญสำหรับการป้องกันประเทศกรณีที่มีภัยอันตรายจากสงคราม เนื่องจากการออกกฎ ข้อบังคับต่าง ๆ นั้นต้องปรับเปลี่ยนไปตามสถานการณ์ที่เกิดขึ้นในแต่ละครั้ง หรืออาจกล่าวได้ว่า ข้อบังคับในการจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนที่ออกโดยพระราชบัญญัตินี้ ย่อมสิ้นสุดลงไปด้วย ภายหลังจากมีการยกเลิกใช้กฎอัยการศึกนั่นเอง

กฎหมายซึ่งจะเทียบเคียงกับการประกาศใช้กฎอัยการศึกของประเทศไทยมีปรากฏ ใน กฎหมายของประเทศสหราชอาณาจักรได้แก่ พระราชบัญญัติ การบริหารราชการพลเรือนใน บางสถานการณ์ ค.ศ. 2004 พระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวกำหนดเงื่อนไขการบังคับใช้ว่า 1) จะนำมาใช้ได้ ต่อเมื่อมีสถานการณ์ที่ฉุกเฉินรุนแรงเท่านั้น และให้ฝ่ายบริหารตราระเบียบขึ้นตามพระราชบัญญัตินี้ โดยให้ทำเป็นลายลักษณ์อักษรและ 2) เมื่อมีข้อเท็จจริงว่า เกิดหรือกำลังจะเกิดซึ่งอันตรายร้ายแรง ต่อชีวิตความเป็นอยู่ของประชาชน สิ่งแวดล้อม หรือความมั่นคง และการออกระเบียบฉุกเฉินเป็น ความจำเป็นเร่งด่วนเพื่อระงับเหตุการณ์ร้ายแรงดังกล่าวและ 3) การออกระเบียบต่างต้องอยู่ภายใต้ หลักความได้สัดส่วนกับสถานการณ์ฉุกเฉินที่มีความร้ายแรงอันเป็นสาเหตุแห่งการออกระเบียบนี้ นอกจากนี้ยังมีข้อจำกัดในการออกระเบียบไว้อันมีสาระสำคัญว่า 3.1) ต้องไม่ห้ามหรือทำให้มีการ ห้ามการหยุดงาน (strike) หรือการประท้วงทางแรงงาน รูปแบบอื่น (Industrial action) 3.2) ต้องไม่ กำหนดการเกณฑ์ทหาร 3.3) ต้องไม่กำหนดโทษทางอาญาขึ้นมาใหม่ ยกเว้นการกำหนดโทษทาง อาญาสำหรับ การฝ่าฝืนระเบียบตามที่พระราชบัญญัตินี้กำหนด 3.4) ต้องไม่แก้ไขเพิ่มเติม

⁷ Harold M. Bowman, *Martial Law and the English Constitution.*, Michigan Law Review.,

พระราชบัญญัตินี้ กฎหมายว่าด้วยสิทธิมนุษยชน หรือวิธี พิจารณาความอาญา 3.5) ต้องสอดคล้องกับพระราชบัญญัติสิทธิมนุษยชน (Human Rights Act) และ กฎหมายของสหภาพยุโรป 3.6) ต้องเปิดให้มีการคัดค้านบทบัญญัติของระเบียบในศาลได้ เมื่อประกาศใช้ระเบียบนี้แล้ว รัฐบาลต้องนำระเบียบดังกล่าวเสนอต่อรัฐสภา เพื่อพิจารณาใน โอกาสแรก รัฐสภาอาจแก้ไขเพิ่มเติม ระเบียบดังกล่าวได้แต่ต้องให้ความเห็นชอบภายใน 7 วันนับแต่วันที่เสนอระเบียบ เมื่อพ้น ระยะเวลา 7 วันแล้วรัฐสภายังไม่ให้ความเห็นชอบ ให้ถือว่าระเบียบนั้นจะเป็นอันตกไป⁸

จากพระราชบัญญัตินี้จะเห็นว่า เป็นกรณีที่ฝ่ายนิติบัญญัติยอมให้ฝ่ายบริหารมีอำนาจตรากฎหมายขึ้นเองได้แต่ต้องอยู่ภายในกรอบของพระราชบัญญัติที่บัญญัติขึ้น โดยฝ่ายนิติบัญญัตินายกรัฐมนตรีในฐานะผู้นำฝ่ายบริหารจึงมีหน้าที่รับผิดชอบในการเสนอกฎหมายเพื่อให้สภาเห็นชอบ

3.1.1.1 กฎอัยการศึกตามแนวคิดของ เอ.วี ไคซีย์ (Albert Veenn Dicey)

ตามหนังสือ Introduction to the Study of the Law of the Constitution ของ เอ.วี ไคซีย์ ยอมรับถือว่าหลักนิติธรรมเป็นพื้นฐานของรัฐธรรมนูญของอังกฤษ ซึ่งจะต้องมีความใกล้ชิดกับรัฐสภาซึ่งเป็นองค์กรที่มีอำนาจสูงสุดจากบรรดาศักดิ์ที่ใช้อำนาจอธิปไตยด้วยกัน สำหรับสิทธิเสรีภาพของประชาชนต้องถูกปกป้องโดยศาลอย่างเท่าเทียม บุคคลย่อมไม่ต้องถูกลงโทษหากไม่ได้กระทำการผิดกฎหมาย และ ไม่มีผู้ใดทั้งสิ้นแม้แต่กษัตริย์เองที่จะอยู่เหนือกฎหมายได้ บุคคลไม่ว่าจะในชนชั้นใดย่อมต้องตกอยู่ภายใต้กฎหมายเดียวกัน และเขายังปฏิเสธที่จะให้สิทธิพิเศษต่าง ๆ แก่เจ้าหน้าที่ของรัฐ หรือให้เจ้าหน้าที่ของรัฐได้รับการพิจารณาคดีที่แตกต่างจากเอกชนทั่วไป อันส่งผลให้ประเทศอังกฤษเป็นระบบศาลเดียวจนมาถึงทุกวันนี้⁹

ไคซีย์ ยังกล่าวต่อไปว่า นอกจากที่ได้กล่าวมาแล้วในขั้นต้น เอ.วี ไคซีย์ ได้ให้ความสำคัญกับแสดงความคิดเห็น เสรีภาพทางความคิดของบุคคล การแสดงความคิดเห็นโดยสุจริต จะไม่ถูกทำร้าย หรือถูกคุมขังโดยรัฐ สิทธิเสรีภาพส่วนบุคคล สิทธิในการอภิปรายโดยเสรี และสิ่งทีคล้ายกันนี้เป็นสิ่งสำคัญที่รัฐธรรมนูญที่เป็นลายลักษณ์อักษรหลายฉบับให้การรับรองเป็นครั้งแรก การรับรองสิทธิเสรีภาพของประชาชนทำให้เกิดความคาดหวังแก่ประชาชนผู้อยู่ภายใต้การปกครองว่าจะมีการเปลี่ยนแปลงจากรูปแบบการปกครองที่น่ารังเกียจไปสู่รูปแบบการปกครองตาม

⁸ คุสิต ยมจินดา, “บทวิเคราะห์ว่าด้วยกฎหมายการรักษาความมั่นคงภายในราชอาณาจักร”, (วิทยานินพันธ์ มหามบัณฑิตคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553) หน้า 87 – 89.

⁹ A. V. DICEY, INTRODUCTION TO THE STUDY OF THE LAW OF THE CONSTITUTION 1885, (London : Macmillan, 1915) P. 110.

รัฐธรรมนูญ สำหรับการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารโดยหลักการแล้ว รัฐมนตรี หรือคณะรัฐมนตรี ไม่สามารถใช้ดุลยพินิจของพวกเขาหรืออ้างเหตุผลของการจับกุมคุมขัง หรือลงโทษบุคคลใดๆ ยกเว้นแน่นอนว่าต้องมีการมอบอำนาจพิเศษให้กับเขาตามกฎหมาย หลักการที่ว่ารัฐมนตรี หรือคณะรัฐมนตรีต้องอยู่ภายใต้กฎหมาย และอยู่ภายใต้การปกครองของเจ้าหน้าที่ของเขาเช่นเดียวบุคคลทั่วไป ข้อเท็จจริงที่ว่า การจับกุมนักการเมือง หรือผู้มีอิทธิพลที่กล่าวสุนทรพจน์อาจปลุกระดมความวุ่นวายถือได้ว่าเป็นการกระทำทางปกครองอย่างเคร่งครัด การกระทำเช่นนั้นจะไม่สามารถป้องกันรัฐมนตรี หรือตำรวจที่ปฏิบัติตามคำสั่งของเขาได้ ไคซีย์มีมุมมองเกี่ยวกับตำแหน่งของทหารว่า ตำแหน่งของทหารอยู่ในการปกครองของอังกฤษ การที่เราจะเห็นตามหลักการว่าแม้ว่าทหารจะต้องรับภาระพิเศษในความสามารถทางทหารของเขา แต่เขายังคงอยู่ในตำแหน่งเช่นเดียวกับประชาชนเมื่อเขาอยู่นอกราชการ¹⁰

สำหรับความรับผิดชอบส่วนบุคคลของเจ้าหน้าที่ผู้ทำผิด ไม่รวมถึงความคิดที่ว่า การฝ่าฝืนกฎหมายในส่วนของผู้ใต้บังคับบัญชาจะได้รับความชอบธรรมจากปฏิบัติตามคำสั่งของผู้บังคับบัญชา หลักความเชื่อทางกฎหมายที่ว่าถ้าผู้ใดจับกุมผู้อื่นโดยไม่มีหมายค้นตามกฎหมายแม้โดยพระราชโองการของกษัตริย์เขาก็จะไม่ได้รับการยกเว้น ดังนั้นคำว่า “กฎอัยการศึกตามแนวความคิดของไคซีย์ จึงหมายถึง การระงับกฎหมายธรรมดา และรัฐบาลชั่วคราวของประเทศหรือบางส่วนโดยศาลทหาร การใช้กฎอัยการศึกนั้นถือว่าเป็นคำสั่งที่ส่งผลให้อำนาจพลเรือนในการรักษาความสงบเรียบร้อย และตำรวจ ส่งต่อไปยังกองทัพทั้งหมด และยืนยันว่าไม่มีกฎอัยการศึกอยู่ภายใต้ระบบการปกครองของประเทศสหราชอาณาจักร ซึ่งอาจมีบางคนไม่เห็นด้วยก็ตาม ไคซีย์เห็นว่าในกรณีของการบุกรุก การจลาจล การต่อต้านอย่างรุนแรงใด ๆ ต่อกฎหมาย มีความสำคัญต่อการดำรงอยู่ของรัฐบาล ทำให้รัฐบาลอยู่ระเบียบและได้รับการยอมรับอย่างแน่นอนที่สุด การประท้วงของประชาชนเป็นพลังที่ไม่มี ความเกี่ยวข้องพิเศษกับการดำรงอยู่ของกองกำลังติดอาวุธ นอกจากนี้ ไคซีย์ยังเห็นว่า การยุติการละเมิดสันติภาพ เป็นหน้าที่ของทุกภาคส่วน ไม่ว่าจะ เป็นกษัตริย์ พลเรือน หรือทหาร อย่างไรก็ตามผู้ที่ทำหน้าที่ในการรักษาความสงบนี้แต่ละคนยังมีความรับผิดชอบที่จะถูกเรียกให้ขึ้นบัญชีต่อหน้าคณะลูกขุน เพื่อพิจารณาในเรื่องการใช้กำลังมากเกินไป หรือใช้กำลังโดยไม่จำเป็น¹¹

การใช้กฎอัยการศึกเราควรจำไว้เสมอว่า กำลังที่ใช้มีความจำเป็น หรือมีเจตจำนงมากเกินไปโดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีที่มีการเสียชีวิต ผลของการใช้กฎอัยการศึกจะถูกพิจารณาโดยผู้

¹⁰ A. V. DICEY, *Ibid.*, P.114-122

¹¹ A. V. DICEY, *Ibid.*, P.182

พิพาท และคณะลูกขุนในท้ายที่สุดและปลอดภัยหลังการปราบปรามการจลาจลแล้ว ผลจากการพิจารณาอาจแตกต่างกันมากจากการตัดสินที่เกิดขึ้นโดยนายพล หรือผู้พิพากษาซึ่งถูกล้อมรอบไปด้วยผู้ก่อการจลาจล กฎอัยการศึกแม้ในประเทศสหราชอาณาจักรถือว่าขัดกับรัฐธรรมนูญ แต่เจ้าพนักงานฝ่ายทหารเองก็อาจใช้ต่อสู้กับกบฏได้ เช่นเดียวกับที่ต่อสู้กับศัตรูต่างชาติ เพียงแต่ไม่มีสิทธิภายใต้กฎหมายที่จะลงโทษสำหรับการจลาจล หรือการกบฏ ในระหว่างความพยายามที่จะคืนความสงบสุขกบฏอาจถูกสังหารโดยชอบด้วยกฎหมายเช่นเดียวกับศัตรูที่อาจถูกสังหารโดยชอบด้วยกฎหมายในการสู้รบ หรืออาจถูกยิงเพื่อป้องกันการหลบหนี แต่การลงโทษประหารชีวิตต้องเกิดขึ้นโดยผ่านการพิจารณาของศาล บทบาทสำคัญของผู้พิพากษาอีกประการหนึ่งในกรณีที่มีเหตุการณ์รุนแรง ผู้พิพากษาสามารถแสดงให้เห็นถึงพลังอันสูงส่งของผู้พิพากษาได้ โดยหากผู้พิพากษายังคงต้องรักษากฎหมายแห่งกฎหมายปกติแม้ในช่วงเวลาแห่งความรุนแรงมีผลบังคับ โดยพิจารณาว่าเจ้าหน้าที่ที่กำลังพยายามบังคับใช้กฎหมายโดยมิชอบด้วยกฎหมายหรือไม่อย่างไร¹²

3.1.2 ประเทศสหรัฐอเมริกา (United States of America)

ประเทศสหรัฐอเมริกาคือได้ว่าเป็นประเทศต้นแบบแห่งความเป็นรัฐเสรีประชาธิปไตย ประเทศสหรัฐอเมริกามีลักษณะเป็นรัฐรวม และใช้ระบบกฎหมายจารีตประเพณี (Common Law) เช่นเดียวกับประเทศอังกฤษ มีประธานาธิบดีมีฐานะเป็นประมุขของรัฐ และยังเป็นหัวหน้ารัฐบาลคุมอำนาจฝ่ายบริหารทั้งหมด ตามความในแห่งรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกา สรุปความได้ว่าประธานาธิบดีแห่งสหรัฐอเมริกามีอำนาจด้านการบริหาร¹³ อีกทั้งประธานาธิบดียังมีฐานะเป็นผู้บัญชาการทหารสูงสุดของกองทัพบก และกองทัพเรือแห่งสหรัฐอเมริกา และกองกำลังอาสาสมัครของมลรัฐต่าง ๆ โดยตำแหน่ง¹⁴ และรัฐบาลกลางจะทำหน้าที่รับรองให้ทุกรัฐในสหภาพนี้มีรูปแบบ

¹² A. V. DICEY, *Ibid.*, P.185

¹³ Section.1, Article.II, The Constitution of the United States. : The executive Power shall be vested in a President of the United States of America. He shall hold his Office during the Term of four Years, and, together with the Vice President, chosen for the same Term, be elected, as follows.

¹⁴ Section. 2, Article. II, The Constitution of the United States. : The President shall be Commander in Chief of the Army and Navy of the United States, and of the Militia of the several States, when called into the actual Service of the United States; he may require the Opinion, in writing, of the principal Officer in each of the executive Departments, upon any Subject relating to the Duties of their respective Offices, and he shall have Power to grant Reprieves and Pardons for Offences against the United States, except in Cases of Impeachment.

การปกครองแบบสาธารณรัฐและจะปกป้องรัฐแต่ละรัฐจากการรุกราน¹⁵ ทำให้ปัจจุบันปัญหาว่าผู้ใด หรือองค์กรใดมีอำนาจประกาศให้ใช้กฏอัยการศึกจึงหมดสิ้นไป

ในช่วงปี ค.ศ.1861 ถึง 1865 ประเทศสหรัฐอเมริกาประสบปัญหาทางด้านการเมืองถึงขนาดเกิดสงครามภายในประเทศ หรือที่เรียกว่าสงครามกลางเมือง ผลพวงทางกฎหมายจากสงครามดังกล่าวทำให้ประเทศสหรัฐอเมริกาประกาศรัฐบัญญัติขึ้นเพื่อให้อำนาจการบัญชาการทหารทั้งหมดตกเป็นของประธานาธิบดีแห่งสหรัฐ ซึ่งมรดกทางกฎหมายดังกล่าวได้สืบทอดมาจนถึงปัจจุบันซึ่งปรากฏอยู่ในรัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกาดังที่ได้กล่าวมาแล้ว การประกาศให้ใช้กฏอัยการศึกของประเทศสหรัฐอเมริกาไม่ได้บัญญัติไว้โดยชัดเจนเช่นเดียวกับประเทศสหราชอาณาจักร แต่ยังคงมีกฎหมายซึ่งพอจะเทียบเคียงกับการประกาศใช้กฏอัยการศึกของประเทศไทยโดยปรากฏใน เช่น รัฐบัญญัติเกี่ยวกับการใช้กำลังทหารเพื่อควบคุมสถานการณ์ฉุกเฉินในการปราบปรามความไม่สงบภายในประเทศ ซึ่งบางครั้งอาจมีการใช้ถ้อยคำว่าเป็นการประกาศให้ใช้กฏอัยการศึก หรือบางกรณีอาจใช้คำว่าประกาศให้ใช้กฏอัยการศึก แต่เป็นการออกโดยอาศัยอำนาจตามบัญญัติต่าง ๆ ที่สภาองเกรสออกมาเพื่อใช้บังคับ¹⁶ เช่นในปี ค.ศ.1942 เกิดสงครามกลางเมือง มีการช่วงชิงอำนาจในการปกครองรัฐ โรดไอแลนด์ สถานิติบัญญัติของรัฐประกาศใช้กฏอัยการศึกเต็มอัตราทั่วทั้งรัฐ และร้องขอความช่วยเหลือไปยังประธานาธิบดีแห่งสหรัฐเพื่อขอความช่วยเหลือในการกระทำของสถานิติบัญญัติของรัฐ โรดไอแลนด์ และให้ช่วยเหลือในการปราบปรามการจลาจล

¹⁵ Section. 4, Article. IV, The Constitution of the United States. : The United States shall guarantee to every State in this Union a Republican Form of Government, and shall protect each of them against Invasion; and on Application of the Legislature, or of the Executive (when the Legislature cannot be convened), against domestic Violence.

¹⁶ U.S.Code § 5121, Title 42, Chapter 68 : (a) The Congress hereby finds and declares that
(1) because disasters often cause loss of life, human suffering, loss of income, and property loss and damage;
and
(2) because disasters often disrupt the normal functioning of governments and communities, and adversely affect individuals and families with great severity;

special measures, designed to assist the efforts of the affected States in expediting the rendering of aid, assistance, and emergency services, and the reconstruction and rehabilitation of devastated areas, are necessary.

ให้สลายไป¹⁷ ซึ่งหากไม่มีการประกาศให้ใช้กฎอัยการศึกจากสภานิติบัญญัติแห่งรัฐ โรดไอแลนด์ กองทัพสหรัฐก็ไม่อาจนำทหารเข้าก้าวก่ายกิจการภายในรัฐนั้นได้ จึงเป็นที่น่าสังเกตว่า การประกาศให้ใช้กฎอัยการศึกนั้นมิใช่เพียงเป็นการโอนอำนาจจากฝ่ายพลเรือนไปเป็นของฝ่ายทหารเพียงอย่างเดียว แต่สามารถเป็นช่องทางเปิดโอกาสให้มีการนำกองกำลังทหารอื่นเข้ามาใช้อำนาจเหนือรัฐบาลของรัฐนั้นๆ ได้อีกประการหนึ่งด้วย

อำนาจของประธานาธิบดีในกรณีที่มีสถานการณ์ฉุกเฉินนั้น คำว่า “ เหตุฉุกเฉิน ” หมายถึงโอกาสหรือกรณีใด ๆ ที่ในการตัดสินใจของประธานาธิบดีความช่วยเหลือจากรัฐบาลกลางเป็นสิ่งจำเป็นเพื่อเสริมความพยายามและขีดความสามารถของรัฐและท้องถิ่นในการช่วยชีวิตและปกป้องทรัพย์สินและสุขภาพและความปลอดภัยของประชาชนหรือเพื่อลดหรือหลีกเลี่ยงภัยคุกคามภัยพิบัติในส่วนของใด ๆ สหรัฐอเมริกา และยังรวมถึงกรณีเกิดสถานการณ์ภัยพิบัติครั้งใหญ่ซึ่ง “ ภัยพิบัติครั้งใหญ่ ” หมายความว่า ภัยพิบัติทางธรรมชาติใด ๆ (รวมถึงพายุเฮอริเคนทอร์นาโดพายุน้ำขึ้นน้ำลงคลื่นยักษ์สึนามิแผ่นดินไหวภูเขาไฟระเบิดดินถล่ม โคลนถล่มพายุหิมะหรือภัยแล้ง) หรือไม่ว่าจะเกิดจากสาเหตุใดก็ตาม ไฟไหม้ น้ำท่วมหรือการระเบิดในส่วนหนึ่งส่วนใดของประเทศสหรัฐอเมริกาซึ่งในความมุ่งมั่นของประธานาธิบดีทำให้เกิดความเสียหายรุนแรงเพียงพอและขนาดที่จะรับประกันภัยพิบัติใหญ่ความช่วยเหลือภายใต้บทนี้เพื่อเสริมความพยายามและทรัพยากรที่มีอยู่ของสหรัฐอเมริกา รัฐบาลท้องถิ่น , และองค์กรบรรเทาสาธารณภัยในการบรรเทาความเสียหายการสูญเสียความยากลำบากหรือความทุกข์ทรมานที่เกิดขึ้นด้วยเหตุนี้ ดังนั้นจะเห็นว่ากฎหมายให้เป็นอำนาจเด็ดขาดของประธานาธิบดีเพียงผู้เดียวที่ใช้ดุลพินิจในการควบคุมสถานการณ์ ไม่ว่าจะสถานการณ์จะเกิดจากภัยพิบัติทางธรรมชาติก็ตาม¹⁸ ในส่วนสถานการณ์ฉุกเฉินอันสืบเนื่องมาจาก

¹⁷ จุลเดช จิตถวิล, “เหตุจำเป็นในการประกาศใช้กฎอัยการศึกตามพระราชบัญญัติ กฎอัยการศึก พระพุทธศักราช 2457,” (สารนิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยศรีปทุม, 2561), น.46-47.

¹⁸ U.S.Code § 5122, Title42, Chapter 68 : (1)EMERGENCY.—Emergency” means any occasion or instance for which, in the determination of the President, Federal assistance is needed to supplement State and local efforts and capabilities to save lives and to protect property and public health and safety, or to lessen or avert the threat of a catastrophe in any part of the United States. (2)Major disaster.—“Major disaster” means any natural catastrophe (including any hurricane, tornado, storm, high water, winddriven water, tidal wave, tsunami, earthquake, volcanic eruption, landslide, mudslide, snowstorm, or drought), or, regardless of cause, any fire, flood, or explosion, in any part of the United States, which in the determination of the President causes damage of sufficient severity and magnitude to warrant major disaster assistance under this chapter to

สงครามมีการจัดระเบียบบริหารไว้ในรูปแบบของสภา โดยให้มีการจัดตั้งสภาป้องกันประเทศเพื่อประสานงานด้านอุตสาหกรรมและทรัพยากรเพื่อความมั่นคงและสวัสดิภาพของชาติ ประกอบด้วยเลขาธิการกองทัพบกเลขานุการกองทัพเรือปลัดกระทรวงมหาดไทยเลขานุการเกษตรเลขานุการกระทรวงพาณิชย์และกระทรวงแรงงาน¹⁹ และให้สภาป้องกันประเทศใช้กฎ และข้อบังคับสำหรับการปฏิบัติงานซึ่งกฎ และข้อบังคับจะต้องได้รับความเห็นชอบจากประธานาธิบดี และจะต้องจัดให้มีการทำงานของคณะกรรมการที่ปรึกษาจนถึงที่สุดซึ่งความรู้พิเศษดังกล่าว คณะกรรมการอาจได้รับการพัฒนาโดยการสอบสวนการวิจัยและการสอบถามที่เหมาะสมและจัดให้มีการประชุมและรายงานเพื่อใช้ในสภา และสภาอาจจัดหน่วยงานที่อยู่ใต้บังคับบัญชาเพื่อให้ความช่วยเหลือในการสืบสวนพิเศษไม่ว่าจะโดยการจ้างผู้เชี่ยวชาญหรือโดยการสร้างคณะกรรมการของบุคคลที่มีคุณสมบัติพิเศษเพื่อรับใช้โดยไม่คิดค่าตอบแทน²⁰

สำหรับการควบคุมอำนาจของประธานาธิบดี กรณีที่มีการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉิน แม้ประธานาธิบดีมีประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินก็ตาม แต่เพื่อเป็นการถ่วงดุลอำนาจประธานาธิบดีใช้อำนาจเกินความจำเป็นในการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉิน คำประกาศดังกล่าวเช่นว่านี้จะต้องถูกส่งไปยังรัฐสภาทันที และเมื่อได้รับอนุญาตก็ให้นำประกาศออกพิมพ์เผยแพร่ใน federal register²¹

supplement the efforts and available resources of States, local governments, and disaster relief organizations in alleviating the damage, loss, hardship, or suffering caused thereby.

¹⁹ U.S.Code §1, Title50, Chapter 1 : A Council of National Defense is established, for the coordination of industries and resources for the national security and welfare, to consist of the Secretary of the Army, the Secretary of the Navy, the Secretary of the Interior, the Secretary of Agriculture, the Secretary of Commerce, and the Secretary of Labor.

²⁰ U.S.Code §4, Title50, Chapter 1 : The Council of National Defense shall adopt rules and regulations for the conduct of its work, which rules and regulations shall be subject to the approval of the President, and shall provide for the work of the advisory commission to the end that the special knowledge of such commission may be developed by suitable investigation, research, and inquiry and made available in conference and report for the use of the council; and the council may organize subordinate bodies for its assistance in special investigations, either by the employment of experts or by the creation of committees of specially qualified persons to serve without compensation, but to direct the investigations of experts so employed.

²¹ U.S.Code §1621, Title 50, Chapter 34, Subchapter II : (a) With respect to Acts of Congress authorizing the exercise, during the period of a national emergency, of any special or extraordinary

และภายหลัง เมื่อประธานาธิบดีประกาศภาวะฉุกเฉินระดับชาติจะไม่มีการใช้อำนาจ หรือหน่วยงานใดตามกฎหมายสำหรับใช้ในกรณีฉุกเฉิน เว้นแต่จนกว่าประธานาธิบดีจะระบุว่า บทบัญญัติของกฎหมายที่เขาเสนอว่าเขา หรือเจ้าหน้าที่คนอื่น ๆ จะดำเนินการ ข้อกำหนดดังกล่าวอาจจะทำอย่างไรอย่างหนึ่งในการประกาศฉุกเฉินแห่งชาติ คำสั่งที่ออกตามประกาศเพื่อมาบริหารสถานการณ์ฉุกเฉินต้องตีพิมพ์ใน Federal Register และส่งไปยังสภาองเกรส²²

จากกฎหมายหลายฉบับที่ยกตัวอย่างมาในข้างต้น จะเห็นว่า แม้ในสถานการณ์ฉุกเฉินทุกประเภทจะมีความจำเป็นที่ต้องใช้อำนาจเด็ดขาดเพื่อให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายทหารเข้ามามีส่วนร่วมในการแก้ไขสถานการณ์ก็ตาม แต่ก็ยังคงยึดหลักการเคารพเจตจำนงของประชาชน และเพื่อป้องกันการอาศัยช่องว่างทางกฎหมายในเพื่อแสวงประโยชน์ ดังนั้นก่อนที่การประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินจะมีผลใช้บังคับ ประธานาธิบดีเองก็ต้องได้รับความยินยอมเช่นเดียวกัน ไม่ได้มีอำนาจอย่างอิสระ

3.2 กลุ่มประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายแบบลายลักษณ์อักษร (Civil Law)

กลุ่มประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายแบบลายลักษณ์อักษร (Civil Law) กลุ่มประเทศเหล่านี้ใช้รูปแบบของกฎหมายโดยผ่านกระบวนการทางความคิดจากตัวแทนของประชาชน ที่พยายามคิดค้นวิธีการแก้ไขปัญหาให้ได้อย่างยุติธรรมที่สุด และนำหลักที่ได้นั้นมาบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร ศาลที่อยู่ในระบบกฎหมายนี้จะมีหน้าที่เพียงเป็นผู้บังคับใช้กฎหมายเท่านั้น แต่อย่างไรก็ตามศาลในระบบกฎหมายเช่นนี้ก็หาได้สิ้นหน้าที่ในเรื่องการพิทักษ์สิทธิเสรีภาพระหว่างบุคคลด้วยกันเอง หรือระหว่างบุคคลกับรัฐไปไม่ ประเทศที่เป็นตัวอย่างของระบบกฎหมายแบบลายลักษณ์อักษร ที่เกี่ยวข้องกับการประกาศใช้กฎอัยการศึกนั้นหลัก ๆ จะมีอยู่สองประเทศที่น่าสนใจดังนี้

3.2.1 ประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส (French Republic)

ประเทศฝรั่งเศสเป็นประเทศที่มีขนาดใหญ่ที่สุดในยุโรปตะวันตก เดิมการปกครองในประเทศฝรั่งเศสจะใช้ระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์มีกษัตริย์ทรงเป็นประมุข การปกครองระบอบ

power, the President is authorized to declare such national emergency. Such proclamation shall immediately be transmitted to the Congress and published in the Federal Register.

²² U.S.Code §1631, Title 50, Chapter 34, Subchapter III : When the President declares a national emergency, no powers or authorities made available by statute for use in the event of an emergency shall be exercised unless and until the President specifies the provisions of law under which he proposes that he, or other officers will act. Such specification may be made either in the declaration of a national emergency, or by one or more contemporaneous or subsequent Executive orders published in the Federal Register and transmitted to the Congress.

นี้ ทำให้พระเจ้าหลุยส์ที่ 14 มีความรุ่งเรืองมาก พระองค์ทรงปฏิรูปการปกครอง โดยมีพระราชประสงค์จะปกครองแผ่นดินด้วยพระองค์เองทั้งหมด พระองค์จึงทรงเผยแพร่แนวความเชื่อทางการเมือง และทางศาสนา ว่ากษัตริย์คือ ผู้ที่ได้รับอำนาจโดยตรงจากพระเจ้า ไม่มีอำนาจใดในโลกนี้ที่จะอยู่เหนือพระองค์ ซึ่งส่งผลให้ผู้ที่ใดที่พยายามต่อต้านพระองค์ ถือว่าผู้นั้นต่อต้านพระประสงค์ของพระเจ้า ต่อมาประมาณเดือนมิถุนายน ค.ศ. 1777 ประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศสยังคงประสบปัญหาด้านเศรษฐกิจอย่างหนัก รัฐบาลสมัยนั้นตัดสินใจกู้เงินโดยให้ดอกเบี่ยสูงแทน อันส่งผลให้ประเทศเป็นหนี้จำนวนมากมายมหาศาล พระเจ้าหลุยส์ที่ 16 ได้ทรงเรียกประชุมสภานันดร (Estates General) เพื่อประชุมแก้ไขปัญหา การประชุมดังกล่าวฝ่ายสภานันดรที่สามจะมีจำนวนมากกว่า แต่กลับมีสิทธิมีเสียงน้อยกว่า ทำให้ฝ่ายสภานันดรที่สามประกาศตั้งสมัชชาแห่งชาติ (National Assembly) และจุดชนวนสู่การปฏิวัติ²³ ในเดือนมิถุนายน ค.ศ.1791 การต่อต้านสถาบันได้ขยายตัวจนพระเจ้าหลุยส์และครอบครัวตัดสินใจหลบหนีออกจากกรุงปารีสโดยหวังรวบรวมกำลังและการสนับสนุนจากออสเตรียและชาติอื่น ๆ เพื่อกลับมาต่อกรกับฝ่ายปฏิวัติ แต่ไม่สำเร็จ พระองค์ทรงถูกจับกุมตัวระหว่างทาง และทรงถูกพาตัวกลับปารีสในเดือนสิงหาคม ค.ศ.1792 พระเจ้าหลุยส์ที่ 16 ถูกจับกุม และวันที่ 17 มกราคม ค.ศ.1793 สภากงวองซ็อง มีมติเสียงข้างมากให้ประหารพระเจ้าหลุยส์ที่ 16²⁴

ความเป็นประชาธิปไตยประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศสได้ผ่านการแก้ไขรัฐธรรมนูญมาแล้วหลายครั้ง โดยรัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1958 ซึ่งเป็นฉบับปัจจุบันมีลักษณะเด่น 3 ประการคือ 1. ปฏิเสธหลักอำนาจอธิปไตยเป็นของรัฐสภาอย่างไม่มีการจำกัด 2. เสนอหลักรัฐสภาแบบมีเหตุผล โดยให้ความสำคัญแก่ฝ่ายบริหาร และ 3. การเสริมสร้างอำนาจประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐให้มากขึ้น รัฐธรรมนูญ ฉบับนี้มีการแก้ไขเพิ่มเติมใน ค.ศ. 1962 ให้ประธานาธิบดีมาจากการเลือกตั้งโดยตรงจากประชาชน แทนที่จะมาจากการเลือกตั้งทางอ้อมโดยผ่านรัฐสภา²⁵ ซึ่งถือว่าเป็นการพัฒนาระบอบการปกครองโดยประชาชนมีส่วนร่วมมากขึ้นกว่าแต่ก่อน

แม้จะถือว่าประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศสเป็นประเทศที่การพัฒนาด้านสิทธิเสรีภาพของประชาชนมากที่สุดประเทศหนึ่ง แต่ก็ยังมีบางกรณีที่ทำให้คุณค่าสิทธิเสรีภาพของประชาชน

²³ search “Louis XVI”, Encyclopedia Britannica, Date 30 October 2563, Available at: <https://global.britannica.com/biography/Louis-XVI>

²⁴ สมเกียรติ วันทะนะ, “การสร้างระบอบประชาธิปไตยของอังกฤษ ฝรั่งเศส และเยอรมนี”, รัฐศาสตร์สารฉบับที่ 1 ปีที่37 (มกราคม-เมษายน,2559), น.20-21.

²⁵ สมเกียรติ วันทะนะ, *เพ็ญอ้าง*, น.27.

ก่อให้เกิดปัญหาความมั่นคงเสียเอง ดังนั้นด้านปกครองในสถานการณ์ปกติจึงไม่อาจที่จะใช้ได้ตลอดไปทุกสถานการณ์ การเตรียมการเพื่อรองรับสำหรับสถานการณ์ที่ไม่ปกติถือว่าเป็นเรื่องที่สำคัญไม่แพ้กัน สำหรับวิธีปฏิบัติราชการการทางปกครองในสถานการณ์ที่ไม่ปกติเดิมทีเดียวนั้น ประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศสมีการตรากฎหมายเพื่อแก้ไขสถานการณ์อันไม่ปกติไว้รวม 2 ฉบับดังนี้

- 1) รัฐบัญญัติว่าด้วยกฎอัยการศึก ลงวันที่ 9 สิงหาคม ค.ศ. 1849 และ
- 2) รัฐบัญญัติว่าด้วยกฎอัยการศึก ลงวันที่ 3 เมษายน ค.ศ. 1879 (Loi du 3 avril relative à l' état de siège) ต่อมามีความเห็นว่ากฎอัยการศึกนั้นเป็นเรื่องที่สำคัญที่ไม่ควรบัญญัติในรัฐบัญญัติจึงได้มีการตราบทบัญญัติเกี่ยวกับกฎอัยการศึกไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส ค.ศ. 1958 และเพื่อให้เกิดความชัดเจนในรายละเอียดจึงได้มีการประกาศใช้ประมวลกฎหมายการป้องกันประเทศขึ้น (Code de la défense) ซึ่งออกโดยรัฐกำหนดว่าด้วยการประกาศใช้บังคับประมวลกฎหมาย การป้องกันประเทศลงวันที่ 20 ธันวาคม ค.ศ. 2004 ยังส่งผลให้เป็นการยกเลิกกฎหมายทั้งสองฉบับไปโดยปริยาย แต่อย่างไรก็ดีการแก้ไขสถานการณ์ที่ไม่ปกติอันทำให้การบริหารหรือการปกครองในภาวะปกติไม่สามารถใช้ปฏิบัติได้ก็ดี หรือการสนับสนุนการใช้พิชัยยุทธของการทัพก็ดี ยังคงมีความจำเป็นที่จะต้องมีความหมายในทำนองเดียวกับการให้ใช้กฎอัยการศึกไว้เพื่อใช้บังคับ

3.2.1.1 ตามที่กล่าวมาแล้วในข้างต้นว่าปัจจุบันประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศสมีการยกเลิกกฎหมายเดิมที่เกี่ยวกับกฎอัยการศึกของประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศสแล้วก็ตาม แต่ในปัจจุบันมีการนำหลักการเดิมมาบัญญัติขึ้นใหม่ ทำให้ปัจจุบันประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศสมีกฎหมายซึ่งพอจะเทียบเคียงกับการประกาศใช้กฎอัยการศึกของประเทศไทยโดยปรากฏในกฎหมาย 2 ฉบับด้วยกัน ซึ่งแต่ละฉบับมีสาระสำคัญดังนี้

- 1) กฎอัยการศึกที่มีการบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส ค.ศ. 1985 (Fifth Republic) จะบัญญัติไว้ในมาตรา 16 ซึ่งสาระสำคัญว่า ในกรณีที่สถาบันต่าง ๆ ของสาธารณรัฐ ความเป็นเอกราชของชาติบูรณภาพแห่งดินแดน หรือการปฏิบัติตามพันธกรณีระหว่างประเทศ ถูกคุกคาม อย่างร้ายแรง และปัจจุบันทันด่วน และหากการดำเนินการตามปกติของสถาบันทางการเมืองแห่งรัฐตามรัฐธรรมนูญหยุดชะงักลง ให้ประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐมีอำนาจใช้มาตรการที่จำเป็นในการดำเนินการกับสถานการณ์นั้น ๆ ได้ ทั้งนี้ประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐต้องกระทำภายหลังจากที่ได้หารือกับนายกรัฐมนตรี ประธานสภาทั้งสอง และคณะตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ อย่างเป็นทางการแล้ว ให้ประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐแถลงให้ประชาชนทราบถึงมาตรการดังกล่าว การควบคุมมาตรการต่าง ๆ ที่ออกตามประกาศนี้ มาตรการต่าง ๆ นั้นจะต้องใช้โดยมีเจตจำนงที่จะทำให้องค์กรต่าง ๆ ของรัฐตามรัฐธรรมนูญสามารถปฏิบัติตามภารกิจของตนได้ มาตรการต่าง ๆ ที่ออกตามประกาศนี้ต้องมีระยะเวลาที่จำกัดที่สุด ทั้งนี้ต้องมีการหารือ กับคณะตุลา

การรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับการใช้มาตรการต่าง ๆ และหากจำเป็นให้รัฐสภามีสิทธิเรียกประชุมได้เอง ห้ามมิให้ยุบสภาผู้แทนราษฎรในระหว่างที่มีการใช้อำนาจฉุกเฉินดังกล่าว²⁶ และในรัฐธรรมนูญฉบับเดียวกันกำหนดสาระสำคัญไว้ว่า ให้คณะรัฐมนตรีเห็นชอบในการกฤษฎีกาให้ใช้กฏอัยการศึกและการขยายเวลาการใช้กฏอัยการศึกเกิน 12 วัน จะต้องได้รับผ่านเห็นชอบจากรัฐสภาเท่านั้น²⁷

2) ประมวลกฎหมายการป้องกันประเทศ (Code de la défense) ซึ่งมีสาระสำคัญว่า คณะรัฐมนตรีสามารถออกรัฐกำหนดให้ใช้กฏอัยการศึก ในกรณีที่เกิดอันตรายใกล้เคียงเข้ามาจากสงครามต่างประเทศหรือการจลาจลติดอาวุธ ประกาศกำหนดอาณาเขตที่จะใช้ และกำหนดระยะเวลาในการใช้²⁸ และทันทีที่รัฐถูกปิดล้อมอำนาจที่หน่วยงานพลเรือนที่กระทำไปเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อย และที่เป็นของตำรวจ ให้ถูกโอนไปยังผู้มีอำนาจทางทหาร ส่วนหน่วยงานพลเรือนยังคงใช้อำนาจอื่นต่อไปได้ตามสมควร²⁹

จากบทบัญญัติแห่งกฎหมายทั้งสองฉบับจะเห็นได้ว่า การประกาศให้ใช้กฏอัยการศึกในสาธารณรัฐฝรั่งเศสซึ่งถือว่าเป็นต้นแบบของพระราชบัญญัติกฏอัยการศึกของประเทศไทยในอดีต ได้มีการเปลี่ยนแปลงไปหลายประการ โดยกำหนดให้ผู้มีอำนาจในการไปประกาศให้ใช้กฏ

²⁶ Article 16, The Constitution of France : When the institutions of the Republic, the independence of the nation, the integrity of its territory, or the fulfillment of its international commitments are under grave and immediate threat and when the proper functioning of the constitutional governmental authorities is interrupted, the President of the Republic takes the measures demanded by these circumstances after official consultation with the Prime Minister, the Presidents of the Assemblies, and the Constitutional Council. He informs the nation of these measures by a message. The measures must stem from the desire to provide the constitutional public authorities, in the shortest possible time, with the means to carry out their duties. The Constitutional Council shall be consulted with regard to such measures. Parliament shall convene as of right. The National Assembly shall not be dissolved during the exercise of the emergency powers.

²⁷ Article 36, The Constitution of France : Martial law shall be decreed in the Council of Ministers. Its extension beyond twelve days may be authorized only by Parliament.

²⁸ Article L2121-1, Code de la défense : L'état de siège ne peut être déclaré, par décret en conseil des ministres, qu'en cas de péril imminent résultant d'une guerre étrangère ou d'une insurrection armée. Le décret désigne le territoire auquel il s'applique et détermine sa durée d'application.

²⁹ Article L2121-2, Code de la défense : Aussitôt l'état de siège décrété, les pouvoirs dont l'autorité civile était investie pour le maintien de l'ordre et la police sont transférés à l'autorité militaire. L'autorité civile continue à exercer ses autres attributions.

อัยการศึกได้มีเพียงบุคคล 2 คนเท่านั้น คือ ให้อำนาจแก่ประธานาธิบดีในฐานะเป็นทั้งประมุขแห่งรัฐตามรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส และเป็นผู้บัญชาการทหารของกองทัพ และให้ทำหน้าที่ประธานสภา และคณะกรรมการระดับสูงที่เกี่ยวกับการป้องกันประเทศเป็นผู้ออกกฤษฎีกาให้ใช้กฎอัยการศึกได้³⁰ ส่วนการให้อำนาจคณะรัฐมนตรีในการออกกฤษฎีกาให้ใช้กฎอัยการศึกนั้นก็ยังเป็นการให้อำนาจแก่ฝ่ายบริหารในฐานะที่เป็นกลุ่มบุคคลที่อยู่ใกล้ชิดกับระดับปฏิบัติการมากที่สุดใน การประชุมปรึกษาเพื่อกำหนดมาตรการแก้ไขปัญหาดังกล่าวที่เกิดขึ้น และเป็นที่น่าอนว่า การควบคุมตรวจสอบนั้นเป็นการกระจายอำนาจการใช้ดุลพินิจ การตีความ การวิเคราะห์สถานการณ์ที่เกิดขึ้นออกไปให้หลาย ๆ ฝ่ายมีส่วนร่วมนั่นเอง

3.2.1.2 การแบ่งแยกสถานการณ์พิเศษออกเป็นสถานการณ์ที่วิกฤติที่ดี หรือสถานการณ์ที่ไม่ปกติที่ดี ยังไม่อาจแบ่งแยกได้ชัดเจนในประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศสเองก็ใช้มาตรการต่าง ๆ ประปนกันอยู่ไม่ได้แยกออกชัดเป็นเหตุให้เกิดความสับสนทางทฤษฎีอยู่ไม่น้อย โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ผลในทางกฎหมาย กล่าวคือโดยหลักแล้ว การประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินเป็นผลให้ เป็นการขยายอำนาจของฝ่ายปกครอง (pouvoir de police) แต่จะไม่เป็นการถ่ายโอนอำนาจไปยัง เจ้าหน้าที่ฝ่ายทหาร จึงมีความแตกต่างไปจากกรณีของการประกาศกฎอัยการศึก อย่างไรก็ตาม ฝ่ายปกครองก็อาจมอบอำนาจดำเนินการบางส่วนให้กับเจ้าหน้าที่ฝ่ายทหารได้ ความสับสนทางทฤษฎีทำให้การใช้กฎหมายอาจไม่เหมาะสมกับสถานการณ์และอาจเป็นการละเมิดต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชน การควบคุมบุคคล แทรกแซงกิจการ บริการ หรือการเข้าจัดการทางเศรษฐกิจ โดยมากจะเกิดในกรณีที่เป็นวิกฤตทางการเมือง ซึ่งรวมถึงภาวะสงครามที่จำต้องคำนึงถึงความมั่นคงของรัฐเป็นหลัก

กระบวนการใช้อำนาจในสถานการณ์ที่ไม่ปกติในกฎหมายประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส จำแนกออกเป็น 2 อย่างดังนี้³¹

1 การตรารัฐกำหนด (Ordonnances) ซึ่งเป็นหลักกฎหมายรองรับโดยรัฐธรรมนูญ การตรารัฐกำหนดประเภทนี้เป็นการตรารัฐกำหนดโดยอาศัยอำนาจตามมาตรา 38 ของรัฐธรรมนูญ แห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส เช่น รัฐบัญญัติ ฉบับลงวันที่ 2 กรกฎาคม ค.ศ. 1986 ที่ให้อำนาจฝ่ายบริหารในการเวนคืนมาเป็นของรัฐ (privatiser) โดยตราเป็นรัฐกำหนดซึ่งบังคับใช้จนถึงวันที่ 2 มีนาคม ค.ศ.

³⁰ Article 15, The Constitution of France : The President of the Republic shall be commander-in-chief of the armed forces. He shall preside over the higher national defence councils and committees.

³¹ วสันต์ ชมภูศรี, “การบังคับใช้พระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548 กับการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน”, (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2559), น. 72-76.

1991 โดยที่บ่อยครั้งฝ่ายบริหาร อาศัยมาตรา 38 เป็นเครื่องมือในการขับเคลื่อนผลงานนโยบายของรัฐบาลมากกว่าที่จะเป็นมาตรการเพื่อระงับยับยั้งสถานการณ์วิกฤต เพื่อเลี่ยงประเด็นข้อยุ่งยากที่อาจเกิดขึ้น หากต้องมีการอภิปรายในสภา การตรารัฐกำหนดอีกประเภทหนึ่ง คือ การตรารัฐกำหนดในรูปแบบหนึ่งๆที่เรียกว่า “L'ordonnances ceprisesur habilitation referendaire” ซึ่งเป็นการให้อำนาจแก่ฝ่ายบริหารภายใต้ระยะเวลาชั่วคราวที่จะออกรัฐกำหนด เพื่อใช้บังคับในการกำหนดมาตรการที่จำเป็น เพื่อก่อตั้งสถาบันแห่งสาธารณรัฐในระยะ เริ่มแรก และเพื่อเป็นการสอดคล้องกับการชำระไว้ซึ่งความเป็นชาติ การพิทักษ์ประชาชนและชำระ ซึ่งสิทธิเสรีภาพ รัฐกำหนดลักษณะนี้จึงมีความแตกต่างจากรัฐกำหนดตามมาตรา 38 ของรัฐธรรมนูญ แห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส เนื่องจากการขยายอำนาจอย่างกว้างของอำนาจในการตรากฎเกณฑ์ ข้อบังคับของรัฐบาล ซึ่งในครั้งแรกปรากฏอยู่ในมาตรา 92 แห่งรัฐธรรมนูญในการสถาปนาสถาบันใน สมัยสาธารณรัฐที่ 5 (ปัจจุบันยกเลิกไปแล้วในครั้งแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1995)

2 หลักทฤษฎีของสถานการณ์ที่เป็นสถานการณ์ที่ไม่เป็นปกติตามแนวคำวินิจฉัย ของศาลที่เป็นการสร้างทฤษฎีในการพิจารณาว่า สถานการณ์ใดบ้างถือเป็นสถานการณ์ที่ไม่ปกติ โดยหลักทฤษฎีนี้ถือกำเนิดขึ้นในช่วงสงคราม โลกครั้งที่หนึ่ง ภายใต้ทฤษฎีที่เกี่ยวข้องด้วยอำนาจรัฐ ในภาวะสงคราม ในครั้งที่สภาแห่งรัฐประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส มีคำวินิจฉัยในคดีสำคัญ 2 คดี ได้แก่ คำวินิจฉัยในคดี Heyries ลงวันที่ 28 มิถุนายน ค.ศ. 1918 และคำวินิจฉัยในคดี Dames Dol et Laurent ลงวันที่ 28 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1919 ซึ่งคำวินิจฉัยดังกล่าวนี้ ก็ได้วางแนวทฤษฎีการขยาย อำนาจของฝ่ายปกครองภายใต้เงื่อนไข 3 เงื่อนไข กล่าวคือ

2.1) เหตุการณ์ที่เกิดมีลักษณะเฉพาะ (ที่ไม่เป็นปกติ) อย่างแท้จริง ซึ่งลักษณะดังกล่าวต้องพิจารณาให้เกิดความชัดเจน จะเป็นการขยายอำนาจของฝ่ายปกครองต่อเมื่อเกิดขึ้นภายใต้ช่วงเวลาและสถานที่ที่เกิดสถานการณ์นั้นอย่างแท้จริง โดยเหตุการณ์ที่เป็นลักษณะเฉพาะนั้น อาจเกิดขึ้นในทุกสภาพ ได้แก่ ภาวะสงคราม การล้มล้างการปกครอง หรืออาจรวมถึงภัยพิบัติทางธรรมชาติ การชุมนุมประท้วง เป็นต้น จึงเป็นแนวคำวินิจฉัยเกี่ยวกับทฤษฎีเหตุการณ์ที่มีลักษณะเฉพาะนี้ที่ว่า การใช้อำนาจในภาวะวิกฤตนั้น ไม่อาจถือเป็นอำนาจของฝ่ายปกครองจะสามารถใช้ได้โดยทันที

2.2) ลักษณะของเหตุการณ์ที่เห็นได้ชัดว่าฝ่ายปกครองไม่อาจใช้ มาตรการตามภาวะปกติที่จะต้องดำเนินการให้สอดคล้องกับหลักที่ต้องเคารพต่อกฎหมาย ด้วยเหตุผล เช่นในเรื่องความจำเป็นเร่งด่วนที่ต้องดำเนินมาตรการนั้น ๆ

2.3) แนวคำวินิจฉัยก็จะพิจารณาจากสภาพของภัยอันตรายที่ร้ายแรงที่เกิดขึ้นว่ามีเหตุสมควรเพียงพอที่จะยกเว้นหลักการดำเนินการที่ต้องชอบด้วยกฎหมายหรือไม่

ตัวอย่างคำพิพากษาที่น่าสนใจของศาลปกครองสูงสุดของฝรั่งเศส ได้แก่ ในคดี Guiller-
 สภาแห่งรัฐ (ศาลปกครองสูงสุดของฝรั่งเศส) เห็นว่านายกเทศมนตรีมีอำนาจห้ามขบวน
 แห่งทางศาสนา ถ้าการเดินขบวนดังกล่าวอาจก่อให้เกิดความวุ่นวายในท้องที่ใกล้เคียง และในอีกคดี
 หนึ่งสภาแห่งรัฐเห็นว่า คำสั่งห้ามการเดินขบวนในถนนบางเส้นในเขตเทศบาล เพื่อหลีกเลี่ยงการ
 กีดขวางการจราจรชอบด้วยกฎหมายเช่นกัน ส่วนในกรณีที่มีการประกาศให้ใช้กฎอัยการศึก ตาม
 มาตรา 36 แห่งรัฐธรรมนูญ อันเนื่องมาจากเกิดสงครามกับต่างประเทศ หรือเกิดการกบฏโดยใช้กำลัง
 อาวุธ การจัดการชุมนุมสาธารณะในระหว่างการประกาศใช้กฎอัยการศึกต้องอยู่ภายใต้แจ้งล่วงหน้า
 คือ ต้องมีการแจ้งให้เจ้าหน้าที่ทราบถึงสถานที่ วันที่ และเวลาที่จะมีการจัดการชุมนุมสาธารณะ
 ยกเว้นแต่เพียงกรณีการชุมนุมเกี่ยวกับพิธีกรรมทางศาสนา การหาเสียงเลือกตั้ง การกีฬา นอกจากนี้
 ประมวลกฎหมายป้องกันรัฐ ในส่วนที่ว่าด้วยกฎอัยการศึกให้อำนาจทหารสั่งห้ามสื่อสิ่งพิมพ์ หรือ
 การชุมนุมสาธารณะที่อาจจะก่อให้เกิดความไม่สงบเรียบร้อย ศาลปกครองสูงสุดของฝรั่งเศสในคดี
 Delmotte ตีความว่า “การชุมนุม” ในกฎหมายว่าด้วยกฎอัยการศึกร่างกว้าง โดยไม่เพียงครอบคลุม
 การชุมนุมที่มีการนัดหมาย และการจัดการล่วงหน้าเพื่อแสดงความคิดเห็น หรือปกป้อง
 ผลประโยชน์ที่อยู่ภายใต้บังคับของรัฐบัญญัติ ค.ศ. 1881 เกี่ยวกับการชุมนุมสาธารณะเท่านั้น แต่ยัง
 รวมถึง “การรวมตัวโดยไม่ได้นัดหมาย หรือโดยบังเอิญในสถานที่เปิดแก่ประชาชน เช่น ร้านกาแฟ
 หากการรวมตัวนั้น กระทบต่อการดูแลรักษาความสงบของเจ้าหน้าที่ฝ่ายทหารในระหว่างการ
 ประกาศกฎอัยการศึก” อีกด้วย

ดังนั้นจะเห็นว่าจากคำพิพากษาข้างต้นนี้ แม้จะอยู่ในสถานที่ปกติที่ดี หรือภายใต้
 สถานการณ์ที่มีความพิเศษก็ดี ศาลปกครองสามารถตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งได้
 แต่อย่างไรก็ตาม ศาลปกครองคงมีอำนาจตรวจสอบแต่เพียงว่า คำสั่งดังกล่าวไม่ชอบด้วยกฎหมาย
 อย่างชัดแจ้งหรือไม่เท่านั้น³²

3.2.2 ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี (Federal Republic of Germany)

ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีได้รับอิทธิพลทางความคิด เกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพ
 ของประชาชน ตลอดจนการปฏิรูปสังคมเพื่อให้เกิดความเท่าเทียมกันต่อหน้ากฎหมายจากประเทศ
 สาธารณรัฐฝรั่งเศส ความขัดแย้งของกลุ่มบุคคลที่ต้องการนำระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์กลับมา
 ใช้ กับกลุ่มของผู้ที่ไม่ต้องการระบบเดิม ทำให้เกิดความตกลงกัน โดยเพียงเป็นการรวมกันในฐานะ
 สมาพันธรัฐเยอรมันเท่านั้น ประชาชนที่ไม่ยอมรับการปกครองในระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ถูก

³² อุษณีย์ เอมศิรินันท์, “กฎหมายว่าด้วยเสรีภาพในการชุมนุมสาธารณะและการประท้วงใน
 สาธารณรัฐฝรั่งเศส”, วารสารนิติสังคมศาสตร์, ฉบับที่ 2 ปีที่ 7 (กรกฎาคม-ธันวาคม, 2557) น.22-25.

ปราบปรามอย่างหนัก ตลอดทั้งมีการจำกัดสิทธิเสรีภาพในการตีพิมพ์ และโฆษณาเกี่ยวกับการเมือง การปกครอง ในปีค.ศ 1835 ซึ่งเป็นยุคปฏิวัติอุตสาหกรรม สภาพเศรษฐกิจสังคมเพื่อประโยชน์ให้กับชนชั้นนายทุน ประชาชนถูกเอารัดเอาเปรียบ จนในที่สุดมีการก่อจลาจล และเดินขบวนประท้วง ความวุ่นวายดังกล่าวมีความรุนแรงมากขึ้น ในปี ค.ศ 1848 ลัทธิแนวความคิดการปกครองในระบอบคอมมิวนิสต์ได้แผ่ขยายเป็นวงกว้าง ผู้ปกครองรัฐต่าง ๆ เกรงว่าอำนาจที่ตนยึดถือครองไว้ จะเสื่อมลงจึงทำความตกลงร่วมกันให้มีการปฏิรูปสมพันธรัฐ และเปิดโอกาสให้ประชาชนต่าง ๆ ได้เลือกผู้แทนไปทำหน้าที่ยกร่างรัฐธรรมนูญ ที่เมืองแฟรงค์เฟิร์ต ณ โบสถ์ เซนต์พอล สำคัญของรัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าวยังคงกำหนดให้จักรวรรดิเยอรมัน อันประกอบไปด้วยแคว้นต่าง ๆ มีจักรพรรดิเป็นประมุข และให้คงไว้ซึ่งรูปแบบการปกครองแบบสมพันธรัฐ โดยให้แต่ละรัฐยังคงรักษาเอกราชของตนเอง และแต่ละมลรัฐมีอำนาจอธิปไตย และสิทธิต่าง ๆ ราวเท่าที่อำนาจ และสิทธินั้นยังไม่ถูกโอนไปเป็นของจักรวรรดิโดยชัดแจ้ง³³

ในกรณีที่เกิดสงคราม หรือการจลาจลทบัญญัติของสิทธิขั้นพื้นฐานในการจับกุม การค้นบ้าน และสิทธิในการชุมนุม อาจถูกระงับเป็นการชั่วคราวโดยรัฐบาลไรช์ หรือรัฐบาลของรัฐเดี่ยวสำหรับแต่ละเขตแต่ภายใต้เงื่อนไขต่อไปนี้³⁴

- 1 ในแต่ละกรณีการจัดการ ต้องมาจากกระทรวงทั่วไปของจักรวรรดิ หรือแต่ละรัฐ
- 2 คณะรัฐมนตรีของอาณาจักรเยอรมัน ต้องได้รับความยินยอมจากรัฐสภาเยอรมันทันทีซึ่งเป็นกระทรวงของแต่ละรัฐที่สภาระดับท้องถิ่น หากมีการรวมตัวกันในขณะนี้ หากไม่

³³ §. 5., Artikel I , Constitution of the German Empire . : The individual German states retain their independence, insofar as this is not restricted by the imperial constitution; they have all state sovereignty and rights, insofar as these are not expressly transferred to imperial authority.

³⁴ §. 197., Artikel IV, Constitution of the German Empire . : In the event of war or riot, the provisions of the basic rights on arrest, house searches and the right of assembly can be temporarily overridden by the Reich government or the government of a single state for individual districts; but only under the following conditions

1. In each individual case, the disposition must come from the general ministry of the empire or individual state;
2. The Ministry of the Reich must immediately obtain the consent of the Reichstag, the Ministry of the individual state that of the Landtag, if they are currently assembled. If they are not gathered, the disposition may not last longer than 14 days without them being called together and the measures taken being submitted for their approval.

รวมตัวกันการจัดการอาจใช้เวลาไม่เกิน 14 วันหากไม่มีการเรียกประชุมร่วมกัน และมาตรการที่ใช้จะถูกส่งเพื่อขออนุมัติ

ภายหลังที่รัฐธรรมนูญฉบับจักรวรรดิเยอรมันได้ถูกยกเลิกไปจึงทำให้บทบัญญัติว่าด้วยการใช้กฏอัยการศึกตามรัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าวได้ถูกยกเลิกไปด้วย จากการสืบค้นจึงทำให้ปัจจุบันกฎหมายว่าด้วยกฏอัยการศึกประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีไม่ได้มีการบัญญัติไว้โดยชัดแจ้งอย่างเช่นอดีตที่ผ่านมา การปกครองของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีในปัจจุบันใช้ระบอบประชาธิปไตยในรูปแบบรัฐสภา และใช้ระบบกึ่งประธานาธิบดีเช่นเดียวกับประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส มีประธานาธิบดีเป็นประมุขแห่งรัฐซึ่งได้รับเลือกจากที่ประชุมสหพันธ์ ซึ่งประกอบสมาชิกของสภาผู้แทนราษฎร และตัวแทนของแต่ละรัฐต่าง ๆ ในจำนวนเท่ากัน และมีนายกรัฐมนตรีเป็นผู้นำฝ่ายบริหาร รัฐธรรมนูญแห่งประเทศ สหพันธ์ สาธารณรัฐ เยอรมนี ค.ศ. 1949 หรือ กฎหมายพื้นฐานแห่งประเทศ สหพันธ์ สาธารณรัฐ เยอรมนี ยังคงให้ความสำคัญกับหลักประกันสิทธิ และเสรีภาพขั้นพื้นฐาน แม้ว่ารัฐธรรมนูญฉบับไวมาร์จะมีหลักประกันสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานที่ครบถ้วน และสมบูรณ์แต่ก็ปราศจากกลไกในการป้องกันการละเมิดสิทธิเสรีภาพ และกลไกการตรวจสอบ หรือคุ้มครองทางศาลเพื่อเยียวยาผู้ถูกละเมิดสิทธิจากการใช้อำนาจรัฐ

ในทางวิชาการกล่าวกันว่า บทบัญญัติที่ว่าด้วยสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของ รัฐธรรมนูญฉบับไวมาร์มีลักษณะเทียบเคียงได้กับแนวนโยบายพื้นฐานแห่งรัฐ (Staatsziel) กล่าวคือ เป็น “แนวทาง” ให้รัฐ “สมควร” ปฏิบัติตาม โดยผูกพันเฉพาะจุดมุ่งหมายในหลักการ แต่ให้ดุลพินิจรัฐในการเลือกสรร วิธีการและกำหนดรายละเอียดการดำเนินงานให้บรรลุวัตถุประสงค์นั้น อันเป็นผลให้รัฐสามารถกำหนดขอบเขตการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานได้ตามอำเภอใจ เพียงแต่ห้ามใช้ดุลพินิจลดระดับความคุ้มครองให้เหลือเท่ากับศูนย์เท่านั้น เว้นแต่จะอ้างเหตุความไม่สงบภายใน หรือภาวะสงครามและประกาศภาวะฉุกเฉิน อันเป็นผลยกเลิกการคุ้มครองสิทธิตามรัฐธรรมนูญ ด้วยเหตุนี้กฎหมายพื้นฐานจึงสร้างบทบัญญัติทั่วไปว่าด้วยการจำกัดสิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญไว้ในรัฐธรรมนูญ โดยกำหนดให้การจำกัดสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานต้องกระทำโดยอาศัยอำนาจตามกฎหมายที่ออกโดย รัฐสภาและมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป มิได้เจาะจงใช้กับกรณีใดกรณีหนึ่ง

หรือกับบุคคลใดคนหนึ่งเท่านั้น และให้สิทธิประชาชนผู้ถูกละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐานจากการใช้อำนาจของรัฐ เข้าถึงกระบวนการยุติธรรมทางศาลได้³⁵

3.2.2.1 กลไกในการจัดการความมั่นคงของรัฐตามรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี แม้รัฐธรรมนูญฉบับนี้จะได้รับบัญญัติรับรองสิทธิต่าง ๆ ไว้อย่างมากมายก็ตาม แต่การใช้สิทธิตามรัฐธรรมนูญที่จะก่อให้เกิดปัญหาความไม่สงบ และนำไปสู่สถานการณ์อันไม่ปกตินั้นไม่อาจกระทำได้ รัฐธรรมนูญฉบับนี้จึงจำกัดสิทธิบางประการไว้อันมีสาระสำคัญว่า ผู้ใดละเมิดเสรีภาพโดยการแสดงความคิดเห็น โดยเฉพาะในเรื่อง เสรีภาพของสื่อมวลชน, เสรีภาพในวิชาการ, เสรีภาพในการชุมนุม, เสรีภาพในการรวมกลุ่ม, เสรีภาพความเป็นส่วนตัวของการติดต่อสื่อสาร การโทรคมนาคม, สิทธิในทรัพย์สิน หรือสิทธิในการลี้ภัย โดยประสงค์เพื่อต่อสู้คำสั่งพื้นฐานเสรีประชาธิปไตย ให้ถือว่าสิทธิพื้นฐานของผู้ละเมิดเหล่านี้เป็นอันเพิกถอนไปตามที่ศาลรัฐธรรมนูญของรัฐบาลกลางจะเห็นสมควร³⁶ ทั้งนี้เพื่อป้องกันมิให้บุคคลอาศัยสิทธิตามรัฐธรรมนูญเพื่อล้มล้างรัฐธรรมนูญได้

กฎหมายที่เกี่ยวข้องกรณีสถานการณ์ไม่ปกติของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีในปัจจุบันซึ่งพอจะเทียบเคียงกับการประกาศใช้กฎอัยการศึกของประเทศไทยมีปรากฏในรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีซึ่งมีสาระสำคัญดังนี้

1) ในการป้องกันประเทศ จากการสงครามกฎหมายกำหนดให้จัดตั้งคณะกรรมการขึ้นมาชุดหนึ่งโดยให้สภาผู้แทนราษฎรคัดเลือกจาก คณะกรรมการการต่างประเทศ และ คณะกรรมการกลาโหม เพื่อเป็นทำหน้าที่กรรมการป้องกันประเทศให้คณะกรรมการป้องกันมีอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการสอบสวนด้วย และถ้าที่ประชุมมีมติไม่ต่ำกว่า 1 ใน 4 ก็สามารถ

³⁵ ฌ็อง-ฟร็องซัว สกอลเมฆา, “วิวัฒนาการของระบอบการเมืองการปกครองของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ศึกษาจากรัฐธรรมนูญเยอรมัน ตั้งแต่รัฐธรรมนูญฉบับปี ค.ศ. 1849 ถึงรัฐธรรมนูญฉบับ ค.ศ. 1949, น.16-17, สืบค้นเมื่อ 15 เมษายน 2564, จาก <https://www.krisdika.go.th/data/activity/act267.pdf>

³⁶ Article 18, Basic Law for the Federal Republic of Germany : Whoever abuses the freedom of expression, in particular the freedom of the press (paragraph (1) of Article 5), the freedom of teaching (paragraph (3) of Article 5), the freedom of assembly (Article 8), the freedom of association (Article 9), the privacy of correspondence, posts and telecommunications (Article 10), the rights of property (Article 14) or the right of asylum (Article 16a) in order to combat the free democratic basic order shall forfeit these basic rights. This forfeiture and its extent shall be declared by the Federal Constitutional Court

กำหนดเรื่องหนึ่งเรื่องใดเป็นเรื่องเฉพาะที่ต้องมีการสอบสวน สำหรับการสอบสวนนี้³⁷ ไม่จำเป็นต้องได้รับคะแนนเสียงไม่ต่ำกว่า 1 ใน 10 เสนอญัตติขอสอบสวน และไม่จำเป็นต้องรวบรวมหลักฐานที่ประสงค์จะใช้ในการประชุมสอบสวนโดยเปิดเผยการประชุม³⁸ สมาชิกผู้แทนราษฎรจะต้องแต่งตั้งข้าราชการของรัฐสภาขึ้นหนึ่งคนเพื่อปกป้องสิทธิขั้นพื้นฐาน และช่วยสภาสภาผู้แทนราษฎรดูแลให้อยู่ภายใต้การกำกับดูแลของรัฐสภา รายละเอียดจะถูกควบคุมโดยกฎหมายของรัฐบาลกลาง³⁹ นอกจากนี้รัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนียังจำกัดการใช้อำนาจของรัฐในการล่วงละเมิดสิทธิเสรีภาพของประชาชนที่อยู่ในภาวะสงครามไว้ด้วยอันมีสาระสำคัญว่า กรณีที่ต้องใช้กฎหมายเกี่ยวกับการป้องกัน รวมถึงการคุ้มครองพลเรือน ประชาชนอาจถูกจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานที่รัฐธรรมนูญนี้รับรองไว้ ในด้านของเสรีภาพในการเคลื่อนไหว และสิทธิเสรีภาพที่มีอยู่ในสถานนั้น⁴⁰

2) การบังคับใช้กฎหมาย ในกรณีสถานการณ์ตกอยู่ในสภาวะตึงเครียด หากกฎหมายพื้นฐานนี้ หรือกฎหมายแห่งรัฐบาลกลาง อันเกี่ยวข้องกับการป้องกันรัฐก่คดี หรือ เกี่ยวกับการคุ้มครองพลเมือง พลเรือน ก่คดี ระบุว่าบทบัญญัติทางกฎหมายสามารถนำมาใช้ตามข้อนี้เท่านั้น การบังคับใช้กฎหมายนั้น จะกระทำได้อต่อเมื่อมีการประกาศสถานะการป้องกันรัฐแล้ว และสภาผู้แทนราษฎรได้พิจารณาแล้วว่ามีความตึงเครียดอยู่ หรือได้มีการขออนุมัติคำขอดังกล่าวโดยเฉพาะแล้ว

³⁷ Article 45a, Basic Law for the Federal Republic of Germany : (1) The Bundestag shall appoint a Committee on Foreign Affairs and a Defence Committee. (2) The Defence Committee shall also have the powers of a committee of inquiry. On the motion of one quarter of its members it shall have the duty to make a specific matter the subject of inquiry.(3) Paragraph (1) of Article 44 shall not apply to defence matters.

³⁸ Article 44, Basic Law for the Federal Republic of Germany, (1) The Bundestag shall have the right, and on the motion of one quarter of its Members the duty, to establish a committee of inquiry, which shall take the requisite evidence at public hearings. The public may be excluded.

³⁹ Article 45b, Basic Law for the Federal Republic of Germany, A Parliamentary Commissioner for the Armed Forces shall be appointed to safeguard basic rights and to assist the Bundestag in exercising parliamentary oversight. Details.

⁴⁰ Article 17a, Basic Law for the Federal Republic of Germany : (2) Laws regarding defence, including protection of the civilian population, may provide for restriction of the basic rights of freedom of movement (Article 11) and inviolability of the home (Article 13).

การกำหนดสถานะของความตึงเครียด และการให้ความเห็นชอบเฉพาะในกรณีทีกล่าว นี้จะต้องใช้คะแนนเสียงข้างมากสองในสาม และมาตรการใด ๆ ที่ดำเนินการตามบทบัญญัติทางกฎหมายนี้จะถูกยกเลิกได้ เมื่อกฎหมายที่สภาผู้แทนราษฎรเรียกร้องให้มีการยกเลิก อย่างไรก็ตามการออกกฎ หรือบังคับใช้กฎหมายตามข้อนี้ ต้องอยู่บนพื้นฐาน และเป็นไปตามการตัดสินใจขององค์กรระหว่างประเทศภายใต้กรอบของสนธิสัญญาพันธมิตร⁴¹

3) ในระหว่างการป้องกัน หรือสถานการณ์ตึงเครียด กองทัพนอกเหนือจากการป้องกันประเทศแล้ว ให้กองทัพอาจมีอำนาจได้ตามขอบเขตที่กฎหมายพื้นฐานนี้อนุญาตไว้อย่างชัดเจน โดยในระหว่างการป้องกันหรือสถานการณ์ตึงเครียด กองทัพจะมีอำนาจในการปกป้องทรัพย์สินของพลเรือน และปฏิบัติหน้าที่ควบคุมในขอบเขตที่จำเป็นเพื่อบรรเทาภารกิจป้องกัน ยิ่งไปกว่านั้นในระหว่างการป้องกัน หรือภาวะตึงเครียด กองกำลังอาจได้รับอนุญาตให้สนับสนุนมาตรการของตำรวจในการปกป้องทรัพย์สินของพลเรือน ในกรณีนี้กองทัพจะร่วมมือกับเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจ และทั้งนี้กองทัพต้องหลีกเลี่ยงอันตรายที่ใกล้จะเกิดขึ้นต่อการดำรงอยู่ หรือคำสั่งพื้นฐานที่เป็นประชาธิปไตยโดยเสรีของสหพันธ์ หรือของดินแดนรัฐบาลกลาง

ในกรณีที่ได้รับคำร้องขอของกองกำลังตำรวจ และตำรวจของรัฐบาลกลางมิใช่เพียงพอกองทัพอาจใช้กองกำลังเพื่อสนับสนุนตำรวจ และตำรวจของรัฐบาลกลางในการปกป้องทรัพย์สิน

⁴¹ Article 80a, Basic Law for the Federal Republic of Germany : (1) If this Basic Law or a federal law regarding defence, including protection of the civilian population, provides that legal provisions may be applied only in accordance with this Article, their application, except when a state of defence has been declared, shall be permissible only after the Bundestag has determined that a state of tension exists or has specifically approved such application. The determination of a state of tension and specific approval in the cases mentioned in the first sentence of paragraph (5) and the second sentence of paragraph (6) of Article 12a shall require a two-thirds majority of the votes cast.

(2) Any measures taken pursuant to legal provisions by virtue of paragraph 1 of this Article shall be rescinded whenever the Bundestag so demands.

(3) Notwithstanding paragraph (1) of this Article, the application of such legal provisions shall also be permissible on the basis of and in accordance with a decision made by an international body within the framework of a treaty of alliance with the approval of the Federal Government. Any measures taken pursuant to this paragraph shall be rescinded whenever the Bundestag, by the vote of a majority of its Members, so demands.

ของพลเรือน และในการต่อสู้กับกลุ่มก่อการร้ายที่ติดอาวุธ การดำเนินงานของกองทัพจะถูกยกเลิกรหัสสภาผู้แทนราษฎร หรือสภาผู้แทนรัฐ เรียกร้อง⁴²

4) กรณีมีเหตุฉุกเฉินเกิดขึ้นภายในมลรัฐ เพื่อหลีกเลี่ยงอันตรายที่ใกล้จะเกิดขึ้นต่อการดำรงอยู่ หรืออันตรายที่ใกล้จะเกิดขึ้นต่อกฎหมายพื้นฐานที่เป็นประชาธิปไตยโดยเสรีของสหพันธ์ หรือของมลรัฐหนึ่ง มลรัฐอาจเรียกร้องให้กองกำลังตำรวจของมลรัฐอื่น หรือบุคลากร และสิ่งอำนวยความสะดวกของหน่วยงานบริหารอื่น ๆ และของรัฐบาลกลางได้ หากมลรัฐที่มีอันตรายดังกล่าวนี้ ไม่เต็มใจ หรือไม่สามารต่อสู้กับอันตรายได้ รัฐบาลกลางอาจกำหนดให้ตำรวจในดินแดนนั้น และกองกำลังตำรวจของมลรัฐอื่น ๆ ภายใต้คำสั่งของรัฐบาลกลาง การปรับใช้หน่วยของตำรวจดังกล่าว คำสั่งดังกล่าวจะถูกยกเลิกเมื่ออันตรายถูกขจัดไป หรือเมื่อใดก็ได้ ตามความต้องการของ สภาผู้แทนราษฎร หากอันตรายขยายออกไปนอกอาณาเขตของมลรัฐ รัฐบาลกลางทราบเท่าที่จำเป็นในการต่อสู้กับอันตรายดังกล่าว อาจออกคำสั่งไปยังรัฐบาลมลรัฐนั้นได้⁴³

⁴² Article 87a, Basic Law for the Federal Republic of Germany : (1) The Federation shall establish Armed Forces for purposes of defence. Their numerical strength and general organisational structure must be shown in the budget.

(2) Apart from defence, the Armed Forces may be employed only to the extent expressly permitted by this Basic Law.

(3) During a state of defence or a state of tension the Armed Forces shall have the power to protect civilian property and to perform traffic control functions to the extent necessary to accomplish their defence mission. Moreover, during a state of defence or a state of tension, the Armed Forces may also be authorised to support police measures for the protection of civilian property; in this event the Armed Forces shall cooperate with the competent authorities.

(4) In order to avert an imminent danger to the existence or free democratic basic order of the Federation or of a *Land*, the Federal Government, if the conditions referred to in paragraph (2) of Article 91 obtain and forces of the police and the Federal Border Police are insufficient, may employ the Armed Forces to support the police and the Federal Border Police in protecting civilian property and in combating organised armed insurgents. Any such employment of the Armed Forces shall be discontinued if the Bundestag or the Bundesrat so demands.

⁴³ Article 91, Basic Law for the Federal Republic of Germany : (1) In order to avert an imminent danger to the existence or free democratic basic order of the Federation or of a *Land*, a *Land* may call upon police forces of other *Länder*, or upon personnel and facilities of other administrative authorities and of the Federal Border Police.

5) ตามที่ได้กล่าวมาแล้วในข้อ 1) - 4) จะเห็นว่า ผลของการประกาศการป้องกันรัฐทำให้รัฐบาลกลางมีอำนาจเป็นอย่างมากซึ่งสามารถออกกฎใด ๆ เพื่อละเมิดสิทธิเสรีภาพของประชาชนได้ และเพื่อป้องกันมิให้รัฐบาลใช้อำนาจตามอำเภอใจ หรืออ้างความรับผิดชอบเกินความจำเป็น และเพื่อป้องกันผล ที่จะเกิดขึ้นเมื่อมีการประกาศใช้รัฐป้องกัน ที่กำหนดให้อำนาจในการบังคับบัญชาเหนือกองทัพจะส่งต่อไปยังนายกรัฐมนตรีของรัฐบาลกลาง⁴⁴ หรือในกรณีที่รัฐสภาซึ่งเป็นองค์ฝ่ายนิติบัญญัติออกกฎหมายโดยก้าวล่วงไปถึงอำนาจนิติบัญญัติของมลรัฐ⁴⁵ รัฐธรรมนูญจึงกำหนดกระจายอำนาจการตีความว่า กรณีสถานการณ์ที่เกิดขึ้นถึงขนาดต้องใช้มาตรการการป้องกันรัฐ การหรือไม่ ให้เป็นอำนาจของสภาสหพันธ์รัฐในการพิจารณา ซึ่งมีรายละเอียดสำคัญดังนี้

5.1) การพิจารณาใด ๆ ที่ว่าดินแดนของรัฐบาลกลางถูกโจมตีโดยกองกำลังติดอาวุธ หรือใกล้จะถูกคุกคามด้วยการโจมตีดังกล่าว การประกาศเพื่อกำหนดมาตรการการรัฐป้องกันจะกระทำโดยสภาผู้แทนราษฎรทั้งนี้ต้องได้รับความยินยอมจากสภาผู้แทนรัฐ การตัดสินใจดังกล่าวจะกระทำโดยการสมัครของรัฐบาลกลาง และจะต้องมีคะแนนเสียงส่วนใหญ่สองในสามซึ่งจะรวมถึงสมาชิกส่วนใหญ่ของสภาผู้แทนราษฎร เป็นอย่างน้อย

หากสถานการณ์ดังกล่าวมีการเรียกร้องให้มีการดำเนินการในทันที และหากมีเหตุจำเป็นทำให้ไม่สามารถประชุมสภาผู้แทนราษฎรได้ทันเวลา หรือ สภาผู้แทนราษฎรไม่สามารถรวบรวมองค์ประชุมได้ ให้คณะกรรมการร่วมจะตัดสินใจด้วยคะแนนเสียงข้างมากสองในสาม ซึ่งจะลงคะแนนเสียงรวมสมาชิกส่วนใหญ่เป็นอย่างน้อย ทั้งนี้การตัดสินใจประกาศใช้ให้กระทำโดยประธานาธิบดีของรัฐบาลกลางและประกาศในราชกิจจานุเบกษา หากไม่สามารถทำได้ทันเวลา การ

(2) If the Land where such danger is imminent is not itself willing or able to combat the danger, the Federal Government may place the police in that Land and the police forces of other Länder under its own orders and deploy units of the Federal Border Police. Any such order shall be rescinded once the danger is removed or at any time on the demand of the Bundesrat. If the danger extends beyond the territory of a single Land, the Federal Government, insofar as is necessary to combat such danger, may issue instructions to the Land governments; the first and second sentences of this paragraph shall not be affected by this provision.

⁴⁴ Article 115b, Basic Law for the Federal Republic of Germany : Upon the promulgation of a state of defence the power of command over the Armed Forces shall pass to the Federal Chancellor.

⁴⁵ Article 115c, Basic Law for the Federal Republic of Germany : (1) The Federation shall have the right to legislate concurrently for a state of defence even with respect to matters within the legislative powers of the *Länder*. Such laws shall require the consent of the Bundesrat.

ประกาศใช้จะมีผลเป็นลักษณะอื่น การกำหนดต่าง ๆ จะต้องพิมพ์ในราชกิจจานุเบกษาของรัฐบาลกลางทันที

ในกรณีที่ดินแดนของรัฐบาลกลางอยู่ภายใต้การโจมตีโดยกองกำลังติดอาวุธ และหากหน่วยงานของรัฐบาลกลางที่มีอำนาจไม่อยู่ในตำแหน่งที่จะตัดสินใจได้ในทันที การกำหนดมาตรการถือว่าได้ถูกสร้างขึ้น และประกาศใช้ในเวลาที่มีการโจมตีเริ่มขึ้น ประธานาธิบดีสหพันธ์จะประกาศในเวลาอันทันที หากมีการประกาศใช้การกำหนดสถานะการป้องกัน และหากดินแดนของรัฐบาลกลางถูกโจมตีโดยกองกำลังติดอาวุธประธานาธิบดีสหพันธ์รัฐ โดยได้รับความยินยอมจากสภาผู้แทนราษฎร อาจออกคำประกาศภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศเกี่ยวกับการดำรงอยู่ของรัฐของการป้องกัน ให้คณะกรรมการร่วมจะทำหน้าที่แทนสภาผู้แทนราษฎร⁴⁶

5.2) ในขอบเขตที่กำหนดโดยสถานการณ์ในระหว่างการป้องกันรัฐ กฎหมายของรัฐบาลกลางสำหรับการป้องกันอาจจัดทำข้อกำหนดชั่วคราว เกี่ยวกับการชดเชยในกรณีที่มีการเวนคืนที่ของประชาชน ในขอบเขตการขยายกำหนดระยะเวลาตามประกาศใช้การป้องกันรัฐจะ

⁴⁶ Article 115a, Basic Law for the Federal Republic of Germany : (1) Any determination that the federal territory is under attack by armed force or imminently threatened with such an attack (state of defence) shall be made by the Bundestag with the consent of the Bundesrat. Such determination shall be made on application of the Federal Government and shall require a two-thirds majority of the votes cast, which shall include at least a majority of the Members of the Bundestag.

(2) If the situation imperatively calls for immediate action and if insurmountable obstacles prevent the timely convening of the Bundestag or the Bundestag cannot muster a quorum, the Joint Committee shall make this determination by a two-thirds majority of the votes cast, which shall include at least a majority of its members.

(3) The determination shall be promulgated by the Federal President in the Federal Law Gazette pursuant to Article 82. If this cannot be done in time, promulgation shall be effected in another manner; the determination shall be printed in the Federal Law Gazette as soon as circumstances permit.

(4) If the federal territory is under attack by armed force, and if the competent federal authorities are not in a position at once to make the determination provided for in the first sentence of paragraph (1) of this Article, the determination shall be deemed to have been made and promulgated at the time the attack began. The Federal President shall announce that time as soon as circumstances permit.

(5) If the determination of a state of defence has been promulgated, and if the federal territory is under attack by armed force, the Federal President, with the consent of the Bundestag, may issue declarations under international law regarding the existence of the state of defence. Under the conditions specified in paragraph (2) of this Article, the Joint Committee shall act in place of the Bundestag.

กระทำได้แต่ต้องไม่เกินสี่วัน ทั้งนี้เพียงที่จำเป็นในการจับไล่การโจมตีที่มีอยู่ หรือที่ใกล้จะถูกคุกคามกฎหมายของรัฐบาลกลางสำหรับการป้องกันอาชญากรรมโดยความยินยอมของสภาผู้แทนรัฐ⁴⁷ นอกจากนี้กำหนดมาตรการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนไว้ แม้มีสถานการณ์อันไม่ปกติ เช่น กฎหมายพื้นฐานนี้ไม่สามารถแก้ไข หรือยกเลิก หรือระงับทั้งหมด หรือบางส่วนตามกฎหมายที่ตราขึ้น โดยคณะกรรมการร่วม⁴⁸

3.3 การประกาศให้ใช้กฎอัยการศึกในประเทศไทย

สำหรับประเทศไทย นักวิชาการบางท่านให้ความเห็นว่า กฎอัยการศึกมีวิวัฒนาการมาจากสมัยพระเจ้ามังรายกษัตริย์แห่งล้านนา โดยให้เหตุผลว่า มีหลักฐานปรากฏอยู่ในมังรายราชศาสตร์ความว่า “ในการรบผู้ใดหลบหนีละทิ้งผู้บังคับบัญชาให้ฆ่าเสีย ผู้บังคับบัญชาตามลำดับชั้นมีดังนี้ ไพร่ นายสิบ นายห้าสิบ นายร้อย เจ้าพัน เจ้าแสน และพระยา เมื่อฆ่าแล้วให้รับครอบครัวทรัพย์สินทั้งสิ้น เพื่อมิให้ผู้อื่นดูเยี่ยงอย่าง ให้สักหมึกไว้ที่หน้าผากว่ามันพุงนี้เจ้านายไม่รับเลี้ยง ให้เป็นที่ละอายยิ่งนัก ในทำนองเดียวกัน ให้ฆ่าผู้ซึ่งละทิ้งลูกน้องในที่รบ ผู้บังคับบัญชามีลำดับลงมา

⁴⁷ Article 115c, Basic Law for the Federal Republic of Germany: (2) To the extent required by circumstances during a state of defence, a federal law for a state of defence may 1. make temporary provisions concerning compensation in the event of expropriation that deviate from the requirements of the second sentence of paragraph (3) of Article 14; 2. establish a time limit for deprivations of freedom different from that specified in the third sentence of paragraph (2) and the first sentence of paragraph (3) of Article 104, but not exceeding four days, for cases in which no judge has been able to act within the time limit that normally applies.

(3) To the extent necessary to repel an existing or imminently threatened attack, a federal law for a state of defence may, with the consent of the Bundesrat, regulate the administration and finances of the Federation and the *Länder* without regard to Titles VIII, VIIIa and X of this Basic Law, provided that the viability of the *Länder*, municipalities, and associations of municipalities, especially with respect to financial matters, is assured.

(4) Federal laws enacted pursuant to paragraph 1 or item 1 of paragraph 2 of this Article may, for the purpose of preparing for their enforcement, be applied even before a state of defence arises.

⁴⁸ Article 115e, Basic Law for the Federal Republic of Germany:(2) This Basic Law may neither be amended nor abrogated nor suspended in whole or in part by a law enacted by the Joint Committee. The Joint Committee shall have no power to enact laws pursuant to the second sentence of paragraph (1) of Article 23, paragraph (1) of Article 24 or Article 29.

ดังนี้ เจ้าแสน เจ้าหมื่น สามหมื่น และพันน้อย สามทำ กว้านไพร่ เมื่อข้าแล้วให้รับเอาทรัพย์สินเสียทั้งสิ้น” หมายความว่า กฎหมายตามมาตรานี้ กำหนดให้ลงแก่ผู้ได้บังคับบัญชาที่ละทิ้งผู้บังคับบัญชาในขณะที่ทำการรบ และให้ลงโทษผู้บังคับบัญชาที่ละทิ้งผู้ได้บังคับบัญชาในเวลารบเช่นเดียวกัน”⁴⁹ ทั้งนี้ผู้เขียนเห็นว่าบทบัญญัติที่กล่าวอ้างมานั้นมีลักษณะใกล้เคียงกับประมวลกฎหมายอาญาทหารมากกว่าพระราชบัญญัติ กฎอัยการศึก พุทธศักราช 2457 เพราะโดยเนื้อหาแห่งพระราชบัญญัติ กฎอัยการศึก พระพุทธศักราช 2457 ส่วนใหญ่จะเกี่ยวข้องกับการออกคำสั่งทางปกครอง เพื่อระงับปราบปรามแก้ไขปัญหาความไม่สงบอันเนื่องมาจากภาวะสงครามซึ่งมีส่วนคล้ายพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539มากกว่า อีกทั้งยังสอดคล้องกับมาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติเดียวกัน ซึ่งกำหนดหลักเกณฑ์ไว้ว่า พระราชบัญญัตินี้มิให้ใช้บังคับแก่ (1)...(7) การดำเนินงานเกี่ยวกับราชการทหารหรือเจ้าหน้าที่ซึ่งปฏิบัติหน้าที่ทางยุทธการ ร่วมกับทหารในการป้องกันและรักษาความมั่นคงของราชอาณาจักรจากภัยคุกคามทั้งภายนอก และภายในประเทศ⁵⁰ ทั้งนี้ก็เนื่องมาจากปฏิบัติหน้าที่ทางยุทธการ หรือการใช้พิชัยสงครามนั้นต่างจากวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองในยามปกติ เพราะในภาวะสงครามนั้นคำสั่งทางปกครองต้องมีความเด็ดขาด และต้องเป็นเอกภาพในการออกคำสั่งซึ่งต้องมีการรวมศูนย์อำนาจการปกครองไว้กับเจ้าพนักงานฝ่ายทหาร

การปกครองอันมีลักษณะเป็นการศูนย์อำนาจโดยทั่วไปมีหลักการที่เป็นตัวกำหนดคุณลักษณะสำคัญอยู่ด้วยกัน 3 ประการ ได้แก่⁵¹

ประการที่หนึ่ง แหล่งที่มาของความสามารถในการใช้ความรุนแรงโดยชอบธรรมของรัฐจะต้องขึ้นอยู่กับส่วนกลาง เช่น กิจการทหาร และตำรวจ จำเป็นที่จะต้องขึ้นอยู่กับส่วนกลาง กล่าวคือ รัฐเองจำเป็นต้องมีกองกำลังทหารของรัฐในการปกป้องคุ้มครองภัยคุกคามจากภายนอกรัฐ ขณะที่กิจการตำรวจก็จำเป็นต้องมีเพื่อทำให้บรรดากฎหมายในการอยู่ร่วมกันของคนภายในรัฐอันได้แก่ กฎหมายต่าง ๆ มีการบังคับใช้เพื่อรักษาไว้ซึ่งความสงบเรียบร้อย ซึ่งทั้งหมดจำเป็นต้องอยู่ภายใต้การควบคุมโดยส่วนกลาง เพราะหากปล่อยให้ไปอยู่ภายใต้บรรดาสถาบันทางการเมืองการปกครองนอกศูนย์กลางก็ย่อมเสี่ยงต่อการนำไปสู่ความแตกแยกภายในรัฐได้

⁴⁹ จุลเดช จิตถวิล, *อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 17*, น.61.

⁵⁰ มาตรา 4, พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539, ประกาศในราชกิจจานุเบกษาเล่ม 113 ตอน 60 ก เมื่อวันที่ 14 พฤศจิกายน 2539.

⁵¹ วสันต์ เหลืองประภัสร์, *การรวมศูนย์อำนาจ และการกระจายอำนาจกับการบริหารราชการแผ่นดินไทย: การทบทวนแนวคิด ข้อถกเถียง และข้อพิจารณาเพื่อการปฏิรูป*, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์สถาบันพระปกเกล้า , 2559), น.28.

ประการที่สอง อำนาจในการตัดสินใจสูงสุดจะอยู่ที่ส่วนกลาง กล่าวคือ ในทางปฏิบัติแล้ว การทำงานของรัฐบาลส่วนกลางย่อมประกอบไปด้วยองค์กร และบุคลากรมากมาย ทั้งที่ทำงานอยู่ในพื้นที่ศูนย์กลาง และนอกศูนย์กลางออกไป แต่จะถือว่าอำนาจการตัดสินใจ หรือการวินิจฉัยสั่งการสูงสุดจะอยู่ที่ส่วนกลางเท่านั้น

ประการที่สาม ความสัมพันธ์ระหว่างองค์กรจะวางอยู่บนหลักอำนาจการบังคับบัญชา กล่าวคือ ความสัมพันธ์ทั้งระหว่างองค์กร และบุคลากรของรัฐบาลส่วนกลางจะเป็นไปตามลำดับชั้นการบังคับบัญชา (Hierarchy) ที่อำนาจในการสั่งการต่าง ๆ ทั้งในด้านการกระทำ และตัวบุคคลผู้กระทำ จะมีลักษณะจากบนลงล่าง (top-down approach) ไปตามลำดับ การปฏิสัมพันธ์ต่าง ๆ จึงเป็นไปตามความสัมพันธ์ระหว่าง “ผู้บังคับบัญชา” และ “ผู้ใต้ บังคับบัญชา” เสมอ

จากคุณลักษณะสำคัญทั้ง 3 ประการดังที่ได้กล่าวมาแล้วจะคล้ายการปกครองในระบบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ซึ่งมีกษัตริย์เป็นผู้ปกครองเป็นหัวหน้าส่วนราชการทุกกระทรวง ทบวง กรม และมีสิทธิขาดผู้เดียวในการบริหารราชการแผ่นดิน กษัตริย์มีอำนาจในการปกครองแผ่นดิน และประชาชนโดยอิสระ ไม่มีกฎหมาย หรือองค์กรใด ๆ คอยถ่วงดุลอำนาจ และส่งผลให้กษัตริย์อยู่เหนือกฎหมาย คำสั่ง ความต้องการต่าง ๆ ของกษัตริย์ล้วนมีผลเป็นกฎหมาย การดำรงอยู่ของรัฐขึ้นอยู่กับกษัตริย์เพียงพระองค์เดียว สำหรับประเทศไทยเดิมทีเดียวก็เคยปกครองด้วยระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์มาแล้วเช่นเดียวกับหลาย ๆ ประเทศ โดยทุกประเทศก็คงไว้ซึ่งหลักในทำนองเดียวกัน ว่า พระมหากษัตริย์ คือ เป็นที่มาของกฎหมาย และอำนาจทั้งปวงจะอยู่ที่พระมหากษัตริย์เท่านั้น พระราชดำรัส พระราชประสงค์ต่าง ๆ ล้วนมีผลเป็นกฎหมาย ดังคำที่กล่าวว่า “พระบรมราชานุญาตของพระเจ้าแผ่นดิน กรุงสยามนี้ไม่ได้ปรากฏในกฎหมายอันหนึ่งอันใด ด้วยเหตุที่ถือว่าเป็นที่ล้นพ้นไม่มีข้อสั่งอันใดจะเป็นผู้บังคับขัดขวางได้”

3.3.1 ลำดับการประกาศให้ใช้กฎอัยการศึกภายในประเทศไทย

ประเทศไทยมีการประกาศให้ใช้กฎอัยการศึกมาแล้วหลายครั้ง โดยแต่ละครั้งมีเหตุผลที่แตกต่างกันดังนี้

1 เมื่อวันที่ 12 ตุลาคม พ.ศ. 2476 ในสมัยของ พระยาพหลพลพยุหเสนา ซึ่งขณะนั้นดำรงตำแหน่งนายกรัฐมนตรี และผู้บัญชาการ ทหารบกได้ประกาศใช้กฎอัยการศึกในพื้นที่จังหวัดทหารบกกรุงเทพ ฯ โดยจากเหตุการณ์กบฏบวรเดช⁵²

⁵² ประกาศใช้กฎอัยการศึกในพื้นที่จังหวัดใหญ่ทหารบกกรุงเทพฯ, ประกาศในราชกิจจานุเบกษา เล่ม 50 ตอน 0 ก เมื่อวันที่ 12 ตุลาคม 2476.

2 เมื่อวันที่ 7 มกราคม พ.ศ. 2484 พระบรมราชโองการประกาศให้ใช้กฎอัยการศึกในพื้นที่ 24 จังหวัด ได้แก่ เชียงราย น่าน อุตรดิตถ์เลย ชัยภูมิอุดรธานีหนองคาย ขอนแก่น นครพนม ร้อยเอ็ด มหาสารคาม สกลนคร นครราชสีมา อุบลราชธานี ศรีสะเกษ สุรินทร์ บุรีรัมย์ปราจีนบุรี ฉะเชิงเทรา นครนายก ระยอง ชลบุรี จันทบุรี และตราด โดยจากเหตุการณ์สงครามอินโดจีน⁵³

3 เมื่อวันที่ 10 ธันวาคม พ.ศ. 2484 ในสมัยของ จอมพล ป. พิบูลสงคราม ซึ่งขณะนั้นดำรงตำแหน่งนายกรัฐมนตรี ได้มีพระบรมราชโองการประกาศให้ใช้กฎอัยการศึกทั่วราชอาณาจักร โดยจากเหตุการณ์สงครามเอเชียบูรพา⁵⁴

4 เมื่อวันที่ 30 มิถุนายน พ.ศ. 2494 ในสมัยของ จอมพล ป. พิบูลสงครามเป็นซึ่งขณะนั้นดำรงตำแหน่งนายกรัฐมนตรี ได้มีพระบรมราชโองการประกาศให้ใช้กฎอัยการศึกในพื้นที่จังหวัดพระนคร และจังหวัดธนบุรี โดยจากเหตุการณ์กบฏแมนฮัตตัน⁵⁵

5 เมื่อวันที่ 16 กันยายน พ.ศ. 2500 พระบรมราชโองการประกาศให้ใช้กฎอัยการศึกทั่วราชอาณาจักร โดยจากเหตุการณ์ที่ จอมพลสฤษดิ์ ธนะรัชต์ ทำการรัฐประหารรัฐบาลของ จอมพล ป. พิบูลสงคราม⁵⁶

6 เมื่อวันที่ 20 ตุลาคม พ.ศ. 2501 ประกาศใช้กฎอัยการศึกทั่วราชอาณาจักร โดยจากเหตุการณ์จอมพลสฤษดิ์ ธนะรัชต์ ทำการรัฐประหารรัฐบาลที่มาจากการเลือกตั้ง ในขณะนั้น⁵⁷

7 เมื่อวันที่ 17 พฤศจิกายน พ.ศ. 2514 ประกาศคณะปฏิวัติฉบับที่ 2 ให้ใช้กฎอัยการศึกทั่วราชอาณาจักร โดยจากเหตุการณ์ จอมพลถนอม กิตติขจร ทำการรัฐประหารตนเอง⁵⁸

⁵³ พระบรมราชโองการประกาศใช้กฎอัยการศึก, ประกาศในราชกิจจานุเบกษา เล่ม 58 ตอน 0 ก เมื่อวันที่ 7 มกราคม 2484.

⁵⁴ พระบรมราชโองการประกาศใช้กฎอัยการศึก, ประกาศในราชกิจจานุเบกษา เล่ม 58 ตอน 0 ก เมื่อวันที่ 10 ธันวาคม 2484.

⁵⁵ พระบรมราชโองการประกาศใช้กฎอัยการศึก, ประกาศในราชกิจจานุเบกษา เล่ม 68 ตอน 41 ก ฉบับพิเศษ เมื่อวันที่ 30 มิถุนายน 2494.

⁵⁶ พระบรมราชโองการประกาศให้ใช้กฎอัยการศึกทั่วราชอาณาจักร, ประกาศในราชกิจจานุเบกษา เล่ม 74 ตอน 76 ก ฉบับพิเศษ เมื่อวันที่ 16 กันยายน 2500.

⁵⁷ ประกาศใช้กฎอัยการศึกทั่วราชอาณาจักร, ประกาศในราชกิจจานุเบกษา เล่ม 75 ตอน 81 ก ฉบับพิเศษ เมื่อวันที่ 20 ตุลาคม 2501.

⁵⁸ ประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 2, ประกาศในราชกิจจานุเบกษา เล่ม 88 ตอน 124 ก ฉบับพิเศษ เมื่อวันที่ 18 พฤศจิกายน 2514.

8 เมื่อวันที่ 6 ตุลาคม พ.ศ. 2519 คำสั่งของคณะปฏิรูปการปกครองแผ่นดิน ฉบับที่ 1 ให้ใช้กฎอัยการศึกทั่วราชอาณาจักร โดยจากเหตุการณ์ที่ พลเรือเอกสงัด ชะลออยู่ ได้ดำเนินการปฏิรูปการปกครองแผ่นดิน⁵⁹

9 เมื่อวันที่ 23 กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2534 ประกาศคณะรักษาความสงบเรียบร้อยแห่งชาติ ฉบับที่ 4 เรื่อง การใช้ กฎอัยการศึกทั่วราชอาณาจักร โดยจากเหตุการณ์ พลเอกสุนทร คงสมพงษ์ ทำการรัฐประหารจากรัฐบาล พลเอกชาติชาย ชุณหะวัณ⁶⁰

10 เมื่อวันที่ 19 กันยายน พ.ศ. 2549 ประกาศคณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมี พระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขให้ใช้กฎอัยการศึกทั่วราชอาณาจักร โดยจากเหตุการณ์ พลเอกสนธิ บุญยรัตกลิน ทำการรัฐประหารรัฐบาล พันตำรวจโท ทักษิณ ชินวัตร⁶¹

11 เมื่อวันที่ 30 มิถุนายน พ.ศ. 2557 พลเอกประยุทธ์ จันทร์โอชา หัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติประกาศคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ฉบับที่ 2/2557 เรื่อง การประกาศใช้กฎอัยการศึกทั่วราชอาณาจักร ได้ยึดอำนาจการปกครองรัฐประหารรัฐบาล นางสาวยิ่งลักษณ์ ชินวัตร ตั้งแต่วันที่ 22 พฤษภาคม พุทธศักราช 2557 เพื่อให้การรักษาความสงบเรียบร้อยเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ และนำความสงบสุขกลับคืนสู่ประชาชนทุกกลุ่มทุกฝ่ายโดยเร็ว จึงอาศัยอำนาจตามความใน มาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติกฎอัยการศึก พุทธศักราช 2557 ประกาศใช้กฎอัยการศึกทั่วราชอาณาจักร ตั้งแต่วันที่ 22 พฤษภาคม พุทธศักราช 2557⁶²

12 เมื่อวันที่ 4 มิถุนายน พ.ศ. 2557 พลเอกประยุทธ์ จันทร์โอชา ผู้บัญชาการทหารบก ประกาศกองทัพบก ฉบับที่ 1/2557 เรื่อง การประกาศใช้พระราชบัญญัติกฎอัยการศึก ตามสถานการณ์ที่มีกลุ่มผู้ชุมนุมทางการเมืองหลายกลุ่ม ได้ทำการชุมนุมประท้วงในพื้นที่กรุงเทพมหานคร เขตปริมณฑล ตลอดจนพื้นที่ต่าง ๆ ของประเทศ และมีกลุ่มผู้ไม่หวังดี สร้างสถานการณ์ความรุนแรง ด้วยการใช้อาวุธสงครามต่อประชาชน และสถานที่สำคัญอย่างกว้างขวาง

⁵⁹ คำสั่งของคณะปฏิรูปการปกครองแผ่นดิน ฉบับที่ 1, ประกาศในราชกิจจานุเบกษา เล่ม 93 ตอน 120 ก ฉบับพิเศษ เมื่อ 6 ตุลาคม 2519.

⁶⁰ ประกาศคณะรักษาความสงบเรียบร้อยแห่งชาติ ฉบับที่ 4, ประกาศในราชกิจจานุเบกษา เล่ม 108 ตอน 32 ก ฉบับพิเศษ เมื่อวันที่ 23 กุมภาพันธ์ 2534.

⁶¹ ประกาศคณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตย อันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข, ประกาศในราชกิจจานุเบกษา เล่ม 123 ตอน 95 ก เมื่อวันที่ 20 กันยายน 2549.

⁶² ประกาศคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ฉบับที่ 2/2557, ประกาศในราชกิจจานุเบกษา เล่ม 131 ตอน พิเศษ 84 ง เมื่อวันที่ 20 พฤษภาคม 2557.

เป็นผลให้ประชาชนผู้บริสุทธิ์ เสียชีวิต ได้รับบาดเจ็บและเกิดความเสียหายต่อทรัพย์สินอย่างต่อเนื่องซึ่งเหตุการณ์ดังกล่าวมีแนวโน้มจะก่อให้เกิดเหตุการณ์จลาจล และความไม่สงบเรียบร้อยอย่างรุนแรงในหลายพื้นที่ อันกระทบต่อความมั่นคงของชาติ และความปลอดภัยในชีวิตและทรัพย์สินของประชาชน โดยรวมนั้น เพื่อให้การรักษาความสงบเรียบร้อยเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ และนำความสงบสุขกลับคืนสู่ประชาชนทุกกลุ่มทุกฝ่ายโดยเร็ว จึงอาศัยอำนาจตามความในมาตรา 3 และ มาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติ กฎอัยการศึก พุทธศักราช 2457 ประกาศใช้กฎอัยการศึกทั่วราชอาณาจักร ตั้งแต่วันที่ 20 พฤษภาคม พุทธศักราช 2557 จนนำไปสู่การทำปฏิวัติรัฐประหารรัฐบาล นางสาวยิ่งลักษณ์ ชินวัตร ในวันที่ 22 พฤษภาคม พุทธศักราช 2557⁶³

หมายเหตุ : นอกจากนี้ยังมีการประกาศใช้กฎอัยการศึกโดยประกาศของกองทัพภาคที่ 4 อีก 2 ครั้ง แต่มิได้นำลงประกาศในราชกิจจานุเบกษา และเป็นกรณีที่ได้มีการนำรายงานรัฐบาลทราบแล้วในการประชุมคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ 2 มีนาคม พ.ศ. 2547 ดังนี้⁶⁴

1 ประกาศกองทัพภาคที่ 4 เรื่องการใช้กฎอัยการศึกในบางเขตพื้นที่ ของจังหวัด นราธิวาส เฉพาะ อำเภอบาเจาะ อำเภอรือเสาะ อำเภอดากใบ อำเภอสุไหงปาดี อำเภอเย็งอ และอำเภอสุไหงโกทก จังหวัดปัตตานี เฉพาะอำเภอกะพ้อ และจังหวัดยะลา เฉพาะอำเภอรามัน เมื่อวันที่ 5 มกราคม 2547

2 ประกาศกองทัพภาคที่ 4 เรื่องการใช้กฎอัยการศึกในบางเขตพื้นที่ อำเภอเมือง จังหวัด นราธิวาส อำเภอเมือง อำเภอกวนโดน อำเภอสะลุง อำเภอท่าแพ จังหวัดสตูล อำเภอเมือง อำเภอหนองจิก อำเภอยะหริ่ง อำเภอมายอ อำเภอยะรัง อำเภอแม่ลาน อำเภอสายบุรี อำเภอทุ่งยางแดง อำเภอโคกโพธิ์ อำเภอไม้แก่น และอำเภอปะนาเระ จังหวัดปัตตานี อำเภอเมือง และกิ่งอำเภอกรงปินัง จังหวัดยะลา เมื่อวันที่ 26 มกราคม พ.ศ. 2547

จากลำดับการประกาศให้ใช้กฎอัยการศึกในประเทศไทยจะพบว่า ประเทศไทยนั้น ผู้ที่มีอำนาจประกาศใช้กฎอัยการศึกมีเพียง (1) พระมหากษัตริย์ตามความในมาตรา 2 แห่งพระราชบัญญัติ กฎอัยการศึก พระพุทธศักราช 2457 (2) ผู้บังคับบัญชาการทหาร ตามความในมาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติ กฎอัยการศึก พระพุทธศักราช 2457 และนอกจากนี้จะเห็นว่า จากการ

⁶³ ประกาศกองทัพบก ฉบับที่ 1/2557, ประกาศในราชกิจจานุเบกษา เล่ม 131 ตอนพิเศษ 97 ง เมื่อวันที่ 4 มิถุนายน 2557.

⁶⁴ วรชัย แสนสิริระ, จุดต่างแห่งอำนาจ ตาม พ.ร.บ. กฎอัยการศึกฯ พ.ร.ก. การบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉินฯ และ พ.ร.บ. การรักษาความมั่นคง ภายในราชอาณาจักร, วารสารจตุลนิติ ฉบับที่ 3 ปีที่ 7 (พฤษภาคม-มิถุนายน 2553), น.129-130.

ประกาศใช้กฏอัยการศึกในหลายครั้งที่ผ่านมา มีเพียง 3 ครั้งเท่านั้นที่พระมหากษัตริย์จะทรงโปรดเกล้าฯ ใช้พระราชอำนาจในการประกาศให้ใช้กฏอัยการศึก เพื่อป้องกันประเทศจากภาวะสงครามอันมีสาเหตุมาจากภัยอันตรายที่เกิดขึ้นภายนอกราชอาณาจักร และมีเพียง 1 ครั้งที่พระมหากษัตริย์จะทรงโปรดเกล้าฯ ใช้พระราชอำนาจในการประกาศให้ใช้กฏอัยการศึก เพื่อป้องกันประเทศจากภาวะสงครามอันมีสาเหตุมาจากภัยอันตรายที่เกิดขึ้นภายนอกราชอาณาจักร



บทที่ 4

วิเคราะห์ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับกฏอัยการศึกของประเทศไทย เปรียบเทียบกับต่างประเทศ

จากการศึกษาพบว่าวัตถุประสงค์ของ “กฏอัยการศึก” นั้นไม่ว่าจะเป็นของประเทศไทยหรือของต่างประเทศล้วนแล้วแต่มีวัตถุประสงค์ที่ต้องตรงกัน คือ เป็นกฎหมายที่มีขึ้นเพื่อการรักษาความสงบ และเสริมสร้างความมั่นคงของรัฐ ในกรณีที่การปฏิราชการทางปกครองในสภาวะปกติไม่อาจใช้บริหารราชการแผ่นดินต่อไปได้ และมีความจำเป็นที่ต้องใช้กำลังทหารเพื่อดำเนินการควบคุมสถานการณ์ที่เกิดขึ้น แต่เมื่อเปรียบเทียบในเนื้อหาแห่งกฎหมายระหว่างพระราชบัญญัติ กฏอัยการศึก พระพุทธศักราช 2457 กับ พระราชบัญญัติ การบริหารราชการพลเรือนในบางสถานการณ์ ค.ศ. 2004 ของประเทศสหราชอาณาจักรก็ดี รัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกา และประมวลกฎหมาย(United States Code)ในบทเกี่ยวกับการบรรเทาสาธารณภัย (DISASTER RELIEF) และในหมวดเกี่ยวกับการสงครามและการป้องกันรัฐ(WAR AND NATIONAL DEFENSE) ของประเทศสหรัฐอเมริกาก็ดี รัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส และประมวลกฎหมายป้องกันประเทศ (Code de la défense) ก็ดี รัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีก็ดี ผู้เขียนมีความเห็นพระราชบัญญัติ กฏอัยการศึก พระพุทธศักราช 2457ยังคงมีความแตกต่างจากกฎหมายต่างประเทศอยู่มาก ซึ่งสามารถแยกออกได้เป็นประเด็นดังนี้

4.1 ความชัดเจนของถ้อยคำในกฎหมาย

พระราชบัญญัติ กฏอัยการศึก พระพุทธศักราช 2457 ยังคงขาดความชัดเจนในตัวของบทบัญญัติอยู่หลายประการ จึงทำให้เกิดช่องว่างทางกฎหมายและมีการตีความขยายขอบเขตของการใช้กฏอัยการศึกออกไปได้ในหลายกรณี ดังนี้

ก) สถานการณ์ที่ต้องใช้กฏอัยการศึกตามพระราชบัญญัติ กฏอัยการศึก พระพุทธศักราช 2457 มีบัญญัติไว้เพียงกว้าง ๆ ซึ่งตามมาตรา 2 ที่ระบุเพียงว่า “เมื่อเวลามีเหตุอันจำเป็น เพื่อรักษาความเรียบร้อยปราศจากภัย ซึ่งจะมีมาจากภายนอกหรือภายในราชอาณาจักร...” โดยไม่ได้จำกัดว่าภัย ซึ่งจะมีมาจากภายนอกหรือภายในราชอาณาจักรที่จำเป็นต้องใช้กฏอัยการศึกนั้น แท้จริงมี

ความหมายอย่างไร ทำให้มีการตีความขยายอำนาจของการใช้กฎอัยการศึกออกไปได้หลายประการ กล่าวคือ แม้สถานการณ์ไม่ปกติ จะเกิดขึ้นจากนำประเทศอยู่ในสภาวะสงครามตามกฎหมายหรือไม่ก็ตาม ย่อมสามารถที่จะประกาศใช้กฎอัยการศึกนี้ได้

ข) ตามมาตรา 4 ที่ระบุเพียงว่า “เมื่อมีสงครามหรือจลาจลขึ้น ณ แห่งใดให้ผู้บังคับบัญชาทหาร...” ทำให้เกิดประเด็นปัญหาการตีความคำว่า “จลาจล” ที่บัญญัติไว้ตามมาตรา 4 นั้นว่ามีความหมายอย่างไร คำว่า “จลาจล” ที่บัญญัติไว้หลังคำว่า “สงคราม” การบัญญัติเช่นนี้ ถือว่าเป็นการบัญญัติขึ้นเพื่อจำกัดความหมายของถ้อยคำของคำว่า “จลาจล” มิให้มีความหมายที่ใหญ่กว่าคำว่า “สงคราม” หรืออาจกล่าวได้ว่า คำว่า “จลาจล” นี้เป็นคำขยายของคำว่า “สงคราม” คำว่า “จลาจล” นี้จึงต้องแปลว่า การจลาจลที่ต้องสืบเนื่องมาจากสงคราม หรือเทียบเท่าสงคราม โดยอาจจะเป็นสงครามภายใน หรือภายนอกก็ได้ หากจะอธิบายในเชิงปฏิเสธถ้าคำว่า “จลาจล” มีความหมายที่ใหญ่กว่าคำว่า “สงคราม” ก็ไม่จำเป็นต้องบัญญัติคำว่า “สงคราม” เข้าไปเป็นส่วนหนึ่งของบทบัญญัติของกฎหมาย ดังนั้นการตีความคำว่า “จลาจล” จึงไม่อาจตีความรวมไปถึง การรวมกลุ่มกันเพื่อแสดงความคิดเห็นทางการเมือง หรือการประท้วงเพื่อเรียกร้องสิทธิ หรือเรียกร้องความช่วยเหลือจากภาครัฐ

เมื่อเทียบเคียงกับกฎหมายที่คล้ายคลึงกันในประเทศแล้วจะเห็นว่า กฎหมายของประเทศต่าง ๆ ได้กำหนดถึงสถานการณ์ความจำเป็นที่จะต้องใช้มาตรการทางทหารเพื่อแก้ไขสถานการณ์อื่นไม่ปกติได้ชัดเจนกว่าดังนี้

1 ในประเทศสหราชอาณาจักรมีการบัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติ ป้องกันประเทศ ค.ศ. 1914 (Defence of the realm act 1914) มาตรา 1) “พระมหากษัตริย์ในสภามีอำนาจในช่วงของสงครามในปัจจุบันในการออกระเบียบเพื่อรักษาความปลอดภัยของประชาชน และการป้องกันดินแดน...” ซึ่งจะเห็นได้ว่าการใช้กฎหมายทำนองเดียวกับการใช้กฎอัยการศึกของไทย ใช้ได้เฉพาะที่ประเทศอยู่ในสภาวะสงครามและเพื่อป้องกันดินแดนเท่านั้น ส่วนในพระราชบัญญัติ การบริหารราชการพลเรือนในบางสถานการณ์ ค.ศ. 2004 บัญญัติไว้ว่า “จะนำพระราชบัญญัตินี้มาใช้ได้ต่อเมื่อมีสถานการณ์ที่ฉุกเฉินรุนแรงเท่านั้น เมื่อมีข้อเท็จจริงว่า เกิด หรือกำลังจะเกิดซึ่งอันตรายร้ายแรงต่อชีวิตความเป็นอยู่ของประชาชน สิ่งแวดล้อม หรือความมั่นคง...” ซึ่งแม้จะเป็นการบัญญัติไว้อย่างกว้าง ๆ แต่กฎหมายดังกล่าวยังคงให้อำนาจแก่ฝ่ายบริหารในการออกมาตรการในการแก้ไขสถานการณ์ซึ่งไม่ถึงขนาดมีการโอนถ่ายอำนาจจากฝ่ายพลเรือนไปเป็นของฝ่ายทหารและไม่กระทบต่อหลักการแบ่งแยกอำนาจจึงไม่จำเป็นต้องบัญญัติให้แจ้งชัดถึงสถานการณ์ไม่ปกติอันมีความจำเป็นถึงขนาดต้องใช้มาตรการทางทหารเข้ามาแก้ไข แม้ในบางครั้งฝ่ายพลเรือนจะมีการขอคำสั่งจากกองทัพเข้าช่วยเหลือก็ตาม

2 ในประเทศสหรัฐอเมริกา กฎหมายทำนองเดียวกันกับการใช้กฎอัยการศึกของไทยนั้นไม่มีปรากฏไว้อย่างชัดเจน คงมีเพียงแต่รัฐบัญญัติ ว่าด้วยเรื่องกรณีที่มีสถานการณ์ฉุกเฉิน ซึ่งได้บัญญัตินิยามไว้เพียงว่า “เหตุฉุกเฉิน” หมายถึง โอกาสหรือกรณีใด ๆ ที่ในการตัดสินใจของประธานาธิบดีความช่วยเหลือจากรัฐบาลกลางเป็นสิ่งจำเป็นเพื่อเสริมความพยายาม และขีดความสามารถของรัฐ และท้องถิ่นในการช่วยชีวิต และปกป้องทรัพย์สิน และสุขภาพ และความปลอดภัยของประชาชน หรือเพื่อลดหรือหลีกเลี่ยงภัยคุกคาม ภัยพิบัติในส่วนของใด ๆ สหรัฐอเมริกา และ “ภัยพิบัติครั้งใหญ่” หมายถึงภัยพิบัติทางธรรมชาติใด ๆ (รวมถึงพายุเฮอริเคนทอร์นาโดพายุน้ำขึ้นน้ำลงคลื่นยักษ์สึนามิแผ่นดินไหวภูเขาไฟระเบิดดินถล่ม โคลนถล่มพายุหิมะหรือภัยแล้ง) หรือไม่ว่าจะเกิดจากสาเหตุใดก็ตาม ไฟไหม้ น้ำท่วม หรือการระเบิดในส่วนหนึ่งส่วนใดของประเทศสหรัฐอเมริกาซึ่งในความมุ่งมั่นของประธานาธิบดีทำให้เกิดความเสียหายรุนแรงเพียงพอและขนาดที่จะรับประกันภัยพิบัติใหญ่ความช่วยเหลือภายใต้บทนี้ เพื่อเสริมความพยายาม และทรัพยากรที่มีอยู่ของสหรัฐอเมริกา รัฐบาลท้องถิ่น และองค์กรบรรเทาสาธารณภัยในการบรรเทาความเสียหายการสูญเสียความยากลำบาก หรือความทุกข์ทรมานที่เกิดขึ้นด้วยเหตุนี้ ส่วนสถานการณ์ฉุกเฉินอันเนื่องมาจากสงครามนั้นแม้มิได้บัญญัติเอาไว้ แต่มีการกำหนดให้เป็นหน้าที่ของสภาป้องกันประเทศเป็นผู้ตีความและทำหน้าที่เพียงประสานงานด้านต่างๆ เท่านั้น

3 ในประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศสก็เช่นเดียวกันนานาประเทศที่มีการยกเลิกกฎหมายว่ากฎอัยการศึกแล้ว แต่มีการนำหลักเกณฑ์นี้มาบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ และประมวลกฎหมายป้องกันประเทศ โดยมีสาระสำคัญที่พอเข้าใจได้เป็นอย่างดีว่า การจะนำมาตราการทางทหารมาใช้ต้องเป็นสถานการณ์ที่รัฐนั้นถูกคุกคามอย่างร้ายแรง และปัจจุบันทันด่วน และเป็นอุปสรรคต่อการบริหารงานแผ่นดิน อีกทั้งในประมวลกฎหมายป้องกันประเทศ กำหนดหลักเกณฑ์ไว้ชัดเจนว่าจะใช้ให้มีรัฐกฤษฎีกาใช้กฎอัยการศึกได้ก็ต่อเมื่อมีอันตรายที่มาจากสงครามจากต่างประเทศ หรือการจลาจลที่มีอาวุธเท่านั้น ซึ่งถือว่าการกำหนดถึงสถานการณ์ที่มีลักษณะที่ชัดเจนกว่าพระราชบัญญัติ กฎอัยการศึก พระพุทธศักราช 2457

4 ในประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน มีการนำหลักเกณฑ์ที่คล้ายกับการใช้กฎอัยการศึกของประเทศไทย โดยบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ ซึ่งระบุเพียงว่า ในการป้องกันประเทศจากการสงครามให้มีการตั้งคณะกรรมการขึ้นทำหน้าที่เป็นกรรมการป้องกันประเทศ จึงเห็นว่าเป็นการระบุถึงกรณีของการประกาศใช้มาตรการการป้องกันประเทศที่จำกัดยิ่ง เพราะระบุเพียงว่า ให้ใช้ได้เฉพาะกรณีที่เกิดสภาวะสงครามเท่านั้น ทำให้ปัญหาความชัดเจนในเรื่องการตีความถึงสถานการณ์ที่จำเป็นที่ต้องประกาศการป้องกันประเทศนั้นหมดสิ้นไป

การบัญญัตินิยามของถ้อยคำทางกฎหมายในสถานที่ไม่ปกตินี้เป็นเรื่องที่ยากลำบากในการจะบัญญัติให้ครอบคลุมถึงทุกสถานการณ์ที่เกิดขึ้น เพราะแต่ละสถานการณ์จะมีข้อเท็จจริงที่แตกต่างกันไป การบัญญัตินิยามไว้ทำให้กฎหมายมีลักษณะแข็งกระด้างเกินไปจนอาจทำให้การบังคับใช้กฎหมายดังกล่าวไม่สามารถแก้ไขสถานการณ์ที่เกิดขึ้นได้ แต่อย่างไรเสียการบัญญัติกฎหมายในรายมาตรายังคงต้องบัญญัติให้เกิดความชัดเจนว่า กฎหมายนั้นมีเจตนารมณ์เพื่อการใดมิใช่บัญญัติให้ครอบคลุมไปสำหรับทุกสถานการณ์ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง พระราชบัญญัติ กฎอัยการศึก พระพุทธศักราช 2457 นี้เป็นกฎหมายอันมีลักษณะเป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชน หากบัญญัติไว้ไม่ชัดเจนจะทำให้เกิดปัญหาการตีความการทำกฎหมายมาปรับใช้กับสถานการณ์ที่เกิดขึ้นดังเช่นในปัจจุบัน

4.2 ผู้มีอำนาจประกาศให้ใช้กฎอัยการศึก

การประกาศให้ใช้กฎอัยการศึกในประเทศไทยในอดีตที่ผ่านมาพบว่า ผู้มีอำนาจประกาศใช้กฎอัยการศึกตามพระราชบัญญัติ กฎอัยการศึก พระพุทธศักราช 2457 มีเพียงผู้ดำรงตำแหน่งดังต่อไปนี้เท่านั้นที่สามารถประกาศใช้กฎอัยการศึกได้

- 1 พระมหากษัตริย์ตามความในมาตรา 2 แห่งพระราชบัญญัติ กฎอัยการศึก พระพุทธศักราช 2457
- 2 ผู้บังคับบัญชาการทหาร ตามความในมาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติ กฎอัยการศึก พระพุทธศักราช 2457

ผู้เขียนมีความเห็นว่า การตีความให้พระมหากษัตริย์มีพระราชอำนาจตามความในมาตรา 2 แห่งพระราชบัญญัติ กฎอัยการศึก พระพุทธศักราช 2457 นั้นยังขาดความชัดเจนในการตีความกฎหมายทั้งระบบ กล่าวคือการประกาศให้ใช้ กฎอัยการศึก เป็นการให้พระราชอำนาจในฐานะที่พระองค์ทรงเป็นประมุขของฝ่ายบริหาร ซึ่งการใช้พระราชอำนาจดังกล่าวต้องสอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ ที่กำหนดพระมหากษัตริย์ทรงใช้อำนาจนั้นทางคณะรัฐมนตรี ซึ่งหมายความว่า นายกรัฐมนตรี หรือรัฐมนตรีจะต้องเป็นผู้รับผิดชอบต่อการลงพระปรมาภิไธยและการสนองรับพระบรมราชโองการ ตามหลักที่ว่า กษัตริย์ทรงอยู่เหนือการเมือง (the king can do no wrong) จึงทำให้การใช้พระราชอำนาจดังกล่าวจะกระทำได้ต่อเมื่อมีการนำผู้ที่มีความขึ้นทูลเกล้าฯ เท่านั้น หรืออาจกล่าวได้ว่า การใช้พระราชอำนาจในส่วนนี้ต้องเป็นไปตามคำแนะนำของคณะรัฐมนตรี ซึ่งในกรณีนี้จะแตกต่างจากประเทศสหราชอาณาจักรที่ระบุไว้ในพระราชบัญญัติการป้องกันอาณาจักร 1914 (Defence of the Realm Act 1914) อย่างชัดเจนว่า “กษัตริย์ในสภา” (กษัตริย์ที่ใช้อำนาจบริหารผ่านรัฐสภา) หรืออย่างในกลุ่มของประเทศอื่น ๆ ที่มีการปกครองประเทศในรูปแบบของ

ประธานาธิบดี หรือกึ่งประธานาธิบดี การจะใช้กฎหมายทำนองที่คล้ายกับการประกาศใช้ใช้กฎอัยการศึกได้ล่วงหน้าแล้วแต่ต้องผ่านรัฐสภาเกือบทั้งสิ้น อย่างเช่น ประเทศสหรัฐอเมริกาสถานการณ์ฉุกเฉินอันสืบเนื่องมาจากสงครามมีการจัดให้มีการจัดตั้งสภาป้องกันประเทศเพื่อประสานงานด้านอุตสาหกรรม และทรัพยากรเพื่อความมั่นคง และสวัสดิภาพของชาติ ให้สภาป้องกันประเทศใช้กฎและข้อบังคับสำหรับการปฏิบัติงานซึ่งกฎ และข้อบังคับจะต้องได้รับความเห็นชอบจากประธานาธิบดี ส่วนของประเทศ สหพันธ์ สาธารณรัฐ เยอรมันนี การจะประกาศป้องกันประเทศได้นั้นต้องจัดตั้งคณะกรรมการขึ้นมาชุดหนึ่งโดยให้สภาผู้แทนราษฎรคัดเลือกจาก คณะกรรมการการต่างประเทศ และคณะกรรมการกลาโหม เพื่อเป็นทำหน้าที่กรรมการป้องกันประเทศ ซึ่งคล้ายกับประเทศสหรัฐอเมริกา คงมีเพียงประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศสที่ประธานาธิบดีต้องหารือกับนายกรัฐมนตรี ประธานสภาทั้งสอง และคณะตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ อย่างเป็นทางการแล้ว แต่ทั้งนี้ยังคงให้อำนาจสภาผู้แทนราษฎรร้องขอให้ยกเลิกมาตรการการป้องกันรัฐได้

ผู้เขียนแย้งกับความแนวความคิดในข้อ 2. ที่มีความเห็นว่าผู้บังคับบัญชาการทหาร ตามความในมาตรา 4 เป็นอีกตำแหน่งหนึ่งที่สามารถประกาศใช้กฎอัยการศึกได้ เพราะเมื่อพิจารณา มาตรา 2 ประกอบเข้าด้วยกันแล้วจะเห็นว่า การใช้กฎอัยการศึกได้นั้นต้องประกอบองค์ประกอบ 2 ประการ คือ ประการแรก ต้องมีเหตุอันจำเป็นเพื่อรักษาความเรียบร้อย ปราศจากภัย และประการที่สอง ต้องมีการประกาศพระบรมราชโองการให้ใช้กฎอัยการศึกทุกมาตรา หรือแต่บางมาตรา หรือข้อความส่วนใดส่วนหนึ่งของมาตรา ตลอดจนการกำหนดเงื่อนไขแห่ง การใช้บทบัญญัตินั้นบังคับในส่วนหนึ่งส่วนใดของราชอาณาจักรหรือตลอดทั่วราชอาณาจักรเสียก่อน ดังนั้นเมื่ออำนาจของผู้บังคับบัญชาการทหาร ตามความในมาตรา 4 ซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของพระราชบัญญัติ กฎอัยการศึก พระพุทธศักราช 2457 จึงยังไม่อาจเกิดขึ้นได้จนกว่าจะได้มีการประกาศพระบรมราชโองการให้ใช้กฎอัยการศึกทุกมาตรา หรือแต่บางมาตรา หรือข้อความส่วนใดส่วนหนึ่งของมาตรา ตลอดจนการกำหนดเงื่อนไขแห่ง การใช้บทบัญญัตินั้นบังคับในส่วนหนึ่งส่วนใดของราชอาณาจักรหรือตลอดทั่วราชอาณาจักรเสียก่อน อำนาจประกาศใช้กฎอัยการศึกนี้มีให้อำนาจาวที่มีอยู่ตลอดไปของผู้ดำรงตำแหน่งดังกล่าว เนื่องจากเมื่อมีการใช้กฎอัยการศึกแล้ว กฎอัยการศึกจะต้องถูกยกเลิกเสมอเนื่องจากเป็นกฎเกณฑ์ที่ใช้เป็นการชั่วคราว และการที่จะเลิกใช้กฎอัยการศึกแห่งใดนั้นต้องมีการประกาศกระแสพระบรมราชโองการเสมอตามความในแห่งมาตรา 5 พระราชบัญญัติ กฎอัยการศึก พระพุทธศักราช 2457 นั่นก็หมายความว่า พระราชอำนาจในการใช้กฎอัยการศึกของพระมหากษัตริย์ที่ทรงโปรดเกล้า ฯ ให้ผู้บังคับบัญชาการทหารได้ใช้ ได้ถูกเรียกกลับคืนไปยังองค์พระมหากษัตริย์แล้ว แม้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 176 กำหนดให้ ในกรณีที่มีความจำเป็นต้องประกาศใช้กฎอัยการศึกเฉพาะแห่งเป็นการรีบด่วน

เจ้าหน้าที่ฝ่ายทหาร ย่อมกระทำได้ แต่ต้องเป็นไปตามกฎหมายว่าด้วยกฎอัยการศึกซึ่งก็คือ พระราชบัญญัติ กฎอัยการศึก พระพุทธศักราช 2457 นั้นเอง ดังนั้นแม้เป็นกรณีที่มีความจำเป็นต้อง ประกาศใช้กฎอัยการศึกเฉพาะแห่งเป็นการรีบด่วน ผู้บังคับบัญชาการทหารก็ยังคงจำต้องรอให้มีการประกาศพระบรมราชโองการเสียก่อน ตามความในมาตรา 2 แห่งพระราชบัญญัติเดียวกัน และเมื่อพิจารณาตามเนื้อความ และหลักกฎหมายที่ได้กล่าวมาแล้วนั้น ตามมาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติเดียวกันนี้ที่ระบุว่า “เมื่อมีสงคราม หรือจลาจลขึ้น ณ แห่งใดให้ผู้บังคับบัญชา ทหาร ณ ที่นั้น ซึ่งมีกำลังอยู่ได้บังคับไม่น้อยกว่าหนึ่งกองพัน หรือเป็นผู้บังคับบัญชาในป้อมหรือที่มั่นอย่างใด ๆ ของทหารมีอำนาจประกาศใช้กฎอัยการศึก เฉพาะในเขตอำนาจหน้าที่ของกองทหารนั้นได้ แต่จะต้อง รีบรายงานให้รัฐบาล ทราบโดยเร็วที่สุด” ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่าเป็นกรณีที่ต้องเกิดขึ้นภายหลังจาก ที่มีการประกาศพระบรมราชโองการให้ใช้กฎอัยการศึก และการที่ต้องรีบรายงานต่อรัฐบาล เนื่องจากรัฐบาลนั้นมีฐานะเป็นหัวหน้าฝ่ายบริหารประกาศหนึ่งและในฐานะเป็นผู้สนองรับพระ บรมราชโองการซึ่งจะต้องเป็นผู้รับผิดชอบในการดูแลภารกิจในด้านความมั่นคง และจากการ สืบค้นในต่างประเทศ ไม่ปรากฏประเด็นปัญหาดังกล่าวนี้ เนื่องจากไม่พบว่ามีบัญญัติให้ ผู้บังคับบัญชาการทหารการใช้อำนาจประกาศใช้กฎอัยการศึกได้เช่นเดียวกับของประเทศไทย

4.3 ระยะเวลาใช้บังคับกฎอัยการศึกและการขยายเวลา

การใช้กฎอัยการศึกหรือการใช้กฎหมายในทำนองเดียวกับกฎอัยการศึกนั้นใน ต่างประเทศรวมถึงประเทศไทยมีความเห็นเป็นไปในทิศทางเดียวกันคือ เป็นกฎหมายที่จำต้องมาใช้ ในยามจำเป็นอย่างยิ่ง และต้องถึงขนาดที่ทำให้การบริหารราชการในสภาวะปกติไม่อาจจะใช้ดำเนิน ภารกิจต่าง ๆ ของรัฐได้ เนื่องจากเป็นกฎหมายอันมีลักษณะเป็นปรปักษ์ต่อสิทธิเสรีภาพของ ประชาชนและการปกครองในระบอบประชาธิปไตย การคงไว้ซึ่งกฎอัยการศึกจึงมีลักษณะที่เป็น การชั่วคราว และต้องพยายามให้มีการยกเลิกโดยเร็วที่สุดภายหลังจากสถานการณ์นั้น ๆ ได้ทุเลาลงไป แล้ว สำหรับประเทศไทย และประเทศในหลาย ๆ ประเทศไม่ได้กำหนดระยะเวลาในการบังคับใช้ กฎอัยการศึกว่าควรมีระยะเวลานานเท่าใด โดยเฉพาะอย่างยิ่งในประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐ เยอรมันนี้ กำหนดไว้โดยชัดแจ้งในรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันนี้ ตามมาตรา 80 กว่า “...คำสั่งดังกล่าวจะถูกยกเลิกเมื่ออันตรายถูกพ้นไป หรือเมื่อใดก็ได้ ตามความต้องการของสภา ผู้แทนราษฎร...” แต่อย่างไรก็ตามจากการศึกษาพบว่าในเรื่องของ ระยะเวลาใช้บังคับกฎอัยการศึก ประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศสเป็นเพียงประเทศเดียวที่กำหนดเรื่องระยะเวลาในการบังคับใช้กฎอัยการ ศึกไว้ในรัฐธรรมนูญ โดยบัญญัติไว้ในมาตรา 36 อันมีหลักว่า “...ให้คณะรัฐมนตรีเห็นชอบในการ กฤษฎีกาให้ใช้กฎอัยการศึก และการขยายเวลาการใช้กฎอัยการศึกเกิน 12 วัน จะต้องได้รับผ่าน

เห็นชอบจากรัฐสภาเท่านั้น” ซึ่งการจำกัดระยะเวลาไว้เช่นนี้ถือว่าเป็นการอุดช่องว่างทางกฎหมายอย่างหนึ่งเพื่อป้องกันการแสวงหาประโยชน์โดยไม่ชอบด้วยกฎหมายโดยอาศัยช่องว่างทางกฎหมายดังกล่าว ซึ่งหากไม่มีการจำกัดเวลาการบังคับกฎอัยการศึกแล้ว ย่อมทำให้ประชาชนรู้สึกหวาดกลัว และมีแรงกดดันจากการถูกจำกัดสิทธิเสรีภาพ

4.4 หลักประกันสิทธิเสรีภาพของประชาชน

ตามพระราชบัญญัติ กฎอัยการศึก พระพุทธศักราช 2457 มิได้มีบทบัญญัติใดอันเป็นหลักประกันในสิทธิเสรีภาพของประชาชน อีกทั้งมาตรา 16 ยังบัญญัติยกเว้นความรับผิดชอบในความเสียหายซึ่งอาจบังเกิดขึ้นอย่างหนึ่งอย่างใด ในเรื่องอำนาจของเจ้าหน้าที่ฝ่ายทหาร บุคคล หรือบริษัทใด ๆ จึงไม่อาจจะร้องขอค่าเสียหายหรือค่าปรับอย่างหนึ่ง อย่างใดแก่เจ้าหน้าที่ฝ่ายทหารได้เลย ซึ่งหลักเกณฑ์ดังกล่าวนี้ขัดกับความรับผิดชอบโดยปราศจากความผิดในทางปกครองทำให้การประกาศใช้กฎอัยการศึกของประเทศไทยมีลักษณะที่แตกต่างจากกฎหมายในต่างประเทศดังนี้

1 จากการศึกษพบว่า ประเทศสหราชอาณาจักร บัญญัติหลักประกันเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพของประชาชนไว้ในพระราชบัญญัติ บริหารราชการพลเรือนในบางสถานการณ์ ค.ศ. 2004 โดยกฎหมายกำหนดเงื่อนไขการที่ฝ่ายบริหารออกกระเบียบตามพระราชบัญญัตินี้ว่า

1.1 การออกกระเบียบต้องอยู่ภายใต้หลักความได้สัดส่วนกับสถานการณ์ฉุกเฉินที่มีความร้ายแรง

1.2 ต้องไม่ห้าม หรือทำให้มีการห้ามการหยุดงาน (strike) หรือการประท้วงทางแรงงานรูปแบบอื่น (Industrial action)

1.3 ต้องไม่กำหนดการเกณฑ์ทหาร

1.4 ต้องไม่กำหนดโทษทางอาญาขึ้นมาใหม่ ยกเว้นการกำหนดโทษทางอาญาสำหรับการฝ่าฝืนระเบียบตามที่พระราชบัญญัตินี้กำหนด

1.5 ต้องไม่แก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัตินี้ และกฎหมายว่าด้วยสิทธิมนุษยชน หรือวิธีพิจารณาความอาญา

1.7 การออกกระเบียบนี้ต้องสอดคล้องกับพระราชบัญญัติสิทธิมนุษยชน (Human Rights Act) และ กฎหมายของสหภาพยุโรป

1.8 ต้องเปิดให้มีการคัดค้านบทบัญญัติของระเบียบในศาลได้

2 จากการศึกษพบว่า ประเทศสหรัฐอเมริกาได้บัญญัติหลักประกันเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพของประชาชนไว้โดยตรง แต่คงบัญญัติไว้โดยอ้อมในรัฐบัญญัติมาตรา 5122 (U.S.Code § 5122, Title 42, Chapter 68) คำว่า “ เหตุฉุกเฉิน ” หมายถึง โอกาสหรือกรณีใด ๆ ที่ในการตัดสินใจ

ของประธานาธิบดี...เพื่อเสริมความพยายาม และขีดความสามารถของรัฐ และท้องถิ่นในการช่วยชีวิตและปกป้องทรัพย์สิน และสุขภาพและความปลอดภัยของประชาชนหรือเพื่อลดหรือหลีกเลี่ยงภัยคุกคาม ภัยพิบัติในส่วนของใด ๆ สหรัฐอเมริกา และยังคงรวมถึงกรณีเกิดสถานการณ์ภัยพิบัติครั้งใหญ่ซึ่ง “ภัยพิบัติครั้งใหญ่” หมายความว่า ภัยพิบัติทางธรรมชาติใด ๆ (รวมถึงพายุเฮอริเคนทอร์นาโดพายุน้ำขึ้นน้ำลงคลื่นยักษ์สึนามิแผ่นดินไหวภูเขาไฟระเบิดดินถล่มโคลนถล่มพายุหิมะหรือภัยแล้ง) หรือไม่ว่าจะเกิดจากสาเหตุใดก็ตาม ไฟไหม้ น้ำท่วมหรือการระเบิดในส่วนหนึ่ง ส่วนใดของประเทศสหรัฐอเมริกาซึ่งในความมุ่งมั่นของประธานาธิบดีทำให้เกิดความเสียหายรุนแรงเพียงพอ และขนาดที่จะรับประกันภัยพิบัติใหญ่ความช่วยเหลือภายใต้บทนี้เพื่อเสริมความพยายาม และทรัพยากรที่มีอยู่ของสหรัฐอเมริกา รัฐบาลท้องถิ่น , และองค์กรบรรเทาสาธารณภัยในการบรรเทาความเสียหายการสูญเสียความยากลำบาก หรือความทุกข์ทรมานที่เกิดขึ้นด้วยเหตุนี้

3 จากการศึกษาไม่พบว่าประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส มีบัญญัติหลักประกันเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพของประชาชนไว้โดยตรง แต่มีการยังคงอนุญาตให้ศาลเป็นผู้ตรวจสอบการใช้อำนาจของผู้ปกครองดังที่ได้กล่าวมาแล้วก่อนหน้านี้ซึ่งผู้เขียนเห็นว่า การเปิดโอกาสให้ศาลปกครองได้ทำหน้าที่ดังกล่าวถือว่าเป็นหลักประกันสิทธิเสรีภาพของประชาชนโดยทางอ้อมประการหนึ่ง

4 จากการศึกษาพบว่าประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันนี้ ได้มีการบัญญัติหลักประกันเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพของประชาชนไว้อย่างเข้มข้นกรณีที่รัฐใช้อำนาจของรัฐในการล่วงสิทธิเสรีภาพของประชาชนที่อยู่ในภาวะสงคราม ในรัฐธรรมนูญมาตรา 17ก อันมีสาระสำคัญว่า กรณีที่ต้องใช้กฎหมายเกี่ยวกับการป้องกัน รวมถึงการคุ้มครองพลเรือน ประชาชนอาจถูกจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้เฉพาะในด้านของเสรีภาพในการเคลื่อนไหว และสิทธิเสรีภาพที่มีอยู่ในสถานเท่านั้น ส่วนสิทธิอย่างอื่นที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้จะไม่ถูกก้าวล่วง

4.5 การถ่วงดุลอำนาจการประกาศใช้กฎอัยการศึก

ตามกฎหมายรัฐธรรมนูญอันเป็นที่ยอมรับในระดับสากลรวมถึงประเทศไทยได้มีการแบ่งแยกองค์กรใช้อำนาจออกเป็น 3 ฝ่าย โดยทุกประเทศมีการแบ่งแยกองค์กรใช้อำนาจนี้จะต้องรักษาสมดุลอำนาจให้สมดุลกัน เพื่อป้องกันไม่ให้ฝ่ายใดมีอำนาจมากเกินไป และเพื่อป้องกันปัญหาการละเมิดสิทธิเสรีภาพของประชาชน การถ่วงดุลอำนาจนี้สามารถกระทำได้โดยการให้แต่ละฝ่ายทำหน้าที่ตรวจสอบซึ่งกันและกัน ความโปร่งใสในการใช้อำนาจที่สามารถตรวจสอบ ถือว่าการสร้างความชอบธรรมในการใช้กฎหมายนั้น ๆ การประกาศใช้กฎอัยการศึกของประเทศไทยโดยอาศัยตามมาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติ กฎอัยการศึก พระพุทธศักราช 2457 ระบุเพียงว่า “เมื่อมีสงครามหรือจลาจลขึ้น ณ แห่งใดให้ผู้บังคับบัญชาทหาร ณ ที่นั้น ซึ่งมีกำลังอยู่ได้บังคับไม่น้อยกว่า

หนึ่งกองพัน หรือเป็นผู้บังคับบัญชาในป้อมหรือที่มั่นอย่างใด ๆ ของทหารมีอำนาจประกาศใช้กฎอัยการศึก เฉพาะในเขตอำนาจหน้าที่ของกองทหารนั้นได้ แต่จะต้องรีบรายงานให้รัฐบาลทราบโดยเร็วที่สุด ”

จากการศึกษาไม่ปรากฏว่า ประเทศไทยยังขาดมาตรการในการถ่วงดุลการใช้อำนาจในการประกาศใช้กฎอัยการศึกของผู้บังคับบัญชาทหาร และแม้ว่าผู้บังคับบัญชาทหารใช้อำนาจในการประกาศกฎอัยการศึกไปแล้ว ผู้บังคับบัญชาทหารจะยังคงมีหน้าที่ต่อรัฐบาล แต่ก็เพียงการรายงานเพื่อให้รัฐบาลทราบถึงสถานการณ์เท่านั้น รัฐบาลหรือสภาไม่มีอำนาจระงับยับยั้ง หรือทำให้การใช้อำนาจการประกาศใช้กฎอัยการศึกของผู้บังคับบัญชาทหารสิ้นผลไป การประกาศใช้กฎอัยการศึกโดยอาศัยมาตราดังกล่าวจึงปราศจากการตรวจสอบจากสภาผู้แทนราษฎรซึ่งแตกต่างจากกฎหมายในต่างประเทศดังนี้

1 ในประเทศสหราชอาณาจักรมีการระบบตรวจสอบการใช้อำนาจในทำนองการประกาศใช้กฎอัยการศึกทั้งก่อนและหลังประกาศใช้ในกฎหมายต่าง ๆ เช่น มีการบัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติ ป้องกันประเทศ ค.ศ. 1914 (Defence of the realm act 1914) มาตรา 11) “พระมหากษัตริย์ในสภา มีอำนาจ...ออกระเบียบเพื่อรักษาความปลอดภัยของประชาชน และการป้องกันดินแดน...” การบัญญัติไว้เช่นนี้ถือว่าเป็นกลไกในถ่วงดุลการใช้อำนาจ ก่อนที่จะมีประกาศการป้องกันประเทศ หรืออาจกล่าวได้ว่า การจะประกาศการป้องกันประเทศได้ต้องได้รับความยินยอมจากสภาแห่งสหราชอาณาจักรเสียก่อน และส่วนในพระราชบัญญัติ การบริหารราชการพลเรือนในบางสถานการณ์ ค.ศ. 2004 บัญญัติไว้ว่า “...เมื่อประกาศใช้ระเบียบนี้แล้ว รัฐบาลต้องนำระเบียบดังกล่าวเสนอต่อรัฐสภา เพื่อพิจารณาในโอกาสแรก รัฐสภาอาจแก้ไขเพิ่มเติม ระเบียบดังกล่าวได้แต่ต้องให้ความเห็นชอบภายใน 7 วันนับแต่วันที่เสนอระเบียบ เมื่อพ้น ระยะเวลา 7 วันแล้วรัฐสภายังไม่ให้ความเห็นชอบ ให้ถือว่าระเบียบนั้นจะเป็นอันตกไป” จะเห็นว่าแม้พระราชบัญญัติดังกล่าวจะให้มีการประกาศใช้ไปก่อน แต่อย่างไรเสียต้องนำกลับมาให้รัฐสภาในฐานะองค์สูงสุดในการแสดงออกถึงเจตจำนงของประชาชนให้ความยินยอม และการออกระเบียบใด ๆ ตามพระราชบัญญัตินี้ต้องเปิดให้มีการคัดค้านตามบทบัญญัติของระเบียบในศาลได้

2 ในประเทศสหรัฐอเมริกา รัฐบัญญัติมาตรา 1 (U.S.Code §1, Title50, Chapter 1) สถานการณ์ฉุกเฉินอันเนื่องมาจากสงครามนั้นแม้ได้บัญญัติเอาไว้ แต่มีการกำหนดให้เป็นหน้าที่ของสภาป้องกันประเทศเป็นผู้ตีความ “...โดยสภาป้องกันประเทศประกอบด้วยเลขาธิการกองทัพบก เลขาธิการกองทัพเรือ ปลัดกระทรวงมหาดไทยเลขาธิการเกษตรเลขานุการ กระทรวงพาณิชย์และกระทรวงแรงงาน...” การบัญญัติไว้เช่นนี้ถือได้ว่า การถ่วงดุลอำนาจก่อนจะมีการใช้

อำนาจของประธานาธิบดี อีกทั้งภายหลังการประกาศแล้ว และประกาศนี้ต้องถูกส่งไปยังรัฐสภา อันเป็นกลไกการตรวจสอบการใช้อำนาจอีกชั้นหนึ่ง

3 ในประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส การถ่วงดุลอำนาจในประกาศมาตรการการจำเป็นในการป้องกันประเทศของประธานาธิบดีนั้น ถูกบัญญัติในรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส มาตรา 16 ซึ่งกำหนดมิให้ประธานาธิบดีใช้อำนาจโดยอิสระ “...ทั้งนี้ประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐต้องกระทำภายหลังจากที่ได้หารือกับนายกรัฐมนตรี ประธานสภาทั้งสอง และคณะตุลาการศาลรัฐธรรมนูญอย่างเป็นทางการแล้ว...” ส่วนอำนาจในการตรวจสอบภายหลังการประกาศมาตรการต่าง ๆ นั้น ยังคงให้เป็นอำนาจของศาลปกครองเป็นศาลที่มีอำนาจตรวจสอบว่าคำสั่งต่าง ๆ นั้นมีลักษณะเป็นการชอบด้วยหลักทฤษฎีและเงื่อนไขทางกฎหมายหรือไม่ เช่น คำวินิจฉัยในคดี Heyries ลงวันที่ 28 มิถุนายน ค.ศ. 1918 และคำวินิจฉัยในคดี Dames Dol et Laurent ลงวันที่ 28 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1919 ซึ่งได้กล่าวมาแล้วในบทก่อน

4 ในประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันการถ่วงดุลอำนาจของประธานาธิบดีมิให้ใช้อำนาจอย่างอิสระก่อนการประกาศมาตรการในการป้องกันประเทศ ซึ่งถูกบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญมาตรา 17 ก “...โดยกำหนดให้ ในการป้องกันประเทศ จากการสงครามให้จัดตั้งคณะกรรมการขึ้นมาชุดหนึ่ง โดยให้สภาผู้แทนราษฎรคัดเลือกจาก คณะกรรมการต่างประเทศ และคณะกรรมการกลาโหม เพื่อเป็นทำหน้าที่กรรมการป้องกันประเทศ...” นอกจากนี้ยังมีการถ่วงดุลอำนาจในการบังคับใช้กฎหมายที่ออกโดยรัฐบาลกลางในสถานะที่ตึงเครียด โดยถูกบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญมาตรา 80 ก ซึ่งมีสาระสำคัญว่า การบังคับใช้กฎหมาย ในกรณีสถานการณ์ตึงเครียด ในสถานะตึงเครียด อันเกี่ยวข้องกับ การป้องกันรัฐก็ดี จะกระทำได้ต่อเมื่อมีการประกาศสถานะการป้องกันรัฐแล้ว และสภาผู้แทนราษฎรได้พิจารณาแล้วว่า มีสถานะตึงเครียดอยู่ หรือได้มีการขออนุมัติคำขอดังกล่าวโดยเฉพาะแล้ว

การถ่วงดุลอำนาจในการประกาศใช้กฎอัยการศึกในต่างประเทศที่กล่าวมาแล้วนั้นจะมีลักษณะเป็นการถ่วงดุลอำนาจทั้งแบบก่อนและหลังการประกาศใช้กฎหมายกฎอัยการศึกไปแล้ว โดยก่อนประกาศใช้จะมีการกระจายอำนาจการตีความ และการปรับข้อเท็จจริงตามสถานการณ์ที่เกิดขึ้นโดยจะทำเป็นในรูปแบบของคณะกรรมการก็ดี หรือให้รัฐสภา หรือให้สภาผู้แทนราษฎรแล้วแต่กรณี เป็นผู้ถ่วงดุลอำนาจ อีกทั้งยังมีการกำหนดกลไกการตรวจสอบการใช้อำนาจภายหลังการที่มีการประกาศใช้กฎอัยการศึกไปแล้ว เช่น อาจต้องมาขอความยินยอมจากสภาผู้แทนราษฎรอีกครั้งหนึ่ง หรือระบุโดยชัดแจ้งว่าไม่เป็นการตัดอำนาจศาลในการตรวจสอบการใช้อำนาจดังกล่าว

สำหรับประเทศไทยนั้นแม้จะไม่มีบทบัญญัติที่ตัดอำนาจศาลปกครองในกรณีที่จะตรวจสอบความชอบด้วยกระบวนการออกประกาศให้ใช้กฎอัยการศึกแต่ในอดีตที่ผ่านมา ศาลปกครองสูงสุดเคยแนวมีคำพิพากษาคดีหมายเลขแดงที่ พ.42/2551 ไม่รับคำฟ้องไว้พิจารณา โดยคำพิพากษามีรายละเอียดพอสรุปได้ดังนี้

คดีนี้ผู้ฟ้องคดีขอให้ศาลศาลปกครองสูงสุด มีคำสั่งหรือคำพิพากษาเพิกถอนประกาศคณะปฏิรูปการปกครอง ในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ลงวันที่ 19 กันยายน 2559 และประกาศเลิกใช้กฎอัยการศึกในบางเขตพื้นที่ ลงวันที่ 26 มกราคม 2550 เพื่อจะได้มีศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิ เสรีภาพ และความเสมอภาค ตามที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 รับรองและคุ้มครองไว้เท่าเทียมกับประชาชนชาวไทยในพื้นที่นอกเขตประกาศใช้กฎอัยการศึก โดยอ้างว่า

ข้อ1 การประกาศใช้กฎอัยการศึก ทำให้บรรดาข้อความในพระราชบัญญัติหรือบทกฎหมายใด ๆ ซึ่งขัดกับกฎอัยการศึก ที่ให้ใช้บังคับต้องระงับและใช้บทบัญญัติของกฎอัยการศึกที่ใช้บังคับนั้นแทน ให้เจ้าหน้าที่ ฝ่ายทหารมีอำนาจเหนือเจ้าหน้าที่ฝ่ายพลเรือน ให้ศาลพลเรือนคงมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีได้อย่างปกติ เว้นแต่คดีที่อยู่ในอำนาจของศาลอาญาศึก ให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายทหาร ในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขจึงประกาศใช้กฎอัยการศึกให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายทหารมีอำนาจเต็มตามมาตรา 8 ที่จะตรวจค้น ที่จะเกณฑ์ ที่จะห้าม ที่จะยึด ที่จะเข้าอาศัย ที่จะทำลาย หรือเปลี่ยนแปลงสถานที่ และที่จะจับไล่ ประกอบมาตรา 9 มาตรา 10 มาตรา 11 มาตรา 12 มาตรา 13 มาตรา 14 มาตรา 15 ทวิ และมาตรา 16 แห่งพระราชบัญญัติ กฎอัยการศึก พระพุทธศักราช 2457 จึงเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ กระทบกระเทือนสาระสำคัญแห่งสิทธิและเสรีภาพ และไม่คุ้มครองในสิทธิมนุษยชน และสิทธิพลเมืองของผู้ฟ้องคดี

ข้อ2 การประกาศใช้กฎอัยการศึก เนื่องจากขณะประกาศ ที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 3 และผู้ถูกฟ้องคดีที่ 4 เพิ่งทำการยึดอำนาจการปกครองแผ่นดินเป็นที่เรียบร้อย และสำเร็จเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยให้เกิดขึ้นกับประชาชนทั้งประเทศ และ เนื่องจากขณะประกาศที่ผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองผู้ถูกฟ้องคดีเห็นว่า สถานการณ์ในบางเขตพื้นที่หมดความจำเป็นที่จะต้องใช้กฎอัยการศึกแล้ว จึงให้เลิกใช้กฎอัยการศึกในเขตพื้นที่ทั่วราชอาณาจักร นอกจากเขตพื้นที่ตามที่ระบุไว้ตามฟ้อง จึงเป็นการขัดต่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ดังนี้

2.1 ขัดต่อหลักความผูกพันโดยตรงขององค์กรของรัฐ มีปัญหาความชอบ ด้วยรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 27 วรรคหนึ่ง กล่าวคือ นับแต่วันที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 บังคับใช้เป็นต้นมา รัฐธรรมนูญนี้ให้การคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิ เสรีภาพ และความเสมอภาค ของผู้ฟ้องคดีทั้งสองและ

ประชาชนชาวไทยทั่วไป และผูกพันรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล รวมทั้งองค์กรตามรัฐธรรมนูญ และหน่วยงานของรัฐโดยตรงในการตรากฎหมาย การใช้บังคับกฎหมาย และการตีความกฎหมายทั้งปวง โดยรัฐธรรมนูญรับรองไว้โดยชัดแจ้ง โดยปริยาย หรือโดยคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ... การที่ผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองได้ร่วมกันคงไว้ซึ่งประกาศ คณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตย อันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ลงวันที่ 19 กันยายน 2559 และประกาศเลิกใช้กฎอัยการศึกในบางเขตพื้นที่ ลงวันที่ 26 มกราคม 2550 จึงเป็นการบังคับใช้กฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพและไม่คุ้มครอง ในสิทธิมนุษยชนและสิทธิพลเมืองของผู้ฟ้องคดีทั้งสองและประชาชนทั่วไปตามที่รัฐธรรมนูญ นี้รับรองไว้โดยชัดแจ้ง โดยปริยาย หรือโดยคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ

2.2 ขัดต่อหลักการจำกัดสิทธิและเสรีภาพกระทำได้ มีปัญหาความชอบ ด้วยรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 29 วรรคหนึ่ง การจำกัดสิทธิและเสรีภาพกระทำได้ แต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย ที่ได้รับความเห็นชอบจากองค์กรตัวแทนของประชาชนตามหลักการประชาธิปไตย คือ องค์กรนิติบัญญัติ กฎหมายที่จำกัดสิทธิและเสรีภาพนั้นจึงจะเป็นกฎหมายที่ชอบ ด้วยรัฐธรรมนูญ กฎหมายที่จำกัดสิทธิและเสรีภาพดังกล่าวจึงเป็นการกล่าวถึงลักษณะร่วมกัน ของหลักประชาธิปไตยกับหลักนิติรัฐนั้นจึงจะเป็นกฎหมายที่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ แต่การที่ ผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองได้ร่วมกันคงไว้ซึ่งประกาศคณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตย อันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ลงวันที่ 19 กันยายน 2559 และประกาศเลิกใช้ กฎอัยการศึกในบางเขตพื้นที่ ลงวันที่ 26 มกราคม 2550 เป็นกฎที่จำกัดสิทธิและเสรีภาพของผู้ฟ้องคดีทั้งสองและประชาชนทั่วไป โดยไม่ได้รับความเห็นชอบจากองค์กรนิติบัญญัติแต่อย่างใด นอกจากนี้ กฎดังกล่าวไม่เป็นไปตามเงื่อนไขในพระราชบัญญัติกฎอัยการศึก พระพุทธศักราช 2457 มาตรา 2 บัญญัติว่า เมื่อเวลามีเหตุอันจำเป็นเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อย ปราศจากภัยซึ่งจะมี มาจากภายนอกและภายในราชอาณาจักรแล้ว และเฉพาะเพื่อการที่รัฐธรรมนูญ นี้กำหนดไว้ ในหมวด 3 สิทธิและเสรีภาพของชนชาวไทย คือ เพื่อความมั่นคงแห่งรัฐ รักษาความสงบเรียบร้อย ความปลอดภัยของประเทศ ความมั่งคั่งทางเศรษฐกิจของประเทศ และป้องกันภัยพิบัติสาธารณเป็นต้น การที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 และผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ได้เข้ามาบริหารประเทศตั้งแต่วันที่ 1 ตุลาคม 2554 ได้รักษาความสงบเรียบร้อย ความมั่นคงแห่งรัฐ ความปลอดภัยของประเทศ ความมั่งคั่งทางเศรษฐกิจของประเทศ และป้องกันภัยพิบัติสาธารณเป็นที่ยอมรับ ปราศจากภัยคุกคามซึ่งจะมีมาจากภายนอกและภายในราชอาณาจักรโดยสิ้นเชิงแล้ว ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 และผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 สามารถออกกฎ คำสั่ง และประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินตามพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548 ได้โดยไม่จำเป็นต้องใช้กฎอัยการศึกแต่อย่างใด

2.3 ข้อต่อหลักการจำกัดสิทธิและเสรีภาพต้องมีผลเป็นการทั่วไป และไม่ให้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่ง หรือแก่บุคคลใดเป็นการเจาะจง มีปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ แห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 29 วรรคสอง และมาตรา 30 วรรคสาม และไม่ชอบด้วย มาตรา 9 (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 สิทธิในเสรีภาพ หมายถึง การที่บุคคลมีสิทธิที่จะใช้เสรีภาพตามที่รัฐธรรมนูญ รับรองไว้และก่อให้เกิดความผูกพันต่อบุคคลอื่นให้มีหน้าที่ที่จะไม่ละเมิดการใช้เสรีภาพ ตามรัฐธรรมนูญของบุคคลนั้น แต่การที่ผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองได้ร่วมกันคงไว้ซึ่งประกาศ คณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ลงวันที่ 19 กันยายน 2549 และประกาศเลิกใช้กฎอัยการศึกในบางเขตพื้นที่ ลงวันที่ 26 มกราคม 2550 ในบางเขตพื้นที่ที่เป็นฐานเสียงของพรรคการเมืองซึ่งเคยเป็นพรรครัฐบาล ก่อนผู้ถูกฟ้องคดีที่ 3 และผู้ถูกฟ้องคดีที่ 4 ยึดอำนาจการปกครอง และประกาศใช้กฎอัยการศึกมุ่งหมายเฉพาะในบางเขตพื้นที่ที่มีบุคคลซึ่งเป็นสมาชิกหรือผู้สนับสนุน ของพรรคการเมืองที่เคยเป็นพรรครัฐบาลก่อนผู้ถูกฟ้องคดีที่ 3 และผู้ถูกฟ้องคดีที่ 4 ยึดอำนาจการปกครองเท่านั้น ประกาศดังกล่าวมิใช่มุ่งรักษาความมั่นคงของรัฐ แต่มุ่งรักษาความมั่นคงทางการเมืองของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 3 และผู้ถูกฟ้องคดีที่ 4 และพวกฟ้องแต่เพียงอย่างเดียว

2.4 ข้อต่อหลักการจำกัดสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญจะกระทบกระเทือนสาระสำคัญแห่งสิทธิ และเสรีภาพนั้นมิได้ ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 29 วรรคแรก กล่าวคือ การจำกัดสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ จะกระทบกระเทือนสาระสำคัญแห่งสิทธิและเสรีภาพ โดยรัฐธรรมนูญรับรองไว้โดยชัดแจ้ง โดยปริยาย หรือโดยคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ ในหมวดที่ 3 สิทธิและเสรีภาพของ คนชาวไทย ส่วนที่ 1 บททั่วไป (มาตรา 26 ถึงมาตรา 29) ส่วนที่ 2 ความเสมอภาค (มาตรา 30) ส่วนที่ 3 สิทธิเสรีภาพส่วนบุคคล (มาตรา 32 ถึงมาตรา 38) ส่วนที่ 4 สิทธิในกระบวนการยุติธรรม (มาตรา 39 ถึงมาตรา 40) ส่วนที่ 5 สิทธิในทรัพย์สิน (มาตรา 41 ถึงมาตรา 42) ส่วนที่ 7 สิทธิเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของบุคคล และสื่อมวลชน (มาตรา 45) ส่วนที่ 10 สิทธิในข้อมูลข่าวสารและการร้องเรียน (มาตรา 56 ถึงมาตรา 62) ส่วนที่ 12 สิทธิชุมชน (มาตรา 66 ถึงมาตรา 67) ส่วนที่ 13 สิทธิพิทักษ์รัฐธรรมนูญ (มาตรา 68 ถึงมาตรา 69) จะกระทำมิได้ การที่ผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองได้ร่วมกันคงไว้ซึ่งประกาศ คณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ลงวันที่ 19 กันยายน 2549 และประกาศเลิกใช้กฎอัยการศึกในบางเขตพื้นที่ ลงวันที่ 26 มกราคม 2550 ในบางเขตพื้นที่ จึงเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญจะกระทบกระเทือน สาระสำคัญแห่งสิทธิและเสรีภาพ และไม่คุ้มครองในสิทธิมนุษยชนและสิทธิพลเมืองของ ผู้ฟ้องคดีทั้งสอง และ

ประชาชนทั่วไปตามที่รัฐธรรมนูญนี้รับรองไว้โดยชัดแจ้ง โดยปริยายหรือโดยคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ

2.5 ข้อต่อหลักการจำกัดสิทธิและเสรีภาพเท่าที่จำเป็นตามมาตรา 29 วรรคแรก แห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 กล่าวคือ การจำกัดสิทธิ และเสรีภาพกระทำ ได้เท่าที่จำเป็นหรือหลักพอสมควรแก่เหตุ หรือหลักการ ได้สัดส่วน หรือหลักห้ามมิให้กระทำเกินกว่าเหตุ ซึ่งเป็นหลักที่มีความสำคัญอย่างยิ่งในการนำมาควบคุม การใช้อำนาจรัฐที่ผลกระทบต่อ สิทธิและเสรีภาพของประชาชน แต่ การที่ผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองได้ร่วมกันลงไว้ซึ่งประกาศ คณะปฏิรูป การปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ลงวันที่ 19 กันยายน 2549 และประกาศเลิกใช้กฎอัยการศึกในบางเขตพื้นที่ ลงวันที่ 26 มกราคม 2550 ในบางเขตพื้นที่ เป็นกฎที่จำกัดสิทธิและเสรีภาพของผู้ฟ้องคดีทั้งสองและประชาชนทั่วไปเกินความจำเป็น ไม่มี ปัญหากระทบความมั่นคงของรัฐ ไม่มีภัยสงคราม ไม่มีจลาจล และไม่มีปัญหาในการรักษาความ สงบเรียบร้อย หรืออยู่ในภาวะ ไม่ปกติแต่อย่างใด การใช้กฎอัยการศึกในพื้นที่ประกาศดังกล่าวเป็น มาตรการหรือวิธีการ ที่ไม่เหมาะสม เกิดผลกระทบกระเทือนสาระสำคัญแห่งสิทธิและเสรีภาพของ ประชาชน เป็นอย่างมาก

ศาลพิเคราะห์แล้วเห็นว่า คดีนี้ผู้ฟ้องคดีทั้งสองฟ้องว่า ได้รับความเดือดร้อน หรือ เสียหาย และกระทบกระเทือนต่อสิทธิและเสรีภาพของผู้ฟ้องคดีทั้งสองและประชาชนทั่วไป ทั้ง ในขณะปัจจุบันและอนาคตจากการที่เมื่อวันที่ 19 กันยายน 2549 คณะปฏิรูปการปกครอง ใน ระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ได้ออกประกาศคณะปฏิรูป การ ปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขว่า ตามที่ คณะปฏิรูปการ ปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ได้ยึดอำนาจการปกครอง แผ่นดินเป็นที่เรียบร้อยตามที่ได้ประกาศให้ทราบทั่วกันแล้วนั้น เพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยให้เกิด กับประชาชนทั่วประเทศ คณะปฏิรูปการปกครอง ในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ ทรงเป็นประมุข จึงประกาศใช้กฎอัยการศึก ทั่วราชอาณาจักร และให้ยกเลิกการประกาศสถานการณ์ ฉุกเฉินในพื้นที่กรุงเทพมหานคร ลงวันที่ 19 กันยายน 2549 เวลา 21.05 นาฬิกา และต่อมาวันที่ 26 มกราคม 2550 ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 และผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 โดยความเห็นของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 3 และผู้ถูกฟ้อง คดีที่ 4 ได้ด้วยคำแนะนำให้พระมหากษัตริย์ทรงมีพระบรมราชโองการโปรดเกล้าฯ ให้ประกาศว่า โดยที่ทรงพระราชดำริว่า ตามที่ได้มีประกาศคณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตย ประมุข ลงวันที่ 19 กันยายน 2549 ให้ใช้กฎอัยการศึก ทั่วราชอาณาจักรตั้งแต่วันที่ 19 กันยายน 2549 เวลา 21.05 นาฬิกา นั้น บัดนี้ สถานการณ์ในบางเขตพื้นที่หมดความจำเป็นที่จะต้องใช้กฎอัยการศึก แล้ว อาศัยอำนาจ ตามความมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติกฎอัยการศึก พระพุทธศักราช 2457 จึงมี

พระบรมราชโองการโปรดเกล้า ฯ ให้เลิกใช้กฎอัยการศึกในบางเขตพื้นที่และคงใช้กฎอัยการศึก ในบางเขตพื้นที่ตามที่ระบุไว้ในข้อ 2 โดยมีผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 เป็นผู้รับสนองพระบรมราชโองการ ผู้ฟ้องคดีทั้งสองได้นำคดีมาฟ้องขอให้ศาลปกครองสูงสุดมีคำสั่งหรือคำพิพากษาเพิกถอน ประกาศคณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ลงวันที่ 19 กันยายน 2549 และประกาศเลิกใช้กฎอัยการศึกในบางเขตพื้นที่ ลงวันที่ 26 มกราคม 2550 ในเขตพื้นที่ที่คงใช้กฎอัยการศึก ข้อ 2 (2) จังหวัดกำแพงเพชรทุกอำเภอ (3) จังหวัดขอนแก่นทุกอำเภอ (5) จังหวัดชัยภูมิ ทุกอำเภอ (10) จังหวัดนครราชสีมา ทุกอำเภอ (20) จังหวัดมหาสารคาม ทุกอำเภอ (23) จังหวัดร้อยเอ็ด ทุกอำเภอ (31) จังหวัดหนองบัวลำภู ทุกอำเภอ (33) จังหวัดอุดรธานี ทุกอำเภอ โดยกล่าวอ้างว่า ประกาศคณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ลงวันที่ 19 กันยายน 2549 และประกาศเลิกใช้กฎอัยการศึกในบางเขตพื้นที่ ลงวันที่ 26 มกราคม 2550 มีปัญหาความชอบด้วยมาตรา 27 และมาตรา 29 ของรัฐธรรมนูญ แห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 อันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็น

เห็นว่า มาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครอง และวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 บัญญัติให้ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณา พิพากษาหรือมีคำสั่งในเรื่องที่เป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองหรือ เจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายไม่ว่าจะเป็นการออกกฎ คำสั่ง หรือกระทำการอื่นใด เนื่องจากกระทำโดยไม่มีอำนาจหรือนอกเหนืออำนาจหน้าที่หรือไม่ถูกต้อง ตามกฎหมายหรือโดยไม่ถูกต้องตามรูปแบบ ขั้นตอน หรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญ ที่กำหนดไว้สำหรับการกระทำนั้น หรือโดยไม่สุจริต หรือมีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม หรือมีลักษณะเป็นการสร้างขั้นตอนโดยไม่จำเป็น หรือสร้างภาระให้เกิดกับประชาชนเกินสมควร หรือเป็นการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบ ตามคำฟ้องดังกล่าว คณะปฏิรูปการปกครองในระบอบ ประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ได้กระทำการประกาศใช้กฎอัยการศึก ที่ราชอาณาจักรเมื่อวันที่ 19 กันยายน 2549 เพื่อรักษาความสงบเรียบร้อย ซึ่งต่อมา มาตรา 36 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2549 ได้บัญญัติว่า บรรดาประกาศและคำสั่งของคณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตย อันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขหรือคำสั่งของหัวหน้าคณะปฏิรูปการปกครองในระบอบ ประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขที่ได้ประกาศหรือสั่งในระหว่างวันที่ 19 กันยายน 2549 จนถึงวันประกาศใช้รัฐธรรมนูญนี้ ไม่ว่าจะเป็นในรูปใดและไม่ว่าจะประกาศ หรือสั่งให้มีผลบังคับในทางนิติบัญญัติ ในทางบริหาร หรือในทางตุลาการ ให้มีผลใช้บังคับต่อไป และให้ถือว่าประกาศหรือคำสั่งตลอดจนการปฏิบัติตามประกาศหรือคำสั่งนั้น ไม่ว่าการปฏิบัติ ตามประกาศหรือคำสั่งนั้นจะกระทำก่อนหรือหลังวันประกาศใช้รัฐธรรมนูญนี้เป็นประกาศ หรือคำสั่ง

หรือการปฏิบัติที่ชอบด้วยกฎหมายและชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ส่วนคำขอให้ เพิกถอนประกาศเลิกใช้ ฎ้อยการศึกษาในบางเขตพื้นที่ ลงวันที่ 26 มกราคม 2550 พระมหากษัตริย์ทรงมีพระบรมราชโองการ โปรดเกล้าฯ ให้เลิกใช้ ฎ้อยการศึกษาทั่วราชอาณาจักร และคงใช้ ฎ้อยการศึกษาในบางเขตพื้นที่ตาม ประกาศคณะปฏิรูปการปกครองในระบอบ ประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ลง วันที่ 19 กันยายน 2549 เพราะสถานการณ์ในบางเขตพื้นที่หมดความจำเป็นที่จะต้องใช้ ฎ้อยการศึกษา แล้ว นั้น เห็นว่า พระมหากษัตริย์ทรงไว้ซึ่งพระราชอำนาจในการประกาศใช้หรือเลิกใช้ ฎ้อยการศึกษา ตามลักษณะและวิธีการตามกฎหมายว่าด้วย ฎ้อยการศึกษาตามความมาตรา 188 ของรัฐธรรมนูญ แห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 และมาตรา 2 แห่งพระราชบัญญัติ ฎ้อยการศึกษา พระ พุทธศักราช 2457 บัญญัติให้อำนาจไว้ว่า เมื่อเวลามีเหตุอันจำเป็น เพื่อรักษาความเรียบร้อยปราศจาก ภัยซึ่งจะมีมาจากภายนอกหรือภายในราชอาณาจักรแล้ว จะได้มีประกาศพระบรมราชโองการให้ใช้ ฎ้อยการศึกษาทุกมาตราหรือแต่บางมาตราหรือ ข้อความส่วนใดส่วนหนึ่งของมาตรา ตลอดจนการ กำหนดเงื่อนไขแห่งการใช้บทบัญญัตินั้น บังคับในส่วนหนึ่งส่วนใดของราชอาณาจักรหรือตลอด ทั่วราชอาณาจักร และถ้าได้ประกาศใช้ เมื่อใดหรือ ณ ที่ใดแล้ว บรรดาข้อความในพระราชบัญญัติ หรือบทกฎหมายใด ๆ ซึ่งขัดกับ ความของ ฎ้อยการศึกษาที่ให้ใช้บังคับต้องระงับ และใช้บทบัญญัติ ของ ฎ้อยการศึกษา ที่ให้ใช้บังคับนั้นแทน และมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าวบัญญัติว่า การที่ จะเลิกใช้ ฎ้อยการศึกษาแห่งใดนั้นจะเป็นไปได้ต่อเมื่อมีประกาศกระแสพระบรมราชโองการเสมอ ดังนั้น การประกาศใช้ ฎ้อยการศึกษาและการประกาศเลิกใช้ ฎ้อยการศึกษา เป็นการใช้อำนาจ ในการ ดำเนินงานเกี่ยวกับราชการทหาร ในการป้องกันและรักษาความมั่นคงของราชอาณาจักรจากภัย คุกคามทั้งภายนอกและภายในประเทศ อันเป็นการใช้อำนาจที่มีลักษณะเฉพาะพิเศษ ในเรื่องของ ความมั่นคงของราชอาณาจักรตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย และพระราชบัญญัติ ฎ้อย การศึกษา พระพุทธศักราช 2457 ได้กำหนดหลักเกณฑ์และการปฏิบัติไว้เป็นการเฉพาะ กรณีจึงมิใช่ การกระทำทางปกครองตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติ จัดตั้งศาลปกครองและวิธี พิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ที่ศาลปกครองจะรับคำฟ้องไว้พิจารณาได้ จึงมีคำสั่งไม่รับคำฟ้อง ไว้พิจารณาและให้จำหน่ายคดีออกจากสารบบความ

จากแนวคำพิพากษานับดังกล่าวทำให้ประเทศไทยยังคงขาดมาตรการการถ่วงดุลอำนาจ หรือขาดการกระจายอำนาจการตีความของผู้ประกาศใช้ ฎ้อยการศึกษา และขาดมาตรการตรวจสอบการ ใช้อำนาจในการประกาศใช้ ฎ้อยการศึกษาภายหลังจากการประกาศใช้ ฎ้อยการศึกษาไปแล้ว โดยมี มุมมองว่า ไม่ใช่การกระทำทางปกครอง แต่เป็นเรื่องที่กฎหมายบัญญัติไว้เป็นพิเศษที่ไม่อยู่ใน อำนาจของการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลปกครอง

4.6 ปัญหาสถานะทางกฎหมายของ “คำประกาศให้ใช้กฎอัยการศึก”

เนื่องจากคำประกาศให้ใช้กฎอัยการศึกส่งผลกระทบต่อกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติอยู่หลายประการ กล่าวคือ มีผลเป็นการระงับการบังคับใช้กฎหมายทุกประเภทที่ขัดต่อกฎอัยการศึกเป็นการชั่วคราว ซึ่งผลดังกล่าวนี้เองในสมัยอดีตที่ยังคงปกครองในสมบูรณาญาสิทธิราชย์จะไม่มีปัญหาเรื่องสถานะทางกฎหมายแต่อย่างใด เนื่องจากพระราชโองการของพระมหากษัตริย์นั้นมีสถานะเป็นกฎหมายเสมอ อีกทั้งยังไม่ได้มีการจัดลำดับศักดิ์ของกฎหมาย เช่นเดียวกับปัจจุบัน ภายหลังมีการเปลี่ยนแปลงการปกครองมาเป็นระบอบประชาธิปไตยสถานะของการใช้อำนาจของพระมหากษัตริย์นั้นเปลี่ยนแปลงไป กล่าวคือ พระองค์ทรงสามารถที่จะใช้พระราชอำนาจของฝ่ายบริหารในการออกกฎต่างๆ ได้ ในรูปแบบของ “พระราชกฤษฎีกา” ซึ่งพระราชกฤษฎีกานี้จะมีสถานะเป็นกฎหมายอนุบัญญัติ หรือกฎหมายลำดับรองที่ต้องออกตามพระราชบัญญัติ และมีสถานะเช่นเดียวกับ “กฎ” ซึ่งเป็นที่น่าสังเกตว่า เมื่อมีการประกาศพระบรมราชโองการให้ใช้กฎอัยการศึกโดยอาศัยความตามมาตรา 2 แห่งพระราชบัญญัติ กฎอัยการศึก พระพุทธศักราช 2457 ซึ่งบัญญัติอันมีสาระสำคัญว่า “...ถ้าได้ประกาศใช้เมื่อใด หรือ ณ ที่ใดแล้ว บรรดาข้อความในพระราชบัญญัติหรือบทกฎหมายใดๆ ซึ่งขัดกับความของกฎอัยการศึกที่ให้อำนาจบังคับต้องระงับ และใช้บทบัญญัติของกฎอัยการศึกที่ให้อำนาจบังคับนั้นแทน” จะส่งผลกระทบโดยอ้อมที่ทำให้กฎหมายบางส่วนที่อยู่ในระดับพระราชบัญญัติแต่มีลักษณะที่ขัดต่อกฎอัยการศึกนั้นระงับไปเป็นการชั่วคราว

ผู้เขียนมีความเห็นว่า หากจะเปรียบเทียบกับกฎหมายปัจจุบันในเรื่องที่ใกล้เคียงที่สุดนั้น คงมีแต่ความตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติ ส้มละลาย พุทธศักราช 2483 ที่บัญญัติว่า “ให้ใช้พระราชบัญญัตินี้ในเขตจังหวัดพระนคร จังหวัดธนบุรี จังหวัด สมุทรปราการ และจังหวัดนนทบุรี และเมื่อเห็นสมควรจะให้อำนาจในเขตจังหวัดอื่นใดเมื่อใด จะได้ ประกาศโดยพระราชกฤษฎีกา” ซึ่งหมายความว่า การฟ้องคดีส้มละลายนั้นไม่สามารถที่จะฟ้องต่อศาลในจังหวัดอื่นนอกจากที่ระบุได้ เว้นจะมีพระราชกฤษฎีกาให้ใช้พระราชบัญญัติ ส้มละลาย พุทธศักราช 2483 ในจังหวัดอื่นนอกจากที่ระบุไว้ แต่พระราชกฤษฎีกานี้ก็ไม่ได้ส่งผลกระทบต่อลำดับศักดิ์ของกฎหมายแต่อย่างใดเนื่องจากไม่ได้มีลักษณะเป็นการยกเลิกกฎหมายในลำดับที่สูงกว่า แต่อย่างไรก็ดีกรณีของการประกาศพระบรมราชโองการให้ใช้กฎอัยการศึกแล้วมีผลเป็นการยกเว้นกฎหมายที่ขัดกับกฎอัยการศึกนั้น ยังพออนุมานได้ว่า เมื่อเกิดสถานการณ์ที่วิกฤติ การยึดหลักเกณฑ์หรือทฤษฎีต่างๆ อาจไม่เหมาะสมกับสถานการณ์ที่เกิดขึ้น ดังนั้นหลักการประกาศให้ใช้กฎอัยการศึกจึงควรได้รับการแก้ไขเพื่อให้สอดคล้องกับหลักกฎหมายซึ่งผู้เขียนจะขอกล่าวในบทถัดไป

สำหรับสถานะทางกฎหมายของ “คำประกาศใช้กฎอัยการศึก” ของผู้บัญชาการทหารนั้นตามความในมาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติ กฎอัยการศึก พระพุทธศักราช 2457 ซึ่งบัญญัติว่า “เมื่อมีสงครามหรือจลาจลขึ้น ณ แห่งใดให้ผู้บังคับบัญชาทหาร ณ ที่นั้น ซึ่งมีกำลังอยู่ได้บังคับไม่น้อยกว่าหนึ่งกองพัน หรือเป็นผู้บังคับบัญชาในป้อมหรือที่มั่นอย่างใดๆ ของทหารมีอำนาจประกาศใช้กฎอัยการศึก เฉพาะในเขตอำนาจหน้าที่ของกองทหารนั้นได้ แต่จะต้องรีบรายงานให้รัฐบาลทราบโดยเร็วที่สุด” ซึ่งในมาตราดังกล่าวนี้ไม่ได้มีข้อความในทำนองเดียวกับมาตรา 2 ที่จะกำหนดให้ บรรดาข้อความในพระราชบัญญัติหรือบทกฎหมายใดๆ ซึ่งขัดกับความของกฎอัยการศึกที่ให้อำนาจบังคับต้องระงับ และใช้บทบัญญัติของกฎอัยการศึกที่ให้อำนาจบังคับนั้นแทน กรณีจึงทำให้เกิดปัญหาว่า เมื่อประกาศใช้กฎอัยการศึกโดยผู้บังคับบัญชาทหารแล้ว กฎหมายที่ขัดกับพระราชบัญญัติกฎอัยการศึก พระพุทธศักราช 2457 จะมีผลเช่นไร ซึ่งหากคำประกาศใช้กฎอัยการศึกดังกล่าวมีสถานะเช่นเดียวกับกฎหมายแม่บท ก็จะทำให้กฎหมายอื่นนั้นมีผลระงับไปได้ ไม่ว่าจะเป็นการชั่วคราว หรือโดยถาวรก็ดี แต่หากเป็นกฎหมายในระดับอนุบัญญัติแล้วก็ไม่อาจมีผลให้กฎหมายในลำดับที่สูงกว่าสิ้นผลหรือระงับลงไปได้ อีกทั้งกรณีดังกล่าวนี้ไม่อาจเทียบเคียงหรืออนุมานได้เช่นพระราชอำนาจในการประกาศพระบรมราชโองการให้ใช้กฎอัยการศึก เพราะเนื่องจากการใช้พระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ในการป้องกันประเทศ เป็นใช้พระราชอำนาจในฐานะเป็นประมุขของรัฐ และในฐานะที่เป็นประมุขของฝ่ายบริหาร ซึ่งถือได้ว่าพระราชกฤษฎีกาในการป้องกันประเทศของพระมหากษัตริย์นี้มีมาตั้งแต่สมัยที่ประเทศไทยเริ่มมีสถานะเป็นความเป็นรัฐมาตั้งแต่แรกเริ่ม ซึ่งแตกต่างจากกรณีของ “คำประกาศใช้กฎอัยการศึก” ของผู้บัญชาการทหาร เพราะแม้เจ้าหน้าที่ฝ่ายทหารจะมีหน้าที่ในการปกป้องประเทศก็ตาม แต่ด้วยเหตุที่ว่า เจ้าหน้าที่ฝ่ายทหารนั้นยังคงสังกัดอยู่ในกระทรวงกลาโหม¹ ซึ่งมาตรา 8 แห่งพระราชบัญญัติ จัดระเบียบราชการกระทรวงกลาโหม พ.ศ. 2551 “กำหนดให้มีอำนาจหน้าที่ดังต่อไปนี้ (1) พิทักษ์รักษาเอกราช และความมั่นคงแห่งราชอาณาจักร จากภัยคุกคามทั้งภายนอก และภายในราชอาณาจักร ปราบปรามการกบฏ และการจลาจล โดยจัดให้มี และใช้กำลังทหารตามที่ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย หรือตามที่มีกฎหมายกำหนด...” ทำให้ภารกิจในการป้องกันประเทศนั้นต้องอยู่ภายใต้การบังคับบัญชาของกระทรวงกลาโหมมิใช่ของผู้บัญชาการทหาร แต่อย่างไรก็ดีแม้ผู้เขียนได้เคยกล่าวไว้แล้วในข้อ 4.2 ใต้ส่วนของ การให้ผู้บังคับบัญชาทหารมีอำนาจประกาศใช้กฎอัยการศึกได้โดยอาศัยความตามในมาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติ กฎอัยการศึก พระพุทธศักราช 2457 นั้นว่า ผู้เขียนไม่เห็นพ้องด้วยกับ

¹ มาตรา 10 พระราชบัญญัติ จัดระเบียบราชการกระทรวงกลาโหม พ.ศ. 2551 ประกาศในราชกิจจานุเบกษา เล่ม 125 ตอน 266 เมื่อวันที่ 1 กุมภาพันธ์ 2551

ตาม แต่ในอดีตที่ผ่านมา ผู้บัญชาการทหารได้ประกาศใช้กฎอัยการศึกโดยอาศัยมาตราดังกล่าวมาแล้วหลายครั้ง ทำให้คำประกาศใช้กฎอัยการศึกของผู้บัญชาการทหารนี้มีสถานะเป็นกฎหมายในทางเนื้อหา กล่าวคือ เมื่อประกาศใช้กฎอัยการศึกแล้ว แม้จะข้ามขั้นตอนทางกฎหมายไป แต่เมื่อประชาชนยอมปฏิบัติตามทำให้คำประกาศดังกล่าวมีสภาพบังคับกลายเป็นกฎหมาย ตามทฤษฎีกฎหมายบริสุทธิของ ฮันส์ เคลเซน (Hans Kelsen) ที่อธิบายว่า² “ กฎเกณฑ์พื้นฐานนั้นตั้งอยู่บนฐานของความเป็นประสิทธิภาพ หรือหลักประกันความเป็นประสิทธิภาพ โดยประสิทธิภาพดังกล่าวหมายถึง ความสามารถในการใช้ได้จริงของกฎเกณฑ์นั้น ซึ่งสามารถเห็นได้จากการที่ประชาชนหรือคนทั่วไปเชื่อฟังและปฏิบัติตาม อนึ่งความสมบูรณ์ของกฎหมายจะเกิดขึ้นได้ เมื่อได้รับอำนาจจากกฎเกณฑ์ทางกฎหมายที่มีระดับชั้นสูงกว่าให้สามารถออกกฎหมายนั้น และกฎหมายนั้นจำเป็นต้องมีประสิทธิภาพในการบังคับใช้ด้วย ”

จากหลักเกณฑ์ในข้างต้นนี้ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่า เมื่อคำประกาศใช้กฎอัยการศึกของผู้บัญชาการทหารนั้นมีสภาพบังคับใช้ และคำประกาศดังกล่าวดังกล่าวมีลักษณะเป็นการบังคับใช้แก่กรณีทั่วไปโดยไม่มุ่งหมายบังคับใช้แก่กรณีใดกรณีหนึ่ง หรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะ และยังมีลักษณะเป็นนามธรรม ประกาศดังกล่าวจึงมีลักษณะเป็น “กฎ” ที่ออกโดยฝ่ายปกครอง หรือที่เรียกว่า “กฎหมายของฝ่ายปกครอง” แนวความคิดดังกล่าวนี้สามารถเทียบเคียงได้กับคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 9/2549 ซึ่งวินิจฉัยโดยมีสาระสำคัญว่า ผู้ร้องยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญว่า

“ข้อ 1 คณะกรรมการการเลือกตั้งให้เรื่องการ กำหนดระยะเวลาสำหรับการเตรียมการจัดการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร อันนำไปสู่การ ประกาศกำหนดวันเลือกตั้งในพระราชกฤษฎีกายุบสภาผู้แทนราษฎร โดยไม่เหมาะสมและไม่เที่ยง ธรรม ขัดกับหลักการเรื่องความเป็นกลางในการเมืองของคณะกรรมการการเลือกตั้งตาม รัฐธรรมนูญ มาตรา 136 และขัดกับหลักการเรื่องการควบคุมและดำเนินการจัดให้มีการเลือกตั้ง ให้เป็นไป โดยสุจริตและเที่ยงธรรม ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 144

ข้อ 2 เหตุแห่งคำร้องที่ว่า การจัดหาเลือกตั้งที่ให้ผู้มีสิทธิเลือกตั้งหันหน้าเข้าหาหาลงคะแนนและหันหลังให้คณะกรรมการประจำหน่วยเลือกตั้งและประชาชนผู้มาใช้สิทธิเลือกตั้งกับบุคคลภายนอกที่มาสังเกตการณ์การเลือกตั้งหน้าหน่วย เป็นการละเมิดหลักการเรื่องการลงคะแนน

² เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, หลักพื้นฐาน กฎหมายมหาชน, พิมพ์ครั้งที่ 5, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2562), น.191.

เสียงเลือกตั้ง ซึ่งจะต้องดำเนินการ โดยใช้วิธีการออกเสียงลงคะแนนโดยตรงและลับตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ มาตรา 104 วรรคสาม

ข้อ 3 เหตุแห่งคำร้องที่ว่า คณะกรรมการการเลือกตั้งได้มีมติ สั่งการ ออกประกาศ และออกคำสั่งในเรื่องต่าง ๆ เกี่ยวกับการเลือกตั้ง การสืบสวนสอบสวน เพื่อวินิจฉัยข้อปัญหาโต้แย้งเกี่ยวกับการเลือกตั้ง ตลอดจนการพิจารณาประกาศและรับรองผลการเลือกตั้งไปโดยไม่มีการประชุม ปรีกษาหารือ หรือมิได้มีการปรึกษาหารือกัน โดยกรรมการการเลือกตั้งครบถ้วนตามจำนวนที่มีอยู่ และ การพิจารณาประกาศรับรองผลการเลือกตั้งมิได้ดำเนินการโดยคณะกรรมการการเลือกตั้งทั้งหมด โดยมติเอกฉันท์ตามหลักเกณฑ์ของพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยคณะกรรมการ การเลือกตั้ง พ.ศ. 2541 มาตรา 10 ประกอบกับบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ มาตรา 145 (6) และขัดแย้งกับการปฏิบัติหน้าที่ขององค์กรกลุ่มตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 136

ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยในประเด็นเบื้องต้นว่ามีอำนาจรับคำร้องของผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภาไว้พิจารณาวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 198หรือไม่

ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาแล้วเห็นว่า เหตุแห่งคำร้อง ข้อ 1 ที่ขอให้พิจารณาวินิจฉัยเกี่ยวกับกรณี ที่คณะกรรมการการเลือกตั้งเข้าไปมีส่วนเกี่ยวข้องกับรัฐบาลในเรื่องของการกำหนดวันเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร นั้น เป็นการขอให้พิจารณาวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของพระราช กฤษฎีกา ซึ่งเป็น “กฎ” ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 198 จึงรับพิจารณาวินิจฉัยเหตุแห่งคำร้องข้อนี้ ส่วนเหตุแห่งคำร้อง ข้อ 2 พิจารณาแล้ว การจัดหาเลือกตั้งมิที่มาจากการพิจารณาเห็นชอบร่วมกันของคณะกรรมการการเลือกตั้ง ย่อมต้องเป็น “มติ” และมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป อันมีลักษณะเป็นกฎที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไปโดยไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่งหรือบุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเฉพาะ ซึ่งอยู่ในความหมายของคำว่า “กฎ” ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 198 จึงเป็นการขอให้พิจารณาวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของ “กฎ ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 198 จึงรับพิจารณาวินิจฉัยเหตุแห่งคำร้องข้อนี้ ส่วนเหตุแห่งคำร้อง ข้อ 3 เป็นการขอให้พิจารณาวินิจฉัยเกี่ยวกับมติสั่งการ ประกาศ และคำสั่งของคณะกรรมการการเลือกตั้งซึ่งหากมติสั่งการ ประกาศ และคำสั่งของคณะกรรมการ การเลือกตั้งฉบับใดมีผลบังคับเป็นการทั่วไปโดยไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่งหรือบุคคลใด บุคคลหนึ่งเป็นการเฉพาะ ก็อยู่ในความหมายของคำว่า “กฎ” ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 198 จึงเป็นการขอให้พิจารณาวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของ กฎตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 198 จึงรับพิจารณา วินิจฉัยเหตุแห่งคำร้องข้อนี้”³³

³³ คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 9/2549 สืบค้น 24 ตุลาคม 2563 จาก

อย่างไรก็ดีแม้ในสถานการณ์ที่เป็นปกติจะยอมรับว่าให้ฝ่ายปกครองสามารถออกกฎหมายของฝ่ายปกครองเองได้ แต่การออกกฎหมายลำดับรองต้องอยู่ภายใต้หลักการ 3 ประการ ดังนี้ คือ 1) เมื่อมีกฎหมายแม่บทให้อำนาจไว้โดยชัดแจ้ง หรือโดยปริยาย เนื้อหาสาระในข้อกำหนดของกฎหมายลำดับรองต้องอยู่ในขอบเขตที่กฎหมายแม่บทให้อำนาจไว้วิธีการออกและวิธีใช้บังคับของกฎหมาย ลำดับรองต้องเป็นไปตามวิธีที่กำหนดไว้ในกฎหมายแม่บท 2) กฎหมายลำดับรองจะมีบทกำหนดโทษโดยตนเองไม่ได้ ผู้ฝ่าฝืนกฎหมายลำดับรองจะถูกลงโทษตามบทบัญญัติของกฎหมายแม่บท เว้นแต่ในกรณีของกฎหมาย ลำดับรองที่ออกในระหว่างที่ประเทศอยู่ในภาวะไม่ปกติ เช่น มีสงคราม หรือเกิดภาวะวิกฤตโดยอาจ มีการตรากฎหมายลำดับรองที่มีบทกำหนดโทษได้ แต่จะต้องมีกฎหมายแม่บทมอบหมายให้อำนาจ และโทษที่กำหนดโดยกฎหมายลำดับรองจะต้องไม่เกินกว่าโทษขั้นสูงที่กฎหมายแม่บทกำหนด 3) การออกกฎหมายลำดับรองเป็นเรื่องเฉพาะ ดังนั้นจะบัญญัติมอบอำนาจให้หน่วยงานอื่นไปออกกฎหมายต่อไปอีกช่วงหนึ่งไม่ได้ เว้นแต่จะเป็นการมอบอำนาจให้เจ้าหน้าที่วางระเบียบข้อบังคับเพื่อการปฏิบัติการในข้อปลีกย่อย⁴ แต่เมื่อประเทศเข้าสู่สถานการณ์ที่วิกฤติ หลักเกณฑ์เหล่านี้ก็กลับถูกมองข้ามไป ซึ่งแตกต่างจากของต่างประเทศโดยเฉพาะประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส และประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันนี ซึ่งทั้งสองประเทศนี้ได้นำหลักเกณฑ์เกี่ยวกับกฎอัยการศึกบทบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ และถึงแม้ประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศสจะมีประมวลกฎหมายการป้องกันประเทศ ซึ่งเป็นกฎหมายในระดับเดียวกับพระราชบัญญัติของไทย แต่ผู้ที่มีอำนาจประกาศใช้มาตรการการป้องกันประเทศตามรัฐกำหนดดังกล่าวได้คือ คณะรัฐมนตรี และระบุไว้โดยชัดแจ้งว่าให้ออกเป็นรัฐกำหนด ซึ่งมีสถานะเทียบเท่ากับพระราชกำหนดของประเทศไทย ดังนั้นประเด็นปัญหาเรื่องสถานะทางกฎหมายของคำประกาศใช้กฎอัยการศึกนั้นจึงหมดสิ้นไปแล้วในต่างประเทศ

⁴ กุมิชิซึ ช้างโต, “ปัญหาการบังคับใช้กฎหมายเพื่อการจัดการมูลฝอยติดเชื้อ”, (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยศรีปทุม, 2559), น.116.

บทที่ 5

บทสรุป และข้อเสนอแนะ

5.1 บทสรุป

ในเชิงประวัติศาสตร์เกือบทุกประเทศ มีแนวความคิดที่ต้องการให้นำเจ้าหน้าที่ฝ่ายทหารเข้ามามีส่วนช่วยเหลือในสถานการณ์ที่ประเทศตกอยู่ภาวะวิกฤต เพราะแต่เดิมนั้นปัญหาส่วนใหญ่ของแต่ละประเทศเกิดจากการแย่งชิงทรัพยากรต่าง ๆ โดยอาศัยกำลังทางทหารทั้งสิ้น ภายหลังจากแม้ปัญหาการแย่งชิงทรัพยากรต่าง ๆ ยังคงมีอยู่ แต่รูปแบบการเข้าแย่งชิงทรัพยากรนั้นแตกต่างกันออกไป ทำให้ภารกิจของเจ้าหน้าที่ฝ่ายทหารในด้านความมั่นคงถูกลดบทบาทลง และปรับเปลี่ยนภารกิจที่เดิมเคยเน้นเฉพาะด้านกำลังรบหลัก เป็นการให้ความสำคัญสนับสนุนในการปฏิบัติหน้าที่ของฝ่ายพลเรือนแทนในเวลาเจ้าหน้าที่ฝ่ายพลเรือนร้องขอ เนื่องจากเจ้าหน้าที่ฝ่ายทหารมีความได้เปรียบทางด้านกำลังพล และยุทธโศปกรณ์ที่สามารถนำมาปรับใช้กับสถานการณ์วิกฤต ได้ดีกว่าองค์กรอื่น ความเคยชิน และความเข้าใจที่ไม่ตรงกัน ในแนวความคิดที่ว่า การประกาศใช้กฎอัยการศึกเป็นมาตรการขั้นสูงสุดในการใช้กำลังเข้าควบคุมสถานการณ์ที่เกิดขึ้นสำหรับทุกสถานการณ์ มากกว่าที่จะมีมุมมองว่า กฎอัยการศึคนั้นเป็นกฎหมายเฉพาะที่ถูกสร้างขึ้นเพื่อใช้เฉพาะในเวลาประเทศตกอยู่ในสภาวะสงครามซึ่งอาจจะเป็นสงคราม หรือมีเหตุจลาจลร้ายแรงถึงขนาดเป็นสงครามกลางเมือง และแม้ประเทศจะตกอยู่ในสภาวะสงคราม กฎอัยการศึกจะต้องถูกยกขึ้นเพื่อใช้เป็นมาตรการแรกหรือมาตรการสุดท้ายก็ได้ หากปรากฏข้อเท็จจริงว่า กรณีมีความจำเป็นถึงขนาดทำให้วิถีปฏิบัติราชการทางปกครอง หรือระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน หรือการดำเนินงานของหน่วยงานทางปกครองในเวลาปกติไม่สามารถดำเนินภารกิจได้ต่อไป ความเคยชินและความเข้าใจที่ไม่ตรงกันทำให้พระราชบัญญัติ กฎอัยการศึก พระพุทธศักราช 2457 ถูกละเลยในการได้รับการปรับปรุงแก้ไขเพื่อให้สอดคล้องกับการปกครองในระบอบประชาธิปไตย ซึ่งได้มีการเปลี่ยนแปลงมาแล้วตั้งแต่ปี พ.ศ. 2475

การละเลยในปรับปรุงแก้ไข พระราชบัญญัติ กฎอัยการศึก พระพุทธศักราช 2457 ให้ความทันสมัยให้สอดคล้องกับการเปลี่ยนแปลงการปกครองจากระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์มาเป็นระบอบประชาธิปไตย ทำให้พระราชบัญญัตินี้ดั่งกล่าวมีประเด็นปัญหาหลายประการ เช่น ปัญหาความไม่ชัดเจนของบทบัญญัติของกฎหมาย ทำให้เกิดการตีความเพื่อขยาย

อำนาจออกไปทั้งที่เป็นบทบัญญัติอันเกี่ยวกับการจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชน ปัญหาในการใช้อำนาจในการประกาศใช้กฎอัยการศึก ปัญหาการตรวจสอบการใช้อำนาจ และความเหมาะสมพอสมควรได้สัดส่วนกับความจำเป็นที่ต้องใช้กฎอัยการศึก เป็นต้น ปัญหาที่เกิดขึ้นเหล่านี้ล้วนแล้วแต่เป็นปัญหาโดยตรงในเชิงโครงสร้างด้านความมั่นคง โดยเฉพาะหากยังคงไว้ซึ่งแนวคิดให้อำนาจแก่ผู้บังคับบัญชาการทหารที่จะประกาศใช้กฎอัยการศึกได้โดยปราศจากการถ่วงดุล และตรวจสอบการใช้อำนาจดังกล่าวนั้นอาจเป็นอันตรายต่อสถาบันพระมหากษัตริย์อันเป็นที่เคารพยิ่งของประชาชน

ปัจจุบันพระราชบัญญัติ กฎอัยการศึก พระพุทธศักราช 2457 เป็นกฎหมายที่ถูกสร้างขึ้นเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยของแผ่นดินในกรณีที่ประเทศเข้าสู่สภาวะสงคราม ซึ่งเมื่อยังไม่ได้รับการแก้ไขให้สอดคล้องกับการปกครองในระบบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์เป็นประมุขแล้วพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวอาจกลับมาเป็นส่วนหนึ่งของปัญหาความมั่นคงเสียเองได้ในภายหลัง การที่ประเทศไทยยอมรับแนวความคิดที่ให้ผู้บังคับบัญชาการทหารประกาศใช้กฎอัยการศึกได้โดยปราศจากการถ่วงดุล และตรวจสอบ แม้จะเป็นความคุ้นชินที่ปฏิบัติสืบต่อ ๆ กันมา แต่ก็ต้องไม่ลืมว่า ผู้บังคับบัญชาการทหารแต่ละบุคคลนั้นได้รับอิทธิพลทางความคิดในการใช้พิชัยสงครามในการเข้าแก้สถานการณ์ต่าง ๆ ที่เกิดขึ้นการปรับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นให้เข้ากับเงื่อนไขทางกฎหมาย และความเหมาะสมได้สัดส่วนระหว่างความมั่นคงกับเสรีภาพของประชาชนจึงควรต้องอาศัยจากบุคคลหลาย ๆ ฝ่ายเพื่อเป็นการกระจายอำนาจการตีความออกไปไม่ให้ขึ้นอยู่กับบุคคลเพียงคนเดียว เช่นเดียวกับในต่างประเทศตามที่ได้กล่าวมาแล้วในบทก่อน ๆ เพื่อให้สอดคล้องกับความเป็นนิติรัฐ นิติธรรมอันเป็นหลักสำคัญประการหนึ่งในการบังคับใช้กฎหมาย

การตีความกฎหมายต้องสอดคล้องหลักการปกครองที่ถูกเปลี่ยนแปลงไป แม้จะมีทฤษฎีการเกิดรัฐขึ้นมากมายหลากหลายทฤษฎี แต่ปัจจุบันโดยสากลเป็นที่ยอมรับว่า กฎหมายที่ชอบธรรมเท่านั้นย่อมก่อให้เกิดความเป็นธรรมแก่สังคมได้ ซึ่งการสร้าง ความชอบธรรมให้กับกฎหมายนั้น กฎหมายที่ชอบธรรม คือ กฎหมาย (รวมถึงกฎหมายของฝ่ายปกครอง) ที่ต้องได้รับความยินยอมจากสภา ซึ่งถือว่าเป็นองค์กรสูงสุดในการแสดงเจตจำนงของประชาชน และยังต้องมีกลไกการตรวจสอบอำนาจดังกล่าวเพื่อมิให้ฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดมีอำนาจมากเกินไป ซึ่งสอดคล้องกับหลักสัญญาประชาคมและหลักการแบ่งแยกองค์กรผู้ใช้อำนาจอริปไตย กลไกการตรากฎหมายและตรวจสอบ เช่นนี้ ถือเป็นหลักประกันของประชาชนว่า สิทธิเสรีภาพของประชาชนต้องไม่ถูกละเมิดจนเกินสมควร โดยอำนาจรัฐ

การตรวจสอบการใช้อำนาจของผู้มีอำนาจประการใช้กฎอัยการศึก นอกจากควรมีกระจายอำนาจตีความ หรือการประเมินข้อเท็จจริงตามสถานการณ์ตามกฎหมายแล้ว การตรวจสอบการ

โดยศาลปกครองก็เป็นเรื่องที่สำคัญ เพราะธรรมชาติของผู้ปกครอง โดยเฉพาะเจ้าหน้าที่ฝ่ายทหาร จะมุ่งเน้นที่การปฏิบัติหน้าที่ทุกอย่างตามเป้าประสงค์ การปฏิบัติภารกิจของรัฐแม้จะทำการ จัดทำบริการสาธารณะเพื่อประโยชน์ของประชาชนส่วนรวมก็ตาม แต่การใช้อำนาจรัฐไปในทางใด ย่อมส่งผลกระทบต่อ หรือไปละเมิดสิทธิเสรีภาพของประชาชนอื่นเสมอ ศาลปกครองในฐานะองค์กร ที่ทำหน้าที่ในการรักษาสมดุลระหว่างประโยชน์ของชาติซึ่งถือว่าเป็นประโยชน์สาธารณะ กับการ ปกป้องสิทธิเสรีภาพของประชาชน จึงต้องเข้ามามีส่วนร่วมในการตรวจสอบการใช้อำนาจดังกล่าว ด้วย แต่อย่างไรก็ดี ศาลปกครองต้องระวังการใช้อำนาจของตนเองมิให้ไปก้าวล่วงหรือเป็นอุปสรรค ในการบริหารงานแผ่นดิน โดยเฉพาะอย่างยิ่งในสถานการณ์อันไม่ปกติที่การบริหารงานแผ่นดิน ต้องการความรวดเร็วเด็ดขาดและแน่นอน เพื่อควบคุมสถานการณ์ต่าง ๆ ให้กลับคืนสู่สภาพปกติ โดยเร็ว

ผลกระทบจากการประกาศใช้กฎอัยการศึก ไม่ว่าจะด้วยระยะเวลาที่มีอย่างไม่จำกัดใน การใช้กฎอัยการศึกก็ดี การที่ปัจเจกชนถูกลอนสิทธิก็ดี หรือการดำเนินการในกระบวนการยุติธรรม ในเวลาที่ใช้กฎอัยการศึกนั้นก็ดี ย่อมทำให้ประชาชนภายในประเทศมีความหวาดวิตก และหวั่นเกรงต่ออำนาจรัฐ กฎระเบียบต่าง ๆ ที่ออกมาภายหลังการประกาศใช้กฎอัยการศึกย่อมปราศจาก การตรวจสอบ แนวคิดที่ว่าหากเป็นเรื่องของการรบ การสงครามแล้วต้องเป็นเรื่องของฝ่ายทหาร เท่านั้นจึงน่าจะไม่ใช่สิ่งที่ถูกต้อง อย่งไรก็ดีแม้พระราชบัญญัติ กฎอัยการศึก พระพุทธศักราช 2457 จะมีข้อดีอย่างมากและไม่สอดคล้องกับการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมี พระมหากษัตริย์ประมุขก็ตาม แต่โดยเนื้อแท้และเจตนารมณ์ของการใช้กฎหมายดังกล่าวก็ยังคงเป็น ประโยชน์อยู่บ้างจึงต้องมีการปรับปรุงแก้ไขเพื่อให้สอดคล้องกับการปกครองในระบอบ ประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ประมุขต่อไป

5.2 ข้อเสนอแนะ

เพื่อให้เจตนารมณ์สำคัญที่ต้องมีกฎหมายเกี่ยวกับวิธีปฏิบัติราชการในสถานการณ์ วิกฤต (สงคราม) ตามบัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติ กฎอัยการศึก พระพุทธศักราช 2457 ยังคงอยู่ และเพื่อให้สอดคล้องการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ประมุข และเพื่อป้องกันการ ใช้กฎหมายซ้ำซ้อนกันกับกฎหมายเกี่ยวกับความมั่นคงอื่นๆ เช่น พระราชกำหนดการบริหาร ราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548 พระราชบัญญัติ การรักษาความมั่นคงภายในราชอาณาจักร พ.ศ. 2551 อีกทั้งเพื่อให้เกิดความสมดุลมิให้การประกาศใช้กฎอัยการศึกยากจนเกินไปจนการเป็น อุปสรรคต่อการปฏิบัติภารกิจในสถานการณ์วิกฤต และ มิให้การประกาศใช้กฎอัยการศึกง่าย จนเกินไปจนเป็นอุปสรรคต่อการพัฒนาประเทศ และการปกครองในระบอบประชาธิปไตย และ

เพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน ผู้เขียนจึงขอเสนอแนะให้มีการยกเลิกพระราชบัญญัติ กฏอัยการศึก พระพุทธศักราช 2457 ทั้งฉบับ และยกเลิกมาตรา 176 ในรัฐธรรมนูญ แห่งราชอาณาจักรไทย พระพุทธศักราช 2560 โดยนำหลักการดังกล่าวมาบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 แทน เช่นเดียวกับประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส และประเทศ สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันนี ซึ่งการนำบทบัญญัติดังกล่าวมาบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญก็เพื่อเป็น การป้องกันมิให้ศาลเข้ามาแทรกแซงนโยบายของฝ่ายบริหาร เป็นการใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญ อีกทั้งยังเป็นการสอดคล้องกับการจัดลำดับศักดิ์กฎหมายที่กฎหมายในลำดับชั้นที่ต่ำกว่าไม่อาจยกเว้น หรือยกเลิกกฎหมายในลำดับที่สูงกว่าได้ และในกรณีประเทศตกอยู่ในสภาวะวิกฤตินี้เอง ทุกองค์กร ของรัฐไม่อาจปฏิเสธภาระให้กับเจ้าหน้าที่ฝ่ายทหารเพียงหน่วยงานเดียวได้ การแก้ไขปัญหาต่างๆ ต้องเกิดจากความร่วมมือขององค์กรของรัฐในทุกภาคส่วน อีกทั้งยังต้องคำนึงสิทธิเสรีภาพของ ประชาชนไม่ให้ถูกละเมิดเกินความจำเป็น หรือแม้กระทั่งผู้กระทำความผิดจะสถานะเป็นพลเรือนก็ ต้องปฏิบัติต่อพลเรือนตามหลักสิทธิมนุษยชนเป็นสำคัญ โดยเฉพาะอย่างยิ่งองค์กรตุลาการใน สถานะที่เป็นองค์กรหนึ่งในการรักษาสมดุลระหว่างผลประโยชน์ของชาติและผลประโยชน์ของ ประชาชนต้องเข้ามามีส่วนร่วมในการแก้ไขหรือเยียวยาประชาชน เพื่อให้ประชาชนเกิดความมั่นใจ ว่าสิทธิของตนจะไม่ถูกละเมิดจนเกินสมควร

ดังนั้นจากที่ผู้เขียนได้ทำการศึกษา พระราชบัญญัติ กฏอัยการศึก พระพุทธศักราช 2457 ผู้เขียนไปพบประเด็นปัญหาทางกฎหมายดังนี้

- 1 ความชัดเจนของถ้อยคำในกฎหมาย
- 2 ผู้มีอำนาจประกาศให้ใช้กฏอัยการศึก
- 3 ระยะเวลาใช้บังคับกฏอัยการศึกและการขยายเวลา
- 4 หลักประกันสิทธิเสรีภาพของประชาชน
- 5 การถ่วงดุลอำนาจการประกาศใช้กฏอัยการศึก...
- 6 ปัญหาสถานะทางกฎหมายของ “คำประกาศให้ใช้กฏอัยการศึก”

ผู้เขียนจึงขอเสนอแนะแนวทางการแก้ไขบทบัญญัติมาตรา 176 ของรัฐธรรมนูญแห่ง ราชอาณาจักรไทย 2560 และให้ยกเลิกพระราชบัญญัติ กฏอัยการศึก พระพุทธศักราช 2457 ซึ่งเป็น การสอดคล้องกับ ประเทศสหราชอาณาจักรและประเทศสหรัฐอเมริกา และประเทศสาธารณรัฐ ฝรั่งเศส และประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันนี ตามบันทึกหลักการ และเหตุผลประกอบร่าง รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยแก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่...) พุทธศักราช... ดังต่อไปนี้

บันทึกหลักการและเหตุผล

ประกอบร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่...)

พุทธศักราช...

หลักการ

ยกเลิกมาตรา ๑๗๖ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย และเพิ่มเติมหมวด ๑๗ การป้องกันประเทศ

เหตุผล

ด้วยเหตุมาตรา ๑๗๖ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย และ พระราชบัญญัติกฎอัยการศึก พระพุทธศักราช 2457 ยังคงขาดความชัดเจนของถ้อยคำในบทบัญญัติของกฎหมายบางประการ และยังขาดความชัดเจนขององค์กรผู้รับผิดชอบในการใช้อำนาจประกาศใช้กฎอัยการศึก อีกทั้งยังขาดหลักเกณฑ์ในเรื่องของระยะเวลาใช้บังคับและการขยายเวลาใช้บังคับกฎอัยการศึก รวมถึงยังขาดหลักประกันสิทธิเสรีภาพของประชาชน และขาดการถ่วงดุลอำนาจการประกาศใช้กฎอัยการศึก ซึ่งไม่สอดคล้องกับการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์เป็นประมุข และมีปัญหาความไม่ชัดเจนของสถานะทางกฎหมายของคำประกาศใช้กฎอัยการศึกในบางกรณี ซึ่งอาจกระทบต่อประโยชน์ของประชาชนโดยรวม และโดยที่รัฐธรรมนูญฉบับนี้แห่งราชอาณาจักรไทยเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ ซึ่งบัญญัติเกี่ยวกับรูปแบบการปกครองประเทศ ความสัมพันธ์ระหว่างองค์กรต่างๆตามที่บัญญัติไว้รัฐธรรมนูญ ตลอดจนการรับรองคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน แต่ยังคงขาดส่วนสำคัญในหมวดการปกครอง และความสัมพันธ์ระหว่างองค์กรต่างๆ ตลอดจนการรับรองคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน ในสถานการณ์ที่ประเทศตกอยู่ในภาวะสงคราม จึงมีความจำเป็นที่ต้องแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ให้สอดคล้องกับการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์เป็นประมุข สำหรับกรณีที่ประเทศไทยนั้นต้องตกอยู่ในภาวะสงคราม

การทหารอากาศ คนหนึ่งคนใดก็ได้ และให้ผู้สนองรับพระบรมราชโองการนำพระบรมราชโองการดังกล่าวประกาศในราชกิจจานุเบกษาโดยทันที

มาตรา ๒๕๑ ในช่วงเวลาสงครามนายกรัฐมนตรี มีอำนาจประกาศใช้กฎอัยการศึกได้ ภายหลังจากได้รับความยินยอมจาก ประธานสภาผู้แทนราษฎร และประธานวุฒิสภา และประธานตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ และเมื่อที่ประชุมมีมติเห็นชอบที่จะต้องประกาศใช้กฎอัยการศึก ให้ประกาศใช้กฎอัยการศึกในราชกิจจานุเบกษาโดยทันที ทั้งนี้ภายหลังจากประกาศในราชกิจจานุเบกษาแล้ว ให้กฎอัยการศึคนั้นมีผลบังคับใช้ไปพลางก่อน จนกว่าสภาผู้แทนราษฎรจะมีความเห็นเป็นอย่างอื่น หรือไม่มีพิจารณาให้แล้วเสร็จตามวาระสองหรือวาระสาม แล้วแต่กรณี

ภายหลังมีการประกาศในราชกิจจานุเบกษาแล้ว ให้นายกรัฐมนตรีส่งมติที่ประชุมตามวาระหนึ่งให้สภาผู้แทนราษฎรเพื่อให้ความเห็นชอบทันที โดยให้สภาผู้แทนราษฎรพิจารณาว่า การประกาศใช้กฎอัยการศึคนั้นมีความจำเป็นถึงขนาดต้องใช้กฎอัยการศึกบริหารราชการแผ่นดินแทนกฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้องและอันเป็นอุปสรรคต่อการรบหรือไม่ และหากมีมติเห็นชอบให้ใช้กฎอัยการศึกให้กำหนดระยะเวลาการบังคับใช้กฎอัยการศึคนั้นไว้ แต่ห้ามมิให้เกิน ๑๒ วันนับแต่วันที่ประกาศในราชกิจจานุเบกษา การลงมติตามวาระนี้ต้องได้รับคะแนนเสียงเกินกึ่งหนึ่งของจำนวนสมาชิกสภาที่อยู่ในที่ประชุมในขณะนั้น

การประชุมสภาผู้แทนราษฎรตามวาระสอง ต้องพิจารณาให้แล้วเสร็จภายในกำหนดระยะเวลา ๗ วันนับแต่วันส่ง หากไม่พิจารณาให้แล้วเสร็จภายในระยะเวลาที่กำหนด หรือมีมติไม่ให้ความเห็นชอบกับการประกาศใช้กฎอัยการศึก ให้ถือว่าการใช้กฎอัยการศึคนั้นเป็นอันยุติลงทันที และให้ประกาศยุติการใช้กฎอัยการศึกในราชกิจจานุเบกษา

การขยายระยะเวลาการใช้กฎอัยการศึกเกิน ๑๒ วัน จะต้องได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภา โดยต้องได้รับคะแนนเสียงเกินกึ่งหนึ่งของจำนวนสมาชิกสภาที่อยู่ในที่ประชุมในขณะนั้น

มาตรา ๒๕๒ เมื่อประกาศใช้กฎอัยการศึกแล้ว ให้นายกรัฐมนตรีจัดตั้งสภาป้องกันประเทศขึ้นเป็นการชั่วคราวตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ ว่าด้วย การป้องกันประเทศ เพื่อประสานงานด้านทางทหาร อุตสาหกรรม และทรัพยากร เพื่อความมั่นคง และสวัสดิภาพของประเทศ

ให้สภาป้องกันประเทศมีอำนาจในการออก กฎ หรือคำสั่งใดๆ เท่าที่จำเป็น เป็นการชั่วคราวเพื่อให้การปฏิบัติงานในด้านการรบนั้นมีประสิทธิภาพ ตามที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ ว่าด้วย การป้องกันประเทศ ทั้งนี้ กฎ ข้อบังคับ ระเบียบ หรือคำสั่งใดๆ ต้องไม่เป็นการตัดสิทธิได้แย้งในศาลปกครองสูงสุด และต้องไม่กระทบถึงการดำเนินกระบวนการยุติธรรมทางแพ่งทางอาญา และทางปกครองในชั้นศาล และต้องไม่เป็นการจำกัดสิทธิพื้นฐานของประชาชน

เกินสมควร เว้นแต่เฉพาะสิทธิพื้นฐานในด้านเสรีภาพในการเคลื่อนไหว และสิทธิเสรีภาพที่มีอยู่ใน
 เขตสถานเท่านั้น ส่วนสิทธิอย่างอื่นที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้จะไม่ถูกก้าวล่วง

สถาปองกันประเทศประกอบด้วยคณะกรรมการทั้งหมดสี่คนโดยให้นายกรัฐมนตรี
 เลือกตัวแทนจากสภาผู้แทนราษฎร ตัวแทนจากกระทรวงการต่างประเทศ และตัวแทน
 กระทรวงกลาโหม และตัวแทนจากกองทัพบก กองทัพเรือ กองทัพอากาศ โดยวิธีการเลือกให้
 เป็นไปตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ ว่าด้วย การป้องกันประเทศ

มาตรา ๒๕๓ เมื่อประกาศใช้กฎอัยการศึกแล้ว บรรดาข้อความ ในพระราชบัญญัติ หรือ
 บทกฎหมายใด ๆ ซึ่งขัดกับความของกฎอัยการศึกที่ใช้บังคับก็ดี หรือเป็นการเข้าซ้อนกับความ
 ตามกฎอัยการศึกที่ใช้บังคับก็ดี หรือในเขตท้องที่ใดที่มีการบังคับใช้กฎหมายตามพระราช
 กำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. ๒๕๔๘ ก็ดี พระราชบัญญัติ การรักษาความ
 มั่นคงภายในราชอาณาจักร พ.ศ. ๒๕๕๑ ก็ดี ต้องระงับสิ้น ไป และใช้บทบัญญัติของกฎอัยการศึกที่
 ให้ใช้บังคับนั้นแทน

มาตรา ๒๕๔ ในช่วงเวลาสิ้นสุดภาวะสงคราม หรือพ้นเหตุจลาจลโดยมีอาวุธ
 พระมหากษัตริย์ทรงไว้ซึ่งพระราชอำนาจในการประกาศยุติการใช้กฎอัยการศึก ตามคำแนะนำของ
 นายกรัฐมนตรี คณะรัฐมนตรี ประธานสภาผู้แทนราษฎร ประธานวุฒิสภา ผู้บังคับบัญชาการ
 ทหารบก ผู้บังคับบัญชาการทหารเรือ ผู้บังคับบัญชาการทหารอากาศ คนใดคนหนึ่งก็ได้ ให้ผู้สนอง
 รับพระบรมราชโองการนำพระบรมราชโองการดังกล่าวประกาศในราชกิจจานุเบกษาโดยทันที

มาตรา ๒๕๕ ภายหลังจากมีการประกาศยุติการใช้กฎอัยการศึก ประชาชนผู้ได้รับภาระ
 มากกว่าปัจเจกชนทั่วไปอันเกิดจากการใช้กฎอัยการศึก มีสิทธินำคดีมาฟ้องต่อศาลปกครองได้ตาม
 มาตรา ๘ (๓) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครอง และวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ โดย
 ให้เริ่มนับอายุความทันทีภายหลังประกาศพระบรมราชโองการให้ยุติการใช้กฎอัยการศึกในราช
 กิจจานุเบกษา

มาตรา ๒๕๖ ให้มีการพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ ว่าด้วย การป้องกันประเทศ

มาตรา ๒๕๗ การจัดทำร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ ว่าด้วย การป้องกัน
 ประเทศ ให้เป็นไปตาม มาตรา ๑๓๑ และ ๑๓๒ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช
 ๒๕๖๐ ”



บรรณานุกรม

บรรณานุกรม

ภาษาไทย

เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์. หลักพื้นฐาน กฎหมายมหาชน. พิมพ์ครั้งที่ 5.

กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2562.

“ข้อเท็จจริง (รอบโลก) และมายาคติ เรื่อง “กฏอัยการศึก.”

<https://prachatai.com/journal/2007/09/14252>, 4 กุมภาพันธ์ 2563.

จรัญ โฆษณานันท์. นิติปรัชญา. พิมพ์ครั้งที่ 13. กรุงเทพมหานคร : มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2547.

จุลเดช จิตถวิล. “เหตุจำเป็นในการประกาศใช้กฏอัยการศึกตามพระราชบัญญัติ กฏอัยการศึก พระพุทธศักราช 2457.” สารนิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยศรี ปทุม, 2561.

ชาญชัย แสวงศักดิ์. “หลักนิติธรรม” และ “หลักนิติรัฐ” ความเข้าใจที่ไม่ตรงกันและผลที่มีต่อ องค์การตุลาการ. หลักสูตรหลักนิติธรรมเพื่อประชาธิปไตย รุ่นที่ 4. กรุงเทพมหานคร : ศาลรัฐธรรมนูญ, 2559.

ณัฐวุฒิพล สกฤตเมฆา. “วิวัฒนาการของระบอบการเมืองการปกครองของสหพันธ์ สาธารณรัฐ เยอรมนีศึกษาจากรัฐธรรมนูญเยอรมัน ตั้งแต่รัฐธรรมนูญฉบับปี ค.ศ. 1849 ถึง รัฐธรรมนูญฉบับ ค.ศ. 1949.” <http://www.krisdika.go.th/data/activity/act267.pdf>, 15 เมษายน 2564.

ดุสิต ชมจินดา. “บทวิเคราะห์ว่าด้วยกฎหมายการรักษาความมั่นคงภายในราชอาณาจักร.”

วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553.

เดชา มหาเสนา. “การนำหลักความรับผิดชอบโดยปราศจากความผิด มาใช้ในการพิจารณาคดี ปกครอง.” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2559

บรรเจิด สิงคะเนติ. หลักกฎหมายมหาชน หลักนิติรัฐ/นิติธรรม ในฐานะเกณฑ์จำกัดอำนาจรัฐ.

พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2561.

บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. กฎหมายมหาชน เล่ม 4. กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2560.

ปวีศร เลิศธรรมเทวี. “ระบอบการปกครอง ระบบกฎหมายและรัฐธรรมนูญของประเทศอังกฤษ บ่อเกิดแห่งกฎหมายประเพณีทางรัฐธรรมนูญ.” รัฐสภาสาร. กรุงเทพมหานคร :

รัฐสภา, 2561.

- ภูมิพิศม์ ช้างโต. “ปัญหาการบังคับใช้กฎหมายเพื่อการจัดการมูลฝอยติดเชื้อ.” วิทยานิพนธ์
มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยศรีปทุม, 2559.
- มอริซ แครนสตัน. ปรัชญาการเมือง. พิมพ์ครั้งที่ 4. กรุงเทพมหานคร : สยามปริทัศน์, 2562.
- ยุติธรรม ปัทมะ. “การควบคุมและตรวจสอบการใช้อำนาจของฝ่ายปกครอง.” บทความ
ทางวิชาการ. กรุงเทพมหานคร : สำนักงานเลขาธิการวุฒิสภา, 2557
- วรเจตน์ ภาคีรัตน์. หลักการตีความกฎหมายมหาชน. กรุงเทพมหานคร : ศาลรัฐธรรมนูญ, 2551.
- วรเจตน์ ภาคีรัตน์. “การใช้และการตีความกฎหมายมหาชน.” จลนิตี. กรุงเทพมหานคร : วุฒิสภา,
2555.
- วรเจตน์ ภาคีรัตน์. “หลักนิติรัฐและหลักนิติธรรม.” จลนิตี. กรุงเทพมหานคร : วุฒิสภา, 2555
- วรชัย แส่นสิระ. จุดต่างแห่งอำนาจ ตาม พ.ร.บ. กฎอัยการศึกฯ พ.ร.ก. การบริหารราชการ
ในสถานการณ์ฉุกเฉินฯ และ พ.ร.บ. การรักษาความมั่นคงภายในราชอาณาจักร.
จลนิตี. กรุงเทพมหานคร : วุฒิสภา, 2553.
- วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. ข้อความคิดและหลักการพื้นฐานบางประการของกฎหมายปกครอง.
พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2562.
- วสันต์ ชมภูศรี. “การบังคับใช้พระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ.
2548กับการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน.” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะ
นิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2559.
- วสันต์ เหลืองประภัสร์. การรวมศูนย์อำนาจ และการกระจายอำนาจกับการบริหารราชการ
แผ่นดินไทย : การทบทวนแนวคิด ข้อถกเถียง และข้อพิจารณาเพื่อการปฏิรูป.
กรุงเทพมหานคร : สถาบันพระปกเกล้า, 2559.
- วิญญูฐา แสงสุข. ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร :
มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2553.
- วิษณุ เครืองาม. หลักการตีความกฎหมายมหาชน. กรุงเทพมหานคร : ศาลรัฐธรรมนูญ, 2551.
- สมเกียรติ วันทะนะ. การสร้างระบอบประชาธิปไตยของอังกฤษ ฝรั่งเศส และเยอรมนี.
รัฐศาสตร์สาร. กรุงเทพมหานคร : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2559.
- สมยศ เชื้อไทย. นิติปรัชญา. พิมพ์ครั้งที่ 11. กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2550.
- สมฤดี รัชญูสิริ, “คดีล้มล้างงานพิเศษ,” [http://admincourt.go.th/ADMINCOURT/
upload/webcms/Academic/Academic_200218_090242.pdf](http://admincourt.go.th/ADMINCOURT/upload/webcms/Academic/Academic_200218_090242.pdf), 6ตุลาคม 2563.

แสวง บุญเฉลิมวิภาส. ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย. พิมพ์ครั้งที่ 19. กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2563.

อักษราทร จุฬารัตน. การตีความกฎหมาย. กรุงเทพมหานคร : กฎหมายไทย, 2542.

อุษณีย์ เอ็มศิรินันท์. “กฎหมายว่าด้วยเสรีภาพในการชุมนุมสาธารณะ และการประท้วงในสาธารณรัฐฝรั่งเศส.” นิติสังคมศาสตร์. เชียงใหม่ : มหาวิทยาลัยเชียงใหม่, 2557.

เอกบุญ วงศ์สวัสดิ์กุล. นิติรัฐนิติธรรม กับ เทศกาลบ้านเมืองในสถานการณ์ไม่ปกติในระบอบฝรั่งเศส. กรุงเทพมหานคร : ศาลรัฐธรรมนูญ, 2559.

ภาษาต่างประเทศ

A. V. DICEY. INTRODUCTION TO THE STUDY OF THE LAW OF THE CONSTITUTION. London : Macmillan, 1915.

Doris Mary Stenton. “Magna Carta.” *Encyclopedia Britannica*

<https://global.britannica.com/topic/Magna-Carta>, 11 June. 2020.

Harold M. Bowman. “Martial Law and the English Constitution.” *Michigan Law Review*.

Ann Arbor : Michigan University, 1916.

J. V. Capua. “The Early History of Martial Law in England from the Fourteenth Century to the Petition of Right.” *The Cambridge Law Journal*. England : Cambridge University, 2021.

Niccolo Machiavelli. The Prince. Reprinted 11. London : J.M. Dent & Sons Ltd., 1938.

Nicholas Vincent. “Magna Carta Translation.” *National Archives and Records Administration*.

<https://www.archives.gov/files/press/press-kits/magnacarta/magna-carta-translation.pdf>, 11 January 2020.



ภาคผนวก

พระราชบัญญัติ
กฏอัยการศึก
พระพุทธศักราช ๒๕๕๗

พระราชปรารภ

มีพระบรมราชโองการในพระบาทสมเด็จพระปรเมนทรมหาอานันทมหิดล พระอัฐมรามาธิบดินทร พระมหากษัตริย์ไทย เจ้าอยู่หัว ดำรัสเหนือเกล้าฯ ให้ประกาศทราบทั่วกันว่า กฏอัยการศึกซึ่งได้ตราเป็นพระราชบัญญัติไว้ ตั้งแต่ พ.ศ. ๒๕๕๐ (ร.ศ. ๑๒๖) นั้น อำนาจเจ้าพนักงานฝ่ายทหารที่จะกระทำการใด ๆ ยังหาตรงกับ ระเบียบพิชัยสงคราม อันต้องการของความเรียบร้อยปราศจากภัย ซึ่งจะมีมาจากภายนอก หรือ เกิดขึ้นภายในได้โดยสะดวกไม่ บัดนี้สมควรแก้ไขกฏอัยการศึกและเปลี่ยนแปลงให้เหมาะกับกาล สมัย จึงทรงพระกรุณาโปรดเกล้าฯ ให้ยกเลิกกฏอัยการศึก พ.ศ. ๒๕๕๐ (ร.ศ. ๑๒๖) นั้นเสีย และให้ ใช้กฏอัยการศึกซึ่งได้ตราเป็นพระราชบัญญัติขึ้นใหม่ ดังต่อไปนี้

นามพระราชบัญญัติ

มาตรา ๑ พระราชบัญญัตินี้ ให้เรียกว่า “กฏอัยการศึก พ.ศ. ๒๕๕๗”

ใช้พระราชบัญญัติที่ใดเมื่อใดต้องประกาศ

มาตรา ๒ เมื่อเวลามีเหตุอันจำเป็นเพื่อรักษาความเรียบร้อยปราศจากภัย ซึ่งจะมีมาจาก ภายนอกหรือภายในราชอาณาจักรแล้ว จะได้มีประกาศพระบรมราชโองการให้ใช้กฏอัยการศึกทุก มาตราหรือแต่บางมาตรา หรือข้อความส่วนใดส่วนหนึ่งของมาตรา ตลอดจนการกำหนดเงื่อนไข แห่งการใช้บทบัญญัตินั้นบังคับในส่วนหนึ่งส่วนใดของราชอาณาจักรหรือตลอดทั่วราชอาณาจักร และถ้าได้ประกาศใช้เมื่อใด หรือ ณ ที่ใดแล้ว บรรดาข้อความในพระราชบัญญัติหรือบทกฎหมายใด ๆ ซึ่งขัดกับความของกฏอัยการศึกที่ให้อำนาจบังคับต้องระงับ และใช้บทบัญญัติของกฏอัยการศึกที่ให้อำนาจบังคับนั้นแทน

ลักษณะประกาศ

มาตรา ๓ ถ้าไม่ได้ประกาศใช้กฎอัยการศึกทั่วพระราชอาณาจักร ในประกาศนั้นจะได้แสดงให้ปรากฏว่า มณฑลใด ตำบลใด หรือเขตใดใช้กฎอัยการศึก

ผู้มีอำนาจใช้กฎอัยการศึก

มาตรา ๔ เมื่อมีสงครามหรือจลาจลขึ้น ณ แห่งใดให้ผู้บังคับบัญชาทหาร ณ ที่นั้น ซึ่งมีกำลังอยู่ได้บังคับไม่น้อยกว่าหนึ่งกองพัน หรือเป็นผู้บังคับบัญชาในป้อมหรือที่มั่นอย่างใด ๆ ของทหารมีอำนาจประกาศใช้กฎอัยการศึก เฉพาะในเขตอำนาจหน้าที่ของกองทหารนั้นได้ แต่จะต้องรีบรายงานให้รัฐบาลทราบโดยเร็วที่สุด

เมื่อเลิกต้องประกาศ

มาตรา ๕ การที่จะเลิกใช้กฎอัยการศึกแห่งใดนั้น จะเป็นไปได้ต้องมีประกาศกระแสพระบรมราชโองการเสมอ

อำนาจทหารเมื่อประกาศใช้กฎอัยการศึก

มาตรา ๖ ในเขตที่ประกาศใช้กฎอัยการศึก ให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายทหารมีอำนาจเหนือเจ้าหน้าที่ฝ่ายพลเรือนในส่วนที่เกี่ยวกับการยุทธ การระงับปราบปราม หรือการรักษาความสงบเรียบร้อย และเจ้าหน้าที่ฝ่ายพลเรือนต้องปฏิบัติตามความต้องการของเจ้าหน้าที่ฝ่ายทหาร

อำนาจศาลทหาร และอำนาจศาลพลเรือน เมื่อประกาศใช้กฎอัยการศึก

มาตรา ๗ ในเขตที่ประกาศใช้กฎอัยการศึก ศาลพลเรือนคงมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีได้อย่างปกติ เว้นแต่คดีที่อยู่ในอำนาจของศาลอาญาศึก และผู้มีอำนาจประกาศใช้กฎอัยการศึกมีอำนาจประกาศให้ศาลทหารพิจารณาพิพากษาคดีอาญาซึ่งการกระทำผิดเกิดขึ้นในเขตที่ประกาศใช้กฎอัยการศึกและในระหว่างที่ใช้กฎอัยการศึกตามที่ระบุไว้ในบัญชีต่อท้ายพระราชบัญญัตินี้ทุกข้อหรือแต่บางข้อ และหรือบางส่วนของข้อใดข้อหนึ่งได้ ทั้งมีอำนาจในการแก้ไขเพิ่มเติม หรือยกเลิกประกาศดังกล่าวนี้ด้วย

ประกาศให้ศาลทหารมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีตามความในวรรคแรก ให้มีผลบังคับเฉพาะคดีที่
การกระทำผิดเกิดขึ้นตั้งแต่วันที่ระบุนิวไว้ในประกาศ วันเวลาที่ระบุนั้นจะเป็นวันที่ออก
ประกาศนั้นหรือภายหลังก็ได้ ประกาศเช่นนี้ให้โฆษณาในราชกิจจานุเบกษาด้วย
นอกจากกรณีดังกล่าวแล้ว ถ้าคดีอาญาใดที่เกิดขึ้นในเขตที่ประกาศใช้กฎอัยการศึกมีเหตุพิเศษ
เกี่ยวกับความมั่นคงของประเทศ หรือความสงบเรียบร้อยของประชาชน ผู้บัญชาการทหารสูงสุดจะ
สั่งให้พิจารณาพิพากษาคดีอาญานั้นในศาลทหารก็ได้

มาตรา ๗ ทวิ ประกาศให้ศาลทหารมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีอาญาตามความใน
มาตรา ๗ นั้น จะให้ศาลทหารในทุกท้องที่หรือแต่บางท้องที่มีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีอาญา
ตามที่กล่าวในมาตรานั้นเท่ากันหรือน้อยกว่ากันก็ได้

มาตรา ๗ ตรี เมื่อได้เลิกใช้กฎอัยการศึกแล้ว ให้ศาลทหารคงมีอำนาจพิจารณาพิพากษา
คดีอาญาที่ยังคงค้างอยู่ในศาลนั้น และให้มีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีอาญาที่ยังมิได้ฟ้องร้องใน
ระหว่างเวลาที่ใช้กฎอัยการศึคนั้นด้วย

เจ้าหน้าที่ฝ่ายทหารมีอำนาจ

มาตรา ๘ เมื่อประกาศใช้กฎอัยการศึกในตำบลใด, เมืองใด, มณฑลใด, เจ้าหน้าที่ฝ่าย
ทหารมีอำนาจเต็มที่จะตรวจค้น, ที่จะเกณฑ์, ที่จะห้าม, ที่จะยึด, ที่จะเข้าอาศัย, ที่จะทำลายหรือ
เปลี่ยนแปลงสถานที่, และที่จะจับได้

การตรวจค้น

มาตรา ๕ การตรวจค้นนั้น ให้มีอำนาจที่จะตรวจค้น ดังต่อไปนี้

(๑) ที่จะตรวจ ค้น บรรดาสิ่งซึ่งจะเกณฑ์ หรือต้องห้าม หรือต้องยึด หรือจะต้อง เข้า
อาศัย หรือมีไว้ในครอบครองโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ทั้งมีอำนาจที่จะตรวจค้นได้ไม่ว่าที่ตัวบุคคล
ในยานพาหนะ เลหะสถาน สิ่งปลูกสร้าง หรือที่ใด ๆ และไม่ว่าเวลาใด ๆ ทั้งสิ้น

(๒) ที่จะตรวจข่าวสาร จดหมาย โทรเลข หีบ ห่อ หรือสิ่งอื่นใดที่ส่งหรือมีไปมาถึงกัน
ในเขตที่ประกาศใช้กฎอัยการศึก

(๓) ที่จะตรวจหนังสือ สิ่งพิมพ์ หนังสือพิมพ์ ภาพโฆษณา บทหรือคำประพันธ์

การเกณฑ์

มาตรา ๑๐ การเกณฑ์นั้น ให้มีอำนาจที่จะเกณฑ์ได้ดังนี้

- (๑) ที่จะเกณฑ์พลเมืองให้ช่วยกำลังทหารในกิจการ ซึ่งเนื่องในการป้องกันพระราชอาณาจักร หรือช่วยเหลือเกื้อหนุนราชการทหารทุกอย่างทุกประการ
- (๒) ที่จะเกณฑ์ขุดยาน, สัตว์พาหนะ, เสบียงอาหาร, เครื่องศาสตราวุธ, และเครื่องมือเครื่องใช้ต่าง ๆ จากบุคคลหรือบริษัทใด ๆ ซึ่งราชการทหารจะต้องใช้เป็นกำลังในเวลานั้นทุกอย่าง

การห้าม

มาตรา ๑๑ การห้ามนั้น ให้มีอำนาจที่จะห้ามได้ดังนี้

- (๑) ที่จะห้ามมิให้ชุมนุมกัน
- (๒) ที่จะห้ามออก จำหน่าย จ่ายหรือแจก ซึ่งหนังสือ สิ่งพิมพ์ หนังสือพิมพ์ ภาพบทหรือคำประพันธ์
- (๓) ที่จะห้ามโฆษณา แสดงมหรสพ รับหรือส่งซึ่งวิทยุ วิทยุกระจายเสียง หรือวิทยุโทรทัศน์
- (๔) ที่จะห้ามใช้ทางสาธารณะเพื่อการจราจรไม่ว่าจะเป็นทางบก ทางน้ำ หรือทางอากาศ รวมถึงทางรถไฟและทางรถรางที่มีรถเดินด้วย
- (๕) ที่จะห้ามมิหรือใช้เครื่องมือสื่อสารหรืออาวุธ เครื่องอุปกรณ์ของอาวุธ และเคมีภัณฑ์หรือสิ่งอื่นใดที่มีคุณสมบัติทำให้เกิดอันตรายแก่บุคคล สัตว์ พืช หรือทรัพย์สิน หรือที่อาจนำไปใช้ทำเป็นเคมีภัณฑ์ หรือสิ่งอื่นใดที่มีคุณสมบัติดังกล่าวได้
- (๖) ที่จะห้ามบุคคลออกนอกเคหสถานภายในระหว่างระยะเวลาที่กำหนด
- (๗) ที่จะห้ามบุคคลเข้าไปหรืออาศัยอยู่ในเขตท้องที่ใดซึ่งเจ้าหน้าที่ฝ่ายทหารเห็นว่าเป็นการจำเป็นเพื่อการยุทธ การระงับปราบปราม หรือการรักษาความสงบเรียบร้อยและเมื่อได้ประกาศห้ามเมื่อใดแล้ว ให้ผู้ซึ่งอาศัยอยู่ในเขตนั้นออกไปจากเขตนั้นภายในกำหนดเวลาที่ได้ประกาศกำหนด
- (๘) ที่จะห้ามบุคคลกระทำหรือมีซึ่งกิจการหรือสิ่งอื่นใดได้ตามที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงกลาโหมได้กำหนดไว้ว่าควรต้องห้ามในเวลาที่ได้มีการประกาศใช้กฎอัยการศึก

การยึด

มาตรา ๑๒ บรรดาสิ่งซึ่งกล่าวไว้ในมาตรา ๕ มาตรา ๑๐ และมาตรา ๑๑ นั้น ถ้าเจ้าหน้าที่ฝ่ายทหารเห็นเป็นการจำเป็น จะยึดไว้ชั่วคราวเพื่อมิให้เป็นประโยชน์แก่ราชศัตรู หรือเพื่อเป็นประโยชน์แก่ราชการทหาร ก็มีอำนาจยึดได้

การเข้าอาศัย

มาตรา ๑๓ อำนาจการเข้าพักอาศัยนั้น คือ ที่อาศัยใด ๆ ซึ่งราชการทหารเห็นจำเป็นจะใช้เป็นประโยชน์ในราชการทหารแล้ว มีอำนาจอาศัยได้ทุกแห่ง

การทำลายหรือเปลี่ยนแปลงสถานที่

มาตรา ๑๔ การทำลายหรือเปลี่ยนแปลงสถานที่นั้น ให้มีอำนาจกระทำดังนี้

(๑) ถ้าแม้การสงครามหรือรบผู้เป็นรองราชศัตรู มีอำนาจที่จะเผาบ้าน และสิ่งซึ่งเห็นว่าจะเป็นกำลังแก่ราชศัตรู เมื่อกรมกองทหารถอยไปแล้ว หรือถ้าแม้ว่าสิ่งใด ๆ อยู่ในที่ซึ่งกีดกับการสู้รบก็ทำลายได้ทั้งสิ้น

(๒) มีอำนาจที่จะสร้างที่มั่น หรือตัดแปลงภูมิประเทศหรือหมู่บ้าน เมือง สำหรับการต่อสู้ราชศัตรู หรือเตรียมการป้องกันรักษา ตามความเห็นชอบของเจ้าหน้าที่ฝ่ายทหารได้ทุกอย่าง

การขับไล่

มาตรา ๑๕ ถ้ามีผู้หนึ่งผู้ใด ซึ่งไม่มีภูมิลำเนาอาศัยเป็นหลักฐาน หรือเป็นผู้มาอาศัยในตำบลนั้นชั่วคราว เมื่อมีความสงสัยอย่างหนึ่งอย่างใดหรือจำเป็นแล้ว มีอำนาจที่จะขับไล่ผู้นั้นให้ออกไปจากเมืองหรือตำบลนั้นได้

มาตรา ๑๕ ทวิ ในกรณีที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายทหารมีเหตุอันควรสงสัยว่าบุคคลใดจะเป็นราชศัตรูหรือ ได้ฝ่าฝืนตอบทัญญูติของพระราชบัญญัตินี้ หรือต่อคำสั่งของเจ้าหน้าที่ฝ่ายทหารให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายทหารมีอำนาจกักตัวบุคคลนั้นไว้เพื่อการสอบถามหรือตามความจำเป็นของทางราชการทหารได้ แต่ต้องกักไว้ไม่เกินกว่า ๗ วัน

ร้องขอค่าเสียหายหรือค่าปรับจากเจ้าหน้าที่ฝ่ายทหารไม่ได้

มาตรา ๑๖ ความเสียหายซึ่งอาจบังเกิดขึ้นอย่างหนึ่งอย่างใด ในเรื่องอำนาจของเจ้าหน้าที่ฝ่ายทหาร ตามที่ได้กล่าวมาแล้วในมาตรา ๘ และมาตรา ๑๕ บุคคลหรือบริษัทใด ๆ จะร้องขอค่าเสียหายหรือค่าปรับอย่างหนึ่งอย่างใด แก่เจ้าหน้าที่ฝ่ายทหาร ไม่ได้เลย เพราะอำนาจทั้งปวงที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายทหารได้ปฏิบัติและดำเนินการตามกฎหมายการศึกนี้ เป็นการสำหรับป้องกันพระมหากษัตริย์ ชาติ ศาสนา ด้วยกำลังทหารให้ดำรงคงอยู่ในความเจริญรุ่งเรืองเป็นอิสรภาพ และสงบเรียบร้อยปราศจากราชศัตรูภายนอกและภายใน

มอบอำนาจให้เจ้ากระทรวง

มาตรา ๑๗ ในเวลาปรกติสงบศึก เจ้ากระทรวงซึ่งบังคับบัญชาทหารมีอำนาจตรากฎเสนาบดีขึ้นสำหรับบรรยายข้อความ เพื่อให้มีความสะดวก และเรียบร้อยในเวลาที่จะใช้กฎหมายการศึกได้ตามสมควร ส่วนในเวลาสงครามหรือจลาจล แม่ทัพใหญ่หรือแม่ทัพรองมีอำนาจออกข้อบังคับบรรยายความเพิ่มเติมให้การดำเนินไปตามความประสงค์ของกฎหมายการศึกนี้ และเมื่อได้ประกาศกฎเสนาบดี หรือข้อบังคับของแม่ทัพในทางราชการแล้ว ให้ถือว่าเป็นส่วนหนึ่งของพระราชบัญญัตินี้

ประกาศมา ณ วันที่ ๒๗ สิงหาคม พระพุทธศักราช ๒๔๕๗ เป็นวันที่ ๑๓๘๖ ในรัชกาลปัจจุบันนี้

บัญชีต่อท้าย

ก. คดีที่เกี่ยวข้องกับตัวบุคคลบางจำพวก

๑. คดีที่ตำรวจกระทำความผิดในขณะที่ปฏิบัติหน้าที่ราชการสนาม
๒. คดีที่บุคคลพลเรือนสังกัดในราชการทหารเป็นผู้ถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิด ไม่ว่าจะเกี่ยวกับหน้าที่ราชการหรือไม่ และไม่ว่าจะได้กระทำความผิดในที่ใด ๆ ในเขตที่ใช้กฎอัยการศึก
๓. คดีที่บุคคลใด ๆ เป็นผู้ถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดร่วมกับบุคคลที่อยู่ในอำนาจศาลทหาร หรือร่วมกับบุคคลดังกล่าวใน ๑. หรือ ๒. ไม่ว่าจะเป็นตัวการหรือผู้สนับสนุน
๔. คดีที่บุคคลที่อยู่ในอำนาจศาลทหารเป็นผู้ถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดร่วมกับบุคคลที่มีได้อยู่ในอำนาจศาลทหาร ไม่ว่าจะเป็นตัวการหรือผู้สนับสนุน

ข. คดีที่เกี่ยวข้องกับความผิดบางอย่าง

๑. ความผิดตามประมวลกฎหมายอาญาทหาร
๒. คดีที่มีข้อกล่าวหาว่ากระทำความผิดเกี่ยวกับทรัพย์สินสำหรับใช้ในราชการทหารแห่งกองทัพไทย หรือกองทัพพันธมิตรแห่งประเทศไทย หรือความผิดเกี่ยวกับชีวิตและร่างกายทหารไทยหรือทหารพันธมิตรแห่งประเทศไทย ในขณะที่กระทำการตามหน้าที่ หรือเพราะเหตุที่กระทำการตามหน้าที่
 ๓. ความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา ดังต่อไปนี้
 - (๑) ความผิดต่อองค์พระมหากษัตริย์ พระราชินี รัชทายาท และผู้สำเร็จราชการแทนพระองค์ ตั้งแต่มาตรา ๑๐๗ ถึงมาตรา ๑๑๒
 - (๒) ความผิดต่อความมั่นคงของรัฐภายในราชอาณาจักร ตั้งแต่มาตรา ๑๑๓ ถึงมาตรา ๑๑๘
 - (๓) ความผิดต่อความมั่นคงของรัฐภายนอกราชอาณาจักร ตั้งแต่มาตรา ๑๑๙ ถึงมาตรา ๑๒๕
 - (๔) ความผิดต่อสัมพันธไมตรีกับต่างประเทศ ตั้งแต่มาตรา ๑๓๐ ถึงมาตรา ๑๓๕
 - (๕) ความผิดต่อเจ้าพนักงาน ตามมาตรา ๑๓๗ เฉพาะที่เกี่ยวกับราชการทหาร มาตรา ๑๓๖ มาตรา ๑๓๘ ถึงมาตรา ๑๔๒ มาตรา ๑๔๕ และมาตรา ๑๔๖

(๖) ความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ราชการ ตั้งแต่มาตรา ๑๔๗ ถึงมาตรา ๑๕๔
มาตรา ๑๕๗ ถึงมาตรา ๑๖๕

(๗) ความผิดต่อเจ้าพนักงานในการยุติธรรม ตามมาตรา ๑๗๒ เฉพาะที่เกี่ยวกับ
ราชการทหาร มาตรา ๑๗๐ มาตรา ๑๗๑ มาตรา ๑๗๕ ถึงมาตรา ๑๘๕ มาตรา ๑๘๕ มาตรา ๑๘๓
มาตรา ๑๘๗ และมาตรา ๑๘๘ เฉพาะเมื่อศาลนั้นเป็นศาลทหาร

(๘) ความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ในการยุติธรรม ตามมาตรา ๒๐๑ และมาตรา ๒๐๒

(๙) ความผิดเกี่ยวกับความสงบสุขของประชาชน ตั้งแต่มาตรา ๒๐๕ ถึงมาตรา ๒๑๖

(๑๐) ความผิดเกี่ยวกับการก่อให้เกิดภัยอันตรายต่อประชาชนตั้งแต่มาตรา ๒๑๗ ถึง
มาตรา ๒๒๔ มาตรา ๒๒๖ มาตรา ๒๒๘ ถึงมาตรา ๒๓๒ มาตรา ๒๓๔ มาตรา ๒๓๕ มาตรา
๒๓๗ และมาตรา ๒๓๘

(๑๑) ความผิดเกี่ยวกับดวงตรา แสตมป์ และตั๋ว ตั้งแต่มาตรา ๒๕๐ ถึงมาตรา ๒๕๓
เฉพาะที่เกี่ยวกับราชการทหาร

(๑๒) ความผิดเกี่ยวกับเอกสาร ตั้งแต่มาตรา ๒๖๕ ถึงมาตรา ๒๖๘ เฉพาะที่เกี่ยวกับ
ราชการทหาร

(๑๓) ความผิดเกี่ยวกับทรัพย์สิน ตามมาตรา ๓๓๖ มาตรา ๓๓๕ และมาตรา ๓๔๐

๔. ความผิดตามกฎหมายว่าด้วยการเกณฑ์พลเมืองอุดหนุนราชการทหาร

๕. ความผิดตามกฎหมายว่าด้วยเขตปลอดภัยในราชการทหาร

๖. ความผิดตามกฎหมายว่าด้วยเครื่องแบบทหาร

๗. ความผิดตามพระราชบัญญัติรับราชการทหาร พ.ศ. ๒๔๕๗ ตั้งแต่มาตรา ๔๕ ถึง
มาตรา ๔๕

๘. ความผิดตามกฎหมายว่าด้วยฝิ่น

๙. ความผิดตามกฎหมายว่าด้วยยาเสพติดให้โทษ

๑๐. ความผิดตามกฎหมายว่าด้วยการป้องกันการกระทำอันเป็นคอมมิวนิสต์

	ประวัติผู้เขียน
ชื่อ-สกุล	นายพีรธรรม มั่งพล
ประวัติการศึกษา	พ.ศ. 2543 นิติศาสตร์บัณฑิต มหาวิทยาลัยรามคำแหง พ.ศ. 2544 หลักสูตรวิชาว่าความ สำนักฝึกอบรมวิชาว่าความแห่งสภานายความ พ.ศ. 2546 เนติบัณฑิตไทย สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา พ.ศ. 2562 หลักสูตรอบรมความรู้ทางด้านกฎหมาย ปกครองชั้นสูงตามมาตรฐานที่ก.สป.รับรอง รุ่น 1 มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์
ตำแหน่ง และสถานที่ทำงานปัจจุบัน	ทนายความประจำแผนกคดีปกครอง สำนักกฎหมาย สุภากร ไตรเทพ

ประวัติผู้เขียน

ชื่อ-สกุล

นายพีรธรรม มั่งพล

ประวัติการศึกษา

พ.ศ. 2543 นิติศาสตร์บัณฑิต

มหาวิทยาลัยรามคำแหง

พ.ศ. 2544 หลักสูตรวิชาว่าความ

สำนักฝึกอบรมวิชาว่าความแห่งสภานายความ

พ.ศ. 2546 เนติบัณฑิตไทย

สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา

พ.ศ. 2562 หลักสูตรอบรมความรู้ทางด้านกฎหมาย

ปกครองชั้นสูงตามมาตรฐานที่ก.ศป.รับรอง รุ่น 1

มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์

ตำแหน่ง และสถานที่ทำงานปัจจุบัน

ทนายความประจำแผนกคดีปกครอง

สำนักกฎหมาย ฐากร ไตรเทพ