

วิธีใหม่ภายใต้บริบท “New Normal” ในสถานการณ์ฉุกเฉิน : ปัญหาความเหมาะสมจำเป็น
ของพระราชกำหนดบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548 .ศ.
ระบาดของเชื้อไวรัสSARS-CoV-2

A new approach under the context of "New Normal" in an emergency: the
suitability and necessity of the Royal Decree of Public Administration in
Emergency Situations B.E. 2548 In dealing with the outbreak of the
SARS-CoV-2 virus

กาญจนา นาวิกนันท์

Kanchana Navikanan

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ถนนพญาไท แขวงวังใหม่ เขตปทุมวัน กรุงเทพฯ 10330

Faculty of Law, Chulalongkorn University, Phayathai Road, Pathumwan, Bangkok 10330

Corresponding author E-mail: Kanchana@gmail.com

บทคัดย่อ

ด้วยเหตุของการแพร่ระบาดของไวรัสโคโรนาสายพันธุ์ใหม่ 2019 รัฐบาลไทยจึงได้ประกาศ
สถานการณ์ฉุกเฉินในเขตท้องที่ทั่วราชอาณาจักรเมื่อวันที่ 26 มีนาคม 2563 โดยอาศัยอำนาจตามพระราช
กำหนดการบริหารในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ.2548 การดังกล่าวส่งผลกระทบต่อสิทธิขั้นพื้นฐานของ
ประชาชน บทความนี้มุ่งศึกษาวิเคราะห์ถึงความจำเป็นและความได้สัดส่วนในการประกาศและบังคับใช้พระ
ราชกำหนดการบริหารในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ.2548 บนพื้นฐานทฤษฎีของคาร์ล ชมิตต์ จีออร์จีโอ อากัม
เบน บรูซ แอคเคอร์แมน เดวิด ไตเซนเฮาส์ และโอเรน โกรส

คำสำคัญ : วิธีใหม่, เชื้อไวรัส SARS-CoV-2

Abstract

Due to the spread of Covid-19 pandemic, the Thai government therefore chose to impose a state of emergency nationwide on 26 March 2020 by virtue of the 2005 Emergency Decree on Public Administration in Emergency Situation. This article seeks to assess the necessity and proportionality regarding the application of this law in the light of constitutional emergency models proposed by Carl Schmitt, Giorgio Agamben, Bruce Ackerman, David Dyzenhaus, and Oren Gross.

Keyword : New Normal, SARS-CoV-2 virus

บทนำ

ไวรัสโคโรนาสายพันธุ์ใหม่ 2019 เป็นไวรัสสายพันธุ์ที่ไม่เคยพบมาก่อนในมนุษย์ก่อให้เกิดอาการป่วยในระบบทางเดินหายใจ และสามารถแพร่เชื้อจากคนสู่คนได้อย่างรวดเร็ว ได้แพร่ระบาดไปทั่วโลก ทั้งยังไม่มีวัคซีนป้องกันและยารักษาที่ได้ผล โดยเชื้อไวรัสชนิดนี้พบครั้งแรกในการระบาดในเมืองอู่ฮั่น มณฑลหูเป่ย์ สาธารณรัฐประชาชนจีน ในช่วงปลายปี โดยประเทศไทยได้พบผู้ติดเชื้อไวรัสโคโรนาสายพันธุ์ใหม่ 25622019 คนแรกเมื่อวันที่ เป็นนักท่องเที่ยวหญิงชาวจีนที่เดินทางมาจากเมืองอู่ฮั่น จากนั้นองค์การ 2563 มกราคม 12 อนามัยโลกได้ยกระดับความเสี่ยงของการแพร่ระบาดของไวรัสโคโรนาสายพันธุ์ใหม่ หรือโควิด-19 ทั่วโลกขึ้นสู่ระดับสูงสุด โดยประกาศให้การระบาดของโรคดังกล่าวเป็นภาวะฉุกเฉินทางสาธารณสุขระหว่างประเทศ เมื่อวันที่ 2563 มกราคม 30⁶⁹ ทำให้กระทรวงสาธารณสุขประกาศให้โรคติดเชื้อไวรัสโคโรนา หรือ 2019 โรคโควิด-19 เป็นโรคติดต่ออันตรายตามพระราชบัญญัติโรคติดต่อ พ.ศ.2558 เพื่อประโยชน์ในการเฝ้าระวัง ป้องกัน และควบคุมโรคติดต่ออันตรายในประเทศไทย เมื่อวันที่ 2563 กุมภาพันธ์ 29⁷⁰ ต่อมาเมื่อต้นเดือน มีนาคม ได้พบผู้ป่วยเสียชีวิตและมีผู้ติดเชื้อเพิ่มมากขึ้นจากสนามมวย สถานบันเทิง และจากการเดินทาง 2563 -มาจากประเทศที่มีการระบาดของเชื้อโควิด19 รัฐบาลจึงได้จัดตั้งศูนย์บริหารสถานการณ์การแพร่ระบาดของโรคติดเชื้อไวรัสโคโรนา 2019(โควิด-19)เพิ่ (กำหนดนโยบายและมาตรการป้องกันการแพร่ระบาดของเชื้อไวรัสดังกล่าว เมื่อวันที่ 2563 มีนาคม 12⁷¹ และรัฐบาลได้เห็นว่าเป็นสถานการณ์โรคระบาดดังกล่าวกระทบต่อความสงบเรียบร้อยและความปลอดภัยของประชาชนซึ่งต้องใช้มาตรการเข้มงวดและเร่งด่วนเพื่อควบคุมมิให้โรคแพร่ระบาดออกไปในวงกว้าง ประกอบกับมีการกักตุนสินค้าขึ้น นายกรัฐมนตรีจึงประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินในทุกเขตท้องที่ทั่วราชอาณาจักร ตั้งแต่วันที่ 2563 เมษายน 30 จนถึงวันที่ 2563 มีนาคม 26 อาศัยอำนาจตามความในมาตรา5 แห่งพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ.

⁶⁹ Statement on the second meeting of the International Health Regulations (2005) Emergency Committee regarding the outbreak of novel coronavirus (2019-nCoV) <[https://www.who.int/news-room/detail/30-01-2020-statement-on-the-second-meeting-of-the-international-health-regulations-\(2005\)-emergency-committee-regarding-the-outbreak-of-novel-coronavirus-\(2019-ncov\)](https://www.who.int/news-room/detail/30-01-2020-statement-on-the-second-meeting-of-the-international-health-regulations-(2005)-emergency-committee-regarding-the-outbreak-of-novel-coronavirus-(2019-ncov))> accessed 2 July 2020.

⁷⁰ ประกาศกระทรวงสาธารณสุข เรื่อง ชื่อและอาการสำคัญของโรคติดต่ออันตราย 3 ฉบับที่)) พ.ศ.2563

⁷¹ คำสั่งนายกรัฐมนตรี เรื่อง จัดตั้งศูนย์บริหารสถานการณ์การแพร่ระบาดของโรคติดเชื้อไวรัสโคโรนา 2019(โควิด-19 (

2548⁷² ซึ่งกฎหมายแม่บทฉบับนี้ ได้เคยประกาศใช้สถานการณ์ฉุกเฉินในบางพื้นที่ในประเทศไทย เช่น กรุงเทพมหานคร และประกาศใช้ในพื้นที่บริเวณพื้นที่สามจังหวัดชายแดนภาคใต้⁷³ จากสถานการณ์ดังกล่าวทำให้นายกรัฐมนตรีมีอำนาจสั่งการลดขั้นตอนปกติ มีอำนาจออกกฎหมายเพื่อบังคับแก้ไขสถานการณ์ฉุกเฉิน กล่าวคือรัฐบาลจะมีช่องทางตามกฎหมายเข้าควบคุมหรือบริหารสถานการณ์ได้ เช่น จะมีการโอนอำนาจบางประการของรัฐมนตรีตามกฎหมายบางฉบับมาเป็นของนายกรัฐมนตรีเท่าที่จำเป็นและเป็นการชั่วคราวเพื่อความรวดเร็วและบูรณาการ โดยการออกข้อกำหนดคือข้อห้ามหรือข้อปฏิบัติบางอย่าง⁷⁴ ทั้งนี้ พนักงานเจ้าหน้าที่ของรัฐไม่ต้องรับผิดชอบตามกฎหมาย

ในการใช้มาตรการในการป้องกันและการแพร่ระบาดของโรคโควิด-19 รัฐบาลได้ออกข้อกำหนดที่ออกตามความในมาตรา .ศ.แห่งพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ. 92563 ใช้บังคับทั่วราชอาณาจักร ตั้งแต่วันที่ เช่นกัน 2563 มีนาคม 26 หากผู้ใดฝ่าฝืนมีบทลงโทษ ได้แก่ การห้ามเข้าพื้นที่เสี่ยง การปิดสถานที่เสี่ยงต่อการติดต่อโรค โดยผู้ว่าราชการในแต่ละจังหวัดมีอำนาจเป็นผู้ประกาศปิดสถานที่ การปิดช่องทางเข้ามาในราชอาณาจักร โดยทางบก ทางเรือ ทางอากาศ และปิดช่องทางการเข้าประเทศไทยตามจุดผ่านแดนต่างๆ การห้ามกักตุนสินค้า การห้ามชุมนุม โดยเว้นระยะห่างทางสังคม การห้ามเสนอข่าวอันไม่เป็นความจริงที่จะทำให้ประชาชนเกิดความเข้าใจผิด มาตรการเตรียมรับสถานการณ์ มาตรการพึงปฏิบัติสำหรับบุคคลบางประเภท โดยเฉพาะผู้ที่มีความเสี่ยงสูงแนะนำให้อยู่บ้าน มาตรการเกี่ยวกับการออกนอกราชอาณาจักร มาตรการดูแลความสงบเรียบร้อย มาตรการป้องกันโรค นโยบายการยังคงให้เปิดสถานที่ทำการของสถานพยาบาลและสถานที่ราชการ การขอความร่วมมืองดเดินทางข้ามเขตพื้นที่จังหวัด และการจัดกิจกรรมหรือพิธีการทางสังคมต่างๆต้องมีความเหมาะสม⁷⁵ ซึ่งข้อกำหนดดังกล่าวได้ส่งผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพในการดำเนินชีวิตของประชาชนเป็นอย่างมาก ทั้งยังส่งผลกระทบต่อเศรษฐกิจ การเมืองและสังคมของประเทศ โดยเฉพาะข้อกำหนดว่าด้วยการห้ามออกนอกเคสสถานที่ได้ประกาศเมื่อวันที่ 2563 เมษายน 2⁷⁶ ซึ่งในความเป็นจริง รัฐบาลมีกฎหมายอย่างเช่น พระราชบัญญัติการรักษาความมั่นคงภายในราชอาณาจักร พ.ศ. 2551 ที่ให้อำนาจห้ามอยู่ในสถานที่ที่กำหนด หรือการประกาศห้ามออกนอกเคสสถานที่ และพระราชบัญญัติโรคติดต่อ พ.ศ.2558 โดยมาตรา ที่ให้อำนาจเจ้าหน้าที่ควบคุมโรคติดต่อ โดยการกักตัว 35 และ 34 เพื่อรักษาให้อำนาจผู้ว่าราชการจังหวัดมีอำนาจในการสั่งปิดสถานที่ต่างๆ รวมไปถึงอำนาจในการกำกับโรคระบาดให้ครอบคลุมไปถึงการจัดการกับการเดินทางของประชาชนด้วย โดยผู้ที่ไม่ปฏิบัติตามจะมีบทลงโทษ แต่กฎหมายต่างๆดังกล่าวที่ให้อำนาจที่คล้ายกับพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ.2548 นั้น กลับไม่ถูกนำมาใช้บังคับกับสถานการณ์การแพร่ระบาดของโรคโควิด-19

อย่างไรก็ตามแม้จำนวนผู้ป่วยติดเชื้อจากโรคโควิด-19 ลดลงอย่างมากและอยู่ในภาวะที่ควบคุมได้แล้ว รัฐบาลได้มีการประกาศมาตรการผ่อนปรนการควบคุมโรคโควิด-19 เริ่มตั้งแต่เดือนพฤษภาคมเป็นต้นมา

⁷² ประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินในทุกเขตท้องที่ทั่วราชอาณาจักร

⁷³ กลุ่มประชาสัมพันธ์และเผยแพร่ สำนักโฆษก . ‘รัฐบาลแจ้งรายละเอียดและข้อปฏิบัติ พกการบริหารราชการในสถานการณ์ .ก.ร. ฉุกเฉิน ผลตั้งแต่ 26 มี . ค.30 เม .ย.2563 ยังยังไม่มีประกาศเคอร์ฟิว’ (สำนักเลขาธิการ ทำเนียบรัฐบาล, 2563).

⁷⁴ แถลงการณ์สำนักนายกรัฐมนตรี เรื่อง การประกาศสถานการณ์ฉุกเฉิน ตามพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ.2548

⁷⁵ ข้อกำหนดออกตามความในมาตรา 9 แห่งพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ.2548 (ฉบับที่ 1)

⁷⁶ ข้อกำหนด ออกตามความในมาตรา 9 แห่งพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548 (ฉบับที่ 2)

สำหรับกิจกรรมด้านเศรษฐกิจและการดำเนินชีวิต และกิจกรรมด้านการออกกำลังกายหรือการดูแลสุขภาพ แต่รัฐบาลยังคงขยายเวลาสถานการณ์ฉุกเฉินให้ยังมีผลใช้บังคับ ตามอำนาจของพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ.2548 ต่อไปอีกตั้งแต่กรกฎาคม 2563⁷⁷ ซึ่งการขยายเวลาบังคับใช้กฎหมายอาจเป็นการใช้อำนาจเกินขอบเขตของรัฐบาล โดยขาดการตรวจสอบจากฝ่ายตุลาการ ดังนั้นเพื่อเป็นหลักประกันในสิทธิและเสรีภาพของประชาชน การประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินจึงควรมีระยะเวลาจำกัด และสอดคล้องอย่างเคร่งครัดตามความจำเป็นเร่งด่วนของสถานการณ์นั้น ทั้งในแง่ของระยะเวลา พื้นที่ในการประกาศ และขอบเขตของเนื้อหา รวมทั้งมาตรการใด ๆ เพื่อไม่ให้เป็นภาระละเมิดสิทธิส่วนบุคคลมากเกินไป ซึ่งการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินตามอำนาจของพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548 อาจส่งผลกระทบต่อความมั่นคงของชาติด้วย

การศึกษาถึงข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในประเทศไทยโดยการนำความสัมพันธ์ของแนวความคิดนักปรัชญาทางกฎหมายที่มีความสอดคล้องกับสถานการณ์การระบาดของโรคโควิด-19 ได้แก่ แนวความคิดเสรีนิยมของ คาร์ล ชมิทต์ (Carl Schmitt) ที่คำนึงถึงเสรีภาพของประชาชนที่ต่อต้านอำนาจรัฐโดยให้ความสำคัญถึงสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชน แนวความคิดของจิออร์จิโอ อาแกมเบน (Giorgio Agamben) ที่ไม่เห็นด้วยกับการที่รัฐใช้อำนาจเด็ดขาด แนวความคิดของเดวิด ไดเซนเฮาส์ (David Dyzenhaus) ในด้านตุลาการกับอำนาจทางการเมือง แนวความคิดของโอเรน โกรส (Oren Gross) ที่เกี่ยวกับการให้อำนาจประชาชนในการลงประชามติ และแนวความคิดของบรูซ แอคเคอร์แมน (Bruce Ackerman) ที่เกี่ยวกับการบัญญัติกฎหมายในสถานการณ์ฉุกเฉินของรัฐสภาและระยะเวลาการบังคับใช้กฎหมาย สามารถนำมาใช้ในการวิเคราะห์ประสิทธิภาพการดำเนินงานของรัฐบาลเพื่อคุมสถานการณ์การแพร่ระบาดของโรคโควิด-19 ได้ โดยการศึกษานี้มีวัตถุประสงค์เพื่อศึกษาความจำเป็นและความได้สัดส่วนในการประกาศและบังคับใช้พระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ.2548 และศึกษาความเหมาะสมและความชอบธรรมด้านสิทธิเสรีภาพของประชาชนในประเทศ ซึ่งการศึกษานี้สามารถนำไปสู่การพัฒนาเพื่อเป็นแนวทางในการปรับปรุงเนื้อหาหรือการบังคับใช้พระราชกำหนดดังกล่าวต่อสถานการณ์ต่างๆ ในประเทศไทยได้อย่างมีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น

หลังจากได้ศึกษาข้อเท็จจริงเกี่ยวกับสถานการณ์การแพร่ระบาดของโรคโควิด-19 แล้ว ต่อไปจะกล่าวถึงทฤษฎีต่าง ๆ ในรายละเอียดและนำเสนอวรรณกรรมที่เขียนถึงเรื่องเดียวกัน จากนั้นจะวิเคราะห์ถึงปัญหาของการใช้อำนาจพิเศษของรัฐบาลทั้งเรื่องการจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชน และการต่ออายุของการประกาศใช้พระราชกำหนด สุดท้าย จะชี้ให้เห็นถึงปัญหาที่อยู่ในพระราชกำหนดเอง

ทฤษฎีที่เป็นฐานสำคัญในการวิเคราะห์

การแพร่ระบาดของไวรัสสายพันธุ์ SARS-CoV-2 (Coronavirus Disease 2019 หรือ โรคโควิด -19 หรือ โรคโควิด (ต่อไปนี้จะเรียกว่าโรคโควิด) วิกฤตการณ์ที่ได้สร้างความปั่นป่วนไปทั่วทุกภูมิภาคของโลก ซึ่งในปัจจุบันยังไม่มียาหรือวัคซีนที่สามารถใช้ในการรักษาและป้องกันโรคโดยตรง เป็นภัยคุกคามที่ทำให้มวลมนุษยชาติได้ตระหนักถึงอันตรายต่อความปลอดภัยในชีวิต สภาพสังคมในยุคของการแพร่ระบาดของโรคโควิดนั้นได้สร้างภาระให้กับประชาชนในหลาย ๆ ด้าน เช่น ความเหลื่อมล้ำในเข้าถึงการบริการทางด้านสาธารณสุข

⁷⁷ ประกาศ เรื่อง การให้ข้อกำหนด ประกาศ และคำสั่งที่นายกรัฐมนตรีกำหนด ตามประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินยังคงมีผลใช้บังคับ”

เนื่องจากตัวระบบเองมีทรัพยากรที่จำกัด การเข้าถึงถึงสินค้าที่จำเป็นอันได้แก่ หน้ากากอนามัย เจลล้างมือ แอลกอฮอล์ น้ำยาฆ่าเชื้อต่าง ๆ และอาหารอันเนื่องมาจากการกักตุนสินค้าและการโก่งราคาของสินค้าเหล่านี้ และอัตราการว่างงานที่เพิ่มมากขึ้นเพราะหลายกิจการต้องปิดตัวลง ยิ่งเป็นการตอกย้ำถึงความรุนแรงของโรคโควิดนี้ เป็นว่าภัยคุกคามทางความมั่นคงแบบใหม่⁷⁸ ที่รัฐมีหน้าที่ต้องเข้ามาจัดการเพื่อรักษาชีวิตของประชาชน ซึ่งเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานที่จะใช้ชีวิตอยู่ได้โดยไม่ต้องมีความกลัวต่อภัยคุกคามที่มีความสุ่มเสี่ยงต่อชีวิตของตน ดังนั้น รัฐจึงต้องออกมาตรการต่าง ๆ มาฟื้นฟูความมั่นคงในชีวิตของประชาชน ซึ่งล้วนแล้วแต่เป็นการใช้อำนาจพิเศษของฝ่ายบริหารในเชิงควบคุมพฤติกรรมของประชาชนเพื่อมาควบคุมความเสียหายจากผลกระทบของโรคโควิดนี้ และเป็นการลดทอนสิทธิและเสรีภาพของประชาชนอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ ส่งผลให้นักวิชาการและนักกฎหมายมีความกังวลว่าการลดทอนนี้จะจบลงเมื่อไร และได้ยกทฤษฎีต่าง ๆ เช่น ทฤษฎีความถูกต้องชอบธรรมของกฎเกณฑ์ทางกฎหมาย หรือทฤษฎีหลักแห่งความได้สัดส่วนมาวิเคราะห์การใช้อำนาจของฝ่ายบริหารนี้

ในการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินนั้นคาร์ล ชมิตต์ (Carl Schmitt) ได้กล่าวไว้ในหนังสือ (Political Theology) ว่า การตัดสินใจว่าเมื่อใดรัฐตกอยู่ในสถานการณ์ฉุกเฉินนั้นเป็นอำนาจเด็ดขาดขององค์อธิปัตย์ โดยอยู่บนพื้นฐานของข้อเท็จจริง และการตัดสินใจนั้นเป็นสิ่งที่ชอบด้วยกฎหมายเพราะชมิตต์ได้แยกกฎเกณฑ์ของกฎหมายออกจากการบังคับใช้ ทำให้ในสถานการณ์ฉุกเฉินนั้น องค์อธิปัตย์สามารถยับยั้งการใช้กฎหมายได้ทั้งหมดรวมถึงรัฐธรรมนูญด้วย รัฐธรรมนูญมีบทบาทได้อย่างมากที่สุดคือการระบุว่าใครจะเป็นผู้ใช้อำนาจในสถานการณ์ฉุกเฉิน องค์อธิปัตย์จึงอยู่นอกระบบกฎหมายอย่างสมบูรณ์ อย่างไรก็ตามในสภาวะยกเว้นของกฎหมายระบบกฎหมายนั้นยังคงมีอยู่ โดยมีองค์อธิปัตย์เป็นผู้ตัดสินว่ารัฐธรรมนูญจะถูกบังคับใช้อย่างไร⁷⁹ ดังนั้นการรวบอำนาจพิเศษไว้ที่คน ๆ เดียวคือองค์อธิปัตย์ และไม่มีการตรวจสอบและถ่วงดุลอำนาจใด ๆ ทำให้แนวคิดนี้ถูกวิพากษ์วิจารณ์โดยนักปรัชญาและนักกฎหมายเป็นจำนวนมากในเวลาต่อมา โดยหนึ่งในนั้นคือ จิออร์จิโอ อากัมเบน (Giorgio Agamben) ที่ได้ชี้ให้เห็นถึงชี้ให้เห็นถึงข้อเสียในทฤษฎีของชมิตต์ ไว้ในหนังสือ State of Exception

อากัมเบนได้ให้นิยามของ “สภาวะยกเว้น” ไว้ว่า สภาวะยกเว้น “ไม่ได้อยู่ในหรือนอกขอบเขตของกฎหมาย “สภาวะยกเว้น” เป็นพื้นที่ไร้กฎหมายที่ยังมีเส้นความสัมพันธ์ของกฎเกณฑ์ของกฎหมายกับระบบกฎหมายอยู่ แต่ไม่ได้ถูกบังคับใช้ ทำให้การใช้อำนาจพิเศษของฝ่ายบริหารที่ไม่มีสถานะทางกฎหมาย กลับมีผลบังคับใช้และทำให้สิ่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายกลายเป็นสิ่งที่ชอบด้วยกฎหมาย และอากัมเบนได้ชี้ให้เห็นถึงข้อเสียในทฤษฎีของชมิตต์ไว้ว่า หากในสถานการณ์วิกฤติฝ่ายบริหารได้ยกภัยต่อความมั่นคงของชาติขึ้นเป็นข้ออ้างในการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินอันส่งผลให้เกิด “สภาวะยกเว้น” และยืดระยะเวลาออกไป จนไม่ได้เป็นเรื่องยกเว้นหรือชั่วคราวแต่กลายเป็นเรื่องปกติไป รัฐธรรมนูญที่เคยปกป้องสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ก็ถูกยกเว้น “การกระทำเช่นนี้ของฝ่ายบริหารจะไม่มีทางที่จะนำพารัฐกลับไปสู่สถานการณ์ปกติและกลับไปสู่

⁷⁸ พูอัด์ พิศสุวรรณ. ‘บทความ COVID-19 และความมั่นคงระหว่างประเทศที่ถูกท้าทาย ’ (101World, 7 เมษายน 2563) <<https://www.the101.world/covid19-international-security/>> เข้าถึงเมื่อ 2 กรกฎาคม 2563.

⁷⁹ Carl Schmitt, *Political Theology* (George Schwab (tr), University of Chicago Press 2005), pp.5-15

นิติรัฐได้เลย”⁸⁰ แต่จะนำไปสู่การเพิ่มอำนาจปกครองให้แก่ฝ่ายบริหารอย่างเบ็ดเสร็จ หลักการแบ่งแยกอำนาจเพื่อตรวจสอบและถ่วงดุลอำนาจซึ่งกันและกันจะกลายเป็นสิ่งที่เป็นไปได้เลย⁸¹ ดังนั้นกฎหมายที่ขอบธรรมของอาแกมเบนคือ “กฎหมายที่ไม่มีการบังคับ ไม่มีการสั่งการ ไม่มีการห้ามและปราศจากการบังคับใช้ ซึ่งเป็นกฎหมายที่จะนำเราไปสู่ความหมายที่แท้จริงของความเป็นการเมือง เพราะเมื่อกฎหมายไม่เข้าไปยุ่งวุ่นวายกับชีวิต และชีวิตก็ไม่ต้องไปวุ่นวายกับกฎหมาย ก็จะเป็นการเปิดพื้นที่ว่างให้การกระทำของมนุษย์ซึ่งเราเรียกว่าความเป็นการเมือง เข้าจัดการกับความเชื่อมโยงระหว่างความรุนแรงกับกฎหมาย”⁸²

นอกจากนี้ ยังมีแนวคิดที่สำคัญเกี่ยวกับการควบคุม การตรวจสอบ และการถ่วงดุลอำนาจพิเศษของฝ่ายบริหารที่สำคัญอีก แนวคิด 3 แนวคิดแรกคือ ทฤษฎี “Supermajoritarian Escalator”⁸³ ของบรูซ แอคเคอร์แมน (Bruce Ackerman) ที่วางบทบาทในการควบคุมการใช้อำนาจพิเศษให้กับฝ่ายนิติบัญญัติ ผ่าน (ขั้นตอนของการพิจารณาถึงความเหมาะสมและความจำเป็นในการยืดระยะเวลาของสถานการณ์ฉุกเฉินโดยเดือน อีกทั้งยังใช้จำนวนเสียงข้างมากในการลงมติในการ 2 กำหนดให้ฝ่ายบริหารต้องยื่นเรื่องสู่รัฐสภาทุก ๆ อนุมัติ ซึ่งจำนวนเสียงข้างมากในการลงมติของรัฐสภาในแต่ละครั้งนั้นย่อมเพิ่มขึ้นด้วยเช่นกัน คือร้อยละ 60 ร้อยละ ตามลำดับ 80 และร้อยละ 70 แนวคิดที่สองคือ ทฤษฎี “The Rule of Law Project”⁸⁴ ของ เดวิด

ไดเซนเฮาส์ (David Dyzenhaus) ได้นำหลักนิติธรรมมาใช้ ซึ่งเป็นเสาหลักที่สำคัญสูงสุดในการค้ำยันระบบ

กฎหมายและกระบวนการยุติธรรมจึงที่พึงของประชาชนอย่างแท้จริงโดยให้ฝ่ายตุลาการมีหน้าที่ในการควบคุมและตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการใช้อำนาจพิเศษ และแนวคิดสุดท้ายคือ ทฤษฎี “The Extra – Legal Measures Model”⁸⁵ ของ โอเรน โกรส (Oren Gross) ที่มีแนวคิดในการควบคุมการใช้อำนาจพิเศษ (ผ่านกลไกทางสังคม ในการแสดงออกถึงเจตจำนงร่วมกันของพลเมืองทำให้ฝ่ายบริหารหรือ เจ้าหน้าที่ที่ใช้อำนาจพิเศษต้องตระหนักถึงผลของการกระทำที่อาจเกินขอบเขตของกฎหมายของตนเอง เพราะการกระทำดังกล่าวสังคมจะเข้ามามีบทบาทในตัดสินร่วมกันไม่ว่าจะเป็นการให้สัตยาบันหรือจะปฏิเสธต่อการกระทำนั้น ทำให้การใช้อำนาจพิเศษเป็นการชั่งน้ำหนักระหว่างผลเสียที่จะเกิดขึ้นจากการกระทำที่เกินขอบเขตของกฎหมายกับความเหมาะสม ความได้สัดส่วนและความจำเป็นในการใช้อำนาจพิเศษเพื่อประโยชน์ของส่วนรวมของรัฐ

ทั้งทฤษฎีของอาแกมเบน แอคเคอร์แมน ไดเซนเฮาส์ หรือโกรส ต่างก็มีจุดร่วมที่กันคือ การใช้อำนาจพิเศษต้องอยู่ภายใต้หลักแห่งความได้สัดส่วนหรือหลักพอสมควรแก่เหตุ โดยหลักแห่งความได้สัดส่วนนั้นมีหลักการย่อย อีก หลักการอันได้แก่ หลักแห่งความสัมฤทธิ์ผลหรือ 3 หลักแห่งความเหมาะสม⁸⁶ หลักแห่งความ

⁸⁰ ปิยบุตร แสงกนกกุล, ‘สภาวะยกเว้น ในความคิดของ Giorgio Agamben’ [2553] ฟ้าเดียวกัน, หน้า 84.

⁸¹ Giorgio Agamben, *State of Exception* (The University of Chicago Press 2005), pp.1-31

⁸² ปิยบุตร แสงกนกกุล, ‘สภาวะยกเว้น ในความคิดของ Giorgio Agamben’.

⁸³ Bruce Ackerman, ‘The Emergency Constitution’ (2004) 113 *The Yale Law Journal* 129, pp.1045-1056.

⁸⁴ David Dyzenhaus, *The Constitution of Law - Legality in a Time of Emergency* (Cambridge University Press, 2006), pp 17-65.

⁸⁵ Oren Gross and Fionnuala Ni Aoláin, *Law in Times of Crisis* (Cambridge University Press 2006), pp 110-170.

⁸⁶ เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, *หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชน* (สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2561), หน้า 164.

จำเป็น และหลักแห่งความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ ดังนั้นมาตรการต่าง ๆ ที่ออกมามีตรรกะและเสรีภาพของประชาชนสถานการณ์โรคโควิดจึงต้องนำมาวิเคราะห์ภายใต้หลักแห่งความได้สัดส่วนด้วย ซึ่งอากัมเบนได้นำหลักแห่งความได้สัดส่วนนี้มาวิเคราะห์กับมาตรการต่าง ๆ ที่ออกโดยรัฐบาลของประเทศอิตาลีในบทความ *The coronavirus and the state of exception*⁸⁷ ที่กล่าวถึงในส่วนต่อไป

บททวนวรรณกรรม

ในบทความ *The Coronavirus and the State of Exception* นั้นได้อากัมเบนได้ให้ความเห็นไว้ว่าการที่รัฐบาลได้ประกาศใช้มาตรการต่าง ๆ ในรับมือกับการแพร่ระบาดโรคโควิดนั้น รวมทั้งการให้ข้อมูลที่สร้างความตื่นตระหนกให้แก่ประชาชนซึ่งอาจส่งผลให้เกิดสถานการณ์ฉุกเฉินและสภาวะยกเว้น เป็นการกระทำที่ปราศจากเหตุอันควร เพราะในขณะนั้นยังไม่มีมีการแพร่ระบาดของโรคโควิดในประเทศอิตาลีตามประกาศของ Consiglio Nazionale delle Ricerche (สภาวิจัยแห่งชาติของประเทศอิตาลี) จึงไม่น่าแปลกใจที่อากัมเบนจะมองว่ารัฐบาลได้ใช้ความปลอดภัยในชีวิตของพลเมืองมาเป็นข้ออ้างในการใช้อำนาจพิเศษ และออกมาตรการต่าง ๆ ที่ลิดรอนสิทธิและเสรีภาพของประชาชน แต่ต่อมาได้เกิดการแพร่ระบาดของโรคโควิดอย่างรุนแรงในประเทศอิตาลี ทำให้บทความดังกล่าวถูกวิจารณ์อย่างกว้างขวางและผู้ที่มาตอบโต้ได้ชี้ให้เห็นถึงมุมมองของแนวคิดเสรีนิยมประชาธิปไตยว่าการใช้อำนาจพิเศษของฝ่ายบริหารเข้ามามีการจัดการกับสถานการณ์โรคโควิด เป็นสิ่งที่ยอมรับได้ เพราะระดับความรุนแรงของการแพร่ระบาด ประชาชนจึงยอมการสูญเสียสิทธิและเสรีภาพบางส่วนเพื่อให้รัฐเข้ามามีการจัดการกับภัยคุกคาม ซึ่งบทความ *Forget about Agamben* ของ เซอร์จิโอ เบนเวนุโต (Sergio Benvenuto) และ บทความ *The Threat of Contagion* ของ มัสสิโม เด การ์โลลิส (Massimo De Carolis)⁸⁸ ได้ให้เหตุผลไว้อย่างชัดเจนว่า การที่มนุษย์เราดำรงชีวิตในสังคมที่ปกคลุมไปด้วยสภาวะความกลัว ไม่ใช่วิถีชีวิตที่มีความมั่นคงและความปลอดภัยอย่างถาวร ในสถานการณ์เช่นนี้จึงไม่ใช่เวลาที่จะมาวิเคราะห์ว่ามาตรการต่าง ๆ คือการลดทอนคุณค่าของความเป็นมนุษย์หรือไม่ เพราะมาตรการเหล่านี้มีความจำเป็นและมีการบังคับใช้เพียงชั่วคราวเพื่อการควบคุมการแพร่ระบาดของโรคโควิด เท่านั้น

อย่างไรก็ตามในบทสัมภาษณ์ *Normalizing the State of Exception under the Covid-19 Epidemic* ของอากัมเบน สัมภาษณ์โดยนิโคลัส ทรอง (Nicolas Truong)⁸⁹ เขาก็ยังยืนยันว่าประชาชนปล่อยให้ความกลัวมาครอบงำจนยอมให้รัฐลิดรอนสิทธิและเสรีภาพโดยไม่คำนึงถึงผลของการใช้อำนาจพิเศษจากการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉิน และการที่ฝ่ายบริหารใช้อำนาจพิเศษในการปกครองจนกลายเป็นเรื่องปกติธรรมดาทำให้ประชาชนเองก็เกิดความคุ้นชินกับการปกครองในลักษณะนี้จนไม่ได้สังเกตว่าคุณค่าของความเป็นมนุษย์ของประชาชนทุกคนได้ถูกลดทอนลงกลายเป็นเพียงชีวิตที่เปลือยเปล่า (bare life)

⁸⁷ Julius Gavroche, 'Giorgio Agamben: The coronavirus and the state of exception' (*Autonomies*, 3 March 2020) <<http://autonomies.org/2020/03/giorgio-agamben-the-coronavirus-and-the-state-of-exception/>> accessed by 4 July 2020.

⁸⁸ โปรดดู <https://www.journal-psychoanalysis.eu/coronavirus-and-philosophers/> [3 July 2020]

⁸⁹ Julius Gavroche. 'Giorgio Agamben: Normalising the state of exception under the Covid-19 epidemic' (*Autonomies*, 27 March 2020) <<http://autonomies.org/2020/03/giorgio-agamben-normalising-the-state-of-exception-under-the-covid-19-epidemic/>> accessed by 3 July 2020.

ในบทความของ The Legal Void and Covid-19 Governance ของ อาเซีย คาราเซวา (Asya Karaseva)⁹⁰ ได้ตั้งข้อสังเกตที่สำคัญจากการบริหารจัดการในสถานการณ์โรคโควิดโดยไม่ประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินของประเทศรัสเซียที่ทำให้เกิด “legal void” (ช่องว่างทางกฎหมาย) ขึ้น จากการที่ฝ่ายบริหารได้การประกาศใช้มาตรการต่าง ๆ ที่จำกัดสิทธิของประชาชนโดยไม่ได้มีฐานของกฎหมายให้อำนาจไว้เลย แต่การบังคับใช้มาตรการเหล่านี้กลับเกิดผลในทางกฎหมายไปโดยปริยาย กลายเป็น “Counterfeiting of legality”⁹¹ (ความถูกต้องตามกฎหมายแบบจอมปลอม) ดังนั้น คาราเซวาจึงมีความเห็นว่าสถานการณ์ “legal void” ของประเทศรัสเซียในตอนนี้อาจจะเป็นสิ่งที่เรียกว่า “State of Exception” ในทฤษฎีของอาคมเบกกี เป็นได้ หรือถ้าหากมองในมุมกลับ สถานะ “State of Exception” อาจจะไม่ได้อาจเกิดจากการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินเพียงอย่างเดียวก็ได้ อย่างเช่นในกรณีของประเทศรัสเซีย

ในบริบทของประเทศไทยก็มีบทความที่วิเคราะห์ถึงการใช้อำนาจพิเศษของรัฐบาลผ่านการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินภายใต้พระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ.2548 (ต่อไปนี้จะเรียกว่า พ.ฉุกเฉินฯ .ก.ร.ไว้เช่นกัน ในบทความ โควิด-19 กับสิทธิที่หายไป : สำรวจ พ.ฉุกเฉินฯ .ก.ร. ประเด็นการละเมิดสิทธิ และหนทางออกจากวิกฤตโรคระบาด”⁹² ได้วิเคราะห์ถึงเจตนารมณ์ของตัว พ.ก.ร. .ศ.ฉุกเฉินฯ ซึ่งเป็นกฎหมายพิเศษที่มีการประกาศใช้อย่างเป็นทางการในปีพ.ศ.2548นั้นว่า มีวัตถุประสงค์ในการนำมาใช้จัดการกับปัญหาความรุนแรงในพื้นที่ 3 จังหวัดชายแดนภาคใต้ ดังนั้น พ.ฉุกเฉินฯ จึงไม่ได้ถูกร่าง .ก.ร. ขึ้นมาเพื่อใช้จัดการปัญหาโรคระบาด ทำให้เกิดปัญหาที่สำคัญจากการประกาศใช้สถานการณ์ฉุกเฉิน ภายใต้ อำนาจ พ.ฉุกเฉินฯ อำนาจถูกรวมไว้ที่ตัวนายกรัฐมนตรีผู้เดียว ถึงแม้ว่าจะช่วย .ก.ร.เพิ่มความรวดเร็วให้กับฝ่ายบริหารในการจัดการกับภัยคุกคามทางความมั่นคงของรัฐ แต่ก็มีความเสี่ยงที่สถานการณ์ฉุกเฉินจะถูกยืดระยะการใช้งานออกไปเรื่อย ๆ กลายเป็นเครื่องมือของฝ่ายบริหารที่ใช้เพื่อตอบสนองต่อจุดประสงค์ทางการเมือง ฉะนั้นฝ่ายบริหารควรจะต้องมีความชัดเจนและรัดกุมในการออกมาตรการที่ส่งผลในการจำกัดสิทธิของประชาชน และมีมาตรการที่รองรับปัญหาเรื่องปากท้องของประชาชน ไม่ใช่มุ่งเน้นที่จะใช้แต่มาตรการเด็ดขาดด้วยความหวังว่าจะสามารถแก้ปัญหาที่ตามมาจากการระบาดของโรค เพื่อประโยชน์ของมหาชน เช่น การฟื้นฟูในทางเศรษฐกิจ สาธารณสุข และคุณภาพของชีวิตให้เทียบเท่ากับการที่ประชาชนได้สูญเสียสิทธิและเสรีภาพไปในสถานการณ์ฉุกเฉิน

จากการศึกษาบทความประกอบกับทฤษฎีต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องในการใช้อำนาจพิเศษของรัฐเพื่อจัดการกับภัยคุกคามทางความมั่นคงจากสถานการณ์โรคโควิด ทำให้เห็นว่าบทความส่วนใหญ่ในต่างประเทศนั้นจะเป็นการนำข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นมาวิเคราะห์ร่วมกับทฤษฎีต่าง ๆ ในขณะที่บทความส่วนใหญ่ในประเทศไทยนั้นจะวิเคราะห์ถึงผลที่อาจเกิดขึ้นในอนาคตจากการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินร่วมกับการเปรียบเทียบ

⁹⁰ Asya Karaseva, ‘The legal void and COVID-19 governance’ [2020] Forum 294.

⁹¹ Ibid.

⁹² -โควิด’19 ‘กับสิทธิที่หายไปฉุกเฉินฯ ประเด็นการละเมิดสิทธิ และหนทางออกจากวิกฤตโรคระบาด.ก.ร.สำรวจ พ.’ (ศูนย์ ทนายความเพื่อสิทธิมนุษยชน, 21 เมษายน 2563) <<https://tlhr2014.com/archives/17252>> เข้าถึงเมื่อ 4 กรกฎาคม 2563.

มาตรการต่าง ๆ ในต่างประเทศ ดังนั้นในส่วนต่อไปของบทความนี้จะเป็นการเอาทฤษฎีที่ได้กล่าวไปแล้วข้างต้นมาวิเคราะห์กับการใช้อำนาจพิเศษของรัฐบาลไทยในการรับมือกับการแพร่ระบาดของโรคโควิด

การจำกัดสิทธิต่างๆ ของประชาชนหลังจากการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินภายใต้ พ.ร.ก. ฉุกเฉินฯ

จริงอยู่ว่าสภาวะยกเว้นเป็นเรื่องภายในของรัฐที่ใช้อำนาจอธิปไตยในการดำเนินการ แต่กฎหมายระหว่างประเทศก็ได้มีการพูดถึงการใช้อำนาจพิเศษนี้ไว้เช่นกัน เนื่องจากในปัจจุบันมีความตระหนักถึงเรื่องสิทธิมนุษยชนในทางระหว่างประเทศมากขึ้น กฎหมายที่บังคับใช้ในรัฐหนึ่ง ๆ ย่อมมีวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพและรักษาความสงบเรียบร้อยของสังคม แต่เมื่อในสถานการณ์บางกรณี กฎหมายไม่สามารถรักษาความสงบเรียบร้อยของสังคมได้ รัฐอธิปไตยจึงต้องประกาศสภาวะยกเว้นเพื่อจัดการสังคมให้บรรลุลักษณะดังกล่าวยุติเสียเอง โดยไม่ต้องพึ่งพากฎหมาย ตามทฤษฎีของซมิตต์ กฎหมายจะสิ้นสุดบังคับใช้ชั่วคราวตราบเท่าที่รัฐยังอยู่ในสภาวะยกเว้น นั้นหมายความว่า ในขณะที่นั้นได้เกิดช่องว่างในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนขึ้น สำหรับซมิตต์ รัฐสามารถละเมิดสิทธิเสรีภาพของประชาชนได้หากเป็นไปเพื่อความอยู่รอดของรัฐ กล่าวอีกนัยหนึ่ง คือ การรักษาความสงบของสังคมมีความสำคัญอยู่เหนือการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพ เป็นการเปิดโอกาสให้รัฐละเมิดสิทธิเสรีภาพของประชาชนได้อย่างไม่มีข้อจำกัด แต่แนวคิดนี้สวนทางกับแนวคิดสิทธิมนุษยชนที่ก็พัฒนาขึ้นมาเรื่อยๆ

สนธิสัญญาที่คุ้มครองสิทธิมนุษยชนและเกี่ยวข้องกับสภาวะยกเว้น ได้แก่ กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (International Covenant on Civil and Political Rights; ICCPR) ข้อ 4 ของกติกาดังกล่าวแสดงความเข้าใจถึงความจำเป็นที่รัฐจะต้องการใช้อำนาจพิเศษอย่างกว้างขวางในสภาวะฉุกเฉินสาธารณะซึ่งคุกคามความอยู่รอดของชาติ และผ่อนผันให้รัฐภาคีไม่ต้องปฏิบัติตามพันธกรณีในกติกาได้ เมื่อรัฐตกอยู่ในภาวะเช่นว่า อย่างไรก็ตาม ข้อ 4 ได้กำหนดข้อจำกัดในการผ่อนผันเอาไว้ นั่นคือ รัฐไม่สามารถละเมิดสิทธิต่อไปนี้ได้ แม้อยู่ในสภาวะฉุกเฉิน สิทธิเหล่านี้ ได้แก่ สิทธิในชีวิต ข้อ(6) สิทธิที่จะไม่ถูกทรมาน หรือได้รับการปฏิบัติหรือการลงโทษที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรมหรือต่ำช้า ข้อ(7) สิทธิที่จะไม่ถูกเฆี่ยนตีเป็นทาสหรือโดนปฏิบัติเยี่ยงทาส ข้อ(8) สิทธิที่จะไม่ถูกจำคุกเพราะเหตุไม่สามารถชำระหนี้ตามสัญญาได้ ข้อ(11) สิทธิที่จะไม่ต้องรับผิดทางอาญาจากการกระทำที่ไม่มีกฎหมายระบุให้เป็นความผิดในขณะที่กระทำหรือรับผิดเพิ่มขึ้นเมื่อกฎหมายเพิ่มโทษภายหลังการกระทำ ข้อ(15) สิทธิที่จะได้รับการยอมรับว่าเป็นบุคคลตามกฎหมาย ข้อ(16) และสิทธิในเสรีภาพทางความคิด มโนธรรม และศาสนา ข้อ(18) นอกจากนี้ ข้อ 4 ยังระบุอีกว่า มาตรการที่จะละเมิดสิทธิของประชาชนนั้นต้องเป็นไปเพียงเท่าที่จำเป็นตามความเร่งด่วนของสถานการณ์และไม่นำไปสู่การเลือกปฏิบัติด้วยเหตุเชื้อชาติ สีผิว เพศ ภาษา ศาสนา หรือต้นกำเนิดทางสังคม หากรัฐภาคีใดจะประกาศสภาวะฉุกเฉิน จะต้องประกาศอย่างเป็นทางการและแจ้งการประกาศไปยังเลขาธิการสหประชาชาติพร้อมชี้ถึงเหตุผลแห่งความจำเป็น เพื่อที่เลขาธิการจะแจ้งไปยังรัฐภาคีอื่นต่อไป อาจกล่าวได้ว่า

กติกานี้ได้พยายามจำกัดอำนาจพิเศษที่ล้นเหลือตามทฤษฎีของซมิตต์ เพื่อให้การใช้อำนาจสอดคล้องกับความเป็นจริงมากขึ้น⁹³

ในฐานะที่ประเทศไทยเองก็เป็นหนึ่งในรัฐภาคีของกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ประเทศไทยจึงมีพันธกรณีในการคุ้มครองสิทธิของพลเมืองตามที่ระบุไว้ในกติกา และเมื่อรัฐบาลได้ประกาศให้ประเทศเข้าสู่สภาวะฉุกเฉินอย่างเป็นทางการแล้ว ก็ควรจะแจ้งการดำเนินการดังกล่าวไปยังเลขาธิการสหประชาชาติ และปฏิบัติตามพันธกรณีในข้อ 4 หากแต่ประเทศไทยยังไม่ได้ทำการแจ้งแต่อย่างใด เหมือนกับที่หลาย ๆ ประเทศเองก็ไม่ได้แจ้ง ทำให้ประเทศไทยยังต้องปฏิบัติตามพันธกรณีทั้งหมดของกติกาอยู่ อย่างไรก็ตาม กฎหมายระหว่างประเทศไม่มีบทบังคับโทษที่มีประสิทธิภาพ จึงไม่สามารถทำอะไรได้ในกรณีนี้ แต่ก็มีที่น่าสนใจในทางทฤษฎีว่าการประกาศและบังคับใช้ พ.ฉุกเฉินฯ .ก.ร.มีความจำเป็นและใช้อำนาจไปอย่างได้สัดส่วนเพียงใด

ตั้งแต่ พ.ฉุกเฉินฯ มีผลบังคับใช้ครั้งแรกและต่อมาเรื่อย ๆ จนถึงปัจจุบัน .ก.ร.เป็นเวลากว่าสามเดือน ระหว่างนี้มีกฎหมายและมาตรการหลายอย่างที่รัฐบาลออกคำสั่งโดยใช้อำนาจพิเศษตามมาตรา 9 พ.ก.ร.ฉุกเฉินฯ แต่หลาย ๆ คำสั่งที่ออกมาเพื่อควบคุมโรคระบาดเป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชนหรือไม่ เพียงใด และมาตรการเหล่านั้นมีเหตุผลอันจำเป็นสมควรและช่วยให้รัฐบาลบรรลุวัตถุประสงค์ในการควบคุมโรคตามที่กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมืองวางหลักไว้หรือไม่ มาตรการบางส่วนที่น่าจับตามองและจะได้วิเคราะห์เพื่อตอบคำถามดังกล่าวต่อไป ได้แก่ คำสั่งห้ามชุมนุม คำสั่งควบคุมการเผยแพร่ข้อมูล มาตรการ Fit to Fly และนโยบายไทยชนะ

มีผู้ตั้งข้อสังเกตว่าเหตุที่รัฐบาลเลือกใช้ พ.ศ.ฉุกเฉินฯ แทนที่จะใช้พระราชบัญญัติโรคติดต่อ พ.ก.ร. 2558 (ต่อไปนี้จะเรียกว่า พ.ฉุกเฉินฯ ให้อำนาจรัฐในการกำหนดเวลา .ก.ร.เป็นเพราะ พ (โรคติดต่อฯ .บ.ร. เคอร์ฟิวและห้ามการชุมนุมได้ ซึ่งเป็นมาตรการที่มีประสิทธิภาพในการหยุดยั้งการระบาดของโรคและเป็นมาตรการที่ใช้กันหลายประเทศ ต่างกับ พโรคติดต่อฯ ที่ไม่ได้กำหนดให้อำนาจรัฐบาลออกมาตรการ .บ.ร. ดังกล่าวได้⁹⁴ อย่างไรก็ตาม ด้วยวัตถุประสงค์ดั้งเดิมของ พ.ฉุกเฉินฯ คือ การควบคุมความรุนแรงที่เกิดขึ้น .ก.ร. ในพื้นที่ภาคใต้ โดยสภาพ เนื้อความในบทบัญญัติที่เกี่ยวกับการชุมนุมจึงมุ่งไปที่การปราบปรามการรวมกลุ่มเพื่อวัตถุประสงค์ทางการเมือง ดังที่เป็นได้จากมาตรา 9 (2) พ.ฉุกเฉินฯ ซึ่งห้ามการชุมนุมที่เป็นที่ยุ้งให้เกิดความไม่สงบเรียบร้อย และในข้อ 5 ของข้อกำหนด ฉบับที่ 1 ที่ออกตามความในมาตรา 9 แห่งพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548 เองก็ยังมีเนื้อหาที่คล้ายคลึงไปกับมาตรา 9 (2) พ.ฉุกเฉินฯ ด้วย คือ เพิ่มก .ก.ร.ห้ามชุมนุมในสถานที่แออัดและเน้นย้ำการห้ามชุมนุมที่เป็นที่ยุ้งให้เกิดความไม่สงบเรียบร้อย แนวทางของการบังคับใช้จึงดูเหมือนว่าจะเอนเอียงไปทางความพยายามสร้างความสงบทางการเมืองมากกว่าการควบคุมโรคระบาด ต่อมา ข้อกำหนดฉบับที่ 5 ในข้อ 2 (2) ได้มีการปรับเปลี่ยน

⁹³ Ali Yildiz, 'Human Rights in a State of Emergency' (IACL, 26 March 2020) <<https://blog-iacl-aidc.org/2020-posts/2020/3/26/human-rights-in-a-state-of-emergency>> accessed by 3 July 2020.

⁹⁴ 'โควิด-19' กับสิทธิที่หายไป: สำนวน พ.ร.ก.ฉุกเฉินฯ ประเด็นการละเมิดสิทธิ และหนทางออกจากวิกฤตโรคระบาด.

เงื่อนไขของการห้ามชุมนุมให้เป็นไปในทางกำหนัดต่อการติดต่อของโรค แต่ในทางปฏิบัติ เจ้าหน้าที่รัฐก็ยังคงบังคับใช้ข้อกำหนดด้วยความเชื่อตามสภาพดั้งเดิมของบทบัญญัติ โดยมองว่าการชุมนุมอาจนำไปสู่ความไม่สงบเรียบร้อยมากกว่าจะมองว่าการชุมนุมจะนำไปสู่การแพร่ระบาดของโรค

ในช่วงที่ประกาศใช้ข้อกำหนดฉบับที่ 5 มีเหตุการณ์ทางการเมืองสองอย่างที่สำคัญสำหรับประเทศไทย คือ วันที่ 22 พฤษภาคม พ.ศ.2557 เป็นวันที่คณะรัฐประหารนำโดยพลเอกประยุทธ์ จันทร์โอชาเข้ายึดอำนาจจากรัฐบาลในขณะนั้น และวันที่ 24 มิถุนายน พ.ศ.2475 เป็นวันที่คณะราษฎรก่อการเปลี่ยนแปลงการปกครองจากระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์มาเป็นระบอบประชาธิปไตย ในวันทั้งสองของปีนี้มีผู้ออกมาแสดงความรำลึกถึงเหตุการณ์ดังกล่าวในพื้นที่สาธารณะ ในวันที่ 22 พฤษภาคม มีการชุมนุมที่หน้าหอศิลปวัฒนธรรมแห่งกรุงเทพมหานคร เมื่อการแสดงออกเชิงสัญลักษณ์เสร็จสิ้น เจ้าหน้าที่ตำรวจได้เชิญผู้จัดกิจกรรมไปสถานีตำรวจและถูกแจ้งข้อหาว่าฝ่าฝืน พ.ร.ก.ฉุกเฉินฯ⁹⁵ ส่วนในวันที่ 24 มิถุนายน มีประชาชนหลายกลุ่มจัดกิจกรรมในหลายสถานที่และช่วงเวลา โดยเจ้าหน้าที่ตำรวจได้ติดตามการทำกิจกรรมอย่างใกล้ชิด และไม่ปรากฏว่าได้มีการดำเนินคดีกับประชาชนที่มาชุมนุมแต่อย่างใด⁹⁶ จากทั้งสองเหตุการณ์จะเห็นได้ว่ามีความไม่สม่ำเสมอในการบังคับใช้กฎหมาย ทำให้เกิดความสับสนแก่ประชาชนได้ว่าสิ่งใดทำได้หรือทำไม่ได้กันแน่ ในสถานการณ์ที่มีความไม่แน่นอนของโรคระบาดนี้ สิ่งที่รัฐบาลควรทำคือมีความชัดเจนในการดำเนินมาตรการต่างๆ

แน่นอนว่าการชุมนุมโดยสงบเป็นสิทธิที่ได้รับความคุ้มครองตามมาตรา 44 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย แต่ในบทบัญญัติก็ระบุข้อยกเว้นเอาไว้ ในกรณีของโรคระบาดอาจกล่าวได้ว่าเป็นการจำกัดสิทธิในการชุมนุมเพื่อความปลอดภัยสาธารณะและความมั่นคงของรัฐ อีกทั้งการคุ้มครองและข้อจำกัดของสิทธินี้ก็ยังสอดคล้องกับข้อ 21 กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมืองอีกด้วย จึงกล่าวได้ว่าเป็นการออกคำสั่งที่ชอบด้วยกฎหมาย แต่เนื่องจากความไม่ต่อเนื่องของการบังคับใช้ดังกล่าว อาจทำให้ประชาชนไม่กล้าออกมาชุมนุมและเลือกที่จะใช้ช่องทางออนไลน์ในการแสดงออกมากกว่า นี่อาจทำให้ลักษณะของการแสดงออกทางการเมืองเปลี่ยนไปแม้ผ่านพ้นช่วงโรคระบาดไปแล้ว คือ คนเลิกออกมาชุมนุมทางการเมือง แล้วใช้การแลกเปลี่ยนข้อความทางดิจิทัลเป็นการแสดงออกแทนอย่างที่เราคุ้นเคยได้แสดงความกังวลไว้⁹⁷ อีกทั้งในช่วงเดือนพฤษภาคมและมิถุนายน แทบไม่พบผู้ติดเชื้อจากในประเทศเลย คำสั่งห้ามชุมนุมจึงอาจถูกมองว่าเป็นการจำกัดสิทธิที่เกินกว่าเหตุ จะดีกว่าหรือไม่ หากรัฐออกมาตรการควบคุมการชุมนุมที่จะทำให้โอกาสในการติดเชื้อลดลง เช่น การเข้าไปควบคุมการเว้นระยะห่างระหว่างบุคคล การทำให้แน่ใจว่าทุกคนสวมหน้ากากอนามัย เป็นต้น

⁹⁵ ‘หมอตศพร นำมวลชนเสื้อแดงจุดเทียนหน้าหอศิลป์ฯ เหตุครบ 6 ปี รัฐประหาร’ (ไทยรัฐออนไลน์, 22 พฤษภาคม 2563 (<<https://www.thairath.co.th/news/politic/1851106>> เข้าถึงเมื่อ 3 กรกฎาคม 2563).

⁹⁶ ‘คณะราษฎร : รวมภาพกิจกรรมอ่านประกาศคณะราษฎร รำลึก 88 ปี ปฏิวัติสยาม 24 มิถุนา’ (บีบีซีไทย, 24 มิถุนายน 2563 (<<https://www.bbc.com/thai/thailand-53159857>> เข้าถึงเมื่อ 3 กรกฎาคม 2563).

⁹⁷ Gavroche, ‘Giorgio Agamben: Normalising the State of Exception under the Covid-19 Epidemic’.

นอกจากนี้ ข้อ 6 ของข้อกำหนดฉบับที่ 1 ที่ออกตามความในมาตรา 9 แห่งพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548 ก็ได้กำหนดข้อจำกัดในการนำเสนอข่าวว่าห้ามนำเสนอข่าวซึ่งมีเนื้อหาเกี่ยวกับโรคโควิด ที่ไม่เป็นความจริง อาจทำให้ประชาชนหวาดกลัว หรือมีเจตนาบิดเบือนข้อมูลเพื่อให้เกิดความเข้าใจผิด โดยกำหนดบทลงตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ.2550 (ต่อไปนี้จะเรียกว่าพฉุกเฉินฯ) ยิ่งในยุคที่ผู้คนเข้าถึง .บ.ร.และพ (คอมพิวเตอร์ฯ.บ.ร. อินเทอร์เน็ตได้โดยง่าย ข้อมูลสามารถถูกเผยแพร่ออกไปในวงกว้างได้อย่างรวดเร็ว และไม่มีหน่วยงานหรือองค์กรใดที่จะตามไปตรวจสอบได้ทันทั่วทั้งทุกเมื่อไป ข้อกำหนดนี้ย่อมสามารถก่อให้เกิดผลที่ดีกับสังคมได้นั่นคือ เมื่อผู้ใดจะส่งต่อข้อมูลข่าวสารขึ้นได้ออกไปสู่สาธารณะ โดยเฉพาะ ผ่านทางสื่อสังคมออนไลน์ ผู้นั้นจะต้องตรวจสอบความน่าเชื่อถือของแหล่งข้อมูลข่าวสารนั้นเสียก่อน เพื่อป้องกันไม่ให้นตนเองทำผิดกฎหมายเป็นข้อกำหนดที่ทำให้ประชาชนต้องกลั่นกรองข้อมูลเองก่อนขึ้นหนึ่ง และการจำกัดสิทธิดังกล่าวก็ยิ่งสอดคล้องกับข้อ 4 และ 19 กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมืองด้วย โดยอาจกล่าวว่าเป็นไปเพื่อความสงบเรียบร้อยและสุขภาพของประชาชน

อย่างไรก็ตาม มีหลายกรณีที่รัฐบาลใช้ พฉุกเฉินฯ.บ.ร. เพื่อดำเนินคดีหรือสร้างความกดดันให้กับผู้นำเสนอข้อมูลและประชาชน ในช่วงต้นเดือนมีนาคมที่ผ่านมา แพทย์ศัลยกรรมรายหนึ่งได้เขียนข้อความเผยแพร่ในเฟซบุ๊กของเขาว่าโรงพยาบาลที่เขาทำงานอยู่มีปัญหาขาดแคลนหน้ากากอนามัย แต่หลังจากนั้นไม่นาน เขาได้เขียนข้อความที่สอง ระบุว่า ได้รับใบสั่งว่าทางสาธารณสุขจังหวัดไม่พอใจและให้เขาหยุดสื่อสารเพราะสาธารณสุขจังหวัดได้จัดสรรหน้ากากอนามัยอย่างเพียงพอแล้ว ข้อความของเขามีแต่จะทำให้ประชาชนแตกตื่น⁹⁸ ทำให้เสรีภาพในการสื่อสารที่ได้รับความคุ้มครองตามมาตรา 34 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย แม้จะสามารถถูกจำกัดได้โดยกฎหมายความมั่นคง แต่มาตรการที่ใช้ก็จะต้องพยายามกระทบเสรีภาพให้น้อยที่สุดและตอบสนองวัตถุประสงค์ในการควบคุมโรค การที่แพทย์คนหนึ่งออกมาบอกว่าโรงพยาบาลขาดแคลนหน้ากากอนามัยไม่ดูเหมือนว่าจะไปขัดขวางการควบคุมโรคและต้องหยุดสื่อสารแต่อย่างใด ในทางกลับกัน ควรเป็นการกระตุ้นให้เกิดการตรวจสอบข้อเท็จจริง เพื่อใช้เป็นข้อมูลในการพัฒนาการจัดสรรทรัพยากรต่อไปมากกว่า เพราะในการดำเนินการอาจเกิดความไม่สอดคล้องกันระหว่างการคำนวณของผู้จัดสรรกับความต้องการใช้จริงของบุคลากรทางการแพทย์ก็ได้ บุคลากรในหลายโรงพยาบาลเองก็ประสบกับปัญหานี้ แต่ก็ไม่ถูกห้ามไม่ให้ออกมาเผยแพร่ข้อมูลเช่นกัน⁹⁹

ในเดือนต่อมา ผู้ใช้เฟซบุ๊กคนหนึ่งได้เผยแพร่ต่อภาพของชายผู้หนึ่งซึ่งแสดงตัวว่ามีหน้ากากอนามัยในครอบครองจำนวนมาก ขณะที่ประชาชนทั่วไปและโรงพยาบาลต่างขาดแคลน เมื่อตำรวจสืบสวนแล้ว พบว่าชายผู้นั้นเผยแพร่ข้อมูลอันเป็นเท็จและมีความผิดตามมาตรา 14 พฉุกเฉินฯ ส่วนผู้ใช้ .บ.ร.

⁹⁸ ‘หมอ รพ.หาดใหญ่ เผยโดนห้ามโพสต์หน้ากากวิกฤต - ‘นิวชีวิน’ ขวนไล่ Mask ชูป้าย และติด ‘#WeAreหมอไอ้ดี’ (ประชาไท, 8 มีนาคม 2563) <<https://prachatai.com/journal/2020/03/86688>> เข้าถึงเมื่อ 3 กรกฎาคม 2563.

⁹⁹ ‘ไวรัสโคโรนา : 3 เดือนหลังขาดแคลนหน้ากากอนามัย รัฐบาลเริ่มกระจาย 2.3 ล้านชิ้น วันนี้’ (บีบีซีไทย, 30 มีนาคม 2563) <<https://www.bbc.com/thai/thailand-52088181>> เข้าถึงเมื่อ 3 กรกฎาคม 2563.

เฟสบุ๊คที่ได้เผยแพร่ต่อข้อมูลก็มีความผิดตามมาตรา 14 พคอมพิวเตอร์ฯ เช่นกัน .บ.ร.¹⁰⁰ ข้อหาข้อหลังนี้เป็นที่น่าคิดว่าจะถูกดำเนินคดีหรือไม่เพียงใด โดยขึ้นอยู่กับว่าผู้ใช้เฟสบุ๊คนั้นรู้หรือไม่ว่าข้อมูลเผยแพร่ไปเป็นข้อมูลเท็จ เพราะหากไม่รู้ ก็จะไม่มีความผิดตาม พคอมพิวเตอร์ฯ จริงอยู่ในสถานการณ์เช่นนี้ รัฐควร .บ.ร. พยายามกำจัดข้อมูลที่เป็นเท็จ แต่หากการเป็นผู้เป่านกหวีดจะทำให้ตนเองต้องเสี่ยงโดนดำเนินคดี ต่อไป ก็จะไม่มีการกล้าออกมาให้ข้อมูลอีก เพราะไม่อาจแน่ใจได้ว่าสิ่งที่ตนเข้าใจจากที่ได้เห็นได้ยินมาเป็นความจริงแท้แน่หรือไม่ และทำให้ศีลธรรมส่วนรวมของสังคมตกต่ำลง ในเดือนเดียวกัน หลังจากที่รัฐบาลได้ดำเนินนโยบายแจกเงินช่วยเหลือประชาชน โดยให้ผู้ที่มิคุณสมบัติตามที่รัฐบาลกำหนดลงทะเบียนในเว็บไซต์ โฆษกของศูนย์บริหารสถานการณ์โควิด-19 ได้ออกมาแจ้งเตือนประชาชนว่า หากผู้ใดมิคุณสมบัติไม่ตรงกับที่รัฐบาลกำหนดแล้วไปลงทะเบียน อาจมีความผิดตามมาตรา 14 พคอมพิวเตอร์ฯ ได้ และแนะนำให้คนเหล่านั้นไปถอนชื่อออก .บ.ร. รองโฆษกสำนักงานอัยการสูงสุดยังเสริมอีกว่าอาจมีความผิดตามประมวลกฎหมายอาญาฐานแจ้งข้อความอันเป็นเท็จแก่เจ้าพนักงาน มาตรา 137 และฐานฉ้อโกง มาตรา 341 อีกด้วย¹⁰¹ ในความเป็นจริงนั้น ประชาชนบางส่วนอาจเข้าไม่ถึงข้อมูลหรืออาจไม่สามารถทราบได้แน่ชัดว่าตนจัดเป็นผู้มีคุณสมบัติครบถ้วนหรือไม่ เมื่อนี้เป็นนโยบายของรัฐ รัฐก็ควรมีขั้นตอนในการคัดกรองที่มีประสิทธิภาพและอาจใช้วิธีขอความร่วมมือจากประชาชน แทนการสร้างควมหวาดกลัวและทำให้ประชาชนที่ไม่แน่ใจไม่กล้าลงทะเบียน ซึ่งจริงๆ เขาอาจเป็นผู้มีสิทธิได้รับเงินช่วยเหลือก็ได้ แต่ก็ได้เสียสิทธินั้นไปเพราะความกลัวนั่นเอง

เป็นเรื่องเข้าใจได้และชอบด้วยกฎหมายที่รัฐจะใช้มาตรการจำกัดเสรีภาพในการสื่อสารข้อมูลเพื่อให้ประชาชนเข้าใจสถานการณ์ไปในทิศทางเดียวกันโดยรับรู้ข้อมูลจากรัฐและแหล่งที่น่าเชื่อถือ เพราะข้อมูลที่ประชาชนรับรู้สามารถส่งผลโดยตรงต่อสุขภาพของพวกเขาเอง อย่างไรก็ตาม ดูเหมือนว่ารัฐจะได้ใช้อำนาจพิเศษในการควบคุมข้อมูลข่าวสารนี้เพื่อหยุดข้อมูลที่ขัดแย้งกับเรื่องราวที่รัฐต้องการจะบอกและสร้างความกังวลให้กับประชาชน ซึ่งเป็นสิ่งที่ไม่พึงประสงค์ในสถานการณ์เช่นนี้ ทั้งนี้ อาจเกิดจากการที่รัฐบาลไม่สามารถสร้างความเชื่อใจจากประชาชนให้รับข้อมูลจากรัฐบาลช่องทางเดียวได้ รัฐจึงต้องใช้กฎหมายละเมิดสิทธิประชาชนอย่างเกินความจำเป็นและสมควร

ในข้อบังคับ ฉบับที่ 1 ข้อ 3 (6) ได้วางมาตรการที่กำหนดเงื่อนไขให้คนสัญชาติไทยที่ต้องการจะเดินทางกลับประเทศไทยในช่วงที่บังคับใช้ พฉุกเฉินฯ นี้ต้องแสดงเอกสารสองฉบับ ได้แก่ ใบรับรองแพทย์ .ก.ร. ที่ยืนยันว่ามีสุขภาพเหมาะสมต่อการเดินทางทางอากาศ อายุไม่เกิน 72 ชั่วโมงก่อนการเดินทาง โดยไม่ต้องตรวจหาเชื้อไวรัสโคโรนา และหนังสือรับรองการเดินทางกลับประเทศไทยที่ออกโดยสถานเอกอัครราชทูตไทย สถานกงสุลใหญ่ หรือกระทรวงต่างประเทศ และสำนักงานการบินพลเรือนแห่งประเทศไทยได้ออกประกาศเป็นแนวทางปฏิบัติว่าหากผู้โดยสารไม่สามารถแสดงเอกสารได้อย่างครบถ้วน สายการบินสามารถปฏิเสธการขึ้นเครื่องและการออกบัตรขึ้นเครื่องได้ ในทางปฏิบัติ นี่เป็นมาตรการที่สร้างความยุ่งยากหลายประการโดยไม่

¹⁰⁰ ‘ปล่อย “พันธัยศ” คดีกักตุนหน้ากาก ตำรวจล่า แหม่มโพธิ์ดำ ผิดพ.ร.บ.คอมพ์’ (ไทยรัฐออนไลน์, 9 เมษายน 2563) <<https://www.thairath.co.th/news/crime/1816596>> เข้าถึงเมื่อ 3 กรกฎาคม 2563.

¹⁰¹ ‘อัยการรอรับลูกตร. ฟ้อง “ข้อมูลเท็จ” รับเงินเยียวยาโควิด’ (ฐานเศรษฐกิจ มัลติมีเดีย, 1 เมษายน 2563) <<https://www.thansettakij.com/content/429317>> เข้าถึงเมื่อ 3 กรกฎาคม 2563.

จำเป็น ทั้งเพิ่มภาระให้กับผู้เดินทาง ที่ต้องไปติดต่อโรงพยาบาลและสถานทูตเพื่อขอเอกสารเพิ่ม รวมทั้งเสียค่าใช้จ่ายต่าง ๆ ในส่วนนี้ ทั้งเพิ่มภาระให้กับสถานเอกอัครราชทูตไทย สถานกงสุลใหญ่ หรือกระทรวงต่างประเทศ ที่ต้องออกเอกสารให้กับผู้เดินทาง และเป็นภาระแก่หน่วยงานดังกล่าวและสายการบิน เนื่องจากในตอนแรก สำนักงานการบินพลเรือนแห่งประเทศไทยมีการสั่งการที่ไม่ชัดเจน ทำให้หน่วยงานที่รับผิดชอบเกิดความสับสนว่าต้องดำเนินการอย่างไร และไม่คำนึงถึงจำนวนที่มากของผู้เดินทางที่หน่วยงานจะต้องรับผิดชอบ นอกจากนี้ มาตรการมีผลบังคับใช้แทบจะทันทีหลังออกประกาศ การสื่อสารอาจยังไม่ถึง หรือผู้เดินทางไม่สามารถทราบล่วงหน้าและเตรียมตัวได้ทัน เพราะในบางประเทศมีขั้นตอนในการพบแพทย์ และขอใบรับรองแพทย์ที่เข้มงวดและอาจต้องใช้เวลามากวัน ทั้งให้ผู้โดยสารและสายการบินต้องตกลงต่อรองกันเองอย่างช่วยไม่ได้¹⁰²

ไม่เพียงเท่านั้น มาตรการนี้ยังไม่มีประสิทธิภาพในการควบคุมโรคของผู้เดินทางด้วย การที่พวกเขาต้องเดินทางไปออกจากที่พักเพื่อไปขอเอกสาร ทำให้พวกเขามีโอกาสเสี่ยงติดเชื้อมากขึ้น และยิ่งต้องไปโรงพยาบาล ซึ่งเป็นสถานที่ที่มีความเข้มข้นของเชื้อมากกว่าที่อื่น เพื่อขอใบรับรองแพทย์แล้ว ก็ยังเพิ่มความเสี่ยง เป็นการเพิ่มงานให้กับโรงพยาบาลของประเทศนั้น ๆ ที่มีภาระล้นมือกับการควบคุมโรคระบาดในประเทศของตัวเองอยู่แล้วอีกด้วย ในประเทศที่มีคนสัญชาติไทยอาศัยอยู่เป็นจำนวนมาก เมื่อคนเหล่านี้ต้องการเดินทางกลับประเทศไทยในช่วงเวลาใกล้ ๆ กัน ทำให้มีคนจำนวนมากไปรวมตัวกัน ณ สถานเอกอัครราชทูตไทย สถานกงสุลใหญ่ หรือกระทรวงต่างประเทศ ซึ่งปกติไม่ได้ต้องให้บริการในปริมาณมากเท่านี้ในช่วงเวลาที่จำกัด ด้วยจำนวนบุคลากรที่จำกัด ผู้เดินทางอาจต้องรอการดำเนินการเป็นระยะเวลาหนึ่ง ทำให้มีโอกาสติดเชื้อจากการต้องอยู่ใกล้ชิดกับกลุ่มคนได้¹⁰³ แต่ธรรมชาติของไวรัสโคโรนาอย่างที่ได้มีการวิจัยจากองค์การอนามัยโลกออกมาสามารถแพร่เชื้อได้ตั้งแต่ผู้ติดเชื้อยังไม่แสดงอาการ ดังนั้น ใบรับรองแพทย์ว่าผู้เดินทางไม่มีอาการป่วยจึงไม่สามารถเป็นเครื่องยืนยันได้ว่าผู้เดินทางรายนั้นไม่มีเชื้อไวรัสจริง ๆ และในระหว่างการเดินทาง ผู้เดินทางมีโอกาสติดเชื้อในขณะที่อยู่บนเครื่องบินหรือจากสนามบินระหว่างรอขึ้นเครื่องหรือระหว่างรอเปลี่ยนเครื่องก็ได้ การรับรองว่าผู้เดินทางไม่มีอาการป่วยภายใน 72 ชั่วโมงก่อนขึ้นเครื่องจึงไม่สามารถการันตีได้เลยว่าผู้เดินทางจะไม่มีเชื้อเมื่อลงเครื่องที่ประเทศไทย วิธีที่มีประสิทธิภาพมากกว่าและไม่เพิ่มภาระที่ไม่จำเป็นให้กับภาคส่วนต่าง ๆ คือ การกักตัวผู้เดินทางหลังจากเดินทางมาถึงราชอาณาจักรแล้ว

มาตรา 38 และมาตรา 39 รัฐธรรมนูญ ระบุว่าบุคคลย่อมมีเสรีภาพในการเดินทางและการห้ามบุคคลสัญชาติไทยเข้ามาในราชอาณาจักรจะกระทำมิได้ ตามลำดับ มาตรการ Fit to Fly นี้ได้สร้างเงื่อนไขในการเดินทางเข้าสู่ราชอาณาจักรของผู้มีสัญชาติไทย ตามที่มีผู้ยื่นฟ้องต่อศาลรัฐธรรมนูญ มาตรการนี้จึงขัดต่อมาตรา 38 และ 39 แม้ในมาตรา 38 จะมีบทบัญญัติให้ยกเว้นให้สามารถจำกัดเสรีภาพในการเดินทางได้ แต่ดังที่ได้กล่าวไปแล้วว่ามาตรการนี้ไม่มีประสิทธิภาพและไม่ตอบสนองต่อวัตถุประสงค์ของสถานการณ์ฉุกเฉินในการ

¹⁰² 'Fit-to-fly ไม่ช่วยกันโควิด-19 ข้ำเพิ่มภาระคนไทยในต่างแดน' (มูลนิธิสถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาประเทศไทย, 2563) <<https://tdri.or.th/2020/04/fit-to-fly-certificate-covid-19/>> เข้าถึงเมื่อ 3 กรกฎาคม 2563.

¹⁰³ ไวรัสโคโรนา: นักศึกษาไทยในต่างแดนฟ้องศาลปกครองให้รัฐยกเลิกคำสั่งขอใบรับรองแพทย์ก่อนเข้าไทย (บีบีซีไทย, 27 มีนาคม 2563) <<https://www.bbc.com/thai/thailand-52057969>> เข้าถึงเมื่อ 3 กรกฎาคม 2563.

ควบคุมโรคระบาด รัฐจึงไม่มีเหตุผลหรือความจำเป็นเพียงพอในเรื่องของการรักษาความมั่นคงของรัฐหรือสวัสดิภาพของประชาชนที่จะใช้มาตรการนี้มาละเมิดสิทธิของผู้เดินทาง เป็นการจำกัดสิทธิโดยสุญเปล่า เพราะไม่ได้ก่อให้เกิดประโยชน์ใด ๆ เลย ทั้งยังสวนทางกับการควบคุมโรคด้วยซ้ำ

ในช่วงกลางเดือนพฤษภาคม รัฐบาลได้ออกข้อกำหนด ฉบับที่ 7 มีเนื้อหาเกี่ยวกับการผ่อนปรนการบังคับใช้มาตรการในการป้องกันการแพร่ระบาดของโรคโควิด สารสำคัญคือการผ่อนคลายเป็นให้ทำกิจกรรมด้านเศรษฐกิจและการดำเนินชีวิต และกิจกรรมด้านการออกกำลังกาย การดูแลสุขภาพ หรือสันทนาการตามข้อ 3 ในวันเดียวกันที่ประกาศมีผลบังคับใช้ รัฐบาลก็ได้เปิดใช้เว็บไซต์ไทยชนะ.com ซึ่งเป็นแพลตฟอร์มระบบลงทะเบียนสำหรับร้านค้าและผู้ให้บริการ มีวัตถุประสงค์เพื่อเก็บข้อมูลว่าลูกค้ามาใช้บริการร้านค้าในช่วงเวลาใดและจำนวนลูกค้าที่มาใช้บริการร้านค้า ในการลงทะเบียน ผู้ใช้บริการจะต้องกรอกหมายเลขโทรศัพท์ด้วย เพื่อให้รัฐบาลจะสามารถติดตามได้ว่าผู้ที่ติดเชื่อได้เดินทางไปที่ใดบ้าง และผู้อยู่ ณ สถานที่นั้นๆ ในช่วงเวลาเดียวกันจะได้รับการแจ้งเตือนให้ไปตรวจคัดกรองโรคเนื่องจากมีความเสี่ยงในการสัมผัสโรค ต่อมาในเดือนมิถุนายน จึงได้มีคำสั่งศูนย์บริหารสถานการณ์การแพร่ระบาดของโรคติดเชื้อไวรัสโคโรนา 2019 (โควิด - 19) ที่ 4/2563 ออกมาให้เจ้าหน้าที่เข้ามาดูแลการใช้ระบบลงทะเบียนให้เป็นไปอย่างเคร่งครัด

แม้ระบบการลงทะเบียนจะสามารถเก็บข้อมูลเกี่ยวกับการรวมกลุ่มของผู้คน ณ สถานที่หนึ่งๆ ณ ช่วงเวลาใดๆ ได้ แต่จุดอ่อนของระบบนี้คือข้อมูลที่ได้เป็นเพียงส่วนหนึ่งของการเคลื่อนที่ของบุคคล ไทยชนะจะบันทึกข้อมูลได้ก็ต่อเมื่อบุคคลหนึ่งเข้าไปใช้บริการร้านค้า ห้างสรรพสินค้า หรือสถานที่ให้บริการอื่น ๆ แต่ไม่ได้เก็บข้อมูลการเดินทางของบุคคลนั้น เขาได้เดินทางไปยังสถานที่อื่นที่ไม่ต้องลงทะเบียนกับไทยชนะ หรือเขาใช้บริการขนส่งสาธารณะ ซึ่งทำให้เขาต้องอยู่ในพื้นที่จำกัดและมีผู้คนหนาแน่นเป็นระยะเวลาหนึ่งเช่นกัน ไทยชนะจะไม่มีข้อมูลในส่วนนี้เลย ทำให้ไม่สามารถติดตามการแพร่ระบาดของโรคที่อาจเกิดขึ้นในรถโดยสารสาธารณะ ตู้กดเงินสด หรือร้านรถเข็นได้เลย

มาตรา 32 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย รับรองสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัว และการกระทำที่กระทบหรือละเมิดสิทธิดังกล่าว หรือการนำข้อมูลส่วนบุคคลไปใช้ประโยชน์ไม่ว่าในทางใดๆ จะกระทำไม่ได้ เว้นแต่ อาศัยบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ตราขึ้นเท่าที่จำเป็นเพื่อประโยชน์สาธารณะ การที่รัฐมีแพลตฟอร์มติดตามการเคลื่อนที่ของประชาชนย่อมเป็นการละเมิดสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัว และการให้กรอกข้อมูลเบอร์ฉุกเฉินฯ จึงมี .ก.ร.โทรศัพท์ก็เป็นกรณีนำข้อมูลส่วนตัวไปใช้ประโยชน์ มาตรการนี้ออกโดยอาศัยอำนาจตาม พ.ร.บ.การอ้างอำนาจที่เป็นไปตามมาตรา 32 แต่คำถามคือ เป็นมาตรการที่ออกมาเท่าที่จำเป็นเพื่อประโยชน์สาธารณะหรือไม่ จากข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น ประชาชนต้องยอมสละข้อมูลส่วนบุคคล เพื่อแลกมากับความปลอดภัยที่เพิ่มขึ้นเพียงส่วนหนึ่ง ข้อมูลจะถูกเก็บไว้ถึง 60 วัน เป็นระยะเวลายาวนานกว่าระยะเวลาพักตัวของเชื้อไวรัสฯ มาก ซึ่งโฆษกของศูนย์บริหารสถานการณ์โควิด-19 ได้ชี้แจงว่าเป็นระยะเวลาเฝ้าระวังการติดต่อ 4 รุ่นของผู้ป่วย¹⁰⁴ และที่น่ากังวลกว่านั้นคือไม่มีแถลงการณ์ที่ชัดเจนจากรัฐบาลว่าหน่วยงานใดเป็นผู้รับผิดชอบ

¹⁰⁴ สมิตานัน หยงสตาร์, 'โควิด-19 : เว็บไซต์ไทยชนะ เส้นบาง ๆ ระหว่างการป้องกันโรคกับการเข้าถึงข้อมูลส่วนบุคคล' (บีบีซีไทย, 20 พฤษภาคม 2563 (<<https://www.bbc.com/thai/thailand-52734104>> เข้าถึงเมื่อ 3 กรกฎาคม 2563).

ดูแลความปลอดภัยของชุดข้อมูลนี้ มีหน่วยงานใดบ้างที่สามารถเข้าถึงข้อมูลได้ ข้อมูลจะถูกนำไปใช้ผิดวัตถุประสงค์หรือไม่ และเว็บไซต์และแอปพลิเคชันไทยขณะมีความปลอดภัยจากการถูกเจาะข้อมูลเพียงใด เหล่านี้เป็นความเสี่ยงที่ประชาชนจะต้องประสบเนื่องจากรัฐบาลไม่สามารถให้ข้อมูลอย่างตรงไปตรงมาได้

ความเสี่ยงเหล่านี้ดูจะไม่คุ้มค่าเมื่อเทียบกับการเก็บข้อมูลการเดินทางได้เพียงส่วนหนึ่งเท่านั้น ไทยขณะจึงเป็นมาตรการที่ละเมิดสิทธิส่วนบุคคลโดยไม่มีคามจำเป็น เพราะไม่ได้บรรลุวัตถุประสงค์ในการควบคุมการแพร่ระบาดของเชื้อไวรัสได้อย่างมีประสิทธิภาพ แม้ไม่ต้องใช้มาตรการนี้ก็ยังมีวิธีอื่นอีกที่ทำให้สามารถเก็บข้อมูลการเดินทางได้เช่นกันและอาจจะมากกว่า โดยที่รัฐบาลไม่ต้องขอข้อมูลเบอร์โทรศัพท์ไป ในหลายประเทศมีการใช้สัญญาณโทรศัพท์หรือสัญญาณบลูทูธเพื่อเก็บข้อมูลการเดินทาง¹⁰⁵ ทำให้ได้ข้อมูลที่ครบถ้วนกว่าโดยไม่ต้องละเมิดสิทธิส่วนบุคคล หรือในยุโรปที่มีความตระหนักถึงเรื่องการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลสูงกว่าเอเชีย ประเทศเยอรมนีและอิตาลีใช้ระบบการติดตามตำแหน่งของบุคคลแบบไม่ระบุตัวตน เพื่อดูว่าสถานที่ใดมีประชาชนไปรวมตัวกันมาก¹⁰⁶ ดังนั้นมาตรการไทยขณะจึงเป็นการละเมิดสิทธิส่วนบุคคลโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร

เมื่อดูจากมาตรการทั้งหมดที่ได้วิเคราะห์มา จะเห็นว่าแม้รัฐธรรมนูญจะเปิดช่องให้กฎหมายในสถานการณ์ที่กระทบต่อความมั่นคงของชาติสามารถจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนได้เพื่อประโยชน์สาธารณะ แต่หลาย ๆ มาตรการกลับไม่สู้บรรลุเป้าหมายของการควบคุมโรคเท่าที่ควร ทำให้ในทางทฤษฎีแล้วมาตรการเหล่านี้แม้จะมีการอ้างอำนาจทางกฎหมายที่ถูกต้อง แต่ไม่มีเหตุผลอันสมควรหรือความจำเป็นที่เพียงพอในการนำมาใช้จำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชน จึงอาจกล่าวได้ว่าในบางกรณีภายใต้อำนาจพิเศษภายใต้ พ.ร.ก. นี้ถูกใช้อย่างเกินความจำเป็นและไม่ได้สัดส่วนกับประสิทธิภาพของผลลัพธ์ .ก.ร.

ผลกระทบของการประกาศขยายเวลาสถานการณ์ฉุกเฉิน

ตามที่ได้มีประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินในทุกเขตท้องที่ทั่วราชอาณาจักร ตั้งแต่วันที่ 26 มีนาคม พ.ศ. 2563 และได้ขยายระยะเวลาการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินคราวที่ 2 ออกไปจนถึงวันที่ 30 มิถุนายน พ.ศ. 2563 นั้น และได้มีการประกาศขยายระยะเวลาการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินคราวที่ 3¹⁰⁷ ซึ่งประกาศนี้ได้อ้างถึงความจำเป็นเป็นต้องขยายระยะเวลาการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินในทุกเขตท้องที่ทั่วราชอาณาจักร ออกไปอีกคราวหนึ่ง โดยอ้างว่าการขยายระยะเวลาในคราวนี้ได้มุ่งที่จะห้ามหรือจำกัดการดำเนินกิจกรรมหรือกิจการใด ๆ แต่มุ่งประโยชน์เพื่อการบูรณาการความรับผิดชอบและการปฏิบัติหน้าที่ของพนักงานเจ้าหน้าที่ทุกฝ่ายนอกเหนือไปจากเจ้าพนักงานควบคุมโรคติดต่อตาม พ.ร.บ. โรคติดต่อฯ เพื่อให้การเฝ้าระวังการปฏิบัติตามมาตรการป้องกันโรคในห้วงเวลาที่ประเมินว่ายังคงมีความเสี่ยงต่อการระบาดของโรค ภายหลัง

¹⁰⁵ เรื่องเดียวกัน

¹⁰⁶ G Seetharaman. 'How countries are using technology to fight coronavirus'
<<https://economictimes.indiatimes.com/tech/software/how-countries-are-using-technology-to-fight-coronavirus/articleshow/74867177.cms?from=mdr>> accessed by 3 July 2020.

¹⁰⁷ ประกาศ เรื่อง การขยายระยะเวลาการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินในทุกเขตท้องที่ทั่วราชอาณาจักร (คราวที่ 3).

จากที่รัฐบาลได้ผ่อนคลายมาตรการด้วยการให้กิจการและกิจกรรมต่าง ๆ สามารถเปิดดำเนินการได้มากขึ้น เพื่อให้การแก้ไขสถานการณ์ฉุกเฉินดังกล่าวเป็นไปโดยมีเอกภาพ มีประสิทธิภาพ รวดเร็วทันต่อสถานการณ์ และมุ่งรักษาไว้ซึ่งความปลอดภัยในด้านสุขภาพและชีวิตของประชาชนเป็นสำคัญ อาศัยอำนาจตามความใน มาตรา 5 แห่งพ.ร.ก.ฉุกเฉินฯ นายกรัฐมนตรีโดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรีตามมติเมื่อวันที่ .ก.ร.30 มิถุนายน พ.ศ.2563 จึงให้ขยายระยะเวลาการบังคับใช้ประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินในทุกเขตท้องที่ทั่วราชอาณาจักรออกไปอีกคราวหนึ่ง สำหรับประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินที่มีความร้ายแรงในเขตท้องที่จังหวัดชายแดนภาคใต้ให้ยังคงมีผลใช้บังคับต่อไปควบคู่กันทั้งนี้ ตั้งแต่วันที่ 1 กรกฎาคม พ.ศ.2563 จนถึงวันที่ 31 กรกฎาคม พ.ศ.2563

ในประเทศไทยการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินนั้นได้เกิดผลกระทบตามมาในทางกฎหมายหลาย เรื่อง ยกตัวอย่างเช่น มาตรการที่ถูกประกาศใช้โดยอ้างอำนาจตามข้อกำหนดออกตามความในมาตรา 9 แห่งพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548 2 ฉบับที่)) ได้แก่ มาตรการ ห้ามออกนอกเคสสถานในช่วงเวลา 22. 00– 04.น 00. หรือ “มาตรการเคอร์ฟิว” ตั้งแต่วันที่ เมษายน พ.ศ. 2563 4หมื่นบาท ปี หรือปรับไม่เกิน 2 และมีการกำหนดโทษไว้สำหรับผู้ฝ่าฝืนต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน¹⁰⁸ หรือ ทั้งจำทั้งปรับ ทำให้เกิดผลกระทบต่อคนไร้บ้านทั้งหลายและในเมื่อรัฐไม่มีมาตรการเพียงพอที่จะรองรับหรือ ดูแลการใช้ชีวิตของประชาชนเหล่านี้ประกอบกับการออกมาตรการบังคับที่มีโทษทางอาญา ส่งผลให้คนไร้บ้านจำนวนไม่น้อยตกเป็นจำเลยในคดีอาญา ซึ่งสอดคล้องกับแนวคิดของอาคมเบ็น¹⁰⁹ ที่ว่า การประกาศ “สถานการณ์ฉุกเฉินของรัฐบาลทำให้ประชาชนไม่กลายเป็นผู้แพร่เชื้ออีกต่อเมื่อพวกเขาต้องเว้นระยะห่างต่อกันไว้ อย่างน้อยหนึ่งเมตรและประชาชนจะติดคุกทันทีหากขยับใกล้กันเข้ามาเพียงเล็กน้อย” มาตรการดังกล่าวทำให้เกิดความสงสัยกับประชาชนคนไทยเป็นอย่างมากว่าการประกาศห้ามออกนอกเคสสถานในช่วงเวลา 22.00 – 04.00 น. นั้นจะช่วยลดการระบาดของโรคโควิดได้อย่างไร และเป็นมาตรการที่ขัดต่อหลักแห่งความสัมฤทธิ์ผล ที่บังคับว่าในบรรดามาตรการต่างๆ ที่รัฐธรรมนูญ หรือกฎหมายเปิดช่องให้ฝ่ายปกครองสามารถใช้ อำนาจกำหนดเพื่อไปจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้ ฝ่ายปกครองจะต้องเลือกมาตรการที่สามารถ ดำเนินการให้เจตนารมณ์ของกฎหมายฉบับนั้นสำเร็จลุล่วงไปได้เท่านั้น¹¹⁰

นิโคโล มาเคียเวลลี (Niccolo di Bernardo dei Machiavelli) เจ้าของแนวคิดด้วยเหตุผลของรัฐ (Raison d'Etat, Reason of State) จากหนังสือ “The Prince” โดยกล่าวว่า ในทัศนะของ “เจ้า” มาเคียเวลลี นั้นจะต้องถือคติอยู่ในใจอย่างเคร่งครัดว่า “เมื่อถึงคราวจะต้องรักษามันเมือง รักษาอำนาจรัฐ... ไว้ จะไม่ยึดถือคุณธรรมใดๆ ทั้งสิ้น ผู้ปกครองต้องกล้าที่จะใช้ความทารุณโหดร้ายเพื่อรักษาระเบียบวินัย และ ความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันทั้งของกองทัพและประชาชนในรัฐโดยเฉพาะเพื่อจุดมุ่งหมายของการสร้างความสามัคคี...”¹¹¹ จากคำกล่าวข้างต้นแสดงให้เห็นถึงอำนาจของผู้ปกครองรัฐที่สามารถทำอะไรก็ได้ เพื่อจะ

¹⁰⁸ ข้อกำหนด ออกตามความในมาตรา 9 แห่งพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548 (ฉบับที่ 2).

¹⁰⁹ Julius Gavroche, ‘Giorgio Agamben: Normalising the state of exception under the Covid-19 epidemic’

<<http://autonomies.org/2020/03/giorgio-agamben-normalising-the-state-of-exception-under-the-covid-19-epidemic/>> accessed by 3 July 2020.

¹¹⁰ เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, *หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชน*, หน้า 164

¹¹¹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 38

ปกป้องรักษาอำนาจรัฐไว้หรือต้องรักษากันเมือง เมื่อปรากฏเหตุการณ์อันกระทบต่อความมั่นคงภายในราชอาณาจักรแม้จะเป็นวิธีที่ใช้ความโหดร้ายทารุณเพียงใดก็ตาม ซึ่งแนวความคิดของมาเคียเวลลีนั้นสอดคล้องกับโครงความคิดทางทฤษฎีกฎหมายของ คาร์ล ชมิตต์ ซึ่งตั้งอยู่บนพื้นฐานของทฤษฎี “อำนาจตัดสินใจนิยม” (décisionnisme) พื้นฐานความคิดของ ชมิตต์ในเรื่องกฎหมายคือ การนำ “ความเป็นการเมือง” เชื่อมต่อกับ “ความเป็นกฎหมาย” โดยที่ “ความเป็นการเมือง” อยู่เหนือ “ความเป็นกฎหมาย” ในขณะที่ อากัมเบนมองว่าสภาวะยกเว้นเกิดจาก “ความจำเป็น” คือไม่มีและไม่ยอมรับกฎหมาย และ “ความจำเป็นสร้าง” กฎหมายขึ้นมา กล่าวคือ สภาวะยกเว้นไม่ได้เป็นรูปแบบทางกฎหมายเลย และเมื่อความจำเป็นเรียกร้องก็ไปสร้างเอกกฎหมายมารับใช้ความจำเป็น¹¹²

ดังเช่นในประเทศไทยที่ไม่มีกฎหมายโดยเฉพาะเกี่ยวกับการควบคุมโรคระบาดโควิด-19 ทำให้เกิดสภาวะยกเว้นให้รัฐบาลได้ประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินภายใต้อำนาจฉุกเฉินฯ .ก.ร. อีกทั้งการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินดังกล่าวยังไม่มีกำหนดการที่แน่นอนว่าจะยกเลิกเมื่อใด สภาวะยกเว้นในสถานการณ์การระบาดของโรคโควิด ในประเทศไทยอาจไม่เข้านิยามองค์ประกอบของสถานการณ์ฉุกเฉินตาม พ.ร.ก. ฉุกเฉินฯ ซึ่งปรากฏข้อเท็จจริงในประเทศไทยเมื่อรัฐบาลได้ออกมาตรการขั้นรุนแรงโดยการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉิน ตั้งแต่วันที่ .ศ.มีนาคม พ 262563 โดยอ้างความจำเป็นเพื่อควบคุมโรคระบาดโควิด-19 จึงส่งผลทำให้ผู้ติดเชื้อในประเทศไทยมีจำนวนน้อยมากเมื่อเทียบกับในหลายประเทศทั่วโลก แต่เป็นที่น่าสังเกตว่าเมื่อเกิดสภาวะยกเว้นทำให้รัฐได้ออกมาตรการต่าง ๆ เพื่อควบคุมประชาชนภายในรัฐจากภัยต่อความมั่นคงนี้ได้แล้ว รัฐบาลยังคงประกาศขยายระยะเวลาการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินคราวที่ .ศ.มิถุนายน พ 30 ออกไปจนถึงวันที่ 32563 ทั้งๆ ที่ปัจจุบันในประเทศไทยไม่มี “ความจำเป็น” อีกต่อไปที่จะต้องใช้บทบัญญัติใน พ.ร.ก. ฉุกเฉินฯ อีกทั้ง รัฐยังมีเครื่องมือทางกฎหมายอื่นในการจัดการกับโรคระบาดอยู่แล้ว เช่น พ.ร.บ. โรคติดต่อฯ พระราชบัญญัติสำรวจการกักตุนโรคติดต่อ,พระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน 2534 ประมวลกฎหมายอาญาควบคุมการเสนอข่าว มาตรา 384

ตัวอย่างเช่น อำนาจห้ามบุคคลออกนอกเคสสถานตามเวลาที่กำหนด หรือการห้ามชุมนุมเป็น (เคอร์ฟิว) อำนาจเฉพาะของกฎหมายพิเศษด้านความมั่นคงอย่าง พ.ร.ก. ฉุกเฉินฯ ส่วน พ.ร.บ. โรคติดต่อฯ มาตรา ให้ 34 อำนาจเจ้าพนักงานควบคุมโรคติดต่อ สิ่งผู้ที่เป็นหรือมีเหตุอันควรสงสัยว่าเป็นโรคติดต่อ หรือผู้ที่เป็นผู้สัมผัสโรคหรือเป็นพาหะ ต้องกักตัวตามสถานที่กำหนด อีกทั้งยังห้ามบุคคลใดออกจากสถานที่แยกกักกันตัว เว้นแต่ได้รับอนุญาต ซึ่งโดยลักษณะของรูปแบบมาตรการไม่ได้แตกต่างกัน เพียงแต่การประกาศเคอร์ฟิวจะยึดขอบเขตจากพื้นที่ แต่ พ.ร.บ. โรคติดต่อฯ จะยึดจากตัวบุคคล ซึ่งมีข้อดีในแง่ที่ผลกระทบอาจจะมีความเล็กกว่าและจำกัดสิทธิเสรีภาพได้แบบเฉพาะเจาะจงมากกว่าการใช้เคอร์ฟิว ดังนั้นอาจกล่าวได้ว่ารัฐที่ประกาศขยายระยะเวลาสถานการณ์ฉุกเฉินนั้น ขัดต่อ “...หลักความจำเป็นซึ่งรัฐจะต้องจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้เพียงเท่าที่จำเป็นแก่การดำเนินการให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ของกฎหมายเท่านั้น และการจำกัดสิทธิหรือ

¹¹² ปิยบุตร แสงกนกกุล, ‘สภาวะยกเว้น ในความคิดของ Giorgio Agamben’, หน้า 84.

เสรีภาพของราษฎรเกินขอบเขตแห่งความจำเป็นแก่การดำเนินการให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ของกฎหมายเป็นสิ่งที่ไม่ชอบธรรม...”¹¹³

ปัญหาของบทบัญญัติตามพ.ร.ก.ฉุกเฉินฯ

นับแต่มีการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินภายใต้อำนาจของ พ.ศ.มีนาคม พ 26ฉุกเฉินฯ เมื่อวันที่ .ก.ร. 2563 เป็นต้นมา เพื่อใช้เป็นเครื่องมือของรัฐในการรับมือกับสถานการณ์โรคระบาดโควิด ที่ส่งผลให้ประเทศไทยต้องเจอกับสถานะชะงักงันทั้งทางเศรษฐกิจและสังคม โดยเป็นครั้งแรกของรัฐบาลไทยในการนำ พ .ก.ร.ฉุกเฉินฯ ฉบับนี้มาใช้รับมือกับปัญหาที่มีได้มาจากปัญหาเดิม ๆ อย่างที่ประเทศไทยเคยประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินในครั้งที่ผ่านมา เช่น ปัญหาความไม่สงบในพื้นที่สามจังหวัดชายแดนภาคใต้ ปัญหาความขัดแย้งทางการเมือง ปัญหาอุทกภัย เป็นต้น

หากพิจารณาในเรื่องของบริบท ต้นกำเนิดของตัวกฎหมายพิเศษฉบับดังกล่าว ไม่ได้ถูกร่างขึ้นมาเพื่อฉุกเฉินฯ .ก.ร.ใช้จัดการปัญหาโรคระบาดโควิด เพราะในเบื้องต้นที่มีการประกาศใช้อย่างเป็นทางการของ พ.ร.ก. 3 ฉบับร่างขึ้นเพื่อนำมาใช้จัดการปัญหาความรุนแรงในพื้นที่วัดชายแดนภาคใต้¹¹⁴ ดังนั้นเนื้อหาของ พ .ก.ร.ฉุกเฉินฯ ฉบับนี้จึงไม่ได้มีความสัมพันธ์ หรือถูกร่างขึ้นมารับมือกับสถานการณ์โรคระบาดร้ายแรงโดยเฉพาะ ซึ่งโดยปกติในประเทศไทยมีกฎหมายที่สามารถนำมาใช้เพื่อรับมือและจัดการปัญหาโรคระบาดเป็นการเฉพาะคือพ.ร.ด.ต่อฯ โดยก่อนหน้านี้จะมีการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉิน ก็ได้มีการประกาศใช้กฎหมายฉบับดังกล่าวมาอยู่แล้ว หากแต่เนื่องจากข้อจำกัดในขอบเขตอำนาจในตัวกฎหมาย พ.ร.ด.ต่อฯ .บ.ร. และการที่รัฐประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินโดยหยิบเอาฉุกเฉินฯ มาใช้ก็เพื่อป้องกันไม่ให้เกิดการ .ก.ร.ระบาดในวงกว้าง ทั้งๆ ที่บทบัญญัติใน พ.ร.ด.ต่อฯ และกฎหมายอื่น ในระดับพระราชบัญญัติที่มีใช้ .บ.ร.พ .ก.ร.ฉุกเฉินฯ อันมีที่มาจากอำนาจของฝ่ายบริหารที่ใช้อำนาจตรากฎหมายโดยมิได้ยึดโยงกับเจตนารมณ์ของประชาชนเหมือนกับกฎหมายอื่นที่ตราขึ้นเป็นพระราชบัญญัติ โดยความยินยอมของฝ่ายนิติบัญญัติ เพราะ .บ.ร.การจำกัดสิทธิของประชาชน ประชาชนต้องยอมเพราะกฎหมายที่จะจำกัดสิทธิของประชาชนต้องเป็น พ “โดยรูปแบบของตัวแทนไปออกกฎหมายจำกัดสิทธิก็คือตัวแทนของประชาชนยินยอมในนามประชาชน”¹¹⁵ ซึ่งโดยข้อเท็จจริงแล้วกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติเช่น พ.ร.บ. โรคติดต่อฯ สามารถใช้ทดแทนได้และมีข้อดีกว่าในแง่ผลกระทบและการจำกัดสิทธิเสรีภาพที่เป็นการเฉพาะเจาะจงมากกว่าการใช้บทบัญญัติใน พ .ก.ร.ฉุกเฉินฯ

ปัญหาประการสำคัญในการใช้บทบัญญัติของ พ.ร.ก. ฉุกเฉินฯ คือมีผลทำให้เป็นการรวบเอาอำนาจในการแก้ไขปัญหาอยู่ในมือของบุคคลเพียงบุคคลเดียวนั่นคือ นายกรัฐมนตรี เพราะมาตรา วรรคหนึ่ง 7ระบุ ว่า ให้บรรดา “อำนาจหน้าที่ของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงใดกระทรวงหนึ่งหรือหลายกระทรวง เฉพาะในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการอนุญาต อนุมัติสั่งการ บังคับ บัญชา หรือช่วยในการป้องกัน แก้ไข ปราบปราม ระวังยับยั้งใน

¹¹³ เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, *หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชน*, หน้า 166

¹¹⁴ ‘โควิด-19’ กับสิทธิที่หายไป: สำนวน พ.ร.ก.ฉุกเฉินฯ ประเด็นการละเมิดสิทธิ และหนทางออกจากวิกฤตโรคระบาด’.

¹¹⁵ บทสัมภาษณ์โดยปริญา เทวนฤมิตรกุล เมื่อวันที่ 2554 มกราคม 19.

สถานการณ์ฉุกเฉินหรือฟื้นฟูหรือช่วยเหลือประชาชน โอนมาเป็นอำนาจหน้าที่ของนายกรัฐมนตรีเป็นการชั่วคราว เพื่อให้การสั่งการและการแก้ไขสถานการณ์เป็นไปโดยมีเอกภาพ รวดเร็ว และมีประสิทธิภาพอีกทั้ง ” ประยุทธ์ จันทร์โอชา นายกรัฐมนตรี ยังใช้อำนาจในฐานะนายกรัฐมนตรีที่ได้รับอำนาจการบริหารราชการแผ่นดินทั้งปวงจาก พฉุกเฉินฯ มาออกข้อกำหนด เพื่อกำหนดข้อห้าม เงื่อนไข คำแนะนำ สิ่งที .ก.ร. อนุญาตให้ทำได้ รวมทั้งมอบหมายอำนาจให้กับตำแหน่งต่างๆ รวมแล้วเก้าฉบับ ซึ่งในข้อกำหนดเหล่านี้ยังมีปัญหาในทางกฎหมายต้องพิจารณากันอีกมากกว่า การเขียนข้อกำหนดลักษณะนี้ถูกต้องแล้วหรือไม่ และจะใช้ให้มีผลในทางกฎหมายได้อย่างไร¹¹⁶

ฉุกเฉินฯ ฉบับนี้ ไร้ซึ่งการตรวจสอบควบคุมถ่วงดุลการใช้ .ก.ร. ปัญหาประการสำคัญต่อมาคือการที่ พอำนาจของนายกรัฐมนตรีจากฝ่ายตุลาการ ตามแนวทางของไดเซนเฮาส์ ที่กฎหมายพิเศษที่ฝ่ายบริหารนำมาประกาศใช้ในสถานการณ์ฉุกเฉิน ควรจะต้องอำนาจหรือเอื้อให้เกิดการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน (The Rule of Law Project) มิให้ถูกรัฐใช้อำนาจที่มีอยู่ล้นเหลือตามความแห่งกฎหมายพิเศษมาลิดรอนสิทธิของตน โดยองค์กรสำคัญที่จะเข้ามามีบทบาทประกันสิทธินี้ก็คืออำนาจฝ่ายตุลาการ¹¹⁷ ทั้งนี้เพราะฝ่ายตุลาการมาเชื่อมเรื่องของการแบ่งแยกอำนาจโดยฝ่ายตุลาการก็จะมากอยกกับว่าฝ่ายบริหารใช้อำนาจไปโดยอยู่ในขอบเขตของกฎหมายหรือไม่ เพราะถ้าหากไม่มีฝ่ายตุลาการแล้วบางทีเกิดกรณีที่กฎหมายไม่ได้ให้อำนาจไว้แต่ฝ่ายบริหารไปตีความเอาเองว่ามีอำนาจ หรือกรณีที่กฎหมายให้อำนาจเท่านั้นแต่ฝ่ายบริหารไปตีความให้มีอำนาจแก่ฝ่ายตนมากเกินไปกฎหมาย จึงต้องมีฝ่ายตุลาการเป็นฝ่ายที่สามเพื่อดึงอำนาจการตีความกฎหมายออกมาจากฝ่ายบริหาร นี่คือหลักการแบ่งแยกอำนาจคือหลักการที่จะเอามาวิเคราะห์ ปัญหาเรื่องพที่.ก.ร. เป็นอำนาจของรัฐบาล และพสถานการณ์ฉุกเฉิน.ก.ร.ที่เป็นพ.ก.ร.¹¹⁸ โดยในต้วบทบัญญัติ พ.ร.ก. ฉุกเฉินฯ มาตรา ข้อกำหนด ประกาศ คำสั่ง หรือการกระทำตามพระราชกำหนดนี้ไม่อยู่ในบังคับ “ได้วางหลักไว้ว่า 16 ของกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง และกฎหมาย ว่าด้วยการจัดตั้งศาลปกครองและวิธีทำให้ประชาชนหรือผู้ที่ได้รับความเดือดร้อนจากการที่รัฐ ” พิจารณาคดีปกครองและเจ้าหน้าที่รัฐซึ่งใช้อำนาจตามความใน พฉุกเฉินฯ ไม่สามารถไปฟ้องศาลปกครองเพื่อให้ตรวจสอบว่ารัฐบาลหรือหน่วยงานของรัฐ .ก.ร. ใช้อำนาจไม่ชอบด้วยกฎหมาย เพราะศาลปกครองไม่มีอำนาจตามความข้างต้นเลย

ปัญหาที่ต่อเนื่องมาคือ ปัญหาในบทยกเว้นความผิดของเจ้าหน้าที่ของรัฐในพฉุกเฉินฯฉบับนี้ ที่ .ก.ร. ทำให้ประชาชนหรือผู้ที่ได้รับความเสียหายจากการกระทำของพนักงานเจ้าหน้าที่ไม่สามารถจะฟ้องร้องเจ้าหน้าที่ต่อศาลยุติธรรมได้ ถึงแม้จะฟ้องได้แต่ผู้เสียหายก็ต้องมีการพิสูจน์ที่จะต้องแสดงให้เห็นว่าเจ้าหน้าที่ผู้ก่อความเสียหายนั้นได้กระทำความเสียหายตรงตามเงื่อนไขที่ยุ่งยากใน มาตรา ซึ่งได้วางหลักไว้ 17 พนักงานเจ้าหน้าที่และผู้มีอำนาจหน้าที่เช่นเดียวกับพนักงานเจ้าหน้าที่ตามพระราชกำหนดนี้ไม่ต้องรับผิดชอบ” ว่าทั้งทางแพ่ง ทางอาญา หรือทางวินัยเนื่องจากการปฏิบัติหน้าที่ในการระงับหรือป้องกันการกระทำผิดกฎหมาย

¹¹⁶ ‘บทความ ปัญหาทางกฎหมาย กรณีพล19 ฉุกเฉินรับมือโควิด.ก.ร.ประยุทธ์ ใช้พ.อ.’ โครงการอินเทอร์เน็ตเพื่อกฎหมายประชาชน (iLaw), 14 พฤษภาคม 2563 (<<https://ilaw.or.th/node/5658>> เข้าถึงเมื่อ 2563 กรกฎาคม 3.

¹¹⁷ Dyzenhaus, *The Constitution of Law* ,pp.17-65.

¹¹⁸ ปริญญา เทพนฤมิตรกุล.19 มกราคม 2554. รองอธิการบดีฝ่ายการนักศึกษา มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ .สัมภาษณ์.

หากเป็นการกระทำที่สุจริต ไม่เลือกปฏิบัติ และไม่เกินสมควรแก่เหตุหรือไม่เกินกว่ากรณีจำเป็นแต่ไม่ตัดสิทธิผู้ได้รับความเสียหายที่จะเรียกร้องความเสียหายจากทางราชการตามกฎหมายว่าด้วยความรับผิดชอบของเจ้าหน้าที่ 17 แม้ความในตอนท้ายของมาตรา 77 ระบุว่าไม่ตัดสิทธิผู้เสียหายในการเรียกค่าเสียหายก็ตามแต่ประชาชนก็เชื่อว่าจะสามารถฟ้องได้โดยง่ายเหมือนดังเช่นคดีละเมิดธรรมดา อีกทั้งโทษในทางอาญาตามมาตรา 18 พ.ศ. 2564 .ก.ร. ที่มีบทลงโทษแก่ผู้ฝ่าฝืนข้อกำหนด ประกาศหรือคำสั่งที่ออกตามบทบัญญัติใน พ.ศ. 2564 ฉบับนี้ เช่นการป้องกันการนำเสนอข่าวปลอมอันเกี่ยวกับสถานการณ์โรคระบาดโควิด ก็กำหนดโทษไว้ร้ายแรงกว่าโทษในประมวลกฎหมายอาญาที่มีฐานความผิดเป็นการเฉพาะตามความร้ายแรงของการกระทำและเจตนาของผู้กระทำผิด เช่น ความผิดฐานหมิ่นประมาท หรือ หรือความผิดฐาน บอกล่าความเท็จจนเป็นเหตุให้ประชาชนตื่นตกใจ เป็นต้น

ฉุกเฉินฯ ฉบับนี้ ไร้ซึ่งการตรวจสอบควบคุมถ่วงดุล .ก.ร. ปัญหาประการสำคัญต่อมาคือการที่ พ.ร.บ. ให้อำนาจของนายกรัฐมนตรีจากฝ่ายนิติบัญญัติ อันเป็นผู้แทนของปวงชนเลยตามแนวทางของ แอคเคอร์แมนที่นายกรัฐมนตรีหรือฝ่ายบริหารนั้นจะมีอำนาจในการออกกฎหมายพิเศษอย่าง พ.ร.บ. ฉุกเฉินฯ นี้เพื่อ .ก.ร. .ก.ร. รับมือกับโรคระบาดโควิด เพียงระยะเวลาสั้นๆ เท่านั้น หากต้องการที่จะขยายระยะเวลาการบังคับใช้ พ.ร.บ. ฉุกเฉินฯ ฝ่ายนิติบัญญัติก็จะก้าวเข้ามาทำหน้าที่ตรวจสอบถ่วงดุลว่าการต่อพ.ร.บ. ฉุกเฉินฯ ยังจำเป็นอยู่ .ก.ร. หรือไม่มากนักน้อยเพียงใด โดยใช้การลงมติโหวตลงคะแนนเสียงจากรัฐสภา โดยในการต่ออายุกฎหมายพิเศษในแต่ละครั้งฝ่ายบริหารจะกระทำได้อย่างขึ้นเพราะการจะได้รับคะแนนเสียงเห็นด้วยกับการต่ออายุกฎหมายพิเศษ) นั้นเป็นรูปแบบขึ้นบันได Supermajoritarian Escalator Model¹¹⁹ ที่ยิ่งต่อเวลาบังคับใช้นานวันเข้าก็ยิ่งต้องมีคะแนนเสียงเห็นชอบด้วยจากรัฐสภาที่มากขึ้นตามลำดับอายุการใช้งานที่ทางฝ่ายบริหารอยากจะขยายระยะเวลาการใช้กฎหมายพิเศษต่อไป อาทิ การจะต่อพ.ร.บ. ฉุกเฉินฯ อีกสองถึงสามเดือนหลังจากที่ฝ่าย .ก.ร. บริหารประกาศใช้ครั้งแรกไปแล้วนั้นก็จะต้องได้รับคะแนนจากทั้งฝ่ายนิติบัญญัติเกินกว่าร้อยละ 50 อายุการบังคับใช้พ.ร.บ. ฉุกเฉินฯ อีกสองเดือนเป็นรอบที่สอง คราวนี้ก็ต้องได้รับคะแนนจากทั้งฝ่ายนิติบัญญัติ .ก.ร. ดังนั้นจะเห็นได้ว่าฝ่ายบริหารจะต้องได้คะแนนรับ 60 เกินกว่าร้อยละสามเห็นชอบในการต่อกฎหมายพิเศษสูงขึ้นเรื่อยๆ เสมือนขึ้นบันได และสุดท้ายฝ่ายบริหารก็จะไม่อาจประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินใช้กฎหมายพิเศษนั้นต่อไปได้นั่นเอง ทั้งนี้เพื่อเป็นการประกันสิทธิเสรีภาพของประชาชนมิให้ถูกรัฐลิดรอนตามอำนาจกฎหมายพิเศษที่ตนได้รับมาเป็นสำคัญ

ปัญหาที่จะไม่กล่าวถึงไม่ได้ก็คือ การที่รัฐมีอำนาจสามารถประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินไปเรื่อยๆ จนอาจทำให้เกิดเป็นเรื่องหลักเรื่องถาวรไปมิใช่เรื่องของภาวะที่ควรจะเป็นเพียงชั่วคราว เป็นสภาวะยกเว้นที่รัฐจะหยิบขึ้นมาใช้ชั่วคราวครั้งชั่วคราว ทั้งนี้สภาวะยกเว้นเป็นประติสัณฐานทางกฎหมาย เป็นสภาวะยกเว้นที่ยกเว้นกฎเกณฑ์ กฎหมายที่ใช้อยู่ในสภาวะการณ์ปกติ และมีการรวมอำนาจไว้ที่ผู้ปกครอง ทั้งยังอนุญาตให้มีการออกมาตรการที่ละเมิดสิทธิเสรีภาพของประชาชนได้มากกว่าปกติ โดยสภาวะยกเว้นนั้น ควรมีระยะเวลาการใช้“อย่างจำกัด เพราะมีความคลุมเครือลึกลับว่าเป็นมาตรการทางกฎหมาย แต่ก็ไม่อาจรวมอยู่ในกฎหมายได้อย่าง

¹¹⁹ Bruce Ackerman, 'The Emergency Constitution', pp 1045-1056.

เต็มทีนัก”¹²⁰ ตามแนวคิดของอาแกมเบน ที่ฝ่ายรัฐบาลอาจอาศัยอำนาจพิเศษนี้เป็นเครื่องมือทางการเมือง หรือ ออกข้อกำหนดที่กระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชน จนบางทีสถานการณ์ยังไม่ฉุกเฉิน รัฐก็ไปสร้างความหวุ่นวิตกให้ประชาชนรับรู้รับทราบจนประชาชนยอมรับได้และพร้อมให้รัฐพรากเอาสิทธิเสรีภาพของตนบางประการไปได้ขอเพียงให้รัฐช่วยจัดภัยต่างๆ นานานี้ไปเสีย จนนานวันเข้าผู้คนทั้งหลายก็จะรู้สึกเคยชินจนไม่รู้สึกเป็นสถานการณ์ที่ผิดปกติอะไร ไม่ได้เป็นสิ่งที่ส่งผลกระทบต่อวิถีชีวิตของตน ซึ่ง “...ในอดีต เคยมีการแพร่ระบาดของโรคที่รุนแรงกว่าปัจจุบัน แต่ก็ไม่มีใครคาดคิดว่าต้องประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินเพื่อป้องกันการระบาดของโรคเหมือน ณ ตอนนี้ คุณค่าความเป็นมนุษย์ถูกลดทอนลง สังคมซึ่งเป็นสภาวะยกเว้นแบบถาวรที่เราอยู่อาศัยอยู่นี้ไม่อาจเป็นสังคมเสรีได้ เราอยู่ในสังคมที่ต้องอุทิศเสรีภาพให้กับเหตุผลเรื่องความมั่นคงปลอดภัย และนั่นทำให้เราต้องอยู่ในสังคมที่ปกคลุมไปด้วยสภาวะความกลัวและความไม่มั่นคงปลอดภัยไปอย่างถาวร มันจึงไม่น่าแปลกใจที่มีคนเปรียบเปรยไวรัลกับสงคราม มาตรการต่างๆ ในสถานการณ์ฉุกเฉินบังคับเราให้ใช้ชีวิตในเงื่อนไขของเคอร์ฟิว แต่สงครามกับศัตรูที่มองไม่เห็นซึ่งสามารถโจมตีทุกคนได้ตลอดเช่นนี้ จริงๆ แล้วมันเป็นสงครามภายใน ศัตรูไม่ได้อยู่ข้างนอก แต่มันอยู่ภายในของเรา...”¹²¹

ปัญหาประการสุดท้ายคือ การที่พ.ร.ก. ฉุกเฉินนั้น หากพิจารณาในบริบทสถานการณ์ในปัจจุบันแล้ว นับว่า เป็นกฎหมายพิเศษที่ล้าสมัยเสียแล้วเพราะในคราวประกาศใช้ พฉุกเฉินฯ ฉบับนี้ สาระสำคัญที่ .ก.ร. กฎหมายฉบับนี้เน้นหนักคือ ภัยที่กระทบต่อความมั่นคงของรัฐ ความปลอดภัยของประเทศเป็นสำคัญ แม้จะกล่าวถึงภัยพิบัติสาธารณะบ้างแต่ก็ได้ระบุรายละเอียดที่ชัดเจน อย่างการรับมือกับโรคระบาดเช่น โรคโควิด ที่กฎหมายหรือมาตรการพิเศษที่ตัวเองเป็นอำนาจของฝ่ายบริหารมีเอาไว้ใช้นั้นล้วนแต่ไม่ได้มีการบัญญัติที่ตรงจุดเหมาะสมกับปัญหาทั้งนี้ก็เพื่อตั้งอำนาจให้ฝ่ายบริหาร ในการที่จะสามารถแก้ปัญหาได้อย่างทันที่เพื่อให้รัฐกลับคืนสภาพปกติได้โดยเร็วตามวัตถุประสงค์แห่ง พฉุกเฉินฯ อีกทั้งยังเกิดปัญหาในเรื่องของอำนาจ .ก.ร. ของนายกรัฐมนตรีตามพฉุกเฉินฯ ในการจำกัดสิทธิบางประการของประชาชน ที่ประชาชนพึงมีตาม .ก.ร. .ศ.รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ2540 และในปัจจุบันเราจำเป็นต้องเทียบการจำกัดสิทธิและเสรีภาพเหล่านี้ปรับเข้ากับตัวบทของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2560 ซึ่งทำให้เกิดความคลุมเครือในการตีความการใช้งานตาม พฉุกเฉินฯ ในการจำกัดสิทธิบางประการของประชาชน เพราะในรัฐธรรมนูญแห่ง .ก.ร. .ศ.ราชอาณาจักรไทย พ2560นี้มีการเพิ่มเติมและแก้ไขเพื่อขยายความคุ้มครองของบทบัญญัติในหมวดสิทธิ 0 .ศ.เสรีภาพของปวงชนชาวไทยของรัฐธรรมนูญบางมาตรา ที่เพิ่มขึ้นกว่ารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ 2540 ซึ่งเป็นกฎหมายสูงสุดฉบับเก่า ดังนั้นในทางกลับกัน พฉุกเฉินฯ ที่มีบทบัญญัติบางประการ .ก.ร.ให้รัฐสามารถกระทำการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลได้โดยอาศัยอำนาจตามรัฐธรรมนูญ ก็เท่ากับว่าเมื่อนายกรัฐมนตรีประกาศสถานการณ์ฉุกเฉิน อำนาจของนายกรัฐมนตรีตาม พ ฉุกเฉินฯ .ก.ร.ก็จะมี ความคลุมเครือไม่ชัดเจนและขยายอำนาจมากยิ่งขึ้นตามตัวบทในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนที่เพิ่มมากขึ้นจากตัวรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.เช่น ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ 2560 .ศ.

¹²⁰ ปิยบุตร แสงกนกกุล, ‘สภาวะยกเว้น ในความคิดของ Giorgio Agamben’, หน้า 85.

¹²¹ Cynthia Haven, ‘Giorgio Agamben on coronavirus: “The enemy is not outside, it is within us”

2540 มาตรา 36¹²² วรรคสาม ที่วางหลักไว้ว่า การเนรเทศบุคคลผู้มีสัญชาติไทยออกนอกราชอาณาจักร “หรือห้ามมิให้บุคคลผู้มีสัญชาติไทย เข้ามาในราชอาณาจักรจะกระทำ”¹²³ ซึ่งจะเห็นว่ามาตรา นี้มีการเพิ่ม 39 ซึ่งเป็น “การถอนสัญชาติของบุคคลซึ่งมีสัญชาติไทยโดยการเกิด จะกระทำมิได้” ความเป็นวรรคสองขึ้นมาคือ การให้ความคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพแก่บุคคลที่เพิ่มมากขึ้นในรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันซึ่งเป็นสิ่งที่ดีหากแต่เมื่อนำมาปรับใช้กับ พ.ร.ก.ฉุกเฉินฯ .ก.ร.ที่ให้อยู่ในสาระสำคัญตามความในมาตรานี้ได้แล้วนั้น ก็จะกลายเป็นว่านายกรัฐมนตรีนั้นอาจจะสามารถ ถอนสัญชาติของบุคคลซึ่งมีสัญชาติไทยโดยการเกิดได้เลยทีเดียว ฉะนั้นจะเห็นได้ว่าอำนาจของนายกรัฐมนตรีหรือฝ่ายบริหารภายใต้การประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินนั้นสามารถนำมาใช้ได้อย่างกว้างขวางขึ้นอย่างเห็นได้ชัดและมีความคลุมเครือในการตีความการใช้งานจนส่งผลกระทบในทางตรงกันข้ามต่อสิทธิและเสรีภาพของปวงชนชาวไทยซึ่งเป็นสิ่งที่รัฐธรรมนูญอันเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศเองนั้น ประสงค์มุ่งคุ้มครอง

สรุป

การใช้อำนาจพิเศษของรัฐบาลไทยในเชิงควบคุมพฤติกรรมของประชาชนเพื่อรับมือกับการแพร่ระบาดของโรคโควิดโดยประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินภายใต้อำนาจของพ.ร.ก.ฉุกเฉินฯ มีผลให้นายกรัฐมนตรีมีอำนาจ .ก.ร. ขั้วคราวในการสั่งการและการแก้ไขสถานการณ์ดังกล่าวเพียงผู้เดียวซึ่งสอดคล้องกับแนวคิดของซมิตต์ หลังจากรัฐบาลได้อำนาจความเป็นในการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉิน ส่งผลให้สิทธิขั้นพื้นฐานต่าง ๆ ของประชาชนถูกจำกัดลงอย่างมาก ทำให้ต้องพิจารณาถึงความชอบธรรมในการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารกับหลักแห่งความสัมฤทธิ์ผล เมื่อเปรียบเทียบการสูญเสียสิทธิและเสรีภาพของประชาชนกับประสิทธิภาพในการฟื้นฟูสถานการณ์ในประเทศให้กลับไปอยู่ในสภาวะปกติของการบังคับใช้มาตรการต่าง ๆ แล้ว ยังไม่เห็นถึงประโยชน์ที่มหาชนจะได้รับอย่างมีนัยสำคัญ

การใช้มาตรการต่าง ๆ ของรัฐบาลทำให้เกิดสภาวะยกเว้นตามแนวคิดของอาัมเบน คือเป็นพื้นที่ไร้กฎหมายที่ยังมีเส้นความสัมพันธ์ของกฎเกณฑ์ของกฎหมายกับระบบกฎหมายอยู่ เพียงแต่ไม่ได้ถูกบังคับใช้ ทำให้มาตรการของฝ่ายบริหารที่ไม่มีสถานะทางกฎหมายกลายเป็นกฎเกณฑ์ทางกฎหมายที่มีความถูกต้องชอบธรรมโดยปราศจากการตรวจสอบและถ่วงดุลอำนาจจากฝ่ายบริหารหรือฝ่ายนิติบัญญัติ ถึงแม้ว่าการรวมอำนาจไว้ที่คนคนเดียวจะทำให้ง่าย สะดวก และรวดเร็วในการรับมือกับภัยคุกคามทางความมั่นคงของรัฐ แต่ทำให้เกิดปัญหาที่ตามมาในระยะยาว ดังต่อไปนี้

¹²² มาตรา 36 บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการเดินทางและมีเสรีภาพในการเลือกถิ่นที่อยู่ภายในราชอาณาจักร

การจำกัดเสรีภาพตามวรรคหนึ่งจะกระทำมิได้เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย เฉพาะเพื่อความมั่นคงของรัฐ ความสงบเรียบร้อย หรือสวัสดิภาพของประชาชน การผังเมือง หรือเพื่อ สวัสดิภาพ ของผู้เยาว์

การเนรเทศบุคคลผู้มีสัญชาติไทยออกนอกราชอาณาจักร หรือห้ามมิให้บุคคลผู้มีสัญชาติไทย เข้ามาในราชอาณาจักรจะกระทำมิได้

¹²³ มาตรา การเนรเทศบุคคลสัญชาติไทยออกนอกราชอาณาจักร หรือห้ามมิให้ผู้มีสัญชาติไทย 39 เข้ามาในราชอาณาจักร จะกระทำมิได้

การถอนสัญชาติของบุคคลซึ่งมีสัญชาติไทยโดยการเกิด จะกระทำมิได้

บทบัญญัติของพ.ร.ก.ฉุกเฉินฯ ไม่ได้บัญญัติขึ้นมาเพื่อรับมือกับสถานการณ์โรคระบาดร้ายแรงเป็นการเฉพาะ และประเทศไทยมีพ.ร.บ. โรคติดต่อฯ ที่สามารถนำมาใช้เพื่อรับมือและจัดการปัญหาโรคระบาดได้ เพราะผู้ป่วยติดเชื้อโรคโควิด ในประเทศไทยมีจำนวนน้อยกว่าจำนวนผู้ป่วยในหลายประเทศทั่วโลก และไม่กระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนมากเท่าไรนักเมื่อเปรียบเทียบกับการประกาศใช้ พ.ร.ก. ฉุกเฉินฯ อำนาจของนายกรัฐมนตรีหรือฝ่ายบริหารภายใต้การประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินมีความคลุมเครือไม่ชัดเจน และฝ่ายบริหารสามารถขยายอำนาจออกไปได้โดยไม่มีการตรวจสอบถ่วงดุลการใช้อำนาจจากฝ่ายตุลาการตามแนวความคิดของไดเซนเฮาส์เพื่อการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนส่งผลให้ประชาชนที่ได้รับความเดือดร้อนจากการที่รัฐและเจ้าหน้าที่รัฐใช้อำนาจตามความใน พ.ร.ก. ฉุกเฉินฯ ไม่สามารถไปฟ้องศาลปกครองเพื่อให้ตรวจสอบการใช้อำนาจได้ และจากบทบัญญัติใน พ.ร.ก. ฉุกเฉินฯ ประกอบกับแนวคำพิพากษาของศาลยุติธรรมทำให้เจ้าหน้าที่ของรัฐไม่ต้องรับผิดชอบในการกระทำจากการใช้อำนาจพิเศษไม่ว่าจะเป็นทางแพ่ง ทางอาญา หรือทางวินัย

การประกาศขยายเวลาสถานการณ์ฉุกเฉินภายใต้อำนาจพ.ร.ก.ฉุกเฉินฯ ของรัฐบาลในขณะที่จำนวนผู้ป่วยติดเชื้อจากโรคโควิดลดลงอย่างมากและอยู่ในภาวะที่ควบคุมได้แล้วนั้นอาจกล่าวได้ว่าเป็นการประกาศขยายเวลาดังกล่าวขัดต่อหลักความจำเป็นและหลักแห่งความได้สัดส่วนหรือหลักพอสมควรแก่เหตุ ทำให้การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนถูกยืดระยะเวลาต่อไปโดยไม่มีการตรวจสอบควบคุมถ่วงดุล การใช้อำนาจของนายกรัฐมนตรีและการขยายระยะเวลาควรได้รับการเห็นชอบจากรัฐสภาตามแนวคิดของ แอคเคอร์แมน หรือในแนวคิดของอากัมเบนควรมีระยะเวลาที่จำกัด เพราะการการละเมิดสิทธิเสรีภาพของประชาชน ไม่ควรกลายเป็นเรื่องปกติจนประชาชนรู้สึกเคยชินในการสูญเสียสิทธิและเสรีภาพที่ได้รับการรับรองจากรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ

ดังนั้นหากมีสถานการณ์ที่จำเป็นในอนาคตทำให้รัฐบาลต้องบังคับใช้ พ.ร.ก. ฉุกเฉินฯ ฝ่ายบริหารควรคำนึงถึงความจำเป็นและความได้สัดส่วนในการออกมาตรการต่างๆ ให้เหมาะสมและชอบธรรม ผ่านการเปรียบเทียบความสูญเสียจากการลดทอนสิทธิเสรีภาพของประชาชนและผลกระทบที่จะตามมาในระยะยาวต่อประเทศกับความสัมฤทธิ์ผลของมาตรการต่างๆ หรือมีฉะนั้นประเทศไทยก็ควรมีการตรากฎหมายฉบับใหม่มาแทน พ.ร.ก. ฉุกเฉินฯ เพื่อจัดการกับสถานการณ์ฉุกเฉิน เนื่องจากปัญหาของประเทศไทยคือ พ.ร.ก.ฉบับนี้มีการให้อำนาจที่มากเกินไป ขัดต่อหลักการแบ่งแยกอำนาจอย่างชัดเจน อันก่อให้เกิดความเสียหายขึ้นนานัปการ กฎหมายฉบับใหม่ที่จะมาแทนที่ พ.ร.ก. ฉุกเฉินฯ ควรจะเป็นกฎหมายในรูปแบบ พระราชบัญญัติมิใช่พระราชกำหนด นั้นหมายถึง กฎหมายได้ผ่านกระบวนการเสียงข้างมากรับฟังเสียงข้างน้อย และการรับฟังเสียงจากนอกสภา ประชาชนและนักวิชาการจะได้มีโอกาสทักท้วง ปรีกษา หรือถ่วงถ่วงแล้วตรากฎหมายบริหารราชการแผ่นดินในสถานการณ์ฉุกเฉิน ที่คนส่วนใหญ่ในสังคม เห็นพ้องต้องกัน เป็นกติกากฎกติกาที่ทุกฝ่ายยินดีปฏิบัติตามเมื่อเกิดสถานการณ์ฉุกเฉินขึ้นถึงแม้ว่าจะมีการเปลี่ยนผ่านของรัฐบาล แต่รัฐบาลนั้น ๆ ก็มีอำนาจตามกฎหมายใหม่นี้เป็นกรอบและขอบเขตของการใช้อำนาจตามมติที่มหาชนได้เห็นชอบแล้ว