

การตรวจสอบการใช้ดุลพินิจเจ้าหน้าที่ตำรวจในการดูแลการชุมนุมสาธารณะโดยองค์การตุลาการ



วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต

สาขาวิชานิติศาสตร์

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ปีการศึกษา 2565

ลิขสิทธิ์ของจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

The judicial review of police discretion in public order policing



A Thesis Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements

for the Degree of Master of Laws in Laws

FACULTY OF LAW

Chulalongkorn University

Academic Year 2022

Copyright of Chulalongkorn University

หัวข้อวิทยานิพนธ์	การตรวจสอบการใช้ดุลพินิจเจ้าหน้าที่ตำรวจในการดูแล
	การชุมนุมสาธารณะโดยองค์กรตุลาการ
โดย	น.ส.มนัสวี ดวงเกิด
สาขาวิชา	นิติศาสตร์
อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก	ดร.พัชร นิยมศิลป์

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย อนุมัติให้รับวิทยานิพนธ์ฉบับนี้เป็นส่วนหนึ่งของ
การศึกษาตามหลักสูตรปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต

.....	คณบดีคณะนิติศาสตร์
(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ปาริณา ศรีวินิชย์)	
คณะกรรมการสอบวิทยานิพนธ์	
.....	ประธานกรรมการ
(รองศาสตราจารย์ ดร.ณรงค์เดช สรุโฆษิต)	
.....	อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก
(ดร.พัชร นิยมศิลป์)	
.....	กรรมการ
(รองศาสตราจารย์ ดร.ต่อพงศ์ กิตติยานุพงศ์)	

CHULALONGKORN UNIVERSITY

มนัสวี ดวงเกิด : การตรวจสอบการใช้ดุลพินิจเจ้าหน้าที่ตำรวจในการดูแลการชุมนุมสาธารณะโดย
องค์กรตุลาการ. (The judicial review of police discretion in public order policing) อ.ที่
ปรึกษาหลัก : ดร.พัชร์ นิยมศิลป์

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้มุ่งศึกษาปัญหาในการใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ตำรวจในการดูแลการชุมนุม
สาธารณะในประเทศไทย และการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจเจ้าหน้าที่ตำรวจโดยองค์กรตุลาการ โดยศึกษา
เปรียบเทียบกับกฎหมายต่างประเทศประกอบกับหลักการดูแลการชุมนุมสาธารณะของกติการะหว่างประเทศว่า
ด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (ICCPR) และความเห็นทั่วไปฉบับที่ 37 (General comment) ของ
คณะกรรมการสิทธิมนุษยชน ซึ่งสามารถนำมาใช้ในฐานะตัวอย่างการใช้ดุลพินิจในการดูแลการชุมนุมสาธารณะ
และตัวอย่างการตีความกฎหมายให้กับเจ้าหน้าที่ตำรวจและองค์กรตุลาการ ตลอดจนศึกษาปัญหาการตรวจสอบ
ดุลพินิจเจ้าหน้าที่ตำรวจในการดูแลการชุมนุมสาธารณะโดยองค์กรตุลาการภายใต้หลักความจำเป็นสำหรับสังคม
ประชาธิปไตยและความได้สัดส่วน และการตรวจสอบดุลพินิจที่ผิดพลาด อย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณากฎหมาย
ต่างประเทศ ได้แก่ ประเทศฝรั่งเศส อังกฤษ และเกาหลีใต้ประกอบกับหลักสากล พบว่าโครงสร้างกฎหมายการ
ชุมนุมสาธารณะในเรื่องดุลพินิจกลับบัญญัติขอบเขตในการใช้ดุลพินิจไว้อย่างชัดเจน อีกทั้งยังมีกระบวนการ
ตรวจสอบโดยองค์กรตุลาการที่เข้ามามีบทบาทในการสร้างกลไกหรือแนวทางการใช้ดุลพินิจให้กับเจ้าหน้าที่
ตำรวจภายใต้หลักความจำเป็นและหลักความสัดส่วนทำให้สิทธิมนุษยชนของประชาชนได้รับความคุ้มครอง

จากการศึกษาพบว่า การใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ตำรวจในการดูแลการชุมนุมสาธารณะในประเทศไทย
ไทยถูกใช้ไปอย่างไม่มีมาตรฐานตามหลักสากล และมีได้เป็นไปตามเจตนารมณ์ของกฎหมายการชุมนุมสาธารณะ
 อีกทั้ง ยังพบปัญหาโครงสร้างทางกฎหมายของพระราชบัญญัติการชุมนุมสาธารณะในเรื่องดุลพินิจของเจ้าหน้าที่
ตำรวจ ในขณะที่การตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ตำรวจโดยองค์กรตุลาการยังมีบทบาทน้อยมาก
 กล่าวคือ องค์กรตุลาการยังมีบทบาทไม่เพียงพอในการนำหลักความจำเป็นและหลักความได้สัดส่วนมาใช้
 ตรวจสอบดุลพินิจเจ้าหน้าที่ตำรวจ และปัญหาการตรวจสอบดุลพินิจที่ผิดพลาดซึ่งศาลยุติธรรมมักจะมองข้ามการ
 นำมาพิจารณาดุลพินิจ ด้วยเหตุเหล่านี้จึงส่งผลให้การใช้เสรีภาพในการชุมนุมของประชาชนชาวไทยถูกลดทอน
 เกินสมควร

สาขาวิชา นิติศาสตร์
ปีการศึกษา 2565

ลายมือชื่อนิสิต

ลายมือชื่อ อ.ที่ปรึกษาหลัก

6280157934 : MAJOR LAWS

KEYWORD: Freedom of Assembly, Public Order Policing, Human Rights, Proportionality, The Necessary in a Democratic Society

Manatsawee Duangkerd : The judicial review of police discretion in public order policing.

Advisor: PAT NIYOMSILP, Ph.D.

This thesis studies the police officers' discretion in public order policing in Thailand, and the judicial review of the use of police discretion. It compares with those in France, England, and South Korea, in conjunction with the principles governing public assembly of the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR) and General Comment No. 37 of the Human Rights Committee. ICCPR and General Comment NO.37 serve as international standards in public order policing that used as a model of discretion in public order policing and interpretation tools for police officers and the judiciary. Also, it studies the judicial review of police officers' discretion in public order policing especially, under the principle of necessary in a democratic society and proportionality and error checking of discretion. However, when considering the legal frameworks in France, England, and South Korea, it found that the legal frameworks in these jurisdictions clearly define the scope of discretion in public order policing. The judiciary plays a vital role in creating mechanisms and establishing guidelines to exercise discretion for police officers under the principle of necessary and the principle of proportionality.

The study found that police officers' discretion in public order policing in Thailand hasn't been complied with international standards and was not in accordance with the intent of the public assembly law. There is also a problem with the legal framework of the Public Assembly Act B.E. 2558 regarding the discretion of police officers, while the judicial review of the use of discretion of police officers has played a very limited role. The judiciary still has overlooked its role in applying the principles of necessary and proportionality to examine the discretion of police officers in public order policing. For these reasons, the freedom of assembly hasn't been properly protected in Thailand.

Field of Study: Laws

Student's Signature

Academic Year: 2022

Advisor's Signature

กิตติกรรมประกาศ

ในการจัดทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ไม่อาจสำเร็จลุล่วงได้หากไม่ได้รับความกรุณาและความอนุเคราะห์อย่างดียิ่งจากท่านอาจารย์ ดร.พัชร์ นิยมศิลป์ ซึ่งเป็นอาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ของผู้เขียน โดยได้สละเวลาอันมีค่าในการให้คำปรึกษา แนะนำ และดูแล ทั้งด้านวิชาการ แหล่งข้อมูลที่เป็นประโยชน์ต่อการจัดทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ชี้แนะวิธีการเขียนงานวิชาการที่มีค่าอย่างยิ่งต่อผู้เขียน ตลอดจนคอยให้กำลังใจผู้เขียนในการจัดทำเล่มวิทยานิพนธ์เสมอมา จนทำให้วิทยานิพนธ์ฉบับนี้เสร็จสิ้นสมบูรณ์

ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณรองศาสตราจารย์ ดร.ณรงค์เดช สรุโฆษิต ที่กรุณาได้รับเป็นประธานกรรมการสอบวิทยานิพนธ์และได้ให้คำแนะนำที่ประโยชน์ยิ่งแก่ผู้เขียน และรองศาสตราจารย์ ดร.ต่อพงศ์ กิตติยานุพงศ์ ที่กรุณาได้รับเป็นกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ ทั้งให้คำปรึกษา ชี้แนะ และให้แนวทางการเขียนและปรับปรุงแก้ไขวิทยานิพนธ์ให้มีเนื้อหาสมบูรณ์มากยิ่งขึ้น

ขอขอบคุณ นางสาวธนภรณ์ ลี้มเทียมเจริญ นางสาวสายน้ำผึ้ง รอดเจริญ นางสาวสิริภา ศักดิ์เรืองงาม นายพิริยะ ฉายศุภกุล และเพื่อน ๆ พี่ ๆ ผู้ศึกษาหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิตทุกคน ซึ่งเป็นกัลยาณมิตรของผู้เขียนคอยช่วยเหลือและให้กำลังใจแก่ผู้เขียนตลอดระยะเวลาการศึกษา ขอขอบคุณ พี่หมวย พี่โรส พี่หญิง และเจ้าหน้าที่ประจำหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิตทุกท่านที่ให้ความช่วยเหลือจนทำให้วิทยานิพนธ์เสร็จสมบูรณ์

ขอขอบคุณ นางสาวพรจริยา พิทักษ์ ผู้คอยดูแลและอยู่เคียงข้างผู้เขียนตลอดมา คอยให้กำลังใจและปลอบโยนผู้เขียนในทุกเรื่องราวของชีวิต รวมถึงญาติ ๆ ที่คอยให้กำลังใจผู้เขียนเป็นอย่างดี

ท้ายที่สุด ผู้เขียนขอขอบคุณ พระคุณของ คุณพ่อชามาศ คุณแม่วัชร และพี่สาววิมลรัตน์ ผู้อยู่เบื้องหลังทุกความสำเร็จของผู้เขียน คอยให้การสนับสนุนด้านการศึกษาอย่างไม่มีที่สิ้นสุด และเป็นกำลังใจที่ดียิ่ง ตลอดจนคอยอบรมสั่งสอนและเป็นต้นแบบในการใช้ชีวิตด้วยความอดทน มุมานะตั้งใจทำแต่สิ่งที่ดี ซึ่งเป็นแบบอย่างให้ผู้เขียนได้ยึดถือเป็นแนวทางในการดำเนินชีวิตจนประสบความสำเร็จในการศึกษาครั้งนี้

มนัสวี ดวงเกิด

สารบัญ

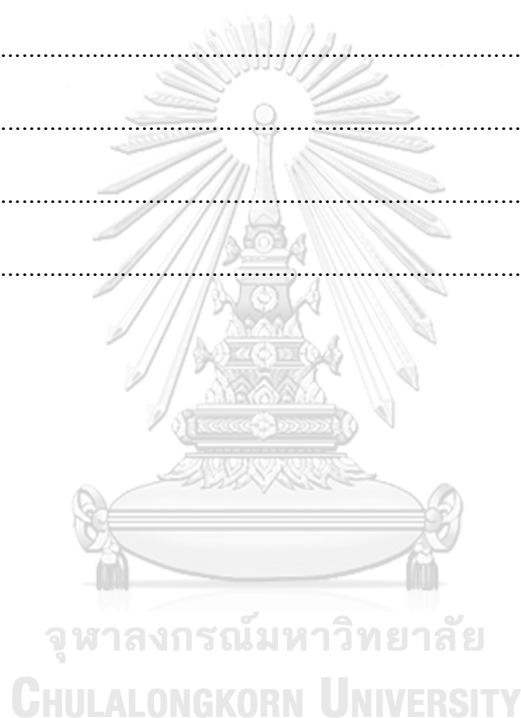
	หน้า
บทคัดย่อภาษาไทย.....	ค
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ.....	ง
กิตติกรรมประกาศ.....	จ
สารบัญ.....	ฉ
บทที่ 1 บทนำ.....	1
1.1 ที่มาและความสำคัญของปัญหา.....	1
1.2 วัตถุประสงค์.....	4
1.3 ขอบเขตการวิจัย.....	4
1.4 สมมติฐานของการวิจัย.....	4
1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ.....	5
บทที่ 2 ที่มา แนวคิด และหลักการว่าด้วยการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ตำรวจในการ ดูแลการชุมนุมสาธารณะโดยองค์กรตุลาการ.....	6
2.1 แนวคิดที่ว่าด้วยเสรีภาพในการชุมนุมสาธารณะ.....	11
2.1.1 หลักการทั่วไปเกี่ยวกับเสรีภาพในการชุมนุม.....	11
2.1.1.1 ความเป็นมาของเสรีภาพในการชุมนุมสาธารณะ.....	11
2.1.1.2 ความหมายของเสรีภาพ “การชุมนุมสาธารณะ”.....	13
2.1.2 รูปแบบของการชุมนุมสาธารณะ.....	15
2.1.2.1 การชุมนุมโดยสงบ (Peaceful Assembly).....	15
2.1.2.2 การชุมนุมโดยพลัน (Spontaneous Assembly).....	16
2.1.2.3 การชุมนุมพร้อมกัน (Simultaneous Assembly).....	17
2.1.2.4 การชุมนุมตอบโต้ (Counter Demonstration).....	18

2.1.3	ข้อแตกต่างในการดูแลการชุมนุมสาธารณะในแต่ละประเภท	18
2.1.4	ข้อแตกต่างในการตรวจสอบดุลพินิจการดูแลการชุมนุมสาธารณะในแต่ละประเภท ...	20
2.2	การดูแลการชุมนุมสาธารณะตามหลักสากล.....	22
2.2.1	ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนของสหประชาชาติ	24
2.2.2	แนวคิดที่ว่าด้วยการรับรองเสรีภาพในการชุมนุมสาธารณะตามกติการะหว่างประเทศว่า ด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ค.ศ. 1966	24
2.2.2.1	การรับรองเสรีภาพในการชุมนุมภายใต้สภาวะปกติ	25
2.2.2.2	การรับรองเสรีภาพในการชุมนุมภายใต้สถานการณ์ฉุกเฉิน	28
2.2.3	หลักปฏิบัติสำหรับเจ้าหน้าที่บังคับใช้กฎหมาย (Code of Conduct for Law Enforcement Officials)	30
2.2.4	หลักการพื้นฐานว่าด้วยการใช้กำลังและอาวุธโดยเจ้าหน้าที่บังคับใช้กฎหมาย (Basic Principles on the Use of Force and Firearms by Law Enforcement Officials)	30
2.2.5	อนุสัญญายุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (The European Convention on Human Rights: ECHR).....	31
2.3	การใช้ดุลพินิจในการดูแลการชุมนุมสาธารณะของฝ่ายปกครอง	32
2.3.1	แนวคิดในการมีดุลพินิจของฝ่ายปกครอง	32
2.3.1.1	ตามภารกิจของรัฐ	33
2.3.1.2	ตามการบัญญัติกฎหมาย	34
2.3.1.3	ตามความยุติธรรมเฉพาะกรณี	35
2.3.2	ประเภทดุลพินิจ.....	35
2.3.2.1	ดุลพินิจวินิจฉัย	36
2.3.2.2	ดุลพินิจตัดสินใจ	37
2.3.3	หลักการใช้ดุลพินิจในการดูแลการชุมนุมสาธารณะ	38
2.3.3.1	การแจ้งและการขออนุญาต	38

2.3.3.2 การวางข้อจำกัดทางด้านเนื้อหา	40
2.3.3.3 การวางข้อจำกัดด้านเวลา สถานที่ และ รูปแบบการประชุมสาธารณะ	41
2.3.3.4 การสั่งห้ามการประชุมสาธารณะ	43
2.3.3.5 การสลายการประชุมสาธารณะ	44
2.4 การตรวจสอบการใช้ดุลพินิจโดยองค์กรตุลาการ	45
2.4.1 แนวคิดทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจโดยองค์กรตุลาการ	45
2.4.1.1 หลักความชอบด้วยกฎหมาย	45
2.4.1.2 หลักการแบ่งแยกอำนาจ	47
2.4.1.3 หลักความได้สัดส่วน	49
2.4.1.4 หลักความเสมอภาค	53
2.4.2 บทบาทขององค์กรตุลาการในการตรวจสอบดุลพินิจของฝ่ายปกครอง	56
2.4.3 ลักษณะการตรวจสอบดุลพินิจโดยองค์กรตุลาการ	61
2.4.3.1 กรณีการใช้ดุลพินิจเกินขอบเขตที่กฎหมายกำหนด	62
2.4.3.2 กรณีการไม่ใช้ดุลพินิจ	63
2.4.3.3 กรณีการใช้ดุลพินิจโดยบกพร่อง หรือบิดเบือนไม่ตรงเจตนารมณ์ของกฎหมาย	64
2.4.3.4 กรณีการใช้ดุลพินิจไม่คำนึงถึงสิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ	64
2.4.3.5 กรณีการใช้ดุลพินิจขัดกับหลักกฎหมายทั่วไป	65
บทที่ 3 การตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ตำรวจในการดูแลการประชุมสาธารณะโดยองค์กร ตุลาการตามกฎหมายต่างประเทศ	68
3.1 กฎหมายที่เป็นฐานในการใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ตำรวจในประเทศฝรั่งเศส อังกฤษ และ เกาหลีใต้	69
3.1.1 ฐานกฎหมายในการใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ตำรวจ	71
3.1.2 ฐานกฎหมายในการใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ตำรวจในสถานการณ์ฉุกเฉิน	74
3.2 หลักการดูแลการประชุมสาธารณะในประเทศฝรั่งเศส อังกฤษ และเกาหลีใต้	86

3.2.1 การแจ้งและการขออนุญาต	86
3.2.2 การวางข้อจำกัดด้านเนื้อหา.....	93
3.2.3 การวางข้อจำกัดด้านเวลา สถานที่ และรูปแบบ	96
3.2.4 การสั่งห้ามการชุมนุม.....	104
3.2.5 การสลายการชุมนุม.....	110
3.3 บทวิเคราะห์การตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ตำรวจในการดูแลการชุมนุมสาธารณะ โดยองค์กรตุลาการ ในประเทศฝรั่งเศส อังกฤษ และเกาหลีใต้.....	118
3.3.1 ประเทศฝรั่งเศส.....	118
3.3.2 ประเทศอังกฤษ	124
3.3.3 ประเทศเกาหลีใต้.....	128
บทที่ 4 ปัญหาการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ตำรวจในการดูแลการชุมนุมสาธารณะโดย องค์กรตุลาการตามกฎหมายไทย.....	135
4.1 กฎหมายที่เป็นฐานในการใช้ดุลพินิจและการตรวจสอบการใช้ตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของ เจ้าหน้าที่ตำรวจโดยองค์กรตุลาการในประเทศไทย	135
4.1.1. ฐานกฎหมายในการใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ตำรวจและการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจ	136
4.1.2 ฐานกฎหมายภายใต้สถานการณ์ฉุกเฉิน	140
4.2 ปัญหาการใช้ดุลพินิจในการดูแลการชุมนุมสาธารณะในประเทศไทย	150
4.2.1 การแจ้งและการขออนุญาต	154
4.2.2 การวางข้อจำกัดทางด้านเนื้อหา.....	161
4.2.3 การวางข้อจำกัดด้านเวลา สถานที่ และรูปแบบการชุมนุมสาธารณะ.....	165
4.2.4 การสั่งห้ามการชุมนุมสาธารณะ	173
4.2.5 การสลายการชุมนุมสาธารณะ	176
4.3 ปัญหาการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ตำรวจในการดูแลการชุมนุมสาธารณะใน ประเทศไทย.....	186

4.3.1. ปัญหาเรื่องเขตอำนาจศาลในการตรวจสอบดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ตำรวจตามพระราชบัญญัติการชุมนุมสาธารณะ พ.ศ.2558.....	187
4.3.2. ปัญหาการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจโดยองค์การตุลาการ.....	192
4.3.2.1 การตรวจสอบโดยใช้หลักความจำเป็นสำหรับสังคมประชาธิปไตยและหลักความได้สัดส่วน	193
4.3.2.2 การตรวจสอบโดยพิจารณาจากลักษณะดุลพินิจที่ผิดพลาด	214
บทที่ 5 บทสรุป ข้อเสนอแนะ	220
5.1 บทสรุป	220
5.2 ข้อเสนอแนะ	228
บรรณานุกรม.....	232
ประวัติผู้เขียน.....	240



บทที่ 1

บทนำ

1.1 ที่มาและความสำคัญของปัญหา

การชุมนุมสาธารณะในประเทศไทยถือเป็นเสรีภาพหนึ่งที่ถูกรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญโดยได้มีการบัญญัติรับรองขอบเขตการใช้เสรีภาพการชุมนุมไว้ในพระราชบัญญัติการชุมนุมสาธารณะอย่างเป็นทางการ รวมถึงเป็นแนวทางปฏิบัติของเจ้าหน้าที่รัฐต่อการควบคุมและดูแลการชุมนุมสาธารณะ อันจะหมายความว่า เมื่อมีการชุมนุมสาธารณะเกิดขึ้น เจ้าหน้าที่รัฐที่เกี่ยวข้องจะต้องดำเนินการต่าง ๆ ตามขั้นตอนที่กฎหมายบัญญัติ โดยการดูแลการชุมนุมสาธารณะเป็นสิ่งสำคัญต่อการรับรองเสรีภาพในการชุมนุมอย่างขาดไม่ได้ กล่าวคือ เป็นการดำเนินการของเจ้าหน้าที่รัฐเพื่อให้การชุมนุมเกิดขึ้นอย่างสงบและปราศจากอาวุธ อันจะส่งผลให้การชุมนุมนั้นเป็นการชุมนุมที่กฎหมายรับรองและคุ้มครอง ซึ่งการดูแลการชุมนุมสาธารณะเป็นหน้าที่ของรัฐ โดยเฉพาะเจ้าหน้าที่ตำรวจในการควบคุมดูแลหรือมีมาตรการต่าง ๆ ภายใต้กฎหมายภายในประเทศ และความตกลงระหว่างประเทศที่รัฐเป็นภาคี เช่นนี้ เสรีภาพในการชุมนุมจะดำรงอยู่อย่างมีประสิทธิภาพและนำไปสู่การชุมนุมที่สงบและปราศจากอาวุธได้ ต่อเมื่อรัฐมีการดูแลการชุมนุมสาธารณะอย่างมีมาตรฐานภายใต้ความตกลงระหว่างประเทศ การดูแลการชุมนุมสาธารณะจึงเป็นเรื่องสำคัญอย่างยิ่งที่จะสะท้อนให้เห็นว่า รัฐได้รับการรับรองเสรีภาพในการชุมนุมไว้อย่างสมบูรณ์ภายใต้สังคมประชาธิปไตย

หลักการดูแลการชุมนุมสาธารณะ (Public Order Policing) ถือเป็นหลักสากล โดยปรากฏทั้งในกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมืองของสหประชาชาติ ค.ศ.1966 (ICCPR) และแนววินิจฉัยของศาลสิทธิมนุษยชนยุโรป (ECTHR) โดยเป็นหลักที่ประเทศเสรีประชาธิปไตยจะต้องคำนึงและปฏิบัติให้เกิดขึ้นอยู่เสมอเมื่อมีการชุมนุมสาธารณะ อันเป็นหน้าที่ของรัฐที่มีต่อประชาชนในการรับรองเสรีภาพในการชุมนุมทั้งเชิงลบและเชิงบวก กล่าวคือ รัฐจะมีหน้าที่ละเว้นการแทรกแซงการชุมนุมสาธารณะที่สงบและปราศจากอาวุธ และรัฐจะต้องมีหน้าที่อำนวยความสะดวกหรือคุ้มครองป้องกันการใช้เสรีภาพในการชุมนุมให้เกิดจริง เช่น การจัดพื้นที่สาธารณะในการชุมนุม การอำนวยความสะดวกเพื่อให้เกิดความปลอดภัยของผู้เข้าร่วมชุมนุมและประชาชนทั่วไป เป็นต้น ทั้งนี้ เพื่อเป็นการจัดการให้การชุมนุมไม่กระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนมากเกินไป

กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมืองของสหประชาชาติ ค.ศ. 1966 (The UN International Covenant on Civil and Political Rights : ICCPR) มีการรับรอง

การให้ความเห็นทั่วไปฉบับที่ 37 (General comment) เกี่ยวกับประเด็นการตีความในเรื่องการชุมนุมโดยสงบไว้ ซึ่งกำหนดรายละเอียด ตามข้อ 21 ภายใต้กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมืองไว้หลายประการ ทั้งในเรื่องการแจ้ง การใช้กำลัง การบังคับใช้กฎหมาย ซึ่งเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับการดูแลการชุมนุมสาธารณะทั้งสิ้น ยกตัวอย่างเช่น ขอบเขตในการจำกัดสิทธิของรัฐในการแทรกแซงการชุมนุม ความสามารถของผู้ชุมนุมในการใช้อุปกรณ์เครื่องเสียง หลักการสลายการชุมนุมที่ถูกต้อง การใช้สถานที่ในการชุมนุม รวมถึงเรื่องการบังคับใช้กฎหมายของเจ้าหน้าที่ตำรวจต่อการชุมนุมที่สงบและปราศจากอาวุธ เป็นต้น โดยสิ่งที่ยกตัวอย่างข้างต้นเป็นสิ่งที่เกี่ยวข้องกับเจ้าหน้าที่ตำรวจในการดูแลการชุมนุมสาธารณะให้ดำเนินการไปโดยสงบและปราศจากอาวุธ ประเทศไทยได้เข้าเป็นรัฐภาคีของ ICCPR โดยการภาคยานุวัติตั้งแต่ ปี 2539 ดังนั้น กฎหมายและแนวปฏิบัติต่าง ๆ ในการบังคับใช้ หรือการปฏิบัติตามของเจ้าหน้าที่ตำรวจจำเป็นต้องปฏิบัติภายใต้กรอบกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมืองด้วย แต่ก็ยังคงมีข้อสังเกตหลายประการที่เกี่ยวข้องกับการใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ตำรวจในบังคับใช้กฎหมายที่มีได้เป็นไปภายใต้กรอบกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง

เช่นนี้ การบังคับใช้กฎหมายการดูแลการชุมนุมสาธารณะของศาลสิทธิมนุษยชนยุโรป มีแนวโน้มที่ปฏิบัติอยู่ภายใต้กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมืองอย่างชัดเจน ถึงแม้ว่าศาลสิทธิมนุษยชนยุโรป จะเป็นศาลซึ่งมีเขตอำนาจในรัฐสมาชิกของสภายุโรปและสหภาพยุโรป แต่มีนัยสำคัญที่สะท้อนให้เห็นอย่างชัดเจนว่าประเทศเสรีประชาธิปไตย เช่น ประเทศอังกฤษ ประเทศฝรั่งเศส หรือประเทศเกาหลีใต้ ได้มีการบังคับใช้กฎหมายในเรื่องการดูแลการชุมนุมสาธารณะภายใต้กติการะหว่างประเทศเสมอมา โดยการศึกษาเรื่องการดูแลการชุมนุมสาธารณะของประเทศเหล่านี้จะเป็นแนวทางให้ประเทศไทยสามารถนำมาปรับใช้ในการจำกัดดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ตำรวจในการดูแลการชุมนุมได้ และเพื่อเป็นการตอกย้ำว่า หากการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ตำรวจได้ปฏิบัติตามแนวกติการะหว่างประเทศ หรือศาลสิทธิมนุษยชนยุโรป ย่อมจะทำให้เสรีภาพในการชุมนุมของประเทศไทยเกิดขึ้นอย่างมีประสิทธิภาพ และท้ายที่สุดจะเกิดดุลยภาพระหว่างเสรีภาพในการชุมนุมและเสรีภาพของประชาชนในสังคมไทย

นอกจากนี้ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา 44 ได้บัญญัติรับรองเสรีภาพในการชุมนุมที่มีเจตนาธรรมสอดคล้องกับ ICCPR ดังนั้น การดูแลการชุมนุมสาธารณะที่เกิดขึ้นในประเทศจึงมีความจำเป็นจะต้องมีการใช้และตีความกฎหมายไปในทิศทางเดียวกับหลักสากล โดยใช้ในฐานะเป็นตัวอย่างในการตีความกฎหมายและตัวอย่างในการใช้ดุลพินิจในการดูแลการชุมนุมสาธารณะ

หากพิจารณาการบังคับใช้กฎหมายในการดูแลการชุมนุมสาธารณะของไทย ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่เปิดโอกาสให้เจ้าหน้าที่รัฐใช้ดุลพินิจในการบังคับใช้กฎหมาย จะพบว่า มีการใช้อำนาจดุลพินิจอย่างไม่มีมาตรฐาน และมีได้เป็นไปตามเจตนารมณ์ของพระราชบัญญัติการชุมนุมสาธารณะ รวมถึงหลักสากล ขณะที่การตรวจสอบการใช้ดุลพินิจโดยองค์กรตุลาการมีบทบาทในเรื่องนี้น้อยมาก และมีข้อจำกัดที่จะเข้ามาควบคุมตรวจสอบเจ้าหน้าที่ตำรวจในการดูแลการชุมนุมสาธารณะ กล่าวคือ ในสภาวะปกติเจ้าหน้าที่ตำรวจได้มีการบังคับใช้กฎหมายที่ไม่เป็นไปตามเจตนารมณ์ของกฎหมายการชุมนุมสาธารณะ เช่น การจำกัดเนื้อหาในการชุมนุมโดยอาศัยบทบัญญัติมาตรา 19 หรือการใช้กฎหมายอื่น ๆ เช่น การใช้มาตรา 116 แห่งประมวลกฎหมายอาญา เพื่อให้การชุมนุมนั้นเป็นการชุมนุมที่ผิดกฎหมาย ในสภาวะปกติเช่นนี้ องค์กรตุลาการไม่ว่าทั้งศาลรัฐธรรมนูญ ศาลปกครอง และศาลยุติธรรม ต่างมีบทบาทน้อยมากในการควบคุมตรวจสอบดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ตำรวจ ให้เป็นไปภายใต้กรอบของกฎหมาย อีกทั้งในสภาวะฉุกเฉิน เช่น การประกาศใช้พระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉินในการห้ามการชุมนุม เพื่อป้องกันการแพร่ระบาดของโรคติดเชื้อไวรัสโคโรนา 2019 องค์กรตุลาการ นั่นคือ ศาลปกครองมีข้อจำกัดในการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ตำรวจ เหล่านี้จึงเป็นกรณีซึ่งเปิดโอกาสให้เจ้าหน้าที่ตำรวจใช้ดุลพินิจในการดูแลการชุมนุมสาธารณะอย่างกว้างขวาง นอกจากนี้ยังปรากฏว่าเจ้าหน้าที่ตำรวจได้มีการใช้ดุลพินิจที่ขัดต่อหลักความได้สัดส่วน จึงส่งผลให้มีการลิดรอนเสรีภาพในการชุมนุมสาธารณะและสิทธิเสรีภาพของประชาชนเป็นวงกว้าง โดยปัญหาเหล่านี้ส่วนหนึ่งย่อมเกิดจากกรณีที่เจ้าหน้าที่ตำรวจมิได้ตระหนักรู้ในเรื่องการดูแลการชุมนุมสาธารณะที่ควรจะเป็นตามพระราชบัญญัติการชุมนุมสาธารณะภายใต้หลักสากล

จึงกล่าวได้ว่า การดูแลการชุมนุมสาธารณะของเจ้าหน้าที่ตำรวจทั้งตามพระราชบัญญัติการชุมนุมสาธารณะหรือตามกฎหมายอื่น ๆ และแนวทางในการปฏิบัติงานของเจ้าหน้าที่ ยังคงมีปัญหาในการใช้ดุลพินิจอย่างมาก ดังนั้นผู้วิจัยจึงเห็นสมควรที่จะศึกษาประเด็นการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ตำรวจโดยองค์กรตุลาการ ภายใต้หลักความได้สัดส่วน หลักความชอบด้วยกฎหมาย และกฎหมายระหว่างประเทศ โดยศึกษาการใช้ดุลพินิจในการบังคับใช้กฎหมาย แนวทางการปฏิบัติงานของเจ้าหน้าที่ตำรวจที่เกิดขึ้นในปัจจุบัน และการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่โดยองค์กรตุลาการ เพื่อที่จะหาทางออกในการแก้ไขปัญหาการใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ตำรวจที่กระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนและลิดรอนเสรีภาพในการชุมนุมโดยสงบและปราศจากอาวุธ

1.2 วัตถุประสงค์

1. เพื่อให้ทราบถึงแนวคิดและแนวปฏิบัติเกี่ยวกับการดูแลการชุมนุมสาธารณะทั้งในประเทศต่างประเทศและหลักสากล
2. เพื่อให้ทราบถึงการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ตำรวจในการดูแลการชุมนุมสาธารณะโดยองค์การตุลาการทั้งในประเทศ และต่างประเทศ
3. เพื่อให้ทราบถึงแนวทางการแก้ไขปัญหาและการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ตำรวจ เพื่อจำกัดขอบเขตการใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ในการดูแลการชุมนุมสาธารณะที่เหมาะสมกับประเทศไทย

1.3 ขอบเขตการวิจัย

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้มุ่งศึกษาสภาพปัญหาทั้งทางกฎหมาย และทางข้อเท็จจริงในการใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ตำรวจต่อการดูแลการชุมนุมสาธารณะภายใต้พระราชบัญญัติการชุมนุมสาธารณะ พ.ศ.2558 และพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ.2548 โดยมิได้ศึกษาการชุมนุมที่มาจากกฎหมายแรงงาน รวมทั้งวิเคราะห์บทบาทในการตรวจสอบถึงการใช้อดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ตำรวจโดยองค์การตุลาการ โดยนำแนวคิดทางกฎหมายทั้งในประเทศต่างประเทศ และหลักสากลประกอบการศึกษาและวิเคราะห์ ทั้งนี้เพื่อใช้เป็นแนวทางให้กับประเทศไทยในการวางกรอบการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ตำรวจในการดูแลการชุมนุมสาธารณะ และคุ้มครองทั้งเสรีภาพในการชุมนุมและสิทธิเสรีภาพของบุคคลอื่นให้มีประสิทธิภาพ

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

1.4 สมมติฐานของการวิจัย

การใช้อดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ในการบังคับใช้กฎหมายเพื่อการดูแลการชุมนุมสาธารณะได้ถูกใช้ไปอย่างไม่มีมาตรฐาน มิได้เป็นไปตามเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญและพระราชบัญญัติการชุมนุมสาธารณะ พ.ศ.2558 รวมถึงภายใต้กรอบกติกาสากลระหว่างประเทศ เนื่องจากองค์การตุลาการมีบทบาทน้อยมากในการควบคุมตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ตำรวจในการดูแลการชุมนุมสาธารณะและมีข้อจำกัดในการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจหลายประการส่งผลให้เสรีภาพในการชุมนุมที่ถูกรับรองไว้ตามรัฐธรรมนูญได้ถูกตีตรอนไปเกินกว่าที่ควรจะเป็น

1.5 ระเบียบวิธีวิจัย

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้ใช้วิจัยเชิงเอกสาร เป็นวิธีการหลักในการดำเนินการวิจัย โดยค้นคว้า รวบรวมข้อมูลเอกสารจากห้องสมุดต่าง ๆ หนังสือ บทความ วิทยานิพนธ์ แนวคำพิพากษาศาล แนว คำวินิจฉัยของศาลระหว่างประเทศ ความเห็นนักวิชาการ คู่มือตำรวจ รวมทั้งเอกสารอื่น ๆ ในสาขานิติศาสตร์

1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

1. พัฒนาการใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ในการดูแลการชุมนุมสาธารณะให้มีมาตรฐาน
2. เกิดดุลยภาพระหว่างการใช้ดุลพินิจตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่ตำรวจและการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจโดยองค์กรตุลาการ
3. มีแนวทางการควบคุมตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ตำรวจในการดูแลการชุมนุมโดยองค์กรตุลาการที่มีประสิทธิภาพ
4. ทำให้การดูแลการชุมนุมสาธารณะของเจ้าหน้าที่ตำรวจในประเทศไทยมีมาตรฐานตามกติกาสากลระหว่างประเทศ

บทที่ 2

ที่มา แนวคิด และหลักการว่าด้วยการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ตำรวจในการดูแล การชุมนุมสาธารณะโดยองค์กรตุลาการ

การศึกษาในเรื่องการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ตำรวจในการดูแลการชุมนุมสาธารณะโดยองค์กรตุลาการ เป็นเรื่องที่ควรได้รับการศึกษาอย่างยิ่งในประเทศไทยในปัจจุบัน อันเนื่องมาจากการที่ประชาชนมีความตระหนักรู้ในเสรีภาพการชุมนุม หรือการมีส่วนร่วมทางการเมืองภาคประชาชนมากขึ้น อีกทั้งเป็นเรื่องที่ได้รับความสนใจในระดับระหว่างประเทศ อย่างไรก็ตาม การบังคับใช้กฎหมายของเจ้าหน้าที่ตำรวจต่อการดูแลการชุมนุมยังคงเกิดปัญหา กล่าวคือ แม้ประเทศไทยมีกฎหมายเฉพาะในเรื่องการชุมนุม คือ พระราชบัญญัติการชุมนุมสาธารณะ แต่เจ้าหน้าที่ผู้บังคับใช้กฎหมายในการดูแลการชุมนุมยังไม่อาจที่จะบังคับใช้กฎหมายให้สอดคล้องกับทั้งกฎหมายภายในและหลักกฎหมายสากลได้ ไม่ว่าจะทั้งการบังคับใช้กฎหมายของเจ้าหน้าที่ตำรวจภายใต้พระราชบัญญัติการชุมนุมสาธารณะ หรือการใช้กฎหมายอื่นในการดูแลการชุมนุมสาธารณะ ซึ่งการบังคับใช้กฎหมายเหล่านั้น เป็นเรื่องการใช้ดุลพินิจภายใต้กรอบของกฎหมายทั้งสิ้น จึงเป็นเรื่องสำคัญอย่างมากที่จะต้องมีการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ตำรวจในการดูแลการชุมนุมสาธารณะ เพื่อจะเป็นหลักประกันการใช้สิทธิเสรีภาพของประชาชนได้เป็นอย่างดี อันจะทำให้การบังคับใช้กฎหมายโดยเจ้าหน้าที่ตำรวจอยู่ภายใต้หลักความชอบด้วยกฎหมาย และเกิดประโยชน์ต่อมหาชนมากที่สุด การนี้ได้ศึกษางานวิจัยที่เกี่ยวข้องเกี่ยวกับเสรีภาพในการชุมนุมสาธารณะเพื่อนำมาใช้ในการศึกษาพัฒนาต่อยอด ได้แก่

งานวิจัยเรื่อง เสรีภาพในการชุมนุมโดยสงบและปราศจากอาวุธตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย ศูนย์วิจัยและพัฒนากฎหมาย คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่ ของรองศาสตราจารย์สมชาย ปรีชาศิลปกุล หัวหน้าคณะวิจัย¹ ได้ทำการศึกษา ขอบเขตเสรีภาพในการชุมนุม ทั้งในด้านการรับรองและจำกัดเสรีภาพในการชุมนุม รวมทั้งศึกษาถึงบทบาทหน้าที่ของฝ่ายตุลาการในการวินิจฉัยประเด็นปัญหา ในห้วงเวลาก่อนประกาศใช้พระราชบัญญัติการชุมนุมสาธารณะ พ.ศ. 2558

การศึกษาดังกล่าว ได้ศึกษาวิวัฒนาการของเสรีภาพในการชุมนุม บริบททางการเมืองในการแสดงออกซึ่งความคิดเห็นของประชาชนและกระบวนการเคลื่อนไหวในการชุมนุมทางการเมือง โดยทำการเปรียบเทียบเสรีภาพในการชุมนุมและกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการควบคุมเสรีภาพในการชุมนุม

¹ สมชาย ปรีชาศิลปกุล, "เสรีภาพในการชุมนุมโดยสงบและปราศจากอาวุธตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย" (ศูนย์วิจัยและพัฒนากฎหมาย คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่, 2558), หน้า 1-582.

ของไทย รวมถึงบทบาทและอำนาจหน้าที่ของฝ่ายตุลาการหรือองค์กรที่ทำหน้าที่วินิจฉัยในเรื่องสิทธิเสรีภาพในการชุมนุม ทั้งในประเทศไทยและต่างประเทศ ซึ่งผลการศึกษาชี้ให้เห็นว่า เสรีภาพในการชุมนุมสาธารณะของสังคมไทย เกิดปัญหาทั้งในด้านเนื้อหา ขอบเขต และเงื่อนไขของเสรีภาพในการชุมนุม ซึ่งพิจารณาจากบริบททางด้านการเมือง ปัญหาทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการรับรองและจำกัดเสรีภาพในการชุมนุมอันเป็นกฎหมายที่ถูกนำมาใช้โดยไม่ได้มีวัตถุประสงค์เกี่ยวกับการชุมนุมโดยตรง และสภาพปัญหาของบทบาทและอำนาจหน้าที่ของฝ่ายตุลาการในเรื่องเสรีภาพในการชุมนุม โดยพบว่า การวินิจฉัยคดีขององค์กรตุลาการไทยไม่ชัดเจนและไม่ไปในทิศทางเดียวกัน โดยมีทั้งการจำกัดเสรีภาพในการชุมนุม และการรับรองเสรีภาพในการชุมนุม โดยศาลรัฐธรรมนูญและศาลปกครองมีแนวโน้มที่จะรับรองเสรีภาพในการชุมนุม แต่ศาลยุติธรรมที่มีคดีเกี่ยวกับการชุมนุมขึ้นสู่ศาลอย่างมาก กลับมีแนวโน้มจำกัดเสรีภาพในการชุมนุมโดยใช้กฎหมายต่าง ๆ ในการบังคับใช้กับการชุมนุม ซึ่งสาเหตุเช่นนั้น ก็เกิดจากการที่ไม่มีกฎหมายระดับพระราชบัญญัติในการกำหนดรายละเอียดขั้นตอน หลักเกณฑ์ หรือหน่วยงานที่รับผิดชอบไว้ ทำให้ไร้ซึ่งทิศทางของการรับรองเสรีภาพในการชุมนุม

จึงมีประเด็นที่น่าสนใจนำมาศึกษาประกอบงานวิจัย กล่าวคือ งานวิจัยนี้ได้วิเคราะห์คำพิพากษาของฝ่ายตุลาการ ทั้งศาลยุติธรรม ศาลปกครอง และศาลรัฐธรรมนูญ ทำให้ทราบถึงแนวโน้มของการรับรองคุ้มครองการใช้เสรีภาพในการชุมนุม เพื่อที่จะใช้เป็นข้อมูลพื้นฐานในการวิเคราะห์ถึงแนวทางของฝ่ายตุลาการในการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ตำรวจตามพระราชบัญญัติการชุมนุมสาธารณะ

งานวิจัยเรื่อง บทบาทของเจ้าหน้าที่ของรัฐตามกฎหมายที่เกี่ยวกับการชุมนุมสาธารณะของณัฐพงศ์ มหานันทโพธิ์² ได้ทำการศึกษาวิจัยเกี่ยวกับหลักเกณฑ์การใช้เสรีภาพในการชุมนุมรูปแบบการชุมนุม มาตรการของเจ้าหน้าที่ตำรวจในการดูแลการชุมนุม และความเหมาะสมในการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ของรัฐในการดูแลการชุมนุม

การศึกษาดังกล่าว ได้ศึกษากฎหมายและหลักเกณฑ์เกี่ยวกับเสรีภาพในการชุมนุมและการคุ้มครองความสะดวกในการใช้เสรีภาพในการชุมนุมโดยเจ้าหน้าที่รัฐ ซึ่งวิเคราะห์เปรียบเทียบกับกฎหมายต่างประเทศ คือ ประเทศฝรั่งเศส เยอรมัน และเกาหลีใต้ ซึ่งผลการศึกษาชี้ให้เห็นว่าเจ้าหน้าที่ของรัฐได้นำกฎหมายที่บัญญัติโดยมีวัตถุประสงค์เป็นอย่างอื่น มาบังคับใช้ในการดูแลการ

² ณัฐพงศ์ มหานันทโพธิ์, "บทบาทของเจ้าหน้าที่ของรัฐตามกฎหมายที่เกี่ยวกับการชุมนุมสาธารณะ" (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2553), หน้า 1-202.

ชุมนุมสาธารณะ ซึ่งไม่ได้สอดคล้องกับการดูแลการชุมนุมสาธารณะของเจ้าหน้าที่รัฐในต่างประเทศ นอกจากนี้ ยังมีการใช้แผนปฏิบัติการต่าง ๆ ซึ่งเป็นมาตรการภายในของเจ้าหน้าที่ตำรวจ และบทบัญญัติกฎหมายต่าง ๆ มิได้เกี่ยวข้องกับการดูแลการชุมนุมสาธารณะแต่อย่างใด ทำให้การใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ตำรวจเกิดความไม่แน่นอน และผู้ใช้สิทธิเสรีภาพย่อมเกิดความไม่มั่นใจในการปฏิบัติงานของเจ้าหน้าที่ตำรวจ นอกจากนี้ เมื่อมีการชุมนุมเกิดขึ้น มักจะมีการประกาศใช้กฎหมายในสถานการณ์ฉุกเฉินเพื่อควบคุมการชุมนุม ในห้วงเวลาดังกล่าวนั้น การกระทำใดๆของเจ้าหน้าที่ตำรวจในการดูแลการชุมนุม ย่อมจึงไม่อาจตรวจสอบการได้โดยศาลปกครอง

ประเด็นที่น่าสนใจ คือ วิจัยบทบาทของเจ้าหน้าที่ของรัฐตามกฎหมายที่เกี่ยวกับการชุมนุมสาธารณะ ไม่ได้วิเคราะห์ในเรื่องของกติกาสากลเกี่ยวกับการดูแลการชุมนุมสาธารณะซึ่งไทยเป็นหนึ่งในภาคีจะต้องปฏิบัติตาม โดยผู้วิจัยจะทำการศึกษากติกาสากลเกี่ยวกับการชุมนุมสาธารณะเพิ่มเติม เพื่อเป็นข้อมูลสนับสนุนให้เห็นว่า หากไทยได้ปฏิบัติตามกติกาสากลอย่างแท้จริง เสรีภาพในการชุมนุมของไทยจะเกิดประสิทธิผลได้

ปรีดีมณัส มุสิกะนุเคราะห์³ ได้ทำการศึกษาวินิจฉัยเรื่อง กฎหมายเกี่ยวกับการใช้กำลังควบคุมการชุมนุมสาธารณะ : ศึกษาร่างพระราชบัญญัติการชุมนุมสาธารณะ พ.ศ. ... ซึ่งเป็นงานวิจัยที่ศึกษาเกี่ยวกับปัญหาการชุมนุมสาธารณะ และศึกษาร่างพระราชบัญญัติการชุมนุมสาธารณะ พ.ศ. ... ที่ยกร่างโดยสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาและร่างที่ผ่านความเห็นชอบจากสภาผู้แทนราษฎร ได้มีการเปรียบเทียบกฎหมายไทยกับกฎหมายต่างประเทศและหลักสากล อย่างไรก็ตาม การศึกษาดังกล่าว มิได้นำหลักสากลมาวิเคราะห์ในส่วนเนื้อหาของเนื้อหากฎหมายการชุมนุมสาธารณะของไทย และทิศทางการที่จะเป็นของการควบคุมดูแลการชุมนุมของเจ้าหน้าที่ตำรวจภายใต้กติกาสากลระหว่างประเทศ อีกทั้งผู้ศึกษาได้นำเรื่องประเภทของการชุมนุม คือ การชุมนุมแบบนั่งอยู่กับที่ และการชุมนุมแบบเดินขบวน โดยมีลักษณะที่แตกต่างกัน เป็นตัวแปรในการวิเคราะห์ถึงเรื่องการดูแลการชุมนุมสาธารณะ เช่น เรื่องการแจ้งการชุมนุม ซึ่งทำให้กฎหมายจะต้องกำหนดกฎเกณฑ์การดูแลการชุมนุมของเจ้าหน้าที่ตำรวจไว้ต่างกัน

ประเด็นที่น่าสนใจศึกษาที่จะสามารถนำมาวิเคราะห์เพิ่มเติมได้ คือ ตัวแปรที่มีผลต่อการดูแลการชุมนุมสาธารณะ ตามหลักสากลนั้นยังกำหนดประเภทการชุมนุมออกเป็น การชุมนุมโดยสงบ การ

³ ปรีดีมณัส มุสิกะนุเคราะห์, "กฎหมายเกี่ยวกับการใช้กำลังควบคุมการชุมนุมสาธารณะ:ศึกษาร่างพระราชบัญญัติการชุมนุมสาธารณะพ.ศ. ..." (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2554), หน้า 1-176.

ชุมนุมโดยพลัน การชุมนุมพร้อมกัน และการชุมนุมเพื่อตอบโต้ ซึ่งจะมีผลโดยตรงต่อการดูแลการชุมนุมที่เจ้าหน้าที่อาจจะต้องใช้ดุลพินิจในการจัดการดูแลแตกต่างกันออกไปอีกด้วย

นอกจากนี้งานวิจัย เรื่องเสรีภาพในการชุมนุมโดยสงบและปราศจากอาวุธ ของ วารุณี วัฒนประดิษฐ์⁴ และ เรื่อง ปัญหาเกี่ยวกับการชุมนุมสาธารณะในประเทศไทย ของชุธิดา รตนันต์จุฑามณี⁵

ทั้งสองงานวิจัย ได้ศึกษา ปัญหาการชุมนุมสาธารณะที่เกิดขึ้นในระหว่างที่ไม่มีการประกาศใช้พระราชบัญญัติการชุมนุมสาธารณะ โดยได้ศึกษาประเด็นปัญหาเกี่ยวกับการชุมนุมสาธารณะในไทย โดยการชุมนุมสาธารณะในประเทศไทยพบเจอปัญหาหลายประการ หนึ่งในนั้นคือปัญหาเกี่ยวกับการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ในการดูแลการชุมนุมสาธารณะ ซึ่งกฎหมายของไทยมีความแตกต่างกับกฎหมายของต่างประเทศในเรื่องกระบวนการตรวจสอบการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ตำรวจโดยฝ่ายตุลาการ และปัญหาเขตอำนาจศาลในการตรวจสอบการใช้เสรีภาพในการชุมนุมว่าข้อพิพาทที่เกิดขึ้นในแต่ละกรณี สามารถนำข้อพิพาทนั้นขึ้นสู่ศาลได้บ้าง อีกทั้งเจ้าหน้าที่ตำรวจยังขาดความชัดเจนหรือความไม่เข้าใจในเนื้อหาของเสรีภาพในการชุมนุม ส่งผลต่อการบังคับใช้กฎหมาย ทำให้บทบาทหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ตำรวจในการดูแลการชุมนุมสร้างผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนในวงกว้าง โดยไม่มีหน่วยงานที่เข้ามาตรวจสอบได้อย่างแท้จริง ซึ่งผลการศึกษาชี้ให้เห็นว่า ปัจจัยเรื่องการตรวจสอบการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่โดยตุลาการนั้น มีความสำคัญอย่างมากในการแก้ไขปัญหาเรื่องขอบเขตอำนาจดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ตำรวจที่มีอยู่อย่างกว้างขวาง

จึงมีประเด็นที่น่าสนใจนำมาพัฒนาต่อยอดงานวิจัย ในส่วนของปัญหาการตรวจสอบการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ตำรวจที่มีอยู่นั้น มีปัญหาในการตรวจสอบการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ตำรวจโดยฝ่ายตุลาการอย่างไร และศาลมีบทบาทอย่างไรในการเข้าไปตรวจสอบเรื่องดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ตำรวจที่เกี่ยวกับการชุมนุม

ยิ่งไปกว่านั้นในงานวิจัยของเรื่อง แนวทางการเพิ่มประสิทธิภาพในการบังคับใช้กฎหมายในการควบคุมการชุมนุมสาธารณะ ของพลตำรวจตรี ภัคพงศ์ พงษ์เกตุรา⁶ ซึ่งได้ศึกษาเกี่ยวกับ แนวทาง

⁴ วารุณี วัฒนประดิษฐ์, "เสรีภาพในการชุมนุมโดยสงบและปราศจากอาวุธ" (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2551), หน้า 1-142.

⁵ ชุธิดา รตนันต์จุฑามณี, "ปัญหาเกี่ยวกับการชุมนุมสาธารณะในประเทศไทย" (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556), หน้า 1-97.

⁶ ภัคพงศ์ พงษ์เกตุรา, "แนวทางการเพิ่มประสิทธิภาพในการบังคับใช้กฎหมายในการควบคุมการชุมนุมสาธารณะ" (หลักสูตรการป้องกันราชอาณาจักร รุ่นที่ 5, นักศึกษาวิทยาลัยป้องกันราชอาณาจักร, 2559-2560), หน้า 1-72.

การควบคุมการชุมนุมสาธารณะที่ควรจะเป็นภายใต้พระราชบัญญัติการชุมนุมสาธารณะและสอดคล้องกับกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง เพื่อมิให้การชุมนุมสาธารณะกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของผู้อื่น งานวิจัยนี้แสดงให้เห็นว่า ผู้ศึกษาซึ่งเป็นเจ้าหน้าที่ตำรวจระดับชั้นผู้ใหญ่ เป็นผู้ที่มิชอบบทบาทสำคัญอย่างมากในการออกคำสั่งใด ๆ ที่เกี่ยวกับการชุมนุมสาธารณะนั้น มีความเข้าใจว่าการชุมนุมสาธารณะในห้วงเวลาปกติ ศาลปกครองไม่อาจเข้ามาตรวจสอบการกระทำของฝ่ายปกครองได้⁷ ซึ่งโดยผลของกฎหมายจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครองแล้ว ศาลปกครองย่อมมีเขตอำนาจพิจารณาคดีที่เกี่ยวข้องคำสั่งของเจ้าหน้าที่ตำรวจในการดูแลการชุมนุมสาธารณะทั้งปวง ข้อสมมติฐานในประเด็นนี้มีความน่าสนใจอย่างมาก เป็นการสะท้อนให้เห็นว่าเจ้าหน้าที่ตำรวจซึ่งเป็นบุคคลผู้ต้องดูแลการชุมนุมสาธารณะมีความเข้าใจผิด หรือความตระหนักรู้ที่ไม่ดีพอต่อกฎหมายการชุมนุมสาธารณะ เมื่อเจ้าหน้าที่ตำรวจเกิดจากความไม่เข้าใจในพระราชบัญญัติการชุมนุมสาธารณะ จึงอาจทำให้การปฏิบัติหน้าที่ในการดูแลการชุมนุมสาธารณะของเจ้าหน้าที่ตำรวจเกิดการความลักลั่นได้

จึงกล่าวโดยสรุปได้ว่า งานวิจัยส่วนใหญ่ โดยเฉพาะงานวิจัยที่กล่าวมาข้างต้นนั้น ล้วนแล้วแต่วิเคราะห์ถึงสภาพปัญหาเกี่ยวกับการควบคุมดูแลการชุมนุมสาธารณะในไทย และแนวคำพิพากษาที่เกิดขึ้นเกี่ยวกับการชุมนุมสาธารณะก่อนการประกาศใช้พระราชบัญญัติการชุมนุมสาธารณะ พ.ศ. 2558 โดยมีได้วิเคราะห์ถึงหลักการดูแลการชุมนุมสาธารณะ (Public Order Policing) ภายใต้มาตรฐานสากล และอีกส่วนสำคัญคือ มิได้ศึกษาในเรื่องการตรวจสอบการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ตำรวจ หรือกล่าวอีกนัยคือ มิได้ศึกษาการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ตำรวจในการดูแลการชุมนุมว่า ศาลมีบทบาทและหลักการตรวจสอบในเรื่องดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ตำรวจอย่างไร เพื่อที่จะเป็นหลักประกันที่สำคัญอย่างยิ่งว่า ขอบเขตอำนาจของเจ้าหน้าที่ตำรวจในการดูแลการชุมนุมมิได้ถูกใช้เกินขอบอำนาจที่กฎหมายกำหนด และเป็นหลักสำคัญอีกประการหนึ่งที่จะจำกัดขอบเขตอำนาจหน้าที่ของตำรวจในการใช้ดูแลการชุมนุมสาธารณะไม่ให้ถูกใช้นอกเหนือเจตนารมณ์ของกฎหมายการชุมนุม

ด้วยเหตุนี้การศึกษาเกี่ยวกับการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ตำรวจในการดูแลการชุมนุมสาธารณะโดยองค์กรตุลาการในงานวิจัยเล่มนี้ จึงนำแนวคิดและทฤษฎีทางนิติศาสตร์ และหลักสากลพิจารณาประกอบร่วมกัน ดังจะกล่าวต่อไปนี้

⁷ เรื่องเดียวกัน, หน้า 35-36.

2.1 แนวคิดว่าด้วยเสรีภาพในการชุมนุมสาธารณะ

2.1.1 หลักการทั่วไปเกี่ยวกับเสรีภาพในการชุมนุม

เสรีภาพในการชุมนุมสาธารณะเป็นเสรีภาพที่ถือว่าเป็นพื้นฐานในการแสดงสิทธิเสรีภาพในหลายประการ เช่น เสรีภาพในการแสดงออก เสรีภาพในการแสดงความเห็น เสรีภาพในการพูด เป็นต้น สิ่งต่าง ๆ เหล่านี้ จะเกิดขึ้นเมื่อมีการใช้ซึ่งเสรีภาพในการชุมนุม ดังนั้น จะเห็นได้ว่า เมื่อมีการชุมนุมในแต่ละครั้ง ประชาชนผู้เข้าร่วมย่อมต้องมีการแสดงออกซึ่งสิทธิเสรีภาพต่าง ๆ อย่างมากมาย โดยการชุมนุมสาธารณะที่เกิดขึ้นมักเกิดจากปัญหาที่ประชาชนได้รับผลกระทบจากภาครัฐหรือความขัดแย้งระหว่างภาครัฐกับเอกชนในการที่จะต้องการให้ภาครัฐทบทวนหรือปรับปรุงนโยบายหนึ่ง ๆ หรือการแก้ไขปัญหาระหว่างเอกชนกับเอกชนที่ประชาชนต้องการให้ภาครัฐเข้ามามีส่วนช่วยเหลือความเดือดร้อนที่เกิดขึ้น ดังนั้น ปัจจัยหลักสำคัญในการชุมนุมซึ่งเป็นสิ่งที่ขาดไม่ได้ คือ การชุมนุมที่จะต้องมีการแสดงออกเพื่อให้สาธารณชนรับทราบถึงปัญหาของกลุ่มผู้ชุมนุม โดยจำเป็นการชุมนุมในพื้นที่สาธารณะใกล้กับกลุ่มเป้าหมายที่ผู้ชุมนุมต้องการจะสื่อถึง หรือพื้นที่สาธารณะที่ต้องการให้ประชาชนทั่วไป สามารถรับรู้ปัญหาของการชุมนุมได้ และพื้นที่เหล่านั้นส่วนใหญ่แล้วจะเป็นพื้นที่ทางราชการหรือพื้นที่แหล่งเศรษฐกิจ อันจำเป็นอย่างยิ่งซึ่งเจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้อง คือ เจ้าหน้าที่ตำรวจจะต้องเข้ามาดูแลการชุมนุมพื้นที่สาธารณะให้เกิดความสงบเรียบร้อยตามกฎหมาย

2.1.1.1 ความเป็นมาของเสรีภาพในการชุมนุมสาธารณะ

เสรีภาพในการชุมนุมเป็นสำคัญในการปกครองระบอบประชาธิปไตย บุคคลต้องมีการพบปะ สนทนา แลกเปลี่ยนความคิดเห็นทั้งในทางการเมือง เศรษฐกิจ และสังคม มีการใช้สิทธิเลือกตั้ง ซึ่งเป็นสิทธิทางการเมือง และการชุมนุมถือเป็นเสรีภาพในการแสดงออก เป็นสิทธิขั้นพื้นฐานและเป็นที่มาของสิทธิอื่น ๆ ซึ่งรัฐธรรมนูญจะมีการบัญญัติรับรองไว้ ทั้งนี้การชุมนุมสาธารณะเป็นวิธีหนึ่งในการแสดงออกซึ่งความคิดเห็นและข้อเรียกร้อง ความต้องการของกลุ่มคน เช่น การเรียกร้องของภาคเกษตรกร การเรียกร้องในเรื่องสิ่งแวดล้อม หรือ ด้านการเมืองที่มีเป้าหมายหรือวัตถุประสงค์เดียวกัน ในการผลักดันให้ภาครัฐได้แก้ไขปัญหาต่าง ๆ เสรีภาพในการชุมนุมจึงเป็นเสรีภาพในการแสดงออกที่สำคัญอย่างยิ่ง เพื่อวัตถุประสงค์ที่จะเปลี่ยนแปลงสังคม การเมือง หรือเปลี่ยนแปลงนโยบายของรัฐบาล

ปัจจุบันเสรีภาพในการชุมนุมของประชาชนถือเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานอย่างหนึ่งที่ได้รับการรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญซึ่งมีวิวัฒนาการมาอย่างยาวนาน ตั้งแต่ช่วงคริสต์ศตวรรษที่ 4 ในยุคสมัยจักรพรรดิคอนสแตนตินแห่งจักรวรรดิโรมัน จากนั้นเป็นต้นมาการชุมนุมและเดินขบวน ที่มีขึ้นเพื่อ

แสดงถึงความศรัทธาหรือการปฏิบัติทางพิธีกรรมก็กลายเป็นส่วนหนึ่งของวัฒนธรรมในประเทศที่นับถือศาสนาคริสต์⁸ ต่อมาได้คลี่คลายโดยครอบคลุมไปถึงการชุมนุมที่มีการเรียกร้องหรือแสดงออกเรื่องอื่น ๆ ในพื้นที่สาธารณะ

นับตั้งแต่หลังสงครามโลกครั้งที่สองสิ้นสุดลง องค์การสหประชาชาติได้ก่อตั้งขึ้นในปี ค.ศ.1945 มีวัตถุประสงค์หลักในการรักษาไว้ซึ่งสันติภาพของโลก อาร์มภพทของกฎบัตรสหประชาชาติรับรองว่าจะยืนยันความเชื่อมั่นในสิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐาน ในศักดิ์ศรี และคุณค่าแห่งความเป็นมนุษย์ของทุกคน ทั้งสิทธิอันเท่าเทียมของบุรุษและสตรี และประชาชนน้อยใหญ่⁹ หลังจากนั้นได้มีการประกาศปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนขึ้นในปี ค.ศ.1948 (The Universal Declaration of Human Rights 1948) ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนนี้ไม่ได้มีผลผูกพันตามกฎหมายระหว่างประเทศแต่อย่างใด แต่ส่งผลให้รัฐต่าง ๆ มีความตื่นตัวในเรื่องสิทธิเสรีภาพอย่างมาก โดยหลังจากนั้นก็ยังมีสนธิสัญญาระหว่างประเทศที่มุ่งคุ้มครองสิทธิเสรีภาพต่าง ๆ ออกมาอย่างมากมาย โดยเรื่องที่สำคัญที่มีผลต่อเสรีภาพในการชุมนุม คือ กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (ICCPR) หรือกรณีในภาคพื้นทวีป เช่น ทวีปยุโรป คือ อนุสัญญายุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน (ECHR) นอกจากนี้ยังได้มีการจัดตั้งศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปซึ่งสามารถรับพิจารณาคดีที่ผู้ฟ้องเป็นปัจเจกชนได้อีกด้วย

การประกาศปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน และการกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง นับว่าเป็นจุดเริ่มต้นที่สำคัญของการรับรองเสรีภาพในการชุมนุมในประเทศต่าง ๆ จนถึงปัจจุบัน ซึ่งนานาชาติต่างยอมรับ โดยบัญญัติกฎหมายภายในที่สอดคล้องกับหลักสากล (ICCPR) รัฐที่เข้าร่วมเป็นภาคี ย่อมจะต้องมีกฎหมายหรือกฎเกณฑ์ภายในประเทศในการดูแลการชุมนุมสาธารณะที่สอดคล้องกับหลักสากลดังกล่าว และแม้ว่าประเทศที่ไม่ได้เข้าเป็นภาคีก็จะต้องปฏิบัติให้สอดคล้องด้วย เนื่องจากเป็นหลักสากลที่นานาชาติให้การยอมรับและเป็นแนวปฏิบัติไปในแนวเดียวกัน ไม่ว่าจะในฐานะจารีตประเพณีระหว่างประเทศ หรือในฐานะหลักการที่ได้รับการรับรองภายใต้รัฐธรรมนูญของชาติต่างๆ

⁸ Procession, Encyclopedia Britannica Ultimate Reference Suit (Electronic version), 2008 อ้างถึงใน ปกรณ์ นิลประพันธ์, "การตรวจกฎหมายว่าด้วยการชุมนุมสาธารณะ," ใน หนังสือรวมบทความด้านกฎหมายดีเด่น เนื่องในวันสัญญาธรรมศักดิ์, หน้า 10.

⁹ สำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ, ข้อมูลพื้นฐานกลไกสิทธิมนุษยชนในระบบสหประชาชาติ, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพฯ: สำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ, 2546), หน้า 3.

2.1.1.2 ความหมายของเสรีภาพ “การชุมนุมสาธารณะ”

ในรัฐเสรีประชาธิปไตยยอมรับว่าเสรีภาพในการแสดงออกทางการเมืองเป็นพื้นฐานสำคัญต่อระบบการปกครองแบบประชาธิปไตย และถือว่าเป็นเสรีภาพขั้นพื้นฐานภายใต้บทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่รับรองไว้ โดยเสรีภาพการชุมนุมสาธารณะโดยสงบและปราศจากอาวุธเป็นการแสดงความคิดเห็น หรือแสดงข้อเรียกร้อง เพื่อให้ผู้มีอำนาจหรือรัฐได้ตระหนักถึงเหตุการณ์ต่าง ๆ การใช้เสรีภาพการชุมนุมสาธารณะย่อมมีขอบเขตหากเสรีภาพนั้นไปกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของบุคคลอื่น โดยเสรีภาพในการชุมนุมสาธารณะอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์ 2 ประการ คือ “โดยสงบ” และ “ปราศจากอาวุธ” ตามมาตรา 44 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2560 ได้บัญญัติรับรองว่า “บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการชุมนุมโดยสงบและปราศจากอาวุธ” การใช้เสรีภาพในการชุมนุมต้องถูกจำกัดได้ภายใต้วรรคสอง คือ “การจำกัดเสรีภาพตามวรรคหนึ่งจะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ตราขึ้นเพื่อรักษาความมั่นคงของรัฐ ความปลอดภัยสาธารณะ ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือเพื่อคุ้มครองสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลอื่น”

ความหมายที่เกี่ยวกับเสรีภาพในการชุมนุมได้มีการอธิบายไว้มากมาย เช่น Black's law dictionary ได้อธิบายคำว่า Right of Assembly หมายถึง การชุมนุมของประชาชนอย่างสงบเพื่อแสดงออกในเรื่องศาสนา การเมือง หรือความคับข้องใจ¹⁰

นักวิชาการไทยได้ให้ความหมายไว้อย่างน่าสนใจ เช่น ไพโรจน์ ชัยนาม ได้อธิบายว่า “เสรีภาพในการชุมนุมโดยสงบ คือ การเข้าร่วมอยู่กับชั่วคราวของบุคคลหลายคนเพื่อสนทนาหรือโต้เถียงเรื่องใด ๆ การรวมเช่นนี้จะมีคามผิดก็ต่อเมื่อมีความประสงค์ผิดกฎหมาย”¹¹ อีกทั้ง วิษณุ เครืองาม ได้อธิบายเชิงขยายความว่า เสรีภาพในการชุมนุม เป็นส่วนหนึ่งของเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นเพราะประชาชนจะมาชุมนุมรวมกลุ่มกันเพื่อแสดงความคิดเห็นในเรื่องต่าง ๆ¹²

ทั้งนี้ การตีความหมายของเสรีภาพในการชุมนุมที่เกิดขึ้นในสังคมโลกปัจจุบันนั้น ได้มุ่งเน้นให้เห็นในเรื่องการชุมนุมที่สงบและปราศจากอาวุธเป็นสำคัญ อันจะเป็นสิ่งที่แสดงให้เห็นว่าการชุมนุมนั้นเป็นไปโดยสงบและปราศจากอาวุธ รัฐจะต้องคุ้มครองดูแลการชุมนุมเสมอ โดยคำว่า การชุมนุมโดยสงบและปราศจากอาวุธ อาจแยกพิจารณาความหมายได้คือ

¹⁰ Bryan A. Garner, *Black's Law Dictionary*, 11th ed. 2019.

¹¹ ไพโรจน์ ชัยนาม, *คำอธิบายกฎหมายรัฐธรรมนูญเปรียบเทียบ(โดยสังเขป)*, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์อักษรนิติ, 2495), หน้า 461.

¹² วิษณุ เครืองาม, "เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น," *วารสารนิติศาสตร์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์* 11, 4 (2525): 570-571.

“โดยสงบ” ตามพจนานุกรมราชบัณฑิตยสถาน ให้ความหมายว่า “หยุดนิ่ง เป็นปรกติ ปราศจากสิ่งรบกวน ไม่กำเริบ”¹³ โดยต้องเกิดความสงบขึ้นแก่ประชาชนทั่วไป และไม่ไปรบกวนสิทธิของผู้อื่นให้ต้องได้รับความเดือดร้อนด้วย ทั้งนี้ ต้องพิจารณาในเรื่องเจตนาของกลุ่มผู้ชุมนุมว่า ประสงค์หรือเล็งเห็นผลในการก่อให้เกิดความไม่สงบหรือไม่

ตามความเห็นทั่วไปฉบับที่ 37 (General Comment) ซึ่งจัดทำโดยคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติเป็นเอกสารสำคัญแสดงรายละเอียดการตีความเกี่ยวกับบทบัญญัติต่าง ๆ ของกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (ICCPR) รวมถึงแนะนำแนวทางเพื่อให้รัฐภาคีปฏิบัติตามพันธกรณีอย่างมีประสิทธิภาพ ได้อธิบายไว้อย่างชัดเจนว่า การพิจารณาว่าการเข้าร่วมการชุมนุมจะอยู่ภายใต้การคุ้มครองของมาตรา 21 แห่งกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมืองหรือไม่นั้น ต้องพิจารณา 2 ประการ ประการแรก พฤติกรรมของกลุ่มผู้ชุมนุมมีการกระทำที่อยู่ในขอบเขตของการคุ้มครองหรือไม่ หมายความว่า เป็นการกระทำที่ถือว่าเป็นการชุมนุม “โดยสงบ” ซึ่งรัฐจะมีหน้าที่ในการเคารพและประกันสิทธิของผู้ชุมนุม และ ประการที่สอง พิจารณาถึงข้อจำกัดที่สามารถบังคับใช้โดยชอบกับเสรีภาพในการชุมนุมในแต่ละกรณี¹⁴ กล่าวคือ ผู้ชุมนุมโดยสงบไม่สามารถใช้ความรุนแรงได้ ความรุนแรงภายใต้การคุ้มครองของมาตรา 21 หมายถึง การใช้กำลังทางกายภาพโดยผู้ชุมนุมต่อผู้อื่นในทางที่อาจนำไปสู่การบาดเจ็บ หรือเสียชีวิต หรือความเสียหายต่อทรัพย์สิน¹⁵ ดังนั้น การชุมนุมโดยสงบจะหมายความรวมถึงการไม่ใช้ความรุนแรงที่อาจก่อให้เกิดความเสียหายทางกายภาพ อีกทั้ง การที่ผู้เข้าร่วมการชุมนุมไม่ปฏิบัติตามคำสั่งของเจ้าหน้าที่รัฐ ตามกฎหมายภายใน ย่อมไม่อาจทำให้ผู้เข้าร่วมการชุมนุมหลุดพ้นจากการคุ้มครองตามมาตรา 21¹⁶ การนี้แม้ผู้เข้าร่วมชุมนุมคนใดคนหนึ่งมีเจตนาหรือเล็งเห็นผลในการก่อให้เกิดความไม่สงบ ย่อมไม่ได้หมายความว่า การชุมนุมทั้งหมดเป็นการชุมนุมไม่สงบ โดยต้องควบคุมและจัดการเป็นรายบุคคล¹⁷ หรือรายกรณี

¹³ พจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ.2554

¹⁴ International Covenant on Civil and Political Rights, "General Comment No.37 on the Right of Peaceful Assembly," (2020)., para 11.

¹⁵ OSCE & Venice Commission, "Guideline on Freedom of Peaceful Assembly.", para 51.

¹⁶ European Court of Human Rights, *Frumkin v. Russia*, (application no. 74568/12), judgment of 5 January 2016.

¹⁷ International Covenant on Civil and Political Rights, "General Comment No.37 on the Right of Peaceful Assembly.",para 17

“ปราศจากอาวุธ” โดยส่วนใหญ่แล้วการชุมนุมที่สงบย่อมเป็นการชุมนุมโดยปราศจากอาวุธโดยปริยาย และหากเทียบเคียงประมวลกฎหมายอาญา หมายถึง ปราศจากอาวุธโดยสภาพ รวมถึงสิ่งที่ไม่เป็นอาวุธโดยสภาพแต่ได้ใช้หรือเจตนาใช้ประทุษร้ายร่างกายถึงอันตรายสาหัสอย่างอาวุธ¹⁸ ยกตัวอย่างเช่น กรณีป้ายที่มีการเขียนข้อความแสดงความคิดเห็นของผู้ชุมนุม มีใช้อาวุธโดยสภาพและหากมิได้มีเจตนาใช้ทำร้ายผู้อื่นอย่างอาวุธ ป้ายดังกล่าวย่อมมีใช้อาวุธ หรือ กรณีสเปรย์พริกไทย มิได้ผลิตขึ้นเพื่อทำร้ายผู้ใด จึงไม่เป็นอาวุธโดยสภาพ ทั้งนี้อาจใช้ประทุษร้ายร่างกายถึงอันตรายสาหัสอย่างอาวุธ สเปรย์พริกไทยจึงไม่เป็นอาวุธ¹⁹

ดังนั้น หากเป็นการชุมนุมที่สงบและปราศจากอาวุธตามความหมายที่กล่าวมาข้างต้น ซึ่งได้รับรองไว้ภายใต้รัฐธรรมนูญไทย ย่อมอยู่ในขอบเขตการใช้เสรีภาพตามรัฐธรรมนูญทำให้การชุมนุมนั้นต้องได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย

2.1.2 รูปแบบของการชุมนุมสาธารณะ

การชุมนุมสาธารณะอาจปรากฏให้เห็นได้หลายรูปแบบ เช่น การประท้วง การเดินขบวน แฟลชม็อบ (Flash mob) การต่อต้าน การชุมนุมที่อยู่กับที่ เช่น การปักหลักชุมนุม หรือการชุมนุมแบบเดินขบวน โดยการชุมนุมสาธารณะตามคู่มือของการดูแลการชุมนุมสาธารณะ (Human Rights Handbook on Policing Assemblies) ขององค์การว่าด้วยความมั่นคงและความร่วมมือในยุโรป (Organization for Security and Cooperation in Europe : OSCE) สามารถแบ่งออกได้ 4 รูปแบบ²⁰ อันมีลักษณะที่แตกต่างกันออกไป และเป็นปัจจัยที่ทำให้การดูแลการชุมนุมสาธารณะแตกต่างกัน

2.1.2.1 การชุมนุมโดยสงบ (Peaceful Assembly)

การชุมนุมโดยสงบเป็นการชุมนุมที่ผู้จัดการชุมนุมมีเจตนาดำเนินไปด้วยความสงบ และผู้เข้าร่วมการชุมนุมไม่ได้ก่อให้เกิดความรุนแรงขึ้น โดยหลักทั่วไป การชุมนุมรูปแบบนี้จะถือว่าเป็นการชุมนุมโดยสงบ เว้นแต่มีข้อบ่งชี้หรือหลักฐานที่แสดงให้เห็นแน่ชัดว่าผู้จัดการชุมนุมหรือผู้เข้าร่วมการ

¹⁸ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 1(5)

¹⁹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2031/2554

²⁰ OSCE/ODIHR, Human Rights Handbook on Policing Assemblies, p. 14.

ชุมนุมมีส่วนในการสนับสนุนหรือยุยงให้เกิดความรุนแรงขึ้น²¹ ซึ่งต้องเป็นสิ่งที่แสดงให้เห็นโดยชัด และต้องพิสูจน์ให้เห็น ไม่อาจเพียงแค่สันนิษฐานได้

โดยพื้นฐานแล้วการชุมนุมที่เกิดขึ้น จะต้องได้รับพิจารณาในลำดับแรกก่อนเสมอว่าเป็น การชุมนุมโดยสงบ ดังนั้น เจ้าหน้าที่รัฐจะต้องมีหน้าที่ในการอำนวยความสะดวกในการชุมนุมทุกครั้ง ถึงแม้ว่าการชุมนุมนั้นจะไม่ได้ปฏิบัติตามขั้นตอนของกฎหมายครบทุกขั้นตอน ก็ไม่อาจนำมาเป็น ข้ออ้างในการยุติหรือขัดขวางการชุมนุมได้²² หมายความว่า หากผู้จัดการชุมนุมไม่ได้ปฏิบัติตาม ขั้นตอนใดขั้นตอนหนึ่งที่กฎหมายบัญญัติให้ต้องกระทำการ เช่น ไม่แจ้งการชุมนุม เจ้าหน้าที่ตำรวจก็ ไม่สามารถอ้างเหตุที่ไม่ปฏิบัติตามขั้นตอนเช่นนั้นเพื่อที่จะยับยั้งหรือขัดขวางการชุมนุมได้ อีกทั้งเจ้าหน้าที่ ตำรวจต้องตระหนักอยู่เสมอว่า สิทธิในการชุมนุมเป็นสิทธิเฉพาะตัว หากการแสดงออกทั้งด้านวาจา หรือการกระทำที่ก่อให้เกิดความรุนแรงเกิดจากเฉพาะบางคน หรือคนจำนวนน้อย ถ้าการชุมนุมนั้นยัง ดำเนินไปโดยสงบ เจ้าหน้าที่ตำรวจย่อมไม่สามารถยุติการชุมนุมทั้งหมดได้²³ เว้นแต่การชุมนุมนั้นเป็น การชุมนุมเพื่อปลุกระดม สร้างความเกลียดชัง ความรุนแรง หรือก่อให้เกิดสงคราม²⁴ การชุมนุมเช่นนั้น นั้น ย่อมไม่ได้รับความคุ้มครองตามมาตรา 21 แห่งกติกาสากลระหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมือง และสิทธิทางการเมือง ค.ศ. 1966

2.1.2.2 การชุมนุมโดยพลัน (Spontaneous Assembly)

การชุมนุมโดยพลันเป็นการชุมนุมที่เกิดจากกลุ่มคนรวมตัวกันในสถานที่ใดสถานที่หนึ่ง โดยไม่ได้มีการนัดหมาย ประกาศล่วงหน้า หรือการเชื้อเชิญ การชุมนุมมีลักษณะเกิดขึ้นเพื่อตอบโต้ หรือตอบสนองต่อเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นในสังคม²⁵ หรือมีเหตุการณ์อย่างหนึ่งเกิดขึ้นซึ่งประชาชนทั่วไป รับรู้ผ่านช่องทางข่าวสารต่าง ๆ หรือในรูปแบบโซเชียลมีเดียและการชุมนุมจะเกิดขึ้นทันที โดย ลักษณะการชุมนุมโดยพลันจึงไม่สามารถที่จะปฏิบัติตามข้อกำหนดทางกฎหมายได้บางประการ เช่น อาจจะไม่มีการแจ้งล่วงหน้า หรือไม่มีผู้จัดการชุมนุม เหตุเพราะว่า เพื่อที่จะให้ข้อความที่ต้องการ

²¹ Ibid.

²² Ibid., p.15.

²³ Ibid.

²⁴ International Covenant on Civil and Political Rights, Article 20

(2) Any advocacy of national, racial or religious hatred that constitutes incitement to discrimination, hostility or violence shall be prohibited by law.

²⁵ OSCE/ODIHR, *Human Rights Handbook on Policing Assemblies*, p. 15.

แสดงออกไปเกิดความสำคัญมากขึ้นในเวลานั้น²⁶ และมีประสิทธิภาพ เช่น การมุงกันและกลายเป็น การชุมนุม หรือ แพลชม็อบ

การชุมนุมลักษณะนี้ผู้เข้าร่วมการชุมนุมอาจจะเพิ่มขึ้นจากผู้สัญจรผ่านไปมาบริเวณ การชุมนุม และตัดสินใจเข้าร่วมการชุมนุม และเมื่อมีการรวมตัวในครั้งต่อไปไม่ว่าจะผ่านทางรูปแบบ โทรศัพท์ ข้อความ โซเชียลมีเดีย การสื่อสารเช่นนี้ไม่ได้หมายความว่าผู้สื่อสารเป็นผู้จัดการการชุมนุม ที่ต้องรับผิดชอบในการชุมนุม²⁷ อีกทั้งในด้านการดูแลการชุมนุม ต้องได้รับการปฏิบัติเช่นเดียวกันกับการชุมนุมโดยสงบ²⁸ คือ หากการชุมนุมยังคงดำเนินไปโดยสงบก็ควรที่จะได้รับการดูแลการชุมนุม เช่นเดียวกันกับการชุมนุมที่มีการแจ้งล่วงหน้าหรือการชุมนุมโดยสงบ

2.1.2.3 การชุมนุมพร้อมกัน (Simultaneous Assembly)

การชุมนุมพร้อมกันเป็นการชุมนุมตั้งแต่ 2 กลุ่มขึ้นไป มีการใช้สถานที่เดียวกัน หรือ ใกล้เคียงกัน และเกิดขึ้นในเวลาเดียวกัน แต่ข้อความที่แสดงออกไปไม่ได้มีความสัมพันธ์กัน ทั้งนี้ การชุมนุมทุกกลุ่มต้องได้รับอำนาจความสะดวกเท่าที่จะเป็นไปได้และอย่างเท่าเทียมกัน²⁹ เช่นนี้ การห้าม การชุมนุมเพียงเพราะจะมีการชุมนุมเกิดขึ้นในพื้นที่เดียวกันหรือในเวลาเดียวกันจึงไม่สามารถที่จะ กระทำได้³⁰ ถือว่าเป็นการจัดการที่ไม่ได้สัดส่วน นอกจากนี้เมื่อมีการชุมนุมพร้อมกันเกิดขึ้น เจ้าหน้าที่ ผู้ดูแลการชุมนุมต้องยึดหลักการไม่เลือกปฏิบัติ ต้องไม่จำกัดหรือปฏิบัติต่อกลุ่มผู้ชุมนุมต่างกัน อย่างไม่รู้ก็ตาม หากเจ้าหน้าที่ไม่สามารถอำนวยความสะดวกให้แก่กลุ่มผู้ชุมนุมทั้งหมดได้ อันเนื่องมาจากทรัพยากรทางบุคคล หรือเครื่องมือในการดูแลการชุมนุม เจ้าหน้าที่ตำรวจควรที่จะให้กลุ่มผู้ชุมนุม ที่มีการแจ้งก่อนได้ใช้สถานที่³¹ ขณะที่กลุ่มผู้ชุมนุมอื่น ๆ ต้องมีการเปลี่ยนไปใช้สถานที่ใกล้เคียงหรือ เวลาอื่นที่สะดวกต่อการจัดการชุมนุม ทั้งนี้ การพิจารณาให้ย้ายสถานที่ต้องคำนึงถึงหลายปัจจัยหลาย อย่างประกอบกัน เช่น จำนวนของผู้ชุมนุม เครื่องมือที่ใช้เป็นเครื่องขยายเสียง หรือยานพาหนะที่ใช้

²⁶ Ibid.

²⁷ Ibid., p.16.

²⁸ International Covenant on Civil and Political Rights, "General Comment No.37 on the Right of Peaceful Assembly.", para 71

²⁹ OSCE/ODIHR, Human Rights Handbook on Policing Assemblies, p. 16.

³⁰ Ibid.

³¹ Ibid.

ของการเคลื่อนย้ายการชุมนุม และต้องไม่ย้ายกลุ่มผู้ชุมนุมไปยังสถานที่ใกล้เคียงกับการชุมนุมที่มีการแสดงออกตรงข้ามกัน³² เพื่อที่จะรักษาไว้ซึ่งสิทธิในการชุมนุมโดยสงบต่อไป

2.1.2.4 การชุมนุมตอบโต้ (Counter Demonstration)

การชุมนุมตอบโต้เป็นการชุมนุมที่มีพื้นฐานเดียวกันกับการชุมนุมพร้อมกัน คือ เป็นการชุมนุมตั้งแต่ 2 กลุ่มขึ้นไป มีการใช้สถานที่เดียวกัน ในเวลาเดียวกัน แต่ลักษณะเนื้อหาของการแสดงออกมีความแตกต่างกัน กล่าวคือ กลุ่มผู้ชุมนุมกลุ่มหนึ่งจะมีการแสดงออกทางความคิดเห็นต่อต้านการแสดงออกของการชุมนุมอีกกลุ่มหนึ่ง รัฐควรตระหนักถึงเรื่องหน้าที่ที่จะต้องปกป้องและอำนวยความสะดวกของทั้งสองกลุ่ม และปฏิบัติต่อทั้งสองกลุ่มอย่างเท่าเทียมกัน ไม่ว่าจะจัดเป็นการจัดหาอุปกรณ์ หรือทรัพยากรทางบุคคลให้เพียงพอ ภายในระยะการมองเห็นและระยะของเสียง³³ เพื่อที่จะอำนวยความสะดวกในการชุมนุมที่เกิดขึ้นพร้อมกันได้ดำเนินไปอย่างสงบ

2.1.3 ข้อแตกต่างในการดูแลการชุมนุมสาธารณะในแต่ละประเภท

จากที่กล่าวมาถึงความหมายและลักษณะแต่ละรูปแบบการชุมนุมในข้างต้น จะพบว่า แต่ละการชุมนุมจะมีลักษณะสำคัญในการปฏิบัติที่แตกต่างกัน และลักษณะที่แตกต่างกันย่อมจะส่งผลให้การดูแลชุมนุมโดยเจ้าหน้าที่ตำรวจมีความแตกต่างตามไปด้วย โดยสามารถแบ่งการพิจารณาความแตกต่างการชุมนุมได้ออกเป็น 2 ด้าน คือ ด้านลักษณะของการชุมนุม และด้านการดูแลการชุมนุมสาธารณะของเจ้าหน้าที่ตำรวจ

ด้านลักษณะของการชุมนุม

การชุมนุมแต่ละรูปแบบมีลักษณะที่ต่างกัน กล่าวคือ รูปแบบการชุมนุมโดยสงบถือเป็นพื้นฐานในการชุมนุมแต่ละรูปแบบ โดยล้วนแล้วแต่เกิดขึ้นจากการนัดหมายกันล่วงหน้า และหากการชุมนุมนั้นดำเนินไปโดยสงบและปราศจากอาวุธ ก็ถือว่าการชุมนุมที่ได้รับคุ้มครองตามกฎหมาย แต่หากปรากฏว่าการชุมนุมโดยสงบเกิดขึ้นโดยพลัน โดยเกิดขึ้นจากการที่เกิดเหตุการณ์หนึ่งในสังคมเป็นแรงกระตุ้นเพื่อมาจนเกิดการเคลื่อนไหวของประชาชน ประชาชนต่างออกมาชุมนุมพร้อมกัน ซึ่งไม่ได้เกิดจากการนัดหมายล่วงหน้า หรือกรณีที่มีการรวมตัวกันจากการเดินผ่าน ณ จุดใดจุดหนึ่ง ซึ่งไม่ได้

³² Ibid.

³³ Ibid.

แจ้งหรือขออนุญาตล่วงหน้า การชุมนุมลักษณะนี้ถือเป็นการชุมนุมโดยพลัน ขณะที่บางกรณีเป็นการชุมนุมโดยสงบ แต่มีการชุมนุม 2 กลุ่มขึ้นไปเกิดขึ้นพร้อมกันในพื้นที่เดียวกัน หรือพื้นที่ใกล้เคียงกัน ซึ่งทั้งสองกลุ่มมีเนื้อหาในการชุมนุมที่ต่างกัน เช่น กลุ่มหนึ่งเป็นการชุมนุมเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อม และอีกกลุ่มเป็นการชุมนุมทางการเมือง เรียกการชุมนุมลักษณะนี้ว่า การชุมนุมพร้อมกัน อย่างไรก็ตามหากการชุมนุมพร้อมกันนั้น ปรากฏว่าทั้งสองกลุ่ม มีเนื้อหาในการชุมนุมตอบโต้ หรือขัดแย้งกัน เป็นต้นว่า การชุมนุมทางการเมืองที่มีความเห็นต่างชั่วคราว หรือการชุมนุมสิ่งแวดล้อมที่มีความเห็นขัดแย้งกัน เรียกการชุมนุมรูปแบบนี้ว่า การชุมนุมตอบโต้ ทั้งนี้ ทุกรูปแบบการชุมนุมต้องเป็นการชุมนุมที่ดำเนินไปโดยสงบ

ด้านการดูแลการชุมนุมโดยเจ้าหน้าที่ตำรวจ

ไม่ว่าจะเป็นการชุมนุมที่มีการแจ้งหรือการชุมนุมที่ไม่มีการแจ้ง จะต้องมีการดูแลการชุมนุมเหมือนกัน อย่างไรก็ตาม กรณีการเดินทาง เจ้าหน้าที่จะต้องดูแลการชุมนุมเข้มงวดกว่าปกติ อาจมีการจำกัดเส้นทางได้ หรือมีการปิดถนนให้สามารถเดินทางได้เฉพาะบางส่วน

การดูแลการชุมนุมของเจ้าหน้าที่ตำรวจ แม้จะมีแนวปฏิบัติซึ่งเป็นคู่มือในการดูแลการชุมนุมสาธารณะที่สอดคล้องกับกฎหมายที่ให้อำนาจไว้ แต่การปฏิบัติเพื่อให้สอดคล้องกับสถานการณ์จริงย่อมต้องมีความแตกต่างในรายละเอียดซึ่งขึ้นอยู่กับการชุมนุมแต่ละรูปแบบที่เกิดขึ้น กล่าวคือ เมื่อมีการชุมนุมโดยสงบเกิดขึ้น เจ้าหน้าที่ตำรวจย่อมมีหน้าที่ที่จะต้องอำนวยความสะดวกในการชุมนุม และมีหน้าที่ที่ต้องไม่แทรกแซงเสรีภาพในการชุมนุม โดยทั้งสองหน้าที่นี้ ถือเป็นหัวใจหลักที่จะต้องเกิดขึ้นกับทุกรูปแบบการชุมนุม โดยการกระทำต่าง ๆ ต้องอยู่ภายใต้อำนาจที่กฎหมายกำหนดไว้ การชุมนุมโดยสงบนั้น กฎหมายอาจกำหนดให้ต้องมีการแจ้งก่อนการชุมนุม เจ้าหน้าที่ตำรวจย่อมต้องมีหน้าที่รับแจ้ง และต้องมีการจัดเตรียมสถานที่ให้เกิดความปลอดภัยในการชุมนุม ทั้งด้านพื้นที่ ด้านการจราจร เพื่อให้ประชาชนได้สามารถใช้สิทธิเสรีภาพของตนได้ตามปกติ อย่างไรก็ตาม หากไม่ได้แจ้งหรือขออนุญาตล่วงหน้าก่อนการชุมนุม ก็มีได้หมายความว่า เป็นการชุมนุมที่ไม่ได้รับการดูแลจากเจ้าหน้าที่ตำรวจ โดยการดูแลการชุมนุมในรูปแบบการชุมนุมโดยพลัน เจ้าหน้าที่ตำรวจจะต้องปฏิบัติต่อผู้ใช้สิทธิเสรีภาพเช่นเดียวกับการชุมนุมที่ได้มีการแจ้งการชุมนุมมาก่อน³⁴ กล่าวได้ว่า การชุมนุมที่ไม่ได้แจ้งล่วงหน้าไม่ได้หมายความว่าเจ้าหน้าที่ตำรวจจะลดระดับความเข้มข้นในการดูแลการชุมนุม ทั้งนี้ การชุมนุมโดยพลัน เมื่อมีลักษณะที่ไม่อาจแจ้งหรือขออนุญาตล่วงหน้าได้ เจ้าหน้าที่ตำรวจ

³⁴ Ibid, p.15

จะต้องดำเนินการให้ผู้จัดการชุมนุมและผู้ชุมนุมสามารถดำเนินการชุมนุมต่อไปได้ โดยอาจมีมาตรการในการดูแลการชุมนุมเพื่อรองรับการชุมนุมที่เกิดขึ้นโดยพลัน

ขณะที่การชุมนุมที่เกิดขึ้นพร้อมกันและการชุมนุมเพื่อการตอบโต้ เป็นการชุมนุมตั้งแต่สองกลุ่มเกิดขึ้นพร้อมกัน แต่มีจุดตัดในเรื่องเนื้อหาที่แสดงออก การดูแลการชุมนุมอาจมีความเหมือนกันในเรื่องการจัดกำลังดูแลความสงบเรียบร้อย และไม่แทรกแซงการชุมนุม อย่างไรก็ตาม เพื่อความปลอดภัยของผู้เข้าร่วมการชุมนุม และไม่กระทบต่อสิทธิเสรีภาพของผู้อื่น ในการชุมนุมเพื่อตอบโต้เจ้าหน้าที่ตำรวจต้องพิจารณาให้เกิดการชุมนุมแค่หนึ่งกลุ่มเกิดขึ้นเท่านั้น เป็นต้นว่าหากผู้ชุมนุมกลุ่มใดได้มีการแจ้งการชุมนุมก่อน เจ้าหน้าที่ตำรวจต้องอนุญาตให้กลุ่มที่มีการแจ้งก่อนดำเนินการชุมนุมต่อไปได้ ขณะที่การชุมนุมที่แจ้งหลังจำต้องสลายการชุมนุมไป³⁵

2.1.4 ข้อแตกต่างในการตรวจสอบดุลพินิจการดูแลการชุมนุมสาธารณะในแต่ละประเภท

การชุมนุมในแต่ละประเภทแม้มีลักษณะที่ในการชุมนุมที่แตกต่างกัน แต่การชุมนุมต่างตกอยู่ภายใต้การดูแลของเจ้าหน้าที่รัฐ คือ เจ้าหน้าที่ตำรวจ ในที่นี้ อาจแตกต่างกันในรายละเอียดของเจ้าหน้าที่ตำรวจ ซึ่งเป็นผู้ดูแลการชุมนุมสาธารณะ ได้แก่ ตำรวจทางปกครอง และตำรวจทางยุติธรรม ซึ่งในการชุมนุมสาธารณะที่เกิดขึ้นอาจเกิดขึ้นได้ทั้งสองประเภท ดังนั้น การพิจารณาถึงความแตกต่างของการตรวจสอบการดูแลการชุมนุมสาธารณะในหัวข้อนี้ จึงพิจารณาอำนาจของเจ้าหน้าที่ตำรวจทางปกครอง และเจ้าหน้าที่ตำรวจทางยุติธรรมในกรณีของการชุมนุม รวมถึงอำนาจของศาลในการตรวจสอบการใช้อำนาจของตำรวจทางปกครองและตำรวจทางยุติธรรม

(ก) ตำรวจทางปกครองเป็นกิจกรรมประเภทหนึ่งของฝ่ายปกครองที่มีขึ้นเพื่อควบคุมการใช้เสรีภาพของปัจเจกชน³⁶ เพื่อป้องกันไม่ให้เกิดความไม่สงบเรียบร้อยขึ้นในสังคม เป็นกรณีที่ฝ่ายปกครอง ดำเนินการบังคับหรือกำหนดให้ต้องปฏิบัติตาม เช่น การอนุญาต การอนุมัติหรือการไม่อนุมัติ เป็นต้น โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อการรักษาความสงบเรียบร้อยของสังคม หรือการใช้อำนาจในการป้องกัน³⁷ การนี้ ตำรวจทางปกครองอาจเป็นได้หลายกรณี เช่น กรณีตามพระราชบัญญัติการชุมนุมสาธารณะ คือ เจ้าหน้าที่ตำรวจ มีอำนาจออกคำสั่งห้ามการชุมนุม หรือการชุมนุมตามกฎหมาย

³⁵ Ibid.

³⁶ นันทวัฒน์ บรมานันท์, "บทที่ 8 การดำเนินกิจการของฝ่ายปกครอง" [ออนไลน์] เข้าถึงเมื่อ 10 กุมภาพันธ์ 2565. แหล่งที่มา: <http://public-law.net/publaw/view.aspx?id=1248> .

³⁷ เรื่องเดียวกัน.

ฝรั่งเศสกำหนดให้ ผู้ว่าราชการจังหวัด หรือนายกเทศมนตรีมีอำนาจในเรื่องที่เกี่ยวกับการชุมนุมสาธารณะหรือการเดินทาง

การรักษาความสงบเรียบร้อย หากพิจารณาถึงเสรีภาพในการชุมนุม ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย คือ ความมั่นคงของรัฐ ความปลอดภัยสาธารณะ ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน เหล่านี้เป็นเรื่องของความสงบเรียบร้อยของสังคม ซึ่งอาจยกตัวอย่างได้ เช่น เจ้าหน้าที่ตำรวจ กำหนดเงื่อนไขเรื่องเส้นทางในการขบวนของผู้ชุมนุม เพื่อความปลอดภัยสาธารณะอันเป็นการรักษาความสงบเรียบร้อย

การใช้อำนาจในการป้องกัน ซึ่งเป็นวัตถุประสงค์ประการหนึ่งของตำรวจทางปกครอง เช่น ในกรณีการชุมนุมสาธารณะ หากเจ้าหน้าที่ตำรวจ พบว่า การชุมนุมได้ดำเนินไปโดยไม่สงบหรือมีการพกพาอาวุธ อันทำให้การชุมนุมนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย เจ้าหน้าที่ตำรวจสามารถสั่งห้ามการชุมนุมได้ หรือการกำหนดเงื่อนไขเพื่อป้องกันการละเมิดสิทธิเสรีภาพของผู้อื่นหรือความเสียหายที่จะเกิดขึ้น

(ข) ตำรวจทางยุติธรรมทำหน้าที่ปราบปรามความผิดที่เกิดขึ้นแล้วในสังคมและนำผู้กระทำความผิดมาลงโทษ³⁸ ตำรวจทางยุติธรรมสามารถเกิดขึ้นได้ในกรณีที่ผู้ชุมนุมได้กระทำความผิด อันส่งผลให้เจ้าหน้าที่ตำรวจต้องเข้าสลายการชุมนุม การนี้เจ้าหน้าที่ตำรวจมีอำนาจในการจับกุม คั่น ยึด อาวุธหรือร่องรอยทรัพย์สินที่ใช้หรือมีไว้เพื่อใช้ในการชุมนุมสาธารณะได้³⁹ การกระทำเหล่านี้เป็นการกระทำของตำรวจทางยุติธรรม ซึ่งแตกต่างกับตำรวจทางปกครองที่เป็นการใช้อำนาจเพื่อป้องกันไม่ให้เกิดความไม่สงบเรียบร้อย

แม้ในการชุมนุมที่เกิดขึ้น เจ้าหน้าที่ตำรวจจะมีบทบาททั้งด้านตำรวจทางปกครองและตำรวจทางยุติธรรมในการดูแลการชุมนุมสาธารณะ แต่การตรวจสอบการใช้อำนาจย่อมมีความแตกต่างกัน กล่าวคือ ขั้นตอนใดเป็นการกระทำตามที่ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา กำหนดให้อำนาจเจ้าหน้าที่ตำรวจดังกล่าวไว้เป็นการเฉพาะโดยตรง การกระทำนั้นก็ย่อมอยู่ในอำนาจการควบคุมตรวจสอบของศาลยุติธรรม แต่หากการกระทำนั้นเป็นการกระทำที่เจ้าหน้าที่ตำรวจ

³⁸ ศิวพร โพธิวิทย์, "ตำรวจทางปกครอง" [ออนไลน์] เข้าถึงเมื่อ 10 กุมภาพันธ์ 2565. แหล่งที่มา: <http://site.bsru.ac.th/padm/wp-content/uploads/2021/03/%E0%B8%95%E0%B8%B3%E0%B8%A3%E0%B8%A7%E0%B8%88%E0%B8%97%E0%B8%B2%E0%B8%87%E0%B8%9B%E0%B8%81%E0%B8%84%E0%B8%A3%E0%B8%AD%E0%B8%87-%E0%B8%AD.%E0%B8%A8%E0%B8%B4%E0%B8%A7%E0%B8%9E%E0%B8%A3.pdf> .

³⁹ พระราชบัญญัติการชุมนุมสาธารณะ พ.ศ.2558 มาตรา 24.

กระทำนอกเหนือหรือมิได้กระทำตามที่กำหนดไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา และเข้าหลักเกณฑ์เป็นการกระทำละเมิดหรือความผิดอย่างอื่นตามมาตรา 9 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 การกระทำนั้นอยู่ในอำนาจควบคุมตรวจสอบของศาลปกครอง⁴⁰

จึงกล่าวสรุปได้ว่า เรื่องการดูแลการชุมนุมสาธารณะไม่ว่าจะเป็นแจ้งการชุมนุม หรือการกำหนดเงื่อนไขในเรื่องเวลา สถานที่ รูปแบบ และเนื้อหาในการชุมนุม หรือการสั่งห้ามการชุมนุมเป็นการดำเนินการของเจ้าหน้าที่ตำรวจ ตามกฎหมายการชุมนุมสาธารณะ ซึ่งเป็นการกระทำที่นอกเหนือประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา และเป็นเรื่องพิพาทที่เข้าหลักเกณฑ์การพิจารณาคดีทางปกครอง จึงเป็นเรื่องของตำรวจปกครอง อยู่ในอำนาจการตรวจสอบของศาลปกครอง แต่หากเป็นการดูแลการชุมนุมในกรณีที่เกี่ยวข้องเนื่องการกระทำเพื่อให้ได้ตัวผู้กระทำความผิดมาลงโทษทางอาญา เช่น การจับกุม การสอบสวน การสั่งฟ้องหรือไม่ฟ้อง เป็นต้น และเป็นการดำเนินคดีทางอาญา การปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ตำรวจอยู่ในอำนาจควบคุมตรวจสอบของศาลยุติธรรม ทั้งนี้ การตรวจสอบดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ตำรวจที่เกี่ยวข้องกับงานวิจัยชิ้นนี้ คือ ดุลพินิจของตำรวจทางปกครอง โดยจะพิจารณาต่อไปในหัวข้อการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจโดยองค์กรตุลาการ

ดังนั้น รูปแบบการชุมนุมแต่ละรูปแบบนั้น ถือว่าเป็นการชุมนุมโดยสงบที่ถูกรับรองตามหลักสากลและสามารถกระทำได้โดยได้รับความคุ้มครองจากรัฐ การดูแลการชุมนุมสาธารณะแต่ละรูปแบบจะต้องมีความแตกต่างกัน และไม่ว่าอย่างไรก็ตามเจ้าหน้าที่ตำรวจจะต้องมีหน้าที่ในการดูแลการชุมนุมสาธารณะที่ดำเนินไปโดยสงบและปราศจากอาวุธภายใต้การคุ้มครองของ ICCPR ตามมาตรา 21 เสมอ นอกจากนี้การใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ตำรวจในการดูแลการชุมนุมสาธารณะ ย่อมจะต้องถูกตรวจสอบการใช้ดุลพินิจโดยองค์กรตุลาการได้

2.2 การดูแลการชุมนุมสาธารณะตามหลักสากล

หัวข้อนี้จะศึกษาหลักการพื้นฐานตามหลักสากลที่เกี่ยวข้องกับการชุมนุมสาธารณะ โดยเริ่มจากปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนของสหประชาชาติ และแนวคิดว่าด้วยการรับรองเสรีภาพในการชุมนุมสาธารณะตามกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ค.ศ. 1966 ซึ่งจะอธิบายถึง การชุมนุมสาธารณะในสภาวะปกติ และสถานการณ์ฉุกเฉิน ภายใต้กรอบของกติกา

⁴⁰ ชัยวิมล เสมาทอง, "คดีปกครองเกี่ยวกับการใช้อำนาจตำรวจในกระบวนการสอบสวน" (วิทยานิพนธ์ปริญญา มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, 2553), หน้า 53.

สากลระหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ค.ศ.1966 หลักปฏิบัติสำหรับเจ้าหน้าที่บังคับใช้กฎหมาย (Code of Conduct for Law Enforcement Officials) และหลักการพื้นฐานว่าด้วยการใช้กำลังและอาวุธโดยเจ้าหน้าที่บังคับใช้กฎหมาย (Basic Principles on the Use of Force and Firearms by Law Enforcement Officials) ซึ่งรัฐจะต้องปฏิบัติให้สอดคล้องกับหลักสากลเหล่านี้ เพื่อเป็นเครื่องยืนยันถึงการดูแลการชุมนุมสาธารณะที่ถูกต้อง รวมทั้ง อนุสัญญายุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชน โดยในความเห็นทั่วไปฉบับที่ 37 (General comment 37) ภายใต้กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ค.ศ. 1966 ได้ใช้คำพิพากษาของศาลสิทธิมนุษยชนมาเป็นแนวปฏิบัติให้รัฐภาคีปฏิบัติให้อยู่ไม่น้อย ซึ่งไม่ว่าความเห็นทั่วไปฉบับที่ 37 (General comment 37) แนวทางปฏิบัติของหลักสากล หรือคำพิพากษาของศาลสิทธิมนุษยชนยุโรป แม้จะไม่สามารถนำมาบังคับใช้ได้โดยตรงกับกฎหมายภายในประเทศไทย แต่ยังคงสามารถนำมาเป็นเอกสารหรือเป็นรูปแบบความเห็นของผู้เชี่ยวชาญในการวางกรอบการใช้ดุลพินิจ และการตีความการใช้กฎหมายการดูแลการชุมนุมสาธารณะภายในประเทศได้

นอกจากนี้ หากพิจารณารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยแล้ว จะพบว่า มาตรา 44 ได้รับรองเสรีภาพในการชุมนุมที่สอดคล้องกับกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง กล่าวคือ เสรีภาพในการชุมนุม โดยหลัก หากได้ดำเนินไปโดยสงบและปราศจากอาวุธ ย่อมได้รับการคุ้มครองตามกฎหมาย ทั้งนี้ การใช้เสรีภาพในการชุมนุมสามารถถูกจำกัดได้ในลักษณะที่เหมือนกัน โดยอาศัยอำนาจตามกฎหมาย กล่าวคือ เพื่อรักษาความมั่นคงของรัฐ ความปลอดภัยสาธารณะ ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือเพื่อคุ้มครองสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลอื่น⁴¹ ซึ่งเงื่อนไขเหล่านี้เป็นการจำกัดเสรีภาพในการชุมนุมที่ปรากฏอยู่ใน ICCPR ทั้งสิ้น จึงกล่าวได้ว่ารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย บัญญัติรับรองเสรีภาพในการชุมนุมที่มีเจตนารมณ์สอดคล้องกับหลักสากล ดังนั้น การดูแลการชุมนุมสาธารณะที่เกิดขึ้นในประเทศจึงมีความจำเป็นจะต้องมีการใช้ดุลพินิจและตีความกฎหมายไปในทิศทางเดียวกับหลักสากล ในการเริ่มต้นการศึกษาหลักการดูแลการชุมนุมสาธารณะ จึงจำเป็นต้องศึกษาหลักการและแนวคิดของหลักสากลเป็นประการ โดยจะกล่าวได้ดังต่อไปนี้

⁴¹ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา 44 วรรคสอง

2.2.1 ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนของสหประชาชาติ

สหประชาชาติ คือองค์การระหว่างประเทศที่ก่อตั้งขึ้นอย่างเป็นทางการเมื่อวันที่ 24 ตุลาคม พ.ศ. 2488 หลังสิ้นสุดสงครามโลกครั้งที่สอง ปัจจุบันสหประชาชาติมีประเทศสมาชิกทั้งหมด 193 ประเทศ⁴² โดยมีจุดประสงค์เพื่อธำรงไว้ซึ่งสันติภาพและความมั่นคงระหว่างประเทศ ความสัมพันธ์ฉันมิตรระหว่างประชาชาติ โดยเคารพหลักการแห่งสิทธิเท่าเทียมกัน และการกำหนดเจตจำนงของตนเอง โดยเฉพาะเพื่อให้แก้ปัญหาระหว่างประเทศทางเศรษฐกิจ สังคม วัฒนธรรมหรือมนุษยธรรม และการส่งเสริมสนับสนุนการเคารพสิทธิมนุษยชนและอิสรภาพสำหรับทุกคน โดยไม่เลือกปฏิบัติในเรื่องเชื้อชาติ เพศ ภาษาหรือศาสนา และเป็นศูนย์กลางสำหรับประสานการดำเนินงานของประชาชาติทั้งหลายให้กลมกลืนกัน⁴³ นอกจากนี้ยังให้โอกาสประเทศต่าง ๆ สร้างดุลยภาพแห่งการพึ่งพาอาศัยกันและรักษาผลประโยชน์ชาติ กรณีที่เกิดปัญหาระหว่างประเทศไม่ว่าปัญหาด้านเศรษฐกิจ สังคม วัฒนธรรม จะให้ความสำคัญต่อมนุษยชน และเป็นศูนย์กลางในความร่วมมือกันเพื่อเป้าหมายต่าง ๆ ซึ่งสามารถอธิบายได้จาก แนวคิดว่าด้วยการรับรองเสรีภาพในการชุมนุมสาธารณะตามกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ค.ศ.1966

2.2.2 แนวคิดว่าด้วยการรับรองเสรีภาพในการชุมนุมสาธารณะตามกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ค.ศ. 1966

กติกาสากระหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ค.ศ.1966 ได้บัญญัติรับรองเกี่ยวกับเสรีภาพในการชุมนุมไว้ในข้อ 21 คือ

“สิทธิในการชุมนุมโดยสงบย่อมได้รับการรับรอง การจำกัดการใช้สิทธินี้จะกระทำมิได้นอกจากกำหนดโดยกฎหมาย และเพียงเท่าที่จำเป็นสำหรับสังคมประชาธิปไตย เพื่อประโยชน์แห่งความมั่นคงของชาติ หรือความปลอดภัย ความสงบเรียบร้อย การสาธารณสุข หรือศีลธรรมของประชาชน หรือการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของบุคคลอื่น”

ทั้งนี้ ตามข้อ 4 (1) ได้บัญญัติข้อยกเว้นในสถานการณ์ฉุกเฉินไว้คือ

⁴² กรมองค์การระหว่างประเทศ กระทรวงการต่างประเทศ, "สหประชาชาติ" [ออนไลน์] เข้าถึงเมื่อ 13 มกราคม 2565. แหล่งที่มา: <https://thai-inter-org.mfa.go.th/th/page/%E0%B8%9B%E0%B8%A3%E0%B8%B0%E0%B8%A7%E0%B8%B1%E0%B8%95%E0%B8%B4%E0%B8%AD%E0%B8%87%E0%B8%84%E0%B9%8C%E0%B8%81%E0%B8%B2%E0%B8%A3%E0%B8%AA%E0%B8%AB%E0%B8%9B%E0%B8%A3%E0%B8%B0%E0%B8%8A%E0%B8%B2%E0%B8%8A%E0%B8%B2%E0%B8%95%E0%B8%B4?menu=5d6bb81015e39c3c8c005d48>.

⁴³ เรื่องเดียวกัน.

“อย่างไรก็ตามในสภาวะฉุกเฉินสาธารณะซึ่งคุกคามความอยู่รอดของชาติและได้มีการประกาศภาวะนั้นอย่างเป็นทางการแล้ว รัฐแห่งกติกานี้อาจใช้มาตรการที่เป็นการเลียงพันธกรณีของตนภายใต้กติกานี้ได้เพียงเท่าที่จำเป็นตามความฉุกเฉินของสถานการณ์”

ดังนั้น จากการบัญญัติรับรองเสรีภาพในการชุมนุมของกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมืองนั้น สามารถแบ่งแยกเสรีภาพในการชุมนุมโดยสงบออกเป็น 2 ช่วงเวลา คือ ช่วงเวลาภายใต้สภาวะปกติ และช่วงเวลาภายใต้สถานการณ์ฉุกเฉิน⁴⁴

2.2.2.1 การรับรองเสรีภาพในการชุมนุมภายใต้สภาวะปกติ

ช่วงเวลาสภาวะปกติ คือ ช่วงเวลาที่บ้านเมืองอยู่ความสงบเรียบร้อย ไม่ได้มีภัยสงครามหรือภัยจลาจลต่าง ๆ เกิดขึ้น ในช่วงนี้ประชาชนที่เข้าร่วมการชุมนุมจะได้รับการรับรองสิทธิเสรีภาพอย่างเต็มที่ตามที่กติการะหว่างประเทศได้กำหนดไว้ รัฐสามารถที่จำกัดเสรีภาพในการชุมนุมได้ภายใต้มาตรา 21 ประกอบกับความเห็นทั่วไปฉบับที่ 37 (General Comment 37) คือ

1). เพื่อประโยชน์แห่งความมั่นคงของชาติ

การจะอ้างความมั่นคงของรัฐในการจำกัดสิทธิเสรีภาพ ต้องเป็นไปเพื่อปกป้องความเป็นอยู่ของรัฐ บุรณภาพของรัฐ และอำนาจอธิปไตยทางการเมืองจากภัยอันตรายที่น่าเชื่อว่าจะเกิดขึ้นจริงหรือจากการใช้กำลัง⁴⁵ อย่างไรก็ตาม ในสถานการณ์ฉุกเฉิน หลักการสิราคูซ่า (The Siracusa Principles on Limitation and Derogation Provision in The International Covenant on Political Rights 1985) ข้อ 39 ในเรื่องข้อจำกัดและการเลียงหรือระงับการปฏิบัติตามพันธกรณี ICCPR ได้กำหนดลักษณะของสถานการณ์ฉุกเฉินว่า ต้องเป็นภัยคุกคามต่อการดำรงอยู่ของรัฐ ซึ่งสถานการณ์เหล่านี้จะต้องเกิดขึ้นจริงหรือใกล้จะถึง และร้ายแรงถึงขนาดที่จะ 1). กระทบต่อประชาชนทั้งหมด หรือพื้นที่บางส่วนหรือทั้งหมดของรัฐ 2). เป็นภัยต่อความปลอดภัยทางกายภาพของประชาชน ความเป็นอิสระทางการเมือง หรือบุรณภาพของรัฐ หรือความเป็นอยู่หรือการทำงานของสถาบันที่จำเป็นต่อการคุ้มครองและประกันสิทธิภายใต้ ICCPR

⁴⁴ พอทัย สิทธิยศ, "การจำกัดสิทธิในการชุมนุมโดยสงบภายใต้กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ค.ศ.1966" (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทนิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553), หน้า 43.

⁴⁵ International Covenant on Civil and Political Rights, "General Comment No.37 on the Right of Peaceful Assembly.", para 42. , The Siracusa Principles on Limitation and Derogation Provision in the International Covenant on Political Rights 1985, Article 29.

การนี้รัฐจะใช้มาตรการตามข้อ 4 แห่ง ICCPR ได้ต่อเมื่อภาวะฉุกเฉินนั้นเป็นภัยคุกคามต่อประเทศชาติโดยรวม และภัยคุกคามนั้นจะต้องเกิดขึ้นจริงหรือใกล้จะเกิดมากกว่าการคาดคะเนหรือสันนิษฐานเท่านั้น

2). ความปลอดภัยของสาธารณะ

การจำกัดเสรีภาพในการชุมนุมโดยสงบได้โดยอ้างความปลอดภัยสาธารณะได้ ต่อเมื่อสามารถพิสูจน์ได้ว่า การชุมนุมนั้นก่อให้เกิดอันตรายอย่างมีนัยสำคัญต่อความปลอดภัยของบุคคลหรือความเสียหายที่คล้ายคลึงกันต่อความเสียหายอย่างร้ายแรงต่อทรัพย์สิน⁴⁶ โดยการปกป้องความปลอดภัยของบุคคลจากอันตรายเพื่อให้เขามีชีวิตอยู่ หรือร่างกาย หรือความเสียหายอย่างร้ายแรงต่อทรัพย์สิน

3). เพื่อความสงบเรียบร้อยของสังคมหรือบ้านเมือง

ความสงบเรียบร้อยของประชาชน หมายถึง กฎเกณฑ์ต่าง ๆ ที่ถูกบัญญัติขึ้นเพื่อประกันว่าสังคมจะดำเนินไปอย่างปกติสุข และหลักการพื้นฐานต่าง ๆ ที่สังคมได้ก่อตั้งขึ้นซึ่งเคารพสิทธิมนุษยชน อันหมายถึงความรวมถึง สิทธิเสรีภาพในการชุมนุมโดยสงบ เหตุนี้รัฐจึงไม่อาจที่จะอ้างความสงบเรียบร้อย ซึ่งมีความหมายคลุมเครือเพื่อจำกัดสิทธิเสรีภาพในการชุมนุมได้อย่างกว้างขวาง⁴⁷ อีกทั้ง การเคารพสิทธิมนุษยชนเป็นส่วนหนึ่งของความสงบเรียบร้อยของประชาชน ซึ่งในบางกรณีการชุมนุมโดยสงบอาจส่งผลกระทบต่อความสงบเรียบร้อยได้เป็นปกติ ทำให้รัฐจำเป็นต้องใช้ความอดทนอดกลั้น โดยกฎหมายภายในไม่ควรถูกใช้โดยมิชอบเพื่อจำกัดการชุมนุมโดยสงบ⁴⁸

4). เพื่อปกป้องสาธารณสุขและศีลธรรมอันดีของประชาชน

การอ้างเหตุนี้ในการจำกัดสิทธิเสรีภาพ ต้องเป็นไปเพื่อรับมือกับภัยคุกคามอย่างร้ายแรงต่อสุขภาพของประชาชนภายในประเทศ ซึ่งมาตรการต่าง ๆ ที่รัฐออกมาใช้เพื่อจำกัดเสรีภาพในการชุมนุม ต้องมีลักษณะจำเพาะเจาะจงต่อการป้องกันการบาดเจ็บ หรือเพื่อรักษาโรคภัย⁴⁹ ทั้งนี้เป็นเรื่องที่อาจขึ้นได้ไม่มากนัก เช่น กรณีมีแพร่ระบาดของโรคติดต่อ และการชุมนุมรวมกลุ่มกันซึ่งอาจก่อให้เกิดอันตรายได้ การยกเหตุเรื่องขึ้นมาใช้ในการจำกัดเสรีภาพในการชุมนุมได้ จะต้องปรากฏ

⁴⁶ Ibid. para 43.

⁴⁷ Ibid., para 44.

⁴⁸ Ibid.

⁴⁹ พอททัย สิทธิยศ, "การจำกัดสิทธิในการชุมนุมโดยสงบภายใต้กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ค.ศ.1966," หน้า 54.

ว่า เป็นกรณีที่มีความร้ายแรงอย่างมาก ซึ่งจะต้องส่งผลให้ชุมนุมอาจจะเกิดความเสียด้านสุขภาพต่อสาธารณชนหรือต่อตัวผู้ชุมนุมเอง⁵⁰

ในเรื่องศีลธรรมอันดีของประชาชน ต้องไม่เป็นเพื่อการปกป้องหรือตีความศีลธรรมที่มีพื้นฐานมาจากขนบธรรมเนียมทางสังคม ประชญา หรือศาสนาใดศาสนาเดี่ยวนั้น⁵¹ ดังนั้น การจำกัดสิทธิใด ๆ นั้นต้องแสดงให้เห็นถึง ความต้องการรักษาไว้ซึ่งคุณค่าพื้นฐานของสังคมนั้น ขอบเขตการพิจารณาต้องอยู่ภายใต้หลักการไม่เลือกปฏิบัติ หลักสิทธิมนุษยชน และหลักพหุนิยม⁵²

5). เพื่อคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคลอื่น

สิทธิเสรีภาพของผู้อื่น หมายความว่ารวมถึง สิทธิและชื่อเสียงของการบุคคลอื่นที่ไม่ได้เข้าร่วมการชุมนุมด้วย การใช้ข้ออ้างตามข้อนี้สามารถขยายถึงสิทธิเสรีภาพอื่นที่ได้รับความคุ้มครองในการรับรองตามกติกาได้ด้วย ทั้งนี้ การจำกัดสิทธิเสรีภาพเพื่อคุ้มครองสิทธิและชื่อเสียงของบุคคลอื่นไม่รวมถึงการแสดงความคิดเห็นหรือการวิพากษ์วิจารณ์รัฐหรือเจ้าหน้าที่รัฐ⁵³ กล่าวคือ การวิพากษ์วิจารณ์การปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่รัฐ แม้เป็นการกระทำที่กระทบต่อสิทธิและชื่อเสียงของเจ้าหน้าที่รัฐผู้ใด ก็ย่อมสามารถกระทำได้ อย่างไรก็ตาม การชุมนุมโดยการใช้พื้นที่สาธารณะหรือพื้นที่อื่นโดยชอบธรรมนั้น และอาจส่งผลกระทบต่อการบุคคลอื่นในพื้นที่ ผลกระทบเหล่านั้นต้องได้รับการประนีประนอม เว้นแต่ ผลกระทบดังกล่าวสร้างภาระหรือความเสียหายโดยไม่ได้สัดส่วนกับการใช้เสรีภาพ⁵⁴ การนี้เจ้าหน้าที่รัฐต้องพิสูจน์ถึงความชอบธรรมในการจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชน

อย่างไรก็ดี นอกจากเหตุทั้ง 5 ประการข้างต้นแล้ว ยังปรากฏเงื่อนไขในการจำกัดเสรีภาพในการชุมนุมอีกประการหนึ่ง คือ การจำกัดเพียงจำเป็นสำหรับสังคมประชาธิปไตยและได้สัดส่วน หมายถึง การจำกัดเสรีภาพในการชุมนุมต้องมีความจำเป็นและได้สัดส่วนบนพื้นฐานในบริบทสังคมประชาธิปไตย⁵⁵

⁵⁰ International Covenant on Civil and Political Rights, "General Comment No.37 on the Right of Peaceful Assembly.",para 45.

⁵¹ Ibid. para 46.

⁵² International Covenant on Civil and Political Rights, "General Comment No.34 on Freedom of Opinion and Expression (Article 19)," (2011). , para 32.

⁵³ พอททัย สิทธิยศ, "การจำกัดสิทธิในการชุมนุมโดยสงบภายใต้กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ค.ศ.1966," หน้า 54.

⁵⁴ International Covenant on Civil and Political Rights, "General Comment No.37 on the Right of Peaceful Assembly." para 47.

⁵⁵ Ibid. para 40

การพิจารณาถึง “ความจำเป็น” ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปได้มีการตีความในทิศทางเดียวกัน คือ⁵⁶

1. ต้องตอบสนองต่อความต้องการของสังคม
2. มีความได้สัดส่วนกับเป็นไปตามวัตถุประสงค์ของกฎหมาย และ
3. การให้เหตุผลของเจ้าหน้าที่รัฐต้องสอดคล้องกับเหตุแห่งการจำกัดเสรีภาพและมีน้ำหนักเพียงพอ

ดังนั้น การใช้มาตรการใดในจำกัดสิทธิเสรีภาพเพื่อการดูแลการชุมนุมสาธารณะไม่ว่าจะเป็นไปเพื่อประโยชน์ความมั่นคงของชาติ เพื่อความปลอดภัยสาธารณะ เพื่อความสงบเรียบร้อยของสังคมหรือบ้านเมือง เพื่อปกป้องสาธารณสุขและศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือเพื่อคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคลอื่น เจ้าหน้าที่ตำรวจจะต้องพิจารณาว่ามาตรการนั้นมีความจำเป็นสำหรับสังคมประชาธิปไตยหรือไม่ หากปรากฏว่ามีความจำเป็น จึงพิจารณาต่อว่ามาตรการนั้นได้สัดส่วนหรือไม่ จึงจะเป็นการใช้มาตรการที่ไม่จำกัดเสรีภาพในการชุมนุมมากเกินไป และเป็นการดูแลการชุมนุมสาธารณะตามหลักสากล

กล่าวโดยสรุป การจำกัดเสรีภาพในการชุมนุมภายใต้สภาวะปกติตามข้อ 21 นั้น เป็นไปเพื่อความสงบเรียบร้อยของสังคม ซึ่งบุคคลแต่ละคนต้องคำนึงถึงสิทธิเสรีภาพของผู้อื่น ความปลอดภัยสาธารณะ ความมั่นคงของรัฐ รวมไปถึงเรื่องสาธารณสุขด้วย โดยการชุมนุมที่มีผู้ร่วมการชุมนุมจำนวนมาก โดยเฉพาะการชุมนุมที่มีขนาดใหญ่อาจก่อให้เกิดผลกระทบต่อสังคม การนี้รัฐจะต้องมีการพิจารณาจำกัดเสรีภาพในการชุมนุมภายใต้ขอบเขตของข้อ 21 อันหมายถึง การใช้อำนาจโดยชอบด้วยกฎหมาย และคำนึงถึงหลักความจำเป็นสำหรับสังคมประชาธิปไตยและได้สัดส่วนในการออกคำสั่งเพื่อจำกัดเสรีภาพในการชุมนุม

2.2.2.2 การรับรองเสรีภาพในการชุมนุมภายใต้สถานการณ์ฉุกเฉิน

ช่วงเวลาสถานการณ์ฉุกเฉิน คือ ช่วงเวลาที่บ้านเมืองไม่อยู่ในความสงบเรียบร้อย เช่น การมีภัยสงครามหรือจลาจลเกิดขึ้น หรือการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉิน อย่างไรก็ตาม ความเห็นทั่วไปฉบับที่ 29 ได้ยกตัวอย่างเหตุที่จะทำให้รัฐสามารถออกข้อจำกัดไว้ 3 ประการ คือ ภัยธรรมชาติ

⁵⁶ Kasparov and other v. Russia App NO.21613/07 (ECtHR, 3 October 2013) อ้างถึงใน พัชร นิยมศิลป์, "การจำกัดเสรีภาพในการชุมนุมโดยสงบในประเทศไทย," วารสารกฎหมายจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย 39, 1 (มีนาคม 2564): 48.

การเดินขบวนครั้งใหญ่ซึ่งต้องปรากฏถึงความรุนแรง และอุบัติเหตุใหญ่ทางด้านอุตสาหกรรม⁵⁷ ในช่วงเวลานี้ประชาชนย่อมต้องถูกจำกัดสิทธิเสรีภาพบางประการได้ การจำกัดเสรีภาพนั้นกระทำได้ เพียงแต่เฉพาะเท่าที่จำเป็นเท่านั้น ปรากฏตามข้อ 4 (1) แห่งกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ซึ่งได้บัญญัติข้อยกเว้นในสถานการณ์ฉุกเฉินไว้ คือ

“อย่างไรก็ตามในสภาวะฉุกเฉินสาธารณะ ซึ่งคุกคามความอยู่รอดของชาติและได้มีการประกาศภาวะนั้นอย่างเป็นทางการแล้ว รัฐแห่งกติกานี้อาจใช้มาตรการที่เป็นการเลียงพันธกรณีของตนภายใต้กติกานี้ได้เพียงเท่าที่จำเป็นตามความฉุกเฉินของสถานการณ์...”⁵⁸

ในการอ้างการจำกัดสิทธิเสรีภาพในช่วงเวลาสถานการณ์ฉุกเฉินตาม ข้อ 4 นี้ ไม่สามารถอ้างตามอำเภอใจ และไม่อาจจะจำกัดสิทธิเสรีภาพเพื่อวัตถุประสงค์อย่างอื่น นอกเหนือจากการขจัดภัยอันตรายต่อความอยู่รอดของรัฐ หมายความว่า ต้องเป็นภัยคุกคามต่อการดำรงอยู่ของรัฐ ซึ่งสถานการณ์เหล่านี้จะต้องเกิดขึ้นจริงหรือใกล้จะถึง และร้ายแรงถึงขนาดที่จะ 1). กระทบต่อประชาชนทั้งหมด หรือพื้นที่บางส่วนหรือทั้งหมดของรัฐ 2). เป็นภัยต่อความปลอดภัยทางกายภาพของประชาชน ความเป็นอิสระทางการเมือง หรือบูรณภาพของรัฐ หรือความเป็นอยู่หรือการทำงานของสถาบันที่จำเป็นต่อการคุ้มครองและประกันสิทธิภายใต้ ICCPR⁵⁹ ดังนั้น การใช้สิทธิเสรีภาพใดที่มีได้เป็นอุปสรรคในการรักษาไว้ซึ่งการอยู่รอดของรัฐ รัฐก็ไม่อาจจำกัดได้เลย ทั้งนี้ หากการเดินขบวนครั้งใหญ่แต่ดำเนินไปโดยสงบและปราศจากอาวุธ ย่อมไม่อาจที่จะยกขึ้นเป็นเหตุให้ประกาศสถานการณ์ฉุกเฉิน⁶⁰

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY

⁵⁷ International Covenant on Civil and Political Rights, "States of Emergency (Article 4)," (2001)., para 5.

⁵⁸ International Covenant on Civil and Political Rights, Article 4

“(1) In time of public emergency which threatens the life of the nation and the existence of which is officially proclaimed, the States Parties to the present Covenant may take measures derogating from their obligations under the present Covenant to the extent strictly required by the exigencies of the situation, ...”

⁵⁹ The Siracusa Principles on Limitation and Derogation Provision in the International Covenant on Political Rights 1985, Article 39.

⁶⁰ International Covenant on Civil and Political Rights, "States of Emergency (Article 4).", para 5.

2.2.3 หลักปฏิบัติสำหรับเจ้าหน้าที่บังคับใช้กฎหมาย (Code of Conduct for Law Enforcement Officials)

หลักการนี้ได้กำหนดกรอบการปฏิบัติงานของผู้บังคับใช้กฎหมาย (Law Enforcement Officials) ไว้ในมาตรา 2⁶¹ การปฏิบัติหน้าที่ของผู้บังคับใช้กฎหมาย ต้องเคารพและคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์และสิทธิมนุษยชนของบุคคลทุกคน ซึ่งมาตรา 3⁶² ได้กำหนดกรอบการใช้กำลัง (Use of Force) ของเจ้าหน้าที่รัฐว่า ให้กระทำได้เฉพาะกรณีจำเป็นอย่างยิ่งและเพื่อประโยชน์ในการปฏิบัติหน้าที่เท่านั้น จึงเห็นได้ชัดว่า การใช้กำลังของเจ้าหน้าที่ของรัฐเป็นข้อยกเว้นเท่านั้น ทั้งนี้ มาตรการที่ใช้จะต้องไม่เกินกว่าเหตุและได้สัดส่วนด้วย⁶³ อย่างไรก็ตาม แม้หลักปฏิบัติสำหรับเจ้าหน้าที่บังคับใช้กฎหมายของสหประชาชาติ ได้กำหนดกรอบการใช้กำลังของเจ้าหน้าที่รัฐไว้แล้ว แต่ยังคงเป็นปัญหาในเรื่องการนำมาใช้ นั่นคือ เป็นการกำหนดกรอบไว้อย่างกว้าง ดังนั้น จึงได้มีการรับรองหลักการพื้นฐานว่าด้วยการใช้กำลังและอาวุธโดยเจ้าหน้าที่บังคับใช้กฎหมาย (Basic Principles on the Use of Force and Firearms by Law Enforcement Officials) ซึ่งมีการกำหนดรายละเอียดเพิ่มเติมมากขึ้น

2.2.4 หลักการพื้นฐานว่าด้วยการใช้กำลังและอาวุธโดยเจ้าหน้าที่บังคับใช้กฎหมาย (Basic Principles on the Use of Force and Firearms by Law Enforcement Officials)

หลักการพื้นฐานว่าด้วยการใช้กำลังและอาวุธโดยเจ้าหน้าที่บังคับใช้กฎหมาย ได้กำหนดรายละเอียดเกี่ยวกับหลักการชุมนุมสาธารณะไว้ในข้อ 12-14 โดยปกติแล้วประชาชนย่อมมีสิทธิเสรีภาพในการเข้าร่วมการชุมนุมสาธารณะ ดังนั้นการใช้กำลังของเจ้าหน้าที่ตำรวจของรัฐ จึงต้องตระหนักว่าการใช้กำลังและอาวุธควรเป็นไปอย่างจำกัด กล่าวคือ

1. หากเป็นการชุมนุมที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย แต่ไม่ได้ก่อให้เกิดความรุนแรง เจ้าหน้าที่ของรัฐต้องหลีกเลี่ยงการใช้กำลัง เว้นแต่ไม่สามารถหลีกเลี่ยงได้ก็ให้ใช้ได้เท่าที่จำเป็น

⁶¹ Code of Conduct for Law Enforcement Officials, Article 2

"In the performance of their duty, law enforcement officials shall respect and protect human dignity and maintain and uphold the human rights of all persons."

⁶² International Covenant on Civil and Political Rights, Article 3

"Law enforcement officials may use force only when strictly necessary and to the extent required for the performance of their duty."

⁶³ ปกรณ์ นิลประพันธ์, "หลักสากลในการใช้กำลังและอาวุธของเจ้าหน้าที่ของรัฐในการยุติการชุมนุมสาธารณะที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย" [ออนไลน์] เข้าถึงเมื่อ 23 สิงหาคม 2564. แหล่งที่มา: <http://public-law.net/publaw/view.aspx?id=1872>

2. ถ้าในการชุมนุมที่ก่อให้เกิดความรุนแรง เจ้าหน้าที่รัฐอาจใช้อาวุธได้ หากปรากฏว่าไม่สามารถใช้วิธีการอื่นได้แล้ว โดยใช้เพียงเท่าที่จำเป็นเช่นเดียวกัน

ทั้งนี้การใช้อาวุธตามหลัก Basic Principle on the Use of Force and Firearm by Law ยังกำหนดเพิ่มเติมอีกว่า เจ้าหน้าที่รัฐต้องไม่ใช้อาวุธต่อบุคคลอื่น เว้นแต่เพื่อวัตถุประสงค์ดังต่อไปนี้⁶⁴

- เพื่อป้องกันตนเองหรือผู้อื่นให้พ้นจากภัยอันตรายร้ายแรงต่อร่างกายหรือชีวิต
- เพื่อป้องกันมิให้เกิดการกระทำความผิดอาญาร้ายแรงที่อาจก่อให้เกิดอันตรายต่อชีวิต
- เพื่อจับกุมผู้ที่กระทำอันเป็นอันตรายหรือต่อสู้อำนาจหน้าที่หรือเพื่อป้องกันมิให้ผู้กระทำความผิดหลบหนี

อย่างไรก็ตาม การใช้กำลังเพื่อวัตถุประสงค์ข้างต้นต้องเป็นกรณีปรากฏให้เห็นได้ว่าไม่สามารถใช้มาตรการอื่นได้แล้ว

2.2.5 อนุสัญญายุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (The European Convention on Human Rights: ECHR)

ในด้านการคุ้มครองเรื่องสิทธิและเสรีภาพในการชุมนุมนั้นแม้มีกฎหมายหลายฉบับที่เกี่ยวข้องแต่กฎหมายที่มีบทบาทสำคัญในเรื่องเสรีภาพในการชุมนุม คือ อนุสัญญายุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (ECHR) ซึ่งเป็นอนุสัญญาระหว่างประเทศเพื่อปกป้องสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพทางการเมืองในยุโรป โดยมีศาลสิทธิมนุษยชนยุโรป (The European Court of Human Rights: ECtHR) ทำหน้าที่ในการดูแลคุ้มครองสิทธิเสรีภาพตามอนุสัญญา⁶⁵ การนี้คำวินิจฉัยของศาลสิทธิมนุษยชนยุโรป ย่อมมีอิทธิพลต่อศาลภายในประเทศอื่น ๆ ที่อยู่ในเขตอำนาจของศาลสิทธิมนุษยชนยุโรป ดังเช่น คดี *Stankov and The United Macedonian Organisation Ilinden v. Bulgaria* ที่วางหลักไว้ว่า รัฐไม่สามารถจำกัดสิทธิและเสรีภาพในการชุมนุมโดยออกกฎหมายจำกัดสิทธิผู้ลงสมัครรับเลือกตั้ง เพราะกรณีดังกล่าวยังไม่มีเหตุผลที่เพียงพอที่จะให้อำนาจรัฐจำกัดสิทธิดังกล่าวได้ แม้ว่าการชุมนุมจะมีการดูหมิ่น หรือวิพากษ์วิจารณ์รัฐบาล หรือดูหมิ่นสัญลักษณ์ของรัฐบาลซึ่งไม่ถูกต้องบางประการ

⁶⁴ Basic Principles on the Use of Force and Firearms by Law Enforcement Officials, Section 9

“Law enforcement officials shall not use firearms against persons except in self-defence or defence of others against the imminent threat of death or serious injury, to prevent the perpetration of a particularly serious crime involving grave threat to life ...”

⁶⁵ วินิจ เจริญชัยยง, "กฎหมายเกี่ยวกับเสรีภาพในการชุมนุมโดยสงบ" (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารคดี คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2539), หน้า 20.

เท่านั้น⁶⁶ คำพิพากษาเช่นนี้ แม้เป็นข้อพิพาทระหว่างเอกชนกับรัฐใดรัฐหนึ่ง แต่คำพิพากษาดังกล่าวสามารถนำมาเป็นบรรทัดฐานในการดูแลการชุมนุมในประเทศอื่น ๆ ที่เป็นรัฐสมาชิกของสภายุโรปได้

ดังนั้น เมื่อมีศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปเกิดขึ้น การบังคับให้รัฐปฏิบัติตาม ตลอดจนการอำนวยความสะดวกในการดูแลการชุมนุมย่อมเป็นไปได้โดยง่าย เพราะมีระเบียบวิธีปฏิบัติในรัฐสมาชิกเป็นการเฉพาะ ทำให้ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปเข้ามามีบทบาทในการปกป้องสิทธิเสรีภาพมากขึ้น โดยเฉพาะในเรื่องเสรีภาพในการชุมนุม

2.3 การใช้ดุลพินิจในการดูแลการชุมนุมสาธารณะของฝ่ายปกครอง

ในส่วนนี้จะกล่าวถึง แนวคิด ทฤษฎีที่ว่าด้วยการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง โดยจะกล่าวถึงแนวคิดในการมีดุลพินิจจะมีขึ้นเพื่อตามภารกิจของรัฐ ตามบทบัญญัติของกฎหมาย และตามความยุติธรรมเฉพาะกรณี ทั้ง 3 แนวคิดนี้แสดงให้เห็นถึงความจำเป็นของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่จะต้องใช้อำนาจดุลพินิจ และจะกล่าวต่อไปในเรื่องประเภทของดุลพินิจ ซึ่งตามทฤษฎีประกอบไปด้วยดุลพินิจวินิจฉัย และดุลพินิจตัดสินใจ อันเป็นเรื่องขั้นตอนการใช้กฎหมายของฝ่ายปกครองที่จะต้องสัมพันธ์กับโครงสร้างทางกฎหมาย และส่วนสุดท้ายจะอธิบายถึง หลักการใช้ดุลพินิจในการดูแลการชุมนุมสาธารณะตามหลักสากลที่ควรจะเป็น

การศึกษาหลักการใช้ดุลพินิจในการดูแลการชุมนุมสาธารณะนี้จะเป็นส่วนสำคัญที่จะใช้ในพิจารณาประกอบการดูแลการชุมนุมสาธารณะที่เกิดขึ้นทั้งในกฎหมายต่างประเทศและกฎหมายไทย อีกทั้ง การศึกษาประเภทของดุลพินิจเช่นนี้ จะใช้ประกอบการพิจารณาการตรวจสอบอำนาจดุลพินิจขององค์กรตุลาการว่าทั้งในต่างประเทศและประเทศไทย รวมทั้งหลักสากลว่ามีการตรวจสอบโดยใช้ประเภทของดุลพินิจมากน้อยเพียงใด

2.3.1 แนวคิดในการมีดุลพินิจของฝ่ายปกครอง

โดยเหตุที่รัฐมีภารกิจมากมายหลายหลาก และสังคมมีการเปลี่ยนแปลงไปอย่างรวดเร็ว การที่จะให้ฝ่ายนิติบัญญัติตรากฎหมายที่มีข้อความชัดเจนตายตัวอาจทำให้ผู้บังคับใช้กฎหมายไม่อาจนำกฎหมายไปบังคับใช้ได้ครอบคลุมทุกกรณี อีกทั้งฝ่ายนิติบัญญัติไม่สามารถรู้สถานการณ์ที่เกิดขึ้นได้อย่างแน่ชัด หากเทียบกับผู้บังคับใช้กฎหมายเอง ดังนั้นจึงมีความจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องตรากฎหมาย

⁶⁶ Stankov and The United Macedonian Organisation Ilinden v. Bulgaria, (application no. 2922/95 and 29225/95), judgment of 2 January 2002.

เปิดโอกาสให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองซึ่งเป็นผู้บังคับใช้กฎหมายสามารถที่จะนำข้อกฎหมายที่ฝ่ายนิติบัญญัติตราขึ้นไปปรับใช้ให้เข้าข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นได้ และเพื่อให้เกิดความยุติธรรมในทุกกรณี ดังนั้น บทบัญญัติของกฎหมายจำนวนมากจึงเปิดโอกาสให้ฝ่ายปกครองใช้ดุลพินิจ ประกอบกับอำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองสามารถที่จะอำนวยความสะดวกเฉพาะกรณีได้อย่างมีประสิทธิภาพ ทั้งนี้ ความจำเป็นที่ฝ่ายนิติบัญญัติต้องตรากฎหมายให้อำนาจดุลพินิจแก่ฝ่ายปกครอง สามารถพิจารณาได้ 3 ประการ⁶⁷ คือ

2.3.1.1 ตามภารกิจของรัฐ

นอกจากการที่รัฐจะต้องจัดทำภารกิจพื้นฐานแล้ว ภารกิจที่รัฐทุกรัฐจะต้องทำ คือ ภารกิจลำดับรอง⁶⁸ คือเป็นภารกิจต่าง ๆ ที่ทำให้ประชาชนในประเทศอยู่ดีกินดี ไม่ว่าจะเป็นภารกิจในการจัดทำบริการสาธารณะทั้งด้านสังคมและด้านเศรษฐกิจ โดยภารกิจอันดับรองนี้หากมีมากจะทำให้รัฐมีลักษณะเป็นรัฐสวัสดิการ ซึ่งจะทำให้ภารกิจฝ่ายปกครองเพิ่มมากขึ้น ในขณะที่เดียวกันกฎหมายที่จะให้อำนาจแก่ฝ่ายปกครองก็ย่อมจะต้องเพิ่มมากขึ้นตามภารกิจที่ฝ่ายปกครองจะต้องทำ ดังนั้น เมื่อภารกิจของฝ่ายปกครองมีความหลากหลายมากขึ้น ทำให้ฝ่ายนิติบัญญัติไม่สามารถที่จะตรากฎหมายที่มีลักษณะชัดเจนตายตัวให้ครอบคลุมภารกิจของฝ่ายปกครองได้ ฝ่ายนิติบัญญัติจึงต้องมีการตรากฎหมายให้อำนาจดุลพินิจแก่ฝ่ายปกครอง เพื่อให้ฝ่ายปกครองเป็นอิสระในการทำภารกิจเพื่อสังคม และปฏิบัติตามภารกิจลำดับรองของรัฐ เพื่อตอบสนองต่อความต้องการของสังคมได้อย่างยืดหยุ่น และให้มีประสิทธิภาพที่สุด

ในที่นี้อาจพิจารณาได้จากเสรีภาพในการชุมนุมที่มีวิวัฒนาการให้ประชาชนใช้สิทธิเสรีภาพมากขึ้น อันเนื่องมาจากความต้องการให้ประชาชนมีส่วนร่วมในการปกครอง ทำให้เมื่อมีเหตุการณ์การชุมนุมเกิดขึ้น เจ้าหน้าที่ตำรวจที่มีหน้าที่รับผิดชอบในการดูแลการชุมนุมสาธารณะจะมีอำนาจในการจัดสรรพื้นที่สาธารณะ จัดกำลังในการดูแลรักษาความปลอดภัย หรือเมื่อมีการเดินขบวนเกิดขึ้นก็ย่อมต้องดูแลความปลอดภัยในการชุมนุม อันเป็นการรับรองสิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ ในทางกลับกันประชาชนทั่วไปย่อมต้องการความสะดวกในการใช้พื้นที่สาธารณะเช่นกัน หมายความว่า เจ้าหน้าที่ตำรวจย่อมมีภารกิจในการให้ประชาชนได้ใช้สิทธิเสรีภาพของตนได้อย่างเต็มที่และคุ้มครองการใช้สิทธิเสรีภาพของประชาชนด้วย

⁶⁷ อนุวัฒน์ บุญนันท์, "การควบคุมการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองโดยองค์กรตุลาการในระบบกฎหมายอังกฤษและระบบกฎหมายไทย" (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารคดี คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2554), หน้า 33.

⁶⁸ เรื่องเดียวกัน

2.3.1.2 ตามการบัญญัติกฎหมาย

โดยทั่วไปแล้วกฎหมายย่อมต้องบังคับใช้กับกรณีหรือเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นในอนาคตนับแต่วันที่ประกาศใช้ตามหลักกฎหมายไม่มีผลย้อนหลัง เช่นนี้ในการตรากฎหมายฝ่ายนิติบัญญัติจึงไม่อยู่ในวิสัยที่จะสามารถคาดคะเนเหตุการณ์ที่จะเกิดขึ้นในอนาคตได้ จึงทำให้ฝ่ายนิติบัญญัติไม่อาจที่จะตรากฎหมายเพื่อให้ฝ่ายปกครองปรับใช้ได้ทุกกรณี จึงจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องมีการตรากฎหมายที่มีถ้อยคำไม่เฉพาะเจาะจงหรือมีความหมายอย่างกว้าง เพื่อเปิดโอกาสให้ฝ่ายปกครองสามารถใช้กับเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นในอนาคตได้มากที่สุด ดังนั้นฝ่ายนิติบัญญัติย่อมจะต้องตรากฎหมายที่มีถ้อยคำเปิดกว้างให้ฝ่ายปกครองใช้อำนาจดุลพินิจทำภารกิจของรัฐได้ครอบคลุมที่สุด

ในขณะที่เดียวกันกฎหมายที่ให้อำนาจกับฝ่ายปกครองต้องมีข้อความชัดเจนตามหลักนิติรัฐเพื่อให้ประชาชนสามารถรู้ล่วงหน้าว่าตนสามารถใช้สิทธิเสรีภาพตามกฎหมายได้อย่างไรบ้าง และฝ่ายปกครองจะใช้อำนาจตามกฎหมายตอบสนองต่อการกระทำของตนอย่างไรบ้าง⁶⁹ อีกทั้งการที่สังคมและเศรษฐกิจได้เปลี่ยนแปลงไปอย่างรวดเร็ว ยิ่งทำให้ฝ่ายนิติบัญญัติไม่อยู่ในวิสัยที่จะตรากฎหมายให้ครอบคลุมได้ทุกกรณี จึงหมายความว่า ฝ่ายนิติบัญญัติจะต้องมีการตรากฎหมายให้อำนาจดุลพินิจแก่ฝ่ายปกครองเพื่อบังคับใช้กฎหมายแก่กรณีที่เกิดขึ้นได้

พระราชบัญญัติการประชุมสมัชชาฯ ที่ให้อำนาจเจ้าหน้าที่ตำรวจในการจัดการดูแลการประชุมสมัชชาฯ เป็นกฎหมายที่มีบทบัญญัติเปิดโอกาสให้เจ้าหน้าที่ตำรวจได้ใช้ดุลพินิจดูแลการประชุมให้เหมาะสมกับสถานการณ์ที่เกิดขึ้น โดยข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในการประชุมย่อมมีการเปลี่ยนแปลงไปตามรูปแบบการประชุมที่เกิดขึ้น และเมื่อสังคมมีการเปลี่ยนแปลง รูปแบบการประชุมก็อาจจะมีการเปลี่ยนแปลงไปด้วย การที่บัญญัติกฎหมายเพื่อให้ครอบคลุมเหตุการณ์ทุกอย่างย่อมเป็นไปได้ยาก ดังนั้น ฝ่ายนิติบัญญัติย่อมไม่อยู่ในวิสัยที่จะตรากฎหมายเพื่อให้บรรลุความมุ่งหมายในความต้องการของมหาชน และกระทบกระเทือนต่อสิทธิเสรีภาพของราษฎรให้น้อยที่สุดได้อย่างสมบูรณ์⁷⁰ จึงจำเป็นต้องตรากฎหมายเพื่อเปิดโอกาสให้ฝ่ายปกครองสามารถปรับใช้ข้อกฎหมายให้เข้ากับข้อเท็จจริงได้ คือ อำนาจดุลพินิจ

⁶⁹ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, "การควบคุมการใช้ดุลพินิจทางปกครองโดยองค์กรตุลาการ," วารสารกฎหมายปกครอง 8(2532): 35.

⁷⁰ เรื่องเดียวกัน, หน้า 37.

2.3.1.3 ตามความยุติธรรมเฉพาะกรณี

ด้วยความหมายของอำนาจดุลพินิจและอำนาจผูกพันที่ฝ่ายปกครองสามารถใช้ได้ เกิดกรณีข้อจำกัดในเรื่องอำนาจผูกพันที่มุ่งเรียกร้องให้ฝ่ายปกครองต้องปฏิบัติตามข้อเท็จจริงตามกฎหมายอย่างเท่าเทียมกัน แต่ไม่ได้มุ่งให้ฝ่ายปกครองปฏิบัติตามกฎหมายเพื่อให้เกิดความเหมาะสมและเป็นธรรมแก่เฉพาะกรณี อันหมายความว่า แต่ละกรณีที่เกิดขึ้น การปฏิบัติของฝ่ายปกครองย่อมต้องมีความแตกต่างกัน ภายใต้หลักความเสมอภาคที่ว่าต้องปฏิบัติในข้อสาระสำคัญที่เหมือนกันให้เหมือนกัน และปฏิบัติต่อข้อสาระสำคัญที่ต่างกันให้ต่างกัน ก็เพื่อเป็นการอำนวยความยุติธรรมให้เกิดขึ้นแก่กรณีอย่างแท้จริง ดังปรากฏในกรณีการชุมนุม เห็นได้ชัดว่ารูปแบบการชุมนุมแต่ละครั้งมีความแตกต่างกันทั้งรูปแบบการชุมนุม เนื้อหาการชุมนุม หรือกลุ่มบุคคลที่เข้าร่วมการชุมนุม การปฏิบัติของเจ้าหน้าที่ตำรวจในการดูแลการชุมนุมก็ย่อมต้องแตกต่างกันไปด้วย ทั้งนี้เจ้าหน้าที่ตำรวจย่อมอาจจะต้องมีการดูแลการชุมนุมสาธารณะที่แตกต่างกันออกไป

2.3.2 ประเภทดุลพินิจ

การมีอยู่ของดุลพินิจฝ่ายปกครอง โดยทั่วไปเป็นกรณีที่ต้องการให้ฝ่ายปกครองใช้กฎหมายให้เข้ากับสถานการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไป โดยเปิดโอกาสให้ฝ่ายปกครองพิจารณาข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นให้เข้ากับข้อกฎหมายได้ ทั้งนี้ การใช้อำนาจตามกฎหมายของฝ่ายปกครองต้องสัมพันธ์กับโครงสร้างของบทบัญญัติแห่งกฎหมาย⁷¹ ดังนั้น จึงจำเป็นที่จะต้องพิจารณาเรื่องประเภทของดุลพินิจโดยพิจารณาจากขั้นตอนในการใช้กฎหมายของฝ่ายปกครอง อันได้แก่ ดุลพินิจวินิจฉัย และดุลพินิจตัดสินใจ

ประเภทของดุลพินิจทางปกครองพิจารณาจากขั้นตอนการใช้อำนาจทางปกครอง เป็นการแสดงให้เห็นถึงขั้นตอนการใช้กฎหมายของฝ่ายปกครองที่จะต้องมียุรูปแบบ หรือกฎเกณฑ์ตามที่กฎหมายกำหนด ฝ่ายนิติบัญญัติตรากฎหมายโดยมีโครงสร้างทางกฎหมายประกอบไปด้วย 2 ส่วน คือ โครงสร้างทางกฎหมายอันเป็นองค์ประกอบส่วนเหตุหรือดุลพินิจวินิจฉัย และโครงสร้างทางกฎหมายอันเป็นองค์ประกอบส่วนผลหรือดุลพินิจตัดสินใจ⁷² สามารถอธิบายได้ดังต่อไปนี้

⁷¹ อ่านเพิ่มเติม วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, ข้อความคิดและหลักการพื้นฐานบางประการของกฎหมายปกครอง, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2562), หน้า 124.

⁷² วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, "การควบคุมการใช้ดุลพินิจทางปกครองโดยองค์กรตุลาการ," วารสารกฎหมายปกครอง 44.

2.3.2.1 ตุลพินิจวินิจฉัย

ตุลพินิจวินิจฉัยเป็นตุลพินิจของฝ่ายปกครองที่ปรากฏในโครงสร้างของกฎหมายอันเป็นองค์ประกอบส่วนเหตุหรือเป็นเงื่อนไขของกฎหมาย เป็นกรณีซึ่งฝ่ายปกครองจะต้องพิจารณาวินิจฉัยข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นเพื่อออกคำสั่งทางปกครอง โดยถ้อยคำกฎหมายที่ใช้พิจารณาข้อเท็จจริงอันเป็นเหตุให้ฝ่ายปกครองเกิดอำนาจ แบ่งออกเป็น 2 ประเภทคือ ถ้อยคำที่มีความหมายแน่นอนตายตัว และเป็นถ้อยคำที่ความหมายไม่แน่นอนตายตัว⁷³

ถ้อยคำที่กฎหมายใช้กำหนดเงื่อนไขในการให้อำนาจฝ่ายปกครองที่มีความหมายแน่นอนตายตัว เป็นถ้อยคำที่วิญญูชนเข้าใจความหมายได้ในตัวเอง มีความหมายเดียวหรือเป็นถ้อยคำที่มีได้ปรากฏความหมายแคในทางกฎหมายเท่านั้น แต่คนทั่วไปก็สามารถรู้ถึงความหมายได้ เช่น มาตรา 7 “การจัดการชุมนุมสาธารณะในรัศมีหนึ่งร้อยห้าสิบเมตร...” ถ้อยคำที่ปรากฏในองค์ประกอบส่วนเหตุของบทบัญญัติกฎหมายเหล่านี้ มีความหมายที่แน่นอนตายตัว ประชาชนทั่วไปสามารถรับรู้ได้ กรณีเช่นนี้เมื่อกฎหมายกำหนดเงื่อนไขในการให้อำนาจฝ่ายปกครองที่มีถ้อยคำความหมายตายตัวแล้ว ถือได้ว่าเป็นกรณีการปรับใช้กฎหมายที่ฝ่ายปกครองไม่มีอำนาจตุลพินิจ⁷⁴ ทั้งนี้ ศาลย่อมสามารถที่จะเข้ามาตรวจสอบการใช้กฎหมายได้

นอกจากนี้ กรณีซึ่งถ้อยคำในกฎหมายกำหนดเงื่อนไขในการให้อำนาจฝ่ายปกครองที่มีความหมายไม่แน่นอนตายตัว เป็นถ้อยคำที่วิญญูชนเข้าใจความหมายกว้างหรือแคบแตกต่างกัน ซึ่งเป็นถ้อยคำที่แสดงออกถึงความความคิด หรือคุณค่าของแต่ละบุคคล เช่น พระราชบัญญัติการชุมนุมสาธารณะ เรื่องการคุ้มครองความสะดวกของประชาชนและการดูแลการชุมนุมมาตรา 19 วรรคสี่ (5) “เพื่อประโยชน์ในการคุ้มครองความสะดวกของประชาชน การดูแลการชุมนุมสาธารณะและการรักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ให้เจ้าพนักงานดูแลการชุมนุมสาธารณะมีอำนาจกำหนดเงื่อนไขหรือมีคำสั่งให้ผู้จัดการชุมนุม ผู้ชุมนุม หรือผู้อยู่ภายในสถานที่ชุมนุมต้องปฏิบัติตาม **เพื่อประโยชน์ในการปฏิบัติหน้าที่ตาม (1)(2)(3) หรือ(4)**” โดยฝ่ายปกครองต้องกำหนดเงื่อนไขการชุมนุมภายใต้การพิจารณาถึงคำว่า “เพื่อประโยชน์ในการปฏิบัติหน้าที่” ซึ่งอาจมีความหมายไม่แน่นอนตายตัว เนื่องจากฝ่ายปกครองสามารถพิจารณาคำดังกล่าวในการออกเงื่อนไขการชุมนุมที่แตกต่างกันออกไป หรือกรณีตามมาตรา 25 “**อาจเป็นอันตรายแก่ชีวิต ร่างกาย**” “**จนเกิดความ**

⁷³ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, ข้อความคิดและหลักการพื้นฐานบางประการของกฎหมายปกครอง, หน้า 126.

⁷⁴ เรื่องเดียวกัน, หน้า 127.

“อำนวยการขึ้นในบ้านเมือง” ถ้อยคำเหล่านี้เป็นบทบัญญัติที่ต้องการให้กฎหมายครอบคลุมถึงข้อเท็จจริงมากที่สุด ซึ่งเป็นเรื่องของอรรถวิสัย และวิญญูชนอาจเห็นต่างกัน

2.3.2.2 ดุลพินิจตัดสินใจ

ดุลพินิจตัดสินใจเป็นกรณีที่ดุลพินิจของฝ่ายปกครองปรากฏอยู่ในรูปแบบของโครงสร้างกฎหมายในส่วนที่เป็นผลทางกฎหมาย โครงสร้างของกฎหมายที่ให้อำนาจฝ่ายปกครองดำเนินการต่าง ๆ นี้ องค์กรณีบัญญัติจะตรากฎหมายในส่วนของเงื่อนไขทางกฎหมายหรือเหตุทางกฎหมาย และเมื่อมีข้อเท็จจริงเป็นไปตามเงื่อนไขของกฎหมายครบถ้วนแล้ว ฝ่ายปกครองจะมีการตัดสินใจว่าจะกระทำการหรือไม่ หรือเลือกมาตรการที่กฎหมายอนุญาตให้กระทำได้อย่างไร⁷⁵ อันเป็นเรื่องที่ต้องคำนึงถึง บทบัญญัติกฎหมายเป็นสำคัญ

กรณีกฎหมายได้บัญญัติถึงข้อเท็จจริงเกิดขึ้นเป็นกรณีเฉพาะเรื่องไว้แล้ว โดยกำหนดให้ฝ่ายปกครองมีคำสั่งอย่างหนึ่งอย่างใดโดยเฉพาะเจาะจง ฝ่ายปกครองก็ย่อมไม่มีดุลพินิจ อย่างไรก็ตามหากเป็นกรณีกฎหมายบัญญัติว่าเมื่อข้อเท็จจริงเกิดขึ้นตามที่กฎหมายกำหนดไว้เฉพาะเรื่อง ฝ่ายปกครองอาจกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใดได้⁷⁶ กรณีเช่นนี้ฝ่ายปกครองย่อมมีดุลพินิจเลือกผลทางกฎหมายที่ฝ่ายนิติบัญญัติได้กำหนดไว้ โดยอาจจะเป็นดุลพินิจดำเนินการหรือไม่ดำเนินการ หรือเป็นดุลพินิจเลือกมาตรการใดมาตรการหนึ่งตามกฎหมาย เช่น มาตรา 19 วรรคสี่ แห่งพระราชบัญญัติการชุมนุมสาธารณะ ซึ่งเป็นการดูแลการชุมนุมสาธารณะเพื่อประโยชน์ในการคุ้มครองความสะดวกของประชาชน เจ้าหน้าที่ตำรวจมีอำนาจ 5 ประการ⁷⁷ ตามบทบัญญัตินี้เป็นดุลพินิจตัดสินใจในการดูแล

⁷⁵ กมลชัย รัตนสกววงศ์, "ความคิดพื้นฐานเกี่ยวกับดุลพินิจฝ่ายปกครองของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน," *วารสารกฎหมายปกครอง* 8(2532): 7-8.

⁷⁶ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, *ข้อความคิดและหลักการพื้นฐานบางประการของกฎหมายปกครอง*, หน้า 128-129.

⁷⁷ เพื่อประโยชน์ในการคุ้มครองความสะดวกของประชาชน การดูแลการชุมนุมสาธารณะ และการรักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ให้เจ้าพนักงานดูแลการชุมนุมสาธารณะมีอำนาจ ดังต่อไปนี้

- (1) อำนาจความสะดวกแก่ประชาชนที่จะใช้ที่สาธารณะอันเป็นสถานที่ชุมนุม
- (2) รักษาความปลอดภัย อำนาจความสะดวก หรือบรรเทาเหตุเดือดร้อนรำคาญแก่ผู้อื่นซึ่งอยู่ในบริเวณใกล้เคียงกับสถานที่ชุมนุม
- (3) รักษาความปลอดภัยหรืออำนวยความสะดวกแก่ผู้ชุมนุมในสถานที่ชุมนุม
- (4) อำนาจความสะดวกในการจราจรและการขนส่งสาธารณะในบริเวณที่มีการชุมนุมและบริเวณใกล้เคียงเพื่อให้ประชาชนได้รับผลกระทบจากการชุมนุมน้อยที่สุด
- (5) กำหนดเงื่อนไขหรือมีคำสั่งให้ผู้จัดการชุมนุม ผู้ชุมนุม หรือผู้อยู่ภายใต้สถานที่ชุมนุมต้องปฏิบัติเพื่อประโยชน์ในการปฏิบัติหน้าที่ ตาม (1) (2) (3) หรือ (4)...

การประชุมสาธารณะ โดยเจ้าหน้าที่ตำรวจสามารถเลือกใช้มาตรการใดมาตรการหนึ่ง หรืออาจจะไม่ดำเนินการเลือกใช้มาตรการใดเลยก็ได้

สรุปได้ว่าดุลพินิจวินิจฉัยจะเป็นเงื่อนไขหรือเหตุทางกฎหมายที่จะให้อำนาจฝ่ายปกครองต้องพิจารณาว่ามีข้อเท็จจริงเช่นว่านั้นเกิดขึ้นหรือไม่ จะต้องปรับเข้ากับข้อกฎหมายที่จะบังคับใช้เพื่อออกคำสั่งทางปกครองหรือไม่ และเมื่อมีข้อเท็จจริงเกิดขึ้นตามที่กฎหมายกำหนดในเรื่องนั้นแล้วอย่างครบถ้วน เจ้าหน้าที่ของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ตำรวจจะมีดุลพินิจตัดสินใจที่จะเลือกผลทางกฎหมายที่กำหนดได้ว่าจะกระทำการเช่นใด ยกตัวอย่างเช่น มาตรา 19 วรรคสี่ เมื่อมีการชุมนุมเกิดขึ้น กฎหมายให้อำนาจเจ้าหน้าที่ตำรวจเป็นเจ้าพนักงานดูแลการชุมนุมสาธารณะ มีอำนาจดุลพินิจตัดสินใจเลือกกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใดหรือทั้งหมดได้ทั้ง 5 ประการ ขึ้นอยู่กับสถานการณ์ที่เกิดขึ้น เช่น เมื่อมีการใช้เสรีภาพการชุมนุม เจ้าหน้าที่ตำรวจอาจเลือกใช้มาตรการในวรรคสี่ (5) โดยกำหนดเงื่อนไขหรือมีคำสั่งให้ผู้จัดการชุมนุมหรือผู้ชุมนุม ให้ปฏิบัติตามเพื่อประโยชน์ในการปฏิบัติหน้าที่ต่อการอำนวยความสะดวกแก่ประชาชน รักษาความปลอดภัยแก่ประชาชนและผู้ชุมนุม ทั้งนี้ เป็นมาตรการทางกฎหมายซึ่งให้อำนาจเจ้าหน้าที่ตำรวจกระทำการได้

2.3.3 หลักการใช้ดุลพินิจในการดูแลการชุมนุมสาธารณะ

หลักการดูแลการชุมนุมสาธารณะที่จะอธิบายต่อไปนี้เป็นหลักการดูแลการชุมนุมสาธารณะตามหลักสากล โดยปรากฏอยู่ในความเห็นทั่วไปฉบับที่ 37 (General Comment) ซึ่งรัฐภาคีจำเป็นต้องปรับกฎหมายภายในเพื่อให้สอดคล้อง และเป็นแนวทางให้เจ้าหน้าที่รัฐหรือเจ้าหน้าที่ตำรวจได้ปฏิบัติตาม แนวทางตามหลักสากลนี้จะเป็นข้อบ่งชี้ที่สำคัญประการหนึ่งว่า การดูแลการชุมนุมสาธารณะโดยรัฐจะไม่เป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชน และรัฐได้มีการรับรองเสรีภาพในการชุมนุมอย่างถูกต้อง ทั้งนี้ แยกพิจารณาออกเป็น 5 ประการ คือ การแจ้งและการขออนุญาต การวางข้อจำกัดทางด้านเนื้อหา การวางข้อจำกัดด้านเวลา สถานที่ และรูปแบบการชุมนุมสาธารณะ การสั่งห้ามการชุมนุมสาธารณะ และการสลายการชุมนุม

2.3.3.1 การแจ้งและการขออนุญาต

การแจ้งหรือการขออนุญาตถือเป็นกระบวนการขั้นตอนก่อนเริ่มการชุมนุม มีขึ้นเพื่อให้เจ้าหน้าที่รัฐได้มีการจัดเตรียมสถานที่ หรืออำนวยความสะดวกให้ผู้เข้าร่วมการชุมนุมได้รับความปลอดภัย และประชาชนสามารถใช้สิทธิเสรีภาพได้อย่างปกติ เช่น กรณีการชุมนุมที่เกิดบนท้องถนน

เจ้าหน้าที่รัฐอาจจะต้องมีการปิดถนนบางส่วนเพื่อให้เกิดการชุมนุม และมีการสัญจรของรถได้ในเวลาเดียวกัน อีกทั้งต้องดูแลรักษาความปลอดภัยของประชาชน

เมื่อเจ้าหน้าที่รัฐได้รับการแจ้งการชุมนุม ซึ่งหลักเกณฑ์การแจ้งจะกำหนดไว้ในกฎหมายภายใน เช่น เรื่องรูปแบบ วิธีการแจ้ง การอุทธรณ์คำสั่ง โดยต้องให้เกิดความสะดวกที่สุดและต้องเป็นกฎหมายที่สอดคล้องกับกติการะหว่างประเทศ เจ้าหน้าที่รัฐอาจกำหนดเงื่อนไขต่าง ๆ ได้ เพื่อเป็นแนวทางให้กลุ่มผู้ชุมนุมใช้เสรีภาพไม่กระทบต่อสิทธิเสรีภาพของผู้อื่น อันได้แก่ เงื่อนไขในเรื่องเวลา สถานที่ และรูปแบบ ทั้งนี้ การใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่รัฐในเรื่องการแจ้งการชุมนุมนั้น ต้องมิใช่การใช้กฎหมายหรือใช้อำนาจเพื่อขัดขวางการชุมนุม⁷⁸ หมายความว่า การแจ้งหรือการขออนุญาตจะต้องเป็นแค่วิธีการหรือขั้นตอนบอกกล่าวแก่เจ้าหน้าที่เพื่อวัตถุประสงค์ข้างต้นเท่านั้น โดยไม่อาจนำเหตุผลแห่งการไม่แจ้งการชุมนุมมาใช้เพื่อยุติการชุมนุมได้ ดังนั้น ในเรื่องการแจ้ง เจ้าหน้าที่รัฐมีเพียงอำนาจหน้าที่รับแจ้งการชุมนุม และกำหนดเงื่อนไขบางประการที่ไม่กระทบต่อสาระสำคัญของเสรีภาพในการชุมนุมเท่านั้น

กรณีที่กฎหมายกำหนดให้การชุมนุมต้องมีการแจ้ง และการชุมนุมถูกจัดขึ้นโดยไม่มี การแจ้งตามกฎหมาย เจ้าหน้าที่รัฐต้องมีการใช้ดุลพินิจในการอำนวยความสะดวกให้เกิดขึ้นตามความเหมาะสม เปรียบเสมือนกับการแจ้งการชุมนุมแล้ว ขณะเดียวกันก็ไม่อาจอ้างเหตุการณ์ไม่แจ้งการชุมนุมเพื่อสลายการชุมนุม หรือจับกุมผู้ชุมนุมได้⁷⁹ นอกจากนี้เจ้าหน้าที่รัฐอาจมีดุลพินิจในการกำหนดเงื่อนไขในเรื่องระยะเวลาขั้นต่ำในการแจ้งการชุมนุมได้อย่างมีความยืดหยุ่น⁸⁰ หมายความว่า ระยะเวลาในการแจ้งการชุมนุมอาจมีความแตกต่างกันตามบริบทและการอำนวยความสะดวกต่าง ๆ เจ้าหน้าที่รัฐต้องมีดุลพินิจในส่วนนี้ เพื่อก่อให้เกิดความยืดหยุ่นในการชุมนุม หรือกรณีการชุมนุมที่ไม่อาจแจ้งล่วงหน้าได้ เช่น การชุมนุมโดยพลัน ซึ่งโดยลักษณะของการชุมนุมรูปแบบนี้ไม่สามารถมีการแจ้งการชุมนุมล่วงหน้าได้เลย การนี้เจ้าหน้าที่รัฐยังคงมีพันธะในการดูแลการชุมนุมสาธารณะภายใต้การชุมนุมที่ไม่อาจแจ้งล่วงหน้าได้

ระบบการขออนุญาตถือเป็นวิธีการที่ไม่ควรนำมาใช้ในเรื่องเสรีภาพการชุมนุม⁸¹ อย่างไรก็ตาม กฎหมายสามารถกำหนดให้ต้องการขออนุญาตได้เฉพาะการชุมนุมบางประเภท เช่น การชุมนุม

⁷⁸ International Covenant on Civil and Political Rights, "General Comment No.37 on the Right of Peaceful Assembly.", para 70.

⁷⁹ Ibid. para 71.

⁸⁰ Ibid. para 72.

⁸¹ Ibid. para 73.

ที่ต้องมีการเคลื่อนที่ หรือการเดินทางซึ่งเจ้าหน้าที่รัฐจะต้องใช้ดุลพินิจเพื่อพิจารณาถึงความได้ สัดส่วนในการใช้เสรีภาพในการชุมนุมโดยการเดินทาง และผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพผู้อื่นที่จะได้รับ โดยการใช้อดุลพินิจพิจารณาในการอนุญาตการชุมนุม จะต้องอยู่ภายใต้หลักที่ว่าเจ้าหน้าที่รัฐจะต้องมี การให้อนุญาตเป็นหลักเมื่อมีการขอ⁸² และกรณีซึ่งไม่อนุญาตเจ้าหน้าที่รัฐต้องมีเหตุอันสมควรตาม กฎหมายที่จะห้ามการชุมนุม

2.3.3.2 การวางข้อจำกัดทางด้านเนื้อหา

โดยหลักการวางข้อจำกัดทางด้านเนื้อหาไม่สามารถกระทำได้ รัฐต้องปล่อยให้ การชุมนุมสามารถกำหนดเนื้อหาที่ต้องการแสดงออกได้ เนื้อหาในที่นี้ คือ เนื้อหาหรือข้อความในการ ชุมนุมที่ต้องการจะสื่อสาร ด้วยเหตุที่ว่า การวางข้อจำกัดทางด้านเนื้อหาเป็นการกระทำที่กระทบต่อ สาระสำคัญของเสรีภาพในการชุมนุม รัฐจึงไม่ควรแทรกแซงเนื้อหาการชุมนุม (Content Neutral)⁸³ หมายความว่า เสรีภาพในการชุมนุมซึ่งกลุ่มบุคคลได้มีการรวมตัวกัน โดยมีจุดประสงค์หรือความ ต้องการอย่างเดียวกันในการที่จะสื่อสารข้อความที่ต้องการไปยังกลุ่มเป้าหมายโดยมีวิธีการที่แตกต่าง กันออกไป ทั้งนี้ ข้อความที่ใช้แสดงออกมาในการชุมนุมย่อมเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับเสรีภาพในการ แสดงความคิดเห็น อันเป็นเรื่องความอิสระที่จะสามารถพูดไป ดังนั้น การจำกัดข้อความที่ต้องการสื่อ ในระหว่างชุมนุมจึงเป็นเรื่องที่ไม่สมควรอย่างยิ่ง ไม่เพียงแต่เป็นการละเมิดต่อเสรีภาพในการชุมนุม แต่ยังกระทบต่อเสรีภาพในการแสดงออกอีกด้วย

อย่างไรก็ตาม ในข้อ 20 แห่งกติการะหว่างประเทศการว่าด้วยสิทธิทางการเมืองและ สิทธิพลเมืองเจ้าหน้าที่ตำรวจสามารถที่จะมีดุลพินิจในการวางข้อจำกัดทางด้านเนื้อหาได้ ถ้าหาก ปรากฏว่าการชุมนุมเป็นการโฆษณา หรือสื่อสารในลักษณะที่มีเนื้อหาชวนให้เกิดสงคราม หรือ สนับสนุนความเกลียดชังต่อชาติ เผ่าพันธุ์ หรือศาสนา หรือยั่วยุให้เกิดการเลือกปฏิบัติ หรือความ รุนแรงตามกฎหมาย ซึ่งเป็นบทยกเว้นในการที่เจ้าหน้าที่รัฐจะต้องเข้ามาจัดการกับบุคคลที่กระทำ การดังกล่าวเป็นการเฉพาะราย⁸⁴ โดยไม่สามารถที่จะจำกัดการชุมนุมทั้งหมดได้

⁸² Ibid.

⁸³ Ibid. para 22.

⁸⁴ Ibid. para 50.

2.3.3.3 การวางข้อจำกัดด้านเวลา สถานที่ และ รูปแบบการชุมนุมสาธารณะ

ในเรื่องการจำกัดด้านเวลา สถานที่ และรูปแบบการชุมนุม เจ้าหน้าที่รัฐสามารถใช้ดุลพินิจในการจำกัดได้ เพื่อก่อให้เกิดความสงบเรียบร้อยในการจัดการชุมนุม โดยการวางข้อจำกัดดังกล่าวเจ้าหน้าที่รัฐต้องไม่มีเจตนาหรือการใช้อำนาจในการจำกัดทางด้านเนื้อหาของการชุมนุมว่าเรื่องใดจะสื่อสารได้ หรือเรื่องใดไม่สามารถสื่อสารในการชุมนุมได้ ดังที่กล่าวมาในหัวข้อก่อนหน้า

หลักในการใช้ดุลพินิจในการจำกัดเรื่องเวลา สถานที่ และรูปแบบการชุมนุม เจ้าหน้าที่รัฐจะต้องใช้ดุลพินิจโดยคำนึงถึงเรื่องระยะเวลาการมองเห็นและการได้ยิน (Sight and Sound)⁸⁵ ของการชุมนุมสาธารณะ หมายความว่า แม้เจ้าหน้าที่รัฐจะมีอำนาจในการดูแลหรือจัดเตรียมสถานที่ในการชุมนุม แต่ในกรณีซึ่งมีเหตุให้ต้องย้ายสถานที่ไม่ว่าด้วยเหตุผลเพราะเป็นการชุมนุมเพื่อตอบโต้หรือเหตุอื่นใด เจ้าหน้าที่รัฐจะต้องกำหนดสถานที่ใหม่ให้มีการชุมนุมได้ และต้องเป็นสถานที่ที่อยู่ในระยะมองเห็นและการได้ยินของกลุ่มเป้าหมายของชุมนุม โดยสามารถแยกพิจารณาการใช้ดุลพินิจในการวางข้อจำกัดได้ดังต่อไปนี้

การวางข้อจำกัดด้านเวลา เป็นกรณีซึ่งเจ้าหน้าที่รัฐต้องจัดการเรื่องระยะเวลาให้ผู้ชุมนุมสามารถแสดงออกถึงทัศนคติหรือกระทำการใด ๆ เพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ในการชุมนุมได้ ซึ่งโดยทั่วไปการชุมนุมต้องมีปล่อยให้มีการยุติการชุมนุมเอง

เจ้าหน้าที่รัฐสามารถใช้ดุลพินิจในการวางข้อจำกัดด้านเวลาได้ ภายในขอบเขตของการชุมนุมที่ได้สร้างผลกระทบต่อประชาชน โดยไม่พิจารณาเพียงแต่ความถี่ของการชุมนุมที่เกิดขึ้นเท่านั้น⁸⁶ แต่ต้องนำเรื่องอื่น ๆ มาประกอบด้วย เหตุเพราะว่าในเรื่องของเวลา ระยะเวลา และความถี่ของการชุมนุมเป็นหัวใจหลักซึ่งส่งผลกระทบต่อการบรรลุวัตถุประสงค์ในการชุมนุมได้ อย่างไรก็ตามหากพิจารณาในเรื่องความถี่การชุมนุม หากปรากฏว่าการชุมนุมที่ยืดเยื้อหรือเกิดขึ้นบ่อยจะส่งผลกระทบต่อผู้อื่น เจ้าหน้าที่รัฐสามารถนำเหตุดังกล่าวมาใช้พิจารณาถึงความได้สัดส่วนในการชุมนุมได้⁸⁷ เช่น การชุมนุมที่จัดขึ้นในย่านที่พักอาศัยในเวลากลางคืนเป็นประจำ การชุมนุมลักษณะนี้อาจส่งผลกระทบต่อดำเนินชีวิตของผู้อื่นได้ ดังนั้น เจ้าหน้าที่รัฐสามารถใช้ดุลพินิจจำกัดเรื่องเวลาในการชุมนุมได้ หากการชุมนุมกระทบถึงสิทธิเสรีภาพของบุคคลอื่นอย่างชัดเจน

⁸⁵ European Court of Human Rights, *Appleby and others v. United Kingdom* (application No.44306/98), judgment of 6 May 2003, para. 47.

⁸⁶ International Covenant on Civil and Political Rights, "General Comment No.37 on the Right of Peaceful Assembly.", para. 54.

⁸⁷ *Ibid.*

การวางข้อจำกัดด้วยสถานที่ โดยหลักแล้วการชุมนุมสามารถจัดขึ้นได้ในพื้นที่สาธารณะ ซึ่งสาธารณชนสามารถเข้าถึงได้ ดังนั้นโดยหลักเจ้าหน้าที่รัฐจะต้องเปิดโอกาสให้ประชาชนสามารถชุมนุมได้ในที่สาธารณะ เช่น ถนนหรือพื้นที่สาธารณะ เป็นต้น⁸⁸ อย่างไรก็ตาม การที่เจ้าหน้าที่รัฐจะใช้ดุลพินิจวางข้อจำกัดสถานที่การชุมนุมได้ ต้องปรากฏว่าการชุมนุมจะสร้างความเสียหายต่อผู้อื่นในการเข้าใช้พื้นที่ เช่น อาคารหรือสวนสาธารณะ ประกอบกับการพิจารณาถึงหลักในเรื่องระยะมองเห็นและการได้ยิน⁸⁹ซึ่งเป็นกรณีที่ทำให้การชุมนุมบรรลุวัตถุประสงค์ได้ และต้องปรากฏถึงความจำเป็นต้องจำกัดสถานที่ในการชุมนุม จึงจะสามารถจำกัดสถานที่การชุมนุมได้ ทั้งนี้ การพิจารณาเรื่องการห้ามการชุมนุมในเขตเมืองหลวงทั้งหมด หรือถนนทุกเส้นในเมือง หรือสวนสาธารณะทุกแห่ง เป็นเรื่องที่ไม่สามารถกระทำได้⁹⁰ เป็นกรณีที่ทำให้เกิดการละเมิดสิทธิเสรีภาพประชาชนเกินควรและทำให้เสรีภาพการชุมนุมไม่อาจเกิดขึ้นได้จริง

ในประเด็นเรื่องการจำกัดการชุมนุมในพื้นที่ศาล รัฐสภา หรือสถานที่สำคัญทางประวัติศาสตร์ หรือสถานที่ราชการอื่น ๆ นั้น การจำกัดต้องเป็นไปด้วยความรอบคอบ กล่าวคือสถานที่เหล่านี้เป็นพื้นที่สาธารณะที่สามารถใช้ชุมนุมและอาจจะถูกจำกัดได้ในขณะเดียวกันเพื่อประโยชน์ในการปฏิบัติงานทางราชการ การวางข้อจำกัดในสถานที่ราชการเช่นนี้ เจ้าหน้าที่รัฐจะต้องแสดงถึงเหตุผลที่มีความชอบธรรมโดยเฉพาะ หรือเหตุผลในเรื่องสถานการณ์ที่มีข้อจำกัด⁹¹ อันเป็นการแสดงให้เห็นว่า การจำกัดพื้นที่ในการชุมนุมในสถานที่ราชการหรือสถานที่สำคัญต่าง ๆ ต้องมิใช่การใช้ดุลพินิจจำกัดสถานที่อย่างเด็ดขาด แต่ต้องถูกใช้อย่างยืดหยุ่น

การวางข้อจำกัดในเรื่องรูปแบบการชุมนุม รูปแบบในการชุมนุมที่เกิดขึ้นต้องเป็นไปอย่างอิสระที่จะเลือกใช้วิธีการแสดงออกภายใต้ความสงบเรียบร้อย เช่น การถือป้ายประกาศปิดโปสเตอร์ การแสดงดนตรี เครื่องดนตรี หรือเทคนิคต่าง ๆ ในการฉายภาพสื่อความหมายในลักษณะชั่วคราว เพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ของการชุมนุม หากยังเป็นการชุมนุมโดยสงบและปราศจากอาวุธเจ้าหน้าที่รัฐควรปล่อยให้มีการจัดขึ้น โดยเจ้าหน้าที่รัฐไม่ควรใช้ดุลพินิจจำกัดจำนวนคน⁹² ยกเว้นเป็นกรณีที่ต้องพิจารณาถึงความปลอดภัยในสถานที่การชุมนุม เช่น การชุมนุมบนสะพาน

⁸⁸ Inter-American Commission on Human Rights, "Protest and Human Rights.", para. 72.

⁸⁹ International Covenant on Civil and Political Rights, "Consideration of Reports Submitted by States Parties under Article 40 of the Covenant in Kazakhstan," (2011)., para.26.

⁹⁰ International Covenant on Civil and Political Rights, "General Comment No.37 on the Right of Peaceful Assembly.", para. 55.

⁹¹ Zündel v. Canada (CCPR/C/78/D/953/2000), para. 8.5

⁹² European Court of Human Rights, Frumkin v. Russia, para. 107

อาจจะต้องจำกัดจำนวนคนให้อยู่ในความสามารถของความจุในพื้นที่ หรือวางเงื่อนไขการชุมนุมโดยการย้ายสถานที่เพื่อป้องกันความปลอดภัยของกลุ่มผู้ชุมนุมต่อโครงสร้างของสิ่งก่อสร้าง หรือกรณีเพื่อการสาธารณสุข เช่น โรคติดต่อ สามารถกำหนดเงื่อนไขให้รูปแบบการชุมนุมมีขึ้นโดยให้มีการเว้นระยะห่างในการชุมนุม ทั้งนี้ การชุมนุมที่มีการสวมหน้ากาก หรือการอำพรางใบหน้าของผู้ชุมนุม ถือเป็นเรื่องการแสดงออกทางการเมืองหรือการป้องกันความเป็นส่วนตัวเท่านั้น เมื่อเป็นการชุมนุมที่ดำเนินไปโดยสงบ เจ้าหน้าที่รัฐไม่อาจใช้ดุลพินิจในการจำกัดการกระทำสิ่งต่าง ๆ เหล่านี้ได้ เว้นแต่มีการกระทำเป็นเหตุให้เจ้าหน้าที่รัฐมีเหตุอันสมควรในการเข้าจับกุม⁹³

2.3.3.4 การสั่งห้ามการชุมนุมสาธารณะ

ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่รัฐในการสั่งห้ามการชุมนุมได้นั้น ต้องดำเนินภายใต้กฎหมายที่ให้อำนาจไว้ ไม่ว่าจะเป็นกฎหมายระดับรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายเฉพาะ ซึ่งเจ้าหน้าที่รัฐจะมีอำนาจในการสั่งห้ามการชุมนุมได้ หากปรากฏข้อเท็จจริงที่ขัดต่อกฎหมาย ทั้งนี้ ไม่ว่าจะกฎหมายระดับรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายเฉพาะ จะต้องเป็นบทบัญญัติที่สอดคล้องกับกติกาสากลระหว่างประเทศ กล่าวคือ พระราชบัญญัติการชุมนุมสาธารณะ พ.ศ.2558 กำหนดกลไกการสั่งห้ามการชุมนุมสาธารณะไว้ภายใต้มาตรา 21⁹⁴ กล่าวคือ โดยหลัก การชุมนุมโดยสงบต้องถูกปล่อยให้มีการยุติการ

⁹³ OSCE & Venice Commission Guidelines on Peaceful Assembly, para 153, ACHPR, Guidelines on Freedom of Association and Assembly in Africa, para 81 cited in International Covenant on Civil and Political Rights, "General Comment No.37 on the Right of Peaceful Assembly." Para 60.

⁹⁴ พระราชบัญญัติการชุมนุมสาธารณะ พ.ศ.2558 มาตรา 21

“ในกรณีการชุมนุมสาธารณะที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายตามมาตรา 14 หรือกรณีผู้จัดการชุมนุมหรือผู้ชุมนุมฝ่าฝืนมาตรา 7 หรือไม่ปฏิบัติตามมาตรา 8 มาตรา 15 มาตรา 16 มาตรา 17 หรือมาตรา 18 ให้เจ้าพนักงานดูแลการชุมนุมสาธารณะดำเนินการ ดังต่อไปนี้

(1) กรณีการชุมนุมสาธารณะที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายตามมาตรา 14 หรือไม่เลิกการชุมนุมภายในระยะเวลาที่ได้แจ้งไว้ต่อผู้รับแจ้งตามมาตรา 18 ให้ประกาศให้ผู้ชุมนุมเลิกการชุมนุมภายในระยะเวลาที่กำหนด

(2) กรณีผู้จัดการชุมนุมหรือผู้ชุมนุมฝ่าฝืนมาตรา 7 หรือไม่ปฏิบัติตามมาตรา 8 มาตรา 15 มาตรา 16 หรือมาตรา 17 ให้ประกาศให้ผู้ชุมนุมแก้ไขภายในระยะเวลาที่กำหนด

หากผู้ชุมนุมไม่ปฏิบัติตามประกาศตามวรรคหนึ่ง ให้เจ้าพนักงานดูแลการชุมนุมสาธารณะร้องขอต่อศาลแพ่งหรือศาลจังหวัดที่มีเขตอำนาจเหนือสถานที่ที่มีการชุมนุมสาธารณะเพื่อมีคำสั่งให้ผู้ชุมนุมเลิกการชุมนุมสาธารณะนั้น ในระหว่างรอคำสั่งศาลให้เจ้าพนักงานดูแลการชุมนุมสาธารณะมีอำนาจกระทำการที่จำเป็นตามแผนหรือแนวทางการดูแลการชุมนุมสาธารณะที่คณะรัฐมนตรีให้ความเห็นชอบตามข้อเสนอแนะของสำนักงานตำรวจแห่งชาติ ทั้งนี้ เพื่อคุ้มครองความสะดวกของประชาชนและคุ้มครองการชุมนุมสาธารณะ

แผนหรือแนวทางการดูแลการชุมนุมสาธารณะตามวรรคสอง ต้องกำหนดให้เจ้าพนักงานหลีกเลี่ยงการใช้กำลัง ในกรณีที่ไม้อาจหลีกเลี่ยงการใช้กำลังได้ ให้ใช้กำลังและเครื่องมือควบคุมฝูงชนเพียงเท่าที่จำเป็น

ชุมนุมด้วยตนเอง⁹⁵ แต่หากปรากฏว่า เป็นการชุมนุมที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย เช่น ไม่แจ้งการชุมนุม เจ้าหน้าที่ตำรวจมีอำนาจสั่งเลิกการชุมนุมได้ภายในเวลาที่กำหนด หรือกรณีที่การชุมนุมฝ่าฝืนกฎหมาย เช่น การชุมนุมกีดขวางทางเข้าออกสถานที่ราชการ เจ้าหน้าที่ตำรวจมีอำนาจให้ผู้ชุมนุมแก้ไขการชุมนุมให้ถูกต้องภายในเวลาที่กำหนด การนี้จะเห็นได้ว่า เจ้าหน้าที่ตำรวจจะต้องกำหนดระยะเวลาให้แก่ผู้ชุมนุมปฏิบัติก่อนเสมอ โดยต้องเป็นเวลาที่พอสมควร⁹⁶ และอำนาจของเจ้าหน้าที่ตำรวจในการบังคับใช้กฎหมายที่กล่าวมาข้างต้น จะต้องร้องขอต่อศาลแพ่งหรือศาลจังหวัดที่มีเขตอำนาจเหนือสถานที่ที่มีการชุมนุมสาธารณะเพื่อให้มีคำสั่งให้ผู้ชุมนุมเลิกการชุมนุมนั้น⁹⁷

การสั่งห้ามการชุมนุม ถือเป็นการจำกัดเสรีภาพในการชุมนุม แม้ตามความหมายในการจำกัดเสรีภาพในการชุมนุมทั้งกฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายภายใน สามารถกระทำได้ 2 กรณี คือ ตามดุลพินิจผูกพันภายใต้ขอบอำนาจของกฎหมายที่กำหนดไว้ และกรณีซึ่งกฎหมายกำหนดให้อำนาจดุลพินิจแก่เจ้าหน้าที่ตำรวจ การนี้เจ้าหน้าที่รัฐต้องใช้ดุลพินิจในการสั่งห้ามการชุมนุมให้อยู่ในขอบเขตของการจำกัดสิทธิเสรีภาพได้ภายใต้หลักความชอบด้วยกฎหมาย ความจำเป็นสำหรับสังคมประชาธิปไตยและหลักความได้สัดส่วน โดยจะกล่าวต่อไปในเรื่องแนวคิดการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจโดยองค์กรตุลาการ

2.3.3.5 การสลายการชุมนุมสาธารณะ

ดุลพินิจในการสั่งสลายการชุมนุม เป็นเรื่องที่ต้องมีข้อเท็จจริงปรากฏว่า การชุมนุมนั้นเป็นการชุมนุมที่ไม่สงบ ซึ่งเป็นเหตุให้เจ้าหน้าที่รัฐสั่งยุติการชุมนุมได้ และการสลายการชุมนุมนั้นต้องเป็นไปเพื่อการป้องกันอาชญากรรมหรือเพื่อจับกุมหรือสนับสนุนการจับกุมตัวผู้กระทำความผิดหรือผู้ต้องสงสัยโดยชอบด้วยกฎหมาย⁹⁸ โดยการใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่รัฐตามกฎหมายภายในต้องดำเนินไปอย่างเข้มงวดตามที่กฎหมายกำหนด ไม่สามารถใช้อำนาจได้อย่างกว้างขวาง อย่่างไรก็ตาม เจ้าหน้าที่รัฐย่อมสลายการชุมนุมโดยสงบได้หากปรากฏว่าเป็นการชุมนุมที่มีผลกระทบในวงกว้างและ

การดำเนินการของเจ้าพนักงานดูแลการชุมนุมสาธารณะตามมาตรา ๖๖ ไม่ตัดสิทธิของผู้อื่น ซึ่งได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหายจากการชุมนุมสาธารณะนั้นที่จะร้องขอต่อศาลแพ่งหรือศาลจังหวัดที่มีเขตอำนาจเหนือสถานที่ที่มีการชุมนุมสาธารณะเพื่อให้มีคำสั่งให้ผู้ชุมนุมเลิกการชุมนุม”

⁹⁵ International Covenant on Civil and Political Rights, "General Comment No.37 on the Right of Peaceful Assembly." para. 54.

⁹⁶ Ibid.

⁹⁷ อธิบายต่อไปในบทที่ 4 การสั่งห้ามการชุมนุมสาธารณะ

⁹⁸ Code of Conduct for Law Enforcement Officials, Article 3.

เกิดขึ้นอย่างยาวนาน⁹⁹ นอกจากนี้ การไม่แจ้งการชุมนุมตามกฎหมาย ไม่อาจทำให้เจ้าหน้าที่รัฐมีดุลพินิจสั่งสลายการชุมนุมได้ เพราะกรณีเรื่องการไม่แจ้งการชุมนุม มิใช่เป็นกรณีที่ทำให้การชุมนุมเป็นการชุมนุมโดยไม่สงบและมีอาวุธแต่อย่างใด อีกทั้งเจ้าหน้าที่รัฐต้องใช้กฎหมายภายในการควบคุมการชุมนุมด้วยเครื่องมือการสลายการชุมนุมที่เหมาะสม การใช้ดุลพินิจต้องมีมาตรการต่าง ๆ ในระดับเบาที่สุดไปถึงระดับที่หนักในการสลายการชุมนุมได้ภายใต้หลักการหลีกเลี่ยงการใช้กำลัง

2.4 การตรวจสอบการใช้ดุลพินิจโดยองค์กรตุลาการ

ในส่วนนี้จะเป็นการศึกษา แนวคิด ทฤษฎีการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจโดยองค์กรตุลาการ โดยประกอบไปด้วยแนวคิดทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจ คือ หลักความชอบด้วยกฎหมาย หลักการแบ่งแยกอำนาจ หลักความได้สัดส่วน หลักความเสมอภาค หลักการดังกล่าวนี้เป็นหลักการพื้นฐานที่ศาลจะใช้ในการตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐ และศึกษาบทบาทขององค์กรตุลาการในการตรวจสอบ โดยอธิบายถึงขอบเขตขององค์กรตุลาการที่สามารถกระทำได้ และพิจารณาบทบาทของศาลยุติธรรม และศาลปกครองว่ามีอำนาจหน้าที่อย่างไรต่อการตรวจสอบในเรื่องดุลพินิจของฝ่ายปกครอง ท้ายสุดจะเป็นการศึกษาลักษณะพื้นฐานของการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง โดยการใช้ดุลพินิจนั้นต้องไม่ใช่อย่างผิดพลาด กล่าวคือ เป็นการใช้ดุลพินิจเกินขอบเขตที่กฎหมายกำหนด ไม่ใช่ดุลพินิจ ใช้ดุลพินิจโดยบกพร่อง ไม่คำนึงถึงสิทธิเสรีภาพของประชาชน และขัดกับหลักกฎหมายทั่วไป การใช้ดุลพินิจที่ผิดพลาดเช่นนี้ ย่อมเป็นการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบ

2.4.1 แนวคิดทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจโดยองค์กรตุลาการ

2.4.1.1 หลักความชอบด้วยกฎหมาย

หลักความชอบด้วยกฎหมายเป็นหลักที่สืบเนื่องมาจากหลักนิติรัฐที่ว่า รัฐปกครองโดยกฎหมาย หลักความชอบด้วยกฎหมายที่อยู่ภายใต้หลักนิติรัฐประกอบไปด้วยสาระสำคัญ 2 ประการคือ

ประการแรก การกระทำขององค์กรภายในรัฐไม่ว่าจะทั้งนิติบัญญัติ บริหาร และตุลาการ ต้องมีกฎหมายให้อำนาจไว้ในการกระทำการใด ๆ และการกระทำเหล่านั้นต้องชอบด้วยกฎหมาย

⁹⁹ International Covenant on Civil and Political Rights, "General Comment No.37 on the Right of Peaceful Assembly.", para. 85.

ประการที่สอง หากองค์กรของรัฐมีการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย และการกระทำนั้นก่อให้เกิดความเสียหายแก่ประชาชน รัฐจำเป็นต้องมีกลไกที่จะเข้ามาตรวจสอบและเยียวยาความเสียหายที่เกิดจากการกระทำขององค์กรของรัฐได้

ในระบอบสังคมประชาธิปไตย ซึ่งเป็นสังคมที่หน่วยงานของรัฐ หรือการกระทำที่มาจากอำนาจรัฐ โดยเฉพาะฝ่ายปกครองมีการกระทำที่กระทบต่อประชาชน การดำเนินการต่าง ๆ นั้น ย่อมจะต้องชอบด้วยกฎหมาย หมายความว่า ฝ่ายปกครองต้องดำเนินการภายใต้หลักความชอบด้วยกฎหมาย หากฝ่ายปกครองกระทำการใดซึ่งกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชน การกระทำของฝ่ายปกครองนั้น ต้องมีอำนาจทางกฎหมายรองรับให้กระทำได้ อีกทั้งประชาชนผู้ที่อยู่ภายใต้การปกครองต้องมีสิทธิในการนำคดีฟ้องร้องต่อศาลเพื่อเยียวยา แก้ไขความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการกระทำทางปกครอง ดังนั้นกฎหมายจึงเป็นทั้งแหล่งที่มาของอำนาจและข้อจำกัดการใช้อำนาจกระทำต่าง ๆ ขององค์กรรัฐ¹⁰⁰ ในที่นี้จึงจำเป็นต้องกล่าวถึงหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง อันเป็นการพิจารณาถึงการกระทำของเจ้าหน้าที่ตำรวจในการดูแลการชุมนุมสาธารณะซึ่งเป็นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง ในการออกกฎ คำสั่งทางปกครองในการสร้างนิติสัมพันธ์ที่อาจจะกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชน ด้วยเหตุนี้การกระทำทางปกครองจึงต้องอยู่ภายใต้หลักความชอบด้วยกฎหมาย ในการที่ต้องมีการควบคุมตรวจสอบการกระทำทางปกครองได้

หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง เป็นกรณีที่ใช้กฎหมายมีอำนาจอยู่เหนือประชาชน จึงต้องมีกรอบของกฎหมายในการใช้อำนาจ และมีการควบคุมและดูแลการใช้อำนาจโดยการควบคุมและตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง พิจารณาได้จากเจ้าหน้าที่ตำรวจซึ่งเป็นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง และเป็นหน่วยงานที่มีความรับผิดชอบโดยตรงต่อการดูแลการชุมนุม ถือได้ว่าเป็นผู้ที่มีปฏิสัมพันธ์กับประชาชนมากที่สุด ทั้งในด้านการรับแจ้งการชุมนุม การสั่งห้ามการชุมนุม การสลายการชุมนุม หรือแม้แต่การตรวจรักษาความสงบเรียบร้อยในพื้นที่ เพื่อให้เกิดการใช้สิทธิเสรีภาพของประชาชน การกระทำต่าง ๆ ย่อมจะต้องมีการกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนบ้างในบางครั้ง การกระทำเหล่านั้น จะต้องมีความชอบด้วยกฎหมายให้อำนาจแก่เจ้าหน้าที่ตำรวจจึงจะกระทำได้ และเมื่อกฎหมายกำหนดขอบเขตของอำนาจไว้เพียงเท่าใด เจ้าหน้าที่ตำรวจย่อมที่จะกระทำได้เพียงเท่านั้น ทั้งนี้ เพื่อให้เป็นไปตามหลักความชอบด้วยกฎหมาย ในทางกลับกันหากเจ้าหน้าที่ตำรวจมีใช้ดุลพินิจสั่งห้ามการชุมนุมที่ไม่มีฐานทางกฎหมายรองรับ หรือ

¹⁰⁰ เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชน, พิมพ์ครั้งที่ 4 แก้ไขเพิ่มเติม (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2561), หน้า 135.

หากมีกฎหมายรองรับแต่กระทำนอกขอบอำนาจที่กฎหมายกำหนดไว้ ย่อมเป็นการกระทำที่ไม่เป็นไปตามหลักความชอบด้วยกฎหมาย และจะต้องสามารถถูกฟ้องร้องต่อองค์กรตุลาการได้ ซึ่งเป็นคานอำนาจจากองค์กรตุลาการในการตรวจสอบการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองอีกชั้น

2.4.1.2 หลักการแบ่งแยกอำนาจ

หลักการแบ่งแยกอำนาจ เป็นการแยกใช้อำนาจโดยมีใช้องค์กรเดียวกัน หรือไม่ใช้องค์กรใดองค์กรหนึ่งผูกขาดอำนาจไว้¹⁰¹ โดยหลักการและทฤษฎีนั้น ไม่จำเป็นเสมอไปว่าจะต้องมีการให้อำนาจทุกองค์กรใช้อย่างเท่าเทียมกัน อำนาจใดอำนาจหนึ่งในองค์กรอาจอยู่เหนืออำนาจหนึ่งของอีกองค์กรหนึ่งก็เป็นได้ แต่มีได้ขึ้นอยู่กับแบบเด็ดขาด¹⁰² หมายความว่า จะต้องมีการที่เป็นหลักประกันในการใช้อำนาจ และควบคุมตรวจสอบของแต่ละองค์กรระหว่างกัน คือ หลักการคานและดุลอำนาจ (check and balance) อันเป็นหลักการที่ทุกองค์กรไม่สามารถมีอิสระอย่างเด็ดขาดในการกระทำการใด ๆ แต่ต้องมีมาตรการในการตรวจสอบการทำงานได้ ซึ่งถือเป็นสาระสำคัญของหลักการแบ่งแยกอำนาจ โดยมีการแบ่งองค์กรใช้อำนาจออกเป็น 3 องค์กร ทั้งสามองค์กรนี้จะต้องมีการคานและดุลอำนาจระหว่างกันด้วย คือ

1) องค์กรนิติบัญญัติ เป็นองค์กรซึ่งมีแนวคิดที่กำหนดให้รัฐออกกฎหมายในการบังคับใช้ในการดำเนินชีวิตของประชาชน ไม่ว่าจะเป็ อำนาจในการออกกฎหมาย การแก้ไขกฎหมาย และการยกเลิกกฎหมาย ล้วนแต่เป็นอำนาจขององค์กรนิติบัญญัติ

2) องค์กรบริหาร เป็นองค์กรที่จะมีความเกี่ยวข้องกับการดูแลความปลอดภัยทั้งภายในประเทศและนอกประเทศ โดยมีการใช้มาตรการต่าง ๆ เพื่อให้ประชาชนเคารพซึ่งกฎหมาย กล่าวคือ เป็นองค์กรที่ใช้อำนาจตามกฎหมายในการบริหารประเทศ

3) องค์กรตุลาการ เป็นองค์กรที่ใช้อำนาจในการอำนวยความยุติธรรม ในกรณีที่เกิดข้อพิพาท โดยจะต้องจัดให้มีการพิจารณาพิพากษาอรรถคดี และจัดให้มีการลงโทษบุคคลเมื่อมีการกระทำความผิดตามกฎหมาย

หากพิจารณาโดยยกตัวอย่างในการคานและดุลอำนาจระหว่างอำนาจนิติบัญญัติกับอำนาจบริหารในระบบการปกครองประชาธิปไตย จะพบว่า อำนาจนิติบัญญัติเป็นตัวแทนของประชาชน แต่อำนาจบริหารมิใช่เป็นตัวแทนของประชาชน ความสำคัญของอำนาจนิติบัญญัติ

¹⁰¹ Ibid., 107.

¹⁰² เรื่องเดียวกัน, หน้า 106.

จึงอาจจะมีมากกว่าอำนาจบริหาร อย่างไรก็ตามในเรื่องการควบคุมตรวจสอบ เมื่อฝ่ายนิติบัญญัติสามารถตรวจสอบฝ่ายบริหารได้ ฝ่ายบริหารก็สามารถตรวจสอบการทำงานของนิติบัญญัติได้เช่นกัน

ในกรณีของการพิจารณาระหว่างอำนาจบริหารและอำนาจตุลาการ ย่อมสามารถพิจารณาตามหลักการข้างต้นได้ คือ อำนาจตุลาการ มีความเป็นอิสระทั้งจากภายนอก คือ คุณสมบัติวาระการดำรงตำแหน่งและการพ้นจากตำแหน่งตามที่รัฐธรรมนูญและตามที่กฎหมายกำหนดงบประมาณ งานธุรการที่ต้องมีความเป็นอิสระ นอกจากนี้ความเป็นอิสระจากภายใน คือ การพิจารณาพิพากษาอรรถคดีต้องมีความอิสระ ปราศจากการแทรกแซงจากองค์กรอื่น ๆ ขณะที่อำนาจบริหารเป็นองค์กรที่ใช้อำนาจกฎหมายบริหารประเทศ การที่จะบังคับให้ประชาชนปฏิบัติตาม ย่อมต้องเป็นค้ำประกันกฎหมาย ซึ่งเป็นภารกิจของฝ่ายบริหารที่ต้องปฏิบัติตามกฎหมาย ในที่นี้หมายความว่ารวมถึง อำนาจของฝ่ายปกครองด้วย

ในส่วนเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างองค์กรบริหาร และองค์กรตุลาการ เห็นได้จาก กรณีศาลรัฐธรรมนูญ ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2560 เช่น มาตรา 210 (2) มีอำนาจในการวินิจฉัยปัญหาเกี่ยวกับหน้าที่และอำนาจของคณะรัฐมนตรี หรือ กรณีศาลยุติธรรมมีอำนาจหน้าที่ในการตรวจสอบกรณีผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองที่ฝ่าฝืน หรือไม่ปฏิบัติตามมาตรฐานจริยธรรมอย่างร้ายแรง หรือตรวจสอบการใช้อำนาจของข้าราชการทางการเมือง อีกทั้ง ตามประมวลกฎหมายอาญาสามารถตรวจสอบกรณีความผิดที่เกิดจากปฏิบัติหน้าที่หรือใช้อำนาจในการแสวงหาผลประโยชน์ให้แก่ตนเองและผู้อื่น¹⁰³ เช่น คำพิพากษาศาลฎีกาแผนกคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง คดีหมายเลขแดงที่ อม.7/2552¹⁰⁴ ฟ้องจำเลยที่เป็นราษฎรและข้าราชการพลเรือนร่วมกระทำความผิดกับจำเลยที่เป็นรัฐมนตรีและข้าราชการการเมือง ในการกระทำความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ราชการตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 151, 157 อันเป็นกรณีการชี้ให้เห็นถึงความสัมพันธ์ในรูปแบบการตรวจสอบการปฏิบัติหน้าที่ที่องค์กรตุลาการมีต่อองค์กรบริหาร

¹⁰³ เช่น ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 152

“ผู้ใดเป็นเจ้าของพนักงาน มีหน้าที่จัดการหรือดูแลกิจการใด เข้ามีส่วนได้เสียเพื่อประโยชน์สำหรับตนเองหรือผู้อื่น เนื่องด้วยกิจการนั้น ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่หนึ่งปีถึงสิบปี และปรับตั้งแต่สองหมื่นบาทถึงสองแสนบาท”

¹⁰⁴ ศาลฎีกาแผนกคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองได้วินิจฉัยประเด็นดังกล่าวว่า พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง พ.ศ. 2542 บัญญัติว่า ในการฟ้องคดีอาญาสำหรับกระทำความผิดอันเป็นกรรมเดียวผิดต่อกฎหมายหลายบท และบทใดบทหนึ่งอยู่ในอำนาจศาล ให้ศาลรับพิจารณาพิพากษาข้อหาความผิดอื่นไว้ด้วย ดังนี้ เมื่อโจทก์ฟ้องจำเลยที่เป็นราษฎรและข้าราชการพลเรือนในฐานะความผิดตามพระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับการเสนอราคาต่อหน่วยงานของรัฐ พ.ศ. 2542 รวมมาเป็นกรรมเดียวกับความผิดที่กล่าวหาว่าจำเลยที่เป็นราษฎรกับข้าราชการพลเรือนกระทำความผิดฐานเป็นเจ้าของพนักงานปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบ อันเป็นกรรมเดียวกันนั้น ศาลฎีกาแผนกคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองจึงมีอำนาจรับพิจารณาพิพากษาในฐานะความผิดดังกล่าวได้

กรณีศาลปกครองตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2560 มาตรา 197 วรรคแรก บัญญัติว่า ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีปกครองอันเนื่องมาจากการใช้อำนาจทางปกครองตามกฎหมาย หรือเนื่องมาจากการดำเนินการทางปกครองตามกฎหมาย ดังนั้น เขตอำนาจของศาลปกครองจึงเป็นกรณีที่เกี่ยวข้องด้วยฝ่ายปกครองเข้ามาคู่กรณี โดยอำนาจของฝ่ายปกครองที่ได้กระทำลือเป็นส่วนหนึ่งของอำนาจบริหาร ดังนั้น ศาลยุติธรรมหรือศาลอื่น ๆ จึงไม่มีอำนาจในการวินิจฉัยคดีทางปกครองซึ่งเป็นการกระทำที่อยู่ภายใต้อำนาจของฝ่ายบริหารแต่อย่างใด ขณะที่การปฏิบัติหน้าที่ของฝ่ายปกครองซึ่งเป็นคู่ความที่อยู่เหนือกว่าฝ่ายเอกชน จำเป็นจะต้องได้รับพิจารณาโดยมีกลไกในการพิจารณาคดีทางปกครองที่แตกต่างไปจากคดีพิพาททั่วไป นั่นคือ การพิจารณาคดีโดยใช้ระบบไต่สวน ซึ่งตุลาการศาลปกครองมีบทบาทที่สำคัญในการเป็นผู้ดำเนินการกระบวนการพิจารณาคดี

จึงกล่าวสรุปความสัมพันธ์และการคานและดุลอำนาจกัน ระหว่างอำนาจบริหารและอำนาจตุลาการ ซึ่งเกี่ยวข้องกับงานวิจัยชิ้นนี้ได้ว่า การทำการทางปกครองของฝ่ายปกครองซึ่งอยู่ในอำนาจของฝ่ายบริหาร แม้กฎหมายบัญญัติให้มีอำนาจกระทำการใด ๆ ก็ตาม แต่ต้องสามารถถูกควบคุมตรวจสอบได้จากองค์กรตุลาการ ภายใต้หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง อันเป็นหัวใจสำคัญของหลักการแบ่งแยกอำนาจ

2.4.1.3 หลักความได้สัดส่วน

หลักความได้สัดส่วนเป็นหลักกฎหมายทั่วไป และถือเป็นกฎหมายรัฐธรรมนูญที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษร แต่เป็นหลักรัฐธรรมนูญทั่วไปอันมีสภาพบังคับเทียบเท่ากับบทบัญญัติตามรัฐธรรมนูญ¹⁰⁵ ซึ่งในปัจจุบันรัฐมีหน้าที่ในการจัดทำบริการสาธารณะที่มีความซับซ้อนมากขึ้น และการตรากฎหมาย กฎ ระเบียบต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการบริการสาธารณะก็มีเพิ่มมากขึ้น จึงทำให้องค์กรของรัฐมีอำนาจมากขึ้นตามไปด้วย โดยเฉพาะองค์กรฝ่ายปกครอง ไม่ว่าจะเป็นการตรา กฎเกณฑ์ การใช้ดุลพินิจ มีผลทำให้องค์กรตุลาการต้องเข้ามาตรวจสอบการใช้อำนาจภายใต้หลักความชอบด้วยกฎหมาย หรือหลักความได้สัดส่วน เป็นต้น

กรณีการตรากฎหมายที่เกิดมาจากฝ่ายนิติบัญญัติจำเป็นต้องมีแนวคิดเรื่องความเปลี่ยนแปลงของสังคม โดยกฎหมายที่ตราขึ้นต้องเป็นกฎหมายที่สามารถแก้ไขปัญหาทางสังคมที่เกิดขึ้นได้ ดังนั้นจึงเห็นได้ว่า กฎหมายต้องเป็นไปเพื่อบรรลุวัตถุประสงค์ของสังคม หาใช่เป็นเครื่องมือ

¹⁰⁵ เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, *หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชน*, หน้า 162.

แก่ฝ่ายปกครองในการละเมิดสิทธิเสรีภาพของประชาชนไม่¹⁰⁶ การนี้ฝ่ายนิติบัญญัติจึงจำเป็นต้องตรากฎหมายโดยคำนึงถึงหลักความได้สัดส่วน เพื่อเป็นหลักประกันในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน และโดยเฉพาะในส่วนของฝ่ายปกครองจำเป็นต้องอย่างมากในการใช้หลักความได้สัดส่วนเพื่อกำหนดกรอบแห่งการใช้อำนาจให้ชอบด้วยกฎหมาย กล่าวคือ การใช้อำนาจดุลพินิจ ฝ่ายปกครองต้องใช้ให้เกิดประโยชน์ระหว่างประโยชน์ของปัจเจกชนกับประโยชน์สาธารณะให้ได้ดุลยภาพกัน โดยต้องไม่สร้างภาระแก่ปัจเจกชนมากเกินไปและต้องเป็นการกระทำที่บรรลุวัตถุประสงค์ของกฎหมาย

การกระทำของฝ่ายปกครองที่มีการกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนหรือสร้างภาระให้แก่ประชาชน แม้การกระทำนั้นจะมีกฎหมายให้อำนาจให้ทำได้และกระทำภายในกรอบของกฎหมายตามหลักความชอบด้วยกฎหมายแล้วก็ตาม แต่การกระทำขององค์กรทางปกครองยังคงจะต้องกระทำการต่าง ๆ ภายใต้อำนาจแห่งความได้สัดส่วน โดยหลักความได้สัดส่วนเป็นหลักการพื้นฐานของกฎหมายมหาชนที่ใช้เพื่อห้ามมิให้หน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองกระทำการออกมาตรการ หรือออกคำสั่งใด ๆ ที่มีผลเป็นการสร้างภาระกับประชาชนเกินสมควร โดยกำหนดให้ฝ่ายปกครองต้องกระทำการให้พอเหมาะพอประมาณกับสภาพของข้อเท็จจริง¹⁰⁷ อันเป็นหลักการพื้นฐานที่ได้ถูกกำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ ทั้งนี้การพิจารณาว่ากากระทำทางปกครองของเจ้าหน้าที่ตำรวจเป็นไปตามหลักแห่งความได้สัดส่วนหรือไม่ ต้องพิจารณา 3 หลักเกณฑ์ คือ¹⁰⁸ หลักแห่งความสัมฤทธิ์ผล หลักแห่งความจำเป็น และหลักแห่งความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ

- หลักแห่งความสัมฤทธิ์ผล

หลักนี้บังคับให้มาตรการต่าง ๆ ที่กฎหมายให้อำนาจฝ่ายปกครองกระทำการเพื่อจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชน การกระทำต่าง ๆ ของฝ่ายปกครองนั้นจะต้องเลือกมาตรการที่สามารถบรรลุวัตถุประสงค์ของกฎหมายฉบับนั้นได้ หากกฎหมายฉบับใดมีวัตถุประสงค์ของกฎหมายที่เป็นไปเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยของประชาชน แต่มาตรการต่าง ๆ ของฝ่ายปกครองที่ออกมาจากฐานอำนาจของกฎหมายฉบับนั้นกลับก่อให้เกิดความวุ่นวายในสังคมมากขึ้นกว่าเดิม มาตรการเหล่านั้นย่อมไม่ถือว่าเป็นไปตามหลักแห่งความสัมฤทธิ์ผล

¹⁰⁶ เรื่องเดียวกัน, หน้า 163.

¹⁰⁷ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายปกครอง: หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครองและการกระทำทางปกครอง, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2549), หน้า 30.

¹⁰⁸ เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชน, หน้า 162.

เมื่อพิจารณากฎหมายการชุมนุมสาธารณะซึ่งเป็นกฎหมายที่มีความเกี่ยวเนื่องโดยตรงกับการจัดระเบียบการใช้เสรีภาพในการชุมนุมของ โดยมีวัตถุประสงค์เป็นไปเพื่อดูแลความสงบเรียบร้อยของประชาชน และอำนวยความสะดวกในการชุมนุมสาธารณะ อีกทั้งเป็นกฎเกณฑ์ในการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ตำรวจในการดูแลการชุมนุมสาธารณะ ดังนั้นกฎหมายฉบับนี้จะเป็นทั้งกฎหมายที่รับรองการใช้เสรีภาพในการชุมนุม ขณะเดียวกันก็เป็นกฎหมายซึ่งจำกัดการใช้เสรีภาพการชุมนุมเพื่อที่จะคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนให้เกิดขึ้นได้ในเวลาเดียวกัน ดังนั้นมาตรการต่าง ๆ ของเจ้าหน้าที่ตำรวจซึ่งเป็นฝ่ายปกครอง ย่อมต้องเป็นไปเพื่อรับรองเสรีภาพในการชุมนุม หรือจำกัดเสรีภาพในการชุมนุมเพื่อที่จะคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนทั่วไป โดยมาตรการต่าง ๆ ต้องอยู่ภายใต้วัตถุประสงค์ตามที่กฎหมายกำหนดให้อำนาจฝ่ายปกครองไว้

- หลักแห่งความจำเป็น

ในบรรดามาตรการต่าง ๆ ของฝ่ายปกครองที่ออกบังคับใช้นอกจากจะต้องเป็นมาตรการที่มีวัตถุประสงค์ในการบรรลุเจตนารมณ์ของกฎหมายแล้ว ตามหลักแห่งความจำเป็น หากมีมาตรการที่ฝ่ายปกครองสามารถเลือกบังคับใช้ได้ จะต้องเลือกมาตรการที่กระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนให้น้อยที่สุด และขณะเดียวกันก็ต้องเป็นมาตรการที่จะทำให้บรรลุวัตถุประสงค์ของกฎหมายให้มากที่สุดด้วย อันเป็นการแสดงให้เห็นว่า ฝ่ายปกครองมีอำนาจในการจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนได้เพียงเท่าที่จำเป็นเท่านั้น

เมื่อพิจารณาการกระทำของเจ้าหน้าที่ตำรวจในการดูแลการชุมนุมสาธารณะ ในบรรดามาตรการหรือคำสั่งต่าง ๆ ที่ตำรวจสามารถออกมาใช้เพื่อดูแลการชุมนุมสาธารณะได้ นอกจากจะต้องเป็นไปตามวัตถุประสงค์ของพระราชบัญญัติการชุมนุมสาธารณะซึ่งมุ่งดูแลการชุมนุมสาธารณะและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน ต้องปรากฏอีกว่าเป็นมาตรการที่จะกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนให้น้อยที่สุด หากปรากฏว่ามีมาตรการอื่นที่สามารถกระทำได้ และกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนน้อยกว่า การกระทำดังกล่าวที่เจ้าหน้าที่ตำรวจกระทำนั้นจะเป็นสิ่งที่ไม่ชอบธรรมเป็นการกระทำที่ไม่มีความจำเป็นและขัดต่อหลักความได้สัดส่วน ดังปรากฏอยู่ในการให้ความเห็นทั่วไปฉบับที่ 37 ของกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ในการเคารพซึ่งเสรีภาพในการชุมนุม รัฐจะต้องใช้มาตรการตามที่สมควร เพื่อคุ้มครองผู้เข้าร่วมการชุมนุมทุกคนและ

อำนวยความสะดวกในการชุมนุม โดยไม่ก่อภาระแก่ผู้ชุมนุมเกินกว่าเหตุ¹⁰⁹ เจ้าหน้าที่ตำรวจมีหน้าที่จะต้องพิสูจน์ให้ได้อย่างแน่ชัดถึงอันตรายหรือความเสี่ยงที่จะเกิดขึ้นว่ารัฐไม่สามารถควบคุมสถานการณ์ที่ได้อย่างแน่แท้ โดยไม่อาจใช้ข้ออ้างเพียงเพราะความเป็นไปได้ที่จะไม่สามารถป้องกันหรือระงับความรุนแรงได้¹¹⁰ เช่น กรณีต้องมีการสั่งห้ามการชุมนุม มาตรการที่อาจกระทบต่อเสรีภาพในการชุมนุมน้อยที่สุด เช่น การเลื่อนการชุมนุม หรือการย้ายสถานที่ชุมนุมแทนที่จะเป็นการสั่งห้ามการชุมนุมทั้งหมด เป็นต้น

กล่าวโดยสรุปได้ว่า เมื่อมีมาตรการที่กำหนดไว้ในกฎหมายอยู่หลายมาตรการ ฝ่ายปกครองจะต้องเลือกมาตรการที่บรรลุวัตถุประสงค์ของกฎหมายให้มากที่สุดและกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนให้น้อยที่สุดในเวลาเดียวกัน

- หลักแห่งความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ

หลักการนี้เป็นหลักการซึ่งต้องการให้เกิดดุลยภาพระหว่างความเสียหายอันจะเกิดขึ้นกับเสรีภาพของประชาชนกับประโยชน์ของมหาชนอันพึงจะได้รับจากการปฏิบัติการให้เป็นไปตามมาตรการหนึ่งมาตรการใดของฝ่ายปกครอง¹¹¹ เป็นหลักการซึ่งมุ่งที่จะชั่งน้ำหนักระหว่างความเสียหายที่จะเกิดขึ้น และประโยชน์ที่จะได้รับจากมาตรการของฝ่ายปกครอง โดยต้องเป็นมาตรการที่จะทำให้บรรลุวัตถุประสงค์ของกฎหมาย และกระทบกระเทือนต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนให้น้อยที่สุด และมาตรการนั้นจะต้องเป็นมาตรการซึ่งให้ประโยชน์แก่มหาชนอย่างมากที่สุด กล่าวอีกนัยคือ แม้มาตรการนั้นจะบรรลุวัตถุประสงค์ของกฎหมาย และกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนน้อยแล้ว แต่มาตรการดังกล่าวเกิดผลประโยชน์กับมหาชนน้อยมากไม่คุ้มกับความเสียหายที่จะเกิดขึ้นกับสิทธิเสรีภาพของประชาชนที่จะต้องเสียไป ฝ่ายปกครองย่อมไม่อาจจะใช้มาตรการดังกล่าวได้

หากพิจารณาในเรื่องการชุมนุมจะพบว่า การออกคำสั่งใด ๆ ของเจ้าหน้าที่ตำรวจ ไม่ว่าจะเป็นการสลายการชุมนุม หรือการสั่งห้ามการชุมนุม แม้เป็นคำสั่งเหล่านั้นเป็นไปตามเจตนารมณ์ของกฎหมายตามหลักแห่งความสัมฤทธิ์ผล และการสลายการชุมนุม หรือการสั่งห้ามการชุมนุมนั้นเป็นมาตรการสอดคล้องกับหลักความจำเป็น แต่หากมาตรการดังกล่าวไม่ได้ดุลยภาพระหว่างเสรีภาพ

¹⁰⁹International Covenant on Civil and Political Rights, "General Comment No.37 on the Right of Peaceful Assembly.", para. 27.

¹¹⁰ Alekseev v. Russian Federal para. 9.6 cited in International Covenant on Civil and Political Rights, "General Comment No.37 on the Right of Peaceful Assembly (Article21)," 2020, para. 24.

¹¹¹ เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, *หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชน*, หน้า 168.

ของประชาชนที่ต้องเสียไปกับประโยชน์ที่มหาชนจะได้รับ คำสั่งหรือมาตรการนั้นย่อมขัดต่อหลักความได้สัดส่วน ไม่สามารถใช้อย่างคับใช้

ยกตัวอย่างเช่น การตั้งตู้คอนเทนเนอร์กั้นในรัศมี 150 เมตรจากเขตห้ามการชุมนุม เพื่อป้องกันไม่ให้ผู้ชุมนุมฝ่าฝืนเข้าเขตห้ามชุมนุมในขณะที่ผู้ชุมนุมไม่ได้มีพฤติการณ์ หรือเจตนาที่จะฝ่าฝืน ข้อห้ามดังกล่าว มาตรการนี้ทำให้ประชาชนในพื้นที่จำนวนมากไม่สามารถที่จะเข้าออก หรือเดินทางสัญจรเข้าพื้นที่ซึ่งเป็นที่พัก ที่อยู่อาศัย หรือสถานที่ทำงานได้เลย ข้อเท็จจริงดังกล่าวนี้สะท้อนให้เห็นว่า การใช้มาตรการตั้งตู้คอนเทนเนอร์ เพื่อปิดกั้นมิให้ผู้ชุมนุมเข้าไปในรัศมี 150 เมตรตามที่กฎหมายกำหนด แม้จะเป็นไปตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย และทำให้บรรลุวัตถุประสงค์ของกฎหมายการชุมนุมสาธารณะได้ แต่มาตรการนี้ย่อมไม่เป็นไปตามหลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ เนื่องจากมาตรการของเจ้าหน้าที่ตำรวจในการกั้นพื้นที่การชุมนุม เป็นมาตรการที่ก่อให้เกิดผลประโยชน์แก่สาธารณะ ไม่ได้สัดส่วนเมื่อเทียบกับเสรีภาพในการชุมนุมที่ต้องเสียไป ดังนั้น การกระทำทางปกครองนี้ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

2.4.1.4 หลักความเสมอภาค

หลักแห่งความเสมอภาค หรือสิทธิของประชาชนที่จะต้องได้รับความเท่าเทียมกันตามที่ได้รับรองไว้ในรัฐธรรมนูญ และเป็นหลักสำคัญในการควบคุมฝ่ายปกครอง รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยบัญญัติรับรองไว้มาตรา 4¹¹² อีกทั้งตามมาตรา 27¹¹³ ได้บัญญัติให้องค์กรของรัฐซึ่งรวมถึงฝ่ายปกครองต้องปฏิบัติต่อบุคคลเหมือนกันในสาระสำคัญอย่างเดียวกัน และปฏิบัติต่อบุคคลที่

¹¹² รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา 4

“ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิ เสรีภาพ และความเสมอภาคของบุคคลย่อมได้รับความคุ้มครอง
ปวงชนชาวไทยย่อมได้รับความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญเสมอกัน”

¹¹³ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา 27

“บุคคลย่อมเสมอกันในกฎหมาย มีสิทธิและเสรีภาพและได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเท่าเทียมกัน
ชายและหญิงมีสิทธิเท่าเทียมกัน

การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคล ไม่ว่าด้วยเหตุความแตกต่างในเรื่องถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา เพศ อายุ ความพิการ สภาพทางกายหรือสุขภาพ สถานะของบุคคลฐานะทางเศรษฐกิจหรือสังคม ความเชื่อทางศาสนา การศึกษาอบรม หรือความคิดเห็นทางการเมืองอันไม่ขัดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ หรือเหตุอื่นใด จะกระทำมิได้

มาตรการที่รัฐกำหนดขึ้นเพื่อจัดอุปสรรคหรือส่งเสริมให้บุคคลสามารถใช้สิทธิหรือเสรีภาพได้เช่นเดียวกับบุคคลอื่น หรือเพื่อคุ้มครองหรืออำนวยความสะดวกให้แก่เด็ก สตรี ผู้สูงอายุคนพิการ หรือผู้ด้อยโอกาส ย่อมไม่ถือว่าเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมตามวรรคสาม

บุคคลผู้เป็นทหาร ตำรวจ ข้าราชการ เจ้าหน้าที่อื่นของรัฐ และพนักงานหรือลูกจ้างขององค์กรของรัฐย่อมมีสิทธิและเสรีภาพเช่นเดียวกับบุคคลทั่วไป เว้นแต่ที่จำกัดไว้ในกฎหมายเฉพาะในส่วนที่เกี่ยวกับการเมือง สมรรถภาพ วินัย หรือจริยธรรม”.

ต่างกันสาระสำคัญที่ต่างกันออกไปตามลักษณะของบุคคล จะเห็นได้ว่า การเลือกปฏิบัติต่อบุคคลที่เหมือนกันในสาระสำคัญที่แตกต่างกัน หรือการปฏิบัติต่อบุคคลที่แตกต่างกันในสาระสำคัญอย่างเดียวกัน ย่อมเป็นการขัดต่อหลักความเสมอภาค หลักความเสมอภาคนี้จึงเป็นหลักที่ควบคุมมิให้รัฐใช้อำนาจตามอำเภอใจและใช้ตรวจสอบการกระทำทั้งหลายของรัฐ เช่น จะเป็นการกระทำทางปกครองในการออกกฎขององค์กรนิติบัญญัติ เป็นต้น¹¹⁴ การนี้ข้อยกเว้นของการเลือกปฏิบัติของหลักความเสมอภาค ซึ่งบางครั้งฝ่ายปกครองอาจต้องพิจารณาด้วยหลักเกณฑ์ที่ต่างกัน ส่งผลให้มีการเลือกปฏิบัติได้ หรือที่เรียกว่า การเลือกปฏิบัติที่เป็นธรรม ฝ่ายปกครองสามารถกระทำได้ภายใต้เงื่อนไขดังต่อไปนี้¹¹⁵

1. การเลือกปฏิบัติเพื่อประโยชน์มหาชน เป็นกรณีการเลือกปฏิบัติเพื่อเข้าถึงถึงเรื่องประโยชน์สาธารณะ หรือประโยชน์ของมหาชนซึ่งกฎหมายกำหนดไว้เป็นที่ตั้ง อันได้แก่ ศีลธรรมอันดีของประชาชน ความปลอดภัยของทรัพย์สิน ความมั่นคงทางเศรษฐกิจและสังคม เป็นต้น ทั้งนี้ ต้องไม่ก่อให้เกิดความแบ่งแยกอย่างที่ไม่สามารถยอมรับได้

2. การเลือกปฏิบัติเพื่อมุ่งลดความเหลื่อมล้ำที่ดำรงอยู่ เป็นเรื่องที่รัฐจะต้องกระทำเพื่อขจัดอุปสรรคหรือส่งเสริมให้บุคคลใช้สิทธิเสรีภาพได้เช่นเดียวกับบุคคลอื่น ๆ เช่น การเลือกปฏิบัติต่อเด็ก สตรี ผู้สูงอายุ หรือคนพิการ เป็นต้น

ภายใต้เงื่อนไขทั้ง 2 ประการที่กล่าวมานั้น ถือว่าเป็นเงื่อนไขที่สำคัญซึ่งฝ่ายปกครองจะต้องยึดถือปฏิบัติในการกรณีที่ต้องมีการเลือกปฏิบัติ หมายความว่า หากการเลือกปฏิบัติเป็นไปตามเงื่อนไขดังกล่าวย่อมเป็นการเลือกปฏิบัติที่สามารถกระทำได้ ดังนั้น ฝ่ายปกครองจะต้องเคารพหลักความเสมอภาคที่รัฐธรรมนูญรับรอง และหากการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองขัดต่อหลักความเสมอภาคดังรายละเอียดที่กล่าวมานั้น ย่อมต้องถูกตรวจสอบได้ ดังที่ปรากฏให้เห็นอย่างชัดเจนตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครองมาตรา 9 (1) ในเรื่องอำนาจพิจารณาคดีของศาลปกครองที่ว่า “คดีพิพาทเกี่ยวกับหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายไม่ว่าจะเป็นการออกกฎ คำสั่งหรือการกระทำอื่นใดเนื่องจากกระทำโดยไม่มีอำนาจหรือนอกเหนืออำนาจหน้าที่หรือไม่ถูกต้องตามกฎหมาย หรือโดยไม่ถูกต้องตามรูปแบบขั้นตอนหรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญที่กำหนดไว้สำหรับการกระทำนั้น หรือโดยไม่สุจริต หรือมีลักษณะเป็น

¹¹⁴ เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชน, หน้า 140.

¹¹⁵ เรื่องเดียวกัน, หน้า 149-150.

การเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม...” ดังคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.142/2547¹¹⁶ เรื่องการเลือกปฏิบัติต่อบุคคลเพราะเหตุสภาพร่างกายของผู้สมัครสอบคัดเลือกเป็นข้าราชการในตำแหน่งอัยการผู้ช่วย ดังนั้น จากคำพิพากษาที่เป็นบรรทัดฐานสำคัญนี้ ชี้ให้เห็นว่า ศาลปกครองมีอำนาจที่จะตรวจสอบการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองที่มีลักษณะที่เป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายได้อันเป็นเรื่องที่ถูกรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญ

กรณีของศาลยุติธรรม แม้จะไม่มีส่วนในเรื่องคดีปกครองมากนัก แต่หากพิจารณาพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉินซึ่งเป็นบทกฎหมายที่ให้อำนาจฝ่ายบริหาร และตัดอำนาจศาลปกครองออกจากการพิจารณาคดี แต่ยังคงปรากฏอำนาจศาลยุติธรรมในการพิจารณาคดีเกี่ยวกับพนักงานเจ้าหน้าที่และผู้มีอำนาจหน้าที่เช่นเดียวกับเจ้าหน้าที่ ทั้งในความรับผิดชอบทางแพ่งทางอาญา และทางวินัย เนื่องจากการปฏิบัติหน้าที่ในการระงับหรือป้องกันการกระทำผิดกฎหมาย หากเป็นการกระทำที่ไม่สุจริต เลือกปฏิบัติ และเกินสมควรสมควรแก่เหตุหรือเกินกว่ากรณีจำเป็น¹¹⁷

ทั้งนี้ ในเรื่องการชุมนุมสาธารณะซึ่งเจ้าหน้าที่ตำรวจจำเป็นต้องออกมาตรการ หรือคำสั่งใด ๆ ในทางปฏิบัติอาจจะเกิดข้อเท็จจริงของการเลือกปฏิบัติได้ หากเจ้าหน้าที่ตำรวจได้พิจารณาแล้วเห็นว่า การเลือกปฏิบัติต่อผู้ชุมนุมนั้น เป็นการเลือกปฏิบัติเพื่อประโยชน์มหาชน หรือเพื่อมุ่งลดความเลื่อมล้ำที่ดำรงอยู่ ถือเป็น การเลือกปฏิบัติที่เป็นธรรม อันเป็นข้อยกเว้นของหลักความเสมอภาค¹¹⁸ การดูแลการชุมนุมสาธารณะของเจ้าหน้าที่ตำรวจย่อมสามารถกระทำได้เท่าที่ไม่ก่อให้เกิดความแบ่งแยกอย่างที่ไม่สามารถยอมรับได้

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

¹¹⁶ ผู้ฟ้องคดีประกอบอาชีพทนายความ ได้สมัครสอบคัดเลือกเพื่อบรรจุเป็นข้าราชการอัยการตำแหน่งอัยการผู้ช่วย แต่ถูกตัดสิทธิ์สอบโดยคณะกรรมการอัยการอ้างว่ามีรูปกายพิการ เดินขาเกะเขลิก กล้ามเนื้อขาลีบ มีบุคลิกภาพและร่างกายไม่เหมาะสม ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่าบทบัญญัติมาตรา 30 วรรคหนึ่งของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ได้วางหลักแห่งความเสมอภาคว่า องค์การต่างๆ ของรัฐรวมทั้งฝ่ายปกครองต้องปฏิบัติต่อบุคคลที่เหมือนกันในสาระสำคัญอย่างเดียวกันและปฏิบัติต่อบุคคลที่แตกต่างกันในสาระสำคัญที่ต่างกันออกไปตามลักษณะของแต่ละคน การปฏิบัติต่อบุคคลที่เหมือนกันในสาระสำคัญที่แตกต่างกันก็ดี หรือการปฏิบัติต่อบุคคลที่แตกต่างกันในสาระสำคัญอย่างเดียวกันก็ดี ย่อมขัดต่อหลักความเสมอภาค ในกรณีนี้แม้ร่างกายจะพิการแต่ไม่เป็นอุปสรรคอย่างมากต่อการปฏิบัติหน้าที่ในลักษณะงานอัยการ การที่ไม่รับสมัครจึงเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมตามมาตรา 30

¹¹⁷ พระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ.2548 มาตรา 17

พนักงานเจ้าหน้าที่และผู้มีอำนาจหน้าที่เช่นเดียวกับพนักงานเจ้าหน้าที่ตามพระราชกำหนดนี้ ไม่ต้องรับผิดชอบทั้งทางแพ่งทางอาญา หรือทางวินัย เนื่องจากการปฏิบัติหน้าที่ในการระงับหรือป้องกันการกระทำผิดกฎหมาย หากเป็นการกระทำที่สุจริต ไม่เลือกปฏิบัติ และไม่เกินสมควรแก่เหตุ หรือไม่เกินกว่ากรณีจำเป็น แต่ไม่ตัดสิทธิผู้ได้รับความเสียหายที่จะเรียกร้องค่าเสียหายจากทางราชการตามกฎหมายว่าด้วยความรับผิดชอบละเมิดของเจ้าหน้าที่

¹¹⁸ เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, *หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชน*, หน้า 150.

2.4.2 บทบาทขององค์กรตุลาการในการตรวจสอบดุลพินิจของฝ่ายปกครอง

ฝ่ายนิติบัญญัติตรากฎหมายเพื่อเปิดโอกาสให้ฝ่ายปกครองเลือกใช้มาตรการตามที่กฎหมายกำหนดให้เข้ากับข้อเท็จจริง โดยฝ่ายปกครองมีอำนาจดุลพินิจในการเลือกใช้มาตรการต่างๆภายใต้หลักความชอบด้วยกฎหมาย ทั้งนี้ ตามหลักการแบ่งแยกอำนาจ ฝ่ายปกครองย่อมจะต้องถูกควบคุมตรวจสอบได้โดยฝ่ายตุลาการตามที่กล่าวมาแล้วข้างต้น ในที่นี้จึงจะอธิบายต่อไปในส่วนบทบาทของฝ่ายตุลาการในการเข้ามาตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง ทั้งในส่วนของขอบเขตของฝ่ายตุลาการที่สามารถกระทำได้ และพิจารณาถึงบทบาทไม่ว่าจะเป็นศาลยุติธรรมและศาลปกครองว่ามีอำนาจหน้าที่อย่างไรต่อการตรวจสอบในเรื่องดุลพินิจของฝ่ายปกครอง

ในเบื้องต้น การใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองนั้น ย่อมจะต้องอยู่ภายใต้หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง เมื่อมีการใช้ดุลพินิจที่เกินกว่าอำนาจที่กฎหมายกำหนด หรือมิได้กระทำภายในขอบเขตของกฎหมาย การกระทำดังกล่าวย่อมขัดต่อหลักความชอบด้วยกฎหมายด้วยเหตุนี้ องค์กรตุลาการจะสามารถเข้ามาตรวจสอบดุลพินิจฝ่ายปกครองได้ โดยตรวจสอบภายใต้หลักความชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น แต่ไม่ควรก้าวล่วงเข้าไปตรวจสอบความเหมาะสมของฝ่ายปกครอง¹¹⁹ มิฉะนั้นการกระทำดังกล่าวจะเป็นการที่องค์กรตุลาการเข้าไปใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองเสียเอง ซึ่งฝ่ายนิติบัญญัติได้มอบหมายให้อยู่ในความรับผิดชอบของฝ่ายปกครอง อย่างไรก็ตาม ในเรื่องความเหมาะสมของฝ่ายปกครองนี้ ศาลมักจะเข้ามาตรวจสอบเมื่อพบว่าการกระทำทางปกครองไม่เหมาะสมอย่างชัดเจนอันมีผลสมบูรณ์บังคับได้ตามกฎหมาย¹²⁰ หรือทำให้การปรับบทกฎหมายผิดพลาดไปด้วย ดังนั้น หากเป็นกรณีอื่นศาลต้องเคารพต่อการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองโดยไม่สามารถเข้าตรวจสอบความเหมาะสมได้

อย่างไรก็ตาม ในรายละเอียดของการตรวจสอบดุลพินิจของฝ่ายปกครองโดยตุลาการนั้น ย่อมต้องพิจารณาถึงการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองตามโครงสร้างบทบัญญัติของกฎหมายทั้งส่วนที่เป็นองค์ประกอบส่วนเหตุของกฎหมายหรือดุลพินิจวินิจฉัย และส่วนที่เป็นผลของกฎหมายหรือดุลพินิจตัดสินใจ ซึ่งโดยทั่วไปดุลพินิจตัดสินใจเป็นที่ยอมรับโดยทั่วกันว่าเป็นปัญหาเรื่องดุลพินิจที่ศาลจะสามารถเข้ามาตรวจสอบได้ แต่ในส่วนของดุลพินิจวินิจฉัยนั้นยังมีข้อถกเถียงเกิดขึ้นมากมายว่าเป็นปัญหาเรื่องดุลพินิจอันศาลจะสามารถเข้ามาตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองได้หรือไม่

¹¹⁹ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, "การควบคุมการใช้ดุลพินิจทางปกครองโดยองค์กรตุลาการ," วารสารกฎหมายปกครอง 40.

¹²⁰ เรื่องเดียวกัน, หน้า 41.

ในทางวิชาการมีความเห็นที่แตกต่างกันออกไปหลายทาง เช่น Rupp อดีตประธานศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์เยอรมนี มีความเห็นว่า เมื่อเป็นถ้อยคำของบทบัญญัติกฎหมายแล้ว ไม่ว่าจะ เป็นบทบัญญัติที่ชัดเจนหรือไม่ก็ตาม ย่อมเป็นเรื่องข้อกฎหมาย ศาลปกครองสามารถทบทวนได้ทั้งสิ้น¹²¹ กล่าวคือ การปรับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นให้เข้ากับข้อกฎหมาย ถือเป็นขั้นตอนการใช้กฎหมายธรรมดาเท่านั้น โดยไม่ต้องคำนึงว่าถ้อยคำของกฎหมายนั้นมีความหมายแน่นอนตายตัวหรือไม่ ทั้งนี้องค์กรตุลาการที่ทำหน้าที่ตรวจสอบการใช้กฎหมายสามารถเข้ามาตรวจสอบได้อย่างเต็มที่ว่ามี การใช้กฎหมายถูกต้องหรือไม่¹²²

ในขณะที่มีนักนิติศาสตร์อีกฝ่ายหนึ่ง เช่น Bachof มีความเห็นว่า การควบคุมตรวจสอบการใช้ และการตีความกฎหมายของฝ่ายปกครองโดยศาลปกครอง ถูกจำกัดขอบเขตลง¹²³ โดยหลักเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมีอำนาจดุลพินิจในการปรับข้อเท็จจริงเข้ากับข้อกฎหมายส่วนที่เป็นองค์ประกอบส่วน เหตุ แต่ยังมีกรยอมรับว่ามีบางกรณีที่มีการประเมินเนื้อหาหรือตีความกฎหมายจะต้องใช้ความรู้ ความเชี่ยวชาญพิเศษ ประสบการณ์ของฝ่ายปกครอง ดังนั้น ตามความเห็นนี้ศาลซึ่งไม่มีความเชี่ยวชาญ ดีกว่าฝ่ายปกครอง การควบคุมตรวจสอบโดยศาลย่อมต้องถูกจำกัดขอบเขตลง

ผู้เขียนเห็นว่าเมื่อฝ่ายนิติบัญญัติได้ตรากฎหมายที่มีถ้อยคำความหมายไม่แน่นอนตายตัวเช่นนี้ ย่อมมีความประสงค์ที่จะต้องการมอบอำนาจดุลพินิจให้แก่ฝ่ายปกครองในการดำเนินกิจการตามความเชี่ยวชาญ และประสบการณ์ เพื่อตอบสนองแก่สาธารณชนได้อย่างยืดหยุ่นและเหมาะสมแก่ สถานการณ์มากที่สุด ดังนั้น การปรับใช้ข้อเท็จจริงให้เข้ากับข้อกฎหมายในองค์ประกอบส่วนเหตุใน บางเรื่องฝ่ายปกครองย่อมมีอำนาจดุลพินิจ ทั้งนี้ การควบคุมตรวจสอบโดยศาล จะต้องไม่ก้าวล่วง ทบทวนการวินิจฉัยเรื่องความเหมาะสม เนื่องจากฝ่ายปกครองมีการวินิจฉัยโดยผ่านประสบการณ์ หรือเทคนิคความเชี่ยวชาญของตน โดยศาลสามารถควบคุมได้ในเฉพาะกรณีที่ถ้อยคำของกฎหมายมี

¹²¹ H.N. Rupp, Ermessenepielraum und Rechtsstaatlichkeit, NJW 1969, S.1273 อ้างถึงใน กมลชัย รัตนส กาววงศ์, "ความคิดพื้นฐานเกี่ยวกับดุลพินิจฝ่ายปกครองของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน," วารสารกฎหมายปกครอง : 23.

¹²² วรเจตน์ ภาศิริรัตน์, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายปกครอง: หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครองและการ กระทำทางปกครอง, หน้า 54.

¹²³ กมลชัย รัตนส กาววงศ์, "ความคิดพื้นฐานเกี่ยวกับดุลพินิจฝ่ายปกครองของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน," วารสารกฎหมายปกครอง: 23.

ลักษณะเป็นเรื่องความเทคนิคเชี่ยวชาญพิเศษที่มีความผิดพลาดอย่างชัดเจน หรือเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมีการสรุปข้อเท็จจริงผิดพลาด จนทำให้การปรับข้อกฎหมายผิดพลาดไปด้วย¹²⁴

ความคิดเห็นนี้ข้างต้น สอดคล้องกับคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.33/2557 ซึ่งเป็นคดีที่ได้วางบรรทัดฐานที่สำคัญในเรื่องขอบเขตการใช้ดุลพินิจของฝ่ายบริหาร ได้กล่าวถึง อำนาจศาลปกครองในการตรวจสอบการใช้อำนาจดุลพินิจของฝ่ายบริหาร โดยพิจารณาตามข้อ 9 วรรคสอง แห่งระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดว่าด้วยการพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2553 ซึ่งจะต้องพิจารณา 3 ประการ

1. ในการปฏิบัติตามภารกิจต่าง ๆ ของรัฐในการปรับใช้กฎหมายและการจะทำประโยชน์สาธารณะ รัฐโดยฝ่ายนิติบัญญัติมีความจำเป็นต้องตรากฎหมายมอบอำนาจให้กับหน่วยงานต่าง ๆ โดยทั่วไปแล้วบทบัญญัติของกฎหมายสามารถแบ่งออกเป็น 2 ส่วน คือ ดุลพินิจวินิจฉัย และดุลพินิจตัดสินใจ

2. บทบัญญัติของกฎหมายที่มอบอำนาจดุลพินิจให้แก่ฝ่ายบริหาร ฝ่ายบริหารย่อมจะต้องใช้ดุลพินิจนั้นให้สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของกฎหมายในการมอบอำนาจดังกล่าวและการใช้อำนาจดุลพินิจนั้นจะต้องอยู่ภายในขอบเขตของกฎหมาย ในกรณีที่มีการฟ้องคดีโต้แย้งการใช้ดุลพินิจของฝ่ายบริหาร ศาลปกครองมีอำนาจเข้าไปตรวจสอบการใช้มาตรการของฝ่ายบริหารได้เฉพาะในแง่ของความชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น แต่ศาลปกครองจะไม่ก้าวล่วงเข้าไปควบคุมใช้อำนาจดุลพินิจในแง่ของความเหมาะสม การที่ศาลปกครองจะเข้าไปตรวจสอบการใช้อำนาจดุลพินิจของฝ่ายบริหารว่าสอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของกฎหมายอยู่ภายใต้ขอบเขตของกฎหมายหรือไม่ ศาลปกครองย่อมมีอำนาจตรวจสอบได้ว่าในการใช้ดุลพินิจฝ่ายบริหารนั้นมีเหตุผลรองรับหรือไม่ ดังนั้น การใช้ดุลพินิจโดยที่ไม่มีเหตุผลรองรับจึงเป็นการใช้ดุลพินิจที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายได้

3. ในการตรวจสอบเหตุผลรองรับในการใช้ดุลพินิจ ศาลปกครองย่อมมีอำนาจตรวจสอบได้ 2 ส่วน คือ เหตุผลในส่วนของกฎหมาย และเหตุผลในส่วนข้อเท็จจริง ในการตรวจสอบเหตุผลในส่วนกฎหมาย ศาลตรวจสอบได้ว่า มีบทบัญญัติกฎหมายให้อำนาจดุลพินิจหรือไม่ มีการใช้ปรับใช้กฎหมายหรือตีความที่ผิดพลาดหรือไม่ เป็นต้น และในส่วนการตรวจสอบข้อเท็จจริง ศาลปกครองจะมีอำนาจเข้าไปตรวจสอบได้เพียงใดนั้นขึ้นอยู่กับบทบัญญัติของกฎหมายว่าใช้ถ้อยคำทางกฎหมายที่มีความหมายเฉพาะเจาะจงหรือไม่ ถ้าบทบัญญัติของกฎหมายมีการใช้ถ้อยคำทางกฎหมายที่มี

¹²⁴ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายปกครอง: หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครองและการกระทำทางปกครอง, หน้า 57.

ความหมายไม่เฉพาะเจาะจงและมีความหมายทั่วไป ผู้ใช้ผู้ตีความดังกล่าวย่อมไม่จำเป็นต้องอาศัยความรู้ความเชี่ยวชาญทางเทคนิควิชา กรณีเช่นนี้ ศาลปกครองย่อมมีอำนาจเข้าไปตรวจสอบดุลพินิจวินิจฉัยของฝ่ายบริหารได้ตามปกติ แต่ถ้าบทบัญญัติของกฎหมายมีการใช้ถ้อยคำทางกฎหมายที่มีความหมายเฉพาะเจาะจงทางวิชาการหรือเป็นถ้อยคำซึ่งผู้ใช้ผู้ตีความไม่สามารถใช้ความรู้ความเข้าใจทั่ว ๆ ไปได้ แต่จำเป็นต้องอาศัยผู้มีความรู้ความเชี่ยวชาญในแขนงวิชานั้น ๆ กรณีเช่นนี้ศาลเองไม่มีความเชี่ยวชาญพิเศษ จึงถือว่าเป็นดุลพินิจวินิจฉัยของฝ่ายบริหารที่ศาลปกครองจะจำกัดขอบเขตการเข้าไปตรวจสอบแต่เพียงว่าการใช้อำนาจดุลพินิจนั้นมีความผิดพลาดอย่างชัดแจ้งที่วิญญูชนไม่พึงกระทำหรือไม่

คำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดดังกล่าวนี้ ชี้ให้เห็นว่า เมื่อมีการโต้แย้งคดีต่อศาลปกครองในเรื่องการใช้อำนาจดุลพินิจโดยมิชอบ ถือเป็นกรณีที่ศาลจะตรวจสอบเหตุผลในการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง นั่นคือ เหตุผลของกฎหมายที่ให้อำนาจของฝ่ายปกครองไว้ และเหตุผลของข้อเท็จจริงที่ฝ่ายปกครองนำมาอ้างในการใช้อำนาจ หากบทบัญญัติของกฎหมายใช้ถ้อยคำทั่วไปโดยไม่ต้องอาศัยความเชี่ยวชาญเฉพาะด้าน ศาลปกครองย่อมมีอำนาจตรวจสอบดุลพินิจได้ปกติ แต่หากบทบัญญัติของกฎหมายมีความหมายเฉพาะเจาะจงในทางเทคนิค หรือความเชี่ยวชาญเฉพาะทาง ศาลย่อมต้องจำกัดอำนาจตนเองลง โดยพิจารณาได้เพียงความผิดพลาดที่ชัดแจ้งเท่านั้น การนี้ศาลปกครองมิได้ตรวจสอบการใช้อำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองจากประเภทของดุลพินิจแต่อย่างใด หรือ

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.80/2547 เมื่อคณะกรรมการยา ซึ่งประกอบด้วยผู้มีความรู้ความเชี่ยวชาญเรื่องยาโดยเฉพาะมีความเห็นว่า ยา พี พี เอ มีความเสี่ยงเพิ่มขึ้นเมื่อเป็นยาแก้ไขหวัด และรัฐมนตรีว่าการกระทรวงสาธารณสุขโดยคำแนะนำของคณะกรรมการยาได้สั่งให้ผู้ผลิตยาหรือผู้ได้รับอนุญาตนำหรือสั่งยาเข้ามาในราชอาณาจักรแก้ไขทะเบียนตำรับยาที่ได้ขึ้นทะเบียนไว้แล้ว ถือว่าการสั่งดังกล่าวเป็นไปเพื่อความปลอดภัยของผู้ใช้ยา การดำเนินการของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงสาธารณสุขเป็นการดำเนินการตามพระราชบัญญัติยา พ.ศ. 2510 แล้ว ศาลไม่อาจก้าวล่วงไปพิจารณาดุลพินิจขององค์กรผู้เชี่ยวชาญได้

คำพิพากษาดังกล่าวนี้ ชี้ให้เห็นว่า ถ้าบทบัญญัติของกฎหมายมีการใช้ถ้อยคำทางกฎหมายที่มีความหมายเฉพาะทางวิชาการ หรือการใช้กฎหมายต้องอาศัยความเชี่ยวชาญพิเศษซึ่งศาลเองไม่มีความเชี่ยวชาญพิเศษนั้น ถือเป็นดุลพินิจของฝ่ายบริหารที่ศาลปกครองจะจำกัดขอบเขตการเข้าไปตรวจสอบเพียงว่าการใช้ดุลพินิจของฝ่ายบริหารมีความผิดพลาดอย่างชัดแจ้งที่วิญญูชนไม่กระทำหรือไม่

การควบคุมตรวจสอบดุลพินิจของฝ่ายปกครองในประเทศไทยโดยองค์การตุลาการ สามารถกระทำได้ทั้งการตรวจสอบโดยศาลยุติธรรม และการตรวจสอบโดยศาลปกครอง

การตรวจสอบการใช้ดุลพินิจโดยศาลยุติธรรม

การศึกษาพบว่า ศาลยุติธรรมสามารถควบคุมตรวจสอบดุลพินิจของฝ่ายปกครองได้ 3 ประการ ได้แก่¹²⁵

- 1) การควบคุมตรวจสอบให้ฝ่ายปกครองใช้ดุลพินิจในขอบเขตที่กฎหมายกำหนด
- 2) ควบคุมตรวจสอบให้ฝ่ายปกครองใช้ดุลพินิจอย่างแท้จริง คือ ตรวจสอบว่าฝ่ายปกครองใช้ดุลพินิจของตนเองในการพิจารณาข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นอย่างละเอียดถี่ถ้วน และเป็นอิสระ ไม่ผูกพันต่อคำปรึกษาหรือคำแนะนำขององค์กรอื่น
- 3) ควบคุมตรวจสอบให้ฝ่ายปกครองใช้ดุลพินิจอย่างมีเหตุผลภายใต้หลักความได้สัดส่วน

ทั้งนี้ การควบคุมตรวจสอบโดยศาลยุติธรรม ผู้ได้รับความเสียหายไม่อาจร้องขอให้ศาลพิพากษาว่าฝ่ายปกครองใช้ดุลพินิจไม่ชอบได้โดยตรง ศาลจึงอาจเพิกถอนการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองไม่ได้ และคำพิพากษาของศาลยุติธรรมมีผลเฉพาะคดีเท่านั้น

ตัวอย่าง คำพิพากษากฎีกา 216/2494 ประกาศขององค์การสงเคราะห์ทหารผ่านศึกซึ่งเป็นพนักงานเจ้าหน้าที่ ประกาศให้ผู้ขายปลี๊กเนื้อหมูชำแหละมาจดทะเบียนเป็นผู้ทำการค้าภายใน 15 วัน หากผู้ใดมิได้มาจดทะเบียนภายในกำหนด บุคคลที่ต้องการประกอบอาชีพชนิดนั้น ไม่มีทางที่จะทำการได้ เป็นการสงวนอาชีพไว้แต่เฉพาะผู้ที่ได้รับจดทะเบียนไว้แล้วในระหว่างเวลาที่กำหนดไว้เท่านั้น จึงเป็นเรื่องนอกเหนือไปจากการป้องกันการค้ากำไรเกินควร ประกาศเช่นนี้จึงย่อมไม่มีผลบังคับได้ตามพระราชบัญญัติป้องกันการการค้ากำไรเกินควร พนักงานเจ้าหน้าที่คณะกรรมการป้องกันการการค้ากำไรเกินควรแต่งตั้งขึ้นมาตรา 10 แห่งพระราชบัญญัติป้องกันการการค้ากำไรเกินควรนั้นหาไม่อำนาจที่จะสั่งการวางระเบียบการแก่บุคคลภายนอก อันถึงจะเอาความผิดเป็นโทษทางอาญาอย่างใดไม่

กรณีตามคำพิพากษาจะเห็นได้ว่า เป็นกรณีที่พนักงานเจ้าหน้าที่ไม่มีอำนาจกระทำการได้ตามกฎหมาย โดยการใช้ดุลพินิจในการออกประกาศมิได้เป็นไปตามขอบอำนาจของกฎหมายที่กำหนดไว้ ศาลยุติธรรมสามารถควบคุมตรวจสอบในลักษณะเช่นนี้ได้

¹²⁵ เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, เอกสารคำสอนการควบคุมฝ่ายปกครอง (ประกอบการสอนวิชากฎหมายปกครอง ฝรั่งเศษ ปีการศึกษา 2563) (เอกสารไม่ตีพิมพ์เผยแพร่), หน้า 88.

การตรวจสอบการใช้ดุลพินิจโดยศาลปกครอง สามารถควบคุมตรวจสอบได้ ดังนี้

ศาลปกครองมีอำนาจตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองได้ตามที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติการจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) และอาจเพิกถอนกฎหรือคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายอันเกิดจากการใช้ดุลพินิจที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายได้ตามมาตรา 72 (1)

“มาตรา 9 ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาหรือมีคำสั่งในเรื่องดังต่อไปนี้

(1) คดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายไม่ว่าจะเป็นการออกกฎ คำสั่งหรือการกระทำอื่นใดเนื่องจากกระทำโดยไม่มีอำนาจหรือนอกเหนืออำนาจหน้าที่หรือไม่ถูกต้องตามกฎหมาย หรือโดยไม่ถูกต้องตามรูปแบบขั้นตอนหรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญที่กำหนดไว้สำหรับการกระทำนั้นหรือโดยไม่สุจริตหรือมีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม หรือมีลักษณะเป็นการสร้างขั้นตอนโดยไม่จำเป็นหรือสร้างภาระให้เกิดกับประชาชนเกินสมควร หรือเป็นการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบ...”

“มาตรา 72 ในการพิพากษาคดี ศาลปกครองมีอำนาจกำหนดค่าบังคับอย่างหนึ่งอย่างใดดังต่อไปนี้

(1) สั่งให้เพิกถอนกฎหรือคำสั่งหรือสั่งห้ามการกระทำทั้งหมดหรือบางส่วนในกรณีที่มีการฟ้องว่าหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1)...”

2.4.3 ลักษณะการตรวจสอบดุลพินิจโดยองค์กรตุลาการ

ขอบเขตการตรวจสอบดุลพินิจของฝ่ายปกครองในข้างต้น แสดงให้เห็นถึงขอบเขตของศาลที่จะเข้ามตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองได้ภายใต้หลักความชอบด้วยกฎหมาย ทั้งนี้ โดยหลักทั่วไปการใช้ดุลพินิจมีที่มาจากแนวคิดที่ว่า อำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองมิใช่เสรีภาพในการวินิจฉัยและตัดสินใจซึ่งผู้ทรงอำนาจอาจสละเสียได้ตามอำเภอใจ¹²⁶ เมื่อกฎหมายให้อำนาจฝ่ายปกครองในการใช้ดุลพินิจในการวินิจฉัยตัดสินใจในเฉพาะเรื่องกรณีใดกรณีหนึ่ง กฎหมายถือว่าเจ้าหน้าที่นั้นมีหน้าที่ต้องมีการใช้ดุลพินิจ หมายความว่า ก่อนที่วินิจฉัยและตัดสินใจกระทำการเรื่องใด ๆ ก็ตาม ฝ่ายปกครองจะต้องพิจารณาข้อเท็จจริงในเรื่องนั้นอย่างรอบด้าน ถี่ถ้วน และวินิจฉัยตัดสินใจโดยการ

¹²⁶ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, ข้อความคิดและหลักการพื้นฐานบางประการของกฎหมายปกครอง, หน้า 144.

คำนี้ถึงข้อเท็จจริงเหล่านั้น ด้วยเหตุนี้จึงกล่าวกันว่า “อำนาจดุลพินิจไม่ใช่เสรีภาพที่จะวินิจฉัยและตัดสินใจโดยไม่ทราบข้อเท็จจริงอันเป็นมูลเหตุของปัญหา แต่เป็นอำนาจที่จะวินิจฉัยและตัดสินใจอย่างเป็นอิสระภายหลังจากที่ได้ทราบข้อเท็จจริงอันเป็นมูลเหตุของปัญหาอย่างรอบด้านแล้ว”¹²⁷ ดังนั้นศาลจะสามารถตรวจสอบคำสั่ง หรือมาตรการใด ๆ ที่มาจากดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ที่จะต้องวินิจฉัยตัดสินใจผ่านข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นอย่างละเอียดรอบด้านเสมอ โดยศาลจะมีการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองว่าอยู่ในขอบเขตที่กฎหมายกำหนดหรือไม่ และฝ่ายปกครองต้องมีการใช้ดุลพินิจ และการใช้ดุลพินิจต้องไม่ถูกใช้อย่างบกพร่องหรือบิดเบือน

นอกจากนี้ การใช้ดุลพินิจนั้นต้องคำนึงถึงสิทธิเสรีภาพของประชาชนและไม่ขัดต่อหลักกฎหมายทั่วไป นั่นคือ หลักความได้สัดส่วน หลักแห่งความเสมอภาค หมายความว่า การใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองจะต้องมีความสอดคล้องกับหลักความได้สัดส่วน และหลักแห่งความเสมอภาค

จากลักษณะพื้นฐานของการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองโดยศาล สามารถสรุปได้ว่า ศาลจะตรวจสอบการใช้ดุลพินิจโดยอาศัยหลักความชอบด้วยกฎหมายและตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองในลักษณะที่เกินขอบเขตที่กฎหมายกำหนด การไม่ใช้ดุลพินิจ การใช้ดุลพินิจบกพร่อง การใช้ดุลพินิจโดยไม่คำนึงถึงเสรีภาพ และการใช้ดุลพินิจขัดต่อหลักกฎหมายทั่วไป

2.4.3.1 กรณีการใช้ดุลพินิจเกินขอบเขตที่กฎหมายกำหนด

กรณีนี้เป็นกรณีที่ฝ่ายปกครองใช้ดุลพินิจเกินกว่าที่กฎหมายบัญญัติไว้ ซึ่งถ้ากฎหมายกำหนดให้ฝ่ายปกครองมีอำนาจตัดสินใจกระทำการเช่นใด ฝ่ายปกครองย่อมต้องใช้ดุลพินิจกระทำการตามที่กฎหมายกำหนดเช่นนั้น หากฝ่ายปกครองออกคำสั่งเกินขอบเขตที่กฎหมายกำหนดไว้ย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมาย เช่น กฎหมายกำหนดให้เก็บค่าธรรมเนียมระหว่าง 200 ถึง 500 บาท แต่ฝ่ายปกครองเก็บค่าธรรมเนียม 1,000 บาท เช่นนี้เป็นกรณีซึ่งเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองได้มีการใช้ดุลพินิจเรียกเก็บค่าธรรมเนียมเกินกว่าที่กฎหมายบัญญัติไว้ หรือกรณีที่เจ้าหน้าที่ตำรวจดูแลการชุมนุมสาธารณะมีอำนาจหน้าที่ตามมาตรา 19 วรรคสี่ (5) ในการกำหนดเงื่อนไขในการชุมนุมเพื่อประโยชน์ในการปฏิบัติหน้าที่ อันได้แก่ การอำนวยความสะดวกแก่ประชาชน การรักษาความปลอดภัยแก่ผู้อื่น การรักษาความปลอดภัยหรืออำนวยความสะดวกแก่ผู้ชุมนุม หรืออำนวยความสะดวกในการจราจร และการขนส่งสาธารณะ แต่หากเจ้าหน้าที่ตำรวจกำหนดเงื่อนไขโดยให้ผู้จัดการชุมนุมควบคุมผู้ชุมนุมไม่ให้ต่อต้านการปฏิบัติหน้าที่ของคณะรักษาความสงบแห่งชาติ และการแสดงแผ่นป้ายต้องไม่มี

¹²⁷ เรื่องเดียวกัน.

ลักษณะการต่อต้านการปฏิบัติหน้าที่ของรัฐบาล¹²⁸ ถือเป็นการใช้อำนาจเกินขอบเขตที่กฎหมายกำหนด

2.4.3.2 กรณีการไม่ใช้ดุลพินิจ

กรณีนี้เป็นกรณีที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองไม่ใช้ดุลพินิจ ทั้งที่มีอำนาจตามกฎหมายที่บัญญัติไว้ให้ใช้ตามข้อเท็จจริงเกิดขึ้น การไม่ใช้ดุลพินิจอาจเกิดมาจากสาเหตุที่ฝ่ายปกครองไม่ตั้งใจหรือประมาท หรือการไม่ใช้ดุลพินิจอาจเกิดจากความละเลยการปฏิบัติหน้าที่ หรือคิดว่าตนเองไม่มีอำนาจ หรืออาจเกิดจากความสะเพร่าหรือความสำคัญคิดว่าตนผูกพันต้องวินิจฉัยเช่นนั้นโดยไม่มีอำนาจใช้ดุลพินิจ¹²⁹ ไม่ว่าจะฝ่ายปกครองจะไม่ใช้ดุลพินิจด้วยเหตุประการใด ย่อมถือว่าเป็นการฝ่าฝืนกฎหมายซึ่งกำหนดให้ฝ่ายปกครองต้องใช้ดุลพินิจ

ตัวอย่างคำพิพากษาศาลปกครองกลางที่ 1140/2544 ระเบียบกระทรวงมหาดไทยว่าด้วยการพัสดุของหน่วยการบริหารราชการส่วนท้องถิ่น พ.ศ. 2535 ข้อ 44 ให้อำนาจคณะกรรมการพิจารณาผลการประกวดราคาที่จะพิจารณาสั่งยกเลิกการประกวดราคา หรือให้ดำเนินการต่อไปในกรณีที่มีเหตุสมควรในกรณีที่มีผู้เสนอราคาเพียงรายเดียว หรือเสนอมาหลายรายแต่ถูกต้องเพียงรายเดียว ดังนั้นคณะกรรมการจึงมีหน้าที่ต้องพิจารณาว่ามีเหตุผลสมควรที่จะดำเนินการต่อไปหรือไม่ก่อนที่จะพิจารณาสั่งยกเลิกการประกวดราคา หากคณะกรรมการไม่ได้พิจารณาว่ามีเหตุผลสมควรหรือไม่และสั่งยกเลิกการประกวดราคาทันทีเมื่อมีผู้เสนอราคามาเพียงรายเดียวย่อมถือได้ว่าคณะกรรมการพิจารณาผลการประกวดราคากระทำโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย¹³⁰ ซึ่งเป็นกรณีการไม่ใช้ดุลพินิจ

¹²⁸ หนังสือสรุปสาระสำคัญการชุมนุมสาธารณะ ที่ ดช.0015.(บ.ก.น.1)8/858 ลงวันที่ 30 ตุลาคม 2558

¹²⁹ Vgl. H.U. Erichsen u.W. Martens, a.a.O., S.158; H. Maurer, ebenda, S.91 อ้างถึงใน กมลชัย รัตนสากววงศ์, “ความคิดพื้นฐานเกี่ยวกับดุลพินิจฝ่ายปกครองของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน,” *วารสารกฎหมายปกครอง*: 14.

¹³⁰ ต่อมา มีคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.96/2549 ได้วินิจฉัยว่าการที่คณะกรรมการพิจารณาผลการประกวดราคายกเลิกการประกวดราคาโดยไม่ได้พิจารณาเหตุผลที่สมควร ไม่ถือเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย เนื่องจากเป็นการดำเนินการตามที่กฎหมายกำหนดไว้ เว้นแต่ เป็นกรณีที่คณะกรรมการพิจารณาผลการประกวดราคาเห็นสมควรที่จะให้มีการดำเนินการต่อไปจึงจะต้องมีเหตุผลสมควรและเพียงพอที่จะรับฟังว่าการดำเนินการเสนอให้มีการจะซื้อจะจ้างผู้เสนอราคารายเดียวต่อไปนั้นจะเป็นผลดีทางราชการหรือไม่

2.4.3.3 กรณีการใช้ดุลพินิจโดยบกพร่อง หรือบิดเบือนไม่ตรงเจตนารมณ์ของกฎหมาย

กรณีการใช้ดุลพินิจโดยบกพร่อง หรือบิดเบือนจะเกิดขึ้นมากที่สุด เป็นการใช้อำนาจดุลพินิจโดยไม่ยึดถือวัตถุประสงค์ของกฎหมาย หรือไม่นำเอาประโยชน์ของมหาชน และผลประโยชน์ของเอกชนมาพิจารณาให้เพียงพอ โดยเอาผลประโยชน์ส่วนตัว เหตุผลทางการเมืองของตนมาเกี่ยวข้องในการใช้อำนาจดุลพินิจออกคำสั่ง ตัวอย่างเช่น การใช้อำนาจดุลพินิจในการสลายการชุมนุมทางการเมืองโดยใช้เหตุผลทางการเมืองเป็นเหตุจูงใจ โดยมีให้การแสดงความคิดเห็นทางการเมืองหรือการแสดงทัศนคติทางการเมืองหนึ่ง¹³¹ และการสลายการชุมนุมเพราะแสดงความคิดเห็นทางการเมืองนี้เกิดขึ้นบ่อยครั้งอย่างมาก โดยเจ้าหน้าที่ตำรวจมักมีการใช้กฎหมายสั่งห้ามการชุมนุมอย่างเข้มงวด หรือประกาศใช้กฎหมายฉุกเฉินเพื่อควบคุมการชุมนุมและในที่สุดจึงสลายการชุมนุมที่เห็นต่างทางการเมือง ความบกพร่องในการใช้อำนาจดุลพินิจนี้เป็นการพิจารณาที่มาจากอคติวิสัยของผู้ใช้อำนาจดุลพินิจ ซึ่งสัมพันธ์กับเรื่องความไม่มีส่วนได้เสียของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองตามหลักกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครอง

การที่เจ้าหน้าที่ใช้อำนาจดุลพินิจโดยไม่สนใจวัตถุประสงค์ของกฎหมายที่มอบดุลพินิจให้ เช่น คำพิพากษาฎีกาที่ 1110/2512 ตามประกาศคณะกรรมการส่วนจังหวัดออกตามความในพระราชบัญญัติป้องกันการค้ากำไรเกินควร มาตรา 8 ท้ายฟ้องโจทก์มิให้แสดงแจ้งชัดว่า ที่ห้ามสุกรมีชีวิตเข้าไปในเขตนั้น มีวัตถุประสงค์อย่างไร และเป็นที่ยุติกันทั่วไปว่าการห้ามมิให้ขนย้ายสุกรเข้าไปในท้องที่ตามประกาศนั้น ย่อมทำให้สุกรชีวิตนั้นท้องที่นั้นมีประมาณลดน้อยลงอันทำให้ราคาสูงขึ้น ประกาศดังกล่าวจึงไม่ได้มีวัตถุประสงค์เพื่อช่วยป้องกันการค้ากำไรเกินควร หมายความว่า การออกกฎหมายไม่ใช่ว่าจะออกอย่างไรก็ได้ แต่ต้องสอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของกฎหมายแม่บทด้วย เมื่อคณะกรรมการออกกฎหมายโดยไม่คำนึงถึงวัตถุประสงค์ของกฎหมายแม่บท กฎที่ตราขึ้นจึงไม่ชอบด้วยกฎหมาย นอกจากนี้ยังมีกรณีที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองใช้อำนาจดุลพินิจโดยไม่นำพฤติการณ์ต่าง ๆ ที่เกิดขึ้นมาใช้ในการพิจารณาซึ่งน้ำหนักก่อนตัดสินใจ หรือมีการใช้อำนาจดุลพินิจโดยอำเภอใจ

2.4.3.4 กรณีการใช้ดุลพินิจไม่คำนึงถึงสิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ

เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจำต้องมีการใช้อำนาจดุลพินิจโดยคำนึงถึงสิทธิเสรีภาพของประชาชนในที่นี้ คือ หลักความเสมอภาค ซึ่งได้บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญมาตรา 4 ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิเสรีภาพ และความเสมอภาคย่อมได้รับความคุ้มครอง ปวงชนชาวไทยย่อมได้รับความคุ้มครองตาม

¹³¹ BVerwGE Bd.26, S.135 (140). อ้างถึงใน กมลชัย รัตนสกาววงศ์, “ความคิดพื้นฐานเกี่ยวกับดุลพินิจฝ่ายปกครองของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน,” วารสารกฎหมายปกครอง:15.

รัฐธรรมนูญเสมอกัน และมาตรา 27 บุคคลย่อมเสมอกันในกฎหมาย มีสิทธิและเสรีภาพและได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเท่าเทียมกัน

ตัวอย่าง คำพิพากษาศาลปกครองกลางที่ 1628/2545 กระทรวงการคลังออกหนังสือเวียนแจ้งแก่หน่วยงานราชการเรื่องการนับระยะเวลาเกษียณอายุราชการตามหลักเกณฑ์ใหม่ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ชำระใหม่) พ.ศ. 2535 ซึ่งทำให้บุคคลกลุ่มหนึ่งเกษียณอายุราชการเร็วกว่ากำหนดเดิม ส่วนบุคคลอีกกลุ่มหนึ่งยังคงใช้หลักเกณฑ์เดิม กลุ่มบุคคลที่เสียสิทธิจากหลักเกณฑ์ดังกล่าวนำคดีมาฟ้องต่อศาลปกครองว่า คำสั่งให้เกษียณอายุราชการซึ่งนับตามหลักเกณฑ์ใหม่ เป็นการใช้กฎหมายโดยเลือกปฏิบัติอย่างไม่เป็นธรรม อันเป็นการขัดต่อความเสมอภาค ศาลปกครองกลางวินิจฉัยว่า กรณีดังกล่าว เป็นกรณีของบุคคล 2 กลุ่มที่แตกต่างกัน จึงมิใช่กรณีที่สามารถนำมาเปรียบเทียบกันได้ เพราะไม่ได้อยู่ภายใต้หลักเกณฑ์เดียวกัน จึงไม่ขัดต่อหลักความเสมอภาค

2.4.3.5 กรณีการใช้ดุลพินิจขัดกับหลักกฎหมายทั่วไป

กรณีที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองใช้ดุลพินิจโดยไม่คำนึงถึงหลักการอันเป็นรากฐานของนิติรัฐ¹³² ฝ่ายปกครองออกคำสั่งโดยไม่คำนึงถึงหลักความได้สัดส่วน เช่น การที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะใช้มาตรการใด เห็นชัดว่าเป็นการใช้โดยไม่บรรลุวัตถุประสงค์ของกฎหมาย หรือเลือกมาตรการที่รุนแรงมาก หรือเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมีการใช้มาตรการที่กระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนไม่ได้ สัดส่วนกับประโยชน์ของมหาชนที่จะได้รับ ถึงแม้ว่าหลักความได้สัดส่วนไม่ได้บัญญัติเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษร แต่ต้องถือว่าหลักการนี้เป็นหลักกฎหมายทั่วไป ซึ่งสามารถพิจารณาได้จากมาตรา 26 ที่บัญญัติเรื่องการตรากฎหมายหรือกฎหมายที่มีลักษณะเป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชน ต้อง “... ไม่เพิ่มภาระหรือจำกัดสิทธิเสรีภาพของบุคคลเกินสมควรแก่เหตุ...” การเรียกร้องให้ฝ่ายปกครองกระทำการไม่เกินสมควรแก่เหตุ นั้น ย่อมไม่จำกัดเฉพาะการกำหนดกฎเกณฑ์ที่เป็นการทั่วไปเท่านั้น แต่สามารถที่จะใช้ได้ตลอดทั่วไปของกฎหมายมหาชน เช่น การออกคำสั่งทางปกครองกับบุคคลเฉพาะรายด้วย

ตัวอย่างเช่น คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด ที่ อ.51/2547 การที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงเกษตรและสหกรณ์ได้อาศัยอำนาจตามมาตรา 50 วรรคสองของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย และมาตรา 32 แห่งพระราชบัญญัติการประมง พ.ศ.2490 ออกประกาศกระทรวง

¹³² วรเจตน์ ภาคีรัตน์, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายปกครอง: หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครองและการกระทำทางปกครอง, หน้า 61.

เกษตรและสหกรณ์ เรื่องกำหนดห้ามใช้เครื่องมือทำการประมงบางชนิดทำการประมงในฤดูปลาที่มีไข่ วางไข่ และเลี้ยงตัวในวัยอ่อนในท้องที่จังหวัดประจวบคีรีขันธ์ ชุมพร สุราษฎร์ธานี ซึ่งห้ามใช้เครื่องมือ บางชนิดในบางช่วงเวลา มิได้ห้ามโดยสิ้นเชิงและตลอดไป เพื่อการอนุรักษ์สัตว์อันเป็นการแก้ไขปัญหา การทำลายพันธุ์น้ำ เป็นมาตรการที่จำเป็นแก่การดำเนินการเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ของกฎหมายใน การอนุรักษ์พันธุ์สัตว์น้ำให้สามารถใช้ประโยชน์ได้ยั่งยืนตลอดไป แม้จะกระทบต่อเสรีภาพการทำ ประมงของผู้ที่องค์ก็ตาม แต่เป็นมาตรการที่สามารถบรรลุวัตถุประสงค์ในการอนุรักษ์สัตว์น้ำได้ ประกาศดังกล่าวจึงเป็นมาตรการที่จำเป็นที่ก่อให้เกิดประโยชน์แก่สาธารณะมากกว่าเมื่อเทียบกับ ความเสียหายที่ผู้ฟ้องคดีได้รับและมีได้ระทบสาระสำคัญในการประกอบอาชีพการประมงตามมาตรา 50 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ดังนั้นเมื่อประกาศออกโดยผู้มีอำนาจและมีการใช้ดุลพินิจ โดยชอบแล้ว จึงเป็นประกาศที่ชอบด้วยกฎหมาย

กล่าวโดยสรุป จากการศึกษาความเป็นมาและรูปแบบการชุมนุมสาธารณะตามหลัก สากล รวมถึงหลักการและทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง พบว่า การดูแลการ ชุมนุมสาธารณะของฝ่ายปกครองนั้น ไม่เพียงแต่จะต้องปฏิบัติให้สอดคล้องกับหลักสากล การที่จะทำ ให้การชุมนุมสาธารณะเกิดประสิทธิผลได้ในทางปฏิบัติ องค์กรตุลาการต้องมีบทบาทในการตรวจสอบ ความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองด้วย ซึ่งองค์กรตุลาการจะเป็นส่วนหนึ่งที่มี ความสำคัญอันจะทำให้การดูแลการชุมนุมสาธารณะของฝ่ายปกครองโดยเฉพาะเจ้าหน้าที่ตำรวจ จะต้องมีการปฏิบัติหน้าที่อย่างมีมาตรฐานตามหลักสากล โดยผ่านการตรวจสอบภายใต้ตามหลัก ความชอบด้วยกฎหมาย และหลักความได้สัดส่วนซึ่งเป็นหลักการสำคัญที่ศาลจะนำมาใช้ในการ ตรวจสอบการกระทำของฝ่ายปกครองที่มีผลไปในทางจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน หรือการ ตรวจสอบจากการลักษณะการใช้ดุลพินิจ อีกทั้ง ในหลักสากล การจำกัดเสรีภาพการชุมนุมนั้นศาล จะต้องพิจารณาภายใต้หลักความจำเป็นสำหรับสังคมประชาธิปไตยและความได้สัดส่วนอีกด้วย อย่างไรก็ตาม มีข้อน่าสังเกตว่า องค์กรตุลาการไทยยังคงมีบทบาทน้อยมากในการนำหลักความได้ สัดส่วน หรือการนำหลักความจำเป็นและหลักความได้สัดส่วนตามหลักสากล มาใช้พิจารณาเรื่อง ชุมนุมสาธารณะ ซึ่งหลักการเหล่านี้มีความจำเป็นอย่างยิ่งในการตรวจสอบดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ ตำรวจ ดังนั้น ในบทต่อไปจะพิจารณาในเรื่องการดูแลการชุมนุมสาธารณะของกฎหมายไทยและ ต่างประเทศประกอบกับหลักสากล ไม่ว่าจะเป็นเรื่องการแข่งขันการชุมนุม การจำกัดเนื้อหา เวลา สถานที่และรูปแบบการชุมนุม ตลอดจนการสั่งห้ามการชุมนุมและการสลายการชุมนุม และการ ตรวจสอบขององค์กรตุลาการของไทยและต่างประเทศ ซึ่งจะชี้ให้เห็นว่าการดูแลการชุมนุมสาธารณะ

ของไทยได้ถูกใช้ไปอย่างไม่มีมาตรฐานตามหลักสากล และองค์การตลาดก็เข้ามามีบทบาทน้อยมาก
ในการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง



บทที่ 3

การตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ตำรวจในการดูแลการชุมนุมสาธารณะโดยองค์กรตุลาการตามกฎหมายต่างประเทศ

จากการศึกษาแนวคิดเกี่ยวกับการดูแลการชุมนุมสาธารณะตามหลักสากล และหลักการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจโดยองค์กรตุลาการในบทก่อนหน้าแล้ว ในบทนี้จะกล่าวถึงการดูแลการชุมนุมสาธารณะและการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจขององค์กรตุลาการในกฎหมายต่างประเทศ คือ ประเทศฝรั่งเศส ประเทศอังกฤษ และประเทศเกาหลีใต้ การศึกษาแบ่งออกเป็น 3 หัวข้อ คือ 1. ฐานทางกฎหมายที่ให้อำนาจดุลพินิจเจ้าหน้าที่ตำรวจในการดูแลการชุมนุมสาธารณะซึ่งจะพิจารณาบทกฎหมายให้อำนาจเจ้าหน้าที่ตำรวจในการดูแลการชุมนุมสาธารณะ และนำมาศึกษาในหัวข้อที่ 3.2 ในเรื่องหลักการดูแลการชุมนุมสาธารณะในกฎหมายต่างประเทศ ซึ่งจะศึกษาหลักการดูแลการชุมนุมสาธารณะภายใต้กฎหมายที่ให้อำนาจดุลพินิจเจ้าหน้าที่ตำรวจ โดยพิจารณาประกอบกับหลักสากลแบ่งการศึกษาออกเป็น 5 หัวข้อย่อย คือ การแจ้งและการขออนุญาต การวางข้อจำกัดทางด้านเนื้อหา การวางข้อจำกัดด้านเวลา สถานที่ และรูปแบบ การสั่งห้ามการชุมนุม และการสลายการชุมนุม ท้ายที่สุดจะเป็นการศึกษาการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ตำรวจโดยองค์กรตุลาการ โดยพิจารณาถึงบทบาทของศาลในการเข้ามาตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ตำรวจในการดูแลการชุมนุมสาธารณะ ซึ่งทั้ง 3 ประเทศได้ให้ความสำคัญกับการใช้หลักความได้สัดส่วนในการตรวจสอบดุลพินิจ เพียงแต่มีรูปแบบการตรวจสอบที่แตกต่างกันออกไป โดยจะศึกษาต่อไปในหัวข้อ 3.3 ได้แก่ ประเทศฝรั่งเศส ศาลได้เข้ามามีบทบาทในการสร้างกฎเกณฑ์การตรวจสอบภายใต้หลักความได้สัดส่วน ประเทศอังกฤษ ศาลใช้หลักความได้สัดส่วนเป็นเครื่องมือในการพิจารณาคดีที่เกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพ และประเทศเกาหลีใต้ ศาลรัฐธรรมนูญมีบทบาทในการตรวจสอบกฎหมายที่เกี่ยวกับการชุมนุมสาธารณะและสร้างกฎเกณฑ์บางประการโดยใช้หลักความได้สัดส่วน ในการให้เจ้าหน้าที่ตำรวจดูแลการชุมนุมให้สอดคล้องกับหลักสากล

การศึกษาในบทนี้จะเป็นอย่างสำคัญให้กับประเทศไทยว่า รัฐภาคีที่อยู่ภายใต้กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมืองมีหลักการดูแลการชุมนุมสาธารณะอย่างไร และองค์กรตุลาการเองต่างก็เข้ามามีบทบาทอย่างมากในการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ตำรวจในการดูแลการชุมนุมสาธารณะ

3.1 กฎหมายที่เป็นฐานในการใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ตำรวจในประเทศฝรั่งเศส อังกฤษ และ เกาหลีใต้

การดูแลการชุมนุมสาธารณะของเจ้าหน้าที่ตำรวจย่อมต้องมีกฎหมายเป็นฐานในการให้อำนาจดุลพินิจ กล่าวคือ ในสถานการณ์ของบ้านเมืองที่ดำเนินไปอย่างปกติ ก็ย่อมบังคับใช้กฎหมายเป็นการทั่วไป เหตุนี้การใช้เสรีภาพในการชุมนุมย่อมเกิดขึ้นได้อย่างเสรีและเจ้าหน้าที่ตำรวจต่างมีหน้าที่ในการดูแลการชุมนุมที่เกิดขึ้น ทั้งนี้ การใช้ดุลพินิจในการออกคำสั่ง หรือมาตรการต่าง ๆ ของเจ้าหน้าที่ตำรวจต้องถูกตรวจสอบได้โดยองค์กรตุลาการภายใต้หลักความชอบด้วยกฎหมายหรือหลักความได้สัดส่วน แต่อย่างไรก็ตาม เมื่อบ้านเมืองอยู่ในสถานการณ์ฉุกเฉินซึ่งอาจเป็นภัยต่อความมั่นคงหรือความปลอดภัยของรัฐ ไม่ว่าจะเป็น การเกิดสงคราม การจลาจล เหตุภัยพิบัติธรรมชาติ เป็นต้น ซึ่งในระบอบเสรีประชาธิปไตยไม่สามารถแก้ไขปัญหานี้ในยามฉุกเฉินได้ ต้องให้กลุ่มบุคคลมาเป็นผู้ตัดสินใจ¹³³ กลุ่มบุคคลในที่นี้ คือ องค์กรฝ่ายบริหาร ทำหน้าที่ในการป้องกัน ระวังเหตุให้บรรเทาและกลับคืนสู่สถานการณ์ปกติ การนี้ย่อมทำให้รัฐต้องจำกัดเสรีภาพในการชุมนุมมากขึ้นเพื่อการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะ และเพื่อให้องค์กรฝ่ายบริหารจัดการกับสถานการณ์ฉุกเฉินได้อย่างเต็มที่ โดยต้องใช้อำนาจภายใต้กรอบของกฎหมายตามรัฐธรรมนูญ คือ สถานการณ์ฉุกเฉินต้องประกาศอย่างเปิดเผย มีขอบเขตจำกัด และต้องใช้เพราะสาเหตุจากการคุกคามความอยู่รอดของประเทศชาติ¹³⁴

ดังนั้น การศึกษาในหัวข้อนี้จึงมุ่งศึกษา กฎหมายซึ่งเป็นฐานในการให้อำนาจดุลพินิจเจ้าหน้าที่ตำรวจในการดูแลการชุมนุมสาธารณะทั้งในห้วงเวลาปกติ และสถานการณ์ฉุกเฉิน โดยพิจารณากฎหมายที่ใช้การดูแลการชุมนุมของต่างประเทศในห้วงเวลาปกติ และเมื่ออยู่ในสถานการณ์ฉุกเฉินประเทศเหล่านี้ได้นำกฎหมายแบบใดมาบังคับใช้และบังคับใช้กับการชุมนุมในทิศทางใด โดยจะนำไปพิจารณาให้เห็นถึงบทบาทการตรวจสอบของศาลที่มีความเปลี่ยนแปลงไปจากห้วงเวลาปกติ การพิจารณาเหล่านี้จะชี้ให้เห็นถึงความแตกต่างในการดูแลการชุมนุมสาธารณะของเจ้าหน้าที่ตำรวจในประเทศไทยอันเป็นความแตกต่างที่มีนัยสำคัญ

¹³³ ซีโรตม์ คล้ามไพบูลย์, "ความคิดทางการเมืองของคาร์ล ชมิทท์ ความเป็นการเมืองสภาวะใหม่ และเสรีประชาธิปไตย" (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ คณะรัฐศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2548), หน้า 127.

¹³⁴ สมยศ จันทรมณี, "ระบบกฎหมายพิเศษว่าด้วยสถานการณ์ฉุกเฉินสาธารณะในประเทศไทยกับหลักนิติรัฐ" (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ คณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์, 2559), หน้า 47.

ตารางเปรียบเทียบฐานกฎหมายในการใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ตำรวจในต่างประเทศ

หัวข้อ	ประเทศฝรั่งเศส	ประเทศอังกฤษ	ประเทศเกาหลีใต้	ประเทศไทย
กฎหมายที่เป็น ฐานในการใช้ ดุลพินิจ	<ul style="list-style-type: none"> - กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ค.ศ. 1966 - อนุสัญญาว่าด้วยการป้องกันสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน ค.ศ. 1950 - รัฐบัญญัติว่าด้วยการชุมนุม ฉบับลงวันที่ 30 มิถุนายน ค.ศ. 1881 ฉบับแก้ไขเพิ่มเติมลงวันที่ 28 มีนาคม ค.ศ. 1907 - รัฐธรรมนูญฯ ลงวันที่ 30 ตุลาคม ค.ศ. 1935 	<ul style="list-style-type: none"> - Public Order Act 1968 Part II - ภายใต้ระบบกฎหมาย Common Law คำพิพากษาของศาลมีผลผูกพันเป็นกฎหมาย 	<ul style="list-style-type: none"> - รัฐบัญญัติว่าด้วยการชุมนุมและการเดินขบวนสาธารณะรัฐเกาหลีใต้ ค.ศ. 2007 (The Assembly and Demonstration Act) และ 	<ul style="list-style-type: none"> - พระราชบัญญัติการชุมนุมสาธารณะ พ.ศ. 2558
ฐานกฎหมายใน การใช้ดุลพินิจ ภายใต้ สถานการณ์ ฉุกเฉิน	<ul style="list-style-type: none"> - รัฐบัญญัติว่าด้วยสถานการณ์ฉุกเฉิน ลงวันที่ 3 เมษายน ค.ศ. 1955 - กฎัยการศึก ตามรัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1958 	<ul style="list-style-type: none"> - พระราชบัญญัติเหตุภัยพิบัติพลเรือน ค.ศ. 2004 (Civil Contingencies Act 2004) - Public Health (Control of Disease) Act 1984 - Coronavirus Act 2020 	<ul style="list-style-type: none"> - กฎัยการศึก ตามรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐเกาหลีใต้ มาตรา 77 - พระราชบัญญัติกฎัยการศึก 	<ul style="list-style-type: none"> - พระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548 - กฎัยการศึก - พระราชบัญญัติการรักษาความมั่นคงภายในราชอาณาจักร พ.ศ. 2551

3.1.1 ฐานกฎหมายในการใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ตำรวจ

ในสภาวะปกติเสรีภาพในการชุมนุมย่อมสามารถกระทำได้ตราบเท่าที่ได้ดำเนินไปโดยสงบและปราศจากอาวุธ โดยเจ้าหน้าที่รัฐมีอำนาจในการควบคุมและดูแลการใช้เสรีภาพในการชุมนุมของประชาชน เพื่อให้การใช้เสรีภาพอยู่ภายใต้กรอบของกฎหมายและไม่กระทบต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน ซึ่งประเทศที่มีกฎหมายเกี่ยวกับการดูแลการชุมนุมสาธารณะที่เด่นชัด และประชาชนมีเสรีภาพการชุมนุมที่เกิดขึ้นอย่างมากมาย ได้แก่ สาธารณรัฐฝรั่งเศส (ฝรั่งเศส) ประเทศอังกฤษ และสาธารณรัฐเกาหลี (เกาหลีใต้) โดยประเทศเหล่านี้มีกฎหมายเฉพาะที่เป็นฐานอำนาจในการใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ตำรวจในการดูแลการชุมนุมสาธารณะ วิจัยเล่มนี้จึงทำการศึกษาเปรียบเทียบเกี่ยวกับการตรวจสอบการดูแลการชุมนุมสาธารณะโดยองค์กรตุลาการของประเทศฝรั่งเศส ประเทศเกาหลีใต้ และประเทศอังกฤษ ตามลำดับดังต่อไปนี้

ประเทศฝรั่งเศสนับว่าเป็นประเทศที่ได้รับอิทธิพลจากกฎหมายระหว่างประเทศเป็นอย่างมาก โดยฐานของกฎหมายที่ให้อำนาจดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ซึ่งเกี่ยวกับการชุมนุมสาธารณะ ตกอยู่ภายใต้สนธิสัญญาและข้อตกลงระหว่างประเทศที่ฝรั่งเศสเข้าเป็นภาคี อันได้แก่ มาตรา 21 แห่งกติกา ระหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ค.ศ.1966 (International Covenant on Civil and Political Rights) และข้อ 11 แห่งอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (The European Convention on Human Right) ทั้งนี้ตามรัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1958 ได้กำหนดให้ข้อตกลงระหว่างประเทศที่ได้รับการให้สัตยาบันแล้วมีฐานะทางกฎหมายสูงกว่ารัฐธรรมนูญของสภา¹³⁵ ทุกองค์กรไม่ว่าจะเป็นองค์กรนิติบัญญัติ องค์กรบริหาร และองค์กรตุลาการ ต้องผูกพันพันธกรณีที่ได้รับรองไว้ ขณะเดียวกันกฎหมายภายในประเทศฝรั่งเศสได้มีการบัญญัติถึงลักษณะเฉพาะของการชุมนุมโดยมีการแบ่งการชุมนุมออกเป็น 2 รูปแบบ คือ การชุมนุมสาธารณะ (réunion) และการเดินขบวน (manifestation)¹³⁶

การชุมนุมสาธารณะ (réunion) ได้ถูกบัญญัติไว้ภายใต้รัฐธรรมนูญว่าด้วยการชุมนุมฉบับลงวันที่ 30 มิถุนายน ค.ศ.1881 และฉบับแก้ไขเพิ่มเติมลงวันที่ 28 มีนาคม ค.ศ.1907¹³⁷ โดยให้คำจำกัดความของการชุมนุมสาธารณะ (การชุมนุมอยู่กับที่) หมายถึง การรวมตัวกันของผู้คนในช่วงระยะเวลาหนึ่ง

¹³⁵ Article 55 Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie.

¹³⁶ สมชาย ปรีชาศิลป์กุล, "เสรีภาพในการชุมนุมโดยสงบและปราศจากอาวุธตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย," หน้า 100.

¹³⁷ Loi du 30 juin 1881 sur la liberté de réunion.

เวลาใด เพื่อรับฟังความคิดเห็นหรือข้อเสนอแนะเพื่อปกป้องประโยชน์ของตนเอง¹³⁸ โดยให้อำนาจเจ้าหน้าที่ตำรวจหรือเจ้าหน้าที่รัฐจำกัดเสรีภาพในการชุมนุมสาธารณะได้เพียงเล็กน้อย

การเดินขบวน (Manifestation) ได้ถูกบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญฉบับลงวันที่ 30 ตุลาคม ค.ศ.1935 และประมวลกฎหมายอาญา¹³⁹ การเดินขบวนอาจกระทบต่อเสรีภาพของประชาชนและความสงบเรียบร้อยบ้านเมืองมากกว่าการชุมนุมสาธารณะ ดังนั้น การเดินขบวนจึงต้องอยู่ภายใต้กฎเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนดไว้เข้มงวดกว่าการชุมนุมสาธารณะ และส่งผลให้กฎหมายภายในได้กำหนดหลักเกณฑ์ต่าง ๆ ไม่ว่าจะเป็นการแจ้งการชุมนุม การจำกัดด้านเวลา สถานที่ หรือรูปแบบ ซึ่งมีรายละเอียดที่แตกต่างกันขึ้นอยู่กับชุมนุมที่เกิดขึ้น อันทำให้เจ้าหน้าที่ตำรวจหรือเจ้าหน้าที่รัฐใช้อำนาจดุลพินิจในการดูแลการชุมนุมที่มีความเข้มข้นต่างกันออกไป โดยจะกล่าวต่อไปในหัวข้อหลักการดูแลการชุมนุมสาธารณะ

ในส่วนของประเทศอังกฤษ แม้จะไม่มีรัฐธรรมนูญเป็นลายลักษณ์อักษรรับรองการมีเสรีภาพในการชุมนุม แต่ประเทศอังกฤษมีรัฐธรรมนูญที่เป็นจารีตประเพณีรับรองเสรีภาพในการชุมนุมเอาไว้ และเสรีภาพในการชุมนุมยังอยู่ภายใต้การคุ้มครองของอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (The European Convention on Human Rights) อีกทั้ง ยังมีกฎหมายภายใน คือ พระราชบัญญัติสิทธิมนุษยชน ค.ศ.1998 (Human Rights Act 1998) ซึ่งทำให้เรื่องสิทธิมนุษยชนได้รับการคุ้มครองโดยการเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายภายใน โดยให้ศาลสามารถตัดสินคดีที่เกี่ยวข้องด้านสิทธิมนุษยชนได้ ซึ่งหมายความรวมถึงเสรีภาพในการชุมนุมด้วย และยังมีกฎหมายเฉพาะที่กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการดูแลการชุมนุมสาธารณะของเจ้าหน้าที่ตำรวจ คือ Public Order Act 1986 และแนวคำพิพากษาของผู้พิพากษา (Case Law) ที่เป็นกฎหมายในระบบ Common Law ได้อีกด้วย ดังนั้น ฐานกฎหมายที่ให้อำนาจเจ้าหน้าที่ตำรวจใช้ดุลพินิจดูแลการชุมนุมสาธารณะจึงมาจากทั้งรัฐธรรมนูญที่เป็นจารีตประเพณี อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชน และกฎหมายภายในซึ่งเป็นกฎหมายเฉพาะที่เกี่ยวข้องกับการชุมนุมสาธารณะ และคำพิพากษาของศาล

Public Order Act 1986 แบ่งรูปแบบของการชุมนุมออกเป็น 2 แบบ ซึ่งเหมือนกับกฎหมายฝรั่งเศส คือ การชุมนุมในที่สาธารณะ (public assembly) หมายถึง การชุมนุมอยู่กับที่ ตั้งแต่ 2 คนขึ้นไปในที่สาธารณะเปิดโล่ง และการเดินขบวนสาธารณะ (public procession) หมายถึง การเดินขบวนประท้วงเพื่อให้ประชาชนทั่วไปได้มีส่วนร่วม หรือรณรงค์ให้ผู้อื่นได้รับรู้ในเรื่องที่ต้องการ

¹³⁸ วารุณี วัฒนประดิษฐ์, "เสรีภาพในการชุมนุมโดยสงบและปราศจากอาวุธ," หน้า 36.

¹³⁹ ประมวลกฎหมายอาญา มีผลใช้บังคับเมื่อ 1 มีนาคม ค.ศ.1994.

แสดงออก¹⁴⁰ ซึ่งทั้งสองรูปแบบนี้ ส่งผลให้กรอบการใช้ดุลพินิจในการดูแลการชุมนุมสาธารณะต่างกัน โดยจะอธิบายในหัวข้อ 3.2 ต่อไป

เสรีภาพในการชุมนุมสาธารณะในประเทศเกาหลีใต้ ได้ถูกรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐเกาหลี มาตรา 21 โดยมีฐานอำนาจในการใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ตำรวจมาจากกฎหมายเฉพาะ คือ รัฐบัญญัติว่าด้วยการชุมนุมและการเดินขบวนสาธารณรัฐเกาหลี ค.ศ.2007 (The Assembly and Demonstration Act 2007) อย่างไรก็ตาม แม้กฎหมายชุมนุมสาธารณะของประเทศเกาหลีใต้ได้กำหนดแบ่งประเภทการชุมนุมออกเป็น 2 รูปแบบดังเช่นในประเทศฝรั่งเศส และอังกฤษ แต่ลักษณะการบังคับใช้ของทั้ง 2 รูปแบบ กลับมิได้แบ่งแยกออกจากกัน หมายความว่า ไม่ว่าจะ เป็นรูปแบบการชุมนุมสาธารณะหรือการเดินขบวน เจ้าหน้าที่ตำรวจก็คงใช้หลักเกณฑ์ในการควบคุมดูแลที่เหมือนกัน โดยรายละเอียดกฎหมายที่ให้อำนาจในการใช้ดุลพินิจแก่เจ้าหน้าที่ตำรวจมีความแตกต่างจากประเทศอื่นอยู่บ้างประการ¹⁴¹

ดังที่กล่าวมาข้างต้นเป็นบทบัญญัติกฎหมายที่เป็นฐานในการให้อำนาจดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ตำรวจในการดูแลการชุมนุมสาธารณะในห้วงเวลาปกติ เพื่อให้การใช้เสรีภาพในการชุมนุมอยู่ภายใต้การรับรองของกฎหมาย ซึ่งพบว่า ทั้งสามประเทศที่กล่าวมาล้วนมีกฎหมายเฉพาะที่ใช้ในการดูแลการชุมนุมสาธารณะที่สอดคล้องกับหลักสากล และมีการกำหนดกรอบการใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ตำรวจตามรูปแบบการชุมนุม คือ การชุมนุมสาธารณะและการเดินขบวน โดยรูปแบบการชุมนุมในประเทศฝรั่งเศสและอังกฤษต่างมีผลต่อการดูแลการชุมนุมสาธารณะของเจ้าหน้าที่ตำรวจ รวมถึงการได้รับอิทธิพลจากกฎหมายระหว่างประเทศมาปรับใช้ในการดูแลการชุมนุมสาธารณะที่นอกเหนือจากกฎหมายภายในอีกด้วย ขณะที่ประเทศเกาหลีใต้ไม่ว่าจะเป็นารชุมนุมสาธารณะหรือการเดินขบวน ตกอยู่ภายใต้กรอบในการใช้ดุลพินิจที่เหมือนกัน และใช้กฎหมายภายในเป็นฐานในการดูแลการชุมนุมสาธารณะเป็นหลัก

อย่างไรก็ตาม เมื่อเกิดเหตุการณ์ไม่ปกติ กล่าวคือ ในสถานการณ์ฉุกเฉินของบ้านเมือง รัฐอาจมีมาตรการพิเศษบางอย่างในการควบคุมดูแล รวมถึงการจำกัดการใช้สิทธิเสรีภาพของประชาชนได้ และมีกระบวนการตรวจสอบทางศาลที่มีความต่างจากสถานการณ์บ้านเมืองในห้วงเวลาปกติซึ่งจะกล่าวในหัวข้อถัดไป

¹⁴⁰ House of Commons library by Jennifer Brown, *Police Powers: Policing Protests* (2020), p. 5.

¹⁴¹ ดู หัวข้อ 3.2 เรื่อง หลักการดูแลการชุมนุมสาธารณะ

3.1.2 ฐานกฎหมายในการใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ตำรวจในสถานการณ์ฉุกเฉิน

สถานการณ์ฉุกเฉินเกิดจากความไม่สงบในบ้านเมือง การสงคราม จลาจล หรือการก่อกบฏ รัฐย่อมต้องมีมาตรการพิเศษที่เกี่ยวกับความมั่นคงของรัฐ เพื่อจัดการและแก้ไขสถานการณ์ให้สังคมกลับคืนสู่สภาวะปกติได้ โดยมาตรการต่าง ๆ ที่รัฐจะเข้ามาจัดการย่อมเป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชน กฎหมายต่าง ๆ ที่ใช้บังคับอาจจะต้องถูกลดทอนการบังคับใช้เพื่อเปิดโอกาสให้เจ้าหน้าที่ของฝ่ายบริหารเข้ามาควบคุมดูแลได้อย่างเต็มที่ เช่นนี้กฎหมายเฉพาะที่บังคับใช้อยู่ โดยเฉพาะอย่างยิ่งกฎหมายที่เกี่ยวข้องด้วยการชุมนุมสาธารณะซึ่งเป็นบทกฎหมายที่เห็นได้ชัดว่าถูกลดทอนคุณค่าของการบังคับใช้ลง ทั้งนี้ประเทศต่าง ๆ มีรายละเอียดในเรื่องการให้อำนาจดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ตำรวจในสถานการณ์ฉุกเฉินเพื่อจัดการแก้ไขปัญหาให้กลับมาสู่สภาวะปกติได้ต่างกันออกไปดังต่อไปนี้

ประเทศฝรั่งเศส

การจำกัดเสรีภาพในการชุมนุมในสถานการณ์ฉุกเฉินสามารถกระทำได้ภายใต้รัฐบัญญัติว่าด้วยสถานการณ์ฉุกเฉิน ลงวันที่ 3 เมษายน ค.ศ.1955 และกฎอัยการซึ่งถูกรับรองโดยรัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1958 มาตรา 36

รัฐบัญญัติว่าด้วยสถานการณ์ฉุกเฉิน บัญญัติว่าการประกาศใช้สถานการณ์ฉุกเฉินจะกระทำได้อต่อเมื่อมีเหตุที่อาจกระทบต่อความสงบเรียบร้อยของบ้านเมืองหรือเป็นภัยต่อความมั่นคงของรัฐหรือภัยพิบัติสาธารณะ¹⁴² โดยถูกประกาศใช้ในรูปแบบรัฐกฤษฎีกาของคณะรัฐมนตรีซึ่งเป็นอำนาจของประธานาธิบดีหลังได้รับความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรี¹⁴³ การประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินจะมีผลเป็นการเพิ่มอำนาจให้แก่เจ้าหน้าที่รัฐ โดยเฉพาะผู้ว่าราชการจังหวัด ในการจำกัดสิทธิเสรีภาพประชาชนได้หลายประการ¹⁴⁴ ตัวอย่างเช่น ตามมาตรา 8 แห่งรัฐบัญญัตินี้ให้อำนาจรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทย หรือผู้ว่าราชการจังหวัด สั่งปิดสถานที่ชุมนุมในพื้นที่ที่ประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินรวมทั้งสั่งห้ามเป็นการทั่วไปหรือเป็นการเฉพาะกรณีในการชุมนุมสาธารณะที่อาจก่อให้เกิดความวุ่นวาย¹⁴⁵ การฝ่าฝืนคำสั่งห้ามการชุมนุมนี้มีโทษทั้งจำทั้งปรับ

¹⁴² สมชาย ปรีชาศิลป์กุล, "เสรีภาพในการชุมนุมโดยสงบและปราศจากอาวุธตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย," หน้า 105.

¹⁴³ เรื่องเดียวกัน.

¹⁴⁴ Article 5 de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence

¹⁴⁵ Article 8 de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence

กฎอัยการศึก ได้ถูกรับรองไว้โดยรัฐธรรมนูญ ค.ศ.1958 ซึ่งมีระดับการใช้ที่เข้มข้นกว่าการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉิน กล่าวคือ ประกาศใช้เฉพาะในกรณีที่มีภัยอันตรายร้ายแรงต่อความสงบเรียบร้อยของบ้านเมือง เนื่องจากเกิดสงครามกับต่างประเทศหรือเกิดการกบฏโดยใช้กำลังอาวุธ¹⁴⁶ โดยการประกาศใช้จะมีผลเป็นการโอนอำนาจในการรักษาความสงบเรียบร้อยไปยังเจ้าหน้าที่ฝ่ายทหาร¹⁴⁷ เจ้าหน้าที่ฝ่ายทหารจึงมีอำนาจตามกฎหมาย ในการจัดการแก้ไขสถานการณ์บ้านเมืองได้ เช่น การตรวจค้นเคหสถานของประชาชนได้ ตรวจค้นและริบอาวุธ การสั่งห้ามสื่อสิ่งพิมพ์หรือสั่งห้ามการชุมนุมสาธารณะที่อาจก่อให้เกิดความไม่สงบเรียบร้อย¹⁴⁸ อย่างไรก็ตาม ในระหว่างการประกาศใช้กฎอัยการศึก การชุมนุมสาธารณะยังคงสามารถกระทำได้ภายใต้ “ระบบแจ้งล่วงหน้า” โดยต้องแจ้งให้เจ้าหน้าที่ทราบถึงสถานที่ วันที่ และเวลาที่จะมีการจัดการชุมนุมสาธารณะ ยกเว้นกรณีที่มีการชุมนุมเกี่ยวกับพิธีกรรมทางศาสนา การหาเสียงเลือกตั้ง การกีฬา¹⁴⁹ ดังนั้นมีข้อสังเกตได้ว่า การชุมนุมภายใต้สถานการณ์ฉุกเฉิน สามารถทำได้เฉพาะการชุมนุมสาธารณะ (การชุมนุมซึ่งอยู่กับที่) เท่านั้น ขณะที่การเดินขบวนไม่สามารถกระทำได้อีก ทั้งนี้ หากเป็นการชุมนุมที่ก่อให้เกิดความไม่สงบเรียบร้อยเป็นอำนาจดุลพินิจของเจ้าหน้าที่รัฐในการพิจารณาสั่งห้ามการชุมนุมได้

อำนาจศาลในการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่รัฐในการดูแลการชุมนุมสาธารณะ ภายใต้สถานการณ์ฉุกเฉินนี้ ศาลปกครองมีบทบาทในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งห้ามการชุมนุมสาธารณะได้ในขอบเขตที่ว่าคำสั่งห้ามดังกล่าวไม่ชอบด้วยกฎหมายอย่างชัดเจนหรือไม่เพียงเท่านั้น ขณะที่การประกาศใช้กฎอัยการศึก ซึ่งโอนอำนาจให้ฝ่ายทหารมีอำนาจตามกฎหมายเพื่อดูแลสถานการณ์ต่าง ๆ ในบ้านเมือง ให้อำนาจศาลทหารพิจารณาคดีที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อย อันจะหมายรวมถึงความรวมถึง การชุมนุมสาธารณะที่เกิดขึ้น หากมีการพิจารณาว่าขัดต่อความสงบเรียบร้อย ย่อมส่งผลให้การชุมนุมสาธารณะที่เกิดขึ้นขัดต่อความสงบเรียบร้อยและอยู่ในเขตอำนาจพิจารณาของศาลทหารได้

การนี้จะเห็นได้ว่าการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินมีผลกระทบต่ออำนาจรัฐที่น้อยกว่าการประกาศใช้กฎอัยการศึก โดยเห็นจากการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินที่เกิดขึ้นบ่อยครั้งกว่า เช่น ใน

¹⁴⁶ Code de la défense article L2121-1

¹⁴⁷ Code de la défense article L2121-2

¹⁴⁸ Code de la défense article L2121-7

¹⁴⁹ Jacques Fialaire, “Fasc. 210:Police des reunion et manifestation,” Jurisclasseur Administratif, 2012 อ้างถึงใน สมชาย ปรีชาศิลปกุล, “เสรีภาพในการชุมนุมโดยสงบและปราศจากอาวุธตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย,” หน้า 106.

กรณีช่วงสงครามแอลจีเรีย ค.ศ.1955-1963 หรือเมื่อค.ศ.2005 เกิดเหตุจลาจลของกลุ่มวัยรุ่นเป็นเวลาสามสัปดาห์ โดยเริ่มจากเมือง Clichy-sous-Bois แถบชานเมืองปารีส และขยายออกไปทั่วฝรั่งเศส¹⁵⁰ เป็นต้น ในขณะที่การประกาศใช้กฎอัยการศึกเกิดขึ้นเพียง 2 ครั้งเท่านั้น คือ ช่วงเวลาสงครามโลกครั้งที่หนึ่ง และช่วงเวลาสงครามโลกครั้งที่สอง

ประเทศอังกฤษ

การจำกัดเสรีภาพการชุมนุมภายใต้สถานการณ์ฉุกเฉินของประเทศอังกฤษ คือการใช้กฎหมายเกี่ยวกับความมั่นคง เพื่อให้เจ้าหน้าที่รัฐสามารถจัดการกับสถานการณ์ได้อย่างรวดเร็ว ฝ่ายบริหารจึงมีความจำเป็นจะต้องมีกฎหมายภายใต้สถานการณ์ฉุกเฉิน ทั้งนี้ กฎหมายภายใต้สถานการณ์ฉุกเฉินที่สำคัญซึ่งเกี่ยวกับเสรีภาพในการชุมนุม ได้แก่ กฎหมายเกี่ยวกับสถานการณ์สงครามตามกฎหมายอัยการศึก และกฎหมายภายใต้สถานการณ์ฉุกเฉินตามพระราชบัญญัติเหตุภัยพิบัติพลเรือน ค.ศ.2004

สถานการณ์สงครามตามกฎหมายอัยการศึกจำเป็นจะต้องระงับการใช้บทบัญญัติกฎหมายที่บังคับใช้ภายใต้สถานการณ์ปกติ โดยการนำกฎหมายเฉพาะมาบังคับใช้แทน และกำหนดให้อำนาจแก่ทหารในการปกครองประเทศทั้งหมดหรือบางส่วนเท่าที่จำเป็นในสภาวะสงครามหรือสถานการณ์ฉุกเฉิน อันเป็นกรณีที่เจ้าหน้าที่รัฐฝ่ายพลเรือนไม่สามารถแก้ไขปัญหาและรักษาความสงบเรียบร้อยตามบทบัญญัติกฎหมายปกติได้อีกต่อไป กฎหมายเฉพาะที่นำมาใช้ ในขณะที่ประเทศตกอยู่ภายใต้สภาวะสงครามตามกฎหมายอัยการศึก ได้แก่ Emergency (Defence) Powers Act 1939, Court (Emergency Powers) Act 1943 หรือ Execution Enemy Act 1939¹⁵¹ อย่างไรก็ตาม กฎหมายดังกล่าว เป็นกฎหมายที่ถูกใช้ตั้งแต่ช่วงสงครามโลกครั้งที่สอง และมีการแก้ไขปรับปรุงกฎหมายให้มีมาตรการที่ชัดเจนมากขึ้น จึงได้มีการยกเลิกพระราชบัญญัติว่าด้วยการใช้อำนาจในสถานการณ์ฉุกเฉิน หรือ Emergency Powers Act, Court (Emergency Powers) Act 1943 หรือ Execution Enemy Act 1939 และได้ตราบัญญัติกฎหมายฉุกเฉินขึ้นใหม่ คือ Civil Contingencies Act 2004

กฎหมายภายใต้สถานการณ์ฉุกเฉินตามพระราชบัญญัติเหตุภัยพิบัติพลเรือน ค.ศ.2004¹⁵² (Civil Contingencies Act 2004) เป็นบทบัญญัติซึ่งบังคับใช้เป็นการชั่วคราว เพื่อเป็นเครื่องมือให้แก่

¹⁵⁰ จิตรเดช มทวารธรมกิจ, "ฝรั่งเศสในยุคร่วมสมัย: จากจักรวรรดิสู่ความแตกแยกของสังคม?", ใน โครงการนิทรรศการ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, (2548), หน้า 42.

¹⁵¹ วสันต์ ชมภูศรี, "การบังคับใช้พระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ.2548 กับการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน" (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารรัฐกิจ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2559), หน้า 195.

¹⁵² เรื่องเดียวกัน, หน้า 199.

เจ้าหน้าที่รัฐจัดการกับสถานการณ์ฉุกเฉินที่มีความร้ายแรง ทั้งนี้ เป็นกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับท้องถิ่น ในกรณีที่เกิดสถานการณ์ฉุกเฉินในเขตท้องที่ อีกทั้งให้อำนาจในการตรากฎหมายเพื่อจัดการ สถานการณ์ฉุกเฉินซึ่งการใช้อำนาจตามปกติไม่อาจจัดการได้อย่างทันที่

การใช้อำนาจตามกฎหมายฉุกเฉินของเจ้าหน้าที่รัฐ จะอยู่ภายใต้หลักความได้สัดส่วน และมี หลักเกณฑ์ดังต่อไปนี้¹⁵³

1. ต้องไม่ใช่กรณีการออกกฎหมายการศึกษา หรือเป็นการทำลายรากฐานของระบบรัฐสภา หรือ ยุติบทบาทพรรคการเมือง เช่น การชุมนุมทางการเมืองเพื่อต่อต้านการทำหน้าที่ของ รัฐสภา
2. การออกกฎหมายในสถานการณ์ฉุกเฉินต้องเป็นหนทางสุดท้ายสำหรับการแก้ไขปัญหา โดยสถานการณ์ฉุกเฉิน หมายความว่า เหตุการณ์หรือสถานการณ์ใดที่เป็นภัยคุกคามที่ จะก่อให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงต่อสวัสดิภาพและความผาสุกของมนุษย์ เช่น เสียชีวิต เจ็บป่วย รวมถึงความเสียหาย ต่อทรัพย์สิน โจรคมนาคม เป็นต้น หรือเป็นภัย คุกคามอย่างร้ายแรงที่ส่งผลกระทบต่อสภาพแวดล้อม หรือภัยคุกคามอย่างร้ายแรงที่ ก่อให้เกิดความเสียหายและส่งผลกระทบต่อความมั่นคง ซึ่งสถานการณ์ดังกล่าวได้เกิด ขึ้นอยู่หรือกำลังจะเกิดขึ้น ดังนั้น การออกกฎหมายเพื่อบังคับใช้ในสถานการณ์ฉุกเฉิน จะต้องเป็นไปตามเจือใจของความหมายดังกล่าว และต้องเป็นวิธีการสุดท้ายในการใช้ อำนาจตามพระราชบัญญัติเหตุภัยพิบัติพลเรือน ค.ศ.2004

เหตุการณ์สำคัญในประเทศอังกฤษที่ได้มีการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉิน เช่น การประกาศ สถานการณ์ฉุกเฉินจากกรณีเหตุการณ์ประท้วงระหว่างนายจ้างและลูกจ้างการไฟฟ้าและนายเหมือง กับลูกจ้าง ในช่วงปี ค.ศ.1970 - 1973 โดยรัฐบาลได้ประกาศใช้สถานการณ์ฉุกเฉินรวม 3 ครั้ง หรือ การประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินในเมือง Old Bailey จากกรณีเกิดเหตุระเบิดในปี ค.ศ.1973 และใน เดือนพฤศจิกายน ค.ศ.1974 อันเป็นสถานการณ์เกี่ยวข้องกับความมั่นคง อย่างไรก็ตาม นับแต่ปีค.ศ. 1974 จนถึงปัจจุบัน ค.ศ.2021 รัฐได้ประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินเพียงแค่ 12 ครั้ง โดยไม่เคย ประกาศใช้พระราชบัญญัติเหตุภัยพิบัติพลเรือน ค.ศ.2004 (Civil Contingencies Act 2004)อีก

¹⁵³ Eavid Bonner, *Emergency in Peacetime* (London: Sweet&Maxwell, 1985). อ้างถึงใน วสันต์ ชมภูศรี, "การบังคับใช้พระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ.2548 กับการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน," หน้า 201.

เลย¹⁵⁴ แม้ในช่วงสถานการณ์การแพร่ระบาดของโรคติดเชื้อไวรัสโคโรนา 2019 รัฐเพียงประกาศใช้ Public Health (Control of Disease) Act 1984 และ Coronavirus Act 2020¹⁵⁵ ในการจัดการกับโรคระบาดที่เกิดขึ้นแทนการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉิน ดังนั้น จะเห็นว่าประเทศอังกฤษมีแนวโน้มจะไม่ใช้กฎหมายภายใต้สถานการณ์ฉุกเฉิน และสะท้อนให้เห็นว่าเป็นไปได้ยากที่จะประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินเพื่อใช้ควบคุมดูแลการชุมนุมสาธารณะ

การควบคุมดุลพินิจเจ้าหน้าที่ตำรวจในสถานการณ์ฉุกเฉินโดยศาลนั้น กฎหมายกำหนดให้อำนาจแก่ศาล (High Court) โดยได้จำกัดสิทธิในการฟ้องร้องเฉพาะกรณีที่เกิดจากการจัดการสถานการณ์ฉุกเฉินระดับท้องถิ่นเท่านั้น โดยไม่รวมถึงการจัดการสถานการณ์ฉุกเฉินในระดับประเทศ เช่น การปฏิบัติหน้าที่ที่ส่งผลกระทบต่อการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนโดยตรง โดยให้อำนาจศาลในการสั่งบรรเทาหรือทำคำสั่งใด ๆ ก็ได้ตามที่เห็นสมควร¹⁵⁶ บทบาทศาลในการทบทวนการกระทำทางปกครอง โดยจะไม่เข้าไปตรวจสอบความเหมาะสม แต่จะตรวจสอบเฉพาะกรณีที่ฝ่ายปกครองได้ใช้อำนาจที่เกินขอบเขตที่กฎหมายกำหนด เช่น การกระทำที่มีลักษณะที่เกินขอบอำนาจ (Ultra Vires) การใช้อำนาจโดยมิชอบ (Abuse of Power) หรือการกระทำที่ไม่สมเหตุสมผล (Unreasonable) เป็นต้น จะเห็นได้ว่า ภายใต้สถานการณ์ฉุกเฉินในอังกฤษเปิดโอกาสให้ศาลมีบทบาทในการทบทวนการกระทำทางปกครองของเจ้าหน้าที่ตำรวจได้อย่างมาก อันมีผลต่อการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนได้อย่างมีประสิทธิภาพ

ประเทศเกาหลีใต้

กฎอัยการศึกเป็นกฎหมายที่ใช้ในภาวะที่มีความจำเป็นทางการทหาร เพื่อรักษาความปลอดภัยและความสงบเรียบร้อยของประชาชน โดยใช้กำลังทางทหารในการสงคราม การใช้อาวุธ หรือเหตุฉุกเฉินระดับประเทศที่มีความคล้ายคลึงกัน ซึ่งจะมีผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนอันรวมถึงเสรีภาพในการชุมนุมด้วย ทั้งนี้ กฎอัยการศึกแบ่งออกเป็น 2 ประเภท คือ Extraordinary Martial

¹⁵⁴ Bennett Institute for Public Policy Cambridge, "The History of Emergency Legislation and the Covid-19 Crisis," [Online] Accessed: 21 March 2022. Available from: <https://www.bennettinstitute.cam.ac.uk/blog/history-emergency-legislation-and-covid-19-crisis/>

¹⁵⁵ Alex Nice and others, "Government Emergency Powers and Coronavirus," [Online] Accessed: 8 June 2022. Available from: <https://www.instituteforgovernment.org.uk/explainers/emergency-powers>

¹⁵⁶ วสันต์ ชมภูศรี, "การบังคับใช้พระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ.2548 กับการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน," หน้า 211.

Law และ Precautionary Martial Law¹⁵⁷ กรณีที่เป็นกฎอัยการศึกในรูปแบบ Extraordinary Martial Law รัฐอาจใช้มาตรการพิเศษกับเสรีภาพในการแสดงออก สื่อมวลชน การชุมนุม และการสมาคม หรืออำนาจฝ่ายบริหารและตุลาการตามเงื่อนไขที่กำหนดในพระราชบัญญัติ

การประกาศใช้กฎอัยการศึก ตามพระราชบัญญัติกฎอัยการศึก (Martial Law) ได้กำหนดเรื่อง ที่จำเป็นในการประกาศ การบังคับใช้ หรือการยกเลิกกฎอัยการศึก ในการประกาศกฎอัยการศึกจะ จำแนกการประกาศใช้ ออกเป็น 2 รูปแบบ¹⁵⁸ คือ 1. กฎอัยการศึกในสภาวะฉุกเฉิน (Emergency Martial law) เพื่อความจำเป็นทางทหารหรือการรักษาความมั่นคงและความสงบเรียบร้อยของ สาธารณะ ในสถานการณ์สงครามหรือความวุ่นวายอย่างร้ายแรงในสังคม หรือเหตุฉุกเฉินระดับชาติ อื่นที่เทียบเท่าซึ่งขัดขวางการปฏิบัติงานฝ่ายปกครองและหน้าที่ของตุลาการอย่างมาก 2. กฎอัยการศึกใน การรักษาความมั่นคง (Guarding Martial Law) เพื่อรักษาความมั่นคงและความสงบเรียบร้อยของ ประชาชน ในกรณีที่หน่วยงานของรัฐ ไม่สามารถรักษาความสงบสุขของประชาชนในยามสงคราม เหตุการณ์ หรือเหตุฉุกเฉินระดับชาติอื่น ๆ ที่เทียบเท่าได้ เห็นได้ว่า ทั้ง 2 ลักษณะ การประกาศกฎ อัยการศึกจึงมีระดับการประกาศที่ต่างกัน โดยคำนึงถึงสถานการณ์ที่เกิดขึ้น หมายความว่า การ ประกาศกฎอัยการศึกในรูปแบบสภาวะฉุกเฉินจะมีความเข้มข้น โดยให้อำนาจผู้บัญชาการกฎอัยการศึก มากกว่าการประกาศใช้กฎอัยการศึกในการรักษาความมั่นคง¹⁵⁹

¹⁵⁷ Constitution of the Republic of Korea Article 77

(1) When the President required to cope with a military necessity or to maintain the public safety and order by mobilization of the military forces in time of war, armed conflict, or similar national emergency, he may proclaim martial law under the conditions as prescribed by Act.

(2) Martial law shall be of two types: extraordinary martial law and precautionary martial law.

(3) Under extraordinary martial law, special measures may be taken with respect to the necessity for warrants, freedom of speech, the press, assembly and association, or the powers of the Executive and the Judiciary under the conditions as prescribed by Act.

(4) When the President has proclaimed martial law, he shall notify the National Assembly without delay.

(5) When the National Assembly requests the lifting of martial law with the concurrent vote of a majority of the total members of the National Assembly, the President shall comply.

¹⁵⁸ Martial Law Act Article 2

(1) Martial law shall be classified into two types: emergency martial law and guarding martial law.

¹⁵⁹ Article 9 (Right to Take Special Measures of Martial Law Commander)

(1) In the area of emergency martial law, the martial law commander may take special measures, of military necessity, in regard to arrest, detention, seizure, search, residence, moving, speech, the press,

ประธานาธิบดีหรือรัฐมนตรีว่าการกระทรวงกลาโหมหรือรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทย อาจเสนอต่อประธานาธิบดีผ่านนายกรัฐมนตรีให้มีการประกาศกฎอัยการศึก และแต่งตั้งผู้บัญชาการ กฎอัยการศึกให้รัฐสภาทราบโดยไม่ชักช้า โดยผู้บัญชาการกฎอัยการศึก มีอำนาจเข้าควบคุมดูแลการ ดำเนินการทางปกครองและการดำเนินคดีเพื่อบังคับตามกฎหมายอัยการศึก และกำหนดมาตรการพิเศษใน การจับกุม กักขัง ริบทรัพย์สิน การประชุม สมาคม หรือกิจกรรมหมู่ และในทางปฏิบัติรัฐสามารถ ประกาศใช้กฎอัยการศึก โดยอ้างเหตุของการชุมนุมสาธารณะและการเดินขบวนที่อาจก่อให้เกิดความ ไม่สงบเรียบร้อย และจำกัดสิทธิเสรีภาพประชาชนได้

ในกรณีนี้ศาลทหารมีอำนาจในการพิจารณาพิพากษาคดีบุคคลที่กระทำผิดทางอาญา หรือ ตามที่เข้าข่ายลักษณะใดลักษณะหนึ่ง เช่น ความผิดฐานก่อให้เกิดความไม่สงบ ความผิดฐานมุ่งร้ายต่อ ความสงบสุขของประชาชน ความผิดเกี่ยวกับการก่อความวุ่นวายต่อกิจการของรัฐ เป็นต้น เมื่อ พิจารณาอำนาจของเจ้าหน้าที่รัฐตามบทบัญญัติของกฎหมายซึ่งมีการเปิดโอกาสให้ดุลพินิจแก่ เจ้าหน้าที่ได้อย่างกว้างขวาง จะพบว่า การประกาศใช้กฎอัยการศึก เป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพของ ประชาชนในทุกด้าน และส่งผลให้การชุมนุมหรือการเดินขบวนไม่อาจเกิดขึ้นได้เลย ซึ่งหากเกิดการ ชุมนุมอาจจะเป็นเหตุให้เจ้าหน้าที่รัฐกำหนดมาตรการพิเศษในการเข้ามาปราบปรามการชุมนุมภายใต้ กฎอัยการศึกได้

ประเทศเกาหลีใต้เผชิญปัญหาภัยกับรัฐบาลเผด็จการ รวมถึงเกิดการชุมนุมประท้วงทางการเมืองที่ นำไปสู่ความรุนแรง โดยรัฐบาลได้ใช้กฎอัยการศึกในการเข้าปราบปรามผู้ชุมนุม เช่น ใน ค.ศ.1971 เป็นการชุมนุมเพื่อเรียกร้องประชาธิปไตยจากรัฐบาล มีการต่อต้านรัฐประหารโดยนักศึกษาและ นักบวช และมีการเดินขบวนเพื่อขับไล่รัฐบาลในเมืองต่าง ๆ ทั่วทั้งประเทศ รัฐบาลเกาหลีใต้ได้

assembly, association or collective action. In such cases the martial law commander shall, in advance, announce details of the measures to be taken.

(2) In the area of emergency martial law, the martial law commander may act on either mobilization or requisition in accordance with the provisions of Acts, and when deemed necessary, he or she may order an investigation or registration of materials for a military use as well as prohibition of carrying out such materials.

(3) In the area of emergency martial law, the martial law commander may destroy or incinerate the property of a citizen when it is inevitable for military operations.

(4) Where the martial law commander intends to destroy or incinerate the property of any citizen under paragraph (3), he or she shall give prior notice to the administrative agency having jurisdiction over the seat of the relevant property and the owner, occupant or custodian of the said property, of necessary matters, such as the reason therefor, region and objects, or shall announce such matters.

ประกาศกฏอัยการศึก (Martial Law) ห้ามการเดินขบวน¹⁶⁰ มีการยกเลิกรัฐธรรมนูญ และประกาศใช้รัฐธรรมนูญยูซิน (Yusin Constitution) ภายใต้ระบบยูซินเกิดการประท้วงขึ้นอย่างมากมาย เพื่อแก้ไขรัฐธรรมนูญฉบับนี้ รัฐบาลประกาศใช้พระราชกฤษฎีกาฉุกเฉิน (The Presidential Emergency Decree)¹⁶¹ ในการปราบปรามผู้ชุมนุมจนนำไปสู่การจับกุม การลงโทษประหารชีวิตผู้ต่อต้านรัฐบาล อย่างไรก็ตาม พระราชกฤษฎีกาฉุกเฉินนี้ถูกยกเลิกโดยคำวินิจฉัยของศาล ด้วยเหตุผลที่ว่าเป็นการละเมิดต่อสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของประชาชนและขัดต่อรัฐธรรมนูญ¹⁶²

กฏอัยการศึกที่ถูกประกาศในประเทศเกาหลีใต้แม้มีเนื้อหาที่นำไปใช้เพื่อการรักษาความสงบเรียบร้อยของสาธารณะในสถานการณ์สงคราม สถานการณ์ฉุกเฉิน การเกิดจลาจล แต่ในทางปฏิบัติที่เกิดขึ้นในอดีตถูกนำไปใช้เพื่อยุติการชุมนุมประท้วงที่ต่อต้านรัฐบาลเช่นเดียวกับประเทศไทย โดยมีข้อสังเกตที่น่าสนใจอันแตกต่างจากประเทศไทย คือ การประกาศใช้กฏอัยการศึกเพื่อใช้ในการยุติการชุมนุมประท้วงของประเทศเกาหลีใต้ และมีการประกาศใช้เพียง 9 ครั้งเท่านั้น โดยใช้เป็นครั้งสุดท้ายตั้งแต่ปี ค.ศ.1980¹⁶³ ซึ่งเป็นการประกาศใช้เพื่อการควบคุมการชุมนุมประท้วงของนักศึกษาในการเรียกร้องประชาธิปไตย นับว่าล่วงเลยมากกว่า 42 ปีแล้วที่ไม่ได้ประกาศใช้กฎหมายฉบับนี้ สะท้อนให้เห็นถึงความต่างของการใช้กฎหมายภายใต้สถานการณ์ฉุกเฉินที่เกิดขึ้นในไทยอย่างบ่อยครั้ง และแม้ประเทศไทยมีรัฐบาลที่มาจากทางเลือกตั้ง การควบคุมดูแลการชุมนุมสาธารณะโดยใช้กฎหมายภายใต้สถานการณ์ฉุกเฉินยังคงปรากฏให้เห็นอยู่ตลอดมาและยังมีแนวโน้มจะเกิดขึ้นต่อไปในอนาคต

การตรวจสอบการใช้ดุลพินิจโดยศาล ศาลทหารมีอำนาจภายใต้กฏอัยการศึกในการพิจารณาคดีบุคคลที่กระทำความผิดอาญาหรือเข้าข่ายลักษณะใดลักษณะหนึ่ง เช่น ความผิดฐานก่อความไม่สงบ ความผิดเกี่ยวกับการก่อความวุ่นวายต่อกิจการของรัฐ ความผิดตามพระราชบัญญัติในกฎหมายความมั่นคงแห่งชาติ เป็นต้น โดยศาลทหารมีอำนาจในการพิจารณาคดีทั้งหมด ดังนั้น ในทางปฏิบัติจึงเป็นการยากที่จะมีการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ทหาร อีกทั้ง และในห้วงเวลาที่ประกาศใช้กฏอัยการศึกสมาชิกรัฐสภาไม่สามารถถูกจับกุมหรือกักขัง เว้นแต่เป็นการกระทำความผิด

¹⁶⁰ ดำรง ฐานดี, *สังคมและวัฒนธรรมเกาหลี*, พิมพ์ครั้งที่ 2 แก้ไขปรับปรุงใหม่ (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2544), หน้า 28. อ้างถึงใน สมชาย ปรีชาศิลป์กุล, “เสรีภาพในการชุมนุมโดยสงบและปราศจากอาวุธตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย,” หน้า 348.

¹⁶¹ ในปัจจุบันได้ถูกยกเลิกไปแล้ว

¹⁶² Supreme Court, Decision 2010Do5986 (December 16, 2010)

¹⁶³ KoreaLII, "Martial Law," [Online] Accessed: 21 October 2021. Available from:

http://www.koreanlii.or.kr/w/index.php/Martial_law?ckattempt=1

ซึ่งหน้า¹⁶⁴ เป็นการตัดอำนาจศาลในการดำเนินคดีกับสมาชิกรัฐสภาซึ่งเป็นผู้มีอำนาจในการประกาศกฎอัยการศึก ดังนั้น ในห้วงเวลาที่ประกาศใช้กฎอัยการศึก สมาชิกรัฐสภา รวมถึงประธานาธิบดีซึ่งเป็นผู้มีอำนาจในการใช้ดุลพินิจสั่งการต่าง ๆ ย่อมไม่อาจถูกดำเนินคดีได้

การใช้อำนาจดุลพินิจของเจ้าหน้าที่รัฐ คือ เจ้าหน้าที่ตำรวจต่างต้องใช้ดุลพินิจอยู่ภายใต้กรอบของกฎหมายซึ่งเป็นฐานในการให้อำนาจดุลพินิจแก่เจ้าหน้าที่ตำรวจ ทั้งนี้จะเห็นได้ว่า การชุมนุมสาธารณะในสถานการณ์ปกติ เจ้าหน้าที่รัฐหรือตำรวจสามารถใช้กฎหมายเฉพาะในการดูแลการชุมนุมอันสอดคล้องกับหลักกฎหมายระหว่างประเทศได้อย่างเต็มที่ และมีกระบวนการตรวจสอบโดยองค์กรตุลาการที่มีประสิทธิภาพ¹⁶⁵ ในขณะที่เมื่อรัฐเกิดสถานการณ์ฉุกเฉิน ไม่ว่าจะเป็นความไม่สงบในบ้านเมือง การสงคราม จลาจล หรือการก่อกบฏ ย่อมมีการประกาศใช้กฎหมายว่าด้วยสถานการณ์ฉุกเฉินในรูปแบบต่าง ๆ เช่น กฎอัยการศึก พระราชบัญญัติเหตุภัยพิบัติพลเรือน ค.ศ.2004 (Civil Contingencies Act 2004) ของประเทศอังกฤษ เป็นต้น เห็นได้ว่าทั้งสามประเทศ โดยเฉพาะประเทศฝรั่งเศสและอังกฤษมีการประกาศสถานการณ์เพื่อใช้แก้ไขปัญหาความไม่สงบในบ้านเมืองที่เกิดจากสงคราม การก่อกบฏ หรือการจลาจล แต่มิได้นำมาใช้เพื่อควบคุมการชุมนุมสาธารณะ และมีกระบวนการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายโดยองค์กรตุลาการในระดับความเข้มข้นเช่นเดียวกับการใช้กฎหมายการชุมนุมในสถานการณ์ปกติ โดยประเทศเกาหลีใต้แม้มีการประกาศใช้กฎหมายภายใต้สถานการณ์ฉุกเฉินเพื่อควบคุมการชุมนุมอยู่บ้าง แต่เมื่อมีการเปลี่ยนผ่านจากรัฐบาลเผด็จการไปสู่รัฐบาลประชาธิปไตย ก็ไม่ปรากฏถึงการใช้กฎหมายฉุกเฉินในการดูแลการชุมนุมสาธารณะอีกเลย โดยในบทต่อไปจะกล่าวถึงการดูแลการชุมนุมสาธารณะในประเทศฝรั่งเศส อังกฤษและเกาหลีใต้ ภายใต้สถานการณ์ปกติ ซึ่งจะต้องอยู่ภายใต้กรอบของกฎหมายที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น

¹⁶⁴ Article 13 (Privilege of Freedom from Arrest of Members of National Assembly)

“During the enforcement of martial law, no member of the National Assembly shall be arrested or detained unless he or she is flagrante delicto.”

¹⁶⁵ จะกล่าวต่อไปในหัวข้อ 3.3 บทวิเคราะห์การตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ตำรวจในการดูแลการชุมนุมสาธารณะในประเทศฝรั่งเศส อังกฤษ และเกาหลีใต้

ตารางเปรียบเทียบหลักการดูแลการชุมนุมสาธารณะในประเทศฝรั่งเศส อังกฤษ และเกาหลีใต้

หัวข้อ	ประเทศฝรั่งเศส	ประเทศอังกฤษ	ประเทศเกาหลีใต้	ประเทศไทย
หลักการดูแลการชุมนุมสาธารณะ 1. การแจ้งและการขออนุญาต พิจารณา เปรียบเทียบเป็นเรื่อง -อำนาจดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ตำรวจใน การรับแจ้ง - ดุลพินิจในเรื่องการแจ้งต่อการชุมนุมโดยพลัด	- การชุมนุมสาธารณะไม่ต้องการแจ้งล่วงหน้า - การเดินขบวน ต้องแจ้งต่อที่ทำการเทศบาลหรือศาลากลางจังหวัด หรือกรณีกรุงปารีส แจ้งต่อสำนักงานตำรวจ - ในกรณีการชุมนุมโดยพลัด แม้การชุมนุมสาธารณะไม่ต้องการแจ้งล่วงหน้า หากเข้าข่ายลักษณะเป็นการเดินขบวน ย่อมจะต้องแจ้งการชุมนุมเสมอ	- การชุมนุมสาธารณะไม่ต้องการแจ้งล่วงหน้า - การเดินขบวน ต้องแจ้งต่อเจ้าหน้าที่ตำรวจชั้นสัญญาบัตร เว้นแต่มีเหตุอันสมควร - ในกรณีการชุมนุมโดยพลัด หากปรากฏว่ามีเหตุสมควร เจ้าหน้าที่ตำรวจมีดุลพินิจให้การเดินขบวนไม่ต้องการแจ้งล่วงหน้า	- การชุมนุมสาธารณะและการเดินขบวนจะต้องแจ้งล่วงหน้าต่อหัวหน้าสถานีตำรวจแห่งท้องที่ที่มีการชุมนุมสาธารณะ - ในกรณีการชุมนุมโดยพลัด ไม่มีกฎหมายบัญญัติรองรับไว้	- การชุมนุมสาธารณะและการเดินขบวนจะต้องแจ้งล่วงหน้าต่อหัวหน้าสถานีตำรวจแห่งท้องที่ที่มีการชุมนุมสาธารณะ - ในกรณีการชุมนุมโดยพลัด ไม่มีกฎหมายบัญญัติรองรับไว้
2. การวางข้อจำกัดทางด้านเนื้อหา พิจารณา เปรียบเทียบเป็นเรื่อง - เนื้อหาของการชุมนุมที่มีอำนาจจำกัดเนื้อหา	- เนื้อหาในการชุมนุมมีลักษณะที่ก่อให้เกิดจลาจลหรือผิดศีลธรรมอันดีของประชาชน เจ้าหน้าที่ตำรวจมีดุลพินิจจำกัดเนื้อหาในการชุมนุมได้	- ไม่มีกฎหมายจำกัดเนื้อหาในการชุมนุม เจ้าหน้าที่ตำรวจจำกัดเนื้อหาในการชุมนุมได้ภายใต้หลักการของกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง	- จำกัดเนื้อหาของการชุมนุมหรือการเดินขบวนที่มีวัตถุประสงค์เพื่อไปบรรลุวัตถุประสงค์ของพรรคการเมืองซึ่งปฏิบัติตามคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ ต้องห้ามตามกฎหมาย	- เจ้าหน้าที่ตำรวจใช้อำนาจดุลพินิจจำกัดเนื้อหาในการชุมนุม ภายใต้บทบัญญัติมาตรา 10 วรรคสาม และมาตรา 19 วรรคสี่ (5) ในการวางข้อจำกัดทางด้านเนื้อหา ซึ่งถูกใช้อย่างกว้างขวาง

<p>3. การสำรวจข้อจำกัดด้านเวลา สถานที่ และรูปแบบการประชุม</p> <p>พิจารณาเปรียบเทียบในเรื่อง</p> <p>-ชุดที่วินิจฉัยว่าเวลาการประชุม</p> <p>-ชุดที่วินิจฉัยว่าสถานที่/การเลือกสถานที่/การประชุมในสถานที่ราชการ</p> <p>-ชุดที่วินิจฉัยว่าวิธีการใช้เครื่องมือการประชุม</p>	<p>-ด้านเวลา การประชุมสาธารณะและการเดินขบวน กระทำได้ไม่เกิน 23.00 นาฬิกา</p> <p>-ด้านสถานที่ ห้ามชุมนุมบนทางสาธารณะและมีได้กำหนดเรื่องห้ามการประชุมรอบสถานที่สำคัญ</p> <p>-ด้านรูปแบบ มิได้กำหนดให้อำนาจเจ้าหน้าที่จำกัดสิทธิหรือวิธีการชุมนุมไว้ตามกฎหมาย</p>	<p>-ด้านเวลาและสถานที่ หากมีเหตุอันควรเชื่อได้ว่าการประชุมนั้นอาจก่อให้เกิดความไม่สงบ ความเสียหายต่อทรัพย์สินหรือกระทำความผิดของประชาชนอย่างร้ายแรง สามารถกำหนดเงื่อนไขที่จำเป็น</p> <p>- การชุมนุมในพื้นที่สาธารณะต้องได้รับอนุญาตจากรัฐซึ่งเป็นผู้ดูแลพื้นที่ และจำกัดการประชุมรอบสถานที่สำคัญต่างๆ</p> <p>- ด้านรูปแบบ มิได้กำหนดให้อำนาจเจ้าหน้าที่จำกัดสิทธิหรือวิธีการชุมนุมไว้ตามกฎหมาย</p>	<p>- ด้านเวลา ห้ามการประชุมหรือเดินขบวนก่อนพระอาทิตย์ขึ้นและหลังพระอาทิตย์ตก หากจำเป็นที่ไม่สามารถหลีกเลี่ยงได้ เจ้าหน้าที่ที่ตรวจมีอำนาจในการอนุญาตและกำหนดเงื่อนไขพิเศษ</p> <p>- ด้านสถานที่ ห้ามการประชุมหรือเดินขบวนรอบสถานที่สำคัญตามกฎหมาย โดยมีข้อกำหนดเงื่อนไขคุ้มครองพื้นที่บางแห่ง เช่น รอบสถานศึกษา หรือรอบกรมทหาร เป็นต้น</p> <p>- ด้านรูปแบบ กำหนดมาตรฐานระดับเสี่ยงในกฎประธาธาธิบดี</p>	<p>-ด้านเวลา กำหนดเวลาการประชุมและการเคลื่อนขบวน โดยมีข้อกำหนดโดยมีข้อกำหนดไว้ล่วงหน้าที่ได้รับอนุญาตจากเจ้าหน้าที่ตำรวจ หรือ การชุมนุมรอบหน่วยงานราชการ มีการจำกัดโดยเด็ดขาด ไม่มีข้อยกเว้น ทั้งนี้ เจ้าหน้าที่ที่ตรวจมีดุลพินิจชุมนุมได้</p> <p>-ด้านรูปแบบ เจ้าหน้าที่ตำรวจมีดุลพินิจในการให้ผู้จัดการชุมนุมแก้ไขเรื่องการใช้อุปกรณ์ที่เสี่ยง</p>	<p>- เจ้าหน้าที่ที่มีอำนาจ คือ ผู้บัญชาการตำรวจ รองต่อเขตเทศบาลที่ดูแลพื้นที่ เพื่อให้มีคำสั่งห้ามการประชุมที่มีลักษณะของการบุกรุก เมื่อเทศบาลได้รับคำขอออกคำสั่งห้าม หรือแก้ไขปรับปรุงได้ โดยคำสั่งห้ามการประชุมต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยก่อน</p> <p>- หากการประชุมสาธารณะฝ่าฝืนเงื่อนไขที่กำหนดไว้ หรือยอมให้ผู้เข้าร่วมการชุมนุมไม่ปฏิบัติตามถือว่าเป็นความผิด</p> <p>- กรณีการเดินขบวนหากมีเหตุอันสมควรที่เชื่อว่ามีพฤติการณ์พิเศษเกิดขึ้น และการกำหนดเงื่อนไขในการเดินขบวนไม่เพียงพอ เจ้าหน้าที่ตำรวจสามารถร้องขอศาลปกครองเพื่อให้มีคำสั่งห้ามการเดินขบวนได้</p>	<p>- เจ้าหน้าที่ที่มีอำนาจ คือ เจ้าหน้าที่ที่ตรวจ โดยต้องร้องขอต่อศาลก่อนมีคำสั่งห้ามการประชุม</p> <p>- เหตุในการสั่งห้ามการประชุม ตามมาตรา 21 การชุมนุมที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย กรณีผู้จัดการชุมนุมหรือผู้ชุมนุมฝ่าฝืนกฎหมายและไม่ปฏิบัติตามมาตรา 8 มาตรา 15 มาตรา 16 มาตรา 17 หรือมาตรา 18</p>
<p>4. การสั่งห้ามการประชุม</p> <p>พิจารณาเปรียบเทียบในเรื่อง</p> <p>-เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจ</p> <p>-เหตุตามกฎหมายที่เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจสั่งห้ามการประชุม</p>	<p>- เจ้าหน้าที่ที่มีอำนาจ คือ เจ้าหน้าที่ที่ตรวจ หรือเจ้าหน้าที่รัฐโดยรายงานไปยังผู้ว่าราชการจังหวัด</p> <p>- การชุมนุมสาธารณะ ที่เกิดความวุ่นวาย และมีการฝ่าฝืนต่อกฎหมาย เจ้าหน้าที่ตำรวจจะต้องพิสูจน์ให้เห็นว่า การชุมนุมสาธารณะจะก่อให้เกิดความวุ่นวาย หรือความไม่สงบเรียบร้อยอย่างชัดเจน</p> <p>- กรณีการเดินขบวนดังกล่าวจะก่อให้เกิดความไม่สงบเรียบร้อย ผู้ว่าราชการมีดุลพินิจออกคำสั่งห้ามการเดินขบวนหรือเพิกถอนคำสั่งห้ามการเดินขบวน</p>	<p>- เจ้าหน้าที่ที่มีอำนาจ คือ เจ้าหน้าที่ที่ตรวจ</p> <p>- การชุมนุมและการเดินขบวนก่อนพระอาทิตย์ขึ้นและหลังพระอาทิตย์ตก การห้ามชุมนุมในรัศมี 100 เมตรจากสถานที่สำคัญตามกฎหมายกำหนด มิได้แจ้งการชุมนุมตามกฎหมายกำหนด และ การชุมนุมบางสถานที่เพื่อเป็นการคุ้มครองในกรณีพิเศษ</p>	<p>- เจ้าหน้าที่ที่มีอำนาจ คือ เจ้าหน้าที่ที่ตรวจ</p> <p>- การชุมนุมและการเดินขบวนก่อนพระอาทิตย์ขึ้นและหลังพระอาทิตย์ตก การห้ามชุมนุมในรัศมี 100 เมตรจากสถานที่สำคัญตามกฎหมายกำหนด มิได้แจ้งการชุมนุมตามกฎหมายกำหนด และ การชุมนุมบางสถานที่เพื่อเป็นการคุ้มครองในกรณีพิเศษ</p>	<p>- เจ้าหน้าที่ที่มีอำนาจ คือ เจ้าหน้าที่ที่ตรวจ</p> <p>- เจ้าหน้าที่ที่ใช้อำนาจ คือ เจ้าหน้าที่ที่ตรวจ โดยต้องร้องขอต่อศาลก่อนมีคำสั่งห้ามการประชุม</p> <p>- เหตุในการสั่งห้ามการประชุม ตามมาตรา 21 การชุมนุมที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย กรณีผู้จัดการชุมนุมหรือผู้ชุมนุมฝ่าฝืนกฎหมายและไม่ปฏิบัติตามมาตรา 8 มาตรา 15 มาตรา 16 มาตรา 17 หรือมาตรา 18</p>	<p>- เจ้าหน้าที่ที่มีอำนาจ คือ ผู้บัญชาการตำรวจ รองต่อเขตเทศบาลที่ดูแลพื้นที่ เพื่อให้มีคำสั่งห้ามการประชุมที่มีลักษณะของการบุกรุก เมื่อเทศบาลได้รับคำขอออกคำสั่งห้าม หรือแก้ไขปรับปรุงได้ โดยคำสั่งห้ามการประชุมต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยก่อน</p> <p>- หากการประชุมสาธารณะฝ่าฝืนเงื่อนไขที่กำหนดไว้ หรือยอมให้ผู้เข้าร่วมการชุมนุมไม่ปฏิบัติตามถือว่าเป็นความผิด</p> <p>- กรณีการเดินขบวนหากมีเหตุอันสมควรที่เชื่อว่ามีพฤติการณ์พิเศษเกิดขึ้น และการกำหนดเงื่อนไขในการเดินขบวนไม่เพียงพอ เจ้าหน้าที่ตำรวจสามารถร้องขอศาลปกครองเพื่อให้มีคำสั่งห้ามการเดินขบวนได้</p>	<p>- เจ้าหน้าที่ที่มีอำนาจ คือ เจ้าหน้าที่ที่ตรวจ</p> <p>- การชุมนุมและการเดินขบวนก่อนพระอาทิตย์ขึ้นและหลังพระอาทิตย์ตก การห้ามชุมนุมในรัศมี 100 เมตรจากสถานที่สำคัญตามกฎหมายกำหนด มิได้แจ้งการชุมนุมตามกฎหมายกำหนด และ การชุมนุมบางสถานที่เพื่อเป็นการคุ้มครองในกรณีพิเศษ</p>

<p>5.การสลายการชุมนุม</p> <p>พิจารณา</p> <p>เปรียบเทียบในเรื่อง</p> <p>- ใครเป็นผู้สลายการชุมนุม</p> <p>- เรื่องนี้จะทำให้สลายการชุมนุมได้</p>	<p>-เจ้าหน้าที่ตำรวจสลายการชุมนุม และผู้ว่าราชการจังหวัดหรือนายกเทศมนตรีสามารถสั่งสลายการชุมนุมได้</p> <p>- เรื่องนี้จะทำให้สลายการชุมนุมได้คือหากเกิดความวุ่นวายและมีการฝ่าฝืนกฎหมาย ต้องเตือนให้ชุมนุมยุติการชุมนุมและหากไม่ปฏิบัติ การชุมนุมสาธารณะดังกล่าวจะกลายเป็นการชุมนุมที่ก่อให้เกิดความไม่สงบ เจ้าหน้าที่สามารถใช้อำนาจเข้าสลายการชุมนุมได้ ทั้งนี้ สามารถสั่งสลายการชุมนุมได้ โดยมีต้องร้องต่อศาล</p>	<p>-เจ้าหน้าที่ตำรวจมีดุลพินิจสลายการชุมนุม</p> <p>- เรื่องนี้จะทำให้สลายการชุมนุมได้ 1. เป็นไปตามวัตถุประสงค์ที่ขอด้วยกฎหมายหรือไม่ 2. มีภัยคุกคามที่ใกล้จะถึงซึ่งสามารถใช้อำนาจได้หรือไม่ 3. วิธีการไม่ต้องใช้กำลังซึ่งเป็นไปตามวัตถุประสงค์ของกฎหมายหรือไม่ 4. การใช้กำลังของเจ้าหน้าที่ตำรวจอยู่ในระดับขั้นต่ำ และเป็นไปตามหลักความได้สัดส่วน และไม่มากเกินไปหรือไม่</p>	<p>- เจ้าหน้าที่ตำรวจมีดุลพินิจสลายการชุมนุม</p> <p>- เรื่องนี้ในการสลายการชุมนุมกำหนดไว้ตามกฎหมาย คือ มีคำสั่งให้มีการยุติการชุมนุม และหากผู้ชุมนุมไม่ปฏิบัติตามการชุมนุมนั้นอาจต้องถูกสลายการชุมนุม</p>	<p>- เจ้าหน้าที่ตำรวจมีดุลพินิจสลายการชุมนุมโดยรายงานต่อศาล</p> <p>- การชุมนุมดำเนินไปโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย หรือฝ่าฝืนกฎหมาย และศาลมีคำสั่งให้ยุติการชุมนุมแล้ว หรือการชุมนุมที่มีลักษณะรุนแรง เจ้าหน้าที่ตำรวจสลายการชุมนุมได้โดยไม่ต้องร้องต่อศาล</p>
--	---	--	---	---

3.2 หลักการดูแลการชุมนุมสาธารณะในประเทศฝรั่งเศส อังกฤษ และเกาหลีใต้

การดูแลการชุมนุมสาธารณะของเจ้าหน้าที่ตำรวจย่อมมีอยู่ตั้งแต่ก่อน ระหว่าง และหลังการชุมนุมซึ่งมีอยู่หลายประการที่จะสามารถศึกษาได้ ในที่นี้จะเป็นการพิจารณาการดูแลการชุมนุมสาธารณะก่อนและระหว่างการชุมนุม โดยศึกษาคุณลักษณะเจ้าหน้าที่ตำรวจในการดูแลการชุมนุมตามบทบัญญัติของกฎหมายของประเทศฝรั่งเศส อังกฤษ และเกาหลีใต้ แบ่งออกเป็น 1). การแจ้งและขออนุญาต 2). การวางข้อจำกัดทางด้านเนื้อหา 3). การวางข้อจำกัดด้านเวลา สถานที่และรูปแบบการชุมนุม 4). การสั่งห้ามการชุมนุมสาธารณะ 5). การสลายการชุมนุมสาธารณะ ซึ่งจะเป็นการชี้ให้เห็นถึงอำนาจดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ตำรวจในแต่ละประเด็นการพิจารณา

3.2.1 การแจ้งและการขออนุญาต

โดยทั่วไปการเริ่มต้นแห่งการใช้เสรีภาพในการชุมนุม มักจะต้องเริ่มต้นจากการแจ้งการชุมนุมต่อเจ้าหน้าที่รัฐที่เกี่ยวข้องตามกฎหมายภายในของประเทศ อันเนื่องมาจากเจ้าหน้าที่รัฐจะต้องดูแลรักษาความสงบเรียบร้อยในสังคม โดยเฉพาะเจ้าหน้าที่ตำรวจจะต้องทราบรายละเอียดในการชุมนุมทั้งวัน เวลา สถานที่ รูปแบบการชุมนุมจะเกิดขึ้นอย่างไร จำนวนคนเข้าร่วม ทั้งนี้เป็นไปเพื่อการดูแลรักษาความสงบเรียบร้อยที่เจ้าหน้าที่ตำรวจมีหน้าที่จะต้องปฏิบัติให้เกิดขึ้น โดยแต่ละประเทศย่อมมีหลักเกณฑ์ในการแจ้ง รายละเอียด ที่แตกต่างกันออกไป ซึ่งเป็นหน้าที่ของผู้จัดการชุมนุมที่จะต้องปฏิบัติตาม ในขณะที่เดียวกันเจ้าหน้าที่ตำรวจย่อมมีหน้าที่ในการรับแจ้งหรือการอนุญาตการชุมนุม โดยนำรายละเอียดต่าง ๆ ที่ได้รับแจ้งจากผู้จัดการชุมนุม นำมาวางแผน จัดกำลัง เพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยให้เกิดขึ้นทั้งในการชุมนุมและการคุ้มครองเสรีภาพของผู้อื่น การแจ้งหรือการขออนุญาตการชุมนุมถือเป็นสาระสำคัญในเรื่องการดูแลรักษาความสงบเรียบร้อยในบ้านเมือง ในเนื้อหาส่วนนี้จึงมุ่งศึกษา รายละเอียดตามกฎหมายในเรื่องการแจ้งหรือการอนุญาตของผู้จัดการชุมนุมของแต่ละประเทศ โดยพิจารณาถึงอำนาจดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ตำรวจต่อการรับแจ้งการชุมนุม และอำนาจดุลพินิจในกรณีการชุมนุมที่ไม่อาจแจ้งล่วงหน้าหรือการชุมนุมที่ไม่ได้แจ้งล่วงหน้า

ประเทศฝรั่งเศส

กฎหมายที่เกี่ยวกับการดูแลการชุมนุมในประเทศฝรั่งเศสถูกแบ่งออกเป็น 2 รูปแบบเพื่อใช้ในการจัดการที่แตกต่างกัน คือ การชุมนุมสาธารณะ และการเดินขบวน เจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้อง คือ ผู้ว่าราชการจังหวัดหรือรองผู้ว่าราชการจังหวัด ผู้บัญชาการตำรวจกรุงปารีส (กรณีการชุมนุมเกิดขึ้นในเขตกรุงปารีส) และนายกเทศมนตรี (กรณีการชุมนุมเกิดขึ้นในเขตเทศบาล) แล้วแต่กรณี ทั้งนี้

บทบัญญัติของกฎหมายการชุมนุมสาธารณะมิได้ให้อำนาจดุลพินิจแก่เจ้าหน้าที่รัฐในเรื่องการแจ้งไว้ ประชาชนสามารถใช้เสรีภาพการชุมนุมได้อย่างเต็มที่ตราบเท่าที่ดำเนินไปโดยสงบและปราศจากอาวุธ อย่างไรก็ตาม ในเรื่องการเดินขบวน ย่อมต้องตกอยู่ภายใต้ระบบการแจ้งล่วงหน้า กฎหมายให้อำนาจดุลพินิจวินิจฉัยแก่เจ้าหน้าที่รัฐ เมื่อได้รับแจ้งการชุมนุม เจ้าหน้าที่รัฐสามารถห้ามการชุมนุมได้ หากการเดินขบวนจะก่อให้เกิดความไม่สงบเรียบร้อย¹⁶⁶

การชุมนุมสาธารณะภายใต้ระบบการแจ้ง

เนื่องด้วยฝรั่งเศสเป็นประเทศที่ให้สิทธิเสรีภาพในการชุมนุมอย่างมาก และมีวิวัฒนาการทางด้านเสรีภาพการชุมนุมอย่างยาวนาน ทำให้เสรีภาพการชุมนุมเป็นหนึ่งในเสรีภาพที่ประชาชนทุกคนสามารถกระทำได้และเกิดขึ้นอยู่บ่อยครั้ง ดังนั้น การชุมนุมสาธารณะเกิดขึ้นได้ภายใต้ *ระบบการควบคุมหลัง*¹⁶⁷ กล่าวคือ การชุมนุมสาธารณะ (réunion) ไม่ต้องมีการแจ้งล่วงหน้า ประชาชนสามารถชุมนุมได้ภายใต้เงื่อนไขของความสงบและปราศจากอาวุธ รัฐบัญญัติว่าด้วยการชุมนุมสาธารณะของฝรั่งเศสมิได้บัญญัติถึงวิธีการหรือรายละเอียดของการแจ้งการชุมนุมสาธารณะ ทั้งนี้ กำหนดเพียงแค่เวลา สถานที่ และรูปแบบของการชุมนุมไว้เท่านั้น รายละเอียดในเรื่องนี้จะกล่าวต่อไปในเรื่องวางข้อจำกัดด้านเวลา สถานที่ และรูปแบบการชุมนุม ขณะเดียวกันเจ้าหน้าที่รัฐตามที่กล่าวมาข้างต้นสามารถแต่งตั้งเจ้าหน้าที่ตำรวจเข้าร่วมสังเกตการณ์การชุมนุมสาธารณะเพื่อดูแลความสงบเรียบร้อยให้เกิดขึ้นแก่ผู้เข้าร่วมการชุมนุม เช่น การตรวจสอบการพกพาอาวุธเข้าไปยังสถานที่ชุมนุม เป็นต้น

เมื่อพิจารณาแนวทางของกฎหมายในการดูแลการชุมนุมสาธารณะ จะพบว่า เมื่อเป็นการชุมนุมที่เข้าข่ายเป็นการชุมนุมสาธารณะ เจ้าหน้าที่รัฐหรือเจ้าหน้าที่ตำรวจฝรั่งเศสมีอำนาจใช้ดุลพินิจในเรื่องการแจ้งการชุมนุมน้อยมาก เนื่องจากขั้นตอนการแจ้งมิได้เกิดขึ้นในการชุมนุมสาธารณะของฝรั่งเศส ประชาชนสามารถใช้เสรีภาพในการชุมนุมได้อย่างเต็มที่ โดยมีหน้าที่รับผิดชอบต่อการใช้เสรีภาพของตนเอง และเจ้าหน้าที่ตำรวจมีหน้าที่เพียงดูแลความสงบเรียบร้อยให้เกิดขึ้นเท่านั้น

หากพิจารณาในกรณีการชุมนุมที่ไม่อาจมีการแจ้งล่วงหน้าได้ หรือการชุมนุมโดยพลัน (Spontaneous assembly) เป็นลักษณะของการรวมกลุ่มกันโดยมิได้นัดหมาย ในช่วงที่มีเหตุการณ์หนึ่ง ๆ เกิดขึ้น โดยลักษณะของการชุมนุมโดยพลัน หากเข้าข่ายเป็นการชุมนุมสาธารณะและมิได้เป็นการเดินขบวน การชุมนุมเช่นนี้ก็สามารถเกิดขึ้นในประเทศฝรั่งเศสได้ โดยมีต้องมีการแจ้งล่วงหน้า

¹⁶⁶ Code de la sécurité intérieure article L211-3

¹⁶⁷ สมชาย วิชาศิลปกุล, "เสรีภาพในการชุมนุมโดยสงบและปราศจากอาวุธตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย," หน้า 102.

ในทางกลับกัน เมื่อการชุมนุมเป็นกรณีที่เข้าลักษณะการเดินขบวน (manifestation) ตามรัฐกฤษฎีกาที่มีผลเทียบเท่ารัฐบัญญัติลงวันที่ 23 ตุลาคม ค.ศ.1935 และประมวลกฎหมายความมั่นคงภายใน การเดินขบวนจะต้องถูกควบคุมมิให้เกิดความไม่สงบ โดยเจ้าหน้าที่รัฐมีอำนาจเริ่มต้นตั้งแต่การแจ้ง หมายความว่า เมื่อการชุมนุมจะต้องมีการเดินขบวนในทางสาธารณะซึ่งกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของผู้อื่น การชุมนุมเช่นว่านี้จะต้องมี “การแจ้งล่วงหน้า” โดยมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

การเดินขบวนภายใต้ระบบการแจ้งล่วงหน้า

ผู้จัดการเดินขบวน ต้องแจ้งการเดินขบวน ณ ที่ทำการเทศบาลหรือศาลากลางจังหวัดในท้องที่ที่เคลื่อนขบวนผ่าน หรือกรณีกรุงปารีสต้องแจ้งต่อสำนักงานตำรวจเมืองปารีสอย่างน้อย 3 วัน หรืออย่างมาก 15 วันก่อนจะมีการเดินขบวน ในกรณีที่มีการแจ้งการเดินขบวนต่อเทศบาล ให้นายกเทศมนตรีส่งเรื่องไปยังผู้ว่าราชการจังหวัดเพื่อพิจารณาภายใน 24 ชั่วโมง¹⁶⁸ หนังสือแจ้งการเดินขบวนจะต้องระบุรายละเอียดตามที่กฎหมายกำหนด ไม่ว่าจะเป็น ชื่อ ที่อยู่ อาชีพของผู้จัดการเดินขบวน โดยลงลายมือชื่อผู้จัดการเดินขบวนอย่างน้อย 1 คน ทั้งนี้ต้องระบุวัตถุประสงค์ และเรื่องที่ต้องการแสดงความคิดเห็นหรือเรียกร้องต่อรัฐบาล โดยกำหนดวันเวลา สถานที่ เส้นทางเดินขบวน และลักษณะหรือรูปแบบการเดินขบวน รวมถึงจำนวนคนโดยประมาณในการเข้าร่วมการเดินขบวน¹⁶⁹ รายละเอียดซึ่งต้องระบุไว้ในหนังสือการแจ้งการเดินขบวน มีวัตถุประสงค์เพื่อให้เจ้าหน้าที่ตำรวจจัดเตรียมกำลัง สถานที่ หรือเส้นทางในการเดินขบวนที่จะเกิดขึ้น เพื่อให้เกิดความสะดวกต่อการใช้สิทธิเสรีภาพของประชาชน

หากหนังสือแจ้งการชุมนุมมีข้อมูลที่ครบถ้วนสมบูรณ์ เจ้าหน้าที่รัฐจะต้องออกใบรับแจ้งทันทีโดยไม่มีเงื่อนไข เจ้าหน้าที่ตำรวจจะต้องรับแจ้งการชุมนุมทุกกรณี ทั้งนี้เจ้าหน้าที่ตำรวจไม่มีดุลพินิจในส่วนของการรับแจ้งการชุมนุมแต่อย่างใด

อย่างไรก็ตาม หลังจากการรับแจ้งการชุมนุมแล้ว เจ้าหน้าที่ตำรวจก็ยังสามารถห้ามการเดินขบวนที่จะเกิดขึ้นได้ หากพบว่าการเดินขบวนนั้นจะก่อให้เกิดความไม่สงบเรียบร้อย พิจารณาได้จากกรณีการแจ้งการชุมนุมต่อเทศบาลซึ่งนายกเทศมนตรีต้องส่งเรื่องไปยังผู้ว่าราชการจังหวัดพิจารณาภายใน 24 ชั่วโมง¹⁷⁰ การพิจารณาในที่นี้ คือ การพิจารณาถึงความสงบเรียบร้อยที่จะเกิดขึ้นในเขตพื้นที่ที่รับผิดชอบ หรือปัญหาที่จะเกิดขึ้นจากการเดินขบวน เจ้าหน้าที่รัฐย่อมมีดุลพินิจห้ามการ

¹⁶⁸ Code de la sécurité intérieure article L211-2

¹⁶⁹ Ibid.

¹⁷⁰ Code de la sécurité intérieure article L211-3

เดินขบวนที่จะเกิดขึ้นได้ ขั้นตอนในส่วนนี้จึงถือว่า เมื่อได้รับแจ้งการชุมนุมแล้วเจ้าหน้าที่รัฐหรือเจ้าหน้าที่ตำรวจมีดุลพินิจการสั่งห้ามการชุมนุมบนพื้นฐานของความสงบเรียบร้อยในการชุมนุมที่จะเกิดขึ้น

ดังจะเห็นได้จาก หนังสือเวียนของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทย ลงวันที่ 5 เมษายน ค.ศ. 1979 (Circulaire dite Bonnet) ซึ่งระบุเงื่อนไขในการห้ามการชุมนุม โดยมีเนื้อหาสาระที่เกี่ยวข้องกับเรื่องดุลพินิจการรับแจ้งการเดินขบวนว่า “ ฝ่ายนิติบัญญัติเห็นว่าการประท้วงเป็นการแสดงออกทางความคิดเห็นหรือข้อเรียกร้องของประชาชนโดยธรรม การที่กฎหมายไม่ได้ห้ามการเดินขบวนหมายความว่า กฎหมายยอมรับผลกระทบบางส่วนเป็นการชั่วคราวของการเดินขบวนต่อประชาชนคนอื่น ๆ อย่างไรก็ตาม ผู้ที่ไม่ได้เข้าร่วมการประท้วงมีสิทธิคาดหวังให้เจ้าหน้าที่ของรัฐควบคุมไม่ให้เกิดความรุนแรง ทั้งนี้ เจ้าหน้าที่ที่จะต้องศึกษาเงื่อนไขของการเดินขบวนกับผู้จัดการเดินขบวน โดยเฉพาะสถานที่ที่รวมตัวกัน เส้นทางการเดินขบวนและช่วงเวลา เจ้าหน้าที่ต้องเสนอให้ผู้จัดการเดินขบวน ทำการเปลี่ยนแปลงรูปแบบการเดินขบวน หากเห็นว่าการเดินขบวนจะก่อให้เกิดความไม่สงบหรือเกิดปัญหาความไม่ปลอดภัย และถ้าข้อมูลที่เจ้าหน้าที่ได้รับแจ้งเห็นว่าการเดินขบวนมีความเสี่ยงจะก่อให้เกิดความไม่สงบ หรือความวุ่นวายอันไม่สามารถควบคุมได้เนื่องจากมีกำลังเจ้าหน้าที่ไม่เพียงพอ นายกเทศมนตรีหรือผู้ว่าราชการจังหวัด ต้องออกคำสั่งห้ามจัดการการประท้วง ”¹⁷¹ จากหนังสือเวียนดังกล่าวเห็นได้ว่า เมื่อได้รับแจ้งการเดินขบวน เจ้าหน้าที่ตำรวจต้องพิจารณาถึงอัตรากำลังในการดูแลความเสี่ยงที่จะเกิดเหตุการณ์วุ่นวาย โดยมีดุลพินิจถึงการเสนอเรื่องให้มีห้ามการชุมนุมได้ในที่สุด

จากการศึกษาบทกฎหมายที่กำหนดเรื่องการแจ้งการเดินขบวนของประเทศฝรั่งเศส พบว่า ไม่มีกฎหมายบัญญัติถึงเรื่องการผ่อนผันการแจ้งการชุมนุมไว้แต่อย่างใด หมายความว่า การเดินขบวนจะต้องมีการแจ้งล่วงหน้าเสมอ และกรณีที่มีการเดินขบวนเกิดขึ้นโดยไม่มีแจ้งตามที่กฎหมายกำหนด หรือแจ้งรายละเอียดการประท้วงไม่ครบถ้วนหรือให้รายละเอียดที่ไม่เป็นความจริงเพื่อปิดบังวัตถุประสงค์ของการเดินขบวน ผู้จัดการชุมนุมต้องรับโทษตามประมวลกฎหมายอาญาทาง ระวังโทษจำคุก 6 เดือน และโทษปรับ 7,500 ยูโร¹⁷² โดยกำหนดให้การเดินขบวนที่ไม่ได้แจ้งเป็นการชุมนุมที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

¹⁷¹ Didier Perroudou, “Manifestations” อ้างถึงใน สมชาย ปรีชาศิลป์กุล, "เสรีภาพในการชุมนุมโดยสงบและปราศจากอาวุธตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย," หน้า 119.

¹⁷² Code pénal Article 431-9

ประเทศอังกฤษ

การดูแลการชุมนุมในประเทศอังกฤษ แบ่งการชุมนุมออกเป็น 2 รูปแบบ คือ การชุมนุมสาธารณะ (Assembly) และการเดินขบวน (Processions) เจ้าหน้าที่ที่มีส่วนเกี่ยวข้อง คือ เจ้าหน้าที่ตำรวจ ผู้ซึ่งสามารถใช้ดุลพินิจดูแลการชุมนุมสาธารณะ โดยบทบัญญัติของ Public Order Act 1986 กำหนดรายละเอียดของการแจ้งล่วงหน้าไว้เฉพาะกรณีของการเดินขบวนเท่านั้น จึงกล่าวได้ว่า การชุมนุมสาธารณะสามารถเกิดขึ้นได้โดยไม่ต้องมีการแจ้งล่วงหน้า ขณะที่การเดินขบวนต้องมีขั้นตอนในการแจ้งล่วงหน้าเพื่อความสะดวกต่อการที่เจ้าหน้าที่ตำรวจดูแลรักษาความสงบเรียบร้อย โดยกฎหมายให้อำนาจดุลพินิจวินิจฉัยแก่เจ้าหน้าที่ตำรวจในเรื่องข้อยกเว้นของการแจ้งการชุมนุม โดยมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

การเดินขบวนภายใต้ระบบการแจ้งล่วงหน้า

การเดินขบวนต้องแจ้งเป็นหนังสือต่อเจ้าหน้าที่ตำรวจชั้นผู้ใหญ่ประจำสถานีที่มีหน้าที่รับผิดชอบพื้นที่ที่จะเริ่มเดินขบวน ไม่ต่ำกว่า 6 วัน ก่อนวันที่มีการชุมนุมเดินขบวน¹⁷³ เว้นแต่มีเหตุอันสมควรซึ่งไม่อาจยื่นหนังสือแจ้งการเดินขบวนล่วงหน้าได้¹⁷⁴ บทบัญญัติข้อยกเว้นในเรื่องการแจ้งการชุมนุมนี้ สะท้อนให้เห็นถึงอำนาจดุลพินิจวินิจฉัยของเจ้าหน้าที่ตำรวจในเรื่องการแจ้งการชุมนุม หากปรากฏว่ามีเหตุสมควร โดยเจ้าหน้าที่ตำรวจมีดุลพินิจให้การเดินขบวนไม่ต้องแจ้งล่วงหน้า ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่รับรองการชุมนุมที่โดยสภาพไม่อาจแจ้งล่วงหน้าได้ เช่น การชุมนุมโดยพลัน หรือ แฟลชม็อบ

กรณีการชุมนุมสาธารณะแม้ไม่ต้องมีการแจ้งล่วงหน้าหรือปรากฏเหตุอันสมควรซึ่งไม่อาจยื่นหนังสือแจ้งการเดินขบวนได้ แต่หากการชุมนุมสาธารณะหรือการเดินขบวนจัดขึ้นในพื้นที่ที่ซึ่งอยู่ในความครอบครองของการดูแลของรัฐ จะต้องได้รับอนุญาตจากหน่วยงานของรัฐที่ครอบครองทรัพย์สินนั้นก่อน เช่น การจัดการชุมนุมสาธารณะในสวนสาธารณะ Hyde park ต้องได้รับอนุญาตจากรัฐมนตรีว่าการกระทรวงสิ่งแวดล้อม¹⁷⁵ เช่นนี้จะเห็นได้ว่า แม้โดยหลักการชุมนุมสาธารณะไม่ต้องอยู่ภายใต้ระบบการแจ้งล่วงหน้า แต่มีกฎเกณฑ์เรื่องการขออนุญาตการใช้สถานที่ของรัฐ ย่อมเสมือนเป็น

¹⁷³ Public Order Act 1986 Article 11(5) (6)

¹⁷⁴ Public Order Act 1986 Article 11(1)

¹⁷⁵ O.H. Phillip and Paul Jackson, "Constitutional and Administrative", p. 563. อ้างถึงใน ปรกรณ์ นิลประพันธ์, "การตรากฎหมายว่าด้วยการชุมนุมสาธารณะ," ใน หนังสือรวมบทความด้านกฎหมายดีเด่น เนื่องในวันสัญญาธรรมศักดิ์, หน้า 21.

การขออนุญาตการชุมนุมสาธารณะไปโดยปริยาย อีกทั้งยังปรากฏอีกว่า ถ้าการชุมนุมนั้นมิได้รับอนุญาตให้ใช้สถานที่สาธารณะ เจ้าหน้าที่ตำรวจมีดุลพินิจในการห้ามการชุมนุมสาธารณะ¹⁷⁶ จากบทบัญญัติกฎหมาย จึงอาจกล่าวได้ว่า แม้กฎหมายมิได้บัญญัติให้การชุมนุมสาธารณะต้องแจ้งล่วงหน้า แต่ในทางปฏิบัติเจ้าหน้าที่รัฐยังคงมีอำนาจดุลพินิจตัดสินใจในการอนุญาตใช้พื้นที่สาธารณะซึ่งส่งผลต่อการจำกัดการใช้เสรีภาพในการชุมนุม และทำให้การชุมนุมสาธารณะต้องขออนุญาตโดยปริยาย

ประเทศเกาหลีใต้

แม้ประเทศเกาหลีใต้มีการแบ่งรูปแบบของการชุมนุมไว้ เป็น 2 แบบ คือ การชุมนุมกลางแจ้ง (Outdoor assembly) และการเดินขบวน (Demonstration)¹⁷⁷ แต่การดูแลการชุมนุมสาธารณะของประเทศเกาหลีใต้มีการบังคับใช้ภายใต้มาตรการเดียวกัน ดังนั้น ไม่ว่าจะเป็นการชุมนุมกลางแจ้งหรือการเดินขบวนต้องตักอยู่ภายใต้ระบบการแจ้งล่วงหน้าทั้งสิ้น โดยกฎหมายให้อำนาจดุลพินิจวินิจฉัยสามารถสั่งห้ามการชุมนุมในขั้นตอนการแจ้งและดุลพินิจตัดสินใจแก่เจ้าหน้าที่ตำรวจพิจารณาได้ว่า

ผู้ประสงค์จะจัดการชุมนุมต้องแจ้งและยื่นรายงานการจัดการชุมนุมหรือการเดินขบวนต่อหัวหน้าสถานีตำรวจ ซึ่งมีเขตอำนาจควบคุมพื้นที่การชุมนุม ตั้งแต่เวลา 720 ถึง 48 ชั่วโมง (30 วัน ถึง 2 วัน) ก่อนการชุมนุมหรือการเดินขบวน¹⁷⁸ เมื่อเจ้าหน้าที่ตำรวจได้รับแจ้งจะต้องออกไปรับแจ้งทันที¹⁷⁹โดยไม่มีเงื่อนไข และระบุวัน เวลาที่ได้รับแจ้ง อย่างไรก็ตาม หากเจ้าหน้าที่ตำรวจพบเห็นถึงความไม่สมบูรณ์ของการแจ้งการชุมนุม เช่น วัตถุประสงค์ในการจัดการชุมนุม วัน เวลา สถานที่ของชุมนุมที่ต้องห้ามตามกฎหมาย เจ้าหน้าที่ตำรวจต้องแจ้งต่อผู้จัดการชุมนุมให้แก้ไขภายใน 12 ชั่วโมง นับแต่เวลาที่ได้ออกไปรับแจ้ง ทั้งนี้ ผู้จัดการชุมนุมต้องแก้ไขให้แล้วเสร็จภายใน 24 ชั่วโมงหลังจากได้รับแจ้ง¹⁸⁰ การนี้เจ้าหน้าที่ตำรวจไม่มีอำนาจดุลพินิจเป็นอย่างอื่นในการรับแจ้งการชุมนุม หมายความว่า เมื่อมีการแจ้งการชุมนุมตามบทบัญญัติของกฎหมายแล้ว เจ้าหน้าที่ตำรวจจะต้องมี

¹⁷⁶ ปกรณ์ นิลประพันธ์, “การตรากฎหมายว่าด้วยการชุมนุมสาธารณะ,” ใน หนังสือรวมบทความด้านกฎหมายดีเด่น เนื่องในวันสัญญาธรรมศักดิ์, หน้า 20.

¹⁷⁷ Assembly and Demonstration Act, article 2

¹⁷⁸ Assembly and Demonstration Act, article 6 (1)

¹⁷⁹ Assembly and Demonstration Act, article 6 (2)

¹⁸⁰ Assembly and Demonstration Act, article 7 (1)

หน้าที่ออกใบรับแจ้ง ในขั้นตอนนี้เจ้าหน้าที่ตำรวจไม่มีอำนาจดุลพินิจในการไม่รับแจ้งการชุมนุม และเจ้าหน้าที่ตำรวจมีอำนาจเพียงให้ผู้จัดการชุมนุมแก้ไขการชุมนุมภายในเวลาที่กฎหมายกำหนดเท่านั้น

อย่างไรก็ตาม หากการชุมนุมหรือการเดินขบวน เป็นการชุมนุมที่ต้องห้ามตามกฎหมายในเรื่องเนื้อหาในการชุมนุม สถานที่ต้องห้ามการชุมนุม แจ้งรายละเอียดการชุมนุมหรือการเดินขบวนไม่ครบถ้วน หรือสันนิษฐานได้ว่าการชุมนุมนั้นจะการชุมนุมบนทางหลวง¹⁸¹ เจ้าหน้าที่ตำรวจย่อมมีดุลพินิจวินิจฉัยสั่งห้ามการชุมนุมได้

กฎหมายกำหนดมาตรการสำหรับการชุมนุมตั้งแต่ 2 กลุ่มขึ้นไป ในเวลาและสถานที่เดียวกัน โดยมีวัตถุประสงค์ของการชุมนุมที่ขัดแย้งกัน เจ้าหน้าที่จะมีอำนาจใช้ดุลพินิจวินิจฉัยเป็นรายกรณี โดยพิจารณาว่า การชุมนุมดังกล่าวที่เกิดขึ้น 2 กลุ่มในเวลาเดียวกัน มีเหตุอันควรเชื่อได้ว่าจะมีการแทรกแซงรบกวนการชุมนุมหรือการเดินขบวนระหว่างกันหรือไม่เพื่อใช้ดุลพินิจตัดสินใจให้ผู้ชุมนุมเลือกเวลาที่ต่างกัน หรือสถานที่ใหม่ หรือกำหนดมาตรการอื่นๆ¹⁸² และใช้ดุลพินิจตัดสินใจสั่งห้ามการชุมนุมหรือการเดินขบวนที่แจ้งทีหลัง¹⁸³

เห็นได้ว่า เมื่อได้รับแจ้งและปรากฏถึงรายละเอียดที่ขัดต่อกฎหมาย เจ้าหน้าที่ตำรวจมีอำนาจดุลพินิจในการสั่งแก้ไขรายละเอียดในเรื่องการแจ้งการชุมนุมที่ไม่สมบูรณ์ เช่น การให้แก้ไขวัตถุประสงค์ของการชุมนุม แก้ไขวันเวลาของการชุมนุมและการเดินขบวน เป็นต้น และในทางปฏิบัติเจ้าหน้าที่ตำรวจมีแนวโน้มไปในทิศทางขออนุญาตการชุมนุมมากกว่าการแจ้ง ดังนั้น การชุมนุมโดยที่ไม่มีการแจ้งล่วงหน้าหรือการชุมนุมโดยพลัน จึงไม่อาจเกิดขึ้นได้¹⁸⁴

ตัวอย่างคดีการชุมนุมโดยไม่มีการแจ้ง กรณีเป็นการชุมนุมของสหภาพแรงงาน ผู้จัดการชุมนุมไม่มีแจ้งให้ทราบล่วงหน้า และเป็นรูปแบบการชุมนุมแบบแฟลชม็อบ (flash mob) ศาลได้มีคำพิพากษาวางแนวทางการดูแลการชุมนุมสาธารณะไว้ว่า นอกจากการชุมนุมตามมาตรา 15¹⁸⁵ แล้ว การชุมนุมจะต้องมีการแจ้งล่วงหน้าก่อนเสมอ¹⁸⁶ ดังนั้น กรณีการแจ้งการชุมนุมตามกฎหมาย

¹⁸¹ Assembly and Demonstration Act, article 8 (1)

¹⁸² Assembly and Demonstration Act, article 8 (2)

¹⁸³ Assembly and Demonstration Act, article 8 (3)

¹⁸⁴ A/HRC/32/36/Add.2, para 19.

¹⁸⁵ Article 15 (Exclusion from application)

“Shall not apply to assemblies related to sciences, art, sports, religion, rituals, promotion of friendship, entertainment, ceremonies of coming of age, marriage, funeral and ancestral worship, and national ceremonies”

¹⁸⁶ Supreme Court Decision 2011Do2393 (March 28, 2013) https://libraryscourt.go.kr/SCLIB_data/decision/2011Do2393.htm

เกาหลีใต้ย่อมต้องมีการแจ้งล่วงหน้าโดยเคร่งครัด อีกทั้ง ในคดีดังกล่าวยังสะท้อนให้เห็นว่า รูปแบบการชุมนุมโดยพลันที่ไม่อาจแจ้งล่วงหน้าได้นั้น ไม่อาจเกิดขึ้นได้จริงในประเทศเกาหลีใต้ เพราะไม่ว่าการชุมนุมเกิดขึ้นรูปแบบใดกฎหมายกำหนดให้ต้องมีการแจ้งล่วงหน้าเสมอ

จากการพิจารณาบทบัญญัติของกฎหมายทั้งสามประเทศ จะพบว่า การแจ้งการชุมนุมสาธารณะได้ถูกแบ่งออกตามประเภทของการชุมนุม โดยมีกฎหมายรับรองในเรื่องการแจ้งไว้อย่างชัดเจน ประเทศฝรั่งเศสและอังกฤษได้รับรองให้การชุมนุมสาธารณะไม่ต้องแจ้งล่วงหน้า และเจ้าหน้าที่ตำรวจไม่มีดุลพินิจในการรับแจ้งการชุมนุม การนี้จึงทำให้เป็นรับรองการชุมนุมโดยพลันไว้โดยปริยาย อย่างไรก็ตามหลังจากการรับแจ้งการชุมนุมแล้ว ประเทศฝรั่งเศส อังกฤษ ต่างกำหนดให้ดุลพินิจเจ้าหน้าที่ตำรวจพิจารณากำหนดเงื่อนไขการชุมนุม หรือสั่งห้ามการชุมนุมได้ โดยมีความแตกต่างกันอย่างมีนัยในเรื่องข้อยกเว้น โดยที่ประเทศอังกฤษกำหนดไว้ชัดเจนในเรื่องข้อยกเว้นไม่ต้องแจ้งการเดินขบวน หากปรากฏเหตุอันสมควร ขณะที่ประเทศฝรั่งเศสกฎหมายมิได้กำหนดดุลพินิจเจ้าหน้าที่ตำรวจในเรื่องดังกล่าวไว้ นอกจากนี้ มีข้อสังเกตประการหนึ่ง คือ มีเพียงประเทศฝรั่งเศสเท่านั้น ที่ให้อำนาจหน่วยงานทางปกครองอื่นซึ่งไม่ใช่เจ้าหน้าที่ตำรวจมีอำนาจในการรับแจ้งการชุมนุม และมีการพิจารณาโดยผู้ว่าราชการจังหวัด อันเป็นการสร้างขั้นตอนให้มีผู้ตรวจสอบการรับแจ้งการชุมนุมมากขึ้น

ขณะที่ประเทศเกาหลีใต้ แม้เจ้าหน้าที่ตำรวจจะมีดุลพินิจสั่งกำหนดเงื่อนไขหรือสั่งห้ามการชุมนุมได้ต่อเมื่อได้รับแจ้งและพิจารณารายละเอียดการแจ้งแล้ว¹⁸⁷ แต่ในทางปฏิบัติเจ้าหน้าที่ตำรวจกลับใช้ดุลพินิจพิจารณาการแจ้งโดยเคร่งครัด ทำให้การชุมนุมที่เกิดขึ้นโดยพลันไม่อาจถูกรับรองได้ตามกฎหมายภายใน โดยศาลได้วางแนวคำพิพากษารับรองให้การชุมนุมทุกประเภทจะต้องมีการแจ้งล่วงหน้าเสมอ แม้เป็นการชุมนุมโดยพลันก็ต้องตกอยู่ภายใต้ระบบการแจ้งเช่นเดียวกัน

3.2.2 การวางข้อจำกัดด้านเนื้อหา

การจำกัดทางด้านเนื้อหาของการชุมนุมในกฎหมายต่างประเทศค่อนข้างมีเนื้อหาที่คล้ายคลึงกัน อันเนื่องมาจากอิทธิพลของกฎหมายระหว่างประเทศที่รัฐเข้าเป็นภาคี และการจำกัดเนื้อหาในการชุมนุมเปรียบเสมือนการจำกัดเสรีภาพในการชุมนุม เพราะเนื้อหาการชุมนุมถือเป็นสาระสำคัญของเสรีภาพในการชุมนุมอันไม่อาจถูกแทรกแซงได้¹⁸⁸ ดังนั้นหลายประเทศต่างก็ยอมรับในหลักการ

¹⁸⁷ Assembly and Demonstration Act, article 7 (1)

¹⁸⁸ International Covenant on Civil and Political Rights, "General Comment No.37 on the Right of Peaceful Assembly." para 22.

ดังกล่าว เห็นได้จากบทบัญญัติกฎหมายในการจำกัดเนื้อหาของประเทศฝรั่งเศส และประเทศอังกฤษที่ แม้มีได้บัญญัติให้อำนาจดุลพินิจในการจำกัดเนื้อหาการชุมนุมไว้ แต่เจ้าหน้าที่ตำรวจยังมีให้อำนาจ ดุลพินิจวินิจฉัยจำกัดเนื้อหาในแนวทางเดียวกันซึ่งสอดคล้องหลักกฎหมายระหว่างประเทศ ขณะที่ ประเทศเกาหลีใต้ บทบัญญัติของกฎหมายกำหนดให้อำนาจดุลพินิจวินิจฉัยแก่เจ้าหน้าที่ตำรวจไว้ อย่างชัดเจน โดยมีเนื้อหาที่แตกต่างจากหลักสากล ในส่วนนี้จึงมุ่งศึกษาเนื้อหาในการชุมนุมซึ่ง เจ้าหน้าที่ตำรวจมีดุลพินิจจำกัดได้ โดยพิจารณาได้ดังต่อไปนี้

ในประเทศฝรั่งเศสรัฐบัญญัติว่าด้วยการชุมนุมฉบับลงวันที่ 30 มิถุนายน ค.ศ.1881 และฉบับ แก้ไขเพิ่มเติมลงวันที่ 28 มีนาคม ค.ศ.1907 ได้ให้รายละเอียดเกี่ยวกับการแจ้งการชุมนุม *ต้องระบุ เรื่องที่ต้องการแสดงความคิดเห็น หรือเรียกร้องต่อรัฐบาล รวมถึงวัตถุประสงค์ในการจัดการเดินขบวน ต่อเจ้าหน้าที่รัฐ*¹⁸⁹ อีกทั้งผู้จัดการชุมนุมมีหน้าที่ต้องไม่ปราศรัยในลักษณะที่ก่อให้เกิดจลาจลหรือผิด ศีลธรรมอันดีของประชาชน เจ้าหน้าที่รัฐจึงมีดุลพินิจวินิจฉัยจำกัดเนื้อหาในการชุมนุมได้หากมีการ ปราศรัยที่ก่อให้เกิดการจลาจลหรือผิดศีลธรรมอันดี ในขณะเดียวกันกฎหมายเกี่ยวกับการชุมนุม สาธารณะของอังกฤษ (Public Order Act 1986) ได้กำหนดส่วนที่เป็นเกี่ยวกับเนื้อหาการชุมนุมไว้ว่า *หนังสือแจ้งการเดินขบวน ต้องระบุวัตถุประสงค์ของการเดินทางขบวนในที่สาธารณะให้ชัดเจนว่าเพื่อ แสดงออกการสนับสนุนหรือคัดค้านในเรื่องใดของผู้ใด หรือเพื่อรณรงค์เรื่องหรือโครงการใด หรือเพื่อ แสดงถึงความรำลึกถึงเหตุการณ์ใด*¹⁹⁰

หากพิจารณาทั้งสองประเทศนี้ควบคู่กันไป เห็นได้ว่า บทกฎหมายมีเจตนารมณ์ต้องการให้ เจ้าหน้าที่รัฐได้ทราบข้อมูลเบื้องต้นของการชุมนุม เพื่อใช้ดุลพินิจวินิจฉัยพิจารณาถึงการชุมนุมที่ อาจก่อความไม่สงบเรียบร้อย โดยจะต้องไม่เป็นเนื้อหาที่ก่อให้เกิดการจลาจลหรือการปลุกกระดมที่ทำให้ ผิดศีลธรรมอันดี ทั้งนี้ รัฐพิจารณาเพียงว่าเนื้อหาของการชุมนุมนั้น ต้องไม่ก่อให้เกิดการจลาจลหรือ ผิดศีลธรรมอันดีของประชาชน อันตรงกับหลักการของกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและ สิทธิทางการเมืองที่ว่า “การโฆษณาเพื่อให้เกิดสงคราม หรือเพื่อสนับสนุนให้เกิดความเกลียดชังชาติ พันธุ์หรือศาสนา ซึ่งยั่วยุให้เกิดการปฏิบัติ การเป็นปฏิปักษ์ หรือการใช้ความรุนแรง เป็นสิ่งต้องห้าม ตามกฎหมาย”¹⁹¹

¹⁸⁹ Code de la sécurité intérieure article L211-2

¹⁹⁰ Public Order Act 1986 article 11(1)

¹⁹¹ International Covenant on Civil and Political Rights, article 20

(1) Any propaganda for war shall be prohibited by law.

ตัวอย่างเช่น คดี *Jacques Saldou*¹⁹² เป็นการเดินขบวนของกลุ่มชาตินิยมบาสก์ที่เรียกร้องการแบ่งแยกดินแดน โดยผู้เดินขบวนอ้างว่าเป็นเพียงการแจกใบปลิว ตามมาตรา 20 ของรัฐบัญญัติลงวันที่ 29 กรกฎาคม ค.ศ.1881 เกี่ยวกับเสรีภาพของสื่อซึ่งสามารถกระทำได้ แต่ศาลปกครองฝรั่งเศสเห็นว่าคำสั่งห้ามการเดินขบวนนั้นชอบแล้ว เนื่องจากกิจกรรมดังกล่าวเป็นการเดินขบวนที่มีเป้าหมายบอกเล่าสถานการณ์ของผู้ต้องขังที่เป็นกลุ่มแบ่งแยกดินแดน ซึ่งมีความเสี่ยงที่จะก่อให้เกิดความไม่สงบเรียบร้อยในบ้านเมืองในภูมิภาคที่มีการก่อการร้ายมาต่อเนื่องหลายปี การห้ามการเดินขบวนกรณีนี้ เจ้าหน้าที่รัฐใช้ดุลพินิจวินิจฉัยถึงเนื้อหาที่ผู้ชุมนุมต้องการแสดงออกในการเดินขบวนที่อาจก่อให้เกิดความไม่สงบจากการแบ่งแยกดินแดน จากข้อเท็จจริง การเดินขบวนมีเนื้อหาที่อาจก่อให้เกิดความรุนแรงและทำให้สงครามที่มีอยู่รุนแรงขึ้นได้ และพื้นที่ดังกล่าวมีการก่อการร้ายหรือสงครามมาอย่างยาวนาน จึงถือว่า ศาลปกครองฝรั่งเศสได้คำนึงถึงการจำกัดเนื้อหาการเดินขบวนตามหลักสากลแล้ว

ประเทศเกาหลีใต้มีบทบัญญัติกฎหมายให้อำนาจดุลพินิจเจ้าหน้าที่ตำรวจจำกัดเนื้อหาที่มีความแตกต่างจากหลักกฎหมายระหว่างประเทศ และอาจส่งผลต่อการแทรกแซงเนื้อหาการชุมนุม ตามรัฐบัญญัติว่าด้วยการชุมนุมและการเดินขบวนของสาธารณรัฐเกาหลีตามมาตรา 5 ได้ให้อำนาจดุลพินิจวินิจฉัยแก่เจ้าหน้าที่ตำรวจที่นอกเหนือจากหลักสากล ความว่า

“ห้ามมิให้ผู้ใดสนับสนุนการชุมนุมหรือเดินขบวนที่เข้าข่าย ลักษณะหนึ่งดังต่อไปนี้

1. การชุมนุมหรือการเดินขบวนที่มีวัตถุประสงค์เพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ของพรรคการเมือง ซึ่งยุบตามคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ และ
2. การชุมนุมหรือการเดินขบวนที่แสดงออกอย่างชัดเจน ในการก่อให้เกิดการคุกคามโดยตรงต่อความสงบเรียบร้อยของสาธารณะ โดยการใช้ความรุนแรง การคุกคาม การทำลาย การลอบวางเพลิง เป็นต้น”¹⁹³

กล่าวได้ว่า การชุมนุมหรือการเดินขบวนที่มีขึ้นเพื่อพรรคการเมืองซึ่งถูกยุบโดยศาลรัฐธรรมนูญ อาจจะทำให้เกิดความไม่สงบในประเทศ อย่างไรก็ตาม ผู้วิจัยเห็นว่า การจำกัดดังกล่าวถือว่าเป็นการจำกัดถึงสาระสำคัญของเสรีภาพในการชุมนุม อันเนื่องมาจากเป็นการจำกัดแสดงความคิดเห็นของประชาชนในเรื่องการทำงานของศาลรัฐธรรมนูญ ซึ่งจะส่งผลให้เจ้าหน้าที่ตำรวจสามารถใช้ดุลพินิจ

(2) Any advocacy of national, racial, or religious hatred that constitutes incitement to discrimination, hostility or violence shall be prohibited by law.

¹⁹² Council of State, No.107126, (23/7/1993).

¹⁹³ Assembly and Demonstrate Act 2007 Article 5.

พิจารณาอย่างไม่มีหลักที่แน่นอน และนำมาซึ่งการจำกัดเสรีภาพในการชุมนุมสาธารณะหรือการเดินทางได้โดยง่าย

จากการพิจารณาการใช้ดุลพินิจในเรื่องการจำกัดเนื้อหาในการชุมนุม จะพบว่า ประเทศฝรั่งเศส และประเทศอังกฤษมีทิศทางการจำกัดที่สอดคล้องกับหลักสากล โดยให้อำนาจเจ้าหน้าที่ตำรวจจำกัดเนื้อหาในการชุมนุมภายใต้หลักสากล ในกรณีที่มีการชุมนุมนั้นมีเนื้อหาเพื่อให้เกิดสงคราม หรือเพื่อสนับสนุนให้เกิดความเกลียดชังชาติพันธุ์หรือศาสนา ซึ่งช่วยทำให้เกิดการเลือกปฏิบัติ การเป็นปฏิปักษ์ หรือการใช้ความรุนแรงเท่านั้น ขณะที่ประเทศเกาหลีใต้ กฎหมายกำหนดให้อำนาจเจ้าหน้าที่ตำรวจใช้ดุลพินิจสั่งห้ามการชุมนุมที่เป็นไปเพื่อวัตถุประสงค์ของพรรคการเมืองซึ่งถูกยุบตามคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ ถือว่าขัดกับหลักสากล กล่าวคือ เป็นการมุ่งจำกัดเนื้อหาในการชุมนุมที่เป็นการแสดงความคิดเห็นของประชาชน และมีใช้เนื้อหาที่สามารถจำกัดตามหลักสากล ดังเช่น คดี *Stankov and the United Macedonian Organisation Ilinden v. Bulgaria*¹⁹⁴ แม้ว่าตามข้อเท็จจริงกล่าวอ้างว่า สมาคมมีการต่อต้านความสามัคคีในชาติ และสร้างความเกลียดชังของชาติพันธุ์ แต่ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปในคดีนี้ให้ความสำคัญกับการแสดงออกของประชาชนตามมาตรา 11 วรรคสอง โดยวางหลักว่ารัฐจะห้ามการรวมกลุ่มได้นั้น ต้องปรากฏว่ามีการแสดงออกที่มีความเสี่ยงที่จะเกิดความรุนแรง หรือช่วยทำให้เกิดความรุนแรง หรือต่อต้านการปกครองระบอบประชาธิปไตย ดังนั้น บทบัญญัติการจำกัดเนื้อหาการชุมนุมของเกาหลีใต้ จึงเป็นการเปิดช่องให้เจ้าหน้าที่ตำรวจใช้ดุลพินิจจำกัดเนื้อหาการชุมนุมของผู้สนับสนุนพรรคการเมืองที่ถูกยุบได้ ถือเป็น การวางข้อจำกัดด้านเนื้อหาการชุมนุมที่ขัดต่อหลักสากล และเป็นการลดทอนคุณค่าของเสรีภาพในการชุมนุม

3.2.3 การวางข้อจำกัดด้านเวลา สถานที่ และรูปแบบ

สาระสำคัญประการหนึ่งของการดูแลการชุมนุมของเจ้าหน้าที่ คือ การวางข้อจำกัดในเรื่องเวลา สถานที่ และรูปแบบการชุมนุม ซึ่งเจ้าหน้าที่ตำรวจมีบทบาทสำคัญที่จะต้องใช้ดุลพินิจกำหนดเงื่อนไขต่าง ๆ เพื่อให้การชุมนุมดำเนินไปอย่างสงบเรียบร้อย และคุ้มครองเสรีภาพของประชาชน ดังนั้น การพิจารณาการใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ตำรวจในเรื่องการวางข้อจำกัดด้านเวลา สถานที่ และรูปแบบการชุมนุม จึงมุ่งพิจารณาถึงหลักการวางข้อจำกัดในเรื่องเวลาเริ่มต้นและสิ้นสุดของการชุมนุม การจำกัดสถานที่บางแห่งในการชุมนุม และดุลพินิจในการย้ายสถานที่ รวมถึงรายละเอียดของการจำกัด

¹⁹⁴ *Stankov and The United Macedonian Organisation Ilinden v. Bulgaria*, (application no. 2922/95 and 29225/95), judgment of 2 January 2002.

สถานที่ในการชุมนุม และรูปแบบของการชุมนุมที่เกิดขึ้นทั้งในเรื่องอุปกรณ์ต่าง ๆ หรือเทคนิคที่ใช้ เช่น เครื่องเสียง การใช้เครื่องมือถ่ายภาพเพื่อสื่อความหมายต่าง ๆ รวมทั้งระดับเสียงที่ใช้

ประเทศฝรั่งเศส

การชุมนุมสาธารณะของประเทศฝรั่งเศสแม้ไม่ต้องแจ้งล่วงหน้า แต่ต้องอยู่ภายใต้ข้อจำกัด 3 ประการ ในเรื่องเวลา สถานที่ และรูปแบบการชุมนุม ซึ่งบทบัญญัติของกฎหมายมิได้กำหนดดุลพินิจให้แก่เจ้าหน้าที่รัฐ โดยหากเข้ากรณีตามที่กฎหมายกำหนด ย่อมต้องได้รับโทษตามกฎหมาย¹⁹⁵ ดังต่อไปนี้

ข้อจำกัดด้านเวลา การชุมนุมสาธารณะจะกระทำได้ไม่เกิน 23.00 นาฬิกา เว้นแต่สถานที่การชุมนุมนั้นได้เปิดทำการหลังจากเวลาดังกล่าวได้¹⁹⁶ ทั้งนี้เพื่อเป็นการรักษาความสงบเรียบร้อยให้เกิดขึ้น และไม่กระทบต่อสิทธิเสรีภาพของผู้อื่นมากเกินไป เช่น การรบกวนในเรื่องของเสียง เป็นต้น

ข้อจำกัดด้านสถานที่ ห้ามจัดการชุมนุมบนทางสาธารณะ¹⁹⁷ เช่น ถนนสาธารณะ

ข้อจำกัดด้านรูปแบบ ต้องมีการจัดตั้งคณะกรรมการที่ประกอบด้วยตัวแทนจากผู้ชุมนุมอย่างน้อย 3 คน โดยคณะกรรมการจะทำหน้าที่ควบคุมดูแลให้การชุมนุมเป็นไปอย่างสงบเรียบร้อย และจะต้องมีส่วนรับผิดชอบในกรณีที่มีการชุมนุมมีการกระทำที่ผิดกฎหมายหรือขัดต่อความสงบเรียบร้อย ในระหว่างที่มีการชุมนุมสาธารณะ¹⁹⁸ หากคณะกรรมการออกจากที่ชุมนุมไม่ว่าโดยเจตนาหรือเพราะสถานการณ์บังคับ จะถือว่าการชุมนุมสิ้นสุดลงและการชุมนุมสาธารณะจะกลายเป็นการชุมนุมที่ก่อให้เกิดความไม่สงบเรียบร้อย ซึ่งผู้ชุมนุมต้องสลายการชุมนุมหลังได้รับคำสั่งจากเจ้าหน้าที่ผู้ได้รับมอบอำนาจ

ทั้งนี้ หากพิจารณาตามรัฐธรรมนูญด้วยการชุมนุม ฉบับลงวันที่ 30 มิถุนายน 1881 มาตรา 1¹⁹⁹ เจ้าหน้าที่ตำรวจอาจกำหนดมาตรการต่าง ๆ ที่เหมาะสมและจำเป็นเพื่อให้ผู้จัดการชุมนุมและผู้เข้าร่วมได้ปฏิบัติตามอย่างมีระเบียบและอำนวยความสะดวกแก่ประชาชนทั่วไป โดยพิจารณาเป็นรายกรณี เช่นนี้เพื่อให้การใช้เสรีภาพในการชุมนุมที่ไม่ก่อความเดือดร้อนต่อผู้อื่น หมายความว่า เป็น

¹⁹⁵ Loi du 30 juin 1881 sur la liberté de réunion. Article 10

¹⁹⁶ Loi du 30 juin 1881 sur la liberté de réunion. Article 6

¹⁹⁷ Ibid.

¹⁹⁸ Loi du 30 juin 1881 sur la liberté de réunion. Article 8

¹⁹⁹ Loi du 30 juin 1881 sur la liberté de réunion. Article 1

เพียงการพิจารณาถึงการจัดระเบียบความเรียบร้อย มิได้มีอำนาจดุลพินิจในการสั่งห้ามการชุมนุมสาธารณะแต่อย่างใด

หากพิจารณาในกรณีการเดินขบวน นอกจากจะต้องปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ข้างต้นแล้ว เมื่อเป็นการชุมนุมที่จะต้องมีการแจ้งล่วงหน้าถึงรายละเอียดสถานที่ เส้นทาง และรูปแบบการเดินขบวน ยังกำหนดให้อำนาจดุลพินิจตัดสินใจแก่เจ้าหน้าที่รัฐสามารถกำหนดเส้นทางใหม่ หรือปรับเปลี่ยนสถานที่ชุมนุมได้ การนี้หากการเดินขบวนที่อาจใช้เส้นทางกระทบต่อสิทธิเสรีภาพประชาชนมากไป เจ้าหน้าที่ตำรวจอาจร้องขอให้เข้ามาเจรจา เพื่อปรับเปลี่ยนเส้นทางเดินขบวนใหม่ได้²⁰⁰

รัฐบัญญัติว่าด้วยการชุมนุมฉบับลงวันที่ 30 มิถุนายน ค.ศ.1881 มิได้กำหนดเงื่อนไขใดที่ให้อำนาจดุลพินิจเจ้าหน้าที่ตำรวจจำกัดสถานที่ เช่น การห้ามการชุมนุมรอบสถานที่สำคัญ การกำหนดหลักเกณฑ์การใช้เครื่องเสียง หรืออุปกรณ์ต่าง ๆ ในการชุมนุม สิ่งเหล่านี้กฎหมายไม่ได้กำหนดขอบเขตหน้าที่ผู้ใช้เสรีภาพการชุมนุมมากนัก จึงส่งผลให้เสรีภาพในการชุมนุมของฝรั่งเศสมีอยู่อย่างมาก และเจ้าหน้าที่ตำรวจไม่มีอำนาจดุลพินิจในการสั่งห้ามการชุมนุมตามเงื่อนไขของสถานที่หรือเรื่องเสียงได้ และหากพิจารณาถึงประเทศอังกฤษ และประเทศเกาหลีใต้จะปรากฏถึงการกำหนดเงื่อนไขในการใช้เสรีภาพในการชุมนุมทั้งด้าน เวลา สถานที่และรูปแบบที่มากกว่าประเทศฝรั่งเศส โดยมีนัยสำคัญถึงการใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ตำรวจ

ประเทศอังกฤษ

ตามกฎหมาย Public Order Act ในการชุมนุมสาธารณะและการเดินขบวน เจ้าหน้าที่ตำรวจมีดุลพินิจวินิจฉัยวางข้อจำกัดด้านเวลา สถานที่และรูปแบบการชุมนุมได้ กล่าวคือ การชุมนุมสาธารณะกำหนดให้เจ้าหน้าที่ตำรวจชั้นสัญญาบัตร (Senior police official) ไม่ว่าจะเป็้นตำรวจที่มีตำแหน่งสูงสุดซึ่งอยู่ในสถานการณ์การชุมนุม หรือเจ้าหน้าที่ตำรวจซึ่งเป็นผู้บังคับบัญชาของพื้นที่ที่มีการชุมนุม²⁰¹ มีดุลพินิจวินิจฉัยกำหนดเงื่อนไขด้านเวลา หรือสถานที่ได้ หากมีเหตุอันควรเชื่อได้ว่าการชุมนุมนั้นอาจก่อให้เกิดความไม่สงบ ความเสียหายต่อทรัพย์สินหรือกระทบต่อวิถีชีวิตของประชาชน

²⁰⁰ Ibid.

²⁰¹ Article 14 (2) Imposing conditions on public assemblies.

the senior police officer” means—

(a)in relation to an assembly being held, the most senior in rank of the police officers present at the scene, and

(b)in relation to an assembly intended to be held, the chief officer of police.

อย่างร้ายแรง หรือผู้จัดการชุมนุมมีเจตนาที่จะทำให้ผู้อื่นกลัวที่จะกระทำการหรือไม่กระทำการใดในสิทธิที่จะกระทำหรือไม่กระทำได้ อย่างไรก็ตามเจ้าหน้าที่ตำรวจสามารถกำหนดเงื่อนไขที่จำเป็น เช่น การกำหนดสถานที่การชุมนุม หรือให้ใช้สถานที่เดิมต่อไป หรือการกำหนดช่วงเวลาสูงสุด หรือจำนวนคนสูงสุดที่จะสามารถเข้าร่วมการชุมนุม ดังนั้น เห็นได้ว่าข้อจำกัดด้านเวลา เป็นกรณีที่กฎหมายมิได้กำหนดช่วงเวลาในการชุมนุมไว้อย่างชัดเจน แต่เปิดช่องให้เจ้าหน้าที่ตำรวจใช้ดุลพินิจวินิจฉัยพิจารณาเป็นรายกรณี ทั้งนี้ มาตราต่าง ๆ จะต้องกระทำขึ้นเพื่อความจำเป็นต่อการป้องกันมิให้เกิดความไม่สงบเรียบร้อย ความเสียหาย การกระทบต่อชีวิตและทรัพย์สิน หรือการถูกข่มขู่²⁰²

ข้อจำกัดด้านสถานที่การชุมนุม หากผู้บัญชาการตำรวจมีเหตุอันควรเชื่อได้ว่าการชุมนุมสาธารณะที่ตนรับผิดชอบจะจัดขึ้นในสถานที่ซึ่งประชาชนไม่มีสิทธิเข้าถึง หรือมีสิทธิอย่างจำกัดเฉพาะตามวัตถุประสงค์ที่กำหนดเท่านั้น และการชุมนุมสาธารณะนั้นปราศจากการอนุญาตจากผู้มีสิทธิครอบครอง หรือดำเนินการเกินกว่าที่ได้รับอนุญาต และอาจส่งผลกระทบต่อวิถีชีวิตของประชาชนในชุมชนอย่างร้ายแรงหรือเป็นพื้นที่ อาคาร หรืออนุสาวรีย์ ซึ่งมีความสำคัญทางด้านประวัติศาสตร์ สถาปัตยกรรม หรือความสำคัญทางวิทยาศาสตร์ ในการเกิดความเสียหายต่อพื้นที่ อาคาร หรืออนุสาวรีย์ เจ้าหน้าที่ตำรวจสามารถร้องขอต่อสภาท้องถิ่นเพื่อจะห้ามการกระทำดังกล่าว โดยระยะเวลาในการห้ามการชุมนุมในพื้นที่ทั้งหมดหรือบางส่วนได้²⁰³ เจ้าหน้าที่ตำรวจอาจใช้ดุลพินิจที่จะ

²⁰² Article 14 (1) Imposing conditions on public assemblies.

If the senior police officer, having regard to the time or place at which and the circumstances in which any public assembly is being held or is intended to be held, reasonably believes that—

(a) it may result in serious public disorder, serious damage to property or serious disruption to the life of the community, or

(b) the purpose of the persons organising it is the intimidation of others with a view to compelling them not to do an act they have a right to do, or to do an act they have a right not to do, he may give directions imposing on the persons organising or taking part in the assembly such conditions as to the place at which the assembly may be (or continue to be) held, its maximum duration, or the maximum number of persons who may constitute it, as appear to him necessary to prevent such disorder, damage, disruption or intimidation.

²⁰³ Article 14A (1) Prohibiting trespassory assemblies.

If at any time the chief officer of police reasonably believes that an assembly is intended to be held in any district at a place on land to which the public has no right of access or only a limited right of access and that the assembly—

(a) is likely to be held without the permission of the occupier of the land or to conduct itself in such a way as to exceed the limits of any permission of his or the limits of the public's right of access, and

(b) may result—

สามารถกำหนดเงื่อนไขในการชุมนุมได้ แต่อำนาจในการสั่งห้ามเข้าพื้นที่ชั่วคราว เจ้าหน้าที่ตำรวจต้องร้องขอต่อสภาท้องถิ่นก่อน

การใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ตำรวจในเรื่องการจำกัดสถานที่ มักมีการใช้ฐานความผิดในเรื่องการบุกรุกสถานที่ (trespassory) ในการจัดการกับผู้ชุมนุม ยกตัวอย่าง ในปี 2013 นักกรณรงค์ต่อต้านการทุจริต และแคโรไลน์ ลูคัส (Caroline Lucas) ส.ส. พรรคกรีน (Green Party of England and Wales) เข้าไปนั่งในสำนักงานการปราบปรามทุจริต และกลุ่มผู้ชุมนุมบางคนได้ติดตัวเองกับประตูของสำนักงาน เหตุการณ์นี้ผู้ชุมนุมจำนวน 6 คน รวมถึง ส.ส.พรรคกรีน ได้ถูกจับกุมในข้อหาบุกรุก²⁰⁴ กรณีที่เกิดขึ้นแสดงให้เห็นว่า กรณีการชุมนุมไม่ได้รับอนุญาตจากผู้ครอบครอง เจ้าหน้าที่ตำรวจสามารถดำเนินการกับผู้ชุมนุมในความผิดฐานข้อหาบุกรุกได้

กรณีการเดินขบวน มีรายละเอียดที่คล้ายกับการชุมนุมสาธารณะ กล่าวคือ เจ้าหน้าที่ตำรวจชั้นสัญญาบัตร (Senior Police Official) ไม่ว่าจะเป็นครววจชั้นผู้ใหญ่ที่มีตำแหน่งสูงสุดที่อยู่ในระหว่างการเดินขบวนซึ่งผู้ชุมนุมสามารถมองเห็น และเจ้าหน้าที่ตำรวจชั้นผู้บังคับบัญชาการตำรวจของพื้นที่ที่มีการชุมนุม²⁰⁵ ย่อมมีอำนาจดุลพินิจกำหนดเงื่อนไขด้านเวลาหรือสถานที่ได้ หากมีเหตุอันควรเชื่อได้ว่าการเดินขบวนนั้นอาจก่อให้เกิดความไม่สงบ ความเสียหายต่อทรัพย์สินหรือกระทบต่อวิถีชีวิตของประชาชนอย่างร้ายแรง หรือผู้จัดการชุมนุมมีเจตนาที่จะทำให้ผู้อื่นกลัวที่จะกระทำการหรือไม่กระทำการใดในสิทธิที่จะกระทำหรือไม่กระทำได้

นอกจากนี้ เจ้าหน้าที่ตำรวจสามารถกำหนดเงื่อนไขที่จำเป็นต่อผู้จัดการเดินขบวนหรือผู้เข้าร่วมเดินขบวน เพื่อความจำเป็นต่อการป้องกันมิให้เกิดความไม่สงบเรียบร้อย ความเสียหาย การกระทบ

(i) in serious disruption to the life of the community, or

(ii) where the land, or a building or monument on it, is of historical, architectural, archaeological, or scientific importance, in significant damage to the land, building or monument,

he may apply to the council of the district for an order prohibiting for a specified period the holding of all trespassory assemblies in the district or a part of it, as specified.

²⁰⁴ BBC News, "Green Mp Caroline Lucas Arrested at Climate Protest," [Online] Accessed: 12 January 2022. Available from: <https://www.bbc.com/news/uk-england-23753750>

²⁰⁵ Article 12(2) Imposing conditions on public processions.

the senior police officer" means—

(a) in relation to a procession being held, or to a procession intended to be held in a case where persons are assembling with a view to taking part in it, the most senior in rank of the police officers present at the scene, and

(b) in relation to a procession intended to be held in a case where paragraph (a) does not apply, the chief officer of police.

ต่อชีวิตและทรัพย์สิน หรือการถูกข่มขู่ รวมถึงการกำหนดเส้นทางในการเดินขบวน หรือข้อห้ามในการเข้าพื้นที่สาธารณะใดตามที่ระบุได้²⁰⁶ การกำหนดเงื่อนไขในเรื่องเวลา สถานที่ และรูปแบบของการชุมนุมของประเทศอังกฤษ ขึ้นอยู่กับดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ตำรวจในการพิจารณาว่า ข้อเท็จจริงหรือเหตุการณ์ใดมีเหตุอันควรเชื่อได้ว่าการชุมนุมหรือการเดินขบวนอาจก่อให้เกิดความไม่สงบ ความเสียหายต่อทรัพย์สินหรือกระทบต่อวิถีชีวิตของประชาชนอย่างร้ายแรง หรือมีอำนาจกำหนดเงื่อนไขของสถานที่ชุมนุมซึ่งอาจส่งผลกระทบต่อวิถีชีวิตของประชาชนในชุมชนอย่างร้ายแรง หรือเป็นพื้นที่ อาคาร อนุสาวรีย์ ซึ่งมีความสำคัญทางด้านประวัติศาสตร์ สถาปัตยกรรม หรือวิทยาศาสตร์ และอาจเกิดความเสียหายต่อพื้นที่ อาคาร หรืออนุสาวรีย์ ดังนั้นบทบัญญัติของกฎหมายในส่วนนี้จึงเป็นเรื่องการใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ตำรวจอย่างแท้จริง ซึ่งต้องพิจารณาเป็นรายกรณี และกำหนดมาตรการภายใต้กรอบของกฎหมาย

อย่างไรก็ดี การพิจารณาในเรื่องการกำหนดเงื่อนไขของเจ้าหน้าที่ตำรวจ ศาล High Court ได้วางแนวทางในคดี *Fiona James v. Director of Public Prosecutions* ไว้ว่า หากเจ้าหน้าที่ตำรวจชั้นสัญญาบัตรเชื่อว่าการชุมนุมสาธารณะอาจก่อให้เกิดความไม่สงบเรียบร้อยอย่างร้ายแรง และมีเหตุอันควรเชื่อได้ว่าจะเกิดขึ้น เหตุอันควรเชื่อได้ว่าจะเกิดขึ้นต้องปรากฏถึงความจำเป็นเพื่อป้องกันความไม่สงบเรียบร้อยอย่างชัดเจน ถ้าไม่มีความจำเป็นเกิดขึ้นอย่างชัดเจน การกำหนดเงื่อนไขจะไม่ชอบด้วยกฎหมาย²⁰⁷ ดังนั้น การกำหนดเงื่อนไขในการชุมนุมต้องปรากฏถึงความไม่สงบเรียบร้อยอย่างชัดเจนเท่านั้น จึงจะสามารถกำหนดเงื่อนไขในการเดินขบวนได้

²⁰⁶ Article 12(1) Imposing conditions on public processions.

If the senior police officer, having regard to the time or place at which and the circumstances in which any public procession is being held or is intended to be held and to its route or proposed route, reasonably believes that—

(a) it may result in serious public disorder, serious damage to property or serious disruption to the life of the community, or

(b) the purpose of the persons organising it is the intimidation of others with a view to compelling them not to do an act they have a right to do, or to do an act they have a right not to do,

he may give directions imposing on the persons organising or taking part in the procession such conditions as appear to him necessary to prevent such disorder, damage, disruption or intimidation, including conditions as to the route of the procession or prohibiting it from entering any public place specified in the directions.

²⁰⁷ DPP v James [2015] EWHC 3296 (Admin) in The Crown Prosecution Service, "Offences During Protests, Demonstrations or Campaigns,," [Online] Accessed: 6 February 2022. Available from: : <https://www.cps.gov.uk/legal-guidance/offences-during-protests-demonstrations-or-campaigns>

ประเทศเกาหลีใต้

ตามรัฐธรรมนูญที่ว่าด้วยการชุมนุมและการเดินขบวนสาธารณะรัฐเกาหลี ได้กำหนดการใช้อำนาจดุลพินิจวินิจฉัยและตัดสินใจแก่เจ้าหน้าที่ตำรวจด้านเวลา สถานที่ และรูปแบบการชุมนุมไว้ ดังต่อไปนี้

ข้อจำกัดด้านเวลา ห้ามการชุมนุมหรือเดินขบวนก่อนพระอาทิตย์ขึ้นและหลังพระอาทิตย์ตก ทั้งนี้ หากผู้จัดการชุมนุมได้แจ้งล่วงหน้าถึงสาเหตุความจำเป็นที่ไม่สามารถหลีกเลี่ยงการชุมนุมหรือการเดินขบวนในเวลาที่ถูกห้ามไว้ และได้แจ้งให้เจ้าหน้าที่ทราบล่วงหน้าว่ามอบหมายให้ใครดูแลหัวหน้าสถานที่ตำรวจมีอำนาจในการอนุญาตการจัดการชุมนุมกลางแจ้งก่อนพระอาทิตย์ขึ้น หรือหลังพระอาทิตย์ตกได้ โดยสามารถกำหนดเงื่อนไขพิเศษเพื่อการรักษาความสงบเรียบร้อยได้เช่นกัน²⁰⁸

ข้อจำกัดด้านสถานที่ ห้ามมิให้ผู้ใดจัดการการชุมนุมหรือการเดินขบวนภายในรัศมี 100 เมตร จากขอบเขตของ

1. อาคารรัฐสภา ศาลทุกระดับ ศาลรัฐธรรมนูญ
2. ที่พำนักของประธานาธิบดี ประธานรัฐสภา ประธานศาล
3. ที่พำนักของนายกรัฐมนตรี

4. สถานเอกอัครราชทูตหรือที่พำนักของหัวหน้าคณะผู้แทนทางทูตในเกาหลี ยกเว้น การได้รับการรับรองว่าจะไม่ก่อให้เกิดอุปสรรคต่อการปฏิบัติหน้าที่หรือความปลอดภัยของสถานเอกอัครราชทูตหรือที่พำนักของคณะผู้แทนทางการทูต คือ การชุมนุมที่มีได้มุ่งหมายโดยตรงที่จะจัดขึ้น ณ สถานที่ทำการทูตหรือที่พำนัก การชุมนุมนั้นไม่อาจขยายเป็นการชุมนุมหรือการเดินขบวนที่มีผู้เข้าร่วมมากขึ้น หรือการชุมนุมหรือการเดินขบวนที่มีได้จัดขึ้นในวันเวลาทำการของสถานทูต²⁰⁹ หรือ

ในกรณีสันนิษฐานได้ว่า เป็นการชุมนุมบนถนนสายหลักในเมืองที่ห้ามการชุมนุมหรือการเดินขบวนตามที่กำหนดในกฎประธานาธิบดี และการชุมนุมนั้นอาจก่อให้เกิดอุปสรรคต่อความสะดวกในการจราจรในถนนนั้นและถนนอื่นบริเวณใกล้เคียง และก่อให้เกิดความไม่สะดวกในการจราจรอย่างมาก หัวหน้าสถานที่ตำรวจสามารถใช้ดุลพินิจตัดสินใจออกคำสั่งห้ามชุมนุมและการเดินขบวนหรือการกำหนดเงื่อนไขเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยเพื่อประโยชน์ในการอำนวยความสะดวก และเพื่อความจำเป็นในการคล่องตัวของการจราจร²¹⁰ ทั้งนี้ เจ้าหน้าที่ตำรวจมีอำนาจดุลพินิจวินิจฉัยในการอนุญาตให้มีการชุมนุมในสถานที่สำคัญได้ กล่าวคือ สถานที่ตามที่กฎหมายห้ามการชุมนุม มิได้ห้ามโดย

²⁰⁸ Assembly and Demonstrate Act 2007 Article 10

²⁰⁹ Assembly and Demonstrate Act 2007 Article 7(1)

²¹⁰ Assembly and Demonstrate Act 2007 Article 12

เด็ดขาด โดยกำหนดข้อยกเว้นให้เจ้าหน้าที่ตำรวจสามารถอนุญาตให้ชุมนุมในสถานเอกอัครราชทูต หรือที่พำนักของหัวหน้าคณะผู้แทนทางทูตในเกาหลีใต้

นอกจากนี้ เจ้าหน้าที่ตำรวจยังมีอำนาจในการกำหนดเงื่อนไขในการคุ้มครองพื้นที่บางจำพวก เช่น สถานที่ที่พักของผู้อื่นและอาจก่อให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงในการดำเนินชีวิต หรือรอบสถานศึกษา หรือรอบกรมทหาร ตามมาตรา 8 ซึ่งจะได้กล่าวต่อไปในเรื่องการสั่งห้ามการชุมนุมสาธารณะและการเดินขบวน การจำกัดสถานที่เช่นว่านี้ เป็นการให้อำนาจดุลพินิจแก่เจ้าหน้าที่ตำรวจมากขึ้นโดยเจ้าหน้าที่ตำรวจสามารถอ้างเหตุความเสียหายอย่างร้ายแรงในการดำเนินชีวิตของผู้อื่นเพื่อจำกัดสถานที่การชุมนุมได้ หรือกรณีการคุ้มครองสถานที่รอบสถานศึกษา กรมทหาร ย่อมเป็นการจำกัดที่แตกต่างจากประเทศฝรั่งเศสและประเทศอังกฤษ

ข้อจำกัดด้านรูปแบบการชุมนุม กฎหมายห้ามมิให้ผู้จัดการชุมนุมหรือการเดินขบวนใช้อุปกรณ์หรือเครื่องมือ เช่น ลำโพง กลอง ช้องขนาดใหญ่ก่อความรบกวนทางเสียงอย่างรุนแรงต่อผู้อื่น ทั้งนี้ ตามมาตรฐานที่กำหนดในกฎประธานาธิบดี ในกรณีที่ผู้จัดการชุมนุมใช้เสียงเกินกว่าที่กำหนดในกฎประธานาธิบดี หัวหน้าสถานีตำรวจมีอำนาจสั่งให้ลดระดับเสียงให้ต่ำตามมาตรฐาน หรือหยุดการใช้เสียงได้ ทั้งมีอำนาจอย่างอื่น เช่น การยึดอุปกรณ์²¹¹ โดยมีใช้เป็นการห้ามการชุมนุมทั้งหมด

ในการกำหนดเรื่องเวลาทั้งประเทศฝรั่งเศสและประเทศเกาหลีใต้ มีบทบัญญัติกฎหมายที่กำหนดไว้ เพื่อมิให้เกิดการชุมนุมที่อาจส่งผลกระทบต่อประชาชน โดยในประเทศฝรั่งเศสมีได้กำหนดข้อยกเว้นให้มีการชุมนุมเกินกว่าเวลาที่กฎหมายกำหนดได้ ส่วนในประเทศเกาหลีใต้ มีรายละเอียดของกฎหมายกำหนดไว้อย่างชัดเจนในเรื่องข้อยกเว้น ซึ่งเจ้าหน้าที่ตำรวจมีอำนาจดุลพินิจอนุญาตให้สามารถชุมนุมเกินระยะเวลาที่กฎหมายกำหนดได้ โดยกำหนดเงื่อนไขเพื่อการรักษาความสงบเรียบร้อย อย่างไรก็ตาม ประเทศไทยได้กำหนดเรื่องเวลาไว้โดยเฉพาะเจาะจง แต่เปิดโอกาสให้เจ้าหน้าที่ตำรวจใช้ดุลพินิจในการจำกัดเวลาภายใต้เงื่อนไขของกฎหมาย

ในเรื่องสถานที่ของกฎหมายฝรั่งเศส กรณีที่เป็นการชุมนุมสาธารณะ ห้ามการชุมนุมบนทางสาธารณะ และในกรณีที่เป็นการเดินขบวนแม้จะสามารถใช้ทางสาธารณะได้ แต่เจ้าหน้าที่ตำรวจยังคงมีอำนาจในการพิจารณาเปลี่ยนแปลงเส้นทาง หรือเปลี่ยนสถานที่การชุมนุมได้ ทั้งนี้ได้กำหนดสถานที่ต้องห้ามการชุมนุมไว้โดยเฉพาะเจาะจง ส่วนประเทศอังกฤษและประเทศเกาหลีใต้ มีบทบัญญัติกฎหมายกำหนดในเรื่องสถานที่ห้ามการชุมนุมไว้โดยเฉพาะเจาะจง เช่น อาคารรัฐสภา ศาล ที่พำนักของประธานาธิบดี ที่พำนักนายกรัฐมนตรี เป็นต้น โดยทั้งสองประเทศ ต่างก็ได้ห้ามไว้

²¹¹ Assembly and Demonstrate Act 2007 Article 14.

โดยเคร่งครัด กล่าวคือ กฎหมายได้กำหนดเงื่อนไขไว้อย่างกว้าง เพื่อให้เจ้าหน้าที่ตำรวจพิจารณาเป็นรายกรณีได้ เช่น ประเทศอังกฤษเจ้าหน้าที่ตำรวจใช้ดุลพินิจภายใต้เงื่อนไขที่ว่า “... หากมีเหตุอันควรเชื่อได้ว่าการเดินขบวนนั้นอาจก่อให้เกิดความไม่สงบ ความเสียหายต่อทรัพย์สินหรือกระทบต่อวิถีชีวิตของประชาชนอย่างร้ายแรง...”

ในเรื่องรูปแบบ ประเทศฝรั่งเศสและอังกฤษ มิได้กำหนดให้เจ้าหน้าที่ตำรวจจำกัดรูปแบบการชุมนุมสาธารณะหรือการเดินขบวนไว้ ส่วนประเทศเกาหลีใต้ ได้กำหนดให้อำนาจเจ้าหน้าที่ในการพิจารณาเรื่องระดับเสียงที่ก่อความรบกวนอย่างรุนแรงต่อผู้อื่น

กล่าวโดยสรุป เจ้าหน้าที่ตำรวจจะต้องเคารพหลักสากลที่สอดคล้องกับกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ ดังนั้น เจ้าหน้าที่ตำรวจไม่อาจวางข้อจำกัดที่ขัดกับหลักสากลได้ หากพิจารณาเช่นนี้ ประเทศที่มีการให้อำนาจดุลพินิจวางข้อจำกัดที่มีแนวโน้มขัดกับหลักสากล คือ ประเทศเกาหลีใต้ ซึ่งเป็นประเทศที่มีการกำหนดเงื่อนไขในการชุมนุมได้ค่อนข้างมากและในบางกรณีมีการวางข้อจำกัดที่แตกต่างจากประเทศฝรั่งเศสและอังกฤษอีกด้วย ส่วนกฎหมายประเทศอังกฤษ แม้จะบัญญัติกฎหมายไว้อย่างกว้างเปิดโอกาสให้เจ้าหน้าที่ตำรวจตีความกฎหมายและใช้ดุลพินิจต่อการดูแลการชุมนุมได้แต่ศาลได้วางกรอบการใช้ดุลพินิจในการวางข้อจำกัดไว้ภายใต้หลักสากล ทำให้การใช้ดุลพินิจมีขอบเขตที่ชัดเจน และกรณีกฎหมายฝรั่งเศส กฎหมายมิได้กำหนดให้อำนาจดุลพินิจแก่เจ้าหน้าที่ตำรวจในการวางข้อจำกัดมากนัก จึงทำให้เจ้าหน้าที่ตำรวจมีโอกาสในการวางข้อจำกัดที่อาจขัดกับหลักสากลได้น้อย

3.2.4 การสั่งห้ามการชุมนุม

กรณีการชุมนุมที่เกิดขึ้นโดยฝ่าฝืนกฎหมาย หรือการชุมนุมที่มีได้เป็นไปตามคำสั่งของเจ้าหน้าที่ตำรวจหรือเจ้าหน้าที่รัฐย่อมเป็นเหตุให้สามารถสั่งห้ามการชุมนุมได้ อย่างไรก็ตาม การพิจารณาถึงกฎหมายที่ให้ดุลพินิจเจ้าหน้าที่ตำรวจในการสั่งห้ามอาจมาจากกฎหมายเฉพาะที่เกี่ยวกับการชุมนุมหรือกฎหมายอื่น ๆ ที่ให้อำนาจเจ้าหน้าที่ตำรวจในการดูแลความสงบเรียบร้อยในบ้านเมือง ดังนั้น จึงต้องศึกษาอำนาจดุลพินิจในการสั่งห้ามการชุมนุมของเจ้าหน้าที่ตำรวจตามบทบัญญัติของกฎหมาย โดยพิจารณาถึงเจ้าหน้าที่ผู้อำนาจในการสั่งห้ามการชุมนุม และเงื่อนไขการสั่งห้ามการชุมนุมของเจ้าหน้าที่ตำรวจ

ประเทศฝรั่งเศส

ในกรณีที่เกิดความวุ่นวายและมีการฝ่าฝืนต่อกฎหมาย เจ้าหน้าที่รัฐสามารถสั่งห้ามการชุมนุมได้ โดยต้องมีการเตือนให้ผู้ชุมนุมแยกย้ายก่อน ซึ่งกรณีนี้สามารถใช้ได้กับการสลายการชุมนุมอีกด้วย เจ้าหน้าที่รัฐผู้มีอำนาจในการดูแลการชุมนุมสาธารณะ คือ ผู้บัญชาการตำรวจกรุงปารีส (กรณีการชุมนุมเกิดขึ้นในเขตกรุงปารีส) ผู้ว่าราชการจังหวัดหรือรองผู้ว่าราชการจังหวัด (ในเขตปริมณฑลอื่น ๆ) และนายกเทศมนตรี (กรณีการชุมนุมเกิดขึ้นในเขตเทศบาล) ซึ่งมีอำนาจในการแต่งตั้งเจ้าหน้าที่ตำรวจดูแลการชุมนุมสาธารณะได้²¹² เมื่อมีการเตือนให้ยุติการชุมนุม และผู้เข้าร่วมการชุมนุมไม่ปฏิบัติตาม เจ้าหน้าที่ตำรวจภายใต้การแต่งตั้งจากเจ้าหน้าที่รัฐสามารถเข้าสลายการชุมนุมได้ ในหัวข้อต่อไปนี้ของประเทศฝรั่งเศสจะใช้คำว่า “เจ้าหน้าที่รัฐ” อันหมายรวมถึงเจ้าหน้าที่ตำรวจในทางปฏิบัติเจ้าหน้าที่รัฐมีทั้งดุลพินิจวินิจฉัยในการสั่งห้ามการชุมนุม และมีดุลพินิจตัดสินใจในการสั่งห้ามการชุมนุมหรือเพิกถอนคำสั่งห้ามการชุมนุมได้ โดยกล่าวได้ดังต่อไปนี้

การสั่งห้ามการชุมนุมสาธารณะที่เกิดขึ้นในฝรั่งเศสในกรณีซึ่งฝ่าฝืนบทบัญญัติของกฎหมายจะเกิดขึ้นน้อยมาก เนื่องจากบทบัญญัติกฎหมายมิได้จำกัดขอบเขตของการชุมนุมไว้มาก ทำให้เจ้าหน้าที่รัฐมีดุลพินิจไม่มากนักในการสั่งห้ามการชุมนุม และแม้ว่าการชุมนุมสาธารณะที่ก่อให้เกิดความวุ่นวายในสังคมซึ่งเป็นเหตุทำให้มีการสั่งห้ามการชุมนุมได้จะมีความหมายอย่างกว้าง แต่ในทางพิจารณาเจ้าหน้าที่รัฐจะต้องพิสูจน์ให้เห็นว่า การชุมนุมสาธารณะจะก่อให้เกิดความวุ่นวาย หรือความไม่สงบเรียบร้อยอย่างชัดแจ้ง²¹³ เจ้าหน้าที่รัฐไม่อาจเพียงแค่อันนิษฐานได้ แต่ต้องแสดงให้เห็นอย่างชัดเจน กล่าวคือ แม้ว่าเจ้าหน้าที่รัฐมีดุลพินิจวินิจฉัยสั่งห้ามการชุมนุมที่อาจก่อให้เกิดความวุ่นวาย ซึ่งถือว่าเป็นคำที่มีความหมายอย่างกว้าง แต่การอ้างเช่นนี้ เป็นภาระการพิสูจน์ของเจ้าหน้าที่รัฐว่า การชุมนุมนั้นก่อให้เกิดความวุ่นวายอย่างชัดแจ้งอย่างไร เจ้าหน้าที่รัฐจึงจะมีอำนาจสั่งห้ามการชุมนุม

ในกรณีการเดินขบวน เจ้าหน้าที่รัฐมีอำนาจในการสั่งห้ามการชุมนุมได้มากกว่าการชุมนุมสาธารณะ โดยผู้ว่าราชการจังหวัดมีอำนาจดุลพินิจวินิจฉัยในการพิจารณา กล่าวคือ การเดินขบวนที่มีรายละเอียดที่ขัดต่อกฎหมาย หรือหากเห็นว่าการเดินขบวนดังกล่าวจะก่อให้เกิดความไม่สงบเรียบร้อย เจ้าหน้าที่ตำรวจหรือนายกเทศมนตรีมีอำนาจสั่งห้ามการเดินขบวนได้ พร้อมรายงานคำสั่งห้ามการชุมนุมไปยังผู้ว่าราชการจังหวัดพิจารณาภายใน 24 ชั่วโมง²¹⁴ ทั้งนี้ ผู้ว่าราชการจังหวัดย่อมมีดุลพินิจตัดสินใจออกคำสั่งห้ามการเดินขบวน หรือเพิกถอนคำสั่งห้ามการเดินขบวนก็ได้ หมายความว่า ผู้ว่า

²¹² วารุณี วัฒนประดิษฐ์, "เสรีภาพในการชุมนุมโดยสงบและปราศจากอาวุธ," หน้า 38.

²¹³ สมชาย ปรีชาศิลปกุล, "เสรีภาพในการชุมนุมโดยสงบและปราศจากอาวุธตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย," หน้า 129.

²¹⁴ เรื่องเดียวกัน, หน้า 118.

ราชการจังหวัด มีดุลพินิจในการเลือกการออกคำสั่งได้²¹⁵ อย่างไรก็ตาม ในกรณีที่การเดินขบวนไม่มีการแจ้งล่วงหน้าตามที่กฎหมายกำหนด หรือเจ้าหน้าที่ตำรวจเห็นว่าการชุมนุมสาธารณะจะก่อให้เกิดความวุ่นวายในบ้านเมืองเจ้าหน้าที่ตำรวจมีอำนาจพิเศษในการสั่งห้ามการชุมนุมสาธารณะและการเดินขบวนได้เช่นกัน²¹⁶

ดังนั้น แม้การเดินขบวนกฎหมายเปิดโอกาสให้เจ้าหน้าที่ตำรวจเข้ามาดูแลการชุมนุมเพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของผู้อื่นได้มากกว่าเดิม แต่การสั่งห้ามการชุมนุมมิได้สามารถกระทำได้ด้วยองค์กรเดียว ต้องตกอยู่ในอำนาจดุลพินิจของผู้ว่าราชการจังหวัดในการพิจารณาสั่งห้ามการชุมนุมอีกชั้นหนึ่งด้วย

นอกจากนี้ มาตรา 1 แห่งรัฐบัญญัติ ลงวันที่ 11 กรกฎาคม ค.ศ.1979 เป็นบทบัญญัติที่กำหนดให้เจ้าหน้าที่รัฐ ต้องระบุนเหตุผลการห้ามเดินขบวน ซึ่งเป็นความเสี่ยงที่จะก่อให้เกิดความไม่สงบเรียบร้อย และเจ้าหน้าที่รัฐอาจไม่ห้ามการเดินขบวนทั้งหมด แต่อาจห้ามเพียงบางส่วน เช่น ถนนบางสาย หรืออาจเจรจาปรับเปลี่ยนเส้นทางการเดินขบวน²¹⁷ จากบทบัญญัตินี้จะเห็นได้ว่า กฎหมายได้เปิดโอกาสให้เจ้าหน้าที่ตำรวจใช้ดุลพินิจในการปรับเปลี่ยนเส้นทางการเดินขบวน หรือมีการเจรจาก่อนการห้ามการชุมนุมได้ หากมีความเสี่ยงที่จะก่อให้เกิดความไม่สงบเรียบร้อย เพื่อหลีกเลี่ยงการห้ามการชุมนุมซึ่งจะเป็นการจำกัดเสรีภาพในการชุมนุมเกินสมควร สะท้อนให้เห็นถึงการสั่งห้ามการชุมนุมที่เจ้าหน้าที่รัฐสามารถใช้ดุลพินิจเพื่อพิจารณาเลือกการเปลี่ยนเส้นทางของขบวน แทนการห้ามการชุมนุมหรือการเดินขบวนทั้งหมด

ประเทศอังกฤษ

ในขณะที่ประเทศอังกฤษให้อำนาจเจ้าหน้าที่ตำรวจในการใช้ดุลพินิจวินิจฉัยสั่งห้ามการชุมนุมสาธารณะและการเดินขบวน โดยเจ้าหน้าที่ตำรวจมีดุลพินิจมากกว่าประเทศฝรั่งเศส โดยเฉพาะในเรื่องของการบุกรุกสถานที่ เมื่อมีการชุมนุมที่มีการบุกรุกสถานที่ ผู้บัญชาการตำรวจต้องร้องขอต่อเทศบาลที่ดูแลรับผิดชอบพื้นที่ เพื่อให้มีคำสั่งห้ามการชุมนุมที่มีลักษณะของการบุกรุกภายในเขตเทศบาลนั้นตามระยะเวลาที่กำหนด²¹⁸ เห็นได้ว่า โดยหลักเจ้าหน้าที่ตำรวจไม่สามารถสั่งห้ามการชุมนุมที่มีการใช้พื้นที่สาธารณะได้ แต่หากใช้สถานที่โดยปราศจากความยินยอมของรัฐที่รับผิดชอบ

²¹⁵ เรื่องเดียวกัน.

²¹⁶ วารุณี วัฒนประดิษฐ์, "เสรีภาพในการชุมนุมโดยสงบและปราศจากอาวุธ," หน้า 39.

²¹⁷ สมชาย ปรีชาศิลปกุล, "เสรีภาพในการชุมนุมโดยสงบและปราศจากอาวุธตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย," หน้า 118.

²¹⁸ Public Order Act 1986 Article 14 A(1)

พื้นที่นั้น การชุมนุมนั้นจะเข้าข่ายความผิดฐานบุกรุกและมีผลไปสู่การสั่งห้ามการชุมนุมได้ ซึ่งถือว่าเป็นการสั่งห้ามอันเป็นสาระสำคัญของเสรีภาพในการชุมนุม เนื่องจากการจัดการชุมนุมต้องใช้สถานที่ที่สาธารณชนสามารถเข้าถึงได้หรือควรเข้าถึงได้²¹⁹ ซึ่งสถานที่การชุมนุมส่วนใหญ่ล้วนเป็นพื้นที่สาธารณะ การสั่งห้ามการชุมนุมในพื้นที่สาธารณะเพียงเพราะเหตุที่ไม่ได้รับการยินยอมจากรัฐ จึงเป็นเรื่องที่ให้อำนาจแก่เจ้าหน้าที่ตำรวจและเจ้าหน้าที่รัฐเข้ามาจำกัดเสรีภาพในการชุมนุมเกินควร

เมื่อเทศบาลได้รับคำขออาจออกคำสั่งห้าม หรือแก้ไขปรับปรุงรายละเอียดอย่างอื่นได้ โดยคำสั่งห้ามการชุมนุมต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยก่อน หรือกรณีในเขตลอนดอนหาก commissioner of police for the city of London หรือ commissioner of police for metropolitan เห็นว่าการชุมนุมจะจัดขึ้นในลักษณะของการบุกรุกพื้นที่ โดยความเห็นชอบของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยอาจมีคำสั่งห้ามการชุมนุมที่มีลักษณะเป็นการบุกรุกได้ ทั้งนี้ การห้ามดังกล่าวห้ามได้ไม่เกิน 4 วัน หรือไม่เกินในรัศมี 5 ไมล์ จากบริเวณที่กำหนด²²⁰

การชุมนุมที่เจ้าหน้าที่ตำรวจชั้นผู้ใหญ่ได้กำหนดเงื่อนไขไว้ในการชุมนุม และหากปรากฏมีการฝ่าฝืนเงื่อนไข หรือยุ้งให้ผู้เข้าร่วมการชุมนุมไม่ปฏิบัติตามถือว่าเป็นความผิด เจ้าหน้าที่ตำรวจสามารถเข้าจับกุมผู้ต้องสงสัยว่ากระทำความผิดได้ ทำให้การชุมนุมซึ่งฝ่าฝืนเงื่อนไขในการชุมนุมกฎหมายกำหนดเพียงการนำบุคคลที่กระทำความผิดต่อเงื่อนไขที่แจ้งออกจากการชุมนุมเท่านั้น เจ้าหน้าที่ตำรวจไม่จำเป็นต้องมีการสั่งห้ามการชุมนุมทั้งหมดแต่อย่างใด

ส่วนการชุมนุมในรูปแบบของการเดินขบวน ในกรณีที่ฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติตามเงื่อนไขที่กำหนด ตามกฎหมายเกี่ยวกับเจ้าหน้าที่ตำรวจและพยานหลักฐานทางอาญา (The Police and Criminal Evidence Act 1984) เจ้าหน้าที่ตำรวจสามารถจับกุมได้โดยไม่ต้องมีหมายจับ²²¹ องค์กรใด เมื่อการเดินขบวนกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของผู้อื่นอย่างมากไม่ว่าเวลาใดก็ตาม หากเจ้าหน้าที่ตำรวจเห็นว่ามีความเหมาะสมที่เชื่อว่ามีพฤติการณ์พิเศษเกิดขึ้นในพื้นที่หรือส่วนใดส่วนหนึ่งของพื้นที่ที่ได้รับผิดชอบ และการใช้อำนาจเพื่อกำหนดเงื่อนไขในการเดินขบวนไม่เพียงพอต่อการป้องกันความไม่สงบอย่างร้ายแรง เจ้าหน้าที่ตำรวจสามารถร้องขอต่อสภาเทศบาลเพื่อให้มีคำสั่งห้ามการเดินขบวนได้ ทั้งนี้ สภาเทศบาลเมืองโดยความเห็นชอบของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยมีอำนาจออกคำสั่งห้ามการ

²¹⁹ International Covenant on Civil and Political Rights, "General Comment No.37 on the Right of Peaceful Assembly.", para 55.

²²⁰ Public Order Act 1986 Article 14 A(6)

²²¹ Police and Criminal Evidence Act 1984 Article 24

เดินขบวน หรือแก้ไขปรับปรุง²²² กฎหมายได้กำหนดให้อำนาจดุลพินิจเจ้าหน้าที่ตำรวจในการสั่งห้าม การชุมนุมสาธารณะหากเข้าข่ายการบุกรุกสถานที่ หรือกรณีการสั่งห้ามการเดินขบวน หากกระทบต่อ สิทธิเสรีภาพของผู้อื่นอย่างมาก อย่างไรก็ตาม การใช้ดุลพินิจในการสั่งห้ามนี้ ไม่อาจกระทำได้โดยลำพัง กล่าวคือ ต้องมีการร้องขอให้เทศบาลสั่งห้ามการชุมนุม โดยได้รับความเห็นชอบจากรัฐมนตรีด้วยอีกชั้น หรือกรณีในเขตลอนดอนแม้เจ้าหน้าที่ตำรวจไม่ต้องร้องขอผ่านสภาเทศบาล แต่การสั่งห้ามการชุมนุม ต้องได้รับความเห็นชอบจากรัฐมนตรีด้วย ดังนั้น เจ้าหน้าที่ตำรวจจึงไม่อาจใช้ดุลพินิจในการสั่งห้าม การชุมนุมได้โดยลำพัง แต่มีกระบวนการกลั่นกรองจากชั้นรัฐมนตรีอีกชั้นเสมอ

ประเทศเกาหลีใต้

การสั่งห้ามการชุมนุมและการเดินขบวนของเกาหลีใต้ กฎหมายให้อำนาจดุลพินิจให้เจ้าหน้าที่ ตำรวจ สั่งห้ามการชุมนุมในหลายเรื่อง ไม่ว่าจะเป็นห้ามการชุมนุมและการเดินขบวนก่อนพระอาทิตย์ ขึ้นและหลังพระอาทิตย์ตก²²³ หรือการห้ามชุมนุมในรัศมี 100 เมตรจากสถานที่ที่กฎหมายกำหนด²²⁴ หรือการสั่งห้ามการชุมนุมซึ่งมีได้แจ้งการชุมนุมตามที่กฎหมายกำหนด²²⁵ ทั้งหมดล้วนให้อำนาจ ดุลพินิจวินิจฉัยในการสั่งห้ามการชุมนุมของเจ้าหน้าที่ตำรวจ โดยมีใช้การสั่งห้ามโดยเด็ดขาด แต่เป็น กรณีที่กฎหมายกำหนดข้อยกเว้นให้สามารถมีการชุมนุมได้ อันทำให้เจ้าหน้าที่ตำรวจสามารถพิจารณา หลีกเลี่ยงการสั่งห้ามและเปิดโอกาสให้ประชาชนสามารถมีการชุมนุมสาธารณะหรือการเดินขบวนได้ ต่อไป แต่ในทางปฏิบัติ เจ้าหน้าที่ตำรวจกลับมีแนวโน้มบังคับใช้กฎหมายตามรัฐบัญญัติว่าด้วยการ ชุมนุมและการเดินขบวนโดยเคร่งครัด มิได้ใช้ดุลพินิจให้การยกเว้นตามบทกฎหมายแต่อย่างใด

ตัวอย่างเช่นคดี Nighttime Outdoor Assembly Ban Case²²⁶ ผู้ชุมนุมซึ่งกระทำความผิด ตามมาตรา 10 ประกอบมาตรา 23 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการชุมนุมและการเดินขบวน ค.ศ. 2007 เรื่องการชุมนุมในเวลากลางคืน และองค์กรภาคประชาชนประกอบไปด้วย Forum-Asia, People Solidarity for Participatory Democracy (PSPD), Korean House for International Solidarity (KHIS) และองค์กร NGOs อื่น ๆ เสนอเรื่องต่อศาลแขวงกลางแห่งกรุงโซล ขอให้มีการ

²²² Public Order Act 1986 Article 13(1)

²²³ Assembly and Demonstrate Act 2007 Article 10

²²⁴ Assembly and Demonstrate Act 2007 Article 11

²²⁵ Assembly and Demonstrate Act 2007 Article 7(1)

²²⁶ Case No.2008 Hun-Ka, Case name: Nighttime Outdoor Assembly Ban Case, Decision date:

พิจารณาประเด็นความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของมาตรา 10 อันเป็นคดีที่มีการพิจารณาถึงความชอบด้วยรัฐธรรมนูญมาตรา 21 (2) และศาลแขวงกลางแห่งกรุงโซลนำมาสู่การพิจารณาคดีของศาลรัฐธรรมนูญ

ต่อมาในวันที่ 24 กันยายน ค.ศ. 2009 ศาลรัฐธรรมนูญได้พิพากษาว่า บทบัญญัติมาตรา 10 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการชุมนุมและการเดินขบวน ค.ศ.2007 เป็นบทบัญญัติที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ โดยแจ้งให้ฝ่ายนิติบัญญัติดำเนินการแก้ไขปรับปรุงตามมาตราดังกล่าวให้เป็นไปตามคำพิพากษาภายในวันที่ 30 มิถุนายนค.ศ. 2010 หากพ้นจากเวลาดังกล่าวให้ถือว่าบทบัญญัติมาตรานี้เป็นอันใช้กับประชาชนไม่ได้ รวมถึงบทบัญญัติที่ว่าด้วยการลงโทษตามมาตรา 10 ให้หมดสภาพบังคับไปด้วย อย่างไรก็ตาม บทบัญญัติดังกล่าวสภานิติบัญญัติกลับไม่ได้ดำเนินการแก้ไขภายในเวลาที่กำหนด และเจ้าหน้าที่ตำรวจยังคงให้การชุมนุมในเวลากลางคืนเป็นการชุมนุมที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย โดยสั่งห้ามการชุมนุมและการเดินขบวนตามบทบัญญัติกฎหมายอย่างเคร่งครัด²²⁷

ในการสั่งห้ามโดยเด็ดขาด ยังปรากฏอยู่ในบทบัญญัติของกฎหมาย ในเรื่องการสั่งห้ามการชุมนุมบางสถานที่เพื่อเป็นการคุ้มครองในกรณีพิเศษ ซึ่งหากพิจารณาบทกฎหมายแล้ว เป็นการให้อำนาจสั่งห้ามโดยเด็ดขาดและเป็นการจำกัดสถานที่การชุมนุมเกินควร อาจเป็นการกำหนดที่ลิดรอนเสรีภาพในการชุมนุมได้ โดยมีใจความว่า

“มาตรา 8 (3) ผู้มีถิ่นพำนักในบริเวณที่กำหนดหรือผู้ให้บริการสิ่งอำนวยความสะดวกดังต่อไปนี้ สามารถร้องขอให้มีการคุ้มครองสถานที่พำนักหรือสิ่งอำนวยความสะดวกได้ เจ้าหน้าที่จะประกาศจำกัดหรือห้ามการชุมนุมหรือการเดินขบวนได้ คือ

1. สถานที่ที่การชุมนุมเป็นที่พำนักของบุคคลอื่นหรือสถานที่คล้ายคลึงกัน และก่อให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงต่อทรัพย์สินหรือสิ่งอำนวยความสะดวก หรือปรากฏชัดว่าจะก่อให้เกิดอันตรายต่อสวัสดิภาพในการดำเนินใช้ชีวิต

2. พื้นที่โดยรอบสถานศึกษา และการชุมนุมนั้นปรากฏชัดว่ามีความเสี่ยงจะฝ่าฝืนสิทธิทางการศึกษา

3. พื้นที่โดยรอบกรมทหารและปรากฏชัดว่าจะก่อให้เกิดความเสียหายรุนแรงต่อกรมหรือการปฏิบัติการทางทหาร”

บทบัญญัติข้างต้น จำกัดสถานศึกษา กรมทหาร มิให้มีการจัดการชุมนุมได้ อีกทั้ง การบัญญัติโดยใช้ถ้อยคำว่า “...สถานที่พำนักของบุคคลอื่นหรือที่คล้ายคลึงกัน และก่อให้เกิดความเสียหายอย่าง

²²⁷ สมชาย ปรีชาศิลปกุล, "เสรีภาพในการชุมนุมโดยสงบและปราศจากอาวุธตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย," หน้า 408.

ร้ายแรงต่อทรัพย์สินหรือ สิ่งอำนวยความสะดวก...” เป็นบทบัญญัติที่เปิดกว้างให้เจ้าหน้าที่ตำรวจสั่งห้ามการชุมนุมโดยไร้ขอบเขต และเป็นเงื่อนไขการสั่งห้ามที่แตกต่างจากประเทศฝรั่งเศสและอังกฤษอีกด้วย

การสั่งห้ามการชุมนุมทั้งในประเทศฝรั่งเศสและอังกฤษเจ้าหน้าที่ตำรวจมีอำนาจในการสั่งห้าม ทั้งตามกฎหมายเฉพาะเกี่ยวกับการชุมนุม และกฎหมายอื่น ๆ ที่ว่าด้วยการรักษาความสงบในบ้านเมือง โดยผู้มีอำนาจในการสั่งห้ามการชุมนุมมิได้กำหนดไว้เพียงเจ้าหน้าที่ตำรวจเท่านั้น แต่กฎหมายกำหนดให้อำนาจเจ้าหน้าที่รัฐในท้องถิ่นพิจารณาสั่งห้ามการชุมนุมอีกชั้นหนึ่ง ดังเช่นประเทศอังกฤษ การชุมนุมสาธารณะผู้บัญชาการตำรวจต้องร้องขอต่อสภาเทศบาลก่อน โดยได้รับความเห็นชอบจากรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยด้วย ดังนั้น คำสั่งห้ามการชุมนุมย่อมมีกระบวนการที่ถูกตรวจสอบโดยองค์กรอื่นโดยปริยาย อีกทั้งเงื่อนไขเกี่ยวกับการสั่งห้ามการชุมนุม แม้กฎหมายจะมีความหมายอย่างกว้าง และเป็นอัตวิสัย แต่แนวทางปฏิบัติของเจ้าหน้าที่ตำรวจได้ถูกวางไว้โดยมีเงื่อนไขที่ชัดเจน เป็นการควบคุมอำนาจเจ้าหน้าที่ตำรวจ เช่น ประเทศอังกฤษ การสั่งห้ามการเดินขบวน หากการใช้อำนาจในการกำหนดเงื่อนไขในการเดินขบวนยังคงเพียงพอต่อการป้องกันความไม่สงบ แม้มีเหตุอันสมควรที่เชื่อว่ามีเหตุการณ์พิเศษเกิดขึ้นในพื้นที่ที่รับผิดชอบซึ่งเป็นเรื่องอัตวิสัยของเจ้าหน้าที่ตำรวจ การนี้ก็ยังไม้อาจสั่งห้ามการชุมนุมได้

ในส่วนของประเทศเกาหลีใต้เป็นอำนาจของเจ้าหน้าที่ตำรวจแต่เพียงผู้เดียวในการสั่งห้ามการชุมนุม ภายใต้รัฐธรรมนูญว่าด้วยการชุมนุมและการเดินขบวน แม้กฎหมายจะกำหนดเงื่อนไขเพื่อให้เจ้าหน้าที่ตำรวจดูแลการชุมนุมสาธารณะหรือการเดินขบวนได้อย่างยืดหยุ่น แต่ในทางปฏิบัติกลับยังคงถูกใช้อย่างเคร่งครัด และเจ้าหน้าที่ตำรวจมีอำนาจในการสั่งห้ามการชุมนุมสาธารณะหรือการเดินขบวนในหลายสถานที่ที่อาจเป็นการลดทอนเสรีภาพการชุมนุมมากเกินไป

3.2.5 การสลายการชุมนุม

กฎหมายระหว่างประเทศได้วางหลักเกณฑ์ที่สำคัญในเรื่องของการสลายการชุมนุม โดยหลักจะต้องเป็นการสลายการชุมนุมโดยธรรมชาติ หมายความว่า เจ้าหน้าที่รัฐต้องปล่อยให้การชุมนุมได้ดำเนินไปโดยสงบ และควรที่จะปล่อยให้ผู้ชุมนุมได้สลายการชุมนุมด้วยตัวเอง²²⁸ นอกจากนี้ หากการชุมนุมดำเนินไปโดยไม่สงบหรือมีการใช้อาวุธ หรือเป็นการชุมนุมที่ขัดต่อกฎหมาย และเจ้าหน้าที่

²²⁸ International Covenant on Civil and Political Rights, "General Comment No.37 on the Right of Peaceful Assembly.", para 54.

ตำรวจมีคำสั่งให้ยุติการชุมนุม แต่ปรากฏว่าผู้ชุมนุมไม่ปฏิบัติตาม เช่นนี้ จะเข้าลักษณะที่ให้อำนาจเจ้าหน้าที่ตำรวจเข้าสลายการชุมนุมได้ ทั้งนี้การสลายการชุมนุมไม่ว่าโดยผู้ชุมนุมเอง หรือโดยเจ้าหน้าที่ตำรวจ กฎหมายอาจบัญญัติในเรื่องหลักเกณฑ์การสลายการชุมนุมที่แตกต่างกัน ดังนั้นการศึกษาหัวข้อนี้จึงศึกษา ผู้มีดุลพินิจสั่งสลายการชุมนุม เหตุตามกฎหมายที่ให้ผู้ชุมนุมต้องมีการสลายการชุมนุม

ประเทศฝรั่งเศส

กรณีการชุมนุมสาธารณะ เมื่อมีการใช้เสรีภาพในการชุมนุมซึ่งไม่ชอบด้วยกฎหมาย โครงสร้างของกฎหมายมิได้กำหนดให้เจ้าหน้าที่รัฐจะต้องมีอำนาจผูกพันสลายการชุมนุม โดยกำหนดให้เจ้าหน้าที่รัฐสามารถมีดุลพินิจวินิจฉัยและตัดสินใจในการเลือกมาตรการเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยในการชุมนุมได้²²⁹ และกรณีการเดินขบวน ในประมวลกฎหมายอาญา (Code pénal) ให้อำนาจดุลพินิจวินิจฉัยแก่เจ้าหน้าที่รัฐในการสลายการชุมนุม²³⁰ หากปรากฏว่ามีการชุมนุมที่ก่อให้เกิดความไม่สงบเรียบร้อย อีกทั้ง กรณีซึ่งเป็นการชุมนุมสาธารณะซึ่งโดยหลักเป็นการชุมนุมที่ไม่ต้องมีการแจ้งล่วงหน้าต่อเจ้าหน้าที่ หากเกิดความวุ่นวายและมีการฝ่าฝืนกฎหมาย เจ้าหน้าที่ของรัฐ สามารถสั่งสลายการชุมนุมได้ โดยต้องเตือนให้ผู้ชุมนุมแยกย้ายออกไปด้วยตนเองก่อน และหากไม่ปฏิบัติตามการชุมนุมสาธารณะดังกล่าวจะกลายเป็นการชุมนุมที่ก่อให้เกิดความไม่สงบและเจ้าหน้าที่รัฐสามารถใช้กำลังเข้าสลายการชุมนุมได้

ประมวลกฎหมายอาญาได้นิยามเรื่องการชุมนุมที่ก่อให้เกิดความไม่สงบ หมายถึง การรวมตัวของกลุ่มบุคคลบนถนนสาธารณะหรือในพื้นที่สาธารณะที่อาจก่อให้เกิดความไม่สงบเรียบร้อย²³¹ หากการชุมนุมสาธารณะหรือการเดินขบวนก่อให้เกิดความไม่สงบ เจ้าหน้าที่รัฐต้องมีการแจ้งเตือนให้ผู้ชุมนุมได้สลายการชุมนุมด้วยตนเองก่อน 2 ครั้ง และหากผู้ชุมนุมไม่ปฏิบัติตาม จึงสามารถใช้กำลังสลายการชุมนุมนั้นได้²³² ทั้งนี้ การสลายการชุมนุมทั้งสองแบบ ผู้ว่าราชการจังหวัดหรือนายกเทศมนตรี สามารถสั่งสลายการชุมนุมได้ โดยมีต้องร้องขอต่อศาล

²²⁹ Loi du 30 juin 1881 sur la liberté de réunion. Article 1

²³⁰ Code pénal Article 431-3

²³¹ ปกิตตา นิภาวรรณ, "กฎหมายว่าด้วยการชุมนุมสาธารณะของประเทศฝรั่งเศส," วารสารกฎหมายปกครอง 27, 1 (2553): 98-105. อ้อถึงใน สมชาย ปรีชาศิลปกุล, "เสรีภาพในการชุมนุมโดยสงบและปราศจากอาวุธตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย," หน้า 121.

²³² Code pénal Article 431-3

ในกรณีการสลายการชุมนุมโดยเจ้าหน้าที่ตำรวจ กฎหมายได้รับรองไว้ใน (Code de la sécurité intérieure) ซึ่งได้กำหนดเงื่อนไขในการใช้กำลังเข้าสลายการชุมนุมของเจ้าหน้าที่ตำรวจ โดยยึดหลักการกระทำตามความจำเป็นและได้สัดส่วนอย่างยิ่ง ดังนี้²³³

“1. เมื่อเกิดภัยอันตรายในชีวิตหรือร่างกายต่อผู้ชุมนุมหรือผู้อื่น หรือเมื่อบุคคลถูกคุกคามต่อชีวิตหรือร่างกาย

2. เมื่อได้ให้การเตือนแล้ว 2 ครั้ง และเจ้าหน้าที่ไม่สามารถควบคุมการชุมนุมหรือบุคคลอื่นได้

3. เมื่อทันทีที่ได้ให้คำเตือนแล้ว 2 ครั้ง เจ้าหน้าที่ตำรวจไม่สามารถจับกุมได้ นอกจากการใช้อาวุธกับบุคคลที่พยายามหลบหนีการควบคุมหรือการสอบสวน หรือบุคคลต้องสงสัยว่ากระทำความผิดต่อชีวิตหรือร่างกายของผู้อื่น ...”

แม้รายละเอียดในการดูแลการชุมนุมของประเทศฝรั่งเศสถูกแบ่งออกตามรูปแบบการชุมนุม แต่ในเรื่องการสลายการชุมนุมของฝรั่งเศสไม่ว่าจะทั้งการชุมนุมสาธารณะและการเดินขบวนอยู่ภายใต้การบังคับใช้กฎหมายที่เหมือนกัน เมื่อการชุมนุมนั้นเข้าข่ายในลักษณะที่ก่อให้เกิดความไม่สงบ เจ้าหน้าที่ตำรวจสามารถเข้าสลายการชุมนุมได้ โดยได้จำกัดการแจ้งเตือน เพียงแค่ 2 ครั้งเท่านั้น และมีได้กำหนดรายละเอียดในขั้นตอนก่อนเข้าสลายการชุมนุมมากนัก อันเป็นการสะท้อนถึงกฎหมายที่มีแนวโน้มไปในทางให้อำนาจเจ้าหน้าที่ใช้ดุลพินิจเข้าสลายการชุมนุม อีกทั้ง บทบัญญัติที่เกี่ยวข้องที่ให้อำนาจดุลพินิจเจ้าหน้าที่ในการตัดสินใจเข้าสลายการชุมนุมฝรั่งเศสไว้อย่างกว้าง อย่างไรก็ตาม จะต้องพิจารณาในเรื่องการตรวจสอบการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่โดยศาล ซึ่งจะพิจารณาในบทถัดไป

ประเทศอังกฤษ

หลักการสลายการชุมนุมตามแนวทางการดูแลการชุมนุมสาธารณะของเจ้าหน้าที่ตำรวจในอังกฤษสามารถดำเนินการได้โดยกฎหมายหลายฉบับ โดยกฎหมายที่กำหนดให้เจ้าหน้าที่ตำรวจสามารถเข้าใช้กำลังในบางสถานการณ์ได้ คือ กฎหมายอาญา (Criminal Law Act 1967) กฎหมายเกี่ยวกับเจ้าหน้าที่ตำรวจและพยานหลักฐานทางอาญา (The Police and Criminal Evidence Act 1984) หรือ กฎหมายเกี่ยวกับการดำเนินคดีทางอาญาและการรักษาความสงบเรียบร้อยของบ้านเมือง (Criminal Justice and Public Order Act 1994)

กฎหมายเหล่านี้เป็นฐานให้อำนาจเจ้าหน้าที่ตำรวจใช้ดุลพินิจวินิจฉัยใช้กำลังโดยการสลายการชุมนุมกับผู้ชุมนุมได้ โดยมีได้กำหนดขั้นตอนหรือรายละเอียดไว้ชัดเจนนัก เช่น กฎหมายเกี่ยวกับการ

²³³ Code de la sécurité intérieure Article L435-1

ดำเนินคดีทางอาญาและการรักษาความสงบเรียบร้อยของบ้านเมือง (Criminal Justice and Public Order Act 1994) ให้อำนาจเจ้าหน้าที่ตำรวจดำเนินการหยุดและตรวจค้นโดยปราศจากความสงสัย²³⁴ ซึ่งมีเหตุอันควรเชื่อได้ว่ามีเหตุการณ์รุนแรงที่อาจเกิดขึ้น หรือกรณีเกี่ยวกับการชุมนุมบุกรุกสถานที่ เจ้าหน้าที่ตำรวจมีอำนาจอย่างชัดเจนในการหยุดบุคคล หากเชื่อได้ว่าเป็นการชุมนุมที่เป็นการบุกรุกซึ่งเป็นข้อห้ามตามมาตรา 14A (1) กฎหมายการชุมนุม (Public Order Act 1989) เป็นต้น

ตัวอย่างคดี *Howarth v Commissioner of the Police of the Metropolis*²³⁵ เป็นกรณีที่การดำเนินการของเจ้าหน้าที่ตำรวจไม่ประสบความสำเร็จในการหยุดและตรวจค้นกลุ่มผู้ชุมนุมขณะเดินทางไปประท้วงการต่อต้านโรงงานน้ำมัน ศาลมองว่า การกระทำครั้งก่อน ๆ ของผู้ชุมนุมในการต่อต้านโรงงานน้ำมันได้กระทำความผิดทางอาญา ซึ่งเป็นเหตุผลที่เพียงพอแล้วสำหรับความสงสัยว่ากลุ่มผู้ประท้วงจะกระทำการอันเป็นการต้องห้ามอีกครั้ง คำพิพากษาคดีนี้ชี้ให้เห็นว่า เจ้าหน้าที่ตำรวจมีอำนาจตามกฎหมายโดยชอบธรรม ในการให้หยุดหรือค้นกลุ่มผู้ชุมนุม โดยอาศัยเหตุอันควรสงสัยว่าจะมีการกระทำการที่ผิดกฎหมายเหมือนการกระทำครั้งก่อนๆ โดยอาศัยกฎหมายเกี่ยวกับเจ้าหน้าที่ตำรวจและพยานหลักฐานทางอาญา (The Police and Criminal Evidence Act 1984) ในการเข้าหยุดและตรวจค้นกลุ่มผู้ชุมนุม

การศึกษาคดีและการบังคับใช้กฎหมายข้างต้น สะท้อนให้เห็นว่า เมื่อการชุมนุมที่ต้องห้ามตามกฎหมาย ไม่ว่าจะต้องห้ามตามกฎหมายเกี่ยวกับการชุมนุม หรือเป็นการกระทำที่ขัดต่อกฎหมายอื่น ๆ เช่น กฎหมายอาญา กฎหมายเกี่ยวกับเจ้าหน้าที่ตำรวจและพยานหลักฐานทางอาญา หรือกฎหมายเกี่ยวกับการดำเนินคดีทางอาญาและการรักษาความสงบเรียบร้อยของบ้านเมือง เหล่านี้จะเป็นอำนาจให้เจ้าหน้าที่ตำรวจเข้าดำเนินการสลายการชุมนุมได้

อย่างไรก็ตาม ภายใต้หลักกฎหมาย common law การใช้กำลังของเจ้าหน้าที่ตำรวจอยู่ภายใต้หลักที่ว่า “ต้องใช้โดยสมเหตุสมผล”²³⁶ โดยแนวทางศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปกำหนดให้การใช้กำลัง

²³⁴ Criminal Justice and Public Order Act 1994 Article 60 Powers to stop and search in anticipation of violence.

If a police officer of or above the rank of inspector reasonably believes—

(a) that incidents involving serious violence may take place in any locality in his police area, and that it is expedient to give an authorisation under this section to prevent their occurrence

²³⁵ *Howarth v Commissioner of the Police of the Metropolis*, (2011), EWHC 2818, pp. 33-34.

²³⁶ College of Policing, "Public Order: Police Use of Force," [Online]. Available from: <https://www.app.college.police.uk/app-content/publicorder/core-principles-and-legislation/police-use-of->

โดยสมเหตุสมผล คือ มีความจำเป็นอย่างยิ่งตามวัตถุประสงค์ของกฎหมายที่ให้อำนาจไว้ และการใช้กำลังต้องสมเหตุสมผลและได้สัดส่วน²³⁷ โดยการพิจารณาว่าสถานการณ์ใดสมควรแก่การใช้กำลังเพื่อสลายการชุมนุมหรือไม่ ต้องพิจารณาว่า

1. การใช้กำลังเป็นไปตามวัตถุประสงค์ที่ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่
2. มีภัยคุกคามที่ใกล้จะถึงซึ่งสามารถใช้กำลังได้หรือไม่
3. มีวิธีการไม่ต้องใช้กำลังซึ่งเป็นไปตามวัตถุประสงค์ของกฎหมายหรือไม่
4. การใช้กำลังของเจ้าหน้าที่ตำรวจอยู่ในระดับขั้นต่ำ และเป็นไปตามหลักความได้สัดส่วนและไม่ใช้มากเกินไปหรือไม่

ดังนั้น ในการพิจารณาว่าการใช้กำลังโดยสมเหตุสมผลหรือไม่นั้น ต้องพิจารณาเป็นรายกรณี และการใช้กำลังจะสมเหตุสมผลก็ต่อเมื่อเป็นการฝ่าฝืนความสงบเรียบร้อย “ใกล้จะถึง”²³⁸ จึงจะสามารถเข้าสลายการชุมนุมได้

นอกจากนี้ สถาบันตำรวจศาสตร์ (College of Policing)²³⁹ ได้กำหนดปัจจัยที่จะทำให้เป็นการใช้กำลังสมเหตุสมผล โดยพิจารณาจาก 1. การใช้กำลังถูกต้องตามกฎหมายหรือไม่ 2. ระดับการใช้กำลังได้สัดส่วนกับสถานการณ์ที่เกิดขึ้นหรือไม่ 3. มีการเลือกใช้มาตรการอื่นก่อนแล้วหรือไม่ 4. วิธีการใช้กำลังสลายการชุมนุมเป็นไปตามขั้นตอนและการฝึกอบรมของตำรวจหรือไม่ ซึ่งหากเจ้าหน้าที่ตำรวจได้ดำเนินการตามกรอบที่วางไว้จะทำให้การสลายการชุมนุมดำเนินไปโดยสมเหตุสมผลและได้สัดส่วน

จากที่กล่าวมาสามารถพิจารณาได้ว่า ทั้งเงื่อนไขในการสลายการชุมนุมของศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปและกรอบการสลายการชุมนุมของเจ้าหน้าที่ตำรวจในอังกฤษ ตกอยู่ภายใต้หลักของความสมเหตุสมผล กล่าวคือ การสลายการชุมนุมจะต้องพิจารณาเงื่อนไขทั้ง 4 ประการและต้องปรากฏว่าการชุมนุมมีการฝ่าฝืนความสงบเรียบร้อยอันใกล้จะถึง

force/ cited in OPBP, "The Law on Policing Peaceful Protests" (University of Oxford Faculty of Law 2020), para 222.

²³⁷ Ibid.

²³⁸ Ibid, para 223.

²³⁹ College of Policing, "Use of Force, Firearms and Less Lethal Weapons," [Online] Accessed: 23 December 2021. Available from: <https://www.college.police.uk/app/armed-policing/use-force-firearms-and-less-lethal-weapons>

ตัวอย่างเช่น คดี *R (Laporte) v Chief Constable of Gloucestershire*²⁴⁰ กรณีการชุมนุมเพื่อต่อต้านสงครามในอิรัก เจ้าหน้าที่ตำรวจพบว่าผู้ชุมนุมบางส่วนเป็นผู้ต้องหาคดีอาญา จึงได้หยุดรถและทำการตรวจค้น ต่อมาจึงได้ทำการส่งรถกลับไปยังลอนดอน ผู้พิพากษาเห็นว่า การกระทำในการส่งรถกลับไปยังลอนดอนของเจ้าหน้าที่ตำรวจดังกล่าวเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมาย เพราะการกระทำของผู้ชุมนุมยังไม่ถึงขั้นที่ว่า เป็นการฝ่าฝืนความสงบเรียบร้อยอันใกล้จะถึง มาตรการส่งรถกลับไปยังลอนดอนไม่ใช่มาตรการที่แทรกแซงเสรีภาพในการชุมนุมน้อยที่สุด ตำรวจยังสามารถใช้มาตรการท้องถิ่นอื่น ๆ ได้ ดังนั้นจึงเป็นการใช้ดุลพินิจที่ขัดต่อหลักความได้สัดส่วน

นอกจากนี้ในคดี *Austin v UK*²⁴¹ กรณีการใช้วิธีการกักพื้นที่เพื่อควบคุมฝูงชนระหว่างการชุมนุม เนื่องจากมีความจำเป็นเพื่อป้องกันการกระทำที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อย โดยศาลสิทธิมนุษยชนยุโรป เห็นว่า การกักพื้นที่ที่ต้องไม่ใช่เพื่อกีดกันการชุมนุม และป้องกันการบาดเจ็บหรือความเสียหายต่อทรัพย์สินโดยไม่จำเป็น มิฉะนั้นจะเป็นการละเมิดต่อสิทธิเสรีภาพได้

จากการศึกษาจะพบว่า ผู้มีอำนาจสั่งสลายการชุมนุมคือ เจ้าหน้าที่ตำรวจ โดยมีกฎหมายอื่น ๆ ที่นอกเหนือ Public Order Act 1986 ให้อำนาจไว้ เช่น กฎหมายเกี่ยวกับเจ้าหน้าที่ตำรวจและพยานหลักฐานทางอาญา (The Police and Criminal Evidence Act 1984) หรือ กฎหมายเกี่ยวกับการดำเนินคดีทางอาญาและการรักษาความสงบเรียบร้อยของบ้านเมือง (Criminal Justice and Public Order Act 1994) และกฎหมายเหล่านี้บัญญัติอำนาจดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ตำรวจไว้อย่างกว้าง โดยให้อำนาจดุลพินิจวินิจฉัยและตัดสินใจแก่เจ้าหน้าที่ตำรวจในการสลายการชุมนุม ขณะที่ศาลได้มีบทบาทในการสร้างกรอบการใช้ดุลพินิจในการใช้กำลังสลายการชุมนุม คือ ต้องมีความจำเป็นอย่างยิ่งตามวัตถุประสงค์ของกฎหมายที่ให้อำนาจไว้ และการใช้กำลังต้องสมเหตุสมผลและได้สัดส่วน อีกทั้ง ในเรื่องความสมเหตุสมผลนี้ สถาบันตำรวจศาสตร์ได้กำหนดแนวทางเอาไว้อย่างชัดเจน ดังนั้น จึงเป็นกรณีที่เจ้าหน้าที่ตำรวจสามารถใช้ดุลพินิจในการสลายการชุมนุมได้อย่างมีมาตรฐาน เนื่องจากมีทั้งกรอบการตรวจสอบโดยศาลที่สอดคล้องกับหลักสิทธิมนุษยชน และกรอบการใช้ดุลพินิจโดยสถาบันตำรวจศาสตร์ที่ชัดเจน

²⁴⁰ *R (on the application of La porte) (FC) (Original Appellant and Cross-respondent) v. Chief Constable of Gloucestershire*, (2006), UKHL 55, pp. 50-53.

²⁴¹ *Austin and Others v. the United Kingdom* [GC], (2012), ECtHR, application no.39692/09, 40713/09 and 41008/09.

ประเทศเกาหลีใต้

กฎหมายเกาหลีใต้ได้บัญญัติรับรองหลักการสลายการชุมนุมไว้ในมาตรา 20 กล่าวคือ หัวหน้าสถานีตำรวจมีดุลพินิจตัดสินใจให้มีการเลิกการชุมนุมโดยความสมัครใจภายในระยะเวลาที่เหมาะสม และหากผู้ชุมนุมไม่ปฏิบัติตาม กฎหมายบัญญัติให้เป็นดุลพินิจตัดสินใจแก่เจ้าหน้าที่ตำรวจในการสลายการชุมนุม โดยการชุมนุมสาธารณะหรือการเดินขบวนซึ่งอาจการสลายการชุมนุมได้ ได้แก่

1. การชุมนุมสาธารณะหรือการเดินขบวนที่ขัดต่อมาตรา 5(1) มาตรา 10 และ 11
2. การชุมนุมสาธารณะและการเดินขบวน ซึ่งไม่แจ้งการชุมนุมตามมาตรา 6(1) หรือถูกห้ามการชุมนุมตามมาตรา 8 หรือ 12
3. การชุมนุมสาธารณะหรือการเดินขบวนซึ่งเป็นอุปสรรคต่อการรักษาความสงบเรียบร้อยอย่างชัดแจ้ง เช่น ความสะอาดในการจราจร การฝ่าฝืนมาตรา 8(5) และเงื่อนไขในการชุมนุมตามมาตรา 10 หรือ 12
4. การชุมนุมสาธารณะหรือการเดินขบวนซึ่งได้ประกาศยุติการชุมนุมตามมาตรา 16(3)
5. การชุมนุมสาธารณะหรือการเดินขบวน ซึ่งผู้จัดการชุมนุมไม่สามารถดูแลความเรียบร้อยในการชุมนุม ตามมาตรา 16(4) ได้

เมื่อการชุมนุมสาธารณะและการเดินขบวนได้ถูกสั่งให้มีการเลิกการชุมนุม ผู้เข้าร่วมชุมนุมทุกคนต้องออกจากพื้นที่โดยไม่ชักช้า ทั้งนี้ วิธีการในการแจ้งเตือนให้สลายการชุมนุมโดยสมัครใจและการสลายการชุมนุมโดยตรงจากเจ้าหน้าที่ตำรวจถูกบัญญัติไว้ในกฎประธานาธิบดี (Presidential Decree)

เมื่อพิจารณาจากกฎประธานาธิบดีในเรื่องเกี่ยวกับการชุมนุมสาธารณะ คือ กฎหมายว่าด้วยเรื่องการบังคับใช้กฎหมายต่อการชุมนุมสาธารณะและการเดินขบวน (Enforcement Decree Of The Assembly and Demonstration Act)²⁴² ได้บัญญัติหลักเกณฑ์การสลายการชุมนุมไว้ในมาตรา 17 โดยเมื่อจำเป็นจะต้องมีการสลายการชุมนุมตามมาตรา 20 ให้หัวหน้าสถานีตำรวจที่มีอำนาจ หรือเจ้าหน้าที่ตำรวจซึ่งได้รับมอบหมายจากสำนักงานตำรวจแห่งชาติ กระทำการดังต่อไปนี้

1. ร้องขอให้ยุติการชุมนุมสาธารณะหรือการเดินขบวนต่อผู้จัดการชุมนุม และหากไม่ทราบที่อยู่ของผู้จัดการชุมนุมอาจเรียกร้องต่อผู้ประสานงานหรือผู้ดำเนินการชุมนุม
2. กรณีที่ผู้จัดการชุมนุมไม่เลิกการชุมนุมตามข้อ 1 หรือถ้าในขณะที่มีการเลิกการชุมนุมแล้ว แต่ผู้เข้าร่วมการชุมนุมหรือการเดินขบวนยังคงดำเนินการชุมนุมอยู่ เจ้าหน้าที่

²⁴² Presidential Decree No.27751 30 December 2016

ตำรวจอาจร้องขอให้มีการสลายการชุมนุมโดยความสมัครใจ ซึ่งต้องแจ้งโดยตรงต่อผู้เข้าร่วมชุมนุมสาธารณะหรือการเดินขบวน

3. ถ้าผู้ชุมนุมตามข้อ 2 ไม่ปฏิบัติตาม ควรจะมีคำสั่งเตือนอย่างน้อย 3 ครั้งเพื่อให้สลายการชุมนุมด้วยตนเอง และถ้ามีคำสั่งให้เลิกการชุมนุมแล้วและผู้ชุมนุมยังไม่ปฏิบัติ เจ้าหน้าที่ตำรวจสามารถเข้าสลายการชุมนุมได้

ถ้าเป็นเหตุสลายการชุมนุมสาธารณะหรือการเดินขบวนที่เป็นไปตามมาตรา 20(1) 1,2 หรือ 4 หรือถ้าผู้จัดการชุมนุม ผู้ประสานงาน หรือผู้ดำเนินการชุมนุมไม่อยู่ในสถานที่การชุมนุมหรือการเดินขบวน กฎหมายกำหนดให้เป็นข้อยกเว้น กล่าวคือ ไม่จำเป็นต้องแจ้งเตือนหรือร้องขอให้สลายการชุมนุมสาธารณะหรือการเดินขบวนก่อน เจ้าหน้าที่ตำรวจสามารถเข้าสลายการชุมนุมได้ทันที

การสลายการชุมนุมของประเทศเกาหลีใต้ จะต้องเป็นการสลายการชุมนุมด้วยความสมัครใจของผู้ชุมนุมก่อน ไม่ว่าจะเป็นการชุมนุมสาธารณะหรือการเดินขบวนซึ่งเป็นอุปสรรคต่อการรักษาความสงบเรียบร้อยอย่างชัดเจน หรือกรณีผู้จัดการชุมนุมไม่สามารถดูแลความเรียบร้อยในการชุมนุม ซึ่งจะเห็นว่ากฎหมายกำหนดให้เจ้าหน้าที่ตำรวจจะต้องประกาศให้เลิกการชุมนุมด้วยความสมัครใจจากผู้จัดการชุมนุม และผู้เข้าร่วมการชุมนุมอีกครั้ง ทั้งนี้ ก่อนการสลายการชุมนุมโดยเจ้าหน้าที่ตำรวจ จะมีการแจ้งเตือนก่อนสลายการชุมนุม อย่างไรก็ตาม การชุมนุมที่ฝ่าฝืนกฎหมายในเรื่องของเวลาการชุมนุม สถานที่ในการชุมนุม การชุมนุมที่ไม่ได้แจ้งล่วงหน้า หรือการชุมนุมที่ไม่มีผู้จัดการชุมนุมอยู่ในการชุมนุมด้วย โดยกฎหมายกำหนดให้เจ้าหน้าที่ตำรวจมีดุลพินิจตัดสินใจที่จะเข้าสลายการชุมนุมหรือไม่ก็ได้ มิใช่อำนาจผูกพันที่จะต้องสลายการชุมนุมทุกกรณีเมื่อมีการชุมนุมที่ฝ่าฝืนกฎหมาย

จากการศึกษาตุลพินิจในการสลายการชุมนุมทั้ง 3 ประเทศ พบว่า แต่ละประเทศกำหนดให้เจ้าหน้าที่ตำรวจมีอำนาจในการสั่งสลายการชุมนุมภายใต้เงื่อนไขของกฎหมายได้ โดยไม่ต้องร้องขอต่อศาล ทั้งนี้ เหตุแห่งการสลายการชุมนุมมีนัยแตกต่างกัน กล่าวคือ ประเทศฝรั่งเศส เจ้าหน้าที่ตำรวจมีต้องใช้ดุลพินิจพิจารณาว่าการชุมนุมที่เกิดขึ้นก่อให้เกิดความไม่สงบหรือไม่ จึงจะสลายการชุมนุมได้ กรณีประเทศอังกฤษ เจ้าหน้าที่ตำรวจสามารถสลายการชุมนุมภายใต้กฎหมายต่าง ๆ ได้ ซึ่งมีใช้เพียงแค่กฎหมายการชุมนุมสาธารณะเท่านั้น โดยต้องพิจารณาว่าการใช้กำลังเพื่อสลายการชุมนุม ไม่ว่าจะเป็อำนาจในการจับกุมหรืออำนาจในการหยุดและค้น ต้องเป็นสถานการณ์ที่มีเหตุสมควรให้กระทำได้ และต้องมีความจำเป็นตามที่กฎหมายกำหนดไว้ โดยการสลายการชุมนุมนั้นต้องสมเหตุสมผลและได้สัดส่วนด้วย

อย่างไรก็ตาม ประเทศเกาหลีใต้ เจ้าหน้าที่ตำรวจมักใช้กฎหมายการชุมนุมสาธารณะเป็นเหตุแห่งการออกคำสั่งให้เลิกการชุมนุม และให้เจ้าหน้าที่ตำรวจมีอำนาจในการสลายการชุมนุมตามกฎหมายประธานาธิบดี โดยมีนัยที่แตกต่างจากประเทศฝรั่งเศสและอังกฤษ คือ การสลายการชุมนุมของประเทศเกาหลีใต้ไม่ได้กำหนดเงื่อนไขในการสลายการชุมนุมที่ชัดเจน ดังนั้นการสลายการชุมนุมเพียงแค่การชุมนุมนั้นขัดต่อบทบัญญัติกฎหมายการชุมนุม ย่อมทำให้เจ้าหน้าที่ตำรวจสั่งสลายการชุมนุมได้ ซึ่งแตกต่างจากประเทศอังกฤษและฝรั่งเศสที่กำหนดเงื่อนไขเป็นแนวทางปฏิบัติที่ในการสลายการชุมนุม และการกำหนดไว้เช่นนี้ก็เปรียบเสมือนเป็นหลักเกณฑ์ให้เจ้าหน้าที่ตำรวจสามารถใช้ในตรวจสอบการสลายการชุมนุมของตนเองก่อนสั่งการได้

3.3 บทวิเคราะห์การตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ตำรวจในการดูแลการชุมนุมสาธารณะโดยองค์กรตุลาการ ในประเทศฝรั่งเศส อังกฤษ และเกาหลีใต้

หลักสำคัญของการตรวจสอบฝ่ายปกครองนั้นอยู่ที่การควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองให้สอดคล้องกับหลักนิติรัฐ ทั้งนี้ หลักความได้สัดส่วนเป็นหลักกฎหมายทั่วไปซึ่งนำมาใช้เป็นเครื่องตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของฝ่ายปกครองว่าได้ใช้ดุลพินิจอย่างมีเหตุมีผลอันสมควรหรือไม่²⁴³ โดยได้รับการนำมาใช้ในฐานะที่เป็นข้อจำกัดของการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองที่สำคัญและศาลย่อมสามารถที่จะนำหลักความได้สัดส่วนมาใช้ในการตรวจสอบการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองได้เสมอ ดังนั้น การศึกษาในส่วนเรื่องการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ตำรวจซึ่งเป็นฝ่ายปกครอง จะศึกษาถึงแนวทางการพิจารณาคดีของศาลในเรื่องการดูแลการชุมนุมสาธารณะของแต่ละประเทศ โดยมุ่งเน้นถึงการใช้หลักความได้สัดส่วนในการพิจารณาคดีของศาล ประเทศฝรั่งเศส อังกฤษ และเกาหลีใต้

3.3.1 ประเทศฝรั่งเศส

บทบาทการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายในการดูแลการชุมนุมสาธารณะของเจ้าหน้าที่รัฐภายในประเทศฝรั่งเศสนั้น กฎหมายให้อำนาจผู้ว่าราชการหรือนายกเทศมนตรีในการจำกัดเสรีภาพในการชุมนุมเพื่อรักษาไว้ซึ่งความสงบเรียบร้อยของบ้านเมือง นอกจากกฎหมายระหว่างประเทศแล้ว ศาลปกครองซึ่งเป็นองค์กรตุลาการภายในประเทศมีบทบาทอย่างมากต่อการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งต่าง ๆ โดยกล่าวได้ดังต่อไปนี้

²⁴³ ภัทรวรรณ อุซพงษ์ค้อมร และอารีรัตน์ โกสิทธิ, "การตรวจสอบกฎหมายที่จำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนโดยศาลปกครองตามหลักความได้สัดส่วน," วารสารการเมือง การบริหาร และกฎหมาย 7, 2 (พฤษภาคม-สิงหาคม 2558): 174.

ศาลปกครองมีอำนาจเพิกถอนคำสั่งห้ามการชุมนุมหรือการประท้วงที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย โดยให้อำนาจศาลปกครองในการเพิกถอนคำสั่งหรือนิติกรรมทางปกครองและสั่งให้ชดใช้ค่าเสียหายได้ เท่านั้น องค์การวินิจฉัยคดีปกครองจะมีการพิจารณาโดยการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง ทั้งนี้ การตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ปกครองเกิดจากคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุด ซึ่งศาลปกครองสามารถตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายได้ คือ

1. ตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายที่เกี่ยวกับรูปแบบในการทำคำสั่ง หมายความว่า กระทำคำสั่งโดยผู้มีอำนาจ หรือทำตามขั้นตอนที่กฎหมาย หรือตามแบบที่กฎหมาย หรือไม่
2. ตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของเนื้อหาของคำสั่ง โดยพิจารณาว่า คำสั่งนั้นทำขึ้น ภายใต้อำนาจของกฎหมายหรือไม่ หรือเกิดจากข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมายที่ผิดพลาด หรือเกิดจากการบิดเบือนอำนาจหรือกระบวนกรตามกฎหมายหรือไม่

หากปรากฏว่า การใช้ดุลพินิจตั้งอยู่บนพื้นฐานของข้อเท็จจริงหรือการใช้กฎหมายที่ผิดพลาด ศาลสามารถเพิกถอนคำสั่งทางปกครองได้ซึ่งเป็นการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ แต่หาก การใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ปกครองตั้งอยู่บนพื้นฐานของข้อเท็จจริงหรือการใช้กฎหมายที่ถูกต้องแล้ว ศาลไม่อาจก้าวล่วงเข้าไปตรวจสอบดุลพินิจของการกระทำทางปกครองได้ เว้นแต่การใช้ดุลพินิจนั้น แม้ถูกใช้อยู่บนพื้นฐานของข้อเท็จจริงที่ถูกต้อง แต่หากใช้ดุลพินิจที่ผิดพลาดโดยชัดแจ้ง หรือใช้ดุลพินิจตามอำเภอใจหรือบิดเบือน ศาลย่อมเข้าไปตรวจสอบการใช้ดุลพินิจและเพิกถอนคำสั่งทางปกครองนั้นได้ ทั้งนี้การตรวจสอบดุลพินิจย่อมใช้หลักความได้สัดส่วน โดยจะกล่าวต่อไป

การตรวจสอบโดยศาลปกครองต่อรูปแบบการชุมนุมสาธารณะ

การควบคุมตรวจสอบความชอบของคำสั่งห้ามการชุมนุมของศาลปกครองฝรั่งเศสนั้น มีหลักเกณฑ์ในการพิจารณาในเรื่องการชุมนุมสาธารณะ ดังนี้²⁴⁴

1. การชุมนุมจะก่อให้เกิดผลกระทบร้ายแรงต่อความสงบเรียบร้อยของบ้านเมืองหรือไม่ กล่าวคือ คำสั่งห้ามการชุมนุมสาธารณะต้องมีเป้าหมายเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยของบ้านเป็นอันดับแรก กรณีนี้ศาลจะตรวจสอบว่า การที่เจ้าหน้าที่รัฐสั่งห้ามหรือไม่สั่งห้ามการชุมนุมดังกล่าวจะก่อให้เกิดผลกระทบอย่างร้ายแรงต่อความสงบเรียบร้อย

²⁴⁴ สมชาย ปรีชาศิลปกุล, "เสรีภาพในการชุมนุมโดยสงบและปราศจากอาวุธตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย," หน้า 129.

หรือไม่ โดยพิจารณาจากสถานการณ์นั้น ๆ ทั้งนี้ เจ้าหน้าที่ไม่สามารถสันนิษฐานเพียงว่าการชุมนุมจะก่อให้เกิดความไม่สงบเรียบร้อย แต่ต้องพิสูจน์ให้เห็นอย่างชัดเจน

2. **ความเพียงพอของกำลังเจ้าหน้าที่เพื่อควบคุมป้องกันผลกระทบร้ายแรงต่อความสงบเรียบร้อยของบ้านเมือง** เนื่องจากเจ้าหน้าที่ตำรวจมีหน้าที่ในการดูแลการชุมนุมสาธารณะให้เป็นไปอย่างสงบเรียบร้อย เช่น การแบ่งกำลังเจ้าหน้าที่ตำรวจเพื่อควบคุมดูแลการชุมนุมในแต่ละจุด หากสั่งห้ามการชุมนุม เพราะมีกำลังของเจ้าหน้าที่ตำรวจไม่เพียงพอในการควบคุมหรือป้องกันความสงบเรียบร้อย ในลักษณะเช่นนี้ศาลปกครองฝรั่งเศสจะมีแนวโน้มเห็นว่าเป็นคำสั่งห้ามการชุมนุมที่ชอบด้วยกฎหมาย
3. **การจำกัดเสรีภาพในการชุมนุมหรือการเดินทางเป็นไปตาม หลักความได้สัดส่วนหรือไม่** นอกจากการตรวจสอบว่าการชุมนุมเสี่ยงที่จะก่อให้เกิดผลกระทบร้ายแรงต่อความสงบเรียบร้อยของบ้านเมืองแล้ว ศาลปกครองจะตรวจสอบว่ามาตรการเป็นการจำกัดเสรีภาพในการชุมนุมสาธารณะมีความได้สัดส่วนกับความจำเป็นในการรักษาความสงบเรียบร้อยของบ้านเมืองหรือไม่ ยกตัวอย่างคดีที่เห็นได้อย่างชัดเจนคือ คดี Benjamin²⁴⁵

คดีมีข้อเท็จจริง คือ ชมรมส่งเสริมการท่องเที่ยวแห่งเมือง Nièvre ประเทศฝรั่งเศสเชิญนาย René Benjamin เพื่อแสดงปาฐกถาที่ประชุมทางวรรณกรรม เมื่อสหภาพครูได้ทราบจึงออกมาชุมนุมประท้วงต่อต้าน เนื่องจากนาย René Benjamin ได้กล่าวถ้อยคำดูหมิ่นเหยียดหยามครูที่สอนในโรงเรียนที่ไม่ขึ้นต่อศาสนาไว้ในข้อเขียนต่าง ๆ ของตนหลายครั้ง

นายกเทศมนตรีแห่งเมือง Nièvre เห็นว่าการเดินทางมาของนาย Benjamin น่าจะก่อให้เกิดความไม่สงบเรียบร้อยในบ้านเมืองได้ จึงอาศัยอำนาจตามในบทบัญญัติมาตรา 97 แห่งรัฐธรรมนูญตีลงวันที่ 5 เมษายน ค.ศ.1884 ว่านายกเทศมนตรีมีอำนาจหน้าที่ออกมาตรการที่จำเป็นในการรักษาความสงบเรียบร้อย ออกคำสั่งห้ามแสดงปาฐกถา นาย René Benjamin จึงร้องต่อศาลปกครองสูงสุดฝรั่งเศส (Conseil d'Etat) ให้เพิกถอนคำสั่งห้าม โดยอ้างว่าเป็นการใช้อำนาจโดยไม่ชอบด้วยวัตถุประสงค์ที่กฎหมายกำหนด และคำสั่งห้ามขัดต่อรัฐธรรมนูญที่ว่าด้วยเสรีภาพในการชุมนุมนำขึ้นคดีร้องต่อศาลปกครองสูงสุดฝรั่งเศสเพื่อขอให้ยกเลิกคำสั่งห้ามการประชุมทางวรรณกรรมของนายกเทศมนตรี

²⁴⁵ CE, 19/5/1933, Benjamin (René) and Nevers Tourist Office.

ศาลปกครองสูงสุดฝรั่งเศส (Conseil d'État) ตัดสินว่า เมื่อพิจารณาจากข้อเท็จจริงที่ปรากฏในสำนวน ข้ออ้างของนายกเทศมนตรีเมือง Nièvre ที่เกี่ยวกับความไม่สงบเรียบร้อยดังกล่าวยังไม่ร้ายแรงขนาดที่ว่า ถ้าไม่ห้ามแสดงปาฐกถาดังกล่าวแล้วจะไม่สามารถรักษาความสงบเรียบร้อยโดยใช้มาตรการต่าง ๆ ที่มีอำนาจใช้ตามกฎหมาย ดังนั้น จึงไม่มีความจำเป็นที่จะต้องพิจารณาถึงข้ออ้างเรื่องการใช้อำนาจโดยไม่ชอบด้วยวัตถุประสงค์ที่กฎหมายกำหนด ผู้ร้องมีเหตุผลที่อ้างว่าคำสั่งที่ร้องขอให้เพิกถอนได้ออกโดยไม่มีอำนาจให้กระทำได้²⁴⁶ กล่าวคือ ความวุ่นวายที่อาจจะเกิดจากการแสดงปาฐกถา ไม่ได้มีความร้ายแรงถึงขั้นที่เทศบาลไม่สามารถรักษาความสงบเรียบร้อยที่มีผลกระทบต่อเสรีภาพของประชาชนได้ด้วยมาตรการอื่น ๆ เมื่อเทศบาลเมืองสามารถใช้มาตรการอื่น ๆ ที่มีความรุนแรงน้อยกว่าคำสั่งห้ามการชุมนุมสาธารณะ คำสั่งห้ามการชุมนุมจึงเป็นการจำกัดเสรีภาพในการชุมนุมสาธารณะของประชาชนเกินขอบเขตแห่งความจำเป็นแก่การรักษาความสงบเรียบร้อยของบ้านเมือง คำสั่งดังกล่าวไม่ชอบด้วยกฎหมาย

กรณีดังกล่าวเป็นกรณีที่ศาลปกครองฝรั่งเศสได้นำหลักความได้สัดส่วนมาปรับใช้เป็นเกณฑ์ในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการดูแลการชุมนุมสาธารณะโดยเฉพาะคำสั่งห้ามการชุมนุมหรือการสลายการชุมนุม โดยเจ้าหน้าที่รัฐจะสั่งห้ามหรือสลายการชุมนุมได้ต้องเป็นกรณีที่เจ้าหน้าที่ไม่สามารถรักษาความสงบเรียบร้อยด้วยวิธีอื่น ๆ ได้อีกต่อไป อย่างไรก็ตาม การนำหลักความได้สัดส่วนมาปรับใช้ในการดูแลการชุมนุมสาธารณะต้องขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงรายกรณี โดยไม่อาจกำหนดได้ตายตัว

การตรวจสอบโดยศาลปกครองต่อรูปแบบการชุมนุมการเดินขบวน

เดิมศาลปกครองฝรั่งเศสจะตรวจสอบเฉพาะผลกระทบของการชุมนุมนั้น ๆ ต่อความสงบเรียบร้อยสาธารณะเท่านั้น โดยตรวจสอบเพียงว่าการเดินขบวนนั้น ๆ มีผลกระทบต่อความสงบเรียบร้อยต่อบ้านเมืองจริงหรือไม่ โดยพิจารณาทั้งในแง่ของเวลา สถานที่ เส้นทางเดินขบวน และประวัติการเดินขบวนในครั้งก่อน²⁴⁷ และเมื่อมีการเดินขบวนที่อาจก่อให้เกิดความไม่สงบเรียบร้อย เจ้าหน้าที่รัฐย่อมสามารถมีคำสั่งห้ามการเดินขบวนนั้น ๆ ได้ แม้ว่าจะมีกำลังตำรวจในการดูแลรักษาความสงบเรียบร้อยเพียงพอ ตัวอย่างเช่น

²⁴⁶ เอกสารสำเนาโดยพนักงานผู้รับผิดชอบสำนวน Romieu, "คำวินิจฉัย Conseil D'etat ที่น่าสนใจ," หน้า 30.

²⁴⁷ สมชาย ปรีชาศิลปกุล, "เสรีภาพในการชุมนุมโดยสงบและปราศจากอาวุธตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย," หน้า 133.

คดี *Commune Vertou* ศาลปกครองฝรั่งเศสเห็นว่า คำสั่งห้ามการประท้วงของนายกเทศมนตรีชอบด้วยกฎหมายแล้ว เนื่องจากผู้จัดการชุมนุมมีคำพูดที่ชี้้นำให้ผู้เข้าร่วมการเดินขบวนสร้างความเสียหายแก่ทรัพย์สินของเอกชน

คดี *union des syndicats ouvriers de la region parisienne CGT* เมื่อการเดินขบวนส่งผลกระทบต่อความสงบเรียบร้อยของบ้านเมืองจริง ผู้บัญชาการตำรวจกรุงปารีสก็สามารถมีคำสั่งห้ามการประท้วงนั้นได้ แม้ว่ามีกำลังตำรวจในการดูแลควบคุมการชุมนุมอย่างเพียงพอ แสดงให้เห็นว่าศาลปกครองไม่ตรวจสอบในหลักเกี่ยวกับจำนวนของเจ้าหน้าที่ หรือวิธีการอื่น ๆ ที่เจ้าหน้าที่สามารถดูแลเดินขบวนที่มีผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนซึ่งสามารถป้องกันความไม่สงบได้เช่นกัน

เมื่อพิจารณาจากคดี *Fáber v. Hungary* ซึ่งเป็นคดีเกี่ยวกับการชุมนุมเดินขบวนโดยใช้ธงที่มีนัยความรุนแรงทางประวัติศาสตร์ และเจ้าหน้าที่ตำรวจได้มีคำสั่งให้ถอดออกและควบคุมตัวผู้ชุมนุม ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปได้มีความเห็นตอนหนึ่งในเรื่องหลักความจำเป็นในสังคมประชาธิปไตยว่า “ภายใต้มาตรา 11 แห่งอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนนั้นสามารถบังคับใช้ได้กับการชุมนุมทุกประเภท ยกเว้นในกรณีที่ผู้จัดการชุมนุมและผู้ชุมนุมมีความประสงค์ให้เกิดความรุนแรง หรือทำลายระบบพื้นฐานของสังคมประชาธิปไตย และเป็นหน้าที่ของรัฐที่จะต้องดำเนินการตามมาตรการที่สมเหตุสมผลและเหมาะสมเพื่อให้การชุมนุมโดยชอบด้วยกฎหมายดำเนินไปอย่างสันติ แต่รัฐยังคงมีอำนาจดุลพินิจอย่างกว้างในการเลือกใช้มาตรการ”²⁴⁸ การนี้สะท้อนให้เห็นว่า แม้รัฐจะสามารถเลือกใช้มาตรการได้อย่างกว้างขวาง แต่การใช้ดังกล่าวต้องสมเหตุสมผลและเหมาะสม ทั้งนี้ “การคุ้มครองเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นซึ่งเป็นองค์ประกอบหนึ่งของเสรีภาพในการชุมนุม หลักความได้สัดส่วนจึงมีความจำเป็นในการสร้างดุลยภาพระหว่างการปฏิบัติให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ของมาตรา 11 กับการแสดงความคิดเห็นในการชุมนุมอย่างอิสระไม่ว่าจะเป็นทางวาจา หรือการนิ่งเงียบ”²⁴⁹ เนื้อหาดังกล่าวเป็นเนื้อหาที่สะท้อนถึงการให้หลักความจำเป็นในสังคมประชาธิปไตยและได้สัดส่วนของศาลสิทธิมนุษยชนยุโรป ซึ่งประเทศฝรั่งเศสจะต้องยึดถือปฏิบัติตาม อีกทั้งยังได้มีการนำหลักความได้สัดส่วนมาปรับใช้ในการชุมนุมได้อย่างเป็นรูปธรรม ซึ่งหมายความว่าความรวมถึงการเดินขบวนด้วย ด้วยเหตุนี้จึงส่งผลให้ ศาลปกครองฝรั่งเศสได้นำหลักความได้สัดส่วนมาใช้ในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของดูแลการเดินขบวน ซึ่งเป็นหลักเกณฑ์การพิจารณาที่ทำให้การตรวจสอบ

²⁴⁸ *Fáber v. Hungary*, (2012), ECtHR, application no. 40721/08, para 37,39.

²⁴⁹ *Ibid*, para 41.

ความชอบด้วยกฎหมายระหว่างเสรีภาพในการชุมนุมและการเดินขบวนเกิดความเท่าเทียมกัน และสอดคล้องกับหลักสากล

การนี้ศาลปกครองฝรั่งเศสได้เพิ่มความเข้มข้นในการตรวจสอบคำสั่งการดูแลการเดินขบวนให้เทียบเท่ากับคำสั่งการดูแลการชุมนุมการชุมนุมสาธารณะโดยนำหลักความได้สัดส่วนมาปรับใช้ ยกตัวอย่างเช่น คดีการเดินขบวนประท้วงของชาวทิเบตบริเวณสถานทูตจีนในกรุงปารีส ระหว่างการเยือนประเทศฝรั่งเศสของผู้นำสาธารณรัฐประชาชนจีนในวันที่ 9 กันยายน 1994 ศาลปกครองฝรั่งเศสเห็นว่า การห้ามการเดินขบวนประท้วงเป็นการทั่วไปเป็นการจำกัดเสรีภาพการชุมนุมเกินความจำเป็นต่อการรักษาความสงบเรียบร้อย และเหตุผลที่อ้างว่าการเดินขบวนประท้วงจะกระทบต่อความสัมพันธ์ระหว่างฝรั่งเศสและสาธารณรัฐประชาชนจีนไม่มีเหตุผลที่เพียงพอในการห้ามการชุมนุม²⁵⁰ เจ้าหน้าที่ตำรวจสามารถที่จะหามาตรการอื่น ๆ มาปรับใช้ในการดูแลการชุมนุมสาธารณะแทนการสั่งห้ามการเดินขบวนประท้วงได้

จากการพิจารณาถึงคำพิพากษา และแนวทางของการพิจารณาคดีของศาลในประเทศฝรั่งเศส จะพบว่า ศาลได้มีการวางแนวทางของการวินิจฉัยคดีที่เกี่ยวกับการชุมนุมสาธารณะไว้อย่างชัดเจน และแม้มีข้อเท็จจริงที่แตกต่างออกไป ศาลก็นำหลักความได้สัดส่วนมาปรับใช้ อีกทั้งในการศึกษาถึงการพิจารณาคดีของศาล หลักเกณฑ์ต่าง ๆ เหล่านี้ต่างอยู่ภายใต้หลักความได้สัดส่วน กล่าวคือ เจ้าหน้าที่สามารถจำกัดการชุมนุมสาธารณะได้จะต้องพิจารณาถึงเงื่อนไขในการจำกัดเสรีภาพการชุมนุมสาธารณะ โดยหนึ่งในนั้น คือเจ้าหน้าที่รัฐจะต้องพิจารณาว่า การจำกัดเสรีภาพในการชุมนุมสาธารณะเป็นไปตามหลักความได้สัดส่วนหรือไม่ ซึ่งเป็นหลักการที่พัฒนามาจากคำพิพากษาของศาลในการวางบรรทัดฐานต่อการใช้เสรีภาพในการชุมนุม คือ คดี Benjamin และเหตุผลนี้เอง ส่งผลให้ตรวจสอบการดูแลการชุมนุมสาธารณะของเจ้าหน้าที่รัฐในฝรั่งเศส จะต้องพิจารณาถึงเรื่องหลักเกณฑ์การจำกัดเสรีภาพการชุมนุมทั้ง 3 หลักเกณฑ์ คือ การชุมนุมจะก่อให้เกิดผลกระทบร้ายแรงต่อความสงบเรียบร้อยของบ้านเมืองหรือไม่ มีความเพียงพอของกำลังเจ้าหน้าที่เพื่อควบคุมป้องกันผลกระทบร้ายแรงต่อความสงบเรียบร้อยหรือไม่ และการจำกัดเสรีภาพในการชุมนุมหรือการเดินขบวนเป็นไปตามหลักความได้สัดส่วนหรือไม่ ทั้งนี้ แม้บางกรณีศาลไม่อาจใช้ครบทั้งสามหลักเกณฑ์ก็ตาม แต่ยังคงไว้ซึ่งการพิจารณาถึงหลักความได้สัดส่วนในการดูแลการชุมนุมสาธารณะ ดังนั้นจึงกล่าวได้ว่า ในเรื่องการดูแลการชุมนุมสาธารณะของฝรั่งเศส ทั้งการห้ามการชุมนุม การสลายการชุมนุม หรือการกำหนด

²⁵⁰ CE 12/11/1997, Minister of the Interior Associate and The Tibetan Community in France and his friends.

เงื่อนไขใด ๆ ศาลจะใช้หลักความได้สัดส่วนเป็นพื้นฐานในการวินิจฉัยคดีเกี่ยวกับการชุมนุมสาธารณะ นอกจากนี้ในเรื่องการเดินขบวนศาลก็หยิบยกหลักความได้สัดส่วนมาปรับใช้ในการพิจารณา เพื่อเป็นการรับรองเสรีภาพในการชุมนุมให้เกิดขึ้นจริง

3.3.2 ประเทศอังกฤษ

เมื่อประเทศอังกฤษใช้ระบบศาลเดี่ยว คดีปกครองที่เกิดขึ้นกฎหมายกำหนดประชาชนผู้ได้รับความเสียหาย สามารถได้รับการเยียวยาความเสียหายโดยตรงโดยผ่านองค์กรของรัฐได้ 2 ทาง²⁵¹ คือ คณะกรรมการพิจารณาข้อพิพาททางปกครอง (Administrative Tribunals) ซึ่งทำหน้าที่คล้ายศาลปกครอง และศาลยุติธรรม โดยคณะกรรมการประกอบด้วยผู้เชี่ยวชาญหลายสาขาในฝ่ายปกครอง มีหน้าที่หลักในการตัดสินเกี่ยวกับข้อพิพาทระหว่างฝ่ายปกครองกับเอกชนทั้งในส่วนของความชอบด้วยกฎหมายและความเหมาะสมของการกระทำทางปกครอง ทั้งนี้ หากคู่พิพาทไม่พอใจในคำวินิจฉัยของคณะกรรมการฯ สามารถนำคดีขึ้นฟ้องร้องสู่ศาลยุติธรรมได้ต่อไป

เนื่องจากระบบกฎหมายอังกฤษไม่มีศาลปกครอง และการใช้กฎหมายแตกต่างจากประเทศฝรั่งเศส และเกาหลีใต้ การพิจารณาการตรวจสอบการใช้อำนาจดุลพินิจในเรื่องการชุมนุมสาธารณะจึงจำเป็นต้องมีการพิจารณาตั้งแต่อำนาจศาลในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองว่าใช้หลักอย่างไรในการพิจารณา เพื่อให้เห็นถึงการนำหลักความได้สัดส่วนซึ่งเป็นมาปรับใช้ในการตรวจสอบดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ตำรวจ โดยศึกษาได้ดังต่อไปนี้

ตามกฎหมายปกครองอังกฤษ อำนาจดุลพินิจ หมายความว่าเฉพาะดุลพินิจในส่วนที่เป็นผลของกฎหมาย หรือที่เรียกว่า ดุลพินิจตัดสินใจ ส่วนในเรื่องดุลพินิจในขั้นตอนการวินิจฉัยข้อเท็จจริงและการปรับข้อเท็จจริงกับบทบัญญัติของกฎหมาย (ดุลพินิจวินิจฉัย) กฎหมายปกครองอังกฤษจัดว่าเป็นเรื่องเขตอำนาจ (Jurisdiction)²⁵² ดังนั้น การพิจารณาถึงเรื่องการตรวจสอบดุลพินิจโดยศาลในอังกฤษ จำเป็นต้องพิจารณาถึงเรื่อง การตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายในเรื่องเขตอำนาจ และการตรวจสอบการใช้อำนาจดุลพินิจ โดยพิจารณาแยกออกจากกันได้ดังนี้

²⁵¹ วสันต์ ชมภูศรี, "การบังคับใช้พระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ.2548 กับการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน," หน้า 211.

²⁵² ณรงค์เดช สรุโฆษิต, การควบคุมตรวจสอบการกระทำทางปกครองในอังกฤษ (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2553), หน้า 123.

1. การตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายในเรื่องเขตอำนาจ (Jurisdictional)

หลักกฎหมายว่าด้วยการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองของอังกฤษตั้งอยู่บนหลักการว่าด้วยการกระทำของชอบอำนาจ (Ultra vires) อย่างไรก็ตาม การควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองของอังกฤษเป็นไปอย่างกว้างขวาง โดยศาลมิได้จำแนกความผิดพลาดของการกระทำทางปกครองว่าอยู่นอกเขตอำนาจหรือในเขตอำนาจ และไม่มีความผิดพลาดในข้อกฎหมาย หรือผิดพลาดในข้อเท็จจริง ย่อมถือว่าเป็นการกระทำนอกเขตอำนาจทั้งสิ้น²⁵³ ดังนั้น ในกรณีที่เป็นเรื่องการใช้ดุลพินิจวินิจฉัย ซึ่งเป็นเรื่องที่ฝ่ายปกครองวินิจฉัยข้อเท็จจริง หรือการปรับบทกฎหมายให้เข้ากับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น หากเกิดความผิดพลาด ศาลสามารถเข้าไปควบคุมตรวจสอบการกระทำทางปกครองได้

จากที่กล่าวเป็นเรื่องการตรวจสอบดุลพินิจวินิจฉัย ซึ่งแตกต่างจากการตรวจสอบในเรื่องการดุลพินิจตัดสินใจ อันเป็นเรื่องดุลพินิจในส่วนผลของกฎหมาย ซึ่งศาลย่อมมีอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายที่ต่างออกไป

2. การตรวจสอบการใช้อำนาจดุลพินิจ (Discretionary Power)

โดยหลัก ศาลอังกฤษจะไม่เข้าไปควบคุมตรวจสอบความเหมาะสมของการใช้อำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครอง อันมาจากการตัดบทบาทของตนเองภายใต้หลักการแบ่งแยกอำนาจ มิให้ก้าวล่วงเข้าไปใช้อำนาจดุลพินิจมากจนเสมือนไปใช้อำนาจบริหารของฝ่ายปกครองเสียเอง อย่างไรก็ตาม กรณีที่ฝ่ายปกครองใช้อำนาจดุลพินิจโดยปราศจากความเหมาะสมมากขนาดที่ศาลมองว่า เป็นการใช้อำนาจดุลพินิจโดยมิชอบ ศาลสามารถเข้าไปควบคุมตรวจสอบการใช้ดุลพินิจดังกล่าวได้ และหากพบว่าการใช้อำนาจดุลพินิจดังกล่าวเป็นไปเพื่อวัตถุประสงค์ที่ไม่ถูกต้องเหมาะสมตามที่กฎหมายกำหนด ย่อมเป็นการใช้อำนาจดุลพินิจโดยไม่สุจริต หรือเป็นการใช้อำนาจดุลพินิจที่ไม่สมเหตุสมผล ศาลย่อมถือว่าเป็นคำสั่งทางปกครองหรือคำวินิจฉัยที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย และสามารถเพิกถอนได้²⁵⁴

อำนาจศาลในการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองในอังกฤษข้างต้น ไม่ว่าจะเป็นเรื่องการตรวจสอบเกี่ยวกับเขตอำนาจของฝ่ายปกครอง อันเป็นเรื่องการใช้ดุลพินิจวินิจฉัย ซึ่งศาลสามารถเข้ามาตรวจสอบได้อย่างกว้างขวาง หรือการตรวจสอบการใช้อำนาจดุลพินิจ อันเป็นเรื่องการใช้อำนาจดุลพินิจตัดสินใจ ซึ่งสามารถตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองอย่างจำกัดภายใต้หลักการ

²⁵³ เรื่องเดียวกัน, หน้า 118.

²⁵⁴ เรื่องเดียวกัน, หน้า 124.

แบ่งแยกอำนาจ โดยจำกัดอำนาจตนเองไม่ตรวจสอบความเหมาะสม แต่หากเป็นการใช้อำนาจดุลพินิจที่เป็นการใช้โดยมิชอบอย่างชัดเจน เช่น การใช้ดุลพินิจโดยไม่สมเหตุสมผล (Unreasonable) ศาลมีอำนาจตรวจสอบและเพิกถอนคำสั่งหรือการวินิจฉัยนั้นได้ ทั้งนี้ เนื่องจากศาลสามารถเข้ามาตรวจสอบได้อย่างกว้างขวาง เครื่องมือที่ศาลใช้ในการตรวจสอบการใช้อำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองตามกฎหมายอังกฤษจึงมีอยู่หลากหลาย หนึ่งในนั้นคือ หลักความได้สัดส่วน (Proportionality) เป็นต้น โดยใช้ในการสร้างดุลยภาพ ซึ่งการพิจารณาทั้งในข้อเท็จจริงและการชั่งน้ำหนักที่จะเป็นผลในการตัดสินใจขึ้นอยู่กับบริบทของสถานการณ์นั้น ๆ²⁵⁵ โดยหลักความได้สัดส่วนถือเป็นหลักที่ถูกนำมาใช้ปรับใช้เป็นการทั่วไป ดังนั้นจึงต้องศึกษาการใช้หลักความได้สัดส่วนกับการดูแลการชุมนุมสาธารณะในอังกฤษ

กรณีการศึกษาเรื่องหลักความได้สัดส่วน อันเป็นหลักการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองของกฎหมายอังกฤษนั้น เป็นหลักกฎหมายทั่วไปของสหภาพยุโรปที่นำมาใช้ในกฎหมายของอังกฤษ โดยปรับใช้ในคดี 3 ประเภท ดังต่อไปนี้²⁵⁶

1. ใช้ในคดีที่ผู้มีอำนาจได้กระทำภายใต้ขอบเขตของกฎหมายสหภาพยุโรป
2. คดีที่ฝ่าฝืนสิทธิเสรีภาพตามสนธิสัญญา เช่น ประเด็นของเสรีภาพในการแสดงออกได้รับความคุ้มครอง มาตรา 10(2) หรือไม่²⁵⁷ ซึ่งมาตราดังกล่าวเป็นเรื่องของการจำกัดการใช้เสรีภาพในการแสดงออก โดยต้องมีการจำกัด กำหนดเงื่อนไข หรือลงโทษโดยอาศัยกฎหมาย และมีความจำเป็นในการปกครองในสังคมประชาธิปไตย เพื่อประโยชน์ต่อความมั่นคงของชาติ การป้องกันอาณาเขต ความสงบเรียบร้อยของประชาชน ป้องกันการกระทำผิดทางอาญา ปกป้องด้านสาธารณสุขและศีลธรรม ปกป้องชื่อเสียงหรือสิทธิของผู้อื่น เพื่อปกป้องการเปิดเผยข้อมูลอันเป็นความลับ หรือเพื่อคงไว้ซึ่งอำนาจและความเป็นกลางขององค์กรตุลาการ²⁵⁸ และศาลสามารถที่จะนำหลักความได้สัดส่วนมาใช้ในการพิจารณา

²⁵⁵ Kennedy v Charity Commission [2014] UKSC 20 SC at [54].

²⁵⁶ Voraphol Malsukhum, "Is Anything Lost by Not Having Proportionality as a General Head of Judicial Review of Administrative Action?," *Thammasat Law Journal* 49, 2 (2020): 372.

²⁵⁷ R v British Broadcasting Corporation Ex parte Prolife Alliance [2003] 2 WLR 1403; R v Secretary of State for the Home Department, ex p Daly [2001] 2 AC 532. Cited in Voraphol Malsukhum, "Is Anything Lost by not Having Proportionality as a General Head of Judicial Review of Administrative Action?," p. 372.

²⁵⁸ European Convention on Human Rights Article 10 Freedom of expression.

3. คดีซึ่งเกี่ยวกับหลักความมั่นคงแน่นอนของกฎหมาย (Legitimate Expectations) โดยผู้มีอำนาจพยายามที่จะเปลี่ยนตัวแทนหรือสัญญา โดยรับประกันถึงประโยชน์สาธารณะที่จะได้รับ ทั้งนี้ศาลพิจารณาว่า กรณีเช่นนี้เป็นไปตามหลักความได้สัดส่วนหรือไม่

เมื่อพบว่า เสรีภาพการชุมนุมได้ถูกรับรองภายใต้อนุสัญญาสิทธิมนุษยชนยุโรป (ECHR) มาตรา 11 ดังนั้น กรณีซึ่งเกี่ยวกับเสรีภาพในการชุมนุม อันเป็นเรื่องของสิทธิเสรีภาพตามสนธิสัญญา ศาลประเทศอังกฤษจึงสามารถนำหลักความจำเป็นในสังคมประชาธิปไตยและหลักความได้สัดส่วนมาปรับใช้ในการพิจารณาได้ นอกจากนี้ หากพิจารณาถึงอำนาจของเจ้าหน้าที่ตำรวจในอังกฤษในการวางเงื่อนไขในการชุมนุมตามคู่มือการปฏิบัติหน้าที่ในการดูแลการชุมนุมสาธารณะ ซึ่งจะต้องประกอบไปด้วย 4 หลักเกณฑ์²⁵⁹ คือ 1). การวางเงื่อนไขต้องมีวัตถุประสงค์ที่ก่อให้เกิดประสิทธิภาพในการวางข้อจำกัดทางการชุมนุมได้ 2). มาตรการของเจ้าหน้าที่ที่ใช้ต้องสามารถบรรลุวัตถุประสงค์ที่วางไว้ 3). มาตรการของเจ้าหน้าที่ที่ใช้ต้องวางข้อจำกัดให้น้อยที่สุดเพื่อบรรลุวัตถุประสงค์ที่วางไว้ และ 4). การวางข้อจำกัดซึ่งเป็นสิทธิตามอนุสัญญาสิทธิมนุษยชนยุโรป (ECHR) ต้องกระทำเท่าที่จำเป็นเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ที่ถูกต้องตามกฎหมาย ทั้งนี้ 4 หลักเกณฑ์ดังกล่าวนี้เป็นเรื่องที่เจ้าหน้าที่ตำรวจจะต้องคำนึงในการวางข้อจำกัดในการดูแลการชุมนุม และสอดคล้องกับหลักความได้สัดส่วน

ในข้อที่ 4 ที่ว่า “การวางข้อจำกัดซึ่งเป็นสิทธิตามอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนยุโรปเท่าที่จำเป็น” หมายความว่า การจำกัดสิทธิใด ๆ ต้องมีความจำเป็นและได้สัดส่วนบนพื้นฐานของระบอบประชาธิปไตย ซึ่งเป็นการพิจารณาจากมาตรา 21 แห่งกติกาสากลระหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมืองที่ว่า ต้องมีความจำเป็นในสังคมประชาธิปไตย (necessary in a democratic society)²⁶⁰ นอกจากนี้ข้อจำกัดที่รัฐออกมานั้นจะต้องได้สัดส่วน หากผลเสียจะเกิดมากกว่าผลดี การจำกัดสิทธิดังกล่าวย่อมไม่ได้สัดส่วน ไม่สามารถกระทำได้ ดังนั้น ในทางพิจารณาความจำเป็นในการจำกัดสิทธิเสรีภาพในการชุมนุม รัฐจะต้องพิสูจน์ให้ได้ว่ามีความจำเป็นที่จะต้องจำกัดเพื่อประโยชน์ของสังคม และมาตรการที่จำกัดเสรีภาพในการชุมนุมนั้นจะต้องได้สัดส่วน จึงจะเป็นการวางข้อจำกัดการชุมนุมที่มีความจำเป็นและได้สัดส่วน

²⁵⁹ House of Commons library by Jennifer Brown, *Police Powers: Policing Protests*, p. 13.

²⁶⁰ International Covenant on Civil and Political Rights Article 21

The right of peaceful assembly shall be recognized. No restrictions may be placed on the exercise of this right other than those imposed in conformity with the law and which are necessary in a democratic society in the interests of national security or public safety, public order (order public), the protection of public health or morals or the protection of the rights and freedoms of others.

ดังนั้น จากศึกษาทั้งข้อบทเขตอำนาจศาล เครื่องมือที่ศาลใช้ในการตรวจสอบอำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครอง จึงกล่าวได้ว่า เสรีภาพในการชุมนุมที่เกิดขึ้นในประเทศอังกฤษ ศาลจะมีการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ตำรวจโดยใช้หลักความได้สัดส่วน และสอดคล้องกับคู่มือการปฏิบัติหน้าที่ในการดูแลการชุมนุมสาธารณะของเจ้าหน้าที่ตำรวจในอังกฤษ²⁶¹

การตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองโดยศาลในกฎหมายอังกฤษ จะพบว่า หลักความได้สัดส่วน แม้เป็นหลักกฎหมายทั่วไปของกฎหมายสหภาพยุโรป หรือหลักกฎหมายระหว่างประเทศ ศาลยุติธรรมของอังกฤษก็นำมาปรับใช้โดยกำหนดถึงเงื่อนไขของคดีบางประเภทที่สามารถปรับใช้ได้หนึ่งในนั้นคือ คดีที่เกี่ยวกับเสรีภาพในการชุมนุม อันได้รับการรับรองโดยอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนยุโรป ถือเป็นหลักการที่ปรากฏได้ชัดในการที่ศาลจะนำหลักความได้สัดส่วนมาใช้ในการพิจารณาคดีเกี่ยวกับเสรีภาพในการชุมนุม แม้ในเรื่องของการตรวจสอบการกระทำทางปกครองศาลจะไม่ได้อธิบายถึงการให้หลักความได้สัดส่วนมากนัก แต่หากพิจารณาถึงคู่มือการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ตำรวจ และเงื่อนไขในการพิจารณาคดีอันเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพตามอนุสัญญาสิทธิมนุษยชนยุโรป (ECHR) ต่างก็อยู่ภายใต้หลักความได้สัดส่วน อีกทั้งยังเป็นหลักกฎหมายทั่วไปภายใต้ระบบ Common Law ด้วย ดังนั้น การพิจารณาของศาลในเรื่องที่เกี่ยวกับการชุมนุมสาธารณะ จึงไม่อาจปฏิเสธถึงการนำหลักความได้สัดส่วนมาใช้พิจารณาได้เลย

3.3.3 ประเทศเกาหลีใต้

ในประเทศเกาหลีใต้ ศาลรัฐธรรมนูญและศาลยุติธรรมจะมีบทบาทในการพิจารณาคดีปกครองเนื่องจากในปัจจุบัน ศาลปกครองได้ถูกจัดตั้งขึ้น ณ กรุงโซลเป็นที่เดียว²⁶² และในเขตพื้นที่อื่น ๆ การพิจารณาคดีเกี่ยวกับคดีปกครองย่อมอยู่ในเขตอำนาจศาลประจำเขต คือ ศาลยุติธรรม โดยศาลปกครองมีเขตอำนาจที่จำกัด จึงทำให้คดีอันเกี่ยวกับการชุมนุมเกิดจากการพิจารณาคดีทั้งในศาลยุติธรรมและศาลรัฐธรรมนูญ ซึ่งหากพิจารณาหลักการใช้ดุลพินิจไม่ว่าจะเป็นดุลพินิจวินิจฉัย หรือดุลพินิจตัดสินใจ อันเป็นเรื่องที่ศาลอาจนำมาปรับใช้ในการตรวจสอบดุลพินิจของฝ่ายปกครองได้พบว่า องค์การตุลาการของประเทศเกาหลีใต้มีหลักการแยกดุลพินิจวินิจฉัยและดุลพินิจตัดสินใจเช่นกัน แต่อย่างไรก็ตาม การพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญในคดีที่เกี่ยวกับการชุมนุมได้นำหลักความได้สัดส่วนมาใช้บังคับเป็นหลัก ดังนั้น การพิจารณาบทบาทของศาลในการเข้ามาตรวจสอบกฎหมายและ

²⁶¹ House of Commons library by Jennifer Brown, *Police Powers: Policing Protests*.

²⁶² Supreme Court of Korea, "Organization & Composition," [Online] Accessed: 20 December 2021.

การใช้อำนาจของรัฐจึงพิจารณาภายใต้หลักความได้สัดส่วน ทั้งนี้ การศึกษาแยกพิจารณาออกเป็น 3 ประการ คือ 1. คดีเกี่ยวกับการชุมนุมภายในพื้นที่ระยะ 100 เมตร จากสถานที่ห้ามตามกฎหมาย 2. คดีเกี่ยวกับการห้ามการชุมนุมโดยไม่มีเหตุจำเป็น และ 3. คดีเกี่ยวกับการห้ามการชุมนุมในเวลากลางคืน ได้ดังนี้

คดีเกี่ยวกับการชุมนุมภายในพื้นที่ระยะ 100 เมตร จากสถานที่ห้ามตามกฎหมาย

คดีที่มีข้อพิพาทว่าการชุมนุมหรือเดินขบวนภายในรัศมี 100 เมตร จากสถานที่ห้ามที่กฎหมายกำหนดไว้ เช่น สถานเอกอัครราชทูตหรือที่พำนักของหัวหน้าคณะผู้แทนทางทูตในสาธารณรัฐเกาหลี เป็นการขัดต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ โดยยกตัวอย่างคดีที่ขึ้นสู่ศาลรัฐธรรมนูญสองคดี โดยทั้งสองคดีมีข้อเท็จจริงที่คล้ายกัน แต่มีการพิจารณาที่แตกต่างกันดังนี้

1. คดี Prohibition of Assembly in the Vicinity of Diplomatic Institution²⁶³

คดีนี้เป็นการพิจารณาถึงการห้ามการชุมนุมในบริเวณใกล้สถานทูตซึ่งเป็นคดีพิจารณาศาลปกครองกรุงโซล และนำขึ้นสู่การพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ เมื่อพิจารณาว่า การห้ามการชุมนุม หรือการเดินขบวนในรัศมี 100 เมตรจากเขตรั้วของสถานเอกอัครราชทูตของประเทศต่างๆ ที่อยู่เกาหลีใต้ตามมาตรา 11 แห่ง The Act of Assembly and Demonstration ขัดต่อรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐเกาหลี มาตรา 21(2) หรือไม่ ข้อพิจารณาในประเด็นนี้คือ เสรีภาพในการชุมนุมและเดินขบวนจะมีประสิทธิภาพก็ต่อเมื่อผู้ชุมนุมและเดินขบวนสามารถเลือกเวลา สถานที่ วิธีการ และวัตถุประสงค์ของชุมนุมและเดินขบวนได้ แต่ในกรณีเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อย สถานิติบัญญัติสามารถบัญญัติห้ามการชุมนุมได้ ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาเห็นว่ามาตรา 11 ดังกล่าวนั้น ขัดต่อรัฐธรรมนูญ เนื่องจากห้ามการชุมนุมหรือการเดินขบวนดังกล่าวเป็นการห้ามเด็ดขาด โดยไม่มีข้อยกเว้นใด ๆ ทำให้เป็นการจำกัดเสรีภาพของประชาชนที่จะสามารถกำหนดเวลา สถานที่ในการชุมนุมหรือเดินขบวนซึ่งถือได้ว่าเป็นการลดทอนเสรีภาพในการชุมนุม หากในมาตรา 11 มีการกำหนดข้อยกเว้นอย่างใดอย่างหนึ่งซึ่งกำหนดให้สามารถชุมนุมหรือเดินขบวนในที่ที่รัฐบัญญัติห้ามไว้ได้ก็อาจไม่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ ในคดีนี้ศาลแสดงให้เห็นว่าการใช้เสรีภาพในการชุมนุมอาจถูกจำกัด ได้แต่ต้องมีข้อยกเว้นให้สามารถใช้เสรีภาพในการชุมนุมได้ด้วย

²⁶³ Case No.2000Hun-Ba67, Case name: Prohibition of Assembly in the Vicinity of Diplomatic Institution, decision date 30/10/2003.

ต่อมาในปี ค.ศ.2007 ได้มีการแก้ไขพระราชบัญญัติว่าด้วยการชุมนุมและการเดินขบวนทั้งฉบับ โดยบทบัญญัติในเรื่องการห้ามชุมนุมในรัศมี 100 เมตร จากสถานทูตของประเทศต่าง ๆ ที่อยู่ในเกาหลีใต้ ได้บัญญัติข้อยกเว้นที่สามารถให้มีการชุมนุม โดยบัญญัติในมาตรา 11 ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่บังคับใช้กันในปัจจุบัน

2. คดี Case on Prohibition of Assembly near The National Assembly²⁶⁴

ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาแล้วเห็นว่า การห้ามชุมนุมและเดินขบวนในรัศมี 100 เมตร จากเขตรั่วที่ทำการรัฐสภาไม่ขัดต่อสิทธิเสรีภาพในการชุมนุมที่รัฐธรรมนูญบัญญัติให้การรับรองไว้ ศาลพิจารณาโดยใช้หลักความสมดุลระหว่างประโยชน์สาธารณะและสิทธิเสรีภาพที่ถูกถูกลิดรอน เนื่องจากศาลเห็นว่าข้อห้ามดังกล่าวเป็นการป้องกันการรบกวน การข่มขู่ หรือการขัดขวาง การทำงานของสมาชิกรัฐสภา โดยมาตราดังกล่าวมีขึ้นเพื่อรักษาความปลอดภัย เนื่องจากการประชุมของรัฐสภาเป็นเรื่องสำคัญของประเทศและเพื่อให้การทำงานของรัฐสภาเป็นไปด้วยดี นอกจากนี้ศาลยังเห็นว่า การจำกัดสิทธิเสรีภาพดังกล่าวเป็นเพียงการจำกัดแค่สถานที่ซึ่งผู้ชุมนุมหรือเดินขบวนยังสามารถชุมนุมหรือเดินขบวนในระยะที่มากกว่า 100 เมตรขึ้นไป และไม่มีวิธีการใดที่จะขัดต่อสิทธิเสรีภาพนอกจากวิธีนี้แล้ว มาตรานี้จึงไม่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ

คดีนี้เป็นกรณีที่ศาลนำหลักความได้สัดส่วน ในเรื่องความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบมาใช้พิจารณาได้อย่างชัดเจน โดยการชั่งน้ำหนักระหว่างการจำกัดเสรีภาพในการชุมนุมและประโยชน์สาธารณะที่จะได้รับ และอธิบายถึงหลักความจำเป็นที่รัฐใช้มาตรการที่ขัดต่อเสรีภาพในการชุมนุมน้อยที่สุด

จากทั้งสองคดีเห็นได้ว่า ศาลพิจารณาโดยให้เหตุผลที่ต่างกัน กล่าวคือ ในคดีแรก ศาลมีมุมมองในการคุ้มครองเสรีภาพในการชุมนุมที่สอดคล้องกับหลักสากลโดยอาศัยเจตนารมณ์ของเสรีภาพในการชุมนุมที่จะต้องให้ประชาชนสามารถเลือกเวลา สถานที่ในการชุมนุมได้ มิใช่บัญญัติห้ามการชุมนุมโดยเด็ดขาดซึ่งถือเป็นการพิจารณาตามหลักแห่งความสัมฤทธิ์ผล และคดีที่เกิดขึ้นต่อมาศาลได้นำหลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบมาใช้ในการพิจารณาถึงการจำกัดพื้นที่ในการชุมนุม โดยให้เหตุผลว่าเป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะ และเป็นมาตรการที่จำกัดเสรีภาพในการชุมนุมน้อยที่สุดแล้ว ทั้งนี้ สะท้อนให้เห็นถึงการยอมรับหลักความได้สัดส่วน รวมทั้งหลักสากลในการ

²⁶⁴ Case No.2006Hun-Ba20 59 (consolidated), Case name: Case on Prohibition of Assembly near The National Assembly, decision date 29/12/2009.

พิจารณาคดีเกี่ยวกับเสรีภาพในการชุมนุมเพื่อสร้างหลักเกณฑ์ในการดูแลการชุมนุมสาธารณะให้กับเจ้าหน้าที่ตำรวจได้มีแนวทางปฏิบัติตามอย่างถูกต้อง

คดีเกี่ยวกับการห้ามการชุมนุมโดยไม่มีการแจ้ง

คดีอันเกี่ยวกับการแจ้งการชุมนุมนั้น มีแนวโน้มในการตรวจสอบโดยศาลที่ค่อนข้างไปในทิศทางเดียวกัน คือ การชุมนุมย่อมต้องมีการแจ้ง แม้ลักษณะของการชุมนุมบางรูปแบบไม่สามารถแจ้งได้ เช่น Flash mob ศาลยังคงมีแนวทางให้การดูแลการชุมนุมสาธารณะในรูปแบบนี้ต้องผ่านระบบการแจ้งเสมอ

1. คดี Advance Report duty for Outdoor Assembly Case²⁶⁵

การพิจารณาเรื่องการจัดทำรายงานการชุมนุมตามมาตรา 6 (1) แห่งรัฐบัญญัติว่าด้วยการชุมนุมและการเดินขบวน ค.ศ.2004 (เนื่องจากคดีพิพาทเกิดขึ้นในช่วงเวลาก่อนที่จะมีการประกาศใช้รัฐบัญญัติว่าด้วยการชุมนุมและการเดินขบวน ค.ศ.2007) กำหนดให้การชุมนุมและการเดินขบวนต้องทำรายงานแจ้งการชุมนุมและกินขบวนก่อนเวลาการชุมนุม 48 ชั่วโมง แต่ไม่เกิน 720 ชั่วโมง หากการชุมนุมและเดินขบวนไม่มีการแจ้งภายในระยะเวลาที่กำหนด มีโทษจำคุกไม่เกิน 2 ปี ปรับไม่เกิน 2,000,000 วอน ขัดต่อรัฐธรรมนูญมาตรา 21 (2) ของรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐเกาหลีหรือไม่

ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาแล้วเห็นว่า มาตรา 6 (1) ไม่ขัดต่อหลักเสรีภาพในการชุมนุมตามรัฐธรรมนูญ 21 (2) โดยการจัดทำรายงานการแจ้งการชุมนุมเป็นแบบการแจ้ง มิใช่เป็นการขออนุญาต จึงไม่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ และศาลเห็นว่า การทำรายงานเป็นการสื่อสารระหว่างผู้ชุมนุมกับเจ้าหน้าที่รัฐในเรื่องของการจัดการชุมนุม เพื่อให้การชุมนุมเป็นไปด้วยดี และการจัดทำรายงานดังกล่าวไม่ใช่เรื่องยาก นอกจากนี้ศาลเห็นว่า การทำรายงานการแจ้งการชุมนุมเป็นการรักษาความสมดุลระหว่างประโยชน์สาธารณะกับเสรีภาพในการชุมนุม ซึ่งไม่มีมาตรการอื่นที่กระทบต่อเสรีภาพของผู้ชุมนุมน้อยกว่านี้อีกแล้ว ดังนั้นการกำหนดให้มีการจัดทำรายงานจึงไม่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ

²⁶⁵ Case No.2007Hu-Ba22, Case name: Advance Report duty for Outdoor Assembly Case, decision date 28/5/2009.

2. คดีการชุมนุมที่ไม่มีการแจ้งล่วงหน้า²⁶⁶

การพิจารณาเรื่องการชุมนุมที่ไม่ต้องแจ้งให้ทราบล่วงหน้า ตามมาตรา 15 แห่งรัฐบัญญัติว่าด้วยการชุมนุมและการเดินขบวน ค.ศ.2007 กำหนดให้การชุมนุมที่เกี่ยวกับการศึกษา การกีฬา ศิลปะ พิธีกรรมทางศาสนา สันทนาการ งานแต่งงาน งานศพหรืองานอนุสรณ์และพิธีวันหยุดประจำชาติ ไม่ต้องมีการทำรายแจ้งให้ทราบล่วงหน้า โดยศาลได้พิจารณาว่า การที่จะพิจารณาว่าการชุมนุมใดเป็นไปตามมาตรา 15 จะต้องพิจารณาสถานการณ์แวดล้อม เช่น วัตถุประสงค์หลัก วันที่ สถานที่ วิธีการ จำนวนผู้เข้าร่วม การกระทำของผู้เข้าร่วม รายละเอียดตามกำหนดการ และระยะเวลาที่จัดกิจกรรม

ในคดีนี้เป็นเรื่องเกี่ยวกับการชุมนุมของสหภาพแรงงาน ซึ่งเป็นการชุมนุมแบบ flash mob ประชาชนทั่วไปผ่านไปผ่านมาสามารถเข้าร่วมได้ โดยศาลมองว่าเป็นการชุมนุมที่ไม่ได้เข้าข่ายตามมาตรา 15 แห่งพระราชบัญญัติการชุมนุมและการเดินขบวน โดยพิจารณาจากวัตถุประสงค์หลักของการชุมนุม เวลา วันที่ สถานที่ วิธีการ จำนวนผู้เข้าร่วม การกระทำของผู้เข้าร่วม รายละเอียดของกำหนดการ ระยะเวลา และการชุมนุมดังกล่าวได้วางแผนชุมนุมโดยมุ่งแสดงออกทางการเมืองและสังคม โดยวิพากษ์วิจารณ์นโยบายการว่างงานในเยาวชนของรัฐบาล ซึ่งเป็นการชุมนุมตามมาตรา 2(1) โดยต้องมีการทำรายการแจ้งให้ทราบล่วงหน้า

คดีเกี่ยวกับการห้ามการชุมนุมในเวลากลางคืน

ในปี ค.ศ. 1994 ศาลรัฐธรรมนูญเกาหลีใต้ ได้เคยวินิจฉัยปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของมาตรา 6²⁶⁷ ว่าชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ด้วยเหตุผลว่ามีความเป็นไปได้สูงมากที่การจัดการชุมนุมสาธารณะหรือเดินขบวนก่อนพระอาทิตย์ขึ้นหรือหลังจากพระอาทิตย์ตกจะทำลายความสงบเรียบร้อยของบ้านเมืองและกลุ่มผู้ชุมนุมมีแนวโน้มใช้ความรุนแรงยิ่งขึ้นในเวลาก่อนพระอาทิตย์ขึ้นหรือหลังจากพระอาทิตย์ตก

²⁶⁶ Case No.2011Do2393, Case name: Violation of the Assembly and Demonstration Act, decision date 28/3/2013.

²⁶⁷ Article 6 (Timeframe of banned outdoor and demonstration)

No person shall not be engaged in outdoor assembly and demonstration before sunrise and after sunset.

ต่อมาได้เกิดคดี Nighttime Outdoor Assembly Ban Case²⁶⁸ เรื่องการชุมนุมกลางแจ้งในเวลากลางคืนตามมาตรา 10 ประกอบมาตรา 23 แห่งราชบัญญัติว่าด้วยการชุมนุมและการเดินขบวน ค.ศ. 2007 เป็นคดีที่มีการพิจารณาถึงความชอบด้วยรัฐธรรมนูญมาตรา 21 (2) โดยศาลแขวงกลางแห่งกรุงโซล และนำไปสู่การพิจารณาคดีของศาลรัฐธรรมนูญ

คดีนี้เป็นเหตุการณ์การเดินขบวนประท้วงครั้งใหญ่ ค.ศ.2008 ประท้วงรัฐบาลประธานาธิบดีที่ได้ทำความตกลงทางการค้ากับประเทศสหรัฐอเมริกาฉบับใหม่แทนฉบับ ค.ศ. 2006 อนุญาตให้สหรัฐอเมริกาส่งเนื้อวัวแช่แข็งพร้อมกระดูกและเครื่องในวัวมาจำหน่ายในประเทศ โดยไม่สามารถวางมาตรการด้านสุขอนามัย การชุมนุมได้มีจัดขึ้นในเวลากลางคืน ผู้ชุมนุมได้ร่วมจุดเทียนเดินขบวน โดยไม่ได้รับอนุญาตจากเจ้าหน้าที่ตำรวจเป็นเหตุให้เจ้าหน้าที่ตำรวจใช้กำลังปราบปรามสลายการชุมนุม ประชาชนถูกเจ้าหน้าที่ตำรวจจับกุมดำเนินคดีประมาณ 1,500 คน ด้วยข้อกล่าวหาว่าทำการชุมนุมและเดินขบวนก่อนพระอาทิตย์ขึ้นหรือหลังพระอาทิตย์ตก

ทั้งนี้ เมื่อวันที่ 24 กันยายน ค.ศ.2009 ศาลรัฐธรรมนูญ ได้กลับคำพิพากษา โดยมีคำพิพากษาว่าบทบัญญัติมาตรา 10 ที่เป็นบทบัญญัติที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ โดยแจ้งให้ฝ่ายนิติบัญญัติดำเนินการแก้ไขปรับปรุงตามมาตราดังกล่าวให้เป็นไปตามคำพิพากษาภายในวันที่ 30 มิถุนายน ค.ศ. 2010 หากพ้นจากเวลาดังกล่าว ให้ถือว่าบทบัญญัตินี้เป็นอันใช้กับประชาชนไม่ได้ รวมถึงบทบัญญัติที่ว่าด้วยการลงโทษตามมาตรา 10 ให้หมดสภาพบังคับไปด้วย

จากคดีที่กล่าวมาทั้งหมด จะพบว่า ศาลได้มีการพิจารณาคดีโดยนำหลักความได้สัดส่วนมาใช้ในการพิจารณาอย่างชัดเจน เช่น คดี Advance Report duty for Outdoor Assembly Case ซึ่งศาลมองว่าการจัดทำรายงานดังกล่าวไม่ใช่เรื่องยาก นอกจากนี้ศาลเห็นว่าการจัดทำรายงานในการชุมนุม “เป็นการรักษาความสมดุลระหว่างประโยชน์สาธารณะกับเสรีภาพในการชุมนุม” ในส่วนนี้เป็นการพิจารณาถึงหลักแห่งความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ โดยการชั่งน้ำหนักระหว่างประโยชน์สาธารณะและการจำกัดเสรีภาพการชุมนุม อีกทั้งศาลได้พิจารณาว่า “ไม่มีมาตรการอื่นที่กระทบต่อเสรีภาพของผู้ชุมนุมน้อยกว่า” ในส่วนนี้เป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับ หลักแห่งความจำเป็นในการใช้มาตรการทางปกครองที่จะต้องกระทบต่อการใช้เสรีภาพในการชุมนุมให้น้อยที่สุด

อย่างไรก็ตาม ในเรื่องการจำกัดเสรีภาพในการชุมนุมที่จะต้องพิจารณาเรื่องหลักความจำเป็นในสังคมประชาธิปไตย ก็มีได้ปรากฏให้เห็นอย่างชัดเจน และแม้จะมีการใช้หลักความได้สัดส่วน แต่ก็มีได้

²⁶⁸ Case No.2008Hun-Ka, Case name: Nighttime Outdoor Assembly Ban Case, Decision date:

ใช้ครบทุกหลักเกณฑ์และไม่ได้อธิบายถึงการใช้อย่างชัดเจน ทั้งนี้แม้มีคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ ให้แก้ไขกฎหมายเพื่อให้สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของกฎหมายการชุมนุมสาธารณะแล้ว แต่เจ้าหน้าที่ตำรวจยังคงบังคับใช้กฎหมายไปในทางห้ามการชุมนุมตามความเข้าใจของตนเองเช่นเดิม

นอกจากนี้ เนื่องจากเขตอำนาจของศาลปกครองมีเพียงในเขตกรุงโซลเท่านั้น ทำให้คดีปกครอง ที่อยู่นอกเหนือเขตอำนาจกรุงโซลอยู่ในเขตอำนาจของศาลแขวงท้องถิ่น ดังนั้น บทบาทของศาลแขวงท้องถิ่นในการวางบรรทัดฐานกำหนดหลักเกณฑ์ที่ใช้ในการตรวจสอบการดูแลการชุมนุมสาธารณะของเจ้าหน้าที่ตำรวจจึงอาจเป็นไปได้ยาก

จากการศึกษาการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ตำรวจโดยองค์กรตุลาการ พบว่า ทั้ง 3 ประเทศให้ความสำคัญกับการตรวจสอบดุลพินิจที่เหมือนกัน โดยเปิดช่องให้ศาลสามารถใช้หลักความได้สัดส่วนในการตรวจสอบการดูแลการชุมนุมสาธารณะ แต่มีรูปแบบการตรวจสอบที่แตกต่างกันออกไป ได้แก่ ประเทศฝรั่งเศสมีการกำหนดกฎเกณฑ์การตรวจสอบโดยศาลที่ชัดเจนภายใต้หลักความได้สัดส่วน อันเป็นการแสดงให้เห็นถึงบทบาทของศาลในการกำหนดแนวทางการดูแลการชุมนุมสาธารณะให้แก่เจ้าหน้าที่ตำรวจ ส่วนประเทศอังกฤษแม้ไม่มีศาลปกครองในการพิจารณาคดีที่เกี่ยวข้องกับการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่รัฐโดยเฉพาะ แต่ศาลในประเทศอังกฤษเองสามารถตรวจสอบการใช้ดุลพินิจได้อย่างกว้างขวาง โดยมีเครื่องมือในการตรวจสอบการใช้อำนาจดุลพินิจฝ่ายปกครอง เช่น การใช้หลักความได้สัดส่วนซึ่งเป็นหลักที่ใช้ในการพิจารณาคดีที่เกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพตามอนุสัญญาสิทธิมนุษยชนยุโรป หรือการใช้ดุลพินิจโดยไม่สมเหตุสมผล (Unreasonable) เป็นต้น ประเทศเกาหลีใต้แม้มีศาลปกครอง แต่มีเขตอำนาจพิจารณาที่จำกัดอยู่เพียงนครหลวงเท่านั้น ไม่มีบทบาทในการสร้างกฎเกณฑ์ในการดูแลการชุมนุมสาธารณะมากนัก อย่างไรก็ตาม ในส่วนศาลรัฐธรรมนูญของเกาหลีใต้มีบทบาทในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมาย และมีบทบาทในการสร้างกฎเกณฑ์บางประการให้ฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายบริหารได้ปฏิบัติตาม ซึ่งการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจทั้ง 3 ประเทศ ต่างนำหลักความได้สัดส่วนในการตรวจสอบการดูแลการชุมนุมสาธารณะของเจ้าหน้าที่รัฐหรือเจ้าหน้าที่ตำรวจทั้งสิ้น

บทที่ 4

ปัญหาการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ตำรวจในการดูแลการชุมนุมสาธารณะโดย องค์กรตุลาการตามกฎหมายไทย

ประเทศไทยได้ภาคยานุวัติเข้าร่วมเป็นภาคีกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ซึ่งถือเป็นพันธกรณีที่ไทยจะต้องมีกฎหมายภายในเกี่ยวกับการชุมนุมสาธารณะให้สอดคล้องกับกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมืองด้วย ดังนั้น การบังคับใช้กฎหมายในการดูแลการชุมนุมสาธารณะและการปฏิบัติงานของเจ้าหน้าที่ตำรวจไทยจะต้องคำนึงถึงเจตนารมณ์ของกฎหมายประกอบกับหลักสากลเป็นสำคัญ ในบทนี้จึงศึกษาในเรื่องกฎหมายที่เป็นฐานให้อำนาจดุลพินิจแก่เจ้าหน้าที่ตำรวจในการดูแลการชุมนุมสาธารณะทั้งในสถานการณ์ปกติและสถานการณ์ฉุกเฉิน อันจะทำให้เห็นถึงอำนาจตามกฎหมายซึ่งเจ้าหน้าที่ตำรวจสามารถนำมาปรับใช้ในการดูแลการชุมนุมสาธารณะ และสะท้อนให้เห็นถึงปัญหาการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจในการนำกฎหมายในสถานการณ์ฉุกเฉินมาบังคับใช้

นอกจากนี้จะมุ่งศึกษาปัญหาเกี่ยวกับการใช้ดุลพินิจในการดูแลการชุมนุมสาธารณะของเจ้าหน้าที่ตำรวจซึ่งพิจารณาจากพระราชบัญญัติการชุมนุมสาธารณะประกอบกับหลักสากล โดยจะสะท้อนให้เห็นว่าเจ้าหน้าที่ตำรวจใช้ดุลพินิจในการดูแลการชุมนุมสาธารณะอย่างไม่มีมาตรฐาน และได้เป็นไปตามเจตนารมณ์ของกฎหมายภายในและกรอบกติการะหว่างประเทศ ขณะที่ในด้านขององค์กรตุลาการยังคงเกิดปัญหาในการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ตำรวจ โดยแบ่งพิจารณาออกเป็น 2 หัวข้อ คือ ปัญหาเขตอำนาจศาลในการตรวจสอบดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ตำรวจตามพระราชบัญญัติการชุมนุมสาธารณะ และปัญหาการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจโดยองค์กรตุลาการ ซึ่งจะชี้ให้เห็นว่าองค์กรตุลาการมีบทบาทน้อยมากในการควบคุมตรวจสอบการใช้ดุลพินิจ และมีข้อจำกัดในการนำหลักสากลมาใช้ในการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ตำรวจ

4.1 กฎหมายที่เป็นฐานในการใช้ดุลพินิจและการตรวจสอบการใช้ตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของ เจ้าหน้าที่ตำรวจโดยองค์กรตุลาการในประเทศไทย

การดูแลการชุมนุมสาธารณะในประเทศไทยเป็นอำนาจโดยตรงของเจ้าหน้าที่ตำรวจทั้งก่อนระหว่าง และหลังการชุมนุม โดยจะต้องอำนวยความสะดวกในการชุมนุมและดูแลความสงบเรียบร้อยให้เกิดขึ้นในห้วงเวลาการชุมนุม นับตั้งแต่ปี 2558 ประเทศไทยได้มีบทกฎหมายเฉพาะที่ใช้เกี่ยวกับการชุมนุมสาธารณะ คือ พระราชบัญญัติการชุมนุมสาธารณะ พ.ศ.2558 ดังนั้น การดูแลหรือจัดการ

การประชุม เจ้าหน้าที่ตำรวจย่อมจะต้องยึดถือกฎหมายฉบับนี้เป็นสำคัญ อย่างไรก็ตาม ในทางปฏิบัติ ยังเกิดปัญหาในการนำกฎหมายอื่น ๆ มาบังคับใช้เพื่อเป็นอุปสรรคในการชุมนุมสาธารณะอยู่บ่อยครั้ง อีกทั้งเมื่อมีการชุมนุมขนาดใหญ่เกิดขึ้น รัฐมักมีการนำกฎหมายเกี่ยวกับสถานการณ์ฉุกเฉินมาใช้ในการควบคุมการประชุม โดยอ้างเหตุในการรักษาความมั่นคงภายในรัฐ ดังนั้น การศึกษากฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการชุมนุมในประเทศ จำเป็นต้องศึกษากฎหมายเฉพาะที่ให้อำนาจเจ้าหน้าที่ตำรวจในการดูแลการชุมนุมสาธารณะเพื่อทราบถึงบทบาทของเจ้าหน้าที่ตำรวจ และกฎหมายเกี่ยวกับสถานการณ์ฉุกเฉินที่รัฐใช้ในการควบคุมการประชุม เพื่อพิจารณาถึงบทบาทของรัฐในการใช้กฎหมายสถานการณ์ฉุกเฉินต่อการชุมนุมสาธารณะ การพิจารณาทบทวนกฎหมายเช่นนี้ จะนำไปสู่การศึกษาหลักการดูแลการชุมนุมสาธารณะภายใต้พระราชบัญญัติการชุมนุมสาธารณะที่เกิดขึ้นและอำนาจของศาลในการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจในการดูแลการชุมนุมสาธารณะในหัวข้อต่อไป

4.1.1. ฐานกฎหมายในการใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ตำรวจและการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจ

การใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ตำรวจซึ่งเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐในการดูแลการชุมนุมสาธารณะย่อมจะต้องมีกฎหมายให้อำนาจไว้ อันเป็นไปตามหลักความชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งเป็นหลักประกันที่จะทำให้เจ้าหน้าที่ตำรวจไม่ใช้อำนาจตามอำเภอใจ และคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนอย่างแท้จริง ในส่วนนี้จึงได้พิจารณาทบทวนกฎหมายซึ่งให้อำนาจดุลพินิจเจ้าหน้าที่ตำรวจในการดูแลการชุมนุมที่เกิดขึ้นในประเทศไทย โดยพิจารณาถึงเจตนารมณ์ของกฎหมาย บทบัญญัติกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการใช้ดุลพินิจในการดูแลการชุมนุมสาธารณะ คือ พระราชบัญญัติการชุมนุมสาธารณะ พ.ศ.2558 และบทกฎหมายอื่น ๆ ซึ่งเป็นประเด็นปัญหาที่เจ้าหน้าที่ตำรวจนำมาปรับใช้กับการชุมนุม อันทำให้การชุมนุมที่เกิดขึ้นในประเทศไทยมิได้สอดคล้องกับกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ อีกทั้งพิจารณาถึงบทกฎหมายที่ให้อำนาจองค์กรตุลาการในการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ตำรวจ โดยจะพิจารณาได้ต่อไปนี้

พระราชบัญญัติการชุมนุมสาธารณะ พ.ศ.2558

พระราชบัญญัติการชุมนุมสาธารณะ พ.ศ. 2558 เป็นกฎหมายที่กำหนดหลักเกณฑ์การใช้สิทธิการชุมนุมสาธารณะให้ชัดเจนและสอดคล้องกับกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิ

ทางการเมืองที่ประเทศไทยเป็นภาคี²⁶⁹ โดยกำหนดหน้าที่และแนวทางการปฏิบัติของผู้จัดการชุมนุมและผู้เข้าร่วมชุมนุมที่พึงต้องปฏิบัติ รวมทั้งเป็นบทบัญญัติที่กำหนดอำนาจหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ตำรวจในดูแลการชุมนุมสาธารณะ เพื่อให้การชุมนุมเป็นไปด้วยความสงบเรียบร้อย ไม่กระทบกระเทือนต่อความมั่นคงของชาติ ความปลอดภัยสาธารณะ ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีตลอดจนสุขอนามัยของประชาชน หรือความสะดวกของประชาชนที่จะใช้ที่สาธารณะ และไม่กระทบกระเทือนสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของผู้อื่น²⁷⁰ เมื่อมีการใช้เสรีภาพในการชุมนุมพระราชบัญญัติการชุมนุมสาธารณะ พ.ศ. 2558 ย่อมเป็นกฎหมายที่เจ้าหน้าที่ตำรวจและผู้ชุมนุมต้องคำนึงถึงเป็นอันดับแรก

พระราชบัญญัติการชุมนุมสาธารณะ พ.ศ.2558 มีเนื้อหาที่ประกอบไปด้วยบททั่วไป อันเป็นการกล่าวถึง กรอบการชุมนุมสาธารณะซึ่งต้องดำเนินไปโดยสงบและปราศจากอาวุธ โดยสอดคล้องกับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย และสถานที่ในการจัดการชุมนุม รวมถึงสถานที่ที่ต้องห้ามในการจัดการชุมนุม อีกทั้งมีบทบัญญัติเรื่อง การแจ้งการชุมนุมสาธารณะ หน้าที่ของผู้จัดการชุมนุมสาธารณะและผู้ชุมนุม รวมถึงการคุ้มครองความสะดวกของประชาชนในการดูแลการชุมนุมสาธารณะ

อย่างไรก็ดี แม้มีการประกาศใช้พระราชบัญญัติการชุมนุมสาธารณะแล้ว แต่ในทางปฏิบัติของเจ้าหน้าที่ตำรวจซึ่งเป็นผู้เกี่ยวข้องในการดูแลการชุมนุมสาธารณะ ได้มีการนำบทบัญญัติในเรื่องอื่น ๆ มาบังคับใช้บ่อยครั้ง²⁷¹ และขัดต่อเจตนารมณ์ของกฎหมาย เช่น ประมวลกฎหมายอาญาเรื่องการร่วมกันกีดขวางทางสาธารณะ หรือการยุยงปลุกปั่น พระราชบัญญัติจราจรทางบก พระราชบัญญัติควบคุมการโฆษณาโดยใช้เครื่องขยายเสียง หรือพระราชบัญญัติรักษาความสะอาดและความเป็นระเบียบเรียบร้อยของบ้านเมือง

ตัวอย่างเช่น คดีหมายเลขดำที่ 1314/2563²⁷² ศาลแขวงดุสิต ในกรณีการชุมนุม “ลบยังงี้ ก็ไม่ลืม”²⁷³ ในคดีนี้ศาลได้พิพากษานายอานนท์ นำพา โดยอาศัยพระราชบัญญัติรักษาความสะอาด

²⁶⁹ หลักการและเหตุผลพระราชบัญญัติการชุมนุมสาธารณะ พ.ศ.2558 ใน สำนักงานตำรวจแห่งชาติ, "คู่มือการปฏิบัติงานตามพระราชบัญญัติการชุมนุมสาธารณะ พ.ศ.2558 (ฉบับปรับปรุง พ.ศ.2563)" [ออนไลน์] เข้าถึงเมื่อ 9 ธันวาคม 2564. แหล่งที่มา: <https://peaceresourcecollaborative.org/deep-south/policies-and-laws/crowdcontrol-handbook#> หน้า 13.

²⁷⁰ เรื่องเดียวกัน, หน้า 15

²⁷¹ อ่านเพิ่มเติม สมชาย ปรีชาศิลปกุล และคณะ, "ร่างรายงานการศึกษาฉบับสมบูรณ์ เรื่อง ขอบเขตหน้าที่และอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญ รวมทั้งดุลยภาพในการคุ้มครองเสรีภาพในการชุมนุม", หน้า 8-1.

²⁷² กรณี นายอานนท์ นำพาถูกแจ้งในข้อหาความผิด ต่อพระราชบัญญัติรักษาความสะอาดและความเป็นระเบียบเรียบร้อยของบ้านเมือง พระราชบัญญัติจราจรทางบก พระราชบัญญัติควบคุมการโฆษณาโดยใช้เครื่องขยายเสียง ศาลได้พิเคราะห์

และความเป็นระเบียบเรียบร้อยของบ้านเมือง พระราชบัญญัติจราจรทางบก และพระราชบัญญัติควบคุมการโฆษณาโดยใช้เครื่องขยายเสียง โดยศาลได้วางแนวคำวินิจฉัยว่า การกางจอภาพและการวางเครื่องฉายโฮโลแกรม เพื่อการจัดกิจกรรมบนถนนราชดำเนินกลาง มีลักษณะเป็นการกีดขวางการจราจร และทางสาธารณะ จนอาจเป็นอุปสรรคต่อความปลอดภัยหรือความสะดวกในการจราจร และเป็นการกระทำที่มีการใช้โฆษณาโดยใช้เครื่องขยายเสียงโดยไม่ได้รับอนุญาต จากแนวคำพิพากษานี้ เห็นได้ว่า เจ้าหน้าที่ตำรวจได้ดำเนินคดีกับผู้จัดการชุมนุมโดยอาศัยบทกฎหมายอื่น ๆ นอกเหนือจากกฎหมายเกี่ยวกับการชุมนุมสาธารณะ อีกทั้งแนวคำพิพากษาของศาลก็ยังได้เน้นย้ำโดยวางหลักให้การชุมนุมสาธารณะต้องปฏิบัติตามกฎหมายฉบับอื่น ๆ อีกด้วย

นอกจากนี้ยังปรากฏกรณีการใช้พระราชบัญญัติควบคุมการโฆษณาโดยใช้เครื่องขยายเสียงในการควบคุมดูแลการชุมนุมสาธารณะ คือ เมื่อวันที่ 6 กุมภาพันธ์ 2562 เจ้าหน้าที่ตำรวจห้ามการชุมนุมสมัชชาคนจนบึงกาฬ ระบุเหตุผลส่วนหนึ่งว่า “การชุมนุมมีการใช้เครื่องขยายเสียง การชุมนุมเป็นการรบกวนการปฏิบัติงานหรือการใช้บริการสถานที่ ซึ่งเป็นการขัดต่อ มาตรา 8 (1) แห่งพระราชบัญญัติการชุมนุมสาธารณะ”²⁷⁴

ว่า “จำเลยที่ 1-7 ร่วมกันกางจอภาพสีขาวมีเสาต้านข้าง วางหมุดคณะราษฎรลงบนทางเดินรถ วางเครื่องฉายโฮโลแกรมบนทางเท้า ถนนราชดำเนินกลาง บริเวณอนุสาวรีย์ประชาธิปไตย และฉายโฮโลแกรมอ่านประกาศของคณะราษฎรลงบนจอภาพดังกล่าว “ลบบังไ้ ก็ไม่ลิม” อันเป็นการตั้ง วาง กองวัตถุหรือสิ่งของสิ่งใดสิ่งหนึ่งหรือกระทำด้วยประการใด ๆ บนถนน ทาง ซึ่งมีใช้บริเวณที่เจ้าพนักงานท้องถิ่นหรือพนักงานเจ้าหน้าที่ประกาศกำหนดด้วยความเห็นชอบของเจ้าพนักงานจราจร มีลักษณะเป็นการกีดขวางการจราจร และทางสาธารณะ จนอาจเป็นอุปสรรคต่อความปลอดภัยหรือความสะดวกในการจราจร โดยจำเลยทั้งเจ็ดไม่ได้รับอนุญาตและโดยไม่มีเหตุจำเป็น อันเป็นการฝ่าฝืนกฎหมาย นายอานนท์จำเลยที่ 1 ให้การรับสารภาพ ข้อเท็จจริงจึงรับฟังว่า จำเลยที่ 1 ได้โฆษณาโดยใช้เครื่องขยายเสียงด้วยกำลังไฟฟ้า เพื่อชี้แจงแนะนำแสดงความคิดเห็นในการจัดกิจกรรม “ลบบังไ้ ก็ไม่ลิม” แก่ประชาชน โดยจำเลยที่ 1 ไม่ได้รับอนุญาตจากพนักงานเจ้าหน้าที่ก่อนทำการโฆษณา อันเป็นการฝ่าฝืนกฎหมาย...” ในคดีนี้ ศาลได้พิพากษาให้นายอานนท์ ซึ่งเป็นจำเลยที่ 1 มีความผิดหลายกรรม ให้ลงโทษทุกกรรมเป็นรายกระทงความผิดไป และความผิดฐานร่วมกันตั้ง วาง กองวัตถุใด ๆ บนถนนโดยไม่ได้รับอนุญาตและโดยไม่มีเหตุจำเป็น ตามพระราชบัญญัติรักษาความสะอาดและความเป็นระเบียบเรียบร้อยของบ้านเมือง หรือกระทำด้วยประการใด ๆ ในลักษณะที่เป็นการกีดขวางการจราจร ตามพระราชบัญญัติจราจรทางบก เป็นการกระทำความผิดกรรมเดียวผิดต่อกฎหมายหลายบท ให้ลงโทษฐานร่วมกันตั้งวางกองวัตถุใด บนถนนโดยไม่ได้รับอนุญาต ซึ่งเป็นบทหนักสุด

จำเลยที่ 2-7 มีความผิดฐานร่วมกันตั้ง วาง กองวัตถุใด ๆ บนถนนโดยไม่ได้รับอนุญาตและโดยไม่มีเหตุจำเป็น หรือกระทำด้วยประการใด ๆ ในลักษณะที่เป็นการกีดขวางการจราจร เป็นการกระทำความผิดกรรมเดียวผิดต่อกฎหมายหลายบท ให้ลงโทษฐานร่วมกันตั้งวางกองวัตถุใด บนถนนโดยไม่ได้รับอนุญาต ซึ่งเป็นบทหนักสุด

²⁷³ Matichon Online, "ศาลสั่งปรับ อานนท์ 600 บาท คดีฉายโฮโลแกรมอ่านประกาศคณะราษฎร" [ออนไลน์]

เข้าถึงเมื่อ 11 มกราคม 2565. แหล่งที่มา: https://www.matichon.co.th/local/crime/news_2423580

²⁷⁴ "หนังสือแจ้งคำสั่งการชุมนุมสาธารณะ สถานีตำรวจภูธรเมืองบึงกาฬ," (6 กุมภาพันธ์ 2562).

จากที่กล่าวมาข้างต้น แสดงให้เห็นถึงในการใช้กฎหมายต่าง ๆ ซึ่งเจ้าหน้าที่ตำรวจนำมาใช้ควบคุมดูแลการชุมนุมสาธารณะที่นอกเหนือจากพระราชบัญญัติการชุมนุมสาธารณะ อันเป็นการทำให้เกิดความทับซ้อนทางด้านกฎหมาย รวมถึงการจำกัดเสรีภาพในการชุมนุมเกินควร ในที่นี้จะได้พิจารณาถึงประเด็นปัญหาและข้อจำกัดต่าง ๆ ซึ่งเจ้าหน้าที่มีอำนาจดุลพินิจในการดูแลการชุมนุมสาธารณะ ไว้ในหัวข้อ 4.2

กฎหมายในการให้อำนาจองค์กรตุลาการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ตำรวจ

พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

“มาตรา 9 ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาหรือมีคำสั่งในเรื่องดังต่อไปนี้

(1) คดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายไม่ว่าจะเป็นการออกกฎ คำสั่งหรือการกระทำอื่นใดเนื่องจากกระทำโดยไม่มีอำนาจหรือนอกเหนืออำนาจหน้าที่หรือไม่ถูกต้องตามกฎหมาย หรือโดยไม่ถูกต้องตามรูปแบบขั้นตอน หรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญที่กำหนดไว้สำหรับการกระทำนั้น หรือโดยไม่สุจริต หรือมีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม หรือมีลักษณะเป็นการสร้างขั้นตอนโดยไม่จำเป็นหรือสร้างภาระให้เกิดกับประชาชนเกินสมควร หรือเป็นการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบ...”

ตามบทบัญญัติดังกล่าว เป็นคดีที่อยู่ในอำนาจของศาลปกครอง โดยศาลปกครองเป็นศาลที่มีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีปกครอง อันได้แก่ ข้อพิพาทระหว่างหน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐด้วยกัน หรือระหว่างหน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกับเอกชน อันเนื่องมาจากการใช้อำนาจทางปกครองตามกฎหมายหรือการดำเนินกิจการทางปกครองของหน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ²⁷⁵ ดังนั้น การกระทำของรัฐที่มีชอบด้วยกฎหมายอาจเป็นกรณีที่เจ้าหน้าที่รัฐมีการกระทำในลักษณะใดลักษณะหนึ่งตามมาตรา 9(1) และสิ่งที่เกี่ยวข้องกับงานวิจัยเล่มนี้ คือ การใช้ดุลพินิจโดยมิชอบ

การใช้ดุลพินิจโดยมิชอบ อาจเกิดจากการที่เจ้าหน้าที่ของรัฐมีอำนาจดุลพินิจ ตามที่กฎหมายได้บัญญัติให้อำนาจไว้ แต่ได้ใช้อำนาจดุลพินิจนั้นไปในทางมิชอบเหนือโดยไม่มีเหตุผลหรือข้อเท็จจริงสนับสนุนตามสมควร²⁷⁶ โดยเจ้าหน้าที่ต้องใช้วิจารณญาณในการวินิจฉัยหรือพิจารณาสั่งการหรือใช้อำนาจให้เหมาะสมกับกรณีที่เกิดขึ้น ดังนั้น เมื่อฝ่ายบริหารหรือเจ้าหน้าที่รัฐมีการใช้ดุลพินิจโดยมิ

²⁷⁵ ฤทัย หงส์สิริ, ศาลปกครองและการดำเนินคดีในศาลปกครอง, พิมพ์ครั้งที่ 9 (กรุงเทพฯ: กรุงเทพมหานคร, 2561), หน้า 13.

²⁷⁶ คำพิพากษาฎีกาที่ 646-647/2510 (ประชุมใหญ่)

ชอบด้วยกฎหมาย ศาลปกครองย่อมมีอำนาจเข้ามาตรวจสอบได้ อย่างไรก็ตาม การตรวจสอบซึ่งศาลปกครองจะเข้ามาตรวจสอบได้มากนักน้อยเพียงไหน จะได้พิจารณาต่อไปในหัวข้อ 4.3

4.1.2 ฐานกฎหมายภายใต้สถานการณ์ฉุกเฉิน

จากการศึกษาความหมายและแนวทางการตีความของหลักสากลทั้ง ICCPR และหลักการสิทธาคู่ซ่า พบว่า ในสถานการณ์ฉุกเฉิน ต้องเป็นภัยคุกคามต่อการดำรงอยู่ของรัฐ ซึ่งสถานการณ์เหล่านี้จะต้องเกิดขึ้นจริงหรือใกล้จะถึง และร้ายแรงถึงขนาดที่จะ 1). กระทบต่อประชาชนทั้งหมด หรือพื้นที่บางส่วนหรือทั้งหมดของรัฐ 2). เป็นภัยต่อความปลอดภัยทางกายภาพของประชาชน ความเป็นอิสระทางการเมือง หรือบูรณภาพของรัฐ หรือความเป็นอยู่หรือการทำงานของสถาบันที่จำเป็นต่อการคุ้มครองและประกันสิทธิภายใต้ ICCPR ดังนั้น แม้ในสถานการณ์ฉุกเฉินของรัฐ ตามมาตรา 4 รัฐสามารถเลี่ยงพันธกรณีของ ICCPR ได้ แต่ต้องเป็นภัยคุกคามต่อการดำรงอยู่ของรัฐ ซึ่งสถานการณ์ฉุกเฉินนั้นต้องเป็นภัยคุกคามต่อประเทศชาติโดยรวม และภัยคุกคามนั้นจะต้องเกิดขึ้นจริงหรือใกล้จะเกิดมากกว่าการคาดคะเนหรือสันนิษฐานเท่านั้น

นอกจากนี้ ในกฎหมายต่างประเทศได้ให้ความหมายและที่มาของการใช้กฎหมายฉุกเฉินมีความแตกต่างกัน เช่น ประเทศอังกฤษตามพระราชบัญญัติภัยพิบัติพลเรือน (Civil Contingencies Act 2004) ได้ให้ความหมายของคำว่า “สถานการณ์ฉุกเฉิน” ในมาตรา 19(1)(2) ใจความว่า เหตุการณ์หรือสถานการณ์ที่เป็นภัยคุกคามให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงต่อสวัสดิภาพของมนุษย์ สภาพแวดล้อม สงคราม ลัทธิก่อการร้าย ซึ่งเป็นภัยคุกคามอย่างร้ายแรงต่อความมั่นคง²⁷⁷ และในช่วงสถานการณ์การแพร่ระบาดของโรคติดเชื้อไวรัสโคโรนา 2019 รัฐได้ประกาศใช้ Public Health (Control of Disease) Act 1984 และ Coronavirus Act 2020 ในการจัดการกับโรคระบาดที่เกิดขึ้นแทนที่จะเป็นการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉิน ในส่วนของประเทศฝรั่งเศส ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยสถานการณ์ฉุกเฉิน ลงวันที่ 3 เมษายน ค.ศ.1955 ได้ให้รายละเอียดในการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินไว้ว่า สถานการณ์ฉุกเฉินจะประกาศใช้ต่อเมื่อมีเหตุที่กระทบความสงบเรียบร้อยของบ้านเมืองหรือภัยต่อความมั่นคงของรัฐหรือภัยพิบัติ²⁷⁸ เมื่อเกิดกรณีซึ่งเป็นไปตามความหมายของบทบัญญัติดังกล่าว รัฐย่อมมีอำนาจในการประกาศใช้กฎหมายภายใต้กฎหมายดังกล่าว เพื่อจัดการและควบคุม

²⁷⁷ Civil Contingencies Act 2004 Article 19 (1) (2)

²⁷⁸ Article 1 Loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence.

ต่อสถานการณ์ต่าง ๆ ได้ และรายละเอียดในการจำกัดเสรีภาพการชุมนุมของประชาชนย่อมมีการใช้ที่แตกต่างกันออกไปด้วย

อย่างไรก็ดี หากพิจารณาการประกาศใช้กฎหมายฉุกเฉินในประเทศไทยตามแนวทางของหลักสากลและกฎหมายต่างประเทศในช่วงต้น จะพบว่า ในหลายกรณีมิได้ประกาศใช้กฎหมายเพื่อจัดการกับภัยคุกคามต่อความอยู่รอดของรัฐ และเป็นภัยคุกคามที่มีการคาดคะเนว่าจะเกิดขึ้นเท่านั้น อีกทั้งในประเทศไทยยังมีการประกาศใช้กฎหมายฉุกเฉินบ่อยครั้ง และกำหนดขอบเขตคำว่าสถานการณ์ฉุกเฉินไว้อย่างกว้าง เช่น เมื่อมีการชุมนุมขนาดใหญ่เกิดขึ้น รัฐก็อาจอ้างความมั่นคงของรัฐเพื่อประกาศใช้กฎหมายฉุกเฉินได้ เมื่อเทียบกับกฎหมายต่างประเทศซึ่งให้หมายความเฉพาะในเรื่องของภัยพิบัติหรือความมั่นคงซึ่งเป็นเรื่องของความดำรงอยู่ของรัฐอย่างแท้จริง ในขณะเดียวกันการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจโดยองค์กรตุลาการยังถูกจำกัดเพียงเพื่อให้อำนาจฝ่ายบริหารสามารถจัดการกับการสถานการณ์ฉุกเฉินได้อย่างรวดเร็ว

ในหัวข้อนี้จึงจำเป็นต้องศึกษากฎหมายที่ใช้ภายใต้สถานการณ์ฉุกเฉินในประเทศไทย ได้แก่ 1). พระราชบัญญัติกฎอัยการศึก พ.ศ.2457 2). พระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ.2548 และ 3). พระราชบัญญัติการรักษาความมั่นคงภายในราชอาณาจักร พ.ศ.2551 โดยพิจารณาถึงความหมายของสถานการณ์ฉุกเฉินตามบทบัญญัติกฎหมาย และการใช้อำนาจดุลพินิจจำกัดเสรีภาพในการชุมนุมภายใต้กฎหมายฉุกเฉิน

พระราชบัญญัติกฎอัยการศึก พ.ศ.2457

กฎอัยการศึกเป็นกฎหมายที่บัญญัติขึ้นตั้งแต่สมัยรัชกาลที่ 6 ซึ่งถือเป็นการปกครองในระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ และจะมีผลบังคับต่อเมื่อมีการประกาศใช้เท่านั้น การประกาศใช้จะกระทำได้ต่อเมื่อมีสงครามหรือจลาจลเกิดขึ้น มีเหตุอันจำเป็นต้องรักษาความสงบเรียบร้อยจากภัยซึ่งมาจากภายนอกหรือภายในราชอาณาจักร²⁷⁹

²⁷⁹ พระราชบัญญัติกฎอัยการศึก พ.ศ. 2457

เมื่อเวลาที่มีเหตุอันจำเป็นเพื่อรักษาความเรียบร้อยปราศจากภัย ซึ่งจะมีมาจากภายนอกหรือภายในราชอาณาจักรแล้ว จะให้มีประกาศพระบรมราชโองการให้ใช้กฎอัยการศึกทุกมาตราหรือแต่บางมาตรา หรือขอความร่วมมือส่วนใดส่วนหนึ่งของมาตรา ตลอดจนการกำหนดเงื่อนไขแห่งการใช้บทบัญญัตินั้นบังคับในส่วนหนึ่งส่วนใดของราชอาณาจักรหรือตลอดทั่วราชอาณาจักร และถ้าได้ประกาศใช้เมื่อใด หรือ ณ ที่ใดแล้ว บรรดาข้อความในพระราชบัญญัติหรือบทกฎหมายใด ๆ ซึ่งขัดกับความของกฎอัยการศึกที่ให้มีบังคับต้องระงับ และใช้บทบัญญัติของกฎอัยการศึกที่ให้มีบังคับนั้นแทน

บทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับเสรีภาพในการชุมนุมคือ มาตรา 11(1) กำหนดว่า การห้ามนั้นให้อำนาจที่จะห้ามมั่วสุมประชุมกัน หมายความว่า ภายหลังจากการประกาศใช้กฎอัยการศึกมักจะมีการประกาศห้ามมีการมั่วสุมประชุมกันตามมาด้วย ตัวอย่างเช่น ประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 13 เมื่อวันที่ 22 ตุลาคม 2501 ของ จอมพลสฤษดิ์ ธนะรัชต์ ระบุว่า

“ตามที่ได้ประกาศใช้กฎอัยการศึกทั่วราชอาณาจักรตั้งแต่วันที่ 20 ตุลาคม 2501 เวลา 21.13 นาฬิกาแล้ว และโดยเห็นสมควรห้ามการกระทำบางอย่าง จึงห้ามมิให้มีการมั่วสุมประชุมกันในทางการเมือง ณ ที่ใด ๆ ที่จำนวนตั้งแต่ 5 คนขึ้นไป หากผู้ใดฝ่าฝืนให้เจ้าพนักงานจับกุมเพื่อดำเนินการสอบสวนความผิด” และมีกรณีตัวอย่างจากการประกาศใช้คำสั่งดังกล่าว เช่น คำพิพากษาฎีกาที่ 970/2504 ระหว่างอัยการศาลจังหวัดยโสธร กับนายทำฮว่าง และนายยิง งวนวัน เป็นจำเลยที่ 1 และ 2 ทั้งสองคนถูกกล่าวหาว่าได้ร่วมกันกับพวกรวม 6 คน ประชุมกันเพื่อเขียนคำร้องทุกข์ยื่นต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ อันเป็นการฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติตามคำสั่งเรื่องการมั่วสุมประชุมกันทางการเมืองตั้งแต่ 5 คนขึ้นไป ทางอัยการได้ฟ้องในความผิดฐานขัดคำสั่งเจ้าพนักงาน

คดีนี้ศาลชั้นต้นพิพากษาว่า จำเลยทั้งสองกระทำผิดตามฟ้อง ก่อนที่ศาลอุทธรณ์และศาลฎีกาจะพิพากษากลับเป็นยกฟ้องคดี เนื่องจากเห็นว่า การกระทำของจำเลยไม่เป็นการมั่วสุมประชุมกันในทางการเมือง การยื่นคำร้องดังกล่าวเป็นการแสดงความคิดเห็นต่อเจ้าพนักงาน ซึ่งประชาชนย่อมจะเสนอความคิดเห็นต่อเจ้าพนักงานได้จึงไม่มีความผิดฐานขัดคำสั่งเจ้าพนักงาน จะเห็นได้ว่าในช่วงยุคเผด็จการของจอมพลสฤษดิ์ ธนะรัชต์ การมั่วสุมชุมนุมทางการเมืองมิได้มีความผิดในตัวเอง แต่มีการนำข้อกล่าวหาอื่นที่มีอยู่แล้วในกฎหมายอาญา คือ ความผิดฐานขัดคำสั่งของเจ้าพนักงานมาใช้ในการดำเนินคดีแทน

การประกาศใช้กฎอัยการศึก ณ ท้องที่ใด กฎหมายกำหนดให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายพลเรือนในส่วนที่เกี่ยวข้องกับยุทธการ การระงับปราบปราม หรือการรักษาความสงบเรียบร้อย และเจ้าหน้าที่ฝ่ายพลเรือนต้องปฏิบัติตามความต้องการของเจ้าหน้าที่ฝ่ายทหาร โดยให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายทหารมีอำนาจเต็มหรือเหนือกว่าฝ่ายพลเรือน และยังมีอำนาจประกาศให้ศาลทหารมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีอาญาตามที่กำหนดได้ อันเป็นการถ่ายโอนอำนาจการพิจารณาคดีจากศาลพลเรือนไปสู่ศาลทหาร

ในเรื่องการพิจารณาการตรวจสอบโดยศาลภายใต้กฎอัยการศึกนี้ พบว่า การกระทำใดของเจ้าหน้าที่ฝ่ายทหารไม่อาจเรียกร้องความรับผิดชอบจากเจ้าหน้าที่ฝ่ายทหารได้ ซึ่งหมายความว่า ความเสียหายซึ่งอาจเกิดขึ้นอย่างหนึ่งอย่างใดในเรื่องอำนาจของเจ้าหน้าที่ฝ่ายทหาร บุคคลหรือบริษัทใดจะร้องขอค่าเสียหายหรือค่าปรับอย่างหนึ่งอย่างใดแก่เจ้าหน้าที่ฝ่ายทหารไม่ได้เลย เพราะอำนาจ

ทั้งหมดซึ่งได้กระทำลงตามกฎอัยการศึกนี้เป็นไปเพื่อป้องกันพระมหากษัตริย์ ชาติ ศาสนา ด้วยกำลังทหารให้ดำรงคงอยู่ในความเจริญรุ่งเรืองเป็นอิสราภาพและสงบเรียบร้อยปราศจากศัตรูภายนอกและภายใน ดังนั้น ภายใต้การประกาศใช้กฎอัยการศึก การใดที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายทหารได้กระทำลงไปในเรื่องการควบคุมการชุมนุมย่อมไม่อาจถูกตรวจสอบได้

พระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ.2548

พระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน เป็นบทบัญญัติที่สามารถประกาศใช้ได้เมื่อมีสถานการณ์ฉุกเฉินเกิดขึ้น คือ สถานการณ์อันกระทบหรืออาจกระทบต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชนหรือเป็นภัยต่อความมั่นคงของรัฐ หรืออาจทำให้ประเทศหรือส่วนใดส่วนหนึ่งของประเทศตกอยู่ในภาวะคับขันหรือมีการกระทำความผิดเกี่ยวกับการก่อการร้ายตามประมวลกฎหมายอาญา การรบ หรือการสงคราม ซึ่งจำเป็นต้องมีมาตรการเร่งด่วนเพื่อรักษาไว้ซึ่งการปกครองระบบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย เอกราช และบูรณภาพแห่งอาณาเขต ผลประโยชน์ของชาติ การปฏิบัติตามกฎหมาย ความปลอดภัยของประชาชน การดำรงชีวิตโดยปกติสุขของประชาชน การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพ ความสงบเรียบร้อยหรือประโยชน์ส่วนรวม หรือการป้องกันหรือแก้ไขเยียวยาความเสียหายจากภัยพิบัติสาธารณะอันมีมาอย่างฉุกเฉินและร้ายแรง²⁸⁰ และนายกรัฐมนตรีโดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรี มีอำนาจในการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินหรือสถานการณ์ฉุกเฉินร้ายแรง เพื่อบังคับใช้ทั่วราชอาณาจักรหรือบางเขตบางท้องที่ตามความจำเป็น รวมทั้งการมีอำนาจในการขยายเวลาบังคับใช้

บทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับเสรีภาพในการชุมนุมที่มีถูกนำมาใช้ คือ มาตรา 9 (2) กำหนดไว้ในกรณีมีความจำเป็นเพื่อแก้ไขสถานการณ์ฉุกเฉินให้ยุติลงได้โดยเร็วหรือป้องกันมิให้เกิดเหตุการณ์ร้ายแรงมากขึ้น ให้นายกรัฐมนตรีมีอำนาจออกข้อกำหนด ห้ามมิให้บุคคลชุมนุมมั่วสุมกัน ณ ที่ใด ๆ หรือกระทำการอันใดเป็นการยุยงให้เกิดความไม่สงบเรียบร้อย โดยมีบทกำหนดโทษไว้ตามมาตรา 18 อันเป็นโทษทางอาญา ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 2 ปี หรือปรับไม่เกินสี่หมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

ตัวอย่างเช่น วันที่ 12 เมษายน 2552 สมัยรัฐบาลนายอภิสิทธิ์ เวชชาชีวะ ได้ประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินที่มีความร้ายแรง²⁸¹ ในเขตท้องที่กรุงเทพมหานครจังหวัดนนทบุรี อำเภอมืองสมุทรปราการ อำเภอบางพลี อำเภอบางปะอิน อำเภอบางบาล อำเภอบางเสาธง จังหวัด

²⁸⁰ พระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548 มาตรา 4

²⁸¹ ราชกิจจานุเบกษา เล่มที่ 126 ตอนพิเศษ 55 ง หน้า 6 14 เมษายน 2552

สมุทรปราการ อำเภอดุสิตบุรี อำเภอลาดหลุมแก้ว อำเภอสสามโคก อำเภอลำลูกกา อำเภอลองหลวง จังหวัดปทุมธานี อำเภอพุทธมณฑล จังหวัดนครปฐม และอำเภอวังน้อย อำเภอบางปะอิน อำเภอบางไทร อำเภอลาดบัวหลวง จังหวัดพระนครศรีอยุธยา เนื่องมาจากสถานการณ์การชุมนุมของกลุ่มผู้ชุมนุม เสื้อแดงปิดถนนในกรุงเทพมหานครและเขตปริมณฑลเพื่อขับไล่รัฐบาล²⁸² หรือ

กรณีการประกาศใช้พระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน ในวันที่ 25 มีนาคม 2563²⁸³ โดยพลเอก ประยุทธ์ จันทร์โอชาเพื่อควบคุมสถานการณ์ฉุกเฉินด้านสุขภาพ การแพร่ระบาดของโรคติดเชื้อไวรัสโคโรนา 2019 (โควิด 19)²⁸⁴

การประกาศใช้พระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉินข้างต้น เป็นกรณีการใช้เพื่อควบคุมการแพร่ระบาดของโรคติดเชื้อไวรัสโคโรนา 2019 ตามเหตุผลที่ได้กำหนดไว้ในข้อกำหนดดังกล่าวข้างต้น ซึ่งมีผลเป็นการห้ามการชุมนุมโดยเด็ดขาด อย่างไรก็ตาม แม้ต่อมาวันที่ 30 กันยายน 2564 ได้มีประกาศของหัวหน้าผู้รับผิดชอบในการแก้ไขสถานการณ์ฉุกเฉินในส่วนที่เกี่ยวกับความมั่นคง ผ่อนคลายความเข้มงวดของมาตรการบางกรณีเพื่อให้สอดคล้องกับสถานการณ์การติดเชื้อที่มีแนวโน้มในทางที่ดีขึ้น แต่ยังคงไว้ซึ่งการห้ามการชุมนุม ใจความว่า

“สืบเนื่องมาจากผลการบูรณาการและประสานความร่วมมือของทุกฝ่ายรวมทั้งความร่วมมือของภาคประชาชนในการปฏิบัติตามมาตรการการป้องกันการติดเชื้อแบบครอบจักรวาล รวมทั้งมาตรการอื่น ๆ ที่กำหนด ทำให้สถานการณ์การระบาดของโรค โควิด-19 ในประเทศไทยมี

²⁸² เพื่อให้สามารถแก้ไขสถานการณ์ฉุกเฉินให้ยุติได้โดยเร็ว และป้องกันมิให้เกิดเหตุการณ์ร้ายแรงมากขึ้น อาศัยอำนาจตามมาตรา 9 และมาตรา 11 วรรคสอง แห่งพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉินพุทธศักราช 2548 อันเป็นกฎหมายที่มีบทบัญญัติบางประการเกี่ยวกับการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคล ซึ่งมาตรา 29 ประกอบกับมาตรา 32 มาตรา 33 มาตรา 34 มาตรา 36 มาตรา 38 มาตรา 41 มาตรา 43 มาตรา 45 และมาตรา 63 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย บัญญัติให้กระทำได้โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย นายกรัฐมนตรีจึงออกข้อกำหนดดังต่อไปนี้

1. ห้ามมิให้มีการชุมนุมหรือมั่วสุมกัน ณ ที่ใด ๆ ตั้งแต่ห้าคนขึ้นไปในเขตท้องที่กรุงเทพมหานคร หรือกระทำการใดอันเป็นการยุยงให้เกิดความไม่สงบเรียบร้อย ...

²⁸³ ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 137 ตอนพิเศษ 69 ง หน้า 10 25 มีนาคม 2563

²⁸⁴ ตามที่ได้มีการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินในเขตท้องที่ทั่วราชอาณาจักร ตั้งแต่วันที่ 26 มีนาคม 2563 แล้วนั้น เพื่อให้สามารถแก้ไขสถานการณ์ฉุกเฉินให้ยุติได้โดยเร็วและป้องกันมิให้เกิดเหตุการณ์ร้ายแรงมากขึ้น อาศัยอำนาจตามความในมาตรา 9 แห่งพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548 และมาตรา 11 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 นายกรัฐมนตรีจึงออกข้อกำหนดและข้อปฏิบัติแก่ส่วนราชการทั้งหลายภายใต้หลักเกณฑ์เงื่อนไขและเงื่อนไข ดังต่อไปนี้

ข้อ 5 การห้ามชุมนุม ห้ามมิให้มีการชุมนุมการทำการกรรมหรือการมั่วสุมกันที่ใดใดในสถานที่แออัดหรือการกระทำการดังกล่าวอันเป็นการยุยงให้เกิดความไม่สงบเรียบร้อยทั้งนี้ภายในเขตพื้นที่ที่หัวหน้าผู้รับผิดชอบในการแก้ไขสถานการณ์ฉุกเฉินในส่วนที่เกี่ยวกับความมั่นคงประกาศกำหนด...

แนวโน้มของสถานการณ์คลี่คลายไปในทางที่ดีขึ้น เพื่อการขับเคลื่อนภาคเศรษฐกิจการฟื้นฟู และพัฒนาประเทศในระยะยาว ควบคู่กับการป้องกันและควบคุมโรคอย่างสมดุลและยั่งยืน รัฐบาลจึงได้ออกข้อกำหนดตามความในมาตรา 9 แห่งพระราชกำหนดการราชการฉุกเฉินพหุศักราช 2548 (ฉบับที่ 34) ลงวันที่ 28 กันยายน พ.ศ. 2564 ซึ่งมีมาตรการผ่อนคลายความเข้มงวดบางกรณีให้มีความเหมาะสม โดยกำหนดมาตรการควบคุมเท่าที่จำเป็นตามระดับพื้นที่โฆษณาการเพื่อให้สอดคล้องกับสถานการณ์ปัจจุบัน...

3. ห้ามมิให้มีการชุมนุม หรือการทำกิจกรรมที่มีความเสี่ยงต่อการแพร่โรค ในพื้นที่ที่มีประกาศหรือคำสั่งกำหนดเป็นพื้นที่ควบคุมสูงสุดและเข้มงวด พื้นที่ควบคุมสูงสุด พื้นที่ควบคุม พื้นที่เฝ้าระวังสูง พื้นที่เฝ้าระวัง เว้นแต่กรณีได้รับอนุญาตจากพนักงานเจ้าหน้าที่ หรือกิจกรรมที่ได้รับการยกเว้น

...²⁸⁵

การบังคับให้เป็นไปตามกฎหมาย นายกรัฐมนตรีเห็นสมควรใช้กำลังเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองหรือตำรวจ เจ้าหน้าที่ฝ่ายพลเรือนหรือเจ้าหน้าที่ฝ่ายทหารร่วมกันป้องกัน แก้ไข ปราบปราม ระงับยับยั้ง ฟื้นฟู หรือช่วยเหลือประชาชน จากตัวอย่างการประกาศวันที่ 30 มีนาคม 2564 พบว่า แม้มีการผ่อนคลายการควบคุมการแพร่ระบาดของโรคติดเชื้อไวรัสโคโรนา 2019 แต่ยังคงกำหนดให้การชุมนุมสาธารณะยังคงอยู่ภายใต้ระบบการขออนุญาต มิได้ให้การชุมนุมอยู่ภายใต้พระราชบัญญัติการชุมนุมสาธารณะซึ่งเป็นระบบการแจ้งล่วงหน้าแต่อย่างใด

ข้อพิจารณาเบื้องต้นจะพบว่า เมื่อมีการประกาศใช้พระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉินเพื่อควบคุมการแพร่ระบาดของโรคติดเชื้อไวรัสโคโรนา 2019 การประกาศห้ามชุมนุมภายใต้พระราชกำหนดการบริหารราชการฉุกเฉินและการบังคับใช้ข้อกำหนดดังกล่าวนี้ จะต้องสอดคล้องเพื่อเป็นไปในทางในการควบคุมโรคเท่านั้น และข้อกำหนดที่ออกมาต้องใช้กับการชุมนุมเพื่อป้องกันการแพร่โรคติดเชื้อไวรัสโคโรนา 2019 มิใช่เป็นการจำกัดเสรีภาพในการชุมนุมเพราะเหตุผลประการอื่น

บทกฎหมายได้กำหนดให้พนักงานเจ้าหน้าที่ และผู้มีอำนาจหน้าที่เช่นเดียวกับพนักงานเจ้าหน้าที่ ไม่ต้องรับผิดชอบทั้งทางแพ่ง ทางอาญา หรือทางวินัย เนื่องจากการปฏิบัติหน้าที่ในการระงับหรือป้องกันการกระทำหากเป็นการกระทำที่สุจริต ไม่เลือกปฏิบัติ และไม่เกินสมควรแก่เหตุหรือ

²⁸⁵ ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 138 ตอนพิเศษ 239 ง หน้า 36 30 กันยายน 2564

ไม่เกินกว่ากรณีความจำเป็น²⁸⁶ ดังนั้น เมื่อมีการประกาศใช้พระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน ข้อกำหนด ประกาศ คำสั่ง หรือการกระทำตามกฎหมายดังกล่าวจึงไม่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง แต่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลยุติธรรม²⁸⁷ อย่างไรก็ตาม การกำหนดให้การใช้อำนาจภายใต้พระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉินอยู่ภายใต้การพิจารณาคดีของศาลยุติธรรมอาจไม่มีความเหมาะสมเท่าใดนัก โดยพิจารณาได้ 2 กรณีดังนี้

กรณีแรก เป็นการพิจารณาคดีหรือข้อพิพาทระหว่างหน่วยงานรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกับเอกชนอันเนื่องมาจากการปฏิบัติหน้าที่หรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่ของหน่วยงานรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ²⁸⁸ กล่าวอีกนัยคือ เป็นคดีที่เกิดจากการใช้อำนาจทางปกครอง ดังนั้น โดยลักษณะเนื้อหาของกฎหมายฉบับนี้จึงเป็นเรื่องของคดีปกครอง การที่ศาลยุติธรรมพิจารณาพิพากษาจึงอาจขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 197 ซึ่งเป็นบทบัญญัติเรื่องเขตอำนาจศาลปกครอง²⁸⁹

กรณีที่สอง เนื่องจากศาลยุติธรรมมีวิธีการพิจารณาในระบกกกล่าวหา ซึ่งผลกระทการพิสูจน์ให้ตกแก่คู่ความฝ่ายที่กล่าวอ้างข้อเท็จจริง อันเป็นการยากลำบากที่ฝ่ายประชาชนจะเสนอปัญหาให้ศาลวินิจฉัยชี้ขาดว่าการกระทำทางปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมาย เนื่องจากโดยทั่วไปเอกสารพยานหลักฐานที่จะใช้พิสูจน์อยู่ในความครอบครองของฝ่ายปกครอง ในขณะที่ศาลปกครองใช้วิธี

²⁸⁶ พระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ.2548 มาตรา 17

²⁸⁷ สุริยา ปานแป้น และ อนุวัฒน์ บุญนันท์, คู่มือสอบกฎหมายปกครอง, พิมพ์ครั้งที่ 13 (กรุงเทพฯ สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2562), หน้า 319.

²⁸⁸ ฤทัย หงส์สิริ, ศาลปกครองและการดำเนินคดีในศาลปกครอง, หน้า 4.

²⁸⁹ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา 197

“ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีปกครองอันเนื่องมาจากการใช้อำนาจทางปกครองตามกฎหมายหรือเนื่องมาจากการดำเนินกิจการทางปกครอง ทั้งนี้ ตามกฎหมายบัญญัติ”

ต่อมาได้มีคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 9/2553 ให้มาตรา 16 แห่งพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉินไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ โดยมีใจความว่า พระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548 มีเจตนารมณ์ให้ฝ่ายบริหารมีอำนาจพิเศษบางประการสำหรับบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน อันเป็นเครื่องมือในการรักษาความมั่นคงของรัฐ ความปลอดภัยของประเทศ และป้องกันภัยพิบัติสาธารณะ ซึ่งเป็นประโยชน์ต่อสังคมส่วนรวมยิ่งกว่าประโยชน์ของปัจเจกชน และเพื่อให้รัฐสามารถแก้ไขปัญหาของบ้านเมืองให้บรรลุผลสำเร็จและเป็นไปตามความจำเป็นของสถานการณ์ของบ้านเมืองเท่านั้น ซึ่งเป็นระยะเวลาชั่วคราว จนกว่าจะมีการประกาศยกเลิกสถานการณ์ฉุกเฉิน ทั้งผู้ได้รับผลกระทบจากการดำเนินการตามพระราชกำหนดดังกล่าวยังสามารถนำคดีเข้าสู่กระบวนการพิจารณาของศาลยุติธรรมได้ รวมทั้งมีสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายจากทางราชการตามกฎหมายว่าด้วยความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่อีกด้วย ดังนั้น มาตรา 16 แห่งพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉินฯ จึงมิได้มีลักษณะที่เป็นการจำกัดสิทธิของบุคคลในการนำคดีเข้าสู่กระบวนการตรวจสอบขององค์กรตุลาการ จึงไม่ขัดหรือแย้งต่อมาตรา 223 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฯ แต่ประการใด

พิจารณาระบบใต้ส่วน ย่อมจะเอื้อประโยชน์ต่อประชาชนที่อาจได้รับความเสียหายจากกฎ คำสั่งทางปกครองหรือการปฏิบัติงานของเจ้าหน้าที่ได้ดียิ่งกว่า²⁹⁰ และหากศาลยุติธรรมพิจารณาแล้วว่ากฎไม่ชอบด้วยกฎหมาย ย่อมมีผลเฉพาะคดีเท่านั้น ไม่มีอำนาจในการเพิกถอนกฎแต่อย่างใด ซึ่งหากเป็นการพิจารณาของศาลปกครอง การเพิกถอนกฎย่อมมีผลบังคับใช้เป็นการทั่วไป²⁹¹ การฟ้องร้องต่อศาลปกครองจึงเป็นวิธีที่เอื้อต่อการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนได้มากกว่าศาลยุติธรรม ดังนั้น ในกรณีที่พระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉินได้ตัดอำนาจศาลปกครองออกไป ทำให้การกระทำใด ๆ ของเจ้าหน้าที่ตำรวจในใช้อำนาจในห้วงเวลาดังกล่าว ไม่อาจถูกตรวจสอบได้อย่างมีมาตรฐานจากศาลปกครอง

พระราชบัญญัติการรักษาความมั่นคงภายในราชอาณาจักร พ.ศ.2551

กฎหมายว่าด้วยเรื่องการรักษาความมั่นคงภายในราชอาณาจักร คือ การดำเนินการเพื่อป้องกัน ควบคุม แก้ไข และฟื้นฟูสถานการณ์ ที่เป็นภัยหรืออาจเป็นภัยอันเกิดจากบุคคลหรือกลุ่มบุคคลที่ก่อให้เกิดความไม่สงบสุข ทำลาย หรือทำความเสียหายต่อชีวิต ร่างกาย ทรัพย์สินของประชาชนหรือของรัฐให้กลับสู่สภาวะปกติ เพื่อให้เกิดความสงบเรียบร้อยของประชาชนหรือความมั่นคงของรัฐ โดยกฎหมายฉบับนี้จะถูกประกาศใช้ต่อเมื่อมีเหตุการณ์อันกระทบต่อความมั่นคงภายในราชอาณาจักรซึ่งเป็นไปตามความหมายข้างต้นที่กล่าวมา แต่ยังไม่มีความจำเป็นต้องประกาศสถานการณ์ฉุกเฉิน และเหตุการณ์นั้นมีแนวโน้มจะมิอยู่ต่อไปเป็นเวลานาน ทั้งนี้ คณะรัฐมนตรีจะมีมติมอบหมายให้ กองอำนวยการรักษาความมั่นคงภายในราชอาณาจักร (กอ.รมน.) เป็นผู้รับผิดชอบในการ ป้องกันปราบปราม ระงับ ยับยั้ง และแก้ไขหรือบรรเทาเหตุการณ์ที่กระทบต่อความมั่นคงภายในราชอาณาจักรภายในพื้นที่และระยะเวลาที่กำหนดไว้

กฎหมายฉบับนี้มีมักถูกนำมาใช้ในการควบคุมและจัดการการชุมนุมทางการเมือง ซึ่งรัฐมักใช้เป็นเหตุว่าการชุมนุมเป็นสถานการณ์ที่กระทบต่อความมั่นคงภายในราชอาณาจักร และบทบัญญัติที่ถูก

²⁹⁰ บรรหาร กาลา, "บทวิเคราะห์การบังคับใช้พระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ.2548 กับปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ," วารสารจตุลนิติ 5, 6 (พฤศจิกายน-ธันวาคม 2551): 37.

²⁹¹ Public Law Net, "วิเคราะห์ พ.ร.ก.การบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ.๒๕๔๘ โดย อาจารย์ ปิยบุตร แสงกนกกุล" [ออนไลน์] เข้าถึงเมื่อ 6 เมษายน 2565. แหล่งที่มา: <http://public-law.net/publaw/printPublaw.aspx?ID=886>

นำมาใช้เพื่อควบคุมการชุมนุมมาโดยตลอด คือ มาตรา 18 (2)²⁹² อย่างไรก็ตาม ในทางปฏิบัติรัฐบาลมักจะประกาศห้ามบุคคลหรือกลุ่มบุคคลเข้าไปในพื้นที่หรืออาคารที่เป็นเขตหวงห้ามเด็ดขาด

กรณีตัวอย่างเช่น 7 เมษายน 2553²⁹³ ในช่วงเวลาที่กลุ่มคนเสื้อแดงยังคงชุมนุมเคลื่อนไหวในกรุงเทพมหานคร คณะรัฐมนตรีมีมติประกาศพื้นที่ปรากฏเหตุการณ์อันกระทบต่อความมั่นคงภายในราชอาณาจักร

ต่อมาได้ออกข้อกำหนด ความว่า “ห้ามบุคคลใดเข้าหรือต้องออกจากบริเวณพื้นที่อาคารที่เป็นเขตพื้นที่หวงห้ามเด็ดขาด เว้นแต่เป็นบุคคลที่ได้อนุญาตจากพนักงานเจ้าหน้าที่...” เช่น เขตพระราชฐาน สถานที่ราชการ ที่ตั้งหน่วยทหารหรือตำรวจ บ้านสี่เสาเทเวศร์ สโมสรทหารบก เป็นต้น ในขณะเดียวกันได้ประกาศใช้พระราชกำหนดการบริหารราชการฉุกเฉิน โดยเป็นสถานการณ์ฉุกเฉินที่มีความร้ายแรงในเขตพื้นที่เดียวกันกับการรักษาความสงบภายใต้พระราชบัญญัติการรักษาความมั่นคงภายในราชอาณาจักรอีกด้วย โดยได้ออกข้อกำหนด ห้ามมิให้มีการชุมนุมหรือมั่วสุมกัน ณ ที่ใด ๆ ตั้งแต่ห้าคนขึ้นไป หรือกระทำการอันเป็นการยุยงให้เกิดความไม่สงบเรียบร้อย ทั้งนี้ ภายในเขตพื้นที่ที่หัวหน้ารับผิดชอบประกาศกำหนด

ยกตัวอย่างการประกาศพื้นที่ปรากฏเหตุการณ์อันกระทบต่อความมั่นคงในราชอาณาจักรเช่น

- กรณีเมื่อวันที่ 9 กรกฎาคม 2552 ประกาศให้เขตพื้นที่จังหวัดภูเก็ตและทะเลอาณาเขต 5 กิโลเมตร รอบจังหวัดภูเก็ตเป็นพื้นที่ปรากฏเหตุการณ์อันกระทบต่อความมั่นคงภายในราชอาณาจักร เพื่อปฏิบัติการรักษาความปลอดภัยในการประชุมรัฐมนตรีต่างประเทศ ณ จังหวัดภูเก็ต โดยให้มีผลบังคับใช้ระหว่างวันที่ 20 - 24 กรกฎาคม 2552

- กรณีเมื่อวันที่ 24 สิงหาคม 2552 รัฐมนตรีมีมติประกาศให้เขตพื้นที่เขตดุสิตกรุงเทพมหานคร เป็นพื้นที่ปรากฏเหตุการณ์อันกระทบต่อความมั่นคงภายในราชอาณาจักร มีผลบังคับใช้ระหว่างวันที่ 29 สิงหาคม ถึง 1 กันยายน 2552 ในช่วงเวลาที่กลุ่มผู้ชุมนุมเสื้อแดงจะทำการเคลื่อนไหวครั้งใหญ่

- กรณีเมื่อวันที่ 7 เมษายน 2553 คณะรัฐมนตรีประกาศให้เขตพื้นที่กรุงเทพมหานคร พื้นที่บางส่วนของจังหวัดนนทบุรี และจังหวัดสมุทรปราการ เป็นพื้นที่ปรากฏเหตุการณ์อันกระทบต่อความมั่นคงภายในราชอาณาจักร โดยให้มีผลบังคับใช้วันที่ 8 ถึง 20 เมษายน 2553 เพื่อให้เกิดความ

²⁹² มาตรา 18 (2) “ห้ามเข้าหรือให้ออกจากบริเวณพื้นที่ อาคาร หรือสถานที่ที่กำหนดในห้วงเวลาที่ปฏิบัติการ เว้นแต่ได้รับอนุญาตจากพนักงานเจ้าหน้าที่ หรือบุคคลซึ่งได้รับการยกเว้น”

²⁹³ 1. ให้เขตพื้นที่กรุงเทพมหานคร อำเภอปากเกร็ด และอำเภอเมืองนนทบุรี จังหวัดนนทบุรี และอำเภอบางพลี อำเภอบางเสาธง อำเภอบางบ่ออำเภอ พระประแดง และอำเภอเมืองสมุทรปราการ จังหวัดสมุทรปราการ เป็นพื้นที่ปรากฏเหตุการณ์อันกระทบต่อความมั่นคงภายในราชอาณาจักร

ต่อเนื่องในการปฏิบัติการป้องกัน ปราบปราม ระวัง ยับยั้ง และแก้ไขหรือบรรเทาเหตุการณ์ที่กระทบต่อความมั่นคงภายในราชอาณาจักร ในช่วงเวลาที่กลุ่มผู้ชุมนุมเสื้อแดงยังคงชุมนุมเคลื่อนไหวครั้งใหญ่ในกรุงเทพมหานคร

จากการศึกษาสามารถพิจารณาได้ว่า พระราชบัญญัติการรักษาความมั่นคงภายในราชอาณาจักรมักถูกนำมาใช้ในเพื่อควบคุมการชุมนุมที่อาจส่งผลกระทบต่อความมั่นคงภายในราชอาณาจักร ซึ่งในห้วงเวลาดังกล่าวยังไม่มีการบังคับใช้พระราชบัญญัติการชุมนุมสาธารณะ พ.ศ. 2558 ดังนั้น ในปัจจุบัน หากปรากฏว่ามีการชุมนุมสาธารณะเกิดขึ้น รัฐย่อมจะต้องบังคับตามพระราชบัญญัติการชุมนุมสาธารณะโดยตรง แทนการประกาศพื้นที่ปรากฏเหตุการณ์อันกระทบต่อความมั่นคงในราชอาณาจักรตามพระราชบัญญัติการรักษาความมั่นคงภายในราชอาณาจักร อีกทั้ง ในการตรวจสอบโดยองค์กรตุลาการ พบว่า บรรดาข้อกำหนด ประกาศ คำสั่ง หรือการกระทำ ภายใต้พระราชบัญญัติการรักษาความมั่นคงภายในราชอาณาจักร ไม่อยู่ในบังคับของกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการปกครอง โดยให้อยู่ในอำนาจของศาลยุติธรรม อันทำให้เป็นการตัดอำนาจของศาลปกครองในการพิจารณาใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ของรัฐตามพระราชบัญญัติการรักษาความมั่นคงภายในราชอาณาจักร

นับตั้งแต่อดีตถึงปัจจุบันประเทศไทยมีการชุมนุมสาธารณะเกิดขึ้นนับครั้งไม่ถ้วน การชุมนุมแต่ละครั้งล้วนเกิดขึ้นในสถานการณ์บ้านเมืองปกติ แต่เมื่อมีการชุมนุมใหญ่เกิดขึ้น รัฐมักมีการประกาศใช้กฎหมายในสถานการณ์ฉุกเฉินเพื่อควบคุมการชุมนุม และส่งผลให้การตรวจสอบโดยองค์กรตุลาการเปลี่ยนแปลงไป การศึกษาฐานกฎหมายในการใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ตำรวจ (ในสถานการณ์ปกติ) พบว่า ประเทศไทยมีกฎหมายเฉพาะในการดูแลการชุมนุมสาธารณะ คือ พระราชบัญญัติการชุมนุมสาธารณะ พ.ศ.2558 แต่ในทางปฏิบัติเจ้าหน้าที่ตำรวจได้มีการนำบทบัญญัติในเรื่องอื่น ๆ มาบังคับใช้ประกอบไปด้วยโดยที่ไม่ได้คำนึงถึงเจตนารมณ์ในการดูแลการชุมนุมสาธารณะ เช่น ประมวลกฎหมายอาญาเรื่องการร่วมกันกีดขวางทางสาธารณะ หรือการยุยงปลุกปั่น พระราชบัญญัติจราจรทางบก เป็นต้น ซึ่งกฎหมายเหล่านี้มิได้ถูกออกแบบมาเพื่อรับรองการชุมนุมสาธารณะ และยังคงถูกนำมาใช้เป็นอุปสรรคต่อการใช้เสรีภาพในการชุมนุมอีกด้วย²⁹⁴

ยิ่งไปกว่านั้น การศึกษาฐานกฎหมายในการดูแลการชุมนุมสาธารณะภายใต้สถานการณ์ฉุกเฉิน พบว่า เมื่อมีการชุมนุมใหญ่ที่อาจกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของผู้อื่น รัฐมักมีการประกาศใช้กฎหมายฉุกเฉินเพื่อควบคุมการชุมนุม โดยมีได้คำนึงถึงสิทธิเสรีภาพของประชาชน และเจตนารมณ์ที่แท้จริง

²⁹⁴ สมชาย ปรีชาศิลป์กุล, "เสรีภาพในการชุมนุมโดยสงบและปราศจากอาวุธตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย," หน้า 472.

ของกฎหมายฉุกเฉิน เสมือนว่ากฎหมายภายใต้สถานการณ์ฉุกเฉินเหล่านี้บัญญัติขึ้นเพื่อควบคุมการชุมนุมที่เห็นต่างจากภาครัฐเพียงเท่านั้น ทั้งนี้ ฐานกฎหมายในการใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ตำรวจ ศาลปกครองซึ่งมีหน้าที่หลักในการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ตำรวจ ย่อมมีอำนาจตามกฎหมายอย่างเต็มที่ อย่างไรก็ตาม ฐานกฎหมายในการดูแลการชุมนุมสาธารณะภายใต้สถานการณ์ฉุกเฉิน ได้ตัดอำนาจศาลปกครอง โดยให้อำนาจแก่ศาลยุติธรรมในการพิจารณาคดี ซึ่งเป็นกรณีที่ไม่อาจตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ตำรวจได้อย่างมีประสิทธิภาพ จึงนำไปสู่การใช้กำลังของเจ้าหน้าที่ตำรวจที่ละเมิดสิทธิเสรีภาพของประชาชนทุกกลุ่ม โดยในหัวข้อถัดไป จะกล่าวถึงปัญหาในการดูแลการชุมนุมสาธารณะของเจ้าหน้าที่ตำรวจไทยที่ทำให้เกิดการลิดรอนเสรีภาพการชุมนุม

4.2 ปัญหาการใช้ดุลพินิจในการดูแลการชุมนุมสาธารณะในประเทศไทย

ในการพิจารณาหัวข้อนี้ ถึงแม้ว่าในทางทฤษฎีการใช้ดุลพินิจสามารถแบ่งออกเป็น ดุลพินิจตัดสินใจและดุลพินิจวินิจฉัย²⁹⁵ แต่หากพิจารณาพระราชบัญญัติการชุมนุมสาธารณะของไทยแล้ว จะพบว่า บทบัญญัติแห่งกฎหมายบางบทมีทั้งดุลพินิจตัดสินใจและดุลพินิจวินิจฉัย โดยมีได้แยกออกจากกันโดยชัดเจน ตัวอย่างเช่น มาตรา 25²⁹⁶ เจ้าหน้าที่ตำรวจมีดุลพินิจวินิจฉัยว่า การกระทำของผู้ชุมนุมมีลักษณะรุนแรงและอาจเป็นอันตรายแก่ชีวิต ร่างกาย จิตใจ หรือทรัพย์สินของผู้อื่นจนเกิดความวุ่นวายขึ้นในบ้านเมืองหรือไม่ และมีดุลพินิจตัดสินใจว่าจะสั่งยุติการกระทำดังกล่าว และหากผู้ชุมนุมไม่ปฏิบัติตามคำสั่งเจ้าหน้าที่ตำรวจยังมีดุลพินิจตัดสินใจว่าจะดำเนินการสลายการชุมนุมตามมาตรา 23 และกระทำการตามมาตรา 24²⁹⁷ หรือไม่

²⁹⁵ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, ข้อความคิดและหลักการพื้นฐานบางประการของกฎหมายปกครอง, หน้า 149.

²⁹⁶ พระราชบัญญัติการชุมนุมสาธารณะ พ.ศ.2558 มาตรา 25

“ในกรณีที่ผู้ชุมนุมกระทำการใด ๆ ที่มีลักษณะรุนแรงและอาจเป็นอันตรายแก่ชีวิต ร่างกาย จิตใจ หรือทรัพย์สินของผู้อื่นจนเกิดความวุ่นวายขึ้นในบ้านเมือง ให้เจ้าพนักงานดูแลการชุมนุมสาธารณะมีอำนาจสั่งให้ผู้ชุมนุมยุติการกระทำนั้น หากผู้ชุมนุมไม่ปฏิบัติตามคำสั่งดังกล่าวให้เจ้าพนักงานดูแลการชุมนุมสาธารณะและผู้ควบคุมสถานการณ์และผู้ซึ่งได้รับมอบหมายจากผู้ควบคุมสถานการณ์มีอำนาจดำเนินการตามมาตรา 23 และมาตรา 24...”

²⁹⁷ พระราชบัญญัติการชุมนุมสาธารณะ พ.ศ.2558 มาตรา 24

“เมื่อพ้นระยะเวลาที่ประกาศให้ผู้ชุมนุมออกจากพื้นที่ควบคุม หากมีผู้ชุมนุมอยู่ในพื้นที่ควบคุมหรือเข้าไปในพื้นที่ควบคุมโดยมิได้รับอนุญาตจากเจ้าพนักงานดูแลการชุมนุมสาธารณะให้ถือว่าผู้นั้นกระทำความผิดซึ่งหน้า และให้ผู้ควบคุมสถานการณ์และผู้ซึ่งได้รับมอบหมายจากผู้ควบคุมสถานการณ์ดำเนินการให้มีการเลิกการชุมนุมสาธารณะตามคำสั่งศาล โดยให้ผู้ควบคุมสถานการณ์และผู้ซึ่งได้รับมอบหมายจากผู้ควบคุมสถานการณ์มีอำนาจ ดังต่อไปนี้

(1) จับผู้ซึ่งอยู่ในพื้นที่ควบคุมหรือผู้ซึ่งเข้าไปในพื้นที่ควบคุมโดยมิได้รับอนุญาตจากเจ้าพนักงานดูแลการชุมนุมสาธารณะ

(2) คั้น ยัด आयัด หรือรื้อถอนทรัพย์สินที่ใช้หรือมีไว้เพื่อใช้ในการชุมนุมสาธารณะนั้น

โดยในทางทฤษฎีการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจโดยองค์กรตุลาการจะมีการตรวจสอบในเรื่องดุลพินิจวินิจฉัยและดุลพินิจตัดสินใจแตกต่างกันบ้างดังที่กล่าวไว้ในบทที่ 2 แต่ในเรื่องดุลพินิจวินิจฉัยศาลปกครองไทย ก็ยังคงมีข้อสรุปไม่ชัดเจน²⁹⁸ และประเด็นสำคัญในการพิจารณา คือ ตามหลักสากลมิได้ใช้รูปแบบการแยกดุลพินิจตัดสินใจและดุลพินิจวินิจฉัยเป็นเงื่อนไขในการตรวจสอบการจำกัดเสรีภาพในการชุมนุมแต่อย่างใด โดยพิจารณาเพียงว่า การจำกัดเสรีภาพในการชุมนุมนั้นจำเป็นในสังคมประชาธิปไตยและได้สัดส่วนหรือไม่²⁹⁹ ซึ่งสอดคล้องกับการตรวจสอบของศาลในต่างประเทศ โดยพิจารณาในประเด็นความได้สัดส่วน หรือกรณีประเทศอังกฤษเอง ก็ให้ความหมายดุลพินิจของฝ่ายปกครองเป็นเรื่องของดุลพินิจตัดสินใจเท่านั้น³⁰⁰ ดังนั้น การแยกพิจารณาบทบัญญัติกฎหมายใดว่าให้ดุลพินิจใดแก่ฝ่ายปกครองจึงไม่มีผลแตกต่างในการตรวจสอบโดยศาลแต่อย่างใด ดังนั้น การศึกษาต่อไปนี้จะเป็นการศึกษาการดูแลการชุมนุมสาธารณะตามพระราชบัญญัติการชุมนุมสาธารณะของเจ้าหน้าที่ตำรวจ โดยพิจารณาประกอบกับหลักสากล (กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง) ซึ่งไทยเข้าร่วมเป็นภาคี โดยแบ่งประเด็นปัญหาการดูแลการชุมนุมโดยเจ้าหน้าที่ตำรวจภายใต้หลักสากลที่ควรจะเป็น 5 หัวข้อ คือ 1). การแจ้งและการขออนุญาต 2). การวางข้อจำกัดทางด้านเนื้อหา 3). การวางข้อจำกัดด้านเวลา สถานที่ และรูปแบบการชุมนุมสาธารณะ 4). การสั่งห้ามการชุมนุมสาธารณะ และ 5). การสลายการชุมนุมสาธารณะ

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY

(3) กระทำการที่จำเป็นตามแผนหรือแนวทางการดูแลการชุมนุมสาธารณะตามมาตรา 21

(4) มีคำสั่งห้ามมิให้กระทำการใด ๆ เพื่อประโยชน์ในการดำเนินการให้มีการเลิกการชุมนุมให้นำความในมาตรา 19 บรรทัดที่ 1 มาใช้บังคับแก่ผู้ปฏิบัติหน้าที่ตามวรรคหนึ่งโดยอนุโลม

²⁹⁸ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, *ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายปกครอง: หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครองและการกระทำทางปกครอง*, หน้า 55.

²⁹⁹ International Covenant on Civil and Political Rights, "General Comment No.37 on the Right of Peaceful Assembly.", para 40.

³⁰⁰ ณรงค์เดช สุโรษิต, *การควบคุมตรวจสอบการกระทำทางปกครองในอังกฤษ*, หน้า 123.

ตารางแสดงอำนาจดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ตำรวจภายใต้บทกฎหมายต่างประเทศและไทย

	ประเทศฝรั่งเศส	ประเทศอังกฤษ	ประเทศเกาหลีใต้	ประเทศไทย
การแจ้งและการขอ อนุญาต	การชุมนุมสาธารณะ ไม่มีดุลพินิจ การเดินขบวน หากดำเนินไปโดยไม่สงบ มี ดุลพินิจวินิจฉัยสั่งห้ามการชุมนุมได้	การชุมนุมสาธารณะ ไม่มีดุลพินิจ การเดินขบวน มีดุลพินิจวินิจฉัย ในกรณีเหตุ อันสมควรซึ่งไม่อาจย้หน้งสั่งแจ้งการ เดินขบวนล่วงหน้าได้ ซึ่งเป็นข้อกเว้นไม่ต้อง แจ้งการเดินขบวนล่วงหน้า	เจ้าหน้าที่ตำรวจมีอำนาจดุลพินิจวินิจฉัยสั่ง แก่ข้าราชการเอเชียดในเรื่งการแจ้งที่ไม่ สมบูรณ์ เช่น วัตถุประสงค์ของการชุมนุม หรือกรณีการชุมนุม 2 กลุ่มขึ้นไป	เจ้าหน้าที่ตำรวจมีดุลพินิจตัดสินใจในเรื่อง การผ่อนผันการชุมนุม
การวางข้อจำกัดด้าน เนื้อหา	บทกฎหมายไม่ให้ดุลพินิจ แต่สามารถให้ ดุลพินิจวินิจฉัยจำกัดเนื้อหาการชุมนุมภายใต้ หลักสากลได้	บทกฎหมายไม่ให้ดุลพินิจ แต่สามารถให้ ดุลพินิจวินิจฉัยจำกัดเนื้อหาการชุมนุมภายใต้ หลักสากลได้	กฎหมายให้อำนาจดุลพินิจวินิจฉัยจำกัด เนื้อหาการชุมนุม	บทกฎหมายไม่ให้ดุลพินิจ แต่สามารถให้ ดุลพินิจวินิจฉัยจำกัดเนื้อหาการชุมนุมภายใต้ หลักสากลได้
การวางข้อจำกัดด้าน เวลา สถานที่และ รูปแบบ	การชุมนุมสาธารณะ ไม่มีดุลพินิจ การเดินขบวน มีดุลพินิจตัดสินใจกำหนด เส้นทางใหม่ หรือปรับเปลี่ยนสถานที่การ ชุมนุมได้ แต่ไม่มีดุลพินิจสั่งห้ามการชุมนุม ตามเงื่อนไขของสถานที่หรือรูปแบบการ ชุมนุม	การชุมนุมสาธารณะและกำหนดขบวน มี ดุลพินิจวินิจฉัยกำหนดเงื่อนไขเวลา หรือ สถานที่ได้ หากมีเหตุอันควรเชื่อได้ว่าการ ชุมนุมนั้นอาจก่อให้เกิดความไม่สงบ	การชุมนุมสาธารณะและกำหนดขบวน เจ้าหน้าที่ตำรวจมีดุลพินิจวินิจฉัยและ ตัดสินใจด้านเวลา สถานที่ และรูปแบบการ ชุมนุมไว้ เช่น มีดุลพินิจวินิจฉัยการชุมนุม หรือเดินขบวนที่ไม่เกิดอุปสรรคในการปฏิบัติ หน้า โดยอนุญาตให้ ชุมนุมในสถานที่ของ เอกอัครราชทูต	มีดุลพินิจวินิจฉัย เช่น ห้ามชุมนุมไม่เกิน 50 เมตรจากสถานที่ที่กำหนด หาก จำเป็นเพื่อประโยชน์แห่งการรักษาความ ปลอดภัยสาธารณะและความสงบเรียบร้อย ของประชาชน สามารถห้ามการชุมนุมไม่เกิน 50 เมตรได้ และ การให้ใช้สถานที่ของ หน่วยงานรัฐสำหรับกิจกรรมสาธารณะได้
การสั่งห้ามการชุมนุม	เจ้าหน้าที่รัฐมีทั้งดุลพินิจวินิจฉัยในเงื่อนไข การสั่งห้ามการชุมนุม และมีดุลพินิจตัดสินใจ ในการสั่งห้ามการชุมนุมหรือเพิกถอนคำสั่ง ห้ามการชุมนุมได้	มีดุลพินิจวินิจฉัยสั่งหยุดอันสมควรที่เชื่อว่า พฤติกรรมพิเศษเกิดขึ้นในพื้นที่หรือส่วนใด ส่วนหนึ่งของพื้นที่ที่รับผิดชอบ และการใช้ อำนาจเพื่อกำหนดเงื่อนไขในการเดินขบวน ไม่เพียงพอต่อการป้องกันความไม่สงบอย่าง ร้ายแรง มีคำสั่งห้ามการเดินขบวนได้	ให้อำนาจดุลพินิจวินิจฉัยสั่งหยุดอันสมควร กฎหมาย โดยให้สามารถมีการชุมนุมได้ มีข้อ การสั่งห้ามโดยเด็ดขาด	ไม่มีดุลพินิจเป็นอย่างไรก็ได้ หากมีการชุมนุม ที่ฝ่าฝืนหรือขัดต่อกฎหมาย เจ้าหน้าที่ตำรวจ จะต้องสั่งห้ามการชุมนุมหรือสั่งให้แก้ไข แล้วแต่กรณีตามที่กฎหมายกำหนด

การสลายการประชุม	โครงสร้างของกฎหมายไม่ได้กำหนดให้เจ้าหน้าที่รัฐจะต้องมีอำนาจผูกพันสลายการประชุม โดยกำหนดให้เจ้าหน้าที่รัฐสามารถมีดุลพินิจวินิจฉัยและตัดสินใจในการเลือกมาตรการเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อย และกรณีการเดินขบวน มีดุลพินิจวินิจฉัยการชุมนุมที่ก่อให้เกิดความไม่สงบเรียบร้อยเพื่อสลายการประชุมได้	โครงสร้างของกฎหมายไม่ได้กำหนดให้เจ้าหน้าที่รัฐจะต้องมีอำนาจผูกพันสลายการประชุม โดยเจ้าหน้าที่ตำรวจใช้อำนาจดุลพินิจวินิจฉัยและตัดสินใจสลายการประชุมกับผู้ชุมนุมได้ภายใต้แนวคิดพิทักษ์ของศาลและกฎหมายอื่น ๆ	โครงสร้างของกฎหมายไม่ได้กำหนดให้เจ้าหน้าที่รัฐจะต้องมีอำนาจผูกพันสลายการประชุม กฎหมายกำหนดให้เจ้าหน้าที่ตำรวจมีดุลพินิจตัดสินใจที่จะเข้าสลายการประชุมหรือไม่ก็ได้	โครงสร้างกฎหมายไม่ได้คลี่คลายในการสลายการประชุมไว้มากนัก หากการประชุมที่ไม่เล็กตามคำสั่งศาล กฎหมายบังคับให้เจ้าหน้าที่ตำรวจต้องสลายการประชุมทันที และปรากฏบทบัญญัติที่ให้อำนาจดุลพินิจวินิจฉัยและตัดสินใจในการสลายการประชุมได้ โดยไม่ต้องร้องขอต่อศาล
การตรวจสอบดุลพินิจ โดยขององค์กรตุลา การ	ศาลปกครองฝรั่งเศษมีบทบาทเข้าไปตรวจสอบดุลพินิจวินิจฉัยและตัดสินใจของเจ้าหน้าที่ตำรวจ เช่น กรณีการประชุมจะก่อให้เกิดผลกระทบอย่างร้ายแรงต่อความสงบเรียบร้อยหรือไม่ โดยพิจารณาจากสถานการณ์นั้น ๆ	ศาลมีบทบาทเข้าไปพิจารณาดุลพินิจตัดสินใจและดุลพินิจวินิจฉัยของเจ้าหน้าที่ตำรวจภายใต้หลักความได้สัดส่วน	ศาลยุติธรรมหรือศาลปกครองมีการพิจารณาดุลพินิจวินิจฉัยและตัดสินใจของเจ้าหน้าที่ตำรวจ อย่างไรก็ตาม ศาลรัฐธรรมนูญมีบทบาทในการตรวจสอบบทบัญญัติกฎหมายภายใต้หลักความได้สัดส่วน	ศาลปกครองจะจำกัดบทบาทของตนเองในการตรวจสอบดุลพินิจวินิจฉัยเกี่ยวกับการใช้อำนาจดุลพินิจในความผิดพลาดอย่างชัดเจนที่กฎหมายไม่พึงกระทำหรือไม่ อย่างไรก็ตาม องค์การตุลาการไทยยังมีบทบาทไม่เพียงพอในการใช้หลักความได้สัดส่วนตรวจสอบดุลพินิจ

4.2.1 การแจ้งและการขออนุญาต

พระราชบัญญัติการชุมนุมสาธารณะ พ.ศ.2558 กำหนดดุลพินิจในเรื่องการแจ้งการชุมนุมไว้ใน มาตรา 10, 11, 12, 17 และมาตรา 18 ซึ่งหากพิจารณาโครงสร้างกฎหมาย จะพบว่า บทบัญญัติ มาตรา 10, 11, 17 และ 18 กฎหมายมิได้ให้อำนาจดุลพินิจแก่เจ้าหน้าที่ตำรวจ ไม่ว่าจะเป็นครุพินิจ วินิจฉัยหรือดุลพินิจตัดสินใจ กล่าวคือ เมื่อมีการแจ้งที่ฝ่าฝืนหรือขัดต่อกฎหมายการชุมนุมสาธารณะ เจ้าหน้าที่ตำรวจต้องมีอำนาจผูกพันสั่งห้ามการชุมนุม ยกตัวอย่างเช่น การแจ้งการชุมนุมที่ขัดต่อ กฎหมายมาตรา 7 หรือมาตรา 8 หากผู้ชุมนุมไม่แก้ไขให้ถูกต้อง กฎหมายกำหนดให้เจ้าหน้าที่ตำรวจ สั่งห้ามการชุมนุม³⁰¹ ย่อมทำให้เจ้าหน้าที่ตำรวจมีอำนาจผูกพันที่จะต้องสลายการชุมนุมเสมอ อย่างไรก็ตาม ในมาตรา 12 ปรากฏถึงดุลพินิจตัดสินใจที่จะอนุญาตให้การชุมนุมที่ไม่สามารถแจ้งการชุมนุม ได้ภายในกำหนดเวลาได้ ดังนั้น จากการพิจารณา พบว่า กฎหมายให้อำนาจดุลพินิจตัดสินใจในเรื่อง การแจ้งการชุมนุมเฉพาะในเรื่องการขอผ่อนผันระยะเวลาตามมาตรา 12

ระบบการแจ้งการชุมนุมที่เกิดขึ้นในประเทศไทยนั้น มีความล็กลั่นอยู่หลายประการ ไม่ว่าจะ เป็นเรื่องปัญหาในเรื่องโครงสร้างของบทกฎหมายการชุมนุมสาธารณะดังที่กล่าวมาข้างต้น หรือตัวบท กฎหมายซึ่งบัญญัติให้การชุมนุมอยู่ในรูปแบบการแจ้ง แต่กลับบัญญัติโดยไม่สอดคล้องกับเจตนารมณ์ ของการแจ้งที่มีขึ้นเพื่อการจัดเตรียมการดูแลการชุมนุมสาธารณะ และด้านการใช้กฎหมายของ เจ้าหน้าที่ตำรวจต่างก็ถูกใช้อย่างเด็ดขาดและนำมาเป็นเหตุให้เป็นการชุมนุมไม่ชอบด้วยกฎหมาย ส่งผลให้การชุมนุมมีลักษณะไปในทางการขออนุญาต โดยจะกล่าวถึงบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องในการแจ้ง การชุมนุม และปัญหาในการเรื่องการแจ้งการชุมนุม ดังต่อไปนี้

บทบัญญัติของกฎหมายได้กำหนดรูปแบบการชุมนุมให้อยู่ภายใต้ “ระบบการแจ้ง” ซึ่งมี วัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์ในการคุ้มครองความสะดวกของประชาชนที่อาจได้รับผลกระทบจากการ ชุมนุมสาธารณะ การดูแลการชุมนุมสาธารณะและการรักษาความสงบเรียบร้อยของบ้านเมือง รวมทั้ง เพื่อประโยชน์ในการอำนวยความสะดวกและคุ้มครองผู้ชุมนุมด้วย³⁰² การแจ้งการชุมนุมจึงเป็นหัวข้อ สำคัญที่จะชี้ให้เห็นถึงหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ตำรวจต่อการดูแลการชุมนุมสาธารณะ ซึ่งเป็นบทกฎหมาย ที่มีได้กำหนดเพียงแต่หน้าที่ของผู้ชุมนุมก่อนเริ่มการชุมนุมเท่านั้น แต่ยังมีเจตนารมณ์ที่สำคัญต่อ หน้าที่ของเจ้าหน้าที่ตำรวจในการดูแลการชุมนุมสาธารณะ โดยกำหนดเนื้อหาไว้ในมาตรา 10 – 14 แห่งพระราชบัญญัติการชุมนุมสาธารณะ 2558

³⁰¹ พระราชบัญญัติการชุมนุมสาธารณะ พ.ศ.2558 มาตรา 11

³⁰² คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ10-13/2564 ประเด็นมาตรา 10 การแจ้งการชุมนุม หน้า 14 วันที่ 7 กรกฎาคม 2564

อย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณาถึงประเภทของการชุมนุม จะพบว่ารูปแบบการชุมนุมบางประเภท คือ การชุมนุมโดยพลัน การชุมนุมพร้อมกัน หรือการชุมนุมเพื่อตอบโต้ มิได้ถูกรับรองไว้ในกฎหมายอย่างชัดเจน โดยเฉพาะในเรื่องการแจ้งการชุมนุม อันจะทำให้เจ้าหน้าที่ตำรวจใช้ดุลพินิจดูแลการชุมนุมในแต่ละรูปแบบอย่างไม่มีมาตรฐาน ยกตัวอย่างเช่น การชุมนุมโดยพลัน แม้เป็นการชุมนุมที่เกิดขึ้นโดยสงบและปราศจากอาวุธ แต่หากไม่มีการแจ้งตามกฎหมาย เจ้าหน้าที่ตำรวจสามารถสั่งห้ามการชุมนุมและดำเนินคดีกับกลุ่มผู้ชุมนุมได้ อีกทั้ง การใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ตำรวจหลายครั้งยังคงปฏิบัติโดยมิได้เป็นไปตามเจตนารมณ์ของกฎหมายเท่าที่ควร ในส่วนนี้เป็นการพิจารณาจากเจตนารมณ์ของกฎหมายภายในอันเกี่ยวข้องกับเรื่องการแจ้งประกอบกับหลักสากลที่กำหนดไว้ ซึ่งสามารถศึกษาได้ดังต่อไปนี้

ผู้ประสงค์จัดการชุมนุมจะต้องแจ้งการชุมนุมสาธารณะต่อผู้รับแจ้ง คือ หัวหน้าสถานีตำรวจแห่งท้องที่ที่มีการชุมนุมสาธารณะหรือบุคคลอื่นที่รัฐมนตรีประกาศกำหนดให้เป็นผู้มีหน้าที่รับแจ้งการชุมนุมสาธารณะ ก่อนเริ่มการชุมนุมไม่น้อยกว่า 24 ชั่วโมง ทั้งนี้ ผู้เชิญชวนหรือนัดให้ผู้อื่นร่วมชุมนุมกันโดยกำหนดวัน เวลา และสถานที่ไม่ว่าด้วยวิธีการใด ๆ รวมทั้งผู้ขออนุญาตใช้สถานที่หรือเครื่องขยายเสียงหรือขอให้ทางราชการอำนวยความสะดวกในการชุมนุม³⁰³ กฎหมายให้ถือว่าบุคคลเหล่านี้เป็นผู้ประสงค์จะจัดการชุมนุม อันมีหน้าที่ต้องแจ้งการชุมนุมก่อนเริ่มการชุมนุมด้วย ซึ่งเป็นการกำหนดค่านิยมที่มีความหมายกว้างเกินสมควร เนื่องจาก พฤติการณ์ของผู้ชุมนุมที่กำหนดไว้ในมาตรา 10 วรรคสองนั้น ไม่ใช่ข้อพิจารณาที่สามารถระบุว่าบุคคลนั้นจะเป็นผู้จัดการชุมนุมตามความเป็นจริง³⁰⁴ และอาจทำให้ผู้ที่แชร์หรือเพียงแคการโพสต์ข้อความทางออนไลน์เป็นผู้มีหน้าที่ต้องแจ้งการชุมนุมด้วย ซึ่งเป็นการเพิ่มภาระให้แก่ผู้ชุมนุมมากขึ้น

การแจ้งการชุมนุมต้องระบุวัตถุประสงค์ วัน ระยะเวลา และสถานที่ชุมนุมสาธารณะ จำนวนผู้เข้าร่วมการชุมนุมโดยประมาณ การขอใช้เครื่องขยายเสียงซึ่งต้องระบุกำลังขยายและระดับเสียงที่จะใช้สำหรับการชุมนุมที่ชัดเจน ซึ่งรายละเอียดเหล่านี้ถือเป็นข้อมูลที่จะทำให้เจ้าหน้าที่ตำรวจสามารถประเมินสถานการณ์และจัดเตรียมกำลังเพื่อใช้ในการดูแลความสะดวกในการชุมนุมได้ เมื่อเจ้าหน้าที่ตำรวจได้รับแจ้งการชุมนุมแล้ว เจ้าหน้าที่ตำรวจจะต้องสรุปสาระสำคัญในการชุมนุมสาธารณะ และมี

³⁰³ พระราชบัญญัติการชุมนุมสาธารณะ มาตรา 10

³⁰⁴ บุรณิมา อรุณนิมิตกุล, "ความรับผิดชอบทางอาญาของผู้จัดการชุมนุมจากการกระทำของผู้ชุมนุมตามพระราชบัญญัติการชุมนุมสาธารณะ พ.ศ.2558" (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2564), หน้า 135.

หน้าที่แจ้งให้ผู้แจ้งการชุมนุมทราบภายใน 24 ชั่วโมงเช่นเดียวกัน³⁰⁵ ซึ่งเป็นบทบังคับตามกฎหมายที่กำหนดให้เจ้าหน้าที่ตำรวจจะต้องรับแจ้งการชุมนุม ไม่สามารถใช้ดุลพินิจไม่รับแจ้งได้แต่อย่างใด

การสรุปสาระสำคัญนี้ เจ้าหน้าที่ตำรวจจะพิจารณาถึงเงื่อนไขซึ่งเป็นข้อห้ามในการชุมนุมตามมาตรา 7 ในเรื่องการชุมนุมในรัศมี 150 เมตรจากพระบรมมหาราชวัง หรือการชุมนุมภายในพื้นที่รัฐสภา ทำเนียบรัฐบาล และศาล รวมถึงพิจารณาข้อห้ามตามมาตรา 8 เรื่องการชุมนุมสาธารณะที่เกิดขวางทางเข้าออก หรือรบกวนการปฏิบัติงานหรือการใช้บริการสถานที่ เช่น หน่วยงานของรัฐ ท่าอากาศยาน ท่าเรือ สถานีรถไฟ หรือ สถานีทูตหรือสถานกงสุลของรัฐต่างประเทศหรือสถานที่องค์การระหว่างประเทศ เป็นต้น ในการนี้เจ้าหน้าที่จะใช้ดุลพินิจพิจารณาว่าการชุมนุมมีลักษณะอย่างหนึ่งอย่างใดตามมาตรา 7 หรือมาตรา 8 โดยเจ้าหน้าที่ตำรวจมีอำนาจในการออกคำสั่งให้แก้ไขภายในระยะเวลาที่กำหนดให้ และหากผู้แจ้งการชุมนุมไม่ปฏิบัติตามคำสั่ง เจ้าหน้าที่ตำรวจมีอำนาจออกคำสั่งห้ามการชุมนุมได้

อย่างไรก็ดี ปรากฏว่า เจ้าหน้าที่ตำรวจใช้อำนาจภายใต้บทบัญญัติของบทมาตรา 11 ในการสั่งห้ามการชุมนุมอยู่บ่อยครั้ง อีกทั้งยังมีการสั่งย้ายสถานที่ชุมนุมโดยมิได้คำนึงถึงหลักสากล (Sight and sound)³⁰⁶ ตัวอย่างเช่น กรณีการชุมนุมของกลุ่มคนรักสุขภาพ เมื่อเจ้าหน้าที่ตำรวจได้รับแจ้งการชุมนุม เจ้าหน้าที่ตำรวจได้สรุปสาระสำคัญของการชุมนุม และใช้อำนาจตามมาตรา 19 วรรคสี่ (5) ในการกำหนดให้ผู้ชุมนุมย้ายพื้นที่ชุมนุม เนื่องจากเป็นการชุมนุมที่เกิดขวางทางเข้าออก หรือรบกวนการปฏิบัติงานหรือการใช้บริการสถานที่ของหน่วยงานของรัฐ³⁰⁷ ซึ่งหากพิจารณาตามหลักสากลของการเปลี่ยนสถานที่ในการชุมนุม ต้องสามารถจัดขึ้นได้ในสถานที่ที่สาธารณชนเข้าถึงหรือควรจะสามารถเข้าถึงได้ การเคลื่อนย้ายการชุมนุมจะต้องไม่ถูกย้ายไปยังสถานที่ห่างไกลจากสถานที่กลุ่มเป้าหมายของผู้ชุมนุม³⁰⁸ ซึ่งโดยปกติ การชุมนุมมักจะถูกจัดขึ้นในเมืองหลวง หรือในสถานที่สาธารณะซึ่งประชาชนทั่วไปสามารถเข้าถึง และเป็นสถานที่สำคัญเพื่อดึงดูดความสนใจจากกลุ่มเป้าหมายของผู้ชุมนุม ตัวอย่างเช่น ในกรณีของกลุ่มคนรักสุขภาพที่ต้องการเรียกร้องในการแก้ไขพระราชบัญญัติหลักประกันสุขภาพแห่งชาติ จึงมีความจำเป็นอย่างมากที่จะต้องมีการชุมนุมหน้าบริเวณหน้าทำเนียบ

³⁰⁵ พระราชบัญญัติการชุมนุมสาธารณะ พ.ศ.2558 มาตรา 11

³⁰⁶ International Covenant on Civil and Political Rights, "General Comment No.37 on the Right of Peaceful Assembly.",para 22

³⁰⁷ Hfocusเจาะลึกระบบสุขภาพ, "ตร.เบรก-ทหารไปถึงบ้านห้ามร่วมชุมนุมค้านแก้ ก.ม.บัตรทอง กับ 'กลุ่มคนรักหลักประกันสุขภาพ' [ออนไลน์] เข้าถึงเมื่อ 22 กันยายน 2564. แหล่งที่มา: <https://www.hfocus.org/content/2017/06/14049>

³⁰⁸ International Covenant on Civil and Political Rights, "General Comment No.37 on the Right of Peaceful Assembly.",para 53.

รัฐบาล เนื่องจากกลุ่มเป้าหมายของกลุ่มผู้ชุมนุมที่ต้องการสื่อสาร คือ นายกรัฐมนตรี ดังนั้น การสั่งย้ายสถานที่การชุมนุมของเจ้าหน้าที่ตำรวจในกรณีนี้ ทั้งเป็นการใช้ดุลพินิจที่ไม่เป็นไปตามวัตถุประสงค์ของกฎหมายแล้ว ยังปรากฏอีกว่า เป็นการใช้ดุลพินิจในการสั่งย้ายสถานที่การชุมนุมที่ขัดต่อหลักสากลอีกด้วย

ในกรณีที่ผู้แจ้งการชุมนุมไม่เห็นด้วยกับคำสั่งห้ามการชุมนุมดังกล่าว สามารถยื่นอุทธรณ์เป็นหนังสือต่อผู้บังคับบัญชาเหนือชั้นขึ้นไปได้ โดยการวินิจฉัยคำอุทธรณ์จะต้องทำให้แล้วเสร็จภายใน 24 ชั่วโมง ทั้งนี้รายละเอียดของบทบัญญัติกฎหมายที่ห้ามการชุมนุมในระหว่างพิจารณาคำสั่งห้ามการชุมนุมนั้น เป็นกรณีที่เกิดไปจากกฎหมายต่างประเทศอย่างมาก กล่าวคือ พระราชบัญญัติการชุมนุมสาธารณะ มาตรา 11 วรรคท้ายความว่า “...ในระหว่างมีคำสั่งห้ามชุมนุม การอุทธรณ์และพิจารณาวินิจฉัยอุทธรณ์ ให้งดการชุมนุมสาธารณะ” สะท้อนให้เห็นถึงการบังคับใช้กฎหมายในประเทศไทยที่ยึดหลักห้ามการชุมนุม เว้นแต่พิสูจน์ได้ว่าการชุมนุมชอบด้วยกฎหมายจึงจะสามารถชุมนุมต่อไปได้ หากพิจารณากฎหมายต่างประเทศ เช่น กรณีการแจ้งขอประเทศเกาหลีใต้ได้ระบุว่า ในระหว่างพิจารณาอุทธรณ์คำสั่งห้ามการชุมนุม ให้ถือว่าชุมนุมชอบด้วยกฎหมาย และยังคงสามารถที่จะชุมนุมได้ต่อไป อันเป็นการแสดงถึงการยึดหลักให้ชุมนุม เว้นแต่พิสูจน์ได้ว่าการชุมนุมต้องห้ามตามกฎหมาย

การให้งดการชุมนุมในระหว่างการอุทธรณ์และพิจารณาอุทธรณ์คำสั่งห้ามการชุมนุมนั้น ย่อมขัดต่อหลักการสันนิษฐานไว้ก่อนว่าบริสุทธิ์ (presumption of innocence) ซึ่งเป็นหนึ่งในสิทธิของชนชาวไทยโดยรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญมาตรา 29 วรรคสอง³⁰⁹ เนื่องจากการชุมนุมดำเนินไปโดยสงบและปราศจากอาวุธ หากเจ้าหน้าที่ตำรวจสั่งงดการชุมนุมเพียงเพราะการพิจารณาอุทธรณ์ ย่อมจะเป็นการตัดสินล่วงหน้าไว้ก่อนว่าการชุมนุมเป็นการชุมนุมที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งขัดต่อหลักการสันนิษฐานไว้ก่อนว่าบริสุทธิ์ อีกทั้งหลักสากลยังปรากฏอีกว่า การชุมนุมที่เกิดขึ้นต้องสันนิษฐานไว้ก่อนว่าการชุมนุมนั้น ๆ เป็นไปโดยสงบ³¹⁰ ดังนั้น การงดการชุมนุมในระหว่างอุทธรณ์และพิจารณาคำสั่งห้ามการชุมนุมตามพระราชบัญญัติการชุมนุมสาธารณะของไทยนั้น เป็นบทบัญญัติที่ขัดต่อหลักการสันนิษฐานไว้ก่อนว่าบริสุทธิ์ตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญและขัดต่อหลักสากลตามกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง

³⁰⁹ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา 29 วรรคสอง

“ในคดีอาญา ให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าผู้ต้องหาหรือจำเลยไม่มีความผิด และก่อนมีคำพิพากษาอันถึงที่สุดแสดงว่าบุคคลใดได้กระทำความผิด จะปฏิบัติต่อบุคคลนั้นเสมือนเป็นผู้กระทำความผิดมิได้”

³¹⁰ Para 17

การผ่อนผันการแจ้งชุมนุม

การผ่อนผันการแจ้งการชุมนุม เป็นกรณีซึ่งผู้ประสงค์จะจัดการชุมนุมไม่สามารถแจ้งการชุมนุมได้ภายในกำหนดเวลา 24 ชั่วโมงก่อนเริ่มการชุมนุม กฎหมายเปิดโอกาสให้ผู้ประสงค์จะจัดการชุมนุมแจ้งการชุมนุมได้ภายหลังพร้อมคำขอผ่อนผันการชุมนุมต่อผู้บังคับบัญชาการตำรวจผู้รับผิดชอบพื้นที่ก่อนเริ่มการชุมนุม จากเนื้อหาของกฎหมายที่กำหนดไว้เป็นกรณีการชุมนุมที่อาจเกิดขึ้นภายใต้รูปแบบการชุมนุมโดยพลัน และผู้จัดการชุมนุมต้องแจ้งการชุมนุมพร้อมคำขอผ่อนผันการแจ้ง อย่างไรก็ตาม คำขอดังกล่าวอยู่ภายใต้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ตำรวจที่รับผิดชอบในการให้อนุญาต ดังนั้น การชุมนุมในรูปแบบนี้ แม้กฎหมายจะเปิดโอกาสให้มีการชุมนุมได้โดยไม่ต้องมีการแจ้งการชุมนุมก่อน 24 ชั่วโมง แต่หากเจ้าหน้าที่ตำรวจใช้ดุลพินิจไม่อนุญาตให้ผ่อนผัน ผู้ประสงค์จะจัดการชุมนุมสามารถอุทธรณ์คำสั่งไม่อนุญาตได้ตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง มาตรา 44

กรณีการไม่ได้รับอนุญาตให้ผ่อนผันการแจ้งการชุมนุม หรือกรณีซึ่งจัดการชุมนุมไปแล้วและมีการแจ้งการชุมนุมภายหลังพร้อมคำขอผ่อนผัน หากเจ้าหน้าที่ตำรวจใช้ดุลพินิจไม่อนุญาตให้ผ่อนผัน หมายถึง ไม่อนุญาตให้มีการชุมนุมสาธารณะ ทำให้การชุมนุมดังกล่าวกลายเป็นการชุมนุมสาธารณะที่ไม่มีการแจ้งการชุมนุม และทำให้การชุมนุมสาธารณะนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย³¹¹ ผู้จัดการชุมนุมต้องรับผิดชอบตามกฎหมายต่อไป อีกทั้ง หากพิจารณาบทบัญญัติในเรื่องนี้ จะพบว่า บทบัญญัติดังกล่าวไม่มีความชัดเจนที่เพียงพอ และอาจสร้างขั้นตอนที่ยุ่งยากเกินความจำเป็น จึงไม่ถูกนำมาใช้ในทางปฏิบัติเท่าที่ควร ทำให้การชุมนุมมักจบลงด้วยการชุมนุมที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

ยิ่งไปกว่านั้น ในเรื่องการผ่อนผันการแจ้งนี้ เป็นบทบัญญัติที่ไม่สอดคล้องกับการรับรองเสรีภาพการชุมนุม โดยเฉพาะการชุมนุมที่เกิดขึ้นโดยพลัน ในทางหลักกฎหมายสากลได้กำหนดไว้อย่างชัดเจนว่า “การแจ้งการชุมนุมต้องถูกยกเว้นในกรณีของการชุมนุมโดยพลัน (Spontaneous assembly)”³¹² ซึ่งโดยปกติการชุมนุมลักษณะนี้เป็นไปได้อย่างที่จะมีการแจ้งล่วงหน้า เนื่องมาจากลักษณะของการชุมนุมมักเกิดขึ้นโดยมิได้นัดหมาย และในเรื่องการแจ้งการชุมนุมมีวัตถุประสงค์เพื่อให้เจ้าหน้าที่ตำรวจได้จัดเตรียม หรือวางแผนในการดูแลรักษาความสงบเรียบร้อยในการชุมนุมและสังคม³¹³ การที่กฎหมายเปิดโอกาสให้แจ้งภายหลังที่มีการชุมนุมย่อมไม่อาจมีประโยชน์ในการดูแลการชุมนุมสาธารณะได้อีกต่อไป แต่เป็นการสะท้อนให้เห็นว่าการชุมนุมสาธารณะในประเทศไทย

³¹¹ พระราชบัญญัติการชุมนุมสาธารณะ พ.ศ.2558 มาตรา 14

³¹² International Covenant on Civil and Political Rights, "General Comment No.37 on the Right of Peaceful Assembly.", para 72.

³¹³ Ibid. para 70.

เปิดช่องให้เป็นระบบอนุญาตมากกว่าการแจ้งเพื่อให้ทราบ ดังนั้น บทบัญญัติในเรื่องการผ่อนผันการชุมนุมจึงไม่ได้มีขึ้นไว้เพื่อรับรองเสรีภาพในการชุมนุม และมีใช้เป็นเครื่องมือในการดูแลการชุมนุมแต่อย่างใด

การชุมนุมสาธารณะในประเทศไทยแม้จะดำเนินไปโดยสงบปราศจากอาวุธตามรัฐธรรมนูญ หากมิได้มีการแจ้งการชุมนุมตามหลักเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนดไว้ ย่อมทำให้การชุมนุมทั้งหมดไม่ชอบด้วยกฎหมาย โดยหากพิจารณาในประเด็นนี้ จะพบว่า หลักการแจ้งการชุมนุมตามหลักกฎหมายสากลได้กำหนดถึงการหลักพิจารณาต่อการแจ้งการชุมนุมสาธารณะไว้ว่า “ข้อกำหนดในการบอกกล่าวแก่เจ้าหน้าที่ต้องไม่ถูกนำมาใช้โดยมิชอบเพื่อที่จะขัดขวางการชุมนุมโดยสงบ การนำระบบการแจ้งการชุมนุมมาใช้จะต้องสอดคล้องกับบทบัญญัติมาตรา 21 แห่งกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง”³¹⁴ และ ตามความเห็นทั่วไปฉบับที่ 37 ได้กำหนดไว้อีกว่า “การไม่แจ้งการชุมนุมต่อเจ้าหน้าที่ ไม่ทำให้การเข้าร่วมการชุมนุมดังกล่าวผิดกฎหมาย และต้องไม่เป็นเหตุต่อการสลายการชุมนุมหรือจับกุมผู้ร่วมการชุมนุมหรือผู้จัดการการชุมนุมหรือการลงโทษ”³¹⁵ ซึ่งเป็นการอธิบายถึงหลักพื้นฐานในกรณีเจ้าหน้าที่ตำรวจจะกำหนดหรือกระทำการเกี่ยวกับการแจ้งการชุมนุม จะต้องทำไปโดยไม่ขัดขวางการชุมนุม อันหมายถึง หลัก ต้องไม่มีการห้ามการชุมนุม ทั้งนี้ เจ้าหน้าที่ตำรวจจะต้องมีหน้าที่ในการดูแลการชุมนุมสาธารณะ แม้การชุมนุมดังกล่าวไม่มีการแจ้งก็ตาม

ในทางปฏิบัติที่เกิดขึ้นในประเทศไทย บทบัญญัติของกฎหมายกลับบัญญัติให้การชุมนุมสาธารณะที่ไม่มีการแจ้งตามที่กฎหมายเป็นการชุมนุมสาธารณะที่มีชอบ และแม้สามารถผ่อนผันการแจ้งการชุมนุมได้ แต่ในทางปฏิบัติก็ไม่อาจใช้งานได้จริง จึงเปรียบเสมือนว่ากฎหมายมิได้มีข้อยกเว้นในการแจ้งการชุมนุมไว้แต่อย่างใด ซึ่งส่งผลให้เจ้าหน้าที่ตำรวจสามารถเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม และมีได้คำนึงถึงเจตนารมณ์ของการแจ้งการชุมนุมซึ่งมีไว้เพื่อการอำนวยความสะดวกต่อประชาชนเท่านั้น

ยกตัวอย่างกรณีเมื่อวันที่ 14 ธันวาคม 2562 กลุ่มผู้ชุมนุมนำโดย นายธนธร จีรุงเรืองกิจ จัดการชุมนุมแฟลชม็อบ บริเวณสกายวอร์ค สีแยกปทุมวัน หน้าหอศิลปวัฒนธรรมกรุงเทพมหานคร³¹⁶ โดยถูกตั้งข้อหาจากเจ้าหน้าที่ตำรวจใน 5 ข้อหา ประกอบด้วย 1. ร่วมกันเป็นผู้จัดการชุมนุมสาธารณะโดยไม่แจ้งการชุมนุมต่อผู้รับแจ้งการชุมนุม 2. ร่วมกันจัดการชุมนุม

³¹⁴ Ibid.

³¹⁵ Ibid, para 71.

³¹⁶ BBC News ไทย, "ธนธร และพวก โดนอีกข้อหาจัดม็อบใกล้วัง หลังรับทราบข้อกล่าวหาคดีแฟลชม็อบ" [ออนไลน์] เข้าถึงเมื่อ 2 ธันวาคม 2021. แหล่งที่มา: <https://www.bbc.com/thai/thailand-51059239>

สาธารณะโดยกีดขวางทางเข้าออก หรือรบกวนการปฏิบัติงานหรือใช้บริการสถานีรถไฟ 3. ร่วมกันจัดการชุมนุมสาธารณะโดยไม่ดูแลและรับผิดชอบการชุมนุมสาธารณะไม่ให้เกิดการขัดขวางเกินสมควรต่อประชาชนผู้ใช้พื้นที่สาธารณะ 4. ร่วมกันโฆษณาโดยใช้เครื่องขยายเสียงโดยไม่ได้รับอนุญาตจากพนักงานเจ้าหน้าที่ 5. ชุมนุมในรัศมีใกล้เขตพระราชฐาน 150 เมตร คดีนี้ศาลแขวงปทุมวันมีคำสั่งรับฟ้อง ซึ่งข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นทำให้เห็นว่าในกรณีซึ่งไม่มีการแจ้งล่วงหน้า เจ้าหน้าที่ตำรวจมักจะนำบทบัญญัติกฎหมายเรื่องการแจ้งล่วงหน้าบังคับใช้กับผู้ชุมนุมโดยเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม และโดยนำกฎหมายว่าด้วยเรื่องการชุมนุมจำกัดเสรีภาพในการชุมนุมมากกว่าการดูแลการชุมนุมสาธารณะ กล่าวคือ หากมีการชุมนุมที่เห็นต่างทางด้านการเมือง เจ้าหน้าที่ตำรวจมักมีการบังคับใช้กฎหมายอย่างเคร่งครัด และนำกฎหมายอื่น ๆ มาดำเนินคดีแก่ผู้ชุมนุม โดยมีได้คำนึงถึงเสรีภาพของการชุมนุมที่ประชาชนทุกคนพึงมีอย่างเท่าเทียมกัน

อีกทั้ง ปรากฏว่ามีคำพิพากษาของศาลในเรื่องไม่แจ้งการชุมนุมการชุมนุม ซึ่งมีข้อหาในลักษณะเดียวกันกับข้อเท็จจริงข้างต้น คือ การชุมนุม “แฟลชม็อบไม่ถอยไม่ทน” ในจังหวัดเชียงใหม่ โดยแกนนำนักศึกษามหาวิทยาลัยเชียงใหม่ถูกตั้งข้อหา “เป็นผู้ประสังค์จัดการชุมนุมสาธารณะ โดยไม่แจ้งการชุมนุมต่อผู้รับแจ้งการชุมนุมก่อนเริ่มการชุมนุมไม่น้อยกว่า 24 ชั่วโมง”³¹⁷ ต่อมาศาลแขวงเชียงใหม่ได้มีคำพิพากษา³¹⁸ โดยอาศัยความตามมาตรา 10 วรรคสอง ให้ถือว่าผู้ชุมนุมหรือนัดให้ผู้อื่นมาร่วมชุมนุมในวัน เวลา และสถานที่ที่กำหนดไว้ไม่ว่าจะด้วยวิธีการใด ๆ เป็นผู้ประสังค์จะจัดการชุมนุมสาธารณะ และเมื่อข้อเท็จจริงฟังได้ว่า จำเลยได้โพสต์เชิญชวน จึงถือว่าจำเลยเป็นผู้ประสังค์จะจัดการชุมนุม พิพากษาลงโทษจำเลยเป็นเงินจำนวน 9,000 บาท คำพิพากษานี้เป็นบรรทัดฐานที่แสดงให้เห็นว่า การชุมนุมที่ไม่ได้มีการแจ้งล่วงหน้าตามที่กำหนดไว้ในกฎหมาย เป็นการชุมนุมสาธารณะโดยมิชอบ โดยศาลพิจารณาถึงเพียงเงื่อนไขการเป็นผู้จัดการการชุมนุมเท่านั้น แต่ไม่ได้พิจารณาถึงลักษณะการชุมนุมซึ่งเป็นการชุมนุมที่เกิดขึ้นโดยพลันซึ่งไม่อาจแจ้งล่วงหน้าได้ อีกทั้งการตีความของศาลดังกล่าวยังเป็นการตีความขยายให้ผู้ที่กระทำการแชร์ข้อความทางออนไลน์เป็นผู้มีหน้าที่ต้องแจ้งการชุมนุมด้วย ซึ่งเป็นการเพิ่มภาระให้แก่ผู้ชุมนุมมากขึ้น และเปิดโอกาสให้เจ้าหน้าที่ตำรวจใช้เป็นข้ออ้างเข้าดำเนินการกับผู้ชุมนุม ซึ่งอาจเป็นการกระทำที่เข้าข่ายการขัดขวางการชุมนุมและขัดกับหลักสากลดังที่กล่าวมาข้างต้น

³¹⁷ ศูนย์ทนายความเพื่อสิทธิมนุษยชน, "ทบทวนปากคำพยาน ก่อนศาลพิพากษาคดี เจมส์ ประสิทธิ์ โปสต์ชวนร่วมแฟลชม็อบไม่ถอยไม่ทน" [ออนไลน์] เข้าถึงเมื่อ 13 ธันวาคม 2564. แหล่งที่มา: <https://tlhr2014.com/archives/22792>

³¹⁸ Matchon Online, "ศาลปรับ เจมส์ ประสิทธิ์ 9พันบาท ฝ่าฝืนพ.ร.ก.ชุมนุม จัดแฟลชม็อบโดยไม่แจ้ง" [ออนไลน์] เข้าถึงเมื่อ 13 ธันวาคม 2564. แหล่งที่มา: https://www.matchon.co.th/politics/news_2427744

การพิจารณาบทบัญญัติกฎหมายในเรื่องการแจ้งการชุมนุมในไทย จะพบว่า บทบัญญัติกฎหมายได้กำหนดให้ต้องแจ้งการชุมนุมทุกครั้งอย่างเคร่งครัด โดยไม่มีข้อยกเว้น และแม้กฎหมายบัญญัติให้มีการแจ้งภายหลังการชุมนุมได้ แต่กลับไม่อาจใช้ได้ทางปฏิบัติเนื่องจากจุดประสงค์หลักในการแจ้งการชุมนุมมีเพื่อให้เจ้าหน้าที่ตำรวจได้วางแผนเพื่ออำนวยความสะดวกแก่การชุมนุมและดูแลรักษาความสงบเรียบร้อยในบ้านเมือง ยิ่งไปกว่านั้นการผ่อนผันการชุมนุมดังกล่าว เป็นการให้อำนาจให้ดุลพินิจเจ้าหน้าที่ตำรวจในเรื่องการแจ้งการชุมนุมเกินความจำเป็น ทำให้การชุมนุมอาจเป็นรูปแบบการอนุญาตการชุมนุมโดยปริยาย

4.2.2 การวางข้อจำกัดทางด้านเนื้อหา

การจำกัดเสรีภาพในการชุมนุมสาธารณะซึ่งดำเนินไปอย่างสงบ โดยหลักไม่สามารถแทรกแซงเนื้อหาของการชุมนุมได้ (Content Neutral) เนื่องจากเนื้อหาของการชุมนุม ถือเป็นหัวใจสำคัญของเสรีภาพในการชุมนุม ดังนั้น การวางข้อจำกัดเสรีภาพในการชุมนุมสาธารณะจะต้องไม่ยุ่งเกี่ยวกับเนื้อหาที่ใช้สื่อสารในการชุมนุม อย่างไรก็ตาม หากปรากฏว่าการชุมนุมเกิดขึ้นเพื่อการโฆษณาทางการเมือง สงคราม หรือเพื่อสนับสนุนเพื่อให้เกิดความเกลียดชังต่อชาติ เผ่าพันธุ์ หรือศาสนา ซึ่งยั่วยุให้เกิดการเลือกปฏิบัติ ความเกลียดชัง หรือการใช้ความรุนแรง เจ้าหน้าที่รัฐย่อมสามารถมีมาตรการในการจัดการเป็นรายบุคคล³¹⁹

จากการศึกษาพระราชบัญญัติการชุมนุมสาธารณะ พบว่า กฎหมายมิได้ให้อำนาจดุลพินิจในการจำกัดเนื้อหาการชุมนุมแก่เจ้าหน้าที่ตำรวจ ดังนั้น จากหลักสากลภายใต้ขอบเขตของมาตรา 21 ข้างต้น สามารถเป็นขอบเขตดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ตำรวจต่อการวางข้อจำกัดทางด้านเนื้อหาได้ การนี้หากพิจารณากฎหมายประเทศไทยจะพบว่า เจ้าหน้าที่ตำรวจได้ใช้บทบัญญัติกฎหมายตามพระราชบัญญัติการชุมนุมสาธารณะภายใต้มาตรา 10 วรรคสาม มาตรา 19 วรรคสี่ (5) และกฎหมายอื่น ๆ มาใช้ในการวางข้อจำกัดทางด้านเนื้อหาการชุมนุม โดยพิจารณาได้ดังต่อไปนี้

มาตรา 10 วรรคสาม เป็นเนื้อหาของการแจ้งการชุมนุมสาธารณะ โดยกำหนดให้ผู้ประสงค์จะจัดการชุมนุมสาธารณะจะต้องแจ้งรายละเอียด วัตถุประสงค์ วัน เวลา ระยะเวลา และสถานที่ชุมนุมสาธารณะแก่ผู้รับแจ้งการชุมนุมทราบภายในเวลาที่กฎหมายกำหนด และเจ้าหน้าที่ตำรวจซึ่งเป็นผู้รับแจ้งการชุมนุมจะต้องสรุปสาระสำคัญในการชุมนุมสาธารณะให้ผู้แจ้งการชุมนุมทราบ ในการนี้

³¹⁹ International Covenant on Civil and Political Rights, "General Comment No.37 on the Right of Peaceful Assembly.", para 50.

เจ้าหน้าที่ตำรวจมักจะสรุปสาระสำคัญในการชุมนุมสาธารณะ และวางข้อจำกัดทางด้านเนื้อหาในการชุมนุมสาธารณะในเวลาเดียวกัน

เมื่อมีการแจ้งการชุมนุมสาธารณะ เจ้าหน้าที่ตำรวจจะสรุปสาระสำคัญในการชุมนุม และวางข้อจำกัดทางด้านเนื้อหาโดยอาศัยมาตรา 19 วรรคสี่ (5)³²⁰ อันเป็นบทบัญญัติที่ให้อำนาจเจ้าหน้าที่ตำรวจกำหนดเงื่อนไขในการชุมนุมในเรื่อง เวลา สถานที่ และรูปแบบในการชุมนุม หากปรากฏว่าการชุมนุมดังกล่าวจะกระทบต่อการใช้พื้นที่สาธารณะของประชาชน ความปลอดภัย หรือความเดือดร้อนของประชาชนในพื้นที่ใกล้เคียงการชุมนุม การรักษาความปลอดภัยในการชุมนุม หรือการอำนวยความสะดวกในการจราจรและการขนส่งสาธารณะในบริเวณที่มีการชุมนุมสาธารณะ ซึ่งจะเห็นว่า องค์ประกอบของกฎหมายตามมาตรา 19 วรรคสี่ (1) - (4) เป็นเรื่องเกี่ยวกับการดูแลการชุมนุมสาธารณะ ในการวางข้อจำกัดในเรื่อง เวลา สถานที่ และรูปแบบในการชุมนุมเท่านั้น มิได้ให้อำนาจดุลพินิจในการจำกัดเนื้อหาของการชุมนุมแต่อย่างใด อย่างไรก็ตาม ในทางปฏิบัติที่เกิดขึ้น มาตรา 19 วรรคสี่ (5) กลับถูกนำมาใช้เพื่อการวางข้อจำกัดทางด้านเนื้อหาด้วย

ตัวอย่างกรณีหนังสือสรุปสาระสำคัญการชุมนุมสาธารณะ ลงวันที่ 30 ตุลาคม 2558 ในกรณีที่ นายอานนท์ นำภา เป็นผู้ประสงค์จะจัดการชุมนุม และมีการแจ้งการชุมนุมสาธารณะ มีวัตถุประสงค์เพื่อรำลึกการเสียชีวิตของ นายนวมทอง ไพรวลัย โดยมีการจัดกิจกรรมบริเวณอนุสรณ์สถาน 14 ตุลาคม และเดินขบวนไปทำกิจกรรมบริเวณหน้ากองทัพบก ถนนราชดำเนินนอก ในวันที่ 31 ตุลาคม 2558 ในการนี้เจ้าหน้าที่ผู้รับแจ้ง คือ สถานีตำรวจนครบาลนางเลิ้ง ได้อาศัยมาตรา 19 (5) แห่งพระราชบัญญัติการชุมนุมสาธารณะ กำหนดเงื่อนไขไปในทางจำกัดเนื้อหาในการชุมนุม เนื่องจากแสดงข้อความในการต่อต้านการปฏิบัติงานของคณะรักษาความสงบแห่งชาติในขณะนั้น โดยมีข้อความระบุว่า

“... ”

³²⁰ เพื่อประโยชน์ในการคุ้มครองความสะดวกของประชาชน การดูแลการชุมนุมสาธารณะ และการรักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ให้เจ้าพนักงานดูแลการชุมนุมสาธารณะมีอำนาจ ดังต่อไปนี้

- (1) อำนวยความสะดวกแก่ประชาชนที่จะใช้ที่สาธารณะอันเป็นสถานที่ชุมนุม
- (2) รักษาความปลอดภัย อำนวยความสะดวก หรือบรรเทาเหตุเดือดร้อนรำคาญแก่ผู้อื่นซึ่งอยู่ในบริเวณใกล้เคียงกับสถานที่ชุมนุม
- (3) รักษาความปลอดภัยหรืออำนวยความสะดวกแก่ผู้ชุมนุมในสถานที่ชุมนุม
- (4) อำนวยความสะดวกในการจราจรและการขนส่งสาธารณะในบริเวณที่มีการชุมนุมและบริเวณใกล้เคียงเพื่อให้ประชาชนได้รับผลกระทบจากการชุมนุมน้อยที่สุด
- (5) กำหนดเงื่อนไขหรือมีคำสั่งให้ผู้จัดการชุมนุม ผู้ชุมนุม หรือผู้อยู่ภายใต้สถานที่ชุมนุมต้องปฏิบัติเพื่อประโยชน์ในการปฏิบัติหน้าที่ ตาม (1) (2) (3) หรือ (4)...

4. การแสดงออกเพื่อการรำลึกบุคคล ซึ่งดำเนินการรัฐประหารบริเวณหน้า กองบัญชาการ กองทัพบก ลุ่มเสี้ยวและล่อแหลม อาจเข้าข่ายลักษณะการกระทำที่ขัดต่อคำสั่ง คณะรักษาความสงบแห่งชาติที่ 3/2558 ให้ผู้จัดการชุมนุมพึงระมัดระวังในการแสดงออก และควบคุมผู้ร่วมการชุมนุมมิให้ปฏิบัติในลักษณะขัดขวาง หรือต่อต้านการปฏิบัติหน้าที่ของคณะรักษาความสงบแห่งชาติอีกส่วนหนึ่ง รวมทั้งการแสดงป้ายต่าง ๆ ต้องไม่มีลักษณะต่อต้านการปฏิบัติหน้าที่ของรัฐบาล และคณะรักษาความสงบแห่งชาติ

...³²¹

จากรายละเอียดในหนังสือสรุปสาระสำคัญของเจ้าหน้าที่ตำรวจ นอกจากจะมีการจำกัดเนื้อหาในการชุมนุมซึ่งเป็นสาระสำคัญของการชุมนุมแล้ว ยังเป็นการใช้ดุลพินิจเกินกว่าที่กฎหมายบัญญัติ กล่าวคือ การวางเงื่อนไขหรือมีคำสั่งใด ๆ ตามมาตรา 19 จะต้องเป็นไปเพื่อประโยชน์ต่อการอำนวยความสะดวกแก่ประชาชนที่จะใช้ที่สาธารณะอันเป็นสถานที่ชุมนุม หรือรักษาความปลอดภัยแก่ผู้อื่น ซึ่งอยู่ในบริเวณใกล้เคียงกับสถานที่ชุมนุมและผู้ชุมนุมในสถานที่ชุมนุม หรืออำนวยความสะดวกในการจราจรและการขนส่งสาธารณะในบริเวณที่มีการชุมนุมและบริเวณใกล้เคียง ดังนั้น การกำหนดเนื้อหาที่มิให้ปฏิบัติในลักษณะขัดขวาง หรือต่อต้านการปฏิบัติหน้าที่ของคณะรักษาความสงบแห่งชาติอีกส่วนหนึ่ง รวมทั้งการแสดงป้ายต่าง ๆ ต้องไม่มีลักษณะต่อต้านการปฏิบัติหน้าที่ของรัฐบาล จึงเป็นการใช้อำนาจดุลพินิจที่ผิดพลาด ออกคำสั่งจำกัดเนื้อหาในการชุมนุมที่ขัดต่อกฎหมายและไม่เป็นไปตามหลักสากล

นอกจากนี้ มีการบังคับใช้กฎหมายอื่น ๆ เช่น ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 112³²² และ มาตรา 116³²³ ซึ่งเป็นโทษทางอาญาในจำกัดเนื้อหาการชุมนุม หากปรากฏว่าการชุมนุมมีการแสดงออกในเรื่องเกี่ยวกับพระราชินี รัชทายาท หรือผู้สำเร็จราชการแทนพระองค์ ย่อมมีความผิดฐาน

³²¹ อ่านเพิ่มเติม หนังสือสรุปสาระสำคัญการชุมนุมสาธารณะ ที่ ดช.0015.(บก.น.1)8/858 ลงวันที่ 30 ตุลาคม 2558

³²² ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 112

ผู้ใดหมิ่นประมาท ดูหมิ่น หรือแสดงความอาฆาตมาดร้ายพระมหากษัตริย์ พระราชินี รัชทายาท หรือผู้สำเร็จราชการแทนพระองค์ ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สามปีถึงสิบห้าปี

³²³ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 116

ผู้ใดกระทำให้ปรากฏแก่ประชาชนด้วยวาจา หนังสือหรือวิธีอื่นใดอันมิใช่เป็นการกระทำภายในความมุ่งหมายแห่งรัฐธรรมนูญ หรือมิใช่เพื่อแสดงความคิดเห็นหรือติชมโดยสุจริต

(1) เพื่อให้เกิดการเปลี่ยนแปลงในกฎหมายแผ่นดินหรือรัฐบาล โดยใช้กาลังข่มขืนใจหรือใช้กำลังประทุษร้าย

(2) เพื่อให้เกิดความปั่นป่วนหรือกระด้างกระเดื่องในหมู่ประชาชนถึงขนาดที่จะก่อความไม่สงบขึ้นในราชอาณาจักร

หรือ

(3) เพื่อให้ประชาชนล่วงละเมิดกฎหมายแผ่นดิน ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินเจ็ดปี

หมิ่นประมาท ดูหมิ่น หรือแสดงความอาฆาตมาดร้าย พระมหากษัตริย์ พระราชินี รัชทายาท หรือ ผู้สำเร็จราชการแทนพระองค์ หรือมาตรา 116 ในความผิดฐานยุยง ปลุกปั่น การชุมนุมซึ่งมีการ แสดงออกทางด้านเนื้อหาในเรื่องมาตรา 112 หรือมาตรา 116 ผู้ชุมนุมมักถูกเจ้าหน้าที่ตำรวจ ดำเนินคดีตามกฎหมาย และทำให้การชุมนุมที่มีการแสดงออกถึงเรื่องดังกล่าวไม่สามารถกระทำ ได้ เช่น คดีการชุมนุม เมื่อวันที่ 19 กันยายน 2563 “ทวงคืนอำนาจราษฎร” ที่ท้องสนามหลวง ซึ่ง พนักงานอัยการได้ยื่นฟ้องคดีผู้ชุมนุม ตามมาตรา 112³²⁴

อย่างไรก็ดี คดีอันเกี่ยวเนื่องตามมาตรา 116 เช่น คดีหมายเลขดำที่ 1197/2561³²⁵ วันที่ 10 กุมภาพันธ์ 2561 กลุ่มฟื้นฟูประชาธิปไตย จัดการชุมนุมบริเวณถนนราชดำเนิน เรียกร้องการจัดการ เลือกลงภายในปี 2561 ภายใต้ชื่อกิจกรรมว่า “หยุดยื้อเลือกตั้ง หยุดสืบทอดอำนาจ” โดยกลุ่ม ผู้จัดการชุมนุมได้ถูกดำเนินคดีในข้อหาฐานชุมนุมทางการเมืองฝ่าฝืนคำสั่งคสช.ฉบับที่ 3/2558 และ ความผิดในข้อหายุยงปลุกปั่นตามมาตรา 116 แห่งประมวลกฎหมายอาญา ในคดีนี้ศาลได้วางแนวคำ พิพากษาว่า การกระทำเพื่อให้เกิดความยุยงปลุกปั่นให้เกิดความปั่นป่วน หรือกระด้างกระเดื่องในหมู่ ประชาชน ต้องถึงขนาดที่จะก่อความไม่สงบขึ้นในราชอาณาจักร การใช้ถ้อยคำที่ไม่เหมาะสม หรือ ล่วงเกินไปบ้าง แต่หากเป็นการติชมตามหลักประชาธิปไตย ย่อมไม่ผิดฐานยุยงปลุกปั่นตามประมวล กฎหมายอาญามาตรา 116

จากคำพิพากษาดังกล่าว เห็นได้ชัดว่า การชุมนุมสาธารณะที่แม้มีถ้อยคำไม่เหมาะสม แต่หาก ไม่ถึงขนาดที่จะก่อให้เกิดความไม่สงบในบ้านเมือง เจ้าหน้าที่ตำรวจก็ไม่อาจใช้มาตรา 116 มาบังคับ ใช้เพื่อจำกัดการชุมนุมได้ โดยศาลยังคงให้คุณค่าด้านเสรีภาพในการชุมนุมที่ดำเนินไปภายใต้ขอบเขต ของรัฐธรรมนูญ และยังเป็นการเน้นย้ำในเรื่องการวางข้อจำกัดทางด้านเนื้อหาว่าต้องถึงขนาดที่จะ ก่อให้เกิดความไม่สงบในบ้านเมือง และเนื้อหาในการชุมนุมหากเป็นไปเพื่อติชมตามหลัก ประชาธิปไตยก็ย่อมสามารถกระทำได้

การวางข้อจำกัดทางด้านเนื้อหาในประเทศไทยได้ถูกใช้ภายใต้มาตรา 19 (5) ซึ่งถือเป็น บทบัญญัติที่ให้อำนาจเจ้าหน้าที่ตำรวจวางข้อจำกัดการชุมนุมสาธารณะทางด้านเวลา สถานที่ และ รูปแบบในการชุมนุม ดังนั้น การที่เจ้าหน้าที่ตำรวจได้นำบทกฎหมายดังกล่าวมาปรับใช้ จึงเป็นการใช้ อำนาจดุลพินิจที่บิดเบือนกฎหมาย ไม่เป็นไปตามเจตนารมณ์ของกฎหมายแต่อย่างใด อีกทั้งเนื้อหาที่

³²⁴ อ่านเพิ่มเติม iLaw, "เปิดข้อกล่าวหาตามฟ้อง คดี "19 กันยายนทวงอำนาจคืนราษฎร"" [ออนไลน์] เข้าถึงเมื่อ 18 สิงหาคม 2565. แหล่งที่มา: <https://freedom.ilaw.or.th/node/883>

³²⁵ อ่านเพิ่มเติม iLaw, "ฐานข้อมูลคดี" [ออนไลน์] เข้าถึงเมื่อ 11 พฤศจิกายน 2564. แหล่งที่มา: https://freedom.ilaw.or.th/case/826#progress_of_case

ถูกจำกัดนั้น มิได้เป็นไปตามหลักสากลที่ให้จำกัดเฉพาะในเนื้อหาเพื่อการโฆษณาทางการเมือง หรือเพื่อสนับสนุนเพื่อให้เกิดความเกลียดชังต่อชาติ เผ่าพันธุ์ หรือศาสนา ซึ่งช่วยให้เกิดการเลือกปฏิบัติ ความเกลียดชัง หรือการใช้ความรุนแรงเท่านั้น นอกจากนี้ ยังดำเนินคดีกับกลุ่มผู้ชุมนุมโดยอาศัยเนื้อหาที่แสดงออก ซึ่งสะท้อนให้เห็นถึงการจำกัดเสรีภาพในการชุมนุมนอกเหนือจากที่ปรากฏในหลักสากล

4.2.3 การวางข้อจำกัดด้านเวลา สถานที่ และรูปแบบการชุมนุมสาธารณะ

การดูแลการชุมนุมสาธารณะของเจ้าหน้าที่ตำรวจมักจะนำกฎหมายฉบับต่าง ๆ มาบังคับใช้กับการชุมนุมสาธารณะ ซึ่งกฎหมายเหล่านั้นมิได้มีเจตนารมณ์ในเรื่องการรับรองเสรีภาพในการชุมนุม และนับตั้งแต่มีการประกาศใช้พระราชบัญญัติการชุมนุมสาธารณะ การวางข้อจำกัดในด้านเวลา สถานที่ และรูปแบบในการชุมนุมสาธารณะต้องตกอยู่ภายใต้กฎหมายนี้ด้วย อย่างไรก็ตาม จะเห็นปัญหาการนำกฎหมายฉบับอื่น ๆ มาบังคับใช้กับการชุมนุมก็ยังคงมีอยู่ ดังนั้น ในหัวข้อนี้จึงพิจารณาบทบัญญัติกฎหมายว่าด้วยการชุมนุมสาธารณะในเรื่องการจำกัดเวลา สถานที่ และรูปแบบการชุมนุม และปัญหาการดูแลการชุมนุมในการวางข้อจำกัดของเจ้าหน้าที่ตำรวจที่เกิดขึ้นทั้งในเรื่องการดูแลการชุมนุมสาธารณะที่ไม่สอดคล้องกับหลักสากล และการนำกฎหมายอื่น ๆ มาบังคับใช้ในการชุมนุมทำให้เกิดความทับซ้อนของกฎหมาย โดยพิจารณาได้ดังต่อไปนี้

การวางข้อจำกัดด้านเวลา

ในเรื่องการจำกัดด้านเวลานั้น กฎหมายการชุมนุมสาธารณะให้อำนาจดุลพินิจแก่เจ้าหน้าที่ตำรวจไว้ในมาตรา 15(6) และมาตรา 16(8) โดยบัญญัติว่าด้วยเรื่องหน้าที่ของผู้จัดการชุมนุมและผู้ชุมนุม อีกทั้งเป็นดุลพินิจวินิจฉัยของเจ้าหน้าที่ตำรวจที่จะต้องพิจารณาระยะเวลาที่จะต้องไม่ปราศรัยหรือจัดกิจกรรมในการชุมนุมโดยใช้เครื่องขยายเสียงในระหว่างเวลา 24.00 นาฬิกา ถึงเวลา 06.00 นาฬิกาของวันรุ่งขึ้น และการชุมนุมที่จัดขึ้นนั้นต้องไม่เดินขบวนหรือเคลื่อนย้ายการชุมนุมระหว่างเวลา 18.00 นาฬิกา ถึงเวลา 06.00 นาฬิกาของวันรุ่งขึ้น เว้นแต่ได้รับอนุญาตจากเจ้าพนักงานดูแลการชุมนุมสาธารณะ ซึ่งเปิดโอกาสให้เจ้าหน้าที่ตำรวจสามารถใช้ดุลพินิจจำกัดเวลาการชุมนุมสาธารณะได้

การวางข้อจำกัดด้านสถานที่

การจำกัดด้านสถานที่ในการชุมนุมสาธารณะนั้น ถือว่าเป็นการวางข้อจำกัดโดยเด็ดขาด ซึ่งไม่มีข้อยกเว้นทางกฎหมายแต่อย่างใด โดยปรากฏอยู่ในมาตรา 7 8 และ 9 และบทบัญญัติกฎหมายได้ให้อำนาจดุลพินิจวินิจฉัยและตัดสินใจในการดูแลการชุมนุมสาธารณะ สามารถสรุปความได้ว่า

ห้ามมิให้มีการจัดการชุมนุมสาธารณะในรัศมี 150 เมตรจาก พระบรมมหาราชวัง พระราชวังของพระราชทายาทหรือของพระบรมวงศ์ตั้งแต่สมเด็จพระเจ้าฟ้าขึ้นไป พระราชินีเวศน์ พระตำหนัก หรือจากที่ซึ่งพระมหากษัตริย์ พระราชินี พระรัชทายาท พระบรมวงศ์ตั้งแต่สมเด็จพระเจ้าฟ้าขึ้นไป หรือผู้สำเร็จราชการแทนพระองค์ ประทับหรือพำนัก หรือสถานที่พำนักของพระราชอาคันตุกะ รวมถึงการชุมนุมภายในพื้นที่ของรัฐสภา ทำเนียบรัฐบาล และศาล อย่างไรก็ตาม การชุมนุมในพื้นที่รัฐสภา ทำเนียบรัฐบาล หรือศาล อาจกระทำได้ หากมีการจัดให้มีพื้นที่เพื่อใช้การชุมนุมสาธารณะ ในพื้นที่ทั้งหมดข้างต้น ทั้งนี้ เจ้าหน้าที่ตำรวจซึ่งเป็นผู้บัญชาการตำรวจหรือผู้ได้รับมอบหมาย ย่อมมีดุลพินิจวินิจฉัยประกาศห้ามการชุมนุมในรัศมี ไม่เกิน 50 เมตรจากสถานที่เหล่านั้นได้ หากกระทำไปตามความจำเป็นเพื่อประโยชน์แห่งการรักษาความปลอดภัยสาธารณะและความสงบเรียบร้อยของประชาชน โดยคำนึงถึงจำนวนของผู้ชุมนุมและพฤติการณ์ในการชุมนุม

การวางข้อจำกัดด้านสถานที่ตามมาตรานี้ได้ถูกนำมาบังคับใช้อยู่เสมอ เนื่องจากการชุมนุมมักเกิดในสถานที่สำคัญเพื่อเรียกร้องต่อกลุ่มเป้าหมาย เห็นได้จากในห้วงเวลาของการชุมนุมตั้งแต่ปี 2563 -2564 ซึ่งมีการชุมนุมหลากหลายกลุ่มใจกลางเมืองกรุงเทพมหานคร ทั้งการชุมนุมด้านการเมือง การแก้ไขสถานการณ์การแพร่ระบาดโรคติดเชื้อไวรัสโคโรนา 2019 หรือเรียกร้องหน่วยงานรัฐต่าง ๆ เจ้าหน้าที่ตำรวจได้มีการรักษาความสงบเรียบร้อยในสถานที่สำคัญในวิธีการหลากหลายรูปแบบ เช่น การวางตู้คอนเทนเนอร์ ตั้งแบรีเออร์คอนกรีต รั้วลวดหนาม เพื่อควบคุมพื้นที่และปิดกั้นผู้ชุมนุมมิให้เข้าไปใกล้สถานที่สำคัญดังกล่าว มาตรการดังกล่าวกลับเป็นการกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนในพื้นที่ใกล้เคียง และประชาชนทั่วไปอย่างมาก เนื่องจากการปิดกั้นสถานที่ด้วยวิธีต่าง ๆ ทำให้ประชาชนทั่วไปไม่สามารถสัญจรเข้า - ออก เพื่อทำงานหรือกลับบ้านในบริเวณใกล้เคียงได้เป็นปกติ มาตรการเหล่านี้สร้างความเดือนร้อนมากกว่าการรักษาความสงบเรียบร้อยในสังคม และสร้างภาระให้กับประชาชนมากเกินไปจนความจำเป็น อีกทั้ง มิได้บรรลุวัตถุประสงค์ในการดูแลการชุมนุมสาธารณะแต่อย่างใด ยกตัวอย่าง กรณีการชุมนุมของ “เยาวชนปลดแอก” เมื่อวันที่ 7 สิงหาคม 2564 เจ้าหน้าที่ตำรวจได้นำตู้คอนเทนเนอร์ วางแนวลวดหนามหรือถังบรรจุน้ำมัน เพื่อขวางบริเวณ

ถนนราชดำเนิน และปิดกั้นเส้นทางมุ่งหน้าสู่พระบรมหาราชวัง³²⁶ ซึ่งมาตรการการดูแลการชุมนุมสาธารณะเช่นนี้เจ้าหน้าที่ตำรวจได้นำมาใช้บ่อยครั้ง

นอกจากนี้ กฎหมายยังกำหนดให้อำนาจดุลพินิจวินิจฉัยแก่เจ้าหน้าที่ตำรวจ ในการพิจารณาการชุมนุมสาธารณะที่จัดขึ้นจะต้องไม่กีดขวางทางเข้าออก หรือรบกวนการปฏิบัติงานหรือการใช้บริการของสถานที่ที่กฎหมายกำหนดไว้ โดยบัญญัติไว้ในมาตรา 8³²⁷ กล่าวได้ว่า แม้สถานที่ของจัดการชุมนุมสาธารณะจะมีใช้สถานที่ที่ต้องห้ามการชุมนุมตามมาตรา 7 แต่การชุมนุมนั้นจะจัดขึ้นโดยกีดขวางหรือรบกวนการปฏิบัติงานหรือการใช้บริการของสถานที่ทำการของรัฐ และสถานที่อื่น ๆ ตามที่กฎหมายกำหนดไว้ในมาตรา 8 ไม่ได้ โดยการห้ามตามบทบัญญัติมาตรานี้ ล้วนเกิดจากการใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ตำรวจในพื้นที่ในการพิจารณาเป็นรายกรณี โดยเฉพาะในเรื่องที่ว่า การชุมนุมนั้นรบกวนการปฏิบัติงานของสถานที่หรือหน่วยงานรัฐหรือไม่ และกฎหมายดังกล่าวได้ให้อำนาจเจ้าหน้าที่เข้าทำการห้ามการชุมนุมได้อย่างเต็มที่

ตัวอย่างเช่น กรณีการชุมนุมของกลุ่มคนรักสุขภาพ³²⁸ จัดขึ้นเมื่อวันที่ 6 มิถุนายน 2560 เวลา 08.00 ถึง 15.00 นาฬิกา บริเวณเกาะกลางถนนหน้ากระทรวงศึกษาธิการ โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อคัดค้านการแก้ไขกฎหมายพระราชบัญญัติหลักประกันสุขภาพถ้วนหน้า ผู้เข้าร่วมชุมนุมประมาณ 1,000 คน ใช้ยานพาหนะประเภทปิคอัพจำนวน 1 คัน เครื่องเสียงขนาดกำลังไฟ 1,000 วัตต์ ลำโพง 600 วัตต์จำนวน 4 ตัว และป้ายรณรงค์ ป้ายไวเนล ธงกระดาษ ทั้งนี้ เจ้าหน้าที่ตำรวจได้พิจารณาโดยอาศัยมาตรา 7 วรรคสี่ ในกรณีเพื่อประโยชน์แห่งการรักษาความปลอดภัยสาธารณะและความสงบเรียบร้อยของประชาชน ผู้บัญชาการตำรวจแห่งชาติหรือผู้ได้รับมอบหมายมีอำนาจประกาศห้ามชุมนุมในรัศมีไม่เกิน 50 เมตรรอบทำเนียบรัฐบาล และการชุมนุมสาธารณะต้องไม่กีดขวางทางเข้าออก หรือรบกวนการปฏิบัติงานหรือใช้บริการสถานที่ของสถานที่ทำการหน่วยงานของรัฐ ดังนั้น การชุมนุมสาธารณะหน้ากระทรวงศึกษาธิการ ซึ่งอยู่ในรัศมี 50 เมตรของทำเนียบรัฐบาล ผู้

³²⁶ BBC NEWS, "ชุมนุม 7 ส.ค.: "เยาวชนปลดแอก" ยุติการชุมนุมหลัง ตร.ยิงแก๊สน้ำตา-กระสุนยางใส่ 2 ชม" [ออนไลน์] เข้าถึงเมื่อ 12 ธันวาคม 2564. แหล่งที่มา: <https://www.bbc.com/thai/thailand-58125952>

³²⁷ การชุมนุมสาธารณะต้องไม่กีดขวางทางเข้าออก หรือรบกวนการปฏิบัติงานหรือการใช้บริการสถานที่ ดังต่อไปนี้

- (1) สถานที่ทำการหน่วยงานของรัฐ
- (2) ท่าอากาศยาน ท่าเรือ สถานีรถไฟ หรือสถานีขนส่งสาธารณะ
- (3) โรงพยาบาล สถานศึกษา และศาสนสถาน
- (4) สถานทูตหรือสถานกงสุลของรัฐต่างประเทศ หรือสถานที่ทำการองค์การระหว่างประเทศ
- (5) สถานที่อื่นตามที่รัฐมนตรีประกาศกำหนด

³²⁸ ประชาชาติ, "บนเส้นทางกฎหมายชุมนุมสาธารณะ: กรณีการชุมนุมยื่นหนังสือคัดค้านแก้กฎหมายบัตรทอง" [ออนไลน์] เข้าถึงเมื่อ 13 ธันวาคม 2564. แหล่งที่มา: <https://prachatai.com/journal/2017/06/71866>

บัญชาการตำรวจแห่งชาติหรือผู้ที่ได้รับมอบหมายมีอำนาจประกาศห้ามการชุมนุมได้ ประกอบกับการชุมนุมดังกล่าวมีผู้ชุมนุมเข้าร่วมจำนวนมาก อาจกีดขวางทางเข้าออก หรือรบกวนการปฏิบัติงานหรือการใช้บริการสถานที่ของทำเนียบรัฐบาลและกระทรวงศึกษาธิการได้ ซึ่งทำให้การชุมนุมดังกล่าวไม่ชอบด้วยกฎหมาย

อีกทั้งเจ้าหน้าที่ตำรวจของสถานีตำรวจนครบาลดุสิต ใช้อำนาจตามมาตรา 11 วรรคสอง สั่งให้ผู้แจ้งการชุมนุมแก้ไขการชุมนุม โดยการ “ย้ายสถานที่” จัดชุมนุมไปยังบริเวณสนามม้านางเลิ้ง ซึ่งเป็นพื้นที่กว้างขวางรองรับคนจำนวนมาก และขอให้งดใช้เครื่องขยายเสียง เนื่องจากรบกวนการปฏิบัติหน้าที่ หรือการให้บริการของประชาชนของสำนักคณะกรรมการพัฒนาระบบราชการ (ก.พ.ร.)

จากกรณีตัวอย่างใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ตำรวจในการวางข้อจำกัดด้านสถานที่ข้างต้น แยกพิจารณาได้ สามกรณี คือ

กรณีแรก การย้ายสถานที่ กรณีที่ผู้รับแจ้งเห็นว่า การชุมนุมสาธารณะที่ได้รับแจ้งนั้นอาจขัดต่อ มาตรา 7 หรือมาตรา 8 ให้ผู้รับแจ้งมีคำสั่งให้ให้ผู้แจ้งแก้ไขภายในเวลาที่กำหนด ซึ่งตามข้อเท็จจริง เป็นการออกคำสั่งให้ย้ายสถานที่ชุมนุม จากเดิมการชุมนุมจะจัดขึ้นบริเวณเกาะกลางถนนหน้า กระทรวงศึกษาธิการซึ่งต้องการเรียกร้องต่อนายกรัฐมนตรี เจ้าหน้าที่ตำรวจมีคำสั่งให้ย้ายสถานที่ชุมนุมไปยัง บริเวณสนามม้านางเลิ้ง โดยอาศัยเหตุผลในเรื่องพื้นที่ของการชุมนุมที่กว้างขวาง อย่างไรก็ตาม ในทางพิจารณา จะเห็นว่า สถานที่ใหม่ที่สั่งให้จัดกิจกรรมนั้น เป็นบริเวณพื้นที่ที่ห่างออกไปจากพื้นที่เดิมมาก และมีได้อยู่บริเวณของทำเนียบรัฐบาลซึ่งมีวัตถุประสงค์ในการเรียกร้องต่อนายกรัฐมนตรี คำสั่งดังกล่าวจึงเป็นการลดทอนหลักการสำคัญของการชุมนุมสาธารณะในการที่จะสื่อสารและต่อรองกับอำนาจรัฐ อีกทั้ง หลักกฎหมายสากล ตามความเห็นทั่วไปฉบับที่ 37 แห่งกติกา ระหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ได้อธิบายไว้อย่างชัดเจนว่า การชุมนุมโดยสงบไม่ควรต้องถูกเคลื่อนย้ายไปยังสถานที่ห่างไกลซึ่งผู้ชุมนุมไม่สามารถเรียกร้องความสนใจจากกลุ่มเป้าหมายหรือจากประชาชนทั่วไปได้³²⁹ ซึ่งเป็นไปตามหลักการระยะการมองเห็นและการได้ยินของกลุ่มเป้าหมาย ดังนั้น คำสั่งดังกล่าวของเจ้าหน้าที่ตำรวจจึงมิได้เป็นไปตามหลักการสำคัญของการชุมนุม และไม่สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของการจัดการชุมนุมสาธารณะ ในขณะเดียวกันเป็นการกระทำที่ลดทอนเสรีภาพในการชุมนุมอีกด้วย

³²⁹ International Covenant on Civil and Political Rights, "General Comment No.37 on the Right of Peaceful Assembly.", para 55.

กรณีที่สอง การชุมนุมที่กีดขวางทางเข้าออก หรือรบกวนการปฏิบัติงานหรือการใช้บริการ สถานที่ของทำเนียบรัฐบาลและกระทรวงศึกษาธิการ บทบัญญัติกฎหมายในเรื่องนี้ ถือว่าเป็นดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ตำรวจในการพิจารณาว่าการชุมนุมกีดขวาง หรือรบกวนการทำงานหรือการใช้บริการของสถานที่ โดยไม่มีแนวทางที่ปรากฏชัดเจนในการบังคับใช้กฎหมายว่าขอบเขตของการกีดขวางทางเข้าออกมีเพียงใด

กรณีที่สาม การให้ดังใช้เครื่องเสียงเพราะเป็นการรบกวน บทบัญญัติของกฎหมายการชุมนุมสาธารณะมิได้กำหนดให้อำนาจเจ้าหน้าที่ตำรวจสั่งห้ามการใช้เครื่องเสียง โดยให้อำนาจเพียงกำหนดระดับเสียงที่สามารถใช้ได้³³⁰ ซึ่งหากไม่อยู่ในเกณฑ์ที่กำหนดตามประกาศผู้บัญชาการตำรวจแห่งชาติ เจ้าหน้าที่ตำรวจมีอำนาจในการสั่งแก้ไข อย่างไรก็ตาม หากพิจารณาพระราชบัญญัติควบคุมการโฆษณาโดยใช้เครื่องขยายเสียง มาตรา 6³³¹ ซึ่งเป็นกฎหมายที่เจ้าหน้าที่ตำรวจได้นำมาบังคับใช้ในเรื่องการชุมนุมบ่อยครั้ง กฎหมายดังกล่าวให้อำนาจเจ้าหน้าที่ตำรวจในการสั่งให้หยุดการใช้เครื่องขยายเสียงได้ หากเป็นกรณีไม่ปฏิบัติตามคำสั่งของเจ้าหน้าที่พนักงาน ดังนั้น หากพิจารณาข้อเท็จจริงแล้วพบว่า เจ้าหน้าที่ตำรวจได้มีการสั่งดัดใช้เครื่องขยายเสียง จึงอาจเป็นกรณีการใช้อำนาจตามพระราชบัญญัติควบคุมการโฆษณาโดยใช้เครื่องขยายเสียง การนี้จึงสะท้อนให้เห็นได้ว่า เจ้าหน้าที่ตำรวจนำกฎหมายอื่น ๆ ซึ่งไม่เกี่ยวข้องกับการชุมนุมสาธารณะ อีกทั้งเป็นการใช้อำนาจดุลพินิจโดยบิดเบือน ไม่เป็นไปตามเจตนารมณ์ของกฎหมายการควบคุมการโฆษณาที่มีขึ้นเพื่อการควบคุมเสียงในการโฆษณา มิใช่เพื่อควบคุมการดูแลการชุมนุมสาธารณะ

ทั้งนี้ การวางข้อจำกัดด้วยสถานที่การชุมนุม กฎหมายได้เปิดช่องให้เจ้าหน้าที่รัฐใช้ดุลพินิจตัดสินใจจัดสถานที่เพื่อใช้สำหรับการชุมนุมสาธารณะได้ ตามมาตรา 9 ดังเช่น ประกาศกรุงเทพมหานคร เรื่องจัดให้มีสถานที่เพื่อใช้สำหรับการชุมนุมสาธารณะ โดยจัดให้มีสถานที่ชุมนุมได้

³³⁰ มาตรา 15 ผู้จัดการชุมนุมมีหน้าที่ดังต่อไปนี้

(7) ไม่ใช้เครื่องขยายเสียงด้วยกำลังไฟฟ้าที่มีขนาดหรือระดับเสียงตามที่ผู้บัญชาการตำรวจแห่งชาติประกาศกำหนด

³³¹ พระราชบัญญัติการชุมนุมสาธารณะ มาตรา 6

“พนักงานเจ้าหน้าที่หรือพนักงานฝ่ายปกครองหรือตำรวจชั้นผู้ใหญ่ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มีอำนาจสั่งผู้ใช้เสียงหรือผู้ควบคุมเครื่องขยายเสียงให้ลดเสียงลงได้ เมื่อปรากฏว่าเสียงที่โฆษณานั้นก่อให้เกิดความรำคาญแก่ประชาชน

ถ้าการโฆษณาก่อให้เกิดเหตุอันไม่สงบเรียบร้อย หรือไม่ปฏิบัติตามคำสั่งของเจ้าหน้าที่พนักงานที่สั่งตามความในวรรคก่อน ให้เจ้าพนักงานดังกล่าวมีอำนาจสั่งให้หยุดการโฆษณาได้”

จำนวน 7 แห่ง³³² ซึ่งบทบัญญัติกฎหมายเปิดช่องให้หน่วยงานรัฐใช้ดุลพินิจตัดสินใจจะจัดสถานที่การประชุมหรือไม่ก็ได้

การวางข้อจำกัดด้านรูปแบบการประชุมสาธารณะ

รูปแบบในการประชุมสาธารณะ คือ การใช้อุปกรณ์ต่าง ๆ ในการประชุม เช่น การแจ็กโอสเตอร์ การแสดงดนตรี การใช้เครื่องโทรโข่ง หรือเทคนิคต่าง ๆ ที่ใช้ในการจัดการประชุม ไม่ว่าจะเป็ นเครื่องมือในการฉายภาพเพื่อสื่อความหมาย รวมถึงการติดตั้งโครงสร้างชั่วคราวในเรื่องระบบเสียง เพื่อวัตถุประสงค์ในการสื่อสารกับกลุ่มเป้าหมาย ซึ่งรูปแบบเหล่านี้ผู้ชุมนุมย่อมจะต้องมีอิสระในการตัดสินใจเลือกใช้รูปแบบในการชุมนุม เมื่อพิจารณาบทกฎหมายที่เกี่ยวกับการรูปแบบในการชุมนุมสาธารณะของไทย ปรากฏอยู่ในมาตรา 15 (7)³³³ ซึ่งเป็นกรณีของเงื่อนไขทางกฎหมายในการใช้ระดับเสียงตามประกาศสำนักงานตำรวจแห่งชาติเท่านั้น เจ้าหน้าที่ตำรวจมีดุลพินิจวินิจฉัยข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น ทั้งนี้ การฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติตามมาตราดังกล่าว เจ้าหน้าที่ตำรวจมีอำนาจดำเนินการประกาศให้ผู้ชุมนุมแก้ไขภายในระยะเวลาที่กำหนด³³⁴ ประกาศสำนักงานตำรวจแห่งชาติ ได้กำหนดระดับเสียงของเครื่องขยายเสียงที่ใช้ในการชุมนุมสาธารณะ³³⁵ โดยค่าระดับเสียงสูงสุดต้องไม่เกิน 115 เดซิเบลเอ ค่าระดับเฉลี่ย 24 ชั่วโมง ไม่เกิน 70 เดซิเบลเอ และห้ามใช้เครื่องขยายเสียงในการชุมนุมสาธารณะอันเป็นการรบกวนผู้อื่น ซึ่งได้กำหนดระดับเสียงไว้อยู่ที่ 10 เดซิเบลเอ จากบทบัญญัติของกฎหมายที่ให้อำนาจดุลพินิจแก่เจ้าหน้าที่ตำรวจในการดูแลการประชุมสาธารณะ สามารถพิจารณาได้ว่า เจ้าหน้าที่ตำรวจมีอำนาจตามกฎหมายในการจำกัดรูปแบบในการชุมนุมการใช้เครื่องขยายเสียงดังกล่าวมีระดับเสียงตามที่กำหนดไว้ในประกาศสำนักงานตำรวจแห่งชาติหรือไม่ หากปรากฏว่าการชุมนุมใช้เครื่องเสียงเกินขนาดตามที่ผู้บัญชาการตำรวจแห่งชาติประกาศกำหนด เจ้าหน้าที่ตำรวจซึ่งเป็นผู้ดูแลการ

³³² ประกาศกรุงเทพมหานคร เรื่อง จัดให้มีสถานที่เพื่อใช้สำหรับการชุมนุมสาธารณะ ลงวันที่ 23 มิถุนายน 2565

³³³ ผู้จัดการชุมนุมมีหน้าที่ต่อไปนี้

(7) ไม่ใช่เครื่องขยายเสียงด้วยกำลังไฟฟ้าที่มีขนาดหรือระดับเสียงตามที่ผู้บัญชาการตำรวจแห่งชาติประกาศกำหนด ...

³³⁴ พระราชบัญญัติการประชุมสาธารณะ พ.ศ.2558 มาตรา 21(2)

มาตรา 21 ในกรณีมีการชุมนุมสาธารณะที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายตามมาตรา 14 หรือกรณีผู้จัดการชุมนุมหรือผู้ชุมนุมฝ่าฝืนมาตรา 7 หรือไม่ปฏิบัติตามมาตรา 8 มาตรา 15 มาตรา 16 มาตรา 17 หรือมาตรา 18 ให้เจ้าพนักงานดูแลการประชุมสาธารณะดำเนินการ ดังต่อไปนี้

(2) กรณีผู้จัดการชุมนุมหรือผู้ชุมนุมฝ่าฝืนมาตรา 7 หรือไม่ปฏิบัติตามมาตรา 8 มาตรา 15 มาตรา 16 หรือมาตรา 17 ให้ประกาศให้ผู้ชุมนุมแก้ไขภายในระยะเวลาที่กำหนด

³³⁵ ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 132 ตอนพิเศษ 236 ง หน้า 24 2 ตุลาคม 2558

ชุมนุมสาธารณะย่อมมีดุลพินิจในการให้ผู้จัดการชุมนุมแก้ไขเรื่องการใช้เครื่องขยายเสียง³³⁶ ดังนั้นรูปแบบการชุมนุมในลักษณะอื่น ๆ นอกเหนือจากนี้ ไม่ว่าจะเป็นการใช้เครื่องมือในการถ่ายภาพเพื่อสื่อความหมาย เช่น การถ่ายภาพโฮโลแกรม หรือการใช้ตั้งจอภาพชั่วคราวบนถนน ก็ย่อมสามารถทำได้ ไม่ต้องห้ามตามกฎหมาย และสอดคล้องกับหลักสากลที่ให้ผู้ชุมนุมมีอิสระในการใช้อุปกรณ์ต่าง ๆ ซึ่งอาจเป็นการติดตั้งโครงสร้างชั่วคราวรวมถึงระบบเสียงได้³³⁷

ประเด็นที่ต้องพิจารณาต่อมา คือ กรณีของคนรักสุขภาพที่ได้กล่าวมาในหัวข้อก่อนหน้า หากเจ้าหน้าที่ตำรวจเห็นว่า การใช้เครื่องขยายเสียงเป็นการรบกวนการปฏิบัติหน้าที่ หรือการให้บริการประชาชนของหน่วยงานรัฐ จึงมีคำสั่งให้งดใช้เครื่องขยายเสียง หรือกรณีตามคำพิพากษาของนายอานนท์ น้าพา เจ้าหน้าที่ตำรวจได้ดำเนินคดี กรณีการใช้เครื่องฉายภาพโฮโลแกรม โดยการนำกฎหมายว่าด้วยเรื่องจราจรทางบกบังคับใช้ เนื่องจากมีลักษณะเป็นการกีดขวางการจราจรกีดขวางทางสาธารณะ จนอาจเป็นอุปสรรคต่อความปลอดภัยหรือความสะดวกในการจราจร และ การใช้เครื่องขยายเสียงโดยไม่ได้รับอนุญาตตามพระราชบัญญัติการควบคุมการโฆษณาโดยใช้เครื่องขยายเสียง คำสั่งนี้สะท้อนให้เห็นถึงการทับซ้อนกันของกฎหมาย ยกตัวอย่างเช่น กรณีตามพระราชบัญญัติการชุมนุมสาธารณะและพระราชบัญญัติการควบคุมการโฆษณาโดยใช้เครื่องขยายเสียง กล่าวคือ ผู้จัดการชุมนุมจะต้องแจ้งการชุมนุมโดยกำหนดรายละเอียดในเรื่องการใช้เครื่องขยายเสียง โดยมีหน้าที่จะต้องไม่ใช่เครื่องขยายเสียงด้วยกำลังไฟฟ้าที่มีขนาดหรือระดับเสียงตามที่ผู้บัญชาการตำรวจแห่งชาติประกาศกำหนด อีกทั้ง การชุมนุมสาธารณะที่มีการใช้เครื่องขยายเสียงจะต้องได้รับอนุญาตต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ก่อน³³⁸ คือ นายกเทศมนตรี นายอำเภอ หรือ สำนักงานเขตพื้นที่แล้วแต่กรณี ดังนั้น จึงทำให้การชุมนุมสาธารณะจะต้องมีการแจ้งการชุมนุมตามพระราชบัญญัติการชุมนุมสาธารณะ และต้องขออนุญาตการใช้เครื่องขยายเสียงตามพระราชบัญญัติการควบคุมการโฆษณาโดยใช้เครื่องขยายเสียงอีกด้วย

การทับซ้อนของการใช้กฎหมายสร้างความลำบากต่อการใช้เสรีภาพในการชุมนุม กล่าวคือกฎหมายว่าด้วยการควบคุมการโฆษณาโดยใช้เครื่องขยายเสียงซึ่งเป็นกฎหมายที่มีความล้าสมัย โดย

³³⁶ พระราชบัญญัติการชุมนุมสาธารณะ มาตรา 21 (2)

³³⁷ International Covenant on Civil and Political Rights, "General Comment No.37 on the Right of Peaceful Assembly." para.58

³³⁸ พระราชบัญญัติการควบคุมการโฆษณาโดยใช้เครื่องขยายเสียง พ.ศ. 2493

มาตรา 4 ผู้ที่จะทำการโฆษณาโดยใช้เครื่องขยายเสียงด้วยกำลังไฟฟ้า จะต้องขอรับอนุญาตต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ก่อนเมื่อได้รับอนุญาตแล้วจึงทำการโฆษณาได้

หากคำนี้เจตนารมณ์ของกฎหมายการควบคุมการโฆษณา นั้น ไม่อาจหมายความรวมถึงการใช้เพื่อ การแสดงความคิดเห็นของประชาชนได้ อีกทั้ง เมื่อการประชุมสาธารณะถูกจัดขึ้นอย่างถูกต้อง การใช้ เครื่องขยายเสียงเพื่อการชุมนุมย่อมได้รับการคุ้มครองตามพระราชบัญญัติการประชุมสาธารณะด้วย ดังนั้น การที่เจ้าหน้าที่ตำรวจนำกฎหมายว่าด้วยการควบคุมการโฆษณาโดยใช้เครื่องขยายเสียง หรือ กฎหมายว่าด้วยเรื่องการจราจรทางบก หรือกฎหมายว่าด้วยการรักษาความสะอาดและความเป็น ระเบียบเรียบร้อยของบ้านเมืองมาบังคับใช้ นอกจากจะเป็นการนำกฎหมายที่ไม่เกี่ยวข้องกับการ ชุมนุมแล้ว ยังเป็นการใช้ดุลพินิจจำกัดรูปแบบการประชุมสาธารณะที่ไม่เป็นไปเจตนารมณ์ของ กฎหมายอีกด้วย ซึ่งถือว่าเป็นกรณีที่เจ้าหน้าที่ตำรวจใช้ดุลพินิจที่ผิดพลาด อีกทั้ง หากเป็นกรณีการ ชุมนุมที่มีความเห็นต่างทางการเมือง หรือคัดค้านการปฏิบัติหน้าที่ของรัฐบาลก็มักจะมีการบังคับ ใช้กฎหมายอื่น ๆ อย่างเคร่งครัด ทำให้เกิดการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมในการใช้เสรีภาพการชุมนุม ของผู้เห็นต่างทางการเมืองได้

นอกจากนี้พระราชบัญญัติการประชุมสาธารณะ ยังให้อำนาจดุลพินิจแก่เจ้าหน้าที่ตำรวจในการ กำหนดเงื่อนไขทั้งในเรื่องการวางข้อจำกัดด้าน เวลา สถานที่ และรูปแบบการประชุมสาธารณะ ภายใต้ บทบัญญัติมาตรา 19 (5) ซึ่งบทบัญญัติดังกล่าวเป็นบทบัญญัติที่เปิดช่องให้อำนาจดุลพินิจเจ้าหน้าที่ ตำรวจในกำหนดเงื่อนไขในการชุมนุมตามหลักเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนด ดังนั้น ตามขอบเขตและ เจตนารมณ์ของกฎหมาย ไม่ว่าจะทั้งเรื่องการอำนวยความสะดวกแก่ประชาชนที่ใช้จะพื้นที่สาธารณะ อันเป็นสถานที่ชุมนุม หรือการรักษาความปลอดภัย อันอำนวยความสะดวก หรือบรรเทาเหตุเดือดร้อน รำคาญแก่ผู้อื่นที่อยู่ในบริเวณใกล้เคียงการประชุม หรือการรักษาความปลอดภัยหรือการอำนวยความสะดวก ของผู้ชุมนุม หรือการอำนวยความสะดวกในการจราจรและการขนส่งสาธารณะในบริเวณการ ชุมนุมหรือบริเวณใกล้เคียง เงื่อนไขต่าง ๆ ตามที่กฎหมายกำหนดนี้ ล้วนเป็นเรื่องการวางข้อจำกัดที่ เกี่ยวกับ เวลา สถานที่ และรูปแบบการประชุม เป็นบทบัญญัติที่ให้อำนาจแก่เจ้าหน้าที่ตำรวจกำหนด เงื่อนไขได้อย่างกว้างขวาง แต่มิได้ขยายรวมถึงการวางข้อจำกัดเรื่องเนื้อหาในการชุมนุมแต่อย่างใด ซึ่งได้ยกตัวอย่างประเด็นปัญหานี้ในหัวข้อการวางข้อจำกัดด้านเนื้อหาไว้แล้ว จึงกล่าวได้ว่า การใช้ ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ได้ถูกใช้ไปอย่างกว้างขวางเกินกว่าเจตนารมณ์ของกฎหมายการประชุมสาธารณะ ซึ่งเป็นกรณีที่บทกฎหมายเปิดช่องให้เจ้าหน้าที่ตำรวจสามารถใช้ดุลพินิจได้อย่างกว้างขวาง ก่อให้เกิด การเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม

4.2.4 การสั่งห้ามการชุมนุมสาธารณะ

อำนาจในการสั่งห้ามการชุมนุมตามกฎหมายภายในประเทศไทย เป็นอำนาจซึ่งเจ้าหน้าที่ตำรวจจะต้องร้องขอต่อศาลก่อนมีคำสั่งห้ามการชุมนุมได้ หมายความว่า เมื่อปรากฏว่าการชุมนุมสาธารณะเป็นการชุมนุมที่ฝ่าฝืนหรือไม่ชอบด้วยกฎหมาย เจ้าหน้าที่ตำรวจย่อมมีอำนาจดำเนินการแจ้งให้ผู้ชุมนุมปฏิบัติตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดไว้เท่านั้น และหากผู้ชุมนุมไม่ปฏิบัติตามเจ้าหน้าที่ตำรวจต้องร้องขอต่อศาลเพื่อมีคำสั่งให้ผู้ชุมนุมเลิกการชุมนุม³³⁹ โดยเป็นอำนาจผูกพันที่เจ้าหน้าที่ตำรวจจะต้องสั่งห้ามการชุมนุมเสมอ กฎหมายมิได้ให้อำนาจดุลพินิจแก่เจ้าหน้าที่ตำรวจแต่อย่างใด ส่วนการพิจารณาในเรื่องข้อเท็จจริงว่า การชุมนุมไม่ชอบด้วยกฎหมายหรือผู้ชุมนุมฝ่าฝืนกฎหมายย่อมเป็นอำนาจดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ตำรวจ จึงพิจารณาได้ว่า หากมีการชุมนุมที่ฝ่าฝืนหรือขัดต่อกฎหมาย เจ้าหน้าที่ตำรวจจะต้องสั่งห้ามการชุมนุมหรือสั่งให้แก้ไขแล้วแต่กรณีตามที่กฎหมายกำหนด โดยไม่สามารถมีดุลพินิจเป็นอย่างอื่นได้ ตามมาตรา 21 แห่งพระราชบัญญัติการชุมนุมสาธารณะ กำหนดให้อำนาจเจ้าหน้าที่ตำรวจในการดำเนินการต่อการชุมนุมสาธารณะที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย หรือการชุมนุมที่ฝ่าฝืนกฎหมายไว้ 2 กรณี

³³⁹ พระราชบัญญัติการชุมนุมสาธารณะ มาตรา 21

มาตรา 21 ในกรณีที่มีการชุมนุมสาธารณะที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายตามมาตรา 14 หรือกรณีผู้จัดการชุมนุมหรือผู้ชุมนุมฝ่าฝืนมาตรา 7 หรือไม่ปฏิบัติตามมาตรา 8 มาตรา 15 มาตรา 16 มาตรา 17 หรือมาตรา 18 ให้เจ้าพนักงานดูแลการชุมนุมสาธารณะดำเนินการ ดังต่อไปนี้

(1) กรณีการชุมนุมสาธารณะที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายตามมาตรา 14 หรือไม่เลิกการชุมนุมภายในระยะเวลาที่ได้แจ้งไว้ต่อผู้รับแจ้งตามมาตรา 18 ให้ประกาศให้ผู้ชุมนุมเลิกการชุมนุมภายในระยะเวลาที่กำหนด

(2) กรณีผู้จัดการชุมนุมหรือผู้ชุมนุมฝ่าฝืนมาตรา 7 หรือไม่ปฏิบัติตามมาตรา 8 มาตรา 15 มาตรา 16 หรือมาตรา 17 ให้ประกาศให้ผู้ชุมนุมแก้ไขภายในระยะเวลาที่กำหนด

หากผู้ชุมนุมไม่ปฏิบัติตามประกาศตามวรรคหนึ่ง ให้เจ้าพนักงานดูแลการชุมนุมสาธารณะร้องขอต่อศาลแพ่งหรือศาลจังหวัดที่มีเขตอำนาจเหนือสถานที่ที่มีการชุมนุมสาธารณะเพื่อมีคำสั่งให้ผู้ชุมนุมเลิกการชุมนุมสาธารณะนั้น ในระหว่างรอคำสั่งศาลให้เจ้าพนักงานดูแลการชุมนุมสาธารณะมีอำนาจกระทำการที่จำเป็นตามแผนหรือแนวทางการดูแลการชุมนุมสาธารณะที่คณะรัฐมนตรีให้ความเห็นชอบตามข้อเสนอแนะของสำนักงานตำรวจแห่งชาติ ทั้งนี้ เพื่อคุ้มครองความสะดวกของประชาชนและคุ้มครองการชุมนุมสาธารณะ

แผนหรือแนวทางการดูแลการชุมนุมสาธารณะตามวรรคสอง ต้องกำหนดให้เจ้าพนักงานหลีกเลี่ยงการใช้กำลัง ในกรณีที่ไม่อาจหลีกเลี่ยงการใช้กำลังได้ ให้ใช้กำลังและเครื่องมือควบคุมฝูงชนเพียงเท่าที่จำเป็น

การดำเนินการของเจ้าพนักงานดูแลการชุมนุมสาธารณะตามมาตรา 21 ไม่ตัดสิทธิของผู้อื่น ซึ่งได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหายจากการชุมนุมสาธารณะนั้นที่จะร้องขอต่อศาลแพ่งหรือศาลจังหวัดที่มีเขตอำนาจเหนือสถานที่ที่มีการชุมนุมสาธารณะเพื่อมีคำสั่งให้ผู้ชุมนุมเลิกการชุมนุม

- กรณีที่ 1 การชุมนุมสาธารณะที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย กำหนดให้เจ้าหน้าที่ตำรวจซึ่งเป็นเจ้าพนักงานดูแลการชุมนุมสาธารณะ ประกาศให้ผู้ชุมนุมเลิกการชุมนุมภายในระยะเวลาที่กำหนด
- กรณีที่ 2 การชุมนุมซึ่งผู้จัดการชุมนุมหรือผู้ชุมนุมฝ่าฝืนกฎหมาย กำหนดให้เจ้าหน้าที่ตำรวจซึ่งเป็นเจ้าพนักงานดูแลการชุมนุมสาธารณะ ประกาศให้ผู้ชุมนุมแก้ไขภายในระยะเวลาที่กฎหมายกำหนด

ปัญหาที่เกิดขึ้นจากบทกฎหมาย ตามกรณีที่ 1 คือ การชุมนุมที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย เป็นกรณีที่กฎหมายบัญญัติไว้โดยเด็ดขาด ไม่มีข้อยกเว้น โดยเมื่อการชุมนุมเกิดขึ้นโดยไม่แจ้งล่วงหน้า และการชุมนุมไม่มีการปฏิบัติตามคำสั่งการห้ามการชุมนุม กฎหมายให้ถือว่าเป็นการชุมนุมที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย อันเป็นเหตุในการร้องขอให้เลิกการชุมนุมได้ ซึ่งหากพิจารณาในเรื่องการแจ้ง พบว่า หลักกฎหมายสากลได้วางหลักเกณฑ์ในเรื่องนี้ว่า การไม่แจ้งการชุมนุมต่อเจ้าหน้าที่เมื่อจำเป็นต้องมีการแจ้ง ต้องไม่ทำให้การเข้าร่วมการชุมนุมดังกล่าวผิดกฎหมาย และต้องไม่ถูกนำมาใช้เพื่อการสลายการชุมนุม³⁴⁰ เมื่อการชุมนุมที่ไม่แจ้งไม่ทำให้ผู้เข้าร่วมการชุมนุมผิดกฎหมาย ผู้ชุมนุมไม่สามารถถูกดำเนินคดีตามกฎหมายได้ การชุมนุมที่เกิดขึ้นจึงมิใช่เป็นการชุมนุมที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย แต่ในทางปฏิบัติที่เกิดขึ้นการบังคับใช้กฎหมายในส่วนนี้เกิดการใช้ที่แตกต่างจากกับหลักสากล

ในกรณีที่ 2 ประเด็นในเรื่องการชุมนุมที่ผู้แจ้งไม่ปฏิบัติตามคำสั่งของผู้รับแจ้งหรือผู้รับแจ้งมีคำสั่งห้ามการชุมนุม กรณีนี้จะเห็นว่า การห้ามการชุมนุมนั้น เกิดขึ้นตั้งแต่ในห้วงเวลาของการรับแจ้งการชุมนุม ซึ่งเจ้าหน้าที่ตำรวจมีดุลพินิจพิจารณาว่าการชุมนุมดังกล่าวขัดต่อมาตรา 7 หรือมาตรา 8 ในเรื่องของสถานที่การชุมนุมหรือไม่ และหากสั่งให้แก้ไขและผู้ชุมนุมไม่ปฏิบัติตาม ย่อมมีอำนาจสั่งห้ามการชุมนุมได้ ซึ่งเป็นการสั่งห้ามโดยที่ไม่ต้องรอคำสั่งของศาลแต่อย่างใด เนื่องจากกฎหมายได้กำหนดไว้ชัดเจนว่า ในช่วงเวลาของการอุทธรณ์หรือพิจารณาอุทธรณ์ ใ้ห่งการชุมนุมสาธารณะ ดังนั้น การงดการชุมนุมสาธารณะในลักษณะนี้จึงมีความหมายเสรีจสันในตัวเอง โดยไม่ต้องร้องขอต่อศาลให้มีคำสั่งเลิกการชุมนุมแต่อย่างใด

การชุมนุมสาธารณะซึ่งเจ้าหน้าที่ตำรวจใช้ดุลพินิจพิจารณาข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น และเห็นว่าเป็นการชุมนุมที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายหรือฝ่าฝืนกฎหมาย ทั้งสองกรณีข้างต้นนั้น กฎหมายมีวัตถุประสงค์ให้มีการ “เจรจา” ก่อน และหากไม่เป็นผล เจ้าหน้าที่ตำรวจจะต้องร้องขอต่อศาลแพ่งหรือศาล

³⁴⁰ International Covenant on Civil and Political Rights, "General Comment No.37 on the Right of Peaceful Assembly.",para 71, ดูเพิ่มเติม Oya Ataman v. Turkey, (2006), ECtHR, application no. 74552/01.

เวลาของการใช้กฎหมายฉุกเฉิน บทบัญญัติการประชุมสาธารณะที่รับรองการประชุมสาธารณะก็ต้องถูกจำกัดบทบาทลง อันนำไปสู่ปัญหาการจำกัดเสรีภาพในการชุมนุมโดยเจ้าหน้าที่ตำรวจอย่างไม่มีมาตรฐาน

4.2.5 การสลายการประชุมสาธารณะ

การสลายการประชุมสามารถเกิดขึ้นได้จากทั้งผู้ชุมนุมสมัครใจสลายการประชุมด้วยตัวเอง ไม่ว่าจะตามเวลาที่กฎหมายกำหนด หรือเวลาตามกำหนดการของผู้จัดการชุมนุม หรือตามคำสั่งศาล และการสลายการประชุมโดยตรงโดยผู้ควบคุมสถานการณ์ คือ ผู้บัญชาการตำรวจนครบาลในกรุงเทพมหานคร หรือผู้ว่าราชการจังหวัดในจังหวัดอื่น หรือผู้ซึ่งรัฐมนตรีมอบหมายให้รับผิดชอบเป็นผู้ควบคุมสถานการณ์เพื่อให้เกิดการเลิกการประชุม ในที่นี้จะเรียกว่าการสลายการประชุม³⁴³ การพิจารณาการสลายการประชุมจึงแบ่งการพิจารณาออกเป็นกรณีสลายการประชุมด้วยความสมัครใจ และการสลายการประชุมโดยตรงจากเจ้าหน้าที่ตำรวจปรากฏอยู่ในมาตรา 23, 24 และมาตรา 25 ซึ่งสามารถพิจารณาคลพินิจของเจ้าหน้าที่ตำรวจได้ดังต่อไปนี้

1. การสลายการประชุมด้วยความสมัครใจ

กรณีนี้เป็นกรณีซึ่งผู้ชุมนุมได้แจ้งเวลาแห่งการเริ่มการประชุม และเวลาสิ้นสุดในการชุมนุมไว้ในรายละเอียดการแจ้ง โดยผู้ชุมนุมมีหน้าที่เลิกการประชุมสาธารณะภายในระยะเวลาที่ผู้จัดการชุมนุมได้แจ้งไว้ต่อผู้รับแจ้ง³⁴⁴ ทั้งนี้ หากผู้ชุมนุมต้องการขยายระยะเวลาการประชุมออกไป ต้องแจ้งขอขยายต่อผู้รับแจ้งภายใน 24 ชั่วโมงก่อนสิ้นสุดระยะเวลาที่แจ้งไว้ ในทางปฏิบัติการแจ้งขอขยายระยะเวลาของการชุมนุมเกิดขึ้นได้ยาก เนื่องจากมีวิธีการที่ยุ่งยากและไม่สอดคล้องกับธรรมชาติของการชุมนุม การสลายการประชุมด้วยวิธีนี้ เจ้าหน้าที่ตำรวจควรที่จะปล่อยให้ผู้ชุมนุมได้สลายการประชุมด้วยตัวเองตามธรรมชาติ³⁴⁵

การสลายตัวด้วยความสมัครใจอาจเกิดจากกรณีซึ่ง ศาลมีคำสั่งให้มีการเลิกการประชุม อันเนื่องมาจากการชุมนุมที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย หรือฝ่าฝืนกฎหมาย³⁴⁶ การนี้เจ้าหน้าที่ตำรวจจะต้อง

³⁴³ พระราชบัญญัติการประชุมสาธารณะ พ.ศ. 2558 มาตรา 23 วรรคสอง

³⁴⁴ พระราชบัญญัติการประชุมสาธารณะ พ.ศ. 2558 มาตรา 18

³⁴⁵ OSCE/ODIHR, *Human Rights Handbook on Policing Assemblies*, p. 103.

³⁴⁶ พระราชบัญญัติการประชุมสาธารณะ พ.ศ. 2558 มาตรา 21

“ในกรณีที่มีการชุมนุมสาธารณะที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายตามมาตรา 14 หรือกรณีผู้จัดการชุมนุมหรือผู้ชุมนุมฝ่าฝืนมาตรา ๗ หรือไม่ปฏิบัติตามมาตรา 8 มาตรา 15 มาตรา 16 มาตรา 17 หรือมาตรา 18 ให้เจ้าพนักงานดูแลการประชุมสาธารณะดำเนินการ ดังต่อไปนี้

กำหนดระยะเวลาที่เหมาะสมให้แก่ผู้เข้าร่วมการชุมนุม ระยะเวลาดังกล่าวจะต้องเป็นระยะเวลาที่พอสมควรในการแสดงออกซึ่งทัศนคติหรือกระทำการเพื่อบรรลุวัตถุประสงค์อื่นของการชุมนุมได้³⁴⁷ ไม่ที่จะเป็นการเคลื่อนตัวออกจากที่ชุมนุม การเก็บอุปกรณ์การชุมนุม เป็นต้น และจากการพิจารณาคู่มือการปฏิบัติงานตามพระราชบัญญัติการชุมนุมสาธารณะ³⁴⁸ ได้กำหนดรายละเอียดที่สอดคล้องกับกฎหมายว่าด้วยการชุมนุมสาธารณะไว้โดยไม่ละเอียดมากนัก เปิดโอกาสให้เจ้าหน้าที่ตำรวจใช้ดุลพินิจได้อย่างกว้าง

ยกตัวอย่างเช่น การชุมนุมหมู่บ้านทะเลชุพ้า เมื่อวันที่ 13 มีนาคม 2564 และเมื่อวันที่ 28 มีนาคม 2564³⁴⁹ เจ้าหน้าที่ตำรวจสั่งให้มีการยุติการชุมนุมก่อนการสลายการชุมนุม โดยให้เวลาผู้ชุมนุมเก็บของเพียง 3 นาทีเท่านั้น ซึ่งการเก็บอุปกรณ์ต่าง ๆ ย่อมไม่อาจทำได้เพียงใน 3 นาทีอย่างแน่นอน การกำหนดเวลาดังกล่าวของเจ้าหน้าที่ตำรวจจึงเป็นระยะเวลาที่ไม่เหมาะสมในการสลายการชุมนุมด้วยตัวเองได้เหมาะสม กล่าวคือ เจ้าหน้าที่ตำรวจจะต้องให้เวลาที่เหมาะสมแก่ผู้เข้าร่วมการชุมนุมที่จะปฏิบัติตามคำสั่งก่อน จึงจะสามารถออกค่าเตือนในครั้งที่สองอีกครั้ง หากเป็นไปได้เจ้าหน้าที่ตำรวจควรที่จะเตือนโดยการบันทึกภาพหรือเสียง³⁵⁰ ทั้งนี้ ในเรื่องระยะเวลาที่เหมาะสมให้ผู้ชุมนุมปฏิบัติตามมิได้กำหนดไว้ในคู่มือการปฏิบัติงานตามพระราชบัญญัติการชุมนุมสาธารณะแต่อย่างใด

(1) กรณีการชุมนุมสาธารณะที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายตามมาตรา 14 หรือไม่เลิกการชุมนุมภายในระยะเวลาที่ได้แจ้งไว้ต่อผู้รับแจ้งตามมาตรา 18 ให้ประกาศให้ผู้ชุมนุมเลิกการชุมนุมภายในระยะเวลาที่กำหนด

(2) กรณีผู้จัดการชุมนุมหรือผู้ชุมนุมฝ่าฝืนมาตรา 7 หรือไม่ปฏิบัติตามมาตรา 8 มาตรา 15 มาตรา 16 หรือมาตรา 17 ให้ประกาศให้ผู้ชุมนุมแก้ไขภายในระยะเวลาที่กำหนด

หากผู้ชุมนุมไม่ปฏิบัติตามประกาศตามวรรคหนึ่ง ให้เจ้าพนักงานดูแลการชุมนุมสาธารณะร้องขอต่อศาลแพ่งหรือศาลจังหวัดที่มีเขตอำนาจเหนือสถานที่ที่มีการชุมนุมสาธารณะเพื่อมีคำสั่งให้ผู้ชุมนุมเลิกการชุมนุมสาธารณะนั้น ในระหว่างรอคำสั่งศาลให้เจ้าพนักงานดูแลการชุมนุมสาธารณะมีอำนาจกระทำการที่จำเป็นตามแผนหรือแนวทางการดูแลการชุมนุมสาธารณะที่คณะรัฐมนตรีให้ความเห็นชอบตามข้อเสนอแนะของสำนักงานตำรวจแห่งชาติ ทั้งนี้ เพื่อคุ้มครองความสะดวกของประชาชนและคุ้มครองการชุมนุมสาธารณะ...”

³⁴⁷ European Court of Human Rights, *Éva Molnár v. Hungary*, (application no. 10346/05), judgment of 7 October 2008, para. 42 cited in International Covenant on Civil and Political Rights, "General Comment No.37 on the Right of Peaceful Assembly.", para 54.

³⁴⁸ สำนักงานตำรวจแห่งชาติ, "คู่มือการปฏิบัติงานตามพระราชบัญญัติการชุมนุมสาธารณะ พ.ศ.2558 (ฉบับปรับปรุง พ.ศ.2563)" [ออนไลน์]. หน้า 68-70.

³⁴⁹ iLaw, "หมู่บ้านทะเลชุพ้า:เมื่อสลายการชุมนุมไม่ชอบธรรมประชาชนจึงต้องอารยะขัดขืน" [ออนไลน์] เข้าถึงเมื่อ 14 ธันวาคม 2564. แหล่งที่มา: <https://freedom.ilaw.or.th/node/900>

³⁵⁰ OSCE/ODIHR, *Human Rights Handbook on Policing Assemblies*, pp. 103-104.

ดังนั้น จึงเกิดปัญหาการใช้ดุลพินิจในการกำหนดระยะเวลาให้ผู้ชุมนุมสลายการชุมนุมด้วยความสมัครใจที่ไม่เหมาะสม โดยเจ้าหน้าที่ตำรวจมักมีคำสั่งให้สลายการชุมนุมภายในเวลาที่เป็นไปไม่ได้ในการเคลื่อนตัวออกจากพื้นที่ อันส่งผลให้เกิดการปะทะกันและใช้กำลังสลายการชุมนุมในท้ายที่สุด

2. การสลายการชุมนุมโดยตรงจากเจ้าหน้าที่ตำรวจ

การสลายการชุมนุมโดยตรงจากเจ้าหน้าที่ตำรวจ เป็นกรณีซึ่งการชุมนุมดำเนินไปโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายหรือฝ่าฝืนกฎหมาย และศาลมีคำสั่งให้ยุติการชุมนุมแล้ว แต่ผู้ชุมนุมมิได้ปฏิบัติตามคำสั่งศาล³⁵¹ เจ้าหน้าที่ตำรวจจะต้องเข้าสลายการชุมนุมทันที โดยไม่มีอำนาจดุลพินิจเป็นอย่างอื่น อย่างไรก็ตามเจ้าหน้าที่ตำรวจจะต้องรายงานต่อศาลและกำหนดพื้นที่การชุมนุมเป็นพื้นที่ที่ควบคุม และส่งผลให้เจ้าหน้าที่ตำรวจมีดุลพินิจวินิจฉัยและตัดสินใจในการสลายการชุมนุมตามความในมาตรา 24³⁵² และมาตรา 25

กระบวนการสลายการชุมนุมที่เกิดขึ้น เจ้าหน้าที่ตำรวจสามารถใช้ดุลพินิจตัดสินใจเลือกกระทำการตามกฎหมายภายใต้มาตรา 24 เข้าสลายการชุมนุมตามแผนหรือแนวทางการดูแลการชุมนุมสาธารณะ³⁵³ ซึ่งแผนหรือแนวทางการดูแลการชุมนุมสาธารณะมีวัตถุประสงค์ในกำหนดแนวทางการปฏิบัติของเจ้าหน้าที่และหน่วยงานต่าง ๆ ให้เข้าใจหลักเกณฑ์วิธีการปฏิบัติให้ถูกต้องตามที่กฎหมายบัญญัติ โดยกำหนดบทบาท หน้าที่ และแนวทางการใช้กำลัง มาตรการ อุปกรณ์และเครื่องมือของเจ้าหน้าที่ตำรวจเพื่อดูแลรักษาความสงบเรียบร้อยของการชุมนุมสาธารณะ จึงหมายความว่า การสลายการชุมนุมโดยเจ้าหน้าที่ตำรวจ ย่อมต้องปฏิบัติตามแผนการดูแลการชุมนุมสาธารณะฉบับนี้

³⁵¹ พระราชบัญญัติการชุมนุมสาธารณะ พ.ศ.2558 มาตรา 23

³⁵² พระราชบัญญัติการชุมนุมสาธารณะ พ.ศ.2558 มาตรา 24

“เมื่อพ้นระยะเวลาที่ประกาศให้ผู้ชุมนุมออกจากพื้นที่ควบคุม หากมีผู้ชุมนุมอยู่ในพื้นที่ควบคุมหรือเข้าไปในพื้นที่ควบคุมโดยมิได้รับอนุญาตจากเจ้าพนักงานดูแลการชุมนุมสาธารณะให้ถือว่าผู้นั้นกระทำความผิดซึ่งหน้า และให้ผู้ควบคุมสถานการณ์และผู้ซึ่งได้รับมอบหมายจากผู้ควบคุมสถานการณ์ดำเนินการให้มีการเลิกการชุมนุมสาธารณะตามคำสั่งศาล โดยให้ผู้ควบคุมสถานการณ์และผู้ซึ่งได้รับมอบหมายจากผู้ควบคุมสถานการณ์มีอำนาจ ดังต่อไปนี้

(1) จับผู้ซึ่งอยู่ในพื้นที่ควบคุมหรือผู้ซึ่งเข้าไปในพื้นที่ควบคุมโดยมิได้รับอนุญาตจากเจ้าพนักงานดูแลการชุมนุมสาธารณะ

(2) ค้น ยึด อาัยต์ หรือร่องรอยทรัพย์สินที่ใช้หรือมีไว้เพื่อใช้ในการชุมนุมสาธารณะนั้น

(3) กระทำการที่จำเป็นตามแผนหรือแนวทางการดูแลการชุมนุมสาธารณะตามมาตรา 21

(4) มีคำสั่งห้ามมิให้กระทำการใด ๆ เพื่อประโยชน์ในการดำเนินการให้มีการเลิกการชุมนุม

ให้นำความในมาตรา 19 บรรทัดที่ ๓ มาใช้บังคับแก่ผู้ปฏิบัติหน้าที่ตามวรรคหนึ่งโดยอนุโลม...”

³⁵³ สำนักงานตำรวจแห่งชาติ, "คู่มือการปฏิบัติงานตามพระราชบัญญัติการชุมนุมสาธารณะ พ.ศ.2558 (ฉบับปรับปรุง พ.ศ.2563)" [ออนไลน์].

อย่างไรก็ดี คู่มือการปฏิบัติงานของเจ้าหน้าที่ตำรวจในการดูแลการชุมนุมสาธารณะดังกล่าวนี้ ต้องถูกใช้อย่างยืดหยุ่น กล่าวคือ ต้องใช้ดุลพินิจกระทำการเบี่ยงเบนไปจากแนวปฏิบัติหรือคู่มือการปฏิบัติงาน³⁵⁴ การที่เจ้าหน้าที่ตำรวจยึดถือคู่มือการปฏิบัติงานอย่างเคร่งครัด ย่อมจะทำให้ผู้มีอำนาจใช้ดุลพินิจไม่อยู่ในวิสัยที่จะกระทำการโดยคำนึงถึงข้อเท็จจริงที่ประกอบขึ้นเป็นกรณีเฉพาะเรื่องอย่างรอบด้านได้³⁵⁵ ดังนั้น การสลายการชุมนุมตามคู่มือการปฏิบัติงานของเจ้าหน้าที่ตำรวจ ต้องไม่ถูกใช้อย่างเคร่งครัด ซึ่งเจ้าหน้าที่ตำรวจต้องสามารถใช้ดุลพินิจได้ และใช้อย่างยืดหยุ่นให้เข้ากับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นเฉพาะเรื่อง เพื่อป้องกันมิให้เป็นการใช้ดุลพินิจโดยผิดพลาด

จากการพิจารณาแผนหรือแนวทางการดูแลการชุมนุมสาธารณะ พ.ศ.2563 ในรายละเอียด เรื่องการสลายการชุมนุม กลับเขียนไว้อย่างหลวม ๆ ³⁵⁶ ซึ่งเป็นการอธิบายขั้นตอนการสลายการชุมนุมที่ลือตามพระราชบัญญัติการชุมนุมสาธารณะเท่านั้น โดยมิได้กล่าวถึง ลักษณะของการกระทำเท่าที่จำเป็นในระหว่างรอคำสั่งของศาลเพื่อให้เลิกการชุมนุม หรือระยะเวลาที่เหมาะสมเพื่อให้การชุมนุมสลายตัว หรือกำหนดจำนวนครั้งการแจ้งเตือน ทั้งหมดนี้จึงตกเป็นดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ผู้ปฏิบัติงานในการดูแลการชุมนุมสาธารณะ ก่อให้เกิดปฏิบัติงานของเจ้าหน้าที่ตำรวจอย่างบกพร่อง และไม่สอดคล้องกับหลักสากลได้ ดังจะเห็นได้จากการสลายการชุมนุมภายในช่วงเวลา ปีพ.ศ.2563-2564 เจ้าหน้าที่ตำรวจกลับใช้ดุลพินิจเลือกอุปกรณ์การสลายชุมนุม เช่น การฉีดน้ำแรงดันสูง หรือการใช้แก๊สน้ำตา ดำเนินการสลายการชุมนุมโดยไม่คำนึงถึงหลักความจำเป็นสำหรับสังคมประชาธิปไตย และหลักความได้สัดส่วน จนทำให้ผู้ได้รับบาดเจ็บรวมถึงเด็กซึ่งมิใช่ผู้เข้าร่วมการชุมนุม ทั้งนี้ มิงยู ฮาห์ รองผู้อำนวยการสำนักงานภูมิภาคฝ่ายรณรงค์แอมเนสตี้ อินเตอร์เนชั่นแนลได้กล่าวไว้ว่า “การใช้เครื่องฉีดน้ำแรงดันสูงที่ผสมสารระคายเคืองและสีย้อม ไม่เพียงอาจก่อให้เกิดการบาดเจ็บ การใช้ลิสมในน้ำยังเป็นการกระทำที่ไม่เลือกเป้าหมาย และอาจนำไปสู่การพุ่งเป้าเพื่อจับกุมโดยพลการต่อผู้ชุมนุมโดยสงบ ผู้สื่อข่าว และผู้อยู่อาศัยในพื้นที่ ซึ่งอาจถูกน้ำฉีดใส่จนเปื้อนสี”³⁵⁷

³⁵⁴ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, ข้อความคิดและหลักการพื้นฐานบางประการของกฎหมายปกครอง, หน้า 146.

³⁵⁵ เรื่องเดียวกัน

³⁵⁶ สำนักงานตำรวจแห่งชาติ, “คู่มือการปฏิบัติงานตามพระราชบัญญัติการชุมนุมสาธารณะ พ.ศ.2558 (ฉบับปรับปรุง พ.ศ.2563)” [ออนไลน์]. หน้า 67-70.

³⁵⁷ Amnesty International Thailand, “ประเทศไทย: การใช้เครื่องมือฉีดน้ำแรงดันสูงกับผู้ชุมนุมสะท้อนถึงมาตรการปราบปรามการประท้วงที่รุนแรงอย่างน่าตกใจ” [ออนไลน์] เข้าถึงเมื่อ 26 มกราคม 2565. แหล่งที่มา: <https://www.amnesty.or.th/latest/news/859>

การสลายการชุมนุมตามหลักสากลได้วางหลักในเรื่องไว้ว่า การสลายการชุมนุมโดยการใช้กำลัง จะต้องเป็นหนทางสุดท้ายและควรเป็นการใช้กำลังเพื่อระงับความรุนแรงที่เกิดจากการชุมนุม สาธารณะ และจะต้องมีการเตือนให้ทราบก่อนเสมอ โดยการเตือนจะต้องใช้เครื่องขยายเสียงที่เหมาะสมแก่การได้ยิน และต้องมีการเตือนในหลายจุดของการชุมนุมซึ่งทำให้ผู้เข้าร่วมชุมนุมรับทราบถึงการสลายการชุมนุมได้ การดำเนินการจะต้องเป็นไปเพื่อยุติความรุนแรงที่เกิดจากการชุมนุม สาธารณะ และนำมาซึ่งความสงบเรียบร้อยของบ้านเมือง³⁵⁸ ยิ่งไปกว่านั้น เจ้าหน้าที่ตำรวจจะต้อง ระมัดระวังในเรื่องความหลากหลายของผู้ชุมนุม ไม่ว่าจะเป็น เด็ก ผู้หญิง ผู้พิการ³⁵⁹ ซึ่งอาจจะได้รับ ผลกระทบจากการสลายการชุมนุม จากการศึกษาคู่มือการปฏิบัติงานตามพระราชบัญญัติการชุมนุม สาธารณะ พบว่า เงื่อนไขต่าง ๆ ที่กำหนดไว้ในหลักสากล มีการเขียนไว้อย่างมีนัยที่แตกต่างจากหลัก สากล เช่น “การปฏิบัติต่อผู้หญิง เด็ก และคนชรา จะต้องเพิ่มความระมัดระวังและปฏิบัติให้มีความ เหมาะสมกับสถานภาพ โดยคำนึงถึงสิทธิมนุษยชนที่ไม่ทำให้เสียภาพพจน์ในการปฏิบัติการ”³⁶⁰ ซึ่ง ตามหลักสากลแล้ว ในเรื่องการสลายการชุมนุมมิใช่แค่เพียงการคำนึงถึงสิทธิมนุษยชนที่ไม่ทำให้เสีย ภาพพจน์ในการปฏิบัติงานเท่านั้น แต่การสลายการชุมนุมต้องคำนึงถึงความหลากหลายของผู้ชุมนุม และประชาชนในพื้นที่ที่เป็นเด็ก ผู้หญิง หรือคนพิการ ที่อาจได้รับผลกระทบจากการสลายการชุมนุม ด้วยอันเป็นเรื่องของเลือกปฏิบัติอย่างเป็นธรรม หรือกรณีการใช้กำลังซึ่งตามหลักสากล จะต้องเป็น หนทางสุดท้ายและกระทำไปเพื่อยุติความรุนแรงในการชุมนุมสาธารณะ อย่างไรก็ตาม ในคู่มือ ดังกล่าวได้กำหนดว่า “ใช้กำลังตามความจำเป็นของสถานการณ์ โดยให้ใช้กำลังน้อยที่สุดเท่าที่จำเป็น เพื่อบรรลุภารกิจ”³⁶¹ ซึ่งเป็นการกำหนดไว้อย่างกว้าง ๆ เท่านั้น ทำให้การใช้ดุลพินิจในการสลายการ มิได้ใช้ดุลพินิจเท่าที่จำเป็นและมีได้เป็นไปเพื่อยุติความรุนแรงในการชุมนุมสาธารณะ ทั้งเป็นการเติม เชื้อไฟในการชุมนุมให้เกิดความรุนแรงเพิ่มมากขึ้นอีกด้วย

สาเหตุดังกล่าวเกิดมาจาก คู่มือการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ตำรวจของไทย ที่ให้รายละเอียด ไว้อย่างกว้าง ทำให้เจ้าหน้าที่ผู้ปฏิบัติงานจะต้องใช้ดุลพินิจอย่างไม่มีแนวทางที่ชัดเจน ซึ่งการสลาย การชุมนุมเกิดขึ้นไม่เป็นไปตามหลักสากลที่ทำเพื่อยุติความรุนแรงของบุคคลใด ๆ ไม่ว่าจะเป็นการ

³⁵⁸ OSCE/ODIHR, Human Rights Handbook on Policing Assemblies, p. 104..

³⁵⁹ International Covenant on Civil and Political Rights, "General Comment No.37 on the Right of Peaceful Assembly.", para 80.

³⁶⁰ สำนักงานตำรวจแห่งชาติ, "คู่มือการปฏิบัติงานตามพระราชบัญญัติการชุมนุมสาธารณะ พ.ศ. 2558 (ฉบับปรับปรุง พ.ศ. 2563)" [ออนไลน์]. หน้า 42.

³⁶¹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 41

ป้องกันอาชญากรรมหรือเพื่อจับกุมผู้กระทำความผิด³⁶² แต่กลับดำเนินโดยการเลือกปฏิบัติอย่างไม่เป็นธรรมต่อกลุ่มผู้ชุมนุมทางการเมือง หรือการไม่คำนึงถึงความหลากหลายของบุคคล หรือกลุ่มคน เพราะบาง ไม่ว่าจะเป็น เด็ก ผู้หญิง ผู้พิการ ผู้สื่อข่าวหรือผู้สังเกตการณ์³⁶³ เหตุเหล่านี้ทำให้การสลายการชุมนุมที่เกิดขึ้นในทุกครั้ง เกิดความรุนแรงเพิ่มมากขึ้นต่อประชาชนที่อยู่ในพื้นที่ หรือผู้ชุมนุมที่ได้เข้าร่วมโดยสงบและปราศจากอาวุธ อีกทั้ง ทำให้การชุมนุมที่เริ่มจากการดำเนินไปโดยสงบและปราศจากอาวุธ กลายเป็นการชุมนุมที่เกิดความรุนแรงได้

นอกจากนี้กฎหมายการชุมนุมสาธารณะของไทยได้บัญญัติให้อำนาจดุลพินิจวินิจฉัยและตัดสินใจแก่เจ้าหน้าที่ตำรวจดำเนินการสลายการชุมนุมได้ โดยไม่ต้องร้องขอศาล ในกรณีที่เจ้าหน้าที่ตำรวจเห็นว่าผู้ชุมนุมมีการกระทำใด ๆ ที่มีลักษณะรุนแรงและอาจเป็นอันตรายแก่ชีวิต ร่างกาย จิตใจ หรือทรัพย์สินของผู้อื่นจนเกิดความวุ่นวายขึ้นในบ้านเมือง เจ้าหน้าที่ตำรวจมีอำนาจสั่งให้ยุติการกระทำนั้นได้³⁶⁴ กล่าวคือ การสลายการชุมนุมตามบทบัญญัติมาตรานี้ เจ้าหน้าที่ตำรวจต้องใช้ดุลพินิจวินิจฉัยว่าการชุมนุม “มีลักษณะรุนแรงและอาจเป็นอันตรายแก่ชีวิต ร่างกาย จิตใจ หรือทรัพย์สินของผู้อื่นจนเกิดความวุ่นวายขึ้นในบ้านเมือง...” และเจ้าหน้าที่ตำรวจมีดุลพินิจตัดสินใจว่าจะเข้าสลายการชุมนุมได้โดยไม่ต้องร้องขอศาล อย่างไรก็ตาม การสลายการชุมนุมในกรณีนี้เป็นลักษณะที่ให้อำนาจดุลพินิจแก่เจ้าหน้าที่ตำรวจไว้อย่างกว้างขวาง โดยพิจารณาได้ 2 กรณี

กรณีที่หนึ่ง โดยหลักแล้วการจำกัดเสรีภาพในการชุมนุมหรือการสลายการชุมนุม เจ้าหน้าที่ตำรวจจะต้องแสดงให้เห็นอย่างรูปธรรมว่าเจ้าหน้าที่ตำรวจไม่สามารถควบคุมสถานการณ์ได้³⁶⁵ การที่บทบัญญัติของกฎหมาย ใช้คำว่า “อาจเป็นอันตราย” แม้การชุมนุมยังไม่เกิดเหตุการณ์ที่เป็นอันตรายแก่ชีวิต ร่างกาย จิตใจ หรือทรัพย์สิน เจ้าหน้าที่ตำรวจก็สามารถสลายการชุมนุมได้โดยชอบด้วยกฎหมาย ทำให้เจ้าหน้าที่ตำรวจไม่จำเป็นต้องพิสูจน์ให้เห็นอย่างชัดเจนว่ามีเหตุการณ์ที่เป็นอันตรายหรือไม่สามารถควบคุมสถานการณ์ได้อย่างแน่แท้ เพียงแค่การสันนิษฐานก็สลายการชุมนุมได้แล้ว

³⁶² Code of Conduct for Law Enforcement Officials, Article 3.

³⁶³ International Covenant on Civil and Political Rights, "General Comment No.37 on the Right of Peaceful Assembly.", para 80

³⁶⁴ พระราชบัญญัติการชุมนุมสาธารณะ พ.ศ. 2558 มาตรา 25

³⁶⁵ International Covenant on Civil and Political Rights, "General Comment No.37 on the Right of Peaceful Assembly.", para 52.

ยกตัวอย่างเช่น กรณีการชุมนุมของ “กลุ่มทะลุฟ้า” เมื่อวันที่ 17 สิงหาคม 2564 เวลา 15.00 น.³⁶⁶ มีการจัดกิจกรรมปราศรัย ถู้อบายผ้าและรูปภาพความรุนแรงที่เกิดขึ้นจากเจ้าหน้าที่ตำรวจ โดยมีการปาและสาดสีใส่ป้ายสำนักงานตำรวจแห่งชาติเพื่อเป็นการแสดงออกเชิงสัญลักษณ์ เมื่อผู้ชุมนุมเริ่มทำกิจกรรมเจ้าหน้าที่ตำรวจได้สลายการชุมนุมโดยการฉีดน้ำแรงดันสูงเข้าใส่ผู้ชุมนุม จึงเกิดเหตุความวุ่นวายขว้างปาสิ่งของใส่เจ้าหน้าที่ตำรวจ เหตุการณ์นี้แสดงให้เห็นได้ว่า เจ้าหน้าที่ตำรวจมองว่าการที่สาดสีใส่ป้าย เป็นเรื่องที่น่าเป็นอันตรายต่อชีวิต ร่างกาย จิตใจ หรือทรัพย์สินได้ ทำให้เจ้าหน้าที่ตำรวจเข้ามาสลายการชุมนุมทั้งหมด โดยไม่จำเป็นต้องร้องขอต่อศาล ข้อเท็จจริงดังกล่าวผู้วิจัยเห็นว่าบทบัญญัติกฎหมายเปิดช่องให้เจ้าหน้าที่ตำรวจใช้อำนาจดุลพินิจอย่างกว้างในการสลายการชุมนุม ทำให้เกิดการสลายการชุมนุมโดยไม่เลือกปฏิบัติต่อบุคคล และเจ้าหน้าที่ตำรวจสามารถอ้างเหตุตามกฎหมายนี้เพื่อใช้ในการสลายการชุมนุมได้ตามอำเภอใจ อีกทั้งหากพิจารณาตามหลักสากล พบว่าการสาดสีใส่เช่นนี้ มิใช่สถานการณ์ที่ไม่สามารถควบคุมได้ เจ้าหน้าที่ตำรวจสามารถดำเนินการอื่น ๆ เพื่อควบคุมสถานการณ์แทนที่จะมีการสลายการชุมนุมทั้งหมด

กรณีที่สอง ปัญหากฎหมายที่ไม่สอดคล้องกับหลักสากล ส่งผลให้เจ้าหน้าที่ตำรวจใช้ดุลพินิจอย่างบิดเบือน กล่าวคือ ภายใต้กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง มาตรา 21 ตีความความหมายสิทธิในการชุมนุมโดยสงบได้ว่า จะต้องไม่ถูกใช้ด้วยความรุนแรง ความรุนแรงภายใต้บริบทนี้ให้หมายความถึงการใช้อำนาจทางกายภาพโดยผู้ชุมนุมต่อผู้อื่น ซึ่งนำไปสู่การบาดเจ็บ เสียชีวิต หรือความเสียหายอย่างร้ายแรงต่อทรัพย์สิน³⁶⁷ โดยมีได้หมายความรวมถึง ความรุนแรงหรืออันตรายต่อจิตใจ โดยหากเป็นการชุมนุมที่เกิดความรุนแรงต่อจิตใจ เจ้าหน้าที่ตำรวจย่อมสามารถที่จะจำกัดเนื้อหาแทนได้ มิใช่การสลายการชุมนุมทั้งหมด

นอกจากนี้กฎหมายที่ใช้ในการจำกัดเสรีภาพต้องมีความชัดเจนเพียงพอที่จะทำให้ประชาชนสามารถรู้ได้ว่าจะต้องปฏิบัติตามอย่างไรในการใช้เสรีภาพตามกฎหมาย³⁶⁸ การที่กฎหมายเกี่ยวกับการชุมนุมของไทย ได้บัญญัติให้ความรุนแรงที่สามารถสลายการชุมนุมหมายความว่ารวมถึงเรื่องของจิตใจ

³⁶⁶ สำนักข่าวอิศรา, "กลุ่มทะลุฟ้ายุติการชุมนุม #มือบ17สิงหา พร้อมออกแถลงการณ์ให้นายกฯลาออกทันที" [ออนไลน์] เข้าถึงเมื่อ 13 สิงหาคม 2565. แหล่งที่มา: <https://www.isranews.org/article/isranews-news/101617-isranews-news-112.html>

³⁶⁷ OSCE and Venice Commission, "Guidelines on Freedom of Peaceful Assembly.", para. 51 cited in international Covenant on Civil and Political Rights, "General Comment No.37 on the Right of Peaceful Assembly.", para 15

³⁶⁸ International Covenant on Civil and Political Rights, "General Comment No.37 on the Right of Peaceful Assembly.", para 39

ด้วยนั้น เป็นเรื่องที่ประชาชนอาจมีระดับความรู้สึกที่ต่างกันได้ และทำให้ไม่เป็นมาตรฐานเดียวกันในการดูแลการชุมนุมสาธารณะของเจ้าหน้าที่ตำรวจ ดังนั้น บทบัญญัติดังกล่าวไม่มีความชัดเจนเพียงพอที่จะทำให้ประชาชนสามารถรู้ว่าต้องปฏิบัติอย่างไรในการชุมนุมที่ได้รับรองโดยกฎหมาย บทบัญญัตินี้จึงขัดต่อหลักสากล ซึ่งให้อำนาจดุลพินิจแก่เจ้าหน้าที่ตำรวจบังคับกฎหมายใช้ได้อย่างไม่มีขอบเขต

การใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ตำรวจในการสลายการชุมนุมเกิดปัญหาจากทั้งคู่มือดูแลการชุมนุมของเจ้าหน้าที่ตำรวจที่เขียนไว้อย่างคลุมเครือ ทำให้เจ้าหน้าที่ตำรวจที่ปฏิบัติงานไม่มีแนวทางที่แน่นอนตามหลักสากล เช่น ใช้กำลังตามความจำเป็นของสถานการณ์ โดยให้ใช้กำลังน้อยที่สุดเท่าที่จำเป็นเพื่อบรรลุนิติภารกิจ³⁶⁹ หรือการใช้อุปกรณ์สลายการชุมนุมโดยไม่เลือกปฏิบัติต่อบุคคล ยิ่งไปกว่านั้น โครงสร้างบทบัญญัติของกฎหมายมิได้เปิดช่องให้เจ้าหน้าที่ตำรวจใช้ดุลพินิจในการสลายการชุมนุมโดยหากเป็นการชุมนุมที่ฝ่าฝืนหรือขัดต่อกฎหมาย เจ้าหน้าที่ตำรวจจะต้องสลายการชุมนุมเสมอ และไม่สามารถเลือกที่จะไม่สลายการชุมนุมได้แต่อย่างใด³⁷⁰ อีกทั้งบทกฎหมายยังไม่สอดคล้องกับหลักสากล กล่าวคือ บทบัญญัติตามมาตรา 25 เจ้าหน้าที่ตำรวจสามารถสลายการชุมนุมได้ หากการชุมนุมนั้นอาจเป็นอันตรายแก่จิตใจ ซึ่งตามหลักสากล ความรุนแรงที่ไม่อยู่ภายใต้การคุ้มครองของกรอบกติกาสากล หมายถึง ความรุนแรงทางกายภาพเท่านั้น เช่น การบาดเจ็บ การเสียชีวิต อีกทั้งเจ้าหน้าที่ตำรวจสามารถสลายการชุมนุมได้ ไม่ต้องเป็นเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นจริง ดังนั้น หากการชุมนุมนั้นอาจจะเป็นอันตรายต่อจิตใจ กฎหมายให้อำนาจดุลพินิจแก่เจ้าหน้าที่ตำรวจในการสลายการชุมนุมได้ ย่อมขัดต่อหลักสากล และแตกต่างจากกฎหมายต่างประเทศ กล่าวคือ ประเทศฝรั่งเศส เจ้าหน้าที่ตำรวจสามารถเข้าสลายการชุมนุมจะต้องพิสูจน์ให้เห็นอย่างชัดเจนว่าการชุมนุมนั้นจะก่อให้เกิดความไม่สงบเรียบร้อย ไม่อาจเพียงแค่อันตรายได้ หรือกรณีประเทศอังกฤษ แม้การสลายการชุมนุมจะนำกฎหมายฉบับอื่น ๆ มาใช้เป็นฐานอำนาจให้เจ้าหน้าที่ตำรวจใช้ดุลพินิจสลายการชุมนุมได้ แต่กฎหมายเหล่านั้นบัญญัติรายละเอียดไว้อย่างชัดเจน และภายใต้ระบบกฎหมาย Common Law การใช้กำลังของเจ้าหน้าที่ตำรวจถูกจำกัดขอบเขตไว้อย่างชัดเจนว่า ต้องใช้โดยสมเหตุสมผล อันทำให้เจ้าหน้าที่ตำรวจมีแนวทางในปฏิบัติหน้าที่ในการดูแลการชุมนุมสาธารณะอย่างเป็นรูปธรรม

³⁶⁹ สำนักงานตำรวจแห่งชาติ, "คู่มือการปฏิบัติงานตามพระราชบัญญัติการชุมนุมสาธารณะ พ.ศ.2558 (ฉบับปรับปรุง พ.ศ.2563)" [ออนไลน์]. หน้า 41

³⁷⁰ พระราชบัญญัติการชุมนุมสาธารณะมาตรา 21 และมาตรา 23

จากการศึกษาปัญหาการใช้ดุลพินิจในการดูแลการชุมนุมสาธารณะโดยเจ้าหน้าที่ตำรวจในประเทศไทยทั้ง 5 ประการ ไม่ว่าจะเป็น การแจ้งและการขออนุญาต การวางข้อจำกัดทางด้านเนื้อหา การวางข้อจำกัดด้านเวลา สถานที่ และรูปแบบการชุมนุม การสั่งห้ามการชุมนุม และการสลายการชุมนุม พบว่า ทั้งบทบัญญัติของกฎหมายไทยและการบังคับใช้กฎหมายของเจ้าหน้าที่ตำรวจที่ไม่สอดคล้องกับหลักสากล ซึ่งหากพิจารณากฎหมายต่างประเทศที่ได้ศึกษามาก่อนหน้านี้สามารถกล่าวถึงความแตกต่างได้ดังนี้ คือ

ในเรื่องการวางข้อจำกัดการแจ้งการชุมนุมสาธารณะ ประเทศฝรั่งเศสและอังกฤษได้ใช้ระบบการแจ้งเฉพาะในการเดินขบวนเท่านั้น หากเป็นกรณีการชุมนุมสาธารณะ (การชุมนุมอยู่กับที่) ไม่ต้องแจ้งการชุมนุม อันเป็นการรับรองการใช้เสรีภาพในการชุมนุมมากกว่าการจำกัดเสรีภาพในการชุมนุม ขณะที่ประเทศไทยแม้เป็นการชุมนุมสาธารณะอยู่กับที่ต้องภายใต้ระบบการแจ้ง แต่ถูกบังคับใช้อย่างเคร่งครัด โดยบทบัญญัติของกฎหมายไม่เปิดช่องให้เจ้าหน้าที่ตำรวจใช้ดุลพินิจอนุญาตให้การชุมนุมที่ไม่มีการแจ้งสามารถดำเนินการชุมนุมต่อไปได้ อีกทั้งมีการบังคับใช้กฎหมายที่ไม่ตรงตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย ทำให้การชุมนุมสาธารณะที่เกิดขึ้นโดยสงบและปราศจากอาวุธต้องถูกยุติลงเนื่องจากการไม่แจ้งการชุมนุม หรือการชุมนุมที่เกิดขึ้นโดยพลันโดยมิได้นัดหมายต้องเป็นการชุมนุมที่ผิดกฎหมายและถูกดำเนินคดีมาโดยตลอด

ในเรื่องการวางข้อจำกัดทางด้านเนื้อหา ประเทศฝรั่งเศสและอังกฤษได้จำกัดเนื้อหาในการชุมนุมภายใต้หลักสากล ในขณะที่ประเทศเกาหลีใต้บัญญัติถึงเนื้อหาในการชุมนุมที่ถูกสั่งห้ามไว้โดยชัดเจนในเรื่องการชุมนุมที่มีวัตถุประสงค์เพื่อพรรคการเมืองที่ถูกยุบโดยศาลรัฐธรรมนูญ และกฎหมายเกี่ยวกับการชุมนุมของไทย ไม่มีกฎหมายบัญญัติให้อำนาจดุลพินิจในเรื่องข้อจำกัดเนื้อหาการชุมนุม แต่เจ้าหน้าที่ตำรวจมักมีการใช้ดุลพินิจในการจำกัดเนื้อหาการชุมนุมโดยนำกฎหมายอื่น ๆ ที่มีได้มีขึ้นเพื่อการดูแลการชุมนุมสาธารณะมาบังคับใช้และจำกัดเนื้อหาการชุมนุม การกระทำเช่นนี้เป็นการใช้ดุลพินิจอย่างกว้างขวางในการนำกฎหมายต่าง ๆ มาเพื่อจำกัดเนื้อหาการชุมนุม อีกทั้ง เป็นการใช้ดุลพินิจบังคับใช้กฎหมายที่เกินกว่าที่กฎหมายบัญญัติไว้อีกด้วย

ในเรื่องการวางข้อจำกัดเวลา สถานที่ และรูปแบบในการชุมนุม ประเทศฝรั่งเศสและประเทศอังกฤษ มีบทกฎหมายที่กำหนดให้ดุลพินิจเจ้าหน้าที่ตำรวจที่น้อยกว่าประเทศไทย เช่น ประเทศฝรั่งเศสไม่กำหนดเรื่องสถานที่ห้ามการชุมนุมหรือรูปแบบในการชุมนุม หรือประเทศอังกฤษแม้กำหนดเรื่องสถานที่ห้ามชุมนุมไว้ แต่ไม่ได้กำหนดในเรื่องระยะห่างไว้เคร่งครัด ส่วนประเทศเกาหลีใต้ได้กำหนดสถานที่และรูปแบบการชุมนุมไว้ที่ไปในทางเดียวกันกับไทย กล่าวคือ มีการกำหนดเวลา

สถานที่ห้ามการชุมนุม แต่อย่างไรก็ตาม บทบัญญัติกฎหมายเกาหลีใต้ไม่ได้ห้ามไว้อย่างเคร่งครัด หากเข้าข้อยกเว้นทางกฎหมาย เจ้าหน้าที่ตำรวจมีดุลพินิจอนุญาตให้สามารถชุมนุมต่อไปได้ ในขณะที่บทบัญญัติกฎหมายของไทยในเรื่องการจำกัดด้านเวลา สถานที่ และรูปแบบการชุมนุม ถูกบัญญัติไว้โดยไม่มีข้อยกเว้น และเจ้าหน้าที่ตำรวจบังคับใช้กฎหมายโดยใช้ดุลพินิจเลือกปฏิบัติอย่างไม่เป็นธรรม

ในเรื่องการสั่งห้ามการชุมนุม กฎหมายต่างประเทศฝรั่งเศสและอังกฤษได้กำหนดหลักเกณฑ์และเงื่อนไขที่ให้อำนาจดุลพินิจในการสั่งห้ามการชุมนุมไว้อย่างชัดเจน เพื่อเป็นแนวทางให้เจ้าหน้าที่ตำรวจปฏิบัติไปในรูปแบบเดียวกัน ยกตัวอย่างเช่น ประเทศอังกฤษมีการกำหนดไว้ชัดเจนว่า เจ้าหน้าที่ตำรวจต้องพิสูจน์ว่ามีเหตุอันควรสงสัยว่าจะเกิดความไม่สงบ และหากกำหนดเงื่อนไขในการชุมนุมไม่สามารถบรรลุผล จึงจะสามารถสั่งห้ามการชุมนุมได้ ซึ่งถือว่าบทบัญญัติกฎหมายเปิดช่องให้เจ้าหน้าที่ตำรวจใช้ดุลพินิจก่อนการสั่งห้ามการชุมนุมไว้อย่างชัดเจน หรือกรณีประเทศฝรั่งเศส การพิจารณาว่าการชุมนุมจะก่อให้เกิดผลกระทบร้ายแรงต่อการรักษาความสงบเรียบร้อยของบ้านเมืองนั้น เจ้าหน้าที่ตำรวจจะต้องพิสูจน์ให้เห็นอย่างชัดเจน มิใช่เพียงแค่การสันนิษฐานเท่านั้น ซึ่งต่างจากไทย เห็นได้จากบทบัญญัติของกฎหมายการชุมนุมของไทยซึ่งบัญญัติไว้โดยเคร่งครัด เมื่อการชุมนุมดำเนินไปโดยฝ่าฝืนหรือขัดต่อกฎหมาย กฎหมายกำหนดให้เจ้าหน้าที่ตำรวจต้องสั่งห้ามการชุมนุมและเข้าสู่กระบวนการสลายการชุมนุมเสมอ โดยมีได้กำหนดเงื่อนไขหรือข้อยกเว้นที่เปิดโอกาสให้เจ้าหน้าที่ตำรวจใช้ดุลพินิจเพื่อในการสั่งห้ามการชุมนุม

ประการสุดท้ายในเรื่องการสลายการชุมนุม ประเทศฝรั่งเศสมีแนวทางที่ชัดเจนในการสลายการชุมนุม โดยต้องประกอบด้วยหลักเกณฑ์ที่ของศาลที่ได้วางบรรทัดฐานไว้ เช่น การพิสูจน์ให้แน่ชัดว่าการชุมนุมนั้นจะกระทบอย่างร้ายแรงต่อความสงบเรียบร้อยของบ้านเมือง หรือประเทศอังกฤษ แม้มีการใช้กฎหมายอื่นมาบังคับใช้ในการสลายการชุมนุม แต่กฎหมายเหล่านั้นต่างกำหนดเงื่อนไขในการใช้ดุลพินิจให้กับเจ้าหน้าที่ตำรวจชัดเจนและสอดคล้องกับหลักสากล หากพิจารณาการสลายการชุมนุมของไทย พบว่า การปฏิบัติงานของเจ้าหน้าที่ตำรวจไม่เป็นไปตามหลักสากล และคู่มือการปฏิบัติหน้าที่และกฎหมายที่ให้อำนาจเจ้าหน้าที่ใช้ดุลพินิจในการสลายการชุมนุมมิได้กำหนดให้แน่ชัดว่าจะต้องทำอย่างไร อันส่งผลให้เจ้าหน้าที่ที่ปฏิบัติงานในส่วนหน้าดำเนินการสลายการชุมนุมที่ไม่ได้มาตรฐานตามหลักสากลและละเมิดสิทธิเสรีภาพของประชาชนได้ง่าย

ยิ่งไปกว่านั้น บทบัญญัติกฎหมายการชุมนุมสาธารณะของไทยมิได้ให้ดุลพินิจในการสลายการชุมนุมไว้มากนัก กล่าวคือ หากการชุมนุมที่ไม่เลิกตามคำสั่งศาลตามมาตรา 21 และ 23 เป็นกรณีที่กฎหมายบังคับให้เจ้าหน้าที่ตำรวจต้องสลายการชุมนุมทันที โดยไม่สามารถใช้ดุลพินิจเป็นอย่างอื่นได้

อีกทั้ง บทบัญญัติที่ให้อำนาจดุลพินิจวินิจฉัยและตัดสินใจในการสลายการชุมนุม คือ มาตรา 24 และ 25 เจ้าหน้าที่ตำรวจมีดุลพินิจวินิจฉัยและตัดสินใจสลายการชุมนุมได้โดยไม่ต้องร้องขอต่อศาลกลับ บัญญัติไว้อย่างกว้างและเป็นอติวิสัยไม่สอดคล้องกับหลักสากล

ดังนั้น จึงกล่าวได้ว่า การดูแลการชุมนุมสาธารณะของเจ้าหน้าที่ตำรวจในประเทศไทยมีหลาย ประการที่ไม่สอดคล้องกับหลักสากลทั้งจากบทกฎหมายการชุมนุมสาธารณะและการบังคับใช้ กฎหมายของเจ้าหน้าที่ตำรวจ สรุปได้คือ 1).การใช้ดุลพินิจในการแจ้งการชุมนุมและการจำกัดเนื้อหา ไม่ตรงตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย 2).การวางข้อจำกัดด้าน เวลา สถานที่ และรูปแบบในการชุมนุม ที่เจ้าหน้าที่ตำรวจใช้ดุลพินิจในการนำกฎหมายอื่น ๆ มาปรับใช้ และไม่เอื้ออำนวยต่อการใช้เสรีภาพ ชุมนุมซึ่งเป็นเรื่องที่ใช้ดุลพินิจเกินกว่าที่กฎหมายกำหนดและใช้โดยบิดเบือน และ 3).การใช้ดุลพินิจ ของเจ้าหน้าที่ในสั่งห้ามการชุมนุมและการสลายการชุมนุมขัดต่อหลักสากล ปัญหาเหล่านี้แสดงให้เห็น ถึงการไม่คำนึงถึงหลักสากลและเจตนารมณ์ของกฎหมายในการดูแลการชุมนุมสาธารณะ ซึ่งแตกต่าง จากกฎหมายต่างประเทศอย่างเห็นได้ชัด ส่งผลให้เจ้าหน้าที่ตำรวจใช้ดุลพินิจในการดูแลการชุมนุม สาธารณะอย่างกว้างขวาง จนนำไปสู่การดูแลการชุมนุมอย่างไม่มีมาตรฐาน เช่นนี้ระบบการตรวจสอบ การใช้ดุลพินิจโดยองค์การตุลาการจะต้องมีประสิทธิภาพในการรับรองเสรีภาพของประชาชนได้ แต่ อย่างไรก็ตาม การตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ตำรวจยังคงพบปัญหาอยู่หลายประการ โดย จะกล่าวในบทต่อไป

4.3 ปัญหาการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ตำรวจในการดูแลการชุมนุมสาธารณะใน ประเทศไทย

การใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ตำรวจในการดูแลการชุมนุมสาธารณะ ถือเป็นการกระทำทาง ปกครอง ย่อมต้องตกอยู่ภายใต้หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง อย่างไรก็ตาม หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองจะมีผลในทางปฏิบัติก็แต่โดยการที่ ระบบกฎหมายกำหนดให้มีการควบคุมตรวจสอบการกระทำดังกล่าวได้³⁷¹ ดังนั้น การใช้ดุลพินิจของ เจ้าหน้าที่ตำรวจในการดูแลการชุมนุมสาธารณะ หากจะเป็นการใช้ดุลพินิจเป็นไปตามหลักความชอบ ด้วยกฎหมาย ย่อมต้องมีกระบวนการตรวจสอบการโดยองค์การตุลาการที่มีประสิทธิภาพ เพื่อเป็น หลักประกันสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของประชาชน

³⁷¹ วรเจตน์ ภาศิริรัตน์, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายปกครอง: หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครองและการ กระทำทางปกครอง, หน้า 17.

เมื่อพิจารณากระบวนการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ตำรวจในการดูแลการชุมนุมสาธารณะที่เกิดขึ้น จะพบว่า ในทางปฏิบัติเกิดปัญหาอย่างมีนัยสำคัญ กล่าวคือ แม้ตัวบทกฎหมายหรือกระบวนการตรวจสอบโดยศาลมีการบัญญัติหรือเปิดช่องให้มีการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจได้ แต่ในทางปฏิบัติมีข้อพิจารณาบางประการที่เป็นปัญหาการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ตำรวจ ซึ่งทำให้การดูแลการชุมนุมสาธารณะส่งผลกระทบต่อเสรีภาพในการชุมนุมและสิทธิเสรีภาพของประชาชนมากเกินไป โดยพิจารณาถึง 2 ประเด็นปัญหาที่สำคัญ คือ 1). ปัญหาเรื่องเขตอำนาจศาลในการตรวจสอบดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ตำรวจตามพระราชบัญญัติการชุมนุมสาธารณะ และ 2). ปัญหาการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจขององค์กรตุลาการ

4.3.1. ปัญหาเรื่องเขตอำนาจศาลในการตรวจสอบดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ตำรวจตามพระราชบัญญัติการชุมนุมสาธารณะ พ.ศ.2558

จากการศึกษาเนื้อหาพระราชบัญญัติการชุมนุมสาธารณะ พ.ศ.2558 พบว่า การปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ตำรวจ เช่น การรับแจ้งการชุมนุม การสั่งห้ามการชุมนุม หรือการสลายการชุมนุม ต่างเป็นลักษณะของคดีปกครอง ซึ่งควรอยู่ภายใต้การพิจารณาของศาลปกครอง อย่างไรก็ตาม กฎหมายได้บัญญัติให้อำนาจศาลยุติธรรมในการพิจารณาคำร้อง หรือข้อพิพาทอันเกิดจากใช้อำนาจดูแลการชุมนุมสาธารณะ

พระราชบัญญัติการชุมนุมสาธารณะกำหนดอำนาจศาลในเรื่องเกี่ยวกับการสั่งห้ามชุมนุม มาตรา 21 วรรคสอง และวรรคท้าย ความว่า “...ให้เจ้าพนักงานดูแลการชุมนุมสาธารณะร้องขอต่อศาลแพ่งหรือศาลจังหวัดที่มีเขตอำนาจเหนือสถานที่ที่มีการชุมนุมสาธารณะเพื่อมีคำสั่งให้ผู้ชุมนุมเลิกการชุมนุมสาธารณะนั้น...”

มาตรา 25 ความว่า “ในกรณีที่ผู้ชุมนุมกระทำการใด ๆ ที่มีลักษณะรุนแรงและอาจเป็นอันตรายแก่ชีวิต ร่างกาย จิตใจ หรือทรัพย์สินของผู้อื่นจนเกิดความวุ่นวายขึ้นในบ้านเมือง ให้เจ้าพนักงานดูแลการชุมนุมสาธารณะมีอำนาจสั่งให้ผู้ชุมนุมยุติการกระทำนั้น หากผู้ชุมนุมไม่ปฏิบัติตามคำสั่งดังกล่าวให้เจ้าพนักงานดูแลการชุมนุมสาธารณะและผู้ควบคุมสถานการณ์และผู้ซึ่งได้รับมอบหมายจากผู้ควบคุมสถานการณ์มีอำนาจดำเนินการตามมาตรา 23 และมาตรา 24

ในกรณีที่ผู้ชุมนุมไม่เห็นด้วยกับคำสั่งตามวรรคหนึ่ง ให้ยื่นคำร้องคัดค้านต่อศาลแพ่งหรือศาลจังหวัดที่มีเขตอำนาจเหนือสถานที่ที่มีการชุมนุมสาธารณะเพื่อพิจารณาภายในเวลาสามสิบวันนับแต่วันที่มีคำสั่ง คำสั่งของศาลตามมาตรา 23 นี้ให้อุทธรณ์ต่อศาลอุทธรณ์หรือศาลอุทธรณ์ภาค คำสั่งศาลอุทธรณ์หรือศาลอุทธรณ์ภาคให้เป็นที่สุด”

กฎหมายว่าด้วยการชุมนุมสาธารณะ ได้ให้อำนาจศาลในการสั่งห้ามการชุมนุม ออกเป็น 2 กรณี

กรณีที่ 1 ในกรณีซึ่งเจ้าหน้าที่ตำรวจมีคำสั่งให้เลิกหรือแก้ไขการชุมนุมแล้ว แต่ไม่ปฏิบัติตาม การจะสั่งห้ามการชุมนุมได้ ต้องผ่านกระบวนการร้องขอต่อศาลในการห้ามการชุมนุม ซึ่งเจ้าหน้าที่พนักงานดูแลการชุมนุมสาธารณะ หรือประชาชนผู้ได้รับความเดือดร้อนหรือความเสียหายจากการชุมนุมสาธารณะ อาจร้องขอให้เลิกการชุมนุมต่อศาลแพ่งหรือศาลจังหวัดที่มีเขตอำนาจเหนือสถานที่ที่มีการชุมนุมสาธารณะได้ ซึ่งเห็นได้ว่า กระบวนการนี้เป็นขั้นตอนหนึ่งที่น่าจะเป็นช่องให้ศาลสามารถตรวจสอบคำร้อง หรือคำสั่งในการที่จะห้ามหรือไม่ห้ามการชุมนุมก็ได้

กรณีที่ 2 อำนาจในการคัดค้านคำสั่งห้ามการชุมนุมที่มีลักษณะรุนแรงและอาจเป็นอันตรายแก่ชีวิต ร่างกาย จิตใจ หรือทรัพย์สินของผู้อื่นจนเกิดความวุ่นวายในบ้านเมือง ซึ่งการชุมนุมที่เข้าข่ายลักษณะเช่นนี้ เจ้าหน้าที่ตำรวจสามารถเข้าสลายการชุมนุม หรือมีอำนาจจับกุมผู้ซึ่งอยู่ในพื้นที่ควบคุม คั่น ยึด आयัด หรือรื้อถอนทรัพย์สินที่ใช้หรือมีไว้เพื่อใช้ในการชุมนุมสาธารณะนั้นได้ เป็นต้น โดยไม่ต้องร้องขอต่อศาลแต่อย่างใด การนี้หากผู้ชุมนุมไม่เห็นด้วยกับคำสั่งห้ามการชุมนุมดังกล่าว ย่อมสามารถคัดค้านคำสั่งต่อศาลแพ่งหรือศาลจังหวัดที่มีเขตอำนาจเหนือสถานที่ที่มีการชุมนุมได้เช่นกัน อันเป็นการร้องขอต่อศาลแพ่งหรือศาลจังหวัด เป็นการคัดค้านการสั่งห้ามการชุมนุมที่มีความรุนแรง

โดยเห็นได้จากคดีตัวอย่างศาลปกครองกลางในคดีหมายเลขแดงที่ 678/2564 ในคดียื่นฟ้องผู้บัญชาการตำรวจและเจ้าหน้าที่ตำรวจปิดกั้นขัดขวางและใช้กำลังสลายการชุมนุมโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย และละเลยต่อหน้าที่ดูแลความปลอดภัยในพื้นที่ชุมนุม ทำให้ผู้ชุมนุมและประชาชนได้รับบาดเจ็บและถูกละเมิดสิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ จากเหตุการณ์ชุมนุมบริเวณใกล้รัฐสภาเมื่อวันที่ 17 พฤศจิกายน 2563 ซึ่งศาลปกครองกลางได้วินิจฉัยว่า แม้คดีพิพาทดังกล่าวเป็นคดีที่อยู่ในอำนาจของมาตรา 9 (2) และ (3) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง แต่เป็นการฟ้องเกี่ยวกับการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ตำรวจตามพระราชบัญญัติการชุมนุมสาธารณะ ซึ่งตามกฎหมายมีเจตนารมณ์ให้ศาลแพ่งหรือศาลจังหวัดในพื้นที่ชุมนุมเป็นศาลที่มีเขตอำนาจพิจารณาคดี คดีนี้จึงไม่อยู่ในอำนาจศาลปกครองที่จะรับไว้พิจารณา

จากการศึกษาอำนาจศาลทั้ง 2 กรณีข้างต้น พบว่า ไม่ว่าจะเป็นการร้องขอต่อศาลให้ยุติการชุมนุม หรือการคัดค้านคำสั่งการชุมนุม กำหนดให้อำนาจศาลยุติธรรมพิจารณาพิพากษาคดีเกี่ยวกับการชุมนุมสาธารณะ โดยมีได้บัญญัติถึงกรณีการฟ้องร้องต่อศาลปกครองไว้อย่างชัดเจนในกรณีการใช้อำนาจโดยมิชอบด้วยกฎหมายของเจ้าหน้าที่ตำรวจ โดยหากพิจารณาเนื้อหาของพระราชบัญญัติการ

ชุมนุมสาธารณะ ไม่ว่าจะเป็นเรื่อง เรื่องการคัดค้านคำสั่งการสลายการชุมนุมตามมาตรา 25 วรรคสอง คำสั่งการสลายการชุมนุม การสั่งห้ามการชุมนุม การสั่งย้ายสถานที่ชุมนุม ล้วนเป็นการกระทำทางปกครอง กล่าวคือ เป็นเรื่องระหว่างเจ้าหน้าที่รัฐกับประชาชน อันเนื่องมาจากการใช้อำนาจทางปกครองตามกฎหมาย และเป็นเรื่องพิพาทที่ปรากฏอยู่ภายใต้พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคความปกครองตามมาตรา 9³⁷² ยกตัวอย่างกรณีปัญหาตามมาตรา 25 วรรคสอง การคัดค้านคำสั่งการสลายการชุมนุมเป็นเรื่องพิพาทระหว่างเจ้าหน้าที่ตำรวจกับประชาชนผู้เข้าร่วมชุมนุม ซึ่งคำสั่งการสลายการชุมนุมเป็นการใช้อำนาจทางปกครองตามกฎหมาย และเรื่องพิพาทเป็นเรื่องเกี่ยวกับการกระทำละเมิดของเจ้าหน้าที่ตำรวจอันเกิดจากการใช้อำนาจตามกฎหมายในการออกคำสั่งสลายการชุมนุม จึงกล่าวได้ว่าลักษณะแห่งคดีเป็นเรื่องเกี่ยวกับคดีปกครอง ซึ่งศาลปกครองควรมีอำนาจพิจารณาพิพากษา

จากเหตุผลที่กล่าวมา ผู้วิจัยเห็นว่า ในเนื้อหาของพระราชบัญญัติการชุมนุมสาธารณะ เป็นเรื่องเกี่ยวกับคดีปกครอง การกระทำใด ๆ ของเจ้าหน้าที่ตำรวจในการดูแลการชุมนุมสาธารณะควรตกอยู่ภายใต้อำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง อีกทั้ง ศาลปกครองและศาลยุติธรรมได้เคยแสดงความคิดเห็นไว้ในชั้นพิจารณาร่าง พระราชบัญญัติการชุมนุมสาธารณะของสภานิติบัญญัติแห่งชาติเกี่ยวกับปัญหาและความไม่ถูกต้องเหมาะสมตามหลักการของกฎหมายและระบบศาล หากจะมีการกำหนดหรือตีความให้ศาลยุติธรรมเป็นศาลที่มีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีที่เกี่ยวข้องกับการตรวจสอบการใช้อำนาจทางปกครองของหน่วยงานและเจ้าหน้าที่รัฐภายใต้พระราชบัญญัติการชุมนุมสาธารณะ พ.ศ.2558³⁷³

นอกจากนี้ คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติได้ให้ความเห็นต่อร่างพระราชบัญญัติการชุมนุมสาธารณะ³⁷⁴ ในเรื่องเขตอำนาจศาลไว้ว่า “กฎหมายว่าด้วยการชุมนุมสาธารณะ กำหนดกรอบการใช้เสรีภาพในการชุมนุมของประชาชนและกำหนดอำนาจหน้าที่ของเจ้าหน้าที่รัฐในการบังคับใช้กฎหมายเพื่อคุ้มครองการใช้เสรีภาพในการชุมนุมและเพื่อคุ้มครองประโยชน์สาธารณะ ซึ่งตามหลักการแล้วเป็นเรื่องในทางปกครอง ... โดยที่รัฐธรรมนูญ มาตรา 223 บัญญัติให้ศาลปกครองมี

³⁷² ฤทัย หงส์สิริ, ศาลปกครองและการดำเนินคดีในศาลปกครอง, หน้า 14.

³⁷³ Human Rights Lawyers Association, "คำสั่งศาลปกครองกลางไม่รับฟ้องกรณีตำรวจสลายการชุมนุมเรียกร้องรัฐสภารับร่างแก้ไขรัฐธรรมนูญ ฉบับประชาชน" [ออนไลน์] เข้าถึงเมื่อ 10 สิงหาคม 2565. แหล่งที่มา: <https://naksit.net/2021/07/court-decree-litigation-case-2/>

³⁷⁴ คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ, หนังสือข้อเสนอการตราพระราชบัญญัติการชุมนุมสาธารณะ พ.ศ. ... ลงวันที่ 22 มีนาคม 2554

อำนาจพิจารณาพิพากษาคดีพิพาทระหว่างรัฐ หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกับเอกชน ซึ่งแตกต่างจากหลักการพิจารณาคดีของศาลแพ่งหรือศาลจังหวัดที่มีหลักการและฐานคิดว่าคู่กรณีทั้งสองฝ่ายที่เป็นเอกชนกับเอกชนมีความเท่าเทียมกัน ดังนั้น เรื่องที่พิพาทกันในทางปกครองระหว่างประชาชนผู้ชุมนุมเช่นนี้จึงควรได้รับการพิจารณาพิพากษาในศาลปกครอง” จึงกล่าวได้ว่า ข้อพิพาทอันเนื่องมาจากการใช้อำนาจตามพระราชบัญญัติการชุมนุมสาธารณะเกี่ยวกับการที่เจ้าหน้าที่รัฐใช้ดุลพินิจโดยมิชอบหรือการกระทำละเมิดในส่วนที่เป็นการดำเนินการทางปกครอง อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีของศาลปกครอง

ปัญหาเรื่องเขตอำนาจศาลปกครองตามพระราชบัญญัติการชุมนุมสาธารณะ พบกรณีปัญหาตัวอย่างจาก งานวิจัยของอดีตผู้บัญชาการตำรวจนครบาล พลตำรวจโทภักพงศ์ พงษ์เกตุรา ซึ่งเป็นผู้มีหน้าที่รับผิดชอบหลักในการดูแลการชุมนุมสาธารณะ ได้มีงานวิจัยในเรื่อง “แนวทางการเพิ่มประสิทธิภาพในการบังคับใช้กฎหมายในการควบคุมการชุมนุมสาธารณะ” ได้กล่าวถึง ปัญหาของอำนาจศาลตามมาตรา 21 วรรคท้ายไว้ว่า

“พระราชบัญญัติการชุมนุมสาธารณะ ได้กำหนดให้บรรดาข้อกำหนด ระเบียบ คำสั่ง ข้อบังคับ ประกาศ หรือการกระทำตามพระราชบัญญัติ ไม่อยู่ในบังคับของกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ซึ่งหมายความว่า สามารถกำหนดวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองที่มีหลักประกันความเป็นธรรมหรือมาตรฐานการปฏิบัติราชการทางปกครองต่ำกว่ากฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองได้ ดังนั้น เจ้าพนักงานสามารถออกคำสั่งห้ามการชุมนุม หรือคำสั่งให้เลิกการชุมนุม โดยไม่ให้โอกาสคู่กรณีนั้นมีโอกาสในการโต้แย้งแสดงเหตุผล ไม่ต้องแจ้งเหตุผลในการออกคำสั่งทางปกครองในกรณีที่คำสั่งดังกล่าวปฏิเสธการก่อตั้งสิทธิ เพิกถอนสิทธิหรือกำหนดให้การกระทำใด ไม่กระทำการใด หรือคำสั่งทางปกครองที่เป็นการวินิจฉัยอุทธรณ์ หรือกรณีที่มีผู้พิจารณาทางปกครองนั้น มีปัญหาเรื่องความเป็นกลางก็ยังสามารถทำคำสั่งต่อไปได้ ...”³⁷⁵

งานวิจัยของอดีตผู้บัญชาการตำรวจนครบาล ซึ่งเป็นผู้มีหน้าที่สำคัญในการดูแลการชุมนุมสาธารณะในเขตกรุงเทพมหานคร และอยู่ในช่วงเวลาของการชุมนุมตั้งแต่ 2562 - 2564 มีความเข้าใจที่คลาดเคลื่อนผิดไปจากหลักกฎหมายว่าด้วยการปฏิบัติราชการทางปกครองเป็นอย่างมาก ซึ่งสามารถพิจารณาได้ 2 ประเด็นคือ

³⁷⁵ ภักพงศ์ พงษ์เกตุรา, "แนวทางการเพิ่มประสิทธิผลในการบังคับใช้กฎหมายในการควบคุมการชุมนุมสาธารณะ," หน้า 35.

ประเด็นแรก มาตรา 21 วรรคท้ายเป็นการให้อำนาจประชาชนผู้ได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหายจากการชุมนุมสาธารณะสามารถร้องต่อศาลแพ่งหรือศาลจังหวัดเพื่อมีคำสั่งให้ผู้ชุมนุมเลิกการชุมนุมได้เท่านั้น ซึ่งเป็นคำสั่งของศาลยุติธรรม มิใช่คำสั่งทางปกครอง ทั้งนี้ มาตรา 21 วรรคท้าย มิได้ตีความว่า บรรดาข้อกำหนด ระเบียบ คำสั่ง ข้อบังคับ ประกาศ หรือการกระทำตามพระราชบัญญัติไม่อยู่ในบังคับของกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ซึ่งหากพิจารณาพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาความปกครอง และพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง เป็นเรื่องการตรวจสอบการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่รัฐ พบว่า แม้กฎหมายไม่ได้บัญญัติถึงเรื่องการฟ้องร้องต่อศาลปกครองไว้อย่างชัดเจนในกฎหมายว่าด้วยการชุมนุมก็ไม่ได้หมายความว่า การกระทำหรือคำสั่งของเจ้าหน้าที่ตำรวจในการดูแลการชุมนุมสาธารณะ จะไม่ตกอยู่ภายใต้อำนาจของศาลปกครอง เนื่องจากตามมาตรา 9 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีทางปกครอง พ.ศ.2542 บัญญัติให้ศาลปกครองมีอำนาจในการพิจารณาพิพากษาหรือมีคำสั่งในเรื่องที่เกี่ยวกับ คดีพิพาทเกี่ยวกับหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ไม่ว่าจะในการออกกฎหมายหรือคำสั่ง รวมถึงการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบ ซึ่งกฎหมายได้บัญญัติขอบเขตการใช้อำนาจไว้อย่างชัดเจนแล้ว

ดังนั้น การดูแลการชุมนุมสาธารณะ หากเป็นใช้ดุลพินิจตามกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา หรือการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ตำรวจตามพระราชบัญญัติการชุมนุมสาธารณะ เช่น การสั่งห้ามการชุมนุม การปิดกั้นสถานที่ห้ามชุมนุม ย่อมอยู่ภายใต้อำนาจของศาลยุติธรรม แต่หากเป็นการใช้ดุลพินิจตามกฎหมายปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ย่อมอยู่ภายใต้กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง และเป็นอำนาจของศาลปกครองตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง

ประเด็นที่สอง เนื่องจากกฎหมายการชุมนุมสาธารณะมิได้กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการอุทธรณ์คำสั่ง หรือวิธีพิจารณาทางปกครองไว้โดยเฉพาะ การปฏิบัติราชการทางปกครองย่อมต้องยึดตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองซึ่งเป็นกฎหมายหลัก อันเป็นเรื่องที่กฎหมายใดมีหลักประกันความเป็นธรรมหรือมาตรฐานการปฏิบัติราชการทางปกครองที่ต่ำกว่าก็ต้องใช้มาตรฐานตามกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ดังนั้น ข้อกล่าวอ้างงานวิจัยชิ้นนี้ที่ว่าพระราชบัญญัติการชุมนุมสาธารณะไม่อยู่ในบังคับของกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ซึ่งทำให้เป็นการตัดอำนาจศาลปกครองจึงไม่เป็นความจริง

จากการศึกษางานวิจัยชิ้นนี้ สะท้อนให้เห็นว่า อำนาจของศาลปกครองในการตรวจสอบดุลพินิจในการดูแลการชุมนุมสาธารณะไม่มีความชัดเจนเพียงพอ จนส่งผลเจ้าหน้าที่ตำรวจในการดูแล

การประชุมสาธารณะเข้าใจและตีความการใช้กฎหมายการประชุมอย่างผิดพลาด โดยเข้าใจคลาดเคลื่อนว่าคำสั่งของตนไม่อาจถูกตรวจสอบได้โดยศาลปกครอง และเจ้าหน้าที่ตำรวจอาจใช้ดุลพินิจโดยไม่ชอบในการดูแลการประชุมสาธารณะได้

จึงกล่าวโดยสรุปได้ว่า กรณีการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉิน ศาลปกครองถูกจำกัดอำนาจลง โดยให้ศาลยุติธรรมมีอำนาจในการพิจารณาคดีทั้งหมด และแม้ในสภาวะปกติที่ไม่ได้มีการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉิน บทบัญญัติของกฎหมายการประชุมสาธารณะยังได้ให้อำนาจศาลยุติธรรมในการพิจารณาคดีในส่วนที่เป็นการดำเนินการทางปกครอง ซึ่งหากพิจารณาจะเห็นได้ว่า การปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ตำรวจในการดูแลการประชุมสาธารณะ ไม่ว่าจะเป็น การรับแจ้งการประชุม คำสั่งย้ายสถานที่ การวางข้อจำกัดด้านเงื่อนไขต่าง ๆ การสั่งห้ามชุมนุม ตลอดจนการสลายการประชุม เป็นลักษณะของคดีปกครองทั้งสิ้น ควรอยู่ภายใต้การพิจารณาของศาลปกครอง และแม้ว่าในทางปฏิบัติ ศาลปกครองยังคงมีอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายในการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ตำรวจ แต่บทบัญญัติการประชุมสาธารณะกลับมิได้บัญญัติไว้ให้ชัดเจนในเรื่องเขตอำนาจศาลปกครอง ส่งผลให้เจ้าหน้าที่ตำรวจตีความการใช้กฎหมายการประชุมผิดไป อีกทั้ง ในด้านศาลปกครองเองก็ได้มีคำวินิจฉัยให้ศาลยุติธรรมมีอำนาจในการตรวจสอบการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ตำรวจ เหตุนี้จึงทำให้การตรวจสอบการใช้ดุลพินิจโดยองค์กรตุลาการ ไม่มีประสิทธิภาพเพียงพอในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน

4.3.2. ปัญหาการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจโดยองค์กรตุลาการ

การตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองไม่ว่าจะเป็นการตรวจสอบโดยองค์กรภายในฝ่ายปกครอง การควบคุมทางการเมือง หรือวิธีอื่นใด ย่อมมีข้อดีข้อเสียที่แตกต่างกันไป ทั้งนี้การตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองในงานวิจัยเล่มนี้มุ่งศึกษาการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจโดยองค์กรภายนอกฝ่ายปกครอง คือองค์กรตุลาการ ถือเป็นองค์กรหนึ่งตามหลักแบ่งแยกอำนาจที่มีความสำคัญในการคานและดุลอำนาจระหว่างกัน และเมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติกฎหมายซึ่งเป็นที่มาและเงื่อนไขในการใช้อำนาจของฝ่ายปกครอง จะพบว่า อำนาจที่กฎหมายมอบหมายให้แก่ฝ่ายปกครองนั้น อาจจำแนกได้เป็นสองลักษณะ คือ อำนาจผูกพัน และอำนาจดุลพินิจ โดยเนื้อหาในงานวิจัยนี้พิจารณาเพียงอำนาจดุลพินิจเท่านั้น

จากที่กล่าวว่า อำนาจดุลพินิจเป็นอำนาจที่กฎหมายมอบให้แก่ฝ่ายปกครองเลือกปฏิบัติหรือตัดสินใจได้ด้วยตนเองภายใต้ขอบเขตอำนาจของกฎหมาย อย่างไรก็ตาม หลักสำคัญของตรวจสอบ

ฝ่ายปกครองนั้นอยู่ที่การควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองให้สอดคล้องกับหลักนิติรัฐ ทั้งนี้ หลักความได้สัดส่วนได้รับการยอมรับว่าเป็นเงื่อนไขความสมบูรณ์เงื่อนไขหนึ่งที่ทำให้การกระทำทางปกครองชอบด้วยกฎหมาย³⁷⁶ ซึ่งได้รับการนำมาใช้ในฐานะที่เป็นข้อจำกัดของการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองที่สำคัญและศาลย่อมสามารถที่จะนำหลักความได้สัดส่วนมาใช้ในการตรวจสอบการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองได้เสมอ จึงกล่าวได้อีกนัยว่า หลักความได้สัดส่วนสามารถถูกนำมาตรวจสอบการกระทำทางปกครอง เพื่อเป็นการรับรองว่าการกระทำของฝ่ายปกครองอยู่ภายใต้หลักความชอบด้วยกฎหมาย อีกทั้งหลักความได้สัดส่วนยังเป็นหลักสำคัญประการหนึ่งของกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมืองซึ่งศาลจะนำมาพิจารณาในเรื่องการดูแลการชุมนุมสาธารณะ นอกจากนี้ ลักษณะการตรวจสอบดุลพินิจโดยองค์กรตุลาการตามหัวข้อ 2.4.3³⁷⁷ อันเป็นเรื่องการใช้ดุลพินิจที่ผิดพลาดของฝ่ายปกครอง ก็เป็นเรื่องที่ต้องให้ความสำคัญอย่างยิ่งในการตรวจสอบลักษณะการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง ดังนั้น ในการศึกษาปัญหาการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจเจ้าหน้าที่ตำรวจโดยองค์กรตุลาการ จึงศึกษาจากหลักเกณฑ์ทั้งสองประการ คือ 1. การตรวจสอบโดยใช้หลักความจำเป็นและความได้สัดส่วน 2. การตรวจสอบโดยพิจารณาจากลักษณะดุลพินิจที่ผิดพลาด

4.3.2.1 การตรวจสอบโดยใช้หลักความจำเป็นสำหรับสังคมประชาธิปไตยและหลักความได้สัดส่วน

ภายใต้กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง มาตรา 21 เสรีภาพในการชุมนุมย่อมสามารถถูกจำกัดได้ คือ การจำกัดสิทธินี้จะกระทำมิได้ นอกจากจะทำได้กระทำโดยกฎหมายและเพียงจำเป็นสำหรับสังคมประชาธิปไตย เพื่อประโยชน์แห่งความมั่นคงของชาติ หรือความปลอดภัย ความสงบเรียบร้อย การสาธารณสุข หรือศีลธรรมอันดีของประชาชนหรือการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของบุคคลอื่น³⁷⁸ ซึ่งเงื่อนไขที่ปรากฏถึงลักษณะการใช้ดุลพินิจในการจำกัดเสรีภาพในการชุมนุมประการหนึ่ง คือ การจำกัดเพียงจำเป็นสำหรับสังคมประชาธิปไตย หมายถึง การจำกัดเสรีภาพในการชุมนุมต้องมีความจำเป็นและได้สัดส่วนบนพื้นฐานของระบอบ

³⁷⁶ วรตну วิจาระนันท์, "หลักความได้สัดส่วนในระบบกฎหมายไทย" (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารคดี คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2548), หน้า 144.

³⁷⁷ ได้แก่ การใช้ดุลพินิจเกินขอบเขตที่กฎหมายกำหนด การไม่ใช้ดุลพินิจ การใช้ดุลพินิจโดยบกพร่องหรือบิดเบือน การใช้ดุลพินิจไม่คำนึงถึงสิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ และการใช้ดุลพินิจขัดกับหลักกฎหมายทั่วไป

³⁷⁸ International Covenant on Civil and Political Rights article 21

ประชาธิปไตย³⁷⁹ โดยต้องพิจารณาว่าอะไรที่จำเป็นสำหรับสังคมประชาธิปไตย และมาตรการที่จำกัดเสรีภาพในการชุมนุมนั้นได้สัดส่วนหรือไม่³⁸⁰ โดยต้องมีความเหมาะสมเพื่อตอบสนองต่อความต้องการของสังคมและสอดคล้องกับเงื่อนไขในการจำกัดสิทธิเสรีภาพตามมาตรา 21³⁸¹

การพิจารณาถึง “ความจำเป็น” ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปได้มีการตีความในทิศทางเดียวกัน คือ 1.ต้องตอบสนองต่อความต้องการของสังคม 2.มีความได้สัดส่วนกับเป็นไปตามวัตถุประสงค์ของกฎหมาย และ3.การให้เหตุผลของเจ้าหน้าที่รัฐต้องสอดคล้องกับเหตุแห่งการจำกัดเสรีภาพและมีน้ำหนักเพียงพอ³⁸² ดังนั้น การใช้มาตรการใดในการดูแลการชุมนุมสาธารณะ เจ้าหน้าที่ตำรวจจะต้องพิจารณาว่ามาตรการนั้นมีความจำเป็นในสังคมประชาธิปไตยหรือไม่ หากปรากฏว่ามีความจำเป็น จึงพิจารณาต่อว่ามาตรการนั้นได้สัดส่วนหรือไม่ จึงจะเป็นการใช้มาตรการที่ไม่จำกัดเสรีภาพในการชุมนุมมากเกินไป และเป็นการดูแลการชุมนุมสาธารณะตามหลักสากล

จากการจำกัดเสรีภาพการชุมนุมโดยการใช้หลักความจำเป็นและหลักความได้สัดส่วนตามกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมืองข้างต้น ในการพิจารณาการตรวจสอบขององค์กรตุลาการไทย พบว่า แนวทางการตรวจสอบการใช้อำนาจดุลพินิจในเรื่องการชุมนุมสาธารณะ โดยการใช้หลักความได้สัดส่วนของแต่ละศาลมีความระดับการใช้แตกต่างกัน และได้ปรากฏถึงคำวินิจฉัยหรือคำพิพากษาในเรื่องความจำเป็นสำหรับสังคมประชาธิปไตย และการใช้หลักความได้สัดส่วนก็ได้ถูกใช้ไปในทิศทางเดียวกัน โดยสามารถพิจารณาได้ดังต่อไปนี้

แนวทางการตรวจสอบการใช้อำนาจดุลพินิจโดยการใช้หลักความจำเป็นและหลักความได้สัดส่วนในการดูแลการชุมนุมสาธารณะโดยศาลยุติธรรม

แม้การตรวจสอบอำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองเป็นหน้าที่หลักของศาลปกครอง ซึ่งรวมถึงการใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ตำรวจในการดูแลการชุมนุมสาธารณะด้วย แต่อย่างไรก็ตาม

³⁷⁹ International Covenant on Civil and Political Rights, "General Comment No.37 on the Right of Peaceful Assembly.",para 40

³⁸⁰ พัชร นิยมศิลป์, "การจำกัดเสรีภาพในการชุมนุมโดยสงบในประเทศไทย," วารสารกฎหมายจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย: 48.

³⁸¹ International Covenant on Civil and Political Rights, "General Comment No.37 on the Right of Peaceful Assembly.",para 40

³⁸² Kasparov and other v. Russia App NO.21613/07 (ECtHR, 3 October 2013) อ้างถึงใน พัชร นิยมศิลป์, "การจำกัดเสรีภาพในการชุมนุมโดยสงบในประเทศไทย," วารสารกฎหมายจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย: 48.

การศึกษาการใช้กฎหมายเกี่ยวกับชุมนุมสาธารณะของศาลยุติธรรมและศาลรัฐธรรมนูญ ย่อมสามารถเป็นเครื่องบ่งชี้ได้ถึงบทบาทการใช้กฎหมายขององค์กรตุลาการในการพิจารณาบรรทัดคดี ซึ่งคำวินิจฉัยหรือคำพิพากษาของศาลนั้น ๆ จะเป็นมาตรฐานให้การดูแลการชุมนุมสาธารณะของเจ้าหน้าที่ตำรวจได้ ดังนั้น จึงมีความจำเป็นในการศึกษาแนวทางการตรวจสอบการใช้อำนาจดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ตำรวจต่อการดูแลการชุมนุมสาธารณะของศาลยุติธรรม โดยศึกษาในเรื่องของการใช้หลักจำเป็นและหลักความได้สัดส่วนต่อการตรวจสอบการดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ตำรวจ

จากการศึกษาพบว่า ศาลยุติธรรมได้พิจารณาพิพากษาตามคำฟ้องของอัยการ ซึ่งเป็นกฎหมายอื่น ๆ ที่มีได้เกี่ยวข้องหรือมีเจตนารมณ์ในการคุ้มครองดูแลการชุมนุมสาธารณะ ไม่ว่าจะเป็นประมวลกฎหมายอาญา ฐานยุยงปลุกปั่น ฐานความผิดต่อองค์พระมหากษัตริย์ พระราชินี รัชทายาท และผู้สำเร็จราชการแทนพระองค์ กฎหมายจราจรทางบก กฎหมายการรักษาความสะอาดและความสงบเรียบร้อยของบ้านเมือง ฐานตั้ง วาง กองวัตถุใด ๆ บนถนนโดยไม่ได้รับอนุญาตและไม่มีเหตุจำเป็น หรือกระทำความผิดประการใด ๆ ในลักษณะที่เป็นการกีดขวางการจราจร หรือกฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมการโฆษณาโดยใช้เครื่องขยายเสียง ฐานใช้เครื่องขยายเสียงโดยไม่ได้รับอนุญาต ซึ่งทั้งหมดนี้เป็นกฎหมายที่ถูกใช้เพื่อควบคุมการชุมนุมตั้งแต่ก่อนมีพระราชบัญญัติการชุมนุมสาธารณะ พ.ศ.2558 อย่างไรก็ตาม เมื่อพระราชบัญญัติการชุมนุมสาธารณะซึ่งเป็นกฎหมายเฉพาะในการดูแลและจัดการการชุมนุมบังคับใช้ เจ้าหน้าที่ตำรวจซึ่งเป็นผู้ดูแลการชุมนุมยังคงนำกฎหมายต่าง ๆ เหล่านี้มาบังคับใช้ ซึ่งเป็นอุปสรรคในการใช้เสรีภาพในการชุมนุม และเป็นกฎหมายที่นอกเหนือจากที่รัฐธรรมนูญบัญญัติรับรองการจำกัดเสรีภาพในการชุมนุม อีกทั้งปัญหานี้ยังเป็นการสะท้อนถึงการไม่เคารพการมีอยู่ของพระราชบัญญัติการชุมนุมสาธารณะซึ่งมีเจตนารมณ์ในการดูแลการชุมนุมสาธารณะโดยตรงอยู่แล้ว ยกตัวอย่างเช่น หากการชุมนุมมีการกีดขวางการจราจร เจ้าหน้าที่ตำรวจควรที่จะใช้อำนาจตามมาตรา 19 แห่งพระราชบัญญัติการชุมนุมสาธารณะจัดการการชุมนุมมากกว่าการบังคับใช้กฎหมายการจราจรทางบกหรือกฎหมายการรักษาความสะอาดและความสงบเรียบร้อยของบ้านเมือง ยิ่งไปกว่านั้น ศาลยุติธรรมซึ่งมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีทั้งปวง ได้มีการพิจารณาพิพากษาในการลงโทษผู้ชุมนุมตามกฎหมายเหล่านี้ด้วย โดยมีได้มีการตระหนักถึงเจตนารมณ์ของกฎหมายการชุมนุมสาธารณะซึ่งเป็นกฎหมายเฉพาะที่บังคับใช้อยู่ ตัวอย่างคำพิพากษาคดีหมายเลขดำที่ 1314/2563³⁸³ เป็นกรณีที่ศาลพิจารณาคดีที่เกี่ยวกับการชุมนุมสาธารณะที่ดำเนินไปโดยสงบ

³⁸³ กรณีที่นายอานนท์ นำภา และพวกรวม 7 คน ร่วมกันกางจอภาพสีขาวมีเสาด้านข้าง วางหมุดคณะราษฎรลงบนทางเดินรถ และวางเครื่องฉายโฮแกรมบนทางเท้าบริเวณอนุสาวรีย์ประชาธิปไตย และฉายโฮโลแกรมอ่านประกาศของคณะราษฎรลงบนจอภาพ พนักงานอัยการฝ่ายคดีศาลแขวงดุสิตเป็นโจทก์ฟ้อง ในความผิดต่อพระราชบัญญัติรักษาความสะอาดและความสงบ

และปราศจากอาวุธ โดยนำกฎหมายอื่น ๆ ซึ่งเป็นอุปสรรคในการใช้เสรีภาพในการชุมนุมมาปรับใช้ ทั้งนี้ การปรับใช้กฎหมายอื่น ๆ กับการชุมนุมสาธารณะก็ยังคงมีอยู่อย่างเสมอแม้จะมีกฎหมายเฉพาะที่เกี่ยวกับการชุมนุมสาธารณะแล้วก็ตาม

นอกจากนี้ หากพิจารณาตามพระราชบัญญัติการชุมนุมสาธารณะ พ.ศ.2558 ศาลยุติธรรมมีบทบาทในการพิจารณาคำร้องขอของเจ้าพนักงานดูแลการชุมนุมสาธารณะในการเลิกการชุมนุมสาธารณะ ตามมาตรา 21 และการพิจารณาคดีอันเกี่ยวกับความผิดตามพระราชบัญญัติการชุมนุมสาธารณะ ไม่ว่าจะเป็นการชุมนุมโดยมิได้มีการแจ้งให้ทราบล่วงหน้า การชุมนุมภายในเขตพื้นที่ที่กำหนดห้ามตามกฎหมาย การไม่ปฏิบัติตามคำสั่งหรือประกาศของเจ้าหน้าที่ตำรวจตามมาตรา 19 (5) เป็นต้น ศาลยุติธรรมพิจารณาคดีตามบทบัญญัติของกฎหมายที่กำหนดไว้อย่างเคร่งครัด เช่น การฝ่าฝืนไม่แจ้งการชุมนุมล่วงหน้าก่อน 24 ชั่วโมง ซึ่งถือว่าเป็นความผิด ศาลมีอำนาจพิจารณาคดีลงโทษผู้ฝ่าฝืนได้ตามมาตรา 28³⁸⁴

ตัวอย่างเช่นคดี แพลตฟอร์มเมื่อวันที่ 14 ธันวาคม 2562 กรณีนายประสิทธิ์ ครุฑาโรจน์ นักศึกษาคณะมนุษยศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่ และสมาชิกสมัชชาเสรีแห่งมหาวิทยาลัยเชียงใหม่ เพื่อประชาธิปไตย³⁸⁵ ศาลแขวงเชียงใหม่ได้มีคำพิพากษา โดยถือว่านายประสิทธิ์ ครุฑาโรจน์ เป็นผู้ประสงค์จะจัดการชุมนุมสาธารณะโดยไม่แจ้งการชุมนุมต่อผู้รับแจ้งการชุมนุมก่อนเริ่มการชุมนุมไม่น้อยกว่า 24 ชั่วโมง กรณีนี้เห็นได้ชัดเจนนว่า การแจ้งการชุมนุมสาธารณะ ศาลมิได้ตรวจสอบการใช้ดุลพินิจเจ้าหน้าที่ตำรวจภายใต้หลักการดูแลการชุมนุมสาธารณะของหลักสากล อีกทั้ง ยังมีการตีความขยายให้บุคคลที่กระทำการเพียงโพสต์ข้อความเชิญชวนเป็นผู้มีหน้าที่ต้องแจ้งการชุมนุมอีกด้วย

ข้อสังเกต คำพิพากษาของศาลมีการตีความตามตัวอักษร แม้เรื่องการแจ้งการชุมนุมสาธารณะได้ถูกรับรองไว้ตามหลักสากล โดยกำหนดให้เจ้าหน้าที่ตำรวจต้องไม่ใช้กฎหมายหรือใช้

เรียบบร้อยของบ้านเมือง, พระราชบัญญัติจราจรทางบก, พระราชบัญญัติควบคุมการโฆษณาโดยใช้เครื่องขยายเสียง ศาลได้พิพากษาว่า จำเลยที่ 1 มีความผิดหลายกรรม ให้ลงโทษทุกกรรมเป็นรายกระทงความผิด ฐานร่วมกันตั้ง วาง กองวัตถุใดๆ บนถนน โดยไม่ได้รับอนุญาตและโดยไม่มีเหตุจำเป็น ตามพระราชบัญญัติรักษาความสะอาดและความเป็นระเบียบเรียบร้อยของบ้านเมือง หรือกระทำด้วยประการใดๆ ในลักษณะที่เป็นการกีดขวางการจราจร ตามพระราชบัญญัติจราจรทางบก

³⁸⁴ มาตรา 28 ผู้ใดฝ่าฝืนมาตรา 10 มาตรา 12 มาตรา 17 หรือมาตรา 18 ต้องระวางโทษปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นบาท

³⁸⁵ ศาลแขวงเชียงใหม่ ได้มีคำพิพากษา โดยสรุปว่า ตามพระราชบัญญัติการชุมนุมสาธารณะ มาตรา 10 วรรคสองระบุว่า “ให้ถือว่าผู้เชิญชวนหรือนัดให้ผู้อื่นมาร่วมชุมนุมในวัน เวลา และสถานที่ ที่กำหนดไม่ว่าจะด้วยวิธีการใดๆ เป็นผู้ประสงค์จะจัดการชุมนุมสาธารณะตามวรรคหนึ่ง” เมื่อข้อเท็จจริงฟังได้ว่า จำเลยได้โพสต์ข้อความเชิญชวน โดยจำเลยได้ยอมรับว่าเป็นผู้โพสต์ข้อความเชิญชวน แต่ไม่ใช่ผู้ประสงค์จะจัดการชุมนุมสาธารณะดังกล่าว จึงถือว่าจำเลยเป็นผู้ประสงค์จะจัดการชุมนุม ศาลพิพากษาลงโทษปรับจำเลยในความผิดข้อหาไม่แจ้งการชุมนุม

อำนาจเพื่อขัดขวางการประชุม³⁸⁶ แต่ศาลก็ยังคงพิจารณาตามบทบัญญัติกฎหมายอย่างเคร่งครัดโดยมิได้คำนึงถึงหลักสากลในเรื่องการแจ้งการประชุม อีกทั้งในประเด็นเรื่องหลักความจำเป็นและหลักความได้สัดส่วน ศาลยุติธรรมแทบจะไม่ได้หยิบยกหลักกฎหมายนี้มาใช้แต่อย่างใด ซึ่งอาจมาจากกรณีที่ศาลไทยปฏิเสธการปรับใช้สนธิสัญญาและเลือกปรับใช้กฎหมายภายในที่แปลงรูปแล้วเท่านั้น³⁸⁷ ซึ่งเป็นการพิจารณาคดีที่สอดคล้องตามทฤษฎีวินนิยม อย่างไรก็ตาม หากพิจารณาบทบัญญัติเกี่ยวกับการชุมนุมสาธารณะ เป็นบทกฎหมายที่มีไว้เพื่อดูแลการชุมนุมสาธารณะให้เป็นไปอย่างสงบเรียบร้อย โดยกำหนดหลักเกณฑ์ต่าง ๆ เพื่อใช้ในการจัดการชุมนุม อันเป็นเรื่องของการรับรองเสรีภาพการชุมนุมตามที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ ดังนั้น การใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ตำรวจในการจำกัดเสรีภาพในการชุมนุมย่อมต้องกระทำภายใต้รัฐธรรมนูญเช่นเดียวกัน คือ การจำกัดสิทธิเสรีภาพของบุคคลต้องไม่เกินสมควรแก่เหตุ ดังนั้น ศาลยุติธรรมก็สามารถที่จะหยิบยกหลักความจำเป็นและความได้สัดส่วนซึ่งเป็นหลักกฎหมายทั่วไปมาปรับใช้เพื่อพิจารณาในการชั่งน้ำหนักการจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนและเสรีภาพในการชุมนุม โดยการพิจารณาคดีของศาลหลายครั้งอาจสามารถหยิบยกหลักความจำเป็นและความได้สัดส่วนมาปรับใช้ได้ แต่เมื่อเป็นหลักกฎหมายทั่วไป มิได้เป็นบทบังคับให้ศาลต้องหยิบมาใช้เสมอไป ศาลย่อมมีทางเลือกในการพิจารณาปรับใช้ได้ ทำให้การพิจารณาคดีของศาลยุติธรรมที่เกี่ยวกับการชุมนุมสาธารณะมีข้อจำกัดในการนำหลักความจำเป็นและความได้สัดส่วนมาปรับใช้อย่างเป็นรูปธรรม

พิจารณาเพิ่มเติมได้จาก ตัวอย่างเช่น คดีหมายเลขดำที่ 1314/2563 ศาลแขวงดุสิต ในกรณีการประชุม “ลบยังไง ก็ไม่ลืม” โดยศาลได้วางแนวคำวินิจฉัยว่า การกางจอภาพและการวางเครื่องฉายโฮโลแกรม เพื่อการจัดกิจกรรมบนถนนราชดำเนินกลาง มีลักษณะเป็นการกีดขวางการจราจร และทางสาธารณะจนอาจเป็นอุปสรรคต่อความปลอดภัยหรือความสะดวกในการจราจร และการกระทำที่มีการโฆษณาโดยใช้เครื่องขยายเสียงโดยไม่ได้รับอนุญาต ซึ่งหากศาลพิจารณาหลักความจำเป็นและความได้สัดส่วน สามารถพิจารณาได้ว่าการนำกฎหมายอื่น ๆ เช่น พระราชบัญญัติการจราจรทางบก หรือพระราชบัญญัติควบคุมการโฆษณาโดยใช้เครื่องขยายเสียงมาใช้บังคับในการชุมนุมสาธารณะที่เกิดขึ้นโดยสงบและปราศจากอาวุธ เป็นกรณีที่ไม่มีความจำเป็นในการดูแลการชุมนุมสาธารณะตามระบอบประชาธิปไตย เนื่องจากลักษณะการชุมนุมเช่นนี้ ย่อมต้องมีการใช้อุปกรณ์ในการสื่อสารและบอกข้อความไปสู่ประชาชนทั่วไป ซึ่งเป็นหัวใจหลักในการชุมนุมสาธารณะ

³⁸⁶ อ่านเพิ่มเติม หัวข้อ 2.3.3.1 การแจ้งและการขออนุญาต

³⁸⁷ สิริธร ราชเดิม, "ความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายภายใน: ศึกษาทางปฏิบัติของตุลาการไทย" (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทนิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2561), หน้า 163.

การที่เจ้าหน้าที่ตำรวจนำกฎหมายอื่น ๆ ที่ไม่มีวัตถุประสงค์ในการดูแลการชุมนุมมาใช้บังคับ เป็นการใช้กฎหมายโดยไม่มีความจำเป็น และเมื่อการใช้กฎหมายเหล่านี้ไม่มีความจำเป็นแล้วก็ไม่จำเป็นต้องพิจารณาหลักความได้สัดส่วนอีกต่อไป

จากการศึกษาคำพิพากษาศาลยุติธรรมเกี่ยวกับการชุมนุมสาธารณะ พบว่า ศาลยุติธรรมมิได้นำหลักความจำเป็นสำหรับสังคมประชาธิปไตยและความได้สัดส่วนมาใช้ในการพิจารณาคดีที่เกี่ยวข้องกับการชุมนุมสาธารณะ และพิจารณาคดีตามคำฟ้องที่อัยการยื่นฟ้องมาซึ่งล้วนเป็นกฎหมายอื่น ๆ ที่เป็นอุปสรรคในการชุมนุม และมีได้เคาะพียงเจตนาของพระราชบัญญัติการชุมนุมสาธารณะแต่อย่างใด ซึ่งเป็นกรณีที่สะท้อนให้เห็นถึงการยอมรับถึงการใช้อำนาจอย่างกว้างขวางของเจ้าหน้าที่ตำรวจ แม้นักวิชาการหรืองานวิจัยที่เกี่ยวกับการชุมนุมสาธารณะหลายงานมีความเห็นว่า เมื่อบังคับใช้กฎหมายเฉพาะที่เกี่ยวกับการชุมนุมสาธารณะ ปัญหาในเรื่องการบังคับใช้กฎหมายของเจ้าหน้าที่มีอยู่อย่างกว้างขวาง หรือการใส่เสรีภาพในการชุมนุมของประชาชนอาจหมดไป³⁸⁸ แต่จากการศึกษาการใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ตำรวจตามพระราชบัญญัติการชุมนุมสาธารณะ กลับพบว่า แม้มีกฎหมายเฉพาะเกี่ยวกับการชุมนุม เจ้าหน้าที่ตำรวจก็ยังคงนำกฎหมายอื่น ๆ มาบังคับใช้เป็นอุปสรรคในการชุมนุมเช่นเดิม กล่าวคือ เป็นการนำกฎหมายอื่น ๆ มาบังคับใช้โดยทำลายเจตนาของพระราชบัญญัติการชุมนุมสาธารณะ และศาลยุติธรรมก็ยังยืนยันการใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่โดยการพิจารณาคดีลงโทษผู้ชุมนุมตามบทบัญญัติกฎหมายฉบับอื่น ๆ ด้วย ดังนั้นจึงกล่าวได้ว่า ศาลยุติธรรมมีบทบาทน้อยในการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ตำรวจในการดูแลการชุมนุมสาธารณะ

อย่างไรก็ตาม ในกรณีการใช้พระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน กฎหมายเปิดช่องให้เจ้าหน้าที่ตำรวจใช้อำนาจควบคุม จัดการการชุมนุมสาธารณะได้อย่างกว้างขวางภายใต้มาตรา 9 ประกอบมาตรา 11 โดยให้ศาลยุติธรรมมีบทบาทโดยตรงในการตรวจสอบการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ตำรวจ การนี้จะพบว่า ศาลยุติธรรมมีดุลพินิจในการตรวจสอบมาก แต่การตรวจสอบเช่นว่านี้ ศาลยุติธรรมไม่มีมาตรฐานที่แน่นอนในการตรวจสอบ

ตัวอย่างเช่น คดีหมายเลขแดงที่พ.5318/2565 ในคดีนี้มีประเด็นต้องพิจารณาคือ เหตุแห่งการเพิกถอนการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินที่มีความร้ายแรง ในคดีนี้ศาลแพ่งได้อธิบายถึงเหตุผลและความจำเป็นในการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินที่มีความร้ายแรงด้วยกัน 2 ประการ คือ

³⁸⁸ เช่น ความเห็นงานวิจัยของ วารุณี วัฒนประดิษฐ์, “เสรีภาพในการชุมนุมโดยสงบและปราศจากอาวุธ,” หน้า 139, สมชาย ปรีชาศิลป์กุล, “เสรีภาพในการชุมนุมโดยสงบและปราศจากอาวุธตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย,” หน้า 565.

1. มีการชุมนุมปกหลัก โดยมีข้อเรียกร้องในการปฏิรูปสถาบันพระมหากษัตริย์ และการชุมนุมนั้นกระทบต่อขบวนการเสด็จพระราชินี ซึ่งการอ้างเหตุผลดังกล่าวมีนัยที่แตกต่างจากหลักสากล ในการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉิน กล่าวคือ ตามหลักสากลสถานการณ์ฉุกเฉิน ต้องมีลักษณะเป็นภัยคุกคามต่อการดำรงอยู่ของรัฐ ซึ่งสถานการณ์เหล่านี้จะต้องเกิดขึ้นจริงหรือใกล้จะถึง และร้ายแรงถึงขนาดที่จะกระทบต่อประชาชนทั้งหมด หรือพื้นที่บางส่วนหรือทั้งหมดของรัฐ และเป็นภัยต่อความปลอดภัยทางกายภาพของประชาชน ความเป็นอิสระทางการเมือง หรือบูรณภาพของรัฐ³⁸⁹ อย่างไรก็ตาม ศาลยุติธรรมของไทยมองว่า ข้อเรียกร้องเรื่องปฏิรูปสถาบันพระมหากษัตริย์และมีการกีดขวางขบวนเสด็จเป็นการกระทบต่อความมั่นคงของประเทศ โดยพิจารณาตามสิทธิพิทักษ์รัฐธรรมนูญ มาตรา 49 วรรคหนึ่ง การชุมนุมอาจเกิดความไม่พอใจต่อกลุ่มบุคคลที่มีความคิดเห็นต่าง และนำมาซึ่งความปั่นป่วนของสังคม โดยการชุมนุมดังกล่าวมิได้ปรากฏถึงภัยคุกคามต่อการดำรงอยู่ของรัฐอันใกล้จะถึง และร้ายแรงถึงขนาดที่จะกระทบต่อประชาชนทั้งหมดแต่อย่างใด

2. ในเรื่องของการแพร่ระบาดของเชื้อไวรัสโคโรนา 2019 ศาลมิได้วิเคราะห์ให้เห็นว่ามีเหตุการณ์ที่มีความร้ายแรงเกิดขึ้นอย่างไรที่จำเป็นต้องประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินที่มีความร้ายแรง เนื่องจากการชุมนุมในช่วงของการแพร่ระบาดของเชื้อไวรัสโคโรนา 2019 รัฐสามารถจำกัดเสรีภาพในการชุมนุมได้ แต่มีใช้การจำกัดหรือห้ามโดยสิ้นเชิง เช่นนี้ในการตรวจสอบการประกาศใช้สถานการณ์ฉุกเฉินที่มีความร้ายแรงกับการห้ามการชุมนุมในสถานการณ์การแพร่ระบาดของโรค ศาลยุติธรรมมีความจำเป็นต้องอธิบายให้เห็นว่ามีเหตุการณ์ที่มีความร้ายแรงเกิดขึ้นจริงจึงจะไม่มีเหตุจำเป็นในการเพิกถอนประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินที่มีความร้ายแรงตามฟ้อง

นอกจากนี้ในกรณีการชุมนุมภายใต้การแพร่ระบาดของเชื้อไวรัสโคโรนา 2019 ศาลยุติธรรมยังตรวจสอบการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ตำรวจไม่ไปในทิศทางเดียวกัน เนื่องจากกฎหมายที่เปิดช่องให้อำนาจเจ้าหน้าที่ตำรวจมาก และศาลยุติธรรมมีอำนาจตรวจสอบมาก แต่ไม่มีมาตรฐานที่แน่นอน เช่น คดีหมายเลขแดงที่ อ.852/2565 ศาลจังหวัดอุตรดิตถ์ กรณีการชุมนุมคาร์ม็อบ (Car Mob) ซึ่งจัดขึ้นเมื่อวันที่ 15 ส.ค. 2564 โดยถูกฟ้องข้อหาฝ่าฝืนพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน และประกาศของคณะกรรมการโรคติดต่อจังหวัดอุตรดิตถ์ โดยศาลพิพากษาลงโทษว่ามีความผิดตามฟ้อง ซึ่งจากข้อเท็จจริงแม้เป็นการชุมนุมในที่โล่งแจ้ง โดยใช้รถยนต์ส่วนตัวไม่ได้เดินเท้าแออัดกับคนจำนวนมากหรือในพื้นที่ปิด ศาลก็ยังมองว่า มีความเสี่ยงที่จะแพร่เชื้อโรคได้เช่นกัน อย่างไรก็ตามคดีหมายเลขแดงที่ อ.1137/2564 ซึ่งเป็นการชุมนุมในห้วงเวลาประกาศ

³⁸⁹ อ่างแล้ว เจริญธรรมที่ 45

สถานการณ์ฉุกเฉินเช่นเดียวกัน แต่ศาลได้พิจารณาตรวจสอบโดยคุ้มครองเสรีภาพในการชุมนุมมากกว่า แม้เป็นการชุมนุมที่มีการเดินขบวน และมีผู้เข้าร่วมชุมนุมกว่า 10,000 คน ซึ่งอาจมีความแออัด เสี่ยงต่อการติดเชื้อได้มากกว่าการชุมนุมคาร์ม็อบ แต่ศาลยังพิจารณาให้คุ้มครองเสรีภาพในการชุมนุมในสถานการณ์ฉุกเฉินโดยมองว่า การชุมนุมดังกล่าวเป็นการใช้สิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญมิใช่การมั่วสุม ตามมาตรา 9 ประกอบกับมาตรา 11 แห่งพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ.2548

ดังนั้นการตรวจสอบการใช้อำนาจดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ตำรวจโดยศาลยุติธรรมภายใต้พระราชบัญญัติการชุมนุมสาธารณะ ศาลยุติธรรมยังไม่มีบทบาทในการนำหลักความจำเป็นและหลักความได้สัดส่วนมาปรับใช้เท่าที่ควร อีกทั้งในเรื่องที่ศาลยุติธรรมมีอำนาจในการตรวจสอบดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ตำรวจ คือ การตรวจสอบภายใต้การประกาศใช้พระราชกำหนดการบริหารในสถานการณ์ฉุกเฉินซึ่งศาลยุติธรรมมีอำนาจอยู่มาก แต่การตรวจสอบยังไม่เป็นไปในทิศทางเดียวกันและตรวจสอบโดยให้เหตุผลที่แตกต่างกับหลักสากล

แนวทางการตรวจสอบการใช้อำนาจดุลพินิจโดยการใช้หลักความจำเป็นและหลักความได้สัดส่วนในการดูแลการชุมนุมสาธารณะโดยศาลปกครอง

การตรวจสอบการใช้อำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองโดยศาลปกครองไทย ต้องพิจารณาถึงพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 ซึ่งเป็นบทบัญญัติตามที่รัฐธรรมนูญมาตรา 197 ได้ให้อำนาจไว้โดยพิจารณาจากมาตรา 9 และมาตรา 11 โดยการศึกษาใน เรื่องอำนาจดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ตำรวจในการดูแลการชุมนุมสาธารณะ จึงมุ่งพิจารณาเฉพาะมาตรา 9 เพียงเท่านั้น

คดีพิพาทที่บัญญัติไว้ในมาตรา 9 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 สรุปได้ดังนี้

- ก. คดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการหรือออกคำสั่งโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย
- ข. คดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติ หรือปฏิบัติหน้าที่ล่าช้าเกินสมควร
- ค. คดีพิพาทเกี่ยวกับการกระทำละเมิดหรือความรับผิดอย่างอื่นของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ

- ง. คดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง
- จ. คดีพิพาทที่กฎหมายกำหนดให้รัฐฟ้องคดีต่อศาลให้บุคคลต้องกระทำหรือละเว้นการกระทำอย่างหนึ่งอย่างใด

ฉ. คดีพิพาทเกี่ยวกับเรื่องที่มีกฎหมายกำหนดให้อยู่ในเขตอำนาจศาลปกครอง

ตามที่ได้กล่าวมาในข้างต้นว่า การตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ตำรวจโดยศาลปกครอง จำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องพิจารณาในเรื่องของหลักความได้สัดส่วน เพื่อให้ในตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการออกคำสั่งการดูแลการชุมนุมสาธารณะ อย่างไรก็ตาม ศาลปกครองไทยก็ได้ยอมรับและนำหลักความได้สัดส่วนมาใช้เป็นเกณฑ์ในการควบคุมตรวจสอบเนื้อหาของการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง โดยมีเงื่อนไขของการใช้ดุลพินิจว่า ฝ่ายปกครองจำเป็นต้องใช้ดุลพินิจตามที่กฎหมายให้อำนาจให้สอดคล้องต่อหลักความได้สัดส่วน มิฉะนั้นการใช้อำนาจดังกล่าวจะถือว่าไม่ชอบด้วยกฎหมายและก่อให้เกิดอำนาจศาลในการเพิกถอนการใช้อำนาจดังกล่าวของฝ่ายปกครอง³⁹⁰ และในบางกรณีศาลปกครองใช้หลักความได้สัดส่วนมาใช้ในฐานะของหลักกฎหมายทั่วไป³⁹¹ ในการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ตำรวจให้มีความชอบด้วยกฎหมายมากขึ้น โดยพิจารณาว่าการใช้ดุลพินิจมีเหตุผลหรือไม่ ซึ่งสามารถอ้างหลักความได้สัดส่วนในการตรวจสอบได้

โดยปกติศาลปกครองจำกัดอำนาจตนเองในการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง แต่หากการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ย่อมต้องถูกควบคุมตรวจสอบได้ เช่น การใช้ดุลพินิจที่ไม่สอดคล้องกับหลักความได้สัดส่วน โดยถือได้ว่าเป็นเหตุของความไม่ชอบด้วยกฎหมายที่ศาลอาจตรวจสอบดุลพินิจดังกล่าวได้³⁹² แต่กรณีการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองซึ่งเป็นลักษณะเฉพาะตัวซึ่งจำเป็นต้องใช้ความรู้ความเชี่ยวชาญของฝ่ายปกครองเท่านั้น หากไม่ปรากฏความบกพร่องประการอื่น ศาลจะจำกัดอำนาจตนเอง และไม่เข้าไปตรวจสอบการประเมินและการวินิจฉัยขององค์กรผู้เชี่ยวชาญ³⁹³ โดยศาลจะพิจารณาตรวจสอบเฉพาะกรณีที่เกิดขึ้นจากความผิดพลาดโดยชัดแจ้งของฝ่ายปกครองเท่านั้น

³⁹⁰ วรตну วิจาระนันท์, "หลักความได้สัดส่วนในระบบกฎหมายไทย," หน้า 145.

³⁹¹ เรื่องเดียวกัน

³⁹² เรื่องเดียวกัน.

³⁹³ วรเจตน์ ภาศิริตัน, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายปกครอง: หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครองและการกระทำทางปกครอง, หน้า 58.

พิจารณาการใช้หลักความได้สัดส่วนจากตัวอย่างดังต่อไปนี้

คำวินิจฉัยศาลปกครองสูงสุดที่ อ.49/2554³⁹⁴ ศาลปกครองสูงสุดได้มีคำวินิจฉัยว่าการดำเนินการที่ก่อสร้างสะพานทางเดิน กระทำโดยไม่ถูกต้องตามขั้นตอนหรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญของกฎหมาย และมีการคัดค้านจากประชาชนจำนวนมากและประชาชนส่วนใหญ่ไม่ได้รับประโยชน์ การที่ศาลปกครองสูงสุดพิพากษาว่า การกระทำดังกล่าวกระทบต่อการใช้ชีวิตอย่างปกติสุขของประชาชนมากเกินไปสมควรเมื่อเปรียบเทียบกับประโยชน์ที่จะได้รับ เป็นการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบ และที่ไม่สอดคล้องกับหลักความได้สัดส่วน เป็นการนำหลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบมาปรับใช้ในพิจารณาซึ่งนำหนักการกระทำของฝ่ายปกครองซึ่งจะก่อผลเสียมากกว่าประโยชน์ของมหาชน คำพิพากษาดังนี้ ศาลมิได้อธิบายไว้อย่างชัดเจนในเรื่องหลักแห่งความสัมฤทธิ์ผลและหลักแห่งความจำเป็น เพียงแค่อธิบายว่า การไม่ดำเนินการฟังความเห็นของประชาชนเป็นการกระทำโดยไม่ถูกต้องตามขั้นตอน หรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญที่กำหนดไว้ อันเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย โดยมีได้อธิบายว่าเป็นการกระทำที่ขัดต่อหลักความสัมฤทธิ์ผล

คำวินิจฉัยศาลปกครองสูงสุด ที่ อ. 236/2554³⁹⁵ ซึ่งเป็นกรณีการใช้ดุลพินิจในออกคำสั่งเกินกว่าที่กฎหมายกำหนด โดยการใช้หลักแห่งความสัมฤทธิ์ผลพิจารณาพิพากษา กล่าวคือ กรณี

³⁹⁴ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.49/2554 การก่อสร้างสะพานทางเดินเป็นโครงการที่รัฐจัดให้มีขึ้นที่อาจมีผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อม วัฒนธรรม อาชีพ ความปลอดภัย วิถีชีวิตหรืออาจก่อให้เกิดความเสียหายแก่ชุมชนหรือสังคม และเมื่อลักษณะทางกายภาพของสะพานได้ทำลายสภาพความเป็นธรรมชาติ ความร่มรื่น และทัศนียภาพที่นาดูที่มีอยู่เดิมและอาจทำลายความเยียบสงบของการอยู่อาศัยของประชาชนในบริเวณดังกล่าว ทั้งหมดทำให้เกิดสิทธิในการดำรงชีวิตอย่างปกติและต่อเนื่องในสิ่งแวดล้อมที่จะก่อให้เกิดอันตรายต่อสุขภาพอนามัย สวัสดิภาพ หรือคุณภาพชีวิตของชาวชุมชนสูญเสียไป จึงต้องจัดให้มีการรับฟังความคิดเห็นของประชาชนตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ก่อน การไม่ดำเนินการจึงเป็นการกระทำโดยไม่ถูกต้องตามขั้นตอน หรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญที่กำหนดไว้ อันเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย นอกจากนี้ การร้องขอให้มีการก่อสร้างสะพานก็เกิดจากประชาชนจำนวนน้อย อีกทั้ง การจัดทำเอกสารคำร้องขอก็ได้ทำขึ้นภายหลังจากที่หน่วยงานทางปกครองดำเนินโครงการจนเสร็จสิ้นแล้วและมีการคัดค้านจากประชาชนจำนวนมากและประชาชนส่วนใหญ่ไม่ได้รับประโยชน์ ไม่เกิดความคุ้มค่าในการใช้ประโยชน์ การก่อสร้างสะพานจึงส่งผลกระทบต่อการใช้ชีวิตอย่างปกติสุขของประชาชนมากเกินไปสมควรเมื่อเปรียบเทียบกับประโยชน์ที่จะได้รับ จึงเป็นการใช้ดุลพินิจที่ไม่ชอบ

³⁹⁵ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด ที่ อ. 236/2554 ผู้ฟ้องคดีเคยได้รับใบอนุญาตให้ตั้งสถานบริการ “มิส” เมื่อวันที่ 19 ตุลาคม 2533 หลังจากที่กระทรวงมหาดไทยได้มีนโยบายเกี่ยวกับสถานบริการตามหนังสือ ด่วนมาก ที่ มท 0207/ว 420 ลงวันที่ 19 มีนาคม 2533 ซึ่งก็ไม่ปรากฏข้อเท็จจริงว่ากระทรวงมหาดไทยได้เปลี่ยนแปลงนโยบายเกี่ยวกับสถานบริการเป็นอื่น และยังไม่ปรากฏว่าคณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์ซึ่งแต่งตั้งโดยผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ยังให้ยึดถือหนังสือดังกล่าวเป็นแนวทางอยู่ กรณีดังกล่าวเมื่อไม่ปรากฏว่ามีข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมายใดเปลี่ยนแปลงในสาระสำคัญ จึงย่อมมีผลทำให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ซึ่งได้เคยออกใบอนุญาตให้ผู้ฟ้องคดีจัดตั้งสถานบริการใช้ดุลพินิจออกใบอนุญาตให้ผู้ฟ้องคดีตามคำขอ เมื่อวันที่ 8 สิงหาคม 2545 แตกต่างเป็นอื่นออกไปไม่ได้ ส่วนการที่ผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองได้นำแนวทางการส่งเสริมการท่องเที่ยวของจังหวัดแม่ฮ่องสอนมาประกอบเป็น

การขอออกใบอนุญาตตั้งสถานบริการ ศาลปกครองสูงสุดได้พิจารณาว่า เมื่อไม่ปรากฏว่ามีข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมายใดเปลี่ยนแปลงในสาระสำคัญ จึงย่อมไม่มีผลให้เจ้าหน้าที่ใช้ดุลพินิจออกใบอนุญาตตามคำขอแตกต่างออกไปได้ การใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ในการออกใบอนุญาตยังคงต้องดำเนินการเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ตามกฎหมายฉบับเดิม คำสั่งไม่อนุญาตให้ผู้ฟ้องคดีตั้งสถานบริการจึงไม่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งถือเป็นการใช้ดุลพินิจโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย

คำวินิจฉัยศาลปกครองสูงสุดที่ พ. 15/2545³⁹⁶ กรณีกฎหมายการกำหนดหน้าที่ให้มัคคุเทศก์ต้องเข้ารับการอบรมเพิ่มเติมไปใช้ให้เป็นประโยชน์ในการปฏิบัติหน้าที่ โดยศาลได้นำหลักความได้สัดส่วนทั้งหลักความสัมฤทธิ์ผล หลักความจำเป็น และหลักความได้สัดส่วนในความหมาย

เหตุผลในการออกคำสั่งพิพาทนั้น เห็นว่า แนวทางดังกล่าวเป็นนโยบายในการส่งเสริมการท่องเที่ยวการกำหนดแนวทางดังกล่าวไม่มีกฎหมายรองรับเพื่อกำหนดเงื่อนไขของการอนุญาตตั้งสถานบริการตามพระราชบัญญัติสถานบริการ พ.ศ. 2509 แนวทางส่งเสริมการท่องเที่ยวดังกล่าวจึงย่อมไม่อาจนำมาใช้บังคับในการอนุญาตตั้งสถานบริการได้ ดังนั้น คำสั่งของผู้ฟ้องคดีที่ 1 ตามหนังสือจังหวัดแม่ฮ่องสอน ที่ มส 0018/12257 ลงวันที่ 12 ธันวาคม 2545 ที่ไม่อนุญาตให้ผู้ฟ้องคดีตั้งสถานบริการตามมาตรา 3 (1) แห่งพระราชบัญญัติสถานบริการ พ.ศ. 2509 จึงไม่ชอบด้วยกฎหมาย

³⁹⁶ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ พ. 15/2545 ในส่วนความชอบด้วยกฎหมายของการออกกฎกระทรวง ฉบับที่ 10 (พ.ศ. 2543) โดยอาศัยอำนาจตามมาตรา 5 และมาตรา 42 แห่ง พระราชบัญญัติธุรกิจนำเที่ยวและมัคคุเทศก์ฯ เพื่อใช้บังคับบทบัญญัติในข้อ 11 ทวิ นั้น เมื่อได้พิจารณาบทบัญญัติในมาตรา 42 วรรคหนึ่ง แห่ง พระราชบัญญัติธุรกิจนำเที่ยวและมัคคุเทศก์ฯ และเหตุผลในการประกาศใช้ พระราชบัญญัติฉบับดังกล่าว ประกอบกับเหตุผลในการประกาศใช้กฎกระทรวงฉบับที่ 10 (พ.ศ. 2543)ฯ และบทบัญญัติในมาตรา 50 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยแล้ว เห็นว่า กรณีนี้แม้จะเป็นการกำหนดหน้าที่ให้มัคคุเทศก์ต้องปฏิบัติ ไม่ใช่การกำหนดให้มัคคุเทศก์ต้องปฏิบัติหน้าที่ตามถ้อยคำในมาตรา 42 วรรคหนึ่งก็ตาม แต่การกำหนดหน้าที่ของมัคคุเทศก์ดังกล่าวย่อมเกี่ยวข้องและมีผลโดยตรงต่อ การปฏิบัติหน้าที่ของมัคคุเทศก์ เพราะสามารถนำเอาสิ่งที่ได้รับรู้จากการอบรมเพิ่มเติมไปใช้ให้เป็นประโยชน์ในการปฏิบัติหน้าที่ที่ดียิ่งขึ้น และส่งผลในด้านอื่น ๆ ด้วย สมดังเจตนารมณ์ของพระราชบัญญัติ ฉบับนี้ที่ต้องการให้การประกอบอาชีพของมัคคุเทศก์เป็นไปอย่างมีระเบียบและได้ มาตรฐาน กฎกระทรวงฉบับนี้จึงเป็นกฎกระทรวงที่มีลักษณะเป็นการจัดระเบียบการประกอบอาชีพ ซึ่งเป็นเรื่องที่มาตรา 50 วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยยินยอมให้กระทำได้ และเป็นคนละกรณีกับเรื่องการต่ออายุใบอนุญาตตามมาตรา 53 แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว ประกอบกับไม่เคยมีกรณีที่ไม่มีการต่ออายุใบอนุญาตเพราะเหตุที่มัคคุเทศก์ไม่เข้ารับการ ฝึกอบรมเพิ่มเติมตามที่คู่มือให้ การ ดังนั้น กฎกระทรวง ฉบับที่ 10 (พ.ศ. 2543)ฯ จึงออกมาใช้บังคับโดยไม่เกินขอบอำนาจที่กฎหมายให้อำนาจไว้และไม่ขัดต่อพระราชบัญญัติธุรกิจนำเที่ยวและมัคคุเทศก์ฯ และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย นอกจากนี้ การกำหนดให้มัคคุเทศก์ต้องเข้ารับการฝึกอบรมเพิ่มเติมยังเป็นมาตรการที่ จำเป็นเพื่อให้วัตถุประสงค์ของกฎหมายสัมฤทธิ์ผล โดยที่ไม่เป็นการกระทบกระเทือนสาระสำคัญแห่งสิทธิเสรีภาพ เนื่องจากเป็นวิธีการที่เหมาะสมที่สุดที่จะทำให้มัคคุเทศก์ได้รับความรู้ความ เข้าใจและนำไปปฏิบัติ อีกทั้งไม่ขัดต่อหลักดุลยภาพระหว่างความเสียหายที่เกิดขึ้นต่อมัคคุเทศก์หรือสังคมโดยรวมกับประโยชน์มหาชน เนื่องจากการบังคับให้มัคคุเทศก์เข้ารับการฝึกอบรมจะทำให้เกิดประโยชน์ต่อส่วนรวมเพราะมัคคุเทศก์จะมีความรู้ความเข้าใจในข้อมูลต่าง ๆ ได้ถูกต้อง และปฏิบัติหน้าที่ด้วยความระมัดระวังในด้านมารยาทและความประพฤติมากยิ่งขึ้น จึงย่อมเป็นผลดีต่อภาพพจน์ด้านอุตสาหกรรมท่องเที่ยวโดยรวมของประเทศ ในขณะที่มัคคุเทศก์จะมีภาระเพิ่มขึ้นเพียงแต่ในแง่ของการต้องเข้ารับการฝึกอบรม และต้องเสียค่าใช้จ่ายทุก ๆ 2 ปี เท่านั้น ดังนั้น กฎกระทรวงฉบับนี้จึงไม่ขัดต่อหลักความได้สัดส่วนที่จะกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของมัคคุเทศก์จนเกินสมควรอันจะถือว่าเป็นการขัดต่อรัฐธรรมนูญแต่อย่างใด

อย่างแคบในวินิจัยคดีนี้ กล่าวคือ การกำหนดหน้าที่ของมัคคุเทศก์ดังกล่าว ย่อมสามารถนำไปใช้ให้เป็นประโยชน์ในการปฏิบัติหน้าที่ได้ดียิ่งขึ้น สมดังเจตนารมณ์ของพระราชบัญญัติฉบับนี้ที่ต้องการให้การประกอบอาชีพของมัคคุเทศก์เป็นไปอย่างมีระเบียบและได้มาตรฐาน ซึ่งเป็นไปตามหลักแห่งความสัมฤทธิ์ผล เพื่อให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ของกฎหมาย และการเข้ารับการฝึกอบรมเพิ่มเติมยังเป็นมาตรการที่จำเป็นเพื่อให้วัตถุประสงค์ของกฎหมายสัมฤทธิ์ผลโดยที่ไม่เป็นการกระทบกระเทือนสาระสำคัญแห่งสิทธิเสรีภาพ เนื่องจากเป็นวิธีการที่เหมาะสมที่สุดที่จะทำให้มัคคุเทศก์ได้รับความรู้ ความเข้าใจและนำไปปฏิบัติ อีกทั้งศาลได้วินิจฉัย โดยชั่งน้ำหนักระหว่างประโยชน์มหาชนที่จะได้รับกับสิทธิเสรีภาพที่จะเสียไป ถือว่าไม่ขัดต่อหลักดุลยภาพระหว่างความเสียหายที่เกิดขึ้นต่อมัคคุเทศก์หรือสังคมโดยรวมกับประโยชน์มหาชน เนื่องจากการบังคับให้มัคคุเทศก์เข้ารับการฝึกอบรมจะทำให้เกิดประโยชน์ต่อส่วนรวมเพราะมัคคุเทศก์จะมีความรู้ความเข้าใจในข้อมูลต่าง ๆ ได้ถูกต้อง และปฏิบัติหน้าที่ด้วยความระมัดระวังในด้านมารยาทและความประพฤติมากยิ่งขึ้น จึงย่อมเป็นผลดีต่อภาพพจน์ด้านอุตสาหกรรมท่องเที่ยวโดยรวมของประเทศ

จากแนวทางการวินิจฉัยคดีของศาลปกครอง จะเห็นได้ว่า มีการให้เหตุผลของหลักเกณฑ์ซึ่งศาลนำมาใช้ตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายไม่ชัดเจน กล่าวคือ ในคำพิพากษาบางฉบับ เช่น คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.49/2554 หรือ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.236/2554 พิจารณาเพียงหลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ หรือพิจารณาเพียงหลักแห่งความสัมฤทธิ์ผลการเดียวเท่านั้น และการพิจารณานั้นก็ได้อธิบายการถึงการใช้ไว้อย่างละเอียดว่าขัดต่อหลักความได้สัดส่วนอย่างไร อย่างไรก็ตาม คำพิพากษาบางฉบับ เช่น คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ พ. 15/2545 เกี่ยวกับการกำหนดหน้าที่ให้มัคคุเทศก์ต้องเข้ารับการอบรมเพิ่มเติมไปใช้ให้เป็นประโยชน์ในการปฏิบัติหน้าที่ ศาลได้หยิบยกหลักการของหลักความได้สัดส่วนทั้งหลักแห่งความสัมฤทธิ์ผล หลักความแห่งความจำเป็น และหลักแห่งความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบมาวินิจฉัยอย่างครบถ้วน และอธิบายการใช้หลักความได้สัดส่วนไว้อย่างชัดเจน ซึ่งถือเป็นแนวปฏิบัติที่ควรจะเกิดขึ้น³⁹⁷ อีกทั้ง การสร้างบรรทัดฐานของศาลในเรื่องการพิจารณาเกี่ยวกับหลักความจำเป็นในสังคมประชาธิปไตยตามหลักสากลยังไม่ปรากฏให้เห็นอย่างเป็นรูปธรรม ถึงแม้ว่าศาลได้ยอมรับการ

³⁹⁷ วิจัยการตรวจสอบกฎหมายที่จำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนโดยศาลปกครองตามหลักความได้สัดส่วน ของภัทรวรรณ อุซพงษ์ค้อมร และอารีรัตน์ โกสิทธิ์ ได้กล่าวไว้ว่า หากศาลมองข้ามปัญหานี้ดังกล่าวนี้ โดยไม่นำหลักในทางทฤษฎีของหลักความได้สัดส่วนทั้งสามประการมาใช้ในการวินิจฉัยคดีของศาลในคำวินิจฉัยทุกฉบับแล้ว อาจส่งผลกระทบต่อคดีอื่นไปกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้ ซึ่งไม่สอดคล้องกับเจตนารมณ์ในการจัดตั้งศาลปกครองเพื่อให้คุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนจากการใช้อำนาจของฝ่ายปกครอง

นำหลักความได้สัดส่วนมาใช้บังคับ แต่หากพิจารณาในเรื่องการชุมนุมสาธารณะซึ่งเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับการใช้สิทธิเสรีภาพให้สมบูรณ์ในระบบประชาธิปไตย จึงมีความจำเป็นที่ศาลปกครองจะนำหลักความจำเป็นประกอบกับหลักความได้สัดส่วนมาใช้ตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ตำรวจในการดูแลการชุมนุมสาธารณะ

จากการศึกษา พบว่า การใช้หลักความได้สัดส่วนในการตรวจสอบดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ตำรวจใช้โดยไม่อยู่ในมาตรฐานเดียวกัน เช่นนี้อาจส่งผลต่อการพิจารณาคดีที่จะการกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ทำให้ไม่สอดคล้องกับเจตนารมณ์การจัดตั้งศาลปกครองอันมีไว้เพื่อคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนจากการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ตำรวจ อย่างไรก็ตาม หากศาลปกครองได้นำหลักความจำเป็นและหลักความได้สัดส่วนมาวินิจฉัยคดีอย่างครบถ้วนและชัดเจนในทุกคดี โดยเฉพาะอย่างยิ่งคดีเกี่ยวกับการชุมนุมสาธารณะ ย่อมทำให้เจ้าหน้าที่ตำรวจตระหนักในการใช้ในการดูแลการชุมนุมสาธารณะอย่างพอเหมาะและพอสมควรแก่เหตุกับสภาพข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น นอกจากนี้ยังพบว่า ในคดีซึ่งเกี่ยวกับการชุมนุมสาธารณะ ศาลปกครองยังมีบทบาทไม่เพียงพอในการสร้างหลักเกณฑ์ที่จะนำมาใช้ในการควบคุมตรวจสอบการดูแลการชุมนุมสาธารณะของเจ้าหน้าที่ตำรวจ ซึ่งหากเทียบกับศาลปกครองของฝรั่งเศสซึ่งเป็นต้นแบบในการจัดตั้งศาลปกครองของไทยได้มีการสร้างหลักเกณฑ์ให้เจ้าหน้าที่ตำรวจสามารถนำไปปรับใช้ในการสั่งห้ามหรือสลายการชุมนุมสาธารณะได้ อีกทั้งยังสามารถนำมาเป็นหลักเกณฑ์ในการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจในการดูแลการชุมนุมสาธารณะของเจ้าหน้าที่ตำรวจ

ยกตัวอย่าง คำวินิจฉัยศาลปกครองสูงสุดที่ 1442/2560 กรณีเหตุการณ์การสลายการชุมนุมของกลุ่มพันธมิตรประชาชนเพื่อประชาธิปไตย ในการชุมนุมเพื่อคัดค้านการแถลงนโยบายของรัฐบาล เมื่อวันที่ 7 ตุลาคม 2551 ซึ่งศาลปกครองสูงสุดได้วางแนวคำวินิจฉัยในเรื่องการสลายการชุมนุม มีใจความว่า การชุมนุมที่มีผู้ชุมนุมบางส่วนมีลักษณะที่ทำให้ผู้อื่นเกรงกลัวและมีอาวุธ มิใช่การชุมนุมโดยสงบและปราศจากอาวุธตามที่รัฐธรรมนูญคุ้มครองไว้ เจ้าหน้าที่ตำรวจจึงมีอำนาจหน้าที่ในการยับยั้งการชุมนุมที่ฝ่าฝืนกฎหมาย แต่ไม่ว่าการชุมนุมดังกล่าวจะเป็นไปโดยสงบและปราศจากอาวุธตามที่รัฐธรรมนูญคุ้มครองไว้หรือไม่ ผู้มีอำนาจหน้าที่อันได้แก่ เจ้าหน้าที่ตำรวจ ย่อมต้องปฏิบัติต่อผู้ชุมนุมตามขั้นตอนและวิธีการที่เหมาะสมตามแผนที่กำหนดไว้ จากแนวคำวินิจฉัยดังกล่าว ผู้วิจัยเห็นว่าแม้ศาลปกครองสูงสุดได้วางแนวบรรทัดฐานให้เจ้าหน้าที่ตำรวจจะต้องสลายการชุมนุมตามขั้นตอนและวิธีการที่เหมาะสมกับกรณีการชุมนุมที่ฝ่าฝืนกฎหมาย แต่แนวคำวินิจฉัยยังไม่ได้ให้

รายละเอียดหรือวางหลักการหรือวางขั้นตอนให้เกิดผลในทางปฏิบัติให้สอดคล้องกับหลักสากล
เท่าที่ควร

ยิ่งไปกว่านั้น เมื่อศาลปกครองจะได้พยายามสร้างบรรทัดฐานในการดูแลการชุมนุม
สาธารณะไว้แล้วก็ตาม แต่คดีเหล่านั้นก็ไม่อาจกลายมาเป็นบรรทัดฐานในทางปฏิบัติของเจ้าหน้าที่
ตำรวจได้ ตัวอย่างเช่น คำวินิจฉัยศาลปกครองสูงสุด คดีหมายเลขแดงที่ อ.711/2555³⁹⁸ ซึ่งมีประเด็น
ที่ต้องพิจารณาคือ การสลายการชุมนุมชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ ศาลปกครองได้วางหลักเกณฑ์ไว้ 3
ประเด็น 1). การปิดกั้นการจราจรมิได้เกิดจากเจตนาของผู้ชุมนุม 2). การสลายการชุมนุมเพียงเพื่อ
เปิดเส้นทางให้คณะรัฐมนตรีมิใช่เป็นการจำกัดเสรีภาพในการชุมนุมเพื่อคุ้มครองความสะดวกของ

³⁹⁸ เมื่อวันที่ 14 พฤศจิกายน พ.ศ. 2555 เรื่องคดีพิพาทเกี่ยวกับการกระทำละเมิดของหน่วยงานทางปกครองอันเกิด
จากการใช้อำนาจ ตามกฎหมายระหว่างกลุ่มผู้ชุมนุมคัดค้านโครงการก่อสร้างท่อส่งก๊าซและโรงแยกก๊าซไทย-มาเลเซียผู้ฟ้องคดี
กับสำนักงานตำรวจแห่งชาติ จังหวัดสงขลา และกระทรวงมหาดไทยผู้ถูกฟ้องคดี ในคดีดังกล่าวศาลปกครองสูงสุดได้ ระบุถึง
ความสำคัญการใช้เสรีภาพการชุมนุมการวินิจฉัยการใช้เสรีภาพในการชุมนุมว่าสงบและปราศจากอาวุธหรือไม่ การสลายการชุมนุม
ของตำรวจชอบด้วยกฎหมายหรือไม่

ผู้ฟ้องคดีและกลุ่มประชาชนผู้คัดค้านโครงการก่อสร้างท่อส่งก๊าซและโรงแยกก๊าซไทย-มาเลเซีย ได้รวมตัวกันเพื่อ
เดินทางไปยื่นหนังสือเสนอข้อเรียกร้องให้มีการทบทวนโครงการดังกล่าวต่อนายกรัฐมนตรีและคณะรัฐมนตรีที่เดินทางมาประชุม
คณะรัฐมนตรี ณ โรงแรมเจบี อำเภอหาดใหญ่จังหวัดสงขลา ในวันที่ 21 ธันวาคม 2545 ผู้ฟ้องคดีและกลุ่มผู้ชุมนุมเดินทางมาถึง
อำเภอหาดใหญ่ในเวลา 20.00 น. โดยมีรถยนต์ของเจ้าหน้าที่ตำรวจนำขบวนมาตามถนนเพชรเกษม กระทั่งมาถึงถนนจุดอนุสรณ์
บริเวณวงเวียนน้ำพุ แต่ไม่สามารถเดินทางต่อไปได้ เนื่องจากเจ้าพนักงานตำรวจจัดวางกำลังและแผงเหล็กตั้งวางขวางกั้นขบวน
กลุ่มผู้ชุมนุมจึงหยุดบริเวณจุดอนุสรณ์ และมีการเจรจากันระหว่างเจ้าพนักงานตำรวจกับผู้ชุมนุม โดยเจ้าพนักงานตำรวจต้องการ
ให้กลุ่มผู้ชุมนุมเปลี่ยนสถานที่ชุมนุมจากที่เคยตกลงกันไว้แต่เดิม แต่การเจรจาไม่เป็นผล โดยในระหว่างนั้นกลุ่มผู้ชุมนุมบางส่วนนั่ง
ล้อมวงอยู่หลังแผงเหล็กและบางส่วนที่นับถือศาสนาอิสลามก็ประกอบพิธีกรรมทางศาสนาโดยไม่ปรากฏว่ากลุ่มผู้ชุมนุมได้กระทำ
การใดๆที่แสดงให้เห็นว่าจะใช้ความรุนแรงหรือมีการฝ่าแนวแผงเหล็กของเจ้าพนักงานตำรวจแต่อย่างใด อีกทั้ง ยังไม่ปรากฏว่า
กลุ่มผู้ชุมนุมได้ดำเนินการชุมนุมในลักษณะยั่วยุส่งเสริมให้เกิดความรุนแรงหรือก่อให้เกิดการจลาจล รวมถึงก่ออันตรายโดยตรง
ต่อชีวิตร่างกายของประชาชนแต่อย่างใด ดังนั้นการชุมนุมดังกล่าวจึงเป็นการชุมนุมโดยสงบ แต่ภายหลังจากนั้นเจ้าพนักงาน
ตำรวจได้ตั้งแถวเพื่อผลักดันกลุ่มผู้ชุมนุมจนเกิดความวุ่นวายขึ้น และดำเนินการสลายการชุมนุมจนกลุ่มผู้ชุมนุมต้องสลายตัวไปใน
ที่สุด กรณีการสลายการชุมนุมชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ ศาลปกครองสูงสุดพิเคราะห์แล้วเห็นว่ากรณีที่กลุ่มผู้ชุมนุมหยุดบนถนนจุด
อนุสรณ์เป็นเพราะไม่สามารถเดินทางต่อไปได้ เนื่องจากกำลังงานตำรวจได้ตั้งจุดสกัดไว้ กลุ่มผู้ชุมนุมจึงไม่มีเจตนาที่จะปิดกั้น
การจราจร และการที่เจ้าพนักงานตำรวจดำเนินการสลายการชุมนุมดังกล่าว เพื่อเพียงเปิดเส้นทางเข้าออกโรงแรมเจบีให้แก่
คณะรัฐมนตรีจึงไม่อาจถือได้ว่าการสลายการชุมนุมนั้นเพื่อคุ้มครองความสะดวกของประชาชนที่จะใช้ทางสาธารณะตามมาตรา 14
วรรคสองของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2540 อีกทั้งยังมีเส้นทางเข้าออกโรงแรมเจบีได้อีกหลายทางการที่เจ้า
พนักงานตำรวจเลือกที่จะใช้ มาตรการการสลายการชุมนุมจึงเป็นการจำกัดเสรีภาพในการชุมนุมที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้เกินแก่
ความจำเป็น นอกจากนี้การเข้าสลายการชุมนุมของเจ้าพนักงานตำรวจไม่ปรากฏว่าได้ดำเนินการตามขั้นตอนตามหลักสากลที่ใช้ใน
การสลายการชุมนุมของประชาชนหรือมีลำดับขั้นตอนจากเขาไปหาหนักตามทีระบุในแผนรักษาความสงบในการชุมนุมครั้งนี้แต่
อย่างใด ดังนั้น การที่เจ้าพนักงานตำรวจซึ่งเป็นเจ้าหน้าที่ในสังกัดของผู้ถูกฟ้องคดีที่หนึ่งดำเนินการสลายการชุมนุมดังกล่าวจึงเป็น
การกระทำโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย

ประชาชนที่ต้องใช้ทางสาธารณะตามรัฐธรรมนูญและยังมีเส้นทางอื่นในการเข้าออกโรงแรมได้ จึงเป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพเกินความจำเป็น 3). ในเรื่องขั้นตอนการสลายการชุมนุม มิได้ดำเนินการตามขั้นตอนตามหลักสากลที่ใช้ในการสลายการชุมนุมของประชาชนหรือมีลำดับขั้นตอนจากเบาไปหาหนักตามที่ระบุในแผนรักษาความสงบในการชุมนุมแต่อย่างใด ดังนั้น การดำเนินการสลายการชุมนุมดังกล่าวจึงเป็นการกระทำโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย

จากแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดในคดีนี้ มีข้อน่าสังเกต คือ ศาลได้มีการวางหลักเกณฑ์ในเรื่องการสลายการชุมนุมไว้ค่อนข้างชัดเจน แต่อย่างไรก็ตาม ในทางปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ตำรวจก็ได้้นำแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองในคดีนี้มาปรับใช้ให้เกิดเป็นคู่มือของเจ้าหน้าที่ตำรวจเท่าที่ควร ซึ่งจะเห็นได้ว่า นับตั้งแต่มีคำพิพากษาดังกล่าว การสลายการชุมนุมลักษณะนี้ยังคงเกิดขึ้นอยู่บ่อยครั้ง เช่น กรณีการชุมนุมวันที่ 7 สิงหาคม 2564 การชุมนุมของเยาวชนปลดแอก เจ้าหน้าที่ตำรวจได้นำผู้คอนเทนเนอร์ หรือการวางแนวลดหนามหรือถังบรรจุน้ำมันขวางบริเวณ ถนนราชดำเนิน เพื่อปิดกั้นเส้นทางมุ่งหน้าสู่พระบรมมหาราชวัง³⁹⁹ ซึ่งการปิดกั้นเส้นทางดังกล่าวส่งผลต่อการสัญจรของประชาชนทั่วไป และมีใช่เป็นการจำกัดเสรีภาพในการชุมนุมเพื่อคุ้มครองประโยชน์สาธารณะอีกด้วย

อีกทั้ง เมื่อพิจารณาในท่วงเวลาสถานการณ์ฉุกเฉิน ไม่ว่าจะเป็นการประกาศใช้พระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ.2548 กฎอัยการศึก พ.ศ.2457 หรือพระราชบัญญัติการรักษาความมั่นคงภายในราชอาณาจักร พ.ศ.2551 ศาลปกครองซึ่งถูกออกแบบมาเพื่อใช้ในการตรวจสอบอำนาจรัฐ กลับถูกตัดอำนาจในการพิจารณาคดีที่เกี่ยวกับการกระทำของเจ้าหน้าที่รัฐ ตัวอย่างคำสั่งไม่รับฟ้องของศาลปกครองฎีก่คดีที่ 45/2564 คดีเกี่ยวกับการฟ้องขอเพิกถอนคำสั่งที่ให้คนเข้าจังหวัดภูเก็ตต้องได้รับวีคซีน 2 เข็ม หรือตรวจหาเชื้อภายใน 72 ชั่วโมง ซึ่งเป็นการสร้างขั้นตอนและภาระเกินสมควร ศาลปกครองฎีก่คดีได้พิจารณาตามบทบัญญัติแห่งพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548 มาตรา 16 มีคำสั่งไม่รับฟ้อง โดยให้เหตุผลว่า บทบัญญัติดังกล่าวมีขึ้นเพื่อให้ฝ่ายบริหารมีอำนาจเพิ่มขึ้นบางประการในสถานการณ์ฉุกเฉิน เป็นเครื่องมือในการรักษาความปลอดภัยสาธารณะที่เป็นประโยชน์ของส่วนรวมมากกว่าของปัจเจกชน ศาลปกครองจึงไม่มีอำนาจพิจารณาพิพากษา

³⁹⁹ BBC NEWS, "ชุมนุม 7 ส.ค.: "เยาวชนปลดแอก" ยุติการชุมนุมหลัง ตร.ยิงแก๊สน้ำตา-กระสุนยางใส่ 2 ชม" [ออนไลน์].

ดังนั้น ปัญหาการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ตำรวจโดยศาลปกครองจึงเกิดจากทั้งการใช้หลักความจำเป็นสำหรับสังคมประชาธิปไตย และได้สัดส่วนไม่มีความชัดเจนพอ และแม้ว่าศาลปกครองได้พยายามวางแนวทางการดูแลการชุมนุมสาธารณะไว้อย่างชัดเจนเพียงใด ในด้านเจ้าหน้าที่ตำรวจเองก็มีได้นำมาใช้ในการปฏิบัติงาน สืบเนื่องจากภายใต้ระบบกฎหมาย Civil Law ซึ่งถือว่ากฎหมายลายลักษณ์อักษรเป็นกฎหมาย ส่วนคำพิพากษาของศาลเป็นเพียงตัวอย่างในการตีความเท่านั้น ดังนั้น สถานะของคำพิพากษาของศาล ไม่ถือเป็นบ่อเกิดของกฎหมาย⁴⁰⁰ จึงอาจทำให้เจ้าหน้าที่ตำรวจไม่จำเป็นต้องยึดถือปฏิบัติตาม นอกจากนี้ รัฐมักมีการประกาศใช้กฎหมายฉุกเฉินเพื่อจัดการและควบคุมการชุมนุมสาธารณะ ซึ่งการประกาศใช้กฎหมายเหล่านี้มีผลทำให้ตัดอำนาจศาลปกครองในการเข้ามาตรวจสอบใช้อำนาจดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ตำรวจหรือเจ้าหน้าที่รัฐ ท้ายที่สุดประชาชนก็ไม่อาจได้รับการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพจากศาลปกครองได้อย่างเต็มที่

แนวทางการตรวจสอบการใช้อำนาจดุลพินิจโดยการใช้หลักความได้สัดส่วนในการดูแลการชุมนุมสาธารณะโดยศาลรัฐธรรมนูญ

บทบัญญัติรัฐธรรมนูญพุทธศักราช 2560 ได้ปรากฏแนวคิดเรื่องหลักความได้สัดส่วนในประเด็นที่สำคัญ คือ หมวดที่ 3 สิทธิเสรีภาพของปวงชนชาวไทย

มาตรา 26 วรรคแรก *การตรากฎหมายที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลต้องเป็นไปตามเงื่อนไขที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ ในกรณีที่รัฐธรรมนูญมิได้บัญญัติเงื่อนไขไว้ กฎหมายดังกล่าวต้องไม่ขัดต่อหลักนิติธรรม ไม่เพิ่มภาระหรือจำกัดสิทธิเสรีภาพของบุคคลเกินสมควรแก่เหตุ และจะกระทบต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของบุคคลมิได้ รวมทั้งต้องระบุมเหตุผลความจำเป็นในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพไว้ด้วย*

หลักการตามมาตรา 26 วรรคแรกของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 เป็นมาตราที่บัญญัติถึงขอบเขตในการตรากฎหมายเพื่อจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชน หรืออาจกล่าวได้ว่าเป็นขอบเขตของการใช้อำนาจรัฐซึ่งจะต้องเป็นไปตามเงื่อนไขที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ หรือหากกรณีที่รัฐธรรมนูญมิได้กำหนดไว้ กฎหมายดังกล่าวต้องไม่ขัดต่อหลักนิติธรรม ไม่เพิ่มภาระหรือจำกัดสิทธิเสรีภาพของบุคคลเกินสมควรแก่เหตุ ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่มีแนวความคิดที่สอดคล้องกับหลักความได้สัดส่วน แสดงให้เห็นว่า โดยหลักแล้วบุคคลย่อมมีสิทธิและเสรีภาพที่จะกระทำการต่าง ๆ

⁴⁰⁰ วศุ ศิริมหาพิภกรักษ์, "ผลผูกพันของคำพิพากษาในศาลไทย: ศึกษากรณีแนวบรรทัดฐานคำพิพากษาศาลฎีกา," *วารสารวิชาการคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยหัวเฉียวเฉลิมพระเกียรติ* 4, 2 (ธันวาคม 2556 – พฤษภาคม 2557): 28.

ได้ตามใจปรารถนาของตน การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลเป็นข้อยกเว้นจากหลักทั่วไป (La liberté est la règle, la restriction l'exception)⁴⁰¹ ดังเช่น มาตรา 44 วรรคแรก ว่าด้วยเรื่องเสรีภาพในการชุมนุม “บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการชุมนุมโดยสงบและปราศจากอาวุธ” การจำกัดสิทธิเสรีภาพเป็นข้อยกเว้น โดยกล่าวไว้ในวรรคสองที่ว่า “การจำกัดสิทธิเสรีภาพตามวรรคหนึ่งจะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ตราขึ้นเพื่อรักษาความมั่นคงของรัฐ ความปลอดภัยสาธารณะ ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือเพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของบุคคลอื่น”

บทบัญญัติมาตรา 26 ใช้คำว่า “เกินสมควรแก่เหตุ” อันเป็นเรื่องการกระทำเท่าที่จำเป็น อยู่ในหลักแห่งความจำเป็น ซึ่งเป็นองค์ประกอบย่อยหนึ่งในสามองค์ประกอบของหลักความได้สัดส่วน อันเป็นเงื่อนไขประการหนึ่งในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพ คือ ไม่จำกัดสิทธิเสรีภาพของบุคคลเกินสมควรแก่เหตุ อาจเรียกว่า “หลักพอสมควรแก่เหตุ” หรือ “หลักความได้สัดส่วน” ดังนั้น การกระทำที่จะเรียกได้ว่าเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพให้พอสมควรแก่เหตุ ถือเป็นหลักการสำคัญประการหนึ่งในการควบคุมการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองไม่ให้ใช้ตามอำเภอใจ โดยจำกัดอำนาจรัฐให้อยู่ในขอบเขตมิให้กระทำการเกินสมควรแก่เหตุ ทั้งนี้การจำกัดสิทธิและเสรีภาพตามมาตรา 26 ดังกล่าวจะต้องอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์ของหลักความได้สัดส่วน⁴⁰²

อย่างไรก็ดี ขอบเขตอำนาจการตรวจสอบการกระทำทางปกครองของศาลรัฐธรรมนูญ ซึ่งเกี่ยวกับงานวิจัยเล่มนี้ ปรากฏอยู่ในมาตรา 210 (1)⁴⁰³ คือ การพิจารณาวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายหรือร่างกฎหมายเป็นระบบตรวจสอบกฎหมายก่อนการประกาศใช้มิให้ขัดต่อรัฐธรรมนูญ ซึ่งมีการตรวจสอบทั้งร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญและตรวจสอบร่างพระราชบัญญัติ และระบบการตรวจสอบกฎหมายหลังการประกาศใช้มิให้ขัดต่อรัฐธรรมนูญ เป็นการตรวจสอบบทบัญญัติแห่งกฎหมายเป็นการทั่วไป ดังปรากฏในมาตรา 212⁴⁰⁴ ซึ่งคำวินิจฉัยของศาล

⁴⁰¹ Corneille, Conclusion sur C.E., août 1917, Rec., p.637, อ้างถึงใน วรตну วิจาระนนท์, "หลักความได้สัดส่วนในระบบกฎหมายไทย," หน้า 82.

⁴⁰² บรรเจิด สิงคะเนติ หัวหน้าคณะวิจัยศูนย์บริการวิชาการสถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์, หลักความได้สัดส่วนในการตรวจสอบเขตอำนาจรัฐ ตามมาตรา 29 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย(พุทธศักราช 2550) (กรุงเทพฯ: ธนาเพรส 2558), หน้า 18.

⁴⁰³ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา 210

“ศาลรัฐธรรมนูญมีหน้าที่และอำนาจ ดังต่อไปนี้

(1) พิจารณาวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายหรือร่างกฎหมาย...”

⁴⁰⁴ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา 212

รัฐธรรมนูญว่ากฎหมายใดขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนั้น ไม่กระทบถึงคำพิพากษาของศาลอันถึงที่สุดแล้ว

ตัวอย่างคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญในการพิจารณาวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายหรือร่างกฎหมายก่อนประกาศใช้

คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 11/2549 ร่างพระราชบัญญัติทางหลวง (ฉบับที่...) พ.ศ. ... มาตรา 20 ที่ให้เพิ่มความเป็นมาตรา 46/1 ในพระราชบัญญัติทางหลวง พ.ศ.2535 โดยห้ามมิให้ผู้ใดชุมนุมกันในเขตทางหลวงในลักษณะเป็นการกีดขวางการจราจร หรืออาจเป็นอันตรายหรือเสียหายแก่ยานพาหนะหรือผู้ใช้ทางหลวง เว้นแต่ได้รับอนุญาตเป็นหนังสือจากผู้อำนวยการทางหลวงหรือผู้ซึ่งได้รับมอบหมายจากผู้อำนวยการทางหลวง เป็นบทบัญญัติวางหลักห้ามมิให้ผู้ใดชุมนุมในเขตทางหลวง ส่วนการอนุญาตให้ชุมนุมในเขตทางหลวงได้เป็นข้อยกเว้น และอำนาจการอนุญาตให้มีการชุมนุมในเขตทางหลวง เป็นอำนาจของผู้อำนวยการทางหลวงหรือผู้ที่ได้รับมอบหมายจากผู้อำนวยการทางหลวง คำวินิจฉัยในเรื่องนี้ ศาลมิได้พิจารณาโดยใช้หลักความได้สัดส่วนอย่างชัดเจนเท่าใดนัก กล่าวคือ ศาลวางหลักในเรื่องนี้ไว้ว่า เป็นกฎหมายที่กระทบต่อการใช้เสรีภาพในการชุมนุมโดยสงบและปราศจากอาวุธของประชาชน และเป็นบทบัญญัติที่ให้เจ้าหน้าที่ของรัฐใช้ดุลพินิจได้อย่างกว้างขวางในการอนุญาต และพิจารณาในเรื่องหลักความจำเป็นเพียงว่า ในเรื่องการชุมนุมมีกฎหมายอื่นบัญญัติห้ามไว้แล้ว เช่น พระราชบัญญัติการจราจรทางบก พ.ศ. 2522 มาตรา 108 การห้ามเดินแถว เดินขบวนแห่ ในลักษณะกีดขวางทางจราจร เป็นต้น ซึ่งไม่มีความจำเป็นที่จะต้องบัญญัติกฎหมายฉบับนี้อีก บทบัญญัตินี้จึงเป็นการจำกัดเสรีภาพในการชุมนุมโดยสงบและปราศจากอาวุธ ความจำเป็น และกระทบกระเทือนสาระสำคัญแห่งเสรีภาพในการชุมนุมโดยสงบและปราศจากอาวุธ

“ในการที่ศาลจะใช้บทบัญญัติแห่งกฎหมายบังคับแก่คดีใด ถ้าศาลเห็นเอง หรือคู่ความโต้แย้งพร้อมด้วยเหตุผลว่า บทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นต้องด้วยมาตรา 5 และยังไม่คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญในส่วนที่เกี่ยวกับบทบัญญัตินั้น ให้ศาลส่งความเห็นเช่นนั้นต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อวินิจฉัย ในระหว่างนั้น ให้ศาลดำเนินการพิจารณาต่อไปได้แต่ให้รอการพิพากษาคดีไว้ชั่วคราว จนกว่าจะมีคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ

ในกรณีที่ศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่าคำโต้แย้งของคู่ความตามวรรคหนึ่ง ไม่เป็นสาระอันควรได้รับการวินิจฉัย ศาลรัฐธรรมนูญจะไม่รับเรื่องดังกล่าวไว้พิจารณาก็ได้

คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญให้ใช้ได้ในคดีทั้งปวง แต่ไม่กระทบต่อคำพิพากษาของศาลอันถึงที่สุดแล้ว เว้นแต่ในคดีอาญาให้ถือว่าผู้ซึ่งเคยถูกศาลพิพากษาว่ากระทำความผิดตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าไม่ชอบด้วยมาตรา 5 นั้น เป็นผู้ไม่เคยกระทำความผิดดังกล่าว หรือถ้าผู้นั้นยังรับโทษอยู่ก็ให้ปล่อยตัวไป แต่ทั้งนี้ไม่ก่อให้เกิดสิทธิที่จะเรียกร้องค่าชดเชยหรือค่าเสียหายใด ๆ”

คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญในการพิจารณาวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ภายหลังการประกาศใช้

คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 10-13/2564 ซึ่งเป็นคดีที่ขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัย ตามรัฐธรรมนูญมาตรา 212 ในประเด็นเรื่องข้อโต้แย้งเกี่ยวกับการแจ้งการชุมนุม มาตรา 10 ตาม พระราชบัญญัติการชุมนุมสาธารณะพุทธศักราช 2558 ว่าขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญมาตรา 26 มาตรา 34 และมาตรา 44 หรือไม่

ศาลรัฐธรรมนูญได้วางหลักไว้ว่า มาตรา 10 วรรคหนึ่ง เป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับการแจ้ง การชุมนุมสาธารณะมีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์ในความคุ้มครองความสะดวกของประชาชนที่อาจ ได้รับผลกระทบจากการชุมนุมสาธารณะการดูแลการชุมนุมสาธารณะและการรักษาความสงบ เรียบร้อยของบ้านเมือง รวมทั้งประโยชน์ในการอำนวยความสะดวกและคุ้มครองผู้ชุมนุม บทบัญญัติ มาตรา 10 วรรคหนึ่ง เป็นการกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการบริหารจัดการการชุมนุมสาธารณะ ก่อนที่จะเริ่มมีการชุมนุมไม่น้อยกว่า 24 ชั่วโมง ซึ่งมีใช้ระบบการขออนุญาต แต่เป็นระบบการแจ้ง ล่วงหน้าเพื่อให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายบริหารปฏิบัติตามมาตรา 19 และมาตรา 20 อำนวยความสะดวกและ จัดการให้การชุมนุมเป็นไปโดยเรียบร้อย ดังนั้น แม้มาตรา 10 จำกัดเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น และเสรีภาพในการชุมนุมโดยสงบและปราศจากอาวุธของบุคคลอยู่บ้าง แต่เป็นไปตามเงื่อนไขของ รัฐธรรมนูญไม่ขัดต่อหลักนิติธรรมไม่เพิ่มภาระหรือจำกัดเสรีภาพของบุคคลเกินสมควรแก่เหตุและไม่ กระทบต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญมาตรา 26 มาตรา 34 และมาตรา 44

จากคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญมาตรา 10 ข้างต้นนี้ ผู้วิจัยเห็นว่า ศาลรัฐธรรมนูญ วินิจฉัยไม่สอดคล้องกับหลักความจำเป็นและหลักความได้สัดส่วน กล่าวคือ ศาลรัฐธรรมนูญให้เหตุผล ในคำวินิจฉัยว่า บทบัญญัติเรื่องการแจ้งการชุมนุมตามมาตรา 10 วรรคแรก มีวัตถุประสงค์เพื่อ ประโยชน์ในความคุ้มครองความสะดวกของประชาชนที่อาจได้รับผลกระทบจากการชุมนุมสาธารณะ และเพื่อการดูแลการชุมนุมสาธารณะ โดยให้ฝ่ายบริหารอำนวยความสะดวกและจัดการการชุมนุมไป ด้วยความสงบเรียบร้อย และมาตรา 10 วรรคสอง เป็นบทบัญญัติที่มุ่งหมายในการกำหนดลักษณะ ความหมายของผู้ประสงค์จะจัดการชุมนุมให้ชัดเจน เพื่อให้มีหน้าที่ในการแจ้งการชุมนุม และให้ เจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้องเตรียมพร้อมและวางแผนในการคุ้มครองความสะดวกของประชาชนและการดูแล การชุมนุมสาธารณะ⁴⁰⁵ ในส่วนนี้จึงถือได้ว่าการแจ้งการชุมนุมอาจมีความจำเป็นสำหรับสังคม ประชาธิปไตย อย่างไรก็ตาม หากพิจารณามาตรา 10 วรรคสอง จะพบว่า การกำหนดให้ผู้เชิญชวน

⁴⁰⁵ คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 10-13/2564 หน้า 16

หรือบังคับให้ผู้อื่นมาร่วมชุมนุม ไม่ว่าจะด้วยวิธีการใด ๆ เป็นผู้มีหน้าที่ต้องแจ้งการชุมนุมด้วย เป็นการให้ค่านิยามของผู้จัดการชุมนุมที่กว้างเกินสมควรและทำให้เกิดผลร้ายแก่บุคคลเหล่านั้นที่ต้องรับผิดชอบในฐานะผู้จัดการชุมนุมด้วย⁴⁰⁶ ผู้วิจัยเห็นว่า บัญญัติตามมาตรา 10 วรรคสองนั้น เป็นบทบัญญัติไม่มีความจำเป็นสำหรับสังคมประชาธิปไตย การบัญญัติเช่นนี้ไม่มีความเหมาะสมและไม่ตอบสนองต่อความต้องการของสังคมในปัจจุบัน เนื่องจากเป็นธรรมชาติของประชาชนที่มักจะมีการแชร์ข้อความหรือโพสต์ข้อความทางออนไลน์เพื่อรณรงค์ให้มีผู้เข้าร่วมมากขึ้น หรือเป็นเพียงการสนับสนุนการชุมนุมที่จะเกิดขึ้นเพียงเท่านั้น มิใช่ผู้ที่ต้องรับผิดชอบในฐานะผู้จัดการชุมนุมแต่อย่างใด

นอกจากนี้ หากศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยตามหลักความได้สัดส่วน จะพบว่า บทบัญญัติตามมาตรา 10 วรรคสองนี้ ไม่เป็นไปตามหลักความจำเป็น เนื่องจากมีบทนิยามของ “ผู้จัดการชุมนุม” ตามมาตรา 4 ซึ่งเป็นบทนิยามในส่วนหลักบัญญัติไว้แล้ว ซึ่งเพียงพอสำหรับการที่จะพิจารณาว่าบุคคลใดอยู่ในฐานะผู้จัดการชุมนุม⁴⁰⁷ และไม่เป็นไปตามวัตถุประสงค์ของกฎหมายที่มีไว้เพื่อให้ฝ่ายบริหารอำนวยความสะดวกในการชุมนุม ดังนั้น หากศาลรัฐธรรมนูญเล็งเห็นในส่วนนี้ จะพบว่า บทบัญญัติมาตรา 10 วรรคสอง เป็นการเพิ่มภาระให้แก่ผู้ชุมนุมมากขึ้น และเปิดโอกาสให้เจ้าหน้าที่ตำรวจใช้ข้ออ้างดังกล่าวเข้าดำเนินการกับผู้ชุมนุม จึงเกินความจำเป็นและไม่เป็นไปตามวัตถุประสงค์ของกฎหมาย ซึ่งขัดต่อหลักความได้สัดส่วนอย่างชัดเจน

ในประเด็นเกี่ยวกับอำนาจศาลรัฐธรรมนูญในการพิทักษ์รัฐธรรมนูญ ระบอบการปกครอง และความมั่นคงแห่งรัฐ ในการวินิจฉัยว่าบุคคลใดกระทำการโดยใช้สิทธิหรือเสรีภาพเพื่อล้มล้างการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขหรือไม่ ตามบทบัญญัติรัฐธรรมนูญ มาตรา 49 เป็นบทบัญญัติที่มีเจตนารมณ์ปกป้องคุ้มครองระบอบการปกครองของประเทศที่เป็นการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข⁴⁰⁸ ซึ่งได้ถูกใช้ในการพิจารณาคดีการชุมนุม เมื่อวันที่ 10 สิงหาคม 2563 ในคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 19/2564 โดยศาลรัฐธรรมนูญได้ วินิจฉัยสรุปใจความได้ว่า การใช้สิทธิหรือเสรีภาพของผู้ถูกร้องมีเจตนาซ่อนเร้นเพื่อล้มล้างการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขมิใช่เป็นการปฏิรูป และเป็นการแสดงความคิดเห็นโดยไม่สุจริตเป็นการละเมิดกฎหมาย มีมูลเหตุจูงใจเพื่อล้มล้างการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขตามรัฐธรรมนูญมาตรา 49

⁴⁰⁶ บุรณิมา อรุณนิมิตกุล, "ความรับผิดชอบทางอาญาของผู้จัดการชุมนุมจากการกระทำของผู้ชุมนุมตามพระราชบัญญัติการชุมนุมสาธารณะ พ.ศ.2558," หน้า 134.

⁴⁰⁷ เรื่องเดียวกัน.

⁴⁰⁸ คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 19/2564

วรรคแรก แม้เหตุการณ์ตามคำร้องผ่านพ้นไปแล้ว แต่หากยังคงให้ผู้ถูกร้องกระทำการดังกล่าวต่อไป ย่อมไม่ไกลเกินเหตุที่นำไปสู่การล้มล้างการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข จากคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญฉบับนี้สามารถแยกพิจารณาได้ออกได้ 2 ประเด็นดังนี้

ประเด็นแรก เป็นกรณีเรื่องหลักความได้สัดส่วนและเหตุแห่งการล้มล้างการปกครอง พิจารณาได้ว่า การรับเข้าแนวความคิด มาตรา 49 เดิมเป็นแนวความคิดว่าด้วยการวางกรอบหรือข้อจำกัดของการใช้สิทธิเสรีภาพไม่ให้ใช้ไปในทางที่ผิด และได้กลายมาเป็น “สิทธิพิทักษ์รัฐธรรมนูญ” อันส่งผลให้ระบบรัฐธรรมนูญไทยมีความไม่เหมาะสมในเรื่องการไม่สะท้อนถึงนัยความเป็นรัฐธรรมนูญที่ปกป้องตนเองได้ อีกทั้งบทบัญญัตินี้ยังเปิดโอกาสให้มีการใช้อย่างบิดเบือนเพื่อจุดมุ่งหมายทางการเมือง⁴⁰⁹ ดังเช่นคดีนี้ ซึ่งเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับการใช้เสรีภาพในการชุมนุม โดยจากข้อเท็จจริงมีเพียงการขึ้นเวทีปราศรัยเพียงเท่านั้น แต่การพิจารณาของศาลมิได้พิจารณาถึงความได้สัดส่วนของการกระทำของผู้ถูกร้องตามเสรีภาพในการชุมนุม และความผิดในการล้มล้างการปกครองตามมาตรา 49 แต่อย่างใด กล่าวคือ ผู้ถูกร้องเป็นเพียงเยาวชน มิได้มีอำนาจทางการเมืองถึงขนาดที่จะกระทำการใดที่ล้มล้างการปกครองได้ และมีได้มีการกระทำใด ๆ ที่แสดงออกถึงการล้มล้างการปกครอง นอกเสียจากการขึ้นเวทีปราศรัยเพียงเท่านั้น หากศาลรัฐธรรมนูญได้คำนึงถึงความได้สัดส่วนในการกระทำของผู้ถูกร้อง ย่อมเห็นได้ว่า การชุมนุมดังกล่าวไม่ถึงขนาดจะทำให้มีการล้มล้างการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์เป็นประมุขได้เลย อีกทั้ง ยังพบว่าศาลมิได้พิจารณา มาตรา 44 ว่า การชุมนุมดำเนินไปโดยสงบหรือไม่ เพราะหากพิจารณาข้อเท็จจริงจะพบว่า การชุมนุมยังคงดำเนินไปโดยสงบภายใต้กรอบของรัฐธรรมนูญ ซึ่งจะทำให้การชุมนุมดังกล่าวนี้ยังคงได้รับการคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญ ยิ่งไปกว่านั้น การเขียนคำวินิจฉัยของศาลเป็นการคาดการณ์เหตุการณ์ที่จะเกิดขึ้น ดังปรากฏในคำวินิจฉัย “ย่อมไม่ไกลเกินเหตุที่นำไปสู่การล้มล้างการปกครอง...” ซึ่งหมายความว่า ยังไม่ปรากฏถึงเหตุแห่งการล้มล้างการปกครอง แต่เป็นเพียงการสันนิษฐานไว้ก่อนเกิดเหตุเท่านั้น

ประเด็นที่สอง จากข้อเท็จจริงในคดีนี้ เป็นกรณีซึ่งเยาวชนใช้เสรีภาพโดยสงบและปราศจากอาวุธตามรัฐธรรมนูญ ซึ่งศาลก็ได้วินิจฉัยในประเด็นหนึ่งว่า “การกระทำใด ๆ ที่มีเจตนาเพื่อทำลายหรือทำให้สถาบันพระมหากษัตริย์ต้องสิ้นสลายไป ไม่ว่าจะโดยวิธีการพูด การเขียน หรือการกระทำต่าง ๆ เพื่อให้เกิดผลเป็นการบ่อนทำลาย ด้อยคุณค่าหรือทำให้อ่อนแอลง ย่อมแสดงให้เห็นถึงการมีเจตนาเพื่อล้มล้างสถาบันกษัตริย์” การวินิจฉัยเช่นนี้เป็นกรวางบรรทัดฐานในการจำกัดเนื้อหา

⁴⁰⁹ ปูนเทพ ศิริพงษ์ศ์, "สิทธิพิทักษ์รัฐธรรมนูญในกฎหมายรัฐธรรมนูญไทย: การกลายพันธุ์ของความคิดทางรัฐธรรมนูญที่รับเข้าจากต่างประเทศ?", วารสารนิติศาสตร์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 47, 1 (มีนาคม 2561): 108.

ของการชุมนุมในอนาคตว่าจะพูด หรือกระทำการต่าง ๆ ที่อาจจะเกิดผลร้ายต่อสถาบันกษัตริย์ไม่ได้ ซึ่งอาจจะส่งผลให้เป็นการชุมนุมนั้นเป็นการใช้สิทธิหรือเสรีภาพเพื่อล้มล้างการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ตามมาตรา 49 ได้

จากคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ เห็นได้ว่า ศาลได้มีคำวินิจฉัยที่เกี่ยวข้องกับการชุมนุมที่ในเรื่องหลักความจำเป็นและหลักความได้สัดส่วนที่ไม่ชัดเจนว่าขัดหรือเป็นไปตามหลักความได้สัดส่วนอย่างไร เช่น คดีการชุมนุมบนทางหลวง หรือคดีวิ่งไล่ลุง อีกทั้ง ในเรื่องที่ควรนำหลักความได้สัดส่วนมาปรับใช้ ดังเช่น คดีล้มล้างการปกครอง⁴¹⁰ ศาลก็ได้มีคำวินิจฉัยนำหลักความได้สัดส่วนมาปรับใช้ เช่นนี้สะท้อนให้เห็นว่า หากเป็นกรณีการชุมนุมสาธารณะ ศาลรัฐธรรมนูญยังมีบทบาทที่ไม่เพียงพอในการนำหลักความจำเป็นและหลักความได้สัดส่วนมาใช้ประกอบการพิจารณาคดีที่ ซึ่งหากศาลรัฐธรรมนูญยอมรับการนำหลักความจำเป็นสำหรับสังคมประชาธิปไตยและหลักความได้สัดส่วนมาปรับใช้ในการวินิจฉัยคดีการชุมนุมสาธารณะอย่างเป็นรูปธรรมมากขึ้น ย่อมจะส่งผลให้มีเป็นการสร้างดุลยภาพระหว่างการใช้เสรีภาพในการชุมนุมและสิทธิเสรีภาพของประชาชนได้อย่างดี และสามารถเป็นแนวทางให้แก่เจ้าหน้าที่รัฐในการนำหลักความจำเป็นและหลักความได้สัดส่วนมาใช้ในการดูแลการชุมนุมสาธารณะ

4.3.2.2 การตรวจสอบโดยพิจารณาจากลักษณะดุลพินิจที่ผิดพลาด

จากที่กล่าวในบทที่ 2 เรื่องลักษณะการตรวจสอบดุลพินิจโดยองค์กรตุลาการ ได้แก่ การใช้ดุลพินิจเกินขอบเขตที่กฎหมายกำหนด การไม่ใช้ดุลพินิจ การใช้ดุลพินิจโดยบกพร่องหรือบิดเบือน การใช้ดุลพินิจไม่คำนึงถึงสิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ และการใช้ดุลพินิจขัดกับหลักกฎหมายทั่วไป เหล่านี้ถือเป็นการใช้ดุลพินิจที่ผิดพลาด และความผิดพลาดดังกล่าวย่อมส่งผลให้การกระทำของเจ้าหน้าที่ตำรวจซึ่งเป็นองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง โดยเฉพาะอย่างยิ่งคำสั่งทางปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมาย⁴¹¹ ศาลปกครองมีอำนาจเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้นได้ และเป็นที่ยอมรับว่าศาลปกครองและศาลยุติธรรมแล้วแต่กรณี อยู่ในฐานะที่จะควบคุมให้องค์กรของรัฐฝ่ายปกครองใช้ดุลพินิจภายในกรอบของกฎหมายได้ดีที่สุด⁴¹² การใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ตำรวจในประเทศไทยปรากฏให้เห็นถึงการใช้ดุลพินิจที่ผิดพลาดหลายประการ ไม่ว่าจะเป็นเรื่องการใช้ดุลพินิจ เช่น กรณีการจำกัดสถานที่ในการชุมนุมตามมาตรา 7 วรรคสี่ ที่ให้เจ้าหน้าที่ตำรวจมีดุลพินิจ

⁴¹⁰ คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 19/2564

⁴¹¹ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายปกครอง: หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครองและการกระทำทางปกครอง, หน้า 62.

⁴¹² วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, "การควบคุมการใช้ดุลพินิจทางปกครองโดยองค์กรตุลาการ," วารสารกฎหมายปกครอง 40.

ห้ามการชุมนุมในรัศมี 50 เมตรจากสถานที่สำคัญได้ ซึ่งมีข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นบ่อยครั้ง⁴¹³ หากปรากฏว่าจะมีการชุมนุมรอบสถานที่ที่กฎหมายกำหนด เจ้าหน้าที่ตำรวจจะมีการสั่งห้ามการชุมนุมในรัศมี 50 เมตรจากสถานที่ดังกล่าวทุกครั้ง โดยมีได้ใช้ดุลพินิจพิจารณาถึงเงื่อนไขตามกฎหมายที่ว่า เพื่อประโยชน์แห่งการรักษาความปลอดภัยสาธารณะและความสงบเรียบร้อยของประชาชน หรือกรณีการจำกัดเนื้อหาในการชุมนุม ซึ่งมีการใช้ดุลพินิจเกินขอบเขตที่กฎหมายกำหนด เช่น การกำหนดเนื้อหาในการชุมนุมโดยอาศัยมาตรา 19 (5) อันเป็นบทบัญญัติกฎหมายที่ให้อำนาจเจ้าหน้าที่ตำรวจจำกัดเงื่อนไขในการชุมนุมเฉพาะวัน เวลา สถานที่ เพื่อประโยชน์ในการคุ้มครองความสะอาดของประชาชนเท่านั้น ดังที่กล่าวมานี้ เจ้าหน้าที่ตำรวจมีการใช้ดุลพินิจที่ผิดพลาดอยู่บ่อยครั้งอันจะนำไปสู่การตรวจสอบโดยศาลได้ อย่างไรก็ตาม ศาลยุติธรรมและศาลปกครองก็มีบทบาทน้อยมากในการตรวจสอบดุลพินิจที่ผิดพลาดของเจ้าหน้าที่ตำรวจ โดยศาลยุติธรรมศาลมักจะมองข้ามการตรวจสอบดุลพินิจที่ผิดพลาด

ข้อน่าสังเกตของการใช้ดุลพินิจที่ผิดพลาดประการหนึ่ง คือ แม้ศาลปกครองสูงสุด⁴¹⁴ ได้ยอมรับการตรวจสอบโดยพิจารณาจากลักษณะดุลพินิจที่ผิดพลาด แต่กรณีศาลยุติธรรมก็ยังไม่ได้นำหลักดังกล่าวมาใช้เท่าที่ควร ยกตัวอย่าง กรณีการไม่แจ้งการชุมนุมสาธารณะ ซึ่งเป็นบทกฎหมายที่ผู้จัดการชุมนุมต้องถูกดำเนินคดีบ่อยครั้ง เช่น คดีแพลชม็อบเมื่อวันที่ 14 ธันวาคม 2562 กรณีที่มีการประกาศผ่านเพจเชิญชวนให้ประชาชนมาร่วมชุมนุม “แพลชม็อบ” เพื่อสนับสนุนนายธนารักษ์รุ่งเรืองกิจ หัวหน้าพรรคอนาคตใหม่ที่บริเวณประตูท่าแพ จ.เชียงใหม่ โดยข้อเท็จจริง นายประสิทธิ์ คุรุชาโรจน์ ไม่ได้เป็นคนจัดชุมนุม เพียงแต่เราเอาข้อความที่กำลังกระจายในโซเชียลมีเดียมารวมเป็นโพสต์เดียวกันแล้วก็เผยแพร่⁴¹⁵ ซึ่งเจ้าหน้าที่ตำรวจได้ดำเนินคดีกับ นายประสิทธิ์ คุรุชาโรจน์ ในข้อหาเป็นผู้ประสังค์จะจัดการชุมนุมสาธารณะโดยไม่แจ้งการชุมนุมต่อผู้รับแจ้งการชุมนุม ก่อนเริ่ม

⁴¹³ เช่น BBC NEWS, "ชุมนุม 7 ส.ค.: "เยาวชนปลดแอก" ยุติการชุมนุมหลัง ตร.ยิงแก๊สน้ำตา-กระสุนยางใส่ 2 ชม" [ออนไลน์].

⁴¹⁴ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด ที่ อ. 236/2554 คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด ที่ อ. 236/2554 กรณีการขออนุญาตตั้งสถานบริการ ศาลปกครองสูงสุดได้ พิจารณาโดยใช้หลักแห่งความสัมฤทธิ์ผล พิจารณาว่า เมื่อไม่ปรากฏว่ามีข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมายใดเปลี่ยนแปลงในสาระสำคัญ จึงยอมมีผลทำให้ผู้ฟ้องคดีที่ 1 ใช้ดุลพินิจออกใบอนุญาตให้ผู้ฟ้องคดีตามคำขอแตกต่างออกไปไม่ได้ การใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ในการออกใบอนุญาตยังคงต้องดำเนินการเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ตามกฎหมายฉบับเดิม แม้ว่าจะมีการอ้างแนวทางการส่งเสริมการท่องเที่ยวของจังหวัดแม่ฮ่องสอน ก็มีใช้บทกฎหมายในการให้อำนาจเจ้าหน้าที่อนุญาตตั้งสถานบริการตามพระราชบัญญัติสถานบริการ พ.ศ. 2509 คำสั่งไม่อนุญาตให้ผู้ฟ้องคดีตั้งสถานบริการจึงไม่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งถือเป็นการใช้ดุลพินิจโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย

⁴¹⁵ กรุงเทพฯธุรกิจ, นศ.แกนนำปลุกแพลชม็อบท่าแพ ปฏิเสธทุกข้อหา ชี้แค่แชร์ต่อจากที่อื่น [ออนไลน์], 2021, แหล่งที่มา: <https://www.bangkokbiznews.com/politics/859495> [13 ธันวาคม 2021]

การประชุมไม่น้อยกว่า 24 ชั่วโมง ลักษณะดังกล่าวถือได้ว่า เจ้าหน้าที่ตำรวจได้ใช้ดุลพินิจโดยบิดเบือน และไม่ตรงเจตนารมณ์ของกฎหมาย กล่าวคือ การแจ้งการประชุม มีวัตถุประสงค์เพื่อให้เจ้าหน้าที่ตำรวจได้อำนวยความสะดวกในการชุมนุม และดูแลรักษาความสงบเรียบร้อยในสังคม⁴¹⁶ และตามหลักสากล การแจ้งการประชุมนั้น ต้องไม่เป็นเหตุในการจับกุมผู้เข้าร่วมหรือผู้จัดการชุมนุม⁴¹⁷ เมื่อพิจารณาเจตนารมณ์ของและหลักการปฏิบัติตามหลักสากล จะพบว่า การที่เจ้าหน้าที่ตำรวจดำเนินคดีกับกลุ่มผู้ชุมนุม โดยใช้อำนาจทางกฎหมายในเรื่องการไม่แจ้งการประชุมซึ่งเป็นการชุมนุมโดยมิชอบ เป็นการกระทำที่ไม่คำนึงถึงเจตนารมณ์ของกฎหมายการประชุมสาธารณะ การกระทำดังกล่าวเป็นการใช้ดุลพินิจโดยผิดพลาด อย่างไรก็ตาม ศาลแขวงเชียงใหม่ได้มีคำพิพากษา โดยถือว่า นายประสิทธิ์ คุรุชาโรจน์ เป็นผู้ประสงค์จะจัดการชุมนุมสาธารณะโดยไม่แจ้งการประชุมต่อผู้รับแจ้งการประชุมก่อนเริ่มการประชุมไม่น้อยกว่า 24 ชั่วโมง กรณีนี้เห็นได้ชัดเจนว่า ศาลมิได้ตรวจสอบการใช้ดุลพินิจที่ผิดพลาดของเจ้าหน้าที่ตำรวจแต่อย่างใด และมีการตีความบทบัญญัติของกฎหมายในเรื่องการแจ้งการประชุมให้มีความหมายอย่างกว้าง ส่งผลให้ผู้เข้าร่วมการประชุมหรือผู้สนับสนุนต้องรับผลร้ายในฐานะผู้จัดการชุมนุมอีกด้วย

นอกจากนี้กรณีการใช้ดุลพินิจที่ขัดกับหลักกฎหมายทั่วไป เช่น หลักความได้สัดส่วน หากพิจารณาตามหลักสากลจะต้องปรากฏว่ามาตรการที่เจ้าหน้าที่ตำรวจใช้ต้องมีความจำเป็นสำหรับสังคมประชาธิปไตยก่อน จึงจะพิจารณาหลักความได้สัดส่วน แต่การพิจารณาองค์การตุลาการของไทยในเรื่องการประชุม ยังไม่ปรากฏการนำหลักความจำเป็นสำหรับสังคมประชาธิปไตยมาใช้พิจารณาคดีที่จะทำให้การตรวจสอบเจ้าหน้าที่ตำรวจใช้ดุลพินิจได้อย่างมีประสิทธิภาพแต่อย่างใด

จากที่กล่าวมาข้างต้นเป็นการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจโดยใช้หลักความจำเป็นและหลักความได้สัดส่วน และการตรวจสอบจากลักษณะการใช้ดุลพินิจ พบว่า ศาลปกครองและศาลรัฐธรรมนูญได้ยอมรับการนำหลักความได้สัดส่วนมาปรับใช้ในคดี ซึ่งเป็นหลักที่ใช้ในการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง โดยศาลรัฐธรรมนูญถือเป็นองค์กรที่สำคัญในการใช้หลักความได้สัดส่วนในการพิจารณาร่างกฎหมายมิให้ขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่มิให้ขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญ แม้มีการกล่าวอ้างถึงการนำหลักความจำเป็นมาใช้ แต่ศาลรัฐธรรมนูญและศาลปกครองต่างก็มิได้ให้เหตุผลในการวินิจฉัยไว้ชัดเจนมากนัก อีกทั้ง ใน

⁴¹⁶ "บทวิเคราะห์พระราชบัญญัติการประชุมสาธารณะ พ.ศ.2558," วารสารจลนิติ 12, 6 (พฤศจิกายน-ธันวาคม 2558): 136.

⁴¹⁷ International Covenant on Civil and Political Rights, "General Comment No.37 on the Right of Peaceful Assembly.", para 71.

กรณีที่เป็นจะต้องใช้หลักความได้สัดส่วนมาปรับใช้ในการวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ เช่น คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 19/2564 คดีที่เกี่ยวกับการใช้สิทธิและเสรีภาพเพื่อล้มล้างสถาบัน กัลมณีได้ปรากฏถึงการให้หลักความได้สัดส่วนในการวินิจฉัยประเด็นแห่งคดีแต่อย่างไร

ในกรณีการตรวจสอบจากลักษณะการใช้ดุลพินิจ ไม่ว่าจะเป็นการใช้ดุลพินิจเกินขอบเขตที่กฎหมายกำหนด การไม่ใช้ดุลพินิจ การใช้ดุลพินิจโดยบกพร่องหรือบิดเบือน การใช้ดุลพินิจไม่คำนึงถึงสิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ และการใช้ดุลพินิจขัดกับหลักกฎหมายทั่วไป ล้วนเป็นการใช้ดุลพินิจโดยผิดพลาดซึ่งศาลสามารถตรวจสอบและเพิกถอนได้ อย่างไรก็ตาม ยังไม่ปรากฏบทบาทในการตรวจสอบของศาลโดยการใช้ดุลพินิจที่ผิดพลาดในกรณีของการชุมนุมสาธารณะมากนัก และจากการศึกษาแนวคำพิพากษาของศาลยุติธรรม พบว่า ศาลยุติธรรมได้บังคับใช้กฎหมายอื่น ๆ ซึ่งมีได้เกี่ยวข้องหรือมีเจตนารมณ์ในการคุ้มครองดูแลการชุมนุมสาธารณะ อีกทั้งยังบังคับใช้กฎหมายที่นอกเหนือจากเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญในการรับรองการใช้เสรีภาพในการชุมนุมอีกด้วย การกระทำเช่นนี้ ส่งผลให้เป็นการรับรองการบังคับใช้กฎหมายของเจ้าหน้าที่ตำรวจว่า สามารถนำกฎหมายอื่น ๆ มาบังคับใช้ได้กับการชุมนุม แม้มีกฎหมายการชุมนุมสาธารณะซึ่งเป็นกฎหมายเฉพาะบังคับใช้ในปัจจุบัน อันทำให้การใช้อำนาจในการดูแลการชุมนุมสาธารณะของเจ้าหน้าที่ตำรวจมีอำนาจตามกฎหมายอย่างมากและใช้ดุลพินิจดูแลการชุมนุมสาธารณะทำลายเจตนารมณ์ของพระราชบัญญัติการชุมนุมสาธารณะ โดยสามารถหยิบใช้กฎหมายใด ๆ มาบังคับกับการชุมนุมได้ทุกเมื่อ ท้ายที่สุดเสรีภาพในการชุมนุมย่อมไม่สามารถเกิดขึ้นได้อย่างแท้จริง จึงเป็นข้อสังเกตที่จะต้องศึกษาต่อไปว่า เมื่อมีพระราชบัญญัติการชุมนุมสาธารณะบังคับใช้แล้ว การบังคับใช้กฎหมายของเจ้าหน้าที่ตำรวจจะสามารถนำกฎหมายอื่น ๆ มาจัดการกับการชุมนุมได้มากน้อยเพียงใด

การดูแลการชุมนุมสาธารณะของเจ้าหน้าที่ตำรวจในประเทศไทยมีกฎหมายซึ่งเป็นฐานในการใช้ดุลพินิจ คือ ในห้วงเวลาปกติ เจ้าหน้าที่ตำรวจต้องใช้ดุลพินิจตามพระราชบัญญัติการชุมนุมสาธารณะ พ.ศ.2558 จากการศึกษา พบปัญหาในโครงสร้างของกฎหมายการชุมนุมสาธารณะในเรื่องอำนาจดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ตำรวจ เช่น การสลายการชุมนุมบทบัญญัติกฎหมายที่ไม่เปิดช่องให้อำนาจดุลพินิจแก่เจ้าหน้าที่ตำรวจ กรณีนี้อาจทำให้การชุมนุมที่มีลักษณะที่เข้าข่ายฝ่าฝืนกฎหมายต้องจบลงด้วยการสลายการชุมนุมทุกครั้ง อันเป็นเรื่องที่ไม่สอดคล้องกับหลักสากล และในทางปฏิบัติเจ้าหน้าที่ตำรวจได้นำกฎหมายอื่น ๆ มาบังคับใช้กับการชุมนุมสาธารณะโดยทำลายเจตนารมณ์ของพระราชบัญญัติการชุมนุมสาธารณะและเป็นอุปสรรคในการใช้เสรีภาพในการชุมนุมอย่างมาก อีกทั้งเมื่อมีการชุมนุมทางการเมืองขนาดใหญ่ รัฐมักมีการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินเพื่อรวมอำนาจและ

จัดการควบคุมการชุมนุม โดยอ้างเหตุผลทางความมั่นคงที่มีความหมายแตกต่างจากหลักสากลโดยสิ้นเชิง อันทำให้รัฐนำกฎหมายที่เกี่ยวกับสถานการณ์ฉุกเฉินมาใช้เพื่อควบคุมการชุมนุมเป็นส่วนใหญ่

การใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ตำรวจในการดูแลการชุมนุมสาธารณะภายใต้พระราชบัญญัติการชุมนุมสาธารณะ พ.ศ.2558 ไม่ว่าจะเป็นการแจ้งหรือการขออนุญาต การวางข้อจำกัดทางด้านเนื้อหา การวางข้อจำกัดด้านเวลา สถานที่ รูปแบบในการชุมนุม การสั่งห้ามการชุมนุม และการสลายการชุมนุม ในเรื่องเหล่านี้บทบัญญัติของกฎหมายเปิดช่องให้เจ้าหน้าที่ตำรวจใช้อำนาจดุลพินิจไว้หลายประการ อย่างไรก็ตาม การใช้อำนาจดุลพินิจในเรื่องดังกล่าวนี้ พบว่า มีการใช้ดุลพินิจที่ผิดพลาด ทั้งในเรื่องการไม่ใช้ดุลพินิจ หรือการใช้ดุลพินิจเกินกว่าขอบเขตที่กฎหมายกำหนด อีกทั้ง บทบัญญัติของกฎหมายหลายประการไม่สอดคล้องกับหลักสากล เช่น การชุมนุมสาธารณะและการชุมนุมเดินขบวน ต้องอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์การดูแลที่เหมือนกัน ซึ่งการชุมนุมทั้ง 2 รูปแบบนั้นกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนที่ต่างกัน ย่อมจะต้องได้รับการดูแลการชุมนุมสาธารณะที่ต่างกันด้วย หรือมาตรา 25 แห่งพระราชบัญญัติการชุมนุมสาธารณะที่กำหนดให้เจ้าหน้าที่ตำรวจสามารถสลายการชุมนุมได้ หากปรากฏถึงความรุนแรงหรืออันตรายทางจิตใจซึ่งเป็นบทกฎหมายที่ไม่สอดคล้องหลักสากล และเปิดช่องให้เจ้าหน้าที่ตำรวจเข้ามาจำกัดเสรีภาพในการชุมนุมได้ตามอำเภอใจ

ทั้งนี้ ปัญหาจากบทบัญญัติของกฎหมายที่เป็นฐานให้อำนาจดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ตำรวจ และการบังคับใช้กฎหมายของเจ้าหน้าที่ตำรวจ ต่างเป็นเรื่องสำคัญที่ศาลต้องเข้ามาตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ตำรวจเพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน ในการศึกษากลับพบว่า องค์การตุลาการมีข้อจำกัดในการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจบางประการที่ไม่อาจตรวจสอบได้ กล่าวคือ ศาลยุติธรรมจำเป็นต้องพิจารณาคดีตามคำฟ้องของอัยการซึ่งคดีจำนวนมากเป็นเรื่องของกฎหมายฉบับอื่น ๆ ที่มีใช้กฎหมายเกี่ยวกับพระราชบัญญัติการชุมนุมสาธารณะ โดยเป็นการใช้กฎหมายที่ไม่เคารพเจตนารมณ์ของกฎหมายการชุมนุมสาธารณะ และมีได้คำนึงถึงหลักความจำเป็นในสังคมประชาธิปไตยและความได้สัดส่วน อีกทั้งศาลปกครองก็มีบทบาทในการตรวจสอบโดยใช้หลักความจำเป็นและหลักความได้สัดส่วนที่ไม่ชัดเจนเพียงพอ อันเนื่องมาจากหลักกฎหมายเป็นหลักกฎหมายสากล ซึ่งศาลไทยไม่จำเป็นต้องยึดถือปฏิบัติตาม ยิ่งไปกว่านั้น ในห้วงเวลาสถานการณ์ฉุกเฉิน บทบัญญัติของกฎหมายตัดอำนาจศาลปกครองในการตรวจสอบดุลพินิจของเจ้าหน้าที่รัฐหรือเจ้าหน้าที่ตำรวจ โดยให้ศาลยุติธรรมมีอำนาจในการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ตำรวจอย่างมาก การนี้ศาลยุติธรรมกลับใช้ดุลพินิจโดยไม่มีทิศทางที่แน่นอน

นอกจากนี้ ศาลรัฐธรรมนูญซึ่งมีอำนาจที่จะสามารถหยิบยกหลักความได้สัดส่วนมาพิจารณา บทบัญญัติกฎหมายหรือพิจารณาคดีที่ขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญได้ กลับมิได้ใช้หลักความได้สัดส่วน มาใช้พิจารณาคดีเพื่อชี้แจงน้ำหนักสิทธิเสรีภาพของประชาชนที่เพียงพอ การกระทำเช่นนี้ย่อมมีแต่จะ เพิ่มการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ตำรวจในการดูแลการชุมนุมสาธารณะ ส่งผลในการลดทอนเสรีภาพใน การชุมนุม โดยมีได้มีระบบการตรวจสอบจากองค์กรตุลาการที่มีประสิทธิภาพตามหลักความชอบด้วย กฎหมาย



บทที่ 5

บทสรุป ข้อเสนอแนะ

5.1 บทสรุป

การประชุมสาธารณะถือเป็นเสรีภาพหนึ่งที่ถูกรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญ โดยได้มีการบัญญัติรับรองขอบเขตการใช้เสรีภาพการประชุมไว้ในพระราชบัญญัติการประชุมสาธารณะ พ.ศ. 2558 อย่างเป็นรูปธรรม รวมถึงเป็นแนวทางปฏิบัติของเจ้าหน้าที่ต่อการควบคุมและดูแลการประชุมสาธารณะ ซึ่งเป็นสิ่งสำคัญอย่างขาดไม่ได้ต่อการรับรองเสรีภาพในการชุมนุม โดยจะส่งผลให้การชุมนุมได้รับการคุ้มครองตามกฎหมาย ทั้งนี้ เจ้าหน้าที่ตำรวจย่อมมีส่วนสำคัญในการควบคุมและดูแลการประชุม โดยการกำหนดมาตรการต่าง ๆ ภายใต้หลักสากลและกฎหมายภายใน ทั้งนี้ การกำหนดมาตรการหรือการออกคำสั่งต่าง ๆ ในการดูแลการประชุมสาธารณะ นอกจากจะต้องคำนึงถึงกฎหมายภายในที่ให้อำนาจไว้ ยังต้องคำนึงถึงหลักสากลที่จะต้องปฏิบัติตามด้วย กล่าวได้ดังต่อไปนี้

การดูแลการประชุมสาธารณะของเจ้าหน้าที่ตำรวจ หรือ “หลักการดูแลการประชุมสาธารณะ (Public order policing)” ถือเป็นหลักสากล ซึ่งอยู่ภายใต้การรับรองของกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมืองของสหประชาชาติ ค.ศ.1966 (ICCPR) เมื่อมีการชุมนุมสาธารณะประเทศเสรีประชาธิปไตยจะต้องคำนึงและปฏิบัติให้เกิดขึ้นอยู่เสมอ ประเทศไทยได้เข้าเป็นภาคีโดยการภาคยานุวัติตั้งแต่ปี 2539 ทำให้รัฐต้องมีหน้าที่ต่อประชาชนในการรับรองเสรีภาพในการชุมนุมทั้งเชิงลบและเชิงบวก กล่าวคือ รัฐจะมีหน้าที่ละเว้นการแทรกแซงการประชุมสาธารณะที่สงบและปราศจากอาวุธ และรัฐจะต้องมีหน้าที่อำนวยความสะดวกหรือคุ้มครองป้องกันการใช้เสรีภาพในการชุมนุมให้เกิดจริง ทั้งนี้ เพื่อจัดการให้การชุมนุมไม่กระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนมากเกินไป

กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมืองของสหประชาชาติ ค.ศ. 1966 (The UN International Covenant on Civil and Political Rights : ICCPR) มีการรับรองเสรีภาพในการชุมนุมไว้ในข้อที่ 21 ไว้ว่า “สิทธิในการชุมนุมโดยสงบย่อมได้รับการรับรอง การจำกัดการใช้สิทธินี้ย่อมกระทำไม่ได้ นอกจากจะกระทำโดยกฎหมายและเพียงพอที่จำเป็นสำหรับสังคมประชาธิปไตย เพื่อประโยชน์แห่งความมั่นคงของชาติ หรือความปลอดภัย ความสงบเรียบร้อย การสาธารณสุข ศีลธรรมของประชาชนหรือการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคลอื่น”

อย่างไรก็ตาม แม้อำนาจภายในทั้งในระดับรัฐธรรมนูญและกฎหมายที่มีลำดับศักดิ์ต่ำกว่ารัฐธรรมนูญ จะไม่มีบทบังคับให้รัฐต้องปฏิบัติตามหลักสากล แต่หากพิจารณารัฐธรรมนูญแห่ง

ราชอาณาจักรไทยแล้ว จะพบว่า ได้บัญญัติรับรองเสรีภาพในการชุมนุมสอดคล้องกับกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง กล่าวคือ เสรีภาพในการชุมนุม โดยหลัก หากได้ดำเนินไปโดยสงบและปราศจากอาวุธ ย่อมได้รับการคุ้มครองตามกฎหมาย ทั้งนี้ การใช้เสรีภาพในการชุมนุมสามารถถูกจำกัดได้ตามกฎหมาย ภายใต้เงื่อนไขการรักษาความมั่นคงของรัฐ ความปลอดภัยสาธารณะและความสงบเรียบร้อยหรือเพื่อรักษาไว้ซึ่งศีลธรรมอันดีของประชาชน อันเป็นการกล่าวได้ว่ารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย บัญญัติรับรองเสรีภาพในการชุมนุมที่มีเจตนารมณ์สอดคล้องกับหลักสากล ดังนั้น การใช้ดุลพินิจหรือการตีความกฎหมายของเจ้าหน้าที่ตำรวจตามกฎหมายภายในย่อมจะต้องสอดคล้องกับหลักสากลด้วย

นอกจากนี้ความเห็นทั่วไปฉบับที่ 37 (General comment) ของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนได้อธิบายหลักการและวางแนวทางการตีความในเรื่องการชุมนุมโดยสงบไว้ ซึ่งได้กำหนดรายละเอียดและขอบเขตในการดูแลการชุมนุมสาธารณะภายใต้กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ข้อ 21 ทั้งในเรื่องการแจ้งการชุมนุม การบังคับใช้กฎหมายและการใช้กำลังของเจ้าหน้าที่ตำรวจ การให้ความเห็นทั่วไปลักษณะเช่นนี้ มาจากความเห็นของผู้เชี่ยวชาญ และเป็นเอกสารที่ใช้ในการตีความกฎหมายการชุมนุมสาธารณะ กรณีนี้ความเห็นทั่วไปฉบับที่ 37 สามารถเป็นแนวทางในการดูแลการชุมนุมสาธารณะให้กับเจ้าหน้าที่ตำรวจและองค์กรตุลาการได้ ดังนั้นอำนาจดุลพินิจในการดูแลการชุมนุมสาธารณะของเจ้าหน้าที่ตำรวจและการพิจารณาพรรคตีโดยองค์กรตุลาการ ย่อมอยู่ภายใต้กรอบของรัฐธรรมนูญไทยซึ่งสอดคล้องกับหลักสากลทั้งสิ้น หรืออาจกล่าวได้ว่า การดูแลการชุมนุมสาธารณะจำเป็นจะต้องปฏิบัติให้สอดคล้องกับกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมืองด้วย

กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการดูแลการชุมนุมสาธารณะที่กล่าวมา คือ พระราชบัญญัติการชุมนุมสาธารณะ พ.ศ.2558 บัญญัติหลักเกณฑ์การดูแลการชุมนุมสาธารณะที่มีเจตนารมณ์สอดคล้องกับหลักสากลเช่นเดียวกัน ดังนั้น ในทางปฏิบัติการออกมาตรการหรือคำสั่งในการดูแลการชุมนุมสาธารณะ เจ้าหน้าที่ตำรวจจะต้องคำนึงถึงเจตนารมณ์ของกฎหมายที่ให้อำนาจไว้ ซึ่งหมายความว่า การบังคับใช้กฎหมายของเจ้าหน้าที่ตำรวจย่อมต้องตกอยู่ภายใต้ขอบเขตของหลักสากล คือ กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง แต่ในทางปฏิบัติการใช้อำนาจตามกฎหมายในการดูแลการชุมนุมสาธารณะ กลับมิได้สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของกฎหมายการชุมนุมสาธารณะหรือหลักสากลแต่อย่างใด อีกทั้ง ในปัญหาของกฎหมายการชุมนุมสาธารณะในเรื่องอำนาจดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ตำรวจ กล่าวคือ ในบางเรื่องเปิดโอกาสให้เจ้าหน้าที่ตำรวจใช้ดุลพินิจได้

กว้างขวาง แต่ในบางเรื่องที่เป็นเปิดโอกาสให้เจ้าหน้าที่ใช้ดุลพินิจกลับไม่ปรากฏให้เห็น ท้ายที่สุดเกิดการใช้ดุลพินิจและการออกคำสั่งอย่างไม่มีมาตรฐานและมีการใช้อำนาจดุลพินิจอย่างไร้ขอบเขต ก่อให้เกิดการลิดรอนสิทธิเสรีภาพของประชาชนเป็นวงกว้าง

เมื่อศึกษาเปรียบเทียบการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจการดูแลการชุมนุมสาธารณะของเจ้าหน้าที่ตำรวจในต่างประเทศเรื่องการแจ้งและการขออนุญาต การวางข้อจำกัดทางด้านเนื้อหา เวลา สถานที่ และรูปแบบการชุมนุม การสั่งห้ามการชุมนุม และการสลายการชุมนุมสาธารณะ พบว่าประเทศฝรั่งเศส และประเทศอังกฤษได้กำหนดแนวทางการดูแลการชุมนุมที่เกี่ยวกับการชุมนุมสาธารณะและการเดินขบวนที่แตกต่างกัน โดยกำหนดเงื่อนไขในการดูแลการชุมนุมรูปแบบการเดินขบวนมากกว่ารูปแบบการชุมนุมสาธารณะ (การชุมนุมอยู่กับที่) ส่งผลให้การชุมนุมที่เป็นรูปแบบการชุมนุมสาธารณะ สามารถใช้ได้อย่างเต็มที่โดยไม่ต้องมีการแจ้งล่วงหน้า รวมถึงการวางข้อจำกัดทางด้านเนื้อหา เวลา สถานที่ และรูปแบบในการชุมนุม การสั่งห้ามการชุมนุม และการสลายการชุมนุม มีการบัญญัติไว้ในกฎหมายที่ชัดเจนและสอดคล้องกับหลักสากล กล่าวคือ การจำกัดเนื้อหาการชุมนุมกระทำภายใต้ขอบเขตของมาตรา 21 ประกอบกับมาตรา 20 แห่งกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง การวางข้อจำกัดทางด้านเวลา สถานที่ และรูปแบบการชุมนุมมิได้ให้อำนาจดุลพินิจตามกฎหมายแก่เจ้าหน้าที่ตำรวจในการวางข้อจำกัดมากนัก และถึงแม้กฎหมายให้อำนาจดุลพินิจแก่เจ้าหน้าที่ตำรวจในการสั่งห้ามการชุมนุมและการสลายการชุมนุม แต่ยังคงมีกรอบการใช้ดุลพินิจอย่างชัดเจน และมีแนวทางปฏิบัติที่ต้องผ่านการพิจารณาจากองค์กรอื่น ๆ เช่น ประเทศอังกฤษ การสั่งห้ามการชุมนุมต้องได้รับความเห็นชอบจากรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทย ก่อน มิใช่เป็นอำนาจของเจ้าหน้าที่ตำรวจแต่เพียงผู้เดียว อันทำให้เจ้าหน้าที่ตำรวจมีอำนาจดุลพินิจในการดูแลการชุมนุมสาธารณะภายใต้ขอบเขตที่จำกัด นอกจากนี้ กระบวนการตรวจสอบโดยองค์กรตุลาการมีอยู่อย่างเข้มข้น โดยใช้หลักความสัดส่วนในการสร้างหลักเกณฑ์ในการดูแลการชุมนุมสาธารณะให้กับเจ้าหน้าที่ตำรวจ ดังนั้น แม้บทบัญญัติของกฎหมายให้อำนาจดุลพินิจแก่เจ้าหน้าที่ตำรวจในการกำหนดเงื่อนไขในการชุมนุม การสั่งห้ามและการสลายการชุมนุม ขณะเดียวกันองค์กรตุลาการก็มีบทบาทอย่างมากต่อการสร้างกฎเกณฑ์ในเรื่องการชุมนุมสาธารณะ ก่อให้เกิดแนวทางที่ชัดเจนในการกำหนดเงื่อนไข การสั่งห้ามและการสลายการชุมนุมในการดูแลการชุมนุมสาธารณะให้กับเจ้าหน้าที่ตำรวจ

ในส่วนประเทศเกาหลีใต้บัญญัติกฎหมายกำหนดแนวทางในการดูแลการชุมนุมสาธารณะและการเดินขบวนที่คล้ายกับประเทศไทย กล่าวคือ บทบัญญัติของกฎหมายแยกรูปแบบการชุมนุม

สาธารณะ (การประชุมอยู่กันที่) และการเดินขบวนออกจากกัน แต่การประชุมทั้งสองรูปแบบอยู่ภายใต้ การดูแลการประชุมสาธารณะเงื่อนไขเดียวกัน กล่าวคือ ไม่ว่าจะเป็นการประชุมสาธารณะ หรือการ เดินขบวน ย่อมจะต้องแจ้งล่วงหน้าเสมอ และเจ้าหน้าที่ตำรวจใช้มาตรการในการดูแลการประชุมที่ เหมือนกันได้ ทำให้การประชุมสาธารณะและการเดินขบวนที่มีกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชน ต่างกันต้องตกอยู่ภายใต้มาตรการการดูแลการประชุมเดียวกัน ส่งผลให้เจ้าหน้าที่ตำรวจบังคับใช้ กฎหมายอย่างเข้มงวดโดยไม่คำนึงถึงรูปแบบการประชุมที่เกิดขึ้น เช่น ต้องมีการแจ้งการประชุม สาธารณะและการเดินขบวนล่วงหน้าเสมอ และการวางข้อจำกัดทางด้านเนื้อหาที่แทรกแซงเนื้อหาใน การชุมนุมไม่สอดคล้องกับหลักสากล

อย่างไรก็ดี การวางข้อจำกัดทางด้านเวลา สถานที่ และรูปแบบของการชุมนุมในประเทศ เกาหลีใต้ มีข้อยกเว้นบางประการให้สามารถกระทำได้ ซึ่งนับว่าเป็นผลผลิตจากการตรวจสอบการใช้ ดุลพินิจขององค์กรตุลาการ สะท้อนให้เห็นว่า แม้กฎหมายกำหนดให้อำนาจดุลพินิจแก่เจ้าหน้าที่ ตำรวจในการดูแลการประชุมสาธารณะอย่างมาก แต่ศาลยังคงมีบทบาทในการตรวจสอบความชอบ ด้วยกฎหมายของบทบัญญัติการประชุม อันทำให้เจ้าหน้าที่ตำรวจมีความตระหนักรู้มากขึ้นถึงการใช้อำนาจในการดูแลการประชุมสาธารณะ

จากการศึกษาบทบัญญัติการประชุมสาธารณะในกฎหมายต่างประเทศ จึงอาจกล่าวได้ว่า ทั้ง กฎหมายประเทศฝรั่งเศสและประเทศอังกฤษมีบทบัญญัติของกฎหมายและการดูแลการประชุมที่ สอดคล้องกับหลักสากลอย่างเห็นได้ชัด ไม่ว่าจะเรื่องการวางข้อจำกัดด้านการแจ้ง⁴¹⁸ ด้านเนื้อหา⁴¹⁹ ด้านเวลา สถานที่ และรูปแบบ⁴²⁰ การสั่งห้ามการประชุม⁴²¹ หรือการสลายการประชุม⁴²² ถึงแม้กรณี ประเทศเกาหลีใต้จะมีการดูแลการประชุมสาธารณะที่ไม่สอดคล้องกับหลักสากลอยู่บ้างบางประการ แต่กระบวนการตรวจสอบของศาลยังคงดำเนินไปอย่างเข้มข้นโดยศาลรัฐธรรมนูญ และสอดคล้องกับ หลักการดูแลการประชุมตามหลักสากล ภายใต้การพิจารณาตามหลักความได้สัดส่วน การนี้จึงสะท้อน ให้เห็นว่า กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมืองเป็นเรื่องสำคัญที่จะทำให้ การดูแลการประชุมสาธารณะของเจ้าหน้าที่ตำรวจดำเนินไปโดยไม่ลดทอนเสรีภาพของประชาชนเกินควร และมีกระบวนการตรวจสอบโดยศาลที่มีมาตรฐาน

⁴¹⁸ วิเคราะห์ไว้หน้าที่ 86

⁴¹⁹ วิเคราะห์ไว้หน้าที่ 93

⁴²⁰ วิเคราะห์ไว้หน้าที่ 96

⁴²¹ วิเคราะห์ไว้หน้าที่ 104

⁴²² วิเคราะห์ไว้หน้าที่ 110

ในทางตรงกันข้าม การศึกษาการดูแลการชุมนุมสาธารณะในประเทศไทย พบว่า เรื่องการแจ้งการชุมนุม แม้อยู่ภายใต้ระบบการแจ้ง แต่ถูกบังคับใช้อย่างเคร่งครัดและไม่ตรงตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย ทำให้การชุมนุมสาธารณะที่เกิดขึ้นโดยสงบและปราศจากอาวุธต้องถูกยุติลงเนื่องจากการไม่แจ้งการชุมนุม ในการวางข้อจำกัดด้านเนื้อหา มีการนำกฎหมายอื่น ๆ มาบังคับใช้เพื่อจำกัดเนื้อหาในการชุมนุม ซึ่งเป็นการทำลายเจตนารมณ์ของกฎหมายการชุมนุมสาธารณะ ทั้งยังมีการบังคับใช้กฎหมายการชุมนุมสาธารณะเกินขอบเขตที่กฎหมายกำหนดเพื่อจำกัดเนื้อหาการชุมนุม ในการวางข้อจำกัดทางด้านเวลา สถานที่และรูปแบบการชุมนุมในประเทศไทย ถูกบัญญัติห้ามไว้อย่างเด็ดขาดโดยไม่มีข้อยกเว้น และบทบัญญัติบางประการเจ้าหน้าที่ตำรวจนำมาบังคับใช้อย่างกว้างขวาง อีกทั้งในเรื่องการสั่งห้ามการชุมนุมและการสลายการชุมนุมที่ขัดกับหลักสากลและมีหลักเกณฑ์ที่ต่างจากกฎหมายต่างประเทศ และโครงสร้างของการชุมนุมสาธารณะก็บัญญัติให้อำนาจผูกพันแก่เจ้าหน้าที่ตำรวจต้องสั่งห้ามการชุมนุมและสลายการชุมนุมเสมอ หากปรากฏว่ามีการชุมนุมที่ฝ่าฝืนต่อกฎหมายเหล่านี้แสดงให้เห็นถึงการดูแลการชุมนุมสาธารณะของเจ้าหน้าที่ตำรวจมิได้เป็นไปตามเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญและไม่มีมาตรฐานตามหลักสากล

ในด้านกระบวนการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจโดยองค์กรตุลาการของไทย พบว่า การใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ตำรวจในการดูแลการชุมนุมสาธารณะถือเป็นการกระทำทางปกครอง ต้องตกอยู่ภายใต้หลักความชอบด้วยกฎหมาย และหลักความชอบด้วยกฎหมายจะมีผลในทางปฏิบัติได้ต่อเมื่อมีการควบคุมตรวจสอบการกระทำปกครองได้ ดังนั้น การใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ตำรวจในการดูแลการชุมนุมสาธารณะ หากจะเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมาย หรือแม้จะเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมายแล้ว ก็จำเป็นต้องมีกระบวนการตรวจสอบตามหลักความจำเป็นและหลักความได้สัดส่วนที่มีประสิทธิภาพ เพื่อเป็นหลักประกันสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของประชาชน

เมื่อพิจารณากระบวนการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ตำรวจในการดูแลการชุมนุมสาธารณะโดยองค์กรตุลาการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พบว่า เมื่อมีการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินตามพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548 เพื่อควบคุมการชุมนุมสาธารณะ มีผลเป็นการจำกัดอำนาจศาลปกครองในการเข้าไปตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ตำรวจภายใต้สถานการณ์ฉุกเฉิน ดังนั้น การใช้ดุลพินิจในการดูแลการชุมนุมสาธารณะในสถานการณ์ฉุกเฉิน เจ้าหน้าที่ตำรวจไม่อาจถูกตรวจสอบการใช้ดุลพินิจได้โดยศาลปกครอง หมายความว่า การควบคุมตรวจสอบการกระทำทางปกครองไม่อาจเกิดขึ้นได้เมื่อมีการประกาศใช้กฎหมายฉุกเฉิน การนี้ส่งผลให้ศาลยุติธรรมมีอำนาจในการตรวจสอบดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ตำรวจ อย่างไรก็ตาม การตรวจสอบโดย

ศาลยุติธรรมก็มีได้ไปในทิศทางเดียวกัน ดังเช่น คำพิพากษาศาลจังหวัดอุดรธานี หมายเลขคดีแดงที่ 852/2565 และคำพิพากษาศาลแขวงอุสุม หมายเลขคดีแดงที่ 1137/2564 ดังที่วิเคราะห์ไว้แล้วใน บทที่ 4

นอกจากนี้ กรณีการชุมนุมสาธารณะในห้วงเวลาปกติ แม้กฎหมายบัญญัติหรือเปิดช่องให้องค์กรตุลาการสามารถตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ตำรวจได้ แต่ยังมีปัญหาเรื่องเขตอำนาจศาลในการตรวจสอบดุลพินิจตามพระราชบัญญัติการชุมนุมสาธารณะ ส่งผลให้มีข้อจำกัดในการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจในการดูแลการชุมนุมสาธารณะโดยองค์กรตุลาการ กล่าวคือ ในเนื้อหาของพระราชบัญญัติการชุมนุมสาธารณะเป็นเรื่องเกี่ยวกับคดีปกครอง การกระทำใด ๆ ของเจ้าหน้าที่ตำรวจในการดูแลการชุมนุมสาธารณะควรตกอยู่ภายใต้อำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง และในทางปฏิบัติแม้ศาลปกครองจะมีอำนาจพิจารณาคดีที่เกี่ยวข้องกับการกระทำโดยมิชอบด้วยกฎหมายของเจ้าหน้าที่ตำรวจ แต่บทบัญญัติการชุมนุมสาธารณะกลับมิได้บัญญัติไว้ให้ชัดเจนในเรื่องเขตอำนาจศาลปกครอง และบทบัญญัติในเรื่องที่มีลักษณะเป็นคดีปกครองกลับบัญญัติให้อยู่ในอำนาจของศาลยุติธรรม ทำให้ศาลปกครองมีบทบาทในการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจหรือสร้างหลักเกณฑ์ที่เป็นแนวทางให้กับเจ้าหน้าที่ตำรวจในการดูแลการชุมนุมสาธารณะน้อยมาก

ยิ่งไปกว่านั้น ปัญหาการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจโดยองค์กรตุลาการ คือ การใช้หลักความจำเป็นสำหรับสังคมประชาธิปไตยและหลักความได้สัดส่วน และการตรวจสอบโดยพิจารณาจากลักษณะดุลพินิจที่ผิดพลาด ซึ่งองค์กรตุลาการต่างต้องนำมาใช้ในการควบคุมการตรวจสอบฝ่ายปกครองให้อยู่ภายใต้กรอบของกฎหมายกลับถูกนำมาใช้น้อยมาก กล่าวคือ ศาลยุติธรรมและศาลปกครองมีข้อจำกัดในการนำหลักความจำเป็นและหลักความได้สัดส่วนมาใช้ในการพิจารณาคดี และแม้แต่ศาลรัฐธรรมนูญซึ่งสามารถนำหลักความได้สัดส่วนมาปรับใช้ได้ แต่ก็มีได้นำมาใช้กับคดีที่เกี่ยวข้องกับการชุมนุมสาธารณะ และในกรณีการตรวจสอบจากการใช้ดุลพินิจที่ผิดพลาดซึ่งคดีเกี่ยวกับการชุมนุมสาธารณะขึ้นสู่ศาลยุติธรรมจำนวนมาก ศาลยุติธรรมมักจะมองข้ามการตรวจสอบว่าเจ้าหน้าที่ตำรวจมีการใช้ดุลพินิจที่ตรงตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย หรือบิดเบือนกฎหมายหรือไม่อย่างไร การพิจารณาจึงแยกเป็น 2 ประเด็น ดังนี้

ประเด็นแรก ในเรื่องหลักความจำเป็นสำหรับสังคมประชาธิปไตยและหลักความได้สัดส่วน ซึ่งเป็นหลักที่ใช้ในการพิจารณาการจำกัดเสรีภาพในการชุมนุมในทางสากล และเป็นเรื่องศาลควรนำมาใช้ในการพิจารณาคดีเพื่อตรวจสอบดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ตำรวจในการดูแลการชุมนุมสาธารณะ เนื่องจากเป็นกรณีที่เจ้าหน้าที่ตำรวจจะต้องจำกัดเสรีภาพในการชุมนุมบางประการและคุ้มครองสิทธิ

เสรีภาพของประชาชน จึงจำเป็นอย่างมากที่ศาลจะต้องนำหลักการพิจารณาที่สอดคล้องกับหลักสากล มาปรับใช้ แต่เนื่องจากศาลไทยปฏิเสธการปรับใช้สนธิสัญญาหรือหลักกฎหมายสากลและเลือกปรับใช้กฎหมายภายในที่แปลงรูปแล้วเท่านั้น จึงทำให้ศาลไทยโดยเฉพาะศาลยุติธรรมและศาลปกครองมีข้อจำกัดในการพิจารณาคดีที่จะนำหลักสากลมาปรับใช้ หรือกรณีในสถานการณ์ฉุกเฉิน ศาลปกครองก็ถูกจำกัดอำนาจในการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ที่ดูแลการชุมนุมสาธารณะภายใต้ อำนาจกฎหมายฉุกเฉิน

นอกจากนี้กรณีการใช้หลักความได้สัดส่วน โดยเฉพาะศาลรัฐธรรมนูญได้ยอมรับและนำมาใช้เป็นหลักกฎหมายทั่วไป แต่คดีที่เกี่ยวกับการชุมนุมสาธารณะศาลรัฐธรรมนูญก็มิได้นำหลักความได้สัดส่วนมาปรับใช้เท่าที่ควร เช่นกรณีตัวอย่างในหัวข้อ 4.3.2.1 คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 19/2564 กรณีการชุมนุมสาธารณะที่ถูกรื้อต่อศาลรัฐธรรมนูญ ตามมาตรา 49 อันเป็นเรื่องเกี่ยวกับการใช้สิทธิเสรีภาพเพื่อล้มล้างปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ซึ่งจำเป็นอย่างยิ่งในการที่ศาลรัฐธรรมนูญจะนำเรื่องความจำเป็นในสังคมประชาธิปไตยและหลักความได้สัดส่วนมาปรับใช้ เนื่องจากตามข้อเท็จจริงเป็นเพียงการชุมนุมที่สงบและปราศจากอาวุธเท่านั้น และมิได้มีพฤติการณ์ใด ๆ ที่สื่อให้เห็นถึงการกระทำที่ต้องการล้มล้างการปกครอง การนี้จึงเป็นกรณีที่สะท้อนให้เห็นว่าศาลยังคงเข้ามามีบทบาทน้อยมากในการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ตำรวจ ไม่ว่าจะทั้งเรื่องข้อจำกัดในการใช้หลักความจำเป็นในสังคมประชาธิปไตยและหลักความได้สัดส่วน หรือกรณีศาลรัฐธรรมนูญที่สามารถใช้หลักความได้สัดส่วนได้แต่ไม่นำใช้ในตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ตำรวจในการดูแลการชุมนุมสาธารณะ

ประเด็นที่สอง กรณีการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจที่ผิดพลาด ซึ่งถือเป็นหลักการที่สำคัญประการหนึ่งที่ศาลสามารถพิจารณาการใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ตำรวจในการดูแลการชุมนุมสาธารณะได้ว่า การใช้ดุลพินิจดังกล่าวนั้นเป็นการใช้ดุลพินิจเกินขอบเขตที่กฎหมายกำหนด ไม่ใช่ดุลพินิจ ใช้ดุลพินิจโดยบกพร่องหรือบิดเบือน ใช้ดุลพินิจไม่คำนึงถึงสิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ หรือใช้ดุลพินิจขัดกับหลักกฎหมายทั่วไปหรือไม่ โดยเฉพาะคำสั่งทางปกครองที่มีการใช้ดุลพินิจโดยผิดพลาด ศาลสามารถตรวจสอบและเพิกถอนได้ จากการศึกษาพบว่า แม้ศาลปกครองสูงสุดได้เคยมีคำวินิจฉัยในเรื่องลักษณะดุลพินิจที่ผิดพลาดอยู่บ้าง แต่ในทางปฏิบัติที่เกิดขึ้น เจ้าหน้าที่ตำรวจยังคงมีการใช้ดุลพินิจที่ผิดพลาดในเรื่องการชุมนุมสาธารณะอยู่เสมอ เช่น การไม่ใช้ดุลพินิจ การใช้ดุลพินิจโดยบิดเบือน หรือการใช้ดุลพินิจที่ขัดกับหลักกฎหมายทั่วไป อีกทั้งในกรณีของศาลยุติธรรม ซึ่งเป็นเขตอำนาจศาลที่ส่วนเกี่ยวข้องกับพระราชบัญญัติการชุมนุมสาธารณะโดยตรง กลับไม่ได้นำหลักการ

ตรวจสอบดุลพินิจที่ผิดพลาดมาใช้เท่าที่ควร กล่าวคือ การชุมนุมภายใต้พระราชบัญญัติการชุมนุมสาธารณะ มีการฟ้องร้องและดำเนินคดีกับผู้จัดการชุมนุมเป็นจำนวนมาก โดยหลายคดีที่เกิดขึ้นเจ้าหน้าที่ตำรวจมีการใช้ดุลพินิจที่ผิดพลาด เช่น การบังคับใช้กฎหมายเกี่ยวกับการแจ้งการชุมนุม ซึ่งกฎหมายมีเจตนารมณ์เพื่อให้เจ้าหน้าที่ตำรวจอำนวยความสะดวกและดูแลรักษาความสงบเรียบร้อยในบ้านเมือง แต่เจ้าหน้าที่ตำรวจกลับบังคับใช้บทบัญญัติดังกล่าวโดยเคร่งครัด โดยไม่คำนึงถึงพฤติการณ์ของบุคคลว่าจะเป็นผู้จัดการชุมนุม และมีหน้าที่ในการแจ้งการชุมนุมจริงหรือไม่ และศาลยุติธรรมก็ได้พิจารณาคดีตามคำฟ้องของเจ้าหน้าที่ตำรวจและพนักงานอัยการ โดยมักจะมองข้ามการตรวจสอบดุลพินิจที่ผิดพลาด

ยิ่งไปกว่านั้น ศาลยุติธรรมได้พิจารณาคดีบังคับใช้กฎหมายอื่น ๆ ซึ่งมีได้เกี่ยวข้องหรือมีเจตนารมณ์ในการคุ้มครองดูแลการชุมนุมสาธารณะ และเป็นกฎหมายที่นอกเหนือจากที่รัฐธรรมนูญบัญญัติรับรองการจำกัดเสรีภาพในการชุมนุม ปัญหานี้สะท้อนถึงการไม่เคารพถึงการมีอยู่ของเจตนารมณ์กฎหมายการชุมนุมสาธารณะ ส่งผลให้เจ้าหน้าที่ตำรวจนำกฎหมายอื่น ๆ มาบังคับใช้ทำลายเจตนารมณ์พระราชบัญญัติการชุมนุมสาธารณะ อีกทั้งศาลยุติธรรมก็ได้พิจารณาคดีรับรองการบังคับใช้กฎหมายของเจ้าหน้าที่ตำรวจว่าสามารถนำกฎหมายอื่น ๆ มาบังคับใช้ได้กับการชุมนุมได้ แม้มีกฎหมายการชุมนุมสาธารณะซึ่งเป็นกฎหมายเฉพาะบังคับใช้อยู่ในปัจจุบัน กล่าวคือ โดยหลักเจ้าหน้าที่ตำรวจสามารถที่จะนำกฎหมายฉบับอื่น ๆ มาบังคับใช้กับความผิดที่เกิดขึ้นได้ แต่การบังคับใช้กฎหมายฉบับต่าง ๆ นั้น ต้องไม่ทำลายหรือเป็นการบังคับใช้กฎหมายโดยไม่เคารพเจตนารมณ์ของพระราชบัญญัติกฎหมายการชุมนุมสาธารณะ

จึงสามารถกล่าวได้ว่า การบังคับใช้กฎหมายเพื่อการดูแลการชุมนุมสาธารณะของเจ้าหน้าที่ตำรวจได้ถูกใช้อย่างไม่มีมาตรฐานตามหลักสากล และไม่เป็นไปตามเจตนารมณ์ของกฎหมายการชุมนุมสาธารณะ ซึ่งมีปัจจัยมาจากการที่เจ้าหน้าที่ตำรวจขาดความตระหนักรู้ในการดูแลการชุมนุมสาธารณะตามหลักสากล และความเข้าใจในเจตนารมณ์ของกฎหมายการชุมนุมสาธารณะว่าแท้จริงแล้วต้องเป็นไปเพื่อการอำนวยความสะดวกในการใช้เสรีภาพในการชุมนุมมากกว่าการควบคุมหรือจำกัดการชุมนุมสาธารณะขณะเดียวกันมีหน้าที่ต้องรักษาความสงบเรียบร้อยในบ้านเมือง ขณะที่การตรวจสอบโดยองค์กรตุลาการมีบทบาทน้อยมาก ไม่ว่าจะเป็นเรื่องการตรวจสอบโดยใช้หลักความจำเป็นสำหรับสังคมประชาธิปไตยและหลักความได้สัดส่วนที่ไม่ได้นำใช้มาอย่างเป็นรูปธรรม ดังตัวอย่างที่แสดงให้เห็นในหัวข้อที่ 4.3.2.1 เช่น คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 19/2564 คดีเกี่ยวกับการใช้สิทธิเสรีภาพล้มล้างปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข หรือคำ

วินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 10-13/2564 กรณีบทบัญญัติเรื่องการแจ้งที่วินิจฉัยโดยไม่สอดคล้องกับหลักความจำเป็นสำหรับสังคมประชาธิปไตย และการตรวจสอบดุลพินิจที่ผิดพลาด โดยศาลก็มีได้นำมาใช้ในการพิจารณาคดีการชุมนุมสาธารณะ ดังตัวอย่างที่แสดงให้เห็นหัวข้อที่ 4.3.2.2 เช่น คดีแพลชม็อบเมื่อวันที่ 14 ธันวาคม 2562 โดยศาลแขวงเชียงใหม่ได้มีคำพิพากษาให้นายประสิทธิ์ กระจ่างโรจน์ ซึ่งเป็นเพียงผู้โพสต์ข้อความผ่านเฟซบุ๊กเพื่อเชิญชวนเข้าร่วมการชุมนุม เป็นผู้ประสงค์จะจัดการชุมนุมสาธารณะด้วย ซึ่งถือเป็นการใช้ดุลพินิจโดยบิดเบือน โดยศาลยุติธรรมได้พิจารณาตามคำฟ้องของเจ้าหน้าที่ตำรวจและอัยการและมองข้ามตรวจสอบการใช้ดุลพินิจที่ผิดพลาดของเจ้าหน้าที่ตำรวจ เช่นนี้ย่อมทำให้การใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ตำรวจในการดูแลการชุมนุมสาธารณะถูกใช้อย่างกว้างขวางและลดทอนเสรีภาพในการชุมนุมเกินกว่าที่ควรจะเป็น

5.2 ข้อเสนอแนะ

จากการศึกษาหลักการดูแลการชุมนุมสาธารณะของเจ้าหน้าที่ตำรวจตามกฎหมายไทย ประกอบกับหลักสากลและกฎหมายต่างประเทศ ผู้เขียนจึงมีข้อเสนอแนะดังต่อไปนี้

1. ข้อเสนอด้านข้อกฎหมาย

1.1 เสนอให้แก้ไขกฎหมายว่าด้วยเรื่องการชุมนุมสาธารณะให้สอดคล้องกับหลักสากล เนื่องจากบทบัญญัติบางประการยังมิได้ครอบคลุมถึงรูปแบบการชุมนุม และส่งผลให้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ตำรวจมีอยู่อย่างมากมายและถูกใช้อย่างไม่มีมาตรฐาน ซึ่งควรมีดังต่อไปนี้

ก) แยกลักษณะการดูแลการชุมนุมสาธารณะตามรูปแบบการชุมนุมที่เกิดขึ้น คือ การชุมนุมสาธารณะ (การชุมนุมอยู่กับที่) และการเดินขบวน ซึ่งทั้งสองลักษณะจะต้องมีการปฏิบัติของเจ้าหน้าที่ตำรวจในการดูแลการชุมนุมสาธารณะที่ต่างกัน เช่น การชุมนุมสาธารณะเกิดขึ้นได้ โดยไม่ต้องมีการแจ้งล่วงหน้า ทำให้ปัญหาในเรื่องการใช้ดุลพินิจในเรื่องการรับแจ้ง หรือการกำหนดเงื่อนไขต่าง ๆ ในการรับแจ้งการชุมนุมหมดไป ส่วนการชุมนุมที่จะมีการเดินขบวนซึ่งอาจส่งผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของผู้อื่น เจ้าหน้าที่ตำรวจอาจมีดุลพินิจที่สามารถกำหนดเงื่อนไขทางกฎหมายได้มากกว่า การชุมนุมสาธารณะที่เป็นการชุมนุมอยู่กับที่ อีกทั้ง บทบัญญัติทางกฎหมายต้องครอบคลุมถึงประเภทอื่น ๆ ของการชุมนุม เช่น การชุมนุมโดยพลัน (แพลชม็อบ) ที่อาจเพิ่มมากขึ้นในอนาคต หรือการชุมนุมพร้อมกัน กฎหมายอาจจะต้องบัญญัติให้การชุมนุมที่มีการแจ้งก่อน สามารถชุมนุมต่อไปได้

ข) การสั่งห้ามการชุมนุมในสถานที่ต้องห้าม หรือระยะเวลาการชุมนุมถูกบัญญัติไว้ อย่างเคร่งครัด โดยไม่มีข้อยกเว้น ในขณะที่พื้นที่ต้องห้ามการชุมนุม เช่น รัฐสภา หรือทำเนียบรัฐบาล

เป็นจุดยุทธศาสตร์ของการชุมนุม และระยะเวลาในการชุมนุมเป็นสิ่งสำคัญที่จะทำให้ผู้ชุมนุมได้บรรลุวัตถุประสงค์ในการสื่อสารข้อความได้ ทำให้เกิดปัญหาการใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ตำรวจ ดังนั้น จึงเสนอให้มีการยกเลิกสถานที่ต้องห้ามตามกฎหมาย และกำหนดหลักเกณฑ์ในการสั่งห้ามการชุมนุมที่ชัดเจนกว่าเดิม เช่น กรณีประเทศอังกฤษ กำหนดหลักเกณฑ์ในการสั่งห้ามไว้ว่า หากการกำหนดเงื่อนไขในการเดินขบวนไม่เพียงพอ เจ้าหน้าที่ตำรวจสามารถร้องขอต่อสภาเทศบาลเพื่อให้มีคำสั่งห้ามการเดินขบวนได้ เป็นต้น กล่าวคือ เป็นกรณีที่เจ้าหน้าที่ตำรวจจะต้องกำหนดเงื่อนไขในเรื่องสถานที่การชุมนุมเสียก่อน หากภายหลังปรากฏว่าเงื่อนไขเหล่านั้นไม่สามารถบรรลุผลในการรักษาความสงบได้แล้ว จึงจะสามารถสั่งห้ามการชุมนุมได้ ซึ่งต่างจากประเทศไทย กรณีตามพระราชบัญญัติการชุมนุมสาธารณะซึ่งเจ้าหน้าที่ตำรวจจะต้องสั่งห้ามการชุมนุมตามสถานที่ที่กฎหมายกำหนด โดยไม่สามารถมีอำนาจดุลพินิจเป็นอย่างอื่นได้

ค) เสนอให้แก้ไขและเพิ่มเติมบทบัญญัติเรื่องเขตอำนาจศาลปกครองให้ชัดเจนมากขึ้น โดยเฉพาะการแก้ไขบทบัญญัติมาตรา 25 ให้อยู่ในอำนาจของศาลปกครอง จากเดิมที่หากผู้ชุมนุมไม่เห็นด้วยกับคำสั่งเจ้าหน้าที่ตำรวจ สามารถยื่นคัดค้านต่อศาลแพ่งหรือต่อศาลจังหวัดที่มีเขตอำนาจเหนือสถานที่ที่มีการชุมนุมสาธารณะ เนื่องจากพระราชบัญญัติการชุมนุมสาธารณะ เป็นกฎหมายที่มีลักษณะการกระทำทางปกครอง และกล่าวถึงนิติสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับประชาชน จึงจำเป็นต้องมีการกำหนดถึงการตรวจสอบการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ตำรวจโดยศาลปกครอง อีกทั้ง คำสั่งของเจ้าหน้าที่ตำรวจตามพระราชบัญญัติการชุมนุมสาธารณะมีลักษณะเป็นคำสั่งทางปกครอง และเป็นการใช้ดุลพินิจทางปกครอง จึงควรตรวจสอบโดยศาลปกครอง

ง) เสนอให้แก้ไขบทบัญญัติกฎหมายให้มีความสอดคล้องกับหลักสากลมากยิ่งขึ้น โดยเพิ่มเติมบทบัญญัติกฎหมายในเรื่องของการดูแลการชุมนุมสาธารณะมาตรา 19 วรรคท้าย ซึ่งควรกำหนดให้เจ้าหน้าที่ตำรวจต้องมีทัศนคติและมาตรฐานในการดูแลการชุมนุมสาธารณะตามหลักสากลด้วย เพื่อให้การใช้ดุลพินิจในการดูแลการชุมนุมสาธารณะสอดคล้องกับมาตรฐานตามหลักสิทธิมนุษยชนมากขึ้น

2. ข้อเสนอด้านการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจโดยองค์กรตุลาการ

2.1 เสนอให้องค์กรตุลาการให้ความสำคัญในการตรวจสอบดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ตำรวจภายใต้หลักความจำเป็นสำหรับสังคมประชาธิปไตยและหลักความได้สัดส่วน ซึ่งเป็นเรื่องที่ศาลคำนึงถึงในการพิจารณาคดีที่เกี่ยวข้องกับการชุมนุมสาธารณะ เนื่องจากเจตนาของเสรีภาพในการชุมนุมตามบทบัญญัติรัฐธรรมนูญไทยสอดคล้องกับหลักสากล และหลักสากลสามารถถูกนำมาใช้ได้

ฐานะแนวทางการตีความของผู้เชี่ยวชาญและแนวทางบังคับใช้กฎหมายได้ ดังนั้น องค์การตุลาการจึงควรมีบทบาทในการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจภายใต้หลักความจำเป็นสำหรับสังคมประชาธิปไตยและหลักความได้สัดส่วนให้มากขึ้นซึ่งจะเป็นเครื่องบ่งชี้ในการรับรองเสรีภาพในการชุมนุมอย่างมีประสิทธิภาพในประเทศไทย

นอกจากนี้ จากปัญหาการนำหลักความได้สัดส่วนมาใช้ในการตรวจสอบดุลพินิจที่ว่า คำพิพากษาหรือคำวินิจฉัยบางฉบับมิได้วินิจฉัยโดยวางหลักความได้สัดส่วนไว้ครบถ้วน จึงส่งผลให้การตรวจสอบการใช้ดุลพินิจขาดความชัดเจนและใช้โดยมิได้อยู่ในบรรทัดฐานเดียวกัน การนี้จึงเสนอให้ศาลนำหลักความได้สัดส่วนมาวินิจฉัยในคดีที่เกี่ยวข้องกับดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ตำรวจให้ครบถ้วนและชัดเจนในทุกคดีที่เกี่ยวข้องกับการชุมนุมสาธารณะ เพื่อให้เจ้าหน้าที่ตำรวจทราบถึงความสำคัญของหลักความได้สัดส่วนที่จะต้องนำมาใช้ในการใช้ดุลพินิจในการดูแลการชุมนุมสาธารณะมากยิ่งขึ้น นอกจากนี้ เสนอให้ศาลปกครองเพิ่มบทบาทในการวางกรอบการใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ตำรวจ อีกทั้ง ศาลรัฐธรรมนูญควรเพิ่มความเข้มข้นในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของบทบัญญัติการชุมนุมสาธารณะภายใต้เจตนารมณ์ของเสรีภาพการชุมนุมตามหลักสากล

จากการศึกษาการดูแลการชุมนุมสาธารณะของเจ้าหน้าที่ตำรวจ และการตรวจสอบดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ตำรวจโดยองค์การตุลาการ พบว่า การบังคับใช้กฎหมายในการดูแลการชุมนุมสาธารณะได้ใช้ไปอย่างไม่มีมาตรฐาน โดยไม่สอดคล้องกับหลักสากลและไม่เป็นไปตามเจตนารมณ์กฎหมายการชุมนุมสาธารณะ เนื่องจากองค์การตุลาการยังไม่มีบทบาทที่ชัดเจนในการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ตำรวจภายใต้หลักความจำเป็นสำหรับสังคมประชาธิปไตยและหลักความได้สัดส่วน และการตรวจสอบโดยพิจารณาดุลพินิจที่ผิดพลาดก็ไม่ได้นำมาใช้กับการชุมนุมสาธารณะเท่าที่ควร อีกทั้งในห้วงเวลาสถานการณ์ฉุกเฉินซึ่งตัดอำนาจศาลปกครองในการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ตำรวจ ส่งผลให้เสรีภาพในการชุมนุมที่ถูกรับรองไว้ตามรัฐธรรมนูญได้ถูกลิดรอนไปเกินกว่าที่ควรจะเป็น ซึ่งงานวิจัยเล่มนี้ได้นำเสนอปัญหาในเรื่องการดูแลการชุมนุมสาธารณะที่เกิดขึ้นในไทย รวมทั้งชี้ให้เห็นหลักการที่ศาลควรนำมาใช้ในการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ตำรวจในการดูแลการชุมนุมสาธารณะและเป็นเครื่องชี้วัดการรับรองเสรีภาพในการชุมนุมและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนได้ ท้ายที่สุดแนวคำพิพากษาของศาลจะเป็นฐานข้อมูลให้เจ้าหน้าที่ตำรวจหรือหน่วยงานรัฐสามารถนำไปปรับปรุงให้การดูแลการชุมนุมให้สอดคล้องกับหลักสากลยิ่งขึ้น



จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY

บรรณานุกรม

- Amnesty International Thailand. ประเทศไทย: การใช้เครื่องมือฉีดน้ำแรงดันสูงกับผู้ชุมนุมสะท้อนถึงมาตรการปราบปรามการประท้วงที่รุนแรงอย่างน่าตกใจ [ออนไลน์]. 2563. แหล่งที่มา: <https://www.amnesty.or.th/latest/news/859> [เข้าถึงเมื่อ 26 มกราคม 2565]
- BBC NEWS. ชุมนุม 7 ส.ค.: “เยาวชนปลดแอก”ยุติการชุมนุมหลัง ตร.ยิงแก๊สน้ำตา-กระสุนยางใส่2ชม [ออนไลน์]. 2021. แหล่งที่มา: <https://www.bbc.com/thai/thailand-58125952> [เข้าถึงเมื่อ 12 ธันวาคม 2564]
- . Green Mp Caroline Lucas Arrested at Climate Protest [Online]. 2013. Available from: <https://www.bbc.com/news/uk-england-23753750> [12 January 2022].
- BBC News ไทย. ธนาธร และพวก โดนอีกข้อหาจับมือปกไถ้วัง หลังรับทราบข้อกล่าวหาคดีแฟลช몹 [ออนไลน์]. 2020. แหล่งที่มา: <https://www.bbc.com/thai/thailand-51059239> [เข้าถึงเมื่อ 2 ธันวาคม 2021]
- Bennett Institute for Public Policy Cambridge. The History of Emergency Legislation and the Covid-19 Crisis [Online]. 2020. Available from: <https://www.bennettinstitute.cam.ac.uk/blog/history-emergency-legislation-and-covid-19-crisis/> [21 March 2022].
- College of Policing. Public Order: Police Use of Force [Online]. Available from: <https://www.app.college.police.uk/app-content/publicorder/core-principles-and-legislation/police-use-of-force/>
- . Use of Force, Firearms and Less Lethal Weapons [Online]. 2021. Available from: <https://www.college.police.uk/app/armed-policing/use-force-firearms-and-less-lethal-weapons> [23 December 2021].
- Eavid Bonner. Emergency in Peacetime. London: Sweet&Maxwell, 1985.
- Hfocusเจาะลึกระบบสุขภาพ. ตร.เบรก-ทหารไปถึงบ้านห้ามร่วมชุมนุมค้านแก้ ก.ม.บัตรทอง กับ 'กลุ่มคนรักหลักประกันสุขภาพ' [ออนไลน์]. 2017. แหล่งที่มา: <https://www.hfocus.org/content/2017/06/14049> [เข้าถึงเมื่อ 22 กันยายน 2564]
- House of Commons library by Jennifer Brown. Police Powers: Policing Protests. 2020.

- Human Rights Lawyers Association. คำสั่งศาลปกครองกลางไม่รับฟ้องกรณีตำรวจสลายการชุมนุมเรียกร้องรัฐสภารับร่างแก้ไขรัฐธรรมนูญฉบับประชาชน [ออนไลน์]. 2021. แหล่งที่มา: <https://naksit.net/2021/07/court-decree-litigation-case-2/> [เข้าถึงเมื่อ 10 สิงหาคม 2565]
- iLaw. ฐานข้อมูลคดี [ออนไลน์]. แหล่งที่มา: https://freedom.ilaw.or.th/case/826#progress_of_case [เข้าถึงเมื่อ 11 พฤศจิกายน 2564]
- . เปิดข้อกล่าวหาตามฟ้อง คดี "19 กันยาทวงอำนาจคืนราษฎร" [ออนไลน์]. แหล่งที่มา: <https://freedom.ilaw.or.th/node/883> [เข้าถึงเมื่อ 18 สิงหาคม 2565]
- . หมู่บ้านทะเลฟ้า:เมื่อสลายการชุมนุมไม่ชอบธรรมประชาชนจึงต้องอารยะขัดขืน [ออนไลน์]. 2021. แหล่งที่มา: <https://freedom.ilaw.or.th/node/900> [เข้าถึงเมื่อ 14 ธันวาคม 2564]
- Inter-American Commission on Human Rights. Protest and Human Rights.
- International Covenant on Civil and Political Rights. Consideration of Reports Submitted by States Parties under Article 40 of the Covenant in Kazakhstan. (2011).
- . General Comment No.34 on Freedom of Opinion and Expression (Article 19). (2011).
- . General Comment No.37 on the Right of Peaceful Assembly. (2020).
- . States of Emergency (Article 4). (2001).
- KoreaLII. Martial Law [Online]. 2020. Available from: http://www.koreanlii.or.kr/w/index.php/Martial_law?ckattempt=1 [21 October 2021].
- Matchon Online. ศาลปรับ เจมส์ ประสิทธิ์ 9พันบาท ผ่าฝืนพ.ร.ก.ชุมนุม จัดแฟลชม็อบโดยไม่แจ้ง [ออนไลน์]. 2563. แหล่งที่มา: https://www.matchon.co.th/politics/news_2427744 [เข้าถึงเมื่อ 13 ธันวาคม 2564]
- . ศาลสั่งปรับ อานนท์ 600 บาท คดีขายโฮโลแกรมอ่านประกาศคณะราษฎร [ออนไลน์]. แหล่งที่มา: https://www.matchon.co.th/local/crime/news_2423580 [เข้าถึงเมื่อ 11 มกราคม 2565]
- OPBP. The Law on Policing Peaceful Protests. University of Oxford Faculty of Law 2020
- OSCE & Venice Commission. Guideline on Freedom of Peaceful Assembly. Para 51.
- OSCE and Venice Commission. Guidelines on Freedom of Peaceful Assembly.

OSCE/ODIHR. Human Rights Handbook on Policing Assemblies.

A. N. a. others. Government Emergency Powers and Coronavirus [Online]. 2021. Available from: <https://www.instituteforgovernment.org.uk/explainers/emergency-powers> [8 June 2022].

Public Law Net. วิเคราะห์ พ.ร.ก.การบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ.๒๕๕๘ โดย อาจารย์ปิยะบุตร แสงกนกกุล [ออนไลน์]. 2549. แหล่งที่มา: <http://public-law.net/publaw/printPublaw.aspx?ID=886> [เข้าถึงเมื่อ 6 เมษายน 2565]

Supreme Court of Korea. Organization & Composition [Online]. Available from: <https://eng.scourt.go.kr/eng/judiciary/organization/courts.jsp> [20 December 2021].

The Crown Prosecution Service. Offences During Protests, Demonstrations or Campaigns. [Online]. 2022. Available from: : <https://www.cps.gov.uk/legal-guidance/offences-during-protests-demonstrations-or-campaigns> [6 February 2022].

Voraphol Malsukhum. Is Anything Lost by Not Having Proportionality as a General Head of Judicial Review of Administrative Action? Thammasat Law Journal 49, 2 (2020): 372.

เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์. เอกสารคำสอนการควบคุมฝ่ายปกครอง (ประกอบการสอนวิชากฎหมายปกครองฝรั่งเศส ปีการศึกษา 2563) (เอกสารไม่ตีพิมพ์เผยแพร่).

———. หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชน. พิมพ์ครั้งที่ 4 แก้ไขเพิ่มเติม. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2561.

เอกสารสำเนาโดยพนักงานผู้รับผิดชอบสำนวน Romieu. คำวินิจฉัย Conseil D'etat ที่น่าสนใจ. 30.

ไพโรจน์ ไชยนาม. คำอธิบายกฎหมายรัฐธรรมนูญเปรียบเทียบ(โดยสังเขป). พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์อักษรนิติ, 2495.

กมลชัย รัตนสกาวงศ์. ความคิดพื้นฐานเกี่ยวกับดุลพินิจฝ่ายปกครองของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน. วารสารกฎหมายปกครอง 8(2532).

กรมองค์การระหว่างประเทศ กระทรวงการต่างประเทศ. สหประชาชาติ [ออนไลน์]. 2565.

แหล่งที่มา : <https://thai-inter-org.mfa.go.th/th/page/%E0%B8%9B%E0%B8%A3%E0%B8%B0%E0%B8%A7%E0%B8%B1%E0%B8%95%E0%B8%B4%E0%B8%AD%E0%B8%87%E0%B8%84%E0%B9%8C%E0%B8%81%E0%B8%B2%E0%B8%A3%E0%B8%AA%E0%B8%AB%E0%B>

[8%9B%E0%B8%A3%E0%B8%B0%E0%B8%8A%E0%B8%B2%E0%B8%8A%E0%B8%B2%E0%B8%95%E0%B8%B4?menu=5d6bb81015e39c3c8c005d48](http://www.burapha.ac.th/8%9B%E0%B8%A3%E0%B8%B0%E0%B8%8A%E0%B8%B2%E0%B8%8A%E0%B8%B2%E0%B8%95%E0%B8%B4?menu=5d6bb81015e39c3c8c005d48) [เข้าถึงเมื่อ 13 มกราคม 2565]

จิรเดช มหาวรรณกิจ. ฝรั่งเศสในยุคร่วมสมัย: จากจักรวรรดิสู่ความแตกแยกของสังคม? ใน โครงการนิทรรศการจฬษาวิชาการประจำปี2548. 2548.

ชัยวิณ เสมาทอง. คดีปกครองเกี่ยวกับการใช้อำนาจตำรวจในกระบวนการสอบสวน. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารคดี คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต 2553.

ชุธิดา รตนันต์จุฑามณี. ปัญหาเกี่ยวกับการชุมนุมสาธารณะในประเทศไทย. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารคดี คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. 2556.

ณรงค์เดช สรุโฆษิต. การควบคุมตรวจสอบการกระทำทางปกครองในอังกฤษ. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2553.

ณัฐพงศ์ มหานันทโพธิ์. บทบาทของเจ้าหน้าที่ของรัฐตามกฎหมายที่เกี่ยวกับการชุมนุมสาธารณะ. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารคดี คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. 2553.

ดำรง ฐานดี. สังคมและวัฒนธรรมเกาหลี. พิมพ์ครั้งที่ 6 แก้ไขปรับปรุงใหม่. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2544.

นันทวัฒน์ บรมานันท์. บทที่ 8 การดำเนินกิจการของฝ่ายปกครอง [ออนไลน์]. 2551. แหล่งที่มา: <http://public-law.net/publaw/view.aspx?id=1248> [เข้าถึงเมื่อ 10 กุมภาพันธ์ 2565]

บทวิเคราะห์พระราชบัญญัติการชุมนุมสาธารณะ พ.ศ.2558. วารสารจฬนิตี 12, 6 (พฤศจิกายน-ธันวาคม 2558).

บรรเจิด สิงคะเนติ. หัวหน้าคณะวิจัยศูนย์บริการวิชาการสถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์. หลักความได้สัดส่วนในการตรวจสอบเขตอำนาจรัฐ ตามมาตรา 29 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2550). กรุงเทพฯ: ธนาเพรส 2558.

บรรหาร กำลา. บทวิเคราะห์การบังคับใช้พระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548 กับปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ. วารสารจฬนิตี 5, 6 (พฤศจิกายน-ธันวาคม 2551): 37.

บุรณิมา อรุณนิมิตกุล. ความรับผิดชอบทางอาญาของผู้จัดการชุมนุมจากการกระทำของผู้ชุมนุมตามพระราชบัญญัติการชุมนุมสาธารณะ พ.ศ.2558. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารคดี คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. 2564.

ปกรณ นิลประพันธ์. หลักสากลในการใช้กำลังและอาวุธของเจ้าหน้าที่ของรัฐในการยุติการชุมนุมสาธารณะที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย [ออนไลน์]. แหล่งที่มา: <http://public-law.net/publaw/view.aspx?id=1872> [เข้าถึงเมื่อ 23 สิงหาคม 2564]

- . การตรากฎหมายว่าด้วยการชุมนุมสาธารณะ. ใน หนังสือรวมบทความด้านกฎหมายดีเด่น เนื่องในวันสัญญาธรรมศักดิ์.
- ปภิตตา นิภาวรรณ. กฎหมายว่าด้วยการชุมนุมสาธารณะของประเทศฝรั่งเศส. วารสารกฎหมายปกครอง 27, 1 (2553): 98-105.
- ประชาชาติ. บนเส้นทางกฎหมายชุมนุมสาธารณะ: กรณีการชุมนุมยื่นหนังสือคัดค้านแก้กฎหมายบัตรทอง [ออนไลน์]. 2017. แหล่งที่มา: <https://prachatai.com/journal/2017/06/71866> [เข้าถึงเมื่อ 13 ธันวาคม 2564]
- ปริดีมณัส มุสิกะนุเคราะห์. กฎหมายเกี่ยวกับการใช้กำลังควบคุมการชุมนุมสาธารณะ: ศึกษาร่างพระราชบัญญัติการชุมนุมสาธารณะพ.ศ. ... วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. 2554.
- ปุนเทพ ศิริบุษย์. สิทธิพิทักษ์รัฐธรรมนูญในกฎหมายรัฐธรรมนูญไทย: การกลายพันธ์ของความคิดทางรัฐธรรมนูญที่รับเข้าจากต่างประเทศ? วารสารนิติศาสตร์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 47, 1 (มีนาคม 2561).
- พอหทัย สิทธิยศ. การจำกัดสิทธิในการชุมนุมโดยสงบภายใต้กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ค.ศ.1966. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. 2553.
- พัชร นิยมศิลป์. การจำกัดเสรีภาพในการชุมนุมโดยสงบในประเทศไทย. วารสารกฎหมายจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย 39, 1 (มีนาคม 2564): 48.
- ภักพงษ์ พงษ์เกตุรา. แนวทางการเพิ่มประสิทธิผลในการบังคับใช้กฎหมายในการควบคุมการชุมนุมสาธารณะ. หลักสูตรการป้องกันราชอาณาจักร รุ่นที่ 5, นักศึกษาวิทยาลัยป้องกันราชอาณาจักร. 2559-2560.
- ภัสวรรณ อุษพงษ์อมร และอารีรัตน์ โกสิทธิ์. การตรวจสอบกฎที่จำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนโดยศาลปกครองตามหลักความได้สัดส่วน. วารสารการเมือง การบริหาร และกฎหมาย 7, 2 (พฤษภาคม-สิงหาคม 2558): 174.
- ฤทัย หงส์ศิริ. ศาลปกครองและการดำเนินคดีในศาลปกครอง. พิมพ์ครั้งที่ 9. กรุงเทพฯ: กรุงเทพมหานคร, 2561.
- วรเจตน์ ภาคีรัตน์. ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายปกครอง: หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครองและการกระทำทางปกครอง. พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2549.
- วรณู วิจารณ์นนท์. หลักความได้สัดส่วนในระบบกฎหมายไทย. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. 2548.
- วรพจน์ วิศรุตพิชัย. การควบคุมการใช้ดุลพินิจทางปกครองโดยองค์กรตุลาการ. วารสารกฎหมาย

ปกครอง 8(2532): 35.

- . ข้อความคิดและหลักการพื้นฐานบางประการของกฎหมายปกครอง. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2562.
- วศุ ศิริมหาพฤกษ์. ผลผูกพันของคำพิพากษาในศาลไทย: ศึกษากรณีแนวบรรทัดฐานคำพิพากษาศาลฎีกา. วารสารวิชาการคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยหัวเฉียวเฉลิมพระเกียรติ 4, 2 (ธันวาคม 2556 – พฤษภาคม 2557): 28.
- วสันต์ ชมภูศรี. การบังคับใช้พระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ.2548 กับการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. 2559.
- วารุณี วัฒนประดิษฐ์. เสรีภาพในการชุมนุมโดยสงบและปราศจากอาวุธ. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. 2551.
- วินิจ เจริญชัยยง. กฎหมายเกี่ยวกับเสรีภาพในการชุมนุมโดยสงบ. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. 2539.
- วิษณุ เครืองาม. เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น. วารสารนิติศาสตร์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 11, 4 (2525): 570-571.
- ศิริโรตม์ คล้ามไพบูลย์. ความคิดทางการเมืองของคาร์ล ชมิทท์ ความเป็นการเมืองสภาวะใหม่ และเสรีประชาธิปไตย. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะรัฐศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. 2548.
- ศิวพร โพธิวิทย์. ตำรวจทางปกครอง [ออนไลน์]. แหล่งที่มา: <http://site.bsru.ac.th/padm/wp-content/uploads/2021/03/%E0%B8%95%E0%B8%B3%E0%B8%A3%E0%B8%A7%E0%B8%88%E0%B8%97%E0%B8%B2%E0%B8%87%E0%B8%9B%E0%B8%81%E0%B8%84%E0%B8%A3%E0%B8%AD%E0%B8%87-%E0%B8%AD.%E0%B8%A8%E0%B8%B4%E0%B8%A7%E0%B8%9E%E0%B8%A3.pdf> [เข้าถึงเมื่อ 10 กุมภาพันธ์ 2565,]
- ศูนย์ทนายความเพื่อสิทธิมนุษยชน. ทบทวนปากคำพยาน ก่อนศาลพิพากษาคดี เจมส์ ประสิทธิ์ โปสต์ ชวน ร่ว ม แ ฟ ล ช มี อ บ ไม่ ถ อ ย ไม่ ท น [ออนไลน์]. 2563. แหล่งที่มา: <https://tlhr2014.com/archives/22792> [เข้าถึงเมื่อ 13 ธันวาคม 2564]
- สมชาย ปรีชาศิลปกุล. เสรีภาพในการชุมนุมโดยสงบและปราศจากอาวุธตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย. ศูนย์วิจัยและพัฒนากฎหมาย คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่. 2558.
- สมชาย ปรีชาศิลปกุล และคณะ. ร่างรายงานการศึกษาฉบับสมบูรณ์ เรื่อง ขอบเขตหน้าที่และอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญ รวมทั้งคุณภาพในการคุ้มครองเสรีภาพในการชุมนุม.

- สมยศ จันทรสมบัติ. ระบบกฎหมายพิเศษว่าด้วยสถานการณ์ฉุกเฉินสาธารณะในประเทศไทยกับหลักนิติรัฐ. วิทยานิพนธ์ปริญญาดุษฎีบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์. 2559.
- สำนักข่าวอิศรา. สลาย"จะนะรักรัถ์ถีน" ฝ่าหน้าทำเนียบฯ หลังทวงสัญญา 1 ปีทบทวนนิคมอุตสาหกรรม [ออนไลน์]. 2564. แหล่งที่มา: <https://www.isranews.org/article/isranews-scoop/104780-savechana-22.html> [เข้าถึงเมื่อ 18 ธันวาคม 2564]
- . กลุ่มทะลุฟ้ายุติการชุมนุม #มือบ17สิงหา พร้อมออกแถลงการณ์ให้นายกฯลาออกทันที [ออนไลน์]. แหล่งที่มา: <https://www.isranews.org/article/isranews-news/101617-isranews-news-112.html> [เข้าถึงเมื่อ 13 สิงหาคม 2565]
- สำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ. ข้อมูลพื้นฐานกลไกสิทธิมนุษยชนในระบบสหประชาชาติ. พิมพ์ครั้งที่ 1. กรุงเทพฯ: สำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ, 2546.
- สำนักงานตำรวจแห่งชาติ. คู่มือการปฏิบัติงานตามพระราชบัญญัติการชุมนุมสาธารณะ พ.ศ.2558 (ฉบับปรับปรุง พ.ศ.2563) [ออนไลน์]. แหล่งที่มา: <https://peaceresourcecollaborative.org/deep-south/policies-and-laws/crowdcontrol-handbook#> [เข้าถึงเมื่อ 9 ธันวาคม 2564]
- สิริธร ราชเดิม. ความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายภายใน: ศึกษาทางปฏิบัติของตุลาการไทย. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. 2561.
- สุรียา ปานแป้น และ อนุวัฒน์ บุญนันท์. คู่มือสอบกฎหมายปกครอง. พิมพ์ครั้งที่ 13. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2562.
- หนังสือแจ้งคำสั่งการขอชุมนุมสาธารณะ สถานีตำรวจภูธรเมืองบึงกาฬ. (6 กุมภาพันธ์ 2562).
- อนุวัฒน์ บุญนันท์. การควบคุมการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองโดยองค์กรตุลาการในระบบกฎหมายอังกฤษและระบบกฎหมายไทย. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. 2554.



จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY

ประวัติผู้เขียน

ชื่อ-สกุล

มนัสวี ดวงเกิด

วุฒิการศึกษา

นิติศาสตรบัณฑิต (เกียรตินิยมอันดับหนึ่ง) มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง



จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY