การจำกัดเสรีภาพในการชุมนุมโดยสงบในประเทศไทย
Restrictions on Freedom of Peaceful Assembly in Thailand

พัชร์ นิยมศิลป

Pat Niyomsilp

อาจารย์ประจำ

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ถนนพญาไท แขวงวังใหม่ เขตปทุมวัน กรุงเทพฯ 10330

Full-time Lecturer

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

Corresponding author E-mail: pat.n@chula.ac.th

(Received: January 26, 2021; Revised: March 14, 2021; Accepted: March 14, 2021)

บทคัดย่อ

ขอบเขตเสรีภาพในการชุมนุมโดยสงบในประเทศไทยไม่ชัดเจนนั้นมีสาเหตุมาจากระบบกฎหมายภายในของไทยเกี่ยวกับการดูแลการชุมนุมสาธารณะไม่ยึดโยงกับหลักสากลอย่างสมบูรณ์ ส่งผลให้การบังคับใช้กฎหมายและการวินิจฉัยคดีไม่เป็นไปในทิศทางเดียวกัน บทความนี้โต้แย้งว่าปัญหานี้ไม่ได้เกิดจากการไม่มีกฎหมายเฉพาะเพื่อใช้พิจารณาการคุ้มครองเสรีภาพในการชุมนุมเพียงแต่ประการเดียว หากแต่เจ้าหน้าที่รัฐเองก็ขาดหลักการในการควบคุมดุลยพินิจในการจำกัดเสรีภาพในการชุมนุมให้เป็นไปแนวทางเดียวกันสอดคล้องกับหลักสากล ข้อแนะนำและแนวคำวินิจฉัยที่ปรากฏอยู่อย่างชัดแจ้งภายใต้กรอบกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศที่ประเทศไทยเป็นภาคี บทความนี้ประสงค์จะนำเสนอหลักสากลเกี่ยวกับการจำกัดเสรีภาพในการชุมนุม การตรวจสอบการใช้ดุลยพินิจของเจ้าหน้าที่และนำเสนอประเด็นปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการจำกัดเสรีภาพในการชุมนุมที่ปรากฏในระบบกฎหมายไทย

คำสำคัญ: เสรีภาพในการชุมนุม, ชุมนุมสาธารณะ, การจำกัดเสรีภาพ, ประเทศไทย, กฎหมายการชุมนุมสาธารณะ, หลักสากล, สิทธิมนุษยชน

Abstract

The boundary of freedom of assembly in Thailand is blurred because its domestic legal mechanism governing the enjoyment of the freedom does not conform to international standards. As a result, law enforcement officials and the court do not consistently make their decisions to restrict freedom of assembly in the same direction. This article argues that this problem does not only cause by the absence of a specific piece of legislation governing freedom of assembly but also the lack of guiding principles for testing restrictions on freedom of assembly. These principles are available in international human rights instruments that Thailand is already a party. The aims of this article are to illustrate the basic concept in restricting freedom of assembly and scrutinizing such restrictions under international standards. Also, it aims to identify legal issues in restricting freedom of assembly under the Thai legal framework.

Keywords: Freedom of assembly, Public assemblies, Restrictions, Thailand, Public assembly law, International standards, Human rights.

อำนาจในการจำกัดเสรีภาพในการชุมนุมของเจ้าหน้าที่คือการกำหนดขอบเขตของเสรีภาพในการชุมนุม แต่ขอบเขตของเสรีภาพในการชุมนุมในประเทศไทยนั้นยังไม่ชัดเจนเนื่องจากระบบกฎหมายและผู้ใช้กฎหมายไม่มีแนวทางในการควบคุมดุลยพินิจในการจำกัดเสรีภาพในการชุมนุมที่เป็นสากล งานวิจัย เรื่อง “เสรีภาพในการชุมนุมโดยสงบและปราศจากอาวุธตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย : รายงานการศึกษาวิจัย” นำเสนอโดย รศ. สมชาย ปรีชาศิลปกุล และคณะ ชี้ว่า แนวคำวินิจฉัยหรือคำพิพากษาขององค์กรตุลาการไทยทั้งศาลรัฐธรรมนูญ ศาลปกครอง และศาลยุติธรรม มีแนวโน้มการวินิจฉัยคดีที่ไม่ชัดเจนและไม่เป็นไปในทิศทางเดียวกัน[1] ในขณะที่ศาลรัฐธรรมนูญและศาลปกครองมีแนวโน้มที่จะวินิจฉัยรับรองเสรีภาพในการชุมนุม ศาลยุติธรรมกลับมีการวินิจฉัยที่ผู้วิจัยไม่สามารถสรุปได้ชัดเจนว่ามีแนวโน้มไปทางใดทางหนึ่ง[2] งานวิจัยฉบับดังกล่าวให้เหตุผลว่าสาเหตุที่แนวโน้มการวินิจฉัยคดีขององค์กรตุลาการประเทศไทยไม่ชัดเจนและไม่ไปในทิศทางเดียวกันมีสาเหตุมาจากการขาดกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติในการกำหนดรายละเอียดขั้นตอน ข้อกำหนด หลักเกณฑ์ หน่วยงานรับผิดชอบ อำนาจหน้าที่ และบทลงโทษไว้อย่างชัดเจน[3]

ผู้เขียนตั้งข้อสังเกตว่างานวิจัยฉบับดังกล่าวจัดทำขึ้นในระหว่างที่ได้มีการดำเนินการพิจารณาร่างพระราชบัญญัติการชุมนุมสาธารณะ พ.ศ. .... ดังนั้นปัญหาในการวิจัยจึงมุ่งไปที่การแสดงปัญหาการขาดกฎหมายเฉพาะที่วางแนวทางในการใช้เสรีภาพในการชุมนุมและวางแนวทางในการวินิจฉัยคดีให้เป็นไปในทางเดียวกัน ซึ่งข้อสันนิษฐานเช่นนี้สามารถพบได้ในงานวิจัยที่จัดทำขึ้นก่อนการประกาศใช้ พ.ร.บ.การชุมนุมสาธารณะ พ.ศ. 2558[4] ผู้เขียนเห็นว่า การขาดกฎหมายเฉพาะเพื่อใช้ในการวินิจฉัยมาตรการเกี่ยวกับการใช้เสรีภาพในการชุมนุมนั้นเป็นเพียงสาเหตุส่วนหนึ่งเท่านั้น เพราะแม้ว่าจะมีกฎหมายเฉพาะ เช่น พ.รบ.การชุมนุมสาธารณะ พ.ศ. 2558 ออกมาบังคับแล้ว แนวทางการจำกัดเสรีภาพในการชุมนุมก็ยังคงไม่ชัดเจน

ภายหลังมีการบังคับใช้ พ.ร.บ.การชุมนุมสาธารณะ พ.ศ. 2558 รศ.สมชาย ปรีชาศิลปกุล นัทมน คงเจริญ และ ปรรณ บุญช่วย[5] ได้จัดทำงานวิจัยนำเสนอปัจจัย 3 ประการที่ทำให้ พ.ร.บ.การชุมนุมสาธารณะ พ.ศ. 2558 กลายเป็นเครื่องมือสำคัญในการควบคุมและบั่นทอนเสรีภาพของประชาชนอย่างมีนัยสำคัญ

---

[1] สมชาย ปรีชาศิลปกุล และคณะ, **เสรีภาพในการชุมนุมโดยสงบและปราศจากอาวุธตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย : รายงานการศึกษาวิจัย** (สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2558), หน้า 529-530.

[2] เรื่องเดียวกัน.

[3] เรื่องเดียวกัน.

[4] ชุธิดา รตนัตจุฑามณี. **ปัญหาเกี่ยวกับการชุมนุมสาธารณะในประเทศไทย.** วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556 ; ณัฐพงศ์ มหานันทโพธิ์. **บทบาทของเจ้าหน้าที่ของรัฐตามกฎหมายที่เกี่ยวกับการชุมนุมสาธารณะ.** วิทยานิพนธ์บริญญามหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2553 ; ปรีดิ์มนัส มุสิกะนุเคราะห์. **กฎหมายเกี่ยวกับการใช้กำลังควบคุมการชุมนุมสาธารณะ: ศึกษาร่างพระราชบัญญัติการชุมนุมสาธารณะ พ.ศ. ....** วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2554 ; วารุณี วัฒนประดิษฐ์. **เสรีภาพในการชุมนุมโดยสงบและปราศจากอาวุธ.** วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2551 ; สราวุธ ทับทอง. **สถานการณ์ฉุกเฉินและความรุนแรง : ศึกษาความเหมาะสมสำหรับการควบคุมและจัดการการชุมนุมประท้วงของภาครัฐในช่วง พ.ศ. 2552-2553 ผ่านหลักนิติรัฐ.** รายงานการวิจัย กองทุนอุดหนุนการวิจัย คณะรัฐศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2557.

[5] สมชาย ปรีชาศิลปกุล นัทมน คงเจริญ และ ปรรณ บุญช่วย, **บทเรียนและสภาพปัญหาเกี่ยวกับเสรีภาพในการชุมนุมเพื่อการปรับปรุงพระราชบัญญัติการชุมนุมสาธารณะ พ.ศ. 2558** (กรุงเทพฯ: สถาบันพระปกเกล้า, 2563), หน้า 7-9.

ประการแรก บทบัญญัติของกฎหมายมุ่งจำกัดเสรีภาพในการชุมนุมสาธารณะ นิยามและความหมายสามารถตีความได้ครอบคลุมกิจกรรมแทบทุกประเภท เปิดโอกาสให้เจ้าหน้าที่สามารถใช้ดุลยพินิจในการจำกัดเสรีภาพได้มาก ประการที่สอง หน่วยงานรัฐไม่มีความเข้าใจและไม่ตระหนักถึงเสรีภาพในการชุมนุมสาธารณะ และประการที่สาม สถานการณ์การเมืองภายใต้ระบอบอำนาจนิยมเป็นเหตุให้การปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่รัฐไม่ได้ดำเนินไปอย่างอิสระและไม่ได้ยืนอยู่บนหลักการทางกฎหมายเพียงอย่างเดียว[6]

จากข้อสังเกตข้างต้น ผู้เขียนเห็นว่าสาเหตุประการหนึ่งที่คณะผู้วิจัยมองข้ามไป คือ ระบบกฎหมายภายในของไทยเกี่ยวกับการดูแลการชุมนุมสาธารณะขาดการยึดโยงกับหลักสากล ผู้เขียนตั้งข้อสันนิษฐานว่าที่แนวโน้มการวินิจฉัยคดีของตุลาการในประเทศไทยไม่เป็นไปในทิศทางเดียวกันไม่ได้เกิดจากการไม่มีกฎหมายเฉพาะเพื่อคุ้มครองเสรีภาพในการชุมนุมเพียงแต่ประการเดียว[7] หากแต่ตุลาการรวมถึงเจ้าหน้าที่รัฐอื่น ๆ ขาดหลักการในการควบคุมดุลยพินิจในการจำกัดเสรีภาพในการชุมนุมให้ในเป็นไปในแนวทางเดียวกัน ทั้ง ๆ ที่หลักการควบคุมดุลยพินิจที่ว่านี้ปรากฏอย่างชัดแจ้งตามกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ (international human rights law) และมีองค์กรระหว่างประเทศที่น่าเชื่อถือหลายแห่งได้ร่วมกันพัฒนา ตีความ และอรรถาธิบายการคุ้มครองเสรีภาพในการชุมนุมอย่างเป็นระบบ แต่หลักสากลเหล่านี้กลับไม่มีผลเป็นแนวทางในการบังคับใช้กฎหมายภายในประเทศมากนัก บทความนี้ประสงค์จะนำเสนอหลักสากลเกี่ยวกับการจำกัดเสรีภาพในการชุมนุมและการตรวจสอบการใช้ดุลยพินิจของเจ้าหน้าที่ จากนั้นจึงนำเสนอประเด็นปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการดูแลการชุมนุมสาธารณะที่ปรากฏในระบบกฎหมายไทย

1. ที่มาของหลักสากลเกี่ยวกับการจำกัดเสรีภาพในการชุมนุม

เสรีภาพในการชุมนุมได้รับการรับรองใน “ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน” (Universal Declaration of Human Rights: UDHR) ข้อ 20 โดยระบุว่า บุคคลมีสิทธิที่จะชุมนุมโดยสงบและรวมตัวเป็นสมาคม (Everyone has the right to freedom of peaceful assembly and association) ซึ่งรัฐเกือบทุกรัฐในโลกต่างยอมรับว่าสิทธิและเสรีภาพที่ได้รับการรับรองใน UDHR เป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศด้วย โดยจะเห็นได้ว่ามีการนำสิทธิตาม UDHR ไปรับรองอีกชั้นในระบบกฎหมายภายในของรัฐตนอาทิประเทศในภูมิภาคเอเชียตะวันออกเฉียงใต้มี ปฏิญญาสิทธิมนุษยชนอาเซียน (ASEAN Human Rights Declaration: AHDR) ที่มีข้อความที่ยืนยันพันธกรณี ว่าจะต้องเคารพสิทธิมนุษยชนที่ปรากฏใน UDHR

นอกจากนั้น หลักสากลเกี่ยวกับเสรีภาพในการชุมนุมยังมีที่มาจากเอกสารอื่น ๆ ที่จัดว่าเป็นเอกสารพื้นฐานของกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ เช่น กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ข้อ 21 (International Covenant on Civil and Political Rights: ICCPR) อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ข้อ 15 (Convention on the Rights of the Child: CRC) กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิ

[6] เรื่องเดียวกัน.

[7] เรื่องเดียวกัน, หน้า 278.

ทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม ข้อ 8 (International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights) อนุสัญญาว่าด้วยการขจัดการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติในทุกรูปแบบ ข้อ 5 (ix) (Conventional on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination: CERD) ความเห็นทั่วไป ฉบับที่ 25 (การมีส่วนร่วมและสิทธิเลือกตั้ง (General Comment 25 of the Human Rights Committee (participation in public affairs and the right to vote) และความเห็นทั่วไป ฉบับที่ 37 สิทธิในการชุมนุมโดยสงบ (General Comment 37 of the Human Rights Committee, the right to peaceful assembly) เป็นต้น

แนวคำพิพากษาของศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปและคำวินิจฉัยของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติตลอดจนความเห็นของผู้ตรวจการพิเศษแห่งสหประชาชาติด้านเสรีภาพในการชุมนุมและการสมาคม (UN Special Rapporteur on freedom of assembly and association) ต่างก็ได้สร้างแนวคำวินิจฉัยและความเห็นในคดีต่าง ๆ จำนวนมากเพียงพอที่จะเรียกได้ว่าเป็นหลักกฎหมายที่ได้รับการยอมรับในระดับนานาชาติ อีกทั้งกระบวนการวินิจฉัยคดีของทั้งศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปและคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติก็มีลักษณะการดำเนินการและการให้เหตุผลทางนิติศาสตร์ (rule-based procedure) ภายใต้กฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศที่มีรากฐานมาจากปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนขององค์การสหประชาชาติ มีการอ้างอิงคำวินิจฉัยระหว่างกันอย่างเป็นระบบ (cross-reference) ดังนั้นคำวินิจฉัยของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติและศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปจึงเป็นแหล่งที่มาของหลักสากลเกี่ยวกับการชุมนุมสาธารณะที่ชัดเจนที่สุดในปัจจุบัน และยังได้รับการอ้างอิงอย่างกว้างขวางโดยองค์การระหว่างประเทศและในวงการวิชาการอีกด้วย นอกจากนั้น ยังมีองค์กรระหว่างประเทศอื่น ๆ ที่สามารถถือได้ว่ามีส่วนร่วมในการสร้างหลักสากล ยกตัวอย่างเช่น แนวคำพิพากษาของศาลสิทธิมนุษยชนอเมริกา (Inter-American Court of Human Rights) และศาลสิทธิมนุษยชนแห่งแอฟริกา (African Court on Human and Peoples' Rights) แต่แนวคำพิพากษาและบรรทัดฐานจากองค์กรอื่น ๆ เหล่านี้ยังมีจำนวนน้อยและยังไม่ได้รับการอ้างอิงอย่างแพร่หลายเมื่อเทียบกับจำนวนบรรทัดฐานที่เกิดขึ้นจากคำวินิจฉัยของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติและศาลสิทธิมนุษยชนยุโรป

แม้ว่าประเทศไทยจะเป็นภาคีกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ICCPR โดยการภาคยานุวัติ ตั้งแต่ 29 ตุลาคม 2539 และมีผลใช้บังคับกับประเทศไทยตั้งแต่ 29 มกราคม 2540 แต่ด้วยเหตุที่ประเทศไทยถือหลักทวินิยม (Dualism) อย่างเคร่งครัด ศาลจะมุ่งใช้กฎหมายภายในของตนเป็นหลัก การนำเอากฎเกณฑ์ในกฎหมายระหว่างประเทศมาใช้บังคับในประเทศจะต้องมีการอนุวัติการกฎหมายระหว่างประเทศให้เป็นกฎหมายภายในตามกระบวนการนิติบัญญัติหรือตามกระบวนการที่มีกำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญตามทฤษฎีแปลงรูป (doctrine of transformation) เสียก่อน[8] อย่างไรก็ดี ข้อสังเกตว่า การยึดถือทฤษฎีทวินิยมในบริบทของการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนอย่างเคร่งครัดโดยไม่คำนึงถึงพันธกรณีระหว่างประเทศส่งผลให้การปรับใช้กฎหมายไทยโดยเฉพาะอย่างยิ่งกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับสิทธิมนุษยชนมีความแข็งกระด้าง

[8] สิรีธร ราชเดิม, "ความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายภายใน: ศึกษาทางปฏิบัติของตุลาการไทย", **วารสารนิติศาสตร์และสังคมท้องถิ่น,** (ก.ค. - ธ.ค. 2562), หน้า 9.

ไม่สอดคล้องกับหลักสากล ทั้งภายใต้กรอบพันธกรณีตามกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศและพันธกรณีตามสนธิสัญญา ส่งผลให้รัฐบาลไทยมีความรับผิดในทางระหว่างประเทศเนื่องจากไม่ปฏิบัติตามสัญญาที่ให้ไว้กับนานาชาติ

กระนั้น ตุลาการไทยก็มีการหยิบยกเอาหลักการในพันธกรณีระหว่างประเทศมาประกอบการวินิจฉัยคดีภายใต้ระบบกฎหมายไทย โดยการหยิบยกนี้จะอยู่ภายใต้ดุลยพินิจของผู้พิพากษาคดีนั้น ๆ ยกตัวอย่างเช่น คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 12/2555 ลงวันที่ 28 มีนาคม 2555 ได้มีการนำเอาหลักสิทธิมนุษยชนที่ปรากฏตาม UDHR และ ICCPR มาประกอบคำอธิบาย หลักนิติธรรม (the rule of law) และ หลักข้อสันนิษฐานว่าจำเลยในคดีอาญาเป็นผู้บริสุทธิ์ (presumption of innocent) ที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ[9] หรือกรณีคำพิพากษาศาลปกครองกลาง หมายเลขแดงที่ 607-608/2549 ที่ศาลได้นำ ICCPR มาใช้ประกอบการตีความบทบัญญัติตามรัฐธรรมนูญเพื่ออธิบายนิยามของการเลือกตั้งโดยการออกเสียงละคะแนนลับ[10]

อย่างไรก็ดี เมื่อระบบกฎหมายไทยยึดหลักทวินิยมอย่างเคร่งครัดที่ถือว่าสนธิสัญญาและข้อตกลงระหว่างประเทศจะไม่มีผลบังคับภายในประเทศจนกว่าจะมีกฎหมายภายในอนุวัติการณ์ การนำเอากฎหมายระหว่างประเทศมาวินิจฉัยคดีจึงไม่ได้ถือว่าเป็นหน้าที่ของผู้พิพากษาที่จะต้องกระทำในทุกกรณี ดังนั้นหากไม่มีกฎหมายภายในรับรองหรือสร้างเกณฑ์การพิจารณาไว้เป็นการเฉพาะ ผู้บังคับใช้กฎหมายก็อาจมองข้ามและไม่พิจารณาหลักสากลเหล่านี้ได้ ส่งผลให้การตีความกฎหมายไทยตัดขาดจากหลักสากลและทำให้การวินิจฉัยคดีไม่เป็นไปในแนวทางเดียวกัน

สำหรับประเด็นนี้ สิรีธร ราชเดิม เสนอให้ศาลละทิ้งการยึดทฤษฎีทวินิยมแบบเคร่งครัดแล้วหันมาใช้นิติวิธี “การใช้และการตีความกฎหมายภายในอย่างสอดคล้องกับพันธกรณีระหว่างประเทศ” เช่นเดียวกับแนวทางที่ปรากฏในประเทศเยอรมนี ประเทศแอฟริกาใต้ และประเทศแคนนาดา ประเทศเหล่านี้ไม่ยึดถือเอกนิยมหรือทวินิยมทฤษฎีใดทฤษฎีหนึ่งอย่างเคร่งครัดแต่จะปรับใช้กฎหมายภายในอย่างสอดคล้องกับพันธกรณีระหว่างประเทศเป็นสำคัญ ไม่ว่าจะเป็นการบังคับใช้กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศแก่คดีโดยตรงหรือเป็นการใช้สนธิสัญญาเป็นเครื่องมือในการตีความกฎหมายภายใน[11] ยกตัวอย่างเช่น ในกรณีที่กฎหมายภายในมีความคลุมเครือ ศาลจะสันนิษฐานว่าฝ่ายนิติบัญญัติผู้ตรากฎหมายดังกล่าวมิได้ประสงค์ที่จะตรากฎหมายเพื่อละเมิดพันธกรณีระหว่างประเทศ ดังนั้นศาลจึงต้องตีความกฎหมายภายในให้สอดคล้องกับพันธกรณีระหว่างประเทศ (ตามที่ผูกพันตามสนธิสัญญาและผูกพันตามกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ) โดยศาลสามารถยึดหลักการตีความสนธิสัญญาตามหลักเกณฑ์การตีความสนธิสัญญาตามอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969[12]

---

[9] พิมลพัชร์ อริยะฌานกุล, “คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ ที่ 12/2555 วันที่ 28 มีนาคม พ.ศ.2555 เรื่องพระราชบัญญัติขายตรงและตลาดแบบตรง พ.ศ.2545 มาตรา 54 ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญมาตรา 39 วรรคสอง มาตรา 40(5) ประกอบมาตรา 30 หรือไม่,” **จุลนิติ,** (ก.ค. - ส.ค. 2555), หน้า 113-117.

[10] คำพิพากษาศาลปกครองกลาง หมายเลขแดงที่ 607-608/2549.

[11] สิรีธร ราชเดิม. **ความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายภายใน: ศึกษาทางปฏิบัติของตุลาการไทย.** วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2561, หน้า 196-197.

[12] เรื่องเดียวกัน, หน้า 197.

อนึ่ง ผู้เขียนเห็นว่าในกรณีการตีความกฎเกณฑ์ต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการใช้เสรีภาพในการชุมนุมนั้น จำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องคำนึงถึง ความเห็นทั่วไปฉบับที่ 37 (General Comment 37) ของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติ (Human Rights Committee) ความเห็นทั่วไปแต่ละฉบับนั้นเป็นความเห็นอย่างเป็นทางการของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติที่อธิบายว่าบทบัญญัติแต่ละมาตราในสนธิสัญญาที่อยู่ภายใต้กำกับของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติมีความความหมายอย่างไร การจัดทำจะเริ่มจากการเสวนาระหว่างคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติ องค์กรพัฒนาเอกชน (NGOs) และองค์กรอื่น ๆ ด้านสิทธิมนุษยชนเพื่อวิเคราะห์แนวคิดพื้นฐานและกำหนดประเด็นปัญหา จากนั้น คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติก็จะมีมติเห็นชอบและแจ้งต่อที่ประชุมใหญ่สหประชาชาติ (United Nations General Assembly) และกลายเป็นภาคผนวกของรายงานประจำปีของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติ

ปัจจุบัน มีการยอมรับเป็นการทั่วไปแล้วว่า General Comment ฉบับต่าง ๆ เป็นเครื่องมือที่สามารถใช้เป็นเครื่องมือในการตีความสนธิสัญญา (authoritative interpretative statements) ได้[13] ดังนั้น ศาลไทยควรอาศัยแนวบรรทัดฐานการตีความกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (ICCPR) จากคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติซึ่งเป็นองค์คณะในทางระหว่างประเทศมีหน้าที่โดยตรงในการตีความ ICCPR มาตีความกฎหมายภายในให้สอดคล้องกับพันธกรณีด้านสิทธิมนุษยชน หากยึดถือตามนี้ กฎหมายภายในของประเทศไทยก็จะมีความยึดโยงกับมาตรฐานสากลเกี่ยวกับการจำกัดเสรีภาพในการชุมนุม ส่งผลให้การบังคับใช้กฎหมายและการวินิจฉัยคดีในประเทศไทยเป็นไปในทิศทางเดียวกันกับหลักสากล

2. ฐานทางกฎหมายในการจำกัดเสรีภาพการชุมนุม

เนื่องจากเสรีภาพในการชุมนุมนั้นไม่ใช่เสรีภาพโดยสมบูรณ์ รัฐสามารถใช้จำกัดเสรีภาพนี้ได้ โดยการจำกัดเสรีภาพนี้จะต้องมีฐานทางกฎหมายและสอดคล้องกับหลักกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศทั้งในระดับโลกและระดับภูมิภาค กฎหมายภายในที่จะใช้จำกัดเสรีภาพในการชุมนุมไม่ควรสร้างฐานทางกฎหมายเพิ่มเติมไปมากกว่าที่ปรากฏในข้อสัญญาระหว่างประเทศที่ตนเป็นภาคี[14] ในกรณีของประเทศไทย สัญญาระหว่างประเทศที่ว่านี้ คือ กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (ICCPR) ข้อ 21 ที่กำหนดว่า

> *“สิทธิในการชุมนุมโดยสงบย่อมได้รับการรับรอง การจำกัดการใช้สิทธินี้จะกระทำมิได้ นอกจากจะกำหนดโดยกฎหมายและเพียงเท่าที่จำเป็นสำหรับสังคมประชาธิปไตย เพื่อประโยชน์แห่งความมั่นคงของชาติหรือความปลอดภัย ความสงบเรียบร้อย การสาธารณะสุข หรือศีลธรรมของประชาชนหรือการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของบุคคลอื่น”*

---

[13] ณัฏฐณิชา เลอฟิลิแบร์ต, “มาตรา 278 วรรคสามของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย เรื่องการอุทธรณ์คำพิพากษาของศาลฎีกาแผนกคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองกับหลักสากล: สอดคล้องหรือแตกต่าง?”, **วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยนเรศวร** (พ.ค. 2556), หน้า 204.

[14] Organisation for Security and Co-operation in Europe, **Guidelines on Freedom of Peaceful Assembly,** Second ed. (Warsaw: ODIHR 2010), p. 50.

ดังนั้น สาเหตุที่เป็นฐานไปสู่การจำกัดเสรีภาพในการชุมนุมตาม ICCPR ข้อ 21 จะมีอยู่ 5 ประการ ได้แก่

(1) เพื่อประโยชน์แห่งความมั่นคงของชาติ (national security) ICCPR มิได้มีการให้นิยามคำว่าความมั่นคงของชาติไว้เป็นการเฉพาะ แต่เนื่องจากคำนี้สามารถตีความหมายได้กว้างขวางซึ่งจะทำให้รัฐสามารถใช้ฐานนี้จำกัดสิทธิพลเมืองได้ตามอำเภอใจ ต่อมาจึงมีการวางหลักการสิราคูซา (the Siracusa Principles on Limitation and Derogation Provision in the International Covenant on Political Rights 1985) ซึ่งข้อที่ 29 วางหลักว่า ความมั่นคงของชาติจะถูกใช้เพื่อจำกัดสิทธิเสรีภาพได้เฉพาะเพื่อการปกป้องการดำรงอยู่ของชาติหรือบูรณภาพแห่งดินแดนหรืออิสรภาพทางการเมืองของรัฐจากกองกำลังหรือการคุกคามด้วยกำลัง

(2) เพื่อความสงบเรียบร้อยของสังคมหรือบ้านเมือง (public order) ผศ.ดร.จันทจิรา เอี่ยมมยุรา อธิบายว่าการจำกัดเสรีภาพด้วยเหตุผลนี้จะต้องเป็นไปตามหลักการ “ทฤษฎีอันตรายที่เป็นประจักษ์และปรากฏอยู่” (clear and present danger)[15] จะต้องเป็นกรณีที่มีผู้ยุยงให้เกิดความรุนแรง ความรุนแรงนั้นต้องปรากฏแก่สังคมและมีความสัมพันธ์ระหว่างความรุนแรงกับการแสดงออกที่ถือว่าเป็นการยุยงเช่นเดียวกับความสัมพันธ์ระหว่างเหตุและผลในทางอาญา[16]

(3) เพื่อความปลอดภัยของของสาธารณชน (public safety) รัฐมีหน้าที่หลักในการรักษาความปลอดภัยของประชาชนทุกคนซึ่งหน้าที่นี้ไม่สามารถมอบให้ผู้อื่นกระทำแทนได้ ดังนั้นหากมีภัยอันตรายเกิดขึ้นแก่ประเทศหรือแก่บุคคลทั่วไป รัฐย่อมสามารถเข้าไปควบคุมการชุมนุมนั้นได้ตามหลักการป้องกันภัยอันตรายทั่วไป

(4) เพื่อปกป้องสาธารณสุขและศีลธรรมอันดีของประชาชน (protection of health and morals) ฐานคิดในข้อนี้มาจากการที่รัฐมีหน้าที่จัดทำและบริหารการสาธารณสุข การปกป้องสาธารณสุขและศีลธรรมอันดีจึงเป็นการปกป้องสิทธิของประชาชนโดยทั่วไปโดยปริยาย

---

[15] ผู้พิพากษาโอลิเวอร์ เวนเดลล์ โฮล์มส์ จูเนีย (Oliver Wendell Holmes Jr.) อรรถาธิบายหลัก “ภยันตรายอย่างแน่ชัดและเฉียบพลัน (clear and present danger) ในคดี Schenk v United States 249 US 47 (1919) ว่ารัฐบาลสามารถเข้าจำกัดเสรีภาพในการพูดได้เมื่อประเทศกำลังอยู่ในสภาวะสงคราม ในคดีนี้ Schenck ถูกจับฐานฝ่าฝืนรัฐบัญญัติจารกรรม (the Espionage Act) จากการที่เขาแจกใบปลิวต่อต้านการรับสมัครทหารไปรบในสงคราม (สงครามโลกครั้งที่ 1) จำเลยอ้างว่า รัฐบัญญัติจารกรรมนี้ขัดต่อ First Amendment ที่รับรองเสรีภาพในการพูดและการพิมพ์ การแจกใบปลิวได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายรัฐธรรมนูญ อย่างไรก็ดีศาลเห็นว่ารัฐสภามีหน้าที่ในการยับยังการขัดขวางการรับสมัครทหารในสงครามซึ่งมีลักษณะที่จะก่อให้เกิดภยันตรายอย่างแน่ชัดและเฉียบพลัน

[16] จันทจิรา เอี่ยมมยุรา, เสรีภาพในการชุมนุมสาธารณะ: ลักษณะทั่วไปและข้อจำกัด (คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสาตร์), หน้า 19 อ้างใน ปรีดิ์มนัส มุสิกะนุเคราะห์, “กฎหมายเกี่ยวกับการใช้กำลังควบคุมการชุมนุมสาธารณะ: ศึกษาร่างพระราชบัญญัติการชุมนุมสาธารณะ พ.ศ. ....”, หน้า 25.

(5) เพื่อคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคลอื่น (protection of fundamental rights and freedoms) ฐานคิดนี้คือการเปิดโอกาสให้รัฐสร้างสมดุลระหว่างเสรีภาพในการชุมนุมโดยสงบกับสิทธิเสรีภาพของบุคคลอื่นที่ได้รับผลกระทบ อันได้แก่ สิทธิและเสรีภาพที่ได้รับรองตามกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ[17] เช่น สิทธิในการดำรงชีวิต สิทธิที่จะไม่ถูกด้อยค่าความเป็นมนุษย์ เสรีภาพในการเดินทาง สิทธิในครอบครัว รวมไปถึงเสรีภาพในการใช้เสรีภาพในการชุมนุมของบุคคลอื่น ๆ ด้วย อย่างไรก็ดีเมื่อมีการใช้เสรีภาพในการชุมนุมที่ใดที่หนึ่ง สิทธิเสรีภาพของผู้อื่นย่อมจะถูกกระทบเป็นธรรมชาติ ดังนั้นจึงจำเป็นต้องการสร้างสมดุลระหว่างการจำกัดเสรีภาพในการชุมนุมกับการคุ้มครองเสรีภาพของบุคคลอื่น หากมุ่งคุ้มครองเสรีภาพของผู้ชุมนุมหรือเสรีภาพของบุคคลอื่นมากจนเกินพอดี เสรีภาพในการชุมนุมในสังคมนั้นก็อาจไม่สามารถใช้ได้จริงในทางปฏิบัติ เช่นนี้แล้วขอบเขตของการคุ้มครองเสรีภาพในการชุมนุมโดยสงบจึงขึ้นอยู่กับการประกันสิทธิอื่น ๆ ไปพร้อม ๆ กัน เช่น สิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง สิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม[18]

กล่าวโดยย่อ รัฐที่เป็นภาคี ICCPR มีหน้าที่จะต้องเคารพและประกันการใช้เสรีภาพในการชุมนุมโดยปราศจากการเลือกปฏิบัติ รัฐมีหน้าที่โดยตรงที่จะต้องยอมให้มีการชุมนุมสาธารณะได้โดยปราศจากการแทรกแซงโดยมิชอบและจะต้องอำนวยความสะดวกในการใช้สิทธิและคุ้มครองความปลอดภัยของประชาชน[19] คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติ (Human Rights Committee) เน้นย้ำเสมอ ๆ ว่า รัฐภาคีจำต้องคำนึงว่าการจำกัดเสรีภาพในการชุมนุมจะต้องเป็นไปเพื่ออำนวยความสะดวกในการใช้สิทธิและสร้างสมดุลในการใช้เสรีภาพมากกว่าที่จะเป็นการสร้างเงื่อนไขที่ไม่จำเป็นและไม่ได้สัดส่วน[20] ขอบเขตของเสรีภาพในการชุมนุมจึงครอบคลุมถึงความสามารถในการชุมนุมโดยสงบเพื่อที่จะแสดงการสนับสนุนหรือคัดค้านประเด็นหนึ่งๆ ไม่ว่าจะเป็นในที่สาธารณะหรือที่เอกชน ผู้จัดการชุมนุมสาธารณะก็มีสิทธิที่จะเชิญใครก็ได้มาเข้าร่วมการชุมนุมนั้นและสามารถเลือกรูปแบบการชุมนุมและสถานที่ชุมนุมที่อยู่ในระยะมองเห็นและได้ยินจากผู้เป็นเป้าหมายของการชุมนุม (within sight and sound of the target audience)[21] ดังนั้นหากรัฐจะจำกัดเสรีภาพในการชุมนุม รัฐจะต้องสามารถอธิบายให้ได้ว่าการแทรกแซงเสรีภาพในการชุมนุมนั้นอาศัยฐานทางกฎหมายใดใน 5 ประการข้างต้น อีกทั้งเมื่อมีการแทรกแซงเกิดขึ้นรัฐมีหน้าที่ต้องอธิบายว่าการแทรกแซงนั้น (1) ชอบด้วยกฎหมาย (2) มีจุดประสงค์ชอบด้วยกฎหมาย และ (3) สอดคล้องกับหลักความจำเป็นและความได้สัดส่วนหรือไม่อย่างไร วิธีการตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐเข้าแทรกแซงเสรีภาพในลักษณะนี้เป็นนิติวิธีที่เรียกว่า “การทดสอบสามขั้น”

---

[17] Michael Hamilton, “Freedom of Assembly, Consequential Harms and the Rule of Law: Liberty-Limiting Principles in the Context of Transition,” **Oxford Journal of Legal Studies** 27, no. 1 (2007), p. 82.

[18] Human Rights Committee, General Comment 37 (17 September 2020) CCPR/C/GC/37, para 9.

[19] ibid, para 24.

[20] Turchenyak et al v Belarus (24 July 2013) Communication No. 1948/2010 CCPR/C/108/D/1948/2010 para 7.4; M T v Uzbekistan (23 July 2015) Communication No. 2234/2013 CCPR/C/114/D/2234/2013, para 7.7; Bakur v Belarus (15 July 2015) Communication No.1902/2009 CCPR/C/114/D/1902/2009, para 7.8

[21] Evelio Ramón Giménez v Paraguay (25 July 2018) Communication No.2372/2014 CCPR/C/123/D/2372/2014, para 8.3.

3. การทดสอบสามขั้น (The Three-prong Test): การตรวจสอบดุลยพินิจของเจ้าหน้าที่ในการจำกัดเสรีภาพในการชุมนุม

การจำกัดสิทธิเสรีภาพที่ได้รับรองตาม ICCPR จะสามารถแบ่งลักษณะการจำกัดสิทธิออกได้เป็น 2 กลุ่ม[22] คือ กลุ่มที่เป็นสิทธิเสรีภาพเด็ดขาด (absolute rights) ที่ไม่ว่าจะเป็นกรณีอย่างไรรัฐก็ไม่อาจก้าวล่วงมาจำกัดสิทธิเหล่านี้ได้ ได้แก่ ข้อ 7 เสรีภาพจากการไม่ถูกทรมานหรือถูกลงโทษที่โหดร้ายไร้มนุษยธรรม ข้อ 8 (1) และ (2) เสรีภาพจาการถูกบังคับให้เป็นทาส ข้อ 11 เสรีภาพจากการไม่ถูกจำคุกเพราะไม่สามารถชำระหนี้ได้ ข้อ 15 เสรีภาพจากการไม่ถูกลงโทษทางอาญาด้วยกฎหมายย้อนหลัง ข้อ 16 สิทธิที่จะได้ยอมรับว่าเป็นบุคคลตามกฎหมาย[23] กับกลุ่มที่สอง คือ กลุ่มสิทธิเสรีภาพที่ไม่เด็ดขาด (non-absolute rights) ที่รัฐสามารถใช้อำนาจเข้าจำกัดสิทธิได้ตามหลักความชอบด้วยกฎหมาย กล่าวคือจะต้องมีบทบัญญัติแห่งกฎหมายรับรองสิทธินั้นไว้อย่างสัมพันธ์ (relative) และเมื่อรัฐจะจำกัดสิทธินั้นได้ก็จะต้องไปตรากฎหมายออกมาจำกัดสิทธินั้น[24]

เสรีภาพในการชุมนุมนั้นเป็นเสรีภาพประเภทสิทธิเสรีภาพที่ไม่เด็ดขาด (non-absolute rights) รัฐสามารถจำกัดได้ ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปในคดี Gafqaz Mammadov v Azerbaijan ได้วางหลักไว้ว่า คำว่า “การแทรกแซงการใช้เสรีภาพในการชุมนุมโดยสงบ” (an interference with the exercise of freedom of peaceful assembly) ไม่ได้มีความหมายเพียงแค่การห้ามการชุมนุมโดยทางนิตินัยหรือพฤตินัยแต่เพียงเท่านั้น[25] การแทรกแซงเสรีภาพนี้หมายถึงการที่เจ้าหน้าที่ใช้อำนาจจำกัดเสรีภาพในการชุมนุมหรือกำหนดมาตรการเชิงลงโทษ (punitive measures) ไม่ว่าจะก่อนการชุมนุม หรือระหว่างการชุมนุม หรือการลงโทษหลังการชุมนุมด้วย[26] ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปได้ยกตัวอย่างลักษณะการแทรกแซงเสรีภาพในการชุมนุม เช่น การวางข้อจำกัดล่วงหน้าก่อนการชุมนุมจะเป็นการสร้างความหวั่นเกรงว่าจะถูกดำเนินคดี ต่อผู้ที่ต้องการเข้าร่วมการชุมนุม (creating a chilling effect) [27] การปฏิเสธไม่ให้ผู้ประสงค์เข้าร่วมการชุมนุมเดินทางไปร่วมการชุมนุม[28] การจับกุมและสลายการชุมนุม[29] และการตั้งข้อหาจากการเข้าร่วมการชุมนุมในภายหลัง[30] และเมื่อ

---

[22] ภัชนันท์ กลิ่นศรีสุข. **การจำกัดสิทธิในเสรีภาพแห่งการแสดงออกโดยรัฐ ภายใต้มาตรา 19 ของกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิของพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ค.ศ.1966 : ศึกษากรณีประเทศไทย.** วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2553, หน้า 112-113.

[23] Human Rights Committee, General Comment No.29 (31 August 2001) CCPR/C/21/Rev.1/add.11.

[24] เช่น รัฐธรรมนูญไทย (พ.ศ. 2560) มาตรา 25 วรรคแรกบัญญัติว่า *“สิทธิและเสรีภาพของปวงชนชาวไทย นอกจากที่บัญญัติคุ้มครองไว้เป็นการเฉพาะในรัฐธรรมนูญแล้ว การใดที่มิได้ห้ามหรือจำกัดไว้ในรัฐธรรมนูญหรือในกฎหมายอื่นบุคคลย่อมมีสิทธิและเสรีภาพที่จะทำการนั้นได้และได้รับความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญ ตราบเท่าที่การใช้สิทธิหรือเสรีภาพเช่นว่านั้นไม่กระทบกระเทือนหรือเป็นอันตรายต่อความมั่นคงของรัฐความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน และไม่ละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลอื่น”* และ *มาตรา 26 วรรคแรก บัญญัติว่า “การตรากฎหมายที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลต้องเป็นไปตามเงื่อนไขที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ ในกรณีที่รัฐธรรมนูญมิได้บัญญัติเงื่อนไขไว้ กฎหมายดังกล่าวต้องไม่ขัดต่อหลักนิติธรรม ไม่เพิ่มภาระหรือจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลเกินสมควรแก่เหตุและจะกระทบต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของบุคคลมิได้ รวมทั้งต้องระบุเหตุผลความจำเป็นในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพไว้ด้วย”.*

[25] Gafaaz Mammadov v Azerbaijan App no 60259/11 (ECtHR, 15 October 2015) para 50.

[26] Ezelin v France App no 11800/85 (ECtHR, 26 April 1991) para 39.

[27] Bączkowski and Others v. Poland App no 1543/06 (ECtHR, 3 May 2007) paras 66-68.

[28] Djavit An v. Turkey App no 20652/92 (ECtHR, 20 February 2003) paras 59-62.

[29] Oya Ataman v. Turkey App no 74552/01 (ECtHR, 5 December 2006) paras 7 and 30.

[30] Ezelin v France App no 11800/85 (ECtHR, 26 April 1991) para 41, Galstyan v Armenia App no 26986/03 (ECtHR, 15 November 2007) para 100-102.

มีการแทรกแซงเกิดขึ้น ก็เป็นหน้าที่ของรัฐที่จะต้องอธิบายว่าการแทรกแซงนั้นผ่านการทดสอบสามขั้น (the three-prong test) อย่างไร หากมีการตรวจสอบพบว่าการแทรกแซงนั้นไม่ผ่านการทดสอบสามขั้น รัฐก็มีหน้าที่ต้องเยียวยาผู้ได้รับผลกระทบ และหาทางป้องกันไม่ให้เกิดเหตุการณ์ละเมิดซ้ำอีก

ไมนา คิไอ (อดีตผู้ตรวจการพิเศษด้านเสรีภาพในการชุมนุมและการสมาคมแห่งสหประชาชาติ) อธิบายว่า ภายใต้หลักสากลการจำกัดเสรีภาพในการชุมนุมจะต้องผ่านการทดสอบสามขั้น (the three-prong test)[31] สนธิสัญญาที่เป็นรากฐานสำคัญของกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศหลายฉบับต่างก็รับรองหลักการนี้ไปในแนวทางเดียวกัน[32] กล่าวคือ การจำกัดเสรีภาพในการชุมนุมจะต้องผ่านเงื่อนไขสามประการ ได้แก่ (1) การจำกัดการใช้เสรีภาพในการชุมนุมจะกระทำมิได้นอกจากจะมีกฎหมายให้อำนาจ (2) จุดประสงค์ของการจำกัดเสรีภาพนั้นจะต้องชอบด้วยกฎหมาย และ (3) สามารถจำกัดเสรีภาพได้เพียงเท่าที่จำเป็นและได้สัดส่วนสำหรับสังคมประชาธิปไตย

3.1 ขั้นแรก: มีกฎหมายบัญญัติให้อำนาจ (prescribed in conformity with the Law)

เงื่อนไขแรกในการจำกัดเสรีภาพในการชุมนุม คือ จะต้องมีบทบัญญัติของกฎหมายให้อำนาจเจ้าหน้าที่ในการจำกัดเสรีภาพ กฎหมายที่ว่านี้จะต้องเป็นพระราชบัญญัติและจะต้องมีคุณลักษณะที่ชอบด้วยกฎหมาย เช่น มีการบัญญัติขึ้นถูกต้องตามหลักความชอบด้วยกฎหมาย มีที่มาที่ชอบธรรม มีการประกาศเผยแพร่ให้รับทราบกันทั่วไป มีเนื้อหาชัดเจนไม่เคลือบคลุม ผู้บังคับใช้และผู้อยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายสามารถคาดหมายได้โดยใช้สามัญสำนึกว่าต้องกระทำหรือไม่กระทำการอย่างไร เมื่อใด ความคาดหมายได้และการเข้าถึงได้ (foreseeability and accessibility) กฎหมายจะต้องชัดเจนเพียงพอและไม่มีข้อความให้อำนาจดุลยพินิจแก่เจ้าหน้าที่ผู้บังคับใช้กฎหมายโดยไร้ขีดจำกัดหรืออย่างกว้างขวาง[33]

ยกตัวอย่างเช่น คดี *Giménez v Paraguay* ผู้ร้องเป็นนักเคลื่อนไหวเรียกร้องสิทธิชุมชนและเป็นผู้นำพรรคการเมืองท้องถิ่น เขาถูกดำเนินคดีเนื่องจากจัดการชุมนุมสาธารณะเพื่อประท้วงรัฐบาลเรียกร้องให้ยกเลิกการปิดโรงพยาบาลชุมชนและคัดค้านการขายพื้นที่โรงพยาบาลให้กับเอกชน ผู้ร้องได้จัดการชุมนุมแบบต่อเนื่องติดต่อกันหลายวันบริเวณหน้าทางเข้าพื้นที่และภายหลังได้นำผู้ชุมนุมราว 150 คน เข้าไปยึดครองอาคารที่เคยเป็นโรงพยาบาลชุมชนเป็นเวลาถึง 6 วัน ซึ่งนำไปสู่การเจรจาและยุติการชุมนุมอย่างสงบ ต่อมาผู้ร้องถูกจับกุมดำเนินคดีอาญาฐานยึดครองที่เอกชน (squatting on private property) ผู้ร้องโต้แย้งว่าการกระทำของตนไม่ครบตามองค์ประกอบความผิด อันจะต้องประกอบด้วย 4 ส่วน คือ (1) มีการเข้าไปในพื้นที่ผู้อื่น

---

[31] Maina Kiai, “Foaa Online!:The Right to Freedom of Peaceful Assembly,” April 2017, [online] Available from : http://freeassembly.net/foaa-online , p. 18. [26 January 2021]

[32] ICCPR Article 21; African Charter on Human and Peoples’ Rights Article 11; American Convention on Human Rights Article 15; European Convention on Human Rights Article 11(2).

[33] IACtHR, The Word “Laws” in Article 30 of the American Convention on Human Rights, Advisory Opinion OC-6/86, May 9, 1986, para. 38; Shmushkovych v. Ukraine App no 3276/10 (ECtHR, 14 November 2013) para. 37; Nepomnyashchiy v Russian Federation (3 August 2018) Communication No. 2318/2013 CCPR/C/123/D/2318/2013 para 7.7; General Comment 34, para 25; General Comment 37, para 39.

(2) โดยไม่ได้รับความยินยอมจากเจ้าของ (3) โดยการลักลอบหรือการใช้กำลัง และ (4) เพื่อพำนักอยู่บนพื้นที่นั้น ผู้ร้องโต้แย้งว่าเจตนาในการเข้าไปในพื้นที่คือการประท้วง เป็นการใช้สิทธิการชุมนุมโดยสงบที่ได้รับการรับรองตามรัฐธรรมนูญ ไม่ได้มีเจตนาเข้าไปยึดครองอยู่อาศัยเพื่อถือเอาเป็นเจ้าของ อีกทั้งตำรวจและเจ้าของที่ก็ได้รับการแจ้งว่ามีการเข้าไปในพื้นที่ด้วย ดังนั้นจึงไม่เข้าองค์ประกอบความผิดตามที่พนักงานอัยการฟ้อง ศาลชั้นต้นพิพากษาว่าผู้ร้องมีความผิดและตัดสินจำคุก 2 ปี เนื่องจากผู้ร้องมีการตั้งเต็นท์ชั่วคราวเพื่อประกอบอาหารและอยู่อาศัยมากกว่าหนึ่งวันแล้ว[34] โดยโทษจำคุกให้รอการลงโทษ ทั้งนี้ศาลได้กำหนดเงื่อนไขห้ามไม่ให้ผู้ร้องเข้าไปมีส่วนร่วมในการชุมนุมที่ประกอบด้วยผู้ชุมนุมมากกว่า 3 คน ขึ้นไปเป็นเวลา 2 ปี ศาลอุทธรณ์และศาลฎีกาปารากวัยพิพากษายืน

เมื่อคดีถึงที่สุด ผู้ร้องจึงนำความมาร้องต่อคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติ อ้างว่าศาลภายในประเทศปารากวัยพิพากษาตนบนความผิดที่ไม่มีกฎหมายกำหนด เนื่องจากไม่มีกฎหมายใดกำหนดให้การเข้าไปในที่ดินของผู้อื่นโดยไม่ได้รับอนุญาตเพื่อทำการประท้วงนั้นเป็นความผิด และการกำหนดเงื่อนไขห้ามเข้าไปมีส่วนร่วมในการชุมนุมที่ประกอบด้วยผู้ชุมนุมมากกว่า 3 คน เป็นเวลา 2 ปี นั้นไม่มีกฎหมายให้อำนาจขัดต่อรัฐธรรมนูญปารากวัย มาตรา 32 ซึ่งรับรองเสรีภาพในการชุมนุมโดยสงบ และขัดต่อ ICCPR มาตรา 21[35] คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติพิเคราะห์แล้วเห็นว่าการพิพากษาและการตีความองค์ประกอบความผิดตามประมวลกฎหมายอาญาเป็นหน้าที่ของศาลภายในปารากวัย แต่การกำหนดเงื่อนไขห้ามเข้าร่วมการชุมนุมที่มีผู้ชุมนุมมากกว่า 3 คน เป็นการจำกัดเสรีภาพในการชุมนุมที่ขัดต่อ ICCPR ข้อ 21 เนื่องจากเป็นข้อจำกัดเสรีภาพที่ไม่มีฐานทางกฎหมายให้อำนาจ ปารากวัยไม่สามารถอธิบายได้ว่าเพราะเหตุถึงจำเป็นต้องจำกัดเสรีภาพเป็นเวลาถึง 2 ปี ดังนั้นเงื่อนไขห้ามเข้าร่วมการชุมนุมนี้จึงขัดต่อ ICCPR ข้อ 21 วรรคสอง[36]

คดีนี้แสดงให้เห็นว่าการสร้างเงื่อนไขจำกัดเสรีภาพในการชุมนุมนั้นจะต้องมีกฎหมายให้อำนาจ หากพิจารณาในทางปฏิบัติ จะเห็นได้ว่าการที่ศาลสามารถกำหนดเงื่อนไขห้ามนักกิจกรรมหรือนักเคลื่อนไหวทางการเมืองใช้เสรีภาพในการชุมนุมโดยสงบได้จะเป็นช่องทางให้รัฐสามารถลดทอนบทบาทของผู้นำสังคมหรือลดแรงกดดันจากการประท้วงได้อย่างมีประสิทธิภาพ หากศาลสามารถกำหนดเงื่อนไขเช่นนี้ได้โดยไม่ต้องยึดโยงกับฐานทางกฎหมาย รัฐก็จะสามารถใช้กลไกนี้ในการตีกรอบผู้เห็นต่างอันจะเป็นอันตรายต่อรากฐานของสังคมประชาธิปไตยอย่างยิ่ง

3.2 ขั้นที่สอง: มีจุดประสงค์โดยชอบด้วยกฎหมาย (pursue a legitimate aim)

เงื่อนไขขั้นที่สอง คือ การจำกัดเสรีภาพนั้นจะต้องมีจุดประสงค์ที่ชอบด้วยกฎหมาย ภายใต้กรอบของ ICCPR ข้อ 21 จุดประสงค์ที่ชอบด้วยกฎหมายต้องอยู่ภายใต้ฐานทางกฎหมาย 5 ประการ[37] ได้แก่ รักษาความมั่นคงของชาติ ความปลอดภัยสาธารณะ ความสงบเรียบร้อย (ordre public) การคุ้มครองด้านสาธารณะสุขหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือเพื่อคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคลอื่น

[34] Court of Appeal of Caazapá for Civil, Commercial, Labour and Criminal Matters, judgment of 10 March 2010, p. 205.

[35] Giménez v Paraguay (26 September 2018) Communication No.2372/2014 CCPR/C/123/D2372/2014, paras 3.8 – 3.9.

[36] ibid, paras 8.5, 9, 10.

[37] Human Rights Committee, General Comment 37, para 41.

การอ้างเหตุผล “เพื่อรักษาความมั่นคงของชาติ” (the interests of national security) เพื่อจำกัดเสรีภาพในการชุมนุมนั้นจะต้องสอดคล้องกับหลักการซิราคูซ่าเกี่ยวกับการจำกัดสิทธิและการเลี่ยงพันธกรณีของบทบัญญัติในกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (Siracusa Principle on the Limitation and Derogation of Provisions in the International Covenant on Civil and Political Rights) กล่าวคือ เป็นกรณีที่มีความจำเป็นอย่างยิ่งยวดเพื่อที่จะคงไว้ซึ่งความสามารถของรัฐในการรักษาความดำรงอยู่ของชาติ บูรณภาพแห่งดินแดน หรืออำนาจอธิปไตยทางการเมืองจากภยันตรายที่น่าเชื่อว่าอาจเกิดขึ้นจริงจากการใช้กำลัง[38] อย่างไรก็ดีหากสาเหตุของการกระทบกระเทือนต่อความมั่นคงของชาติคือการที่รัฐละเมิดสิทธิมนุษยชนเสียเอง รัฐก็ไม่อาจอ้างเหตุเพื่อรักษาความมั่นคงของชาติเพื่อจำกัดเสรีภาพในการชุมนุมเพิ่มเติมได้อีก[39]

คณะมนตรีสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติ (United Nations Human Rights Council) มีความเห็นอย่างแจ้งชัดว่าผลประโยชน์ทางการเมืองหรือรัฐบาล (political or government interest) ไม่ได้มีความหมายเช่นเดียวกับคำว่า “ความมั่นคงของชาติหรือความสงบเรียบร้อย” (national security or public order)[40] นอกจากนั้น คำว่า “ความสงบเรียบร้อย” (public order) กับคำว่า “กฎหมายและระเบียบ” (law and order) ก็ไม่ได้มีความหมายอย่างเดียวกัน ตราบใดที่การชุมนุมยังเป็นการชุมนุมโดยสงบรัฐก็ไม่ควรบังคับใช้กฎหมายภายในที่ห้ามการก่อความไม่สงบเรียบร้อย (public disorder) เพื่อจำกัดความสามารถในการชุมนุมโดยสงบ[41] ดังนั้นการอ้างความปลอดภัยสาธารณะเพื่อจำกัดเสรีภาพในการชุมนุม รัฐจะต้องพิสูจน์ได้ว่าการชุมนุมนั้นจะก่อให้เกิดอันตรายอย่างมีนัยสำคัญต่อชีวิต ร่างกาย หรือทรัพย์สินอย่างร้ายแรง รัฐต้องไม่อ้างเหตุ “เพื่อรักษาความสงบเรียบร้อย” อย่างลอยๆ[42]

การอ้างการคุ้มครองด้านสาธารณสุขเพื่อจำกัดเสรีภาพในการชุมนุมนั้นจะต้องเป็นกรณีที่มีการแพร่ระบาดของโรคติดต่อจนทำให้การชุมนุมรวมกลุ่มกันมีความเสี่ยงที่จะก่อให้เกิดอันตรายอย่างร้ายแรง การอาศัยเหตุผลนี้ในการจำกัดเสรีภาพในการชุมนุมจะต้องมีเหตุอันควรเชื่อว่าพฤติการณ์การชุมนุมนั้นจะกระทบต่อสุขอนามัยของสมาชิกในสังคมหรือต่อตัวผู้ชุมนุมเองอย่างมีนัยยะสำคัญ[43] ส่วนการอ้างเหตุผล “เพื่อรักษาศีลธรรมอันดีของประชาชน” นั้น จะต้องสอดคล้องกับหลักสิทธิมนุษยชน หลักพหุนิยมและหลักการไม่เลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม การอาศัยเหตุศีลธรรมอันดีในการจำกัดเสรีภาพในการชุมนุมจะต้องระวังไม่ให้เป็นการใช้เพื่อปกป้องการตีความศีลธรรมที่อ้างอิงจากขนมธรรมเนียมทางสังคม ปรัชญา หรือศาสนาใดเพียงขนบเดียวเท่านั้น[44]

---

[38] Siracusa Principle on the Limitation and Derogation of Provisions in the International Covenant on Civil and Political Rights, para 29.

[39] Human Rights Committee, General Comment 37, para 42.

[40] UN Human Rights Council, Joint report of the Special Rapporteur on the rights to freedom of peaceful assembly and of association and the Special Rapporteur on extrajudicial, summary or arbitrary executions on the proper management of assemblies, A/HRC/31/66, 4 February 2016, para. 49.

[41] Human Rights Committee, General Comment 37, para 44.

[42] Alekseev v Russian Federation (2 December 2013) Communication No 1873/2009 CCPR/C/109/D/1873/2009, para 9.6.

[43] Human Rights Committee, General Comment 37, para 45.

[44] ibid, para 46.

ประการสุดท้าย การจำกัดเสรีภาพในการชุมนุมเพื่อคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของผู้อื่นนั้นจะต้องเป็นสิทธิเสรีภาพที่สอดคล้องกับหลักสิทธิมนุษยชน และการจำกัดนั้นจะต้องคำนึงเสมอว่าการชุมนุมย่อมจะส่งผลกระทบต่อการใช้ชีวิตประจำวันตามปรกติอยู่โดยสภาพ ดังนั้นการจำกัดเสรีภาพด้วยเหตุนี้จึงจะต้องพิจารณาว่าการชุมนุมนั้น ๆ ส่งผลกระทบหรือสร้างภาระต่อผู้อื่นเกิดปรกติวิสัยหรือไม่[45]

3.3 ขั้นที่สาม: มีความจำเป็นในสังคมประชาธิปไตย (necessity in a democratic society)

ขั้นที่สามนี้จะเป็นขั้นที่มีความสำคัญและมีความละเอียดอ่อนมากที่สุด เนื่องจากการที่จะพิจารณาว่าอะไรมีความจำเป็นในสังคมประชาธิปไตยหรือไม่ มาตรการจำกัดเสรีภาพนั้นได้สัดส่วนหรือไม่ นั้นมีตัวแปรมากมาย อย่างไรก็ดี คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติ ศาลระหว่างประเทศและองค์กรสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศต่างก็ได้มีการวางแนวปฏิบัติและแนวคำพิพากษาที่สามารถใช้เป็นแนวทางในการการวินิจฉัยความจำเป็นในสังคมประชาธิปไตยได้

ศาลสิทธิมนุษยชนแห่งทวีปอเมริกา (Inter-American Court of Human Rights) วางหลักว่า นิยามคำว่า “จำเป็น” ในการจำกัดเสรีภาพในการชุมนุม ไม่ได้ตีความหมายเพียงเพื่อสร้างความสะดวก (convenient) แก่เจ้าหน้าที่ในการปฏิบัติหน้าที่ แต่ความจำเป็นนี้จะต้องมีความเชื่อมโยงกับความต้องการส่วนรวมและการชั่งน้ำหนักความจำเป็นนั้น จะต้องมีน้ำหนักของความจำเป็นมากกว่าน้ำหนักของความต้องการของสังคมในการคุ้มครองการใช้เสรีภาพการชุมนุมในกรณีนั้น ๆ[46] ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปก็มีแนวทางในการตีความ “ความจำเป็น” ไปในแนวทางเดียวกัน คือ การจำกัดเสรีภาพในการชุมนุมจะต้องตอบสนองต่อความต้องการของสังคม (pressing social need) มีความได้สัดส่วนกับเป้าประสงค์โดยชอบด้วยกฎหมาย (proportionate to the legitimate aim pursued) และการให้เหตุผลของเจ้าหน้าที่รัฐจะต้องสอดคล้องกับเหตุแห่งการจำกัดเสรีภาพและมีน้ำหนักอย่างเพียงพอ (relevant and sufficient)[47]

คำว่า “ได้สัดส่วน” (proportionality) หมายความว่า รัฐจะต้องเลือกใช้มาตรการที่มีผลกระทบน้อยที่สุดในบรรดามาตรการของรัฐที่สามารถทำให้ภารกิจเกิดผลสำเร็จ[48] ในการชั่งน้ำหนักความได้สัดส่วน เจ้าหน้าที่รัฐจะต้องชั่งน้ำหนักระหว่างผลเสียที่เกิดจากการแทรกแซงกับผลดีที่สังคมได้รับจากการเข้าแทรกแซงนั้น หากผลเสียมีน้ำหนักมากกว่าผลดี การจำกัดเสรีภาพในการชุมนุมนั้นย่อมไม่ได้สัดส่วนและไม่สามารถกระทำได้[49] แนวคิดนี้สะท้อนให้เห็นแนวคิดทฤษฎีสิทธิขั้นพื้นฐานในกรณีที่มีการรับรองสิทธิพื้นฐานแบบไม่เด็ดขาด[50] ภายใต้กฎแห่งการชั่งน้ำหนัก (Abwägungsgesetz; rule of weighing) เมื่อเสรีภาพในการชุมนุม

---

[45] ibid, para 47.

[46] Maina Kiai, “Foaa Online!:The Right to Freedom of Peaceful Assembly”. 21; Praded v Belarus (25 November 2014) Communication No.2029/2011 CCPR/C/112/D/2029/2011, para 7.5.

[47] Kasparov and Others v. Russia App No.21613/07 (ECtHR, 3 October 2013), para. 86 --An interference will be considered “necessary in a democratic society” for a legitimate aim if it answers a “pressing social need” and, in particular, if it is proportionate to the legitimate aim pursued and if the reasons adduced by the national authorities to justify it are “relevant and sufficient”.

[48] Toregozhina v Kazakhstan (20 November 2014) Communication No.2137/2012 CCPR/C/112/D/2137/2012, para 7.4.

[49] Human Rights Committee, General Comment 37, para 40.

[50] ต่อพงศ์ กิตติยานุพงศ์. **ทฤษฎีสิทธิขั้นพื้นฐาน.** (โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2561), หน้า 237-240.

นั้นเป็นเสรีภาพที่ได้รับการรับรองแบบไม่สมบูรณ์ ดังนั้นเสรีภาพนี้จะมีผลใช้บังคับเพียงใดขึ้นอยู่กับว่าเมื่อนำมาชั่งน้ำหนักกับคุณค่าอื่น ๆ แล้ว เสรีภาพในการชุมนุมมีน้ำหนักมากกว่าหรือไม่ หากมีน้ำหนักน้อยกว่า ก็จำเป็นที่จะต้องถูกจำกัดลงมาเพื่ออำนวยการให้สิทธิขั้นพื้นฐานหรือคุณค่าอื่น ๆ ที่เป็นตัวเปรียบเทียบมีผลใช้บังคับได้มากที่สุดเท่าที่จะเป็นได้[51] แต่สิทธิขั้นพื้นฐานนั้นจะถูกทำลายสาระสำคัญแห่งสิทธิหรือถูกทำให้สิ้นผลลงโดยสิ้นเชิงไม่ได้แม้ว่าจะเป็นการอ้างเหตุในการรักษาความมั่นคงของรัฐก็ตาม[52] กล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ การชั่งน้ำหนักตามหลักความได้สัดส่วนจะนำไปสู่การสร้างสมดุลระหว่างสิทธิเสรีภาพที่ขัดแย้งหรือซ้อนทับกัน

4. ปัญหาการจำกัดเสรีภาพในการชุมนุมภายใต้ระบบกฎหมายไทย

การที่การคุ้มครองเสรีภาพในการชุมนุมในประเทศไทยไม่มีประสิทธิภาพ อีกทั้งแนวทางในการพิพากษาคดีของตุลาการไทยไม่เป็นไปในแนวเดียวกันก็เนื่องจากระบบกฎหมายที่คุ้มครองเสรีภาพในการชุมนุมภายในประเทศไทยไม่สอดคล้องกับหลักสากล ทำให้หลักสากล แนวคำพิพากษาศาลระหว่างประเทศและคำวินิจฉัยขององค์กรระหว่างประเทศไม่มีอิทธิพลในการชี้นำการตรวจสอบดุลยพินิจของเจ้าหน้าที่รัฐให้เป็นไปในทิศทางเดียวกัน ปัญหาความไม่สอดคล้องนี้เกิดจากปัญหา 4 ประการ ได้แก่ (1) กฎหมายภายในของไทยรับรองเสรีภาพในการชุมนุมไม่เท่ากับบทบัญญัติตาม ICCPR (2) มีการใช้กฎหมายอื่นมาบังคับควบคู่ไปกับ พ.ร.บ.การชุมนุมสาธารณะโดยไม่คำนึงถึงหลักสากล (3) กฎหมายเปิดช่องให้เจ้าหน้าที่มีดุลยพินิจมาก และ (4) กฎหมายไม่ได้กำหนดให้เจ้าหน้าที่รัฐต้องใช้วิธีใดในการตรวจสอบการแทรกแซงเสรีภาพในการชุมนุม

4.1 กฎหมายภายในของไทยรับรองเสรีภาพในการชุมนุมไม่เท่ากับบทบัญญัติตาม ICCPR

ภายใต้กฎหมายไทย รัฐธรรมนูญ มาตรา 44 วรรคแรก บัญญัติว่า “บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการชุมนุมโดยสงบและปราศจากอาวุธ” และ วรรคสองระบุถึงการจำกัดเสรีภาพว่า “การจำกัดเสรีภาพตามวรรคหนึ่งจะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ตราขึ้นเพื่อรักษาความมั่นคงของรัฐ ความปลอดภัยสาธารณะ ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือเพื่อคุ้มครองสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลอื่น” ดังนั้นจะเห็นได้ชัดว่า ข้อความในวรรคสองของ มาตรา 44 ระบุเหตุในการจำกัดเสรีภาพในการชุมนุมไว้เช่นเดียวกับที่ปรากฏใน ICCPR ข้อ 21 กระนั้นมีข้อสังเกตว่า รัฐธรรมนูญไทยมิได้กล่าวถึงเงื่อนไขว่ากฎหมายจะจำกัดเสรีภาพในการชุมนุมได้ “เพียงเท่าที่จำเป็นสำหรับสังคมประชาธิปไตย” เหมือนกับที่ระบุไว้ใน ICCPR

[51] เรื่องเดียวกัน, หน้า 240.

[52] Gauthier v Canada (5 May 1999) Communication No. 633/1995 CCPR/C/65/D/633/1995, paras 13.4-13.6.

เงื่อนไข “เพียงเท่าที่จำเป็นสำหรับสังคมประชาธิปไตย” มีความสำคัญอย่างยิ่งในการพิจารณาว่าการแทรกแซงจำกัดเสรีภาพในการชุมนุมโดยเจ้าหน้าที่รัฐชอบด้วยกฎหมาย มีความจำเป็นและได้สัดส่วนหรือไม่ ซึ่งการพิจารณาหลักการเหล่านี้ ICCPR ระบุให้จะต้องพิจารณาภายใต้บริบทสังคมประชาธิปไตย ดังนั้นองค์กรระหว่างประเทศที่วางหลักสากลเกี่ยวกับเสรีภาพในการชุมนุม อาทิ คณะกรรมการสิทธิมนุษชนแห่งสหประชาติและศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปจึงต้องพิจารณาเงื่อนไขการจำกัดสิทธิบนเกณฑ์ “เพียงเท่าที่จำเป็นสำหรับสังคมประชาธิปไตย” ฉะนั้นเมื่อการรับรองเสรีภาพในการชุมนุมตามรัฐธรรมนูญไทยยังไม่สอดรับกับพันธกรณีระหว่างประเทศจนเป็นเนื้อเดียวกัน ช่องว่างทางกฎหมายตรงนี้ก็เปิดช่องทำให้การพิจารณาการแทรกแซงเสรีภาพในการชุมนุมในรัฐไทยอาจเป็นการพิจารณาภายใต้บริบทสังคมที่ไม่ใช่ประชาธิปไตยก็ได้ ยกตัวอย่างเช่น การที่องค์กรตุลาการและเจ้าหน้าที่ฝ่ายความมั่นคงบังคับใช้ประกาศหรือคำสั่งที่ประกาศโดยคณะรัฐประหารควบคู่กับ พ.ร.บ.การชุมนุมสาธารณะ[53] (รายละเอียดประเด็นนี้จะได้วิเคราะห์ในหัวข้อถัดไป)

จะเห็นได้ว่าตามหลักสากลนั้นการจำกัดเสรีภาพการชุมนุมนั้นสามารถทำได้ แต่การจำกัดเสรีภาพนี้จะต้องกระทำผ่านบทบัญญัติกฎหมายและเป็นไปเพียงเท่าที่จำเป็นสำหรับสังคมประชาธิปไตย อย่างไรก็ดี ผู้เขียนเห็นว่าส่วนที่สำคัญที่ขาดหายไป คือ นักกฎหมายไทยจะตีความคำว่าการจำเป็นสำหรับสังคมประชาธิปไตยภายใต้บริบทกฎหมายไทยอย่างไร เนื่องจากเงื่อนไขในการจำกัดสิทธิว่า “เพียงเท่าที่จำเป็นสำหรับสังคมประชาธิปไตย” มิได้ปรากฏอย่างแจ้งชัดภายใต้ระบบกฎหมายไทย

อนึ่ง แม้รัฐธรรมนูญจะไม่ระบุเงื่อนไข “เพียงเท่าที่จำเป็นสำหรับสังคมประชาธิปไตย” แต่ประเทศไทยก็มีหน้าที่ต้องปฏิบัติตาม เนื่องจาก ประการแรก ประเทศไทยเป็นภาคี ICCPR ดังนั้นจึงมีพันธกรณีที่จะต้องปฏิบัติตามโดยตรง ประการที่สอง ICCPR มีสถานะเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศนานาชาติยอมรับว่า ICCPR เป็นหนึ่งในกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ (International Human Rights Law) และประการที่สาม รัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน (พ.ศ.2560) มาตรา 258 ค. ได้กำหนดหลักการไว้ข้อหนึ่งว่า รัฐต้องจัดให้มีกลไกในการปรับปรุงกฎหมาย กฎ ระเบียบ หรือข้อบังคับต่าง ๆ ที่ใช้บังคับอยู่ก่อนวันประกาศใช้รัฐธรรมนูญนี้ ให้สอดคล้องกับหลักการตามมาตรา 77 และพัฒนาให้สอดคล้องกับหลักสากลโดยให้มีการใช้ระบบอนุญาตและระบบดำเนินการโดยคณะกรรมการเพียงเท่าที่จำเป็นเพื่อให้การทำงานเกิดความคล่องตัว โดยมีผู้รับผิดชอบที่ชัดเจนและไม่สร้างภาระแก่ประชาชนเกินความจำเป็น เพิ่มความสามารถให้การแข่งขันของประเทศและป้องกันการทุจริตประพฤติมิชอบ ดังนั้น พ.ร.บ.การชุมนุมสาธารณะ พ.ศ. 2558 และกฎหมายอื่นๆ ที่นำมาใช้จำกัดเสรีภาพในการชุมนุม จึงอยู่ในข่ายที่จะต้องพัฒนาให้สอดคล้องกับ “หลักสากล” ที่ ICCPR กำหนดไว้

[53] สมชาย ปรีชาศิลปกุล นัทมน คงเจริญ และ ปรรณ บุญช่วย. **บทเรียนและสภาพปัญหาเกี่ยวกับเสรีภาพในการชุมนุมเพื่อการปรับปรุงพระราชบัญญัติการชุมนุมสาธารณะ พ.ศ. 2558.** หน้า 118.

4.2 มีการใช้กฎหมายอื่นมาบังคับควบคู่ไปกับ พ.ร.บ.การชุมนุมสาธารณะโดยไม่คำนึงถึงหลักสากล

นอกจากประเทศไทยจะมีปัญหาเกี่ยวกับการบังคับใช้กฎหมายอย่างเลือกปฏิบัติแล้ว การนำเอากฎหมายอื่น (lex generalis) ที่มิได้มีวัตถุประสงค์เพื่อบังคับกับการชุมนุมสาธารณะ มาบังคับใช้แทนที่หรือซ้อนทับกับ พ.ร.บ.การชุมนุมสาธารณะ ซึ่งเป็นกฎหมายเฉพาะ (lex specialis) ก็ทำให้สาระสำคัญของเสรีภาพในการชุมนุมสูญหายไปอย่างมาก ยกตัวอย่างเช่น ในระหว่างที่ คณะรักษาความสงบแห่งชาติ (คสช.) ปกครองประเทศ ได้มีการนำประกาศ คสช. ที่ห้ามชุมนุมทางการเมืองเกินกว่า 5 คน[54] มาบังคับใช้คู่ขนานไปกับ พ.ร.บ. การชุมนุมสาธารณะ โดยประกาศ คสช. นั้นไม่มีการอธิบายว่า “การชุมนุมทางการเมือง” หมายความว่าอย่างใด[55] คำว่า “การเมือง” นั้นมีความหมายกว้าง การชุมนุมเรียกร้องอะไรก็ตามที่เกี่ยวข้องกับนโยบายสาธารณะก็ดูจะเป็นการเมืองไปเสียสิ้น ตั้งแต่การชุมนุมคัดค้านเหมืองแร่ การเรียกร้องการสนับสนุนราคาผลผลิตทางการเกษตร ไปจนถึงการชุมนุมเรียกร้องให้มีการตรวจสอบคอรัปชันในวงราชการ “การชุมนุมทางการเมือง” จึงถูกตีความอย่างกว้างและบังคับใช้เฉพาะกับการชุมนุมสาธารณะที่ คสช. ไม่เห็นด้วย กลับกันเจ้าหน้าที่กลับไม่ดำเนินคดีกับการชุมนุมที่เป็นฝ่ายสนับสนุนของรัฐบาล เช่นในช่วง ค.ร.ม.สัญจรไปตามจังหวัดต่าง ๆ หรือการชุมนุมของกลุ่มที่ออกมาต่อต้านกลุ่มคนอยากเลือกตั้งระหว่างต้นปี 2562 เป็นต้น

อนึ่ง ภายหลังจากมีการประการศใช้ พ.ร.บ. การชุมนุมสาธารณะ พ.ศ. 2558 เจ้าหน้าที่รัฐยังคงดูแลการชุมนุมสาธารณะตามแนวทางเดิมที่เคยปฏิบัติกันมา คือ มีการนำกฎหมายอื่น ๆ ที่ไม่ได้มีเจตนารมณ์ในการดูแลการชุมนุมสาธารณะมาสร้างอุปสรรคต่อการใช้เสรีภาพในการชุมนุม ยกตัวอย่างเช่น ความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 116 พ.ร.บ. รักษาความสะอาดและความเป็นระเบียบเรียบร้อยของบ้านเมือง พ.ศ. 2535 พ.ร.บ.จราจรทางบก พ.ศ. 2522 พ.ร.บ.ควบคุมการโฆษณาโดยใช้เครื่องขยายเสียง พ.ศ. 2493 เป็นต้น ต่อปัญหานี้ งานวิจัยของ รศ.สมชายและคณะชี้ว่าการนำกฎหมายเหล่านี้มาดำเนินคดีกับผู้ชุมนุมก่อให้เกิดปัญหาสองประการ[56] กล่าวคือ ประการแรก กฎหมายเฉพาะเหล่านี้มีเจตนารมณ์มุ่งควบคุมการกระทำที่ละเมิดต่อกฎหมายแต่ละประเภทโดยตรง แต่การใช้เสรีภาพในการชุมนุมนั้นเป็นการใช้สิทธิตามที่รัฐธรรมนูญได้รับรองไว้ ดังนั้นผู้ชุมนุมที่ถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดตามกฎหมายเหล่านี้จึงเป็นผลสืบเนื่องจากการใช้สิทธิตามที่รัฐธรรมนูญรับรอง ประการที่สอง การบังคับใช้กฎหมายเหล่านี้กับผู้ชุมนุมเป็นไปอย่างเลือกปฏิบัติ เจ้าหน้าที่สามารถตั้งข้อกล่าวหาแก่ผู้ชุมนุมบางกลุ่มด้วยบางข้อหา ในขณะที่ผู้ชุมนุมบางกลุ่มที่มีพฤติกรรมเหมือนกันอาจไม่ถูกตั้งข้อหาในลักษณะเดียวกัน

---

[54] คำสั่งหัวหน้า คสช. ที่ 3/2558 เรื่องการรักษาความสงบเรียบร้อยและความมั่นคงของชาติ ข้อ 12 วรรคแรก กำหนดว่า ผู้ใดมั่วสุม หรือชุมนุมทางการเมือง ณ ที่ใด ๆ ที่มีจำนวนตั้งแต่ห้าคนขึ้นไป ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหกเดือน หรือปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ เว้นแต่เป็นการชุมนุมที่ได้รับอนุญาตจากหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติหรือผู้ที่ได้รับมอบหมาย

[55] Human Rights Committee, List of issues in relation to the second periodic report of Thailand (12 August 2016) CCPR/C/THA/Q/2, paras 19-20.

[56] สมชาย ปรีชาศิลปกุล และคณะ. **เสรีภาพในการชุมนุมโดยสงบและปราศจากอาวุธตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย : รายงานการศึกษาวิจัย.** หน้า 19.

ยิ่งไปกว่านั้น หากเป็นการชุมนุมที่กระทบต่อสถานะทางการเมืองของนักการเมืองที่อยู่ในอำนาจ เจ้าหน้าที่รัฐอาจหยิบยกกฎหมายความมั่นคงที่ให้อำนาจเจ้าหน้าที่รัฐในการห้ามการชุมนุมแบบเหมารวม (blanket ban) มาบังคับใช้[57] อาทิ พ.ร.บ. กฎอัยการศึก พ.ศ. 2457 พ.ร.ก. บริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548 และ พ.ร.บ.การรักษาความมั่นคงภายในราชอาณาจักร พ.ศ. 2551 ซึ่งในทางปฏิบัติการห้ามการชุมนุมสาธารณะตามกฎหมายความมั่นคงเหล่านี้จะก่อให้เกิดปัญหาตามมา เช่น การห้ามชุมนุมไม่สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของกฎหมาย เปิดช่องให้เจ้าหน้าที่ตำรวจและทหารใช้ความรุนแรงกับผู้ชุมนุมโดยปราศจากการตรวจสอบที่รัดกุม[58] นอกจากนั้นกฎหมายบางฉบับยังได้ยกเว้นความรับผิดในการปฏิบัติการตามหน้าที่ของเจ้าหน้าที่หรือเปลี่ยนเขตอำนาจศาลในการวินิจฉัยความเสียหายที่เกิดขึ้นอีกด้วย[59]

มีข้อน่าสังเกตว่าภายใต้พันธกรณีตาม ICCPR ข้อ 4. รัฐภาคีสามารถประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินเพื่อที่จะไม่ต้องปฏิบัติตามพันธกรณีภายใต้ ICCPR บางข้อได้[60] การประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินนั้นจะต้องเป็นการตอบสนองต่อภาวะฉุกเฉินที่คุกคามความอยู่รอดของชาติและได้มีการประกาศสภาวะนั้นอย่างเป็นทางการแล้ว การจำกัดเสรีภาพในการชุมนุมนั้นก็จะทำได้เท่าที่จำเป็นต่อความฉุกเฉินของสถานการณ์ ไม่ขัดต่อพันธกรณีระหว่างประเทศอื่น ๆ ภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ และไม่เป็นการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งเชื้อชาติ สีผิว ภาษา ศาสนา หรือเผ่าพันธุ์ทางสังคม[61] อย่างไรก็ดี คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติรายงานข้อกังวลต่อลักษณะการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินในประเทศไทยเพื่องดเว้นการปฏิบัติตามพันธกรณี ICCPR ข้อ 12(1) ข้อ 14(5) ข้อ 19 และ ข้อ 21 ซึ่งคณะกรรมการ ฯ ชี้ว่าการงดเว้นนี้ไม่สอดคล้องกับข้อกำหนดตาม ICCPR ข้อ 4 และเอกสารความเห็นทั่วไปเลขที่ 29 (General Comment 29) เรื่อง การงดเว้นการปฏิบัติตาม ICCPR ระหว่างการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉิน นอกจากนั้นคณะกรรมการ ฯ ยังชี้อีกด้วยว่าเมื่อมีการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินแล้ว รัฐบาลมีแนวโน้มที่ใช้กฎหมายฉุกเฉินต่อไป โดยไม่คำนึงว่าสถานการณ์ฉุกเฉินที่อ้างเหตุในประกาศนั้นได้ผ่านไปเนิ่นนานแล้ว[62] โดยเฉพาะอย่างยิ่งการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินเพื่อห้ามชุมนุมทางการเมืองมากกว่า 5 คน และเพื่อจับกุมดำเนินคดีต่อผู้ชุมนุมที่มิได้มีพฤติการณ์ก่อความไม่สงบเรียบร้อยอันกระทบต่อความมั่นคงของชาติหรือกระทบต่อความปลอดภัยสาธารณะอย่างรุนแรง[63]

---

[57] Janjira Sombatpoonsiri, "The Policing of Anti-Government Protests: Thailand's 2013–2014 Demonstrations and a Crisis of Police Legitimacy," **Journal of Asian Security and International Affairs 4,** no. 1 (2017), p. 106.

[58] ชุธิดา รตนัตจุฑามณี. **ปัญหาเกี่ยวกับการชุมนุมสาธารณะในประเทศไทย.** หน้า 87-88.

[59] สมชาย ปรีชาศิลปกุล และคณะ. **เสรีภาพในการชุมนุมโดยสงบและปราศจากอาวุธตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย : รายงานการศึกษาวิจัย.** 19.

[60] การประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินไม่สามารถยกเว้น ข้อ 6 ข้อ 7 ข้อ 8 (วรรคหนึ่งและวรรคสอง) ข้อ 15 ข้อ 16 และ ข้อ 18 ได้

[61] ปณิธัศร์ ปทุมวัฒน์. "หลักเกณฑ์ระหว่างประเทศด้านสิทธิมนุษยชนที่เกี่ยวข้องกับแนวคิดการจัดระเบียบ"การชุมนุมสาธารณะ", **จุลนิติ** ก.ค.-ส.ค. 2552,169, หน้า 177.

[62] Human Rights Committee, Concluding observations on the second periodic report of Thailand, 25 April 2017, CCPR/C/THA/CO/2, para 5.

[63] ibid, paras 39-40.

4.3 กฎหมายเปิดช่องให้เจ้าหน้าที่มีดุลยพินิจมาก

ปัญหาประการถัดมา คือ กฎหมายเปิดช่องให้เจ้าหน้าที่มีดุลยพินิจมากโดยมิได้กำหนดเกณฑ์ในการใช้ดุลยพินิจหรือระบบตรวจสอบดุลยพินิจอย่างเพียงพอ การที่เจ้าหน้าที่มีดุลยพินิจมากจะเป็นประโยชน์ต่อเจ้าหน้าที่เพราะจะทำให้เจ้าหน้าที่มีอำนาจมากขึ้นเนื่องจากสามารถใช้ดุลยพินิจและความชำนาญของเจ้าหน้าที่แก้ปัญหาที่กำลังพิจารณาได้ตามความเหมาะสม อย่างไรก็ดีการที่กฎหมายเปิดช่องให้ใช้ดุลยพินิจโดยมิได้กำหนดเกณฑ์การใช้ดุลยพินิจอย่างรัดกุมจะนำไปสู่การใช้ดุลยพินิจอย่างไม่จำเป็นและไม่ได้สัดส่วนซึ่งขัดกับหลักสากล ในเบื้องต้นอาจแบ่งการพิจารณาปัญหาการใช้ดุลยพินิจจำกัดเสรีภาพในการชุมนุมออกเป็น 2 ประเภท คือ การใช้ดุลยพินิจจำกัดเสรีภาพผ่านทางเนื้อหาของการชุมนุม กับการจำกัดผ่านรูปแบบของการชุมนุม

4.3.1 ปัญหาการใช้ดุลยพินิจจำกัดเสรีภาพผ่านทางเนื้อหา

ในเชิงเนื้อหา การจำกัดเสรีภาพการชุมในประเทศไทยยังไม่เป็นไปตามหลักสากลเนื่องจากกฎหมายกำหนดให้ผู้บังคับใช้กฎหมายมีดุลยพินิจที่กว้างขวาง ตำรวจและองค์กรฝ่ายปกครองถูกแทรกแซงจากฝ่ายการเมืองได้ง่ายและไม่มีกลไกที่มีประสิทธิภาพในการตรวจสอบและรักษาความโปร่งใสของเจ้าหน้าที่อย่างเพียงพอ ดังนั้น เมื่อเกิดการละเมิดเสรีภาพในการชุมนุม น้อยครั้งมากที่ผู้ชุมนุมหรือผู้มีส่วนได้เสียจะประสบความสำเร็จในการเรียกร้องค่าเสียหายหรือการดำเนินคดีทั้งทางอาญาและทางวินัยต่อเจ้าหน้าที่ที่กระทำการขัดต่อกฎหมายหรือขัดต่อหลักสากล

อนึ่ง คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติ ได้รับรองหลักการเบื้องต้นว่าการบังคับกฎระเบียบเกี่ยวกับ “เวลา สถานที่ และรูปแบบ” ของการชุมนุมจะต้องไม่แทรกแซงเนื้อหาของการชุมนุม (content neutral) แม้ว่าจะเข้าข้อยกเว้นบางประการที่รัฐสามารถแทรกแซงเนื้อหาของการชุมนุมได้ ยกตัวอย่างเช่น ห้ามหรือระงับการชุมนุมด้วยเหตุผลว่า ข้อความที่ผู้ชุมนุมประกาศเป็นการยุยงปลุกปั่นให้ใช้ความรุนแรงก่อความไม่สงบในบ้านเมือง หรือเป็นข้อความที่สร้างความเกลียดชัง เจ้าหน้าที่รัฐจะมีภาระหน้าที่ในการพิสูจน์ความชอบด้วยกฎหมายในการเข้าแทรกแซงเสรีภาพนั้น[64] ดังนั้นรัฐที่เป็นภาคี ICCPR จึงมีพันธะต้องปล่อยให้ผู้ชุมนุมสามารถกำหนดวัตถุประสงค์หรือเนื้อหาในการแสดงออกผ่านการชุมนุมโดยสงบได้อย่างเสรี

เจ้าหน้าที่มีหน้าที่ต้องละเว้นจากการกำหนดเงื่อนไขการชุมนุมที่เป็นการแทรกแซงเนื้อหาของการชุมนุม (content neutral)[65] ยกตัวอย่างเช่น ในคดี *Amelkovich v Belarus* ผู้ร้องประสงค์ที่จะจัดการชุมนุมสาธารณะโดยการชูป้ายประท้วง (picketing) ที่เมือง Slutsk เพื่อแสดงออกถึงจุดยืนทางการเมืองเคียงข้างนักโทษทางการเมืองที่ถูกทางการคุมขังอยู่ ผู้ร้องได้ยื่นขออนุญาตจัดการชุมนุมสาธารณะตามที่

[64] Human Rights Committee, General Comment 37, para 53.

[65] Alekseev v Russian Federation (25 October 2013) Communication No. 1873/2009 CCPR/C/109/D/1873/2009, para 9.6; Amelkovich v Belarus (29 March 2019) Communication No. 2720/2016 CCPR/C/125/D/2720/2016 para 6.6; Human Rights Committee, Concluding observations on Equatorial Guinea in the absence of its initial report (22 August 2019, CCPR/C/GNQ/CO/1), para 54-55, Human Rights Committee, General Comment 37, para 22.

กฎหมายกำหนด แต่เจ้าหน้าที่ปฏิเสธคำขออนุญาตชุมนุมสาธารณะด้วยเหตุผลว่า “ไม่มีนักโทษทางการเมืองในประเทศเบลารุส” ผู้ร้องจึงฟ้องเป็นคดีต่อศาล ต่อมาทั้งศาลอุทธรณ์และศาลฎีกาพิพากษายืนว่าเหตุแห่งการปฏิเสธคำขออนุญาตชอบแล้ว ผู้ร้องจึงร้องต่อคณะกรรมการสิทธิมนุษยชน ภายใต้ ICCPR Optional Protocol คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติ วินิจฉัยว่าการแทรกแซงเสรีภาพในการชุมนุมไม่ชอบด้วย ICCPR ข้อ 21 เนื่องจากศาลเบลารุสพิพากษาโดยให้เหตุผลกว้างๆ เพียงแค่ปฏิเสธการไม่มีนักโทษการเมืองเท่านั้น คณะกรรมการ ฯ พิจารณาแล้วเห็นว่าศาลไม่ได้อธิบายว่าการจำกัดเสรีภาพนั้นมีองค์ประกอบเข้าข้อยกเว้นที่ ICCPR ข้อ 19 และข้อ 21 กำหนดไว้อย่างไร ดังนั้นเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นและเสรีภาพในการชุมนุมของผู้ร้องจึงถูกละเมิด[66]

4.3.2 ปัญหาการใช้ดุลยพินิจจำกัดเสรีภาพผ่านทางรูปแบบการชุมนุม

เจตนารมณ์ของ พ.ร.บ.การชุมนุมสาธารณะนั้นแท้จริงแล้วต้องการที่จะจัดระเบียบและวางกรอบการใช้เสรีภาพในการชุมนุมโดยสงบ ซึ่งโดยสภาพแล้วจะเป็นการจำกัดเสรีภาพในการชุมนุมผ่านรูปแบบการชุมนุม โดยเฉพาะการสร้างข้อจำกัดด้าน เวลา สถานที่ และวิธีการชุมนุม (time, place, and manner restrictions) ตามหลักการสากลรัฐมีหน้าที่จะต้องอำนวยความสะดวกให้การชุมนุมเกิดขึ้นได้ในระยะ “การมองเห็นและการได้ยิน” ของกลุ่มเป้าหมายให้มากที่สุดเท่าที่จะกระทำได้ หรือยอมให้ชุมนุมได้ในสถานที่ใด ๆ ที่มีความสำคัญต่อเป้าหมายของการชุมนุม[67]

ในด้านเวลา รัฐจะต้องยอมให้ผู้ชุมนุมมีเวลาพอสมควรในการแสดงความเห็นหรือกระทำการเพื่อบรรลุวัตถุประสงค์อื่นของการชุมนุมอย่างมีประสิทธิภาพ หลักทั่วไปคือ รัฐควรปล่อยให้การชุมนุมโดยสงบยุติด้วยตัวเอง การกำหนดช่วงเวลาระหว่างวันให้สามารถชุมนุมได้หรือไม่ได้ ถือว่าเป็นการแทรกแซงเสรีภาพในการชุมนุม รัฐไม่ควรห้ามมิให้ชุมนุมด้วยเหตุที่มีความถี่ของการชุมนุมบ่อยครั้งเพียงประการเดียว เนื่องจากความถี่ของการจัดการชุมนุมอาจเป็นหัวใจของการบรรลุเป้าหมายของการชุมนุม รัฐจะต้องพิจารณาถึงความได้สัดส่วนของการใช้เสรีภาพกับผลกระทบที่เกิดจากการชุมนุมยืดเยื้อ เช่น การชุมนุมที่เกิดขึ้นในเวลากลางคืนเป็นประจำในย่านที่พักอาศัยทำให้ผู้คนที่อาศัยในบริเวณรอบ ๆ ที่ชุมนุมได้รับผลกระทบต่อการดำเนินชีวิตอย่างมีนัยสำคัญ

ในด้านสถานที่ การจัดการชุมนุมโดยสงบจะต้องสามารถจัดได้ในทุกสถานที่ที่สาธารณชนมีสิทธิเข้าถึงได้โดยชอบ สถานที่สาธารณะบางประเภทอาจมีกฎหรือข้อบังคับที่อาจจำกัดการใช้สิทธิในการชุมนุมในสถานที่เหล่านั้นได้ ยกตัวอย่างเช่น พ.ร.บ. การชุมนุมสาธารณะ สร้างกฎ ไม่ให้จัดการชุมนุม ปิดหรือรบกวนทางเข้าออกสถานที่สาธารณะบางประเภท เช่น สนามบิน สถานีรถไฟ โรงพยาบาล สถานศึกษา ฯลฯ เจ้าหน้าที่ไม่ควรมีสิทธิย้ายสถานที่ชุมนุมไปยังสถานที่ห่างไกลซึ่งผู้ชุมนุมไม่สามารถเรียกร้องความสนใจจากกลุ่มเป้าหมายหรือประชาชนทั่วไปที่สัญจรผ่านไปมาได้ นอกจากนั้น การห้ามการชุมนุมในเขตเมืองหลวง หรือ

[66] Amelkovich v Belarus (29 March 2019) Communication No. 2720/2016 CCPR/C/125/D/2720/2016 para 6.6

[67] Turchenyak et al v Belarus (10 September 2013) Communication No.1948/2010, para 7.4.

ห้ามชุมนุมในที่สาธารณะทุกแห่ง เว้นแต่ชุมนุมในสถานที่ที่จัดไว้ให้เท่านั้น เช่น สนามกีฬาของเมือง หรือลานกิจกรรมของเมือง หรือห้ามชุมนุมบนถนนทุกเส้นในเมือง ข้อจำกัดเหล่านี้ไม่สามารถกระทำได้เนื่องจากขัดต่อหลักความจำเป็นและความได้สัดส่วน[68] รัฐยังควรหลีกเลี่ยงการห้ามชุมนุมโดยเด็ดขาดตามสถานที่ต่าง ๆ เช่น ศาล รัฐสภา หรือสถานที่มีความสำคัญทางประวัติศาสตร์อีกด้วย ส่วนในด้านข้อจำกัดเกี่ยวกับรูปแบบการชุมนุมนั้น ผู้ชุมนุมควรมีอิสระในการตัดสินใจว่าจะใช้รูปแบบใดในการชุมนุม ดังนั้นผู้จัดการชุมนุมจึงควรมีอิสระในการเลือกใช้อุปกรณ์ต่าง ๆ เช่น โปสเตอร์ เครื่องขยายเสียง เครื่องดนตรี เครื่องฉายภาพ ฯลฯ ดังนั้นเจ้าหน้าที่รัฐควรยอมให้มีการติดตั้งโครงสร้างชั่วคราว เช่น การวางเครื่องเสียง เต็นท์อำนวยการ-พยาบาล เพื่อให้การชุมนุมบรรลุเป้าหมายที่ได้กำหนดไว้

ปัญหาของการใช้ดุลยพินิจในการจำกัดเสรีภาพในการชุมนุมผ่านทางรูปแบบการชุมนุมในประเทศไทย คือ เจ้าหน้าที่มีดุลยพินิจในการกำหนดข้อจำกัดด้านรูปแบบมากเกินไป อีกทั้งไม่แน่ชัดว่าใครเป็นผู้ตรวจสอบดุลยพินิจนั้น และตรวจสอบบนเงื่อนไขใด ยกตัวอย่างเช่น ดุลยพินิจในการปิดจราจร หรือการวางลวดหนามหีบเพลง หรือแม้กระทั่งใช้รถโดยสารประจำทางและตู้คอนเทนเนอร์ปิดถนนเพื่อป้องกันไม่ให้ผู้ชุมนุมเดินผ่านไปได้ การตั้งสิ่งกีดขวางเหล่านี้เป็นข้อจำกัดเสรีภาพในการชุมนุมโดยสภาพ ดังนั้นควรจะต้องผ่านการทดสอบสามขั้น (the three prong test) ดังที่ได้อธิบายแล้วในหัวข้อด้านบน กระนั้น ในทางปฏิบัติก็จะพบว่าผู้ชุมนุมทางการเมืองบางกลุ่มถูกตั้งข้อจำกัดเสรีภาพผ่านทางรูปแบบโดยไม่คำนึงถึงความได้สัดส่วนเลย เช่น กรณีกลุ่มผู้ชุมนุมคนอยากเลือกตั้งรวมตัวที่มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์วันที่ 22 พ.ค. 2561 เรียกร้องให้ คสช. จัดให้มีการเลือกตั้ง กลุ่มผู้ชุมนุมได้ประกาศว่าจะมีการเคลื่อนขบวนไปยังถนนราชดำเนินและได้มีการขอให้ตำรวจปิดถนน 1 ช่องทาง แต่ตำรวจกลับห้ามมิให้เคลื่อนขบวนและปิดถนนหน้ามหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ทั้งหมด[69] อีกตัวอย่างหนึ่งที่แสดงถึงการใช้ดุลยพินิจอย่างไม่ได้สัดส่วนในการปิดการจราจรคือ กรณีกลุ่มคณะราษฎร์ประกาศนัดชุมนุมหน้าสำนักงานทรัพย์สินพระมหากษัตริย์ในวันที่ 25 พ.ย. 2563 โดยมีการประกาศเชิญชวน 1 สัปดาห์ล่วงหน้า เจ้าหน้าที่ตำรวจได้นำและตู้คอนเทรนเนอร์ซ้อนทับกันถึงสองชั้นและวางแนวรั้วลวดหนามหีบเพลงปิดอย่างหนาแน่น ปิดถนน 6 สายที่นำไปสู่สำนักงานทรัพย์สินพระมหากษัตริย์ โดยเริ่มการปิดการจราจรพื้นที่โดยรอบตั้งแต่วันที่ 24 พ.ย. 2563 ส่งผลให้ประชาชนและผู้ใช้รถใช้ถนนได้รับความเดือดร้อนจากการจราจรที่ติดขัดเป็นอย่างมาก ภายหลัง รองผู้บัญชาการตำรวจนครบาลได้ให้สัมภาษณ์ว่าการนำตู้คอนเทนเนอร์มาปิดกันเส้นทางมีความเหมาะสมแล้วเนื่องจากก่อนหน้านี้ได้ใช้รถเมล์สาธารณะซึ่งอาจจะทำให้เสียมูลค่า และอธิบายอีกว่า “...ตำรวจก็ได้ปฏิบัติหน้าที่เพียงพอตามความจำเป็น แต่ปัญหาที่เกิดขึ้นไม่ได้เกิดขึ้นจากตำรวจแต่เกิดขึ้นจากผู้ชุมนุม...”[70] จะเห็นได้ว่าตำรวจสามารถอ้างว่าได้ใช้ดุลยพินิจดำเนินการตามที่กฎหมายกำหนดและได้ทำอย่างเพียงพอตามความจำเป็น แม้ว่าในความเป็นจริงนั้น รถเมล์หรือตู้คอนเทนเนอร์ก็ไม่อยู่ในรายการเครื่องมือควบคุม

[68] Human Rights Committee, General Comment 37, para 55.

[69] ข่าวสด, ‘ด่วน เริ่มยันกันแล้ว! มือบอยากเลือกตั้งขอ 1 เลน ตำรวจปิดถนนสกัดหน้า มธ. (มติชนออนไลน์, 22 พฤษภาคม 2561) [ออนไลน์] แหล่งที่มา : https://www.khaosod.co.th/breaking-news/news_1118519 [16 มกราคม 2564]

[70] PPTV Online, ‘ประชาชนเดือดร้อนหนัก ปิดถนน ผวาม็อบ “ตำรวจ” ขอโทษ แจงภาพหัวเกรียนพรึ่บ!!!’ (PPTV, 25 พฤศจิกายน 2563 [ออนไลน์] แหล่งที่มา : https://www.pptvhd36.com/news/การเมือง/137255 [16 มกราคม 2564]

ฝูงชนในการชุมนุมสาธารณะตามประกาศสำนักนายกรัฐมนตรี ที่ออกตามความใน มาตรา 19 วรรคเจ็ด แห่ง พ.ร.บ.การชุมนุมสาธารณะ พ.ศ. 2558[71] เมื่อไม่มีการตรวจสอบการใช้ดุลยพินิจที่มีประสิทธิภาพ ตำรวจสามารถอ้างเหตุผลสนับสนุนการใช้ดุลยพินิจได้อย่างลอย ๆ ซึ่งส่งผลให้กรอบของเสรีภาพในการชุมนุมไม่แน่นอนและสามารถถูกจำกัดให้แคบลงอย่างมากอีกด้วย

4.4 กฎหมายไม่ได้กำหนดให้เจ้าหน้าที่รัฐต้องใช้วิธีใดในการตรวจสอบการแทรกแซงเสรีภาพในการชุมนุม

แม้ว่ารัฐธรรมนูญจะได้รับรองเสรีภาพในการชุมนุมไว้ใน มาตรา 44 และในวรรคสองของมาตรานี้ระบุเหตุผลที่เป็นฐานอำนาจตามบทบัญญัติของกฎหมายที่สามารถจำกัดเสรีภาพในการชุมนุมไว้ แต่เมื่อมาพิจารณาในระดับพระราชบัญญัติจะพบว่ากฎหมายไม่ได้กำหนดหลักเกณฑ์ในการตรวจสอบการแทรกแซงเสรีภาพในการชุมนุมที่เป็นหลักทั่วไปไว้ พ.ร.บ. การชุมนุมสาธารณะ มาตรา 6 วรรคสองกำหนดไว้กว้าง ๆ เพียง “การใช้สิทธิและเสรีภาพของผู้ชุมนุมในระหว่างการชุมนุมสาธารณะต้องอยู่ภายใต้ขอบเขตการใช้สิทธิและเสรีภาพตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญและกฎหมาย”

ยกตัวอย่างเช่น เมื่อมีผู้ประสงค์จะจัดการชุมนุมสาธารณะมาแจ้งการชุมนุมต่อเจ้าหน้าที่ตำรวจตามมาตรา 10 ก่อนการชุมนุม 24 ชั่วโมง เมื่อได้รับแจ้งแล้วเจ้าหน้าที่ก็จะออกใบรับแจ้งหรือมีคำสั่งให้ผู้แจ้งแก้ไขในเวลาที่กำหนดหากพิจารณาแล้วว่าการชุมนุมจะขัดต่อ มาตรา 7 (ชุมนุมในสถานที่ต้องห้าม) หรือมาตรา 8 (กีดขวางหรือรบกวนสถานที่เฉพาะ) ถ้าไม่แก้ไขเจ้าหน้าที่ก็ออกคำสั่งห้ามได้ตามมาตรา 11 คำสั่งนี้สามารถอุทธรณ์ได้ต่อผู้บังคับบัญชาชั้นเหนือผู้รับแจ้งไปหนึ่งขั้น ซึ่งผู้บังคับบัญชานั้นจะต้องวินิจฉัยอุทธรณ์ภายใน 24 ชั่วโมง ตามมาตรา 11 วรรค 4 แต่กฎหมายฉบับนี้ไม่ได้กำหนดว่าเจ้าหน้าที่ที่รับแจ้งจะพิจารณากำหนดข้อแก้ไขอย่างไรหรือการพิจารณาอุทธรณ์ของผู้บังคับบัญชานั้นจะต้องพิจารณาบนเงื่อนไขอะไร กฎหมายเพียงแต่กำหนดว่าใครมีอำนาจในการพิจารณาเท่านั้น

อีกมาตราหนึ่งที่ให้อำนาจแก่เจ้าหน้าที่ในการกำหนดเงื่อนไขระหว่างการชุมนุมสาธารณะ คือ มาตรา 19 วรรคสี่ มาตรานี้ให้อำนาจเจ้าพนักงานดูแลการชุมนุมสาธารณะในการกำหนดเงื่อนไขหรือมีคำสั่งให้ผู้จัดการชุมนุม ผู้ชุมนุม หรือผู้อยู่ภายในสถานที่ชุมนุมต้องปฏิบัติตามเพื่อ อำนวยความสะดวกแก่ประชาชนเพื่อรักษาความปลอดภัย บรรเทาเหตุความเดือดร้อนรำคาญ ปิดถนนหรือปรับการจราจรในบริเวณที่มีการชุมนุมและบริเวณใกล้เคียง กระนั้นกฎหมายก็ไม่ได้กำหนดเงื่อนไขไว้เป็นการเฉพาะว่าการใช้ดุลยพินิจตามมาตรานี้จะต้องพิจารณาบนเงื่อนไขอะไร เมื่อหลักการตรวจสอบการแทรกแซงตามหลักสากล อาทิ การทดสอบสามขั้น (the three-prong test) ไม่ปรากฏในกฎหมายเฉพาะที่บัญญัติมาสำหรับการดูแลการชุมนุมสาธารณะในประเทศไทย ดังนั้น เมื่อถึงเวลาต้องตรวจสอบการใช้ดุลยพินิจในการจำกัดเสรีภาพในการชุมนุม ประชาชนก็ไม่สามารถคาดหมายได้ว่าผู้ที่ทำหน้าที่ตรวจสอบดุลยพินิจจะใช้วิธีการหรือหลักการใดในการตรวจสอบการใช้

[71] ประกาศสำนักนายกรัฐมนตรี เรื่อง เครื่องมือควบคุมฝูงชนในการชุมนุมสาธารณะ, 3 พฤศจิกายน 2558, ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 132 ตอนพิเศษ 279 ง.

ดุลยพินิจนั้น (โดยเฉพาะอย่างยิ่งการตรวจสอบดุลยพินิจตามหลักความจำเป็นและความได้สัดส่วน) ส่งผลให้เสรีภาพในการชุมนุมที่ได้รับการรับรองตามรัฐธรรมนูญก็ไม่สามารถเป็นหลักประกันทางกฎหมายเนื่องจากขาดการควบคุมตรวจสอบที่มีประสิทธิภาพโดยองค์กรตุลาการ[72]

5. บทส่งท้าย

กล่าวโดยย่อ เสรีภาพในการชุมนุมโดยสงบนั้นไม่เพียงแต่ได้รับการรับรองภายใต้กฎหมายรัฐธรรมนูญของไทยแต่เพียงอย่างเดียว หากแต่เสรีภาพนี้ได้รับการรับรองโดยกฎหมายระหว่างประเทศที่ประเทศไทยเป็นภาคี ภายใต้กรอบกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (ICCPR) คำอธิบายและแนวปฏิบัติเกี่ยวกับเสรีภาพในการชุมนุมมีการพัฒนาและสร้างบรรทัดฐานใหม่ ๆ อยู่เสมอ ซึ่งหลักการเหล่านี้กลายเป็นหลักสากลที่นานาชาติยึดถือเป็นแนวปฏิบัติที่ควรจะเป็น เมื่อเจ้าหน้าที่ตำรวจไทยมักอ้างอยู่เสมอว่าการดูแลการชุมนุมสาธารณะนั้นเจ้าหน้าที่ตำรวจได้ทำตามหลักสากล คำถามที่เราควรจะพิจารณา คือ เจ้าหน้าที่ได้ใช้อำนาจสอดคล้องกับหลักสิทธิมนุษยชนที่ปรากฏใน ICCPR จริงหรือไม่

สาเหตุหลักที่ พ.ร.บ. การชุมนุมสาธารณะ พ.ศ. 2558 กลายเป็นเครื่องมือที่ใช้ในการควบคุมและลดทอนความสามารถในการใช้เสรีภาพในการชุมนุม คือ กฎหมาย แนวปฏิบัติ และการใช้ดุลยพินิจของเจ้าหน้าที่รัฐไทยไม่สอดคล้องกับหลักสากล การที่แนวคำพิพากษาศาลภายในที่เกี่ยวข้องกับการใช้เสรีภาพในการชุมนุมไม่ว่าจะเป็น ศาลยุติธรรม ศาลปกครอง ศาลทหาร หรือศาลรัฐธรรมนูญ ไม่เป็นไปในทิศทางเดียวกันไม่ได้เกิดจากการไม่มีกฎหมายเฉพาะอย่าง พ.ร.บ.การชุมนุมสาธารณะ พ.ศ. 2558 เพื่อกำหนดกรอบการใช้เสรีภาพในการชุมนุมแต่เพียงประการเดียว หากแต่เกิดจากการที่ ตำรวจ อัยการ ตลอดจนผู้พิพากษาขาดหลักการที่ใช้ในการควบคุมดุลยพินิจในการจำกัดเสรีภาพในการชุมนุม โดยเฉพาะอย่างยิ่งหลักการทดสอบสามขั้น (the three-prong test) ที่ถือเป็นหัวใจของหลักสากลในการตรวจสอบดุลยพินิจของเจ้าหน้าที่ ไม่ปรากฏใน พ.ร.บ.การชุมนุมสาธารณะ พ.ศ. 2558

บทความนี้ได้ชี้ว่าปัญหาความไม่สอดคล้องระหว่างหลักสากลกับกฎหมายไทยเกิดจากปัญหา 4 ประการ ได้แก่ (1) กฎหมายภายในของไทยรับรองเสรีภาพในการชุมนุมไม่เท่ากับบทบัญญัติตาม ICCPR (2) มีการใช้กฎหมายอื่นมาบังคับควบคู่ไปกับ พ.ร.บ.การชุมนุมสาธารณะ โดยไม่คำนึงถึงหลักสากล (3) กฎหมายเปิดช่องให้เจ้าหน้าที่มีดุลยพินิจมากและสามารถใช้ได้ตามอำเภอใจ และ (4) กฎหมายไม่ได้กำหนดให้เจ้าหน้าที่รัฐต้องใช้วิธีใดในการตรวจสอบการแทรกแซงเสรีภาพในการชุมนุม องค์ประกอบเหล่านี้ส่งผลให้ผู้บังคับใช้กฎหมายไทยสามารถบังคับใช้กฎหมายเพื่อจำกัดเสรีภาพในการชุมนุมได้อย่างเลือกปฏิบัติและใช้ดุลยพินิจโดยไม่คำนึงถึงเจตนารมณ์ของกฎหมาย ปัจจัยเหล่านี้ทำให้เจ้าหน้าที่มีอำนาจในการจำกัดเสรีภาพในการชุมนุมเพื่อลดทอนพลังมวลชนที่เกิดจากการชุมนุมทางการเมืองหรือการชุมนุมที่กระทบต่อเสถียรภาพของรัฐบาลได้อย่างกว้างขวาง

[72] วรดนู วิจาระนันท์. **หลักความได้สัดส่วนในระบบกฎหมายไทย.** วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2548. หน้า 172.

ในขณะเดียวกัน องค์กรที่ทำหน้าที่ตรวจสอบการจำกัดเสรีภาพอย่างอัยการและศาลอาจมองข้ามหลักสากลและไม่ได้พิจารณาว่าความผิดที่กำลังพิจารณาเกิดขึ้นเกิดจากการใช้เสรีภาพในการชุมนุม อีกทั้ง พ.ร.บ.การชุมนุมสาธารณะ มีบทบัญญัติที่ใช้โทษทางอาญาเป็นเครื่องมือในการควบคุมพฤติกรรม ดังนั้นหากผู้ใช้กฎหมายมุ่งพิจารณาแต่เพียงว่ามีการกระทำความผิดครบตามองค์ประกอบความผิดทางอาญาหรือไม่โดยไม่คำนึงถึงเจตนาของผู้ชุมนุมในบริบทการใช้เสรีภาพในการชุมนุม การใช้ดุลยพินิจในการจำกัดเสรีภาพในการชุมนุมของเจ้าหน้าที่ก็อาจจะไม่มีการตรวจสอบอย่างเพียงพอ ผู้เขียนเห็นว่าปัญหานี้สามารถแก้ไขได้โดย (1) ทำการแก้ไข พ.ร.บ. การชุมนุมสาธารณะ พ.ศ. 2558 ให้มีการวางกรอบการใช้ดุยพินิจจำกัดเสรีภาพการชุมนุมให้รัดกุมมากขึ้น ทั้งทางด้านรูปแบบและทางด้านเนื้อหา โดยเนื้อหาของกฎหมายจะต้องสอดคล้องกับหลักการที่ระบุไว้ใน ICCPR และ (2) เปลี่ยนพฤติกรรมการใช้กฎหมายโดยการปรับปรุงกระบวนการยุติธรรมให้สามารถคุ้มครองเสรีภาพในการชุมนุมได้อย่างมีประสิทธิภาพและสอดคล้องกับหลักสากลมากขึ้น