

อำนาจในการสลายการชุมนุมสาธารณะของเจ้าหน้าที่ของรัฐ ผ่านมุมมองแนวคิดทาง
นิติปรัชญาของ จอห์น ออสติน และ เอช. แอล. เอ. ฮาร์ท

The Problem of the Jurisdiction of Government Officials in the Dispersal
of Public Assembly : Through the lens of legal philosophy of
John Austin and H. L. A. Hart

ชมพูนุท บุญจันทร์
Chompoonut Boonchan

เนติ เตชะบุญ
Neati Teachaboon

ปัญญา โถวสกุล
Pun Thosakoon

พิมพ์ขวัญ ควรรคิด
Phimkhwan Kuankid

ภูปกรณ พวงปู่
Phupakorn Puangbu

นิสิตในหลักสูตรนิติศาสตรบัณฑิต

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ถนนพญาไท แขวงวังใหม่ เขตปทุมวัน กรุงเทพฯ 10330

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

Corresponding author E-mail; 6349015634@student.chula.ac.th

บทคัดย่อ

บทความนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อศึกษา “ปัญหาของขอบเขตอำนาจในการสลายการชุมนุมสาธารณะของเจ้าหน้าที่ของรัฐ” โดยผู้เขียนจะศึกษาจากกรณีตัวอย่างที่กลุ่มเยาวชนปลดแอก ซึ่งเป็นกลุ่มการเคลื่อนไหวทางการเมือง เพื่อเรียกร้องให้รัฐบาลกระทำการบางอย่าง เพราะกลุ่มเยาวชนปลดแอกไม่เห็นด้วยกับการปฏิบัติงานของรัฐบาล ซึ่งการชุมนุมทางการเมือง เป็นหนึ่งในเสรีภาพในการแสดงออก อันเป็นสิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐานภายใต้กรอบกฎหมายของรัฐนั้น ๆ ได้กำหนดเงื่อนไขไว้

จากกรณีตัวอย่างที่ผู้เขียนยกขึ้นมา เมื่อกลุ่มผู้ชุมนุมเยาวชนปลดแอก ได้รับผลกระทบหลังการสลายการชุมนุม ที่ขาดขอบเขตในการสลายการชุมนุมที่ชัดเจน ขาดศีลธรรม และความรุนแรงของกระบวนการใช้กฎหมาย โดยศึกษาผ่านแนวคิดของ จอห์น ออสติน และ เอช. แอล. เอ. ฮาร์ท ซึ่งนักคิดทั้ง 2 ท่านนี้ มองกฎหมายด้วยแนวคิดและการปฏิบัติที่แตกต่างกัน

ดังนั้นผู้เขียนมีความสนใจที่จะศึกษากรณีตัวอย่างจากการชุมนุมของกลุ่มเยาวชนปลดแอกและการสลายการชุมนุมโดยเจ้าหน้าที่ของรัฐ ซึ่งในสังคมมีข้อวิพากษ์วิจารณ์ว่าการกระทำของเจ้าหน้าที่ของรัฐเหมาะสมแล้วจริงหรือไม่ โดยการนำแนวคิดของ จอห์น ออสติน และ เอช. แอล.เอ. ฮาร์ท มาเป็นพื้นฐานความคิดที่จะวิเคราะห์ความเหมาะสมของการสลายการชุมนุมจากกรณีตัวอย่าง และการแก้ไขปัญหามองขอบเขตอำนาจของเจ้าหน้าที่ของรัฐที่ใช้ในการสลายการชุมนุม

คำสำคัญ : การชุมนุมสาธารณะ การสลายการชุมนุมสาธารณะ ขอบเขตอำนาจของเจ้าหน้าที่ของรัฐ

Abstract

The purpose of this article is to examine "The Problem of the Jurisdiction of Government Officials in the Dispersal of Public Assembly." The author will investigate the case of the liberated youth group, a political movement group that urges the government to take action because the youth liberation group disagrees with how the government operates. The political rally is an expression of freedom of expression, which is a fundamental human right under the provisions of the state's legal framework in which the conditions are set.

The liberated youth protesters were crack-downed in this case, which lacks clear boundaries. The lack of morality and the severity of the legal process were investigated by

studying the concepts of John Austin and H. L. A. Hart¹, who both approach the law from different perspectives and practices.

As a result, the author is interested in studying a case study of the liberation youth rallies and their dissolution by government officials. In which society questioned whether the action of government officials was truly appropriate or not by using the concepts of John Austin and H. L. A. Hart as the foundation for the idea to analyze the suitability of dissolving the assembly from the case and the solution of the jurisdiction of government officials used to disperse the protests.

Keywords: Public assembly, Dissolution of A public assembly, Scope of Authority of Government officials

¹Full name: Harbert Lionel Adolphus Hart

บทนำ

การชุมนุมสาธารณะเป็นหลักการอย่างหนึ่งของนโยบายทางกฎหมายของรัฐที่เป็นหัวใจสำคัญของระบอบประชาธิปไตย ในปัจจุบันยังคงพบปัญหาเรื่องความถูกต้องเหมาะสมของตัวกฎหมายในเรื่องของการชุมนุมสาธารณะ ซึ่งรัฐเป็นผู้กำหนดบรรทัดฐานของสังคมว่าสิ่งใดควรทำสิ่งใดไม่ควรทำ การกระทำเช่นนี้เป็นสิ่งที่ถูกต้องหรือไม่ถูกต้อง แม้รัฐธรรมนูญของไทยจะได้มีการรับรองเสรีภาพในการชุมนุม ประกอบกับได้มีการกำหนดกฎหมายที่เกี่ยวกับการชุมนุมสาธารณะใน พ.ร.บ.การชุมนุมสาธารณะ พ.ศ.2558 แต่อย่างไรก็ตามยังพบปัญหาของขอบเขตอำนาจในการสลายการชุมนุมของเจ้าหน้าที่ของรัฐว่าสามารถใช้ความรุนแรงได้มากน้อยเพียงใด รวมถึงการใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ตาม พ.ร.บ.การชุมนุมสาธารณะ พ.ศ.2558 ที่ได้เปิดโอกาสให้เจ้าหน้าที่ของรัฐสามารถใช้ดุลพินิจในการจำกัดเสรีภาพของการสลายการชุมนุมให้ขึ้นอยู่กับดุลพินิจได้ซึ่งเป็นปัญหาของการใช้กฎหมายที่เกิดความไม่เป็นธรรมขึ้น

จอห์น ออสติน² ได้ให้นิยามความหมายของกฎหมายว่า กฎหมายคือองค์รวมของกฎเกณฑ์ที่ผู้ทรงอำนาจสูงสุดทางการเมือง คือ รัฐอธิปัตย์ กำหนดขึ้น และได้รับการปฏิบัติตามโดยสมาชิกส่วนใหญ่ของชุมชนทางการเมืองนั้น โดยรัฐอธิปัตย์เป็นผู้ที่สามารถสั่งให้ประชาชนส่วนใหญ่เคารพเชื่อฟัง แต่รัฐอธิปัตย์หรือผู้ทรงอำนาจสูงสุดทางการเมืองนั้นไม่ต้องเชื่อฟังใคร³ รัฐอธิปัตย์เป็นผู้ออกคำสั่งที่ต้องการให้กฎหมายมีสภาพบังคับแก่ผู้ที่อยู่ใต้ปกครองและผู้ไม่ปฏิบัติตามย่อมได้รับบทลงโทษ ซึ่งเป็นการให้ความสำคัญในความเคร่งครัดและประสิทธิภาพของกฎหมาย นี่คือการแนวคิดตามหลักทฤษฎีคำสั่ง ของ จอห์น ออสติน ซึ่งการที่ออสตินมองกฎหมายอย่างเคร่งครัดทำให้ถูกโต้แย้งจากนักคิดท่านอื่นๆที่มองว่าการใช้กฎหมายมองแต่ในมุมมองด้านประสิทธิภาพของการใช้กฎหมาย จอห์น ออสติน ได้กล่าวถึง Positive Law ว่ามีองค์ประกอบ 5 ประการด้วยกัน ได้แก่ ความปรารถนาของผู้สั่ง (Wish) สภาพบังคับ (Sanction) การแสดงออกซึ่งความปรารถนา (Expression of the Wish) การมีผลบังคับทั่วไป (Generality) และการประกาศใช้โดยรัฐอธิปัตย์ (Sovereign)⁴

สำหรับเอช. แอล. เอ. ฮาร์ท⁵ นั้นโต้แย้งทฤษฎีของออสตินในประเด็นเรื่องผลผูกพันของคำสั่งต่อตัวผู้ออกคำสั่งหรือรัฐอธิปัตย์ไม่ได้ ซึ่งไม่สอดคล้องกับมโนทัศน์ของกฎหมายในรัฐสมัยใหม่ กล่าวคือ โดยทั่วไปคำสั่งย่อมไม่ผูกพันตัวผู้ออกคำสั่ง แต่กฎหมายโดยเฉพาะอย่างยิ่งในรัฐสมัยใหม่ย่อมมีผลผูกพันตัวผู้ตรากฎหมายหรือรัฐอธิปัตย์ด้วย ดังนั้นการอธิบายว่ากฎหมายคือคำสั่งของรัฐอธิปัตย์นั้นจึงไม่ถูกต้อง นอกจากนี้ผู้ทรงอำนาจของรัฐหรือรัฐอธิปัตย์ในรัฐสมัยใหม่นั้นไม่ได้มีเพียงหนึ่งเดียวตามความคิดของ จอห์น ออสติน อีกต่อไปแล้ว แต่ถูก

² จอห์น ออสติน เกิด ค.ศ.1790 - 1859 เป็นนักกฎหมายและนักนิติปรัชญาชาวอังกฤษ ผลงานที่สำคัญ คือ The Province of Jurisprudence Determined (ปริณิพจน์แห่งวิชานิติศาสตร์ที่ได้รับการกำหนดไว้)

วรเจตน์, *ประวัติศาสตร์ความคิดนิติปรัชญา*, 2564, น.380-382

³ วรเจตน์ ภาศิริรัตน์, “ประวัติศาสตร์ความคิดนิติปรัชญา” (2564) สำนักพิมพ์อ่านกฎหมาย น.477

⁴ John Austin, *The Province of Jurisprudence Determined*, ed. H. L. A. Hart, (London, 1954) อ้างถึงใน จริญ โฆษณานันท์, *เชิงอรรถ* ที่ 3, น.48.

⁵ เฮอเบิร์ต โลโอเนล ออดอล์ฟ ฮาร์ท (เอช. แอล. เอ. ฮาร์ท) เกิด ค.ศ.1907 - 1992 ชาวอังกฤษ นักกฎหมายบ้านเมือง มหาวิทยาลัยออกซฟอร์ด ด้านภาษาโบราณ ประวัติศาสตร์ ปรัชญา และด้านนิติศาสตร์

วรเจตน์, *ประวัติศาสตร์ความคิดนิติปรัชญา*, 2564, น.475-477

กระจายให้องค์กรต่าง ๆ ของรัฐและการกำหนดวิธีการใช้อำนาจและข้อจำกัดการใช้อำนาจ⁶ ทฤษฎีคำสั่งอธิบายผลผูกพันของคำสั่งต่อตัวผู้ออกคำสั่งไม่ได้ ซึ่งไม่สอดคล้องกับมโนทัศน์ของกฎหมายในสมัยใหม่ ฮาร์ทยอมรับว่ากฎหมายกับศีลธรรมอาจมีเนื้อหาทับซ้อนกันได้ แต่ไม่ได้หมายความว่ากฎหมายจะต้องผูกติดกับศีลธรรม เพราะการดำรงอยู่ของกฎหมายนั้นขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงทางสังคมที่ซับซ้อน (Complex social facts) หลาย ๆ ประการ ด้วยเหตุนี้กฎหมายทั้งหมดนั้นจึงเปิดช่องให้ทำการวิพากษ์ให้กฎหมายอยู่ภายใต้การวิจารณ์ในเชิงศีลธรรมได้⁷

ฮาร์ทได้ยอมรับในเรื่องการแยกกฎหมายกับศีลธรรมว่าโดยพื้นฐานแล้วการยึดมั่นของปฏิธานนิยมทางกฎหมายในการแยกกฎหมายออกจากศีลธรรม โดยกฎหมายได้วางอยู่บนหลักของเหตุผลทางศีลธรรมประกอบกัน นับเป็นการสนับสนุนหลักการประชาธิปไตยแบบเสรีนิยมที่เปิดกว้างให้มีการวิพากษ์วิจารณ์และปฏิรูปแก้ไขกฎหมายที่ตราขึ้นได้เสมอ⁸

การแบ่งแยกข้อคิดว่าด้วยกฎหมายกับความเป็นธรรมในสังคมออกจากกัน จนกลายเป็นสิ่งที่จุดประเด็นให้เกิดการอภิปรายอย่างกว้างขวางในทางนิติปรัชญานั้น ซึ่งกฎเกณฑ์ที่ตราขึ้นเหล่านั้นมีความสมบูรณ์เป็นกฎหมายแล้วหรือไม่ และตามแนวคิดของ จอห์น ออสติน และ เอช. แอล. เอ. ฮาร์ท จะไม่สนใจไยดีต่อความยุติธรรมแค่ไหนเนื่องจากการกล่าวอ้างถึงทฤษฎีคำสั่งและทฤษฎีรัฐาธิปัตย์ในการออกกฎเกณฑ์ทางกฎหมายอยู่บ่อยครั้ง

ดังนั้นวัตถุประสงค์ที่ต้องการศึกษาจากกรณีตัวอย่างจากการชุมนุมของกลุ่มเยาวชนปลดแอกและการสลายการชุมนุมของเจ้าหน้าที่ของรัฐ เพื่อหาแนวทางแก้ไขปัญหามอบเขตอำนาจของเจ้าหน้าที่ของรัฐในการสลายการชุมนุม ผ่านการวิเคราะห์จากแนวคิดของ จอห์น ออสติน และ เอช. แอล. เอ. ฮาร์ท เพราะกฎหมายที่มอบอำนาจให้เจ้าหน้าที่ของรัฐเอาไว้แล้ว สามารถตีความได้อย่างกว้างขวางเกินไป จนทำให้ประชาชนมีคำถามว่าการใช้ความรุนแรงในการสลายการชุมนุมของกลุ่มเยาวชนปลดแอกนั้น เหมาะสมหรือไม่ เพียงใด

พระราชบัญญัติการชุมนุมสาธารณะ พ.ศ.2558⁹

ในประเทศไทย มีการตราขอบเขตอำนาจของเจ้าหน้าที่ของรัฐ ในกรณีที่มีการชุมนุมสาธารณะที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายเอาไว้ใน พระราชบัญญัติการชุมนุมสาธารณะ พ.ศ.2558 มาตรา 21 บัญญัติไว้ว่า “ในกรณีมีการชุมนุมสาธารณะที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายตามมาตรา 14 หรือกรณีผู้จัดการชุมนุมหรือผู้ชุมนุมฝ่าฝืนมาตรา 7 หรือไม่ปฏิบัติตามมาตรา 8 มาตรา 15 มาตรา 16 มาตรา 17 หรือมาตรา 18 ให้เจ้าพนักงานดูแลการชุมนุมสาธารณะดำเนินการ ดังต่อไปนี้”

⁶ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, *ประวัติศาสตร์ความคิดนิติปรัชญา* (2564) สำนักพิมพ์อ่านกฎหมาย น.387

⁷ จรัญ โฆษณานันท์, *นิติปรัชญา = Legal philosophy : Lw 201.* (2539) สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง น.77

⁸ H.L.A. Hart, *The Concept of Law*. (Clarendon Press, Oxford, 1981) PP. 206-7

⁹ พระราชบัญญัติการชุมนุมสาธารณะ พ.ศ.2558 ประกาศในราชกิจจานุเบกษา ณ วันที่ 14 กรกฎาคม 2558

เล่มที่ 132 ตอนที่ 63 ก

(1) กรณีการชุมนุมสาธารณะที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายตามมาตรา 14 หรือไม่เลิกการชุมนุมภายในระยะเวลาที่ได้แจ้งไว้ต่อผู้รับแจ้งตามมาตรา 18 ให้ประกาศให้ผู้ชุมนุมเลิกการชุมนุมภายในระยะเวลาที่กำหนด

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

หากผู้ชุมนุมไม่ปฏิบัติตามประกาศตามวรรคหนึ่ง ให้เจ้าพนักงานดูแลการชุมนุมสาธารณะร้องขอต่อศาลแพ่งหรือศาลจังหวัดที่มีเขตอำนาจเหนือสถานที่ที่มีการชุมนุมสาธารณะเพื่อมีคำสั่งให้ผู้ชุมนุมเลิกการชุมนุมสาธารณะนั้น ในระหว่างรอคำสั่งศาลให้เจ้าพนักงานดูแลการชุมนุมสาธารณะมีอำนาจกระทำการที่จำเป็นตามแผนหรือแนวทางการดูแลการชุมนุมสาธารณะที่คณะรัฐมนตรีให้ความเห็นชอบตามข้อเสนอแนะของสำนักงานตำรวจแห่งชาติ ทั้งนี้ เพื่อคุ้มครองความสงบของประชาชนและคุ้มครองการชุมนุมสาธารณะ

แผนหรือแนวทางการดูแลการชุมนุมสาธารณะตามวรรคสอง ต้องกำหนดให้เจ้าพนักงานหลีกเลี่ยงการใช้กำลัง ในกรณีที่ไม่อาจหลีกเลี่ยงการใช้กำลังได้ ให้ใช้กำลังและเครื่องมือควบคุมฝูงชนเพียงพอเท่าที่จำเป็น

การดำเนินการของเจ้าพนักงานดูแลการชุมนุมสาธารณะตามมาตรา 17 ไม่ตัดสิทธิของผู้อื่น ซึ่งได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหายจากการชุมนุมสาธารณะนั้นที่จะร้องขอต่อศาลแพ่งหรือศาลจังหวัดที่มีเขตอำนาจเหนือสถานที่ที่มีการชุมนุมสาธารณะเพื่อมีคำสั่งให้ผู้ชุมนุมเลิกการชุมนุม”

จะเห็นได้ว่า จากข้อกฎหมายในพระราชบัญญัติการชุมนุมสาธารณะฯ มาตรา 21 วรรคสาม ผู้เขียนมีความคิดเห็นว่า กฎหมายกำหนดขอบเขตอำนาจในการสลายการชุมนุมของเจ้าหน้าที่ของรัฐเอาไว้กว้างมาก จริงอยู่ที่รัฐสามารถกล่าวอ้างได้ว่าพวกเขามีสิทธิที่จะทำการสลายการชุมนุมเพราะกฎหมายได้ให้อำนาจไว้แล้ว แต่ผู้เขียนคิดว่าควรกำหนดให้ชัดเจนว่าควรใช้อำนาจเท่าไร ในการชุมนุมที่รุนแรงถึงขนาดไหน และควรสลายการชุมนุมด้วยวิธีใด ไม่ใช่ใช้การตีความกฎหมายที่มีกรอบกว้างใหญ่และมอบดุลพินิจให้เจ้าหน้าที่ของรัฐไว้มากมายเช่นนี้

ดังที่ รศ.สมชาย ปรีชาศิลปกุล นัทธมน คงเจริญ และ ปารณ บุญช่วย ได้มีการทำวิจัยในเรื่องพระราชบัญญัติการชุมนุมสาธารณะ พ.ศ. 2558 กลายเป็นเครื่องมือสำคัญในการควบคุมและบั่นทอนเสรีภาพของประชาชนมีนัยสำคัญ คือ บทบัญญัติของกฎหมายมุ่งจำกัดเสรีภาพในการชุมนุมสาธารณะ นิยามและความหมายสามารถตีความได้ครอบคลุมกิจกรรมแทบทุกประเภท การเปิดโอกาสให้เจ้าหน้าที่สามารถใช้ดุลพินิจในการจำกัดเสรีภาพได้มาก และการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่รัฐไม่ได้ดำเนินไปอย่างอิสระและไม่ได้ยืนอยู่บนหลักการทางกฎหมายเพียงอย่างเดียว¹⁰

¹⁰ สมชาย ปรีชาศิลปกุล และคณะ, เสรีภาพในการชุมนุมโดยสงบและปราศจากอาวุธตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย : รายงานศึกษาวิจัย (สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2558), หน้า 529-530.

กรณีข่าว การชุมนุม 7 ส.ค. “เยาวชนปลดแอก” ยุติการชุมนุม หลัง ตร. ยิงแก๊สน้ำตา-กระสุนยางไล่ 2 ชม.¹¹

การชุมนุมทางการเมืองของกลุ่มเยาวชนปลดแอก ในวันที่ 7 สิงหาคม พ.ศ.2564 เป็นเหตุการณ์ที่ผู้ชุมนุมได้ทำการเดินขบวนกันเป็นหมู่คณะที่จะไปยังบริเวณพระบรมหาราชวัง เพื่อแสดงจุดยืนในการขับไล่รัฐบาลในยุคของนายกรัฐมนตรี ประยุทธ์ จันทร์โอชา โดยมีตำรวจชุดควบคุมฝูงชนตั้งแถวสกัดกั้นอยู่ ณ จุดหนึ่ง เพื่อไม่ให้ผู้ชุมนุมเคลื่อนตัวผ่านไปยังพระบรมหาราชวัง ซึ่งเป็นสถานที่สำคัญได้

ขณะที่ผู้ชุมนุมกลุ่มเยาวชนปลดแอกเคลื่อนพลผ่านจุดที่กลุ่มของตำรวจตั้งสกัดกั้นอยู่ ฝ่ายตำรวจได้ประกาศขอให้ยุติกิจกรรม เพราะเป็นการกระทำความผิดกฎหมายหลายฉบับ แต่ผู้ชุมนุมก็ยังคงมุ่งหน้าเข้าสู่แนวหน้าของกลุ่มตำรวจชุดควบคุมฝูงชน และเมื่อสิ้นเสียงประกาศของกลุ่มตำรวจในการเตือนครั้งสุดท้าย เจ้าหน้าที่ตำรวจก็เริ่มเปิดฉากใช้แก๊สน้ำตาส่งใส่กลุ่มผู้ชุมนุมและมีเสียงคล้ายปืนดังขึ้นเป็นระยะ อีกทั้งในเวลาต่อมาเจ้าหน้าที่เริ่มฉีดน้ำแรงดันสูงผสมสารเคมีใส่ฝูงชนและจะเริ่มจับกุมผู้ที่ไม่เชื่อฟัง เป็นเวลากว่า 2 ชั่วโมง ก่อนที่ผู้จัดการชุมนุมจะประกาศยุติการชุมนุมในวันนั้น

การเตรียมการของฝ่ายตำรวจในการปกป้องสถานที่สำคัญ ได้มีการนำสิ่งกีดขวางเพื่อปิดกั้นทางไปพระบรมหาราชวัง และตามจุดอื่น ๆ ที่สำคัญอีก 14 จุดรอบพื้นที่ชุมนุม อีกทั้งยังจัดเตรียมกำลังไว้ 38 กองร้อย เพื่อรับมือกับการชุมนุมและป้องกันเหตุร้ายจากมือที่สาม โดย พล.ต.ต.ปิยะ ต๊ะวิชัย รองผู้บัญชาการและโฆษกกองบัญชาการตำรวจนครบาล (บช.น.) ระบุไว้ก่อนหน้านี้ว่า ผู้บัญชาการตำรวจนครบาลได้สั่งเตรียมกำลังป้องกันบริเวณสถานที่สำคัญ หากมีการกระทำใดใช้ความรุนแรงจะบังคับใช้กฎหมายทันที และ พล.ต.ท.ภักพงษ์ พงษ์เกษตรรา ผู้บัญชาการตำรวจนครบาล กล่าวยืนยันด้วยว่า ตำรวจจะกระทำตามสถานการณ์และความจำเป็น หากกลุ่มผู้ชุมนุมใช้ความรุนแรง ตำรวจก็จำเป็นต้องเพิ่มระดับการป้องกันให้หนักขึ้น แต่ไม่มีนโยบายให้ใช้กระสุนจริงหรืออาวุธจริงแต่อย่างใด อีกทั้งการที่ขอสนับสนุนกำลังทหารมาช่วยในครั้งนี้ เพราะทหารเป็นหนึ่งในเจ้าพนักงานรัฐที่มีสิทธิตามกฎหมายในการปฏิบัติหน้าที่นี้ ตามประกาศของ พ.ร.ก.ฉุกเฉิน และยังฝากถึงผู้ชุมนุมว่าสถานที่สำคัญเป็นสาธารณะสมบัติของแผ่นดิน ควรช่วยกันดูแลรักษามากกว่าการทำลาย

การที่กลุ่มเยาวชนปลดแอกนัดกันชุมนุมเพื่อเคลื่อนตัวไปยังพระบรมหาราชวังผ่านสื่อสังคมออนไลน์นั้น ทำให้ประชาชนอีกฝ่ายที่เห็นต่าง ภายใต้ชื่อ ศูนย์รวมประชาชนปกป้องสถาบัน (ศปปส.) เคลื่อนไหวเช่นกัน โดยนำทีมยื่นหนังสือถึงผู้บัญชาการตำรวจแห่งชาติ ผ่านผู้กำกับ สน.ธรรมศาลา เพื่อเป็นหลักฐานว่าการชุมนุมครั้งนี้ทำเพื่อปกป้องสถาบันพระมหากษัตริย์และขอให้เจ้าหน้าที่ปฏิบัติหน้าที่และบังคับใช้กฎหมายอย่างเคร่งครัด

จากกรณีตัวอย่างจะเห็นได้ว่าเจ้าหน้าที่ของรัฐใช้อำนาจในการสลายการชุมนุมที่รุนแรง โดยการใช้แก๊สน้ำตา กระสุนยาง และการใช้น้ำแรงดันสูงผสมสารเคมี ทั้ง ๆ ที่กลุ่มผู้ชุมนุมเยาวชนปลดแอก มิได้มีการใช้อาวุธหรือความตั้งใจในการใช้ความรุนแรงในการชุมนุมเลย เป็นเพียงการเดินขบวนเพื่อแสดงจุดยืนทางการเมืองตาม

¹¹ BBC News ไทย. (2564). ชุมนุม 7 ส.ค. : “เยาวชนปลดแอก” ยุติการชุมนุม หลัง ตร. ยิงแก๊สน้ำตา-กระสุนยางไล่ 2 ชม. สืบค้น 17 พฤษภาคม 2565, จาก <https://www.bbc.com/thai/thailand-58125952>

ความคิดเห็นของตนเท่านั้น แต่จะบอกว่าเจ้าหน้าที่ของรัฐใช้อำนาจโดยมิชอบด้วยกฎหมายไม่ได้ เพราะมีพระราชบัญญัติการชุมนุมสาธารณะฯ กำหนดอำนาจเอาไว้ให้แล้ว เพียงแต่ความคิดเห็นของผู้คนที่รับรู้ข่าวสารนี้ มีคนไม่เห็นด้วยและวิพากษ์วิจารณ์การกระทำของเจ้าหน้าที่ของรัฐจากกรณีดังกล่าวเป็นจำนวนมาก ถึงความเหมาะสมของการสลายการชุมนุมด้วยวิธีที่รุนแรงนี้

ดังนั้นผู้เขียนจึงจะนำแนวคิดของนักคิดทางนิติปรัชญา นั่นคือ **จอห์น ออสติน** สำหรับแนวคิดทฤษฎีคำสั่ง และ **เอช. แอล. เอ. ฮาร์ท** สำหรับทฤษฎีกฎประมุขและกฎหมายปฏิบัติ ซึ่งเห็นต่างจากทฤษฎีคำสั่งของจอห์น ออสติน มาสนับสนุนแนวคิดของผู้เขียน ในการแก้ไขกฎหมายให้กำหนดขอบเขตอำนาจของเจ้าหน้าที่ของรัฐ ในการสลายการชุมนุมให้ชัดเจน จนไม่ต้องตีความเอาจากตัวบทที่เขียนเอาไว้กว้าง และมอบดุลพินิจในการตัดสินใจให้เจ้าหน้าที่ของรัฐมากเกินไป ดังที่จะกล่าวต่อไป

จอห์น ออสติน

แนวคิดทฤษฎีคำสั่งแห่งกฎหมาย (Command Theory of Law) ของจอห์น ออสติน มีความเห็นว่าเนื้อหาสาระซึ่งปรากฏอยู่ในตัวบทกฎหมายนั้นจะส่งผลกระทบต่อความสมบูรณ์หรือไม่สมบูรณ์ของกฎหมายหรือไม่สำคัญ แต่สิ่งที่สำคัญ คือ กฎหมายนั้นต้องตราขึ้นโดยรัฐอธิปัตย์ และต้องมีสภาพการบังคับใช้จริง ๆ จึงจะเป็นกฎหมายที่สมบูรณ์ ไม่เช่นนั้นจะเป็นเพียงแค่ “พันธะทางศีลธรรม” (Moral Obligation) อีกทั้งออสตินได้เน้นประเด็นของกฎหมายที่ควรจะเป็น และ กฎหมายคืออะไร แยกออกจากกัน

สำหรับทฤษฎีคำสั่งแห่งกฎหมาย (Command Theory of Law) หรือ นิติศาสตร์เชิงวิเคราะห์ (Analytical Jurisprudence) ของออสติน ได้แยกความหมายของ “กฎ” ออกเป็นสองประเภท¹² คือ กฎซึ่งไม่อาจเป็นกฎหมายได้ (Law improperly so-called) หรือ กฎในความหมายเทียบเคียง (Law by Analogy) ได้แก่ กฎทางวิทยาศาสตร์และกฎธรรมชาติ ซึ่งเรียกในภาษาอังกฤษจะว่า “Law” แต่ก็ไม่ใชในความหมายอย่างเดียวกับ “Law” ทางนิติศาสตร์ ส่วนกฎอีกประเภทหนึ่งคือกฎซึ่งอาจเป็นกฎหมาย (Law properly so-called) หมายถึง คำสั่งหรือกฎเกณฑ์ ความประพฤติทั่วไป โดยออสตินได้แยกกฎนี้ออกเป็นอีก 3 ประการ ได้แก่ คำสั่งของพระเจ้า (Command of God/Divine Laws) คำสั่งของรัฐอธิปัตย์ (Command of the Sovereign) หรือ กฎหมายส่วนบัญญัติ (Positive Law) และคำสั่งอื่น ๆ (Command of Others) โดยออสตินเรียกว่า “หลักศีลธรรมเชิงปฏิฐาน (Positive Morality)”

ทฤษฎีคำสั่งแห่งกฎหมาย กฎหมายที่มาจากพระเจ้าและกฎหมายที่มนุษย์กำหนดขึ้น¹³

¹² J.W. Harris, Legal Philosophies, (Butterworths), 1980, pp.26 – 78

¹³ วรเจตน์ ภาคีรัตน์. (2564). ทฤษฎีคำสั่งจอห์น ออสติน 5.2.2. ประเภทของกฎและสาระัตถะของกฎหมาย.

ใน ไอลตา อรุณวงศ์ (บ.ก.), ประวัติศาสตร์ความคิดนิติปรัชญา (พิมพ์ครั้งที่ 2), น.382-385.

จอห์น ออสติน มีแนวคิดในการให้ความหมาย ว่ากฎหมายคือ คำสั่งที่ใช้บังคับเป็นการทั่วไป ซึ่งเป็นกฎประเภทหนึ่งที่ออสตินได้แยกความหมายของกฎไว้ คือ กฎซึ่งอาจเป็นกฎหมาย¹⁴ ซึ่งออสตินยังได้แบ่งกฎดังกล่าวออกเป็นอีก 3 ประการ ได้แก่

กฎหมายที่มาจากพระเจ้า หรือ คำสั่งของพระเจ้า (Command of God/Devine Laws) ซึ่งเป็นเพียงเป็นความเห็นหรือความเชื่อเท่านั้น เนื่องจากไม่สามารถที่จะนำเอาเครื่องมือทางวิทยาศาสตร์มาวัดความมีอยู่ของพระเจ้าและไม่อาจพิสูจน์ได้ว่าพระเจ้ามีอยู่จริงหรือไม่ นั่นก็คือ กฎหมายธรรมชาติ

กฎที่มนุษย์กำหนดขึ้น คือกฎที่มนุษย์สร้างขึ้นด้วยเหตุผล ไม่จำเป็นต้องยึดติดอยู่กับความเชื่อทางศาสนา ซึ่งออสตินได้แยกออกเป็น 2 ประการ ได้แก่

1. คำสั่งของรัฐบาลิปัตย์ (Command of the Sovereign) หรือ กฎหมายส่วนบัญญัติ (Positive Law)

กฎที่ถูกกำหนดโดยบุคคลหรือกลุ่มบุคคลซึ่งมีอำนาจทางการเมือง หรือที่เรียกว่า “รัฐบาลิปัตย์”¹⁵ ซึ่งถือได้ว่าเป็นกฎหมายที่แท้จริงในความคิดของออสติน เนื่องจากกฎดังกล่าวเป็นคำสั่งของรัฐบาลิปัตย์ (Command of the Sovereign) หรือ กฎหมายส่วนบัญญัติ (Positive Law) โดยอำนาจของรัฐบาลิปัตย์นั้นมีลักษณะสมบูรณ์ (absolute) มีอำนาจอยู่ในตนเอง ทำให้รัฐบาลิปัตย์จะทำการสิ่งใดไม่ต้องขอความยินยอมหรืออาศัยอ้างอิงว่าได้รับมอบอำนาจมาจากผู้ใดอีก ความสมบูรณ์ของอำนาจนี้ส่งผลให้รัฐบาลิปัตย์ออกคำสั่งใดๆ เพื่อบังคับใช้แก่ประชาชนในประเทศของตนในโอกาสใดและเพื่อวัตถุประสงค์ใดก็ย่อมได้เป็นธรรมดา หากประชาชนไม่ปฏิบัติตาม ย่อมได้รับการลงโทษ

โดยกฎหมายที่ เป็นคำสั่งจากรัฐบาลิปัตย์ หรือกฎหมายส่วนบัญญัติ (Positive law) มีความสัมพันธ์เป็นลักษณะตามลำดับขั้นระหว่างผู้ออกคำสั่ง (รัฐบาลิปัตย์) และผู้รับคำสั่ง (ประชาชน) ซึ่งออสติน ได้สรุปหลักกฎหมายของกฎหมายส่วนบัญญัติ (Positive law) ได้ว่ามีองค์ประกอบ 5 ประการด้วยกัน ได้แก่ ความปรารถนาของผู้สั่ง (Wish) สภาพบังคับ (Sanction) การแสดงออกซึ่งความปรารถนา (Expression of the Wish) การมีผลบังคับทั่วไป (Generality) และการประกาศใช้โดยรัฐบาลิปัตย์ (Sovereign)¹⁶

ออสตินนั้นมองว่า กฎเกณฑ์ คำสั่ง คำบังคับ แม้แต่กฎหมายที่มาจากการรัฐประหารหรือการปฏิวัติ แต่ได้ถูกตราขึ้นโดยรัฐบาลิปัตย์ ณ เวลานั้น เป็นกฎหมายที่ถูกต้องชอบธรรมทั้งหมด เมื่อคำสั่งที่ออกโดยรัฐบาลิปัตย์ เป็นคำสั่งที่ออกด้วยตนเองอย่างเป็นอิสระ ไม่ขึ้นอยู่กับใครนั้น เสมือนเป็นความประสงค์ของผู้ออกคำสั่ง ที่มีบทลงโทษหรือสภาพบังคับ เป็นการแสดงออกของความประสงค์นั้น ๆ ออกมา โดยมีผลบังคับทั่วไป และมีการประกาศใช้โดยรัฐบาลิปัตย์ ซึ่งกฎหมายกับเรื่องของอำนาจรัฐบาลิปัตย์ เสมือนเป็นสิ่งเดียวกัน คำนี้ถึงประสิทธิภาพของคำสั่งและบทลงโทษ ไม่จำเป็นต้องคำนึงถึงว่ากฎหมายที่ออกนั้นมีความชอบธรรมของตัวบท

กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์อ่านกฎหมาย.

¹⁴ Law properly so-called John Austin, *The Province of Jurisprudence Determined*, ed. H.L.A. Hart, (London, 1954) P.106

¹⁵ ฤทธิญา ศุภวรรณกุล. (2563) *ศคิภา พฤษภวจันทร: ...ในประเทศที่ไม่มีกระดุกสันหลังทางกฎหมาย*. สืบค้น 18 พฤษภาคม 2565, จาก <https://prachatai.com/journal/2020/10/90125>

¹⁶ John Austin, *The Province of Jurisprudence Determined*, ed. H. L. A. Hart, (London, 1954) อ้างถึงใน จริฎ โฆษณานันท์, *เชิงอรรถที่ 3*, น.48.

กฎหมายหรือไม่ โดยออสตินมองว่า ความเป็นกฎหมายนั้นสามารถที่จะแยกขาดออกจากเรื่องของศีลธรรมได้ การออกกฎหมายไม่ต้องมีเรื่องของศีลธรรมเข้ามาปะปนด้วย

ประเทศไทยได้รับอิทธิพลจากแนวคิดของ จอห์น ออสติน เป็นอย่างมาก โดยมองว่ากฎหมายคือคำสั่งของ รัฐอธิปัตย์ ซึ่งพระเจ้าบรมวงศ์เธอ กรมหลวงราชบุรีดิเรกฤทธิ์ได้ทรงอธิบายไว้ว่า “กฎหมายนั้นเป็นข้อบังคับของ ผู้ซึ่งมีอำนาจในบ้านเมือง เมื่อผู้ใดไม่กระทำตามแล้วต้องโทษ”¹⁷ พร้อมกันนั้นยังทรงอธิบายว่ากฎหมายเป็นคน ละเรื่องกับศีลธรรมหรือความยุติธรรม ซึ่งแยกออกจากกันอย่างเด็ดขาด ไม่เกี่ยวข้องกัน จึงสอดคล้องกับการให้ ความหมายของออสติน ส่งผลให้แนวคิดของกระบวนการยุติธรรมในประเทศไทยมีแนวคิดเช่นเดียวกับสำนัก กฎหมายบ้านเมือง (Positive Law) ที่ได้ให้แนวทางว่า กฎหมาย คือ “คำสั่งของรัฐบาลอธิปัตย์”

จากแนวคิดที่ว่ากฎหมายเป็นคำสั่งที่มาจากรัฐบาลอธิปัตย์ หรือกฎหมายส่วนบัญญัติ (Positive law) ประกอบ กับเหตุการณ์การชุมนุมของกลุ่มเยาวชนปลดแอกที่เกิดขึ้นในประเทศไทยนั้น ผู้เขียนมีความเห็นว่าการที่เจ้าหน้าที่ ของรัฐได้ใช้อำนาจจากพระราชบัญญัติการชุมนุมสาธารณะฯ ในการสลายชุมนุม สอดคล้องกับแนวคิดของออสติน กล่าวคือ พระราชบัญญัติการชุมนุมสาธารณะฯ เป็นกฎหมายที่ออกโดยรัฐบาลอธิปัตย์ ในที่นี้คือ รัฐสภา ซึ่งมีอำนาจ ออกกฎหมาย มีผลบังคับใช้แก่ประชาชนโดยทั่วไป ทั้งนี้ยังมีบทลงโทษแก่ผู้ฝ่าฝืนตามพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าว ซึ่ง เมื่อเกิดเหตุการณ์มีผู้มาชุมนุม และการที่เจ้าหน้าที่ของรัฐเข้าสลายการชุมนุม โดยใช้แก๊สน้ำตา กระสุนยาง และการฉีดน้ำแรงดันสูงผสมสารเคมีต่อประชาชนและเยาวชนที่ร่วมกันเดินขบวนชุมนุมเพื่อใช้เสรีภาพในการ แสดงออกทางการเมืองของตนเองนั้น ก็ย่อมเป็นการทำหน้าที่ตามบทกฎหมายที่รัฐสภา ผู้ซึ่งมีอำนาจในการออก กฎหมายได้ตรากฎหมายนี้ขึ้นมาและได้มีการประกาศบังคับใช้โดยทั่วไป เพราะเมื่อรัฐบาลอธิปัตย์ในที่นี้ คือ รัฐสภา ได้ออกกฎหมายว่าหากมีการชุมนุมทางการเมืองที่ฝ่าฝืนกฎหมาย ผู้ที่เข้าร่วมขบวนชุมนุมก็ต้องได้รับโทษ เพราะ กฎหมายที่ออกโดยรัฐบาลอธิปัตย์ ประชาชนทุกคนต้องให้ความเคารพและเชื่อฟังปฏิบัติตาม ซึ่งการที่เจ้าหน้าที่ของ รัฐทำการสลายชุมนุม จึงถือได้ว่าเจ้าหน้าที่ของรัฐได้ปฏิบัติตามขอบเขตอำนาจของตนโดยชอบแล้ว ไม่ได้มองว่า การใช้แก๊สน้ำตา กระสุนยาง และการฉีดน้ำแรงดันสูงผสมสารเคมีนั้น เป็นการใช้ความรุนแรงเกินกว่าศีลธรรมอันดี ที่มนุษย์ควรจะมี เพราะกฎหมายที่ออกโดยรัฐบาลอธิปัตย์นั้นไม่ได้มีเรื่องของศีลธรรมเข้ามาเกี่ยวข้องด้วย

2. คำสั่งอื่น ๆ (Command of Others) ไม่ใช่คำสั่งที่เกิดจากรัฐบาลอธิปัตย์ โดยออสตินเรียกคำสั่งหรือ กฎเกณฑ์ในลักษณะนี้ว่า หลักศีลธรรมเชิงปฏิฐาน (Positive Morality)¹⁸ ซึ่งเป็นกฎที่ไม่ได้ถูกกำหนดขึ้นโดยบุคคล หรือกลุ่มบุคคลซึ่งมีอำนาจทางการเมือง เป็นคำสั่งที่เกิดขึ้นจากบุคคลธรรมดาซึ่งไม่ใช่คำสั่งจากรัฐบาลอธิปัตย์ จึงไม่ใช่ กฎหมาย

เมื่อมองในกรณีของเหตุการณ์การชุมนุมของกลุ่มเยาวชนปลดแอก พระราชบัญญัติการชุมนุมสาธารณะฯ ที่ เจ้าหน้าที่ของรัฐได้ใช้อำนาจจากพระราชบัญญัตินี้ในการเข้าสลายการชุมนุม ผู้เขียนเห็นว่ามันไม่ใช่หลักศีลธรรม เชิงปฏิฐาน (Positive Morality) ที่เกิดจากคำสั่งของบุคคลทั่วไป เนื่องจากพระราชบัญญัติการชุมนุมสาธารณะฯ นี้มีขึ้นจากการออกกฎหมายของรัฐบาลอธิปัตย์ คือ รัฐสภา รวมทั้งยังมีสภาพบังคับ มีการประกาศใช้ให้รู้กันโดยทั่วไป เมื่อเจ้าหน้าที่ได้ลงมือกระทำการสลายการชุมนุมไม่ว่าจะด้วยวิธีแก๊สน้ำตา กระสุนยาง และการฉีดน้ำแรงดันสูง

¹⁷ พระเจ้าพี่ยาเธอ กรมหลวงราชบุรีดิเรกฤทธิ์. (2468), *เล็กเซอร์กฎหมาย*. กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์โสภณพิพรรฒธนากร. น.1

¹⁸ Law properly so-called John Austin, *The Province of Jurisprudence Determined*, ed. H.L.A. Hart, (London, 1954), P.20

ผสมสารเคมีต่อประชาชนและเยาวชนที่ร่วมกันเดินขบวนชุมนุม จึงเป็นไปตามคำสั่งของรัฐบาลิปตัย มิใช่คำสั่งที่เกิดจากคนทั่วไปสั่งให้เจ้าหน้าที่รัฐลงมือกระทำการสลายการชุมนุม

ดังนั้นหากมองกรณีตัวอย่างดังกล่าวด้วยแนวคิดของ จอห์น ออสติน จะสรุปได้ว่า เมื่อมีกฎหมายอันเป็นคำสั่งและได้ประกาศบังคับใช้กับประชาชนเป็นการทั่วไปแล้ว หากผู้ใช้กฎหมายหรืออีกนัยหนึ่งก็คือเจ้าหน้าที่ของรัฐใช้ดุลพินิจภายใต้กฎหมายที่ถูกเขียนขึ้นมาเป็นลายลักษณ์อักษรแล้ว ก็ถือว่าเจ้าหน้าที่ของรัฐใช้กฎหมายนั้นอย่างถูกต้องชอบธรรม เมื่อประชาชนไม่ปฏิบัติตาม ย่อมเกิดผลร้ายที่ถือได้ว่าเป็นการลงโทษจากเจ้าหน้าที่ของรัฐ เพราะกฎหมายที่ถูกตราขึ้น มาจากการยอมรับของประชาชนต่อผู้ที่ประกาศใช้กฎหมายนั้นแล้ว

เซอร์เบิร์ต โลโอเนล อดอล์ฟส ฮาร์ท (เอช. แอล. เอ. ฮาร์ท)

แนวคิดของ เอช. แอล. เอ. ฮาร์ท มีความเห็นว่ากฎหมายและศีลธรรม ยังคงมีความทับซ้อนกันอยู่ เพราะแม้กฎหมายจะถูกสร้างขึ้นโดยอำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติ แบบกฎหมายที่เป็น ซึ่งเป็นไปด้วยข้อเท็จจริงตามสภาพสังคมนั้น ๆ แต่ศีลธรรมก็เป็นส่วนประกอบของกฎหมายที่ควรจะเป็น โดยใช้หลักความถูกต้องมาสร้างความเหมาะสมในกฎหมาย แต่อย่างไรก็ตาม ฮาร์ทมองว่ากฎหมายยังเป็นกฎหมาย หากได้รับการบัญญัติจัดประกาศอย่างถูกต้อง แม้ว่าจะขัดแย้งกับศีลธรรมหรือจริยธรรมตามความคิดเห็นของบุคคลใด ๆ ก็ตาม ซึ่งเป็นความหมายของกฎหมายในมุมมองอย่างกว้าง แต่ถ้ากฎหมายใดมีความไม่ยุติธรรม แม้จะเป็นกฎหมายโดยสมบูรณ์ บุคคลก็สามารถตั้งประเด็นข้อสงสัยได้เช่นกัน ฮาร์ทนั้นได้เน้นการวิเคราะห์รอบทั่วไปของวิธีการคิดทางกฎหมายมากกว่าทางด้านการนำศีลธรรมมาเกี่ยวข้องกับกฎหมาย ตามแบบฉบับของนักกฎหมายแนวปฏิฐานนิยม หรือสำนักกฎหมายบ้านเมืองนั่นเอง¹⁹

จากกรณีการชุมนุมของกลุ่มเยาวชนปลดแอก หากมองในมุมมองตามตัวบทกฎหมาย ในพระราชบัญญัติการชุมนุมสาธารณะฯ แล้ว จะสามารถบอกได้ว่าเจ้าหน้าที่ของรัฐได้ปฏิบัติอยู่ในขอบเขตอำนาจตามที่กฎหมายให้ไว้แล้ว แต่หากมองด้วยการนำศีลธรรมหรือจริยธรรมเข้ามาพิจารณา ก็จะสามารถบอกได้ว่าการกระทำของเจ้าหน้าที่ของรัฐในการสลายการชุมนุมเป็นการกระทำที่ไม่สมควรได้ เพราะผู้ชุมนุมมิได้มีอาวุธใด ๆ หรือสร้างความเสียหายถึงขนาดที่เจ้าหน้าที่ของรัฐจะทำการสลายการชุมนุมด้วยอุปกรณ์เหล่านั้นซึ่งทำให้ผู้ชุมนุมได้รับบาดเจ็บเป็นจำนวนมาก ตามแนวคิดของฮาร์ท การตัดสินว่าสิ่งใดดีหรือไม่ดี สิ่งใดถูกต้องหรือเป็นสิ่งที่ผิด นำมาใช้จับตามองความยุติธรรมของกฎหมายเป็นเรื่องทางศีลธรรมที่บุคคลทั่วไปสามารถใช้วิพากษ์วิจารณ์กฎหมายได้ และความยุติธรรมของฮาร์ทคือการมองถึงการปรับใช้กฎหมายอย่างไม่มีอคติ ไม่มีส่วนได้ส่วนเสียใด ๆ จากการปรับใช้กฎหมาย และการไม่มีส่วนได้เสียของผู้พิพากษา²⁰

อีกประการหนึ่ง ฮาร์ทมองว่านอกจากจะมีรัฐบาลิปตัยเป็นผู้มีอำนาจสูงสุดของรัฐนั้น ๆ แล้ว ก็ยังต้องมีฝ่ายอื่น ๆ มาถ่วงดุลอำนาจด้วย กล่าวคือนอกจากจะมีฝ่ายบริหาร ก็ต้องมีฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายตุลาการ เพื่อกระจายอำนาจอำนาจให้สมดุล ไม่ตกอยู่ที่ผู้ใดผู้หนึ่งหรือองค์กรใดองค์กรหนึ่งเพียงผู้เดียว อีกทั้งตัวรัฐบาลิปตัยเองก็ต้องอยู่

¹⁹ วรเจตน์ ภาคีรัตน์. (2564). เอช. แอล. เอ. ฮาร์ท 4.2. แนวคิดและคำถามพื้นฐานเกี่ยวกับกฎเกณฑ์ทางกฎหมาย. ใน ไชดา อรุณวงศ์ (บ.ก.), ประวัติศาสตร์ความคิดนิติปรัชญา (พิมพ์ครั้งที่ 2), น.477-479. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์อ่านกฎหมาย.

²⁰ H. L. A. Hart. (1994). *The concept of Law* (Second Edition). P.160

ภายใต้การบังคับของกฎหมายนั้น ๆ แม้จะเป็นผู้ตรากฎหมายเองก็ตาม ซึ่งแตกต่างจากทฤษฎีคำสั่งของจอห์น ออสติน ที่รัฐอธิปัตย์ ไม่จำต้องตกอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายที่ตนเป็นผู้ตราขึ้นแต่อย่างใด

คำสั่งของโจรและกฎหมาย²¹

กฎหมาย มีลักษณะเป็นกฎเกณฑ์ที่บังคับใช้เป็นการทั่วไป ให้ประชาชนปฏิบัติตามกฎเกณฑ์ที่กำหนดขึ้นเหมือน ๆ กัน หากใครไม่ปฏิบัติตามเจ้าหน้าที่ของรัฐมีอำนาจออกคำสั่งให้ประชาชนปฏิบัติตามหรือหากผู้ใดฝ่าฝืนเจ้าหน้าที่รัฐก็มีอำนาจในการลงโทษด้วยเช่นกัน แต่มีคำสั่งอีกประเภทหนึ่งที่มีลักษณะเป็นกฎของโจร ซึ่งมิได้มีการบังคับใช้เป็นการทั่วไป เป็นเพียงคำสั่งที่หัวหน้าโจรตั้งขึ้นมา ให้คนในกลุ่มปฏิบัติตาม อาจมีการปรับใช้กับคนแต่ละคนไม่เหมือนกัน ขึ้นอยู่กับสถานการณ์ อารมณ์ หรืออคติของหัวหน้าโจรในขณะนั้น

ฮาร์ทมองว่ากฎหมาย ไม่ได้มีฐานะเป็นเพียงคำสั่ง อย่างเช่นในลักษณะของกฎหมายอาญา ที่กำหนดกฎเกณฑ์ให้ประชาชนปฏิบัติตาม หากใครฝ่าฝืนจะมีบทลงโทษ แบบแนวคิดของ จอห์น ออสตินเพียงเท่านั้น แต่ยังมีกฎหมายในลักษณะอื่นอีกที่แต่ละรัฐต้องบัญญัติขึ้นเพื่อกำหนดสิทธิ หน้าที่ และอำนาจของบุคคล กล่าวคือ กฎหมายเอกชนและกฎหมายมหาชน

กฎหมายเอกชน คือ กฎหมายที่ใช้มอบอำนาจและสิทธิทางกฎหมาย หากบุคคลไม่ปฏิบัติตามหรือฝ่าฝืนกฎหมาย ก็มิได้มีบทลงโทษที่ให้ผลร้ายเหมือนกับกฎหมายอาญา แม้จะมีในบางเรื่อง ที่กฎหมายเอกชนกำหนดเอาไว้ว่า หากปฏิบัติเกินเลยกรอบอำนาจและสิทธิกำหนดไว้ จะมีผลเป็นโมฆะ ก็ได้เป็นการลงโทษที่ให้ผลร้ายในลักษณะเดียวกับกฎหมายอาญา หากแต่ความเป็นโมฆะนี้จะทำให้การใด ๆ ที่ทำผิดเงื่อนไขของกฎหมายเอกชนเสียเปล่ามาตั้งแต่ต้น ไม่ก่อให้เกิดผลใด ๆ ในทางกฎหมายเท่านั้น

กฎหมายมหาชน คือ กฎหมายที่มอบอำนาจและหน้าที่ให้เจ้าหน้าที่ของรัฐในการปฏิบัติการใด ๆ แทนรัฐหรือในการทำงานของเจ้าหน้าที่ของรัฐเท่านั้น กล่าวคือ เมื่อเจ้าหน้าที่ของรัฐอยู่ในหน้าที่ที่ต้องปฏิบัติงานแทนรัฐกฎหมายมหาชนจะกำหนดกรอบอำนาจที่เจ้าหน้าที่ของรัฐสามารถทำได้ และกำหนดหน้าที่ที่ต้องกระทำการในการปฏิบัติงานนั้น ๆ หากเจ้าหน้าที่ใช้อำนาจในการปฏิบัติการใด ๆ นอกเหนือจากที่กฎหมายกำหนดไว้หรือมิได้ทำหน้าที่ของตนตามที่กฎหมายกำหนด ในลักษณะที่เจ้าหน้าที่ปฏิบัติหน้าที่ด้วยความสุจริต แต่ได้ละเลยหรือประมาทในรายละเอียดบางในหน้าที่ประการ ทำให้การปฏิบัติหน้าที่ไม่สมบูรณ์ตามหลักกฎหมายมหาชน ก็ไม่ได้มีการลงโทษที่เป็นผลร้ายเหมือนกับโทษทางกฎหมายอาญา โทษในทางกฎหมายมหาชนเป็นเพียงการลงโทษเจ้าหน้าที่ของรัฐในทางวินัย หรือการเพิกถอนคำสั่งนั้น ๆ ของเจ้าหน้าที่ เพื่อให้ไม่มีผลต่อไปเท่านั้น เว้นแต่เจ้าหน้าที่จะปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบด้วยกฎหมายหรือมีเจตนาทุจริต จึงจะให้การลงโทษในลักษณะเดียวกับกฎหมายอาญา²²

เช่นนี้หากใช้แนวคิดของฮาร์ทตามแนวคิดที่กล่าวมานี้ แม้กฎหมายจะมอบอำนาจให้เจ้าหน้าที่ของรัฐเอาไว้ว่า “ต้องกำหนดให้เจ้าพนักงานหลีกเลี่ยงการใช้กำลัง ในกรณีที่หลีกเลี่ยงไม่ได้ ให้ใช้กำลังและเครื่องมือควบคุม

²¹ H. L. A. Hart. (1994). *The concept of Law* (Second Edition). P.20

²² วรเจตน์ ภาคีรัตน์. (2564). เอช. แอล. เอ. ฮาร์ท 4.3. กฎหมายกับคำสั่งที่เป็นการข่มขู่และการข่มขืนทฤษฎีคำสั่ง. ใน โอตา อรุณวงศ์ (บ.ก.), *ประวัติศาสตร์ความคิดนิติปรัชญา* (พิมพ์ครั้งที่ 2), น.479-483. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์อ่านกฎหมาย.

ฝูงชนเพียงเท่าที่จำเป็น”²³ กล่าวคือ หากผู้ชุมนุมมิได้ปฏิบัติตามกฎหมาย ไม่ว่าจะเรื่องใด ๆ เรื่องเล็กหรือใหญ่ ขนาดไหน เจ้าหน้าที่ของรัฐจะสามารถใช้อำนาจตามกฎหมายได้ ในฐานะที่เป็นคำสั่งหรือกฎเกณฑ์ที่มีการกำหนดขึ้นเป็นการทั่วไปแล้ว แต่อย่างไรก็ตาม เมื่อคำสั่งหรือกฎเกณฑ์นั้นกำหนดขอบเขตอำนาจของเจ้าหน้าที่เอาไว้กว้าง การตีความกฎหมายขึ้นอยู่กับเจ้าหน้าที่ของรัฐ จนมีคำถามจากประชาชนและผู้คนมากมาย ว่าการสลายการชุมนุมที่แม้จะไม่ได้มีการใช้กระสุนจริงหรืออาวุธจริง แต่การใช้แก๊สน้ำตา กระสุนยาง และการฉีดน้ำแรงดันสูง ผสมสารเคมีนั้น เหมาะสมกับการสลายการชุมนุมที่ปราศจากอาวุธ เป็นเพียงกลุ่มประชาชนและเยาวชนที่ร่วมกันเดินขบวนชุมนุมเพื่อใช้สิทธิเสรีภาพในการแสดงออกทางการเมืองของตนนั้น เหมาะสมแล้วหรือไม่ และเจ้าหน้าที่ของรัฐทำเกินกว่าเหตุเกินไปไหม

จากมุมมองกรณีดังกล่าว ฮาร์ทให้แนวคิดไว้ว่า ประสิทธิภาพของกฎหมาย²⁴ คือ ข้อเท็จจริง จากการที่กฎหมายนั้น ๆ ประชาชนให้การเคารพ เชื่อฟัง และยินดีปฏิบัติตาม มากกว่าจะไม่ใยดีหรือทำการฝ่าฝืน ประสิทธิภาพของกฎหมายไม่จำเป็นต้องดูผ่านเนื้อหาของกฎหมาย หรือความสมบูรณ์ของกฎหมายเพียงเท่านั้น เมื่อพระราชบัญญัติการชุมนุมสาธารณะฯ ถือว่าเป็นกฎหมายอันมีลักษณะเป็นกฎปฐมภูมิตามแนวคิดของฮาร์ท ฮาร์ทก็ได้กล่าวไว้ว่า ต้องมีกฎเกณฑ์อันมีลักษณะเป็นกฎทุติยภูมิมาประกอบควบคู่ไปด้วยกัน เพื่อแก้ไขความบกพร่องต่าง ๆ ของกฎปฐมภูมิ

กฎปฐมภูมิและกฎทุติยภูมิ²⁵

กฎปฐมภูมิและทุติยภูมิ คือกฎที่ควรใช้ส่งเสริมกันและกัน เพื่อให้กฎหมายสามารถดำรงอยู่ได้และมีการพัฒนาตามสภาพสังคมที่เปลี่ยนแปลงไป หากกฎหมายมีความสมคูลแล้ว ประชาชนก็จะให้ความเคารพ เชื่อถือ และปฏิบัติตาม

การใช้กฎปฐมภูมิและทุติยภูมิเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องสัมพันธ์กับปัญหาในสังคมเรื่องความจำเป็นในการตัดสินใจพิพาท ความเป็นธรรมของหลักการใช้กฎหมาย และปัญหาความขัดแย้งที่เกิดขึ้นในสังคม รวมถึงความต้องการบรรทัดฐานที่จะใช้เป็นเครื่องกำหนดว่า กฎเกณฑ์ใดสมควรถือว่าเป็นกฎเกณฑ์อันกำหนดพันธะหน้าที่หรือมีใช้พันธะหน้าที่ในการที่จะนำไปปฏิบัติตามของคนในสังคม ส่วนการกำหนดกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการแก้ไขเปลี่ยนแปลงการพิพาทคดีและกฎเกณฑ์ที่กำหนดเกณฑ์การยอมรับนับถือ ทั้งหมดล้วนถือว่าเป็นกฎทุติยภูมิ อันเป็นกฎเกณฑ์ที่ไม่ได้กำหนดบังคับเรื่องพันธะหน้าที่ แต่เป็นกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการให้อำนาจแก่เจ้าหน้าที่ด้านกฎหมาย กฎเกณฑ์ลักษณะนี้เมื่อประกอบรวมกับกฎเกณฑ์ที่กำหนดพันธะหน้าที่อย่างกฎปฐมภูมิ ย่อมทำให้เกิดสิ่งที่เรียกว่าระบบกฎหมายขึ้นมาได้อย่างมีประสิทธิภาพนำไปสู่การเชื่อฟังและปฏิบัติตาม

กฎปฐมภูมิ คือ กฎเกณฑ์ในลักษณะที่ถูกกำหนดขึ้นมาให้บุคคลกระทำหรือไม่กระทำการ โดยไม่ได้คำนึงว่าบุคคลเหล่านั้นต้องการหรือไม่ต้องการกฎเกณฑ์นั้น ๆ และเป็นกฎเกณฑ์ทั่วไปซึ่งวางบรรทัดฐานการประพฤติให้คน

²³ พระราชบัญญัติการชุมนุมสาธารณะ พ.ศ.2558 มาตรา 21 วรรคสาม

²⁴ H. L. A. Hart. (1994). *The concept of Law* (Second Edition). P.103

²⁵ H. L. A. Hart. (1994). *The concept of Law* (Second Edition). P.81

ทั่วไปในสังคมและมีสภาพบังคับให้บุคคลมีหน้าที่ต้องปฏิบัติตาม อย่างเช่น กฎหมายอาญา กฎหมายแพ่ง กฎหมายปกครอง ซึ่งเป็นลักษณะของกฎเกณฑ์ที่กำหนดพันธะหน้าที่ของผู้อยู่ภายใต้กฎหมาย

กฎปฐมนุญมีลักษณะเป็นกฎเกณฑ์ในยุคแรกเริ่มที่มีการจัดระเบียบสังคมหรือยุคโบราณ กฎเกณฑ์ถูกสร้างขึ้นมาจากศาสนา ศีลธรรม หรือจารีตประเพณีที่ในแต่ละสังคมหรือในแต่ละชุมชนปฏิบัติสืบทอดกันมา ซึ่งสังคมในยุคโบราณนั้นยังไม่ได้มีความซับซ้อนมากนัก กฎเกณฑ์ต่าง ๆ ที่บรรพบุรุษสืบทอดกันมาอย่างไร ก็ยังคงใช้ต่อกันเรื่อยมา จนเป็นเรื่องปกติในสามัญสำนึกของชุมชนนั้น ๆ ว่าสิ่งใดผิด สิ่งใดถูก และควรลงโทษคนที่กระทำความผิดอย่างไร เพียงใด

แต่อย่างไรก็ตามกฎปฐมนุญก็มีลักษณะอันเป็นข้อด้อย กล่าวคือ ยังไม่มีผู้ใดที่ทรงอำนาจในการยืนยันว่ากฎปฐมนุญนั้น ๆ มีสภาพเป็นกฎหมายได้หรือไม่ และมีความตายตัวเกินไป เพราะสังคมในยุคใหม่ ๆ มีความสลับซับซ้อนมากขึ้น กฎเกณฑ์หรือกฎหมายควรได้รับการปรับปรุง เปลี่ยนแปลง แก้ไข เพิ่มเติม หรือยกเลิกได้ ให้เข้ากับยุคสมัยของสังคมนั้น ๆ เช่นนี้ฮาร์ทจึงมองว่าสังคมหรือรัฐต้องมีเครื่องมือในการปรับปรุงหรือสร้างกฎปฐมนุญใหม่ ๆ และมีเครื่องมือในการบังคับใช้กฎปฐมนุญให้ได้อย่างมีประสิทธิภาพ โดยกฎเกณฑ์ต่าง ๆ ต้องเข้ากับยุคสมัย สภาพสังคม หรือรัฐนั้น ๆ นั่นคือ กฎทุติยภูมิ²⁶

จากแนวคิดกฎปฐมนุญ ประกอบกับเหตุการณ์การชุมนุมของกลุ่มเยาวชนปลดแอกนั้น ผู้เขียนคิดว่าอำนาจของเจ้าหน้าที่ของรัฐจากพระราชบัญญัติการชุมนุมสาธารณะฯ ที่ใช้ในการสลายการชุมนุมนั้น คืออำนาจที่มีลักษณะเป็นกฎปฐมนุญ เพราะเป็นกฎหมายที่เกิดจากแรงกดดันของสังคมในช่วงก่อนหน้านั้น จากการที่ประชาชนร่วมกันชุมนุมทางการเมืองในประเทศไทยบ่อยครั้ง จึงมีการกำหนดอำนาจหน้าที่ให้เจ้าหน้าที่ของรัฐที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับการชุมนุมสาธารณะ เมื่อขึ้นชื่อว่าเป็นกฎหมายที่ได้ถูกประกาศใช้ผ่านราชกิจจานุเบกษา จึงถือได้ว่าเป็นกฎเกณฑ์ที่ประชาชนได้รับรู้และได้บังคับใช้ในประเทศไทยเป็นการทั่วไปแล้ว และเมื่อมีผู้ชุมนุมฝ่าฝืนเงื่อนไขที่พระราชบัญญัติการชุมนุมสาธารณะฯ トラเอาไว้ เจ้าหน้าที่ของรัฐจะมีอำนาจในการปกป้อง แก้ไข หรือหยุดยั้งการชุมนุม ที่มีวิธีการปรับข้อเท็จจริงให้เข้ากับตัวบทกฎหมายได้หลากหลายแนวทางด้วยดุลพินิจของเจ้าพนักงานของรัฐ โดยกฎหมายที่มีความตายตัวด้วยลายลักษณ์อักษร

ดังนั้นเมื่อเจ้าหน้าที่ของรัฐใช้อุปกรณ์ในการสลายการชุมนุมดังกล่าวประกอบกับการที่มีผู้ชุมนุมบาดเจ็บ ทำให้เกิดข้อวิพากษ์วิจารณ์จากประชาชนและบุคคลอื่น ๆ ถึงการกระทำหรือการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ของรัฐในครั้งนี้ ว่ามีความรุนแรงเกินไปจากที่ควร เพราะเหล่าผู้ชุมนุมนั้นปราศจากอาวุธและมิได้มีจุดประสงค์ในการทำลายสถานที่สำคัญแต่อย่างใด เช่นนี้ การพิจารณาการตราขอเขตอำนาจของเจ้าหน้าที่ของรัฐให้ชัดเจน ผู้เขียนจึงเห็นพ้องตามแนวคิดของฮาร์ทว่า เราควรมีการแก้ไขหรือเพิ่มเติมกฎหมายให้ชัดเจน โดยใช้แนวคิดของกฎทุติยภูมิมาประกอบกัน

²⁶ วรเจตน์ ภาคีรัตน์. (2564). เอช. แอล. เอ. ฮาร์ท 4.4. กฎปฐมนุญและกฎทุติยภูมิ. ใน โอตา อรุณวงศ์ (บ.ก.), *ประวัติศาสตร์ความคิดนิติปรัชญา* (พิมพ์ครั้งที่ 2), น.484-459. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์อ่านกฎหมาย.

กฎหมาย คือ กฎเกณฑ์ที่มอบอำนาจให้ผู้ทรงอำนาจในการกำหนดกฎปฐมนุมได้ กล่าวคือผู้ทรงอำนาจสามารถกำหนดการรับรอง การกำเนิด การแก้ไขเปลี่ยนแปลง การเพิ่มเติม และการยกเลิกกฎปฐมนุมได้

กฎหมายมีลักษณะที่พบเห็นได้ในระบบกฎหมายสมัยใหม่ กล่าวคือเป็นกฎที่กำหนดกฎเกณฑ์การรับรองกฎหมาย การแก้ไขเปลี่ยนแปลงกฎหมาย และการใช้กฎหมายในการวินิจฉัยชี้ขาดคดีของผู้มีอำนาจ ซึ่งเป็นกฎที่สามารถใช้รับรองกฎปฐมนุมว่าสามารถเป็นกฎหมายได้หรือไม่²⁷

ฮาร์ทกล่าวว่ากฎหมายนั้นมี 3 ประเภท กล่าวคือ 1) กฎเกณฑ์ของการรับรอง²⁸ คือ การรับรองว่ากฎเกณฑ์ใดในรัฐนั้น ๆ เป็นกฎปฐมนุม หากกฎเกณฑ์อันเป็นกฎปฐมนุมมีความขัดแย้งกันเอง จะสามารถแก้ปัญหาที่ขัดแย้งกันนั้นได้ด้วยการจัดลำดับชั้นของบ่อเกิดของกฎเกณฑ์นั้น ๆ 2) กฎเกณฑ์ของการเปลี่ยนแปลง²⁹ คือ กระบวนการนิติบัญญัติ ที่กำหนดวิธีการในการแก้ไข เปลี่ยนแปลง หรือยกเลิกกฎเกณฑ์ต่าง ๆ และ 3) กฎเกณฑ์ของการวินิจฉัย³⁰ คือ การมอบอำนาจให้ฝ่ายตุลาการในการวินิจฉัยชี้ขาดคดี

จากแนวคิดของฮาร์ท ในเรื่องกฎปฐมนุมและกฎหมายนี้ จะเห็นได้ว่า นอกจากการที่จะมีกฎหมายที่สามารถบังคับใช้เป็นการทั่วไป ให้ประชาชนกระทำการหรือไม่กระทำการบางอย่าง หรือมีกฎหมายที่มอบสิทธิหน้าที่ของประชาชนแล้ว ยังต้องมีการปรับปรุงแก้ไขกฎหมายให้มีความเหมาะสม โดยเฉพาะการกำหนดอำนาจในการปฏิบัติการใด ๆ ของเจ้าหน้าที่ของรัฐ เพื่อความชัดเจนของขอบเขตในการที่เจ้าหน้าที่ของรัฐจะสามารถกระทำได้อย่างเหมาะสมในทุกประการ เพราะตามหลักกฎหมายมหาชนนั้น เจ้าหน้าที่ของรัฐจะกระทำการใด ๆ ในหน้าที่ของตนได้ ต้องมีกฎหมายมอบอำนาจและหน้าที่เอาไว้ก่อน

การใช้กฎปฐมนุมและกฎหมายในสังคมยุคปัจจุบันที่คดียุติธรรมมีความซับซ้อนมากขึ้นทำให้หลักเกณฑ์ทั้งสองหลักเกณฑ์นั้นไม่เพียงพอที่จะนำไปบังคับใช้ให้เพียงพอ จึงทำให้ได้พบจุดที่ควรพิจารณาในเรื่องของหลักการใช้ดุลพินิจที่อาจไปกระทบถึงสิทธิของผู้อยู่ภายใต้กฎหมายมากจนเกินไป ซึ่งแนวคิดของฮาร์ทเน้นว่าการมีอยู่ของกฎเกณฑ์นอกจากจะประกอบด้วยการประพฤติปฏิบัติตามกฎหมายดังกล่าวซึ่งเป็นลักษณะภายนอกแล้ว³¹ จะต้องประกอบด้วยลักษณะภายในของกฎหมาย³² ที่จะต้องได้รับการยอมรับจากสังคมด้วย ซึ่งหากอธิบายถึงสถานะทางกฎหมายของเจ้าหน้าที่ของรัฐที่ใช้ต่อการสลายการชุมนุม กฎเกณฑ์นั้นจะเป็นกฎหมายได้ก็ต่อเมื่อเจ้าหน้าที่ของรัฐผู้มีอำนาจบังคับกฎหมายได้ให้การรับรองหรือยอมรับว่ากฎเกณฑ์ดังกล่าวเป็นกฎหมายตามหลัก กฎของการรับรองก็จะพบว่าถ้าเจ้าหน้าที่ของรัฐปฏิบัติตามหลักการอย่างความเป็นธรรมของกฎหมายที่ได้การรับรองจากทุกภาคส่วน กฎเกณฑ์ดังกล่าวย่อมเป็นกฎหมายตามแนวคิดของฮาร์ท แต่ถ้าเจ้าหน้าที่ของรัฐใช้ดุลพินิจที่ไม่ได้เป็นไปใน

²⁷ วรเจตน์ ภาคีรัตน์. (2564). เอช.แอล.เอ. ฮาร์ท 4.4. กฎปฐมนุมและกฎหมาย. ใน โอตา อรุณวงศ์ (บ.ก.), *ประวัติศาสตร์ความคิดนิติปรัชญา* (พิมพ์ครั้งที่ 2), น.484-459. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์อ่านกฎหมาย.

²⁸ H. L. A. Hart. (1994). *The concept of Law* (Second Edition). P.94

²⁹ H. L. A. Hart. (1994). *The concept of Law* (Second Edition). P.95

³⁰ H. L. A. Hart. (1994). *The concept of Law* (Second Edition). P.96

³¹ H. L. A. Hart. (1994). *The concept of Law* (Second Edition). P.103

³² H. L. A. Hart. (1994). *The concept of Law* (Second Edition). P.102

แนวทางของกฎหมาย ไม่ยอมรับสถานะทางกฎหมายของกฎหมายที่ตราขึ้นอย่างเกินขอบเขต ก็ย่อมทำให้กฎหมายดังกล่าวไม่สมบูรณ์เพราะขาดมุมมองภายในของกฎหมายไป

ดังนั้นผู้เขียนจึงคิดว่า แม้การที่กฎหมายถูกตราออกมาเป็นพระราชบัญญัติการชุมนุมสาธารณะฯ นั้น จะถือได้ว่าเป็นการที่ประชาชนรู้กฎหมายในข้อนี้เป็นการทั่วไปและมีผลบังคับใช้แล้ว แต่หลังจากเหตุการณ์สลายการชุมนุม วิธีการที่เจ้าหน้าที่ของรัฐใช้มีประชาชนและบุคคลอื่นไม่เห็นด้วยอยู่เป็นจำนวนมาก กฎหมายควรกำหนดกรอบให้ชัดเจนมากกว่านี้ ด้วยการปรับปรุงแก้ไขขอบเขตอำนาจของเจ้าหน้าที่ของรัฐให้ชัดเจน ว่าเหตุการณ์ของกลุ่มผู้ชุมนุมจะต้องมีความรุนแรงถึงขนาดไหน เจ้าหน้าที่ของรัฐจึงจะสามารถใช้ แก๊สน้ำตา กระสุนยาง การฉีดน้ำแรงดันสูงผสมสารเคมี หรือวิธีการสลายการชุมนุมอื่น ๆ ได้กับประชาชนผู้ชุมนุมนั้น

การเปรียบเทียบทฤษฎีแนวความคิดของ จอห์น ออสติน และ เอช. แอล. เอ. ฮาร์ท และมุมมองในการมองกรณีตัวอย่าง

ตามแนวคิดของ **จอห์น ออสติน** จะเห็นได้ว่า กฎหมาย คือ คำสั่งของรัฐ ที่ได้ประกาศให้ประชาชนของรัฐนั้น ๆ รู้เป็นการทั่วไป มีผลบังคับใช้โดยทั่วกันทุกคน โดยที่รัฐไม่จำเป็นต้องสนใจถึงผลกระทบอื่นใดที่ตามมา เพราะเมื่อกฎหมายคือคำสั่งของรัฐ ซึ่งรัฐมาจากประชาชน อันหมายความว่ารัฐ คือ รัฐอธิปัตย์ เป็นผู้มีอำนาจสูงสุดในการบัญญัติกฎหมาย ประชาชนทุกคนต้องทำตาม หากผู้ใดฝ่าฝืนก็จะมีผลร้ายตามมา นั่นคือรัฐมีอำนาจในการใช้บทลงโทษ เมื่อรัฐ คือรัฐอธิปัตย์ กฎหมายที่ออกโดยรัฐย่อมมีความถูกต้องชอบธรรมแล้ว

เมื่อนำแนวคิดดังกล่าวเข้ามามองกรณีการสลายการชุมนุมเยาวชนปลดแอกนั้น ผู้เขียนวิเคราะห์ได้ว่า เมื่อกฎหมายได้ถูกตราขึ้นมาโดยผู้มีอำนาจแล้ว ประชาชนทุกคนจะต้องปฏิบัติตาม เมื่อกลุ่มเยาวชนปลดแอกมิได้ทำตามเงื่อนไขการชุมนุมสาธารณะตามที่กฎหมายกำหนด ถือได้ว่าเป็นการฝ่าฝืนคำสั่งของรัฐ ประกอบกับเมื่อมีกฎหมายกำหนดอำนาจหน้าที่ให้รัฐใช้ลงโทษผู้ที่ฝ่าฝืนเงื่อนไขหรือคำสั่งของรัฐนั้นเอาไว้ใน พระราชบัญญัติการชุมนุมสาธารณะฯ มาตรา 21 วรรคสาม วางหลักไว้ว่า **“แผนหรือแนวทางการดูแลการชุมนุมสาธารณะ ต้องกำหนดให้เจ้าพนักงานหลีกเลี่ยงการใช้กำลัง ในกรณีที่ไม่อาจหลีกเลี่ยงการใช้กำลังได้ ให้ใช้กำลังและเครื่องมือควบคุมฝูงชนเพียงเท่าที่จำเป็น”**³³ จึงเป็นเหตุให้รัฐใช้อำนาจได้โดยมีขอบเขตที่กว้าง และเป็นการใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ของรัฐในการประเมินว่าควรหรือต้องใช้กำลังกับผู้ชุมนุม ณ เวลาใด หรือจำเป็นต้องใช้กำลังกับผู้ชุมนุมในสถานการณ์แบบไหน ซึ่งเจ้าหน้าที่ของรัฐก็ไม่ได้กระทำการสลายการชุมนุมโดยมีขอบด้วยกฎหมายแต่อย่างใด เพราะกลุ่มเยาวชนปลดแอกชุมนุมโดยผิดเงื่อนไขตามที่กฎหมายกำหนดเอาไว้ เจ้าหน้าที่ของรัฐจึงใช้ดุลพินิจสามารถกล่าวอ้างได้ว่าผู้ชุมนุมฝ่าฝืนกฎหมาย ตนมีอำนาจในการให้ผลร้ายกลับไปเท่านั้นเอง

ในทางกลับกัน **เอช. แอล. เอ. ฮาร์ท** ที่มองว่ากฎหมาย แม้ถูกตราออกมาโดยรู้เป็นการทั่วไปและมีผลบังคับใช้กับประชาชนทุกคนแล้ว แต่ต้องมีการรับรองและตรวจสอบความเหมาะสมของกฎหมาย เพื่อพิจารณาว่ากฎหมายควรมีอยู่ แก้ไข ปรับปรุง เปลี่ยนแปลง เพิ่มเติม หรือควรยกเลิกเสีย ตามความเหมาะสมของยุคสมัยและสภาพสังคมของรัฐนั้น ๆ โดยสามารถนำลักษณะภายในของกฎหมาย กล่าวคือ ศีลธรรมหรือจริยธรรม มา

³³ พระราชบัญญัติการชุมนุมสาธารณะ พ.ศ.2558 มาตรา 21 วรรคสาม

วิพากษ์วิจารณ์กฎหมายนั้น ๆ ได้ หากกฎหมายที่ถูกตราออกมาไม่ได้รับความเคารพหรือความเต็มใจในการปฏิบัติตามจากประชาชน กฎหมายนั้นยังมีความไม่สมบูรณ์มากพอที่จะเป็นกฎหมายได้ และสามารถนำกฎหมายนั้นมาพิจารณาพิจารณาเห็นว่าควรจะต้องปรับปรุง แก้ไข เพิ่มเติม หรือยกเลิกไปเสียก็ได้

เมื่อนำแนวคิดของฮาร์ทมามองกรณีของกรณีการสลายการชุมนุมเยาวชนปลดแอกนั้น ผู้เขียนวิเคราะห์ได้ว่าจริงอยู่ที่เจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำหน้าที่ของตนตามขอบเขตที่กฎหมายกำหนด เพราะได้ใช้ดุลพินิจแล้วว่าการสลายการชุมนุมดังกล่าวมีความจำเป็นที่จะต้องใช้ความรุนแรงในระดับที่ต้องใช้อุปกรณ์การสลายการชุมนุม อันได้แก่แก๊สน้ำตา กระสุนยาง และการฉีดน้ำแรงดันสูงผสมสารเคมี เนื่องจากเจ้าหน้าที่ของรัฐต้องการปกป้องสถานที่สำคัญต่าง ๆ ที่ผู้ชุมนุมเคลื่อนขบวนผ่าน เจ้าหน้าที่ของรัฐมิได้กระทำการโดยมิชอบด้วยกฎหมายแต่อย่างใด และกล่าวอ้างได้ว่าเจ้าหน้าที่ของรัฐได้ทำการสลายการชุมนุมหลังจากได้ทำการประกาศขอให้ยุติการชุมนุมแล้ว อันหมายถึงกฎหมายในลักษณะที่เป็นกฎหมาย

แต่อย่างไรก็ตามความคิดเห็นของประชาชนและผู้คนส่วนใหญ่ เห็นว่าวิธีการสลายการชุมนุมดังกล่าว มีความรุนแรงมากเกินไป เพราะกลุ่มผู้ชุมนุมฝ่ายเยาวชนปลดแอก ทำการเดินขบวนชุมนุมเพื่อแสดงความคิดเห็นทางการเมือง โดยปราศจากอาวุธและไม่ได้มีพฤติกรรมที่ดูจะเป็นอันตรายต่อสังคมหรือประชาชนทั่วไป แม้เจ้าหน้าที่ของรัฐจะอ้างว่ากระทำไปเพราะป้องกันเหตุร้ายและกระทำไปเพราะต้องการปกป้องสถานที่สำคัญ แต่เหล่าเยาวชนปลดแอกได้รับบาดเจ็บเป็นจำนวนมาก จึงเป็นข้อกังขาของประชาชนและผู้คนถึงวิธีการสลายการชุมนุมที่เจ้าหน้าที่ของรัฐใช้ในครั้งนี้

หากต้องการจะแก้ไขปัญหานี้ ตามแนวคิดของฮาร์ท ในการใช้กฎหมาย มาการแก้ไข เปลี่ยนแปลงพระราชบัญญัติการชุมนุมสาธารณะฯ นี้ หรืออาจเพิ่มเติมวิธีการสลายการชุมนุมให้ชัดเจน ว่าหากผู้ชุมนุมมีพฤติกรรมที่เป็นการฝ่าฝืนกฎหมายในรูปแบบไหน มีการใช้ความรุนแรงมากน้อยเท่าไร เจ้าหน้าที่ของรัฐจึงจะมีอำนาจในการใช้อุปกรณ์เพื่อสลายการชุมนุมชนิดไหนตามความเหมาะสม เจ้าหน้าที่ของรัฐจะไม่ต้องใช้ดุลพินิจที่กฎหมายให้ไว้อย่างกว้าง โดยอ้างว่าสมควรแก้เหตุจำเป็นนั้น ๆ ได้อีกต่อไป แต่ต้องเป็นไปตามบทบัญญัติเท่าที่กฎหมายกำหนดขอบเขตอำนาจไว้อย่างชัดเจนแล้ว เช่นนี้ประชาชนก็จะมีข้อกังขาใด ๆ ในวิธีที่เจ้าหน้าที่ของรัฐใช้ในการสลายการชุมนุมอีก

สรุป

การชุมนุมสาธารณะ เป็นหนึ่งในวิธีการที่ประชาชนในรัฐสามารถใช้แสดงความคิดเห็นได้ เป็นเสรีภาพในการแสดงออก ซึ่งเป็นสิทธิมนุษยชนอันเป็นสิทธิพื้นฐานที่มนุษย์ทุกคนพึงมี จริงอยู่ที่ประเทศไทยกำหนดเงื่อนไขการชุมนุมสาธารณะผ่านพระราชบัญญัติการชุมนุมสาธารณะ พ.ศ.2558 ไว้แล้ว ถือได้ว่าประชาชนทุกคนในประเทศไทยรับรู้ในข้อกฎหมายและต้องปฏิบัติตามเป็นการทั่วกัน

แต่อย่างไรก็ตามพระราชบัญญัติการชุมนุมสาธารณะฯ ควรต้องมุ่งเน้นในการส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพในการชุมนุมสาธารณะ เพื่อผู้ชุมนุมที่ชุมนุมอย่างสงบและปราศจากอาวุธ เพราะการที่กฎหมายบัญญัติอำนาจในการสลายการชุมนุมให้เจ้าหน้าที่ของรัฐ ถือเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพในการแสดงออกของผู้ชุมนุม

เมื่อกฎหมายให้อำนาจแก่เจ้าหน้าที่ของรัฐในการใช้ดุลพินิจไว้อย่างกว้างในการประเมินสถานการณ์การประชุมว่า เมื่อใดควรแก่การต้องสลายการประชุม ก็ควรจำกัดอำนาจนั้นให้แคบลงด้วยการแก้ไขเพิ่มเติมขอบเขตอำนาจหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ของรัฐให้รัดกุมมากขึ้น

จากแนวคิดของ จอห์น ออสติน และ เอช. แอล. เอ. ฮาร์ท ผู้เขียนขอสรุปอีกครั้งว่า กฎหมาย แม้จะเปิดเผยเป็นการทั่วไป และบังคับใช้กับประชาชนในรัฐทุกคน อีกทั้งการที่กฎหมายมีลักษณะเป็นคำสั่งของรัฐบาลาธิปไตย อันเป็นผู้มีอำนาจสูงสุดของรัฐนั้น ๆ จะเป็นผู้ตรากฎหมายขึ้น แต่ยังต้องมีกฎหมายในลักษณะที่กำหนดสิทธิและหน้าที่ของประชาชน (กฎหมายเอกชน) และกฎหมายที่มอบอำนาจและกำหนดหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ของรัฐ (กฎหมายมหาชน) อีกด้วย กฎหมายจึงมีทั้ง กฎหมายอาญา กฎหมายเอกชน และกฎหมายมหาชน มิใช่แค่เป็นกฎหมายที่กำหนดการกระทำและงดเว้นการกระทำ รวมถึงการกำหนดบทลงโทษ ในลักษณะของกฎหมายอาญา ดังเช่นที่ จอห์น ออสติน ได้สร้างแนวคิดทฤษฎีคำสั่งเอาไว้ อีกทั้งการที่กฎหมายจะถูกบัญญัติเอาไว้ แต่หากยังเป็นที่ยังสงสัยของประชาชน โดยเฉพาะกฎหมายที่บัญญัติถึงขอบเขตอำนาจของเจ้าหน้าที่ของรัฐ ก็ควรนำประเด็นข้อสงสัยเหล่านั้น ไปคิดทบทวนความเหมาะสมของกฎหมายบทนั้น ๆ อย่างถี่ถ้วนอีกครั้ง ดังเช่นที่ เอช. แอล. เอ. ฮาร์ทได้สร้างแนวคิดทฤษฎีกฎปฐมภูมิและกฎทุติยภูมิเอาไว้

ฮาร์ทมองว่าหากกฎหมายได้ยังถูกปรับใช้อย่างไม่ชอบด้วยศีลธรรม จริยธรรม มีการเอื้ออำนวยผลประโยชน์ให้คนบางกลุ่มมีส่วนได้ส่วนเสียจากการปรับใช้กฎหมายนั้น ส่งผลให้มีคำถามและข้อวิพากษ์วิจารณ์จากประชาชน กฎหมายก็ควรได้รับการตรวจสอบ แก้ไข เปลี่ยนแปลง เพิ่มเติม หรือยกเลิก ไปได้เช่นกัน กฎหมายต้องมีหน่วยงานที่สามารถรับรองได้ว่ากฎหมายที่รัฐนั้น ๆ กำลังใช้กันโดยทั่วไปอยู่นั้น มีความเหมาะสมกับสภาพสังคม ณ เวลาปัจจุบัน หากไม่เหมาะสมหรือประชาชนตั้งข้อสงสัย ก็ควรตรวจสอบเพื่อที่จะทำการแก้ไข ยกเลิก หรือสร้างกฎหมายใหม่ขึ้นมาสนับสนุน อย่างในกรณีการสลายการประชุมในประเทศไทยนั้น ผู้เขียนมีความคิดเห็นว่าการต้องตรวจสอบตัวบทกฎหมาย ว่าควรมอบอำนาจในเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือวางหลักของวิธีการสลายการประชุมสาธารณะอย่างไร โดยกำหนดว่า ผู้ชุมนุมต้องมีพฤติกรรมแบบไหน หากผู้ชุมนุมใช้ความรุนแรงในการชุมนุมสาธารณะ ระดับความรุนแรงนั้นต้องรุนแรงเพียงใด เจ้าหน้าที่ของรัฐจึงจะใช้อุปกรณ์ในการสลายการประชุมได้ และอุปกรณ์นั้นต้องมีความเหมาะสมกับการชุมนุมที่รุนแรงตามระดับต่าง ๆ ตามแต่พฤติการณ์ที่เกิดขึ้น ภายใต้หลักสากลในเรื่องของการชุมนุมและการสลายการประชุม ตามแนวคิดของทฤษฎีกฎปฐมภูมิและกฎทุติยภูมิ ของฮาร์ท ว่ากฎทุติยภูมิสามารถสนับสนุน แก้ไข ยกเลิก หรือเพิกถอน กฎหมาย อันเป็นกฎปฐมภูมิได้ ระบบกฎหมายสมัยใหม่ควรเป็นเช่นนั้น

ดังนั้นเมื่อสังคมเปลี่ยนไปตามยุคสมัย ประชาชนมีความคิดเห็นทางการเมืองที่แตกต่างกัน สิทธิมนุษยชนเป็นหลักสากลที่ทั่วโลกให้การยอมรับ อีกทั้งการประชุมคือเสรีภาพในการแสดงออก แต่ได้มีกฎหมายตีกรอบให้ขอบเขตสำหรับประชาชนในการแสดงความคิดเห็นทางการเมืองเอาไว้ เมื่อมีกฎหมายกำหนดเงื่อนไขการประชุมสาธารณะให้ประชาชน ก็ควรจะต้องตีกรอบกำหนดขอบเขตอำนาจของเจ้าหน้าที่ของรัฐและวิธีการสลายการประชุมให้ชัดเจนด้วยเช่นกัน ตามหลักของกฎหมายมหาชนที่ว่า เจ้าหน้าที่ของรัฐ ต้องมีกฎหมายมอบอำนาจและ

หน้าที่ให้ จึงจะปฏิบัติตามขอบเขตอำนาจและหน้าที่นั้นได้ เช่นนี้ขอบเขตอำนาจหน้าที่นั้นควรจะต้องชัดเจนและชัดเจนอย่างที่สุด ซึ่งผู้เขียนเห็นด้วยกับแนวคิดของ เอช. แอ. เอ. ฮาร์ท ว่า เมื่อกฎหมายยังไม่สมบูรณ์เพียงพอให้ประชาชนเคารพและปฏิบัติตาม จนเกิดผลเสียและข้อวิพากษ์วิจารณ์เป็นวงกว้าง กฎหมายก็ควรได้รับการแก้ไข และให้การรับรองเสียใหม่โดยผู้มีอำนาจโดยชอบเป็นผู้จัดการ