

บทบาทที่สร้างสรรค์ของศาลไทย: การปรับเปลี่ยนนิติปรัชญา
ในการเมืองการปกครองไทย
The Creative Role of the Thai Court: Changing Legal Philosophy
in Thai Politics and Government

เทวราช สนโศรก¹

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยเวสเทิร์น

600 หมู่ 11 ตำบลสระลงเรือ อำเภอห้วยกระเจา จังหวัดกาญจนบุรี 71170, ประเทศไทย

อีเมลติดต่อ: tewarach2013@gmail.com

Tewarach Sponsor²

Faculty of Law, Western University

600 Moo 11, Sa Long Rua, Huai Krachao, Kanchanaburi 71170, Thailand

Email: tewarach2013@gmail.com

Received: July 12, 2023 Revised: September 14, 2023 Accepted: September 22, 2023

บทคัดย่อ

บทความนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อพิจารณาถึงบทบาทที่ควรจะเป็นของฝ่ายตุลาการไทยในการคุ้มครองสิทธิ เสรีภาพพลเมืองในสถานการณ์ไม่ปกติอย่างสร้างสรรค์

จากการศึกษาพบว่า ในสถานการณ์ไม่ปกติไม่มีสถาบันการเมืองใดที่ทำหน้าที่ในสังคมมีเฉพาะบทบาทฝ่ายตุลาการที่อาจทำหน้าที่คุ้มครองสิทธิในชีวิต ร่างกายพลเมือง แต่ฝ่ายตุลาการไทยกลับยึดแนวคิดปรัชญากฎหมายของปฏิญญานิยมผสมกับแนวคิดจะนิยมหรือปฏิบัตินิยมที่ก่อให้เกิดปัญหาสำคัญหลายประการ โดยเฉพาะการบังคับใช้กฎหมายที่มีปัญหาความยุติธรรมเชิงปรัชญาเกี่ยวกับด้านเสรีภาพ ความเสมอภาค ความยุติธรรมทั้งที่บทบาทฝ่ายตุลาการต้องเป็นสะพานเชื่อมกฎหมายกับความเป็นจริงของโลก และปกป้องกฎหมายและคุณค่าของกฎหมาย เมื่อไม่มีรัฐธรรมนูญหรือกฎหมาย ฝ่ายตุลาการต้องยึดสิทธิมนุษยชน และหลักนิติธรรมและปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ศาลต้องทำหน้าที่อย่างเหมาะสมในลักษณะสั่งจะนิยมไทยแบบก้าวหน้าบนสมดุลเสรีภาพของประชาชนกับความสงบเรียบร้อยของสังคม

คำสำคัญ: ศาล; นิติปรัชญา; การเมืองการปกครองไทย

¹ ผู้ช่วยศาสตราจารย์, อาจารย์.

² Assistant Professor, Lecturer.

Abstract

The purpose of this the article is to constructively consider the role that the Thai judiciary should play in protecting civil liberties in unusual situations. The study found that political institution that plays a role in society in an unusual situation, only the judiciary may play a role in protecting the citizen body's right to life. However, the Thai judiciary instead adheres to the concept of positivism's legal philosophy mixed with realism or pragmatism, which causes many important problems, especially law enforcement's philosophical justice problems about freedom, equality, and justice, although the role of the judiciary must bridge the law with the realities of the world and protect the law and its value. While there is no constitution or law, the judiciary must uphold human rights, the Rule of Law, and the Universal Declaration of Human Rights. Courts must act properly in the manner of progressive Thai realism in balancing the freedom of the people with social order.

Keywords: Court; Philosophy of Law; Thai Politics and Government

1. บทนำ

สภาวะเปลี่ยนผ่านทางทางการเมือง (Transition) เป็นสัจธรรมของทุกสังคมมนุษย์ในไทยไม่นานมานี้ กองทัพซึ่งเป็นหน่วยงานในสังกัดกระทรวงกลาโหมหนึ่งในองค์กรของรัฐประกาศใช้กฎอัยการศึกอย่างไม่เป็นไปตามขั้นตอนและรูปแบบที่กฎหมายกำหนดและอาจเป็นการใช้ดุลพินิจที่ไม่เหมาะสมตามกฎหมายว่าด้วยกฎอัยการศึก³ ต่อมาคณะรักษาความสงบแห่งชาติ หรือ คสช. ใช้กำลังเข้าควบคุมพื้นที่บางส่วนประกาศยึดอำนาจปกครองรัฐ แล้วประกาศใช้กฎอัยการศึกโดยอ้างกฎหมายว่าด้วยอัยการศึก⁴ ตามมาด้วยประกาศและคำสั่งอีกเป็นจำนวนมากมีทั้งลักษณะใช้อำนาจบริหาร อำนาจนิติบัญญัติ การสั่งเขตอำนาจศาลทหารขึ้นใหม่ การสั่งโอนคดีจากศาลยุติธรรมไปศาลทหารฯ การสั่งบังคับเหล่านี้ส่งผลต่อการดำเนินการเกี่ยวกับกระบวนการยุติธรรมในหน่วยงานของรัฐอื่น ๆ ทั้งสิ้น แม้ที่ยุติการยุติการให้ศาลทหารพิจารณาคดีพลเรือนแล้ว⁵ แต่ปัญหาทางนิติศาสตร์ คำสั่งเหล่านี้มีผลบังคับทางกฎหมายหรือไม่ในการรักษาความสงบเรียบร้อยของสังคมเพราะไม่มีการประกาศกฎอัยการศึกที่ถูกต้องตามกฎหมาย และศาลไทยจะปรับนิติปรัชญาไทยต่อการเมืองการปกครองอย่างไรให้เหมาะสม และจะใช้โอกาสนี้ปรับแก้การวางบรรทัดฐานกฎหมายที่ถูกวิจารณ์อย่างมากในอดีตที่ยึดประกาศ/คำสั่งว่าเป็นกฎหมายอย่างไร

³ กองทัพ, “ประกาศกองทัพ ฉบับที่ 1/2557 เรื่อง ประกาศใช้พระราชบัญญัติกฎอัยการศึก,” 27 พฤษภาคม 2557.

⁴ คณะรักษาความสงบแห่งชาติ, “ประกาศคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ฉบับที่ 1/2557 เรื่อง การประกาศใช้กฎอัยการศึกทั่วราชอาณาจักร,” 27 พฤษภาคม 2557.

⁵ คณะรักษาความสงบแห่งชาติ, “คำสั่งหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ฉบับที่ 55/2559 เรื่อง การดำเนินการเกี่ยวกับคดีบางประเภทที่อยู่ในศาลทหาร,” 12 กันยายน 2559.

ประกาศและคำสั่งคณะรักษาความสงบแห่งชาติเหล่านี้ต่อไปในบทความจะเรียกว่าประกาศหรือคำสั่ง มีผลกระทบต่อระบบกฎหมาย และโครงสร้างทางกระบวนการยุติธรรมอย่างมาก โดยเฉพาะการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพพลเมืองอันเป็นหน้าที่ของภาครัฐ หากศึกษาย้อนไปในประวัติศาสตร์ของการประกาศกฎอัยการศึกจะพบว่า ได้ยึดตามกฎหมายอัยการศึก ต่อมาเมื่อมีการรัฐประหารแล้วใช้อำนาจประกาศกฎอัยการศึกทั้งที่ไม่มีเหตุและไม่เป็นไปตามรูปแบบขั้นตอนที่กฎหมายกำหนด แต่สังคมนิติศาสตร์ไทยกลับยอมรับความยุติธรรมและความชอบธรรมของคำสั่งเหล่านี้ให้เป็นทั้งรัฐธรรมนูญและกฎหมาย อันเป็นประเด็นทางนิติปรัชญานักนิติศาสตร์ไทยยังแยกอำนาจตามกฎหมายอัยการศึกจากอำนาจกำลังกับอำนาจบังคับตามกฎหมายออกจากกันไม่ได้ ทำให้สังคมไทยมีแนวคิดปรัชญากฎหมายว่าคำสั่งของคณะผู้ยึดอำนาจการปกครองถือเป็นกฎหมายได้อันเป็นแนวคิดที่ยึดติดในรูปแบบกระบวนการกฎหมายมากกว่าคุณค่าในสาระกฎหมายถือเป็นสัจจะนิยม (Realism) แบบไทย เหตุใดสิ่งเหล่านี้จึงเกิดในสังคมนิติศาสตร์ของไทย และฝ่ายตุลาการมักจำกัดอำนาจตนเองไม่เข้าไปวินิจฉัยการใช้ดุลยพินิจของฝ่ายบริหารว่าชอบด้วยกฎหมายหรือไม่

บทความนี้มีจุดประสงค์หลักประการเดียวเพื่อพิจารณาถึงบทบาทที่ควรจะเป็นของฝ่ายตุลาการไทยในการคุ้มครอง สิทธิ เสรีภาพพลเมืองในสถานการณ์ไม่ปกติโดยจะไม่พิจารณาไปถึงแนวคิดใช้อำนาจตุลาการเป็นเครื่องมือทางการเมือง และไม่มีวัตถุประสงค์ที่จะต้านการรัฐประหารเพราะเป็นสัจจะธรรมที่เกิดขึ้นแล้วแต่เพื่อให้การใช้กฎหมายเหมาะสมที่สุดต่อสังคมไทย เพื่อให้เป็นการส่งเสริมการปกครองระบอบประชาธิปไตย โดยบทความจะพิจารณาใน 3 ประเด็นสำคัญคือ 1) ปัญหาความเป็นกฎหมายในทางนิติปรัชญา, 2) ปัญหาความยุติธรรมของประกาศ/คำสั่งในทางนิติปรัชญาที่พลเมืองควรได้รับในสถานการณ์ไม่ปกติ และ 3) การแก้ไขบทบาทฝ่ายตุลาการในอดีตผ่านกระบวนการยุติธรรมในสถานการณ์ไม่ปกติ เพื่อให้สังคมส่วนรวมได้ประโยชน์สูงสุดเพราะลงทุนทางประวัติศาสตร์ไปกับการรัฐประหาร

2. กฎหมาย ความยุติธรรมและบทบาทของศาลในการรักษาความสงบเรียบร้อยในสังคม

จากการศึกษาเรื่องบทบาทที่สร้างสรรค์ของศาลไทย การปรับเปลี่ยนนิติปรัชญาในการเมืองการปกครองไทย พบประเด็นดังต่อไปนี้

2.1 ปัญหานิติปรัชญาของศาลไทยในอดีตความเป็นกฎหมาย สถานะและสภาพบังคับประกาศ/คำสั่งของคณะรัฐประหาร

เมื่อจะพิจารณาถึงบทบาทองค์กรของรัฐคือฝ่ายตุลาการ ต้องพิจารณาถึงเครื่องมือที่เป็นอำนาจที่ฝ่ายตุลาการจะใช้เสียก่อนสิ่งนั้นคือ “กฎหมาย” ซึ่งเป็นสิ่งที่ก่อให้เกิดความชอบธรรมในการใช้อำนาจของฝ่ายตุลาการ โดยต้องเริ่มจากประกาศมีสถานะและสภาพบังคับอย่างไรในทางนิติปรัชญา คงไม่มีความจำเป็นต้องกล่าวถึงความชอบธรรม (Legitimacy) ในทางการเมืองการปกครองเพราะไม่ใช่สิ่งจำเป็นทางประวัติศาสตร์ เมื่อเทียบกับปฏิวัติปี พ.ศ. 2475⁶ อาจเป็นเพียงอุบัติเหตุทางประวัติศาสตร์เท่านั้น แต่อาจมองโลกในแง่ดีว่าต้องใช้ประโยชน์โดยเป็นตัวเร่งพัฒนาการประชาธิปไตยโดยไม่ต้องไม่ทำให้ประชาธิปไตยถอยหลัง⁷

⁶ นครินทร์ เมฆไตรรัตน์, “การเปลี่ยนแปลงการปกครอง 2475 ของสยาม: พรมแดนแห่งความรู้,” *วารสารธรรมศาสตร์* 11, ฉ. 2 (มิถุนายน 2525): 6-39.

⁷ เสกสรรค์ ประเสริฐกุล, “ความจำเป็นทางประวัติศาสตร์ของการเคลื่อนไหว 24 มิถุนายน 2475,” *วารสารธรรมศาสตร์* 11, ฉ. 2 (มิถุนายน 2525): 62-68.

โดยทั่วไปบ่อเกิดของกฎหมาย (Sources of Law) พิจารณาจาก 2 แหล่งคือ ที่มาในเชิงเนื้อหาจากการจัดทำกฎหมาย (Material Source of Law) โดยรัฐอธิปไตย (Sovereign) และที่มาในเชิงรูปแบบจากการใช้กฎหมาย (Formal Source of Law) เมื่อพิจารณาแหล่งจัดทำกฎหมายในสถานการณ์ไม่ปกติมีปัญหาวาใครคือ “รัฐอธิปไตย” ที่มีอำนาจตรากฎหมาย ประชญาทางกฎหมายที่จะพิเคราะห์คงเป็นแนวคิดของปฏิธานนิยมเท่านั้นที่พอจะใช้เทียบเคียงได้ แนวคิดสำนักที่ยึดหลักประสิทธิภาพ (Principle of Effectiveness) เป็นแกนกลาง โดยเฉพาะเรื่องสภาพบังคับเพื่อความชัดเจนแน่นอนและมั่นคงของกฎหมาย และยังเป็นแนวคิดที่นักกฎหมายไทยอ้างอิงแบบคลาดเคลื่อนจากแบบฉบับเดิมอยู่มาก

แนวคิดกฎหมายของจอห์น ออสติน (John Austin) เน้นปรัชญากฎหมายที่ลักษณะภายนอกคือสภาพบังคับเป็นสำคัญ มิได้ให้คุณค่าที่กระบวนการหรือเนื้อหาของในสิ่งที่สังคมตะวันตกเรียกว่าศีลธรรม (Moral) ซึ่งไม่น่าประหลาดใจเพราะสภาพสังคมวิทยากฎหมายในขณะนั้นของยุโรป รัฐในลักษณะนิติรัฐเพิ่งฟักตัวอ่อนขึ้นเมื่อเข้มแข็งเติบโตขึ้นก็ทำให้แนวคิดปฏิธานนิยมรุ่นถัดมาทั้งเคลเซน, ฮาร์ท, ราช พิจารณาความเป็นกฎหมายด้วยมุมมองที่ต่างไปโดยเพิ่มเติมคุณค่าภายในบางประการเข้าไป แนวคิดนี้มักถูกเสียดสีว่าอำนาจคือธรรมหรืออำนาจคือความถูกต้อง (Might is Right) ที่นักกฎหมายไทยเทียบเคียงกับการใช้กำลังอำนาจในสถานการณ์ไม่ปกติ แต่ก็เห็นว่าคำสั่งมิใช่กฎหมายทำให้ต้องมีการกำหนดว่าคำสั่งมีอำนาจบังคับเป็นกฎหมายเพราะหากเป็นกฎหมายได้เองแล้วก็ไม่จำเป็นต้องบัญญัติเช่นนั้น⁸ เช่นเดียวกับประกาศที่คณะรัฐประหารเองก็เห็นว่ามีใช้กฎหมาย เพราะให้ “ศาลทั้งหลาย พิจารณาบรรดคดีตามกฎหมายและประกาศคณะรักษาความสงบเรียบร้อยแห่งชาติ”⁹ โดยแยก “กฎหมาย” กับ “ประกาศคณะรักษาความสงบเรียบร้อยแห่งชาติ” ออกจากกันและมีใช้สิ่งเดียวกันอย่างชัดเจนด้วยเกรงว่าศาลจะไม่ยึดประกาศเป็นกฎหมายจึงระบุบังคับเช่นนั้นอีกครั้ง ดังนั้นเห็นชัดเจนเบื้องต้นว่าเจตนารมณ์ผู้จัดทำประกาศ มิได้มุ่งให้ประกาศมีสถานะเป็นกฎหมาย แต่บังคับให้ศาลใช้เสมือนเป็นกฎหมายเท่านั้น

เพราะเน้นที่สภาพบังคับทำให้ออสตินเห็นว่ากฎหมายที่แท้จริง (Positive Law) ต้องเป็นคำสั่งที่ประกอบด้วยสาระสำคัญคือ¹⁰ เป็นความประสงค์ (Wish) ของผู้สั่ง มีสภาพบังคับ (Sanction) แสดงออกถึงความประสงค์ (Expression of the Wish) มีผลบังคับทั่วไป (Generality) ประกาศสั่งโดยรัฐอธิปไตย (Sovereign) สภาพบังคับของกฎหมายจึงมิใช่เกิดแต่กฎหมายประการเดียวยังมีเงื่อนไขเพิ่มเติมอีกหลายประการโดยเฉพาะแรงสนับสนุนจากสังคมที่จะทำให้เกิดแต่กฎหมายประการเดียวยังมีเงื่อนไขเพิ่มเติมอีกหลายประการโดยเฉพาะกำลังบังคับก็อาจไม่ปฏิบัติตามกฎหมาย โดยต้องเป็นระบบกฎหมายที่เรียกว่านิติรัฐ ทฤษฎีที่ว่ากฎหมายเกิดจากอำนาจจึงใช้ได้เฉพาะนิติรัฐเท่านั้นเพราะอำนาจดังกล่าวเป็นอำนาจชอบธรรมที่ทุกคนยอมรับ (Authority) ไม่ใช่อำนาจเผด็จการ (Arbitrary Power)¹¹ แต่เพราะออสตินไปมองกฎหมายด้วยมุมมองทางการปกครองที่ว่ารัฐอธิปไตยคืออำนาจสถาบันการเมืองที่มีอำนาจสูงสุด ไม่ได้สนใจวิธีการเข้าสู่อำนาจ ทำให้ใช้วิธีวิบัติผิดพลาด

⁸ ปรีดี เกษมทรัพย์, *นิติปรัชญา* (มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์: โครงการตำราและเอกสารการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2529), 60.

⁹ คณะรักษาความสงบแห่งชาติ, “ประกาศคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ฉบับที่ 5/2557 เรื่อง การสิ้นสุดชั่วคราวของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย,” 22 พฤษภาคม 2557.

¹⁰ John Austin, *The Province of Jurisprudence Determined* (London: Weidenfeld & Nicolson, 1954), 59.

¹¹ รองพล เจริญพันธ์, *นิติปรัชญา* (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2530), 14.

เพราะมิได้ยึดหลักการให้ครบถ้วน คล้ายกันกับความหมายกฎหมายของออสตินที่ดูเหมือนเน้นที่การปกครองเป็นหลัก ที่ว่าเป็นชุดกฎหมายที่ผู้ปกครองใช้แก่ผู้ใต้ปกครอง¹² แต่กฎหมายต้องมีระบบกฎหมายมีสถาบันชั้นมูลฐานต่าง ๆ เกี่ยวกับกฎหมายที่มีอำนาจโดยชอบธรรมมิใช่อำนาจที่ได้รับการสนับสนุนจากกำลังบังคับ¹³ ซึ่งพอหมดกำลัง ก็หมดสภาพบังคับเพราะ ฌอง โบแตง เจ้าตำรับทฤษฎีอำนาจอธิปไตยที่ว่ารัฐอธิปไตยไม่อยู่ภายใต้กฎหมายก็ยังเห็นว่าต้องอยู่ภายใต้บังคับกฎหมายธรรมชาติ (Jus Natural) แนวคิดนี้จึงยึดที่ทางปฏิบัติภายนอก (Empiricism) เป็นสำคัญ¹⁴ ที่เห็นว่าไม่มีกฎหมายใดที่ไม่เป็นยุติธรรม (No Law Can be Unjust) ไม่นั่นที่คุณค่าภายในกฎหมาย แนวคิดนี้ถูกกลุ่มเผด็จการอำนาจนิยม (Totalitarian) ใช้อ้างความชอบธรรมให้อำนาจกำลังเป็นกฎหมายตลอด ในประวัติศาสตร์ในสังคมมนุษย์ทั่วโลก

ต่อมาฮันส์ เคลเซ่น (Hans Kelsen) ได้สร้างทฤษฎีกฎหมายบริสุทธิ์ (The Pure Theory of Law) แต่แยกกฎหมายที่เป็นจริงกับกฎหมายที่ควรจะเป็นออกจากกันโดยเห็นว่ากฎหมายโดยเนื้อแท้ (Objects) เป็นระบบแห่งบรรทัดฐานความประพฤติ (The Norms System) หมายถึงสิ่งที่มนุษย์ควรปฏิบัติอย่างแน่นอน เป็นความประพฤติกำหนดให้กระทำอย่างหนึ่งอย่างใดว่าชอบหรือไม่ชอบด้วยกฎหมาย¹⁵ โดยความสมบูรณ์ของกฎหมายต้องเป็นไปตามระบบแห่งบรรทัดฐานที่เป็นกระบวนการสร้างกฎหมายมีหลักเกณฑ์ วิธีการ และลำดับชั้น (Hierarchy) ที่เคลเซ่น เรียกว่า บรรทัดฐานมูลฐาน (Basic Norm Grundnorm) บรรทัดฐานใดจะเป็นกฎหมายหรือไม่ต้องพิจารณาว่ามีบรรทัดฐานอื่นเหนือกว่าให้อำนาจหรือไม่ ที่ปกติไล่ขึ้นไปจนถึงรัฐธรรมนูญ และรัฐธรรมนูญเดิมที่สุด (Ultimate Constitutional Norm) สิ่งเหล่านี้ทำให้กฎหมายเป็นสถาบันมาจากกฎในระบบกฎหมาย แต่เคลเซ่นยังคงยึดหลักประสิทธิภาพเช่นเดียวกับออสติน การใช้กำลังรัฐประหารนั้นคำสั่งจากอำนาจกำลังจะกลายเป็นกฎหมายเมื่อมีประสิทธิภาพคือปวงชนปฏิบัติตามคำสั่งอันถือว่าบรรทัดฐานมูลฐานใหม่เกิดขึ้น¹⁶ เพราะเป็นแหล่งที่มาของอำนาจอันชอบธรรม (Authority) การสร้างบรรทัดฐานต้องสัมพันธ์กับสภาพความเป็นจริงมีขั้นตอนกรรมวิธีการสร้างบรรทัดฐานในการกำหนดสิทธิหน้าที่พลเมือง มิใช่ใช้อำนาจกำลัง (Power) ตรากฎหมายตามอำเภอใจ สิทธิเกิดจากการใช้อำนาจ แต่การใช้อำนาจเพื่อก่อตั้งสิทธิมีเงื่อนไขมากกว่า สิทธิจึงไม่ตรงกับอำนาจ¹⁷

ในครั้งหลังศตวรรษที่ 20 แนวคิดแบบออสตินและเคลเซ่นเสื่อมความนิยมลงมาก ฮาร์ท (H.L.A. Hart) ได้แก้ไขเพิ่มเติมแนวคิดกฎหมายในประเด็นความชอบธรรมกฎหมายให้การเป็นกฎหมายต้องได้รับการสนับสนุนจากสังคมต้องมีลักษณะสำคัญเพิ่มอีกสองประการนอกจากเรื่องสภาพบังคับคือ¹⁸ ลักษณะเป็นสถาบัน (Institutional Nature) ที่การนิติบัญญัติและการบังคับใช้ต้องผ่านสถาบันตามขั้นตอนที่ถูกต้อง และมีลักษณะเชิงปทัสฐาน (Normative Nature) ฮาร์ทเชื่อว่าสังคมจะดำรงอยู่ได้ด้วยกฎหมายเพื่อควบคุมพฤติกรรมมนุษย์

¹² ชาตปริดี ฉัตรภูติ, “ปริมณฑลชั้นพื้นฐานแห่งนิติปรัชญา,” *วารสารนิติศาสตร์* 2, ฉ. 4 (2514): 119.

¹³ รองพล เจริญพันธ์, *นิติปรัชญา*, 15.

¹⁴ ชาตปริดี ฉัตรภูติ, *ปริมณฑลชั้นพื้นฐานแห่งนิติปรัชญา*, 136.

¹⁵ Hans Kelsen, *The Pure Theory of Law Translated by M. Knight* (Berkeley: University of California Press, 1967), 4.

¹⁶ Hans Kelsen, *General Theory of Law and State* (New York: Russell&Russell, 1973), 118.

¹⁷ รองพล เจริญพันธ์, *นิติปรัชญา*, 20.

¹⁸ เรื่องเดียวกัน, 2-3.

โดยระบบกฎหมาย (Legal System) ของฮาร์ทประกอบด้วย¹⁹ กฎปฐมภูมิ (Primary Rule) คือกฎเกณฑ์ที่กำหนดพันธะหน้าที่ให้บุคคลปฏิบัติตาม และกฎทุติยภูมิ (Secondary Rule) เป็นกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการให้อำนาจเจ้าหน้าที่ด้านกฎหมายแก้ไขเปลี่ยนแปลง พฤติกรรมประชาชน ที่มาของกฎหมายจึงต้องดูกฎทุติยภูมิในการให้อำนาจแก่เจ้าหน้าที่ในการที่จะช่วยแยกกฎเกณฑ์ (Rule) ที่เป็นปทัฏฐานความประพฤติ (Normative) ที่ผู้ออกกฎต้องมีอำนาจอันชอบธรรม (Authority) ที่มาจากกฎเกณฑ์อื่นที่มอบอำนาจ กับคำสั่ง (Order)

เมื่อนำแนวคิดปรัชญากฎหมายของปฏิธานนิยมข้างต้นมาวิเคราะห์ความเป็นกฎหมายของประกาศ/คำสั่ง ในเบื้องต้นผลต่อระบบกฎหมายจากการยึดอำนาจปกครองในไทยที่เป็นการประหารรัฐโดยใช้อำนาจกำลังทหาร (Military Coup) มิใช่การปฏิวัติเพราะมิได้เกิดการก่อสิ่งใหม่อย่างหลักความจำเป็น (Principle of Necessity) เพื่อระงับความขัดแย้งทางการเมืองชั่วคราว แต่ปัญหาทางการเมืองอาจต้องแก้ไขด้วยวิถีทางการเมืองมิใช่กฎหมาย แต่อาจดำเนินการผ่านกฎหมายได้เท่านั้น กรณีประกาศและคำสั่งมีปัญหาต้องพิจารณาหลักนิติธรรมและนิติปรัชญาในระบบกฎหมายไทยที่สำคัญ 4 ประการคือ

1) จะถือว่าเป็นการปฏิวัติที่เป็นล้มล้าง “ระบบกฎหมาย” ของรัฐหรือเพียงรัฐประหารเปลี่ยนผู้ใช้อำนาจปกครอง ประเด็นนี้ฮาร์ทให้หลัก 3 ประการคือหากทำลายกฎการดำรงตำแหน่งและสืบตำแหน่งทางกฎหมายเป็นรัฐประหาร หากทำลายกฎการจัดแบ่งอำนาจของสถาบันและลำดับชั้นของสถาบัน หรือทำลายกฎในการยอมรับว่ากฎใดเป็นกฎหมาย การตรา แก้ไข เปลี่ยนแปลงกฎหมาย จะถือเป็นการปฏิวัติ²⁰ เมื่อใช้ทัศนศาสตร์ประกาศได้ทำลายกฎเกณฑ์การดำรงตำแหน่ง การแบ่งแยกอำนาจเพราะได้รวมอำนาจบริหารนิติบัญญัติมาอยู่ที่คณะรัฐประหาร และทำลายกฎในการยอมรับเป็นกฎหมายเพราะบังคับให้หน่วยงานของรัฐ เช่น ศาลบังคับใช้ประกาศซึ่งมิใช่กฎหมายตามความหมายในระบบกฎหมาย จึงเป็นการปฏิวัติทำลายระบบกฎหมายของไทยแล้ว คณะรัฐประหารจะอ้างใช้กฎอัยการศึกที่ไม่ถูกต้องทั้งเนื้อหาและรูปแบบจะมีผลบังคับตามกฎหมายได้หรือไม่ เพราะไปขัดแย้งกับกฎหมายภายใน

2) จะเป็นการยกเลิก “รัฐธรรมนูญ” เดิมหรือไม่โดยประกาศให้ยุติการใช้ชั่วคราวในหมวดอื่น ยกเว้นหมวด 2 พระมหากษัตริย์²¹ จะทำให้รัฐธรรมนูญส่วนอื่นยุติการใช้ได้ด้วยหรือไม่หรือกฎหมายอื่น ๆ สิ้นสภาพหรือไม่ซึ่งเคลเซนยังเห็นว่า กฎหมายอื่นจะมีอยู่ตราบเท่าที่มีรัฐธรรมนูญ ระบบกฎหมายจะไม่สิ้นสภาพไป แต่แนวคิดของราชเห็นว่ากฎหมายอื่นสมบูรณ์ในตัวเองแล้วไม่กระทบแม้ยกเลิกรัฐธรรมนูญไป เพราะเกี่ยวเนื่องเฉพาะเงื่อนไขการให้อำนาจจากรัฐธรรมนูญในการตราเท่านั้น จะเห็นได้ว่าประกาศให้ยุติการบังคับใช้รัฐธรรมนูญชั่วคราวด้วยอำนาจกำลังแต่ยังคงบังคับใช้บางส่วน จะพิจารณาว่ารัฐธรรมนูญในระบบกฎหมายยังคงอยู่เป็นการมองในมิติกฎหมายแบบเทคนิค แต่ความเป็นจริงต้องถือเป็นการทำลายรัฐธรรมนูญทั้งหมด ทำลายองค์การตามรัฐธรรมนูญทั้งหมดด้วยอำนาจนอกรัฐธรรมนูญ เพราะเนื้อหาส่วนสำคัญที่ชี้ความเป็นรัฐธรรมนูญหมดสิ้นลง เช่น การแสดงถึงที่มาของอำนาจสูงสุดในการก่อตั้งรัฐ

¹⁹ H.L.A. Hart, *The Concept of Law* (Oxford: Clarendon press, 1981), 77-96.

²⁰ *Ibid.*, 115.

²¹ คณะรักษาความสงบแห่งชาติ, “ประกาศคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ฉบับที่ 5/2557 เรื่อง การสิ้นสุดชั่วคราวของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย,” 22 พฤษภาคม 2557.

แต่แนวคิดจะนิยมหรือปฏิบัตินิยม (Realism) ของไทยจะสับสนไปหมดโดยเห็นว่า ไม่ว่าจะการปฏิบัติหรือรัฐประหารยังคงมีระบบกฎหมายอยู่เหมือนเดิม เหมือนกฎหมายแต่ละส่วนเป็นอิสระไม่เกี่ยวข้องกัน และกันคล้ายแนวคิดราชา อาจมาจากในอดีตบางช่วงรัฐประหารยึดอำนาจยาวไม่มีรัฐธรรมนูญและประกาศเป็นเรื่องทางบริหารและนิติบัญญัติ นิติธรรมไทยยึดหลักการได้อำนาจเป็นรัฐอธิปไตยใช้หลักทางรัฐศาสตร์อย่างเดียวเป็นหลักตามแบบออสตินโดยไม่สนใจระบบกฎหมายเป็นการยึดที่ผลลัพธ์ไม่ดูวิธีการเข้าสู่อำนาจหรือกระบวนการมิได้ใช้หลักทางนิติศาสตร์โดยถือว่ากฎหมายภายในยังคงอยู่ เพราะมีการตรากฎหมายนิรโทษกรรมแก่ผู้กระทำความผิดทางรัฐธรรมนูญและอาญา แม้นักกฎหมายบางส่วนเห็นว่าไม่จำเป็นเป็นเรื่องทางจิตวิทยา²² แต่ขณะเดียวกันศาลไทยกลับรับรองว่าได้เป็นรัฐบาลโดยชอบในทางกฎหมายอาญาจะขัดแย้งกัน พิจารณาจากคำพิพากษาเห็นว่าศาลยึดแนวคิดทางรัฐศาสตร์ในเรื่องการได้อำนาจเป็นสำคัญมิได้ยึดในแบบนิติศาสตร์ การใช้ตรรกะตีความแก้ปัญหาทางปฏิบัติยังทำให้สังคมเข้าใจผิดไปด้วยว่าคณะบุคคลใดที่ยึดอำนาจแล้วเป็น “รัฐบาลชอบด้วยกฎหมาย” และประกาศคณะปฏิวัติเป็นกฎหมายไป มิได้จำแนกเป็นรัฐบาลโดยกำลัง มิใช่รัฐบาลชอบด้วยกฎหมาย เพราะในระบบกฎหมายไทยไม่มีวิธีการเข้าสู่อำนาจเช่นนั้น และประกาศไม่ใช่กฎหมายแต่เพียงมีสภาพบังคับคล้ายกฎหมายเท่านั้น การยึดแนวทางเช่นนี้เป็นนิติธรรมแบบไทยไม่เหมาะสมเพราะมิได้แสดงความก้าวหน้าทางวัฒนธรรม

3) ปัญหาความเป็น “รัฐอธิปไตย” ที่จะมีความชอบธรรมในการตรากฎหมายบังคับปวงชนเหตุใดจึงยอมรับว่าคณะรัฐประหารเป็นรัฐอธิปไตยหรือมีอำนาจสูงสุด เมื่อพิจารณาในเชิงกฎหมาย ไม่ว่าจะพิจารณาทางปฏิบัติหรือทางทฤษฎีตามแนวคิดออสติน เพราะเกี่ยวไปถึงประกาศ คสช. 2/2557 ที่อ้างอำนาจตามกฎหมายอัยการศึก กฎหมายกำหนดให้กระทำโดยรูปแบบพระบรมราชโองการซึ่งมีลำดับขั้นตอนทางฝ่ายบริหารการกระทำโดยไม่ใช้พระบรมราชโองการถือเป็นรัฐอธิปไตยได้หรือไม่ คณะรัฐประหารมิใช่ผู้มีอำนาจสูงสุดจริง แม้พิจารณาในทางรัฐศาสตร์ เพราะพยายามให้มีพระบรมราชโองการจากสถาบันพระมหากษัตริย์ที่เป็นเสมือนตัวแทนปวงชนเจ้าของอำนาจอธิปไตยในระบบกฎหมายปกติ เพื่อแสดงถึงสัญลักษณ์ว่าเป็นตัวแทนที่ชอบธรรมจากปวงชนให้ได้แรงหนุนจากสังคมดังเคลเช่นว่าไว้ แต่การยึดอำนาจปกครองทำลายรัฐธรรมนูญเท่ากับทำลายระบบพื้นฐานที่มาอำนาจจากปวงชนสู่รัฐในรูปแบบต่าง ๆ รวมถึงสถาบันพระมหากษัตริย์ด้วยระบบการส่งผ่านอำนาจสูงสุดจึงถูกทำลายลง อำนาจสูงสุดจึงกลับสู่ปวงชนอันเป็นฐานที่มาของอำนาจเดิม หากยังไม่มีกระบวนการพื้นฐานใหม่เช่นรัฐธรรมนูญเพื่อจัดอำนาจสูงสุดกลับสู่สถาบันการเมือง ในมิตินี้คณะรัฐประหารจะได้อำนาจสูงสุดไปได้อย่างไร การประกาศกฎอัยการศึกจึงไม่ใช่ “กฎอัยการศึกตามกฎหมายอัยการศึก” คำสั่งหรือประกาศจึงมีชอบด้วยกฎหมายตามกฎหมายอัยการศึก จึงเป็นกฎอัยการศึกของคณะรัฐประหารมิใช่กฎอัยการศึกของกฎหมายอัยการศึกที่จะบังคับใช้ทางกฎหมายได้

4) ปัญหาสภาพบังคับประกาศ/คำสั่ง ลักษณะความเป็นกฎหมายเมื่อพิจารณาจากปรัชญาปฏิฐานนิยมตามแนวคิดออสติน เคลเช่นและฮาร์ทชี้ว่าประกาศและคำสั่งคณะรัฐประหารไม่เป็น “กฎหมาย” เพราะขาดความสูงสุดของอำนาจ และขาดฐานที่มาที่อ้างอิงจากระบบกฎหมายและไม่มีความเป็นสถาบัน

²² วิษณุ เครืองาม, *กฎหมายรัฐธรรมนูญ* (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์นิติบรรณาการ, 2523), 378.

เป็นได้แค่คำสั่ง (Order) ที่มีอำนาจกำลังหนุนไว้เป็นสภาพบังคับเท่านั้น แต่ด้วยความที่ฝ่ายตุลาการไทยเข้าใจคลาดเคลื่อนไประหว่างกฎหมายกับคำสั่งที่มีอำนาจบังคับคล้ายกฎหมายเพื่อแก้ไขปัญหาในทางปฏิบัติ ดังที่ว่าศาลหลงไปรับว่าประกาศเป็นกฎหมาย ทำให้เป็นการรับรองการคงอยู่อันจะทำให้สิ้นสุดลงไม่ได้ด้วยตัวมันเอง นอกจากยกเลิกแก้ไขด้วยรัฐธรรมนูญ²³ เช่นเดียวกับแนวคิดที่ว่าแก้ไขก็โดยอาศัยกฎหมายศักดิ์ระดับเดียวกันมายกเลิกเพราะไปยึดว่าประกาศเป็นถึงรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมาย²⁴ เป็นการคลาดเคลื่อนเพราะไปยึดแต่รูปแบบภายนอกอย่างเดียว แต่การที่ฝ่ายตุลาการไปยอมรับว่าเป็นกฎหมายก็ได้หมายความว่าสิ่งนั้นเป็นกฎหมายแต่อย่างใดเพราะอาจเป็นการกระทำที่ผิดพลาดจากการใช้อำนาจตุลาการที่ฝ่ายตุลาการอาจใช้กลไกและกระบวนการภายในขององค์กรมาแก้ไขได้ รัฐธรรมนูญหรือกฎหมายไทยจะจัดทำด้วยวิธีทางเช่นนี้หรือสังคมไทยควรให้คำตอบนี้ แนวคิดเช่นนี้คลาดเคลื่อนมากเพราะแม้แต่ในนักรัฐศาสตร์ชั้นน่ายังเห็นว่า คำสั่งหรือประกาศนี้เป็นเพียงเทียบเท่ากฎหมายในสถานการณ์ช่วงนั้นเพียงชั่วคราว และหมดสภาพบังคับเมื่อมีรัฐธรรมนูญเข้าสู่กระบวนการปกติ²⁵ ไม่ใช่กฎหมายอันเป็นความเข้าใจที่คลาดเคลื่อนไป ด้วยเหตุนี้ ประกาศคณะรัฐประหารจึงมิใช่กฎหมาย แต่เป็นคำสั่งหรือประกาศที่มีสภาพบังคับคล้ายกฎหมายเท่านั้น

ผลที่ตามมาเมื่อประกาศหรือคำสั่งไม่เป็นกฎหมาย ไม่ใช่ระบบกฎหมาย การบังคับตามประกาศคำสั่งเหล่านั้นก็คงบังคับตามเพียงเท่าที่ถูกบังคับด้วยกำลังอยู่เท่านั้น เพราะมีประกาศให้ดำเนินการทางกระบวนการยุติธรรมอิงกับกระบวนการตามกฎหมายปกติได้ แต่หากที่มาเริ่มต้นด้วยกระบวนการขาดความถูกต้องชอบธรรมเสียแล้ว การปรับในกระบวนการช่วงกลางให้ใช้กระบวนการยุติธรรมตามปกติจนไปถึงกระบวนการสุดท้ายจะชอบด้วยกฎหมายได้อย่างไร เหมือนภาษิตกฎหมายที่ว่า “ต้องมาศาลด้วยมืออันสะอาด” ประกาศหรือคำสั่งไม่ได้อธิบายถึงเหตุผลหรือออกโดยความยินยอมเห็นชอบของประชาชนทำให้ไม่อาจปฏิบัติตามเพราะไม่ใช่กฎหมายแต่เป็นกดหัว²⁶ การฝ่าฝืนประกาศจึงไม่ผิดกฎหมาย ไม่เป็นการฝ่าฝืนกฎหมาย การกำหนดสภาพบังคับในประกาศให้จำคุกและปรับ²⁷ จึงไม่ใช่โทษทางกฎหมายอาญา การดำเนินการทางอาญาในชั้นก่อนพิจารณาคดีตั้งแต่การสืบสวน การสอบสวน การไต่สวนมูลฟ้อง และการดำเนินการในชั้นพิจารณาคดีทั้งหมด จึงไม่ถือเป็นการดำเนินการตามกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาหรือวิธีพิจารณาความแพ่ง การพิจารณาคดีชั้นศาลจึงไม่ถือเป็นการพิจารณาคดีเมื่อเสร็จก็คงเป็นความเห็น (Opinion) ของศาลมิใช่คำพิพากษา (Judgment) ไม่มีสภาพบังคับโทษทางกฎหมายไม่ใช่การจำคุก แม้จะใช้ราชทัณฑ์อยู่ในอำนาจบังคับก็ตาม²⁸ เพราะกระบวนการทั้งหมดบังคับตามอำนาจกำลังจะมีสภาพบังคับตราบเท่าที่อำนาจกำลังยังคงมีอยู่ จึงมิใช่การบังคับใช้กฎหมายและหากมีระบบกฎหมายมาในภายหลังกำลังบังคับสิ้นสภาพแล้วอาจต้องแก้ไข เยียวยาให้ชอบด้วยกฎหมายต่อไป

²³ เสนีย์ ปราโมช, “การกักตัวอันธพาลโดยเจ้าหน้าที่ฝ่ายบริหารขัดต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่,” *บทสัมภาษณ์* 27, ฉ. 3 (2513): 623.

²⁴ วิษณุ เครืองาม, *กฎหมายรัฐธรรมนูญ*, 384-385.

²⁵ เสนีย์ ปราโมช, *การเมืองไทยกับพัฒนาการรัฐธรรมนูญ* (กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2529), 274.

²⁶ เสนีย์ ปราโมช, “ปาฐกถาเรื่องนับถือกฎหมาย,” *บทสัมภาษณ์* 23, ฉ. 1 (มกราคม 2508): 1-6.

²⁷ คณะรักษาความสงบแห่งชาติ, “ประกาศคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ฉบับที่ 25/2557 เรื่อง ให้มีรายงานตัว หรือแจ้งเหตุขัดข้อง,” 23 พฤษภาคม 2557.

²⁸ คณะรักษาความสงบแห่งชาติ, “ประกาศคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ฉบับที่ 44/2557 เรื่อง ให้เรือนจำในสังกัดกรมราชทัณฑ์กระทรวงยุติธรรมปฏิบัติตามหมายของศาลทหาร,” 27 พฤษภาคม 2557.

2.2 ปัญหาความยุติธรรมเชิงปรัชญาของประกาศ/คำสั่ง คณะรัฐประหาร

กฎหมายต้องมีความยุติธรรมเป็นจุดหมายปลายทางเสมอ แม้กฎหมายจะมีใช้ความยุติธรรม ประเด็นสำคัญคือถ้าประกาศ/คำสั่ง ที่ฝ่ายตุลาการจะนำมาอ้างอิงขาดความยุติธรรมในเชิงปรัชญา ศาลจะบังคับใช้ต่อไปหรือไม่ การพิจารณาความยุติธรรมที่เห็นว่าเหมาะสมที่สุดในสถานการณ์ไม่ปกติคือความยุติธรรมตามธรรมชาติเพราะมีความแน่นอนมั่นคง ดังที่ปรากฏใน ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาชญากรรมคือเจตจำนงอันแน่วแน่ตลอดกาลที่จะให้แก่ทุกคนในสิ่งที่เขาควรจะได้²⁹ อีกทั้งการจะหาความยุติธรรมตามกฎหมายแบบปฏิฐานนิยมก็ต้องมองดูที่เบื้องหลังกฎหมายด้วย แม้จะพูดว่าไม่มีกฎหมายใดที่ไม่ยุติธรรมก็ตาม ด้วยแนวคิดเหล่านี้แม้ทางตะวันตกเองยังสงสัยว่ากฎหมายกับความยุติธรรมแยกกันได้หรือไม่ แน่แน่นอนกฎหมายไม่ใช่ตัวความยุติธรรมแต่กฎหมายมีวัตถุประสงค์เพื่อความยุติธรรมหรือต้องมีความยุติธรรมเป็นปลายทางเสมอ ซึ่งในที่นี้จึงขอพิจารณาความยุติธรรมของประกาศ/คำสั่งจาก 2 มุมมอง คือ 1) ด้านเสรีภาพ และ 2) ความเสมอภาค เพราะเป็นประเด็นที่พลเมืองได้รับผลกระทบโดยตรง

1) พิจารณาความยุติธรรมจากเสรีภาพ อันเป็นความยุติธรรมโดยธรรมชาติ (Natural Justice) ที่ต้องเป็นสากลใช้กับทุกคนไม่มีขอบเขตจำกัด กฎหมายต้องมีวัตถุประสงค์อันเป็นปลายทางที่ความยุติธรรมเสมอ หากกฎหมายใดขัดกับความยุติธรรมอย่างมากแล้วย่อมไม่เป็นกฎหมายหรือกลายเป็นกฎหมายที่ไร้ความเป็นกฎหมาย (Lawless Law) กฎหมายเช่นนี้ไม่อาจเรียกร้องให้เคารพเชื่อฟังได้³⁰ เพราะพื้นฐานเดิมของมนุษย์มีเสรีภาพ (Liberty) แต่กฎหมายมาจำกัดเสรีภาพมนุษย์ เสรีภาพมีคุณค่าเพราะเป็นสิ่งที่มนุษย์ใช้กำหนดโชคชะตาตนเอง (Self-Determine) ผ่านกระบวนการทางการเมืองจัดทำกฎหมายเพื่อปกครองตนเอง แสดงความเป็นตัวของตัวเองอันเป็นสภาพธรรมชาติของมนุษย์ สิ่งนี้จึงมีคุณค่าสูงสุดสำหรับมนุษย์ การบังคับ การกักขัง การจำคุกจึงเป็นสิ่งไม่พึงปรารถนาของมนุษย์ รูสโซเซียนยันอีกว่ามนุษย์สามารถถูกบังคับให้เป็นเสรีภาพ โดยเห็นว่ามีมนุษย์เกิดมาอิสระแต่ทุกที่มนุษย์ถูกจองจำชี้ให้เห็นสภาพมนุษย์ในสังคมในรัฐได้เป็นอย่างดี จอห์น สจิวท มิลล์ (John Stuart Mill) ได้เสนอหลักพิจารณาการจำกัดเสรีภาพด้วยหลักอันตรายต่อสังคม (Social Harm)³¹ ว่าการจำกัดเสรีภาพโดยใช้กำลังลงโทษต้องเพื่อเป้าหมายเดียวคือให้สังคมหรือส่วนรวมพ้นจากการละเมิดเสรีภาพจากสมาชิกในสังคมอันเป็นการปกป้องตนเอง (Self-Protection) บทบาทรัฐต่อปัจเจกชนนั้น รัฐต้องมีศีลธรรมทางการเมือง (Political Morality) ปฏิบัติต่อพลเมืองด้วยความให้เกียรติอย่างเสมอภาค³² เมื่อเสรีภาพเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานของปัจเจกชน การจำกัดของรัฐจึงต้องกระทำเมื่อจะเป็นอันตรายต่อบุคคลอื่นเท่านั้น³³ แต่เมื่อพิจารณาสัญญาารายงานตัวแนบท้ายประกาศ³⁴ ที่เป็นเหมือนสัญญาเพื่อตกลงจำกัดเสรีภาพบางประการทั้งที่มีกฎหมายอื่นบังคับใช้ได้ เหตุใดต้องทำสัญญา สัญญานี้จะบังคับทางกฎหมายอย่างไร เพราะคู่สัญญาอาจตกอยู่ในภาวะถูกข่มขู่ อาจเป็นโมฆะทางแพ่ง หรือฝ่าฝืนความสงบเรียบร้อยทางอาญา ฝ่ายตุลาการจะยังบังคับให้ได้หรือไม่

²⁹ ปรีดี เกษมทรัพย์, *นิติปรัชญา*, 129.

³⁰ W. Friedman, *Legal Theory* (New York: Columbia university Press, 1967), 155.

³¹ John Stuart Mill, *On liberty Gertrude Mimmelfarb* (Middlesex: Penguin Book, 1976), 68.

³² Ronal Dworkin, *Taking Right Seriously* (London: Duckworth, 1977), 272-273.

³³ John Stuart Mill, *On liberty Gertrude Mimmelfarb*, 135.

³⁴ คณะรักษาความสงบแห่งชาติ, “ประกาศคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ฉบับที่ 39/2557 เรื่อง การกำหนดเงื่อนไขการปล่อยตัวของบุคคลที่มามีรายงานตัวต่อคณะรักษาความสงบแห่งชาติ,” 25 พฤษภาคม 2557.

2) ด้านความยุติธรรมเมื่อพิจารณาจากความเสมอภาคจากทฤษฎีความยุติธรรม (Theory of Justice) ของจอห์น รอลส์ (John Rawls) ที่เห็นว่าไม่ควรเชื่อฟังข้อบังคับที่ไม่ชอบธรรมถ้า 1) กฎหมายหรือข้อบังคับนั้นไม่ได้มุ่งสร้างความเป็นธรรมแก่สังคมแต่ไปทำลายระบบกฎหมายทั้งหมด และ 2) กฎหมายนั้นขาดความชอบธรรมทำลายเสรีภาพขั้นมูลฐานของประชาชน³⁵ ความยุติธรรมเชิงความเสมอภาค (Equalitarian Justice) ที่ต้องยึดศักดิ์ศรีอันเท่าเทียมกันของมนุษย์มาพิจารณาเพราะความเสมอภาคเป็นแกนกลางสำคัญที่เป็นคุณธรรมทางด้านเนื้อหาในธรรมชาติ

แม้ความยุติธรรมในทฤษฎีของรอลส์ที่เน้นความยุติธรรมทางสังคม (Social Justice) โดยความยุติธรรมต้องดูจากจุดเริ่มต้น (Original Position) ที่มนุษย์ต้องเสมอภาคกันภายใต้ธรรมชาติความเห็นแก่ตัวของมนุษย์ ความยุติธรรมในจุดเริ่มต้นของมนุษย์ต้องมีความยุติธรรมในความเสมอภาคของเสรีภาพ (Principle of Equal Liberty) และความเสมอภาคของโอกาส (Principle of Fair Equality of Opportunity) จึงจะทำให้เกิดความยุติธรรมขึ้นได้³⁶ การที่บังคับเฉพาะบุคคลให้ใช้เสรีภาพและโอกาสแสดงความคิดเห็นของตนในให้ตรงกับทางที่ทางคณะรัฐประหารต้องการเท่านั้น เห็นได้ชัดว่าในจุดเริ่มต้นปวงชนเหล่านั้นขาดความเสมอภาคเสียแล้ว เป็นความไม่ยุติธรรมที่บังคับเจาะจงบุคคล การจะไปสนใจแต่ความยุติธรรมในรูปแบบ (Formal Justice) ว่าผลบังคับใช้จากประกาศจะถูกพิจารณาโดยศาลทหารจะมีความยุติธรรมที่เสมอภาคคงไม่ถูกต้อง เพราะต้องพิจารณาถึงความยุติธรรมในเนื้อหา (Substantial Justice) ด้วย มิเช่นนั้นแล้วจะกลายเป็นการเลือกปฏิบัติ (Discrimination) ประกาศ/คำสั่งจึงขาดความยุติธรรมทั้งเสรีภาพและความเสมอภาค รวมไปถึงขาดอุดมการณ์ของกฎหมายไปด้วย การบังคับใช้ประกาศ/คำสั่ง โดยฝ่ายตุลาการนั้นจึงต้องพิจารณาให้เหมาะสม เหตุเพราะว่าประกาศ/คำสั่งขาดสภาพความเป็นกฎหมายทั้งเชิงรูปแบบและเนื้อหา

2.3 บทบาทฝ่ายตุลาการ (Judicial Role) ไทยในกระบวนการยุติธรรมในสถานการณ์ไม่ปกติ

ประเด็นในบทบาทของรัฐคือฝ่ายตุลาการไทยควรจะมีบทบาทเช่นไรในสถานการณ์ไม่ปกติ เพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพปัจเจกชนให้เหมาะสมกับสถานการณ์ และมีส่วนร่วมใช้อำนาจด้านตุลาการช่วยส่งเสริมพัฒนาการด้านการปกครองตนเองของสังคม ให้สมกับที่กล่าวว่า ตุลาการเป็นที่พึ่งสุดท้ายของประชาชน ในขณะที่ศาลถูกบังคับให้พิพากษาตามประกาศ/คำสั่ง³⁷ บทบาทตุลาการในสังคมประชาธิปไตย (Democratic Society) นั้นศาลมีหน้าที่เบื้องต้น 2 ประการ คือ³⁸ 1) เป็นสะพานเชื่อมกฎหมายกับความเป็นจริงของโลก และ 2) ปกป้องกฎหมายและคุณค่าของกฎหมาย ถ้าศาลมีเสรีภาพในทางเลือกที่เป็นอิสระหลายทางภายใต้เงื่อนไขที่เป็นไปได้ ศาลต้องทำหน้าที่ให้ดีกว่าแค่หน้าที่ข้างต้น แม้ว่าคำถามทางการเมืองจะสามารถให้คำตอบในศาลได้ แต่ศาลไม่ควรกระทำ เช่น คดี บุช วี. กอร์ (Bush V. Gore) ที่ศาลสูงสุดอเมริกาจะไต่สวนกรณีนับคะแนนเลือกตั้งใหม่ และกอร์มีโอกาสชนะแต่กอร์ไม่ต้องการอ้างแม้ชนะก็ทำให้เกิดความแยกแยะในชาติขึ้นแล้ว³⁹

³⁵ John Rawls, *A Theory of Justice* (Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1999), 372-379.

³⁶ Ibid., 49-56.

³⁷ คณะรักษาความสงบแห่งชาติ, “ประกาศคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ฉบับที่ 5/2557 เรื่อง การสิ้นสุดชั่วคราวของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย,” 22 พฤษภาคม 2557.

³⁸ See also Aharon Barak, *The Judge in a Democracy* (Princeton: Princeton University Press, 2006), 1.

³⁹ Ibid., 188.

การใช้อำนาจทางตุลาการต้องระมัดระวังอย่างยิ่ง เพราะหากถูกสังคมเคลือบแคลงจะนำไปสู่ความเสื่อมของความเชื่อถือและการยอมรับในสถาบัน สหรัฐอเมริกาหลังเหตุการณ์ วันที่ 11 กันยายนที่พลเมืองเสียชีวิตเกือบสามพันคน ยังมีคำถามว่าเป็นการทำลายสิทธิมนุษยชนหรือไม่หรือเป็นอาชญากรรมทางสงครามที่กระทำโดยผู้ก่อการร้ายหรือไม่ใช่รัฐ และอยู่ในอำนาจของศาลสงคราม (War Crimes Tribunal) หรือไม่ ถูกหยิบมาพิจารณาในสมัยประธานาธิบดี บุช โดยเฉพาะหลังสงครามอัฟกานิสถานและอิรัก ก็เพื่อก่อตั้งความชอบธรรมในการนำความยุติธรรมมาสู่ผู้ที่ทำลายสิทธิมนุษยชน แต่เมื่อลมทางการเมืองเปลี่ยนทิศบีบบังคับให้จำเป็นต้องใช้กระบวนการไต่สวนและกระบวนการทางกฎหมายที่ดีตามปกติ เพื่อความยุติธรรมทั้งกระบวนการและเนื้อหาจะใช้ศาลทหารเมื่อกระบวนการไต่สวนเรียกร้องต้องการนำไปสู่ความยุติธรรมอย่างสูง (High Call to Justice) หรือต้องการปรับเครื่องมือที่ใช้ในมิติปกติของกระบวนการทางการเมืองเท่านั้น⁴⁰ แล้วไทยยังจะใช้ศาลทหารอีกหรือ

เมื่อไม่มีรัฐธรรมนูญที่กำหนดให้ศาลยึด “รัฐธรรมนูญ กฎหมาย และความยุติธรรม” ศาลจะมีอิสรภาพในการทำหน้าที่หรือดุลยพินิจอย่างไร ยังมีกรอบกำหนดหรือไม่ หรือจะยึดประกาศ/คำสั่งประหนึ่งกฎหมายมาใช้บังคับ แม้ไม่มีรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายฝ่ายตุลาการก็ต้องยึด สิทธิมนุษยชน (Human Rights) และหลักนิติธรรม (Rule of Law) มาเป็นกรอบการทำหน้าที่ เมื่อไทยเป็นชาติสมาชิกสหประชาชาติที่ต้องยึดและปฏิบัติตามกฎบัตรสหประชาชาติที่ตราปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน 1948 (The Universal Declaration of Human Rights 1948) ขึ้นที่คุ้มครองสิทธิ เสรีภาพในชีวิตและร่างกายและสิทธิในกระบวนการยุติธรรมที่เป็นธรรม และไทยให้สัตยาบันเป็นภาคีสมาชิกกฎหมายระหว่างประเทศคือกติกาว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (International Covenant on Civil and Political Rights 1966: ICCPR) เมื่อวันที่ 29 ตุลาคม 2539 มีผลบังคับวันที่ 30 มกราคม 2540 ที่มีเนื้อหาเช่นเดียวกัน แม้ไทยยึดระบบทวินิยม (Dualism) แต่ได้มีการจัดทำกฎหมายภายในรองรับเรียบร้อยแล้ว กฎหมายเหล่านี้จึงมีผลบังคับใช้เพราะมีแนวคิดที่ว่ากฎหมายภายในยังคงอยู่

นอกจากกฎหมายระหว่างประเทศข้างต้นแล้วศาลไทยต้องยึดหลักนิติธรรม (Rule of law) ที่ ศาสตราจารย์ ธาณินทร์ กรัยวิเชียร ว่าให้หานิติธรรมแบบไทย หลักนิติธรรม คือหลักการพื้นฐานแห่งกฎหมายที่สำคัญในระบบประชาธิปไตยที่เทิดทูนศักดิ์ศรีแห่งความเป็นมนุษย์และยอมรับนับถือสิทธิแห่งมนุษย์ทุกแห่งทุกมุม รัฐต้องให้ความอารักขาคู่ครองมนุษย์ให้พ้นจากลัทธิทรราชย์⁴¹ เพราะนิติธรรมอยู่เหนือกฎหมายจะช่วยให้กำหนดความสัมพันธ์ระหว่างรัฐ ประชาชน และกฎหมายได้อย่างเหมาะสม การพิจารณานิติธรรมโดยเฉพาะเรื่องหลักกฎหมายทั่วไปที่สำคัญคือการรับรองและคุ้มครองในเสรีภาพ ความเสมอภาค ควบคู่ไปกับความมั่นคงของกฎหมาย นิติธรรมต้องมีความเสมอภาคในรูปแบบ (Formal Equality) และความเสมอภาคในเนื้อหา (Substantive Equality) การใช้อำนาจตุลาการของไทยควรยึดตามหลักนิติธรรมที่ต้องเป็นไปตามองค์ประกอบของหลักนิติธรรมที่มี 7 ประการคือ⁴² 1) ศาลต้องมีความเป็นอิสระโดยมีหลักประกันโดยรัฐธรรมนูญหรือกฎหมาย,

⁴⁰ Charles Anthony Smith, *The Rise and Fall of War Crimes Trials, From Charles I to Bush II* (New York: Cambridge University Press, 2012), 6.

⁴¹ ธาณินทร์ กรัยวิเชียร, *หลักนิติธรรม* (กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์ ขวณพิมพ์, 2552), 9.

⁴² Chen Lung-Chu, *Human Rights Protection Needs Rule of Law and Independence of Judicial to Succeed* (Singapore: Select publishing, 2001), 85-87.

2) การพิจารณาพิพากษาอรรถคดีของศาลต้องไม่ฝักใฝ่ฝ่ายใดถือกฎหมายและความถูกต้องเหนือสิ่งอื่นใด, 3) อำนาจพิจารณาความในคดีทั้งปวงเป็นอำนาจหน้าที่ของศาลเพียงสถาบันเดียว, 4) ศาลต้องไม่ถูกแทรกแซงในการทำหน้าที่, 5) ปัจเจกชนมีสิทธิเข้าถึงกระบวนการยุติธรรม การกล่าวหาต้องได้รับการไต่สวนโดยศาลตามกระบวนการที่กฎหมายกำหนดคือความเสมอภาคของบุคคลในทางกฎหมาย, 6) วิธีปฏิบัติในศาลหรือวิธีพิจารณาความจะต้องเป็นธรรม และ 7) การปฏิบัติหน้าที่ของศาลต้องมีประสิทธิภาพรัฐต้องสนับสนุนศาลให้ปฏิบัติหน้าที่ให้สมบูรณ์ครบถ้วน

ภายใต้หลักนิติธรรมการกระทำของรัฐต้องอยู่ภายใต้กฎหมายและเป็นกฎหมายที่ประกาศล่วงหน้า มีบทบัญญัติชัดเจนให้ประชาชนคาดหมายได้ ฝ่ายตุลาการไทยจะต้องไม่หลงยึดนิติธรรมแบบไทยดั้งเดิมที่ไปรองรับการใช้อำนาจลิดรอนสิทธิเสรีภาพพลเมืองจะต้องวางนิติธรรมและใช้ความเป็นอิสระของศาล ให้ต่อสู้กับความกดขี่ทางการเมือง (Political Repression) ที่ศาลต้องแสดงบทบาทกฎหมาย (Role of Law) ในการต่อสู้กับแรงกดดันทางการเมือง ความเป็นอิสระของศาลเป็นสิ่งสำคัญภาครัฐต้องมีข้อสรุปในรูปแบบที่จะต้องยอมรับสิทธิ เสรีภาพ และความเป็นอิสระของศาลเพื่อปกป้องพลเมือง⁴³ ฝ่ายตุลาการไทยจึงควรใช้ความเป็นอิสระสร้างนิติธรรมใหม่ขึ้นให้มีระดับอารยะธรรมทางกฎหมายทัดเทียมธรรมของกฎหมายแบบตะวันตกมิใช่ให้นิติธรรมแบบไทยอยู่ในระดับต่ำกว่า บังคับพลเมืองตามประกาศให้สมดุลงกับสิทธิเสรีภาพมนุษย์ในสภาวะการไม่ปกติต้องไม่สร้างนิติธรรมที่สนับสนุนการรัฐประหารหรือประชาธิปไตยแบบไทย ๆ อย่างเดิมอีกต่อไป

ปัญหาความไม่สอดคล้องของการกำหนดโทษที่คล้ายโทษทางอาญากับการฝ่าฝืนไม่รายงานตัว และห้ามทำธุรกรรมการเงิน⁴⁴ เมื่อดูเจตนารมณ์กฎหมายอาญาเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยของสังคมในรัฐ และผู้กระทำละเมิดสิทธิเสรีภาพผู้อื่น ทั้งจุดประสงค์ของสภาพบังคับทางอาญา (Sanction) ที่เรียกกันว่าโทษก็วัตถุประสงค์เพื่อ 1) ป้องกันการแก้แค้น และ 2) แก้ไข ปรับปรุงความประพฤติต้องกระทำโดยรัฐ⁴⁵ ทั้งกระบวนการพิจารณาทางอาญาเป็นเรื่องเกี่ยวกับชีวิตและเสรีภาพมนุษย์โดยตรงที่เป็นผู้ก่อตั้งรัฐและระบบกฎหมายต้องพิจารณาอย่างรอบคอบ ยึดนิติธรรม นิติรัฐ และคุณธรรมของกฎหมายอาญาโดยเฉพาะหลักไม่มีกฎหมายย่อมไม่มีโทษ (Nullum Crimen, Ulla Poena Sine Lege) เพื่อคุ้มครองเสรีภาพพลเมือง การกระทำเหล่านั้นจึงขาดองค์ประกอบของกฎหมายชัดเจนเพราะไม่มีกฎหมายกำหนดไว้

ปัญหาเจตนารมณ์ของการใช้ศาลทหารมาเป็นฝ่ายตุลาการในบางคดีแบบเฉพาะเจาะจงโดยมิได้มาจากกฎหมายให้อำนาจ เมื่อดูเจตนารมณ์กฎหมายอัยการศึก ก็เพื่อสงครามหรือเหตุฉุกเฉิน ดังในประวัติศาสตร์โรมันมีผู้เผด็จการมีการรวมตำแหน่งชั่วคราวเพื่อความอยู่รอดของรัฐ เจตนารมณ์การใช้ศาลทหารเช่นนี้จึงไม่สอดคล้องกับสภาพของไทย ทั้งกำหนดเขตอำนาจ ฐานความผิด โทษ การโอนคดี ศาลทหารต้องการความรวดเร็วเด็ดขาด จะใช้ศาลทหารได้อย่างไรในสถานการณ์เช่นนี้ที่ไม่มีพระบรมราชโองการตามกฎหมายอัยการศึกจึงอาจถูกกล่าวหาว่าเป็นการใช้ศาลทหารเป็นเครื่องมือเท่านั้น

⁴³ See Linda Camp Keith, *Political Repression: Court and the Law* (Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 2012), 48.

⁴⁴ คณะรักษาความสงบแห่งชาติ, “ประกาศคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ฉบับที่ 41/2557 เรื่อง กำหนดให้การฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามคำสั่งเรียกบุคคลให้มารายงานตัว เป็นความผิด,” 26 พฤษภาคม 2557.

⁴⁵ คณิต ฐ นคร, *กฎหมายอาญา: ภาคทั่วไป* (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2543), 26.

ปัญหาความไม่ชอบธรรมในกระบวนการพิจารณา เริ่มจากความไม่เป็นธรรมก่อนการเข้าสู่กระบวนการพิจารณาปกติในศาลทหาร การพยายามอิงกับกฎหมายให้มากที่สุดเพื่อให้ได้รับการยอมรับเช่นพยายามประกาศกฎอัยการศึกให้ดูเหมือนถูกต้องหรือกระบวนการพิจารณาใช้ศาลมิใช่ตั้งคณะบุคคลขึ้นมาตัดสิน แม้สื่อมวลชนไทยยังเข้าใจผิดในทางกฎหมายว่าเป็นการใช้กฎหมายอัยการศึกโดยทำให้ดูเหมือนมีกระบวนการพิจารณาที่เป็นธรรมทางตุลาการ ปัญหาคือทำไมต้องกำหนดเขตอำนาจศาลใหม่ และโอนคดีไปศาลทหาร

ปัญหาความไม่ชอบธรรมของประกาศที่เกี่ยวกับกระบวนการยุติธรรมตั้งแต่เริ่มต้นนี้จะให้ทำให้องค์กรตุลาการมีหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางตุลาการได้อย่างไร ในเมื่อไม่ชอบตั้งแต่ต้นกระบวนการแล้ว หากดำเนินกระบวนการพิจารณาจนตัดสินก็เป็นการใช้กฎหมายที่ผิดพลาด (Error of Law) จริงอยู่การใช้กฎหมายต้องดูเทศกัลบ้านเมือง ความยุติธรรมที่ศาลจะรับรู้และบังคับบัญชาให้มีแต่ความยุติธรรมตามกฎหมาย (Justice According to Law) แต่การนำกฎหมายปรับแก้คดีต้องใช้หลักสากลที่ศาลทั่วโลกใช้ เพราะเพื่อความยุติธรรมคือประโยชน์สุขของประชาชน⁴⁶ หรือศาลทหารจะเลือกไปในทิศทางที่ต้องการได้ พฤติกรรมของศาลน่านศึกษาแต่ยากจะอธิบายอาจดูแรงจูงใจที่อยู่เหนือนโยบายของศาล แต่ไม่ใช่สิ่งที่ไม่นโยบายจะไม่มีอิทธิพลต่อความยุติธรรมมีหลายปัจจัยรวมถึงผู้เล่นที่อยู่ภายนอกที่มีผลต่อแรงจูงใจต่อศาล ลมหายใจเพื่อปฏิบัติการแห่งความยุติธรรมยังคงเป็นคำถามที่ถูกเปิดกว้างเอาไว้⁴⁷ ในปัญหานโยบายที่ดีกับกฎหมายที่ดี การเลือกนโยบายคือการตอบสนองต่อกฎหมายให้ถูกต้องซึ่งยากที่จะอธิบายในผลกระทบที่มีต่อการตัดสินของศาลว่าศาลควบคุมคดีได้ เพราะแรงจูงใจที่สำคัญคือนโยบายส่วนบุคคลที่ศาลนั้นชอบ⁴⁸

ถ้าการปกครองโดยตนเองของประชาชนคือการปกครองโดยกฎหมาย และศาลมีหน้าที่บอกว่ากฎหมายคืออะไร ศาลจะออกไปจากเจตจำนงปวงชนได้อย่างไร ศาลมีอิสระจริงแต่ต้องอยู่ภายใต้ความรับผิดชอบทางประชาธิปไตยด้วยความไวเนื้อเชื่อใจศาลมาจาก 3 ทางคือ⁴⁹ 1) การใช้ดุลยพินิจ (Discretion), 2) ความอ่อนไหว (Vulnerability) ต่อกฎหมายของศาล และ 3) ความเชื่อถือ (Trust) หลักสามประการนี้ทำให้ความไว้วางใจต่อศาลต่างกันไป ศาลต้องทำหน้าที่ตามความไว้วางใจ (Basic Fiduciary Duties)⁵⁰ คือ 1) หน้าที่ด้วยความซื่อสัตย์ (Duty of Loyalty) ซื่อสัตย์ต่อประชาชนในหน้าที่ระงับข้อพิพาท, 2) หน้าที่อย่างระมัดระวัง (Duty of Care) ต้องมีเหตุผลและวิจรรณญาณ (Reasonable Diligence and Prudence) มีเหตุผลในการตัดสินที่จะทำเช่นนั้นอันเป็นเนื้อหาในการใช้ดุลยพินิจภายใต้หน้าที่ที่วิเคราะห์แล้ว และ 3) หน้าที่จริงใจ เปิดเผย ให้เหตุผลได้ ปัญหาพิพาทในพฤติกรรมมนุษย์ต้องใช้ระบบของกฎเกณฑ์ที่ต้องมีทั้งอำนาจและความชัดเจน แต่ถ้ากฎไม่ชัดแล้วต้องตีความ รวมไปถึงต้องดูเหตุผลที่อยู่เบื้องหลังกฎร่วมด้วย เพราะมีช่องว่างระหว่างกฎที่ทำหน้าที่อย่างประสบความสำเร็จกับกฎที่ทำให้เราไปถึงข้อสรุปที่ถูกต้องในส่วนเฉพาะ⁵¹

⁴⁶ จิตติ ดิงศรัทธี, *บทบาทของนักกฎหมายกับเทศกัลบ้านเมือง* (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2536), 206.

⁴⁷ Lawrence Baum, *The Puzzle of Judicial Behavior* (Ann Arbor: University of Michigan Press, 1997), 55.

⁴⁸ Ibid., 42.

⁴⁹ California Law Review, 101.

⁵⁰ Ibid., 730-737.

⁵¹ Larry Alexander and Emily Sherwin, *The Rule of Rules: Morality Rules and the Dilemmas of Law* (Durham and London: Duke University Press, 2001), 607.

3. สรุปผล และข้อเสนอแนะ

จากการศึกษาเรื่องบทบาทที่สร้างสรรค์ของศาลไทย: การปรับเปลี่ยนนิติปรัชญาในการเมืองการปกครองไทย ผู้เขียนมีข้อสรุปและเสนอแนะดังนี้

3.1 สรุปผล

จากการศึกษาเรื่องบทบาทที่สร้างสรรค์ของศาลไทย: การปรับเปลี่ยนนิติปรัชญาในการเมืองการปกครองไทยพบว่า ถ้าสถาบันตุลาการเป็นผู้นำที่เชื่อมโยงกฎหมายกับสังคม โดยสังคมเป็นผู้ตรากฎหมายขึ้นเพื่อให้ประชาชนปกครองตนเอง ศาลก็ต้องบังคับใช้กฎหมายให้ตอบสนองต่อสังคมอย่างแท้จริง โดยพิจารณาคุณค่ากฎหมายต่อสังคมและคุณธรรมหรือศีลธรรมที่อยู่เบื้องหลังกฎหมาย เมื่อโลกในปัจจุบันมีแต่เวลาที่เดินไปข้างหน้า การเหลียวดูบทเรียนในประวัติศาสตร์อาจช่วยให้เห็นจินตนาการที่เปลี่ยนแปลงในทางก้าวหน้าของสังคมได้ เพราะขนาดปรัชญาทางกฎหมายยังต้องมีการต่อเติมให้สมบูรณ์เหมาะสมกับสังคม เมื่อประกาศ/คำสั่งมิใช่ “รัฐธรรมนูญหรือกฎหมาย” เพราะไม่ทราบจุดมุ่งหมายในการบังคับ ขาดที่มาอันจะอ้างอิงขาดบรรทัดฐานมูลฐานรองรับ และขาดซึ่งความยุติธรรมอันเป็นอุดมการณ์ปลายทางของกฎหมายที่สำคัญจึงขาดความเป็นกฎหมาย ทั้งเชิงรูปแบบและเนื้อหา การจะยอมบังคับตามก็แต่เพียงเมื่ออยู่ในภาวะจำยอมถูกบังคับด้วยอำนาจกำลังเท่านั้น ศาลจึงควรพิจารณาประกาศหรือคำสั่งอย่างพอเหมาะ ในลักษณะสัจจะนิยมไทยแบบก้าวหน้าบนสมดุล เสรีภาพของประชาชน (We the People) กับความสงบเรียบร้อยของสังคม ในฐานะประชาชนพลเมืองไทยในประเทศไทย บทบาทฝ่ายตุลาการไทยในกระบวนการยุติธรรมในสถานการณ์ไม่ปกติ ต้องพลิกวิกฤติเป็นโอกาสเพราะเป็นโอกาสสุดท้ายในประวัติศาสตร์ที่จะใช้แก้ไขนิติปรัชญาเดิมที่คลาดเคลื่อนไป ต้องทำให้เป็นสถาบันคุ้มครองสิทธิเสรีภาพ เป็นที่พึ่งสุดท้ายของพลเมืองได้จริง เมื่อศาลเป็นสถาบันหลักของรัฐที่ยังเหลืออยู่ ศาลรัฐธรรมนูญต้องคำนึงถึงจารีตประเพณีการปกครองในระบอบประชาธิปไตยเมื่อไม่มีรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรกรณีมีข้อพิพาทในสถานการณ์ไม่ปกติ ศาลปกครองต้องพิจารณาถึงดุลยพินิจอำนาจทางปกครองที่คณะรัฐประหารใช้ ศาลยุติธรรมโดยเฉพาะศาลฎีกาแผนกคดีอาญาสำหรับผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองต้องพิจารณาคดีอย่างเที่ยงธรรมที่สุด และศาลทหารที่เคยที่แบกรับเผือกร้อนในภารกิจแก้ไขปัญหาทางการเมืองในคดีความมั่นคง คดีหมิ่นสถาบันฯ คงต้องพิจารณาอย่างดีที่สุดทั้งทางกฎหมายและทางการเมือง โดยศาลไทยต้องยึดสิทธิมนุษยชนและกฎหมายระหว่างประเทศรวมทั้งหลักนิติธรรม โดยทั้งนิติธรรมแบบเดิมนั้นเสีย ศาลต้องสร้างนิติธรรมแบบไทยขึ้นใหม่ให้ทัดเทียมกับอารยะประเทศและตีความประเพณีการปกครองในระบอบประชาธิปไตยในลักษณะก้าวหน้าที่จิตวิญญาณสังคมก้าวหน้าเมื่อเวลาผ่านไปด้วย ฝ่ายตุลาการต้องใช้โอกาสนี้สร้างนิติธรรมหนุนส่งพัฒนาการประชาธิปไตยให้เคลื่อนไปอีกครั้ง หลังเห็นชัดว่าวัฒนธรรมทางการเมืองของประชาชนไทยเปลี่ยนแปลงไปอีกขั้นแล้วอย่างชัดเจน ศาลควรรอการพิจารณาคดี เพื่อให้มีรัฐธรรมนูญฉบับถาวรเพื่อดำเนินการไปตามครรลองประชาธิปไตยให้เหมาะสม เพื่อการแก้ไขเยียวยาให้เหมาะสม ไม่ควรใช้อำนาจตุลาการแก้ไขปัญหาทางการเมือง ซึ่งฝ่ายตุลาการคงต้องชั่งน้ำหนักถึงผลลัพธ์ที่สังคมจะได้และสิ่งที่สังคมสูญเสียไป จะเป็นการแก้ไขปัญหาหรือจะยิ่งทำให้ปัญหายากแก้ไขขึ้นไปเป็นสิ่งที่ต้องชั่งน้ำหนักอย่างมาก แต่หากถูกบังคับให้ต้องเดินหน้าจนสุดกระบวนการก็ต้องยึดหลักภาคีกฎหมาย ประชาทศความยุติธรรมแม้ฟ้าจะถล่ม มิใช่ถล่มด้วยการอ้างประชาทศความยุติธรรม เพราะการใช้อำนาจตุลาการเป็นเครื่องมือทางการเมืองเป็นสิ่งที่ไม่เหมาะสมที่ได้พิสูจน์แล้วในปัจจุบัน แต่ไม่ว่าอย่างไรก็ตามตราบโดมมนุษย์อยู่ในสังคมดังเช่นพุทธสุภาษิตที่กล่าวไว้ “กัมมุนา วัตตติ โลโก” สัตว์โลกย่อมเป็นไปตามกรรม

3.2 ข้อเสนอแนะ

จากการศึกษาเรื่องบทบาทที่สร้างสรรค์ของศาลไทย: การปรับเปลี่ยนนิติปรัชญาในการเมืองการปกครองไทย ผู้เขียนเห็นควรมีข้อเสนอแนะดังต่อไปนี้

3.2.1 เห็นควรให้องค์กรตุลาการของไทยทั้งหมดควรจะตีความ คำสั่ง ประกาศของคณะรัฐประหารให้มีสภาพบังคับชั่วคราวเพราะมิใช่กฎหมายหรือมีรากฐานมาจากกฎหมายที่ชอบธรรมตามกระบวนการทางการเมือง เพื่อให้สอดคล้องกับปรัชญากฎหมายและปรัชญาการเมือง

3.2.2 เห็นควรให้สถาบันการเมืองทั้งหมดควรยึดรัฐธรรมนูญเป็นฐานที่มาของอำนาจหน้าที่และการควบคุมอำนาจทั้งหมด โดยเฉพาะในสภาวะไม่ปกติควรยึดที่ประเพณีการปกครองระบอบประชาธิปไตยมาอุดช่องว่างในการทำหน้าที่ของทุกสถาบันการเมือง

References

- Alexander, Larry, and Emily Sherwin. *The Rule of Rules: Morality Rules and the Dilemmas of Law*. Durham and London: Duke University Press, 2001.
- Austin, John. *The Province of Jurisprudence Determined*. London: Weidenfeld & Nicolson, 1954.
- Barak, Aharon. *The Judge in a Democracy*. Princeton: Princeton University Press, 2006.
- Baum, Lawrence. *The Puzzle of Judicial Behavior*. Ann Arbor: University of Michigan Press, 1997.
- Chatpreedee Chatputi. "Basic Areas of the Philosophy of Law." *Journal of Law* 2, no. 4 (1971): 119. [In Thai]
- Dworkin, Ronald. *Taking Right Seriously*. London: Duckworth, 1977.
- Friedman, W. *Legal Theory*. New York: Columbia University Press, 1967.
- H.L.A. Hart. *The Concept of Law*. Oxford: Clarendon Press, 1981.
- Jitti Tingsapat. *The Role of Lawyers and Country Festivals*. Bangkok: Winyuchon, 1993. [In Thai]
- Kanit Na-Nakhon. *Criminal Law: General Section*. Bangkok: Winyuchon, 2000. [In Thai]
- Keith, Linda Camp. *Political Repression: Court and the Law*. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 2012.
- Kelsen, Hans. *General Theory of Law and State*. New York: Russell & Russell, 1973.
- Kelsen, Hans. *The Pure Theory of Law Translated by M. Knight*. Berkeley: University of California Press, 1967.

Lung-Chu, Chen. *Human Rights Protection Needs Rule of Law and Independence of Judicial to Succeed*. Singapore: Select publishing, 2001.

Mill, John Stuart. *On liberty Gertrude Mimmelfarb*. Middlesex: Penguin Book, 1976.

Nakarin Mektrairat. "The 1932 Administrative Change of Siam: The Frontier of Knowledge." *Thammasat Journal* 11, no. 2 (June 1982): 6-39. [In Thai]

National Council for Peace and Order. Announcement of the National Council for Peace and Order No. 41/2014 regarding violations or non-compliance with orders to summon people to report themselves. It is wrong." May 26, 2014. [In Thai]

National Council for Peace and Order. National Council for Peace and Order Announcement No. 1/2014 regarding the declaration of Martial Law throughout the Kingdom." May 27, 2014. [In Thai]

National Council for Peace and Order. National Council for Peace and Order Announcement No. 25/2014 regarding reporting or report a problem." May 23, 2014. [In Thai]

National Council for Peace and Order. National Council for Peace and Order Announcement No. 39/2014 on Setting the Conditions for the Release of Persons Reporting to the National Council for Peace and Order." May 25, 2014. [In Thai]

National Council for Peace and Order. National Council for Peace and Order Announcement No. 44/2014 on requiring prisons under the Department of Corrections of the Ministry of Justice to comply with military court warrants." May 27, 2014. [In Thai]

National Council for Peace and Order. National Council for Peace and Order Announcement No. 5/2014 on the Temporary Termination of the Constitution of the Kingdom of Thailand." May 22, 2014. [In Thai]

National Council for Peace and Order. National Council for Peace and Order Announcement No. 5/2014 on the Temporary Termination of the Constitution of the Kingdom of Thailand." May 22, 2014. [In Thai]

National Council for Peace and Order. Order of the Head of the National Council for Peace and Order No. 55/2016 Regarding Processing of Certain Types of Cases in the Military Court." September 12, 2016. [In Thai]

Rawls, John. *A Theory of Justice*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1999.

Rongphon Charoenphan. *Forensic Philosophy*. Bangkok: Ramkhamhaeng University Press, 1987. [In Thai]

Royal Thai Army. “Announcement of the Royal Thai Army No. 1/2014 Regarding the Promulgation of the Martial Law Act.” May 27, 2014. [In Thai]

Sanae Jamrik. *Thai Politics and Constitutional Development*. Bangkok: Thammasat University Press, 1986. [In Thai]

Seksan Prasertkul. “The Historical Necessity of the 24 June 1932 Movement.” *Thammasat Journal* 11, no. 2 (June 1982): 62-68. [In Thai]

Senee Pramroj. “Is the Detention of Gangsters by Administrative Officials Unconstitutional.” *Bodbannakrit* 27, no. 3 (1970): 623. [In Thai]

Senee Pramroj. “Lecture on Respect for the Law.” *Bodbannakrit* 23, no. 1 (January 1965): 1-6. [In Thai]

Smith, Charles Anthony. *The Rise and Fall of War Crimes Trials, from Charles I to Bush II*. New York: Cambridge University Press, 2012.

Thanin Kraiwichian. *Rule of Laws*. Bangkok: Chuanpim, 2009.[In Thai]

Wissanu Krea-ngam. *Constitutional Law*. Bangkok: Niti Bannakan Publishing House, 1980. [In Thai]