

บทที่ 5

บทวิเคราะห์ปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของ พระราชบัญญัติกฏอัยการศึก พระพุทธศักราช 2457

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ผู้ศึกษาได้ทำการศึกษาปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของพระราชบัญญัติกฏอัยการศึก พระพุทธศักราช 2457 ซึ่งเป็นกฎหมายความมั่นคงของประเทศไทยที่ให้อำนาจพิเศษแก่เจ้าหน้าที่ฝ่ายทหาร เมื่อมีเหตุอันจำเป็น สงคราม หรือจลาจล ที่ไม่สามารถใช้อำนาจตามกฎหมายปกติเข้าแก้ไขสถานการณ์วิกฤติร้ายแรงได้อย่างมีประสิทธิภาพหรือทันทั่วถึง กฏอัยการศึก พ.ศ. 2457 ซึ่งเป็นกฎหมายที่มีลักษณะพิเศษและแตกต่างจากกฎหมายทั่วไป ผู้ศึกษาจึงได้ทำการศึกษารณการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ฝ่ายทหารและข้อยกเว้นความรับผิดชอบ ซึ่งอาจมีปัญหามุ่งในทางกฎหมายเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ อันเนื่องจากบทบัญญัติบางส่วนอาจขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 รวมทั้งทำการศึกษาปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการประกาศใช้กฏอัยการศึก ปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ฝ่ายทหารตามกฎหมาย กฏอัยการศึก ปัญหาเกี่ยวกับการควบคุมการใช้อำนาจในการประกาศและการใช้อำนาจตามกฎหมาย กฏอัยการศึก ปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของการยกเว้นความรับผิดชอบของเจ้าหน้าที่ฝ่ายทหารตามกฎหมาย กฏอัยการศึก ปัญหาเกี่ยวกับการเยียวยาความเสียหายที่เกิดจากการใช้กฏอัยการศึก ปัญหาเกี่ยวกับความเป็นไปได้และความเหมาะสมในการปรับปรุงพระราชบัญญัติกฏอัยการศึก พระพุทธศักราช 2457 ให้มีความเหมาะสมและมีความชัดเจนยิ่งขึ้น โดยมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

5.1 ปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการประกาศใช้กฏอัยการศึก

รัฐธรรมนูญ (Constitution) เป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ (Supreme Law of the Land) ซึ่งกำหนดกฏเกณฑ์ในการควบคุมการใช้อำนาจรัฐ และเป็นหลักประกันในการคุ้มครองสิทธิ (Right) และเสรีภาพ (Liberty) ให้แก่ประชาชน หากบทบัญญัติใดของกฎหมาย กฏ ข้อบังคับ หรือการกระทำใดของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญแล้ว บทบัญญัติ คำสั่ง หรือ

การกระทำนั้นก็ย่อมไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ และไม่อาจนำมาใช้บังคับได้ตามกฎหมาย¹ ซึ่งเป็นไปตาม “หลักความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ (Le Principe de Constitutionnalité)”²

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มีบทบัญญัติที่คุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนไว้หลายประการ และนอกจากที่รัฐธรรมนูญได้บัญญัติคุ้มครองไว้เป็นการเฉพาะแล้ว การอันใดที่ไม่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายห้ามไว้ บุคคลก็มีสิทธิและเสรีภาพที่จะทำการเหล่านั้นได้ ตราบเท่าที่การใช้สิทธิและเสรีภาพนั้น ไม่ละเมิดต่อสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลอื่น รวมทั้งจะต้องไม่กระทบหรือเป็นอันตรายต่อความมั่นคงของรัฐ หรือความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน³ อย่างไรก็ตาม รัฐธรรมนูญมีบทบัญญัติที่กำหนดให้รัฐมีอำนาจในการตรากฎหมายที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลได้ตามเงื่อนไขที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ⁴ ทั้งนี้ เพื่อให้กฎหมายเป็นเครื่องมือที่จะใช้ในการรักษาเอกราช อธิปไตย ความมั่นคงของประเทศ ความสงบเรียบร้อย ประโยชน์สาธารณะ และศีลธรรมอันดีของประชาชน อันเป็นประโยชน์ส่วนรวมของประชาชน

การคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน เป็นหลักการสำคัญที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ได้บัญญัติไว้ โดยถือว่าการจำกัดสิทธิและเสรีภาพเป็นข้อยกเว้น การที่รัฐจะตรากฎหมายที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลจะต้องเป็นไปตามเงื่อนไขที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ และในกรณีที่รัฐธรรมนูญมิได้บัญญัติเงื่อนไขไว้ กฎหมายที่รัฐตราขึ้นนั้นจะต้องไม่ขัดต่อหลักนิติธรรม ไม่เป็นการเพิ่มภาระหรือเป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนเกินสมควรแก่เหตุ และจะกระทบต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของบุคคลมิได้ รวมทั้งจะต้องระบุดังเหตุผลและความจำเป็นในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพนั้น และกฎหมายที่รัฐตราขึ้นนั้นจะต้องมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป โดยจะต้องไม่มีวัตถุประสงค์เพื่อใช้บังคับแก่กรณีหรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะ

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มีบทบัญญัติที่กำหนดเงื่อนไขแห่งการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนไว้หลายประการ โดยให้รัฐมีอำนาจตรากฎหมายเพื่อจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของประชาชนได้ตามความจำเป็น อย่างไรก็ตาม วิทยานิพนธ์นี้จะกล่าวถึงเฉพาะกรณีที่รัฐอาจตรากฎหมายที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคล ซึ่งสัมพันธ์เกี่ยวข้องกับกฎอัยการศึก ประกอบด้วยกฎหมายดังต่อไปนี้

¹ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560. มาตรา 5 วรรคหนึ่ง.

² เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์. (2556). *หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชน*. กรุงเทพฯ: วชิรชน. หน้า 20.

³ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560. มาตรา 25 วรรคหนึ่ง.

⁴ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560. มาตรา 26 วรรคหนึ่ง.

1) หมายความว่าด้วยการจับ การคุมขัง การค้นตัว หรือการกระทำที่กระทบต่อสิทธิเสรีภาพในชีวิตและร่างกายของบุคคล⁵

2) หมายความว่าด้วยการเกณฑ์แรงงานที่บัญญัติขึ้นโดยมีเจตนารมณ์เพื่อป้องกันภัยพิบัติสาธารณะ หรือในขณะที่มีการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉิน หรือมีการประกาศใช้กฎอัยการศึก หรือในขณะที่ประเทศอยู่ในภาวะสงครามหรือการรบ⁶

3) หมายความว่าด้วยข้อมูลส่วนบุคคลที่มีผลเป็นการละเมิดหรือกระทบต่อสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัว เกียรติยศ ชื่อเสียง และครอบครัว ซึ่งบัญญัติขึ้นเพียงเท่าที่จำเป็น โดยมีเจตนารมณ์เพื่อประโยชน์สาธารณะ⁷

4) หมายความว่าด้วยการค้นเคหสถาน หรือที่รโหฐาน หรือการเข้าไปในเคหสถาน โดยไม่ได้รับความยินยอมจากผู้ครอบครอง⁸

5) หมายความว่าความมั่นคงของรัฐ ที่มีผลเป็นการจำกัดเสรีภาพของบุคคลในการแสดงความคิดเห็น การพูด การเขียน การพิมพ์ การโฆษณา และการสื่อความหมายโดยวิธีอื่น ซึ่งบัญญัติขึ้นเฉพาะเพื่อรักษาความมั่นคงของรัฐ รักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของบุคคลอื่น หรือเพื่อป้องกันสุขภาพของประชาชน⁹

6) หมายความว่าความมั่นคงของรัฐ ที่ให้อำนาจเจ้าหน้าที่ของรัฐในระหว่างเวลาที่ประเทศอยู่ในภาวะสงคราม เจ้าหน้าที่ของรัฐมีอำนาจกระทำการตรวจข่าวสารหรือข้อความใด ๆ ก่อนนำไปโฆษณาในหนังสือพิมพ์ วิทยุ โทรทัศน์ หรือสื่อใด ๆ ซึ่งผู้ประกอบวิชาชีพสื่อมวลชนจัดทำขึ้น¹⁰

7) หมายความว่าให้อำนาจเจ้าหน้าที่ของรัฐในการตรวจ กัก เปิดเผยข้อมูลที่บุคคลมีถึงกัน หรือกระทำการใด ๆ เพื่อให้รู้ถึงข้อมูลที่บุคคลมีถึงกัน¹¹

8) หมายความว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินของบุคคล รัฐมีอำนาจในการตรากฎหมายเพื่อกำหนดขอบเขตแห่งสิทธิและจำกัดสิทธิในทรัพย์สินของบุคคล¹²

9) หมายความว่าด้วยการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ รัฐมีอำนาจในการตรากฎหมายเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ได้เพียงเท่าที่จำเป็นต้องใช้ เพื่อการสาธารณูปโภค การป้องกันประเทศ การได้มา

⁵ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560. มาตรา 28 วรรคสอง และวรรคสาม.

⁶ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560. มาตรา 30.

⁷ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560. มาตรา 32.

⁸ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560. มาตรา 33.

⁹ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560. มาตรา 34 วรรคหนึ่ง.

¹⁰ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560. มาตรา 35 วรรคสาม.

¹¹ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560. มาตรา 36 วรรคสอง.

¹² รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560. มาตรา 37 วรรคหนึ่ง และวรรคสอง.

ซึ่งทรัพยากรธรรมชาติ หรือเพื่อประโยชน์สาธารณะอื่นใด กฎหมายที่ตราขึ้นต้องระบุวัตถุประสงค์แห่งการเวนคืนและระยะเวลาที่จะต้องใช้อสังหาริมทรัพย์นั้นให้ชัดเจน โดยรัฐต้องชดเชยค่าทดแทนที่เป็นธรรมภายในเวลาอันควรแก่ผู้ที่ได้รับผลกระทบจากการเวนคืนนั้น และหากรัฐไม่ใช้อสังหาริมทรัพย์ที่เวนคืนภายในระยะเวลาที่กฎหมายกำหนดไว้ หรือมีอสังหาริมทรัพย์ที่เวนคืนเหลือจากการใช้ประโยชน์ และเจ้าของอสังหาริมทรัพย์เดิมหรือทายาทประสงค์ที่จะได้อสังหาริมทรัพย์นั้นคืน ให้รัฐคืนแก่เจ้าของเดิมหรือทายาทตามที่กฎหมายบัญญัติไว้¹³

10) กฎหมายที่ให้อำนาจรัฐจำกัดเสรีภาพของบุคคลในการเดินทางและการเลือกถิ่นที่อยู่ ซึ่งบัญญัติขึ้นเพื่อความมั่นคงของรัฐ ความสงบเรียบร้อยหรือสวัสดิภาพของประชาชน หรือเพื่อรักษาสถานภาพครอบครัว หรือเพื่อสวัสดิภาพของผู้เยาว์ หรือกฎหมายว่าด้วยการผังเมือง¹⁴

11) กฎหมายที่ให้อำนาจรัฐจำกัดเสรีภาพของบุคคลในการชุมนุมโดยสงบและปราศจากอาวุธ ซึ่งบัญญัติขึ้นเพื่อรักษาความมั่นคงของรัฐ ความปลอดภัยสาธารณะ ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือเพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของบุคคลอื่น¹⁵

การจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลนั้น สามารถกระทำได้ในกรณีที่รัฐธรรมนุญได้บัญญัติให้การรับรองสิทธิเสรีภาพไว้อย่างเป็นทางการ เช่น การเกณฑ์แรงงานเมื่อมีการประกาศใช้กฎอัยการศึก หรือการรับรองสิทธิเสรีภาพภายใต้บังคับแห่งกฎหมาย เช่น เสรีภาพในการเดินทางในระหว่างประกาศใช้กฎอัยการศึก เป็นต้น

จากการศึกษาพบว่าพระราชบัญญัติกฎอัยการศึก พระพุทธศักราช 2457 ตราขึ้นโดยมีเจตนารมณ์เพื่อใช้ในการรักษาความสงบเรียบร้อยและความมั่นคงของประเทศเมื่อเวลาที่มีเหตุจำเป็นสงคราม หรือจลาจล อันเป็นสถานการณ์ไม่ปกติซึ่งกฎหมายธรรมดาอาจไม่สามารถนำมาใช้ในการแก้ไขสถานการณ์ได้อย่างมีประสิทธิภาพหรือทันทั่วถึง ซึ่งสอดคล้องกับ “ทฤษฎีว่าด้วยสถานการณ์ไม่ปกติ (Les circonstances exceptionnelles)”¹⁶ ที่ยินยอมให้เจ้าหน้าที่ของรัฐใช้อำนาจพิเศษได้ชั่วคราวเมื่อเกิดสถานการณ์ที่มีเหตุวิกฤติร้ายแรง (Etat de siège) หรือมีภาวะฉุกเฉิน (Etat d’urgence) ซึ่งกระทบต่อความมั่นคงของรัฐ โดยผ่อนปรนหรือผ่อนคลายนกกฎหมายการใช้อำนาจตามกฎหมายปกติ ดังนั้น พระราชบัญญัติกฎอัยการศึก พระพุทธศักราช 2457 จึงมีบทบัญญัติที่ให้อำนาจแก่เจ้าหน้าที่ฝ่ายทหารสามารถใช้อำนาจในรูปแบบพิเศษ ก็เพื่อใช้แก้ไขสถานการณ์วิกฤติร้ายแรงให้กลับสู่สภาวะปกติได้โดยเร็วและทันต่อสถานการณ์ที่เกิดขึ้น ซึ่งเป็นไปตามที่กำหนดให้

¹³ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560. มาตรา 37 วรรคสาม-วรรคหก.

¹⁴ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560. มาตรา 38.

¹⁵ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560. มาตรา 44 วรรคสอง.

¹⁶ เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 2. หน้า 26-27.

รัฐมีอำนาจในการตรากฎหมายที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลได้ตามเงื่อนไขที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ ซึ่งรวมถึงอำนาจในการเกณฑ์และอำนาจในการห้าม ซึ่งมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

พระราชบัญญัติกฎอัยการศึก พระพุทธศักราช 2457 มาตรา 10 มีบทบัญญัติให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายทหารมีอำนาจเต็มในการที่จะเกณฑ์พลเมืองและเกณฑ์ทรัพย์สินของบุคคลหรือนิติบุคคลได้เมื่อมีการประกาศใช้กฎอัยการศึก ซึ่งการเกณฑ์พลเมืองหรือการเกณฑ์ทรัพย์สินตามบทบัญญัติของกฎอัยการศึกย่อมที่จะกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของบุคคล ทั้งนี้ บทบัญญัติมาตรา 10 แห่งพระราชบัญญัติกฎอัยการศึก พระพุทธศักราช 2457 ได้บัญญัติไว้ดังนี้

“มาตรา 10 การเกณฑ์นั้นให้มีอำนาจที่จะเกณฑ์ได้ดังนี้

1) ที่จะเกณฑ์พลเมืองให้ช่วยกำลังทหารในกิจการ ซึ่งเนื่องในการป้องกันพระราชอาณาจักร หรือช่วยเหลือเกื้อหนุนราชการทหารทุกอย่างทุกประการ

2) ที่จะเกณฑ์ยวดยาน สัตว์พาหนะ เสบียงอาหาร เครื่องศาสตราวุธ แลเครื่องมือเครื่องใช้ต่าง ๆ จากบุคคลหรือบริษัทใด ๆ ซึ่งราชการทหารจะต้องใช้เป็นกำลังในเวลานั้นทุกอย่าง”

เมื่อได้มีการประกาศใช้กฎอัยการศึกแล้ว หากเจ้าหน้าที่ฝ่ายทหารใช้อำนาจ ในการเกณฑ์ตามบทบัญญัติมาตรา 10 ของพระราชบัญญัติกฎอัยการศึก พระพุทธศักราช 2457 ก็ย่อมที่จะกระทบต่อสิทธิของบุคคลหรือนิติบุคคลที่ถูกเกณฑ์ตามบทบัญญัติของการเกณฑ์ตามกฎอัยการศึก แบ่งออกเป็น 2 ประเภท ดังนี้

ประเภทที่หนึ่ง “การเกณฑ์พลเมือง” ได้แก่ การเกณฑ์แรงงานจากบุคคลซึ่งเป็นพลเมืองของประเทศ เพื่อช่วยงานเจ้าหน้าที่ฝ่ายทหารในการป้องกันประเทศ และช่วยเหลือราชการทหารในกิจการอย่างอื่นตามคำสั่งของเจ้าหน้าที่ฝ่ายทหารทุกอย่างทุกประการ

ประเภทที่สอง “การเกณฑ์ทรัพย์สิน” ได้แก่ การเกณฑ์พาหนะ เช่น รถ เรือ เครื่องบิน การเกณฑ์สัตว์พาหนะ เช่น ช้าง ม้า การเกณฑ์เสบียงอาหาร อาวุธ รวมทั้งเครื่องมือ อุปกรณ์ และเครื่องต่าง ๆ ทุกชนิด ตามคำสั่งของเจ้าหน้าที่ฝ่ายทหารทุกอย่าง

ซึ่งจากการที่ผู้ศึกษาได้ทำการศึกษาบทบัญญัติมาตรา 10 ของพระราชบัญญัติกฎอัยการศึก พระพุทธศักราช 2457 กับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 พบว่ารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มีบทบัญญัติให้ความคุ้มครองสิทธิของบุคคลในเรื่องการเกณฑ์แรงงานไว้ โดยมีเงื่อนไขให้รัฐมีอำนาจในการเกณฑ์แรงงานของบุคคลได้ในกรณีที่ได้มีการประกาศใช้กฎอัยการศึก ซึ่งรัฐธรรมนูญได้บัญญัติไว้ดังนี้ “มาตรา 30 การเกณฑ์แรงงานจะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ตราขึ้นเพื่อป้องกันภัยพิบัติสาธารณะหรือในขณะที่มีการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉิน หรือประกาศใช้กฎอัยการศึก หรือในระหว่างที่

ประเทศอยู่ในภาวะสงครามหรือการรบ” ดังนั้น บทบัญญัติของพระราชบัญญัติกฏอัยการศึก พระพุทธศักราช 2457 มาตรา 10 (1) ในส่วนที่บัญญัติให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายทหารมีอำนาจที่จะเกณฑ์แรงงานหรือพลเมืองในขณะที่มีการประกาศใช้กฏอัยการศึกนั้น จึงเป็นบทบัญญัติที่ไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ

การเกณฑ์ทรัพย์สินของบุคคลตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 36 วรรคหนึ่ง ได้บัญญัติคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินของบุคคลไว้ว่า “บุคคลย่อมมีสิทธิในทรัพย์สินและการสืบมรดก” และบัญญัติถึงขอบเขตแห่งสิทธิและการจำกัดสิทธิไว้ในวรรคสองว่า “ขอบเขตแห่งสิทธิและการจำกัดสิทธิเช่นว่านี้ ให้เป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติ” โดยไม่มีบทบัญญัติที่เป็นข้อยกเว้นให้รัฐใช้อำนาจในการเกณฑ์ทรัพย์สินของบุคคลเมื่อมีการประกาศใช้กฏอัยการศึกดังเช่นที่บัญญัติให้รัฐมีอำนาจในการเกณฑ์แรงงาน แต่หากพิจารณาถึงเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญมาตรา 37 วรรคสามและวรรคสี่ ที่บัญญัติให้รัฐมีอำนาจในการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ได้เท่าที่จำเป็น โดยอาศัยอำนาจตามกฎหมายที่ตราขึ้นเพื่อการป้องกันประเทศหรือกฎหมายที่ตราขึ้นเพื่อประโยชน์สาธารณะอย่างอื่น เห็นได้ว่าการเกณฑ์ทรัพย์สินในระหว่างที่มีการประกาศใช้กฏอัยการศึกนั้น เป็นการใช้อำนาจตามกฎหมายที่ตราขึ้นเพื่อการป้องกันประเทศ ดังนั้น บทบัญญัติของพระราชบัญญัติกฏอัยการศึก พระพุทธศักราช 2457 มาตรา 10 (2) ในส่วนที่ว่าด้วยการเกณฑ์ทรัพย์สิน จึงไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ

อย่างไรก็ตาม ในการเกณฑ์แรงงานและทรัพย์สินเมื่อมีการประกาศใช้กฏอัยการศึก เจ้าหน้าที่ฝ่ายทหารจะต้องดำเนินการตามพระราชบัญญัติการเกณฑ์ช่วยราชการทหาร พ.ศ. 2530¹⁷ ซึ่งจะต้องกระทำเพียงเท่าที่จำเป็น โดยคำนึงถึงประโยชน์สาธารณะและผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของบุคคลตามหลักความได้สัดส่วน (Principle of Proportionality)

พระราชบัญญัติกฏอัยการศึก พระพุทธศักราช 2457 มาตรา 11 มีบทบัญญัติให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายทหารมีอำนาจเต็มที่จะห้ามบุคคลมิให้กระทำการต่าง ๆ ได้หลายประการ เมื่อมีการประกาศใช้กฏอัยการศึก การห้ามตามบทบัญญัตินี้ดังกล่าวกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของบุคคล ทั้งนี้ มาตรา 11 แห่งพระราชบัญญัติกฏอัยการศึก พระพุทธศักราช 2457 ได้บัญญัติไว้ดังนี้

“มาตรา 11 การห้ามนั้น ให้มีอำนาจที่จะห้ามได้ดังนี้

- 1) ที่จะห้ามมั่วสุมประชุมกัน
- 2) ที่จะห้ามออก จำหน่าย จ่ายหรือแจก ซึ่งหนังสือ สิ่งพิมพ์ หนังสือพิมพ์ ภาพบท หรือคำประพันธ์

¹⁷ เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 2. หน้า 39-40.

- 3) ที่จะห้ามโฆษณา แสดงมหรสพ รับหรือส่งวิทยุ วิทยุกระจายเสียง หรือวิทยุโทรทัศน์
- 4) ที่จะห้ามใช้ทางสาธารณะเพื่อการจราจรไม่ว่าจะเป็นทางบก ทางน้ำ หรือทางอากาศ รวมถึงทางรถไฟและทางรถรางที่มีรถเดินด้วย
- 5) ที่จะห้ามมิหรือใช้เครื่องมือสื่อสารหรืออาวุธ เครื่องอุปกรณ์ของอาวุธ และเคมีภัณฑ์ หรือสิ่งอื่นใดที่มีคุณสมบัติทำให้เกิดอันตรายแก่บุคคล สัตว์ พืช หรือทรัพย์สิน หรือที่อาจนำไปใช้ทำเป็นเคมีภัณฑ์ หรือสิ่งอื่นใดที่มีคุณสมบัติดังกล่าวได้
- 6) ที่จะห้ามบุคคลออกนอกเคหะสถานในระหว่างระยะเวลาที่กำหนด
- 7) ที่จะห้ามบุคคลเข้าไปหรืออยู่อาศัยในเขตท้องที่ใดซึ่งเจ้าหน้าที่ฝ่ายทหารเห็นว่าเป็นการจำเป็นเพื่อการยุทธ การระงับปราบปราม หรือการรักษาความสงบเรียบร้อยและเมื่อได้ประกาศห้ามเมื่อใดแล้ว ให้ผู้ซึ่งอาศัยอยู่ในเขตนั้นออกไปจากเขตนั้นภายในกำหนดเวลาที่ได้ประกาศกำหนด
- 8) ที่จะห้ามบุคคลกระทำการ หรือมิซึ่งกิจการ หรือสิ่งอื่นใดได้ตามที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงกลาโหมได้กำหนดไว้ว่าควรต้องห้ามในเวลาที่ได้มีการประกาศใช้กฎอัยการศึก”

ซึ่งจากที่ผู้ศึกษาได้ทำการศึกษาบทบัญญัติมาตรา 11 ของพระราชบัญญัติกฎอัยการศึก พระพุทธศักราช 2457 ในส่วนที่ว่าด้วย “การห้าม” กับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 พบว่ารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มีบทบัญญัติที่กำหนดให้รัฐมีอำนาจตรากฎหมายขึ้นเพื่อจำกัดสิทธิเสรีภาพของบุคคลได้บางประการ โดยให้นำบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ตราขึ้นเพื่อประโยชน์สาธารณะหรือเพื่อรักษาความมั่นคงของรัฐมาใช้บังคับได้ ซึ่งในการประกาศใช้กฎอัยการศึกนั้น เป็นการรักษาความมั่นคงและความสงบเรียบร้อยของประเทศ ดังนั้น บทบัญญัติของกฎอัยการศึกที่ให้อำนาจเจ้าหน้าที่ฝ่ายทหารในการห้ามมั่วสุม ประชุมกัน ห้ามออก จำหน่าย จ่ายหรือแจก หนังสือ สิ่งพิมพ์ ภาพบทหรือคำประพันธ์ ห้ามโฆษณา ห้ามแสดงมหรสพ ห้ามรับหรือส่งวิทยุ วิทยุกระจายเสียง หรือวิทยุโทรทัศน์ ห้ามใช้ทางสาธารณะ ห้ามมิหรือใช้เครื่องมือสื่อสารหรืออาวุธ เครื่องอุปกรณ์ของอาวุธและเคมีภัณฑ์ ห้ามบุคคลออกนอกเคหะสถานในระหว่างระยะเวลาที่กำหนด ห้ามบุคคลเข้าไปหรืออยู่อาศัยในพื้นที่ที่ได้ประกาศกำหนด จึงมีผลใช้บังคับได้โดยไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ

การใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ฝ่ายทหารในการที่จะห้าม ในระหว่างที่มีการประกาศใช้กฎอัยการศึก นอกจากพระราชบัญญัติกฎอัยการศึก พระพุทธศักราช 2457 ของประเทศไทยแล้ว “กฎอัยการศึก (L' état de siege)” ของสาธารณรัฐฝรั่งเศส (French Republic) มีบทบัญญัติที่ให้

เจ้าหน้าที่ฝ่ายทหารมีอำนาจสั่งห้ามการพิมพ์และสั่งห้ามการชุมนุมที่อาจก่อให้เกิดการขู่หรือความไม่สงบเรียบร้อย¹⁸ และในกรณีที่มีการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินตามรัฐธรรมนูญที่ว่าด้วยสถานการณ์ฉุกเฉิน ค.ศ. 1955 เจ้าหน้าที่ฝ่ายพลเรือนมีอำนาจสั่งห้ามการชุมนุม ห้ามออกจากเคหะสถาน ห้ามใช้ทางสัญจร และห้ามเข้าไปในพื้นที่ที่กำหนด¹⁹

5.2 ปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ฝ่ายทหารตามกฎอัยการศึก

พระราชบัญญัติกฎอัยการศึก พระพุทธศักราช 2457 เป็นกฎหมายมหาชนที่มีลักษณะพิเศษ โดยในภาวะปกติกฎอัยการศึกจะไม่มีผลบังคับใช้ เมื่อใดที่มีการประกาศใช้กฎอัยการศึก เจ้าหน้าที่ฝ่ายทหารจะมีอำนาจในการที่จะใช้ดุลพินิจ (Discretionary Power) ได้อย่างเต็มที่มากยิ่งขึ้นเมื่อเผชิญกับสถานการณ์ต่าง ๆ ตามที่บัญญัติไว้ในกฎอัยการศึก ซึ่งในการใช้อำนาจตามกฎหมายปกติกฎอัยการศึกได้ผ่อนปรนหรือผ่อนคลายนวทศวรรษของกฎหมายปกติตามหลักแห่งความจำเป็น (Principle of Necessity) เพื่อให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายทหารสามารถใช้อำนาจพิเศษในการแก้ไขสถานการณ์วิกฤติร้ายแรงให้กลับสู่สภาวะปกติได้โดยเร็วและทันต่อสถานการณ์ที่เกิดขึ้น ทั้งนี้ เพื่อให้บรรลุจุดมุ่งหมายในการรักษาความเรียบร้อยและความมั่นคงของประเทศ แต่หากเจ้าหน้าที่ฝ่ายทหารใช้อำนาจตามบทบัญญัติของกฎอัยการศึกได้โดยไม่จำกัด หรือกระทำการที่ไม่สมควรแก่เหตุ หรือใช้อำนาจเกินกว่ากรณีจำเป็นหรือกระทำการโดยไม่สุจริต หรือใช้อำนาจตามอำเภอใจ หรือกระทำการโดยไม่ได้คำนึงถึงหลักแห่งความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ (Principle of Proportionality in the Narrow Sense) ที่จะต้องพิจารณาถึงผลกระทบที่จะเกิดขึ้นต่อประชาชนกับประโยชน์สาธารณะที่ได้รับแล้ว ก็ย่อมที่จะก่อให้เกิดความเสียหายแก่ประชาชนเป็นอันมาก และอาจทำให้ประเทศไทยมีลักษณะเช่นเดียวกับ “รัฐตำรวจ (Police State)”²⁰ ดังนั้น จึงมีความจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องกฎหมายจะต้องกำหนดกลไกในการควบคุมการใช้อำนาจรัฐของเจ้าหน้าที่ฝ่ายทหาร เพื่อเป็นหลักประกันในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพให้กับประชาชน

หลักการใช้อำนาจในสถานการณ์ไม่ปกติตามทฤษฎีว่าด้วยสถานการณ์ไม่ปกติ (Les circonstances exceptionnelles)²¹ เป็นแนวความคิดที่ยินยอมให้รัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐใช้อำนาจเป็นกรณีพิเศษได้เพียงชั่วคราวตามความจำเป็นของสถานการณ์ที่เกิดขึ้น ตามหลักความ

¹⁸ Code de la défense. Article L 2121 - 7. (Fr.)

¹⁹ เกียรติกร เจริญธนาวัฒน์. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 2. หน้า 58-59.

²⁰ เรื่องเดียวกัน, หน้า 43-45.

²¹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 26-27.

จำเป็นข้อมเป็นกฎหมาย (Nécessité fait loi)²² โดยผ่อนคลายการควบคุมการใช้อำนาจตามกฎหมายปกติ อย่างไรก็ตาม การใช้อำนาจรัฐในสถานการณ์ไม่ปกติจะต้องมีกลไกในการควบคุมการใช้อำนาจและและในการใช้อำนาจนั้นจะต้องอยู่ภายใต้การตรวจสอบโดยศาล เพื่อพิจารณาตรวจสอบว่าได้มีสถานการณ์ไม่ปกติซึ่งมีความจำเป็นต้องใช้กฎหมายพิเศษจริงหรือไม่ และมาตรการที่เจ้าหน้าที่ของรัฐนำมาใช้นั้นสมควรแก่เหตุหรือไม่ รวมทั้งได้มีการเยียวยาบุคคลที่ได้รับความเสียหายจากกระทำของเจ้าหน้าที่ของรัฐอย่างเหมาะสมหรือไม่ เพื่อตรวจสอบและถ่วงดุลโดยอำนาจฝ่ายตุลาการตามหลักการแบ่งแยกอำนาจ (Separation of Powers)²³ อันเป็นการควบคุมการใช้อำนาจรัฐในสถานการณ์ไม่ปกติโดยการนำหลักความได้สัดส่วน (Principle of Proportionality) มาใช้ในการพิจารณาตรวจสอบ

เมื่อมีการประกาศใช้กฎอัยการศึกแล้ว เจ้าหน้าที่ฝ่ายทหารมีอำนาจตามมาตรา 6 แห่งพระราชบัญญัติกฎอัยการศึก พระพุทธศักราช 2457 ที่บัญญัติให้ในเขตพื้นที่ประกาศใช้กฎอัยการศึกให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายทหารมีอำนาจเหนือเจ้าหน้าที่ฝ่ายพลเรือนในส่วนที่เกี่ยวกับการยุทธ การระงับปราบปราม หรือการรักษาความสงบเรียบร้อย โดยเจ้าหน้าที่ฝ่ายพลเรือนจะต้อง “ปฏิบัติตามความต้องการของเจ้าหน้าที่ฝ่ายทหาร” บทบัญญัติดังกล่าว ได้ให้อำนาจเจ้าหน้าที่ฝ่ายทหารกำหนดความต้องการให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายพลเรือนจะต้องปฏิบัติตาม โดยไม่มีหลักเกณฑ์หรือกลไกในการควบคุมการใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ฝ่ายทหาร ดังนั้น จำเป็นที่จะต้องมีมาตรการหรือกลไกในการควบคุมการใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ฝ่ายทหาร เพื่อเป็นการป้องกันไม่ให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายทหารใช้ดุลพินิจในการกำหนดความต้องการที่เกินสมควรแก่เหตุหรือตามอำเภอใจ

การควบคุมการใช้ดุลพินิจในการตรวจค้น การเกณฑ์ การห้าม การยึด การเข้าอาศัย การทำลายหรือเปลี่ยนแปลงสถานที่ การจับได้ และการกักตัวบุคคล ตามบทบัญญัติมาตรา 8 มาตรา 9 มาตรา 10 มาตรา 11 มาตรา 12 มาตรา 13 มาตรา 14 มาตรา 15 และมาตรา 15 ทวิ แห่งพระราชบัญญัติ กฎอัยการศึก พระพุทธศักราช 2457 ซึ่งบัญญัติให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายทหารมีอำนาจเต็มในการตรวจค้นบุคคล ยานพาหนะ เคหะสถาน สิ่งปลูกสร้าง หรือที่ใด ๆ และเวลาใด ๆ ตรวจข้าวสาร จดหมาย หีบ ห่อ หรือสิ่งอื่นใด ในเขตที่มีการประกาศใช้กฎอัยการศึก ตรวจหนังสือสิ่งพิมพ์ หนังสือพิมพ์ ภาพโฆษณา บทหรือคำประพันธ์ มีอำนาจที่จะเกณฑ์พลเมือง ยวดยาน สัตว์พาหนะ เสบียงอาหาร เครื่องสาตราวุธ และเครื่องมือเครื่องใช้ต่าง ๆ มีอำนาจที่จะห้ามมั่วสุมประชุมกัน ห้ามออก จำหน่าย จำยหรือแจก ซึ่งหนังสือ สิ่งพิมพ์ หนังสือพิมพ์ ภาพบทหรือบทประพันธ์ ห้ามโฆษณา แสดงมหรสพ รับหรือส่งวิทยุ วิทยุกระจายเสียง หรือวิทยุโทรทัศน์ ห้ามใช้ทาง

²² เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 2. หน้า 27-28.

²³ มานิตย์ จุมปา. (2557). *หลักกฎหมายรัฐธรรมนูญ*. กรุงเทพฯ: นิติธรรม. หน้า 28-31.

สาธารณะทางบก ทางน้ำ และทางอากาศ ห้ามมีหรือใช้เครื่องมือสื่อสาร อาวุธ เครื่องอุปกรณ์ของ อาวุธ เคมีภัณฑ์ หรือสิ่งที่มีคุณสมบัติทำให้เกิดอันตรายแก่บุคคล สัตว์ พืช หรือทรัพย์สิน ห้ามบุคคลออกนอกเคหะสถานในระหว่างเวลาที่กำหนด ห้ามบุคคลเข้าไปหรืออาศัยอยู่ในพื้นที่ที่กำหนด มีอำนาจที่จะยึดบรรดาสິงต่าง ๆ อำนาจที่จะเข้าอาศัยในที่ใด ๆ มีอำนาจเผาและทำลายสิ่งซึ่ง เห็นว่าจะเป็นการก่อกองกำลังแก่ราชศัตรู มีอำนาจเปลี่ยนแปลงสถานที่ สร้างที่มั่น หรือคัดแปลงภูมิประเทศ สำหรับการต่อสู้หรือเตรียมการป้องกัน มีอำนาจที่จะขับไล่บุคคลให้ออกไปจากพื้นที่ มีอำนาจกักตัวบุคคลซึ่งเจ้าหน้าที่ฝ่ายทหารสงสัยว่าเป็นราชศัตรู หรือบุคคลซึ่งฝ่าฝืนประกาศกฏอัยการศึก หรือ บุคคลที่ฝ่าฝืนต่อคำสั่งเจ้าหน้าที่ฝ่ายทหาร และมีอำนาจกักตัวบุคคลตามความจำเป็นของทาง ราชการทหารได้ไม่เกิน 7 วัน

บทบัญญัติของพระราชบัญญัติกฏอัยการศึก พระพุทธศักราช 2457 ดังกล่าว ได้ให้อำนาจ เต็มแก่เจ้าหน้าที่ฝ่ายทหารที่จะใช้ดุลพินิจในการตรวจค้น การเกณฑ์ การห้าม การยึด การเข้าอาศัย การทำลายหรือเปลี่ยนแปลงสถานที่ การขับไล่ และการกักตัวบุคคล โดยไม่มีหลักเกณฑ์หรือกลไก ในการควบคุมการใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ฝ่ายทหาร ดังนั้น จึงจำเป็นที่จะต้องมีการหรือ กลไกในการควบคุมการใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ฝ่ายทหาร²⁴ เพื่อป้องกันไม่ให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายทหาร ใช้อำนาจกระทำการโดยไม่สมควรแก่เหตุหรือเกินกว่ากรณีจำเป็น หรือใช้อำนาจโดยไม่สุจริต หรือ ใช้อำนาจตามอำเภอใจ

จากการศึกษาการควบคุมการใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ฝ่ายทหารของสาธารณรัฐฝรั่งเศส (French Republic) เมื่อมีการประกาศใช้กฏอัยการศึกแล้ว ศาลปกครองของสาธารณรัฐฝรั่งเศส เป็นองค์กรที่มีอำนาจในการควบคุมและตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมาย รวมทั้งการใช้ดุลพินิจ ของเจ้าหน้าที่ฝ่ายทหาร อย่างไรก็ตาม ศาลปกครองของสาธารณรัฐฝรั่งเศสจะลดระดับความเข้มข้น ในการตรวจสอบจากภาวะปกติ โดยจะทำการตรวจสอบในกรณีที่มีการใช้อำนาจที่เกินสมควรแก่ เหตุอย่างร้ายแรง²⁵

การควบคุมการใช้อำนาจในสถานการณ์ไม่ปกติของสหราชอาณาจักร (United Kingdom) ซึ่งใช้ระบบกฎหมายจารีตประเพณี (Common Law System) ได้นำหลักความได้สัดส่วน (Principle of Proportionality) มาใช้ในการควบคุมการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ฝ่ายทหาร ในระหว่างที่มีการ ประกาศพระบรมราชโองการให้ใช้มาตรการทางทหาร เพื่อการรักษาความสงบเรียบร้อยของ ประเทศในสถานการณ์ที่เป็นภัยร้ายแรงและกระทบต่อความมั่นคง²⁶

²⁴ มานิตย์ จุมปา. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 23. หน้า 16.

²⁵ เรื่องเดียวกัน, หน้า 59-60.

²⁶ เรื่องเดียวกัน, หน้า 60-62.

ผลจากการศึกษาวิจัยพระราชบัญญัติกฏอัยการศึก พระพุทธศักราช 2457 พบว่าไม่มีบทบัญญัติที่จะเป็นกลไกในการควบคุมการใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ฝ่ายทหารให้ปฏิบัติหน้าที่ตามหลักความได้สัดส่วน (Principle of Proportionality) และไม่มีหลักเกณฑ์ที่กำหนดให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายทหารจะต้องพิจารณาเลือกกระทำหรือไม่กระทำอย่างหนึ่งอย่างใด หรือหลายอย่างตามอำนาจแห่งกฏอัยการศึก ไม่ควบคุมให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายทหารจะต้องคำนึงถึงความเหมาะสมเพื่อให้บรรลุเป้าหมายตามหลักแห่งความสัมฤทธิ์ผล (Principle of Appropriateness) หรือหลักแห่งความเหมาะสม (Principle of Suitability) รวมทั้งไม่มีบทบัญญัติที่กำหนดมาตรการให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายทหารจะต้องปฏิบัติหน้าที่ตามระดับความรุนแรงของสถานการณ์ที่เกิดขึ้นตามหลักแห่งความจำเป็น (Principle of Necessity) แต่อย่างใด ในการควบคุมการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ฝ่ายทหารตามบทบัญญัติแห่งกฏอัยการศึก ศาลปกครองยังคงมีอำนาจในการควบคุมและตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครองซึ่งกระทำขึ้นโดยเจ้าหน้าที่ฝ่ายทหาร เพื่อป้องกันไม่ให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายทหารใช้อำนาจกระทำการโดยไม่สมควรแก่เหตุหรือเกินกว่ากรณีจำเป็น หรือใช้อำนาจตามอำเภอใจ หรือใช้อำนาจโดยไม่สุจริต อย่างไรก็ตาม หากมีการปรับปรุงพระราชบัญญัติกฏอัยการศึก พระพุทธศักราช 2457 แล้ว ควรกำหนดให้มีกลไกในการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายก่อนการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ฝ่ายทหารตามกฏอัยการศึก

5.3 ปัญหาเกี่ยวกับการควบคุมการใช้อำนาจในการประกาศและการใช้อำนาจตามกฏอัยการศึก

พระราชบัญญัติกฏอัยการศึก พระพุทธศักราช 2457 มีบทบัญญัติที่ให้อำนาจแก่เจ้าหน้าที่ฝ่ายทหารที่มีกำลังอยู่ใต้บังคับบัญชาไม่น้อยกว่าหนึ่งกองพัน หรือเป็นผู้บังคับบัญชาทหารในป้อมหรือที่มั่นอย่างใด ๆ ของทหาร มีอำนาจประกาศใช้กฏอัยการศึกในเขตอำนาจหน้าที่ของกองทหารนั้น ได้ในกรณีที่มีสงครามหรือจลาจลเกิดขึ้น โดยบัญญัติไว้ดังนี้

“มาตรา 4 เมื่อมีสงครามหรือจลาจลขึ้น ณ แห่งใด ให้ผู้บังคับบัญชาทหาร ณ ที่นั้นซึ่งมีกำลังอยู่ใต้บังคับไม่น้อยกว่าหนึ่งกองพัน หรือเป็นผู้บังคับบัญชาในป้อมหรือที่มั่นอย่างใด ๆ ของทหาร มีอำนาจประกาศใช้กฏอัยการศึก เฉพาะในเขตอำนาจหน้าที่ของกองทหารนั้นได้ แต่จะต้องรีบรายงานให้รัฐบาลทราบโดยเร็วที่สุด”

บทบัญญัติของกฏอัยการศึกมาตราดังกล่าวนี้ เป็นบทบัญญัติที่ให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายทหารมีอำนาจดุลพินิจ (Discretionary Power) ในการพิจารณาว่าเหตุอย่างใด คือ “สงคราม” และเหตุอย่างใดเป็นเหตุ “จลาจล” และเหตุจลาจลนั้นจะต้องมีความรุนแรงหรือมีความร้ายแรงเพียงใด จึงจะต้องประกาศใช้กฏอัยการศึก ทั้งนี้ ในการเผชิญกับสถานการณ์ที่ไม่อาจแน่ใจได้ว่าเป็นสงครามหรือไม่

หากผู้บังคับบัญชาทหารประกาศใช้กฎอัยการศึกแล้ว ก็ย่อมจะเป็นปัญหาในทางกฎหมายต่อไปว่า ผู้บังคับบัญชาทหารเป็นผู้มีอำนาจในการรับรองว่าสถานการณ์ที่เกิดขึ้นนั้น คือ “สงคราม” หรือไม่ เนื่องจากรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 177 วรรคหนึ่ง บัญญัติไว้ว่า “พระมหากษัตริย์ทรงไว้ซึ่งพระราชอำนาจในการประกาศสงครามเมื่อได้รับความเห็นชอบของรัฐสภา” และในกรณีที่มีการจลาจลเกิดขึ้น ผู้บังคับบัญชาทหารจะประกาศใช้กฎอัยการศึกเมื่อใด เนื่องจากมีกฎหมายอื่นที่อาจนำมาใช้ในการระงับปราบปรามหรือควบคุมสถานการณ์ได้ เช่น ประมวลกฎหมายอาญา พระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548 และ พระราชบัญญัติการรักษาความมั่นคงภายในราชอาณาจักร พ.ศ. 2551 เป็นต้น

การใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ฝ่ายทหารในการตัดสินใจเลือกที่จะประกาศใช้กฎอัยการศึกหรือไม่ โดยที่ไม่มีกลไกในการควบคุมการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ฝ่ายทหาร ซึ่งในกรณีที่เกิดจลาจลขึ้นในพื้นที่ใดพื้นที่หนึ่ง อาจมีมาตรการอื่นที่มีความเหมาะสมต่อการนำมาใช้มากกว่า ซึ่งเป็นไปตามหลักแห่งความสัมฤทธิ์ผล (Principle of Appropriateness) หรือหลักแห่งความเหมาะสม (Principle of Suitability) เช่น เกิดเหตุจลาจลที่มีความรุนแรงไม่มากและเจ้าหน้าที่ตำรวจสามารถระงับเหตุได้ตามกฎหมายปกติก็ย่อมไม่มีความจำเป็นที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายทหารจะต้องประกาศใช้กฎอัยการศึก หรือกรณีที่สถานการณ์จลาจลที่เกิดขึ้นนั้นมีความรุนแรงและเป็นภัยต่อความมั่นคงของประเทศ รัฐบาลก็อาจใช้อำนาจตามพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548 โดยการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉิน ซึ่งกฎหมายดังกล่าวมีกฎเกณฑ์ในการใช้อำนาจและกระบวนการตรวจสอบถ่วงดุลที่เหมาะสมกับสถานการณ์มากกว่า โดยที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายทหารไม่จำเป็นต้องประกาศใช้กฎอัยการศึก ดังนั้น การที่พระราชบัญญัติกฎอัยการศึก พระพุทธศักราช 2457 มีบทบัญญัติให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายทหารมีอำนาจในการประกาศใช้กฎอัยการศึกโดยไม่มีหลักเกณฑ์ของกฎหมายที่กำหนดขึ้น เพื่อควบคุมเจ้าหน้าที่ฝ่ายทหารให้พิจารณาถึงหลักแห่งความจำเป็น (Principle of Necessity) แล้วย่อมถือได้ว่าบทบัญญัติของกฎอัยการศึกในส่วนดังกล่าวนี้ มีปัญหาในทางกฎหมายตามหลักการควบคุมการใช้อำนาจเจ้าหน้าที่ของรัฐ

กฎอัยการศึกเป็นกฎหมายพิเศษด้านความมั่นคง เมื่อประกาศใช้กฎอัยการศึกแล้วย่อมที่จะส่งผลกระทบต่อที่รุนแรงและเป็นวงกว้าง โดยจะส่งผลกระทบต่อระบบกฎหมาย ซึ่งเมื่อมีการประกาศใช้กฎอัยการศึก จะส่งผลให้บทบัญญัติของกฎหมายอื่นในระบบกฎหมายของประเทศไทย ซึ่งขัดกับข้อความของกฎอัยการศึกที่ประกาศใช้ต้องระงับลงและใช้บทบัญญัติของกฎอัยการศึกใช้บังคับแทน รวมทั้งส่งผลกระทบต่อการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ฝ่ายทหาร เจ้าหน้าที่ฝ่ายพลเรือน ศาล กระทบต่อสิทธิเสรีภาพและความเป็นอยู่ของประชาชน ส่งผลกระทบต่อความเชื่อมั่นของประเทศ ส่งผลต่อภาพลักษณ์ของสถานการณ์ความมั่นคงและระบบเศรษฐกิจของประเทศ จึงจำเป็น

จะต้องมีมาตรการหรือกลไกในการควบคุมการใช้ดุลพินิจของผู้บังคับบัญชาทหารในการประกาศใช้กฎอัยการศึกเพื่อป้องกันไม่ให้ผู้บังคับบัญชาทหารประกาศใช้กฎอัยการศึกโดยไม่สมควรแก่เหตุหรือเกินกว่ากรณีจำเป็น โดยนำหลักแห่งความจำเป็น (Principle of Necessity) มาใช้ในการควบคุมการใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ฝ่ายทหาร

อย่างไรก็ตาม การที่กฎอัยการศึกมีบทบัญญัติที่กำหนดให้ผู้บังคับบัญชาทหารซึ่งมีกำลังอยู่ได้บังคับไม่น้อยกว่าหนึ่งกองพัน หรือผู้บังคับบัญชาทหารในป้อมหรือที่มั่นอย่างใด ๆ ของทหารมีอำนาจประกาศใช้กฎอัยการศึกในเขตอำนาจหน้าที่ของกองทหารนั้นได้ หากวิเคราะห์โดยเปรียบเทียบกับพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548 ที่ให้อำนาจเจ้าหน้าที่ของรัฐน้อยกว่ากฎอัยการศึก รวมทั้งได้กำหนดให้มีขั้นตอนและกระบวนการตรวจสอบถ่วงดุลที่มากกว่ากฎอัยการศึก ในการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินนั้น กฎหมายกำหนดให้เป็นอำนาจของนายกรัฐมนตรีโดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรี ซึ่งเป็นองค์กรสูงสุดที่ใช้อำนาจฝ่ายบริหาร แตกต่างจากกฎอัยการศึกที่ให้อำนาจแก่เจ้าหน้าที่ฝ่ายทหารซึ่งมีกำลังอยู่ได้บังคับไม่น้อยกว่าหนึ่งกองพันที่อาจมีเจ้าหน้าที่ฝ่ายทหารจำนวนไม่ถึง 100 คน²⁷ หรือเป็นผู้บังคับบัญชาทหารในป้อมหรือที่มั่นอย่างใด ๆ ของทหาร ให้เป็นผู้มีอำนาจในการประกาศใช้กฎอัยการศึก จึงไม่เหมาะสมและอาจเป็นปัญหาต่อการควบคุมการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ฝ่ายทหาร

สาธารณรัฐฝรั่งเศส (French Republic) ประเทศที่มีกฎหมาย “กฎอัยการศึก” เป็นต้นแบบของกฎอัยการศึกของประเทศไทย มีบทบัญญัติที่เป็นกลไกที่ใช้ควบคุมดุลพินิจของเจ้าหน้าที่รัฐในการประกาศใช้กฎอัยการศึก โดยบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศสได้กำหนดให้คณะรัฐมนตรีเป็นผู้ประกาศกฎอัยการศึก ในกรณีที่ต้องขยายระยะเวลาการใช้กฎอัยการศึกเกินกว่าสิบสองวันจะต้องได้รับอนุมัติจากรัฐสภาเท่านั้น²⁸ และบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายการป้องกันประเทศ (Code de la défense) Article L 2121-1 ถึง 2121-8 โดยกำหนดให้การประกาศใช้กฎอัยการศึกนั้นจะกระทำได้ก็ต่อเมื่อประเทศเกิดภาวะสงคราม หรือเกิดการกบฏที่ใช้กำลังอาวุธในการประกาศใช้กฎอัยการศึกทุกครั้งจะต้องได้รับความเห็นชอบจากคณะรัฐมนตรี และต้องประกาศโดยการตราเป็นรัฐกฤษฎีกา²⁹ อันเป็นการควบคุมแบบป้องกันตามหลักการควบคุมการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่รัฐ ซึ่งแตกต่างจากการให้อำนาจเจ้าหน้าที่ฝ่ายทหารประกาศใช้กฎอัยการศึกของประเทศไทย ที่ไม่มีกระบวนการควบคุมการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ฝ่ายทหารในลักษณะที่เป็น

²⁷ มานิตย์ จุมปา. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 23. หน้า 68-69.

²⁸ The Constitution of France. Article 36. (Fr.)

²⁹ มานิตย์ จุมปา. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 23. หน้า 56.

การควบคุมแบบป้องกัน³⁰ ดังเช่นการประกาศใช้กฎอัยการศึกตามกฎหมายของสาธารณรัฐฝรั่งเศส ซึ่งเป็นต้นแบบของกฎอัยการศึกของประเทศไทย

สหราชอาณาจักร (United Kingdom) ใช้กฎหมายในระบบจารีตประเพณี (Common Law System) ไม่มีกฎหมายว่าด้วยกฎอัยการศึก (Military Law) บัญญัติไว้ ในกรณีที่มีสถานการณ์ร้ายแรงซึ่งกระทบต่อความมั่นคงของประเทศหรือประเทศอยู่ในสภาวะสงคราม เป็นพระราชอำนาจของสมเด็จพระราชินีแห่งอังกฤษที่จะประกาศพระราชโองการให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายทหารสามารถเข้าใช้อำนาจในการแก้ไขสถานการณ์แทนกฎหมายปกติได้เป็นการชั่วคราว³¹

สหรัฐอเมริกา (United States of America) ในกรณีที่มีสถานการณ์ที่มีผลกระทบต่อความสงบเรียบร้อยและความมั่นคงของประเทศเกิดขึ้น เช่น การจลาจล การก่อการร้าย สงครามกลางเมืองหรือสงคราม ประธานาธิบดีแห่งสหรัฐอเมริกา (President of the United States) เป็นผู้มีอำนาจในการประกาศใช้กฎอัยการศึก³²

สาธารณรัฐสิงคโปร์ (Republic of Singapore) ไม่มีกฎหมายว่าด้วยกฎอัยการศึกบัญญัติไว้ในกรณีที่มีการกระทำที่เป็นภัยต่อความมั่นคงของประเทศ หรือมีการกระทำที่ก่อให้เกิดความไม่สงบขึ้นภายในประเทศ อันเป็นภัยคุกคามต่อประเทศและประชาชนชาวสิงคโปร์ รัฐธรรมนูญของสาธารณรัฐสิงคโปร์ (Singapore's Constitution) กำหนดให้ประธานาธิบดีเป็นผู้ใช้อำนาจพิเศษ³³ เรียกว่า “อำนาจพิเศษต่อต้านการ โคนล้มและอำนาจฉุกเฉิน (Special Powers Against Subversion and Emergency Powers)”

จากการศึกษาการใช้อำนาจในการประกาศใช้กฎอัยการศึกหรือการประกาศใช้อำนาจตามกฎหมายเกี่ยวกับความมั่นคงที่ใช้ในสถานการณ์ไม่ปกติของต่างประเทศ พบว่ากฎหมายของต่างประเทศได้กำหนดให้ประมุขของรัฐ หรือคณะรัฐมนตรี เป็นผู้มีอำนาจในการประกาศใช้กฎอัยการศึกหรือกฎหมายพิเศษ และในบางกรณีจะต้องได้รับความยินยอมหรือความเห็นชอบรัฐสภาหรือสภาผู้แทนราษฎร ซึ่งแตกต่างจากกฎอัยการศึกของประเทศไทยที่กำหนดให้อำนาจเจ้าหน้าที่ฝ่ายทหารที่มีกำลังอยู่ได้บังคับไม่น้อยกว่าหนึ่งกองพัน หรือเป็นผู้บังคับบัญชาทหารในป้อมหรือที่มั่นอย่างใด ๆ ของทหาร เป็นผู้มีอำนาจในการประกาศใช้กฎอัยการศึก จึงควรให้มีการปรับปรุงกฎหมายให้มีกลไกในการประกาศใช้กฎอัยการศึกโดยกำหนดให้ผู้บัญชาการทหารสูงสุดโดยความเห็นชอบของสภากลาโหมมีอำนาจในการประกาศใช้กฎอัยการศึก และการประกาศใช้กฎอัยการศึก

³⁰ มานิตย์ จุมปา. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 23. หน้า 23-24.

³¹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 59-60.

³² เรื่องเดียวกัน, หน้า 62-63

³³ เรื่องเดียวกัน, หน้า 64.

จะกระทำได้อีกต่อเมื่อประเทศเกิดภาวะสงครามหรือเกิดสถานการณ์การสู้รบที่ใช้กำลังอาวุธที่มีความจำเป็นเร่งด่วน และไม่อาจใช้อำนาจตามพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548 ควบคุมหรือแก้ไขสถานการณ์ได้ เพื่อเป็นการป้องกันไม่ให้ผู้บังคับบัญชาทหารประกาศใช้กฎอัยการศึกโดยไม่สมควรแก่เหตุหรือเกินกว่ากรณีจำเป็น

5.4 ปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของการยกเว้นความรับผิดชอบตามกฎหมายการศึก

การที่เจ้าหน้าที่ของรัฐได้กระทำให้เกิดความเสียหายขึ้นกับบุคคล ไม่ว่าจะเป็นการกระทำที่เกิดขึ้นจากหน่วยงานของรัฐหรือการกระทำที่เกิดขึ้นจากเจ้าหน้าที่ของรัฐก็ตาม รัฐย่อมมีหน้าที่ในอันที่จะต้องรับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นดังกล่าว ทั้งนี้ เป็นไปตาม “หลักความรับผิดชอบ (Le principe de responsabilité)”³⁴ โดยจะต้องเยียวยาความเสียหายให้แก่ผู้ได้รับความเสียหายจากการกระทำของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ ทั้งในการรับผิดชอบต่อความเสียหายตามหลักความรับผิดชอบทางละเมิด (Responsabilité pour faute) และความรับผิดชอบส่วนตัว (Faute Personelle) ในกรณีที่ความเสียหายเกิดขึ้นจากการกระทำส่วนตัวของเจ้าหน้าที่ของรัฐ หรือความรับผิดชอบในการปฏิบัติหน้าที่ (Faute de Service Public) ในกรณีที่ความเสียหายเกิดขึ้นจากการกระทำของเจ้าหน้าที่ของรัฐในการปฏิบัติตามอำนาจหน้าที่ หรือความรับผิดชอบร่วม (Cumul des Reponsabilités) ระหว่างรัฐกับเจ้าหน้าที่ของรัฐในกรณีที่การกระทำอันเป็นละเมิดเกิดขึ้นจากความผิดร่วมกัน³⁵ อย่างไรก็ตาม ในบางกรณีรัฐยังคงมีหน้าที่รับผิดชอบต่อความเสียหายของบุคคลตามหลักความรับผิดชอบโดยปราศจากความผิด (La Responsabilité sans faute)³⁶ ให้แก่บุคคลซึ่งต้องรับภาระสาธารณะและได้รับความเสียหายจากการกระทำของรัฐที่เป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะ แม้ว่ารัฐจะไม่ได้เป็นเป็นผู้กระทำให้เกิดความเสียหายขึ้นโดยตรง

เมื่อได้มีการประกาศใช้กฎอัยการศึก ณ พื้นที่แห่งใดแล้ว เจ้าหน้าที่ฝ่ายทหารมีอำนาจเต็มตามความในบทบัญญัติแห่งกฎอัยการศึก โดยมีอำนาจในการตรวจค้น การเกณฑ์ การห้าม การยึด การเข้าอาศัย การทำลายหรือเปลี่ยนแปลงสถานที่ หรือการขับไล่ และกักตัวบุคคล ซึ่งในการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ฝ่ายทหารนั้น อาจก่อให้เกิดความเสียหายขึ้นกับบุคคลในหลายลักษณะ เช่น ความเสียหายโดยตรงจากการที่ถูกเจ้าหน้าที่ฝ่ายทหารทำลายทรัพย์สินหรือเผาบ้าน และความ

³⁴ ชาญชัย แสงศักดิ์. (2556). *กฎหมายมหาชน ความเป็นมา ทฤษฎี และหลักการที่สำคัญ*. กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 281-283.

³⁵ เรื่องเดียวกัน, หน้า 28-29.

³⁶ ชาญชัย แสงศักดิ์. (2560). *กฎหมายว่าด้วยความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ และความรับผิดของรัฐโดยปราศจากความผิด*. กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 389-393.

เสียหายที่ไม่เจตนา (Collateral Damage) หรือความเสียหายที่เกิดจากความจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง และความเสียหายจากการกระทำที่ไม่สุจริต ดังนั้น พระราชบัญญัติกฏอัยการศึก พระพุทธศักราช 2457 ควรมีบทบัญญัติที่กำหนดให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายทหารต้องรับผิดชอบทางแพ่ง ทางอาญา หรือทางวินัย หากใช้อำนาจโดยไม่สุจริต เลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม หรือกระทำการเกินสมควรกว่าเหตุหรือเกินกว่ากรณีจำเป็น หรือกระทำการโดยประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง

5.5 ปัญหาเกี่ยวกับการเยียวยาความเสียหายที่เกิดจากการใช้กฏอัยการศึก

พระราชบัญญัติกฏอัยการศึก พระพุทธศักราช 2457 มีบทบัญญัติที่ให้ความคุ้มครองเจ้าหน้าที่ฝ่ายทหาร ให้ไม่ต้องรับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการดำเนินการตามกฎหมายอัยการศึกในทุกกรณี โดยกำหนดให้บุคคลซึ่งได้รับความเสียหายจากการกระทำของเจ้าหน้าที่ฝ่ายทหาร จะเรียกร้องค่าเสียหายหรือค่าปรับอย่างหนึ่งอย่างใดจากเจ้าหน้าที่ฝ่ายทหารไม่ได้ทั้งสิ้น ตามที่ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 16 แห่งพระราชบัญญัติกฏอัยการศึก พระพุทธศักราช 2457 ซึ่งบัญญัติไว้ดังนี้

“มาตรา 16 ความเสียหายซึ่งอาจบังเกิดขึ้นอย่างหนึ่งอย่างใด ในเรื่องอำนาจของเจ้าหน้าที่ฝ่ายทหาร ตามที่ได้กล่าวมาแล้วในมาตรา 8 ถึงมาตรา 15 บุคคลหรือบริษัทใด ๆ จะร้องขอค่าเสียหายหรือค่าปรับอย่างหนึ่งอย่างใดแก่เจ้าหน้าที่ฝ่ายทหารไม่ได้เลย เพราะอำนาจทั้งปวงที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายทหารได้ปฏิบัติและดำเนินการตามกฎหมายอัยการศึกนี้ เป็นการสำหรับป้องกันพระมหากษัตริย์ ชาติ ศาสนา ด้วยกำลังทหารให้ดำรงคงอยู่ในความเจริญรุ่งเรืองเป็นอิสรภาพ และสงบเรียบร้อยปราศจากราชศัตรู ภายนอกและภายใน”

อย่างไรก็ตาม มาตรา 16 แห่งพระราชบัญญัติกฏอัยการศึก พระพุทธศักราช 2457 ไม่ได้ตัดสิทธิของบุคคลซึ่งได้รับความเสียหายในการฟ้องหน่วยงานของรัฐให้ต้องรับผิดชอบเนื่องจากการกระทำของเจ้าหน้าที่ฝ่ายทหารตามหลักความรับผิดของรัฐ ซึ่งสอดคล้องกับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 41 (3) ซึ่งมีบทบัญญัติให้บุคคลมีสิทธิฟ้องหน่วยงานของรัฐให้รับผิดชอบเนื่องจากการกระทำของข้าราชการ พนักงาน หรือลูกจ้างของหน่วยงานของรัฐ

5.6 ปัญหาเกี่ยวกับความเป็นไปได้และความเหมาะสมในการปรับปรุงพระราชบัญญัติกฏอัยการศึก พระพุทธศักราช 2457 ให้มีความเหมาะสมและชัดเจนยิ่งขึ้น

“รัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐจะกระทำการใดก็ตามที่มีอำนาจตามที่กฎหมายให้ไว้”³⁷ หลักการดังกล่าว เป็นกฎเกณฑ์ที่ใช้ในการควบคุมการกระทำและการใช้อำนาจของรัฐและเจ้าหน้าที่ของรัฐ

³⁷ มานิตย์ จุมปา. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 23. หน้า 87.

ตามหลักนิติรัฐ (Etat de Droit) และหลักความชอบด้วยกฎหมาย (Principe de la legalité) ดังนั้นกฎหมายซึ่งเป็นที่มาของอำนาจนั้นจะต้องตราขึ้นโดยใช้ถ้อยคำที่มีความชัดเจน และถ้อยคำของกฎหมายจะต้องไม่ก่อให้เกิดความสับสนเพื่อให้ประชาชนสามารถเข้าใจได้โดยง่าย รวมทั้งถ้อยคำในกฎหมายนั้นจะต้องไม่เป็นอุปสรรคต่อการนำไปใช้บังคับ ซึ่งการบัญญัติกฎหมายโดยใช้คำให้ถูกต้องชัดเจนตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย เป็นสาระสำคัญของการตรากฎหมายทุกฉบับ โดยเฉพาะอย่างยิ่งกฎหมายที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนดังเช่นกฎอัยการศึก เป็นต้น

พระราชบัญญัติกฎอัยการศึก พระพุทธศักราช 2457 เป็นกฎหมายประกาศใช้เมื่อวันที่ 27 สิงหาคม 2457 มีบทบัญญัติทั้งสิ้น 17 มาตรา ซึ่งบทบัญญัติทั้ง 17 มาตรา โดยไม่ปรากฏบทนิยามของกฎหมายตราไว้ในพระราชบัญญัติฉบับดังกล่าวแต่อย่างใด และเมื่อทำการศึกษาการประกาศใช้กฎอัยการศึกในช่วงระยะเวลาที่ผ่านมา พบว่าในการประกาศใช้กฎอัยการศึกหลายครั้ง ได้มีการตีความถ้อยคำในบทบัญญัติของกฎอัยการศึกที่อาจไม่ตรงตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย สาเหตุสำคัญประการหนึ่ง เนื่องจากพระราชบัญญัติกฎอัยการศึก พระพุทธศักราช 2457 ไม่ได้บัญญัติความหมายของคำสำคัญในกฎหมายไว้ให้ชัดเจน ซึ่งแตกต่างจากกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติที่ตราขึ้นในสมัยปัจจุบันที่ได้บัญญัติบทนิยามหรือความหมายของคำสำคัญไว้ในกฎหมายอย่างชัดเจน เช่น พระราชบัญญัติการเกณฑ์ช่วยราชการทหาร พ.ศ. 2530 พระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548 พระราชบัญญัติจัดระเบียบราชการกระทรวงกลาโหม พ.ศ. 2551 พระราชบัญญัติการรักษาความมั่นคงภายในราชอาณาจักร พ.ศ. 2551 เป็นต้น ซึ่งบทนิยามในกฎหมายเหล่านั้นได้ถือเป็นแนวทางที่สำคัญในการนำไปบังคับใช้โดยเจ้าหน้าที่ของรัฐ รวมทั้งเป็นสาระสำคัญในการพิจารณาพิพากษาอรรถคดีของศาล

ตัวบทกฎหมายหรือถ้อยคำของกฎหมายที่ปรากฏอยู่ในพระราชบัญญัติกฎอัยการศึก พระพุทธศักราช 2457 ซึ่งที่ผ่านมามีการตีความโดยยึดความหมายตามหลักการทางภาษาไทย หรือตีความถ้อยคำตามความหมายทั่วไป หรือตีความตามความเข้าใจของแต่ละบุคคล และในบางครั้งได้มีการนำคำนิยามหรือความหมายของคำที่ปรากฏในกฎหมายฉบับอื่นมาใช้อ้างอิง เทียบเคียง หรือปรับใช้กับกฎอัยการศึก ซึ่งมีผลให้การบังคับใช้กฎหมายอาจไม่ได้เป็นไปตามเจตนารมณ์ที่แท้จริงของกฎอัยการศึก และจากการศึกษาถ้อยคำที่ปรากฏในบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัติกฎอัยการศึก พระพุทธศักราช 2457 พบว่ามีถ้อยคำสำคัญของกฎหมายที่ไม่ชัดเจน และมีความจำเป็นที่ควรจะต้องบัญญัติบทนิยามหรือความหมายไว้เป็นการเฉพาะ โดยมีคำสำคัญดังต่อไปนี้

1) “เหตุอันจำเป็น” ที่บัญญัติไว้ในมาตรา 2 เป็นคำสำคัญที่สมควรจะต้องกำหนดคตินิยมหรือความหมายของถ้อยคำดังกล่าวให้ชัดเจนว่า กรณีใดคือ “เหตุอันจำเป็น” ตามบทบัญญัติของกฎอัยการศึกที่จะเป็นเหตุให้ต้องประกาศใช้กฎอัยการศึก

2) “ภัย” ที่บัญญัติไว้ในมาตรา 2 เป็นคำสำคัญที่สมควรจะต้องกำหนดคตินิยมหรือความหมายของถ้อยคำดังกล่าวให้ชัดเจนว่า “ภัย” ตามบทบัญญัติของกฎอัยการศึกนั้น หมายถึงภัยประเภทใดหรือลักษณะใดซึ่งจะมีมาจากภายนอกราชอาณาจักร ภัยประเภทใดหรือลักษณะใดซึ่งจะมีขึ้นภายในราชอาณาจักร และเป็น “ภัย” ที่มีความรุนแรงหรือร้ายแรงเพียงใดจึงจะต้องประกาศใช้กฎอัยการศึก

3) “สงคราม” ที่บัญญัติไว้ในมาตรา 4 และมาตรา 17 เป็นคำสำคัญที่สมควรจะต้องกำหนดคตินิยมหรือความหมายของถ้อยคำดังกล่าวให้ชัดเจนว่า “สงคราม” ตามบทบัญญัติของกฎอัยการศึกนั้นมีความหมายอย่างไร หมายถึง สงครามที่พระมหากษัตริย์ทรงประกาศเมื่อได้รับความเห็นชอบของรัฐสภาตามความในบทบัญญัติมาตรา 177 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 หรือสงครามตามความหมายของพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน ซึ่งหมายถึง “การรบใหญ่ที่มีคนจำนวนมากต่อสู้ฆ่าฟันกัน”

4) “จลาจล” ที่บัญญัติไว้ในมาตรา 4 และมาตรา 17 เป็นคำสำคัญที่สมควรจะต้องกำหนดคตินิยมหรือความหมายของถ้อยคำดังกล่าวให้ชัดเจนว่า “จลาจล” ตามบทบัญญัติของกฎอัยการศึกนั้น หมายถึง “ความปั่นป่วนวุ่นวายไม่เป็นระเบียบ” ตามความหมายของพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน หรือตามความหมายของกฎหมายอื่นใด และต้องเป็นการจลาจลที่มีความรุนแรงหรือร้ายแรงเพียงใด หรือมีจำนวนคนที่เข้าร่วมเหตุการณ์จำนวนเท่าใด จึงจำเป็นที่จะต้องประกาศใช้กฎอัยการศึก ทั้งนี้ เพื่อเป็นการกำหนดให้ชัดเจนว่าเหตุจลาจลในลักษณะใดที่รัฐบาลจะประกาศใช้สถานการณ์ฉุกเฉินตามอำนาจซึ่งบัญญัติไว้ใน “พระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548” หรือเหตุจลาจลในลักษณะใดที่รัฐบาลจะใช้อำนาจตาม “พระราชบัญญัติการรักษาความมั่นคงภายในราชอาณาจักร พ.ศ. 2551” ในการแก้ไขสถานการณ์

5) “เจ้าหน้าที่ฝ่ายทหาร” ที่บัญญัติไว้ในมาตรา 6 มาตรา 8 มาตรา 11 มาตรา 12 มาตรา 14 มาตรา 15 ทวิ และมาตรา 16 เป็นคำสำคัญที่สมควรจะต้องกำหนดคตินิยมหรือความหมายของถ้อยคำดังกล่าวให้ชัดเจนว่า “เจ้าหน้าที่ฝ่ายทหาร” ตามความหมายของกฎอัยการศึกนั้น หมายถึง “บุคคลที่อยู่ในอำนาจกฎหมายฝ่ายทหาร” ตามประมวลกฎหมายอาญาทหาร หรือหมายถึง “เจ้าหน้าที่ฝ่ายทหารที่ได้รับคำสั่งโดยชอบด้วยกฎหมายให้ปฏิบัติหน้าที่ตามพระราชบัญญัติการเกณฑ์ช่วยราชการทหาร พ.ศ. 2530” ตามพระราชบัญญัติการเกณฑ์ช่วยราชการทหาร พ.ศ. 2530 หรือหมายถึง “ข้าราชการทหารตามกฎหมายว่าด้วยระเบียบข้าราชการทหาร” ตามพระราชบัญญัติ

จัดระเบียบราชการกระทรวงกลาโหม พ.ศ. 2551 ทั้งนี้ เพื่อให้เกิดความชัดเจนว่าผู้ใดเป็น “เจ้าหน้าที่ฝ่ายทหาร” ผู้ใช้อำนาจตามกฎหมายการศึก

6) “ความต้องการของเจ้าหน้าที่ฝ่ายทหาร” ที่บัญญัติไว้ในมาตรา 6 เป็นคำสำคัญที่สมควรจะต้องกำหนดคตินิยมหรือความหมายของถ้อยคำดังกล่าวให้ชัดเจนว่า “ความต้องการของเจ้าหน้าที่ฝ่ายทหาร” ตามความหมายของกฎหมายการศึกนั้น หมายถึงความต้องการในเรื่องใดขอบเขตแห่งความต้องการมีเพียงใด ความต้องการของเจ้าหน้าที่ฝ่ายทหารที่ไม่มีกฎหมายให้อำนาจหรือขัดต่อกฎหมายอื่นนั้น ชอบด้วยกฎหมายตามกฎหมายการศึกหรือไม่ เจ้าหน้าที่ฝ่ายพลเรือนที่ปฏิบัติตาม “ความต้องการของเจ้าหน้าที่ฝ่ายทหาร” จะต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้นหรือไม่เพียงใด

7) “เหตุพิเศษเกี่ยวกับความมั่นคงของประเทศ” ที่บัญญัติไว้ในมาตรา 7 เป็นคำสำคัญที่สมควรจะต้องกำหนดคตินิยมหรือความหมายของถ้อยคำดังกล่าวให้ชัดเจนว่า กรณีอย่างใดคือ “เหตุพิเศษเกี่ยวกับความมั่นคงของประเทศ” ตามความหมายของกฎหมายการศึกนั้น หมายถึง เหตุใดลักษณะใด มีความหมายที่เหมือนหรือแตกต่างจาก “เหตุอันจำเป็น” ที่บัญญัติไว้ในมาตรา 2 ใดๆ และมีความหมายที่เหมือนหรือแตกต่างจาก “สถานการณ์ฉุกเฉิน” ตามพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548 ใดๆ

8) “อำนาจเต็ม” ที่บัญญัติไว้ในมาตรา 8 เป็นคำสำคัญที่สมควรจะต้องกำหนดคตินิยมหรือความหมายของถ้อยคำดังกล่าวให้ชัดเจนว่า “อำนาจเต็ม” ตามความหมายของกฎหมายการศึกนั้น หมายถึงอำนาจอย่างไร

9) “ราชศัตรู” ที่บัญญัติไว้ในมาตรา 12 มาตรา 14 มาตรา 15 ทวิ และมาตรา 16 เป็นคำสำคัญที่สมควรจะต้องกำหนดคตินิยมหรือความหมายของถ้อยคำดังกล่าวให้ชัดเจนว่า “ราชศัตรู” ตามความหมายของกฎหมายการศึกนั้น มีความหมายอย่างไร บุคคลหรือกลุ่มบุคคลใดที่จะถือว่าเป็นราชศัตรูตามความหมายของกฎหมายการศึก และคำดังกล่าวมีความหมายที่เหมือนหรือแตกต่างจากคำว่า “ราชศัตรู” ที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญาทหารซึ่งหมายถึง “บรรดาบุคคลมีอาวุธที่แสดงความขัดแย้งต่ออำนาจผู้ใหญ่ หรือที่เป็นกบฏหรือเป็นโจรสลัดหรือที่ก่อจลาจล”

พระราชบัญญัติกฎหมายการศึก พระพุทธศักราช 2457 คือ กฎหมายมหาชน (Public Law)³⁸ ที่มีเจตนารมณ์เพื่อการรักษาความมั่นคงของประเทศ ปกป้องพระมหากษัตริย์ชาติ ศาสนา ให้ดำรงคงอยู่ในความเจริญรุ่งเรืองเป็นอิสระภาพและสงบเรียบร้อยปราศจากราชศัตรูที่จะมีมาจากภายนอกราชอาณาจักร และภัยที่จะมีขึ้นภายในราชอาณาจักร โดยให้อำนาจแก่เจ้าหน้าที่ฝ่ายทหารในการกระทำการอย่างใด ๆ ตามความของกฎหมายการศึก ซึ่งในการใช้อำนาจตามกฎหมายการศึกนั้น ย่อมที่จะ

³⁸ เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 2. หน้า 22.

กระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนในวงกว้าง ดังนั้น ถ้อยคำที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติ
กฎอัยการศึก พระพุทธศักราช 2457 จึงควรที่จะต้องมีความชัดเจนเพื่อกำหนดกฎเกณฑ์ในการใช้
อำนาจของเจ้าหน้าที่ฝ่ายทหารให้สอดคล้องกับเจตนารมณ์ที่แท้จริงของกฎหมาย ให้ประชาชน
สามารถที่จะเข้าใจตัวบทกฎหมายได้โดยง่ายเพื่อปฏิบัติตามได้อย่างถูกต้อง และสามารถที่จะ
ตรวจสอบความถูกต้องในการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ฝ่ายทหารได้ เพื่อควบคุมและป้องกันไม่ให้
เจ้าหน้าที่ฝ่ายทหารใช้อำนาจเกินกว่าที่กฎหมายได้ให้ไว้