

## บทที่ 3

### หลักกฎหมายที่เกี่ยวกับการอุทธรณ์และการใช้ดุลพินิจตามกฎหมายไทย และกฎหมายต่างประเทศ

#### 3.1 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 เกี่ยวกับหลักสิทธิและเสรีภาพ ในการสื่อสารโดยชอบและการใช้ระบบคณะกรรมการ

หลักสิทธิมนุษยชนกับเสรีภาพในการสื่อสาร เสรีภาพในการติดต่อสื่อสาร เป็นสิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐาน ทั้งยังเป็นที่ยอมรับในกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ เพราะการละเมิดต่อสิทธิดังกล่าวถือเป็นการละเมิดต่อสิทธิของปัจเจกชนที่จะแลกเปลี่ยนความคิดเห็น โดยทางติดต่อสื่อสารกับบุคคลอื่น มาคาดคิดอย่างหนึ่งของภาครัฐก็คือความเชื่อที่ว่าหากมีสิทธิมนุษยชนมากเท่าใดก็ย่อมที่จะเป็นอันตรายต่อความมั่นคงของชาติมากขึ้นเท่านั้น จึงมีความพยายามที่จะออกมาตรการต่าง ๆ ซึ่งรวมถึงกฎหมายที่มีบทบัญญัติละเมิดสิทธิมนุษยชนโดยอ้อมเหตุผลในด้านความมั่นคงของชาติอยู่เสมอ<sup>1</sup> ดังจะเห็นได้จากข่าวสารความพยายามที่จะควบคุมเสรีภาพในการสื่อสาร ไม่ว่าจะเป็นการออกกฎหมาย การกวดขัน ตรวจสอบเพื่อป้องกันตนเองจากการตรวจสอบหรือการวิพากษ์วิจารณ์ แต่เหมือนยังมีการควบคุมที่เข้มงวดเท่าไรกลับก่อให้เกิดแรงต้าน โดยเฉพาะอย่างยิ่งการสื่อสารผ่านโซเชียลมีเดียที่ได้รับความนิยมมากเป็นผลมาจากเป็นเทคโนโลยีและพื้นที่การสื่อสารที่มีค่าใช้จ่ายน้อย และเห็นผลในวงกว้าง

ดังนั้น รัฐจึงต้องหาแนวทางในการควบคุมให้เฉพาะที่ขัดแย้ง หรือในกรณีที่ละเมิดต่อกฎหมาย หรือสิทธิของผู้อื่นอย่างแท้จริง โดยลดการใช้ดุลพินิจในการควบคุมดังจะพอเห็นได้จากกฎหมายที่บังคับใช้ในปัจจุบัน เพราะหน้าที่ของรัฐที่แท้จริงไม่ใช่การควบคุมการใช้สิทธิเสรีภาพ หากแต่มีหน้าที่ในการคุ้มครองสิทธิแล้วรัฐยังมีหน้าที่ในการจัดให้ประชาชนมีสิทธิดังกล่าวด้วย

---

<sup>1</sup> ชำนาญ จันทร์เรือง. (2562). *ยังมีสิทธิมนุษยชน ยังมีความมั่นคงของชาติ*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <https://prachatai.com/journal/2016/03/64392>. [2559, 2 มีนาคม].

### 3.1.1 หลักสิทธิมนุษยชน

สิทธิมนุษยชนคืออะไร<sup>2</sup> ในทางวิชาการมักไม่มีการให้คำนิยามความหมายของสิทธิมนุษยชน นอกจากมีการพยายามอธิบายคำปรารภของปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ที่ว่า “โดยที่การยอมรับนับถือเกียรติศักดิ์ประจำตัว และสิทธิที่เท่าเทียมกันและโอนมิได้ของบรรดาสมาชิกทั้งหลายแห่งครอบครัวมนุษยชนเป็นหลักการพื้นฐานแห่งอิสรภาพ ความยุติธรรมและสันติภาพโลก” นั้น หมายถึง สิทธิมนุษยชน เป็นสิทธิประจำตัวของมนุษย์ทุกคน เพราะมนุษย์ทุกคนมีศักดิ์ศรี มีเกียรติศักดิ์ประจำตัว สิทธิมนุษยชนไม่สามารถโอนให้แก่กันได้ แต่นักปฏิบัติการสิทธิมนุษยชนให้คำอธิบายว่าเราเรียกสิ่งจำเป็นสำหรับคนทุกคนที่ต้องได้รับในฐานะที่เป็นคน ซึ่งทำให้คนๆ นั้นมีชีวิตอยู่รอดได้อย่างมีความเหมาะสมแก่ความเป็นคนและสามารถมีการพัฒนาตนเองได้ว่า คือ “สิทธิมนุษยชน” เมื่อนำคำอธิบายทั้ง 2 ประการมาประกอบกัน ก็สามารถเข้าใจได้ว่า สิทธิมนุษยชนคือ สิ่งจำเป็นสำหรับคนทุกคนที่ต้องได้รับในฐานะที่เป็นคน เพื่อทำให้คนๆ นั้น มีชีวิตอยู่รอดได้ และมีการพัฒนา สิทธิมนุษยชนจึงมี 2 ระดับ

สิทธิระดับแรก สิทธิที่ติดตัวคนทุกคนมาแต่เกิด ไม่สามารถถ่ายโอนให้แก่กันได้ อยู่เหนือกฎหมายและอำนาจใด ๆ ของรัฐทุกรัฐ สิทธิเหล่านี้ได้แก่ สิทธิในชีวิต ห้ามฆ่าหรือทำร้ายต่อชีวิต ห้ามการค้ามนุษย์ ห้ามทรมานอย่างโหดร้าย คนทุกคนมีสิทธิในความเชื่อ มโนธรรมหรือลัทธิทางศาสนา ทางการเมือง มีเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นและแสดงออกหรือการสื่อความหมายโดยวิธีอื่น สิทธิมนุษยชนเหล่านี้ไม่จำเป็นต้องมีกฎหมายมารองรับ สิทธิเหล่านี้ก็ดำรงอยู่ ซึ่งอย่างน้อยอยู่ในมโนธรรมสำนึกถึงบาปบุญคุณโทษที่อยู่ในตัวของแต่ละคน เช่น แม้ไม่มีกฎหมายบัญญัติว่าการฆ่าคนเป็นความผิดตามกฎหมาย แต่คนทุกคนมีสำนึกรู้เองว่าการฆ่าคนนั้นเป็นสิ่งต้องห้ามเป็นบาปในทางศาสนา เป็นต้น

สิทธิลำดับที่สอง เป็นสิทธิที่ต้องได้รับการรับรองในรูปของกฎหมายหรือต้องได้รับการคุ้มครองโดยรัฐบาลได้แก่ การได้รับสัญชาติ การมีงานทำ การได้รับความคุ้มครองแรงงาน ความเสมอภาคของหญิงชายสิทธิของเด็ก เยาวชน ผู้สูงอายุ และคนพิการ การได้รับการศึกษาขั้นพื้นฐาน การประกันการว่างงานการได้รับบริการทางด้านสาธารณสุข การสามารถแสดงออกทางด้านวัฒนธรรมอย่างอิสระ สามารถได้รับความเพลิดเพลินจากศิลปะ วัฒนธรรมในกลุ่มของตน เป็นต้น

<sup>2</sup> กองส่งเสริมสิทธิและเสรีภาพ กรมคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพกระทรวงยุติธรรม. (2561). *ชุดความรู้สิทธิมนุษยชน สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ สนธิสัญญาหลักระหว่างประเทศด้านสิทธิมนุษยชนที่ประเทศไทยภาคี.* (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: [http://www.rlpd.go.th/rlpdnew/images/rlpd\\_1/HRC/nhr.pdf](http://www.rlpd.go.th/rlpdnew/images/rlpd_1/HRC/nhr.pdf). [2561, 14 มิถุนายน].

สิทธิมนุษยชนระดับที่สองนี้ต้องเขียนรับรองไว้ในกฎหมายหรือรัฐธรรมนูญหรือ  
แนวนโยบายพื้นฐานของรัฐของแต่ละประเทศ เพื่อเป็นหลักประกันว่าคนทุกคนที่อยู่ในรัฐนั้นจะ  
ได้รับความคุ้มครองชีวิตความเป็นอยู่ ให้มีความเหมาะสมแก่ความเป็นมนุษย์

โดยรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฉบับ พ.ศ. 2560 ได้มีการบัญญัติไว้ใน

“มาตรา 4 ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิ เสรีภาพ และความเสมอภาคของบุคคลย่อมได้รับความ  
คุ้มครอง

ปวงชนชาวไทยย่อมได้รับความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญเสมอกัน”

โดยในรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันยังได้มีการบัญญัติเรื่องคณะกรรมการสิทธิมนุษยชน  
แห่งชาติไว้เป็นการเฉพาะ โดยกำหนดให้มีหน้าที่และอำนาจ ดังต่อไปนี้

(1) ตรวจสอบและรายงานข้อเท็จจริงที่ถูกต้องเกี่ยวกับการละเมิดสิทธิมนุษยชนทุก  
กรณีโดยไม่ล่าช้าและเสนอแนะมาตรการหรือแนวทางที่เหมาะสมในการป้องกันหรือแก้ไขการ  
ละเมิดสิทธิมนุษยชน รวมทั้งการเยียวยาผู้ได้รับความเสียหายจากการละเมิดสิทธิมนุษยชนต่อ  
หน่วยงานของรัฐหรือเอกชนที่เกี่ยวข้อง

(2) จัดทำรายงานผลการประเมินสถานการณ์ด้านสิทธิมนุษยชนของประเทศเสนอต่อ  
รัฐสภาและคณะรัฐมนตรี และเผยแพร่ต่อประชาชน

(3) เสนอแนะมาตรการหรือแนวทางในการส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิมนุษยชนต่อ  
รัฐสภาคณะรัฐมนตรี และหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง รวมทั้งการแก้ไขปรับปรุงกฎหมาย กฎ  
ระเบียบ หรือคำสั่งใด ๆ เพื่อให้สอดคล้องกับหลักสิทธิมนุษยชน

(4) ชี้แจงและรายงานข้อเท็จจริงที่ถูกต้องโดยไม่ชักช้าในกรณีที่มีการรายงาน  
สถานการณ์เกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนในประเทศไทยโดยไม่ถูกต้องหรือไม่เป็นธรรม

(5) สร้างเสริมทุกภาคส่วนของสังคมให้ตระหนักถึงความสำคัญของสิทธิมนุษยชน

(6) หน้าที่และอำนาจอื่นตามที่กฎหมายบัญญัติ

เมื่อรับทราบรายงานตาม (1) และ (2) หรือข้อเสนอนี้ตาม (3) ให้คณะรัฐมนตรี

ดำเนินการปรับปรุงแก้ไขตามความเหมาะสมโดยเร็ว กรณีใดไม่อาจดำเนินการได้หรือ  
ต้องใช้เวลาในการดำเนินการให้แจ้งเหตุผลให้คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติทราบโดยไม่  
ชักช้า

ในการปฏิบัติหน้าที่ คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติต้องคำนึงถึงความผาสุกของ  
ประชาชนชาวไทยและผลประโยชน์ส่วนรวมของชาติเป็นสำคัญด้วย<sup>3</sup>

<sup>3</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560. มาตรา 247.

ซึ่งจากตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฉบับ พ.ศ. 2560 นี้ เห็นได้ว่า นอกจากรัฐ มีหน้าที่ในการคุ้มครองสิทธิแล้ว รัฐยังมีหน้าที่ในการจัดให้ประชาชนมีสิทธิดังกล่าวด้วย

#### 1) ประเภทของสิทธิมนุษยชน<sup>4</sup>

(1) สิทธิพลเมือง ได้แก่ สิทธิในชีวิตและร่างกาย เสรีภาพและความมั่นคงในชีวิต ไม่ถูกทรมานไม่ถูกทำร้ายหรือฆ่า สิทธิในความเสมอภาคต่อหน้ากฎหมาย สิทธิที่จะได้รับการปกป้องจากการจับกุมหรือคุมขังโดยมิชอบ สิทธิที่จะได้รับการพิจารณาในศาลอย่างยุติธรรม โดยผู้พิพากษาที่มีอิสระ สิทธิการได้รับสัญชาติ เสรีภาพของศาสนิกในการเชื่อถือและปฏิบัติตาม ความเชื่อถือของตนซึ่งรวมถึงเสรีภาพในการไม่นับถือศาสนาด้วย ฯลฯ

(2) สิทธิทางการเมือง ได้แก่ สิทธิในการเลือกวิถีชีวิตของตนเองทั้งทางการเมือง เศรษฐกิจสังคม วัฒนธรรม รวมถึงการการจัดการทรัพยากรธรรมชาติ เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น และการแสดงออก สิทธิในมีส่วนร่วมร่วมกับรัฐในการดำเนินกิจการที่เป็นประโยชน์สาธารณะ เสรีภาพในการชุมนุมโดยสงบ เสรีภาพในการรวมกลุ่ม สิทธิในการเลือกตั้งอย่างเสรี ฯลฯ

(3) สิทธิทางเศรษฐกิจ ได้แก่ สิทธิการมีงานทำ ได้เลือกงานอย่างอิสระและได้รับค่าจ้างอย่างเป็นธรรม สิทธิในการเป็นเจ้าของทรัพย์สิน การได้รับอาหารที่เพียงพอแก่การยังชีพ ฯลฯ

(4) สิทธิทางสังคม ได้แก่ สิทธิการได้รับการศึกษา สิทธิการได้รับหลักประกันด้านสุขภาพแม่และเด็กต้องได้รับการดูแล ได้รับการพัฒนาบุคลิกภาพอย่างเต็มที่ ได้รับความมั่นคงทางสังคมมีเสรีภาพในการเลือกคู่ครองและสร้างครอบครัว ฯลฯ

(5) สิทธิทางวัฒนธรรม ได้แก่ การมีเสรีภาพในการใช้ภาษาหรือ สื่อความหมายในภาษาท้องถิ่นของตน มีเสรีภาพในการแต่งกายตามวัฒนธรรม การปฏิบัติตามวัฒนธรรมประเพณีท้องถิ่นของตน การพักผ่อนหย่อนใจทางศิลปวัฒนธรรมและการบันเทิงได้โดยไม่มีใครมาบีบบังคับ ฯลฯ

พึงระลึกไว้เสมอว่า “สิทธิตามกฎหมาย” ทุกอย่างไม่ใช่เรื่องสิทธิมนุษยชน มีสิทธิบางอย่างเท่านั้นถือว่าเป็นสิทธิมนุษยชน และสิทธิที่เป็นสิทธิมนุษยชนนั้น ถือเป็นมาตรฐานขั้นต่ำของการปฏิบัติต่อกันระหว่างมนุษย์ เช่น การฆ่าหรือทำร้ายกัน แม้ไม่มีกฎหมายบัญญัติว่า การทำร้ายหรือการฆ่าเป็นความผิด คนทุกคนก็รู้แะใจว่าการฆ่าเป็นความผิด แต่การที่คนในชาติไม่ได้รับอาหารที่เพียงพอแก่การยังชีพ ไม่ถือว่าเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมาย แต่เป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชนประเภทหนึ่งคือสิทธิทางเศรษฐกิจ ที่รัฐบาลมีหน้าที่ต้องจัดการให้คนในชาติได้รับอาหาร

<sup>4</sup> กองส่งเสริมสิทธิและเสรีภาพ กรมคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพกระทรวงยุติธรรม. (2561). *ชุดความรู้สิทธิมนุษยชน สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ สนธิสัญญาหลักระหว่างประเทศด้านสิทธิมนุษยชนที่ประเทศไทยภาคี*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: [http://www.rlpd.go.th/rlpdnew/images/rlpd\\_1/HRC/nhr.pdf](http://www.rlpd.go.th/rlpdnew/images/rlpd_1/HRC/nhr.pdf). [2561, 14 มิถุนายน].

เพียงพอแก่การมีชีวิตอยู่รอด ฉะนั้น สิทธิมนุษยชนจึงเป็นของมนุษย์ทุกคนไม่จำเพาะแต่ประเทศที่เจริญแล้วและมีสวัสดิการของรัฐที่เพียงพอหรือจำเพาะตามกฎหมายสหประชาชาติเท่านั้น

## 2) ความหมายระหว่างสิทธิมนุษยชนและสิทธิเสรีภาพ<sup>5</sup>

เนื่องจากมีประเด็นข้อสงสัยว่า “สิทธิมนุษยชน” กับ “สิทธิเสรีภาพ” มีความเหมือนหรือความแตกต่างกันหรือไม่ อย่างไร ในประเด็นนี้ กรมคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพซึ่งเป็นหน่วยงานของรัฐ ในการดำเนินงานทั้งในเรื่องสิทธิมนุษยชน และสิทธิเสรีภาพ ได้มีการศึกษาค้นคว้าจากเอกสาร การระดมความคิดเห็นของนักวิชาการ ผู้เชี่ยวชาญในหลายแขนง สรุปได้ว่า

“สิทธิมนุษยชน” (Human Rights) หมายความว่า สิทธิที่มีตามธรรมชาติ ซึ่งคิดตัวมนุษย์มาตั้งแต่เกิด โดยมีความเป็นสากลและมีการรับรองไว้ในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน หรือ กติกาอนุสัญญา ข้อตกลงต่าง ๆ ระหว่างประเทศด้านสิทธิมนุษยชน ที่ทุกประเทศทั่วโลกให้การรับรอง

“สิทธิเสรีภาพ” (Rights and Liberties) หมายความว่า สิทธิที่มีการบัญญัติรับรองไว้ในกฎหมายของแต่ละรัฐ ว่าประชาชนจะมีสิทธิ และเสรีภาพ ในเรื่องใดมากน้อยแค่ไหน เพียงใดขึ้นอยู่กับบริบทสังคมของประเทศนั้น ๆ สิทธิเสรีภาพ (Rights and Liberties) ตามพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2552 ได้บัญญัติไว้เป็น 2 คำ คือ

“สิทธิ” หมายถึง อำนาจอันชอบธรรม บุคคลมีสิทธิและหน้าที่ตามรัฐธรรมนูญ และอำนาจที่จะกระทำการใด ๆ ได้อย่างอิสระ โดยได้รับการรับรองจากกฎหมาย

“เสรีภาพ” หมายถึง ความสามารถที่จะกระทำการใด ๆ ได้ตามที่ตนปรารถนาโดยไม่มีอุปสรรคขัดขวาง เช่น เสรีภาพในการพูด เสรีภาพในการนับถือศาสนา ความมีสิทธิที่จะทำอะไรก็ได้โดยไม่ละเมิดสิทธิของผู้อื่น

ดังนั้น กรมคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ เห็นว่า “สิทธิมนุษยชน” เป็นเรื่องตั้งแต่เกิดจนตายเป็นสิทธิตามธรรมชาติ แต่ถ้าเมื่อใดมีกฎหมายบัญญัติในเรื่องใด เพื่อรับรองสิทธิและเสรีภาพไว้เป็นการเฉพาะ ซึ่งกฎหมายนั้นอาจมีผลทำให้เป็นการจำกัดสิทธิบางประการ ทั้งนี้เพื่อความสงบสุขของสังคม อย่างไรก็ตามหากกฎหมายใดที่มีการจำกัดหรือละเมิดสิทธิมนุษยชน หรือลดทอนสิทธิเสรีภาพอาจมีการพิจารณาแก้ไข หรือยกเลิกกฎหมายนั้นก็ได้

### 3.1.2 สิทธิเสรีภาพในการสื่อสาร

โดยรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฉบับ พ.ศ. 2560 ได้รับรอง สิทธิเสรีภาพในการสื่อสารไว้ใน “มาตรา 36 บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการติดต่อสื่อสารถึงกันไม่ว่าในทางใด ๆ

<sup>5</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560. มาตรา 247.

การตรวจ การกัก หรือการเปิดเผยข้อมูลที่บุคคลสื่อสารถึงกัน รวมทั้งกรกระทำด้วยประการใด ๆ เพื่อให้ล่วงรู้หรือได้มาซึ่งข้อมูลที่บุคคลสื่อสารถึงกันจะกระทำมิได้ เว้นแต่มีคำสั่งหรือหมายของศาลหรือมีเหตุอย่างอื่นตามที่กฎหมายบัญญัติ” ซึ่งก็สอดคล้องกับปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (Universal Declaration of Human Rights) ที่ประเทศไทยเป็นหนึ่งใน 48 ประเทศแรกที่ลงคะแนนเสียงร่วมรับรองปฏิญญานี้ในการประชุมสมัชชาสหประชาชาติ สมัยสามัญสมัยที่ 3 ซึ่งจัดขึ้น ณ กรุงปารีส สาธารณรัฐฝรั่งเศส เมื่อวันที่ 10 ธันวาคม พ.ศ. 2491 (ค.ศ. 1948)<sup>6</sup> ใน “ข้อ 19 ทุกคนมีสิทธิในอิสรภาพแห่งความเห็นและการแสดงออก ทั้งนี้ สิทธินี้รวมถึงอิสรภาพที่จะถือเอาความเห็นโดยปราศจากการแทรกแซง และที่จะแสวงหา รับ และส่งข้อมูลข่าวสารและข้อคิดผ่านสื่อใด และโดยไม่คำนึงถึงพรมแดน”<sup>7</sup>

ตามเนื้อหาที่ปรากฏอยู่ เน้นถึงสิทธิและเสรีภาพของบุคคลในอันที่จะแสวงหา รับ และแจกจ่ายข่าวสาร หรือที่เรียกว่าสิทธิในการรับรู้ (Right to Know) หรือสิทธิในข่าวสาร (Information Right) ต่อมา ปรากฏว่าในสภาพแห่งความเป็นจริงในสังคมโลกนั้น เกิดความไม่สมดุลหรือเท่าเทียมกันในด้านการแสวงหา การรับ และการกระจายข่าวสารระหว่างบุคคล หรือสังคมที่พึงมีต่อบุคคลหรือสังคมที่ยากไร้โดยที่ฝ่ายแรกมีโอกาสนในการกระจายมากกว่า ในขณะที่ฝ่ายหลังมักเป็นเพียงผู้คอยรับข่าวสารเท่านั้น ซึ่งปรากฏการณ์ดังกล่าวนี้ชี้ให้เห็นถึงความไม่ครอบคลุมของคำประกาศของปฏิญญาสากลฯ ข้อ 19 ดังนั้นจึงมีนักคิดและสถาบันที่เกี่ยวข้องอีกมากมายได้ทำการวิจัยศึกษา

Jean d' Arcy (1969) เป็นบุคคลแรก ซึ่งเสนอแนวความคิด “สิทธิการสื่อสาร” โดยชี้ให้เห็นข้อแตกต่างระหว่าง “สิทธิด้านข่าวสาร” (Right to Information) และ “สิทธิการสื่อสาร (Right to Communication) ตามความคิดของ d' Arcy นั้น สิทธิด้านข่าวสาร คือสิทธิของประชาชนที่จะทราบและที่จะรับทราบหรือบอกเล่าเกี่ยวกับเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นในสังคม โดยปราศจากการแทรกซ้อนจากเจ้าหน้าที่ภายนอก ส่วนสิทธิการสื่อสารนั้นครอบคลุมถึงบรรดาสิทธิต่างๆ ในกระบวนการสื่อสารทั้งหมด ตลอดจนการใช้สื่อสารสาธารณะทุกประเภท เพื่อถ่ายทอดความคิดเห็น ความหวังและปัญหาต่างๆ สิทธิการสื่อสารจึงมีความหมายกว้างกว่าสิทธิด้านข่าวสารมาก

<sup>6</sup> กองส่งเสริมสิทธิและเสรีภาพ กรมคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพกระทรวงยุติธรรม. (2561). *ชุดความรู้สิทธิมนุษยชน สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ สนธิสัญญาหลักระหว่างประเทศด้านสิทธิมนุษยชนที่ประเทศไทยภาคี.* (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: [http://www.rlpd.go.th/rlpdnew/images/rlpd\\_1/HRC/nhr.pdf](http://www.rlpd.go.th/rlpdnew/images/rlpd_1/HRC/nhr.pdf). [2561, 14 มิถุนายน].

<sup>7</sup> Article act Everyone has the right to freedom of opinion and expression; this right includes freedom to hold opinions without interference and to seek, receive and impart information and ideas through any media and regardless of frontiers.

ต่อมา Rene Cassin (1972) พยายามเชื่อมโยงบทบัญญัติในข้อ 19 กับข้อ 20 เขาเสนอแนะถึงสิทธิการมีส่วนร่วมในกระบวนการสื่อสาร นอกจากนี้บทบัญญัติ ข้อ 2 วรรคสองของปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนชี้ให้เห็นว่า ในขณะที่คนเรามีสิทธิในการสื่อสารนั้นก็อาจมีสิทธิที่จะไม่สื่อสารด้วย ซึ่งเชื่อมโยงถึงสิทธิคุ้มครองเรื่องส่วนตัวและการอนุรักษ์วัฒนธรรม

ค.ศ. 1975 UNESCO ได้สำรวจความเห็นและปฏิกิริยาเกี่ยวกับสิทธิการสื่อสารของกลุ่มประเทศสมาชิกองค์การระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องและองค์การวิชาชีพ พบว่า แนวความคิดสิทธิการสื่อสารมีขอบเขตกว้างขวาง สลับซับซ้อนมาก อีกทั้งเกี่ยวข้องกับปัญหาต่างๆ มากมาย อาจมีความหมายแตกต่างกันไปในแต่ละสังคม และสามารถประยุกต์ใช้กับองค์กรในสังคมได้ทุกระดับ สิทธิการสื่อสารเกี่ยวข้องกับรัฐ ชุมชน สถาบันสื่อมวลชน ตลอดจนองค์กร และกลุ่มบุคคลต่างๆ สิทธินี้อาจวิวัฒนาการจากสภาพสังคม วัฒนธรรม ศาสนา รัฐธรรมนูญ นโยบาย กฎหมาย ระเบียบของรัฐข้อบังคับขององค์กร นโยบายและการปฏิบัติของสื่อมวลชน สิทธินี้ย่อมมีหน้าที่และความรับผิดชอบควบคู่ไปด้วย”

LS. Harms (1978) ศาสตราจารย์ทางด้านการศึกษาแห่งมหาวิทยาลัย Hawaii ผู้บุกเบิกการค้นคว้าวิจัยสิทธิการสื่อสาร เขาชี้ให้เห็นว่าสิทธิการสื่อสารตามมาตรา 19 แห่งปฏิญญาสากลนั้นแคบ มีขอบเขตจำกัดและประยุกต์ใช้ยากกับสภาพปัจจุบัน เขากล่าวว่า “ทุกคนมีสิทธิในการสื่อสารแต่ไม่ได้จำกัดเฉพาะสิทธิในการมีส่วนร่วม สิทธิในด้านข่าวสาร และสิทธิในการพิทักษ์เรื่องส่วนตัว การบรรลุถึงสิทธิการสื่อสารดังกล่าวต้องอาศัยความพร้อมด้านทรัพยากรการสื่อสาร”

Jim Richstad (1977) แห่งสถาบัน East & West Communication Richstad เขาพบว่า “สิทธิการสื่อสารที่สำคัญได้แก่ สิทธิในการเข้าถึงและการมีส่วนร่วมอย่างกระตือรือร้น สิทธิในเรื่องส่วนตัว การอนุรักษ์วัฒนธรรมและความรับผิดชอบ”

Sean McBride (1980) กล่าวเน้นว่า “สิทธิการสื่อสารมีความหมายกว้างกว่าสิทธิการรับข่าวสาร การสื่อสารเป็นกระบวนการสองทาง ระหว่างบุคคลหรือกลุ่มบุคคลที่เกี่ยวข้องและถือเป็นหัวใจสำคัญของการพัฒนาระบบสังคมประชาธิปไตย ทุกคนมีสิทธิในการสื่อสาร ซึ่งครอบคลุมถึงสิทธิในการชุมนุมอภิปราย มีส่วนร่วม และสิทธิสมาคมต่างๆ สิทธิในการสอบถาม บอกล่า ทราบข่าวสารสิทธิข่าวสารต่าง ๆ และสิทธิในวัฒนธรรม สิทธิส่วนตัว และสิทธิพัฒนาการต่างๆ ในการบรรลุถึงสิทธินี้ต้องมีทรัพยากรการสื่อสารอย่างเพียงพอ และควรศึกษาสิทธินี้อย่างจริงจังในทุกระดับ ทั้งระดับบุคคล ท้องถิ่น ชาติ และนานาชาติ โดยพิจารณาควบคู่ไปกับกระบวนการพัฒนาสังคมประชาธิปไตยด้วย<sup>8</sup>

<sup>8</sup> บุญเลิศ ศุกดิลก. (2527). *สิทธิการสื่อสารในประเทศไทย*. กรุงเทพฯ: สถาบันไทยคดีศึกษา มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ และมูลนิธิโครงการตำราสังคมศาสตร์และมนุษยศาสตร์. หน้า 2-12.

กล่าวโดยสรุป อาจกล่าวได้ว่า สิทธิการสื่อสารประกอบด้วยสิทธิย่อยสำคัญ 3 ประการ คือ

- 1) สิทธิในข่าวสาร (Information Right)
- 2) สิทธิในการมีส่วนร่วมหรือการสมาคม (Association Right)
- 3) สิทธิในส่วนตัวหรือวัฒนธรรม (Right to Privacy and Cultural Projection)

จุดเน้นของสิทธิการสื่อสาร ก็คือ เสรีภาพ และความรับผิดชอบที่ต้องควบคู่ไปกับสิทธิการสื่อสารด้วย กล่าวคือ การที่บุคคลหรือสถาบันใดจะใช้สิทธิดังกล่าวแล้ว จำเป็นจะต้องมีเสรีภาพอย่างเพียงพอและในขณะเดียวกันต้องคำนึงถึงความรับผิดชอบต่อสังคมด้วย<sup>9</sup>

### 3.1.3 การควบคุมโดยรัฐ

ในปัจจุบันรัฐบาลมีความพยายามในการควบคุมการใช้สิทธิเสรีภาพในการสื่อสารทั้งของประชาชน และสื่อมวลชน โดยการควบคุมโดยรัฐบาลมีหลายรูปแบบ โดยมีประเด็นที่เป็นการจำกัดเสรีภาพในการสื่อสารดังนี้

ประเด็นแรก การแทรกแซงหรือการควบคุมสื่อสาธารณะเพื่อให้สื่อเหล่านี้ประชาสัมพันธ์เผยแพร่แต่ข้อมูลข่าวสารของรัฐบาล แทนที่จะได้ทำหน้าที่เป็นสื่ออิสระเพื่อประโยชน์สาธารณะ

ประเด็นสอง การกำหนดให้สื่อสิ่งพิมพ์หรือการใช้อินเทอร์เน็ตต้องจดทะเบียน

ประเด็นสาม การที่รัฐบาลควบคุมสื่อวิทยุและโทรทัศน์โดยตรงโดยการออกใบอนุญาต หรือโดยการกำกับดูแล หรือการกำกับดูแลโดยองค์กรที่ได้เป็นอิสระจากรัฐบาลไม่ว่าจะในแง่กฎหมายหรือในทางปฏิบัติก็ตาม

ประเด็นสี่ การที่รัฐใช้ข้อต่อรองในการลงโฆษณาหรืออำนาจในด้านอื่นเพื่อให้มีอิทธิพลเหนือนโยบายของกองบรรณาธิการ

ประเด็นห้า ผู้นำทางการเมืองหรือพรรคการเมืองเป็นเจ้าของสื่อหรือมีอำนาจในการควบคุมสื่อ

ประเด็นหก การฟ้องคดีสื่ออิสระเพื่อความมุ่งหมายทางการเมือง

ประเด็นเจ็ด กฎหมายที่ล่าช้าที่ยังคงใช้อยู่ เช่น กฎหมายเกี่ยวกับการปลุกปั่นให้ขัดขืนอำนาจปกครองหรือการห้ามตีพิมพ์ข่าวที่เป็นเท็จ โดยกฎหมายเหล่านี้มักมีบทลงโทษการวิพากษ์วิจารณ์รัฐบาล<sup>10</sup>

<sup>9</sup> บล็อกของ รณฤทธิ. (2562). *สิทธิในการสื่อสาร (Right to Communication)*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <http://oknation.nationtv.tv/blog/boonyou/2009/09/05/entry-2>. [2562, 6 มิถุนายน].

<sup>10</sup> OK NATION. (2562). *กฎหมายและจริยธรรมการสื่อสารมวลชน*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: [http://oknation.nationtv.tv/blog/boonyou/to\\_sblogs/oclentv](http://oknation.nationtv.tv/blog/boonyou/to_sblogs/oclentv). [2562, 6 มิถุนายน].



โดยในหลายปีที่ผ่านมาได้มีการออกกฎหมาย คำสั่งหัวหน้าหัวหน้าคณะกรรมการรักษาความสงบแห่งชาติ (คสช.) รวมถึงร่างกฎหมายที่ออกมาเพื่อควบคุมการสื่อสารผ่านโซเชียลมีเดีย ไม่ว่าจะเป็นพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2560 หรือ ร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยการรักษาความมั่นคงปลอดภัยไซเบอร์ พ.ศ. .... หรือการใช้อำนาจพิเศษตามมาตรา 44 ของหัวหน้าคณะกรรมการรักษาความสงบแห่งชาติ (คสช.) มาคุ้มครองคณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ (กสทช.) ให้ใช้อำนาจลงโทษสถานีโทรทัศน์ฝ่าฝืนประกาศ คสช. ที่ 97/2557 และประกาศ คสช. ที่ 97/2557 และประกาศ คสช. ที่ 103/2557 ซึ่งห้ามนำเสนอข้อมูลข่าวสาร 7 ประเภท

ประเภทที่หนึ่ง ข้อความอันเป็นเท็จ หรือที่ส่อไปในทางหมิ่นประมาท หรือสร้างความเกลียดชัง ต่อสถาบันพระมหากษัตริย์ องค์รัชทายาท และพระบรมวงศานุวงศ์ทุกพระองค์

ประเภทที่สอง ข่าวสารที่จะเป็นภัยต่อความมั่นคงของชาติ รวมทั้งหมิ่นประมาทบุคคลอื่น

ประเภทที่สาม การวิพากษ์วิจารณ์การปฏิบัติงานของคณะกรรมการรักษาความสงบแห่งชาติโดยมีเจตนาไม่สุจริตเพื่อทำลายความน่าเชื่อถือของคณะกรรมการรักษาความสงบแห่งชาติด้วยข้อมูลอันเป็นเท็จ

ประเภทที่สี่ ข้อมูลเสียง ภาพ วิดีทัศน์ ความลับของการปฏิบัติงานของหน่วยราชการต่าง ๆ

ประเภทที่ห้า ข้อมูลข่าวสารที่ส่อให้เกิดความสับสน ชั่ววู ปลุกปั่นให้เกิดความขัดแย้ง หรือสร้างให้เกิดความแตกแยกในราชอาณาจักร

ประเภทที่หก การชักชวน ช่งสุ่ม ให้มีการรวมกลุ่มก่อการอันเกิดการต่อต้านเจ้าหน้าที่และบุคคล ที่เกี่ยวข้องของคณะกรรมการรักษาความสงบแห่งชาติ

ประเภทที่เจ็ด การขู่จะประทุษร้ายหรือทำร้ายบุคคล อันนำไปสู่ความตื่นตระหนก หวาดกลัวแก่ประชาชน

การบังคับใช้ พระราชบัญญัติ (พ.ร.บ.) ว่าด้วยการออกเสียงประชามติร่างรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2559 (พ.ร.บ.ประชามติ) อย่างเข้มข้นกับฝ่ายเห็นต่างจากรัฐ จนสร้างบรรยากาศแห่งความหวาดกลัว ทำให้สื่อนำเสนอข่าวได้อย่างไม่เต็มที่ กระทั่งบรรยากาศการประชามติร่างรัฐธรรมนูญ ในวันที่ 7 สิงหาคม 2559 ไม่คลึกคักเท่าที่ควร และมีผู้ออกมาใช้สิทธิเกินครึ่งเพียงเล็กน้อยเท่านั้น

สมาคมนักข่าวนักหนังสือพิมพ์แห่งประเทศไทย อธิบายสภาวะการทำงานของสื่อมวลชนในรอบปี 2559 ที่ผ่านมาว่า “ตกอยู่ในภาวะอึมครึมและหวาดระแวงอย่างต่อเนื่อง” เนื่องจากการทำงานยังอยู่ภายใต้ข้อจำกัดของประกาศคำสั่งอำนาจพิเศษตามมาตรา 44 ของหัวหน้าคณะกรรมการรักษาความสงบแห่งชาติ (คสช.) และรัฐมีความพยายามที่จะควบคุมและแทรกแซงสื่อผ่านการออกกฎหมายต่าง ๆ ซึ่งเข้าข่าย “รัฐซีมลิก” ในสายตาองค์กรระหว่างประเทศด้านเสรีภาพข่าวสาร ล้วนมองว่าเสรีภาพของสื่อมวลชนถดถอยลงเรื่อย ๆ นับแต่การรัฐประหาร 21 พฤษภาคม 2557

Freedom House ของ สหรัฐอเมริกา ประเมินไว้ในปีนี้ ว่าสื่อมวลชนไทย “ไร้เสรีภาพ (Not Free)” ส่วน Reporters Without Border แห่งฝรั่งเศสจัดให้ไทยอยู่ในลำดับที่ 136 จากทั้งหมด 180 ประเทศ ของทำเนียบเสรีภาพสื่อมวลชน<sup>11</sup>

ดังนั้น แม้ว่ารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฉบับ พ.ศ. 2560 จะมีการรับรองทั้งสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพในการสื่อสารไว้อย่างชัดเจน แต่ในภาวะการณ์การที่เทคโนโลยีพัฒนาไปอย่างรวดเร็วประชาชนสามารถเข้าถึงข้อมูลและติดต่อสื่อสารกันได้อย่างทั่วถึง ในขณะที่ยังมีความไม่แน่นอนทางการเมือง ทำให้ภาครัฐก่อเกิดความขัดแย้งอย่างหนึ่ง คือความเชื่อที่ว่าหากประชาชนมีสิทธิและเสรีภาพในการสื่อสารมากเท่าใด อาจก่อให้เกิดอันตรายต่อความมั่นคงของรัฐมากขึ้นเท่านั้น ทำให้ภาครัฐมีความพยายามในการควบคุมด้วยการออกกฎเกณฑ์ทั้งควบคุมการติดต่อสื่อสารภาคประชาชน และการทำงานของสื่อมวลชน ทั้งทางกฎหมาย และการใช้อำนาจที่ก้าวล่วงเกินขอบอำนาจหรือไม่ ซึ่งเหตุการณ์ไม่ได้เกิดขึ้นในเฉพาะประเทศไทย แต่เป็นปัญหาที่เกิดขึ้นทั่วโลกโดยเฉพาะในภูมิภาคอาเซียนที่มีการกำหนดโทษทางอาญาสำหรับการแสดงออกบนโลกออนไลน์ในลักษณะวิจารณ์รัฐบาลและมีกลไกการบังคับใช้กฎหมายโดยให้อำนาจเจ้าหน้าที่ปิดเว็บไซต์ และเซ็นเซอร์เนื้อหาได้ ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตและผู้ผลิตเนื้อหาบนโลกอินเทอร์เน็ตต่างต้องได้รับใบอนุญาตจากหน่วยงานรัฐทั้งที่เกือบทุกประเทศมีการรับรองและคุ้มครองเสรีภาพในการแสดงออกไว้ในรัฐธรรมนูญ

โดยเห็นได้ว่าปัญหาดังกล่าวเกิดขึ้นในลักษณะใกล้เคียงกันทั่วโลก และรัฐบาลมีแนวทางแก้ไขปัญหาดังกล่าวในทิศทางเดียวกัน ซึ่งจากระยะเวลาที่ผ่านมามีข้อพิสูจน์ได้แล้วว่าวิธีการควบคุมดังกล่าว เป็นการกดปัญหาไม่ใช่วิธีการแก้ปัญหาซึ่งอาจส่งผลในทางตรงกันข้าม รัฐบาลจึงควรมีการทำความเข้าใจ และยอมรับ สิทธิเสรีภาพในการสื่อสารผ่าน โซเชียลมีเดีย รวมถึงแนวทางการควบคุมที่ก่อให้เกิดความสมดุลไม่เป็นการละเมิดการใช้สิทธิที่ได้รับรองและคุ้มครองเสรีภาพในการแสดงออกไว้ในรัฐธรรมนูญ ซึ่งอาจให้มีผู้แทนจากคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนเข้ามามีบทบาทตั้งแต่ขั้นตอนการร่างกฎหมาย หรือการเป็นคณะกรรมการวินิจฉัยข้อเท็จจริง ในรูปแบบของคณะทำงานเพื่อเป็นการเพิ่มน้ำหนักในการรักษาสมดุลระหว่างเสรีภาพในการสื่อสารของประชาชนที่ต้องได้รับการคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญกับความสงบเรียบร้อย ศีลธรรมอันดีของประชาชนและความมั่นคงของรัฐ

<sup>11</sup> BBC Thai. (2559). *บทวิเคราะห์: เสรีภาพสื่อไทยปี 2560 รัฐจะคุมหนักกว่าเดิม.* (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <https://www.bbc.com/thai/thailand-38476474>. [2562, 6 มิถุนายน].

### 3.1.4 การใช้ระบบคณะกรรมการ

สืบเนื่องจากปัญหาของระบบคณะกรรมการตามที่กล่าวมาข้างต้นทำให้คณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญ ได้บัญญัติหลักการในส่วนของการใช้ระบบคณะกรรมการในกฎหมายไว้ในมาตรา 77<sup>12</sup> และในหมวด 16 การปฏิรูปประเทศ ในมาตรา 258<sup>13</sup> ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยได้บัญญัติหลักการสำคัญในการใช้ระบบคณะกรรมการไว้ทั้งก่อนตรากฎหมายและการดำเนินการกับกฎหมายที่ใช้บังคับไปก่อนรัฐธรรมนูญใช้บังคับ ดังนี้

<sup>12</sup> มาตรา 77 รัฐพึงจัดให้มีกฎหมายเพียงเท่าที่จำเป็น และยกเลิกหรือปรับปรุงกฎหมายที่หมดความจำเป็นหรือไม่สอดคล้องกับสภาพการณ์ หรือที่เป็นอุปสรรคต่อการดำรงชีวิตหรือการประกอบอาชีพโดยไม่ชักช้าเพื่อไม่ให้เป็นภาระแก่ประชาชน และดำเนินการให้ประชาชนเข้าถึงตัวบทกฎหมายต่าง ๆ ได้โดยสะดวกและสามารถเข้าใจกฎหมายได้ง่ายเพื่อปฏิบัติตามกฎหมายได้อย่างถูกต้อง

ก่อนการตรากฎหมายทุกฉบับ รัฐพึงจัดให้มีการรับฟังความคิดเห็นของผู้เกี่ยวข้อง วิเคราะห์ผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากกฎหมายอย่างรอบด้านและเป็นระบบ รวมทั้งเปิดเผยผลการรับฟังความคิดเห็นและการวิเคราะห์นั้นต่อประชาชน และนำมาประกอบการพิจารณาในกระบวนการตรากฎหมายทุกขั้นตอน เมื่อกฎหมายมีผลใช้บังคับแล้ว รัฐพึงจัดให้มีการประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมายในรอบระยะเวลาที่กำหนดโดยรับฟังความคิดเห็นของผู้เกี่ยวข้องประกอบด้วย เพื่อพัฒนากฎหมายทุกฉบับให้สอดคล้องและเหมาะสมกับบริบทต่าง ๆ ที่เปลี่ยนแปลงไป

รัฐพึงใช้ระบบอนุญาตและระบบคณะกรรมการในกฎหมายเฉพาะกรณีที่เหมาะสม พึงกำหนดหลักเกณฑ์การใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ของรัฐและระยะเวลาในการดำเนินการตามขั้นตอนต่าง ๆ ที่บัญญัติไว้ในกฎหมายให้ชัดเจน และพึงกำหนดโทษอาญาเฉพาะความผิดร้ายแรง.

<sup>13</sup> มาตรา 258 ให้ดำเนินการปฏิรูปประเทศอย่างน้อยในด้านต่าง ๆ ให้เกิดผล ดังต่อไปนี้

๑๓๑

๑๓๑

#### ค. ด้านกฎหมาย

(1) มีกลไกให้ดำเนินการปรับปรุงกฎหมาย กฎ ระเบียบ หรือข้อบังคับต่าง ๆ ที่ใช้บังคับอยู่ก่อนวันประกาศใช้รัฐธรรมนูญนี้ให้สอดคล้องกับหลักการตามมาตรา ๑๑ และพัฒนาให้สอดคล้องกับหลักสากล โดยให้มีการใช้ระบบอนุญาตและระบบการดำเนินการโดยคณะกรรมการเพียงเท่าที่จำเป็นเพื่อให้การทำงานเกิดความคล่องตัว โดยมีผู้รับผิดชอบที่ชัดเจน และไม่สร้างภาระแก่ประชาชนเกินความจำเป็น เพิ่มความสามารถในการแข่งขันของประเทศ และป้องกันการทุจริตและประพฤติมิชอบ

(2) ปฏิรูประบบการเรียนการสอนและการศึกษาอบรมวิชากฎหมายเพื่อพัฒนาผู้ประกอบการวิชาชีพกฎหมายให้เป็นผู้มีความรอบรู้ มีนิติทัศนะ และยึดมั่นในคุณธรรมและจริยธรรมของนักกฎหมาย

(3) พัฒนาระบบฐานข้อมูลกฎหมายของรัฐโดยใช้เทคโนโลยีต่าง ๆ เพื่อให้ประชาชนเข้าถึงข้อมูลกฎหมายได้สะดวก และสามารถเข้าใจเนื้อหาสาระของกฎหมายได้ง่าย

(4) จัดให้มีกลไกช่วยเหลือประชาชนในการจัดทำและเสนอร่างกฎหมาย.

หลักเกณฑ์การใช้ระบบคณะกรรมการในกฎหมาย โดยหลักการของมาตรา 77 กำหนดให้รัฐพึงจัดให้มีกฎหมายเพียงเท่าที่จำเป็นและยกเลิกหรือปรับปรุงกฎหมายที่หมดความจำเป็นหรือไม่สอดคล้องกับสภาพการณ์ หรือที่เป็นอุปสรรคต่อการดำรงชีวิตหรือการประกอบอาชีพโดยไม่ชักช้า เพื่อไม่ให้เป็นภาระแก่ประชาชน และดำเนินการให้ประชาชนเข้าถึงตัวบทกฎหมายต่าง ๆ ได้โดยสะดวกและสามารถเข้าใจกฎหมายได้ง่ายเพื่อปฏิบัติตามกฎหมายได้อย่างถูกต้อง และในวรรคสาม ได้กำหนดให้รัฐพึงใช้ระบบอนุญาตและระบบคณะกรรมการในกฎหมายเฉพาะกรณีที่ทำเป็นพึงกำหนดหลักเกณฑ์การใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ของรัฐและระยะเวลาในการดำเนินการตามขั้นตอนต่างๆ ที่บัญญัติไว้ในกฎหมายให้ชัดเจนและพึงกำหนดโทษอาญาเพราะความผิดร้ายแรง และให้มีกลไกในการดำเนินการปรับปรุงกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในวันก่อนวันประกาศใช้รัฐธรรมนูญ

การกำหนดให้มีการปรับปรุงกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ก่อนวันประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ในมาตรา 258 ซึ่งเป็นเรื่องการปฏิรูปกฎหมาย ได้บัญญัติให้มีกลไกในการดำเนินการปรับปรุงกฎหมาย กฎ ระเบียบหรือข้อบังคับต่างๆ ที่ใช้บังคับอยู่ก่อนวันประกาศใช้รัฐธรรมนูญนี้ ให้สอดคล้องกับหลักการตามมาตรา 77 และพัฒนาให้สอดคล้องกับหลักสากล โดยให้มีระบบคณะกรรมการเพียงเท่าที่จำเป็นเพื่อให้การทำงานมีความคล่องตัว มีผู้รับผิดชอบที่ชัดเจน และไม่สร้างภาระแก่ประชาชนเกินความจำเป็น

มติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ 4 เมษายน 2560 กำหนดแนวทางปฏิบัติของหน่วยงานของรัฐเกี่ยวกับการใช้ระบบคณะกรรมการ เพื่อรองรับบทบัญญัติตามมาตรา 77 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 โดยสาระสำคัญในส่วนที่เกี่ยวกับระบบคณะกรรมการ ดังนี้

การร่างกฎหมายเพื่อให้มีระบบคณะกรรมการ ให้กระทำได้เพียงเท่าที่จำเป็น กรณีจำเป็น เช่นว่านั้น เช่น การกำหนดให้มีคณะกรรมการขึ้นเพื่อทำหน้าที่วางกฎเกณฑ์ในการกำกับควบคุมกิจกรรมทางเศรษฐกิจ วินิจฉัยชี้ขาด ให้คำปรึกษาทางเทคนิคหรือเป็นเรื่องซึ่งต้องการความรู้ความเชี่ยวชาญเฉพาะด้านประกอบการตัดสินใจของผู้มีหน้าที่และอำนาจตามกฎหมาย พิจารณาหาข้อยุติที่ได้รับการยอมรับร่วมกัน โดยมีตัวแทนจากภาคส่วนต่างๆที่เกี่ยวข้อง

ในกรณีที่ทำเป็นต้องมีระบบคณะกรรมการ ต้องพิจารณาให้สอดคล้องกับหลักเกณฑ์ กล่าวคือ การกำหนดขั้นตอนและวิธีการแต่งตั้งคณะกรรมการต้องไม่เป็นการเพิ่มพระราชภาระโดยไม่จำเป็น คณะกรรมการซึ่งทำหน้าที่วางกฎเกณฑ์หรือคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดต้องไม่มีผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง หรือผู้แทนหน่วยงานของรัฐที่อาจจะต้องอยู่ภายใต้กฎเกณฑ์นั้นหรืออาจเป็นคู่กรณีในเรื่องนั้น และต้องมีการแยกหน้าที่ระหว่างผู้วางกฎเกณฑ์หรือผู้กำกับควบคุมออกจาก

ผู้ปฏิบัติ ไม่กำหนดให้นายกรัฐมนตรีเป็นประธานกรรมการ เว้นแต่เป็นคณะกรรมการที่กำหนดนโยบายระดับชาติ กรรมการโดยตำแหน่งพึงมีตามความจำเป็น และการกำหนดให้ผู้ดำรงตำแหน่งบางตำแหน่งเป็นกรรมการสมควรพิจารณากำหนดเท่าที่จำเป็น เช่น ผู้อำนวยการสำนักงานพัฒนาการเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ เลขธิการ ก.พ. เนื่องจากตำแหน่งดังกล่าวมีหน้าที่ต้องให้ความเห็นประกอบการพิจารณาของคณะรัฐมนตรีในเรื่องที่เกี่ยวข้องอยู่แล้ว และในกรณีที่มีกรรมการ โดยตำแหน่ง เมื่อคณะกรรมการนั้น มีมติในเรื่องใดมติดังกล่าวย่อมผูกพันองค์การที่กรรมการ โดยตำแหน่งผู้นั้นดำรงตำแหน่งอยู่ด้วย เว้นแต่ กรรมการผู้นั้นได้แสดงความไม่เห็นด้วย โดยวิธีการลงคะแนนคัดค้าน หรือบันทึกข้อไม่เห็นด้วยรายงานการประชุมแล้ว และการแต่งตั้งกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิ ให้กำหนดเงื่อนไขเกี่ยวกับความเชี่ยวชาญในเรื่องซึ่งเป็นหน้าที่และอำนาจของคณะกรรมการอย่างแท้จริง และห้ามแต่งตั้งบุคคลซึ่งมีลักษณะการขัดกันแห่งผลประโยชน์ ทั้งนี้ในการกำหนดวาระการดำรงตำแหน่งของกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิต้องสอดคล้องกับหน้าที่และอำนาจของคณะกรรมการนั้นด้วย

### 3.2 หลักกฎหมายเกี่ยวกับการอุทธรณ์และการควบคุมภาพยนตร์ตามกฎหมายไทยและกฎหมายต่างประเทศ

#### 3.2.1 การอุทธรณ์ตามพระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. 2551

พระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. 2551 กำหนดให้คณะกรรมการภาพยนตร์และวีดิทัศน์แห่งชาติ มีอำนาจหน้าที่ในการพิจารณาวินิจฉัยอุทธรณ์คำสั่งของคณะกรรมการภาพยนตร์และวีดิทัศน์แห่งชาติและคำสั่งของนายทะเบียนมาตรา 66 วรรคสอง และมาตรา 67 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. 2551 ตามมาตรา 9(6)<sup>14</sup> แห่งพระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. 2551 ซึ่งคณะกรรมการภาพยนตร์และวีดิทัศน์แห่งชาติมีองค์ประกอบตามมาตรา 7<sup>15</sup> แห่งพระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. 2551 โดยมีอำนาจหน้าที่ตามมาตรา 18<sup>16</sup> แห่งพระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. 2551

#### 1) การอุทธรณ์ของคณะกรรมการพิจารณาภาพยนตร์และวีดิทัศน์

มาตรา 66 คำสั่งไม่อนุญาตตามมาตรา 20 มาตรา 25 มาตรา 33 มาตรา 34 มาตรา 47 มาตรา 49 หรือมาตรา 47 ซึ่งได้นำมาใช้บังคับโดยอนุโลมตามมาตรา 52 คำสั่งเพิกถอนการอนุญาต

<sup>14</sup> พระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. 2551. มาตรา 9

<sup>15</sup> พระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. 2551. มาตรา 7

<sup>16</sup> พระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. 2551. มาตรา 18

หรือคำสั่งห้ามสร้างภาพยนตร์ตามมาตรา 63 ของคณะกรรมการพิจารณาภาพยนตร์และวีดิทัศน์ ผู้ได้รับคำสั่งมีสิทธิอุทธรณ์ต่อคณะกรรมการได้ภายในสิบห้าวันนับแต่วันที่รับแจ้งคำสั่ง ให้คณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์ให้แล้วเสร็จภายในสามสิบวันนับแต่วันที่รับอุทธรณ์ ถ้าพิจารณาไม่เสร็จภายในกำหนดระยะเวลาดังกล่าวให้ถือว่าเห็นด้วยกับคำอุทธรณ์

## 2) การอุทธรณ์ของนายทะเบียน

มาตรา 67 คำสั่งไม่ออกใบอนุญาต คำสั่งไม่อนุญาตให้ต่ออายุใบอนุญาต คำสั่งให้ชำระค่าปรับทางปกครอง คำสั่งพักใช้หรือคำสั่งเพิกถอนใบอนุญาตของนายทะเบียนตามมาตรา 37 มาตรา 38 มาตรา 40 มาตรา 53 มาตรา 54 มาตรา 68 มาตรา 69 วรรคสอง มาตรา 70 มาตรา 71 หรือ มาตรา 73 ผู้ได้รับคำสั่งมีสิทธิอุทธรณ์ต่อคณะกรรมการได้ภายในสิบห้าวันนับแต่วันที่รับแจ้งคำสั่งให้คณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์ให้แล้วเสร็จภายในสามสิบวันนับแต่วันที่รับอุทธรณ์ ถ้าพิจารณาไม่เสร็จภายในกำหนดระยะเวลาดังกล่าวให้ถือว่าเห็นด้วยกับคำอุทธรณ์

## 3) ระยะเวลาการพิจารณาอุทธรณ์

ในการพิจารณาวินิจฉัยอุทธรณ์คำสั่งของคณะกรรมการภาพยนตร์และวีดิทัศน์ แห่งชาติและคำสั่งของนายทะเบียนมาตรา 66 วรรคสอง และมาตรา 67 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติ ภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. 2551 กำหนดให้คณะกรรมการภาพยนตร์และวีดิทัศน์แห่งชาติพิจารณาอุทธรณ์ให้แล้วเสร็จภายในสามสิบวันนับแต่วันที่รับอุทธรณ์

ถ้าพิจารณาไม่เสร็จภายในกำหนดระยะเวลาดังกล่าวให้ถือว่าเห็นด้วยกับคำอุทธรณ์

### 3.2.2 กฎหมายการควบคุมภาพยนตร์ของเครือรัฐออสเตรเลีย

เครือรัฐออสเตรเลียถือเป็นดินแดนที่เป็นจุดกำเนิดของภาพยนตร์ ซึ่งธุรกิจภาพยนตร์ เริ่มต้นขึ้นครั้งแรกในเครือรัฐออสเตรเลีย โดยภาพยนตร์เรื่องแรกของโลกนั้นถ่ายทำที่เครือรัฐ ออสเตรเลียในปี ค.ศ. 1899 โดยคณะ Salvation Army คือภาพยนตร์เรื่อง “Soldiers of the Cross” ซึ่งเป็นภาพยนตร์ที่เกี่ยวกับชีวิตและความตายของคริสต์ศาสนิกชนหรือคริสตชน (Christian) ที่ถูก ทรมานโดยตัวภาพยนตร์เรื่องดังกล่าวมีความยาวถึง 2.5 ชั่วโมง ออกฉายเป็นครั้งแรกในปี ค.ศ. 1901<sup>17</sup>

กฎหมายเกี่ยวกับภาพยนตร์ของเครือรัฐออสเตรเลียโดยส่วนใหญ่จะมุ่งเน้นการผลิต ภาพยนตร์ที่เป็นเนื้อหาเกี่ยวกับเครือรัฐออสเตรเลียเป็นหลักและมุ่งส่งเสริมการสร้างแรงจูงใจหรือ สิทธิประโยชน์ในด้านต่าง ๆ เช่น การลดหย่อนภาษี การให้ความช่วยเหลือด้านการเงินและการเข้า

<sup>17</sup> Thaiwahclub. (2562). 26 เรื่องแปลกๆ ของประเทศออสเตรเลียที่คุณอาจไม่เคยรู้มาก่อน, *Community of Travel*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <http://www.thaiwahclub.com/article-wah/Travel/437-26-odd-things-aboutaustralia.html>. [2562, 18 มิถุนายน].

มาถ่ายภาพยนตร์ต่างประเทศ ทั้งยังมีหน่วยงานที่กำกับดูแลและคุ้มครองผู้ประกอบการภาพยนตร์ภายในประเทศที่เกี่ยวกับวัฒนธรรมและเอกลักษณ์ของประเทศอีกด้วย

#### 1) การควบคุมภาพยนตร์ของเครือรัฐออสเตรเลีย

Code of Conduct for Film Distribution and Exhibition เป็นกฎระเบียบเพื่อการควบคุมกันเอง (Self-Regulation) ของธุรกิจภาพยนตร์ การจัดจำหน่ายและโรงภาพยนตร์ ซึ่งจัดทำขึ้นโดย Australian Competition and Consumer Commission (ACCC) ในปีพ.ศ. 2541 เมื่อมีการตรวจสอบข้อร้องเรียนของธุรกิจโรงภาพยนตร์อิสระที่มีต่อผู้จัดจำหน่ายรายใหญ่ถึงความไม่เป็นธรรมในนโยบายการจัดจำหน่าย กฎระเบียบนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อเป็นแนวทางปฏิบัติในการดำเนินธุรกิจที่ยุติธรรมและเที่ยงตรงของผู้จัดจำหน่ายและเจ้าของธุรกิจโรงภาพยนตร์ เนื้อหาภายในครอบคลุมประเด็นต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินธุรกิจร่วมกันของทั้งสองฝ่าย เช่น การจัดหาฟิล์มภาพยนตร์ นโยบายด้านส่วนแบ่งรายได้และจำนวนรอบฉายขั้นต่ำ ความยืดหยุ่นของเงื่อนไขทางการค้า การจัดหาภาพยนตร์ตัวอย่างและวัสดุโฆษณา รวมถึงกลไกการไกล่เกลี่ยเพื่อยุติข้อพิพาทอีกด้วย ซึ่งกฎระเบียบนี้ควบคุมดูแลโดย The Code Administration Committee ที่ประกอบด้วยผู้แทนจากสาขาต่าง ๆ ในธุรกิจจัดจำหน่ายและโรงภาพยนตร์ ซึ่งจะได้รับการพิจารณาปรับปรุงเป็นประจำทุกปี

โดยหน่วยงานที่ทำหน้าที่ในการควบคุมภาพยนตร์ในเครือรัฐออสเตรเลีย มีหลายหน่วยงานซึ่งแต่ละหน่วยงานมีอำนาจหน้าที่ ดังต่อไปนี้<sup>18</sup>

กระทรวงการสื่อสารเทคโนโลยีสารสนเทศและศิลปะ (Department of Communication, Information Technology and the Arts) เป็นหน่วยงานหลักที่ส่งเสริมและสนับสนุนอุตสาหกรรมภาพยนตร์ โดยมีหน้าที่หลักในการจัดทำนโยบายและบริหารจัดการ โครงการต่าง ๆ ที่ภาครัฐจัดทำขึ้นเพื่อส่งเสริม รวมถึงติดตามและประเมินความสำเร็จของโครงการต่าง ๆ เหล่านั้น งานของกระทรวงดังกล่าวยังรวมถึงการประสานความร่วมมือระหว่างกระทรวงและหน่วยงานด้านภาพยนตร์อื่น ๆ ของรัฐบาลเพื่อส่งเสริมและพัฒนาอุตสาหกรรมภาพยนตร์ด้วย โดยจะกำหนดนโยบายที่เกี่ยวข้องกับอุตสาหกรรมภาพยนตร์ที่สำคัญของกระทรวงไว้ได้แก่ การให้แรงจูงใจและการชดเชยด้านภาษีกับผู้สร้างภาพยนตร์ภายในประเทศและต่างประเทศและการจัดตั้งบริษัทเพื่อหาทุนสร้างภาพยนตร์สำหรับผู้สร้างในต่างประเทศ เป็นต้น

Australia Film Commission (AFC) เป็นหน่วยงานที่ดำเนินการภายใต้กระทรวงการสื่อสารเทคโนโลยีสารสนเทศและศิลปะซึ่งกล่าวมาแล้ว เพื่อสนับสนุนการสร้างและรักษาไว้ซึ่งเนื้อหาสาระที่เป็นของออสเตรเลียในสื่อต่าง ๆ โดยมีหน้าที่หลักคือ การสนับสนุนการสร้าง

<sup>18</sup> ดนูพล เอี่ยมสกุลเวช. (2553). *ปัญหาทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการประกอบธุรกิจภาพยนตร์*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยรามคำแหง. หน้า 154-155.

ภาพยนตร์และรายการโทรทัศน์ของเครือรัฐออสเตรเลีย ส่งเสริมเนื้อหาที่เป็นของออสเตรเลียในสื่อต่าง ๆ ให้เป็นที่รู้จักอย่างแพร่หลายภายในประเทศ รวมทั้งการให้ความช่วยเหลือด้านการพัฒนาและเสริมสร้างคุณค่าทางวัฒนธรรมให้เป็นที่รู้จักของนานาชาติ

Film Finance Corporation (FFC) เป็นหน่วยงานหลักของรัฐบาลในการให้เงินทุนที่จะสร้างภาพยนตร์และรายการโทรทัศน์ของเครือรัฐออสเตรเลีย โดยบริษัทจะร่วมลงทุนกับโครงการที่มีผู้สร้างเป็นบริษัทออสเตรเลียหรือออสเตรเลียร่วมทุนตามโครงการอย่างเป็นทางการระหว่างประเทศ ซึ่งผลที่ได้จากการลงทุนในโครงการที่ออกสู่ตลาดแล้วจะถูกนำไปลงทุนในโครงการอื่น ๆ ต่อไป ทั้งนี้ บริษัทนอกจากให้เงินทุนสนับสนุนแล้วยังมีหน้าที่ในการจัดเตรียมข้อมูลเกี่ยวกับการผลิต การจัดจำหน่ายและข้อมูลด้านกฎหมายต่าง ๆ แก่บริษัทผู้สร้างที่มองหาเงินทุนสนับสนุน รวมทั้งให้คำแนะนำการเจรจาต่อรองเพื่อการร่วมทุนอีกด้วย

Film Australia Ltd. เป็นหนึ่งในบริษัทผู้ผลิตสารคดีทางโทรทัศน์และรายการด้านการศึกษาที่ใหญ่ที่สุดของประเทศซึ่งมีรัฐบาลออสเตรเลียเป็นเจ้าของมีหน้าที่ผลิตและเผยแพร่รายการโทรทัศน์ภายใต้โครงการ National Interest ซึ่งเป็นข้อตกลงระหว่างรัฐบาลกับบริษัท เพื่อให้มีการผลิตและจำหน่ายรายการที่เกี่ยวข้องกับแง่มุมต่าง ๆ ของเครือรัฐออสเตรเลียหรือวิถีชีวิตและกิจกรรมต่าง ๆ ของประชาชนในเครือรัฐออสเตรเลีย ต่อมาเมื่อวันที่ 20 กรกฎาคม 2551 คณะกรรมการภาพยนตร์แห่งออสเตรเลีย Film Finance Corporation และ Film Australia Ltd. ถูกรวมเข้าด้วยกัน และจัดตั้งเป็นหน่วยงานใหม่ที่ชื่อว่า The Australia Screen<sup>19</sup>

The Office of Film and Literature Classification เป็นสำนักงานที่ทำงานสนับสนุนการทำงานของคณะกรรมการจำแนกประเภท (The Classification Board) ซึ่งมีหน้าที่ในการกำหนดประเภทภาพยนตร์หรือจัดเรตติ้งภาพยนตร์ (Film Ratings) วีดีโอ ดีวีดี เกมส์คอมพิวเตอร์และสิ่งพิมพ์บางประเภทก่อนที่จะมีการเผยแพร่สู่สาธารณชน โดยคณะกรรมการจะประกอบด้วยตัวแทนจากหลายฝ่าย ซึ่งมีอาชีพ ความเป็นมาและอายุที่แตกต่างกัน คณะกรรมการไม่จำเป็นต้องมีคุณสมบัติใดเป็นพิเศษ หากแต่ต้องผ่านหลักเกณฑ์การคัดเลือกบางประการที่กำหนดไว้ เพื่อให้มั่นใจว่าผู้ที่จะเป็นคณะกรรมการจะเป็น ผู้มีประสบการณ์และความสามารถเพียงพอกับงานที่ได้รับมอบหมาย คณะกรรมการได้รับการแต่งตั้งโดยผู้สำเร็จราชการแทนพระองค์ (Governor-General) โดยทั่วไปดำรงตำแหน่งคราวละ 3 ปีและไม่สามารถดำรงตำแหน่งเกินกว่า 7 ปีได้ ปัจจุบันคณะกรรมการดังกล่าวมีทั้งสิ้น 16 คน

<sup>19</sup> 195 Screen Australia (SA). (2010). *About Us: Who We Are*. (Online). Available: [http://www.screenaustralia.gov.au/about\\_us/who-we-are\\_pg.asp](http://www.screenaustralia.gov.au/about_us/who-we-are_pg.asp). [2019, February 15].



Australian Film, Television and Radio School (AFTRS) เป็นหน่วยงานของรัฐบาลที่ให้การศึกษาและฝึกอบรมขั้นสูงทางด้านภาพยนตร์ การกระจายเสียงและสื่อประเภทอินเทอร์เน็ตแก่ประชาชนชาวออสเตรเลีย และผู้ที่พักอาศัยอยู่ในเครือรัฐออสเตรเลียเป็นการถาวร โดยหลักสูตรแบบเต็มเวลาในหลากหลายลักษณะจะจัดขึ้นในเมืองซิดนีย์ ในขณะที่หลักสูตรระยะสั้นจำนวนมากจะจัดขึ้นทั่วประเทศ นอกจากนี้ยังมีการจัดอบรมในหลักสูตรออนไลน์อีกด้วย

หน่วยงานด้านภาพยนตร์ในแต่ละรัฐและอาณาบริเวณ (State Government Film Agencies) นอกจากหน่วยงานของรัฐบาลกลางแล้ว เครือรัฐออสเตรเลียยังมีหน่วยงานด้านภาพยนตร์แต่ละรัฐและอาณาบริเวณในเครือรัฐออสเตรเลียด้วย โดยจะให้ความช่วยเหลือในด้านต่าง ๆ แก่ผู้สร้างภาพยนตร์ทั้งในประเทศและต่างประเทศอีกด้วย อาทิ สิทธิประโยชน์ด้านการเงิน และภาษีการติดต่อประสานงานเรื่องสถานที่และทีมงาน รวมถึงการให้คำแนะนำในการถ่ายทำในพื้นที่อีกด้วยหน่วยงานด้านภาพยนตร์ในรัฐต่าง ๆ ของเครือรัฐออสเตรเลีย ได้แก่ Pacific Film and TV Commission (Queensland), South Wales Film and TV Office (New South Wales), South Australia Film Corporation (South Australia), Screen West (Western Australia), Screen Tasmania (Tasmania), ScreenACT (Capital Territory) TTAT Northern Territory Film Office (Northern Territory)

AusFilm เป็นความร่วมมือระหว่างภาครัฐและภาคอุตสาหกรรมที่เกี่ยวข้องกับภาพยนตร์ของเครือรัฐออสเตรเลีย โดยเป็นการรวมกันของรัฐบาลกลาง หน่วยงานด้านภาพยนตร์ทั้ง 7 รัฐ และบริษัทผู้ให้บริการด้านการสร้างภาพยนตร์อีกกว่า 60 ราย โดย AusFilm มีหน้าที่หลัก คือ ดึงดูดชาวต่างชาติให้เข้ามาถ่ายทำภาพยนตร์ในเครือรัฐออสเตรเลียด้วยการให้ข้อมูลที่จำเป็นแก่ผู้สร้างภาพยนตร์ที่สนใจ

Australians in Film ก่อตั้งขึ้นในเดือนพฤษภาคม 2544 ทำหน้าที่จัดเวทีแลกเปลี่ยนความคิดเห็น รวมทั้งสถานที่สำหรับชมภาพยนตร์ออสเตรเลียให้กับผู้ที่อยู่ในอุตสาหกรรมภาพยนตร์และโทรทัศน์ โดยมีเป้าหมายหลัก คือ การสร้างสภาพแวดล้อมที่เอื้ออำนวยสำหรับการพัฒนาความสัมพันธ์ในอุตสาหกรรมบันเทิงระหว่างประเทศสหรัฐอเมริกาและเครือรัฐออสเตรเลียผ่านทางวัฒนธรรมบนภาพยนตร์และสื่อโทรทัศน์อื่นๆ ของเครือรัฐออสเตรเลีย

Motion Picture Distributors Association of Australia (MPDAA) เป็นองค์กรที่ไม่แสวงหาผลกำไร โดยเป็นบริษัทตัวแทนจำหน่ายภาพยนตร์ในเครือรัฐออสเตรเลียตั้งแต่ปี พ.ศ. 2469 มีหน้าที่หลัก คือ ส่งเสริมอุตสาหกรรมภาพยนตร์และเป็นศูนย์กลางจัดเก็บรวบรวมข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับการฉายภาพยนตร์ อาทิ รายได้จากการจัดจำหน่ายบัตรชมภาพยนตร์ จำนวนการเข้าชมภาพยนตร์ ราคาบัตรชมภาพยนตร์และข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับโรงภาพยนตร์เพื่อจัดทำเผยแพร่แก่หน่วยงานที่สนใจ

ปัจจุบันมีสมาชิก 6 บริษัท ซึ่งล้วนแต่เป็นบริษัทจำหน่ายภาพยนตร์รายใหญ่ของสหรัฐอเมริกาที่มาตั้งสาขาในเครือรัฐออสเตรเลียทั้งสิ้น

Australian Visual Software Distributors Associations (AVSDA) ก่อตั้งขึ้นในปี พ.ศ. 2526 เป็นสมาคมสำหรับบริษัทผู้ถือลิขสิทธิ์และผู้จัดจำหน่ายสินค้าในรูปแบบของวีดีโอและดีวีดี ทำหน้าที่เป็นผู้เรียกร้องให้กับสมาชิก ในประเด็นที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินธุรกิจของอุตสาหกรรมในภาพรวม เช่น การเซ็นเซอร์ (Censor) สินค้าละเมิดลิขสิทธิ์ การเปลี่ยนแปลงด้านเทคโนโลยี การคุ้มครองสิทธิและการบังคับใช้ ปัจจุบันมีสมาชิก 15 รายซึ่งมีตั้งแต่ตัวแทนบริษัทจำหน่ายภาพยนตร์รายสำคัญของโลกไปจนถึงบริษัทของเครือรัฐออสเตรเลีย

Screen Producers Association of Australia (SPAA) เป็นสมาคมสำหรับผู้สร้างภาพยนตร์นอกกระแส รายการโทรทัศน์และโฆษณาของเครือรัฐออสเตรเลีย เพื่อส่งเสริมภาพยนตร์นอกกระแสและแก้ไขปัญหาที่ส่งผลกระทบต่อธุรกิจประเด็นหลักที่น่าสนใจคือ การสร้างความสัมพันธ์ระหว่างผู้ประกอบการในอุตสาหกรรม แนวทางการค้าและนโยบายของรัฐบาล การส่งเสริมอุตสาหกรรมและการจัดงานประชุมประจำปีของอุตสาหกรรมภาพยนตร์

Australian Federation Against Copyright Theft Limited (AFACT) ก่อตั้งในปีพ.ศ. 2547 โดยเป็นบริษัทจัดจำหน่ายภาพยนตร์จากสหรัฐอเมริกาที่มาดำเนินธุรกิจในเครือรัฐออสเตรเลีย เพื่อป้องกันอุตสาหกรรมภาพยนตร์และโทรทัศน์ออสเตรเลียจากการละเมิดลิขสิทธิ์

Australian Video Rental Retailers Association Limited จัดตั้งขึ้นเพื่อพัฒนา สนับสนุน และเป็นตัวแทนของผู้ประกอบการในอุตสาหกรรมวีดีโอเพื่อให้สามารถบริการลูกค้าได้อย่างมีประสิทธิภาพ

Cinemas Owners Association of Australia (COAA) เป็นตัวแทนของเจ้าของโรงภาพยนตร์ในเครือรัฐออสเตรเลีย ทั้งในเครือโรงภาพยนตร์ขนาดใหญ่และโรงภาพยนตร์อิสระขนาดเล็ก มีหน้าที่หลักในการโน้มน้าวและเจรจาต่อรองกับหน่วยงานของรัฐบาลในประเด็นที่เกี่ยวข้องในการดำเนินธุรกิจโรงภาพยนตร์โดยจะนำเสนอความคิดเห็นในรูปแบบของสมาคมเพื่อเพิ่มน้ำหนักและอำนาจในการต่อรอง

Media, Entertainment and Art Alliance (MEAA) เป็นสหภาพและองค์กรวิชาชีพ ซึ่งครอบคลุมผู้ที่ประกอบอาชีพในอุตสาหกรรมบันเทิง สื่อและศิลปะของเครือรัฐออสเตรเลีย โดยในปัจจุบันมีสมาชิกกว่า 36,000 คน จากหลายสาขาอาชีพ เช่น ภาพยนตร์ โทรทัศน์ วิทยุ โรงภาพยนตร์ สื่อสารมวลชน นักแสดง ช่างภาพ ซึ่งองค์กรดังกล่าวนี้ตั้งขึ้นในปีพ.ศ. 2535 เพื่อรักษาและคุ้มครองสิทธิของสมาชิก

## 2) การจัดประเภทภาพยนตร์ในเครือรัฐออสเตรเลีย (Classification of Film)

เครือรัฐออสเตรเลียมีการจัดตั้งองค์กรของภาครัฐขึ้นมาทำหน้าที่เกี่ยวกับการจัดประเภทสื่อ ได้แก่ คณะกรรมการที่เรียกว่า “The Australian Classification Board” หรือ ACB สำหรับสื่อภาพยนตร์นั้น เดิมมีองค์กร “Office of Film and Literature Classification” ที่ทำการจัดประเภทสื่อภาพยนตร์และวรรณกรรม แต่ต่อมาในปี 2006 ได้รวมเข้ากับ ACB โดยคณะกรรมการ ACB นี้จัดตั้งขึ้นตามกฎหมาย “Classification” (Publications, Films, and Computer Games) Act, 1995

การตรวจสอบสื่อของคณะกรรมการ ACB มิได้มีลักษณะของการตรวจพิจารณา (censor) สื่อโดยการสั่งให้ตัดหรือเปลี่ยนแปลงเนื้อหา แต่คณะกรรมการ ACB มีอำนาจในการจัดประเภทสื่อและปฏิเสธการจัดประเภทสื่อ ซึ่งสื่อที่ถูกปฏิเสธการจัดประเภทจะไม่สามารถซื้อขาย ให้เช่าหรือแสดงให้ปรากฏต่อสาธารณะได้

การดำเนินงานโดยคณะกรรมการจัดประเภทภาพยนตร์ The Classification Board เป็นการจัดประเภทภาพยนตร์หรือการจัดเรตติ้งภาพยนตร์ (Film Ratings) ของเครือรัฐออสเตรเลียมีเรตทั้งหมด 6 ประเภท

โดยเรต 2 ประเภทแรกเป็นเพียงคำแนะนำซึ่งหมายความว่าไม่บังคับ หากละเมิดก็ไม่มีความโทษตามกฎหมายแต่อย่างใด ได้แก่ เรต G และเรต M ในขณะที่เรตอีก 3 ประเภทหลังคือเรต A15+ เรต R18+ และเรต X18+ มีการบังคับใช้ทางกฎหมายหากไม่ปฏิบัติตามจะได้รับความโทษตามที่กฎหมายกำหนดไว้ ทั้งนี้หากภาพยนตร์เรื่องใดไม่สามารถจัดให้อยู่ในเรต 1 ใน 6 ประเภทดังกล่าวมาได้ ก็จะถูกจัดอยู่ในประเภทของ Refused Classification (RC) ซึ่งหมายความว่าภาพยนตร์เรื่องนั้นห้ามขาย ซื้อเช่าหรือเช่าภายในเครือรัฐออสเตรเลียโดยเด็ดขาด ซึ่งการจัดประเภทภาพยนตร์หรือการแบ่งระดับภาพยนตร์ของเครือรัฐออสเตรเลีย มีดังต่อไปนี้<sup>20</sup>

**ประเภท E “Except from Classification”** เรตนี้เฉพาะเจาะจงในงานที่เป็นวัสดุการศึกษาและการบันทึกที่เกี่ยวกับการแสดงศิลปะโดยตรง ซึ่งได้รับการยกเว้นการจำแนกหรือจัดประเภท ซึ่งอาจจะมาจากการประเมินตนเองโดยผู้จำหน่ายและไม่จำเป็นต้องมีการรับรองโดยคณะกรรมการจัดประเภทก็ได้ แต่ทั้งนี้สื่อดังกล่าวจะต้องไม่ปรากฏเนื้อหาในกลุ่มสำหรับเรต “MA15+” กฎหมายกำหนดให้ผู้เผยแพร่หรือผู้แสดงสื่อกลุ่มนี้ประเมินตนเอง (Self-Assessed)

**ประเภท G “General Exhibition”** เรตนี้เป็นภาพยนตร์ที่เหมาะสมกับทุกเพศทุกวัย ได้แก่ สื่อที่มีเนื้อหาสำหรับผู้ชมทั่วไป

<sup>20</sup> คณาธิป ทองรวีวงศ์. (2555). *กฎหมายเกี่ยวกับสื่อสารมวลชน*. กรุงเทพฯ: นิติธรรม. หน้า 438-439.

**ประเภท M “Recommended for Mature Audiences”** เรตนี้เป็นภาพยนตร์ที่ต้องใช้ วิจารณ์ในการรับชม แม้จะไม่ได้มีการกำหนดอายุของผู้ชมไว้ แต่อย่างไรก็ตามภาพยนตร์ ประเภทนี้จะเหมาะสมกับผู้ที่มีอายุ 15 ปีขึ้นไป ได้แก่ สื่อที่มีเนื้อหาเหมาะสำหรับผู้ใหญ่

**ประเภท MA15+ “Mature Accompanied for Those Under 15”** เรตนี้เป็นภาพยนตร์ ที่เหมาะสมกับผู้ชมที่มีอายุ 15 ปีขึ้นไป กล่าวคือ ผู้ที่อายุต่ำกว่า 15 ปี หากจะซื้อหรือเช่าหรือชมสื่อ ประเภทนี้ จะต้องอยู่ภายใต้การควบคุมดูแลของบิดามารดาหรือผู้ปกครอง

โดยเรต M และ MA 15+ มีความแตกต่างกันคือ ไม่มีข้อจำกัดทางกฎหมายในเรื่องว่า ใครสามารถชมภาพยนตร์เรต M ได้ เนื้อหาสำหรับภาพยนตร์ในเรตนี้อยู่ในระดับปานกลางและ ต้องการทัศนคติที่เป็นผู้ใหญ่ในการรับชมภาพยนตร์ในเรตดังกล่าว เหมาะสำหรับผู้ชมที่มีอายุ 15 ปี ขึ้นไป

ส่วนในเรต MA 15+ เนื้อหาในภาพยนตร์นั้นมีความรุนแรงและไม่เหมาะสมสำหรับผู้ชมที่มีอายุต่ำกว่า 15 ปี อย่างไรก็ตามผู้ชมที่มีอายุต่ำกว่า 15 ปีสามารถชมภาพยนตร์เรต MA 15+ ได้ถ้าชมด้วยกันกับบิดามารดาหรือผู้ปกครอง

**ประเภท R18+ “Restricted to 18 and Over”** เรตนี้เป็นภาพยนตร์ที่มีเนื้อหาไม่ เหมาะสมสำหรับผู้ชมที่มีอายุต่ำกว่า 18 ปี โดยไม่สามารถเช่า ซื้อหรือชมสื่อประเภทนี้ได้ ซึ่งเนื้อหาของ ภาพยนตร์ในเรตนี้อาจมีความก้าวร้าว ความรุนแรง การแสดงให้ปรากฏซึ่งสื่อประเภทนี้ต่อ บุคคลอายุต่ำกว่า 18 ปีจะเป็นความผิดทางอาญา

**ประเภท X18+ “Restricted to 18 and Over”** เรตนี้เป็นภาพยนตร์ที่มีเนื้อหาเกี่ยวกับ เรื่องเพศแต่ไม่เปิดเผยลักษณะของการร่วมเพศที่ไม่เหมาะสม ผู้ชมที่มีอายุต่ำกว่า 18 ปี ไม่สามารถ ซื้อเช่าหรือชมภาพยนตร์ประเภทนี้ได้ขาด การแสดงให้ปรากฏซึ่งสื่อประเภทนี้ ต่อบุคคลอายุต่ำ กว่า 18 ปีจะเป็นความผิดอาญา ภาพยนตร์ประเภทนี้ ได้แก่ สื่อที่มีเนื้อหาอันมีลักษณะลามก (Contains Material That is Pornographic in Nature)

**ประเภท RC “Refused Classification”** ภาพยนตร์ที่มีความรุนแรงเกี่ยวกับเพศสัมพันธ์ หรือยาเสพติดที่ไม่เหมาะสม อาชญากรรมความโหดร้ายรุนแรงหรือส่งเสริมขมขื่นในเรื่องอาชญากรรม ความรุนแรง ซึ่งมีองค์กร OFLC (The Office of Film and Literature Classification) เป็นผู้กำหนดว่าจะ ห้ามขาย เช่าหรือเผยแพร่ต่อสาธารณชน หากฝ่าฝืนจะมีโทษปรับสูงสุด \$ 275,000 และหรือจำคุก 10 ปี ภาพยนตร์ประเภทนี้ส่วนใหญ่จะเป็นสื่อที่มีเนื้อหาไม่เหมาะสมแก่การเผยแพร่โดยขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน โดยจะเป็นสื่อที่ถูกห้ามการเผยแพร่ (Banned)

ในเครือรัฐออสเตรเลีย แม้จะมีคณะกรรมการจัดเรต ในระบบเรตติ้ง (Rating) แต่ในทางปฏิบัติหากฉายภาพยนตร์ไปสักพักนึง แล้วเกิดเสียงสะท้อนจากผู้ชมภาพยนตร์ในเรื่องนั้น ๆ ในแง่ความไม่เหมาะสมมากเข้า คณะกรรมการดังกล่าวจึงจะทำหน้าที่แบนเสีย

จะเห็นได้ว่าในเครือรัฐออสเตรเลียมีการแบน ในขณะเดียวกันก็มีเรตติ้ง (Rating) ด้วยเรต R18 ของเครือรัฐออสเตรเลียอนุญาตให้ฉายเฉพาะในโรงภาพยนตร์สำหรับผู้ใหญ่ แต่ก็เหมือนว่าจะเป็นการแบน (Ban) ไปในตัว เพราะโรงภาพยนตร์สำหรับผู้ใหญ่นั้นมีน้อยลงทุกวัน บางเมืองในเครือรัฐออสเตรเลียไม่มีโรงภาพยนตร์สำหรับผู้ใหญ่เมืองนั้นก็ถูกแบนภาพยนตร์ไปโดยปริยาย

### 3) คณะกรรมการจัดประเภทภาพยนตร์ (The Australian Classification Board)

โดยทั่วไปแล้วภาพยนตร์ทุกเรื่องที่ได้จัดฉายต่อสาธารณชนในเครือรัฐออสเตรเลีย นั้นต้องถูกจำแนกโดยคณะกรรมการจัดประเภทภาพยนตร์ ที่เรียกว่า “The Australian Classification Board” หรือ “ACB” ซึ่งเป็นตัวแทนของประชาชนออสเตรเลียในการจำแนกประเภทของสื่อต่าง ๆ มีอำนาจตามกฎหมาย โดยมีละเอียดดังต่อไปนี้

คณะกรรมการจัดประเภทภาพยนตร์มีอำนาจตามพระราชบัญญัติแห่งเครือรัฐออสเตรเลียว่าด้วยการจำแนกหมวดหมู่สื่อ (สิ่งพิมพ์ ภาพยนตร์ และเกมคอมพิวเตอร์) ค.ศ. 1995<sup>21</sup> (The Classification Board Classification (Publications, Films and Computer Games) Act 1995) ในส่วนที่ 6 ว่าด้วยเรื่องคณะกรรมการจัดประเภท (The Classification Board) โดยมีสาระสำคัญที่เกี่ยวข้องกับการจัดตั้งคณะกรรมการจัดประเภทและเกี่ยวข้องกับงานบริหารที่สัมพันธ์กัน อาทิ การเป็นสมาชิกและระเบียบการพิจารณาต่าง ๆ คณะกรรมการจัดประเภทภาพยนตร์นั้น มีองค์ประกอบของคณะกรรมการ ประกอบด้วย<sup>22</sup> กรรมการและรองกรรมการและสมาชิกท่านอื่น ๆ โดยคณะกรรมการ

<sup>21</sup> The Classification Board Classification (Publications, Films and Computer Games) Act 1995. Part 6

<sup>22</sup> Classification (Publications, Films and Computer Games) Act 1995.

46 Constitution of Board

The Board is to consist of:

- (a) a Director; and
- (b) a Deputy Director; and
- (d) other members.

จะมีจำนวนสมาชิกมากที่สุดจะต้องมีจำนวนสมาชิกไม่เกิน 20 คน ดังที่ได้กำหนดตามกฎหมายข้อบังคับ<sup>23</sup> การแต่งตั้งสมาชิก (Appointment of Members) มีหลักเกณฑ์ดังต่อไปนี้<sup>24</sup>

หลักเกณฑ์ที่หนึ่ง สมาชิกต่าง ๆ (ยกเว้นสมาชิกแบบชั่วคราว) จะถูกแต่งตั้งโดยผู้สำเร็จราชการแทนองค์พระมหากษัตริย์ (The Governor-General) ผู้สำเร็จราชการแทนองค์พระมหากษัตริย์ อาจแต่งตั้งสมาชิก 1 ท่านหรือมากกว่า

หลักเกณฑ์ที่สอง การแต่งตั้งสมาชิก จะต้องแน่ใจว่าการเป็นสมาชิกของคณะกรรมการคือการเป็นตัวแทนของชุมชนออสเตรเลีย (Australian Community)

หลักเกณฑ์ที่สาม รัฐมนตรีต้องปรึกษากับรัฐมนตรีที่มีส่วนร่วม (Participating Ministers) ก่อนให้คำแนะนำในการแต่งตั้งสมาชิก (ยกเว้นสมาชิกชั่วคราว)

การแต่งตั้งสมาชิกแบบประจำและแบบชั่วคราว<sup>25</sup> (Full-Time and Part-Time Appointments)

ความรับผิดชอบและอำนาจของคณะกรรมการ (Powers of the Director)<sup>26</sup> คณะกรรมการมีหน้าที่รับผิดชอบในการสร้างความเชื่อมั่นให้กับประชาชนว่าได้ปฏิบัติตามวิธีการที่

---

<sup>23</sup> Classification (Publications, Films and Computer Games) Act 1995.

47 Maximum number of members

There must not be more than **20** members or such higher number as is prescribed by the regulations.

<sup>24</sup> Classification (Publications, Films and Computer Games) Act 1995.

48 Appointment of members

(1) The members (other than temporary members) are to be appointed by the Governor-General.

(1A) The Governor-General may appoint one or more members referred to in paragraph 46(d) to be Senior Classifiers.

(2) In appointing members, regard is to be had to the desirability of ensuring that the membership of the Board is broadly representative of the Australian community.

(3) The Minister must, before recommending the appointment of a member (other than a temporary member), consult with participating Ministers.

<sup>25</sup> Classification (Publications, Films and Computer Games) Act 1995.

49 Full-time and part-time appointments

(1) The Director and the Deputy Director are to be appointed as full-time members.

(2) Any other member may be appointed either as a full-time member or as a part-time member.

<sup>26</sup> Classification (Publications, Films and Computer Games) Act 1995.

52 Responsibilities and powers of the Director

The Director is responsible for ensuring that the business of the Board is conducted in an orderly and efficient way and, for that purpose, the Director may give directions as to the arrangement of the business of the Board.

มีประสิทธิภาพและมีความเป็นระเบียบเรียบร้อย เพื่อความมุ่งหมายดังกล่าวคณะกรรมการอาจเสนอแนวทางเกี่ยวกับการจัดเตรียมและปฏิบัติหน้าที่ความรับผิดชอบของตน (The Business of the Board)

อย่างที่กล่าวมาแล้วข้างต้น คณะกรรมการจัดประเภทภาพยนตร์นั้นจะถูกจัดตั้งขึ้นได้พระราชบัญญัติแห่งเครือรัฐออสเตรเลียว่าด้วยการจำแนกหมวดหมู่สื่อ (สิ่งพิมพ์ ภาพยนตร์ และเกมคอมพิวเตอร์) ค.ศ. 1995 และจะมีหน้าที่ทั้งจำแนกประเภทภาพยนตร์ เกมคอมพิวเตอร์และสื่อสิ่งตีพิมพ์สำหรับการจัดแสดง ขาย หรือเช่าภายในเครือรัฐออสเตรเลีย โดยภาพยนตร์และเกมคอมพิวเตอร์จะต้องถูกจำแนกประเภทก่อนที่จะสามารถให้สาธารณชนหาไปใช้ได้ โดยคณะกรรมการจัดประเภทจะเป็นผู้ตัดสินว่าเรตไหน เหมาะสำหรับผู้ชมประเภทใด โดยกำหนดคำแนะนำให้กับผู้ชมโดยอธิบายอย่างละเอียด ในเนื้อหาที่มีความรุนแรง เซ็กส์ ภาษา การใช้ยาเสพติดและการเปลือยกายซึ่งคำแนะนำนี้ช่วยให้ผู้ชมสามารถที่จะตัดสินใจอย่างรอบคอบว่าจะชมภาพยนตร์เรื่องใด

คณะกรรมการจัดประเภทจะจำแนกสื่อที่ได้ถูกมอบโดยตำรวจ ซึ่งสื่อเหล่านี้รวมถึงสิ่งตีพิมพ์และเกมคอมพิวเตอร์ด้วย ไม่ใช่เพียงแค่ภาพยนตร์เท่านั้น ทั้งภาพยนตร์ เกมคอมพิวเตอร์และสิ่งพิมพ์นั้นต้องถูกจำแนกประเภทก่อนที่จะสามารถนำออกสู่สายตาของสาธารณชนทั่วไป โดยคณะกรรมการจัดประเภทจะทำการประเมินเนื้อหาของสื่อเหล่านั้น ๆ เพื่อดูว่าเข้ากันกับประเภทการจำแนกในเรตใดอย่างเช่น เรต G เรต PG เป็นต้น โดยมีข้อควรพิจารณาที่จำเป็นที่ใช้ประกอบการตัดสินใจของคณะกรรมการจัดประเภท คือการใช้ยาเสพติด ภาษา การเปลือยกาย เซ็กส์ และความรุนแรง โดยส่วนใหญ่แล้วคำแนะนำสำหรับผู้บริโภคนั้นจะปรากฏมาในรูปแบบของสัญลักษณ์เรตต่าง ๆ ซึ่งคำแนะนำจะบ่งชี้ถึงเนื้อหาโดยรวมในภาพยนตร์และเกมคอมพิวเตอร์นั้น ๆ

ตัวอย่างเช่นเนื้อหาที่อาจทำให้ผู้ชมภาพยนตร์หวาดกลัวหรือมีผลกระทบต่อผู้ชมภาพยนตร์ที่รุนแรง นอกจากการคณะกรรมการจัดประเภทที่สามารถชมเนื้อหาของสื่อภายใต้กฎหมายการจำแนกแล้ว ผู้กำกับก็สามารถอนุญาตให้ผู้ที่ได้รับการฝึกฝนแนะนำการจำแนกสำหรับเนื้อหาเพิ่มเติมบนวีซีดีสำหรับซีรี่ย์โทรทัศน์บางเรื่องและสำหรับเกมคอมพิวเตอร์บางเกม (ไม่ใช่เกมคอมพิวเตอร์ที่จำแนกเป็นเรต MA15+ และเรต R18+) ซึ่งผู้คนเหล่านี้เรียกว่าผู้ประเมินที่ได้รับการอนุมัติและส่วนใหญ่พวกเขาจะทำงานให้กับบริษัทที่จัดจำหน่ายภาพยนตร์และเกมคอมพิวเตอร์ โดยผู้ประเมินเหล่านี้จะเขียนรายงานเกี่ยวกับเนื้อหาของสื่อเหล่านั้นๆ และส่งรายงานดังกล่าวไปให้กับคณะกรรมการจัดประเภท โดยคณะกรรมการจะใช้รายงานดังกล่าวเพื่อช่วยพวกเขาตัดสินใจในการจัดประเภท ซึ่งการตัดสินใจในการจัดประเภทนั้นจะถือว่าได้ทำโดยคณะกรรมการไม่ใช่โดยผู้ประเมิน

ความรับผิดชอบของคณะกรรมการจัดประเภท สมาชิกของคณะกรรมการนั้นมีความรับผิดชอบต่อการจัดประเภทภาพยนตร์ เกมคอมพิวเตอร์และสิ่งตีพิมพ์บางเรื่อง คณะกรรมการนั้นอยู่ในเมืองซินีเย่ เครื่องมือออสเตรเลีย ภาพยนตร์ เกมคอมพิวเตอร์และสิ่งตีพิมพ์บางเรื่องที่ได้มอบมาให้คณะกรรมการนั้นจะถูกชม โดยสมาชิกของคณะกรรมการ ซึ่งหลังจากนั้นพวกเขาจะกำหนดเป็นเรตอย่าง เรต G เรต PG เรต M เรต MA 15+ เรต R 18+ เรต X 18+ หรือ RC และทำคำแนะนำสำหรับผู้บริโภคอย่างเหมาะสม ส่วนสิ่งตีพิมพ์บางเรื่องนั้นจะต้องถูกจำแนกว่าเป็นอย่างใดอย่างหนึ่งในกลุ่ม Unrestricted, Category 1 - Restricted, Category 2 - Restricted หรือ RC Refused Classification ซึ่งคณะกรรมการจะทำงานโดยการใช้กระบวนการตัดสินใจที่อาศัยเสียงส่วนใหญ่ของจำนวนสมาชิกทั้งนี้ เป็นเรื่องสำคัญที่สมาชิกสามารถสื่อสารมุมมองได้อย่างชัดเจนและเห็นคุณค่าและพิจารณามุมมองของผู้อื่น พวกเขาต้องมีความสามารถในการประยุกต์ใช้เหตุผล มีสามัญสำนึกและมีความละเอียดอ่อนในการทำหน้าที่

### 3.2.3 กฎหมายการควบคุมภาพยนตร์ของประเทศอังกฤษ

#### 1) การควบคุมภาพยนตร์ของประเทศอังกฤษ

การควบคุมภาพยนตร์ของประเทศอังกฤษ องค์กรที่ทำหน้าที่ควบคุมภาพยนตร์คือ คณะกรรมการตรวจสอบภาพยนตร์แห่งอังกฤษ ซึ่งจัดตั้งขึ้นโดยความสมัครใจของผู้ที่อยู่ในวงการภาพยนตร์ ตั้งแต่ พ.ศ. 2455 เพื่อกำหนดแนวทางให้เจ้าหน้าที่ท้องถิ่นใช้ประกอบการใช้ดุลพินิจอนุญาตฉายภาพยนตร์ ทั้งนี้เพราะพระราชบัญญัติภาพยนตร์ พ.ศ. 2452 ให้เจ้าหน้าที่ท้องถิ่นกำหนดเงื่อนไขใด ๆ ในการอนุญาตให้ฉายภาพยนตร์เพื่อป้องกันอภิศักภัย แต่ปรากฏว่าการใช้อำนาจดังกล่าวนี้มิได้เป็นไปตามเจตนารมณ์แห่งกฎหมาย โดยภาพยนตร์เรื่องแรกที่ถูกห้ามฉายเป็นภาพยนตร์ของสหรัฐอเมริกาซึ่งเป็นเรื่องเกี่ยวกับนักมวยผิวดำ โดยเจ้าหน้าที่ไม่อนุญาตให้ฉายภาพยนตร์เรื่องดังกล่าวด้วยเหตุผลที่ฟังไม่ขึ้นว่า “ไม่สอดคล้องกับความเป็นจริงที่แสดงว่าคนดำชนะคนขาว” จึงเกิดความเคลื่อนไหวอย่างมากในอุตสาหกรรมภาพยนตร์และเห็นพ้องต้องกันว่า ควรจะให้มีการตรวจสอบกันเองดีกว่าปล่อยให้อยู่ในอำนาจตามอำเภอใจของผู้อื่น ในที่สุดจึงได้จัดตั้งคณะกรรมการตรวจสอบภาพยนตร์แห่งอังกฤษขึ้นมาให้มีหน้าที่สร้างความมั่นใจแก่เจ้าพนักงานผู้ออกใบอนุญาตและผู้นำท้องถิ่นซึ่งต้องรักษามาตรฐานแห่งศีลธรรมโดยทั่วไปของชุมชน

ต่อมาในปี พ.ศ. 2467 ศาลก็ได้ยอมรับถึงอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการดังกล่าวนี้ โดยศาลวินิจฉัยเป็นบรรทัดฐานว่าภาพยนตร์เรื่องใดก็ตามที่มีได้ผ่านการรับรองของคณะกรรมการตรวจสอบภาพยนตร์แห่งอังกฤษจะนำออกฉายมิได้ เว้นแต่จะได้รับอนุญาตโดยชัดแจ้งจากสภาท้องถิ่นเท่านั้น อย่างไรก็ตามสภาท้องถิ่นย่อมมีสิทธิในการตรวจสอบดุลพินิจของคณะกรรมการได้



เสมอเพราะสภาท้องถิ่นเป็นผู้รับผิดชอบโดยตรงต่อมาตรฐานแห่งศีลธรรมของชุมชนและสภาท้องถิ่นไม่อาจมอบหมายภารกิจนี้แก่คณะกรรมการได้แต่สภาท้องถิ่นอาจถือว่า คณะกรรมการเป็นเพียงที่ปรึกษาของตน ซึ่งสภาท้องถิ่นอาจรับหรือปฏิเสธความเห็นของคณะกรรมการได้ การตัดสินใจขั้นสุดท้ายว่าจะอนุญาตหรือไม่อนุญาต จึงต้องอยู่ที่การตัดสินใจของสภาท้องถิ่น

แม้คณะกรรมการตรวจสอบภาพยนตร์จะมีได้เป็นองค์กรราชการ ทั้งมิได้รับรองไว้โดยตัวบทกฎหมายและการเงินของคณะกรรมการก็มาจากการเรียกเก็บค่าธรรมเนียมจากภาพยนตร์ที่เสนอให้ตรวจสอบ มิใช่จากงบประมาณของทางราชการ แต่ความเห็นของคณะกรรมการนั้นก็มิอิทธิพลอย่างมากต่อเจ้าพนักงานที่จะออกใบอนุญาต พระราชบัญญัติภาพยนตร์ พ.ศ. 2495 บัญญัติให้เจ้าพนักงานออกใบอนุญาตมีหน้าที่สอดคล้องดูแลการอนุญาตให้เด็กและเยาวชนเข้าชมภาพยนตร์ โดยให้เจ้าพนักงานออกใบอนุญาตหรือองค์กรอื่นพิจารณาและระบุว่า สมควรให้เด็กและเยาวชนเข้าชมภาพยนตร์หรือไม่ ซึ่งจะเห็นได้ว่าการที่พระราชบัญญัตินี้กล่าวถึง “องค์กรอื่น” จึงเท่ากับว่ากฎหมายยอมรับถึงฐานะของคณะกรรมการตรวจสอบภาพยนตร์แห่งอังกฤษเป็นครั้งแรก แม้จะมีไว้ในฐานะผู้ตรวจสอบภาพยนตร์ แต่อย่างน้อยกฎหมายก็รับรองในฐานะผู้จำแนกภาพยนตร์ที่ไม่เหมาะสมสำหรับเด็กและเยาวชน ซึ่งการจำแนกประเภทภาพยนตร์ของคณะกรรมการนี้ก็เป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วไปคณะกรรมการตรวจสอบภาพยนตร์แห่งอังกฤษกลายเป็นผู้ตรวจสอบที่ทรงอำนาจ ทั้งการตรวจสอบภาพยนตร์ที่ฉายตามโรงภาพยนตร์ โทรทัศน์และวิดีโอเทป ถึงแม้ว่าในฐานะนี้มีได้มาจากการรับรองโดยกฎหมายก็ตาม

ในปัจจุบันประเทศอังกฤษยังไม่มีองค์กรกลางสำหรับการตรวจสอบเนื้อหาเพื่อความเหมาะสมของภาพยนตร์ก่อนนำออกเผยแพร่สู่สาธารณชน อำนาจตรวจสอบดังกล่าวอยู่ที่รัฐบาลท้องถิ่นแต่ละแห่ง แต่อย่างไรก็ตาม ในการจำหน่ายวีสดูโทรทัศน์ กฎหมายได้กำหนดให้องค์กรเอกชนแห่งหนึ่ง ได้แก่ คณะกรรมการจัดประเภทภาพยนตร์ (British Board of Film Classification) ทำหน้าที่เป็นหน่วยงานกลางในการจัดประเภทให้กับผลงานโทรทัศน์ ซึ่งจะมีผลโดยตรงทางกฎหมายในการจำหน่ายวีสดูโทรทัศน์ที่ได้บันทึกผลงานนั้นไว้ ถึงแม้ว่าการจัดประเภทของภาพยนตร์ของคณะกรรมการจะไม่มีผลโดยตรงในทางกฎหมายต่อการกำหนดความเหมาะสมของภาพยนตร์ที่จะนำมาเผยแพร่ในโรงภาพยนตร์ตามที่ได้กล่าวมาแล้ว แต่นับได้ว่าเป็นหลักปฏิบัติอย่างแพร่หลายที่รัฐบาลท้องถิ่นจะยึดถือตามใบรับรองการจัดประเภทของคณะกรรมการ ในการพิจารณาความเหมาะสมของภาพยนตร์ที่จะนำมาฉายในโรงภาพยนตร์ กล่าวคือ รัฐบาลท้องถิ่นมักจะกำหนดไว้เป็นเงื่อนไขใบอนุญาตโรงภาพยนตร์ให้กำหนดเกณฑ์อายุขั้นต่ำสำหรับผู้เข้าชมภาพยนตร์ตามที่กำหนดไว้ในใบรับรองการจัดประเภทภาพยนตร์ของคณะกรรมการ ซึ่งรัฐบาล

ท้องถิ่นยังคงมีอำนาจเด็ดขาดตามกฎหมายในการพิจารณาความเหมาะสมของภาพยนตร์ให้แตกต่างไปจากความเห็นของคณะกรรมการได้

นอกจากนี้ภาพยนตร์ที่นำออกเผยแพร่ในโรงภาพยนตร์ยังต้องไม่ขัดต่อบทบัญญัติในกฎหมายอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องอีกด้วย เช่น พระราชบัญญัติภาพยนตร์ (สัตว์) ค.ศ. 1937 (Cinematograph Films (Animals) Act 1937) ซึ่งกำหนดข้อห้ามมิให้มีการทรมานสัตว์ในการจัดทำหรือกำกับฉากในภาพยนตร์พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก ค.ศ. 1978 (Protection of Children Act 1978) ห้ามมิให้แสดงภาพอนาจารของเด็กอายุต่ำกว่า 16 ปี พระราชบัญญัติสิ่งพิมพ์ลามก ค.ศ. 1959 (Obscene Publications Act 1959) ซึ่งห้ามการแสดงผลงานลามกโดยจะคำนึงถึงความเป็นไปได้ที่ผลงานดังกล่าวจะก่อให้เกิดความเสื่อมเสียในศีลธรรมอันดีงามของผู้คนจำนวนมากที่จะเห็นผลงานดังกล่าวนั้นและบทบัญญัติในกฎหมายอื่นๆ ที่ทำให้วัสดุโทรทัศน์เป็นวัสดุผิดกฎหมายหรือเป็นวัสดุที่เกิดจากการกระทำความผิดกฎหมาย

ประเทศอังกฤษมีการควบคุมภาพยนตร์โดยการจำกัดที่ตัวโรงภาพยนตร์ ซึ่งวัตถุประสงค์ของการควบคุมภาพยนตร์ที่นำออกเผยแพร่ในโรงภาพยนตร์ คือ การตรวจสอบความเหมาะสมของภาพยนตร์ก่อนนำมาฉาย การตรวจสอบความเหมาะสมของภาพยนตร์อยู่ภายใต้อำนาจของรัฐบาลท้องถิ่นที่จะกำหนดไว้เป็นเงื่อนไขในใบอนุญาตโรงภาพยนตร์ ตัวอย่างเช่นใบอนุญาตโรงภาพยนตร์อาจกำหนดไว้เป็นเงื่อนไขในโรงภาพยนตร์กำหนดเกณฑ์อายุขั้นต่ำสำหรับการเข้าชมภาพยนตร์ประเภทใดประเภทหนึ่ง เป็นต้น การควบคุมโรงภาพยนตร์ในประเทศอังกฤษ โรงภาพยนตร์เป็นส่วนหนึ่งในสถานบันเทิงที่ต้องได้รับอนุญาตก่อนจะสามารถฉายภาพยนตร์ให้สาธารณชนเข้าชมได้และนอกจากนี้เนื้อหาของภาพยนตร์ที่จะนำมาฉายยังต้องไม่ขัดต่อเงื่อนไขที่ได้ระบุไว้ในใบอนุญาตของโรงภาพยนตร์และบทบัญญัติในกฎหมายทั่วไปตามที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้นด้วย ซึ่งนอกเหนือไปจากโรงภาพยนตร์ทั่วไปแล้ว โรงภาพยนตร์ในประเทศอังกฤษยังมีอีกประเภทหนึ่งที่เรียกว่า “โรงภาพยนตร์โป๊”(Sex Cinemas) ซึ่งอยู่ภายใต้ข้อบังคับของระบบการอนุญาตที่แตกต่างไปจากโรงภาพยนตร์ทั่วไปโดยมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

การควบคุมโรงภาพยนตร์ธรรมดา กฎหมายหลักที่ใช้บังคับสำหรับการควบคุมการนำออกเผยแพร่ภาพยนตร์ในโรงภาพยนตร์ที่ประเทศอังกฤษ คือ พระราชบัญญัติโรงภาพยนตร์ ค.ศ. 1985 (Cinemas Act 1985) ซึ่งกำหนดคำนิยามของคำว่า “การฉายภาพยนตร์” (Film Exhibition) ว่าหมายถึง การฉายภาพเคลื่อนไหวโดยวิธีการอื่น ๆ ที่ไม่ใช่การรับคลื่นสัญญาณในเวลาทันที (Simultaneous Reception) หรือเป็นการฉายรายการที่รวมอยู่ในการเสนอรายการตามพระราชบัญญัติวิทยุโทรทัศน์และวิทยุกระจายเสียง ค.ศ. 1990 (Broadcasting Act 1990) และในกรณีนี้ ศาลได้เคยวินิจฉัยเป็นบรรทัดฐานว่า การฉายภาพยนตร์ต่อผู้ที่มีความประสงค์จะซื้อหรือเช่าโดยไม่เปิดให้

สาธารณชนด้วยนั้น ไม่ให้ถือว่าเป็นการฉายตามความหมายในนิยามนี้และการดำเนินกิจการวีดีโอเกมส์ (Video Amusement Game) ก็ไม่ให้ถือว่าเป็นการฉายภาพยนตร์เคลื่อนไหวด้วย บทบัญญัติในพระราชบัญญัติโรงภาพยนตร์ได้กำหนดข้อห้ามมิให้ใช้สถานที่ใดสำหรับการฉายภาพยนตร์ เว้นแต่จะได้รับอนุญาตให้ฉายภาพยนตร์ได้และการฉายภาพยนตร์ต้องเป็นไปตามระเบียบที่รัฐมนตรีกำหนดตามมาตรา 4 (1)

โรงภาพยนตร์โป๊ (Sex Cinema) ส่วนการจัดตั้งโรงภาพยนตร์โป๊ ถือว่าเป็นการจัดตั้งสถานที่ทางเพศ (Sex Establishment) และเป็นข้อยกเว้นจากหลักกฎหมายทั่วไปว่าด้วยการควบคุมโรงภาพยนตร์ ซึ่งต้องได้รับการอนุญาตตามมาตรา 2 และมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติท้องถิ่น (บทบัญญัติเบ็ดเตล็ด) ค.ศ.1982 (Local Government (Miscellaneous Provisions) Act 1982) ซึ่งกำหนดเงื่อนไขของการให้อนุญาตไว้แตกต่างจากการให้อนุญาตโรงภาพยนตร์ทั่วไป ในกรณีนี้ “สถานที่ทางเพศ” หมายถึงโรงภาพยนตร์โป๊หรือร้านขายของทางเพศ และคำว่า “โรงภาพยนตร์โป๊” หมายถึงสถานที่ยานพาหนะ เรือหรือแผงลอยที่ใช้สำหรับการฉายภาพที่เคลื่อนไหวเป็นกิจการสำคัญ ไม่ว่าจะการฉายภาพดังกล่าวจะถ่ายทอดด้วยวิธี มุ่งต่อการแสดงให้เห็น การกระตุ้น หรือการยั่วยู่ให้ร่วมกิจกรรมทางเพศ หรือใช้กำลังหรือหน่วงเหนี่ยวประกอบทำกิจกรรมทางเพศ หรือแสดงให้เห็นถึงหรือเกี่ยวข้องกับอวัยวะเพศหรือระบบการขับถ่ายเป็นหลัก (Excretory Function) ทั้งนี้ ไม่รวมถึงบ้านพักอาศัยที่ไม่เปิดให้สาธารณะ

องค์กรที่เกี่ยวข้องในการจัดประเภทของภาพยนตร์<sup>27</sup>ในยุคแรกของการควบคุมภาพยนตร์ การตรวจสอบความเหมาะสมของภาพยนตร์สำหรับการฉายในโรงภาพยนตร์อย่างหนึ่งที่กล่าวมาแล้วเป็นหน้าที่ของสภาท้องถิ่น แต่เนื่องจากการตรวจสอบของสภาท้องถิ่นมักจะใช้มาตรฐานที่ไม่สม่ำเสมอและหลักเกณฑ์ที่แตกต่างกันในแต่ละท้องถิ่น กลุ่มผู้ประกอบการในอุตสาหกรรมภาพยนตร์จึงได้ร่วมกันจัดตั้งคณะกรรมการตรวจสอบภาพยนตร์ (British Board of Film Censors) ขึ้นเมื่อปีค.ศ. 1912 (พ.ศ.2455) ให้เป็นองค์กรอิสระสำหรับการตรวจสอบภาพยนตร์ เพื่อจะได้นำไปสู่ความเป็นเอกภาพของมาตรฐานการตรวจสอบภาพยนตร์ทั่วประเทศ โดยได้คาดหวังไว้ว่า คำวินิจฉัยจากการตรวจพิจารณาภาพยนตร์ของคณะกรรมการดังกล่าวจะเป็นที่ยอมรับกันอย่างแพร่หลายในบรรดารัฐบาลท้องถิ่นของประเทศอังกฤษ ซึ่งยังคงมีอำนาจตามกฎหมายในการตรวจสอบภาพยนตร์และเมื่อระยะเวลาได้ล่วงไประยะหนึ่ง ก็ได้เกิดการยอมรับโดยทั่วไปว่ารัฐบาลท้องถิ่นจะถือเอาตามคำวินิจฉัยของคณะกรรมการฯ

<sup>27</sup> ขอดฉัตร ตสาริกา. (2546). *กฎหมายภาพยนตร์ของประเทศไทย*. รายงานการศึกษาเสนอต่อสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา. หน้า 11-12.

ในเวลาต่อมา เมื่อปีค.ศ. 1984 (พ.ศ. 2527) รัฐสภาได้ตราพระราชบัญญัติวัสดุโทรทัศน์ ค.ศ. 1984 เพื่อกำหนดมาตรการควบคุมการเผยแพร่ภาพยนตร์ทางวัสดุโทรทัศน์ ซึ่งมาตรา 4 ของกฎหมายดังกล่าวได้บัญญัติให้รัฐมนตรีมีอำนาจในการมอบหมายให้บุคคลใดบุคคลหนึ่งทำหน้าที่ ตรวจสอบพิจารณาความเหมาะสมของผลงาน โทรทัศน์ที่จะใช้สำหรับการชมในบ้าน และในปีเดียวกัน รัฐมนตรีก็มอบหมายให้คณะกรรมการตรวจสอบภาพยนตร์ทำหน้าที่ดังกล่าว ซึ่งในขณะนั้น คณะกรรมการได้เปลี่ยนชื่อเป็น คณะกรรมการจัดประเภทภาพยนตร์ (British Board of Film Classification) เพื่อสะท้อนให้เห็นถึงการเปลี่ยนแปลงบทบาทของคณะกรรมการที่ได้เปลี่ยนเป็น บทบาทในการตรวจสอบพิจารณาความเหมาะสมของภาพยนตร์เพื่อจัดประเภทจากเดิมคือบทบาทในการตรวจสอบภาพยนตร์เพื่อตัดฉากในภาพยนตร์ที่ไม่เหมาะสม

ในปัจจุบัน กฎหมายได้กำหนดให้คณะกรรมการจัดประเภทภาพยนตร์มีความรับผิดชอบในการพิจารณาความเหมาะสมของผลงานโทรทัศน์เพื่อออกใบรับรองการจัดประเภท (Classification Certificate) โดยจะคำนึงถึงผลกระทบจากความเป็นไปได้ที่ผลงานโทรทัศน์จะถูก นำมาฉายในบ้านเรือน และในกรณีที่ออกใบรับรอง ก็จะต้องมีการกำหนดชื่อของผลงานที่เป็น เอกสิทธิ์เพื่อเป็นหลักฐานของการรับรองผลงานชิ้นนั้น และกำหนดเงื่อนไขต่างๆ ประกอบการ ให้ใบอนุญาต อาทิ การให้คำแนะนำในการจำหน่ายวัสดุโทรทัศน์ที่มีผลงานรับรอง นอกจากนี้ คณะกรรมการจัดประเภทภาพยนตร์ยังมีหน้าที่ในการจัดเก็บข้อมูลทั้งหมดเกี่ยวกับผลงานที่ได้ ตรวจสอบพิจารณาแล้วอีกด้วย ผู้ประกอบกิจการภาพยนตร์หรือวัสดุโทรทัศน์ที่ไม่เห็นด้วยกับคำวินิจฉัย ของคณะกรรมการ ในการจัดประเภทผลงานโทรทัศน์สามารถยื่นคำอุทธรณ์ได้ไปยังคณะกรรมการ อุทธรณ์โทรทัศน์ (Video Appeals Committee) ซึ่งเป็นอิสระจากคณะกรรมการจัดประเภทภาพยนตร์ นอกจากนี้ สาธารณชนยังสามารถแสดงความคิดเห็นไปยังคณะกรรมการจัดประเภทภาพยนตร์ได้ใน ทุกขั้นตอนของการจัดประเภทภาพยนตร์หรือผลงานโทรทัศน์

## 2) การจัดประเภทภาพยนตร์ของประเทศอังกฤษ

ในประเทศอังกฤษ พระราชบัญญัติวัสดุโทรทัศน์ ค.ศ. 1984 (Video Recordings Act 1984) กำหนดให้คณะกรรมการจัดประเภทภาพยนตร์ (British Board of Film Classification) หรือ (BBFC) เป็นผู้จัดประเภทภาพยนตร์ โดยได้จัดประเภทภาพยนตร์ไว้แตกต่างกัน<sup>28</sup> ได้แก่ เรต U เรต PG 12/12A เรต 15 เรต 18 และเรต R18 สำหรับประเภท U เป็นประเภทที่ดูได้ทั่วไป (Universal) ประเภท PG (Parental Guidance) เป็นประเภทภาพยนตร์ ซึ่งเหมาะสมสำหรับบุคคลทั่วไป แต่บาง จากอาจไม่เหมาะสมสำหรับเด็กและเยาวชน ต้องมีผู้ใหญ่ให้คำแนะนำ สำหรับประเภท 12/12A,

<sup>28</sup> คณาธิป ทองรวีวงศ์. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 20. หน้า 437-438.

15,18 และ R18 นั้น เป็นการวางข้อจำกัดด้านอายุของผู้ที่สามารถชมภาพยนตร์ได้ ซึ่งมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

**ประเภท U “Universal”** ทั่วไป เหมาะสมกับทุกเพศทุกวัยดูได้ทั่วไป

**ประเภท PG “Parental Guidance”** เป็นประเภทสำหรับผู้ใหญ่ เป็นภาพยนตร์ซึ่งเหมาะสมสำหรับบุคคลทั่วไป แต่บางฉากอาจไม่เหมาะสมสำหรับเด็ก จึงควรมีผู้ใหญ่ให้คำแนะนำ

**ประเภท 15** ห้ามมิให้ผู้ใดอายุต่ำกว่าสิบห้าปีเข้าชมผลงานในโรงภาพยนตร์หรือเช่าหรือซื้อวัสดุโทรทัศน์

**ประเภท 18** ห้ามมิให้ผู้ใดอายุต่ำกว่าสิบแปดปีเข้าชมผลงานในโรงภาพยนตร์หรือเช่าหรือซื้อวัสดุโทรทัศน์

**ประเภท 18R** จำกัดการฉายในสถานที่เฉพาะ ซึ่งไม่อนุญาตให้บุคคล อายุต่ำกว่า 18 ปีเข้าชมในกรณีประเภท 18R เป็นกรณีที่ควบคุมมากที่สุด เช่น จะจำหน่ายได้แต่เฉพาะในร้านขายสิ่งของทางเพศที่ได้รับอนุญาตเท่านั้น เนื่องจากภาพยนตร์ลักษณะนี้มักจะแสดงให้เห็นภาพของการมีเพศสัมพันธ์ด้วยความยินยอม

### 3) คณะกรรมการจัดประเภทภาพยนตร์

คณะกรรมการจัดประเภทภาพยนตร์ได้ใช้วิธีการกำหนดเกณฑ์อายุขั้นต่ำของผู้ชมเป็นหลักภาพยนตร์ใดที่เห็นว่าจะไม่เป็นอันตรายต่อเด็กและเยาวชนก็จะไม่กำหนดข้อจำกัดสำหรับการเผยแพร่ไว้ แต่ภาพยนตร์ใดที่เห็นว่าอาจจะไม่เหมาะสมสำหรับเด็กและเยาวชนก็จะกำหนดข้อห้ามมิให้เผยแพร่ภาพยนตร์ดังกล่าวให้กับผู้ชมกลุ่มนั้น ส่วนภาพยนตร์ในประเภท R18 ซึ่งเป็นภาพยนตร์ไปที่มีการฉายภาพอย่างชัดเจนมาก คณะกรรมการจะเพิ่มความเข้มงวดเป็นพิเศษ โดยได้กำหนดข้อห้ามมิให้เผยแพร่ภาพยนตร์ดังกล่าวเว้นแต่จะทำการเผยแพร่ในสถานที่ที่ได้รับอนุญาตเท่านั้น<sup>29</sup>

หลักเกณฑ์การพิจารณาของคณะกรรมการจัดประเภทภาพยนตร์<sup>30</sup> ในการพิจารณาความเหมาะสมของภาพยนตร์หรือผลงานโทรทัศน์อื่น ๆ เพื่อจัดประเภทสำหรับการออกใบรับรองนั้นคณะกรรมการจะคำนึงถึงหลักเกณฑ์พื้นฐานประกอบกับข้อพิจารณาเฉพาะเรื่อง ซึ่งหลักเกณฑ์พื้นฐานของคณะกรรมการมีอยู่ว่า บุคคลที่บรรลุนิติภาวะสมควรจะมีสิทธิเลือกว่าตนอยากจะชมอะไรแต่จะต้องอยู่ภายในขอบเขตของกฎหมายและไม่ก่อให้เกิดความเสียหายต่อสังคมเพราะฉะนั้น จึงควรอนุญาตให้มีการเผยแพร่ผลงานให้กับกลุ่มผู้ชมที่กว้างที่สุดตามความเหมาะสมของผลงานแต่ละชิ้น ส่วนการเสนอบางเรื่องในเชิงเพศหรือความรุนแรงนั้น ประเด็นพิจารณาที่

<sup>29</sup> ยอดฉัตร ตสาริกา. อังแล้วเชิงอรรถที่ 27. หน้า 17.

<sup>30</sup> ยอดฉัตร ตสาริกา. อังแล้วเชิงอรรถที่ 27. หน้า 13-15.

สำคัญที่สุดคือความยอมรับได้ของผลงาน ซึ่งคณะกรรมการจะต้องดำเนินการทบทวนหลักเกณฑ์ การพิจารณาผลงานอย่างต่อเนื่องเพื่อสนองต่อการเปลี่ยนแปลง ทางรสนิยม ความคิด และข้อวิตกกังวลของสาธารณชน

การควบคุมดูแลการฉายภาพยนตร์ มีวัตถุประสงค์ของการควบคุมภาพยนตร์ที่นำออกเผยแพร่ในโรงภาพยนตร์คือการตรวจสอบความเหมาะสมของภาพยนตร์ก่อนการนำมาฉาย การตรวจสอบความเหมาะสมของภาพยนตร์อยู่ภายในอำนาจของรัฐบาลท้องถิ่นที่จะกำหนดไว้เป็นเงื่อนไขในใบอนุญาตโรงภาพยนตร์ ตัวอย่างเช่น ใบอนุญาตโรงภาพยนตร์อาจกำหนดไว้เป็นเงื่อนไขให้โรงภาพยนตร์กำหนดเกณฑ์อายุขั้นต่ำสำหรับการเข้าชมภาพยนตร์ประเภทใดประเภทหนึ่ง

จะเห็นได้ว่าการควบคุมภาพยนตร์ของประเทศต่าง ๆ ไม่ว่าจะเป็นประเทศสหรัฐอเมริกาหรือรัฐออสเตรเลียและประเทศอังกฤษนั้น ล้วนแล้วแต่มีการควบคุมเช่นเดียวกับประเทศไทย ซึ่งส่วนใหญ่ต่างก็มีเหตุผลในทิศทางเดียวกัน คือ ทำเพื่อก่อให้เกิดความสงบเรียบร้อยของสังคม ป้องกันการเผยแพร่สิ่งอันไม่เหมาะสมผ่านสื่อสู่สาธารณะ เพียงแต่หลักเกณฑ์ที่ใช้ในการพิจารณาและหน่วยงานในแต่ละประเทศอาจมีความแตกต่างกันไปตามความเหมาะสมกับสภาพสังคมของประเทศนั้น ๆ บางประเทศรัฐเข้าควบคุมภาพยนตร์ทั้งหมด บางประเทศองค์กรวิชาชีพภาพยนตร์ซึ่งเป็นองค์กรเอกชนจะทำหน้าที่ควบคุมภาพยนตร์ของมวลชนสมาชิกของตนเบื้องต้นแล้วรัฐจะควบคุมภาพยนตร์อีกชั้นหนึ่งบางประเทศรัฐไม่เข้ามาควบคุมภาพยนตร์เลยแต่ปล่อยให้ทำหน้าที่ขององค์กรวิชาชีพภาพยนตร์ซึ่งเป็นองค์กรเอกชนเข้าควบคุมกันเอง โดยกฎหมายที่เกี่ยวกับการควบคุมภาพยนตร์ของต่างประเทศส่วนใหญ่จะใช้วิธีการควบคุมจาก “โรงภาพยนตร์” เป็นสำคัญ โดยวิธีจำแนกภาพยนตร์เพื่อให้เหมาะสมกับกลุ่มผู้ชมตามระดับอายุ

### 3.3 หลักกฎหมายเกี่ยวกับการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองของประเทศไทย

การอุทธรณ์คำสั่งเป็นการควบคุมภายในฝ่ายปกครองแบบแก้ไขวิธีหนึ่ง เพื่อให้เจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่งทางปกครอง ผู้บังคับบัญชา รวมถึงผู้มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์ได้มีโอกาสที่จะพิจารณาแก้ไขเปลี่ยนแปลงคำสั่งทางปกครองให้ถูกต้องในกรณีที่คำสั่งทางปกครองนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่เหมาะสม เพื่อเป็นการเยียวยาความเดือดร้อนเสียหายของคู่กรณีที่ถูกกระทบกระเทือนจากคำสั่งทางปกครอง อีกทั้ง การอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองยังเป็นเงื่อนไขสำคัญในการฟ้องคดีต่อศาลปกครองอีกด้วย ซึ่งหากมิได้มีการอุทธรณ์โต้แย้งหรืออุทธรณ์โต้แย้งไม่ชอบด้วยกฎหมาย ผู้นั้นก็ย่อมไม่มีสิทธิฟ้องคดีต่อศาลปกครองตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539

มาตรา 42 วรรคสอง<sup>31</sup> โดยการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองในประเทศไทยนั้น สามารถแบ่งออกได้ ดังนี้

### 3.3.1 การพิจารณาระยะเวลาอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539

สำหรับขั้นตอนและระยะเวลาอุทธรณ์หรือโต้แย้งนั้น ในกรณีที่กฎหมายเฉพาะมิได้กำหนด ขั้นตอนและระยะเวลาอุทธรณ์หรือโต้แย้งไว้ การอุทธรณ์หรือโต้แย้งจะต้องนำหลักเกณฑ์เกี่ยวกับ ขั้นตอนและระยะเวลาอุทธรณ์ที่กำหนดในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาใช้บังคับ ซึ่งถือเป็นกรณีการบังคับใช้พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ตาม ลักษณะของความเป็น “กฎหมายกลาง” ที่บัญญัติไว้ในมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัตินี้<sup>32</sup>

โดยพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ได้กำหนดหลักเกณฑ์การอุทธรณ์ไว้ในหมวด 2 ส่วนที่ 5 ตั้งแต่มาตรา 44 ถึง 48 ซึ่งสามารถอธิบายสาระสำคัญของหลักเกณฑ์การอุทธรณ์ได้ ดังนี้

ผู้ที่มีสิทธิอุทธรณ์คำสั่งทางปกครอง<sup>33</sup> คือ “คู่กรณี” ซึ่งได้แก่ ผู้ที่ได้เข้ามาในกระบวนการพิจารณาคำสั่งทางปกครอง กล่าวคือ ผู้ที่ยื่นคำขอ ผู้คัดค้านคำขอ ผู้อยู่ในบังคับหรือจะอยู่ในบังคับของคำสั่งทางปกครองและผู้ที่ได้เข้ามาในกระบวนการพิจารณาทางปกครองอื่นๆ ตามมาตรา 44 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 อย่างไรก็ตามแม้ว่าบุคคลที่ไม่ใช่ คู่กรณีจะไม่มีสิทธิอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองก็ตาม แต่ก็ไม่ได้ตัดสิทธิของบุคคลดังกล่าวที่จะโต้แย้งคำสั่งทางปกครองโดยการฟ้องคดีต่อศาลแต่อย่างใด<sup>34</sup>

<sup>31</sup> มาตรา 42 วรรคสอง ในกรณีที่กฎหมายกำหนดขั้นตอนหรือวิธีการสำหรับการแก้ไขความเดือดร้อนหรือเสียหายในเรื่องใดไว้เฉพาะการฟ้องคดีปกครองในเรื่องนั้นจะกระทำได้อีกเมื่อมีการดำเนินการตามขั้นตอนและวิธีการดังกล่าวและได้มีการสั่งการตามกฎหมายนั้น หรือมิได้มีการสั่งการภายในเวลาอันสมควร หรือภายในเวลาที่กฎหมายนั้นกำหนด

<sup>32</sup> มาตรา 3 วิธีปฏิบัติราชการทางปกครองตามกฎหมายต่างๆ ให้เป็นไปตามที่กำหนดในพระราชบัญญัตินี้ เว้นแต่ในกรณีที่กฎหมายกำหนดวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองเรื่องใดไว้โดยเฉพาะและมีหลักเกณฑ์ที่ประกันความเป็น หรือมีมาตรฐานในการปฏิบัติราชการ ไม่ต่ำกว่าหลักเกณฑ์ที่กำหนดในพระราชบัญญัตินี้

ความในวรรคหนึ่งมิให้ใช้บังคับกับขั้นตอนและระยะเวลาอุทธรณ์หรือโต้แย้งที่กำหนดในกฎหมาย.

<sup>33</sup> สุริยา ปานแป้น และอนุวัฒน์ บุญนันท์. (2561). *คู่มือสอบกฎหมายปกครอง* (พิมพ์ครั้งที่ 11). กรุงเทพฯ: วิทยุชน. หน้า 101.

<sup>34</sup> คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 298/2546 การฟ้องขอให้เพิกถอนคำสั่งของพนักงานเจ้าหน้าที่ซึ่งอนุมัติตามที่มีการยื่นคำขอ เมื่อผู้ฟ้องคดีไม่ได้เป็นผู้ยื่นคำขอและคำสั่งตามคำขอไม่ได้ก่อให้เกิดการเปลี่ยนแปลงด้านนิติสัมพันธ์ใด ๆ

สำหรับเจ้าหน้าที่ผู้รับอุทธรณ์คำสั่งทางปกครอง ได้แก่ “เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองผู้ทำคำสั่งทางปกครอง” ที่ระบุชื่อและตำแหน่งในคำสั่งทางปกครอง ทั้งนี้ เนื่องจากบุคคลดังกล่าวเป็นผู้ที่ทราบเรื่องและอยู่ในฐานะที่จะทบทวนคำสั่งทางปกครองของตนได้ดีที่สุด อย่างไรก็ตามการยื่นอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองต่อผู้บังคับบัญชาของเจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่งทางปกครอง หรือการยื่นต่อบุคคลอื่นโดยสุจริตก็ถือว่าเป็นการยื่นอุทธรณ์ที่ชอบแล้วเช่นกัน<sup>35</sup>

รูปแบบการอุทธรณ์ตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 44 ได้กำหนดให้การอุทธรณ์หรือโต้แย้งคำสั่งทางปกครองต้องทำเป็นหนังสือ โดยต้องระบุข้อโต้แย้งที่ไม่เห็นด้วยกับคำสั่งทางปกครองอย่างชัดเจน และต้องระบุถึงข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายที่ใช้ในการโต้แย้งคำสั่งทางปกครองด้วย ดังนั้น ในกรณีที่คู่กรณีอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองด้วยวาจา หรือเพียงแต่ขอให้ตรวจสอบข้อเท็จจริงใหม่โดยนำพยานหลักฐานและพยานบุคคลไปชี้แจงต่อเจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่งทางปกครองย่อมไม่ถือเป็นการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองแต่อย่างใด<sup>36</sup>

สำหรับกำหนดเวลาในการอุทธรณ์คำสั่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 44 วรรคหนึ่ง กำหนดให้คู่กรณีต้องอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองภายใน 15 วันนับแต่วันที่ตนได้รับแจ้งคำสั่งกล่าว เว้นแต่ กรณีที่คำสั่งทางปกครองใดไม่ได้ระบุแจ้งสิทธิเกี่ยวกับวิธีการและระยะเวลาอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองเอาไว้ ระยะเวลาสำหรับการอุทธรณ์จะเริ่มนับใหม่นับตั้งแต่วันที่ได้รับแจ้งสิทธิและระยะเวลาการอุทธรณ์ใหม่ แต่หากมิได้มีการแจ้งสิทธิดังกล่าวใหม่ และระยะเวลาในการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองดังกล่าวมีระยะเวลาสั้นกว่า 1 ปี จะมีผลทำให้ระยะเวลาในการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองดังกล่าวขยายออกไปเป็น 1 ปีนับแต่วันที่รับคำสั่งทางปกครอง แต่หากผู้รับคำสั่งทางปกครองไม่สามารถอุทธรณ์ได้ภายในกำหนดเวลา 15 วัน โดยเป็นกรณีที่มีความจำเป็นอันมิอาจหลีกเลี่ยงได้และมีได้เกิดจากความผิดของผู้รับคำสั่งทางปกครอง ผู้รับคำสั่งทางปกครองย่อมสามารถยื่นคำขอขยายระยะเวลาในการอุทธรณ์ได้ภายใน 15 วันนับแต่วันที่

---

ระหว่างผู้ฟ้องคดีกับผู้ออกคำสั่ง รวมทั้งผู้ฟ้องคดีไม่ได้อยู่ในบังคับของคำสั่งดังกล่าว ผู้ฟ้องคดีจึงไม่ใช่คู่กรณีในการออกคำสั่งทางปกครองตามมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ผู้ฟ้องคดีจึงไม่ต้องอุทธรณ์คำสั่งตามมาตรา 44 แห่งพระราชบัญญัติเดียวกัน ก่อนนำคดีมาฟ้องต่อศาลปกครอง

<sup>35</sup> คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 31/2550 แม้ผู้ฟ้องคดีมิได้อุทธรณ์คำสั่งต่อผู้ถูกฟ้องคดีซึ่งเป็นผู้ทำคำสั่งทางปกครองดังกล่าวโดยตรง แต่ก็ได้ยื่นอุทธรณ์ต่อผู้ว่าราชการจังหวัดซึ่งเป็นผู้มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองที่ผู้ทำคำสั่งทางปกครองเป็นผู้บริหารท้องถิ่นหรือคณะผู้บริหารท้องถิ่นตามข้อ 2 (10) ของกฎกระทรวง ฉบับที่ 4 (พ.ศ. 2540) จึงถือว่าผู้ฟ้องคดีได้อุทธรณ์คำสั่งทางปกครองแล้ว.

<sup>36</sup> สุริยา ปานแป้น และอนุวัฒน์. อ่างแล้วเชิงอรธที่ 33. หน้า 101.



เหตุจำเป็นนั้นได้สิ้นสุดลง ทั้งนี้ ตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ตามมาตรา 66<sup>37</sup>

ในการพิจารณาอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 45<sup>38</sup> กำหนดให้การพิจารณาอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองเป็น 2 ชั้น ดังนี้<sup>39</sup>

การพิจารณาอุทธรณ์ชั้นแรก ให้ “เจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่งทางปกครอง” พิจารณาอุทธรณ์ และแจ้งผู้อุทธรณ์โดยไม่ชักช้าแต่ต้องไม่เกิน 30 วันนับแต่วันที่ได้รับอุทธรณ์ ในกรณีที่เจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่งเห็นด้วยกับคำอุทธรณ์ไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วนก็ให้ดำเนินการเปลี่ยนแปลงคำสั่งทางปกครองตามความเห็นของตนภายในกำหนดเวลาที่กำหนดภายใน 30 วันนับแต่วันที่ได้รับอุทธรณ์

การพิจารณาอุทธรณ์ชั้นที่สอง ในกรณีที่เจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่งทางปกครองพิจารณาอุทธรณ์แล้วไม่เห็นด้วยกับคำอุทธรณ์ไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วน ให้เจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่งทางปกครองเร่งทำความเห็นพร้อมเหตุผลรายงานไปยัง “ผู้มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์” ภายใน 30 วันนับแต่วันที่รับอุทธรณ์ และให้ผู้มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์ดำเนินการพิจารณาอุทธรณ์ให้แล้วเสร็จภายใน 30 วันนับแต่วันที่ตนได้รับรายงานดังกล่าว แต่ถ้าผู้พิจารณาอุทธรณ์มีเหตุจำเป็นที่ไม่อาจพิจารณาอุทธรณ์ให้เสร็จภายในกำหนดระยะเวลาดังกล่าว ก็ให้ผู้มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์ มีหนังสือแจ้งผู้อุทธรณ์ทราบก่อนครบกำหนดระยะเวลา ในการนี้ผู้อุทธรณ์สามารถขยายระยะเวลาพิจารณาอุทธรณ์ออกไปได้ไม่เกิน 30 วันนับแต่วันที่ครบกำหนดการพิจารณาครั้งแรก

<sup>37</sup> มาตรา 66 ในกรณีที่ผู้ใดไม่อาจกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใดภายในระยะเวลาที่กำหนดไว้ในกฎหมายได้เพราะมีพฤติการณ์ที่จำเป็นอันมิได้เกิดขึ้นจากความผิดของผู้นั้น ถ้าผู้นั้นมีคำขอเจ้าหน้าที่อาจขยายระยะเวลาและดำเนินการส่วนหนึ่งส่วนใดที่ล่วงมาแล้วเสียใหม่ก็ได้ ทั้งนี้ ต้องยื่นคำขอภายในสิบห้าวันนับแต่พฤติการณ์เช่นนั้นได้สิ้นสุดลง

<sup>38</sup> มาตรา 45 ให้เจ้าหน้าที่ตามมาตรา 44 วรรคหนึ่ง พิจารณาอุทธรณ์และแจ้งผู้อุทธรณ์โดยไม่ชักช้าแต่ต้องไม่เกินสามสิบวันนับแต่วันที่รับอุทธรณ์ ในกรณีที่เห็นด้วยกับคำอุทธรณ์ไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วนก็ให้ดำเนินการเปลี่ยนแปลงคำสั่งทางปกครองตามความเห็นของตนภายในกำหนดเวลาดังกล่าวด้วย

ถ้าเจ้าหน้าที่ตามมาตรา 44 วรรคหนึ่ง ไม่เห็นด้วยกับคำอุทธรณ์ไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วนก็ให้เร่งรายงานความเห็นพร้อมเหตุผลไปยังผู้มีอำนาจพิจารณาคำอุทธรณ์ภายในกำหนดเวลาตามวรรคหนึ่ง ให้ผู้มีอำนาจพิจารณาคำอุทธรณ์พิจารณาให้แล้วเสร็จภายในสามสิบวันนับแต่วันที่ตนได้รับรายงาน ถ้ามีเหตุจำเป็นไม่อาจพิจารณาให้แล้วเสร็จภายในระยะเวลาดังกล่าว ให้ผู้มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์มีหนังสือแจ้งให้ผู้อุทธรณ์ทราบก่อนครบกำหนดเวลาดังกล่าว ในการนี้ ให้ขยายระยะเวลาพิจารณาอุทธรณ์ออกไปได้ไม่เกินสามสิบวันนับแต่วันที่ครบกำหนดเวลาดังกล่าว

<sup>39</sup> สุริยา ปานแป้น และอนุวัฒน์. อ่างแล้วเชิงอรุณที่ 33. หน้า 104.

ในการพิจารณาอุทธรณ์พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 46 กำหนดให้เจ้าหน้าที่พิจารณาทบทวนคำสั่งทางปกครองได้ไม่ว่าจะเป็นปัญหาข้อเท็จจริง ข้อกฎหมาย รวมถึงความเหมาะสมของการทำคำสั่งทางปกครองดังกล่าว โดยเมื่อพิจารณาแล้วเจ้าหน้าที่เห็นเป็นประการใดที่แตกต่างไปจากคำสั่งเดิม อาจมีคำสั่งเพิกถอนคำสั่งทางปกครองเดิมหรือเปลี่ยนแปลงคำสั่งนั้นไปในทางใดได้ตามที่เห็นสมควร

ผลของการอุทธรณ์ตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 44 วรรคสาม กำหนดผลในเบื้องต้นของการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองไว้ว่า “การอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองไม่เป็นเหตุให้ทุเลาการบังคับตามคำสั่งทางปกครอง เว้นแต่ จะมีการสั่งให้ทุเลาการบังคับตาม มาตรา 56 วรรคหนึ่ง” ดังนั้น เมื่อมีคำสั่งทางปกครองแล้วเจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่งทางปกครองจึงยังคงต้องบังคับการให้เป็นไปตามคำสั่งทางปกครองต่อไป<sup>40</sup>

สำหรับผลภายหลังจากการพิจารณาอุทธรณ์นั้น เมื่อผู้ออกคำสั่งทางปกครองหรือผู้มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์ได้พิจารณาอุทธรณ์แล้ว บุคคลดังกล่าวอาจจะมีคำสั่งแทนคำสั่งเดิมได้ทันที เนื่องจากการอุทธรณ์ตามกำหนดในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองนั้น เป็นระบบการพิจารณาตามลำดับสายบังคับบัญชาตามสายงานปกติ ซึ่งฝ่ายปกครองอาจทบทวนคำสั่งทางปกครองที่ออกโดยฝ่ายปกครองด้วยตนเองได้ แต่สำหรับหลักเกณฑ์ในการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองเดิมนั้นจะกระทำได้เพียงใด และจะมีผลย้อนหลังหรือมีผลในอนาคตอย่างไร ก็ต้องเป็นไปตามหลักเกณฑ์ของการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองตามที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 49 ถึง 53<sup>41</sup>

### 3.3.2 การอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองตามที่กฎหมายเฉพาะกำหนด

สำหรับกรณีที่มีกฎหมายเฉพาะบัญญัติให้คำสั่งทางปกครองใดมีขั้นตอนและวิธีการอุทธรณ์หรือโต้แย้งไว้แล้วคู่กรณีจะต้องปฏิบัติตามขั้นตอนและวิธีการที่กฎหมายเฉพาะนั้นบัญญัติไว้ไม่ว่าจะเป็นเรื่องของขั้นตอนการอุทธรณ์ กำหนดเวลาในการอุทธรณ์ ผู้มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์ การพิจารณาอุทธรณ์ หรือกำหนดระยะเวลาในการพิจารณาอุทธรณ์ แม้ว่าขั้นตอนหรือสาระสำคัญในเรื่องดังกล่าวจะมีหลักประกันความเป็นธรรมหรือมีมาตรฐานในการปฏิบัติราชการต่ำกว่าที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ก็ตาม<sup>42</sup> ทั้งนี้ เป็นไปตามหลักที่บัญญัติไว้ในมาตรา 3 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ตัวอย่างเช่น

<sup>40</sup> สุริยา ปานแป้น และอนุวัฒน์. อ่างแล้วเชิงอรธที่ 33. หน้า 108.

<sup>41</sup> ชาญชัย แสงศักดิ์. (2561). *คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง* (พิมพ์ครั้งที่ 11). กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 300.

<sup>42</sup> สุริยา ปานแป้น และอนุวัฒน์. อ่างแล้วเชิงอรธที่ 33. หน้า 100.

ความเห็นของคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง เรื่องเสรีที่ 294/2545 คำสั่งของเจ้าพนักงานท้องถิ่นที่สั่งเพิกถอนใบอนุญาตตัดแปลงอาคาร เป็นการใช้อำนาจตามกฎหมายสองฉบับควบคู่กัน คือ พระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522 กับพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 โดยที่พระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522 ได้กำหนดขั้นตอนและระยะเวลาอุทธรณ์คำสั่งของเจ้าพนักงานท้องถิ่นไว้โดยเฉพาะ จึงไม่ต้องนำขั้นตอนและระยะเวลาอุทธรณ์ที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาใช้บังคับ ทั้งนี้ ตามมาตรา 3 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว ดังนั้น จึงใช้บังคับตามพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522 ที่กำหนดให้ผู้ได้รับคำสั่งจากเจ้าพนักงานท้องถิ่นตามพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522 และให้คณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์มีอำนาจพิจารณาวินิจฉัยอุทธรณ์คำสั่งของเจ้าพนักงานท้องถิ่น ซึ่งกรณีนี้ คือ คำสั่งเพิกถอนใบอนุญาตตัดแปลงอาคารตามมาตรา 51 แห่งพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522

คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 244/2551 เมื่อข้อ 13 ของกฎ ก.ค. ฉบับที่ 23 (พ.ศ. 2543) ออกตามความในพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการครู พ.ศ. 2523 ว่าด้วยการร้องทุกข์ และการพิจารณาเรื่องร้องทุกข์ ขอให้แก้การปฏิบัติไม่ถูกต้องหรือไม่ปฏิบัติตามกฎหมาย กำหนดให้ผู้มีอำนาจพิจารณาเรื่องร้องทุกข์มีเวลาในการพิจารณาเรื่องร้องทุกข์รวมทั้งสิ้นเก้าสิบวัน การที่ผู้ฟ้องคดีได้ร้องทุกข์เมื่อวันที่ 8 พฤษภาคม 2550 และนำคดีมาฟ้องต่อศาลในวันที่ 18 มิถุนายน 2550 จึงเป็นกรณียังไม่พ้นระยะเวลาในการพิจารณาเรื่องร้องทุกข์ตามกฎหมายดังกล่าว จึงถือได้ว่าผู้ฟ้องคดีดำเนินการไม่ครบขั้นตอนหรือวิธีการสำหรับการแก้ไขความเดือดร้อนหรือเสียหายตามที่กฎหมายกำหนดไว้ โดยเฉพาะ

จากความเห็นและคำวินิจฉัยเบื้องต้นจะให้เห็นได้ว่า หากเป็นกรณีที่มีกฎหมายเฉพาะกำหนดขั้นตอนและระยะเวลาอุทธรณ์ หรือวิธีการเกี่ยวกับการอุทธรณ์หรือโต้แย้งภายในฝ่ายปกครองไว้แล้ว ผู้ที่ประสงค์จะอุทธรณ์หรือโต้แย้งคำสั่งทางปกครองจะต้องดำเนินการตามขั้นตอนหรือวิธีการกฎหมายเฉพาะบัญญัติไว้ โดยไม่สามารถนำพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาใช้ได้ในทุกกรณี

### 3.3.3 ข้อยกเว้นการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539

พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 กำหนดให้คำสั่งทางปกครองสองประเภท มีลักษณะพิเศษว่าคำสั่งทางปกครองอื่น กล่าวคือ แม้จะมีได้มีกฎหมายเฉพาะกำหนดขั้นตอนและระยะเวลาอุทธรณ์หรือโต้แย้งคำสั่งทางปกครองดังกล่าวเอาไว้ คู่กรณีก็ไม่จำเป็นต้องอุทธรณ์

หรือโต้แย้งตามที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 โดยคู่กรณีสามารถใช้สิทธิฟ้องต่อศาลปกครองได้ทันที<sup>43</sup>

คำสั่งทางปกครองของรัฐมนตรีตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 44 วรรคหนึ่ง<sup>44</sup> กำหนดให้คำสั่งทางปกครองที่ออกโดยรัฐมนตรีไม่อยู่ภายใต้บังคับให้ต้องอุทธรณ์ตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ทั้งนี้ เนื่องจากคำสั่งทางปกครองที่ออกโดยรัฐมนตรี ถือเป็นผู้บังคับบัญชาสูงสุดของฝ่ายปกครองจึงไม่มีผู้บังคับบัญชาที่สูงกว่าที่จะพิจารณาอุทธรณ์คำอุทธรณ์ได้ ดังนั้น คู่กรณีจึงโต้แย้งคำสั่งทางปกครองนั้นต่อศาลปกครองได้โดยตรง

คำสั่งทางปกครองของคณะกรรมการตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 48<sup>45</sup> กำหนดให้ คำสั่งทางปกครองที่ออกโดยคณะกรรมการไม่อยู่ภายใต้บังคับให้ต้องอุทธรณ์ ตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ทั้งนี้ เนื่องจากคณะกรรมการต่างๆ เป็นองค์กรที่ใช้อำนาจทางปกครองโดยเฉพาะและไม่อยู่ในระบบสายงานการบังคับบัญชาคำสั่งทางปกครองของคณะกรรมการจึงเป็นที่สุดในฝ่ายปกครอง ดังนั้น คู่กรณีจึงต้องโต้แย้งคำสั่งทางปกครองนั้นต่อศาลปกครองได้โดยตรง

### 3.3.4 ข้อยกเว้นการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองตามกฎหมายเฉพาะและคำวินิจฉัยของศาลปกครอง

ข้อยกเว้นที่ไม่ต้องอุทธรณ์คำสั่งทางปกครอง<sup>46</sup> ได้แก่ คำสั่งทางปกครองที่กฎหมายเฉพาะกำหนดให้ไม่ต้องอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครอง

<sup>43</sup> ชาญชัย แสวงศักดิ์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 41. หน้า 294-295.

<sup>44</sup> มาตรา 44 วรรคหนึ่ง ภายใต้อำนาจมาตรา 48 ในกรณีที่คำสั่งทางปกครองใดไม่ได้ออกโดยรัฐมนตรี และไม่มีกฎหมายกำหนดขึ้นตอนภายในฝ่ายปกครองไว้เป็นการเฉพาะ ให้คู่กรณีอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองภายในสิบห้าวันนับแต่วันที่ได้รับแจ้งคำสั่งดังกล่าว.

<sup>45</sup> มาตรา 48 คำสั่งทางปกครองของบรรดาคณะกรรมการต่างๆ ไม่ว่าจะจัดตั้งขึ้นตามกฎหมายหรือไม่ให้คู่กรณีมีสิทธิโต้แย้งต่อคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ตามกฎหมายว่าด้วย คณะกรรมการกฤษฎีกาได้ทั้งในปัญหาข้อเท็จจริงและข้อกฎหมาย ภายในเก้าสิบวันนับแต่วันที่ได้รับแจ้งคำสั่งนั้น แต่ถ้าคณะกรรมการดังกล่าวเป็นคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทสิทธิการอุทธรณ์และกำหนดเวลาอุทธรณ์ ให้เป็นไปตามที่บัญญัติในกฎหมายว่าด้วยคณะกรรมการกฤษฎีกา.

<sup>46</sup> ประสาท พงษ์สุวรรณ. (2560). *เงื่อนไขการฟ้องคดีปกครอง*. เอกสารทางวิชาการประกอบการฝึกอบรมหลักสูตรพนักงานคดีปกครองระดับต้น รุ่นที่ 21. ระหว่างวันที่ 3 สิงหาคม 2560-เดือนกุมภาพันธ์ 2561 ณ ห้องสัมมนา ชั้น 11 อาคารศาลปกครอง. หน้า 47-53. อ้างถึงใน เสาวนีย์ กุญชรย์. (2560). *ปัญหาการฟ้องคดีต่อศาลปกครอง ศึกษากรณีไม่ได้ยื่นอุทธรณ์ต่อฝ่ายปกครองก่อน หรือยื่นอุทธรณ์แล้วแต่ไม่รอฟผลการพิจารณาและนำคดีมาฟ้องภายใน*

กรณีคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 158/2549 มาตรา 30 ทวิ วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2551 บัญญัติว่า ในกรณีที่เจ้าของหรือผู้ครอบครองทรัพย์สินหรือผู้ทรงสิทธิอื่นไม่พอใจในจำนวนเงินค่าทดแทนที่ กฟผ. กำหนด ไม่ว่าจะรับหรือไม่รับเงินค่าทดแทนที่ กฟผ. วางไว้หรือฝากไว้ให้มีสิทธิฟ้องคดีต่อศาลภายในหนึ่งปีนับแต่วันที่ กฟผ. ได้ดำเนินการตามมาตรา 30 วรรคสามแล้ว กฎหมายดังกล่าวเป็นกฎหมายที่กำหนดเงื่อนไขการฟ้องคดีไว้โดยเฉพาะ ซึ่งบัญญัติให้เจ้าของหรือผู้ครอบครองทรัพย์สินหรือผู้ทรงสิทธิที่ไม่พอใจเงินค่าทดแทน ให้มีสิทธิฟ้องศาลได้โดยไม่ต้องอุทธรณ์คำสั่งก่อน กรณีจึงไม่ต้องด้วยมาตรา 44 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ผู้ฟ้องคดีจึงไม่จำต้องอุทธรณ์คำสั่งของผู้ฟ้องคดีก่อนฟ้องคดีนี้แต่อย่างใด

คำสั่งศาลปกครองที่ คบ. 127/2558 ประกาศของคณะกรรมการคัดเลือกข้าราชการเพื่อเข้าอบรมหลักสูตรนายอำเภอประจำปีงบประมาณ พ.ศ. 2557 เรื่องหลักเกณฑ์และวิธีการคัดเลือกข้าราชการเข้ารับการศึกษาอบรมหลักสูตรนายอำเภอ ประจำปีงบประมาณ พ.ศ. 2557 มีลักษณะเป็นคำสั่งทางปกครองที่มีได้กำหนดตัวผู้รับคำสั่งทางปกครองไว้เป็นการเฉพาะ แต่ใช้บังคับเพื่อเป็นหลักเกณฑ์และวิธีการคัดเลือกในครั้งนั้น ๆ เพียงครั้งเดียว จึงมีลักษณะเป็นคำสั่งทางปกครองทั่วไป หากผู้ฟ้องคดีเห็นว่าประกาศดังกล่าวไม่ชอบด้วยกฎหมายผู้ฟ้องคดีสามารถนำคดีมาฟ้องต่อศาลภายในเก้าสิบวันนับแต่วันที่รู้ถึงประกาศดังกล่าว โดยไม่จำเป็นต้องดำเนินการใดๆ เพื่อแก้ไขความเดือดร้อนหรือเสียหายก่อนนำคดีมาฟ้องศาล

คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 728/2559 และ 764/2559 ประกาศจังหวัดราชบุรี เรื่อง การจัดให้ราษฎรที่อยู่อาศัยทำกินในที่ดินราชพัสดุแปลงพระราชกฤษฎีกากำหนดเขตหวงห้ามที่ดิน พ.ศ. 2481 ในเขตจอมบึง และอำเภอสวนผึ้ง จังหวัดราชบุรี เช่นที่ดินราชพัสดุ ลงวันที่ 13 ตุลาคม 2552 มุ่งใช้บังคับกับที่ราชการพัสดุแปลงพิพาท โดยมีได้เจาะจงตัวบุคคลแต่อย่างใด ประกาศจังหวัดราชบุรีดังกล่าวจึงมีลักษณะเป็นคำสั่งทางปกครองทั่วไปที่มีได้กำหนดตัวผู้รับคำสั่งไว้โดยเฉพาะผู้ฟ้องคดีจึงสามารถฟ้องคดีนี้ต่อศาลได้โดยไม่ต้องดำเนินการแก้ไขความเดือดร้อนหรือเสียหายก่อนฟ้องคดี

คำสั่งศาลปกครองสูงสุด 565/2546 ผู้ถูกฟ้องคดีได้ออกคำสั่งให้ผู้ฟ้องคดีชดใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่ผู้ถูกฟ้องคดีภายใน 45 วัน นับแต่วันที่ได้รับหนังสือและหากไม่เห็นด้วยให้ยื่นฟ้องต่อศาลปกครองภายใน 90 วัน การที่ผู้ฟ้องคดียื่นฟ้องต่อศาลปกครองโดยมิได้อุทธรณ์คำสั่งดังกล่าวเสียก่อน จึงเป็นผลมาจากคำสั่งของผู้ถูกฟ้องคดีหากศาลนำมาเป็นเหตุสั่งไม่รับคำฟ้องของผู้ฟ้องคดีไว้พิจารณา ก็จะทำให้เกิดความไม่เป็นธรรมในการบังคับใช้กฎหมายอย่างยิ่ง จึงรับคำฟ้องไว้พิจารณา

คำสั่งศาลปกครองที่ 342/2548 ผู้ฟ้องคดีฟ้องเพิกถอนผลการประกวดราคาโดยไม่อุทธรณ์ คำสั่งดังกล่าว เนื่องจากไม่ทราบแน่ชัดว่าผู้ว่าราชการกรุงเทพมหานครมีคำสั่งอนุมัติคัดเลือกและ ตกลงรับคำเสนอรับจ้างของผู้ชนะการประกวดราคาหรือไม่ เพียงแต่ได้รับทราบเป็นการภายในจาก เจ้าหน้าที่และจากหนังสือพิมพ์เท่านั้น ซึ่งข่าวที่ปรากฏในหนังสือพิมพ์นั้นก็ยังไม่ได้เป็นการสื่อสารที่มีความหมายที่ชัดเจนเพียงพอที่จะเข้าใจได้ ทั้งยังไม่เป็นการยืนยันแน่นอนว่าผู้ว่าราชการ กรุงเทพมหานครไม่ได้แจ้งคำสั่งรับคำเสนอรับจ้างของบุคคลใด ดังนั้น เมื่อผู้ว่าราชการ กรุงเทพมหานครไม่ได้แจ้งคำสั่งดังกล่าวต่อผู้ฟ้องคดีตามกฎหมายซึ่งมีผลทำให้ผู้ฟ้องคดีไม่อาจใช้ สิทธิอุทธรณ์ได้ตามกฎหมาย การที่จะห้ามผู้ฟ้องคดีมิให้ใช้สิทธิฟ้องคดีต่อศาลปกครอง เพราะมิได้ ยื่นอุทธรณ์คำสั่งก่อนฟ้องคดีก็ย่อมจะไม่ใช่เป็นธรรม

### 3.3.5 ผลของการไม่ปฏิบัติตามระยะเวลาอุทธรณ์ที่กฎหมายกำหนด

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ 142/2551 กรณีผู้ฟ้องคดีซึ่งเป็นข้าราชการพลเรือนใน สถาบันอุดมศึกษาฟ้องเพิกถอนคำสั่งของอธิการบดีที่สั่งไม่ให้ผู้ฟ้องคดีรับเงินตอบแทนพิเศษ จะต้องดำเนินการร้องทุกข์ต่อสภาจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัยภายในสามสิบวันนับแต่วันที่รับคำสั่ง ตามมาตรา 63 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือนในสถาบันอุดมศึกษา พ.ศ. 2547 เมื่อผู้ฟ้องคดีได้รับทราบคำสั่งดังกล่าวเมื่อวันที่ 28 พฤศจิกายน 2549 และในคำสั่งดังกล่าวได้แจ้ง สิทธิร้องทุกข์ไว้ว่าให้ร้องทุกข์ภายในกำหนดสามสิบวันนับแต่วันที่รับแจ้งคำสั่งอันเป็นเหตุให้ ร้องทุกข์ การที่ผู้ฟ้องคดีร้องทุกข์โต้แย้งคำสั่งดังกล่าวเมื่อวันที่ 15 มีนาคม 2550 จึงเป็นการร้องทุกข์ เมื่อพ้นกำหนดระยะเวลาตามที่กฎหมายกำหนดไว้และไม่อาจถือว่าผู้ฟ้องคดีได้ดำเนินการแก้ไข เยียวความเดือดร้อนหรือเสียหายตามที่กฎหมายกำหนดไว้ก่อนฟ้องคดี

คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 125/2551 กรณีฟ้องเพิกถอนคำสั่งของอธิบดีกรมป่าไม้ที่เรียก ให้ผู้ฟ้องคดีร่วมรับผิดชอบอย่างลูกหนี้ร่วมในค่าสินไหมทดแทนเพื่อการละเมิด เมื่อปรากฏว่าผู้ฟ้องคดี ได้รับหนังสือแจ้งให้ชำระค่าสินไหมทดแทน เมื่อวันที่ 18 สิงหาคม 2548 แต่ผู้ฟ้องคดีมีหนังสือยื่น อุทธรณ์เมื่อวันที่ 7 กันยายน 2548 ซึ่งเกินระยะเวลาสิบห้าวันนับแต่วันที่รับแจ้งคำสั่งดังกล่าว ตามมาตรา 44 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 แม้อธิบดีกรมป่าไม้จะ ไม่เห็นด้วยกับอุทธรณ์ และส่งอุทธรณ์ไปให้รองปลัดกระทรวงทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม ซึ่งเป็นผู้มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์ และรองปลัดกระทรวงทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม จะมีการพิจารณา โดยเห็นว่าผู้ฟ้องคดียื่นคำอุทธรณ์เกินกำหนดระยะเวลาตามมาตรา 44 แห่ง พระราชบัญญัติดังกล่าวจึงไม่รับอุทธรณ์ไว้พิจารณาก็ตาม แต่การพิจารณาอุทธรณ์ดังกล่าวก็ไม่ได้ ทำให้เกิดสิทธิในการฟ้องคดีแต่อย่างใด

จากคำวินิจฉัยข้างต้นจะเห็นได้ว่า หากมีกฎหมายกำหนดระยะเวลาอุทธรณ์ไว้แล้วบุคคลที่ได้รับผลกระทบจากคำสั่งทางปกครองจะต้องอุทธรณ์ภายในระยะเวลาที่กฎหมายกำหนด แต่หากเป็นกรณีที่กฎหมายเฉพาะมิได้กำหนดระยะเวลาในการอุทธรณ์ไว้บุคคลนั้นจะต้องดำเนินการอุทธรณ์ตามระยะเวลาที่กำหนดในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 โดยหากบุคคลผู้ได้รับผลกระทบมิได้ดำเนินการตามที่กล่าวมาข้างต้นจะส่งผลต่อใน 2 ประการ คือ ประการแรกทำให้ฝ่ายปกครองอาจจะไม่รับอุทธรณ์ดังกล่าวไว้พิจารณาเนื่องจาก เป็นอุทธรณ์ที่ยื่นเกินระยะเวลาที่กฎหมายกำหนด ประการที่สองจะส่งผลทำให้บุคคลดังกล่าวเสียสิทธิในการฟ้องศาลปกครองอย่าง “เด็ดขาด” กล่าวคือ แม้จะมีการรับอุทธรณ์ไว้พิจารณาจากฝ่ายปกครองแล้วก็ตาม แต่หากเป็นกรณีที่มิยื่นอุทธรณ์เกินระยะเวลาที่กฎหมายกำหนดก็จะถือว่าบุคคลดังกล่าวมิได้มีการดำเนินการตามขั้นตอนและระยะเวลาอุทธรณ์หรือโต้แย้งตามที่กฎหมายกำหนดไว้ก่อนนำคดีฟ้องต่อศาลปกครอง ทำให้ศาลปกครองไม่อาจรับคดีไว้พิจารณาได้

### 3.4 หลักกฎหมายเกี่ยวกับการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองของต่างประเทศ

การอุทธรณ์หรือการร้องเรียนต่อฝ่ายปกครองมีวัตถุประสงค์เพื่อให้ฝ่ายปกครองไม่ว่าจะเป็นเจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่ง ผู้บังคับบัญชาระดับสูงขึ้นไปหรือคณะกรรมการที่มีอำนาจได้ทบทวนแก้ไขเปลี่ยนแปลง (La Réformation) ยกเลิก (L'annulation) หรือเพิกถอน (Le Retrait ou l'Abrogation) คำสั่งทางปกครองที่ออกโดยฝ่ายปกครองซึ่งอาจจะไม่ชอบด้วยกฎหมาย<sup>47</sup>

สำหรับแนวคิดของต่างประเทศเกี่ยวกับการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองนั้น ในการศึกษาครั้งนี้จะมุ่งศึกษาแนวคิดการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองของสาธารณรัฐฝรั่งเศสและสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ซึ่งเป็นประเทศที่ใช้ระบบกฎหมาย Civil Law เช่นเดียวกับประเทศไทย

#### 3.4.1 หลักการอุทธรณ์แบบบังคับของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

ในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองมีเพียงระบบเดียว คือ “ระบบบังคับ” โดยในมาตรา 68<sup>48</sup> แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาของศาลปกครอง ค.ศ. 1960 ได้

<sup>47</sup> CE, sect., 18 november 2005, n 270075, Houllbreque. อ้างถึงใน ปิยาภรณ์ ชัยวัฒน์. (2558). การอุทธรณ์ต่อฝ่ายปกครองของฝรั่งเศส: สถานะและผลของคำวินิจฉัย. *วารสารวิชาการศาลปกครอง*, 15 (4), หน้า 53.

<sup>48</sup> มาตรา 68 ก่อนยื่นฟ้องคดีโต้แย้งคำสั่งทางปกครองจะต้องมีการตรวจสอบเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายและความชอบด้วยวัตถุประสงค์ในการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองเสียก่อน การตรวจสอบดังกล่าวไม่จำเป็นต้องกระทำ หากกฎหมายได้กำหนดไว้เป็นการเฉพาะ ในกรณีดังต่อไปนี้

กำหนดว่าการฟ้องคดีที่เกี่ยวกับคำสั่งทางปกครองจะต้องมีการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองเสียก่อน ไม่เช่นนั้นศาลปกครองจะไม่รับฟ้องแต่บัญญัติที่บังคับให้มีการอุทธรณ์ดังกล่าวใช้เฉพาะกรณีฟ้องให้เพิกถอนคำสั่งทางปกครอง และคดีฟ้องบังคับให้ออกคำสั่งทางปกครอง เท่านั้น โดยจะไม่ใช้บังคับกับคดีในกฎหมายปกครองประเภทอื่น<sup>49</sup> ซึ่งความมุ่งหมายของการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองมีความมุ่งหมายสำคัญ 3 ประการ คือ<sup>50</sup>

ประการแรก เพื่อเป็นการคุ้มครองสิทธิของผู้โต้แย้ง ซึ่งตามหลักทั่วไปแล้วจะเป็นการกำหนดให้เจ้าหน้าที่ระดับสูงขึ้นไปเป็นผู้ตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายและความชอบด้วยวัตถุประสงค์ของคำสั่งทางปกครองเพื่อมุ่งหวังว่าอาจเป็นการขจัดการะให้กับผู้โต้แย้งคำสั่งทางปกครองดังกล่าว

ประการที่สอง การอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองทำหน้าที่ในการควบคุมตนเองของฝ่ายปกครอง

ประการที่สาม การอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองเป็นการลดหรือแบ่งเบาภาระแก่ศาลปกครอง

สำหรับขั้นตอนการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี นั้น ตามมาตรา 70<sup>51</sup> วรรคหนึ่ง ได้กำหนดให้ทำเป็นลายลักษณ์อักษรต่อเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองผู้ออกคำสั่งทางปกครอง หรือให้เจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งทางปกครองบันทึกไว้เป็นลายลักษณ์อักษร โดยการอุทธรณ์จะต้องกระทำภายใน 1 เดือนนับแต่ได้รับแจ้งคำสั่งทางปกครอง สำหรับการพิจารณาเจ้าหน้าที่ผู้ออก

(1) คำสั่งทางปกครองซึ่งออกโดยเจ้าหน้าที่สหพันธ์ระดับสูงสุด หรือออกโดยเจ้าหน้าที่มรัฐระดับสูงสุด เว้นแต่กฎหมายได้กำหนดให้ต้องมีการตรวจสอบ หรือ

(2) คำสั่งในเรื่องการเยียวยา หรือคำวินิจฉัยอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครอง ซึ่งมีเนื้อหาที่เป็นการก่อให้เกิดความเดือดร้อนเป็นครั้งแรก

สำหรับคำฟ้องขอให้้ออกคำสั่งทางปกครองให้นำความวรรคหนึ่งมาใช้บังคับโดยอนุโลม ในกรณีของคำร้องขอให้้ออกคำสั่งทางปกครองได้รับการปฏิเสธ.

<sup>49</sup> Mahendra P. Singh. (1985). *German Administrative Law in Common Law Perspective 123*. Berlin: Springer-Verlag Berlin Heidelberg. อ้างถึงใน ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนสานต์. (2540). *กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง*. กรุงเทพฯ: จีระจักรพิมพ์. หน้า 376.

<sup>50</sup> บรรเจิด สิงคะเนติ. (2547). *ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับคดีปกครองเยอรมัน*. กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์เดือนตุลา. หน้า 87.

<sup>51</sup> มาตรา 70 คำร้องคัดค้านจะต้องยื่นเป็นหนังสือ หรือบันทึกเป็นลายลักษณ์อักษรโดยเจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งทางปกครองภายในหนึ่งเดือนนับแต่ได้มีการแจ้งคำสั่งทางปกครองให้ผู้ร้องทราบ การยื่นคำร้องคัดค้านต่อเจ้าหน้าที่ผู้ที่จะต้องมีการวินิจฉัยคำร้องคัดค้านให้กำหนดระยะเวลาเช่นเดียวกัน

มาตรา 58 และมาตรา 60 วรรคหนึ่งถึงวรรคสี่ ให้นำมาใช้บังคับโดยอนุโลม



คำสั่งจะต้องพิจารณาถึงเหตุผลของการโต้แย้งทบทวนคำสั่งทางปกครองอีกครั้ง ซึ่งในขั้นนี้เจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งมีเวลาในการพิจารณา 1 เดือน หากเจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งเห็นด้วยกับการโต้แย้งหรือคำอุทธรณ์ว่ามีเหตุผลรับฟังได้ เจ้าหน้าที่ผู้นั้นก็จะดำเนินการยกเลิก เพิกถอน หรือแก้ไขคำสั่งทางปกครองเพื่อแก้ไขความเดือดร้อนของผู้อุทธรณ์ แต่ถ้าหากเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองยืนยันคำสั่งทางปกครองเดิมว่าชอบด้วยกฎหมายก็จะเสนอให้ผู้บังคับบัญชาลำดับเหนือขึ้นไปพิจารณา ซึ่งในการพิจารณาอุทธรณ์ไม่ว่าจะเป็นเจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งหรือผู้บังคับบัญชาจะสามารถตรวจสอบทั้งความชอบด้วยกฎหมาย และความชอบด้วยวัตถุประสงค์ ของคำสั่งทางปกครอง<sup>52</sup> หลังจากนั้นก็จะออกคำสั่งพิจารณาอุทธรณ์ ซึ่งหากปรากฏว่าผู้บังคับบัญชาเห็นว่าคำสั่งทางปกครองของเจ้าหน้าที่ระดับต้นออกโดยผิดพลาดก็จะแก้ไขเปลี่ยนแปลง แต่ถ้าเห็นว่าออกโดยชอบด้วยกฎหมายแล้วก็จะมิคำสั่งยกอุทธรณ์ ซึ่งหากมีคำวินิจฉัยอุทธรณ์แล้วผู้อุทธรณ์ไม่พอใจกับคำวินิจฉัยผู้อุทธรณ์จะมีระยะเวลาอีก 1 เดือนนับแต่ได้รับแจ้งคำวินิจฉัยอุทธรณ์ในการนำคดีไปสู่ศาลปกครอง แต่หากฝ่ายปกครองนิ่งเฉยไม่วินิจฉัยอุทธรณ์หรือไม่พิจารณาคำอุทธรณ์เมื่อเวลาล่วงผ่านไปไม่น้อยกว่า 3 เดือนนับแต่ได้ยื่นคำอุทธรณ์ ผู้อุทธรณ์สามารถนำคดีฟ้องต่อศาลปกครองได้ โดยถือว่าการที่ฝ่ายปกครองนิ่งเฉยเกิน 3 เดือนเป็นการล่าช้าเกินสมควร<sup>53</sup> จะเห็นได้ว่า การอุทธรณ์ระบบบังคับก่อนฟ้องคดีนี้เกิดขึ้นจากกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครองของศาลปกครองมิได้เกิดขึ้นจากการกำหนดไว้ในกฎหมายเฉพาะ ระบบนี้จึงผูกติดกับวัตถุประสงค์ในการฟ้องคดีต่อศาลปกครองด้วย กล่าวคือ หากเป็นกรณีที่ฟ้องขอให้เพิกถอนคำสั่งทางปกครอง หรือกรณีฟ้องขอให้ออกคำสั่งทางปกครองจะต้องมีการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองก่อนฟ้องคดีต่อศาลปกครอง แต่สำหรับกรณีที่มีกฎหมายเฉพาะกำหนดขั้นตอนของการใช้สิทธิอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองไว้เป็นการเฉพาะ เช่น กฎหมายว่าด้วยภาษีอากรกรณีดังกล่าวจะต้องปฏิบัติให้เป็นไปตามขั้นตอนที่กฎหมายเฉพาะกำหนดไว้<sup>54</sup>

อย่างไรก็ตาม การอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีที่เป็นระบบบังคับนี้มีข้อยกเว้นที่จะไม่ใช้กับกรณีคำสั่งทางปกครอง กล่าวคือ กรณีที่มีกฎหมาย (ของสหพันธ์หรือมลรัฐ) ได้บัญญัติยกเว้นไม่ต้องดำเนินการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองไว้โดยเฉพาะ

<sup>52</sup> บรรเจิด สิงคะเนติ. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 50. หน้า 87.

<sup>53</sup> เพ็ญศรี วงศ์เสรี. (2540). *หลักที่สำคัญของกระบวนการวิธีพิจารณาคดีปกครองเยอรมัน (Grundzüge des deutschen Verwaltungsgerichtsprozesses)*. บทความนำเสนอในการสัมมนาทางวิชาการ เรื่อง Administrative Court and Administrative Court Procedure. หน้า 28-29. อ้างถึงใน เสาวนีย์ ภูงษ์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 46. หน้า 94.

<sup>54</sup> กมลชัย รัตนสกวาส์. (2540). *รวมบทความเนื่องในโอกาสครบรอบ 84 ปี ศาสตราจารย์ ดร. ประยูร กาญจนกุล: ความชอบด้วยกฎหมาย ความมิชอบด้วยกฎหมายและผลบังคับทางกฎหมายของนิติกรรมทางปกครองตามกฎหมายเยอรมนี*. กรุงเทพฯ: นิติธรรม. หน้า 85-86.

กรณีคำสั่งทางปกครองนั้นออกโดยเจ้าหน้าที่ระดับสูงสุดของมลรัฐหรือสหพันธรัฐ ตามมาตรา 68 วรรคหนึ่ง (1) เนื่องจากคำวินิจฉัยหรือการตัดสินใจดังกล่าวไม่มีเจ้าหน้าที่ระดับเหนือกว่ามาควบคุม ตรวจสอบได้อีกแล้ว เช่น คำสั่งทางปกครองที่ออกโดยประธานาธิบดี นายกรัฐมนตรี หรือรัฐมนตรี และกรณีมีบุคคลที่สามซึ่งได้รับผลกระทบจากคำวินิจฉัยอุทธรณ์คำสั่งทางปกครอง ตามมาตรา 68 วรรคหนึ่ง (2) เนื่องจากได้มีการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองมาแล้วครั้งหนึ่ง จึงทำให้เรื่องนั้นสมควรให้มีการฟ้องคดีโดยตรง เช่น กรณีมีการโต้แย้งใบอนุญาตในการก่อสร้างโดยเพื่อนบ้านทำให้ผู้มีอำนาจในการพิจารณาอุทธรณ์ยกเลิกใบอนุญาตดังกล่าว เจ้าของบ้านซึ่งเป็นผู้ได้รับผลกระทบครั้งแรกจากการวินิจฉัยอันเนื่องมาจากการโต้แย้งใบอนุญาตก่อสร้างดังกล่าว ไม่จำเป็นต้องอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองอีก<sup>55</sup>

นอกจากนั้นสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนียังมีระบบการเยียวยาภายในฝ่ายปกครองที่ไม่ใช่เป็นการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครอง โดยจะเรียกว่า “ระบบปกติ” ซึ่งเป็นไปตามแนวคิดที่ว่าฝ่ายปกครองต้องรับผิดชอบตรวจสอบการกระทำของตน หากมีคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายฝ่ายปกครองมีหน้าที่จะต้องเพิกถอนคำสั่งดังกล่าว ซึ่งการเพิกถอนนี้จะกระทำ โดยเจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งทางปกครองนั่นเอง หรือผู้บังคับบัญชาของเจ้าหน้าที่ผู้นั้นอาจทำการตรวจสอบพบและให้มีการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายได้ ทั้งนี้ เป็นไปตามระบบปกติของสายการบังคับบัญชา แต่อย่างไรก็ตามในระบบปกตินี้ไม่ถือว่าเป็นหน้าที่ที่จะต้องกระทำ แต่เป็นดุลพินิจว่ากระทำหรือไม่ก็ได้ ตามหลักกฎหมายในเรื่อง “การเพิกถอนคำสั่งทางปกครอง” ซึ่งไม่มีระยะเวลาชัดเจนแต่อย่างใด ดังนั้น แม้ว่าจะพ้นระยะเวลาอุทธรณ์ไปแล้ว เจ้าหน้าที่ก็มีดุลพินิจที่จะทบทวนอีกได้ ทั้งนี้ ตามหลักเกณฑ์ในเรื่องเพิกถอนคำสั่งทางปกครอง

กล่าวโดยสรุปการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี นั้น เป็น “ระบบบังคับ” ที่มีได้ถูกกำหนดโดยกฎหมายเฉพาะ แต่ถูกกำหนดโดยกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครองของศาลปกครอง ซึ่งหลักเกณฑ์ของการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีสามารถสรุปได้ ดังนี้

ขั้นตอนการยื่นอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครอง ระบบการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองของสาธารณรัฐเยอรมนีจะเป็นระบบพิจารณา 2 ชั้น กล่าวคือ ผู้ที่ประสงค์จะอุทธรณ์คำสั่งทางปกครอง จะต้องอุทธรณ์คำสั่งดังกล่าวต่อเจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่ง โดยหากเจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งทางปกครองเห็นว่าคำสั่งทางปกครองไม่ถูกต้องก็สามารถแก้ไขเปลี่ยนแปลงในชั้นของเจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งได้ แต่หากไม่เห็นด้วยกับคำอุทธรณ์เจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งทางปกครองจะต้องส่งเรื่องให้ผู้บังคับบัญชา

<sup>55</sup> บรรเจิด สิงคะเนติ. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 52. หน้า 88.

ซึ่งเป็นเจ้าหน้าที่ระดับสูงกว่าเป็นผู้พิจารณาต่อไป ซึ่งแตกต่างจากสาธารณรัฐฝรั่งเศสที่เมื่อมีการอุทธรณ์เมื่อมีการยื่นต่อผู้มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์แล้วจะไม่ได้รับการทบทวนจากผู้ใดอีก

ระยะเวลาการยื่นอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครอง ผู้ประสงค์จะอุทธรณ์ต้องยื่นต่อเจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งทางปกครองภายใน 1 เดือน นับแต่ได้รับแจ้งคำสั่งทางปกครอง

แต่อย่างไรก็ตามกรณีที่มีกฎหมายเฉพาะกำหนดให้มีขั้นตอนและระยะเวลาอุทธรณ์ในการใช้สิทธิอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองไว้ อุทธรณ์จะต้องดำเนินการตามขั้นตอนและระยะเวลาที่กำหนดไว้ในกฎหมายเฉพาะแต่ละฉบับ

### 3.4.2 หลักการอุทธรณ์แบบไม่บังคับของสาธารณรัฐฝรั่งเศส

การอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองในสาธารณรัฐฝรั่งเศส ถือเป็นหลักการที่ศาลปกครองใช้วางแนวทางเกี่ยวกับการจัดกระบวนการยุติธรรมทางปกครองในการตรวจสอบและทบทวนคำสั่งทางปกครอง โดยมีวัตถุประสงค์ในการรับรองสภาพบังคับของขั้นตอนการอุทธรณ์ภายใน ฝ่ายปกครองเพื่อสร้างระบบตรวจสอบที่มีความเหมาะสม (Flexible) และยืดหยุ่น (Opportunity) กับคำสั่งทางปกครองแต่ละประเภท และยังเป็น การช่วยปริมาณคดีที่จะขึ้นสู่ศาลปกครองด้วย<sup>56</sup> ซึ่งในระยะแรกศาลปกครองฝรั่งเศสวางแนวทางบังคับใช้ขั้นตอนการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองเป็นแบบไม่บังคับหรือเมื่อเลือก กล่าวคือ ในกรณีทั่วไปผู้ได้รับผลกระทบจากคำสั่งทางปกครองอาจอุทธรณ์หรือโต้แย้งคำสั่งทางปกครองภายในฝ่ายปกครองก่อนฟ้องคดีปกครอง หรืออาจจะอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองและไปพร้อมกับการฟ้องคดีต่อศาลปกครองในขณะเดียวกันก็ได้ ทั้งนี้ เพื่อให้ประชาชนมีโอกาสเลือกทางที่เห็นว่าเป็นประโยชน์ที่สุดแก่ตนเองได้ และสำหรับฝ่ายปกครองเองก็จะได้รับประโยชน์ในการที่มีโอกาสแก้ไขข้อผิดพลาดของตนเองแทนที่จะต้องถูกตรวจสอบหรือสั่งจากศาล ทั้งการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองจะเป็นประโยชน์ต่อศาลปกครองโดยช่วยแบ่งเบาภาระให้กับศาลปกครองอีกด้วย จากแนวคิดดังกล่าวจึงทำให้เกิดบทบัญญัติต่างๆของรัฐธรรมนูญปี 1958 ลงวันที่ 31 ธันวาคม ค.ศ. 1958 ซึ่งในมาตรา 3 ของรัฐธรรมนูญดังกล่าวได้กำหนดให้มีการตราฎีกาเพื่อบังคับให้ต้องมีการอุทธรณ์หรือร้องเรียนภายในฝ่ายปกครองก่อนที่ฟ้องคดีต่อศาล แต่อย่างไรก็ตามปัจจุบันก็ยังมิได้มีการกำหนดฎีกาดังกล่าวขึ้น ดังนั้น การอุทธรณ์ตามที่กฎหมายกำหนดไว้จึงมิได้เป็นเงื่อนไขในการรับฟ้อง โดยศาลปกครองฝรั่งเศสสามารถรับเรื่องไว้พิจารณาได้ไม่ว่าจะมีการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองหรือไม่ เว้นแต่ กรณีที่มีกฎหมายเฉพาะเรื่องบังคับให้มีการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองก่อนที่ฟ้องคดีต่อศาล ซึ่งเป็นการบังคับใช้ขั้นตอนการอุทธรณ์ภายในฝ่าย

<sup>56</sup> ฤทัย หงส์ศิริ. (2541). *รวมบทความทางวิชาการกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539*. กรุงเทพฯ: วิทยุชน. หน้า 109. อ้างถึงใน เสาวนีย์ ภู่งษ์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 46. หน้า 92.

ปกครองก่อนฟ้องคดีผู้ได้รับผลกระทบจะต้องอุทธรณ์หรือโต้แย้งคำสั่งทางปกครองต่อฝ่ายปกครองให้เสร็จสิ้นก่อน มิฉะนั้นศาลปกครองฝรั่งเศสจะไม่รับไว้พิจารณา<sup>57</sup>

ในปัจจุบันสาธารณรัฐฝรั่งเศสได้บังคับใช้ขั้นตอนการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองก่อนฟ้องคดีหรือการอุทธรณ์แบบบังคับมากขึ้น โดยการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองแบบบังคับมีบัญญัติไว้ในกฎหมายอยู่ประมาณ 150 รูปแบบ เช่น การอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองแบบบังคับในคดีภาษี กระบวนการร้องเรียนอันเนื่องมาจากการปฏิเสธ การตรวจลงตรา (วีซ่า) เพื่อพำนักในประเทศ การอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองที่ออกโดยสมพันธ์กีฬา หรือการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองที่มีเนื้อหาสาระเกี่ยวกับการบริหารงานบุคคลของราชการทหาร เป็นต้น ซึ่งการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองแบบบังคับถือเป็นเรื่องที่ส่งผลดีต่อปริมาณคดีที่ขึ้นสู่ศาล เนื่องจากสามารถคัดกรองปริมาณคดีได้ราว 1 ใน 3 ของคดีพิพาทในศาลปกครองชั้นต้น โดยเฉพาะอย่างยิ่งคดีเกี่ยวกับการเพิกถอนใบอนุญาตจับขังอันเป็นผลมาจากการหักคะแนนสะสมภายหลังกระทำความผิดจรรยาบรรณคดีบริหารงานบุคคลราชการพลเรือน คำสั่งทางปกครองที่มีเนื้อหาสาระเกี่ยวกับสิทธิของคนต่างด้าว และคำสั่งทางปกครองที่เนื้อหาสาระเกี่ยวกับการลงโทษ เป็นต้น<sup>58</sup>

โดยระบบการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองของสาธารณรัฐฝรั่งเศสเป็นการขอให้พิจารณา ทบทวนนิติกรรมทางปกครอง (คำสั่งทางปกครองและกฎ) ทั้งเรื่องความไม่ชอบด้วยกฎหมาย และความไม่เหมาะสม โดยจะใช้ในกรณีที่มีนิติกรรมทางปกครองขึ้นแล้วเท่านั้น แต่จะไม่ใช้บังคับกับนิติกรรมทางตุลาการ การกระทำทางกายภาพ ละเมิด และสัญญาทางปกครอง<sup>59</sup> สำหรับการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองของฝรั่งเศสแยกเป็น 2 ระบบ ดังนี้

ระบบปกติ (Recours Administrative Ordinaire) เป็นระบบการอุทธรณ์ต่อภายในฝ่ายปกครองที่เป็นหลักทั่วไป โดยอุทธรณ์ต่อเจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่ง หรืออุทธรณ์ ต่อผู้บังคับบัญชาเหนือชั้นขึ้นไปของเจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่ง การอุทธรณ์ประเภทนี้ จึงไม่มีรูปแบบ กระบวนการพิจารณา ไม่มีอายุความ แม้จะเป็นบุคคลภายนอกซึ่งมิได้มีส่วนได้เสียก็สามารถอุทธรณ์ได้ เนื่องจากการอุทธรณ์ในลักษณะเป็นไปตามหลักทั่วไปในการจัดระเบียบภายในฝ่ายปกครอง<sup>60</sup> โดยการยื่นอุทธรณ์กระทำเมื่อใดก็ได้ ส่วนฝ่ายปกครองจะมีการรับพิจารณาอุทธรณ์หรือไม่ขึ้นอยู่กับดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ ซึ่งการอุทธรณ์ในระบบนี้โดยหลักจะเป็นระบบการอุทธรณ์ไม่บังคับ หรือระบบการอุทธรณ์เพื่อเลือก

<sup>57</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 111. อ้างถึงใน เสาวนีย์ ภู่งงษ์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 46. หน้า 93.

<sup>58</sup> Professeur Christophe ALONSO แปลโดย ปาลีรัฐ ศรีวรรณพฤกษ์. (2558). การอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองแบบบังคับกับคดีปกครอง. *วารสารวิชาการศาลปกครอง*, 15 (4), หน้า 2.

<sup>59</sup> ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 49. หน้า 368.

<sup>60</sup> ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 49. หน้า 369.

คู่กรณีจะอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองก่อนหรือไม่ก็ได้เว้นแต่จะมีกฎหมายเฉพาะกำหนดว่าเป็นกรณี บังคับโดยตรง แต่แม้ว่าในทางทฤษฎีการอุทธรณ์ในระบบนี้จะถือว่าไม่มีอายุความก็ตาม ในทาง ปฏิบัติการเสนอคดีต่อองค์กรวินิจัยคดีปกครองจะมีอายุความกำหนดให้ต้องกระทำภายใน 2 เดือน นับแต่ได้รับการแจ้งคำสั่งทางปกครอง ดังนั้น จึงมีผลโดยปริยายว่าคู่กรณีต้องอุทธรณ์ต่อ ฝ่ายปกครองภายในอายุความ 2 เดือน และอายุความจะเริ่มต้นนับใหม่ตั้งแต่มีคำสั่งทางปกครองครั้ง ใหม่เกิดขึ้น แต่หากฝ่ายปกครองนิ่งเงียบไม่ตอบจะมีการนำหลักปฏิเสศ โดยปริยายมาใช้เมื่อพ้น 4 เดือน ซึ่งผู้อุทธรณ์จะมีเวลาอีก 2 เดือนที่จะนำคดีเสนอต่อองค์กรวินิจัยคดีปกครอง<sup>61</sup>

ระบบพิเศษ (Recours Spéciaux) ระบบนี้เป็นระบบการอุทธรณ์ต่อภายในฝ่ายปกครองที่ กฎหมายหรือกฎทางปกครองกำหนดให้มีการอุทธรณ์นิติกรรมทางปกครองที่เกี่ยวข้องได้โดยตรงและ กำหนดวิธีการเฉพาะไว้ เช่น การกำหนดให้อุทธรณ์ต่อผู้มีอำนาจกำกับดูแลเจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่ง (recours de tutelle) หรือการให้อุทธรณ์ต่อองค์เฉพาะในฝ่ายปกครองที่มีอำนาจแก้ไขเปลี่ยนแปลง คำสั่งนั้นได้ แต่โดยที่เป็นระบบพิเศษที่กฎหมายหรือกฎทางปกครองจะกำหนดรายละเอียดของ วิธีการอุทธรณ์ กระบวนการพิจารณา และระยะเวลาอุทธรณ์ไว้ จึงจะถือเป็นการบังคับให้ผู้ได้รับ ผลกระทบจากคำสั่งทางปกครองต้องอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองก่อนหรือไม่นั้น ก็ยังคงเป็นอีก ปัญหาหนึ่งในสาธารณรัฐฝรั่งเศส แต่โดยหลักจะถือว่าเป็นระบบอุทธรณ์ไม่บังคับ คู่กรณีหรือผู้ ได้รับผลกระทบจะใช้ระบบพิเศษนี้หรือไม่ก็ได้ แต่ก็มีหลายกรณีที่เป็นการบังคับว่าต้องใช้ระบบ พิเศษนี้ก่อนจะนำคดีไปสู่การพิจารณาขององค์กรวินิจัยคดีปกครองหรือศาล โดยเป็นเงื่อนไขอย่าง หนึ่งหากไม่ดำเนินการตามขั้นตอนบังคับนี้ก่อนองค์กรวินิจัยคดีปกครองหรือศาลจะไม่รับพิจารณา ใ้<sup>62</sup>

กล่าวโดยสรุปหลักเกณฑ์ของการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองของสาธารณรัฐฝรั่งเศสสามารถ แบ่งได้ ดังนี้ขั้นตอนการยื่นอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครอง ในระบบปกติ ผู้ที่ประสงค์จะยื่นอุทธรณ์ อาจจะมีใช้ผู้ที่ได้รับผลกระทบจากคำสั่งทางปกครองหรืออาจจะมีได้เป็นผู้มีส่วนได้เสียก็ได้ โดยการอุทธรณ์สามารถยื่นอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองต่อเจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งทางปกครอง (Recours Gracieux) หรือยื่นต่อผู้บังคับบัญชาเหนือขึ้นไปของเจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งทางปกครอง (Recours Hiérarchique) ก็ได้เนื่องจากเป็นการอุทธรณ์ที่กฎหมายมิได้กำหนดขั้นตอนไว้

ส่วนในระบบพิเศษซึ่งเป็นกรณีที่มีกฎหมายกำหนดไว้เฉพาะนั้น ผู้ที่ประสงค์จะยื่น อุทธรณ์จะเป็นต้องบุคคลตามที่กฎหมายเฉพาะกำหนด และต้องยื่นอุทธรณ์ตามขั้นตอนที่กฎหมาย กำหนดไว้ โดยอาจเป็นการยื่นอุทธรณ์ต่อเจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งทางปกครอง หรือยื่นต่อ

<sup>61</sup> ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 49. หน้า 370.

<sup>62</sup> ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 49. หน้า 372.

ผู้บังคับบัญชาเหนือชั้นขึ้นไปของเจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งทางปกครอง หรือยื่นต่อคณะกรรมการก็ได้ ทั้งนี้ เป็นไปตามที่กฎหมายเฉพาะแต่ละฉบับกำหนดไว้

ระยะเวลาการยื่นอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครอง สำหรับกรณีอุทธรณ์ในระบบปกตินั้นจะไม่มีกำหนดระยะเวลาในการยื่นอุทธรณ์ เนื่องจากเป็นหลักการทั่วไปที่ให้ประชาชนขอให้ฝ่ายปกครองทบทวนคำสั่งทางปกครองของเจ้าหน้าที่ ดังนั้น การอุทธรณ์ในระบบปกติจึงไม่มีกำหนดระยะเวลา แต่ในทางปฏิบัติจะต้องกระทำภายใน 2 เดือนนับแต่วันที่ได้รับแจ้งคำสั่งทางปกครอง ส่วนในระบบพิเศษการอุทธรณ์จะต้องเป็นไปตามที่กฎหมายเฉพาะแต่ละฉบับบัญญัติไว้

### 3.5 หลักกฎหมายเกี่ยวกับการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองตามกฎหมายไทย

โดยเหตุที่ระบบกฎหมายปกครองไทยไม่สามารถจัดอำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองให้หมดสิ้นไปจากการดำเนินการทางปกครองได้ การควบคุมการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองจึงเป็นสิ่งจำเป็นที่ขาดเสียมิได้ในระบบกฎหมายปกครองไทย ซึ่งระบบกฎหมายปกครองไทยได้มีการควบคุมการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองทั้ง โดยองค์กรภายในฝ่ายปกครองและโดยองค์กรภายนอกฝ่ายปกครอง ทั้งนี้ การควบคุมการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองโดยองค์กรภายในฝ่ายปกครองอาจเป็นการควบคุมโดยผู้บังคับบัญชาหรือผู้กำกับดูแล แล้วแต่กรณี หรืออาจเป็นการควบคุมโดยการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองก็ได้ การควบคุมโดยองค์กรภายในฝ่ายปกครองจะควบคุมได้ทั้งความเหมาะสมของการใช้ดุลพินิจและความชอบด้วยกฎหมายของการใช้ดุลพินิจ เว้นแต่กรณีที่เป็นการควบคุมโดยผู้กำกับดูแลที่จะควบคุมได้เฉพาะความชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น ส่วนการควบคุมการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองโดยองค์กรภายนอกฝ่ายปกครองอาจเป็นการควบคุมโดยองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญ หรืออาจเป็นการควบคุมโดยองค์กรตุลาการก็ได้ การควบคุมโดยองค์กรภายนอกฝ่ายปกครองจะควบคุมได้เฉพาะความชอบด้วยกฎหมายของการใช้ดุลพินิจเท่านั้น ทั้งนี้ ในกรณีที่เป็นการควบคุมโดยองค์กรตุลาการนั้น ระบบกฎหมายไทยกำหนดให้ศาลปกครองเป็นองค์กรหลักที่มีอำนาจในการควบคุมการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง

ดุลพินิจตามความหมายของกฎหมายปกครอง หมายถึง อำนาจตัดสินใจอย่างอิสระที่จะเลือกกระทำหรือไม่กระทำอย่างใดอย่างหนึ่งตามที่กฎหมายกำหนด ซึ่งแสดงให้เห็นว่าอำนาจดุลพินิจเป็นอำนาจที่กฎหมายกำหนดให้ผู้ใช้อำนาจสามารถเลือกตัดสินใจกระทำอย่างใดหรืองดเว้นกระทำอย่างใดอย่างอิสระ ซึ่งการใช้ดุลพินิจนั้นอาจผูกพันกับแนวปฏิบัติหรือกฎเกณฑ์ภายในของฝ่ายปกครองที่ได้กำหนดขึ้นเองภายในขอบเขตวัตถุประสงค์ของกฎหมายหรือผูกพันกับหลักการในการวินิจฉัย เหตุที่กฎหมายจะต้องกำหนดให้ฝ่ายปกครองมีอำนาจดุลพินิจเนื่องจากเป็นข้อจำกัดของฝ่ายนิติบัญญัติที่ไม่อาจตรากฎหมายให้มีเนื้อหาสาระครอบคลุม

ข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นได้ในทุกเรื่องทุกกรณีจึงจำเป็นต้องบัญญัติให้ฝ่ายปกครองมีอำนาจดุลพินิจในการปรับใช้กฎหมายให้สอดคล้องกับข้อเท็จจริงและเจตนารมณ์ของกฎหมาย ซึ่งความเป็นอิสระในการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองอาจทำให้เข้าใจผิดว่าฝ่ายปกครองสามารถใช้อำนาจดุลพินิจอย่างไรก็ได้โดยไม่มีขอบเขต ซึ่งความจริงหาเป็นเช่นนั้นไม่ การที่กฎหมายกำหนดให้ฝ่ายปกครองมีอำนาจเลือกตัดสินใจได้หลายทาง เพื่อต้องการให้ฝ่ายปกครองในฐานะผู้ใช้กฎหมายสามารถปรับใช้กฎหมายให้สอดคล้องกับข้อเท็จจริง อย่างสมเหตุสมผล และเป็นธรรมตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย ดังนั้น การใช้ดุลพินิจโดยชอบด้วยกฎหมายจึงต้องอยู่บนพื้นฐานของข้อเท็จจริง ข้อกฎหมาย และการให้เหตุผลประกอบการตัดสินใจอย่างเหมาะสม

การใช้ดุลพินิจโดยชอบด้วยกฎหมาย คือ การใช้อำนาจตัดสินใจอย่างอิสระที่จะเลือกกระทำการหรือไม่กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งโดยมีเหตุผลอันสมควรภายในขอบเขตแห่งกฎหมาย เป็นกลาง โปร่งใส ไม่บิดเบือนวัตถุประสงค์หรือเจตนารมณ์ของกฎหมาย ไม่ใช่อำนาจเกินขอบเขตที่กฎหมายกำหนด คำนึงถึงสิทธิและเสรีภาพของบุคคล ขณะเดียวกันจะต้องสงวนรักษาไว้ซึ่งประโยชน์ของส่วนรวมด้วย นอกจากนี้การใช้ดุลพินิจจะต้องไม่ฝ่าฝืนระเบียบภายในของฝ่ายปกครองที่วางไว้เป็นแนวปฏิบัติ

### 3.5.1 ขั้นตอนการใช้ดุลพินิจ

การใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองมี 3 ขั้นตอน คือ การวินิจฉัยข้อเท็จจริง การปรับบทกฎหมาย และการตัดสินใจ

ขั้นตอนที่ 1 การวินิจฉัยข้อเท็จจริง กล่าวคือ ฝ่ายปกครองจะต้องตรวจสอบข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นจากพยานหลักฐาน และต้องพิจารณาว่าพยานหลักฐานที่มีอยู่เพียงพอต่อการพิสูจน์ข้อเท็จจริงว่าได้เกิดขึ้นหรือมีอยู่จริงหรือไม่ ขั้นตอนนี้คือหลักการพิจารณาทางปกครองซึ่งเจ้าหน้าที่ต้องแสวงหาพยานหลักฐานทุกอย่างที่เกี่ยวข้องและให้โอกาสคู่กรณีได้ทราบข้อเท็จจริงและมีโอกาสแสดงพยานหลักฐานของตน ซึ่งนอกจากเจ้าหน้าที่ต้องปฏิบัติตามหลักเกณฑ์การใช้ดุลพินิจที่กฎหมายเฉพาะกำหนดแล้ว หากกฎหมายเฉพาะมิได้กำหนดหลักเกณฑ์การใช้ดุลพินิจในการวินิจฉัยข้อเท็จจริงไว้การใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ก็ต้องบังคับตาม พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ซึ่งเป็นกฎหมายกลาง

ขั้นตอนที่ 2 การปรับบทกฎหมาย (ดุลพินิจในส่วนองค์ประกอบของกฎหมาย) กล่าวคือ บางกรณีกฎหมายจะบัญญัติข้อเท็จจริงที่เป็นองค์ประกอบโดยใช้ถ้อยคำที่มีความชัดเจนแน่นอน แต่บางกรณีกฎหมายบัญญัติถ้อยคำที่มีความหมายกว้างๆ และไม่มีคำจำกัดความไว้ หรือไม่อาจกำหนดความหมายได้แน่นอน เช่น คำว่า “สิทธิประโยชน์และสวัสดิการที่เป็นธรรมโดยไม่เลือกปฏิบัติ” ตามมาตรา 11/1 วรรคสอง เพิ่มโดย พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2551 คำว่า

“ความจำเป็นโดยเหตุหนึ่งเหตุใดที่สำคัญ” ตามมาตรา 75 วรรคหนึ่ง แก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2551 เป็นต้น การที่กฎหมายบัญญัติถ้อยคำที่มีความหมายกว้างและไม่แน่นอนนั้นแสดงให้เห็นว่ากฎหมายมีเจตนารมณ์ให้เจ้าหน้าที่จะต้องปรับบทกฎหมายเข้ากับข้อเท็จจริงที่บัญญัติไว้ในกฎหมายอันเป็นดุลพินิจของฝ่ายปกครองนั่นเอง

ขั้นตอนที่ 3 การตัดสินใจ (ดุลพินิจในส่วนผลของกฎหมาย) กล่าวคือ ต้องพิจารณาว่ากฎหมายกำหนดให้ฝ่ายปกครองกระทำการได้เพียงประการเดียวหรือหลายประการ หากกฎหมายให้อำนาจดุลพินิจฝ่ายปกครองจะกำหนดให้ฝ่ายปกครองมีทางเลือกตัดสินใจได้หลายทาง ซึ่งดุลพินิจที่บัญญัติอยู่ในกฎหมายแบ่งได้เป็นสองประการ คือ

ประการที่หนึ่ง ดุลพินิจตัดสินใจ หรือดุลพินิจจะกระทำการหรือไม่ ซึ่งเป็นกรณีที่กฎหมายกำหนดให้ฝ่ายปกครองใช้ดุลพินิจ แต่มิได้กำหนดผลของกฎหมาย กฎหมายปล่อยให้เป็นอิสระของฝ่ายปกครองที่จะกระทำหรือไม่ก็ได้ สังเกตได้จากถ้อยคำในกฎหมายมักใช้คำว่า “มีอำนาจ” “มีสิทธิ” “อาจ...ก็ได้”

ประการที่สอง ดุลพินิจเลือกกระทำ ฝ่ายปกครองมีอำนาจดุลพินิจว่าจะเลือกมาตรการใดมาตรการหนึ่งในหลายมาตรการ ซึ่งเป็นกรณีที่เมื่อข้อเท็จจริงใดข้อเท็จจริงหนึ่งเข้าองค์ประกอบตามที่กฎหมายกำหนด กฎหมายกำหนดให้เจ้าหน้าที่สามารถเลือกมาตรการใดมาตรการหนึ่งที่เหมาะสมกับข้อเท็จจริงหรือภายในขอบเขตของกฎหมายกำหนดได้ โดยแยกได้สองกรณี คือ

กรณีแรก ดุลพินิจที่จะเลือกกระทำอย่างไรอย่างหนึ่งในหลายประการตามที่กฎหมายกำหนด ดุลพินิจในส่วนนี้เกิดขึ้นเมื่อเจ้าหน้าที่อยู่ในวิสัยที่จะเลือกกระทำได้หลายอย่างให้เป็นไปตามกฎหมาย เช่น พระราชบัญญัติความปลอดภัย อาชีวอนามัย และสภาพแวดล้อมในการทำงาน พ.ศ. 2554 มาตรา 36 กำหนดให้ในกรณีที่พนักงานตรวจความปลอดภัยตรวจพบสภาพแวดล้อมในการทำงาน อาคาร สถานที่ เครื่องจักรของนายจ้างไม่ปลอดภัย พนักงานตรวจความปลอดภัยมีอำนาจออกคำสั่งให้ผู้นั้นหยุดกระทำการ แก้ไข ปรับปรุง หรือปฏิบัติให้ถูกต้องได้ เป็นต้น เห็นได้ว่ากฎหมาย ดังกล่าวให้อำนาจเจ้าหน้าที่สามารถเลือกกระทำอย่างไรอย่างหนึ่งได้ตามความเหมาะสมเพื่อให้สอดคล้องกับข้อเท็จจริงและสถานการณ์แต่ละกรณี

กรณีสอง ดุลพินิจเลือกกระทำได้เอง ภายในขอบเขตที่กฎหมายกำหนดโดยกฎหมายไม่ได้กำหนดทางเลือกไว้ เช่น พระราชบัญญัติการสาธารณสุข พ.ศ. 2535 มาตรา 41 วรรคหนึ่ง เจ้าพนักงานท้องถิ่นมีหน้าที่ควบคุมดูแลที่หรือทางสาธารณะเพื่อประโยชน์ใช้สอยของประชาชนทั่วไปขอบเขตที่กฎหมายกำหนดให้เจ้าพนักงานท้องถิ่นมีหน้าที่ควบคุมดูแลที่หรือทางสาธารณะคือ เพื่อประโยชน์ใช้สอยของประชาชนทั่วไป โดยมีได้กำหนดทางเลือกไว้ เจ้าพนักงานท้องถิ่นสามารถกำหนดทางเลือกได้เองแต่ต้องเป็นไปเพื่อประโยชน์ใช้สอยของประชาชนทั่วไป



### 3.5.2 หลักการใช้ดุลพินิจ

การใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองต้องอยู่ภายใต้หลักกฎหมายทั่วไป กล่าวคือ การใช้ดุลพินิจนั้นต้องผูกพันตาม “หลักความเสมอภาค” หรือ “หลักความได้สัดส่วน” หรือที่เรียกว่า “หลักความสมควรแก่เหตุ” ซึ่ง “หลักความได้สัดส่วน” (Principle of Proportionality) เป็นหลักการพื้นฐานของความสัมพันธ์ระหว่างผู้ใช้อำนาจกับผู้อยู่ใต้อำนาจ ประกอบด้วยหลักการย่อย 3 หลักการด้วยกันคือ

หลักการแรก หลักความเหมาะสม (Principle of Suitability) คือ การค้นหาวัตถุประสงค์ของการกระทำทางปกครอง เป็นหลักการที่บังคับให้องค์กรฝ่ายปกครองหรือเจ้าหน้าที่ต้องพิจารณาเลือกออกคำสั่งที่สามารถดำเนินการให้บรรลุความมุ่งหมายตามวัตถุประสงค์ที่กฎหมายซึ่งให้อำนาจได้กำหนดไว้เท่านั้น คำสั่งทางปกครองใดๆ ก็ตามที่เป็นจริงแล้วไม่อาจทำให้บรรลุความมุ่งหมายตามวัตถุประสงค์ที่กฎหมายซึ่งให้อำนาจได้กำหนดไว้ได้ ย่อมเป็นคำสั่งที่ไม่เหมาะสม

หลักการสอง หลักแห่งความจำเป็น (Principle of Necessity) เป็นหลักการที่ฝ่ายปกครองต้องพิจารณาเปรียบเทียบมาตรการที่อาจทำให้บรรลุผลที่ต้องการได้อันมีอยู่หลายมาตรการนั้นว่า มาตรการใดมีผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชนรุนแรงมากน้อยอย่างไร ฝ่ายปกครองต้องเลือกมาตรการที่มีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนน้อยที่สุด แต่ถ้าเป็นมาตรการที่ให้ประโยชน์แก่ประชาชน ฝ่ายปกครองต้องเลือกมาตรการที่มีผลทำให้รัฐเสียประโยชน์น้อยที่สุด

หลักการสุดท้าย หลักแห่งความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ (Principle of Proportionality In The Narrow Sense) เป็นหลักการมุ่งพิจารณาที่ภาวะสมดุลระหว่างความเสียหายที่เอกชนจะได้รับกับประโยชน์อันสังคมจะพึงได้รับการปฏิบัติให้เป็นไปตามคำสั่งทางปกครอง หลักการนี้ประสงค์ให้ฝ่ายปกครองออกคำสั่งทางปกครองที่มีประสิทธิภาพมากที่สุด และในขณะเดียวกันต้องก่อให้เกิดความเสียหายแก่รัฐน้อยที่สุด และห้ามฝ่ายปกครองออกคำสั่งทางปกครองที่เมื่อปฏิบัติตามคำสั่งนั้นแล้วจะเกิดประโยชน์น้อยมาก ไม่คุ้มกับความเสียหายที่จะเกิดขึ้น

การใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองอาจเกิดความผิดพลาดได้หลายกรณี คือ

1) การไม่ใช้ดุลพินิจ เป็นกรณีที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองไม่ใช้ดุลพินิจ ทั้ง ๆ ที่ตามข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นนั้นองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองต้องตัดสินใจดำเนินการอย่างใดอย่างหนึ่ง เช่น มีผู้ชุมนุมประห้วงปิดถนนทำให้บุคคลทั่วไปไม่อาจสัญจรไปมาได้ องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองอาจต้องตัดสินใจสั่งให้สลายการชุมนุม หรือดำเนินการให้มีการสลายการชุมนุม เป็นต้น

2) การใช้ดุลพินิจเกินกว่าที่กฎหมายบัญญัติ เช่น กฎหมายกำหนดให้เก็บค่าธรรมเนียมระหว่าง 200-500 บาท แต่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองเก็บค่าธรรมเนียม 1,000 บาท เป็นต้น

3) การใช้ดุลพินิจอย่างบิดเบือน ซึ่งอาจเกิดจากเจ้าหน้าที่ละเลยไม่สนใจวัตถุประสงค์ของการที่กฎหมายมอบดุลพินิจให้ตน การใช้ดุลพินิจโดยไม่นำพฤติการณ์ต่าง ๆ ที่เกิดขึ้นมาพิจารณาซึ่งน้ำหนักก่อนตัดสินใจ การใช้ดุลพินิจตามอำเภอใจ เป็นต้น

4) การใช้ดุลพินิจโดยไม่คำนึงถึงสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ เช่น การใช้ดุลพินิจขัดหลักความเสมอภาค

5) การใช้ดุลพินิจขัดกับหลักกฎหมายทั่วไป โดยไม่คำนึงถึงหลักการอันเป็นพื้นฐานของหลักนิติรัฐ

สรุปแล้ว ดุลพินิจของฝ่ายปกครองเป็นการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองตามที่กฎหมายบัญญัติเพื่อให้ฝ่ายปกครองได้มีทางเลือกในการตัดสินใจกระทำการใดหรือไม่กระทำการใดเพื่อปรับใช้กฎหมายให้สอดคล้องเหมาะสมกับข้อเท็จจริงเพื่อบรรลุเจตนารมณ์ตามกฎหมาย การใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองต้องเป็นไปอย่างอิสระ ปราศจากการแทรกแซงใด ๆ มีความเป็นกลาง โปร่งใส เป็นธรรมและมีเหตุผลในการใช้ดุลพินิจที่เหมาะสมตรวจสอบได้ หากฝ่ายปกครองใช้อำนาจตามอำเภอใจหรือใช้ดุลพินิจโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายอาจถูกตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายโดยผู้บังคับบัญชาของฝ่ายปกครอง ศาลปกครอง ผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภา และอาจต้องรับผิดชอบในทางแพ่ง ทางอาญา และทางวินัยจากผลการกระทำนั้นได้

### 3.6 หลักกฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองตามกฎหมายต่างประเทศ

ในต่างประเทศข้อพิพาทเกี่ยวกับการเลื่อนตำแหน่งถือเป็นข้อพิพาทเกี่ยวกับการบริหารงานบุคคลภาครัฐอย่างหนึ่ง ซึ่งในสาธารณรัฐฝรั่งเศสการที่ข้าราชการถูกตัดชื่อออกจากทะเบียนการเลื่อนตำแหน่งหรือการเลื่อนระดับหรือการลดตำแหน่ง เป็นโทษทางวินัยของข้าราชการอันเป็นคำสั่งลงโทษทางวินัยที่เป็นคำสั่งทางปกครองที่สามารถบังคับได้ทันที<sup>63</sup> คำสั่งเกี่ยวกับการเลื่อนตำแหน่งจึงเป็นคำสั่งที่มีผลกระทบต่อสิทธิและหน้าที่ของข้าราชการโดยตรง มีสถานะเป็นคำสั่งทางปกครอง เช่นเดียวกับสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีที่ถือว่าการเลื่อนตำแหน่ง (Beförderung) เป็นคำสั่งทางปกครองประเภทคำสั่งแต่งตั้ง (Ernennung)<sup>64</sup> ที่มีผลเป็นการก่อหรือเปลี่ยนแปลงสถานะความเป็นข้าราชการและมีผลกระทบต่อสิทธิและหน้าที่ของผู้ที่ได้รับการแต่งตั้งในฐานะปัจเจกบุคคล กระทำต่อนิติสัมพันธ์ระหว่างรัฐและข้าราชการ ข้าราชการผู้ได้รับ

<sup>63</sup> แนวทางการพัฒนาการวินิจฉัยข้อพิพาทเกี่ยวกับการบริหารงานบุคคลภาครัฐ โดยคณะกรรมการพิทักษ์ระบบคุณธรรมและศาลปกครอง. หน้า 53-59.

<sup>64</sup> Bundesbeamten-gesetz. มาตรา 10. อ้างถึงใน คณันท์ ชัยชนะ. (2554). *การร้องทุกข์ตามกฎหมายว่าด้วยระเบียบข้าราชการพลเรือนเยอรมัน*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <http://www.pub-law.net>. [2555, 8 พฤษภาคม].

ผลกระทบจึงสามารถอุทธรณ์คำสั่งที่เกี่ยวกับการเลื่อนตำแหน่งได้ดังเช่น, คำสั่งทางปกครองที่เกี่ยวกับการบริหารงานบุคคลตามกฎหมายว่าด้วยระเบียบข้าราชการพลเรือนเยอรมัน<sup>65</sup> เมื่อคำสั่งที่เกี่ยวกับการเลื่อนระดับตำแหน่งมีสถานะเป็นคำสั่งทางปกครอง การควบคุมดุลพินิจในการออกคำสั่งดังกล่าวจึงมีหลักการเช่นเดียวกับคำสั่งทางปกครอง ในชั้นนี้จึงจะทำการศึกษาดัง หลักการควบคุมดุลพินิจในการออกคำสั่งทางปกครองในสาธารณรัฐฝรั่งเศสและสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีเป็นหลัก

### 3.6.1 หลักการควบคุมดุลพินิจในการออกคำสั่งทางปกครองของสาธารณรัฐฝรั่งเศส

การดำเนินการกิจของฝ่ายปกครอง ฝ่ายปกครองจะกระทำได้อาศัย “เครื่องมือทางกฎหมาย” และ “การปฏิบัติการ” ซึ่งการปฏิบัติการของฝ่ายปกครองจะต้องเป็นไปตามที่กำหนดไว้ในเครื่องมือทางกฎหมายที่มีอยู่สองประเภท คือ นิติกรรมฝ่ายเดียวของฝ่ายปกครอง (les actes unilatéraux de l'administration) และสัญญาทางปกครอง แต่ในที่นี้จะขออธิบายถึงนิติกรรมฝ่ายเดียวของฝ่ายปกครองเป็นหลัก เพราะเป็นการแสดงเจตนาของฝ่ายปกครองที่ก่อให้เกิดผลทางกฎหมายที่มีผลกระทบต่อเอกชนโดยไม่ต้องได้รับความยินยอมจากผู้ได้รับผลกระทบ โดยแบ่งออกได้เป็นสองประเภท คือ กฎเกณฑ์ที่มีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไปของฝ่ายบริหาร และนิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียว<sup>66</sup>

กฎเกณฑ์ที่มีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไปของฝ่ายบริหาร ถือเป็นอำนาจในการออกกฎเกณฑ์ที่มีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป (le pouvoir réglementaire) หรือที่เรียกว่า “กฎ” นั้นเอง<sup>67</sup>

ส่วนนิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียว (les actes administratifs unilatéraux) เป็นเอกสิทธิหรืออำนาจพิเศษของฝ่ายปกครองที่มีอยู่เหนือผู้อยู่ใต้ปกครอง เอกสิทธิหรืออำนาจพิเศษนี้จึงเป็น สิ่งที่ทำให้ฝ่ายปกครองสามารถดำเนินกิจกรรมต่างๆ ที่มีผลทางกฎหมายได้ด้วยตัวเองโดยไม่ต้องได้รับความยินยอมจากเอกชน หรือที่เรียกว่า “คำสั่งทางปกครอง”<sup>68</sup>

ตามหลักกฎหมายของสาธารณรัฐฝรั่งเศส นิติกรรมฝ่ายเดียวของฝ่ายปกครองจึง หมายถึง รวมถึง “กฎ” และ “คำสั่งทางปกครอง” ที่มีรูปแบบการกระทำที่หลากหลาย และก็มีหลายกรณี ที่การกระทำนั้นถูกโต้แย้งจากเอกชนถึงความไม่ชอบด้วยกฎหมาย ดังนั้น ในการศึกษาดัง หลัก การ

<sup>65</sup> Wichmann/Langer, Öffentliches Dienstrecht, S. 612; vgl. Auch BVerwGE 14, 84; 41, 253. อ้างถึงใน คนันท์ ชัยชนะ. (2554). *การร้องทุกข์ตามกฎหมายว่าด้วยระเบียบข้าราชการพลเรือนเยอรมัน*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <http://www.pub-law.net>. [2555, 8 พฤษภาคม].

<sup>66</sup> นันทวัฒน์ บรมานันท์. (2551). *หลักพื้นฐานกฎหมายปกครองฝรั่งเศส*. กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 124-139.

<sup>67</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 125-130.

<sup>68</sup> นันทวัฒน์ บรมานันท์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 66. หน้า 130-138.

ควบคุมดุลพินิจในการออกคำสั่งทางปกครองของสาธารณรัฐฝรั่งเศส เบื้องต้นจึงต้องทำการศึกษาเกี่ยวกับเหตุแห่งความไม่ชอบของคำสั่งทางปกครองก่อน เพื่อให้เกิดความเข้าใจว่า เหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองในกรณีที่เกิดจากความบกพร่องอื่น และที่เกิดจากการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองนั้น มีกรณีใดบ้าง แล้วจึงทำการศึกษาหลักในการควบคุมดุลพินิจ ในการออกคำสั่งทางปกครองของศาลปกครองฝรั่งเศส

#### 1) ประเภทของคำสั่งทางปกครอง

คำสั่งทางปกครองตามหลักกฎหมายปกครองสาธารณรัฐฝรั่งเศสเป็นนิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียวที่มีผลบังคับได้เองทันที และเป็นนิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียว ที่สำคัญที่สุดที่ฝ่ายปกครองนำมาใช้ในการดำเนินกิจกรรมของตนเองทุกประเภท<sup>69</sup> คำสั่งทางปกครองที่มีผลบังคับได้เองทันทีนี้มีหลายรูปแบบ

ในการจำแนกประเภทของคำสั่งทางปกครอง จะอยู่บนพื้นฐานที่แตกต่างกัน เช่น ความแตกต่างในด้านแบบพิธี ซึ่งหากถือในแง่องค์กรเป็นหลักก็จะต้องคำนึงถึงสภาพของผู้ออกคำสั่ง โดยเมื่อเรียงลำดับชั้นของเจ้าหน้าที่ของรัฐประเภทต่างๆ ที่ได้รับมอบหมายให้ออกคำสั่งแล้ว เจ้าหน้าที่ของรัฐที่มีความสัมพันธ์กับโครงสร้างทางปกครองด้านพื้นที่ก็จะเป็น ประธานาธิบดี นายกรัฐมนตรี รัฐมนตรี โครงสร้างรัฐก็จะเป็นผู้ว่าการจังหวัดและคณะกรรมการทั่วไปของจังหวัด โครงสร้างภูมิภาคก็จะเป็น และนายกเทศมนตรี และคณะกรรมการ สำหรับ Commune นอกนั้นก็ยังมีบรรดาหัวหน้าหน่วยงานในทุกระดับที่สามารถออกคำสั่งได้ อย่างไรก็ตามยังต้องคำนึงถึงเจ้าหน้าที่ของรัฐที่มีความสัมพันธ์กับโครงสร้างด้านหน้าที่ ด้วย ซึ่งอำนาจเหล่านี้อยู่ที่องค์กรที่ได้รับมอบหมายในการดำเนินบริการสาธารณะเอกเทศต่าง ๆ เช่น องค์กรเอกชนหรือองค์กรอื่นใดที่ไม่ระบุประเภทแน่ชัด แต่ได้รับมอบหมายหน้าที่บริการสาธารณะ<sup>70</sup>

ความแตกต่างในด้านรูปแบบ (forme) ก็อาจเห็นได้ว่า เจ้าหน้าที่ของรัฐแต่ละคน ต้องปฏิบัติหลักการเฉพาะและหลักกฎหมายทั่วไป ซึ่งอาจแยกความแตกต่างได้ ดังนี้ คือ กฎฎีกาจะต้องออกโดยประธานาธิบดีและนายกรัฐมนตรี รูปแบบจะต้องออก โดยรัฐมนตรี ผู้ว่าราชการจังหวัดหรือนายกเทศมนตรี และรูปแบบข้อบัญญัติต่างๆ ที่ออกโดยคณะกรรมการผสม เช่น กรรมการจังหวัดและคณะกรรมการเทศบาล แต่ก็ยังมีความแตกต่างในด้านอื่นๆ ด้วย ซึ่งอาจออก

<sup>69</sup> นันทวัฒน์ บรมานันท์. อ่างแล้วจึงจรดที่ 66. หน้า 131.

<sup>70</sup> พูนศักดิ์ ใสสำรวจ. (2528). นิติกรรมฝ่ายเดียวทางปกครอง ในกฎหมายฝรั่งเศส. *วารสารกฎหมายปกครอง*, 4 (2), หน้า 292-293.

คำสั่งที่มีรูปแบบนอกจากนี้และมีผลเป็นเช่น ออกคำสั่งที่มีรูปแบบของบันทึกของหน่วยงาน (note de service) จดหมาย คำสั่ง ด้วยวาจา เป็นต้น<sup>71</sup>

ในการพิจารณาถึงความแตกต่างจึงควรพิจารณาที่เนื้อหา ที่ส่งผลตามมาในด้านระบบของคำสั่งเหล่านี้ คือ ความแตกต่างระหว่างการกระทำหรือคำสั่งที่มีผลบังคับทั่วไปและที่มีผลเฉพาะบุคคล<sup>72</sup> จากที่ได้กล่าวมาจึงเห็นได้ว่า ประเภทของคำสั่งทางปกครองของสาธารณรัฐฝรั่งเศสที่สำคัญมีอยู่สอง ประเภท ได้แก่<sup>73</sup>

ประเภทที่หนึ่ง คำสั่งทางปกครองที่มีผลบังคับทั่วไป (les actes réglementaires) หมายถึง การวางกฎเกณฑ์หรือข้อบังคับฝ่ายเดียวของฝ่ายปกครองที่มีผลต่อบุคคลอื่นเป็นการทั่วไป

ประเภทที่สอง คำสั่งทางปกครองที่มีผลบังคับเฉพาะบุคคล (des actes individuels) ฝ่ายปกครองจะนำคำสั่งประเภทนี้มาใช้ในการดำเนินกิจกรรมทุกประเภท และคำสั่งทางปกครองประเภทนี้ เป็นคำสั่งที่มีผลเฉพาะตัวบุคคลหรือเฉพาะเรื่อง ซึ่งอาจปรากฏในลักษณะของคำสั่งห้าม คำสั่งอนุมัติ อนุญาต การเพิกถอนใบอนุญาต เช่น คำสั่งไม่รับจดทะเบียนสมาคม คำสั่งให้รื้อถอนอาคาร คำสั่งไล่ข้าราชการออกจากราชการ หรือคำสั่งให้ปิดโรงงาน เป็นต้น นอกจากนี้ยังรวมถึงคำสั่ง เฉพาะกลุ่มหรือคำสั่งต่อกลุ่มบุคคลหรือคำสั่งทางปกครองรวม ซึ่งมีลักษณะเป็นคำสั่งเฉพาะรายที่ออกรวมกันมาในคราวเดียว เช่น การประกาศบัญชีรายชื่อผู้ผ่านการสอบแข่งขัน บัญชีเลื่อนขั้นเงินเดือนข้าราชการ เป็นต้น และคำสั่งทางปกครองพิเศษหรือคำสั่งเฉพาะกรณี เช่น ประกาศการใช้ที่ดินเพื่อประโยชน์สาธารณะ หรือการยุบสหภาพเทศบาล เป็นต้น

## 2) ดุลพินิจในการออกคำสั่งทางปกครอง

การที่กฎหมายมอบอำนาจให้หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐใช้ดุลพินิจในการเลือกออกคำสั่งทางปกครองหรือกระทำการใด ๆ ในทางปกครองได้เองตามที่ได้เห็นว่าเหมาะสม ก็เชื่อว่าหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐจะออกคำสั่งทางปกครองหรือกระทำการใด ๆ ในทางปกครองอย่างไรก็ได้ตามอำเภอใจ เพราะต้องเคารพต่อหลักการที่ว่านิติกรรมทางปกครองหรือคำสั่งทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย (principe de légalité)<sup>74</sup> ในเบื้องต้นจึงต้องพิจารณาถึงลักษณะของอำนาจดุลพินิจและ โครงสร้างของอำนาจดุลพินิจ

<sup>71</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 293.

<sup>72</sup> พูนศักดิ์ ใสสารว. อังแล้วเชิงอรรถที่ 70. หน้า 293.

<sup>73</sup> วสรณ์ ทองโคกสี. (2554). *เขตอำนาจศาลปกครองและเงื่อนไขการฟ้องคดีพิพาทเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครอง*. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 25-26.

<sup>74</sup> วิษณุ วรรณ และคณะ. (2547). *คดีปกครองเกี่ยวกับดุลพินิจของฝ่ายปกครอง*. รายงานการวิจัยฉบับสมบูรณ์เสนอต่อสำนักงานศาลปกครอง. หน้า 76.

อำนาจดุลพินิจ<sup>75</sup> หรือ *pouvoir ou compétence discrétionnaire* ตามหลักกฎหมายปกครองของสาธารณรัฐฝรั่งเศส หมายถึง ข้อเท็จจริงหรือสถานการณ์หนึ่งที่กฎหมายให้อำนาจแก่ฝ่ายปกครองในการตัดสินใจที่เลือกออกคำสั่งใดคำสั่งหนึ่งที่เห็นว่าเหมาะสมที่สุด หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งว่าฝ่ายปกครองไม่จำเป็นต้องออกคำสั่งอย่างใดเพียงอย่างเดียวภายใต้เงื่อนไขที่เกิดขึ้น ซึ่งในการศึกษาเรื่องอำนาจดุลพินิจมีข้อพิจารณาที่สำคัญสามประการ กล่าวคือ

ประการที่หนึ่ง การมีอยู่ ขอบเขต และลักษณะของอำนาจดุลพินิจเป็นเรื่องที่กฎหมายให้อำนาจแก่ฝ่ายปกครอง โดยที่กฎหมายนั้นอาจจะเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษร หรือเป็นกฎหมายที่เกิดขึ้นจากแนวคำพิพากษาของศาลปกครองฝรั่งเศส เพราะในศาลปกครองฝรั่งเศสสามารถนำหลักกฎหมายจารีตประเพณีมาใช้ประกอบกับกฎหมายลายลักษณ์อักษรได้ ดังนั้น จารีตประเพณีที่มาจากแนวคำพิพากษาของศาลก็มีฐานะเป็นกฎหมายเช่นเดียวกัน

ประการที่สอง อำนาจดุลพินิจในส่วนที่เกี่ยวกับการเลื่อนขั้นเลื่อนระดับของข้าราชการในสาธารณรัฐฝรั่งเศส ตามกฎหมายของสาธารณรัฐฝรั่งเศสได้แบ่งกลุ่มข้าราชการออกเป็นสามฝ่าย ซึ่งข้าราชการทั้งสามฝ่ายจะมีกฎหมายเฉพาะกำหนดสถานะไว้ แต่ในกรณีการเลื่อนระดับข้าราชการไม่ว่าจะเป็นฝ่ายใด จากระดับชั้นตรีเป็นชั้นโท จากชั้นโทเป็นชั้นเอก หากนำหลักอาวุโสมาใช้ ในการพิจารณาแล้วผู้บังคับบัญชาต้องทำหน้าที่เลื่อนระดับข้าราชการผู้ที่มีอายุราชการครบตามที่กฎหมายกำหนดไว้ ในกรณีเช่นนี้ ผู้บังคับบัญชาไม่มีอำนาจดุลพินิจ เช่น เมื่อกฎหมายกำหนดให้ข้าราชการที่มีอายุราชการครบ 5 ปี สามารถเลื่อนระดับจากชั้นโทเป็นชั้นเอกได้โดยอัตโนมัติ ในกรณีเช่นนี้ผู้บังคับบัญชาก็ต้องมีคำสั่งไปตามกฎเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนดไว้

ประการที่สาม อำนาจดุลพินิจไม่ใช่อำนาจการตัดสินใจซึ่งกระทำได้ตามอำเภอใจ แต่เป็นอำนาจตัดสินใจของฝ่ายปกครองที่กำหนดให้ฝ่ายปกครองมีอำนาจเลือกออกคำสั่งหนึ่งระหว่างคำสั่งหลาย ๆ คำสั่ง

โครงสร้างของอำนาจดุลพินิจ<sup>76</sup> หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐจะใช้อำนาจดุลพินิจได้ต่อเมื่อมีกฎหมายให้อำนาจไว้ จึงจำต้องเข้าใจโครงสร้างของกฎหมายในการบัญญัติให้อำนาจฝ่ายปกครองว่าจะต้องมีสองส่วนเสมอ คือ

ส่วนที่หนึ่ง บทบัญญัติของกฎหมายในส่วนที่เป็นองค์ประกอบส่วนที่เป็นเหตุหรือที่เป็นเงื่อนไขในการใช้อำนาจ

ส่วนที่สอง บทบัญญัติในส่วนที่เป็นการให้อำนาจฝ่ายปกครองในการออกคำสั่งทางปกครองหรือปฏิบัติการทางปกครอง หรือเรียกว่าส่วนที่เป็นผล

<sup>75</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 77-79.

<sup>76</sup> วิษณุ วรรณุญ และคณะ. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 74. หน้า 81-82.

กล่าวคือ บทบัญญัติที่เป็นองค์ประกอบส่วนหนึ่งนั้นเป็นข้อเท็จจริงหรือเป็นเงื่อนไขที่กฎหมายเขียนไว้ ในส่วนนี้อาจเป็นข้อเท็จจริงหรือเงื่อนไขที่ชัดเจนไม่ต้องตีความใดๆ ซึ่งการวินิจฉัยข้อเท็จจริงหรือการให้คุณค่าทางกฎหมายกับข้อเท็จจริงนี้ (qualification juridique des faits) ต้องแยกแยะให้ออกจากส่วนที่เป็นผล โดยในส่วนของข้อเท็จจริงที่เป็นเหตุก็มีบางกรณีที่ศาลต้องใช้อำนาจดุลพินิจ (pouvoir discrétionnaire) เช่นเดียวกัน และการควบคุมดุลพินิจก็ใช้หลักเช่นเดียวกันกับการควบคุมการใช้ดุลพินิจตัดสินใจว่าจะออกคำสั่งทางปกครองคำสั่งใด แต่ในกรณีเช่นนี้จะควบคุมโดยใช้หลักการควบคุมความผิดพลาดในการให้คุณค่าทางกฎหมายกับข้อเท็จจริง

สำหรับบทบัญญัติที่เป็นการให้อำนาจฝ่ายปกครองในการออกคำสั่งทางปกครองหรือปฏิบัติการทางปกครอง เป็นส่วนที่จะทำให้ทราบว่ากฎหมายให้อำนาจฝ่ายปกครองแบบอำนาจผูกพันหรืออำนาจดุลพินิจ ซึ่งหากกฎหมายกำหนดให้มีอำนาจเลือกออกคำสั่งหรือไม่ออกคำสั่งหรือให้เลือกออกคำสั่งอย่างไรอย่างหนึ่งก็จะเป็นการที่กฎหมายกำหนดให้ฝ่ายปกครองมีอำนาจดุลพินิจหรือเรียกอีกนัยหนึ่งว่าเป็นการใช้ดุลพินิจตัดสินใจ หลังจากที่มีข้อเท็จจริงหรือมีเงื่อนไขส่วนที่เป็นเหตุเกิดขึ้นแล้ว

### 3) การควบคุมดุลพินิจในการออกคำสั่งทางปกครองโดยศาลปกครองฝรั่งเศส

ในการควบคุมดุลพินิจของศาลปกครองฝรั่งเศสจะเป็นการควบคุมแบบจำกัด (Le contrôle restreint ou le contrôle minimum) ซึ่งจะแตกต่างจากการควบคุมแบบปกติ (Le contrôle normal) เพราะการควบคุมแบบปกติศาลจะสามารถยกเหตุความไม่ชอบด้วยกฎหมายทั้งภายนอกและภายใน<sup>77</sup> ทุกเหตุมาใช้ในการควบคุมตรวจสอบคำสั่งทางปกครองได้ทั้งหมด แต่การควบคุมแบบจำกัดที่นำมาใช้ในการควบคุมอำนาจดุลพินิจนั้น ศาลจะไม่นำหลักเรื่องความผิดพลาดในการให้คุณค่าทางกฎหมายแก่ข้อเท็จจริง (erreur de qualification juridique des faits) มาใช้ในการตรวจสอบ แต่นำเหตุความไม่ชอบด้วยกฎหมายทั้งภายนอกและภายในอื่นมาตรวจสอบ<sup>78</sup> ในเบื้องต้นจึงจะขออธิบายให้เห็นถึงความแตกต่างระหว่างการควบคุมแบบปกติและการควบคุมแบบจำกัด กล่าวคือ

<sup>77</sup> ความไม่ชอบด้วยกฎหมายภายนอก คือ คำสั่งทางปกครองออกไปโดยปราศจากอำนาจ ผิดแบบ หรือผิดขั้นตอน หรือวิธีการ ส่วนความไม่ชอบด้วยกฎหมายภายใน คือ คำสั่งทางปกครองออกไปโดยฝ่าฝืนกฎหมาย หรือมีการทำคำสั่งทางปกครองไปโดยบิดเบือนอำนาจหรือบิดเบือนขั้นตอนหรือวิธีการ.

<sup>78</sup> ประสาท พงษ์สุวรรณ. (2545). เหตุที่ใช้อ้างในการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครอง. *วารสารนิติศาสตร์*, หน้า 288.

การควบคุมแบบปกติ (Le contrôle normal)<sup>79</sup> คำสั่งทางปกครองโดยปกติแล้วอยู่ภายใต้การควบคุมแบบปกติของศาลปกครอง ซึ่งศาลสามารถตรวจสอบเหตุที่ใช้ในการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองได้ 5 ประการ ดังนี้

ประการที่หนึ่ง คำสั่งทางปกครองที่ออกไปโดยปราศจากอำนาจ (incompétence de l'auteur de l'acte) ซึ่งอาจเป็นกรณีที่ผู้ออกคำสั่งไม่ใช่ฝ่ายปกครองที่กฎหมายกำหนดให้ออกคำสั่ง หรือไม่ได้รับมอบอำนาจโดยถูกต้อง หรือใช้อำนาจนอกพื้นที่ที่ตนมีอำนาจหรือออกคำสั่งย้อนหลัง หรือ ก่อนได้รับการแต่งตั้ง หรือหลังจากที่หมดอำนาจลงแล้ว

ประการที่สอง คำสั่งทางปกครองที่ออกไปโดยผิดแบบ (vice de forme) เช่น ไม่ได้ทำเป็นหนังสือในกรณีที่ต้องทำเป็นหนังสือ ไม่ได้ลงนาม ไม่มีการให้เหตุผล เป็นต้น

ประการที่สาม คำสั่งทางปกครองที่ออกไปโดยผิดขั้นตอนหรือวิธีการที่กฎหมายกำหนด (vice de procédure) เช่น ออกคำสั่งโดยไม่ผ่านการพิจารณาของคณะกรรมการที่มีอำนาจในเรื่องนั้นก่อน หรือไม่ผ่านการอนุมัติจากสภาเทศบาลก่อน เป็นต้น

ประการที่สี่ คำสั่งทางปกครองที่ออกไปโดยฝ่าฝืนกฎหมาย (violation de la loi) ซึ่งอาจเกิดจากกรณีฝ่าฝืนเนื้อหาของกฎหมายโดยตรง (violation directe de la règle de droit) กรณีที่มีความผิดพลาดในข้อกฎหมาย (erreur de droit) กรณีมีความผิดพลาดในข้อเท็จจริง (erreur de fait) และกรณีมีความผิดพลาดในการให้คุณค่าทางกฎหมายกับข้อเท็จจริง (erreur de qualification juridique des faits)

ประการที่ห้า คำสั่งทางปกครองที่ออกไปโดยบิดเบือนอำนาจ (détournement de pouvoir) หรือบิดเบือนขั้นตอนหรือวิธีการ (détournement de procédure) หรือไม่ เช่น ใช้อำนาจออกคำสั่งพักใช้ใบอนุญาตเปิดสถานที่เดินรา ไม่ใช่เพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยของสังคม แต่เพื่อตัดคู่แข่งกับกิจการของตนเอง เป็นต้น

การควบคุมอย่างจำกัด (Le contrôle restreint ou le contrôle minimum)<sup>80</sup> ในกรณีที่กฎหมายกำหนดให้ฝ่ายปกครองมีอำนาจดุลพินิจศาลจะไม่สามารถเข้าไปควบคุมได้ แต่ศาลจะไม่ควบคุมเฉพาะ “ดุลพินิจ” เท่านั้น ส่วนตัวคำสั่งทางปกครองยังอยู่ในความควบคุมตรวจสอบของศาล ซึ่งการควบคุมนี้เรียกว่า การควบคุมขั้นต่ำ (contrôle minimum) หรือการควบคุมอย่างจำป็น (contrôle restreint) โดยศาลจะควบคุมในลักษณะดังต่อไปนี้

ศาลต้องพิจารณาว่าฝ่ายปกครองออกคำสั่งทางปกครองโดยปราศจากอำนาจ (incompétence) หรือไม่

<sup>79</sup> วิชาญ วรวิญญู และคณะ. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 74. หน้า 83-84.

<sup>80</sup> วิชาญ วรวิญญู และคณะ. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 74. หน้า 84-85.



ศาลต้องพิจารณาว่าฝ่ายปกครองทำคำสั่งทางปกครองโดยผิดแบบหรือขั้นตอน (vice de forme ou de procédure) หรือไม่

ศาลต้องพิจารณาว่าฝ่ายปกครองกระทำผิดพลาดในข้อกฎหมาย (l'erreur de droit) หรือไม่ ซึ่งการควบคุม l'erreur de droit นั้น หมายถึง กรณีที่มีความผิดพลาดในข้อกฎหมายที่ยกเป็น ที่มาของการออกคำสั่งดังกล่าว เช่น การอ้างกฎหมายเพื่อออกคำสั่ง แต่ปรากฏว่าไม่มีกฎหมาย ดังกล่าว หรือมีการอ้างกฎหมายลำดับรองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายหรือขัดต่อกฎหมายแม่บท มีการ ตีความกฎหมายผิด หรือมีการอ้างกฎหมายผิดฉบับ หรือที่ยกเลิกแล้ว เป็นต้น

กรณีที่มีความผิดพลาดในข้อเท็จจริง (l'erreur de fait) ศาลต้องพิจารณาว่ามีข้อเท็จจริง ที่กล่าวอ้างหรือไม่ หรือข้อเท็จจริงที่มีนั้นถูกต้องตรงกันหรือไม่

ศาลต้องพิจารณาว่ามีการบิดเบือนอำนาจหรือขั้นตอนหรือวิธีการหรือไม่ (détournement de pouvoir ou de procédure) โดยต้องพิจารณาว่าการออกคำสั่งภายในขอบเขตที่กฎหมายให้อำนาจไว้ นั้น ได้สั่งไปเพื่อวัตถุประสงค์อื่นนอกเหนือไปจากวัตถุประสงค์ที่กฎหมายกำหนดไว้หรือไม่ หรือ ใช้กฎหมายที่บัญญัติไว้เพื่อดำเนินการอย่างหนึ่งไปเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์อีกอย่างหนึ่ง

ส่วนในเรื่องการควบคุมการให้คุณค่าทางกฎหมายกับข้อเท็จจริง (qualification juridique des faits) และการควบคุมความเหมาะสมของคำสั่ง เมื่อเปรียบเทียบกับมูลเหตุจูงใจ (contrôle de l'adéquation de la décision aux motifs) ศาลจะไม่เข้าไปเกี่ยวข้อง เพราะถือว่า ฝ่ายปกครอง มีอำนาจอย่างเต็มที่ ศาลจะตรวจสอบเฉพาะความผิดพลาดในข้อกฎหมาย ในข้อเท็จจริงว่ามีการ บิดเบือนอำนาจ (abuse of power) หรือไม่ โดยศาลจะทำการเพิกถอนคำสั่ง ที่ใช้ดุลพินิจไม่ชอบ ดังกล่าว

ศาลปกครองฝรั่งเศสได้สร้างหลักใหม่มาใช้ในการควบคุมความชอบด้วยกฎหมาย ของคำสั่งทางปกครองที่เกิดจากการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง ได้แก่ การควบคุม l'erreur manifeste d'appréciation หรือการควบคุมว่าการประเมินหรือการใช้วิจรรย์ญาณของฝ่ายปกครอง ในการออกคำสั่งนั้นมีความผิดพลาดอย่างชัดเจนที่วิญญูชนเห็นได้หรือไม่ และการควบคุมตามหลัก ความได้สัดส่วน รวมทั้งการควบคุมโดยอาศัยหลักการทำบัญชีคำนวณผลเสียหรือสิ่งที่จะต้องเสียไป และผลดีหรือสิ่งที่จะได้ตอบแทน จากการทำคำสั่งทางปกครอง<sup>81</sup> ซึ่งรายละเอียดจะขออธิบายใน หัวข้อต่อไป

<sup>81</sup> ประสาท พงษ์สุวรรณ. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 78. หน้า 288.

### 3.6.2 หลักการควบคุมดุลพินิจในการออกคำสั่งทางปกครองของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

มาตรา 35 แห่งกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ค.ศ. 1976<sup>82</sup> ได้ให้ความหมายของคำสั่งทางปกครอง (Verwaltungsakt-VA) ไว้ว่า คำสั่งทางปกครอง คือ คำสั่งใด ๆ คำวินิจฉัย หรือมาตรการของเจ้าหน้าที่ ซึ่งมีอำนาจกระทำการเฉพาะเรื่องในแต่ละกรณี ภายในขอบเขตของกฎหมายมหาชนที่มีวัตถุประสงค์โดยตรงให้เกิดผลทางกฎหมายออกสู่ภายนอก และในส่วนของคำสั่งทั่วไปที่จะถือเป็นคำสั่งทางปกครองนั้น จะต้องมิผลโดยตรงต่อบุคคลหรือมีลักษณะเป็นการทั่วไปหรือเกี่ยวเนื่องกับเรื่องทางกฎหมายมหาชนและเป็นการใช้อำนาจที่มีผลต่อมหาชนในวงกว้าง<sup>83</sup> ซึ่งคำสั่งทางปกครองในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีนั้นมีการจำแนกออกเป็นหลายประเภทด้วยกัน

#### 1) ประเภทของคำสั่งทางปกครอง

ตามหลักกฎหมายปกครองของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีสามารถจำแนกประเภทของคำสั่งทางปกครองตามลักษณะของคำสั่งทางปกครองได้<sup>84</sup> ดังนี้

ประเภทที่หนึ่ง คำสั่งที่มีผลเป็นการร้องขอให้กระทำการ ให้ยับยั้งการกระทำ (befehlend) เช่น คำสั่งของตำรวจ (Polizeiliche Verführenbescheid) หรือการเรียกให้ชำระภาษี (Steuerbescheid)

ประเภทที่สอง คำสั่งที่มีผลเป็นการกอนิติสัมพันธ์ เช่น การโอนสัญชาติ (Einbürgerung) การแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่ง (Ernennung)

ประเภทที่สาม คำสั่งที่เป็นผลมาจากประกาศอันเนื่องมาจากสถานการณ์พิเศษ (feststellend) เช่น ผลของการให้สถานภาพ เช่น ผลของการให้สัญชาติ (Staatsangehörigkeit) หรือผลของการให้สิทธิ

ประเภทที่สี่ คำสั่งที่มีผลเป็นการให้สิทธิประโยชน์ตามคำร้องขอ (begünstigend) เช่น การอนุญาต (Erlaubnis) หรือการให้สิทธิ (Konzession)

<sup>82</sup> § 35 Begriff des Verwaltungsaktes

Verwaltungsakt ist jede Verfügung, Entscheidung oder andere hoheitliche Maßnahme, die eine Behörde zur Regelung eines Einzelfalls auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts trifft und die auf unmittelbare Rechtswirkung nach außen gerichtet ist. Allgemeinverfügung ist ein Verwaltungsakt, der sich an einen nach allgemeinen Merkmalen bestimmten oder bestimmbar Personenkreis richtet oder die öffentlich-rechtliche Eigenschaft einer Sache oder ihre Benutzung durch die Allgemeinheit betrifft.

<sup>83</sup> ธีรวิฑูชา สระทองอุ่น. (2550). *ขอบเขตในการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองโดยศาลปกครอง*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. หน้า 56.

<sup>84</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 57.

ประเภทที่ห้า คำสั่งที่มีผลเป็นการเพิกถอนสิทธิประโยชน์ (belastend) เช่น การปฏิเสธหรือการยกเลิกเพิกถอนการอนุญาต หรือการให้สิทธิ

ประเภทที่หก คำสั่งที่มีผลกระทบต่อบุคคลภายนอก เช่น การอนุญาตให้ก่อสร้างอาคาร (Baugenehmigung) ย่อมมีผลกระทบต่อผู้อยู่อาศัยข้างเคียง เป็นต้น

คำสั่งทางปกครองในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ฝ่ายปกครองในฐานะองค์กรผู้ออกคำสั่งทางปกครอง จะออกคำสั่งโดยอาศัยอำนาจตามกฎหมาย ตัวยกกฎหมาย หรือพระราชบัญญัติต่างๆ ที่ตราโดยฝ่ายนิติบัญญัติ ซึ่งบทบัญญัติของกฎหมายจะประกอบด้วยสองส่วนสำคัญ คือ ส่วนที่เป็นเงื่อนไขที่ก่อให้เกิดสิทธิแก่ประชาชน หรือก่อให้เกิดอำนาจแก่ฝ่ายปกครอง เรียกว่า องค์ประกอบ (Tatbestand) และส่วนที่เป็นอำนาจของฝ่ายปกครองที่จะสั่งการเมื่อครบเงื่อนไขในส่วนที่เป็นองค์ประกอบ เรียกว่า ผลทางกฎหมาย (Rechtsfolge) ซึ่งทั้งสองส่วนมีความสัมพันธ์กัน ดังนั้นในการพิจารณาส่วนหนึ่งก็ต้องคำนึงถึงเนื้อหาของอีกส่วนหนึ่งด้วย<sup>85</sup> และเมื่อคำสั่งทางปกครองเป็นผลผลิตจากฝ่ายปกครอง จึงเป็นสิ่งที่จะต้องกระทำภายใต้หลักความชอบด้วยกฎหมาย เช่นเดียวกับการกระทำทางปกครองประเภทอื่น แต่ก็อาจจะเกิดข้อบกพร่องในการออกคำสั่งทางปกครองของฝ่ายปกครองจนทำให้คำสั่งทางปกครองนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมายได้

## 2) คุณพินิจในการออกคำสั่งทางปกครอง

ตามหลักกฎหมายปกครองของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี คุณพินิจของฝ่ายปกครองหมายถึง การที่ฝ่ายปกครองสามารถกระทำการในทางปกครองด้วยการตัดสินใจตามความคิดเห็นของตน คุณพินิจนี้อาจผูกพันกับแนวปฏิบัติหรือหลักในการวินิจฉัยการใช้คุณพินิจอันเป็นกฎเกณฑ์ภายในซึ่งฝ่ายปกครองได้กำหนดขึ้นภายในขอบเขตหรือวัตถุประสงค์ของกฎหมาย คุณพินิจถือเป็นส่วนหนึ่งของวิธีพิจารณาของเจ้าหน้าที่ของรัฐก่อนที่จะออกคำสั่งทางปกครอง โดยการใช้คุณพินิจอาจจะอยู่ในรูปของการกระทำหรือการเว้นการกระทำก็ได้<sup>86</sup>

กฎหมายมอบอำนาจให้ฝ่ายปกครองใช้คุณพินิจ ฝ่ายปกครองจึงต้องให้เหตุผลและชี้แจงถึงการซึ่งน้ำหนักเหตุผลต่างๆ อันเป็นที่มาของการใช้อำนาจคุณพินิจนั้นๆ<sup>87</sup> คุณพินิจของ ฝ่ายปกครองจึงเกิดขึ้นในกรณีที่ฝ่ายปกครองอยู่ในวิสัยที่จะเลือกวินิจฉัยและกระทำการได้หลายอย่างในการปฏิบัติให้เป็นไปตามกฎหมาย โดยกฎหมายให้อำนาจแก่ฝ่ายปกครองเป็นผู้กำหนดผลทางกฎหมาย ซึ่งกฎหมายอาจจะกำหนดให้เลือกกระทำอย่างหนึ่งอย่างใดจากสองอย่างหรือมากกว่านั้น หรือจะ

<sup>85</sup> กมลชัย รัตนสกววงศ์. (2544). *หลักกฎหมายปกครองเยอรมัน*. กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. หน้า 254.

<sup>86</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 259.

<sup>87</sup> กมลชัย รัตนสกววงศ์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 85. หน้า 159.

ให้เลือกกระทำการภายในขอบเขตที่กำหนดได้ดุลพินิจจึงเป็นการเลือกวินิจฉัยของฝ่ายปกครองระหว่างการกระทำหลายอย่างอันชอบด้วยกฎหมาย ที่ฝ่ายนิติบัญญัติได้กำหนดไว้ให้ฝ่ายปกครองในการกระทำการเรื่องใดเรื่องหนึ่ง<sup>88</sup> ซึ่งหากเรานำเรื่องดุลพินิจมาเป็นหลักในการแบ่งประเภทคำสั่งทางปกครอง เราอาจแบ่งออกได้เป็น 3 ประเภท คือ<sup>89</sup>

ประเภทที่หนึ่ง คำสั่งทางปกครองที่ออกโดยฝ่ายปกครองไม่มีดุลพินิจ ในกรณีนี้ฝ่ายปกครองต้องปฏิบัติตามที่กำหนดไว้ในส่วนที่เป็นผลทางกฎหมายโดยไม่มีอิสระในการเลือกปฏิบัติ กล่าวคือ เมื่อข้อเท็จจริงเป็นไปตามเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในส่วนที่เป็นองค์ประกอบ ฝ่ายปกครองก็ต้องปฏิบัติตามที่กฎหมายกำหนดไว้ ซึ่งอาจจะกำหนดให้เจ้าหน้าที่ของรัฐออกคำสั่งทางปกครองหรือห้ามไม่ให้ออกคำสั่งทางปกครอง แต่ถ้าข้อเท็จจริงไม่ครบตามเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในส่วนที่เป็นองค์ประกอบ เช่น ผู้ยื่นคำร้องมีคุณสมบัติไม่ครบถ้วน เจ้าหน้าที่ของรัฐก็ต้องปฏิเสธคำร้องไป การออกคำสั่งทางปกครองประเภทนี้จึงอาจเป็นคุณแก่ผู้ยื่นคำร้อง เช่น การออกใบอนุญาตต่างๆ แต่ก็อาจไม่เป็นคุณแก่ผู้ที่ต้องปฏิบัติตาม เช่น กฎหมายภาษีอากรมีหลักทั่วไปว่าเจ้าหน้าที่ของรัฐผู้รับผิดชอบจะต้องมีคำสั่งให้ประชาชนเสียภาษีอากรเสมอ

ประเภทที่สอง คำสั่งทางปกครองที่ออกโดยฝ่ายปกครองมีดุลพินิจ เนื่องจากฝ่ายนิติบัญญัติไม่สามารถตรากฎหมายให้ละเอียดได้ทุกเรื่อง จึงต้องบัญญัติให้ฝ่ายปกครองสามารถเลือกปฏิบัติและตัดสินใจด้วยตนเองภายในขอบเขตของกฎหมาย ที่อาจจะมีการปฏิบัติและการตัดสินใจได้หลายอย่างและแต่ละอย่างก็ชอบด้วยกฎหมาย คำสั่งทางปกครองที่เกิดจากการกระทำเช่นนี้จึงเป็นนิติกรรมทางปกครองที่ฝ่ายปกครองได้ใช้ดุลพินิจ

ประเภทที่สาม คำสั่งทางปกครองที่ปราศจากตัวบทกฎหมาย คำสั่งทางปกครองประเภทนี้จะพบในการกระทำของฝ่ายปกครองที่เป็นคุณแก่ประชาชนฝ่ายเดียวเท่านั้น

บทบัญญัติของกฎหมายในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีประกอบด้วยสองส่วนที่สำคัญคือ ส่วนที่เป็นองค์ประกอบและส่วนที่เป็นผลทางกฎหมาย<sup>90</sup> แต่ตามหลักกฎหมายปกครองของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ฝ่ายปกครองไม่อาจมีดุลพินิจในส่วนที่เป็นองค์ประกอบ โดยต้องผูกพันกับบทบัญญัติกฎหมายและไม่อาจตัดสินใจได้อย่างอิสระดังเช่นดุลพินิจในส่วนที่เป็นผลทาง

<sup>88</sup> กมลชัย รัตนสกววงศ์. อ่างแล้วจึงอรรดที่ 85. หน้า 259.

<sup>89</sup> กมลชัย รัตนสกววงศ์. (2532). ความคิดพื้นฐานเกี่ยวกับดุลพินิจฝ่ายปกครองของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน. *วารสารกฎหมายปกครอง*, 8, หน้า 4-6.

<sup>90</sup> กมลชัย รัตนสกววงศ์. (2544). *หลักกฎหมายปกครองเยอรมัน*. กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. หน้า 254.

กฎหมาย ดังนั้น ฝ่ายปกครองจึงมีดุลพินิจในส่วนที่เป็นผลทางกฎหมายเท่านั้น<sup>91</sup> และอาจแยกการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองตามหลักกฎหมาย ได้เป็น 2 ประการ กล่าวคือ<sup>92</sup>

ประการที่หนึ่ง การใช้ดุลพินิจในกรณีเฉพาะราย ในการออกคำสั่งทางปกครอง เจ้าหน้าที่ของรัฐจะต้องคำนึงถึงวัตถุประสงค์ของกฎหมายและข้อเท็จจริงที่ปรากฏในแต่ละกรณี เพื่อหาทางแก้ไขปัญหานั้นๆ ให้เป็นไปอย่างเหมาะสม

ประการที่สอง การใช้ดุลพินิจทั่วไป ในเบื้องต้นดุลพินิจของฝ่ายปกครองมุ่งที่จะใช้กับกรณีเฉพาะเรื่องเฉพาะราย แต่ผู้บังคับบัญชาที่ชอบที่จะออกแนวปฏิบัติภายในของฝ่ายปกครองเพื่อให้เกิดการใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ของรัฐผู้อยู่ใต้บังคับบัญชาเป็นไปในแนวทางเดียวกัน

การใช้ดุลพินิจในการออกคำสั่งทางปกครอง ฝ่ายปกครองไม่อาจจะกระทำตามอำเภอใจได้แต่ต้องอยู่ภายใต้หลักกฎหมายปกครองและรัฐธรรมนูญ ดุลพินิจของฝ่ายปกครองจึงไม่ได้เป็นไปอย่างไร้ขอบเขต

แต่เป็นไปตามหน้าที่ ตามขอบเขตความชอบด้วยกฎหมาย สิ่งเหล่านี้จึงเป็นข้อจำกัดในการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง โดยมีวัตถุประสงค์ของกฎหมายเป็นสิ่งที่ชี้แนะ การใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองจึงต้องปฏิบัติให้ถูกต้องตามกฎหมายรัฐธรรมนูญ ไม่ว่าจะเป็นเรื่องสิทธิขั้นพื้นฐาน และหลักความได้สัดส่วนหรือหลักความพอสมควรแก่เหตุ ซึ่งเป็นขอบเขตทางภาวะวิสัยของการใช้ดุลพินิจ และจะต้องชั่งน้ำหนักของเหตุผลหลายๆ ด้าน การใช้ดุลพินิจโดยไม่สอดคล้องถูกต้องตามรัฐธรรมนูญจึงย่อมส่งผลให้การใช้อำนาจของฝ่ายปกครองนั้นเป็นการใช้อำนาจที่บกพร่อง ซึ่งศาลปกครองมีอำนาจจะควบคุมตรวจสอบได้<sup>93</sup>

### 3) การควบคุมดุลพินิจในการออกคำสั่งทางปกครองโดยศาลปกครองเยอรมนี

ในกรณีที่ฝ่ายปกครองมีดุลพินิจที่จะเลือกตัดสินใจวินิจฉัยในส่วนที่เป็นผลทางกฎหมาย หรือมีดุลพินิจในส่วนที่เป็นองค์ประกอบของบทบัญญัติแห่งกฎหมาย ความผูกพันตามกฎหมายของฝ่ายปกครองก็จะมีลักษณะยืดหยุ่น การควบคุมโดยศาลปกครองจึงมีลักษณะทำนองเดียวกัน เพราะศาลปกครองจะควบคุมเฉพาะความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของฝ่ายปกครอง เมื่อฝ่ายปกครองมีดุลพินิจอย่างใดอย่างหนึ่งหรือทั้งสองอย่างนี้<sup>94</sup> ศาลจึงจะไม่เข้าไปควบคุมตรวจสอบ

<sup>91</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 260.

<sup>92</sup> กมลชัย รัตนสกววงศ์. อังแล้วเชิงอรรถที่ 90. หน้า 262.

<sup>93</sup> กมลชัย รัตนสกววงศ์. อังแล้วเชิงอรรถที่ 90. หน้า 263.

<sup>94</sup> กมลชัย รัตนสกววงศ์. อังแล้วเชิงอรรถที่ 90. หน้า 256.

การควบคุมดุลพินิจในส่วนขององค์ประกอบของกฎหมาย<sup>95</sup> แนวคิดของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีเกี่ยวกับดุลพินิจในส่วนที่เป็นข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของกฎหมายเกิดขึ้นในกรณีที่บทบัญญัติในส่วนที่เป็นองค์ประกอบใช้ถ้อยคำที่มีความหมายไม่เฉพาะเจาะจงในการนำบทบัญญัตินี้ดังกล่าวไปปรับใช้จึงต้องมีการตีความให้มีความชัดเจน ซึ่งในบางกรณีก็ไม่อาจหลีกเลี่ยงอรรถวิสัยของผู้ตีความได้ โดยเฉพาะถ้อยคำที่ไม่เจาะจงที่ต้องอาศัยการตีความเพื่อให้ความหมายเพิ่มเติมพิเศษทางวิชาการหรือความเชี่ยวชาญเฉพาะด้านหรือหลายๆ ด้านรวมกันในการตีความ

ตามแนวความคิดของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีนั้น ศาลปกครองมีอำนาจในการควบคุมตรวจสอบการใช้และการตีความกฎหมายของฝ่ายปกครองในส่วนที่เป็นองค์ประกอบของกฎหมายได้ทั้งหมด ไม่ว่าจะเป็นเรื่องภายใต้ถ้อยคำของบทบัญญัติที่มีลักษณะชัดเจนหรือถ้อยคำที่ไม่เฉพาะเจาะจงก็ตาม ทั้งนี้ เพราะเป็นการให้เหตุผลในเรื่องหลักประกันในการคุ้มครองสิทธิ โดยศาลสามารถตรวจสอบการใช้และการตีความกฎหมายในส่วนดังกล่าวของฝ่ายปกครองได้โดยไม่มีข้อจำกัดทั้งในทางข้อเท็จจริงและข้อกฎหมาย<sup>96</sup> ในระบบกฎหมายของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ถึงแม้ว่าโดยหลักแล้วในกรณีที่ฝ่ายนิติบัญญัติตรากฎหมายโดยใช้ “ถ้อยคำทางกฎหมายที่มีความหมายไม่เฉพาะเจาะจง” ศาลก็มีอำนาจตีความถ้อยคำทางกฎหมายดังกล่าวได้ กล่าวคือ ไม่ได้ยอมรับดุลพินิจของฝ่ายปกครองในส่วนที่เป็นองค์ประกอบส่วนเหตุ แต่ระบบกฎหมายของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีก็สร้างข้อยกเว้นที่ไม่ให้ศาลปกครองเข้าไปตรวจสอบการตีความของฝ่ายปกครองบางประการโดยเรียกกรณีดังกล่าวว่าเป็น “แดนวินิจฉัย” (Beurteilungsspielraum ; margin of judgment) อันเป็นอำนาจวินิจฉัยของฝ่ายปกครองโดยแท้ ซึ่งอำนาจวินิจฉัยของฝ่ายปกครองโดยแท้ที่สำคัญที่ปรากฏใน คำพิพากษาได้แก่ การตรวจสอบข้อสอบและการประเมินผลการสอบ<sup>97</sup> การประเมินผลการปฏิบัติงานของเจ้าหน้าที่ของรัฐ<sup>98</sup> การวินิจฉัยอันมีลักษณะเป็นการประเมินคุณค่าที่กระทำโดยคณะกรรมการอิสระซึ่งประกอบไปด้วยผู้เชี่ยวชาญหรือผู้แทนกลุ่มผลประโยชน์<sup>99</sup> การวินิจฉัยที่มีลักษณะเป็นการพยากรณ์หรือการประเมินความเสี่ยงในกฎหมายสิ่งแวดล้อมและกฎหมายเศรษฐกิจ<sup>100</sup> เป็นต้น

<sup>95</sup> กมลชัย รัตนสกววงศ์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 90. หน้า 272-275.

<sup>96</sup> วิษณุ วรัญญู และคณะ. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 74. หน้า 14.

<sup>97</sup> วรเจตน์ ภาคีรัตน์. (2554). *กฎหมายปกครองภาคทั่วไป*. กรุงเทพฯ: นิติราษฎร์. หน้า 84.

<sup>98</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 84.

<sup>99</sup> วรเจตน์ ภาคีรัตน์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 97. หน้า 84.

<sup>100</sup> วรเจตน์ ภาคีรัตน์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 97. หน้า 84.

การควบคุมดุลพินิจในส่วนของการเลือกใช้ผลของกฎหมาย<sup>101</sup> โดยทั่วไปการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองในขั้นตอนที่อยู่ในส่วนของผลของกฎหมาย เป็นส่วนที่ฝ่ายปกครองจะตัดสินใจใช้อำนาจโดยพิจารณาว่ากฎหมายที่ให้อำนาจนั้นกำหนดผลไว้อย่างไร หากปรากฏว่ามีข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบส่วนเหตุเกิดขึ้น และอาจเป็นกรณีที่เกิดหน้าที่หรือความสามารถแก่ฝ่ายปกครองในอันที่จะใช้อำนาจตามกฎหมายนั้น

เมื่อพิจารณาจากถ้อยคำที่ว่า “การใช้ดุลพินิจอยู่ภายใต้ขอบเขตของกฎหมาย” ซึ่งปรากฏชัดเจนในมาตรา 40<sup>102</sup> แห่งกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ค.ศ. 1976 ที่ให้อำนาจฝ่ายปกครองปฏิบัติภารกิจของตนตามที่กฎหมายบัญญัติให้อำนาจดุลพินิจไว้ กรณีจึงมีผลทำให้ดุลพินิจที่กฎหมายให้แก่ฝ่ายปกครองนั้น ต้องเป็นไปตามวัตถุประสงค์ของกฎหมายฉบับที่ให้อำนาจดุลพินิจนั้น และนอกจากนี้ยังต้องจำกัดการตีความของการใช้ดุลพินิจภายใต้วัตถุประสงค์ฉบับนั้น ๆ อีกด้วย ดังนั้น หากการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองไม่อยู่ภายใต้ข้อจำกัดดังกล่าวของกฎหมายจะมีผลให้การใช้ดุลพินิจดังกล่าวผิดพลาดหรือบกพร่องส่งผลให้การกระทำที่มาจากการใช้ดุลพินิจนั้นเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งในกรณีนี้ศาลปกครองสามารถควบคุมการกระทำดังกล่าวของฝ่ายปกครองให้เคารพต่อขอบเขตในการใช้ดุลพินิจของตนได้

การใช้อำนาจดุลพินิจผิดพลาดหรือบกพร่องดังกล่าวไม่ได้มีความหมายเพียงแก่การใช้อำนาจของฝ่ายปกครองโดยไม่คำนึงถึงขอบเขตของกฎหมายเท่านั้น แต่หากการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองมีเหตุมาจากการเลือกปฏิบัติ หรือมีการตัดสินใจอย่างอื่นที่มีเหตุผลมากกว่าหรือดีกว่า ซึ่งไม่เกินขอบเขตของกฎหมายนั้น ก็ถือว่า เป็นการใช้อำนาจโดยไม่เป็นไปตามกฎหมายและถือว่าเป็นการใช้ดุลพินิจผิดพลาดหรือบกพร่องเช่นกัน เพียงแต่กรณีไม่อยู่ภายใต้การควบคุม โดยศาลปกครอง ในทางตรงกันข้ามการควบคุมการใช้ดุลพินิจภายในขอบเขตของกฎหมาย โดยควบคุมให้ฝ่ายปกครองใช้อำนาจดุลพินิจในการเลือกสิ่งที่ดีกว่า หรือมีเหตุผลมากกว่าภายใต้หลายสิ่งที่อยู่ภายใต้ขอบเขตของกฎหมายที่สามารถเลือกสิ่งไหนก็ได้ล้วนเป็นการใช้ดุลพินิจภายใต้ขอบเขตของกฎหมายทั้งสิ้น เป็นอำนาจการควบคุมของฝ่ายปกครองก่อนที่จะเป็นข้อพิพาทขึ้นสู่การพิจารณาควบคุมของศาลปกครอง ศาลปกครองจึงทำหน้าที่เพียงตรวจสอบและควบคุมให้ การกระทำทางปกครองเป็นไปโดยชอบด้วยวัตถุประสงค์ของกฎหมายในแต่ละกรณี โดยในส่วนของ การควบคุม

<sup>101</sup> ธีรัญญา สระทองอุ่น. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 83. หน้า 61-63.

<sup>102</sup> § 40 Ermessen

Ist die Behörde ermächtigt, nach ihrem Ermessen zu handeln, hat sie ihr Ermessen entsprechend dem Zweck der Ermächtigung aus-zuüben und die gesetzlichen Grenzen des Ermessens einzuhalten.

การใช้ดุลพินิจโดยเลือกสิ่งที่มีเหตุผลมากกว่าหรือดีกว่าดังกล่าวอยู่ในขอบเขตและเป็นหน้าที่ของฝ่ายปกครองที่จะต้องตรวจสอบและเพิกถอนก่อน ที่จะเป็นข้อพิพาทขึ้นสู่ศาล

อย่างไรก็ตาม ศาลปกครองไม่ได้ปฏิเสธการควบคุมการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองในการเลือกสิ่งที่มีเหตุผลมากกว่าหรือดีกว่าเพียงแต่ให้เป็นหน้าที่ของฝ่ายปกครอง ที่จะต้องควบคุมและเพิกถอนก่อนที่将成为ข้อพิพาทขึ้นสู่ศาล